

論説

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なかった・宣言の諸草案
および議會審議録からの考察

第一部 本論

沢 登 佳 人

目 次

第一部 本論（本号）

第二部 宣言の諸草案の解説と邦訳、および宣言第七、八、九条の議會審議録の邦訳

提案者および発言者の列伝

結論 罪刑法定主義の現代的意義

罪刑法定主義の本質、機能および歴史的系譜についての議論は、近年かなり深められており、一昔前の大先生方が至極明快に、言い換えれば何の疑いも抱かず悩みも持たないという意味でおおどかに断定しておられたように、「要するに罪刑法定主義とは『如何なる行為を犯罪とし、如何なる刑罰をその行為に科するかは、その行為以前に制定された法律に明定されていなければならず、そこに明定されている以外の行為を犯罪として、そこに明定されている以外の刑罰をその行為者に科すことは許されない。』とする刑法の根本原則であり、この原則は、イギリスのマグナ・カルタに発祥し、尔後イギリス歴代の権利章典中に再確認された後、フランス大革命の勃発と共に、マグナ・カルタを継受したアメリカ合衆国ヴァージニア州の権利章典第八条その他を媒介にして、一七八九年の人權宣言中にその第八条として導入され、以後フランス法およびそれを継受した大陸法系諸国の法の根本原則として確立され普及されて今日に至っている。」と簡単に言い切つて満足している、幸福な刑法学者は少なくなっている。筆者自身そのような議論の深化に発端を与えた者の一人であるが（拙論「罪刑法定主義の歴史的意義への反省」『有斐閣』「犯罪と刑罰（上）」《佐伯千仞博士還暦祝賀》）所載）、その後の議論の発展は必ずしも筆者の予想した方向には進まなかつたようである。しかし、特にこの問題に深く想いを致され、筆者らの問題提起を誠実に受けとめ、各側面から精細に検討を加えられた大野真義教授が、その考察を集大成された著書「罪刑法定主義（世界思想社一九八〇年）」の中で、結論としては旧来の通説的見解を維持されつつも、筆者らの問題提起が「自明の理として、もはや刑法学上常識化している罪刑法定主義の概念や系譜に関して、われわれに反省と再考を促した意義も大きい。」と述べておられることにより、筆者の最初の目論見はすでに達成されたと言つてよい。なぜなら、筆者は先の論文で何か特定の結論を主張しなかったのではなく、従来自明の理ないし常識とされて特別に深く反省を加える人のいなかった断案の中

に、幾多の根本的な疑問が伏在していることを指摘して、学界の注意を喚起したただけであるから。

それ故、もしもその後筆者自身が、自己の問題提起そのものに重大な欠落が存したことに気づかなかつたとすれば、筆者は二度と罪刑法定主義の本質・機能・系譜について考察し論及することはなかつたであらうに。しかし現実には重大な盲点が存在したのである。旧説にも、それに疑問を投げかけた風早八十二先生、横山晃一郎教授、その驥尾に付した筆者自身らにも、投げかけられた疑問に誠実な回答を与えるべく努力を傾けられた大野真義教授らにも、あまねく共通する重大な盲点が。

すべての論者が次のことを、自己の考察の明示又は黙示の大前提として来た。「一七八九年の人権宣言第八条およびその精神に基づいて制定された近代的刑法典（そのしりは、本誌本号に本論に併行してル・ベルチエ・ドウ・サン・ファルジョーのその提案趣旨演説を訳出した所の、一七九一年フランス刑法典である。）以前のフランスを初めヨーロッパ大陸諸国においては、裁判官による罪刑専断が横行していた。人権宣言第八条および近代刑法典が初めて罪刑専断に終止符を打ったのであり、従つて罪刑法定主義による人権保障の中心的意義は、まさしく罪刑専断禁止に存する。」これがその大前提である。旧説および問題提起説のすべてを検討した上で自説を展開した大野真義教授が、その著書の随所で次のように述べているのが、その証しである。「たしかに、ベッカーリアが『犯罪と刑罰』を書いた当時のヨーロッパ社会は、宗教の世俗的勢力と前近代的な刑事司法制度のもとにあつて、罪刑の専断が、いかに暴威をふるい、またいかにはなはだしいものであつたかは、今日のわれわれの想像をはるかに超えるものがあつたであらう。（大野前掲書二二頁）」「罪刑法定主義の形式的意義の要請は、刑事司法の混乱していた前近代国家において、『刑法に定められている刑罰以上の刑罰は科せられない』という消極的な意味の原則を打ち立てたところに大きな

意義があった。（同五一頁）」「ヨーロッパ大陸においては、ブルボン王朝のアンリー四世に始まるフランス王国の伸張が漸次増大の過程を辿り、一七世紀後半にいたり、ルイ一四世の出現によって、専制主義はその最高潮に達していた。……そして、国の内外を問わず、隆盛を極めたフランス王国の王権の専制は、当然にその裁判制度にもおよび、成文法なき司法制度のもとにあつては、刑罰は全く国王の恣意に委ねられていた。このような司法・行政未分化の専制主義がフランスにおいて行なわれていた当時……（同二三八頁）」「革命なしに法制度の改革を望めなかった大きな原因は、苛酷にして専断的な当時の刑事司法に対する攻撃者のなかに、不幸にも、権威ある法律学者の名を見出すことができなかったことによる。（同三三三頁）」（仏独法学者の以上と同趣旨の旧説は八七頁の注参照）

罪刑専断が、もしも近代以前の全ヨーロッパそしてそれから類推して多分全世界に広くゆきわたっていた歴史的現実であつたとするならば、確かに、近代法が罪刑を法律によって明定したこと自体に、その明定された罪刑の内容如何に関わりなく、近代法が前近代法に優越する絶対的価値を持つ所以を認めうるであろう。この絶対的価値の前には、「罪刑を明定した法律の制定主体たる権力」階級の構造・性格および人民「被支配階級との対抗関係、さらにその法律の制定を必要ならしめた事情や制定の意図などの如何によって、又それらと関係づけて眺めた場合の法定された罪刑の政治的意味の如何によって、罪刑法定の意義に大きな違いが生ずる。」とか、「それ故罪刑法定主義の本質的機能を單純に人權保障にのみ見ることは早計であつて、権力」支配階級の階級的支配意図を、国政の全領域にわたり、国民の生活体系のあらゆる隅々において、あまねく、確實に、貫徹し実現させるために不可欠の法的用具たる点に、この主義のもう一つの本質的な機能を見るべきである。」とか言つた、筆者が先記論文で指摘した論点は、殆ど採るに足らないイチャモンづけ、「なるほどそういう見方もありますね」「面白そうな指摘ですね」

と片づけねばすむ微々たる問題でしかないように見える。罪刑法定主義が、前近代世界にあまねく横行し暴威をほしいままにしていた罪刑専断を一掃し根絶した画期的意義を太陽の輝きにたとえれば、それが一面において持つ階級支配貫徹の用具たる意義は、月か明星程度の輝きでしかありえないから。筆者の指摘が広く共鳴を呼び起しえなかった根本原因は、思うに正にここに在ったのである。

しかし実際には、罪刑専断は存在しなかったのである。すでに筆者は、これまで二度にわたって論文の中でそのことを指摘した。以下にまずその指摘を再録する。

わが国ではこれまで「アンシャン・レژیーム下の刑事司法は裁判官の罪刑専断主義であった。そして大革命の成果たる罪刑法定主義により裁判官の罪刑専断が初めて克服された。」と信じられて来た。しかしステファニ・ルヴァールは言う、「かなり流布されている見解とは逆に、アンシャン・レژیームの裁判官は反社会的と評価されればどんな行為でも処罰できる自由も、その行為にどんな刑でも適用できる自由も、持つてはいなかった。犯罪認定はどこでも慣習法により行なわれ、慣習法が未だ成文化されていなかった頃以来そうであった。……同様に、犯罪に適用しうる刑の上限とその執行様式とを定めていたのも、慣習法であった。(G. Stefani et G. Levasseur, *Droit pénal général*, 10^e édit., 1978, 六九―七〇頁)」「『すべての刑罰は自由裁量である』という法諺は実際は、裁判官に対して『正規の (ordinaire) 』刑を適用しない権限を認めている場合に、裁判官は、宣告するのが適当な制裁を定める自由を持つことを意味する。これにより裁判官には、被告人の責任に応じて刑に階級をつけること (grader) が認めら

