

# 東京裁判と罪刑法定主義

島 田 征 夫

- 1 序
- 2 東京裁判と国際法
- 3 罪刑法定主義
- 4 東京裁判と罪刑法定主義
- 5 結

## 1 序

第2次世界大戦後半世紀以上を経て今日にいたってもなお、東京裁判は、「勝者の裁き」であるとか、「勝者の復讐」であるとか、事後法であるとか、その法的性質をめぐって論争が止まない問題の1つとなっている。最近でも、日本が侵略国家であることは濡れ衣であるとした論文がマスコミを賑わせ、議論を呼んだばかりである<sup>1</sup>。

本稿は、こうした問題について、国内刑法上の基本的な原則である罪刑法定主義に絞って考察を進め、果たして東京裁判は罪刑法定主義に反するものか否かを明らかにしようとするものである。

## 2 東京裁判と国際法

### (1) 東京裁判とは

極東国際軍事裁判所は、1946年1月19日、連合国最高司令官マッカーサー

元帥が設立に関する特別宣言書を発することにより設立された。この宣言書は、連合国が枢軸国の戦争犯罪人を裁判に付する意図を随時宣言してきたこと、ポツダム宣言で日本の戦争犯罪人を峻厳に裁判することを降伏条件としたこと、この降伏条件を日本が受諾したことなどを述べて、日本国の権限は降伏条件を遂行するため連合国最高司令官の下に委ねられたことを明らかにした。さらに、同元帥が以上の降伏条項を実施する連合国の最高司令官として指名されたこと、1945年12月26日のモスクワ会議において、最高司令官が降伏条項の実施のため必要なすべての命令を発すべき協定が米英ソ間で成立し、中国の同意を得たことを述べ、同元帥が降伏条件実施のためあらゆる命令を発する権限を有したため、この権限に基づいて、第1条で極東国際軍事裁判所の設置を、第2条で極東国際軍事裁判所条例を発したのである<sup>2</sup>。

このように、東京裁判とは、第2次世界大戦後連合国が日本人の重大な戦争犯罪人を対象に行なった戦争裁判をいう<sup>3</sup>が、1946年5月3日に始まり48年11月12日に結審し、25名が有罪とされ、7名に死刑、16名に終身刑、2名に禁固刑が言い渡された。判決では、5名の裁判官が個別および反対意見書を提出した<sup>4</sup>。

## (2) 従来 of 戦争裁判

戦争犯罪人とは、戦争犯罪を犯した個人をいう。戦争犯罪とは、狭義のものと広義のものとがある。狭義のものは、慣習法上古くから認められた概念であって、軍隊構成員による交戦法規違反、文民による武力敵対行為、スパイ、戦時叛逆、剽盗などがあり、原則として国内裁判所が管轄権を持つ。広義のものは、「平和に対する罪」や「人道に対する罪」をいい、第2次世界大戦後、ニュルンベルクと東京における軍事裁判で処罰の対象となったものである<sup>5</sup>。

ところで、広義の「平和に対する罪」は侵略戦争と言われる。この犯罪については、すでに20世紀に入ると、侵略戦争を国際犯罪とみなそうとする動きがあったことが知られている<sup>6</sup>。そしてその先例として、第1次世界大戦後にヴェルサイユ条約第227条は、前ドイツ皇帝ウィルヘルム2世を「国際道義と条約の神聖を傷つけた最高の犯罪」を犯したという理由で非難し、英

米仏日伊5か国の特別裁判所によって審理・処罰するというものであった。しかし実際には、オランダの皇帝引渡拒否によって実現しなかった<sup>7</sup>。

このように、従来の戦争は、終了すると平和条約が結ばれ、たとえば、戦争状態の終了、領土の確定、賠償、停止されていた条約の復活などが決められることが多かった<sup>8</sup>。しかし、戦争犯罪人として、裁判を行なうなどして個人責任が問われることはなかった。

東京裁判は、侵略戦争を行なった罪で、個人責任を問うただけでなく、罪状を侵略戦争としたのである。つまり、東京裁判は、ニュルンベルク国際軍事裁判所と並んで、平和に対する罪のかどで個人を審理したのである。ここに、東京裁判の現代的な特徴が見られる。

東京裁判の判決については、個人の戦争責任のほか、前述のとおり、事後法でないのか、などの問題点が提起されていた。この論点は、東京裁判とニュルンベルク国際裁判における罪状たる「平和に対する罪」と「人道に対する罪」は事後立法たる裁判所条例による処罰で、罪刑法定主義に反するのではないかということである。

以上の点を考察するため、以下、まず国内の刑法上の原則たる罪刑法定主義の成立の過程を見てみることにする。

### 3 罪刑法定主義

#### (1) 罪刑法定主義の誕生ーマグナ・カルタ

罪刑法定主義の思想は、1215年のイギリスのマグナ・カルタに淵源を求めることができる<sup>9</sup>。大野は、マグナ・カルタが作られることになった切掛け、つまり当時の中世イギリスの社会的背景について次のように言う<sup>10</sup>。

「一般に中世のヨーロッパ社会にあつては、支配階級たる封建領主と、農奴を中心としてあらゆる自由を阻まれていた人民との間には、神以外のなんらの審判者もありえず、司法権も支配階級の掌握するところであつて、裁判は全く恣意的なものであつた。農奴としての人民には、殆ど財産権も認められず、また、法廷に立って事理を争訟することも、証人となることも許されなかった。このような領主と農奴、つまり支配者と

被支配者との関係は、土地を媒介として、現物貢納の静止的状态を基礎とする身分的秩序のうえに立つ有機的・統一的全体を形成するものであった。ところが、11世紀より12世紀にわたる聖地奪還を目指す第2、第3十字軍の失敗の結果、ヨーロッパ社会にはすでに宗教への疑惑と、封建諸侯の雄姿衰亡のきざしが窺われるにいたる。同時に、やがて荘園経済の崩壊、ギルド的統制の衰退および自由都市の勃興などにより、いわゆる市民階級が台頭し、第三階級成立の気運の萌芽をみることができる。いわば、中世の終末への第1歩をふみだした時代であった。／このような趨勢の当時、つとに王権を確立していたイギリスにあっても、十字軍の結果としての国王の経済的損亡が封建貴族への封建法上の負担を加増せしめ、イギリス封建貴族の中心をなしたバロンらの国王への反抗意識は、日を追って強まっていった。この反感の導火線に火を点じたものこそ、ヘンリー2世の第4王子たるジョンにほかならなかった。彼が、兄リチャード1世の陣没（1199年4月6日）後、自ら王位を主張して即位したのは、1199年の5月27日であった。／彼は、その在位中、およそ3つの大きな失政を行なっている。マグナ・カルタの直接の動機は、この3つの失政によるものであった。」

