

# 「占領目的に有害な行為」と檢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

## 一 序

出口 雄 一

二 占領下における日本の刑事裁判権の制限と軍事占領裁判所

1 軍政局・民政局における軍事占領裁判所設置構想

2 法務局における軍事占領裁判所設置構想

三 昭和二十一年勅令第三一一号と檢察官の起訴猶予裁量

1 昭和二十一年勅令第三一一号の成立過程

2 「占領目的に有害な行為」と起訴法定主義の「運用」

四 結びに代えて

## 一 序

【1】 第二次世界大戦後の占領期に成立した、裁判所法、検察庁法、刑事訴訟法等の一連の法律が、「戦後」の我が

国の刑事司法のあり方の基盤となってきたことについては、多言を要さないであろう。これらの法律が、とりわけ司法上の人権保障、及び司法制度の箇所にアメリカ法的特色を色濃く刻印された日本国憲法に沿う形で制定されたことから、この時期の刑事司法の変動は、戦後占領期における「アメリカ法継受」の一端として把握することが出来る。<sup>1</sup> 現行刑事訴訟法の特徴が包括的に「英米法化」と表現されることは、このことを裏付けるものと言えよう。<sup>2</sup>

占領期法制改革の一方の担い手であった G H Q (General Headquarters/Supreme Commander for the Allied Powers、連合国最高司令官総司令部)<sup>3</sup> の構成員が殆どアメリカ人であったことは、本来、この「アメリカ法継受」を促進する要素となる筈である。日本国憲法の実質的な原案となった所謂「マッカーサー草案」が G H Q の民政局 (Government Section, GS) で完成する一九四六 (昭和二一) 年二月半ばまでに、アメリカ法的な色彩の極めて濃い刑事訴訟法の改正提案が、G H Q の民間諜報局 (Civil Intelligence Section, CIS) によって準備されていたことは、このことを示す一例である。<sup>4</sup> しかし、マッカーサー草案が完成した後、民政局に新たな法律家が加わったことで事情は変化する。ドイツにおける裁判官の経験を持つオペラー (A.C. Oppler) と、太平洋戦争勃発直前の日本への留学経験を持つブレイクモア (T.L. Blakemore) の二人である。<sup>5</sup> 彼らは、戦前の日本法が大陸法型の特色を持つという認識に基づき、アメリカ法を性急に導入しようとする民間諜報局の刑事訴訟法改正提案に反対する。その背景にあったのは、G H Q が持ち込もうとしているアメリカ法と戦前の日本法との比較法的差異の認識であった。<sup>6</sup> 無論、G H Q の一スタッフである彼らは、「唯一の権威ある要求」としての「憲法の原理」、すなわち既に確定していたマッカーサー草案に規定された原則には従う必要があったが、その範囲内で「熱心のあまり、日本の大陸法にアングロ・サクソンの法制度の恩恵を押し付けるようなことにならないよう」<sup>8</sup> に留意して、法制改革を主導していくのである。

このことを踏まえてオペラーとブレイクモアが採用したのは、日本側立法関係者との対話による「協調的努力」<sup>9</sup> と

いう手法であった。しかし、この手法を採るためには、日本側の協力者が不可欠である。<sup>10</sup> 日本側の司法省係官や法律家、法学者たちは、一九四五（昭和二〇）年一二月に設置された司法制度改正審議会における活発な議論からも理解されるように、戦前からの各々の改革構想を前提に、終戦による状況の変化に対応するための自発的な刑事司法制度改革の動きを見せていた。<sup>11</sup> オプラーの着任前にGHQの民間諜報局で作成されていた刑事訴訟法改正提案に触れ、そのアメリカ法的色彩の濃い内容に衝撃を受けていた日本側関係者にとって、既存の法体系への理解を示す法律家がGHQ側に現れたことは、非常に大きな意味を持ったであろう。オプラーとブレイクモアは、「協調的努力」を行うための協力者を、日本側立法関係者の中に容易に見出すことが出来た。彼らがこの手法を採り得たのは、日本側の協力者とのいわば「クロス・ナショナル」な関係が緊密に構築されたことによるのである。<sup>12</sup>

応急措置法（一九四七（昭和二二）年五月三日施行）を経て制定された現行刑事訴訟法（一九四九（昭和二四）年一月一日施行）は、このような「クロス・ナショナル」な「協調的努力」が最も顕著に発揮された立法であった。<sup>13</sup> 日本側の立法関係者が、成立した現行法の特色を「大陸法との英米法の結合」と表現していることは、オプラーとブレイクモアをアメリカ法継受の抑制へと導いた比較法的差異の認識、すなわち、戦前の我が国の法システムが大陸法型に構築されているという認識が、日米双方に共有されていたことを示唆するものである。<sup>14</sup> しかし、アメリカ法継受の抑制の姿勢の結果として生じた、戦前の刑事司法との「連続性」は、単に大陸法的要素の残存という形でのみ説明され得るものではない。<sup>15</sup> 戦前の我が国の刑事司法の運用については、後に「日本の特色」と呼称されることとなる独自性、言い換えれば、当時学界において支配的な影響力を持っていたドイツ法との乖離が、明治末葉頃から看取されるようになっていたのである。この「乖離」の核心となっていたのは、起訴便宜主義の採用とその広範な運用であった。<sup>16</sup> 当時のドイツ刑事司法が起訴法定主義を厳格に守っていたにも拘わらず、我が国の刑事司法実務においては徐々に起訴

便宜主義の慣行が拡大し、一九二二(大正一一)年の大正刑事訴訟法に至って、いわば慣行を追認する形で明文化されたのである<sup>(18)</sup>。この起訴便宜主義については、現行刑事訴訟法の制定過程においても特にGHQ側から問題視されることはなく、旧法の条文に「犯罪の軽重」の語が加えられるに留まっている<sup>(19)</sup>。占領期における手続法規の変動、すなわち「英米法化」の影響は、我が国の刑事司法実務に混乱を惹起したが、起訴便宜主義に関しては、戦前から占領期を経て戦後に至るまでほぼ変わりなく運用され続けた。そしてこの起訴便宜主義の広範な運用こそが、刑事司法の「日本的特色」とされる「精密司法」の中核的役割を今日まで果たし続けていることは、多くの論者によって指摘されているところである<sup>(20)</sup>。

【2】一方、連合国による軍事占領という状況は勿論、法制改革とは別の局面でも、我が国の司法のあり方に影響を与えることとなった。「交戦中の占領」の帰結として直接軍政が布かれた沖縄のように、司法権が停止されることこそなかったものの<sup>(21)</sup>、間接統治方針が採られた日本本土においても、司法権は統治権の一部として連合国最高司令官に從属しており、司法機関はその指揮監督を受ける形で「間接管理」されることとなったのである<sup>(22)</sup>。連合国最高司令官は、日本裁判所が「貴官の軍隊の安全に直接且つ重大な関係を有しない事件については有効な裁判権を行使することを確実にする」とされていたが、それはあくまで「そうしないことを貴官が必要と認める場合を除く」<sup>(23)</sup> いうことであった。

また、間接占領を原則とする日本本土の占領においても、連合国最高司令官には直接管理の権限が留保されていた<sup>(24)</sup>が、司法についてもこれは例外ではなかった。その手段となったのが「軍事占領裁判所 (Military Occupation Court)」である。対占領軍犯罪に代表されるような一定の物的・人的管轄について日本側の裁判権が排除され、地方軍政部のスタッフにより処断されるといふこのシステムは、極めて直接軍政的色彩の濃い、司法の「直接管理」とも呼び得る

ものであった。<sup>(27)</sup>

司法が連合国軍の「管理」の下にあったということが、占領期の我が国における司法の運営に様々な形で影響を与えたことは良く知られているが、この「管理」の局面が特殊な形で、日本側の司法にいわば「浸出」した犯罪類型がある。一九四六（昭和二一）年六月二二日に公布され、七月一五日より施行された、昭和二一年勅令第三一一号「昭和二〇年勅令第五四二号ポツダム宣言ノ受諾ニ伴ヒ発スル命令ニ関スル件ニ基ク連合国占領軍ノ占領目的ニ有害ナ行為ニ対スル処罰等ニ関スル勅令」（以下「勅令第三一一号」とする）において定められた「占領目的に有害な行為」がそれである。<sup>(28)</sup> 勅令第三一一号は「占領目的に有害な行為」を「連合国最高司令官の日本国政府に対する指令の趣旨に反する行為、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反する行為及びその指令を履行するために、日本帝国政府の発する法令に違反する行為」と定義し、これを犯した者を十年以下の懲役もしくは七万五千円以下の罰金又は拘留もしくは科料に処すことを定めた。「我法制上は空前且絶後と云われるような白地刑罰法規」であった。<sup>(29)</sup> この勅令によつて、日本政府に対して発出された指令等が、いわゆる「ポツダム命令」等の形で国内法化されなくとも直接日本国民を拘束することとなり、日本占領の原則であった間接統治方針に、法的な観点から重大な変更が加えられることとなったのである。

当然予想されるように、勅令第三一一号に対しては当初から多くの批判が寄せられたが、<sup>(30)</sup> とりわけ本稿で注目したのは次の規定である。

第二条 前条の罪を除く外、占領目的に有害な行為から成る事件については、公訴は、これを行はなければならない。

ここでいう「前条」つまり第一条で規定されているのは、対占領軍犯罪など、軍事占領裁判所が専ら管轄し、日本側の刑事裁判権を排除する犯罪類型である。<sup>(33)</sup> すなわち、勅令第三一一号は、第一条で司法の「直接管理」の類型を規定した上で、第二条で「占領目的に有害な行為から成る事件」を日本側裁判所の管轄とし、これらの事件については起訴法定主義を採る旨を定めているのである。上述したように起訴便宜主義は、戦前・戦後を通じて広範に運用され続けた、刑事司法の「日本の特色」の中核を成すシステムであり、占領期においてもほとんど影響を被らずに継続して運用されていたのであるが、勅令第三一一号による「占領目的に有害な行為」の創出は、これに対する重大な例外を設けることとなったのである。

本稿は、司法の「直接管理」のあり方を定めた軍事占領裁判所の設置に至る過程、及び、その「浸出」の帰結としての勅令第三一一号の制定とその運用過程について、若干の史料に基いて再構成を試みるものである。その際の分析視角として、勅令第三一一号をめぐる、GHQ側に、冒頭で述べた「改革」の局面を担い、立法において日本側と「クロス・ナショナル」な関係を構築した民政局と、法的問題に関する「管理」の局面を担っていた法務局 (Legal Section, LS) との対抗関係が存在したことに着目したい。勅令第三一一号をめぐるGHQの法務局と日本側の議論、そして日本の司法機関、とりわけ検察部によるその運用の過程は、刑事司法の「管理」の局面における、もう一つの「クロス・ナショナル」な関係が構築される過程として把握出来る。その過程の一端を明らかにすることは、占領という特殊な権力関係の下に置かれた我が国の刑事司法のあり方、更には、「戦後」の刑事司法のあり方を再考することにも繋がって来るであろう。<sup>(35)</sup>

〔注〕

(1) 第二次世界大戦後の我が国に生じた法的変動を「アメリカ法」の影響として把握することについてはおそらく異論が無いであろう（田中英夫「日本における外国法の摂取 アメリカ法」〔岩波講座現代法一四 外国法と日本法〕、岩波書店、一九六五年所収）、二八七頁以下、「シンポジウム・戦後半世紀におけるアメリカ法の継受とその日本の変容」、「アメリカ法」一九九六年第一号、一九頁以下、木下毅「日本法と外国法・法継受論（二）」、『北大法学論集』第四六巻第四号、一九九五年、三七九頁以下など）。ただしその態様については、連合国による軍事占領という状況の特殊性に鑑み、評価の分かれるところである。野田良之教授は「敗戦という占領軍の外圧という条件が加わっていたにせよ、この場合でもその摂取の態度は比較法的自覚の上に立っていた」とする（野田良之「日本における外国法の摂取 序説」〔前掲〕『外国法と日本法』所収）、一七六頁）。

(2) 例えば、田宮裕「現行法の定着過程と英米法」〔刑事手続とその運用——刑事訴訟法研究四〕、有斐閣、一九九〇年所収）、一五八頁。戦後の「アメリカ法継受」を広く「英米法継受」として把握する場合、戦前の我が国における「大陸法継受」との差異に関する比較法的な認識が前提とされることが多い（田中和夫「戦後英米法の影響」〔一橋学会編「戦後法律体制の動向」、同文館、一九五七年所収）、八三頁以下、「特集 日本法と英米法の三十年」、『ジュリスト』第六〇〇号、一九七五年、五十嵐清「大陸法序説」〔現代比較法学の諸相〕、信山社、二〇〇二年所収）、七三頁以下などを参照されたい。本稿もまた、このような問題関心に基くものである。

(3) 以下、断りの無い場合は「GHQ」は「連合国最高司令官総司令部」を指す略称として用いる。

(4) 詳しくは、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』（慶應義塾大学法学研究科）第四九号、二〇〇〇年、三五七頁以下を参照されたい。

(5) 拙論「戦後占領期における刑事司法制度改革とGHQ」（法制史学会第五〇回研究大会報告、二〇〇二年）。なお、オブラーとブレイクモアが占領期法継受において果たした役割とその背景については、史料を補充してそれぞれ別稿にて詳論する予定である。

- (6) 前掲拙稿「GHQの司法改革構想から見た占領期法継受」、三六〇頁以下。
- (7) A.C. Oppler, *Legal reform in occupied Japan: a participant looks back*, Princeton University Press, 1976. A・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、六四頁。
- (8) A.C. Oppler, 'The Legal Reform of Japan's Legal and Judicial System under Allied Occupation', *Washington Law Review*, vol.24, 1949, pp.290 A・C・オプラー／和田英夫・中里英夫訳「連合国占領下における日本の法制度および司法制度の改革」(『法律時報』第四五巻第四号、一九七三年、四四頁以下)。実際、英米法の特徴の中核的なシステムとされる陪審制度は、大正期に制定・施行されていたにも関わらず、占領期司法制度改革においてはついに導入されなかった(その詳細については拙稿「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』(慶應義塾大学法学研究科) 第四九号、二〇〇一年、一四九頁以下を参照)。
- (9) オプラー前掲『日本占領と法制改革』、六三頁。
- (10) この問題については、岡田彰『現代日本官僚制の成立 戦後占領期における行政制度の再編成』、法政大学出版局、一九九四年が示唆的である。
- (11) その詳細については、井上正仁・渡辺咲子・田中開編著『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編(一)(日本立法資料全集二二二)』、信山社、二〇〇一年、九頁以下を参照。
- (12) この「クロス・ナショナル」というキーワードは、福永文夫『占領下中道政権の形成と崩壊』、岩波書店、一九九七年における緻密な分析に示唆を受けたものである。占領改革をめぐる「クロス・ナショナル」な関係は、しばしば日本側の権限争いと結びつく結果ともなったことが指摘されるが(この問題につき、T・J・ペンベル「占領下における官僚制の「改革」——ミイラとりのミイラ——」(坂本義和・R・E・ウォード編『日本占領の研究』、東京大学出版会、一九八七年所収)、二九九頁以下を参照)、法制改革にあたって「方法と手続きに関する限り、日本側にまかせさせた」(オプラー前掲『日本占領と法制改革』、六三頁)と述べるオプラーも例外ではない。裁判所法の制定及び最高裁判所長指名において、オプラーは明白に最後の大審院長であった細野長良を支持し、当時の検事総長木村篤太郎に批判的であっ



た (D.J. Danelski, *The Constitutional and Legislative Phases of the Creation of the Japanese Supreme Court*, L.H. Redford (ed.), *The Occupation of Japan: Impact of Legal Reform, The Proceedings of a Symposium, the MacArthur Memorial, 1977*, pp.27ff. D.: ダネルスキー／早川武夫訳「最高裁判所の生誕」(法学セミナー増刊 今日最高裁判所)、日本評論社、一九八八年所収)、一八三頁以下(但し註及び質疑応答の訳出を欠く)。また、民法改正の過程においてオプラーは、川島武宜を始めとする「改革主義的な協力者」を過度に支持しているとしてブレイクモアの批判を受けている(カート・スタイナー「占領と民法典の改正」(坂本他前掲「日本占領の研究」所収)、四四六頁以下、及び、土屋(森口)由香「アメリカの対日占領政策における民法改正——女性の法的地位をめぐって——」、『アメリカ研究』第二九号、一九九五年、一六八頁以下)。なおこの点については、第四章で再論する。

(13) オプラーは「刑事訴訟法の改正の計画における占領軍の積極的な関与は、基本的人権の見地からする、この立法の重要性のための例外であったことが強調されるべきである」としている(オプラー前掲「連合国占領下における日本の法制度および司法制度の改革」、五二頁)。

(14) 団藤重光「刑事訴訟法の四〇年」、『ジュリスト』九三〇号、一九八九年、五頁。オプラーは「アングロ・アメリカの最良の特徴のいくつかが日本法に統合された (integrated)」と表現する (A. C. Oppler, *The Courts and Law in Transition*, Contemporary Japan, vol.21, Nos. 1-3, 1951, p.23.)。

(15) 一九六〇年代の我が国の学界において、所謂「モデル論」が盛んに提唱され「暗黙裡に『アメリカ法』良い制度、ドイツ法悪い制度」との構図が一般化した感があった」とされるのは、この認識が「戦後」の我が国においても基本的には維持されていたことの反映であろう(三井誠「戦後刑事手続の軌跡」(『岩波講座現代の法五 現代社会と司法システム』、岩波書店、一九九七年所収)、七三頁以下)。なお、立法関係者の現行刑事訴訟法に対するスタンスについては、横山晃一郎「立法関係者の昭和刑訴観——立法理由確定の試みとして——」、『法政研究』(九州大学) 第四七卷第二、四合併号、一九八一年、一六一頁以下を参照。

(16) この点に関しては、青柳文夫「新旧刑訴の連続性と非連続性」(『刑事裁判と国民性』、有斐閣、一九七九年所

収)、一九七頁以下、松尾浩也「刑事訴訟法史のなかの現行法——旧法との連続性と非連続性——」(『刑事訴訟法の理論と実務(別冊判例タイムズN. 7)』、一九八〇年所収)、四頁以下、佐藤欣子「戦後刑事司法における『アメリカ法継受論』の再検討(上・下)」、『警察学研究』第三二卷第一〇号、二〇頁以下、及び、第一一〇号、四三頁以下、一九七九年などを参照。

(17) 松尾浩也「刑事訴訟の日本の特色——いわゆるモデル論とも関連して——」、『法曹時報』第四六卷第七号、一九九四年、一一頁以下。

(18) この点を含め、我が国における起訴便宜主義の定着過程については、三井誠「検察官の起訴猶予裁量 一〇五」、『法学協会雑誌』第八七卷九・一〇号、第九四卷第六号、一九七〇・七七年が実証的な検討を行っており、本稿の問題関心からも極めて示唆的である(なおその簡潔な要約として、三井誠「刑事手続法Ⅱ」、有斐閣、二〇〇三年、二四頁以下)。また、大正刑事訴訟法の制定に至る過程は、小田中聰樹「刑事訴訟法の歴史的分析」、日本評論社、一九七五年を参照されたい。松尾教授は「直接主義の尊重と並んで、起訴法定主義の堅持をドイツ刑事訴訟法の魂と見るべきだとすれば、大正刑事訴訟法は、その外観においてドイツ法に酷似しながら、その精神においてはこれと異質であったと言わなければならないであろう」とする(松尾浩也「ドイツにおける刑事訴訟法及び刑事訴訟法学の発展——日本法との関連において」(廣瀬健一・多田辰也編『田宮裕博士追悼論集 下』、信山社、二〇〇二年所収)、七六頁)。

(19) 一九四七(昭和二二)年一〇月二〇日に作成され、GHQ側に提出された第二次政府案(第九次草案)の第二二〇条は「犯人の性格、年齢及び境遇並びに犯罪の情状及び犯罪後の情況により訴追を必要としないときは、公訴を提起しないことができる」として、大正刑事訴訟法と同じ内容を規定していた(法務府検務局「新刑事訴訟法制定資料(一)」(檢察資料(二八))、一九五二年、三二頁)。

(20) GHQ側からは「起訴猶予につき検察官に強大な裁量権限が与えられているが、考慮事件のなかに個別事件自体の価値が入っていない」との指摘があった(同前、一一〇頁)。制定過程に関わった横井大三判事は、この「犯罪の軽重」の語の挿入は起訴猶予基準の変動を意味しないとする(横井大三「起訴便宜主義」(熊谷弘他編『公判法体系Ⅰ 公訴』、

日本評論社、一九七四年所収）、七九頁以下）。

- (21) 例えば、「座談会」刑事訴訟法の応急措置法について、「法の支配」、第六三号、一九八五年、六六頁以下などを参照。
- (22) 松尾前掲「刑事訴訟の日本の特色」、一頁以下。我が国の刑事司法を「精密司法」と把握する立場はかなりの程度一般化しつつあるようである（田藤重光「刑事訴訟法施行五〇年にあたっての所感——新世紀をにらんで——」、「現代刑事法」第一巻第一号、一九九九年、三頁以下、佐々木知子「日本の司法文化」、文春新書、二〇〇〇年などを参照）。なお、「精密司法」論に対する法制史の立場からの興味深い応答として、大平祐一「日本の特色」の歴史的探求について——「精密司法」と江戸幕府の刑事手続について——（大平祐一・桂島宜弘編『日本型社会』論の射程）、文理閣、二〇〇五年所収）、六三頁以下を参照されたい。

- (23) 一九四五（昭和二〇）年四月三日頃アメリカ海軍軍政府により公布された所謂「ニミッツ布告」の第五条は「爾今総テノ日本裁判所ノ司法権ヲ停止ス。但シ追テノ命令アル迄、該地方ニ於ケル軽犯罪者ニ対シ該地方警察官ニ依リテ行使サルル即決裁判権ハ之ヲ継続スルモノトスル」としていた（「資料・沖縄の法制」、「ジュリスト」第四五七号、一九七〇年、三八頁）。天川晃教授が、「ニミッツ布告」と後述する「三布告」は「表現は異なるが基本的には同趣旨の内容のものであるといつてよい」と述べているのは、本稿の問題関心から極めて興味深い指摘である（天川晃「日本本土の占領と沖縄の占領」、「横浜国際経済法学」第一巻第一号、一九九三年、三七頁以下）。

なお沖縄においては、占領開始後には布告や指令違反を管轄する軍政府裁判所が設置され、翌年初頭には現行日本法を適用する裁判所が四箇所復活された（アーノルド・G・フィッシュ「琉球列島の軍政 一八四五—一九五〇」（沖縄県文化振興会編『沖縄県史 資料編一四』、沖縄県教育委員会、二〇〇二年所収）、九九頁）。占領下沖縄の司法制度については不明な点も多いが、さしあたり日本弁護士連合会編『沖縄司法制度の研究』、日本弁護士連合会、一九六二年、垣花豊順「特定軍事法廷と米国民政府裁判所に関する一考察」、「琉大法学」第二六号、一九八〇年、六七頁以下などを参照されたい。米国民政府裁判所が陪審制度を備えていたことは比較的知られているが、小沢隆司「琉球列島米国民政府裁判所の陪審制度——「アメリカ世」の憲法史・序説（上・下）」、『早稲田大学大学院法研論集』第八六号〜八七

