

## 《書 評》

大野真義『罪刑法定主義（新訂第2版）』  
世界思想社（2014）

神 馬 幸 一

King John: Acknowledge then the King, and let me in.  
 Citizen: That can we not; but he that proves the King,  
 To him will we prove royal; till that time  
 Have we rammed up our gates against the world.

ジョン王： では、その王を認め、わしをいれるがよい。  
 市民： それはいけません。しかし、王様であることをお証しの方、  
 そのお方にわれわれは忠義の心を献げます。それが証明されるまで、  
 どのようなことがあっても、門を開くことはできません。

W. Shakespeare, *The life and death of King John*  
 シェイクスピア『ジョン王』（北川悌二訳）第2幕第1場より

## 1 本書の概要

罪刑法定主義の思想的淵源が中世イングランド社会に成立したMagna Carta<sup>1)</sup>に見出せるとした見解を我が国において、いち早く紹介したのは、瀧

---

1) 1215年6月のMagna Cartaは、イングランド王 Johnが当時の封建貴族（Baron）に強制されて承認・調印した文書である。ちなみに、このJohnは「欠地王・失地王」とも呼ばれ、イングランド史上、悪評の高い王の一人である。その失政はShakespeareにより1590年代中頃に史劇化された。冒頭で掲げた引用部分は「誰が支配者かを決めるのは、支配者ではなく、むしろ被支配者である」という現在の憲法観にも連なるかのような思想の一端が垣間見える名場面である。但し、当該史劇『ジョ

川幸辰である<sup>2)</sup>。しかし、その内容は、ドイツ人法学研究者Schottlaenderの研究<sup>3)</sup>に依拠するものとされていた。そこで、この面の考察を更に深化させるためにはMagna Cartaの原典を紐解き、そこで用いられる中世ラテン語の障壁を破る必要がある。瀧川学派を正統に継承する研究者として、その偉業を達成し、我が国の刑事法学における金字塔を打ち建てたのが著者の手による本書の初版(1980年)である。

その初版公刊後、30年余りが経過し、Magna Cartaが1215年に調印されてから、まもなく800周年<sup>4)</sup>を迎えようとする2014年において、新訂第2版が上梓

---

ン王』には、Magna Cartaに関する直接的な逸話は登場しない。その理由(謎)に関しては、小室金之助『法律家シェイクスピア』新潮社(1989)149頁以下に詳しい。ちなみにMagna Cartaは、その成立後、1215年9月に教皇Innocentius IIIにより無効が宣言されている。更に、1216年、1217年、1225年においてMagna Cartaは、その都度、内容に修正が施されながら、再交付(reissue)されてきた。現在、イングランドにおいて法的な意味で効力を有しているMagna Cartaは、この1225年再交付版が1297年の法令集(Statute Rolls)に収録されたものである。Magna Carta成立の歴史的背景に関しては、本書115頁以下参照。

- 2) 瀧川幸辰「罪刑法定主義の歴史的考察」法学論叢1巻6号(1919)56頁以下。同論文は、団藤重光ほか(編)『瀧川幸辰刑法著作集(第4巻)』世界思想社(1981)11頁以下所収。
- 3) A. Schottlaender, *Die geschichtliche Entwicklung des Satzes: Nulla poena sine lege*, Schletter'sche Buchhandlung, (1911). その序文を確認すると、当該書は、現在のフランクフルト大学(Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt a. M.)の前身であるフランクフルト社会科学・商科高等専門学校(Die Akademie für Sozial- und Handelswissenschaften zu Frankfurt a. M.)において、公法学研究室(Das öffentlich-rechtlichen Seminar)を主催していた刑事法学者B. Freudenthalに対して提出された研究報告書(Seminararbeit)であることが分かる。
- 4) 2015年のMagna Carta発布800周年を記念する著作が英米では次々と公刊され始めてきている。例えばR. J. Holland (ed.), *Magna Carta: Muse & Mentor*, Thomson West, (2014)が挙げられる。これは、米国議会図書館の協力により編集された論文集であり、米国で初となる女性連邦最高裁判事として有名なO'Conner元連邦最高裁判事をはじめ、国際的に著名な研究者・法律実務家による最新の業績が収録されて