れる。」例えば、ある犯罪において「故意 (dol)」が明白でない場合、裁判官はある徴憑 (indices) から故意を認める（『推定された』故意）が、その場合彼は（故意が明白な場合と）同じ重さの刑を適用しえない。」（同七〇頁）また当時の刑法は、犯罪がひき起こした結果やなされた状況や犯罪者の悪性・動機・身分や犠牲者の身分などに応じて、細かく刑にニュアンスをつけていたのであって、「刑の段階づけはこのニュアンスへの配慮によって説明される。そして、加重情状も数多かつたが、チラコー (Tiraqueau) は六四を下らぬ減軽情状を列挙している。（同七一・七二頁）」だから「当時の裁判官の自由裁量権は、減軽情状の制度が今日の司法官に与えている権限をほとんど超えるものではない。（同七二頁）」それ故結論として、「裁判官の自由裁量 (arbitraire)」ということが誇張されて（恣意の意味に）誤解されている。（同七二頁）」当時の人が本当に苦しみ不満を持ち怒り批判したのは裁判官の罪刑専断ではなくて、「王が随意に訴追をやめさせ（各種赦免状 (lettres de grâce, de remission, de pardon) および特に手続廃棄状 (lettre d'abolition de procédure)）そしてなかんづく不確定期間手続なしに監禁させえた（封印書 (lettre de cachet)）」ことであつた（同七二頁）。「貴族と聖職者とが法的に恩恵を受けうるこの手続保障および裁判上の特権は、実際上も彼らの利益のため頻繁に処罰に手心を加えることに導いた。かように刑法の適用が示す不平等性は活発な批判の対象となり、次いで暴力的な反作用を招き寄せた。（同七一頁）」そしてこの暴力的反作用すなわち大革命の過程で制定された一七九一年の刑法典は、その第一編第七章の二三条において「陪審員により訴追された重罪については、刑事裁判の執行を妨害又は停止するすべての文書すなわち lettre de grâce, lettre de rémission, lettre d'abolition, lettre de pardon, lettre de commutation（刑罰減軽状）の行使は廃止される。」と規定した。次いで一八一〇年の刑法典すなわち現行刑法典はその六五条に「法律が宥恕事由を定め又は刑の減軽を認めた場合

と状況とにおいての外は、重罪または軽罪が宥恕され又は減輕されることはない。」と規定した。その結果宥恕事由および減輕事由は嚴格に、従つて個々の犯罪につき個別的に、法定されねばならず、ドイツ（日本）におけるが如く抽象的一般的な形で規定することを許されなくなったのである。そして当時の觀念では正当化事由も宥恕事由の一種と考えられていたので、正当化事由も各則中に個別化されることとなった。かくてそれらは個々の犯罪類型（構成要件）を他の積極的限定要素と協力して消極面から限定する要素、つまりドイツ（日本）式表現を用いれば紛う方なき構成要件要素となったのである。そのことは特に、一七九一年刑法典の宥恕事由の規定の仕方において明白である。例えばその「第二編重罪およびその処罰について」の「第二章個人に対する重罪」の「第一節人に対する重罪および未遂（atentat）」はその第一条から第六条でまず殺人が無罪とされまたは減輕される条件（事故、軽卒又は怠慢、法定の（legal）行為、法律の命令に基づく正当な権限による執行、正当な（legitime）行為および正当防衛）を規定し、しかる後に第七条で「前六条に定められた場合を除き、故意に且つ武器又は道具を用いもしくはその他何らかの方法でなされたすべての殺人は、罪の性質および事情に応じて以下の如く名称を与えられ且つ処罰される。」と定めて、第八条から第一六条まで積極的な殺人の構成要件を場合を分けて規定し、更にその中で随所に宥恕およびその不適用と放免とを定めている。つまり殺人罪は、人を殺す行為一般の中からまず罪とならずまたはより軽い罪となる場合を除外し、次にその残りについて場合を分けて、主として積極的な、従として消極的な要件を定めるといふやり方で、規定されており、消極的要素と積極的要素とが渾然一体となつて殺人罪の要件を構成していることが明らかである。一八一〇年刑法典では最初に各種殺人の積極的構成要件を定め、次に節を分けて過失致死、宥恕条件と不可宥恕条件と、および正当化事由を定めているので、渾然一体性が形の上ではやや薄れ

て見えるが、規定の内容そのものには本質的な違いがない。（以上、拙論「フランス犯罪論に学ぶもの——独仏犯罪論体系の比較考察——」法政理論二三卷三号一九六—一九九頁。）

フランスにおける最近の実証研究によれば、アンシャンレジーム期には罪刑は慣習法によつて極めて明確に法定されており、かつ裁判官民衆によつて熟知されていた。当時の犯罪は現代のそれと比較すれば格段に種類も少なく内容も単純であり、刑罰はみせしめのため民衆に強烈な印象を与える方法で公開され、娯楽に乏しかった当時の民衆にとりそれを観るのはお祭と並ぶ最大の娯楽の一つであったから（絞首、火焙り、車裂き、肉体の一部切斷などの見物はプレティヒヤによれば「そのどれもがもちろん、物見高い群集の前で執行された。そして彼らは、今日の人々が血なまぐさい映画やテレビドラマを見ると同じように興味を持つて、こういう残酷な見世物を見物したのである。……パリでは、モンフォーコンの丘に十六本の石柱で築かれた建造物に、常時十六人までの死人がぶらさがっていた。罪人をおろすことは許されなかったのだ。それもこれも、ただ見せしめにするだけのためだった。

《閔楠生訳「中世への旅、都市と庶民（白水社）一六二—一六三頁。》」ベンサムも「異端者が炎の真中で亡びる日は、国民の祝日だ。《Benham, Traites de legislation civile et penale, tome I, p.15.》」と言っている。「都市のにぎやかな交差点あるいは市庁舎わきにさらし台が立てられ、そこに罪人が首枷をはめられて縛りつけられ、見世物にされた。罪人はしばしば手に鞭を持たされ、通りかかる人はだれでもその鞭でなぐることができるようになっていた。《プレティヒヤ前掲訳一六五頁》」軽い犯罪には公的ふれまわりや謝罪の罰も適用された。）、当時の民衆はことによると今の刑法学者より罪刑に通曉していたかもしれないのである。かつ絶対主義法秩序は、既存の封建慣習法を尊重しつつ、その上に、平和・公序の維持者としての国王の任務の具体化として国王裁判権をおつかぶせる形で成り立って

いたから、絶対王権は、刑事手続法については統一的法典を編纂したけれども、刑事実体法はほとんど既存の慣習刑法に委ね、ただ一三、四世紀頃からは次第に社会の変化と王権の伸長とに伴ない平和・公序の維持のために新たに必要となつて来た若干の新種の罪刑、例えば国王貨幣の偽造、国王への反逆、国王の官吏の汚職、各種の異端や瀆神的言動、浮浪、乞食、許可なき順礼、決闘、武器携帯などを付け加えたにとどまった。盗犯に国王布令が発せられたのはやつと一七三一年にであつた。統一刑法典が無かつたから裁判官の恣意による罪刑専断主義だつたときめつたのは、それこそ近代法学者の恣意的専断であつて、実際には逆に、王権は罪刑を慣習法に委ね自己の刑事立法権を自ら抑制していたのである（謙抑主義）。（以上につき A. Lainqui et A. Lebigre, Histoire du droit penal, I. Le droit penal, pp. 5 et suiv. 参照。）私見によれば、近代法学者の勝手な思い込みの原因の一つとして、前近代法では手続法と実体法とが法定証拠規則において渾然一体となつていたことを見落した——近代法では手続法と実体法とはつきり別法文になつてゐるのに馴れつこになつてゐるため——ことを挙げうる。考えてみればすぐわかることだが、法定証拠規則は細分化された各犯罪種類、例えば刺殺、絞殺、毒殺の一つ一つについて罪体（構成要件）、罪状（被告人が故意または重過失により罪体を実現したこと）および正当化事由を認定するために如何なる証拠が必要であるかを定める規則なのだから、その中に、近代刑法より遙かに詳細厳密に犯罪構成要件、故意過失、責任能力、違法阻却事由などが明定されていたのである。例えば、犯罪を証する徴憑（indices）は全部または大部分の犯罪に共通のものと各犯罪種類ごとに特殊なものに分けて細かく定められ（Albéric Allard, Histoire de la justice criminelle au seizième siècle, 1868, pp. 269 à 289）、自白は罪体が他の証拠によつて確認され罪状（被告人がその実行者 auteur であること。culpabilité）が一定の徴憑によつて推定されることを前提条件としてしか、すなわち判決手続（特別糾問）

