

〔資料〕

陪審裁判所に関する諸考察（２）

パウル・ヨハン・アンゼルクム・フォリエルバッハ 著
福井 厚 訳

目 次

凡 例

訳者はしがき

緒 言

第一考察 陪審裁判所の概念及び本質について

(以上、第一号)

第二考察 政治的制度、国家の構造の一部として考察された陪審制

(以上、本号)

第三考察 身分の平等性又は同輩性について

第四考察 純粋に刑法上の制度として考察された陪審制

第五考察 事実問題の性質、弁護及び裁判長の影響について

第六考察 事実問題の分割と陪審制の欠陥を治癒する他の手段について

〔解 題〕

フォリエルバッハの陪審制度論

福井 厚

第二考察 政治的制度、国家の構造の一部として考察された陪審制

陪審制の長所と短所を研究する場合には、二つの観点、すなわち、純粋に政治的な観点と刑法上の観点とが、互いに区別されなければならない⁽¹⁾。我々は陪審制を、前者の観点からは、ある国民の国家的制度の一部として、か

つ少数者の専制から人民の自由を守る手段として考察し、後者の観点においては、ただ刑罰権の目的に対する陪審制の關係に従って現存の刑罰法規の貫徹の機関として考察する。純粹に政治的な観点から考察する場合にとりわけ問題となるのは、陪審制は、いかなる国家体制において必要であり、どのような政体の下においてその政治的な目的と合致することができるか、ということである。

我々はどの民主主義国家においても、陪審裁判所ないしはそれに類似の制度を見出す。主権と国王とが人民全体的手中にあり、国民の中の各個人が統治上の組織体の不可欠の一構成部分をなしている民主主義国家においては、刑罰権が1人の個人又は常設の委員会へ委ねられるとすれば、その政体の原則及び本質にまさに矛盾することになろう。というのも、このような個人又は委員会は、生命、自由及び財産を意のままにすることによって抵抗しがたい権力を手に入れることになり、その権力によって彼以外のすべての者は、その絶対的な意思に服従させられることになるだろうからである。生死に関して裁く独占的な特権によって、権力と権利についての政治的平等は直ちに廃棄されることになろう。つまり、支配する市民と服従する市民、専ら命令する市民と専ら命令に従う市民とが存在することになるであろう。ローマの独裁制のシンボルは束棹の中の斧であったが、その最も重要な権利は独裁者の判決だけによる生死に関する権力であった。しかし、それは特別な専制としての独裁制でもあり、それが続く間、共和主義と自由はその前で消滅しなければならなかったのである。アテネにおける最も古くてかつ最上級の刑事裁判所であるアレオパゴスは、終身制で選任された会員から構成されていた。しかし、まさにそうであるが故に、その権力は、本物の民主政治がさらに前進することによって優位を獲得するという関係の中で、次第に落ちぶれたのである。

完全な刑事権力が一定期間、特定の高級官吏に委ねられると、平等原則は廃棄されないとしても、しかしその場合は憲法自体が間接的に高度に危殆

化される。というのも、高級官吏に一定期間委ねられた生死に関する優越的な権力は同時に、その期間を越えても都合のよい機会にそれを継続して保持し、国民の自由を抑圧して君主政又は貴族政を定礎するためにその権力を濫用する手段をその者に与えるからである。ローマにおける十人委員会（Decemvirat）の歴史はそれについての証拠を与える。

したがって、全国民が裁判官の職務を遂行するか、又は国民がその都度生じる事件において全国民から選ばれた個々の市民によって、いずれにせよその市民の宣告に拘束されている官吏の指揮の下でその権利を行使させるか、のいずれかの場合のみが民主主義の精神を本質としていることになる。

民衆が集団で、たとえばローマにおいて最初は原則として後には例外的な場合に平民会に基づいたように、裁判所に座る場合、たしかに民主主義の精神にとっては十分であるが、しかし正義の要請にとっては十分ではない。なぜなら、この場合には常に、一方では、侮辱された主権者が直接自ら自身の侮辱を裁く裁判官となるのであり、他方では、民衆の決定が分別のある煽動家の声の単なる反響だけではなくなるや否や、その賢明さについて一般的に言われ得ることが、大衆の判決の真実と公平さについて二重の力で妥当するからである。Otanés の Megabyzus が既にヘロドトスについて述べていることが真実であるとする、役立たずの賤民ほど無分別かつ傲慢なものはない、民衆は何も学んできていないし何が善で何が道義に適っているかを知りもしないから国王は彼が行うことを予め熟慮するのに民衆はそうではない、民衆は意味もなくあらゆることに手を出し、かつその激情の中で国家を激しい溪流のように前方へと推し進めてしまう、というのである。このような民衆が、その動揺する会議において原告と被告との真中でいかにして公平であり得るのか、大衆の混雑の中で、激情のどよめきの中でその正義という秤のバランスをいかにして保つことができるのか。なお十分に有りそうなことは、（有りそうなことと在ることとは互いに非常に遠く隔たっているのだが）民衆は、慎重かつ冷静にある法律に対して賛成したり反対したりするというこ

