

## 憲法秩序の変動と占領管理体制

——「日本国憲法施行の際限に効力を有する命令の規定の効力等に関する法律」  
(昭和二十二年法律第七二号)の制定及び改正過程を中心として

出口 雄一

### 一 序

#### 二 法律第七二号第二条と「政令の濫用」

##### 1 法律第七二号の制定過程

##### 2 法律第七二号第二条の改正問題

#### 三 法律第七二号第一条と占領管理体制

##### 1 日本国憲法の施行とポツダム命令

##### 2 法律第七二号第一条の改正問題

### 四 結びに代えて

## 一序

一九四七(昭和二二)年五月三日の日本国憲法の施行によって、我が国の法秩序の体系が大きく変動したことは言うまでもない。しかし、この変動が、連合国による「占領管理」の下で生じたことは、様々な法理論的問題を惹起する。<sup>(1)</sup> 我が国の「明治以来の憲法的変革」について検討する際には、大日本帝国憲法と日本国憲法という二つの「憲法典」の制定と並んで、一九四五(昭和二〇)年八月一四日のポツダム宣言受諾と一九五二(昭和二七)年四月二八日の平和条約発効、すなわち「占領管理」の開始及び終結を含めた「四つの変革」を視野に入れる必要があるのである。<sup>(2)</sup>

このことは、憲法秩序の変動に伴う旧法令の効力に関する規定のあり方を検討することによって顕在化する。日本国憲法は第九八条第一項において「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」と定めているが、この規定に「経過規定」的意義を読み込むか否かは、日本国憲法の「革命」的性質、あるいは、国家の同一性や「法生活」の継続性をいかに考えるかという問題とも絡んだ議論となり得る。<sup>(3)</sup> 日本国憲法制定当時、法制局の関係者は、この問題は明治憲法第七六条第一項「法律規則命令又ハ何等ノ名称ヲ用キタルニ拘ラス此ノ憲法ニ矛盾セサル現行ノ法令ハ総テ遵由ノ効力ヲ有ス」とパラレルであり、「明治憲法」下において成立した諸法令の新憲法「下」における運命について、別段の立法措置を要しないもの」と考えていたが、「結局立法的に明瞭ならしむることを適當と認め」たため、以下の内容を持つ「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」(昭和二二年法律第七二号、以下「法律第七二号」とする)が制定されることとなったとされる。<sup>(4)</sup>

第一条 日本国憲法施行の際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は、昭和二十二年

十二月三十一日まで、法律と同一の効力を有するものとする。

第二条 他の法律（前条の規定により法律と同一の効力を有する命令の規定を含む。）中「勅令」とあるのは、「政令」と読み替えるものとする。

第三条 左に掲げる法令は、これを廃止する。〔命令の条項違犯に関する罰則に関する法律〕他計一〇本…略〕

#### 附 則

この法律は、日本国憲法施行の日から、これを施行する。

この法律の施行に関し必要な事項は、政令でこれを定める。

この法律第七二号の持つ意味とその問題性は、上述のように、主として旧法令、すなわち、明治憲法下の法令・明治憲法前の法令の現行憲法下における効力の問題として、憲法学の領域で検討されてきた。<sup>5)</sup>しかし、法律第七二号が、第一回国会の会期末である一二月九日に国会を通過した「昭和二十二年法律第七十二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の一部を改正する法律」（昭和二十二年法律第二四四号、以下「法律第二四四号」）によって、以下の改正を被っていることには、憲法秩序の変動と「占領管理体制」の関係を検討する上で注目すべきである。

第一条の二 前項の規定は、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）に基づき発

せられた命令の効力に影響を及ぼすものではない。

第一条の三 行政官庁に関する従来の命令の規定で、法律を以て規定すべき事項を規定するものは、昭和二十三年五月二日まで、法律と同一の効力を有するものとする。

第一条の四 左に掲げる法令は、国会の議決により法律に改められたものとする。〔墓地及埋葬取締規則〕他計三本…略〕

前項に掲げる法令の効力は、暫定的のものとし、昭和二十三年五月二日までに必要な改廃の措置をとらなければならぬ。  
第二条に左の一項を加える。

前項の規定は、内閣その他行政機関に対し、日本国憲法が認めていない場合において命令を発する権限を付与したものと解釈されてはならない。

#### 附 則

この法律は、公布の日から、これを施行する。

後述するように、この法律第二四四号について政府関係者は、第一条の二の新設は「当然なこと」だが「万一の誤解を避けるため」、第二条第二項の追加は「念のため」に「趣旨を明らかにいたさんとする」ものと述べている。<sup>⑥</sup>しかし、日本国憲法の施行から半年以上が経過した時点で敢えてこのような規定を設けているという事実自体が、法律第二四四号が単なる「当然のこと」や「念のため」のものではなかったことを端的に物語っている。この改正に関しては、当時の解説によると、前者は、法律第七二号の原則は「いはゆるポツダム命令については適用せられない」という点につき、「ポツダム宣言の受諾が、日本の統治機構を制約している以上当然のことであるが、改めてそれをもう一度確認した」もの、後者は、法律第七二号第二条の「勅令」から「政令」への読み替えは「新憲法が認めた命



令制定権以上のものを認める意味をもつものではない」ため、「内閣その他行政機関に対し、憲法が認めていない場合に命令を発する権限を与えたものと解釈することは許されない旨を明記した」ものとされているが、本稿で以下論証することを予め要約しておくならば、法律第二四四号のこれらの規定はいずれも、連合国最高司令官総司令部（以下GHQ）の民政局（Government Section, GS）からの強力な示唆に基いて設けられたものであり、<sup>(8)</sup>具体的には、法律第七二号第二条の改正問題は、明治憲法から日本国憲法への憲法秩序の変動に伴う立法府と行政府の役割の変化についてのGHQ側の理念に、それに続いて生じた第一条の改正問題は、新憲法秩序の下での国会の役割と「占領管理体制」との位相をめぐるGHQ側のジレンマに起因するものであった。

とりわけこの後者のジレンマは、「いはゆるポツダム命令」が「占領管理体制」に占める重要性とも関連して、極めて深刻なものとなる。周知のように、所謂「ポツダム命令」とは、「ポツダム」宣言ノ受諾ニ伴ヒ発スル命令ニ關スル件」（昭和二〇年勅令第五四二号、所謂「ポツダム緊急勅令」）を根拠法令として、占領期全般に亘って五〇〇本以上発出された法令群であるが、このポツダム命令については、根拠法令であるポツダム緊急勅令が「連合国最高司令官ノ為ス要求ニ係ル事項ヲ実施スル為特ニ必要アル場合」という包括委任を行っていることに加え、命令により規定された内容が憲法秩序、とりわけ日本国憲法の理念と矛盾する事例もしばしば見られたことが指摘されている。<sup>(9)</sup>本稿において検討する、法律第七二号、及び、その改正法である法律第二四四号の制定過程は、このような問題性を孕むポツダム命令と、「新憲法」により構築されようとする憲法秩序の位相が具体的に問われる契機となったのである。<sup>(10)</sup>そこで一体何が議論され、何が問われていたのかを史料に即して論証するのが、本稿の課題である。<sup>(11)</sup>

【注】

- (1) この点については、不十分ながら、拙稿「戦後占領期日本の法制改革研究の現況と課題」『法制史研究』第五十六号、二〇〇七年、一四四頁以下において検討を行った。近時、憲法学の分野において、この点についての理論的分析を行う業績が蓄積されつつあることは注目されよう（例えば、高橋正俊「憲法の制定とその運用」（佐藤幸治他編『憲法五十年の展望Ⅰ』有斐閣、一九九八年所収）、大石眞『日本憲法史（第二版）』有斐閣、二〇〇五年等を参照されたい）。しかし、「占領管理体制なるものの法的な意味内容」については、現在においてもなお明瞭な説明がなされるに至っていないとされている（『判例特報』ポツダム宣言受諾後、治安維持法が廃止されるまでの間に治安維持法一条、一〇条違反の罪により処罰された事案（いわゆる横浜事件）に対する再審請求事件において、原判決の謄本がないことを理由として請求を棄却すべきではないとした上、ポツダム宣言受諾と天皇の終戦の詔書によりポツダム宣言は国内法的な効力を有するに至り、治安維持法一条、一〇条は実質的に効力を失い、免訴を言い渡すべき場合に当たるとして、再審請求が認められた事例 いわゆる横浜事件第三次再審請求事件決定）『判例時報』第一八二〇号、二〇〇三年、四八頁。なお、所謂横浜事件に関しては、前掲拙稿「戦後占領期日本の法制改革研究の現況と課題」、一六四頁に掲出した文献を参照されたい。
- (2) 鵜飼信成「憲法秩序の変遷」（『司法審査と人権の法理 その比較憲法史的研究』有斐閣、一九八四年所収）、三〇四頁。
- (3) 小林直樹『憲法秩序の理論』東京大学出版会、一九八六年。なお、この問題に関する近時の研究として、さしあたり山崎友也「革命と国家の継続性」（長谷部恭男編『岩波講座憲法六 憲法と時間』岩波書店、二〇〇七年所収）、三頁以下を参照されたい。
- (4) 佐藤後掲「ポツダム命令についての私録 二」、九頁以下。鵜飼信成「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」（我妻榮編『新法令の研究六』有斐閣、一九四八年所収）、二頁以下をも参照されたい。以下、法令の引用は官報によった。
- (5) 例えば、堀内健志『立憲理論の主要問題』多賀出版、一九八七年、二七六頁以下を参照。なおこの点については、小嶋和司「法

- 律・命令・条例」（小嶋和司憲法論集三 憲法解釈の諸問題）木鐸社、一九八九年所収）、一二七頁以下が示唆的である。
- （6）参議院司法委員会（二月四日）、政府委員佐藤達夫発言。なお、典拠については本章注（12）を参照。
- （7）鶴飼信成「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の一部改正」（我妻榮編『新法令の研究八 上』有斐閣、一九四九年所収）、一三頁以下。
- （8）民政局の組織及び人員については、天川晃・福永文夫「民政局の組織と機能」（天川・福永編『GHQ民政局資料「占領改革」別巻』丸善、二〇〇二年所収）、五頁以下に詳しい。以下、本稿における民政局の組織及び人員の表記は、基本的にこれに従う。
- （9）占領中に制定されたポツダム命令は五二六件に及ぶ（司法法制課「ポツダム命令について」『J&R 法務大臣官房司法法制調査部季報』第八〇号、一九九五年、片井睦明・小松俊也「ポツダム緊急勅令とこれにより制定された法令の変遷 戦後五十年を契機として」『法律のひろば』第四八巻第五号、一九九五年を参照）。
- （10）ポツダム命令に関しては、佐藤達夫「ポツダム命令についての私録 一〜四」『自治研究』第二八巻第二号・第五号、第七号、一九五二年がその概観を与える。なお、ポツダム命令が孕む問題性については、様々な文脈から議論されているが、さしあたっては、北川善英「占領法規」『憲法判例百選（第五版）Ⅱ』別冊ジュリスト第一八七号、二〇〇七年、四七四頁以下の簡潔なまとめが有用である。本稿の問題関心と関連が深いものとしては、長谷川正安「憲法判例の研究」勁草書房、一九五六年、五一頁以下、山手治之「総合判例研究〜日本占領法令の効力 一〜三（未完）」『立命館法学』第三一号〜三三号、一九五九〜六〇年等を参照されたい。
- （11）なお、この問題に関しては、かつて拙稿「昭和二年法律第七号 法令の『戦前』と『戦後』の間」（山中永之佑編『日本近代法案内 ようこそ史料の森へ』法律文化社、二〇〇三年所収）、五四頁以下において私見を試論的に提示し、法律第七号第二条の改正については、拙稿「政令の濫用と国会の役割 憲法施行直後の議論から」『議会政治研究』第八二号、二〇〇七年、三五頁以下においてやや詳しく検討している。
- （12）本稿は主として、外務省公開文書（外交史料館蔵（<http://gakokiroku.mofa.go.jp/index.html>））、佐藤達夫文書（Hussey

Papers, GHQ/SCAP Records (国立国会図書館憲政資料室蔵)、公文類聚、公文雑纂、井手成三文書(国立公文書館蔵 (<http://www.digital.archives.go.jp/>)) に基づいている(外交史料館及び国立公文書館所蔵史料の一部は上掲サイトで公開されているものを利用した)。帝国議会及び国会の議事録については、国立国会図書館の会議録検索システム (<http://kokkai.ndl.go.jp/>) を利用し、委員会名と日付のみを表記した。なお、史料の引用に当たっては旧字体を新字体に改めた他、中略箇所については「…」で示し、筆者による補記は□により示した。判読できない箇所は□とした。訳文については、適宜○により原文を併記した。また、漢数字の表記等に不統一があるが、史料のままとした。

## 二 法律第七二号第二条と「政令の濫用」

### 1 法律第七二号の制定過程

【1】一九四六(昭和二一)年三月六日の憲法改正草案要綱の公表により、「新憲法」の概要が明らかにされたのはほぼ時を同じくして、内閣は「憲法改正ニ伴フ諸法制準備ニ関スル重要事項ヲ調査審議」する調査会の準備を始めている。当初の予定から数ヶ月遅れて七月三日に設置された臨時法制調査会は、第九〇回帝国議会における憲法改正草案の審議と併行する形で、所謂「憲法附属法」を中心にした検討を行い、一〇月二六日に行われた計一九件の要綱の答申を元に、第九一回及び九二回帝国議会において多くの法律が成立を見ている。すなわち、憲法改正草案要綱の公表から日本国憲法の施行に至る期間は、主要法令の点検及び改廃のための期間という意味合いをも持ったのである。<sup>①</sup>

しかし言うまでもなく、日本国憲法の施行までに改廃を要する法令は、所謂「憲法附属法」に留まらない。法制局は八月三一日に、各省に対して「臨時法制調査会において取り上げられたものは、主要なものに限定され、一般の法

令にまで及んで」いないため、各省が所管する法令のうち「臨時法制調査会で取り上げられていない法令（法律、勅令、閣令、省令等）中改正憲法の施行に伴つて改廃を必要とするものの件名及び条名を至急御研究の上、九月三〇日まで御回答相成るやう」依頼し、その回答を受けて、一九四七（昭和二二）年一月付で「改正憲法の施行に伴ひ改廃を必要とする法令調」として、二五〇本近い該当法令の一覧を作成している。<sup>③</sup>その後、一月三日付で作成された「第九十二回帝國議會提出予定法律案件名」ではその数は一五八本に絞り込まれ、更に二月から三月にかけて絞込み作業が続けられている。<sup>④</sup>

法制局では、この絞込み作業のかなり早い段階で「法律中勅令トアルハ政令トス」という、後に法律第七二号第二条において行われる読み替えを行う旨が検討されており、また、法制局の佐藤が後年述べているように「明治憲法下において成立した諸法令の新憲法下における運命」について、この作業を通じて「各庁からの問合せなども少なくなかった」ことが、同第一条の明文化へと繋がったものと考えられる。<sup>⑤</sup>しかし、この法案の絞込み作業と並行して、二月一八日付で以下のような案が作成されていることは注目されよう。

日本国憲法の施行に伴ひ、法律の制定<sup>（又は改正）</sup>を要する場合において、《衆議院の解散その他》已むを得ない事情のため、日本国憲法施行の日迄に《所要の》立法が不可能となり、その結果《日本国憲法に基く国政の運営に重大な支障を生ずるおそれがあるときは、臨時に、政令をもつて必要な定をすることができ》る。

前項の政令は、日本国憲法施行後最初に召集された国会にこれを提出し、両院の承諾を求めなければならない。

第一項の政令について、衆議院でこれを承諾し、参議院でこれを承諾しなかつた場合においては、日本国憲法第五十九条第二項に規定する場合の例により、衆議院の承諾をもつて両院の承諾とすることができ。

第一項の政令について、前二項の規定による承諾がなかったときは、その命令は、その効力を失う。<sup>(7)</sup>

最後の帝国議会となった第九二回帝国議会は、三月三一日に迫った「衆議院の解散の關係上会期の延長は不可能な実情にある」<sup>(8)</sup>にも関わらず、二月末に至っても「新憲法施行上絶対不可欠の法律案その他の緊要な法律案は、殆ど議會提出の運びとなつてゐない」状態であつた。<sup>(9)</sup> 上記の草案が予定しているような国会閉会中の緊急措置については、日本国憲法制定過程においても日本側から再三提案されており、あるいはこの案は、ちょうど一年程前に行われていたこれらの議論を下敷きにしたものとも考えられよう。<sup>(10)</sup> このようないくつかの文脈を統合する形で、法律第七二号は起草されたのである。当初その案は以下のような内容であつた。

#### 日本国憲法施行に伴う命令の効果等に関する法律案

第一条 日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定で、日本国憲法により法律をもつて規定すべき事項を規定するものは、日本国憲法施行の日から、法律と同一の効力を有するものとする。