その3つとは、フランスにおけるイギリス領土の喪失、法王との抗争と破門、フランス遠征の失敗である<sup>11</sup>。遠征の失敗に対してバロンの反抗が始まり、バロン軍が優勢になって、国王ジョンは屈服し、1215年6月15日にマグナ・カルタ全63か条が成立した<sup>12</sup>。ここで、罪刑法定主義を表現したと言われるマグナ・カルタ第39条を見てみよう<sup>13</sup>。

「いかなる自由民も、同一身分者の合法的裁判にもとづき、かつ、国の法律によるのでなければ、逮捕、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。」

大野は、この条項について次のように解説する<sup>14</sup>。

「この条項は、自由民の人身と財産を国王の不当な干渉から保護することを内容とし、ひいては、国民の権利および自由を保障した人権擁護の鉄則として、その世界的濫觴と解されてきた。また、マグナ・カルタ



全63条の後世におよぼした意義を端的に表明するものとして、最も重要な条項とされている。ことに、国王の恣意的な、国民に対する逮捕、監禁および刑罰権の絶対的な禁止を定めることによって、人身の自由を保障し、また、合法的な刑事裁判の実施を確約した意味において、罪刑法定主義の淵源をなすものといわれる。」

## (2) 中世の啓蒙制度と罪刑法定主義の発展

中世において恣意的な刑事手続が行なわれていたのは、何もイギリスに限ったことではなかった。中世の刑罰の厳しさについて、シーグルは言う<sup>15</sup>。

「こうして（中世の—筆者注）刑罰制度は、国家の組織した1種の私刑法となり、しかも、民間での私刑よりはるかに残忍なものであった。そう呼んでよければ、犯罪『法』は、いよいよ恣意的なものとなった。犯罪とは単に、社会の利益を害するものと裁判官がみとめた行為であった。裁判官のなす推論は、つかみどころがなく、また、類推をしてもよかった。実際、刑法全体が事後法であった。権威者とみとめられている刑事実務家の意見だけで、人を死刑にするに充分であった。…当時の実務家の書いたものを読むと、これが人間であったのかと疑いたくなる。買収してその地位に就いていることの多かった裁判官は、きわめて無節操で、人情も正義感もあったものではなく、信ぜられないほど多くの些細な違反に対する刑罰が、絞首刑でなければ、おそろしい形の身体刑であった。こんな刑罰制度の最盛期であった17世紀にザクセンの裁判官…は、優に2万件の死刑を言い渡した…。それでもひと思いに死刑を執行された人たちは、まだ幸運なほうであった。」

こうした中世の刑法の特徴とは、罪刑専断主義と呼ばれるが、これについて、佐伯は言う<sup>16</sup>。

「刑罰が法規により定まれる場合と雖も法的安全は一向保障されてはいなかった。蓋し当時は上述したように新法が旧法を廃止するということはないのだから、裁判官はとくに忘れられたような古い法規を探し出してきて適用することが出来る。そこでは『どんな裁判官のどんな気随な思い付きでも、それを権威づけ正当化する形式的法律の見出されぬ

ものはない』のである（パストール）。」「…裁判官の裁量に委ねられた刑罰の場合になると裁判官の権限は殆んど全能的なものになる。前の刑罰が法規または慣習法により定まれる場合にも広大な裁量の余地が残されてはいたが、とにかく一応犯罪の類型と刑罰の標準とがあって、裁判官は事実をこの類型に当てはめこの標準に照して刑を量定する努力を必要とした。しかるにここではこの法規もなく慣習法すら存しないのであるから、裁判官はある行為が犯罪となるや、またいかに処罰すべきやに付て、唯自己の良心によって決する外はないのである。」「18世紀のフランスといえば、他の点では随分進んだ文化をもつ社会だったに拘らず、刑事司法に関しては中世その儘の『惨酷さと野蛮さ』（ガルソン）が殆んどその儘残っていたのである。」

ところで、18世紀になると、ようやく変化の兆しが見え始める。フランスにおいて生まれた啓蒙思想がその最たるものであったが、啓蒙思想について、桑原は言う<sup>17</sup>。

「フランス啓蒙思想とは、いかなるものであったか。…啓蒙思想は一言でいえば近代的ヒューマニズムである。人間中心という意味において、それはルネサンス期のヒューマニズムと共通の立場にたつが、芸術的自然観照から技術的自然支配へと力点を移したところに明らかな差異を示す、新しいヒューマニズムである。…その根本的態度は人間の理性と善意へのゆるがぬ信念に支えられた批判精神であって、それは当然、人間の思想と行動との自由を圧迫する絶対主義的権威の否定へと向う。そしてたんなる教養の立場に止まらず、歴史における実践を志すことが啓蒙思想の特色であって、啓蒙思想はすなわち啓蒙運動なのである。」

このように啓蒙思想は、中世の刑罰制度を支配していた教会の権威を痛烈に攻撃したのである。ちなみに、モンテスキュは、啓蒙哲学者の中で、最初に刑事裁判の欠点を指摘したが、当時の刑法を批評したものは『ペルシャ人の手紙』と『法の精神』である。特に後者の書物の中で、裁判官による解釈の禁止と犯罪と刑罰の均衡を主張した<sup>18</sup>。モンテスキュの『法の精神』と並んで忘れてならないのは、ルソーの『社会契約論』である。

佐伯は「国家の刑罰権の根拠は社会契約に置かれる。」と述べて、次のよ

うに続ける<sup>19</sup>。

「国家の刑罰権は、理性によって肯定されたが、しかしそれは旧制度におけるように罪刑専断主義に基くものであってはならない。蓋し何が犯罪であるか・如何に罰するかが裁判官の自由裁量に委ねられている所には個人の自由は不可能だとされるからである。この裁判官に対する不信頼は、右に述べたような制定法万能の思想と結合して、完全なる法律を設けて犯罪と刑罰の全てをその中に規定し、裁判官は唯それを機械的に適用するだけにしてその裁量の余地を無くしようとする努力となる。」

また、啓蒙時代の刑法に影響を与えたことで有名なのはヴォルテールである。彼は、中世の遺物に対して戦いを宣告した中心人物であって、宗教において、政治において、人道、寛大、正義のために大いに戦った<sup>20</sup>。彼は、ベッカリーアの書物に註釈をつけ、『一地方弁護士による、「犯罪と刑罰」という書物にかんする註釈』を1766年に出版した。ヴォルテールは言う<sup>21</sup>。

「我々が目を向けてきたいいくつかの場面にみられるのは矛盾、厳しさ、不確実性、恣意専断である。今世紀中にすべてを完全なものにしよう。我々の生命と我々の財産が依存する法律を完全なものにしよう。」（『註釈』第23節）

### （3）ベッカリーアの罪刑法定主義

フランスの啓蒙思想の影響を受けて<sup>22</sup>、当時としては画期的な近代的な刑法思想を体現する書物が、1764年についに世に出た<sup>23</sup>。ベッカリーアの主張は、当時の時代思潮と著しく異なったため、その公表には幾多の困難がともなっていた<sup>24</sup>。彼は言う<sup>25</sup>。