で罪状認定のために一定の徴憑の存在を前提としてしか、聴かれえず従って証明力を認められず（Ibid. p.246）、それに対応して自白を奪い取るための拷問は、すでにかなりの程度まで被告人の罪状を証する一定の徴憑（例えば一箇の目撃証言）が存在することを前提としてしか認められなかった（Allard, *ibid.*, pp.291 à 295 ; André Laingui et Arlette Lebigre, *Histoire du droit pénal. II La procédure criminelle*, 1979, pp.117 à 118）。科刑には原則として故意（dol）を必要とするが、それを証明するには行為の残忍な性格を示すに足る明白な徴憑を要し、それを欠いているが他の徴憑からその存在を推定しうるときは裁判官の自由裁量（arbitrage）により減刑され（Laingui et Lebigre, *ibid.*, I Le droit pénal, pp.26 à 29 ; Gaston Stefani et Georges Levasseur, *Droit pénal général*, 10^e edit., p.70 ; 沢登ほかの上掲書訳「フランス刑事法〔刑法総論〕《成文堂、昭和五六年》」三三―三三三頁（但しこの部分は原著の要約））、重い過失（culpa）には裁判官の自由裁量により故意犯に対するより軽い刑を科しえたが（普通のまたは軽い過失は民事手続）、重い過失の認定には一定の徴憑を要求すると共に、故意同様単なる推定は認められなかった（これにより内科医、外科医、建築技師と請負業者らは明白なへまをせぬ限り診療・手術・建築から生じた事故の責めを負わずにすむ。今日も生きている伝統）（Laingui et Lebigre, *op. cit.*, I, pp.29 à 32）。これらに基づいて近代犯罪論の故意過失論が構築されたことは明らかである。かくして罪体と罪状とが証拠によって確認されても、被告人が正当化事実（faits justificatifs）の存在を証明すれば放免されたのであって、その事実は、アリバイ、被告人所持の盗品が正当に買われたものなること、などの罪状・罪体の欠缺を証明する資料の外、正当防衛、一定の場合における中傷事実の真实性、少女誘拐における被害者の不身持、強制、年齢、白痴・狂気・泥酔・夢遊病などの精神状態、等に細分化されて各々詳細具体的に定められており（Allard, *op. cit.*, pp.308 à 323 ; Laingui et Lebigre, *op. cit.*, II, pp.100 à 102）、これらに基づいて近

代犯罪論の違法阻却事由、責任阻却事由、刑事責任年齢、責任能力、などの觀念が構築されたことは明らかである。そしてこれらの規則はすべて学説法ないし裁判慣習法であつて、當時刑事実体法が慣習法に一任されていたというのは、つまりそのことを指して言っているのである。今日わが国で、札問手續が法定証拠主義と結びついていたことを知らぬ法学者はいない。だのに、証拠の法定は犯罪の实体的要件の法定を前提としなければ不可能だという簡単な事実に今まで誰一人気づかなかつたとは、私を含めて人間という動物の頭の悪さには只驚くの外はない。

(中略)

以上により、「国王裁判所の裁判官による恣意的処罰(罪刑専断)が横行していたので、それを防ぐために罪刑法定主義が創られた」という通説が、全く史実に反することは明らかである。現にモンテスキウやベッカリアが罪刑法定を説く場合を点検しても、専断防止は理論上の意義づけとして述べられているにとどまり、事実問題として語られてはいない。それ故罪刑法定主義の制定(人権宣言八条)は、イギリスにおけるが如く現実に王様が暴君化して普通法裁判所の裁判慣習法を無視したり特別裁判所を設置して罪刑専断をほしきままにしたりしたので、それを抑止するために民衆が蹶起し、王権の手枷足枷として各種權利章典を承認させ法の支配を認めさせたのとは、根本的に趣旨が違うのである。(以上、拙論「近代刑事訴訟法の真髓デュポール報告について——フランス一七九一年刑事訴訟法典提案趣旨説明の解説と全訳」法政理論一七卷三号四九―五五頁。)

そして——これが重要な点である——人権宣言第八条において歴史上初めて罪刑法定主義を宣言しそれに基づいて初めて罪刑を明定する近代的刑法典を制定した三部会(国民議會)制憲議會の議員たちも、事態を正に右のよう

に理解していたのである。

本誌本号に、本稿と羽翼をなす形で訳文を掲載したル・ペルチエ・ドゥ・サン・ファルジョーの議会に対する一七九一年刑法典の提案趣旨報告は言う、「(刑罰の苛酷さ、異なる犯罪に対する刑罰相互間の不均衡など) その恐るべき不合理さは、いまひとつの悪弊、つまり判事たちによって裁量的に (arbitrairement) 解釈され修正されという悪弊のなか以外には、救済策を見出さなかったものであります。」「あなた方 (議会) が採用されました刑事手続の新しい体系は、新しい刑罰の創設を、もはやこれ以上延期することを許されなくしております。この仕事のふたつの部分は緊密に結ばれており、陪審員たちは、刑法典が成立したのちにのみ活動を開始することができるのであります。なぜなら、陪審員による手続はいかなる裁量をも排除し、そして、この裁量のみが、以前の刑法典の持っていたもろもろの放埒さを押し静めていたからであります。」

「arbitraire」という語を「専断」とか「恣意」とかの意味に解釈したのでは——そしてステファニらも指摘している通り、正にそういう解釈がこれまで我々を誤らしめて来たのであるが——、右の演説は全く理解できない。アンシャン・レジームの刑法が持っていた不合理や放埒さを、何故に裁判官の罪刑専断ないし恣意が救済し押し静めうるのだろうか。そんなことは不可能である。しからば arbitraire は、この不合理や放埒さから犯罪者を救出するために、主として苛酷すぎる刑罰を緩和し又は免除するために裁判官にその行使を委ねられた所の自由裁量権以外の何ものでもありえない。それ故、刑法がアンシャン・レジーム期のままであり続ける限り、その弊を緩和するために裁判官の arbitraire は必要不可欠である。ところが困ったことに、陪審制度に基づく新しい刑事手続——刑法典より一足先に制定済み——は、陪審員に有罪無罪の判定権を委ね、裁判官には陪審員が認定した有罪事実に

対して刑罰法規を適用する仕事のみを残した。この場合刑罰法規の適用に裁判官の自由裁量の余地を残しておくことは許されない。なぜなら、自由裁量によって刑を加重減免するためには、裁判官は犯罪事実の持っている微細なニュアンスを熟知していなければならないが、裁判官は陪審員の評決によって確定された事実のみを前提として、その事実に対して刑罰法規を適用しなければならない、微細なニュアンスを適用の前提としてはならないからである。又これによって、モンテスキュー以来の啓蒙主義法理論の一貫した主張、「裁判官をして法律を適用する自動機械たらしめよ」が、実現可能となるのである。故にル・ペルチエ・ドウ・サン・ファルジョーは言う、「あなた方はこれまでに制定したデクレが、あらゆる刑法から切り離せないものとしているいまひとつの特徴があります。それは、すべての犯罪について、法定の固定した刑を創設するということであります。それは陪審員による手続の必然的な結果であります。陪審員たちは、事実の真否を判断いたします。裁判所は、法律を適用いたします。この形式は、いかなる裁量をも排除するものであります。われわれの昔の法律は、次のような決まり文句に満ちておりました。いわく、この犯罪は状況に応じ、事件の要求するところに従って処罰される、と。またいわく、しかじかの犯罪は追放よりも軽い刑で処罰することはできない、あるいは終身の漕役よりも重い刑で処罰することはできない、と。この書式集は、当時の法律実務家にとっては都合の良いものでありました。そしてこのことには同意せざるを得ないのであります。実際、この幅（融通性）は、裁判所をして同時に事実および法律についての判決人たらしめていたところの刑事手続の方式と両立し得ないものではなかったのであります。彼らは、事実についてのすべての事情を究明し検討したうえ、事実の重さに従って、刑を修正することができたのであります。こんにち、事実の持っているニュアンスは、いかなるものであれ、判事には無縁であります。判事は、陪審員の評決によって確定された

事実しか知らないのです。彼は法典を開き、確定された事実に応用し得る明確な刑罰をそこに見出さなければならぬのであります。彼の唯一の義務は、この刑を宣告することであり、この形式は立法に携わる者に、より多くの数の事件を予見し、より多様なニュアンスをはつきりと示し、より多くの事実を究明しなければならないという必要性、各本条に定められた刑罰の言渡において、つねに的確でなければならないという必要性を、投げ返すのであります。」（報告原文 Archives Parlementaires, I^{re} série, t. XXV, pp. 319 à 332.）