号、一九九八年は、沖縄法制度との位相からその意義を考察する。

(24) 越川純吉「過渡期涉外司法の諸問題——その国内的的研究(特に管理法令の研究)——」、「法曹時報」第八卷第一〇号、一九五六年、一五頁以下。これについて兼子一教授は「此の種の措置は連合国側で自ら裁判権を行使するのではないから、純然たる直接管理ではないと共に、日本政府の権限を利用せずに直接に裁判所に指令する点で全くの間接管理でもなく、両者の中間的な形式と云へよう」とする(兼子一「日本管理と司法権」、「日本管理法令研究」第一卷第八号、一九四六年、二〇頁以下)。

(25) 「日本占領及び管理のための連合国最高指令官に対する降伏後における初期の基本的指令(JCS 一三八〇/一五)」4g(外務省編「日本占領及び管理重要文書集 第一卷」、日本図書センター、一九八九年、一一九頁以下)。

(26) 鈴木九萬監修「日本外交史」二六、終戦から講和まで、鹿島研究所出版会、一九七三年、一〇六頁以下。

(27) 兼子前掲「日本管理と司法権」、二二頁以下。なお後述するように、軍事占領裁判所の運営主体は法務局ではなく地方軍政部であった(この点を含めて、軍事占領裁判所についてはさしあたり、松元秀之「占領軍裁判所」について、「警察研究」第二一卷第一号、一九五〇年、五二頁以下、高橋眞清「軍事警察裁判所(Provost Courts)の審理手続——我国に於る英米式刑事訴訟手続の一形態として——」、「判例タイムズ」第二輯、一九四八年、五二頁以下、竹前栄治・中村隆英監修「GHQ日本占領史第二卷 占領管理の体制」、日本図書センター、一九九六年、一〇五頁以下、及び Cho, Sung Yoon, Jurisdiction over Foreign Forces in Japan, 1945-1960, Tulane University, Ph. D., 1963, pp25ff.)。このことは、一九四五(昭和二〇)年九月二日降伏文書調印後も、講和条約の発効まで国際法上は日本と連合国は戦時関係にあり(安藤仁介「国際社会と日本——日本国憲法と国際協調主義」(佐藤幸治・初宿正典・大石眞編「憲法五十年の展望」)、有斐閣、一九九八年所収)、二七九頁)、駐屯する外国軍隊に対する裁判権の制限が一般国際法上承認され得ることの帰結と言えよう(高野雄一「管理下の裁判管轄権の回復」、「日本管理法令研究」第三三号、一九五一年、四頁以下。もともと、当時この点を明示する成文法は無かったという(松元前掲「占領軍裁判所」について、五四頁))。

(28) そのもつとも顕著なものは、公職追放に関する司法判断についてのものである。片山内閣の農相であった平野力蔵

が公職追放処分を不服として申請した効力発生停止の仮処分に対し、東京地裁は申請を認める決定を行ったが、GHQは一九四八（昭和二三）年二月五日にその取消しを指令している（萩山虎雄「司法権が独立しなかったとき 被占領下の裁判所・検察庁・弁護士会」、『判例タイムズ』第一四卷第一三三号、一九六三年、一三四頁以下。なお、平野力蔵パージについては、増田弘「政治家追放」、中央公論新社、二〇〇一年、一六六頁以下に詳しい）。また、大阪放出造兵廠において発生した横領事件に関する占領軍からの干渉の実態について、当時の判事補が克明に日記に記している（神余正義「若い判事補の目（一）〜（二）」、『判例時報』第五四二号〜五六二号、一九六九年。なお同事件については、小田成光「鐘鳴りわたれ——回想の群像・法律家運動——」、勁草書房、一九八七年、五〇頁以下、和島岩吉「刑事弁護士 無実への弁論」、日本評論社、一九八六年、二二二頁以下を参照）。

(29) なお、勅令第三二二号の内容の詳細に関しては、矢崎憲正「勅令三二二号——占領目的有害行為処罰規定の制定——」、『警察研究』第一七卷第九号、一九四六年、二頁以下、及び、神谷尚男「勅令第三百十一号について」、『警察研究』第二十一卷第九号、一九五〇年、三三二頁以下を参照。

(30) 本田正義・勝尾録三「新しい刑法 附 占領下の刑事裁判権」、近代書房、一九四八年、九二頁。

(31) 昭和二〇年勅令第五四二号「ポツダム宣言ノ受諾ニ伴ヒ発スル命令ニ関スル件」（一九四五年九月二〇日公布、即日施行）は、「連合国最高司令官ノ要求ニ係ル事項」という限定のみで広範な委任立法を行い得ることを緊急勅令（大日本帝国憲法第八条第一項）の形式で定めたもので、この勅令を根拠に勅令第三二二号を含む五二六件が制定された（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、五頁以下）。なお、ポツダム命令に関する詳細は、佐藤達夫「ポツダム命令についての私録（一）〜（四）」、『自治研究』第二八卷第二号・第五号〜第七号、一九五二年を参照。

(32) 田中二郎「實定法秩序の構造」（『法律による行政の原理』、酒井書店、一九五四年所収）、七〇頁以下。高野教授は「これは司法権の問題というより、むしろ立法権の直接管理的な意味を有するといえよう」と述べる（高野前掲「管理下の裁判管轄権の回復」、六頁以下）。

(33) 詳しくは、本文第三章を参照されたい。

(34) 松尾浩也「刑事裁判の経年変化」(内藤謙他編『平野龍一先生古希祝賀論文集 下』、有斐閣、一九九一年所収)、三八七頁以下。

(35) なお、本論文はGHQ側の資料として、主に国立国会図書館憲政資料室所蔵のGHQ/SCAP文書に拠った(以下引用においては「GHQ/SCAP」と略記する。史料の表記については、マイクロフィッシュ番号をフォルダ単位で示し、発信元及び宛先、主題、日付の順に記した。なお、二回目以降の引用については主題と日付のみを記した)。邦文史料の引用にあたっては、旧字体を新字体に改めた。また、引用文中の中略部分は「…」で示し、「」によって文意を補った箇所がある。

## 二 占領下における刑事裁判権の制限と軍事占領裁判所

### 1 軍政局・民政局における軍事占領裁判所構想

【1】 占領開始当初から、「占領目的に有害な行為」、典型的には連合国最高司令官の発した指令に対する違反行為が問題視されていたことは容易に想像可能である。このことは、一九四五(昭和二〇)年九月二日に日本政府及び大本营布告として公布された「一般命令第一号 陸、海軍」が以下の様に宣言していることから理解されよう。

十二 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厳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遅滞アリ又ハ之

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（detrimental）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<sup>1</sup>

一般命令第一号はSWNCC（國務・陸軍・海軍三省調整委員会）において降伏文書等と共に作成され（SWNCC二一シリーズ）、マニラにおいて日本側に手交された、降伏に伴って生じる軍事的事項について定めた文書である。<sup>2</sup>周知のように、当初アメリカ政府の対日占領政策においては、日本の行政機構を通じての軍政が構想されていたが、この構想は降伏文書調印の直前に間接統治方針に変更されたため、「降伏後におけるアメリカの初期の対日方針」（SWNCC一五〇シリーズ）を始めとする政策文書がこの方針転換に沿って修正された。一般命令第一号の上引の箇所についても、連合国軍最高司令官の指令によつて「日本帝国大本営」（the Japanese Imperial General Headquarters）により発出されるべき文書の一部として、それまで用いられていた表現や文書の形式が修正されている。<sup>3</sup>しかし、九月六日付でトルーマン大統領から連合国最高司令官マッカーサーに宛てて交付された指令において、間接統治が「満足な成果をあげる限度内において」であり「必要があれば直接に行動する貴官の権利を妨げるものではない」とされていたことが端的に示すように、<sup>4</sup>日本本土においても直接管理の可能性はなお留保されていた。一般命令第一号第十二項は「私人」を対象として明示していたため、日本側関係者はこれを「直ちに国民を対象とし、これに義務を命じた例」として、<sup>5</sup>占領側が留保した直接管理の権限を端的に示す規定と解釈したのである。

一方、実際に日本占領を担うこととなつていたアメリカ太平洋陸軍総司令部（United States Army Forces, Pacific, GHQ/AFAPAC）におつても、指令違反行為にどのように対処するかが議論されていた。六月一四日には、統合参謀本部（Joint Chief of Staff, JCS）が太平洋陸軍司令官マッカーサーに対して日本の早期降伏に対処するための占領計画

の作成を指示しており、これを受けて立案され、八月八日に確定した「ブラックリスト (Blacklist)」作戦においても、降伏条項や太平洋陸軍司令官の指令の実施に対する抵抗への対処方法が検討されている。また同じ頃、日本占領の主力部隊となる第八軍の陸軍法務部室 (Office of the Army Judge Advocate) でも、日本本土に軍政を布く際の指令遵守を命じる布告を準備していた。しかし、より具体的な構想を練ることになったのは、八月五日に GHQ / AFPA C に設置された軍政局 (Military Government Section, MGS) であり、その概略は、八月半ばに軍政局で作成された「対占領犯罪・軍事占領裁判所」と題する文書によって知ることが出来る。「日本国民に告ぐ」という文言で始まるこの文書は、第一条「犯罪及び罪科」において、以下の犯罪が「死刑もしくは軍事占領裁判所が課すそれ以下の刑により罰せられる」旨を定める。

- a. 降伏条項、又は連合国最高司令官により日本国民に対し発された全ての布告、命令、警告、指令、規則を無視し又は違反する行為
- b. 占領軍の全ての兵員に対する殺害又は暴行
- c. 占領軍又はその兵員の財産を盗み、詐取し又は権限なしに所持する行為
- d. 占領軍又は連合国最高司令官の命令に従った者が追求中の者の逃亡を容易ならしめる行為
- e. 公務に関して占領軍の全ての兵員に対してこれを妨害し、口頭又は文書を以てこれを誤らせるような又は虚偽の供述を行う行為、又はこれらの者から要求された情報を拒絶し又は拒否する行為
- f. 連合国最高司令官に依って解散させられ又は非合法と宣告された団体、又は同司令官の命令に依って解散させられ又は非合法と宣告された団体を支持する行為



g. 占領軍又は連合国人に敵対的な又は無礼な行動

h. 戦争法及び慣習に違反する行為、又は占領軍又はその全ての兵員の良好な秩序又は利益に有害な (prejudice) 行為<sup>(10)</sup>

続いて第二条では、第一条の犯罪を処断する軍事占領裁判所の組織及び手続きを比較的詳細に定め、第三条では軍事占領裁判所の公用語が英語であることを定めている。この文書は、八月二二日に「総司令官の個人的な承認」を経ており、八月三一日から効力を持つことになっていた<sup>(11)</sup>。

また軍政局ではこの頃、同じように「日本国民ニ告ク」で始まる、いわゆる「三布告」を作成しているが<sup>(12)</sup>、そのうちの「布告第二号 犯罪及罪科」は、以下のように規定していた。

降伏文書若ハ連合国最高司令官ノ権限ニ基キ発セラルル一切ノ布告、命令若ハ指示ノ諸項ニ違犯シ又ハ善良ナル秩序ヲ害シ若ハ「アメリカ」合衆国若ハ其ノ連合国ニ属スル人若ハ財産ニ対シ生命、安全若ハ安寧ヲ害スル行為ヲ為シ又ハ公共ノ平和及秩序ヲ攪乱シ若ハ裁判ヲ防害スルノ目的ヲ以テ行シ又ハ故意ニ連合国ニ対シ敵意アル行動ヲ為ス一切ノ私人ハ占領軍裁判所ノ判決ニ基キ死刑若ハ当該裁判所ノ判決スル其ノ他ノ刑ニ処セラルヘシ<sup>(13)</sup>

この二つの文書に示されているように、軍政局の構想は、指令違反行為については対占領軍犯罪と併せて軍事占領裁判所において対処するというものであった。しかし、軍政局においてこれらの文書が作成されたのは、前述のように、ワシントンにおいて対日占領政策が間接統治方針へと慌しく転換されていた時期にあたる。方針転換の通知を受けたアメリカ太平洋陸軍は八月二八日に「作戦命令第四号付属第八号（軍政）」を発してこれに対応した<sup>(14)</sup>。これを受

けて、八月三二日から効力を持つことになっていた「対占領犯罪・軍事占領裁判所」については「日本では軍事占領裁判所は直ちに必要ではない」という理由により発布が延期されることになった。<sup>15)</sup> また、「犯罪及び罪科」を含む「三布告」は、九月二日に連合国最高司令官マッカーサーの裁可を経て一旦は日本側に手交され、翌日より告示される旨が伝達されたが、周知のように、重光葵外務大臣とマッカーサーの会談によってその告示は撤回されたのである。<sup>16)</sup> ところで、この間の経緯について、軍政局長であったクリスト (W. E. Crist) が簡潔に以下のように述べていることは注目されよう。

日本占領に先立って、GHQ/AFPAAC がマニラにあった時、軍政局は、初期占領の開始と共に発布されるための布告第二号「犯罪及び罪科」(Proclamation Number 2, "Crimes and Offences") を準備した。その後、連合国最高司令官は日本において布告を発しないことを決定したため、布告第二号は発布されなかった。

マニラの法務部 (Staff Judge Advocate) のスタッフとの話し合いと協力の結果、日本と朝鮮に軍事占領裁判所を設けることを認める命令が準備された。布告第二号の公表差し止めの決定に続いて、参謀長もしくは副参謀長がこの命令が朝鮮に限定されることを決定した。<sup>17)</sup>

北緯三八度線以南の朝鮮半島の占領に伴い、南朝鮮の占領を担った太平洋陸軍総司令部直属の第二四軍団は九月九日に、日本本土では撤回された「三布告」と極めて近い内容の「マッカーサー布告」を发出した。<sup>18)</sup> クリストが述べているように、軍政局では当初、日本本土及び南朝鮮に適用されることを予定した軍事占領裁判所設置のための命令を準備していたが、日本では「三布告」が撤回されたために、さしあたりその適用を南朝鮮のみに限定して九月一八日

に発出したのである。<sup>(19)</sup>しかし、前述したように、原則として間接統治の方針を採るとはいえ、日本本土における直接統治の権限は否定されてはいない。実際「作戰命令第四号付属第八号」においても、第二四軍団だけでなく、日本本土に展開する第六軍・第八軍の司令官もまた、その責任範囲内で軍事法廷を設置する旨が規定されていたのである。<sup>(20)</sup>このことは、とりわけ直接軍政的な色彩の濃い軍事占領裁判所の構想については、日本本土と南朝鮮の占領が類似の構造の下で把握されていたことを示す事実であると言えよう。

【2】一方、これと並行する形で、ワシントンのSWNCCにおいても、「一般命令第一号」（SWNCC二一シリーズ）とは別の文脈から軍事占領裁判所の設置に関する問題が議論されていた。その契機となったのは、イギリス大使館が八月二四日付でアメリカ國務省に送付した意見書（Aide Memoire）である。この文書では「英国政府は、連合国による日本占領期間においては、いかなる連合国人も日本の裁判所の管轄に服しないことを確実にすることが不可欠であると考える」という前提の下に、「連合国最高司令官が発出すべき最初の布告の一つによって連合国軍事裁判所（Allied military courts）が設置されるべきであり、また、この布告の中では、いかなる連合国人も日本の裁判所の管轄に服しないということ、及び、軍法会議で裁き得ない者が連合国軍事裁判所で審理されることを確実にする規定を含むべきである」ことが示唆されたのである。<sup>(21)</sup>この文書を受けて陸軍省は、九月一八日付の覚書で自身の見解に関して極東小委員会（SWNCC Subcommittee for the Far East）に照会を求め、以降この問題は「連合国人に対する刑事及び民事裁判権の行使」と題されてSWNCCで議論されることとなった（SWNCC一九二シリーズ）。<sup>(22)</sup>以上のような問題意識に基づくSWNCCからの照会によって、布告第二号の差し止めにより一時棚上げにされていた日本本土における軍事占領裁判所設置に関する議論が再開されることとなった。<sup>(23)</sup>

さて、軍政局の議論を引き継いで軍事占領裁判所に関する議論を行ったのは、一〇月二日の GHQ/SCAP の設置と共に設置され、クリストが局長を務めていた民政局であった。<sup>(25)</sup> 一〇月五日、アメリカ軍及び連合国人の人員及び財物に対する犯罪を犯した日本人がいかなる裁判所で審理されているのかという情報を求めるワシントンからの来信に対し、<sup>(26)</sup> 参謀長は民政局に対応を求め、これに応じる形で、民政局政策係 (Policy Branch) のケーディス (C.I. Kates) は以下のような返信を作成し、対敵諜報部 (Counter Intelligence Corps, CIC) と法務局の非公式の承認を得ている。

現在のところ、アメリカ軍及び連合国人の人員及び財物に対する犯罪を犯した日本人は通常の日本側裁判所で日本法によつて裁かれることになるであろう。占領の初期段階においてはこれらの犯罪、及び占領に直接関係する犯罪を管轄する軍事占領裁判所の設置が検討されたが、日本政府が公正な裁判が行われることを保証していることと、今日までこれらの犯罪についての報告がないことから、その必要性は生じていない。もし軍事占領裁判所の必要性が引き続き生じないのであれば、日本の裁判所におけるこのような類型の事件の裁判は拒否権を伴つて監視・検証される、という日本政府への指令が発出されることとなるであろう。<sup>(27)</sup>

これを受ける形で民政局長クリストは、一〇月九日付で参謀長宛の覚書を提出し、占領軍や連合国人、もしくはその財物に関係する事件が起こった場合の処理について二つの選択肢を提示している。すなわち、ケーディスが述べるように、司法機関はこのような事件を全て連合国最高司令官に知らせる必要がある旨の指令を日本政府に発し、連合国最高司令官にはこれらを審査し拒否する権限が担保されることとするか、あるいは、これらの事件を管轄する軍事占領裁判所を設置するか、というものである。<sup>(28)</sup> しかしここで、クリストが続けてこのように述べていることは注目さ

れよう。

軍事占領裁判所の設置は、既存の日本法及び日本の刑法典が、占領軍や連合国人もしくはその財物に対する犯罪に充分厳しい刑罰を定めていないという可能性をカバーするであろう。しかしながら、日本人の完全な協力が示された後になって、この類の裁判所を設置し、従わなければならない犯罪類型を定めることは、日本人によって、直接軍政への根拠の無いステツプと考えられるであろうし、連合国人を含む事件において秩序を維持し、司法を運営している現在の日本政府に対する不信を表明することになるであろう。<sup>(20)</sup>

ここに見られるクリストの軍事占領裁判所の設置に対する消極的な立場は、間接統治による初期日本占領が比較的スムーズに推移していたことの反映であろう。しかしその背景には、GHQにおける責任割当の問題が存在していた。当初九局体制で出発したGHQ/SCAPにおいては、各局の業務が「一般命令(General Order)」の形で定められたが、その内容は必ずしも明瞭なものではなく、各局の間には管轄の重複による混乱が見られた。<sup>(21)</sup> 民政局設置と同日、戦争犯罪に関する業務と共に「法律問題一般」を取り扱い、「軍事裁判所、戦争犯罪裁判のための軍事委員会その他の法廷の構成、それらの指標となる規則および手続を勧告すること」を任務とする法務局がGHQ/SCAPに設置されている。<sup>(22)</sup> 実際、軍事占領裁判所に関する管轄は早晩法務局に移ることが予定されていたらしく、民政局朝鮮係のステイブンス(H.E.Stevens)と行政係法務班のバイヤード(D.S.Byard)は、副参謀長の要求に従って、連合国人の裁判管轄と軍事占領裁判所に関する問題について法務局長のカーペンター(A.C.Carpenter)と討議を行っている。<sup>(23)</sup> そして一〇月二二日、クリストはカーペンターに「GHQ/SCAPにこのような部局を設置するという命令の下では、〔軍

事占領裁判所に関する」全ての事項は民政局よりも法務局の職務に含まれるため、マーシャル将軍 (Gen. Marshall) 「副参謀長」はこの問題を法務局に引き渡すよう命令した」として、それまで軍政局及び民政局で議論された軍事占領裁判所に関する一件書類を添付した覚書を送付し、以降この問題は専ら法務局を主務部局とすることになる。<sup>(32)</sup>

クリストがこの問題を民政局の管轄から手放すこととなったのは、軍政局が解体され、民政局が誕生した際の事情とも関係している。前述したような責任割当の不明瞭さを解消するため、GHQでは、ワシントンにおける「降伏後におけるアメリカの初期の対日方針」(SWNCC一五〇シリーズ)を具体化する「日本占領及び管理のための連合国最高司令官に対する初期の基本的指令」(SWNCC五二・JCS一三八〇シリーズ)の策定作業と平行して、各局の責任割当を確定する作業が行われた。<sup>(33)</sup>そして、九月二日付でGHQに伝達された「日本における降伏後の軍政のための基本的指令」(SWNCC五二/四)に基づいて作成された十一月一七日付の責任割当においては、パラグラフ4gの前段に対応する「必要な軍事裁判所の設置」については法務局と共に民政局が「主に関連する部局」とされ、後段に対応する「占領軍に直接関係のない事件についての日本側裁判所の管轄の実施を確実にする」ことは専ら民政局が管掌することとされた。<sup>(34)</sup>ところが、民政局長のクリストは副参謀長に宛てた二〇日付の文書で、この責任割当について以下のように反論を行うのである。

パラグラフ4gは全て法務局に割り当てられるべきであり、法務局と民政局に分掌されるべきではない。日本側裁判所の権限についての審査の実施は、軍事裁判所の設置と密接に関係している。もし民政局が日本の裁判所についての管轄を持つと決定されるのであれば、この計画の場合においても、民政局に法律家を割り当てて必要性に関する…コメントが同じように適用可能である。<sup>(35)</sup>

この時期の民政局がスタッフ不足の状態にあつたことはしばしば指摘されるところであるが、本稿の問題関心からは、「軍政局の解消の際、法律課 (Legal Division) の局長が〔GHQ〕SCAPの他のセクションに分散 (dispersed) してしまつた」というクリストの認識に注目したい。後に憲法改正において中核的な役割を果たすケーティスやハッシー (A.R.Hussey Jr.) 等の法律家が軍政局解消後も民政局に残つたにも拘わらず、初期の民政局は法的問題を取り扱うに足る人材を擁していない、とクリストはみなしていたのである。

【注】

- (1) 外務省編前掲「日本占領及び管理重要文書集 第一巻」、四四頁。
- (2) 五百旗頭真『米国の対日占領政策 下』、中央公論社、一九八五年、一一七頁以下。
- (3) 八月一〇日のSWNCC二一／三までの文書では、一般命令第一号 (補遺D) の該当箇所は「日本国統帥部 (Japanese Imperial High Command)」と全ての日本国官吏に対して、一般命令第一号の遵守違反もしくは遅滞、司令官の要求の完全な履行に対する違反もしくは遅滞、連合国もしくはその構成員に対し司令官が違反と見なす行為があつた場合には嚴重に処罰される旨を警告したものであつた (Department of States, Foreign Relation of the United States, 1945, vol.6, p.528)。ところが、八月一日のSWNCC二一／四「無条件降伏の法的意味」においてSWNCC二一／三が無効とされ、一般命令第一号は補遺Bとして書き換えられることとなつた (山極晃・中村政則編「資料日本占領1 天皇制」、大月書店、一九九〇年、三七七頁)。なお、SWNCC二一／三まで補遺Cとして検討されていた「布告第一号」の中には「連合国軍事当局に対し全面的協力を供することを怠り、または前記の規定にもとづいて発せられる布告・命令もしくはその他の指示に完全に従うことを怠るいかなる団体または個人も、即刻かつ嚴重に処罰されるものとする」という規定が含まれていた (同前、三七三頁以下)。資料的な連続性を明示することは出来ないが、一般命令第一号第一二項において「私

人」も規定の対象とされた背景には、布告第一号におけるこの規定の存在があったとも推測される。

- (4) もっともこの文書が、連合国と日本との関係について「契約ベースのものではなく、無条件降伏によるもの」と述べている点については、これまでも様々に議論されてきた点であるが(例えば江藤淳『忘れたことと忘れさせられたこと』、文芸春秋社、一九七九年)、疑問の余地無しとしない(この点については、笹川隆太郎「対日占領管理権限の根拠とポツダム宣言条項——一九四五年九月四日附チャンラー大佐覚書——」、『石巻専修大学研究紀要』第一六号、二〇〇五年が興味深い検討を行っている)。本稿では詳しく言及することが出来ないが、勅令第三二一号、及び、それを引き継いだ政令第三二五号が「憲法外において法的効力を有する」(最高裁判所昭和二八年七月二二日大法院判決(刑集第七巻第七号一五六二頁以下))としても、「上位の法規範(ポツダム宣言等)」との適合性の検討はやはり別途必要であろう(長谷川正安「憲法判例の研究」、勁草書房、一九五六年、山手治之「日本占領法令の効力 (一)」「(三)」、『立命館法学』第三二号〜三三号、一九五九〜一九六〇年などを参照)。

- (5) 田中二郎「連合国の管理下に於ける日本行政法」(前掲『法律による行政の原理』所収)、一三四頁以下。日本政府は、一般命令所定の事項の実施に際しては当面行政上の措置により対処することを九月一日に閣議決定している(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)。その理由は、この規定に該当する「当面の違反者は軍又は政府の官憲であると見られるから、この命令に関する限りは、むしろ懲戒罰でまかなえるように思われる」と判断したためという(佐藤前掲「ポツダム命令に関する私録(一)」七頁以下)。

- (6) 五百頭旗前掲『米国の日本占領政策 下』、二二二頁以下。

- (7) History of Intelligence Activities under General MacArthur, 1942-50, a brief history of the G-Section, GHQ, SWPA and affiliated units., Scholarly Resources Inc., 1983. Appendix 4, ANNEX 5c, "BLACKLIST", ENFORCEMENT OF SURRENDER TERMS, no date.