「法律が成文としてはっきり規定されており、司法官の役目は、ただ国民の行為を審査し、その行為が違法であるか適法であるかを法律の条文に照らして判断することだけになれば、そしてまた、無知な者であろうと、有識者であろうとそのすべての行動を指導する正と不正の規範が、議論の余地のないものであり、単純な事実問題でしかないことになれば、そのときは国民が無数の小圧制者のクビキのために苦しむことはもう見られなくなるだろう<sup>26</sup>。」（第4章「法律の解釈」より）

「法律の勝手な解釈が悪いことである以上、法律の曖昧さについても同じことが言えよう。何故なら、その場合、法律は解釈される必要を生ずるからだ。法律が大衆の言葉で書かれていない場合、この不都合はまたずっと甚だしくなる。／法律の条文が大衆には分からない死語で書かれていて、神がかった御宣託のように仰々しくしまいこまれていたのでは、それは一種の家内問答集でしかなくなってしまう。そして国民は自分の財産と自由に関して、とるべき態度を自ら判断することができなくなり、このために法律を解釈することのできる少数の者の従属の下に置かれなければならない。／だが反対に、万人がこの神聖な法典を読むことができ理解することができるなら、もし法典が万人の手に置かれたなら、犯罪はそれだけ減少するだろう。何故なら、犯罪を犯す人間は、その犯罪に対して科される刑をよく知らないか、全く知らないのだということは疑いない事実だからである。刑罰が不確実であるということと無知とが、常に人間の欲望と感情の雄弁を助けるのだ。／ヨーロッパの国々の法律はほとんどすべてこうした死語で書かれていることを省みて、こんな未開な習慣が、ヨーロッパの最も文明的な部分に今もって幅をきかせていることに気がついたら、人々はいったい何と言うだろうか。／この反省から生まれる結論はこうだ。——成文の法典なしには、社会は決してしっかり固定した政体となることができない。この政体においては、その権力是一部の成員にあるのではなく社会全体にあり、その法律は特定の個人の利害という衝撃によって変質されたり破壊されたりすることはなく、ただ社会の総意に基いてだけ改正される。」(36-37頁)(第5章「法律の曖昧さについて」より)

「現在を遡る2, 3世紀の間の歴史と我々の時代とを知っている者にとっては明白なことだが、人類愛、慈悲心、人間の過ちに対する相互の寛容等、最もやさしい徳は豊かさとおだやかさの中から生まれるのである。だがこれと反対に、大したわけもなく昔風の『信義』とか『単純さ』とか呼びならわされているこれまでの『徳』とはいったいどんなものだったか。／人間性は、執念深い迷信の無知の下で泣かされ、少数権力者の貪欲と野心は国庫や玉座を人間の血で汚してきた。これこそ、影

の叛逆であり公然の殺人にほかならない。だから人民は貴族のうちに压制者と暴君を見出すだけであった。高僧たちも、憐れみ深い神の名によって、その聖なる手を屠殺の血によって汚してきたのである。これが『徳』の実態だ。」(38頁)(同上より)

#### (4) 罪刑法定主義の確立

以上のように、啓蒙思想は、徐々にではあるが、確実にヨーロッパ社会に広がりつつあった。そして遂に、フランス革命の勃発が、この時期の国際情勢に大きな転機をもたらしたのである。この大事件が当時のヨーロッパにどれほどの衝撃を与えたかは、改めて述べる必要もないと思うが、ほかにそれと並んで注目すべき出来事と言え、各国において近代的な刑法典が整備されたことも見逃すことができない。

19世紀初めの時期の近代刑法典の整備について見てみると、その特徴の第1としての罪刑法定主義の確立が大きな役割を果たしていることが分かる。

佐伯は、ヴォルテール、ベッカリーア、モンテスキュラの理論を取り上げ、それらを制定法重視の傾向の現われと印象づけてこう言う<sup>27</sup>。

「かかる制定法の単独支配の要求がさらに進んで刑法における慣習の力の否定となることも自然の勢である。蓋し慣習は限界が明確でなく個人自由の保障とならぬからである。かくて啓蒙思想の刑法における結論は、人権宣言第8条の『罪刑法定主義』に帰着したのであった。この原則が各国の刑法や憲法に範を垂れたものであることは衆知の所であるが、元来それは内容的な要求であって裁判官の裁量の余地なきような刑法が求められたのであることを忘るべきでない。」

そもそも罪刑法定主義は、ベッカリーアが求め<sup>28</sup>、フォイエルバッハ(1775-1833)が理論として完成させたと言われる<sup>29</sup>。ここで、再度ベッカリーアの主張を見てみよう。彼は言う<sup>30</sup>。

「…法律だけが各々の犯罪に対する刑罰を規定することができる。この権限は、社会契約によって統一されている社会全体の代表者である立法者にだけ属する。であるから、裁判官——彼自身社会の一員にすぎない——は、同じ社会の他の一員に、法律に規定されていないどんな刑罰



をも科すことはできない。裁判官が、もし法律で規定されているよりきびしい刑を科した場合、その刑罰は不正となる。なぜなら、その場合裁判官はすでにきめられている刑罰の上に新らしい刑罰を加えて科したことになるから。したがってまた、どんな裁判官も、たとえ公共の福祉のためという口実をつけようとも、ある市民の犯した犯罪に対してすでに宣告された刑を加重することはできない<sup>31</sup>。」(28頁)。(第3章「前章の原理からの帰結」)

「人間は各々ものの見方をもっている。そして同じ1人の人間でも、時が変われば同じ対象に対して違った見方をする。『法の精神』とはすなわち、1人の裁判官の時に誤った、時に正しい論理の結果であり、時にいい加減な、時に苦心したのみこみから来る結論であり、被告の弱さ、司法官の感情の粗暴さ、その被害者との関係、その他人間の不確かな頭の中で物事の様相を変え、本質を違えてしまうあらゆるこまかい原因の結果なのである。／こうして我々は、1人の市民の運命が別の裁判所に移管されることによって様相を変えたり、ある不幸な男の生命が、彼の裁判官のでたらめな推論や気げんの悪さによって左右されるのを見るのである。我々は、司法官が、その頭にふと浮かんだあやふやな混乱した着想に従って法律を解釈し、それが合法的な解釈として採用されるのを見た。我々は同じ裁判所によって同じ罪が、時が異なれば違った刑を言い渡されるのを見た。これは裁判所が、確定した法律の声を聴かないで、勝手な解釈の誤った不安定さに身を委ねているからだ。／こんないまわしいでたらめが、法律を文理解釈することによって時たま起こる一時的な不便と比較になるだろうか？ 多分こうした一時的な不便は、立法者に、法律のあいまいな条文に対する必要なそしてたやすい修正をほどこさせるだろう。だが少なくとも、法律に文字どおり従っていきさえすれば、でたらめな論理立ても、しばしば金銭づくの伴うあの勝手な理屈が許されるようなことも、もう心配する必要がなくなるわけだ。」(33-34頁) (第4章「法律の解釈」)

