

《講演録》人権と罪刑法定主義

― 縦の人権と横の人権を考える ―

日 高 義 博
(専修大学理事長、法学博士)

*本稿は、令和二年一月三一日に実施された東京出入国在留管理局での出入国管理行政懇談会における講演の内容をなすものである。本稿の原稿作成に際しては、録音テープを反訳し、それに加

筆・修正を施し、脚注を付した。講演は、質疑を含め九〇分間の予定で行ったが、説明不足となった箇所については、適宜補充した。

講演を行う切っ掛けは、日高ゼミのOGである田中津夜さん（入国警備官警備監）が「刑法の研究者は、どんな人権論を展開するのだろうか。」と話しかけてきたことにある。その後、東京出入国在留管理局の福山宏局長から講演の依頼を受けて、縦の人権と横の人権の関係について話す機会を得た。国内法と国際法の狭間にあつて人権感覚が問われる現場においても、人権論の基礎的枠組みを捉えておくことは、実践的意義を有するとの思いで講演を引受けた次第である。講演開催に際し、ご助力いただいた関係各位に対し、厚くお礼を申し上げる。また、反訳については、本学の今関満夫常務理事

の助力を得た。コロナ禍の中で多忙な業務と並行して反訳作業を続けてくれたことに対し、記して感謝の意を表する。

〔司会〕 只今より、行政懇談会を開始いたします。本日は、専修大学理事長の日高義博先生に講師としてお越しいただきました。ここで、先生のご経歴を簡単に紹介させていただきます。先生は昭和二三年に宮崎県でお生まれになり、昭和四五年、専修大学法学部を卒業されました。昭和五〇年に明治学院大学大学院法学研究科博士課程単位取得退学、同年専修大学法学部専任講師に就任されました。昭和五九年には教授に就任されております。平成一六年には法科大学院の教授に就任し、同年、第一五代学長に就任されました。期九年務められたということでございます。平成一八年からは学校法人専修大学の理事長に就任し、さらに司法試験第二次試験の審査委員や大学設置・学校法人審議会委員などを歴任されております。

専攻は刑法学でございまして、法学博士号を取得されております。

この他、居合道五段の腕前をお持ちということで、こういった側面も先生はお持ちでございます。本日は、「人権と罪刑法定主義―縦の人権と横の人権を考える―」という演題で講演していただきまして、今後の出入国・在留管理行政の各種政策を検討する上での参考とさせていただければと考えております。それでは、先生、よろしくお願いいたします。

〔日高〕 皆さん、こんにちは。このぐらいの大きさの会場ですとマイクが無い方が話しやすいのですが、後ろの方は聞こえますか？大丈夫ですね。では、マイク無しでお話しさせていただきます。教壇を七〇歳定年で離れて一年近く経っていますが、まだ声は通ると思いますので、地声でやらさせていただきます。

刑法の本格的な研究を始めたのは二二歳の時からですが、それから約四三年間教壇に立ちました。これまでひたすら刑法学の研究に打ち込んできましたので、今日の話も憲法学者や行政法学者とは違った見方をしていると思います。刑法学を長年研究した者の一人として、人権はこのように捉えているというベーシックな話をさせていただきますますが、入管の現場において振り返って考えていただければ幸いです。

〔目次〕

I はじめに

II わが国における近代法の継受の概要

III 人権とは何か

IV 罪刑法定主義はなぜ近代刑法の金字塔なのか

V 人間としての権利と人間としての義務

VI 縦の人権と横の人権との関係

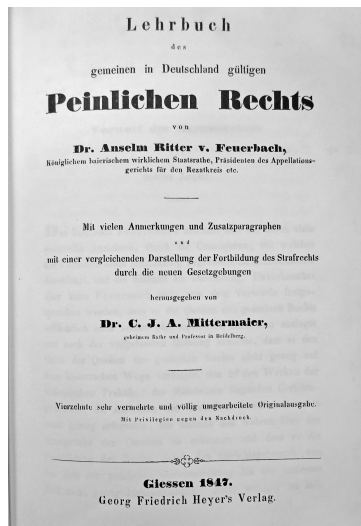
VII 罪刑法定主義の新たな派生原則

VIII おわりに

I はじめに

(1) 人権という言葉は、日常、仕事の現場でも頻繁にお聞きになっているでしょうし、人権侵害だという言葉もたぶん日常的な会話だと思います。表題の罪刑法定主義というのは、法学部で刑法を勉強すると一番最初に聞く言葉なんです。法学部ではその意味が分からないと単位が取れない言葉の一つですが、日常生活ではあまり馴染みのない言葉でしょう。しかし、人権も罪刑法定主義も、そのルーツは日本にはなく、明治時代まで遡ったら、そこから先は断絶しております。そのルーツを辿るには、ヨーロッパに行かなければなりません。ヨーロッパでも啓蒙期まで遡らなければ、近代法の根幹をなしている両概念の生成過程が見えてこないのです。

人権も罪刑法定主義も、現在では膾炙されたものになっていますが、日本が近代法を継受する際にどういう形で受容されてきたかは、興味のあるところです。法的問題を処理する際、何を視点に、



フォイエルバッハの『ドイツ普通刑法教科書』

どのような基準によって判断をするのが問われます。近代法の土台となっている価値体系が分かっていないと、説得力のある説明ができません。近代法の基礎的概念である人権と近代刑法の金字塔といわれる罪刑法定主義に焦点を絞り、明治維新後、わが国が近代法をどのように継受し、変容して今日に至っているかをお話できればと思います。

(2) 1801年に公刊されたフォイエルバッハ (Paul Johann Anselm von Feuerbach, 1775-1833) の刑法の体系書を持つてきました。この本は、一八四七年版をもとに一九七三年に復刻されたものです⁽¹⁾。この著書の四一頁に罪刑法定主義の記述があります。それによりまず、三つのことがラテン語で表記されています。第一が「Nulla poena sine lege」(法律なければ刑罰なし)、第二が「Nulla poena sine crimine」(犯罪なければ刑罰なし)、第三が「Nullum crimen sine poena legali」(法律上の刑罰なくして

犯罪なし)の三つの原則です。これらの三原則は、その後短縮され、罪刑法定主義を表わす標語として「Nullum crimen, nulla

poena sine lege」(法律なければ、犯罪なく、刑罰なし。)という言葉が使われるようになりました。

この考え方の片鱗を見ることができる文言が、現行刑法典の前の旧刑法典にもあります。旧刑法典(明治十三年「一八八〇年」公布、同一五年施行)は、近代法を初めて継受したのですが、その第二条には「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」とし、第三条には「法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコトヲ得ス」と規定していました。この二カ条は、フォイエルバッハの考え方と繋がっています。なぜそう言えるのか。その種明かしができれば、本講演の目的も達することになるかと思っています。

それでは、これらの近代法の特色を示す概念の生成過程に着目して、わが国において人権や罪刑法定主義がどのように受容されてきたかを検討し、縦の人権と横の人権という観点から人権の実相を明らかにしてみたいと思います。縦の人権と横の人権という思考モデルは、犯罪と刑罰を研究してきた私の経験的な帰結であります。法律に馴染みのない方には少し分かりにくいと思いますが、皆さんが眠りに落ちないように、脱線をしながら話を進めたいと思います。

II わが国における近代法の継受の概要

レジュメの二番目に「わが国における近代法の継受の概要」というのがあります。これを一通り話しておいた方が、私の言わんとす

しますが、今日の刑事訴訟法に当たります。この本の後半の「治罪法註解大成」の一頁には、治罪法の説明として「治罪法ハ犯罪ヲ捜査シ証拠ヲ拾集スルヨリ裁判申渡ヲ執行スルマテノ手続ニテ刑法ヲ活用スル者ナリ」との記述がなされています。新たな法律の名称である「治罪法」の概要を示すことに意義があったと思われます。治罪法は、フランス法の刑事手続法を継受したものであり、予審制度を取り入れ、国家訴追主義を採っていました。

3 近代法の法学教育の始まり

旧刑法および治罪法が公布された明治一三年は、専修大学のスタートの年でもあります。当時は、専修学校という名称でしたが、五大法律学校（専修、法政、明治、早稲田、中央）の一つです。専修学校は、五大法律学校の中でも最初にスタートした学校です。わが国が近代法を導入しようとしている時期にあつて、早くも法学教育を始めました。その当時、実定法としては、刑法と治罪法しかありません。民法典も商法典も未だ定められていません。憲法が出現したのは、約一〇年後です。実定法の基本である六法が未整備の状況で、いきなり法学教育を行うことは、大変なことです。こういう教育をすべきなのか、最初から難問なのです。法解釈学を展開することは困難です。明治維新後間もなくして、アメリカに留学した専修大学の創立者たちは、先を見ていたと思います。アメリカに約八年留学して帰国し、直ぐに専修学校を立ち上げますが、判例法の国における法の運用を学んだことから、実定法が未整備の段階にあつ

ても、法学教育の実効性を意識したものと思われます。実定法が未整備でも、判例法による法の運用は可能なのです。創立者たちは、判例法の考え方を法学教育に導入し、近代法に移行しつつある日本の法学教育、立法論に活かそうとしたのです。