- (8) GHQ/SCAP, LS-00504-00506, [TOP SECRET], [FOR STAFF STUDY ONLY], Robert V. Laughlin to Secretary and Members of Planning Committee, SUBJECT: Military Government, 23 July 1945.



- (9) 軍政局については、竹前栄治『GHQ』、岩波新書、一九八三年、二四頁以下、竹前・中村前掲『占領管理の体制』、二二頁以下、大蔵省財政史室編『昭和財政史 終戦から講和まで 三 アメリカの対日占領政策』、東洋経済新報社、一九七六年、一二七頁以下、天川晃・福永文夫「民政局の組織と機能」（『GHQ民政局資料・占領改革 別巻 民政局資料総索引』、丸善、二〇〇二年所収）、六頁以下、及び、Dale M. Hellegers, We, the Japanese People, World War II and the Origins of the Japanese Constitution, vol.2, Stanford University Press, 2001, pp.419., GHQ/USAFPAC, Military Government Section, REPORT OF MILITARY GOVERNMENT in Japan and Korea, 10 October 1945(国立国会図書館憲政資料室所蔵)、「シャステイン・ウイリアムス文書」JW214-16)を参照された。
- (10) GHQ/SCAP, LS-00504-00506, OFFENCES AGAINST THE OCCUPATION, MILITARY OCCUPATION COURTS, no date. Hellegers, p421, *ibid.* なお、日本側で「有害」と訳される原語が、SWNCC系列の文書 (detrimental) とGHQ/AFPAC系列の文書 (prejudicial) で異なっていることは注目されよう。
- (11) GHQ/SCAP, GS (A) -02572-02575, C. Whitney to Chief of Staff, Establishment of Military Occupation Courts, 21 Jan 1946.
- (12) Hellegers, p421, *op. cit.*
- (13) 江藤編前掲『占領史録(上)』、二七一頁以下。
- (14) 大蔵省財政史室編前掲『アメリカの対日占領政策』、一一九頁(またその抄訳は同書付属資料一〇頁以下)。
- (15) Establishment of Military Occupation Courts, 21 Jan 1946, *op. cit.*
- (16) 重光外相とマッカーサー、及びサザーランド(R. K. Sutherland) 参謀長との会談記録は、江藤編前掲『占領史録(上)』、二七八頁以下に採録されている。また、重光外相と岡崎勝男終戦連絡中央事務局長官の談話が、住本利男「占領秘録」、中公文庫、一九八八年、八一頁以下にある。この「三布告」の発出と撤回は、日本本土の占領における「直接軍政」と「間接統治」の定義が流動的であったことを示す興味深い事例であろう(天川晃「占領初期の政治状況」、『社会科学研究』第二六巻第二号、一九七五年、三頁以下。また、秦郁彦「発見された軍票布告文」、『ファイナンス』一九七五年七月号、七四頁以下を参照)。

- (17) GHQ/SCAP, LS-00504-00506, W. E. Cist to Chief, Legal Section, GHQ, SCAP. SUBJECT: Military Occupation Courts for Japan. 21 October 1945.
- (18) 森田芳夫・長田かな子『朝鮮終戦の記録・資料編 第一巻』、巖南堂書店、一九七九年、三四七頁以下。南朝鮮における米軍政府の成立過程については、李圭泰『米ソの朝鮮占領政策と南北分断体制の形成過程——「解放」と「二つの政権」の相克——』、信山社、一九九七年、一三五頁以下に詳しい。本稿でその一端を検討する日本本土の占領の「軍政」的側面は、アメリカ軍による南朝鮮占領・沖縄占領との類同性を強く印象付けるものであり、「占領」を総体的に把握するためにはその比較検討が必要であらう。今後の課題としたい。
- (19) GHQ/SCAP, LS-00504-00506, [RESTRICTED] AG014.1 (18 Sep 45) MG, B. M. FITCH (By Command of General MacArthur) to Commanding General, XXIV Corps, Establishment of Military Occupation Courts, 18 September 1945. 上の命令と「対占領犯罪・軍事占領裁判所」の関係は資料上明示されてはいないが、定められた内容はその第二条と酷似している。このことから、引用部後段で述べられている「日本と朝鮮に軍事占領裁判所を設けることを認める命令」は、「対占領犯罪・軍事占領裁判所」を示すものと類推される（なおその運用の実際については、さしあたり森田芳夫『朝鮮終戦の記録』、巖南堂書店、一九六四年、八三二頁以下を参照されたい）。
- (20) 大蔵省財政史室編前掲『アメリカの対日占領政策』、付属資料一一頁。
- (21) Makoto Jokibe (ed.), The Occupation of Japan: U.S. and Allied Policy, 1945-52, Congressional Information Service, Maruzen, 1989 (以下 OCJ ヲ略), 2A-502 [CONFIDENTIAL], SWNCC192/D, APPENDIX, AIDE MEMOIRE, BRITISH EMBASSY, August 24 1945. 「対占領犯罪・軍事占領裁判所」や「布告第一号」に占領軍に限定されない「連合国」の人員や財物についての言及が見られるのは、あるいはこの意見書の影響である可能性もあるが、資料上は明らかでない。
- (22) OCJ-2A-502, [CONFIDENTIAL], SWNCC192/D, ENCLOSURE, Memorandum by the Assistant Secretary of War, 18 September 1945.
- (23) OCJ-2A-505, [CONFIDENTIAL], SWNCC192/3, 28 November 1946.

- (24) なお、この問題に関する議論は極東委員会にも引き継がれ、占領期間を通じて多くの政策決定が行われている（George H. Blakeslee, *A study in international cooperation. 1945 to 1952*（山極晃解説『極東委員会 第一巻』、東出版、一九九四年所収）、「二〇二頁以下）。
- (25) サザランド参謀長は、九月二六日に「ポツダム宣言および降伏条項が日本政府を通じて順調に実施される限り、日本において直接軍政が行われることはない」として「米太平洋陸軍総司令部軍政部は廃止し、その要員は新設の参謀部（GHQ/SCAPの特別参謀部）に転属する」旨を傳達した（竹前・中村前掲『占領管理の体制』、二五頁）。なお、民政局の組織及びスタッフの変遷については、天川・福永前掲「民政局の組織と機能」、五頁以下、福永前掲「占領下中道政権の形成と崩壊」、一九頁以下、平野孝「内務省解体史論」、法律文化社、一九九〇年、八六頁以下に詳しい。
- (26) GHQ/SCAP, AG (D) 03263, [CONFIDENTIAL], WASHINGTON to CINCPAC ADV-ACTION, WX-73092, 4 October 1945.
- (27) GHQ/SCAP, LS-00504-00506, [CONFIDENTIAL], OUTGOING MESSAGE, SCAP to WARCOS, 7 October 1945, GHQ/SCAP, LS-00504-100506, [CONFIDENTIAL], MEMORANDUM FOR THE RECORD, no title, C.L.Kades, 7 October 1945. なお、このころ対敵諜報部を示す略語は一定していないが、これはいわゆる「GHQの二重構造」の帰結として、GHQ/AFPAACの対敵諜報部とGHQ/SCAPの民間諜報局とが事実上一体となって活動していたことによると考えられる（「GHQの二重構造」については、竹前前掲『GHQ』、八八頁以下を参照）。
- (28) GHQ/SCAP, LS-00504-00506, MEMORANDUM FOR THE CHIEF OF STAFF, no title, W.E.CRIST, 9 October 1945.
- (29) *ibid.*
- (30) この観点から日本国憲法の制定過程を再検討する、天川晃「三つ目の「偶然」——憲法制定史研究ノート」、松田保彦・山田卓生・久留島隆・碓井光明編『国際化時代の行政と法』（成田頼明先生横浜国立大学退官記念）、良書普及会、一九九三年所収）の議論は極めて説得的である（天川晃「GHQトップシークレット文書集成第II期 行政・法律関係文書解説」（天川晃監修『GHQトップ・シークレット文書集成 第II期——行政・法律文書 第一巻』、柏書

- 房、一九九五年所収)、四頁以下も併せて参照されたい)。また、本稿冒頭で言及した、刑事訴訟法の制定過程における民政局と民間諜報局の対抗関係の背景にも、管轄の混乱があったと見てよいであろう(前掲拙稿「GHQの司法改革構想から見た占領期法継受」、三五五頁以下。なお、民政局と民間諜報局の間には、公職追放に關しても管轄の重複が生じていた。増田弘「公職追放論」、岩波書店、一九九八年を参照)。
- (31) 竹前・中村前掲「占領管理の体制」、一六七頁。
- (32) *Military Occupation Courts for Japan*, 21 October 1945, op. cit. (n)で朝鮮系のステイプンスが議論に参加していることは注目して良いであろう。
- (33) *ibid.*
- (34) 「初期の基本的指令」の成立過程については、増田前掲「公職追放論」、三三頁以下に詳しい。なお、本稿の問題関心からは、SWNCCにおいて準備されていた「初期の基本的指令」(SWNCC五二シリーズ)の「軍政のための基本的指令」としての特質についての天川晃教授の指摘が示唆的である(天川晃「日本における占領」、「エコノミア」第八七号、一九八五年、六一頁)。
- (35) [TOP SECRET] ALLOCATION OF SCAP RESPONSIBILITIES For Execution of Provisions of Directive Contained in SWNCC 52/4 - 21 Sept. 1945. (天川晃監修「GHQトップ・シークレット文書集成 第II期——行政・法律文書 第八卷」、柏書房、一九九五年、七一頁)。なお、これに先立つものとして、一〇月二三日付のSWNCC一七六／八に基づいて責任割当が定められたという(増田前掲「公職追放論」、三三頁)。
- (36) [TOP SECRET] Govt Section to D/C/S for Opns, Allocation of SCAP Staff Responsibilities, 20 Nov 45. (天川編前掲「GHQトップ・シークレット文書集成 第II期 第八卷」、六五頁)。
- (37) 民政局立法課長を務めたジャスティン・ウイリアムズは「当初はほとんど全員が軍政局に在籍していた職員であった。軍政局の残党である一八人の将校——私もその一人だった——がクリスト將軍の下でGHQ／SCAPの民政局を構成した」と述べる(ジャスティン・ウイリアムズ／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

(38) Allocation of SCAP Staff Responsibilities, 20 Nov 45, op. cit.

## 2 法務局における軍事占領裁判所構想

【1】前節で見たように、一〇月二一日に参謀長の命令によって軍事占領裁判所に関する問題は民政局から法務局に移管された。法務局長カーペンターは、業務移管前の民政局員との討議の段階から軍事占領裁判所の設置に積極的な意見を表明しており、<sup>①</sup>民政局から引き継いだ文書を元に局内で活発な議論を継続していた。<sup>②</sup>そして、この議論を踏まえて、一月二二日にカーペンターは副参謀長に宛てて「日本における軍事占領裁判所の設置」と題する覚書を提出し、占領軍関係者と連合国人に関する犯罪、及び、指令違反を含む対占領軍犯罪について管轄する裁判システムを占領軍側に新たに設置し、日本側裁判所の管轄から外す具体的な提言を行った。<sup>③</sup>

カーペンターはまず、アメリカ軍が歴史上設置してきた占領裁判所について、一八四七年にメキシコにおいて設置された軍事委員会 (military commission) や第一次世界大戦後のラインラント占領時の軍事裁判所に遡って沿革を述べた後、占領裁判所の目的を「占領軍の安全、財産及び目的に対する犯罪の処罰を確実にすること」と「占領者及び連合国人の公平かつ公正な裁判を確実にすること」の二つであるとし、占領裁判所が必要な理由を以下のように分析する。

a. 占領権力としてのアメリカ合衆国は現在、数ヶ月に亘って、占領軍に対する犯罪の処罰、占領政策を含む指令の実施、

アメリカ人及び連合国人の財産の保護について完全に敵に依存している。

b. 現在の日本人及び日本政府の協力的な態度が変わる可能性、及び、現在沈黙している破壊活動分子 (subversive groups) が混乱と困難を促進する可能性を考慮すべきである。この点に関してはハーグ陸戦法規の第四三条が、占領者は「成ルヘク公共ノ秩序及生活ヲ回復確保スル為施シ得ヘキ一切ノ手段ヲ尽スヘシ」と定めている。<sup>4)</sup> 日本における公共の安全及び秩序の保証は、これらの可能性に対処する占領裁判所システムによって守られる。

c. このような機構の存在は、占領者に対する犯罪を計画するあらゆる個人及び団体に対する有益な心理的影響を及ぼすであらう。

カーペンターは覚書の中で「日本占領には甚だしい困難は生じていない」ことを是認するが、その一方で、現在の比較的良好な状態に及びが生じ始めていることを実例を挙げて指摘する。

d. 法務局は既に、占領軍もしくは連合国人に対して犯された犯罪に対する適切な処罰の保証に関する第六軍及び第八軍双方の司令官からの調査について言及した。これらの調査には、連合国人 (中国人) に対する殺人犯、及び、アメリカ軍の物資に対する窃盗犯をこれらの軍の部隊が逮捕したという報告が付されていた。<sup>5)</sup>

e. 民間諜報局は法務局に対して、民間諜報局が日本人による連合国最高司令官指令及び占領軍の様々な部隊の命令に対する大量の違反の申立てを受け取ったと知らせてきた。これらの多くは民間諜報局により調査及び立証されているが、その中には兵器の備蓄の報告もしくは引き渡し漏れのような危険なものが含まれている。民間諜報局は、違反者の職場からの追放は処罰としては不十分であり、これらの違反者の処罰を日本側に委ねなければならないのは困惑する事態であ

ると報告している。

ここで本稿の関心から注目したいのは、e項で言及されている指令違反行為についてである。実は、カーペンターの覚書提出の前日にあたる一月二日、法務局広報将校 (Public Relation Officer) のジョーンズ (R.A.Jones) を介して、法務局には民間諜報局から以下のような情報もたらされていた。

民間諜報局計画班 (Planning unit) のマークム少佐 (Major Markum) が、本日、日本における占領裁判所の設置提案の状況について調査するために法律課 (Law Division) を訪れた。彼は、このような裁判所が直ちに設置されるべきだと考えていると述べた。彼は、民間諜報局は日本人による S C A P 指令違反や、他の様々な占領軍の命令に対する違反の大量の記録もしくは申立てを保持していると伝えた。これらの多くは民間諜報局によって調査、立証されており、これらの中には、武器の報告もしくは引渡し漏れ等のような大変危険なものが含まれている。

マークム少佐は、これらの違反を調査した結果、日本人にはいかなる罰則も行使用されることがない点に注意を喚起されたことにより、民間諜報局の業務が妥協と困難とを被っていると述べた。この状況の帰結として、違反は増加しつつある。<sup>(6)</sup>

その内容の詳細さから見て、カーペンターの一月二日付の覚書はおそらく事前に時間をかけて準備されたものであると思われるが、民間諜報局からもたらされたこの情報は、副参謀長への覚書提出の直接の契機となったものと考えられる。ここでは、当初の軍事占領裁判所構想においては指令違反行為の処罰がその主要な目的の一つであったことを改めて確認しておきたい。カーペンターは更に、冬に向けて占領軍物資を対象とする犯罪が増加する懸念、軍

法会議による処罰との不均衡、日本法における特定の犯罪類型に対する処罰の不十分さについても言及し、様々な角度から占領軍裁判所の必要性を説明する。そして、占領軍裁判所の設置が陸軍省の既存のマニユアル（軍政／民事マニユアル<sup>⑦</sup>、陸軍法規<sup>⑧</sup>）の規定、及び、この頃には既に確定していた「日本占領及び管理のための連合国最高司令官に対する初期の基本的指令（JCS 一三八〇／一五）」に合致することを述べ、占領裁判所の設置が推奨される旨を結論として記し、覚書をまとめている。

さて、一月二二日付のこの覚書には添付文書として、日本政府に対する指令案と第六軍及び第八軍司令官に対する命令案が付されている。このうち後者は、軍事占領裁判所を設置する場合、その実際の運用は、既に日本全土に展開していた地方軍政部に委ねられるという認識を前提とするものである。カーペンターは覚書の中で、法務局の人員の増員が必要ではないことと共に、まもなく唯一の占領軍となる第八軍の法務部に集められた人員が軍事占領裁判所に関する業務を遂行するのに十分であるという認識を示しており、更にこれを敷衍する形で、以下のような文書を同月二八日付で副参謀長宛に提出している。

法務局に属している以下の業務は、第八軍及び第二四軍団に分散させられるべきである。

1. 占領目的及び占領軍の安全に対する犯罪を管轄するための軍事法廷の設置及び運営。
2. この関係から、日本において占領裁判所を設置することの妥当性を検討したチェックシートが参謀長室に提出済みであり、このチェックシートには、この目的を遂行するのに必要な日本政府と第六軍・第八軍への指令が添付されている。
3. 分散される業務には、当該法廷の運営及び監督、必要な軍事委員会及び憲兵裁判所 (provost courts) の任命及びそのスタッフとなる人員の選択、必要な裁判規則の公布、事件の捜査、公訴及び審理、死刑が課されたものを除く事件の再審



査 (review)、量刑の執行責任が含まれる。<sup>(12)</sup>

ここに至って、日本本土の軍事占領裁判所の設置及び運用の主体は、第八軍の地方軍政部となることとなったが、カーペンターが示した認識とは異なり、地方軍政部には、軍事占領裁判所を實際に運営するための人員が十分に配備されていたわけではなかった。実際、軍事占領裁判所が設置されるにあたってGHQ/SCAPの民政局及び民間諜報局と第八軍の高級副官 (Adjutant General)<sup>(13)</sup> のスタッフの間で持たれた会談において、高級副官部のオブライエン大佐 (Col. J. O'Brien) は、「軍事占領裁判所を運営するための「法的訓練を受けたスタッフが必ずしも十分に配属されているわけではない」と率直に述べている。<sup>(14)</sup> このことは、占領期において地方軍政部が主体となって運営された「軍事裁判」に対する日本側の不信へと結びついていくこととなる。<sup>(15)</sup>

【2】一方、ワシントンのSWNCCにおいては、前述のイギリス大使館からの要請に応じる形で連合国人の裁判管轄に関する議論が継続されていたが、その結果は、統合参謀本部からの命令として二月一九日付でマッカーサーに伝えられた (WXX89117)。<sup>(16)</sup> 連合国人及び法人その他の諸団体について日本側裁判所の刑事裁判権の行使を認めず「連合国軍事裁判所」がこれを管轄する、というこの命令は、対占領軍犯罪や指令違反行為に力点を置いていた法務局の軍事占領裁判所構想に、若干の修正を加える形で合流していった。法務局では、この命令に応じる形で日本政府に対する指令案と第六軍及び第八軍司令官に対する命令案を修正し、<sup>(17)</sup> まず日本政府に対し、一九四六（昭和二一）年二月一九日付で以下のような内容を持つ「刑事裁判権の行使に関する覚書」を發出した。

一 日本の裁判所は、以後連合国人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。連合国人を被告人とする現に係属中の刑事訴訟は、総て連合国最高司令部に報告されることを要する。日本の裁判所はこの種の被告人に関する今後の処置を停止し、被告人は連合国最高司令官の権限ある代表者の指令に服させなければならない。

二 日本裁判所は、以後次に掲げた犯罪に対して刑事裁判権を行使してはならない。

(a) 占領軍又はその凡ての兵員、又は占領軍に所属若くは随伴する凡ての者の安全に有害な行為。

(b) 占領軍の凡ての兵員、又は占領軍に所属若くは随伴する凡ての者に対する殺害又は暴行。

(c) 占領軍又はその凡ての兵員、又は占領軍に所属若くは随伴する凡ての者の財産を権限なしに所持、取得、受領又は処分する行為。

(d) 占領軍又は連合国最高司令官またはその権限を有する部下の命令に従ったその他の者が、追求中の者を逮捕することに干渉または妨害を為し又は拘禁中の者の逃亡を援助又は容易ならしめる行為。