従来罪刑の「専断」ないし「恣意的認定」と誤解されて来た、アンシャン・レジーム期の裁判官の「arbitraire」なるものの実態は、正に以上の如くである。しかば、罪刑法定主義が持つ近代法上の意義・機能の本質は、決して罪刑専断の一掃根絶ではありえないし、罪刑法定主義を初めて謳い上げた国民議会議員の意図も、絶対にその一掃根絶を眼目とするものではなかったはずである。では、その本質、その眼目は那邊に在るのか。右に引いたル・ペルチエ・ドウ・サン・ファルジョーの言葉の中に、すでにその答えの一部が明示されている。陪審制度に基づく刑事手続は、犯罪と刑罰との体系を従来のままにして置いて、裁判官の自由裁量権によりその不合理・放埒を矯正することを、もはや絶対に許されない。裁判官が、陪審員の認定した有罪事実——この認定は陪審員の一般的な知能水準に合わせて、単純明快な設問に対する「ウイ」又は「ノン」でなければならぬ（前掲デュボール報告邦訳一三頁上段参照）から、それによって認定される事実も必然的に単純明快でなければならない——に対して自動機械的に刑罰法規を適用しながら、しかも刑罰が犯罪の实情にかなりよく適合しえて、苛酷に過ぎたり甘過ぎたり、異なる犯罪に対する刑罰相互間の不均衡をもたらしたりしないためには、自由裁量による修正を予定して初めて合理的たりえた従来の放埒な犯罪刑罰体系を全面的に放棄し、最初から犯罪構成要件を技術的に許される限り細分化し

て、その中かなりの程度まで犯罪の個別的ニュアンスを盛り込んだ上で、その各犯罪構成要件に相応してかなり個別化された各刑罰を、異なる犯罪構成要件に対応する刑罰相互間の均衡に十分注意しながら、裁量の余地なき固定した形で、明確に法定しなければならない。右に引いたル・ペルチエ・ドウ・サン・ファルジョーの最後の言葉は、つまりそのことを言っているのである。そしてまさしくこれこそ、罪刑法定主義の創造者自身による、罪刑法定の意義と目的との、極めて簡明な表明にほかならない。

かような意図の下にかような意義を持つものとして新たに制定される刑法典の犯罪刑罰体系において、一掃されねばならぬ従来の犯罪刑罰体系の不合理ないし放埒は、具体的には如何なる点に存したのか。ル・ペルチエ・ドウ・サン・ファルジョーが列挙する一掃目標、およびそれに代えて採択すべき新しい犯罪と刑罰のリストは次の通りである。

まず犯罪の方から述べる。彼は提案する。異端、瀆神、呪術、魔法といった宗教的重大犯罪、開封勅許状により徴税請負人に漕役刑や死刑の威嚇によって納税を強制することを可能ならしめていた徴税請負制にからむ犯罪、狩獵權などの封建特權にからむ犯罪、検閲を受けず又は特權の取得を怠った出版犯罪など「迷信、封建制、税制および専制主義によって作り出されたまがい物の犯罪に代えて、国民(nation)を傷つける眞の侵害行為を据え、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」こと。これはモンテスキウ以来啓蒙思想が、犯罪刑罰体系の根本改革の基本方針として一貫して提言して来た事柄にほかならない。従つて罪刑法定主義本来の主張は、単に「何でもよいからとにかく法律で罪刑を法定せよ」ということではなくて、第一に、「宗教的、封建的、専制主義的な要請に基づいて作られたまがい物の犯罪を一掃し、市民の生命・

身体・自由・名誉・財産を侵害し又は市民の一般意思の表現たる憲法と法律に敵対する眞の犯罪を、かつそのみを、法律によって犯罪と明定すべきであり、それ以外の行為、つまり他の市民の生命・身体・自由・名誉・財産を侵害せず、かつ市民の一般意思の表現たる憲法に違反しない行為は全く自由たるべきであつて、如何なる処罰の對象としてもならない。」という趣旨を含んでいるのである。

叙上のことについても、筆者はすでにデュポール報告邦訳の解説中に指摘しておいたので、以下にその文を転載する。

罪刑法定主義本来の趣旨は那邊に在ったのか。その答の鍵はまず「法の精神」の中に在る。モンテスキウは犯罪を、宗教、習俗、市民の平穩および市民の安全をそれぞれ侵害する四種に分け、前二者には破門、行事参加拒否、罰金、不名誉、引退強制などの刑を科するにとどめ、死刑、身体刑、自由刑などの重刑は後二者に対してのみ科すべきものとする（「法の精神」一二編四章）。つまり、キリスト教の正しい信仰と道徳とを民衆に守らせることを主眼にした従来の罪刑体系を、市民の自由・名誉・財産・身体・生命の安全を守ることに主眼を置く新しい罪刑体系に置き換えることを、提唱したのである。大革命期の刑法およびナポレオン刑法典に大きな影響を与えたベンサムの「立法の諸原理序説（一七八九年公刊）」および「民刑立法論（一八〇一年、フランス語で出版）」もまた、全く同じ意図の下に書かれた作品である。大革命はかような意図に従い、従来の慣習法体系に全面的に取って代わる新たな成文法体系を創造する使命を自らに課した。この新刑法体系が樹立されたならば、尔後その中に明定されていない如何なる罪刑も——従来の慣習刑法で特に重き罪刑であつた宗教的・道德的犯罪とそれへの刑罰も市民の安全を脅やか

すものでない以上——絶対に宣告され執行されてはならない。これが罪刑法定主義の第一の趣旨である。

そしてこの趣旨に基づき一七九一年刑法典が制定される。そして互いにそれと羽翼をなすべき新刑事手続法典の提案趣旨説明の中で、デュポールは右の趣旨に到る処で言及している。例えば報告の末尾では、立法がその国の人民の道德や習俗を根本的に創り変える強力な影響力・指導力を有することを説き、新しい法律の創造によって旧体制下の道德・習俗を克服すべきことを感激的な言葉で高唱する一方、報告冒頭において、刑事手続法は平和・公序の防衛を任とするが、従来の平和・公序は一部特権階級の地位・利益の護持のため人民がひたすら奴隸的に奉仕する体制としての公序と、その体制下で人民が自由を徹底的に圧殺された奴隸状態に甘んじることには外ならない平和とであり、そのような公序の下で人民は卑しい欲情・猜疑・臆病・臆病・偽善・二枚舌などの奴隸道德を身につけさせられて来たけれども、新しい法律が目指すべき平和・秩序は、各市民の名譽・自由・財産・身体・生命の安全が保障された状態としての公序と、その公序を守るためにそれを犯す専制權力および犯罪者に対して断固として制裁を加える一般意思の発動としての人民の蜂起および処罰、すなわち奴隸状態の克服、によって維持される所の、各市民の自由と共存する平和とでなければならず、この新しい平和・公序の下で、市民は、奴隸道德から完全に解放された高邁で人道的な正義の徳、自由・平等・同胞愛・人格の尊嚴に根ざす新しい市民道德を身につけることができるのだ、と説く。

また、かかる新しい平和・公序への脅威としての新しい犯罪を抑止するための新しい刑罰の原理として、モンテスキウ、ベッカリア、ベンサムの主張の線に沿う合理的な一般予防主義すなわち法律による刑罰の予告と厳正な刑事手続による犯罪者へのその確実な到来との必要性、従って徒らに過重苛酷な刑罰の否定を提唱する。それは当

然れども法廷を支配していた宗教的贖罪刑と殘虐な体刑とを否定するはずである。

さらに、以上との關係で、「法律 (loi)」という言葉に對するデュボールの、そして大革命自身の、特別な思い入れに注目しなければならない。明治維新この方、法とはお上が作つて人民に賜わりまたは押しつける法律という名の紙に書かれた文章のことだと思ひ込んでゐる日本人とは全く逆に、前記の如き封建慣習法の支配＝王權の成文法律制定の謙抑の雰囲氣の中で育つたフランスの啓蒙思想家や大革命の推進者たちにとっては、法律とは正に、人民がかかる封建慣習法およびそれと不可分の信仰・道德・習俗のくびきから自らを解き放つ一方で無政府的非社会的な自然状態に陥ることなからんがために、從來の法に代えて、それに従ふことにより自由でありながらしかも社会状態の中で他の個人と緊密な結合を創造しうる所の新しい法として、各個人が己の中に見出した自分自身の一般意思を、他の全個人と共通の意思として確認し合うために文章化したものの、に外ならなかつたのである。彼らにとつて法律とは、今日わが国の法学教科書に必ず書かれてゐるような、慣習・条理と並ぶ、しかし原則としてこの二者に優先適用される、法源の一形式に過ぎないものではなく、從來の慣習・条理を完全に廢棄し、これに代わつてただそれのみが自由なる市民の自己規律としての市民法たる資格を有しうる所のもの、だつたのである。

この主張を最も鮮明に高唱した人こそ、大革命の最も根本的中心的指導的な思想の創始者ルソーその人であつた。彼は、ホッブス、ロックらイギリス功利論とその系譜に連なるフランスのデイドウロラの唯物論的傾向の社会契約論・自然法説を真向から駁撃し、個人の功利性の追求としての社会契約は決して彼らの説く如き自由・平等の法社会を創り出すことはできず、逆に人間の不自由・不平等の眞の起源でしかありえないのであつて、絶対主義体制こそ正にその歴史的証明に外ならず、封建的慣習法・宗教道德・習俗はすべて階級的功利追求が創り出したその不

