慶應義塾大学学術情報リポジトリ

Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	出口雄一君学位請求論文審査報告
Sub Title	
Author	
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2020
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and
	sociology). Vol.93, No.4 (2020. 4) ,p.163- 176
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特別記事
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20200428-0163

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって 保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

容易に閲覧できるので、 格的な資料収集の留学を勧めたいところである 長野君には是非ともドイツへの

ていることは既に述べたとおりである。 創的で、 の価値をいささかも損なうものではない。本論文が頗る独 るないものねだりである)、それらは全体としての本論文 以上のように問題や課題は残るものの(その多くは単な 世界的に見ても極めて高い水準にある内容を有し

の旨をここに報告する次第である。 應義塾大学)の学位を授与するにふさわしいと判断し、 たがって、審査員一同は、本論文を博士 そ

(法学)

(慶

和元年九月一一日

0

主査 法 慶應義 研 究 科 委 員 萩原 能久

副査 副査 法 学 研 義 成蹊大学法学部教授·Ph.D 究科委員・Ph.D. (塾大学法学部教授 野口 堤林 雅弘 剣

0

出 \Box 雄 君学位請求論文審查報告

1 はじめに

出

四五 / ある。 下に克明に資料的に再構成される。 面改正が及んだ刑事訴訟法 部からなる同書の構成に反映している。すなわち、その第 五〇四頁)は、 と占領管理体制』 ・連合国による軍事占領を法的に担保した」(同書一頁) 制定過程を中心として、隣接する他の法領域との関連の 実態と同時期の「法的構造」を実証的に解明した作品で 部で「法制改革」の実態が、 一口雄一君が提出した博士学位請求論文 同書のプランは、 五二〔昭和二〇~二七〕年)における「法制改革」 第二次世界大戦後の我が国の占領期 (慶應義塾大学出版会、二〇一七年、 下記の目次に示されるとおり、 (昭和二三年法律第一三一 日本国憲法の趣旨の下に全 そして第二部では、 『戦後法制改 ع

緊急勅令」)に基づき、

占領終結まで実に五二六本の発令

される

「『ポツダム』宣言ノ受諾ニ伴ヒ発スル命令ニ関

件

昭

和

一〇年勅令第五四二号、

13 わ ゆ

Ź

「ポツダ

あった「占領管理体制」は、 連合国最高司令官総司令部

> (いわゆる「ポツダム命 えるに至った。 に書き加えられ、 全体がまとまった一書としての体裁を整

いかなる仕組みの下に機能したのかを分析する。

(GHQ) による間接統治下に 新旧憲法秩序の変動期でもあ

件数に及んだ一連の委任法令群

が、

序 論 本書の分析視角

第一

部

戦後法制改革の過程

刑事司法を中心に

第一章 戦後法制改革研 究の)現況

第二章 節 GHQの司法制度改革構 G H Q 0 | 司法制度改革構想から見た占領期 想

法継受

第二節 裁判所法の制定と国民の司法参加

響に関連して

戦後日本法史におけるアメリカ法

の

第三章 戦後刑事司法の形成

第一 節 検察庁法の制定と検察審査会制度

補 節 刑事訴訟法の制定と運用 検察補佐官から検察事務官 検察官

の関係を中心に

第四章 第 節 GHQの法律家たち 「亡命ドイツ法律家」

ア

ル

フ ッ ۴ С

2 本論文の構成 法史の新しい領野をうち拓いた労作である。 が国の法制改革を史実的に綿密に再現し、 論文は、学界未見の数多くの文書に依りつつ、占領期の我

日本の近・現代

そこでは極めて複雑で錯綜した法状況が呈された。本

以下の通りである。 部においては戦後法制改革の過程を、主として刑事司法改 出 Ï 君 (以下、著者とも記す) 前述の通り、 二部からなる本書の前半 の学位請求論文の構成は