第二条 日本国憲法施行の際現に効力を有する法律中勅令とあるのは、政令と読み替えるものとする。

第三条 日本国憲法を施行するため已むを得ない必要があるときは、法律を以て規定することを要する事項につき、臨時に命令をもつて規定することができる。

前項の命令は、日本国憲法施行後最初に召集された国会〔にこ〕れを提出し、両院の承諾を求めなければならない。但し、その国会に、前項の命令に代るべき法律〔案が〕提出されたときはこの限りでない。

衆議院で〔これ〕を承諾し、参議院でこれを承諾しなかつた場合においては、日本国憲法第五十九条第二項に規定する場

合の例により、衆議院の承諾をもつて両院の承諾とすることができる。

第二項の規定により国会に提出された命令について、両院の承諾がなかつたときは、その命令は、その効力を失う。

附則

この法律は、公布の日から、これを施行する。<sup>11</sup>

この案は、三月三日及び五日に訂正がなされ、更に「憲法の改正に伴ひ廃止すべき法律廃止の法律」として五本の法令を列挙する規定が加えられて、以下の法律案（要綱）が八日に閣議決定された。<sup>12</sup>

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案（要綱） 昭二二、三、五

第一 日本国憲法施行の際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は、日本国憲法施行の日から、法律と同一の効力を有するものとする。

第二 他の法律（第一の規定により法律と同一の効力を有する命令の規定を含む。）中「勅令」とあるのは、「政令」と読み替えるものとする。

第三 左に掲げる法令は、これを廃止すること。

明治二十三年法律第八十四号（命令の条項違反に関する罰則に関する法律）

明治三十八年法律第六十二号（戸主でない者が爵位を授けられた場合に関する法律）

明治四十三年法律第三十九号（皇族から臣籍に入つた者及び婚嫁によつて臣籍から出て皇族になつた者の戸籍に関する法律）

大正十五年法律第八十三号（王公族の権義に関する法律）

昭和二年法律第五十一号 (王公族から内地の家に入った者及び内地の家を去り王公家に入った者の戸籍等に関する法律)

附 則

この法律は、日本国憲法施行の日から、これを施行すること。

この法律の施行に關し必要な事項は、政令でこれを定めること。<sup>(13)</sup>

この要綱の第三については、一月二〇日付で内務省より提示された「族称中士族平民の呼称廃止等に関する法律案について」により廃止の提案があった法令のうち四本、すなわち、「世襲の卒士族に編入伺出方に関する件」、「郷士族に編入伺出方に関する件」、「華士族分家者の平民籍編入に関する件」、「士族戸主死亡後に於ける族称廃絶に関する件」、及び、「士族の称に関する件」を加え、最終的には計一〇本が廃止法令として列挙され、法律第七二号の法律案が確定されたのである。<sup>(14)</sup>

【2】さて、上述した臨時法制調査会による憲法附属法の検討は、GHQの民政局との密接な連携の下で行われたことは良く知られているが、第九一回及び第九二回帝国議会におけるこれ以外の法案審議についても、法制局及び外務省終戦連絡中央事務局は、民政局と再三の折衝を行っている。<sup>(15)</sup> 法律第七二号の法律案について審査を行ったのは、民政政局政務課 (Government Powers Division) の課長を務めていたピーク (Cyrus H. Peake) であった。ピークは、日本側が提示した法律第七二号の法律案の第一条によって「法律と同一の効力を有するもの」とされることになる命令の規定につき「昭和二年十二月三十一日まで」との時間的な限定を加えた。「その期間内に国会は本条に該当する命令を全部レビューして新立法をなすべきである」というのが、その理由である。<sup>(17)</sup>



ピークは、一九四六（昭和二一）年二月の所謂マッカーサー草案の起草においては、行政府に関する小委員会の委員長を務め、七月に臨時法制調査会が設置された後は、皇室及び内閣関係について検討する第一部会の担当官を務めていた人物である。本稿の問題関心からは、日本国憲法第七三条第六号、及び、内閣法第一条における、政令の限界に関する規定の成立についてのピークの関与が注目されよう。

民政局におけるマッカーサー草案の起草に際して、行政府に関する小委員会内部には「融和し難い意見の不一致」があり、「少数派」のエスマン（Milton J. Esmen）及びミラー（Jacob I. Miller）は「強力であつて〔国民に〕責任を負う行政府」の設置を強く主張した。しかし運営委員会はこれに反対し、結局当該小委員会の委員長として、ピークは、運営委員会の「国会の内閣に対するコントロールを強化」し「内閣総理大臣が行政府内で優越的地位をもつことよりも内閣が連帯して責任を負うことを強調」する方向での修正を施した小委員会案を提出している<sup>(18)</sup>。また、現行第七三条第六号にあたる条文についても、罰則を設けてはならない旨の規定を置いたのは、運営委員会のラウエル（Milo E. Rowell）であり、この条文については、三月四日から五日にかけての所謂徹宵審議において、上述した国会閉会中の緊急措置について議論となった際に「特ニ当該法律ノ委任アル場合ヲ除クノ外」が付け加えられ、その後若干の語句修正を受けて、今の形となった<sup>(19)</sup>。

一方、内閣法の制定過程においては、ピークは八月の半ばの段階で、「国会が実質的意味のあるあらゆる行政命令を審査、拒否、修正、承認する権限をもつ根拠を内閣法と国会法に規定する」という原則のために「実質的な政令、省令は国会に提出し——休会中は次国会で——承認を受けるという規定を内閣法に設ける」旨を法制局の井手に伝えている<sup>(21)</sup>。ピークのこの意見は当初日本側の議論に直接反映されなかったが、一月になり、憲法附属法に関する議論が本格化する中で、ピークは内閣法について「根本的に書き直す必要がある」と日本側に改めて示唆することになっ

た。<sup>(23)</sup> 政令の範囲についても、ピークは憲法第七三条第六号の規定に従う形で「内閣の制定する政令はすべて法律の規定に基づくべきこと」、更に「法律を執行するための政令、省令、規則は総理大臣及び当該担当大臣の署名を通して公布される。すべての政令、規則は正当に制定された法律の明確な委任にのみ基き公布され、法律の規則なくして罰則は設けられない」との条項を提示し、日本側はこれを受けて「政令には法律の委任がなければ義務を課し又は権利を制限する規定を設けることができない」との規定を内閣法に設けることとなった。<sup>(24)</sup> ここには、ピークの「立法院の優位の確保を図る」ために「より明確な規定を挿入しよう」とする意図の貫徹を見ることが出来る。<sup>(25)</sup>

法律第七二号について、一九四七(昭和二二)年三月一二日の会談においてピークが示した、「国会は本条に該当する命令を全部レビューして新立法をなすべき」との上述の示唆は、如上の問題関心に導かれたものであったことは明らかであろう。この示唆に対し、法制局の井手第一部長からは「そのように努力はするが、数百に上る命令の全部に亘り充分に検討して所要の措置を講ずることは容易の業ではないから、若しこの事業が本年中に完了しないような場合は、又本条の期間の延長を認めるということについて了解を得たい」との申し入れがあり、ピークは「それは当然のことである。国会がとても間に合わぬと思つたら、自ら期限を延長するだろう」と答えている。日本側が第一条の修正についての示唆を受け入れたため、ピークは法律案に了承を与え、<sup>(26)</sup> これを受けて、法律第七二号の法律案は一五日に閣議決定され、一八日に衆議院に提出された。実際の審議が行われたのは、三月三〇日の貴族院行政官庁法特別委員会においてであり、席上では第一条の対象となる法令に関する質問、第二条の趣旨についての質問が若干出されているが、特段の議論はなされることなく、同日原案通りに可決、成立している。<sup>(27)</sup> その後、四月一日の裁可奏請を経て、法律第七二号は四月一八日に公布されたのである。<sup>(28)</sup> また、これと併せて、四月九日に「日本国憲法施行の際現に効力を有する勅令の規定と政令との関係に関する政令案」が準備され、法制局における検討の結果、「日本国憲

法の際現に効力を有する勅令の規定の効力等に関する政令」として、日本国憲法の施行日である五月三日、法律第七二号と同時に公布・施行されている。<sup>(29)</sup>

さて法制局では、法律第七二号の成立に伴い、ピークの示唆により年内に処理を必要とすることとなった「日本国憲法施行の際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」につき、改めて各省に検討及び報告を求める通牒を發した。<sup>(30)</sup> 各省からは、それぞれが所管する法令についての処理、すなわち、年内に何らかの形で法律に改めるか、あるいは廃止するかという方針が報告されているが、その中には、日本国憲法の施行に伴う憲法秩序の変動をいかに受け止めるか、という問題についてのゆらぎが看取される。

まず、本稿の問題関心からは、外務省の「旧外地関係」の命令の処理方針が注目されよう。<sup>(31)</sup> 外務省はこの点につき「先ず官制が問題となる」が「新憲法によつて官制がすべて法律事項となつたという解釈は、現在においては採られていないのであるから、外地関係の官制についてはこのすべてが本年末をもつて失効するのではなく、部分的に法律事項を規定した条項のみが失効することになる」ため、「その他の部分については、官制は当然には失効しないと考えられるので現在の残務整理事務の法的根拠がなくなるという恐れはない」と述べている。ここでは、旧憲法秩序の下での官制事項と新憲法秩序の下での法律事項の境界が直裁に問われていると言えよう。<sup>(32)</sup> また、本稿の直接の問題関心からは、「朝鮮における制令、台湾における律令」と法律第七二号第一条の関係についての以下の回答を取り上げる必要がある。

この法律は未だ形式的には廃止されていないのであるが、此等が法律事項を一括して朝鮮及び台湾総督の命令に委任している点から、新憲法の下においては当然失効という解決が採られ得るであろう、従つてこれに基く律令、制令は夫々当然効

力をそう失したとも考えられるのであるが、標記の「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」第一条によつて少くとも、本年末迄は効力を有すると解することができる。<sup>(33)</sup>

更に興味深いのは、商工省からの回答に附された、法律第七二号と所謂「ポツダム命令」の関係を直裁に問題化している以下の見解である。

ポツダム勅令及び省令は、根拠法規である昭和二十年勅令第五百四十二号及び第五百四十三号そのものが、昭和二十二年法律第七十二号第一条によつて本年末迄の効力を認められているものと解されるから、…商工省関係のものすべてを列挙して、その存続廃止の区分を掲記するに止め処理方針は法制局の統一的な処置をまつことにした。

法制局は、上述した第九二回帝国議会への提出法律案の絞込み作業の段階で、既に、「ポツ勅」すなわち、ポツダム緊急勅令を根拠法令として発出されてきた「ポツダム勅令」を「法律トシテヤルカ研究」する旨を視野に入れていたものと思われ、法律第七二号の起草の際にも、第一条に「承諾ヲ求ムベキ緊急勅令モヨメル」ことが指摘されたのに対して、井手第一部長が「必要ナラバ次ノ国会デソノ措置ノ法律ヲ出ス」との見解を示している。<sup>(34)</sup>ポツダム緊急勅令、及び、それを根拠に出されたポツダム命令が「新憲法」の秩序と整合性のあるものであるか、法制局内部にも迷いがあつたものと見られる。

この点について正面から問題にしたのは、やはり民政局のピークであつた。日本国憲法施行直後の五月一〇日、ピークは「所謂ポツダム勅令は、新憲法下に於ても、依然その効力を持続するかどうかについて、法制局の見解を聞いた

い」との希望を法制局に伝え、会談が行われた。

この会談においては、往訪した法制局の井手が、ポツダム命令の効力について、形式的効力としては、ポツダム緊急勅令は帝国議会において承諾されている以上「全然法律と同様に取扱はれ」るため「新憲法の下に於てもその効力を持続することは他の法律と同様である」から、これに基く命令は「法律に基く命令と同一視すべきもの」であり、法律第七二号第一号の適用を受けないこと、内容の問題として「元来本件勅令については、旧憲法のもとにおいても合憲的なりや否やの論があ」り、「新憲法のもとに於ては右の議論の余地は大きくなつた」ため、「この点は法制局においても種々意見があつたところ」であるが、「結局多数の意見により本件勅令は法律事項を無制限に命令に委任するものではなくポツダム宣言の受諾に伴ふ連合国最高司令官のなす要求にかゝる事項を実施するため特に必要なる場合に限定しておるから新憲法の規定にも違反するものではないといふことに落着いた」旨を述べた。これが、ポツダム命令の効力についての法制局の公式見解であり、その後も基本的に取られ続ける立場となった。

これに対し、ピークは以下のように反論を行っている。

自分は本件緊急勅令は新憲法とは両立しないものと考え。このセクションの者の一般的な考え方もそういう結論になるのではないかと思ふ。新憲法の下に於ては、緊急勅令にかはる制度としては参議院の緊急集会（第五十四条第二項）によるようなことになるだろうか、総司令部としても立憲的な手続を経なければならないことによつて多少その指令の実施に遅延を来すようなことかあるとしても新憲法施行という現実の事態にかんかみ仕方なしとすべきものではないかと思ふ。<sup>(36)</sup>

これまで述べてきたように、マッカーサー草案、内閣法、そして、法律第七二号の成立過程において、一貫して立

法府の行政府に対する優越を強調してきたピークからすると、「新憲法」とポツダム命令が「両立しない」とし、その代わりに「立憲的な手続」として、参議院の緊急集会のような、国会の関与する形での処理を望ましいとするのは、いわば当然の主張であった。しかし、この意見が「このセクションの者の一般的な考え方」であったかどうかは、以下で述べるように、おそらく議論の余地がある。いずれにせよ、ピークはこの後しばらくして民政局を離れて帰国の途に着いたため、この問題の処理は別の者の手に委ねられることとなったのである。

# 【注】

- (1) 天川晃「新憲法体制の整備 内閣法制局と民政局の対応を中心に」(『年報近代日本研究四 太平洋戦争』山川出版社、一九八二年所収)、一九〇頁。この間の経緯については、大石眞『憲法史と憲法解釈』信山社、二〇〇〇年、一一二頁以下、赤坂幸一「戦後議会制度改革の経緯 一」『金沢法学』第四七巻第一号、二〇〇四年、二四頁以下が詳細である。
- (2) 「改正憲法の施行に伴ひ改廃を必要とする法令の件」(外務省公開文書A-10094)。
- (3) 佐藤達夫文書一四二五。なお、部局によつて記載方法が異なっている他、複数の組織が管轄している法令については重複して記載されているため、法令数は必ずしも正確なものではない。なお、この史料の表紙及び二丁には「罰則委任の法律」との書き込みが見られるが、これはおそらく、後に法律第七二号第三条に廃止法令の筆頭として掲げられた「命令の条項違犯に関する罰則に関する法律」(明治三三年法律第八四号)を指すものであろう(なお、同法の制定の経緯については、小嶋和司「明治三三年法律第八四号の制定をめぐって 井上毅と伊藤巳代治」(『小嶋和司憲法論集一 明治典憲体制の成立』木鐸社、一九八八年所収)、三九五頁以下を参照されたい。なお、この書き込みは後述するように、この時期並行して進められていた内閣法の議論を反映したものと考えられる。
- (4) この間の経緯については、内閣法制局百年史編集委員会編『内閣法制局百年史』大蔵省印刷局、一九八七年、一〇八頁以下、及び、福元健太郎『立法の制度と過程』木鐸社、五一頁以下を参照されたい。
- (5) 「第九十二回帝国議会提出法律案」(「予定」「件名」及び「二一、一、一三、法制局」との書き込みがある(佐藤達夫文

書一三九五）。

(6) 佐藤前掲「ポツダム命令に関する私録 二」、三一頁以下。なお、法律第七二号の帝国議会における答弁では、第一条の対象となる命令として、「内務省令として『案内業者取締規則』及び『営業浴場ノ風紀取締ニ関スル件』、商工省令として『保険募集取締規則』（但し、保険業法による委任命令でない場合）、勅令として『航路標識条例』及び『開港規則』が挙げられている（貴族院行政官庁法案特別委員会（三月三〇日）、政府委員入江俊郎。なお、井手文書に含まれる「第一条の規定に該当する命令の例」と題する、おそらく議会における想定問答のための史料には、他に内務省令として『形像取締規則』及び『按摩術営業取締規則』、農林・商工省令として『暴利行為等取締規則』が挙げられている（井手成三文書二A一四一―寄八〇四）」。なおこのうち、上掲「改正憲法の施行に伴ひ改廃を必要とする法令調」に記載されているのは「案内業者取締規則」及び「営業浴場ノ風紀取締ニ関スル件」の二つのみであり（佐藤達夫文書一四二五）、また、例示された法令が一律に法律第七二号第一条の規定通り処理された訳ではない（堀内前掲『立憲理論の主要問題』、二八六頁）。

(7) 井手成三文書二A一四一―寄八〇四。なお、引用文中《》で括った箇所は手書きによる書き込みを示す。手書きにより訂正されている箇所は原文を○で括り、ルビで示した。