自由・不平等を維持し強化する装置に過ぎないこと、従ってその克服は、単なる功利の追求たる特殊意思でなく、功利の追求を万人と齊しく分かち合うことを幸福と感ずる一般意思・良心の声に従うことを万人が契約したうえで（基本契約）、万人が自由かつ十分な討論に基づき一致して一般意思と認めたものを法律に文章化することによって確認し合い、階級的特殊意思の表現に過ぎぬ従来の慣習法・宗教道德・習俗を一擲して、ただその法律にだけ万人が従うことによってのみ、可能であることを主張し、そのような基本契約とそれに基づく法律の制定・執行・違反に対する制裁の構想を、社会契約論として展開したのである（彼が出版した「社会契約論」にはかような基本的意図を記した序論が欠けているため、その意図が掴みにくいが、後に発見された「社会契約論初稿」の冒頭には、その意図を極めて明快簡潔に記した序論が置かれている。拙訳「ジャン・ジャック・ルソー著『社会契約について』、また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》」一〇五頁以下参照。ただしこの文は極めて論争的な形で書かれており、しかも当時は論争のサークルが極めて狭く、誰のどんな説をやっつけているのかを全然示さなくても、読者にはすぐはつきりわかったので、ルソーも例によって一方的に自分の反論を展開するだけで、誰を相手に何に反論しているのかを全く明示していない。従って今の人が予備知識なしにそれだけ読んでもチンプンカンプンである。だから「明快簡潔だ」と言うのは、「叙上のことを念頭に置いてお読み下されば」という条件つきである。）。

この思想に衝撃的感銘を受けて蹶起した大革命の中心的指導者たちにとつては、それ故、大革命とはルソーのこの構想を現実化する営み、すなわち従来の慣習法・宗教道德・習俗のすべてを一擲した大自然と理性とのみに相談して、全面的にその慣習法に取って代わりかつ新しい道德・習俗を生み出すべき「法律」を創造する営みに外ならなかったのである。われわれは、デュボール報告の至る所で、この理想への熱っぽい信条告白を聴く。「あなた方

の法律を創造するときには……あらゆる先入観と習慣とを去れ、あなた方の全能力を自由に飛翔させよ、理性にしか聴従するな、自然にしか追従するな。」「もしも法律がもはや人相互間の自由な協約の表現でしかないならば……その時法律は全市民の最も親しい関心事となる。人が生きることをお願いするのは法律ゆえに（*bon*）である。人が死のうと覚悟するのは法律ゆえにである。」「法律が常に第一順位に居り、人は法律のみを見、法律のみが指揮しかつ行為する。人間は脇役でしかなく、法律に服従し法律の意思に追隨するためにのみ登場する。」「あなた方は、つまらぬ慣例にしばりつけられ、滑稽なまたは恥づべき先入観によつて支配されている。今後は法律に忠実であれ。弱い墮落した人間をして依然として偶像を崇拜するに委せよ。あなた方が崇拜すべきは法律である。それが地上において自由な人間にふさわしい唯一の信仰である。」「従来の慣習法・宗教道德・習俗へのこの輕蔑・憎惡、それに代えて將に創造せんとする法律へのこの熱い期待、憧憬、傾倒そしてほとんど崇拜、その意味を理解せずしてどうして大革命の本質が理解できようか。どうして大革命の中心課題にして最大の成果たる市民法体系の意義そして近代法治主義の意義を理解できようか。罪刑は法一般によつてでなく特に法律（*loi*）によつてかつ法律のみによつて明定されねばならぬという所にこそ、この主義の真骨頂が存することを看過して、何が罪刑法定主義であろうか。（罪刑法定主義はフランスでは少なくとも一九世紀初めまでは、人權宣言八条の文言通りの、あらかじめ法定されていない罪刑を認め科してはならぬという消極的意味の外に、法律の意思は絶対だから、あらかじめ法定された罪に当たる行為には必ずあらかじめ法定された刑を科さねばならぬ、従つてアンシャン・レジーム期の国王の赦免状の類は絶対に禁止され、刑の免除・減輕は法律で定められた場合以外認めてはならぬ、という積極的意味にも理解されていた（一七九一年刑法典一三条、現行刑法典六五条）。）

(中略)

かくしてフランス人權宣言の近代法治主義、そしてその中核をなす罪刑法定主義の淵源は、マグナ・カルタ以来の伝統的なイギリス的法の支配とは明確かつ根本的に本質を異にする所の、フランスを常にその中心にして展開しつつ同時にイギリスやアメリカをも巻き込んで一八世紀全西洋を覆った啓蒙主義思想に特有の法律思想、特にモンテスキウの立憲政体論とルソーの一般意思論およびそれに基づく社会契約論とに、そして罪刑法定主義についてはその基盤の上に築かれたモンテスキウ、ルソー、ベッカリア、ベンサムらの新犯罪刑罰理論に、在ることが明らかとなる。

この新犯罪刑罰理論は、犯罪を、従来のキリスト教的信仰・道徳およびその護持を標榜する王国の公序・平和の侵犯に代えて、各市民の自由・名誉・財産・身体・生命の安全の護持を内容とする市民社会の公序・平和の侵犯と捉え、犯罪者を、従来の神の意思に背く瀆神者に代えて、一般意思に背く社会契約の違反者・社会の敵と捉え、従つて刑罰を、従来の、瀆神者に対する強制的贖罪により神の怒りをしずめて王国の公序・平和を維持する「贖罪」の手段に代えて、社会契約の違反者・社会の敵に対する峻厳な制裁により一般意思を保全して市民社会の公序・平和を防衛する「一般予防」の手段と捉え、この一般予防の効果を挙げるためには、あらかじめ罪刑を明定すると共に、実際に所定の犯罪が行なわれた時には所定の刑罰を必然的に犯罪者の上に到来せしめること、すなわち罪刑の厳格な予告と必然不可避的な実行とにより、犯罪を行なおうとする者の意思に対して警戒と威嚇とを加えるべきだ、と説く。人權宣言發布の直後に書かれた名高いフォイエルバッハの罪刑法定主義の理論的基礎づけは、歴史的事実として実在したところの、人權宣言八条の母胎となったこれら諸思想を、カント哲学と奇妙な形で折衷させることに

より、市民社会の防衛を目指す革命の理論から、臣民の自由・権利の保護者を標榜する啓蒙絶対君主の権力を基礎づける体制護持理論に、創り変えたものに外ならない。（以上のルソー、ベッカリア、ベンサム、フォイエルバッハの犯罪刑罰理論につき、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)「一三四―一四二、一四六―一五一頁」、「ドイツ近代犯罪論体系の史的変遷」(同二号、一九八一年)「七〇―七七頁参照。)(以上、前掲「デュポール報告について」五五―六〇頁。)

モンテスキウは、刑事司法における事実認定権を裁判官から取り上げて陪審員に一任し、裁判官には、陪審員が認定した事実への法律適用権のみを委ねるべきだ、と主張した(『法の精神』六編三章、一一編六章)。……この主張の裏には、事実認定に関しては陪審の良識による生きた判断の方が、職業裁判官の技術主義的で生命の通わぬ形式主義に流れがちな煩瑣で七難しい屁理窟で塗り固められた判断より、ずっと真実を適確に洞察できる、という確信が潜んでいる。

「絶対王権によるローマ法・教会法の導入以来」裁判官職はもはや最も啓発された市民のみの専有物でしかなかった。裁判官は常に術策と瞞着との只中に身を置くことになり、真実は彼らの精神の中に誤謬と同じ不信の念を植えた。内容のあいまいさが形式を生じさせ、ペテン師共が己の悪たくみを隠蔽しうることを願ってこれを一種の職能に仕立て上げ、幾つかの職業があるものは事件をあいまいにするために、またあるものは長引かせるために生まれた。(モンテスキウ「裁判の公正を論ず」《世界の名著モンテスキュー》「五七〇頁」)

ベッカリアではこの確信が次のように明言されている。「証拠のこの精神的無形の確実性は、これを定義づけるよりも感覚で感じる方が容易なものである。……この方法(陪審)がなぜいいかというと、判断に際して、無知

なものは直観によつて判断するから、法律に通じた者が不確かな見解から判断するよりも、誤りに陥ることが少いのである。……この只の常識という道案内の方が、至る所に犯人を求めることしかせず、彼が受けた教育に従つて作り上げた彼自身の体系に何でも還元することばかりに馴れた裁判官の知識よりも、まちがいのないものである。

