

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

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

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

令和元年九月一日

|               |                 |       |
|---------------|-----------------|-------|
| 主査            | 慶應義塾大学法学部教授     | 萩原 能久 |
| 法学 研究科 委員     |                 |       |
| 副査            | 慶應義塾大学法学部教授     | 堤林 剣  |
| 法学研究科委員・Ph.D. |                 |       |
| 副査            | 成蹊大学法学部教授・Ph.D. | 野口 雅弘 |

## 出口雄一君学位請求論文審査報告

### 1. はじめに

出口雄一君が提出した博士学位請求論文『戦後法制改革と占領管理体制』（慶應義塾大学出版会、二〇一七年、全五〇四頁）は、第二次世界大戦後の我が国の占領期（一九四五～五二（昭和二〇～二七）年）における「法制改革」の実態と同時期の「法的構造」を実証的に解明した作品である。同書のプランは、下記の目次に示されるとおり、二部からなる同書の構成に反映している。すなわち、その第一部で「法制改革」の実態が、日本国憲法の趣旨の下に全面改正が及んだ刑事訴訟法（昭和二三年法律第一三二号）の制定過程を中心として、隣接する他の法領域との関連の下に克明に資料的に再構成される。そして第二部では、「連合国による軍事占領を法的に担保した」（同書一頁）とされる「『ポツダム』宣言ノ受諾ニ伴ヒ発スル命令ニ関スル件」（昭和二〇年勅令第五四二号、いわゆる「ポツダム緊急勅令」）に基づき、占領終結まで実に五二六本の発令

件数に及んだ一連の委任法令群（いわゆる「ボツダム命令」）が、いかなる仕組みの下に機能したのかを分析する。

連合国最高司令官総司令部（GHQ）による間接統治下にあった「占領管理体制」は、新旧憲法秩序の変動期でもあり、そこでは極めて複雑で錯綜した法状況が呈された。本論文は、学界未見の数多くの文書に依りつつ、占領期の我が国の法制改革を史実的に綿密に再現し、日本の近・現代法史の新しい領野をうち拓いた労作である。

## 2. 本論文の構成

出口君（以下、著者とも記す）の学位請求論文の構成は以下の通りである。前述の通り、二部からなる本書の前半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革の側面から考察する論稿を配置する。後半部では占領管理体制の「法的性質」を、形成途次にあった、あるいは形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細する論稿を綴り込む。それぞれの章、節を構成する論述の始どは、すでに『法学政治学論究』や筆者の本務校である桐蔭横浜大学の紀要『桐蔭法学』を初めとして、学会誌『法制史研究』や『法社会学』等に掲載されたものであるが、この度の出版に際し、第三章第二節と結論部分が新た

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えるに至った。

### 序——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 GHQの司法制度改革構想

##### 第一節 GHQの司法制度改革構想から見た占領期

##### 法継受

——戦後日本法史におけるアメリカ法の影響に関するして

##### 第二節 裁判所法の制定と国民の司法参加

#### 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

##### 補論 検察補佐官から検察事務官へ

##### 第二節 刑事訴訟法の制定と運用——検察官・警察官

の関係を中心に

#### 第四章 GHQの法律家たち

##### 第一節 「亡命ドイツ法律家」アルフレッド・C・

##### オブラー

——異文化接触としての戦後法制改革

第二節 トーマス・L・ブレイクモアと日本法

—東京帝国大学の学生として、GHQの法律スタッフとして

第二部 占領管理体制と憲法秩序

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

第一節 新憲法下の国会と「政令の濫用」

第二節 占領管理体制とポツダム命令

第七章 「占領目的に有害な行為」の創出と運用

第一節 占領下における刑事裁判の制限

第二節 「占領目的に有害な行為」と検察官の起訴

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

結論—戦後法制改革と占領管理体制の交錯

(上記の一覧は、章、節〔補論も含む〕のタイトルのみを掲げている)