(e) 公務に関して占領軍の兵員又は占領軍に所属若くは随伴する如何なる者に対しても、これを妨害し、これから要求された報告を拒絶し、口頭又は文書を以て虚偽の又はこれを誤らすやうな供述をなし、又は、如何なる方法に依るかを問はずこれを偽罔する行為。

(f) 連合国最高司令官に依つて、又は同司令官の命令に基いて解散させられ又は非合法と宣告された団体の利益を計り、又はこれを支持する行為。

(g) 上記の各犯罪に共謀し又はこれを教唆補助する行為。

三 日本裁判所は、占領目的に有害な行為 (acts prejudicial to the objectives of the occupation) が、日本の法律違反となるものである限りこれに対して裁判権の行使を継続することができる。但し、軍事占領裁判所も亦、この種の行為その他占

領目的に有害な行為に対して裁判権を引取って行使することを妨げない。

四 第八軍司令官及び第五艦隊司令官は、上記の人亦は犯罪に対する裁判権を持つ軍事委員会及び憲兵裁判所を含む軍事占領裁判所を、設置するように命ぜられてゐる。

五〔略〕

六 日本帝国政府は次の如き場合（a）（b）略を除き、連合国人を逮捕する権限を有しない。

七 この指令は日本国民及び日本に在る凡ての者に、告知されなければならない。<sup>(18)</sup>

第四項にも言及されているように、第八軍司令官及び第五艦隊司令官は同日、軍事占領裁判所の設置命令を受けており、これに対応する形で第八軍司令官は三月一日に作戦命令を発し、四月二二日までに全国に二四箇所の憲兵裁判所が設置された。<sup>(19)</sup>ところで、この覚書について本稿の関心から注目しておきたいのは、第三項における「占領目的に有害な行為」に関する規定である。日本政府に対する指令案と第六軍及び第八軍司令官に対する命令案の改訂作業の過程で、法務局は参謀長と複数回の文書のやり取りを行っているが、一月九日付で法務局から参謀長に送られた文書において、法務局副官（Executive Officer）のフルシャー（E.D.Fulcher）は以下のように記している。

「占領目的に有害な行為」というフレーズの更なる検討の結果、「第六軍及び第八軍司令官に対する」命令書簡及び日本政府に対する覚書に変更が追加された。軽微な指令違反（minor violations of directives）や、日本の裁判所が管轄する同様の犯罪については日本側裁判所による処罰を許す、という意図に関して問題が生じないように、「規定を」明瞭にすることが望ましいということが決定された。このことは、これらの行為を含む事件を移送する我々の権利を妨げないということを条件

に、日本の裁判所にこれらの管轄の行使を継続することを特に認める、という……声明により果たされた。<sup>(21)</sup>

ここに示されているように、「刑事裁判権の行使に関する覚書」第三項に定められた「占領目的に有害な行為」という類型は当初、このカテゴリに属する日本の国内法上の犯罪と共に、「軽微な指令違反」についても日本側の裁判所に管轄させる意図のものであったことが理解されよう。しかし、次章で詳述するように、この「占領目的に有害な行為」は、後に「軽微な指令違反」を超えるあらゆる指令違反が日本の国内法上の犯罪となる、という法的措置が行われることによつて、間接統治方針に対する重大な転換のキーワードとなるのである。<sup>(22)</sup>

一方、前節で述べたように、当初軍事占領裁判所に関する業務を行っていた民政局は、一九四五(昭和二〇)年一〇月二一日付で一件書類を法務局に引き渡しており、それ以降この業務には関わっていない。しかし、良く知られているように、初代局長のクリストが南朝鮮に転出し、後任としてマッカーサーに近いホイットニー (C. Whitney) が局長に就任したことで、GHQ内における民政局の影響力は徐々に拡大していった。<sup>(23)</sup> 軍事占領裁判所に関する業務についても、改めて自らの管轄権を主張する文書が、一九四六(昭和二一)年一月二二日付けでホイットニーから参謀長に宛てて提出されているのが注目されよう。

1. もし本局にコメントの機会が与えられていたならば、軍事占領裁判所の設置に関する JCS の指令提案 (WX77593, 21 October 1945)<sup>(24)</sup> に同意する内容の本司令部からのメッセージの発出よりも前に、現在提示されている問題について参謀長の注意が喚起されていたであろう。しかし、それにもかかわらず、提案され (WX77593)、もしくは発出された (WX89117) JCS 指令が本局に提出、もしくは検討されるのはこれが始めてである。

a. 一九四五年八月一七日から一九四五年一〇月二〇日の間、軍事裁判所の問題は途切れなく本局において研究され、勧告が作成されていた。現在検討されているまさにその問題も予想されており、計画が描かれ、一九四五年一〇月二二日のJCS指令の提案受領に先立ち、問題を最小にとどめる勧告が作成された。

b. 一九四五年八月二二日、管轄の発生 (concurrent) を具体化する軍事占領裁判所に関する一般命令の草案が提出され、司令官 (C-5-C) の個人的な承認を得た。軍事裁判所は日本においてはすぐに必要ではないとの見地から、その発出は延期された。一九四五年九月一八日、「南」朝鮮において管轄の発生を認定する、軍事占領裁判所の設置に関する命令書簡 (file AG014.1 (18 Sept 45) MG) が本局の勧告として公布された。

c. JCS 指令の提案受領の僅か一日前、軍事占領裁判所に関する完全なファイルが、参謀長の命令によって法務局に送られた。〔後略〕<sup>25)</sup>

この文書でホイットニーが「現在提示されている問題」と述べているのは、とりわけ占領下の日本における「共通法上の外地人」の法的地位についての問題であったが、これ以降、民政局は再び軍事占領裁判所に関する業務についての提言を行うようになっていく。その中で、本稿の問題関心である刑事裁判権については、二月末に民政局に着任<sup>26)</sup>し、以降GHQ側で法制改革を遂行したアルフレッド・オプラーと、彼が後に課長として率いることとなる司法課の法律家たちが、その中心的な担い手となる。この点については、章を改めて検討することとした。

【注】

(1) Military Occupation Courts for Japan, 21 October 1945, op. cit.

(2) 民政局からの業務移管の翌日、軍政局が作成した南朝鮮の軍事占領裁判所に関して作成した規則、書式等の提案が法務局に送付されている。これらの書類には法務局に送付された後のものと思われる書き込みがあり、法務局がこの軍政局の提案をベースに日本本土の軍事占領裁判所の規則等を作成しようとしていたことが伺われる (GHQ/SCAP, LS-00504-00506, CHECK SHEET, Govt Section to Legal Section, Military Occupation Courts in Korea, 22 Oct 45)。なお、業務移管後も民政局の法律家たちは法務局との議論を継続しており、バイヤードはカーペンターに対して、軍事占領裁判所の設置のメリットとデメリットを勘案した上で、「中庸の方針 (middle course)」として、八月に軍政局が作成した「対占領犯罪・軍事占領裁判所」をベースに、特別な対占領軍犯罪についての規定を設けずに軍事占領裁判所を運用するプランを提示してゐる (GHQ/SCAP, LS-24271-24274, D.S. Byerd to Colonel Fulcher, Legal Section, no title, 15 November 1945)。

(3) GHQ/SCAP, LS-24271-24274, [TOP SECRET (表示を削除)] J, Legal Section to D C/S, Establishment of Military Occupation Courts in Japan, 22 Nov. 1945. 以下の引用もこれによる。

(4) 周知のように、ハーグ陸戦法規 (ハーグ陸戦法規慣例条約付属規則) 第四三条が「交戦後の占領」である日本本土の占領に適用されるか否か、という点に関し、主として日本国憲法制定の「合法性」の観点から議論がある (この問題に関しては、田中英夫「日本国憲法の制定と「ハーグ陸戦法規」」(国家学会編『国家学会百年記念 国家と市民 第一巻』、有斐閣、一九八七年所収)、九三頁以下の分析が示唆的である)。少なくとも「管理」の局面については、GHQの法務局は日本本土に戦時国際法の適用があると理解していたと考えられる。ちなみにカーペンターは、民間諜報局が作成して日本側に提示した刑事訴訟法改正提案に反対する際にも、陸戦法規 (Field Manual 27-10, Rules of Land Warfare) の第二一八五条を根拠として挙げてゐる (GHQ/SCAP, LS-16337, Legal Sec to C/S, Proposed Revision of Japanese Code of Criminal Procedure, 8 July 46, 前掲拙稿「GHQの司法改革構想から見た占領期法継受」(三六五頁))。

(5) 終戦連絡中央事務局の記録は以下のように記している。「連合国人の犯罪、並、日本人の連合軍乃至其ノ将兵ニ対スル犯罪ノ裁判権ノ帰属ニ関シテハ政府ハ国際法上治外法権ニ享有スル連合国将兵ノ犯罪ヲ除キ当然我方ニ於テ之ヲ有ス

トノ見解ノ下ニ該当事件ノ処理ヲ為シ来リタルガ昨年十月二十三日山形県酒田市ニ於テ邦人漁人ガ中華民國人窃盗犯人ヲ殺害セル事件發生シ其ノ裁判權ノ帰属ニ関シ現地日本側裁判所ト現地駐屯軍トノ間ニ見解ノ相違ヲ来シ双方ヨリ中央ニ請訓シタル結果当事務局ト連合軍總司令部トノ折衝ニ移リ数次ニ亘ル会谈ヲ遂ゲタル次第ナルガ、同總司令部ノ態度容易ニ決セズ…」（終戦連絡中央事務局政治部『執務報告』第二号（一九四六年四月一五日）（荒敬編『日本占領・外交関係資料集 第三卷』、柏書房、一九九頁））。

(6) GHQ/SCAP, LS-24271-24274, MEMORANDUM, RALPH A. JONES to Col. Carpenter (thru Capt. Andree, Law Division), Urgent Need for Occupation Courts, 21 November 1945.

(7) カーペンターが引用するのは、「軍政ノ民事マニユアル (Field Manual 27-5, Military Government and Civil Affairs, 22 December 1943)」の第三八条における「ある領域が占領され、軍政府の支配下に置かれた場合、戦域の作戦司令官は、軍事委員会及び憲兵裁判所を設置し、軍政に対する犯罪を審理すべきである」との規定、及び第四二条dで「合衆国人もしくは占領軍に付随する者の権利、利益、財産に関する管轄、及び、合衆国もしくは合衆国と連合する諸国の陸海軍法が対象とする管轄」については占領地において裁判権が奪われる旨の規定である（竹前栄治・尾崎毅訳『米国防海軍 軍政ノ民事マニユアル』、みすず書房、一九九八年、五六頁以下）。

(8) 「陸戦法規 (Field Manual 27-10, Rules of Land Warfare, 1 October 1940)」の第二八五条のうち「軍事的なものではない全ての犯罪、または侵攻軍の安全に影響しないものは、現地裁判所に委ねるべきである」と規定する箇所が引用される（フィッシュ前掲『琉球列島の軍政』、一六五頁）。

(9) パラグラフ4g「貴官は、必要に応じ、占領軍に対する犯罪及び降伏実施と両立するような他の事項について管轄権を有する軍事裁判所を設置する。しかしながら、貴官は、そうしないことを貴官が必要と認める場合を除き、日本の裁判所が貴官の軍隊の安全に直接且つ重大な関係を有しない事件については有効な裁判権を行使することを確実にする」が引用される（外務省編前掲『日本占領及び管理重要文書集 第一卷』、一一〇頁）。前節で言及したように、このパラグラフ後半はクリストが民政局の管掌する業務から手放すことを求めた部分であるが、一月二八日に確定し

- た JCS 一三八〇/一五に基づく業務管轄では、パラグラフ 4 g 前半は法務局、後半は民政局に分掌される旨が命令されている。クリストの異議は容れられなかったのであらう (TOP SECRET) STAFF MEMORANDUM NUMBER 6, 28 November 1945. (天川編前掲『GHQ トップ・シークレット文書集成 第八巻』、一〇三頁以下)。JCS 一三八〇/一五が GHQ の活動の「すべての土台」として、パラグラフ毎に分配され、実施されたことについては、セオドア・コーエン/大前正臣訳『日本占領革命 GHQ からの証言 上』、TBSブリタニカ、一九八三年、三一頁以下に詳しい。
- (10) 地方軍政部の組織、及び、その展開過程については、竹前栄治『アメリカ対日労働政策の研究』、日本評論社、一九六〇年、六七頁以下、笹本征男「島根県の場合」(思想の科学研究会編『共同研究日本占領 その光と影 下』徳間書店、一九七八年所収)、一八二頁以下、阿部彰『戦後地方教育制度成立過程の研究』、風間書房、一九八三年、五頁以下、竹前栄治『占領戦後史』、岩波現代文庫、二〇〇二年、三九頁以下、横浜市総務局市史編集室編『横浜市史 II 第二巻下』、横浜市、二〇〇〇年、三頁以下、及び、Ralph J. D. Bradbant, 'Administration of Military Government in Japan at the Prefectural Level, The American Political Science Review, vol. XLIII, 1949. など」を参照。なお近年、日本占領の再検討の一つの視角として、府県レベルに着目した成果が公表されつつある。天川晃・増田弘編『地域から見直す占領改革 戦後地方政治の連続と非連続』、山川出版社、二〇〇一年、同時代史学会編『占領とデモクラシーの同時代史』、日本経済評論社、二〇〇四年などを参照されたい。
- (11) 当初日本本土に進駐した陸軍部隊は第六軍と第八軍であったが、朝鮮半島情勢の緊迫化と第六軍の帰国等に伴って再編成が行われた結果、一九四六(昭和二一)年一月には第八軍が日本本土全体を管轄することとなった(竹前前掲『占領戦後史』、三九頁、及び、横浜市総務局市史編集室編前掲『横浜市史 II 第二巻下』、四一頁以下)。
- (12) GHQ/SCAP, LS-24271-24274, Legal Section to Dep. C/S or Ops., Decentralization of Civil Duties to Commands in the field, 28 November 1945.
- (13) 高級副官(部)については、荒敬「高級副官および高級副官部の任務と組織」(『日本占領史研究序説』、柏書房、一九九四年に所収)、三二九頁以下に詳しい。



- (14) GHQ/SCAP, GS (A) 02572-02574, Alfred C. Oppler to Comdr. Hussey, Establishment of Provost Courts., 15 Mar 46.
- (15) 大西兼治「軍事裁判」、『別冊文芸春秋』第九三号、一九六五年、佃実夫「占領下の軍事裁判」（思想の科学研究会編『共同研究 日本占領』、徳間書店、一九七二年所収）、三四七頁以下、尾崎治「公安条例制定秘史 戦後期大衆運動と占領軍政策」、柘植書房、一九七八年、一三三頁以下、竹前前掲『占領戦後史』、一九一頁以下などを参照。軍事占領裁判所の審理については「異常ともいえるスピード裁判、判決における実刑の重さ、一切上審の見とめられない一方的裁判、証人台に立った日本の警察官のほとんどが検事側証人であること」などを理由に、その「不当性、過酷性」がしばしば指摘される（佃前掲「占領下の軍事裁判」、三七七頁）。一方、「米人の官選弁護人のなかには、ずいぶんなげやりの人や、不愉快な人もいたが、概して公正であったようにおもう。弁護の方針について意見が対立することもあったが、彼らは最終的には私たちの意見に従った」という回顧もあり、その評価は必ずしも定まっていない（上田誠吉「裁判と民主主義」、大月書店、一九七九年、一八六頁）。軍事占領裁判所の実際の運営については、史料が不足しているため不明な点が多いが（大野省治「軍事裁判と教授会——佐賀大学開学時のレッドページ」、私家版、二〇〇二年には、地方軍政部側から提供された軍事裁判記録が翻訳・掲載されている。参照されたい）、史料の探索も含めた実証的検討は今後の課題としたい。
- (16) GHQ/SCAP, GS (A) 02572-02574, [CONFIDENTIAL, PRIORITY] WASHINGTON (FROM JOINT CHIEFS OF STAFF) to CINCPACADV ADV CINCPACPAC (TO MACARTHUR) , WX89117, 19 DECEMBER 1945.
- (17) GHQ/SCAP, LS-24271-24274, Legal Section to Chief of Staff, no title, 29 Dec 1945. なお、一二月一九日付JCS指令は連合国人に関する民事裁判管轄についても言及している。本稿においては紙幅の関係からこの問題を取り扱うことができないが、この点は後に法務局と民政局との管轄争いにおいて主要な論点の一つとなった。
- (18) 『日本占領管理研究』第一巻第八号、一九四六年、四五頁以下。この文書、とりわけ第二項の諸条項と、軍政局が前年八月半ばに作成した「対占領犯罪・軍事占領裁判所」との連続性は明らかであろう。しかしその一方で、次章で検討する指令違反行為についての言及が落ちているのは、連合国人の裁判管轄に議論のウェイトを置いたことの帰結とも

考えられる。

- (19) GHQ/SCAP, GS (A) 02572-02574, AG015 (19 Feb 46) LS, TO: Commanding General, Eighth Army, APO343, Commander, Fifth Fleet, PPO, SUBJECT: Establishment of Military Occupation Provost Courts., 19 February 1946.
- (20) GHQ/SCAP, LS-20037-20041, Operational Directive No.29, Establishment of Military Occupation Provost Courts., 11 Mar 46, LS-24284-24289, List of Provost Courts., 22 April 1946. 最終的には全国に二六箇所の憲兵裁判所が設置された(竹前・村前掲『占領管理の体制』一〇六頁)。
- (21) GHQ/SCAP, LS-24271-24274, Legal Section to Chief of Staff, no title, 9 Jan 46.
- (22) 一九四五(昭和二〇)年一月二二日付覚書に添付された、日本政府及び第六軍・第八軍への指令案は、一月一九日のJCS指令を受けて二月二七日に改訂され、更に法務局と参謀長室とのやりとりを受けて、一九四六(昭和二一)年一月四日、二二日に再改訂されている。
- (23) 天川前掲「三〇目の「偶然」」四四一頁以下、天川・福永前掲「民政局の組織と機能」一一頁以下などを参照。
- (24) GHQ/SCAP, AG (D) 03262-03263, [CONFIDENTIAL, ROUTINE], WASHINGTON (CAD) to CINCPAC ADV, INFO, CINCPAC, WX-77593, 20 OCTOBER 1945. この文書は、SWNCCにおける議論を受けて陸軍省からマッカーサーに送られたもので、後の十一月一九日付の正式なJCS指令と内容はほぼ同一である。
- (25) Establishment of Military Occupation Courts, 21 January 1946, op. cit.
- (26) GHQ/SCAP文書にはこの点に関する民政局と法務局、及び司法省関係者との興味深いやりとりが多く含まれているが、その検討は別稿に譲ることとしたい。なお、この問題についてはさしあたり、越川純吉『日本に在住する非日本人の法律上の地位(特に共通法上の外地人について)』(法務資料第三〇八号)、法務府、一九四九年、五二頁以下、山崎茂「占領下の裁判手続上の諸問題——その実務上の考察——」、『判例タイムズ』第四号、一九五〇年、一五頁以下、越川前掲「過渡期涉外司法の諸問題」一五頁以下、大沼保昭「在日朝鮮人の法的地位に関する一考察(四)」、『法学協会雑誌』第九七卷第二号、一九八〇年、六五頁以下、畑野勇他『外国人の法的地位——国際化時代と法制度のあり方』、

信山社、二〇〇〇年、六六頁以下などを参照。

(27) オプラー自身の回顧によれば「一九四六年二月三日に、私は第一生命ビルの六階にあった民政局に出頭した」という（オプラー前掲「日本占領と法制改革」、一五頁）。

### 三 昭和二十二年勅令第三二一号と検察官の起訴猶予裁量

#### 1 昭和二十二年勅令第三二一号の成立過程

【一】一九四六（昭和二二）年二月一九日付で日本政府に対して発出された「刑事裁判権の行使に関する覚書」、及び、これに対応する形で地方軍政部に設置された軍事占領裁判所によって、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についての処理は一本化された。<sup>1</sup>しかしその一方で、カーペンターが軍事占領裁判所設置の理由の一つとして掲げていた日本人の指令違反行為については、「刑事裁判権の行使に関する覚書」は直接言及していない。<sup>2</sup>そこでカーペンターは、頻発する指令違反行為に対処する必要性について、以下のような文書を二月二〇日付で参謀長に送っている。

2. 基本通信の添付文書を審査すると、日本当局及び様々な日本人は、明らかに命令の遂行を怠っているばかりか、故意にこれらに違反している。違反行為は深刻かつ目に余るものである。

3. 連合国最高司令官の命令に違反した者を、違反行為が「占領目的に有害な行為」(Paragraph 3c (8), Letter Order, AGO15, did 19 Feb 46, GHQ, SCAP, to Commanding General, Eighth Army, Subj: "Establishment of Military Occupation Courts") を構成するとして軍事占領裁判所において訴追することにより必要な処罰を行う権限が、第八軍に与えられることを推奨する。

〔後略〕<sup>(3)</sup>

この文書に見られるように、カーペンターは法務局における当初の構想に従い、指令違反行為が軍事占領裁判所の管轄となるという前提で、「占領目的に有害な行為」の類型にこれを当てはめることを提案している。しかし参謀長室は、三月二七日付の以下の文書で、カーペンターの構想とは異なる指令違反行為の処理を指示した。

2. 日本政府に連合国最高司令官指令の遵守について可能な限り多くの責任を負わせるために、目に余るものを除く総ての指令違反を訴追するよう彼らに要求するのが望ましいと考えられる。問題とされている事件の総てが、占領軍裁判所に提起されるべき性質のものとは考えられない。

3. それゆえこれらの事件は再審査され、以下の二つの等級に分けられることが要求される。

a. 占領軍裁判所に提起されるべきもの。

b. 日本政府により矯正 (remedied) されるべきもの。

4. 更に、「以上のことを」実施するために必要な、第八軍及び日本政府に対する指令が準備され、本室を通じて送付され

ることが要求される。<sup>(4)</sup>

前章で述べたように、二月一九日付の「刑事裁判権の行使に関する覚書」においては、「占領目的に有害な行為」について、日本側の裁判所は「日本の法律違反となるものである限りこれに対して裁判権の行使を継続することができ」旨を規定していたが、そこには「軽微な指令違反」についても日本側に処罰を委ねる、という含意があった。しかし、上引の参謀長室の文書には、日本側裁判所に「目に余るものを除く総ての指令違反」について日本側裁判所が管轄するという、法務局のものと方向性を異にする構想が示されており、法務局はそのために必要な措置を講じることを求められたのである。

