

〔資料〕

陪審裁判所に関する諸考察（1）

パウル・ヨハン・アンゼルム・フォイエルバッハ 著
福井 厚 訳

凡 例

- 1 本稿は、Paul Johann Anselm Feuerbach, Betrachtungen über das Geschwornen=Gericht, Landshut 1813 の全訳である。
- 2 底本として使用したのは、法政大学市ヶ谷図書館の所蔵本（Originalausgabe）である。ただし、これについては若干の問題がある。同図書館の所蔵本は、緒言（Ⅲ～Ⅵ〔4頁〕）、本文（242頁）、それに誤植一覧（1頁）にさらに文献目録（Ⅰ～ⅩⅡ〔12頁〕）が末尾に付せられている。しかし、1970年に東独時代の Leipzig で本書の復刻版が刊行されているが、それには（末尾の12頁にわたる）前記文献目録が全て欠落している（岡山大学中央図書館所蔵の同復刻版による）。おそらく同復刻版のもとなった原本の末尾にも同様の文献目録が12頁にわたって付せられていたと思われるが、復刻の際になんらかの事情でその部分のみが割愛されたものと思われる。
- 3 原注及び末尾の文献目録は全て割愛した。本文の翻訳にあたっては、上記誤植一覧を考慮している。
- 4 原文のまま示している場合及び訳語に確信がもてない場合の原語は、（ ）で示した。この点、読者から御教示を頂ければ幸いである。
- 5 読者の便宜のために、「訳者まえがき」に割注及び本文の訳には脚注を

付している。その際、以下の文献を参照している（本稿での引用は以下の略語による）。

Cornelissen=Josef Cornelissen, Tätigkeit und Theorie Feuerbachs im Strafprozeßrecht, 1963 Köln, Inaugural-Dissertation.

Schwinge=Erich Schwinge, Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung, Breslau 1926. (本書の全訳として、シュヴィンゲ／藤尾彰訳「陪審裁判所をめぐるたたかい—フランクフルト国民議会にいたるまで—(1)～(8・完)」法政理論25巻4号〔1993年〕～29巻2号〔1996年〕がある〔本稿では「藤尾訳」として引用する〕)。

Schröder=Horst Schröder, Die Auffassungen von Paul Johann Anselm von Feuerbach, Georg Wilhelm Friedrich Hegel und Eduard Gans zum Wesen und der Funktion der Geschwornengerichte, in; Festschrift für John Lekschas zum 50. Geburtstag, Berlin 1975. (フンボルト大学法学部図書館〔図書記号PC/4630/L536/F4〕所蔵のこの記念論文集はタイプ印刷のもので市販されていない。)

訳者はしがき

フォイエルバッハが陪審制の賛成論者か反対論者かを巡っては議論がある。その点は本稿の最後に「解題」として論じる予定であるが、いずれにしろ本書は、「陪審裁判所についてのドイツの最初の単行本であり、そのごのすべての研究の学問的な出発点となった」(Schwinge, S.6; 藤尾訳・(1)383頁)という評価が確立している作品である。裁判員制度の導入後2年半ほど経過し、折りしも最高裁判所において裁判員制度の合憲性を巡って弁論が闘わされているこの時期に、その全体像を把握することに意義があると考え全訳を試みた次第である。本書を一読すれば、陪審制の分析を行う場合に「政治的観点と純粋に刑法上の観点を区別する」(Schwinge, S.7; 藤尾訳・(1)385頁)

という方法論が、フォイエルバッハの独創にかかるものであることが直ちに判明しよう。この点につき、「陪審制の中の二つのもの、司法制度としてのそれと政治制度としてのそれとは区別しなければならない。」（トクヴィル／松本礼二訳『アメリカのデモクラシー』〔岩波文庫、2005年〕第1巻（下）182頁）、と述べたトクヴィルに言及されることがある（三谷太一郎『政治制度としての陪審制』〔東京大学出版会、2001年〕9-10頁参照）。フォイエルバッハの本書は刊行当時パリでも話題となっていたようであり（vgl. die Göttingische gelehrten Anzeigen, Jg.1813, 2.Halbb., S.1849 [S.1861]）、トクヴィルが同書を眼にした可能性は否定できないと思われる。もっとも、フランスの国立図書館などのカタログにその翻訳（仏語訳）は存在していないようである（Cornelissen, S.78, Anm.4）。

いずれにしろ、フォイエルバッハのこのような方法論を生み出した時代的背景が重要である。この点で本書の刊行が1813年（Landshut）となっていることに触れておかなければならない。「緒言」の日付けは1812年8月10日であるが、既に8月には印刷され出版されていたと言われている（Cornelissen, S.74）。時あたかもナポレオンのロシア出兵前であり、その支配にはなお強固なものがあつた^(*)ことが重要なのである。というのも、フォイエルバッハはそのような情勢において、フランス型の陪審制の欠陥を指摘する本書を公刊することによって、ドイツにおける陪審制の導入の実際的な作用と直接取り組まざるを得なくなったからである。フランス革命及びナポレオンの軍隊によるその軍事的一膨張的拡張は、フランスのブルジョワジーの経済的利益に資するヨーロッパ諸国の抑圧及び征服においてその頂点に達し、ドイツにおいても、陪審裁判所の制度を導入して、つまりは理論的対決の中心に置いていたのである。フォイエルバッハは本書において、陪審制の理念の偉大さ及び美点とも結びついているその実際的な不十分さにとつてのフランスの偉大な皇帝の見解を確認している（Schröder, S.1-2）。「いかなる陪審裁判所も、我々が持っていなかった自由を守ることはできなかつ

た。」(Erklärung über meine angeblich geänderte Überzeugung in Ansetzung der Geschwornengerichte [1819], in; Feuerbach, Kleine Schriften vermischten Inhalts, Nürnberg 1833, S.234)、というフォイエルの言葉は彼の独創的な方法論なしには生まれなかったであろう。

※ 「1797年のカンポ＝フォルミオの講和によってライン左岸地帯をフランスへ併合したナポレオンは、続いてライン左岸から西南・中部ドイツへ向い、そこでオーストリアやプロイセンに敵対する。それと同時にナポレオンは、自らに従属する君主権力の樹立を企図する。これが確立するのは、ライン河とエルベ河の間にはさまれた地域一帯諸邦との間になされたところの1806年の「ライン同盟」(Rheinbund)の結成である。バイエルン王国はヴェルテンベルク王国やバーデン公国とともにライン同盟の中心を構成する国家に他ならなかった。」(福吉勝男「バイエルン改革とヘーゲルの国民主権論」思想1008号〔2008年〕103頁)。

