

マグナ・カルタは罪刑法定主義の淵源ではない

——その事実がもたらす効果について——

佐 立 治 人

目 次

- 一 マグナ・カルタは罪刑法定主義の淵源ではない
- 二 「淵源」の語の使い方
- 三 マグナ・カルタ第三十九条（第二十九条）の *lex terrae* について
- 四 ショットレンダーはどこで間違えたか
- 五 マグナ・カルタは罪刑法定主義の淵源ではないという事実がもたらす効果

一 マグナ・カルタは罪刑法定主義の淵源ではない

マグナ・カルタは罪刑法定主義の淵源ではない。そのことはマグナ・カルタを読まなくともわかりきった話である。慣習刑法を排除しないイギリスで、慣習刑法の排除を要求する罪刑法定主義が生まれるはずがないからである。

マグナ・カルタは罪刑法定主義の淵源ではない

一 (九三八)

罪刑法定主義がマグナ・カルタに由来すると主張するシュットレンダー (Adolf Schottlaender, Die geschichtliche Entwicklung des Satzes: Nulla poena sine lege, 1911, S.4) に対して、ゲルラント (Heinrich Gerland, Artikel 116, Nulla poena sine lege, Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Erster Band, 1929, S. 380 Anm. 59, 木村亀二「英米刑法と罪刑法定主義」『刑法雑誌』第二巻第三号掲載、昭和二十七年。一頁から二頁) は「法律なくして刑罰なしの) 原則の本質は、まさしく、慣習法の排除の中に、そして、制定法 (Gesetzesrecht) の決定的な重視の中に存在するのであるから、その原則がイギリス法に由来することは、全く論外である。」と批判している。

また、中世後期イングランド法史の専門家である北野かほる教授も「マグナ・カルタが罪刑法定主義の始めだとかいう、制定法主義になじまないイギリスにはおよそありえない謬見」(『法制史研究』67掲載、書評。平成三十年。四八九頁) と述べている。

ところが、大野真義『罪刑法定主義』(新訂第二版、世界思想社、二〇一四年) は、「罪刑法定主義の通説的系譜論は、マグナ・カルタにその歴史的淵源を求めている。」(五頁) として、「近代刑法のうえに結実した罪刑法定主義の原則も、その系譜を遡ると、遠く中世イギリスのマグナ・カルタに由来する。このことは、一九一一年に発表されたシュットレンダーの『罪刑法定主義の原則の歴史的展開』(前掲。佐立注。) という研究によって、今日では刑法学上の常識にまで高められている。それによると、罪刑法定主義は、一七八九年のフランス革命の所産である人権宣言第八条に直接由来するものであり、フランス人権宣言は北アメリカ諸州の権利章典、ことに一七七六年のヴァージニアの権利章典第八条に範を求め、さらに、その源泉は一二一五年に成立したマグナ・カルタ第三九条にある、と解され

ている。わが国においても、瀧川幸辰（「罪刑法定主義ノ歴史的考察」『法学論叢』第一卷第六号掲載、大正八年。佐立注。）がシヨットレンダーの研究を最初に紹介し、シヨ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て以来、この歴史的系譜論が通説となった。（三十二頁）と述べている。中世イギリス法史の専門家が「およそありえない謬見」と切り捨てような学説が、「刑法学上の常識」であり、わが国の「通説」であると言っている。

実際、団藤重光『刑法綱要総論』（第三版、創文社、一九九〇年）を見ると、「罪刑法定主義（中略）を歴史的にさかのぼると、イギリスのマグナ・カルタ（中略）に淵源を求めることができる。」（四十二頁）と述べられている。二十一世紀に入って刊行された刑法の教科書を見ても、マグナ・カルタが罪刑法定主義の淵源であると記しているものが多い。これは一体どういうことであろうか。