参謀長室の要求を受けた法務局は、現時点で指令違反行為が日本側裁判所で処断され得る可能性、すなわち、指令違反行為に対する日本の国内法上の罰則についての調査を開始した。まず四月八日、法務局法律課（Law Division）のアンドレー大尉（Captain H.P. Andree）、ウエスト少尉（2nd Lt. R.A. West）と日本側の内務省及び司法省係官との会談が持たれ、前年九月二四日に発出された「日本軍ヨリ受理セル或ハ受理スベキ資材、需品及裝備ニ関スル覚書（S C A P I N 五三）」に対する違反行為の罰則の有無が問われた。<sup>(5)</sup>この会談においては、今のところ当該指令に対する内務省令やポツダム命令による罰則は定められておらず、「もし上記の勅令〔ポツダム命令〕の形式によって管轄省庁が処罰命令を公布すれば、司法省は違反者を日本裁判所で訴追し得る」が、「司法省は上記の勅令の形式によって発出された省令による罰則の効力によって日本人が訴追された、という事件を一件も知悉していない」ことが確認された上で、以下のような結論が示されている。

f. 状況が不十分 (bare) であることが理解された。日本側参加者は、連合国最高司令官指令違反、及び、これらを推し進める (furtherance of) ための省令に対する違反を日本裁判所で処罰可能にする手段を歓迎するものと思われる。

g. 以下の二つの方法が選択肢として提示され、議論された。

1. 連合国最高司令官指令、及び、これを補完する省令、占領軍司令官の命令に対する違反について白地刑罰法規を定め (providing a blanket penalty)<sup>(6)</sup>、公布する旨を日本政府に指令する最高司令官からの覚書の発出。

2. 勅令第五四二号及び五四三号に基づく補足命令として罰則規定を公布することを管轄省庁に命じる独立したパラグラフを、必要に応じて連合国最高司令官指令に置く。例えば生糸の放出命令のような、多くの連合国最高司令官指令については、罰則規定を挿入する必要はないであろう。

日本側の参加者は第二の選択肢を希望した。

この会談を踏まえる形で、法務局副官のホルジンガー (H.W.M.Holsinger) は、この問題についての法務局の回答を四月一日付で参謀長室に送っている。

3. 本局は、我々が軍事占領裁判所で訴追することを望む大きな事件を除く総ての違反を訴追することによって、日本政府が連合国最高司令官指令の実施に責任を負うべきであるという…意見に同意する。日本法の現状においては、当該案件 [SCAPIN 五三二] に関する軽微な違反についてさえも、日本政府がその遵守を実施することは事実上不可能である。<sup>(7)</sup> [中略]

7. 本局の意見は…白地刑罰法規を定める勅令が望ましいというものである。

8. 本局の意見は、以下の理由によつてゐる。

a. 第二の選択肢（罰則規定を公布することを管轄省庁に命じる規定を連合国最高司令官指令に置く）は、管轄官庁が補充的命令を發出しない事件を扱うことが出来ない。

b. 第二の選択肢は、占領軍団司令官（occupation force unit commanders）が発した適法な命令を守らせる手段とはならない。  
c. 第二の選択肢は、既に發出され、現在おそらく罰則規定を含まない日本側の命令によつて実施されている多くの連合国最高司令官指令を守らせるといふ問題を扱うことが出来ない。

d. この種の命令一本ならば容易に周知されうるし、より強い抑止力を日本の公衆に与えるであろうから、第一の選択肢は指令の遵守をより確実にすると考えられる。<sup>(8)</sup>

法務局との会談において日本側関係者が第二の選択肢を希望したにも拘わらず、法務局はその希望を退け、指令違反行為を「占領目的に有害な行為」として国内法化し、日本裁判所において処断するための白地刑罰法規を制定するという第一の選択肢を選んだ。この選択肢が、昭和二年勅令第三二一号、「連合国占領軍の占領目的に有害な行為に對する処罰等に関する勅令」の制定に繋がつていくこととなるのである。

【2】さて、占領開始当初から、対占領軍犯罪や連合国人に関する犯罪についての地方による不統一な取り扱いに苦慮していた日本側関係者は、「刑事裁判権の行使に関する覚書」によつて「治外法権を連合国人に与へ」、<sup>(9)</sup>「我方ノ裁判権ヲ全面的ニ剥奪セラレタルハ眞ニ遺憾ニ耐ヘザルトコロ」としながらも、「我方ノ裁判権ノ限界明確トセラレタル結果従来トモスレバ起リ勝チナリシ我方ノ現地司法機關ト連合軍側現地進駐軍トノ間ノ好マシカラザル紛争モ<sup>(10)</sup>

消滅セラル、モノト期待セラル<sup>(10)</sup>として、GHQ側とその運用についての会談を重ねていた。そしてその成果を踏まえ、司法省刑事事務局係官は、五月八日に「刑事裁判権の行使に関する覚書」の運用上必要な法制上の措置を定めた勅令案を携えて法務局を訪れ、会談を行っていた<sup>(11)</sup>。この会談の翌日、カーペンターは参謀長に対してチェックシートを送付し、勅令案の各条文につき若干の変更を経て「本局の承認を得た」と述べた上で勅令案に対する承認を求め、「日本政府に当該勅令の制定についての正式な許可の提出を求めることにより、日本側が示しているイニシアティブが遅延されるべきではない」ことを理由に「日本政府にその承認について非公式に伝える許可」を求めた<sup>(12)</sup>。

しかしここで、事態は急な展開を見せる。後に法務局から参謀長宛に提出された文書によると、その経緯は以下の通りである。

その後、「参謀長室の」ハリス大佐 (Col. Harris) と法務局、及び、民政局の間で行われた会談の結果、「五月八日に提示された司法省による」勅令案は、連合国最高司令官指令違反を日本法の下で処罰し得るようになるための民政局により準備された勅令案と統合された。「二つの」勅令案の統合の結果準備された草案は、参謀長室から本局に送られた五月一日付のチェックシートにより承認され、「本文書に」添付されている<sup>(13)</sup>。

日本側は、五月八日の法務局との会談において提示した勅令案について、会談の席上での修正を反映させた上で「刑事裁判権等の特例に関する勅令(昭和二十一年勅令第二七四号)」として五月一五日に公布していた<sup>(14)</sup>。ところが、これに対して法務局は、上引の会談の結果を踏まえて、五月一日付で参謀長の承認を受けた以下の勅令案を五月一七日に日本側に手交し、「一週間以内に制定公布せよ」と口頭で命じたのである<sup>(15)</sup>。



第一条 左の罪に係る事件については、公訴は、刑事訴訟法第二百九十二条第一項の規定にかかわらず、これを行ふことができない。

一 連合国人（法人を含む）の犯した罪

二 連合国占領軍、その将兵又は連合国占領軍に附属し、若しくは随伴する者の安全に対し有害な行為

三 連合国占領軍、その将兵又は連合国占領軍に附属し、若しくは随伴する者に対する殺害又は暴行行為

四 連合国占領軍、その将兵又は連合国占領軍に附属し、若しくは随伴する者の財産を権限なくして所持、取得、受領若しくは処分する行為

五 連合国占領軍、連合国最高司令官の指示に従ふ他の者又は権限ある同司令官の部下によつて搜索中の人物の逮捕を妨害し又は拘禁中の人物の逃走を援助する行為

六 公務に関し、連合国占領軍の将兵又は連合国占領軍に附属し、若しくは随伴する者に対し妨害を加へ、その要求に係る情報を拒絶し口頭若しくは文書を以て虚偽若しくは誤解を生ぜしめるやうな説明をなし又は方法の如何を問はずこれを欺罔する行為

七 連合国最高司令官によつて直接に若しくはその命令に基いて解散せられ若しくは非合法と宣言せられた団体の為にする行為又はこれを支持する行為

八 右各号の行為について共謀し又は教唆若しくは幫助する行為

第二条 但し、占領目的に有害な行為よりなる罪については公訴を行はなければならない。このやうな罪の公訴は、特別の罪について裁判権が軍事占領裁判所によつて接収される場合においてのみこれを取り消すことができる。

占領目的に有害な行為と謂ふのは、連合軍総司令官の日本帝国政府に対する指令、同指令を施行するため軍、軍団若くは師団の司令官の発するすべての命令及びこれらの指令を履行するため日本帝国政府の公布するすべての命令又は法律に違反する行為を指すのである。

第三条 (略)

第四条 この勅令に違反し及び第二条第二項に掲げた占領目的に有害な行為を為した者は十年以下の懲役若しくは七万五千円以下の罰金に処し又は双方を併科する。但し、処罰の特別規定が既に連合軍最高司令官の指令又はこのやうな指令を補足する日本帝国政府の命令によつて定められている場合にはこの限りでない。

附則 この勅令は、公布の日からこれを施行する。<sup>17)</sup>

この命令を受けた司法省係官は「最高司令官の指令が直接に日本国民を拘束してその違反行為に罰則を科することになることの意外さに驚愕」<sup>18)</sup>し、五月二〇日に再度法務局を訪れて「その後更に検討の結果、右立法手続を為すには、改めて正式の覚書を頂度致したる上、法制局、中央終連(中央終戦連絡局)を始め、その他政府の各部門と慎重なる打合せを為す必要があること、判明した」として、「急遽其の旨をお話して期間の、猶予を、願ひ致すこと、なりたる次第なり」と申し入れ、GHQ側の真意を探ろうとしている。<sup>19)</sup>

法務局のバッシン大尉 (Captain J. Bassin) は、今回の要求について「従来における司法省側の遣り方に、何等かの不満ありたるが為」ではない、と断つた上で、最近起こった指令違反行為について「当司令部より日本政府に対し右違反者の厳罰方要求したるところ、未だ斯る違反者を処罰すべき罰則なし、との理由に依りて拒絶されたる為、已むなく当方に於て然るべく処分したるが、斯くの如き事例あるは眞に遺憾とするところなり」とその理由を述べてい

る。<sup>(20)</sup> 既に見た通り、日本側関係者は、指令違反行為を日本裁判所において処断すること自体についてはおおよそ同意していたが、その処理については、日本政府宛の覚書の中に管轄省庁に罰則の規定を命じる条項を挿入することを希望していた。そのため、法務局から提示された構想には以下のように抵抗を試みている。

…従来の建前より云へば、連合軍の発出する覚書は、日本政府に宛てられ居るものにて、夫れ自身、直に、法規たるの効力を有せず。日本政府に於て、之に基く勅令等を制定公布することに依りて、初めて国内法規たるの効力を生じ、一般国民は、之に従ふの義務を負ふものなり。然るに、今、右勅令第二条第二項に依れば、単に、SCAPの指令のみならず、軍、軍団若しくは師団の司令官の発する命令迄が、すべて、直接、国内法たるの効力の生ずること、なるものなるところ、かくては、政府に於て、之等の指令、命令等を、即刻、正確に翻訳の上、一般国民に周知せしめざるべからざること、なるも此の事最近に於ける指令等の数及内容よりみて至難なるのみならず、国民としても、日本法令の形に整理されざる指令の内容を理解することは…到底、期待し難きところなるべし。<sup>(21)</sup>

これに対しバッシンは「仮令、従来迄は、今、申さる、如き仕組なりしとするも将来は、夫れを、改めるやうに、希望するものなり。尤も、斯様を事例は世界の何処にもあるまいが、目下、連合軍の占領下に在る日本としては、か、る措置も、亦、已むを得ざること、考え置かれたし」と回答し、「本件は、決して、自分等の私見には非ずして、上部よりの命令に因るもの」であり、「マックアーサー元帥も、特に、早くやるよう、希望され居る」として、原案のままの即時制定を強く求めた。<sup>(22)</sup>

GHQ側の圧力に押される形で、司法省はこの問題を「政府全般の施策に影響するところも大きい」として、五月

二八日の閣議に提出した<sup>(21)</sup>。閣議の席上で、司法省は、GHQ が提示した勅令案が「従来の法制と著しく異つてゐる」ため、「法制上従来の建前を崩さないで、しかも要求の趣旨を全部受け容れることは恐らく不可能と思はれる」との認識を示した上で、「法制上の建前を堅持する方針を執れば、ある程度先方の要求を満すことができなない面を生ずること、なるが、それもやむを得ずとしてあくまで従来の建前堅持の方針で更に総司令部に折衝を重ねるか、或は本案をそのまま、受け容れ、あとは運用によつてできるだけ妥当な結果を得ること、するかの二途の一を選ぶことになる」と意見を述べた。その結果閣議では前者に依つた措置、すなわち、指令についての個々の罰則を過去に遡つて制定完備することを条件に勅令案の修正を求めるといふ方向性で GHQ との折衝を継続する旨が了承され、これを受けて六月三日に司法省総務課長が再び法務局を訪れた。しかし、カーペンターの対応は極めて高圧的なものであった。

…「カ」〔カーペンター〕は覚書案を一覧したる後、些か興奮の面持にて、本件に付ては、司法当局とは四、五回に亘り会談し、充分日本側の意見を聞きたる上司司令部の意嚮を徹底せしめ居る次第にて、自分としては、何故に早く、司法当局が之を実行に移さざるか、理解しがたし、…要之本件勅令案に就ては、既に参謀長の同意は勿論、「マ」元帥の賛同をも得居りて、再考の余地なく、此の点重ねて司法当局に御伝願度：尚「カ」は裁判管轄権の問題に付ては「マックアーサー」の命令によりて、長き以前 Closed Book となりたる問題を、今更蒸し返さんとするが如き、日本政府の誠意を疑はざるを得ずとて、強き反対の意を表示せり。<sup>(22)</sup>

カーペンターの以上のような強硬な態度に接した日本側はこの時点で折衝を断念し、翌日「曩に貴方よりお示しの勅令案を、全面的にお受けする様、今般政府の方針が決定した」旨を法務局に伝えている。<sup>(23)</sup>そして、その後数回の細

かな折衝の後、六月一二日に「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（昭和二十一年勅令第三二一号）」が、ほぼGHQ側が提示した原案のまま公布されたのである。<sup>27)</sup>

【注】

- (1) 兼子一教授は以下のように解説している。「平時でも適法に駐屯国の承認に基いて駐屯する外国軍隊の所属員は、駐屯国の裁判権に服しないのであるから、今度の日本占領軍の軍人又は之に随伴する者が日本の裁判権に服しないことは明らかである。その他の一般連合国人に対して日本裁判権を行使し得るか否かが曖昧であることは、連合国側としては、自国民保護の要求と戦勝国の威厳の点から堪えられない所であり、又日本側としても唯事実上遠慮して拱手して居たのでは犯罪の取締に間隙を生ずる不安を免れない。また占領軍として軍の安全並に占領目的の維持に第一の関心を持つ以上、之が妨害の鎮圧処罰は之を他人に任せることができないのも当然である。本覚書は此の種の人又は犯罪に対して、連合国軍機関が裁判権を行使することを明らかにした訳である。又従来既に各地に於て連合国軍官憲から、個別的に司法機関に対し為された指示要求等を統一する意味もある」（『日本管理法令研究』第一卷第八号、一九四六年、六七頁以下）。
- (2) 前章で述べたように、日本政府に対する刑事裁判権の制限に関する覚書と、第八軍・第五艦隊司令官への軍事占領裁判所設置命令は数次の改訂を経ているが、その中では当初、軍事占領裁判所の事物管轄として、(1) 軍事占領において制定された法及び確立した慣行 (established laws and usages) に違反する行為、(2) 占領地域もしくはあらゆる地点における刑事法に対する総ての違反行為、(3) 占領目的に有害な行為、もしくは、占領軍又はその総ての兵員、又は占領軍に所属もしくは随伴する者、あらゆる連合国人の安全に有害な行為（この中には後に「刑事裁判権の行使に関する覚書」の第二項 (a) ~ (f) に列挙される内容がおおよそ含まれている）、(4) これらに共謀・教唆補助する行為、の四つの類型が予定されていた (GHQ/SCAP, LS-20037-20041, AG015 (27 Dec 45) LS, to Commanding General, Eighth Army, APO343, Commanding General, Sixth Army, APO443, Commander, Fifth Fleet, FPO, 27 December 1945)。しかしその

後の参謀長室との調整の過程で、これらは「刑事裁判権の行使に関する覚書」の第一項～第三項に列挙された類型へと整理された。

- (3) GHQ/SCAP, LS-05923-05924, Legal Section to Chief of Staff, Violations of SCAP Directives, 20 March 1946.
- (4) GHQ/SCAP, LS-05923-05924, OCS to Legal Section, Violations of SCAP Directives, 27 March 1946.
- (5) GHQ/SCAP, LS-24284-24289, NOTES ON CONFERENCE, LAW DIVISION, LEGAL SECTION, 8 April 1946. 以下の引用もこれによる。なお、「日本軍ヨリ受理セル或ハ受理スベキ資材、需品及装備ニ関スル覚書」は、「一般命令第一号第六項に定められた軍用資材・需品・装備の保全命令に対応するもので、その第一項は「日本政府に軍用品引渡の為迅速な措置を執ることを要求」している（『日本管理法令研究』第一巻第一号、一九四六年、八五頁以下）。
- (6) この語については、勅令第三二一号をめぐる議論に関する当時の日本側の記録や論文において、しばしば「罰則の絨毯を敷く」という直訳が行われている。あるいはこのことは、当時の司法省係官や日本側法律家・法学者の英米法についての理解が不足していたことの傍証となるであろう（この点については、石巻専修大学の笹川隆太郎教授の有益な御教示をいただいた）。松尾教授は、戦前の我が国においては「英米法刑事訴訟法の研究が皆無だったわけではありませんが、かなりゼロに近かったことは否定できません」と述べている（松尾浩也「日本における刑事訴訟法学の発展」、『法学教室』第二二七号、一九九九年、九頁。なお、戦前におけるアメリカ法研究の「不振」については、田中前掲「日本における外国法の摂取 アメリカ法」、二八七頁以下を参照）。
- (7) この点については四月一八日に、参謀長がSCAP IN 五三違反事件について軍事占領裁判所の管轄から外すという希望を持っていることに基づき、参謀長室のハリス大佐 (Col. Harris) から重ねて質問があったことが記録されており、アンドレー大尉は、現状では日本法において指令違反を日本裁判所で訴追することはできない旨を回答している。なお、この問題の処理について、民間財産管理局 (Civil Property Custodian, CPC) の弁護士であり、日本での長い実務経験を持つスペンサー判事 (Judge Spencer) の助言を得て、アンドレーがハリスに対して以下のように付言していることは興味深い。「日本の憲法、及び法律は事後法 (ex post facto laws) の成立を禁じていない。しかし、FM27-5 [軍政/民事マ

ニユアル」は第三五条bで、占領地の住民は不服従に対する処罰につき警告を受けなければならぬと定めている。また、既存の憲法〔明治憲法〕は事後法を禁じていないけれども、我々が唱導している新しい憲法案は第三四条において特にこれを禁じているので、一方で新しい憲法を支持しながら、もう一方でそれに違反するという両義的な状況に陥らないかが検討される必要がある。」(GHQ/SCAP, LS-05923-05924, Law Division to Chief, Legal Section, Memo for the Record, Subject: Enforcement of SCAP Directives, 18 April 1946.)

(8) GHQ/SCAP, LS-05923-05924, Legal Section to OCS, no title, 11 April 1946.

(9) 「刑事裁判管轄権の行使」及「朝鮮人其他の者に対し言渡されたる判決の再審査」に関する「カーペンター」法務部長との会谈録（第一回）（昭二一、二、二二）（最高裁判所事務局涉外課「昭和二十三年十月 涉外月報特別資料（四一六合併号）」所収）、六頁。以下、本史料からの引用については、二回目以降について史料名を適宜略記する。

(10) 終戦連絡中央事務局政治部前掲「執務報告」第二号（荒前掲「日本占領・外交関係資料集 第三卷」所収）、三〇〇頁。  
 (11) 法務局及び第八軍法務部と司法省の会谈は以後、二月二十五日、三月七日、三月十五日、三月一八日の五度に亘っている（前掲「涉外月報特別資料」一四頁以下）。

(12) GHQ/SCAP, LS-05923-05924, Legal Section to Chief of Staff, CHECK SHEET, Subject: Confinement of persons convicted in Military Occupation Courts, 9 May 1946.