前述のとおり、罪刑法定主義は、フランス革命を経て、1789年のフランス人権宣言とも深い関わり合いを持っていることで知られている。水木は言



う<sup>32</sup>。

「専制政治の時代には罪刑専断主義が行われ、如何なる行為を犯罪とし、これに如何なる刑罰を科するかは、予め法律に明示せられることなく、官憲の一方的に決するところであった。このような制度の下においては権利の保障が不安定であるのはいうまでもない。フランス革命において近代法治主義が確立し、基本的人権は法律によらなければ侵害されないようになると、その刑法上の現われとして、罪刑法定主義は基本的人権の保障と裁判官の専断防止を目標として広く行われるようになったのである。前に述べた通り刑法は個人の生命、自由、財産に最も関係深く、而も罪刑法定主義は刑法上の基本的人権保障の骨子をなすものであるから、従来から重要視されてきている。」(326—327頁)

「罪刑法定主義を近代的意味において明かにしたのはフランスの『人権宣言』である。その第8条には『法律は絶対且つ明白に必要な刑罰以外は、これを制定してはならない。何人も犯罪以前に制定公布せられ、且つ合法的に適用された法律によらなければ処罰されない』としている。その前段は刑罰に関する立法の制限であり、純然たる罪刑法定主義は後段だけである。」(327頁)

このように近代的刑法思想たる罪刑法定主義は、次第に実定法化されるのであるが、その流れをまとめてみよう。

罪刑法定主義の思想は、前述のとおり、イギリスのマグナ・カルタに淵源を求めることができる。そして、1628年の権利請願、1689年の権利章典に受け継がれ、その後、アメリカで1776年の独立宣言やヴァージニアなど諸州の権利章典を経て、1787年の合衆国憲法(修正第5条)として成文化されたと言われる<sup>33</sup>。

フランスでは、前述のとおり、1789年の人権宣言において罪刑法定主義が採用され、これを受けて1791年に憲法(人権宣言に同じ。第14条に規定)と刑法典が制定され、さらに1810年に自由主義的なナポレオン刑法典もこの原則を規定している<sup>34</sup>。

このフランス憲法や刑法の規定は漸次ドイツ諸邦に影響を及ぼした。つまり、1794年にプロイセン一般ラント法(刑法)が制定され<sup>35</sup>、罪刑法定主義、

刑法の世俗化、刑罰の自由刑化が実現され、1813年にはフォイエルバッハが起草したドイツ最初の近代的刑法典であるバイエルン刑法典が完成した<sup>36</sup>。

イタリアでは、フランス統治（1796-1814年）によりナポレオン刑法典がイタリアの大部分の地域にまで及ぼされた。そして1810年の勅令により、フランス刑法典がそのまま施行されたのである<sup>37</sup>。

#### （5）罪刑法定主義と法治国家思想

ところで、法治国家の思想が罪刑法定主義と密接な関係を持っていることは、よく知られている<sup>38</sup>。この近代的刑法思想の背景には、法治国家思想があったことは再確認する必要がある。罪刑法定主義を支える法治主義の思想について、藤本は言う<sup>39</sup>。

「バイエルン王国刑法典は、大きく3つの点においてフォイエルバッハの刑法観を反映したものとなっている。まず、それはいわゆる『法律なければ刑罰なし』の原則に従い法典を刑罰の限界として位置づけ、国家権力からの市民の擁護を、ひいては刑法分野における法治国家の実現を目指すものであった。…」

また、寺島は言う<sup>40</sup>。

「罪刑法定主義は、客観主義刑法理論によって支えられてきたが、歴史的に2つの理論的基礎づけの上に確立してきた。第1の理論的基礎は、『法治国家思想』である。この思想は、啓蒙的自由思想に基づいた社会契約論、三権分立論等を基礎に成立した。…」

そして、そもそも法治国家思想について、水木は言う<sup>41</sup>。

「…すべて権利は国家権力によって保障せられて始めて具体的な効力を持つてくる。ところがこの権利を保障すべき国家権力が、そのときどきの為政者の恣意や便宜によって左右されるならば、少くともそれは権利を確実に保障することはできない。いやしくも国家権力が個人の権利を、すべての場合に亘って保障するためには、その権力自身が一箇の客観的な規則に従わなければならない。ここに法治の観念が生じるのであり、これによって治者の横暴を排除し、個人の権利を保障することができるのである。特に近世になって強調せられる法治主義は『市民的法治

国の原則』とも言われている通り、その初期における専制君主及びこれを取り巻く貴族僧侶の権力政治に対して、一般市民が法治を要求したことに由来するものであり、この場合その思想的根拠となったものは自然法学的な天賦人權論である。従って権力政治反対と自由の擁護が近代法治主義の根幹をなしている。」

大野は、フォイエルバッハの刑法理論が法治国家思想に支えられていたとして、次のように言う<sup>42</sup>。

「『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』…この提言は罪刑法定主義の標語的表現として広く用いられるようになった。それとともに、罪刑法定主義は、フォイエルバッハにより刑法の大原則として刑法学上不動の地位を占めるにいたったのである。／…フォイエルバッハが、理性に基づく自由を尊重し、その学問体系は自由主義的国家観に基づく法治国思想に裏づけられていたからである。つまり、『国家の目的は、あらゆる市民の相互の自由、言い換えれば、各人が自分の権利を完全に行使できるような状態を侵害から保障することである』とする初期自由主義の思想が、彼の刑法理論の根底にあったからである。」(9頁)

「…フォイエルバッハの理論が抽象的な観念論に発し、啓蒙思想家のそのような緊迫した必然性を欠くことは、事実である。しかしながら、たとえ抽象論とはいえ、彼が刑法理論のうえに自由主義の理論を植えつけ、罪刑の決定と明確性を確立することにより、官僚制国家の刑罰権の自己抑制策として、その専断的適用を求め、近代法治国思想のもとに刑法のあるべき姿を追求したことは、人權保障を主軸とする近代刑法学を樹立するうえに、重要な役割を果たしたと言わねばならない。」(11頁)