(8) この時期の政治状況に関しては、福永文夫『占領下中道政権の形成と崩壊』岩波書店、一九九七年、一一三頁以下を参照されたい。

(9) 佐藤達夫文書一三九五。天川前掲「新憲法体制の整備」、二二〇頁でも紹介されているが、この史料は、同日閣議決定された「今期議会に提出する法律案の提出準備促進に関する件」の添付文書であり（堀元前掲『立法の制度と過程』、五一頁）、欄外に「2126」「山縣次長ニ依頼」と附記されている他、「憲法施行上不可欠の法律案、その他緊急を要する法律案」の一覧、及び、「主管セクションより提案を示唆され、又はその内容について熱心なる指示を受けてゐる」個別の法律案について「前述の如き事情に鑑み、関係セクションの同情ある理解を得て今期ギ会提出を割愛シ次の国会の問題とすることができれば幸甚と思ふ。これについても関係セクション説得方貴官の御援助を願ふ次第である」との

別紙が附されており、おそらく GHQ 側に提出する文書の原文と思われる。

(10) 所謂三月二日案は、第七六条に「衆議院ノ解散其ノ他ノ事由ニ因リ国会ヲ召集スルコト能ハザル場合ニ於テ公共ノ安全ヲ保持スル為特ニ緊急ノ必要アルトキハ、内閣ハ事後ニ於テ国会ノ協賛ヲ得ルコトヲ条件トシテ法律又ハ予算ニ代ルベキ閣令ヲ制定スルコトヲ得」との規定を設けていた(佐藤達夫「佐藤功補訂」『日本国憲法成立史』三)有斐閣、一九九四年、八四頁以下)。また、憲法改正草案要綱の訂正交渉の際にもこの点は再三に亘り議論され、その結果として、周知のように、参議院の緊急集会についての規定が設けられた(同二九〇頁以下)。

(11) 井手成三文書二A一四一—寄八〇四。「極秘」印がある。史料が破損しており判読できない箇所、前後の史料から推測が可能な箇所は□で括って示した。

(12) 同前。なお、この過程を示す史料は、二点とも破損のため判読出来ない箇所が多いが、判読できる範囲でもそれぞれ興味深い内容を含んでいる。

①訂正を受けた結果「日本国憲法施行に関する法令の整備に関する法律案」と標題となった、昭和二年三月三日及び五日の日付を持つ史料(注(11)の史料に手書きで訂正を加えたもの)には、第一条の命令について「承諾ヲ求ムベキ緊急勅令モヨメル。(井手)必要ナラバ次ノ国会デソノ措置ノ法律ヲ出ス。」と附記されている他、欄外に「(一)ボツ勅ノ罰則委任 特別ノ委任ナリ」とのメモが見られる(この点については後述する)。なお、この史料では第四条として「日本国憲法を施行するためやむを得ない必要があるときは、法律を以て規定することを要する事項につき、臨時に命令をもつて規定することができる。前項の命令は、日本国憲法施行後最初に召集された国会にこれを提出し、両院の承諾を求めなければならない」「第二項の規定により国会に提出された命令について、両院の承諾がなかつた時には、その命令は、その効力を失う」との規定が残っている。要綱の段階でこれが削除された理由は史料上からは明らかでないが、前述したように(注(10)、日本国憲法の制定過程において、民政局側がこの種の規定に終始消極的であつたことが関係している可能性もあろう。

②「憲法の改正に伴ひ廃止すべき法律廃止の法律」と欄外に記載された史料には、「至急起案致シたく各号□□御検討



を乞ふ（思付キアラバ記入ヲ乞フ） 白井」とあり、「左に掲げる法律は、これを廃止する」として、本文に掲げた五本の法令が記入されている他、「（一） 国際的ナ環境ヲ考慮シテ」「（二） 追放令ノ関係上」「（三） 五月二日覚書」との記載がある。当初別の法律案として起草されたものが、要綱の段階で法律第七二号に合併されたものと思われる。なお、「五月二日覚書」はおそらく、一九四六年五月二日付「皇族に関する覚書」を指すものと思われる（『日本管理法令研究』第二号、一九四七年、六一頁以下を参照）。

（13）「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案要綱」（公文類聚・第七十一編・昭和二十二年一月～五月・第一巻・皇室・雜載、政綱一・詔勅・法例。原史料では、廃止される法令に「明治三十二年法律第九十四号（国籍喪失者の權利に関する法律）」が記載されているが、これは手書きで削除されている。なお、閣議書の構造については、中野目徹「閣議書・解読のための予備的考察」「立法資料」としての位置づけをめぐって」（山中永之佑編『近代日本地方自治立法資料集成 四』弘文堂、一九九六年所収）、六九頁以下を参照されたい）。

（14）公文類聚・第七十一編・昭和二十二年一月～五月・第一巻・皇室・雜載、政綱一・詔勅・法例。なお、「族称中士族平民の呼称廃止等に関する法律案について」はこの処理により「合併廃案」とされた。

（15）前掲拙稿「戦後占領期法制改革の現況と課題」、一五〇頁以下を参照されたい。

（16）福元前掲『立法の制度と過程』、四三頁以下。

（17）「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案」に関する交渉の経緯 昭和二十二年三月、終連、政、政」（外務省公開文書A一〇〇五四）。

（18）高柳賢三・大友一郎・田中英夫編著『日本国憲法制定の過程Ⅰ 原文と翻訳』有斐閣、一九七二年、一七一頁以下。なお、大石前掲『憲法史と憲法解釈』、一五〇頁以下も参照されたい。

（19）高柳他前掲『日本国憲法制定の過程Ⅰ』、一七二頁以下。

（20）佐藤前掲『日本国憲法成立史三』、一三二頁以下。

（21）天川前掲「新憲法体制の整備」、二〇四頁。なお、内閣法の制定過程に関しては、岡田彰『現代日本官僚制の成立』

法政大学出版局、一九九四年、一一七頁以下、大石眞「内閣法立案過程の再検討」『法律論叢』第一四八巻第五・六号、二〇〇一年、一四三頁以下、松戸浩「事務配分規定成立の経緯（一）」『法経論集』（愛知大学）第一六〇号、二〇〇二年、一九頁以下等を参照されたい。

(22) 本稿の関心から興味深い点としては、一〇月二二日案（第四次案）の第八条において、「政令には、別に法律の委任がある場合の外、公共の安寧秩序を保持するため取締上特に必要があるときは、一年以上の懲役若しくは禁錮、拘留、一万円以下の罰金又は科料の罰則を附することができる」旨の規定が現れ、検討の結果結局削除されていることであらう（大石前掲「内閣法立案過程の再検討」、一六二頁以下）。

(23) 大石前掲「内閣法立案過程の再検討」、一七二頁。

(24) 詳しくは、岡田前掲「現代日本官僚制の成立」一三四頁以下、及び、大石前掲「内閣法立案過程の再検討」、一七二頁以下を参照。

(25) 岡田前掲「現代日本官僚制の成立」一三四頁以下。

(26) 前掲「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案」に関する交渉の経緯 昭和二十二年三月、終連、政、政」。

(27) 「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案」（公文類聚・第七十一編・昭和二十二年一月～五月・第一巻・皇室・雑載、政綱一・詔勅・法例）。

(28) 井手成三文書二A―四一―寄八〇四。これは、「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」に手書きで訂正を加えたものである。

(29) 「日本国憲法の際現に効力を有する勅令の規定の効力等に関する政令」（公文類聚・第七十一編・昭和二十二年一月～五月・第一巻・皇室・雑載、政綱一・詔勅・法例）。

(30) 佐藤達夫文書一四二五。史料冒頭に「法律七二号により措置すべきもの」との書き込みがある。管見の限り、佐藤達夫文書には法制局からの通牒は見られないため、通牒の発出日は明らかでない。なお、法律第七二号の成立に先立っ

て、三月二十九日付で貴族院調査課長から外務省大臣官房文書課長に宛てて「新憲法施行に伴フ外務省関係ノ法律規則等ノ改廃ニ関スル件」が出されており、外務省では四月一〇日に検討を行っているが（外務省公開文書A一〇〇九四）、これが法制局の上述の通牒とどのような関係にあるかは明らかでない。

(31) 無論、日本国憲法施行後の段階で「旧外地」という把握を行っていること自体に大きな問題が含まれていることは言うまでもない。本稿においては末尾で若干検討するに止まるが、この点は別稿にて再論することとしたい。

(32) なお、司法省からの回答では、司法省官制は「法律で改正の要あり。但し行政官庁法の関係で昭和二年三月まで効力あり」とされる一方、司法事務局官制については「法律事項なりや否や、多少疑問あるも、法律事項とせば改正の要あり」と述べられている。

(33) このような解釈を提示する理由としては、包括委任として失効と解する場合「朝鮮、台湾における郵便年金、簡易生命保険銀行預金、金融相合預金<sup>（イ）</sup>、無尽、信託業等は夫々その法的な根拠を失うことになり既得の権利保護を如何にして行うかという問題が生じる」ことに加え、「現在右の失効する諸命令の効力を救う為に新に立法その他の措置を採ることとはG、H、Qとの関係においても困難であること」が「付随的理由」として述べられている。

(34) 前掲一月一三日付けの「第九十二回帝国議会提出法律案」の一丁には「ポツ勅ヲ法律トシテヤルカ研究」との書き込みが見られる（佐藤達夫文書一三九五）。

(35) 注（12）を参照。

(36) 「新憲法と所謂ポツダム勅令との関係に関する件 昭和二二、五、一二、終連 政、政」（外務省公開文書A一〇〇五四）。この史料は、佐藤前掲「ポツダム命令についての私録 一二」、四頁でも紹介されている。

## 2 法律第七二号第二条の改正問題<sup>①</sup>

【1】民政局を離れたピークの後任として政務課長に就任したのは、ハッシー（Alfred R. Hussey Jr.）であった。ハッシー

は、マッカーサー草案起草の際に中心的役割を果たした運営委員会のメンバーの一人であり、同年二月に民政局の特別補佐官 (Special Assistant) に転じていたが、ピークの帰国に伴って政務課長を兼任することとなったのである。<sup>②</sup> ハッシーは、一時帰国後同年四月に民政局に帰任し、中央政府課 (National Government Division) の課長となったスウォープ (Guy J. Swope) らと共に、日本国憲法施行後に日本側から承認を求めて提示された政令案の幾つかについて異を唱えた。<sup>③</sup>

例えば、七月一日に閣議決定された「超過勤務手当給与令」は、「労働基準法の制定に伴い、官吏も同法の適用を見ることになった」ことを受けて、従来の居残手当、徹夜賄料、直宿手当等を「整理統合し、基準法に則り適正な特別勤務手当を支給すること」を規定する内容の政令であり、「本件は官公職員の労働組合との関係で長い間懸案となつて居り本年七月から実施の約束もありこれ以上延引することを許さない事情にある」ため、単独で政令とすることとしたものであったが、七月三十一日にハッシーは大蔵省の関係者と会談して「新憲法下にあつては、一切の国費の支弁は国会の承認をへて行はるべき原則に基き、本件は法律の形式をもつて国会に提出し承認を求むべきものと考え」と述べ、大蔵省側が「本件の恒久的措置の基礎たるべき公務員法が確定していない」上、「従来、日本においては官吏の地位、給与の規定は主として勅令によつていたので、少くとも来る通常国会において定立せられるべき基本的官吏給与法をまつて全般的な法律的措施を講ずる」ことにしないと「他の勅令との均衡上稍々適当を失する疑がある」と反論すると、ハッシーは「貴官の述べられた如き従来の日本の方式を改革することこそわれわれの望むところであるから、あくまで本件は法律によるべきと考える」と、強硬な姿勢を示している。<sup>④</sup> また、七月二五日に閣議決定された「消防研究所官制」は、「総司令部の主管部局の示唆」もあり、内務省当局において立案されたものであったが、八月一二日に行われた会談において、ハッシーとスウォープは「政府内の新部局課の設置は法律によつてなされ

るべきものであると考える」こと、「予備費は緊急の必要がある場合にのみ支出すべきものであつて、本件はこれに該当しないと思う」との立場からこれに反対している。<sup>(6)</sup> 民政局のこれらの政令案に対する姿勢は、この席上において述べられた「一般に封建的な明治憲法の源泉と考えられる『政令』による政治（*The principle of government by "Cabinet Order"*）には反対である」との言葉に集約されていると言えるであろう。<sup>(7)</sup>

さて、本稿の問題関心から興味深い論点を提示しているのは、七月三日に閣議決定されているにも関わらず、ハッシーが「法律を以て規定すべき事項であるとして、承認を拒否して居」た、「金融機関再建整備法施行令」の一部改正のための政令についての議論である。法制局側は「今回政令を以て規定しようとする事項は、何れも金融機関再建整備法の委任にもとづいている事項である」ため、問題は「かかる事項を政令に委任した金融機関再建整備法の委任が広過ぎるかどうか」であり、「この政令に委任しようとする事項は、新憲法下においても、旧憲法下においても、何れも立法事項であつて、これを法律以下の命令に委任できるかどうかは新憲法施行後初めて起つた問題ではない」と説明したところ、ハッシーは「この政令案は法律の委任の範囲を逸脱して居るとは言はない」が<sup>(8)</sup>「授權の範囲が広過ぎると思う」として反対の意向を示した。ハッシーとスウォープによると、旧憲法の下では「議會は單に天皇の立法権に対する協賛機關に過ぎ」ず、「法律は何でもかでも勅令に委任して了つて居つた」のであり、新憲法第四一条の規定によつて、委任立法の「授權の範囲は縮小されたものと解しなければならぬ」とされたのである。

これに対し、法制局の井手次長は二つの方向から反論を行った。一つは、「新憲法により法律事項の範囲は広くなつた」が「新旧憲法とも何等これについて明文の規定を設けていない」ので「法律が政令以下に委任し得る範囲は旧憲法の場合と變つていない」という法律論である。<sup>(9)</sup> そしてもう一つは、委任立法の問題と関連付けた、以下のような反論である。

委任の範囲が広過ぎるといわれるが、ポツダム緊急勅令の授権はこれよりまだ広いと思う。本法は総司令部経済科学部<sup>(一)</sup>の要求もあり、諸般の事情から現実的に必要とせられた次第である。本件政令案も、これから金融機関の再建整備を進めて行くについて緊急に施行する必要がある次第である。

ここで提示された論点は、日本国憲法が掲げる理念と「占領管理体制」を法的に支えるポツダム命令との関係に直接に繋がるものであった。しかし、これに対してハッシーとスウォープは、同じ内容の法律案を国会に提出して「少し手間取つても、国民の代表たる四六六人の頭に頼るべきである」旨を述べる一方、「ポツダム緊急勅令は全然別個の問題」として、議論の枠組みから外している。この点については次章で改めて検討するが、上述した一連の議論におけるハッシーの関心は、旧憲法の下で認められていた内閣の権限を「政令の濫用」として把握し、それを新憲法の理念に即していかに抑制するかに注がれており、ポツダム命令と新憲法秩序の間に孕まれる問題性は差し当たり視野の外に置かれていたことは確認しておく必要がある。

【2】上述した問題意識に基いて、ハッシーは、政令の範囲を制限するための具体的な方策として、法律第七二号第二条の「勅令」から「政令」への読み替え規定に着目し、七月二十八日付で、この規定に但書を追加することを提案する民政局長ホイットニー宛の覚書を作成した。<sup>(二)</sup>この覚書の中でハッシーは、内閣は現在、日本国憲法施行に先立って成立した法律第七二号によって「委譲された権限の下で、勅令により立法することの出来たことは全て、現在は政令によって立法することが出来るという立場を取って」おり、この立場に則って「この二ヶ月の間日本政府は、議会を

無視するためにこの法律を用いる傾向をますます強く見せて」いると指摘する。そして「この状況は、かなり危険に満ちたものと思われる」と警告し、法律第七二号第二条に以下の但書を追加することを提案したのである。

但し、日本国憲法の下で法律によって規定されなければならないものについては、いかなる法律において規定されているものであっても「勅令」を「政令」と読み替えてはならない。<sup>(1)</sup>

この覚書には民政局の特別補佐官リゾー（Frank Rizzo）、中央政府課課長スウォープ、地方政府課（Local Government Division）課長ティルトン（Cecil Tilton）、司法法制課（Court and Law Division）課長オプラー（Alfred C. Opler）、政治課（Political Affairs Division）課長ブーカム（Carlos P. Marcum）、立法課（Legislative Division）課長ウィリアムズ（Justin Williams）、特別企画課（Special Project Division）課長ハウギ（Osborne Hauge）が同意しており、八月一日にホイットニーの承認を得た上で、上記の改正案は七日に法制局に示された。<sup>(2)</sup>これに対して、法制局では翌八日にただちに対案が作成され、その対案に基いて一二日にハッシーと井手法制局次長の間で会談が持たれた。<sup>(3)</sup>会談の席上井手は、法律第七二号第二条は「政令に新らたなる機能を与えたものではなく、単に字句を整理したに過ぎないのであつて、その政令は新憲法の予想する政令以外何等の機能を有するものではない」こと、「今ここに新たに法律改正の手續きをとつて修正的ない至注釈的条項を附加することは却つて誤解を招く恐れもある」こと、更に、ハッシーの示唆するような「法律の根拠に基<sup>(4)</sup>く委任命令を一切禁ずる」ことは法運用の実態にそぐわない、などの論拠を示して反対したが、ハッシーは納得せず、一四日には佐藤法制局長官に対して、提案に即した改正案の作成を重ねて指示した。<sup>(5)</sup>そこでやむなく法制局は、一五日付で以下の改正案を作成して一九日にハッシーに提示し、その了