とである。というのも、法律は冷淡であり、その一般性で感情に触れるところはないが、しかしまさにこの一般性において各個人に有利にも不利にも作用するものであり、それ故にもともといかなる激情も刺激することはなく、ただ熟慮を促すに過ぎないからなのである。しかし、大衆が個別の事件に関して、それがまさにその個別性によって感覚の真近に存在している場合、激情にかられてそれ自体また激情を生み出す事実に関して、同情又は憎悪の対象として本当に生身で国民の好意又は国民の復讐に公然と立ち向かう男に関して、これらに関して大衆が公平に真実と正義に従って判断するということがほとんど期待され得ないことは、酔っ払いに思慮深さを期待したり、世間知らずの者に分別のある話を期待できないのと同様なのである。ローマの平民会の民衆裁判権は、ほとんどの場合とは言わないまでも非常に多くの場合に、政治的な装置に過ぎなかった。というのも、それは、デマゴグ又は国民党の目的を主張すること、反対党の計画を破壊すること、貴族の企てを牽制したり彼らの中心人物の1人にそれを敢行させること、憎まれている民衆の敵を国民の復讐の犠牲者とする、これらのことが必要なときに作動させられたからである。正義ではなく党派的な精神が、民衆の裁判所を活性化し、それに罪ある者を指示し、彼らにその判決を与えたのである。アテネでは、裁判権は民会自体において行使されたのではなく、裁判する者は年毎に種々の法廷に配属され、その法廷には各々個別の事件が割り当てられていた。たとえば、Heliastenの法廷は、通常500人の裁判官からなり、多くの場合、事件の異なるのに応じて1,000人、1,500人、2,000人、ある機会には6,000人の裁判官からすら成り立っていた。したがってローマの民衆裁判所は、アテネのそれとは、民衆がローマでは集団で、しかしアテネでは区分された委員会又は部に分けられて裁判権を行使した、という点でのみ区別されたに過ぎない。両者はその本質においては互いに全く一致している。アテネでも、決定するのはたとえ数は少ないとはいえ大衆なのであり、それ故に同様の理由で冷静かつ落ち着いた判決にとっては不向きなのである。正と不正に関す

る偶然の余地がいくらか少ないだけなのである。というのも、サイコロの数が少ないからである。

したがって、国民がその刑事の官吏を選び、その彼が訴訟を指揮し、個々の各事件毎に陪審員に選出された個々の若干の市民が裁判官として有罪・無罪に関して決定する、という前述の第二の方法が最も当を得ているのである。ここでは、その場合、いかなる特定の人物もまたすべての者も、個人の運命の恒常的な支配者ではない。事実を判断する者は大衆の背後に隠れているが、裁判官席に上る者は大衆ではないのである。ここでは、立法者が同時に裁判官であることはなく、裁判官もまた立法者に対する優越的な権力を持たず、平等という共和主義的原則が完全に妥当する。なぜなら、陪審員は民衆から生じ、裁判官席自体には官吏ではなく市民のみが座り、宣告された判決の後には再び彼等の仲間の中へ姿を消すからである。その選任は、多くの者の中からより少ないより良い者を選択することを許し、両当事者の忌避権があらためてより良い者の中から最も公平な者を目指すのである。かくして、選抜された裁判官の小さな静かな会議が冷静に判決を探すだけでなく、正しい分別によって真実に合致した判決を見出すことも期待される。立法する民衆自身は、最も馬鹿げた決断へと追い詰められたと自覚するとき、利害又は恐怖のいかなる限界も知らない。民の声は神の声である。立法する民衆は自らに関して審判する者もセンサーも持っていない。世論でさえ立法する民衆の前では消滅する。というのも、世論は立法する民衆自身の中にあるからである。これに対して選抜された裁判官は、個人として立法者とは区別されかつ立法者に従うものであり、そして彼らは立法者の刑罰を恐れる必要はないとしても、しかし世論という検閲を恐れなければならないのである。陪審員は、たしかにその席で政治的な党派的見解を放棄することはないであろう、そして当然のことながら、陪審員はその話がしばしば主権者たる国民又はまさに現在支配している政党に気に入るようにのみ語るであろう。しかし、大衆の裁判所と選抜された少数者の裁判所との大きな相違は常に、後者は選抜

された少数者は欲すれば直ちに公正たり得るが、他方、大衆はたとえ彼らが公正たろうとしても概して公正たり得ない、なぜなら彼らが法を認識することを無知と驕慢とが妨げるからである、という点にある。

陪審裁判所と民主主義の精神との正確な親和性を、最新の歴史が我々の眼前で説明してきている。フランスにおいて人民主権の理念、市民の自由と平等の理念が活発となるや否や、革命の中心人物は陪審員の導入を自由な国民に相応しい裁判所構成のための最初の礎石として要求したのである。デュポール⁽²⁾は1790年3月29日立憲議会⁽³⁾で曰く：

裁判官というのは、正義の所有者であろうか。

永続的な職というのは、まさしく財産である。裁判官という職が終身制であることは、ある意味で有益な制度であろう。終身制は専制政治に対する障壁として役立ち得るのである⁽⁴⁾。しかし、実際のところ裁判官職の終身制は、自由の破壊にしか役立っていないのである⁽⁵⁾。

人というのは、いかなる仕事を行っていたとしても、社会の一員に戻れば、公平を愛し、専断的な態度を改めるものである。ところが、身分を失うことがないと知っている者は、託された義務を付与された恩恵であると考え、自らを他の者とは異なる階級にあるものと信じ込んでしまうのである。そして、自らが常に享受すべき権限を拡張する傾向がある。

なぜ我々が他の人に対して公正であろうとするかということ、その動機は、とりわけ、他の人にも我々に対して公正であって欲しいという願望、及びそうあって貰わねばという必要性である。

(終身制の)職業裁判官は、自然と公平性に欠ける考えを持つようになるであろう。逆に、裁判官が一時的な職としてのものでは⁽⁶⁾、その職を行う者は(その職を行うようになる前に)自らが何であったのかを忘れないであろうし、(その職を行った後に)自らが何になるのかということも想起するであろう。

陪審制は、民主政の下で必要であるのと同様に、混合的な憲法においても本質的なものである。私はここでは、主権自体が、国民と君主若しくは貴族的な団体の間に配分されているか、又はこれらの三者の間に配分され、かくして、各々の個々の共同して支配する部分には主権のある部分のみが帰属し、主権の全体は、これらの分離された諸構成部分の共同作用において行使されるに過ぎない制度だけを、混合的な憲法に含める。そのような統治形式の注目すべき例を与えるのは、周知のように Montesquieu⁽⁷⁾がその国法の中に賢明な人間的な憲法の理想を見出すことができると信じた国家である。すなわち、その国家においては立法権は全人民のものであり、全人民がそれを上院及び下院においてその代表者を通じて行使し、国王はただ執行権を有しているに過ぎないのである⁽⁸⁾。

