

資料

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

沢 登 佳 人

訳 者 解 説

王羲之と併んで中国書史に君臨する北宋の米市は、ある時晋武帝帖を觀てその感懷を次のように筆に託した、「吁、豈二臨学ノ能クスル所ナランヤ、人ヲシテ筆研ヲ棄テ令メント欲ル也」と（群玉堂米帖）。デュポールが一七九〇年一月二七日憲法

制定議會に対して行なつた刑事手續改革法案に関する報告を一読した時、私は初めて米市の氣持がわかつたと思つた。そこには、私が三十年求め続けて來た刑事手續法の基礎理念、基本構造原理が、本当に、何の苦もなく、天地の初めからそこに在つたとも言つたように、單純に明快に素朴に、七難しい理論の虚飾を一切着けぬ裸の、自然の、生まれたままの姿で、しかも最高の明晰性と緊密な体系性と、そして細部の隅々まで行きとど

いた、人間的で繊細で情理兼ね備えて、しかも実際のなわけ知りの配慮を完備して、ボンツと坐っていたのである。三十年の私の勉強は、少なくとも刑事手続法に関する限り無駄な努力であつた、そして今後も死ぬまで無駄であろう、そう私は感じたのである。

同時にそれは、私に言い知れぬ解放感を与えた。もう私は勉強しなくていい。駕馬に鞭打ち悪い頭を叱咤して、刑事手続法の真理を採す苦勞はもうしなくていいのだ。なぜなら真理はすでに見つけられていたのだから。今日から以後、私はデュボール報告のメッセンジャーになろう。口移しでその内容を馬鹿のようにくり返す一羽の鸚鵡になろう。そう思つて、デュボール先生の精神に則つたフランス刑法の解説屋になろうとしたのだが……、他人が見出した真理を正しく祖述することは、自己の内に見出した真理を語ることよりもかえつて何倍も骨の折れることだと、忽ち思い知らされた。自分が自分の内に見たものは自分と昵懇の間柄にあるので、後で誤解に気づいたらゴメンネと謝まつて君子豹変すれば足りる。しかし他人の見つけた真理を誤り伝えてゴメンネでは済まされないし、その誤伝がその

人を誣る結果になつた時には、人類全体の宝となるべき真理を、ことによると永遠の忘却の淵に沈める大罪を犯すことになるかもしれない。それ故、真理の発見者から真理の祖述者になることは、一つの重荷から解放されてもつと重い別の重荷をしい込むことである。しからば、宣教や鸚鵡の口まねはやめて、デュボール報告の録音テープになろう。御本人の複与された声を聴いてくれ、複写器が多少粗悪でも、私自身の声に置き換えるよりは正確であろうから。こうして、前号で一七九一年法を翻訳し終つた後に、デュボール報告の邦訳をしようと、思い立ったというよりむしろ追いつめられた次第である。

読者にとつても結局はそれが便利であろう。一七九一年法は懇切な語り口で、一読して手続構造の全体と細部との手に取るような鳥瞰図を与えてくれる。しかし、その構造を創り出し支えている原理・理念は直接にはそこに一言も述べられていない。なぜこうなっているのか？読者は臆測し、時に正解を得るが時に誤解——特に自己の既成観念に引きつけて読んだとき決定的な誤解に、陥るかもしれない。デュボール報告と併せ読む時、人は一九七一年法について、もう一度、心の底から、「な

るほどなあ」と讃嘆の念をこめて納得するに違いない。そしてきつと私と同じように、そこに一つの真理を、少くとも近代刑事訴訟法の初心・真髓・魂を、従ってわが法改革の前路を千里の彼方まで照らし出す赫々たる知慧の燈台を、見たと信じるであらう。

Adrien Jean François Dupont は、一七五九年パリに生まれ、一七八九年高等法院 (parlement) の判事 (評定官 conseiller) の時、三部会 (État généraux) にパリの貴族から選出されたが、第三階級と結び、Barnave, Lameth と共に三人同盟 (le triumvirat) を結成、一七九〇年司法組織に関する報告を提出し、刑事にも民事にも陪審制度の採用を提唱した (稲本洋之助「フランス革命初期の民事陪審論」《社会科学研究》二〇巻三・四合併号) (参照)。国民憲法議會は民事陪審を否定して一七九〇年三月三〇日刑事陪審のみの採用を決議し、法案の作成を憲法刑事法合同委員会 (comités de Constitution et de jurisprudence criminelle réunies) に委ねたが、デュボールは委員会の中心人物として法案作成に尽悴し、法案提出のための報告を行ない、

かつ議會での論戦で常に先頭にたつて反対論・折衷論を駁撃し、遂にほぼ原案通り議決せしめることに成功した。

この法案とこの報告とは、尔後今日に至るフランス刑事訴訟手続すべての出発点であると同時に、極めて大きな比重でその基本理念、構造原理および各制度の根本・大枠を決定した基礎建築物であり、さらに判例・学説を一貫して導き続けて来た理念、原理そしてテクニカルチームの源泉である。(例えば今日広く使われているところの、わが国では普通「自由心証」と訳されている「*intime conviction*」《内的確信》という語や、書面は証拠とはなりえず単に「*l'enseignement*」《参考資料、案内ないし情報》) となりうるに過ぎないという、口頭弁論主義、書証排除法則を示す言葉は、この報告の中に初めて現われる。) この意味において、デュボールこそは、真にフランス近代刑事法従って大陸法系全刑事訴訟法の父であると共に、彼がその報告の中で明確に指摘した後ほど私が改めて解説を加える如く、法案作成に当たり当時のイギリス刑事訴訟法を範としつつかなり重大な部分でそれに加えた修正が、その後フランスの歴代諸法でさらに改良発展させられたものを、一九世紀に入つてイギリス法が逆

輸入することによりその近代化を推進し、一九世紀後半までにほぼこれを達成するに至った跡を顧みる時、彼はまた、イギリス近代刑法のいわば岳父であるとさえ、言うことができる（彼のこの巨大な影響力は、私が先に著した、フランス刑法全体の理念・原理・構造を概説した三論（本誌一六卷一、二、三号）と、本訳文とを照らし合わせて読んで頂ければ、昭々として明らかである。）。

その後デュボールは國王 Varennes 逃と後、大革命の進展と共に国王の特権を擁護する立場に立つ。彼が主張した国王の特権とは如何なるものであったか、それが大陸法系刑事司法の一根幹を成す検察官訴追制度の形成発展に対して如何に基礎的な意義を有したかは、本報告の中に明らかなので、その点も後程解説する。

パリの重罪裁判所の長となったデュボールは、サン・キュロットが国王をチュイルリー宮に捕え王制が完全に顛覆した一七九二年八月一〇日の翌日逃亡したが捕えられ、脱獄してイギリスに渡り、ロベスピエールの失脚・逮捕によるテルールの終焉を告げる熱月九日（一七九四年七月二七日）の後フランスに

帰還したが、ナポレオンの抬頭・第二次執政官政府誕生のきっかけとなった、軍部の力を借りて共和派が春の選挙で進出した国王派の議員を追放した実月一八日（一七九七年九月四日）の後、改めて外国に移住し、一七九八年スイスの Appenzell で没した。（以上の略歴は Grand Dictionnaire Encyclopedie Larousse 最新版による。）

三九年の波瀾に富む人生を、彼は終始、人民を「主権者」すなわち「権力の窮極的帰属主体——法律の制定執行の渊源」とし君主を「法律執行の見張り役（ドイツの法学者のいわゆる法律の番人）」とする、民君共存の穏和な立憲国家の支持者たる初心を以て貫いた。棺を覆うてより二百年、一言を以てその人となりを定むれば、聡明なる早熟の天才、惜しむべき夭折の大器にして同時に気節の人であったと言うことができよう。

さて、報告の内容は報告自身をして語らしめるのが本筋である。しかし恐らく多くの読者は、フランス刑事手続法史の大体の流れさえ知らないであろう。まして、大革命の胎動・発端・展開において、刑事手続の改革とそれをめぐる論議とが、終始

中心的な契機・原動力・目標・課題・指導標識・牽引車たる役割を果たし続けたことを、その意味で刑事手続の改革は単に大革命の結果に過ぎないものではなくて、実は大革命の最も重要な目的因であり大革命そのものの本質的部分であったことを、知ってはいないであろう。その結果、デュボール報告の文言を逐一フランス手続法史全体の中に、また大革命という歴史的運動の中に、きちんと位置づけて理解することができず、今日流布している多くの刑法解説書を読むのと同じつもりで、刑事手続の技術論としてのみこれを理解するにとどまる恐れがある。それ故、以下において私が、デュボール報告の内容中フランス刑事手続法史およびそれと大革命との関わりをきちんと抑えておかないと正確に理解できないと思われる箇所につき、読者より一步先に学んだ所のものを以て若干の解説を施すのは、読者の理解を助けがためであって、決して読者に対し五十歩百歩の長を誇らんがためではない。

デュボールはまず主張する。委員会は法案作成にあたりイギリスの制度を参考にしたが、決してそれを採用したのではなく、

自然と理性とに相談して全く新しい制度を創造したのだ、と。それだけ読むと、フランス人の負け惜しみかヨーロッパ文化の中心なりとの民族的プライドが言わせた言葉かとも受けとられそうなこの発言は、しかし読み進むにつれてその虚ならざるところを窺わす。その点は逐次解説していくことにして、ここではまずこの発言が、大革命期の全立法作業の本質を知る上で極めて重大な意味を持つことを、指摘しよう。

従来わが国では、一七八九年の人権宣言はアメリカ合衆国の独立宣言や諸州の権利章典を焼き直して導入したもので、その思想的淵源は主として中世以来のイギリスの自由主義的伝統に在り、フランス啓蒙思想の影響は小さかったという説明が、まことしやかに流布されて来た（例えば高木八尺・末延三次・宮沢俊義編「人権宣言集（岩波文庫）」一二八―九頁）。それと併行してわが刑事法学界では、人権宣言八条に規定する罪刑法定主義の淵源はマグナカルタを嚆矢とするイギリスの諸権利章典に在りとする見解が支配的である（例えば大野真義「罪刑法定主義（世界思想社、一九八〇年）」一四四頁以下）。しかし、デュボール報告全体がその証明でもある如く、特にその末尾で

明白に誼い上げられている如く、大革命がフランス啓蒙思想の直接の帰結であり成果であること、そして人権宣言はその歴史的文脈にあることを素直に受け容れる者にとつて、これは如何にも奇怪な、というよりいさか馬鹿げた説明である。そこで、何でそんな変な話になったのかと疑いを発して調べて行くと、まず人権宣言全体の米英起源説は、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「人権宣言論外三篇」)。その要約、深瀬忠一「一七八九年人権宣言研究序説(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。）に由来することがわかる。そして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、国家の基礎を根柢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)」「人権宣言の『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、従つ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劃することに よつて『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權利と解し、その權利を国家以上の、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権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.』)。にもかかわらず人権についてのかかるイエリネック式曲解の、色濃い影響が、今日なおわが憲法学を覆っていることとその誤謬につき、拙著『権力止場論』(大成出版社、一九八一年)「四一―五六頁参照」。

「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当のことであれば、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 (B. Bounny, 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ヨ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 (Schottlander, Die geschichtliche Entwicklung des Satzes: Nulla poena sine lege, 1911, S. 2 f.; 大野前掲一四五―一四九頁参照。)

デュボールの上記発言とそれを裏づける一七九一年法の実態とは、深瀬が人權宣言創造過程のイエリネック流解釈に加えた反論を、側面から支援する資料となろう。

罪刑法定主義 (人權宣言八条) に関しては、さらに次の諸点が指摘されなければならない。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ژیム期には罪刑は慣習法によって極めて明確に法定されており、かつ裁判官民衆によって熟知されていた。当時の罪刑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、その上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 (絞り首、火焙り、車裂き、肉体の一部切断などの見物はプレイヒヤによれば「そのどれもがもちろん、物見高い群衆の前で執行された。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って、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。

《閨橋生訳「中世への旅、都市と庶民（白水社）」一六二—一六三頁。》ペンサムも「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 pénale*, tome I, p.15）」と言っている。「都市のにぎやかな交差路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。（ブ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っかぶせる形で成り立つ

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、四世紀頃から次第に社会の変化と王権の伸長に伴ない平和・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、各種の異端や渾神的神言動、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っ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ったときめつけたのは、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. Laingui et A. Lebigre, *Histoire du droit pénal*, I. *Le droit pénal*, 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がはっきり別法文になっているのに馴れっこになっているため——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、毒殺の二つ二つについて罪体（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して各犯罪種類ごとに特殊なものに分けて細かく定められ（Alberic 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って確認され罪状（被告人がその実行者 auteur であること。culpabilité）が一定の徴憑によっ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（特別札問）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 éd., 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」）三二―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つて確認されても、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つて、その事實は、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實の真実性、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) づ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言ふのは、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、札問手続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実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實に今まで誰一人気づかなか

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。

(なお、当面の問題から少しはずれるが重要なことなので説明しておきたい事がある。罪体 (*corps du délit*) と罪状 (*culpabilité*) とは本来別概念であつて、札問手続で犯罪を認定するためには、まず一般札問で罪体を、次いで特別札問で罪状を認定するという手順を踏まねばならず、自白はこの罪状認定のための証拠としてのみ用いられえ、ということとは、先ほど説明した通りである。しかし近代刑法にはこのような認定手順は存在せず、予審でも公判でも罪体と罪状とを同時に認定する。しかるに、罪状とは罪体を被告人が自己の落度 (*faute*, 故意過失はその種類である。) によつて実現することに外ならないから、罪状の認定の中には本来当然に罪体の認定が含まれている。ただ札問手続では、一般札問でまず罪体だけを法定証拠によつて確認し罪状は一定の徴憑による推定で足るとし、然る後に特別札問で罪状を改めて法定証拠によつて認定したので、罪体認定を罪状認定から概念上区別する手続法上の

必要が存在した。しかし近代刑訴法ではこの認定手順が消滅したので、手続法上は両者を概念上区別する実益がなくなった。そのため、アールを初め近代の多くの法学者は、両者を分けずに一まとめにして、単に罪状・罪状認定と呼ぶようになった。そして罪体という概念は、フランスでは違反行為 (infraction) の法定要素 (élément legal) および物の要素 (élément matériel)、ドイツでは構成要件 (Tatbestand) と名を変えて、実体法理論の中にのみ留まることとなった。しかしその結果、糺問証拠法の鉄則であり自白偏重防止の役を果たして来た「自白は罪体でなく狭義の罪状に対してのみかつ一定の徴憑を前提としてのみ、証拠能力および証明力を持つ」こと、すなわち「罪体は判決人が自白を聴く以前に他の証拠によつてすでに証明されていないなければならない」こと、「罪状も判決人が自白を聴く以前に一定の徴憑によつて推定されていないならばならない」ことが、かえつて近代刑事訴訟手続ではあいまいにされてしまい、特にわが手続上は全く無視されるに至つた。日本国憲法が自白だけを証拠に有罪を認定しえない旨を定

めているのは、英米法では今でもかなり厳格に守られている右規則を念頭において作られた規定と解され、それ故に団藤は英米証拠法を参考にして「罪体の認定には全体的に自白以外の証拠が必要だ」との意味にこれを解釈している (団藤重光「新刑事訴訟法、七訂版」(創文社、昭和四二年) 二八八―二八九頁)。但し団藤が、糺問手続では「自白は証拠の女王である」とされ自白と他の証拠との区別がなかった、と述べているのは誤解であつて、逆にこの区別は糺問手続の証拠法則に由来するのである。ただ、フランス近代刑訴法の自由心証主義下に伝統的法則が忘れられてフランスでもこのような誤解がポピュラーになったので、先所引アール著書の二四六頁は、わざわざ「そのことに注意させるのは (よくご存知の読者には) 余計なことだが」と断つた上で「自白は罪体の確認に基づきかつ一定の徴憑によつて先行されねばならなかった。なぜなら自白の効果は自白が特別糺問においてなされた場合にしか発生せず、特別糺問はこの二重の条件においてしか自白の述べるところを聴きえなかつたからである。」と記しているの

である。デューボールも糾問裁判所判事として当然その法則を知っており、それを踏まえて次のように述べていることに注意してもらいたい。「陪審の判定に一層の明確さと正しさとを与えることを陪審員に強制するために……陪審員はまず事実が存在するかどうか（罪体の認定）、次いで被告人がその事実の实行者であるかどうか（罪状の認定）につき、別々に意見表明することを義務づけられる、と定めるよう提案する。」そして一七九一年法典はこの提案通りの規定を置いた。ところが、かような事情を「知らぬが仏」ではなくて「知らぬが鬼」のわが捜査実務や最高裁判例は、必要なら被疑者を逮捕勾留して取調べてまず自白を手に入れた上で、次にその一部もしくは相当部分に対する、またはその真实性を保障するに足る程度の、補強証拠を捜してこれを手に入れば、それだけで訴追し有罪を認定するのに十分であるとしている。かかる自白偏重的解釈が、最近頻発する冤罪＝死刑囚無罪事件の一原因なることは、言うまでもない。裁判官、検察官、警察官その他刑事手続に関与する諸先生にお願いする。知りつつ法を枉げること

に戒心するだけがあなた方の良心ではない。無知に基づく枉法は、直接には良心のブレーキがかからぬだけ一層危険であり、その弊たるや測り知れぬものがある。それ故に、「無知は罪なり」との格言を座右に置いて日夜研鑽怠りなく、もし無知より生じた枉法が被疑者被告人の生死運命をも枉げている大罪に気づいたなら、一切の行きがかりを捨てて即刻改むるに憚ることなからんことを。）

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。現にモンテスキュー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は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の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権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。

では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全く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なければ、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・道徳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、デュボ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徳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徳・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隷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隷状態に甘んじることに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・偽善・二枚舌などの奴隷道徳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、各市民の名誉・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権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、すなわち奴隷状態の克服、によつて維持される所の、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、奴隷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・同朋愛・人格の尊厳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、ベツカリール、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、従つて徒らに過重苛酷な刑罰の否定を提唱する。それは当然糾問法廷を支配していた宗教的贖罪刑と残虐な体刑とを否定するはずである。

さらに、以上との関係で、「法律 (loi)」という言葉に対するデューボールの、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いる日本人とは全く逆に、前記の如き封建慣習法の支配＝王権の成文法律制定の謙抑の雰囲気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つては、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、従来の法に代えて、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いるような、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、従来の慣習・条理を完全に廃棄し、これに代わつてただそ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、だったのである。

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った。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ら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・不平等の真の起源でしかありえないのであって、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、従つてその克服は、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斉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よつてのみ、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）、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『社会契約論について、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、誰のどんな説をやつ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つたので、ルソーも例によつ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。従つ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躍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・宗教道徳・習俗のすべてを一擲した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徳・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 (pour) 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爲する。人間は脇役でしかなく、法律に服従し法律の意思に追従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・宗教道徳・習俗へのこの軽蔑・憎悪、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、傾倒をしてほとんど崇拜、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るうか。(罪刑法定主義はフランスでは少く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・レジム期の国王の赦免状の類は絶対に禁止され、刑の免除・軽減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)。なお、叙上のことに對するわが

法学者の無理解ぶりを示す一例として、高木八尺ほか編の岩波文庫「人權宣言集」所載一七八九年の「人および市民の權利の宣言」は、「〇」を五、六条では「法」と訳し、七、八、九、一〇、一一条では「法律」と訳すことにより、法律を法一般と易々と混同し、宣言全体の魂とも言うべき「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聖なる文章」というこの一語の持つ重く深い意味、大革命に命を賭けた人々がこの一語に寄せた深く激しく熱い想い、従つて大革命の根本精神そのものに対する、完全な無知を表明している。）

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つ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、ベッカー、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。人權宣言発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

の基礎づけは、歴史的事実として実在したところの、人権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、ベッカーリア、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。)

そしてイエリネック、ショットレンダー流の人権宣言とその八条との荒唐無稽な系譜論は、フォイエルバッハ以後急速に発展成長強力化した市民社会と、バイエルンの如き弱小領邦国家でなく遙かに強大な帝権との、鶴の合体たる一九世紀末ドイツ絶対主義の法イデオログが、大革命の人権宣言はおろかフォイエルバッハ流の微温的な罪刑法定主義ですら、ただでさえ強まった市民権をこの上一層昂揚させて絶対主義権力の基盤をゆるがしかねないことを懼れ、ことさらに人権宣言全体とその八

条との淵源を、マグナ・カルタに、そこからさらに遡って古いゲルマンの国家思想にこじつけることにより、一八世紀を覆った全人類的な澎湃たる思想運動、その中心をなすフランス大革命の意義を覆い隠し、その無上の成果である人権宣言とその八条とを矮小化し、ドイツ絶対主義体制へのその遅れ駈せの波及と到来とをくい止めようとした、迫りつつある変革の予感に怯える者の必死の足掻きに外ならない。(今日のかつ世界的視野からすれば、イエリネック、ショットレンダー流の罪刑法定主義の系譜論は一目で一面的とわかる奇矯の説であるが、知らぬが仏のわが法学界ではなお通説の地位に在り、しかもわが国の通説は完全にノックアウトして再起不能にせぬ限り本人もレフェリーもジュリーも絶対に負けを認めぬ不死身のチャンピオンであるから、以上の所説によつてその誤謬は一〇〇パーセント明らかなったはずであるが、他日のタイトルマッチを戦うためには叙上の諸事実を一層精密に考証すると共に、最後の必殺パンチとして人権宣言八条の採択に至る過程の論議の検討を必要とする。私には今その餘暇も餘力もないので、自分自身の将来の課題として残すと共に、私に先んじて同じ疑問を抱く

人々が一刻も早く検証されんことを歓迎し期待する。）

さて以上と関連して、デュボールが正義・人道・政治の三者は目的・手段・原理を完全に同じくすると強調する一方で、旧体制の下では反対にこの三者は目的・手段・原理を全く異にすると考えられて来たこと、政治機構は誠意と誠実さとなしにすましうるよう計算され、法律は人々に外的正義しか要求せず、すべてが形式に当てはまつていさえすれば法律の眼にはすべてが善かつたこと、を指摘している点に注目してもらいたい。今日われわれの法学教科書は、これと全く逆の事を説明してはいないだろうか。前近代社会では正義・政策・人道の三者、これをその手段に即して把えれば法・政治・宗教道徳が癒着し混同されていたが、市民革命の結果教会と国家とが、従つて宗教道徳と法律および政治とが切り離された、と。しかし市民革命特に市民法創造の中心的担い手の一人であつたデュボール自身が、それと全く逆のことを述べているのを、如何に理解すべきか。言うまでもなく、間違つてゐるのはわれわれの法学教科書であつて、近代市民法体系の創始者の一人デュボールその人で

はありえない。真相を言えば、法・政治・宗教道徳が混同癒着していたのは前近代社会のあらゆる時期においてではなく、前期封建制社会までの時期においてであつた。市民と連合した絶対主義の抬頭により、理念上は一つの神に由来する権力が、現実世界では二つに分割され、各個人の信仰すなわち人間の魂・心に関しては教会が、市民生活すなわち身体・物質に関しては絶対君主が、それぞれ聖権と俗権とを分掌することになり、ここに法および政治と宗教道徳とが分離し、さらにかくて宗教道徳のくびきから解放された俗権が、法とその目的である正義とを無視して権力自身のための専断と權謀術数とに走つたことから、法に対して独立な権力の行動領域すなわち政治が、法から分離したのである。デュボールが、従来はこうであつた、と述べてゐるのは正にこの事態を指してである（以上につき拙著「権力止場論」大成出版社、一九八一年）「三四頁参照」。

絶対主義の根本的克服たる市民法社会体制が、神の意思なく市民各個人に共通に内在する意思としての一般意思の下に、もう一度この分裂した諸要素を統合することを目指すのは、当然である（同右参照）。かくしてデュボール報告の中で、自由・

平等・同朋愛、すなわち各個人の人格の尊厳を全うせんとする一般意思による全市民の結合、その下での従来の奴隷道德に代る新しい市民道德の創造、その具体化の一場合として根本的に把えられた刑事司法制度、そのための社会を代表する司法警察官と一般市民との市民の義務としての犯罪の告発、被告発者を長く勾留することなく速やかに彼の同僚たる市民代表すなわち起訴陪審の審理にかけて起訴の可否を決めてもらい、さらに起訴事由の存否を速やかに同僚たる判決陪審に決めてもらうこと、陪審員に選ばれたならば飲んでその義務を果すという新しい市民道德を市民に植えつけ育てるための立法上の諸配慮、市町村が家族代わりとなつて被勾留者の栄養・清潔・健康その他人道的諸遇に万全の配慮を払うこと……これら一連の理念・原理・その具体化たる諸制度の提案が、一匹の蚕から吐き出される糸の如く一貫して切れ目のない論理的脈絡のもとに、次々に述べられていく。つまり近代刑事手続とは、自由・平等・同朋愛・人格の尊厳、要するに今日一般に刑事被告人および犯罪者の人權保障と呼ばれている純平として純なる道德原理によつて、従来絶対主義権力の術策により非道德的な一種の形式的技

術として組織化されて来た刑事手続を、根本的に創り変えたものに外ならなかったのだ（刑事人權保障のこの意義につき拙著「権力止場論」四六一五二頁参照）。

デュボールが、訴訟好きや法律屋を招き寄せるくずれかつた不吉な雰囲気と呼んだものは、糾問裁判所のこの非道德的な形式主義である。別の所でデュボールは、この形式主義をさらに次のように解説している。糾問手続の迷宮の中で人は判事に、それを守つていさえすれば誤判の責めをとわれることがない所の導きの糸として、煩瑣な諸形式を与え、その結果人々に、信頼と忠実とはそれを持つ人にとつて危険な性質であるから、悪辣に疑ぐり深く偽善的になる習慣を身につけるようにと教え、法律の条文に合致するベテン師たちに、常に単純で人を信じ易い正直者たちに対するあらゆる優越を与え、かくて人々に、道德を自分たちの心の中にでなく、書物の中に探することを教えたのだ、と。（何やら、些細な手続規則の遵守のみに汲々とし、肝心の事実認定や認定された事実への刑罰法規の適用は、あとで誤判と判明しようと論理矛盾を指摘されようと、「あの時の状況では仕方なかった」「この解釈が俺の良心だ」と開き直つ