専修大学や中央大学などは、英米法系の法律学校としてスタートしましたが、明治大学や法政大学などは、フランス法系の法律学校としてスタートしています。フランス法は、ドイツ法と共に大陸法です。大陸法系は、実定法に重点を置いた法の運用を行います。実定法が整備されますと、大陸法の考え方が有力となりますが、明治一〇年代においてはまだ暗中模索の状態でした。

研究者も学生も立法者も、「近代法とは何ぞや」という問いに對峙しなければならなかったのです。しかし、日本の近代化が急務とされたことから、ヨーロッパの教育制度、法制度、裁判制度などをもかく導入し、並行してわが国の法典を整備していったのです。佐賀藩士であつた江藤新平が司法卿であつたとき、日本も近代法の国であることを示すため、まずはフランス民法を訳して日本民法とすればよいとし、「誤訳を亦妨げず、唯速訳せよ。」という有名な言葉を残しています。治外法権を撤廃しないことには、外国と対等な交渉ができない。そのために、いち早く近代法典を導入しないことには、列強と対等な交渉ができないという思いがあつたのです。まさに、近代法制を整備することが急務だったので。旧刑法典はフランス法を継受したことから、近代法としての形ができました。フ

ランスから招聘されていたパリ大学教授のボアソナード (Gustave Emile Boissonade, 1825-1910) の尽力により、その後も、フランス法を継受した民法典、商法典が定まります。しかし、上位の法律である憲法は、明治二〇年代になって初めて成立するのです。法律を勉強する場合、憲法は他の実定法の上にあり、その下に刑法、民法、商法などの実定法があると教わりますが、日本の近代法の成り立ちは、下位の実定法が先に走り出し、上位の憲法はその後に定められたのです。この間、いわゆる法典論争が起きて、わが国の法体系をフランス法系とするか、それともドイツ法系にするかで、大論争がなされたのです。

4 大日本帝国憲法の発布とドイツ法系への転換

大日本帝国憲法 (明治憲法) が発布されたのは、明治三二年です。この憲法の場合、公布と言わず「発布」と言います。まだ立法院である議会が整っていない段階にあったことから発布という言葉が使われました。岩倉具視らの使節団が新大陸のアメリカそしてヨーロッパに渡り、各国の法制度等を見聞して巡った結果、日本の「国のかたち」に相応しいと考えられたのが、ドイツのプロイセンの立憲君主制でした。フランス革命後の共和制を直接導入することせず、立憲君主制を土台としたプロイセン憲法のシステムを是としたのです。なお、ドイツでは、現在、憲法 (Verfassung) のことを基本法 (Grundgesetz) と言いますが、法制度の基本に据えるものという意味では、基本法の名称が的を射ているようにも思います。

す。

旧刑法は、先ほど述べましたようにフランス刑法を継承しました。ボアソナードが日本に招聘されて立案にあたり、ボアソナード刑法草案が旧刑法の草案になりました。まずフランス法を継受しました。しかし、その後、憲法がドイツ法を継受したことから、下位の実定法もドイツ法系に転換していきます。その間には、フランス法を継受すべきか、それともドイツ法を継受すべきかといった法典論争が起きますが⁽³⁾、最終的には、上位の憲法がドイツ法系になったことから、刑法、民法、商法など全てドイツ法系に移行しました。法典編纂において英米法の影響は影を潜めました。明治四〇年代には基本となる実定法は全て整備され、日本的な変容をしていくことになりました。

5 法典論争の意義

日本での法典論争は、フランス法を継受するかドイツ法を継受するかで争いでした。一九世紀にはドイツにおいても、ナポレオン失脚後にフランス民法典を廃してドイツの統一的な民法典を編纂する際に、法典論争が起きました。ティボー (Anton Friedrich Justus Thibaut, 1772-1840) は、フランスの覇権を脱した後にあって、ドイツ諸国を統一する法律 (Rechtseinheit) を定めることが急務だとし、ドイツ一般民法 (ein allgemeines bürgerliches Recht für Deutschland) を制定する必要があると主張しました。これに対して、歴史法学者であったサヴィニー (Friedrich Carl von Savigny,

1779-1861) は、法学が未だ発展せず、法律上の概念も精緻とは言えないことから、ドイツ諸国民の権利の基礎となる法典を編纂することとは時期尚早だとして反論したのです。日本での法典論争では、債権も物権も問題でありましたが、特に民法の親族、相続をめぐって激しい論争となりました。穂積八束（一八六〇—一九二二）の「民法出て、忠孝亡ぶ。」⁽⁴⁾という文言が有名ですが、当時の家族制度が近代法の家族制度に合わなかったのです。思い切って近代法のあり方に転換することも一つの選択肢ではありますが、急激な家族関係の変化は、社会的混乱を招くと考えられました。突然、父親が戸主でなくなり、長子相続もなくなるということでは、大混乱が起きる。そこで、親族、相続は日本的に修正して民法典がスタートします。

日本は、近代法を導入するに際し、ヨーロッパの法制度を採り入れましたが、その運用については、日本的に変容しながら定着を図ってきました。なぜ変容することができたのか、ここがポイントです。いきなり法制度を明日からアメリカ法のスタイルに、あるいはフランス法のスタイルにするということになると、通常、未経験の法制度を動かす現場は混乱しますね。しかし、あまり混乱しなかったのが日本の不思議なところですね。これは、法を柔軟に運用しうる土台があったからです。

明治の初期には、日本には近代法のテクニカルタム自体がありませんでした。権利という言葉も見当たらないのです。当初、「権利」は、「権理」という訳語でした。利益の「利」ではなく、理論

の「理」です。利益法学の影響のない所では、Rechtの訳語は「権理」となってもおかしくありません。明治期の専門用語は、漢学の素養のある人たちによって定められました。西周（一八二九—一八九七）や箕作麟祥（一八四六—一八九七）などがそうです。専門用語を日本語に翻訳すると共に、その用法も柔軟にしていたことから、法の運用にも幅が出てきたのです。法制度が未整備な状況を勘案して出された明治八年の太政官布告に「裁判事務心得」というものがあります。その中の一節には、「民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ、習慣ニ依リ、習慣ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スヘシ」という文言があります。民法典が定められていなくても、民事事件は起きます。その際、裁判官が「法律がないから裁判はできない。」ということでは、当事者は収まりませんね。この点は、刑事事件の処理と異なるところです。そこで、裁判事務心得では、裁判官は慣習に従って処理しなさい、慣習がないのであれば条理に従って処理しなさいと言っているのです。法律の規定も慣習もない場合は、法律家としてのマインドで処理するしかないのです。

法律家としてのマインドで処理するとしても、マインドがどのように形作られているかは、実は問題です。条文を解釈する場合にも、マインドが土台にあります。明治期にあつては、法を運用する人たちの多くは漢学の素養がありました。具体的に言えば、幼少から四書五経を通読し、是非善悪の価値基準が身に沁みているのです。いわば東洋的な道徳律、倫理観を持っている人材がヨーロッパ

の法制度を動かそうとしたのです。日本固有の事柄については、日本的なマインドで処理していく過程で変容が見られるようになったのです。ドイツ民法典に「入会権」はありません。村落の慣習を基に入会権を規律するしかありません。水利権についても慣習を基に権利関係を規律するしかないのである。慣習によって規律されているもの、あるいは条理によって規律されている事柄にも、法的拘束力を付与すべきだということになります。これらは、法典化されない段階にあっても、法的処理を行うべき領域の一つです。

ヨーロッパの法制度を導入した後、その運用を柔軟に動かして日本の社会構造に適合するように変容することができたのは、幕末までの藩の教育や寺子屋の教育の程度が高かったものであった証です。法の根底にある道徳律が息づいていたからこそ、日本的な変容ができたのです。日本と対照的な動きを見せるのは、韓国です。法制度がドイツ法系になると全てドイツ法の考え方になる。あるいは、アメリカ法が導入されると、アメリカ法の考え方に移行する。上位の組織から下位の組織まで、全て同一方向に変動します。いわば潔い国柄です。韓国には、一元的に動く背景があるのかもしれませんが。日本の場合には、柔軟な社会構造である点に特色があります。

6 戦後の法制

第二次世界大戦後、日本国憲法が制定されます。ここではアメリカ法の影響を受けることになります。ただ、政治システムとしては、議会民主制、議院内閣制に移行しますが、憲法の中に、基本的

人権に関する規定、デュープロセス（適正手続）の規定などが盛り込まれました。近代法の土台になった基本的人権の概念が明記されるに至ったのです。わが国が近代法を導入する過程を振り返ると、フランス法の継受に始まり、次にドイツ法の継受に切り替え、そしてアメリカ法の影響を受けながら動いてきています。この推移からすると、日本の近代法はどこに流れていくのか不安になります。しかし、日本では、外国の法制度、いわば器を導入しても、柔軟に運用しながら消化し、日本的に変容しているのです。

人権については、アメリカ法の考え方が入りました。刑事訴訟法にもアメリカの手続法の考え方が取り込まれました。私の学生の頃は、アメリカ法を土台とした当事者主義の訴訟構造を貫徹するのか、それとも旧刑訴の職権主義の訴訟構造を修正するのか、学生のレベルでも議論したのですが、今はその議論も下火です。当事者主義の訴訟構造を基本としながら、新たな発展をしております。カウント（count）と言われる訴因も新たな概念でありました。理解するのが難しかったです。公訴事実を理解できても、訴因の特定となると、アメリカの手続法が分かっていないと理解が難しい言葉でした。

