

科学研究費助成事業（学術研究助成基金助成金）研究成果報告書

平成 25 年 6 月 12 日現在

機関番号：32717

研究種目：挑戦的萌芽研究

研究期間：2011～2012

課題番号：23653006

研究課題名（和文） 刑事司法の「日本的特色」に関する歴史的側面からの再検討

研究課題名（英文） Re-examination of the formation of the 'Japanese Feature' of the Criminal Justice from the historical viewpoint

研究代表者

出口 雄一 (DEGUCHI YUICHI)

桐蔭横浜大学・法学部・准教授

研究者番号：10387095

研究成果の概要（和文）：刑事司法のいわゆる「日本的特色」の歴史的形成に影響を与えた要素として、本研究では、刑事法学の担い手としての法学者の1930～40年代の言説に焦点を当て、共同研究による比較検討によってその特色を検討した。併せて、刑事司法の担い手である法律家の活動が「日本的特色」の形成について与えた影響についても、アメリカ側及び日本側の諸機関に所蔵されている史料を調査・検討した。

研究成果の概要（英文）：To examine the influence of some factors for the formation of so-called 'Japanese feature' of the Criminal Justice from the historical viewpoint, this study pays its attention to analyze articles of Japanese Jurists from 1930s to 1940s thorough the comparative joint research. This study also examines several records kept in both American and Japanese Archives or other Organizations to illustrate the activities of Japanese Lawyers as to formation of above-mentioned feature of Criminal Justice.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2011年度	1,100,000	330,000	1,430,000
2012年度	700,000	210,000	910,000
年度			
年度			
年度			
総計	1,800,000	540,000	2,340,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・基礎法学

キーワード：法制史・刑事法学・日本史

1. 研究開始当初の背景

(1) 1990年代以降の司法制度改革の進行、とりわけ、裁判員制度の導入と検察審査会の議決への法的拘束力の付与などの「国民参加」の過程の中で、「精密司法」とも呼称される我が国の刑事司法制度の「臨界」についての議論がなされるようになって来ている。このことは、明治中葉から実務において歴史的に

形成され始め、戦後改革による現行刑事訴訟法の制定を経てもなお連続して運用され、構築されてきた刑事司法の「日本的特色」が解体されつつあることを示唆する現象である（松尾浩也『刑事訴訟の理論』有斐閣、2012年等）。

(2) しかし、上記の「日本的特色」の形成過程については、これまではもっぱら刑事訴訟

法学者及び実務家が実定法の解釈・評価の観点から研究を行ってきたものであり（三阪佳弘「刑事訴訟法 近代日本刑事司法制度史研究の軌跡」（石川一三夫・中尾敏充・矢野達雄編『日本近代法制史研究の現状と課題』弘文堂、2003年所収）、その分析には歴史的手法が十分に用いられて来なかった。刑事司法の「日本的特色」を「精密司法」として肯定的に評価する立場と、「学説と実務の乖離」として否定的に評価する立場が先鋭に対立を見せるのは、このことと関わっているように思われる。

2. 研究の目的

(1) 如上の背景を踏まえ、本研究では、刑事司法の「日本的特色」の形成を担ってきた警察官・検察官の活動の実態を把握し、一方で、さまざまな外国法を参照しながら法学説を形成してきた刑事法学者の知的営為についても同時代的な文献を用いて把握を試みた。

(2) 具体的には、刑事司法の「日本的特色」が実務上定着したものと推測される大正期・昭和前期から戦後占領期における諸法令の立法史料や司法統計などの史料と、同時代の刑事法学者（狭義の刑事法学者に限定されない）の言説を分析することで、「日本的特色」の形成過程についての実証研究を試みることを目的とした。

(3) 併せて、先行研究において言及されて来なかった論点を析出し、それらを実証するために利用可能な日本側・アメリカ側の史料の所在と、その利用可能性についても検証した。

3. 研究の方法

(1) 日本及びアメリカにおいて関係諸機関が所蔵している、刑事司法の「日本的特色」の形成過程に関わる史料を調査し、整理・収集を行うこととした。そのうち、アメリカ国立公文書館所蔵史料や、一部の日本側機関所蔵史料については、デジタルカメラによる撮影を行い、電子データ化を図った。

