

治安政策の展開と捜査の変容(一)

村田, 和宏
九州大谷短期大学刑事訴訟法

<https://doi.org/10.15017/10978>

出版情報 : 九大法学. 89, pp.221-328, 2004-09-15. Kyudai Hogakka i
バージョン :
権利関係 :

治安政策の展開と捜査の変容(一)

村田和宏

第一章 課題の設定と分析方法

第一節 問題の所在と課題の設定

第二節 分析方法

第二章 一九五二年以前における捜査の改革と変容

第一節 時代背景

第二節 警察制度の改革と変容

第三節 薬物取締関係法規の制定と主な改正

第四節 捜査の改革と展開

第五節 小括 (以上本号)

第三章 一九五二年から一九六〇年における捜査の変容

第四章 一九六〇年代における捜査の変容

第五章 一九七〇年代における捜査の変容

第六章 一九八〇年代における捜査の変容

第七章 一九九〇年代における捜査の変容

第八章 結語

第一章 課題の設定と分析方法

第一節 問題の所在と課題の設定

「自由と犯罪は切り離し難く結びついていて、それはあたかも……そう、あたかも飛行機の運動とその速度の關係のようなものだ。

飛行機の速度＝0

なら、飛行機は動かない。

人間の自由＝0

なら、人間は罪を犯さない。それは明白である。人間を犯罪から救い出す唯一の手段は、人間を自由から救い出してやることである⁽¹⁾。

「『通信傍受』法」案⁽²⁾が参議院法務委員会において強行採決された一九九九年八月九日、その会議にのぞんだ一人の委員は、「日本社会の自由が死んだ日」という言葉を残した⁽³⁾。犯罪の摘発に「通信傍受」は不可欠であるとする捜査当局の主張と、この委員の言葉を重ね合わせるとき、冒頭の「フィクション」の世界が、捜査当局の本音としてチラリとのぞく。

そのような人間の自由と尊厳にかかわる法律（『通信傍受』法）が、強行採決を伴うような形で成立したことに ついては、多くの人がこれでよかったのかと疑問に感じたに違いない。また、同法をめぐる論争においては、法理

論上の問題だけではなく、神奈川県警察による共産党幹部宅盗聴事件に象徴される、警備公安警察による「通信傍受」がとりあげられた。裁判所・検察までもがその事実を認めるのに対して、一貫してそのような事実はないと警察が強弁する中で、果たしてわが国の警察にそのような強大な権限を付与してもいいのかということも争点となった。警察の不祥事が相次いで発覚する中で、警察当局者が「最後には『警察を信用してもらいたい』と答える外に答えようがない」と開き直るのを目のあたりにするとき、本当にこれでよかったのか、というさらに強い疑問が湧いてくる。

井戸田侃によれば、この「通信傍受」は、わが国の捜査にとって、「革命的な変更をもたらす」とされる⁵⁾。それは、この法律が、犯罪が発生する前の「傍受」を認めているからである。従来、捜査とは、例えば、「犯罪の嫌疑がある場合に、公訴の提起・追行のために、犯人を保全し、証拠を収集保全する行為をいう」と⁶⁾とされているように、犯罪が発生した後に開始される捜査機関の諸活動を指していた。「通信傍受」のように、犯罪が発生する前に「捜査」に着手することは、戦後の刑事訴訟法学が当然の前提としてきたこの概念を打ち破ることになる。戦後の刑事訴訟法学が、捜査をそのように解したことには、大きな意味があったのではないか。もつとも、戦後の刑事訴訟学の中から、「通信傍受」を積極的に押し進める理論が登場したこともまた事実である。

戦後の刑事訴訟法学は、日本国憲法第三一条以下に詳細に規定される、刑事手続に関する人権規定に則って、法解釈論あるいは立法論を展開してきた。(もちろん、今日、どのような刑事訴訟法理論であっても、自ら日本国憲法を無視すると述べるものはないが。)その結果として、「『通信傍受』法」のような近代刑事法の諸原則の根幹を揺るがすような立法が生まれたことになる。日本国憲法に則った結果、である。このような現状に直面するとき、われわれのなすべきことは何か。そのヒントを与えてくれるのは、日本国憲法下での最大の人権侵害といわれる、「らい予防法」に基

づく強制隔離政策を断罪した「ハンセン病国家賠償請求訴訟判決」(熊本地判二〇〇一年五月一日 判時一七四八号三〇頁)である。すなわち、石埼学は、この判決を受けて、約一世紀にわたる隔離政策と過酷な人権侵害という「窮極の憲法違反の政策」を何ら批判し得なかった憲法学者の道義的・理論的責任を指摘する。⁷⁾「憲法学者にとって、今回の杉山判決は、一つの敗戦であり、今後、なぜ、この政策を批判することができなかったのかを自己点検する責務を負わされたものであると思う。判決の中でも再三指摘があるとおおり、ハンセン病者は、『文明国』の建設のため、『国辱』とされて苛酷な人生を強いられてきた。私は、『文明国』・『文化国家』建設という名の近代国民国家づくりを当たり前のこととしてきた近代立憲主義憲法学者の見直しまで行き着かなければ、自己点検という憲法学者に課せられた責務を全うできないものと思う」。

日本国憲法に基づく理論として、「文明国」や「文化国家」建設という国家づくりを押し進めた結果、ハンセン病強制隔離政策の前に全くの無力だった戦後の憲法学と、日本国憲法に基づく理論として、「当事者主義」や「適正手続(デュー・プロセス)」を押し進めた結果、近代刑事法の諸原則の根幹を揺るがすような立法を導いてしまった戦後刑事訴訟法学との構造的類似性を、ここではみてとることが可能であろう。⁸⁾ そうであるならば、石埼学の指摘をわれわれの課題におきかえると、次のようになる。「刑事訴訟法学者にとっては、『通信傍受』法の成立は、一つの敗戦であり、今後、なぜ、この立法を阻止することができなかったのかを自己点検する責務を負わされたものであると思う。『通信傍受』法』導入をめぐつては、積極的な合憲論が展開された。私は、日本国憲法に基づく『当事者主義』・『適正手続(デュー・プロセス)』という名の刑事訴訟法理論を当たり前のこととしてきた戦後刑事訴訟法学の見直しまで行き着かなければ、自己点検という刑事訴訟法学者に課せられた責務を全うできないものと思う」。「通信傍受」が導入されたいま、あらためて「捜査」とは何か、さらには、このような「捜査」手段を生み

出した戦後の刑事訴訟法学や刑事訴訟実務の意義と責任をも問い直さなければならぬ。

田宮裕は、この「通信傍受」を「ポスト・モダン」的捜査と表現した⁽⁹⁾。もとより、田宮裕の論稿の中では、その「ポスト・モダン」の意味は明らかにされてはいない。戦後の刑事訴訟法の最も重要な基本原理の一つである「当事者主義」や「適正手続(デュー・プロセス)」を積極的に押し進めた田宮裕のいう「ポスト・モダン」とは何か、それを問うこと、その実体を明らかにすることの中から、「これでよかったのか」という疑問に対する答え、そしてこのような「捜査」手段を生み出した戦後の刑事訴訟法学や刑事訴訟実務の意義と責任がみえてくるように思われる⁽¹⁰⁾。

第二節 分析方法

一 「『通信傍受』のような『捜査』手段を生み出した戦後の刑事訴訟法学や刑事訴訟実務の意義と責任を問い直す」という本稿の問題意識を前提にすれば、分析方法としては、歴史的分析の手法をとらなければならない。

法の歴史的分析にあたっては、次のような指摘がなされている。「法が歴史的性格(発展の景観)を示すのは、基本的にはその基礎にある経済的社会構造が固有の歴史的發展法則に従って展開し、この展開の諸段階において経済的社会構造が法規範体系のあり方を規定するからである⁽¹¹⁾」。この指摘によるならば、単に捜査法の理論的な展開を追うのではなく、捜査法を現代史の中に位置づけて理解しなければならない⁽¹²⁾。

本稿では、まず時代背景について概観した後、捜査の担い手として警察に着目し、その理念を中心とした分析を試みる。いうまでもなく、捜査には警察のほか、裁判官、検察官、弁護士といった専門家や、被疑者、被害者、参考人といった一般市民も関わることになる。その中でも特に警察に着目したのは、現行刑事訴訟法によって新

たに第一次捜査機関として位置づけられ、捜査活動に従事してきたというだけではなく、「糺問的警察司法」と称されるほど¹³、現在の刑事手続に占めるその役割は、非常に大きくなってきているからである。また、警察の分析にあたり、その理念に着目したのは、警察活動の理念は、治安政策の貫徹のために、必然的に当時の社会的・経済的・政治的諸条件を反映しているからである。そして、いかなる理念の下で警察がその組織を確立し、活動を展開しているのかということが、捜査にも大きな影響を与えていると考えられるのである。

二 次に、薬物取締関係法規の改正状況について概観する。「現在の体制（政治秩序）そのものの保護ないし防衛に直接奉仕するもので、反体制運動にたいする意識的適用を最初から予定した」刑罰法規を「政治的治安法」と呼ぶとすれば¹⁴、「市民的安全の擁護」の名の下に市民的秩序の「実力的」貫徹のために国家刑罰権を国民の日常生活のすみずみにまで浸透させることを目的とする刑罰法規を「市民的治安法」と呼ぶことができよう¹⁵。さらに、この治安法ないしは治安政策のイデオロギー的形態（擬似的「市民主義」的イデオロギー）に着目すれば、それは「市民的治安主義」とも表現できよう¹⁶。市民による「護憲運動」の定着と拡がりの結果、ある時期から、政治的治安法は依然としてその役割を果たしつつも水面下の動きにとどまることになり、表面的には市民的治安法の動きが活発になったかのようにみえるに至った¹⁷。この市民的治安法の活発化、すなわち規制範囲の拡大は、警察による取締り権限の大幅な拡大ということを意味するものである。したがって、市民的治安法は、警察の活動方針に大きな影響を受ける。薬物取締関係法規は、市民的治安法に属するものであり、この改正および運用状況を通じて市民的治安法の動きを探ろうとするものである。

ところで、近時、刑事司法において、主体としての市民を想定する理論がみられる。例えば、石塚伸一は次のように説いている¹⁸。「たしかに、『国民』という概念と同様、『市民』という概念はきわめて多義的であり、擬似

的『市民主義』のイデオロギーが社会的弱者や少数者の切り捨てや監視の強化に利用される危険性があることは否定できない。しかし、『市民』概念は、抽象的であると同時に普遍的である。近代市民社会は、『被害者と加害者』『健全な市民とその敵対者』というような敵対関係をアプリアリに認めるものではない。独立・平等・自由な抽象的市民によって構成された市民社会が措定されているからこそ、『間主体性』や『共生』も成り立ちうる。したがって、刑事政策の主体としては、その決定、執行および監視のすべての局面で『市民』を措定せざるを得ない。石塚伸一がいうように、市民が主体的に刑事司法に関与していくことは、重要な意義をもつものである。しかし、最近では、「治安政策及び治安法も擬似的『市民主義』的イデオロギーにより益々巧妙に粉飾され、『市民』の要望を掘り起こしこれに応える治安政策・治安法の形態を一段と強めている」と分析される¹⁹。したがって、刑事司法において市民の主体的参加を想定するにあたり、「擬似的『市民主義』のイデオロギーが社会的弱者や少数者の切り捨てや監視の強化に利用される危険性があることは否定できない」のであれば、「擬似的『市民主義』のイデオロギー」のもとになっている「市民の安全要求」そのものにもメスが入られなければならない。「市民的治安法」ないしは「市民的治安主義」は、この「市民の安全要求」をも検討の対象とするものであり、この分析方法によるならば、市民が刑事司法に主体的に関わるための基盤の整備として、何が必要であるのかを導き出すことができると思われる。

市民的治安法が該当する時期としては、一九六〇年代以降とするものと一九七〇年代以降とするもの²⁰があるが、本稿では、一九六〇年代以前の法改正も検討の対象に加える。各法が、市民的治安法としての性格を帯びはじめるときにおける到達点を把握しておく必要がある。また、各法が市民的治安法としての性格を帯びる以前には、治安政策上どのように位置づけられていたのかを確認する必要があると考えられるからである。なお、市民

的治安法が該当する時期については、本稿で検討を進める中で明らかにしていきたい。

三 この市民的治安法の中でも、薬物取締関係法規に特に注目して検討することとしたが⁽²²⁾、その理由としては、次の二点があげられる。第一に、二〇〇二年の統計によれば、交通関係を除く特別法犯の検察庁新規受理人員構成比では、薬物関係が三五・八%を占めている⁽²³⁾。特別法犯の検察官送致全体の割合のうち、薬物関係事犯が約四割を占めるということは、警察が特別法犯のうちでも、薬物関係事犯に重点をおいていることが窺われるのである。第二に、一九九〇年代に入ってから相次いだ刑事立法では、その口実として、「(組織的)薬物犯罪」があげられているのである⁽²⁴⁾。

以上は取締機関の側からみた論理であるが、ここで国民の側に目を転じてみる。一九九九年に実施された政府による薬物犯罪に関する世論調査をみてみると、次のような結果が示されている⁽²⁵⁾。「覚せい剤(エス、スピード、シヤブ)」という言葉を知っていると答えた者は、全体(三五四八人)の九三・三%(三三〇九人)にのぼり、その知っていると答えた者(三三〇九人)のうち、何によってその言葉を知ったのかという質問に対しては、「テレビ、ラジオ」(九五・〇%)、「新聞」(八〇・五%)という答えが圧倒的に多く、「本、雑誌」(四八・七%)、「ポスター、パンフレット」(三五・〇%)が続いている(複数回答)。同じく「覚せい剤(エス、スピード、シヤブ)」という言葉を知っていると答えた者(三三〇九人)のうち、知っている内容については、「覚せい剤の心身に及ぼす弊害について」(七一・四%)、「覚せい剤中毒者について」(七〇・四%)、「覚せい剤の密売人や密輸組織について」(六〇・一%)、「覚せい剤の青少年の乱用について」(五八・一%)、「覚せい剤乱用者による殺人、放火、強盗・窃盗などの二次犯罪について」(五五・〇%)、「覚せい剤犯罪の発生や取締りについて」(五四・〇%)、「覚せい剤乱用による死亡、交通事故等の事故について」(四〇・六%)、「覚せい剤の薬としての働き(薬理作用)

について」(三八・二%)と続くのに対して、「覚せい剤の中毒者の治療と社会復帰のための支援について」と答えた者は、二四・五%にすぎない(複数回答)。

薬物問題に関心があるかどうかたずねる質問では、「非常に関心がある」(二四・〇%)、「ある程度関心がある」(四二・六%)を合わせて、全体(三五四八人)のうちで「関心がある」と答えた者は六六・五%(二三六一人)にのぼる。その「関心がある」と答えた者(二三六一人)に対して、関心がある理由について質問したところ、「薬物の乱用者が増えると不安」(八〇・一%)、「市民生活の安全の基本にかかわる問題」(六六・三%)、「マスクミ等で話題になることが多い」(四三・五%)に答えが集中している(複数回答)。

薬物犯罪情勢について、ここ五年くらいの間にとどのように変化したと感じているかという質問に対しては、「悪化している」(五六・八%)、「どちらかといえば悪化している」(二八・九%)を合わせて、全体(三五四八人)のうちで「悪化している」と回答した者は三〇四一人(八五・七%)となっている。その「悪化している」と答えた者(三〇四一人)に対して、薬物犯罪が悪化している原因や理由について質問したところ、「薬物の密輸入が増加した」(七二・二%)、「薬物の入手が容易になった」(六九・一%)、「乱用される薬物が多様化した」(四三・三%)、「薬物の乱用に対して、国民の罪の意識が低下した」(四二・五%)、「国民が外国旅行などで薬物に接し、興味をもった」(三六・六%)、「薬物乱用を防止するための啓発や教育が不十分」(三六・二%)、「警察などによる補導、取締りが不十分」(三〇・五%)と続くのに対して、「薬物依存者や中毒者の社会復帰や再乱用防止の支援が不十分」と答えた者は、一八・八%にすぎない(複数回答)。もつとも、ここで「悪化している」とされた根拠や、その「悪化している」とされる原因や理由について何に依拠して判断されているのかは明らかではないが、前述の回答者の情報源(テレビ・ラジオ、新聞)の影響を反映しているものと思われる。

特に青少年の薬物問題の現状についてどのように感じているかという質問に対しては、「深刻な問題である」(七四・三%)、「どちらかといえば深刻な問題である」(二〇・九%)を合わせて、全体(三五四八人)のうち「深刻な問題である」と回答した者は九五・二%にのぼる。「最近、青少年の薬物乱用が増加していますが」という前提のもとで、その原因や理由を問う質問では、全体(三五四八人)のうち、「駅前や繁華街で薬物が密売されるなど青少年でも薬物を入手しやすくなっている」(六八・六%)、「薬物乱用の恐ろしさについて青少年の認識が不足している」(六六・四%)、「青少年に社会のルールを守ろうという意識が薄れている」(四九・四%)、「本、雑誌、インターネットなどに有害な薬物情報が多い」(四三・二%)、「テレホンクラブ(テレクラ)などを通じて青少年に薬物を与える大人が多い」(四〇・九%)、「家庭で薬物の恐ろしさを取りあげるなどの教育が不十分」(三八・〇%)、「学校での薬物乱用を防止するための教育が不十分」(三二・九%)、「警察などによる補導、取締りが不十分」(二七・七%)となっている(複数回答)。そして、青少年を薬物から守る対策として、どのようなことが有効だと思うかという質問に対しては、全体(三五四八人)のうちで、「暴力団や不良外国人などの密売人の取締りを強化する」(六六・四%)、「学校での薬物乱用防止教育を強化する」(五七・九%)、「家庭で薬物の恐ろしさを取りあげる」(五四・九%)、「薬物を乱用している青少年の補導、取締りを強化する」(四九・二%)、「雑誌社、放送局などが、いたずらに青少年が薬物に興味をもつこととなるような記事掲載や番組作成に注意する」(四八・七%)、「家庭、学校、関係機関などの連携を強化する」(四七・七%)、「本、雑誌、インターネットなどで有害な薬物情報をのせないようにする」(三八・六%)、「雑誌社、放送局などが事件報道の際、薬物の弊害について取りあげる」(三六・〇%)、「テレホンクラブ(テレクラ)など少年の身近に薬物をもたらす有害環境を浄化する」(三五・五%)、「薬物を乱用した青少年に対する再乱用の防止対策を充実する」(三四・一%)、

「薬物乱用に関する相談のための機関、施設を充実する」(三三・二%)、「薬物乱用防止に関する広報活動を充実する」(二六・八%)、「青少年の健全育成のためにスポーツ、ボランティア活動を充実させる」(二一・五%)となっている(複数回答)。もともと、ここで青少年の薬物問題が深刻であると評価される根拠はわからない。したがって、ここでも回答者の情報源(テレビ・ラジオ、新聞)の影響を反映しているものと思われる。他方で、回答者はマスコミの情報が青少年に与える影響を懸念している傾向が窺われることは、興味深い点である。

薬物乱用防止対策について、薬物乱用者による殺人、放火、強盗・窃盗などの二次犯罪を防止するにはどうしたらよいと思うかという質問に対しては、全体(三五四八人)のうち、「薬物乱用者の早期検挙に努める」が四八・三%と最も高く、「薬物中毒者の治療や保護に力を入れる」(二〇・〇%)、「二次犯罪に対する処罰を厳しくする」(二七・五%)、「保健衛生機関や警察などの相談機能を充実させる」(二〇・二%)と続いている。そして、薬物乱用防止対策として、政府に力を入れてほしいと思う対策を問う質問では、全体(三五四八人)のうち、「暴力団や不良外国人などの密売人の取締りの強化」(八〇・九%)、「薬物の密輸入に対する取締りの強化」(七五・七%)、「違反者の処罰を厳しくする」(五七・八%)、「薬物乱用者に対する取締りの徹底」(五六・九%)、「薬物乱用青少年に対する補導の強化」(五四・八%)、「警察などの取締り体制の充実・強化」(五三・九%)、「青少年の薬物乱用防止に対する指導や啓発活動の強化」(四三・七%)、「薬物乱用者に対する二次犯罪防止対策の強化」(四〇・四%)、「薬物乱用の実態把握の徹底」(三七・一%)、「薬物乱用防止のための国際協力の推進」(三六・九%)、「薬物乱用青少年に対する再乱用防止対策の充実・強化」(三五・一%)、「医療機関や薬局などの関係業界に対する指導監督の徹底」(三四・二%)、「薬物中毒者の社会復帰や再乱用防止の支援の充実」(三三・一%)、「国民に対する各種啓発活動の推進」(三〇・九%)、「薬物乱用防止のための研究開発の推進」(二六・四%)となっており(複

数回答)、薬物事犯の取締りの強化が上位を占めていることがわかる。

また、一九九六年に実施された政府による薬物犯罪に関する世論調査をみると、次のような結果が示されている。⁽²⁶⁾ 薬物を乱用することは、どの犯罪と同じくらい悪いことだと思いかという質問に対しては、全体のうち(二二五六人)、「殺人」(四〇・一%)、「傷害」(二二〇・三%)、「強盗」(一二二・八%)、「飲酒運転」(六・八%)、「窃盗」(四・四%)、「恐喝(おどし)」(四・〇%)、「スピード違反」(一・三%)となっており、重大犯罪であるという認識が上位を占めている。

以上のアンケート結果を踏まえると、次のことがいえるであろう。一般の市民は、マスコミを通じて薬物および薬物犯罪に関する情報入手するため、犯罪報道に関する問題が、そのまま反映されてくる。⁽²⁷⁾ すなわち、マスコミが取締機関の流す情報に全面的に依存して報道する結果、取締機関の意図がほぼそのまま市民の意識に反映されることになるのである。市民にとって薬物問題は、殺人や傷害に匹敵する「市民生活の安全の基本に関わる問題」であり、最近の薬物犯罪情勢は悪化していると認識され、その原因は、薬物の入手の容易さ、人々の規範意識の低下に求められる。この傾向は、特に少年において深刻であるとされる。そして、薬物問題の対策として、薬物中毒者に対する医療の提供と社会復帰のための支援よりも、警察による供給者および受給者の徹底した取締りが要望される。その背後には薬物乱用者による二次被害防止のため(すなわち自己の安全のため)の「保安処分」的な意味での検挙の要請がある。

もつとも、ここでの結論は、あくまでも政府によるアンケートによっているのであり、真の意味での市民の意識を反映してはいないであろう。しかし、政府(とりわけ警察)が、「薬物問題を重大犯罪として認識するための市民の意識改革→漠然とした不安感に基づく市民による取締り要求→取締り権限拡大」という図式を描いており、

そのためにマスコミを利用した誘導をおこなない、それに市民がのっているということは明らかであろうと思われる。⁽²⁸⁾ これこそが、まさに「市民的治安主義」の図式の典型である。

また、薬物犯罪は自分たちの「生活安全」にとって身近なものと認識されながら、他方で前述の一九九九年の世論調査によれば、⁽²⁹⁾ ここ三年くらいの間に自分の周囲で薬物を使っている人がいるようなことを見聞きしたかという質問に対しては、全体(三五四八人)のうち、「見聞きしたことはない」が八九・五%を占め、「見聞きしたことがある」は一〇・〇%である(そのうち約半数はシンナー乱用)。また、ここ五年くらいの間に人から薬物を使ってみないかと誘われたことがあるかどうかを問う質問では、全体(三五四八人)のうち、「誘われたことはない」が九八・六%を占め、「誘われたことがある」は一・一%にすぎない。したがって、実際には自己の周囲に存在する薬物犯罪はほとんどが自己使用であり(その多くがシンナー乱用)、しかもあまり数は多くないことが窺われる。それにもかかわらず、市民は前述のような徹底した取締りを要求するという、「生活安全至上主義」の図式も、市民的治安主義が拡大していく上での重要な要素である。⁽³⁰⁾

以上のように、薬物犯罪をめぐる動向は、市民的治安主義の典型例であるということができよう。市民的治安法の中でも、薬物取締関係法規をとりあげて検討することにした大きな理由がここにある。

本稿でとりあげる薬物取締関係法規は、「麻薬取締法」、「大麻取締法」、「あへん法」、「覚せい剤取締法」、「毒物及び劇物取締法」である。「毒物及び劇物取締法」は、本来公害関係取締法規であるが、一九七〇年代以降、薬物取締関係法規としての性質を帯びることになるので、検討の対象に加えた。これらの法律の改正状況を中心としながら、必要に応じて薬物取締りに関連すると思われる他の法律等にも触れる。

四 以上のように、警察の動向とそれを反映した治安立法の状況の検討を踏まえた上で、捜査の変容について分析

を加える。この分析にあたって、実務の動向を把握する手段としては、主として最高裁判所の判例による。捜査は密行性をその本質とする³¹⁾とされ、実態がほとんど明らかにされないため、判例を通じて明らかになったものに頼らざるをえない。また、わが国では、刑事法に關しては戦後しばしば支配層によって逆改正が企図され、これに対する市民や学者の反対が根強かった等の状況があり、刑事立法が動かない時代が続いたため、この間、良くも悪くも判例による捜査法の「創造」が活発でもあった。

判例の中でも最高裁判所の判例を中心に据えたのは、次のような理由による。市民の権利の擁護あるいは確立を目指した下級審判例に対して、最高裁判所がしばしばそれを覆す例が散見されるという意味も含めて、最高裁判所は、必ずしも行き過ぎた捜査実務を批判する立場にはなく、むしろ悪しき刑事実務や捜査実務の追認者と化している³²⁾と指摘されているからである。したがって、最高裁判所の判例を中心に追うことによって、捜査実務の展開を跡づけることができよう。

このとき、検討する判例の選択にあたっては、判例による捜査権限の拡大という観点から、捜査実務そのものに大きな影響を与えたと考えられるものを取りあげることとする。そして、判例の内容自体の検討については必要最小限にとどめ、当時の社会的・政治的・経済的諸条件、警察の活動方針や警察体制の動向、治安立法の動き等との関係を中心に分析を加える。その上で、捜査実務の変容に対して、刑事訴訟法学はどのような態度を示したのかについて、検討を試みる。その際には、学説が当時の社会的・政治的・経済的諸条件や捜査実務にどのように対応しようとしていたのかという点に留意することとする。

なお、厳密には、「捜査」は刑事訴訟法上の活動を指すが、本稿では「捜査」を刑事訴訟法上のそれに限定せず、警察官職務執行法等に基づく行政警察活動も含めて幅広く検討の対象とする。また、同じく身体拘束（逮捕・

勾留)などの強制処分についても、「捜査」ではないと理解しうるが、本稿ではこれらもあわせて検討の対象とする。

五 分析にあたっての時期区分は、一九四五年から一九五二年頃(第二章)、一九五二年頃から一九六〇年(第三章)、一九六〇年代(第四章)、一九七〇年代(第五章)、一九八〇年代(第六章)、一九九〇年代(第七章)である。このような区分をおこなったのは、各時期の頭に、それぞれ軍事上の大きな転換点があるからである。前述のように、政治的治安法は、反体制運動に対する適用を意図されたものであるが、ここでの「反体制運動」とは、一九五二年に締結され、一九六〇年に改定され、さらに一九七〇年に自動延長された「日米安全保障条約」体制(以下「日米安保体制」とする)に象徴される、日米軍事同盟化に対する反対運動を中心とした市民運動である。すなわち、政治的治安法は、日米安保体制に基づく国内体制の強化のために、市民運動弾圧を目的として創出された法体系であった。このように、軍事体制の確立と国内治安政策の展開とは密接不可分の関係にある。

一九七〇年代以降も引き続き日本は、アメリカとの軍事同盟によりながら軍事力の整備をすすめており、その力はすでに世界有数のものとなった。⁽³³⁾ しかも、一九九〇年代に入ってから、「PKO等協力法」、「新ガイドライン関連法(周辺事態法)」、「テロ対策関連法」、「有事法制三法」、「イラク特措法」などの制定により、その軍事力を積極的に国外に向けることも可能とされている。ところが、前述のように、政治的治安法は、ある時期から依然としてその役割を果たしつつも、水面下の動きにとどまることになり、表面的には市民的治安法の動きが活発になったかのようにみえることになった。市民的治安法は、まさに市民の日常生活と結びついた法体系であるため、一見すると、軍事体制の確立とは無関係のようにもみえる。しかし、市民的治安法もまた、軍事体制の確立のための国内治安政策という性質を有しているのである。このことは、憲法第九条の意味を考えると明らか