された。その間、著書自身の罪刑法定主義論に基本的な変化はないと述べられている<sup>5)</sup>。従って、本書は、初版と第2版が公刊された間において、この課題を巡る実定法上の変化と新しい文献を加えることにより、著者における揺るぎ無い自説の強化を更に図るものであるといえよう。

## 2 本書の構成

本書は、著者が『阪大法学』において公刊した論稿6篇の内容を全5章立ての本論部分と1章分に相当する資料部分に再構成して、まとめたものである。以下、本論部分である第1章から第5章にかけての内容を紹介する。ちなみに、本書の資料部分は、中世ラテン語を著者に指導した故田中秀央（京都大学名誉教授）の主催によるMagna Cartaの翻訳研究会が1958年から59年にわたり文部省科学振興研究費の交付を受けた際、当該研究会に参加していた著者の手でまとめられたMagna Cartaに関する広範な文献解説である<sup>6)</sup>。

### (1) 第1章：罪刑法定主義の概念と系譜

本書によれば、前述したように、瀧川幸辰の論考以降、罪刑法定主義の系譜をMagna Cartaにまで遡って考察する見解（著者の自説）が通説的説明とされている。しかし、そのような通説的系譜論に対しては、従前、疑問が唱えられてきた<sup>7)</sup>。本章は、この批判の登場を契機として、Magna Cartaの歴史的意義を更に省察することにより、従前から著者が主張してきた罪刑法定主義論を補

---

おり、興味深い。

5) 本書序文viii頁参照。

6) 本書序文v頁参照。

7) 例えば、本書では、著者の直接的な執筆動機として、沢登佳人「罪刑法定主義の歴史的意義への反省」団藤重光＝平場安治＝平野龍一＝宮内裕＝中山研一＝井戸田侃（編）『佐伯千仞博士還暦祝賀：犯罪と刑罰（上）』有斐閣（1968）46頁以下、横山晃一郎「罪刑法定主義概念の再構成」団藤ほか（編）・前掲書（佐伯還暦）81頁以下が挙げられている。

説すると共に、通説的説明の妥当性を明確化しようと試みるものである。

反対説は、主として、近代法治主義の上に確立した罪刑法定主義の原則を中世イングランドの封建制を背景に成立したMagna Cartaに求めることは、理論的に困難であると主張する。また、そこでは、不文法を法源とするイングランド刑法は、慣習刑法を排斥する罪刑法定主義の派生的原則に矛盾するとして、イングランドにおける罪刑法定主義の存在自体にも疑問を投げかけている<sup>8)</sup>。

そもそも罪刑法定主義が刑法学上の大原則として、その地位を占めるに至った契機は、近代刑法学の父とされるP. J. A. v. Feuerbachにより「法律なければ刑罰なし、犯罪なければ刑罰なし、法定の刑罰なければ犯罪なし (Nulla poena sine lege. Nulla poena sine crimine. Nullum crimen sine poena legali.)」というラテン語の命題が掲げられたことによる<sup>9)</sup>。

但し、これらの命題はFeuerbach自身が主張していた「心理強制説 (Theorie des psychologischen Zwangs)」の前提として設定されたものにすぎない点に注意を要する<sup>10)</sup>。すなわち、法規範の有する心理強制作用に反した場合に限り、刑罰が科せられるべきであり、犯罪を防止する上で重要なのは、この法規範による刑罰の予告ということになる。「法律なければ刑罰なし」の命題が提示された理由は、この自由主義的な側面にある。