（犯罪と刑罰（風早訳、岩波文庫）「四三―四四頁」）そしてデュポール報告はまさしくこの主張の線に沿つてその陪審論を展開する。（以上、前掲「デュポール報告について」六四頁。）

「この重要な吟味の配慮（公判における証拠の評価）、それを私は、偶然に選ばれる……市民に、……彼においては犯罪を身近に見る習慣が感動を全くひからびさせておらず判断を全く硬直させていない所の、彼の繊細な意識が真理の最も僅かなニュアンスさえその意識に痕跡を印しその意識に感知されることを可能にする所の人間たちに、……委ねるであらう。」（以上、前掲「デュポール報告について」一二九頁）

「陪審員の判決は、精緻と形式との判決に代わる、誠実と善意との判決である。」（以上、前掲「同」一三一頁）

「陪審の設置における好ましい点、それは、そこではすべてが公正さと誠実さと、すなわち人が今日まで正義と呼んで来た、空虚な知的みせびらかし、繊細と形式との無益で不幸をもたらす堆積よりもずっと好ましい単純さによつて、決せられるということである。」（以上、前掲「同」一三六頁）

と同時に、かように信用しえない裁判官は、厳密に法律を適用する機械、法律の口にとどまるべきであつて、一かけられたりと彼自身の意思を法として宣言してはならない、という主張も、モンテスキウがなし、啓蒙思想の中に広く流布された（「法の精神」六編三章）。そしてこの主張が、先記の「法律至上主義」に結びつくと、……法律は裁判官をして厳密に法律そのものを、そして法律そのもののみを適用せしめるべく、明確・一義的かつ詳細に罪刑を

規定し、あいまいさを残すことによって裁判官の恣意が紛れ込む隙を与えないようにすべきだという、罪刑法定主義の一つの系を生ぜしめる……。〔前掲「同」六五頁〕

さて次に刑罰に関しては、ル・ペルチエ・ドウ・サン・ファルジョーは「すべての刑罰が人間的であるように」を、新しい刑罰体系の根本目標に据え、これに抵触する従来の刑罰の一掃を提唱すると同時に、かくして善く組織された刑罰は、「法の公正さが作り出したものである」から、「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」ことを強調する。彼が槍玉にあげた非人間的で不正な刑罰のリストは、火刑・車刑の如き残酷な執行方法による死刑のほか、原則として死刑一般、受刑者の「まっとうな生業」への復帰を不可能ならしめる無期刑、文明国ではかえつて刑罰を存在しないのと同じ状態に置き、野蛮国では民衆を残忍にして犯罪の発生を煽り、これを抑えるためにさらに刑を苛酷ならしめ、それが又犯罪の発生・残酷化を招くという悪循環に陥らしめる所の、犯罪の輕重を無視した重刑特に死刑の濫用、例えば「街道上の追い剥ぎ、主人のなん枚かの衣類をくすねる下僕、根根を壊して家宅内に忍び込む人を、人殺しと同じ刑罰で処罰する」こと、同じ遭役刑を受ける者に対する、刑務官の恣意による極端な差別処遇の許容、本来の刑罰ではない鞭打ち、受刑者の社会復帰を不可能にし兇悪犯への途を開くにすぎない前科のしるしとしての烙印、同じ意味で四肢切断刑など、甚だ多岐にわたっているが、要約して整理すれば、残酷刑、犯罪者の社会復帰を阻害ししむばば逆に彼を兇悪犯への途に駆り立てる刑罰および刑罰に伴う処分、他の種類の犯罪に対する刑罰との均衡を失つて必要以上に重い刑、および刑そのものの内容には属さぬ処遇のさじ加減により同じ刑を受けた者の中の或る者

に刑そのものの内容には属さぬ苦痛を本来の刑に加えて科すこと、である。かように従来主として用いられて来た諸刑罰の不合理を指摘し了えた後に、ル・ペルチエ・ドウ・サン・ファルジョーは結論する。「私どもがあなた方にたった今お示ししたばかりの、フランスにおける今日の刑罰状況についての一覽表に従いますと、あなた方は、それがあまりにも欠陥があるために、そこに私どもの仕事の基礎を私どもが見出すことはできないであろうと恐らく判断なさるものと思います。そして、真に有益な見地をお示しするためには、全体として新しい刑罰体系を創造し、新しい刑罰体系を組み立てなければならないとお考えになるものと思います。」それ故、罪刑法定主義本来の主張は、第二に「このような刑罰又は刑罰に伴う非刑罰的処遇を法律によつて定めてはならず、法律に定めなき刑罰を科してはならないから、このような刑罰又は処遇を絶対^{absolue}に科してはならない。」という趣旨を含んでいるのである。人權宣言第八条が「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。(傍点筆者)」という簡明な表現によつて指示しようとした具体的内容は、正にこのようなものであった。そのことは、第二部に訳出した「一七八九年八月二二日土曜日朝の本會議の議事録中、人および市民の權利の宣言第七、八および九条の審議の要旨を録した部分」のうち、革命派の総帥デュポールが人權宣言の第八条および第九条となる条文案を提案するに當つて行なつた提案趣旨説明の要旨を読めば、さらに直接的に明白となる。そこにはこう記されている。「彼是我々の刑事法の極めて興味深い或る部分に考察を広げて、犯罪者に対して甘くかつ人間的な法律が帝國の榮光と國民の名誉とをを作ること、感じ取らせる。彼は……彼が二回バスチーユの獄舎を見たこと、シャトウレの監獄の獄舎を見たこと、そしてそれらの(シャトウレの)獄舎は(バスチーユの獄舎の)千倍も恐ろしいものであること、しかしながら、眞実には、犯罪者(の身柄)を確保するためにとられる警戒措置は刑罰の一部をなすものではない

ということ、を説明する。彼が以下の案を提案するのは、これらの觀念によるのである。二つの原理がその案の基礎である、すなわち同一（種類）の犯罪に対する刑の平等、および犯罪者（の身柄）を確保する手段における穩かさ。」つまり、（一）バスチーユやシャトゥレの監獄に見られたような非人道的な刑罰、（二）本来は刑罰の一部をなすものではない所の、従つて不必要な、受刑者の苛酷な処遇、および、（三）そのような処遇の刑務官によるさじ加減、裁判官の自由裁量、国王の發する赦免状・減刑状、又は刑法そのものが命ずる所の犯罪者の身分等に基づく科刑上の差別により、同一種類の犯罪のかどで刑を受ける者の間に生ずる不平等——これらを禁止し根絶することこそ、人權宣言の罪刑法定主義の直接的な提案趣旨にはかならなかつたのである。

ル・ペルチエ・ドウ・サン・ファルジョーの提案趣旨説明中、「従来の刑法の不合理・放埒を新しい法典によつて根本的に克服せよ」という要望が、旧政府に対してしきりに提出されて來たが、「そのさい重要なことは、自由裁量權を拡大させることでもなければ、王室財産の諸權利を広げることでもありませんでした。」と述べている箇所の後半は、恐らく多くの読者にとつて難解であろうが、これはつまり、「苛酷で不合理な処罰を免れるために国王に対して赦免状や減刑状を求め、その發付と引き換えに金錢財産を貢納することによつて、王室財産を富ませる、という救済手段はとりえない。」という意味である。罪刑法定主義がこの趣旨を含むものと解された証拠に、一七九一年刑法典やその後のフランス刑法典に、赦免状等の禁止や刑の免除減輕は法律で定めた場合以外認めてはならぬ旨が明定されたことについては、先ほど転載した拙論「フランス犯罪論に学ぶもの（二九七―一九八頁）」およびデュポール報告邦訳解説（五八頁下段）中に指摘しておいた。

さらに、右拙論中の前者において、裁判官の罪刑専断ではなく、国王の各種赦免状および特に手続廢棄状、そし

て「なかんづく不確定期間手続なしに（人を）監禁させえた」封印書（*lettre de cachet* 本論では「国王封印状」という訳語を宛てた。）が、当時の人々の不満・怒り・批判の対象となつたことが、ステファニアらの刑法教科書を引いて説明されている。してみると、罪刑法定主義本来の主張には、赦免状等の禁止と並んで、当然、国家権力が刑法に基づかずかつ正規の刑事手続に拠ることなく人を捕えて拘禁することを禁ずる趣旨が含まれて然るべきであるが、国王封印状の制度は特に評判の悪いものであったこと、かつ又恐らくは、人権宣言制定当時からかなりの発言力・指導力を保持していたミラボーが、自分の体験（第二部ミラボーの伝記参照）から極端に国王封印状を憎んで激しく攻撃したことが原因となつて、その禁止を直接内容とする規定が、罪刑法定主義を定めた人権宣言の第八条とは別個に、第七条として置かれることになつた。「何びとも、法律によつ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つてしか、……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、執行しまたは執行させる者は、処罰されるべきである。」という文言は、直接国王封印状を睨んでいる。この規定をめぐつて、その表現を緩和しようとする議員とミラボーとの間に闘わされた論戦は大へん面白い。第二部所掲議事録邦訳を参照されよ。