(2) 先行研究において十分な検討が行われて来なかった、昭和戦前期から戦後占領期にかけての刑事司法の歴史的把握の前提として、日本近代法史・政治史・ドイツ法史の研究者による共同研究会を組織して論点を整理し、研究課題の明確化を試みた。

(3) 日本側の刑事司法に関する同時代的な論文・単行書等について、国立国会図書館などを中心に収集を行い、大学の新設・改組等

の「学知」の空間的把握なども視野に入れて整理することを試みた。

4. 研究成果

(1) 刑事司法の「日本的特色」の形成過程を検討するにあたっては、我が国の刑事司法制度が歴史的にどのような沿革を持っているかということと共に、その担い手がどのような主体であったかということについての検討を行う必要がある。本研究では、この刑事司法の担い手について、刑事司法のあり方を学問的に叙述し、そのあり方を「学知」として規定する法学者と、刑事司法実務を担当した法律家（裁判官・検察官・弁護士、及び、その補佐的な役割を果たした警察官）の二つの方向性より検討を加えた。

(2) 刑事法学とその担い手である法学者に関しては、近代日本法史・ドイツ法史・日本政治史等の多様な研究者により構成された「戦時法研究会」（2010年より活動を開始している）において、主として日本とドイツの1930年代以降の法と法学についての比較研究を行い、刑事法も含めた当該時期の日本の法と法学のあり方についての新たな枠組みを検討した。

先行研究においては、当該時期の法を「ファシズム法体制」として把握し、戦後の「現代法」との関係から分析を行う、という理解が提示されている（渡辺洋三「日本ファシズム法体制・総論」（東京大学社会科学研究所「ファシズムと民主主義」研究会編『戦時日本の法体制』東京大学出版会、1979年所収）。この理解を踏まえつつも、戦時法研究会における複数回の報告を通じて、研究代表者は、「革新官僚」を中心として委任法令の形で制定された経済統制法規のあり方を当時の法に特徴的な存在形態として把握し、1930～40年代の法学について、これらの統制法規の事後的な「解説」による動的な調整を担保しようとする東京帝国大学法学部の関係者を中心とした「解説法学」と、経済統制法規の中に既存の公法・私法二元論とは異なる第三の法領域としての「社会法」及び「経済法」の発露を認めようとする、東京帝国大学以外の「周縁的」な学術機関に所属する法学者の対立関係が存在していたこと、更に、前者の動的な「解説法学」のあり方は、ポツダム命令と呼ばれる委任法令の「解説」へと引き継がれる一方、「経済法」及び「社会法」は戦後にはそのままのあり方では引き継がれず、日本社会の「前近代」性を克服すべき課題として措定する「法社会学」という新たな学問分野へと、担い手の世代交代を含めて転轍されたこと等を明らかにした（学会発表①～④、雑誌論文①）。

加えて、戦前の「社会法」の実証研究の素材として、日本社会事業大学附属図書館が所蔵する窪田静太郎（内務省衛生局長、行政裁判所長官、枢密顧問官）の旧蔵史料について、出張の上でデジタルカメラによる撮影を行い、電子データ化を行った（2012年11月12日）。

(3) (2)の戦時法についての総体的な検討を踏まえて、戦時下から占領期にかけての日本の刑事法学についての実証的な検討をも試みた。具体的には、京都帝国大学において刑事法を講じ、1940年代には「日本法理」と親和性の高い言説を発表したことから戦後教職追放処分となった佐伯千仞、及び、東京帝国大学において刑事法を講じ、戦後の現行刑事訴訟法の制定過程に深く関与した団藤重光の同時代の言説について取り扱い、当時の刑事法学が、いわゆる「学派の争い」を前提としつつ、ナチス刑法学及びマルクス主義の受容をめぐる対立、更に、経済統制法規違反を刑法犯として扱うことの是非をめぐる行政法学との対立など、複雑な立場の違いを含んでいたことを明らかにした（学会発表②、④）。

