

論
說

一七八九年人權宣言の罪刑法定主義は裁判官の罪刑

專断防止を目的としてはいかなかった・宣言の諸草案

および議會審議録からの考察

第三部 結論 罪刑法定主義の本旨と現代的意義

沢 登 佳 人

目 次

第一部 本論 (本誌一八卷四号)

第二部 一七八九年人權宣言の諸草案の邦訳

一七八九年八月二二日土曜日朝の本會議の議事録中、人および市民の権利の宣言第七、八および九条の審議の要旨

を録した部分の邦訳

注記の形で書かれた、以上の諸草案の提出者および議事録中の発言者の列伝（略歴・活動・エピソード）（本誌一

九卷一号）

第三部 結論 罪刑法定主義の本旨と現代的意義

一 刑事人権保障体系の要約——全草案を貫流して成文第七、八、九条に流入・結実する思想の骨子

二 一般意思と自然権

（一般意思論に基づいて構築された、人権宣言の自然権概念と自然権の行使の限界概念——英米權利章典の超越論的又は功利論的な自然権概念と自然権の行使の限界概念——一般意思論に対する無理解が自然権概念の階級的歪曲を生み、歪曲された似而非自然権と真の自然権との混同が自然権の普遍妥当性・絶対性を見失わせ、従って体制の批判・改革のための永遠の指針を見失わせる）

三 人権宣言第八条の原意

四 独日仏における、人権宣言第八条本来の罪刑法定主義の歪曲・矮小化の原因と経緯——その立法および犯罪論特に違法性の本質論への影響

五 現代刑事法制における人権無視の横行と、その抜本的克服策「罪刑法定主義の初心に還れ」

一 諸草案の刑事人権保障体系の要約——全草案を貫流して成文第七、八、九条に
流入・結実する思想の骨子

以上の訳文を通観・熟読された読者のためには無用であるが、念のため人權宣言各草案の直接刑事人権保障に關わる諸条項を順を逐つて要約し、併せて各草案提出の背景・動機を探りながら、人權宣言第七、八、九条へと凝縮して行つた刑事人権保障の実体・眞精神を明らかにする。

なお、人權宣言制定の全体的経緯の概要および、各草案の基本思想とその相互関係すなわち対立・論争・勝敗・妥協・折衷・相互影響等については、つとに深瀬前掲論文および稲本洋之助の論文（一七八九年の「人および市民の権利の宣言」——その市民革命における位置づけ——〔「基本的人権」歴史Ⅱ、東京大学社会科学研究所編、一九六八年〕「八七頁以下）がある。しかしこれらの論文に共通の欠点は、制定過程を、諸議員の人権思想が討論を通じて深まり弁証法的に發展して行つた過程としていわば動的に把握するのでなく、各草案や各議員の思想・意見を、それぞれに固定し完結したものとする前提に立つてその相互関係を跡づけるという手法に拠っていることである。すなわち、深瀬論文は、諸草案や宣言成文（最終的に採択された宣言を以下かように呼ぶ）を各条項に分解した上で各条ごとに比較することにより、各草案や成文の思想体系構造の全体的統一の把握をかえつて曖昧にしているし、稲本論文は、後述する如く、成文に凝縮して行つたルソー本来の思想に対する誤解と大革命即市民革命、人權宣言即ブルジョアイデオロギーとする先入観とにより、シエース草案の功利論的・重農主義的思想が結局全過程をリードし成文宣言に

結実したという思考枠の中で、すべてをいわば平面的に理解しようとしている。特に後者の立場は、本稿が正にその批判・克服を目指して書かれている所の、従来支配的な人権宣言解釈を代表するものである。

以上に反して本稿は、人権宣言の制定過程を、国民議会諸議員の討論により、最初はかなり漠然として各人各様であった人権思想が弁証法的に発展を遂げ、最終的にかなり純粹な、かつかなり理論体系化された形で、自然権と一般意思とを統一的に把えるルソー本来の思想体系、しかも社会契約の觀念の如き説明技巧的要素をスッパリと切り捨ててその真髄とも言うべき永遠普遍の真理のみに純化され、その意味で一層発展し面目を一新した所のルソーの思想体系に、まとまって行つた過程として把え、従つて各草案や最終審議の各発言を、他の草案や発言との対決・克服を目指す各提案者・発言者の論争的主張として位置づけると共に、その言わんとする所を、単に各論者のかねてよりの固定したイデオロギーの表明とのみ理解するのではなく、その提案の時点での主張に托した各論者の思いを、その背景をなす大革命のその時点での進行状況と、その下で各論者が置かれた政治的立場とのからみで、内在的に理解することに努める。もつとも、志す所と能力との甚しいギャップの故に、その成果はまだまだほんの試論の域を出ていないが、人権宣言全体とその第八条とに対する従来の通説的理解に批判の一石を投じて、読者の心池に新たな問題意識のさざ波を起こすことができれば、筆者の願いは足りる。(他に長谷川正安「フランス革命と憲法」(三省堂、一九八四年)「九七頁以下に、宣言がそもそも必要か否か、宣言を憲法に先行させるべきか否か、権利の宣言以外に義務の宣言が必要か否かの議論の紹介と、宣言の内容分析とがある。後者は、制定過程の分析抜き、成文宣言の文言だけからの推測論ゆえ、本稿の参考にはならないが、泰西諸法学者の見解の対立を一覧するに便である。)

(一)ラファイエット草案は六月下旬ブルトン・クラブを正式に発足させ組織的行動をさらに一層強力に推進する革命派(第二部列伝注8参照)は、憲法制定に当りまずその根本原理として人の諸権利の宣言を制定することを計画し、七月九日に同志中の大物ムーニエが、トップ・バッターとして、「憲法に関する作業を準備する任務を課された委員会」を代表して、「人の諸権利の宣言 (Declaration des droits de l'homme)」を冒頭に置く憲法制定の「作業の順序 (Ordre du travail)」を議会に報告し、次いで七月一日に、二番バッターとして具体的な宣言草案提出の口火を切る役割を、アメリカ独立戦争の英雄ラファイエットに依頼する。

①人の自然権は、意見表明の自由、名誉と生命とへの配慮、所有権、身体、勤労、全能力の完全な自己処理、思想伝達の自由、福利追求、および圧制への抵抗であつて、②その行使は他者の自然権享受確保の必要によつてしか制限されず、従つて③その制限は、制限を受ける本人又はその代表者によつて同意され、明晰・正確ですべての人に対して平等に定められ、あらかじめ公布された法律を、適法に適用するという形式による、各人の自己規律としての法律への服従でなければならない。

明文はこれだけだが、そこには当然、他人の自然権の侵害のみが犯罪として禁止され処罰の対象とされうること、そのような犯罪と刑罰との内容は、犯罪者自身を含む万人又はその代表者が同意しあらかじめ公布された法律において明晰・正確かつ万人に平等に定めらるべきこと、そしてその法律の適用手続も又右の如き法律により明定されるべきこと、が含まれている。そしてそれこそが、以後の諸草案および成文の刑事人権保障条項を貫流する基本テーゼである。

(二)シエース第一草案は人権宣言と憲法の制定作業をスピードアップするため、七月一四日朝の本会議は、各部会

から出た三十名より成る従来の憲法委員会に換えて、所定の比率に従い三身分から投票によって選ばれた八名より成る新委員会を設置する。委員の顔ぶれは、第三身分がムーニエ、シエース、ル・シャプリエ（第一部注8参照）およびベルガス（Bergasse）、リエンの大法官裁判管区（七）の地方市町村（les communes: plat-pays）の代議員。パリの弁護士）、貴族身分がクレルモン＝トンネル（Clermont-Tonnerre, le comte Stanislas de Paris市の代議員。ペール・ドゥ・フランス）およびラリ＝トランダル、聖職者身分がタレイラン＝ペリゴール（Talleyrand-Perigord, de オータン（Autun）の大法官裁判管区（バ）の代議員。オータンの司教（eveque）。）およびシャンピオン・ドゥ・シセ（Champion de Cice ボルドーの大法官裁判管区（セ）の代議員。ボルドーの大司教（archeveque）。）奇しくもその日七月一四日バスチューが攻略され、直後の革命情勢急展開の中で、革命派は七月二一―二二日、その重鎮にして委員たるシエースに、ラファイエット草案を論理性・具体性において一歩推し進めた草案提出の任を託す。シエースは草案を憲法委員会で朗読する。

①個人の自由は、思考と感情、その表現と不表現・著述・出版・伝達・秘密保持、労働・職業・営業、往来・去住・転出入・出入国、財産処理、所有および安全である。②その限界は、自由の行使が他の自由を害し始める地点にのみ置かれる。なぜなら、社会的結合は、万人の自由を目的としているから。③それ故に、その限界を指定するのは、全市民の代表者の作品で一般意思の表現たる法律のみであり、法律はすべての市民に対して平等であるべきだから、犯罪者を平等に処罰すべきであり、処罰の前提としての裁判への呼出・逮捕および収監は、法律によって見されかつ法律によって限定された形式においてのみなされる。

かようにシエース草案は、ラファイエット草案と比べて、自然権の内容は殆ど同じであるが、自然権理念以外の

根本理念として、後者が統治の目的にキリスト教的・絶対王政的な共通善を、法律の本質に法成員の自己規律を持ち出すのに対し、前者は政治的社会的目的に功利論的な万人の最大幸福を、法律の本質にフランス起源・ルソー直伝の一般意思を持ち出す。

法の本質を自己規律（＝法成員は自己の同意した法律にしか服従してはならず、かつ自己の同意した法律には絶対に服従しなければならない）に在ると言うだけでは、形式的定義に過ぎず、英米の議会主義政治原理や産業自治原理と紛らわしいが、後者は、自己規律法たる議会制定法や産業自治法（労働協約の如き）以外に、普通法裁判所の判例法の如くその制定に法成員の直接的同意を要しない法源をも認めている点で、自己規律でない社会規範は法たる本質を欠くが故に法ではないとする前者とは、本質を異にする。前者は、ルソーの一般意思論すなわち「法律は一般意思の表現でなければならず、かつ各法成員はその特殊意思を、自己の内においてしかも万人と共有する所の一般意思に絶対に従属せしめねばならない」という思想に基づいて成り立つ。法成員のすべてによって同意された法律であっても、英米の議会制定法や産業自治法の如く、単に各個人の特殊意思の合従連衡の結果、すなわち法成員の（一般意思ではなくて）いわゆる総意の表現に過ぎない法律には、一般意思の表現たる法律の如き絶対性は認められない。（このことについては後程で詳述する。）シエース草案は第二六条に、一般意思論を基本理念として掲げることによって、ラファイエット草案の自己規律原理を一層深めたのである。以後一般意思論は、人權宣言の諸草案と成文（くり返し注意するが、最終的に議会で採択された人權宣言を以下かように呼ぶ）とを貫流する基本理念となる。

ところで、共通善と最大幸福と一般意思との各理念は、互いに矛盾する面を持っているはずであるが、それがど

のように統一されるのは、ラファイエット草案にもシエース草案にも全く示されていない。その意味で、両草案の理念設定は未だ思いつきのにすぎず、深く考えられたものとは言い難い。この点は以後の諸草案で逐次反省され、解決を工夫され考察を深められて行き、結局は功利論的理念およびキリスト教的・絶対王政的理念を切り捨て、自然権と一般意思とのみの組み合わせによって矛盾を解消し論理整合的な体系化を施され、成人権宣言において最終的に、最も簡潔・明瞭・的確な表現を獲得するであろう。なお両草案とも、英米権利章典やロック流イギリス功利論の如く自然権を神によって授けられたものというようには説いていないことに、注意すべきである（英米権利章典については次章二を、ロックについては拙著「権力止揚論（大成出版社、一九八一年）」七八―七九頁を参照）。最後に犯罪については、ラファイエット草案は全くこれに言及していないのに対し、シエース草案は若干言及している。

(三)タルジェ草案―シエースに引き続き七月二七日に、人権宣言の制定発布に関し終始革命派と着かず離れずの立場で推進者となったタルジェが、独自の草案を提出する。

④その、完全かつ自由な行使が統治の目的たる人の幸福の中身にはかならない所の自然権の内容は人の生命、身体、自由、名誉および人が排他的に処理すべきものであり、その中身をさらに細かく言うと、財産・労働・慈善による生存手段確保、思想・言論・出版・往来・去住・出国・財産利用・営業の自由である。⑤その行使は他人の自然権すなわち他人の生命・安全・自由・名誉および所有以外の制限を持たない。それ故⑥その行使の制限は、政治機構員またはその代表者の一般意思の表明された帰結以外のものではない法律により、万人に対して平等に加えられるべきである。そして⑦その加え方は、人の生命・安全・自由・名誉および所有に対する侵害を犯罪として、万人に對し、従つて権力の受託者に対しても、平等に禁止し、それ以外の行為の自由権は万人に對し、従つて無力の市民

に対しても、平等に保障されるべきであり、かつ犯罪に対する刑罰は万人に対し平等たるべきである。

これをシエース草案に比べると、犯罪を「他人の生命・安全・自由・名誉および財産の侵害」として明確に定義したことが進歩であるが、その反面、罪刑およびその認定・執行手続を事前に明確に法律で定め公布すべきことについての具体的な規定を欠いている。理念的根柢は、シエース同様まずイギリス功利論風の万人にとつての幸福概念にこれを求めた上で、万人にとつての幸福の中身をさらに一般意思の要請たる自然権の完全・自由な行使として示すという、ラファイエットやシエースより一層手のこんだ論理的な構成の下にこれを提示している。つまり、複数の異質な理念をラファイエットやシエースの如く単にバラバラに併置するだけでなく、相互の論理的関係を示すことにより、一層巧妙に折衷せんとしたのである。

(四) ムーニエ草案④当初革命派に属しながら、バスチーユ攻略後の革命急進化情勢に恐れを抱いたムーニエは、革命の原理を絶対王政の原理によって制肘する法・国家体制原則を打ち出し、革命派主流から「軟弱な原則 (les principes faibles)」の主張者と攻撃される (第二部列伝注4および後掲第六部会草案要約の後の解説参照)。この原則は、七月二七日に、まずシャンピオン・ドゥ・シセが憲法委員会を代表して議会に対し委員会の経過報告を行ない、次いでクレルモン＝トネルが同じく委員会の名においてカイエ (要望書、請願書、陳情書 cahiers) の要約を報告したのに引き続き、右報告中のシセの言及 (すぐ後に訳記) を受ける形でムーニエが読み上げた「憲法の最初の諸条を含む草案 (Le projet contenant les premiers articles de la constitution)」およびそれ以前にムーニエにより憲法委員会に提出され同日の議事録に添付された「人および市民の諸権利の宣言の草案 (第二部に邦訳)」において、具体的かつ体系的に示される。この草案がシエースら革命派主流の急進路線と対抗し、先に提出されたシエース草

案に対立するものとして、提出されたこと、憲法委員会内部でムーニエとシエースとの間に、明瞭な路線の対立として委員全員に認識されるような激しい論争のあったことは、シエが前記経過報告の中で次のように述べていることから明らかである。「あなた方の委員会のメンバーは、全員、この重要な諸権利の宣言に没頭しました。彼らの間には、根本においては僅かではなく、表現と形式とにおいてはそれよりはるかに大きな違いがありました。二つの宣言が、他と異なる諸性格を糾合しているように見えました。シエース神父君のそれは、すでに印刷してあなた方にお知らせしてあります。ムーニエ君のそれも、同様にあなた方に伝達されるであります。」

①自由、所有、安全、自己の幸福と生命とへの配慮、自己の思考の自由な伝達、圧制への抵抗のような自然権を中核とする人の能力の自由な行使の保護が、統治機関の使命であり、②その行使に対しては、公共の福祉のために明らかに必要不可欠である限界以外の限界を置いてはならず、③その限界設定は、あらかじめ市民又は市民の代表者が同意し一般意思の表現として制定された明確で画一的な法律によつてのみなされうる。④この限界を超える行為すなわち財産・身体・名誉・自由の侵害は犯罪として、法律のみにより、法律の定めた形式を以て、法律が予見した場合に、その被疑者を捕え又は収監して裁判し、一切の自由裁量を排除する固定した刑罰を以て、全市民に対し平等に制裁されるべきである。

これと前三草案との大きな違いは、後者が自然権行使の限界を他人の自然権の侵害が始まる所にのみ置くのに対し、これは公共の福祉のために明らかに必要不可欠である場合に認めうるとした上で、この公共の福祉のための限界設定を一般意思の要請として把握する、という形で、絶対王権の理念的基礎たる公共の福祉と人民主権・自然権不可侵の理念的根柢たる一般意思とを強引に折衷している点である。略伝に述べた王政派の中心人物としてのムーニ

エの思想的限界を示すものであり、従つて人權宣言の刑事人權保障の主導理念とはなりえなかつたものである。（但し、アンシャン・レジーム下従つて当時の「公共の福祉」概念は、人權の制限原理とのみ考えられているのが憲法解釈における公共の福祉概念とは、全く異なる概念であることに注意。この点については、拙論「フランス刑事訴訟法は、檢察官と私訴原告人との協同による公衆訴追主義を採る（法政理論一六卷一号、一九八三年）」一一一―一二五頁参照。）

(五)ドウ・セルヴァン草案―ムーニエ草案を支援する形で、三日後の七月三〇日に、第三身分への提言や身分別票決反対の政治パンフレットを出した人物でグルノーブルにおけるムーニエの盟友と推定されるドウ・セルヴァンの、ムーニエ草案よりさらに一層保守的で絶対王政理念の一層露骨な表現である草案が、諸部会の審議に付される。代議員でない者にまで支援を求めた所に、革命の急進化阻止に賭けるムーニエの並々ならぬ決意が感じられる。

①市民的自由は自己の能力を発揮しうる市民の自由在り、市民のその能力は自己の思考、身体および所有を自由処理するに帰し、②その限界は、万人又はその代表者によつて制定された一般意思たる法律に定められる共通善―公共の福祉に抵触する地点に在り、③刑事法律は、この限界を超えない行為を不正に犯罪として処罰すること、およびこの限界を超える行為に対しても過度の懲罰を加えることが、あつてはならない。

かようにこの草案は、自然権から切り離して市民的自由のみを認め、共通善―公共の福祉の確保を、ムーニエ草案の如く単に自由の制限原理とするにとどめず、一般意思―法律の目的そのものとなし、従つて市民的自由を、共通善―公共の福祉への抵触を理由として法律が設定する制限の残余として把える所の、絶対主義的な法理念に基づくものであつて、ムーニエ草案よりさらに右寄り・保守的・旧式と言ふべきである。（ドイツ絶対主義の御用公法学者イエリネックの考え方のパターンがこれと同じであることにつき、本稿第一部本論八四―八五頁の（注）参照。）

しかるに稲本洋之助は、ゴドウシヨを引用しつつ、セルヴァン草案はルソーの影響を強く受けており、その点で、イギリス功利論の影響下にフランスで創造されたケネーやその弟子でミラボの父ヴィクトールらの重農主義学説の流れを汲むシエース草案とは根本的に対立するものであり、かつシエース草案のかような思想こそが人権宣言の制定過程を通じて終始中心的指導的地位を占めていたのであって、セルヴァン草案のルソー的思想は当時は少数の異端的存在にとどまったが、後にモンタニヤール支配下に優勢となった、と主張する（稲本前掲二二一―二二三頁）。しかしながらまず、セルヴァン草案に対するこのような理解は、一般意思を以て「個人の自由・所有・安全に優先して共通善〓公共の福祉を追求する意思」なりとする根本的誤解に基づき、ルソーが「無制約の自然的自由」から区別して「一般意思によって制約される自由」として構成した所の「市民的自由」（「社会契約論」第一編第八章）の觀念に基づく「法律至上主義」を、「一般意思の表現たる法律は共通善〓公共の福祉保全のため個人のあらゆる権利を如何ようにも制限しうるものであり、その意味ですべての市民の権利は法律の範囲内でしか認められず、従っていわゆる不可侵かつ時効にからぬ自然権としての人権は存在せず、ただ法律で認められた市民の権利のみが存在する。」という主張だと、誤解することから生じる。しかしながら、ルソー本来の一般意思は、絶対に、「個人の自由・所有・安全に優先して共通善〓公共の福祉を追求する意思」ではない。それは「個人の自由すなわち自己規律と尊厳性との根柢それ自身であり、従って個人の自由・所有・安全および（個人に対する他律たる所の）圧制に対する（個人の自律を保全するための）抵抗を、不可侵で時効にからぬ権利すなわち自然権として、その行使が他の個人の同じ権利を侵害せぬ限り絶対的に保障せんとする意思そのもの」である。又従って、「一般意思の表現たる法律は本質的に、自然権の行使が他の自然権を侵害する場合以外には、絶対に自然権を制限しえない」のであ