(13) なお、このチェックシートの中では、「一旦新たな議会が召集されたら、この種の勅令による立法〔ポツダム命令〕はもはや適切なものではなくなるであろう」ことについても注意が喚起されている (ibid.)。ポツダム命令については、その根拠法令である昭和二〇年勅令第五四二号が大日本帝国憲法における「緊急勅令」の規定に拠っており、緊急勅令の制定は国会閉会中であることを条件とすると解されていたため（末弘巖太郎・田中耕太郎編『法律学事典 第一巻』、岩波書店、一九三七年、五一三頁（美濃部達吉執筆））、極力国会開会中はその発出が避けられたが、開会中にポツダム命令の制定された例は少なくなく、しばしば国会でも問題となったという（佐藤前掲「ポツダム命令についての私録（三）」、一八頁）。

(14) GHQ/SCAP, LS-05923-05924, Legal Section to Chief of Staff, Imperial Ordinance No.311, 1946, 18 June 1946. 「リ」に承認された勅令案の内容は、本稿で検討してきた法務局と参謀長室の間の議論の方向性に則った内容のものであると言えるが、何故民政局が当該勅令案を準備することとなったのか、筆者はその理由を直接示す史料を発見出来ていない。本文で言及したように、法務局がこの二日前に参謀長に対して日本政府から提示された勅令案への承認を求めていることを考えると、民政局の提案は時期的にも不自然な印象が拭い切れない。この点については、今後更に検討する予定である。

(15) この勅令は、「刑事裁判権の行使に関する覚書」を受けて、第一条で、軍事占領裁判所が管轄する事件について公訴の取消しを認め、第二条で、軍事占領裁判所から刑の執行等の委任を受けた際に監獄法を準用する旨を定めたものである。なおこの勅令については、「我が国の刑事裁判権が制限を受けるといふ点を正面から規定してはをらず、単に主として当面する問題を眼中において、その具体的措置を規定したにすぎない」と事後的に説明されている(小野慶二「刑事裁判権等の特例に関する勅令」(我妻栄編『新法令の研究(二)』、有斐閣、一九四七年所収)、一四九頁)。

(16) 「昭和二十一年二月十九日附刑事裁判権の行使に関する覚書に基づき、立法措置に関し、GHQ「リーガル、セクション」(前掲「渉外月報」)「バッシン(Bassin)大尉と会談したる件報告(昭和二十一年五月二十日 於リーガル、セクション)」(前掲「渉外月報特別資料」所収)、六六頁以下。なお、後日の閣議では「五月十七日連合国軍総司令部法務部より司法省に対し、本年二月十九日附連合国軍最高司令官により日本帝国政府に対する刑事裁判権の行使に関する件と題する覚書の実施に関連して、別紙甲号の如き勅令案を提示し、口頭を以てこれを急速に公布実施すべき旨の要求があった」と報告されている(「刑事裁判権の行使に関する連合国軍総司令部の要求に関する件」(国立公文書館蔵『公文類聚』第七〇編、昭和二十一年、卷八〇)。

(17) 前掲「刑事裁判権の行使に関する連合国軍総司令部の要求に関する件」の訳文を掲載した。なお、公布された勅令第三一一号とは若干訳文が異なる箇所があるが、実質的な内容に変更は無い。

(18) 鮫島眞男『立法生活三十二年——私の立法技術案内』、信山社、一九九六年(当時司法省事務官だった神谷尚男元検事の書簡)。



- (19) 前掲「昭和二十一年二月十九日附刑事裁判権の行使に関する覚書」に基づく、立法措置に関し、GHQ「リーガル、セクション」バツシン大尉と会談したる件報告」、六七頁。
- (20) バツシンはその直接の契機について挙げた事例は、「学校に於て、木銃等に依り軍国主義的精神を鼓吹する教練をなすが如きは、夙に、禁止せられて居るところにして、GHQに於ても、日本政府に対し斯る銃器は之を速に回収して連合軍当局に引渡すべき旨指令しておきたるに拘らず、彙頭、北海道地方に於て右指令に違反し木銃を以て軍国主義的教練を敢行したる者あり」というものであるが（二月十九日附「刑事裁判権の行使に関する覚書」に基づく立法に関するGHQバツシン（Basin）大尉との会談の件報告（第二回）（昭二一、五、二二、於リーガル・セクション）」（前掲「渉外月報特別資料」所収）、七八頁以下）、これに該当する事件記録を見出すことが出来なかつた。今後の課題としたい（なお同年一〇月、教練に用いていた木銃を適切に処分しなかつたとして、中学校の校長が札幌憲兵裁判所で有罪判決を受けた例がある（『北海道新聞』一〇月五日付。この事件の詳細は、毎日新聞社編『私たちの証言 北海道終戦史』、毎日新聞社、一九七四年、一六三頁以下を参照されたい）。
- (21) 前掲「GHQ「リーガル、セクション」バツシン大尉と会談したる件報告」、七一頁以下。
- (22) 同前、七三頁以下。なお、第二回会談の席上、司法省側の申し出によって「本件についての確答は来る二十四日（金）又は遅くとも二十八日（火）の閣議に附議する迄、猶予すべきことを了承」するにあたり「バツシン大尉がGSのドクター・オプラー（Oppler）と、電話連絡の上回答したるもの」と付記されていることは、勅令三一一号の制定と民政局との関係を示す事実として興味深い。またオプラーは、後述するように、五月二五日の第三回会談にも同席している（『昭和二十一年二月十九日附刑事裁判権の行使に関する覚書』に基づく立法措置に関し、GHQ「リーガル、セクション」バツシン大尉と会談したる件報告（第三回）（昭和二十一、五、二十五、於リーガル、セクション）」（前掲「渉外月報特別資料」所収）、八二頁以下）。
- (23) 前掲「刑事裁判権の行使に関する連合軍国軍総司令部の要求に関する件」。
- (24) なお司法省は「前者の方法については現在のところ事務的折衝のみではその限度に達してゐる」と申し添えている（同前）。

(25) 「司法裁判権行使に関する件」(前掲『渉外月報特別資料』所収)、八六頁以下。司法省係官はこのようにも回顧する。「當時終連の部長だった黄田多喜夫氏が司令部法務部長に掛け合ってくれることとなり、私がお伴して赴いたのであるが、法務部長も無理を押し付けていると知ってか、かえって横へいな態度を示し、例えば足を机にあげて応対し、こちらの言い分に全くとり合おうとしなかった」(鮫島前掲『立法生活三十二年』、三四頁)。

(26) 「昭和二十一年二月十九日附刑事裁判権の行使に関する覚書に基づく立法措置に関しGHQ」「リーガル、セクション」アンドレー、バツシン両大尉と会談したる件報告(昭和二十一年六月四日於リーガル、セクション)。(前掲『渉外月報特別資料』所収)、九〇頁以下。

(27) 官報第五八二二号。この件に関して六月六日、司法大臣木村篤太郎からの閣議請求において以下のように申し添えられていることは興味深い。「追つてこの勅令案は、連合国最高司令部より別紙のやうな原案が提示され、その公布実施方を要求されたものであるが、これについては、連合国最高司令部より書面による指令の交付がないため、当省係官において連合国最高司令部に対し正式の指令の交付を求めたところ、同司令部法務部より「極めて明白な理由に基づき、本案に関して書面による指令を交付しない、しかし連合国最高司令部の内部においては、最高司令官より本勅令案を司法省に提示し、日本政府よりこれに添ふ勅令を發布せしめる指示を受けてゐる。」との回答があつた。よつて本案については、連合国最高司令官より日本政府に対し口頭による指令があつたものと認めざるを得ないので、念のために申し上げる」(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づく連合軍の占領目的に有害な行為に対する処罰等に関する件」(『公文類聚』第七〇編・昭和二十一年・巻八〇)。司法省は法務局に対して、勅令案提示当初から、ポツダム命令発出の前提としての覚書の必要性を説いていたが、法務局側は「正式の覚書を出すや否やは、デエネラル(マックアーサー元帥のこと)の決定するところにして：：確答し兼ねる次第なるも、或る極めて明白なる理由に因り、本件に関し、新なる覚書を発出することは、到底望み得ざるものなりと、謂はざるを得ず」と回答している(前掲「昭和二十一年二月十九日附刑事裁判権の行使に関する覚書に基づく、立法措置に関し、GHQ」「リーガル、セクション」バツシン大尉と会談したる件報告」、七二頁以下)。ポツダム命令は「連合国最高司令官ノ要求ニ係

ル事項」に従って制定されると規定されていたが、少なくとも勅令第三二一号制定当時は、日本側関係者はこの「要求」を、日本政府宛覚書（SCAPIN）に代表されるような「書面」形式のものと限定的に解釈していたことが理解されるよう（公務員の団体交渉権などを制限した昭和二三年政令第二〇一号の制定の際、その根拠がマッカーサーから芦田均首相に宛てた「書簡」であったことが一時間問題視されたが（田中二郎「マ元帥書簡の法的性質」、『日本管理法令研究』第二七号、一九四九年、一頁以下）、後にこの「要求」は特に形式を問わないと解釈されるようになったようである（佐藤前掲「ポツダム命令についての私録（三）」、一五頁以下）。勅令第三二一号については、この点は一貫して、前章で引用した指令第一号第一二項と「刑事裁判権の行使に関する覚書」がその根拠であると説明されている（矢崎前掲「勅令第三二一号」、五頁以下、及び、神谷前掲「勅令第三百十一号について」、三三頁以下）。

ところで、司法大臣の発言中にある「明白な理由」について、司法省係官は「GHQはあくまで日本政府のイニシアチーブでやらそうとしたのは、対ソ連との関係があったからだといわれている」とする（鮫島前掲『立法生活三十二年』、三四頁）。このことと直接の関連を示す史料を見出すことは出来ないが、四月三〇日の第三回対日理事会において、ソ連代表が「日本政府による最高司令官の覚書及び指令の実施のコントロール方法について」の質問を行っていることは注目に値しよう（VERBATIM MINUTES of the THIRD MEETING, ALLIED COUNCIL FOR JAPAN (Afternoon Session.)）この史料に関しては、獨協大学の福永文夫教授に提供していただいた。なおその概略については、外務省編『初期対日占領政策——朝海浩一郎報告書——（下）』、毎日新聞社、一九七九年、四六頁以下）。なお、ほぼ同じ時期に民政局において作成された官僚制改革についての覚書においては、日本側が作成した文書を評価する理由の一つに「日本側の自発的な要請であり、GHQの指示が不要なために対日理事会への問題提出を避けることが可能になる」ことが挙げられている（岡田前掲『現代日本官僚制の成立』、三二頁）。対日理事会や極東委員会などの連合国関係機関の議論が占領政策に与えた影響については、日本国憲法制定過程や農地改革などの一部の領域を除いて、必ずしも明らかにしているとは言い難い（赤坂幸一「戦後議会制度改革の経緯（一）」、『金沢法学』第四七卷第一号、二〇〇四年、六頁）。今後の検討課題としたい。

## 2 「占領目的に有害な行為」と起訴法定主義の「運用」

【1】 以上のような経緯で制定され、「占領目的に有害な行為」という犯罪類型を国内法上に創出した勅令第三一〇号は、広範な白地刑罰法規を定めたと言う点で実体法上の問題があるというだけに止まらず、手続法上も大きな問題を日本側に投げかけるものであった。それは、冒頭で言及したように「占領目的に有害な行為から成る事件については、公訴は、これを行わなければならない」として、第二条で起訴法定主義を採っていた点である。

この点につき法務局側は「Public prosecution must be had (公訴を提起すべし)なる字句を用ひ Public prosecution may be had (公訴を提起することを得)なる表現を用ひざりしは、若し斯る語を使用すれば、汎く起訴、不起訴の裁量権を、検事に与ふることとなる結果、連合軍側に好意を持たざる検事在于て、不起訴権を濫用する虞なきにしも非ざるが為なり」と述べている。<sup>1)</sup> 前節において検討したように、連合国最高司令官指令を始めとする指令等に対する違反行為は、当初、司法の「直接管理」の一端として軍事占領裁判所が処理する構想であったものが、GHQ側における議論の結果、これを日本側裁判所において「占領目的に有害な行為」という国内法上の犯罪類型として処断することとなったものである。これはすなわち、司法の「直接管理」の局面が日本側にいわば「浸出」したものであり、そのうえである以上は、日本側検察官に起訴猶予裁量が与えられないのは当然とも言えよう。

しかし日本側は、この起訴法定主義の規定について、なんとかそれを排除するべく重ねてGHQ側と折衝を行っている。その理由付けは以下のようなものである。

二条一項によれば検事は、占領目的に有害なる行為については、必ず公訴を提起すべきものとなされ、若し然りとすれば、検事は如何に些細なる事件と雖も、証拠十分なる限り、之を起訴すべき義務あり、裁判所も亦之に従い、有罪判決を為さざるを得ず、而も現在日本に於ては、宣告猶予の制度なき為、仮令執行猶予の判決を為すも、その者は所謂前科者として、一般世人の指弾を受け生涯拭ふべからざる恥辱を受くることとなるべし。<sup>②</sup>

ここで強調されているのは、起訴猶予処分が持つ刑事政策的な意義、とりわけ特別予防的な側面における意義であるが、<sup>③</sup>司法省関係者のこのような主張には、起訴便宜主義の広範な運用による無駄の無い公訴提起、及び、それに基づく極めて高い有罪率の帰結として、「いったん起訴されると一般社会からは有罪という烙印が押され」<sup>①</sup>るといふ事態が、当時の日本社会において既に生じているという認識が看取されよう。<sup>④</sup>冒頭において言及したように、法制改革の局面においては「我が国の刑事訴訟法は所謂大陸法系に属」し、「過去五十年の長きに亘つて、我々はこの大陸法系に属する刑事訴訟法によつて、刑事裁判を行つて来た」といふ比較法的自覚が日本側には存在しており、その前提はGHQ側にも共有されていた。しかしその一方で、勅令第三一一号の規定をめぐる司法実務に関する議論の場においては、ドイツ法とは乖離した、後に「日本の特色」と呼ばれることとなる起訴便宜主義の広範な運用のあり方が、かなり自覚的な形で擁護されていたのである。

これに対してGHQ側は、日本側の「心配は尤もなり」として、かなり早い段階から「通牒その他の行政措置を以て賄」うことを前提に、起訴猶予処分については「日本側に於て現地進駐軍と連絡の上適宜処理されて然るべきなり」と述べていた。<sup>⑤</sup>この対応は、「占領目的に有害な行為」についてのGHQ側の関心が、勅令第三一一号が定める起訴法定主義の厳格な遵守にあつたのではなく、その処理があくまで占領軍の知悉する範囲で行われる必要がある、とい

う点にあった、ということを示していよう。しかしその一方で、起訴法定主義の規定について「現地進駐軍の諒解あるときは、公訴を提起せざることを得る趣旨に、訂正して可なるや」という日本側の申し入れについては「その点は、確答し兼ねるも、自分としては、賛成出来ざる次第なり」と反対の意を表明している。<sup>(8)</sup> 法務局は「法制局方面の希望として、本勅令案の趣旨を正確に把握し得るやうにする為、多少、文言を変更し度し」という希望についても「左様にする、又面倒故、兎も角、その儘にして遣つてもらいたく、細かい説明は、附則又は別個の法令に譲ること、せられ度し」として、参謀長が承認した原案のままの公布を主張し続けたのである。<sup>(9)</sup>

かくして、前節に述べたように、勅令第三一一号はほぼGHQ側の提示した原案に従う形で六月一二日に公布されたが、日本側は六月一四日に再び法務局を訪れ、「若干釈明致し難きところを書面に記載し参りたる故、夫れを御覧の上、書面にて、回答をお寄越して下されば、幸なり」として、勅令第三一一号の運用に関する質問書を手交している。<sup>(10)</sup> その中で日本側は、第二問目として「本案は日本の訴追及び裁判の現状を著しく変更しようとするものではないと理解して良いか」と問うた上で、第四問において、以下のように婉曲な形で起訴便宜主義の運用の維持についての理解を求めている。

本条第一項は日本における訴追手続の現状に著しい変更を加えるものではなく、従って、日本の訴追手続の根幹となっており (forms the back-bone)、現在占領軍との緊密な連絡の下に極めて円滑かつ有益に機能している起訴猶予システムは現状のまま認められるのであり、同時に、占領軍により明示された事件、もしくは重大な事件について、必ず公訴を行わなければならぬものと理解して良いか。<sup>(11)</sup>

この質問書を受け取った法務局は回答案を作成して参謀長に提出し、承認を経た上で六月二十八日に口頭で以下のよ  
うな回答を行い、「占領目的に有害な行為」についての起訴猶予処分を必ずしも否定するものではないが、その判断  
はあくまで地方軍政部に委ねられる旨を日本側に改めて伝えた。

質問二 然り、当方としては、日本の刑法及び刑事訴訟法に何等根本的な変改を加へんとする意図あるに非ず。只、従来  
日本の法制に於ては、検事が起訴不起訴に関する自由なる裁量権を有し居りたるものなるが、今回の改正の結果斯る自由な  
る裁量権を喪ひ、一般的に進駐軍の意向に依つて拘束せらるゝこと、なりたるものにて、例へば或る進駐軍関係の事件に付、  
之を起訴すべきや又は不起訴処分に付すべきや疑はしき場合には、事前に現地進駐軍と連絡して適當なる支持を求むべく、  
此の場合現地進駐軍に於て当該被疑者の年齢、境遇その他諸般の情状を総合勘案の上、起訴、不起訴に関する一定の支持を  
与ふべきにより、検事はその指示に従ひ事件を処理すべきこと、なるなり。<sup>(14)</sup>

法務局はまた、日本側への回答と平行する形で、第八軍司令官に対して勅令第三二一号の運用に関する説明文書を  
七月一日付で送付している。<sup>(15)</sup> 第八軍司令官は、この説明文書に基づいて八月一七日に作戦命令を発しており、「占領  
目的に有害な行為」の起訴猶予処分につき一律の対応を行い得るよう、以下のような形で周知徹底を図っている。こ  
のようにして、一ヶ月あまりの周知期間を経て七月一五日に施行された勅令第三二一号においては、事前の地方軍政  
部との折衝と判断を得るといふ条件を付す形で、規定から乖離した形での起訴法定主義の「運用」が開始されること  
となつたのである。

5. 占領目的に有害な行為及び犯罪は、以下のように裁かれ、処理される。

c. 勅令第三一一号第二条の規定による日本裁判所による裁判。この規定は、日本の刑法及び刑事訴訟手続を根本的に変更しようとするものではない。しかし、検察官が起訴を行わないことについての裁量権は変化する。この権限は現在、検察官が、起訴が適当でないと考える事件について、地方軍政部司令官の検討を求めて提示し、起訴を取りやめる許可を得た後においてのみ行使され得るのである。このような事件に関する報告を受けた占領軍司令官は、その事件が日本側裁判所で裁かれるものかどうかを決定し、速やかにその決定を日本側検察官に伝達することになる。この裁量行使するに当たって、占領軍司令官は、告発された事件の性質、犯罪者の年齢や情状、酌量に値する状況やそれに類する事柄について検討することになる。理にかなった判断を行うことで、軽微な犯罪の裁判が適切に避けられることになる。考えられる。司法省は、地方の検察官が、勅令第二条に含まれる、起訴が適当でないと彼らが考える全ての事件について、適当な地方軍政部司令官の検討を求めするために提示しなくてはならないと忠告されている。これらの司令官は、この指令が地方の検察官により確実に遵守されるようにすることとなる。〔後略〕<sup>(16)</sup>

【2】ところで、六月一四日に日本側から提示された質問書に対する回答を作成するにあたって、法務局は民政局にも意見を求めている。民政局は六月二二日に法務局の回答案に同意しているが、この件に関する六月一五日付の非公式のチェックシートが、民政局のオペラーから法務局のバッシンにあてて送られている。これは、司法省からの質問書の第一三問、すなわち、勅令第三一一号に対する日本刑法の総則規定の適用可能性について、以下のような理由からこれを是認すべきだと言うものであるが、その内容は本稿の問題関心に即して極めて興味深いものである。



一定の刑事犯罪の裁判が日本裁判所に委ねられることが決定された後に、いかなる事件についても、「地方」軍政部に相談し、その決定に従うことを強いることで、これらの裁判所の司法機構を妨げることは不可能である。当該事件が裁かれるのが、軍事裁判所であれ日本裁判所であれ、私は、日本の裁判所を連合国の行政当局 (Allied administrative authorities) の指令に従わせるというもう一つの可能性 (the third possibility) を理解することは出来ない。

質問四の場合、状況は異なっている。というのは、ここでは、起訴を猶予するか否か、という行政的な裁量行使する際に、検察官が占領当局に対して相談を行うことが想定されているからである。しかし、質問一三の場合、純粹に司法的な判断が検討されるのである。その結果日本の裁判所は、彼らが従うべき法律のみを適用するのではなく、軍政部に「あなた方は我々がどのように判断することを望みますか？」と問うよう要求されることとなる。

刑法典の総則規定は、刑罰を課すために本質的に必要な条件、すなわち、成人であること、正気であること、強制や過失の有無について言及している。これらの大部分は、全ての近代的な刑事法に共通のものである。それらは時に我々自身の法律とは異なるかもしれないが、我々は、日本法の下での犯罪者を、日本の基準に従って罰することを求めているのだという事実<sup>(18)</sup>に留意すべきである。

我々は彼らにチャンスを与えるべきである。もしシステムがうまく機能せず、彼らが厳格な判断を怠っていることが判明した場合は——おそらくこのようなことは生じないであろうが——、我々は勅令を改正するか、占領裁判所においてより多くの事件を審理することが出来るのである。<sup>(18)</sup>

このチェックシートにおいてオプラーは、起訴猶予処分が「行政的裁量」であることを前提として、これに関する占領軍との事前折衝は是認した上で、「司法的な判断」について占領軍が日本側の判断に介入することを戒めている。<sup>(19)</sup>

オプラーは、法制改革の場において日本の刑事司法が「大陸法型」であるという理解を日本側と共有しており、後年「確かに私はこの大陸法型に賛成する傾向を持っている」と述べているが、ドイツ法のあり方から乖離する形で戦前から運用されてきた起訴便宜主義を否定する態度を採ったわけでは無かったことが、この文書からも理解出来る。<sup>20)</sup>

しかし、勅令第三一一号に規定された起訴法定主義の「運用」について、民政局の意見が法務局と全く同じだった訳ではない。その差異は、勅令第三一一号制定のほぼ一年後、一九四七(昭和二二)年六月二七日に、「刑事裁判権の行使に関する覚書」の二(c)、すなわち「占領軍又はその凡ての兵員、又は占領軍に所属若くは随伴する凡ての者の財産を権限なしに所持、取得、受領又は処分する行為」を削除する覚書が発出されたことに伴い必要となった、勅令第三一一号の改正過程において明らかとなった。<sup>21)</sup>

六月二七日の覚書発出を受けた司法省係官は直ちに法務局を訪れ、勅令第三一一号の改正についての会談を始めていたが、七月一〇日の第三回会談の際に持参した質問書において「public prosecution の行使については、Paragraph 1 article 2 of Imperial Ordinance No.311 の施行について当時各地軍政部より與えられた諒解に従い従来どおり無罪、軽微、情状酌量等の理由による不起訴処分を行うことは差支ないものと解する」旨の申し入れを行った。<sup>22)</sup> これについて法務局側は当初「貴見の通りである」と回答したが、七月二三日の第五回会談においてこれを撤回し、「こちらからオフィシャルな意見を発表することは、これを差し控える方がよいと思われるから、三百十一号の場合と同様、各現地の軍政部と相談の上で、適当に処理するようにしてもらいたい」旨を述べた。日本側もこれを了承し、勅令第三一一号の第一条第四項を削除し、占領軍関係者の財物不法所持事件を軍事占領裁判所の専権管轄から外すための法律案が、同日法務局によって承認されている。<sup>23)</sup>

一方、この件についての改正法律案は「国会に提出する前に G S に提出せねばならぬこととなつて」おり、司法

省と法務局の会談の席上でも、しばしば法務局側が民政局と電話で交渉を行っていた。<sup>(26)</sup>ところが、七月二三日に法務局の承認を受け、閣議を通過した上記法律案<sup>(27)</sup>について、民政局が突然議会への提出を差し止めたのである。その理由を質すために七月二五日に来訪した司法省係官に対し、民政局司法課 (Courts and Law Division) のマイヤース (H. Mayers) は以下のように応えている。

当方としては、先般貴方から出された案そのものに対しては、何等反対はないのであるが、最近、われわれGSの中では、勅令第三百十一号第二条第一項に、占領目的に有害な行為から成る罪に係る事件については、「公訴はこれを行わなければならない」とあるのを「公訴はこれを行うことが出来る」と改正すべきであるとの意見が起り、目下参謀部で審議中であるので、これが確定するのを待つて、一緒に法案の中へ織り込んでもらいたいと思うのである。<sup>(28)</sup>

オプラーが課長を務め、民政局において法制改革を担当していた司法課は、「数本の煙草やこれに類する些細な物を所持していた軽微な犯罪者について、検察官が起訴を行うか否かを決定出来るようにするために、これらの事件について「起訴猶予裁量権」を持つことが許されるべきだと言う意見で一致して」いたが、軍事占領裁判所の専権的な管轄から外された占領軍関係者の財物不法所持事件が累積することを避けるために、さしあたり、七月二三日に法務局が承認を与えた勅令第三一一号の改正法律案には同意している。<sup>(29)</sup>しかしマイヤースはその後法務局のバッシンと電話会談を行い、この事件類型について大正刑事訴訟法の第二七九条及び二八〇条を適用し、検察官に起訴猶予裁量権を与えることを認める旨を定めた、勅令第三一一号の更なる改正案を提示するチェックシートを七月三〇日付で作成し、同日付の民政局長ホイットニー宛覚書に添付している。<sup>(30)</sup>ここで注目したいのは、些細な財物の不法所持について