3. 本論文の概要

第一章では、広く「戦後改革と法」をテーマとした文献がきめ細かく渉猟され、「戦後法制改革」をめぐる研究史

的動向が課題毎に丁寧に整理される。まず、主に一九五〇年代に始まり七〇年代に本格化したという、占領期を対象とした歴史研究全般の状況が概観される。特に、GHQ/SCAP (General Headquarters/Supreme Commander for the Allied Powers, 連合国最高司令官総司令部、以下「GHQ」で統一)や、連合国最高司令官マッカーサー関連の資料に基づく実証的研究の活発化を指摘しつつ、著者は、さらに七〇年代半ば頃からの、国立国会図書館憲政資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の継続的収集や、外務省による戦後外交記録の公開などが、いわゆる「占領史研究」の「長足の進展」を可能ならしめたと評する。また著者は、「戦前」と「戦後」の関係——断絶しているのか、あるいは連続しているのか——をめぐって、優れて歴史方法論的な観点からの関心を寄せている。特に著者は、九〇年代以降盛んに論じられるようになった「戦時動員体制論」や「総力戦体制論」を前提とした「戦時」と「戦後」との連続面を強調する議論を参照軸としながら本論を展開している。これは著者が、「戦間期の我が国に、『戦後』に連続する一般的な意味での『現代法化』の起点」を置く近時の近代日本法史学の方法論を好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

ける従来からの定説的見解は、「戦前の（近代の）法体制は敗戦をもって滅んだ」、あるいは「戦前と戦後とで、国家と法の総体としての性格は変化した」という、いわば断絶性を強調する歴史認識を基調としたが、これはもはや本書において著者の立脚する視点ではない。

第二章第一節では、GHQの側から日本に対して提示された司法制度改革案の実現について、占領期におけるアメリカ法の継受ないしは影響という観点から扱う。軍事的脅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いたアメリカは、日本側に早くから刑事司法制度の速やかな改革の必要性を伝えていた。これを受け日本が一九四五（昭和二〇）年一月一六日に設置した司法制度改革審議会は、「裁判並ニ檢察ノ機構ニ付改正ヲ要スベキ具体的事項」と「犯罪捜査ニ関シ人權ヲ擁護スベキ具体的方策」の二点につき小委員会に審議を付託し、これに依りて司法省は試案として、前者につき「裁判所と検事局との分離」、後者については「予審廃止」、「司法警察の檢察直屬」、「檢察・司法警察への強制処分権の付与」といった提言をする。こうした論点は、著者によれば「おおむね、戦前から法学者・法律家の間で議論されてきたものの継承であった」とされ、ここに占領期の刑事司法制度改革における戦前期か

らの「連続面」が確認される。だが、そこに「断絶」の契機が訪れる。GHQ民間諜報局(Civil Intelligence Section, CIS)の公安課法律班主任マニスカルコによる「刑事訴訟法に対する修正意見」(いわゆる「マニスカルコ提案」)がそれであり、翌四六年二月二三日に日本側に手交された。著者の考証によればこの意見書は、同時並行的に民政局(Government Section, GS)で同局法務班長を務めていたラウエルの下で起草が進められていた「マッカーサー憲法草案」と内容的に密接に連動するものであった。その内容は、大陪審の導入、検事の公選といったアメリカ型刑事司法を強く志向したものであり、「日本の現実とかけ離れすぎ」ていると日本側は一時激しい拒否反応を示す。この「断絶」と「連続」とを超克する役割を負った人物が、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であり、また後日その補佐として来日したブレイクモアであった。ナチの迫害を逃れた「亡命ドイツ人法律家」であったオプラーと、日本法研究のために東京帝国大学に留学経験もあつたブレイクモアは(この二人については、同書第四章にて論じられる)、大陸法型の法システムを採用している日本にあつて、「急激な法体系の転換」を避けるべきであるとの考えから、草案作成をまず日本側に委ねる

