

# 戦後のわが国における近代刑法史研究 (七)

内 田 博 文

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 戦前のわが国における近代刑法史研究 (以上『神戸学院法学』八巻四号)
- 三 戦後第一期における近代刑法史研究 (以上『神戸学院法学』九巻二・三号)
- 四 戦後第二期における近代刑法史研究 (以上『神戸学院法学』九巻四号)
- 五 戦後第三期における刑法と刑法学の一般的動き
  - 一 刑法の動き
  - 二 支配的刑法学の動き
  - 三 戦後「市民刑法学」の動き (以上『神戸学院法学』一〇巻三号)
  - 四 「民主主義刑法学」の動き (以上『神戸学院法学』一二巻三号)
- 六 戦後第三期における近代刑法史研究
  - 一 支配的刑法学における近代刑法史研究

戦後のわが国における近代刑法史研究(七) 内田

- 二 「民主主義刑法学」における近代刑法史研究―その一―(以上『神戸学院法学』一四巻三号)
- 三 「民主主義刑法学」における近代刑法史研究―その二―(以上本号)
- 四 「民主主義刑法学」における近代刑法史研究―その三―
- 五 「市民刑法学」における近代刑法史研究
- 六 その他の動き
- 七 戦後第四期における近代刑法史研究

## 六 戦後第三期における近代刑法史研究

三 前節に述べたように、本格的な近代日本刑法史研究への着手をもって、この期の刑法の「民主化」という観点からの近代刑法史研究において新たな飛躍が図られつつあったことの第一のあらわれと位置づけることが許されるとすれば、以下にみる諸研究はその第二のあらわれとまとめることが可能であろう。ただし、既に前期においても、日本国憲法にもとづく新しい刑法の理論的基礎として、罪刑法定主義を始め罪刑均衡原則や責任原則など刑法のマグナ・カルタの機能を表現すると考えられる諸原理の歴史的意義を再確認しておくという作業の重要性と必要性が、「護憲運動」との関連で戦後第一期以上に痛感され、その一層の発展が図られる中で、戦前の、とりわけ風早博士の切り開かれた啓蒙主義刑法理論研究を継承することが強く意識され始めるとともに、他方で、占領後期における刑法状況の再転換そしてそれに続く「新たな反動化」によって近代刑法の保障原則が突き崩される危険を目前にして、近代刑法の保障原則が何故崩壊されざるをえないのか、その特殊日本的原因ないし本質的原因とは何か

を、したがってまたそれを成立せしめるための「二重」の前提条件とは何かを歴史的に分析することの重要性と必要性が戦前に引き続いて再び強調され始めていたが、それがこの期においては「二重の反動化」に対する「全面的対応の開始」<sup>(2)</sup>を背景としてより自覚的に追求され、このような作業を量的にも質的にも発展せしめることが課題とされる中で、右の特殊日本的原因の分析に挑む上記近代日本刑法史研究と並んで、以下の諸研究が生み出されることになったからである。すなわち、ここでは、右のような一般的課題のうけとめにおいて、啓蒙主義刑法理論研究における研究対象の拡大、近代刑法発達の一般的図式化、近代刑法の保障原則の歴史的意義の再確認、等の問題に取り組まれることになったからである。

ここでは、まず第一に、昭和四三年に相次いで発表された横山晃一郎「罪刑法定主義の段階論的考察」<sup>(3)</sup>、同「罪刑法定主義概念の再構成」<sup>(4)</sup>、沢登佳人「罪刑法定主義の歴史的意義への反省」<sup>(5)</sup>の一連の論文が注目されなければならないであろう。

罪刑法定主義はしばしば近代刑法の大原則あるいは人權擁護の保壘といわれる。そして通説的見解によれば、この罪刑法定主義をもって、「成文の法によって規定せられないかぎり、犯罪もなく又刑罰もないということ、換言すると、一定の行為が犯罪とせられ且つこれに対して特定の刑罰が科せられるためには成文法の規定の存在することを要すること」<sup>(6)</sup>、すなわち「罪刑の法的拘制」あるいは「罪刑の成文法規定主義」を意味すると説明される。しかし、果してそうであるうか。けだし、通説の、罪刑法定主義概念の形式的説明のもつ欠陥は、それを、法実証主義風に「罪刑を法律で規定しさえすれば、何を犯罪として規定し、どんな刑罰を科してもかまわないか」と質問の

形で表現してみれば、一層はつきりするからである。この間に対して、「然り」と答えるような罪刑法定主義を考えるなら、罪刑法定主義は近代刑法の大原則でもなければ人権保障の理論でもなく、中央集権的官僚国家権力機構の自己抑制技術ないしは統治策にすぎない、といわなければならないであろう。とすれば、このことは、我々に、次のような疑問を生ぜしめる。一八世紀ヨーロッパ大陸で主張された罪刑法定主義とは通説のいうような「罪刑の成文法規定主義」に尽きるものだったのか、という疑問がそれである。もし、分析の結果、それに尽きるものでなかったことが判明したとすれば、従来の罪刑法定主義概念は明らかに誤りだということになり、それは必然的に罪刑法定主義概念の再構成を要求することになる。反対に、もし、それに尽きるものであったとすれば、それは、従来の罪刑法定主義概念の正しさを証明する反面、罪刑法定主義の歴史的意義に対して重大な反省を迫ることになり、罪刑法定主義をもって近代刑法の大原則あるいは人権擁護の保塁と喩えることは僭称の誇りを免れないことになる。

横山教授および沢登教授によれば、このような大胆な、かつ鋭い問題提起から右論文を發表されたからである。吉川経夫「日本における罪刑法定主義の沿革」(昭和四三年)が、戦前のわが国における罪刑法定主義の存在を何らの疑いもなく肯定してきた通説的見解に抗して、「むしろ、わが国においては、その資本主義発展の特殊性を反映して、真の意味での基本的人権保障の原理としての罪刑法定主義は未だかつて確立されたことがなかったといふべきではないか」との問題提起から出発した、<sup>(6)</sup>ということは既に紹介したところであるが、その意味では、横山教授、沢登教授の右論文と吉川教授のそれとは、罪刑法定主義の通説的理解を見直そうという点において、共通の問

題意識に出たものということが可能であろう。もつとも、吉川論文では、このような問題意識から、戦前のわが国において罪刑法定主義の実質的成立を妨げた特殊日本的原因の分析に赴き、そこから「旧憲法下において形式的に罪刑法定主義がみとめられていたにしても、それは、司法権および行政権にたいする制約原理にすぎず、刑罰法規の内容について立法権をも制約するものとは考えられていなかった」との結論を引き出すとともに、このような結論のうえに「日本国憲法のもとにおいて、刑罰法規の内容の適正を要求し、罪刑法定主義を立法権にたいする制約原理でもあると解することは、罪刑法定主義を再びこのような単なる法実証主義に墮せしめないための一つの歯止めとなりうるであろう」として、旧憲法体制の下における罪刑法定主義の意味と日本国憲法体制の下における罪刑法定主義の意味との質的相違を訴えるのに対して、上記横山、沢登論文が検討の対象とするのは戦前のわが国ではない。一八世紀ヨーロッパ大陸で主張された罪刑法定主義は通説のいうような「罪刑の成文法規定主義」に尽きるものだったのか、というその問題提起からも明らかのように、その主舞台はいうまでもなくヨーロッパである。すなわち、そこでは、ヨーロッパを対象として、罪刑法定主義の時間的・場所的移相を追う中で、右の問題に対して回答を用意するのである。

しかしながら、横山論文と沢登論文の共通点はここまでで、それ以降の論理展開、したがってまたその結論は大きく異なる。後にみるように、一八世紀ヨーロッパ大陸で主張された罪刑法定主義とは「罪刑の成文法規定主義」に尽きるものだったのか、という問題に対して、前者は基本的には「否」と回答し、そこから吉川論文と同様に罪刑法定主義概念の再構成の必要性を帰結するのに反して、後者は、近代ヨーロッパ大陸刑法における罪刑法定主義

は中央集権的官僚国家機構の合理的自己抑制策たることを本質とするものであって、後期啓蒙思想および人権宣言の罪刑法定主義の反体制的性格は近代ヨーロッパ大陸刑法における罪刑法定主義の性格としてはむしろ例外的である、と分析することによって、「罪刑法定主義の神話」に代えて市民による裁判所の支配と裁判慣習法の創造というイギリス的人権保障制度への溯源・回想の重要性を高唱し、その上に近代ヨーロッパ大陸刑法における罪刑法定主義とは全く異なる「国民自身の手による罪刑法定」としての罪刑法定主義の確立を展望するからである。自ら「羽翼をなして罪刑法定主義の通説的理解に挑戦せんとする」と両者の緊密な連携関係が喻えられるにもかかわらず、横山論文と沢登論文との間には、微妙な見解の相違が伏在しているといえよう。

とすれば、横山論文に先がけて沢登論文をみておくことが必要となるが、その歴史分析はおよそ次の如くである。ルソー等の後期啓蒙思想が反体制的性格をもつことは確かであり、人権宣言第八条の罪刑法定主義も人民自身は例外的なものである。フランス絶対王制が前期啓蒙思想を受け入れて自らを合理化し強化する能力を持たなかったことが、後期啓蒙思想家をして民本主義・法治主義・制限政体・人権保障・そして罪刑法定主義を反体制原理、遂には市民革命の指導原理として把握し主張するように至らしめたからである。むしろ史実においては、中央集権的官僚国家権力機構がこれらの原理を進んで受け入れて、ある程度の合理化・強化に成功した例の方が一般的なのである。現にフランスにおいても、一八一〇年のナポレオン刑法典になると、もはや罪刑法定主義の内容としては「刑罰法規による拘制」という手段面のみが残され、「人民による拘制」という人権宣言第八条の中核的意義、その眼

目であり魂であったものはどこかに置き去りにされてしまった。フランスの国家体制はその後、四転五転するが、中央集権的官僚国家権力機構としての本質・特色は少しも変わらないのみか、ますます明瞭となり強化されてきた。従ってフランス的法治主義・フランス的罪刑法定主義の上述の如き本質・機能も確固不動である。