ライン地方ではフランス革命時にフランスに占領されていた時期にナポレオン刑事訴訟法典とともにフランス型の陪審制が導入されたが、その制度は更にプロイセンへの再併合後も若干の修正を受けつつ存続していた(三成賢次「陪審制と参審制—近代ドイツにおける司法への民衆参加—」〔佐藤篤史／林毅編著『司法への民衆参加—西洋における歴史的展開—』〔敬文堂、1996年〕189頁以下〕は、これをライン型陪審制と呼び、その歴史的・社会的性格を分析している)。フォイエルの本書は、まさにライン型陪審制がドイツで広まろうとしていた時期に世に出たわけであり、「いかなる陪審裁判所も、我々が持っていなかった自由を守ることはできなかった。」という「政治的観点」と「純粹に刑法上の観点を区別する」ことによって、当時の情勢に対応しようというのが著者の狙いであったと言えよう(Schwinge, S.6; 藤尾訳・(1)383-384頁参照)。

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、本号)

第二考察 政治的制度、国家的制度の一部として考察された陪審制

第三考察 身分の平等性又は同輩性について

第四考察 純粹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]

フォイエルバッハの陪審制度論

福井 厚

緒 言

既に数年前に、国内での職務と対外的な誘因とが私をして陪審裁判所いわゆる陪審制の研究へと導いた。ここから生じたのが、この大きな価値ある対象を私の力量に応じて歴史的・政治的・刑事法的な点に関して完全に包括すべきある著作の完成の計画だった。既に多くが読まれ、集められ、考えられていたし、多くのことがその思想の最初の活動において立案され編集されていた。その時、私の公職上の緊急の任務が全ての力及び私の時間の最小の部分までも要求した。それ以来、その原稿は無視され忘れられ、私にとって価値ある非常に多くのほかの仕事の下で眠っていたのである。開始されたことを完成するという全ての希望は消滅したままだった。2、3か月前になって初めて、私の原稿は偶然再び私の眼前へと持ち出された。私はあちこち頁を

めくり読み、そして発見したことは、私の前に存在する断片が相互にかなり整理され、たとえほとんど包括的でないとしても、一つの全体へと結び付けられ得ることであった。その際、あたかも時代の要請であるかのごとく私が思いついたことは、ドイツにおいて既にときどき触れられてきたが、しかし私には十分知られていることだが、なおどこに於いても決してしかるべき見地からは考察されてこなかったか、又はそれに相応しい注意深さをもって考察されてこなかったこの非常に種々の関係で明らかに重要なテーマを、ドイツの学者のやり方で詳しく話題にするということであった。私にとって好ましく思われれば思われるほど、それだけ一層、希望され得ないか又は期待され得なかった時代の好機すなわち幸福の女神が、前述の偶然及びこの諸考察と同時に遭遇したのだ。直ちにその著作に着手された。なお生のままで私の前に横たわっていたものが加工され、既に加工されていたものは推敲され、秩序付けられ、他のものと融合され、そしてあの大きな未完の著作の諸断片は、陪審裁判所に関する諸考察として今や公衆の前に現れる。それはどのような誇らしい要求をも出さず、ただ希望することは、述べられたことが熟慮され、そして根本的な賛同又は反論がそれに与えられるということである。この著作の以上の経過はその欠点を正当化しないであろうが、しかし免責はするであろう。

なお、ある一つの文法的な小さなことが触れられるべきである！—私に久しく疑問だったことは、die Jury というのが正しいのか、むしろ das Jury なのか、ということであった。私は前者に決定した。というのも、一部は他の類似の言葉との類推の故に、他の一部は重要な学者の尊敬を得ているかって有力な用法の故に。

1812年 8月10日 München にて

著 者

第一考察 陪審裁判所の概念及び本質について

陪審裁判所の概念は、政治的観点に従って定義され、かつ展開され得るものにほかならない。なぜなら、国家の英知という理念のみが、そこからあらゆる民族について陪審裁判所という制度が展開され、それによって陪審裁判所という制度が確立され、かつそれに従って陪審裁判所という制度が形成されてきているものだからである。経験の対象を根本的に判断しようとする者は、必ずしもその対象を初めて発明しようとする者である必要はなく、むしろ、その対象を自ら経験する如く考察しなければならない。そして、ある人間的な制度に関して敢えて判断を下す者が、なによりも先ず自問しなければならないことは、その者たちの思想及び意思の作品としてその制度がそれと密接に結ばれている者たちによって、いかに考察され把握されるかということなのである。

陪審制の本質は、以下に述べるような諸理念だけから認識され得るものである：

あらゆる権力のうちで国家の刑罰権いわゆる刑罰権は、最も恐ろしいものであると同時に、それが最高の権力者のみの専制に委ねられている場合には最も危険なものでもある、と一般に言われている（というのも、私はここでは、私自身の確信をそのまま根拠づけ展開するのではなく、陪審制を自ら採用してきた民族、それを導入・改良してきた立法者、陪審裁判所という制度を正当化してきた政治家—彼らは陪審裁判所の妥当性又はその政治的必要性に賛成してきた—の観念を述べるものである）。刑罰権は、正義に則って取り扱われる場合には一般的な法律上の自由の道具であるが、恣意によって操作されると一般的な無法な抑圧の手段となる。自由と生命に対して専制的な権力を持つ者は、同時に他のあらゆるものに対して専制的な権力を持つことになる。彼はあらゆることを要求できる。というのも、誰も彼に対してはおよそ何かを拒絶するということはできないからである。彼はまたあらゆるこ

とを欲することができる。というのも、彼は、自己を制限する全ての意思を、破壊し無効にしつつ制圧することができるからである。生命と自由に対する専制は、まさに人格に対する所有の別の表現にほかならない。

国家における権力者が、刑法を本人自ら行使しようが、彼が任命した裁判官によって行使しようが、いずれにしても一般的な自由にとっての危険は同じように大きい。なぜなら、このような裁判官は、権力者に従属したその官吏として権力者自身の意思の道具に過ぎないからである。

それにもかかわらず、刑法は国家における執行権から分離され得ない。刑法を持たない執行権は無力な意思であり、単なる幻の権力に過ぎないであろう。なぜなら、それは欲することのみは可能であろうが、実行することはできないであろうし、また、刑法で武装された他の権力がそれと並立する所では、たちまち従属の状態へと落ち込むであろうからである。

かくして、権力者は処罰し得るべきであり、しかも不正に処罰しないために専制的に処罰してはならないとすれば、その刑法の行使を権力者の意思から独立した前提条件に結びつける以外の解決方法は存在しない。では、それはどこに存在し得るであろうか。

刑事立法のあらゆる体系、個々の刑罰法規の各々は、一方では刑罰をその効果として伴うべき事実の規定と、他方では刑罰自体の規定へとというように、必然的に二つの主要構成部分へと分解される。前者は前提要件であり、後者はその効果である。二つの構成部分は互いに、制約するものと制約されるもの、原因とその結果、ある命題の前提とその帰結、の如き関係にある。したがって、ある刑罰法規の適用も、常に二つの主要問題へと分解されるが、その一方は、それが法律上の前提要件のみに関する限り事実問題であり、他方は、それが決定された事実とその法律効果との結合を対象とする限り、純粋に法律問題なのである。前者は「この者は有罪か？」という問題であり、後者は「この罪ある者は如何に処罰されるべきか？」という問題である。後者の問題は前者なしには無意味である。前者の問題が肯定的に解答されなければ