解を得た。<sup>(18)</sup>

昭和二十二年法律第七十二号第二条の規定は、日本国憲法の規定に基き政令に委任することのできないものを政令に委任したものと解釈せられてはならない。<sup>(19)</sup>

なお、法制局は当初、これを政令の形で処理するという意向を持っていたが、ハッシーは「自分としてはアービトラリーでありたくはない」と一応断りながらも「是非とも法律にして貰いたい」と述べたため、法律案を作成して、二二日の閣議に附した。<sup>(20)</sup>

ところが閣議では、「政府としてこれを国会に提出するのは如何にも具合が悪い」ため、「芦田外務大臣からハッシー氏に対し書簡をもつて申出をする」ことと決し、八月二六日に秘書官が芦田外相名の書簡をハッシーに手交している。<sup>(21)</sup> 書簡の添付文書によると、日本側の反対の理由は、第一に、「この改正は「分かり切ったことを宣言するに過ぎない」上、「改正前の法律が憲法違反であったかのようには見えない」こと、第二に、政令への包括的罰則委任の禁止は「命令の条項違反に関する罰則の件」が法律第七十二号第三条によって廃止されたことにより解決済みであること、そして第三に、このとき第一回国会において労働省設置法案が審議されており、参議院において内部部局の設置を政令事項から法律事項に変更する動議が提出されていたため、この改正案を提出すると「更に問題を複雑化する危惧がある」と考えられることであった。<sup>(22)</sup> この芦田の書簡に接したハッシーは「政府の方でそう言うことならば国会の方に話を持って行くことにしよう」と答えている。次章で検討するように、法律第七十二号に関する問題はその後、衆議院の議院運営委員会及び両院法規委員会において議論されることとなる。



さて、芦田の書簡からおよそ一〇日後の九月五日、ハッシーは「新憲法下における立法権」と題する記者会見を行い、内閣による「政令の濫用」に対する自らの見解を明らかにしている。<sup>23</sup> ハッシーはこの記者会見の中で明瞭に「憲法第七三条は憲法第四一條の趣旨に照して読まれなければならない」として、「内閣は、憲法第四一條によつて、政令によつて立法する権限を与えられていない」という原則論を述べ、「国会の命ずるところを、内閣の決定する方法で行うことが内閣の機能なのである」以上は、「非常事態」であり「何か手を打たなければならない」というような場合でも、「好ましいとか便利であるとかいうこと」を理由に政令で処理することは許されないと言明した。しかし、法制局の関心はもっぱら「政府は、政令で何をなし得るか」という「尤もな質問」に対するハッシーの見解にあった。<sup>23</sup> この問題についてハッシーは「委任の許可が明瞭であり、内閣がどの程度までの行為をなし得るかという規程が委任それ自体に於て明瞭に規定されている場合」には委任命令が許容されること、「執行の分野に於ては、内閣の権限は必然的により広汎」であり、公の資金の使用には国会の議決を要する、という条件に従う限り「内閣は政令により自由に且つ充分に国の行政組織及び行政各部の行政作用を処理し得る」、すなわち、執行命令を發出し得るとの見解を示している。<sup>26</sup>

続いてハッシーは、日本側が作成する政令の範囲を制限するための具体策として、GHQの幕僚部（Special Section）が政令案の内容についてチェックを行う際に用いる一定の基準を作成することを民政局長のホイットニーに提案している。九月二五日、ホイットニーは参謀長に対し「日本国憲法が施行されてから、内閣が政令によつて立法を行うその範囲について、日本政府内及び総司令部内に少なからぬ混乱が存在して」いることを指摘し、「司令部内においては、適切な法的、及び、憲法的手続の發展を奨励するためにあらゆる努力が払われなければならない」ため、「指令部内の更なる混乱を避け、合意を確保するため」の覚書の發出を提案しているが、この提案文書はハッシーによるものであった。<sup>27</sup> このホイットニーの提案を受けて一〇月一日付で發出されたのが、スタッフ覚書第八一号「日本の政

令の範囲の制限」である。この覚書は「日本の新憲法の第四一条は、国会が唯一の立法機関であるとして」おり、「日本政府が実質的な権利 (substantive right) についての事項を取扱う政令を发出することは、この基本的な原則、及び、他の国民を保護するための憲法上の保障と矛盾する」という理解の下で、「命令が適用される範囲及び規準が制定法により具体的に許可されている場合」と「純粹に執行的な事項を取扱う性質のものであり、個人の自由や財産を損なったり、変更したり、あるいは制限したりしない場合」を除き、幕僚部はいかなる政令についてもそれを促進したり承認したりするべきではないとの原則を提示したのである。<sup>(28)</sup> なお、この覚書と相前後して、ハッシーはアメリカに一時帰国している。<sup>(29)</sup>

ところで、ここで注目したいのは、このスタッフ覚書において「連合国最高司令官総司令部の民政局長は、提案された法案が政令として認められるべきか、もしくは法律案として国会で取扱われるべきかを決定する責任を負う」と規定されている点である。<sup>(30)</sup> 前章で述べたように、帝国議会における憲法附属法を中心とする法案審議は、GHQ側では民政局との密接な連携の下で行われたが、この覚書において規定された民政局長の政令審査に関する「責任」の明示は、GHQの他の部局がイニシアティブを持って進める立法についての民政局による「統合」の試みとも理解されよう。<sup>(31)</sup> 実際、上述のハッシーによる「政令の濫用」の抑制策と並行する形で、民政局は「今後総ての政令はその公布前にこれをガヴァメント・セクションに提出して総司令部としての最後の了解を求められたき旨、口頭を以て非公式に指示」しており、この事前承認手続は七月から実施されているのである。<sup>(32)</sup>

【注】

- (1) なお、本節の内容については、前掲拙稿「政令の濫用と国会の役割」、三六頁以下で詳述しているので、併せて参照されたい。
- (2) Administrative Memorandum: No. GS: 11, Personnel Assignments, 10 June 1947 (Hussey Papers [以下HP]2-C-19)。
- (3) なお、中央政府課は「スウォープに活躍の場を与えるためにわざわざ創設された」部局だという証言もある（ジャスティン・ウィリアムズ／市雄貴・星健一訳『マッカーサーの政治改革』朝日新聞社、一九八九年、八〇頁）。
- (4) 「超過勤務手当給与令制定の件」（公文雑纂・昭和二年・第四三巻・未決法律案政令並びに廃案一）。
- (5) 「超過勤務手当給与令に関し、ガヴァメント・セクション・ハッシー中佐と会談の件 昭和二、七、三二、終連政治部政治課」（外務省公開文書A'100五四）。なお、この件については、衆参両院院の予算委員会において「政令で実施し得るのでありますが、事柄が給与という見地から相当重要」であるので了解を求めたい旨が報告されているが（八月一日及び一八日）、法律を出すこととなったため翌年二月二三日に議院が撤回されて廃案となった（前掲「超過勤務手当給与令制定の件」。なお、この時期の公務員の給与制度に関しては、川出撰『戦後日本の公務員制度史「キャリア」システムの成立と展開』岩波書店、二〇〇五年、八一頁以下を参照されたい）。
- (6) 「政令により規定すべき事項の範囲に関する問題 昭和二、八、二二、終連、政、政」（外務省公開文書A'100五四）。断りの無い場合、以下の引用はこの史料による。法制局の井手からは「各省の設置、統合の如き基本的な事項は法律をもつて規律することが適當であろうが、主任大臣の権限に何等増減を生じることなく、又官庁の人民に対する直接処分権、強制権限の行使の基礎に関する如き事項に触れない行政機構については、政令で定めて差支えないものと信ずる」旨の説明があり、スウォープは、当該研究所が「内務省の消防課の監督のもと」に置かれるのであれば「政令で規定して差し支えないものと思う」と述べ、ハッシーも「一応これに同意」しているが、一方で予備費からの支出にはハッシーは一貫して反対している（なおこの見解は、七月三〇日に民政局側でハッシー、ティルトン、リード (Ralph W. Reid) 、ベンシノーテン (Arnold V. Benschoten) が行った会談を踏まえて作成された覚書を踏まえている (Memorandum,

Establishment of the Fire Prevention Research Institute, 30 July 1947, [Confidential] 「消防研究所官制案に対する GS の意見」と書き込みがある (佐藤達夫文書一四二九)。この政令案も法律により規定することとなったため、翌年二月九日に請議が撤回されて廃案となった (「消防研究所官制制定の件」(公文雑纂・昭和二年・第四三卷・未決法律案政令並びに廃案一))。

(7) なお、この会談では、「全般的問題」として、憲法第七三条第六号が独立命令を認めているかどうか、と言う点についての議論も行われている。この点については、マッカーサー草案の起草段階では、民政局内にもこれを認容する見解があったことは興味深い (高柳他前掲『日本国憲法制定の過程 I』、一七二頁以下)。

(8) ハッシーは当初、当該政令案自体が法律の委任の範囲を逸脱している旨主張していたが、井手が「若し逸脱しているとすれば関係者としては重大な責任問題である」と述べたところ「前言を覆へすに至つた」と附記されている。

(9) なお、この点について佐藤は以下のように述べている。「新旧憲法の間に、法律による命令委任の幅に差異があるかどうかについては問題があり得る。権力分立の原則のみからこれを見るならば、その間にいささかの差異もないというべきであろう。……ただ、権力の分立と人権の保障とは楯の両面をなすものと見るならば、明治憲法に比して新憲法が特に強調する人権保障の角度から、それが若干の影響を受けはしないかという懸念も浮んで来そうである。それはそれとしても、罰則の委任の関係では新憲法がとくに七三条六号に但書を設けている以上、その間にはある程度の条件の変更があるものといわなければなるまい。／それにもかかわらず、私は、この勅令第五四二号の委任は新憲法に違反するものではないと思うけれども、そういうことをいうと、今後同様の立法が続々となされることになりはしないかという心配を生ずるであろう。しかし、このような形の特定委任は、占領軍司令官のような、合法的に受け入れられた第三者の問題であつて、超憲法論には関係はない) こういう形は、今後において普通には到底予想されないことであると思う」(佐藤前掲「ボツダム命令についての私録 二」、一〇頁)。

(10) この覚書についてハッシーは、七月三十一日の「超過勤務手当給与令」に関する会談の席上、日本側の「本件は同法律

第二条のいわゆる「政令」として法的にも妥当と考えるが如何」との意見に対し、「同法律第二条の規定は相当曖昧にて十分意を盡していないくらいがあるので、本旨は同法律の条文解釈につきウィットニー<sup>「ウィットニー」</sup>將軍に覚書を提出してある」として、覚書を提示しながら「同条にいわゆる「勅令」には、新憲法下当然法律をもつて規定さるべき実質を有するものは含みをらざるものと解すべきで、然らざれば該法律は違憲性をもつに至るであらう」と述べている（前掲「超過勤務手当給与令に關し、ガヴァメント・セクション・ハッシー中佐と会談の件」）。

- (11) Memorandum for the Chief, Government Section[以下M/C], Legislation by Cabinet Order, 28 July 1947 (HP-73-B-1).
- (12) 但し後述のように、オプラーは七月三〇日付で、ハッシーの覚書に対しコメントを寄せしめる (HP-73-B-4)。
- (13) Memorandum for the Record[以下M/R], Amendment to Law No. 72, 14 August 1947 (HP-73-B-18).
- (14) 「昭和22年法律72号第二条ニ追加ヲ要求 (G. S. ハッシー<sup>「ハッシー」</sup>)」 8. 7 対井手法制局次長」(佐藤達夫文書一四二六、井手成三文書一A一四一寄九〇二)。
- (15) 外務省公開文書A一〇〇九四 (以下断りの無い場合、本章の引用はこれらの史料による)。なおこの文書は英訳されてハッシーに提出された (On Article 2 of Law No. 72 of 1947, 8 August 1947 (HP-73-B-6))。併せて「反駁のための具体的事例についてのノート及びその英訳も準備されたが、これは口頭で言及されるに止まったようである (外務省公開文書A一〇〇九四には「本ノートは一応準備し相手方に手渡すべきか否か検討中」との書き込みがある)。また併せて、「行政機構を定める法的形式について (消防研究所と政令との関係について) (日付なし)」、「金融機関再建整備法施行令について」(八月一日付)も、英訳と共に準備された (佐藤達夫文書一四二六、井手成三文書一A一四一寄八八八)。
- (16) 「政令により規定得べき事項の範圍に關する問題 (その二)——昭和二十二年法律第七十二号に關する問題 昭和二三・八・二六、終連・政・政」(外務省公開文書A一〇〇五四)。断りの無い場合、以下の引用はこの史料による。
- (17) M/R, Amendment to Law No. 72, 14 August 1947, op.cit.
- (18) この会談については、民政局側では立法課のキャンベルが報告を行っている (M/C, Amendment of Law No. 72, 19 August 1947 (HP-73-B-16))。なお、法制局では第二案として「昭和二十二年法律第七十二号第一号の規定は同条に規定

- する読み替えにより従前勅令で想定し得た事項はすべて政令で規定し得るものと解釈されてはならないのであって、この読み替えの結果発せられる政令には日本国憲法の下において政令で規定し得る事項（法律の委任により政令で規定し得る事項を含む）以外の事項を規定することはできない」との案も作成されているが、会談の席上で第一案とされた。この経緯を示す史料は GHQ 側にも残っている (HP-73-B-17)。
- (19) 「昭和二十二年法律第七十二号第二条の解釈に関する件 昭和二三、八、一五 法制局」(外務省公開文書 A'10094。なお、この文書に添付された井手から終連の藤崎連絡官に宛てた同日のメモには「佐藤法制局長官本日本午後コマンドーハシイに会談して提示したいと思いますので予め御翻訳をお願い致します」とあるが、この会談が行われたかどうかは不明である)。
- (20) 「昭和二十二年法律第七十二号の一部を改正する法律案」(佐藤達夫文書一四二六。なお後述するが、欄外には「廃」「G 来訪」との書き込みが見られる)。
- (21) HP-73-B6 (佐藤達夫文書一四二六及び外務省公開文書 A'10094 に原案が見られるが、内容的には前者が草稿段階の史料であるものと思われる)。
- (22) この過程に関してはさしあたり、竹前栄治『戦後労働改革』東京大学出版会、一九八二年、一七七頁以下を参照されたい。
- (23) なお、前掲拙稿「政令の濫用と国会の役割」、三七頁以下において、当該添付文書の全文を紹介している。
- (24) The Legislative Authority under the New Constitution, Press Conference of Civil Information Section and Government Section, 5 Sep. 1947 (外務省公開文書 A'10094)。「政令問題に関するハッシー氏の新聞記者会見」との書き込みがある(佐藤達夫文書一八日付の翻訳である「新憲法下の立法権」には「政令の濫用に付て司令部声明」との書き込みがある(佐藤達夫文書一四二九、井手成三文書二 A-四一-寄九〇一)。以下の引用はこの翻訳を参考としたが、英文に従って訳文を一部変更した)。
- (25) 前注において言及した、佐藤文書及び井手文書中の邦訳においては、主としてこの問題に関する箇所に手書きで下線が附されている。

- (26) 詳しくは、前掲拙稿「政令の濫用と国会の役割」、三八頁以下を参照されたい。
- (27) Proposed Staff Memorandum Curtailing Scope of Japanese Cabinet Orders, 25 Sept 1947 (GHQ/SCAP Records, GS (B) -02512).
- (28) Staff Memorandum No.81, Curtailment of Scope of Japanese Cabinet Orders, 1 October 1947, Appendix G: 8a(7), Political Reorientation of Japan, September 1945 to September 1948, Report of Government Section, Supreme Commander for the Allied Powers, 1949, p.802. 前掲拙稿「政令の濫用と国会の役割」、三九頁において全文を紹介している。
- (29) なお、芦田外相は九月二七日「正午 Hussey 夫妻をよんで帰米の Farewell をやった」と記録している（進藤榮一編『芦田均日記 一二』岩波書店、一九八六年、二九〇頁）。
- (30) このパラグラフは、九月二五日付のホイットニーの提案に添付された原案では、単に「民政局」となっている。
- (31) もっとも、民政局は結局、立法に関する（統合組織）となることには失敗した、との分析がなされている（福元前掲『立法の制度と過程』、四五頁以下）。
- (32) 「政令案について総司令部ガヴァメント、セクションに事前連絡方に関する件 昭和二二、七、五 終連政政」（外務省公開文書、A-10054）。
- (33) 「政令案に関し SCAP の事前承認取付け連絡事務進捗状況報告（一）（自昭和二二、七、一〇 至八、三二） 昭和二三、九、二 終連 政 政」、「政令案に関し SCAP の事前承認取付け連絡事務進捗状況報告（二）（自昭和二三、九、一 至一〇、三二） 昭和二三、一、四 終連 政 政」（外務省公開文書 A-10054）。