て済ましている、わが国のある裁判官を彷彿させないであろうか。）

では一体、近代法で初めて、法と道徳とが分離されたという誤解はどうして生じたのか。それは、ドイツ・日本の法近代化が、フランスの如く絶対主義の克服・民主主権国家社会体制の形成としてでなく、これよりワントテンポ遅れて前期封建制の克服・絶対主義国家社会体制の形成として遂行されたことによる。前期封建法の宗教道徳との混同癒着を断ち切り、絶対主義権力は宗教道徳から独立の自己の支配領域を確保せねばならぬ。かかる絶対主義の要請によつて歪められ、独日近代法は、自由、平等、絶対主義権力への忠誠を媒介とすることなく、個人と個人とが、内なる一般意思において直接的本来的に結合している状態としての真の同朋愛、一言で言えば人格の尊厳という人倫の根本原理が完全に脱落し、むしろそのような原理から全く自由に、権力が自己の維持・増大の意思のみによつて、それ故しばしば自己の制定した法律も自己の都合次第ではいままに無視して（例えば刑事法学におけるドイツ絶対主義の代表的イデオログ、ビンディングの罪刑法定主義否定論を見よ。

拙論「ドイツ近代犯罪論体系の史的変遷」《法政理論一四卷二号、一九八一年》「八〇頁参照。この思想もまた、先述したイエリネックの「国家の自己制限の残余としての国民の権利」の原理からストレートに導かれる。その自己制限として法律により罪刑を限定された刑法は、国家の都合により具体的事件への適用においてその限定を如何ようにでも排除されうるのだ、いわゆる政治の原理によつて専恣に行動することを承認する、畸型化された近代法とならざるをえない。そしてこの畸型化の後遺症は今なお根深く、わが法学教科書の中に、また憲法や法律の文言を無視したり好きなように読み変えたりする諸国家机关の有権解釈特に最高裁判例の中に、歴然たる痕跡を留めている。

ところでデュボールが、糾問手続を支配した原理は専制君主の術策による形式主義・技術主義であつて、非道徳的だ、と論難する時、それが現実の糾問裁判官（デュボール自身その一人として仲間の生態を熟知していた。）への不信の念と深く結びついていることに、注意する必要がある。この不信感に啓蒙主義法律思想に共通のもので、既にモンテスキウにも次のような

指摘がある。「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蒙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。「裁判の公正を論ず《世界の名著モンテスキュー》」五七〇頁」裁判官の判断のかわらないかがわしさについては、裁判官中最も聡明と自他共に認めるモンテスキュー自身が「問題それ自体についてはかなり理解したが、訴訟手続となると皆目わからなかった（「わが随想（同書）」五七一頁注（４）」と告白している（裁判官不信は売官制による裁判官の質の低さとも結びついている。売官制につき鈴木教司「フランス中近世における司法官について——売官制に関連して——（愛媛法学会雑誌一一巻一号、昭和五九年）」参照。）。

そこからしてモンテスキューは、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）。だからこの主張の裏には、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。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、無知なものは直感によって判断するから、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って作り上げた彼自身の体系に何でも還元することにばかり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）」そしてデュボール報告はまさしくこの主張の線に沿ってその陪審論を展開する。

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、一方で、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ことになり、他方で、裁判官が正確に法律の適用をしているかどうかを絶えず見張り、

もし適用に誤りありと思つたならば請求・申立の方法によりその是正を求めることを任務とする、特殊な機関が置かるべきだ、という主張に根拠を与えることになる。そしてデュボールを初めとする当時の制憲議會議員の多くは、その任務を窮極的に行政権の長という名目の下に国王に課することによって、法律の制定・執行権の淵源すなわち主権を完全に国王から取り上げて人民に移した上で、なお国王に国政上・法律上の地位・権限を

認め、その首を繋ぎとめようとしたのである。このような考えは、糾問手続において裁判を見張りした国王の代官の任務を回想することから生じたので、国王のこの新たな任務を国王の手先として代行する機関、国王委員が設置されたのは、自然の成り行きであつた。

報告の中で、イギリスの王権と比較しながらその原理を説明するデュボールの手際はかなり鮮かであるが、そこからしてわれわれは、一七九一年法では司法警察官および公訴官と国王委員とに分属していた捜査・訴追と法律適用の見張りとの二つの異なる役割が、その後何故に一個の檢察官の職務権限に統合されたかを理解することができる。

革命が歩みを速め、国王が人民の信望を失墜してその首を切り落された時、もはや、正しい法律の見張り役を課すべき所の、人民に淵源する機関以外の機関は存在しなくなった。そこでひとまず、従来の国王委員は、国王でなく、従来国王がその名目上の長とされて来た所の政府に属するその役目を委託された機関と見做されて、政府委員と呼ばれることになる。しかし三権分立の原理からすれば、行政権が直接司法権を監視するのはお

かした話であるから、この委員は、名は初め政府委員、政府がその後二度皇帝、再び国王、再び共和国の政府に変わるに依じて皇帝の代官、昔懐かしい国王の代官、共和国の代官でありながら、政府への従属は単に身分上形式上のことで、正しい法律適用の見張り役そのものは、法律の制定者たる人民自身から直接付託されたいわばアフター・ケアの任務として、政府から独立の彼の「固有権」と理解され、確固たる制度となつて行く。

そして、政府の委員・代官がかように *ministère public*（公衆への奉仕者。通常検察官と訳されている。）たる本質を十分に具備するに至れば、もはや彼の正しい法律適用の見張り役は、一七九一年法および罪刑法典における社会||人民を代表して行なう司法警察官（治安判事）の犯罪告発および公訴官の公判における公訴維持の役割と、目的機能において何ら矛盾しないどころか、むしろ目的・機能を一つにするものと見るようになる。

なぜなら、前述の如く、法律が命ずる公序の維持は、旧体制下では実質上一部特権階級の地位・利益すなわち階級的利益||特殊利益に他の全人民を奴隷的に奉仕させる体制の維持にすぎ

なかったが、新しい社会においては人民各個人に内在する一般意思に基づき人民各個人の自由・名誉・財産・身体・生命の安全すなわち人権が保全された状態としての真の公益||社会的利益||一般利益の実現に外ならず、その核心は特に、デューボールの表現する如く、強者に対して弱者を、富者に対して貧者を、悪人に対して善人を保護するに在る。それ故、強い悪人の弱い善人に対する自由・名誉・財産・身体・生命の侵害を抑止せんがために、絶えずその侵害の発生に注意し（||見張り）、発生したならばその侵害を犯罪として処罰する法律にてらして直ちにそれを確認して、これを起訴陪審に、C・I・C・以降は予審裁判所に告発し（||請求）、その審理によつて判決裁判所の公判への弾劾を認められたならば、公判において原告として訴追の維持に当たる（||申立）ことは、国家機関が法律を正しく適用して法律の命ずる公序・公益の維持、特に強者・富者・悪人の凌虐から弱者・貧者・善人を守る任務を立派に果たしているかを見張り、違背があれば請求・申立によつて、それを取消し正しい法律の適用すなわち公序・公益が維持され弱者らが強者らの凌虐から守られている状態に復帰することを求めるとい

う、初め国王委員、次いで政府委員に付託された一般的任務の一部として把えることができる。(なお、刑事手続上の弱者は被疑者被告人であるから、その権利を守り無実なら嫌疑を擧げてやることも、この一般的任務の一部であつて、原告官たるの任務と何ら矛盾しないことに注意。) かくて革命暦八年(一七九九年) 霜月^{フレイブル}二二日の憲法は、公訴官を廃止してその職務を政府委員に委ね、雨月^{プレウイオヌ}七日法はさらに警察官(治安判事)から大陪審への告発権を取り上げてこれを政府委員の権限とし、その後C・I・Cを経てC・P・Pに至る檢察官―公衆への奉仕者制度の基礎を定めたのである。

かようにデュポール報告における公序・公益、従つて近代法の基礎理念としての公序・公益は、人民の自由・名誉・財産・身体・生命の安全すなわち人權、特に弱くて貧しい善人のそれが完全に守られている状態を意味するが、デュポールによれば、旧体制下では絶対王権が自から公序・公益の保護者を僭称することによつて、實際は彼を中心とする特権階級の階級的特殊利益とそれを維持する体制とを擁護するための錦の御旗として公

序・公益の理念を利用し、その旗の下に体制勢力を結集させたのであり、大革命は彼らからその旗を眞の持主である人民の手に奪還する運動に外ならなかつたのである。このことを、今日わが最高裁判所や体制法学が支配権力・支配階級の利益とそれを維持する体制との擁護を以て公益・公共の福祉・公序などと呼び、それを以て人民の人權を保護するどころか逆にこれを制限し剝奪することを正当化する法原理・錦の御旗として振りかざし、体制勢力をその下に結集させていることと比較することは、甚だ教訓的である。デュポールの定義からすれば、例えば、独占資本や悪徳高利貸の悪辣な搾取から弱い労働者、一般消費者、貧しい借り手などを守るために労働基準法・独占禁止法・利息制限法などを制定して強者・富者の所有権・契約自由権・營業自由権などの惡徳的行使を制限することが、公序・公益・公共の福祉のための權利制限なのであつて、逆に強い國家權力や富める独占資本の貪欲な利益追求のために弱く貧しい労働者、農民、一般市民の爭議權・土地所有權・環境權などを制限し奪い取るが如きは、公序・公益・公共の福祉を侵害する強盜的行為以外の何ものでもない。

なお兩月七日法は、警察官から、大陪審への、後に予審裁判所への告発権を取り上げて、これを検察官に委ねる一方で、警察官から被疑者に対する取調権・勾引勾留権などの強制捜査権をも取り上げて、こちらは検察官にでなく陪審指導判事に、C・I・C以降は予審判事にこれを一任した。いわゆる訴追と予審との機能分離である。これにより、被疑者・被告人と捜査官・原告との対等性が完全に確保され、近代刑事手続の訴訟手続たる本質が確定したのである。

では、何故一七九一年法はこの対等原理に対して無知であつたのか。その理由は、警察官の強制捜査権を基礎づけるデュボール報告の次の論法の中に見出される。曰く、公序は全く市民の人権の確保に存するが、その確保は無政府状態でなく秩序の維持された状態において達成される。そして秩序は一般意思から発する法律を守ることにより達成される。旧体制下では法は一部特権階級の自己の特殊利益追求意思としての特殊意思から発し、一般利益の擁護には怠慢だったが、自由な国では法律は一般利益追求意思たる一般意思からのみ発するが故に、その法律

を執行させることにより一般利益を保護する権力の発動は、旧体制下より遙かに峻厳なのだ。なぜなら、恣意的専制権力への抵抗が正義であり高邁であればあるだけ、「富者に対して貧者を、強者に対して弱者を、罪に対して美德を保護する一般意思から発する法律に対する抵抗は、ますます罪深く恥づべきものである」から、と。つまり、彼は次の二重の仮定によって強制捜査権を基礎づけているのだ。第一の仮定は、新体制下の法律は常に一般意思の表現であること、第二の仮定は、一般意思の表現たるこの法律を執行する権力は、その発動において常に厳密に法律の本旨に従い一般意思を具体化すること。法律とその執行権力とが真にそのようなものであることを条件として、警察官が法律違反の嫌疑をかけられた市民に仮の、できるだけ短期間の自由拘束と取調とを忍受させ、その市民がそれを忍受することは、人民の代表機関としての、および一市民としての、神聖な義務である。しかし、その仮定は非現実的であつたこと、夢と希望に胸ふくらませて三部会に集合し球戯室でその実現を誓い制憲議會でその実現への確実な道を歩みつつあるとの自負に燃えた、デュボールを筆頭とする若き法律家たちの幻想でし

かなかつたことを、大革命の冷厳な進行が忽ち教えてくれた。

テルールは、公序の維持によつて一般意思の求める一般利益を守るはずの人民代表権力が、実質的には如何に権力者自身と彼が代表する一部階級との特殊利益およびその権力自身の維持のために人民を弾圧する凶暴な道具となりうるかを、教えてくれた。軍事独裁権力とブルジョアジーとの提携による、テルールとその反動の行き過ぎ（王党派の進出）との克服および大革命の成果のある部分の維持・発展と他のある部分の後退・切り捨てとの政治的経緯は、人民代表権力の凶暴化を防ぐためにも反革命を防ぐためにも一般意思は殆んど無力であり、結局、人民の一部たるブルジョアジーが独裁化した別の非一般意思的権力と提携してその力を借りると同時にそれと引き換えに人民の自由と権利との一部を放棄せざるを得ないこと、こうして形成された一種鴟的な権力を利用して創られる法律や公序は、もはや決して一般意思の純粹直截の表現、一般利益の純粹直截の護持者ではありえず、階級的諸特殊意思・特殊利益および個人的諸野心の葛藤・均衡・妥協の産物でしかありえないことを、教えてくれた。しかもその間に、大革命を担つた若き法律家たち自

身も老いかつ辛酸を嘗めることによつて円熟し、次第に現実と妥協しながらしかも取るべきものを取る老獪な術策を身につけて行く。かくてテルール直後の罪刑法典ではなお一七九一年法通りであつた警察官の強制捜査権は、それを危険と感じたブルジョア法律イデオログの策謀で、先記の如く、その後ナポレオンの抬頭と歩調を合わせて急速に警察官の手から起訴陪審指導判事として予審判事の手へと召し上げられて行く。他方、起訴陪審への、C・I・C・以降予審裁判所への、訴追権の方は、ナポレオン独裁権力の要望により、警察よりも一層強力な檢察官の手中に帰せしめられる。その後C・I・C制定過程で、臈を得て蜀を望むナポレオンの、檢察官の手中に予審権をも集中したいという要望は、ブルジョア法律イデオログによつて阻止され、両者の妥協の産物として割を食つたのが人民一般であつて、その代表たる起訴陪審による弾劾権を予審裁判所に奪い取られる。この妥協で最も多くを獲たのは皇帝でもブルジョアジーでも人民でもなくて予審裁判所だつたという思わざる結果を見て、皇帝が、予審判事はその管轄地区内で最も強大な権力の持主だ、つまり皇帝より強い、と慨歎したのは、皮肉と言

おうか、自業自得と言おうか。これらの経緯は、今後逐次訳出される中間期諸法律の変遷の上に、昭々として明らかであるから、そのつもりで読んで頂きたい。そして一七九一年法の原理に対するこれらの手直しにより、当事者対等および訴追と予審と判決手続とを全く異なる独立の主体に委ねる機能分離を基本構造原理とする近代刑訴法の基礎建築が完了する。

ここで初めにもどつて、デュポールと一七九一年法が、イギリスの制度を参考にしつつこれを理性と自然とに相談して如何に手直ししたか、その後それがどう発展せしめられた後に、一九世紀半ばまでにイギリスに逆輸入されてイギリス法の近代化にどう貢献したか、という問題を考察しよう。

最も重要な改良は起訴前手続の迅速化である。当時イギリスの治安判事は強大な捜査権を有する糾問官であつて（拙論「フランスの『人民代表訴追』とイギリスの『一般市民訴追』——捜査権強化と機能分離との調和（法政理論一六巻三号、一九八四年）」一二九—一三〇頁参照）、被疑者を捕えて糾問した上巡回裁判所が巡回して来るまで長い場合は半年も勾留しえた。

デュポールと一七九一年法は、治安判事が被疑者を勾引勾留して取調べる権限はひとまず認めたものの、この措置をあくまで「仮の」ものと規定し、いつまでも勾留して得心のゆくまで調べることを許さず、被疑者に釈明を求めてそれを不十分と考えたならば、直ちに被疑者を起訴陪審指導判事の面前に送り、後者もまた直ちに前者を尋問して被疑事実が本当でも法律にてらして罪とならねば即時に釈放し、然らざる時は直ちに起訴陪審を招集して審理陪審の面前に弾劾するか否かを決定してもらふこととして、長期の勾留を無くすと共に、警察官の強制取調権そのものを限界づけた。そしてそのために重罪裁判所を各デパートマンの中心都市に定置することとした。その後前述の如く、司法警察官（と後に検察官と）は情報収集のために強制力を用いることを許されなくなり、単に集めた情報から嫌疑を認めたならば直ちに陪審指導判事（C・I・C・以降予審判事）に訴追し、後者は強制権を用いて取調を行なつた後に、起訴陪審（C・I・C・で重罪起訴部、C・P・P・で重罪公訴部）に審理陪審の公判に付するか否かの裁定を求めることになった。

かように警察・検察が、強制捜査権を持たなくても、起訴の

可否を判定しうる程度にまで情報を収集する能力を持つためには、人員・施設・組織・管轄のいずれにおいても、アンシャン・レジーム期や大革命当初に比べて飛躍的に増強され整備されることが必要である。すなわち近代的警察機構の確立を前提とする。そしてこの前提は、ナポレオンとその右腕と言われたフーシェによって充足された（ファール・ドゥ・ロードは「フーシェが警察を指揮することをやめて以来、警察は行なわれなくなった。」と論断し）（Fabre de l'Aude, Histoire du Directoire, IV, 222）。デュイソンもこれを正当な評価だとしている（H. Buisson, La police, son Histoire, 1958, p.129.）。

これに対し、イギリスは遙かに立ち遅れ、一八三〇年代に漸くフランスに学んで近代的警察機構を備えるに至った状況であつたから、それまでは司法警察は従来通り治安判事の糾問的捜査に頼らざるをえなかつた。一八三〇年代以降治安判事から独立に近代的警察機構が整備されるにつれ、やっとフランス同様初動捜査はこれに委ね、治安判事は従来通り強制捜査権を独占しつつも、自ら進んで犯罪捜査に当たることなく、警察が任意捜査によって集めた情報に基づき被疑者を捕え被疑者が承諾

すればこれを尋問した上で直ちに治安判事の面前に連行することによって告発した時に、必要なら被告人を勾留し証人を強制的に聴問するなどしてさらに自ら捜査した上で、その告発を大陪審の審理に付するか否かを（一九三三年大陪審廃止以降は公判に付するか否かを）決定するという、純然たる裁判官に自らを純化した。これによって、フランスと全くパラレルな（小陪審＝審理陪審公判への）起訴前手続の近代的体系が、整つたのである。

但しフランスでは、大革命当初些細な日常的事件の裁判官として各カントンに設置された治安判事が同時に司法警察官の中心（憲兵隊がその補助）であつたので、訴追と予審との機能分離を行なうに当たり、治安判事をその名に反して強制権を持たぬ純粹の警察として位置づけ、強制権は陪審指導判事、その後予審判事に独占させることにしたのに対し、イギリスでは、治安判事とは別個独立に近代的警察機構を設置することにより、治安判事を裁判官として純粹化する道を選んだ。従つて、治安判事の変化のみを見れば、フランスと丁度逆方向への変化だったわけであるが、起訴前手続の構造を全体として比較す

ると、フランスを先導としてそれと全くバラレルな変化を遂げたわけである。私が、デュポールを以て、大陸法系訴訟法の父であり、従つて、イギリス近代訴訟法の岳父である、と称する所以である。

デュポール報告および一七九一年法と異なる方向へ、その後フランス訴訟法が發展して行つた点として、さらに書面利用の問題を挙げうる。デュポールは糾問手続の書面審理の蔽が蘇ることを警戒するのあまり、公判においてだけでなく捜査・予審においても、また審理のためだけでなくあらゆる仕方による、手続記録の利用を禁止しまたは制限することに努めた。しかし、公判で被告人が原告と対等の当事者として十分に防御権を行使しえんがためには、事前に捜査・予審記録を全部自由に閲覧し、それに基づき、十分な時間的余裕の下に、公判における防禦、すなわち証人や物証の提出とそれをめぐる主張および原告の反論に対する再反論、ならびに原告側が提出することを予想される証人や物証に対する反対質問や反論、のための作戦計画を、弁護士と相談してとつくりと練ることが必要である。つまり、

いわゆる原告側手持証拠と予審裁判官収集証拠との全面開示が必要である。そうでなければ、すなわち証拠が原告側に独占されおよび原告側に対してのみ開示されるならば、原告はそれらの証拠のうち被告側に有利なものはすべて握りつぶし自己に有利なもののみを選んで判決陪審に提示しえ、しかもその提示はすべて被告側にとつては不意討となり、また逆に被告側の防禦活動はすべて見すかされ待ち伏せされて、両当事者の対等な攻撃防禦・弁論戦は不可能となる（当事者の武器対等原則の欠如による当事者対等原則の不完全性）。その結果判決陪審員たちの心証は一方的に原告側弁論にのみ影響され、公正な判定となりえない。ところがデュポール一七九一年法は、書面審理主義の克服を書面利用一般の禁止・制限原則にまで拡大し、捜査・予審記録の被告側への開示を認めなかつたために、この蔽を避けえなかつた。

そこで罪刑法典は、この開示を義務づけて防禦権保障に遺憾なからしめると共に、開示の前提条件として、捜査・予審における記録手続を糾問手続に倣つて嚴格に法定することによりその正確性と客観性を確保し、被告側が作戦計画を練るための

案内（参考資料（renseignement））として遺漏なからしめることに努めた。かような制度はその後さらに強化され、C・P・P・はその違反を防禦権の侵害ときめつけ、手続の無効、無効とされた手続によつて収集された証拠から公判廷で情報を汲み出すことの禁止、違反者の処罰・懲戒などの重い制裁の下に置いている。この点は英米法より遙かに徹底している。次に予定している罪刑法典の邦訳を読まれる際、その点に注意して一七九一年法邦訳と読み比べて頂きたい。

デュボール報告の庄巻は、陪審が口頭弁論主義・自由心証主義と不可分一体の制度であつて、書面審理主義・法定証拠主義とは絶対に両立しえないこと、そしてそうであることによつて、真実を発見し誤判特に無辜処罰を防ぐための最上の制度たりうることを、生彩に富む情景描写、鮮やかな論理展開、そして驚くべき説得力を以て説き明かす報告全体の中心的な部分と、陪審こそ圧制権力に対して人民の自由を守る最終最大の砦であり、かつ人民を絶えず人民主権の原理に立ち還らせ、自由・平等・同朋愛・人格の尊厳に根ざす新しい道徳・習俗を生み育て

不動のものとしてくれる制度である、と説く結論部分とである。稚拙な邦訳ではあるが、幸いに読者がそれを通して原文の高い調べの十一を彷彿して下さるならば、これに過ぎる喜びはない。

最後に読者願わくは、デュボールが「自然と理性」という書物に相談して新しい制度を創造したと誇らかに述べている意味にもう一度思いを致されんことを。

制度が安定しそれを規律する法律に根本的な欠陥ありとは思われぬ時代には、法学者は自国他国の法律・判例・学説の精緻な実証・訓詁のみを事としていてもよい。それは杜甫や韓愈がその詩文を推敲しダヴィンチやミケランジェロがその絵画彫刻に仕上げる絵筆や研磨を加えるにも比すべき大事業であるから。しかし、わが刑事司法が、人民の訴追・人民の裁判の理念の不在に基づく、市民訴追と検察官の人民代表性との欠落および陪審の欠如という致命的な欠陥をかかえ、それに基因する捜査権の超然問性、証拠開示の不完全、捜査記録特に超然問的取調によつて奪つた自白調書に全面的に依拠する書面審理主義と結合した自由心証主義の濫用による裁判官の恣意的事実認定

などの重大な弊害によって汚染され、その必然的結果として死刑囚の再審無罪の頻発を氷山の一角とする無辜処罰の恐るべき暗数を生み出しているこの時、大革命前夜ヴォルテールらの相次ぐ誤判の摘発により糺問司法への不信が極頂に達したのにも比すべきこの時、石も叫び出すべきこの時に当たって、法学者の務めは、しばらくその実証・訓詁によって獲た知識を己から突き離しこれを眼前に見据えて、自己の内なる自然の聲、理性の導き、良心の叫びに従い、その中から在るべからざる制度・規則・その理念・構造原理・解釈運用を摘出してこれを排撃し、在るべきそれらを探し出してこれを参考とすることを通じて、現行制度・法律・その理念・構造原理・解釈運用を根本的に改革しその悪弊を抜本的に克服する所の、従って必然的に、たとえその改革・克服のために仏英米その他の諸法・諸理論を参考にしたりしても、決してそれらの模倣やつまみ食いではない所の、淳乎として淳なるわが国の制度・法律、また従って必然的に、歴史上未だかつて在らざりし新制度新法律の創造の道を探ることである。

己の内なる自然||理性に相談せぬ、社会のニーズつまり体制

のご都合に合わせた他国の制度・法律の模倣、従って必然的に体制に都合のよい箇所だけのつまみ食いもたらす恐るべき弊害を、われわれは自身を以て体験しつつある。既成の制度・法律・判例・理論の法学者に対するは、捜査・予審記録の陪審員に對すると全く同様に、あくまでも単なる案内||^{ラフ・ガイド}参考資料以上のものであつてはならぬ。そして陪審員が、例えば二人の目撃証人が一致して被告人が犯罪を行なつたと述べたなら必ず有罪と認めなければならぬというような法定証拠規則に拘束されてはならぬのと同様に、法学者は決して、例えば、この問題についてはこれこれの学者ないし文献は權威があるから、つまり高い証拠価値を有するから、必ず引用せねばならぬが、しかしかの学者ないし文献は權威がないから、つまり証拠価値が無いから、無視してもよいとか、通説にくみする人は、少々論理矛盾や事実反する点を指摘されて内心ギョツとしても、批判者が完膚なきまでに通説を叩き完全に反証を挙げ尽くすと共に、自説の正しさを百パーセント証明しない限り、「疑わしきは真理なり」とすましておればよい、なぜなら挙証責任は挙げて通説を批判する側にあるのだからとか、他国の法制・理論を論じる

