

叢論經濟

第156卷 第4号

木崎喜代治教授記念號

献 辞	菊 池 光 造	
公衆衛生の誕生	阪 上 孝	1
フランス啓蒙期の「陪審制」論	石 井 三 記	28
根源への無限の階梯	長 尾 伸 一	56
Social Democracy and Sustainable Development	Nobutaka NAGAOKA	83
ミシェル・フーコーと啓蒙の問い	水 嶋 一 憲	102
アリストテレスの經濟思想	森 岡 邦 泰	123
社会の学問の革新	田 中 秀 夫	141

木崎喜代治 教授 略歴・著作目録

平成7年10月

京都大學經濟學會

フランス啓蒙期の「陪審制」論

石 井 三 記

I は じ め に

フランス革命期になされたもっとも重要な刑事手続き改革は重罪裁判における陪審制の導入だろう。1791年9月16日—29日のデクレによって法制化された重罪陪審制はアンシャン・レジームの糾問主義型刑事訴訟との断絶を決定的に画すことになった。この革命初期の刑事陪審の制度については、すでに、上記デクレの翻訳をはじめとして、わがくにでもかなりの紹介や研究が出されている¹⁾。そのなかでとくに刑事訴訟法の研究者から、陪審制の導入が必然的に証拠法における自由心証主義の採用を帰結することが主張されてきている²⁾。こ

1) 沢登佳人「邦訳・大革命期フランスの刑事訴訟立法（その一）、治安警察、刑事司法および陪審員の設置に関するデクレ（1791年9月16—29日）」『法政理論』第17巻第1・2号，1984年。本デクレの立憲議会での報告も翻訳がなされている。沢登佳人「近代刑事訴訟法の真髄デュボール報告について 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』第17巻第3号，1984年。また、同法の1791年はじめの立憲議会での審議過程の詳細についてもつぎの貴重な研究がある。梅田豊「近代刑事裁判における口頭弁論主義・自由心証主義・継続審理主義の意義と陪審制度——フランス1791年刑事訴訟法制定過程議会審議録からの紹介と検討——」（一）（二・完）『法学』第54巻第3号，第4号，1990年。なお、この1791年段階の刑事陪審制のさしあたりの制度的な概観としては、中村義孝「フランス革命初期における刑事裁判の変遷」『立命館法学』第105・106号，1972年，同「フランス革命初期の重罪陪審裁判」『立命館法学』第225・226号，1993年が簡潔である。

2) たとえば、沢登佳人「フランス革命と近代刑事法」『法律時報』第61巻第8号，1989年，34ページでは「陪審制の採用は必然的に、当事者が生の証言や物証とそれをめぐる討論を直接陪審員に提示し（当事者主義，書証排除＝直接主義＝口頭弁論主義），その印象から陪審員が自由に（調書に法定証拠規則を当てはめてではなく）心証を形成すること（自由心証主義）を要求する」と説かれ、近代刑事手続き法の基本原理の支柱が陪審制にあることは同氏の数多くの論稿のなかでくり返し述べられている。比較的近年のものとしては、沢登佳人「フランス革命と近代刑事法の理念」（『柏木千秋先生喜寿記念論文集 近代刑事法の理念と現実——フランス革命二百年を機に——』，立花書房，平成3年，所収）29—30ページがある。また、梅田豊「フランスにノ

れは、自由心証主義についての従来の教科書的な説明が証拠法内部に問題を限定して、法定証拠主義は不合理であり、拷問に結びつくからフランス革命によって当然に否定され、自由心証主義にとって代わられたのだと説いて、このことは「証拠法発展の当然の進路」³⁾ だとするのを、革命前の啓蒙思想家や革命期の立法者たちは法定証拠主義の不合理さを明確に批判していなかったのではないかとの疑問から、この問題を刑事訴訟手続き・刑事司法制度の構造、さらには法権力の構造全体のなかで位置づけなおそうというものである⁴⁾。

たしかに「証拠法発展の当然の進路」というだけでは、啓蒙の時代に拷問にたいするはげしい批判はあったのに、法定証拠主義批判がさほどなかったとすれば、その説明は十分とはいえないだろう。ただ、フランス革命で法定証拠主義から自由心証主義に根本的に切り替わったという点は上記の教科書的な説明にもそれを批判する論者にも共通している。しかし、糾問主義の法定証拠主義から弾劾主義の自由心証主義への変化は革新的な変化ではなく、自由心証主義の採用もアンシャン・レジーム段階ですでにそれを受け入れる素地がなければならぬのではないかと、との指摘も出されている⁵⁾。すなわち、それによれば、「法定」証拠主義といっても裁判官の裁量の余地が皆無であったわけではなく、

「における自由心証主義の歴史的展開 第一部 フランス大革命初期における糾問主義の克服と自由心証主義の創造」『法政理論』第18巻第1号、1985年、42—43ページでも「国民議会の最初の決定は、単に陪審制の採用のみを求め、法定証拠主義の廃止＝自由心証主義の採用には全く触れていなかった。(中略)しかるに、法案の起草に手を染めるや否や、陪審制はその本質よりして法定証拠主義とは両立しえないこと、自由心証主義を必然的帰結とすることが、起草委員会の眼には明らかになった。(中略)つまり、法定証拠主義の廃止、自由心証主義の誕生は、陪審制の導入がもたらした刑事手続構造全体の根本変革と密接不可分の関係にあったのである」とされ、そしてこの変革は全体として一挙になされたとされている(同、124ページ)。なお、同氏の前掲論文「近代刑事裁判における口頭弁論主義・自由心証主義・継続審理主義の意義と陪審制度」(一)175—176ページも参照。

3) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要 七訂版』創文社、昭和49年、208ページ。

4) 梅田「歴史的展開 第一部」序論。

5) 大久保哲「糾問主義から弾劾主義へ——証拠法におけるその変革の意義——」(一)『九大法学』第54号、第56号、1987年、1988年がそれぞれある。この論文でも援用されている John H. Langbein, *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Regime*, Chicago and London, 1977 については拙稿「啓蒙期の刑法改革思潮——ヴォルテールの刑法改革思想を中心にして——」(一)『法学論叢』第117巻第4号、1985年、37—38ページも参照。

完全証拠にたっしなくても有罪の確信をもった裁判官は、死刑を言い渡すことはできないが、嫌疑刑や仮放免の適用をおこなうことができるようになり、もはや証拠法上、法定証拠主義の厳格な拘束からは解き放たれ、自由心証主義の採用が必然的に準備されつつあったとされるのである⁶⁾。

この見解がフランス革命以前の糾問主義の段階ですでに自由心証主義の萌芽をみるのにたいし、フランス刑事裁判での自白の取扱いを中心にして法定証拠主義から自由心証主義への移行を考察した一論文では、「自白の証明力の評価」についてだけみれば、自由心証主義が採用されて自白の証明力が肯定されるのは19世紀中葉になってであり、それまではアンシャン・レジーム期フランスの法定証拠主義原則のひとつである「自白だけで有罪を認定しえない」との原則は否定されていないことがいわれている⁷⁾。

こうしてみると、フランス革命の陪審制導入が口頭弁論主義・自由心証主義・継続審理主義を不可分一体のものとしてもたらしたとする前述の説明は、理念型的には、非常に明快ですっきりしているのだが、歴史的にみていったばあいにはまだ考察の余地はのこされていそうである。「理念型的には」といったのは、1791年9月の陪審設置のデクレに収斂してゆく議会の審議過程で勝ちを占めることになる議論の言説をたどれば、たしかに、弾劾主義 vs. 糾問主義の二項対立の図式が説得的であるからである。

しかし些細なことかもしれないが、フランスの陪審制の設立を1791年9月の時点に求めるのはやや正確さを欠いているように思われる。なぜなら、1790年9月22日—10月29日のデクレが軍事裁判に陪審制を導入することを規定しているからである。この点に言及したわがくにの研究は、管見のかぎり、みあたらない⁸⁾。フランス革命期の陪審制のさいしょの法制化は1791年9月の日付では