二 「淵源」の語の使い方

マグナ・カルタが罪刑法定主義の「淵源」である、と主張する人は、言葉の使い方間違えている。大野真義他著『刑法総論』（世界思想社、二〇一一年）は「罪刑法定主義の形式的要請の源泉を、そのまま中世イギリスの封建制度のもとに結実したマグナ・カルタに求めることは困難であろう。しかし、罪刑法定主義の存在理由を国家の刑罰権を控制して個人の権利・自由を擁護する保障原理としての意味に求めうるかぎり、人権保障の最大の堡壘として、マグナ・カルタが後世において果たした役割は大きく、その歴史的意義からマグナ・カルタに罪刑法定主義の淵源を求めることは妥当である。」（第一編第2章第1節、十六頁注2。大野真義執筆。）と述べている。

マグナ・カルタは罪刑法定主義の淵源ではない

罪刑法定主義の「形式的要請の源泉」をマグナ・カルタに求めることはできないけれども、マグナ・カルタに罪刑法定主義の「淵源」を求めることは妥当である、と云うのである。おかしな説明に見えるが、ここで使われている「淵源」の語は、罪刑法定主義を構成する一要素である人権保障原理の出所という意味である。つまり、この文章は、罪刑法定主義の一要素である人権保障原理がマグナ・カルタに由来する、と主張することができるだけであつて、罪刑法定主義の淵源は何か、ということの説明にはなっていないのである。なぜなら、「淵源」であることと一要素の出所であることとは違つたのであつて、何かか或る物の「淵源」である、と云うことができるためには、その何かは、或る物を構成する基本的な要素をすべて備えていなくてはならないからである。

罪刑法定主義とは、人民を権力（国王や官吏）の横暴から守るため、また、人民が罪を犯して刑罰に陥ることがないようにするため、あらかじめ、どのような行為が犯罪になり、それぞれの犯罪に対してどのような刑罰が科されるかを定めた法律を作つて、人民に公開する、という思想である。言い換えると、罪刑法定主義は、人民を権力の横暴から守るといふ目的を持つこと、人民が刑罰に陥らないようにするといふ目的を持つこと、あらかじめ、犯罪とそれに対する刑罰とを定めた法律を作ること、その法律をあらかじめ人民に公開すること、この四つを基本的な構成要素として持つ。よつて、罪刑法定主義の「淵源」とされる何かは、必ずこの四つの要素を備えていなくてはならないのである。

そして、罪刑法定主義は、刑事実体法のための原則であつて、刑事手続法のための原則ではない。しかも、どのような行為が犯罪になり、それぞれの犯罪に対してどのような刑罰が科されるのかを人民が知りやすくするためには、ある犯罪とそれに対する刑罰とを個別に定めた単行法令を多発するだけでは不十分であり、すべての犯罪とそれぞれ

の犯罪に対する刑罰とを一まとめにして掲げる刑法典を作らなければならない。よって、罪刑法定主義は、刑事実体法の中で、とりわけ、刑法典のための原則である、と言うことができる。罪刑法定主義が存在する所には、必ず刑法典が存在する。何かが罪刑法定主義の淵源であるならば、その何かに従って刑法典が作られた（あるいは作られようとした）か、もしくは、その何か自体が刑法典であるか、のどちらかに違いない。

マグナ・カルタ自体が刑法典ではないの言うまでもなく、マグナ・カルタに従って刑法典が作られようとした話も聞いたことがないから、本稿の冒頭に書いたように、マグナ・カルタが罪刑法定主義の淵源ではないことは、マグナ・カルタを読まなくともわかりきった話である。しかし、マグナ・カルタが罪刑法定主義の淵源であるとする説が通説であると認識している人が多いという状況の中で、マグナ・カルタは罪刑法定主義の淵源ではないという事実がどのような効果をもたらすのかを知るためには、マグナ・カルタを読まなければならない。

三 マグナ・カルタ第三十九条（第二十九条）の *lex terrae* について

罪刑法定主義の「淵源」であると主張されているのは、一二一五年に発布されたマグナ・カルタの第三十九条、及び一二二五年に再発布されたマグナ・カルタの第二十九条である。田中秀史『羅和对訳マールグナ・カルタ』（東京大学出版会、一九七三年。九十三頁）は、一二一五年のマグナ・カルタの第三十九条を次のように和訳している。