しかし、19世紀の後半に至り、犯罪および犯罪人に関する実証的な研究が行われるにつれてFeuerbachの提唱した心理強制説自体は、説得力を失うようになる。その一方で、この理論の前提であった「法律なければ刑罰なし」という要請だけは、その後続く近代議会制民主主義を背景にした「法律主義」を基調とする形式的原則として、その意義を有し続けることになる。

しかし、著者によると、この経緯をもって、当該原則の存在理由を単なる形

---

8) 反対説を紹介する近時の研究として、小室輝久「イングランド法と罪刑法定主義の淵源」現代刑事法31号(2001)53頁以下参照。

9) P. J. A. v. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 1. Aufl., Georg Friedrich Heyer, (1801), § 24 (=S. 20).

10) 本書9頁以下、特に14頁参照。心理強制説とは、犯罪の心理的発生原因を分析し、刑罰の予告により反対動機を形成することで犯罪の回避を試みる仮説である。

式的意義に尽きるものであると解するならば、それは妥当ではないとされる<sup>11)</sup>。確かに、そのような法律主義的な捉え方のみを強調することは、自由主義を基調とする近代刑法の大原則としての意義が罪刑法定主義から失われてしまうように思われる<sup>12)</sup>。

従って、著者によれば、この原則を支えるものは、人身の自由が確立される過程で追い求められてきた「刑事人権思想」であることが主張される<sup>13)</sup>。

罪刑法定主義の概念が形骸化してしまうことを回避するためには、この刑事人権思想を巡る歴史的意義が顧慮されなければならない。その意味からも、その沿革を実質的に考察する必要性が本章において説かれるのである<sup>14)</sup>。

## (2) 第2章：刑事陪審制度の成立と人身の自由

Magna Cartaの背景において醸成されてきた伝統的なイングランドの刑事人権思想は、近代的な自由主義・個人主義として顕現化した「人身の自由」に関する憲法的保障の濫觴であるとも著者により、評価されている<sup>15)</sup>。

そこで、本章は、イングランドの刑事裁判において、最も有効な人権保障機

---

11) 本書36頁以下参照。

12) この罪刑法定主義の形骸化に抗する意味において、著者が支持する通説的系譜論と当該見解に対する批判は、大きく相違しないと評価する立場もある。例えば、萩原滋『罪刑法定主義と刑法解釈』成文堂（1998）185頁参照。また、佐伯仁志「類推解釈の可否と限界」現代刑事法31号（2001）34頁以下によれば、法律主義は、議会制民主主義と三権分立の原則を基調とするものであり、自由主義的な意味での罪刑法定主義における固有の内容ではないとする。ここで佐伯が鋭く指摘するように、おそらく現在における罪刑法定主義の議論内容は、国民の予測可能性を保障するという「自由主義的な要請」に加えて、法律主義という「民主主義的な要請」という異質な内容までもが混同されているようにも思われる。これらの関係性を巡る整理が成されていないことにより、罪刑法定主義の歴史的淵源に関する論争が生じているのではないだろうか。

13) 本書49頁参照。

14) 本書52頁以下参照。

15) 本書62頁参照。

能を果たし、固有の発展を遂げてきた刑事陪審制度の成立経緯が詳細に検証される。特に「人身の自由」が法の理念として、いかなる経緯で保障されるに至ったかをノルマン・コンクエスト前後を比較しながら精査に検証したものである。

この点、ノルマン・コンクエストによりイングランドにもたらされたフランク王国時代からの伝統的証明手続 (Inquisitio)<sup>16)</sup>は、本来、国王の特権として国民に不利益な行政的機能を有していたと説明される。しかし、それにもかかわらず、イングランドに取り込まれる過程において、その手続は民衆参加の形式が採用されながら、被告人の利益をも図る当事者主義的な制度へと変化していったとする著者の説明は、非常に興味深い。このことから、イングランドにおける陪審制度が手続保障を介して、実質的な人権保障を達成しようとするイングランド独特の法文化から生じてきたことが分かるのである。また、刑事証拠法の分野において、イングランドの刑事陪審制度が先駆的な役割を果たしていることも、この歴史的観点を加味することで、はじめて説明が可能となるであろう<sup>17)</sup>。