## 4 東京裁判と罪刑法定主義

### (1) 東京裁判は合法か

東京裁判は、国際法違反であるか。この点については、肯定説と否定説が

ある。以下、代表的な意見をみてみよう。

### 1. 否定説

横田は、東京裁判を否定する意見を次のように紹介する<sup>43</sup>。

「ここに反対論というのは、罪刑法定主義に反するとして、平和に対する罪を戦争犯罪とすることに反対する議論である。罪刑法定主義は罪と刑とが前もって法によって定められていることを要し、かような法に従って罪が確定され、刑が加えられなくてはならないとする。ところが、戦争を引き起した人を、つまり政府や軍部の指導的な地位にあった人を、平和に対する罪を犯したものとして個人的に処罰することは、今までの国際法上で明示的に定められていないから、今度の戦争で処罰することは、罪刑法定主義に反し、したがって不当だというのである。／この議論は相当な根拠をもっている。今までの国際法上において、戦争を引き起したものを個人的に処罰することは定められていない。戦争そのものは最近における諸条約によって、特に不戦条約によって広い範囲で禁止され、ほとんどすべて違法なものとされたけれども、それについての制裁に関しては、何も規定されていない。分けても戦争を引き起した人を個人的に処罰するということは全く規定されていない。そこで、かような処罰を行うことは、罪刑法定主義に反するということになる。しかも、罪刑法定主義はすべての文明諸国において採用された刑罰法の一般原則であるから、それに反する処罰は不当なものと言わなくてはならない。」(126—127頁)

「『犯罪の行われた当時に現に存在していた法に違反し、右の法が処罰を規定している場合にのみ処罰が可能である』ということは罪刑法定主義にほかならない。それは『全世界に確立した法の原則』であり、現在のすべての文明諸国において刑罰法の根本原則として採用されている。もしこの原則に反し、『事後にできた刑罰法のもとに処罰される場合には、すべての被告が不当な取扱いを受けたと感じるにちがいない』であろう。」(128頁)

横田は、この否定説は「相当な根拠をもっている<sup>44</sup>。」というが、高柳は言う<sup>45</sup>。

「文明国においては、裁判は法による裁判を意味する。即ちたとへ裁判官がいかに善良であり又聡明であっても、その裁判官の個人的な正邪の念によるのではなく、確立された法の規則及び原則によって裁判を行うべきことを意味する。」(15頁)

「特に刑事裁判において、裁判は確立した法規に則って行うべしとの準則の正当性は、多年にわたる政治的経験その他によって、既に試験済みである。…事後法禁止の法則はすべての文明国において刑事裁判の準則として承認せられている。そしてこの準則は、国際的又は国内的政治犯罪に関する事件においては、特に尊重せられなければならない。／英国議会はその無制約的権能にも拘わらず、1688年以降においては政治犯人を処罰するため事後立法を行ったことはない。また『アメリカ』合衆国憲法は、州法たると連邦法たるとに拘わらず、等しく事後法を禁止している。そして『アメリカ』の立法史を通じて、政治犯に対する事後立法はきわめて稀であるようである。」(16頁)

「…1944年2月24日『アメリカ』法学協会に対して提出された基本的人権に関する報告書第9条には、『何人と雖も犯罪として訴追を受けたる行為が其の行為の当時施行せられたる法律に違反せざるかぎり、有罪の宣言を受けることなく、また犯行当時科し得たる刑より重き刑を科せらるることなし』とある。そしてこれとほぼ同じ内容の原則は、30ヶ国の憲法に規定されているということである。『法律なければ刑罰なし』という原則は又憲法上の明示的保障の有無に拘わらず、大陸法系諸国における刑事司法の基本原則の1つをなしている。なるほどこの原則は、ナチスドイツにおいて、裁判官に対し『健全なる国民感情』に従って事件を裁判する権限を付与した1935年6月28日の法律によって無残にも打破られた。即ち右法律は『法律により処罰しうるものとせられたる行為又は刑法の根本観念及び健全なる国民感情により処罰に値すると認めらるる行為はこれを罰す。行為に直接適用ある刑罰法規の存せざる場合に於ては、その根本概念が該行為にもっともよく該当する法律によりこれを罰す』と規定した。…また『シャム』国の裁判所が1946年3月24日戦争犯罪人処罰に関する新しい法律は事後法であり、遡及的に適用するこ



とを得ないという理由で『ピブン』元帥と今次戦争中日本と協力した11人の主要『戦争犯罪人』を釈放した由である。…事後処罰は裁判の仮面をかぶった私刑に他ならないという感情は、欧州におけるいわゆる啓蒙期の所産ではなく、東西古今を通ずる普遍的な正義観念をあらわすものである。もっともそれは古今の暴君によって屢々破られはした、今後文明諸国が、国際法上の義務に違背した個人を処罰する法典を制定することがあるとすれば、罪刑法定主義はその根本原理の1つとせられるであろう。またそうせられなければならない。／…かくの如き事後法を被告人に対して適用することは、文明的裁判ではなく、またポツダム宣言のいわゆる『裁判』でもない。」(16-18頁)

## 2. 肯定説

横田は、つぎに東京裁判を肯定する意見については、3つの理由を挙げる<sup>46</sup>。

「第1に、罪刑法定主義の歴史的意義から見て、これをぜひとも国際裁判において適用し、維持しなくてはならないという実質的な理由が少ない。この主義は歴史的に専制君主政のもとにおける恣意的な裁判に対する反動として起り、これに対して人権を保障するという意義を有したのであるが、国際裁判ではかような恣意的の裁判が行われていないからである。第2に、仮にこの主義をぜひとも国際裁判に適用すべきだとしても、戦争責任者の処罰は全面的にそれに反するのではなく、単に部分的に反するにすぎない。この主義は罪と罰とがともに前もって法によって定められていることを要するとするが、戦争責任者の処罰においては、罪は前もって定められている。単に罰が定められていないのみである。第3に、罰が定められていないということも、国際法の現在の状態では、必ずしもことさらに非難すべきことではない。現在の国際法では、その違反に対して具体的に制裁が定められることはきわめて稀で、かような定めのないのが普通である。かように見てくれば、戦争責任者を戦争犯罪人として処罰することは、形式的には罪刑法定主義に反するよう見えても、実質的には必ずしもそうでないことになる。かえって、仮に形式上でいくらかこの主義に反するところがあっても、実質的



にはそれを押し切って処罰を行うべき強い理由がある。それによつてはじめて、今度の戦争の世界史的な意義を活かし、比類のない惨害の代償として、新しい世界秩序を建設すべき地盤が確保されるのである。」

## (2) 「平和に対する罪」と罪刑法定主義

日本の主要戦争犯罪人が東京裁判で裁かれたのは、平和に対する罪、つまり侵略戦争を行なった罪についてである。この平和に対する罪は、従来の戦争犯罪にはないものである。横田は言う<sup>47</sup>。

「新しく戦争犯罪とされたものは非常に重要なものである。分けても、平和に対する罪は、きわめて重要である。今までの戦争犯罪とは、到底比較にならない。けだし、今までの戦争犯罪は、戦争を行うに当って、単に個々の法規や慣行に違反したものにほかならない。そのうちには、相当に重大なものもあろうが、それにしても、長い戦争の間における1つの事件、1つの現象にすぎない。ところが、平和に対する罪は、これらの事件や現象のすべてを含む戦争そのものを、これを引き起し、実行したことそのことを、全体として犯罪とするものである。その重大なことは、戦争に関する個々の法規や慣例の違反とは、到底比較にならない。そうしてみると、今度の戦争では戦争犯罪が非常に拡張され、深刻化されたことになる。単に範囲において著しく拡張されたばかりでなく、重大性においても非常に深刻化されたのである。これを全体として見れば、全く根本的な変化であり、ほとんど革命的なそれとも言うべきであろう。」