6) 大久保前掲論文(304—306ページ)。

7) 佐藤美樹「自白と自由心証主義——フランスを中心として——」『法学論集』第42巻第1号、1992年。

8) 唯一、東京大学社会科学研究所編『1791年憲法の資料的研究』の「憲法制定国民議会主要議事日誌」1790年9月22日の欄に本デクレのタイトルである「軍事裁判所の管轄、その組織およびノ

なく、そのほぼ1年前の軍事裁判の陪審制導入の時点に求められるべきであり、そこで目指されていたものは、なによりも軍隊という位階制の社会のなかで裁く側にも裁かれる側とおなじランクの者が加わるという同輩裁判の理念だった。さらにその1年前の1789年10月8および9日—11月3日の「刑事法制のいくつかの点の修正にかんするデクレ」についてのわがくにでの評価は、手続きの公開と弁護人を認めた点を有益としつつも、まだ1670年の刑事王令を完全に廃止したものではなく部分的な改革にとどまるとされている⁹⁾。だが、その部分的改革のひとつに、市民のあいだから選ばれた名士が証人尋問に立ち会い、裁判官を一定程度コントロールすることがあって、これは広いいみでの同輩裁判の主張の流れのなかに位置づけることができるものであろう。この1789年10月のデクレをエスマンは立憲議会が刑事訴訟について議決したもっとも重要なふたつの法律のひとつとして91年9月の陪審制設置のデクレとならべている¹⁰⁾。

こうした点に留意すれば、「陪審裁判」の主張にこめられていたのはたんに一般市民の司法参加という今日われわれがいただいている陪審制のイメージに単線的につらなるものではないことがわかる。すなわち、複数の裁判官による審理、被告人と同身分の者による裁判、訴訟手続きの公開などが志向されていたのであった。本稿では自由心証主義、広くは法という知の専門家主義批判との関連も視野におきながら、「陪審制」概念の多義性とそれにまつわる問題を18世紀後半の刑法改革思想の文脈のなかですこし検討することにした。

II 古典的議論

啓蒙期の刑法改革思想のなかでもっとも著名なベッカリーアの『犯罪と刑罰』(1764年)では「証拠と裁判形式」の節に「陪審」裁判の主張が出てくる。

「そこにおいて手続を行なう方法を定めるデクレ」の記載はあるが、これだけでは陪審制の導入されたことはわからない。

9) 中村「刑事裁判の変遷」626—627ページ、梅田「歴史的展開 第一部」96—97ページ。

10) Adhémar Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, Paris, 1882; réimpression, Liechtenstein-Paris, 1978, p. 410. 中村「刑事裁判の変遷」629ページも参照。

岩波文庫訳では以下のように訳されている。引用が長くなるが、この箇所は法の知についての専門家主義批判としても読むことのできる部分であり、省略せずに引いておく。

これは二、三の国でおこなわれていることだが、主席判事に数名の陪審員をつけるのである。そしてこの陪審員は司法官が指定するのではなく、くじびきで自由にきめられる。この方法がなぜいいかというと、判断にさいして、無知な者は直感によって判断するから、法律に通じた者がふたしかな見解から判断するよりも、あやまりにおちいることがすくないのである。

法律が明確にできていれば、裁判官の任務は事実の確認だけである。もし犯罪の証拠調べをするにあたって腕前と熟練がいるとすれば、たまたし、証拠調べの結果そのものにしがたって判決をするために、証拠調べの中からその結果を出すやり方に明確さが必要だとすれば、それはただの常識でたくさんだ。このただの常識という道案内のほうが、いたるところに犯人を求めることしかせず、彼が受けた教育にしがたって作りあげた彼じしんの体系になんでも還元することにばかりなれた裁判官の知識よりも、まちがいのないものである。

法律の知識が一つの「学」になっていない国はなんとしあわせなことだろう！

また、次のような法律も賢明なものであり有用である。すなわち各人をその同じ身分の者によって裁かせるのだ。なぜなら問題がある市民の自由とか財産とかにかかっているばあい、身分の不平等がふきこむ感情はすべて口をつぐまなければならないから。そして、権勢のある者が弱者をみくびるあの軽蔑、下層階級の者が身分のある者にいだくあのいきどおりの気持は、私がいうような裁判ではおこる余地がない。

しかし、もし犯人と被害者がことになった身分の者であるばあい、これを裁く者の半数は被告と、そして他の半数は被害者と同じ身分の者から採用されるのがよい。こうすればわれわれがどんなに努力しても対象に対するわれわれの目をゆがませる私利利害の間にバランスがたもたれ、法律と真実だけが語られるようになる¹¹⁾。

以下、この節は、裁判官の忌避が被告人に認められること、裁判の公開がな

11) ベッカリーア『犯罪と刑罰』風早八十二、風早二葉訳、岩波文庫、1980年、43—45ページ。なお、この節は1764年の初版にはなく、1765年3月の第3版で増補されたものである。堀田誠三「ベッカリーアをめぐる文獻的諸問題」『経済科学』第28巻第2号、1980年、104、106ページ。

されることが主張されておわる。

こまかな点だが、この引用のなかでは「数名の陪審員」ということばが出てくるが、原文は *assessori*¹²⁾、フランス語訳では *assesseurs*¹³⁾、英訳には *popular jurors* や *assessors or assistants* があり¹⁴⁾、ドイツ語訳は *Beisitzer* となっている¹⁵⁾。つまり、「複数の陪席判事」をつけることが主張されている。たしかに、そのあとに続く文章からすれば全体的に陪審員とみて問題ないだろうが、当時の糾問主義訴訟においては単独の裁判官が証拠調べから被告人尋問や対質までをおこない、そしてそこで作成された書面や報告にもとづき、判決段階ではじめて複数の裁判官によって判決が下されることを背景に読むと、ベッカリーアが「陪席判事たち」ということばにこめた内容がよりよく理解できるのではないだろうか¹⁶⁾。つまり、単独の判事によって密室でおこなわれる手続き

12) Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*, A cura di Franco Venturi, Torino, Quinta ed., 1981 (Prima ed., 1965), p. 35. なお、ベッカリーアの『犯罪と刑罰』の章立てについては、さいしよのフランス語訳であるモルレ訳によって改編されて以来ひろく採用されてきた42章構成(岩波文庫訳もこれに従う)がベッカリーアの本来の意図に合致しているのかどうかの問題があり、「証拠と裁判形式」の章も岩波文庫では第7章だが、ヴェントゥーリ編集のこの版では第14章にある。

13) *Traité des délits et des peines*, traduit de l'Italien, d'après la troisième édition, revue, corrigée et augmentée par l'Auteur. Avec des additions de l'Auteur, qui n'ont pas encore paru en Italien, Lausanne, 1766, p. 41. 著者も訳者も明記されていないが、これがモルレ訳である。Beccaria, *Des délits et des peines*, Introduction et commentaire de Faustin Hélie, Paris, 1856; réimpression, Paris, 1980, p. 34; Beccaria, *Des délits et des peines*, Préface de Robert Badinter, Paris, 1991, p. 91.

14) Beccaria, *On Crimes and Punishments*, Translated by Henry Paolucci, Indianapolis, 1981 (First ed., 1963), p. 21 だけは *popular jurors* であるが、さいしよの英語訳と思われる *An Essay on Crimes and Punishments*, Translated from the Italian, London, 1767, p. 50 では *assistants* であり、Beccaria, *On Crimes and Punishments*, Translated from the Italian in the Author's Original Order, with notes and introduction by David Young, Indianapolis, 1986, p. 26 では *assessors or assistants* である。

15) Beccaria, *Über Verbrechen und Strafen*, Nach der Ausgabe von 1766, übersetzt und herausgegeben von Wilhelm Alff, Frankfurt am Main, 1966, S. 78.