場合、その問題につき權威なき日本人の研究から引用しても孫引で証拠価値皆無だが、ドイツの学者がフランスの法制・理論を論じたものには、すべて權威ありとして例外的に高き証拠価値を認めても差つかえないとかいうような、いわゆる法学アカデミズムの論文作成規則に拘束されてはならない。ただ己の内なる自然＝理性の声に耳を傾けよ。自然と理性とのみが君たちに、何が真にそこから真理を汲み出すべき文献・資料であるかを、その文献・資料が証明しうる事実の範囲とその証明の明証性の程度とを、またその誤謬と誤謬の範囲・程度とを、教えてくれる。万巻の書を読み千里の行を行け。しかし最後に正しい道を君たちに指し示すのは、それによつて獲た知識でも経験でもない。君たちの内なる自然、君たちの理性、君たちの一般意思なのだ。「知られていても使われなければ、何が万人にとつて正義であり有益であるかを入念に探究したところで確かに無駄であろう。一般意思を行使しないこと、それは一般意思に相談しないことである。」デュボールは制憲議会の議員たちに呼びかけるが、二百年の歳月を超えてわれわれの胸に呼びかける。

以上の解説はデュボール報告の内容のほんの一部についてにすぎない。他の大部分の内容は、蛇足を加えるまでもなく、その文言自身によつて直接読者の胸に訴えかけるに違いない。ただ訳文の稚拙さが理解の妨げとなることを恐れるのみである。

ただし一言弁解をしておく。訳文の読みづらさ、わかりにくさは、必ずしも訳者の責めのみに帰すべきでなく、原文そのものが、日本人の日本語による思考における個々の觀念の創り方、問題の立て方、およびその問題を解くためにそれらの觀念を組み合わせる論理の運び方と、かなり異質な觀念の創り方、問題の立て方、論理の運び方をしていふことにも、起因する。そしてその異質性は、何もデュボールだけに特有のことではなく、当時のフランス人一般、そして多分かなりの程度まで今のフランス人一般にも、共通のことである。近代思想、近代法創始者の觀念、發想、論理運びは、特にわれわれと本質的な部分で微妙にずれた所が多い。旧思想はそれなりに整理され体系化され安定しているのでかえつてわかり易いが、旧思想を克服しようとして旧思想といわば決闘しつゝあつた彼らの思想は、動揺し混乱しそれだけになまなましくてしかも弁証法的な深味と複雑

さを持つ。克服過程が終了し一応の整理・体系化・安定を得た後の近代思想・近代法、それも主としてドイツのそれになじんで来たわれわれには、極めて理解しにくい。特に大革命の思想的支柱であったルソーなどは難物中の難物である。この人は一種の思想的怪物で、歴史上最も弁証法的な思想家であることは、フランスでも定説で、ルソーを読む人が百人いれば百通りのルソー解釈があると言われる程である。近年の思想家で難解で名高いヴァレリなどは、サンボリスムの暗号解読の鍵を手に入れば簡単にわかる、ルソーなどより遙かに単純平明な思想家である。

ところが、日本では多くの人がルソーを極めてわかり易い平明な思想家だと思っており、中には、わかり易いだけ深味がなく通俗的で大したことはないなどと言う人さえいる。原文で読む日本人がわかりにくいと言い、翻訳で読む異国人がわかり易いと言うのは話が逆だが、これは恐らく、流布されているルソーの邦訳が、一般に極めて流暢な日本語になっているためであろうと思われる。そういう訳が不正確だとか、原文の微妙なニュアンスを伝えていないとか、おおそれた批判をしているのでは

ない。日本語としてあまりにもスラスラ読めて引つかかる所がないために、読者の方が釣り込まれて調子よく読み進み、深く考えて完全に理解する以前によくわかったという気になってしまつて、本質的な所で自己の思考パターンと微妙に、そしてしばしば大きく、ずれていることに気づかないのであろう。

これに対して、例えばルソー思想を整理し体系化した代わりに一面化し単純化した、一種のルソーエピソードであるカントや、それをさらに政治的要請に適合するように意図的にカリカチュアライズしたヘーゲル（拙著「権力止揚論」六六―七八頁、一二五―一三六頁、一三九―一四二頁、一五三―一五六頁、拙論「仏独近代刑罰権理念史序説」(『法政理論』四卷三号、一九八二年)「一六―一三三頁、参照。」)などは、私に言わせればずい分と単純・平易・非弁証法的な思想家であるのに、一般には極めて深遠・微妙・難解な大思想家であると信じられている。その理由は他無し、ゲルマン的知性に固有の観念的思辯癖に加えて、自分の思想の由来する所がドイツ絶対君主の危険視し恐怖するルソー思想に在ることを百方隠蔽する目的で、彼らの文章が全編抽象的概念で綴られ具体的事例を引いてその概

念が具体的に如何なる事実を指すものであるかを全く示すことがないために、多くの日本人が、それを示せば「何だ、そんなことか」と言いたくなる日常的な事がらを述べているに過ぎない言葉を、「何だかよくわからんが、定評ある大哲学者の仰言ることだから、きつとさぞかし深遠な意味に違いない。」と勝手に思い込み、わからないということ却って何か神聖なものに触れた気持になつてうっとりしているためである。これに反して啓蒙期・大革命期のフランス思想は、ゲルマン的思辯の觀念性に無縁でキリスト教形而上学の超越性からも解放され、形而下的世界——人間世界の具体的で卑近な現実を直視し生き生きと表現しているので、思索の訓練を積んでいない浅薄な読者ほど簡単にわかつたと思い、俺によくわかるくらいだから大したことはないのだと思つてしまう。

私が極力意識を避け武骨で稚拙な逐語訳に努めたのは、必ずしも、フランス語読解力の不足と当時の思想状況や法律の状態に関する知識の不足とにより、意識できるほどよく意味を取ることができないためではなく（多少はその気味もあることを隠さないが）、読者にデュボール自身の生の觀念・問題提起・

論理運びを逐一辿りなおして頂くことにより、当然読者自身の思考パターンとの微妙なズレを至る所に感じ取って頂いて、簡単にわかつたと思つて頂かないようにするため、そして立ち止って「変だなあ」「どういうつもりかなあ」と問うことによつて、デュボールの、大革命の、そして近代刑事訴訟法の初心、思想の真髓に触れて頂くことを願うがためである。

以下に、Mavidal et Laurent, *Archives Parlementaires, 1^{re} série, t. XXI, pp. 42 à 61* 所載の一七九一年刑訴法典に関するデュボール報告の全文の邦訳を掲げる。

原文は冒頭に「報告者、アドリアン・デュボール君 (M. Adrien Duport, rapporteur)」と在り、そこに原注番号が付されており、改行せず直ちにそれに引續いて以下のデュボールの演説が記載されている。

邦 訳

紳士諸君、あなた方は刑事に関する陪審員 (jurés) の設置を決めた。

あなた方の憲法刑事法合同委員会 (vos comités de Constitution et de jurisprudence criminelle réunis) は、この重要な問題に関する彼らの仕事の最初の瞬間から、この新しい制度は何事においても、われわれの王令 (ordonnances) およびわれわれの制度の現在の形式と調和しえないことを感じた。すべてが調和している完全なシステムを作ること、および唯だ一つの法律 (loi) の中に刑事司法の運営に関するすべての事を盛り込むことができるようにするためには、すべてを鑄直す必要があるように彼らには見えた。彼らが今あなた方の裁決に委ねる名誉を持つのは、この仕事である。

あなた方が採用した制度に対する称讃をここで求めることは無用である。その制度が蔵する利益を（未だしばらくの間）経験がはつきりわからせてくれない以上、その利益を正しく測定

しえんがためには、多くの熟考と研究とが必要である。多大の努力によつてのみ、現に存在していない事物の秩序を思考の中に描き出すことができるのであつて、外面的表面的な成果に限つては、精神の最初の一瞥によりこの仕事を判断しうることもあるにしても、そのすべての部分をしっかりと結合している固い隠された織目に気づくことは、決してできないのである。それ故われわれは敢て、みなさんが、判定を下す前にわれわれの仕事を注意深く調べて下さるであらうと、信する次第である。われわれがあなた方に採用を提案するのはイギリス人の陪審 (le juré) ではない、紳士諸君。われわれはわれわれの面前に自然 (nature) および理性 (raison) という偉大な書物を備えておいた。われわれがわれわれの諸原理 (nos principes) を求めたのはその書物にである。そして二年ほど前からその書物を読み取ることに馴れて来たわれわれの眼は、この際またしてもこの書物に相談することによつて収獲を得ることを、恐らくはわれわれに許したのである。われわれはしかしながら、自由で知慧のある一民族の経験をわれわれへの助けとすることを、おろそかにはしなかつた。その経験はわれわれにたいへん役に

立つた。それ故重要な諸点で、あなた方がわれわれの作品に対し十分な理解を以て判定を下しうるようにするために、イギリスの制度とわれわれの（提案する）制度とを比較することを、われわれの義務と心得る。この仕事の目的自身に対する幾つかの一般的な見地を示すことを、まずわれわれに許していただきたい。

われわれを忙殺させている事業の直接の目的は、公序 (ordre public) を紊す人々、公衆または個人の自由を攻撃する人々の探索と処罰とである。それ故あらかじめ、真に社会における公序を形造るものについての正しくかつ健全な觀念を作っておくことが、必要不可欠である。従来多く濫用されてきた公序 (A 訳注) 活字にイタリック体を用いて強調しているので傍点を付した。) という言葉の厳密な意味を、定義し確定しなければならぬ。専制 (despotisme) とその手先らが、自由の友たちを押し潰さんがために、ひととき彼らの瀕死の諸力をそのまわりに結集させようと試みた所のこの錦の御旗 (bannière) を、永遠に彼らから奪い去らねばならぬ。その旗が属するのは自由の友たちにある。自由の友たちがその旗を奪い回さんことを、

彼らのみがその旗に栄光を与えることができるであろう、彼らのみがその旗を守ることができるであろう。

いつの時代にも、権力 (autorité) の中で権力そのものをして愛さぬ人々、権力を行使する歡びまたは希望によつて権力にしがみつく人々、民衆は常に誤り権力の手先は常に正しいといふことを理由にして、自分自身をあらゆる社会的營爲の中心となし、自分たちのまわりに自分たちのために(他の人が)果すべき義務をしか見ない人々が居た。かような人々は、公序を平穩な隷従、不正と抑圧とへの屈辱的忍従と称せんがために、專制君主の下に結集した。紳士諸君、そこにはあなた方の理論もわれわれの理論もない。

公序の眞の、正統の、唯一の基礎は正義 (justice) である。如何なる人も、彼が同意した協約 (convention) によつてしか、ないしはあらゆる協約の基礎である正義によつてしか、強制されえない。⁽¹⁾ 協約の中にたつた一つでも、その中で私の意思、も私の利益も聴き入れられなかつたようなものがあるならば、その協約は私に対しては無いものである。そしてもしも人が、私をその協約に従うように強制せんがために力を用いるなら

ば、この力は非法法 (illgitime) であり、もはや圧制ではない。私はその圧制に抵抗しえ、抵抗すべきである。従わなければこれを科するぞと人が私をおどす刑罰も、(もし科されるなら) 同様に不正となろう。なぜなら、刑罰は正義の遵守を強制するために用いられる力づくの手段であり、そして正義は常に力を前提条件とするものであつて決して力を補充するものではないからである。

さて、法律が多数の人々相互間の妥協でしかなくて、各人に對し、彼が自然からもらいそれ (△訳注▽後の「諸權利」を先行詞とする關係代名詞であることを示す。この場合は間に必ず「所の」を入れて訳す。) の保証のお蔭で社会をなして生存している所の聖なる諸權利を保障する代りに、結合した人々の一般利益 (interet general) の方へ向う代りに、ある一部の個人たちの利益を満足させることをしか目的としないならば、もしも法律が人間のある一階級 (classe) のためにしか存在せず、見張りせず、氣遣わず、武装しないならば、そして法律が他のすべての人々を無視するならば、その (無視された他の) 人々が自分たちの權利に目醒めて (seveiller) 起ち上り、彼らの周

囲を見まわして到る処に自然の手で書かれたこれらの權利を見る時までしか、彼らの (法律への) 服従を期待するな。彼らは、なかんづく彼らを圧制する人々の弱さの中にそれらの權利を見るであらう。その時正義と力との正統で尊敬すべきこの同盟によつて恐るべきものとなり、彼らがもはや奴隸であることを欲しなくなるや否や、彼らはすでに奴隸であることをやめているであらう。

かくてわれわれの眼前でこの栄光ある崇高な革命が行なわれた。そしてこの革命は他の諸民族を彼らの權利に目醒めさせて、いつの日か彼らにとつては手本とされ、そして彼らの圧制者たちにとつては恐怖とされるであらう。革命はこの (道理に對して) つんばの専制を討ち滅し、眞の秩序、正義と權利の平等とに基礎を置く秩序を以てそれに置きかえんがために、専制のこの實際上の非秩序 (désordre réel) を討ち滅したのである。

言うをやめよ、彼ら、この節操なき人々よ。成功のみが革命を正当化したのだ、もし成功しなかったとしたら自由の友たちは罪人だったであらうに、と。否、美德 (vertu) はさように個人たちの氣紛れと出来事の偶然とには支配されない。美德は

幸福にはほほ笑み不幸にいやな顔をする。しかし人間次第でその不変の本質を変えることもなく、事物次第でそうすることもない。

人々がこの記念すべき出来事に負っているすべての教訓の中で最も重要なものは、疑いもなく、その時まで思弁に委ねられていた格率を彼らの眼前で現実化することにより、社会的協約を司る人々に対して、正しい法律を作ることが彼らの厳しい義務だとすれば、それ（＝正しい法律を作ること）は服従の最も確実な手段でもある、ということを示した所の教訓である。人々は、極めて多くの結合された力と権力がそれを不死なるものとしているように見えた所の「統治」(Gouvernement)を撃ち滅すのを経験した。そして人々は、苦もなく、理性と一般利益とのみが永く支持して来た諸法則 (des lois) に服従したのである。

さてしかしながら、圧制と不正とのシステムが長期にわたって維持されうることも否定できない。墮落させる技術および分裂させる技術は、タイラントたちのよく知られている、そして常に成功裡に用いられて来た技術である。必要とあらば現実の

諸時代がその証拠を提供してくれるであろう。民衆の憎しみと復讐との結果から専制君主ら (despotes) を守るために、人は、残忍な刑罰 (peines) ないし恣意的な懲罰 (châtiments) 追放、国王封印書 (lettres de cachet)、これら圧制 (tyrannie) のおぞましい仕掛のすべてを作ることができる。

要するに、私のすべての権利を犯しつつ、いかがわしい、不完全な服従、それを強要する強制（がやめばその強制）と一緒にやる用意が常にできている服従を私から奪い取る所のを、敢てあなた方は公序と呼ぶのか。外部で情熱 (passions) の結果（＝民衆の憎しみと復讐と）を抑圧した代りに、そのためかえって情熱の原因を減ばさないで、（魂の底から湧き出した）情熱をもう一度魂の底にむりやり押しもどすことにより、そこで（＝魂の底で）情熱の本質と性格とが変わるように情熱を強制して、自由な人間のだからで公明正大な情熱に代えて、低級で卑しい情熱、猜疑、臆病、偽善、二枚舌、奴隸の悪徳のすべてを生み出す所の、かような継続的暴力、それが公序なのか。一体そんなものが幸福と公衆の平和との基礎原理 (éléments) なのか。平和の中に居るためには、互いに虐殺し合わないだけ

で十分なのか。

反対に、正義、人道および政治は、皮相な（見方しかしない）精神には、三つの区別された知識技術（sciences）を形造りはつきり分割された別々の主義主張（doctrines）の識別標識（ralliment）として役立つように見えるが、実は同じ事柄にすぎないのだということを、それら（＝正義、人道および政治）は単にその目的においてだけでなく目的に到達する手段においてさえ一致するのだということを、われわれに教えてくれる理論、それこそが、正義でもあり慰めともなる理論なのである。

ある博学の人たちが、（そういう理論は）あまりにも単純だと悲しんでいることを私は知っているが、私の方は、多くの偉大な人たちの知識技能が未だかつて人類に有益なものを何一つ生み出しえなかったことを恥じ入る次第である。

それ故かもしれない、こんな（人類に無益な）仕事の継続の代りに、野蛮な、しかしながらあなた方の不正を強固なものにするためには必要不可欠な方策の代りに、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、すなわちもしも正義が法律の条項を書き取らせたのであるならば、それらの条項を告

示せよ、そうすればあなた方は服従されるであろう。あなた方はそんなに難しい技術をもはや必要としない。あなた方の刑罰はもつと甘くもつと（科することが）稀でありうる。⁽²⁾その時法律は全市民の最も親しい関心事となる。人が生きることが願うのは法律ゆえに（pour）である。人が死のうと覚悟するのは法律ゆえにである。祖国と法律とへの愛、（度が過ぎると）自然と人道（humanité）との活力を消し去る傾向があるのであれば、そのエネルギーを抑制しなければならぬこの感情（sentiment）の力と活力とを、誰が知らないであろうか。

ああ、誰が正義に抵抗しえようか。

怒り狂い、いら立ち、すべてをひっくり返そうと身構えているこの民衆（peuple）を見よ。彼の盲目の憤激の中で彼が熱烈に追求するのは、正義、または少くとも正義のイメージである。民衆が制止されるのは正義の行為によってである。（まして）穏やかで仕事に忙しい人々が、どうして正義によって導かれなことがあろうか。

単に正義のみあれ、そうすれば民衆は平穏であるだろう。民衆は平穏である、そうだ（bien）専制主義の下で（も）。

疑いもなく、いかなる人も平和より自由をより愛するべきである、両者の間で（どちらかを）選択することを強いられるときには。しかし彼が真に幸福であるのは、両者の結合によつてのみである。彼が易々と自己の能力と才能とを發展させるのは、彼が自然の恵みと自己の労働の果実とを享受するのは、平和と正義との（涼しい）日蔭においてである。

公序が真に開化せる民衆の第一の必要物であるのは、この意味においてであり、これらの条件と共にである。これら二つの善きもの、自由と平和と、われわれの憲法はわれわれにそれらを保障する。われわれにとって公序はそこに在る。われわれが持つことを願うであろう公序、そしてわれわれが守る術^ヌを心得ているであろう公序はそこに在る。そしてもしも、何びとかが、悪人や専制君主が、公序を紊そうと企てたならば、躊躇せずに彼を捕えよ。正義それ自身があなた方を、力の剣で武装させる。彼に対して合法的な権力（puissance）を誇示せよ。あなた方はこの人を逮捕する権利を持つ。あなた方は彼を処罰する権利を持つ。彼は社会の敵であるから。彼は彼の同市民たちの中に在って、法律が彼らに保障する自然権の行使を妨害せんと欲す

るから。公序、正義、自由、平和を、それらに対して人が加えんと欲する攻撃に対抗して維持せよ。専制主義をうち倒したその同じ腕で、専制主義と闘うために常に挙げられているその同じ腕で、悪人を逮捕せよ、どちらも公序を紊すから。恣意的秩序も殺人もあなた方の眼には優劣のない重罪たらんことを、そのとき人はあなた方が権力（pouvoir）と自由との正しい観念を持つてしていると認める。そして市民たちはあなた方に敵対するどころか、あなた方を支持するために結集しようと見構える。あなた方は国家（l'Empire）の中に自由な人々が存在するのと同じだけの数の、あなた方の權威（autorité）を認める公正証書を持つてゐる。

知られていても使われなければ、何が万人にとって正義であり有益であるかを入念に探究したところで確かに無駄であろう。一般意思（volonté générale）を行使しないこと、それは一般意思に相談しないことである。それはふたたび新たな専制主義である。それは無氣力の、ないし裏切の、専制主義である。人はこの術策が自由を醜惡ならしめること、そしてその果実が市民たちに苦^{にが}いものであることを知っている。人はまた、この

手段が無秩序 (désordre) によつて民衆を専制主義に連れて行くことをも知っている。しかしこの手段は成功することができなかった、なぜなら自由の友たちはまた正義の友たちでもあるから。彼らは彼らの感情によつて彼らの主義主張 (cause) にふさわしい。人間の幸福の観念は、決して彼の思考から離れない。彼らは、自己の行為を不斷にその方向へ導く所の唯一つの目的のみを持つ。彼らの原理は、自由を獲得するためであれ保全するためであれ、自由を防衛するためであれ、同じ原理である。彼らは知っている、人が公序を維持するのは、無氣力と怠惰との消極的手段によつてではなくて、行使する榮光を發明の榮光よりも愛し、有益であることのみを熱望し、そして彼の意思全体を万人の意思を行使させるのに使う所の、確固たる、見識ある、そして節度ある愛国心によつてであることを。

ところで、国民 (nations) にとつて、自由がその間に在る所の遭遇すべき二つの異なる危険がある。万人に対する抑圧を生み出す公權力の濫用と、悪人による善人への抑圧を生み出す法律の侵犯とである。

これらの危険を避ける唯一の手段、それは注意深く權力を組

織し、厳密にそれら (＝權力) を分割し、疑いを以てそれらを制限し、正しくそれらをそれらの目的に向つて導き、一般的有用性の上にそれらを基礎づけること、しかし次にそれらをしてそれらに必要な全エネルギーを傾けて行動せしめることである。なぜなら、人間の標語は次のようであるべきだから。「私に私の独立を委ねよ、ないし私の自由を維持せよ。私は自然の支配の下で無限定かつ無制限の權利を享受して来た。私は社会の支配の下でそれらの (權利の) 使用を制限することに同意するが、しかしそれらは私に保障されかつ確保されねばならない。私の力は (自然状態で) すべて私のものであつた、今や私はそれら (の力) を社会の維持のために用いる。しかしそのお返しとして、社会は私を保護しそして私を防衛し、結果的にこれらの一般觀念を、われわれ (委員会) が没頭している特殊な対象に連れもどす。社会は私の安全、私の自由、私の財産を見張りにする權力、私の告訴 (plaintes) を受け入れる所の、私の正しい請求 (réclamation) を援ける所の、私を攻撃した人を訴追する (poursuivre) ために私に協力する所のある人を、創造しなければならない。

反対に、もし私が弾劾され (accusé) るならば、私の行為の如何なるものも私があらかじめそのこと (＝行為が処罰されること) を予見していることが可能であつたときにしか処罰されえないであろうこと、私が同様にあらかじめそのこと (＝その行為に対してその刑罰が科せられること) を知っていなかったならば如何なる刑罰も私に科されないであろうこと、最後に、私を弁護しかつ私の無実を証明するすべての手段を使用した後に公明正大な判決人が事件をよく審理して公平さと熟慮とを以て私を裁判してくれることを、私が当てにできるのでなければならぬ。

各人にこれらの利益とこれらの権利とを確保してくれる手段、それがそれらの手段を包蔵する司法の運営 (administration de la justice) である。

それ故、政治的結合の目的がとりわけ達成されうるのは、この制度によつてである。そして人間は、もし司法が人間の間に悪く運営されるなら、自由かつ平穩ではありえないであろう。

この議会の他のメンバーたちは、あなた方紳士諸君によつて、犯罪を予防することを目的とする将来を見込す (prévoyantes)

聰明な諸制度をあなた方に提案するという任を負わされている。その制度にこそ、社会的技術の大きな秘密と公衆の平穩の眞の原動力とが住する。われわれは彼らのこの甘く興味深い使命を羨ましく思う。われわれの使命は、重罪が犯されたと仮定したならば、如何にしてそれら (重罪) の実行者たちが逮捕され、訴追されそして裁判されるであろうかを、あなた方に示すことである。私は引続きその使命を果す手段に話を移す。

自由な憲法においては、われわれがたつた今見たように、善良な市民は正義によつて法律に敵対することを思いとどまらされるが、悪人は恐怖によつてそうされなければならない。

法律はこのため、人間がそれによつて彼を法律違反へと連れて行く傾向に絶えず捕えられえかつその傾向から絶えず免れえもする所のある感受性の強い部分を、人間の心の中に探し求めねばならない。人間は恥辱、苦痛、自分の自由が奪われることを恐れる。法律は、もし人間が法律の決定を犯すならば、体刑を科するぞ、名誉を貶しめるぞ、彼の自由を剝奪するぞと彼をおどす。かくの如きが刑罰の対象 (objet) である。

刑罰が考察されるべきであるのは刑罰を受ける人に関してで

はない、なぜなら刑罰は特にその人に対して設けられているのではないからである。刑罰の眞の目的は、罪を犯そうとしている人の考慮に対してその姿を示すこと、その人の犯罪傾向と鈞合をとること、そしてその人を犯罪の方へ引き寄せる目先の利益にその人が聴従しようとするときに、そうすることを彼に禁ずる一層強い利益の考慮により彼を引きとめ、彼を阻止することである。

それ故、立法者が没頭すべきことは、實際に科される刑罰よりも遙かに多く、刑罰が前もって個人に加える作用なのである。立法者が、できる限り強化すること効果的かつ強力にすることを探求すべきであるのは、この作用である。しかるに、それに到達する最善の手段は、刑を確実にしてほとんど避けえられないようにすることである。なぜなら、刑罰 (peine) の厳しさは処罰 (punition) の確実性ほどには人間を (犯罪を犯さぬよう) 引きとめはしないことを、理性と経験とが確認しているのは眞実であるから。

処罰の (到来の) 不確実性は犯罪者が刑罰と自分との間に置く隔りであって、犯罪者はその隔りを彼の好み通りに決め、そ

して希望的観測によって常にその隔りを多目に見積もる。反対に処罰の (到来の) 確実性は、犯罪者には、自分が犯そうとする犯罪の直接の結果であり、はね返りの如きものであるように見える。すなわち、これら二つの事物 (|| 犯罪と処罰 ||) は犯罪者の想像の中で一瞬も分離されえない。そして激情の荒々しさが犯罪者の心中で理性への全通路を閉ざしてしまわなければ、最も抵抗しがたい法則すなわち犯罪者の幸福と利益との法則が、犯罪を犯すことを犯罪者に禁止する。