ば、後者の問題は決して提起され得ない。かくして、あの制限的な前提条件が見い出されることになるだろう。起訴されている者が有罪か否かという問題は、正式の裁判官の職権の活動範囲から切り離され、国家における権力者の恣意ができる限り手の届かないそれとは異なる官庁に委ねられるのである。なるほど、権力者は犯罪人を起訴し、判決を下し刑を宣告し執行する権限を持つべきである。しかし権力者は、もし彼に正義の力を不法の実行のために濫用することが不可能ならしめられるべきであるとすれば、有罪かどうかという問題を、肯定的であれ否定的であれ有効に解答し得てはならないのである。

それでは、この事実問題に関して独占的に判断しなければならない、裁判官職とは異なるこの官庁とはどのようなものであるべきなのか。それは個人ではあり得ない。というのも、個人ならば暴力と策略のあらゆる手段の犠牲になり得るであろうからである。それは、また、多数の者の常設の会議でもあり得ない。というのも、それは、その常設性によって官吏となろうし、遅かれ早かれより強い意思に奉仕するに過ぎない者へと墮落するであろうからである。国民全体のみが買収されず無敵であり、権力と時の勢力から切り離されており、その点で公平かつ公正なのである。しかし、国民全体は裁判所に座することはできない。したがって、個々の場合に1人によっても全ての者によっても、全体によっても恒常的な官吏によっても裁かれるべきではないのであるから、次のような方策しか残されていない。それは、国民が提起された事実問題に関して複数の選出された者によって決定するのだが、その選出された者は、ただ再び消え去り、かつ類似の事件において他の者によって取って代わられるためにそこに来ただけであり、その権力は、個々の惹起された事件に制限されているか又は短く定められた期間に制限されている、という方策である。かくして、国民が事実問題に関しての本来の裁判官なのであるが、しかし、国民の全員がそうであるわけでもないのである。つまり、事実判断は常に諸個人からのみ生じるのであるが、このような諸個人として

の諸個人からではなく、全体の部分としての諸個人から生じるのであり、その諸個人は、当の全体から当座のために登場し、そして成し遂げられた仕事の後に再びその全体へと消えてしまうのである。このような方法で、(その理念が目的に合致しない実施によって破壊されなければ) 事実判断の独立性及び自由は、国民全体による場合と全く同様に確保される。有罪であることを宣告せねばならない者は誰も前以て決定されていないのであるから、権力が自己の目的を準備するために頼り得るような者は誰もいない。複数の者が共同で判断するのであるから、権力が1人について成功することも、全員については成功し得ないのである。—全ての法的な臣民は、罪ある者が有罪とされることに利益を持つ。なぜなら、公的な害は、結局のところ不可避免的に個々の者にはね返るのであり、今日自分の隣人に生じることは、明日はわが身に生ずるかもしれないからである。

わたしがこの汚れを払おうとするのも、われとわが身のためなのだ。

かの人を殺したのが誰にせよ、その犯人は同じ殺害の手を、このわたしの上にも加えようとのぞむは必定。

さればかの亡き人に尽くすことは、とりもなおさずわが身のためを、はかる途なのだ⁽¹⁾。

しかし市民においては、無実の者が有罪だとはされず、刑罰権が不正な恣意のために濫用されないということも、同様に大きな利益である⁽²⁾。なぜなら、支配者の剣は独裁的に使用されると、殺人者の短剣よりも危険であるからである。後者は個人を殺し得るに過ぎないが、前者は生命一般に及ぶものなのである。

このような相互に対立して釣り合っている利益が、起訴について判断するために召集される平和的な臣民の判決を公平に平衡させるのである。というのも、そのバランスは犯罪者の有利にも権力者の専制の有利にも傾かないこ

とによって、公正な宣告を通じて明らかにされるものにほかならないからである。

かくしてこの課題は、執行権は起訴された行為についてその公平な同輩によって前以て有罪だと言い渡されている臣民以外に関しては、自由や生命に対する刑罰を科し得るべきではないという原理が、国家の憲法の中に宣言されるということによって解決されるであろう。

どのような陪審制もその本来の根本理念は、以上のような原則に基づいている。陪審制が存在するところでは、どのような臣民も自分が被告人として法廷に登場するより以前には、誰かある特定の人のことを「その者が自分の自由と生命を支配する者である」と言えるべきではない。そのような国家においては、正義の剣を振るう権力は存在してはいるが、群集の背後に隠れていて目に見えないのである。「このようにすれば、人々の間でひどく恐れられる裁判権力が、ある身分にも職業にも結びつけられないので、いわば眼に見えずに無となる。人は裁判役をいつも眼の前にすることなく、裁判役職を恐れて、裁判役を恐れぬ。」⁽³⁾

ところで、以上のように展開されてきた陪審制は終局判決をその判断の対象としている。しかし自由の精神は、この判決陪審（jury de jugement、イギリスの専門用語では小陪審）以外に、恣意的な処罰に対抗するだけでなく恣意的な起訴をも不可能ならしめようとする他のものをも発明した。理由なくして起訴されることは、なるほど無辜の者として刑罰を科せられることよりは小さな害悪であるが、しかしそれ自体大きな害悪である。被告人は、少なくとも一時的にその自由を失ない、世間の恥辱に委ねられ、苛酷な糺問の辛苦に委ねられ、有罪判決の危険にさらされるのである。したがって、市民は恣意的な起訴に委ねられると、究極的には自己の保護を判決陪審の中に見出すとしても、恣意的に不安にさせられ、心配させられ、辱められるかもしれないのである。これは、起訴自体の許容性を決定し、一定の人物を刑事公判に委ねるための十分な理由が存在していると判断する別の陪審による以

外の方法で、防止され得るであろうか。そのような陪審裁判所は、イングランドでは大陪審と言われ、フランスではそれが存在している間は起訴陪審(jury d'accusation)と言われた⁽⁴⁾。私は以下では主として判決陪審について語るであろうが、それに妥当することは、その主題の前提が変わらない限りそのまま起訴陪審に適用され得る。

私が以上の説明の中で、国民を執行権の保持者に対置し、陪審を国民の委員会、陪審の判断を国民の判断と見做したとき、私は歴史の暗示と、陪審がそこに存在しているか存在していた諸民族の観念とに依拠したのである。イングランド法の概念によれば、大陪審がその者に対する起訴を許容されると宣告された被告人は、あたかも彼が祖国によって(per patriam)訴追されたかの如く見做されるのである。被告人が起訴に基づいて判決のために小陪審の前に置かれる場合、彼は、否認して無実だと陳述すると、「如何に裁かれたいのか?」と伝統的な形式で尋問される。被告人は、「神とわが祖国によって(per pais)」と答え、そしてこのような形式で陪審員の判決に委ねられるのである。—選出された裁判官(judices selectos)によるローマの刑事裁判所は、政務官(Magistrat)の議長の下での陪審裁判所にほかならなかった。というのも、それは民会の裁判所に直接由来していたものだからである。まさに全国民は、その集会に基づいてのみ裁いたのである。次いで全国民は、例外的にその権力を特別の刑事委員会(quaestiones extraordinariae)に委ね、結局、当初例外であったものが原則となり、通常の刑事委員会(quaestiones perpetuae)⁽⁵⁾が、若干の例外はあるが、民会の裁判所を押しつけたのである。—アテナイの裁判所は、その形態において我々の陪審裁判所とは異なっているが、その精神及び本質において陪審裁判所と同じものであった⁽⁶⁾。しかもこのアテナイの陪審制の精神及び本質は、大民会(grosse Volksversammlung)の特別な代表ないしより正確には民会の特別な部にほかならなかった。なぜなら、民会で投票権のある者は皆、毎年、種々の法廷に分けられ、そして、そこで裁く人数の多寡は、その対象の要請するところ