16) なお、ベッカリーア『犯罪と刑罰(封建的刑罰制度の批判)』風早八十二訳、刀江書院、昭和4年、35ページでは「主席判事に数名の陪席を与へる」となっており、同ページの欄外に *assessori* はフランス法におけるいわゆる陪審員(*Jurés*)に該当するとの脚注がある。しかし、ベッカリーアは陪審の制度について一言も言及していないとする研究者もいる。Georges Touchard, *Un publiciste italien au XVIII^e siècle*, Filangieri et La science de la législation, *Nouvelle*

を複数の者が立ち会うことで公開性もたかめようとした、と。

引用文でベッカリーアはおおきく分けてふたつのことを述べている。ひとつは、ものごとを常識や直感で判断したほうがあやまるのがすくないから、このただの常識が裁判に反映するように陪席判事を導入するということである。ただ、この前提として法律が明確にできている必要がある。もうひとつは、裁く側に裁判当事者の身分的な反映がなされることで、裁かれる側にも公平な裁判であると納得させるような配慮をすることである。この主張の重点がいわば手続き的な正義の保障にあるとすれば、前者の主張は結果としての真実への到達が主題となり、その観点からの裁判官不信が述べられている。

ベッカリーアのこのような主張はモンテスキューの『法の精神』(1748年)を下敷きにしている。『法の精神』の第6編第3章では、ローマでも裁判役はイギリスの陪審員とおなじように被告人が有罪であるか無罪であるかを決定するだけで、刑罰は法律の正文どおりに科すことが記されており、有名な第11編第6章「イギリスの国制について」では、アテナイのように裁判権力は人民の団体から一定の期間だけ選び出された人々によって行使されるべきこと、犯罪人が裁判役の忌避もできるようにすること、裁判役は被告人とおなじ身分の者であるべきこと、裁判役は法律の言葉を発する口にすぎず、その力も厳しさも緩和することのできないものであることが述べられている¹⁷⁾。ここでも、裁判権力を無化する方策がみられると同時に、裁判役の忌避や同格者による裁判が主張されている。ベッカリーアも述べていたおなじ身分の者による裁判とは「同輩 *pari, pairs* による裁判」ということであり、これは身分的不平等の是正の意味合いをもつが、しかし、たとえば貴族が裁判にかけられるときは国民の通常の裁判所ではなく貴族によって構成されている機関にゆだねられるべきであるとモンテスキューがいうばあいには¹⁸⁾、身分制社会を維持する、ないし

↘ *revue historique de droit français et étranger*, t. 25, 1901, p. 503.

17) モンテスキュー『法の精神』野田良之ほか訳上巻、岩波書店、1987年、107、213—214、219ページ。

18) 同書219ページ。

は身分制社会を前提にした議論であることに注意する必要がある。

ヴォルテールは『パリ・バルルマンの歴史』(1769年)第8章でおなじ身分の者によって裁かれる権利は人間の社会とおなじくらい古いものであり、かつてのアテネやローマがそうであり、イギリスの陪審制やポーランドの貴族にもみられるところであり、裁く側にまわることがまったくなくて裁かれるだけならそれは一種の奴隷とかわらないではないかという¹⁹⁾。また、『A, B, C』(1768年)という三人の会話形式の作品においてもっともよい法制をもつ国を話題にした第15話では、「それはわたしの国だ」とイギリス人の登場人物にいわせ、「被告人はみなその同身分の者たち pairs によって裁かれる。かれらが事実について一致するときには、被告人は罪ありとはみなされない。真実と証明された犯罪にもとづいて有罪判決を下すのはただ法律のみであって、裁判官たちの専断的判決ではない」とイギリスの刑事手続きを賞賛する²⁰⁾。そして、のちに『哲学辞典』に収められることになる「犯罪者」の項(1771年)ではローマの刑事手続きが公開であり、弁護人も認められ、イギリスではだれもがその同身分の者たちによって裁かれ、しかも36人の陪審員から12名は理由なしで忌避でき、理由を申し立ててもう12名を忌避することもでき、自分で裁き役を選ぶことができることを記している²¹⁾。さらに、『正義と人間性の賞』(1777年)第23項では、イギリスでは陪審員たちが市民だけでなく外国人にもつけられ、その際、12人の陪審員のうち6人は外国人を選べることを述べている²²⁾。

ヴォルテールのばあいにはイギリスの陪審制の紹介や同身分の者による裁判といった啓蒙のオーソドックスな主張のほか、法定証拠主義にたいする辛辣な批判も『「犯罪と刑罰」への註釈』(1766年)で見られる。すなわち、法律の

19) *Œuvres complètes de Voltaire*, éd. Garnier, t. 15, Paris, 1878; réimpression, Nendeln/Liechtenstein, 1967, p. 472.

20) *Œuvres complètes de Voltaire*, éd. Garnier, t. 27, p. 386. なお、出版年は本全集では1762年とされているが、これはあやまりで1768年が正しいようである。Antoine Padoa Schioppa, *I filosofi e la giuria penale*, *Nuova Rivista Storica*, vol. 70, 1986, p. 118.

21) *Œuvres complètes de Voltaire*, éd. Garnier, t. 18, p. 279.

22) *Œuvres complètes de Voltaire*, éd. Garnier, t. 30, p. 580.

世界では判決をみちびくための完全証拠だとか、その半分の半証拠とかいわれているが、半分の真理などないのだし、半証拠とは疑わしいということではない。それなのに、ジャン・カラスを死刑にしたトゥルーズ・バルルマンは4分の1証拠、8分の1証拠が認められており、あいまいなうわさが4分の1証拠、8分の1証拠とされて、その寄せ集めで完全証拠にされた、というのである²³⁾。したがって、ヴォルテールによれば、カラスその他の誤った裁判の犠牲者たちがもし陪審員によって裁かれていたならば、ばかげた状況証拠だけで有罪にされるようなことはなかっただろうというのである²⁴⁾。

III コンドルセとテュルゴ

モンテスキューやヴォルテールよりも若い世代になるが、啓蒙思想家にして革命期にはジロンド派として活躍するコンドルセは、開明的な官僚として名高いテュルゴと1770年代はじめに陪審制をめぐる手紙で論争し、また革命前夜に書かれた『地方議会の構成と機能についての試論』(1788年)では具体的な陪審裁判の構成を考えている。このテュルゴとコンドルセの論戦は陪審制の是非を正面からとりあげたものであり、しかも、ここでは身分的に公平な裁判手続きの論点よりも判断の確実さにいたる方法の問題に議論の重点がおかれ、自由心証主義の主張が積極的に打ち出されていることでも注目にあたいするので、やや詳しく紹介することにする。

23) *Œuvres complètes de Voltaire*, éd. Garnier, t. 25, p. 576. ただし、当時の法学者や法実務がはたして半証拠ふたつで完全証拠になるというようなナイーブな考え方をしていたか疑問であり、通俗的なヴォルテールの法定証拠主義批判は当たってはおらず、むしろ逆説的だが、カラスの有罪判決は裁判官たちの自由心証にもとづくとの見解も今日出されている。André Laingui et Arlette Lebigre, *Histoire du droit pénal*, t. 2, La procédure criminelle, Paris, s. d., pp. 115, 127. しかしながら、カラスにたいする有罪判決が法定証拠理論にのっとってなされたのか、裁判官の有罪の心証によったのかは、そもそも審理が非公開で進められ、バルルマン段階では判決理由も付されないアンシャン・レジームの刑事裁判では検証のしようもない。当時の法学者たちが半証拠や4分の1証拠の算術計算など認めなかったにしても、半分真実などないのに法の世界では半証拠その他こまごました概念構成がなされていることを批判したヴォルテールの指摘は先駆的なものといえるだろう。

24) Lettre de Voltaire à Elie de Beaumont, 7 juin 1770, *Œuvres complètes de Voltaire*, éd. Garnier, t. 47, p. 446.