刑罰はできる限り確実かつ不可避であるべきだということが証明されるならば、それ (|| 刑罰の確実不可避性 ||) に到達する唯一のやり方、それは人が容易に犯罪者を取り押えうることであることは、明白である。社会はなるほど、人が最も強い証拠なしに有罪宣告されうること欲しないであろう。しかしもしも人が、犯罪者を捕え (saisir) て拘禁する (arrêter) ために最も強い証拠が集められるまで待つとすれば、すべての犯罪者が司法の手から逃れるであらう。それ故、個人が完全な証明以前に、言い換えれば彼に対して未だ単なる、しかし強い推定 (présomptions) しか存在しないときに、逮捕され (arrêté)

うることは、是非とも必要である。これは彼が社会に対して払わねばならぬ犠牲である、なぜなら万人の平穩、安全、自由が確保されるのはそれによつてのみであるから。そして各人は、彼の全権利のこの完全な享受の中に、彼の自由の軽かつわずかの時間でありうる犠牲を、高い利息（をつけてもらふこと）を伴つて再発見する。

しかし、社会がかように行為しうるのは仮に（provisoirement）ではない。社会が行使する所の推定に基づいてある市民を逮捕するこの権利の本質的な、そして（権利から）分離しえない条件は、その市民から彼の自由を剝奪することを許す理由があるか否かを速やかに調べることである。自己の自然権の行使を人が停止することに、或る人間が同意しうるのは、ただこれと引き換えにのみである。それ故、ある市民を仮に逮捕する社会の権利を、速やかにしかもできる限り高い程度の確實性に従つて裁判され（juge）る各市民の権利から、決して分離しないようにしよう。これら二つのものがなければ、あるいは犯罪者が逃れ、あるいは無実の人が処罰される。そしてこれら二つの場合には、自由、公衆および個人の安全が侵害される。

これらの区別に厳密に従いかつこれらの権利を尊重する最も確實な手段、それはそれらの権利の行使を異る機関（institutions）に（一つずつ別々に）割り当てることであつて、その機関の一つは各個人に対する社会の訴権（action）を代表し、他の一つはとりわけ社会に対抗する個人の権利を包蔵する。つまり、これら二つの権力（pouvoirs）に対して異なる役人（agents）を設置することである。さらに明らかなことは、逮捕する機関と裁判する機関とが、すなわち証拠（が集められる）以前に被疑者（prévenu）を捕える機関または証拠によつてしか行為せず被告人に有罪宣告しない機関が、同じ機関ではないということである。前の機関は能動的かつ性急であり、他の機関は受動的で思慮深い。一つの制度は仮であり、他の制度は確定的である。私は一つの制度を警察（police）と呼び、他の制度を司法（justice）と呼ぶ⁽³⁾。

両者の混同が、今日まで、司法の悪しき運営の主たる原因の一つであつた。しかしながら両者が、一般に同じ目的（but）を以て、それぞれ、特別の組織（organisations）と互いに異なる諸手段とを必要ならしめる特別の対象（objet）を有するこ

とは、明瞭である。

もしも司法が（今まで通り）逮捕の任を負われ続けたならば、公衆の意見は同じ権力から発せられた行為（*actes*）を当然同じ観点の下に判断して、人がそれによって被疑者（*prévenu*）の身柄を確保する所の命令（*décret*）の中に、いやな推定と一種の有罪宣告とを常に見るであろう。逮捕された人はその命令をそのように見続けるであろう。しかし、単純でもあり重要でもある一つの義務、すなわち人が彼のせいにする事実について司法に説明して司法が聴き知る必要のある真実を司法に対して表明する義務を果しに来る所の人を、前以て意氣沮喪させがちなこの意見こそは、公共の安全にとって極めて致命的な誤解である。正直な人間は何によってあまり根拠のない告訴、不正な告発から庇護されるのか。彼は彼に対して陰謀を企てているように思われる多くの状況の思ひがけぬ結合を避けることさえできるのか、それとも彼は自ら嫌疑を齎らしに行くことを拒むべきか。

しかし、警察と司法とが混同された場合のさらに顕著な弊害、それは同じ人間が令状を発し（*décéter*）かゝ裁判し（*juger*）

うることである。もしもこの人間が私の敵であるならば、彼が、続いて私に有罪宣告するためにのみ私に令状を発する恐れ、または私に令状を発したが故にのみ私に有罪宣告する恐れがある。何故にある個人を、一つの誤りを覆い隠すために一つの不正を犯す誘惑、もう一つの一層大きな落度によって一つの落度の責任から逃れる誘惑にさらすのか。

異なる手に被疑者を逮捕する機能と被疑者を裁判する機能とを授けることによって、人はこの弊害のすべてをやめさせる。各機関が自己の性格、自己の対象および自己の諸手段を保持する。逮捕はもはやそれがそれである所のもの、すなわち安全と公序との不可欠の警戒でしかなく、各人はその警戒に易々と服従する。公衆の意見は逮捕をこの見地から評価し、何びとも逮捕から逃れようとは誘惑されないであろう、そして厳密かつ画一の警察が全市民の間に平穏と権利の平等とを維持する。犯罪を予防し、その存在を確認し、犯罪者を訴追し、彼らを逮捕するため、社会の一般の見張り（権）（*surveillance générale*）が、警察と呼ばれるこの迅速で仮の行為（*action*）によって行使される。

紳士諸君、どうぞわれわれの思考の歩みの中でわれわれと共に歩め、そしてあなた方の想像力が以下にその答えを見出す異議によってわれわれを追い越すことを許すな。

これらの前提はわれわれのプランの了解のためには省くことができなかった。われわれは今あなた方にその略図を描いて見せようとする。

(1) 警察と司法との一般的区分。

(2) 治安判事 (*juges de paix*) およびその他の官吏によって行使される警察権 (*police*) は、告訴、告発を受理し、記録手続 (*procès-verbaux*) を作成し、被疑者を逮捕し、被疑者をディストリクトの裁判所に引渡すことを目的とする。そこで警察の機能は終る。

(3) 被疑者が訴追される (*être accusé*) べきか否かを判定するために、各ディストリクトの起訴陪審が直ちに招集される。後(「否」)の場合には被疑者は釈放される。第二の(「訴追と決まった」)場合には被疑者は重罪裁判所 (*tribunal criminel*) に移送され (*renvoyé*) る。

(4) 四名の判事 (*juges*)、すなわちデバルトマン全体から選ば

れる長 (*président*) と諸ディストリクトの中から取られ交替で服務する三名の他の判事によって構成される、デバルトマンごとに唯だ一つの重罪裁判所。

(5) 起訴陪審 (*juré d'accusation*) が司法に引渡した人を訴追する (*poursuivre*) こと、さらに治安判事およびその他の警察官 (*officiers de police*) を監督することを任務とする、同様デバルトマンごとに任命される公訴官 (*accusateur public*)。

(6) 被告人が彼に帰せられた重罪 (*crime*) を立証されたか否かを判定するために、判決陪審が招集され、陪審の意見表明 (*déclaration*) に基づき、かつ国王委員 (*commissaire du roi*) の請求 (*réquisition*) により、判事が刑を適用する。

(7) その機能が、法の執行を監視すること、形式の遵守を維持することである所の国王委員は、被告人と並んで、判決が下された後に、そして法律によって定められた猶予期間の間に、事件を破棄裁判所 (*tribunal de cassation*) に持って行く権利を有する。

(8) 最後に、破棄裁判所は、重要な形式の侵犯または法律の悪しき適用を理由として、判決を破棄し (*casser*) うる。

それらを採用するように我々を運んだ根拠および動機を、極くわずかの言葉で開陳しよう。

警察の組織

日常的な警察権すなわち個人に対して直接働きかける警察権は、団体 (corp) によつては適切に行使されないのであつて、単独の個人にそれを委託する方がよいということは、よく知られ、なかつく経験が確認している真理である。

(1) 日常的警察は迅速性 (célérité) を以て行動すべきであるが、団体の行動様式は熟慮 (deliberation) である。

(2) 団体は容易に、それを構成している個人の情熱を蔽ひ隠すための遮蔽物として役立つ。それはさらに、それを作動せしめる (それ自身の) 情熱、偏見、うぬぼれ、共通利益を持つてゐる。

(3) 団体は決して個人と同じようには緊密に自己の制度に拘束されない。集団責任 (responsabilité collective) は不可能に近い。これに反して単独の人間は、あるいは法律の働きかけ

(action) により、あるいは公衆の注視と世論の影響によつてさえ、容易に牽制される。

この個人を (警察官として) 市町村 (municipalité) の中に置くならば、警察はそこではあまりにも活動的でありすぎるか、それとも無かであろう。警察は糾問的かつ干渉的な性格を帯びてであらう。そして各地域で人心を揺り動かす日常的な動きにあまりにも容易に巻き込まれ、その地域で争われている極めて小さな利害に敵味方となることを強制されて、警察は、その地域で平穩を維持する代りに (逆に) 紛争の原因となるであらう。最後に、あまりにも細分されかつあまりにも市民と混り合う権力機関 (autorité) は、必然的に、権力機関に対して払われるべき (市民の) 尊敬を失なう。

他面においてわれわれはこう考えた。ディストリクト (ごと) に一つの警察を置いた場合) においては、警察は自己が見守つてやるべき (doit surveiller) 人々からあまりにも離れすぎるであらう。警察へのすべての救援要請は困難となつて、私的復讐 (vengeances particulières) への過度の傾向と容易さとを容認するであらう。そして法律の保護が効力を減ずることによ

り、市民の平穩は確保されることをやめるであろう。

それ故に、われわれが警察権の最初の道具 (instrument) を設置したのは、そしてそのために、あなた方がすでに治安判事という名の下にそこに組織した官吏 (officier public) を選んだのは、カントンの中にある。

自己の同市民の安全を見守り、同市民たちの告訴を受理し、そして攻撃者を捕える機能こそ、治安判事の真の機能である。田舎の住民は、彼らのあらゆる利益により治安判事の所へ連れて来られて、治安判事を彼らのあらゆる紛争の一般的仲裁者、そして彼らのあらゆる口論の最終帰結と見做すことに、たやすく慣れるであろう。ほとんどすべての事件がそこで終るであろう。多くの憎しみと復讐とがこの和解と平和の裁判所の面前で息を引き取りに来るであろう。そしてもはや裁判所を疲らせ、公衆を囂らせ、そして告訴人を破産させることはないであろう。われわれがこれらの官吏に付与する新しい諸機能は、市民の選任がまず呼び起こすはずである (その官吏に対する) 信頼を増大させるであろう。なぜなら市民は、自分たちの安全と財産とを見守る任務を課されている人に対して、自然に尊重の念

と敬意とを持つから。市民が自分たちに幸福 (bien) をもたらす人々を愛するなら、(当然) 市民に不幸 (mal) がもたらされることを阻止する人々を (も) 尊敬し尊重する。

これらの新しい義務は、極めて重要ではあるが、真に困難な何ものをも持たず、治安判事から、以前より彼らに付与されている機能のために彼らに不可欠である知識以上に大量の知識を強要することはない。しかしながら紳士諸君、生まれかかったわれわれの制度なканづく警察に大きなエネルギーを与える必要と、自由に最もふさわしい性格——私が言おうとするのは法律への厳格な服従のことなのだ——によつて自由の最初の時期を目立たせる必要とに深く留意して、あなた方の委員会は、この時期に治安判事には救援を、そして市民には彼らの安全と平穩とのさらなる保障を与えるならば、有益であろうと考えた。われわれはそれ (|| 救援と保障と) をずっと前から警察の任に当てられ、公衆の信任を受けており、そして骨の折れる絶え間のない労働によつてこの信任に値する一制度——私は憲兵隊 (marcheausée) のことを言っているのだが——の中に見出したと信ずる。司法作用 (opérations judiciaires) の中で何ら

かの役割を憲兵隊に与えることを問題にしているのではなくて、単なる警察機能を憲兵隊に与えることが問題なのであって、彼らの熱心さと叡智とは警察機能につき彼らを極めて有能ならしめている。

あなた方は、憲兵隊の設置のためにあなた方に対して今すぐなされようとしている報告の中で、市民のこの力の新たな寄与により、各デイストリクトに一名ないし二名の指揮官、幾つかの支隊 (*détachements*) ないし分遣隊 (*brigades*) が置かれるのを見るであろう。あなた方の委員会が、治安判事と共同して、警察の機能を付与することを提案するのは、ただこれらの官吏 (*officiers*) のみである。

あなた方の委員会は、この共同の中に実際的な危険性を全く見なかった。なぜなら、この共同は一方においては、市民たちに彼らの告訴を提出しうる相手の選択権を贈与することを目指すものであるから。そして他方においては、この公権力はその制度によって、事物の自然によつての如くに、ただ法律の維持のみに (その機能を) 限界づけられるから。そしてこの共同がひき起しうる濫用を誇大に考えた場合でさえ、その濫用は容易

に認識されて速やかに修復されるであろうことが、(この報告の中で) これから見られるから。

かくの如きが警察の道具である。彼らの機能を以下に要約する。平和の保持者 (*conservateurs de la paix*) として、逸脱ないし暴力により平和が甚しく紊れている所に、彼らは臨検し (*se transporter*)、記録手続を作成し、犯人を捕え、または犯人が捕えられよとの命令を発する。社会に対する攻撃への官復讐者 (*vengeurs officiels*) として、彼らは、私人訴追が全く提起されていない殺人の実行者、ならびに公衆 (*le public*) に利害関係ある重罪を訴追する使命を、社会から負託される。

最後に、個人の訴追を援助する任を負う者 (*charges de favoriser les poursuites des particuliers*) として、彼らは個人の告訴、さらに個人の告発をさえ受理し、情況がそれを要請するならば被疑者の身柄を確保した後、(受理した) 告訴告発を起訴陪審の面前に持って行く。

このため彼らは、略式の調べ (*information sommaire*) の後、被疑者を彼らの面前に出頭させるために勾引状 (*mandat d'amener*) と呼ばれる最初の命令を発することができる。被

疑者の弁解（*eclaircissements*）を受けた後、彼らがその弁解を不十分と考えるならば、彼らは勾留状（*mandat d'arrêt*）と呼ばれる新たな命令により被疑者を逮捕して起訴陪審の面前に送ることができる。かくの如きが、彼らの諸手段、ないし人がかつて彼らの諸義務と極めて不適切に呼んだもの、である。すべての人は、その位階ないし地位がどうあろうとも、警察官の各種令状に従うことを義務づけられ、違反すれば力（*force*）により服従を強制される⁽⁴⁾。

この事態は峻厳のように見えるかもしれないが、平等と正義との上に基礎づけられており、自由の真の友であれば何びとでもそれに賛成しないはずはない。自由という語を個人の権利の享受という意味にしか理解せず、個人の権利の保障を形造る相互犠牲のことを忘れてゐる所の、その動機によつて尊敬すべきであるがその目論見^{もくろみ}において危険である人々についてはどうかと言うと、私はその人々に、あなた方の二つの委員会は全会一致であつたと言うつもりはない。私はあえて自分一人で彼らの異議に身をさらし、彼らが自由についてのある感情、そして私のそれよりも一層純粹で一層熱烈な感情を持っているわけでは

ないことを確信して、彼らに対し次のように言うであらう。自由は法律への厳格な服従がなければ存在しえないであらう。自由な国では、服従の原理が変化して、専制主義（*despotisme*）の下では憎むべく忌むべきように見えたその同じ権力が、尊敬すべく役立つべきものとなる。常に脆弱性（*faiblesse*）と圧制（*tyrannie*）との複合物である専制主義は、彼の目論見を満足させるためには用心深くかつ能動的であり、公衆の利益（*intérêt public*）を守りまたは保護するためには怠慢である。自由な国では反対に、一般利益が権力の唯一の動機であつて、体制（*régime*）はそこでは峻厳である、なぜなら人が執行させるのは法律であるから、と。私は彼らにこう言うであらう。もし誰かが一般的結合の中で苦しまねばならぬとすれば、それは善良な市民であつてはならない。しかるに、非活動的で権限なき警察を以てすれば、悪人が自由となり、善人のみが抑圧される、と。私は彼らに対してさらに言うであらう。あなた方はフランス人の幸福を願う、そうだったね（*adieu*）！フランス人の代表者たちのこれら巨大な労作、フランス人に与えられたこれら権利のすべてに想いを馳せよ。フランス人のために用意され

ているかくも多くの新鮮かつ純粋な（権利の）諸享受、フランス人にそれらを確保しフランス人のもとにそれらを引き留めるのは公序なのだ。無政府状態と無秩序とは（もし生ずれば）それら（諸享受）を壊滅し消滅させるであろう、と。私は彼らに對して最後に言うであらう。（権利の）諸享受に適する時、情況および手段を区別することを心得よ。三つのことがここで区別される、革命、憲法、公序。革命があらゆる奴隸的類（tous les genres d'esclavage）を壊滅させた。憲法が自由を樹立した。公序が自由を維持しなければならない、と。

あなた方があなた方の法律を創設する時には、あなた方があなた方の憲法を樹立する時には、あなた方の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、理性にしか聽従するな、自然にしか追従するな。私は今断固としてこれらの格率を公言した。しかしこれらの格率はこれらの法律として作られている。これらの法律を守れ、それがあなた方の意思である。これらに従うことがすべてではない。さらにこれらを深く愛すること、そしてこれらのためにあなた方が正義に、人道に、あなた方の国に支払わねばならないものを糾合するこ

とが必要である。あなた方の政体を変えた革命が、あなた方の習俗をもまた変えんことを。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。

最後に思いを馳せよ、市民の運命を恣意的に規制する意思に對する抵抗が正義であり高邁であればあるだけ、富者に對して貧者を、強者に對して弱者を、罪に對して美德を保護する所の一般意思から發する法律に對する抵抗は、ますます罪深く不名⁽⁵⁾譽なものであることを。

人間は真理を確保するために二つのやり方、分析と比較とをしか持たない。それ故、ある自由な民族において、イギリス人において、この問題について何が行なわれているかを見よう。

そこでは、司法の命令によつて逮捕された個人は、單に彼が弾劾さるべきか否かのみを人が宣告する以前に巡回判事（juge de circuit）が到着するまで——すなわち、しばしば六ヶ月間

——監獄の中にとどまる。無罪の本来的推定 (*présomption naturelle de l'innocence*) に抗つてただ一人の人間の決定に仮に委ねられる、すでに極めて重き処罰。イギリス人は、実は、囚人に、彼の犯罪が *baillable* (＝保釈可能) であるときには、保証金を与えて釈放されることを獲得するために、王座裁判所 (*Cour du banc du roi*) に請求を提出することを、許している。われわれとしては、市民を彼に対する判決があるまで監獄にとどめ置く (イギリスの治安判事の) 権限と同程度に広汎な権限 (*pouvoir*) を、警察に与えることを恐れる。この逮捕する権限は必要ではあるが、どんなに速やかにこれを限りとされても速すぎるということはいえないであらう。陪審が招集され、逮捕された市民が弾劾されて司法の面前に召喚されるべきであるかを宣告する。そのとき、疑いもなく、無罪の推定は前者の (＝逮捕された市民を弾劾せよとの) 判決によつて弱められ、同市民に弾劾されたある人が、彼の訴訟の結着まで自由を剝奪されることは、誰にとつても不思議には見えないであらう。⁽⁶⁾

しかし陪審のこの決定以前においてさえ、ディストリクトの裁判所は、事件の実体 (*fond*) を調べる権限なしに、犯罪が犯

されたと仮定して、その犯罪が重罪訴訟に値すべき性質を持っているか否か、および事件を最初の陪審に提出する理由があるか否かを決定するであらう。その裁判所はまた、被疑者が保釈を許される場合に当たるかどうかも決定するであらう、なぜなら法律は、市民が逃亡しないであらう、またはたとえ彼が不在でも人は彼に刑罰を科しうるのであらうと確信するときは、人が彼を逮捕することを欲しえないから。

かくして、事実 (*fait*) と法 (*droit*)、形式 (*forme*) と実体、被疑者は弾劾されるのに十分なほど嫌疑濃厚であるかどうかを認識する問題と被疑者に帰せられている (＝被疑者が犯したとされている) 違反行為 (*délit*) は法律が重罪訴訟されることを望む違反行為の性質を持っているかどうかを認識する問題、これらすべての問題が、速やかに、確実に、そして適切に決定される。個人の自由に対する尊敬をこれ以上 (のレベル) に持つて行くことは (持つて行くとしても) できないであらう、と私は思う。

その他にもう一つ、人道の聖なる権利に対する名誉あるかつ感動的な配慮において、さらにわれわれがイギリス人を超えて

いる所の、重大な点がある。

イギリス人にあつては、囚人、そしてその親戚 (res parents) または友人さえもが、すべての看守またはその他の個人に彼が拘禁している囚人の身柄を見せることを義務づけることを、判事に対して請求することができる。理性と人道とに満ちてはいるがその (措置の) 目的の (達成の) ためには不十分な措置。恣意的な拘禁の可能性に対抗する人身保護命令 (人身保護令状。汝は身体を保つべし Habeas corpus) の効果について、私はここで語ることをしてない。あなた方はわれわれの作品の中で、われわれがその効果を (人身保護令状よりも) さらに一層確実に、そして一層有効にしているのを、ご覧になるであらう。私はただ次のことをのみ申し上げる。自己の能力の行使 (の可能性) を奪われ、その結果すべての個人的弁護手段を、告訴する手段と自己の周囲で自己の仲間の救いを求める手段とをさえ、奪われたある一人の人間が、監獄の中で、彼らの状態が彼らを (自己の能力の行使等を奪われた人に対して) 無慈悲かつ残忍にしないにしても少くとも彼らを (自己の能力の行使を奪われた人に対して) 無関心にしてゐる所の人たちの意のままに委ねられ

てゐる時、自己の同市民たちから忘れられ、しばしば同市民たちの身辺 (presence) から消えたのと同様同市民たちの記憶からも消えてしまったこの人間は、彼の身柄に対して人が加えんと欲する攻撃と復讐との標的にならないであらうか。

もし人が監獄の秘密の犯罪のすべてを暴露することができたら、恐らく人は恐怖に捕えられるであらう。しかし、私を逮捕することによって自己を弁護する手段から私を遠ざける社会は、自らもつときちんと私の運命を気づかうことを、義務づけられないものだらうか。私が自分で自分の生命健康維持に気を配りうる時には、社会は私の生命健康維持を保護してくれてゐた。自由が私から強奪されて、私が他の人への従属状態に陥るときには、社会は私を見捨ててゐるであらうか。われわれ (の提案する法律) においては、単に親戚と友人とが、逮捕された人を自分たちに見せてくれと要求しうるだけではなくて、われわれは、市町村官吏に、拘禁されている市民たちの生存と境遇とに気を配り、かつ社会が彼らに科さんと欲する刑罰以外の如何なる害悪も彼らに加えられないように気を配る義務を定めるであらう。

われわれは、市町村（*斤*）（*municipalité*）に命じられるというよりもむしろ依頼されるこれらの配慮を、できる限り遠くまで、押し進めた。全市民を共同の保護と見守りとの義務によって結合させること、全市民の周囲に、同時に彼らを結びつけかつ維持する紐帯を増大させること、社会の基礎（*racine*）そのものがそこに在る。この理念に従って、われわれは考えた。フランスの各市民は、社会の秩序の中で彼にとって自然の秩序の中で家族である所のもの（と同じもの）であり、各市民の運命にとりわけ特別に関心を寄せ、そして各市民の不幸には援助を与えようと用意している所の、一個特別の集団（*aggrégation*）、一個特別の共同体（*communauté*）に所属するものと見做さるべきである。もし被告人が如何なる家族にも属さなければ、司法はこの聖なる世話を彼に対して行なう家族を、彼のために選任すべきである。その家族、それが市町村である。一切の司法行為に関わりなく、とりわけ親しく市町村の同市民である人の逮捕、弾劾および判決が市町村に知られること、（その人の）親戚または友人がその身に起ったことを市町村から通知されること、ただそれだけをわれわれは願ったのである。そのことを

通じて、一市民の（身に起った）事件は彼の同市民たち（全員）にとつての不幸な出来事となる。そのことを通じて、審理の進行は常に（同市民たち全員に）知られる。（その結果）被告人に有利な事実、被告人の無実の証人が、容易に司法に提出される。友情の熱意ないし誠実の義務が、容易に遂行される。そのことを通じて不正と抑圧とが容易に暴かれ禁圧される。最後にそのことを通じて、弾劾の重圧の下にすでに打ちひしがれている人間が、彼の不幸にさらに、自分は全世界から見捨てられているのだと思ひ込む不幸を付け加えられることはない。社会がさらにあなたをますます孤立化させようと欲しているように見えるのは、そして社会があなたにあらゆる救いを拒むのは、（あなたの）逆境の中においてであり、誰もがあなたと絶交し、（あなたが）まるで不幸そのものであるかのようにあなたを避ける時にである。しかしながら、人間が自己の同類を求めるのは、そして人道が優しく欠くべからざるものとなるのは、逆境の中においてである。被告人がせて、彼を気づかう所の、彼の不幸を悲しむ所の、彼から不正を遠ざけてくれるであろう所の、彼の弁護を容易にしてくれ、彼の無実を認めさせてくれる

であろう所の人間たちが、外に存在することを知らう。これらの観念は、紳士諸君、単に感情 (sentiment) にのみ属するものではない。それらはすべて政策上 (en politique) (も同様に) 述べられるであらう。そして人間は、結局平等を、それが獲させる利益の面から考察し、それが余儀なくさせる不自由の面から考察しないならば、幸福であるだらう。憎悪、怨恨はやむであらう。誰もが自分自身の幸福を一般の幸福から引き出すことを望むであらう。今は互いに害し合うためにしか展開されていない力のすべて、情熱のすべてが、今後は万人の利益のために、そして社会的幸福の共通領域を増大させるために、用いられるであらう。

司法の仕組み

ここで場面が変わる。手段、機関はもはや同じものではない。これまで社会は、犯人を逃さないために、証拠を手に入れる前にある市民を捕えていた。社会は、個々の事実に対する一般的な法律の常の不確実な適用において自己の歩みを確実なものとし