になる。いうまでもなく憲法第九条は、「戦争の放棄」を規定しており、さらに前文の平和主義の宣言と有機的な関係をもつことにより、「平和主義原理」を導き出すものと理解される⁽³⁴⁾。しかし、憲法第九条の意味はこれにとどまらない。憲法第九条には、この国の「自由」のかたちの基本を規定しているという側面がある。すなわち、「非軍事化条項としての第九条は、まさにそのことを通して、日本社会における批判の自由を下支えする展望をひらくものであったはずであり」、「祭政一致の軍事帝国を、神権天皇から象徴天皇への転換、政教分離、そして第九条によって解体し、日本社会をタブーから解放したところに、決定的な意義があったはずである⁽³⁵⁾」。このように、憲法第九条は、わが国における「市民的自由」の基礎にもなっていることに注意を要する⁽³⁶⁾。

アメリカとの軍事同盟による軍事力の整備とその海外への展開は、憲法前文および憲法第九条にいう「平和主義」の原理を蔑ろにするものである⁽³⁷⁾。このことは、単に軍事力の整備を意味するだけではなく、憲法第九条が支える「市民的自由」をも切り崩すことになる。そして、この「市民的自由の切り崩し」の先には、近代戦争の必要条件である「国家総動員体制」の確立へ向けての刑罰法規の適用がある。これこそが、国内治安体制の整備であり、市民的治安法も、このために用いられる。市民的治安法がいかに「市民的自由」を侵害するものであるかは、本論の中で明らかにしていくが、この意味において、市民的治安法は、軍事体制の確立へ向けた、国内治安体制の整備のための手段としても位置づけられる。

このように、軍事体制の確立にあたっては、「国家総動員体制」の確立に向けた国内治安体制の強化が図られる。また、他方ではそれに反対する市民運動も発生し、市民運動の昂揚は、必然的にそれを抑圧しようとする治安政策にも結びつくことになるのである。前述のような時期区分によることで、軍事体制の確立——支配層による治安政策方針——市民運動——警察の動き——捜査の変容を立体的に描きうると思われる⁽³⁸⁾。

注

- (1) ザミヤーチン(川端香男里訳)『われら』(岩波文庫、一九九二年)五四頁。
- (2) 「通信傍受」の用語については、カッコを付けた意味を含めて、第七章第三節で改めて詳しく述べる。なお、正式名は、「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律」である。
- (3) 毎日新聞一九九九年八月一〇日朝刊を参照。毎日新聞社編『毎日新聞縮刷版 五九六号』(毎日新聞社、一九九九年)三六三頁に所収。
- (4) 林清則「組対法成立雑感」警察学論集五三巻一号(二〇〇〇年)五頁。
- (5) 井戸田侃「犯罪がないのに『捜査』できるのか」ジュリスト一一一七号(一九九七年)三頁を参照。
- (6) 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、一九五八年)八二頁。
- (7) 石崎学「国家犯罪を断罪したハンセン病訴訟熊本地裁判決——そして憲法学者の責任」法学セミナー五六〇号(二〇〇一年)五九頁。また、同「文化国家・憲法二五条・ハンセン病者」亜細亜法学三六巻一号(二〇〇一年)一二三頁以下も参照。
- (8) なお、ハンセン病強制隔離政策と刑事手続との間には、関連性も存在する。一九五八年に、戦後刑事訴訟法学の理論的先駆者である平野龍一は、法廷以外の場所で開廷できる例(裁判所法第六九条第二項)として、「例えば、癩患者のために、療養所で開くような場合」(平野・前掲『刑事訴訟法』一五六頁)と述べて、実質的な公開の裁判さえ受けることができなかつた「藤本事件」を(事後的にはいえ)理論的に支えた。内田博文「ハンセン病訴訟 真の解決のために——熊本地裁判決から一年」世界七〇四号(二〇〇二年)一九三〜一九四頁を参照。ここにも、戦後刑事訴訟法学における日本国憲法の位置づけが象徴されているように思われる。ちなみに、二〇〇一年の「ハンセン病国家賠償請求訴訟判決」の中では、遅くとも一九六〇年以降においては、すべての施設入所者およびハンセン病患者についての隔離の必要性は失われていたと述べられている。
- (9) 田宮裕『変革のなかの刑事法』(有斐閣、二〇〇〇年)一五頁以下を参照。
- (10) 本稿は、田宮裕の見解を一つの手がかりにするものであつて、田宮裕の学説そのものについて総括的な検討を加えるものではない。田宮裕の学説を検討したものとしては、川崎英明「刑事訴訟法学のあり方」法律時報七一巻三号(一九九九年)二九頁以下、三井誠「田宮刑事法学の軌跡(1)」「(3)・完」ジュリスト一一五四号(一九九九年)四〇頁以下、同一一六九号(一九九九年)一〇〇頁以下、同一二八二号(二〇〇〇年)七四頁以下、三井誠「田宮刑事法学の軌跡」廣瀬健二・多田辰也

- 編『田宮裕博士追悼論集 下巻』（信山社、二〇〇三年）一頁以下、浅田和茂「刑法的介入の早期化と刑法の役割」井戸田侃先生古稀祝賀論文集『転換期の刑事法学』（現代人文社、一九九九年）七二三頁以下などがある。
- (11) 稲本洋之助「資本主義法の歴史的分析に関する覚書——現代における外国法研究の問題点」法律時報三八卷一二号（一九六六年）一七頁。
- (12) 内田博文「戦後のわが国における近代刑法史研究（その一）」神戸学院法学八巻四号（一九七八年）六五頁以下を参照。
- (13) 小田中聰樹「現代司法と刑事訴訟の改革課題」（日本評論社、一九九五年）三〇四頁を参照。
- (14) 中山研一「現代社会と治安法」（岩波新書、一九七〇年）一五一頁。
- (15) 内田博文「戦後のわが国における近代刑法史研究（四）」神戸学院法学一〇巻三号（一九七九年）七頁注（二）を参照。中山・前掲『現代社会と治安法』一四五頁以下は、これを政治的治安法の代役にその基本的役割があるとして、「機能的治安法」と呼んでいる。
- (16) 小田中聰樹『人身の自由の存在構造』（信山社、一九九九年）二七頁注（五）を参照。なお、足立昌勝「書評 小田中聰樹著（信山社、一九九九年）『人身の自由の存在構造』」法の科学二九号（二〇〇〇年）二二三頁は、「市民的治安主義」という語につき、次のように指摘している。「治安法に『市民的』という修飾語を冠したときに、市民が有する社会的治安の維持という刑罰法規一般に内在する機能に歪曲化される危険性があるように思われる。その示す内容が『擬似的な「市民主義」的イデオロギーの外装をまとったもの』であるとするれば、それを端的に示す言葉は存在しないのであろうか。「市民的」という語は、前述のように「政治的」の対概念としての意味で用いられてきたが、さらには、「市民主義刑法学」に対応するという意味でも用いられている。したがって、本稿においては、「市民的」という語の有用性を認めてそれを用いることとするが、そのような批判を受け止めて、その語が歪曲化されないように留意したい。
- (17) 内田・前掲「戦後のわが国における近代刑法史研究（四）」三〜四頁を参照。
- (18) 石塚伸一「刑事政策におけるパラダイム革命（再論）——国家的パラダイムから、市民的パラダイムへ——」龍谷法学三四巻二号（二〇〇一年）四頁。また、同「刑事政策のパラダイム転換——市民の、市民による、市民のための刑事政策——」刑法雑誌四〇巻三号（二〇〇一年）三頁も参照。
- (19) 小田中・前掲『人身の自由の存在構造』二二頁。
- (20) 内田・前掲「戦後のわが国における近代刑法史研究（四）」二頁以下を参照。

- (21) 小田中・前掲『人身の自由の存在構造』五頁を参照。
- (22) 薬物犯罪を通じて刑事手続の動きを分析したものとしては、三井誠「刑事訴訟法の課題(上)(下)」ジュリスト七三二号(一九八一年)一九五頁以下、同七三三号(一九八一年)一一〇頁以下、大出良知「覚せい剤事犯裁判にみる現代司法の機能」法と民主主義一九〇号(一九八四年)一二頁以下、小早川義則「高田昭正」覚せい剤事犯の多発化と刑事訴訟法理論」刑法雑誌二七卷二号(一九八六年)一七六頁以下がある。本稿では、後述のように、それらとは視点を変え、薬物犯罪と刑事手続との関係を直接に検討するのではなく、薬物取締関係法規の規制のあり方を警察活動の方針との関連で検討する。
- (23) 法務省法務総合研究所編『犯罪白書(平成15年版)』(国立印刷局、二〇〇三年)二二頁を参照。
- (24) 金尚均『危険社会と刑法——現代社会における刑法の機能と限界——』(成文堂、二〇〇一年)一三頁以下、石塚伸一「世紀末の刑事立法と刑罰理論」法の科学三二号(二〇〇二年)三九頁は、「危険社会」においては、環境犯罪、経済犯罪、コンピュータ犯罪、薬物犯罪、組織犯罪などが新たな刑事法的規制の対象としてクローズアップされるとする。
- (25) 総理府広報室「薬物乱用」月刊世論調査三二卷七号(二〇〇〇年)二頁以下を参照。
- (26) 総理府広報室「薬物乱用防止対策」月刊世論調査二八卷一二号(一九九六年)二頁以下を参照。
- (27) 犯罪報道の問題を扱った文献については枚挙にいとまがないが、さしあたり、横山晃一郎「犯罪報道、人権そして『知る権利』」名古屋大学法政論集一〇九号(一九八六年)二八七頁以下、浅野健一「犯罪報道の犯罪」(講談社文庫、一九八七年)、平川宗信「犯罪報道と人権をめぐる諸問題」名古屋大学法政論集一一三三号(一九八八年)三四三頁以下、渕野貴生「犯罪報道と適正手続の理念(一)(二・完)」法学六三卷二二号(一九九九年)四二頁以下、同六三卷二二号(一九九九年)九二頁以下などを参照。
- (28) このメカニズムにつき、浜井浩一「治安は悪化しているか わが国の治安とモラル・パニック——科学的根拠に基づく対策を」カウサ(Causa)九号(二〇〇三年)二八頁以下を参照。また、同「過剰収容の本当の意味」矯正講座二三号(二〇〇二年)七九頁以下も参照。なお、前田雅英『日本の治安は再生できるか』(ちくま新書、二〇〇三年)は、このメカニズムを肯定的に論拠づけようと試みている。
- (29) 総理府広報室・前掲「薬物乱用」二頁以下を参照。
- (30) この「生活安全至上主義」については、岡本篤尚「『安全』の専制——際限なき『安全』への欲望の果ての『自由』の荒野」憲法問題一一二号(二〇〇一年)九三頁以下を参照。なお、近時ではこのように科学的根拠に基づかず、感覚的に治安状況をとらえることについて、「体感治安」という語が用いられる傾向にある。國松孝次(警察庁長官)は、「全国銃器・薬物対策担

当課長会議」(一九九六年四月五日)において、「私はかねてから、治安は犯罪の認知件数や検挙率といった数字のみでとらえられるものではなく、感覚として、あるいは実感としてのとらえ方、すなわち体感治安と呼ぶべきものが大切であると述べてきたところであり、こうした国民の声は重く受け止める必要があると思います」と述べている。「全国銃器・薬物対策担当課長会議における警察庁長官訓示」捜査研究五三五号(一九九六年)一〇八頁。なお、本注も含め、以下本稿における肩書は、すべて当時のものである。

(31) 出射義夫「捜査の方法」團藤重光ほか編『法律實務講座 刑事編 第三卷 捜査及び公訴(1)』(有斐閣、一九五四年)五八五〜五八六頁、伊藤栄樹ほか『新版 注釈刑事訴訟法(第三卷)』(立花書房、一九九六年)七三頁〔東條伸一郎〕などを参照。これに対する批判として、久岡康成「捜査における手続保障——捜査の密行性概念の再批判から——」刑法雑誌二七巻四号(一九八七年)四七頁以下を参照。

(32) 村井敏邦「刑事手続と最高裁判所」法律時報五九巻九号(一九八七年)二八頁以下を参照。

(33) むろん、他国との単純な比較はできないが、二〇〇二年の軍事費に着目してみると、日本(三九五億ドル)は、アメリカ(三六二億ドル)、中国(五一〇億ドル)、ロシア(五〇八億ドル)、フランス(四〇二億ドル)に次ぐ数字となっている。そして、以下、イギリス(三七三億ドル)、ドイツ(三三三億ドル)、台湾(二六一億ドル)、イタリア(二五〇億ドル)と続いている。ここでの数値は、財団法人史料調査会編『世界軍事情勢 二〇〇四年版』(原書房、二〇〇四年)二五二頁以下によった。

(34) 小林直樹『憲法第九条』(岩波新書、一九八二年)四三頁以下、深瀬忠一『戦争放棄と平和的生存権』(岩波書店、一九八七年)一四九頁以下、山内敏弘『平和憲法の理論』(日本評論社、一九九二年)一頁以下、長谷川正安『日本の憲法 第三版』(岩波新書、一九九四年)八三頁以下、樋口陽一『憲法(改訂版)』(創文社、一九九八年)一三〇頁以下などを参照。

(35) 樋口陽一「戦争放棄」樋口陽一編『講座・憲法学 第2巻 主権と国際社会』(日本評論社、一九九四年)一一〇頁。また、同『個人と国家』(集英社新書、二〇〇〇年)一一二頁以下、水島朝穂「戦争の放棄」小林孝輔・芹沢齊編『基本法コンメンタール 憲法[第四版]』(日本評論社、一九九七年)四〇頁以下も参照。

(36) この点で、死刑廃止論の中には、憲法第九条を死刑の廃止に結びつけて論じようとする動きもあり、注目される。平川宗信「死刑制度と憲法理念(下)——憲法的死刑論の構想」ジュリスト一一〇一号(一九九六年)七八頁、團藤重光『死刑廃止論[第六版]』(有斐閣、二〇〇〇年)一三四頁を参照。また、山内敏弘「人権・主権・平和——生命権からの憲法的省察」(日本評論社、二〇〇三年)七頁以下は、「生命権」の内容として、「平和的生存権」や「死刑の違憲性」等を導き出している。なお、

判例は、死刑制度は憲法第九条に違反しないとしている。最大判一九五一年四月一日 刑集五卷五号九二三頁。

(37) いうまでもなく、政府は、軍事力の整備とその海外への展開が憲法に反するという態度はとっていない。政府の憲法「解釈」の変遷および改憲論については、渡辺治(編)『憲法「改正」の争点——資料で読む改憲論の歴史』(旬報社、二〇〇二年)に詳しい。

(38) このような時期区分につき、内田・前掲「戦後のわが国における近代刑法史研究(その一)」六八〜六九頁を参照。

第二章 一九五二年以前における捜査の改革と変容

第一節 時代背景

一九四五年の「ポツダム宣言」受諾により、わが国は連合国の統治下におかれ(実質的にはアメリカの単独支配)、「占領期」を迎えることになった。この占領期は一九五二年の講和条約締結まで続くことになるが、この占領期も、一九四八年頃を境に占領前期と占領後期に分けられる¹⁾。

一 占領前期

占領軍は、①天皇制ファシズムや日本軍国主義を打倒した民主主義者としての顔、②従来から本来的にもつていた帝国主義者としての顔、③戦争勝利者であり、かつ占領支配者として君臨する顔という、相互に矛盾し、また時期ごとに変化してゆく三つの顔をもっていた。

占領軍の対日政策は、天皇制ファシズムと軍国主義とが一体となった戦前の秩序の解体に基礎がおかれた。しか

し、それは占領軍の統治政策の遂行にとって都合のよい範囲に限られており、以下に述べていくような限界をもっていた。

占領軍がとった統治の仕組みは、沖縄を除いて、日本の議会や政府を利用した間接統治を中心としつつも、重要かつ基本的な問題については直接にマッカーサーの指令（ポツダム政令）を出すという二元的法体系であった。このような間接統治をおこなうにあたり、占領軍は天皇制官僚機構の一部は解体・再編したが、天皇も含めて大部分はこれをそのまま残して占領軍の手足として利用したため、天皇制国家体制の下での官僚制や保守勢力は、ほとんど打撃を受けることはなかった。ここに、日本の官僚統治機構の戦前からの強い連続性をみてとることができる。

占領軍の政策は、軍事機構の解体と非軍事化政策がその中心におかれており、軍事関係諸機関の解体のほか、戦犯の逮捕と裁判（いわゆる「東京裁判」）がおこなわれた。社会経済体制の改革としては、農地改革、財閥解体、労働改革に重点がおかれていた。この中でも治安政策との関係で主として問題となるのは労働改革である。すなわち、占領軍は、個別的労使関係を近代化すると同時に、現代型の労働者の集団的行動の権利を保障することを目指して、労働組合法、労働基準法等の法整備等をおこなった。但し、占領軍の考えた改革は、欧米型の労働改革立法であった。すなわち、それはもともと第一次世界大戦後に社会主義ソビエトの誕生に対抗して、労働者の権利を保障することによって、労働者を資本主義体制の枠の中になぎとめるための政策であった。それゆえ、占領軍は、労働運動が資本主義の枠を越えて社会主義的革命運動と結びつくことには反対であった。したがって、占領初期に労働運動が自由になり、共産党も解放されると、共産党系の労働者が労働運動のリーダーシップをとって一気に革命的な雰囲気が起こったが、占領軍はこれを弾圧することになった。例えば、占領軍は、一九四七年の「二・一ゼネスト」に対して中止命令を発したほか、国家公務員のストライキの禁止、東宝・読売等の革命的争議への武力的介入など

をおこなった。結局、占領軍の「民主主義」は、反社会主義Ⅱ反共という限界を当初からもっていたのである。

刑事法制に目を転じれば、天皇制国家体制を支えた「天皇制治安法」が廃止された。(これについては、次節において詳述する。)そして、国民主権・平和主義・基本的人権の擁護を二本柱とする「憲法体系」の成立を受ける形で、応急的なものにとどまったとはいえず、原理的にはきわめて重要な意義をもつ刑法の一部改正(一九四七年)が実現されるなど、戦後の刑法民主化の礎石が設定された。

「戦後改革」といわれる日本の非軍事化と民主化は、日本における前近代的封建的諸関係を変革するかぎりでは「民主化」の名に値するといえよう。しかし、例えば財閥解体の不徹底や労働運動の一層の発展に対する抑圧に示されているように、アメリカ一国の利益のために、改革はおこなわれた。その意味で占領軍が日本に課した「民主的改革」は、日本をアメリカの敵対者から従属者へと転じさせ、やがては同盟者へとつくりかえるテコの役割を着実に果たすべきものとして構想され、実施されたといえよう。すなわち、占領軍による「民主的改革」は、日本の国家と社会がそれ自体として民主主義の道を進むことを必ずしも目的としたものではなかったのである。こうした状況の中で、日本人には、戦前の国家体制の下で人権蹂躪や侵略戦争をおこなったことを反省し、日本国憲法を中心とした戦後の民主的体制を発展・深化させていく課題が課せられた。

二 占領後期

占領前期においては、占領軍の意図した「民主化」は、ほぼその目的を達した。しかし、それは「上からの」制度的改革であったため、日本社会の中にただちに定着したわけではなかった。ある意味では、戦前においては天皇の独裁に、戦後においては占領軍の独裁に服していたといえよう。

こうした中で、一九四八年のいわゆるバンデンバーグ上院決議に基づいて翌年には北大西洋条約機構(NATO)が創設され、アメリカは社会主義諸国や民族解放勢力と対決する姿勢を強めていった。この政策は朝鮮半島に大きな影響をもたらし、アメリカが積極的にそこに介入した結果、一九五〇年六月には「朝鮮戦争」が勃発した。このような朝鮮半島の情勢の緊迫化に伴って、日本の占領政策は大きく転換しはじめた。(もつとも、占領軍の観点からは、方向転換ではなく、反共基地としての日本の役割の重視は一貫しているといえよう。) 経済的には「朝鮮特需」による独占資本の急速な復活がみられただけではなく、政治的には再軍備と国民の民主主義的諸権利に対する攻撃がおこなわれた。すなわち、占領軍は一九五〇年七月に吉田茂(首相)宛の書簡によって、「警察予備隊」の設立を指示した。これは国内外の世論を考慮して警察の増員を認めるという偽装が施されていたが、実際の中身は軍隊であった。そして、「警察予備隊」は、「保安隊」(一九五二年)、そして「自衛隊」(一九五四年)へと改組・拡充されていった。

また、朝鮮戦争が近づくにつれて、占領軍による民主勢力への弾圧はさらに強まっていった。マッカーサーは一九五〇年五月三日の演説において、共産党を強く批判し、その非合法化を示唆しただけではなく、同年六月には共産党中央委員会二四人の公職追放、機関紙『アカハタ』編集部幹部一七人の追放、同紙の発行禁止処分などをおこなった。さらに、同年七月の報道機関を皮切りとしたレッド・パージがおこなわれ、民間では同年一月一日までに一〇九七二人、公務員では一一七七人が犠牲になった。

さらに、労働者の基本権を制限するために、一九四八年の「昭和二十三年七月二十二日附内閣総理大臣宛連合國最高司令官書簡に基づく臨時措置に関する政令」(政令第二〇一号)および同年の「国家公務員法」の改正による非現業国家公務員の団体交渉権の制限と争議権のはく奪、同年の「公共企業体等労働関係法」による現業国家公務員と公共企業体職員の争議権のはく奪、一九五〇年「地方公務員法」および一九五二年「地方公営企業労働関係法」に

よる地方公務員の争議権の否認といった官公労働者の権利の制限を中心とした法整備がすすめられた。このような占領管理としての管理法体系の諸法令と、ポツダム宣言の国内法的表現としての憲法体系との間には、大きな矛盾が生じることになった。これらは占領軍の指示によるものであったが、日本の保守勢力の要望にも添うものであった。したがって、この矛盾は一過性のものでなく、今日まで続く継続的なものとなっている。この矛盾は、各地で公安条例が制定され、さらに一九四九年に「団体等規正令」による共産主義的団体の規制等の新たな治安法が打ち出されるにつれて、ますます拡大することになった。

そのような治安法の動きは、戦前の治安法との間に連続性をもたせることになった。すなわち、戦前の刑法全面「改正」作業は、軍事化・治安化の面を併有し、「危険思想」から国体や家制度などの旧体制を守り、それらを維持するとともに、激化する大衆運動に対して激しく立ち向かうという国家意思を明確に打ち出していた。占領下の治安法は、この戦前の刑法全面改正作業との間に一定の連続性を有する、戦後の「上からの近代化」という観点からの刑法全面「改正」路線の伏流を形成することにつながっていくこととなった。

第二節 警察制度の改革と変容

一 戦前の警察の特徴

戦前の天皇制の下での国家支配と警察とは、密接不可分の関係にあった。主な特徴を簡潔にあげると、次のようになる。⁽²⁾

第一は、内務省が警察を掌握していたことに関連して、警察は広範な行政事務を担っていたことである。警察は、保安警察部門による風俗関係、建築関係、公衆衛生関係、消防関係、営業取締り関係等の許認可を中心とした行政

規制権を有していたほか、高等もしくは特別高等警察部門による大衆運動の規制、出版および集会の規制、在日外国人の取締り等をおこなっていた。

第二は、第一の特徴に関連して、警察は、治安警察法、警察犯処罰令、治安維持法、出版法、新聞紙法等の警察裁量の大きな多くの取締法規を有し、それらを執行するにあたっては、行政警察規則、行政執行法、違警罪即決例等による強大な権限を与えられていた。このうち、「治安警察法」では、「安寧秩序」保持の名の下に、警察官に対して、集会につき「臨監」し（第一一條）、演説を中止し（第一〇條）、当該集会を解散させる権限が与えられ（第八條）、さらに多衆運動について制限、禁止もしくは解散させる権限をも付与されていた（第八條）。「警察犯処罰令」では、いわゆる「軽犯罪」に関して細かに罰則が定められている。「行政警察規則」では、不審訪問および連行に関する規定が含まれており（第二四條）、「行政執行法」では、「予防検束」および「保護検束」が認められ（第一條）、「違警罪即決令」では、「違警罪」の警察段階での処理による「拘禁」が認められていた。

第三は、警察組織は、内務省を中心とした中央集権体制がとられていたほか、地域にあっては、派出所および駐在所を中心として、戸口訪問調査等を通じた地域監視体制が徹底させられていた。

さらには、イデオロギー的には、警察には、「政治」よりも上位概念として位置づけられていた「国家」もしくは「国体」を擁護する機能が担わされていたことにも注意しなければならぬ³⁾。

二 占領前期

一九四五年八月の終戦をもって、天皇制警察の理念および組織が直ちに解体されたわけではなかった。むしろ、終戦直後には、政府は終戦に伴う混乱に対処するために、「警察力整備拡充要綱」（一九四五年八月二四日閣議決定）

により、警察力の整備・拡充を打ち出していた^④。特高警察についても、「行き過ぎは是正する」とされていただけで、「国体」の変革を企図するような共産主義思想は、引き続き取り締まるものとされていた^⑤。また、政府は占領軍に対しても、特高警察存続のための働きかけをおこなっていたことが指摘されている^⑥。

一九四五年一〇月四日には、連合国最高司令官総司令部(以下「GHQ」とする)により「政治的、公民的及び宗教的自由制限の除去に關する覺書」が発せられ、「政治的、公民的、宗教的自由に對する制限並に種族、國籍、信教乃至政見を理由とする差別を除去する爲に」、①これらを制限する一切の法律、勅令、命令、条例、規則の適用を直ちに停止し、それらを廃止すること、②①の法令に抵触したとして拘束中、収監中、保護または觀察下にあり者を直ちに釈放すること、③①の法令を実施するために設置された一切の秘密警察機関、出版の監督、一般集会および結社の監督、映書の監督等の機構の機能を廃止すること、④内務大臣をはじめとする特高警察全職員等を罷免すること等が指示された^⑦。こうして、上述の政府の方針は挫折することになった^⑧。もともと、このような指示は、日本の「民主化」というよりも、むしろ占領軍による占領体制の確立を意味するものであった^⑨。

政府は、上述の覺書を受けて、特高警察については後述のように表面的には廃止したが、行政警察権限については手放す気はなかったようである。一九四五年一月には、内務省警保局長により、風俗営業の取締りについて、「戦時中停止していた待合料理店に対しては時期および地域的条件を考慮し、食堂、国民酒場のごとき大衆機関に影響を及ぼさぬ範囲で逐次制限を緩和し一般国民の氣風を明朗にし、かつ風紀の維持に特に留意すること」が指示されていた^⑩。

具体的な警察制度の改革の段階になっても、一九四六年七月の内務省警保局による「警察制度改革試案」において、「警察所管事務の中消防及出版、營業、風俗警察の事務は特に犯罪豫防、捜査等の必要上警察に留保すべきも

のを除いて之を他の行政官廳又は地方自治體に委せる」(傍点引用者) という方針が示されていた⁽¹¹⁾。「特に犯罪豫防、捜査等の必要上警察に留保すべき」警察所管事務とは、必ずしも明らかではないが、その後示された「警察改革案」では、警察が所管する事務として、①鉄砲、火薬類に関すること(免許を含む)、②待合、料理屋、飲食店、芸妓屋、芸妓に関すること(免許を含む)、③キャバレー、ダンスホール、舞踊教授所、教師に関すること(免許を含む)、④質屋、古物商に関すること(免許を含まず)、⑤興業場、遊技場に関すること(免許を含まず)、⑥宿屋に関すること(免許を含まず)、⑦自動車運転者の免許および自動車車体検査に関すること、⑧人身売買、児童虐待防止および青少年犯罪の予防に関すること、⑨遺失物、埋蔵物に関すること、⑩海港検疫に関すること、⑪水難救護に関すること、⑫精神病者に関することがあげられている⁽¹²⁾。この方針は、対象事務に少しづつの変化をみせながらも、「警察法(案)」(一九四六年八月二一日)、「警察法案概要」(一九四七年一月一〇日)、「警察法案」(一九四七年一月一五日)、「警察法案(第二次案)」の各案においても基本的にみとることができ⁽¹³⁾。

他方で、GHQがどのような警察改革の方針をもっていたのかについては、「ヴァレンティン報告」(一九四六年六月九日 連合国軍最高司令部渉外局発表)、「オランダ報告」(一九四六年七月三一日 連合国軍最高司令部渉外局発表)、「マッカーサー元帥の内閣総理大臣宛書簡」(一九四七年九月一六日付)から窺うことができる⁽¹⁴⁾。