次第だったからである。—古代ゲルマンの参審裁判所も少なくともその起源においては眞の陪審裁判所であり、しかも、最近の陪審裁判所よりも包括的な権限さえ備えていた。というのも、前者は事実問題を決定しただけではなく完全な判決を創造したからである。このゲルマンの陪審裁判所に関してはなお大きな謎が流布されているとしても、民会⁽⁷⁾において犯罪を裁くというゲルマン民族の古い習俗、そして次いで16世紀に至るまであちこちで維持された一判決を周りの民衆に試問し又はかれらの喝采によって確認せしめるという—その後の風習は、その眞の起源と—たとえ未発達であれ実際にはその風習の基礎にあった—觀念とを明らかに示唆している。

陪審裁判所の一般的な理念にはなお種々の個別的な規定が結び付く。その規定の一部はその理念から必然的に出てくるものであり、一部はそのより大きな完全性にとってのみ必要なものであるとしても、その制度の考察の際に決して看過されてはならない。

陪審裁判所は一般的に考察された場合、官吏としてではなく私人として被告人を裁き、そして、市民という単なる資格は被告人と共にその者にとっても共通であるが故に被告人の同輩、被告人と同じ身分の者と称し得るような、被告人の仲間のみを必要とする。しかし同輩性というこの概念は、国家体制の性質に応じてさらに一段と厳密に限界づけられることになる。ある国家において、全ての者に共通である市民という身分が、法的な又は政治的な相違によって区別され、かつ同時に独自の身分の利益によって互いに対立させられている特殊な市民の身分へと再び分裂させられると、市民は市民というものの中だけでは自己と平等のものを見い出さない。市民にとっては、その特殊な身分をも自己と同じくしない全ての者は、誰であれ自己とは無縁なのである。たとえば、憲法が独自の身分の権利を伴う特権的な貴族という階級を認めると、市民と市民との間には隔壁が設けられ、それは極く僅かの点においてのみ提携や接近を許すに過ぎない。市民が欲するのは権利であるが、貴族が欲するのは特権である。市民が欲するのは平等であるが、貴族が欲する

のは優先である。市民が欲するのは自由であるが、貴族が欲するのは抑圧である。対立する利益が党派の基礎となるが、党派は決して公正ではない。ある身分に属する者が他の身分の者を裁き得るとすれば、正義の権力が、侮辱された身分の利益に復讐しようと特殊な身分の利益を追求するために使用され得るだろう。たとえばローマにおいては貴族のみが陪審員に選出されたが、騎士と平民は貴族の裁判所の党派性に大声を上げたのである。グラックス兄弟（Gracchus）による革命の後、貴族が騎士によって裁判所の席から排除された時、騎士は同様の党派性で被った不法の仕返しを貴族にしたのであった。かくして、ある国において特殊な諸身分が存在している場合には（陪審員の理念の中に適切にも存在しているものが、その理念の貫徹の際に失われるべきではないとすれば）、市民性にもみ基づく一般的な同輩性は、特殊な身分の性質により規定された同身分性へとさらに分解されなければならない。「裁判役は被告人と同じ身分の者つまり、同格者であることさえ必要である。それは、被告人が自分に暴力を加えそうな人々の手に委ねられていると心中で思うことがありえないようにするためである。」^⑧陪審裁判所を構成する際に身分の相違と身分の平等性がどの程度貫徹されるべきかということは、各々の国に特有の体制に応じて、すなわち、個々の市民の身分が帯びている性格、つまり、個々の市民の身分が外見的に偶然的にもみ区別されているのか、あるいは特権及び相対立する利益によって内的に本質的にも互いに著しく区別されているのか、ということによって評定され得る。イングランドにおいては二重の陪審のみが妥当する。すなわち、その一は富者の同輩のために適用されるもので、それは上院においてそれと同じ身分を見出す。他の一は、あらゆる残りの臣民のためのもので、市民的陪審が区別なしに包含するのは、普通の市民と並んで富者の身分に属していない全ての貴族も、この身分の兄弟と子弟、そして Lord と称されるに過ぎないすべての者など残りのあらゆる臣民である。このような混合の理由は以下のようなものである。すなわち、イングランドにおいては貴族は称号によって特徴づけられる

だけで、他のあらゆる市民と共に等しい権利と法律を共通に持つのであり、そこでは権利と特権とのいかなる抗争も公民の利益を敵対的に互いに対立させたりはせず、そして、そこではどのような特権階級もはるか昔の先祖のしばしばあいまいな功績で、無たるべきかつ全員に適用されるべき大きな特権を購うことはない、という理由である。しかし、全ての司法上の事務における同身分性という理念は、ほかならぬ古代ゲルマンにおいてその極限にまで進行した。すなわち、領主を裁くのは領主であり、貴族を裁くのは貴族であり、市民を裁くのは市民であり、農民を裁くのは農民であった。それにもかかわらず、この同身分性は、裁く者と裁かれる者との間の身分の無条件の平等性という原則ではなく、身分のより高い者は身分のより低い者によって裁かれてはならない、という観念に基づいていたに過ぎなかった。というのも、身分のより高い者は身分のより低い者を裁くことはできたからである。

国民から陪審員を選出することは、ほかならぬ官吏によってのみ行われ得る。たとえば、イングランドではカウンティーのシェリフが、フランスでは最新の制度によれば当該部門の局長が、陪審員の名簿を調製した。しかしこの選出権によって、それがそのまま判決を決めることになれば、陪審裁判所によって獲得されるべきことが容易に再び失われ得るであろう。というのも、今度は買収によって又は固有の性癖から、全ての不正な恣意に前以て調法にも順応した陪審員が選出され、被告人に割り当てられ得るであろうからである。全ての法的臣民があらゆる犯罪に対する公平性の推定を自ずからもっていても、あらゆる犯罪に対する公平さは、各々の犯人とされる者に対する公平な心情と同一ではない。被告人が、自分の最も大事なものを裁く他人を安じて信頼できるかどうかということは、被告人自身が最もよく判断できる。なぜなら、彼の状態は彼自身にとってのみ最も正確に知られているからである。自分はあれこれの者から公平な判決を期待し得ないという被告人の申立てだけで、それは、陪審制が問題となっているのであるから、無条件にかつ特殊な忌避事由が挙げられなくても信用されなければならない。というのも、