の起訴猶予処分が「法律の運用の問題として」行われるという法務局の見解に対してマイヤースが行った、以下のよ  
うな反論である。

法律の規定においてある行為を定めた上で、それを逆の結果を引き起こすように運用させるのは極めて危険である。過去  
の日本においては、極めて多くの法律が、規定とは異なる形で運用された。法的擬制 (legal fictions) を助長するような振  
舞いは支持されるべきではない、というのが本局の堅い意見である。<sup>29)</sup>

前述のように、民政局は、日本の刑事司法における広範な起訴猶予裁量の行使そのものについて批判的な訳ではな  
かった。しかし、「法律においてひとつの事を定めておきながら、異なった運用を行うのは、法律に対して不誠実であり、  
過去の日本法における嘆かわしい慣行を持続させることになる」という理由から、彼らは勅令第三二一号で定められ  
た起訴法定主義の、規定と乖離した「運用」についての批判を行うこととなったのである。しかし、我が国において  
起訴便宜主義が採用される過程は、まさしく、治罪法、及び、明治刑事訴訟法においては起訴法定主義が採られてい  
ると解されていたにも拘わらず、実務において起訴猶予の運用が規定と乖離する形で定着し、その乖離が大正刑事訴  
訟法において追認される過程だったのである。そうであるならば、勅令第三二一号が「占領目的に有害な行為」につ  
いて起訴法定主義を定めていたにも拘わらず、実際の運用が規定と乖離していたとしても、それは驚くに値しない――  
―ましてや、その乖離については、地方軍政部への事前折衝を前提として法務局も是認していたのである。司法省係  
官は、七月二五日の会談における民政局の申し出に対してこのように回答している。

検事の起訴不起訴に関する裁量権の問題に付いては、なるほど法文の上では、一応「公訴はこれを行わなければならない」ということになってはいるが、実際は当時バツシン氏などのご尽力の結果、疑わしい事件については、一々現地軍と相談して起訴不起訴を決定しており、別段の不都合も生じて居らない状態なのであるから、貴方の御好意あるご尽力は誠に有難い次第であるが、この点は一応割愛して先日（案）（勅令第三二二一号の第一条第四項を削除する法律案）の方だけ先にアプルーブして頂けないであろうか。

この回答が明瞭に示しているように、日本側にとってこの問題は、施行から一年の間に蓄積された起訴法定主義の「運用」によって、既に解決済みであった。そうである以上「将来検事が一々現地軍の意見を聞かなくてもよいようにしてあげたいと思つて努力して」いるというオプラーの意図とは裏腹に、民政局の申し出は司法省係官が「G・SとL・Sの板挟みになって、相当に当惑」する要因にしかならなかつたのである。

結局、民政局は更なる勅令第三二二一号の改正、すなわち起訴便宜主義の明文化を断念することになった。しかし、「表1」に見られるように、「占領目的に有害な行為」における起訴法定主義の「運用」は、一九五〇（昭和二五）年に勅令第三二二一号に代つて「占領目的阻害行為処罰令」（政令第三二五号）が制定された際にも「占領目的に有害な行為からなる事件については、公訴は、行はなければならない」という規定に引き継がれ、占領終結まで続けられることとなるのである。

《表1 昭和二十一年勅令第三一一一号及び昭和二十五年政令第三二五号の処理》

	受理人員		処理人員										中止	他へ送致	処理人員計	未処理	起訴猶子率						
	旧受	新受	計	起訴					不起訴														
				公判請求	略式命令請求	計	起訴猶子	罪とならず	未成年	心神喪失	嫌疑なし	犯罪成立取消無効欠如						時効	種箱契衣収刑の廃止免除	その他	計		
昭和21年	0	225	318	30	8	38	57	7	0	0	14	0	0	0	0	0	34	112	31	100	281	37	60.0
昭和22年	34	1118	1621	453	207	660	140	25	3	0	113	0	0	0	6	20	307	100	426	1493	128	17.5	
昭和23年	89	2022	2771	715	77	792	904	64	1	0	213	1	0	1	14	1228	65	549	2634	137	53.3		
昭和24年	140	1052	1192	412	19	431	279	10	0	0	183	0	0	0	0	78	550	31	100	1112	80	39.3	
昭和25年	勅令311号	80	3230	3310	623	478	1101	411	54	2	368	0	0	0	9	844	158	870	2973	337	28.5		
	政令325号	0	197	197	37	2	39	43	2	0	37	0	0	0	0	1	83	8	49	179	18		
昭和26年	勅令311号	306	483	789	68	141	209	78	14	0	146	0	0	0	0	23	239	55	217	720	69	36.7	
	政令325号	30	4553	4583	1206	69	1275	783	58	2	860	0	0	1	23	1727	224	1105	4331	252			
昭和27年	勅令311号	77	97	174	5	24	29	18	8	0	62	0	2	32	0	122	5	17	173	1	43.0		
	政令325号	346	1273	1619	278	9	287	220	6	0	591	0	0	197	5	1019	104	148	1558	61			

※各年度「検察統計年報」より作成した。なお、昭和二十一年～二十三年の旧受・新受人員は件数を示す。また、昭和二十一年～二十四年の起訴猶子処分には微罪処分を含む。

【注】

- (1) 「昭和二十一年二月十九日附刑事裁判の行使に関する覚書に基く立法措置に関しGHQ「リーガルセクション」バツシン大尉等と会談したる件報告（昭和二十一年六月十八日於リーガルセクション）」（前掲『渉外月報特別資料』所収、一〇五頁以下）。
- (2) 前掲「GHQ「リーガル、セクション」バツシン大尉と会談したる件報告（第三回）」、八三頁以下。
- (3) 三井誠「猶予制度（一）」（宮澤浩一他編『刑事政策講座 一卷』、成文堂、一九七一年所収）、三〇四頁。
- (4) 大谷實「刑事政策講義（第四版）」、弘文堂、一九九六年、一九四頁。
- (5) 閣議における司法省の以下のような説明を見ると、その自覚のあり方は一層明瞭となる。「日本においては、苟くも裁判所で有罪の認定を受けると、本人が更正の希望を失ひ、且つその子や孫に至るまで家の恥として記憶することが多いから、必ず起訴するといふことは、徒らに占領治下の国民を網する結果となる」（前掲「刑事裁判権の行使に関する連合国軍総司令部の要求に関する件」）。
- (6) 司法省刑事局別室「刑事訴訟法の改正に関する中間報告」（刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（一一）」、『法学協会雑誌』第九三巻第三号、一九七六年、一〇四頁）。
- (7) 前掲「GHQ「リーガル、セクション」バツシン大尉と会談したる件報告（第三回）」、八四頁以下。なお、前述したように、この回の会談には民政局のオブザーも同席している。「渉外月報特別資料」は会談要旨の記述の際の発言者の記載について、連合国側か日本側かという区別しか設けていないため、この発言を行ったのがバツシンであるか、それともオブザーであるのかを、史料上特定することは出来ない。
- (8) 前掲「GHQ「リーガル、セクション」アンドレー、バツシン両大尉と会談したる件報告（昭和二十一年六月四日）」、九四頁以下。
- (9) 同前九四頁以下。
- (10) 「昭和二十一年二月十九日附刑事裁判権の行使に関する覚書に基く立法措置に関しGHQ「リーガル、セクション」

バッシン大尉等と会談した件報告(昭和二十一年六月十四日於リーガルセクション)。(前掲「渉外月報特別資料」所収)、一〇〇頁以下。なおこの際、日本側は同時に、公布した勅令と原案の異同(勅令の名称の変更、第一条における「刑事訴訟法第二百九十二条第一項の規定にかかはらず」の箇所の削除、及び附則における施行期日の延期と「刑事裁判権等の特例に関する勅令(昭和二十一年勅令第二七四号)」との調整)についての説明書を併せて提出しており、法務局はこれに基づいた説明を参謀長に提出している(Imperial Ordinance No.311, 1946, 18 June 1946, *op. cit.*)。司法省係官も「本勅令の制定については、事柄の関係上制定の頭初より連合国最高司令部と密接な連絡をとり、条文の配列、使用字句、更にその解釈に至る迄示唆を受けた」としている(矢崎前掲「勅令第三二一号」、四頁)。

- (11) GHQ/SCAP, LS-16262-16265, Director of Criminal Bureau, Justice Ministry to Legal Section, GHQ/SCAP, no title, 13 June 1946.
- (12) GHQ/SCAP, LS-16262-16265, Replies to Questions Submitted in Memo from Director of Criminal Bureau to Legal Section, dated 13 June 1946, no date.
- (13) GHQ/SCAP, AG (A)-00034-00041, C/S to Legal Section, CHECK SHEET, Subject: Imperial Order No. 311, 1946, 26 June 1946.
- (14) 第四間については「此の点は従前繰返しお答へしたる通りにて、要之、当方としては起訴猶予制度そのものを全般的に否認せんとするものに非ざるも只、検事に於て或る事件に付、起訴猶予処分を可なりと思料するときは、必ず事前に現地進駐軍の諒解を得置かれたし」と繰り返している(「昭和二十一年二月十九日附刑事裁判権の行使に関する覚書に基づく立法措置に関しGHQ「リガールセクション」係官と、会談したる件報告(第八回)(昭和二十一年六月二十八日於リーガルセクション)」(前掲「渉外月報特別資料」所収)、一一〇頁以下)。
- (15) GHQ/SCAP, LS-16262-16265, AG000.5 (1 July-46) LS, to Commanding General, Eighth Army, APO343, Subject: Violations of Directives of the Supreme Commander for Allied Powers, 1 July 1946. なお法務局は「司法省の質問書とそれに対する法務局の回答を第八軍宛の説明文書に添付するよう参謀長に述べつゝる(Imperial Ordinance No.311, 1946, 18 June 1946, *op. cit.*)」。
- (16) GHQ/SCAP, LS-16262-16265, Operational Directive No.29/2, Trial of Offences Prejudicial to the Objectives of the Occupation by



- Japanese Courts, 17 August 1946. 第八軍司令部との折衝を行っていた終戦連絡横浜事務局の『執務報告』は「右施行命令（作戦命令二九ノ二）で問題となるのは、起訴不起訴の決定権が各地占領軍司令官により行われる点である。すなわち実際問題として個々の軽微な事件を一々司令部まで持出さないで何等か便法の余地なきやということである。この点につき第八軍係官は検事は証拠充分なる限りは起訴を要し不十分なもの不起訴となすべきは当然であるが、右の内占領軍に提出を要するは証拠充分なるも犯罪事実軽微にして且つ情状酌量の余地ある事件であるからそれ程多数にも上るまいと語った」と記録している（昭和二十一年十二月 YL O 執務報告 終戦連絡横浜事務局（横浜市総務局市史編集室編『横浜市史 II 資料編 I 連合軍の横浜占領』、横浜市、一九八九年所収）、八頁）。
- (17) GHQ/SCAP, LS-05923-05924, Govt Sect to LS, Check Sheet, Subject: Violation of SCAP Directives, 22 June 1946. 下の文書の原案はオペラーが作成したものである。
- (18) GHQ/SCAP, LS-05923-05924, Govt. Sec. to Capt. Bassin, LS, Check Sheet, Informal, Subject: Violations of SCAP Directives, 15 June 1946. 下のオペラーが示している日本法理解が、「アメリカヨーロッパの犯罪及び法システム（American-European System of crimes and law）の下で重罪とされる犯罪のいくつかは、法的及び倫理的観点から日本の法典の下ではそう考えられていない」と述べて、「軍事占領裁判所の設置の必要性を説く法務局長カーペンターの日本法理解との際立ったコントラストを示していることは興味深い（Establishment of Military Occupation Courts in Japan, 22 Nov. 1945, op. cit.）。
- (19) 法務局が用意した回答においては、オペラーが問題とした第一三問については「第二問及び第四問を参照」とだけ述べられているが（Replies to Questions Submitted in Memo from Director of Criminal Bureau to Legal Section, dated 13 June 1946, no date, op. cit.）、法務局からの口頭の回答の際には「現地進駐軍の諒解を得て、日本側司法機関に於て処理することとなりたる事件に付て、総て、日本刑法の適用あるは、当然の事理にして、此の事は、前述の質問二及四に対する回答を総合すれば、容易に判る筈なり」と述べられている（前掲「GHQ「リガールセクション」係官と、会談したる件報告（第八回）」、一一四頁）。
- (20) オペラー前掲『日本占領と法制改革』、一一二頁。もっともオペラーは他方で、現行刑事訴訟法において起訴便宜主義

を規定した「第二四八条は：情実に導く可能性があり、そうした情実の発見」を主要目的として検察審査会制度を設けたと述べている(同八八頁)。なお、この点については次章でも若干触れる。

(21) 「刑事裁判権の行使の修正に関する覚書」(越川前掲『日本に在住する非日本人の法律上の地位』、三二六頁)。当時京都区裁判所監督判事を務めていた稲田得三判事は以下のように回顧する。「突然ジャッジ・アドヴォケートの名で出頭方を命じて来た。：法務部には、少佐を頭に二三人の法務官がいたように思う。そして出頭した私に対し、今後進駐軍物資の窃盗、その他進駐軍に関係ある事件が起訴された場合、およびその裁判のあった場合にはいちいち報告せよ、と命じた。：ある被告が進駐軍の建物の中にMPのマークをつけてはいり、折柄昼食時間で米人全部が食堂に行っているすきに、進駐軍の所有品を大量に窃取した事件について判決があり、その判決の翻訳を持って報告に行ったところ、翻訳を一覧した法務官は顔色を変え、こんな悪質な被告ことにこんな大量の窃盗事件は日本側で裁判してはいかん。米軍で裁判をやるべきだった。なぜ事前に報告をしなかったか、と怒った。：私はこの事件の起訴段階で、すでにOKを取りつけているので少しもあわてず、意地悪く先方に怒るだけ怒らせておいて、さてOKの書いてあるその事件の起訴状の翻訳を、だまって先方の机の上に置いた。これを出されては先方は一言の弁解もなく、怒ったことを素直にわびた」(稲田得三『裁判官四十年』、創元社、一九六三年、七〇頁以下)。稲田判事は昭和二十一年七月、京都区裁判所監督判事から、札幌地方裁判所所長に転勤を命じられているため(同七五頁)、このエピソードは日本裁判所がこの種の事件につき「刑事裁判権の行使の修正に関する覚書」によって管轄を回復する前のものである筈である。あるいは、運用によって既に日本裁判所が処理していたものであろうか。

(22) 「覚書」[Amendment to Exercise of criminal Jurisdiction] の実施について」(昭和二十一年勅令第三百一十一号等の改正法律案に関する総司令部法務部係官との会談録(第三回))別紙、前掲『涉外月報特別資料』所収、一四六頁。

(23) 前掲『昭和二十一年勅令第三百一十一号等の改正法律案に関する総司令部法務部係官との会談録(第三回)』、一四三頁。

(24) 「昭和二十一年勅令第三百一十一号等の改正法律案に関する総司令部係官との会談録(第五回)」(前掲『涉外月報特別資料』所収)、一五七頁以下。

- (25) 「昭和二十一年勅令第三百十一号等の改正法律案に関する総司令部法務部係官との会談録（第二回）」（前掲『渉外月報特別資料』所収）、一三三頁。この処理の理由は明瞭でないが、次註で言及する法令形式の問題であろうか。
- (26) 七月一五日の第四回会談の席上、日本側が「もし本改正をポツダム宣言の受諾に伴い発する政令で行うこと、なる（た）と、さきに貴方からGSへ法律で改正すると伝えていただけに趣旨と違うこととなるから、その点貴方からGS（た）もお話おき願いたい」という希望に対し、バッシンは直ちに民政局のケードイスと電話で交渉し「勅令は現在法律と同様の効力を有するものとなつておち、勅令を政令で改正することは許されぬ。もしさようなことをしても、最高裁判所が違憲の判決をすることになつて了うだろうというのである」という回答を日本側に伝えている（昭和二十一年勅令第三百十一号等の改正法律案に関する総司令部法務部係官との会談録（第四回）」（前掲『渉外月報特別資料』所収）、一五二頁以下）。なお、ポツダム命令のような委任命令によつて法律を直接改廃し得るかどうかは当時学説上議論があったが、実際には八〇件以上の法律がポツダム命令で改廃されたという（佐藤前掲「ポツダム命令についての私録（二）」、一一頁以下）。
- (27) 「昭和二十一年勅令第三百十一号等の改正法律案に関する総司令部係官との会談録（第六回）」（前掲『渉外月報特別資料』所収）、三四頁以下。なお、『渉外月報特別資料』は、この回以降の会談について、前年に行われた「刑事裁判権の行使に関する覚書」に関する会談の後に誤って編綴している。
- (28) 同前、三五頁。既にこの点については、七月八日の第二回会談の席上バッシンが民政局のブレイクモアと電話で交渉した際に「GSでは、勅令第三百十一号第二条第一項の“must”（…公訴は、これを行はなければならない。）とあるのを“may”（…公訴は、これを行ふことができる。）と改正する旨のサジェスチョンをする筈である」旨が語られている（前掲「昭和二十一年勅令第三百十一号等の改正法律案に関する総司令部法務部係官との会談録（第二回）」、一三三頁）。
- (29) GHQ/SCAP, LS-29179-29180, Memorandum for the Record, Subject: Amendment of Ordinances Concerning Exercise of Criminal Jurisdiction by Japanese Courts., 28 July 1947.
- (30) GHQ/SCAP, LS-29179-29180, Memorandum for the Chief, Government Section, Subject: Exercise of Criminal Jurisdiction: Further

Amendment of Imperial Ord. No. 311., 30 July 1947. なお本文中で後述するように、この覚書には上部に手書きで「NOT USED」との書き込みがある。

(31) GHQ/SCAP, LS-29179-29180, [DRAFT] Govt. Sect. to L.S. Attn: Mr. Bassin, Chief, Law Division, Subj: Exercise of Criminal Jurisdiction: Further Amendment of Imperial Ord. No. 311., 30 July 1947. これはホイットニー名で提示されることを予定したチェックシートの草稿であり、作成に至る経過が「Memo for Record」の形で付記されている。

(32) マイヤースは他にも、検察官が規定を鵜呑みにして軽微な犯罪を起訴したり、あるいは個人的な敵対者を起訴したりする危険性や、証拠の収集が容易さによって軽微な犯罪を起訴して、重大な犯罪や、巧みに身を隠した闇取引の元締め (blackmarket operators) を取り逃す結果を招くこと、この種の犯罪についての検察官の行為が最終的には連合国最高司令官への非難に繋がりがかねないという危惧などを論拠として提示している (ibid.)。

(33) Memorandum for the Chief, Exercise of Criminal Jurisdiction: Further Amendment of Imperial Ord. No. 311., 30 July 1947., op. cit.

(34) 前掲「昭和二十一年勅令第三百十一号等の改正法律案に関する総司令部係官との会談録 (第六回)」、三六頁以下。なお、八月四日の会談では、「この際全国の検察官に対し、いわゆる小事件 (Minor Case) については、起訴をしないようにとの趣旨の通牒を出そうと思う」という司法省からの提案に対して、法務局のバッシンは「その趣旨の通牒を出されることは結構だろう。がしかし、それは「極秘」の通牒にしてみたい」と応え、同趣旨の連絡を各地占領軍に行うことを約している (「昭和二十一年勅令第三百十一号等の改正法律案に関する総司令部係官との会談録 (第七回)」(前掲「渉外月報特別資料」所収)、四六頁)。

(35) 前掲「昭和二十一年勅令第三百十一号等の改正法律案に関する総司令部係官との会談録 (第六回)」、三六頁以下。

(36) その結果政府は、勅令第三二一号第一条第四項を削除する法律案と、この類型を国内法化するための「連合国占領軍、その将兵又は連合国占領軍に付属し、若しくは随伴する者の財産の收受及び所持の禁止に関する法律案」を八月一日の参議院司法委員会に上程した。しかしその後、民政局から参議院に対して当該法律案の審議差止命令が出され、この二

つの法律案は八月二五日に撤回され、同日それぞれ昭和二二年政令第一六五号、一六六号として公布された（官報号外。なお、国立国会図書館ホームページ「国会会議録検索システム」を利用した（<http://kokkai.ndl.go.jp/>）。民政局はこの差止命令について「勅令第三百十一号の改正関係法律案は、国会で審議すべきものではなくて、ポツダム勅令で規正すべきものであるということになった」と説明している（昭和二十一年勅令第三百十一号等の改正法律案に関する総司令部係官との会谈録（第八回）午後の部」（前掲「渉外月報特別資料」所収）、五七頁）。なお、占領終結時のポツダム命令の処理についての会同において、佐藤達夫法務府法制意見長官は以下のように述べる。「勅令第三二一号の改正は」憲法問題にはあまり関係のないことがらだつたと思います。それを議会中はなるべく法律でやろうということを出したのです。ところが「ちよつと待て」ということで撤回の指図が来て撤回したのであります。どうもその理由はよく判りません。後に聞いたことですが、撤回を命じた人の話では、あれは指令によるものであるということに気が付かなかつた。法案になつて出て、それが判つたから、撤回を命じたということをいつたように思つております。占領政策を議会で批判されるといふことは好ましくないという考え方だつたように思います。：：われわれとしては国会ではなぜ国会の会期中にポツダム命令を出すかということでは叱られるし、両方の板挟みで苦勞をしたものです」（最高裁判所事務総局「刑事裁判資料第六十四号 全国刑事裁判官会同議事摘録 昭和二十七年一月十、十一日（法廷秩序維持、平和条約発効後におけるポツダム政（勅）令違反事件の処理）に関する会同」、六九頁）。

(37) 一九五〇（昭和二五）年一〇月一八日付の「民事、刑事裁判権の行使に関する件」に伴い、連合国人に対する刑事裁判権が日本裁判所の管轄に移された（これは同年九月二二日の極東委員会決定に基くものである）。これに対応するため、一〇月三十一日に昭和二五年政令第三二四号「連合国人に対する刑事事件等特別措置令」及び第三二五号「占領目的阻害行為処罰令」が公布された（官報第七一四三三号）。なお、江尻美雄一「刑事裁判権の拡張に関する政令について」、『警察研究』第二一卷第一二号、一九五〇年、三六頁以下を参照。

#### 四 結びに代えて

〔一〕昭和二二年勅令第三二一号の制定によって日本の国内法として創出された「占領目的に有害な行為」は、軍事占領裁判所という司法の「直接管理」システムの延長線上に位置づけられる犯罪類型であり、その帰結として、大正刑事訴訟法から刑訴応急措置法、そして現行刑事訴訟法という法令の変遷にも拘わらず維持され、広範に運用されていた起訴便宜主義についての例外を——少なくとも明文上は——構成することとなった。本稿においてはこのことを、司法の「直接管理」の日本の刑事手続への「浸出」として位置づけ、その前史としての軍事占領裁判所の設置過程と併せて再構成することを試みたが、この経過において明らかとなったのは、日本側司法関係者の G H Q 側に対するスタンスの変化であったように思われる。