「ヴァレンティン報告」とは、ルイス・J・ヴァレンティンを団長とする「都市警察改革企画団」が、広島、京都、別府、神戸、福岡、金沢、小倉等の諸都市を調査し、都市地区における警察組織に関する計画およびその他の勧告をまとめたものである⁽¹⁵⁾。そこでは、結論として、次のように述べられている。「日本の警察機構は民衆に奉仕する爲ではなく、政府當路者の政治的野心達成に有利なように組織されたものである。警察の職務及び機能の多くは警察の仕事として承認され得る分野を逸脱してゐた。行政府(執行府)は多くの職務を擔當してゐるがその中の

或るものはその機能が性質上當然司法的なものであると判定された。更に警察活動は生活の各分野に干渉し、人民の保健、福祉、及び衛生を奇妙に恩恵主義的な警察責任の觀念の下に統制してゐる」。その上で、①警察に対する直接管理権を内務大臣から公選された市長の管理の下に移すこと（当然の前提として地方自治政府が樹立されること）、②市当局に保健、厚生および衛生部を設け、現在警察によつてなされているそれらの業務をそこに移管すること、③市長によつて任命された警務委員(The police commissioner)（市当局および警察関係者以外の者）が、警察事務の管理および職員の監督について必要な規則を制定する権限をもつこと、④警察官の採用および昇進のための文官任用制度(Civil service system)を確立すること等が勧告されている。

「オランダ報告」とは、オスカー・G・オランダを団長とする「地方警察企画委員会」が、岡山県、熊本県、福岡県、埼玉県、神奈川県、北海道、宮城県、京都府、滋賀県、奈良県、青森県を調査し、都市警察とは別の地方警察のための警察組織に関する計画および勧告をまとめたものである。¹⁶そこでは、改善すべき点として、次のものがあげられている。

まず第一に、警察の民衆に対する態度として、「奴隸の如くに警察官に對し帽子をとつて近づいて行くやうなやり方をなくすこと。民衆は最早や警察を怖れる必要はない。新制度の下に於ては警察官は民衆の下僕であり社會の安寧の爲に活動するものであることを自覺すべきである。民衆は警察官に對して法と秩序の守護者にして名譽ある職務に従事してゐる警察を尊敬すべきである」とされる。第二に、留置人の処遇方法として、「過度に収容しすぎてゐる。留置場には男と女が同じ室に入れられ、又少年が大人と一緒に入れられ、智能犯が普通の留置人と同居し、且留置場は不潔で非衛生である。斯かる悪條件は直ちに改善を要する」とされる。第三に、行政警察権限に関して、「現在警察で持つてゐる職務中二十四以上は通常警察の職務にいれるべきものではない。警察としての任務

に非ざるものは直ちに他の官署へ移すべきである」とされている。

その上で、次のような点をふまえた「国家地方警察法」が制定されるべきであるとされる。①局(Department)の職務権限および責任を明確に規定しておくこと。②執行長として局長(Director)をおくこと。③職員が相応な名誉ある生活を営みうる俸給を規定すること。④局長の任免方法を規定すること。⑤次長(Assistant director)の職務を規定すること。⑥局長が病気等により職務をとれない場合の局長代理(Acting director)の規定を設けること。⑦官房部(Administration division)、警務部(Uniformed division)、刑事部、その他局の活動上必要な部を設けること。⑧宣誓(Constitutional oath)をすることなしに逮捕権(Power of arrest)を行使する者の採用方法を規定すること。⑨法に基づき構成された委員会により、本人の弁明が聴取された後でなければ、罷免させられることのないように規定すること。⑩警察局警察官の権限、例えば逮捕状(Warrants of arrest)、捜査状(Search warrants)、その他のものを執行する権限を規定すること。⑪共助援助をそれぞれの権限内において、法に基づき他の法律執行機関に要求しうる権限を総理大臣(Prime minister)あるいは局長(Director)にもたせること。⑫犯罪捜査等に関し他の執行機関と協力する規定を設けること。⑬国家地方警察はその職務が緊急かつ公安に関係あるときは、電信、電話、会社に対して特殊の勤務を求めうる規定を設けること。⑭国家地方警察に対して全国一般に及ぶ権限を与えること。⑮局長に指示、監督、懲戒に関する権限を与える規定を設けること。⑯局長その他の局員に対して政治運動(Political campaign)を禁ずる規定を設けること(選挙上の権限を制限してはならない)。⑰各年の末期に内閣総理大臣に対し局長より詳細な年報を提出させること。

「マッカーサー元帥の内閣総理大臣宛書簡」では、より端的に次のように述べられている。⁽¹⁷⁾「蓋して警察力を現在の中央集権的形態に於て保存することは新憲法⁽¹⁷⁾の精神及び意圖と全く相容れないものであり民主的発展に對し害を

なすものと思考するが故である。一般大衆の統制 (popular control) 外に立つ行政長官を長とする高度に中央集權化された警察官僚を設置し、之を維持することは、日本の封建的過去に於てそうであつたように、近代全體主義的獨裁制の顯著な特徴である。戦前十ヶ年間、日本の軍閥の最も強大なる武器は中央政府が、都道府県廳をも含めて、行使した思想警察及び憲兵隊に對する絶對的な權力である。此等の手段を通じて、軍は政治的スパイ網を張り、言論、集會の自由更に思想の自由迄彈壓し、非道の壓制に依つて個人の尊嚴を墮落させるに至つたのである。日本は斯くて全く警察國家であつた。此の状態を認識すればこそ警察制度は之を改組して、貴下 (引用者注：片山哲・首相) が其の書簡に明瞭に述べられたような『過去に於ける國家權力に依る警察力濫用の根本的正』をなさねばならないのである。之の自由を達する爲には、中央集權的統制に不可分に附隨する警察國家的可能性は最も注意して避けなければならない。極右たると極左たるとを問わず反民主的分子が人民の自由を警察テロの網の中に陥落させる様な事態を再び可能ならしめてはならぬ。以上の根本目的は憲法に盛られた地方自治の原則に則つて、警察制度を完全に地方分散することに依つて最も良く達成することができる。『過去に於て日本警察制度の誤つた一つの面は警察官が犯罪調査又は犯人の逮捕若は公安の維持(マ)に關係なき幾多の行政的機能を司つたことである。斯かる行政的機能は凡て當該事項の主管省の非警察的代表者が之を行うべきで、又地方公共團體に分散委讓を適當とする時は『地方公共團體はその財産を管理し、事務を處理し、及び行政を執行する機能を有する』と規定した憲法の條章に従つて地方公共團體に委讓すべきである。』「銘記すべきことは民主的社會に於て公安の維持を司る警察力と言うものは、窮極に於て上から課せられた人民に對する抑壓的統制を以てしては其の最大限の力を發揮し得るものではなく却つて人民の公僕として又人民に直接責任を負うと言う關係に於て始めて無限の力を得るということである。斯くすることに依つて、又そうすることに依つてのみ、人民自身の法律執行機關としての警察に對し、信頼と生みの

親としての誇りを感じしめ、之を通じて人民の法規に對する尊重の念を助長することが出来るのである」。

結局、GHQの方針としては、行政警察権限を他の行政機関に委譲し、警察の任務を犯罪捜査や犯罪の予防におき、中央集権型の警察を解体して市町村の自治体警察とするところにあったといえよう。こうして、前述の「政治的、公民的及び宗教的自由制限の除去に關する覺書」および「マッカーサー元帥の内閣総理大臣宛書簡」により、特高警察の廃止、行政警察権限の委譲という方針が明確にされ、天皇制下の警察とは決別すべきことが示された。

しかし、警察内部では、とりわけ特高警察について、その温存が図られようとしていた。まず特徴的なのは、警察関係者の中に、特高警察に対する「反省」がほとんどまったくみられない点である。⁽¹⁸⁾むしろ、日本国憲法の施行後であっても、警察は特高警察の権限として不可欠であった「行政警察規則」および「行政執行法」による不審訪問や行政検束（予防検束を含む）等の警察処分をおこないうるとの解釈さえ示されていた。⁽¹⁹⁾また、「警察犯処罰令」のような取締法規の必要性も強調されている。⁽²⁰⁾

組織面にあっても、GHQによる「政治的、公民的及び宗教的自由制限の除去に關する覺書」が発せられ、特高警察の解体が指示された後にもかかわらず、一九四五年一二月には内務省分課規程の改正によって、特高警察の事務を担っていた従来の内務省警保局保安課の後を受けて、「公安課」が設置された。新設の公安課は、旧保安課の事務を引き継いだため、公安課の所掌事務としてあげられている「警備に關する事項」の中には、特高警察の事務が含まれることになった。⁽²¹⁾また、人員についても、GHQによる「政治的、公民的及び宗教的自由制限の除去に關する覺書」によって免官になった特高警察関係者は、指令当時に特高警察関係に在職していた者に限られていたため、政治・思想警察担当官を一掃するものではなく、また免官になった特高警察関係者にあっても、さまざまな形

で他の官庁に転職することにより、少くない数の者が依然として官僚機構の中にとどまった⁽²²⁾。このようにして、特高警察は名称を「公安」、「警備」と改められ、組織・人員とも温存されることになった。そして、この組織には、「政黨、協會其ノ他ノ團體ノ結成ノ禁止等ニ關スル件」(一九四六年二月二二日 勅令第一〇一号)に規定される団体調査、解散の指定および取締りの事務が任された⁽²³⁾。

誕生間もない「警備公安警察」には、ほどなくして「追い風」が吹くことになった。一九四六年五月一九日の「食糧メーデー」の直後に、マッカーサーは次のように述べて共産党の運動を非難したからである⁽²⁴⁾。「余は日本國民に對し大衆運動が多數に依る暴力及人身に對する脅迫を伴ふように組織的に指導される傾向は、日本の將來の發達に對する重大な脅威であることを警告する必要があると思う。大衆運動がどんな方法に依つて行はれても、現在進行中の封建的軍國主義的國家から民主主義的國家への進化の過程に於て合理的である限り許されるべきであるが、規律の無い分子が既に行ひつつある人身に對する暴行の繼續は許されるべきでない。このような行爲は秩序ある政治のみならず、占領軍の目的及安全に對する脅威であつて、日本民衆中の小數分子が事態の要求するように自制自尊し得ない場合は、余はこのような歎かばしい事態を統制矯正するのに必要な措置を執るのをやむなきに至るであらう。余は日本國民の大多數は統制のない小數分子によるこのような越軌行爲を非とするものと信じ、健全な輿論の力により占領軍の介入を必要としないようになることを切望する」。

これを奇貨として、警備公安警察は、天皇制警察におけるノウハウを發揮しはじめる。警備・公安事象の発生が予想される情勢下において必要なものとして、①警備情報の蒐集およびその連絡交換に万全を期すること、②事前措置、③圧倒的警備力による早期解決、④機動力の確保とその發揮、⑤非常事態発生時の通信連絡の確保(指揮掌握のための連絡統制の確保)、⑥証拠収集の重要性、⑦不法行爲を排除する断固たる信念と態度、⑧士氣の昂揚等が

あげられ⁽²⁵⁾、警備情報蒐集の重要性、「事前規制」の必要性、早期弾圧の方針が強調されている。そして、一九四五年のGHQによる「政治的、公民的及び宗教的自由制限の除去に關する覺書」によって、政治的、公民的、宗教的自由を制限する一切の法律、勅令、命令、条例、規則の適用を直ちに停止し、それらを廃止することが指示されたにもかかわらず、残存させられていた諸法令の活用がおこなわれた。その例がいわゆる「プラカード事件」(一九四六年五月一九日発生)における「不敬罪」(刑法第七四条第一項)の適用であった⁽²⁶⁾。このような旧来の法令の活用だけではなく、「聯合國占領軍の占領目的に有害な行爲に對する處罰等に關する勅令」(一九四六年六月一二日 勅令第三一一号)といった、大衆運動を取り締まるための新たな法令の制定も積極的におこなわれた⁽²⁷⁾。

三 占領後期

天皇制警察の理念および組織を温存した形での警察改革は、まもなくして挫折することになる。新たな警察法が、「マッカーサー元帥の内閣総理大臣宛書簡」で示された方針に基づいて立案されたからである。同書簡以前の法案は、前述のように依然として警察が大幅な行政警察権限を有するものであったが、同書簡を境にして、行政警察権限のほとんどは他へ委譲され、警察の責務は国民の生命・身体・財産の保護、犯罪の捜査、被疑者の逮捕、公安の維持に特化されることになった。さらに警察の中央集権体制は解体され、市町村を中心とする自治体警察へと再編される⁽²⁸⁾ことが予定された。

そして、一九四七年に成立した「警察法」(一九四七年二月一七日 法律第一九六号)では、前文で明確に、「國民のために人間の自由の理想を保障する日本國憲法の精神に従い、又、地方自治の眞義を推進する観点から、國會は、秩序を維持し、法令の執行を強化し、個人と社会の責任の自覺を通じて人間の尊嚴を最高度に確保し、個人の

権利と自由を保護するために、國民に属する民主的權威の組織を確立する目的を以て、ここにこの警察法を制定する」と述べられ、天皇制警察の理念が否定された。さらに、「警察は、國民の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の捜査、被疑者の逮捕及び公安の維持に当ることを以てその責務と」し(第一條第一項)、「警察の活動は、嚴格に前項の責務の範圍に限られるべきものであつて、いやしくも日本國憲法の保障する個人の自由及び権利の干渉にわたる等その権能を濫用することとなつてはならない」(第一條第二項)と警察の責務が明記された。

そのほか、組織面では、全国的警察である「国家地方警察」とは別に、市および人口五〇〇〇人以上の市街的町村ならびに東京特別区には、「自治体警察」を創設するものとされた。自治体警察にあつては、「警察職員の人事及び警察組織並びに予算に関する一切の事項に係るもの」すなわち「行政管理」および、①公共の秩序の維持、②生命および財産の保護、③犯罪の予防および鎮圧、④犯罪の捜査および被疑者の逮捕、⑤交通の取締り、⑥逮捕状、勾留状の執行その他の裁判所、裁判官または検察官の命ずる事務で法律をもつて定めるもの、という「运营管理」の両方が、市町村および特別区の「公安委員会」の任務とされている(第四三條、第五三條、第二條)。

また、国家地方警察については、①警察通信施設(自治体警察の本部から管下の下部組織に通ずるものを除く)の維持管理に関する事項(国家地方警察および他の自治体警察との連絡のために自治体警察はこれを使用できる)、②犯罪鑑識施設の維持管理に関する事項、③警察教養施設の維持管理に関する事項、④その他国家地方警察の「行政管理」に関する事項、⑤犯罪鑑識及び犯罪統計に関する事項、⑥国家非常事態に対処するための警察の統合計画の立案および実施に関する事項、⑦皇宮警察の管理に関する事項ならびに当該機関の要求のあつた場合において、東京都内における国会、内閣、各省(総理庁を含む)、会計検査院および最高裁判所の使用する建物および施設の警備に関する事項は、国家公安委員会の任務とされ(第四條)、また、国家地方警察の「运营管理」については、都道府県公

安委員会の任務とされている(第二〇條第二項、第二條第二項)。そして、各「公安委員会」は、警察職員または官公庁における職業的公務員の経験のない者のうちから選ばれるものとされ(第五條、第二二條、第四四條、第五三條)、公安委員会による警察の民主的コントロールが試みられている。⁽²⁹⁾

この一九四七年「警察法」に対しては、国家地方警察の任務(第四條)のうち、①②③⑥は、「治安確保」のために積極的に利用され、また、国家地方警察および自治体警察のいずれにおいても警察幹部は、旧内務官僚によって占められている等の問題点が指摘されているが、⁽³⁰⁾このような新たな警察制度が、従来の中央集権的警察組織を否定する意図のものであったことは、間違いないといえよう。⁽³¹⁾

注意しなければならないのは、一九四七年「警察法」のもとでも、警備公安警察は、「巧妙に」存置させられていることである。政府がこの警察法案を国会に提出するに先立って、同案を一九四六年一〇月一三日にGHQに提出した時点では、「國家地方警察本部に總務部、警務部及び刑事部を置く」(第一三條第一項)とされていた。しかし、実際の国会提出案では、「國家地方警察本部に總務部、警務部及び刑事部を含む五以内の部を置く」(第一四條第一項)(傍点引用者)とされていたのである。⁽³²⁾これはこのまま成立している。こうして、警察内部には「警備部警備課」が残され、引き続き警備公安警察活動がおこなわれることになった。⁽³³⁾

但し、権限の側面では、一九四六年に「治安警察法」が廃止された後にも残されており、特高警察の活動に不可欠であった「違警罪即決例」が一九四七年に、また「行政執行法」および「警察犯処罰令」が一九四八年にそれぞれ廃止され、「警察官等職務執行法」(一九四八年七月二二日 法律第一三六号)などにとって代わられた。とりわけ、一九四八年「警察官等職務執行法」については、「凡そ権限に關する法律が制定されるということとは、それによつて権限の明確な法的根據づけがなされると共に、また、その行わるべき権限の範圍乃至は限界が、定められること

を意味する」が、「この法律においては、特に後者の意味が重要視されるのである」と警察当局者によって強調されている。⁽³⁴⁾

警備公安警察は、組織の温存には成功したものの、その活動に不可欠であった行政法規を失い、さらには、一九四七年「警察法」の下で、「民主警察」および「地方分権」の理念を掲げて活動せざるをえなくなった。しかし、警察関係者は、「日本には軍隊が全然なくなってしまう、当時の警察部長以下特高警察関係者全部が追放になり、民主警察ということ、それまで警察にあまりタッチしなかったような人が警察部長になるような時代で」、しかも「共産党と朝鮮総連——北鮮系の在日朝鮮人——の動きが非常に過激で」ある中、「国民全体が虚脱状態になってしまつて、どっちへ行つていいかわからない精神状態のもとで、警察だけが国の柱にならなければいけない」と考えていた。さらに、「民主化」の理念は、警察が「秩序」の敵として設定している共産党等の諸勢力が掲げている理念でもあった。したがつて、「民主化」は、警察活動を支える内部的なイデオロギーとはされなかつた。⁽³⁶⁾

警察の内部では、引き続き天皇制警察以来の「警察精神」がイデオロギーとなつた。「当時G・H・Qはアメリカ式の考え方で、職業教育、技術教育が中心であつて、精神的な教育は、一般の学校でやるから、必要ないという態度だつた。それで警察精神をどううえつけていくかという教育は、一切認められない。そこで非常に苦労して、民主主義の原理とか職業倫理というものは、必要ではないかということをもつて行つて、民主主義の原理、職業倫理の時間をそれに使つた。暴力主義的なマルクス・レーニン主義に対して、われわれ命がけで闘つていかなければならない当時ですから、そういう運動とか理論は、民主主義にいか反しているかということ、民主主義の原理を説く際に教えたのです」⁽³⁷⁾。

実際、「警察教養の方針」として、次のように説かれている。「今日、吾々はよく警察官殊に巡査諸君の無氣力を

聞かされる。第三國人の暴動事件と共産黨系のデモ行進やストライキの暴力沙汰に對しては、第一線の警察官は取締りの信念を缺くような場合が少からず見受けられる。私は、法を侵したこれらの者の暴力沙汰に對して警察官が勇敢に立ち向わないと云うことは、自己の職務に忠實でないことを意味し、極言するならば祖國に對する裏切であると思う。言論と思想と政治の自由が警察の手によつて護られ、各労働組合が一部少數の煽動者と暴力とから解放され、眞の自由を獲得する時、日本はよく正しい進歩への歩みをつゞけることが出来るであらう。『自由』のある處に、その民族の純粹な精神の發展が約束される。その意味に於て、警察こそは實力を以つて國體を護る唯一の力である。こゝに『國體』と云うのは、民族の歴史を一貫して流れ、民族の個々の成員の精神をその奥底に於て支配する民族魂の謂である⁽³⁸⁾。そこにいう「民族の歴史を一貫して流れ、民族の個々の成員の精神をその奥底に於て支配する民族魂」とは、「吾々が天皇制の意義を、その理念に於て捉らえるならば、吾々の心の奥底に流れる普遍的なるもの（『大我』とも『民族魂』とも呼ぶことが出来るであらう）の裡に天皇の大御心を直接に見出すことが出来る」とされているので、⁽³⁹⁾「国體」＝「民族の歴史を一貫して流れ、民族個々の成員の精神をその奥底に於て支配する民族魂」＝天皇制ということになる。

しかも、天皇制警察以来の「陛下の警察官」という理念自体、日本国憲法の中にも見出しうると理解される。「本來、正しい意味での『警察精神』は時代により、國によつて異なるべきものではないと思う。『天皇陛下の警察官』と云う理念も」、戦後の警察に對して強調される「『公僕』の理念と矛盾するものであつてはならない。『陛下の警察官』と云うことが、今日、兎角の批判を受けるのも、警察官だけが民衆より一段上に立つて天皇陛下の御名に於て民衆に命令せんとした一部の者の『思い上り』に原因があると思う。『陛下の警察官』と云うスローガンが、嘗ての全警察官の志氣を鼓舞したのは、警察官は一黨一派の私兵ではない、國家公共の利害を考え、公正な立場

から正義を遂行すべき者であると云うことに在つたのである。即ち、それは天下の公僕たるの誇りと自負に由来したものであつた。それは天皇が日本國家の象徴であり、日本國民統合の象徴であつて、『公共の意思』即ちルソアの謂う『一般意思』は、陛下の大御心の中に見出されると云う新憲法の精神と必ずしも矛盾するものではないであらう⁽⁴⁰⁾。

しかし、天皇制警察以来の「警察精神」が市民の間に受け入れられるはずはなく、また、この時期には朝鮮動乱等に関連して、一九四六年「政黨、協會其ノ他ノ團體ノ結成ノ禁止等ニ關スル件」を引き継いだ「團體等規正令」(一九四九年四月四日 政令第六四号)や⁽⁴¹⁾、公安条例等を駆使して集会、集団行進等の制限がおこなわれ、多くの労働者等が犠牲にされた⁽⁴²⁾。したがって、警察は対外的に「民主化」に矛盾しない警備公安警察の理念の確立に迫られることになった。

そして、新しい警備公安警察の理念は、新しい日本国憲法との関係で見出されることになった⁽⁴³⁾。まず、警備公安警察が追求する「治安」が「個人的利益」の一環として位置づけられる。「過去の『安寧秩序』と今の『公共の秩序』(公安の維持)とは同じく『公共の福祉』ではあるがその公共の福祉の考え方が違つてゐるのである。即ち特高時代殊に準戦時又は戦時体制下の独裁的傾向にあつた頃の安寧秩序の如く、全然個人を超越した第三者たる全体の利益と見る可きではなくして、新憲法の下に在る公共の秩序は、『全体の立場から見られた個人対個人の関係』の上に成立する『半超個人的』な利益、之が学者の所謂『配分的正義』であつて、その利益は当然個人に還元せられる利益である⁽⁴⁴⁾。つづいて警備公安警察は、憲法上の自由を制約するものではないことが強調される。「過去の特高警察は特定の思想の抱懐、表現、結社及び特定の目的を有する集會、結社、又は運動等其のものを禁止又は取締らんとした警察である」のに対して、「警備警察は直接公共の安寧秩序を維持することを目的として、大衆的集團

的不法越軌行爲又は斯る事態に對處する警察ではあるが、特高警察とは本質的にその性格が異り、思想の抱懷、又は言論出版その他の表現及び集會、結社等の自由については何等これを制限し又は否定するものではない」。すなわち、「大衆的多數人の集合又は集團の單なる行動そのものではなくして、その大衆的多數人の行爲又は集團の目的達成の爲に採られたる手段方法が不法越軌に互る場合にこれを個個的に取締らんとするものである⁽⁴⁵⁾」。

もつとも、これらの理念自体、矛盾を抱えている。すなわち、同じ論者によれば、特高警察が人権無視的、自由権侵害的、非民主的であつたといわれているものになつたのは、「治安維持法、治安警察法の如き非民主的とまで言われるような法律を少しも意に介しなかつた過去の日本國民——國會議員をも含めて——の封建的・非民主的・思想そのものもいけなかつたのではなからうか⁽⁴⁶⁾」（傍点引用者）と指摘されるが、戦後の警備公安警察は、「事前予防」として、「革新的民主的」な思想の持ち主を活動の対象としているからである。

また、警察全体としても、特高警察の流れを汲む警備公安警察を存置している以上、対外的に「民主化」の理念のみを掲げ続けることはできなくなつた。そこで登場するのは、「能率化」の理念である。⁽⁴⁷⁾一九四八年の内事局第一局長から警視總監および各都道府県知事にあてられた「警察法の施行について」（一九四八年一月二七日 内事局第一局総務部調査発甲第一号）の中では、「新制度の下で、警察の能率を發揮するためには、國家地方警察と自治体警察並びに自治体警察相互間の協力及び緊密な連絡が最も必要である」（傍点引用者）と述べられていた。⁽⁴⁸⁾ここで、國家地方警察と自治体警察との間で「能率化」が論じられていることはきわめて重要である。それは、國家地方警察と自治体警察の二本立ては、能率的ではないという意味を暗に含んでいるからである。⁽⁴⁹⁾

但し、ここで非能率的であるとされているのは、犯罪の取締り一般ではなく、特殊な治安上の問題を意味した。「今日、われわれが当面している集团的、破壊的な犯罪に對して、窃盜とか詐欺とか個人的な一地方の治安を害す

るだけの犯罪の姿を予想して作られた現行警察法の制度をもつて立ち向おうとすることは、あたかも十九世紀的な法をもつて現代の社会を律しようとするにも似たものといえるのではなからうか⁵⁰。そして、「計画的な、統一的な破壊的犯罪がすでにわれわれの前にはつきりその姿をあらわして来ている今日、警察が新しい理念の下に再編成されるべきことは、むしろ当然である⁵¹」。すなわち、これは、計画的・集团的・破壊的な犯罪である共産主義運動の取締りのためには、新たな警察の理念である「能率化」が必要であるということの意味している。「能率化」は、もともと警察全体が掲げた理念であったが、実質的には警備公安警察活動のためであったといえる。

この「能率化」の理念の下に、一九四七年「警察法」は「改正」され、変質していくことになる。一九五一年の「警察法の一部を改正する法律」(一九五一年六月二二日 法律第二三三三号)では、主に次のような改正がおこなわれた。①国家地方警察の警察官の定員(三〇〇〇人)につき、それに含まれていた管区警察学校および警察大学校に在籍する警察官を五〇〇〇人に限り定員外におくことができることとされ(第一九條)、実質的な定員増がおこなわれたこと、②町村については、住民投票により自治体警察廃止の途が開かれ(第四〇條第三項)、廃止された場合には、廃止の日における当該自治体警察の警察官の数を、国家地方警察の定員外の警察官としておきうることにされたこと(第六七條の三)、③都道府県知事は、「治安上重大な事案」につき、その都道府県内の自治体警察の管轄区域内で国家地方警察が事案の処理にあたるように要求しうることとされたこと(第二〇條の二)、④国家地方警察と自治体警察との間および自治体警察相互間で「犯罪に関する情報」を交換するものとされたこと(第五四條の二)、⑤国家地方警察と自治体警察との間および自治体警察相互の間の相互援助が強化されたこと(第五五條後段ほか)などである。

このうち、とりわけ②は重要であった。ほとんどの町村で自治体警察が返上されたが、この背景には、町村の財

政難があり、これを埋めるために地方の有力者からの寄附行為に頼ったため、自治体警察の腐敗をうむことになった。⁽⁵³⁾もつとも、自治体警察を再編するために政府はあえて財政的措置を講じず、自治体警察の自然崩壊を目指したとの指摘もある。⁽⁵⁴⁾

このような自治体警察再編の口実とされたのも、「能率化」であった。この改正法案の審議過程において、大橋武夫（国務大臣）は次のように述べている。⁽⁵⁵⁾「御承知の通り弱小自治体警察の非能率性、また非経済性というものにつきましたは、これは相当私どもといたしましても痛感をいたしておる次第でございます。今日朝鮮動乱以来国内の治安につきました、できるだけ警察力の拡充ということが要請せられておる際でありますから、この非経済的なまた非能率的な弱小自治体警察というものを、国家地方警察に改編いたしますることによりまして、警察力の総合的な、全体といたしましての能率化をはかつて行く、このことは今日の治安状況から見まして、きわめて緊急な云項である」。すなわち、自治体警察は、警備公安警察活動にとって非能率的であるという点が強調されているのである。