「いかなる自由民も、彼の同輩の合法的裁判によるか、或は国法によるのでなければ、逮捕されるなり、或は監禁されるなり、又は差押えられ、又は法外放置され、又は追放され、（この読点を補った。佐立注。）又は何かの方法によつて侵害されることはないものとす、又、朕は、彼の上に赴くこともないであらうし、又、彼の上に送ることもな

いであらう。」

一二二五年のマグナ・カルタの第二十九条は、一二一五年のマグナ・カルタの第三十九条と第四十条とを合わせた条文であり、「差押えられ *disseisatur*」の後に「彼のいかなる自由保有地または諸自由、あるいは自由な慣習的権利について」の文言が加えられている。一二一五年のマグナ・カルタの原文は前掲『羅和対訳マーグナ・カルタ』を見た。一二二五年のマグナ・カルタの原文及び和訳は森岡敬一郎訳・ホウルト『マグナ・カルタ』（慶應義塾大学出版会、二〇〇〇年。「付録」12）を見た。

「彼の同輩の合法的裁判によるか、或は国法によるのでなければ *nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*」の *vel* の意味は、禿氏好文訳・マッケクニ著『マグナ・カルタ』（ミネルヴァ書房、一九九三年。四〇七頁）の訳者注に拠れば、「多数の学者が関わったにもかかわらず、未だに “and” と “or” の間をさまよっている」という。and（かつ）と解釈する方が、マグナ・カルタ第三十九条（第二十九条）が罪刑法定主義の淵源である、という考えに有利であると思うのか、ショットレンダーは *vel* を *et*（そして、かつ）の意味に解釈し（前掲 S. 26 Anm. 2）、ショットレンダー説を信奉する我が国の刑法学者も、例外なく「かつ」と訳している。しかし、たとえ「彼の同輩の合法的裁判により、かつ、国法によるのでなければ」と訳すことができるとしても、問題は *lex terrae*（国法、国土の法律）の内容である。

深尾裕造・松本和洋訳「クック「マグナ・カルタ註解」」（関西学院大学『法と政治』第六十六巻第四号掲載、二〇一六年。二八三頁）に拠れば、エドワード・クック *Edwardo Coke*（一五五二〜一六三四）は、その著書『The Second Part of the Institutes of the Laws of England』中心、一二二五年のマグナ・カルタの第二十九条の *nisi per*

legem terrae について、「これらの文言の真の意味と解説については、エドワード三世治世37年（一三六三年。佐立注。）第8号法を参照。同制定法では、国法によるといふ文言は、法の適正手續無しに（原文。without due process of law 佐立注。）と、言い表されている。というのも、同法では、大憲章に含まれていることではあるが、如何なる人も、法の適正手續無しには、即ち、適正な方法でなされた善良且つ適法な人々による告発乃至起訴によるものであるか、コモン・ローの訴訟開始令状によるものでなければ、逮捕され、投獄され、自由保有地を奪われることはない」と述べられているからである。」（一七九七年版の覆刻本を見て確認した。佐立注。）と説明している。

禿氏好文訳・マッケクニ著『マグナ・カルタ』（前掲、四〇四頁から五頁）に拠れば、マッケクニ W. S. Mckechnie（一八六三〜一九三〇）は、その著書 *Magna Carta: A Commentary on the Great Charter of King John*, second edition, 1914 の中で、一二二五年のマグナ・カルタの第三十九条の *per legem terrae* について、次のように述べている。「二つの意味が考えられる。つまり、一つは、狭い技術的な意味、もう一つは、広い通俗的な意味である。技術的な意味（中略）で言えば、ジョンの大憲章のその言葉は、イングランドのすべての自由人に対して三重の保障を約束したのである。彼らの身体と財産は、以下の原則によって王の恣意的な意思から保護された。即ち、（中略）古くから尊重されてきた固有の「検査法」たる決闘、免責宣誓、あるいは神判による裁判が執行より先行すべきであるという原則である。」「マグナ・カルタは、疑いなくおおらかに書き上げられた文書であり、両方の意味が起草者の心に在ったということは常に考えられる。もしそうであれば、古いほうの、より技術的な意味は次第に忘れられ、「国法」は、今日の一般的な会話の漠然としてやや無意味ともいふべき言葉となった。力点のこの変化は、マグナ・カルタを再確認し、敷衍し、あるいは説明するその後の法律に反映されたのはまったく当然であった。エドワード三世