実体法である刑法は依然としてドイツ法系であり、手続法である新刑事訴訟法はアメリカ法系になっていることからすると、実体法と手続法がかみ合わず脱線するのではと思われるかもしれませんが。確かに、戦後間もない頃は、裁判実務上、職権主義的な構造を抜け

出しきれなかったと思います。しかし、その後、徐々に訴訟構造の転換が意識され、現在では日本的な運用がなされていると思います。検察官が公訴権を全て掌握し、公訴するかどうかは検察官の権限だという構造を有しながら、検察審査会を採り入れていますし、当事者主義についても、新たな変化が見られます。被害者の訴訟参加制度、裁判員制度の導入など、最近の刑事手続は、新たな進展をみせています。

日本の場合、文化にも地域性があり、価値観も多様です。そのため、外国の法制度を導入しても、そのまま定着しませんが、脱線することなく、徐々に変容しながら定着していきます。ここまで、明治維新から今日まで、近代法がどのように受容されてきたかを見ました。ダイジェスト版の話となりました。時間軸で約一〇〇年以上のものを凝縮しましたので、分かりにくかった部分も多数あるかと思いますが、ともかく、ヨーロッパ近代法、アメリカ法の影響を受けながら、日本での近代法の形も徐々に変容してきていることを前提にして、次の話に移りたいと思います。次は、「人権とは何か」というテーマですが、極めて重要なところです。

Ⅲ 人権とは何か

1 人権の属性

参考資料をお出ください。憲法一一条と九七条の条文が書いてあります。この条文を読んでさらっと分かる人は、文学的な素養が

あると思います。法律文書としては、分かりにくい文章です。この条文の文言では、主語、目的語がはっきりしないのです。

一一條「基本的人権の享有」前段には、「国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない。」と書いてあります。しかし、基本的人権は誰から与えられたものなのかは、書いていない。そして後段は、「この憲法が国民に保障する基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与へられる。」と記されています。この条項の文言からは、人権の属性は分かります。つまり、侵すことのできない永久の権利であることは分かります。しかし、人権とは何なのか、どう定義するのは不明です。また、「基本的」という文言が付されている意味は、何であるのか。裏を返すと、人権に基本的でないものがあるということなのか。これらのことも、文言からは分かりません。

次に、九七条「基本的人権の本質」には、「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であつて、これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである。」と書かれています。前半の部分は、基本的人権の生成過程に言及したのですが、後半の「これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである。」という部分についても、深く考えるとなかなか難しい文章です。まず、誰が信託したのか、

誰が権利として付与したのか、文言自体からは明らかではないのです。確かに、条文には書き込みにくいですね。天赋人權思想によれば、ある意味では分かり易いですね。「天が与えた」と言えば、日本人には天という概念がなんとなく分かることから、理解できないのではない。しかし、人權の生成過程は、もう少し生臭いものです。また、「信託された」という文言は、現実的な関係であることから、主語、目的語が抜けると理解が困難なのです。しかし、人權を法理化するとしても、その生成過程自体が錯綜しており、条文に全てを書き込めなかったのだと思います。

学生に対し、法律を勉強する場合には、まず概念を正確に言えるようにしなさいと、言ってきました。定義については、「何々とは、何々である」というような雛形があります。たとえば、「刑法とは、犯罪と刑罰に関する法律である。」というように、定義の正確性が求められます。定義がズレると、議論がかみ合わなくなりま

す。概念を積み上げて議論をし、論理的な矛盾を明らかにし、そして事実を解決するという手順になります。定義が不鮮明だと、三段論法は機能しません。いわば場外乱闘の議論になります。そういう意味では、人權の属性しか規定していない憲法の条文は、場外乱闘の議論になりうる文言なのです。

2 人權の定義の難しさ

(1) 人權の定義は可能か

人權の定義については、外国法においてもファジーになっていま

す。正確な定義を要求するドイツ法においても、人權の定義は難しい。ウルシュタインの法律辞書では、人權の定義をどう説明しているのか調べましたので、資料をご覧ください。

人權は、ドイツ語ではMenschenrechteと言います。ウルシュタインの辞書では、人權の語義について「Menschenrechte, die angeborenen, unverzichtbaren, unantastbaren Rechte des Menschen, deren Wurzel das überpositive Naturrecht ist.」⁵⁾という説明があります。私なりに訳しますと、「人權とは、生まれながらの、放棄しえない、不可侵の『人間の権利』(Rechte des Menschen)である。その根源は、超実定的な自然法にある。」ということになります。そうすると、人權の定義としては、属性を除けば、「人間の権利である」とまでは書くことができます。まず、人權のドイツ語の原語が「Menschenrechte」という複数形になっているところに注目すべきです。Rechtに「e」が付きますと、複数形になります。英語でも、人權は「human rights」と表記しますので、複数形です。rightに「s」が付いています。そうしますと、人間の本質的なものがいろいろ集まって人權という言葉を作っており、その中で極めて重要なものを基本的人權と言うのだ、と考えることができます。そして、人權は誰が与えたのかという点については、人權の根源が自然法(Naturrecht)にあるということがヒントになります。

(2) 自然法との接点

自然法の問題になりますと、法哲学の領域にまで踏み込むことになります。まず、実定法と自然法の区別を明確にしておきますと、基本六法とか六法全書に収録されている法律は、自然法ではありません。国会で審議され制定された法律が、実定法と言われるものです。実定法の条文は、読むことができます。自然法の場合は、文字にはなっていないので、読むことができません。しかし、自然法は、時空を超えて存在し、どの時代にあっても、どの社会においても正当性を有するルール、規範です。もともと、自然法の中身は、時代によって変化してきています。ギリシャ時代では自然の摂理、中世では神の摂理でした。そして啓蒙期においては、人間の理性から湧き出るものでした。自然法は、理性の法として捉えられました。啓蒙期の人権論は、理性法を土台にしています。しかし、人権は、国家に対抗する権利として生成されてきたことから、脆弱性も持ち合わせています。先ほどのウルシュタインの法律辞書の人権の項目の後段には、「人権は一七七六年のアメリカ独立宣言以来、ほぼすべての近代憲法において保障され、また今日では人権規約においても保障されているが、それにも拘わらず、国家によってしばしば無視される。」と記載されているように、その実効性は不安定なのです。人権がどの程度保障されるかは、国家の構造と密接にリンクしているのです。

ドイツの大学では、ユラ (Jura) という言葉をよく耳にします。

Juraは、法学、法律学を意味しますが、また法学者や法学部の学生の意味でも使われます。その語源は、興味深いものがあります。Juraのルーツは、ラテン語です。法は*ius*ですが、その複数形が*iura*です。ラテン語では、*a*が付くと女性名詞が複数形なんです。*iura* (*iura*とも書きます。*i*のスペルは古いラテン語にはありません)。中世の法体系として、人定法（人の定めた法律）と神の法があったことから、両者を包括するものとして*iura*という言葉が使われたのです。人定法と神の法を両方勉強して*Jura*（この場合は法学者の意味）になったのです。こういう考えが中世の法学教育の基本なのですが、その伝統がドイツをはじめ大陸法の国には息づいています。実定法を超える法という考え方は、奥が深いのです。

中世の自然法の骨格は神の掟なのですが、啓蒙思想は、それを理性の法に置き換えました。理性法と言っても、その実体はファジーですが、実定法を超える法であるということは言えます。ともかく、人間は理性的な存在であることを基本として、近代法の構築が始まったのです。刑法の場合ですと、理性的な存在としての人間像を根底において、犯罪と刑罰のあり方を考えることになります。そこから、人権侵害や罪刑法定主義などのキーワードが出て来ることになります。

3 啓蒙思想による人間像と国のかたち

人権論は、ヨーロッパの啓蒙期に芽生えました。「啓蒙」は、日本語に翻訳したのですが、極めて的を射た言葉です。漢文として

読むならば、「蒙ヲ啓（ひらく）」ということになります。ブラッ
クゾーンを切り開くのです。啓蒙は英語ですと、「enlightenment」
ですが、光を当てるという意味が含まれています。ドイツ語ですと
「Aufklärung」ですが、同様に闇を啓くという意味が含まれていま
す。啓蒙思想が何の闇を啓いたのかと言いますと、それまで闇に閉
ざされていた人間の本性です。人間の根源的なものに光を当て、そ
こから社会の仕組みを切り開こうとしたのです。国王、君主ではな
く、支配・隷属されていた一般の人々に光を射し入れ、人間の理性
と個性を照らし出したのです。人間は、生まれながらにして自由で
あり、自分の意思によって決定し行動できるということをベース
に、それまでの社会構造の転換を図ろうとしたのです。