なお、団藤重光旧蔵文書については、現在、龍谷大学矯正・保護総合センターに寄贈されているが、研究代表者は、その寄贈の過程に若干関わったこともあり、今後の資料整理にも継続して参加する予定である。

(4) 刑事法を担う実務家としての法律家に関しては、研究代表者はかつて、第二次世界大戦後の「占領管理体制」の下で、現行刑事訴訟法の制定前後を通じて、地方検察庁の検察官と、地方軍政部の法律スタッフとが事前協議を行い、明文上は認められていない起訴猶予裁量が広く運用されていたことを指摘したが（拙稿「占領目的に有害な行為」に関する検察官の起訴猶予裁量の運用」『桐蔭法学』17巻2号、2011年）、このことは、占領管理体制の下での刑事司法の「日本的特色」について、間接的ではあるが、アメリカ側の史料を用いて実証することが出来る可能性があることを示唆する。このような問題意識の下で、本研究では、2011年9月3日から11日、及び、2012年9月2日から10日の2回に亘ってアメリカ国立公文書館を訪問し、占領期に日本各地に展開していた地方軍政部の軍事占領裁判所(Military Occupation Courts)の活動記録、及び、アメリカ側の憲兵(Military Police)と日本側の警察組織の関係についての史料を調査し、デジタルカメラを用いて撮影を行った。これらの史料群は膨大であり、未だ全体像を把握するには至っていないが、撮影を行った史料については現在整理を進めているところである。

一方、日本側の史料に関しては、戦前・戦

後の双方について様々な機関を調査したが、この時期における刑事司法の「日本的特色」の実態を直接明らかにするものを十分に見出すことは出来なかった。無論、間接的には、例えば、研究代表者がかつて整理に携わった法務図書館所蔵資料（小澤隆司・高山京子・出口雄一編『連合国総司令部との会談報告関係文書目録』『連合国総司令部との会談日録関係文書目録』法務図書館、2009年）などがその一端を示しているが、戦時・戦後初期に関しては刑事司法統計が不備であることなど（林真貴子「日本の司法統計」（佐藤岩夫・小谷眞男・林真貴子『ヨーロッパの司法統計Ⅱ』東京大学社会科学研究所、2010年所収））、なお不明な点が少なくない。(3)で言及した問題とも関わるが、戦時から占領管理体制下にかけては、経済統制法規違反に関わる裁判が激増する一方、裁判を担うことの出来る法律家の数が著しく減少したこともあり、刑事裁判手続きが一部簡略化されたが、この措置は、現行刑事訴訟法にもそのまま引き継がれていることが指摘されている（佐伯千仞「証拠法における戦時法の残照」『刑法雑誌』31巻1号、1990年）。大正刑事訴訟法から現行刑事訴訟法への転換の過程に、戦時下において刑事司法実務上どのような変化が生じていたかという点については、なお今後の精査が必要であるように思われる。

(5) 「精密司法」への対案として議論されてきた刑事司法への国民参加については、既存の研究で指摘されている範囲を出るものではないが（利谷信義「戦後改革と国民の司法参加 陪審制・参審制を中心として」（東京大学社会科学研究所編『戦後改革(4) 司法改革』東京大学出版会、1975年所収）、戦時と戦後においてある程度のコントラストが看取されることが明らかとなった。すなわち、戦前においては、(4)で言及した戦時における司法制度の簡略化に際して、ドイツ型の参審制度への接近が議論されたことがあり、この参審制度への傾斜は、戦後刑事司法改革においても引き継がれたが、この立場は、戦後においてラディカルな陪審制度を導入しようとする人々、とりわけ在野法曹たちと鋭く対立することとなった。この点はむしろ、日本における戦時・戦後の法律家の歴史的な形成過程（清水誠「日本法律家論——戦前の法律家」（同『時代に挑む法律学——市民法学の試み』日本評論社、1992年所収））、更には、「戦後改革」全体の再評価の文脈において検討すべき課題を多く含んでいるように思われる。