他方、ドイツであるが、ドイツでは一八、一九世紀を通じて領邦的・連邦的絶対主義国家体制が比較的安定した成長を遂げたため、啓蒙主義的政治原理を受容してその国家体制を完成・美化・強化する余裕を持ちえた。しかし、それだけに、その罪刑法定主義は、国家権力自身の合理的自己抑制策たる性格がはっきりしている反面、民本主義的・人権保障的性格が希薄で、そのことは、ドイツ的罪刑法定主義の「はしり」となった、前期啓蒙思想と直結するフリードリッヒ大王の刑法思想と刑法典においては極めて露骨に現われており、後期啓蒙思想の影響下に立つフォイエルバッハの理論にも反映している。かかる性格の罪刑法定主義は一八五〇年のプロイセン憲法に盛られ、やがてプロイセンの連邦制覇に伴いプロイセンの御用刑法思想を代表するビンディングにより実定法理論としての明確な形式を与えられた。

このようにみえてくると、近代大陸法的罪刑法定主義をもって人権保障を本質とするものと一般化することは誤りであり、むしろ、それは、反動期フランスや絶対主義ドイツで確立し、官僚主義・ボナパルチズム・ナチズムなどと絡みあって存続してきたその後の現実の罪刑法定主義のなかにおいてこそ見い出されるべきだということになる。

それでは、ヨーロッパのもう一方の極をなすイギリスはどうか。イギリスでは殊に一七、一八世紀の王

権の成長期に当り、産業ブルジョアが大陸ヨーロッパに先がけて早くから強大な階級的勢力に成長し、議会や普通法裁判所に拠って王権に激しく刃向ったことから、彼らの自治権・固有の制度（慣習法的固有法）・その他の既得権を大幅に認めることを余儀なくされ、その反射として、統一的体系的な国家権力機構を組織することに對し各種の法的制限を甘受せざるをえなかった。その法的制限がマグナ・カルタ、権利請願、権利章典などに盛られた内容に外ならず、マグナ・カルタ第三九条はまさにそのような意味において理解されるべきものである。故にそれは官僚裁判所および国家機関の制定する成文法規を排斥するものであり、それ以降の歴史過程のなかで、三九条にいう「同列者の裁判による」との保障は普通裁判所の裁判権の全面的確立という型態で実現され、更に「国の法律による」との保障も右の普通裁判所の創造した裁判慣習法に拠るといふ型態で実現された。もちろん、この普通裁判所が王権から独立の人民の機関であり、厳格に当事者主義的な訴訟手続を持ち、有罪無罪の決定は人民から選出された陪審員に委ねられるという意味で、人民自身による裁判の機関であつて、その創造する裁判慣習法は人民の法たる意味においてランドの法であることはいふまでもない。

市民革命が最も早く起り、人權保障制度の確立において全面的に大陸諸國をリードしたイギリスで罪刑法定主義が出現しなかつたといふことは、大陸刑法的罪刑法定主義の本質が、人民による刑罰権の拘制にではなく、中央集権的官僚國家権力機の自己抑制策といふ点にあることの何よりの証拠といえよう。

以上が沢登教授の歴史分析の骨子である。そして、そこから、「罪刑法定主義の神話」にみられるような大陸法的人權保障制度の幻影からの覚醒において、イギリス的人權保障制度への遡源の上に、近代ヨーロッパ大陸刑法に



おける罪刑法定主義とは全く異なる「国民自身の手による罪刑法定」としての罪刑法定主義の確立が今日のわが国では必要であるということを導かれたことは、既に指摘したところである。

しかしながら、結論的にいえば、このような沢登教授の歴史分析は、全面的には支持することができない、その理由の第一は、沢登教授が大陸法的人権保障制度と対置されたイギリス法的人権保障制度、とりわけコモン・ローの評価にかかわる。

イギリスにおいて罪刑法定主義の主張が全く存しなかったという訳では必ずしもなく、ベンサムなどにそれがみられたということは沢登教授自身も言及されておられる点であるが、沢登教授は、「しかしベンサムの巨大な影響力を以ってしても、この抱負は全くの不発に終らざるをえなかったのであって、この事実こそ罪刑法定主義がイギリス的な即ち反中央集権的・反官僚主義的風土の中では育ち得ぬことの最上の証拠であろう<sup>(10)</sup>」として、反対にそのことをもって近代大陸法的罪刑法定主義の非民主主義的性格を引き出す有力な傍証の一つとされる。そうすると、このような沢登教授の論理を更に押し進めていくと、ベンサムがコモン・ローの批判の上に「立法」改革を主張し、「刑法」改革の柱の一つとして罪刑法定主義をその「功利主義」にもとづいて主張したことも、基本的には中央集権的官僚国家権力機構の自己抑制という立場からのもの、もしくはは少くとも非民主主義的立場からのものと位置づけざるをえなくなってくるが、しかしながら、このような位置づけが誤りであることは改めて詳述するまでもなからう。ベンサムによるコモン・ロー批判、そしてまた「立法」改革論が、既に前世紀に市民革命を果し、今や産業革命という社会の新たな発展的変動の中にあるイギリス市民階級にとって最大の障害ともいふべき、コモン・ロー

一の美名の下に隠された少数の立法者の意思、すなわちコモン・ローにもとづく「地主階級」(ジエントルマン)の利益の擁護を排斥して、成文法による「市民的要求」の保障を追求するものであった、とすることは論者の多くがこれを承認するところといえるからである。<sup>(1)</sup>とすれば、コモン・ロー主義をもって、成文法主義の、したがってまた近代大陸法的罪刑法定主義の非民主主義的性格を導く有力な傍証の一つとすることはできなくなる。これが、本稿が沢登教授の歴史分析を全面的には支持できない理由の第一である。

他方、理由の第二は、同じくイギリス法的人権保障制度の評価にかかわるが、普通裁判所による裁判、とりわけ陪審員によるそれに関する。すなわち、沢登教授によれば、陪審員による裁判をもって右のコモン・ローと並んでイギリス法的人権保障制度の中核と位置づけられ、罪刑法定主義にみられるような大陸法的人権保障制度と対置するとともに、前者の民主主義的性格を強調されるが、しかし、陪審制度をもって一人イギリス的なものとすることはできない。罪刑法定主義を採用する一方でイギリスに導入したフランスの例からも明らかのように、大陸法的人権保障制度においても陪審制度は散見されるからである。もっとも、成文法主義の下における陪審制度とコモン・ロー主義の下におけるそれとは、その機能に一定の差異がでてくるということは、確かにその通りであろう。沢登教授が、イギリスの陪審制度を高く評価されるにもかかわらず、大陸のそれに関してはあまり関心を示しておられないのも、この点に着眼してのことだといえるかもしれない。しかしながら、右の機能的な差異が陪審制度の根本的な性格の相違までをも導くとは必ずしもいえない。更には、イギリスの陪審制度をもって実質的にも市民自身の手による裁判と常にいうるかにかについても、未だ検討の余地が残されているように思われる。

とすれば、ここでも、我々は、近代大陸法的罪刑法定主義をもって非民主主義的との傍証を得ることはできない。これが理由の第二である。

もっとも、右にイギリス法的人権保障制度に対する沢登教授の歴史分析に若干の異議を申し述べてきたが、もちろん、そのことは、イギリス法的人権保障制度に我々が学ぶべきことが何もない、ということの意味するものではない。罪刑法定主義ですべてがことたりとする態度には問題がある、ということは確かに沢登教授の指摘される通りであろう。罪刑法定主義によっても依然として法解釈ないし法適用の場において罪刑の国民的拘制を追求するための制度的保障をどうするかという問題が残るからであり、これとの関連で陪審制度の導入の当否が、罪刑法定主義の当否とは別に検討されなければならない、とすること自体は誰しも異存のないところといえるからである。ただし、論点はその先にある。けだし、沢登教授が鋭くも批判されるように罪刑法定主義をもって単純に人権擁護の保塁と一面的に理解することが誤りだとすれば、イギリス法的人権保障制度の評価に際してもこのような留保が必要となるからであり、イギリス法的人権保障制度をもって民主主義的性格を有するものと一面的に評価するとすれば、それは罪刑法定主義の場合と同様の誤りを招くことになりかねないからである。イギリス法的人権保障制度から学ぶおとする場合、より重要なことは、大陸的人権保障制度との比較においてその民主主義的性格を一面的に強調することのなかにではなく、その時々々のイギリスの歴史的状况のなかでそれがどのような歴史的意義を担ってきたのかを歴史的に分析することによって、イギリス法的人権保障制度の民主主義的性格を支えてきた条件とはなにかを探るなかで、例えば陪審制度をわが国に導入する場合、それが真に国民自身の手による裁判を意味しう

るためには如何なる条件が必要か、またそのような条件が果して現在のわが国において醸成しつつあるのかを考察することの中にある、ということになる。しかしながら、沢登教授のそれにおいては、この点は必ずしも十分にはつめられておらず、結論を少し急がれ過ぎたようにみうけられる。したがって、「国民自身の手による罪刑法定」としての罪刑法定主義を確立するための前提として陪審制度をわが国に導入すべきであるという主張も今直ちにそれをうけ入れるということではできない。

しかしながら、ここではこれ以上イギリス法的人権保障制度の歴史的意義という問題に深入りするべきではなからう。我々がここで問題としているのは近代大陸法的罪刑法定主義の歴史的意義だからである。すなわち、それは中央集権的官僚国家権力機構の自己抑制策にすぎないか否か、という問題である。そして、その答は近代大陸法的罪刑法定主義自体の分析のなから引き出さなければならず、この点に関する傍証をイギリス法的人権保障制度に求めることはできない、ということ、更には、近代大陸法的罪刑法定主義の本質をもって中央集権的官僚国家権力機構の自己抑制策と規定し、そこから罪刑法定主義は人権擁護の保墨というその地位をあげわたすべきだとの結論を導かれるに至った、右の歴史分析における沢登教授の見解とはどのようなものであったか、ということも既にみてきた。とすれば、議論の中心は、沢登教授のこのような見解の上に置くことが適当であろう。

ところで、このような観点からみた場合、ドイツや日本における罪刑法定主義が民本主義的・人権保障的性格が希薄で、国家権力自身の合理的自己抑制策たる性格がはっきりしており、内容的にも、「刑罰法規による拘制」という手段面のみが残され、「市民による拘制」という前提となった理念はどこかに置き去りにされてしまった、そ