べきであると提案する。その後GHQ内部での紆余曲折を経て、結局マニスカルク提案は退けられ、オプラーらを擁する民政局は、日本側立法委員の提出する法案を審査しそれに承認を与える仕方でも改革過程に関与し、四七年五月三日に裁判所法と檢察庁法が日本国憲法と併せて施行され、刑事訴訟法は翌四八年七月に成立、翌々四九年一月に施行の運びとなった。

第二章第二節では、第一節にて検討を加えたGHQ側の司法制度改革構想を前提に、本来極めてアメリカ的であるとされる陪審制度（小陪審）が日本において採用されず仕舞いとなった理由を探求する。日本の陪審法は、一九二二（大正一二年）年に公布され二八（昭和三）年に施行されたが、四三年に施行が停止された。この停止された陪審法の扱いについては、戦後直後から、憲法問題調査委員会（いわゆる松本委員会）や上記の司法制度改革審議会等で議論が重ねられていたが（特に後者では参審制度も検討された）、その大半の趣旨は「戦前から継続する（陪審制度への）消極論」の域を出なかったと考証される（つまり「連続」の契機といえる）。こうした日本側の司法制度改革についての姿勢が一転する契機が、マッカーサー草案であった。すなわち「断絶」の契機である。四六年三月五日、司

法省は閣議で陪審制度の復活に関する事項を決定する。そして前述の「マニスカルク提案」である。彼は刑事訴訟法の改正提案に際し、「制限を受けぬ自由な陪審制度」や「大陪審」の導入を提唱し、同年四月頃に日本の陪審法運用の実態分析を踏まえたうえで、「陪審法改正提案」を非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の導入は否定するものの、小陪審の規定を含む「試案」を作成するに至った。だが、オプラーの民政局着任前後からGHQ内部の司法制度改革の主導権が民政局に移行し始めると、その方針も一変する。陪審制度についても日本側の「政策」判断に属す課題と理解され、また広く国民の司法参加に関わる議論も記録上ほとんど見られなくなる。細かな周辺資料を駆使しながら著者が、「陪審制度復活の採否は日本側の主體的判断に委ねられた」とする所以である。ここには戦前からの「連続面」が確認される。ただし、裁判所法第三条第三項の原案、「本法の規定は、別に法律の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度の設置を妨げず」の文言の導入は、審議上いささか急な不自然な形でオプラーやブレイクモアの介入によって決定したという。「あらゆる民主主義国家では、或る種の重大な刑事事件について人民が裁判に関与することが普通であ

る」(オプラー)との理由がそれだが、この背景には後日、ワシントンの「極東委員会(FEC)」の審査を受ける当該裁判所法案が、「国民の司法参加」という「世界的な輿論」にけして背を向けたものではない、とのオプラーらの深慮があったと著者は推測する。ブレークモアも、日本がやがて「新しい大陸型の陪審システム」を制定することに期待を寄せていた。

第三章第一節では、検察庁法や検察審査会法の制定に至る経緯が検討される。司法省の構想するところは、捜査段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、すなわち捜査の揺るぎない主宰者としての「検察官制度」の創成にこそあったが、検察庁法の制定は、この司法省の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る。その背景には、内務省解体や警察制度改革の構想において、治安上の理由から戦前の「国家警察」を維持しつつ漸進的に地方分権化を目指す民間課報局公安課と、即時の「国家警察」の解体と分権化を図ろうとする民政局とのGHQ内でのせめぎ合いが存し、両者の調整は困難を極めた。結局、検察庁法は、検察官と「他の法令により捜査の職権を有する者」との関係を刑事訴訟法の定めに委ねる旨規定し、ようやく成立した。この一方、検察審査会法の制定の