る。(ルソーの言う自然的自由は、自然権と同じものではない。前者は個人の力以外に制限を持たぬが、後者は「他の自然権を侵害してはならぬ」という一般意思に基づく限界を持ち、ルソーの言う市民的自由そのものである。セルヴァンや稲本は、自然権をルソーの言う自然的自由と混同したために、「ルソーの言う市民的自由は自然権と相容れないものであり、公共の福祉によって制限された自然権の残余にすぎない」と考えたのではなからうか。なお、モンタニャール独裁も実は、かように曲解されたルソー思想を大義名分として行なわれたのであり、ゴドゥシヨや稲本はこのモンタニャールのルソー解釈を素直に受け容れたとも言えよう。)この点の詳細と、人權宣言後の近代法思想の歩みが何故にかような誤解へ導かれたかの理由とは、後程「二 一般意思と自然権」において論ずる。

次に、「シエースの功利論的・重農主義的思想が人權宣言制定過程を終始リードした」とする見方は、左の二原因によって生じる。第一に、ルソー本来の思想を上述のように誤解したために、人權宣言がすぐれてルソー本来の思想の明確な表明にほかならぬことを見抜けなかったこと。第二に、一九世紀に国家権力を自ら直接掌握するに至ったブルジョアジエのイデオログが、ブルジョアジエを大革命の正統な相続人と僭称し、ブルジョア法体系すなわちブルジョア支配体制を創り維持するための法の体系を人權宣言の正統な継承・発展と僭称しえんがために、大革命を直ちにブルジョア革命、人權宣言を専らブルジョアの権利の宣言と本質規定した理論的トリックに、まんまとひっかかって、ブルジョア階級支配を基礎づけ正当化する功利論的法・国家理論および資本主義的搾取を正当化する功利論的自由放任主義レセ、フエール経済理論を、人權宣言の根本思想の直接的な継承・発展と把えたこと。これらのことについても、後程二で言及する。

以上に反し、実際の人権宣言制定過程では、議員たちは、ルソー本来の思想通り一般意思を本質的に自然権と一

体不可分なるものと扱えた上で、当初提出された諸草案中に紛れこんでいた右以外の基礎理念を、従つてシエース草案の功利論的ないし重農主義的理念をも、無用の挟雑物として次第に消去して行き（但し重農主義の現実的實踐的提言の或るものは採り入れている）、その結果、かなり純粹化されたルソー的一般意思^①自然権思想を基本理念とする成人権宣言の緊密な体系を創り上げたのである。その経緯は本章で以下逐次解説して行く。（これに反して稲本は、成人権宣言の理論体系がシエース草案の思想の範型に合致しないことを見て取りながら、ルソー思想に対する根本的無理解のゆえに成文宣言のルソー的体系構造に全く気づかず、先入観から宣言の中心思想をあくまでシエース草案の思想と見ることに固執した結果、成文宣言は「一のモザイクにはかならず、一個の論理的かつ思想的体系をもちうる直接の根柢は何も見出されない」とけなしている。しかしこれは奇妙な自己矛盾と言わなければならない。成文宣言が体系的論理を持たぬ思想的モザイクにすぎないなら、シエース草案の思想もそのモザイクの一片にすぎず、決して中心的思想たりえないはずである。）

(六)トゥーレ草案④人の第一の権利は、所有権と自己の人格の自由権とであり、ここからさらに、強制・逮捕・拘禁されぬ自由、考え・話し・書く自由、良心・信仰の自由、行為・労働の自由、思想の自由、そして通信および国王封印状により拘禁されぬ自由が流出する。⑤この自由は、公的法律によらなければ、かつその法律の適用を宣告した正規の裁判によらなければ、制限されえない。⑥この制限の一つとしての犯罪処罰は、万人に対して平等（＝同じ落度には同じジャンルの刑を平等に科す）たるべきであり、その手続きを行なう権利^⑦裁判権は人民に由来し、同じく人民に由来する立法権が定める法律に従うべきである。従つて、⑧人民の代表が選定する裁判官の職務は法律を法文の意味に忠実に適用することであつて、有罪無罪の宣言は裁判官でなく被告人の同僚たる陪審員の権限たるべきである。

この草案の基本理念としては、共通幸福 (le bonheur commun) の保全、自然権・市民権の不可侵・平等、および人民主権 (「公的諸権力はすべて人民から発する」) が何となく並べられている。トゥールは実務家肌で、理論体系・哲学には興味がなかったのである。その反面、立法の指針としてすぐ役立つ具体的な条項が多数盛り込まれており、本稿の主題との関連では、司法制度についての諸提案、特に刑事手続における陪審制の導入およびそれと表裏する裁判官の法律適用機械化を明確に打ち出している点が、注目される。本論で指摘した如く、陪審制・裁判官法律適用機械化は罪刑法定主義を必然ならしめる一要因である。

(七) シエース第二草案 (ムーニエら王政護持派の結集にもかかわらず、バスチーユ攻略をきっかけに全国で続発した農民暴動 (大恐怖) に対応して、八月四日国民議會は封建制廃止を決議する (第一部列伝注4、注8、注10、注11参照)。その直後の革命の昂揚の中で、革命派は、ムーニエらの軟弱な原則を否定し強硬な原則に基づいて、先に提出されたシエース草案より一層強く人權保障と王権の制限とを盛り込んだ新たな人權宣言草案の提出を、シエースに委託する。第二部邦訳中に示した所の、前草案になかった新条項の多くがそれである。中につき、新草案第三三条が、前草案第三一条に「すべての権力分野において、官吏はその行為につき責任を負うが、国王のみは例外で、その人格は神聖不可侵である」とあったのを改めて、王の例外扱いと神聖不可侵とを削除した点は、革命派のかなり重視した戦略目標だったらしく、成文人権宣言第一五条が採択された直後にラメットが指摘したのは、つまりこの点をであった (第二部の第六部会草案第三三条邦訳の訳注参照)。又、新草案第三〇条および第三七条ないし第三九条も、王権の制限に関係がある。根本理念と刑事人權とは前草案と大差ないので、要約は省く。

(八) グージュ||カルトゥー草案||シエースの新草案が、その支持を明言するラポー・ドゥ・サン||テチエンヌ

(Rabaud de Saint-Etienne ニームとボーケール (Nîmes et Beaucaire) の大法官裁判管区 (七) の第三身分の代議員。文筆家、元聖職者 *ex-ecclesiastique*、高等法院の弁護士。) の論文 (憲法全体の諸基礎に関する諸觀念 *Idées sur les bases de toute constitution*) と条章 (憲法全体の諸原理 *Principes de toute constitution*) とを伴って八月一二日の議事録に添付されたのと同時に、これに対抗する如くムーニエの、後世の眼から見れば潮に乗る革命派の攻勢を身を以て支え狂瀾を既倒に廻し顛れんとする大廈を一木もて支えんとするにも似た、王權擁護の長大詳密エネルギーな論文 (統治、そしてとりわけフランスに適する統治に関する考察 *Consideration sur les gouvernements et principalement sur celui qui convient à la France*) が提出され、これと呼応しこれより一層露骨に王政護持を目指すブーシュ (Bouche, Charles-François エクス・アックスの大法官裁判管区 (七) の第三身分の代議員。高等法院の弁護士。) の憲草案 (フランス憲法の基礎的事項を含む憲章 *Charte contenant la constitution française dans ses objets fondamentaux*) と共に、同日の議事録に添付される。ゲージユ || カルトゥー草案もまたこの日の議事録に添付されたものであるが、「私の意図は、君主制の統治がフランス人に最も適した統治であるという結論に全フランス人を導くことである」と前文に明言し、第五七条ないし第六三条において、立法体の作ったデクレに対する裁可權、拒否權、立法体に対する随時の請求・提案權、それが拒否されたときに直接集まってその問題を討議し自己の代表者に意見を表明し必要ならこれを他の代表者に置きかえるよう人民に対して申し入れる權利を執行權に認めた上で、フランスの如く人口・領土の大きな国では、執行權が乗り超えるべき障害および執行權の仕事の量が巨大となるので、それに比例して執行權の活動力をできるだけ大きくするため、執行權は一人の手に集中されるのが最善である、と述べて、強大な王權を支持しており、その限りでムーニエに同調するものと言える。しかしながら他面、規定案の前半に示された人權保障規定部分は、明らかに革命派主流の理

論的影響下に在る。つまりこの草案は、作者自ら前文で述べている通り、主としてアメリカの諸憲法ならびにシエール、ムーニエおよび第六部会の諸草案を折衷すると共に、従来の諸草案の論理的空白を埋めてその体系的統一を指した所の、中間派折衷主義の作品である。

しかし、第二部の邦訳解説でも述べたように、それは決して単なる切り貼りに過ぎないものではなく、独自の体系構成原理を持っている。すなわち、従来の諸草案の基本理念を混乱させ不鮮明ならしめていたキリスト教的・絶対王政的な共通善 \parallel 公共の福祉思想は完全に姿を消し、功利論的な万人の最大幸福理念は、「弱い人間が各自の自然権を万人との助け合いによって保全するために自由な協約 (convention) により政治社会を作るのだから、政治社会の目的は万人の最大幸福に在り (第一条および第二条)、従って主権は集合的に把握された社会の全成員の中に住し、又従って個人の意思は法たりえず法は一般意思の表現でしかありえない (第一六条ないし第一九条)」という論理により、社会契約論の中で万人の自然権の保全と混同されてしまう。そしてこのようにして、自然権思想、社会契約論および一般意思論は、従来の諸草案に見られなかった緊密な論理的関係の下に体系的統一にもたらされる。後に詳しく見るように、成文人権宣言では、この三つ組の中からさらに社会契約論が背景に退き、それと共に功利論的な万人の最大幸福理念は完全に姿を消して、基本理念は、残る自然権思想と一般意思論とのみの組合わせに単純化される。審議が深まるにつれ、説明の技巧にすぎない観念的構築物は無用な挟雑物と感ぜられて切り捨てられ、人間存在の本質を直証直下に指示する概念のみが、絶対普遍の真理の表明として確認され確定されたのである。このことはもちろん、国民議会多数議員の人権思想が、討論を通じて次第に深まり発展した結果ではあるが、その原因として、観念的な思弁を弄せず人間性の本質をじかに見据え、その本質に添う真に人間的な法原理の樹立を以て

己が任となす所の、一つの強力な意思が、討論の間に在つて絶えず衆議をその方向にリードしたことを、看過することはできない。このあと、このグージュ＝カルトゥー草案においてかなり整理された人権宣言の基本理念が、ポワランドゥリ草案ではさらに社会契約論を切り捨てることによつて単純化され、前者でかなり整備された自然権特に刑事人権の保障が、後者においてさらに飛躍的に具体化・詳密化・網羅化・体系化を施され、そして後者が描く全体構想に従つて人権宣言の最終審議がくりひろげられて行つた経過を概観するが、その経過の中に、右の意思が次第に自らを鮮明化し、遂に全面的に自らを成文人権宣言の中に化体して行く姿を、ありありと看取しうるであらう。

以上のことを含みとして、グージュ＝カルトゥー草案刑事人権保障関係規定の構成を略説すれば次の通りである。

④法律は権利行使の限界を明示するために作られるものであるから、市民には、法律によつて禁止されぬことおよび命じられぬことはすべてなしおよびなすぬ自由権が認められる。⑤法律は一般意思の表現であるから、そこで認められる自由権は、各市民の人格（＝生命・身体・自由・思想信仰）および財産（＝所有）の安全を内容とし、かつ法律は万人に対して平等にその自由権を保障し保護すべきであるから、その自由権の安全と保全のために、万人が無償で最も公平・正確かつ迅速な裁判を受ける平等の権利を有する。⑥この裁判では、裁判官は法律の適用を、陪審員は事実認定を担当する。⑦この法律は恣意を排除するために、犯罪を明定し、平等に刑罰を定め、被告人に自白や不利益証言を強制せず、逆に有利な証拠提出権、証人との対質権、自己又は自己の選任した弁護人による証人聴問権を保障し、逮捕収監の要件を限定し違反への賠償金額を定めるべきである。

これらの中の具体的条項は、人権宣言の審議の主導権を握つた革命派の作戦書ポワランドゥリ草案に引継がれ

てそこで一層精密化・具体化を施され、最終審議においてさらにそれをコンバクトに要約して人權宣言の第八、九条となる原案が提出される運びとなる。

(九)第六部会草案この草案も又、八月一二日の議事録に添付されたものである。

①自然権の本質は、自己の保全を確保し福利を手に入れるために自然から授けられた能力の十分・完全な行使の自由に在り、その能力の使用から所有権が生じ、各人は自己の自由と財産とに対する平等の権利を持つことになるが、②社会状態の中では、各人は互いに自己の同類にも、その行使従ってそれらの権利を認め尊重し容易にしてやる義務を負う。③法律の課題は、それらの権利を保障すると共にそれらの義務の遵守を確保することであり、従って法律は、すべての市民がその形成に直接協力した所の一般意思の表現たるべきであると共に、如何なる市民も、法律によつてしか、法律の定める形式を以てしか、かつ法律が予見している場合にしか、弾劾され、所有又は自由の使用を妨げられない。④犯罪たる義務違反に対する処罰は、右の弾劾、所有又は自由の使用制限の最も重大な場合であつて、刑罰の重さは全市民に平等で犯罪の重さと釣り合っていないなければならない。

以上の規定の仕方を見ると、これまで説明した諸草案の根本理念から公共の福祉や万人の最大幸福という挾雑物を消し去り、そして遂に社会契約の観念をすら消し去つて、自然権思想と一般意思論とのみを基本理念と定め、その下に諸草案権利保障条項の最大公約数をスッキリとまとめており、理論的純粋性という点ではこれまでのどの草案にも優り成人権宣言に最も近いと言えるが、規定の内容に抽象的論理の羅列が多く、具体的実践的な原理に乏しい。そういう欠陥があつたにもかかわらず、大多数意見で最終審議の原案に採用された理由は、抽象的で無内容だからこそ、最終審議のとき原案の内容に拘束されなくてもっと具体的で内容のある対案を自由に提出すること

ができ、自分たちの意見を直接成文規定に盛り込むチャンスがそれだけ増える、という点で、今や急速に審議の主導権を握り始めた革命派議員特にその理論的指導者デュポールとその一派にとつて、好都合と思われたからである。 (デュポール一派の強硬な革新的主張が当時既に衆論の大勢を制していたことは、三部会当初デュポールらの盟友だったが革命の急進化と共に王政護持派に転じたムーニエの前記王政擁護の大論文、「諸統治、そしてとりわけフランスに適する統治に関する考察」(Consideration sur les gouvernements et principalement sur celui qui convient à la France)「冒頭の次の言葉によつて知られる。」「私は、多くの人びとがお前の持つ諸原則は軟弱だ(foibles)と私を弾劾していることを知っている。少くもこれだけは同意してもらえらるうが、現時点では、主張にエネルギー、(その主張の)理由に哲学(De la Philosophie)をひけらかす(montrer)ためには勇氣は全く不要である。しかし、軟弱な諸原則を告白するためには、いささかの堅忍不拔さ(tenacité)を持たねばならない。」なお、文中「foibles」と「philosophie」とをイタリック体で強調しているのは、「革新派が、実際の現実的なムーニエの主張を軟弱(foibles)と非難して、高踏的非現実的な空理空論(philosophie)を声高に長々とかつ得意気に並べ立てている。」との皮肉を籠めてのことであろう。あるいは、衆論がシエースとムーニエを比較して、前者は哲学的だが難解であり、後者はわかり易いが体系性と深みに乏しい、と言っているのに反発したのかもしれない。ムーニエ草案要約の解説に引いたシエの七月二七日の報告でも、そこで訳出した言葉に引続き、右に類する両者の草案の比較が語られている。)

果せるかな、最終逐条審議が開始されるや、原案そつちのけで全く目新しい対案が次々と提出され審議され可決されて行き、出来上つた人権宣言は完全に面目を一新するに至つた。すなわち、第六部会案の第一ないし第一九条は成文の第一ないし第一一条となる別案によつて全面的に置きかえられ、わずかに第六部会案の第二〇ないし第二二四条が成文第二二ないし第一六条として残つたが、前者の第二三条は第二部におけるその邦訳注で説明した通り、

革命派の閣將アレクサンドル・ラメットおよび総帥デュポールのかなり執拗な主張により成文第一五条では原意と異なる趣旨に解釈し直された(可能性が高い)し、前者第二二条はデュポールの提案で前半を書き変えられて成文第一四条となつたものである。そしてこれらの主張・提案は、いずれもボワランドゥリ草案の案文中に見られる。

なお、後程ボワランドゥリ草案まとめの解説でもう一度触れるが、成文第四および第五條はラメット、第八および第九條はその審議録邦訳で明らかな如くデュポール、そして第一七條はボワランドゥリ草案邦訳の解説で述べた如くデュポールが、明らかに事前に同志と相談し用意しておいた案文を、前の四條は審議の冒頭に、第一七條は原案の全条文の審議が終つた直後に、いきなり提出し、それが作戦通り(若干の辞句修正の上)成文として採択されたものである。そしてこれらも又、ボワランドゥリ草案の基本線に添つて又は案文通りの形で提案されたものである。

(三)五人委員会草案(八月一二日まで)に多数の草案が出そろつたので、翌一三日、これらを一つにまとめられなかつたかといふことで五人の委員が選ばれ、八月一七日に彼らの作つたまとめ案が報告される。

①自然権は、人がその能力を平等かつ自由に使用しうる権利であつて、具体的には、身体、圧制への抵抗、思考とその表現・流布・伝達、旅行・移転・出国、集会、営業・勤労・自己所有物処理、財産譲渡の強制禁止、公職就任などの自由を含み、②その使用により自己の同類に損害を与えてはならぬとの自己の良心と、その良心の発露・一般意思の表現としての、国民自身に由来し、共通福祉ないし全市民の自由・財産・市民的平等の確保を原理・目的とし、国民の代表者が同意した所の、法律以外に制限を持たず、従つて、③市民は、必要な場合にしか、法律の定める形式に従つてしか、逮捕・拘禁・囚監されえず、法律によつて設置された裁判所の面前にしか弾劾されえず、公開で訴追され対質させられ裁判されるべきであり、あらかじめ法律によつて定められ犯罪の性質に対応して段階

づけられ全市民に平等である所の刑罰しか科されえない。

以上、何とか筋の通るようにまとめて見たが、なおゴタゴタしてスッキリしない。それまでの諸草案の内容を、バラバラに、時には矛盾するものまでゴチャ混ぜにして盛り込み（例えば共通福祉と天賦の自由・平等権と）、あるものは無用に重複しているかと思えば、自然権行使の限界を端的に「他の自然権との抵触」に置く従来の諸案の明快な表現が、「他人に損害を与えることなからんとする自己の良心」というあいまいな言葉にすりかえられたりもしている。これは、根本的に異なるイデオロギーを含む諸草案のすべてを一つに融合するという五人委員会に課された使命自身が本来無理な注文であった上に、邦訳解説でも指摘したように、委員間にも元々意見・イデオロギーの対立があったのを無理に妥協させたことの、やむをえぬ結果であったと同時に、まとめ役のミラボー自身にすっかりした理論の持ち合わせがなかったことにもよるであろう。それ故、この草案が不評判で満場一致最終審議の原案とされることを否決されたのは、もつともである。

(二) ドゥ・ボワランドゥリ草案 八月一九日に第六委員会草案を最終審議の第一原案とすることが決定され、二〇日から最終審議が開始される。それに備えて、今や革命派の中核となると共に議会の主導権をも握ったデュポールを理論的指導者とする勢力は、最終審議とそれに引続く憲法・刑事法その他の重要立法のための統一的・体系的な戦略目標・作戦計画を樹立する必要に迫られる。かくて練り上げられた作戦書を、彼らは革命派の基本的な運動方針として派内部に配布し承認を求めると共に、ボワランドゥリの名で国民議会に提出し、その命令により印刷させ全議員に配布させる。

① まず基本理念と自然権行使の限界を画する原理とをしてみる。先述の如く、グーリュール草案は、そ

れ以前の諸草案の諸基本理念の中から、旧体制のイデオロギーたる「公共の福祉」、自然権思想を否定する「市民の自由」、および一般意思論と本質的に矛盾する功利論的な「万人の幸福」の理念を切り捨てて、「自然権思想」、「一般意思論」、および「社会契約論」のみを残した。ボワランドゥリ草案はさらにその中から、説明の技巧に過ぎぬ「社会契約論」を取り除いて、基本理念を「自然権思想」と「一般意思論」とのみに単純化し、かつこれを、(同様に二理念のみを掲げる)第六部会草案よりもさらに一層単純明快に、いささかブッキラポーに、しかし極めて実践的に、つまり時務に切実で立法の指針として大へん役に立つ規定の仕方、規定している。そのことを理解してもらうために、第二部の草案訳文では要約のみを掲げたにすぎないそれらの規定を、以下に全訳して示す(自然権行使の限界原理もそこに含まれている)。