このような憲法においては、最高の国家権力はその分立によって絶え間のない相互の対立に陥るので、このような対立から、あらゆる政治的な生活及び作用の精神、そのような憲法の継続の原則さえ生じるのである。これらの諸力の各々は、全体のためにその各々が他の諸力と協力し併存して各々の限界内においてのみ作用することを通じて、他の諸力とバランスを保つとされる。しかし、人間の力及び人間の意思の中に備わっている分銅は、それらが常に安定したバランスを維持するようには決して計量されないのである。そのような分銅の各々はバランスを失う傾向があり、各々の生き生きした力はその限界を越え勝ちであり、自らに対立する力を破壊するか又はその地位から追い払うことを企てるのである。あらゆる生命が諸力の闘争であるごとく、そのような政治的機関の生命もまた同じである。執行権は当然のことながら立法権からその独立を求めるし、立法権は執行権の制限及び服従を求めるのである。立法権は国民の自由を欲するのに、執行権は国王の特権を求める。各々が嫉妬深く他を監視し、他に対する自己の限界をより良く守るために征服しようとする。そうだとすると、刑事の権力の分銅はどこに置かれるべきであろうか。それが専ら一方の側又は他方の側に置かれると、憲法は破壊さ

れる。というのも、対重が帳消しにされてしまうからである。刑事の権力が国民に委ねられると、執行権は不随となるばかりではなく、王位を保護する者、国民が羨む身分の高い者を、彼らは国民が彼らを彼らが玉座を守るが故に彼らを憎んでいる者だというだけの理由で、恣意的な権力によって抑圧することも国民の権限となる。また、刑事の権力が、人民の主権を代理する団体に拘束されるか又はそれに依存せしめられると、全憲法の運命はその団体の手中にのみ委ねられることになる。なぜなら、人民の主権を代理する団体は、司法権を制限する法律を廃止するか、又は司法権を拡張するか若しくは裁判官に恣意を与える法律を立法したり助長したりするであろうし、犯罪ではない行為を犯罪としたり犯罪を不可罰だと宣言したりするであろうし、かくして人民の主権を代理する団体は、貴族政から一方では君主政を他方では民主政を守る障害物を、立法ないし個々の事件において直接又は間接的に無効にし得ることになる。そして最後に、君主のみが刑事の権力の無制限の支配者となれば、彼は同時に、彼が欲する以外のことを欲する全ての意思を支配する者であり、言葉又は行為によって彼から憲法を擁護しようとする者に対する支配者であろう。したがって君主は、彼が立法者となることを欲すれば直ちに立法者となろうし、そのような裁きの会においては、可能なことがきちんと運ばればまさに直ちに、欲することがひとりで行われるのである。したがって、このような国家組織においては、陪審裁判所は、国家の諸々の勢力を技術的に互いに調整し、それら諸々の勢力が軋轢により互いに妨害し合うことを妨げるための、必要な手段なのである。ここでは陪審裁判所は、憲法全体のかなめ石であり、むしろ、憲法全体がそれと共に浮沈する憲法の礎石なのである。国王は、犯罪者を起訴によって訴追し、かつ彼によって任命された裁判官によって処罰する権力を持たなければならない。しかしながら、「自由人は、その同輩の合法的裁判によるか、または国法によるのでなければ、逮捕、監禁、差押、法外放置、もしくは追放を受けまたはその他の方法によって侵害されることはない。」⁽⁹⁾という原則を伴うマグナ・

カルタという守護神は、このような権力と対峙せざるを得ないのである。このような政治的性格は、イギリス人をしてその陪審制をかくも誇らしめかつ愷気せしめるものでもある。というのも、その政治的性格こそ、イギリスの法律家、文筆家及び哲学者が陪審制の中に人間的英知の最高の傑作を賛美し、Montesquieu⁽¹⁰⁾という人さえ鼓舞して夢中にさせ、de Lolme の中に洞察力の最も鋭くかつ最も徹底的な表現者を見出したものなのである。陪審制の賛美者の誰一人として、その刑事法上の価値については決して語らず、彼らの誰一人として、それを無実の者を無罪とし罪ある者を有罪とするための素晴らしく有用な手段として賛美したりはしない。彼らは陪審制を、ただ、それが維持される限り君主の権力に越えることのできない制限を設ける防壁であり、そして我々が国民の自由と呼ぶものをあらゆる侵害から法的に守る防壁として考察し、賛美するだけなのである。

それ故、専制政治を志向する全てのイングランドの国王は、陪審制を回避することによって彼らが転覆することを欲した憲法の根元に手をつけることを企てたのである。カール一世は、彼の不幸な企てを恣意的な税金でのみならず恣意的な拘禁によっても開始したが、それ以降イングランドでは、憲法の君主的部分は金銭又は官職を手段とする買収のシステムが導入されることにより、その民衆的部分に対して優位に立ったのであり、かつ、専制君主制の緩慢な死—Hume はそれを人民の憲法に予言しかつ希望した—を漸進的に惹起し始め、それ以降、陪審裁判所の管轄範囲は委員会及び治安裁判所を通じる多くの付随的な裁判所によって制限されている—それは恐らく時が経つにつれますますその余地を広げ、遂には陪審裁判所を押しつけて純粹の君主政を惹起するであろう—。既にブラックストーンは、陪審裁判所から一定の法律問題を剥奪する危険な始まりを警告しているのである。最近の文筆家たちは起こりつつあることを既に声高に非難し、後にはそれ以上のことが起こり得ないと非難するであろう。