理体制 革の側 0 面から考察する論稿を配置する。 「法的性質」を、 形成途次にあった、あるいは形 後半部では占領管

成後の日本国憲法の下での国法秩序との関連において詳論

桐蔭横浜大学の紀要『桐蔭法学』を初めとして、学会誌 殆どは、すでに『法学政治学論究』や筆者の本務校である する論稿を綴り込む。それぞれの章、 節を構成する論述

が、

この度の出版に際し、第三章第二節と結論部分が新た

や『法社会学』等に掲載されたものである

「法制史研究」

異文化接触としての戦後法制改革

164

一節 ١ ا マス・L・ブレークモアと日本法

第

東京帝国大学の学生として、GHQの

第二部 占領管理体制と憲法秩序

法律スタッフとして

第五章 占領管理体制の法的特質

第六章 憲法秩序の変動と占領管理体制

第二節 節 占領管理体制とポツダム命令 新憲法下の国会と「政令の濫用」

は、

さらに七○年代半ば頃からの、

国立国会図書館憲政資

第七章 「占領目的に有害な行為」の創出と運用

第一節 第二節 「占領目的に有害な行為」と検察官の起訴 占領下における刑事裁判の制限

猶予裁量権

第三節

「占領目的に有害な行為」に関する検察官

の起訴猶予裁量の運用

結 記の一覧は、 戦後法制改革と占領管理体制の交錯

を掲げている

上

章、

節

〔補論も含む〕のタイトルの

á

3 本論文の概要

がきめ細かく渉猟され、「戦後法制改革」をめぐる研究史 章では、広く 「戦後改革と法」をテーマとした文献

> SCAP (General Headquarters/Supreme Commander とした歴史研究全般の状況が概観される。特に、GHQ

年代に始まり七○年代に本格化したという、占領期を対象

的動向が課題毎に丁寧に整理される。まず、

主に一九五〇

「GHQ」で統一)や、連合国最高司令官マッカーサー

for the Allied Powers, 連合国最高司令官総司令部、

以下

連の資料に基づく実証的研究の活発化を指摘しつつ、

0) わゆる「占領史研究」の「長足の進展」を可能ならしめ 継続的収集や、外務省による戦後外交記録の公開などが、 料室における在外日本占領関係資料および日本側個人文書

11

ぐって、優れて歴史方法論的な観点からの関心を寄せてい 断絶しているのか、あるいは連続しているのか たと評する。また著者は、「戦前」と「戦後」の関係 ーをめ

る。 なった「戦時動員体制論」や |戦時||と||戦後||との連続面を強調する議論を参照軸 特に著者は、 九〇年代以降盛んに論じられるように 「総力戦体制論」を前提とし

法化 としながら本論を展開している。これは著者が、「戦間 の我が国に、『戦後』に連続する一般的な意味での の起点」を置く近時の近代日本法史学の方法論を好 期

意的に紹介していることからも看取できる。日本法史にお

書において著者の立脚する視点ではない。 総性を強調する歴史認識を基調としたが、これはもはや本絶性を強調する歴史認識を基調としたが、これはもはや本は敗戦をもって滅んだ」、あるいは「戦前と戦後とで、国

ける従来からの定説的見解

は、

戦前

0)

(近代的)

法体

制

機ら

がの

は試案として、前者につき「裁判所と検事局との分離」 二点につき小委員会に審議を付託し、 項」と「犯罪捜査ニ関シ人権ヲ擁護スベキ具体的方策」 改革の必要性を伝えていた。これを受け日本が たアメリカは、 威を除去し日本の民主化を占領政策の初期の目標として れ (昭和二〇)年一一月一六日に設置した司法制度改正審議 た司 カ法の継受ないしは影響という観点から扱う。軍事的脅 「裁判並ニ検察ノ機構ニ付改正ヲ要スベキ具体的 、法制度改革案の実現について、 節では、 日本側に早くから刑事司法制度の速やかな GHQの側から日本に対して提示さ これに応えて司法省 占領期におけるアメ 一九四 0) 事 Ŧī.

> 訪 連続面」 れる。 の公安課法律 が確認される。 G Η Q 民 間 t班主任 諜 だが、 報 局 マニスカル そこに (Civil Intelligence 断 コによ 絶 0) 契

あり、 この「断絶」と「連続」とを超克する役割を負った人物が、 その内容は、大陪審の導入、検事の公選といったアメリ 提案」) あったオプラーと、 あった。 帰国したラウエルに代わって民政局に着任したオプラー け離れすぎ」ていると日本側は一時激しい拒否反応を示す。 型刑事司法を強く志向したものであり、「日本の現実とか サー憲法草案」と内容的に密接に連動するものであった。 めていたラウエルの下で起草が進められていた「マッカー に民政局 交された。著者の考証によればこの意見書は Section, CIS) 「刑事訴訟法に対する修正意見」(いわゆる「マニス また後日その補佐として来日したブレークモア がそれであり、 ナチの迫害を逃れた「亡命ドイツ人法律家」 (Government Section, GS) 日本法研究のために東京帝国 翌四六年二月一三日に日本側に手 で同局法務班 同 |大学に 時 カ 長を務