第一条 すべての人はその本性(自然 *leur nature*) によって自由かつ平等である。

第二条 すべての人の自由、所有、名譽、安全および生命は平等に神聖であつて、決して侵害されてはならない。

第三条 何びとも他の人より多く自由ではない。何びとも他の人より多く自己の所有に對する権利を有しない。

すべての人は、法律によつて、同じ保証(*garantie*) と同じ保障(*securite*) とを享受すべきである。

第四条 すべての人は、他の人を害さないこと(なら何でも、それ)を自由になす権利を有する。

第五条 すべての人の権利は平等である。それらの権利は時効にかからず、侵されえない。すべての人は自らこれを放棄することも、子孫からこれを奪うこともできない。

第六条 フランスは自由の国であつて、そこでは、如何なる人も隷臣(*main mortable*)でも、農奴(*serf*)でも、奴隸(*coclave*)でもありえない。自由であるためには、そこで生活するだけで足りる。

第七条 すべての人は、力 (force) において、富において、知識において、器用さにおいて、才気 (esprit) において、能力 (talent) において、平等なるものとして生まれはしない。しかし、これらの不平等は法律の前に消え失せる。法律はすべての人を差別なしに同じやり方で保護すべきである。

第八条 自己の生活必需品をまかなう力のないあらゆる市民は、公的救援を求める権利を有する。

第四六条 あらゆる主権の原理は国民の中に住する。如何なる団体、如何なる個人も、国民から明示的に発する権威以外の権威を有しない。

第四七条 フランス国民は自分自身で主権を行使するにはあまりにも多人数過ぎるから、自己の権力を代表者に委託する権利を有する。

第五一条 フランス人は、国民又はその代表者によって作られた法律にしか従ってはならない。

第五二条 法律は一般意思の帰結 (le resultat) である。

これらの規定を組みかえ、コンパクトに言いかえ、又は逆に趣旨を敷衍すれば、そのまま成人権宣言第一条ないし第六条になる。言いかえれば、後者の趣旨は前者の趣旨をいささかも減せず又いささかも超えてはいない。このことは、後に掲げる後者邦訳と読み比べて頂ければ一目瞭然である。ということはずまり、ポワランドゥリ草案の真の作成者である革命派中枢が、人権宣言の最終審議の主導権を握り、ほぼもくろみ通りに各条項を採択させることに成功したことを意味する。そのいきさつについては後程改めて説明する。

◎自然権の内容は、奴隷制・農奴制の廃止、生活無能力者の公的救済受給権、職業無貴賤、同職組合禁止、所有権不可侵、河川・幹線道路の自由通行、有害鳥獣射殺権、租税同意権など、これまでの草案の諸権利を網羅した上

さらにこれまでの草案になかった極めて重要な諸権利をも数多く列挙しているが、①なかんづく刑事人権は精細かつ具体的である。まず、(a)犯罪に関しては、犯罪として処罰の対象とされる行為は、市民の自由・所有および安全を害する行為に限られること、何がそれに当るかは法律によって定めらるべきこと、その法律は遡及効を持ちえぬこと、を定める。次に(b)刑罰に関しては、刑罰と犯罪との釣合い、残虐刑禁止、全市民に対する刑の平等、重過ぎる罰金の禁止、死刑の制限、有罪宣告を受けた者の財産没収の禁止、以上の原則に合うように遡及効を持たぬ法律によって定められた所の、固定した(裁量幅なき)刑罰以外の刑罰を科すことの禁止、を定める。さらに(c)刑事手続に関する規定は詳細を極め、逮捕・裁判・有罪宣告・財産差押は法律の定める形式にのみ従うべく、逮捕・拘禁は権限を有する裁判官によって宣告された適法な命令にのみ基づくべく、被逮捕・拘禁者は市民としての敬意を以て遇され二四時間以内に尋問さるべく、陪審員の決定に基づいてのみ勾留さるべく、住居の探索、文書の検閲・差押は法律の命令又は許可のみに基づくべく、死刑に当らぬ犯罪の被告人には保釈権が認めらるべく、弾劾され勾留された市民は三ヶ月以内に法律によりかつ同僚たる陪審員の決定に基づいて判決さるべく、捜査・予審は犯罪地になさるべく、被告人自身の陳述ないし証言に基づく判決は禁止さるべく、如何なる拷問も禁止さるべく、審理・判決は公開たるべく、被告人の防禦手段の使用は自由たるべく、被告人は自ら選んだ弁護士に立会援助を求め又は裁判官にこれを請求しうべく、無罪を宣告された被告人は弾劾者又は弾劾者に支払能力なき場合国家から、自由を剝奪・停止されたときは特に高額の賠償金を受領すべく、司法の公正を期するため司法権は国民又はその代表者によって規制され、司法官職の売買は禁止され、裁判官の独立と善き選任とが保障さるべきこと、を定める。最後に(d)刑事手続以外においても、国王、内閣、その他如何なる人、役人、団体、集団も、たとえ犯罪者と推定される人

に対してさえ、正式に公布された法律によりかつ法律の定めた形式に従ってでなければ、市民に対し、逮捕・追放・囚監その他の方法による自由の侵害、所有の侵害および生命の侵害をなすべからざること、を定める。

以上の如く本草案の刑事人権保障規定は、これまでの全草案の諸条項を見事に集大成すると共に一層発展させたものであり、最終審議では、議事録から明白なように、まずタルジエが、上記①の(c)と(d)とからそのエッセンスを抽出して二つの条文を提案し、これを若干修正した上さらに「但し、法律によって呼出されたまたは捕えられる市民はすべて、直ちに服従すべきである。その市民が抵抗すれば有罪とされる。」という文言をつけ加え、これらを一箇条に併記して、人権宣言第七条が創られた。次いでデュポールが、①の(a)と(b)とのエッセンス、および③中被逮捕・勾留被告人を市民としての敬意を以て遇すべき旨の条項にその理念的根柢として被疑者被告人の無罪推定の法理を付け加えたものを、二つの条文として提案し、その字句を若干修正して人権宣言第八条と第九条とが創られたのである。タルジエの次になされたボネイ侯爵の提案が全く無視され、その後になされたデュポールの提案が長舌の提案趣旨説明を伴ったこと、および提案が終るや、旧司法制度と糺問手続とにより父を冤罪で殺されたラリー＝トランドル(前号所載第二部列伝 Lally Tollendal の項参照)がすかさずデュポール提案を支持するラリー節の名演説をぶち上げたことから見て、これは明らかに、デュポールを中心とする革命派およびその同調グループの予定の作戦行動である。また、タルジエ提案第二条||人権宣言第七条第二項をめぐる討論でのミラポールの奮戦ぶりから見て、この条項の首唱者はミラポールであり(当時は彼は明確に革命派に属しデュポールの盟友であった)、そこにはミラポールの国王封印状に対する深い怨念(前掲列伝 Mirabeau の項参照)が籠められていたことを、ありありと看取できる。

なお、人権宣言第七、八、九条はエッセンスのみを述べた抽象的一般的文言のみから成っており、その精神の具

体化であるポワランドゥリ草案の細密な諸条項、特に人權宣言第七および第九条のデュー・プロセスの精神の具体化条項は、後に一七九一年の刑法典の中に、すべて殆どそのままの形で織り込まれることになる（拙訳「大革命期フランスの刑事訴訟立法（その一）、治安警察、刑事司法および陪審員の設置に関するデクレ（一七九一年九月一六―一九日）（法政理論一七卷一・二号、一九八四年）」および「近代刑事訴訟法の真髄デュポール報告について（同一七卷三号、同年）」参照）。

さて、以上の諸案を踏まえ、特に第六部会草案を第一原案として、一七八九年八月二〇日から、人權宣言の最終審議が開始される。その冒頭、いきなりアンソン（Anson）バリー市の第三身分の代議員。receveur général des finances（古来王権の財政を司る重要官職であったが、沿革が複雑で、この当時の実態は未詳。）とタルジェが、第六部会案はこれから好きなことを描き込むキャンヴァスにすぎぬ、簡潔厳密だが迫力と表現力に欠けているからこれを見本にどんな作りかえてもつとよいものをこしらえればよい、と言いつ出し、その方針で八月二七日まで審議が行なわれた結果、前文は五人委員会草案の前文に置きかえられ（同草案邦訳解説参照）、第一条ないし第十九条は全面的に新提案の規定に置きかえられた。

すなわち、成文の第一ないし第三条は討論の末ムーニエの提案したまとめが採択されたものであるが、その骨子は先程邦訳を掲げたポワランドゥリ草案の諸規定以上でも以下でもなく、第三条は第二部で邦訳したムーニエ草案第三条およびそれをそのまま踏襲したポワランドゥリ草案第四六条と殆ど同文である。成文の第四条と第五条とは、明らかに革命派があらかじめ相談して用意した案文を審議の冒頭にアレクサンドゥル・ラメットが提出してすんな

り採択されたもので、その趣旨は、「自然権行使の限界は他の自然権を害さぬに在り、害さぬ限り法律はその行使を絶対に禁止しえない」ということであるが、これは次章で詳説する如く、人権宣言の自然権概念を英米権利章典のそれと本質的に異らしめている重要ポイントであると同時に、「それ故に法律は他の自然権を侵害する行為しか犯罪として処罰することができない」という成文第八条罪刑法定主義の根本趣旨と論理的に不可分一体の原則である。成文第六条は、「法律は一般意思の表明であり、市民が自ら又はその代表者の手で作るものであり、従つて全市民は法律の下に平等である」という、次章で述べる如くこれ又英米権利章典のそれと全く異なる所の、人権宣言独特の法の本質規定であり、第一原案では第一一条ないし第一三条に分けてほぼ同じ内容が定められていたが、議員それぞれに一家言の在る所ゆえ、陸統と新文案がとび出して討議が紛糾した末に、ドゥ・タレイラン||ペリゴール (de Talleyrand-Perigord オータン (Autun) の大法官裁判管区 (バ) の聖職者の代議員。ポワチエおよびサン||ドゥニの司教区、レンの司教区、セレの神父、オートンの司教 (évêque d'Autun, ablé de Celles, diocèse de Poitiers et de Saint-Denis, diocèse de Reims)) の提案が字句修正の上採択されたものである。ここでは革命派が原案賛成で対案を用意していなかったため、議論は錯綜したが、結局原案の三ヶ条を一ヶ条にまとめただけの結果に終っている。以上第一条から第六条に至る根本理念の規定は、自然権思想と一般意思論とのみによって極めてスッキリと論理的に体系化されており、公共の福祉や万人の最大幸福の如き異質な (キリスト教的・絶対王政的・英米権利章典およびイギリス功利論的) 理念および社会契約の如き説明の技巧にすぎぬフィクションの挾雑物が完全に排除されていることに、注目すべきである。

成文第七条は、前掲審議録邦訳に明らかな如くタルジェが、第八条と第九条とは同様デュポールが、前以て用意

した案文を審議の冒頭に提出し辞句修正の上採択されたものであるが、これは明らかに、成文第四条および第五条に呼応するものとして第四条・第五条の提案を決めた時点で一緒に決めた所の、革命派の一貫せる作戦行動である。成文第一〇条は信教の自由に関わるが故に聖職者代議員がハッスルして討論が白熱したが、結局革命派のドゥ・カステラーヌ (de Castellane シャトーヌフ＝アン＝ナムレ (Châteauneuf-Timerais) の大法官裁判管区 (バ) の貴族の代議員。獵兵連隊長 (colonel de chasseurs)) とゴベル (Gobel ヘルフォール・エ・ユナング・アン・アルサス (Belfort et Huningue en Alsace) の大法官裁判管区 (バ) の聖職者の代議員。リッダの司教 (évêque de Lydda)) との提案を併せたものが採択された。成文第一一条は革命派のロシュフォーコー公爵 (le duc de Rochefoucauld パリ市の貴族の代議員。ペール・ドゥ・フランス (Pair de France)) の提案が採択される。

さて、成文第一条から第一一条までは、以上の如く、第一原案第一条から第十九条までを原案からかなり離れて自由に構想された新提案条項によって置きかえたものであるが、成文第一二条ないし第一六条は、第六部会草案まための解説で述べた如く、第一原案の第二〇ないし第二四条がそのまま又は辞句修正の上採択されたものである。議事録を通して感じられるのだが、審議もこの段階に至って峠を越し議員にかなり審議疲れがあつてアッサリ原案通りに落ち着いたものようである。但し前述の如く、成文第一四条の前半はデュポールの修正案が採択されたし、成文第一五条ではその趣旨についてラメットとデュポールがかなり執拗に食いさがつて原案の趣旨の変更を主張し、結果としてその主張が通つたようにも見える。

最後に成文第一七条の所有権不可侵原則は、原案に基づく審議が終了した直後にデュポールとその同志が「これが通るまでは憲法の審議に入らぬ」と頑張つて突然提出し採択させたものである。そして以上のデュポールとラメット

トとの提案・主張は、明らかに、ボワランドゥリ草案に体系的網羅的に表明された所の、デュポールを理論的指導者とする革命派の作戦プランに従つてなされた。

以上を通観すれば、デュポールとその同志らの一貫せる法理論と強力な意思とが、終始人權宣言の最終審議をリードしたことは、明らかである。そして彼らは彼ら自身の一貫せる法理、すなわち、各命題が互いに細部まで緊密に結び合い呼应し合っている一個の強靱な思想体系を、人權宣言の全面にわたつて盛り込むことに成功した。それ故、本稿が主としてその解明のために書かれている所の第八条罪刑法定主義の趣旨は、他の全条項のそれと同様、この体系中にその一環としてピツタリはめこまれた形で、言いかえれば他の全条項との阿吽の呼吸において、把えるのでなければ、正確かつ明瞭にこれを理解することはできないのである。

そこでこの見地からまず次章において、人權宣言全体の理論体系構造の中枢・真髓および骨格を探り、次いでその後の章で、この構造中に正確厳密に位置づけることにより第八条の本旨を明らかにするが、その際読者の照合の便に供するため、前文を除く成文人権宣言の全規定の邦訳を以下に掲げておく。

第一条 人は自由かつ権利において平等なものとして生まれ、そして自由かつ権利において平等なものであり続ける (*naissent et demeurent libres et égaux en droits*)。社会的区別は、共通利益 (*l'utilité commune*) にしか基づきえない。

第二条 あらゆる政治的団結の目的は、人の自然で時効にかからない権利の保全である。これらの権利はすなわち、自由、所有、安全および圧制への抵抗 (*la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression*) である。

第三条 あらゆる主権の原理は、本質的に国民の中に住する。如何なる団体、如何なる個人も、国民から明示的に発したものでない権威を行使しえない。

第四条 自由は、他人を害さないすべてのことを行なうに在る。それ故、各人の自然権の行使 (*l'exercice des droits naturels*) は、社会の他の成員にこれらの同じ権利の享受を確保する所の限界以外の限界 (*de bornes*) を持たない。これらの限界は、法律 (*la loi*) によってしか定められえない。

第五条 法律は社会に害ある行為をしか禁止する権利を持たない。法律によって禁止されないすべてのことは妨げられえず、また何びとも法律が命じていないことをなすように強制されえない。

第六条 法律は一般意思 (*la volonté générale*) の表現である。すべての市民は自分自身で、又は彼らの代表者によって、法律の形成に協力して携わる (*concourent*) 権利を有する。法律は、保護するにせよ、処罰するにせよ、万人に対して同一であるべきである。すべての市民は法律の眼には平等であるから、その能力に従い、かつその徳性および才能の区別以外の区別なしに、すべての位階、地位および職務に平等に就きうる。

第七条 何びとも、法律によって定められた場合においてしか、そして法律が命じた形式に従ってしか、弾劾されることも、捕えられることも、拘禁されることもできない。恣意的な命令をうながし、発し、執行し又は執行させる者は、処罰されるべきである。但し、法律によって呼出され又は捕えられる市民はすべて、直ちに服従すべきである。その市民が抵抗すれば有罪とされる。

第八条 法律は厳格かつ明白に必要不可欠である所の刑罰 (*des peines strictement et évidemment nécessaires*) しか定めてはならない。そして何びとも、犯罪に先立って制定されて公布されかつ適法に適用された法律によって

しか、処罰されえない。

第九条 人はすべて、(判決によって)有罪と宣告されるまでは無罪と推定されるから、その人を捕えることが必要やむをえない (*indispensable*) と判断される場合であっても、その人の身柄を確保するために必要不可欠でないような峻厳さはすべて (*toute rigueur qui ne serait pas nécessaire*)、法律によって厳しく抑制されるべきである。

第一〇条 何びともその意見の故に、その意見が宗教上のものであってさえ、その意見の表明が法律によって確立された公序 (*ordre public*) を乱さぬ限り、不安に陥らしめられてはならない (*ne doit être inquiété*)。

第一一条 思想と意見との自由な伝達は、人の最も貴重な権利の一つである。すべての市民はそれ故、自由に話し、書き、印刷することができる。但し、法律によって定められた場合におけるこの自由の濫用については責任を負う。

第二二条 人および市民の諸権利の保障は、一の公的实力 (*une force publique*) を必要とする。この力はそれ故に、万人の利益のために組織されるのであって、その力を委託された人々の特殊な功用 (*utilité particulière*) のために組織されるものではない。

第二三条 公的实力の維持のため、そして行政費用に当てるため、共通の分担金 (*une contribution commune*) は省くことができない。この分担金は、市民の能力に比例して、全市民間に平等に割り当てらるべきである。

第二四条 各市民は、自己自身により又は自己の代表者によって、公的分担金の必要性を確かめ、その分担金に自由に同意し、その分担金の使用に注意を傾け、かつその分担金の分担額、根拠、取立ておよび期間を定める権利

を有する。

第一五条 社会は、あらゆる公的機関の職員 (tout agent public) に対しその職員の (なした) 行政 (son administration) について報告を求める権利を有する (△訳注▽ここでは一応ラメットとデュポールとが主張した趣旨に解釈して訳しておく。原案《第六部会草案第二三条》の趣旨およびその趣旨を支持したベリス||デュ||リュックやブーシユ《共に右条の訳注参照》の解釈に従って訳せば、「社会は、あらゆる公的機関の職員に対し、その職員の (なした) 財産管理について会計報告を求める権利を有する。」となる。)

第一六条 その中で諸権利の保障が確保されておらず、諸権力の分離も定められていない所の社会は、いづれも、真の憲法を有しない (社会である)。

第一七条 所有 (propriété) は不可侵で神聖な (inviolable et sacré) 権利であるから、何びとも、法律に従って (legalement) 確認された公共の必要性 (la nécessité publique) が、明らかにそれを要請する場合でなければ、かつ正しい事前の補償を条件としてでなければ、所有を奪われえない。

二 一般意思と自然権

(一般意思論に基づいて構築された、人権宣言の自然権概念と自然権の行使の限界概念——英米権利章典の超越論的又は功利論的な自然権概念と自然権の行使の限界概念——一般意思論に対する無理解が自然権概念の階級的歪曲を生み、歪曲された似而非自然権と真の自然権との混同が自然権の普遍妥当性・絶対性を見失わせ、従って体制の批判・改革のための永遠の指針を見失わせる)

かくして今や明らかである。人権宣言第七、八、九条の簡明な文言の意味する所は、デュポールを中心的な理論的指導者とする改革推進派が、ラファイエット草案から五人委員会案に至る全草案のそれを集約しさらに発展させてボワランドゥリ草案中に集大成した所の、刑事人権に関する諸条項の要旨・エッセンスにはかならないが、ボワランドゥリ草案の諸理念・諸規定および体系的構造の全体又は少なくとも骨子は、刑事人権保障規定の骨子を含めて、全面的に成人権宣言に移し入れられたのであって、刑事人権保障規定の骨子だけが孤立して移し入れられたのではない。従って、第七条ないし第九条の意味する所を正確に理解するためには、これを人権宣言全体の体系的構造の中に、他のすべての諸理念・諸規定との緊密な論理的関係において、正確に位置づけることが必要である。そしてこのような見地から考察すると、第七条ないし第九条の要旨は、第一条ないし第六条の根本思想の論理的帰

結、すなわち「自由・所有・安全の自然権は不可侵であつて、その行使の限界は他の自然権を侵害し始める地点に
しか在りえず、法律がその表現にほかならぬ所の一般意思は、全個人の自然権を平等に保障し保護せんとする意思
にほかならぬから、法律は何びとに対してであれこの限界内での如何なる自然権の行使もこれを制限することはで
きず、この限界ならびにこの限界を超える行為および行為者に対する禁止および制裁は、必要最小限の範囲内でし
か、法律によつてしか、万人に対して平等なるものとしてしか設定されることができず、かつその行為の認定およ
び行為者に対する制裁は、当事者の自然権を尊重し保護する手続として法律により明定された手続によるのでなけ
れば、なされおよび科されることができない。」という趣旨にほかならぬことが、明らかである。