自分はあれこれの者の中に自己の敵を認める、少なくとも不偏不党に公正な人間を決して認めない、という被告人の説明だけで既に、忌避された者を当事者たらしめ、少なくとも、利己というあの病気が忌避された者の判断の公平さを妨げるかもしれない、という危険を根拠づけるからである。法律上定められた証拠に従って客観的な根拠から判断する裁判官については、この注意深さは無用の心配であろう。なぜなら、ここでは、その裁判官の判断は法律によって既に無条件に拘束されており、その違反は実体的な理由に基づいて裁判官に対して証明され得るからである。陪審制についてはこれとは全く異なっている。なぜなら、陪審制は、すぐ後に示される如く、その固有の主観的な確信にのみ委ねられねばならず、したがって、そこでは判断する者自身には意識されずに、最小の優勢さでも、行われた不法が法的に証明され得ることなしに被告人に一撃を与え得るからである。一国家又は国家の地位を代理する原告については、忌避権の全く同じ根拠は妥当しないが類似のことは妥当する。したがって、イングランドの法律によれば、名簿に記載された陪審員の一部を忌避する権利は、被告人にも原告にも与えられるが、しかし、前者は通例20人、そして大逆罪の訴追については35人を理由なしに忌避できるが、国王については特定の原因を挙げることなしに忌避することはただの1人も許容され得ないのである。ローマの陪審裁判所では、忌避権の問題においては原告の権限は被告人の権限と同一であった。裁判所は選挙によって(per editionem)構成されたのではなかったので、裁判長(Prätor又は*judex quaestionis*)は、その年の陪審員の名簿に登載された全ての市民の名前を籤引き箱に投げ入れ、次いで法律が当該事件において完全な裁判所のために必要とするだけの数の名前を取り出した。さて、検察官と被告人とは抽選で選ばれた者から任意の5名を自分のために忌避する権利を有しており、その後で続いて忌避された数の補充のためにあらためて籤引き(subsortitio)が行われ、その場合もあらためて忌避権が行使された。同様の原則は、客観的な形式においてもほとんど一致していると言えるほどフランスにおいても

法律にまで高められている。さらに被告人の忌避権がいかなる形式において行使されようとも、それは陪審裁判所の本質的な帰結である。というのも、陪審裁判所はそれによってこの側面からも民衆性及び人道性をあらためて獲得するからである。なぜなら、今や被告人を裁くのは、被告人の仲間であるばかりでなく、同時に被告人自身の判断が是認し被告人自身の意思が彼に関する裁判官にまで高めた、仲間でもあるのである。それは、押しつけられたものではなく、自ら選んだ裁判官なのであり、その裁判官の口を通じて、被告人はいわば自己を自ら裁くのである。

陪審員は、判決のためにその都度召喚されるだけであり、また、陪審員は、国民の集団から生じ再びそこへ消えていく私人として、自己の前に提起された事実に関して決定するものとされるに過ぎないから、当然のことながら、陪審員を選出することは、学識と特殊な法的知識の所有によって制約され得ず、彼らに期待され得るのは、技術的・学問的な判断ではなく、一般に人間的な悟性判断に過ぎない。一仮構的事実の真偽に関する裁判官の確信が、ある法律上規定された規則に拘束されている場合、すなわち、立法自体が予め、裁判所において歴史的な事実がそこから導き出されるべき事由を決定している場合には、単なる事実判断も、その純粹に歴史的な構成部分においてすら、法専門的判断である。なぜなら、その場合裁判官は、自己の事実判断を自己に与えられた確信の手段と自己に固有の悟性との関係に従って決定することは許されず、彼に許されることはまず第一に、提出された証拠方法とそれに説得力を与えたりそれから説得力を奪ったりする法律との関係に従って決定することだからである。裁判官は、自分自身の心情に対する事実の印象やそのような印象を自分に強いた確信に従うのではなく、まず、法律の命令に従うのである。というのも、法律は司法上の事柄において日常生活の確信の根拠を様々に退けることによって、法律によって特徴付けられたある前提条件のみを裁判官の確信の源と見做すからである。それ故に、法定証拠理論が裁判官の判断の規範として存在している場合には、裁判官は事実判断において、

まさに自己の固有の個別の確信ではなく予め宣言されている立法者の一般的な確信を、所与の事情に適用して言い渡すのである。かくして、裁判官の判断は純粹に歴史的な事実問題の解答の場合ですら、一般的な法律上の規則に拘束されているのであるから、司法上の認識と一般的な認識、法律上の確信と歴史上の確信、裁判上の真実と一般に人間的な真実、との間に相違が生じるのである。この相違は、時々、しかも法がその規則を余りに広く又は余りに狭く定立していた場合にとくに、矛盾してさえ現れるので、判断する者の悟性は対立する確信へと分裂するのである。そこでは、裁判官が裁判官としての自己には未知のことを人間として多分知っているとか、あるいは、裁判官が法専門家として既に確信しているのに人間としてなお疑う、ということがあることになる。これら全てのことは陪審裁判所においては消滅する。陪審裁判所には法定証拠理論は妥当しない。陪審裁判所の判決は、どのような法律によっても拘束されることはないし、何かある技術又は学問のどのような規則によっても制約されることはない。陪審員自身の何物にもとらわれない日常的で健全な悟性が、自らに提示された事実及び所与の確信形成の手段—その性質と内容は同じものであるかもしれないのだが—に従って真実又は真実でないと思えるものが、また同様に真実又は真実でないと言明されるのである。そのような陪審員の意見は、彼らの目と耳の前を通り過ぎる論争の審理によって、又は法廷外で獲得される知識によって、1人若しくは数人の目撃者によって、証人若しくは文書によって、あるいは総合的な推認の力によって決定されるというのである。—陪審員たちにとって真実と思われるもの、これがそれだけで真実の根拠なのである。—というのも、それを認識せしめるのは、ほかならぬ自己に関する良心及び誠実さの規則にほかならないからである。したがって、ここでは、人間の確信は法的な確信に従属するものでは決してなく、反対に、法律上の確信は判断者の主観的な確信から純粹に生じるものであり、それと常に同一のものである。Mtthieu Saleはそのイギリスのコモン・ローの歴史の中で曰く：「陪審員は、なるほど証人の信