翌一九五二年の「警察法の一部を改正する法律」（一九五二年八月七日 法律第三〇〇号）では、メーデー事件（一九五二年五月一日）、吹田事件（同年六月二四日）、大須事件（同年七月三日）等を奇貨としながら、主に次のような改正がおこなわれた。①国家地方警察本部長官および特別区警察の警察長（警視総監）の任免にあたっては、公安委員会（国家公安委員会および特別区公安委員会）は、内閣総理大臣の意見を聴かなければならないこと（第一二条第三項、第五二条の二第二項）、②内閣総理大臣は、特に必要があると認めるときは、国家公安委員会の意見を聴いて、都道府県公安委員会または市町村公安委員会に対して、公安上必要な事項について指示をすることができること（第六一條の二）などである。⁽⁵⁶⁾

この改正においては、「国内治安については政府がその最終責任者であること」が強調されるとともに、「能率化」があげられている。斎藤昇（政府委員・国家地方警察本部長官）は、この法案の審議過程において次のように述べている。⁽⁵⁷⁾「ただ警察の能率という点だけから考えますならば、警察はできるだけ一本であることが望ましいことは、申し上げるまでもないのであります。ただ一面民主主義的な運営の確保、警察国家にならないための制度上の防止の方法ということも、また重要な事柄でありますので、治安の維持の面とそれらと両々あわせ考えながら、私はそのときの情勢に即した制度でなければならぬのではなからうかと、かように考えるのでありまして、制度は常に時とともに、やはりある程度の変化は加えられなければならないものだと考えているのであります。すなわち、治安維持の必要があれば、「能率化」という面から自治体警察の廃止もありうるとして、「能率化」＝「治安政策貫徹のための自治体警察の廃止」という構図は明らかであろう。この点で、木村篤太郎（法務総裁）は、自治体警察の廃止についてより積極的に、次のように述べている。⁽⁵⁸⁾「この一部改正においては、我々は万全を期し得るものとは考えておりません。ただただ現下の急迫した時局に、何とかしてこの治安の確保に任じたいということ、必要最小の限度の改正案を御審議願っておるのでありまして、今お話のような警察制度の根本的の改正（引用者注：国家地方警察と自治体警察との統合一本化）ということについては十分慎重審議いたしまして成案を得たいと、こう考えておる次第であります」。

こうして、「能率化」の名の下に、警備公安警察強化のため、中央集権化に向けての一九四七年「警察法」の全面改正は、着々と準備されていくことになった。

第三節 藥物取締関係法規の制定と主な改正

一 占領前期

戦後わが国における藥物取締りは、占領軍の指示によって始まった。すなわち、「日本に於ける麻薬生産統制及記録」(一九四五年一〇月二二日 指令)、「日本に於ける『ヘロイン』の處置」(一九四五年一二月二日 AG四四、一PH)、「日本陸軍醫療用麻薬手持品の保管と配給」(一九四五年一二月四日 指令)、「日本陸軍醫療用麻薬手持品の保管と配給」(一九四六年一月三日 指令)、「日本に於ける麻薬統制に關する有效なる制度の設置」(一九四六年一月二二日 AG四四一、一PH)、「日本陸軍醫療用麻薬手持品の保管と配給」(一九四六年五月一日 指令九一三)、「日本に於ける麻薬統制の爲の効果ある制度の建設」(一九四六年五月二三日 指令一三一九)等が命じられた。⁽⁵⁹⁾ これらを受けて、「昭和二十年勅令第五百四十二號ニ基ク塩酸デアセチルモルヒネ及其ノ製劑ノ所有等ノ禁止及沒收ニ關スル件」(一九四五年一月二〇日 厚生省令第四四号)、「昭和二十年勅令第五百四十二號ニ基ク麻薬原料植物ノ栽培、麻薬ノ製造、輸入及輸出等禁止ニ關スル件」(一九四五年一月二四日 厚生省令第四六号)、「昭和二十年勅令第五百四十二號ニ基ク特殊物件中ノ麻薬ノ保管及受拂ニ關スル件」(一九四六年三月七日 厚生省令第八号)、「麻薬取締規則」(一九四六年六月一九日 厚生省令第二五号)、「大麻取締規則」(一九四七年四月二三日 厚生省農林省令第一号)等が規定された。これらはいずれも省令であるが、いずれも罰則規定が設けられている。この期の藥物取締関係法規は、戦時中軍事用であった麻薬が終戦を奇貨として市井に出来ることを防ぐために、それを占領軍の統制下におくことに主眼がおかれている。⁽⁶⁰⁾

二 占領後期

一 戦後わが国における本格的な体系的薬物取締関係法は、「麻薬取締法」(一九四八年七月一〇日 法律第一二三号)からはじまる。「麻薬取締法」では、「麻薬」として「阿片及びコカ葉(アルカロイドを抽出したコカ葉を除く。)(第一條第一号)」、「阿片又はコカ葉から抽出される一切のアルカロイド及びその誘導体並びにこれらの塩類」(同第二号)、「阿片又は前号に掲げるものと同様のらん用の虞があり、且つ、同様の害毒作用を引き起こす化学的合成品で厚生大臣の指定するもの」(同第三号)、「前三号に掲げるものを含有するもの」(同第四号)があげられ、また「家庭麻薬」として「千分中四分以下の阿片、万分中五分以下のモルヒネ若しくはその塩類又は千分中の二分以下のコデイン、ヒドロコデイン若しくはこれらの塩類が検出され、これら以外の麻薬が検出されない麻薬」(第二條第一二項)と定義され、いずれも規制の対象とされている。これらを取り扱えるのは「麻薬取扱者」すなわち「麻薬輸入業者、麻薬製造業者、麻薬製剤業者、麻薬小分業者、麻薬元卸賣業者、麻薬卸賣業者、麻薬小賣業者、麻薬施用者、麻薬管理者、麻薬研究者及び家庭麻薬小賣業者」に限られる(第二條、第三條)。しかし、麻薬取扱者も含めて何人も「麻薬原料植物の栽培」(第四條第一号)、「麻薬の輸出」(同第二号)、「ジアセチルモルヒネ及びその塩類並びにこれらを含有する一切のもの」の所持、輸入、製造、製剤、小分、施用、施用のための交付、譲受又は譲渡」(同第三号)、「麻薬中毒のため公安をみだし、又は麻薬中毒のため自制心を失うこと」(同第四号)は、研究目的も含めて禁止されている。

そして麻薬取扱者には厳格な管理義務が課されている。まず帳簿記載義務について、「麻薬取扱者は、業務所ごとに帳簿を備え、輸入し、製造し、製剤し、小分し、譲り受け、譲り渡し、又は施用し、若しくは施用のため交付した麻薬の品名及び数量、輸入、製造、製剤、小分、譲受、譲渡又は施用若しくは交付の年月日並びに譲受

又は譲渡の相手方の住所及び氏名をこれに記入しなければならない」（第一四條第一項）とされ、さらにこの帳簿を二年間保存しなければならないとされている（第一四條第三項）。特に病院等においては、「麻薬管理者のある病院又は診療所の麻薬施用者が当該病院又は診療所において施用し、又は施用のため交付した麻薬については、当該麻薬管理者がその麻薬の品名、数量及び施用又は交付の年月日を記入しなければならない。この場合、前項の規定は、当該病院又は診療所の麻薬施用者については、これを適用しない」（第一四條第二項）とされながら、さらに「麻薬施用者は、麻薬を施用し、又は施用のため交付した患者の住所及び氏名（家畜のときはその種類並びに所有者の住所、氏名。）年齢、病名、主要症状、麻薬の施用量又は施用のための交付量及び施用又は施用のための交付年月日に関する記録を作」り（第四二條第一項）、これを「二年間保管しなければならない」（第四二條第二項）として二重の管理が要求されている。次に報告義務であるが、麻薬輸入業者（第二一條）、麻薬製造業者（第二五條第一項）、麻薬製剤業者および麻薬小分業者（第三二條第一項）、麻薬元卸賣業者および麻薬卸賣業者（第三五條）は、月初に所持し、その月に取り扱い、月末に所持した麻薬の数量を毎月厚生大臣に報告しなければならない。さらに麻薬製造業者（第二五條第二項）、麻薬製剤業者および麻薬小分業者（第三二條第二項）は、その月々の報告の他に、一月から三月まで、四月から六月まで、七月から九月まで、および一〇月から十二月までの各期間毎に、その期間内に取り扱った麻薬の品名および数量も厚生大臣に報告することになっている。

とりわけ麻薬取締りに関しては、厚生大臣に強大な監督権が与えられている。厚生大臣は麻薬取締り上必要があるときは、麻薬取扱者に対して必要な事項を命じることができ（第四九條）、また厚生大臣は麻薬取扱者に対して必要な事項を報告させることができる（第五〇條）。特に「麻薬施用者は、麻薬に中毒していると診断したときは、速かにその中毒患者の住所、氏名、年齢、性別及び中毒している麻薬の品名を業務所所在地を管轄する

都道府縣知事に届け出なければならぬ」(第四一條)。また、もし「麻薬取扱者がその業務に関し犯罪行為をしたときは、厚生大臣は、麻薬取扱者名簿の登録をまつ消すことができる」し(第四八條第一項)、「麻薬取扱者がその業務に関し、不正の行為をしたときは、厚生大臣又は都道府縣知事は、期間を限つて業務を停止することができる」(第四八條第二項)のである。また麻薬取扱者に対してだけでなく、「厚生大臣は、この法律の規定に違反して所持され、栽培され、輸入され、製造され、製剤され、小分され、譲り受けられ、譲り渡され、施用され、施用のため交付され、又は研究のため使用された麻薬について必要な処分をすることができる」し(第五一條)、「厚生大臣又は都道府縣知事は、麻薬取締のため特に必要があると認めるときは、当該官吏又は吏員に工場、店舗、倉庫、薬局、調剤所その他麻薬に関係ある場所に立ち入りその構造、設備、業務の状況若しくは帳簿書類その他の物件を検査させ、又は試験のため必要な分量に限り麻薬を無償で収去させることができる」(第五二條第一項)。そして、「麻薬統制主事は、麻薬に関する違反の捜査にあたり厚生大臣の許可を受けてこの法律の規定に拘らず何人からも麻薬を譲り受けることができる」とされる(第五三條)。この規定は、あたかも「おとり捜査」を許容しているかのよう解釈され、次節において述べるように大きな問題を残した。

罰則としては、まず第一に、五年以下の懲役または五〇〇〇〇円以下の罰金(第五七條第一項)または情状による併科(第五七條第二項)とされうる場合として、次のものがあげられている。①第三條、第四條第一号、同第二号、同第三号違反、麻薬取扱者以外の者からの麻薬取扱者の麻薬の譲受(第一二條)。②麻薬輸入業者以外の者による麻薬の輸入(第一八條)。③麻薬製造業者以外の者による麻薬の製造(第二二條)。④麻薬製剤業者以外の者による麻薬の製剤(第二六條第一項)。⑤麻薬小分業者以外の者による麻薬の小分(第二六條第二項)。⑥麻薬小賣業者または麻薬施用者以外の者による麻薬施用者の処方せんに基づき調剤された麻薬の譲渡(第二六條第

一項)。⑦麻薬施用者以外の者による麻薬処方せんの交付(第三七條)。⑧麻薬施用者による、治療目的以外での麻薬の施用および麻薬処方せんの交付(第三八條第一項)。⑨麻薬施用者による、麻薬中毒者に対する治療目的での麻薬の施用、麻薬の交付、麻薬処方せんの交付(第三九條)。⑩家庭麻薬小賣業者以外の者による家庭麻薬の小賣(第四四條)。⑪麻薬研究者以外の者による研究のための麻薬の使用(第四六條)。

第二に、三年以下の懲役または三〇〇〇〇円以下の罰金(第五八條第一項) または情状による併科(第五八條第二項)とされうる場合として、次のものがあげられている。①麻薬輸入業者による麻薬輸入に関する厚生大臣の許可(第一九條)、麻薬輸入業者の麻薬譲渡相手の限定(第二〇條)、麻薬製造業者による麻薬製造に関する厚生大臣の許可(第二三條)、麻薬製造業者の麻薬譲渡相手の限定(第二四條)、麻薬製剤業者または麻薬小分業者による麻薬製剤あるいは麻薬小分に関する厚生大臣の許可(第二七條)、麻薬製剤業者または麻薬小分業者の麻薬譲渡相手の限定(第二八條)、麻薬元卸賣業者の麻薬譲渡相手の限定(第三三條)、麻薬卸賣業者の麻薬譲渡相手の限定(第三四條)、麻薬小賣業者の扱いうる麻薬の条件(第三六條第二項)、麻薬施用者の扱いうる麻薬の条件(第三八條第二項)の各規定に違反した場合。また、②麻薬取扱者であって、第二〇條、第二四條、第二八條、第三四條の違反行為の相手方となった場合。

第三に、一年以下の懲役または一〇〇〇〇円以下の罰金(第五九條第一項) または情状による併科(第五九條第二項)とされうる場合として、次のものがあげられている。①第一四條各項、第四二條第一項、同第二項違反、麻薬取扱免許の譲渡または貸与(第七條第二項)、麻薬取扱者による麻薬の譲渡または譲受に関する証書の記載とその保存(第一三條)、麻薬取扱者の所持する麻薬の堅牢な場所での保管(第一六條)、麻薬輸入業者、麻薬製業者、麻薬製剤業者、麻薬小分業者の扱う麻薬につき政府発行証紙での封緘(第二九條第一項)、麻薬取扱者が譲

渡または譲受する麻薬につき政府発行証紙で封緘したものへの限定(第二九條第二項)、麻薬輸入業者、麻薬製造業者、麻薬製剤業者、麻薬小分業者が輸入、製造、製剤、小分した麻薬の容器等への一定事項の記載(第三〇條)、麻薬小賣業者が製剤した麻薬処方せんへの保存(第三六條第三項)、麻薬施用者による患者の記録の作成とその保存(第四二條)、病院または診療所における麻薬管理者の管理する麻薬の使用(第四三條第二項)、家庭麻薬小賣業者による譲受人の記録の作成とその保存(第四五條)の各規定に違反した場合。②第一三條第一項の規定による譲受証または譲渡証、第一四條第一項の規定による帳簿、麻薬施用者の作成する処方せんへの記載事項(第四〇條)、第四二條第一項の各規定による記録に虚偽の記載をした場合。③第二二條、第二五條、第三一條、第三五條、第五〇條、麻薬取扱者が麻薬取扱者でなくなったときの在庫麻薬の処置(第一七條)、麻薬管理者の引継(第四三條第三項)、麻薬小賣業者、麻薬施用者、麻薬管理者、麻薬研究者の免許が失効したときの再申請(第四七條)の規定による報告をせず、もしくは虚偽の報告をした場合。④麻薬取扱者の所持する麻薬の喪失、盗難、所在不明のときの届出(第一五條)の規定による届出をせず、もしくは虚偽の届出をした場合、または第四一條の規定による届出をしなかった場合。⑤第四八條第二項の規定による業務停止期間中にその業務をした場合。⑥第四九條の規定に基づく命令に違反した場合。⑦第五一條の規定に基づく処分または第五二條第一項の規定による当該官吏または吏員の立入検査もしくは収去を拒み、妨げ、忌避した場合。⑧第一七條または第四三條第三項の規定に違反して厚生大臣の許可を受けた麻薬取扱者に麻薬を譲り渡さなかった場合。

第四に、第四條第四号の規定に違反した場合には、六月以上一年以下の懲役(第六〇條)とせらるる。

第五に、①麻薬取扱者が死亡または解散したときの届出(第一〇條第二項)の規定による届出をしなかった場合、および②麻薬取扱者名簿の登録変更、免許証の再交付または返納、その他麻薬取扱者名簿に関する事項(第

一一條)の規定に基づく免許証の返納をしなかった場合については、五〇〇〇円以下の罰金に処せられうる(第六一條)。

また、第三條各項、第四條第一号、同第二号、同第三号、第一二條、第一八條、第二二條、第二六條第一項、同第二項、第二八條、第三三條、第三六條第一項、第三七條、第三八條第一項、第三九條、第四四條、第四六條については、未遂の処罰規定が設けられ(第六二條)、さらに第五七條、第五八條、第五九條、第六一條、第六二條については、いわゆる「両罰規定」も設けられている(第六三條)。

二 「大麻取締法」(一九四八年七月一〇日 法律第一二四号)にも「麻薬取締法」と同様の傾向がみられる。⁽⁶¹⁾すなわち、「大麻取締法」では、「大麻」として「大麻草(カンナビス、サテイバ、エル)及びその種子並びにそれらの製品をいう。但し、大麻草の成熟した茎及びその製品(樹脂を除く。)並びに発芽不能の種子及びその製品を除く」(第一條)と定義され、規制の対象とされている。これらを取り扱えるのは、「大麻取扱者」すなわち「大麻栽培者及び大麻研究者」(第二條第一項)に限られる(第三條第一項)。しかし、大麻取扱者はその所持できる目的以外の目的に使用してはならないし(第三條第二項)、大麻取扱者も含めて何人も「大麻を輸入し、又は輸出すること」(第四條第一号)、「大麻から製造された医薬品を施用し、又は施用のため交付すること」(同第二号)は禁止されている。また、大麻取扱者は、帳簿を備え、一月から三月まで、四月から六月まで、七月から九月まで、一〇月から一二月までの各期間毎に、「期間末に所持した発芽可能の大麻草の種子の数量」(大麻栽培者のみ)、「期間末に所持した大麻草及びその発芽可能の種子の数量」(大麻研究者のみ)、「期間末における栽培地の数、位置及び作付反別」、「その期間中における栽培地の最大数、位置及び最大作付反別」、「その期間中に採取した大麻草の成熟した茎の数量」(大麻栽培者のみ)、「その期間中に採取した大麻草の繊維の数量及びその種子の数量」(大麻栽培者

のみ)、「その期間中に使用した大麻草又はその種子の数量」(大麻研究者のみ)、「その期間中に譲り受け、又は譲り渡した大麻草又はその種子の数量並びに譲受又は譲渡の年月日及び相手方」(大麻栽培者のみ)、「その期間中に譲り受けた大麻草又はその種子の数量並びに譲受の年月日及び相手方」(大麻研究者のみ)について、厚生大臣に報告しなければならぬ(第一五條、第一七條)。

「大麻取締法」においても「麻薬取締法」と同様に厚生大臣に強力な監督権が付与されている。厚生大臣または都道府県知事は、大麻取締りのために必要があるときは、大麻取扱者に対して必要な事項を命ずることができ(第一九條)。もし、「大麻取扱者がその業務に関し犯罪又は不正の行爲をしたときは、厚生大臣は大麻取扱者免許を取り消すことができる」(第一八條)。また、大麻取扱者に対してだけでなく、「厚生大臣は、この法律の規定に違反して所持され、栽培され、輸入され、製造され、譲り受けられ、譲り渡され、施用され、施用のため交付され、又は研究のため使用された大麻について必要な処分をすることができる」(第二〇條第一項)し、「厚生大臣又は都道府県知事は、大麻取締のため特に必要があるときは、当該官吏又は吏員に、栽培地、倉庫、研究室その他大麻に関係ある場所に立ち入り、業務の状況若しくは帳簿書類その他の物件を検査させ、又は試験のため必要な最小分量に限り大麻を無償で収去させることができる」(第二二條)とされる。

罰則としては、まず第一に、三年以下の懲役または三〇〇〇〇円以下の罰金(第二四條第一項)または情状による併科(第二四條第二項)とされうる場合として、次のものがあげられている。第三條第一項、同第二項、第四條、大麻栽培者による大麻取扱者以外への大麻譲渡の禁止(第一三條)、大麻栽培者による栽培地外への大麻持ち出しの禁止(第一四條)、大麻研究者による大麻譲渡の禁止(第一六條)の各規定に違反した場合。第二に、一年以下の懲役または一〇〇〇〇円以下の罰金(第二五條第一項)またはその併科(第二五條第二項)に処せられ

うる場合として、次のものがあげられている。①大麻取扱免許証の譲渡ならびに貸与の禁止（第七條第二項）、大麻譲受証ならびに大麻譲渡証の保存（第一二條第二項）の各規定に違反した場合。②大麻取扱者が大麻を譲受または譲渡するときの譲受証または譲渡証の交付（第一二條第一項）の規定による譲受証または譲渡証に必要事項を記載せず、もしくは虚偽の記載をなし、またはこれを相手方に交付しなかった場合。③第一五條または第一七條の規定による帳簿に記載せず、もしくは虚偽の記載をした場合。④第一五條または第一七條の規定による報告をせず、もしくは虚偽の報告をした場合。第三に、五〇〇〇円以下の罰金（第二六條）とされうる場合として、次のものがあげられている。①大麻取扱者の死亡または解散時の届出（第一〇條第二項）の規定による届出をしなかった場合。②大麻取扱者免許が取り消されたとき、もしくは失効したときの免許証返納（第一〇條第四項）の規定に違反した場合。③第一九條の規定による命令に従わなかった場合。④第二〇條第一項の規定による処分または第二一條第一項の規定による立入検査もしくは収去を拒み、妨げ、または忌避した場合。また、第二四條、第二五條、第二六條について、両罰規定も設けられている（第二七條）。

三 「麻薬取締法」ならびに「大麻取締法」における厚生大臣の監督取締権限は、その調査権ないし調査体制を中心に、両法施行後直ちに強化される。すなわち、両法施行から五か月後の「麻薬取締法の一部を改正する法律」（一九四八年二月一〇日 法律第二三八号）により、「厚生大臣は、都道府縣の麻薬統制主事の中から、合計二百五十名を限り、麻薬取締員を指名する」（第五二條の二第一項）ことができ、その「麻薬取締員は、厚生大臣の指揮監督を受けて、この法律及び大麻取締法（昭和二十三年法律第二百四号）にもとづく立入、検査、収去、その他これらの法律の実施に関する事項を掌り、且つ、麻薬若しくは大麻に関する罪及び刑法（明治四十年法律第四十五号）第十四章に定める罪について刑事訴訟法（昭和二十三年法律第三百一十一号）の規定による司法警察員と

しての職務を行うもの」(第五二條の二第二項)とされた。さらに麻薬取締員が職務遂行のために「小型武器」を携帯することも認められている(第五二條の二第四項)。このように、麻薬取締員が司法警察員とみなされることにより、大幅な権限拡大が図られている。但し、この改正で最も注目されるべきは、「麻薬取締員は、当該都道府県の区域外においても、その職務を行うことができる」(第五二條の二第三項)とされた点であろう。本章第二節において述べたように、当時警察制度は国家地方警察と市町村自治体警察の二本立ての体制であり、少なくとも犯罪捜査についてはそれらの管轄であった。このような警察体制の中で、麻薬捜査に限られるとはいえず、管轄にとらわれない活動を認める抜け道が設けられたということは、当時の政府が市町村自治体警察に不満を持っていた証でもあるうし、その後の市町村自治体警察の放棄と警察の中央集権化の萌芽を見てとることができよう。

四 さらに権限強化はこれにとどまらない。「麻薬取締法及び大麻取締法の一部を改正する法律」(一九五〇年三月二七日 法律第一八号) 第一條においては、それまで「麻薬取締法」第一五條により、麻薬取扱者が所持する麻薬を喪失し、または盗難され、または所在不明となったときには、必要事項を都道府県知事に届け出るとされていたものが、厚生大臣に届け出るものとされ、また麻薬施用者が中毒患者を発見したときに届け出る先も、都道府県知事から厚生大臣に変更されている。また、麻薬取扱者に業務停止を命じることができる者(「麻薬取締法」第四八條第二項)、麻薬取扱者に必要事項を報告させる権限を有する者(「麻薬取締法」第四九條)、麻薬取締りに関する立ち入り調査権を有する者(「麻薬取締法」第五二條第一項)から、それぞれ都道府県知事が外されて厚生大臣に限られている。そして前述の一九四八年「麻薬取締法の一部を改正する法律」により追加された第五二條の二が改正され、麻薬取締りにあたる都道府県の「麻薬取締員」は、厚生省直轄の「麻薬取締官」と身分を改められ、各都道府県に駐在するものとされている⁽⁶²⁾。但し、その権限ならびに管轄は、従来の麻薬取締員と同一である。

そして、一九五〇年「麻薬取締法及び大麻取締法の一部を改正する法律」第二條において「大麻取締法」についても、大麻取扱者に必要事項を命じる者権限を有する者（「大麻取締法」第一九條）ならびに、大麻取締に関する立ち入り調査権を有する者（「大麻取締法」第二一條第一項）からそれぞれ都道府県知事が外されて厚生大臣に限られている。このように、麻薬取締りに関する権限について、都道府県と国の二本立てから国の権限として一本化されている。本改正の時点でも警察制度はまだ国家地方警察と市町村自治体警察の二本立てであり、一九四八年「麻薬取締法の一部を改正する法律」から引き続き段階的に、警察制度に先行して中央集権化が進められている点に注意する必要がある。

五 一九五一年には「覚せい剤取締法」（一九五一年六月三〇日 法律第二五二号）が制定された。もともと、本法が初めての覚せい剤対策の法律ではない。一九四八年の「薬事法」（一九四八年七月一九日 法律第一九七号）では、「毒薬」または「劇薬」として、「人又は動物の身体に、これが攝取され、吸入され、又は外用された場合に、極量が致死量に近いため、蓄積作用が強いため、又は薬理作用が激しいため、人又は動物の機能に危害を與え、又は危害を與える虞がある医薬品であつて、厚生大臣の指定したものをいう」（第二條第一二項）と定義される。そして、これらの取扱いについて、「医薬品の製造業者又は輸入販賣業者は、毒薬又は劇薬を容器に収め、これに封かんを施さなければならぬ」（第三六條第一項）、「その封かん又は容器を開いて、これを販賣し、又は授與」できるのは、「薬剤師である医薬品の製造業者、輸入販賣業者若しくは販賣業者又は医薬品の製造業者、輸入販賣業者若しくは販賣業者であつて薬剤師を使用する者」に限られると定められていた（第三六條第二項）。但し、毒薬および劇薬の交付を受けうるのは、一四歳以上の者に限られる（第三八條）。毒薬や劇薬の販賣等に関して、品名、数量、使用目的、譲受人の身元などを控えなければならぬ（第三七條第一項）、その貯蔵や陳列

についても細かな規定があった(第三九條)。そして、「藥事法施行規則」(一九四八年八月一五日 厚生省令第三七号)で、「藥事法」第二條第一二項にいう「劇藥」として、「フェニルアミノプロパン、フェニルメチルアミノプロパン及びその各塩類並びにその各製剤、但し、一錠中フェニルアミノプロパン又はフェニルメチルアミノプロパンとして〇・〇〇一瓦以下を含有するものを除く」(第二七條、別記第一号表)、すなわち覚せい剤があげられていたのである。罰則もあったが、第三六條違反については、三年以下の懲役または三〇〇〇〇円以下の罰金(第五六條第一項) または併科(第五六條第二項)、第三七條第一項違反については、一年以下の懲役または一万円以下の罰金(第五七條第一項) または併科(第五七條第二項) に処せられうるとされていた。したがって、この時期には覚せい剤は、一定の条件の下で一般の者に対しても販売されていたのである。⁶³⁾

これに対して一九五一年「覚せい剤取締法」の特徴は、「覚せい剤(ヒロポンの類)による世の害毒を一掃するため、強力な取締を定めたものであつて、医師の指導のもとに医薬品として使用する場合及び学術研究のために使用する場合のみを覚せい剤の適法な使用と認め、覚せい剤がそれ以上の用途に用いられることを防ぐために、その製造、譲渡、所持、使用等に関して嚴重な取締規定を設けたものである」⁶⁴⁾とされる。この「覚せい剤取締法」にいう「覚せい剤」とは、「フェニルアミノプロパン、フェニルメチルアミノプロパン及び各その塩類並びにこれらのいずれかを含有する製剤をいう」(第二條第一号)とされ、一九四八年「藥事法」よりもその範囲が広がっている。

覚せい剤について、禁止または制限されることとしては、次のものがあげられている。①覚せい剤を輸入すること(第一三條)。②覚せい剤製造業者、覚せい剤施用機関の開設者および管理者、覚せい剤施用機関において診療に従事する医師、覚せい剤研究者並びに覚せい剤施用機関において診療に従事する医師から施用のため交付