前章で検討したように、一九四六(昭和二二)年五月一七日に勅令第三二一号の原案の提示を受けた司法省係官は、連合国最高司令官が日本政府に発した指令に対する違反行為が「占領目的に有害な行為」として直接に国内法上の犯罪となることに激しく反発を示しているが、このことに関連して、以下のような主張が併せて行われている。

之が違反行為に付ては、一般国民は勿論、判事に於ても、概して、処罰に値せざるものと、思い居るものなること、今、俄に之等の行為を処罰することとなれば、判事は自然（ごく）軽く刑を科すこととなるべく、さなきだに、従来、往々、進駐軍関係事件に対する、日本側裁判所の科刑軽きに失するとの非難が、現地進駐軍の間に為され居る状況なるに鑑み、将来、この種事件の科刑をめぐりて、現地司法機関と進駐軍との間に、種種煩わしきトラブルを惹起し、ひいて、またもや判事罷免

の破局にまで発展するの虞なしとせず、自分は深くこの点を氣遣い居る次第なり。<sup>①</sup>

ここで「判事罷免の破局」と述べられているのは、一九四五（昭和二〇）年二月一六日、武器の隠匿行為について不当に軽い刑罰を課したとして、京都地裁判事に対する罷免指令が出されたことを受けたものである。<sup>②</sup>冒頭で述べたように、占領下における我が国の司法機関は統治権の一部として連合国最高司令官に従属していたが、このような司法の「間接管理」は、国内法上——明治憲法下においても——存在していた司法権の独立を超えるものであった。<sup>③</sup>すなわち、勅令第三二一号の原案提示は、一九四六（昭和二一）年二月一九日付の「刑事裁判権の行使に関する覚書」によって一端安定を見せ始めたGHQ側と司法機関との関係を再び動揺させ、再び「判事罷免の破局」を引き起こす契機となりかねないと受け止められたのである。以上のような状況を前提とするならば、勅令第三二一号第二条に定められた起訴法定主義に対して司法省が示した次のような危惧についても理解が可能となる。

検事は一面、反占領目的違反行為中本案第一条掲記のものについては起訴を禁ぜられてゐるが、この種の違反行為と、必ず起訴を要する違反行為との限界が、具体的的事件では疑はしい場合が多いから、本案をそのまま実施することは検事の事務処理を著しく困難ならしめ、且つ洪滞せしめる。<sup>④</sup>

勅令第三二一号は、第四条において「この勅令に違反した者」、すなわち、「占領目的に有害な行為」について起訴を行わなかった検察官についても刑罰が適用される旨定めている。上引の史料における事務処理の「困難」や「洪滞」には、「占領目的に有害な行為」について起訴を行わなかった検察官が本勅令第四条違反に問われることへの危惧が

含意されていた。このことは、勅令第三一一号公布後の六月一四日に司法省が G H Q の法務局に提示した質問書の中に「地方占領軍の口頭または書面による指示に基づいて日本当局が取った措置が本案各条の解釈に反していた場合、日本側当局はその措置について免責されると理解して良いか」という項目が見られることから明らかである。<sup>(5)</sup> 勅令第三一一号の制定過程において、日本側司法関係者と G H Q 側との間には、このような「緊張関係」が存在していたのである。

【2】ところで、冒頭で述べたように、勅令第三一一号の制定を巡って G H Q の法務局と日本側の司法省の間で議論が行われた時期は、G H Q の民政局と日本側立法関係者の間で刑事司法制度改革に関する議論が行われた時期と平行している。しかし、法制改革の場においては「クロス・ナショナル」な関係を構築するのには有益であった、彼我の比較法的差異についての認識は、勅令第三一一号の制定過程において法務局と日本側の方に横たわっていた「緊張関係」の下では、全く逆の作用をもたらすこととなる。五月二五日の司法省係官との会談において法務局のバッシンは、この会談に同席していた民政局のオプラーが席を外したのを見越すかのように、以下のような発言を行っているのである。

此の際、当方より希望し置き度きは、元來、日本の法制は、大陸法系故、英米法の立前と一致せざるは当然にして、若し両者が現実には衝突するときは、日本側に於て、英米法の立場に譲歩するは当然なる点を、十分念頭に置かれ度きことなり。本案に付ては、既に、五月十二日に參謀長の決済を得たるに拘らず、夫れより、一週間を経たる今日に至るも尚徒に、概念的なる議論を闘はし居るは、自分としても、甚だ困ることなり。<sup>(6)</sup>



管見の限りでは、勅令第三一一号に関する議論においてGHQ側と日本側のいずれも、自らが抱く比較法的認識について述べている箇所は無く、バッシンのこの発言はいささか唐突である。<sup>⑦</sup> また、本稿で検討してきたように、勅令第三一一号を巡る大きな論点の一つが「占領目的に有害な行為」についての起訴法定主義の採用であつたことに鑑みれば、ここで「日本の法制は大陸法系」と断ずるバッシンの議論は、やや正確さを欠くものであると言わざるを得ない。<sup>⑧</sup> いずれにせよ、彼我の比較法的差異をいわば「政治的」に強調することによつて、日本側の反論を「概念的」なものとして封じようとするバッシンのこの発言は、その差異の認識の上で「協調的努力」を実践しようとするオペラーの姿勢と際立つた対照を見せている。<sup>⑨</sup>

司法省係官が同年に発表した論文の中で、勅令第三一一号は「従来の大陸法系の建前とは異なつた英米法的理念によつて制定されたものであり、運用者の健全な常識的合理的判断を前提とし、これによつて運用上の困難が解決されることを予定」<sup>⑩</sup>していると述べているのは、おそらく上引のバッシンの発言を踏まえてのものと思われる。しかしこの筆者が同じ論文の中で、英米法の特色を「事件を解決する人の優れた常識によつて具体的事件についての具体的法規範が発見され、これが累積して法秩序が維持される」ものとして描き出し、本勅令の運用者に対して「単純な文理解釈による運用を以て事足りりとなし、末節に拘泥した運用に墮する」<sup>⑪</sup>ことを戒める時、この「英米法的理念」は、別の意味に読み替えられることが予定されてはいなかつたであろうか。例えば、当時の司法事務官が書いた勅令第三一一号の運用に関する解説には、以下のような文章が見られるのである。

問 第一条の罪と第二条の反占領目的罪（占領目的に有害な行為）とを区別する標準は、どういふ点にあるのですか。

答 この区別の標準は極めて不明確です。…この両者の区別は結局は占領軍の立場を考慮しての常識的合理的判断に求めらるより外なく、具体的事実について疑義のある場合には占領軍当局と密接な連絡が必要となります。<sup>(12)</sup>

「占領軍当局との密接な連絡」を前提とした「常識的合理的判断」により「文理解釈」を避ける——この構造はまさに、勅令第三二一号の制定過程においてGHQの法務局との折衝の結果日本側が獲得した、起訴法定主義の「運用」のあり方である。前章において検討したように、実際に生起する「占領目的に有害な行為」についての起訴猶予裁量権の行使の可否を巡る事前折衝を積み重ねることによって、勅令第三二一号制定の一年後には、両者の関係は「疑わしい事件については、一々現地軍と相談して起訴不起訴を決定しており、別段の不都合も生じて居らない状態」にまで至っている。すなわち、勅令第三二一号に規定された起訴法定主義の「運用」過程は、日本側司法機関、とりわけ検察部と、地方軍政部、及びGHQの法務局の間に、法制改革の場において形成されたものとは別の動因に導かれた、もう一つの「クロス・ナショナル」な関係が構築される過程であったと理解することが出来るのである。この関係は、一九四七（昭和二二）年の勅令第三二一号の改正にあたって「今後ともこの種事件をめぐって現地司法機関と現地軍との折衝はより密接に行われる必要がある」とされ<sup>(13)</sup>、一九五〇（昭和二五）年に政令第三二五号へと切り替えられる直前においては「特別の事件を除き、検察官が数年来占領軍当局と連絡してきた経験に基づく適正な基準に従って処理」することを前提に、日本側で「一々の承認を受けずとも起訴、不起訴を決して差し支えない」とされる<sup>(14)</sup>までに強固に確立されることとなる。

それでは、このもう一つの「クロス・ナショナル」な関係の帰結として「別段の不都合もなく」運用されていた勅令第三二一号について、民政局はその改正過程において何故介入を試みようとしたのであろうか。この点について、

民政局のオペラーが一九四九（昭和二四）年にまとめた法制改革についての報告の中で、戦前の日本法における「人權の状況」を以下のように描いていることに注意を喚起しておきたい。

最悪の人権侵害は、制定法により定められた権限によるのではなく、法律に意図的に残された抜け道（loopholes）の利用と、法的擬制（legal fictions）の発達により生じた。刑事訴訟法典の規定は、その母法国（in the countries of their origins）においては、逮捕、勾留、捜査、押収に関する警察と検察の無制限の権力から個人を守るために充分であることを示している。しかしながら、日本の実務においては、いかなる裁判所においても争い得ないような瑣末な行政法の利用によって、個人は無力で、警察のなすがままだったのである。<sup>16)</sup>

民政局のオペラーとマイヤースは、日本の刑事司法において広範に運用されていた起訴便宜主義そのものに批判的だったわけではない。彼らを法務局と司法省の交渉の過程への介入へと導いたのは、勅令第三一一号が明文上では起訴法定主義を謳っていないながら、実際には規定と乖離した運用が行われていることに対する、「法的擬制」を用いた「過去の嘆かわしい慣行」の再現の懸念であった。このことは、司法の「管理」の局面を担ったGHQの法務局の関心があくまで「占領」の下での司法の運営に向けられていたのに対し、「改革」の局面を担っていた民政局の法律家たちの眼差しが、占領軍が去った後の「戦後」に向けられていたことを意味してはいないだろうか。

我々が現在身を置いている「戦後」の刑事司法は、連合国の軍事占領という極めて特殊な状況下にその出自を持っている。本稿で検討したように、GHQ側で司法の「管理」の局面を担った法務局と、日本側司法機関、特に検察部との間に勅令第三一一号の運用を巡る「クロス・ナショナル」な関係が構築されていたことは、おそらく、占領期法

制改革にも拘らず、我が国の刑事司法が「糺問的檢察官司法」の問題点を克服し得なかつたという指摘に結びつく事実である<sup>(17)</sup>。その一方で、法制改革を担当した民政局のオプラーは、占領初期において民間諜報局から提示され、一度排斥された後、一九四七（昭和二二）年九月に民政局内で再び提起された、檢察官公選や大陪審の導入の試みに対して、一貫して反対の意見を表明し続けた<sup>(18)</sup>。このオプラーの姿勢が「檢察の民主化」の不徹底を招いた、と評価することも勿論可能である。しかし、再言を厭わずに述べるならば、このオプラーの意見は、比較法的差異の認識に導かれた、法制改革における日本側立法関係者との「クロス・ナショナル」な関係を反映したものであったのである。そして、オプラー自身が後年、この関係が「軍事的占領においては珍しいことであつたと述べていることは<sup>(19)</sup>」戦後日本の原点における「占領」と「改革」の位相、そして、そこに立ち現れる「占領者」と「被占領者」の位相について、改めて検討する必要性を示唆しているように思われる<sup>(20)</sup>。

【注】

(1) 前掲「昭和二十一年二月十九日附刑事裁判権の行使に関する覚書に基づく、立法措置に関し、GHQ「リーガル、セクシヨ  
ン」パツシン大尉と会談したる件報告」、七四頁以下。

(2) 法務大臣官房司法法制調査部『続司法沿革史』、法務省、一九六三年、三五五頁。なお、終戦連絡各省委員会において司法省は以下のように説明している。「陸軍技術大尉某引越ノ際荷物「トラック」ニ満載シアルヲ所在ノMP点檢シ柳行李中ニ手榴彈八個及拳銃一挺アルヲ発見之ヲ差押ヘタル上「本件ハ極メテ Serious ナリ」と言ヒテ檢事局ヘ引渡シタリ、檢事局ニテ取調ヘタル処：別ニ害心ヲ認メス仍テ二百円ノ罰金ニ処シタル次第ナリ。然ル処米側ヨリ御承知ノ如キ拳二出デタルモノニシテ米側ハ右判決ヲ以テ輕キニ失スト云フモ此種法定刑ハ懲役三ヶ月以下罰金二百円以下ニシテ罰金トシテハ最高ナリ（通常ヨリスレハ七、八十円程度カ相場ナリ）況ヤ米側ノ云フ十五ヶ月ノ懲役ノ如キ論外ナリ、如斯キ調子ニテ掣肘セラルルに於テハ日本ノ裁判ハ行ヒ得サルヘシ、本件拡大セハ相当上層部ノ問題トナルヘシ」尚及聞

- ニ依レハ本件判決ニ対スル：判事ノ態度多少米側ノ心証ヲ害シタルヤノコトナルモ右ハ判決ノ公正ヲ信スル以上当然ノ態度ト存ス」（終戦連絡中央事務局「終戦連絡各省委員会議事録」二月一八日及び二月一九日（荒敬編『日本占領・外交関係資料集 第二巻』、柏書房、一九九一年所収）、二六頁以下）。なお、この判事罷免事件については、GHQ側の史料を補充して別稿にて詳論する予定である。
- (3) 兼子前掲「日本管理と司法権」、二〇頁以下。
- (4) 前掲「刑事裁判権の行使に関する連合国軍総司令部の要求に関する件」。
- (5) Director of Criminal Bureau, no title, 13 June 1946, op. cit. なお司法省係官は、占領軍の承認があった場合については、本勅令第二条違反の違法性は阻却されるため、起訴猶予処分を行った検察官は第四条「本勅令に違反した者」に当たらなくなると説明している（矢崎前掲「勅令第三一一号」、二〇頁以下、及び、神谷前掲「勅令第三百一十一号」について、四三頁以下）。
- (6) 前掲「GHQ「リーガル、セクション」バツシン大尉と会談したる件報告（第三回）」、八五頁。
- (7) あるいは、オプラーの退席後の発言であることから、民政局が法制改革において示していた日本側への融和的態度を牽制した発言であるとも解釈出来よう。
- (8) 西欧各国の検察官の比較法的な特色に関しては、「特集 検察官」、「比較法研究」第三八号、一九七七年を参照。なお、バツシンはニューヨーク大学ロースクール出身の弁護士であった（GHQ/SCAP, Juris Bassin, Captain, CMP, Law Division, no date）。
- (9) オプラーが課長を務めていた民政局の司法課は、一連の法制改革が終了した一九四八（昭和二三）年五月に法務局に移管され、立法・司法課（Legislation and Justice Division）となった。同じ局で働くこととなったバツシンについてオプラーは「有能で臨機の才に富んだ法律家」であり「私が法務局に加わったときには、バツシンがこの局を牛耳っていた」と述べている（オプラー前掲「日本占領と法制改革」、一九二頁）。
- (10) 矢崎前掲「勅令第三一一号」、二二頁。

(11) 同前。なお勅令第三一一一号の改正の際の日本側との会談において、法務局側は以下のような例を挙げている。「米国には、制定法 (statute) と普通法 (Common Law) とがある。それ故、もし制定法で飲食店をやる者は免許を受けなければならぬという規定があるという場合に免許を求めに行つたが役所では後にして呉れといつて与えなかつたため、免許を受けないで営業をしたというような場合には実際上処罰しない取扱にしている。要するに：運用で適当に中和している」(前掲「昭和二十一年勅令第三百一十一号等の改正法律案に関する総司令部法務部係官との会談録」(第三回)、一四一頁以下)。

(12) 本田・勝尾前掲『新しい刑法』、一〇七頁。なお、法務府涉外課長を務めた妹尾晃判事は以下のように回顧する。「引揚後、東京刑事地方裁判所の判事として取扱う記録の中には、私が以前に判事だつた頃には全然見受けたことのなかつた符号のついた事件が相当数あるのに気がついた。「涉外」という符号のついた事件である。そして、検察官からの照会に対する回答の形式で、「本件を日本裁判所において取扱うことを承認する。但し裁判の結果は何日内に報告しなければならぬ。なお、云々の物件は何々に引き渡さなければならぬ」などという意味の英文タイプにした書類が、記録の中に綴り込まれているのを発見した。…いかにもポツダム宣言を受諾した敗戦国日本の裁判所である」(妹尾晃『涉外私語』、大学書房、一九五〇年、二〇〇頁)。

(13) 終戦連絡中央事務局政治部『執務報告』第七号(一九四七年九月一日)(荒前掲『日本占領・外交関係資料集 第三巻』所収)、三六九頁。

(14) 神谷前掲「勅令第三百一十一号について」、四四頁。

(15) 同じく法務局が管轄した B C 級戦犯裁判においては「占領側・被占領側を縦断するパートナーシップの形成がほとんどなかった」ことが指摘される(松並潤「占領改革としての B C 級戦争犯罪裁判」、『大阪学院大学法学研究』第二八巻第一号、二〇〇一年、二〇七頁以下)。

なお、潮見俊隆教授は、占領期において「検察部は米占領軍の直接的な下請機関として、平和と独立をもとめる民主的運動や言論に対する政治的弾圧をこととした」とされる(潮見俊隆・松井康浩「戦後の日本社会と法律家」(『岩波講

座現代法6 現代の法律家」、岩波書店、一九六六年、一三四頁）。確かに、「占領目的に有害な行為」として処罰される指令違反行為は、制定当初は武器引渡違反や申告漏れ、不法出入国、神社祭礼への寄付金強要などがその主な類型であったが（本田・勝尾前掲『新しい刑法』、一〇五頁以下）、占領後期には、連合国ないし占領軍への誹謗行為が「言論及び新聞の自由に関する覚書」や「日本の新聞の扱ふべき規則に関する件」（所謂プレス・コード）違反に問われる事件が頻発した（プレス・コードをはじめとする、占領初期のメディア統制に関しては、有山輝雄「占領期メディア史研究——自由と統制——一九四五年——」、柏書房、一九九六年を参照されたい）。勅令第三二二二号に代った政令第三二二五号は「対共万能法令として横暴を恣にしていた」とも評されるが（沼田稲次郎「大法院に敬意」——「政令第三二二五号最高裁判決をどう見るか」、『法律時報』第二五巻第九号、一九五三年、八一頁）、勅令第三二二二号、及び政令第三二二五号の運用の実態については史料の不足から不明な点も多く、その評価についてはなお実証的な研究を必要としよう。

(16) Political Reorientation of Japan, Sept. 1945 to sept. 1948, Report of Government Section, Supreme Commander for Allied Powers, vol. I, Government Printing Office, 1949, p. 192.

(17) 小田中聰樹「検察の民主化と検察官の良心」（『法学セミナー増刊 現代の検察』、日本評論社、一九八一年所収）、三七頁以下。小田中教授は、本稿冒頭において言及した「精密司法」が「政策的」、「権力的」の所産であると指摘し、刑事司法改革におけるモデル論の有効性を主張する（『刑訴改革論議の基礎的視点——「精密司法」論の検討を手掛かりとして』（内藤謙他編『平野龍一先生古希祝賀論文集 下』、有斐閣、一九九一年所収）、一三三九頁以下）。

(18) 一九四六（昭和二二）年二月に提示された民間諜報局のマニスカルコによる刑事訴訟法の改正提案は、六月二七日に民政局長ホイットニーがその内容及び手法に反対する意見を表明したことで、裁判所構成法、陪審法の改正提案と共にGHQ内での影響力を失ったと思われるため（前掲拙稿「GHQの司法改革構想から見た占領期法継受」、三六四頁以下を参照されたい）、検察審査会法の設置に繋がる「検察官の民主的コントロール」についての議論は、この民間諜報局の構想と直接接続するものではない。司法課のマイヤースの記録によれば、この議論は「民政局内の幾つかの課の課長による会談の際に、検察官は選挙により選ばれるべきだという提案がなされた」ことに起因する。しかしこの提案に

司法課は反対意見を表明し、その対案となる「検察官の民主的コントロール」の手段として、司法課内の討議と司法省との会談を通じて作られたのが検察審査会制度である。なお、この過程で「アングロ・アメリカの大陪審制度に類似のシステム」の導入も議論されたが、マイヤースは以下のように結論付けている。「アングロ・アメリカの制度をその歴史的コンテキストから分離して異質な土壌に移す危険は避けられた。〔検察審査会の〕審査は大陪審ではない。純粹な正式起訴状への答申 (render a true bill of indictment) ではないのである」(GHQ/SCAP, LS-10063-10067, Memorandum for the Record, Subject: Democratic Controls Over Public Procurators, 1 April 1948)。なお、検察審査会制度の導入過程についても、稿を改めて検討する」ととした。

(19) オプラー前掲『日本占領と法制改革』、六四頁。

(20) ジョン・ダワー教授は以下のように述べる。「ふつう、われわれは一九四五年八月をもって軍国日本と新生民主日本との大きな分水嶺とみなしている。たしかに、それはひとつの分岐点であった。しかし一九三〇年代初期から一九五二年までずっと、日本は基本的に軍事支配の下にあったともいえる。…実際の理由から、マッカーサー元帥による「政府の上の政府」は、命令の実行を日本の官僚組織に依存した。そのため、二重の官僚組織ができた。アメリカ人たちが去ったあとには日本の官僚組織が存続したわけであるが、それは戦争中よりも強力にさえなっていた」(「敗北を抱きしめて 上」、岩波書店、二〇〇一年、二二頁以下)。山之内靖教授は、ダワー教授の日本語版と原著 (John Dower, *Embracing Defeat: Japan in the Wake of World War II*, W.W.Norton and Company/The New Press, 1999) の序文を比較した上で、ダワー教授自身が「日本語でも、英語でも、矛盾していて意味がわかりにくい」と自認する *Embracing* という語につき、原著版では「占領軍の支配秩序は日本の既存の統治機構と見えにくいところで絡み合い、野合しながら戦後日本の社会構造を作り上げていった」という「権力関係の二重性とその癒着」が強調されていると指摘している (山之内靖「総力戦体制からグローバリゼーションへ」(山之内靖・酒井直樹編『総力戦体制からグローバリゼーションへ』、平凡社、二〇〇三年所収)、三五頁以下)。占領史研究のバイオニアである竹前栄治教授は、一九八〇年に「占領体制下では官僚は不死鳥のように生命を保っていたという重大な事実がある。…戦後改革においても行政官僚の影響力を排除すること



はできなかった」と指摘する一方で「全体として占領体制の歴史的意義は、『日本の近代化』Ⅱ『日本の民主化』への方向と速度を決定するハンドルとアクセルの役割を果たすことにあったといえよう」との評価を同時に行っている（竹前掲『占領戦後史』、五七頁）。この両者がどのような位相にあったのか、という問題が、これからの占領・戦後史研究の課題となろう。

\*本稿は、二〇〇三年度占領・戦後史研究会シンポジウム「占領下の法と政治」における「占領下における刑事司法の管理と法制改革との交錯」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、平成一七年度文部科学省科学研究費（基盤研究（B））「新たな資料を踏まえた占領期統治制度改革に関する包括的研究」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）