### (3) 第3章：マグナ・カルタと罪刑法定主義

本章は、中世のイングランド封建制社会において規定されたMagna Cartaにおいて、近代的な自由に向けての歴史的な動因を求め、特に、どのようなかたちで罪刑法定主義の淵源が宿されていたのかを詳細に考察するものである。

本章において、罪刑法定主義との関係で最も重要な条文とされるMagna Carta第39条<sup>18)</sup>が次のように紹介されている。すなわち「いかなる自由民も、同一身分者の合法的な裁判に基づき、かつ、国の法律によるのでなければ、逮捕、

---

16) 本書67頁参照。

17) 本書105頁参照。

18) Magna Cartaを「自由の礎石」として神格化したのは Sir E. Cokeの『イングランド法提要：第2巻』(Second Institue of the Laws of England, 1641)であるとされている。その際、当該第39条は、1225年版Magna Cartaの第29条として注釈されている。本書50頁参照。

監禁、差押、法外放置、国外追放を受け、もしくは、その他の方法によっても侵害されることはなく、また、朕は彼のうえに赴かず、彼のうえに赴かしめることもない」と翻訳されている<sup>19)</sup>。このMagna Cartaにおける「国の法律（lex terrae）」という文言は、やがて14世紀に至り、「適正手続（due process of law）」の意味に読みかえられるようになる。すなわち、単なる実体法的な意味から合法的な訴訟手続の要請へと発展することが著者により明らかにされている<sup>20)</sup>。従って、この規定は、国王の専断的な悪意から刑事司法における人権保障をイングランド自由民に保障したものと解される<sup>21)</sup>。

また、著者自身も、このMagna Cartaの文言自体は、決して近代的な意味における自由を標榜したものではないと説明している。しかし、支配者に対する被支配者の権利・自由の保障として、歴史上初めて明確な形式で掲げられたのがMagna Cartaに他ならない。そして、このMagna Carta第39条は、後世において、北アメリカ諸州の権利章典（Bill of Rights）の模範となり、その内容は、フランス革命の成果として生まれた1789年8月26日の人権宣言（Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen）にまで連なるものとされている。その意味で「イングランドこそが罪刑法定主義の本来の故郷（England ist die eigentliche Heimat des Satzes)<sup>22)</sup>」であると著者により評されるのは、決して不当ではないように思われる。

また、罪刑法定主義を刑法上の実質的な人権保障の原理と理解するならば、それは犯罪と刑罰との単なる成文法主義に限定するべきものでもない。従って、不文法とされるCommon Lawを法源とするイングランドにおいても、この実質的な意味から、人権保障の要請を満たす規範が認められるかぎり、罪刑法定

19) 本書128頁参照。

20) 本書47頁以下参照。

21) そもそも同条項は、過酷な私刑の一種として人々に恐れられていた「ジェドバロウの裁判（Jedburgh justice）」をイングランド王 Johnに禁止させるところに趣旨がある。この点、本書129頁参照。

22) E. Hafter, *Keine Strafe ohne Gesetz*, Universität Zürich: Rektoratsrede und Jahresbericht 1921/22, (1922), S. 5. 本書152頁で引用されている。