既に示されてきたように、陪審制が共和主義的な原則にのみ基づくとき

は、すなわち、陪審制が民衆が主権としての自らに帰属する司法権を行使することによってその機関であるとき、又は民衆が高権への自分自身に帰属する割当てを行政権のあり得る攻撃から政治的自由を独裁を志向する君主政若しくは貴族政の企てから守ろうと試みる手段であるときは、陪審制は、あらゆる権力を民衆とは異なる君主に纏めることによって君主を民衆のあらゆる権利の唯一の受託者にまで高めてきた統治形式の精神を本質とするものではない。むしろ、たとえ立憲主義的で形式により制限されているにせよ、分立されていない君主政又は貴族政においては、陪審という制度は憲法の精神を本質としていないだけでなく、このような憲法の精神及び本質に反するものでもある、と人は言うことができるし、そう主張することが許される。なぜなら、人民の政治的自由とはその主権と同一のものであるから、ある君主から——その君主の憲法上の権利は、まさに彼が全く完全な主権を分立せずに自らの中に集中している点にある場合は——その政治的自由を守るための憲法上の手段など考えることはできないからである。他のどんな憲法においても陪審制によってその君主に対して守られるべきものは、最早この憲法の中には存在していないのである。政治的自由は君主の中にのみあるのであるから、君主に対して政治的自由を守るということは、君主が自分自身に対して自己を守るということになろう。

もっとも、人民の政治的自由以外になお個人の人格的自由が存在している。今や陪審制が最高意思の全能を制限すれば、陪審制は、民衆における個人のこの人格的自由を守るための合目的手段だと、なお一層思われる。なるほどその通りであるが、しかしそれは、陪審制が成立する限りでのみ、陪審制が裁判官による刑罰権の独占的な機関である限りでのみ、陪審制が個人の自由及び生命へいたる唯一の道である限りでのみ、そうであるに過ぎない。しかしながら、陪審制が成立するのか最早成立しないのかは、そのような統治権力の下では陪審制がそれに対する防壁であるまさに最高意思に、その意思が陪審に対してそのような防壁が存在すべきであることを欲する限

りでのみ、すなわち防壁という手段が必要でない場合にのみ、間接的にしろ直接的にしろ依存しているのである。我々が陪審制又はなんらかのその他の市民的制度が憲法において保障されていて、君主にはいかなる条件の下でもそれを越える権力も権限も帰属していないと想像する場合、君主の意思に対して我々が想起しなければならないのは、自己の目的を権利として主張しかつ貫徹し得るような君主の意思とは異なる他の意思なので、かくして我々はこのような場合は最高の意味に他の意思を並列するか又は優先させてきているのである——しかも、恰も法的に抵抗できない主権の意思に対する法的に可能な抵抗という理念によるごとく、主権の一部分を剥がすことによってなのであるが、その理念は絶対的な支配権を分立した不完全な主権に轉換するのである。分立されていない統治権力の下で憲法がなんと呼ばれるかは、支配者がそれに従って支配する諸原則、支配者がそれに従って自ら決心し又はその決意を明らかにしようと欲する諸形式の叙述以上のものを原則として意味しないが、それは事柄の性質上、法律の総体にほかならない。というのも、支配者は法律によって国民の眼前で自動的に制限され、かくして国民の監視が支配者に分別を命令し、良心及び名誉という法律が支配者をして法律の遵守の責任を負わせるが、しかし、国家においては誰も支配者が法律に違反したり法律を完全に廃棄することを妨げる権利を持たないし、たとえ持っている場合でもその権利を守る力を持っていないのである。Pope が各憲法について述べたことはとりわけこのような憲法に妥当するのである。すなわち、最も良く管理される政府が最良の政府であるということである。既にヘロドトスについて Darius が述べていることだが、1人の男がそれも最良の男が国民の頂点に立つ、という思想ほど素晴らしいものはないのである。ところで、頂点に立つ男が実際に最良の男であるか又は国民の中の次善の男に過ぎないのであれば、一般的な自由の最も確実な防壁はその者の正義の中にあることになる。そのような男には不正義は必要ではないし、国民は彼に対する陪審を全く必要としないのである。しかし、彼の意図が法律を運用する

代わりに恣意を行使するものとなると、陪審制もいかなる保護も与えはしない。というのも、陪審制という城壁は、彼がその廃止を欲すれば崩壊してしまうからである。それは彼にとっては軟弱な折りたたみ式の屏風に過ぎず、欲すれば直ちに何時でも取り除くか若しくは脇に押しやり又は易々と回避することのできるものなのである。陪審制を立法から完全に削除したり、又は少なくとも君主が例外的な場合であると宣言する場合に、陪審制を停止しそして特別裁判所、特別の委員会によって回避することを、誰が君主に禁止できるというのであろうか。あるいはまた、あらゆる司法上の形式の代わりに封印状 (lettres de cachet) 又は警察という何時でも喜んで言うことを聞く道具によって、彼が陪審制によって達成することを望まないことを達成することを、誰が彼に禁止できるというのであろうか。イングランド人にとってさえ、彼らのマグナ・カルタはヘンリ八世に対して、彼らの陪審制は星室裁判所 (Sternkammer) に対して何の役に立ったのか⁽¹¹⁾。完全な君主の意思に対しては、結局君主自身にのみ依拠する死せる憲法なら決して保護にはならないし、君主が法律に沈黙を命令するや否や口がきけなくなる弱い法律なら決して保護にはならないだろう。しかし、君主を導きかつ拘束するのは、より繊細でありながらより強力な法律、より麗しくはあるがより恐るべき権力であり、それは目に見えないが、しかし常に至る所に存在する世論の力なのである。なぜなら世論は、君主が不正をなそうとするとき、それを妨げることはないが、君主が不正を欲することを恥によって妨げるからである。というのも、世論が恥に先行するからである。そして世論は、君主に対しても負けない力をあらゆる他の法律に与えるのである。世論が最早保護しないところでは、全ての他の保護は失われる。この世論という裁判官を恐れない者は、他のどのような裁判官をも最早恐れる必要はないのであり、これのみが専制政と君主政との相違をなすのである。というのも、君主政では世論が存在しているが、専制政では世論は黙り込むだけではなく死滅し、したがって独裁者は、彼の行為において賞賛に値することとそうでないこととの区別が奴隷⁽¹²⁾