用性、証言の強さと証明力を考量しなければならない。しかし陪審員は、2人の証人が証明のために必要である、という民法の規則には拘束されない。陪審員は、ある証人を唯一の証人であるというだけの理由で信用しないように義務づけられてはいないし、また、2人の証人の証言が他の事情から陪審員にはありそうにもないと思われる場合に、その2人に依拠するように拘束されているわけでもない。判決は、もともと証人の証言に基づくのではなく、陪審員の確信に基づくものなのである。陪審員は、法廷で証言された事実の虚偽であることを法廷外で獲得された知識によって確信するかもしれない。また陪審員は、ある証人を、たとえその人柄に対して当事者が異議を申し立てていなくても、信用できない又は受け入れがたいと見抜くのである。」このような理念は、フランスの刑事訴訟法によればその都度陪審員に提起され、その評議室において大文字で掲示されているのが見い出される説示の中でくにはっきりと要約される。「法律は、陪審員が確信を得た方法について、その報告を陪審員に要求していない。法律は、陪審員に対して彼らが特にある証拠を完全かつ十分と見做さなければならない規則も定めていない。法律は、陪審員に対して、黙ってかつ集中して自問し、被告人に対してもたらされた証拠と被告人の防御方法が、彼らにどのような印象を与えたかを自らの良心に忠実に検討することを命じている。法律は、陪審員に対して、あなた方はこれこれの証人によって証明されたすべてのことを真実だとみなしなさいとは言っていないし、またあなた方はこれこれの調書、書面並びにこれこれの証人、又は情況証拠により形成されていないすべての証拠は十分に証明されていないと考えてはならないとも言っていない。法律は、あなた方は内心の確信を持っているか？という陪審員の義務についてのあらゆる尺度を含むただ一つのことしか問題にしていない。」⁽⁹⁾。イングランドにおいては私法上の争いにおいても存在している陪審制は、このような原則とは顕著に異なっているものを示す。というのも、民事事件については法定証拠理論が適用され、陪審員はその事実判断においてこの理論に拘束されているからであ

る。そこでは、たとえば、1人の証人が完全な証明を行う、と定められている。文書は、それ自体によって証明するためにはどのくらいの年数を有していなければならないか？ 一体いかなる文書が証人の認証 (Beglaubigung) によって初めて証明力を得るのか？ 等々。間接的なより遠く離れた証拠は、法律行為の性質によれば直接的なより近くにある証拠方法が期待されるべきところでは許容されない。たとえば、法律行為に関して文書が作成されているところでは、当該法律行為に関しては証人は許容されない、ということが原則に劣らず定立されている。このような原因からイングランドの裁判実務はさらに、陪審員が裁判外で獲得した確信がその判決に影響を与えることを民事陪審の陪審員に禁止するが、刑事陪審の陪審員には裁判外で獲得した確信がその判決に影響を与えることを許容する。民事事件における陪審と刑事事件における陪審とのこのような相違は、何に由来するのか？ その理由は私にはもっともと思われる。民事事件においては、判決の対象は刑事事件におけるそれよりもはるかに込み入っており、確信の根拠は判決の対象が関係する法律関係それ自体と密接に関連しているので、一般的な無学な人間悟性は、消しがたい疑問の中で混乱したり又は法的に危険な錯誤の中で転倒したりしてはならないとすれば、そこでは放任され得ないのである。しかし、法定証拠理論のまさにこの必要性こそ、民事陪審一般に対する重要な懐疑の根拠なのである。というのも、民事陪審においては、判断者自身は法的知識を有していないとされながらも法的根拠に基づく事実判断を求められる、という矛盾が鋭く目立つからである。立法者はこの矛盾を軽減しようとして、審理の決定的な要素のみならず審理の際に提出された証拠の法的な効力に関する判断も、法律知識のある裁判長をして陪審員に説示せしめ、その陪審員は、法律知識のある裁判官自身よりも自分の方がよりよく法律知識があるとは思わないであろうから、裁判官が彼らに予め説示していたことを口まねし得るに過ぎない。かくして、フランスの立法者が、何故にイングランドから刑事陪審をその祖国に転用しながら、民事事件においては古い裁判所規則を維持し

たのかは、十分に正当化されるのである。

有罪か無罪かに関する宣言は、陪審員の自然な生々とした確信にのみ基づくべきである。それ故に、論争の審理、被告人に不利な立証及び有利な立証は、説得的な事実が生々と具象的に陪審員の精神を動かし、かつその心への道を弱められずに見い出すように、陪審員自身の現存するところで行なわれなければならない。純粹に人間的な確信は、しばしば微細な諸点に結びついているので、外的な特徴に保持され言葉の中に維持されては、忠実には再現され得ないであろう。被告人又は証人の容貌、彼らの抑揚、態度及び挙動は、彼らの話それ自体の内容よりもはるかにより多くのものをしばしば語り、隠されていることをしばしばはるかにより力強く告げるのである。もし陪審員が、これを審理自体の全体の流れからではなく、裁判所の調書という使い古され、砂に埋もれた水路からのみ取り出してよいとすれば、確信の手段のいかに多くが失われるに違いないことであろうか！純粹に主観的な確信は微細に感度の高い秤の如きものなので、些細なことでも多かれ少なかれ右へ又は左へ傾くので、主観的な確信にとって重要でないことなど何もありません。調書は常に、実際の審理のコピーに過ぎず、審理の本来の真実性におけるあらゆる特徴を反映することなどできないのである。行われ、かつ言われることはしばしば、それと同時的な全体の部分としてのみその完全な力及び真実の意義を得るのであるが、その全体は、付随事情、諸関係及び部分的な修正に取り巻かれていて、それらがその全体の脈絡を書き手の拳の下で必然的に引き裂いてしまうに違いないのである。調書が、行われ言われたことを全て忠実に起草できるとしても、それは決して行われ言われたことをそのまま起草することは出来ず、したがって、生き生きした感覚的な叙述が本来有していたのと同じ印象を再現することはできない。死んだ活字はなお常に、生き生きした言葉それ自体ではない。前者は事件の経過に過ぎないが、後者は今生起しているのである。前者は物語りであるが、後者は事実なのである。前者は徴憑の徴憑であるが、後者は直接徴憑するものそれ自体なのである。

国民議会において Thouret 曰く：「人は陪審の独立性を恐れるが、しかし、それにもかかわらずその独立性の埋め合わせは彼らの制度の中に見い出される。陪審は、証人たちが及び被告人を見かつ聞くのである。弁論が進み、活気づくに従って、彼らは内的確信を受け取り、全ての感覚と彼らの知性の全ての能力によって真実を染み込ませられる。この確信、この確信こそその純粹さにおける、その自然の誠実さにおける人間の確信である。心的確信は、それが感じられるときにはすべてを支配する。それは命じられることも、押し付けられることもできないのである。それは人間的な真実の最も確実な基準 (criterium) である。」⁽¹⁰⁾

法定証拠が決定の規範を与えるところでは、すなわち、裁判官の確信が、大変微細なしばしばひどく過敏な神経に拘束されているのではなく、学問的な判断、一般的な概念及び規則並びに人為的な結合の上に置かれているところでは、判断力があらかじめ証拠からの帰結に賛成できる以前に全ての個別なものから初めて概念へと一般化されなければならないか又は概念と比較されなければならないところでは、言葉においても把握され得ることのみが証拠にとって本質的なことなのである。そこでは立法者は、この本質的な事柄において調書の正確性及び完全性のために注意深く配慮しなければならないだけであり、そしてその場合この文字による叙述は、眼前の審理自体のしばしば余りに騒々しい経過よりも、真理の学問的な探究にとって特有のものでなければならない心の平静さによりよく照応しさえしているのである。しかし、一般的な悟性の無学な確信が判断を要求されているところでは、文字による学問的な報告の冷いひからびた表現手段は、その制度の全原則に対立することになるであろう。陪審制の政治的な成立根拠でさえ、調書による手続に反対する。というのも、官吏以外の誰が調書を記録し得るであろうか。この官吏が調書を支配する如く、同様にその官吏の主人もまた、その官吏を通じて調書を支配する者であろう。前者は前以て判決を書くことができないとしても調書を書くことはでき、その調書から判決は自ずから生じるに違いな