者・法律家の間で議論されてきたものの継承であった」と

法警察への強制処分権の付与」といった提言をする

学経験もあったブレークモアは

(この二人については)

ここに占領期の

刑事司法制度改革における戦前期か

こうした論点は、

著者によれ

ば

おおむね、

戦前から法学

後者については

「予審廃止」、

「司法警察の検察直属」、

刑事訴訟法は翌四八年七月に成立、 日に裁判所法と検察庁法が日本国憲法と併せて施行され、 れに承認を与える仕方で改革過程に関与し、 する民政局は、 きであると提案する。 結局マニスカルコ提案は退けられ、 日本側立法委員の提出する法案を審査しそ その後GHQ内部での紆余曲折を 翌々四九年一月に施行 オプラーらを擁 四七年五月三

とされる陪審制度 司法制度改革構想を前提に、 章第二節では、 (小陪審) 第一節にて検討を加えたGHQ側 が日本において採用されず仕 本来極めてアメリカ的である 0

運びとなった。

舞いとなった理由を探求する。

日本の陪審法は、 (昭和三)

一九三

(大正一二)

年に公布され二八

年に施行された

扱いについては、戦後直後から、 わゆる松本委員会) 四三年に施行が停止された。 や上記の司法制度改正 この停止された陪審法の 憲法問題調査委員会(い 審議会等で議論

消極論 7 なわち「断絶」 の姿勢が 契機といえる)。こうした日本側の司法制度改革に の域を出なかったと考証される 一転する契機が、 の契機である。 マ ッ 四六年三月五日、 カーサー (つまり「連 草案であ 司

た)、その大半の趣旨は

「戦前から継続する

(陪審制度へ

が

ねられていたが

(特に後者では参審制度も検討され

用の実態分析を踏まえたうえで、「陪審法改正提案」 「大陪審」の導入を提唱し、 の改正提案に際し、 して前述の「マニスカルコ提案」 法省は閣議で陪審制度の復活に関する事項を決定する。 「制限を受けぬ自由な陪審制 同年四月頃に日本の陪審法運 である。 彼は刑事訴訟法 度 そ

公式的に司法省に提示する。これを受けて司法省は大陪審

ると、 GHQ内部の司法制度改革の主導権が民政局に移行し始 その方針も一変する。 陪審制度についても日 本 0

作成するに至った。 の導入は否定するものの、

だが、

オプラーの民政局着任前後から

小陪審の規定を含む

試

ここには戦前からの「連続面」 は日本側の主体的判断に委ねられた」とする所以である。 な周辺資料を駆使しながら著者が、「陪審制度復活の採否 参加に関わる議論も記録上ほとんど見られなくなる。 政策 判断に属す課題と理解され、 が確認される。ただし、 また広く国 民 の司 か 法

したという。

不自然な形でオプラーやブレークモアの介入によって決定

度の設置を妨げず」の文言の導入は、

審議上いささか急な

定むるところにより刑事事件につき適用せらるべき陪審制

判所法第三条第三項の原案、

「本法の規定は、

別に法律

0

期待を寄せていた。 やがて「新しい大陸型の陪審システム」を制定することに 深慮があったと著者は推測する。ブレークモアも、 論」にけして背を向けたものではない、とのオプラーらの 該裁判所法案が、 「国民の司法参加」という「世界的 日本が は奥

る」(オプラー)との理由がそれだが、この背景には後

H

当初の思惑が後退を余儀なくされてゆく過程として描かれ を有する者」との関係を刑事訴訟法の定めに委ねる旨規定 HQ内でのせめぎ合いが存し、 漸進的に地方分権化を目指す民間諜報局公安課と、即時の の創成にこそあったが、検察庁法の制定は、この司法省の すなわち捜査の揺るぎない主宰者としての「検察官制度 階における検察官による司法警察官への指揮監督権の確立 その背景には、 治安上の理由 検察庁法は、 の解体と分権化を図ろうとする民政局との 検察官と「他の法令により捜査の職権 内務省解体や警察制度改革の構想にお から戦前の「国家警察」を維持しつつ 両者の調整は困難を極めた。 G