横田は、不戦条約、満州事変、日華事変、太平洋戦争の事実を検証する。そして、次のように結論する<sup>48</sup>。

「かように見てくると、満洲事変からこのかた、日本の行動はことごとく不戦条約に違反するものであった。これに違反する戦争を行ってきたのである。分けても、太平洋戦争は、実質的にも、名義的にも、全く違法な戦争であった。満洲事変と日華事変とは、名義こそ戦争でないが、実質的には戦争にほかならなかった。したがって、実質的には、違法な戦争を行ったものである。名義的には、違法な戦争でこそないとし

ても、違法な行為であることに変わりがない。」

### (3) 現在の罪刑法定主義

以上の東京裁判の否定説と肯定説を見ると、横田の言う「罪刑法定主義の歴史的意義」を考えざるをえない。前述のとおり、罪刑法定主義は、マグナ・カルタより始まりフォイエルバッハによって完成されたものである。実に600年余の年月が費やされ、多くの人命が犠牲になったことに留意したい。ここで、罪刑法定主義について、現在の学者の意見を見てみよう。

「罪刑法定主義に依れば、犯罪とは法律に於て定められた一定の行為で、刑罰とは、犯罪に対する制裁として法律上定められた一定の効果ということになる。…犯罪ある所に初めて刑罰あり、犯罪なき所に決して刑罰がないのである<sup>49</sup>。」

「この標語（『法律なければ刑罰なし』）の社会的・法律的の意味は、如何に不徳義な行動であっても、それが法律の規定によって犯罪になっていない限りは罰せられないし、また法律の規定がその犯罪に対して加えている刑罰以外の刑罰によっては罰せられないという意味である<sup>50</sup>。」

「罪刑法定主義というのは、『法律なければ犯罪もなく刑罰もなし』、即ち、犯罪及び刑罰は予め成文の法律を以って規定せられていることを要するということであり、それが本来の意味である。換言すれば、一定の行為が犯罪とせられ、これに対して一定の刑罰が科せられるためには予め成文の規定が存在することを要するということである<sup>51</sup>。」

「これ（罪刑法定主義―筆者注）は、罪と刑とが予め法律によって定められている場合でなければ、人を罰することができないという原則を示すものである。すなわち、いかなる行為が罪として罰せられるべきであるかを明かにするとともに、いかなる限度において、いかなる刑罰が科せられるかをも、予め定めて置かなければ、人を処罰することができないとする刑法の根本態度を意味するのである<sup>52</sup>。」

「罪刑法定主義とは、ある行為が罰せられるためには、その行為が行なわれる以前に、それを犯罪と定める法律の明文が存在しなければならず、さらに、それに科せられる刑罰の種類と程度も法律によってはつき

り定められていなければならないとする近代刑法の大原則である<sup>53</sup>。」

「『法律がなければ刑罰はない。法律がなければ犯罪はない』という言葉で表現される罪刑法定主義は、あらかじめ法律で犯罪と刑罰を規定することによって、国家の刑罰権を限定し、国家権力による刑罰権の恣意的な行使から、個人の権利・自由を擁護しようとするもので、近代刑法を支配する基本原則である<sup>54</sup>。」

最後になるが、この点で、大野の指摘は、興味深い<sup>55</sup>。

「罪刑法定主義の原則は、それ自体、1つの歴史的・社会的産物である。したがって、単に成文形式の法律をもって、犯罪と刑罰の関係を明らかにするという形式的な意味のみに、この原則の存在意義を求めてはならない。むしろ、それは論理的な結論であって、この原則のよってきたところのものは、その背後にある歴史的・思想的意義であることを等閑してはならない。いわば、この原則の支柱をなすものは、国家の不当な干渉や刑罰権から個人の自由権の尊重を唱道する人権思想なのである。近代刑法が罪刑法定主義に貫かれるにいたったのも、その思想的基盤が啓蒙主義の所産である国家と個人の対立観念に発するものだからである。また、国家と個人との対立関係が最も先鋭化する刑事裁判において、国家権力の不当な行使による国民の人権侵害に対して、個人の権利の保障を確立しようと試みた過去の労苦と闘争の足跡は、古くより歴史のよく物語るところでもある。罪刑法定主義も、このような過去の幾多の歴史的経緯のもとに確立された時代の産物以外のなにものでもない。」

## 5 結

以上の考察から見えてくるのは、何かと言えば、まず罪刑法定主義が、単なる刑法上の原則ではないということである。罪刑法定主義は、単独で生成、確立したものではなく、たとえば、啓蒙思想に裏打ちされ、さらに法治国家思想に大きな基礎を与えられてようやく確立した近代的法思想の1つであり、我々人類が到達した崇高な理想主義の1つと言えるのではなかろうか。また、人間が、すさまじい力を持つ国家権力との闘争において最も力づ

けられた思想とも言えるであろう。

その意味では、単に「犯罪なければ刑罰なし」の標語は、あまりに内容を単純化しすぎていると言わざるをえない。罪刑法定主義の思想の根本には、正義の実現という法の目的が存在することを見逃してはならないのである。

ここで、横田の言をふたたび引いてみよう<sup>56</sup>。

「…恣意的の裁判が行われる可能性のないところでは、必ずしも絶対にこの主義を固執しなくてはならぬということはない。…大きな変動期には、特に古い秩序が破壊され、新しい秩序が建設されようとする転換期には、そうすることは不可能なことがあり、望ましくないことすらある。強いてそうしようとするならば、新しい秩序の建設を妨げ、不可能にすらするであろう。かように見てくれば、罪刑法定主義を国際裁判に適用することは、必ずしも絶対の、無上命令的な要請ではないということになる。特に現在ではそうである。……そのうえに、現在のように新しい秩序が建設されようとする大きな転換期には、かえってこの新しい秩序の建設を害するおそれが少なくない。実際において、罪刑法定主義に反するという理由のもとに、戦争責任者の処罰を全く行うことができないということになるならば、まさに建設されようとしつつある世界の新しい秩序は骨抜きにされてしまうであろう。そうなれば、今度の戦争の世界史的な意義が全く失われ、人類は単に比類のない惨害を蒙ったのみで、その代償となるべき何物も得なかったことになる。実質的に見て、それは決して適当ではなく、正当でもない。」

また、小野もこう言う<sup>57</sup>。

「…侵略戦争というものを将来の国際法的秩序形成のために最も強く否定しなければならぬという超国家主義的世界観の立場に立つときは、罪刑法定主義の自由主義的要求はこの際それに譲らなければならない、ということになるであろう。罪刑法定主義はそれ自体正義の1原則であるとはいえ、唯一の原則でもなく、絶対の原則でもない。国際法秩序はまだ法の原始性を脱していない。進歩した国内法秩序の原則をそのまま準用するところに無理がある。問題は、国際法秩序という超国家的・世界的な道義の要求と、そのために責任を負わなければならぬ個人の生命