するために、予防措置を増大させようとする。⁽⁷⁾ 単なる徴憑 (状況証拠 indices) (にすぎないもの) に基づいて市民を捕えることにより、これまで社会は市民の権利をゆるがせにしていたように見えた。今や社会は市民が無実であることを願う。自分を守るためにあらゆる手段が市民に与えられる。あらゆる手段の中には、彼の沈黙までもが含まれる。なぜなら社会は拳証責任を負っている (se charge de la preuve) から。

司法は、その裁判 (判定 decisions) が、できる限り高度の確実性を持ちうるように、組織さるべきである。司法の全努力を傾けて目指すべきはこの点である。事実、もしも司法が無謬でありうるなら、罪の見かけでなく罪そのものを避けることにより絶対に処罰されえないことを確信して、人々は司法の中に慈悲深い守護神のみを見るであらう。反対に、如何なる人が、司法の誤りに思いを馳せることにより、ある日自分がその犠牲者になるかもしれないという思いに捕えられて心を痛めないであらうか。この漠然たる恐れが、各人の心の中で自分自身は安全だという考えを減少させ、同時に各人が自国の法律と制度とに対して寄せるべき信頼を変質させる。唯だ一人の無実の人が

処罰されるより百人の犯人が逃れる方がましであると人がくり返し言う時、人は単なる人道的感情に従っていると思つてゐるが、しかし（実は）人が宣言しているのは正義と自由との明らかな原理なのである。なぜなら、一人の無実の人が処罰される時には、各人は自分自身の身を案じ、各人の一般的安全は百人の犯罪者が司法から逃れるという理由でよりも一層（烈しく）攻撃されるからである。

それ故、司法の誤りが稀なものになればなる程、ますます個人の自由は確保され、そしてますます諸個人を社会に結びつける紐帯は緊密なものになるであらう。

司法の理論は二つのものを持つ。司法が用いる機関、すなわち裁判所の仕組みと、真実を認識するための手段、すなわち審理（instructions）の方法と。これら二つの対象は、われわれの作品の簡潔な解説の中でわれわれがこれから従おうとする自然の区分を、形造る。われわれはまず、裁判所の仕組みについて語らうとする。

裁判所の仕組み、それは、人が陪審員を持つ時には、任意のものでは全くない。広い管轄権を持つ裁判所（tribunal d'un

ressort étendu）、この制度が十分に機能を果すのに、その全効果享受するのに、その道徳性が完全に發揮されるのに、そして最後に、その結論が堂々たる意見に支えられて民衆の心の中で信用され民衆の心の中で一般に認められた真実の地位を獲得するのに十分なほど大きく十分なほど広大な舞台が、この制度のために是非とも必要である。さらに、全施設の頭脳の地位に置かれ、しばしば法律と形式よりもむしろ自然と素朴な感情とから引き出された管轄権によつてその施設を導きかつその頭脳を働かせる所の、人間が必要である。それらなくしては、私は敢て断言するが、あなた方は全く陪審を持ったことにはならないであらう、たとえあなた方がこの大きなそして自然から引き出された制度を、今日まで司法の仕組みを支配してきたみすばらしい観念に関係づけようと欲しても。⁽⁸⁾

ところで、事物の本性と社会の利益とがディストリクトの裁判所に帰属させるように見える諸機能をディストリクトの裁判所に委ねながら、にもかかわらずわれわれが、刑事事件における判決権をディストリクトの裁判所に与えなかったのは、組織の原理そのものによつてである。まず、ディストリクトの裁判

所は種々雑多である。さらに、われわれは、地方的な影響が司法の諸作用にあまりにも容易にまぎれこむのを見ることを、恐れる。われわれが刑事司法の運営の座を設置したのは、デパルトマンの中にある。その点で、紳士諸君、われわれはわれわれ（の作った右の制度）があなた方の先行の（前に作られた）諸デクレによって妨げられる（諸デクレに抵触する）とは、何ら思わなかった、なぜならそれら（デクレ）の如何なるものも、それ自身によりかつ陪審制度（を持つこと）によって全体として民事司法から区別されかつ分離される所の、刑事司法には適用されないから。

さらに、民事司法の全審級をディストリクトの裁判所に帰属させるに当たってあなた方を導いた原理を熟考することによって、あなた方の意図に注目することは容易である。法律は、自分たちの利益について理解し合うことができなかつた市民に、彼らを和解させるため彼らの近くに官吏たる法定の仲裁人を置いてやる義務を負う、とあなた方は考えた。しかし刑事司法については事は同じではない。

法律という剣によって武装された刑事司法は、ある装置およ

びいささかの威厳 (majesté) なしにすますることはできない。市民たちは、彼らの自由、彼らの名誉または彼らの生命に関して宣告を下される時に、自分自身尊厳であるという見解を抱く（ことができるようにされる）べきであるが、この装置は（彼らが）そういう見解（を抱きうるため）に必要不可欠である。この装置はまた、判決人の独立と判決人の判決への信頼とを確保するためにも、必要不可欠である。

さらに、刑事事件は（民事事件より）一層稀でありかつ重要である。社会全体がその利害当事者である。上訴 (appel) を認めることができないように、つまり陪審により、問題を解決する者になつたとしたら、ディストリクトの裁判所は、その制度（の本質）およびあなた方の極めて明確な願いにさからつて、終審としての判決人 (juges en dernier ressort) になつてしまふであらう。

しかし私は話を先に進める、紳士諸君。あなた方の中の誰が、自分がそこに住んでいるまたはその近くに住んでいる小さな町の中で、自分を裁判するために必要なすべてのものがそのように極く僅かの人々の間で集められることを想像した時に、自分

のごく近くで人が自分を捕え、弾劾し、有罪宣告し、その判決を忍受させて、社会の他の部分を自分の運命にもつとたつぷり関与させてはくれず、その出来事が三里 (trois lieues) の範圍にしか知られないということを想像した時に、ある心配、自分の安全に反するある感情を経験しないであろうか。自分が呼び起こす関心をもつと多数の個人に拡げることが求めるのは、弾劾された人間の自然で正しい感情ではなからうか。もしもその人が無実であるなら、彼は自分の上に全世界の注意をひきつけたいと願うであろう。なかなづく彼は、自分が生きている範圍ザの彼方で裁判されることを願うであろう。彼に対して不利に形成された所の、そして彼を散々に痛めつけるように見える所の、均一でむごい世論は、その世論を生み出した所の、そしてその世論を支持する所の原因を知らない遠隔地の人たちの、あずかり知らぬ所であろうと、考えることには理由がある。

(さりとて) 自分がどの裁判所で裁判されるかを選択する権能を、被告人に委ねるとすれば、極めて大きな都合を生じるであろう。それを感じるのは容易であるが、それを詳説すればあまりにも長くなりすぎるであろう。

結局の所、紳士諸君、デイストリクトの各町の中で、判決陪審員 (jurés de jugement) たるに十分な市民、ないし判決陪審員の機能を不断に果たすことに身を献げようと願う市民を見出すことは望みえないので、一般に執行部 (directoire) と公共施設とが存在し、通常重要性が高く、かつ一般にデバルトマンの中央に在つてその結果デバルトマンの全地点からできるだけ近い距離に在る所の町の中にこそ、より広く、従つてより良い選択権を人は持つであろうと、われわれは考えた。

しかし、もしもそのことを通じてわれわれが、あなた方が憲法上諸裁判所の間に設けた厳格な平等性を乱したとすれば、われわれはあなた方の諸原理を実際に侵害したことになるであろう。われわれは諸裁判所の平等性の原理を尊重した。そしてこの新しい裁判官席 (siège) は他の裁判官席に対する如何なる優越性をも持たないであろう。新しい裁判官席は他の裁判官席と同じメンバーによつて構成されるであろう。

重罪裁判所は、もはや、訴訟好きや法律屋を招き寄せることはできず、従つてこれまで高級な裁判所を取り巻いていた所の、そしてあなた方が打ち破ろうと欲した所の、くづれかかった不

吉な雰囲気を形成することはできないであろう。かくてここに、如何なる危険もなく、あらゆる利益が結合される。

われわれの第一の配慮は、デバルトマン全体に所属するデバルトマンの選挙人によつて任命され、相對峙するその訴訟当事者の各々に対して第三者の立場にあつて (etanger a)、年中裁判所に勤務し、陪審を司會し、陪審の精神を維持して司法の運営の主要な動きを導くことができるであろう所の一人物を、重罪裁判所に置くことであつた。

われわれが述べたように、この人物は陪審に不可欠であつて、社会は一般に、単独で高くかつ重要な職務を負わされ、敬意と尊重という大きな褒美と、輕蔑と非難という大きな制裁との存在せんがために、その行為を全公衆の眼下に置くことを強制されるこの個人たちから、大きな利益を引き出す。困難な義務を果たしかつ公的な事に完全に身を献げるように人間を導くための、これ以上強力な動機は、見つけえないであろう。

イギリス人にあつては、一人の人物が単に陪審を司會するだけではなくて、巡回裁判 (circuit) において法を適用もする。彼らはこの制度に何の不都合も見出してはいないように見える。

われわれはしかしながら、あなたがたにその制度を提案せよと言われてもそれを嫌つたであろう。われわれの間で受け容れられた考えは、あまりにもそれとは逆であり過ぎるものであつて、法律を適用する職務はなканづく重罪事件に関しては易しいかもしれないが、われわれはその機能のある数の判事に帰属させた。(その判事は) 四名の数が、われわれには一般に最も適当と思われた。なぜならその(四名という) 数はあるいはほとんど常に三對一の多数決を与えるから、あるいは意見がわかれた場合最も甘い意見が常に従われるべきであるから。

この四名の数を満たすために、われわれは、交替でデバルトマンの裁判所の判事を(その四名中) 三名の數に当てるべく呼び寄せることにした。この点に関するわれわれの動機は以下の如くである。

(1) 多数の個人の間に重罪司法のつらい職務を分配すること、そしてそれを通じて自分たちの同市民を裁判することを求められた人間たちにおける、その職務の継続が彼らをそこへ向けがちである所の一種の無感覺を予防すること。

(2) 官吏の数の増大とその結果たる經費の増大とを予防するこ

と。

(3) 全判事の間に、多くの利益がそれに結びつけられている所の憲法上の平等を維持すること。

(4) 最後に、ある人が破棄裁判所のメンバーであるためには、あなた方はその人が刑事事件と民事事件との両方を裁判することを要求するであろうと、われわれは考えた。法律の執行に（他の人を）導くべき人々は、法律を完全に熟知していること、彼らが他の人々に実行することを義務づけようとする事を彼ら自身実行して来たことを、あなた方は大切であると思うであろう。この慣例は現在まで理由ありとされて来た。そしてあなた方は今日も、判事の地位を特に高くして、正当な希望という、および正しい野心という名誉ある動機によつてその地位への良き競争心を維持することを、やめないであろう。

王国の全判事を次々に刑事の職務（に当てるため）に招き寄せることにより、あなた方は、司会者（president）という重要な職務を果たすに適した人材を作り出す。重罪裁判所はデバルトマンの全部分によつて真実構成されるであろう。重罪裁判所は実際にデバルトマンに所屬するであろう。あなた方のすべ

ての狙いが満たされ、（重罪）裁判所は必要とされる重要性和威厳とを持つが、他の裁判所と同じメンバーによつて構成されるので、他の裁判所に対して如何なる優越性をも有しない。それは上級の裁判所ではないであろう。それは（それ以外の裁判所と異なる）別の諸原理に基づいて作られた別の一裁判所であるであろう、丁度刑事司法自身が民事司法とは別の諸要素を持っているように。

これらの判事の傍に、その地の国王委員が勤務するであろう。刑事事件に関し、法律の維持と画一的執行のため、および被告人の安全のために重要な職務。司法の重要な形式の保全者として、手続の如何なる行為も彼の眼下でのみ、またはもしその行為が書面にされているなら彼に伝達された後にのみ、なされる。彼は常に法律の厳格な執行を請求しうる、そして判事はこの請求権を認めないわけには行かない。真実には、この請求は判決と審理との歩みを阻止する権利を持たず、また持ちえない。しかし判決後に、国王委員は、被告人と同様に、破棄裁判所に判決に対する彼の不服を申立てることができる。その不服申立は、あるいは重要な形式の侵犯を、あるいは法律の悪しき

適用を、理由となしうる。破棄判事は、国王委員および被告人の異議に対して判定を下す。そしてその異議を正しいと認めるなら、法律の新たな適用を求めて他のデバルトマンの裁判所に（事件を）移送する。

かようにして行政権の長 (*chef du pouvoir exécutif*) は彼の委任者によって手続のあらゆる重要な行為に立ち会い、彼に委託された職務を行なつて到る所で法律の執行を維持することができる。かようにして自由で平穩な市民たちは、専制権力者の命令をも、判事の専斷的意思をも恐れることなく、法律にのみ従う。

一つの重要な部分、すなわち、他のすべての部分を始動させる部分が残っている。私は、それをその全体において取扱ひ、少くともその諸原理を定立しえんがために、（今まで）それを素描しないでおいた。私は弾劾 (*accusation*) について語らうと思う。社会状態において、個人は自ら互いに相手を裁き合うこと、そして自分たちが受けた危害に対して復讐することを断念した。彼らがこの権利と、彼らの自由、財産を司法の設置によって保障する配慮とを引き渡したのは、社会にである。個人

は、社会の行動を喚起する権能のみを自分たちに留保した。しかしこの権能はどうやって行使されるのか。社会は単独でかつ排他的に社会の法律への違反者を訴追し (*poursuivre*) うるのだろうか。それとも逆に、各市民が、（彼自身は）害されなくても、他の市民を訴追しかつ弾劾しうるのだろうか。檢察官（公衆への奉仕者 *ministère public*）が弾劾の任を負わされるのだろうか。弾劾は一名または複数名の個人に委託されるのだろうか。そしてこの委任の様式は如何。以上が、公的弾劾 (*accusation publique*) の一般的問題が、それに還元される所の主要な問題である。

その中から異論の出ない諸点を引き出すことから始めよう。社会の第一の義務の中の一つは、明らかに、各市民に法律を実行することを義務づけること、そして法律の違反を追糾することであるべきである。それ故社会は、個人に対する固有かつ直接の訴権 (*action*) と、如何なる個人意思によつても喚起されもせず求められもしない場合であつてもその訴権を行使する機関 (*agents*) とを、持つべきである。なぜなら、法律は、恒常的で、常に官吏 (*fonctionnaires publics*) の面前に提示され、

かつその請求が結合された全個人の請求なるが故に如何なる個人の請求よりも強力である所の、意思であるから。まさにしばしばこの職権訴追は欠くことができない。例えば、殺人の場合、殺された人が彼の後に彼の死に対して復讐することに関心を持つ人を誰も残さないときに、もし社会が自ら殺人者を訴追しないとしたら、大罪人と人殺しとがこの不処罰によつて犯罪へと勇気づけられるであらうこと、そして法律は市民を保護することとをやめるであらうことは、明らかである。それ故、官のそして社会の訴追 (*poursuite officielle et sociale*) が存在することとを必要とする。

社会は告訴する個人被害者の訴追に社会自身の訴権を併合すべきだということもまた、確かである。なぜなら、その場合には、個人被害者の利益と、自己のメンバーの一人の身において被害を受けた団体 (*association*) 全体の利益との、二つの利益が存在するから。これら二つの利益は結合されるべきである、なぜならそれらの利益は同じ対象 (*objet*) を持つから。しかし被害者の訴追は社会を全く免責しない、なぜなら、もしも公的犯罪において、告訴人が弱さによりまたは誘惑によつて自己

への侮辱を赦すことに同意したとしても、社会はそのために社会自身の訴追を放棄してはならない、さもなければ社会は、市民の安全と自由とを攻撃することを企てるであらう人々の処罰において、市民に対して約束した彼らの安全と彼らの自由との保障を、自ら廃棄することになるから。

もつと先へ進もう。一市民は、彼自身の事ではない犯罪を理由にして、他の市民を公的に告発し (*dénoncer publiquement*) かつ直接に訴追する (*poursuivre*) ことができるか。

この問題はまず、一層デリケートであるように見える。そしてそれにもかかわらず、私は、単に彼はそうなしうるということだけではなくて、さらに彼はそうすべきであるということをも、決定するのに躊躇しない。事実、もしも私が犯罪の犯されるのを見ながらその犯罪を訴追することができないとすれば、もしも私が私の周囲で起る恐怖、残虐に知らん顔でいなければならぬとすれば、もしも私が自分の同市民たちと共に生きながら、自分一人の保全をしか目的としないならば、もしも私が自分の同市民たちの運命に無関係であり同市民たちの悪に無感覚であるならば、一体如何なるきづながわれわれを結びつ

けるのか、そして如何なる利益がわれわれを近づけるのか。われわれの団結 (association) は何の役に立つのか。人間が団結を形成したのは、人道の氣高く純粹な活動を破壊するためではなく、その活動をより善く導くためである。私がその証人である所の不正に対して直ちに復讐するように私を導く、正義と自然との天性 (instinct) を私に委ねよ。さもなくば、私がどうすればその天性を用いるかを、私に示せ。え、何故に社会は、公衆の安全のこの一層の保障を拒むだろうか。何故に社会は、社会が極めて有利に利用しうる、多数のしかも無報酬の役人 (fonctionnaires) を遠ざけるであろうか。(拒むはずはなく、遠ざけるはずもない。) それどころか、全市民を、彼らの一人に対してなされた危害と被害者の感情とを分かち合うように呼び寄せよ。よく組織され、その中ですべての活動が相呼応している一全体におけると同様に、各人が自己の仲間に対して加えられた害悪に深く思いを致さんことを。一人の人間が攻撃され侮辱されたとき、彼を救い、彼を保護し、彼を防衛するために、全員が馳けつけんことを。そこにこそ真の人道 (humanité)、真の同朋愛 (fraternité) が在る。そこにこそ公衆の平穩の最

も確実な基礎が在る。最後に、そこにこそ政治的団結の真の目的が在る。

とりわけ、私に、犯罪と犯人とに対する暗い秘密の告発を強要するな。私が公然と (hauteinent) それを訴追しえんことを。なぜなら、人が習俗と自由とを創り出そうとしている国においては、一市民を攻撃する卑劣でこそそしたやり方をすべて、萎れさせる必要があるから。この公衆告発 (dénunciation publique) の濫用が怖い、とあなた方が言うなら、われわれはあなた方に、その濫用を治癒する確実な手段を示すであろう。しかし、濫用がもたらす不都合についての誤った恐れによって、現実の貴重な利益を失うな。

以上のすべてが真実であるならば、われわれに残された仕事はもはや、直接犯罪を訴追しおよび個人の訴追を援助する (favoriser) というこの二重の使命を社会がそれに負わせる所の機関が如何なるものであるか、そしてこの委任の形式と条件とが如何にあるかを、審べることのみである。

これらの問題は真に重要である。しかし簡単な原理がそれらの問題を解決しうる。この原理、それは、個人の自由と法律の

執行そのものを確保するために、執行の職務を区分する
(diviser les fonctions exécutives) 必要性である。この点に
つき、以下私の証明を行なう。

刑事法 (loi criminelle) は、これを先例に取れば (pour la
prendre pour exemple)、犯罪の審理と判決を行なう仕方
を規定する一連の規定である。結合されたこれらの全規定が、そ
の中に個人の権利と社会の権利とが保存されるべきであつた所
の一つの完全なシステムを形造っている。もしもただ一人の個
人が、これらの全規定を執行させる権利を持つならば、かよう
な人物は容易に自分の意思を以て法律の意思に置き代えること
ができるであろう。なぜなら、最初であると同時に最後の正義
の表現である彼は、全く一人で（何でもすることができ、他か
らの）統制を受けないであろうから。彼は、法のすべての活動
を、自分が志した目的に向かつて導くことができるであろう。
そのため、不正と専制とに対して門は開きつ放しになる。もし
も、ある市民の運命を決定するために二人の個人の合同だけで
足りるとすれば、この門は不正と専制とに対して未だ閉じられ
てはいないことになる。

反対に、もしも社会が（法規定の）執行の異なる諸部分を多数
の個人の間に分配するならば、そして執行を完成するためには
必然不可避免的にそれら多数の個人を次々に通過しなければなら
ないとするならば、これらの相断ぐ官吏たち全員が、もはや法
律を濫用する動機を持たなくなる、なぜなら彼らの中の誰に
とつても濫用は無益となるであろうから。彼一人で自分の（分
担する）通過々程を変えようと企てても、無駄である。彼の後
を継ぐはずの人がその（変えられた）過程にその真の方向を取
戻させるであろう。例を取ろう。治安判事がある人物を害する
ことないし傷つけることを欲する。しかし治安判事がその人物
を逮捕させても無駄である。（逮捕させたなら）他の人たちが、
その人物は逮捕される場合に当たっているかどうかを調べるで
あらう。他の人たちがその人物を弾劾する理由があるかどうか
を調べるであらう。最後に他の人たちが、その人物は有罪であ
るかどうかを調べるであらう。かくて何びとも単独で法律の全
過程を処理しないので、何びとも、彼が法律に刻印した特殊な
動きが、彼が従事する職務の範囲を超えて延長されることを、
望みえない。かくてすべての執行の機関が、彼ら各々の意思に

従いえないで、法律たる所の一の共通の規則に連れ戻される。

かくて、相互に牽制され合う司法の権限のすべてが、正義たる所の共通の目的のために作動することを強制される。かくてそれ故に、法律の執行が確保されるためには、その執行が相繼ぐ多数の官吏たちの間に分配されることを必要とする。

われわれがわれわれの弾劾のシステムを組織したのは、この原理に従つてである。われわれは、先ほどその必要不可欠性を認めた所の、警察と裁判との間の第一のかつ基本的な區別を、われわれの弾劾のシステムの基礎とした。

われわれは、犯罪の訴追を二つの異なる時期に分けた。最初の陪審（＝起訴陪審）の（審理の）前に生じる一つの時期は、被害当事者（*parties lésées*）の告訴により、（一般）市民または警察官の告発により、行なわれる。これらの訴追のすべては、最初の判決人（＝起訴陪審）の手許にやつて来る。そしてこの判決人はそれらの訴追を却下することによつて（*en renvoyant*）それらを終らしめ、またはそれらの訴追を単一の公的かつ社会的な訴権（*une seule action publique et sociale*）に作り変える。そしてわれわれが弾劾（*accusation*）と呼んだのは、ただこの

訴権のみである。

それまで被疑者は警察によつてのみ訴追され、または告訴もしくは告発によつて嫌疑をかけられ（*inculpé*）ていた。今や、彼が弾劾されるのは、彼の同市民たちの決定によつてである。

社会は一人の官吏（*officier public*）に、社会の諸権利を行使して社会の名において彼を訴追する使命を託そうとする。

公訴官たる所のこの官吏は、それまでに訴訟行為した人たちの中の誰であつてもならない。なぜならば、単に訴権と訴追とが性格と効果とを変えたのでそれ（＝訴権と訴追と）を新たな官吏に委任するのが有利だからだけではなく、単にこの官吏がデバルトマン全体の裁判所に所属するからだけではなく、諸個人の行動がある人の探索の対象とされ（*soumises à ses recherches*）、そして弾劾もまた同じ人の追ひの対象とされたならば、そのような人は忽ち法律よりも重んぜられ法律よりも恐るべきものとなるであろうから、そして法律が最も尊敬され、善人には最も親しまれ、悪人には最も恐れられるものでない国には、自由は存在しないからである。反対に、公訴官が市民たちから訴追の命令を受け、はつきりともはや法律の名において

しか訴訟行為せず、彼の職務 (ministère) が拘束されたものである (est forcé) とときには、彼は、人が彼を不正のかどで、または偏見の故にとがめることができないように、剛直かつ厳格でありうる。人は彼の訴追のすばやさそのものに対して彼に満足の意を表する。なぜなら、正にそれによつてこそ、彼は一層きちんと法律に従うことになるのだから。

公訴官は重罪裁判所の一部をなし、その一部としてデパルトマン全体がこれを共有するのであらう (commun à tout le département)。彼は全警察官に対して監督権 (surveillance) を持ち、警察官に対する告訴を受理し、瀆職罪の場合には警察官を訴追することさえできるが、絶対に警察官の職務の行使に当たつて警察官の代りをする (suppléer) ことはできないであらう。最後に、彼はデパルトマンの選挙人によつて任命されるであらう。

ここで、公衆の弾劾権 (＝公訴権) (accusation publique) が国王委員に付託されなかつたことを今でも残念がつているかもしれない人たちのために、一言つけ加えることを私に許されんことを。彼ら (＝残念がつている人たち) の論理は以下の如

くである。国王委員は国王により、法律の執行を見守る (veiller) 任を負わされている。犯罪は法律の侵犯であつて、法律の違反は国王委員がこれを訴追する任を負わされるべきである。この論理の誤りを看破しなければならぬ。この論理はイギリス憲法のある (je ne sais quelle) 觀念の中にその根柢を持つており、この憲法は、わが国において君主 (monarque) の固有かつ直接の機能を確定することが問題となるときに、常にある人々の心に浮かぶものである。私の見る所、極くわずかの言葉で、人はこの点につきわれわれの憲法の (イギリス憲法との) 違いを証明することができる。

イギリスにおいては、国王は、彼単独で執行権 (pouvoir exécutif) である。ひとたび議會において法律が作られるや、国王は単独でそれらの法律を執行させる。そしてこのために、国王は全執行機関、判事、行政官 (administrateurs)、財務官 (officiers du fisc) を任命する。しばらく前には、イギリスの判事は他の王権への奉仕者たちと同様に、(国王の) 意のままに罷免されることさえできた。