ワシントンの「極東委員会(FEC)」の審査を受ける当 契機は、 る」と示唆した。これにとどまらず、検察官の任期制度導 の形で検事に対する国民のコントロールを考える必要があ はさらに続け、この制度の導入を避けるためには が検討されている事実が伝えられたことにある。オプラ ら佐藤藤佐司法次官に対して、 一九四七 (昭和二二) GHQ内で検察官公選制 年一〇月六日、オプラー 一何等か

色を示す日本側に対しオプラーは、 よりもアメリカの大陪審(起訴陪審) 設置が検討されたりしたが、これらの議論の参照軸はなに 起訴猶予裁量権の行使をコントロールするための委員会の 検察官をコントロ 制度に置かれた。]

入の代替案として定期適格審査が検討されたり、

検察官の

するための「国民の代表により構成される」委員会の設置

る経緯が検討される。

司法省の構想するところは、

捜査段

第三章第一節では、検察庁法や検察審査会法の制定に至

早い段階でその私案が日本側に提示されていた。 し」との意向を伝え法案に反映された。 の委員会の) 民政局のマイヤースは「(検察官をコントロールするため 会法の立案には民政局のケーディスも深く関わり、 はGHQの既定路線であるとして譲らなかった。検察審査 機能は 諮 問機関とする。 すなわち拘束力な また同じ かなり

九四六 度(「検察補佐官の設置に関する件」 [昭和二一] 年一二月一二日公布·施行) 勅令第六○○号、 が紹介さ

なお、補論として検察事務官制度の前身、

検察補佐官制

ようやく成立した。この一方、

検察審査会法の制定の

もともと司法省は戦前から、 置するものであり、この後者を「検察補佐官」と称した。 る。 「検事直属の司法警察官」を全国に六○○名の定員で配 これはい わゆる「一般の司法警察官」の傍ら、 司法警察と行政警察の分離の 新た

度は戦前の議論を前提とした改革であった。尤もこの勅令 発出に当たって日本側はGHQの承認を求め、 は前向きな姿勢を示してきた。その意味では検察補佐官制 観点から前者を自らに引き寄せる一方で、 後者の分権化に 民間諜報局

紹介される 法次官と刑事局長が謝罪を述べたエピソードも著者により 時憤然と感情を顕にしたオプラーに対し、後日司

る民政局のオプラーは蚊帳の外に置かれ続けた。こうした

公安課のモラーがこれに応じたのだが、

本来の管掌機関た

章の総括的な考察が踏まえられる。

前述の通り、

(司法)

警察官と中央集権的な組織を維持した検察官との

警察制度改革における「分権化」をめぐり、

第三章第二節では刑事訴訟法の制定が扱われるが、

前数

での民間諜報局公安課と民政局

(司法法制課)

の対立は深 GHQ内 内 7務省解

省移管 いも 経緯があった があった。ところが、 付 0) 「マッカーサー書簡」 n は司法省案であったが民政局が働きかけた を否定し、 国家地方警察と自治体警察の 一九四七 は、 (司法) (昭和二二) 年九月 警察の司法

> は日本側の司法省刑事局別室で進められた警察法案の起草 GHQ側で主導したのは民間諜報局公安課であった。 した。これにより警察法制定が先行して始められるのだが、 諜報局公安課のそれと軌を一にしていた― 一本立てによる警察制度改革の方針 その漸進 の決定を指 性は民

刑事訴訟法の改正だが、 立の中、 同年一二月三一日限りで解体が決定する。 翌四八年三月下旬から四月にかけ 一方、

日に成立、一七日に公布され、 過程を細かく丁寧に再現している。

また内務省も関連法案の

警察法は同年一二月八

てまず「刑事訴訟法改正小審議会」が、その後

Ŧī.

一月まで

央政府課の各課間で意見の対立が顕在化していたという。 とりを繰り返し成案してゆく。 「分権化」についての民政局内の政務課、 刑事訴訟法改正協議会」が開かれ、 だが、 民政局との間でや その過程も上述 地方政府課、 中 'n 0

二五日に閣議に付され、 かという課題がそこにはあった。 権力関係を刑事訴訟法上の規範関係としていかに表現する 翌二六日に衆議院に提出、 この刑事訴訟法案は五月 国会の