主義は確立していると考えるのが著者の揺るぎ無い主張である<sup>23)</sup>。

#### (4) 第4章：啓蒙期自然法理論と罪刑法定主義

罪刑法定主義の思想的根拠として最も大きな役割を果たしたものは人権思想と考えられる。人権思想自体は、全人類における自由の礎石と謳われるMagna Cartaにより、その淵源が求められる点は、前章で詳細に検討された。もっとも近代人権思想の理論的根拠をなす啓蒙期の自然法理論が罪刑法定主義の有力な思想的原動力であることも否定できない。例えば、啓蒙主義の主要な先導者であるC. -L. de Montesquieuは、三権分立を提唱することで裁判官による恣意的な刑罰権の発動から市民の自由を擁護し、C. B. Beccariaも法の支配による市民的自由の保障を構想した<sup>24)</sup>。そこで本章では、そのような啓蒙主義における思想的背景としての自然法理論を検証することにより、その形成過程と罪刑法定主義との関連性が歴史的に検証される。

著者によれば、自然法の真の意義は、その思想が有していた機能の中に求められなければならないものとされる<sup>25)</sup>。例えば、中世の自然法と近代のそれとを機能的に比較してみるならば、両者は極めて対照的であることが示される。すなわち、法と道徳と宗教が未分離の状態にあった中世の自然法は、単に倫理の最高規準であり、現状に対して反省ないしは改革を促す機能を有していなかった。これに対して、近代の自然法は、中世的伝統からの脱却を企図し、国家の根本原理たる法を宗教から分離することにより、法を現世的で人間的なもの(人道主義)として確立する機能を有するようになる<sup>26)</sup>。

従って、近代の自然法理論ないし「人道主義」は、旧来の保守的な自然法の

---

23) 本書167頁以下参照。佐伯・前掲注(12)34頁においても「国家の刑罰権を制限し、国民の予測可能性を担保する意味での罪刑法定主義は、封建制の下でも、専制君主制の下でも、意味を持っているのである」と同趣旨の評価がなされている。

24) 本書18頁以下参照。

25) 本書221頁参照。

26) その意味において、本書の冒頭に「刑法は人道主義のうえに成り立つべきものである」(序文iii頁参照)という一文が掲げられているようにも思われる。

内容を一変させ、急進的革命理論にまで転化する影響力を有していたことが本章で明らかにされる。そして、この革命理論としての意義を有する啓蒙期の自然法理論により確立したのが天赋人權思想である。罪刑法的主義が自由主義的な観点から有している以上、自然法理論は、この「人道主義」という近代特有の意味において、罪刑法定主義と接点を有するべきことが本章では、著者により解説されている<sup>27)</sup>。

### (5) 第5章：罪刑法定主義の実定法上の機能

罪刑法定主義の原則は、実定法上、次のような派生的原則を伴うことが一般に承認されてきた。例えば、慣習刑法の排斥、類推解釈の禁止、刑法の遡及効の禁止、絶対的不定期刑の否定が挙げられる。これらの諸原則に加えて、今日では刑罰法規の明確性を求める要請が新たな派生的原則として承認されてきている。本章では、罪刑法定主義が有する法原則としての本源的意味が顧慮されながら、その原則が我が国の刑法解釈において、どのような役割を果たすべきかが考察されている。

特に著者によれば、刑罰法規の明確性は、罪刑法定主義の派生的要請として組み入れられ、その根拠は、憲法31条に求められる<sup>28)</sup>。そして、この理論に関して、法が適用される側の法意識のみの問題（行為規範）としてではなく、むしろ、法を適用する裁判官の側の憲法意識（裁判規範）の高揚を待たねばならないとしている<sup>29)</sup>。このような観点から罪刑法定主義の在り方を模索している点が興味深い<sup>30)</sup>。

---

27) 本書222頁参照。

28) 本書261頁参照。

29) 同上。

30) 罪刑法定主義を構成要件の機能としての規範的観点（行為規範か、裁判規範か、制裁規範か）から議論するものとして、川端博＝山中敬一＝日高義博「《鼎談》罪刑法定主義の問題状況」現代刑事法31号（2001）16頁以下参照。その規範的観点に関する精緻な理論構成を試みる論考として、高橋則夫＝杉本一敏＝仲道祐樹『理論刑法学入門』日本評論社（2014）250頁以下参照。