フランスにおいては、国王は執行権 (pouvoir exécutif) の

最高の長でしかない。彼は国内に対する執行の機関 (agents de l'exécution) を任命せず、単に執行の機関を使うだけである。国王に執行の機関を選任してやるのは、国王によって使役されるために国王の手中に執行の機関を預けるのは、人民 (peuple) である。執行の機関は国王から活動をもらい受けるのみで、存在をもらい受けはしない。国王は法律の名において執行の全機関を指図するが、執行の機関の誰をも選任しない。国王委員は、国王がそれによって法律が到る所で執行されているかどうかを見、知る所の器官 (organes) であるが、しかし直接的な執行手段ではない。国王委員は請求 (réquisition) の声によって、(すでに) 設置されている諸機関 (corps constitués) に働きかけるが、決して直接諸個人に働きかけることはしない。それどころか、われわれの統治 (gouvernement) の根本格率、それは、君主の執行力は、人民によって選挙された機関の必要的仲介によってしか、決して諸個人に到達することができない、ということである。ところで、もしも国王委員が市民たちを弾劾することができるのであれば、この原理が侵害されるであろう。国王委員は、訴訟行為する権利を持っているすべての者に対し

て、請求し、その活動を喚起し、かつ刺激を与えることができるが、自ら訴訟行為することはできない。国王委員は、社会全体の諸部分それぞれの近くに在るが、社会全体の官吏である。国王委員は中央 (centre) に所属し、彼らが職務を行なう地域には属さない。国王委員が彼らの機能を受領するのは中央からであり、彼らの機能が送り届けられるのは中央にある。国王委員に関わるのは地方的利益ないし個別的事件ではなくて、国王委員が守るのは一般利益ないし法律である。国王委員は、事実に対しては如何なる訴権も持たないが、事実が証明されたときその事実を横合いから奪い取って法律にからませる (rallient a la loi)。彼らの職務は事実が確実なものとなる時からしか開始されない。かくて例えば、陪審員が被告人は有罪を立証されたと意見表明したとき、刑罰の適用を請求するのは国王委員である。なぜなら、法律はビエルやポールが有罪であることを望むのではなくて、ただ有罪と意見表明された人が罰せられることをのみ望むからである。ところで、有罪者は、彼の国が逮捕し、弾劾し、その罪を証明した所の人ではあるが、しかし彼がその下に生きている憲法の一般法則によってのみ裁判されるべ

き人である。

も以上と異っていたとすれば、弾劾者であり従つて当事者である国王委員は、もはや、彼に委任されている監督権を判決に対して行使することができなくなるであらう。国王委員は（司法に対しては）もはや彼の機能に必要な不可欠の独立性を持たず、責任の鎖は切断されて、もはや立法部にしかつがりに来ることができないであろうが、立法部は日常のかつ地方的な不都合事に対してはあまりにも遠過ぎかつあまりにも遅過ぎる救済手段でしかない。これに引き代え、権力機関（autorité）の動きは単純である。権力機関はまず人民によつて任命される役人（gens）によつて行使される。もしもそれらの役人が何らかの法律を侵犯しまたはそれらに違反するならば、国王委員がこの濫用を人民に知らせ、その濫用が修復されんことを申立てる（pouvoir a）。最後に立法部は国王の大臣の怠慢または瀆職に対する告訴および告発を受理する。立法部は領域を固定する。立法部は、権力機関の全管轄権（tous les ressorts de l'autorité）に運動を与える点であるように、権力機関の全管轄権が、それに到達する所の終点でもある。立法部は全管轄権をそれぞれの領

域からはみ出さないようにし、かくして政治機構（machine politique）の全体の中で画一的で規則正しい動きを維持する。

この当事者に関して（以上に）述べたことを要約すれば、公訴官は最初の陪審から弾劾を受理すると、そこで法律の名において被告人を追糾することになる。証拠を集め、証人を来させ、被告人に対抗して社会の利益を防衛し、被告人に対して有益な反論を提出するのは公訴官であつて、その反論が、公訴官と証人、被告人および被告人の弁護人との間の興味深くかつ活発な討論の中で、あらゆる面から真実と光とを噴出させて、陪審員たちの魂の中に無実または有罪の確信をもたらすであらう。

この陪審員たちは、弾劾に理由があるかどうか意見表明した市民たちとは異なる市民たちであつて、その使命は、被告人が彼に帰せられている犯罪を犯したことを立証されたか否かを判定することである。もしもこの陪審員たちが被告人はそのことを立証されなかつたと判定するならば、被告人は放免される。もしも彼らが被告人はそのことを立証されたと判定するならば、判事たちが法律を適用して、法律が犯罪に対して宣言している刑罰を執行させる。

事実が確認されたとき、国王委員が刑罰の適用に対して意見を聴せられる。

すべてのことが、事件に関わりのない傍聴人の眼下で経過する。健全な、または少くとも利害関係なき意見が裁判所を取囲み、裁判所がその判断を慎重に行うように強制する。最後に、これらすべての権力(pouvoirs)とすべての制度(institutions)とが、首府に設置される破棄裁判所によって統一にもたらされ、中央に結びつけられる。破棄裁判所の活動は絶対に個人には及ばず、単に(別に)設置されている諸権力から発せられた行為のみ及ぶので、個人の自由を害しうることなく公衆の自由を維持する。また破棄裁判所はそれ自身立法部と国王とに密着しつつ、切れないきづなによって全権力と全制度とを結合させる。紳士諸君、今や、刑事司法の完全な枠組があなた方に知られている。われわれはその主要な部分をあなたがたの前にくり展げて見せた。そこに陪審の場所が指示されている。これからわれわれは、陪審の機能がもつと正確に如何なるものであるか、そして陪審は如何にして形成されるかを述べるであらう。司法の権力と機能とのこの分配により、その機能の各々は、

自己の眞の個性と自己に必要不可欠である手段の正しい使用領域とを持っているように、私には思われる。最初の訴追はみんなに対して開かれている。しかし弾劾は市民たちの判決の結果としてしか生じない。市民たちは、古代国家におけると同様に、司法に対して弾劾する権利を持たないが、弾劾を喚起する(provoquer)権利を有する。そのことを通して、われわれは、公衆告発の利益を保存しつつその濫用に対する確実な救済手段を提供するという、われわれがした約束を守った。事物のこの秩序の中で、告訴は容易であり、警察は用心深くかつ活動的であり、市民の告発は当てになる。公衆の平穩、人道、自由が必要とするものが、そこに在る。しかしそれに劣らず必要なことは、速やかに市民たちが彼らだけでこの告発とこれらの告訴との運命を決定することである。最初の陪審によって受け容られた弾劾に基づいてしか何びとも刑事裁判に付されない、ということが、今後帝国における根本的な規則となるであらう。警察の必要不可欠な敏活性と、司法のこれまた必要不可欠な緩徐性との間に置かれたこの障壁は、何ものもこれを通り抜けることができないであらう。

社会が弾劾するその人は、最も重要な部分に関し、すなわち事実に関し、彼が不公平さ、弱さまたは悪意を持っているのではないかと疑いをかけた人たちを、その中から排除した所の彼の、同市民中の（最初の陪審員とは）別の一二名によって裁判されるであろう。たとえ彼が（その事実を）立証されたとしても、彼の犯した行為が法律により明文を以て禁止されている限りにおいてしか、有罪宣告されないであろう。これらすべての用心によって、重罪が訴追されないこと、または不正な訴追が阻止されないことは、想像するに困難となる。かくして、公衆の最大の安全を個人の最大の安全に統合するというこの社会的な大問題が解決される。かくて最後に、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。人間は協役でしかなく、法律に服従し法律の意思に追隨するためにのみ（舞台上に）登場する。

今度はわれわれの議論の第二の対象、審理 (instruction) 方法、別様に言えば弾劾の対象を形造る事実の真实性を確かめる手段に、話を移そう。われわれの探究と真剣な配慮とにあらゆる意味でこれ以上ふさわしいものはない。なぜならここでは主

として、司法の誤り、人がそれを避けるときには犯罪となる所の誤りを、阻止することが問題なのだから。

もしもわれわれが、純粹に抽象的な思弁に身を委ねるならば、ある出来事について人が持つっていると信ずる確実性は、その出来事が別様に経過した可能性を殆ど絶対に排除しないと述べることに、真理とは同語反覆命題にすぎないから、数学的真理以外には極めて確実な真理は存在しないと述べることに、そして司法上人が証明と呼ぶ所のものは、常に多かれ少なかれ高度の蓋然性に還元されると述べることは、正しいであろう。しかし、この無益で意気沮喪させる真理の帰結へとわれわれを行くに任せるどころか、逆に、最もまっすぐ真理へ導く道を人間に速やかに指し示そうと努力し、その途上で遭遇する障礙を取り除き、最後に、持ち去ることもこわすこともできない障礙を通り抜けて人間の足取りを案内し確固たるものにするからこそ、より優れた公民精神であり勇氣である。不都合な事の愚かさと有害性とを入念に指摘することよりもむしろ、不都合なことを避けることに、自己の精神を用いることが、自己の精神のより善い用法である。

しかしながら、私はそう感じるのだが、人が（從來）それについてとはほとんど書いて来ずごく僅かしか書いて来なかった所の興味深くかつ困難なこの問題を適切に取扱うためには、もっと多くの時間と暇とを必要とするであろう。われわれはその問題取扱の最も重要な諸原理と諸帰結とを提供することができると思う。しかし、われわれが（これから）ざっと見て行こうとする名譽ある道程の中で、うぬばれ (amour-propre) から離れることのない人は誰であろうと、目的に到達するに値しない。

私はまず、刑事訴追の題材 (matière) となりうる事実 (faits) に二つの種類を区別する。一つは、それら（がなされた時）の後にそれらの存在の痕跡 (traces) を残すもので、例えば殺人、放火、（盗みのための）家宅侵入などである。他の一つは、それらが経過し終った時にはそれらの存在を認めることができないもので、例えば窃盗、（反逆、要人暗殺などの）謀議などである。第一の種類の事実は容易に立証されうる、なぜなら人がある痕跡を集めることができるから。それ故に、最もしばしば、その場合疑わしいのは事実ではなくて、ただその事実の道德性（精神的要素 moralité）とその事実の惹起者 (auteur) とのみ

である。ある家が焼ける、その事実は確実である。これはアクシデントなのか。これは犯罪なのか。この場合その惹起者は如何なる人か。疑わしい事はそこに在る。

第二の種類の事実においては、すべてが疑わしくありうる。事実、その事実の道德性、その事実の惹起者（すべてが）。

事実におけるこの区別から、証拠における（以下の）区別が生ずる。⁽¹⁰⁾ 事実に関する証拠 (preuves personnelles)、人に關する証拠 (preuves matérielles)、混合証拠 (preuves mixtes)。事実に関する証拠とは、正式に (dément) 事実を証明する証拠、例えば、家宅侵入や謀殺などの記録手続 (procès-verbaux) である。

混合証拠とは、ある個人に結びつけられるある事実の存在を証明する証拠、例えば、ある人物が、殺された個人の傍で着衣が血に染まった状態で発見されたこと、ある人物が焼かれた建物の近くで発火性の物を持った状態で捕えられたことなどである。これらの証拠は事実に関するもので (matérielles) あるが、（同時に）それらの証拠がその人に嫌疑を招き寄せる所の個人に結びつけられている。

最後に人に關する証拠とは、ある人がある犯罪の実行者 (auteur) として指し示す証拠、その人がその犯罪を犯すのを見た、またはその人がその犯罪の実行者であると推測させる情況の中でその人を見たからという理由で (pour) その犯罪をその人に歸する証拠である。これが人間の証言 (témoignages humains) である。

これらの異なる種類の証拠は、蓋然性と不確実性との、(証明する) 力と不完全性との各々の度合を持つ。司法はそれらの証拠 (の各度合) を正確に見積るべきであり、それらの証拠にふさわしい様々の用心と共にのみそれらの証拠を用いるべきである。事実に関する証拠は、起つた事実だけを証明するためには常に善いものであつて、それらを注意して集め、正確に確認しただけで十分である。

混合証拠ないし無言の証言 (témoignages muets) は嘘をつかず (incorruptibles) 不変で (constantes) あるが、不確実で (incertains) あつて、不確定かつ条件つき性格の眞実性と蓋然性をしか持たない。混合証拠は (他の種類の証拠から) 引き離されては、判決人を道案内するよりも道に迷わせるのに

役立つ。判決人を賢い疑惑に導くよりも盲目の予断 (aveugle prévention) に導く。要するに、混合証拠が、眞の司法上の証拠 (preuve) を構成し確信を必然ならしめる所の、明瞭でよくわかる一団のもの (corps lumineux et sensible) を形造りうるのは、それらがそれら相互に、および他の (種類の) 証拠と、結合することによつてのみである。死体の近くで発見されその着物が血まみれになつていた人は、ことによると、死者をこの世に呼び返そうと空しく試みていたのかもしれない。判決人たちよ、けだかい美徳の行為を (誤つて) 重罪として処罰することをやめよ、けだかい美徳の行為を重罪として処罰しないかと慄えおのけ!

残るは人間の証言のみである。人間の感動の結果、または人間の意思の表現として、人間の証言は人間の不完全性のすべてにあずかり、人間の惡徳のすべてとまざり合つてゐる。それ故に、それはしばしば感覚と同じように不忠実であり、記憶と同じように変り易く、想像と同じように誇張されており、あるいはもつと悪いことには、それは利害によつてそのかかれ、怨恨によつて指図され、恐れによつて歪曲される。

人間の証言が、諸制度中の最も清らかなるものである司法に對してその道具として役立たんとするのは、ある市民に對する有罪宣告の基礎とならんとするのは、これらすべての欠陥と共にである。

疑いなく司法は、反省することなくそして選択することなしに司法の決定のそれ程までに誤りがちな要素を容認することはないだろう。なぜなら、たとえ人間の手段の不完全性が誤り（を實際に犯してしまったこと）については司法を許しうることとしても、誤りを予防するためにあらゆる努力を尽くさなかつたことについては、何ものも司法を正当化することはできないから。

ここで立ち停つて、証言にその全き純粹性を与えかつそれを正しく評價しうる手段は、如何なるものであるかを探究しよう。しかし問題を抽象の中に残しておかないで、議論に一層の堅実さと一層の收穫とを与えんがために、比較項としてわれわれの現在の状態をとらう。

今までは、公的当事者または一個人の告訴に基づいて、最初の判事（＝予審法官）が証人を聴問し書面に作成して（par écrit）証人の供述を集めさせていた。もしも刑事訴追を続行すること

が必要だと判断されたならば、証人は、その時までは偽証罪に問われることなしに変更することのできた彼らの供述について、検真されていた（était recotés）（△訳注▽検真とは、証人にそれまでの証言を読みかかせて間違いがないかどうか最終的に確認する糾問制の一手続であつて、爾後証人が証言を翻せば偽証罪にとわれる。）。次いで証人は被告人と對質せしめられた。双方の言う所が記録され、最初の判事が自分の決定を行ない、（その記録と決定との）どちらもが、終審として判決する上級の裁判官に送られていた。

（以上の）事柄の各々をもう一度順々にとり上げて見よう。何故に人は証人の供述を秘密裡に記録する（écrit）のか。

ここで私が探究するのは、このやり方（établissement）の起源ではなくて、功用および理由（motifs）であつて、私はその理由として二つの事しか見つけることができない。記録する理由は、終審としての判事たちが（予審の行なわれる地より）遙か遠隔地にいること（grand éloignement）であつて、そのことが、彼らの所へ証人の供述を送ることを、証人自身を送ることよりも、より経済的かつより楽ならしめたのである。秘密裡

に記録する理由は、証人の口から秘密裡に真実を集めることに
より、証人に、真実を陳述する自由を一層多く与えるのだとい
う、世にいわゆる格言である。

第一の理由はわれわれの憲法において消え失せる。第二の理
由に関しては、私はそれをその根底において反駁する。

われわれはまず、これらの語（＝右の格言）を、証人は自由
たるべしという意味に理解する。証人は自由たるべし、確かに
彼が知っている (sait) ことを述べるには。しかし彼が望む
(veut) ことを述べるにはそうあるべきではない。けれども、
証人が秘密裡に彼の供述を記録させるときには、自由であるの
はまさしく彼の意識 (conscience) より以上に彼の意思
(volonté) であつて、それだけでもすでに人は、証人が正義
よりもむしろ彼の利益または彼の情念に従うのではないかと恐
れうる。このことは単にありうるだけではなくて、秘密裡に供
述を集めるこの方法は弱い人間のためにのみ作られており、自
分が秘密で述べたのと同じ事を常に公然と述べるであらう所の
正直でしつかりした人間のためには決して作られてはいないこ
とを、人が考察するときには、極めて真実らしいものになる。

あなた方は、恐怖が弱い人間に作用して彼が自分の知っている
ことを述べるのを妨げるのではないかと恐れる。そうであるに
しても、証人が自分の知らないことを述べるようにけしかけら
れる方が遙かに危険である。かようにして集められた証言を善
いと思うどころか、すべて疑つてかかるべきだと、私は思う。
弱さこそは悪徳の最も通常の原因であり最も変りなき伴侶で
あつて、弱くてだらしのない人間のみが真実を裏切るのである。
この点に関し、人は以下の如き両刃論法を用いうる。あるいは、
証人の記録された陳述が、公然となされたとしても秘密裡にな
されたのと同じであつたらうと仮定すれば、そのときには用心
は無用だつたことになる。あるいはまた、判決人である私が、
証言は同じではなかつたらう、「被告人は有罪である」と秘密
裡に記録させた人間が、公然とならば「被告人は無実である」
と述べたであらう、と推測する理由を持つと仮定すれば、その
時には私は、自分の目にそれ程不確かに見える供述に基づいて
どのように決定を下しうるかと言えば、この場合には（有罪か
無罪か疑わしい場合の）無実へのひいき (faveur de
l'innocence) が私をして秘密の供述を投げ捨てしめるべきで

ある（「疑わしきは罰せずの法理により私は秘密供述を否認すべきである」。なぜなら、私は、もし証言が公衆および被告人の面前でなされたとすれば証言は違つたものになっていたであろうと、考えているのだから。

もっと先へ進もう。人間の秘密の行為は一般に公然たる行為よりも道徳的でなく正しくないことを認めよう。秘密裡に行動する人間は、彼の情念（*passions*）または彼の偏見の直接の支配下に入る。（彼の情念と偏見との）両方とも、彼の内部で平衡おもりなしに働く。それによつて、彼は誤謬、間違つた意見、憎しみ、嫉妬、利益、恐怖に従うように仕向けられる。他方、自分が知っている真実を裏切るのに十分な程だらない人間は、自分の周囲に如何なる障礙、如何なる妨げも見出さないときは、この犯罪的な考えを確固たるものにする。もしもあなた方が、彼の考えを書面に作成して永久に固定するためにこのときを選ぶならば、もしも彼の考えが、多くの場合その考えを生ぜしめた一時的な情動（*sensations*）を超えて生き永らえるならば、もしも判決人の判定にその根拠として役立つべきものが、かようにして集められた証言であるならば、被告人は、秘

密の中で、誤謬、偏見または犯罪の影響下に考え出された（のだから）その証言は、証拠を構成する特徴の如何なるものをも持たないと、不服を申立てる権利を有しないであろうか。

もしも証人が公衆と被告人との面前で話をするならば事は全く違つたものとなる。そのとき彼の証言は、必然的に信用度と重味とを持つ。軽率な人間は引き止められ、悪人は阻止される。公衆の眼差（*glances*）は不注意と怠慢とを追放して、思考と（その）表現とに正確さと適確さとを与えることを強いる。その眼差はまた、（それがなければ）正義から遠ざかるであろう情念のあらゆる動きを抑止する。（それがなければ）被告人に不利に偽りの供述をして自分の利益または憎しみに聴従するように誘惑されるであろう人間もまた、真実を尊重することを彼に命ずる所の自己の保全と安らぎとの動機に聴従することを強いられる。もしも一瞬彼が真実から離れるならば、彼は傍聴人の眼中に、そして被告人または被告人の弁護人の唇上に、あたかも刑罰の如く、反論を見る。これら二つの動機の板ばさみになつて、彼は間違ひなく、彼から安らぎ、名譽、道徳的な生存、一言で言えば、人間にとって生命および自由と同じように必要不

可欠なそれらのものを奪うことのない動機の方に従おうと決心するであろう。

それ故証人について何も心配なさるな。証人の利益は正義の利益と同じものになった。もしも証人が正直であるなら、彼は嘘をつこうと欲しはしないであろう。たとえ彼が極悪人であるとしても、彼は嘘をつく勇氣がないであろう。後の場合、彼（＝極悪人たる証人）にとつて（嘘をつくことには）あまりにも大きな困難とあまりにも確実な危険とがある。

以上は証人にとつて、今度は以下判決人にとつて、生の声で（＝口頭で）供述するのを聴くこのやり方は、証言に現実性を与えることのできる唯一のやり方である。その結果判決人は、証人を見ることにより、証人の知性、教育と教養との多少、公平さ、偏見、要するに人が証人に置くべき信頼性の根拠として役立つすべてのものを、その時認識する。

証人たちは質問され、別々に聴問され、相互にまたは被告人の（提出した）証人と対質せしめられる。判決人の眼前で、弾劾者、証人、被告人および被告人の弁護人の中で交えられるこの戦い以上に、判決人に真実を認識させる確実、有効な手段が

存在するだろうか。合理的であるためには、すべての評議（*deliberation*）は討論（*discussion*）に先立たるべきではなからうか。そして人は、それ以上に活発で迅速で身近で直接的な討論を望むことができようか。紳士諸君、あなた方が重要な問題について、すべての利害関係が自分の面前で討論の形で（*contra-dictoirement*）取扱われることを要求するときに、あなた方が行動するのはこのようにはなからうか。あなた方の決断においてあなた方を照らしあなた方を導く光が生まれるのは、この衝撃によつてではなからうか。……

ここであなた方は、私をさえぎつて次のように私に言う。秘密裡に記録されたこの供述は、証人が対質においてその供述の真実さを維持するのではなくれば何の効力もない。すべては被告人および公衆の立会によつて矯正されるであろう。討論は反駁により活気づけられて真相を伝え明晰なものとなるであろう、と。そこで私はあなた方を待ち受ける。以下が私の答えである。いきなり被告人の凝視にさらすにはあまりにも弱すぎると思つた証人を、あなた方は結局被告人と取っ組み合いさせるように義務づけられる。しかしあなた方は前以て証人に準備さ

せて、証人から記録された供述を引き出した。そしてその供述の記憶が戦いの中まで彼に随伴して、戦いの中で彼の勇気を支えるであろう。くり返して言うが、もし証人が（秘密の供述で）真実を述べていたのなら、恐らく危険はないだろう。しかし、もしもあなたの方の集めたのが誤謬または中傷であるならば、あなたの方はその時無実の人に対して致命的なわなを仕掛けたことになる。

その時あなたの方が、対質がその供述（の誤り）を訂正するであろうと期待しても無駄である。もしも証人が真実のために自分自身と闘わねばならぬとすれば、もしも証人が自分の脳裡に、法律の復讐でないとしても少くとも人々の（自分に対する）永遠の輕蔑を想い浮かべなければならぬとすれば、彼から誠実へのこの遅まきの帰還を期待するな。人にどう見られるかよりも誠実さを愛するというのは、美德の英雄的行為である。そしてあなたの方は、単なる正直さに対してすら不忠実であった人物に、この崇高な努力を要求する。勇気を以て真実を述べるにはあまりにも弱すぎるとあなたの方自身が認めた人物、その人物が真実の殉教者になるであろうとあなたの方は期待する。否、秘密

裡に記録されたこの供述は反対に、証人にとって、まさしく誤謬の中にじつとどまり続ける抗しがたい動機となるであろう。なぜなら、もしも証人がその供述を訂正すれば、彼は罪あり（culpable）と見られるから。そしてこの動機、それを証人に与えたことになるのはあなたの方である。かくて、証人は、自分の供述を書き取らせるのに弱味があればある程、ますます大きな力を傾けてその供述を維持するであろう。

あなたの方が、証人と被告人との戦いを活気づけ、被告人の利益を謀ることを求めても、無駄である。あなたの方は、証人が打ち克たれ難いように証人を武装させた。証人の唇から出かかった真実は、真実と反対でありうる法定供述（deposition légale）が彼には存続しているのだということを、彼が想い出すや否や、引っ込んでしまう。この瞬間から、彼は自分自身と矛盾することにならないために、自分が言おうとする事のすべてを計算し、自己の良心と明証性にと抗らい続けることに固執する。なぜなら、彼には依然として恥辱の確証を逃れるためのチャンスが残されているから。もしも彼が（記録された自己の証言を）否認するならば、彼が（嘘をついたと）告白するならば、恥辱の確

証はことごとく彼に向かう。

それはそれとして、証人を離れて被告人のことを考えよう。

すでに証言の不確実性に身をさらしている被告人は、さらにここで、あなた方が証人をそこに置いた所の、危険に身をさらすことなしには自分の意思と自分の真の感情とに従うことができないという立場の、犠牲者である。被告人は、真実がその人の最初の供述に反する場合には真実を認めるように導くことを期待しえない所の人物に対して、身を守ることを強いられる。被告人がその人物に、彼は真実を述べるという動機を持つべきだということに気づかせようと努力しても、無駄である。もっと強い動機が彼を支持する、前に書面に作成して、供述したという動機が。法律が被告人に、彼自身の無実と彼に敵対する証言の誤りとを証明することを義務づけるとしたら、その時には、法律が被告人に約束した厳肅な保護は、どうなるのだろうか。真実の主要な道具が、法律自身によって歪曲され腐敗させられてしまう。

結論を押しつけないようにしよう。私は、証人は絶対に判決手続 (judgement) 時以前に聴問さるべきでないと、言う気は

ない。反対にわれわれの法律案においては、人が証人を聴問すべき三つの時期が存在する。すなわち、逮捕、弾劾そして判決手続。しかし、手続のこれら三つの場面において、われわれは供述を記録させることを全く差し控える。それは、(記録された) 供述が証人を拘束すること、そして証人の方はしばしば深く考えなかった最初の誤りが、終局的に決定を下すべき人たちの目の前までほとんど避けがたくひきのばされ、その人たちの決定を引っ張って行くことを、恐れてである。