には最早つかないが故に、賞賛に値することも破廉恥なことも行うことができるからである。その限りで Montesquieu が、名誉の中に君主政の生命を見い出しているのは正当である⁽¹³⁾。なるほど名誉は君主政のそれほど積極的な原則ではないとしても、その消極的な原則であり、その限りで既に名誉は君主政と専制政との限界を特徴づけるのである。名誉こそ、たとえ唯一ではないとしても君主政におけるあらゆる行為及び志向の原動力であり、君主政における市民的自由の唯一の確固とした大黒柱なのである。名誉は、君主が為すべきことを決定はしないが、彼が為してはならないことを行うことをしばしば妨げるのである。

既に安定した基礎を有する分立されていない統治体制においては、陪審制がそれに対する保安手段として設けられる危険でさえ、全く若しくはほとんど存在しないか、又は少なくともかなり遠くに退いている。君主の王座がいまだなお安定せず、又は権力が君主と国民との間に配分されているか若しくは貴族の権利によって制限されているところでは、君主をして臣民の生命及び自由に恣意的に害を加えるべく強制し又は唆す多くの誘惑がある。前者の場合には君主固有の安全が彼をして恣意的な厳格さを強いるし、後者の場合には、君主がなお国民又は国家における他の権力に打ち勝ってそれによって得なければならない征服の見込みが彼をして誘惑する。前者の場合には全てを失わない為にしばしば不正でなければならないし、後者の場合にはなお全てを獲得するためである。前者の場合には恐怖が強いるのであり、後者の場合には希望と名誉欲が刺激するのである。そのような国家において存在するか又は常に懸念されなければならない騒乱、公然たる敵対関係において闘う又は隠然たる敵意において打ち解けない互いに対立している勢力、対立する権利、対立する不信、対立する恐怖、嫉妬、名誉欲及び所有欲、矛盾する利害、これら全てがまさに、託された権力を悪用してそれを維持又は拡張するために濫用する多くの誘因なのである。de Lolme 曰く：「混合的な憲法においては、執行権の保持者には、その権利のあらゆる制限を公然たる権力で転覆しか

つ一気に自らを無制約の支配者にすることは不可能である。しかし他方では、貴族の権力を制限する国民の権力は個々の臣民によってのみ活発に作用し得るに過ぎない。このような臣民は、あるときは彼の訴えの公然性及び烈しさによって国民に真相を教える市民であり、あるときは君主の權威の濫用に対して法律を提案する立法議会の活動的なメンバーである。かくして貴族は、このような臣民に対して彼の力を行使し、国民の要求をその中心人物に自己の固有の意思の力を向けることによって無に帰せしめようとするのである。」残酷な行為や恣意的な抑圧のほとんど全ての例は、その責任を盲目の共和主義が非常にしばしば君主政一般のせいにしてきたものであるが、大きな国家革命に直接先行するか又はそれに続く時代にはなくなる。というのも、ここでは、無制限の独裁はなお多数の支配と闘争しなければならなかったか、又は勝利を達成した後その王位を確固としたものにしなければならなかったからである。ローマではテヴェレ川のように間断なく Caligula、Claudius そして Nero と続いたことがあった。しかし彼らがそうであった理由は、ローマが君主政に移行していたが故であったのか、それともむしろ、これらの君主政が未だなお明確に宣言されていなかったか若しくは未だなお決定的にかつより確実に安定する結果となっていなかったが故であったのか。ローマの貴族が暴君であったのは、彼らが独裁者であったが故ではなく、彼らが十分には独裁者でなかったが故なのである。すなわち、彼らの権力が、憲法によって規定されず、慣習によって正当化されたり法律による形式によって固定化されもせず、革命的な状態において違法な不当行為の外観と合法的な支配との間で曖昧に動揺したが故なのである。君主政が、没落する共和政の真中に、奴隸制と同様に自由をほとんど持つことのできなかった民衆の真中に、その暴政を羨むが故に暴君を憎みただ自分自身の為に熱望した自由にあこがれてため息をつく共和主義的貴族の真中に、存在したが故なのである。貴族が、その政治的性格は無制限の支配者の力と自己と同等の者の間の最上級者の単なる優位との真中で曖昧なものであったが、自己の地位を幸運な所有の

特典としてのみ見做すことができ、したがってただ権力によって自己に与えられていただけの不安定な権利を、公然と又は隠然と主張できたに過ぎなかったが故でもある。もしオクタヴィアヌス（Octavian）が、革命を自己の名誉欲のために利用したのみならず、安定した君主政的憲法によっても終了させていたとすれば、おそらく、多くの彼の後継者は、歴史は暴君として特徴づけているが、トラヤヌス及びマルクス アウレーリウスと並んで人類の恩人の地位に位置したであろう。たとえば征服王 Wilhelm は、そのノルマンディにおいて賢明かつ公正であったが、他方で彼はイングランドでは、あらゆる財産及び権利のずうずうしい敵として暴君的な抑圧を実行したのである¹⁴。というのもイングランドでは、彼の支配の樹木は未だなお彼自身の上に確実に根柢を有しておらず、したがって、不安定な土台に沈んだり暴風の力に負けないよう強固な権力で維持されなければならなかったからである。Ludwig 十一世はフランスの Tiber となったが、その理由は、彼が指導的人物の貴族政から彼の主権の自由を力づくで奪い取り、格闘する貴族主義の廢墟の上になお君主政を根柢づけなければならなかったからであった。彼は、恣意的な裁判所によって、拷問によって、不名誉な死刑によって、なお一層不名誉な捕虜の境遇によって貴族をその思い上がりから従順な卑下した状態という骨の折れる状態へ押し戻さねばならなかったのである。要するに彼は、まさに国王になる為には暴君でなければならなかったのである。しかるに、政治的闘争が終り、最高の無制限の権力が疑いの余地なく究極的に決定的な権利で君主の頭上に置かれるや否や、君主の権力が国家の法律により決定され、憲法によって神聖化され、平穩な所有によって安定させられるや否や、君主が刑罰権を濫用するという切迫する危険も、その誘因の誘惑的な刺激と共に消滅する。なぜなら、君主はその濫用によって最早何も得ないだけでなく、多くを失わねばならないからである。君主の利害があらかじめその国民の利害に対立していても、今やその利害は国民の利害と切り離し難く一つなのである。君主は美德の英雄である必要はなく、一般的な正義の中