いであろう。—この調書がその真実であることを信用せしめるべくたとえ何百という封印と署名を備えていたとしても—、このような封印と署名をむしろ見ない陪審員は、たとえ表面的には形式によって拘束されているとしても、それにもかかわらず常になおその良心において疑うかもしれないのである。

陪審員の宣告は、主観的に真実だと思うところによってのみ決定されるべきであるから、陪審員は自己の宣告について責任を負わない。陪審員は自己の良心以外の法律を持たず、自己の固有の意識以外の裁判官を持たない。陪審員の宣告は神の託宣に似ている。なぜなら、神の託宣は、その結果が見えるだけで、その理由においては神秘的であり常に神聖なものであるからである。

しかしながら、ここで恐ろしい権力をもって有罪と無罪に関して宣告するこの神の託宣は、人間の心情から生じるものに過ぎない。誰がその無思慮を妨げるのか。誰がその良心の喪失を妨げるのか。むろん誰も妨げはしない。しかし、無思慮と良心の喪失とに対しては、両者に対する有力な対抗物が存在する。陪審員が、そこにおいて自己の宣告の責任を負わねばならないであろうような市民の裁判所は存在しないが、しかし、なお世間という裁判所が存在しているのである。そこでは、人間性を失っていない全ての罪ある者は赤面し、いつもは他の法廷を恐れる必要のない者ですら、それを恐れるのである。これは、世論という裁判所、公衆という検閲官であり、それは名誉で報い恥で罰するのである。したがって、陪審裁判所の判決とその判決の基礎となっている手続も、公開でなければならない。公衆は、あたかも公衆から選ばれた人々がその職務を遂行するように、証人としてそこに存在しなければならない。というのも、その職務によって一方では犯罪者に対する国民の権利が、他方では権力に対する国民の自由が保護されるべきだからである。国民は判決を知るだけではなく、審理も見かつ聞かなければならず、そうすることで国民自身が共に判断し、国民である陪審員の措置を監視し、陪審員の宣告を評価し、それに従って承認又は非難を公正に割り当てること

ができる。陪審員が国民のために行動するように、陪審員はまた国民の前で行動しなければならない。陪審員の良心が罪ある者を放免するか又は拘束するかの決定を行うのと同様に、公衆の良心が陪審員を承認するか又は非難するかの決定を行わなければならないのである。手続のこのような公開によって初めて、陪審裁判所という制度はその目的を達成する。それによって陪審裁判所はあらゆる関係において国民の裁判所となるのである。この手続の公開によって秘密の恐ろしいペールは引き剥されるが、秘密は、正義にはほとんどふさわしくなく、権力と恣意がその背後に隠れ得るが故に恐ろしいのである。

陪審裁判所をドイツで採用されている刑事裁判所に対置し、両者の原則と手続を比較すると、いたるところで決定的な相違が明らかとなり、その相違は陪審裁判所の輝くばかりの長所を一層際立たせ、そして人類の普遍的な理想のためと同様に陪審裁判所のために我々をほとんど夢中にさせ熱狂させるに違いない。陪審裁判所は、そこでは立派な作品として立ち、素朴かつ偉大であり、自由そのものにより発明され、英知によって完成されたものである。このような陪審裁判所に対してドイツの刑事裁判所は、陰鬱な恐るべき牢獄として立ち、それは陰鬱な時代にはその奴隷にとっての暴君を根拠づけ、後になって初めて、個々の部分においてよりよい人間的な感情を明るく、かつ自由市民にとってもかなり住み得るようにしようとしてきたのである。ここドイツにおいては（一願わくはドイツの裁判所の体制とそれに根拠を有している糺問手続の描写の輪郭を陪審裁判所を賛美する者の精神で描くことを私に許されんことを一）、被告人が自ら自己の運命をその者の手に委ねる裁判官は問題とならない。恒常的な職権で全ての臣民を裁く一団の刑事裁判官が、いつなんどきでも全ての者の首に刀を差し出すのである。恐るべき刑罰権は、常に威嚇しつつ、かつ秘密の暗闇に覆われて非公開の法廷から判決を生ぜしめるが、それは市民がその維持のために国家に自らを委ねている生命に関して判断するものなのである。このような行使の形式における刑罰権は、正義

の行為としてというよりはむしろ専制として現れるのであり、あらゆる者の侮辱を贖う手段、各人の自由の公平な防禦の手段としてというよりは、主権がそれによって自分自身の侮辱に復讐する道具として現れるのである。

被告人は自己の裁判官から切り離されている。被告人の訴訟は自己の裁判官から分離されて自分に対してなされるのであり、裁判官は被告人を見たり聞いたりしない。被告人の声と防禦の言葉は、媒介機関を通じてのみ裁判官へと達するのである。裁判官は、被告人に不利な証人も有利な証人も聴聞しない。生々した言葉は、それが人々に届いて人間存在と人間の自由とに関する判決として彼らの中で再び復活する前に、まず調書の中で冷い活字となって死滅しなければならぬのである。糺問それ自体は、その決定と同様にその開始から終結まで秘密に充ちている。被告人は、支援もなく、弁護人もなく、孤立して、見捨てられて、糺問官の前に立つのであるが、その糺問官は、おそらく糺問の前に既に心の中では被告人に地獄行きの刑を言い渡している。糺問官は被告人を有罪とするために全身を緊張させている。なぜなら、彼の糺問官としての名誉は、彼が上級裁判所へ引き渡す有罪者から専ら生ずるからである。なるほど糺問裁判官は、罪ある者も罪なき者も公平に糺問するように、罪なき者をすら自ら有罪を認めるように誘惑し得るであろう策略を用いないように、任意にのみ自白されるべきことを強制によって強要しないように、何の付加・省略・修正もなしに全てを忠実に調書取るように、法律によって厳命されてはいる。しかし、それは遵守の保障を欠いている法律ではないのか。というのも、正直な者はそれを必要とせず、不正直な者がそれを踏み越えても処罰されないからである。調書の真実性を監視する目、その虚偽を発見する監督、真実の故意の又は意図的でない修正若しくは抑圧を妨げる力は、どこにあるのか。裁判所書記は、通常従属的な人間であり、裁判官が彼に口述することを筆記するのである。被告人は、恐れから、又は判決裁判所がいつかある事情において多かれ少なかれ見い出す重点を予想しないが故に知らないから、裁判官と書記によって彼等の好むように言わされ