これは罪刑法定主義を最初に採用したフランスにおいてもみられるところであり、ドイツや日本と比べると多少弱いながらもフランスにおけるこのような傾向の存在自体は否定することができない、というくぐりたりは我々も結論的には賛成である。しかしながら、そのことが、罪刑法定主義をして右のように国家権力自身の合理的自己拘制策に矮少化しようとする強力な流れに対して、単なる「刑罰法規による拘制」にとどめることなく真に人権擁護の保塁たらしめようとする流れが現に存したということ、そして一七八九年のフランス人権宣言においては後者の流れが勝利し、その後のフランス刑法の歩みにおいてもこの流れは消滅することなく、むしろ人権宣言にみられたような「市民による拘制」から「国民による拘制」へとその主張を質的により高めるなかでこの支持基盤を拡大することによって、前者の流れに対する一大反対勢力を形成してきたということ、ドイツや日本においては市民社会の未発達に対応して、前者の流れが後者の流れを圧倒してきた反面、後者の流れの担い手として労働者階級がより前面に出ることとなり、そこでの罪刑法定主義も「市民による拘制」よりは「国民による拘制」という性格がより前面に出ることとなったということのもつ重要性の捨象ないし軽視をも導くとすれば、この点は同意することができない。沢登教授の見解においてはこの点の叙述を欠くため即断的なことはいえないが、若干そのような傾向を感じるといったら、いすぎであろうか。しかし、沢登教授も引用されるように、前者の流れが形式的な罪刑法定主義の廃棄さえもその射程としている状況にあつては、「罪刑法定主義の歴史的意義への反省」が前者のそれにとどまらず後者のそれにも向かうことよって、結果的には右の廃棄説に組み込まれないための留保が一層必要となるのではないか。本稿が沢登教授の歴史分析を全面的には支持できないとした理由の第三もこれだったのである。わが国の

「民主主義刑法学」に伝統的な罪刑法定主義研究とは何よりも後者の意味における罪刑法定主義研究であり、罪刑法定主義の歴史的意義が高唱されてきたのもこのような意味においてであったことを忘れてはならないであろう。

これまで沢登教授の歴史分析を、その疑問点をも含めてみてきたが、蛇足を恐れずにここで若干の整理を行なうと、それを次のようにまとめることが可能であろう。すなわち、沢登教授が否定されたのは近代大陸法的罪刑法定主義であって、罪刑法定主義一般ではなかった。「もしも現代の日本刑法学が日本国家体制の民主化に寄与することを目指し、その一環として罪刑法定主義を国民自身の手による罪刑法定へと変質させることを企図するならば、……」<sup>(12)</sup>との叙述からも明らかのように、「国民自身の手による罪刑法定」としての罪刑法定主義の確立の必要性を訴えられる点は、吉川教授や横山教授のそれと同様である。ただ、沢登教授によれば、前述したように、近代大陸法的人権保障制度の歴史的意義が消極的に分析され、近代大陸法的罪刑法定主義の本質も中央集権的官僚国家権力機構の自己抑制策にすぎないと規定された結果、イギリス法的人権保障制度の歴史的意義の積極的評価に強く傾斜されることになり、そこからとりわけ陪審制度のわが国への導入が力説され、「国民自身の手による罪刑法定」としての罪刑法定主義と近代大陸法的罪刑法定主義との異質性の強調において、「国民自身の手による罪刑法定」としての罪刑法定主義を確立する手段もこの陪審制度に求められることになった。ここに沢登教授の罪刑法定主義論の新規性も存する。これに対して本稿が表明した疑問とは、近代ヨーロッパ大陸刑法をそしてまたわが国の近代刑法の歩みにおいても、沢登教授のいわれるような罪刑法定主義と異なる、「国民自身の手による罪刑法定」につながる罪刑法定主義の流れがあったということ、したがって「罪刑法定主義の歴史的意義の反省」に際してもこの点に

留意しなければならないのではないか。もしこの点に留意を欠くとすれば、沢登教授の意図に反して、結果的には罪刑法定主義廃棄論に組み込まれてしまう危険性が全くないとはいえないのではないか。他方、イギリス法的人権保障制度の歴史的意義の一面的強調も疑問である。「罪刑法定主義の神話」に代えて「陪審制度の神話」を新たに作り出さないための留保がここでも必要ではないか。このような留保なしに「国民自身の手による罪刑法定」としての罪刑法定主義を確立する手段を陪審制度に安易に求めた場合、右の危険性はより増大することになるのではないか。とすれば、真に人権擁護の保塁としての罪刑法定主義の確立を考える場合、陪審制度をもってその手段との結論を急ぐ前に、その可否は今後の検討に委ねることとして、罪刑法定主義の実質化の努力をこれまで通り実体法上において、とりわけ犯罪論上において一步一步着実に積み重ねていくことが肝要ではないか。という点であった。

これによれば、次にみる横山論文が系譜的に、前掲の吉川論文と共に、戦前以来の「民主主義刑法学」に伝統的な罪刑法定主義研究の延長線ないしは発展線上に位置づけられるのに対して、沢登論文の到達点はそれとは少し異なることが明らかであろう。この期の「民主主義刑法学」の問題関心の一般的状況からすれば、沢登教授のそれとの間に一定の距離が存するといわざるをえないように思われる。ただし、だとしても、右の距離を必要以上に大きくみることは慎まなければならないであろう。けだし、たとえその結論を異にすることになったとしても、既に述べたように、旧憲法体制の下における罪刑法定主義の意味と日本国憲法体制の下における罪刑法定主義の意味の質的転換をうけとめようとするならば罪刑法定主義の通説的理解を見直す必要があるのではないか、とのこの期

の「民主主義刑法学」の罪刑法定主義研究に共通の問題意識から沢登論文も出発しているという事実を忘れてはならないからであり、かつ右の見直しという点においては沢登教授の分析は実に激しいものがあるからである。この期の「民主主義刑法学」における罪刑法定主義研究の成果の一つといっても必ずしも過言ではなからう。のみならず、沢登教授も罪刑法定主義を実質化するための実体法上の努力を無意味とされている訳ではなく、形式化された罪刑法定主義のいわば「実体法理論」としての伝統的な構成要件論を克服して、「国民自身の手による罪刑法定」としての罪刑法定主義にもとづく構成要件論を再構築しなければならぬ、との鋭い指摘がみられるのであり、その意味では、右の沢登教授の陪審制度をもって「国民自身の手による罪刑法定」としての罪刑法定主義を確立する手段との実践的提言も、大枠的には、この期の「民主主義刑法学」によれば真に人權擁護の保塁として罪刑法定主義を確立するためになされた種々の模索の一つと位置づけうるように思われるからである。もっとも、右のような沢登教授の実践的提言からすれば、構成要件論の再構築といっても、それは、伝統的な構成要件論によって排除されてきた行為主義にもとづく実質的な違法性阻却判断を回復させるという方向ではなく、「もう一度ベーリングの構成要件概念に立ち還り、構成要件から法評価を閉め出して違法性を直接国民の法確信に基づかせる」<sup>(13)</sup>方向での再構築を内容としたことはいうまでもない。

なお、沢登論文によれば、傍論として古代東洋の罪刑法定主義と西洋近代大陸刑法の罪刑法定主義とは本質的に異なるものではないとの興味深い分析が展開されるが、その可否の検討は本稿の射程をはるかに超える問題を含んでおり、したがって、ここでは西洋近代大陸刑法の罪刑法定主義を形式的な罪刑法定主義たらしめてきた要因と古



代東洋のそれをして同じく形式的な罪刑法定主義たらしめた要因とは必ずしも同じだとはいえないのではないか、もしそうだとすれば、この相違は、外見的な類似性に秘められた両者の、例えば宗教犯罪などへの対応における実質的な内容の差異を導くことになったのではないか、との素朴な一般的疑問を表明するにとどめるべきであろう。<sup>(14)</sup>

さて、次は横山教授の「罪刑法定主義の段階論的考察」および同「罪刑法定主義概念の再構成」であるが、その出発点となった問題意識とは何か、したがってまたそこでの検討視角および検討対象とは何か等、右論文の一般的背景については既に触れたので、ここでは、重複を避けて、直ちに右論文の内容に入ることしよう。

まず始めに「罪刑法定主義の段階論的考察」であるが、ここでは、資本主義国家における罪刑法定主義の機能ないし意味が、社会主義国家におけるそれとの比較において、表題通り段階論的に、すなわち啓蒙時代の罪刑法定主義、ブルジョア革命後ブルジョアが権力を握った段階における罪刑法定主義、各国に各種社会主義弾圧法規（治安立法）とブルジョア新派刑法学による罪刑法定主義緩和の要求があらわれた一九世紀末以降の罪刑法定主義、の三段階に分けて歴史的に考察される。そして、右各段階における罪刑法定主義の機能ないし意味が次のように分析される。

罪刑法定主義が「罪刑の法的拘制」あるいは「罪刑の成文法規定主義」だけを意味するにすぎないとすれば、それは何ら人権擁護の保塁とはなりえない。すなわち誰が法を作ったのか、という点を抜きにした罪刑法定主義理論は、それ自体、決して社会の多数を占める人たちの人権擁護の理論とはなりえない。罪刑が法定されているから人権が保障されている、人身の自由が必ずあるというのではない。問題は、罪刑法定主義の下で、どういう行為が犯

罪とされているか、にかかるといふ。もし社会の大多数をしめる人達の法確信に違ふような罪刑が法定されたなら、罪刑法定主義の理論は人権保障とは全く無縁の理論、抑圧の理論となり下がるであらうから。近代刑法の大原則といわれる罪刑法定主義の主張は、それが歴史に登場したときには、単なる罪刑の成文法規定主義といった形式的な理論ではなく、権力分立論同様、絶対王制の強力な行政権を制約し、新興ブルジョアジーの行動の自由を守る階級斗争の理論だったのである。啓蒙思想家の狙いは、法定そのものにあつたというよりはむしろ法定による犯罪の限定(宗教犯罪などの排除)、法定による社会的侵害に応じた刑罰、法定による予測性の向上、そこから生まれる私人の活動領域の拡大にあつた、といえよう。啓蒙時代の罪刑法定の要求が人権擁護の理論となりえたのは、それが、当時の人民の多数を拘束していた宗教犯罪からの解放を意味する独得の法律論、立法参加論と結びついていたからであつた。