人間は生まれながらにして自由であり、平等であることを基本と
して、国家の仕組みや法制度を構築するとしても、様々な形が考え
られます。神の掟を含め、それまで束縛していた事柄を全て解き放
ちますと、極端な場合には、人は自分本位に行動し、皆バラバラに
なってしまうです。野放しとなり、逆に社会は混迷を極めます。こ
のような状況は、イギリスのホッブス（Thomas Hobbes, 1588-
1679）の言葉を借りるならば、「万人の万人に対する戦い」です。
そこで、ホッブスは、個人の自由ならびに人間としての権利を全て
国家に預けて、国家が個人の自由を保全し、コントロールするとい
う仕組みを是とするのです。これに対して、ロック（John Locke,
1632-1704）は、国家による一元的統制は必要であるけれども、社

会の秩序、安寧を保持するために必要な分だけ人間としての権利を
信託すればよいとして、議会主義を是としました。ここでは、国家
に対する抵抗権としての人権が保留されることになります。その
後、啓蒙思想は、ルソー（Jean-Jacques Rousseau, 1712-1778）の
社会契約説やモンテスキュー（Charles-Louis de Secondat, Baron
de La Brède et de Montesquieu, 1689-1755）の三権分立論へと発
展し、社会構造の変動をもたらしたフランス革命の原動力となって
いくのです。同時に、啓蒙思想は、近代法の生成の原動力となりま
した。

IV 罪刑法定主義はなぜ近代刑法の金字塔なのか

1 罪刑法定主義の系譜

まず、罪刑法定主義の系譜を説明した上で、近代刑法ではどのよ
うな形で取り込まれたのかをお話したいと思います。罪刑法定主義
のルーツは、イギリスのマグナ・カルタ（Magna Carta, 一二一五



Cesare Beccaria ventottenne
da un disegno di Antonio Perigo (1766).

Strenna Utet 1965: *Bliccaria, Dei delittie delle pene*の序論に収録されているベッカリーアのエッチング像

年）にある
と言われま
す。その三
九条には、
「合法的な
裁判あるい
は国法によ

るものでなければ、逮捕、監禁、追放等に処せられない。」と記されています。マグナ・カルタは、国王と市民との間での契約として大きな意義を持っていますが、罪刑法定主義との関係では、その淵源として捉えられています。

罪刑法定主義の思想的基盤は、啓蒙思想にあります。近代刑法の罪刑法定主義の考え方を明確にしたのは、一七六四年に公刊されたベッカリーア (Cesare Bonesana Beccaria, 1738-1794) の著書『犯罪と刑罰』^⑥です。ベッカリーアは、啓蒙期に入っても中世の刑罰制度が続いていることを批判しました。『犯罪と刑罰』では、①過酷な刑罰を緩和すべきであること、②例外的な場合を除いて死刑は廃止されるべきであること、③犯罪と刑罰は、法律に明記されなければならぬことなどを主張しています。とくに、③は罪刑法定主義を明確にしたものです。ベッカリーアは、近代刑法学の始祖と呼ばれています。

フランス革命の後、一七八九年にはフランスの人権宣言 (人間および市民の権利宣言: *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*) が出されます。その八条には、「法律は、厳格かつ明確に必要な刑罰のみを定めなければならず、何人も犯罪より以前に制定され、公布され、かつ適法に適用された法律によらなければ処罰されない。」という文言があります。この文言は、ベッカリーアの『犯罪と刑罰』の最後に記述された結論部分と符合しています。人権宣言の後、フランスでは一八一〇年にナポレオン刑法典が制定さ

れますが、その四条には罪刑法定主義の明文が盛り込まれました。その後、大陸法においては、罪刑法定主義の考え方が浸透し、近代刑法の金字塔となります。

わが国の旧刑法典は、フランス法を継受したことから、ナポレオン刑法典の罪刑法定主義の考え方を採り入れることになりました。ドイツ法を継受した現行の刑法典には罪刑法定主義を明記した条文はありませんが、ドイツ刑法典には罪刑法定主義の条文があります。現行法が罪刑法定主義の条文を明記しなかったのは、罪刑法定主義を否定したからではなく、法改正当時、明治憲法に規定 (第二三条、第二四条等) があり、実務においても罪刑法定主義の考え方が定着していたことから、改めて明記する必要はないと考えられたことによります。このことは、ドイツ刑法の罪刑法定主義に関する理論と連動することを可能とするものとなりました。罪刑法定主義は、わが国においても金字塔なのです。

2 ドイツにおける近代刑法学の展開

(1) 古典学派の考え方

フォイエルバッハは、近代刑法学の父と呼ばれています。先ほどお見せしましたフォイエルバッハの刑法の本は、近代刑法の考え方を明確に示しています。従来の絶対主義的な刑法理論をドンデン返しにしたのです。フォイエルバッハは、刑法の基本原則として罪刑法定主義を措定した他、責任主義を掲げました。「責任なければ、刑罰なし。」 (Keine Strafe ohne Schuld) という原則です。刑法の

前提としている人間像は、自ら意思決定し、自由に行動しうる人間であるとはしますが、これは啓蒙主義の人間像を出発点にしたものです。是非善悪を判断しうる能力、つまり責任能力を有する者が違法行為を行った場合には、あえて刑法法規に反する行為に出たものとして、刑罰を科すことができる。これに対して、責任能力がない場合には、自由な意思決定による行為とは言えないことから、責任非難を問うことはできない、とするのです。この場合、いかなる行為が犯罪となり、それに対してどのような刑罰が科されるのか、事前に明らかにされていなければ、行動の自由は確保できないとして、罪刑法定主義が前面に出てくることになります。罪刑法定主義は、犯罪および刑罰の明確化を要求すると共に、人権保障機能を有することになります。このことは、近代刑法の客観主義刑法理論の骨格ともなりました。

(2) 新派（近代学派）の考え方

近代刑法学にあっても、その後、「人間は本当に自由に意思決定を行うことができるのか。」という議論が出されます。イタリアのロンブローゾ（Cesare Lombroso, 1836-1909）は、人間の頭蓋骨を調査し、犯罪者は特有の頭蓋骨の形をしているとして、頭蓋骨の形によって犯罪者になるかどうか決まるという主張をしました。この立場では、人間が自由意思を持ち、その意思に基づいて犯行に出るというのは虚構であり、犯罪者になるか否かは、外的要因によって決定されると言うのです。自由意思を有するという啓蒙主義の人間

像は、前提ではなくなります。この考えを徹底しますと、社会防衛論の展開となり、社会防衛のために犯罪者を社会から隔離すべきだということにもなります。近代法の基本原則として位置付けられた責任主義も罪刑法定主義も、共に刑法の基本原則から除外されることになります。

意思不自由論は、新派の刑法理論を構築することになりますが、ドイツの新派の刑法学者であるリスト（Franz von Liszt, 1851-1919）は、「刑法は、超えがたき刑事政策の遮断機である。」⁽⁷⁾として、罪刑法定主義の機能を是認した上、主観主義刑法理論を展開しました。罪刑法定主義を除外することは、近代法の枠組みを超えることになるのです。リストによれば、刑法は、「犯罪人のマグナ・カルタ」（magna carta des Verbrechens）であり、基本原則である罪刑法定主義は、犯罪人に対する人権保障機能を有することに意義があることになります。

3 人間像を如何に捉えるべきか

刑法の場合、如何なる人間像を基礎とすべきか。今日でも難しい問題です。団藤重光先生は、「人間は、遺伝と環境に決定されながら決定する。意思決定の自由は、なお残っている。」として相対的意思想自由論を主張されました。この立場では、客観主義刑法理論を採りながら、責任論においては人格責任論の主張がなされました⁽⁸⁾。これに対して、私の恩師である植松正先生は、「人間は、遺伝と環境に決定されることは否定できない。しかし、意思不自由の中

にも程度差がある。」として意思決定論の立場から、相対的意思不自由論を主張されました⁽⁹⁾。そして、経験科学上は意思の自由は否定されるが、規範的公準としての意思の自由は認められるとして、規範的責任論を展開されました。まさに、コペルニクスのな転換でした。

この論争は、今日でも決着が付いていません。刑法の研究者は、この問題について自分の立ち位置を決めないことには、責任論を展開することができません。私も若い頃、植松先生の下で犯罪精神医学の勉強をしました。人間は、本当に遺伝と環境に左右されない存在なのか、本当に自由に意思決定しうるのか。自分の経験を振り返りながら、悩みました。男性の遺伝子はX・Yですが、Yの遺伝子が異常に長い場合、一卵性双生児ですと、一方が犯罪者になった場合には、もう一方も犯罪者になる確率が高いとする研究結果があります。犯罪者になった方はロングYなので、遺伝的な要因が見出せます。しかし、もう一方の者がロングYだから、一〇〇%犯罪者になるかと言いますと、そうも言えないのです。遺伝的な負因を有しながら、犯罪者にならない場合があることを考えると、相対的意思不自由論を出発点にするしかないと思います。この点は、植松理論を超えることができませんでした。人間は、遺伝と環境に決定される点では、大局的には意思は不自由です。しかし、不自由な中でも自我を張りうる領域を対象に規範的責任論を展開するのであれば、近代刑法の責任主義を貫くことはできます。そして、規範的責任論