フレ ッド・ С 169

〇日に公布に至った。

第二

|節でトーマス・L・ブレークモアがそれぞれ扱われる。

第

四 章では、

第

節でアル

審議を経て七月五日に成立し、

陸法(シヴィル・ロー)と英米法(コモン・ロー)間のドイツ人法律家」が合衆国到着後、早くから示していた大ヨークに移り住む。筆者が特に注目するのは、この「亡命あるがゆえに亡命を余儀なくされ、一九三九年、ニュー

ルリン上級裁判所の副長官まで勤めあげたが、ユダヤ系で

八九三年にアルザスの小都市に生まれたオプラーは、

ベ

アであったが、

同年七月の

外国人関係取引取

締規則」

CWA(現代国際事情財団) がこの間、 めに三九年一〇月、 ホマ州に育つが、一九三五年、 もう一方のブレークモアは、 ウィグモアや亡命ドイツ人法学者マックス・ 日本に派遣される。 に見出され、 オクラホマ大学在籍中にI 九 一五年に生まれ 興味深いのは、 極東法研究のた オクラ ラ 彼

論される位置付けとなっている。

て重要な意義を持つ。

やがてGHQの法律家として日本法と対峙する際に、系がそれぞれ異なる法文化圏にあるとの彼の認識は、

比較法的差異」(野田良之)の認識であろう。双方の法体

彼が

極め

いたことを説得的に立証する。

年四月、晴れて東京帝国大学大学院生となったブレークモツ語・ドイツ法の修得に専念したことであろう。一九四一比較法を学び、「近代日本法の完全な理解」のためにドイリスに渡り、ケンブリッジ大学のガッタリッジの指導下でリスに渡り、ケンブリッジ大学のがッタリッジの指導下でインシュタインといった在米の著名な比較法学者の知己を

ける「アメリカ法の性急な受容を抑制した」事実に結びつ 認識の上に立っていたことが、 タッフとして、大陸法と英米法をめぐる共通した比較法的 会いを果たす。 ブレークモアは、 止まった。四六年一月、 より国外退去を余儀なくされたため、 著者は、この二人の法律家がGH 同年五月民政局に移り、オプラー 国務省外交助手として再来 占領期日本法制の改革にお 僅か数ヶ月の在籍に Q との 行し た 出

三(「『連合国人』と『解放国民』」)が第七章でそれぞれ詳ツダム緊急勅令と戦時緊急措置法」)が第六章で、同じくでは占領管理体制の法的特質が論じられ、同章の二(「ポーターのでは本書の第二部を構成する。とりわけ第五章

公布、 GHQ側の民政局と日本側の法制局との間で進められた同 力を有する命令の規定の効力等に関する法律」四 生じた。これを解決する目的で制定されたの 令の効力が新憲法下にどのように引き継がれるかの問題 (昭和二二)年法律第七二号 新旧の憲法秩序の大きな転換点にあって、 五月三日施行) である。 (「日本国憲法施行の 本書第六章の第一 旧 が、 憲法 際現に効 月一八日 節では、 九四 下 'n 法

よりも戦時緊急措置法等による委任勅令や政令に溢れた戦との連動関係を前提に、法律第七二号制定の趣旨は、なにめていたピークによれば、同時期に進められていた内閣法

法の制定過程が克明に跡付けられる。

民政局政務課長を務

前・戦時体制下への反省から、新憲法による立法府優位よりも戦時緊急措置法等による委任勅令や政令に溢れた戦

ク後任のハッシーによる)の理念に一貫して置かれていた。(あるいは「(内閣による)政令の濫用」への抑制――ピー

アムズの要請に基づき、

個々にポツダム命令を精査して新

同法第一条は、

日本国憲法施行の際に現に効力を有する

宣言したが、それは失効期日以前に国会が講じるべき立法の」については、一九四七年一二月三一日に失効する旨を命令の規定で、法律を以て規定すべき事項を規定するも

だが、ここでいわゆるポツダム勅令やポツダム命令もこ措置を前提とした規定であった。

といった新憲法秩序との整合性がクローズアップされてくれなければ一九四七年一二月三一日を以て失効するのか、の規定による立法措置を必要とするものか否か、法律化さ

この疑義に対し日本側は、

旧憲法第八条の緊急勅令と

一様ではなかったことが、本章第二節で描かれている。例であると解釈したが、むしろGHQ側においてその解釈は「承諾」されたところにより新憲法下でも有効な委任立法して発令されたポツダム勅令は、当時帝国議会においても