契機は、一九四七(昭和二二)年一〇月六日、オプラーから佐藤藤佐司法次官に対して、GHQ内で検察官公選制度が検討されている事実が伝えられたことにある。オプラーはさらに続け、この制度の導入を避けるためには「何等か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る」と示唆した。これにとどまらず、検察官の任期制度導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よりもアメリカの大陪審(起訴陪審)制度に置かれた。難色を示す日本側に対しオプラーは、検察官をコントロールするための「国民の代表により構成される」委員会の設置はGHQの既定路線であるとして譲らなかつた。検察審査会法の立案には民政局のケイデイスも深く関わり、かなり早い段階でその私案が日本側に提示されていた。また同じ民政局のマイヤースは「(検察官をコントロールするため委員会の)機能は諮問機関とする。すなわち拘束力なし」との意向を伝え法案に反映された。

なお、補論として検察事務官制度の前身、検察補佐官制度(「検察補佐官の設置に関する件」勅令第六〇〇号、一九四六(昭和二二)年一二月一二日公布・施行)が紹介さ

れる。これはいわゆる「一般の司法警察官」の傍ら、新たに「検事直属の司法警察官」を全国に六〇〇名の定員で配置するものであり、この後者を「検察補佐官」と称した。もともと司法省は戦前から、司法警察と行政警察の分離の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、民間課報局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。こうした処遇に一時憤然と感情を顕にしたオプラーに対し、後日司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紹介される。

第三章第二節では刑事訴訟法の制定が扱われるが、前数章の総括的な考察が踏まえられる。前述の通り、内務省解体・警察制度改革における「分権化」をめぐり、GHQ内での民間課報局公安課と民政局（司法法制課）の対立は深いものがあつた。ところが、一九四七（昭和二二）年九月一六日付の「マッカーサー書簡」は、（司法）警察の司法省移管——これは司法省案であつたが民政局が働きかけた経緯があつた——を否定し、国家地方警察と自治体警察の

二本立てによる警察制度改革の方針——その漸進性は民間課報局公安課のそれと軌を一にしていた——の決定を指示した。これにより警察法制定が先行して始められるのだが、GHQ側で主導したのは民間課報局公安課であつた。著者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過程を細かく丁寧に再現している。警察法は同年一月八日に成立、一七日に公布され、また内務省も関連法案の成立の中、同年二月三一日限りで解体が決定する。一方、刑事訴訟法の改正だが、翌四八年三月下旬から四月にかけてまず「刑事訴訟法改正小審議会」が、その後五月まで「刑事訴訟法改正協議会」が開かれ、民政局との間でやりとりを繰り返し成案してゆく。だが、その過程も上述の「分権化」についての民政局内の政務課、地方政府課、中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。（司法）警察官と中央集権的な組織を維持した検察官との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かという課題がそこにはあつた。この刑事訴訟法案は五月二五日に閣議に付され、翌二六日に衆議院に提出、国会の審議を経て七月五日に成立し、一〇日に公布に至つた。

第四章では、第一節でアルフレッド・C・オプラーが、第二節でトーマス・L・ブレイクモアがそれぞれ扱われる。

一八九三年にアルザスの小都市に生まれたオプラーは、ベルリン上級裁判所の副長官まで勤めあげたが、ユダヤ系であるがゆえに亡命を余儀なくされ、一九三九年、ニューヨークに移り住む。筆者が特に注目するのは、この「亡命ドイツ人法律家」が合衆国到着後、早くから示していた大陸法（シヴィル・ロー）と英米法（コモン・ロー）間の「比較法的差異」（野田良之）の認識であろう。双方の法体系がそれぞれ異なる法文化圏にあるとの彼の認識は、彼がやがてGHQの法律家として日本法と対峙する際に、極めて重要な意義を持つ。

もう一方のブレイクモアは、一九一五年に生まれオクラホマ州に育つが、一九三五年、オクラホマ大学在籍中にICWA（現代国際事情財団）に見出され、極東法研究のために三九年一〇月、日本に派遣される。興味深いのは、彼がこの間、ウイグモアや亡命ドイツ人法学者マックス・ラ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得て——特にラインシュタインの強い勧めの下に——イギリスに渡り、ケンブリッジ大学のガッターリッジの指導下で比較法を学び、「近代日本法の完全な理解」のためにドイツ語・ドイツ法の修得に専念したことであろう。一九四一年四月、晴れて東京帝国大学大学院生となったブレイクモ