を前提として、人間としての権利の実相に迫ることができます。

V 人間としての権利と人間としての義務

1 「人間としての権利」と「人間としての義務」の関係

人権の原語は、「Rechte des Menschen」です。直訳すると、「人間の権利」ですが、先ほど「人間としての権利」と訳すべきだという話をしました。人権を「人間としての権利」として捉えますと、刑法では説明できることが多々あります。権利という以上、その裏側には義務があります。この考えは、ローマ法に由来します。ローマ法の法諺に、格言とも言われますが、「Qui sentit commodum, sentire debet et onus」というものがあります。直訳すると、「利益を受ける者は、また負担を引き受けねばならない。」という意味ですが、意識をすれば、「権利（利益）を享受する者は、また義務（負担）を負わなければならない。」ということになります。この考え方を前提として、民法では、契約自由の原則が機能し、信義則が働きます。刑法にあつては、裁判規範の裡面にある行為規範を説明することができません。

2 行為規範と裁判規範との関わり

行為規範は、条文に書かれていないので説明するのが難しいですが、行為者を名宛人として、一定の行為を禁止、命令する規範です。これに対して、裁判規範は、裁判官を名宛人とした規範です。たとえば、私が裁判官だとします。法廷において、私が窃盗事件を

審理する際に、被告人をよく見たら昔の恋敵であり、重く処罰するにしかずとして、「無期懲役」を言い渡そうとしても、それはできませんね。刑法二三五条の窃盗罪の法定刑は、「一〇年以下の懲役又は五〇万円以下の罰金」です。最も重い刑でも懲役一〇年であり、無期懲役刑を言い渡すことはできません。刑法典の条文は直接誰を縛るかという、裁判官を縛るのです。裁判官が裁判をする時に拘束力を持つのが刑法典であり、条文は裁判規範なのです。殺人罪の条文である一九九条は、「人を殺した者は」と書いてありますが、これは殺人罪の構成要件であり、人を殺した事実が認定されたことを前提として、裁判官は法定刑である死刑、無期懲役、有期懲役のうちから刑を選択し、処断刑を言い渡すことになるのです。

一方、被告人の側からすれば、「人を殺すなどは、誰からも言われていない。」という抗弁も考えられないではありません。中学生や高校生から、「なぜ人を殺してはいけないのか？」と質問されたとき、どう答えますか。哲学的な思索を要する問題ですが、少なくとも裁判規範だけでは答えられません。これに対しては、人を殺した者は所定の刑で処罰することを規定した裁判規範の裡面には、一般人を名宛人とした、「人を殺してはならない」という行為規範があることを、まず説明することになります。もちろん、人を殺してはいけないという行為規範がなぜ存在するのかという、次の問いかけが出されますが、自然法を引き合いに出して説明すべきでしょう。人の命は人権として保障されると共に、人の命を大切にすること

とは、「人間としての義務」であるのです。私としては、人は一人では生きられない、自然とも共生しなければならないという哲学的思考がありますが、「人間としての義務」という観点の方が説得力があると思います。

Ⅵ 縦の人権と横の人権との関係

1 刑法における縦の人権と横の人権の関係

窃盗の場合を例にしますと、被告人側からすれば無期懲役には処せられないというのは権利（リストのいう「犯罪人のマグナ・カルタ」ですけれど、その裏側には、行為者には「人の物を盗んではいけない」という義務がある。これを人権論で説明するならば、前者の権利は「人間としての権利」であり、後者の義務は「人間としての義務」ということになります。いわば前者の人権は、公的権力との関係を問題にする「縦の人権」の問題であり、後者の義務は一般人の相互間における「横の人権」の問題だということになります。刑法の場合には、裁判規範では「縦の人権」が問題となりますが、行為規範では「横の人権」が問題なのです。刑事手続である捜査、裁判、そして刑の執行においては、「縦の人権」が問題であり、歴史的には国家に対する抵抗権として人権が生成された局面であります。

2 横の人権と義務感

横の人権は、市民の相互の間において尊重されるべきものである

り、人権を主張する者に「人間としての義務」も求めるものです。ここで問題となる義務は、法的義務から倫理的義務まで含むものです。したがって、法的義務と倫理的義務の区別が問題となります。法的義務は他律的なものであり、義務違反にはサンクションが伴います。倫理的義務は自律的なものであり、自ら実践すべきものです。

刑法の場合は、行為規範において要求される法的義務が問題となります。ここでの行為規範は、単なる倫理規範ではなく、刑罰というサンクションが指定された法的義務です。行為者には、法的義務の内容を理解しそれを履行する能力、つまり責任能力がなければなりません。是非善悪を理解し、それに従って行動する能力がなければなりません。「人の物を盗んではならない」「人を殺してはならない」という義務（この場合は不作為義務）を履行する前提として、責任能力のあることが前提となります。もともと、この法的義務は、「人間としての義務」に根ざしていなければ有意性はない。自然法に由来する人権論との接点を失うのです。日常生活において、倫理に基づく行動、道徳の実践がなされているならば、刑法が前面に出てくる必要はありません。「刑は、刑無さを期す。」ということになります。

もともと、法的な義務が客観的には存在するが、行為者がそれを認識せず、倫理的にも行動のブレーキが効かなかった場合について、刑法的にどう処理するのかは、難しい問題です。この場合は、

故意の要件として違法性の意識を必要とするか否かという点が争点となります。私は、違法性の意識がない場合は故意犯としては処罰できないという立場ですが、例外的な処理をすべき場合があると考えています。それは、行為者は違法だとは思っていないが、一般の多くが法的に許されないと考えるのが当然だという場合です。違法性の意識は、行為者を名宛人とした行為規範に関わるものです。問題は、行為者自身の認識だけで処理すべきなのかという点ですが、強制を伴う規範の認識は、一般人を基準にして判断すべきだと考えます。専門的ですが、これを「素人領域における平行評価」と言います⁽⁹⁾。

日本人相互の間であれば、違法性の意識の認定にもあまりズレはないと思いますが、行為者が外国人の場合には、処理の難しい場合があります。騎士道裁判と呼ばれた事件があります。事案は、空手の修行のために日本に来ていた青年（空手三段）が、ある夜、女性が男性に責められるような状態で倉庫のシャッターにぶつかって尻もちをついたのを目撃したところ、その女性が「ヘルプミー、ヘルプミー!」と言ったので、助けに入ったのです。そのイギリスの青年は、女性が追い詰められていると思って、男性と女性の間に割って入ったところ、相手の男性がボクシングのファイティング・ポーズのような姿勢をしたので（実際はボクシングはできなかった）、攻撃されるものと誤信し、自分および女性を守るために、回し蹴りを相手の後頭部に当てたのです。その結果、相手は道路上に倒れて

頭部を打ちつけ、即死ではありませんが死亡するに至りました。イギリスの青年は、騎士道精神に燃えて女性を助けようとしたのだから、日本でもその行動を良しとすべきだという議論が起きました。

最高裁の昭和六十二年三月二六日決定¹⁰⁾は、誤想過剰防衛に当たるとして傷害致死罪の成立を認めた上、刑法三六条二項により刑を減輕した原判決の結論を維持しました。私は、ある研究会において、誤想防衛として処理すべきだと主張しました。私は長年、居合をやっていますが、自分と女性を守らなければならない時には、一発で仕留める技しか出さなと思います。突きは捨て身ですから、二人して守らなければならない時には突き技は使わない。的を五センチ外されたら終わりです。袈裟斬り、水平斬りに出ると思いますが、一番良いのは、相手の攻撃を見切ることですが、これは相当修行を重ねないと難しいことです。武道の心得がある人がどういう行動をとるかを考えるなら、誤想過剰防衛ではなく誤想防衛に当り、過失犯（この場合には過失致死罪）として処理すべきだと主張したのですが、少数説でした。人間の行動をどうやって分析するのが問題ですが、緊急事態に陥った時に人はどう行動するかという認識論を抜きにしては、問題を適切に解決することはできません。行為者の認識とか対応力とかは、その人が育った環境にも影響する。事案を法律で処理する場合、杓子定規な解釈は駄目です。事実を基にかつ現状に即して、行為者の心情を図って判断することが必要だと思います。心情の深いところは、条文の形式的な当てはめでは処理

できないのです。

人権を「人間としての権利」として捉え、その裏側に「人間としての義務」があるということを前提にして考えますと、人を助けるというのも人権の発露だということになります。自己のための正当防衛も他人のための正当防衛も、同一レベルの問題です。しかも、正当防衛権は横の人権の問題なのです。

3 人権意識の定着化について

行為者に刑罰が科される場合は、縦の人権が問題となりますが、行為者が他人の法益を侵害したことについて非難される根拠を説明する場合には、市民相互の横の関係における人権が問題です。横の人権の場合には、「人間としての権利」だけでは説明がつかず、「人間としての義務」に着目しなければなりません。犯罪抑止のためには、市民の間に人権意識が定着していることが極めて重要です。「人間としての義務」が社会を構成する人々の意識に根ざしていなければ、成熟した社会にはなりえないのです。

縦の人権は、国家権力に対抗する権利として生成されてきたことから、歴史の流れの中で圧迫に堪え、涙を流し、血を流しながら獲得してきた権利です。その権利を保持するには、イエーリング(Rudolf von Jhering, 1818-1892)の言う「権利のための闘争」が必要なのです¹²⁾。一方、横の人権の場合には、市民相互の間で人権の尊重をすることから始まるので、人権意識の定着化を図り、その義務感を社会に定着させることが必要です。そのためには、相当な