VΦ

る「憲法・管理法令二元論」

の宣言であり、すなわ

布に至った

国型三雀真里)ででう「女子)症引した気)にで、ハッと正面から述べていたし、後任のハッシーもまた、新しいえば上述のピークは、ポツダム勅令は新憲法と両立しない

強調した。そして日本の法制局は、民政局立法課のウィリ令による政令の公布とは「全然別箇の問題」であることをシーはその際の政令は「普通」の政令であり、ポツダム勅国民主権原理の下での「政令の濫用」を戒めたが、ハッ

だが、この事実は憲法違反の疑いある命令の存在を確知

憲法違反の疑いのないものとあるものとを峻別までしたの

たうえで、それが「憲法の上にある」連合国最高司令官の

要求に基づく以上、

内閣による「憲法違反の政令」

の制定

果、上述の法律第七二号の一部改正が着手され、同法第一も是認される、とのGHQ側の理解を引き出した。その結

条に付加して、新たに第一条の二、「前条の規定は、

昭

する命令に関する件)に基き発せられた命令の効力に影響二十年勅令第五百四十二号(ポツダム宣言の受諾に伴い発

を及ぼすものではない」が明記された法律第二四四号の

(同年一二月二九日)。その示すところ

は

わ

序の枠外に置かれるとの、占領法規の「超憲法的」特質が合国最高司令官の要求に基づく法的措置は日本国の憲法秩

九日付で日本政府に発出された「刑事裁判権の行使に関す 下に設置の構想化が進み、一九四六(昭和二一)年二月一

Occupation Courts)」が詳述される。 第七章では、まず第一節で「軍事占領裁判所 GHQ法務局主導の (Military

著者によって活写されるのである。

るGHQによるいわば「直接管理」(治外法権)が及ぶ形 はならない」との規定が見え、日本の刑事裁判権を制限す 人又は法人その他の諸団体に対し、 の第一項には、「日本の裁判所は、 刑事裁判権を行使して 以後連合国 0

行為に対する処罰等に関する勅令」(六月一二日公布、七 る命令に関する件に基く連合国占領軍の占領目的に有害な 裁判権が及ぶ問題である。そこで、勅令第三一一号 を一本化して処理したが、特に日本人による「指令違反行 一十年勅令第五百四十二号ポツダム宣言の受諾に伴ひ発す 五日施行) の扱いについて議論が生じた。これは本来的に日本の が発され、 第二条第三項に 「占領目的に有 . 「昭和

対占領軍犯罪と、占領軍関係者及び連合国人に関する犯罪

ところで地方軍政部に設置されたこの軍事占領裁判所は

害な行為」が定義された。これは上述の通り、「間接統治

を旨とした占領方針からすれば、

まずは日本政府による

部司令官との事前折衝とその判断を要することとなった。

よる起訴猶予処分を容認し、それを行う時には、

地方軍政

うな白地刑罰法規」であった。第二節では、この勅令第三 る行為を「直 は師団の各司令官の発する命令の趣旨」にそれぞれ違反す 「その指令を施行するために、連合国占領軍の軍、 国最高司令官の日本国政府に対する指令の趣旨」、 象に含められようが、 「国内法化」を経て発せられる「ポツダム命令」違反が対 [接」に処罰し得る、「空前絶後と云われるよ 実はその枠を大幅に逸脱し、 軍 さらに 「連合 団又

訴は、これを行はなければならない」として「起訴法定主 に有害な行為」を日本裁判所の管轄下に置き、しかも また、 同勅令は第二条第一項において、この「占領目 的

一号の制定過程をGHQ側からの資料で再現する

様)、「占領目的に有害な行為」についての日本の検察官に を認識した上で HQ側との折衝過程を興味深く描いている。 てきた実務に一定の影響が及ぶことを懸念した日本側とG れる「起訴便宜主義」(大正刑事訴訟法)の下に運営され 義」を謳った。著者はここで、日本的刑事司法の特色とさ (ドイツ法) めとしたGHQ側においては、この起訴便宜主義は大陸法 から乖離した日本的刑事司法運用であること (現行刑事訴訟法典の編纂にあたっても同 オプラーを初