陪審制をめぐるコンドルセとテュルゴとのやりとりは、陪審による刑事訴訟がもっとも望ましいとするコンドルセにたいして、刑事手続き面での改革の必要性を認めつつも陪審裁判に懐疑的なテュルゴの疑問からはじまる。テュルゴはこういう。陪審裁判の最大の難点は、犯罪ごとに裁判役が選ばれるから裁判が恣意的におこなわれるようになる点にある。つまり、あるときは支配階層に、あるときは民衆の世論におもねることになりかねない。カラス一家はトゥルーズのバルマンで有罪とされたが、陪審裁判で裁かれたとしたら、一層、まがいなく有罪にされていたであろう、とまでいう²⁵⁾。

この陪審制批判にたいしてコンドルセは、まず、最良の裁判手続きの問題は結局、ある事実の確かさをどのようにしたらもっともよいやり方で得ることができるかに帰着することを指摘して、以下のように論じる。第1に、裁判には被告人の生命・身分がかかっていることに裁判官は最大限の注意をはらうべきであり、そのために裁判役は職業として永続的なかたちでなされるべきではない。第2に、真理にいたるためには偏見をしりぞけなければならないが、裁判役の「一般的」な偏見をしりぞける保証として、被告人とおなじ身分の者を裁判役にあて、「個人的」な偏見をしりぞける保証としては、被告人に裁判役を忌避する権利、しかもその理由を申し立てる必要のない忌避の権利を認めるのがよい。しかし、第3に、たんに裁判する者が片寄っていないというだけではまだ十分でなく、真理の探求には確実なルートをとる必要がある。すなわち、ある事実の物的ないし心的な *physique ou morale* 可能性の多い少ないということは、どうしても一般基準を修正させ、多様なものにしてしまうのだから、裁判をする者は、そのような基準、無数の例外を免れえない基準に、ある事実が合致しているから真実であると言い渡すのではなくて、裁判をする者が自分の内部的確信 *conviction intérieure* にのっとって真実と判断するときに、その

25) Lettre de Turgot à Condorcet, 12 février 1771, dans *Carl Friedrichs von Baden brieflicher Verkehr mit Mirabeau und Du Pont*, bearbeitet und eingeleitet von Carl Knies, Bd. II, Heidelberg, 1892, S. 233.

事実は真実であると宣告するのが望ましい。そして、第4に、その判決・判断が確実であるためには、その結論が、十分に多数の判断者のあいだでの全員一致ないしかなり多数の一致にもとづくことが求められる、とコンドルセは説く²⁶⁾。

以上の基本的な考えを述べたうえで、コンドルセはテュルゴの陪審制への疑問にたいし、つぎのように反論していく。まず、判断が支配階層や民衆の世論に左右されかねない点については、そういうばあいには選び出す陪審員候補者の数を増やし、被告人の陪審員忌避の権利を拡大すればよい。しかも、イギリスのように全員一致制をとれば、不正な判断を阻止できる。つぎに、裁判の陪審員の構成に政府が影響力をもちうるのではないかという点については、たしかに陪審にあたいしないような人物を排除できないにしても、同様に、墮落することなき人物を排除することもできないだろう。また、買収されるかもしれないという点については、しかし、裁判が犯罪ごとに構成される陪審制においては「永続的な」腐敗からは免れうるし、審理が公開されることなどによって腐敗の防壁となろう。さらに、陪審員の審理や判決にかんする知識の欠如も、法律が犯罪とそれにたいする刑罰を明確に定めているのなら、被告人に有利に作用することになるだろう。結局、判決人が有徳の哲学者であることは望むべくもないのだから、陪審による手続きがほかの何にもまして不都合が少ない、と結論するのである²⁷⁾。

このコンドルセの意見と反論に、テュルゴはさらにふたつの書簡で刑事手続き制度にかんする持論を展開することになる。1771年5月17日付けのテュルゴの手紙のなかで注目すべき見解が2点ある。ひとつは、イギリスにおいて刑事手続きを印刷公表させる慣行をフランスでも採り入れるべきだとの提案である。つまり、公表することが、裁判官にたいしては不正なことをやれないようにするもっともよい方法であり、長期的には無知な裁判官を裁判所に居づらくさせ、

26) Lettre de Condorcet à Turgot, 25 avril 1771, dans *Ibid.*, SS. 234-236.

27) Lettre de Condorcet à Turgot, 25 avril 1771, dans *Ibid.*, SS. 236-237.

そして公衆にたいしては判決が正しいものであることを納得させることにものなる。その際、フランスでは一審判決と上訴審開始のあいだに印刷させるのがよく、重罪の事案にかざれば費用もそれほどかかるまい、というのである。つづいて、もっと重要なのは、テュルゴもコンドルセと意見をおなじくして、法定証拠主義⁸⁾をはっきりと批判している点である。テュルゴは刑事裁判を恐ろしいもの⁹⁾にしている偏見として、社会の不寛容の精神から出てくる偏見のほかに、裁判官が法定証拠にのっとって裁判しなければならぬとの広く受け入れられている考えが無実の者にとって致命的になる、としている。たとえば、法定証拠主義の下ではふたり以上の目撃証人がいれば完全証拠となって必ず有罪としなければならないが、愚かで残酷な群衆がその役割をはたすかもしれない。したがって、証拠はほかの証拠と突き合わせ、比較して論じられ、自分の頭をふりしぼって判決にいたらなければならないのだ。苦痛刑を科しうするために必要な条件は犯罪が本当になされたという内的確信 *conviction intime* にあることをすべての裁判官は知らなくてはならない。その内的確信にたっしうる証拠の数や種類を法律が定めることはできないし、法定証拠とよばれているものは、有罪判決のための十分条件としてではなく、それがなければ有罪を言い渡しえないミニマムな基準とみなすべきであろう、とテュルゴはいう²⁸⁾。

およそ2か月あとの1771年7月16日付けの手紙でテュルゴは非常に詳細な陪審制批判および刑事手続き改革プランを提示している。まず、陪審制が「同輩たち *pairs*」、すなわちおなじ身分の者によって裁かれる権利にもとづく³⁰⁾とされている点をつよく非難する。そもそも同輩とは何なのか。それは封建制下での同身分の臣下ということからはじまり、イギリスではおなじ職業や団体のメンバーということにまで拡大した。しかし、帽子屋が殺人を犯したから、裁判は靴屋によってではなく帽子屋たちによって裁かれるべきだとするなら、自分たちの同業者をかばったり、あるいは同業の名誉を守ろうとして犯罪を見逃しかねない。よき国制においては同業組合などあってはならない。人間はいろいろ

28) Lettre de Turgot à Condorcet, 17 mai 1771, dans *Ibid.*, SS. 239-240.

な仕事につくことができるべきなのだ。「おなじ身分の者によって裁かれる」といっても、社会の自然な構成のなかで区別されるのはふたつの身分しかない。ひとつは土地をもっている階層で、もうひとつはそれ以外の市民である。しかし、土地所有者のなかにも貧しい者もいれば、教育を受けていない者もあり、土地所有者が土地所有者によって裁かれ、そうでない者がそうでない者によって裁かれる法律は根拠のないものである。だからといって金持ちと貧しい者との区別で裁判をするのもどこでその境界線を引くか、これまた恣意的になってしまう。こういう身分を想定した人為的な制度は正義と人間性に反するものであり、被告人とその裁判役をおなじ身分の者にするというところに大した有用さほみあたらないし、むしろ民衆に裁判をゆだねるのは不正義の原因たる偏見をよりおおきいものにしかねない。

さらにつづけてテュルゴは分析をすすめる。かれによれば、刑事手続きは三つの部分から成る。予審、事実判断、法律適用である。このさいごの部分はいわば機械的になされるものであり、裁判官はいかなるばあいにも法律より厳しくあることは認められず、また逆に、法律があまりに厳しすぎて裁判官が法律よりも寛大であるべきようなことになってはならない。この第3の部分は、イギリスでもそうだが、司法官に文句なくゆだねられるべきである。第1の予審についても、それは証人の召喚や家宅の搜索などの公権力を行使するものでもあるし、被告人の尋問もおこなうので、そのような業務に慣れた公人、つまり司法官にまかせるほかない。この段階においては予審判事と検察官が担当するわけだが、検察官が公共の名の下に犯罪訴追をおこなうのにたいし、被告人の弁護はフランスでは認められておらず、どういう理由で訴追されているのかも被告人尋問までわからず、どういう証拠でそうになっているのかも証人との対質などで推測するしかない。したがって、検察官に対応するような被告人側の「公的当事者」の制度を設け、公共の名の下に被告人の弁護をおこなわせるべきである。予審がおわると事実の判断に移るわけだが、そこでは証言を評価し、情況証拠を論じ、蓋然性を見積もることができなければならない、それを民衆の