### 三 法律第七二号第一条と占領管理体制

#### 1 日本国憲法の施行とポツダム命令

【1】前章においては、法律第七二号の成立及びその後の日米間の交渉の過程を通じて、旧憲法から新憲法への憲法秩序の変動につき、日本側の法制局とGHQ側の民政局がそれぞれのどのような認識に基いて対応したかを検討した。この過程は、マッカーサー草案及び内閣法の制定においてピークが一貫して強調してきた、立法府の行政府に対する優位という理念が、ピークの後任として政務課長となったハッシーによって、法律第七二号第二条の改正提案と「スタッフ覚書第八一号」の発出という形で、内閣による「政令の濫用」の抑制の方針として引き継がれた、と一応は整理することが出来るよう。

しかし、ピークの帰国後、その管掌業務を民政局の誰が引き継ぐか、という点は、必ずしも自明なものではなかった。例えば、一九四七（昭和二二）年四月三〇日、日本国憲法の施行に伴って、法制局が従来の公式令に代わるものとして制定しようとした「公文方式令」について、ピークは「本案の内容は元来法律をもつて規定すべきことであると思う」として反対したため、この政令は成立に至らなかった。<sup>(1)</sup>そこで法制局では、法律として新たに「公文方式法案」を作成して、六月二六日に民政局と折衝を行おうとしたが、この際にピークは帰国しており、法制局側が「その事務の一部を引き継いだナショナル・ガヴァメント・デイヴィジョンのスコープ<sup>(ママ)</sup>氏の許に本案を提出」したところ、この問題については「むしろコーツ・アンド・ロー・デイヴィジョンのオプラー氏の主管である」との返答があった一方、「本案の実質上の主任者と認められる」のは政務課のハッシーであるともされたため、結局この法律案については、七月一日に井手法制局次長が両者と個別の会談を持つて解決を図っている。<sup>(2)</sup>また、九月一八日に、上述のように政令によって定めることが問題視されていた「消防研究所官制」について、法律案の形で国会に提出する意向を伝えるために、井手次長らが中央政府課のスウォープ及びケント（Paul J. Kent）と会談した際、スウォープは「本件については当部局に於ても自分以外に二、三の関係官がある」旨を述べているのである。<sup>(3)</sup>



当初ビークが管掌していた、法律第七二号に関する問題についても事情は同じであった。同年九月の末頃から、法律第七二号第二条の改正問題については「国会の方」、すなわち、第一回国会の衆議院議院運営委員会と、国会法によって新設された両院法規委員会において議論が行われているが、前述したように、この頃ハッシーはアメリカに一時帰国している。この間、民政局側でハッシーに代わる形で法律第七二号に関する問題を主に取扱ったのは、司法法制課課長のオプラーであった。<sup>⑤</sup>

オプラーは既に、法律第七二号第二条の改正を提案する七月二十八日付のハッシーの覚書について、同月三〇日付でコメントを寄せているが、一〇月一日の「スタッフ覚書第八一号」を巡る民政局内の措置についても、ハッシーとは意見を異にしていた。すなわち、ホイットニーから参謀長に上記スタッフ覚書の発出が提案されたのと同日の九月二五日、政務課のキャンベル（Douglas P. Campbell）が作成して、ハッシーが承認を与えた覚書が民政局全課長を経由して民政局長に提出されている。この覚書の中では、スタッフ覚書第八一号による「実質的（substantive）な内容を持つ政令の制定を制限するという新しい方針」に基き、日本側から提案されている法案について「この法律の施行に必要な事項は政令で定める」という不明瞭な用語法は「この法律の下で必要な執行手続は政令で定める」と読み替えられるべきであり、「政務課は、当局（民政局）のある課に立法提案が承認を求めて提出された際には、使われている用語法についてチェックが行われ、上述の示唆に一致した修正がなされることを要求（request）する」旨が述べられていた。<sup>⑦</sup>ところが、オプラーはこの文書に対して、九月二七日付で「多くの技術的な規定」については「法律が大部で不明瞭なものになり過ぎることを避ける為に、法律自体からは除かれるべきである」ため、「内閣の権限を一般的に削減することは得策ではない」として、不同意である旨をコメントしているのである。<sup>⑧</sup>

さて、上述したように、法律第七二号第二条の改正問題については、九月末頃から第一回国会における衆議院議院

運営委員会、及び、両院法規委員会において議論が行われており、その議論を踏まえて、一〇月九日には、以下のよう内容の改正案が衆議院議院運営委員会から民政局に提出されている。

前項の規定に基いて、日本国憲法の規定によつて政令に委任することのできない事項につき、政令を発することがあつてはならない。<sup>(9)</sup>

この改正案について、政務課のキャンベルは「前項の規定に基いて」の箇所について「このフレーズは不必要である」とするものの「他は良い」とのメモを附しているが、この提案に接したオプラーは、立法課に対して、この案は「内閣は憲法違反の政令を制定することが出来ないという以上のことを述べていない」ので「無意味だと考える」旨を一四日付でコメントしている。そして、立法課から政務課に対して出された同日付の付箋においてオプラーは、「司法法制課からのコメント」として、以下のような興味深い内容を記しているのである。

我々と法制局の佐藤との会談に関して返答する。私は、ポツダム宣言の下で制定された勅令及び政令を法律に変える義務から除外する改正 (an amendment excluding from the obligation of change into Diet Law Imperial Ordinances and Cab. Order enacted under the Potsdam Declaration) に賛成である。私は個人的にはそれが必要だとは考えていないが、「この改正には」ハッシーにより主張された改正を挿入する機会が用いられるかもしれない。しかし、それは何の害もたらさないであろう。<sup>(10)</sup>

管見の限り、オプラーがこのコメントにおいて言及する「法制局の佐藤との会談」の記録は見出されないが、オプ

ラーの言に依拠するならば、この会談において、法律第七二号第一条の改正、すなわち、「日本国憲法施行の際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は、昭和二十二年十二月三十一日まで、法律と同一の効力を有するものとする」との規定から、「ボツダム宣言の下で制定された勅令及び政令」、すなわち、所謂「ボツダム命令」を除外することが提案され、この改正の機会として、ハッシーが主張してきた法律第七二号第二条の改正提案が用いられる、という可能性が示唆されたことになる。

オプラーのこのコメントに対して、政務課のキャンベルは一七日に、法律第七二号第二条に関する衆議院議院運営委員会の改正案は「単に憲法が含意していることを繰り返して述べているに過ぎない」との賛意を示すと共に、法律第七二号第二条改正問題についてのこれまでの資料をオプラーに送付している<sup>(12)</sup>。これを受けてオプラーは、二一日付で司法法制課から政務課及び立法課に宛てて「現下の草案は全く無意味」であり、「一九四七年八月一九日のキャンベル氏のメモで用いられた用語の方が好ましいと思う」として、衆議院議院運営委員会の改正案を退け、八月一九日にハッシーと井手法制局次長の間で合意された改正案を用いることを推奨している<sup>(13)</sup>。いずれにせよ、これ以降、法律第七二号に関する問題において、第二条の改正、すなわち、ハッシーの提案した「政令の濫用」に関する問題は徐々に後景に退いて行くこととなるのである。

【2】ところで、ここで問題とされているボツダム命令と日本国憲法の整合性については、前述したように、日本側でも疑義が提出されていたものの、法制局はさしあたって、ボツダム命令は日本国憲法の下でも有効な委任立法であり、法律第七二号第一条の適用範囲外であるとの解釈を示した。これに対して、民政局のピークからは、日本国憲法施行直後に「本件緊急勅令は新憲法とは両立しないものと考える」として、正面から反対意見が提示されていたこと

も、前述の通りである。

しかし、ピークが示したようなポツダム命令についての正面からの反対意見は、民政局の側でも徐々に見られなくなる。例えば、法律に基いて設立された機関である生命保険中央会及び損害保険中央会に対して廃止の命令が出されたことにつき、<sup>(14)</sup> 民政局のリゾーは「これをポツダム命令により処理することの当否につき疑義を提起」して、六月一九日に佐藤法制局長官の往訪を求めている。<sup>(15)</sup> この件についてリゾーは「その措置の実質については既に経済科学部の係官と大蔵省の係官との間で諒解かついて居る」が、「問題はそれを政令で行うことの可否の点である」として、「若し本件の場合政令によることとすれば、政令によつて法律を改廃することとなり立法権の原則にふれる問題となつて来る」として、以下のように述べる。

技術的にはポツダム政令によつても合法的、合憲的であることはよく承知しているか、ポリシーの問題として、法律事項は法律をもつて規定するという原則は飽迄尊重されなければならぬ。法律事項を政令で規定することを認める時は、それだけ国会の立法活動の分野を狭めることとなり悪例を招くこととなる。

他面総司令部の要求事項について、一々国会による立法を要することとすれば、国会はもとより行動の自由を有するわけであるから、総司令部の要求事項を必ず実施すると言う保障は得られなくなる、という困難がある。しかしこの点については、当部の長は「総司令部要求事項実施のため法律が必要な場合には、内閣は、従来やつているように、政府提出の法律案として国会に提出してもよいし、又若し政府に於てみずからの責任に於て提出することかちゅうちよ<sup>(16)</sup>されるような場合には、前文なりなんなりに、総司令部の要求による旨を明記して提出してもよく、後者のような方式をとることについて我々としてはなんら異議はない」と言う意見である。こうすれば国会の権限を侵すことなく、総司令部の要求を実施し得る訳である。

これに対して、佐藤法制局長官は「ポツダム政令の制度が合憲的であることについては、御説の通りである」と確認した上で、「国会の立場を十分尊重しなければならないこともとよりであつて、立法事項は能う限り法律によるべきである」と確信している」が、「たゞ総司令部の要求には時間的制約のあるものあり、諸般の情勢上、政令によらざるべからざる場合もある次第である」として、法律によることが出来ない場合があることにつき民政局側の理解を求めている。<sup>(16)</sup>

この会談に見られる「法律事項は法律をもつて規定する」という「ポリシーの問題」と、「総司令部の要求」という「諸般の情勢」の孕む緊張関係は、前章で言及した、「金融機関再建整備法」の施行令の改正を巡る八月一二日の法制局と民政局の会談において顕在化することになる。すなわち、日本側の政令発出につき、授權法に規定された委任の「範囲が広すぎる」ことを問題視するハッシーに対して、井手法制局次長は「委任の範囲が広過ぎるといわれるが、ポツダム緊急勅令の授權はこれよりまだ広いと思う」と反論した。これに対し、ハッシーとスウォープは以下のように応じているのである。

ポツダム緊急勅令は全然別個の問題である。この法律が若しポツダム緊急勅令にもとづくものであるならば問題は別であるが、これは普通の法律の形になつてゐる。近い将来最高裁判所が動き初めたら、これは違憲の法律とせられる可能性が非常に大きいと思う。<sup>(17)</sup>

ここでは、「占領管理体制」を法的に支える「占領法規」「管理法令」の中核をなすポツダム命令と、最高裁判所の

違憲立法審査権をも含み込んだ「新憲法秩序」は、「全然別個の問題」として区分可能であるとの理解が示されている。ハッシーによって主張された、法律第七二号第二条の改正による「政令の濫用」の抑制プランは、あくまで「新憲法秩序」の範囲内で、立法院の行政府に対する優越という理念を貫徹しようとしたものであり、占領管理体制とは「全然別個の問題」として取扱うことを主張するものであった。実際、九月五日にこの問題について行った前掲の記者会見「新憲法下における立法権」の際に、ハッシーはこの区分を前提としてか、会見後の質疑応答において「日本国民に普通の政令とポツダム勅令による政令公布の別を明確にしめすべき」であると述べているのである<sup>(18)</sup>。

しかしそれでは、新憲法秩序と占領管理体制は、果して整合性を持って把握され得るのであるか。この点は、法律第七号第一条において規定された「日本国憲法施行の際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」の有効期限である二月三十一日が迫り、とりわけ、両院法規委員会等においてこの件に関する議論が行われる過程で、問題化されることとなった<sup>(19)</sup>。前節において言及したように、一〇月半ばに提起された、法律第七二号に関する「ポツダム宣言の下で制定された勅令及び政令を法律に変える義務から除外する改正」についての提案が現れたのは、このことの反映であると考えられる。

この問題について興味深いのは、一月七日に法制局と民政局の間で行われた会談である<sup>(20)</sup>。この会談の席上、民政局立法課のウィリアムズは、法律第七号第一条について「貴方ではポツダム命令については、右の関係でどう取扱はれるつもりであるか」と法制局側に直裁に問うた。これに対し佐藤法制局長官は、ポツダム命令はポツダム緊急勅令によって「すべて正当なる法律上の基礎を有する」ため、「本年末までに何等措置を講ずる必要なきものである」との従来の意見を繰り返している。しかし注目すべきは、その後に続くウィリアムズと佐藤の以下のような応答である。

ウィリアムズ「然らばそれと少し観点を変へて、この際、従来のポツダム命令をすべて其の儘の形で法律にすると云ふことについてはどう考へるか」

佐藤「それは個々の命令の内容について見なければならず、一概には云へない。」

ウィリアムズ「その点自分も同感である。ポツダム命令の中、苟くも新憲法違反の疑いのあるようなものは法律とすべきではないが、その他のものはすべて法律にすべきであると自分は考へて居る。就いては現在施行せられて居り、又将来もその効力を持続せしめる必要があるようなポツダム命令のリストを提出して貰ひたい。」

佐藤「承知した。来週水曜日までに提出する。憲法違反のポツダム命令云々の点については、自分は従来とも総司令部は憲法違反のことを要求したこともないし、将来もなかるべしと考える。<sup>(2)</sup>」

この会談から看取されるのは、ポツダム命令の中には「法律を以て規定すべき事項を規定する」ものが多く含まれており、かつ、これらは、原理的には国会において法律によつて規定されるべきである、という「新憲法」の要請する理念である。しかしそれと同時に、法制局がその合憲性を擁護しているにも関わらず、ポツダム命令の中には「苟くも新憲法違反の疑いのあるようなもの」が確かに存在している、という認識が、ウィリアムズによつて端的に示されているのである。

この点については、会談に同席していた終戦連絡部の藤崎連絡官と、ウィリアムズ及び司法法制課のブレイクモア(Thomas L. Blakenore)の間で、以下のようなやりとりが行われたことが記録されている。

尚憲法違反の法律命令云々について、藤崎から私見として「貴方の云はれたことは、如何にも国会は憲法違反の法律を制定してはならないが、内閣には憲法違反の政令を制定させても構はないと云ふように受け取れるがどうか。」と述べたところ、ウィリアムズ氏及ブレイクモア<sup>「マ」</sup>氏は「ポツダム命令は憲法の上にある SCAP〔連合国最高司令官〕の要求に基くものであるから、憲法違反の問題は起らない。」と答へたが、それ以上追究することは止めた

ウィリアムズとブレイクモアは藤崎の質問に正面から答えてはいないが、少なくとも、内閣が制定する政令のうち「憲法の上にある」連合国最高司令官の要求に基いて制定されるポツダム命令には「憲法違反の問題は起らない」、すなわち、ポツダム命令に関しては、内閣による「憲法違反の政令」の制定も是認される、との見解が示されたことになる。この段階に至り、法律第七二号の改正問題は、ハッシーが提起したような、国会による内閣の「政令の濫用」に対する抑制という枠組みを超え、むしろ「占領管理体制」そのものに極めて近接した問題へとシフトすることとなる。

# 【注】

(1) 「公文方式令案に関する件(内閣総理大臣の任免手続に関する問題) 昭和二三・五、一 終連、政、政」(外務省公開文書 A-10054)。<sup>マ</sup>ピークはこの件について「草案についての本質的な批判は、内閣総理大臣の任免、法律の公布、そして憲法の改正に関する手続に国会が含まれていないことである」と報告している (M/C, Ordinance concerning formalities connected with the issuance of official documents, 5 May 1947 (GHQ/SCAP Records, GS(B)-01183))。<sup>マ</sup>なお、この問題の経緯については、佐藤達夫「公文方式法案の中絶」『レファレンス』第七二巻第七号、一九五七年、二頁以下に詳しい。なお、大石前掲『日本憲法史(第二版)』、三四三頁以下も参照。