文化的には教育、

マス・メディア、

宗教等の自由化

法制度改革とし

期

0

「アメリカ法」

の継受こそ、

日本法を歴史的に造形

た第三の大規模な外国法の継受であるとの学界的認識をま

民主化の一

連の改革として把握されるが、

ての実態解明については、憲法制定過程の実証研究が憲法

○年に政令第三二五号(「占領目的阻害行為処罰例」)に切分析が付されている。なお、この勅令第三一一号は一九五分析が付されている。なお、この勅令第三一一号は一九五り替えられるが、その際、「占領目的阻害行為処罰例」)に切り替えられるが、その際、「占領軍当局」との間で踏まえられて来た上述の折衝の実績が認められ、そこで確認された「適正な基準」に基づくことを前提として、日本の検察官や裁判所がどのような事案にどのような判断を下の検察官や裁判所がどのような事案にどのような判断を下の検察官や裁判所がどのような事案にどのような判断を下の検察官や裁判所がどのような事業にどのような判断を下

第三節では、この「占領目的に有害な行為」について日本

4. 本論文の評価

占領期の法制改革に焦点を定めかつ戦後の現行法体制の

社会経済的には農地改革、財閥解体、経済復興、労働改革革」とは、新憲法の原理に基づく統治機構の改革を軸に、量しかこれまで与えられてこなかった。一般的に「戦後改的に言えば、その最後の章にまとめられるほどの僅かな分立ち上がりの過程を視野に収めた法制史的叙述は、概説書

送学は出発したとする「戦後日本法」のイメージがそこにて進められてきた。そこでは、明治憲法下で成立した刑法で進められてきた。そこでは、明治憲法下で成立した刑法で民法(家族法)の改正等が、新憲法の示す理念に照らして「必然化」されたことを前提に、「戦中と戦後の間」としての占領期は、戦前や戦中の法体制との断絶的契機としてで占領期は、戦前や戦中の法体制との断絶的契機として地域というによりにおいる。

た方法論が成立するのかという難題に対し、本論文のアプな政治状況下において、それでも「法」を語り得る自律しことにある。そもそも占領統治という日本(法)史上特殊構成し、日本法の長い歴史経過の中に同時期を位置づけた離れて、徹底した資料実証的分析を踏まえた史実として再

期を「現在」の視点から遡行して評価付ける如上の方法を

出口君の本業績について第一に評価されるべきは、

はあった。

や、一九世紀後半期の西洋法の継受に次いで、占領・戦後をベースに再解釈したことである。七、八世紀の律令法制継受」という法史学や法社会学における古典的な問題設定ローチの特徴は、占領期法制改革の一連の過程を、「法の

は成功しているといえよう。わないままに新しい歴史像を学界にもたらすことに本論文がは踏まえることにより、通史的なパースペクティブを失

て、

被統治者であった日本側にそれでも「自主性」、「主

占領国に対し法が「押し付けられる」ことに一定の限界がも領国に対し法が「押し付けられる」ことに一定の限界が関における方針や方法の不整合が随所に存在したことを本識文は剔抉する。「マッカーサー憲法草案」の理念を呈したとされる「マニスカルコ提案」が排斥された事実は、占たとされる「マニスカルコ提案」が排斥された事実は、占たとされる「マニスカルコ提案」が排斥された事実は、占たとされる「マニスカルコ提案」が排斥された事実は、占にとされる「マニスカルコ提案」が排斥された事業は、法が一国に導入されるに際して政治権力の果たも領国に対し法が「押し付けられる」ことに一定の限界が

あったことを示唆している。

あり得たのか。

論の各所で繙かれたGHQ文書により提示したことが、評性」が残されていたとする認識の根拠を、全七章に及ぶ行

側の「下から」の主張に耳を傾け、それを容認することも断えて強調すれば、著者の掲げる資料の多くからは、G田Q側からの提案を鵜呑みにして唯々諾々と立案審議に入る日本側の姿は殆ど見えてこない。むしろ、従来からの法 選用や法実務と連続性を保つ趣旨から、GHQ案に大いに 難色を示し抵抗する日本側の担当者の姿が再現される。だ が、どうして本来「上からの」立場であると考える。

レークモアは、GHQスタッフとして占領期の日本で交流 たオプラーとブレークモアは、それぞれに出自が異なりかたオプラーとブレークモアは、それぞれに出自が異なりかたオプラーとブレークモアは、それぞれに出自が異なりかして捉える経験や学識を備えていたことであろう。ドイツして捉える経験や学識を備えていたことであろう。ドイツで裁判官を務めながらアメリカへの亡命を余儀なくされたすプラーと、戦前、日本法を学ぶために東大に留学したブレークモアは、GHQスタッフとして占領期の日本で交流レークモアは、GHQスタッフとして占領期の日本で交流