で彼自身の安全を知る為には、彼自身の利益を理性的に計算しさえすればよいのである。君主は既に全てを所有しているのであるから、彼には征服しなければならないものは何もなく、彼がなお志向するものとして残っている唯一のものは、賢明さと正義という名誉なのである。その上、そのような体制においては、君主と臣民との間には既に、前者の高貴さと後者の下劣さによって余りに深い割れ目が確固として存在しているので、両者の利害が容易に互いに敵対的な関係に陥ることはあり得ないし、司法の形式を臣民をないがしろにするために腹黒く濫用するように君主の恣意を刺激することも、あり得ないのである。各個人は大衆の中で最高の意思に対する重みも影響も要求もなしに、既にその政治的な空しさの中で、その意思を隠す暗闇の中で自己の安全の保証を失っているのである。なるほどこのことは、指導者として大衆の上に君臨し、かつ王位の近くにいる者には妥当しない。この彼らの高さが、最高神（Jupiter）の閃光をあまりに易々と彼らの頭上に注ぐ。しかし、しかしである。ベニスの国家宗教裁判官の恐るべき権力は、貴族社会の恐怖であった。ところが民衆は、人々がこのような宗教裁判所の廃止に没頭した時に、自己に切迫する危険を声高に懸念し、かつ嘆いたのである。

その上、分立されていない政治権力の下では、陪審制が有効に榮え得るであろうような条件はほとんど発見され得ない。民衆の活発な関与を直接当てにしている制度は、民衆の精神と意欲の中にのみその生々とした力を有しているのであるから、それなくしては、その制度は沈滞した影の生活を送り得るに過ぎず、遅かれ早かれそれ自体の中へ解消するに違いない。この民衆の精神とは、陪審裁判所という制度がそこからその生命力を引き出すものであり、それは立法のどのような賢明さによっても人為的に産み出され得ないものであり、また、何かある別の手段によっても強力にされ得ないものである。この民衆の精神とは、全ての個人が全体の中においてのみ自分自身を実感し、国家に関するあらゆることを自分自身に関することと見做す、あの公共の精神（public spirit）なのである。たとえ立憲的であるにせよ分立されていな

い政府の下では国家は、民衆の精神においては君主の前で消滅するのである。なぜならそこでは、公的な生活は君主の宮廷とそしてその機関として国家を管理する者の会議へと引き込まれてしまい、単なる臣民の関心は、もっぱら自己及び自己の近い周辺に制限されるからである。公的な関心に残るものは、精々君主の威厳又は名声の光輝への関心を本質とするものであり、その光輝は、国民を一面に照らすことによって同時に各個人の上にその残照を投げかけるのである。その上、そのような国家においては、あらゆる市民生活の転機は、妨げられずに儲け、安全に所有し、平穩に享受することにある。このような思考方法は、述べられてきた条件の下で至るところで経験が我々に示したように、陪審制という制度にまさに対立するものなのである。すなわち、誰でも、陪審員という公務を、特権ではなく負担の如くみなし、この公務への国家の呼出しにまさにしぶしぶ従うので、その公務を不承不承かつ冷淡に処理することになるのである。公的な事務は彼には無縁なので、今や彼は公的な事務の為にその私的な事務の一部を犠牲にすべきなのである。彼が考えることは、国家が裁判所によって彼の安全及び彼の財産の安全を配慮するように、彼は税金で裁判所も支えているということである。ところが彼は今度はなお自らも、犯罪者たちに自分で判決を下す為に裁判所に座らなければならないのである。彼が国家の裁判権に期待するのは、彼の市民的な私的な平穩であるのに、国家は彼の私的な安楽を妨害する中で公的な平穩を求めて彼に依頼してくるのである。—「私をしてどうか平穩に私の仕事に専念させてくれ！そして、あらゆる他の配慮をも自ら奪ってきた者が通常裁判所によって私及び私の隣人の安全を配慮してくれ！」それ故に市民は、陪審員として呼出しに従事するように刑罰によって強制されなければならないのであるが、かくして市民は、人が不承不承するあらゆることが処理されるのと全く同様に、その公務を処理するようになり、遂には、その制度を放棄するように国家に強制することになるのである。というのも、その制度について市民が忘れていたことは、どこかで為し得ることは必ずしも至るところで為