歲月を要します。人権侵害の経験を通して人権意識が定着化されることからすれば、横の人権も血と涙の結晶と言えるかも知れません。

人権のルーツは、イギリスのマグナ・カルタ（一二一五年）にあることは先ほど説明しました。その約五〇〇年後、啓蒙思想の人権の考え方が、フランス革命の時の人権宣言（一七八九年）において結実します。イギリスのマグナ・カルタの精神は、ピューリタン革命によって新大陸に渡った人たちを介して、アメリカ法の人権の形を構築していきました。一方、フランス革命の後、人権宣言を基にしたナポレオン刑法典が出現し、罪刑法定主義の考え方がドイツ、スイスなど大陸法系の国に浸透していきます。日本の旧刑法もフランス法系を継受しましたが、明治憲法がプロイセンの立憲君主制を採り入れたことから、ドイツ法系になり、明治憲法の第二三条、第二四条等に罪刑法定主義や人権の規定が明記されました。戦後の現行憲法では、アメリカ法で生成された人権規定が盛り込まれました。日本においては、近代法が導入される過程において人権意識の定着化が積極的に図られたのかというと、そうではありません。近代法を日本的に変容する過程においては、むしろ日本の倫理観、道徳律が「人間としての義務」を下支えしてきたように思います。

しかし、戦後、新憲法ではアメリカ法の基本的人権の考え方が規定化されたことから、新たな観点から人権意識の定着化を図る必要が生じるようになり、今日に至っています。法務省は、戦後間もな

くして人権擁護局を立ち上げ、人権擁護活動、人権啓発活動を始めました。「人権侵害」という言葉以外に、「人権侵犯」の言葉も使われるようになりました。人権侵犯は、必ずしも刑罰権の発動に結び付きませんが、人権侵害の潜在的危険に対応するために設けられた用語です。人権侵犯を取扱う根拠規程としては、人権侵犯事件調査処理規程があります。現在、この規程は、人権侵害を未然に防ぎ、かつ人権意識を広く喚起する役割を担っています。戦後、人権意識の定着化に向けた努力が積み重ねられてきているのです。しかし、問題は、従来の倫理観が崩壊し、今日では人権の土台を担っている倫理観、価値観が迷走していることにあります。

4 家庭での人間教育

近年、小学校や中学校においても、道德教育や人権教育が行われるようになりました。裏を返せば、家庭での道德や人権の教育が難しくなってきたということでしょう。しかし、人にどう接すべきか、自分の身をどう修めるべきか、人間としてどう生きるべきかという問題は、まず学校に入学する前の段階において、家庭で教育されるべきものです。たとえ、親の教育に歪みがあっても、人は成長するにつれ自分を客観視することができるようになりますから、家庭での教育に歪みがあっても自ら正すことができます。家庭での教育がしっかりしていないと、自省すら難しいのです。学校における教育は、社会生活上の一般的基準を教えることにより、生徒が自省する機会を与えるという効果を有しますが、一人一人の人間とし

での生き方を体得させるということまで深化させるのは難しいことです。「身を修める」ことは自ら実践すべきことなのです。

私の生い立ちを振り返りますと、南九州の田舎で育ちましたので、今では通用しないでしょうが、荒っぽい教育を受けました。「喧嘩になることはあるので、しょうがない。喧嘩する以上は、勝つまでは家に帰ってくるな。」とか、「男たるもの、女性には絶対に手をあげてはいけない。女性は殴るものではなく、慈しむものだ。」とかいったことを、小さい頃から身をもって教育されました。何故かを言わせない、理屈抜きの教育です。戦後間もない頃のことですから、今はこの教育は通用しないでしょう。しかし、私の身には沁みています。小学校でも体罰ありの教育でしたが、体罰と言っても程度がありました。人の痛みと耐えることの意味が分かるものでした。今の教育現場では体罰は、タブーです。子どもに耐性がないので、危険です。南国でも、真冬は霜柱が立ちます。約束の時間に遅れていくと、「遅れて来た者は、前に出てこい！」と言われ、「裸足になって、運動場を三周してこい！」と檄が飛ぶのです。霜柱の上を素足です。でも走っている者は、「約束を破ったちゃかい、しょがねが。」と言いながら快く走っているのです。「Pacta sunt servanda」(約束は守らなければならない。)というローマ法の格言は生きていませんが、約束は守らなければならないということとを、身をもって教育されました。荒っぽい先生だと、生徒同士が喧嘩すると、喧嘩両成敗だと言って「後ろを向け」と大声が飛び、

喧嘩した者全員が竹刀でお尻をバシッと叩かれる。「すんません。」とお互いに言って、それで終わる。こういう躰をされる側も、耐える力がありました。親の教育の仕方と同じようなものです。今は、子どもに耐える力がないから、そういう体罰を行ったら、心理的にショックを受けますね。したがって、子どもの人権を侵害する体罰は禁止ということになりますが、言葉によって教育することも簡単なことではありません。

「人間としての義務」を教育することも、核家族の社会では、難しい状況にあると思います。私は生きて後一〇年位のものですから、あまり心配しなくても良いとは思いますが、若い皆さんは、現に子どもを教育しなければならない世代ですので、家庭においてどう教育するかを考えなければなりません。人としての身の処し方を、体罰を加えることなく、怒ることなく、愛情をもってどう教育するのか、自分自身の問題として考えなければなりません。

私の父は、私が小学校に入るまでは、体罰主義でした。私が行動的で言うことを聞かないので、悪いことをすると、柱にロープで結わけられました。「もうせんよ。」と言うとロープを解いてくれるのですが、ロープから解放されると、すぐ箠を持って追いかけるということをやっていました。しかし、小学校に入ったら、体罰は一切なく、口でも教育しませんでした。背中で教育をしました。私の父は海軍にいたことから、戦地に二度行きました。二度目がレイテでした。終戦の年の一二月に浦賀に帰還し、除隊となって帰郷しまし

た。全てを失い、しばらくは世捨て人だったんです。子どもの教育は、自分流でした。言葉で分らない頃は、愛情をもって強引に子どもの振る舞いを改めました。話が分かるようになった段階から、言葉で教育することもなく、自分の生き様だけ見せて教育しました。親の生き様を見て、その中から「人間としての義務」を、正しいと思うことを自ら拾い出さないという教育方法でした。今思うと、父が幼少の頃から自ら歩いた道のりを考えますと、すさまじい人生です。逆境にあつて逆境に立った父の生き様は、私の人としての生き方を照らしました。

5 違法性論との関係

刑法において違法性の判断をする際に、何を判断基準にするのかは、一つの論争点です。若い頃は、刑法的に許容しうるか否かは、「結果」によって判断すればよいとする結果反価値論を採っていました。法と倫理とが峻別されるのであれば、「刑法は、倫理を教えるものではない。」として、現実には惹起された「法益侵害の結果」が法的に許容しうるかどうかを判断すれば足りると考えたのです。客観主義刑法理論を出発点とするのであれば、これも一つの結論です。しかしその後、一元的には割り切れないと考えるようになり、「跛行的結果反価値論」を主張するに至りました¹³⁾。「跛行的」という用語はよくないとの指摘もありますが、判断のプロセスを示すには適切だと考えます。社会生活の中で一定の倫理観が息づき、人々に人間としての義務感が定着しているのであれば、裁判規範の裡面

にある行為規範と倫理規範とに大きな乖離はないと言えるでしょう。しかし、人権意識がなかなか定着せず、倫理観が迷走している現状においては、行為規範の土台となっている倫理規範を補強し、法の理念によって社会秩序を保持する必要があります。この状況にあつては、結果反価値 (Erfolgswert) だけで違法性を判断することは難しく、行為規範にどう対応したかという行為反価値 (Handlungswert) の側面を考慮して違法性の判断をすべきだと考えました。この場合、行為反価値は、違法性を減輕する方向にしか作用しないことから、「跛行的」という名称を付けました。共通項としての義務感が必要なのです。刑法理論というのは、ややこしいでしょ (笑)。

人を罰する場合には、刑法の条文だけでは決着が付かない。人権侵害の多くは犯罪を構成しますが、行為者と被害者との関係で問題となる人権は、横の人権です。ここでは、行為者は、被害者の「人間としての権利」を侵害すると共に、自らに課されている「人間としての義務」に反していることとなります。犯罪者を刑事手続に従って処罰するとしても、「人間としての義務」に反したことを自覚させないことには、人間としての再生はないのです。魂の覚醒により、真の更生に至るのです。人権意識の浸透を図り、倫理観の迷走に歯止めをかけることは、極めて重要なことです。刑法は、事後的な処理であり、最後の手段 (ultima ratio) なのです。

Ⅶ 罪刑法定主義の新たな派生原則

1 罪刑法定主義の派生原則の概要

罪刑法定主義の派生原則として、従来、①慣習刑法の禁止、②絶対的不定期刑の禁止、③刑罰法規不遡及の原則、④類推解釈の禁止が挙げられてきました。これらの原則は、大陸法において生成されたものです。戦後、憲法にはアメリカ法の基本的人権に関する条項（二一条、九七条等）や適正手続の条項（三一条）が規定されました。そして、アメリカの判例法として生成された⑤「明確性（definiteness）の理論」、⑥「デュープロセスの理論」、⑦「判例の不遡及の変更の原則」が罪刑法定主義の新たな派生原則として認められるようになりました。したがって、現在では、罪刑法定主義の派生原則は、七原則となっています。新たな派生原則について説明しますと、次のような内容です。