そして実は、そのように把握するときのみ、初めて、一七八九年人權宣言の全体および第七、八、九条が、ア
メリカ合衆国独立宣言やヴァージニア州権利章典第八条およびその源流をなすイギリス歴代権利宣言の単なる受売
りではない獨創性を、正当に把握できるのである。すなわち――

後三者には、なるほど自然権不可侵思想が在り、権力の人民帰属原理が在り、デュー・プロセスが在る。しかし
そこには、「法律が一般意思の表明であり、一般意思は万人に対して平等に自然権を保障し保護せんとする意思で
あり、それ故に自然権行使の限界は他の自然権を侵害し始める地点にのみ在り、従つて法律のみがその地点を指示
し限界逸脱への制裁を定め科すことができる。」という、一七八九年人權宣言の眼目とも言うべき思想が欠けている。
その結果英米の憲法・人權宣言には、「各個人自身に一般意思が内在し、一般意思を内在せしめておくことによつ
て各個人は自由な価値創造主体として尊厳であり、従つて全個人を自由で尊厳な人格として平等に処遇せんとする
意思たるものが一般意思の本質であり、そして正にこの意思に基づいて各個人に、自由で尊厳な人格として処遇さ

れる権利としての自然権が存在するのであり、それ故に自然権の保障・保護が一般意思の表現にほかならぬ法律の本質的使命であるのだ。」という、自然権の本質把握が欠けている。そしてその欠除を埋めるべく英米の憲法・権利章典は、自然権の根拠を、一七八九年人権宣言の如くにはその享受主体たる各個人自身の内に求めることをせず、各個人に対して超越的な他者たる神又は自然法則の内を求める。例えばマグナ・カルタ前文は言う、「神の御旨を拜察し、朕および朕のすべての祖先ならびに子孫の靈魂の救済のため、神の栄光と神聖なる教会の頌栄のため」国王は以下の諸権利を認める、と。アメリカ合衆国独立宣言は言う、「われわれは、すべての人が造物主によつて平等に造られ一定の奪いがたい自然権を賦与され、その中に生命、自由および幸福の追求が含まれることを信ずる。」と。このような思想によれば、自然権の限界は他の自然権を侵害し始める地点に在るのではなく、造物主が彼から権力を授けられた権力者に対して課する所の「外国人と寡婦と孤児と」つまり弱者ないし要保護者を保護する義務としての「公共の福祉理念」(拙論「フランス刑事訴訟法は、検察官と私訴原告人との協同による公衆訴追主義を採る」(法政理論一六巻一号、一九八三年)「一一一―一二五頁参照)、又はイギリス功利論の法・道徳原理たる、自然界の一存在として万人が自然法則に見えざる神の手の導くままにそれを目的として行動しそれにおのずから到達する所の、最大多数の最大幸福の原理と、抵触し始める地点に在る、ということになる。故にヴァージニア権利章典第三条は言う、「政府は人民、国家又は社会の利益、保護および安全のために樹立され……その諸形態中最大限の幸福と安全とを齎らしうる……ものこそ最善である。(筆者注、ここではベンサム式の功利論的原理が説かれている。拙著「権力止揚論」(大成出版社、一九八二年)「二六四―二六五頁参照)」従つて、政府がその目的に反し又はその目的達成に不十分であると認められた場合、「社会の多数者はその政府を改良し変改し又は廃止する」不可疑不可譲不可棄の権利を有するが、

「但しこの(権利を行使する)方法は公共の福祉に最もよく貢献しうると判断されるものでなければならぬ。」と。又、同章第六條は言う、「何びとも人民(選挙権者)又はその代表が公共の福祉のために同意しない限り、如何なる法律によつても束縛されえない。」と。

このような思想・理念からは、一七八九年人權宣言第八條後段の罪刑の形式的法定主義も、その法定内容に対する實質的制限たる実体的罪刑法定主義すなわち「法律によりかつ法律によつてのみ犯罪とされうる行為は、自由・所有・安全の自然権の侵害のみに限られ、法律によりかつ法律によつてのみその行為者に対して科されうる刑罰は、全市民の自由・所有・安全の保護(—一般予防)のために必要不可欠であるものだけに限られる。従つて又法定の刑罰に付随して本来刑罰でない如何なる不利益処遇も、受刑者に対して加えられてはならない。」という人權宣言第八條前段の趣旨も、決して出ては来ない。何となれば——

第一に一般意思は、各個人の意味に直接のかつ本質的・本来的・根源的に内在する意思としてのみ存在するのであつて、各個人から独立しないしは各個人の意味に超越して存在するとされる仮構的(仮設的・擬制的)ないし超越的な意思主体の意思、例えば民族・国家・社会などの全体者の意思、国民・人民などの集合体の意思すなわち總意、自然法則が各個人の意味を必然不可避的に決定する力としての自然の理法、あるいは各個人のみかあらゆる種類の全体者や集合体さらには自然をさえも超越しそれらを無から根源的に創造しそれらの動きを隅々までくまなく支配する神の摂理などではないのだから、全個人が討議を尽した拳句に「これこそ各個人の意味に個別的に内在しつつ同時に全個人によつて共有されている所の一個の普遍的意思たる一般意思である」と一致して確認し、これを何らかの表現手段例えば成文法律に表現する以外に、全個人が一致してこれを確認しこれに従う方法は存在しない。

一七八九年人權宣言の近代法治主義とその中核をなす近代罪刑法定主義との、本来の意味、初心は、正にそこに在ったのである。これに反して、英米流の自然権と公共の福祉によるその制限との体系である法は、各個人から独立のしばしば超越的な意思主体の意思によつて各個人に対して外から与えられ課されないしは強制されるものとされているから、各個人は、自己に対して独立ないし超越する意思主体の何らかの啓示においてこれを認識すべきであるが、この啓示は、時として衆議の一致する所又は大勢のおもむく所に、そしてその文章表現たる法律に、表われるとされることもあるけれど（人民の声は神の声）、決してそれに限られるものではなく、歴史的に形成されて来た神話・伝統・慣習・常識・判例・学説・条理も、その意思主体の法定立意思の啓示と認められる以上、しばしば衆議の帰結とその文章表現たる法律以上に頻繁に、法のそして刑法の法源たる資格を有することになる。

次に、一般意思論と不可分に結合する自然権理念によれば、各個人は一般意思を自己に内在させていることによつて尊厳な人格なのであり、従つて又各個人が自己および他の全個人を尊厳な人格として処遇しおよび処遇し合うこと、言い換えれば全個人に尊厳な人格として処遇される権利としての自然権を認めかつ保障し保護することが、一般意思従つてその表現たる法律の唯一の目的であり、この保障・保護の具体的対象すなわち自然権の具体的内容、言い換えれば各個人が尊厳な人格として処遇されている状態が、各個人の自由・所有・安全にはかならないのであるから、その意味で自然権は直接各個人に本質的・本来的・根源的に内在しているものであつて他者から与えられるものではなく、それ故に又その制限は、自然権自身の存立を確保するために必要やむを得ざる手段としてのみ存在しうるのである。しかるに、一般意思 \parallel 法が、各個人をそれ自身として絶対的に尊厳な人格として処遇するといふことは、同時に、すべての個人を相互の関係において絶対的に対等な人格として、一般意思 \parallel 法の側から言え

絶対的に平等に、処遇することである。それ故、一般意思—法は、自然権を万人に対して平等に認め保障し保護しなければならず、或る個人の自然権を他の或る個人の自然権に優つて認め保障し保護すること、具象的に言えば或る個人が他の或る個人の自然権を侵害して自由に自己の自然権を行使することを認め保障し保護することを、絶対に認めてはならないのであり、その結果各個人の自然権の行使に対しては、その行使が他の個人の自然権を侵害し始める地点に、絶対的な限界が置かれることになるのである。そして又その反面として、その限界内においては、自然権行使の自由は絶対的に認められ保障され保護されなければならぬと共に、その限界は一般意思に基づくが故に、一般意思の表現たる法律によつてしかこれを定めることができないのである。そしてこれに基づいて「法律は自然権侵害をしか犯罪として禁止することができず、その一般予防のために必要不可欠な科刑をしか定めることができない。」という実体的罪刑法定主義（人權宣言八条前段）と、「法律に明定されていない犯罪又は刑罰を認め又は科すことは許されない」という形式的罪刑法定主義（同後段）とが、互いに切り離されれば全くその意義を失う一体不可分の法原則として、存在することになるのである。

これに反して英米法流の、各個人にとつてしばしば超越的な外在者でしかない意思主体の恩恵として各個人に与えられた自然権は、当然、その制限の根拠と原理とを自己の内に持ちえず、恩恵として自然権を与えてくれた意思主体の意思に基づきその意思の基準ないしご機嫌・風向きに従つて如何ようにも制限されうる所の、明日のいのも知らぬ頼りない当てにならない存在にすぎない。そして実際にも最もしばしば、超越的他者の名で加えられる外的制限、例えばキリスト教の神により王権や領主権に対して課された使命と称される「外国人と寡婦と孤児つまり弱者・要保護者の保護」という伝統的意味での「公共の福祉」や、今日しばしば公共の福祉と混同されている所の、

民族・国家・社会などの全体利益又は人民・国民などの集合的利益と称される「公益」などの理念が、自然権の限界設定原理として置かれることになる。そしてこれら理念・原理の超越性・外的制限原理性につけ込み、支配階級・支配権力は、自己の階級的利己的意思をその制限意思主体たる神・民族・国家・社会などの制限意思なりと僭称し、自己の階級的個人的利益をその制限の中身すなわち公共の福祉ないし公益なりと僭称することができる。かような僭称に対して、神、(全体者ないし集合的意思主体としての) 民族・国家・社会・人民・国民などから文句が出ることは絶対に在りえない。なぜならそのような意思主体は実在しないから。かくて犯罪は、一七八九年人権宣言第八条前段が限定しているような「他者の自然権の侵害でありかつその侵害に尽きるもの」ではもはやなく、「公共の福祉ないし公益の侵害」と扱えられることになり、立法者は、自己や支配階級・支配権力にとって不利益不都合な行為を如何なる行為であれ「この行為は公共の福祉に反するが故に、ないし公益を侵害するが故に、犯罪である」と認定することができ、自己の好む刑罰を如何なる刑罰であれ「この刑罰は公共の福祉ないし公益を犯罪による侵害から守るために必要なのだ」と称して定めることができるようになる。すなわち、実体的罪刑法定主義は完全に否定される。他方、神・民族・国家・社会・人民・国民による公共の福祉ないし公益の啓示と看做されるものは、法律以外のものであっても刑法の法源とすることが認められる結果、形式的罪刑法定主義も全く存在しないか(英米刑法の場合) 又は存在しても有権解釈によりかなり自由に緩められなおざりにされ時に無視される(わが刑法の運用の場合) に至る。かくて如何なる罪刑法定主義も存在しない英米法においては、刑事人権保障は専ら、未だ犯罪者と認定されぬ段階における被疑者被告人に対する刑事手続上の諸保障いわゆるデュー・プロセス(ヴァージニア権利章典第八条および第一〇条はこれに当る)と、神の眼から従って神の被造物たる人間の眼からも、つまり人

道上、許しがたい過重又は残虐な刑の禁止（同章典第九条はこれに当る）とに限られることになる。

さて以上のことは、人權宣言第八条が絶対的に英米法起源のものではなく、純乎として純なるフランス法独自の創造物であることを示している。キチンとごまかさずに読み比べればすぐわかることであるが、ヴァージニア権利章典には一七八九年人權宣言第八条に当る規定は存在しない。先述の如く前者第九条は、後者前段の「不必要な処罰の禁止」が意味するものの極く一部「過重な罰金および残虐異常な刑罰の禁止」を定めてはいるが、それ以上のものではない。後者を前者第八条の模倣とする通説は、おそらく、ヴァージニア権利章典第八条の最後段「何人も……国法……によるのほかは、その自由を奪われることはない。」を、人權宣言第八条の「……法律によるのほかは、処罰されえない。」に恣意的に比定して、後者を前者の真似ないし言い換えと決めこんだのであろうが、マグナ・カルタ起源の「国法 (lex terrae: law of the land)」と「一般意思の表現」として「すべての市民が、自ら又はその代表者を通じてその作成に協力する」（人權宣言第六条）所の人権宣言の「法律 (law)」とは、以上に説明したように根本的に違質の概念なのであるから、その違質性の明確な自覚の下に人権宣言全体の上述のような論理構造を築き上げた国民議会の代議員たちが、その第八条に限ってはヴァージニア権利章典第八条の「国法」を「法律」というフランス語に安直に置き換えるだけで事済ませたとは、到底考えられない。

思うに、わが通説の誤解は、人權宣言の根底をなす「一般意思論」、すなわちその原型としてルソーが「社会契約論」において展開した所の「一般意思の表現として法律を構成する理論」に対する無理解から生じている。本質的に立法論にほかならぬ「社会契約論」が大革命推進者たちのいわばバイブルであったことは、わが国でも大革命

史の教科書的解説には必ずそう説かれている事実であるのに、他方で大革命の立法事業の根本理念・原理ないし方針の定礎たる人権宣言とその第八条が、一般意思論に基づくことなく、英米起源の自然権理念とデュープロセス原理に専ら又は主として依拠した又は做つたと解するのは、まことに奇怪な矛盾である。わが通説がそれを矛盾と感じなかつたのは、一般意思論と他の啓蒙思想の主流特にイギリス功利論およびその流れを汲む諸思想（それらはその抱えている本質的な矛盾の結果、体系構築における理論的一貫性が必然的に不徹底となり、その自然権理念は功利論本来の功利性の原理によっては基礎づけられず、トマス・アクイナスに代表される伝統的なキリスト教自然法思想の流れを汲む「神がその創造のみ業を完成する使命を果さしめるため人間に与えた自由」としてのいわゆる天賦（神賦）人権理念となつている。快樂を求め苦痛を避ける功利論的自由は、どう考えても、絶対的保障に値する高尚な自由とは思われないからである。（ロック「統治論」第二章六）従つて、立法者が作る規則は、神の意思の表明にほかならぬ自然の法に合致すべきものとされる（「統治論」第一章一三五）。これは、法律を以て各個人に内在する一般意思の表現なりとする人権宣言（第六条）の思想とは、根本的に相容れない。又従つて、かような自然権および実定法は、神が望む一層高い目標たる公共の福祉によつて本質的に制限されるものとされる（例えば「統治論」第四章一五九）。これは、法律は自然権の保障のみを任となし、その行使が他の自然権を侵害する場合にしか自然権を制限しえないのと同時に、絶対不可侵の自然権の保障者としてそれ自身も又絶対不可侵であるとする、人権宣言（第二条、第四条、第五条）の自然権および法律の觀念と相容れない。なお拙著「権力止揚論」（大成出版社、一九八一年）「七八―七九頁参照。）とを、それぞれの理論体系の全体構造において把えて比較することを怠り（或いはむしろ把えて比較する能力がなく）、それぞれの部分ないし断片を個別的に比較するにとどめた（或いはむしろとどまらざるを得なかつた）結果、封建制への批判、社会契約説、自由の尊重、人間主義、自然従つて人間の自然と

しての理性への追従などの点で両者が表面上一致していることから、近代化・社会改革ないし革命の指導理論としては両者間に本質的な違いはないと、勝手に結論づけて満足したためである。

しかし、両者それぞれの理論体系の全体構造を直接比較するならば、両者の本質的な違いは一目瞭然である。詳細は拙著「権力止揚論」に譲るが、ルソー思想特に一般意思論の真髄は、キリスト教超越論やイギリス功利論および後者の流れを汲む当時のフランスの唯物論的傾向の有力理論における、神ないし超越者としての自然から与えられたものとしての、又は物理的自然法則の支配下に各個人の快を求め苦痛を避ける功利的意思たる人間的自然がはじき出した利害損得の打算の因果必然の結果としての、自然権や自然法や社会契約を真向から否定して、超個人的又は個人外的ではなく、あくまでも各個人の独自個性的な意思の中にその根底として個別的∥個性的に内在しつつ、しかも各個人の主観的特殊の従って必然的に功利的な意思ではなく、全個人が各自己の中に共通に内在させている単一の客観的で普遍的な従って必然的に超功利的な意思である所の一般意思が、超越的でなく現世的な、一人一人の血の通った生身の人間の現実そのものとして実在すること、そしてそれこそが唯一の真なる人間の自然としての理性であり、法は各個人がこぞって各自己自身に内在することを確認したその理性の表現としてのみ法たり得べきであること、従って法は、神の摂理からも自然界の法則からも絶対に独立し独歩する、自由な価値創造主体∥自己超出者∥尊厳な人格たる各個人としての人間の、真の創造物であり、それ故にこそ、そのような各個人人格の尊厳なる本性ないし自然としての自由、および自由な人格としての個人の生存の安全と、その自由・安全を確保するための必要不可欠な前提としての各個人の所有とが、一般意思∥法の保障し保護し拡充し強化せんとする唯一の本質的な目的となること、を主張した所に在る。そしてルソーは、そのようなものとして法を創造する具体的

構想を「社会契約論」として展開したのである。

ところで、個人の自由な価値創造とは、自己自身たる一般意思への帰還、特殊意思から普遍的意欲への上昇による、未だかつて存在しなかった独自個性的でかけがえなき新たな自己の湧現としての古い自己の乗り越えすなわち自己超出であり、各個人の自己超出 \parallel 価値創造の独自性・個性・かけがえのなさの故に各個人は絶対的に尊厳な人格なのであるから、各個人の自由 \parallel 尊厳を平等に認め保障し保護せんとする一般意思 \parallel 法は、とりもなおさず、各個人のこの永遠不断の自由な自己超出を平等に認め保障し保護する意欲、その結果必然不可避免的に全個人の自由な自己超出の総体としての永遠不断の社会変革を認め保障し保護せんとする意欲なのである。ルソーはこのことを明確に自覚していたから、確かに啓蒙思想の一般的用語法に倣い、「己の内なる自然としての理性 \parallel 良心 \parallel 一般意思の声に耳を傾けそれに従え」とは説いたが、過去における自然状態の中に人類の理想、エデンの園ないし黄金時代を見、その後の人類史を理想からの墮落、エデンからの追放と把え、そしてその行き尽く果てに末法社会や最後の審判を予言する所の、素朴キリスト教的世界観や、文明からの離脱、自然状態への復帰の中に、直ちに当世における人間の理想的生活を見出そうとする自然主義的人間観 \parallel 「自然に還れ」の思想を拒否する一方、「自然界の因果必然法則に従う人間の自然的欲望、快楽を求め不快を避ける本性の発露としての人間的自法に則って行動すれば、人間はいずれ未来において、おのずから、最大多数者が最大の欲望の満足を得ることのできる理想的社会状態に到達しうる」とする所の、功利論の楽天的人間観・社会観にも背を向け、「過去の自然状態は人類の自己超出の出发点として文明状態により既に克服された状態であつて、人間は決してそれに還ることはできないが、さりとて文明状態の前進につれて人類社会が、次第に克服すべき課題すなわち欲望の不満足状態の無い理想社会、ユートピアの

実現に向つて近づいて行くのでもなく、一つの課題の克服としての自己超出は、常に同時に、克服された課題に代わる新たな克服課題の設定による、自己自身に対する新たな自己超出の誘い・呼びかけにほかならないから、理想社会そのものは、永遠の自己超出目標として現実には決して到達できないもの、文字通りのユートピア^{II}「どこにもない場所」としてとどまりつつ、それにとどまることによつて逆に、不断に人を自己超出に駆り立てる情熱の起爆剤である。」と考へた。(ルソーの以上のような考えが最も明快に素朴に具体的に生き生きと説かれてゐる例として、「人間不平等起源論」第一部の原注(一)に関わる部分(岩波文庫一九七二年改訂版五二頁以下、一四六頁以下)を挙げておく。そこでルソーが「自己を完全なものにして行く能力」「完全化能力(向上力 *perfectibilité*)」と呼んでゐる人間の能力が、私の言う「自己超出」の能力にほかならない。さればこそそれは、真善美の創造力なると同時に、「人間のあらゆる不幸の源泉であり」「人間の知識の光と誤謬、悪徳と美德を幾世紀かの時と共に花咲かせ、ついには人間を彼自身と自然とに対する圧制者たらしめてゐる」能力でもあり、そして正にそのことによつて人間を絶えざる自己超出・自己完成へといざない駆り立てる良心^{II}「一般意思の能力なのである。」つまり、彼が「その声を聴き、それに従え、そうすることによつて君は自由である。」と説いた所の自然とは、各個人の現在只今時々刻々の生存の爲めに内在する行為の普遍妥当的規範として、各個人に対し絶えざる自己超出を呼びかける所の、各個人の良心^{II}「一般意思以外の何ものでもない。しかして自己超出は、かように一般意思の呼びかけに依つてなされるものであるから、たとえ各個人が主観的には自分一人で勝手気ままにやつてゐるつもりであつても、客観的にはおのずから全個人の自己超出が互いに呼びかけ合い協力し合う形で結びつき、結果として旧い法社会生活関係からの新しい法社会生活関係への自己超出すなわち社会改革、そして時として革命をすら、呼び起こすことになる。そして正にそのことを、人々がルソー思想の中に正確に読み取つたことによつて、ル