すべきことではない、ということであるから。

共和主義国家には陪審裁判所が適合しているのと同様に、立憲君主政には裁判官集団が適合している¹⁵⁾。このような裁判官集団は男性が終身制で任命されている。その罷免は君主の意思に依存しているのみならず、さらに裁判官集団の判決に依存さえしている。彼らの生計は十分な俸給によって保証されており、君主はそれを一文たりとも勝手に削減してはならない義務を引き受けていた。裁判官たちは、王位に近い特権階級からだけではなく、その多数に関して言えば市民階級の学識有る者からも選任される。これらの裁判官は、その判決内容に関して君主に責任を負うことはなく、彼らは宣誓して、その判決を法律及び自己の良心にのみ従って決定し、かつ誰に対しても有利であれ不利であれ公平に正義を扱う義務を負うのである。かくして、そのような裁判官集団によって（以下の諸考察が示すように）、法律の強力な一貫した執行について陪審制の場合に常に行われ得るよりもはるかにより良く配慮されるばかりではなく、人格的自由も、陪審制の場合に常に行われ得ると少なくともまさにも全く同様に正義という保護の下に置かれるのである。陪審制の必要性を証明するために、君主がその司法官を捕らえている隷属状態及び司法官が自らを不法の道具として喜んで使われようとすることを語る者は、ほとんどあらゆる立憲君主制において多かれ少なかれ完全に見い出される裁判官集団ではなく、オリエントにおける裁判官（Kadis）のことを想定したのかもしれない。そのような裁判官集団は、たしかにその成立においては君主に依存しているが、一たび成立してしまうや否やその作用において独立し自立的となるのである。そのような常設の裁判官集団は、国家に於ける正義の保護者にまで高められると、この特徴において人民の普遍的な畏敬の念を獲得し、そして世論の中で神聖なものとなるが、それは恰も神聖なるものの保護を委ねられている守護神そのものである。そのような裁判所は、そのほかにたとえ権力を持たなくても、恭しくはにかみながら恣意を抑制するか、又は勇気を奮ってその告発に対処するために世論によって強力となる。

これらの裁判官たちを彼らが守る宝物の為に嫉妬深くするのは、彼らの職業の神聖さ、国民の公けの信頼であり、それが彼らに正義を自己の誇りとするのであり、確固として公平さを彼らの名誉の原則とし、遂にはある団体精神（esprit de corps）を生み出して、それがまた、各裁判官の信念、勇気及び意思に強力に反作用を及ぼすのである。このような裁判官集団は、絶えず公衆の目に晒されるだけで、自分自身に関して同時に公けの侮辱という判決を宣告することなしには、どのような裏切りもできないのである。裁判官集団は、君主自身によって正義へと義務付けられており、君主の恣意的な不当な要求に屈服してはならない。さもなければ、君主自身に対する神聖な義務に違反することになり、かつより高次のより古い義務によって不服従として彼らには禁止されている服従の故に責任を負うだろう。各裁判官は、その意見の自由において多数によって保護されるが、その多数は国家の法律によって、その法律は君主の言葉によって保護される。というのも、君主はその言葉を、公然たる暴力によって正義に害を加えようとしないように、憎しみの気持ちを振り払いそのことによって彼自らの王位の基礎を損なったりしないように、確実に守らなければならないからである。君主は不正であっても、彼は少なくとも公正に見せようと欲するに違いないのである。裁判所構成のそのような制度の場合にも、君主は同時に不公正と思われることなしには、決して不公正たり得ないのである。このような裁判官を、君主は自分の気に入らない判決の故に処罰しようとするであろうか。君主は、そのようなことをしてはならないと自ら述べてきているのである。君主は、その役所の各官吏を恣意的に罷免しようとするであろうか。君主は、既に予めそのようなことを不正だと宣言してきているのである。君主は、裁判官たちに彼らの俸給から税金を徴収したり減額したりすることによって無理強いをしようとするであろうか。このようなことは、君主自身の約束によれば強盗にほかならないことになろう。それにもかかわらず君主は、誰も彼に逆らってはならないし逆らうこともできないから、あらゆることができる、というのは真実であ

る。しかし一体どのような君主が、恰も世論という鏡に自らの手でその国民に、「私は法と正義を踏みにじり、私自身の神聖な言葉を嘲笑した。」、とその信条をさらすであらうか。

かくして以上全てによって、それが十分に理解されたならば、分立されてはいないが立憲的な政治権力の下では、人格的自由はそのような裁判所によって、陪審裁判所によるより以上に危殆化されることはないし、また、陪審裁判所によるより少なく保障されるということもない、という以上のことを主張するつもりではないのである。このことのみが主張されたのであり、それ以上でもそれ以下でもなかった！

〈訳 注〉

- (1) フォイエルバッハのこのような二分法は、「そのごの陪審に関する文献に、後のちまて影響を及ぼした。」(Schwinge,S.72、藤尾訳・(1) 法政理論 25 卷 4 号 [1993 年] 385 頁)、と言われている。
- (2) デュポールについては、澤登佳人「アドリアン・デュポール」『[福田 / 大塚古稀祝賀] 刑事法学の総合的検討 (上)』(有斐閣、1993 年) 547 頁以下参照。
- (3) デュポールは、1790 年 3 月 29 日と 30 日の両日にわたって、立憲議会においてそれぞれ「司法秩序確立にかんする原理およびプラン」、「刑事および民事陪審の実施方法」および「民事陪審の実施プラン」と題する三つの報告を行った(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 20 卷 3・4 号合併号 [1968 年] 313 頁参照)。1790 年 4 月 30 日議会は刑事陪審のみの設置を採択し、同日陪審による刑事手続制定のため憲法刑事法合同委員会の設置を決定し、デュポールほか 2 名をこの委員会に追加指名した(澤登・前掲論文「アドリアン・デュポール」569 頁参照)。
- (4) 本来、裁判権は王の基本的職務(「裁判権はすべて王に由来する」)であるという王権理論に基づく王による裁判官の任命制と、高等法院が司法職能団体として発展するにつれ裁判官は任意に罷免されない保証を求めた、という対抗関係の展開の中で、1345 年 5 月 11 日の王令は、裁判官の任命方式を開廷期間ごとの任用制から終身制へと変更した(鈴木教司「フランス売官制の消長 (三)」愛媛法学会雑誌 22 卷 2 号 [1995 年] 2-3 頁参照)。

なお、「官職には売官制と叙爵制度が付着していることが前提になっている。そして、諸特権を獲得した法服貴族は、もはや、王権に従順ではなく、しばしば、その執拗な

対立者となった。」（鈴木教司『フランス旧制度の司法—旧司法官職と売官制—』〔成文堂、2005年〕2-3頁参照）、というのである。因みに、官職は（したがって司法官職も）明確に財産と位置づけられ、財産は動産と不動産に二分類される。売買可能官職は、不動産に組み入れられ、売買相続の対象となった（（鈴木・前掲書『フランス旧制度の司法—旧司法官職と売官制—』3頁参照）。