更に、本章で注目すべきは、旧刑法（1880年）第2条と法律主義に関する論考部分であろう<sup>31)</sup>。フランス刑法を継承した我が国の旧刑法は、罪刑法定主義の原則を第2条「法律ニ正条ナキ者ハ何等ノ所為ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス」に明文化した。これは、我が国の刑法において、罪刑法定主義を直接宣言した最初の規定として大きな意味を有する。更に、この規定の趣旨は、刑事上の強制処分に関する人身の自由を保障した大日本帝国憲法（1887年）第23条「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問処罰ヲ受クルコトナシ」に反映されることになる。

しかし、罪刑法定主義の明文規定を有しているからといって、実質的な人権保障が実際に達成されるわけではない。その事實は、歴史が証明している。すなわち、戦前における刑法の運用においては、罪刑法定主義の形式的な側面だけが強調されることにより、個人の自由を大幅に制限する治安政策重視の立法も罪刑法定主義の下で容認されていた。戦後、substantive due processの導入<sup>32)</sup>を提唱した平野龍一が的確に喝破したように、我が国における戦前の罪刑法定主義は、正に「法律あれば刑罰あり<sup>33)</sup>」という悲観されるべき状況であった。

従って、罪刑法定主義の実質的意義は、（形式的な）民主主義的運用にあるというよりも、むしろ、その通底にある自由主義的（ないしは著者が前章で措定する「人道主義」的）な側面にあることは、自明であろう<sup>34)</sup>。この点は、旧刑法第2条を巡る本書の議論内容を見ても明らかである。著者が本書の全体を通して歴史的経緯を探るといふ地道な作業を展開するのも、罪刑法定主義の表層を眺めるだけでは足りないことを読者に伝えたいからではないだろうか。ま

---

31) 本書264頁以下参照。

32) 但し、日本で理念的提唱される実体的な適性手続保障とアメリカ法上の substantive due processは、厳密な意味で異なるものであり、我が国における罪刑法定主義の実質化を疑問視する見解もある。その点の検討は、萩原滋『実体的デュー・プロセス理論の研究』成文堂（1991）が詳しい。

33) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』有斐閣（1972）80頁参照。

34) その意味で、佐伯・前掲注(12)34頁でも「法律主義を罪刑法定主義とは別個の原則として論ずることが理論的にもっとも明快である」とされている。

さに、自由主義（人道主義）の躍動的な精神は、歴史の中にこそ見出すことができるからである。

### 3 本書の意義

著者が本書を通して、繰り返し力説するように、罪刑法定主義の存在理由を刑罰権を制限することで人民の活動を擁護する自由主義的原理として理解するならば、Magna Cartaが後世において果たした歴史的役割は非常に大きいものといえよう。その観点からMagna Cartaに罪刑法定主義の淵源を求めることは妥当であるように思われる。

本書は、イングランドの法制史を精査に顧みることによって、司法的正義を遵守しようとする人類の精神が古くより窺われることを明らかにするものである。大陸法系の国々のような一般的成文刑法典を有しないイングランドにおいて、刑事裁判上の人権が古くから擁護されることで、実質的にも大陸法と同趣旨の自由主義的な罪刑法定主義が達成されている理由は、本書が教えてくれる。

罪刑法定主義という根本原則を巡る壮大な歴史の概観により得られることは、法の目的が「形式的な論理の追究ではなく、正義の実現<sup>35)</sup>」に向けられるべきという反省的視点である。正義を求める人々の葛藤と信念が歴史そのものに顕れている。その意味において「法の生命は論理ではなく、経験であった（The life of the law has not been logic; it has been experience）<sup>36)</sup>」というCommon Lawの基本的信条も、本書を通じて改めて了解することができる。

---

35) 本書170頁参照。

36) O. W. Holmes Jr., *The Common Law*, Little, Brown & Co., (1881), p. 1.