アであったが、同年七月の「外国人関係取引取締規則」により国外退去を余儀なくされたため、僅か数ヶ月の在籍に止まった。四六年一月、国務省外交助手として再来日したブレイクモアは、同年五月民政局に移り、オプラーとの出会いを果たす。著者は、この二人の法律家がGHQ側スタッフとして、大陸法と英米法をめぐる共通した比較法的認識の上に立っていたことが、占領期日本法制の改革における「アメリカ法の性急な受容を抑制した」事実につながっていたことを説得的に立証する。

第五章以下は本書の第二部を構成する。とりわけ第五章では占領管理体制の法的特質が論じられ、同章の二（「ボツダム緊急勅令と戦時緊急措置法」）が第六章で、同じく三（『連合国人』と『解放国民』）が第七章でそれぞれ詳論される位置付けとなっている。

新旧の憲法秩序の大きな転換点にあつて、旧憲法下の法令の効力が新憲法下にとどのように引き継がれるかの問題が生じた。これを解決する目的で制定されたのが、一九四七（昭和二二）年法律第七二号（「日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定の効力等に関する法律」四月一八日公布、五月三日施行）である。本書第六章の第一節では、GHQ側の民政局と日本側の法制局との間で進められた同

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との連動関係を前提に、法律第七二号制定の趣旨は、なに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前・戦時体制下への反省から、新憲法による立法府優位（あるいは「内閣による」政令の濫用）への抑制——ピー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。同法第一条は、「日本国憲法施行の際に現に効力を有する命令の規定で、法律を以て規定すべき事項を規定するもの」については、一九四七年一月三十一日に失効する旨を宣言したが、それは失効期日以前に国会が講じるべき立法措置を前提とした規定であった。

だが、ここでいわゆるポツダム勅令やポツダム命令もこの規定による立法措置を必要とするものか否か、法律化されなければ一九四七年一月三十一日を以て失効するののか、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る。この疑義に対し日本側は、旧憲法第八条の緊急勅令と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「承諾」されたところにより新憲法下でも有効な委任立法であると解釈したが、むしろGHQ側においてその解釈は一樣ではなかったことが、本章第二節で描かれている。例

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と正面から述べていたし、後任のハッシーもまた、新しい国民主権原理の下での「政令の濫用」を戒めたが、ハッシーはその際の政令は「普通」の政令であり、ポツダム勅令による政令の公布とは「全然別箇の問題」であることを強調した。そして日本の法制局は、民政局立法課のウィリ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憲法違反の疑いのないものもあるものとを峻別までしたが、この事実は憲法違反の疑いある命令の存在を確知したうえで、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」の制定も是認される、とのGHQ側の理解を引き出した。その結果、上述の法律第七二号の一部改正が着手され、同法第一条に付加して、新たに第一条の二、「前条の規定は、昭和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を及ぼすものではない」が明記された法律第二四四号の公布に至った（同年一月二十九日）。その示すところはいわゆる「憲法・管理法令二元論」の宣言であり、すなわち連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序の枠外に置かれるとの、占領法規の「超憲法的」特質が

著者によって活写されるのである。

第七章では、まず第一節で「軍事占領裁判所 (Military Occupation Courts)」が詳述される。GHQ 法務局主導の下に設置の構想化が進み、一九四六 (昭和二一) 年二月一九日付で日本政府に発出された「刑事裁判権の行使に関する覚書」の第一項には、「日本の裁判所は、以後連合国の入又は法人その他の諸団体に対し、刑事裁判権を行使してはならない」との規定が見え、日本の刑事裁判権を制限するGHQ によるいわば「直接管理」(治外法権) が及ぶ形となった。

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、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を一本化して処理したが、特に日本人による「指令違反行為」の扱いについて議論が生じた。これは本来的に日本の裁判権が及ぶ問題である。そこで、勅令第三一一号「昭和二十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行為に対する処罰等に関する勅令」(六月一二日公布、七月一五日施行) が発され、第二条第三項に「占領目的に有害な行為」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