教育しか受けていない陪審員に求めることはできない。とくに心証 *preuve morale* にかかわる証拠の検討は最大限の明晰さと経験が要求される。そのような教養ある人間になるにはやはり一定のゆとりある暮らしが前提となろう。民衆は人の生死を重大なものと受けとめる感覚がよわく、農民は自分の妻や息子を亡くしたことよりも自分の牛を亡くしたことのほうを嘆くものである。また、民衆は偽証をなすこともおおく、犯罪者の同輩は繊細さや知識もなく、誤りやすい。だから、民衆を陪審にすべきではないのである。ただ、あなた（コンドルセ）もいうように、裁判官の終身性・非罷免性はよくない。しかし、犯罪ごとに裁判が構成されるのも困るので、常設の裁判所の裁判官——教養があり、財産も名誉感情もある——裁判官によるのがもっともよい。したがって、この裁判官は任期が限られることとし、たとえばその3分の1ずつ毎年入れ替えていくようにして、さらに裁判官は人民（家長全員）によって選ばれるようにする。そして、裁判にたいする市民の信頼をたかめるために刑事手続きをすべて公開し、印刷公表すべきである。このための定期刊行物ができれば、ある事件の事実を知っている人間が裁判官に新しい知識をあたえて、無実の者の罪をはらすことも可能になろう。また、受刑者の刑の執行にはふたつの裁判審級が経られていなければならない。つまり下級審と上級審であるが、上級審の審理がはじまるまえに訴訟のすべてが下級審裁判官の報告と意見を付して印刷される。そして、この上級審の裁判所内に恩赦委員会の部局があって、減刑事情を審査する。また、有罪票決の数については、現行の2票をこえる過半数でもやはり不十分であるが、しかし全員一致の決定を要求すると、あるばあいには良心をまげてまで多数意見に組みすることになったり、逆に頑固なひとりの意見に判断が振り回されかねなくなるので、結論的には4分の3か5分の4の多数決で有罪とするのがよい。結局、テュルゴによれば、陪審裁判は宗教的な問題が背後にあったり、暴動のリーダーを裁くばあいなど民衆が熱しているときにはうまく機能しないものなのである。陪審制は、政府への警戒心から政府の介入にたいする保証が必要とされる社会にふさわしく、人民と政府が異なる利

益をもっていない社会では陪審制は必要ないのである²⁹⁾。

このようなテュルゴの議論にたいし、コンドルセはつぎのようにこたえる。第1に、裁判所の大多数の司法官は無知で非情であって、無実の者を有罪としているのではとの恐れよりも、犯罪を不処罰のままにしているのではとの恐れの方がつよい。つまり、自分は裁判にかけられることはありえず、それより犯罪の犠牲になる可能性はあると考え、だから疑わしきは罰せず、ではなく罰するとなる。この感情は被告人の身分から遠ければ遠いほどつよくなる。したがって、被告人が民衆であるばあいには裁判官も被告人の身分からあまりにかけ離れたものであってはならない。あなた（テュルゴ）もいうように、上流階級の人間のほうが貧乏人や乞食の生命におおきな価値をあたえると信じたいけれども、ある刑事部の裁判官が「死刑だ、さあ食事に行こう」と平然と言っただけのものをわすれることはできない。このような生死にたいする不感症は裁判所が常設で裁判官が終身であることに由来するのではないか。第2に、予審段階での改革として、あなた（テュルゴ）は検察官に対応するかたちでの「公的当事者」の弁護人を付すことを提案されたが、そのほかに予審判事が単独である現行の制度は真実がねじ曲げられる可能性があるので複数の判事によって担当されるべきだ。第3に、裁判がひとつの審級だけで決着がつけられるのは問題であり、ふたつめの審級がやはり必要だ。上級審の裁判所は大都市にのみおかれ、本当に教養があり人間的な人物によって構成される。それは、一方で、陪審員のばあい起こりうる偏見、無知、党派精神の誤りを修正し、他方で、犯罪を不処罰にすることを恐れるあまりになされうる不正をただすのである。第4に、有罪判決の票決が4分の3または5分の4の多数決でよいという点は十分ではない。裁判においては絶対にまちがいない物的確実性 *certitude physique absolue* というものではなく心的確実性 *certitude morale* があるにすぎないのだから、教養がありかつ公平な人の全員一致が求められる。さいごに、暴動の事件の裁きは陪審制のゆえに処罰されない可能性が指摘されたが、暴動が

29) Lettre de Turgot à Condorcet, 16 juillet 1771, dans *Ibid.*, SS. 243-256.

起こる責任は民衆にあるよりもずっと政府の側にあるというべきだろう、とコンドルセはいう³⁰⁾。

これで1770年代はじめの刑事手続きをめぐるテュルゴとコンドルセのやりとりはおわるが、コンドルセは1788年の『地方議會の構成と機能についての試論』の「司法と警察」の項目において陪審制について論じ、刑事裁判だけでなく民事裁判でも陪審制を主張している。このほかに、以前の主張から変化した点がみられる。そのひとつは、有罪判決に全員一致までは要求しなくなった点である。コンドルセによれば、64名の陪審員候補者のリストから被告人が16名を理由なしで忌避し、くじで16名が陪審員になるのだが、有罪とするには12名の賛成で足りるとしている。これは4分の3の多数で決することができるわけで、テュルゴの主張を受け入れたことになる。もうひとつの変化は、裁判の審級制について批判的となっている点である。つまり、審級制は不正にたいする手立てとして考え出されてきたが、それは貧しい人には不利であり、理性に照らしてみても審級があるということは下級審の裁判はたんなる予審ということになりかねない。また、たとえば、第1審で10対2で決定されたことが、第2審で12対15でくつがえされたときに、1審と2審との単純集計では22対17となってしまう、判断の権威がゆるがされもする。このほかに、コンドルセの当初の案では犯罪ごとに陪審による裁判が構成されるとされていたが、ここでは陪審がひとつの事件1回限りでおわると経験が積めないことから陪審員の任期を4年としている³¹⁾。

以上のテュルゴとコンドルセの議論をかんたんに振り返っておくと、陪審制をめぐる両者の対立が双方の民衆観のちがいを背景としていること、にもかかわらずどちらも陪審制の問題を身分的公平さの問題としてよりも真実を得るための問題ととらえ、議論をするなかからたがいに歩み寄りをみせていることが

30) Lettre de Condorcet à Turgot, s. d., dans *Ibid.*, SS. 257-260.

31) Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat Marquis de Condorcet, *Essai sur la constitution et les fonctions des assemblées provinciales, Œuvres de Condorcet*, éd. Arago, t. 8, Paris, 1847; réimpression, Stuttgart, 1968, pp. 499-506.