とりチャード二世の治世に制定されたこれらの重要な一連の法律は、一二一五年の〈国法により〉が14世紀には「法の適正な手続により」[*By due process of law* 訳者注。]に等しいものとして読まれたことを示し(中略)ている。」

森岡敬一郎訳・ホウルト『マグナ・カルタ』(前掲、三九四頁)に拠れば、ホウルト J. C. Holt (一九二二～二〇一四)は、その著書 *Magna Carta, second edition, 1992* の中で、一二一五年のマグナ・カルタの第三十九条の *per legem terrae* について、次のように説明している。「同輩による判決あるいは、国土の法による判決」という句(中略)の意図は、人々は彼等の社会的同等者によって裁かれるか、あるいは、「国土の法」に一致する他の方法によって裁かれるべきであるということであった。これは、告発 (*indictment*) あるいは私訴 (*appeal*) に可能な余地を残していた。そして、決闘になることもあったかも知れないし、また、告訴された人が出頭しなかった時には、法外処置 (原文 *outlawry* 佐立注。) に終わることもあった。また、この条項には、ヘンリー二世治下に既に出現していた民事訴訟の諸形式(中略)も含まれていた。」

これらの学説を読む限り、マグナ・カルタ第三十九条(第二十九条)の *lex terrae* とは、マグナ・カルタ作成時は、当時存在した裁判方法及び訴訟手続を指し、後には法の適正な手続を意味するようになった、と受け取ることができる。要するに、*lex terrae* は手続法なのである。すると、マグナ・カルタ第三十九条(第二十九条)は手続法のための約定であることになる。そうであれば、マグナ・カルタ第三十九条(第二十九条)は、刑事実法のための原則である罪刑法定主義とは、はじめから関係がないのである。

田中英夫「私有財産権の保障規定としての Due Process Clause の成立(一)」(『国家学会雑誌』第六十九卷第一・二号掲載、昭和三十年。十五頁、十八頁注11)は、*lex terrae* には手続法だけでなく実体法も含まれると主張する

学者を幾人が挙げてゐる。そのうち G. B. Adams は、その著書 *The Origin of the English Constitution*, 1912 の中で、「*lex terrae* は、しほしほ、より広い意味での国の法を意味する。訴訟手続だけではなく諸権利をも規制する法と慣習との全集合を意味する。」と述べ、その例として、一二一五年のマグナ・カルタの第五十六条及び第五十七条の *lex Angliae, leges Walsensium* 等に言及してゐるが (p. 263)、『これらは刑法ではなく土地法である。P. Vinogradoff は、その論文 *Magna Carta*, C. 39, *Magna Carta Commemoration Essays*, 1917 の中で、*per legem terrae* の意味について「G. B. Adams 教授に完全に同意する。」(p. 83) と述べてゐる。F. M. Powicke は、その論文 *Per Iudicium Parium vel per Legem Terrae*, M. C. C. E. の中で、Adams 説に依拠しながら、『*lex terrae* という語は、普通には、諸訴権や訴訟手続全般について使われた。」(p. 101) と述べており、『*lex terrae* の中に実体法が含まれてゐると主張してゐる。W. Holdsworth は、その著書 *A History of English Law*, vol. 1 (第七版 (一九五六) の覆刻本 (一九七一) を見た。田中論文は第三版 (一九二二) に拠る。』の中で、『*lex terrae* が単に the law of the land を意味する』の Vinogradoff 教授と Powicke 教授との論拠は「私には決定的であると思われ。」(p. 61, n. 4) と述べてゐる。C. H. McIlwain は、その論文 *Due Process of Law in Magna Carta*, *Columbia Law Review*, vol. 14, 1914 の中で、一二一五年の *lex terrae* は「王国の古来の慣習であり、本来の意味での国王の法である。」(p. 49) と述べてゐるが、『*lex terrae* は「我々の連邦及び州の憲法の中に「法の適正な手続」として入つて来た。」(p. 49) と述べてゐるから、『*lex terrae* を手続法と理解してゐた』とがわかる。R. L. Mott は、その著書 *Due Process of Law*, 1926 の中で、Powicke, McIlwain, Vinogradoff の説に賛意を表してゐる (p. 35, n. 23, p. 36, n. 24, 25, 26)。