(2) 「公文方式法案の廃<sup>マ</sup>きに関する経緯 昭和二三・七、一 終連、政、政」(外務省公開文書 A-10054)。

(3) 「消防研究所官制に関する件 昭二三・九・一八 終連、政、政」(外務省公開文書 A-10094)。



(4) 例えば、九月二三日の両院法規委員会においては、以下のような提案がなされている。「法律第七二号の」第二項といたしまして、『前項の規定に基いて、日本国憲法の規定により政令に委任することのできない事項につき、政令を発することがあつてはならない。』というのを入れてはどうだろうかという意向がございます。これについて政府におきましては、これは政府で議すべきものでないというので、両議院の運営委員会において、これを議することになったのであります。そこで参議院におきまして、すでにこれが運営委員会において議題になつて、そうしてこれは法規委員の方に回付するから、そこで十分に議してくれということになつたのであります。仄聞すれば、衆議院の運営委員会においても、目下これを議しているというので、いかにすべきや。参議院の方の意向といたしましては、大体それでよろうと考えておりますが、もし衆議院の、あるいは参議院の方で、運営委員会において議することが不可能であるとか、あるいは困難であるというような場合には、両院法規委員会ではこれをいかに処理すべきやという問題が、ここに惹起しているわけでありませう」

(5) オプラーが戦後法制改革において果たした役割に関しては、アルフレッド・C・オプラー／内藤頼博監修、納谷廣美・高地茂世訳『日本占領と法制改革』日本評論社、一九九〇年を参照。また、拙稿「GHQの司法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連して」『法学政治学論究』第四九号、二〇〇〇年、「GHQの司法改革構想と国民の司法参加 占領期法継受における陪審制度復活論」『法学政治学論究』第四九号、二〇〇一年においても若干検討を行っている。

(6) 前章第二節注(12)。

(7) No title, 25 September 1947 (GHQ/SCAP Records, LS-26397). これは政務課が民政局内での存在感を示すための動きと考える事も出来るだろう。なお、前述したように、キャンベルは少なくとも同年八月一九日の段階では立法課の課員であったが(前章第二節注(19))、次注に引用する史料によると、この文書の作成時には政務課に移籍していたようである。従つて、前掲拙稿「政令の濫用と国会の役割」、四四頁(注38)の記載は誤りであるので、訂正されたい。

(8) Comment on Memo of 25 Sept 1947 To Chief, Govt Sect from Mr. Campbell, GPD, re amendment of terminology in drafts of

proposed legislation, 29 September 1947 (GHQ/SCAP Records, LS-26290). なお、この史料及び、次節注(18)と(20)で言及する史料が含まれている法務局のクロノロジカル・ファイルは、獨協大学法学部の福永文夫教授のご厚意により借用、閲覧させていただいたものである。このファイルの内容細目次については、何らかの形で利用可能な形とする予定である。

- (9) Bill for Partial Amendment to the Law concerning Force and others of the Provisions of the Ordinances which are Effective at the Time of Enforcement of the Constitution of Japan (HP-73-B-15). 断りの無い場合、以下の引用はこの史料による。

- (10) Government Section Buck Slip, 14 Oct 1947 (HP-73-B-12).

- (11) なお、後に引用する史料によると、この会談はオプラー・ウィリアムズ・佐藤の間で行われたようである。

- (12) no title, 17 Oct (HP-73-B-14).

- (13) no title, 21 October 1947 (HP-B-13).

- (14) この司令に関しては、『日本管理法令研究』第二六号、一九四八年、六二頁以下を参照されたい。

- (15) 「ポツダム政令の制度に関する問題及び一般に政令案について総司令部ガヴァメント、セクションに事前連絡方に関する件 昭和二二、六、一九、終連 政、政」(外務省公開文書A-10054)。断りの無い場合、以下の引用はこの史料による。

- (16) なお、この会談の際に、リゾーから「各個のポツダム政令案について、その政令によることの必要なりや否やを検討する係官を定め」ることが提案され、その係官となったウィリアムズからは「今後すべての政令案(ポツダム政令に限らず)を当部に提出してりよう解を求めるようにせられたい」との要請が行われている。この要請を受けて、前述のように、民政局による全ての政令案の事前承認手続きが実施されることとなった。

- (17) 前掲「政令により規定得べき事項の範囲に関する問題 昭和二二、八、二二、終連、政、政」。

- (18) 『時事新報』一九四七年九月六日付。

- (19) 両院法規委員会では、しばしば法律第七二号に関する議論が行われているが、例えば一月四日には「新憲法によりまして、政令なり、命令でどの程度の事項が規定できるか。帝国憲法時分の、法律と大権事項というわけ方と違ひまして、

国会の立法を中心にいたしていきます際に、政令なり、命令に委任し得る限度、どの程度のものが委任し得るかという点が、国会の審議の上におきましても、いろいろと問題になつておりますし、政府から提出せられる法律案につきましても、必ずしも現在のところ、まだこの委任命令の限界をどの程度にすべきかということがおちついておりません。この点につきまして御研究を願うことが適當ではないか、また、「<sup>二</sup>一九四一年<sup>一</sup>法律第七十二号」によりまして、法律をもつて規定を要します事項で、従来勅令ないし命令をもつて規定しました事項は、この十二月末まで効力を有しますが、爾後自然に効力を失うことに相なつております。従つてそうした勅力命令のうちで、法律に移しませんければならぬ事項は、今年中に法律に移す必要があるわけであります。この問題が御研究を願う一つであろう」といったことが、「研究事項」として取り上げられている。もつとも、後述する法律第二四四号の提案までは、ポツダム命令が法律第七二号第一条の対象となるかどうかは直接議論されていない（ただし、GHQとの折衝についての記録はほとんどの場合速記が中止されるため、詳細は不明である）。

（20）「ポツダム命令に関する件 昭二二、一一、七 終連・政・政」（外務省公開文書A一〇〇九四）。断りの無い場合、以下の引用はこの史料による。

（21）なお、ポツダム命令の法律化については、後日佐藤によつて以下のように紹介されているが、時期に若干のズレもあり、ウィリアムズのこの示唆についての言及であるかどうかは明瞭でない。

「昭和二十三年一月頃になつて、司令部民政局の当局者からポツダム命令の法律化について非公式の示唆があり、法律化に適するものとそうでないものとの振り分けの試案（その振り分けの規準については別段先方の意向は示されなかつたが、われわれとしては主として占領終了後も存置したいと思われるものを法律化の部類に掲げた）を提出したことがあるが、そのままになつてしまつた」（佐藤前掲「ポツダム命令についての私録 三、一九頁」）

「田中（二郎） 向うは原則的には間接管理で行く。直接管理は間接管理がうまく行かないときに限るといふ基本方針を立てながら、日本管理の關係は、憲法のわくとは全然別の法体系を設けてやつて行くといふ考え方が向う側にもあり、日本側にもそれを受けて立つといふ考え方があつたんじゃないですか。／佐藤（達夫） 向う側の關係では、そう思つ

ている人もいたかも知れません。しかし二、三年前に、既存のポ政令をレビューして法律化の措置をとったかどうかという話が出たこともあったりして、はっきりしないのですがね」(「研究会」ポツダム命令どこへ行く」『ジュリスト』第一号、一九五二年、五〇頁)。なお、会談におけるウィリアムズの要請に従い、一〇日付で二一〇件のポツダム命令のリストが提出されている (List of Ordinances issued in Accordance with the Imperial Ordinance No. 542, 1945 relating to the Orders to be issued in Consequence of the Acceptance of the Potsdam Declaration. (外務省公開文書 A-10094))。このリストが、次節で言及するオプラーの覚書におけるポツダム命令の数の起算根拠になったものと思われる。

## 2 法律第七二号第一条の改正問題

【1】かくして、一月一二日、民政局司法法制課のオプラーは、佐藤法制局長官に対して、法律第七二号につき以下の改正を行うことを示唆した。この示唆は、前節において言及した、民政局のオプラー・ウィリアムズと法制局の佐藤の間で行われた一〇月半ばの会談、及び、民政局のウィリアムズ・ブレイクモアと法制局の佐藤・終戦連絡事務局の藤崎の間で行われた一月七日の会談を踏まえたものであった。

第一条に以下を加える。

但し、ポツダム宣言の下で連合国最高司令官の指令に基き発せられた命令については影響を及ぼすことがない。

第二条に以下のパラグラフを加える。

前項の規定は、内閣その他行政機関に対し、日本国憲法が認めていない場合において命令を発する権限を付与したものと解釈されてはならない。<sup>(1)</sup>

オプラーは、一五日付の民政局長ホイットニー宛の覚書において、この示唆を行う必要性について言及している。この覚書は、憲法秩序の変動と占領管理体制の關係について、法律第七二号を契機として述べた史料として極めて興味深い内容であるため、やや長文になるが、以下に訳出することとしたい。

1. 法律第七二号第一条は、日本国憲法施行の際現に効力を有し、かつ、法律を以て規定すべき事項を規定する命令は、一月三十一日まで同様に有効であると定めている。この規定により、全ての現行の勅令、政令、省令は今年の年末までに審査される必要がある。「法律を以て規定すべき事項を規定しているため」廃棄されることになる法令は、必要な法律が制定されるか、もしくは、制定法の形式で改正されなければ、自動的に無効となる。

2. これらの命令の中には、ポツダム緊急勅令の下で発出された二〇〇本以上の勅令及び政令が含まれている。これらの命令の効力は、どのようにしても日本法に影響されることはないことは明らかである。なぜなら、これらの命令は明白に占領法規（occupation law）を構成し、それらを改正したり、あるいは無効になることを決定したりする国会の権限を超越する（beyond the power of the Diet）からである。この問題は、ウィリアムズ博士と私、そして法制局長官の佐藤との間で議論された。佐藤は、日本政府はこの意見に賛同し、加えて、ポツダム緊急勅令の下でのこれらの命令にはこれ以上手を触れないと表明した。これらを法律第七二号の適用範囲から明確に除くことが、添付した法律第七二号の改正案に含まれる第一条への追加の目的である。

3. 第二条に第二パラグラフを加えることは、既に一九四七年七月二十八日付の覚書で、ハッシーにより示唆されている。その示唆は、他の法令の中の「勅令」という用語が「政令」と読み替えられるという規定の意味を明確化すること、そして特に、

日本政府の側でこの規定を新憲法の要請に反して命令により立法を行うための口実 (pretext) として用いることを防ぐことを目的としている。

4. 筆者は、添付した改正案を起草し、今会期中に改正法を成立させられるように、直ちに閣議に提出するよう、一九四七年一月一二日に佐藤に手交した。<sup>(2)</sup>

このオプラーの示唆に接した法制局は、第二条については「既に衆議院側でも取り上げているため、政府としては第一条の修正だけを政府提出の法律案とする積り」でいたが、これに対して民政局のウィリアムズは、ケーデイスの意見に基いて「衆議院の担当委員会において第二条の方も政府提出案とする様決議して政府の手に返すように」と指示した。この点について、佐藤法制局長官は二一日に民政局のオプラーを往訪したところ、オプラーは「第二条については、前にハッシー氏からも提案がなされたことを今度初めて知った。自分の案と多少字句は相違して居る様だが、自分の案は部長の承認<sup>(4)</sup>ずみのものだから、これによらいたい」と述べている。<sup>(3)</sup> 法制局は、オプラーの示唆に基いた第一案に加え、第一条の二として、いくつかの法令を「国会の議決により、法律に改められたものとする」が、その効力は暫定的なものとして、翌年五月二日までに必要な改廃の措置をとる旨の規定を挿入した案を第二案として提示し、この第二案を元に法律第七二号の改正案が作成されることとなった。<sup>(4)</sup> オプラーは佐藤に対して、当該条文によって効力を延長すべき法令のリストを提出するよう求める一方、G H Q の各セクションと調整を行い、二五日に日本側から提出された法律案に対して、その「完全性に関する責任は全て日本政府にある」ことを強調した上で、二六日に国会への提出の承認を与えた。<sup>(5)</sup> これを受けて、法律第七二号の改正案は一月三一日に閣議決定を経、政府案として、以下の形で一二月二日に国会へと提出されたのである。<sup>(6)</sup>

昭和二十二年法律第七十二号の一部を次のように改正する。

第一条に左の一項を加える。

前項の規定は、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）に基づき発せられた命令の効力に影響を及ぼすものではない。

第一条の二 左に掲げる法令は、国会の議決により法律に改められたものとする。〔墓地及埋葬取締規則〕他計二五本〔略〕  
前項に掲げる法令の効力は、暫定的のものとし、昭和二十三年五月二日までに必要な改廃の措置をとらなければならない。  
第二条に左の一項を加える。

前項の規定は、内閣その他行政機関に対し、日本国憲法が認めていない場合において命令を発する権限を付与したものと解釈されてはならない。

#### 附 則

この法律は、公布の日から、これを施行する。

第一回国会においては、この法律案は衆参の司法委員会へと付託され、審議が行われた。参議院においては佐藤法制局長官が四日に、衆議院においては井手法制局長官が五日に政府委員として説明及び答弁に当たり、ほぼ同旨の提案理由、すなわち、第一条の規定については「当然なことと考えるのでありますけれども、万一の誤解を避けまするため」に規定したものの、第一条の二については、「種々の関係上甚だ遺憾ではありまするが、今期國會に提出の運びに至り兼ねるものできて参つた」ため「止むを得ざる措置」を規定したものの、第二条については「極く単純な、機

械的な法文上の調整に過ぎない条項」だが「念のため」に規定したものである旨を述べた。

この政府の説明に対し本質的な議論が加えられたのは、参議院司法委員会においてであった。すなわち、六日の委員会において、松村眞一郎委員から、佐藤政府委員に対して、「第一條に左の一項を加える」という法文の書き方についての「前項の規定がなくなれば、結局この附加える規定もなくなることは当然と思ひます」という法技術的な議論に加え、以下のような質問が行われたのである。

第二はもう少し根本です。ポツダム宣言の受諾に伴い発する命令というものは、これは昔の緊急勅命<sup>マコト</sup>で、これは明治の憲法で特別に制定されたものでありますから、これは後で議会の承諾を得て、そうして今法律になつておるわけであります。これは根本論としますと、現在の憲法そのものの例外になつておるといふことを考えなければならぬと思ひます。憲法で、法律で書くべきことはどうせ法律で書かなければ、その例外は、特別の規定を委任立法としなければならぬ。その關係を超越して、ポツダム宣言の受諾について、こういう命令が出たのでありますから、こういうものはむしろ憲法の例外とも考えらるべきものであるから、これはこの効力を存続するというような規定の中にこれを引用しない方がいい。これは超越した規定であるという考え方に進んだ方がいいというのが第一点、……こういうことで問題が起ることは私は決してないと思ひますから、裁判所がポツダム宣言についての効力を論ずるようなことはまあないと思ひます。そんなような關係から、これは削つた方がいいと思ひます。加えることを止めた方がいいというのが一つであります。

これに対して佐藤は速記中止を委員長に要請し、おそらくGHQ側との折衝の経緯を説明した後で、速記再開後「いちいち御尤もに感ずるのであります」と述べ、以下のように答弁を行っている。



このポツダム命令が憲法を超越するものなりや、憲法内のものなりや姑く別といたしまして、我々といましては、現在の第一条というものは、当然ポツダム宣言に関係の命令には、関係のないことであるというふうに考えております。その点は一一般においても誤解はないと思うのでありますが、丁度端境期と申しますか、いよいよ十二月三十一日という締切の期限を前にいたしまして、万一の誤解を避けた方がよくはないかという趣旨で、かような一項目をこの際追加いたしましたわけがあります。：：実はこの積りは、七十二号ができました当初から、一条の条文の中に、「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」とありますが、その下に括弧でポツダム云々の命令を除くと初めからあれば、問題なかつたわけであります。それを今度追つ駈けて規定しましたために、かような形にはなりますけれども、実質においては、只今申しましたように、初めから規定するものという、下に括弧があつたというふうにお読み願えれば、何ら弊害はないと思います。その趣旨をくどく……くどくという語弊がありますが、深切に申添えた<sup>ツツ</sup>と御了解を願うほかはないと思います。

いかにも苦しい説明であるが、松村委員は更に委員長に速記中止を求めて佐藤に質問を行つたと思われ、速記再開後にこの日の委員会は散会している。<sup>(7)</sup>

一方、衆参の司法委員会における審議と並行して、法制局と民政局の交渉もなお継続されていた。法律第七二号の改正案が国会に提出されてしばらく後、民政局のオプラーから、「経済安定本部の官制は効力を延長すべき命令のリストに入れてないか、これを入れなければ経済安定本部は本年末までで廃止になってしまうことになるのではないか」との疑義が提起され、これらの各省官制については行政官庁法によって来年五月二日まで効力が持続するとされている旨説明が行われたが、民政局側は納得せず、六日に改めて、法律第七二号の改正案に経済安定本部令を挿入するよ

う求めた。法制局側は、「法律をもつて規定すべき事項を規定する命令の規定でその効力を持続せしむべきもの」については、「各省の官制等は行政官庁法により、それ以外のものは法律第七十二号によつて効力を認められておるとの解釈をとつておる」旨説明を行ったが、民政局側はそれでも納得しなかったため、行政官庁に関する命令の規定一般の効力を延長する規定を法律第七十二号の改正案に挿入することとなった。<sup>8)</sup>