「国内法化」を経て発せられる「ポツダム命令」違反が対象に含められようが、実はその枠を大幅に逸脱し、「連合国最高司令官の日本国政府に対する指令の趣旨」、さらに「その指令を施行するために、連合国占領軍の軍、軍団又は師団の各司令官の発する命令の趣旨」にそれぞれ違反する行為を「直接」に処罰し得る、「空前絶後と云われるような白日刑罰法規」であった。第二節では、この勅令第三一一号の制定過程をGHQ 側からの資料で再現する。

また、同勅令は第二条第一項において、この「占領目的に有害な行為」を日本裁判所の管轄下に置き、しかも「公訴は、これを行はなければならない」として「起訴法定主義」を謳った。著者はここで、日本の刑事司法の特色とされる「起訴便宜主義」(大正刑事訴訟法) の下に運営され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GHQ 側との折衝過程を興味深く描いている。オプラーを初めとしたGHQ 側においては、この起訴便宜主義は大陸法 (ドイツ法) から乖離した日本的刑事司法運用であること認識した上で (現行刑事訴訟法典の編纂にあたっても同様)、「占領目的に有害な行為」についての日本の検察官による起訴猶予処分を容認し、それを行う時には、地方軍政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。

第三節では、この「占領目的に有害な行為」につい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したのか、その手続きや軍政部との折衝内容など、細かな分析が付されている。なお、この勅令第三一一一号は一九五〇年に政令第三二五号（「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」との間で踏まえて来たる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、日本の検察官はもはや占領軍の承認なく起訴・不起訴の決定を許されることとなった。

#### 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立ち上りの過程を視野に収めた法制史的叙述は、概説書的に言えば、その最後の章にまとめられるほどの僅かな分量しかこれまで与えられてこなかった。一般的に「戦後改革」とは、新憲法の原理に基づく統治機構の改革を軸に、社会経済的には農地改革、財閥解体、経済復興、労働改革等、文化的には教育、マス・メディア、宗教等の自由化・民主化の一連の改革として把握されるが、法制度改革とし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

学者を中心に始められたように、個々の現行法分野において進められてきた。ここでは、明治憲法下で成立した刑法や民法（家族法）の改正等が、新憲法の示す理念に照らし「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把握された。戦前期とは分断されたところに戦後の日本法学は出発したとする「戦後日本法」のイメージがそこにはあった。

出口君の本業績について第一に評価されるべきは、占領期を「現在」の視点から遡行して評価付ける如上の方法を離れて、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ことにある。そもそも占領統治という日本（法）史上特殊な政治状況下において、それでも「法」を語り得る自律した方法論が成立するのかという難題に対し、本論文のアプローチの特徴は、占領期法制改革の一連の過程を、「法の継受」という法史学や法社会学における古典的な問題設定をベースに再解釈したことである。七、八世紀の律令法制や、一九世紀後半期の西洋法の継受に次いで、占領・戦後期の「アメリカ法」の継受こそ、日本法を歴史的に造形し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

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

むしろ、法が一国に導入されるに際して政治権力の果たす役割は極めて大きい。「超憲法的」と評された占領統治を進めるGHQだが、その内部で法制改革を推進した部署間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論文は剔抉する。「マツカースー憲法草案」の理念を呈したとされる「マニスカルク提案」が排斥された事実は、占領という条件下の「超憲法的」な政治権力によっても、被占領国に対し法が「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。

近時の歴史学は、日本に及んだ占領管理は沖縄を除き、間接統治方針が採られたことよって、占領政治や法制改革に日本側が参画する余地が生まれた、と解釈する。連合国最高司令官やGHQから発出される覚書や指令は、ポツダム勅令により日本政府の命令の形式に置き換えられた(本論第五章以下で詳論された)。またGHQも「日本占領の目的および安全」が脅かされない限りにおいて、日本側の「自主性」を尊重する方針を採った、とされる。本論文は、そうした間接統治による占領統治下の法制改革におい