に刮目した。 洋法概念 した日本の法制官僚や法学者たちの法的思惟が、 著者は、こうした「占領者―被占領者」 特にドイツ法的思惟 ―に貫かれていること 緻密な西 の 立

場を超えたところに確認される、 近代西洋法の学識を前提

とした「比較法的差異」の認識、 さらにそれに基づく異な

る法系間における対話可能性に注目する。この比較法的ス

タンスが裡にあって働いたからこそ、上述の二人のGHQ フは占領者側にありながら、 アメリカ法を唯一の 選

択肢として性急に「外から」日本に持ち込むことに慎重な

態度を崩さなかったし、また、自分たちの仕事を占領期に

う。

与する実効性ある改革とするために、 いたのである。ここにこそ被占領者でありながら従来から 限った弥縫的なものにしないで、 日本法の将来的発展に寄 日本側との対話を開

し得た日本人側が、 の法制度・法実務の「内から」の視点を占領権力者に提示 |体性] を紡ぎ得たと解釈できる可能性を、 その手続きの限りにおいて「自主性 著者は繊

スの 実に興味深いエピソードを紹介している。 現代比較法学の泰斗、 (極東) 出口君はオプラーの許に残された書簡の分析から 日本におけるアメリカ法の導入にことのほか ル ネ・ ダヴィドが、 それは、 第二次大戦 フラン

細な資料捌きを踏まえつつ大胆に提起しているのである。

連絡を交わし、オプラーの論文の書評をフランスの 学問的関心を寄せていた事実である。 を世界の比較法学者に知らしめた。 法国際雑誌』に掲載する形で、 占領下の日本の法制度改 慣習や伝統の 彼は自らオプラーと 素地の 比

る現代の法学者の裡にも銘記されるべき響きを持っていよ して可能とはならないとの(オプラーを介した)ダヴィ 所見は、体制移行を目指す国々への法制度整備を支援す

カ法の継受」が、単なる権力の一方向的な図式の下では決

に大陸型の法システムを独自に形成した日本への

ーアメリ

0

法論を中心に評価を加えてきた。 以上、 資料の細部から占領期の法制改革を語る著者の 最後に若干の希望的な意 方

結時に至る法状況の歴史実証的な考察が詰められていない ぼその前期に限られており、 前期から後期にかけて転換したが、本論文の扱う時 見を述べたい。まず、 」の射程についてである。GHQによる占領政策は占 本論文が対象とする「占領管理 占領後期、 および占領管理 Ü

制

法制度の改革が見通せる

かの方法論的展望があってもよかった。そして、これは著

そこからどのように占

領期

般の

刑事訴訟法や刑事司法関連分野に限られていることから また本論文が対象として定めた「法制改革」の解明が主に

なる研鑽を望みたい。

後法学」の新たなる歴史像の提示となるべく、著者には更 たかかる法史研究が、 者によっても課題とされているが、占領戦後期を対象とし 現行実定法学の各分野に対する「戦

宗岡宏之君学位請求論文審查報告

希望を述べたが、それは同君に対する我々審査員 以上のとおり、 今後の出 \Box 君の研究に対するいくつかの 一同の期

待の深さを示すものであり、

本論文の学術的評価をいささ

通りである。

旨を報告する次第である。 の学位を授与するに十分値するものと判断し、ここにその 審査員一同は、本論文が、博士(法学)(慶應義塾大学) とは明白であり、その意義は誠に大きいといえる。よって、 究の新たなる標準を示し、学界に優れた貢献を果たしたこ かも損なうものではない。本論文が日本における法制史研

論文の構成

宗岡宏之君より提出された学位請求論文「正戦論の起 世界政治における強さと優しさ― の構成は以下 源

一〇一九(令和元)年九月一三日

主査 法 学 研 究 科 委 員慶應義塾大学法学部教授 法 学 研 究 科 委 員慶應義塾大学法学部教授 岩谷 十郎

塾大学名誉教 授 大屋 雄裕 征

副査 副査

應 義

> 第一 章 正戦論とは何であったの か

第一 節 正 史

第二節 第三節 道徳哲学 リアリズム

第四節 国際社会

第五節 文 明

第二章

道

第二節 第一節 認識論 イデオロギー

第三節 実践知

近代国家