を受けた者以外の者が、覚せい剤を所持すること（第一四條第一項）。③覚せい剤製造業者がその業務目的で製造する場合を除き、覚せい剤を製造すること（第一五條第一項）。④覚せい剤製造業者が覚せい剤施用機関および覚せい剤研究者に覚せい剤を譲渡する場合、覚せい剤施用機関または覚せい剤研究者が覚せい剤製造者から覚せい剤を譲り受ける場合、そして覚せい剤施用機関において診療に従事する医師が覚せい剤を施用のために交付する場合を除き、覚せい剤を譲り渡し、または譲り受けること（第一七條）。⑤覚せい剤製造業者が覚せい剤を製造のため使用する場合、覚せい剤施用機関において診療に従事する医師が覚せい剤を施用する場合、覚せい剤研究者が研究のため覚せい剤を使用する場合、覚せい剤施用機関において診療に従事する医師から施用のため交付を受けた者が覚せい剤を施用する場合、そして法令に基づいてする行為につき覚せい剤を使用する場合を除き、覚せい剤を使用すること（第一九條）。⑥覚せい剤施用機関において診療に従事する医師が、その診療に従事している覚せい剤施用機関の管理者の管理する覚せい剤以外のそれを施用し、または施用のために交付すること（第二〇條第一項）。⑦第二〇條第一項にいう医師が、他人の診療以外の目的に覚せい剤を施用し、または覚せい剤を交付すること（第二〇條第二項）。⑧第二〇條第一項の医師が、覚せい剤中毒者に対し、その中毒を緩和しまたは治療するために覚せい剤を施用し、または施用のために交付すること（第二〇條第三項）。⑨覚せい剤研究者が研究のため他人に対して覚せい剤を施用すること（第二〇條第五項）。

覚せい剤を取り扱うことができる覚せい剤製造者、覚せい剤施用機関の管理者および覚せい剤研究者は、それぞれ帳簿を備え、「製造し、譲り渡し、譲り受け、施用し、施用のため交付し、又は研究のため使用した覚せい剤の品名及び数量並びにその年月日」、「譲渡又は譲受の相手方の氏名（法人にあつてはその名称）及び住所並びに製造所、覚せい剤施用機関又は研究所の名称及び所在場所」、「第二十三條（事故の届出）の規定により届出を

した覚せい剤の品名及び数量」について記載し(第二八條第一項)、それを二年間保存しなければならない(第二八條第二項)。そして、覚せい剤製造業者は、毎月、「月初に所有した覚せい剤の品名及び数量」、「その月中に製造した覚せい剤の品名及び数量」、「その月中に譲り渡した覚せい剤の品名及び数量」、「月末に所有した覚せい剤の品名及び数量」をその製造所所在地の都道府県知事を通じて厚生大臣に報告しなければならない(第二九條)、また覚せい剤施用機関の管理者または覚せい剤研究者は、毎年、譲り受け、施用し、施用のため交付し、または研究のため使用した覚せい剤の品名および数量をその病院もしくは診療所または研究所の所在地の都道府県知事に報告しなければならないとされる(第三〇條)。

また、厚生大臣ならびに都道府県知事の監督権については、両者は「覚せい剤の取締上必要があるときは、覚せい剤製造業者、覚せい剤施用機関の開設者若しくは管理者又は覚せい剤研究者について必要な報告を徴することができ」(第三二條)、また「覚せい剤の取締上必要があるときは、当該職員をして覚せい剤製造業者の製造所、覚せい剤施用機関である病院若しくは診療所又は覚せい剤研究者の研究所に立ち入らせ、帳簿その他の物件を検査させ、覚せい剤若しくは覚せい剤であることの疑のある物の試験のため必要な最小分量に限り収去し、又は覚せい剤製造業者、覚せい剤施用機関の開設者若しくは管理者、覚せい剤施用機関において診療に従事する医師、覚せい剤研究者その他の関係者について質問をさせることができる」(第三三條第一項)が、これらは「犯罪捜査のために認められたものと解してはならない」(第三三條第二項)とされる。

罰則については、まず刑罰について概観する。第一に、三年以下の懲役または三〇〇〇〇円以下の罰金(第四一條第一項)または情状による併科(第四一條第二項)とされうる場合として、次のものがあげられている。①輸入の禁止の規定(第一三條)に違反した場合。②所持の禁止の規定(第一四條第一項)に違反した場合。③製造の禁

止(第一五條第一項) または製造量の制限の規定(同第三項) に違反した場合。④譲渡および譲受の制限および禁止の規定(第一七條第一項から第三項まで) に違反した場合。⑤使用の禁止の規定(第一九條) に違反した場合。⑥覚せい剤施用機関において診療に従事する医師についての施用の制限(第二〇條第一項から第三項まで) または覚せい剤研究者についての施用の制限の規定(同第五項) に違反した場合。このうち、①③④⑤⑥については、未遂も処罰されうる(第四一條第三項)。

第二に、一年以下の懲役または三〇〇〇〇円以下の罰金(第四二條第一項) または情状による併科(第四二條第二項) とされうる場合として、次のものがあげられている。①覚せい剤製造業者、覚せい剤施用機関、覚せい剤研究者の指定証の譲渡および貸与の禁止の規定(第五條第三項) に違反した場合。②覚せい剤施用機関の管理者の業務に関する規定(第一六條) に違反した場合。③覚せい剤の譲渡または譲受時における譲渡証および譲受証の交付の規定(第一八條第一項) に違反して譲渡証または譲受証を交付せず、またはそれに虚偽の記載をした場合。④譲渡証および譲受証の他人への譲渡の禁止(第一八條第三項) の規定に違反した場合。⑤覚せい剤製造業者の製造した覚せい剤の証紙による封入の規定(第二一條第一項)、または証紙による封を施さない覚せい剤の譲渡または譲受の禁止(第二一條第二項) の規定に違反した場合。⑥鍵をかけた堅牢な場所への覚せい剤の保管(第二二條) の規定に違反した場合。⑦覚せい剤の喪失、盗難、所在不明時の届出の規定(第二三條) に違反した場合。⑧指定失効の際に所有していた覚せい剤の品名または数量の報告の規定(第二四條第一項)、死亡または解散時における報告義務の移転に所有していた覚せい剤の譲渡およびその報告の規定(同第二項)、死亡または解散時における報告義務の移転に関する規定(同第四項)、第二四條第一項および同第二項に関する国または地方公共団体の開設する覚せい剤施用機関における届出等の義務者の変更の規定(第二六條第一項) による報告をせず、または虚偽の報告をした

場合。⑨指定失効の際に所有していた覚せい剤の処分の規定(第二四條第三項)に違反して覚せい剤を処分した場合。⑩帳簿の備付および記入の規定(第二八條第一項)による帳簿の備え付けをせず、または帳簿の記入をせず、もしくは虚偽の記入をした場合。⑪覚せい剤製造業者の報告義務の規定(第二九條)による報告をせず、または虚偽の報告をした場合。⑫覚せい剤施用機関の管理者および覚せい剤研究者の報告義務の規定(第三〇條)による報告をせず、または虚偽の報告をした場合。

次に行政罰について概観すると、一〇〇〇〇円以下の過料(第四三條)を科せられうる場合として、次のものがあげられている。①覚せい剤製造業者の業務の停止の届出等(第九條)、または同條第二項に関する国または地方公共団体の開設する覚せい剤施用機関における届出等の義務者の変更の規定(第三六條第一項)に違反した場合。②指定が効力を失ったときの指定証の返納に関する規定(第一〇條第一項)、業務停止処分または閉鎖命令を受けたときの指定証の提出に関する規定(同第二項)、第一〇條第一項に関する第三六條第一項の規定に違反した場合。③再交付申請後に発見された旧指定証の返納に関する規定(第一一條第二項)、第一一條第二項に関する第三六條第一項の規定に違反した場合。④氏名または住所の変更届に関する規定(第二二條)、覚せい剤施用機関の名称変更(第一二條第二項)に関する第三六條第一項の規定に違反した場合。⑤譲渡証または譲受証の保存に関する規定(第一八條第二項)に違反した場合。⑥医師による覚せい剤交付時の書面の交付に関する規定(第二〇條第四項)に違反した場合。⑦帳簿の保存に関する規定(第二八條第二項)に違反した場合。⑧報告の徴取に関する規定(第三一條)による報告をせず、または虚偽の報告をした場合。⑨立入検査、収去、質問に関する規定(第三二條第一項)による立入検査もしくは収去を拒み、妨げ、もしくは忌避し、または質問に対して答弁をせず、もしくは虚偽の陳述をした場合。

そして、この「覚せい剤取締法」では、第四一條または第四二條についての両罰規定（第四五條）だけではなく、①覚せい剤製造者以外の者からの授受の禁止に関する規定（第一七條第二項）、②覚せい剤譲渡または譲受時の譲渡証および譲受証の交付に関する規定（第一八條第一項）、③譲渡証および譲受証の譲渡の禁止（同第二項）、④覚せい剤製造業者の製造する覚せい剤につき証紙による封を施さない覚せい剤の譲渡および譲受の禁止に関する規定（第二一條第二項）に違反する行為があったときは、管理者も処罰する規定（第四四條第一項）が設けられている。また、国または地方公共団体の開設する覚せい剤施用機関について、①指定証の譲渡および貸与の禁止に関する規定（第五條第三項）、②譲渡証および譲受証の交付、保存、譲渡禁止に関する規定（第一八條）、③証紙による封を施されていない覚せい剤の譲渡および譲受の禁止に関する規定（第二一條第二項）に違反する行為があったときは、管理者も罰するとする規定（第四四條第二項）が設けられている。

六 以上の占領後期の薬物取締関係法規、すなわち一九四八年「麻薬取締法」、一九四八年「大麻取締法」、一九五一年「覚せい剤取締法」が制定された背景には、「麻薬の問題は単に人道的、社会的問題に止らず、國際的問題の対象であり、取締の実をあげうるかどうかは日本の平和獲得の一要因であると断言しても良からう」と⁶⁵とされているように、「國際社会への復帰」という政治的願望があった。他方で、この期の薬物取締関係法規の特徴として、次の点をあげることができる。①一九四八年「麻薬取締法の一部を改正する法律」により、司法警察員たる麻薬取締員制度が設けられ、当該所属の都道府県外においても活動しうるものとされたこと。②一九五〇年「麻薬取締法及び大麻取締法の一部を改正する法律」では、麻薬の喪失、盗難、所在不明時の麻薬取扱者による届出先が都道府県知事から厚生大臣に変更され、また、麻薬取扱者に業務停止を命じることができる者、麻薬取扱者に必要事項を報告させる権限を有する者、麻薬取締に関する立ち入り調査権を有する者から、それぞれ都道府県知事

が外され、厚生大臣に限られたこと。③同じく一九五〇年「麻薬取締法及び大麻取締法の一部を改正する法律」では、麻薬取締にあたる都道府県の「麻薬取締員」は、厚生省直轄の「麻薬取締官」と身分が改められ、各都道府県に駐在するものとされたこと。以上の特徴につき、次のように評価できよう。本章第二節において述べたように、警察関係者は市町村自治体警察を否定的に評価して、中央集権化を指向していた。そのような状況の中で、薬物取締関係法規については、厚生大臣を中心とした中央集権的な権限強化が図られ、また自治体警察制度が実質的に骨抜きにされうるような、広域で活動する「麻薬取締員」あるいは「麻薬取締官」設置などの法改正がおこなわれている。この点に着目すれば、この期においても薬物取締関係法規は、治安体制強化の一翼を担ったと評価しえよう。

第四節 捜査の改革と展開

一 占領前期

一 戦後の刑事手続改革は、本章第二節において述べた警察改革と並行しておこなわれることになった。わが国が一九四五年八月に受諾した「ポツダム宣言」の中にはすでに、「日本國政府ハ日本國國民ノ間ニ於ケル民主主義的傾向ノ復活強化ニ對スル一切ノ障礙ヲ除去スベシ」、「言論、宗教及思想ノ自由竝ニ基本的人權ノ尊重ハ確立セラルベシ」という文言がみられた。また一九四五年九月二二日の「降伏後ニ於ケル米國ノ初期ノ對日方針」の中でも、「日本國民ハ個人ノ自由竝ニ基本的人權ノ尊重特ニ信教集會言論出版ノ自由ニ對スル欲求ヲ増大スル様奨励セラルヘク且民主主義的及代議的組織ノ形成ヲ奨励セラルヘシ」とされて⁶⁶いた。進もうとする方向は、ここに示されていたといえる。

二 刑事手続改革は、まず憲法改正の準備を通じて開始されることになる。すでに一九四五年一月二六日に、マイロ・E・ラウエル (GHQ民政局法規課長) による「レポート・日本の憲法についての準備研究と提案」の中で、次のような規定が設けられるべきことが提案されていた。⁶⁷⁾ ①権限のある裁判所の発した令状なしに、逮捕され、あるいは私宅の捜索を受けることがないこと。逮捕については、現行犯を追跡する場合、捜索については、逮捕の際になされる場合を除く。②事後処罰法は無効であるとする。③被疑者は無罪の推定を受けること。弁護士を依頼する権利が逮捕の時から認められること。迅速かつ公開の審理を受ける権利があること。同一の犯罪につき二重の危険にさらされることがないこと。自己に不利益な証言をするよう強制されないこと。もしこれら被疑者の権利が侵されたときは、被疑者は釈放され、彼に対する訴追は、棄却されるべきこと。この棄却は、一事不再理の効果を生ずるものとする。④人身保護令状の救済を受ける権利を与え、戦時を除きその停止を許さぬものとする。また、規定を設けることが望ましいものとして次のものがあげられている。⁶⁸⁾ ①プライバシーの権利。特に警官による盗聴と私宅の頻繁な訪問を禁ずること。後者については、法律の定めのある場合を除く。②暴力、強制または誘導によって得た自白は証拠として採用しえないものとする。共犯者の証言のみで、補強証拠なしに、有罪判決をしないこと。アジャン・プロヴォカツールの証言は、法廷で証拠として採用しえないものとする。日本の刑事裁判は、拷問によって得られた自白に依拠するところが大きいこと、および政府の批判者に犯罪を犯させるようアジャン・プロヴォカツールを用いることで、悪名高いものがある。

さらに一九四六年一月一日には、ラウエル起草によるコートニー・ホイットニー (GHQ民生局長) 名の「幕僚長に対する覚え書き〔案件〕私的グループによる憲法改正草案に対する所見」が出され、そこにおいては、刑事手続改革の方向性が次のように述べられている。⁶⁹⁾ 「Polad〔国務省政治顧問〕による翻訳の第9条は、『国民

は拷問されてはならない』としてあり、ATISの翻訳は、『国民は不当に圧迫を加えられてはならない』として
いる。これ以外は、権利章典中に通常置かれている広汎な事項が、おとされている。例えば、刑事被告人の権利、
および法執行機関の行なう取調についての制限に関する条項は、一切省かれている。日本では、個人の権利の最
も重大な侵害は、種々の警察機関、とくに特別高等警察および憲兵隊の何ら制限されない行動並びに検察官（検
事）の行為を通じて行なわれた。あらゆる態様の侵害が、警察および検事により、一般の法律の実施に際し、と
りわけ思想統制法の実施に際して、行なわれた。訴追されることなくして何カ月も何年間も監禁されることは、
国民にとって異例のことではなく、しかもその間中、被疑者から自白を強要する企てがなされたのである。訴追
されることがないまま拘禁されていることがないようにするための憲法上の保障を要求することが、非常に必要
であると考ええる。これを実現するためには、逮捕された者を公開の法廷に出席させ、拘禁理由の説明を行なうこ
とを警察に強制する、人身保護令状類似の手続が必要であり、それに加えて、憲法で、すべての刑事被告人に対
し迅速な公開裁判を行なうことを要求し、また、刑事被告人が同一の犯罪に対して二重の危険にさらされること
を禁止することが必要である。拷問を禁止する第9条の規定に加えて、法執行機関がサード・デイグリーの手段
〔拷問〕を用いることを少なくするため、刑事被告人は自己に不利益な証言を強要されないことを定める規定、
および逮捕された場合ただちに弁護人を依頼する権利を認める規定を、憲法に設けることが必要であると考え
る。自白は、弁護人の立会いのもとでなされたものでないかぎり、いかなる法廷手続においても、これを証拠にするこ
とができないという憲法上の規定が必要であるとの意見の表明があった。それは、極端な規定である。しかし、
日本の法律家には、それは司法の運営を不当に妨げるものではないという意見をもつ者が数多く存する。日本の
警察は、際限なく市民の家庭に対して捜索および押収を行なったことで悪名が高い。したがって、不当な捜索お

よび押収を禁止する規定が設けられなければならない」。

引き続き一九四六年二月九日には、GHQ民政局内に設けられた「人権に関する小委員会」が作成した、ピータ・K・ロウスト、ビート・シロタ、ハリ・エスマン・ワイルツ名による「民政局長のための覚え書き「人権の章についての小委員会案」」が出された。ここでは、「司法上の人権」と題して次のような規定を設けるべきであるとされている。⁽⁷⁰⁾

① 「何人も、現行犯として逮捕される場合を除き、裁判所の一員で権限を有する者により発せられ、かつ、訴追のなされる可能性のある犯罪を明示した令状によらなければ、逮捕されない。何人も、理由を直ちに告げられ、かつ、弁護人を依頼する権利を与えられなければ、抑留または拘禁されない。また、何人も、外部との連絡を一切遮断されたままで留め置かれることはなく、正当な理由がなければ、拘禁されない。拘禁の理由は、被疑者またはその弁護人からの要求があれば、直ちに公開の法廷で示されなければならない。何人も、国会の定める手続によらずに、その生命、自由または《財産》を奪われることはない。また、何人も、裁判所に出訴する権利を奪われることはない」。

② 「何人も、その身体、住居、書類および所持品について、《不合理な》搜索および拘置または押収を受けることがないという権利は、侵害されることはない。また、令状は、「犯罪成立の」蓋然性の認められるような理由に基づき、かつ搜索する場所および拘置または押収される人または物を明示してでなければ、発せられてはならない。搜索または拘置もしくは押収は、裁判所の一員で権限を有する者により、その「搜索または拘置もしくは押収の」ために各別に発せられた令状により、行なわれなければならない」。

③ 「《物理的なものであれ精神的なものであれ》公務員が拷問を用いることは、絶対にこれを禁ずる。《このよ

うな悪事につき有罪とされた公務員には、嚴罰が課せらるべきである。》過大な保釈金を要求してはならない。また、残虐または異常な刑罰を科してはならない」。

④ 「すべて刑事事件においては、被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する。被告人は、《公判において、自己に不利益な証人のすべてと対質せしめられ、弁護人を通して》これらの証人に対して反対尋問をすることを許さるべきである。また、被告人は、公費で、強制的手続により、自己に有利な証人を求める権利を有する。被告人は、いかなる場合にも、資格を有する弁護人を依頼することができる。被告人が自らこれを依頼することができないときは、政府でこれを附する。何人も、同一の犯罪についてふたたび危険にさらされることはない。何人も、公正で公開の公判によるのでなければ、有罪とされることはない。《また、何人も、公判を経ずに人権を奪われることはない。》《陪審審理は、死刑を科しうる罪について起訴された者にはすべてに、重罪 (felony) について起訴された者にはその者の請求により、与えられる。》」。

⑤ 「何人も、自己に不利益な供述を強制されない。《妻または夫の証言は、その配偶者に対し不利な証拠とはされない。》《自白は、それが被告人の弁護人の面前でなされたものでない限り、効力がない。また》自白は、強制、拷問または脅迫によるものであるときは、効力がない。何人も、自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には、有罪とされ、または刑罰を科せられない」。

⑥ 「《事後処罰法 (ex post facto law) を制定してはならない。また、実行の時に適法であった行為について人を罰するような刑罰を科してはならない》」。

⑦ 「《日本が、外国から逃亡しましたまたは外国の裁判を潜った者を逃亡犯罪人として引渡す権利は、当該外国を公式に代表する者が請求した場合には、否認されてはならない》」。

この案について、一九四六年二月九日の「運営委員会と人権に関する小委員会との会合」において検討がなされた。そこで問題となったのは、「自白は、それが被告人の弁護人の面前でなされたものでない限り、効力がない」とされた規定と、「被告人は、公判において、自己に不利益な証人のすべてと対質せしめられ、弁護人を通じてこれらの証人に対し反対尋問をすることを許さるべきである」とされた規定である。ホイットニーは、前者については、弁護人がついていないところでなされた自白も、強迫されずになされたものであれば、証拠能力が認められるべきであり、「強制、拷問もしくは脅迫による自白または不当に長く抑留もしくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない」と規定すれば、自白の濫用の防止に十分であろうと述べた。また、ホイットニーは、後者については、戦争犯罪人の裁判では簡便さを理由としてこのような手続をとっていないにもかかわらず、憲法でこのような手続をとるとするのは、日本人の理解を得られないと述べた。これに対してラウエルは、前者について、日本では伝統的に検察官は自白を得るまでは公訴提起をしようとせず、公訴提起前に精神的・肉体的拷問を用いて取調べをするので、これを防ぐためにこの規定が必要であること、後者については、戦争犯罪人の裁判については、軍法に基づいてなされているのであり、一般法を定立する憲法とは異なること、日本法はこれまでアメリカ式の反対尋問を認めてこなかったもので、日本人の裁判感覚にショックを与えることはほとんど考えられないことを述べた。⁽¹¹⁾

以上のような検討の結果、一九四六年二月一三日付で日本政府に交付された「憲法改正〔案〕」〔マッカーサー草案〕には、刑事手続について次のような規定が設けられていた。⁽¹²⁾

① 「何人も、現行犯として逮捕される場合を除き、裁判所の一員で権限を有する者より発せられ、かつ理由となつてゐる犯罪を明示する令状によらなければ、逮捕されない」(第三〇条)。

- ② 「何人も、理由を直ちに告げられ、かつ、直ちに弁護人を依頼する権利を与えられなければ、抑留または拘禁されない。何人も、外部との連絡を一切遮断されたままで留め置かれることはない。何人も、正当な理由がなければ、拘禁されず、要求があれば、その理由は、直ちに本人およびその弁護人の出席する公開の法廷で示されなければならない」(第三二条)。
- ③ 「何人も、国会の定める手続によらずに、その生命もしくは自由を奪われ、またはいかなる刑罰をも科せられることはない。また何人も、裁判所に出訴する権利を奪われることはない」(第三三条)。
- ④ 「何人も、その身体、住居、書類および所持品について、侵入、搜索および拘置または押収を受けることがないという権利は、「犯罪成立の」蓋然性の認められるような理由に基づいて発せられ、かつ搜索する場所および拘置または押収される人または物を特定した裁判所の令状によるのでなければ、侵されない。搜索または拘置もしくは押収は、裁判所の一員で権限を有する者により、その「搜索または拘置もしくは押収の」ために各別に発せられた令状により、行なわれなければならない」(第三三条)。
- ⑤ 「公務員が拷問を用いることは、絶対にこれを禁ずる」(第三四條)。
- ⑥ 「過大な保釈金を要求してはならない。また、残虐または異常な刑罰を科してはならない」(第三五條)。
- ⑦ 「すべて刑事事件においては、被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受くる権利を有する。被告人は、すべての証人に対し反対尋問をする機会を十分に与えられ、また、公費で自己のために強制的な手続により証人を求める権利を有する。被告人は、いかなる場合にも、資格を有する弁護人を依頼することができる。被告人が自らこれを依頼することができないときは、政府でこれを附する」(第三六條)。
- ⑧ 「何人も、管轄権を有する裁判所によるのでなければ、有罪とされることはない。何人も、同一の犯罪につ

いてふたたび危険にさらされることはない」(第三七条)。

- ⑨ 「何人も、自己に不利益な供述を強制されない。自白は、それが強制、拷問もしくは脅迫によるものであるときまたは不当に長く抑留もしくは拘禁された後になされたものであるときは、これを証拠としてはならない。何人も、自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には、有罪とされ、または刑罰を科せられない」(第三八条)。

- ⑩ 「何人も、実行の時に適法であつた行為については、刑事上の責任を問われない」(第三九条)。

この草案は、日本側に大きな衝撃を与え、これを糺問的な方向に緩和するための努力が払われた。その結果、令状発付権者について、「裁判所の一員で権限を有する者 (a competent officer of a court of law)」は、「司法官憲 (judicial officer)」に変更されてしまった。このねらいは、「司法官憲」の中に検察官や警察官を含ませるということであつた。⁽⁷³⁾ また、保釈金に関する規定の削除等の修正も加えられることになつた。こうして、現在の日本国憲法の文言とほぼ同一の「憲法改正草案」がつくられた。⁽⁷⁴⁾

三 以上のような憲法制定に伴い、刑事訴訟法も改正されることになる。一九四六年四月二〇日に司法省刑事局内別室で作成された「刑事訴訟法改正方針試案」では、国選弁護制度、交互訊問制度、令状主義、勾留に対する異議申立制度、被疑者段階での保釈、被疑者訊問の際の黙秘権の告知、予審の廃止、陪審制、不利益再審の廃止などの方向性が示され、「憲法改正草案」を具体化しようとした跡がみられる。⁽⁷⁵⁾

刑事訴訟法の制定過程においても、GHQの関与の跡が認められる。一九四六年三月二二日に、マニスカルコ(GHQ民間情報保安課法律班)作成の「刑事訴訟法ニ対スル修正意見」の仮訳が出された。そこでは、主として次のようなことが述べられていた。⁽⁷⁶⁾

(一) 弁護人と被疑者との接見交通を自由化する。(二) 被疑者にも保釈請

求権を認める。(三) 死刑・無期を除き権利保釈とする。(四) 黙秘権告知規定を置く。(五) 不合理な捜索・押収を受けることがない旨の規定をおく。(六) 捜索場所と差押物件を明示し相当な理由をもつ令状を要するものとする。(七) 被告人の証人適格を認める。(八) 被告人の証人尋問権を認める。(九) 交互尋問制をとる。(一〇) 反対尋問を受けない供述証拠の証拠能力を否定する。(一一) 第一次的捜査機関を警察として検察から独立させる。(一二) 一九二二年「刑事訴訟法」(大正刑事訴訟法) 二五四条中の強制処分法定主義の部分を削る。(一三) いわゆる裁判上の捜査処分(一九二二年「刑事訴訟法」二五五条)を存置する。(一四) 勾留と公訴提起の間の期間を一〇日間から二四時間に短縮する。(一五) 起訴便宜主義を存置する。(一六) 予審改正については、①現状維持(但し、被告人の権利は強化する)、②現状を維持するが、但し重罪のときは大陪審に移す、③予備審問を設けるが、但し重罪のときは大陪審とする、の三案が考えられるが、②案が実現可能であろう。(一七) 被告人訊問制度を廃止する。(一八) アレイメント制度を採用する。(一九) 立証段階を分ける。(二〇) 被告人に対する退廷命令を認めない。(二一) 証拠書類の朗読は当事者がする。(二二) 供述録取書の証拠能力に関する規定(一九二二年「刑事訴訟法」三四三条)を廃止する。(二三) 不利益再審を廃止する。(二四) 略式手続を廃止する。(二五) 附帯私訴を廃止する。

以上のマニスカルコによる提案は、あまり影響力をもつものではなかったようである。⁽¹⁷⁾ もつとも、一九四六年七月一五日開催の「司法法制審議会第三小委員会」の第一回会合で示された、司法省刑事局作成の「刑事訴訟法改正に付考慮すべき問題」(一九四六年七月九日)では、以下のように、マニスカルコによる提案と類似の件が検討課題としてあげられている。⁽¹⁸⁾ (一)「弁護権拡充の範囲をどうするのか」…①捜査中の刑事被疑事件についての弁護権をどうするか、②官選弁護人をどうするか、③代表弁論その他弁論制限に関する規定を設けることはどう

か。(二)「捜査に関する検事及び司法警察官吏の職務上の関係をどうするか」。(三)「強制捜査権を行使する機関及びその行使方法をどうするか」。(四)「予審制度をどうするか」。(五)「被告人に証人訊問権を認めることと関聯して公判審理の方法をどうするか」。(六)「陪審制度をどうするか」…①刑事訴訟法中に規定すべきか、単独立法とすべきか、②陪審事件の範囲をどうするか、③陪審員の資格および選任方法をどうするか、④陪審の答申に関する効力をどうするか、⑤審級をどうするか、⑥実施の時期をどうするか。(七)「上訴及び大審院の特別権限に属する訴訟手続をどうするか」。(八)「被告人に不利益な再審をどうするか」。(九)「私訴の制度をどうするか」。(一〇)「最高裁判所の規則制定権の範囲と刑事訴訟法に規定すべき事項との関係をどうするか」。

一九四六年八月五日には司法省刑事局別室による「刑事訴訟法改正要綱試案」が作成された。その中では、弁護権の拡大、勾留に対する異議申立制度の新設、黙秘権告知規定の新設、人権蹂躪事件につき公判に付する手続の新設、予審の廃止、補強法則ならびに自白法則の採用、交互尋問制の採用、不利益再審の廃止、略式手続の廃止、私訴の廃止等が規定された。⁽⁷⁹⁾