わかる。テュルゴの民衆観が民衆をうわさとか感情に流されやすい存在と考えているのにたいし、コンドルセは陪審裁判での判断が真実に合致している根拠としてほかの市民も自分と同様に理性があるからとする³²⁾。最終的にはこの時代の官僚制度の頂点である財政総監に就任するテュルゴの民衆蔑視に対応しているのが、コンドルセのばあいには、裁判官にたいするはげしい不信感である。モーブーの司法改革がルイ15世の死によって挫折し、旧バルルマンが復帰した1774年のテュルゴ宛ての書簡のなかで、コンドルセはモーブーのバルルマンも墮落していたにしても、もどってきたバルルマンもラ・パールを軽微な宗教的犯罪で死刑にしたような殺人集団だと非難し、バルルマンのメンバーの大半はばかで、のこりの大部分も狂信的であり、良識があるのは6人にもみたくないという³³⁾。ここからコンドルセは、裁判官の官職売買制度によって終身性の保証されていることに由来するアンシャン・レジームの保守的な団体精神に毒された通常の裁判所ではなく、原理的には非常設となる陪審裁判へむかうわけである。ところが、1788年段階のコンドルセの主張は陪審員の任期を4年とし（職業裁判官は8年から10年）、1770年代初期のテュルゴとの論戦における事件ごとに裁判を構成する構想とはかなりちがうものとなっている（ただし、被告人の忌避権などを考慮すればまったく同一の構成員になる可能性はおおくないというべきかもしれない）。そして、テュルゴもコンドルセのアンシャン・レジームの裁判官批判に同意するかたちで、裁判官の公選制を主張しており、またコンドルセのほうもテュルゴの陪審員全員一致制批判を1788年段階では採り入れていて、この2点での歩みよりは革命期の法制度において実現されている。このほか、陪審制をめぐる両者の対立にもかかわらず、どちらも真実にいたる道として法定証拠主義ではなくて自由心証主義の考えを打ち出していたことも再度注目しておきたい³⁴⁾。

32) Lettre de Condorcet à Turgot, 25 avril 1771, dans *Carl Friedrichs von Baden brieflicher Verkehr*, S. 236.

33) Lettre de Condorcet à Turgot, octobre ou novembre 1774, dans *Correspondance inédite de Condorcet et de Turgot*, éd. par M. Charles Henry, Paris, 1883, p. 202.

34) なお、陪審制を採用したときの公判手続きを1頭主義とするのか書面主義とするのかが革命ノ

IV マラー、ブリッソーとセルヴァン

革命期の『人民の友』の出版で知られているマラーは、1770年代末に、ベルンの経済学会が募集した刑法改革にかんするコンクールに応募して³⁵⁾、『刑事立法プラン』を書き、その後出版している(1780年)。刑事手続きを扱ったその第4部でマラーは、犯罪が処罰され、罪なき者が守られ、人間性が尊重されて自由が確保されるための一般的な準則は裁判を公開することだといい、具体的な提言に入っていく。まず、司法官職が充官制であることを批判する。終身の裁判官たちはすぐに団体保身の精神をもつようになるし、またたえず罪人を見ているからどうしても被告人に厳しくなる。だから事件ごとに裁判官(役)が選任されるのがよいとする。さらに、金持ちは貧乏人を軽蔑し、貧乏人は金持ちをねたむから、公平な目でみるには各人が同輩 pairs によって裁かれることが重要であると結論する。裁判官に求められるものは知識よりも誠実さであって、なるほどひとりの賢者のほうが民衆全体よりよくものごとをみきわめうるにしても、通常は、多数人のほうがひとりの判断よりも確かである。そこで、同輩裁判官(役)の数が問題になるが、それは12名でたりるだろう。この12名を主宰する担当官に終身の司法官が法律の代弁機関としてあたる。ここでの票決は全員一致まで要求するのは過大であり、4分の3でよい、とマラーはいう。裁判の審級制度についての言及はないものの、裁判役の判断が事実についてだけのときに訴訟の再審理が必要だろうか、と問うており、もしも裁判役の人びとが思い違いをしていたならその場にいた公衆に訴えるべきだろうとしており、制度的な上級審は想定されていない³⁶⁾。

、初期の立憲議会で議論されるが、コンドルセは書面主義のほうが真理を探求するための正確で厳密な方法であるとし、口頭主義は盲目的な経験主義であり、野蛮な時代にもどるものとしている。Mario Da Passano, *La giustizia penale e la riforma leopoldina in alcuni inediti di Condorcet, Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 5, 1975, pp. 405-407.

35) このコンクールについては前掲拙稿「啓蒙期の刑法改革思潮」(→)44-45ページ参照。

36) Jean-Paul Marat, *Plan de législation criminelle*, texte conforme à l'édition de 1790, Introduction et postface de Daniel Hamiche, Paris, 1974, pp. 161, 166-172.

ではマラーの証拠理論はどのようなものか。そもそも『刑事立法プラン』は上述のように、ベルン経済学会のコンクールに応募した作品であるので、コンクールの課題に呼応した構成内容となっている。『プラン』第3部の表題「証拠と推定の性質と力について」もコンクールの課題に即したものである。こういう事情を考えると、法定証拠主義の全面的な批判を本書に期待するのは無理なのかもしれない。たとえば、ふたりの文句なくはっきりと一致した目撃証人の証言は完全証拠をなす、としている点など伝統的な法定証拠理論を支持しているといえる。ところが、こまかくみていくと、伝統的な法定証拠主義でいわれていた「自白だけで有罪を言い渡せない」との原則は、マラーにおいて、拷問による自白の強要が当然に認められないことを前提として否定されており、自由になされた自白は判決を下すに十分とされている³⁷⁾。

この部分だけではまだ法定証拠主義の修正にすぎないといえなくもない。ただ、自覚的にではないにしろ、マラーは法定証拠理論の難点にさしかかっていたと思われる。すなわち、マラーは、犯行そのものを目撃したわけではないが、ふたりの証人がはっきりと一致して、殺害のなされる直前に被告人が被害者といっしょにいるのをみて、その後、助けもよばずに逃げ去るのをみたときは完全証拠になるとするのだが、そのためには「殺害された者のそばにたまたま居合わせた者はみな助けをよび、その場にとどまらなくてはならない」との法律が必要だろうと注記しているからである³⁸⁾。つまり、「法定」証拠主義といっても、この証拠は完全証拠、あの証拠はつよい証拠、よわい証拠といったことを規定する法律が制定されているわけではなく、またあらゆるケースをあらかじめ規定しておくことが不可能であることに気づくのに、マラーはあと一歩だったのではないだろうか。

ただし、またマラーは判決の種類を有罪か無罪かのどちらかとするのではな

37) 被告人の自白を強要できないということから、被告人への質問のこたえも強要しえないことになり、黙秘権も認められるべきとの主張も出てくる。Ibid, pp. 153-154.

38) Ibid, p. 159.

く、アンシャン・レジーム期の「より詳細な証拠調べ (の必要)」³⁹⁾の判決に近いものをおいている。つまり、有罪の証拠が不完全であれば無罪放免となり、有罪の証拠が確証されれば法律に定められた刑が言い渡されるが、その中間に、死刑に該当する犯罪のばあいだけをマラーは考えているのだが、有罪のつよい推定があれば、事の真相が明らかになるまで容疑者は刑務所で拘束されつづけるとしているのである。この点は伝統的な訴訟の枠組みがまだのこっているといわねばなるまい。しかしながら、証拠の評価は訴追側の意見が一方的に採用されて進められるのではなく、被告人側の防御の権利が当然認められ、たえず原告・被告双方の主張が比較考量されて決められる点ではそれまでの糾問主義の訴訟ではなくなっている。しかもその証拠評価の主体は、裁判を主宰する職業裁判官のイニシアティヴはおおきいにしても、12名の同輩裁判役が起訴の吟味から訴訟全体を通じてかかわっていることを考えれば、旧来の訴訟構造とその内実を異にしているといわなければならないだろう⁴⁰⁾。

マラーとおなじくベルン経済学会の刑法改革の懸賞に応募した人物にブリッソー・ド・ヴァルヴィルがいる。革命期にはジロンド派として活躍するブリッソーはこのときに『刑事法理論』(1781年)を著している。じつは、このなかでブリッソーははっきりと法定証拠主義を批判して自由心証主義の原理を打ち出しているのである。この『理論』第3章「裁判上の証拠について」がそれである。ブリッソーは刑事裁判での証拠の種別として被告人の自白、証人の証言、文書や書面の証拠、鑑定人の報告、情況証拠(徴憑)の5つをあげ、詳細な検討をほどこしている。

法定証拠主義の問題と関連してくるのは自白と証言と情況証拠の評価である。第1に、ブリッソーは自白が任意でなされたものであれ、拷問で強要されたものであれ、自白だけで有罪となしえないと結論する。第2に、証言の問題領域において、まず、証人として裁判所が受け入れることのできない資格、たとえ

39) 拙稿「カラス事件の法的側面——一八世紀フランスの誤審事件——」(『法学論叢』第115巻第1号、1984年、60ページ参照)。

40) J.-P. Marat, *op. cit.*, pp. 169-172.