しかし、ブルジョア革命後、ブルジョアが権力を握ると、罪刑法定の主張は権力分立論同様、一見中立的な抽象的理論と化する。立法参加論や独得の法律論からきりはなされ、国家権力から人権を守るための罪刑の法定一般の理論となつてしまつた。その結果、罪刑法定主義の名の下に、立法権を握つたブルジョアの犯罪観が押しつけられ、そのような犯罪に対する処罰が正当化されたのである。このような罪刑法定主義イデオロギーが人権の擁護と直接関係がないことはいまでもない。ところで、このような形式的な罪刑法定主義概念のイデオロギー性を明らかにすることになつたのは、一九世紀末から各国に出現し始めた各種社会主義弾圧法規(治安立法)と、ブルジョア新派刑法学の罪刑法定主義緩和の要求であつた。罪刑法定の手續をふみながら制定された社会主義鎮圧

法は、あしき法実証主義と結びついた罪刑法定主義イデオロギーの問題性を露呈することになったからであり、更には、ブルジョア支配の社会経済的基礎にむけられた攻撃は罪刑法定以外による私有財産権および制度の防衛を真剣にブルジョアジーに考えさせるにいたったが、このような危機の意識をもって主張されたのがブルジョア新派刑法学の社会防衛論、罪刑法定主義緩和論そしてナチスの罪刑法定主義の廃棄だったからである。

横山教授によれば、資本主義国家における罪刑法定主義の機能がこのように段階規定されたが、それらが人権擁護の理論としての罪刑法定主義の成立、変質、崩壊の各段階にそれぞれ対応せしめられていることは改めて説明するまでもなからう。その意味では、ここでの横山教授の狙いは、罪刑法定主義の歴史的意義の再確認にとどまらず、このような歴史的意義を担って登場した罪刑法定主義がその後、何故、変質、崩壊せざるをえなくなるのか、その本質的原因とは何かをブルジョア刑法のイデオロギー批判を通じて併せて明らかにすることによって、ブルジョア刑法における罪刑法定主義のもつ本質的限界を克服し、罪刑法定主義をして再び人権擁護の理論として蘇生せしめるための現代的条件とは何か、したがってまたそのために右の罪刑法定主義に与えられるべき内容とは何かを展望することにあつた、といえよう。先に吉川論文と横山論文の共通性を説いてきたが、ここに至ると、両者の方法的相違も明らかであろう。ただし、前者によれば近代刑法の保障原則の成立を妨げてきた特殊日本的原因にその分析の主眼が置かれるのに対して、後者では近代刑法の保障原則を変質せしめ、崩壊に導く本質的原因が問題とされるからである。本稿が後者をもって、前者から切り離して、この期の刑法の「民主化」という観点からの近代刑法史研究において新たな飛躍が図られつつあったことの第二のあらわれと位置づけた理由も、これによれば容易に

理解されよう。

とすれば、ここで注目されるのは、横山教授が、「形式的」な罪刑法定主義概念をもって市民革命の結果、権力がブルジョアの手に移ると発生するところのブルジョア刑法に一般的な理解である、と分析されておられる点である。ただし、戦前のわが国における罪刑法定主義が同じく「形式的」なそれであるとの、既に紹介した吉川教授の分析とそれを重ね合わせると、横山教授によれば、「形式的」な罪刑法主義概念は、小野博士の見解等に代表されるような罪刑法定主義の特殊日本の理解にとどまらず、権力がブルジョアの手に移ると発生するところのブルジョア刑法に一般的な理解である、とより一步進んだ形でおさえられたともいえるからであり、とすれば、横山教授がこの二つの「形式化」された罪刑法定主義の関係をどのように把握されたかが、問題となってくるからである。前述したように、沢登論文では、ドイツや日本の罪刑法定主義概念とフランスのそれとの間に一定の差異が存することと留意しつつも、基本的には近代大陸法的罪刑法定主義としてそれらを一括し、中央集権的官僚国家権力機構の自己抑制策と本質規定するのみならず、古代東洋の罪刑法定主義との間にも本質的な違いはないとされた結果、このような同一性の強調のなかで、同じく「形式化」された罪刑法定主義であってもドイツや日本のそれとフランスのそれとは、「形式化」を促す社会的要因の相違に対応してその実質的内容が異なり、ましてや古代東洋のそれと近代大陸法のそれとではその相違はより大なるものがあるということが、ともすれば埋没しかねないところがあつたといえなくもなかったが、横山論文ではこの点がどうか問題となってくるからである。

ただし、横山論文では、右の関係に関する叙述はみあたらない。「自力でブルジョア革命を遂行しえず、觀念に

おいてブルジョア革命を矮少化した、といわれるドイツで罪刑法定主義の定式化、理論化が行なわれたのは極めて暗示に富む<sup>(16)</sup>。」との指摘も、それをもって、このような刑事政策的理論化された罪刑法定主義が、「近代刑法の大原則」といわれ……単なる罪刑の成文法規定主義といった形式的な理論ではなく、権力分立論同様、絶対王制の強力な行政権を制約し、新興ブルジョアジーの行動の自由を守る階級斗争の理論<sup>(16)</sup>」として歴史に登場した罪刑法定主義とは異なる存在であることを示す有力な証拠の提示という範囲を超えて、右の関係の叙述にあてられたものとうけとめ、この指摘のなかに右の關係に関する横山教授の見解を無理に探ることは、必ずしも筆者の意に添うものとはいえないであろう。むしろ、それは、横山論文では残された問題とみる方がより正確であるように思われる。もっとも、ここでの横山教授の狙いがブルジョア刑法における罪刑法定主義の歴史的意義、したがってまたそれが他方でもつ本質的限界にあったことからすれば、右の問題はその射程をこえた問題とされていたかもしれない。その意味では、ここでいたずらに想像をめぐらすことは慎まなければならないが、次の点だけは記しておくことが適当であるように思われる。すなわち、風早博士などによって切り開かれ、「民主主義刑法学」に共通の財産として今日に至っている、「新派刑法理論」と対立するとともに「ドイツ旧派（後期旧派）刑法理論」からも区別される啓蒙主義刑法理論およびその立法的所産、とりわけその中心ともいえるべき罪刑法定主義の研究を継承・発展せしめることの中に、自らの罪刑法定主義研究の系譜を明確に求めておられるところからすれば、横山教授が、前述の二つの「形式化」された罪刑法定主義がその実質的内容において重要な相違——横山教授が右の相違の具体的内容をどのように把握されたかは別にしても——をもつということ自体は一般的な既知事項としてうけいれられていた、との

想像も十分に成立するのではないか、という点である。

他方、「罪刑法定主義概念の再構成」であるが、ここでは、横山教授は、右の「罪刑法定主義の段階的考察」の基礎の上に、その成立段階における罪刑法定主義の内容を再び問題とされ、それが単なる「罪刑の法的拘制」のみにとどまるものでなかったとの右論文の結論を啓蒙主義思想家、とりわけフォイエルバッハやベッカリアのそれをより詳しく検討することによって具体的に裏付けられる。

例えば、確かにフォイエルバッハは「罪刑法定主義」をスローガン化した。しかし、そこにいわれた *Gesetz* と *Verbrechen* は決して「法律一般」、「犯罪の一般概念」ではなく、啓蒙主義によって色づけられた「法律」、「犯罪」であった。けだし、フォイエルバッハの法は、人間の内心には立ち入らないからであり、彼にとって刑法がかかわりをもつのは、法律で規定された市民の自由と矛盾する行為のみだからである。つまり、フォイエルバッハが「法律なければ刑罰なく、犯罪なし」という場合、その法の規律の対象からは単なる人間の心情は既に除外されていたのであり、フォイエルバッハが刑罰の対象と考えたのは他人の権利を侵害する行為だったのである。フォイエルバッハの定式は、法的規制の範囲の限定（法と道徳の峻別）、「侵害なければ刑罰なし」という考えと結びつけて理解するのでなければ、彼の真意から遠いものとなってしまふであろう。ところで、フォイエルバッハより先に罪刑法定主義を主張したのは、いうまでもなくベッカリアであったが、ベッカリアの罪刑法定の要求も、それを言葉とおり理解することはできない。けだし、ベッカリアが犯罪と刑罰との法定をいう場合、それは同時に、本来法律で規制すべきでない中世的な宗教犯罪からの解放、その犯罪カタログからの排除が考えられていたからである。そし

て、このようなことはフォイエルバッハやベッカリアについていえるだけではなく、一八、九世紀罪刑法定主義を主張したとみられるすべての学者、思想家に共通の理解だったのである。

しかし、この時代の罪刑法定主義を考える場合、今一つ見逃してならない点がある。それは、罪刑を法定するものは自由な市民だという観点である。このような観点の存在を我々にはつきりと示してくれるのはフランスの人権宣言であるが、実は、それは罪刑の法定を要求した啓蒙思想家の思想の中に秘められていた視点でもあった。ベッカリアにみられる「自由人どおしの自由な契約であるはずの法律」という抽象的な表現の中に、ブルジョアの立法参加の要求がひそんでいた、と考えたとしても決して読みすぎではなからう。もともと、ひとりフォイエルバッハにおいてはこの点が明確ではないが、しかし、彼の主張した「あらゆる立法者の法律であり、あらゆる立法にわたっての永遠の規範」としての理性の法律という考え方は、ブルジョアによる立法が不可能であったドイツに生まれた、ブルジョアの法意識を国家法の上に反映させる論理にほかならなかったのである。

これを要するに、罪刑法定の要求は、それが歴史の舞台上に登場したときには、罪刑の限定（宗教科罪の廃棄、社会的侵害行為への刑罰の限定）、ブルジョアによる立法という二つの要求を前提とした主張だった、といえよう。

その成り立ちにおける罪刑法定主義が単なる「罪刑の法的拘制」にとどまるものでなかったことを、このようにして裏付けられた横山教授は、続いて、「まさに、このようなものであったからこそ、罪刑法定主義は大陸における歴史の進歩を押し進める論理となりえたのである。ところで、この点を明らかにするためには、旧体制下における犯罪と刑罰の状況について、……考察を加えなければならぬ。」<sup>(1)</sup>として、右のような罪刑法定の要求が旧体制下