すなわち、田中論文が紹介する限りでは、『*lex terrae* の中に実体法も含まれる』と積極的に主張する学者はアダムスと

ヴィノグラドフだけであり、しかも、両者は刑事実体法には言及していないのである。よって、たとえ両者の説が正しいとしても、マグナ・カルタを罪刑法定主義と結びつけることはできないのである。

四 ショットレンダーはどこで間違えたか

ショットレンダーは、その著書『法律なければ刑罰なし、という原則の歴史的発展』(前掲)の第四章「イギリスの歴史とイギリスの哲学」の中で、「(マグナ・カルタの)第三十九条によって、人身及び財産の保護が、法律の形式で保証された。個人の自由と財産とに対するあらゆる侵害は、ただ国土の法律によって(原文 *per legem terrae*)のみ行われるべきであった。そして、この中に、この原則(「法律なければ刑罰なし」の原則を指す。佐立注。)の意味が含まれているのである。」(S. 27)と述べる。そして、*lex terrae* は訴訟手続だけを意味すると理解するマッケクニ *Magna Carta*, 1905 の説に対して、次のように主張する。

「(マッケクニの)この解釈は狭すぎるであろう。恣意的に判決が下される状況の下で、第三十九条によって恣意的な判決を廃止することが求められている時には、もっと広い解釈の余地が残しておかれたであろう。クックの注解に基づく支配的な見解は、エドワード三世の議会議事録に従って、*per legem terrae* を *by due process of law* という言葉で言い換えることによって、ある刑罰の判決及び執行の前に、実体法をも適用することを要求する。」(S. 28)

ここに「支配的な見解 *die herrschende Ansicht*」とあるが、誰の見解であるのかショットレンダーは示していない。 *Per legem terrae* が *by due process of law* の意味であるならば、この *law* は手続法であるから、*lex terrae* も手続法であって、実体法ではないことになる。 *per legem terrae* が *by due process of law* を意味するとしながら、

per legem terrae が、刑事実体法を適用して刑罰を判決し執行するという意味を含む、と主張する「支配的な見解」が存在するとは聞いたことがない。このような、ありもしない「支配的な見解」を空想した時に、シヨットレンダーは、学者がたどるべき正しい道を踏みはずしたのである。per legem terrae の中に罪刑法定主義の意味が含まれている、というシヨットレンダーの説は、彼自身の空想の産物に過ぎないのである。

大野真義他著『刑法総論』（前掲）は「マグナ・カルタ 39 条にいう「国の法律 (lex terrae)」なる文言は、やがて 14 世紀に至って、「適正手続 (due process of law)」の意味に読みかえられるようになり、単なる実体的な意味から、合法的な訴訟手続の要請へと発展する。」（第 1 編第 2 章第 1 節、十三頁。大野真義執筆。）と述べている。「単なる実体的な意味から」とあるが、マグナ・カルタ第三十九条（第二十九条）の lex terrae が本来、単なる実体的な意味であるとする説は聞いたことがない。大野真義『罪刑法定主義』（前掲）も、「マグナ・カルタ第三十九条が、古来の裁判方式への復帰を求めて掲げられ、したがって、「国の法律」という文言は、かなり訴訟手続上の要請をもつものであったが、（中略）漸次文字通りの広い一般的な意味に解釈されるようになり、さらに、一四世紀にいたって、再びこの文言は、手続的な要素をもつ技術的な要請を裏づけるものとして解釈されるのである。」（一三五頁）と述べており、そのような説は挙げていない。