と自由とを顧慮しなければならぬ、という道義の要求とを如何に調和するかにあるのである。」

以上の横田の言を読んで感じるのは、第2次世界大戦直後の新しい時代に対する憧れである。新しい革袋には新しい酒を入れようとする時代の息吹きである。また、小野の言も、国際法の原始性を指摘するなど、きわめて興味深い。近代法の精華たる罪刑法定主義を未発達な国際法が受け入れることの適否である。

本稿の締めくくりとして、罪刑法定主義が必ずしも一義的でなく、国内法でもこれを破る例があったことと、そして何よりも現在の国際法のきわめて分権的な性質を指摘し、瀧川の次の言を引用したいと思う。

「その表現が簡単で印象的なため、複雑な意味をもつにも拘わらず、標語になって全世界を支配するものが、文化の各方面にある<sup>58</sup>。」

罪刑法定主義が、まさにそのようなものである限り、今後さらに議論を煮詰めていかなければならないのではないかと思う。

- 1 「東京裁判は戦争責任をすべて日本に押しつけようとしたものだ。」「我が国が侵略国家だったなどというのは正に濡れ衣である。」とする田母神俊雄氏の論文を指す。たとえば、『朝日新聞』11月11日朝刊など。
- 2 同宣言書は、極東国際軍事裁判研究会編『極東国際軍事裁判研究・第1巻』（平和書房、1947年）144-145頁参照。
- 3 同裁判所の設立の経緯については、横田喜三郎『戦争犯罪論』（有斐閣、1947年）281頁以下参照。
- 4 たとえば、国際法学会〔編〕『国際関係法辞典』第2版（三省堂、2005年）643頁参照（「東京裁判」奥原敏雄担当）。
- 5 国際法学会〔編〕『同上書』547頁参照（「戦争犯罪」岡田泉担当）。
- 6 戦争犯罪については、第1次世界大戦中より戦争責任者の処罰、人道に対する罪の追究などが試みられたという。一又正雄「国際法における戦争犯罪(1)」極東国際軍事裁判研究会『極東国際軍事裁判研究・第2巻』（平和書房、1948年）18頁以下参照。
- 7 この件について、たとえば、極東国際軍事裁判研究会編『同上書』43-48頁。
- 8 寺澤一・山本草二・広部和也編『標準国際法』（青林書院、1989年）516頁。
- 9 大野『罪刑法定主義』（世界思想社、1980年）31頁以下、109頁以下に詳しい。

瀧川幸辰「資料 罪刑法定主義ノ歴史的考察」『法学論叢』第1巻第6号（1919年6月）61頁、寺島建一「罪刑法定主義の現代的課題」吉川経夫先生古稀祝賀論文集『刑事法学の歴史と課題』（法律文化社、1994年）65頁、瀧川春雄『罪刑法定主義』法学



- 理論篇121〔法律学大系第2部〕（日本評論社，1952年）6頁参照。
- 10 大野『同上書』111-112頁。なお、本稿において、引用文を読みやすくするため、原文に多少手を加えた（平仮名→漢字，漢字→平仮名，改行は，／）箇所があることをお断りしておく。
  - 11 大野『同上書』112-117頁に詳しい。
  - 12 この間の経緯について、大野『同上書』117-120頁参照。この条項の成立は、それ以前に国王ジョンが行なっていた判決が出る前に刑の執行を止めさせることを目的としたものであったと、大野『同上書』124頁は、次のように言う。「国王ジョンは、刑事裁判に関して、イギリス古来のエドワード王当時の良き慣習および法律を無視して、恣意的に国民を逮捕、監禁し、非合法にも簡易な略式手続によって、まず死刑の執行を行なわしめ、その後に審理を行なうという裁判方式をみだりに用いた。さらに、時には屈強な叛逆者に対して、ジョンは合法的な訴訟手続を待たずに、武力によって刑の執行を行なうか、もしくは行なうべく威嚇したのである。これらは、一種の苛酷な私刑として、スコットランドに古くから行なわれ、当時すでに一般に恐怖の念をもって周知されていた、いわゆる『ジェドバロウの裁判』と全く異なるところがあった。」
  - 13 訳文は大野『同上書』123頁による。
  - 14 大野『同上書』123頁。
  - 15 ウィリアム・シーグル著、西村克彦訳『西洋法家列伝』（成文堂，1974年）199-200頁。
  - 16 佐伯千仞「啓蒙時代と犯罪類型」『法学論叢』第39巻第3号（1938年9月）4頁。
  - 17 桑原武夫「啓蒙思想と18世紀の社会」桑原武夫編『フランス百科全書の研究（1751-1780）』京都大学人文科学研究所報告（岩波書店，1954年）2-3頁。
  - 18 モンテスキュは、『法の精神』で、「刑罰にはその間に調和の存することが肝要である。なんとなれば小罪よりも大罪を避け、社会を害することの、より多きものを、社会の怒りを招くことの、より少なきものよりも避けるべきは至当のことであるから。」と言う。根岸国孝訳『モンテスキュー・法の精神』（河出書房新社，1974年）104頁。なお、モンテスキューについて、詳しくは、瀧川「前掲資料」（注9）74頁参照。
  - 19 佐伯「前掲論文」（注16）14-15頁。なお、ルソーの社会契約論との関係について、寺島「前掲論文」（注9）65頁注8参照。また、ベッカリーアとルソーについて、瀧川幸辰『刑法史の或る断層面』（政経書院，1933年）199-200頁参照。
  - 20 瀧川『同上書』193頁。ヴォルテールが、刑法改革に熱心であったことについて、石井三記『18世紀フランスの法と正義』（名古屋大学出版会，1999年）134頁以下参照。
  - 21 石井『同上書』168頁による。
  - 22 瀧川『前掲書』（注19）198頁は、「ヴォルテールに影響を与えた人はベッカリーアである。彼は、モンテスキューの『ペルシャ人の手紙』に書いてある当時の刑事裁判の批評に刺戟せられて、世界的の『犯罪と刑罰』（1764年）を著した。」と言う。