さて、以上に述べた事柄を、まとめて要約すれば、次のようになる。（一）アンシャン・レジームの刑事司法には、人民に嫌悪され啓蒙思想家に批判・攻撃されたような、いわゆる罪刑専断は存在せず、人民も啓蒙思想家もその有用性を信じて疑わなかつた所の、刑法の不合理・放埒を救済し緩和するための裁判官による自由裁量権が存在し、大革命の遂行者、人権宣言第八条の制定者、それに基づく一七九一年刑法典の制定者であつた三部会（国民議会）

制憲議會の議員たちもまた、「この自由裁量権は従来の刑法の下ではその欠陥を補うために必要不可欠の手段だった」と認めていた。(二)にもかかわらず、人々は、陪審制度に基づく新刑事手続法の構造上からも、そして一層根本的には、市民の一般意思の表現としての法律に対する神聖視・絶対視と、「そのような法律によらぬ限り市民の生命・身体・自由・名誉・財産に対する権利は絶対に制限・剝奪されえず、その保障こそ実は一般意思たる法律が目指す目標にはかならない」という人權思想とに基づいて、「裁判官は法律を自動的に適用する機械にとどまるべきであり、自由裁量権は絶対に認められず、従つて罪刑は法律によつて厳格かつ固定的に明定さるべきであり、そのように法定されぬ犯罪と刑罰とは絶対に認められてはならない」と考えた。(三)他方、「宗教的・封建的・專制的な要請に基づく従来の犯罪を全面廃止し、犯罪を、市民の生命・身体・自由・名誉・財産の侵害と、市民の一般意思の表現としての憲法・法律への敵対行動とのみに限定せよ」との啓蒙主義犯罪理論、および「刑罰は人間的で、犯罪の予防・鎮圧（それは刑罰を重くすることなく、穏和だが見せしめとしての機能を十分に發揮しうる刑罰を犯罪者に対して確実に科すことにより、効果的に達成しうる」というのが、当時の支配的な考え方であった。）のために必要十分な程度・範囲を超えないように謙抑され、受刑者の社会復帰を助けるように工夫され、かつ全受刑者に対して平等であるべきだ。」という啓蒙主義刑罰理論に基づく、新しい刑法体系の創造・統一的刑法典の制定が急務とされた。(四)そしてこれら二つの要請(二)と(三)が手を結ぶ形で盛り込まれたものこそ、人權宣言第八条の「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。」という文言にほかならない。

そして、このような見方と照らし合わせながら、改めて人權宣言の制定過程を議會議事録によつて辿つてみると、そこに記載されている各種人權宣言草案の内容、それらをめぐる審議経過、特に第六部会草案を叩き台としてくり

ひろげられた本会議での最終逐条審議の経過は、逐一正確に、右の見方の真实性を餘す所なく裏づける直接的で動かぬ証拠となつてゐることが、判明する。

しかし、読者にそのことを理解してもらうためには、筆者が草案と審議録との中から適宜必要な箇所を拾ひ出して繋ぎ合わせ、コンパクトな形にして読者に示すという、普通の論文のスタイルでは駄目である。なぜなら——第一に、人權宣言は成文と草案とを含めてすべて緊密な内的論理によつて結合された統一的思想体系を形造つており、一つ二つの条文だけを取り出してその文言だけをいくらひねくりまわしても、その真意は絶対に理解できない仕掛になつてゐる。そしてその思想体系の中に、右に要約した(二)(三)(四)の思想がそっくりそのまま、抜き挿しならぬ形で嵌めこまれてゐる。故に、各草案を経て次第に人權宣言第八条に集約されて行つた罪刑法定主義の全趣旨が、右の(二)(三)(四)に要約された思想に在つたことを、読者に理解してもらうためには、各草案および成文の中で少くも(二)(三)(四)と同じか又は密接に関連する思想を表明している条文については全文を、その他の条文については要旨を、順を追つて読み取ってもらうことが必要である。その際筆者の役目は、正確な邦訳文および邦語要約文を作成して読者の労を省くと共に、各草案および成文ごとに、それぞれの提案および審議のいきさつ、全体の特徴、各条文を読む上の注意事項などについて説明を加え、また各草案および成文相互の関係、対応、異同等について説明を加えることによつて、読者の理解を助けることである。

第二に、当然のことながら、人權宣言の審議は各草案をめぐつて行なわれたのであるから、まず各草案の思想構造の全体およびその中における各条文の意味合いをよく理解した上でなければ、これを叩き台とする審議の全体および各発言者の発言の意味を知ることができない。又、審議の合間に議事録によつては窺ひ知ることのできない舞

台裏の謀議やかけひきが常に行なわれていたのであるから、それが如何なるものであつたかを推測しながら、議事録に記された文言の意味を探ることも重要であるが、それには第一に、草案の提出および審議の経過を、順を逐つて通観することが必要である。さらに、各草案提出者および発言者の、その提出時および発言時における思想、イデオロギー的立場、議会内外における政治的組織の構成員としての立場、権力との関係など、その草案および発言の背景を知っておくことが、右の舞台裏の動きを推測する上で、又草案および発言の議事録に表われた文言だけからは窺ひ知れない意味合いを、眼光紙背に徹して読み取る上で、極めて重要である。そしてさらにそれらのことを知るためには、人權宣言制定過程における三部会＝国民議会の全体的な動き、それを取り巻く内外の情勢、その中で各提案者および発言者の、人權宣言以外の事に関わる発言および行動、などについても、ある程度の基礎知識を持つことが必要である。そしてもう一度さらに右の知識を正確なものにするためには、これら提案者・発言者ら革命の元勳が生きた抜いた所の、大革命勃発以前から大革命を経て帝政期、王政復古期、そして人によつては七月革命に至る期間の、フランスの社会変革の歴史と、その中における各提案者・発言者の生きた軌跡すなわち経歴や目立ったエピソードとの、概略を知ることが必要である。そしてこれらの知識を提供することも又、筆者の務めである。

かような理由により本論では、以下第二部においてまず、人權宣言の諸草案の、上記第一に示した方針に基づく邦訳および内容解説を行ない、その中で折に触れて、第二の前半に示した観点からの、舞台裏の動きや提案者の思想・立場からする草案の意味合いのある程度の推測を付け加える。

次いで、第六部会草案を叩き台とする、人權宣言第七、八および九条となつた条文の本会議における最終審議の

議事録を全訳する。罪刑法定主義の直接の表明である第八条は、第九条と共に、この本会議で突如デュポールにより提案され、原文に近い形で議決されたのであるが、その伏線となったボワランドウリー草案の解説中で、提案に至るいきさつについて或る程度の推測を行なった。デュポールの提案趣旨説明は例によって例の如き長広舌だったために、その要旨しか記録されていないのは残念だが、先程説明したように、その要領だけはほぼ推察できるし、プラトン描くソクラテスにも似た、高踏的で透徹した雄大卓抜な知性と、聴者を知らず知らずその論理の中に引き込む情熱と気迫とに溢れた饒舌の能弁との持主であった、デュポールの風貌を想見させるに十分である。その他の発言の中では、後に王党派のデマゴグとしてその煽動的文章により、フランス内外の王権支持派や諸外国政府を反大革命の共同の闘いに結束させるのに、大きな力を發揮したラリ・トランダル、煽動家としての素質が、そこに記載された数行の文章の中に、すでに陸離たる光彩を放っていること、議會をうならせた一代の雄弁家ミラボールの面目が、国王封印状禁止規定（人権宣言第七条）を緩和しようとする議員らに対する、厳しくかつ説得力ある反論、および彼らに対する激昂の感情を婉曲な文学的表現に籠めてする当てこすりの中に、躍如としていること、が注目されよう。片言隻句の中にもその人となり躍動することによって、人はよく思想家たりえ雄弁家たりうることを、我々は知る。

最後に、以上の邦訳中に登場した各提案者および発言者の伝記（略歴・活動・エピソード）を、邦訳部分への注記の形で掲載する。その中で、上記第二後半の諸観点からの考察が、おのずからかなりの程度まで行なわれるであろう。

邦訳の底本は Mavidal et Laurent, Archives Parlementaires, I^{re} série, t. Ⅷ である。提案者・発言者の略歴・活動・