ソール思想は、単なる個人理性の近代化的自己変革の理論にとどまらぬ真の全人類の革命——大革命の理論となつたのである。

啓蒙思想の諸潮流が刻々に生産されつつある歴史の現場に居合わせて、それらの潮流が互いに激しくせめぎ合い罵り合う有様を日々目撃していた大革命の推進者たちは、よしんば少々頭の悪い人であつたとしても、他の一切の啓蒙思想に対して卓越し独立独歩するルソー思想のこの真髓・魂を、決して見誤ることはなかつた。彼らは、ルソーの思想が、超越論や功利論の流れに属する一面的な諸他啓蒙思想を総合止揚する真に弁証法的な思想として、他の諸思想より遙かに高次の真理性を有するのを見て取り、そこに、かねてその必要が痛感されその具体的方法が模索されて来た所の法体系の根本変革の、根本理念と基本方針とを見出したと信じたのである。このことを理解せずして、如何にして大革命という一大立法事業、その出発点たる人権宣言、そしてそれらを貫く全理念がそこに凝集しそこに自らを具体化した所の罪刑法定主義の真意義を知ることができようか。

悲しい哉、現代の法学者、中でもドイツ絶対主義法学およびそれを猿真似した大日本帝国の帝国大学の教壇で講じられて来た天皇制絶対主義法学の洗脳から、未だ殆ど醒めてはいない日本の多くの法学者は、啓蒙主義思想の生産現場から時間によつて速く隔絶され、近代絶対主義超越論法学又はブルジョア民主主義功利論法学の既存の枠組に無理やり当てはめるといふ方法でしか、ルソー思想従つて一七八九年人権宣言そしてその第八条の意義を把握することができず、かなり頭のよい人であっても、それらの思想・原理の緻密な弁証法的構造を殆ど全く理解することができず、しかもその無理解を自分の頭の非弁証法的構造又は不勉強のせいにはせず、対象自身の「わけのわからなさ」のせいにし、「『あくまでも各個人の各意思の中に個別的に内在しながら、しかも全個人の意思の一箇共通の根

底であり、各個人がそこにおいて一個の普遍的意思想、一個不可分の実体として存在する所の一般意思想、なんてケツタイなしろものが実在するわけがない、そんなお経の文句のようなわけのわからぬ呪文で素朴な民衆を煽動し、結果的にブルジョア支配体制を創り出させた上、なおそのたぶらかしに気づかぬ民衆をして、彼らを支配し搾取する体制を逆に彼ら自身の意思に基づく彼ら自身のための体制だと信じさせ支持させている、言葉の魔術師、観念論の天才たる最悪のブルジョア・イデオログめ。」とルソーをきめつけることにより、自分の無理解に快い弁解を与えてしまう。その結果、一般意思論を条文化した人權宣言第一ないし第六条の真意は全く理解できなくなるので、個別具体的な人權の一覽表である他の諸条項は第一ないし第六条の一般意思論から完全に切り離される。かくてこれらの条項は、それらを体系的に統一する原理が見失われる結果バラバラに分解され、各条項をそれぞれ単独でそれ自身として完結したものと把えることしかできなくなる。そうすればそれらのすべては、英米諸權利章典の各条項および英米諸法理論・諸啓蒙主義理論の諸断片との外見上の一致により、後者の単なる引き写しおよび受容にすぎないもののように見えてくる。そしてそのような見方においては、例えば前に指摘した人權宣言第八条の「法律」とヴァージニア權利章典第八条の「国法」との違いは、お国柄の違いによる些細なニュアンスの違いにすぎぬとして無視されてしまう。そして後程もう一度精察するように、かような無理解、切り離し、無視の過程は、とりもなおさず、近代絶対主義法学およびブルジョア法学が、人權宣言とその第八条を歪曲し矮小化して行った過程、すなわち、この人類普遍の真理、永遠の規範を、その名のみ残して実質上支配階級・権力の階級的利己的支配の道具に変質させ、それによって階級的支配を美化・粉飾し、騙されやすい民衆そして法学者に、階級的な法律および権力による支配を、人民自身の自己規律による自由・平等・同胞愛の実現過程と信じ込ませて行った過程にほかならな

い。

しかし、一般意思論ならびに人権宣言およびその第八条にとって更に一層の悲劇は、騙されたと気づいた明敏にして正義・人道の理想に燃える革新的法学者らが、「一般意思論・人権宣言・後者の第八条（罪刑法定主義）の本来の趣旨は永遠普遍の真理であり、正義人道に完全に適合していたのだが、その後次第に階級権力・階級的法イデオログがこれを自己に都合のよいように歪曲しながら、その歪曲の結果を、あたかも一般意思論・人権宣言・後者の第八条の本来の趣旨であり従って超階級的な永遠の真理、普遍妥当的な規範、正義と人道の精髓なるかの如く宣伝し、民衆や法学者にそう信じこませて来たのだ。」というように正しくは把えず、反対に、「一般意思論・人権宣言・罪刑法定主義は、階級権力・階級法イデオログの詭弁によって永遠の真理・普遍妥当的な規範のように見せかけられているが、実体は、その後の階級権力による運用、階級法イデオログによる解釈がそれを証明している如く、ひどいくわせもの、階級支配を美化し粉飾する仕掛けにすぎないのだ。」というように誤って把え、「だから、素朴な民衆をたぶらかす呪文として發明された、ブルジョア観念論のたわ言にすぎないブルジョア人権保障なんぞに、騙されてはいかんよ。」と説いていることである。彼らも又、自分では階級権力・階級法理論の詐術を見破つたと信じ、「我ながら俺は何と頭のよい学者なんだろう」と自惚れているが、その実何のことはない、一般意思論・人権宣言・罪刑法定主義の歪曲された解釈・運用を、そのままそれら本来の趣旨にほかならずと思ひこまされている点においては、「だからその解釈・運用は、永遠の真理、普遍妥当的な規範なのだ。」と信じこまされているもつと人の善い民衆や法学者と、何の違ひもないのである。要するに彼らにも、一般意思論・人権宣言・罪刑法定主義の真に弁証法的な論理構造を正確に読み取り、それを通じて永遠の真理・普遍妥当的な規範を明瞭に認識し、それ

に照らして人權保障・罪刑法定主義の解釈・運用の現状を批判し、その改革の道を明確に指示する能力が、全く欠けているのである。

ところで、わが国の多くの有能な法学者をして、以上の如く、自由||人格の尊嚴||一般意思の理論およびその具體的表現たる人權宣言とその第八条の理念・趣旨を、諸他の低俗で明白に階級的な思想・法理論と、全く同じレベルのものときめつけて事を済ませさせるのに、与つて最も力のおつた法學方法論として、法実証主義のそれを挙げなければならぬ。

この方法論によれば、人々が法体系の根本理念・基本構造原理すなわち根本規範に結びつける価値は、彼ら一人一人の主観に対してのみ存在するものであつて、科学の対象となりうる客観的存在ではないのだから、科学としての法学の対象からはこれを捨象しなければならない。しかるにこれを捨象してしまえば、根本規範の概念には、ただ、下位実定法規範がすべてそれから演繹される所の論理的、前提、言いかえれば、下位実定法規範を妥当せしめるために構築された作業仮説、事実と関わりなき規範的要請、その意味における一種のフィクション、としての意味しか残らない。従つてこのような方法論に従う限り、例えば天皇制絶対主義体制を作り支える法体系の根本規範（||天皇神權論、君民一家觀、そこから演繹される君主の臣民に対する恩恵・保護・慈育として君主によつて与えられ又限界を設定される臣民の權利の觀念、その限界外で君主が法律により人民に対してほしのままに課しうる臣民に対する忠誠・奉仕の義務（||国家的道義）の觀念、この限界を超え従つてその国家的道義に違反する臣民の自由の行使を犯罪とする犯罪本質觀、その犯罪者すなわち不忠・怠慢な不良の臣民を懲戒・教育ないし善導して忠誠・勤勉な善良の臣民に復帰させることを刑

罰の本質と把える刑罰観、など)と、一七八九年人権宣言に表明された大革命期諸立法の根本規範(——個人の自由・尊厳・一般意思の理論に基づく人権不可侵観、人民の自己規律としての法・権力の観念、従つて他の人権を侵害する自由の行使のみが犯罪たりうるとする犯罪本質観、その犯罪を一般的に予防するための必要最小限の手段のみが刑罰たりうるとする刑罰本質観、など)とが、ひとしく特定の体制を作り支えるために人工的に創り出される特殊な観念的構築物、事実と関わりなき規範的要請とされ、その間の真偽、善悪、優劣の評価は、所詮主観的相対的なイデオロギーの評価でしかありえないということになる。そしてまさしくこのような見方により、ルソーの一般意思論、それをバックボーンとする一七八九年人権宣言とその具体化としての革命期諸立法の諸原理が、所詮ブルジョア国家社会体制の創出・維持のための人工的装置、観念的仕掛け、イデオロギー的からくりにはすぎないと、アッサリきめつけられてしまう。その本来の姿と、それを体制イデオロギー化するために加えられた歪曲による変質後の姿とを、明確に識別する作業(それこそ今本論が遂行しつつある作業なのだが)の必要性は、かかる思考パターンの中では決して気づかれることができない。

わが法学界で戦前戦後の一時期に流行し、最近再び隆盛を取り戻して来た法実証主義の根深くかつ広汎な影響下に、かかる粗雑な法分析が法学界を蔽つているが、この状況こそ、正に現代国家独占資本主義体制を支えるのに最適の法イデオロギー的状况である。なぜなら、本来の一般意思論、本来の人権宣言の思想を相対化し、諸他階級イデオロギーと同列視することは、体制全体・体制そのものを批判するための永遠・普遍・絶対・客観の基準を放棄することであり、批判を専ら体制の各末梢部分にのみ向け、対策をそこでその時々に関係国民・関係機関の利害関係の分析と調整とに限局する結果となるが、その限りでなら権力は適当にその批判にに応じてその利害を調整し、

必要に依じていささかの飴を食らわせることにより国民の不平不満をなだめることもでき、自己の拠って立つ基盤を根底から揺り動かされる心配は絶対にならないからである。最近の革新思想の衰弱、革新運動の衰退の一因は、明らかにそこに在る。

その点では、マルクシズム法思想を筆頭とする多くの社会主義的又は無政府主義的な反体制的法思想も、一種の法実証主義にはかならず、あらゆる法体系の根本理念・基本構造原理をひとしなみに階級支配のための理論的装置とくみつける結果、一般意思論とそれに基づく一七八九年人權宣言は所詮ブルジョア・イデオロギーにすぎぬから、社会主義法又は無政府社会の機構はこれを克服し否定すべきであると主張し、結果的に、「歴史的必然法則が保証する社会主義体制の確立・保全の使命という超越論的観念又は空想的に神格化された人民・大衆の意思によって、個人の人権を制限しうる」とする、絶対主義的ないし全体主義的法思想と同軌の法思想に立ち還ってしまう(例えばソ連憲法第三九条第二項「市民による権利と自由の行使は、社会と国家の利益および他の市民の権利を損うものであってはならない。」、第六二条第一項「ソ連邦の市民は、ソビエト国家の利益を守り、その力と權威の強化を促進する義務を負う。」、第六五条「ソ連邦の市民は……反社会的行為に対して妥協せず、あらゆる方法で公共秩序の維持に協力する義務を負う。」)。

ところで、一般意思論とそれに基づく真の人権思想に対する法実証主義的な方法論による以上のような認識の浅薄さを示す好例として、「一般意思 (volonté générale)」を「総意」と訳している書物や論文を散見する。これはもとより完全な誤訳である。総意とは、特定の問題についての或る集団成員の各個人的意見ないし要望の全体・圧倒的多数・有力部分ないし指導的部分が、一致しているか又は少なくとも傾向を等しくしそしてその傾向が大勢となりつつある場合に、その一致せる又は大勢がそこに向かって傾きつつある意見ないし要望のことであって、現在

する多数意思の集合の一つの現実的狀態である。右のような状態に在りさえすれば、その意見ないし要望の内容が正しかろうと誤つていようと、高尚であろうと低劣であろうと、理性的であろうと感情的であろうと、穩健であろうと過激であろうと、中正であろうと偏つていようと、広い見方に拠ろうと狭い視野に基づこうと、その他如何なるものであろうと問う所ではない。それ故、法律が総意の表現として創られるならば、総意がたまたま一般意思と一致する例外的な場合を除き、法律は各個人又は集団の特殊意思の合從連衡の結論にすぎず、その結論に従つて個人の人權を制限する規則にはかならないものとなるう（そしてそれが、近代・現代の絶対主義法およびブルジョア法の現実の姿である）。これに反して一般意思は、くり返して言うが、各個人の意思の内に個別的に内在しながら同時に各個人の個別意思がそこ、に於て一体である所のあらゆる個我の共通の根底たる意思であり、それを内在せしめていることによつて各個人が絶対にかげがえなき独自個性的な自己超出者||価値創造主体として絶対的に自由かつ尊厳なそして互いに対等な人格となる所のものであり、従つて本質的に自己および他のあらゆる個人をしてそれぞれに絶対にかげがえなき独自個性的な自己超出||価値創造を平等に遂げさせようとする各個人に共通の意思であり、その意味で全個人人格の自由で安全な發展とその前提条件たる限りでの所有とを平等に保障し保護し促進しようとする意思であり、従つてその表現として法律が創られるならば全個人の人權を平等に保障し保護し拡充し強化することのみが唯一の法の目的となる所の意思である。

それ故に一般意思は、各個人の意思の内において有限・一時・特殊・相對の主觀的意思と矛盾し対立し葛藤しつつ、後者を無限・永遠・普遍・絶対の自己自身に包み込むことによつて克服し、その克服を通じてその個人の意思の全体を（特殊意思と一般意思とを包括する独自個性的でかけがえなき個人人格として）新たな境位へと運ぶ（す

なわち自己超出させる）原動力であり、この点に着目してルソーは「公共の善又は悪（〓万人の自己超出の成功又は挫折）は、単純な集合におけるが如く個々の善又は悪（〓特殊意思すなわち個人的欲求の充足又は不充足すなわち個人の幸福又は不幸）の総和であるにとどまらず、それらを結合する所のつながり（〓各個人意思がそこにおいて一体である所の、各個人意思の共通の根底である一般意思）の中に存在し、個々の善又は悪の総和より大きく、公共の福祉（〓この場合は万人の自己超出の成功）は個々人の幸福（〓各個人の欲求充足）の上に打ち樹てられるところか、公共の福祉こそ個々人の幸福の源泉である。」と言ったのである（拙訳「ルソー、社会契約について、又は国家の形態に関するエッセー」《社会契約論初稿》第一巻第一―二章《法政理論九巻一号、一九七六年》一一六頁）。

これに対して総意は、時として一般意思と内容的に一致することもありうるが、最もしばしば特殊意思の集合の一状態にとどまり、従って一般意思によつて乗り超えらるべき状態、その意味で無価値ないし反価値的な意見又は要求である。（右のルソーの言う意味では、「一般意思は公共の福祉の確立を通じて個々人の幸福を保障せんとする意思である。」この場合誤解しないよう注意すべきは、「個々人の幸福の源泉である公共の福祉は、個々人の幸福の原動力であつて、逆に個々人の幸福を制限する原理となることはできない。」ということである。これに反して、言葉は同じであつてもムーニエやセルヴァンの人権宣言草案における公共の福祉は、個人の自然権を制限する原理であつて、ルソーの言う一般意思の追求目的としての公共の福祉とは全く異質の概念である。ゴドゥシヨや稲本は言葉の同一性に欺かれてセルヴァンをルソー主義者と誤認したのである。そして実は、一九世紀以降のブルジョア法学が、公共の福祉による人權の制限を説きながらこれを大革命の精神の正統の継承・発展と称しえたのも、ルソーが不用意に旧体制の理念から借りて全く別の意味に流用した公共の福祉概念を、ブルジョア支配体制保全の利益としての一般利益・社会利益と意識的無意識的に混同することによつてであつた。かくてルソーの一般意思

論が全体利益を個人利益に優先させる一種の公益優先論と誤解された結果、一般意思を説く人権宣言の精神全体が、無理解ないし曲解の禍に遭うに至つたのである。

又、一般意思は、全個人の意思の共通の根底たる一の普遍的意識であつて、各個人ごとに絶対的にかげがえのない独自個性的な自己超出 \parallel 価値創造を遂げしめようとするものであり、これを言い換えれば、各個我に対してその内奥、存在の根底より呼びかけて来る所の「凡そ人は普遍的にかくなすべきが故に汝かくなすべし」、これを逆に言うと「汝、今、凡そ人が普遍的になすべきことをなせ」という規範意思、良心の声にはかならない。さればこそ一般意思は、これを文章に表現すれば立ちどころに、万人に対して普遍的に妥当する法律となるのである。そしてこの点に着目してカントは、実践理性つまり一般意思の根本格率を「汝の意思の格率が普遍的立法の原理として妥当するように行爲せよ」と言い表わしたのである。これに対して総意は、それが一般意思と一致するときのみ万人に対して普遍的に妥当する法律となりうる。一致しないときには、その法律的表現は、善くてその時その場限りの集団成員の利害の調整ないし妥協の産物、悪ければ一部成員の意見又は要求の他成員に対する力づくの強制でしかない。そして総意が一般意思と一致することは極めて稀である。

人或いは反論するかもしれぬ。観念的には以上の如く両者を区別できるとしても、實在しうるのは総意のみであつて、一般意思なんてものは観念論的理想主義者の夢想の中にか存在しえない。しかるにルソーをその最高者とすブルジョア法イデオログは、それを實在するものの如く見せかけて法体系の根本観念とすることにより、真に實在する所の、支配階級のリード・強制・瞞着ないし洗脳によって創り出される総意を、それと混同させて美化し、総意の階級性を陰蔽しようとしたのだ、と。

答えて言う。筆者がこれまでの人生をその解決に傾けて来た思想的課題は、ひとえにこの一般意思の實在性の科学的芸術的哲学的証明およびその實在構造の究明に在った。その経緯は「存在と文化（全三卷）（風媒社、一九七一年）」および「権力止揚論」の中に在る。しかし単に一般意思のまぎれもない實在性を実感するだけなら、難しい議論をこねるまでもない。孟子が最も端的に指摘しているように、もし幼児がへり無し井戸に向かってヨチヨチと歩いて行くのを見て「大変だ、引きとめなければ」と思う心が一瞬なりとあなたの心をよぎるなら、それはあなたの中に實在する一般意思 \parallel 仁 \parallel 愛 \parallel 慈悲の一端が、あなたの心の動きとして現われたのである。

偽善的であることを恥じるあまり、偽悪的になつてはいけない。法的正義と称されるものの階級的偽善性を的確明快にあげて見せたければ、その指標として、階級性を超えた一般意思の発露としての正義の理想を、「子供っぽい、幼稚っぽい」などと恥ずかしながら、堂々と高く掲げなければならぬ。評価の絶対的基準が明らかでなければ、せつかくのあなたの正義感すなわちまぎれもなく實在するあなたの一般意思の発露である近代法体系の階級的偽善の暴露が、法実証主義理論によつてそうされた如く、その真理性を相対化されてしまう。これまでに筆者が邦訳して来た国民議会の代議員たちの議論（デュポール報告、ルベルチエ報告、人權宣言第七、八、九条に関する諸発言）や人權宣言の諸草案および成文の、何と素朴で子供っぽいことよ、今の世のシニカルなわけ知りの法学者たちの眼には、殆ど空理空論と映るだろう。しかしこの空論が世界を変えた。一方、それをブルジョア支配体制を支えるために仮構、否、捏造された観念的装置、階級的欺瞞のからくりにはすぎないときめつける大人ぶった性悪説は、「ではその悪しき体制に代えて如何なる善き体制を創れとおっしゃるのですか？」という問いに、何一つ答えることはできない。それは、ブルジョア支配体制の批判者づらをしなから、実はブルジョア支配体制克服の方途