ば年齢や身分などをあらかじめ法定することはばかげており、それは裁判官の賢慮にゆだねればよいとし、つぎに判決を下すために必要な証人の数を検討する。ブリッソーは、有罪とするためにはふたりの証人がいるというのが唯一、法的性格をもつ証拠だとしてはいるが、ふたりがおなじようにあやまることもしばしばあるから、2名という数は有罪判決のための最低限の人数と考えるべきであり、犯罪が重大で刑がおもくなるほど有罪に必要な証人の数も増やすべきだとする。そしてこの人数についての一般規則をつくることは可能だとしても、さまざまなケースが出てくるから、これも裁判官の賢慮にまかせるべきだというのである。結局、証言の証拠評価についてあれこれと規則を定めて、裁判官に迷いの道に入り込ませるべきではなく、自分の同胞を裁くには良識と人間性があればいいのであって、そのほかの知識は必要ないという。第3に、情況証拠をめぐるブリッソーの基本線は、情況証拠は本当らしいというだけのものであって証明されたものではないということにある。したがって多数の情況証拠がたんに集まっただけでは有罪とするにたる完全証拠とはいえない。たとえば、いくつかのかい情況証拠でおもい情況証拠ひとつになり、おもい情況証拠はふたつで甚大な情況証拠、いくつかあれば疑う余地のない情況証拠となるというような算術計算の規則は、情況証拠が現実には限りなく多様であることを切り捨てており、不十分であって、証拠の評価はここでも裁判官にまかせるべきなのである。裁判官に解釈の自由をかなり認めるブリッソーの考えは啓蒙期の刑法改革論者たちの一般的な主張とは違っているようにみえる。この点をブリッソーも自覚しており、ベッカリーアは裁判官に恣意的な裁量をさせないように法律による拘束を主張しているけれども、証拠評価の場面での規則や証拠価値を定めて一覧表にしたような法令は存在しないこと、ベッカリーアがそのような立法の提案をしようとしているわけではないことをブリッソーは指摘するのである。ブリッソーは確率の研究が裁判官に必要な学問となるべきだとし、民事裁判のばあいには確率のたかいほうに傾くべきだとしても、刑事のばあいには100対1となっても被告人に有利に判断すべきだという。このように

ブリッソーの証拠にかんする見解は、証拠の确实性の度合いをあらかじめ段階づけるような一般規則をスコラ学的につくりあげることとは不可能であり、生命を預かる司法官は自分のこころのなかに入って、理性のこぼれを聞き、状況を考量し、事実や供述をくらべあわせることが重要だとするのである。ただ、ブリッソーもマラーとおなじく、被告人に不利な情況証拠の推定がつよいばあいに、「より詳細な証拠調べ（の必要）」の判決を言い渡すべきだとしている⁴¹⁾。

ではブリッソーは裁判制度についてはどのような考えを提示しているだろうか。ブリッソーも裁判官の終身性、売官制そして官職の世襲にたいして批判的である。売官制は裁判官の非罷免性をもたらすことになり、また裁判官と普通の市民とのきずなをこわし、被告人にたいし厳しすぎる取り扱いをすることになる。かつて被告人は自分を裁く裁判官を選ぶ権利を有していただけでなく、この裁判役が自分の同輩からとられていたことが思い返されるべきである。したがって、刑事の裁判所はつぎのようになる。各都市に刑事裁判所を設置し、その管轄は10リュウ以上であり、各裁判所は24名の裁判官から成る。その3分の1の8名は当該裁判所管区弁護士の中から年長順に選ばれ、のこりの16名は民衆によってあらゆる身分階層の中から選出される。司法官の任期は7年で、つづけて再任されることはできないが、1期あいだをおけば可能である。この裁判官たちは事実を判断するのであり、そのためにローマ法とかの知識は必要なく学位なども不要である。ただし、各裁判所におかれる1名の裁判所長は自然法、法律、その地の習俗に通じている必要があり、事実についての判断がなされたあとに、法律の適用をおこなう。それゆえ所長はその資格に必要な講義を受講したことを証し、最高法院の法律の試験に合格しなければならない。訴訟の審理は24名の判事のなかから被告人が12名を選ぶ。終身刑の有罪判決のためには全員一致、罰金刑や無罪判決などのばあいには過半数の票決でたりるとする。この刑事裁判所の上級審として各プロヴァンスの首府に最高刑事法院

41) Jacques Pierre Brissot de Warville, *Theorie des lois criminelles*, nouvelle édition, t. 2, Paris, 1836, pp. 88-90, 109, 114-128, 150-171.

がおかれる。その構成人数や任期などは刑事裁判所とおなじである。この法院は最終審として刑事裁判所の控訴を審理するほか、その地方の下級裁判所を監督するとしている⁴²⁾。

以上のマラーやブリッソーほど有名な人物ではないが、おなじ時期に理論的にはもっとも鮮明なかたちで、法定証拠主義批判をおこない、同輩裁判を主張した人物としてセルヴァンをあげることができる。セルヴァンは、27歳でグルノーブル・バルルマンの次席検事となり、そのときの入会演説が司法官のなかでベッカリーア『犯罪と刑罰』にいちはやく呼応したものとして知られているが⁴³⁾、その後、1781年に起こったひとつの殺人事件の被告人を弁護するためのかなり長文の覚書きのなかで刑法制度の批判を展開している。さきの入会演説『刑事裁判の実施についての演説』(1767年)でもすでに、証言の価値を評価する定まった尺度はなく、経験から判断することが重要であり、経験を欠いているときに一般的規則、たとえば「ふたりの直接の証人は有罪判決に十分である」というような規則を機械的に適用するのは危険であるとの指摘がなされていた⁴⁴⁾。ただし、この時点では裁判制度を同輩裁判にすることの主張は出てはいなかった。それからおよそ10年あまりのちにセルヴァンは同輩裁判と自由心証主義の原理を提唱する。『ある重要な事件に際してなした、わがくにの法律のいくつかの点についての考察』(1781年)がそれである。この1781年の覚書きのなかで同輩裁判と法定証拠主義の問題にかかわる部分を検討することにする。

まず、同輩裁判の主張からみていこう。陪審裁判に否定的なテュルゴにしてもそうだったが、コンドルセ、マラー、ブリッソーの同輩・陪審裁判の主張は終身で売官制の職業裁判官の批判から出た、ある意味でネガティブなもので

42) *Ibid.*, pp. 217-218, 231-241, 260-269.

43) さしあたり、拙稿「啓蒙期の刑法改革思潮」(『法学論叢』第119巻第1号、1986年、38-39、42-43ページ参照)。

44) Joseph Michel Antoine Servan, Discours sur l'administration de la justice criminelle, dans *Œuvres choisies de Servan*, nouvelle édition, t. 2, Paris, 1825, pp. 58-66.