警察官は、実際上は、証人が警察官の面前でなす簡略な陳述 (declarations) のノートを取る。しかしその陳述は単に参考資料 (案内 renseignements) として役立つにすぎない。その陳述は絶対に、陪審員にも公衆にも知られることはない。このようにして、証人は常に自分が知っている事を言う自由を持つ。

公開審理の有益な結果が、それ (＝公開審理の結果) と反対でありうる所の、そしてそれを引き止める所の前になされた供述によって消し去られることはない。証人は恐れることなく真実を述べることができる。証人は危険を犯すことなしには、真実を述べることを怠ることができない。証人の立場は、彼が司法

を欺かない限り危険ではない。絶対に危険ではない、彼が司法に真相を教える (eclairer) ならば。

最後にこのようにして、陪審の面前における証人の聴問は眞の供述であつて、前になされた供述の単なる対質にすぎないものではない。審理はすべてがなされ終つてから決定を下すべき人たちに送られるのではなく、現実にその人たちの面前で行なわれる。かつての如くある裁判官たちがある地で審理し、他のある裁判官たちが審理(の地)から五十ないし百里(かなた)の地で判決するのではない。われわれは、(眞実を照らす)光(—事件の真相についての知識)を、その光(—知識)によつて(眞実を)照らされる(—事件の真相を教えられる)ことを必要とする人たちから引き出すことが、合理的であるとは思わなかつた。反対に、われわれはその人たちの眼前に、すべての証拠を、そしてなかつく証人それ自身たる所の主たる証拠を、注意深く連れて來たのである。

弱い人間が、被告人の有罪を立証するのに用いられるべき事實を眞つ先に公然と表明することをためらうことが、ありえないわけではないことを、私は認めるにやぶさかでないであらう。

彼は時として自分が知っていることを言わないように誘惑される。しかし少くとも彼は決して、自分が知らないことを言いたくないであらう。司法がある事實を知らないことはありうる。しかし、嘘または中傷が司法の視界を汚して司法の判定をそこないに來ることは、不可能である。結局の所、すべての問題がそこに在る。人が用いる全証拠の純粹性と誠実さを確保するよりもむしろ、不誠実な中傷を証拠に混ぜる危険を犯してその上さらに幾つかの証拠を獲得することを求める方が、優つてゐるであらうか。眞実と誤謬とを、しばしば両者を分離することが難しい程、緊密に結合する(結果となる)方法を採用するよりも、幾つかの事實を知らないでいようと腹を決める方が、優つてゐるのではなからうか。最後に司法の目的は、われわれが先ほど述べたように、一人の無辜に非業の死を遂げさせるよりも、百人の犯罪者が逃れることではないのか。

記録された供述を対質に先行させる必要はないということを証明した後に、私はさらに、対質を記録する必要はないこと、かつそれは無益で、不可能で、危険であることを、主張する。

(一)陪審員の面前で述べられることのすべてを記録することは

無益である。なぜなら——あるいはこの記録文書 (écriture)

は陪審員の判定に使われ、あるいは陪審員の判定の後に使われる。後の場合その功用は如何。陪審員の判定には上訴がない。

そして新たに審理が行なわれる極めて稀な状況においては、改めて証人と被告人とを聴問することが是非とも必要であるだろう。かくてその時には記録文書は (使用される) 当てがない。

それは陪審員の判定そのものに使われるのに向いている (point) であろうか。しかし陪審員はすべての審理に立会い、すべてを見、聴き、その場で宣告を行ない、ノートを取ることが出来る。彼らが聴いたばかりの事として書きとめることができた事を、何故に書面に作成して彼らに渡すのか。

(二) それは不可能である。証人が考えを述べる時、被告人とその弁護人とが証人に答える時、中傷された無実の人の強い情念または生き生きした表現が彼らの声を活気づけ彼らの言葉を駆り立てる時、書記が紙の上にそのすべてを固定しうることが可能だろうか。しかしながら、被告人の防禦は証人の供述そのものと同じように証拠の有益な要素であつて、(どんなに努力しても) 述べられた事のすべてを綿密忠実に包含しないであろう

記録文書のすべては、有益であるよりも人を欺くものである。

昔の終審裁判所に務めていた人たちは、被告人の最終尋問が、それを忠実に書き写すことは対審弁論 (débat contradictoire) を忠実に書き写すことより容易であつたにもかかわらず、決して記録されることが許されなかつたことを、知っている。彼らはまた、その場で直ちに判定を下す判事は被告人が述べた事のすべてを現に記憶しているのだから、こんな用心は (したところ) 余計なことだつたらうということを、知っている。陪審員だけが記録することを許されるであろう、なぜなら、自分たちのためにのみ作業し、すべてを書き写すことを強制されることなく、陪審員はただ、一番強く自分の心を打つ事および自分の記憶に任せ切るのが心配だつた事のみを選ぶであろうから。

(三) しかしそれが全部ではない。無益で不可能であるこの記録文書は、さらに、陪審制度を完全に破壊しそうなほどに危険である。ここで、紳士諸君、われわれは問題の根底そのものに触れる。そして私はあなた方に、あなた方の全注意を私にお貸し下さるよう懇願する。

人が供述を記録するときには、話し手は自分の動きを、(書

記がそれを）記録するために書記に必要な時間に、合わせることを強制される。そのとき、他の供述、被告人の答弁、を書き取らせようとする証人は、自分の考えを取り繕う時間的余裕を持つ。そのとき、証人は、その事件について自分が心に描いた体系に従って、自分の供述を調整する。彼は無意識にその供述を、ただ一つの観点に立ち戻らせさせる。彼は常にいささか、諸観念と諸表現とを全体として巧く一致させるように強いる。彼は、彼の先入観になっていて彼がそれを目立たせようきわ立たせようと欲している所の事実、に、個々の事実を従属させる。かくして各供述は、審理の一部分を形造る代りに、分析を拒絶しかつ他の諸部分との結合を拒絶する所の、または無理やり他の諸部分と結びつけられている所の、完全な全体となる。人は証人が知っている事よりも考えている事の方をより多く持つ。そしてしかしながら、終局判定においては、証人は事実をのみ提供すべきであって、結論を提供すべきではない。結論を提供するのは、審理と、錯綜する利害関係との中心に居て証拠を集め、（集めた）証拠を結合し、証拠のあるものを他のものに従属させ、証拠の統一、絵図 (tableau) を作り、証拠のさまざ

まな分枝をそれらを結びつけるべき共通の幹に連れもどすのに適した、人たちの仕事である（△訳注▽この文は原形では文をなさないので C'est à ceux qui son au centre……の son を sont の誤植と見て、ひとまずかように訳してみたが、なおしつくりしない。読者の検討を乞う。）。腹蔵のないそして思いがけぬ討論の中で、その人たちの心を打ったきわ立つて生彩に富む表現 (traits saillants) を、その人たちが自由に選ぶに任せよ。その人たちの構成 (composition) に、単なる要素にすぎないもののみを提供せよ。そして証人たちの総合 (combinaison) のよく計算された結論を提供するな。

もしも、そうする代りに、あなた方が片意地を張ってすべてを記録することに固執するならば——なぜなら、くり返して申し上げるが、すべてが記録されるべきか、それとも何ものも記録されざるべきか（のいづれか一つであって、中間はないの）であるから。——、まずそうするには時間が十分でありえないであらう。しかしさらに、すべてが変わり、すべてが氷のように冷いものになる、判決人の注意と訴訟の利益とが。真理、この光る瞬間的な表現は、極めて多くの無益さと長たらしさとの中

に逃げ去る。他方、証人たちは示し合わせ態勢を整える時間的余裕を持つ。彼らは自分の言葉に耳を傾ける。示し合わせをあばき欺瞞を暴露する思いがけぬ表現に付け加えられる（余計なもの（plus de））。真理と動きとに満ちた絵図^{スケッチ}の代りに、陪審員たちはもはや眼の前に、乾いた、表情のない、そして生命のない素描をしか持たない。

しかしそのことは（これから述べることに比べれば）まだ何ものでもない。私はこれからほんの暫くの間、記録文書のこれらの濫用と記録文書の不可能性とを忘れる。私は、もしもあなた方が記録された供述を陪審員に渡すならば、あなた方はこの制度を完全に変質させ破壊することになると、主張する。われわれの観念をそのことの上に呼びもどそう。

従来は、最初の判事が審理を行ない、第二の判事がその審理を判定していた。最初の判事が証人（自身）を見、他の判事が証人の供述（書）を見ていた。人は、たとえアメリカからやって来た手続書面（process）であろうとも、それを（例えば）まさにバリで生まれた手続書面と同じように気楽に、バリで判断したのであろう。このシステムにおいては、判事の個人的確信な

いし心証（preuve morale）は絶対的に放つて置かれる。人は人間と判事とを、人間の確信と判事の確信とを、区別していた。後者は、彼が被告人に不利に（認定するの）必要とされる証拠を持っている場合には、その外に彼の確信がどうであろうとも、被告人に有罪宣告を下すのに如何なる良心的ためらいも感じなかった。

法定（légales）証拠と呼ばれるこれらの証拠は、裁判所によっていろいろであった。それは、あるいは二名の目撃証人（témoins oculaires）であり、あるいは被告人の自白と一名の証人とであった。ある人たちは、半証拠（semi-preuves）、四分の一証拠（quarts de preuves）を認めていた。あたかも真理が必ずしも一つかつ不可分とは限らないかのように、あたかも真理が諸部分に還元されるかのように、あたかもある事実の实在性（réalité）が、知적および数学的眞実と同様、定められた公式に、蓋然性の不変の諸規則に、従いうるかのように。最後にあたかも、ある事実の証拠はその事実固有のものではないかのように、そして諸々の事実そのものの如く無限にさまざまであるのではないかのように。

法定証拠、二分の一証拠、四分の一証拠の理論は、(今では)もはやあまり賛同者を持たない。しかし、もしも人がその理論と戦う人たちに、その理論はその起源と原因とを専ら、供述を記録し、記録された供述を、判決を下すべき人たちに渡すという方法に負っているのだ、と述べるならば、その理論と戦う人たちの多くを驚かすことになるだろう。しかしながらそのことは、証明するのに容易なことである。

判決人自身が証人の供述するのを見かつ聴くときには、言葉(paroles)はもはや、証言が判決人に対して生み出す効果の、かなり弱いものでさえある、一部にすぎない。判決人の感覚は彼に、同時に判決人の口調、アクセント、視線、その当惑またはその確信、要するに、本性と感情とによって生気を与えられ、もし私がかように言いうるなら、単語の集りである、現実から遊離した(métaphisique)約束事の(conventionnelle)言語(langue)よりも百倍も真実のしみこんだこの全体的言語活動(out ce langage)を伝達する。判決人は、人間の思考のさまざまな表現の中ですべてが一致しているかどうかを観察することができ。彼の確信はこれらの全要素によって形成される。

判決人の側では、全人間的能力が、判決に協力するように召喚される。そしてすべての能力の中で最も誤りの少ない能力たる利害関係なき判決人の良心(consience)が至高の裁判所となり、そこでは精神と諸感覚との全作用が判定を形造るために結びつく。

もしもそれとは逆に、判決人が彼の視線を、これらの、真実の生き生きした現実的な証拠の上に持つて行くことをやめるならば、もしも彼がもはや眼前に、記録された物言わぬ手続書類しか持たないならば、もしも彼が、もはや証言への彼の信頼を、彼が証人に寄せる信頼の上に基礎づけることができなければ、もしも彼が記録されている事を確実な所与と見做すことを強いられるならば、彼の個人的確信は彼の判決から隔離され、彼の良心は彼の判決に関与することをやめる。行動し考えるのはもはや人間ではなく、作業しているのは判事である。彼が解決するのは精神(esprit)の問題であって、その問題の解決のためにこそ、蓋然性の規則と公式とを作り上げることが彼は義務づけられるのである。

この方法によれば、判決人たちはもはや、適切に言えば、手

続の文書の中で、要求されている証拠がその中に含まれているかどうかを探究する任を負わされた専門家にすぎない。しかし、これらの証拠に対する内心の評価（*appreciation morale*）は、判決人には、禁じられているのではなくて、できないのである。したがって、供述（書）が供述をした証人から切り離されて判決人に渡される時にはいつでも、すぐさま法定証拠（法則）が確立されるのが見られるであろうということを、人は確実な格率とみなすことができる。これらの証拠は、用いられる前に、真実によってではなくて法律によって試験^{テスト}される。判決人は、事物が現実如何に経過したかを知るところをほとんど気づかわないで、単に事物が経過したことを（一般に）人は如何にして証明するかを探究することをのみ気づかう。かくて真実は、もはや現実存在しつつある存在ではなくて、それについて各人がこじつけの（*abusive*）觀念を心に描く所の、架空の、約束事の（*de convention*）存在である。

もっとも、かような用心が事物の旧い秩序に必ずしも適していないなかったかどうか、法律が重大な不都合なしに、被告人は有罪か否かおよび如何なる刑罰に値するかを同時に判決する彼ら

の判定において、これらの最高位の人物、忌避されえず、身分と恒久的な職務により彼らの同市民に卓越し、あまりにも犯罪を見馴れすぎているためにほとんど常に被告人の中に犯罪者を見出すように誘惑されがちな、つまり習慣によって無実の人を識別する繊細なニュアンスに無感覺となり、そして彼らにとつては被告人のあらゆる外見、あらゆる表現が犯罪と白ばくれとの画一的な言葉をしか提示しない所の、これらの人物の、単なる確信を信頼することができたであろうかどうかを、私は知らない（＝疑わしく思う）。

しかし、たやすく証明できるように、それ自身においてこの方法は馬鹿げており野蛮である。証人とその供述とは、現実には、区別されかつ分離されうる所の二つの事物ではない。両者は、もし証人が信用の置ける（事件に）利害関係を持たぬ人物であればその供述は真実であり、もし証人が低能であるかまたはずるい人物であればその供述は無であるという具合に、互いに関連している。法定証拠のシステムにおいては、二名の証人のみが事件の判決人である。しかし、彼らは裁判所の判定を強要するのだから、少くとも、これらの判決人が社会の信頼に値

するか否かを、我々に調べさせてもらいたい。

もしも習慣が、この最も誤れる、そして最も悲しむべき觀念を人間の心に馴化させる権利を持つていなかったとしたならば、人間の運命を処理するこのようなやり方は、言語道斷なものに見えるであろうに (*paraitrait révoltante*)。あなたの方の中の誰が、紳士諸君、自分の生命と自分の名譽とが二人の極悪人の意のままであつて、彼らは状況次第ではそのどちらをも奪い取ることができなのだ、ということを考えたら、身ぶるいしないであろうか。何とノ人生の通常の出来事の中では、二人の人間が、百人の人間が、ある事実をこうだと言つても、なお私は疑う。彼らの斷言は、証人の性格と能力とを私がよく確かめるのでなければ、私に判断を決めさせる権利を持たない。しかるにこの同じ斷言は、司法上なされるからという理由で、判事の舌、書記のペン、死刑執行人の腕を動かす恐ろしい権利を持つてであろう。どうしたら私を守れるだろうか。私の判事さんはおそらく私の味方である。社会全体は私の味方である。二人の人間が私を弾劾する……、そして私は死ぬ (*peut*)。もつとも、私自身も彼らを偽証のかどで弾劾することができる。しかし、

すべての弾劾中最も難しいこの弾劾を、どうしたら立証することに成功しえようか。捏造された事実の不存在を証明する証人を、たやすく手に入れられるだろうか。そして自分たちの犯罪の確証から如何にして逃れるかを計算することこそ、偽証人の第一の用心ではなからうか。

しかしそれは、野蠻であるというより以上にさらに不条理である。私は、記録された供述を保存しようとする所の、そしてそのことを通じて証明における内心の働き (*moralité dans la preuve*) 全体を否定する所の人たちに對して言うであらう。あなたの方は、人間の確信を判定の基礎と見做すことを恐れる。そしてあなたの方は、判定を形成するためには人間の証言を平然として認める。しかし、あなたの方が陪審員を信用しないのは彼らが人間であるからだとするならば、証人もまた人間である。あなたの方がどんなことをなさろうとも、司法と被告人との間には常に人間が存在するであらう。しかし以下に、私の理論があなたの方の理論に優っている点を述べる。あなたの方は判断を下すために証人を持つ。私はと言えば私は証人と判決人とを持つ。二人の人間がある事実を見たとき、あなたの方は（その

事実を）確定だとして有罪を宣告する。私の方とは言えば私はなお躊躇し、彼らの証言（の中味）を評価しようと思う。私は、見たと述べる証人が間違っているかもしれないこと、彼は見たと信じたこと、彼はある事実のある情況を見たこと、そして主たる情況であるかもしれない他の情況は彼（の目）から逃れたことを、忘れなかった。司法の諸記録がはつきりと、似たような誤りを記載している。そしてそのことは初めは驚くべきことのように見えるけれども、人が見た事実が一致しないのは極く普通のことなのである。私は旅行者（の体験談がまちまちであること）を引き合いには出さないが、ある事実が百人の人の面前で起こり、二時間後には二〇通りの違った証言がなされ、各説明には二人の証人がいるという例を引き合いに出すであろう。さらに、あなた方が盲目的に信じているこの人は、ことによると極悪人、軽卒な人間、低能者かもしれない。私はその人の証言を試練にかけようとする。私は私の試験をした後で彼が私に提出したことをしか、考慮に入れないであろう。われわれは（「あなた方と私とは」）どちらも解決すべき同じ問題を持つ。われわれは同じ要素を持つ。（しかし）あなた方はあなた方の

要素を吟味せずに採用し、私はどうかと言うとそれらの要素を分析する。私はそれらを用いる前にそれらの価値とそれらの性質とを確かめる。⁽¹¹⁾

最後にこの重要な吟味の配慮、それを私は、偶然に選ばれるがしかし二重の忌避によって純化される単なる市民に、被告人との間に司法を破壊する如何なる優越的または従属的關係をも持っていない人間たちに、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、最後に完全な審理と最も生き生きした最も興味深い討論とによって照らされる人間たちに、委ねるであろう。

彼ら、この人間たちが判定をすること、彼らが彼らの内的確信（*intime conviction*）の結果を表明することを、社会は彼らに一任する。なぜなら、情念を持たぬ（*sans passion*）正直な人間の意見こそ、人間の確信の最も正確で最も確固たる基礎であるから。

もしも人が、証人に陪審員の面前で自分の考えを述べさせる

こと、そしてそれにもかかわらず証人の供述を集めることを提案するならば、同じ不都合が存続するであろう。記録された供述の無用さ、不可能性および危険について私が前に述べたことのすべてを、右のことに關しもう一度くり返すことができるであろう。しかし私はもつと直接に答える。もしもあなたが陪審員に証人から切り離された供述を渡すならば、もしも陪審員が（自分で）その供述を記録したのでなく、その供述に伴った口調、アクセント、当惑または混乱を見ることなく、その供述を読み返すならば、あなた方はその時陪審員の精神の中で、しばしば付隨的ではない感覚すなわち言葉を優位に立たせるのであり、法定証拠を蘇えらせるのである。これらの供述はみんな (*tout le monde*) に知られるであろう。ゆつくりと記録されれば、それらの供述は聴衆により写しを取られることができるであろう。それらの（写された）供述が、証人を見ることができると、それ（証人を見ること）が証人の証言（の誤り）を訂正するために提供してくれる（はずの）諸手段とを奪われた公衆の上に、（司法の）外で生ぜしめるであろう所の世論、従つて不完全かつ不正確なやり方で形成されたこの世論が、必然的に

陪審員の手本 (*exemplar*) となるであろう。この世論が陪審員に反作用を及ぼして、陪審員の判定において陪審員を支配するであろう。二人の目撃証人が被告人に不利な供述をしなければ、陪審員は決して、敢て被告人に有罪宣告を下さないであろう。そして二人の目撃証人が見出される時にはいつでも、陪審員は自分たちの確信がどんなであろうとも、被告人に有罪宣告を下すことに躊躇しないであろう。自分たちの良心と自分たちの内的確信 (*conviction intime*) とに相談する代りに、陪審員は、より楽でより簡単な作業として、手続記録にざつと目を通すであろう。事実上、優れた陪審員の代りに、あなた方は悪い判事を持つであろう。なぜなら、判定するために技術と習慣とが必要になるや否や、陪審員はもはや何の価値もなくなるから。もちろん、陪審員に判定をさせるためには証言と証拠とが存在しなければならぬ、なぜなら司法に規準として役立つべきものは陪審員の幻想ないし空想ではないから。しかし、あらかじめこれらの証拠を決めておこな、そして特に、陪審員をして自己の良識 (*bou sens*) と正しく利害関係なき心とを以て証拠を秤量するに委せよ。この（次の）言葉は、嫌疑をかけられ

た人すべての口に膾炙してはいないだろうか。私は正直で公平な人たちが考えてくれることに任せします。それこそ、誠実が受けるに値する信頼の素朴な表現ではなからうか。さよう (En bien)。陪審員の判決は、精緻 (subtile) と形式 (formes) との判決に代わる、誠実 (probité) と善意 (bonne foi) との判決である。

われわれは初めに次のことを目標とした。(一)最も適当なやり方で司法の諸機関とそれらの機能とを定めること、(二)まず証人をほとんど確実に誠実で本当の事を言う立場に置くことにより、次に証人の供述の有効性と重みとについて判断するため正直で信頼できる人たちをその任に置くことにより、審理に、それが持ちうる純粋性と完全性とのすべてを与えること。われわれは、この仕事においてわれわれの道しるべとなった諸理由 (mots) を、あなたの方に報告する義務を負うていた。そしてわれわれは、われわれがたつた今あなたの方の眼前に置いた所の、そしてできる限りつづめて話した所の解説によって、その義務を果たしたと期待する。

今やわれわれは、起訴陪審を初めにして、陪審についてそれ

自身として語ろうとする。

起訴陪審について

われわれは先程起訴陪審を設置する理由を詳述したが、もっと重要な考慮がなおこの制度を理由づけている。人民が行政権をその地位とその職務とに任命する自由な国々では、…… (△訳注▽ここに一語が脱落している。ある人に恨みを持って復讐心を燃やしている人たちを意味する何らかの名詞が在ったはずで、植字ミスであろう。)または単に一人の競争者さえもが、司法を彼らの復讐または彼らの野心の道具として使うことに誘惑されるであろう。単に弾劾するだけでこの目的を達するのに十分であろう。なぜならそうするだけでしばしば、ある個人に対する世論を歪曲し迷わせるのに十分であるから。われわれの間ではこの濫用を避けなければならない。

「絶対に」とモンテスキューは述べている、「安全はもはや弾劾においてしか脅やかされない」と。その次には、弾劾がより稀でないにしてもより正しい、すなわち偏見と中傷とから免れ

ているようにするために、社会は最も大きな用心をすべきだ、ということになる。それは、ある市民を弾劾する理由があるかないかを市民たちの判定に委ねることによってしか達成しえない事柄である。この議会において、フランスに大陪審 (grand jury) を設置することは不可能だと、人は述べた。紳士諸君、この断定がわれわれをどんなに驚かすことになったか、お考えあれ。イギリス人自身さえこの制度の一番重要な利益を認識していないようだ(それほどまでにこの制度は大きな利益を持つ) と思っているわれわれを。

なるほど、イギリス人の大陪審は小陪審 (petit jury) の前にまたは当日にさえ集まって判定する。しかし、治安判事の送監命令 (我々は送る mittimus) に基づいて市民がすでに長期の囚監を受けている時には、彼が翌日裁判されるだろうという時になって彼が弾劾されるべきか否かを知ったところでほとんど無益であることは、明らかである。この問題が重要だったのは、彼が監獄にとどまるべきだったかどうかを知るためにある。われわれとしては、ほとんど逮捕の瞬間に起訴陪審なし大陪審を置くことによって、理性と正義とが指示することを

行なった、すなわち必要不可欠ではあるが容易に濫用される警察の権力を狭め制限したのである。ある人に関する訴訟の審理の間彼からその自由を奪う権利をわれわれが与えたのは、治安判事にはなくて、抽選される八名の市民の判定にである。

しかし少くとも私の考えでは、弾劾を犯罪地の近くに置き、判決をその地から遠い場所に置いたのもまた、びつたりの、自然そのものの中で採られる制度である。誰かを弾劾するには熱 (chaleur) と一種の個人的利益とが必要だとするなら、その人を裁判するには多くの冷さと公平さとが必要である。国中が一人の人を弾劾したとて、それはその人が有罪宣告を下される理由にはならず、その人が裁判される理由にしかない。そのことは公衆の安全と平穩とにとつて、さらに個人の安全と名誉とにとつてさえ、重要である。弾劾の地と判決の地とを分離しなかったとしたら、どんなプランもどんな計画も、判決を不公平にしまたは訴追を弱くて益なきものとする不都合さを持つたであろうに。判決人を外から来させるという方法もあったが、あなた方はその方法を拒否した。そこで、判決人は(弾劾がなされた)まさにその地で判決を宣告しには来ないので、当事者

（の方）が、風評と地方的影響とが弱められ世論がその（当事者たる）人たちとその出来事とに無関心な遠隔地まで、自分たちに対する判決を求めに行く必要がある。

最初の陪審が、証人を聴問し訴訟の証拠を見た後で、弾劾に理由があるか否かを判定する。その（弾劾の）起訴状が裁判所の判事の一人によって作成される。そして陪審員たちは一言たりとそれを変えることができない。彼らは、もし弾劾に理由があれば然り、理由がなければ否と言わなければならない。ただ、彼らは（起訴状記載の弾劾とは）別異の弾劾に理由があるかどうかを示すことができる、ただしその別異の弾劾（内容）を指定しない。

陪審員は彼らに課された職務を果たしうるであろうことを人が確信するのは、この用心によってであり、そして然りまたは否によって問題を判定することに厳格に従わせることによってである。なぜなら、社会が彼の完全な誠実さと、しかし月並みのセンスと平凡な知能とを期待するのは単なる市民たちであること、そして社会がこの市民たちに解決を求めて提出する問題のすべて（の水準）は、まさにこの（市民たちのセンスと知能