それにもかかわらず、ここに「単なる実体的な意味から」とあるのは、何かの書き間違いや誤植には見えないから、マグナ・カルタが罪刑法定主義の淵源であると読者に印象づけるために、わざとこのように書いたのではなからうか。万一そうであるならば、罪刑法定主義のマグナ・カルタ淵源説の主唱者が、このような印象操作を行う誘惑に負けた時、この学説の命脈は尽きた、と言わなければならない。

木村亀二「罪刑法定主義」(日本刑法学会『刑事法講座』第一卷所収、有斐閣、昭和二十七年。三十四頁)は、マグナ・カルタ第三十九条の「国の法律」(lex terrae)というのは、単に手続に関する法律のみではなく、実体に関する法律をも意味したと解せられるのが通説であつて」と述べるが、この「通説」がシヨットレンダー説を指すのであれば、シヨットレンダー説が空想の産物に過ぎないことは、先程説明した通りである。

五 マグナ・カルタは罪刑法定主義の淵源ではないという事実がもたらす効果

マグナ・カルタは罪刑法定主義の淵源ではないという事実を直視する時、その事實は、罪刑法定主義にまつわる諸問題に対して、どのような効果をもたらすであろうか。

まず第一に、イギリスには罪刑法定主義が存在しない、という事実が確定する。慣習刑法を排除しないイギリスに罪刑法定主義が存在しないことはわかりきった話ではあるものの、マグナ・カルタが罪刑法定主義の淵源であるという事になれば、イギリスに罪刑法定主義の萌芽が存在したということになり、その萌芽がイギリス独特の刑法体系の中で成長して、ヨーロッパ大陸の罪刑法定主義とは異なる形の罪刑法定主義に結実した、という妄想に陥りやすい。しかし、罪刑法定主義は一つであつて、完全な罪刑法定主義か、不完全な罪刑法定主義か、その違いはあつても、異なる形の罪刑法定主義は存在しない。木村亀二「英米刑法と罪刑法定主義」(前掲、十八頁)は「イギリス刑法では、罪刑法定主義の原則の前提するような刑法典又は刑法の完全な成文化の形式は採られてはいないが、(中略)裁判による犯罪の創造を排斥するという精神が強く確立せられ、刑法の效力不遯及の原則が認められ、縮少解釈の原則が認められている」という意味において、そして、その限度において、罪刑法定主義の原則が支配していることを知

るのである。」と述べているが、罪刑法定主義はこのような妥協はしない。「刑法典又は刑法の完全な成文化」が行われない限り、そこには罪刑法定主義は存在しない。

けれども、イギリス人は誰も、罪刑法定主義が自国に存在してほしい、とは思っていないであろう。イギリスに罪刑法定主義が存在してほしいと思っているのは、実に世界で日本人だけではなからうか。横山晃一郎「イギリス刑法と罪刑法定主義」（山中康雄教授還暦記念『近代法と現代法』所収、法律文化社、昭和四十八年。八十三頁）は「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の故郷」とすることに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。」と述べている。しかし、「マグナ・カルタを罪刑法定主義の淵源とする学説」が救おうとしたのは、「罪刑法定主義は近代刑法の大原則」という通説の方ではなく、イギリス刑法は近代刑法であるという名声の方であろう。というのは、別稿で紹介するように（「中国で裁判を受けたロビンソン・クルーソー」『関西大学法学論集』第六十六巻第一号掲載、二〇一六年、等）、イギリス人は、ダニエル・デフォアの時代から二十世紀前半に至るまで、中国の刑法や裁判に対する根柢のない悪口をあちこちに書き散らしており、明治時代の日本人が、それを真に受けて、それまで尊敬してきた中国律を軽蔑するようになった、という経緯があり、しかも、条約改正のために中国流の刑法（『新律綱領』『改定律例』）を捨てて西欧流の刑法に乗り換えたのみならず、ずうずうしくも、清国に西欧の「近代刑法」を教えに行く（招いた方も招いた方であるが）、ということもしてしまったため、今さら引つ込みがつかず、ぜひともイギリス刑法は近代