- (5) 終身制の職業裁判官に対するこのような不信は、売官制による裁判官の質の低さとも関連している（澤登佳人「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1791年刑事訴訟法典提案趣旨説明の解説と全訳」法政理論17巻3号〔1984年〕64頁参照）。

因みにドイツにおいても、「領主裁判権は、今日の立法権・行政権をも含み、裁判手数料以外の種々の収益権を伴うものであり・・・、売却・質入れ等の経済的取引の対象ともなった。」という事情も、カロリーナ（1532年）が適正な裁判所構成を命じ、法有識者団への一件記録送付制度を定めた背景の1つとして挙げられている（上口裕〔訳〕『近世ドイツの刑事訴訟』〔成文堂、2012年〕349-350頁〔上口〕）。

- (6) デュポールは、「一言でいえば、一定期間陪審の職務に従事した市民は、不正なまたは非合理的な訴訟を提起し、追行することがむずかしくなるのであろう」として、「陪審の市民教育的意義」を前提にその司法制度改革基本要綱の第一で、「陪審によって確定された事実に基づいてそれに法律を適用することを唯一の職務とする裁判官は、国民によって一定期間（任期制）について選出されるべきこと。」と主張していた（稲本・前掲論文「フランス革命初期の民事陪審論」316頁、317頁）。
- (7) モンテスキューは、「自由な国家においては、自由な魂をもつとみなされるあらゆる人間が自分自身によって支配されるべきであるから、人民が一団となって立法権力を持つべきであろう。しかし、それは強大な諸国家では不可能であり、弱小の諸国家では多くの不都合を免れがたいので、人民は自分自身でなしえないことを全てその代表者を通じて行なわなければならない。」「執行権力は君主の手中に置かれるべきである。政体のこの部分は、ほとんど常に即時の行動を必要とするので、多くの人よりも一人によって、より良く処理されるからである。」と述べている（モンテスキュー／野田良之ほか訳『法の精神（上）』〔岩波文庫、1989年〕295頁、298頁）。
- (8) むろん、周知のようにモンテスキューの前提は、次のような権力分立論である（モンテスキュー／野田良之ほか訳・前掲書『法の精神（上）』291-292頁による）。「同一の人間あるいは同一の役職者団体において立法権力と執行権力が結合されるとき、自由は全く存在しない。なぜなら、同一の君主又は同一の元老院が暴君的な法律を作り、暴君的にそれを執行する恐れがありうるからである。」

裁判権力が立法権力や執行権力と分離されていなければ、自由はやはり存在しない。もしこの権力が立法権力と結合されれば、公民の生命と自由に関する権力は恣意的となろう。もしこの権力が執行権力と結合されれば、裁判役は压制者の力もちうるであろう。

もしも同一の人間、または、貴族もしくは人民の有力者の同一の団体が、これら三角権力、すなわち、法律を作る権力、公的な決定を執行する権力、犯罪や個人間の紛争を裁判する権力を行使するならば、すべては失われるであろう。」

- (9) 訳文は、高木八尺・末延三次・宮沢俊義編『人権宣言集』（岩波文庫、1957年）45-46頁による。
- (10) モンテスキューは第11編第6章で「イギリスの国制」について論じている（モンテスキュー／野田良之ほか訳・前掲書『法の精神（上）』291頁以下）。
- (11) アダム・スミスは、「ヘンリ八世によって設置された星室裁判所のように新しい裁判所は、前の諸裁判所の手続きにあまり注意を払おうとしなかった。それだからわれわれは、星室裁判所が存続した間、それは非常に恣意的に手続きを行ったことを知るのである。」と述べ、星室裁判所は教会に関するあらゆる諸問題を審理する高等宗務官裁判所（この裁判所もヘンリ八世によって設立されたものである）とともに「チャールズ一世の時代に、それらの訴訟手続きが変則的で不正であるという理由で廃止された。」と述べている（アダム・スミス／水田洋ほか訳『法学講義 1762～1763』〔名古屋大学出版会、2012年〕98頁、304頁）。
- (12) モンテスキューは、専制国家では人間は全て奴隷である、と述べている（モンテスキュー／野田良之ほか訳・前掲書『法の精神（上）』81頁参照）。
- (13) ここではモンテスキューが、「名誉は、専制国家には知られず……君主国の中に君臨する。そこでは、名誉は全政治体に、もろもろの法律に、そしてもろもろの徳にさえも、生命を与える。」と述べていることが想起される（モンテスキュー／野田良之ほか訳・前掲書『法の精神（上）』81-82頁）。
- (14) スミスが引用する Hume によれば、「彼〔征服王〕は、たとえば、自分の姉妹の息子のヒュー・ドゥ・アプリンシスにチェスター州全体を与えた」（スミス／水田洋ほか訳・前掲書『法学講義 1762～1763』261頁注（40））、というのである。
- (15) 職業裁判官に対するフォイエルバッハの本文のような楽観的な描写には、本書の公刊当時の書評において疑問を呈する向きもあったが（die Göttingische gelehrten Anzeigen, Jg. 1813, 2. Halbb., S. 1849 [S. 1862]）、その点については、フォイエルバッハの控訴院長としての経験の影響が指摘されることがある（Cornelissen, S. 89.）。

（続く）

〔訂 正〕

前稿「陪審裁判所に関する諸考察（1）」（京女法学一号）に誤植がありましたので、お詫びした上、以下のように訂正いたします。

281 頁下から 4 行目

問題にしていない。」イングランドにおいては→

問題にしていない。」（改行）

イングランドにおいては、

293 頁 注 (10)

国民議会→

立憲議会

〔付 記〕 なお、原書に引用されているフランス語文献に関して、同僚の的場朝子講師の御教示を得た。この機会に厚く御礼を申し上げる次第である。