における犯罪と刑罰の弾劾の中から生み内された必然的所産であったことを、換言すれば、罪刑法定の要求がもつた歴史的意義を再確認する作業に入られる。

以上が、「罪刑法定主義概念の再構成」のおおよその骨組みであるが、しかしながら、「……旧体制下の犯罪に對する弾劾の中から、社会侵害的行為だけを対象とする新しい法と刑罰への渴望が生まれ、恣意によらず、市民の法感情にもとづいた統一的刑罰法規への要求が出てくるのである。この要求は、ブルジョアが、一つの階層としての力を持ちえた国にあってはブルジョアによる刑事立法の要求と結びついて現われ（例えばフランス）、そのような現実の力をもちえなかつた国にあっては、法は理性の法則にしたがわなければならない、法は市民の自由を守るものでなければならぬ、という理性法の要求となつて現かれた（例えばドイツ、ベッカリアのイタリアもそうである<sup>(18)</sup>。）」との、刑法の近代化におけるいわゆる「二つの道」にかかわる興味深い指摘を除けば、右の分析に際して特に目新しいフォイエルバッハやベッカリア理解、あるいはまた旧体制下の犯罪と刑罰の理解が示されるという訳では必ずしもない。それらはいずれも、基本的には、風早博士や佐伯博士の啓蒙主義刑法理論研究によって既に明らかになされていた点だともいえないこともないからである<sup>(19)</sup>。もともと、そのことは右論文の価値をいささかも損うものではない。というのも、これらのいわば既知事項に、既に冒頭で述べたように、一八世紀ヨーロッパ大陸で主張された罪刑法定主義とは通説のいふような「罪刑の成文法規定主義」に尽きるものだったのか、もしそれに尽きないとすれば、従来の罪刑法定主義概念は明らかに誤り、もしくはそれは異質の存在だということになり、それは必然的に罪刑法定主義概念の再構成を要求することにならう、との新たな視点を投射することによって、右既知



事項から罪刑法定主義概念の再構成のための重要な示唆を引き出そうという点に、右論文の新規性すなわち風早博士や佐伯博士の罪刑法定主義研究を発展せしめようとする点が存する、といえるからである。「……罪刑法定主義を刑事法の領域で可能なかぎり把えなおすことも必要であると考える。本稿はそれをめざしている。」<sup>(20)</sup>との叙述も、このような意味においてうけとめることが可能であろう。そして、右論文によれば、このような引き出し作業に美事に成功したといえるが、右論文の真の意義もこの点に求めることができるように思われる。

とすれば、右論文が次のような提言によってしめくられたのもむしろ当然のことといえよう。それは、何よりも、右引き出し作業の成功を端的に物語るものであった。「罪刑法定主義の概念は、それが歴史に登場した時の内容を顧慮しつつ、次のように定義されなければならない。すなわち、罪刑法定主義とは、人間の、外にあらわれた、社会侵害的行為だけを犯罪とし、このような犯罪の類型化、犯罪に対する刑罰を、大多数の国民の法意識にしたがって、あらかじめ法定せよ、という要求である、と。」<sup>(21)</sup>そして、それが、「罪刑法定主義の段階論的考察」の基礎の上に、一定の歴史的意義を果したものの、その内在した本質的限界の故に形式的な罪刑法定主義概念に変質せざるをえなかったところの「罪刑の市民的拘制」ではなく、その克服の上に生み出されるところの「罪刑の国民的拘制」としての罪刑法定主義に与えられるべき概念定義を対象とするものであったことはいうまでもない。<sup>(22)</sup>

なお、横山教授によれば、右論文では「筆者も、イギリスには罪刑法定主義はなかった、と考える。なぜなかったか、の理由については、いずれ、機会をみて私見を明らかにしたい。」<sup>(23)</sup>として、将来の検討を約束されていた、近代大陸法的罪刑法定主義の性格と密接にかかわる、イギリスに罪刑法定主義があったのか否か、という問題をそ

の後、真正面から取り上げられ、「イギリス刑法と罪刑法定主義—イギリス型近代刑法成立の論理—」(昭和四八年)と題して発表されておられる。时期的には戦後第三期のものといえないが、内容的には、近代大陸法的罪刑法定主義に該てられた前記二研究と一体をなすものと考えられるので、こゝでまとめてみておくことにしよう。

ところで、同論文は、「罪刑法定主義概念の再構成」と同様に、「本稿は、イギリス刑法と罪刑法定主義という問題に対し、これまでなされた通説的理解の検討をとおして、いわゆる罪刑法定主義概念の存在そのものは、必ずしも、刑法近代化のメルクマールではない、ということを明らかにせんとするものである。」<sup>(26)</sup>との大胆な、かつ鋭い問題提起から始まるが、既に「罪刑法定主義概念の再構成」において、「沢登論文の指摘には、教えられるところが多かった、」と自ら明らかにされておられたところからも容易に予想されたように、その主題ともいうべき、イギリスに罪刑法定主義があったか否か、という問題の検討に際して同論文の用意する論点は、前掲・沢登「罪刑法定主義の歴史的意義への反省」におけるそれと、多くを共有するものであった。すなわち、同論文は、滝川幸辰博士がショットレンダーの研究を最初に紹介し、ショットレンダーの方法論を基礎として罪刑法定主義の歴史的考察を試みられて以来、通説となってきた、そして滝川春雄博士や大野真義教授の罪刑法定主義研究などによって支持されてきた、<sup>(26)</sup>マグナ・カルタ第三九条↓人権宣言↓近代大陸国家刑法という罪刑法定主義の系譜論を祖上にあげるところから、この問題の検討に入っていくのである。

もっとも、沢登論文では、「まず、マグナ・カルタ三九条と人権宣言八条とは、国家の刑罰権に対する『人民の側から加えられる』法的拘制だという点で拘制主体においてはほぼ一致しており、この点に着目して系譜上結びつ

けられる訳である。けれども反面、マグナ・カルタ三九条が『人民裁判および慣習法的固有法による』拘制を意図するのに対して、人権宣言八条は『国家機関が制定する成文法規による』拘制を意図するという点では、両者はむしろその拘制手段において正反対の方向にあるものといわなければならない。……次に以上とは丁度逆に、人権宣言八条と近代大陸刑法の罪刑法定主義とは、拘制の手段においては完全に一致するが、拘制の主体においては一致しない傾向が強い。<sup>(27)</sup>「しからば、マグナ・カルタ三九条と近代大陸刑法の罪刑法定主義との間には如何なる継承関係も成り立ちえない。」<sup>(28)</sup>として、主として論理のレベルで右の系譜が否定されたのに対して、横山教授が「罪刑法定主義とマグナ・カルタとのつながりをはっきり否定した沢登佳人の論理は正しい、としなければならぬ」<sup>(29)</sup>とされる論拠は、「マグナ・カルタの歴史的 성격、その第三九条についての研究は、すべて、マグナ・カルタそのものが、どんな意味においても、すべての人間に対し具体的自由を国王から保障する、というものでなかったことを示している。」<sup>(30)</sup>「たとえ罪刑法定主義の意味を、国家権力の恣意的行使から人民の自由を守るもの、というように拡散させて考えたとしても、マグナ・カルタが罪刑法定主義の歴史的淵源である、ということは歴史的にありえない、<sup>(31)</sup>といてよい。」「事実を事実として見るならば、一三世紀のマグナ・カルタは、決して国民の大多数に対し、人身の自由を保障した憲章ではなく、したがって、罪刑法定主義の意味に手続的保障を含ませたとしても、その歴史的起源ではありえないのである。」<sup>(32)</sup>という点に、より重点が存する。

しかしながら、実をいえば、マグナ・カルタの歴史的 성격に関するこのような分析それ自体は、必ずしも目新しいものではない。刑事法の領域に限っても、それは、既に桜木澄和「マグナ・カルタの神話」<sup>(33)</sup>(昭和三三年)によ

って明らかにされていた点だからであり、のみならず、この点は、例えば大野真義「マグナ・カルタと罪刑法定主義(一)(二)(三)(四)」<sup>(35)</sup>(昭和三三—三四年)などにみられるように、横山教授が組上にあげられた右の系譜論の支持者自身も認めていた点だともいえるからである。もっとも、大野教授によれば、このようにマグナ・カルタと罪刑法定主義との歴史的範疇の相違に留意されつつも、両者は「人權保障の思想」において発展線上に位置づけうるとして、結論的には通説の系譜論の擁護にまわられたことは、既に拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究(三)」<sup>(36)</sup>でみたとおりである。その意味では、罪刑法定主義の歴史的淵源をマグナ・カルタ第三九条に求めることは誤りだ、との横山教授の右結論も、ある意味では、これまでの研究によって既に準備されていたもの、といえないこともなからう。

とすれば、ここで注目されるのは、その前提となった、横山教授が通説の系譜論を組上にあげられた実質的理由ということになろう。すなわち、「マグナ・カルタを罪刑法定主義の淵源とする学説が通説となりえたのは、『いち早く近代化したイギリスに近代刑法がない筈はない、しかし、イギリスはコモン・ローの国であり、言葉どおりの罪刑法定主義はない』という困難を、『コモン・ローの国『イギリス』のマグナ・カルタこそ罪刑法定主義の本来的故郷』とすることによってこの両者を結びつけ、それによって『罪刑法定主義は近代刑法の大原則』という通説を救ったからではないか。」<sup>(36)</sup>との記述に示される理由がそれである。つまり、横山教授によれば、通説の系譜論批判の真の狙いが、それを契機として、通説の系譜論の背後に隠された罪刑法定主義の通説的理解に反省を迫ることにあった、という点である。既に拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究(二)(三)」<sup>(37)</sup>でみたように、(一)戦後第一