その後、司法法制審議会における数回の議論を経て、⁽⁸⁰⁾一九四六年八月八日に「刑事訴訟法改正要綱案」が作成された。この要綱案が要綱試案と異なる重要な点は、司法警察官にもある程度の強制処分権を認めること、勾留の期間は一〇日を限度とすること、弁護人の数につき原則として無制限で必要な場合に制限されること、控訴審が全部旧法どおりとされたことなどである。⁽⁸¹⁾この案についても、司法法制審議会等における議論を経て、⁽⁸²⁾一九四六年一〇月二三日に「刑事訴訟法改正要綱」が確定した。その中の主なものをあげると次のとおりである。⁽⁸³⁾

(一) 被疑者が弁護人を選任することができること。(二) 官選(国選) 弁護制度を整備拡充すること。(三) 裁判所が弁護人の数を制限できること。(四) 主任弁護人制度を設けること。(五) 公判調書の簡易化をはかること。

(六) 被告人の勾引および勾留の要件を拡張すること。(七) 勾留および勾留の更新は検察官の請求によりおこなう、勾留の取消、保釈、責付および勾留の執行停止は検察官、被告人、弁護人、被告人の法定代理人等の請求によりおこなうこと。(八) 保釈、責付、勾留の執行停止の取消ならびに接見および文書の授受の禁止は検察官の請求によりおこなうこと。(九) 被告人は自己に不利益な供述を拒否する権利を有すること。(一〇) 押収、捜索および検証を令状によらしめること。(一一) 証拠保全制度を設けること。(一二) 検察官および司法警察官に強制捜査権を付与すること。(一三) 現行犯の場合は、令状なくして逮捕、身体の捜索および現場における押収、捜索、検証をおこなうことができること。(一四) 公訴権は検察官がおこなうこと。(一五) いわゆる人権蹂躪事件について検察官の不起訴処分の当否の審査を裁判所に求める道を開くこと。(一六) 予審を廃止すること。(一七) 証人等の供述または供述録取書については、被告人に訊問の機会を与えることなしに証拠とすることはできないこと。(一八) 強制、拷問、脅迫等によって得られた自白は証拠とはならないこと。(一九) 交互尋問制度を採用すること。(二〇) 控訴制度は従来どおりとすること。(二一) 違憲問題につき最高裁判所の裁判を求めうる手続をつくること。(二二) 不利益再審を廃止すること。(二三) 略式手続を廃止すること。(二四) 私訴制度を廃止すること。

ところで、以上の「刑事訴訟法改正要綱試案」作成から、「刑事訴訟法改正要綱」作成を経て、後述の改正刑事訴訟法第三次案作成のころまで、GHQ側と日本側とで、強制処分権限の帰属をめぐる激しい対立があった。すなわち、令状発付権者である「司法官憲」の中に、検察官や司法警察官が含まれるのかという問題である。GHQ側は司法官憲は裁判官に限られるとしており、日本側はそれに検察官や司法警察官も含ませようとした。この問題は、もともと予審の廃止に伴い、予審判事が有していた強制処分権限をどうするのかをめぐって発生した

ものである。予審の廃止自体は、戦前すでに検察権限強化のために主張されており、あるいは逆に、予審を人権蹂躪の温床とする立場からも廃止が一時期主張されていた。⁽⁸⁴⁾ 日本側は「司法官憲」に検察官や司法警察官を含ませる必要性を訴えてGHQを説得しようとしたが、GHQは、検察官および司法警察官がその権限を濫用する危険性を指摘して日本側の主張を受け容れなかった。⁽⁸⁵⁾ このようなやりとりの中で、日本側は譲歩を余儀なくされ、検察官や司法警察官が強制処分をおこなうにあたって、裁判官にあらかじめ許可を得るという「事前承認制」を提示した。⁽⁸⁶⁾ もっとも、この事前承認制は、広汎な例外をもつため、検察官ならびに司法警察官への強制処分権限付与の延長線上に（すなわち戦前から続く検察権限強化の主張の上に）位置づけられるものである。⁽⁸⁷⁾ この事前承認制は、GHQ側の強力な示唆に基づき、「改正刑事訴訟法第三次案」で逮捕状や勾留状の制度へと転換していった。

「刑事訴訟法改正要綱」作成とオーバーラップしながら、司法省刑事局内で刑事訴訟法案づくりも進められていった。（以下で述べる改正刑事訴訟法案では、特に捜査段階を中心に概観することにする。）一九四六年八月一九日から同月三〇日にかけて作成された「改正刑事訴訟法第一次案」は、次のように、ほぼ「刑事訴訟法改正要綱」のままであるが、捜査手続については、前述の「事前承認制」がとられている点が注目されよう。⁽⁸⁸⁾ ①検察官は第一次的捜査機関とされ、これに司法警察官に対する指揮権が与えられたこと。②検察官と司法警察官に、被疑者の召喚・勾引・勾留・訊問権と公訴提起前の証人訊問、押収、搜索、検証等の権限が付与されたこと。③その強権限の行使にあたっては、裁判官の事前承認制がとられたこと（但し、急速を要しその承認を受けることができないうときは、事後承認を得る）。④検察官勾留の期間は一箇月（但し、一箇月ごとに更新が許され、最長は三箇月）、また司法警察官の勾留期間は一〇日間とされたこと。⑤検察官による被疑者または証人の訊問には司法警察官が立ち会い、また司法警察官によるそれには司法警察吏が立ち会うこと。⑥現行犯について令状なしの逮捕や搜索・

押収を認めること。

一九四六年九月頃には「改正刑事訴訟法第二次案」が作成されたが、捜査手続に関して第一次案から大きく変更された点はみられない。⁽⁸⁹⁾しかし、一九四六年一〇月から一二月にかけて作成された「改正刑事訴訟法第三次案」は、前述のようなGHQとのやりとりもあり、大きく変化している。その主な特徴は次のとおりである。⁽⁹⁰⁾①司法警察官は検察官とならぶ、むしろ第一次的な捜査機関とされたこと(但し、両者の関係についての規定はない)。
②逮捕状の制度が定められたこと(二四時間以内の検察官送致、二四時間以内の仮勾留請求)。
③仮勾留制度が定められたこと(仮勾留理由は、「公訴を提起すべきかどうかを決定することができず、なほ引続き捜査をなす必要」)。
④仮勾留の期間は一〇日間(最高二〇日間)とされたこと。
⑤緊急逮捕の制度が設けられたこと(但し、犯罪の種類は「死刑又は無期若しくは一年以上の懲役若しくは禁錮に処することができる罪」とされ、嫌疑の程度は「罪を犯したことを疑ふに足る相当な理由」とされている)。
⑥検察官または司法警察官が押収、搜索、検証をする場合には、裁判官の事前許可状が必要とされたこと。
⑦逮捕の際の令状なしの搜索、押収、検証が認められたこと。このような特徴については、「形式的にも(令状)、実質的にも(急速を要する場合の事後承認制度の切捨てと身柄拘束期間の短縮化)、令状主義を採用し」たと評価されているが、⁽⁹¹⁾日本側がGHQの意図を真に理解していたかどうかは不明である。それを示す一例として、日本側立案関係者の一人、団藤重光は、一九四六年一〇月頃GHQのブレイクモアから予備審問を設けてはどうかと提案されたとき、英米の刑事手続についての知識がほとんどなかったため、旧刑事訴訟法の予審との違いがよくわからず、これを拒絶した旨を述べている。⁽⁹²⁾

一九四六年一二月には「改正刑事訴訟法第四次案」が作成された。第三次案から変化した主な点は、①仮勾留の要件として、「被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」が要求され、また五〇〇円以下の罰金、

拘留または料料にあたる罪については、被疑者が定まった住居を有しないときに限るという限定が付されたこと、
 ②緊急逮捕の場合、裁判官の下に被疑者が引致されてから二四時間以内に逮捕状を発付するという条件が付されたことなどである。⁽⁹³⁾

一九四七年二月には「改正刑事訴訟法第五次案」が作成された。第四次案から最も大きく変化した点は、検察官と司法警察官との間の関係である。すなわち、次のように、司法警察官が第一次捜査機関として認められたと考えられる規定がみられる。⁽⁹⁴⁾ ①司法警察官は、犯罪があると思料するときは、犯人および証拠を捜査しなければならないこと。②司法警察吏は、司法警察官の命令を受けて、捜査の補助をしなければならないこと。③検察官は、必要と認めるときは、自ら犯罪捜査をすることができ、この場合には、検察書記官もしくは検察事務官を指揮して捜査させ、または司法警察官吏に対して捜査の補助を請求することができること。

そして、一九四七年三月には「改正刑事訴訟法第六次案」が作成された。これは、このまま議会に提出することを予定されていたものである。その主な内容は、次のとおりである。⁽⁹⁵⁾ ①被疑者または被告人は弁護人選任権を有すること。②被疑者または被告人に黙秘権を保障すること。③予審を廃止すること。④逮捕、仮勾留、搜索、差押等に令状主義を採用すること。⑤緊急逮捕制度を設けること。⑥権利保釈を認めること。また、捜査段階以外では、国選弁護制度の設置、準起訴制度の設置、交互尋問制の採用、直接主義による証拠能力の制限の強化、上告審における事実審理の廃止、不利益再審の廃止、略式手続の廃止、私訴の廃止などがおこなわれた。

第六次案は、一九四七年五月三日の日本国憲法の施行に間に合う予定であったが、諸事情により、日程的にGHQの承認を得ることが難しくなった。そこで憲法施行に伴う暫定的措置として、一九四七年三月に「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の臨時特例に関する法律案」がつくられ、後に「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟

法の應急的措置に関する法律」(一九四七年四月一九日 法律第七六号)(いわゆる「応急措置法」として成立した⁽⁹⁶⁾。

その「応急措置法」の内容は、第六次案に沿って、被疑者への弁護士選任権の付与、引致された被疑者または被告人に対する犯罪事実および弁護士選任権の告知、黙秘権の保障、勾留理由開示、予審の廃止、令状主義、緊急逮捕制度等がとられ、捜査段階以外でも国選弁護士制度、当事者の証人訊問権の保障、供述録取書の証拠能力の制限、上告審における事実審理の廃止、不利益再審の廃止等に関する規定が設けられている。これらをさらに検討すれば、第六次案よりも前進したものと後退したものとがあることがわかる⁽⁹⁷⁾。前進した点としては、①緊急逮捕の要件が、死刑または無期もしくは長期三年以上の法定刑をもつ犯罪とされ、さらに嫌疑の程度として「十分性」が要求されたこと、②証人等の供述録取書の証拠能力の制限規定が厳しくなったこと、③自白法則および補強法則が定められたことなどがあげられる。そして後退した点としては、①被疑者の弁護士選任権の保障が身体拘束中に限られたこと、②逮捕から起訴前勾留までの時間が警察四八時間、検察二四時間に長期化されたこと、③交互訊問の規定がおかれなかったことなどがあげられる。このような両面をもつ「応急措置法」については、「新刑事訴訟法への切りかえに対する緩衝器的役割を果した⁽⁹⁸⁾」とされる。しかし、第六次案よりも前進している点も多々あることを考えると、不十分な点は、「緩衝器的役割」というよりはむしろ、刑事手続改革の限度設定という意味をもつものであろう⁽⁹⁹⁾。

四 　そして、一九四九年に新刑事訴訟法が施行されるまでの間、この「応急措置法」によって刑事手続が運用されることになる。もつとも、「応急措置法」下で事件が発生し、捜査がおこなわれ、第一審判決が下された「福岡事件」(一九四七年五月二〇日発生)を例にとつて考えてみると、捜査はあらかじめシナリオを描いた見込み捜査であり、また取調べにあたっては拷問や偽計が用いられている(と被告人等は主張している)。公判段階であつて

も、自白と客観的証拠とがほとんど一致せず、また、交互尋問もおこなわれてはならず、もっぱら裁判官が被告人を糾問的に取り調べる形で進められている。共犯者間での供述も多くの点で食い違っており、一部の被告人は公判段階に至って否認しているにもかかわらず、自白の任意性どころか、信用性も容易に肯定されている。さらに付言すれば、捜査段階の供述調書は、取調官の我流の崩し字のため、専門家の手によらなければほとんど解読不能である。^(四)このような状況をみる限り、「応急措置法」の運用が憲法に則ってなされたとはいいがたいように思われる。^(四)

二 占領後期

一 一九四八年に現行の「刑事訴訟法」(一九四八年七月一〇日 法律第一三一号)は公布された。^(四)この刑事訴訟法は、予審が廃止されたにもかかわらず、差押(第九九条)、捜索(第一〇二条)、検証(第一二八条)等の強制処分を公判裁判所がおこなうとする規定がそのまま残されてしまった等の不合理性をもっている^(四)と指摘される。しかし、他方では、立案関係者は戦前の刑事手続の厳しい反省の上に立ち、新しい刑事訴訟法の基本原理として、「憲法化」、「アメリカ法化」、「当事者主義化」、「捜査の適正化」を掲げたといわれる。^(四)さらに具体的には、立案関係者がイメージした刑事手続の形姿として次のように分析される。^(四)①自白偏重の弊害を避けるため、供述の採取特に被疑者取調べ中心の捜査形態を改めて、物証を中心とする科学捜査を重視する。証拠方法を「人から物」に移しかえる。②捜査上の制約もあって捜査機関による起訴前の証拠収集には限界が生じ、充分に証拠固めをおこなった起訴形態は採用しがたくなる。③被疑者・被告人の身柄について令状主義が徹底し、ことに起訴後の被告人は身柄不拘束のまま公判審理を受けるのが通常形態となる。④事件の白黒は、公判で決するという公判中心

主義が要請されるとともに、その公判審理も伝聞法則の適用により伝聞証拠の活用が制限され、かつ被告人のため審理の迅速化が図られる。⑤従前のような高い有罪率を確保することは容易でなくなる。

二 しかし、立案関係者の以上のような「思い」は、刑事訴訟法を実際に運用する人々、すなわち、裁判官、検察官、弁護士にはほとんど届かなかつたといつてよい。何よりの問題は、戦前の糺問主義的刑事裁判を担い、天皇の官吏であつた裁判官ならびに検察官の大半がそのまま残つたことである。⁽¹⁰⁶⁾

第一に、裁判官については、戦前から裁判官であつた青木英五郎が以下のように極めて興味深い分析をおこなつている。すなわち、明治憲法ならびに旧刑事訴訟法の下では、司法行政的には裁判官と検察官はともに司法省の監督下におかれ、また刑事手続的には裁判官は予審判事として検察官の捜査に協力してきた。とりわけ戦時中には「判検事一体の司法精神」ということが説かれ、また「国家自ラ其ノ機関ニ信用ヲ措ク」という観点から、検察官ならびに警察官の聴取書に証拠能力を与えるという主張が裁判官からもなされることになつた。そして、このような感覚をもつた裁判官が、戦後もなお多く残つてゐるといふことである。⁽¹⁰⁷⁾ 旧憲法や旧刑事訴訟法的な感覚をもつた裁判官は、あらかじめ検察官から提出された一切の一件記録や証拠を検討し、一定の心証を形成した上で法廷にのぞむことになれており、新刑事訴訟法の要求する起訴状一本主義や法廷における心証形成に不安を抱くことになる。裁判官のこのような不安は、やがて一刻も早く事件の輪郭を作り上げたいという焦りとなって現れ、その焦りは被告人の自白を心待ちにする態度や、警察官の自白調書を任意性についての厳しい吟味なしに採用するという態度を生むことになつた。⁽¹⁰⁸⁾

第二に、検察官については、元検察官の亀山継夫が次のように分析している。⁽¹⁰⁹⁾「戦後の検察の努力の相当部分は、このいわば明治以来の大変革の影響をいかにして最小限にとどめ、効果的に犯罪の大波に対処するかに向け

られたといつてよい。その解答が、新刑訴をできる限り旧刑訴的に運用するという現在の姿であり、歴史的に見れば成功の評価を与えられるべきものであろう^(四)。もつとも、検察官が旧刑事訴訟法的な運用をおこなった背景としては、次のように分析されよう^(四)。旧刑事訴訟法の下では、検察官は一件記録を裁判所に送り、あとは裁判官による被告人尋問に任せ、検察官自身は論告と求刑をするだけという形態であった。しかし、新刑事訴訟法の下では、検察官は、起訴後法廷で被告人と対等な当事者として立証活動をおこなわなければならない。旧刑事訴訟法に慣れた検察官は、法廷での当事者としての立証活動に戸惑い、積極的な立証活動をおこなわず、また、おこなうことができなかつた。このような検察官の立証活動についての自信のなさや能力の不足が、捜査段階で作成された調書を全部無条件に証拠として採用させようという動きを生むことになった。すなわち、①署名押印のある調書とそうでない調書との区別の撤廃、②参考人に書かせた答申書あるいは上申書で証人尋問の代わりをつとめさせようとする動き、③公判段階での証人の証言を確保するための裁判官による証人尋問調書の重視などがこれにあたる^(四)。

第三に、弁護士についても事情は似ていた。戦後、弁護士として活動し始めた小野清一郎は次のように述べている^(四)。「私が現に弁護士として見聞しているところによると、もちろん弁護士がついてであります、初めから検察官の供述書はもちろん、司法警察官の供述調書までわけなく同意している例が実に多いように見受けられます。これはどういうものでしょうか。実質的にさしつかえがないのであればそれでけっこうなわけですが、被告人といつても実際被告人が自分で判断を下す力はないので、実際にこれに同意するのは弁護士なんです。その弁護士が、失礼な申し分だが、十分に書類を検討しての上なのかどうか。私もたまたま控訴の事件などをやってみて、第一審でこれはどうしたことだろうと思つて非常に不思議に感ずる例があるのです。これは、ことによ

ると、新刑訴というものをまだ十分に研究しておられぬのではないか、在來通りの考え方でわけなく同意いたしますと言っておられるのではないかと思うふしもあるのですね」。さらにすすんで、同意しないことによつて「裁判官、檢察官の心証を悪くすると損だということ向被告人にも現に言っている場合がある。一度警察でこうと言つたら、その通り争わないうでそのままにやつた方が寛大な裁判を受けられる、と被告人に言うわけですね。被告人には全然判断力がないものだからそれなりになる、こういう場合がずいぶんあるように見受けるのです」。

結局、裁判官、檢察官、弁護士はいずれも、旧憲法あるいは旧刑事訴訟法的な感覚からは脱しきれず、新刑事訴訟法立案関係者の意思とは裏腹に、依然として糺問的な刑事手続を引きずつていたということができよう。

また、戦後の刑事訴訟法によつて第一次捜査機関としての地位を与えられた警察に関しては、一九四七年「警察法」およびこの新刑事訴訟法を受けて、従来、訓令であつた「犯罪捜査規範」(一九四九年三月三〇日 国家地方警察訓令第九号)が改められ、「犯罪捜査規範」(一九五〇年四月一八日 国家公安委員会規則第四号)が制定された。⁽¹⁴⁾ この「規則」としての規範が制定された意義については、手続の明確化および従来からの教訓の活用が謳われているが、とりわけ重要なのは、「刑事訴訟法上解釈の明確を欠く部分につき警察捜査権の限度を明らかにした」(傍点引用者)とされている点である。⁽¹⁵⁾ これは、新刑事訴訟法の立案関係者の意思、すなわち旧法下での人権蹂躪的捜査の反省を反映したものであるといえよう。実際、このことは、「捜査の権限は、日本国憲法の精神を尊重して、常に公正且つ誠実に行使しなければならない」(第二条第一項)、および「当事者の要求がある場合においても、捜査の権限を利用して、民事事件に介入する等その濫用にわたることをしてはならない」(第二条第二項)という規定に代表されるように、同規範の中に明確化されていた。しかし、警察では、本章第二節において述べたように、とりわけ警備公安警察部門について、戦前の天皇制警察下での理念や体制を温存しようと画策されて

いた。したがって、必ずしも、新刑事訴訟法の立案者が意図するような、刑事手続の「近代化」の方向には進まなかった。むしろ、日本国憲法の施行後であっても、警察は犯罪捜査のために、特高警察の権限として不可欠であった「行政執行法」および「行政警察規則」による不審訊問や行政検束（予防検束を含む）等の警察処分をおこなうるとの解釈さえ示されていたのである。⁽¹⁶⁾

三 戦後の刑事訴訟法にあっても、旧刑事訴訟法的な運用がなされる中で、新刑事訴訟法の理論化がすすめられた。新刑事訴訟法の立案にも参画した団藤重光の見解をみると、まず団藤重光は、当事者主義的な新刑事訴訟法の施行を日本社会の近代化という中で捉えようとする。すなわち、明治維新にみられる「近代化は國家ないし政治の面においてであって、社会の面においてではなかった。國家の面における近代化は、國家として先進資本主義諸國との競争場裡に登場するためであった。明治維新の遂行者が市民階級ではなく青年士族であったこともさぶる象徴的であったとおもう。社会的封建要素はむしろ温存されて、外國の資本主義と太刀打ちするのに利用されたといつてよい。かようにして、明治初年に要求されたのは、中央集権的・官権主義的な近代的政治形態の確立であり、プロイセン憲法を範とする旧憲法もその端的な表現であったということができよう。刑事手続もまたかような根本的性格をになうものであったのである」。「明治以來のかような官権主義的法制は、半封建的社会要素と結合したいわば奇型的な資本主義の表現として理解される。ところで、かような資本主義の行きつまりは経済的・社会的にはなく、軍事的に解決されるのがほとんど宿命であった。そうしてその結末は敗戦であり、かような形における資本主義の崩壊でなければならなかった。かようにして、社会的近代化こそが——はなはだおくれせながら——現在のわれわれの課題となつていのである。新刑事訴訟法における当事者主義の強調は、かような時代的意味をもつものと考えられる」⁽¹⁷⁾。

しかし、このように新刑事訴訟法における当事者主義に社会の近代化を担わせようとする見解の中には、それを弱めるものが内在されていた。「もともと犯罪および刑罰は、個人と個人の関係ではなく、國家的な関心事である。したがって、刑事訴訟における当事者主義にはおのずから限度があるはずである。ことに実体的眞実主義は刑事裁判の生命だといわなければならない。実体的眞実主義は、職権主義のもとでいっそう完全に実現される。少くとも当事者処分主義のもとでは実体的眞実主義が制限されることになる」。しかし、「実体的眞実主義がつねに職権主義と結びつくとはかぎらない。むしろ、従来のように、はじめから職権的に審理を進めることは、裁判官の心証をゆがめ、かえって実体的眞実の発見を害することがある。事実の眞相はかえって冷静な第三者であることによつて、よりよく発見されるのである。新法が原則としてかような方式をとつたのは、実体的眞実主義の放棄どころか、反対に実体的眞実主義に奉仕することを目的とするものと解しなければならない。したがって、新刑事訴訟法では職権主義は表面から退いたかわりに、背後にはつねに根本的な原理としてひそんでおり、補足的ではあるがいよいよとなるとそれが発動して実体的眞実の発見に役立つのである。かような点を忘れて、新法が骨の髄まで当事者主義になつたものと解するのは、新法の精神を見失うものといわなければならない⁽¹⁸⁾」。

つまり、新刑事訴訟法は、職権主義から当事者主義への重点の推移であつて、本質的変化ではないと理解されているのである。このように、新刑事訴訟法の当事者主義に社会の近代化を担わせつつ、当事者主義化は本質的変化ではないと理解することは、言いかえれば、戦後刑事手続改革が、社会自体の根本的・本質的改革を必ずしも目指すものではないという、改革の限界の設定(改革自体の枠の設定)を意味することにならう。

このように、団藤重光の理論は、刑事訴訟の当事者主義化こそ社会の近代化に不可欠であるとする政策的判断と、刑事訴訟の目的は職権主義のもとでいっそう実現されるという本質的認識の二つの契機の緊張関係の中で形

成されていた。このような団藤重光の理論は、新刑事訴訟法の複雑な構造を反映した理論であったという意味においてだけではなく、旧刑事訴訟法的な職権主義・糾問型裁判に慣れた人々を、大きな異和感なしに新刑事訴訟法に引き入れる理論として、また固有の理論をまだもたない進歩的な人々をも説得する理論として最適であった。人権の擁護や被疑者・被告人の訴訟における主体性の確立に関心を寄せる人々は、この理論の当事者主義の強調に励まされ、職権主義や真実追求に慣れた裁判官・検察官は、背後に職権主義があるという部分を自己の拠り所にすることができたからである⁽¹⁹⁾。但し、前述したように、当時、天皇制絶対主義国家体制を支えた法律家たちの多くが、何の反省もなしにそのまま残ったという司法の状況、あるいは天皇制警察の理念や体制を温存しようとする画策されていた警察の状況というものがあつた。したがって、このような司法および警察の状況に照らせば、団藤重光の理論は、社会の近代化ではなく、むしろ戦前の体制の温存に寄与する危険性を内包していたとも考えられよう。このことは、団藤重光自身が、前述のように、戦後刑事手続改革が、社会自体の根本的・本質的改革を必ずしも目指すものではないという枠を自ら設定するところからも裏付けられよう。

団藤重光は、捜査手続についても、「公判手続におけるようなはつきりした当事者主義の構造をとるものではないが、すでに当事者訴訟的構造の萌芽がそこにみられる」とした上で、「一方では、やがて原告官になるべき検察官およびその協力者ないし補助者としての捜査機関があり、他方では、やがて被告人になるべき被疑者およびその保護者としての辯護人があり、その上に、両者の請求によつて強制処分を行い、令状を發し、同時に司法的抑制の任務をも果たすところの裁判官があるのである⁽²⁰⁾」として、当事者主義的な理解を示していた。

このように捜査段階においても、その当事者主義的理解を試みるのは、団藤重光だけではなかった。同じく立案に関わつた宮下明義は、刑事訴訟法第一九七条をめぐって、次のように述べている。「旧法の下においては、

任意捜査を原則とし捜査機関の強制権を著しく制限していたために、犯罪捜査が寧ろ刑事訴訟法の枠外において行われるに至つたばかりでなく、任意の承諾がない場合であるにもかかわらず、任意捜査であるとの名目の下に恣に強制捜査を行う弊に墮していたので、新法の下においては、すべての捜査を合法の枠内に取り入れる意味において、寧ろ任意捜査を原則とするというような建前を採らず、必要がある場合には進んで強制捜査によらしめるべきではないかという説がある⁽¹²⁾。しかし、「新法においては、当事者対等主義について特段の配慮をしている。新法は、被告人、被疑者又は弁護人が任意の承諾に基づく行爲によつて証拠の蒐集保全をすることができるところを、特に明文はないが、寧ろ当然のこととしているものと解する」。「このように被告人、被疑者又は弁護人の調査権を任意の承諾に基づく処分としながら、捜査機関の捜査権限の合理化を強調するあまり、捜査機関の強制捜査権を一概に強化することは、当事者対等主義の要請に反する。勿論公訴提起前における被疑者の地位は当事者ではなく、将来公訴が提起された場合に当事者となるべき地位にあるものと解するのが正当ではあるが、この段階においても、できる限り両当事者の権限の対等を図ろうとするのが、新法の建前である。新法が第一七九條において被告人、被疑者又は弁護人に対して証拠保全請求権を認めているのは、捜査機関側の強制捜査権に相對するものとして、できる限り当事者の間の対等を図ろうとする趣旨に基いてるのである⁽¹³⁾」。

しかし、他方で、団藤重光自身、英米の予備審問制度について、次のように述べていた⁽¹⁴⁾。「日本国憲法も、本来、この種の制度を予想しているものと解されるべきなものはあるまいか。ところが、刑事訴訟法立案当時のわたくしは、実はそれに気がつかなかつたのである。当時は英米の刑事手続は、日本の学界には、ほとんど知られていなかったし、たとえばオーフィールド(Orfield)の刑事訴訟法の書物(一九四七)さえも、日本では入手できない状態であつたから、こうした無知もやむをえなかつたとおもっている。司令部の側では、われわれにむかっ

て『予審』を設けてはどうかと何度もいつてくれたが、われわれには旧刑訴の予審制度が頭にあるので、一種の拒絶反応を示していた。ブレークモア氏などは日本語が達者なので、『もし「予審」ということばが誤解を招きやすいというのなら、たとえば「予調」といったらよいのではないか』などとさえ、いつてくれた。今から考えると、われわれは、この機会に予備審問制度を設けて置くべきではなかったかと惜しまれる。これは、今後の問題として十分に検討されるべきであろうと考える。予備審問制度が裁判官による司法統制を基調とした捜査段階の当事者主義を構成するものであるとすれば、捜査段階にまでこの当事者主義が及ぶという発想は、当時はまだ十分ではなかったということになる。このことは、「今度新刑訴になっての大きな変化というのは、主として公判の段階ですね。捜査の段階では應急措置法の線が大体維持されている」という捜査実務家の認識、および警察が第一次捜査機関とされたことに伴って、検察官による警察捜査の統制はいかにあるべきかという議論に重点が置かれているところからも窺うことができる。