エピソードは、原則として Grand Dictionnaire Encyclopédie Larousse 最新版の人名解説を軸にして、これに Michelet, Histoire de la Révolution française, édition établie et commentée par Gérard Walter, Bibliothèque de la Pléiade, 2 tomes, 1961 ; ミシュレ「フランス革命史（中央公論社、世界の名著 37、昭和四三年）」、紫田三千雄「フランス革命とヨーロッパ（岩波講座世界歴史 18 近代 5、一九七〇年）」、吉田静一「ナポレオン大陸体制（同前）」、伊東冬美「フランス大革命に抗して——シャトーブリアンとロマン主義（中公新書、一九八五年）」、「フランス革命とナポレオン（中央公論社、世界の歴史 10、昭和四〇年）」、A. Esmein, Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours, 1882 などに散見する記事を、彼比照合しつつ付け加えることにより、肉づけした。ル・ペルチエ・ドウ・サン・ファルジョーの略歴等は、本誌本号併載の彼の一七九一年刑法典提案趣旨説明の邦訳解説（藤尾彰執筆）中にある。

なお、草案邦訳解説中にも説明してあるが、草案の多くについてすでに深瀬忠一教授の邦訳と解説とが存在する。解説は憲法学の視角からなされたものであるから本論に流用することはできないが、邦訳の方はそのまま転載させてもらえばよかったのに、と思われるかもしれない。しかし、視角が異れば訳語の選択にもおのずから差異が生ずること、および筆者がこれまでにやって来た大革命期刑事法制資料の邦訳における訳文との照応の必要から、肯て独自の訳文を作ることとし、深瀬訳は参考とさせて頂くにとどめた。

今回の邦訳の副産物として、一七八九年人權宣言の邦訳で、広く流布されかつ権威ありとされている所の、岩波文庫版、高木八尺ら編「人權宣言集」所載の訳文中、第一五条のそれに誤訳があること、およびこの条文全体の趣旨の取り方従ってその訳し方自体に根本的な問題の存することを発見した。誤訳は速刻改めることを、問題点につ

いては江湖の一考を賜わらんことを、切に願ひする。詳細は「一七八九年八月一二日国民議会の第六部会で審議された人および市民の権利の宣言の草案」の第二三条の訳注を見られたい。

さて、以上の論考および以下の考証を一読すれば、「マグナ・カルタ→アメリカ合衆国諸州憲法→一七八九年人權宣言第八条」という罪刑法定主義の系譜論が、「マグナ・カルタに発祥するイギリス歴代の権利章典と、フランスを中心として全ヨーロッパを覆った啓蒙思想との間に、一定の相互影響が存在した」という限りでの、極めて一面的な真理ではないことは、あまりにも明らかである。人權宣言全体の英米起源説が、ドイツ絶対主義の御用公法学者イエリネックにより、フランス法のドイツ法への影響を阻止せんがために捏造されたものであることは、先にデュポール報告邦訳解説中で述べた(四七―四九頁、六〇頁)^(注)が、本論の考証はこれをさらに一層具体的に裏づけるものである。

(注) 人權宣言全体の英米起源説は、ドイツ絶対主義の御用公法学者イエリネック (G. Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte — Ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte, 1895, その美濃部達吉訳「人權宣言論外三篇」) の要約、深瀬忠一「一七八九年人權宣言研究序説(一)」(北大法学論集一四卷三・四合併号、昭和三九年) 一三九―一四一頁) に由来するが、実はイエリネックは、その説を通じて、ドイツ法へのフランス法の影響を防がんがために、「フランス人は革命のドサクサにかくの如く安直に他国の法律をそのまま模倣したため、国家の基礎を根底より覆えし擾乱の原因を作ってしまったのだから、ドイツ法学者はこの『外国制度の軽卒な継受の危険性』の殷鑒遠からざるを思い、決し

て安直にフランス法の模倣・継受を策してはならない。（要旨）「人權宣言の『個人の天賦の権利及び国家契約』の思想は、国家活動に『限界』ありとするゲルマンの法律思想がイギリスで自然法思想と結びついたものに外ならず、従ってその淵源より考えれば、個人の自由は『国家の自己制限』すなわち国家が自ら進んで自己の支配の及ばぬ余地を副することに『承認』する所の残された『状態』にすぎない。しかるに自然法説は、この単なる事実上の状態を権利と解し、その権利を国家以上の、国家を建設し制限する力とみなした点で、根本的に誤っている。（要旨）」という、イエリネックご自慢の、しかし今日では噴飯物のアナクロニスムたる、旧ドイツ帝国の絶対主義擁護のイデオロギーを説いているのである（例えば、現代西ドイツの公法学者ヘッセは、イエリネックの右説は人權概念と根本的に相容れぬと述べている《Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl. 1975, S. 118 ff.》）。

「しかし、たとえアナクロイデオロギーまる出し論であろうとも、述べられている事実それ自身は本當のことであれば、それでいいではないか。」と仰言る人がいるかもしれない。だが、それが事実にも反することもまた、つとにブートミイの反論（E. Boutmy, La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek, Annales des Sciences Politiques, 1902, pp. 415 à 443. 紹介、深瀬前掲五二六―五三〇頁）により、最近ではわが国でも深瀬、稲本らの精細な実証的考察により、明らかにになっている（特に深瀬前掲、同（二）《同論集一五卷一号》、同（三）《同誌一八卷三号》）は、人權宣言が採択されるまでに提出された諸案の各条ごとの詳細な比較検討により、そのことを疑う余地なく立証している。この論文はなお執筆継続中であるが、一応の結論として同（三）七五―七六頁は「（以上の）証拠を点検すれば、アメリカの諸州憲法の影響の限界と、他の法思想の多元的導入の事実とは、一層明瞭であり、イエリネックの一面的な速断の反証となりえよう。」と論断している。）。

罪刑法定主義のイギリス起源論も、かような絶対主義イデオロギーの支配下にショットレンダーによって主張されて以

来、ドイツそしてわが国の通説となったものの如くである (Schottländer, Die geschichtliche Entwicklung des Satzes: *Nul la poena sine lege*, S. 2f. 大野前掲一四五―一四九頁参照)。 (以上、前掲「デュポール報告について」四七―四九頁より転載)

終りに、客観的なるべき学術論文の一隅を借りて、この論文に託した筆者の個人的想いを語ることを、お許しいただきたい。

アドリアン・デュポール。三部会⇨国民議會⇨制憲議會において、終始一貫、中心的な理論的指導者、組織者および戦略戦術指導者を兼ねる最高実力者として、封建制の撤廃、人権宣言の制定、制憲議會の全立法事業などを通じ、近代法制・近代市民国家社会体制の礎石を定め、以来一貫して今日まで全人類を導き続けた人倫と社会と国家との理想・原理・制度の創造という大事業の、真の中心人物であった人。啓蒙思想の中に胚胎した近代精神は、大革命という舞台をしつらえ、デュポールという名優において人称格を獲得したことにより、初めて人類史という壮大な戯曲上の実在となりえたのである。

そのことの一端を示す、近代刑法法の創造者としてのデュポール像は、すでにデュポール報告邦訳解説においてこれを述べ、大革命より帝政期に至る全立法事業の定礎者としてのデュポール像は、沢登・藤尾・鯉越訳「邦訳・大革命期フランスの刑事訴訟立法（その二）、罪刑法典(一)（革命暦四年霧月三日）^{ブリュメール}（本誌一八卷一号）」の訳者解説においてこれを述べた。本稿では、以上に引続いて、人権宣言制定過程における彼の、理論的指導者、運動組織者および実戦指揮官としての水際立った活躍の一部を、罪刑法定主義（第八条）、被疑者被告人の無罪推定および「そ

の拘禁は身柄確保の手段のみにとどむべし」との原則（第九条）の創造者たる点に焦点を置き、併せて近代民法の根本原理たる所有権不可侵原則（第一七条）の創造者たる役割にも触れながら、明らかにする。

尔来二百年、人類永遠の財産目録に加えられるに至ったこれら刑事法の根本原理の創造者として、デュポールの名は不滅であり、彼の名を抜きにして近代刑事法史を語り、近代刑事法理論を説くのは、ナンセンスである。しかしわが刑事法学界に、彼を知る者が果して幾人いるであろうか。その名が記憶から失われたことは、すなわち、彼の創造した近代刑事法の根本原理が、わが刑事法制の中で今や死に絶えんとしていることを意味する。精神のパンテオンに輝くこの人の不朽の名とともに、近代刑事法の根本原理を想起させることによって、わが刑事法制を臨終の床から蘇らせること、これが本論に託す筆者の願いにほかならない。

（五五頁への注） Stefaniらおよび Lainuiらの新研究（五六―六二頁に引用）によってその誤りを指摘された所の、「アンシャ・レジームの刑事司法は罪刑専断だった」という「かなり流布されている」仏独法学者の旧い見解の概要は、佐伯千仞「啓蒙時代と犯罪類型」法学論叢三九卷三号二―一頁に紹介されている。