期においては、日本国憲法が英米法の影響の下に制定されたという経緯から、英米刑法とりわけイギリス刑法と罪刑法定主義というテーマが人々の関心を集め、幾つかの研究が生み出されることになったが、それらは、基本的には戦前の滝川幸辰博士の罪刑法定主義の系譜論の延長線に、英米法における罪刑法定主義の存在を消極的に指摘したにとどまり、そこにおける刑法近代化の積極的検討にまでは進むことはなかった、ましてや、それを媒介として、明治憲法体制の下における罪刑法定主義理解の基礎となった大陸法とりわけドイツ法的な罪刑法定主義理解を比較法的に反省するというような問題意識はそこでは見い出せず、依然として伝統的な罪刑法定主義理解を所与の前提として、問題が論じられていた、(二)戦後第二期においては、戦後第一期の研究が追求した「イギリス刑法と罪刑法定主義」というテーマを、刑法のマグナ・カルタ的機能の擁護という観点から更に発展させ、「イギリス刑法と人権保障思想」というテーマに深めるとともに、このテーマの下にイギリス法的な「法の支配」にもとづく保障原則の抽出を試みる前記・大野論文などが現われ始めたものの、それでもドイツ法的な「法治主義」とは質的に異なるイギリス法的な「法の支配」のもつ世界的意義を考察する、従ってまた、それを媒介として大陸法的な、とりわけドイツ法的な罪刑法定主義理解を比較法的に反省するという観点はもう一つ明確ではなく、かつこれらの研究を除けば、未だ戦後第一期の段階にとどまる研究が大半であった、といったような当時の状況からすれば、横山教授の狙いは、まさに、従来の研究水準を大きく一歩進めようとするものであった、といえよう。

とすれば、沢登論文と同様に、右の系譜論批判に続いて、その主たる論点として、イギリスにおける刑法近代化の道と、罪刑法定主義を軸とする大陸における刑法近代化の道の関係という点が設定されたことも、容易に首肯さ

れよう。

「イギリスにおいては、大陸におけるような罪刑法定の要求が、スローガンとして掲げられたことはなかった。もちろん、それは、イギリスに、人身の自由、刑罰権抑制の要求がなかった、ということではない。ただ、こういう要求が、罪刑法定という形をとらなかつた、ということである。イギリスでは、人身の自由、刑罰権抑制の要求は、法の優位、法の支配という中世的スローガンのもとに行なわれた。だが、そこで考えられた法の支配とは、中世的法の支配でも、客観的に存在する法の支配でもない。ブルジョアの利害を代弁する、法律家や議会によって取捨選択され、解釈された法の支配であった。そして、こういう法の支配は、絶対王政を打倒した市民革命後始めて、現実のものとなる。」<sup>(37)</sup>「中世的法の支配の論理を隠れ蓑としながら大権制約へと向かう、という闘争を可能にしたのは、イギリス絶対主義の構造的矛盾……であり、より特殊的には、全国土に統一的なコモン・ローの存在とジェントリー法律家によるその適用という事実の存在であった。いまだ国王から大権を奪取するほどの物理的力をそなえてはいないが、しかし、彼等の利益を損うことのないコモン・ローと、それを適用するコモン・ロー裁判所を手中に収めた新興階級が、大権そのものの否定や、大権から生ずる司法権の否定にむかわず、体制の枠内での大権行使の制限に向かったのは、それがもっとも現実的だったからであり、大権制約の手段として罪刑法定という形でなく、中世的法の支配の理念が掲げられたのは、議会に立法権がなかつた(国王の裁可が必要)ことのほか、コモン・ローおよびコモン・ロー裁判所を媒介とする法の支配によって、彼等の利益は損なわれなかつたからである。」<sup>(38)</sup>「イギリス近代刑法を創り出した一七世紀イギリス市民革命の全過程は、いわゆる罪刑法定主義確立をめざす闘いとして

ではなく、むしろ、罪刑法定と異質の論理に基づく闘いとして展開されているのである。<sup>(36)</sup>

これが、「イギリス絶対王政の構造と矛盾」「絶対王政との闘争の論理」に関する詳細な検討から導き出された結論であった。ちなみに、これを、横山論文では言及がないが、既に拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究(三)」でみたところの前記・桜木論文のそれと照合すれば、若干の微妙なニュアンスの相違がみられるものの、両者のそれに極めて近いものを感じるのは必ずしも筆者一人ではなからう。<sup>(40)</sup>これに対して、沢登論文のそれとの距離は予想に反するものがあるといえよう。もっとも、右論点の検討に該てられた沢登論文の紙幅は、横山論文のそれに比すれば、はるかに制約されており、その見解を十分に展開しえなかったのではないかとの印象が沢登論文には残るため、単純に両者を比較することには問題があるが、しかしながら、この点を割り引いたとしても、次のことだけはいえるように思われるからである。すなわち、横山論文では、イギリスにおいては中世的な「法の支配」の論理を利用することによって刑法の近代化が図られたが、もちろん、そのことは近代的な「法の支配」が市民革命前に既に存在したことを意味するものではなく、近代的な「法の支配」が確立されるのはあくまでも市民革命後のことであって、そこで考えられた「法の支配」も、中世的なそれでも「客観的に存在する」それでもなかった、として、市民革命前と市民革命後における「法の支配」の歴史的性格を明確に区別する立場がとられているのに対して、沢登論文では、この点が必ずしも明確ではなく、むしろ、「イギリスのノルマン王権は征服者として土着の貴族・僧院・市民の上に君臨したので、形式的には初めから中央集権的性格が強かったが、実質的には、土着民の抵抗に遭ったこと、殊に一七、八世紀王権の成長期に当り産業ブルジョアジーが大陸ヨーロッパに先がけて早くから強大

な階級的勢力に成長し議會や普通法裁判所に拠って王権に激しく刃向ったことから、彼らの自治権・固有の制度（慣習法的固有法）・その他の既得権を大幅に認めることを余儀なくされ、その反射として、……統一的体系的な成文法規を制定しそれに基づいて統一的体系的な国家権力機構（王権の手脚たる官僚機構）を組織することに對し、各種の法的制限を甘受せざるを得なかつた。その法的制限がマグナ・カルタ、権利請願、権利章典などに盛られた内容に外ならず、マグナ・カルタ三九条は正にそのような意味において理解さるべきものである。<sup>(41)</sup>などの、前にも紹介した記述などからすれば、どちらかといえば中世的な「法の支配」と近代的な「法の支配」を、国家の刑罰権に對する「人民の側から加えられる」法的拘制、とりわけ「人民裁判および慣習法的固有法による」拘制を意図するという点において、いわば發展線上に結びつける立場に立っている、とうけとめてもおかしくないところがある、という点である。その意味では、この点に関しては、沢登論文の立場は、「支配者の権力の濫用に対する被支配者の権利・自由の保障」という観点から、中世的な「法の支配」のなかに近代的な「法の支配」の淵源を求める前記・大野論文のそれにより近い、といえるかもしれない。もっとも、そこから大野論文が、「法の支配」と罪刑法定主義の同質性の強調を媒介として、通説の罪刑法定主義の系譜論の擁護にまわったのに對して、沢登論文では両者の異質性の強調において系譜論が否定される、というように、その後の結論が対極的であることは、既に述べた通りである。なお、先に、横山論文と沢登論文は共に通説の罪刑法定主義の系譜論を否定するが、その論拠には微妙な差異があり、横山論文ではマグナ・カルタの封建的性格が中心的にあげられるのに對して、沢登論文ではこの点の指摘がないことをみたが、このような差異も右のような意味において理解することができるかもしれない。



横山教授によれば、このようにして、イギリスにおける刑法近代化の道が、罪刑法定主義を軸とする大陸におけるようなそれではなく、中世的な「法の支配」の論理を軸とする近代化であったことが再論されることになったが、イギリスにおける刑法近代化の道に関するこのような理解は、当然のことながら、横山教授をして、更なる第三の論点に向かわしめることになった。それでは大陸における刑法近代化は、イギリスと異なり、何故、罪刑法定主義を主軸として展開されることになったのであろうか。これが右論点であった。

しかしながら、この点に関しても、横山論文のそれと沢登論文のそれとは一致しない。ただし、横山論文では、「さしあたり、次のようにいうことができれば」との留保つきながら、右の問題を解く鍵が、イギリスとフランス等大陸諸国における絶対主義の構造の違いに求められる。すなわち、「ノルマン征服後イギリスに築かれた封建国家は、狭い国土という地理的条件、征服国家という成立事情もあって、王権は最初から強力であり、当時としては珍しいほど組織化された集権的国家であった」<sup>(42)</sup>のに対して、「封建化の進んだフランス、ドイツでは、国王は、このような割拠主義を打破し国内を統一しようとしたが、国土の広大に比べて貧弱な当時の交通機関と、王権自体の経済的基礎の弱さからくる支配機構の欠陥は、封建貴族の地方における中世的支配を一掃することを妨げた。そのため、たとえば、旧体制下のフランスでは、……住民は二重、三重の錯綜した法的抑圧の下におかれざるをえなかった。こういう事情、すなわち、国王裁判権と領主裁判権による二重の抑圧、多数の国王の命令、命令と地方的慣習法の存在、という状況―それが、フランス等大陸諸国において、統一的刑罰法規の要求、罪刑明確化の要求を生み出し、市民革命のスローガン、罪刑法定主義の要求となって結実したのである」<sup>(43)</sup>。しかしながら、これに対して、

戦後のわが国における近代刑法史研究(七) 内田

沢登論文では、前にも触れたように、「フランス絶対王制がたまたまその本質的矛盾の厳しさの故に、初期啓蒙思想を受け入れて自己を合理化し強化する能力を持たなかったことが、後期啓蒙思想家をして……罪刑法定主義を、反体制原理、そしてやがて市民革命の指導原理として把握せしめるに至った」<sup>(44)</sup>にすぎないのであって、本来「罪刑法定主義は、古代東洋的なる」と近代大陸刑法なるとを問わず、およそ中央集権的官僚国家権力機構の……成長・発展・完成するにつれて、一面においては支配権力およびそれと結托する支配階級がその階級的支配の貫徹性と合理性を確保するために必要な官僚機構に対する合理的統制技術として、他面においてある程度人民の権利自由を官僚機構の恣意から守ってやることにより支配権力に対する人民の信頼を高め支配の基盤を強化するために必要な人民統治技術として、生まれてくる一般的な歴史的社会的現象にすぎない。」<sup>(45)</sup>と、説かれるからである。これによれば、前者が、いわゆる罪刑法定主義をもって明確に封建的なものから区別し、近代的なものと性格づけた上で、この罪刑法定主義が大陸において刑法近代化の主軸となるに至った原因を問題とし、それをフランス等大陸諸国における絶対主義の構造に求めるのに対して、後者は、罪刑法定主義を近代的なものと性格づけることを拒否し、古代か近代かを問わず、また西洋か東洋かを問わず、およそ中央集権的官僚国家権力機構が成立・発展・完成すると生まれるところの一般的な歴史的社会的現象にすぎない、と拡散することによって、中世的な「法の支配」の発展線上に近代的な「法の支配」を位置づけたのと同様に、近代的な罪刑法定主義を古代的なその同一線上に措定し、その上に、近代ヨーロッパ大陸においてそれが生み出されるに至った原因を探る、という態度が採用されていることが、浮かび上ってきたといえよう。その意味では、両者の差異は想像以上のものがあるといえよう。