(6) (5)とも関係するが、本研究の過程で、刑事弁護の歴史についての共同研究に参加することになり、刑事訴訟法学者・実務家と

共に、現在に至るまでの刑事弁護の歴史の変遷についての研究を行った。研究代表者は「刑事弁護の誕生」と題する章を担当して近世から明治中葉までの時期を取り扱い、前近代からの連続性が強く看取される、主として非弁護士によって担われた書類の処理を中心とした刑事訴訟のあり方についての論考を執筆した（第一法規より『講座 現代の刑事弁護』の第1巻「刑事弁護の歴史と展望」の一部として刊行予定である）。

(7) 本研究の成果について総括するならば、まず、刑事司法の「日本の特色」の形成過程に関して、従来「ファシズム法体制」として把握されていた1930～40年代の法のあり方について、共同研究を通じて分析を進め、「戦時法」として新たな角度から把握する可能性を提示したことが挙げられよう。この共同研究は、本研究の期間が終了した後も継続し、特に、(5)とも関連するが、日本の「戦後法学」との関係についても検討を行うことを予定している。

しかし、本研究における「戦時法」の分析はいまだ萌芽的なものであり、その実際については、戦時における経済統制法規、及び、占領管理体制下におけるポツダム命令等が、どのように運用されていたかという実証研究を進めて、その実態を明らかにしていく必要がある。戦時における経済統制法規については、特に経済史の業績との連携が必要であるものと思われるが（原朗『日本戦時経済研究』東京大学出版会、2013年等）、戦時と戦後の関係という観点からは、アメリカ的な競争秩序の継受とその影響という観点からの経済法・経済法学の業績との接続も必要であろう（広渡清吾「20世紀における競争法の普遍化」(同『比較法社会論研究』日本評論社、2009年所収)）。

また、本研究においては、刑事司法実務についての日本側の史料状況、とりわけ、史料へのアクセスが決して良好でないことが明らかとなったが、(4)において言及したように、複数の文脈において残された史料を総合することで、当時の刑事司法実務の実態へと迫る余地はあるように考えられる。勿論、史料の探索自体が不十分であった可能性もあるため、多角的な視点から史料を検討し、全体像を把握する試みを継続する予定である（例えば、戦時から戦後初期にかけての刑事司法実務の重要な担い手になったと考えられる検察事務官（拙稿「検察補佐官から検察事務官へ」『研修』737号、2009年）の給源については、明治中期を対象にした業績であるが、官報等に掲載された人事異動を丹念に追うことで「老朽司法官淘汰」が実施された経緯を検証した先行研究の手法が参考となる（前山亮吉『近代日本の行政改革と裁判

所』信山社、1996年））。

更にこの問題は、刑事司法に関わる史資料がどのように取り扱われ、公開されるべきかという論点をも含んでいる。かつての民事判決原本の保存・利用についての法史学全体の取り組みのあり方などを参照し、一方で個人情報保護の観点に細心の注意を払いながら、この点についても検討を進めたい（岩谷十郎「刑事裁判記録と歴史学」(同『明治日本の法解釈と法律家』慶応義塾大学法学研究会、2012年所収)。なお、福島至編『コンメンタール刑事確定訴訟記録法』龍谷大学社会科学研究所、1999年、瀬畑源『公文書をつかう 公文書管理制度と歴史研究』青弓社、2011年も参照)。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔雑誌論文〕(計1件)

①出口雄一、戦時・戦後初期の日本の法学についての覚書(1)——「戦時法」研究の前提として——、『桐蔭法学』19巻2号、121-174頁、2013年、査読有

〔学会発表〕(計4件)

①出口雄一、続・戦時下の法学と法学者——戦時法研究の前提として、第6回戦時法研究会、2012年7月14日、於上智大学

②出口雄一、戦後初期の法学と法学者——法社会学論争・法解釈論争を中心として、2012年度第1回占領・戦後史研究会、2012年3月31日、於二松学舎大学

③出口雄一、戦時下の法学と法学者——戦時法研究の前提として、第4回戦時法研究会、2011年10月8日、於上智大学

④出口雄一、戦時法研究の前提としての大学——大学令以後の日本、第3回戦時法研究会、2011年5月14日、於主婦会館プラザエフ

6. 研究組織

(1) 研究代表者

出口 雄一 (DEGUCHI YUICHI)

桐蔭横浜大学・法学部・准教授

研究者番号：10387095