もっとも、前述のように、団藤重光は、刑事訴訟の当事者主義化を政策的判断としてとらえ、刑事訴訟の目的は、職権主義のもとでいっそう実現されるものと理解していた。したがって、団藤重光の理論から、捜査段階の完全なる当事者主義化というものが導き出されることは、本来的にありえなかったということにもなる。

四 捜査実務において、この期に特に問題となったのは、「おとり捜査」であった。⁽¹⁸⁾一九四八年「麻薬取締法」第三五三條では、「麻薬取締官は、麻薬に関する違反の捜査にあたり厚生大臣の許可を受けてこの法律の規定に拘らず何人からも麻薬を譲り受けることができる」と規定され、おとり捜査が許容されるかのようにみえる文言が示されていた。したがって、おとり捜査は、麻薬犯罪のように、極めて隠密裡におこなわれるため外部に痕跡を残さず、しかも常習的におこなわれるため「おとり」にかかりやすい特殊な犯罪について、戦後かなり公然とおこなわれる

ようになったとされる。⁽¹²⁷⁾

他方で、この捜査方法が用いられるようになった理由として、次のように新刑事訴訟法制定の影響を指摘するものに注目しなければならない。「現行法は、或る種の犯罪捜査については、捜査に対する制限が、余りに重荷となる。例えば、刑事訴訟法第一九六條乃至第二〇六條のごときは、その適例であろう。しかし、これらのうちで、刑事訴訟法第一九八條第二項の供述拒否権の事前告知は、憲法第三八條第一項によつて保障された黙秘権のあらわれであるから、いかなる場合においても、これを厳守しなければならないが、現実の問題としては、犯罪捜査の重荷の一つとなつてゐることは、否定できない⁽¹²⁸⁾。すなわち、逮捕から次の手続までの時間制限や黙秘権の保障などによつて、旧刑事訴訟法型の取調べによる自白追求が困難になつたことがその理由としてあげられている。もつとも、捜査官自身、おとり捜査は「どちらかといへば、余り感心した捜査方法ではない⁽¹²⁹⁾」と自覚している。その理由としては、①捜査官が検挙にはやつて、おとりに対して違法または不当な利益を供与するという明示または黙示の約束をすること、②捜査官がおとりの行動を完全に掌握することが困難なこと、③おとりが捜査官に迎合し、すなわちおとりとしての成績を上げるために、捜査官の知らない間に違法なことをする危険が存在すること、④おとり自身が捜査官に關係のあることを傘にして、詐欺、恐喝等々の悪事を重ねやすいこと、⑤おとり捜査は一種のだまし討ちであるがゆえに、余程すつきりしていないと世人の疑惑を招き反発を買いやすいこと、⁽¹³⁰⁾があげられている。

五 おとり捜査については、まずそれが合法であるか違法であるかということが問題となり、次に違法だとした場合に、どういう効果が生じるのか、すなわち、おとり捜査の違法によつて当該犯罪が不可罰になるのかという形で整理される。⁽¹³¹⁾

まず、おとり捜査を違法とした上で無罪を言い渡した判決（横浜地判一九五一年六月一九日 裁時八七号三頁）についてみると、その根拠として、次のように述べられている。⁽¹²⁾ すなわち、おとり捜査が肯定されるべきものとする、「国家は一方において誘惑にかかり易い人を導いて犯罪を實行させ堂々と犯人を製造しておきながら他方直ちにこれを逮捕して処罰するという非難を免れることができずかような矛盾極まる措置は官権偏重の専制警察国家において行われるものならば格別、主権在民の近代的文化国家においては到底これを容認することはできないからである。あえて麻薬事犯に限らず、捜査機関が犯罪検挙の成績を上げんがためその他諸種の動機から右と同様な手段をとつて罪を犯させ、検挙を勵行したとしたら世人は何と感ずるであろうか。およそ国政は国民の厳肅な信託によるものであつてその權威は国民に由来し……その福利は国民が享受する（憲法前文）すべて国民は個人として尊重され、生命自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする（憲法第二二条）。前記のような措置を正当と肯定することはこれらの憲法の明文に違背し、国家機関に国政の信託せられる趣旨を忘却するものであり、国民X（引用者注…被告人の仮名）を個人として尊重せず、同人の自由及び幸福追求に対する権利を国政の上で軽んじるものとする外はない」。要するに、憲法前文および憲法第一二三条に違反することが理由とされている。

しかし、多くの判例は、おとり捜査によつて検挙された者について有罪とする立場をとっている。前述の無罪判決に対する控訴審判決（東京高判一九五一年一月二六日 高刑集四卷一三号一九三三頁）は、次のように述べて、被告人を有罪とした。すなわち、おとりである「婦人警察吏員の行つた詐術は被告人Xが本件麻薬を所持するに至る一の機会を与えたものではあるが、これによつて同被告人の右麻薬所持の犯意及び実行行為そのものに関する意思決定を左右したものとすることはできない。更らにまた右婦人警察吏員は同被告人に対し麻薬の所持を教

唆したのではなく、その入手先を指示したのではなく、また被告人を強制又は欺罔する等の手段を講じてもないのであるから若し被告人Xにおいて右婦人警察吏員の申入れを拒絶しようとするれば自由にこれを拒絶することができて、これに対し何等障碍はなかつたものと認められるのであつて、右のような場合に、若し麻薬の不正取引をする意図の全然ない通常人であつたならば右申入れに応ずるようなことはなし得なかつたものと考えられる。それ故に結局右被告人の所為を以て専ら警察官の作為に基いて行はれたものと推断することは妥当でない。惟うに警察官は国民の生命身体、財産の保護に任じ犯罪の捜査、被疑者の逮捕及び公安の維持に當ることを以て責務とし、その活動は厳に法律の定むる所に従い右責務の範囲に限られるべきで、その犯罪捜査に當つてもいやしくも日本国憲法の保障する個人の自由及び権利の干渉にわたる等その機能を濫用することは許されない(警察法第一条)ものであることは論を要せない所であるから、如何なる事由があるにせよ警察官が国民に対し犯罪実行の機会を与えるようなことは犯罪捜査の手段としては適當でなく、殊に無辜の国民をして犯罪を犯さしめるようなことは絶対に許されないのであるが、本件のような麻薬事件においては、麻薬の不正な使用は人の健康に有害なばかりでなくその害毒は容易に社会の各層に伝播する特性があつて、国民の健全な社会生活を破壊し、公共の福祉に重大な悪影響を及ぼすことが明らかであるから、もしこの種事犯が発生した場合には迅速に、しかも徹底的にその犯罪を捜査し、犯人を検挙してその犯罪の根源を絶滅しなければならぬにも拘らずその犯行は通常極めて隠密的に行われ、その数量は微量であり、且これを授受する者の間には普通犯におけるような被害者という者がないたため、この種犯罪の捜査には格別の困難の存することは明らかである。されば麻薬取締法第五十三条は麻薬取締員は麻薬に関する違反の捜査にあたり厚生大臣の許可を受けてこの法律の規定に拘らず、何人からも麻薬を譲り受けることができる旨を規定しているのである。勿論この規定は一般の警察官には直接適用はないが、右

説述する如き麻薬取締法の特殊性に鑑みるときは、前段叙説するような現に犯罪が行はれておる際に警察官がこれを探知し、その犯人を搜索逮捕するに当つて前記程度の手段を用いたことは違法とするには当たらない。

注意しなければならないのは、前述の無罪判決は、「おとり捜査は違法だから無罪」としていたが、この判決にあつては、「おとり捜査は合法だから有罪」とはしていない点である。この有罪判決も含め多くの判例⁽¹³³⁾では、捜査機関によつて犯意を誘発されたものではなく、単に犯行の機会を提供されただけであるので当該捜査は合法であり、したがつて被告人は有罪としてにとどまる。すなわち、「無罪説は、『誘発』された場合を違法とし無罪としたが、有罪説は、それ以外の場合を有罪としたに止まり、いわば対象についてやぶにらみの状況にある」といえよう。前述の有罪判決は、犯意を誘発された場合と機会を提供された場合とを分けて、前者は違法だが後者は合法だと明示していることから考えると、第一審の無罪判決とこの有罪判決とは、「矛盾するものではなく、むしろこれと軌を一にするとさえ評しえよう⁽¹³⁴⁾」ともいわれる。そうであれば、両者で判断が分かれた要因は、当該事例を「機会提供型」と判断するのか、「犯意誘発型」と判断するのかという評価の違いにあつたことになる。

結局、機会提供型のおとり捜査が違法なのか合法なのか、合法とした場合に犯意誘発型といかに区別するのか、麻薬犯罪の捜査以外にも用いることができるのか等の問題は、先へ積み残されることになった。

六 他方で、おとり捜査を肯定する論拠として、アメリカの判例理論がその一つとされていることに注目しなければならない⁽¹³⁵⁾。現行刑事訴訟法立案関係者が、刑事手続の「アメリカ法化」を意図していたことは前述のとおりであるが、そこにいう「アメリカ法化」とは、次のような意味である⁽¹³⁶⁾。「新憲法における英米法的刑事手続の指針を受けて、憲法上の人身の自由に関する内実を個別規定として具現化するとともに、予審の廃止、捜査の規制（令状主義の徹底、身柄拘束の制限および権利保釈）、黙秘権の保障、弁護人制度の拡充・強化、訴因制度の導

入と起訴状一本主義の実施、交互尋問制の採用と被告人訊問制の廃止、伝聞証拠排除や自白の規制等の証拠法則の確立、控訴審の事後審化、不利益再審の廃止など、重要な改革を実現した。これらの改革は、確かに憲法および刑事訴訟法の規定上は、不十分な部分もあると指摘されるものの、実現している。しかし、前述したように、当時、天皇制絶対主義国家体制を支えた法律家たちの多くが、何の反省もなしにそのまま残ったという司法の状況、あるいは天皇制警察の理念や体制を温存しようと画策されていた警察の状況というものがあつた。そのような状況の中で、運用面において必ずしも現行刑事訴訟法立案関係者の意図した「アメリカ法化」の趣旨が十分に反映されないままに、ここでは逆方向での「アメリカ法化」、すなわち捜査権限の拡大や捜査の密行化という方向で「アメリカ法化」されているのである。もつとも、同じようにアメリカの判例理論を検討しつつ、おとり捜査に対して消極的な判例や学説も存在している。⁽¹³⁸⁾

第五節 小括

一 まず、占領前期には、占領軍は間接統治をおこなうにあたり、占領軍は天皇制官僚機構の一部は解体・再編したが、天皇も含めて大部分はこれをそのまま残して占領軍の手足として利用したため、天皇制国家体制の下での官僚制や保守勢力は、ほとんど打撃を受けることはなかった。ここに、日本の官僚統治機構の戦前からの強い連続性をみてとることができる。「戦後改革」といわれる日本の非軍事化と民主化は、日本における前近代封建的諸関係を変革するかぎりでは「民主化」の名に値するといえよう。しかし、例えば財閥解体の不徹底や労働運動の一層の発展に対する抑圧に示されているように、アメリカ一国の利益のために、改革はおこなわれた。その意味で占領軍が日本に課した「民主的改革」は、日本をアメリカの敵対者から従属者へと転じさせ、やがては同

盟者へとつくりかえるテコの役割を着実に果たすべきものとして構想され、実施されたといえよう。すなわち、日本の国家と社会がそれ自体として民主主義の道を進むことを必ずしも目的としたものではなかったと評価されている。こうした状況の中で、日本人には、戦前の国家体制の下で人権蹂躪や侵略戦争をおこなったことを反省し、日本国憲法を中心とした戦後の民主的体制を発展・深化させていく課題が課せられた。

二 戦前の警察の特徴としては、次のことが指摘できよう。①内務省が警察を掌握していたことに関連して、警察は広範な行政事務を担っていたこと。②①の特徴に関連して、警察は、治安警察法、警察犯処罰令、治安維持法、出版法、新聞紙法等の警察裁量の大きな多くの取締法規を有し、それらを執行するにあたっては、行政警察規則、行政執行法、違警罪即決例等による強大な権限を与えられていたこと。③警察組織は、内務省を中心とした中央集権体制がとられていたほか、地域にあつては、派出所および駐在所を中心として、戸口訪問調査等を通じた地域監視体制が徹底させられていたこと。④イデオロギー的には、警察には、「政治」よりも上位概念として位置づけられていた「国家」もしくは「国体」を擁護する機能が担わされていたこと。

以上のような戦前の警察の問題性から、戦後の警察改革に関して、GHQは、行政警察権限を他の行政機関に委譲し、警察の任務を犯罪捜査や犯罪の予防におき、中央集権型の警察を解体して市町村の自治体警察とするという方針を示した。しかし、日本側はこれに抵抗を示し、特高警察を警備公安警察として温存を図った。

三 占領前期の薬物取締関係法規は、戦時中軍事用であった麻薬が終戦を奇貨として市井に出回ることを防ぐために、それを占領軍の統制下におくことに主眼がおかれている。

四 刑事手続改革は、まず憲法改正の準備を通じて開始されることになる。GHQが示した刑事手続に関する「憲法改正案(マッカーサー草案)」は、徹底した弾劾化と適正手続の保障、被疑者・被告人の権利保障という方向性

を示していた。この草案は、日本側に大きな衝撃を与え、これを紕問的な方向に緩和するための努力が払われた。その結果、令状発付権者について、「裁判所の一員で権限を有する者」が、「司法官憲」に変更されてしまった。このねらいは、「司法官憲」の中に検察官や警察官を含ませるということであった。こうして、現在の日本国憲法の文言とほぼ同一の「憲法改正草案」がつくられた。

この令状発付権者をめぐる対立は、刑事訴訟法の立案過程でも顕在化した。すなわち、GHQ側は「司法官憲」は裁判官に限られるとしており、日本側はそれに検察官や司法警察官も含ませようとした。このようなやりとりの中で、日本側は検察官や司法警察官が強制処分をおこなうにあたって、裁判官にあらかじめ許可を得るという「事前承認制」を提示した。もともと、この事前承認制は、広汎な例外をもつため、検察官ならびに司法警察官への強制処分権限付与の延長線上に（すなわち戦前から続く検察権限強化の主張の上に）位置づけられるものである。この事前承認制は、GHQ側の強力な示唆に基づき、逮捕状や勾留状の制度へと転換していった。こうして、立案された「改正刑事訴訟法案」では、主に次のような内容が示されていた。①被疑者または被告人に弁護士選任権を有すること。②被疑者または被告人に黙秘権を保障すること。③予審を廃止すること。④逮捕、仮勾留、搜索、差押等に令状主義を採用すること。⑤緊急逮捕制度を設けること。⑥権利保釈を認めること。また、捜査段階以外では、国選弁護制度の設置、準起訴制度の設置、交互尋問制の採用、直接主義による証拠能力の制限の強化、上告審における事実審理の廃止、不利益再審の廃止、略式手続の廃止、私訴の廃止などがみられる。

この刑事訴訟法案の成立が、憲法施行に間にあわなくなったため、急遽「応急措置法」が成立した。一九四九年に刑事訴訟法が施行されるまでの間、この応急措置法によって刑事手続が運用されることになる。もともと、「応急措置法」の運用が憲法に則ってなされたとはいいいがたいように思われる。

五 次に占領後期の一九五〇年六月には「朝鮮戦争」が勃発した。このような朝鮮半島の情勢の緊迫化に伴って、日本の占領政策は大きく転換しはじめた。経済的には「朝鮮特需」による独占資本の急速な復活がみられただけでなく、政治的には再軍備と国民の民主主義的諸権利に対する攻撃がおこなわれた。すなわち、占領軍は一九五〇年七月に吉田茂（首相）宛の書簡によって、「警察予備隊」の設立を指示した。これは国内外の世論を考慮して警察の増員を認めるという偽装が施されていたが、実際の中身は軍隊であった。そして、「警察予備隊」は、「保安隊」（一九五二年）、そして「自衛隊」（一九五四年）へと改組・拡充されていった。また、朝鮮戦争が近づくにつれて、占領軍による民主勢力への弾圧はさらに強まり、労働者の権利の制限を中心とした法整備がすすめられた。これらは占領軍の指示によるものであったが、このような占領管理としての管理法体系の諸法令と、ポツダム宣言の国内法的表現としての憲法体系との間には、大きな矛盾が生じることになった。

六 日本側の意図した天皇制警察を温存した形での警察改革は、GHQの指示によって挫折させられた。新制警察は、一九四七年「警察法」のもとで、行政警察権限を他の行政機関に委譲し、警察の任務を犯罪捜査や犯罪の予防におき、中央集権型の警察を解体して市町村を中心とする自治体警察として出発することになった。また、戦前の特高警察活動には不可欠であった「治安警察法」、「違警罪即決例」、「行政執行法」、「警察犯処罰令」が相次いで廃止され、一九四八年「警察官等職務執行法」等によってかわられた。したがって、日本側が企図した天皇制警察の理念および組織を温存した形での警察活動は不可能となった。（もっとも、警備公安警察は巧妙に存置させられている。）

一九四七年「警察法」のもとで、天皇制警察にかわる理念として、警察関係者によって持ち出されたのが「能率化」の理念であった。朝鮮戦争の勃発や大衆運動の昂揚にともない、とりわけ警備公安警察活動にとって、自

治体警察は非能率的であるという口実を前面に押し出すことにより、警察当局は、中央集権化をめざして、一九四七年「警察法」の全面改正をもくろむことになる。

七 占領後期の薬物取締関係法規が制定された背景には、「国際社会への復帰」という政治的願望があった。他方で、占領後期の薬物取締関係法規の特徴として、次の点をあげることができる。①一九四八年「麻薬取締法の一部を改正する法律」により、司法警察員たる麻薬取締員制度が設けられ、当該所属の都道府県外においても活動しうるものとされたこと。②一九五〇年「麻薬取締法及び大麻取締法の一部を改正する法律」では、麻薬の喪失、盗難、所在不明時の麻薬取扱者による届出先が都道府県知事から厚生大臣に変更され、また、麻薬取扱者に業務停止を命じることができ、麻薬取扱者に必要事項を報告させる権限を有する者、麻薬取締に関する立ち入り調査権を有する者から、それぞれ都道府県知事が外され厚生大臣に限られたこと。③同じく一九五〇年「麻薬取締法及び大麻取締法の一部を改正する法律」では、麻薬取締にあたる都道府県の「麻薬取締員」は、厚生省直轄の「麻薬取締官」と身分が改められ、各都道府県に駐在するものとされたこと。以上の特徴につき、次のように評価できよう。この期においては、警察関係者は市町村自治体警察を否定的に評価して、中央集権化を指向していた。そのような状況の中で、薬物取締関係法規については、厚生大臣を中心とした中央集権的な権限強化が図られ、また自治体警察制度が実質的に骨抜きにされうるような、広域で活動する「麻薬取締員」あるいは「麻薬取締官」設置などの法改正がおこなわれている。この点に着目すれば、この期においても薬物取締関係法規は、治安体制強化の一翼を担ったと評価しえよう。

八 一九四八年に現行の「刑事訴訟法」は公布された。(施行は一九四九年一月一日である。)立案関係者は戦前の刑事手続の厳しい反省の上に立ち、新しい刑事訴訟法の基本原理として、「憲法化」、「アメリカ法化」、「当事者主

義化」、「捜査の適正化」を掲げたといわれる。

しかし、立案関係者の以上のような「思い」は、刑事訴訟法を実際に運用する人々、すなわち、裁判官、検察官、弁護士にはほとんど届かなかったといつてよい。何よりの問題は、戦前の糺問主義的刑事裁判を担い、天皇の官吏であった裁判官ならびに検察官の大半がそのまま残ったことである。裁判官、検察官、弁護士のいずれも、旧憲法あるいは旧刑事訴訟法的な感覚からは脱しきれず、新刑事訴訟法立案関係者の意思とは裏腹に、依然として糺問的な刑事手続を引きずっていた。また、戦後の刑事訴訟法によって第一次捜査機関としての地位を与えられた警察にあつては、とりわけ警備公安警察部門について、戦前の天皇制警察下での理念や体制を温存しようとは画策されていた。したがって、必ずしも、新刑事訴訟法の立案者が意図するような、刑事手続の「近代化」の方向には進まなかつた。むしろ、日本国憲法の施行後であっても、警察は犯罪捜査のために、特高警察の権限として不可欠であった「行政執行法」および「行政警察規則」による不審訪問や行政検束（予防検束を含む）等の警察処分をおこないうるとの解釈さえ示されていた。

新刑事訴訟法の理論化も進められた。立案者の一人でもある団藤重光の理論は、刑事訴訟の当事者主義化こそ社会の近代化に不可欠であるとする政策的判断と、刑事訴訟の目的は職権主義のもとでいっそう実現されるといふ本質的認識の二つの契機の緊張関係の中で形成されていた。しかし、新刑事訴訟法の当事者主義に社会の近代化を担わせつつ、当事者主義化は職権主義からの重点の推移であつて本質的变化ではないと理解することは、言いかえれば、戦後刑事手続改革が、社会自体の根本的・本質的改革を必ずしも目指すものではないという、改革の限界の設定（改革自体の枠の設定）を意味することになる。

他方で、団藤重光の理論は、新刑事訴訟法の複雑な構造を反映した理論であつたという意味においてだけでは

なく、旧刑事訴訟法的な職権主義・札問型裁判に慣れた人々を、大きな異和感なしに新刑事訴訟法に引き入れる理論として、また固有の理論をまだもない進歩的な人々をも説得する理論として最適であった。但し、当時、天皇制絶対主義国家体制を支えた法律家たちの多くが、何の反省もなしにそのまま残ったという司法の状況、あるいは天皇制警察の理念や体制を温存しようと画策されていた警察の状況というものがあつた。したがって、このような司法および警察の状況に照らせば、団藤重光の理論は、社会の近代化ではなく、むしろ戦前の体制の温存に寄与する危険性を内包していたとも考えられよう。このことは、団藤重光自身が、戦後刑事手続改革が、社会自体の根本的・本質的改革を必ずしも目指すものではないという粹を自ら設定するところからも裏付けられよう。

そして、戦後刑事手続の当事者主義化を試みた団藤重光にあつても、捜査の段階にまで当事者主義が及ぶという発想は、まだ十分ではなかつた。もつとも、団藤重光は、刑事訴訟の当事者主義化を政策的判断としてとらえ、刑事訴訟の目的は、職権主義のもとでいっそう実現されるものと理解していた。したがって、団藤重光の理論から、捜査段階の完全なる当事者主義化というものが導き出されることは、本来的にありえなかつたということにもなる。

この期の捜査実務では、おとり捜査が一つの争点となつた。おとり捜査を肯定する論拠として、アメリカの判例理論がその一つとされていることに注目しなければならない。現行刑事訴訟法立案関係者が、刑事手続の「アメリカ法化」を意図していたことは前述のとおりである。そこにいう「アメリカ法化」とは、「新憲法における英米法的刑事手続の指針を受けて、憲法上の人身の自由に関する内実を個別規定として具現化するとともに、予審の廃止、捜査の規制（令状主義の徹底、身柄拘束の制限および権利保釈）、黙秘権の保障、弁護人制度の拡充・強化、訴因制度の導入と起訴状一本主義の実施、交互尋問制の採用と被告人訊問の廃止、伝聞証拠排除や自白の規

制等の証拠法則の確立、控訴審の事後審化、不利益再審の廃止など、重要な改革を実現した」ことを意味した。これらの改革は、確かに憲法および刑事訴訟法の規定上は、不十分な部分もあると指摘されるものの、実現している。しかし、当時、天皇制絶対主義国家体制を支えた法律家たちの多くが、何の反省もなしにそのまま残ったという司法の状況、あるいは天皇制警察の理念や体制を温存しようとする画策されていた警察の状況というものがあつた。そのような状況の中で、運用面において必ずしも現行刑事訴訟法立案関係者が意図した「アメリカ法化」の趣旨が十分に反映されないままに、ここでは逆方向での「アメリカ法化」、すなわち捜査権限の拡大や捜査の密行化という方向で「アメリカ法化」されているのである。

注

- (1) 渡辺洋三『法社会学の課題』(東京大学出版会、一九七四年) 九三頁以下、内田博文『刑法学における歴史研究の意義と方法』(九州大学出版会、一九九七年) 四〇頁を参照。本節の記述は、渡辺洋三ほか編『現代日本法史』(岩波新書、一九七六年) 一一頁以下、渡辺洋三『戦後日本の民主主義』(労働旬報社、一九九一年) 二五頁以下、同『社会と法の戦後史』(青木書店、二〇〇一年) 六二頁以下、中山研一『現代社会と治安法』(岩波新書、一九七〇年) 七一頁以下、法政大学大原社会問題研究所編『新版 社会・労働運動大年表』(労働旬報社、一九九五年) を参照した。
- (2) 戦前の警察を分析したものとしては、潮見俊隆『渡辺洋三「戦前における日本の警察」戒能通孝編『警察権』(岩波書店、一九六〇年) 五二頁以下、広中俊雄『戦後日本の警察』(岩波新書、一九六八年) 一〜二四頁、大日方純夫『天皇制警察と民衆』(日本評論社、一九八七年)、同『日本近代国家の成立と警察』(校倉書房、一九九二年)、同『警察の社会史』(岩波新書、一九九三年)、同『近代日本の警察と地域社会』(筑摩書房、二〇〇〇年)、萩野富士夫『増補 特高警察体制史——社会運動抑圧取締の構造と実態——』(せきた書房、一九八八年) などがある。ここでの記述もこれらによっている。
- (3) 渡辺治『現代警察とそのイデオロギー』講座現代資本主義国家編集委員会編『講座現代資本主義国家 第2巻 現代日本の国家構造』(大月書店、一九八〇年) 二二九〜二三〇頁を参照。同論文は、警察の中に流れる「イデオロギー」に着目した歴

- 史分析をおこなっており、きわめて重要な文献である。本稿における警察の分析も、方法論など同論文によるところが大きい。
- (4) 自治大学校編『戦後自治史区(警察および消防制度の改革)』(一九六七年)七〜八頁を参照。
- (5) 東久邇稔彦(内閣総理大臣)および山崎巖(内務大臣)の発言。自治大学校編・前掲『戦後自治史区(警察および消防制度の改革)』二二〜二三頁を参照。
- (6) 渡辺・前掲『現代警察とそのイデオロギー』二二二頁を参照。
- (7) この覚書については、国家地方警察本部総務部企画課編『警察制度改革の経過 資料篇 上』(警察協会、一九五〇年)二六頁以下に掲載がある。
- (8) 警察力の増強については、一九四五年一〇月二日にGHQから正式に拒絶された。自治大学校編・前掲『戦後自治史区(警察および消防制度の改革)』九頁を参照。
- (9) 宮内裕「警察機構——その機能的側面からの一考察——」法学論叢六一巻五号(一九五五年)二七頁を参照。
- (10) 自治大学校編・前掲『戦後自治史区(警察および消防制度の改革)』二二頁を参照。
- (11) これについては、国家地方警察本部総務部企画課編・前掲『警察制度改革の経過 資料篇 上』九九頁以下に掲載がある。
- (12) 国家地方警察本部総務部企画課編・前掲『警察制度改革の経過 資料篇 上』一六七〜一六九頁を参照。
- (13) 国家地方警察本部総務部企画課編・前掲『警察制度改革の経過 資料篇 上』二〇〇頁以下を参照。
- (14) この期のGHQ内部の警察改革構想を分析したものととして、竹前栄治「戦後警察の成立過程(アメリカの対日警察改革構想)」中央公論一〇七〇号(一九七六年)一九〇頁以下、古川純「警察改革——民政局(GS)と公安課(PSD/CIS)の対立を中心に」法学セミナー増刊『現代の警察「日本警察の実態と理論」』(日本評論社、一九八〇年)一九二頁以下、三浦陽一「占領下警察改革の一断面——一九四七年九月一六日付マッカーサー書簡の成立過程——」歴史学研究四九八号(一九八一年)三五頁以下、小倉裕児「一九四七年警察制度改革と内務省、司法省」経済系(関東学院大学)一八五集(一九九五年)六七頁以下、同「マッカーサーと47年警察改革」経済系(関東学院大学)一八八集(一九九六年)一七四頁以下などがある。また、GHQが警察制度を検討した文書として、連合国最高司令部民政局(鶴飼信成註・奥平康弘訳)「日本警察制度の再編成(二)」「警察研究二五巻三号(一九五四年)一〇頁以下、同二五巻四号(一九五四年)三五頁以下、荒敬(解説・訳)『GHQ日本占領史 第一五巻 警察改革と治安政策』(日本図書センター、二〇〇〇年)がある。
- (15) 同報告書については、内務省警保局『警察制度に関する司令部側調査報告』(一九四七年)一頁以下に掲載されているもの