あった。しかし、セルヴァンは自身が売官職の司法官を経ていることもあってか、裁判官の売官制・終身性批判が前面に出てはいない。セルヴァンは裁かれる者の側に視点を置いて考えている。犯行の現場から遠く離れたところにおいて、また犯人の境遇もまったく知らないで、どうして裁くことができるのか、とセルヴァンは問うのである。裁判官は被告人がどういう人間であり、何を欲していたのか、何をなしえたのか、すなわち被告人の性格、利害、素行を知らなくてはならない。人間の性格を判断するためにはその人をよく知らねばならず、よく知るためには頻繁に会ってよくみておかななくてはならない。そのためには、ひと言でいえば、彼とおなじでなければならない。もし裁判官たちが被告人より上位の者であれば被告人を軽蔑の目でみることになり、もし下の位の者であれば被告人を憎悪の目でみることになる。したがって、同輩の判決、陪審による手続きこそすべての諸国民がみならうべき制度なのである⁴⁵⁾。

そして法定証拠主義の問題についてのセルヴァンの見解も原理的で問題の根底にまでおりて吟味されている。法定証拠規則によってこそ裁判官の多様な判断を規制することができるのではないか、との予想される反論にたいしてセルヴァンは、つぎのようにこたえている。たとえば「十分に事情に通じた、公平無私なふたりの直接証人によって断言された事実はすべて心的に確実とみなされるべし」との有名な規則は、そもそも法律ではなく慣行なのであり、またこの規則によればものごとを信じやすい人間も証人の数に数えられてしまい、裁判官本人は有罪と思えないのに、この規則のために機械的に死刑としなければならないことになる。さらにこの規則は無益な規定でもある。というのは、上記のようなふたりの証人の言明した事実が確実とされるには、その証人の知見がまちがいになく、かつ善意であることを判断せねばならず、そのためには結局、裁判官の経験と理性に依拠せざるをえなくなるからである⁴⁶⁾。

ではセルヴァンは確実性ということをどのようにとらえているのだろうか。

45) Joseph Michel Antoine Servan, *Réflexions sur quelques points de nos lois, à l'occasion d'un événement important*, dans *Œuvres choisies de Servan*, nouvelle édition, t. 2, pp. 141-142, 168-169.

46) *Ibid.*, pp. 231-232.

セルヴァンは心的確実性 *certitude morale* と物的確実性 *certitude physique* を概念的に区別し、心的確実性は経験則たる物的な確実性にもとづくとする。ただし、物的確実性の度合いは各人の経験に依拠するから、おなじ人間でも時によって異なるものであり、人がちがえばもっと多様になり、国民がかわれればまたかわる。たとえば1月に氷をみたという証言の確実性は経験からして何の困難もなく信ずることができようが、これがセネガルであれば何千人もの人びとがみたといってもにわかには信用できないだろう。つまり心的確実性にはなにか固定した絶対的な尺度があるわけではなく、つねに相対的なのである。そうするとひとりの市民を有罪とする基礎になる心的確実性とはどういうものになるのか。それはただひとりの頭のなかで形成される確実性であってはなるまい。じゃあ何人ならよいのか。それは裁かれる者も構成員である社会全体を従わせうくらいの心的確実性であるべきなのだ⁴⁷⁾。

こうしてセルヴァンにおいて、おそらくははじめて明確に、真実にいたる確実性の問題と公正な裁判制度の問題とがリンクされてくる。セルヴァンはつぎのように議論を展開する。そもそも、刑罰にかんする始原的な契約は「みんながわたしを有罪だとするとき、わたしは処罰されることに同意する」というのであるから、他人によって裁かれるのに同意するためには各人がこんどは裁判官になるべきである。被告人の目には社会全体が裁いているようにうつるためには、裁判役は社会の利益とおなじく被告人の利益も考慮すべきであり、被告人の境遇などに通じているためにも裁判役は同輩の者であるべきなのだ。つまり被告人自身がいわば裁判官席にいるようなものとなり、有罪となれば法律に規定された刑が言い渡される。そこにはもう裁判官はいないのだ。被告人自身がみずからを裁き、自分も社会の一員として認めた公共の意思たる法律にもとづいて刑は宣告されるからだ。そしてセルヴァンは、被告人の目に社会が裁判しているとうつるようにするために被告人には裁判官の忌避権が認められなければならないとし、さいごに票決は全員一致でなければならないという。な

47) *Ibid.*, pp. 223-226.

ぜなら、社会全体が納得しうる心的確実性とは、当該事実にも明るい、そして利害をはなれた多数人が一致して確かだと考えることだろうからである。被告人の立場からすれば全員一致の票決は過度の要求ではなかろう。このようにセルヴァンは述べて、確実性と同輩裁判にかんする主張を以下の4点にまとめている。第1、心的確実性は物的確実性の経験則にもとづいてはかられること。第2、心的確実性は当該事実について社会でもっとも知識があり、もっとも公平な人びとの一致した同意見にあること。第3、起訴事実についてのもっとも知識があり、もっとも公平な人とは被告人の同輩であること。第4、起訴された市民はすべて社会全体の心的確実性にもとづいてしか刑を宣告されないこと。したがって、正当な裁判とは被告人によって承認された同輩の全員一致の票決による裁判ということになるのである⁴⁸⁾。

法定証拠主義との関連でセルヴァンの主張のなかで注目される点は、マラーやブリッソーが認めていた有罪判決と無罪判決の中間の「より詳細な証拠調べ」の判決にたいして、セルヴァンは基本的には反対の立場をとっていることである。セルヴァンはいふ。そもそもこの判決は法律にもとづくものでもなく、慣行にもとづくにすぎない点で不正であり、またその中身もはっきりした限界が引かれているわけではない点で弊害がおおきい。とくに「無期限の」より詳細な証拠調べは一生涯ずっと起訴された状態におくこととなり、これでは有罪の判決も同然である。しかし、これがひとつの刑罰であるなら一層不正である。なぜなら、まだ確証されていない不確かな嫌疑にしかもとづいていないからだ。つまり、「より詳細な証拠調べ」の判決は疑いのもっともらしさの段階と刑罰の段階とを混同して対応させていることになるのである⁴⁹⁾。

48) *Ibid.*, pp. 227-233. Servan, Discours sur l'administration de la justice criminelle, p. 75.

49) Servan, Réflexions sur quelques points de nos lois, pp. 236-246. ただし、「より詳細な証拠調べ」が短期で、その必要性が明白で、また新しい証拠の出る可能性がたかいたいには有益かもしれないとセルヴァンも認めるが、それも立法化されないかぎり正当とはいえないとする。

V お わ り に

一見すると、啓蒙期の刑法改革思想における恣意専断的裁判権力への批判と証拠法の場面での法定証拠主義批判とは矛盾しているようにみえるかもしれない。なぜなら法定証拠主義は裁判官の恣意的な証拠評価を制限して被告人の防御に有利な側面ももちえたからである。実際、1780年代の3人の車刑囚とされた事件の再審活動で知られるデュパティはその有罪判決が証拠規則を順守されずに下された点を突いていた。そして逆に、デュパティを論難する保守派の検察高官の側が裁判官の自由な証拠評価を認めるといった一種の逆転現象がみられるもする⁵⁰⁾。しかし、デュパティ自身はフランスの刑事制度を批判し改革を唱えた1788年の文書のなかで、「ふたりの証人で被告人を有罪とするのに十分」との規則を明確にしりぞけており、イギリスの陪審制を引いて、陪審員が証人の信用性と証言の効力ををはかることを支持しているのである⁵¹⁾。

たしかに、啓蒙期の刑法改革思想の論者たちは法律による裁判官の規制を求めたが、それは犯罪とその刑罰の法定を主眼にしていたというべきであり、法定証拠主義が全体として積極的に擁護されていたわけではない。最低限の条件としての法定証拠の要求はあったにしても、むしろ本稿でみてきたように自由心証の内的確信の原理がすでに啓蒙思想のなかで主張されていたのであった。罪刑の法定と自由心証主義という外見上は相反するようにみえるふたつの局面での主張は、じつはその根底で共通の法のみかたに裏打ちされていたと思われる。それは、ひとにぎりの終身の裁判官が法律の専門知識を駆使して、非公開のうちに判断を形成していくのではなく、だれが裁判官の職務にあったとしても同様の結論に行き着くように判断がなされ、そしてもし有罪となれば法律に定められたとおりの刑罰がオートマティックに科されるべきだとの考えである。この新しい法観念の担い手は旧来の法曹集団ではありえないのは明らかであっ

50) Bernard Schnapper, *Voies nouvelles en histoire du droit*, Paris, 1991, p. 174.

51) *Lettres sur la procédure criminelle de la France*, s. l., 1788, pp. 54-55.

た。それは陪審員であり、公選の裁判官などでなければならなかった。法という知の専門家主義から素人主義への移行が刑事手続きの領域では陪審制の議論のなかに典型的にうかがえることになるのである⁵²⁾。

52) なお、法の担い手の側面からこの問題を考察した拙稿「フランス革命期の法学教育・司法制度・法曹」『人文学報』第70号、1992年も参照。