を見失わせ、併せて主張者自身の身の安全ははかる（なぜなら支配階級・権力は、誤りなくその主張が体制にとって無害であることを洞察して下さるから。）賢い進歩的法学者の保身術にすぎないのである。^{（注）}

（注） フランス大革命を単純にブルジョワ革命と規定する史観は、わが国だけでなくフランスでも、従来の定説であった。例えば、パリ大学の大革命史講座担当者ルフェーブルやソールは、専ら政治史のおよび社会経済史的側面の分析に基づいて、大革命を、封建制度上の支配的地位から締め出された新興ブルジョアジーの不満が、封建制度の下で隷従を強いられ、た都市民衆や農民の不満と連動し共闘の形で激発して、封建制度＝貴族支配の体制を打倒した後に、共闘が崩れ、様々の迂余曲折を経て結局ブルジョアジーの階級支配が確立する歴史的過程と把える。しかるに、政治史・社会経済史過程がそのようなものであったのなら、大革命のもう一つの重要な側面、否、大革命を大革命たらしめた所以の本質たる、近代法体系の創造過程は、当然、ブルジョアジーと都市民衆・農民との共闘組織が権力を握ったジャコバン独裁下の諸立法を別にすれば、大筋において、又結局の所、ブルジョア法体系すなわちブルジョアジーの階級支配体制を作り維持するための法体系を創造する歴史的過程にほかならなかつたはずである。しかるに、大革命期全諸立法の出发点であると同時にその全体を貫く根本指針でもあった人権宣言も、所詮はブルジョア人権すなわちブルジョア階級支配体制に適合する権利の目録・一覧表にすぎないはずだ。こういう観念的推論から、一七八九年人権宣言に対する上述の如き曲解、その一環としての罪刑法定主義に対する誤解が、生じたのである。

しかし、これまで見て来たように、人権宣言制定過程を虚心に観察すれば、到底これをブルジョア支配体制を作り支える法的プランの表現と解することはできない。それは明らかに、人間の永遠普遍の本質＝人間性に即した生き方としての、

人間と人間が作る社会との永遠の理想像、従つて人間の生き方・社会の在り方を評価する永遠普通の基準を明示したものである。そして実はそういう把え方こそ、大革命の政治史的・社会経済史的過程を大雑把にブルジョア革命と規定して満足することなく、その動向を段階を逐つて仔細に観察したときに、その観察から当然に導かれる帰結でもある。なぜなら

封建制打倒はブルジョアジーのみの力によつては決して成功しえなかつた。成功したのは、当初自由主義的貴族と進歩的ブルジョアとから成る旧支配体制内の上昇勢力（↑上昇支配階級）が、旧支配体制内の保守的下降勢力（↓下降支配階級）に対抗して強固な共闘体制を組み、これを旧体制の抑圧に苦しむ都市労働者・農民が支援し（革命派を牽引車とする革命の初期段階、つまり本稿が主たる考察対象とした時期がこれに当る）、次いで上昇支配階級共闘がその漸進主義的部分を切り捨て都市労働者・農民との緊密な共闘体制を作ることによつて、旧体制の徹底否定を目指した（ジャコバン派独裁期がこれに当る）ことによつてである。そして、旧体制内の自由主義的貴族と進歩的ブルジョアとが、旧体制打倒のためにかよふに強固な共闘を組みえ、又都市労働者・農民の支援・共闘を受けえたのは、その標榜しかつかなりの程度まで実現した改革のプランが、階級イデオロギーの枠を超える永遠普通の理想を明示していたからにほかならない。民衆は決して馬鹿ではないのであつて、闘争の本質が他階級の権力闘争に過ぎず、どちらが勝つても自分たちの階級的立場に変わりのないことが明らかであるときには、決して本気でその一方当事者を支援したりこれと共闘を組んだりするはずはないのである。大革命を単純に、旧体制の支配的地位から閉め出されたブルジョアの反体制闘争と把える大まかな神経が、この事実を看過させて来たのである。

そのことへの反省から、近年フランスでは、ルフェーブルやソープール流の大革命史観に対して批判が起こっている。フェレヤリシエが、「大革命はブルジョア革命ではない。貴族と上層ブルジョアジーとの全体から成る旧体制のエリート内部

の新旧の対立が、王権にその調停能力がなかったために革命に発展し、新エリートの勝利で一七九一年までに結着がついたのに、たまたま都市民衆や農民の叛乱とぶつかり合体したために紛糾し、本来の筋から逸脱して「横滑り」してジャコバン独裁を生んだが、混乱がおさまるとエリートが再び政治・社会の支配権を恢復し、秩序を再建するに至った過程である。」と主張したのはその一例である（山崎耕一訳「ソブール・大革命前夜のフランス（法政大学出版局、一九八二年）」の訳者あとがき三五三―三六〇頁参照）。しかし、これだと今度は、都市労働者・農民の蹶起が単なるハブニングとなり、「彼らと旧体制支配階級内部の進歩的上昇勢力との連合・共闘が、単に保守的下降勢力を打倒するにとどまらず、その連合・共闘を可能ならしめた超階級の理想の昂揚により旧体制そのものを根本的に否定するに至った」という、大革命の大革命たる所以の本質が、どこかへ行ってしまう。エリートが秩序を再建した時、その秩序は旧秩序と根本的に違うものになっていた。フェレらの理論はその原因を全く説明しえない。その原因は、結局の所は支配権を取りそこなうたにせよ、都市労働者・農民の叛乱のエネルギーが、進歩的上昇エリートの支配階級内闘争と連動し結合したことに在り、連動し結合しえた原因は、後者の闘争が超階級の真理の自覚に基づく永遠普遍の理想を掲げて遂行されたからである。この共通の理想を追求するために結合した階級連合の闘いこそ、大革命の根本動因であり基本的過程であって、決して革命の横すべりではない。フェレらの誤りも又、大革命を単に政治的・社会経済史的観点から階級ないし階層間の利害対立に基因する政治的・社会経済的支配権の争奪戦としてのみ考察することから生じている。旧法体系を新法体系によって全面的に置きかえる立法事業として大革命を眺めるならば、少なくとも、人権宣言に最も鮮明に表現されたその初心と、中心的な諸立法の根本理念・基本構造原理へのその明らかな反映との中に、階級の利害を超えた人類永遠普遍の理想がまぎれようもなく燦然と輝いていること、そしてその輝きが、旧体制内の上昇支配階級と被支配階級―都市労働者・農民とを、旧体制打倒・新体制創造のための、すなわち真の大革命のための、大連合へと導いたことを、決して見落とすことはできないのである。

三 人權宣言第八條の原意

さて以上に述べたことを十分頭に叩き込んだ上で、人權宣言全体のそのような論理体系構造の中にキチンと位置づけて、近代的罪刑法定主義の原型と言われている人權宣言第八條の文言の意味する所を、(その概要はすでに叙上において明らかにされているのでここでは)一字一句を精確に追いつながら理解することに努めよう。

まずその前段「法律は厳格かつ明白に必要不可欠である所の刑罰しか定めてはならない。」には、「刑罰」とのみ在って「犯罪」という言葉はないが、もちろん、刑罰がそれに対して科せられる所の犯罪も、「刑罰」の当然の前提として含意されている。「厳格かつ明白に」という語は、邦訳文では「定め」を修飾する副詞のようにも読み取られるが、実際は「必要な」を修飾する副詞なのである(原文 *des peines strictement et evidemment necessaires*)。従って、この文言を、「法律は、犯罪と刑罰とを厳格かつ明白に規定しなければならぬ。」という、刑罰規定の形式の厳格性と明白性とを要求した文言、と解することはできない。罪刑法定主義に対するわが国の通説的理解では、そのような要求が罪刑法定主義の中心の意味の一つとして説かれているが、ことによると、人權宣言第八條邦訳の読み違いが、その一因をなしているのかもしれない。(そういう読み違いが生じにくくなるようにと思い、本論では、原文にない言葉を補いかつ「定め」を積極から消極に書き改めて、従来普通の訳に「厳格かつ明白に必要な刑罰のみを定めなければならぬ。」と在る所を、「厳格かつ明白に必要な刑罰しか定めてはならない。」として見たが、大して変わり映えしないようにも感じられる。何か巧い訳し方はないものか。)さて、以上の点を頭に入れて第八條前段を読めば、

これは絶対に刑罰法規の規定の形式に対する要請ではなく、犯罪と刑罰との内容・実体を制限する規定であることが、明らかである。すなわち、この規定は、第一に、「それを処罰する必要性が厳格（『まぎれもなく確かだ』）かつ明白である（『誰にもすぐわかる』）行為しか、法律はこれを犯罪として定めてはならず、」第二に、「そのようにして定められた犯罪に対する刑罰も、厳格かつ明白に必要な種類および重さのものしか、定めてはならない。」という趣旨の規定なのである。言い換えれば、「法律は、立法者の考え次第でどんな行為でも犯罪と定め、どんな刑罰でもこれに科すことができる。」「法律に定めさえすれば、どんな行為でも犯罪として、どんな刑罰でもこれに科すことができる。」ということは絶対に許されず、「法律は、それを犯罪とすること科すことが厳格かつ明白に必要な行為および刑罰しか、犯罪とすること科すことはできない。」ということなのである。そしてこれが第八条の前に規定され、それを受けて後段で「そして何びとも、犯罪に先立って制定されて公布されかつ適法に適用された法律によってしか、処罰されえない。」と規定されているのであるから、後にフォイエルバッハにより「法律なければ犯罪なく刑罰なし」と定式化されるこの後段における「法律」とは、正に「厳格かつ明白に必要な犯罪と刑罰とのみを定めた法律」の意味であり、従って「そのような法律によらなければ絶対に犯罪とされ処罰されない」とは、「厳格かつ明白に必要な所¹の行為しか絶対に犯罪とされず処罰されない」という意味を当然に含意しているのである。しかるに、フォイエルバッハ以来ドイツ、日本、そしてやがて罪刑法定主義の出生地であるフランスにおいても、人権宣言第八条の後段だけが前段から切り離されて一人歩きを始め、しかも前段は忘れ去られて後段だけが罪刑法定主義の唯一の意味と解されるに至って、前段が正にその禁止のために作られた所の「法律に定めさえすれば、どんな行為も犯罪としえどんな刑罰をもこれに科しうる。」という事態を許してしまった。ここに、

罪刑法定主義の通説的理解における根本問題が伏在しているのであるが、これについては後で改めて考察することにし、その前に、そもそも「厳格かつ明白に必要な犯罪および刑罰」とは具体的には如何なるものか、をまず検討しよう。

第一に、犯罪についての答えは人權宣言第四条に在る。曰く、「自由は、他人を害さないすべてのことをなすに在る。その結果各人の自然権の行使は、社会の他の構成員に同じ自然権の享受を確保させること以外の限界を有しない。これらの限界は、法律によつてしか定められない。」してみれば、他の社会成員の自然権の享受すなわち同宣言第二条に定める「自由・所有・安全および压制への抵抗」を害する行為しか、法律により犯罪として禁止されてはならないこと、逆に言うと、犯罪として禁止される必要性のある行為はそのような行為のみに限られること、が明らかである。ボワランドゥリ草案第二条はそのことを正面から規定して言う、「市民の自由、所有および安全を害する行為の外に犯罪は存在しない。」と。その先蹤となったタルジェ草案では「人の生命、安全、自由、名誉および所有に対する侵害は犯罪である。（第二条）」となっており、ボワランドゥリ草案と根本的に異なる点は、「そのみが犯罪である」という限定が明文化されていないことである。その点ボワランドゥリ草案および人權宣言は人權保障の趣旨をより明確に表現したものと云いうる。又、タルジェ草案には、ボワランドゥリ草案および人權宣言にない「生命」および「名誉」の侵害が挙げられているが、生命の侵害は安全の侵害の一種だとして後者は省かれたのであろう。又、名誉の侵害は、重大な場合は自由・所有・安全に対する直接的な侵害の一種であるから、後者と區別して規定する必要がなく、軽微な場合はこれを一々犯罪として処罰すれば却つて言論の自由その他の自由権の行使を妨げるから、犯罪として処罰すべきでないとして、省かれたのであろう。又、人權宣言が明定す

る「圧制への抵抗の自然権」に対する侵害は、その侵害自体が一の圧制であり、圧制とは権力を不法に行使して各個人の自由・所有・安全の自然権を侵害する行為であるから、「自由・所有・安全の侵害のみが犯罪である」という犯罪の定義によれば、当然犯罪の一種、権力の不法行使罪を構成する。従つて右の定義の中に「圧制への抵抗の侵害（抑圧）」を、とり立てて加える必要はないとして、省かれたのであろう。そしてまさしく、一七九一年の刑法典は、この定義を踏まえて立案され制定された。本論第一部（本誌前号六六頁）に引用したル・ペルチエ・ドゥ・サン＝ファルジョーの提案趣旨説明の一節「迷信、封建制、税制および専制主義によつて作り出されたまがい物の犯罪に代えて、国民を傷つける真の犯罪行為を据え、憲法に対して、あるいは自由に対して当然支払われるべき尊敬に違反する、公人の重大な不正行為を据えるため」という立法目的の宣言が、その証しである。「国民を傷つける真の犯罪行為」とは「個人の自由・所有・安全を侵害する行為」を指す。「憲法に対して、あるいは自由に対して当然支払われるべき尊敬に違反する、公人の重大な不正行為」を付け加えたのは、権力の圧制的行使による個人の自由・所有・安全の侵害とそれに対する抵抗の抑圧とが「国民を傷つける真の犯罪行為」に含まれることを、念のために注意したものである。（なお因みに一七九一年刑法典の立法者は、「国民を傷つける真の犯罪行為」をタルジェ草案でなくポワランドゥリ草案の線で考えたらしく、名誉毀損罪を重罪のリストから除いている。）。

第二に、刑罰について考えるに、刑罰とはもともと受刑者個人の自由・所有・安全を侵害するものであるから、人権宣言の基本精神から言えば、全市民の自由・所有・安全の侵害を予防するために必要やむをえぬ場合にしか科してはならず、かつ科す内容（刑の種類・程度）は受刑者の自由・所有・安全に対する必要最小限の侵害でしかあつてはならない。この条件を具体的かつ詳細に明文化したのが、ポワランドゥリ草案刑事人権保障規定中、先

記②(b)に要約した諸規定であるから、右②(b)にまとめた「刑罰はかくあるべし」「かくあつてはならぬ」という諸原則に合致する種類および重さの刑罰のみが、嚴格かつ明白に必要な刑罰として、法定されることを許容されるのである。すなわち、犯罪の性質や重大さと釣り合い、残虐でなく、全市民に対して平等で、(以上草案第三四條。なお、処罰の平等は、人權宣言第六條に規定されている。)謀殺等の極兇悪犯罪以外に対しては死刑でなく(第三五條)、罰金として重過ぎず法外でなく(第三三條)、財産没収を伴わず、陪審員の認定した事実に対し裁判官が法律適用機械として自由裁量権行使の余地なく適用すべき固定された(第二八條)刑罰のみが、そうである。ここに「残虐」とは、デュポールの議會説明と照し合わせると、一般的抽象的には「甘く人間的」であることの反対「苛酷で非人間的」であることだが、具体的には火焙りや車刑のような残忍な方法による死刑、四肢切断刑のように身体を不具ならしめる刑、遭役刑のような酷烈で健康を害する労役刑などが残虐刑に當るほか、本来は刑罰でないはずの受刑者の身柄確保のための警戒措置において、極端な自由の束縛、生活必需物質の供給制限、身体に対する危害あるいは脅迫的ないし侮辱的処遇等の精神的迫害を加えるならば、それによって本来の刑そのものが残虐従つて不必要な刑罰となる、と解される(受刑者でなく被拘留被告人に対する同様の処遇は、彼を取調べることに併せて、人權宣言第九條の禁止対象である)。また「全市民に対して平等である」という意味は、単に社会的地位や職業によつて法定刑に差をつけたり、赦免状や減刑状の發付によりあるいは裁判官の自由裁量により社会的地位の高い者や金持ちだけに刑の減免のチャンスを与えたりすることを禁止するのみにとどまらず、同種同量の刑を受けた者の間に、彼らに対する身柄確保のための警戒措置その他の不利益処遇の刑務官によるさじ加減の結果、實質上苦痛の大きさに差が生じることを禁止する趣旨をも含む。(以上の意味で、死刑囚を三〇年間刑の執行を停止せぬまま拘置し続

けた拳句に処刑することが、残虐刑に当たると同時に罪刑法定主義にも反することにつき、拙論「死刑囚の時効について」(《法政理論一八卷三号、昭和六〇年》)六一―六八頁参照。)さらに、法定刑の厳格な固定が陪審制度の導入を前提としてそれに結びつけて要請されていることに注目すべきである。そしてまさしく、一七九一年刑法典は、この原則に則つて立案され制定された。本論第一部(本誌前号七五頁)に説明したように、ル・ペルチエ報告は「すべての刑罰が人間的であるように(『残虐刑禁止』)(本誌前号所載、邦訳ル・ペルチエ報告の一五七頁)および「刑罰は法の公正さが作り出したものである」べきであり、従つて「判決を執行する者の厳格さ、あるいは寛大さが、刑罰をあるいは加重し、あるいは減輕するといったことは、あつてはならない(『刑の平等』)(同右一六一―一六二頁)を根本目標に据えてその具体化を追求して、自由刑を中心とする刑罰体系の再編成を企てると共に、死刑を謀殺、毒殺、放火および元首に対する反逆の罪に限定し(前掲一七三頁)、その他の重罪に対しては従来 of 死刑に代えて長期間の暗室独居拘禁刑を用いること(前掲一八一頁以下)、不合理な罰金刑の廃止(前掲一七一頁)、そして陪審制の導入により裁判官は、陪審員が認定した事実に対し自由裁量の余地なく法律を適用しなければならなくなったからという理由で、立法者が、あらかじめいろいろんな場合を想定して、犯罪の個別的ニュアンスをかかなりの程度まで盛り込んだ細分化された犯罪構成要件と、それに釣り合う固定した刑罰とを、明確に法定しておくべきこと(本論第一部六三―六六頁、ル・ペルチエ報告邦訳一五―一五二、一六〇―一六二頁)、を説き、その方針で立案された法案が提出され、修正はされたが基本方針は変えないで可決されたのである。

次に考察を人権宣言第八条の後段「そして何びとも、犯罪に先立つて制定されて公布されかつ適法に適用された法律によつてしか処罰されえない。」に移す。先程も述べたように、これは前段を受けて、「市民は、厳格かつ明白

に必要不可欠である所の犯罪と刑罰とのみを定める法律の適用によってしか、その行為を犯罪と認定されかつ刑罰を科されることはない。従つて、明白に必要不可欠でない犯罪・刑罰を定めぬと同時に、たとえある行為を処罰する必要性が厳格かつ明白であるように見えようとも、判例、学説、一般慣習など法律以外のものを法源として、その行為を犯罪と認定して処罰することは許されない。」という趣旨である。それに加えて、「この法律は遡及効を認められず、その適用は同じ人權宣言の第七および第九条に定めるデュール・プロセス原則と、それを具体化した所の、ボワランドウリ案に列挙され(前記要約③)後にデュポールの一七九一年刑訴法典提案趣旨説明および同法典に結実したような刑事手続の原則・法律規定とを厳格に遵守してなされるべきだ。」という趣旨をも含む。

そしてもう一つ絶対に見落してならないことは、人權宣言とその全草案が一致して述べているように、ここに言う「法律」は、「全市民が自ら又はその代表者を通じて創造した所の一般意思の表現であり(人權宣言第六条)、従つて全市民一人一人の自然権すなわち自由、所有、安全、圧制への抵抗およびそれらの権利における平等を、その行使が他市民の同じ権利の享受を阻害しないという限界内で、保障することのみを、その内容とするものだ(同第一―第五条)。」ということである。そうだからこそ、自由・所有・安全に対する侵害のみが、厳格かつ明白に犯罪として処罰する必要がある行為として法律に明定されうる(同第八条一項前段の解釈)ことになるのである。従つて、第八条後段のもう一つの重要な趣旨は、「専制権力ないし階級権力が、全市民又はその代表者の手によらず自らの手で創造した似而非法律、従つて必然的に一般意思の表現ではありえず、多かれ少かれ専制権力ないし階級権力の恣意の表現を含み、又従つて必然的に市民一人一人の自然権を多かれ少かれ制限又は剝奪しかつ市民間に自然権の享受の不平等を生ぜしめる似而非法律によつて、犯罪と刑罰とを定め、それを適用して市民を処罰することは、絶