2 新たな派生原則の内容

実体的デュープロセスの理論は、犯罪者を処罰するに際しては、適正な手続に従って処理しなければならないというものです。「実体的」という文言は、形式的に手続を踏んでいるだけでは足りず、実体的にも適正な手続に沿って処罰しなければならないことを意味しています。罪刑法定主義の狙いの一つは、個人の行動の自由を担保することにあります。犯罪と刑罰を規定した実体法が適正なだけでなく、その刑事手続も適正なものでなければ、行動の自由の前提である予測可能性を奪ってしまうことになるとして、実体的な適

正手続が重視されるのです。この考え方は、当事者主義の訴訟構造にも関係しますが、アメリカ法で生成された罪刑法定主義の考え方です。

もう一つは、構成要件明確性の原則。構成要件という文言にはいろんな意味がありますが、ここでは、刑法の条文に記述されている特別構成要件を意味します。殺人罪の一九九条であれば、「人を殺した者は」という部分が構成要件です。「死刑又は無期若しくは五年以上の懲役に処する」という部分は、法律効果（刑罰の種類・量）であり、構成要件ではありません。民法では法律要件と法律効果に分けますが、その法律要件の部分を、刑法では構成要件と言います。

構成要件は、古くはコルプス・デリクティ（corpus delicti：罪体）と言われていたものです。近代刑法ではタートベシュタント（Tatbestand）という言葉になり、その日本語訳が構成要件です。

構成要件は、英米法にはない文言です。英米法では、罪刑法定主義の考え方を土台として、刑罰規定が不明確である場合には規定を無効にするという「明確性の原則」が生成されました。この考え方は、戦後、構成要件の概念を有しているドイツや日本において受入れられ、「構成要件明確性の原則」として主張されるようになります。

構成要件が明確なものでなければ、裁判官は法解釈によって処罰範囲を確定する際に揺るぎが生じ、場合によっては処罰範囲の拡張をきたすことにもなる。行為者の側から見れば、どこまでを処罰の

対象にしているのか分らないことから、行動の予測ができなくなります。構成要件明確性の原則は、人権保障の機能を担保する上で必要なことなのです。もちろん、構成要件が明確なものであっても、構成要件の予定する範囲を超える解釈を行うことは、類推解釈の禁止として、従来から許容されないとあります。これらの新しい派生原則は、現在では、学説および実務において浸透したものとなっています。

3 派生原則における人権の実相

罪刑法定主義の派生原則が広がっていく背景には、「人間としての権利」の主張が強くなってきたということもありますが、人権の内容に多様性があることによると思われます。デュープロセスの理論は、犯罪の実体はあっても刑事手続が適正ではない場合には、無罪にすべきだという主張です。ここでは、違法な刑事手続は人権を侵害するという考えが根底にあります。国家に対する抵抗権としての人権が前面に出てきます。捜査、刑事裁判においては、縦の人権が問題になる局面でありますので、横の人権で問題となる「人間としての義務」は直接には出てきません。

構成要件明確性の原則の場合は、規範の複合性の関係から、二面性を有しています。刑法の条文は、裁判規範として裁判官を拘束しますが、行為者を直接拘束するものではない。行為者を拘束するのは、裁判規範の裡面にある行為規範です。構成要件の明確性が要求されるのは、裁判官による法解釈にブレをなくし、処罰範囲を明確

に指定するためですが、これはまた、行為者の人権を保護することにも繋がるものです。裁判規範の関係では縦の人権が問題ですが、構成要件が明確化されることにより、人の行動の自由が担保され、自由の認められた範囲においては「人間としての権利」が保障されることとなります。さらに、自由に行動できるとしても、行為規範との関係では、「人間としての義務」が問題となり、人権意識、倫理観をもって行動することが要求されるのです。したがって、縦の人権に関係する部分は、明確でなければなりません。横の人権に関する部分は、法と倫理の接点の領域にまで根を張っていることから、流動的でもあります。

VII おわりに

最後に難しい問題を残しました。皆さんも関心をお持ちだと思いますが、人権の国際化の問題です。とくに、国際人権規約の下で、人権の構造をどう捉えるべきなのかは難しい問題です。A国では人権規約を批准しているが、B国では批准していない場合、A国の人がB国に行つて相反する人権を守れと言えるでしょうか。そうは言えないですね。批准していない場合は、その国の法規に従うしかありませんが、批准していても、人権規約の内容を国内法に規定化していなかったら、これまた外国のコードにより処理することを要求できません。つまり、法の支配を認めるとしても、国が批准したものを国内法として法規化しない以上、国際人権規約の実効性はないのです。

国際人権規約を批准した以上、それに対する国内法を整備し、場合によって関連する制度を整備するのは、批准した国の義務ですが、諸々の軋轢が生じるでしょうし、やはり人権の生成過程で見られた、涙と汗と血が流れることにもなるでしょう。したがって、国内法化するのに時間がかかることが多いのです。

入管の現場で仕事をされていると、一口に人権といっても、どんな国に生まれ育ったかで人権意識、人権感覚が異なることを経験されていることと思います。とくに、「人間としての義務」の捉え方に違いがあると思います。日本における人権の内容と外国の人権の内容に相違がある場合、縦の構造である行政機関としては、日本の人権基準で行動すべきでしょう。外国で生まれ育った人が、「日本は遅れている。人権侵害だ。」と抗議しても、法に基づく行政を枉げるべきではなく、国内法での人権のあり方を守るべきです。不都合が生じた場合、権利のための闘争は、立法化、裁判による運用の是正に向けられるべきです。世界水準に向けた人権の進化を図るべきですが、法治国家としては手順を踏まなければなりません。

今から一五年位前ですが、薬物犯罪の調査の関係で、タイのバンコクの重懲役刑務所の中に入ったことがあります。有罪で入ったわけではありません（笑）。研究者として入れてもらいました。当時、日本におけるヘロインの密輸の量はグラム単位でしたが、タイにおける麻薬の押収量はトンの単位でした。薬物犯罪で有罪になり、重懲役刑務所に収容されている日本人がいるというので、「会

いますか？」と尋ねられたので、「会います。」と答えました。そうすると、収容されている日本人が両足に付けられた円形の鉄の塊を両手で持ち上げて、連れて来られました。時間が一〇年くらい前に遡って止まっている思いがしました。行刑の現場は、まだ時間が止まったままだと思いましたが、この感覚は、日本の行刑の現場と比較したからです。タイの国内法に準拠しているものであり、その鉄の塊による身柄の拘束が「人権の観点からは、間違っている。」とは言えません。タイの国内法では法規に基づくものであり、国際比較の上での落差にすぎません。抵抗権としての人権は、容易に平準化しないのです。

私は、ドイツに二度留学しました。最初の留学は、まだベルリンの壁が存在した一九八〇年代です。西側でパスポートを取得すると、東側に行くのは難しい時代でした。二度目の留学は、一九九〇年です。ベルリンの壁が壊された後です。ドイツ再統一の後、東側の大学を支援する方策がとられました。私の留学していたトリアー大学（Trier Uni.）は、イエーナ大学（Jena Uni.）と提携を結び、法学教育の平準化のために教授を派遣し、講義の一部を展開することになりました。私の恩師のアメルンク教授（Prof.Dr.Knut Amelung）と一緒に行って、イエーナ大学の実情を見聞することができました。

統一前の国境には、まだ二重螺旋の有刺鉄線が残っていて、銃口を向けて警備していた塔も残っていました。トリアーから自動車で



イエーナ大学に建てられているフォイエ
ルバッハの像（1991年9月撮影）

車であつたトラバントが道路のあちこちに故障して止まっている。

ドアは、ベニア板が張ってありました。ガソリンの給油所もあまりないのです。トリリアで給油する際に満タンにして出かけたのですが、到着できるのか心配しながら行つたのを覚えています。イエーナ大学の法学部の図書館を訪れた時は、本当に驚きました。東側の刑法のコンメンタールや刑法の著書が全部ゴミ箱に捨ててありました。最初の留学のとき、東ドイツの刑法が分からないので、スイス経由でベルリンの壁を越えた本を手に入れて読んでいましたが、それらの本がゴミ箱の中に破棄されているのです。国が変わると、刑法はがらりと変わる。本はゴミ箱に行く運命なのかと、心が痛みました。しかし、イエーナ大学で一つだけ、心躍ることがありました。それは、校庭にフォイエルバッハの胸像が立っていたことです。フォイエルバッハの刑法理論は、旧東ドイツの刑法理論とは相

高速道路を約四時間走りますと東側に入りますが、入った途端、風景が変わりました。東側では高級

容れないにも拘らず、フォイエルバッハの胸像が建てられていたのです。この胸像は、フォイエルバッハ生誕二〇〇年を契機に一九八三年に建てられたものでした。大学人の矜持を感じました。