とすれば、イギリスに罪刑法定主義はあったのか否か、という問題に対して両者が共に否との結論を引き出した点についても、その意味するところが異なっていたことに注意しなければならなくなる。すなわち、沢登論文によれば、右の結論は、とりもなおさず、国家の刑罰権に対する「人民の側から加えられる」とりわけ「人民裁判および慣習法的固有法による」法的拘制として、中世的なそれから近代的なそれへと発展する、イギリス的「法の支配」の系譜に対する積極的評価と、他方における、古代と近代を問わず、東洋と西洋を問わず、およそ中央集権的官僚国家権力機構が成立・発展・完成するにつれてみられるところの一般的な歴史的社会的現象にすぎず、近代ヨーロッパ大陸のそれも例外ではありえないところの罪刑法定主義の系譜に対する消極的評価とを、したがってまた、人身の自由の保護におけるイギリス法の大陸法に対する優位という評価を、含意するものとして唱えられているのに対して、横山論文では、このような評価は付与されていない、といえるからである。もっとも、そのことは、横山教授が右の結論によって意味されたのは、文字通り、刑法近代化におけるイギリスと大陸の相違だけだ、ということでは少しもない。横山教授の系譜論批判の真の狙いが、それを契機として、右の系譜論の背後に隠された罪刑法定主義の通説的理解に比較法的に反省を迫る点に置かれていた、ということをもう一度想起しなければならぬ。

それでは、以上のようなイギリス法と罪刑法定主義という問題の検討は、横山教授をして、通説の罪刑法定主義理解に対するどのような反省に向かわしめることになったのであろうか。「いわゆる罪刑法定主義の存在そのものは、必ずしも、刑法近代化のメルクマールではない、重要なのは、罪刑が法定されているかどうかではなく、そこ

でブルジョアの利益が守られているかどうか、なのだ。<sup>(46)</sup>これが、その反省であった。紙数の関係か、ここでは、「罪刑法定主義の有無という角度からする、イギリス近代刑法成立過程についての検討は、次のような結論へと導く。」<sup>(47)</sup>と記されるだけで、補足説明的なものは一切みられないが、前記「罪刑法定主義の段階論的考察」あるいは「罪刑法定主義概念の再構成」で展開された論旨からみて、右結論をもって次のように意識したとしても、読み間違ではないように思われる。

イギリスに罪刑法定主義があったのかという問題に関する従来の議論は、いわゆる罪刑法定主義をもって刑法近代化のメルクマールと前提し、そこから世界に先駆けて近代化を達成したイギリスにそれが無い筈はないとの推論の下に、イギリスにおけるその存在を実証する作業を試みてきた。しかし、既にみたところからも明らかのように、イギリス近代刑法成立過程はいわゆる罪刑法定主義を軸とするものではなかったのである。そして、このことは、従来通説によって主張されてきたイギリスにもいわゆる罪刑法定主義は存したとの結論のみならず、その前提ともいふべきいわゆる罪刑法定主義をもって刑法近代化のメルクマールとの出発点をもくつがえすことになるのである。というのも、これによれば、刑法近代化を考える場合、コモン・ローか成文法かという法形式は問題ではないということになるからである。それでは、刑法近代化を考える場合、重要なことは何なのであろうか。ここで我々が注目しなければならないことは、イギリス近代刑法成立過程の検討が示しているように、イギリスにおいては、中世的な「法の支配」の論理の利用が近代的な市民的自由の保障と結びついていた、ということである。同様のことは大陸法的罪刑法定主義についてもあてはまるのであって、それは既に「罪刑法定主義概念の再構成」などにおいて

みたところである。問題は、そこで市民的自由が守られているかどうかだ、ということになる。とすれば、この点で、通説の形式的な罪刑法定主義理解には反省しなければならぬ点があるといえよう。

横山教授が右結論に際して「いわゆる罪刑法定主義」との表現を用いておられるのも、このような意味において理解することが可能であろう。<sup>(48)</sup>

なお、横山教授のこのような批判—もつとも、その主たる対象は、左の大野教授の罪刑法定主義研究ではなく、木村博士や植松博士のそれなどに置かれていたようにみられるが—に対しては、後に反論が現われることになった。これも、ここであわせて紹介しておくことにしよう。すなわち、大野真義『罪刑法定主義』（昭和五年）の第一章「罪刑法定主義の概念と系譜—概念論批判と系譜論批判を契機として—」が、それである。

しかしながら、結論的にいえば、右に反論と書いてしまったが、内容的にみれば、反論の範囲は必ずしも大きくはない。むしろ、小さいといってもおかしくないぐらいである。ただし、右大野論文によれば、「罪刑法定主義をその形式的概念のみによって把握することが、この原則の本来の意味を見失い、罪刑法定主義そのものを死物化するものであることは、その歴史的意義より明らかなところである。わたくしもまた、通説的定義が罪刑法定主義の概念をこの原則のもつ形式的要請のみに依拠しているものであるとすれば、この原則の歴史的・思想的意義を無視した定義といわざるをえず、そのかぎりにおいて、横山教授の提起する問題意識に賛成したい。」<sup>(49)</sup>として、「罪刑法定主義の概念論」をその反論の範囲からははずすからであり、その結果、「罪刑法定主義の系譜論」のみが反論の対象として残されることになったからである。

もつとも、ここでも、両者の距離は実はそれ程大きなものではない。確かに、ここでは両者の結論は対極的であり、横山教授に対する大野教授の反論には厳しいものがある。「概念論において形式的概念主義を排斥する横山教授が、系譜論において成文法規定主義を前提として、イギリス刑法に罪刑法定主義もなければ、マグナ・カルタにその淵源性を求めることはできないと主張するのは、せっかく、概念論において形式的概念による把握方法を批判しながら、系譜論において、結果的には形式的概念への回帰を避けることができなかったことになるのではなからうか。<sup>(50)</sup>しかしながら、既に見たように、横山教授がこのように主張されたのは「形式的概念主義」をまさに系譜論においても排斥されたが故にであった、ということからすれば、右の大野教授の反論は、むしろ、ここでも両者の距離がかなり縮まっていることを逆に証明しているように思われるからである。更にはまた、右の問題を考える場合、その前提となるマグナ・カルタ自体の歴史的 성격については、両者ともにこれを近代的なそれではないとする点では、従来からも一致していたのである。

ただし、このことは、ここでの両者の相違はもはや言葉の上だけのことになっている、ということの意味しない。イギリスにおける刑法の近代化と大陸におけるそれとは、その社会的条件の違いを反映して形態が異なることに留意されつつも、刑事人権保障の発展という点で両者の同質性を強調し、イギリスと大陸における近代的な刑事人権保障の論理を総称する役割をも罪刑法定主義に付与されるとともに、他方、マグナ・カルタと近代的な「法の支配」、したがってまた罪刑法定主義とがその歴史的範疇を異にすることを承認されつつも、結論的には「支配者の権力の濫用に対する被支配者の権利・自由の保障」という点でマグナ・カルタと近代的な「法の支配」、したがってまた罪

刑法法定主義とを連続線上に結びつけられる大野教授と、そこでの罪刑法定主義を大陸的な、しかも近代的なものとして、イギリス的なそれから、したがってまた中世的なものから厳格に区別される横山教授との間には、単なる言葉の問題をこえた、歴史研究の方法論にかかわる重大な相違が未だ横たわっているようにみうけられるからである。もっとも、それは、両者の相違をつきつめていけば、そうなるのではないか、ということであって、歴史研究の方法論が両者の争点として現実に浮上するに至っている、ということではない。横山教授の系譜論批判の主眼は、右の系譜論の背後にひそむ通説の形式的な罪刑法定主義に置かれており、これとの関連で大野教授の系譜論にも批判が及んだのであって、その歴史研究の方法論の故に大野教授の系譜論が俎上にあげられたという訳では必ずしもなかったが、通説の形式的な罪刑法定主義理解が誤りだとの横山教授の問題提起に賛意を表明された結果、大野教授の横山教授に対する反論では、右の歴史研究の方法論が次の争点として徐々に浮上せしめられつつあるものの、それは未だ一方的なものにとどまっております、これに対する横山教授の再批判がみられない現段階では、歴史研究の方法論をもって両者の争点に加えることは、未だ時期尚早だといえよう。また、ここでの我々の当面の問題は、横山教授の罪刑法定主義研究がどのような波紋をひきおこしたのかを、大野教授の反論を通して探ることにあり、これによれば、横山教授の罪刑法定主義研究がその大きな影響力を着実に発揮し始めたことが既に明らかとなった今、これ以上、大野教授の反論に深入りすることは必ずしも適当ではなからう。<sup>(51)</sup>

本稿がこの期の刑法の「民主化」という観点からの近代刑法史研究において新たな飛躍が図られつつあったことの第二のあらわれの一つと位置づけた所以もある程度、証明しえたように思われるので、以上の考察をもってひと