対に許されない。」ということであり、さらに人権宣言第二条に定める「圧制への抵抗」の自然権との関係において、「もしそのような似而非刑罰法律が作られ又は適用されるならば、市民はそれを制定又は適用する圧制権力ないし階級権力に対して抵抗権を發動しうる。」という趣旨をも含意しているのである（復古王権が瀆聖罪や言論出版犯罪の処罰法を制定したのに対して市民が抵抗し、それが七月革命へと発展して行ったのも、この抵抗権の發動を大義名分としてであった。拙論「ドイツ近代犯罪論体系の史的変遷（法政理論一四巻二号、一九八一年）」八七―八八頁、小山勉「初期トククヴィルの知的形成とその同時代的背景——一八〇五年から一八三一年まで——（法政理論一二巻三号、一九八〇年）」二二五頁以下、五二、五四、五五、九〇、九二―九四頁、参照。）^(注)

(注) 人権宣言第八条の文言とベッカーア「犯罪と刑罰」の結語とは、かなり似ている。後者は言う、「刑罰が国民の一人に対する暴力行為にならないためには、それは本質的に公然、じん速、かつ必要なものでなければならず、与えられた一定の事情のもとで適用することができるとも軽くなければならず、また犯罪に比例した、法律によってはっきり規定されているものでなければならぬ。（風早訳「犯罪と刑罰（岩波文庫）」一九八頁）」と。言葉の上だけから系譜を論じたとしても、マグナカルタ第三九条やヴァージニア権利章典第八条より、こちらの方が遙かに罪刑法定主義の淵源たるにふさわしい。

言葉だけでなく理念・精神においてもそうである。ベッカーアは「イタリアのルソーを気取っている」と悪口された人であるから、ルソー思想を人民主権論の方へ持つて行かないで啓蒙君主制の基礎づけ論の方へ導かんがために、一般意見を伏せて社会契約論だけを前面に押し出した結果、これと反対に社会契約論を切り捨てて一般意思論だけを押して立て

た人權宣言に比べて、理論体系に多少緊密さを欠き論旨に若干曖昧な所を散見するものの、犯罪刑罰観においては、大筋で人權宣言と異なる所がない。さらに一步を進めて言えば、この書物がフランス語に翻訳されて広く読まれ刑事法改革の気運を大いに煽つたことは周知の通りであるから、デュポールが宣言第八条の原案を作るに当り、この結語を参考にしたという想像も、あながち無稽のことではない。

但しそうだからと言って、「宣言第八条はこの結語の安直な模倣だ」と考えるのは、「マゲナ・カルタ第三九条やヴァーヂニア州権利章典第八条を真似た」という従来の系譜論ほどではないが、やはり皮相の見解にすぎないであろう。宣言第八条はあくまで、本稿が明らかにして来た所の、人權宣言に関する討議を通じて弁証法的に発展した思想の帰結であり、エッセンスである。それがベッカーリアの結語に近いものとなったのは、ベッカーリアの思想が、人權宣言の討議に参加した議員全員に共通の理想的素養の一つであり、かつこの討議を貫流し成文宣言において純粹の表現を獲得したルソーの理念と根本において同じ理念に基づくものであったことの、必然的結果である。

そのような意味で、単に文言の上だけでなく理念・真髓・精神において、ベッカーリアこそ人權宣言第八条に先行する真正の罪刑法定主義の始祖であり、従つて正に近代刑法学の始祖なのである。従来わが国における通説的罪刑法定主義系譜論が、絶対主義時代のドイツ法学説に何となく追隨して英米起源説を信じて疑わなかった中に在って、風早八十二先生が、つとに罪刑法定主義の創始者としてのベッカーリアの歴史的意義を明確に指摘しておられることは、真に敬服に値する（風早前掲訳書の「解説——ベッカーリアの罪刑法定主義の歴史的意義——」（同書二〇八頁以下）参照）。

四 独・日・仏における、人権宣言第八条本来の罪刑法定主義の歪曲・矮小化の原

因と経緯——その立法および犯罪論特に違法性の本質論への影響

以上が人権宣言第八条本来の趣旨の全貌である。ここにおいて重大な疑問が湧き起る。何故にかくも豊穡だった本来の罪刑法定主義の内容が、フォイエルバッハ以降今日の通説のようなみすばらしい姿に矮小化され歪曲されてしまったのか？

謎を解く鍵自身、この主義本来の趣旨の中に在る。フォイエルバッハは、バイエルン啓蒙絶対君主制国家の立法権を基礎づけるために罪刑法定主義の理論を考案した。啓蒙絶対君主つまり物わかりのよい慈悲深い殿様は、なるほど人民の権利を守るため人民の権利を侵害する行為を犯罪として処罰して下さるが、人権宣言が予定しているように人民自身又はその代表が作る一般意思の表現としての法律によって、各市民の自然権を、そしてそのみを保全するためのみ、そうするのではなく、君主自身とその股肱の臣とが作る絶対君主制国家の意思の表現としての法律によって、絶対君主制国家の利益に添う範囲および反しない限度においてのみ、恩恵的にそうして下さるのである。従って、市民のどんな権利の侵害が犯罪とされるかは、君主と国家、つまり殿様と取り巻きの都合次第でなければならず、自由、所有および安全の自然権といえども都合如何では守ってもらえないかもしれず、まして圧制への抵抗権はその侵害が犯罪として処罰されるどころか逆にその行使が重大な犯罪として極刑に処されなければならぬし、自由、所有および安全以外に、殿様と取り巻きたちとの封建的諸特権に対する侵害も、広く犯罪とし

て重刑に処されなければならない。その意味で、刑事法律でどんな罪刑を定めるかは、権力のご都合次第でどうでもなるようにフレキシブルでなければならず（つまり君主と国家とが法律を定めさえすれば、あるいは廃止さえすれば、どんな行為でも犯罪としてこれを処罰すること、あるいは処罰しないことができるようになっていなければならず）、人權宣言八条前段の如き制限は絶対には存在してはならない。それ故、フオイエルバッハの罪刑法定主義で八条前段が完全に切り捨てられたのは当然であるし、こうして一人歩きし始めた後段が、「法律なければ犯罪なく刑罰なし」と定式化されて、絶対君主の排他的な、そして内容的に無制約の、刑事立法権を基礎づけることになったのは当然である。

もつとも、その本音をむくつけに言わない所が、王權神授説の如き古い絶対主義法理論と違う啓蒙絶対主義法理論の巧妙な所なのであって、逆に人民に対する「お為ごかし」として、ドイツにおけるルソー・エピゴーンたるカントの自由主義哲学を巧みに利用し、「法律は、人間の自由な意思に直接強制を加えることを許されないから、感覺的世界の因果関係にのみ介入して、『かく行為すれば（原因）かく処罰されるぞ（結果）』ということを法律に明定して人民に警告し、人民がその警告を意思決定の一要因として自由に主体的に判断して、自己の意思で処罰の結果を引き受ける覚悟で犯罪行為を選択したときに、予告した因果関係の嘘でないことを表わすために予告通りの刑を科すのであり、それ故、罪刑法定と予告通りの科刑とは、一般人民および犯罪者の自由意思||人格を尊重する所以なのだ。」と説いた。（以上につき、拙論「仏独近代刑罰権理念史序説」(『法政理論』一四卷三号、一九八二年)「一四六一―一五一頁参照)しかし、こんなわかつたようなわからんような理窟を、カント張りの七難しい言葉で聞かされても、一般人民はおるか法学者だつて本当の所はナンノコッチャであるから、後の法学者は次第にこれを自分の背

文に合うように仕立て直して、「法律できちんと罪刑を定めて人民に示しておかないと、裁判官が勝手に罪刑を認
 定する危険があるからだ。」と言い変えた。しかるに、もしその危険が事実なら、罪刑の多くの部分が判例・学説・
 一般慣習法で定められていた旧絶対主義国家では、現実に裁判官の罪刑専断が横行していたはずである。そして一
 九世紀も半ばにさしかければ、旧絶対主義国家時代の人はすべて死ぬか老耄化してその時代の記憶が忘れ去られ、
 「はずである」が「そうだった」になり、一人の権威者が「間違いなくそうだった」と言えばそれが確信となり学
 界の定説となつて行くのは、自然のなりゆきである。そしてそれは、権力者にとつて大変都合のよい状況でもある。
 「昔の刑事司法は罪刑専断の横行で、人民は酷い目に遭っていた。法律によらねば処罰されぬ今の人民は幸せだ。」
 と、現体制を謳歌できるから。(法律の性格がどうあろうと、罪刑を判例・学説・慣習法に一任しないで法律に明定すること
 自体にあくまで人権保障的意義を認めんとする学者は、人民に罪刑を周知させるため、又地方ごとに異っていた罪刑を統一して
 人民をして帰趨に迷わしめぬために、罪刑法定はやはり必要不可欠だ、と言う。しかしアンシャン・レジーム下に如何なる民衆
 が法文を読みえたのか、又国民の大多数が高校大学出である今の日本人の何びとが刑法典を読んだことがあるのか、読んだとし
 て《たとえ平易な口語体に書き直したとしても》その中の何人が理解しえようか。フランスでも事態は同じで、ステファニおよ
 びルヴァースールは刑法総論の教科書の中で、「刑法各則は学士号取得の必修課目でないから、学生は背任・誣告・禁止された武
 器の所持等の何たるかを正確に知らないかもしれないが」各則を知らないでは総論もわかるはずがない、とボヤいている (Stefani
 et Levasseur, *Droit pénal général*, 10^e édit., 1978; その沢登・新倉訳「フランス刑事法 (刑法総論)」(成文堂、昭和五六年)、「一
 八頁」)。また、高等法院の管区ごとに少々罪刑に異同があったとして、一生その管区外に出ることのない殆どの民衆にとつて、
 又稀に他管区に旅行する民衆にとつて、如何なる不都合があったのか(実際にはその違いは、犯罪刑罰体系および法定証拠規則

の枝葉についてしか存在しなかったのだが)。今なお罪刑の多くが裁判慣習法に委ねられていると言われるイギリスで、民衆は罪刑の無知や不確実さに悩まされているのであろうか。州ごとに刑法の異なることが、頻繁に他州に向く現代のアメリカ合州国人を苦しめているのであろうか。現実には、民衆に刑法を周知させる方法は成文法制定とは別の所に在る。大陸法系国家における成文法信仰の眞の歴史的淵源も、専断防止と直接の関係はない。

こうして騙された人民の無知につけこみ、権力はお為ごかしのたてまえの方ではなく本音の方で行動し、国家権力、支配階級、そして彼らを権力者・支配階級としているその時々体制の保全を以て刑事法律の目的となし、その保全の利益に対する侵害であれば何であろうと犯罪となし、体制擁護のために必要とあればこれに対してあらゆる断圧的な刑罰を科すことを辞さざるに至った。資本主義の発展による階級対立、階級闘争、帝国主義的侵略・戦争の激化がこの状況をエスカレートさせ、新種の犯罪(法定犯・行政犯)の大軍を生み出した(刑罰インフレ)。「自由、所有および安全の自然権に対する侵害しか処罰してはならぬ」という、人權宣言八条の歯止めはうたかたの如く消え失せた。絶対主義国家権力と資本家経済権力との連合による強引な近代化を急ぎ、階級弾圧と帝国主義とへの道をひた走るドイツにおいて、まずこの趨勢は決定的となった。そしてやがて、同じ路線をドイツ以上のせつちさと強引さによって驀進する日本にも波及して行つた。

通俗化されたフォイエルバッハの罪刑法定主義は、間もなく、罪刑法定主義の出生地フランスにも逆輸入された。そもそも人權宣言は、絶対王制の自己変革能力に過大の期待をかけて楽天的な未来の幻想を追い求めた知的エリートたち、あからさまに言えば食うに事欠かぬ教養ある殿様や旦那衆の理想主義的情熱の産物であり、老練な叩き上げの官僚マルーエが警告したように(列伝 Malouet の項参照)、この理想の実現を目ざす革命の歩みは、観念的世界

の山頂より下りるや忽ち冷厳な階級的現実の壁に激突せざるをえなかつた。人権宣言の發布後、特に制憲議会の終了後、革命はその階級闘争性を急速に露骨化し、人権宣言ほどの階級陣営にとつても常に錦の御旗であり続けながら、それをかつぐ陣営の階級のご都合に合わせてイデオログによりその解釈を急速に歪曲されて行く。かのルイ一六世の弁護人たちの危懼は、今やまぎれもない現実となる。「革命は諸君の中に偉大な諸徳を發育させた。しかし、革命が諸君の魂の中で、人道の感覚を弱めたのではないかを危懼せよ。その感覚が伴わなければ、それらの徳はまがいものの徳でしかありえない。」(列伝 *Portrait* の項参照) 公安の原理が自然権の原理を制圧し、法律は今や明白に階級支配の道具と化し、権力の争奪は今や新しい階級支配体制創出の主導権争いにおける天王山となる。テールの危機を脱してひとまずその主導権を手中にしたブルジョアジーは、いまだ弱体の自分を守るためナポレオンの独裁権力を以て内外の旧勢力と人民との両面に対する防壁となし、その蔭で着々とその地歩を固めて行く。王政復古もこの動きを阻止しえず、七月革命によって絶対王権のくびきを脱したブルジョアジーは、二月革命によって遂に権力を直接その手中に収める。その間に刑法と刑罰権とは、国内の階級敵に対する最強の武器として、「個人の自由・所有および安全に対する侵害に限る」という人権宣言が設定した限界をはるかに超えて、ブルジョアジーと帝権ないし王権との連携支配体制、そしてやがてブルジョアジーの直接支配体制の確立・維持にとつて、重要な障害となる行為を、広く犯罪として抑圧するに至る。人権宣言第八条前段の制約は有害無用として無視され忘れ去られ(但し決して文言の削除には至らない。なぜなら帝権も、その後の七月王権もブルジョア共和制権力も、たてまえとしては飽くまで人権宣言の精神を守り実行し普及することを己が使命とする大革命の後継者なのだから)、後段のみをクローズ・アップしたフォイエールバッハの罪刑法定主義が第八条全体の趣旨にすり替わって行き、刑法学教科書の中に広く採り入れら

れ定説化する（例えば Stéfani et Levasseur, op. cit., 10^e édit., 1978, n° 86; その沢登・新倉前掲訳書六一頁は、罪刑法定主義をまず例のフォイエルバッハのラテン語の定式によって定義した上で、その歴史上の最初の表明として一七八九年人權宣言第五条「法律によって禁止されていない行為はすべて妨げられない。何びとも、法律の命じていない行為を強制されない。」および第八條の前段を省略して後段のみを挙げる。つまり今日のフランス刑法学の通説では、人權宣言第八條の前段は罪刑法定主義とは無関係であり、前段から切り離してそれだけで完結した条文として解釈された第八條後段が、罪刑法定主義の表明とされているのである。又、第五条の右所引部分は、「自然権行使は、他の社会成員に自然権の享受を確保させること以外に限界を有せず、その限界は法律によってしか規定されえない。」と定めている第四条と、それに呼応する第五条冒頭の文「法律は社会に有害な行為をしか禁ずる権利を持たない。」を受けた規定であるから、自然権を侵害せず従って社会に有害でない行為はすべて第五条に言う「法律によって禁止されていない行為」に当然含まれているはずであるが、フランス刑法学の通説は、ここでもやはり、第四条および第五条冒頭から切り離してそれだけで完結した条文として解釈された第五条の後半を、罪刑法定主義の表明とすることにより、法律が禁止しうる行為に対する第四条および第五条冒頭の制限を取りはずしてしまった。なお、わが国における罪刑法定主義の系譜論では、人權宣言第八條の直接の模範になったものとしてヴァージニア権利章典第八條のみ——それも恐らくは最後の部分「国法ないし陪審員の判定による以外にはその自由を奪われることはない。」のみ——を引き、同章典九條の方を無視しているが、第九條は「過大な額の保釈金、過重な罰金、残虐で異常な刑罰」を禁止する規定であり、かような刑罰は人權宣言八條前段で法律に盛りこむことを禁じられた「厳格かつ明白に必要な刑罰以外の刑罰」に当るから、もし人權宣言八條全体を罪刑法定主義の表明と解するなら（現にわが国の刑法教科書の多くはフランスの刑法教科書と異り、そのように解しているが）、その模範としてヴァージニア権利章典第八條を引きながら第九條を引かないのは片手落ちである。それを片手落ちと思わ

ないのは、つまりわが国の通説的系譜論者もフランス刑法学者同様人権宣言第八条前段は罪刑法定主義と無関係だと思つてゐるか、それとも前に指摘したように、前段の邦訳文に言う「厳格かつ明白に」を「必要な」でなく「定め」を修飾する副詞と誤解して、前段を「罪刑の厳格かつ明白な法定」を命じる規定として罪刑法定主義の表明なのだと誤解し、かつ「必要な」という語を看過ないし無視しているか（後の方と考えた方がつじつまが合うが）のいずれかだからである。

人或いは次のような疑問を抱くかもしれない。復古王政の下でフランス・ブルジョアジーは、瀆聖罪や言論出版犯罪の復活をもくろむ王権・旧勢力に対して激しく抵抗し、それを引きがねにして遂に王権を打倒した（七月革命）。これは、宗教的犯罪や出版統制違反罪を処罰するアンシャン・レジームの犯罪刑罰体系を廃絶して自由・所有・安全の侵害のみを犯罪として処罰する新しい刑法典を創造した、人権宣言および一七九一年刑法典と、共通の理念に基づく運動ではなかつたのか、と。答えて言う。廃絶せんとした目標は確かに共通だった、しかし創造せんとする犯罪刑罰体系の根本原理は全く異つていた、と。その証拠は次に述べる刑法理論の動向である。

七月革命によって、復古王権のイデオロギー、ドウ・メーストゥルの超越論的犯罪刑罰理論（拙論「仏独近代刑罰権理念史序説」）（法政理論一四巻三号、一九八二年）、「一二二―一二六頁参照）およびカントの絶対的応報刑論（同右一二六―一二八頁参照）を打倒したブルジョア刑法学、いわゆる新古典学派は、犯罪を以て個人の自由・所有・安全の侵害でありかつそれに限られるとする人権宣言の原理に明確に別れを告げ、「犯罪は社会利益・一般利益・公共の利益ないし社会秩序の侵害でありかつそれに尽きる」とする全く新しい原理を宣言する（拙論前掲一五一―一五六頁、一六一―一六二頁参照）。社会とは何であるか。ブルジョアジーの支配する資本主義社会である。一般とは何か、公共とは何か。ブルジョアジーが被る無階級性の仮面である。今やブルジョア支配体制を危うくする行為はすべて犯

罪として処罰され、逆にその体制に益ある行為はたとえ個人の自由・所有・安全を侵害しても処罰されなくなったのである。

では他方、ドイツや日本の刑法理論の動向はどうであったか。フォイエエルバッハはフランス啓蒙思想・人權宣言の犯罪理論の影響を完全には脱し切れず、違法の実質を「権利侵害」に見た（拙論「ドイツ近代犯罪論体系の史的変遷（法政理論一四巻二号、一九八一年）」七〇〜七二頁参照）。但し、「権利」を各市民の自然権のみに限定せず、封建特権まで含む漠然たる権利概念、権力の都合でどんな権利でも突っこめる便利な頭陀袋としたのが、啓蒙思想・人權宣言との違いである。ところが、その後の刑法理論は、絶対主義権力とブルジョアジーおよび大土地所有者との連携・癒着の体制たる近代型絶対主義国家社会体制保全の利益に対する侵害を以て明確に犯罪概念の中枢に据え、これを客観的違法論として展開して行く（前掲拙論八〇〜八一、八四〜九一頁参照）。しかるに、国家社会体制保全の利益の侵害の態様は極めて広汎・多岐・複雑であつて、到底権利侵害概念を以て蔽い尽くせるものではない。そこで違法の実質は権利侵害から「利益侵害」へと書き変えられて行く。さりとて単に「利益侵害」では余りにも広過ぎ「漠然とし過ぎて」いるから、「国家社会体制保全の利益」の侵害と言えば正直だが、これでは刑法の階級性がまる見えで、せっかくの通俗的罪刑法定主義のお為ごかしによる「人民のため、そして犯罪者のための近代刑法」という看板が泣く。そこで窮余の一策として発案されたのが「法益」¹¹。「法の保護する利益」の侵害という概念に外ならない。しかしこの概念はナンセンスである。それを言い換えれば「刑法がその侵害を以て犯罪としその侵害に対して刑罰を科すことを定めることにより、それを保護する所の利益」ということになり、「刑法が保護せんとする利益の実質如何」という実質的違法論の根本的な問いかけに対しては、問いを以て問いに答えているに過ぎないから。