- によった。
- (16) 同報告書については、内務省警保局・前掲『警察制度に關する司令部側調査報告』九五頁以下に掲載されているものによつた。なお、以下で組織名等の和訳は同書に掲記のままにした。
- (17) 原文および訳ともに、国家地方警察本部総務部企画課編・前掲『警察制度改革の経過 資料篇 上』一八八頁以下に掲載がある。
- (18) 例えば、高橋雄豺「過去の警察への反省(一)(二・完)——革新の準備として——」警察研究一八卷三号(一九四七年)一七頁以下、同一八卷四〇五号(一九四七年)二四頁以下では、従来の警察の問題点として、「警察の意義の不明確」、「制度の偏重」、「幹部の過度の異動」、「過度の中央集権」、「実務の軽視」、「民衆の無関心」があげられているにすぎない。
- (19) 秦野章「警察の機能と犯罪捜査」警察研究一八卷七〇八号(一九四七年)二二頁以下を参照。
- (20) 秦野章「警察犯處罰令の性格と改正問題」警察研究一八卷一〇号(一九四七年)二五頁以下を参照。
- (21) 広中・前掲『戦後日本の警察』四一、四二頁を参照。また、杉本守義『警備警察の基本問題』(警察図書、一九五一年)六五頁も参照。
- (22) 福島新吾「戦後日本の警察と治安」社会科学研究五卷一号(一九五四年)三一頁を参照。
- (23) 荻野富士夫『戦後治安体制の確立』(岩波書店、一九九九年)二四頁を参照。一九四六年八月にはこの事務は、違反者の検挙を除いて内務省調査局に移管される。
- (24) 終戦連絡中央事務局政治部内務課編『警察に關する聯合國指令集』(ニユース社、一九四七年)一五〇頁を参照。
- (25) 杉本守義「集團的不法行爲等に對する警備措置に就て(一)(二)」警察研究一九卷二号(一九四八年)三〇頁以下、同一九卷三号(一九四八年)二七頁以下を参照。
- (26) もっとも、第一審の東京地判一九四六年一月二日は、不敬罪による起訴を排し、「名誉毀損罪」(刑法第二三〇条第一項)により被告人を有罪とした。控訴審である東京高判一九四七年六月二八日は、「大赦令」(一九四六年一月三日 勅令第五一一号)により被告人を免訴にするとした。上告も棄却され、これは確定した。最大判一九四八年五月二六日 刑集二卷六号五二九頁。この間の背景事情については、D・J・ダネルスキー(早川武夫訳)「プラカード事件をめぐる法と政治(上)(下)——不敬罪はいかにして廃止されたか」法律時報六〇卷八号(一九八八年)四〇頁以下、同六〇卷九号(一九八八年)六三頁以下を参照。

- (27) 広中・前掲『戦後日本の警察』四八頁を参照。
- (28) 「マッカーサー元帥の内閣総理大臣宛書簡」以後の警察法案については、国家地方警察本部総務部企画課編・前掲『警察制度改革の経過』資料篇 上』二七三頁以下を参照。
- (29) 以下、本稿で引用する条約、法律、規則、政令、省令、訓令、告示については、特に断らない限り、それらが公布された当該年月の『法令全書』によった。
- (30) 広中・前掲『戦後日本の警察』五九頁以下、宮内・前掲『警察機構——その機能的側面からの一考察——』三三三～三四頁、福島・前掲『戦後日本の警察と治安』四〇頁以下を参照。
- (31) 広中・前掲『戦後日本の警察』五九頁、渡辺・前掲『現代警察とそのイデオロギー』二二三頁を参照。
- (32) 国家地方警察本部総務部企画課編・前掲『警察制度改革の経過』資料篇 上』三三五、三七〇頁を参照。
- (33) 広中・前掲『戦後日本の警察』五五～五七頁を参照。
- (34) 上原誠一郎「警察官等職務執行法について(下)」警察研究二〇巻三号(一九四九年)四八頁。これに対して、広中・前掲『戦後日本の警察』六七頁以下は、この法律は、警備公安警察によって濫用される可能性があるとし、「警備情報収集活動」については、非合法手段がとられていたので、この法律制定の影響はなかったとしている。
- (35) 山川滋ほか「〈特別座談会〉警察大学の建学の精神と今後のあり方」警察学論集二二巻五号(一九七八年)六頁(弘津恭輔発言)。
- (36) 渡辺・前掲『現代警察とそのイデオロギー』二三四頁を参照。
- (37) 山川ほか・前掲『〈特別座談会〉警察大学の建学の精神と今後のあり方』八頁(弘津発言)。
- (38) 弘津恭輔『新しき警察のために——國家と警察——』(立花書房、一九四九年)七八～七九頁。
- (39) 弘津・前掲『新しき警察のために——國家と警察——』四五頁。また、同書一八～一九頁も参照。
- (40) 弘津・前掲『新しき警察のために——國家と警察——』四四～四五頁。このような考え方が、個々の警察官に与える影響については、広中俊雄『日本の警察(新装版)』(東京大学出版会、一九七七年)二六二頁以下を参照。
- (41) この政令は、日本国憲法に違反しないかどうかという点については、「連合國最高司令官がポツダム宣言又は降伏文書の條項を実施するため必要なりとして命ずることに對しては、單なる法理論の立場からその適法不適法を論議することができないのである」と述べられている。吉橋敏雄「團體等規正令逐條解説」警察研究二〇巻五号(一九四九年)三〇頁。もっとも、

GHQの意向と警察の方針は一致していたというべきであろう。

- (42) 福島・前掲「戦後日本の警察と治安」六七頁以下を参照。
- (43) 広中・前掲『戦後日本の警察』九四頁以下は、「陛下の警察官」に代わって用いられた理念は、「国家」であったと分析している。この理念は、同書の表現をみる限りでは、対内的なものであったと思われる。本稿における分析は、渡辺・前掲「現代警察とそのイデオロギー」二三五頁を参考にしている。
- (44) 杉本守義「特高警察の組織と運用(完)——特高傍観記——」ジュリスト一五号(一九五二年)四三頁。
- (45) 杉本守義「特高警察に似而非なるもの」警察研究二二巻六号(一九五〇年)三一〜三二頁。
- (46) 杉本・前掲「特高警察に似而非なるもの」四〇頁。
- (47) 渡辺・前掲「現代警察とそのイデオロギー」二三五〜二三六頁を参照。
- (48) 国家地方警察本部総務部企画課編『警察制度改革の経過 資料篇 下』(警察協会、一九五〇年)七二九頁。
- (49) 土屋正三「新警察法案批判(上)」警察研究一八巻二二号(一九四七年)三六〜三八頁は、このような二本立ての非能率性を端的に指摘していた。
- (50) 桐山隆彦「警察法改正私見」警察研究二三巻八号(一九五二年)四六〜四七頁。
- (51) 桐山・前掲「警察法改正私見」五二頁。
- (52) 小倉裕児「占領政策の転換と警察改革——マッカーサーの政治指導は変質したか——」経済系(関東学院大学)一九〇集(一九九七年)九二〜九三頁注(七四)によれば、実際には住民投票をせずに廃止された例もあった。
- (53) 広中・前掲『戦後日本の警察』八一頁を参照。
- (54) 福島・前掲「戦後日本の警察と治安」五六頁、星野安三郎「警察制度の改革」東京大学社会科学研究所戦後改革研究会(編)『戦後改革 3 政治過程』(東京大学出版会、一九七四年)三三八頁以下を参照。
- (55) 第一〇回国会衆議院地方行政委員会(一九五一年五月一日)における発言。警察庁長官官房総務課編『警察制度改革の経過 資料編 続Ⅱ(上巻)』(一九六〇年)三二七〜三二八頁を参照。
- (56) ①については、法案の段階では、国家地方警察本部長官および特別区警察の警察長(警視総監)の任免権は内閣総理大臣に帰属させられ、その任免にあたって内閣総理大臣が公安委員会(国家公安委員会および特別区公安委員会)の意見を聴くものとされていたのが修正された。警察庁長官官房総務課編・前掲『警察制度改革の経過 資料編 続Ⅱ(上巻)』八一、八七頁

を参照。

(57) 第一三回国会衆議院地方行政委員会(一九五二年五月三〇日)での発言。警察庁長官官房総務課編・前掲『警察制度改革の経過』資料編 続Ⅱ(上巻)『一二二七頁を参照。』

(58) 第一三回国会参議院地方行政・法務連合委員会(一九五二年七月二二日)における発言。警察庁長官官房総務課編・前掲『警察制度改革の経過』資料編 続Ⅱ(上巻)『一四七九頁を参照。』

(59) これらについては、終戦連絡中央事務局政治部内務課編・前掲『警察に関する聯合國指令集』三九八頁以下に全文の掲載がある。

(60) 当時の事情として、次のように述べるものがある。「戦争後司令部、アメリカ軍が入ってきて、相当きびしくやった。きびしくやったというのは、結局、自分たちが中毒になるのがこわかったということ、それからもう一つは、内地で二〇〇〇町歩も栽培していると同時に、朝鮮なり満州なりで相当アヘンを栽培していたから、日本は麻薬を一つの国策としてやっていたのじゃないかというふうな見方をしていたわけですね。そうして、来て一番さきの仕事として麻薬を徹底的に押えるということで、軍の病院あるいは医療機関というものは、ずいぶん押えられた」。久万楽也ほか「座談会 麻薬犯罪——その実態と対策——」ジュリスト二七三号(一九六三年)三三三頁(久万楽也発言)。

(61) 但し、大麻取締法制定に関しては、次のような状況があったとされる。「大麻草といえは、わが国では戦前から麻繊維をとるために栽培されていたもので、これが麻薬の原料になるなどということは少なくとも一般には知られていなかったようである。したがって、終戦後、わが国が占領下に置かれていた当時、占領軍当局の指示で、大麻の栽培を制限するための法律を作れといわれたときは、私どもは、正直なところ異様な感じを受けたのである。先方は、黒人の兵隊などが大麻から作った麻薬を好むので、ということであったが、私どもは、なにかのまちがいはないかとすら思ったものである。大麻の『麻』と麻薬の『麻』がたまたま同じ字なのでまちがえられたのかも知れないなどというじょうだんまで飛ばしていたのである。私たち素人がそう思ったばかりでなく、厚生省の当局者も、わが国の大麻は、従来から国際的に麻薬植物扱いされていたインド大麻とは毒性がちがうとあって、その必要性にやや首をかしげていたようである。従前から大麻を栽培してきた農民は、もちろん大反対であった」。林修三「大麻取締法と法令整理」時の法令五三〇号(一九六五年)二〇〇〜二二頁。

(62) 「麻薬取締官」の職務内容等その実態については、今日に至るまでほとんど明らかにされていない。鈴木陽子「麻薬取締官」(集英社新書、二二〇〇年)は、元麻薬取締官による著作であり、詳細ではないが、その一端を窺うことができる。

- (63) この後、朝日新聞一九四九年一月二三日で、「近ごろヒロポン禍が全国的傾向となり、厚生省では東京、大阪、四國、九州から正式に『販賣禁止』の要望があるので、目下『製造禁止』を薬事審議会で検討している」という報道がなされた。朝日新聞社編『朝日新聞縮刷版 三四〇号』（朝日新聞社、一九四九年）五二頁を参照。しかし、実際に製造禁止となったかどうかは確認できなかった。
- (64) 法務府法制意見第二、三、四局「再開第一〇回国会で成立した法律の解説」法律のひろば四卷八号（一九五一年）三八頁。
- (65) 西尾善吉郎「麻薬のはなし」法律のひろば三卷六号（一九五〇年）二六頁。
- (66) この文書は、終戦連絡中央事務局政治部内務課編・前掲『警察に関する聯合國指令集』三八頁以下に掲載されている。
- (67) 高柳賢三ほか（編）『日本国憲法制定の過程Ⅰ 原文と翻訳——連合司司令部側の記録による——』（有斐閣、一九七二年）九頁を参照。
- (68) 高柳ほか（編）・前掲『日本国憲法制定の過程Ⅰ 原文と翻訳——連合司司令部側の記録による——』九頁を参照。
- (69) 高柳ほか（編）・前掲『日本国憲法制定の過程Ⅰ 原文と翻訳——連合司司令部側の記録による——』二九頁。なお、引用中「」内は同書の編者が補った部分を示す。
- (70) 高柳ほか（編）・前掲『日本国憲法制定の過程Ⅰ 原文と翻訳——連合司司令部側の記録による——』二二九～二三四頁。なお、引用中「」内は、同書の編者が補った部分、また《》内は、後に正式記録にする際に削除するよう指示された部分を示す。
- (71) 高柳ほか（編）・前掲『日本国憲法制定の過程Ⅰ 原文と翻訳——連合司司令部側の記録による——』二二三～二二五頁を参照。
- (72) 高柳ほか（編）・前掲『日本国憲法制定の過程Ⅰ 原文と翻訳——連合司司令部側の記録による——』二八一～二八三頁を参照。なお、引用中「」内は、同書の編者が補った部分を示す。この「マッカーサー草案」の中では、「民政局長のための覚え書き（人権の章についての小委員会案）」から比べると、陪審裁判に関する規定、逃亡犯罪人に関する規定が削除されている。陪審裁判に関する規定の動向については、佐伯千仞「陪審裁判の復活はどのように阻止されてきたか」立命館法学二五五号（一九九七年）一頁以下を参照。
- (73) 小田中聰樹『現代刑事訴訟法論』（勁草書房、一九七七年）五〇頁を参照。
- (74) 草案の条文については、刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（六）」法学協会雑誌九二卷五号（一九七五年）

- 一〇三頁〔小田中聰樹〕を参照。
- (75) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(七)」法学協会雑誌九二巻六号(一九七五年)一〇二頁以下〔小田中聰樹〕を参照。
- (76) 小田中・前掲『現代刑事訴訟法論』六〇頁を参照。なお、刑事訴訟法制定過程研究会・前掲「刑事訴訟法の制定過程(六)」一〇八頁以下〔小田中〕に主要部分の和訳が掲載されている。
- (77) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲「刑事訴訟法の制定過程(六)」一〇八頁〔小田中〕を参照。
- (78) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(八)」法学協会雑誌九二巻七号(一九七五年)一〇二〜一〇三頁〔小田中聰樹〕を参照。
- (79) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲「刑事訴訟法の制定過程(八)」一一三頁以下〔小田中〕に全文の掲載がある。なお、ここでは強制処分権は検察官に付与されることとされ、陪審制も不採用となっている。この点につき、小田中・前掲『現代刑事訴訟法論』六五頁を参照。
- (80) この間の議論につき、小田中・前掲『現代刑事訴訟法論』六五〜六七頁を参照。
- (81) 小田中・前掲『現代刑事訴訟法論』六七〜六八頁を参照。
- (82) この間の議論につき、小田中・前掲『現代刑事訴訟法論』六八頁を参照。
- (83) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(九)」法学協会雑誌九二巻一〇号(一九七五年)一二六頁以下〔小田中聰樹〕に全文の掲載がある。
- (84) 検察権限強化を目指すものとして、例えば、小野清一郎「豫審制度の根本的改革に付て」法学協会雑誌五三巻四号(一九三五年)一頁以下は、公判前手続の単純・迅速化による取調べの徹底化とその重複の防止、および人権蹂躪根絶のために検察官に強制処分権を付与し、その責任を意識させ、濫用を戒めることを目的として、予審の廃止を主張する。また、出射義夫「検察制度に關する各種改革案と其の批判(一)(二・完)」法曹会雑誌一六巻一二号(一九三八年)一頁以下、同一七巻二号(一九三九年)六七頁以下は、国家体制の強化のために国家(検察官)による捜査権を認めるべきであり、予審はこれと重複するため不要であるとする。予審を人権蹂躪の温床とする立場の者は、後に検察権限強化反対、予審存置、予審弾劾化という主張に統一されていった。小田中・前掲『現代刑事訴訟法論』三一頁を参照。
- (85) 日本側が示した説得文書として、一九四六年八月一六日付「捜査機関及びその権限について(二)」がある。これは、刑事

訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(一一二)」法学協会雑誌九三卷三号(一九七六年)一一一〜一二二頁〔小田中聰樹〕に収められている。

(86) 日本側は、一九四六年八月三〇日付で、「刑事訴訟法の改正に対する二、三の点について」と題する文書を提出している。刑事訴訟法制定過程研究会・前掲「刑事訴訟法の制定過程(一二二)」一二二〜一二四頁〔小田中〕を参照。

(87) 小田中・前掲『現代刑事訴訟法論』七四頁を参照。

(88) 第一次案につき、刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(一三三)」法学協会雑誌九三卷四号(一九七六年)一四〇頁以下〔小田中聰樹〕、同「刑事訴訟法の制定過程(一四四)」法学協会雑誌九三卷五号(一九七六年)一四五頁以下〔小田中聰樹〕を参照。

(89) 第二次案につき、刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(一四五)」法学協会雑誌九五卷八号(一九七八年)九八頁以下〔小田中聰樹〕を参照。

(90) 第三次案につき、刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(一五六)」法学協会雑誌九五卷九号(一九七八年)一二三頁以下〔小田中聰樹〕を参照。

(91) 小田中・前掲『現代刑事訴訟法論』七六頁。

(92) 団藤重光「刑事裁判と人権」公法研究三五号(一九七三年)一〇二〜一〇三頁を参照。なお、ブレイクモアの提案については、刑事訴訟法制定過程研究会・前掲「刑事訴訟法の制定過程(一五六)」一二三頁以下〔小田中〕に掲載がある。

(93) 第四次案につき、刑事訴訟法制定過程研究会・前掲「刑事訴訟法の制定過程(一五六)」一五八頁以下〔小田中〕を参照。

(94) 第五次案につき、刑事訴訟法制定過程研究会・前掲「刑事訴訟法の制定過程(一五六)」一六〇頁以下〔小田中〕を参照。

(95) 第六次案につき、刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(二七)」法学協会雑誌九五卷一二号(一九七八年)五〇頁以下〔小田中聰樹〕、同「刑事訴訟法の制定過程(二八)」法学協会雑誌九六卷一号(一九七九年)七五頁以下〔小田中聰樹〕、同「刑事訴訟法の制定過程(一九)」法学協会雑誌九六卷二号(一九七九年)七五頁以下〔小田中聰樹〕を参照。

(96) 「応急措置法」の制定過程については、刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(二〇)」法学協会雑誌九七卷五号(一九八〇年)一〇六頁以下〔松尾浩也〕を参照。また、立案関係者自らが解説するものとして、團藤重光「刑事新立法について——とくに、檢察廳法と刑訴應急措置法について(二)(二・完)」法律時報一九卷五号(一九四七年)三七頁以下、同一九卷六号(一九四七年)一八頁以下を参照。

- (97) 小田中・前掲『現代刑事訴訟法論』八〇頁を参照。
- (98) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲「刑事訴訟法の制定過程(二〇)」一一八頁注(二)〔松尾〕。
- (99) 小田中・前掲『現代刑事訴訟法論』八二頁を参照。
- (100) 事件発生直後の実況見分から第一審判決までは、確定判決記録一〜五冊を参照。なお、大出良知「福岡事件とは」月報司法書士三四六号(二〇〇〇年)三四頁以下に事件の概要と争点が簡潔に整理されている。
- (101) なお、改正刑事訴訟法第七次案以降については、資料的に必ずしも明らかではない。刑事訴訟法制定過程研究会による連載は、「応急措置法」の制定過程を検討した後、「検察庁法」の制定過程の検討の途中で、すなわち、刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(二三)」法学協会雑誌九九卷一二号(一九八二年)一三〇頁以下〔三井誠〕を最後に中止されている。この点、小田中・前掲『現代刑事訴訟法論』一〇〇頁以下で団藤重光所蔵資料等に基づく検討がなされている。
- (102) 同法の施行は一九四九年一月一日である。なお、「刑事訴訟法施行法」(一九四八年二月一八日 法律第二四九号)により、原則として一九四八年「刑事訴訟法」施行前に公訴の提起があった事件については、旧刑事訴訟法および応急措置法によることとされた。この「刑事訴訟法施行法」の解説として、野木新一「刑事訴訟法施行法逐條解説」警察研究二〇卷二号(一九四九年)一四頁以下がある。
- (103) 梅田豊「我が国の刑事訴訟法における強制処分規定の変容とひずみ——予審再評価のための一試論——」法政理論二五卷四号(一九九三年)五三頁以下を参照。
- (104) 三井誠「戦後刑事手続の軌跡」岩村正彦ほか編『現代の法5 現代社会と司法システム』(岩波書店、一九九七年)六七頁以下を参照。
- (105) 三井・前掲「戦後刑事手続の軌跡」九〇〜九二頁を参照。
- (106) 横山晃一郎『憲法と刑事訴訟法の交錯』(成文堂、一九七七年)一〇頁を参照。
- (107) 青木英五郎著作集刊行委員会編『青木英五郎著作集I 裁判官の法意識』(田畑書店、一九八六年)一八頁以下を参照。ここでは、さらに次のように述べられている(同書三三三頁)。「現在の裁判所には、旧憲法の哲学をもった裁判官と、新憲法の哲学をもった裁判官とが不連続線をなしているといわれます。新憲法の哲学をもった裁判官とは、大体戦後に新しく裁判官になった人と考えてよろしいでしょう。問題は、これら戦後の裁判官が、戦前からの裁判官によってスポイルされるおそれがある、ということにあります。ご承知のように、裁判官の官僚的統制は、次第に強化される傾向があります。そういう状況において、

戦後の裁判官をスポイルさせないで、将来の大成を期待するということは、まことに重要な問題であろうと考えます。将来の日本の裁判所は、これら戦後の新しい裁判官が、旧憲法的な法意識に対して示す抵抗の度合にかかっているのではないかと考えられるのであります。なお、初出は一九六二年である。

(108) 横山・前掲『憲法と刑事訴訟法の交錯』一一頁を参照。

(109) 亀山継夫「刑事司法システムの再構築に向けて——主として検察の立場から見た『新刑訴』の回顧と展望——」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 下巻』(有斐閣、一九九八年)一四頁。

(110) 横山・前掲『憲法と刑事訴訟法の交錯』一二頁を参照。

(111) 但し、広範な伝聞例外の規定(刑事訴訟法第三二一条以下)は、戦時の特例法である「戦時刑事特別法」(一九四二年二月二四日 法律第六四号)の名残である。佐伯千仞「証拠法における戦時法の残照」石松竹雄判事退官記念論文集『刑事裁判の復興』(勁草書房、一九九〇年)一〇七頁以下を参照。

(112) 小野清一郎ほか「『座談会』新刑訴における証拠法」法律時報二二卷一〇号(一九五〇年)七〇八頁(小野清一郎発言)。なお、旧刑事訴訟法下における弁護活動については、春日勉「弁護権の歴史的考察——明治・大正期を中心として——」九大法学七七号(一九九九年)三一五頁以下に詳細な分析がある。

(113) これについては、警察庁長官官房総務課編『警察制度改革の経過 資料編 続I』(一九五六年)七九四頁以下に掲載がある。

(114) これについては、警察庁長官官房総務課編・前掲『警察制度改革の経過 資料編 続I』三四四頁以下に掲載がある。

(115) 「犯罪捜査規範の制定実施について通知」(一九五〇年四月二七日発 刑第一一号 国家地方警察本部次長)を参照。これについては、渡井千年「齋藤晴次「訓令通牒」警察研究二二卷七号(一九五〇年)七三頁以下に掲載がある。

(116) 秦野・前掲「警察の機能と犯罪捜査」二二頁以下を参照。なお、個々の警察官の人権意識については、広中・前掲『日本の警察(新装版)』一九九頁以下、および同書八五頁以下を参照。

(117) 團藤重光「新刑事訴訟法と当事者主義」法律時報二〇卷九号(一九四八年)一〇〇―一一頁。

(118) 團藤・前掲「新刑事訴訟法と当事者主義」一一―一二頁。

(119) 横山・前掲『憲法と刑事訴訟法の交錯』七〇八頁を参照。

(120) 團藤重光『新刑事訴訟法綱要』(弘文堂書房、一九四八年)二二二頁。

- (121) 宮下明義『新刑事訴訟法逐條解説Ⅱ 捜査・公訴』(司法警察研究会公安発行所、一九四九年)四八〜四九頁。もつとも、このような団藤重光や宮下明義のような当事者主義的理解は、必ずしも当時の日本側関係者の間で共有されていたわけではなかったとされる。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——」法政研究四七卷二〜四号(一九八一年)一六八〜一七〇頁を参照。
- (122) 団藤・前掲「刑事裁判と人権」一〇二〜一〇三頁。
- (123) 澤登佳人「フランス刑事訴訟法は、検察官と私訴原告人との協同による公衆訴追主義を採る」法政理論一六卷一号(一九八三年)二二六頁以下、梅田・前掲「我が国の刑事訴訟法における強制処分規定の変容とひずみ——予審再評価のための一試論——」六一頁以下を参照。
- (124) 青柳盛雄ほか「《座談会》捜査と新刑訴」法律時報二二卷一〇号(一九四九年)三頁(馬場義續発言)。
- (125) 青柳ほか・前掲「《座談会》捜査と新刑訴」四頁以下を参照。
- (126) なお、広義では、組織犯罪やテロ・グループ等の内偵のために投入される者も「おとり」と呼ばれる。寺崎嘉博「おとり捜査」松尾浩也Ⅱ井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第六版)』(有斐閣、一九九二年)二四頁を参照。ここではさしあたり、「おとり捜査」を、「捜査官またはその協力者がおとりとなって犯罪を誘発し、その実行を待ってその者を検挙する方法」としておく。福井厚「おとり捜査」松尾浩也Ⅱ井上正仁編『刑事訴訟法の争点(新版)』(有斐閣、一九九一年)九〇頁。
- (127) 鈴木茂嗣「おとり捜査」我妻栄編『刑事訴訟法判例百選』(有斐閣、一九六五年)一八頁、吉川経夫「おとり捜査」我妻栄編『判例百選(第二版)』(有斐閣、一九六五年)一六八頁、福井・前掲「おとり捜査」九〇頁を参照。
- (128) 田中政義「捜査に関する若干の考察」判例タイムズ一四号(一九五一年)三七頁。
- (129) 羽山忠弘「『おとり』捜査に就いて」警察学論集四卷五号(一九五一年)二七頁。
- (130) 羽山・前掲「『おとり』捜査に就いて」二五〜二七頁を参照。
- (131) 田宮裕「捜査総説」佐伯千仞Ⅱ団藤重光編『総合判例研究叢書 刑事訴訟法(16)』(有斐閣、一九六五年)四七頁を参照。なお、以下のおとり捜査に関する判例の整理にあたっては、同論文を参考にした。
- (132) この他、無罪判決として、横浜地判一九五一年七月一七日(判例集未登載)、横浜地判一九五一年一〇月二一日(判例集未登載)等がある。なお、判例集未登載の両横浜地裁判決については、田中政義「捜査に関する諸問題——判例を中心として——」法学新報五九卷二号(一九五二年)九頁以下に紹介がある。

- (133) 例えば、東京高判一九五一年八月八日 高刑集四卷九号一一一〇頁、東京高判一九五一年九月二六日 高刑集四卷一三号 一八〇七頁、東京高判一九五二年三月一八日 高裁判事判決特報二九号八七頁などを参照。
- (134) 田宮・前掲「捜査総説」五〇頁。
- (135) 田宮・前掲「捜査総説」五〇頁。
- (136) 藤岩陸郎「『おとり』と『陥穽』」警察学論集四卷一〇号(一九五一年)一九頁以下を参照。また、本田正義「おとり捜査問答」法律のひろば五卷一号(一九五二年)二五頁は、「わが国で『おとり』を使うようになったのも、アメリカがお手本らしいのだ」と述べている。
- (137) 三井・前掲「戦後刑事手続の軌跡」六九〜七〇頁。
- (138) おとり捜査に対して消極的な判例として、例えば、前掲・横浜地判一九五一年六月一九日などがある。また、同じくおとり捜査に対して消極的な学説として、例えば、團藤重光「『わな』(エントラップメント)の理論」刑法雑誌二卷三号(一九五一年)二六頁以下などがある。