まず沢登教授および横山教授の一連の罪刑法定主義研究からひとまず離れることにしよう。

- (1) 拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究(三)」(『神戸学院法学』九卷四号〔昭和五四年〕一四五頁以下) 参照。
- (2) 拙稿「同(五)」(『神戸学院法学』一二卷三号〔昭和五六年〕三五頁以下) 参照。
- (3) 『比較法研究』二九号〔昭和四三年〕四六頁以下。
- (4) 団藤重光他編『佐伯千仞博士還暦祝賀・犯罪と刑罰(五)』〔有斐閣、昭和四三年〕八一頁以下。
- (5) 同四六頁以下。
- (6) 拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究(六)」(『神戸学院法学』一四卷三号〔昭和五九年〕 頁以下参照)。
- (7)(8) 前掲・吉川「日本における罪刑法定主義の沿革」(『東京大学社会科学研究所編『基本的人権』4〔東京大学出版会、昭和四三年〕二九頁)。
- (9) 前掲・沢登「罪刑法定主義の歴史的意義への反省」六六頁。
- (10) 同七六頁。
- (11) 拙稿「わが国における『ペンサム刑法理論』研究」(『平場安治博士還暦祝賀論文集・現代の刑事法学(上)』〔有斐閣、昭和五二年〕四九八頁以下参照)。
- (12)(13) 前掲・沢登「罪刑法定主義の歴史的意義への反省」七二頁。
- (14) なお、沢登教授によってイギリスの人権保障制度の中核にして、「人民自身の手による裁判の機関であり、従ってまたその創造する裁判慣習法は人民の法たる意味においてランドの法である」と高く評価されたイギリスの普通法裁判所については、既に前期においても幾つかの研究が発表されており、その形成と裁判権の確立過程、そこでの当事者主義的訴訟構造および陪審制度の形成・発達過程などに検討が加えられていたが、ここでは、右沢登論文も言及する如く、大野真義「イギリスにおける刑事裁判と人身の自由(一)(二)―その歴史的考察を中心として―」(『阪大法学』一八号〔昭和三二年〕四



九頁以下および一九号〔同年〕八五頁以下、なお後に加筆のうえ、「刑事陪審制度の成立と人身の自由」と改題して後掲・大野真義『罪刑法定主義』〔昭和五年〕五三頁以下に再録〕の存在が特筆されよう。

ちなみに、大野教授によれば、本論文に先立ち、「英米刑法におけるモン・ローの意義」〔『阪大法学』一四号〔昭和三年〕四五頁以下〕を發表されており、大野教授の「イギリス刑事人権論」は、その後、「マグナ・カルタと罪刑法定主義」(一)(二)(三)(四)〔『阪大法学』一三三号〔昭和三年〕一三頁以下、二七号〔同三年〕六〇頁以下、三三三号〔同三年〕七五頁以下、三三三号〔同四年〕二二頁以下〕へと続くが、ここで注目されるのは、マグナ・カルタと罪刑法定主義との歴史的範疇の相違に留意されつつも、結論的には両者は「人権保障の思想」において発展線上に位置づけられるとされた。「マグナ・カルタと罪刑法定主義」にみられる、中世的なそれと近代的なそれとを連続線上に結びつけるという方法が、イギリス陪審制度の分析にもみられるということである。「制定法主義の大陸においては、近代の法典編纂を契機として、法に関してそれ以前と以後との間に比較的明確な区別を劃することが出来る。しかしながら、イギリスにおいては、法は慣習及び判例に基盤を求め、その集積又は発展の形をとるものに他ならず、従つて時代的にも大陸法の如く明確な区劃を生じない。……かかるイギリスにおける法の問題を討議する時、我々は先ずその歴史性を顧慮する必要がある。法典編纂による合理主義化の洗礼を受けていないイギリスにおいては、現行法そのものに歴史主義的原理が強く反映していると云わなければならぬからである。……本稿は、以上の如き意味から」「イギリスの刑事裁判において、人権を保障するうえに最も有効な機能を果たすものとして、固有の発展を遂げた刑事陪審制度の成立とその特色を考察しつつ、人身の自由が、法の理念としていかなる形で保障され、また保障されるにいたったかを、歴史的に若干の検討を試みようとするものである。」との右論文の課題設定からも、それは明らかであろう。同論文によれば、(一)フランクの本来非民民的な *inquisitio* がノーマン・コンクエストによつてイギリスに継承され、アングロ・サクソン期の民衆裁判所を流れる民主的精神をいわば母胎として、陪審という輝ける自由のための制度へと発展した、との基本認識の下に、まず始めに、ノーマン・コンクエスト以前のアン

戦後のわが国における近代刑法史研究(七) 内田

グロ・サクソン期の刑事裁判とフランクの *inquisitio* とを考察することからその検討に入るのも、(二)更には、次に、このような考察を基礎として、いよいよ本論に入り、その詳細な大陪審と小陪審とに対する検討にもつづいて、民事陪審と同様にヘンリー二世の改革を契機として確立されたが、しかし当初は *inquisitio* 同様、国王の特権としての性格を強くもつたのであった刑事陪審制度が、やがて、却って国王又は国家機関の関与する不当な刑事訴追の濫用から、国民の人権を擁護する働きをなすものへと発展していったのである、と結論するのも、右のような方法論との関連において理解することが可能であろう。その意味では、それは、大野教授の「イギリス刑事人権論」を彩る大きな特徴の一つといっても、必ずしも過言ではなからう。とすれば、右論文の評価もこの点にかかわるといえよう。

(15) 前掲・横山「罪刑法定主義の段階論的考察」四八頁以下。

(16) 同四八頁。

(17) 前掲・横山「罪刑法定主義概念の再構成」一九四頁。

(18) 同九九頁。

(19) 拙稿「戦後のわが国における近代刑法史研究(一)」(『神戸学院法学』八巻四号〔昭和五三年〕六五頁以下)参照。

(20) 前掲・横山「罪刑法定主義概念の再構成」一八五頁。

(21) 同九四頁。

(22) 大野真義「啓蒙期自然法理論と罪刑法定主義―その序章的考察―」(『阪大法学』四〇・四一号〔昭和三七年〕二二五頁以下)も、横山教授と同様に、罪刑法定主義の思想的根拠となった「啓蒙期自然法理論」の革命的性格・急進主義的性格に照明をあてる。ただし、国家権力機構の合理的統制技術の指導理念として提唱された「前期啓蒙思想」と、ブルジョアジーの反体制的イデオロギーという傾向が前面に出てくる「後期啓蒙思想」とを安易に同一視してはならないとの前掲・沢登「罪刑法定主義の歴史的意義への反省」六四頁以下の指摘、あるいはフォイエルバッハにおいてはベッカリアにみられるよ



(39) 同八四頁。

(40) なお、桜木教授は、その「マグナ・カルタの『古きよき基本法』への展開と法理の構造」(『比較法雑誌』一〇卷二号「昭和五二年」一頁以下)において、再びマグナ・カルタを取り上げられ、(一)基本的には、インドランド特殊の、あまりにも早激的に成立した中央集権的王政構造矛盾に由来する王権とバロンの抗争と和解の「証文」として一二一五年のマグナ・カルタが成立する過程、(二)次に、それが、国王と貴族の連合による支配階級の新しい統治権力の復活・強化、封建王政の再編のなかで脱骨化され、新たな統治構造、したがってまた規範構造の「確認書」となっていく、一二一五年の廃棄宣言から一二一六―一七年の再発給、一二二五年の確認に至る過程、(三)更には、一四世紀にみられる、法構造の変化がもはやマグナ・カルタの発給・確認という形では反映されず、次第に、国王と封建家臣との間の紛議を解決する誠実義務の基準となるとともに、裁判所の法解釈や請願に対する解釈の典拠となっていく、すなわち、マグナ・カルタが、一方で身分制議会における政治的機能を、他方でコモン・ロー裁判所における司法的機能をそれぞれ増幅しながら、しかも相互媒介的に増幅していく過程を、教授一流の精緻な分析にもとづいて跡づけることによって、中世マグナ・カルタの「古きよき基本法」への転化・解離・発展の論理と法理をより詳しく掘り下げられる。そして、一五・六世紀の封建制からチューダ絶対王政への移行・確立期には「冬眠状態」に入っていく、コモン・ローと紛合・解離しながら「古きよき基本法」にまで発展したマグナ・カルタは、しかし封建的身分的階級構造に規定された、封建王政の再編過程の産物にはかならず、その意味で、それは、絶対王政から市民革命への推転期にかけてみられた、「古きよき基本法」を否定的契機において媒介する、新しい市民革命への法的転回としての、第二の「古きよき基本法」から区別されなければならない、マグナ・カルタをもって歴史的被制約性と階級関係から切り離して、それに「近代」への「遺産」なる性格を与えることはできない、コモン・ローと紛合・解離しながら「古きよき基本法」にまで発展したマグナ・カルタは、単にクロニクルの連続性においてではなく、法思想の連続と飛躍を弁証する論理的統一の論理仮設として検証されなければならない、と結ばれる。

(41) 前掲・沢登「罪刑法定主義の歴史的意義への反省」七三頁以下。

(42) 前掲・横山「イギリス刑法と罪刑法定主義」九八頁。

(43) 同九九頁。

(44) 前掲・沢登「罪刑法定主義の歴史的意義への反省」六五頁。

(45) 同六二頁。

(46)(47) 同九九頁。

(48) なお、宮内裕「天皇制と治安法制」(『法律時報』四〇巻五号〔昭和四三年〕五〇頁も、「封建刑法とブルジョア刑法の階級的したがって歴史的本質を特徴づける要素は、刑法が何を刑罰をもって保護・防衛しようとしているか、つまり何を保護客体……としているかということから出発しなければならぬ」とする。

(49) 前掲・大野『罪刑法定主義』(『世界思想社』二七頁。

(50) 同五二頁。

(51) ただし、前掲・桜木「マグナ・カルタの『古きよき基本法』への展開と法理の構造」の次の指摘は、右の問題を考える場合、極めて示唆的であろう。

「歴史は、したがってまた法理の歴史も、けっして直線的な発展過程をたどるわけではない。法理の歴史には、逆行、曲折、偶然性、形態の多様性などが不可避的に粘着している。しかし歴史的事象には、こうしたさまざまな契機に媒介されながらも、その内的、本質的、合法則的、必然的な論理が内在されているはずである。累積された歴史事象をモザイク的に構成する恣意的・主観的な点結・転轍から、法理を論理的に抽出することはできない。歴史的なもの、一定の条件のもとで、階級関係の矛盾(支配と抗争)のもとで、具体的論理的なものに転化する。歴史的なものの理論的なものへの転化・統一は、歴史的に規定された社会構成体に規定されるから、転化・移行・発展は、つねに、連続と非連続の統一によって弁

神戸学院法学 第一四卷第四号

証されることになろう。」

(七五二) 四六

(未完)