ドイツが統一された後、刑法典は、西側の刑法典に統合されました。ただ、一カ条例外があり、堕胎罪については経過措置として、一〇年間は東側においては東ドイツ刑法典の堕胎罪の規定を適用することになりました。法曹養成システムも西側のものに統一されました。大学の法学教育も裁判官資格を取得するための国家試験も、西側で行われていたシステムに統一されました。国境が崩れるということは、こういうことなのだと思います。

ヨーロッパでは国境における諸々の制限を緩和する必要から、まずはEC（欧州共同体）が立ち上がりました。その後、EU（欧州連合）に発展し、加盟する国の圏域が広がっていきました。国によって通貨が異なっていたものが、EUに加盟する国ではユーロ（Euro）を単一通貨とすることで、広範囲の経済圏域が一つに纏まりました。教育制度についても、ボローニャ・プロセスというものが出され、EC圏域内での教育を平準化しようという動きになりました。一番の問題は、法学教育および法曹養成システムです。法学教育だけは、平準化することが難しいのです。国によって裁判官や検察官を育成するシステムが違います。刑罰法規の場合、縦の人権の権化みたいなものですから、どの領域までを犯罪とするのか、犯罪論体系を放棄するのか、といったことになると、国の制度として

は譲れない部分が出てくるのです。現在、EU刑法典というものはできていません。国境を越える刑罰権の行使を認めるということになると、「国のかたち」が変わることになりますので、難しい問題なのです。

ビスマルク (Eduard Leopold Fürst von Bismarck, 1815-1898)

がプロイセンを統一する際に、何を実行したかと言いますと、最初に通貨を統一しました。通貨を統一して、経済取引の基準を平準化した。次は、法典を統一しなければならなかった。各ラント (Land: 現在では州を意味するが、当時は一つの国) の法典を統一するものとして一般ラント法 (Allgemeines Landrecht) を定めて各ラントの法制を全部統一したのです。その結果、ドイツは連合国としての体制を整えることができました。EUは、まだ法典を統一するところまではいつていないのです。また、移民が押し寄せてくるのに対して、どの程度受入れ、どこからバリエードを設けるのか、EUとしての統一基準を設けることは難しいと思います。国によって受入れるキャパシティが異なり、自国民の人権の保障がどの程度制約されることになるか、比較衡量も働くことになります。実定法と自然法とのせめぎ合いの局面でもあります。判断を間違えば、「国のかたち」が変わります。人権も国境に制約されると、残念ながら言わざるをえません。皆さんの入管の仕事は、国境に関わるものだけに大変だと思います。しかし、縦の人権に関わっていることを念頭に、「国のかたち」を守る一端を担っているという意識をしなければ

なりません。一方、収容した人に対応する場合は、横の人権も考えなければなりません。その意味では、刑法の場合の人権構造と一緒だと言えましょう。以上で終わりにして、質問を受けたいと思います。

(司会) 先生、どうもありがとうございました。それでは、時間もあまりない中ですが、ご質問がある方は挙手をお願いしたいと思います。

(日高) 講演のテーマに関係なくても、何でもよいです。

(質問者) 先生、講演ありがとうございました。しかも、ずっと立ったままでありがとうございました。

(日高) いつも話すときは、立ったままです。

(質問者) 私ども入国管理の仕事をしている中で、先生もご覧いただいたということで、収容の場面で、一番悩ましいのが明らかに日本に害をなす方についてはお帰りいただくということは当然だろうと思うのですが、ただ実体法で言うとも何もないことはしていない。他方で日本の法律に違反をされていてお帰りいただくような状況が生じていて、そこを捉えて多面からいろいろ、ご批判をいただくことがあるのですが、そこについて、先生がこれまで長年にわたって積み重ねてこられたご見識を踏まえると日本の入管の取扱、行政はこの後どのように進んでいくべきなのかというところをお聞かせいただければと思います。

（日高） 実態を今日見せていただきました。これまで、刑務所はかなり見えています。刑務所と比較できないという意識があつて見ましたが、まず国籍が様々であることから食事が工夫されていて、良いと思いました。あれだけバラエティに富んだ食事を作ることとは大変ですね。内部では、基本的に行動の自由が許されていますね、限られた区間ではありますが。外部の意見はいろいろありますが、人権侵害という局面ではない。むしろ、滞在を引き延ばすため、いろいろな抗弁がなされると思います。先ほど申し上げましたけれども、国境に関わる水際作戦の部署であることを意識しなければいけない。どの国でも水際作戦の部署がきちんとしなければ、国境を越えて入ってしまった後では、その対応はやはり大変です。国内に入った場合には、横の人権を考慮しながら縦の人権の筋を通さなければならぬ。入管法の第一条の目的が少しファジーなので、現場の対応は大変だと思います。強権発動ができないような条文になっています。強制退去せざるをえない人に犯罪行為の実態があれば、執るべき措置は明らかですが、非犯罪行為の場合の退去理由というのは、本当に難しいですね。場合によっては、抵抗権としての人権が主張されることにもなります。本当に悩ましいなと思います。収容の状況を見ておりました。

ユニバーサル化が進んで、国境がだんだん不鮮明になってくる時代においては、国際間の犯罪にどう対応するかは、ますます重要な問題になってきています。とくにアジアの国々との関係において、

物だけでなく人の出入りが増大してきていますので、周りが海である日本の場合には、コントロールが難しくなっています。水際作戦がおろそかになると、後の処理が大変です。水際作戦としては、「適正に入国してください。違法な滞在については、強制退去もあります。」ということは言うべきでしょうね。入国のゲートが高いかどうかは、議論すべきことですが、適正な手続による入国、適正な手続を経た在留という法的対応の筋は通すべきだと思います。

横の人権の関係では人権侵害という問題は生じますが、縦の人権の関係においては、公務の執行は客観的かつ公正に行われるべきです。もちろん、後者の場合においても、自然法を根拠に人権侵害の主張がなされる場面も生じますが、比例の原則との関係において問題を処理すべきだと考えます。海に囲まれている日本は、違法に入国しようと思えば、どこからでも上陸できます。いわば国境線が目に見えないだけに、入管での水際作戦が重要です。

（質問者） ありがとうございます。

（司会） それでは時間もまいりましたが、最後、一つぐらいどうしてもという、お聞きしたいことがありますら挙手をお願いいたします。大丈夫でしょうか。それでは、これもちまして本日の出入国管理行政懇談会を終了いたします。先生、どうもありがとうございます。（拍手）

〔脚注〕

- (1) P.J.A. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1. Aufl., 1801, 14. Aufl., 1847, Neudruck 1973.
- (2) 森作太郎註解『増補刑法・治罪法註解大成』（明治一四年三月出版届・明治一五年一月出版、出版人柳原喜兵衛ほか）
- (3) 法典論争については、穂積陳重『法窓夜話』（大正五年、六版・大正一一年、有斐閣）三三三頁以下、（昭和五五年、岩波文庫）三二八頁以下参照。法典編纂論については、穂積陳重『法典論』（明治三三年、復刻版・平成二〇年、新青出版）がある。本書八頁以下には、すでにドイツの法典論争が紹介されている。
- (4) 穂積重威編纂『穂積八束博士論文集』（昭和一八年、有斐閣）二二三頁以下。本書に収録されている論稿「民法出テ、忠孝亡フ」は、明治二四年の「法学新報」において発表されたものである。
- (5) Herausgegeben von Dr. Otto Grischneider, Ullstein Lexikon des Rechts, 1971, S.280.
- (6) ベッカリアの『犯罪と刑罰』は、匿名で一七六四年に出版された。その後、いろんな言語に翻訳されている。私の手許にあるのは、一九六四年にトリノで刊行されたオリジナルのファクシミリ版であるが、表題は『Strenna Uret 1965: Beccaria Dei delitti e delle pene』となっており、中扉には「チェザレ・ベッカリアの犯罪と刑罰」と記した頁が入れられている。英訳本として

は、Translated by Henry Paolucci: Cesare Beccaria, On Crimes and Punishments, 1963がある。日本語訳としては、風早八十一＝風早一葉訳『犯罪と刑罰』（昭和三四年、岩波文庫）、佐藤晴夫訳『ベッカリアの「犯罪と刑罰論」』（昭和五一年、矯正協会）、小谷眞男訳『犯罪と刑罰』（平成二三年、東京大学出版会）などがある。

- (7) Franz von Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Zweiter Band, 1905, S.80.
- (8) 団藤重光『刑法綱要総論』（二版・平成二年、創文社）一二頁。
- (9) 植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』（昭和四九年、勁草書房）一七頁以下。
- (10) 日高義博『刑法における錯誤論の新展開』（平成三年、成文堂）一七八頁以下。
- (11) 最決昭和六二・三・二六刑集四一卷二号一八二頁。本決定の解説としては、日高義博「誤想による防衛行為―騎士道裁判のゆくへ」井口茂＝石黒一憲＝神田秀樹＝羽田野宣彦＝樋口範雄＝日高義博『判例に学ぶ法律考現学―判例解釈裏おもてー』（平成二一年、ぎょうせい）一八九頁以下。
- (12) Rudolf von Jhering, Der Kampf ums Recht, 1872.
- (13) 日高義博『違法性の基礎理論』（平成一七年、イウス出版）五八頁以下。