て、被統治者であった日本側にそれでも「自主性」、「主体性」が残されていたとする認識の根拠を、全七章に及ぶ行論の各所で緋かれたGHQ文書により提示したことが、評価されるべき第二のポイントであると考ええる。

あえて強調すれば、著者の掲げる資料の多くからは、GHQ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、従来からの法運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GHQ側が日本側の「下から」の主張に耳を傾け、それを容認することもあり得たのか。

この疑問に著者は、第四章「GHQの法律家たち」で答えている。ともに民政局にあって法制改革の立役者となったオブラーとブレークモアは、それぞれに出自が異なりかつ親子ほどに年齢が離れていたが、彼らに共通する要素は、法をその歴史や文化において多様性ある存在として相対化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オブラーと、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

した日本の法制官僚や法学者たちの法的思惟が、緻密な西洋法概念——特にドイツ法的思惟——に貫かれていることに刮目した。著者は、こうした「占領者—被占領者」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スタッ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限った弥縫的なものにならないで、日本法の将来的発展に寄与する実効性ある改革とするために、日本側との対話を開いたのである。ここにこそ被占領者でありながら従来からの法制度・法実務の「内から」の視点を占領権力者に提示し得た日本人側が、その手続きの限りにおいて「自主性」や「主体性」を紡ぎ得たと解釈できる可能性を、著者は緻密な資料掘きを踏まえつつ大胆に提起しているのである。

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

学問的関心を寄せていた事実である。彼は自らオプラーと連絡を交わし、オプラーの論文の書評をフランスの『比較法国際雑誌』に掲載する形で、占領下の日本の法制度改革を世界の比較法学者に知らしめた。慣習や伝統の素地の上に大陸型の法システムを独自に形成した日本への「アメリカ法の継受」が、単なる権力の一方的な図式の下では決して可能とはならないとの（オプラーを介した）ダヴィドの所見は、体制移行を目指す国々への法制度整備を支援する現代の法学者の裡にも銘記されるべき響きを持つていよう。

以上、資料の細部から占領期の法制改革を語る著者の方論を中心には評価を加えてきた。最後に若干の希望的な意見を述べたい。まず、本論文が対象とする「占領管理体制」の射程についてである。GHQによる占領政策は占領前期から後期にかけて転換したが、本論文の扱う時期はほぼその前期に限られており、占領後期、および占領管理終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。また本論文が対象として定めた「法制改革」の解明が主に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、そこからのように占領期一般の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

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たかかる法史研究が、現行実定法学の各分野に対する「戦後法学」の新たな歴史像の提示となるべく、著者には更なる研鑽を望みたい。

以上のとおり、今後の出口君の研究に対するいくつかの希望を述べたが、それは同君に対する我々審査員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究の新たな標準を示し、学界に優れた貢献を果たしたことは明白であり、その意義は誠に大きいといえる。よって、審査員一同は、本論文が、博士（法学）（慶應義塾大学）の学位を授与するに十分値するものと判断し、ここにその旨を報告する次第である。

二〇一九（令和元）年九月一三日

|    |             |    |    |
|----|-------------|----|----|
| 主査 | 慶應義塾大学法学部教授 | 岩谷 | 十郎 |
| 副査 | 慶應義塾大学法学部教授 | 大屋 | 雄裕 |
| 副査 | 慶應義塾大学名誉教授  | 森  | 征一 |

## 宗岡宏之君学位請求論文審査報告

### 一 論文の構成

宗岡宏之君より提出された学位請求論文「正戦論の起源——世界政治における強さと優しさ——」の構成は以下の通りである。

第一章 正戦論とは何であったのか

第一節 正史

第二節 道徳哲学

第三節 リアリズム

第四節 国際社会

第五節 文明

第二章 道徳

第一節 イデオロギー

第二節 認識論

第三節 実践知

第三章 近代国家