これらの動きを受けて、二月六日の衆議院司法委員会において、政府案第一条が「前項の規定」についての文言となつていたものを、第一条の二として「前条の規定」についての文言とし、第一条の三に「行政官庁に関する従来の命令の規定で、法律を以て規定すべき事項を規定するものは、昭和二十三年五月二日まで、法律と同一の効力を有するものとする」との規定を追加し、更に、政府案の第一条の二に列挙された法令のうち一七本を削つて同条を第一条の四とする「各派共同提案になる修正案」が提案された。この修正案は衆議院司法委員会即日議決され、八日に衆議院本会議、九日に参議院司法委員会及び本会議を通して即日公布が奏上され、一日に法制局の了承を得て、二九日に法律第二四四号として公布されたのである。<sup>9)</sup>

【2】一方、アメリカに一時帰国していたハッシーは、ほぼ最終段階になったところで法律第七十二号の改正案に接している。<sup>10)</sup> 法律第二四四号が国会において成立した後、一九四八(昭和二三)年一月半ばにかけ、特に「官庁の所属職員に関する立法」のあり方に関して、法制局の佐藤と民政局の司法法制課が激しい議論を行っているが、政務課のハッシーは、これとは別個に、二月二日、通信省が郵便為替及び振替貯金の料金引き上げについて、民間通信局 (Civilian Communication Section, CCS) に省令案を持ち込んでいることが問題である旨を連絡調整事務局の山田次長に対して指摘した。すなわち、四日に往訪した関係官に対して、通信省が準備している省令の内容は「当然法律で規定すべき

事項」であるとして、以下のように述べてその手続にストップをかけたのである。

従来郵便法がこのような料金の規定まで命令に委任していたのは、明かに不当に広い委任であつて、現に国会に於て審議中の法案は、この不当な委任を国会が取り返さうとする趣旨のものである。然るにその法律案が正に審議中であるときにこのような省令を内閣が出そうとすると云ふことは、若しこれがイギリスで起つたら、内閣の命取りにもなる重大問題であるし、又若しアメリカで起つたとすれば最高裁判所に持出されて結局違憲の判決を受くべき性質のものである。<sup>(13)</sup>

ここには、前年の夏に「政令の濫用」を問題視した際とほぼ同じ問題意識を容易に看取することが出来るであらう。ハッシーはあくまで、「法律を以て規定すべき事項」は国会を経由しなければならない、という方針を堅持していたのであり、日本側が「省令はとりやめて法律案の訂正をすると云ふ遣り方で進めたい」と方針を転換すると、あつさり「法律案ならば異存はない」と了承している。<sup>(14)</sup>

民政局の司法法制課と政務課の最終調整は、二月一二日の両課のメンバーによる会談において図られることとなつた。法律第七二号とそれに加えられた改正について討議し、「日本政府から提出される法律及び政令を審査するにあつたの統一の方針」を提案するためにもたれたこの会談については、司法法制課長のオブラーと政務課長のハッシーが連名で覚書を作成し、民政局長に提出している。そこで確認されたのは、やはり以下のような原則論であつた。

a. 法律に含まれている委任の下で発出された勅令（現在は政令）は、一九四八年五月二日までその効力を有する。これらの命令の改正や修正が審議される際には、その制定の形式は、これから述べるルールに従つて決定されることになる。しかし、

民政局は、これらのいかなる命令についても、法律として制定すること、または、無効となる命令につきそれを撤回することを要求する権利を留保する。

b. 法律第七二号の改正により特に列挙された命令は、一九四八年五月二日までに法律にされなければならない。

c. 憲法第七三条の下では、内閣は、法律によつて認められない限り、憲法の規定を実施するための命令を制定することは出来ない。なぜなら、そのような権限は實際上、内閣を立法院としてしまうからである。

d. 国会に提出された法律案は、以下のことを確実にする為に慎重に審査される。すなわち、(1) 内閣に権限が委任されている箇所において、委任の射程及び範囲が明瞭に定義され、限定されていること。(2) 法律がそれ自体そのような権限を用いることにつき明瞭な規程を設定している場合を除き、実質的権利に影響する命令は承認されないこと。

e. 以下のような政令は承認されない。すなわち、(1) 非立憲的な立法機能の委任に基いているもの。(2) 授權を行つている法律の効果を變更するもの。

f. 法律が特に委任を行っていない場合であっても、純粹に執行的な事項に関しては、法律を執行するために政令は適切に<sup>(15)</sup> 発出される。

なおこの会談においては、行政官庁に關して取られるべき規程の提案については、別添の覚書によることが合意されてお<sup>(16)</sup>り、同日付でオブラーはその規程を具体的に提示する覚書を作成している。しかし一方、法律第二四四号において法律第七二号第一条に加えられた、ポツダム命令に關する改正については、全く言及されていないことが注目されよう。

さてこの頃、懸案であつた内務省解体に目途がついたことを受け、民政局は改革への關与の度合いを徐々に弱め、

それに伴って組織の規模も徐々に縮小されていった。<sup>(17)</sup> その一環として、上記の会談のほぼ一ヶ月後の三月一六日、民政局長ホイットニーは、参謀長に宛てて、民政局の政務課と司法法制課を法務局（Legal Section, LS）へと移管する提案を行った。<sup>(18)</sup> ホイットニーは、政務課と司法法制課は「元々一つの組織として設置された」が、その任務の「進展と日本国憲法の公布に伴い、任務は分割され、民政局内の別々の組織として二つの課が設置された」と述べ、<sup>(19)</sup> 両課のこれまで果たしてきた任務について略述した上で、同年一月一日のマッカーサーの演説を引用しながら、「関連領域において、デモクラシーの青写真を描くのに必要と考えられる手段に關する司令を遂行することに関しては、政務課と司法法制課の目標は達成された」として、以下のように述べるのである。

民政局の役割を、日本占領におけるその最高責任の適切な段階において最高司令官に対して助言者を行う役割と、可及的速やかに日本の統治機構を再編するという民政局に残された作業目標の達成に限定することが私の目的である。しかし、この目的は、政務課と司法法制課が成し遂げたことには影響を受けにくいため、これらの課を本指令部の法務局へと移管するのが適切であることが明らかとなった。

この提案は三月二九日に参謀長により承認されており、<sup>(20)</sup> これを受けて、五月三一日に政務課と司法法制課は廃止され、司法法制課は法務局に移管されることとなった。<sup>(21)</sup> なお、この移管までの間に、法律第七二号には、五月二日まで立法措置が間に合わなかったことを受けて、第一条の四第二項中の「五月二日」を「七月十五日」に改め、「第一項に掲げる法令は、昭和二十三年七月十五日までに法律として制定され、又は廃止されない限り、同月十六日以後その効力を失う」旨の改正がなされている。<sup>(22)</sup>

【注】

- (1) Bill for the Partial Amendment to the Law Concerning the Validity of the Provisions of Orders in Force at the Time of the Coming into Force of the Constitution of Japan, etc. (GHQ/SCAP Records, LS-10100. 佐藤達夫文書一四二六に含まれている史料には、別案が書き込まれていた?)。
- (2) M/C, Amendment of Law No.72, 15 November 1947 (GHQ/SCAP Records, LS-10100).
- (3) 「昭和二十二年法律第七十二号修正法律案等に関する件 昭和二二・一一・二五 終連、政、政」(外務省公開文書A-10094)。本文において言及したように、このオブラーの言は事実 に即したのではない。
- (4) なお、この第一条の二によって効力を延長される法令については、法律第二四四号の成立に至るまでかなりの変動がある。当初法制局から提示されたのは、「墓地及埋葬取締規則」、「墓地及埋葬取締規則に違背する者処分方」、「埋火葬の認許等に関する件」、「有害避妊用器具取締規則」の計四件であったが、その後オブラーの指示によって、「警察犯処罰令」が加えられ、更に、法制局側からの申出によって「開港港則」以下計二〇本が加えられた。なおこのうち、法制局からの申出で追加された法令の多くは、国会審議中に改正案から除かれている。この事情について、政府委員として答弁に立った佐藤達夫は以下のように説明している。「この法案第一条の二におきまして、多数の命令を列挙いたしておるのであります。この列挙の中には、別途相並行しまして法律化した形で、こちらに御審議を仰いでおるものがあるものであります。実は内幕を申上げることが結局御了解になり易いであろうと思ひますが、この七十二号の一部改正の件は、万一の場合を予想いたしまして、今申しましたように別途法律案として提案申上げたものをもここに列挙しておるのであります。この列挙の中には、さようなものと、それから到頭法律化の手続が間に合いませんので、全然法律案として御提案申上げておらないもの、二通りあるわけでございます。さようなことになりました理由は、只今申しましたあん摩、はり、きゆう云々の法律案、それから食品衛生法というようなものを関係方面の審議のために提出して、その審議を受けておつたのでありますけれども、その方を見極めがつきませんでしたために、かような二段構えのような措置を取つたという、結果において、さようなことに相成りましたのであります」(参議院司法委員会、一二

月六日）。

- (5) M/R, Law No.72, 26 November 1947 (GHQ/SCAP Records, LS-10100) .
- (6) 「昭和二十二年法律第七十二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の一部を改正する法律」(公文類聚・第七十二編・昭和二十二年五月三日以降・第一巻・憲法皇室・法例・皇室、国会一・国会一衆参議院)。
- (7) なお、一二月六日の参議院司法委員会の席上、佐藤は、前回の委員会における正誤への言及が「大変な間違いをいたしておりまして、非常にとんちんかんなことに結局なっておりますので、この際改めて申し上げます」として、共済組合に関する法令二三本と、船舶関係の法令三本が追加される旨を述べている。この追加は、一二月一日にオブラー、キャンベル及びノボトニー (Frank C. Novotny) と佐藤、藤崎の間で会談が持たれた際提案され (M/R, Amendment of Law No.72, 1 December 1947 (GHQ/SCAP Records, LS-10100))、佐藤から提案されたリストにつき GHQ の各セクションが承認を与えた上で民政局が了承したものである (M/R, Amendment of Law No.72, 1947, 8 December 1947 (GHQ/SCAP Records, LS-10100))。
- (8) 「昭和二十二年法律第七十二号改正法律案に関する件 (その二) 昭和二二・二二・六 終連・政・政」(外務省公開文書 A-10054) 。この経緯は、八日に民政局側でも記録されている (M/R, Amendment of Law No.72, 1947, 8 December 1947, op.cit.) 。
- (9) 前掲「昭和二十二年法律第七十二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の一部を改正する法律」。
- (10) 日付は不明だが「FINAL」との書き込みがある改正案には「この草案は現在国会〔で審議中〕」とのキャンベルのメモが附されている (HP-73-B-8, 9) 。またキャンベルは法律第七十二号についで、一二月二四日付けで「ハッシーのオリジナルの提案」が議場に送られたことをメモに残している (HP-73-B-10) 。
- (11) この議論は、法律第七十二号第一条の三の改正問題と関係するものであるが、暫定法であった行政官庁法に代るものとして構想された国家行政組織法の制定過程とも密接な関連を持っている。紙幅の関係上、本稿では詳論することが出来な

いが、別稿にて検討することとしたい。なお、国家行政組織法に関しては、前掲岡田『現代日本官僚制の成立』一五二頁以下、及び、松戸浩「事務配分規定成立の経緯(二)」『法経論集』(愛知大学) 第一六二号、二〇〇三年、三九頁以下等を参照されたい。

- (12) 同年一月三十一日に施行された「連絡調整事務局臨時設置法」により、終戦連絡事務局の業務は総理庁外局として設置された連絡調整事務局に移管された(この間の経緯については、荒敬『日本占領史研究序説』柏書房、一九九四年、一二三頁以下を参照されたい)。

- (13) 「郵便為替及び振替貯金の引き上げに関する通信省令の不承認に関する件 昭和二三・二四 連調、二部、行政」(外務省公開文書A-10094)。

- (14) この会談を受けて、法制局は即日、郵便為替法案の中にこの旨を組み込むこととしている(「郵便為替法」(公文類聚・第七十三編・昭和二十三年・第百二十七巻・交通電気一・交通一・通信・郵便・電信・電話))。

- (15) M/C, Law No. 1947, as amended, and legislation thereafter, 13 February 1948 (HP-73-B-19)。

- (16) M/C, Administrative Offices, Their Creation, Personnel and Expenditures, 13 February 1948 (HP-73-B-20. なお、天川晃編『GHQ民政局資料「占領改革」第六巻 中央省庁の再編』丸善、二〇〇一年所収、一五五頁以下にも収められている)。

- (17) 天川・福永前掲「民政局の組織と機能」、一五五頁以下。

- (18) [CONFIDENTIAL], Memorandum for Chief of Staff, Transfer of Governmental Powers Division and Courts and Law Division, 16 March 1948 (US-26298). 断りの無い場合、以下の引用はこの史料による。

- (19) この間の事情に関しては、オプラー前掲『日本占領と法制改革』、五九頁以下を参照されたい。

- (20) [CONFIDENTIAL], Check Sheet, Transfer of Governmental Powers Division and Courts and Law Division, 29 March 1948 (US-26298)。

- (21) 高野和基訳『GHQ日本占領史』一 占領管理の体制』日本図書センター、一九九六年、三六頁以下。これに先立ち、中央政府課も五月四日に廃止されている。



(22)「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の一部を改正する法律」（公文類聚・第七十三編・昭和二十三年・第一巻・憲法皇室・憲法・法令・皇室・雑載・国会一・国会）。この法律は当初は期限を五月三十一日までとしていた（MR, Extension of Law 72, 6 May 1948 (GHQ/SCAP Records, LS-10099)）。なお、国家行政組織法の成立が遅れたために、第一条の三の期限については、「国家行政組織に関する法律の制定施行までの暫定措置に關する法律」（法律第三〇号、四月三〇日）、「行政官庁法等の一部を改正する法律」（法律第四五号、五月三十一日）により延長が繰り返され、最終的に、「行政官庁法等の一部を改正する法律」（法律第六五号、六月三〇日）において「国家行政組織に関する法律が制定施行される日の前日」まで効力が延長されることとなった。

#### 四 結びに代えて

【1】本稿の課題は、大日本帝国憲法から日本国憲法への経過措置として創出された法律第七二号と、その改正法である法律第二四四号の制定の経緯についての検討を通じて、我が国における憲法秩序の変動と「占領管理体制」の関係を問い直すことであった。この問題は、具体的には、法律第七二号第一条が「日本国憲法施行の際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」につき、その効力が「法律と同一」であるのは「昭和二十二年十二月三十一日まで」と定めたことにより顕在化した。すなわち、この規定によって、旧憲法下で定められた「ポツダム緊急勅令」、及び、それを根拠法令として発出された「ポツダム命令」と、一九四七（昭和二二）年五月三日を境に切り替わった「新憲法秩序」との整合性について、同年の年末までの約半年間で一定の判断を行うことが必要とされたのである。

もとよりこの難問については、日本側、とりわけ法制局の関係者においても早い段階から認識されていた。しかし

結局、日本国憲法施行の際には、ポツダム緊急勅令は「新憲法の下に於てもその効力を持続する」ため、これに基くポツダム命令も「法律に基く命令と同一視すべきもの」であり、法律第七二号第一号の適用を受けないこと、また、委任の範囲についても「ポツダム宣言の受諾に伴ふ連合国最高司令官のなす要求にかゝる事項を実施するため特に必要なる場合に限定」しているため、新憲法秩序とは矛盾しない、という解釈が示されたのである。

これに対してGHQの民政局では、まず政務課のピークが「新憲法とは両立しない」と、ポツダム命令自体に正面から反対している。この立場は、法律第七二号第一条に該当する法令について、国会において「全部レビューして新立法をなすべき」と示唆していることも重なる、新憲法秩序の下での国会の役割を強く意識したものと見えよう。この立場は、ピークの帰国後政務課長となったハッシーによつて引き継がれ、新憲法秩序の下での「政令の濫用」を抑制し、法律第七二号第二条の修正に関する示唆へと繋がっていく。しかし、ハッシーが「政令の濫用」について、とりわけ、広範な委任立法について、それが違憲の可能性があると指摘するためには、ポツダム命令を「全然別個の問題」として視野の外に置く必要があつた。

この点について興味深いのは、立法課長のウィリアムズが示す立場であらう。ウィリアムズは、八月三十一日付けの『議会報告書』において、衆議院が全会一致で通過させた労働省設置法案に対して、参議院が修正を加え、部局の設置を政令事項から法律事項へと修正したことにつき、国会は、「法律に関わりなく政令を發出するという内閣の慣行に異議を唱え」、この件については「国会の勝利は完全なものであり、至るところで内閣に挑戦するための前例を確立した」と評価している。<sup>①</sup>ウィリアムズは、後に民政局の報告書『日本の政治的再編成』において「国会」の章を執筆した際にも、労働省設置法案の修正により「内閣は実態的な事柄に関して国会の同意を得なければならぬ、という原則が確立した」と述べている。また、ハッシーによる「政令の濫用」の抑制策についても、「憲法が施行されて間もなく、