- 23 その書物こそベッカリーア（1738-1794）の『犯罪と刑罰』である。風早は言う。「ベッカリーアは、…社会法が人道の法則であり、人間の本性であるとし、刑法は社会法の直接で必然的な結果であるとしている。『人間性』によって社会を説明し、刑罰権の根拠を理解しようとする彼は、まさしく18世紀の啓蒙哲学者であり、トーマス・ホッブス、ジョン・ロック、ヴァッテル、ジャン・ジャック・ルソーら社会契約論者の系統に属する。」と。ベッカリーア著、風早八十二・二葉訳『犯罪と刑罰』岩波文庫（岩波書店、1959年）27頁注2。なお、ホッブスが、ベッカリーアよりも100年前に次のように述べていることに留意したい。「『事実のあとでつくられた法によっては、何事も犯罪とはされえない』事実が行われたあとでつくられた法は、それを犯罪となしえない。なぜなら、その事実が自然の法に反するものであれば、その事実の前にその法があったのであり、実定法は、それがつくられる前には知られえず、したがって義務的たりえないからである。」ホッブス著・水田洋訳『リヴァイアサン(2)』（岩波書店、1964年）216頁。
- 24 風早は言う。「ベッカリーアがこの『犯罪と刑罰』を書いた頃は、キリスト教の世俗的勢力、王侯貴族等の封建勢力がともにどれほど暴威をふるっていたかは現代の読者の想像をこえる。その状況のもとで、明らかにこれらの権威を否定する結果になる自由と人権、罪刑法定主義の主張をすることは、そのまま文字通り生命の危険を意味した。読者は本文を読まれるにしたがって気づかれると思うが、ベッカリーアは身の危害を避け、また本書に日の目を見せるために、ありとあらゆる文章表現上の苦勞をしている。彼は特定の、具体的事実を語らず、一般論、抽象論をもってこれに代え、観念的な形容詞で文章をうずめている。彼は遠回しの上にも遠回しの言い方をし、あるいはほとんど反対にしかとれないほどにまで反語的な言回しをしている。また彼がしばしば用いる自然科学的なたとえも、当時の百科全書派的な思潮の影響であるとともに、やはり、たとえ話に変えることで議論が具体的になることを避けたものとも見られる。」ベッカリーア『同上書』11頁注1。また、ベッカリーアが同書を著した当時のヨーロッパ社会では、罪刑専断主義がいかに猛威をふるっていたかについて、大野『前掲書』（注9）18-22頁、シーグル『前掲書』（注15）198-203頁参照。
- 25 ベッカリーア『前掲書』（注23）。
- 26 この言に先立って、ベッカリーアは、「法律の強制力のよってくるところは、実に個人の利益を規制して公共の福祉にみちびく必要と、法律は生きた市民が自らの意思によって主権者になした明示または黙示の誓約であるということにある。」と述べている。また、風早は、「ベッカリーアのこの思想は、直接ルソーの社会契約論から発している。彼は刑法学におけるルソーとも呼ばれている。」と言う。ベッカリーア『同上書』30頁、31頁注2参照。
- 27 佐伯「前掲論文」（注16）15頁。
- 28 大野『前掲書』（注9）18-19頁参照。
- 29 このフォイエルバッハの罪刑法定主義については、たとえば、団藤重光『刑法綱要・総論』（創文社、1979年）19-20頁、大野『同上書』9-17頁、寺島「前掲論文」

- (注9) 66頁以下に詳しい。
- 30 ベッカリーア『前掲書』(注23)。
- 31 この部分が、罪刑法定主義の源となる箇所である。ベッカリーア『同上書』29頁注1参照。
- 32 水木惣太郎『基本的人権』(有信堂, 1956年)。
- 33 佐伯千仞『改訂刑法講義(総論)』(有斐閣, 1968年) 91頁。
- 34 水木『前掲書』(注32) 327-328頁。なお, 1791年および1810年の刑法典については, 平野泰樹『近代フランス刑事法における自由と安全の史的展開』(現代人文社, 2002年) 68頁以下参照。
- 35 1787年にヨセフィーナ刑法典が成立していることに注意。
- 36 ドイツの実体法上の罪刑法定主義の考察として, ヨセフィーナ刑法典, プロイセン一般ラント法, バイエルン刑法典における罪刑法定主義の功罪について論じたものとして, 足立昌勝『『ドイツ諸国』における『罪刑法定主義』概念の歴史的検証』吉川経夫先生古稀祝賀論文集『前掲書』(注9) 101-109頁参照。
- 37 法務大臣官房司法法制調査部編『イタリア刑法典』(法曹会, 1978年) 2頁。
- 38 山中敬一『刑法総論』第2版(成文堂, 2008年) 64頁は, 「罪刑法定主義は, 法による支配を表す法治国家思想の刑法的表現である。」と言う。
- 39 藤本幸二「パウル・ヨハン・アンゼルス・フォイエルバッハ」勝田有恒・山内進編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち—グラーツィヌスからカール・シュミットまで』(ミネルヴァ書房, 2008年) 255頁。
- 40 寺島「前掲論文」(注9) 66頁。
- 41 水木『前掲書』(注32) 291-292頁。
- 42 大野『前掲書』(注9)。また, 大野『同上書』は言う。「近代法治主義のもとに罪刑法定主義の現実的支配を可能ならしめたものは, …人権思想と平衡理論(心理強制説), そして権力分立理論の3者である。」(201頁)「罪刑法定主義は近代の法治国思想のもとに確立された原則である。法治国思想は, 17世紀ないし18世紀の精神界を風靡した啓蒙主義の所産である。」(204頁)「啓蒙主義が伝統の刑法と戦ううえに, 大きな役割を演じたものは自然法であった。…啓蒙期の自然法理論は, その往くところ人道主義に帰着し, ひいては罪刑法定主義の理論的背景をなしたのである。」(208頁)「罪刑法定主義は, 人権思想によって支えられているものである。したがって, 啓蒙期の自然法理論が人権理論としての意義において, 直接に罪刑法定主義の理論的根基をなすものであることは明白である。」(216頁) このように, 近代刑法は, 単一の思想が背景にあるのではなく多くの思想が相和し, 相互に影響しあって生まれたものと言えるであろう。
- 43 横田『前掲書』(注3)。
- 44 横田『同上書』126, 128, 190頁。
- 45 高柳賢三『極東裁判と国際法—極東国際軍事裁判所における弁論』(有斐閣, 1948年) 15-19頁。

- 46 横田『前掲書』(注3) 136-137頁。
- 47 横田『同上書』 48-49頁。
- 48 横田『同上書』 85頁。
- 49 牧野英一『罪刑法定主義と犯罪徴表説』第4版(有斐閣, 1929年) [はしがき] 1-2頁。
- 50 瀧川幸辰『刑法講義』改訂版(弘文堂書房, 1930年) 35頁。
- 51 木村亀二編『刑法』法律学演習講座(青林書院, 1955年) 21頁。
- 52 植松正『刑法総論』現代法学全書(青林書院, 1957年) 61頁。
- 53 佐伯『前掲書』(注33) 90頁。
- 54 福田平『全訂 刑法総論』(有斐閣, 1984年) 22頁。
- 55 大野『前掲書』(注9) 144頁。
- 56 横田『前掲書』(注3) 130-131頁。
- 57 小野清一郎『刑罰の本質について・その他』(有斐閣, 1955年) 516頁。
- 58 瀧川『前掲書』(注50) 35頁。