その点フランスの新古典学派は樂であつた。彼らは「一般利益」「公益」ないし「社会的利益」という語を、「資本主義国家社会体制保全の利益」の代りに当て用いることができた(拙論前掲八七〇八八頁、拙論「仏独近代刑罰権理念史序説」前掲引用頁参照)。革命の伝統は、フランス人をして、国家と人民との中間に、国家と対峙してそれ固有の意思と運動法則を持つ市民社会を置く所の、国家社会構造分析の方法論を、自明のものたらしめていたからである。これに対してドイツ、日本の絶対主義国家は、自己と対峙するものとしての社会という概念を明確に認めることを、極度に警戒した。ひとたびこの概念を認めるや、市民は国民として国家に属する前に、まず市民として社会に属し、国家と社会との利害が対立した時には、市民として国家に反逆するも可なりとする、抵抗・革命の論理に手ごろな手がかりを提供することになるから。それ故、社会は結局国家に吸収されなければならない。市民社会が弁証法的に止揚されることによって立憲君主制国家となる、というヘーゲルの「法の哲学」の世界観は、正にこの要望に応えるべく創案されたものである。かくてヘーゲル学派の刑法理論が一九世紀後半において支配的となる(拙論「ドイツ近代犯罪論体系の史的変遷」七七頁以下。なおヘーゲル自身の犯罪刑罰論については拙論「仏独近代刑罰権理念史序説」一二六―一三三頁)。そしてこの学派が、国家利益でも社会利益でも体制の利益でもなく、ざりとてただの利益でもなくて、中立・非階級的な何らかの限定つきの利益概念はないものか、と頭をひねった末に思いついたのが、内容的に全く無記の、純粹に形式的な限定だけがついた「法益」という概念だったのである。これなら立法権者は、この概念に思い通りの内容を盛り込み、たとえ個人や市民社会の利益を全く侵害しない行為であっても、立法権者に都合の悪い行為は「法益を侵害したから違法だ」ときめつけて、これを処罰する法律を思いのままに制定することができ、逆に個人や市民社会の利益を著しく侵害する行為であっても、それを放任した方が立法権者に

好都合な行為は「法益を侵害していないから違法ではない」と言つて処罰しないことができる。（拙論「ドイツ近代犯罪論体系の史的変遷」八〇〇―八二一頁）こうして法益侵害説は絶対主義の下で、ドイツ刑法学の違法論の通説となった。

他方わが国でも、明治初年にフランス法に倣つて刑法と治罪法とが制定された当時は、「社会」を「国家」から區別して「公衆」と同一視するフランス刑法学の理論が受容されたが、やがて天皇制絶対主義の確立につれ、ドイツ法学の影響下に「社会」が「公衆」から切り離されて「国家」の中に吸収され、刑法学においては公訴||公衆訴追の觀念が公訴||国家訴追の觀念に変質して行くと同時に（拙論「フランス刑事訴訟法は、檢察官と私訴原告人との協同による公衆訴追主義を採る（法政理論一六卷一号、一九八三年）」一〇一―一〇二頁参照）、刑法学においては初期におけるフランスの新古典学派の社会的利益侵害説がその信奉者と共に帝国大学の教壇から急速に掃蕩され、ドイツ刑法学とその法益侵害説およびこれによって完全に洗脳された刑法学者の一群に取つて代られる。

五 現代刑事法制における人權無視の横行と、その抜本的克服策「罪刑法定主義の

初心に還れ」

以上の状況は今日も全く變つていない。否、管理社会化の進行に伴ない、独占大資本と癒着した独占資本主義国家権力は、刑法を人民管理の簡易・安上りかつ能率的な道具としますます濫用する風潮に在り、刑罰インフレはますます進行している。他方資本主義的経済活動は、交通災害・労働災害・一般公害・自然環境破壊など明らかに

人の自由・所有・安全に対する重大な侵害を惹起しつつあるにもかかわらず、しかも通常の犯罪の如く一人二人に對してでなく、広範囲の多数者に対し、地域社会どころか国家社会全体にわたり、否地球的規模ですら、惹起しつつあるにもかかわらず、資本主義的利潤の確保に支障のない限度のみ、法律によってその活動条件を規制されるにすぎず、決してその活動そのものが犯罪として禁止され処罰されることはないばかりか、侵害の発生を大幅に減らすことのできる有効な手段が在っても、その採用が利潤の低減を招く恐れのある場合には、法律がその手段の採用を命じ違反を犯罪として処罰することは決してないのである。自動車産業はその最も典型的な例であつて、わが国だけで年間一万に近い生命、数十万の身体の安全を侵害しながら、廃止が問題にさえならぬはもとより、例えば車輛の出しうる最大速度を時速四〇キロに抑えるだけで恐らく死傷は一〇分の一以下に減るであろうに、遅いスピードが顧客の購買意欲を減殺することを恐れる自動車産業の要求により、法律がそのような制限を加えることは決してない。つまり、自動車産業を基幹産業・独占資本の巨魁とする現代の独占資本主義国家社会体制の擁護のために、わが国だけで年間数十万人、世界中では何百万あるいはそれ以上の人の生命と身体の安全とが、みすみす奪われるに任されているのである。そして、こういう状況を当たり前のこととしか感じることでできない現代文明国人に、他者の自由・所有・安全を不可侵の権利として尊重しようとする心が失われて行くのは当然であり、社会体制の利益とその自分へのいささかのお裾分けとを確保するためなら年間一万の同胞の生命を犠牲にすることに全く躊躇しない人々が、それら（社会体制と彼ら自身と）の利益をちよつとも侵害する奴は極悪非道の悪人、社会の敵、危険な害虫・病原ウィルスの同類だときめつけ、「彼らを抹殺し駆除するためには草の根を分けても彼らを探し出してやつつけねばならぬ、そして彼らをくまなく探し出すためなら、被疑者・被告人を少々手荒に追紀し、その結

果多数の真犯人を見つけ出す代わりに、でっち上げた自白に基づいて無実の死刑囚を五人や十人作り出したところで、何が悪い。」という考えに導かれるのは、極めて自然である。そしてこれこそ、わが刑事司法のまぎれもない現状なのである。

この状況を打破し刑法を真に人權擁護の手段として人民の手中に奪還するためには、本論で明らかにした一七八九年人權宣言第八条の真精神すなわち「罪刑法定主義の初心」に還ること、そしてこれを基準として刑事法のみならず法体系全体の現状を根底から批判し現行法制に巢食う人權無視の病根を明らかにすると共に、これを導きの燈台としてその病根を切除しわが刑事法制を臨終の床から蘇らせる方途を探ることが、極めて有効である。

これに反論してもし「二百年前の一握りの知的エリート、貴族・金持の理想など所詮観念論の幻想にすぎない。近代史はその幻想性の証明にほかならなかったではないか。」と言う人があれば答えよう。彼らは確かに理想主義者であった。しかし彼らは、安楽な書齋の椅子で思いつきを遊び夢想に耽り、或いは讃仰者に取り囲まれた説教壇でその思いつきや幻想を語ったのではない。彼らは己の理想を己が血で贖ったのだ。キルケゴールの言葉（「ギーライエの手記」）を借りれば、「自己にとつて真理であるような真理」として個人の自由||人格の尊厳性「を発見し、自己がそのために生きそして死にたいと思うようなイデー」としてすべての個人の自由||人格の尊厳を平等に保障し保護し拡充し強化することを唯一の本質的な目的とする一般意思の表現としての全法体系の創造」を発見し、そしてそのイデーのために生き」かつ死んだのである（拙著「権力止揚論」一四九頁参照）。そしてその真理・そのイデーが単なる「観念論のたわ言」でなかったことの証明として、尔来二百年欧米のみならず全世界に普及し定着し

た近代法体系は、正にそのイデーの具体化として創造されたのであり、その枝葉の部分はなるほど階級社会の現実によって幾多の修正・歪曲を蒙ったが、その根幹をなす人権宣言とそれに基づく諸法制、特に刑事司法における人権保障制度および陪審制（司法権の人民による直接掌握）は、不動の原則として人類永遠の財産目録に加えられたのである。この厳然たる事実を認めないことの誤りの最も雄弁な証明は、近代法体系を挙げて階級支配の道具にすぎずときめつけ、その根幹をなす人権宣言の理念を近代法体系の階級性を隠蔽し糊塗し美化するブルジョア観念論の陰謀にすぎぬときめつける教条マルクシズムに基づいて創造された所の、ソ連型社会主義法体系の現実である。ルイ一六世処刑裁判における弁護人の訴えは、社会改革を志す者への不朽の箴諫として、今も人々の胸に切々と呼びかける、「革命は諸君の中に偉大な諸徳を發育させた。しかし、革命が諸君の魂の中で、人道の感覚を弱めたのではないかを危懼せよ。その感覚が伴わなければ、それらの徳はまがいのもの徳でしかありえない。（列伝Targetの項参照。これで三回目の引用だが、来たるべき人類社会の眞の革命の根本指針として、この眞理は、たとえ千回引用してもなお多すぎることはできないであろう。）」ブルジョア近代法が階級支配の手段化したのは、それが人権宣言の理念に基づいて創られたからではなく、逆に人道の感覚を弱めることによりその理念を骨抜きにし又は変質させたからである。これまでに明らかにした罪刑法定主義の矮小化・歪曲の経緯は、その最も明白な一実例である。故にブルジョア近代法の超克は、その理念の初心に還ること、すなわち眞の近代法のルネッサンスを遂行すること、によってのみ達成されうる。

これに対してなお反論して、「利己性・階級性は人間性の本質であるから、人権宣言の理念は人間にはあまりにも美しすぎ、それを現実化することは重荷にすぎる。近代法二百年にわたるその骨抜・変質の過程こそ、そのこと

の明白な歴史的証明にほかならない。」と言う人があれば答えよう。近代史二百年の長き苦悩から学ぶ教智がもし人間に欠けていないならば、早く到来しすぎた真理を受け容れる現実の条件が、どうしていまだに欠けていることがあるうか、と。

全法体系にわたる人權貫徹の阻害要因克服の道については、これまで「権力止揚論(一)」、「(二)《法政理論一〇卷二号、一三卷一号》」および「権力止揚論(大成出版社、昭和五六年)」において論じた。いずれその続編において一層具体的な検討を行なう予定である。本論ではさし当り、叙上の考察から即座に明らかとなる刑事人權貫徹の阻害要因克服の道の二、三を提示して結びとするが、それは、筆者がこれまでに「権力止揚論」第八章(特に三三四―三三一、三三三―三三七頁)および「刑罰権否定の法理(刑法雜誌二五卷一号、一九八二年)」で提案して来た、刑事法体系の根本改革の基本的指針と呼応するものであるから、読者願わくはこれらを本論と併読することにより筆者の言わんとする所をさらに深く理解せられんことを。

(一)「人權の限界は他の人權と抵触する所にしか設定されえない」という原理に基づき、犯罪を各個人の生命・身体の安全(〓各種生存權的基本權)、自由(〓各種自由權的基本權)および所有(〓以上の人權を享受するために必要かつ十分な經濟的条件。従つて必要十分な範圍に限る。)に対する侵害に限定し、その他の違法行為への対応は行政法・社会法・私法の中で行なう。現行憲法における人權の制限原理たる「公共の福祉」は、わが国で通用しているような「全体利益」としての「社会利益」や「国益」又は「集合利益」としての「国民・大衆・市民・地域ないし産業の利益」の意味にでなく、又歴代の絶対王權、帝權、ブルジョア權力および社会主義国家權力がこぞつてそう、利用して来たような、その時々々の階級的權力の存在とその専斷・压制とを正当化するための理念として、

でなく、この理念本来の歴史的意思「外国人と寡婦と孤児との保護、つまり社会的弱者、落ちこぼれ、孤立無援者、被迫害者又はそうなる危険のある者の保護、言い換えれば自由・所有・安全の自然権の享受を妨げられ又は危くされている者にその享受を確保してやること」という意味に用いるならば、右の原理と全く矛盾しない。なぜなら

右の意味における弱者の保護は、これを日本国憲法の言葉に置き換えれば「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」の保障すなわち生存権的基本権の要をなす社会福祉・社会保障の確立・充実を意味するが、それが必要となるのは、何らかの理由で人が自然権として当然享受すべき自由・所有・安全に事欠く場合に、その人すなわち社会的弱者のためにその不足を補って彼をしてその必要十分な享受を可能ならしめる手段としてである。従つて事の筋道からすれば、弱者保護∥社会福祉・社会保障の確立・充実としての本来の歴史的意思における公共の福祉は、自由・所有・安全の自然権そのものから、直接に、その保障の具体的な一態様として、当然に導き出されるものである。そして人権宣言本来の自然権は、正にそのことを当然に含意するものとして構成され規定されていた。まず所有は人権宣言第一七条において、「神聖不可侵」と称されながら同時に「法律に従つて (legalement) 確認された公共の必要性が明らかにそれを要請する場合」に「正しい事前の補償を条件として」所有権者から奪い取られることが予定された権利として、規定されている。この点で、如何なる公共の必要によつても、如何なる補償を条件としても、絶対に個人から奪い取ることを許されない所の、刑事人権、信仰・思想・言論の自由権および生命・身体の安全権とは、本質を異にする。この違いは、所有が自由・安全の如くそれ自体が目的である所の自然権ではなく、自由・安全の享受という人の窮極目的にとって絶対不可欠の手段であり、ただ実生活上自由・安全の享受そ

のものと分離できないが故に自由・安全と併せて自然権とされている、という事実によ來する。所有は本質的には手段にとどまるから、他者の自由・安全のために必要ならば、その意味で公共の必要性がそれを要請する場合には、正当な保障の下にその必要を充すべく供与しなければならぬのである。そして他者の自由・安全のために所有の公的供与が必要な場合の中には、当然、他者が自由・安全の必要十分な享受すなわち健康で文化的な生活、を確保する手段として必要十分な所有を享受していない場合が含まれる。それ故宣言第一七条は本来当然に、社会的弱者の生存権保障としての社会福祉・社会保障の確立・充実を予定した規定である。成文宣言は簡略を旨としその予定を別条として明定していないが、成文の基礎となつた諸宣言は明文を以てこれを規定する（例えばシエース第一草案第二五条、第二草案第二七条、第四一條。ポワランドウリ草案第八條（本稿第三部に訳出。シエース第一草案第二五条、第二草案第二七条とほぼ同文だが、ボ案の「公的救援」がシ第一案では「同市民の救援」、シ第二案では「社会の救援」となっている。））。

そしてこれは、ルソーが想定した自然権としての所有概念と一致する。ルソーは言う、「人はすべて生、ま、れ、つ、き、自、分、に、必、要、な、す、べ、て、の、も、の、に、對、し、て、權、利、を、も、つ、て、い、る（傍点筆者）。しかし、彼をある財産の所有者にする積極的行為が、彼を残りのすべてからしめだす。彼の分け前がきまつた以上、彼はそれで辛抱しなければならぬ。共同体の財産に対してはもう何も権利はないのである。……この権利においてわれわれが尊重するのは、他人に属するものというより、むしろ自分に属さないところのものなのである。（「社会契約論」第一編第九章）かくて、人權宣言の本来の根本理念が最も深くルソー思想に基づいているというわれわれの主張は、所有権不可侵原理についても妥当する。

ところが、ブルジョアの支配権が確立するにつれ、特に一九世紀に入って産業革命の進展・資本主義経済機構の急激な発展に伴い、ブルジョア法イデオログによる契約自由原則の形式主義的解釈、例えば資本家の利潤追求のための労働力の買い叩きは全く自由たるべきだが、これに対抗する労働者の団結は労働者個人の契約の自由と労働力取引の自由とを制限するものであるから自由権を侵害する一種のギルドであつて、ギルド禁止法||ル・シャブリエ法により禁止されるといふ解釈により、自由権は資本家にとつては労働力搾取のライセンスとなり、労働者にとつては饑餓への自由となる（拙著「労働法史（風媒社、一九六九年）」一〇五―一〇八頁、一一六―一二三頁参照）。又、所有権の本身に関するブルジョア法イデオログの解釈により、人権宣言第一七条の所有権に対する前記根本制約および諸草案における弱者の公的救援を受ける権利が切り捨てられて、所有権は、何者によつても（国家権力によつても法律によつても）そして如何なる理由によつても（公共の必要性が明らかにそれを要求しているという理由によつても）、権利者の権利対象物に対する利用・収益・処分権能を、そのほんの一部たりと、絶対に剝奪又は制限されない権利だ、という意味で、完全円満かつ神聖不可侵な権利である、とされた結果、資本家は、生産手段を自己の意のままに、従つて自己の利潤追求のために必要と判断するあらゆる方法によつて、他の資本家・労働者・一般市民・国家・民族その他何者の不利益・迷惑・困窮・悲惨の惹起にも顧慮することなく、利用・収益・処分する権利、すなわち生産手段に対する完全円満かつ無制約の支配権を手中に収め、それを通じて労働者と消費者とを支配し、やがて独占の進展により全産業機構と国民の全経済活動とを支配し、さらにそのことを通じて国家活動すなわち政事と軍事との全体を支配するに至る。そしてその反面として労働者その他の弱者は、自由・安全の享受のための必要最低条件としての所有さえ保障されざるに至り（貧困・失業）、あるいは自由・安全そのものを直接剝奪されるに

至る（労働上市民生活上の各種強制、政治的・法的・思想的弾圧、苛酷な労働・貧困・環境悪化・各種公害および各種産業災害による健康・安全の危険・喪失）。

すると今度は、このような状況を改善するためと称して、かつては絶対王権を基礎づける理念であった公共の福祉が、右の如くブルジョア法イデオログによる歪曲を蒙った自由権および所有権に対する制限原理として再登場するが、ブルジョア階級権力とそのイデオログとは、眼ざとくもこれを、ブルジョアの自由および所有の弊を矯める原理としてのみでなく、広く一般的に自然権を、従って人權宣言本来の自由・所有・安全を、そしてその全体を、制限する原理として理論構成すると共に、その中身として、従来の「寡婦と孤児と」に代表される弱者・要保護者の保護を、ブルジョア支配体制・資本主義国家社会機構の保全・強化・発展にすりかえ、かくて公共の福祉を彼らの階級的利益のために思うがままに個人の人権を制限するための大義名分に変質させることによって、階級弾圧の完全なライセンスを入手するに至る。

しかし、これまで縷々論じて来たことから明らかなように、一七八九年人權宣言における自由・所有・安全の自然権保障は、絶対にそのようなものではなかったはずである。それは、労働者弱者の自由・所有・安全の侵害すなわち資本主義的搾取・凌虐を絶対に許さず、彼らの自由・所有・安全に不足があれば社会の公的義務として国家をしてその不足を補い足らしめる任務を遂行せしめ、以て労働者・弱者をして自由・所有・安全の自然権の必要十分な享受を絶対に得しめること、を当然に含意していたのである。従って又その反面として、資本家の自由・所有の恣意的行使による労働力搾取および経済機構の独占支配を絶対に認めず、社会的弱者に対する社会福祉・社会保障のために、資本家・富者に対し、彼らのありあまる所有すなわち自然権享受に必要な十分な所有の範囲を超えた部分

の公的供与を義務づけること、を当然に含意していたのである。大革命の聖なる旗じるし、自由・平等・同胞愛は、そのことなくして如何にして現実のものとなりえようか。

(二) 刑罰はルール違反へのペナルティ以上のものであつてはならず、受刑者の人権は完全に保全されなければならぬから、ペナルティに如何なる法的又は非法的制裁ないし苦痛も随伴させてはならない。受刑者の社会的地位は完全に保全され、ペナルティ終了後直ちに原地位への復帰が保障される(但し本人が望む場合には、別の方法による社会復帰のために国家と社会とに援助を求めうる)。死刑は存在しえない。

(三) 刑事手続は陪審制度に立脚し、デュー・プロセスの要請を完備したものでなければならず、裁判官が純粹のペナルティとして万人に対して平等な固定した刑を、陪審員が認定した事実に基づいて機械的に適用しえんがために、犯罪構成要件は厳密・一義的かつ客観的な文言を以て規定されなければならない。この要請と、犯罪が客観的な人権の侵害に限られることにより、右の如く規定することの困難な行為は本質上犯罪たりえない。(わが国では、陪審制不在の結果、裁判官が事実の細かなニュアンスまで、そして犯人の性格・環境・犯罪動機のようなあいまいで主観的で規範的な要素まで認定し、それに合わせて自由裁量により刑罰を加減することが可能となり、「権力行使の醍醐味は自由裁量権の行使に在り」との権力者として必然の願望から、欧米に例のない抽象的で漠然とし、主観のおよび規範的な要素を多く含む犯罪構成要件と、大きな裁量幅を持つ法定刑とを持つ所の、主観主義的刑法典が作り出された。罪刑の厳格な法定は本質的に陪審制と結びつくという、人権宣言草案ヤル・ペルチエ報告の主張の正しさの明白な実証である。)

正誤表

一二七頁 後から七行目

(誤)

下位実定法規範が

(正)

下位実定法規範
の妥当性が