刑法であつてほしいと、日本人としては願わざるを得ないからである。

第二に、イギリスに罪刑法定主義が存在しないという事実が確定したとなると、イギリス刑法を「近代刑法」と呼ぶことができるのか、そもそも「近代刑法」であることの条件は何か、という問題が生じる。というのは、前稿「旧中国の罪刑法定主義の存在について」(『関西大学法学論集』第六十五卷第三号掲載、二〇一五年)で説明したように、中国では早くから罪刑法定主義が存在し、唐代には罪刑法定主義が国教となつたのであつて、罪刑法定主義に従つて作られていることが「近代刑法」の条件であるならば、イギリス刑法を「中世刑法の生きた化石」とでも呼ばなければならぬ一方、唐律を「近代刑法」と呼ばなければならぬからである。それが嫌ならば(なぜ嫌なのであろうか)、罪刑法定主義に従つて作られていなくとも、人権を守ることを目的として「近代刑法」であること、の条件である、ということにすれば、イギリス刑法を「近代刑法」の中に含めることができるけれども、唐律もまた罪刑法定主義に従つて作られている刑法として、人権を守る目的を持つているから、「近代刑法」であり続ける。そうであれば、時代を表す「近代」という語に何らかの価値を込めて「近代刑法」という言葉を使うのは、やめた方がよい。「十九世紀の(ヨーロッパ)大陸刑法」と呼んだ方が、「七世紀の唐律」と客観的な比較ができる。

第三に、マグナ・カルタが罪刑法定主義の淵源ではないということになると、他に罪刑法定主義の淵源を捜さなければならぬことになる。というのは、フランスの一七八九年の人権宣言の第八条が罪刑法定主義の淵源であると考えて安心してゐる人が多いけれども、オーストリアの一七八七年のヨセフィーナ刑法典が不完全ながらも罪刑法定主義に従つて作られているから(ヨセフィーナ刑法典については、足立昌勝「ヨセフィーナ刑法典」試訳(一)〔静岡大学法経短期大学部『法経論集』第四十一号掲載、一九七八年)を参照)、フランスの人権宣言よりも前に罪刑法

定主義の淵源が存在することは間違いないからである。

私が見る限りでは、第二節で挙げた、罪刑法定主義の「淵源」とされるものが備えていなくてはならない四つの基本的な構成要素をすべて備えているのは、旧中国の律（唐律、明律、清律）だけである。西欧で罪刑法定主義が成立した時期から見ても、（西欧の）罪刑法定主義の淵源は清律である、と考えているが（前稿「併合罪の吸収主義の成立について」『関西大学法学論集』第七十一巻第五号掲載、二〇二二年）、直接的な証拠がまだ見つからない。しかし、五來欣造『儒教の独逸政治思想に及ぼせる影響』（早稲田大学出版部、昭和四年）、後藤末雄『中国思想のフランス西漸 1・2』（平凡社、東洋文庫、昭和四十四年。初出は昭和八年。）、堀池信夫『中国哲学とヨーロッパの哲学者』下（明治書院、平成十四年）、井川義次『宋学の西遷』（人文書院、二〇〇九年）等の研究によって、十八世紀の西欧の啓蒙思想の形成に中国の儒教思想が大きな影響を与えたことが明らかにされている現在、（西欧の）罪刑法定主義の淵源が清律であるという仮説は、決して突飛なものではないのである。