との）水準に近いものでなければならぬことを、はつきりと思ひ出す必要があるから。

法律の諸提案中に、人はこれらの陪審員の職務の詳細を見るであろう。私は判決陪審に話を移す。

判決陪審について

判決陪審の仕事は弾劾の真偽を判定することである。

全審理が、すなわち証人と被告人との調べが、陪審員の面前でなされ終ると、彼らは評議して彼らの意見表明（Declaration）をなすために彼らの部屋に退出する。この意見表明は、常に單純かつ明確であるべきであり、そして「被告人は起訴状に記載されている犯罪を犯したことを立証されている、または立証されていない」と述べるべきである。意見表明をさらに一層簡単にして、陪審員の判定に一層の明確さと正しさとを与えることを陪審員に強制するために、あなたの方の委員会はあなたの方に対し、陪審員はまず事実が存在するかどうか、次いで被告人がその事実の実行者であるかどうかにつき、別々に意見表明するこ

とを義務づけられる、と定めるよう提案する。

ここで、紳士諸君、われわれはあなた方に、一つの興味ある点において、そしてそれに関してわれわれがイギリス人とさらに絶対に異っている所の点において、われわれを決定に導いた理由を、報告すべきであると思う。イギリス人においては、陪審の答申 (verdict) を形造るためには陪審員の全員一致が要求される。この措置は、一見正しく賢いように見える。なぜなら、有罪宣告は明らかな明証に基づいてしか行なわれるべきではないが、意見が分かれるときには明証性は存在しないことを懸念する理由があるから。だがこの考えを分析してみると、にもかかわらずこの考えには正しさと真実性が欠けていることを人は見て取る。事実、もし有罪宣告するために陪審員の全員一致を必要とするなら、無罪放免するためにも同様に全員一致が必要である。この全員一致は、人が言うように、陪審員に、飲まず食わず、火もなく灯りもなく、彼らが意見一致するまで閉じ籠められることを強制することによってのみ、獲得される。例えば陪審員たちが互いに議論を闘わせている場面を想像して、あるいは彼らが最少数 (の意見) は最多数 (の意見) に譲

ることを義務とする (se font la loi que) ならば、それは被告人を単純多数 (の意見) で判定させることである。あるいはもっと悪いのは、多数が少数に従うことを、そして彼らの中のある人たちの胃袋または意思の力に譲歩することを、強制される場合である。それには如何なる利益もない。なぜなら、ある陪審員のけだかい忍耐が無実の人を救うことがありうるとしても、他のある陪審員の罪ある強情が無実の人を失なうこともありうるから。人がこの論破しえない議論を以てイギリス人に迫るとき、イギリス人はこう答える、自分たちの中では経験が毎日事物のこの秩序の利益を証明している、と。私は告白するが、この答えは正しい、なぜなら制度というものは、時間と慣習とから、理性がそれのみでは必ずしも制度に刻印しえない力をそして長所をさへも、受け取るものであるから。人間の品性、観念は制度と見合った形をとり、そのことを通じて、内在的かつ絶対的な完全性よりもしばしば一層重要な相対的完全性を獲得する。しかし、人が文明の時代のまっ只中で法律を制定するときには、自然、正義および理性の中以外に根拠を求めることは不可能である。それらこそが、すべての人間に共通の唯一のもの

であり、人間が不斷にそれに結集し、それに結合する所の唯一のものである。

全員一致の代わりに、われわれは、十二名の陪審員十名が、あるいは事実が存在するという、あるいは被告人がその事実の実行者であるという意見表明をするために必要である、と定めた。かくして三名の正直な市民の疑いがあらゆる種類の有罪宣告を阻止するであろう。この処置はわれわれには、より人情味があり、そしてそれ故に条理になつたもののように見えた。

以上が、陪審員が従わされる唯一の方法である。いつも想い起そう、このものはお役人 (*offices publics*) ではないことを、そしてこの人たちは注意深く調べて公平に判定した時に自己の全職務を遂行したと言えることを。

誠意と誠実さと (*la probité et la bonne foi*) が結局政治機構の不可欠の道具となろうとしている、と考えることは快い。

これまで政治機構の手段は、誠意と誠実さとなすまじうるという単一の観点からのみ、計算されてきた。私の考えをそう述べてよければ、法律は人々に外的正義しか要求していなかった。すべてが形式に当てはまつているときには、法律の眼には

すべてが善かった。政治的結合の目的の、何たる深刻で悲しむべき忘却よ！諸形式を定めることによって、あなた方は、判事に、手続の迷宮の中で彼を導くために、そして彼につきまとう誤りからできれば彼を守るために、一本の糸を与えたのである。しかしながら、真理が自ら姿を現わしにやってくる時、人はいつ、悪意の告訴人に対するように、真理に対して規則と形式とを對抗させることができようか。かようにしてあなた方は人間の心をひからびさせ、かようにしてあなた方は人間の心に、信頼と忠実さとはそれを持つ人たちにとって危険な性質である、と教え、かようにしてあなた方は人間の心に、悪辣に、疑ぐり深く、偽善的になる習慣をつけ、かようにしてあなた方は常に規定にかない法律の条文に合致するベテン師たちに、ほとんど常に単純で人を信じ易い正直者たちに対するあらゆる優越を与え、最後に、かようにしてあなた方は人々に、道徳を自分たちの心の中に見出す代りに、書物の中に探すことを教えるのである。

陪審は、今なお、それがそこから発祥した所の森の香りを感ぜさせ、自然と本能との匂いを強く発散する、原初的な制度で

ある。人は熱狂を以てのみそれについて語り、情熱を以てのみそれを愛する。しかし、健全で強い魂が必要である、そのあらゆる善さを正しく感じとるため、その他いろいろ、恐らくはそれを正しく用いるためにこそ。自由のために語るのと同様に、陪審についてももっと単純に語ろう。

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(droiture)と誠実さと、すなわち人が今日まで正義と呼んで来た、空虚な知のみせびらかし、繊細さ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って、決せられるということである。われわれの重々しい諸方式がいつの日かこれらの觀念に同意しうるかどうか、私は知らない(≡疑わしく思う)。

司法の運営において極く僅かしか存在しない所の、被告人にとってすべて重要不可欠の諸形式は、念入りに注意(して漏れ落なく法案中に規定)された。それらの形式の厳格な遵守は、法律の執行を見守るために各裁判所の中に代表として派遣されている官吏(≡国王委員)の配慮に委ねられる。

原理の本来の趣旨に従えば、陪審員の判定は常に絶対的に終

局的(definitive)たるべきであろう。イングランドでは、新たな審理、すなわち(従来の)制度を変えた所の、そして(従来の) attainments(つまり誤った判決の(二十四人の陪審員による)弾劾に取って代わった所の方法(が採用される)以前には、そうであった。それ故人は、陪審員の判定は常に終局的であると定めるようにわれわれに要求することも(しようと思えば)できたであろうに。しかしわれわれは、陪審員にそれ程まで完全に絶対的な権力を付与することには、危懼を持った。少なくとも被告人が有罪宣告されるとき、この場合にわれわれが提案する修正は、われわれに、より簡単でかつより危険性が少ないように思われた所のものである。それは、それを要求した本当の理由に合致するのに十分である。私が言いたいのは、人間の知恵を欺き理性の通常の境界を超えた所で起こったように思われる異常なケースにおいて可能な救済が存在する、ということである。さらに、次のように言うこともまた真実である。人間は一般に、正しくあるためには常にくつばみが必要とする、そして人は、その権力に如何なる限界もなく、かつ自分が犯すかもしれない不正についてさえ何ら危懼すべきことのない所の個人

た、ちを、警戒する権利を有する、と。

もはやわれわれに残されているのは、負担をかけられることなく市民たちが確実かつ適切にこの新しい職務を果たすことを社会が信頼するように、如何にして陪審員を選ぶか、如何にして市民たちをその職務を果たすように呼び寄せるかを、検討することだけである。

まずわれわれはその職務（の担当者）を、少くとも当面は、ディストリクトおよびデパルトマンの行政庁に（役員として）選挙される資格のある市民の階層に限ることとした。事実、この公的奉仕に自分たちの時間のある部分を提供しえ、かつ一般にかくも重要な職務に対し人の信頼を招き寄せることのできる人間が見つかるのは、ほとんどこの階層の中でのみである。

ここで、二つの方策が提示されていた。第一の方策は陪審員の職務を、純粹に被選挙権を持つ市民の自由意思に委ねることである。しかし、この方策は、陪審を持つことが必要な時に陪審員が見つかるかどうかを偶然に任すという不都合と、もう一つ、陪審員になろうとして出頭するであろう人たちの、取捨せずに使うことを余儀なからしめるという不都合との、二重の不

都合を持つ。

第二の方策は、第一の方策に対抗して、イングランドで一定の所得のある人たちすべてに対して実施されているのと同様に、被選挙権を有するすべての市民に、区別なく、陪審員として奉仕することを義務づけることである。しかし私の思うにまさにここで、陪審員の職務をその人だけの、迷惑なそして骨の折れる新たな奉仕として示すことにより、市民たちをこわがらせないために、そして市民たちに陪審制度そのものに対する残念な偏見を与えないようにするために、どんなに多くの注意を払っても払いすぎることはないであろう。少くとも、経験と公的精神の進歩とが市民たちに、陪審員の職務を果たすのにある時間を献げることによって、自分たちが犠牲を払うのは自分たち個人の自由を確保するためであること、それは自分たちが税金（を払うこと）によって自分たちの財産のある部分を提供するの（財産の）残りの部分の平穩な享受を確保するためであるのと同様だということを、教えてくれるまでは。

これら二つの困難の間で、われわれは、被選挙権ある市民のすべてに陪審員になることを強制することにより、正しい中間

策を採つたと信ずる。われわれはしかし、これらの市民に、もしそう説明されうるなら、道徳的義務しか課さなかつた。そしてわれわれは彼らの関心を陪審員となることに結びつけた。われわれが言っているのは、被選挙権ある市民のすべてが判決陪審員たらんがためにデイストリクトの執行部に毎年登録することを義務づけられ、それをしないと、次の一年間、デイストリクト、デバルトマン、司法職の地位、ならびに立法部への被選挙権および投票権を剝奪される、ということである。

これが、陪審員の^{リスト}一覧表に登録されることを拒む人たちに対する制裁である。

それを通じてわれわれは、公的職務からそれを果すのにはほとんどふさわしくない人たちのみを排除するのだと考えて、易々とその制裁を定めるように導かれた。実際、名譽になるかまたは金になる職務を行なうことを進んで買つて出る人が、儲けにならず栄光にもならないという理由で同様に重要な職務を果たすことには見向きもしなかつたとき、(彼の)同市民たちは彼をどう信頼すべきであろうか。人道と正義との義務が彼には無関係である所の人がふさわしくありうるのは、如何なる地位に

であろうか。

陪審員として登録されたある人が催告されると、彼は催告に応じて出頭するのが不可能であることを証明しない限り、赴くことを強制される。さもないと彼は二年間投票権と被選挙権とを剝奪され、さらに罰金に処せられる。

かくて十分な数の陪審員を常に確保した後に、われわれはさらにこの奉仕を彼らにできるだけ負担の少ないものにしようと努力した。

そのため、われわれは、陪審員の一覧表の三分の二ができるだけ重罪裁判所が置かれているその町の(住民の)中から採られることを要求した。二百名の人から成る陪審員の一覧表は、起こりうる忌避に対応しえんがために、三ヶ月ごとに更新される。そして、一覧表に三ヶ月間載せられていた(重罪裁判所の置かれている町の)外部の市民は、一年経過し終つてからしか、もはや再度強制的に一覧表に載せられることはできない。外部の市民は、忌避されずに陪審員として一度奉仕したときには、まる一年間(奉仕を)免除される十分な理由を持つ。これらすべての用心により、陪審員の負担はほとんど感じられないもの

となる。しかしわれわれは、市民たちを脅やかし過重に負担をかけることを恐れて、被告人の権利を、イングラントで行なわれている如く觀察に基づいて陪審員を忌避する代わりに、被告人に与えられる陪審員の名簿に基づいて理由なしに陪審員を忌避するように制限することによって、極めて苦しい犠牲を払った。以下その問題について述べる。

各被告人は、その理由を示さないで、二十名の陪審員を忌避する権利を有する。このため被告人には二百名の一覽表の中から抽選された十二名の姓名の名簿が示される。被告人は自分にとって（排除することが）好ましい人（誰でも望み通りの人 *ceux qu'il lui plat*）を排除する。排除される人は、被告人が二十名の数を汲み尽くしてしまうまで、他の人によって置き換えられる。それを通じて確かに被告人は、彼の敵、または公衆の意見および彼自身の知識が彼に繊細さと誠実さとに欠けているかもしれないことを教えている人たちを確実に遠ざける。しかし、正義にはそれで十分だとしても、人道はさらにある事を望む。

被告人は陪審員たちの姓名しか知らなかった。被告人は彼ら

を見なかった。それ故被告人は、彼がその顔の上に冷酷さまたは弱さが表われているのを見る所の人たちを、判決人として受け容れることを強制される。被告人はある個人の出席が自分に惹き起こす心中秘かなそして（彼にとつて）不本意な印象を、禁圧し抑制することを余儀なくされる。被告人が司法に寄せるべき信頼と、無実の人の安心感とは、それによって低減される。これらの理由は真実であつて、人間の心とわれわれの外的行動すべての秘密の原動力とを知る人たちに對して有効（な理由）である。

以下、それにもかかわらず觀察に基づく忌避を採用することに反對しているように見える理由を述べる。

まず、陪審員はイングラントにおけるが如く全員一致であることを義務づけられないので、冷酷なまたは腐った人が一人だけでは、評議の上に（イングラントの陪審における）同様の支配力を行使するところではない。被告人にとつても、自分が不正に有罪宣告されないのであると確信するためには、その誠実さについて被告人が如何なる疑いも持たない所の人が三人、陪審員の中に見出されるだけで十分である。被告人となかんづ

く被告人の弁護人とは、速やかに、デバルトマンの中で、その正しさと忠実さを当てにしうる所の人はどの人か、反対に警戒しなければならぬ人はどの人かを、知るであろう。そして確かに、各人が、この知識がいつの日か自分に役に立つかもしれないという観念によつて人間たちを知りかつ研究することを余儀なくされるということは、一つの利点 (advantage) であろう。

しかしあなたの方の委員会を決定させたもの、それは、もしも陪審員たらんがために遠くからやつて来た市民が、裁判所の面前に出頭したのはそこで忌避されるためでしかなかったように見えたならば、他の市民たちが、そこに来てかようにして社会のために役立つことなく（他の陪審員に）置き換えられることに忽ちいや気がさすことを、恐れたということである。公衆の意見は、それが未だ全く経験に基づいていない間は、極めて変わり易いから、注意深くご機嫌をとり、嘲弄や悪意の全くちよつとした影響に対しても、左右されないように支えてやるべきである。さらに、時間がたてば常にもたらされうる所の、そして、それをあまりしつこく追求すると追求の対象である制度の存在

そのものが危うくなるであろう所の完全性という観念のために、確実に永続的な利点を犠牲にすべきではない。

このようなやり方でわれわれは、あまりにも果たすに困難な義務を自分たちの義務に付け加えると市民たちが苦情を言いたないようにして、これから先フランスに陪審が存在することを、確保しようと信じる次第である。そしてもしも悪意または怠情がなお障碍を持ち出そうと試みるならば、われわれは彼らに言うであろう。全フランスが陪審を求めている。全フランスが彼のために陪審を確保するデクレに喝采している。しかしこの至高の制度は、何らかの苦痛と引き換えにこれを買いたえなければならぬ、そして何らかの犠牲の報いとしてこれを受けえなければならぬ、と。人々は、先入観には極めてばかりしくかつ極めてわずらわしく、彼らの情念には極めて危険な、犠牲を払う。人道と正義とは、人々にその犠牲を要求するための如何なる権利も持たないであろうか。それを以てすれば人が専制君主の努力に対してさえ勇敢に立ち向かうであろう所の一つの制度——なぜなら、この恐るべき裁判権、あらゆる時としてあらゆる個人に適用されるこの力が自分の胸にとどまっている限

り、人民は自由であることをやめないから——、すでに人間を互いに結びつけている諸關係に、平等および相互独立という新たな諸關係を付け加えることにより、それを通じて、単に正義の感情だけではなくて、さらにわれわれの憲法が打ち樹てんと欲した所の、そしてそれらのみが人間を幸福かつ善良になしうる所の、親切 (*bienveillance*) と同朋愛 (*fraternité*) とのあらゆる感情をますます強固なものとする一つの制度の、あらゆる利点に対し、人々は代価を払うことができようか (到底払い切れるものではない。それほど多大の利点を陪審制度は持っているのだ)。

急ごうではないか、紳士諸君、われわれの政治的青春の間に。自由の火がわれわれを活気づけ、常に己の義務を己の利益の前に置くこの聖なる高邁と美德との熱狂がなお続いている時に。時間の経過によって冷却され、人が感ずるよりもむしろ判断することを知り、精神の活動力がそれまで没頭していた偉大な目的を離れて、もはや個人的かつ地方的な利益に対してしか用いられない二流の領域に、われわれが再び陥る前に。さあ (*dis-jé*) 急ごうではないか、年月の (風化) 作用から憲法を守り、情念

の努力と無定見の誤りおよび危険とに対して絶え間なく闘う、生命と自由との第一の保全者を、われわれの憲法に合体させることを。慎重な術策への配慮の中で未来と現在とを結合しよう。急ごうではないか最後に、絶えず人間を彼らの統治の原理に立ち還らせるはずであり、彼らの習俗の中に深い軌跡を作ることによって真実と正義との道を常に指し示してくれるであろう、この制度の創造を。

諸制度によって習俗を規制するという、古代の人民たちの單純にして至高の理論をもまた踏襲しよう。統治は人間の道徳性と腐敗との眞の源泉であるという眞理を常に眼前に持とう。物質世界の中で自然の偉大な運動が局所的な運動を包みかつ導くように、同様に個人が自分たちの素行 (*conduites*) と行動 (*actions*) との決定と慣習的規則とを受け取るのは、道徳から、そして公的制度からである。不断の経験がそのことを証明して来た。自由な憲法の下では自由にして誇り高き人々を生んだ同じ国が、今では人為的ですがしこい統治の下で偽善的にして狡猾なる民衆を見る。無知で迷信深い統治の下では、人々は迷信深くてだまされ易い。専制的で野蛮な政体の下では、人々は

無情で冷酷である。最後にわれわれの同朋は、彼らの制度に負う所の思想的氣迫と魂のけだかさを今なお保持している。そこでもしも、人民の美德と惡徳とが彼らの統治の性質に由来するならば、立法者の命令が服従の規則であると同樣に道德の原理でもあるならば、立法者の命令が人間の行動にも人間の感情にも等しく影響を及ぼしうるならば、その命令が誤りと正しさとの間で、狡猾と誠実との間で、迷信と知識との間で、残忍または人間味の間で（もちろん各後者を選び取る）選択をなさんことを。

あなた方にとっては、紳士諸君、あなた方の選択は久しい以前からなされており、あなた方の意図は知られている。その意図は、われわれの仕事の発端となつたあの不死の作品の中に、すべての人間の權利のあの不磨の記念碑の中に、まず供託されている。われわれがわれわれの原理とわれわれの根拠とを汲んだのもまたそこである。そしてわれわれが、紳士諸君、あなた方の同意とあなた方の賛成投票とを敢て期待するのは、あなた方自身の格率の帰結をあなた方に示すに外ならないからである。

原 注

（冒頭の注） 序言

ここに提出される法律は、長い労働の果実である。それ（の提出）に先立つ報告は、極く僅かの言葉でその諸根拠ならびにそれが提出する主たる諸問題、すなわち、警察 (police) と司法 (justice) との一般的区分、これら二つの制度 (institutions) の構成と組織、弾劾 (accusation) のシステム、諸証拠 (preuves) の性質、個人の自由を確保する手段、最後に二つの陪審 (jurés)。▲訳注▽法文では陪審を jury、陪審員を juré と言いつけているが、デュボール報告ではこの区別がはっきりしない。本訳文では臨機に陪審あるいは陪審員と訳しておいた。）の構成を叙述することを目的とする。これらの対象 (objets) そのものは、われわれの仕事の輻湊とその仕事が進やかに終るのを見たいという正当な苛ら立ちとがわれわれに命じる所の迅速性を以て取り扱われる。

人は到る処で原理を述べることおよび観念の鎖を露わにすることに努めた。この方法は極めて魅力に欠けかつ極めて無味乾燥であるにしても、少くとも極めて確実である。読者（||聴き手|lecteur）はこの歩みに疲れたと感じるかもしれないが、しかし彼は目的に到達し、そして彼の不快感はその道程でしばしば著者（||報告者|auteur）に向けられ、その（報告の）主題には向けられることが稀である。この不都合さは、疑いもなく、軽微であつて、それに敏感な人がいるとすれば誰であらうとその人は、彼の持つ愛国心がうめばれより少いことを証明することになるであらう。

（1）真に自由な憲法を構成するのは、これら二つのもの結合である。人はここでついながら代表による統治（gouvernement représentatif）の他のすべての統治に対する優越性（excellence）に注意することができる。直接なかつ純粹に人民のものなる統治（gouvernement immédiat et purement populaire）においては、法律の基礎は市民の現実の意思（volonté réelle）である。こ

の意思は誤謬かつ不正でありえ、かつしばしば（実際に）そうである。代表による統治においては反対に、法律の基礎は市民の現実の意思であるよりむしろ市民の推定された意思（volonté présumée）であつて、この市民の推定された意思が市民の代表者たちのデクレの基礎なのである。しかして人民（un peuple）の推定された意思は常に正義（justice）である。

（2）人は次のように言いうる。刑罰における峻厳さの多少は統治の検温計であつて、力学上人が機械の完全度をそれを動かすために用いられる方法の単純性によって判断するのと同様に、刑罰の甘さはその良さを証明するのに役立つはずである、と。

（3）人が基本的かつ真実なる区別を手に入れたとき、人は困難な問題において偉大な一步を印したのである。次いですべてが単純化され、すべてが調和して易々と整理される。すべての問題はあいまいな部分と明瞭な部分と、知られている部分と知られていない部分との混合である。その混合が分析され、区分されるとき、その問題は

解決される。

- (4) イングランドでは、出棺 (死体撤去 *levée des corps*) の記録手続はコロナー (検屍官 *coroner*) と呼ばれる官吏によつてなされ、彼はこのために直ちに (検屍) 陪審を召集するが、われわれはこの陪審という警戒措置に置き換えるに、少くとも二名の名士 (*notables*) が警察官の記録手続に署名することを強制することを以てした。次のことを付言するのは、おそらく、無用であるが、これらの官吏はその瀆職について責任を負う。

- (5) 目指すべきは名誉を損なうことではない、名誉を法律への誠実さおよび愛と同一視することである。不正を萎れさせ、法律に従わない人を尊敬することをやめるべきである。社会と戦う代りに社会の活動を援ける所の強固で明確な習俗 (*mœurs*) を持つ方法が、そこに在る。今なお決闘を支持している偏見を打ち滅ぼす唯一の方法がそこにある。

- (6) イギリス人もまた大陪審 (*grand jury*) と呼ばれる起訴陪審を持っているが、それはわれわれの起訴陪審と同

じ効果を持つてはいない。

- (7) われわれの観念をきちんと定めよう。事実の審理 (*examen*) におけるこのためらい、この疑り深さを、認めなければならぬ、援助しなければならぬ。証明された事実への法律の適用は柔軟性が無くて疑う余地のないものでなければならぬ。

- (8) イングランドにおいては、判事は自由裁量権 — *discretionary power* — を持つており、その権限を用いて判事は、法律が予見しないで判事の衡平 (*équité*) に委ねた所の多くのことをなす。かくて、もしも彼が真実を認識せしめる確実な方法 (*moyen*) を知ったならば、その方法を用いるのに如何なる慎重な配慮もしないであろう、なぜなら現に彼はその (方法を用いる) ために判事であるのだから。フランスにおいては、法律が明文を以て認めていないような方法と証拠とを用いるならば、無実の人を救うよりもむしろ破滅させることになるだろう。

- (9) このシステムは、一統治における行動の統一性の原理

(principe d'unité d'action) にいささかも抵触しない。

執行権(pouvoir exécutif)は社会組織全体の結果である。国王が執行権に運動を与えるが、この運動は次に細区分される。この点につき、専制政体と自由な国々との違いを以下に述べる。トルコにおいては、権力の手先(agents)はその運動を全体として受け取る。そしてその運動は最後の(＝最末端の)手先に至るまでそのように(＝全体として)伝達される。個人の自由と諸権利とが知られている国では、人は諸権力を、權威(autorité)が常に機関(institution)の中に在って決して人間の中には存在しないようにするために、諸権力が相互の和解によってしか行動しえないようなやり方で、配列する。

(10) preuve (＝証拠、証明、あかし) がここで私の用いる唯一の言葉である。しかし私は、この語が、もっと後で用いられる soupçon (＝嫌疑)、probabilité (＝蓋然性)、incertitude (＝不確かさ) という語と極めて対照的であることを、知っている。

(11) そのことをどんなにくり返し述べてもくり返し過ぎる

ことはないだろう。書面証拠のシステムにおいては、同じ人間が同時に証人であり判決人である、なぜなら彼の供述が法定証拠を形成するのだから。他のシステムにおいては、確認する所のしばしば利害関係ある人間から離れて、証人たちと判決人たちが存在する、審理し判定する所の確実に利害関係なき人間が存在する。事物は、人間たちの誠実さが司法の必要不可欠な原動力の一つとなるようなやり方で手はずを整えられる。

80頁	80頁	78頁	78頁	頁	正誤表	
上段 6行	上段 5行	上段 13行	上段 7行	段・ 行		
力を補充する に力を	そして正義は	求めることは	制度の現在の形式	誤		
正義の代わりをする	に正義を	そしてその手段は	現在の審理形式	正		
		くり返すことは				