内閣と議会の両者ともに、法律と政令との間の適切な区別をしておらず、実質的には立法に値するような事柄を実現するためにしばしば政令を用いていたことが明らかになった」ため、「一九四七年七月、民政局は日本政府との間で調整を行い、すべての政令は、純粹にルーテインの行政の性格をもつものを除いて、それを公布する前に民政局に提出して許可を得なければならないこととした」と述べる。

しかしその一方でウィリアムズは、ポツダム命令について、占領初期には「連合国最高司令官の指示は……それに対応して日本政府が公布する勅令によって、議会への付託なしに履行されていた」と述べている。<sup>②</sup> それでは、新憲法秩序の下で、ポツダム命令に対して国会はいかなるスタンスを取るべきなのか。国会の優位という理念に基く一つの帰結は、一月七日の日本側との会談においてウィリアムズが提案した「従来のポツダム命令をすべて其の儘の形で法律にすることであろう。しかし、図らずもウィリアムズ自身がこの時認めているように、ポツダム命令には「新憲法違反の疑いのあるようなもの」も確実に含まれていたのである。『日本の政治的再編成』では、この問題については結局、以下のように述べられることになる。

議会在最高司令官の望む目的や政策を履行するための政府法案を否決した場合には、最高司令官の密かな圧力の下で議会在この法案を可決させるのではなく、最高司令官のディレクティブに基く「ポツダム命令」——降伏文書において合意されたポツダム宣言を履行する日本政府の義務に基いて執行部が発する命令——を発することによって、これを救済したのであった。<sup>③</sup>

このスタンスは、一月二五日付けの覚書でオプラーが示した、ポツダム命令が「明白に占領法規を構成」するた

め「国会の権限を超越する」という立場に通じるものであろう。この提言を受けて、法律第二四四号は、法律第七二号第一条の規定はポツダム命令の効力に影響を及ぼすものではないと明示することになったのである。

しかし、法律第二四四号の成立によって、民政局側の疑義が完全に払拭された訳ではなかった。司法法制課のブレイクモアは、一九四八（昭和二三）年三月八日付の覚書において、他局からの照会に基づいて検討を行った結果「現時点で、現行のポツダム命令（例えば、日本政府が占領軍の指令に対応して制定したもの）は、日本人に対して適切に罰則規定を設けることが可能かどうか」という「根本的な問題」が浮上したと述べる。すなわち、ポツダム緊急勅令は明治憲法第八条の規定に基いており、「所謂ポツダム命令」はその下において定められているのであるから、「一九四七年五月三日まで日本政府は、その憲法上の権限の範囲内で、占領者の指令により制定された命令に罰則規定を挿入することが出来たことに疑いはない」とした上で、以下のように指摘するのである。

4. しかし、日本政府が本来の憲法上の権限を所有し、かつ利用したというまさにその理由によって、罰則規定に関しては、もはや公的に占領権力に頼ることは出来なくなった。私が確かめることが出来た限りでは、連合国最高司令官は、その指令により要求された事項に違反したことに對して特に罰則を課す命令を日本政府に發しておらず、日本政府がその裁量に基いて適用するかしないかする罰則の程度を認可していいない。

5. この分析の結果、連合国最高司令官の行動及び指令のあらゆる権限は、国際法によって与えられているか、降伏文書により獲得されたものと思われる。更にまた、占領方針に対する違反を罰する連合国最高司令官の権限は、日本政府に委任されたと思われる。

6. しかしながら、連合国最高司令官はいつでも、日本国政府をその代理とし、通常の日本の憲法上の様式から外れた形で

行動するよう求めることが出来ることは勿論である。その付加的な権限は、連合国最高司令官により与えられる。このような代理関係は明瞭に定められていなければならず、もし刑事法について行われる場合は、限定されていなければならない。日本側の命令によって起訴された日本人は、それがポツダム命令であるか否かを問わず、裁判官に対して「いかなる権限に基いて、私にこの罰則を課すのか」と尋ねる権利が与えられている。

7. 現在の状況においては、もしこのように尋ねられた場合、日本政府は答えることが出来ないであろう。ある命令を制定する根拠として、連合国最高司令官の指令を示すことは出来ても、罰則に関しては、いかなる連合国最高司令官の要求を示すことも出来ないであろう。なぜなら、このような公式の指令は認められていないからである。罰則規定は、純粹に日本政府が創出したもののように思われる。一九四七年五月三日までは、このような連合国最高司令官の根拠の欠如は本質的なものではなかった。なぜならその欠如は、憲法第八条が規定するように、天皇の緊急権により補われたからである。しかし五月三日以降、これらの権力は失われた。憲法第三十一条は「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」と規定し、第九十八条は「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」と規定している。

8. 要約すると以下の通りである。日本政府は、連合国最高司令官の指令により、連合国最高司令官の方針を実施するための命令を発する広い権限を与えられているにも関わらず、このような命令を遵守しなかった日本人を罰する連合国最高司令官の権限は認められていない。新憲法の施行までは、政府はその憲法上の権限により罰則を課すことが出来た。これらの権力は枯渇し、連合国最高司令官はこれに適切な権限を代替する措置を行っていない。

9. 日本政府が、連合国最高司令官の指令を実施する命令において罰則規定を設ける権限をどのように明瞭に与えられているのか、という連合国最高司令官の指令を、明瞭に指定された期限までに発出することが推奨される<sup>(4)</sup>。

この覚書は結局、オブラーの判断により提出を見送られたようであるが、日本側が主張する「勅令五四二号は緊急勅令ではあるがすでに議会の承諾を得たものである以上完全に法律と同じであり、新憲法下においても有効であることは疑いない」との解釈と真つ向から対立する見解がこの段階でも見られることは、ポツダム命令と新憲法秩序の整合性が相当に疑わしいものであったことを端的に示すものであろう。

ところでこの問題は、同年七月二二日付の総理大臣宛マッカーサー書簡に基いて三一日に公布、即日施行された「昭和二十三年七月二十二日附内閣総理大臣宛連合国最高司令官書簡に基く臨時措置に関する政令」(昭和二十三年政令第二〇一号)をめぐって前景化することとなる。この、所謂政令第二〇一号をめぐって有力に展開されたのが、「連合国最高司令官の要求にかかる事項を実施するための法的措置は、それが法律の形式をとつた場合であれ、ポツダム緊急勅令及びこれに基く命令の形式をとつた場合であれ、何れも、超憲法的権力の発動として、新憲法にまさる効力を有し、その限りにおいて、却つて、新憲法そのものの効力を停止するに至るものと解すべきである」との、「憲法・管理法令二元論」であった。この立場は、「連合国最高司令官の要求に基く法的措置を憲法の枠外におくことによつて、その他の国内的な法的措置については、あくまで憲法の枠を守つていく」ことを企図したものとされる。<sup>(8)</sup>法律第七二号の改正過程において民政局側が取つたスタンスは、若干の濃淡はあるものの、基本的にはこの考え方に近いものだったように思われる。自らの深い関与により「新憲法秩序」という「デモクラシーの青写真」を描いた彼らが、「占領管理体制」の下でその価値を擁護するためには、結局自らの手で、そこに射し込んで来るポツダム命令という「翳」を「超憲法的」なものと位置づけて、取り除かざるを得なかったのである。<sup>(9)</sup>

【2】そもそも、ポツダム命令の根拠法令であるポツダム緊急勅令は、降伏文書と共にマニラにおいて日本側に手交された「一般命令第一号 陸海軍」の第一二項が「日本国ノ及日本国ノ支配下ニ在ル軍及行政官憲並ニ私人（private person）ハ本命令及爾後連合国最高司令官又ハ他ノ連合国軍官憲ノ発スル一切ノ指示ニ嚴格且迅速ニ服スルモノトス本命令若ハ爾後ノ命令ノ規定ヲ遵守スルニ遲滞アリ又ハ之ヲ遵守セザルトキ及連合国最高司令官ガ連合国ニ対シ有害ナリト認ムル行為アルトキハ連合国官憲及日本国政府ハ嚴重且迅速ナル制裁ヲ加フルモノトス」と定めていたため、「十二ハ「私人」ヲ含ムヲ以テ人民ノ義務ヲ規定スルモノタルコト明ナラズヤ、如何」「十二ハ「帝國政府」ヲ掲グル限立法ヲ要スルニ非ズヤ」という観点から対応が検討されたものであり、その結果、九月一日に以下の閣議決定がなされている。

連合国最高司令官ノ要求ニ係ル一般命令所定ノ事項中ニハ統帥關係以外ノ事項存スルモ、之ガ実施ニ付テハ、此ノ際特別ノ法律制定ノ手續ヲ執ルコトナク、行政上ノ措置ニ依リ充分之ガ目的ノ達成ニ努ムルモノトシ、今後ノ事態ニ依リ特に必要ヲ生ジタル場合ニ於テハ其ノ際ニ緊急勅令ノ制定等所要ノ立法措置ヲ講スルモノトス<sup>(1)</sup>

ところがその後、九月六日付の占領軍の軍票の効力に関する「法貨に関する覚書」につき、政府の対応が遅れたため、一二日付で「更に遅延するが如き場合に於ては、連合国最高司令官に於て適當と思惟する行動を採用すべし」との厳しい内容の督促が寄せられ、これに対応する形で、急遽緊急勅令の形で法的措置が講じられたのである<sup>(2)</sup>。その起案当時の文案は以下の通りであった。

勅令第 号

政府ハ大東亜戦争終結ニ関シ連合国最高司令官ノ為ス要求ニ係ル事項ヲ実施スル為特ニ必要アル場合ニ於テハ命令ヲ以テ所要ノ定ヲ為シ及必要ナル罰則ヲ設クルコトヲ得

附 則

本令ハ公布ノ日ヨリ之ヲ施行ス<sup>(13)</sup>

このうち「大東亜戦争終結ニ関シ」の箇所が「ポツダム宣言ノ受諾ニ伴ヒ」と修正されることになるわけであるが、この原案だけを見ても、ポツダム緊急勅令が「戦後処理」あるいは「敗戦処理」の性質を強く帯びていたことは容易に推測されるところである。<sup>(13)</sup> また、ポツダム緊急勅令が包括委任を行っていることについても、第八九回帝国議会における以下の想定問答が端的に示しているように、説明として想起されるのは戦時法制——及び、植民地法制——であった。

問 今回ノ緊急勅令ハ其ノ内容包括的ニシテ憲法上ノ要件ヲ逸脱セルモノト認メラルルモ如何

答 法律ヲ要スル事項ヲ無条件ニ命令ニ委任スル所謂白紙委任ハ憲法上問題デアラウト思フガ、本件ハ「ポツダム」宣言ノ受諾ニ伴ヒ、連合国最高司令官ノ為ス要求ニ係ル事項ヲ実施スル為、特ニ必要ナル限度ニ於テ委任ヲシテキルノデアツテ、目的ノ方カラハツキリシタ制限ヲ加ヘテキル。従テ委任ノ内容トナル事項モ自ラ限定サレテキルコトト為ルノデアツテ此ノ程度ノ委任ハ憲法ノ許容スル所デアルト考ヘル。

(斯カル委任ニ付テハ先ニ戦時緊急措置法ノ先例モアリ、殊ニ今回ノ緊急勅令ハ特殊ノ事態ニ基ク已ムヲ得ザル措置デアツ



テ、連合国最高司令官ノ要求ヲ前提トセル以上、内容ハ既ニ定マツテ居リ、殆ド批判、変更ノ余地ノナイモデアツテ、政府ノ恣意に依ツテ此ノ委任ヲ乱用スルト云フ懸念モナイノデアルカラ、事ノ実質カラ云ツテモ、容易ニ承認サレ得ル所デアラウト思フ。<sup>(16)</sup>

この様な構造が、日本国憲法下におけるポツダム命令の合憲性に関する説明においても基本的に維持されていたことに鑑みると、「占領管理体制」の法的特質の検討を進めるに当たっては、例えば「政府の上に立つ二つの軍部」として「帝国陸海軍と占領軍」が存在していた時期として、戦時と戦後の連続性を把握する視座が有効であろう。<sup>(17)</sup> しかし、この課題については、「占領管理体制」の更なる実証研究も含めて、<sup>(18)</sup> 別稿に譲ることとしたい。

### 【注】

- (1) ウィリアムズ前掲『マッカーサーの政治改革』、二四九頁以下。なお訳文は、原史料 (Diet Report No.65(1), Third Month of the National Diet, 31 August 1947) に従って若干変更した。
- (2) ジャスティン・ウィリアムズ／赤坂幸一訳「占領期における議会制度改革 民政局報告書『日本の政治的再編成——一九四五年九月—一九四八年九月——』」二『議会政治研究』第七八号、二〇〇六年、五頁以下。
- (3) 同前。
- (4) M/C. Legality of Penal Provisions in Cabinet Ordinances Implementing SCAP Directives, 8 March 1948 (GHQ/SCAP Records, LS-26397).
- (5) 覚書の欄外に「Not Submitted」[ACO]との書き込みが見られる。なお、理由についても簡単なメモがあるが、マイクロフィッシュが不明瞭なため判読できない。
- (6) 佐藤前掲「ポツダム命令についての私録 一二」、三頁。

(7) なお、同年九月六日の官報に掲載された法務総裁説明「昭和二十三年政令第二百一号の効力について」においては、ポツダム命令については法律第二四四号によりその効力の維持が明言されているが、「勅令第五百四十二号自身の効力には何等触れるところがなく、これを今日有効なものとする法的措置は、全然講ぜられていない」という見解があることを受けて、以下のように述べている。「旧憲法下において、既に法律としての効力を有する勅令第五百四十二号が他の一般の法律と同様新憲法下においても特別の立法措置を講ずるまでもなく、法律としての効力を有することは、明らかであり、法律第七十二号で特にこの緊急勅令のことに触れていないのも、事があまりに当然であるからである」。

(8) 田中二郎「ポツダム緊急勅令をめぐる違憲論」『公法研究』第一号、一九四九年、八二頁。

(9) なお判例は、ポツダム命令について、占領中は、このようなあり方は「まことに已むことを得ないところ」であるとして、新旧憲法下で共に合憲であったと判示し、占領終結後は「憲法外において法的効力を有する」ものであったと判示している（北川前掲「占領法規」四七四頁以下）。ポツダム命令に関する裁判所の判断の変化とその是非については、他日を期して検討したい。

(10) 外務省編『日本占領及び管理重要文書集 第一巻』日本図書センター、一九八九年、四四頁。

(11) 入江俊郎文書一〇〇。

(12) 江藤淳編『占領史録 上』講談社学術文庫、一九九五年、二四三頁以下。

(13) 佐藤前掲「ポツダム命令についての私録 一」、八頁。

(14) 「ポツダム」宣言ノ受諾ニ伴ヒ発スル命令ニ関スル件ヲ定ム（公文類聚・第六十九編・昭和二十年・第一巻・皇室・皇室令制・皇室財産・雜載、政綱一・詔勅・法例・公式令）。入江俊郎文書一〇〇一三〇一五も参照されたい。

(15) なお、ポツダム命令について、その内容をポツダム宣言の規準に照らして「合法・違法」を判断すべきであるとの有力な見解があるが（長谷川前掲『憲法判例の研究』、一一五頁以下）、少なくとも起案当時の文脈に即して言うならば、この判断は難しいということになろうか。

(16) 入江俊郎文書三一一。帝国議会においては、戦時緊急措置法、国家総動員法の他、「朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ関する法律」

が類例として取り上げられている。本稿のような分析には、植民地法制を視野に入れての検証が今後必要となると思われる。この点、久保秀雄「近代法のフロンティアにおける「文化的他者」についての知——『法学論議』第一五三巻第四〇五号、二〇〇三年の問題提起が示唆的である。

（17）沢井実「戦争による制度の破壊と革新」（社会経済史学会編『社会経済史学の課題と展望』有斐閣、二〇〇二年所収、二九四頁。この視座に基いた分析については、山之内靖他編『総力戦と現代化』柏書房、一九九五年、酒井直樹他編『ナショナルリテイの脱構築』柏書房、一九九六年、雨宮昭一『戦時戦後体制論』岩波書店、一九九七年、同『占領と改革』岩波新書、二〇〇八年等が示唆的である。

（18）なお、拙稿『占領目的に有害な行為』と検察官の起訴猶予裁量 占領下における刑事司法の管理と法制改革の交錯』『桐蔭法学』第一二巻第一号、二〇〇五年は、その端緒的試みである。

※本稿は、第三〇回憲法史研究会における「憲法秩序の変遷と占領管理体制——昭和二二年法律第七二号を中心として——」と題した報告を基に、史料などを補充して執筆したものである。報告に際して数々の有益なご教示をいただいたことを感謝したい。

また本稿は、平成一九年度文部科学省科学研究費（若手研究（B））「占領期における戦後法体制の形成過程に関する人的側面からの再検討」の研究成果の一部である。

（でぐち ゆういち・本学法学部専任講師）