たり筆記されたりするのである。札問裁判官を監督するために、彼には2人又は数人の陪席すなわち所謂参審人 (Schöppen) が監視人として付せられていたが、しかし、参審人たちは大抵、そこで自分がどこに座るかもほとんど知らず、結局、ただそこに居て調書の結びに、二、三の署名をするに過ぎない。かくして、全手続の上に存在するのは、陰鬱な疑い深い秘密である。被告人は、孤独な監獄からまさにほとんど同様に孤独な裁判所内の監房すなわちこの仕事場へと導き入れられるのだが、そこで自己の全市民生活を脅かす矢が作り上げられるのである。被告人は、何か特別な慈悲による以外は、自己を密告した者を知らないし見ることもない。被告人は、なお欠如している自白を対質という精神的拷問によって彼から採取することが肝要な場合以外、自己を告発する証人を見ることはない。被告人が自ら同胞の前に姿を現すのは、彼が既に決定的な賽が投げられた後で処刑台又は監獄へと連行される時だけである。なるほど被告人には大抵弁護人が許され、彼と相談でき、一 (しかし、秘かにそして関係ある裁判所の職員の立会いという監視の下で) 一そしてこの相談は、その相談及び記録に従って弁護を書くために行われるが、しかし、この弁護は、それがまさに老練なものであるときは、全ての利口な裁判官が記録それ自体に従って言うに違いないことはむしろ言わず、その弁護の内容を知っている者は、その者たちがその根拠にどれほどの重要性を与えるようとするか否かだけが彼ら次第である者たちだけなのである。

罪なき者をそのような訴訟のやり方から守り、人間性をそのような訴訟の原則と融和させるために、緩慢という原則が慣習と立法との助けを借りた。我々の先人はしばしば、朝に法廷に連れてこられた被告人が、その夕方にはもう罪人として絞首台で処刑されるのを見た。我々の同時代人は、札問の半年後にもう刑が言い渡されるのを、迅速な裁判の手本と見做して、被告人が念入りの札問の故に監獄で2年間を過ごし、それから結局多分、有罪の証明なしという無罪判決 (Lossprechung)⁽¹⁾又は懲役刑を言い渡す判決をそこから引き受けても、少なくとも憤りを感じることはない。たしかに、これが悪

であることを人は承認する。しかしながらイングランド人ですら、重苦しい形式は自由な国民が自己の自由のために支払う対価である、というのではあるまいか。緩慢は慎重の母であり、急ぎは早計の母である。このような観点からわが刑事訴訟法は賢明にも糺問の過程に重点を置いてきているが、それによれば、正確かつ適切に歩むように等しく強制しないとしても、少なくともその過程が早く進行することを妨げるのである。すべては、たとえそれがその核心においてなおそれほど重要ではないとしても、それが同様にその核心と非常に遠くかすかな関係しかないとしても、その偶然的な蛇行や湾曲の中で追及されなければならないのである、それも、糺問判事が当該事件を汲みつくし、かつ記録を仕上げたと宣言できるより前に。ある重要な事情（Hauptumstand）にかかわることになれば、それは判決裁判官によって刑事判決の起案のために顧慮され得る前に、少なくとも2回又はそれ以上に種々の機会に種々の形態で記録されなければならない。証人たちは当該事件に関して詳細に、筋を通して、かつはっきりと証言している。しかし、この供述が未だなお概略的なものに過ぎないと、証人たちは同一の点に関して以下のような項目に関するもう一度尋問されなければならないのである¹²⁾、すなわち、それらの項目は結局同一の帰結を与えるのだが、その帰結は既に記録の中であまねく読み取ることができ、かつ、より明確でないとしても、しかし、それらの項目を成す段落によって少なくともよりはっきりとなっていたものなのである。犯人は自白し、全ての事実をあらゆる事情と共に物語っていても、これは十分ではなく、犯人は少なくとももう一度それらの事情を認めなければならず、そして、その物語は、その完全な関連において既に全体が汲みつくされているのに、なお、1点また1点、1片また1片、その部分に分解され、そして次々と特殊な項目に対する答えによって記録に付け加えられなければならない。そのようなことさえ行われているのである！しかし、被疑者・被告人が自分自身に不利に虚偽の自白をするかもしれないから、場合によっては入手できるなおあらゆる他の証拠が、あたかもそれだけで被

告人が有罪を言い渡されなければならないかの如く、まさに仰々しく互いに重ねて積み上げられるのである。かくして我々の重罪の糺問の入念さは、概してその冗漫さによって制約されており、事件の内的実質は記録の山の表面的な重さによって制約されている。そして、この順序正しい入念さを、被疑者・被告人は自己の自由の不名誉この上ない長い損失で贖い、同様に国家は、エネルギーの損失と刑罰権の威嚇力の損失で贖うのである。

罪なき者を誤りの危険から守るために同様の精神で案出された第二の方法は、有罪の証拠のひどく几帳面な制限である。わが裁判官は、悪人を有罪だとすることが問題となる場合には、どんな理性であれひどく几帳面に慎重であるときにも疑わないところで疑わねばならない。被糺問事件の完全な証拠は、一あたかも、犯罪の確実性が、すべての歴史的な確実性が流れ出てくる源以外の源から生ずるかのよう、ここで国家は、注意深い人間がそもそも重要な決心、影響の大きい行為をする気になるために当然必要とする確実性及び確信よりも一層厳格なそれを必要とするかのように一あり得ない条件が与える以上の確実性を与えはしない条件に専ら制約されており、それは罪ある悪人を罪なき市民に劣らず庇護する条件なのである。犯行それ自体の証拠については、その犯行が性質上痕跡を残していれば、確信は、一証拠不十分の刑罰の際には一たとえ、その犯行の真実と性質に関するあらゆる疑問が証人と被告人の自白によって取り除かれるとしても、裁判官自身又は裁判官の道具すなわち鑑定人の固有の見解から生ぜねばならない。また、行為者であることの立証については、行為者自ら裁判所で自己の自白によって明らかにせねばならないか、あるいは、犯行の際に行為者を自ら見た少なくとも2人の証人が行為者に対して挙げられねばならず、かつ、その2人の証人はあらゆる異議を超越していなければならない¹³⁾。それ故に、犯人の立証はほとんど、自らを有罪たらしめる犯人の無思慮又はお人好しにのみ基づいているのである。かくして行為者は、その犯罪を証人たちの前で実行する程の愚か者でなければならなかったか、さもなくば、自らの自白によって自己に不利な

証拠を裁判官に与える程の弱者か正直者でなければならなかった。こうして、なるほどわが裁判所は、少なくとも最近は、いずれにせよ罪なき者が処刑台を登ったことはほとんどないという名誉をもつが、しかし概して、より大きくより巧妙な犯罪人が法律上の手段により処罰を免れているのに、より小さな犯罪人のみが法律上の刑罰によって捕捉されるに過ぎない、という非難をも受けるのである。わが法律がなお拷問という神の託宣を有罪の立証の手段に含めていたときには、自白又は直接的な目撃証人に基づいてのみ立証することは、全く首尾一貫していた。なぜなら、両者が欠如していたところでは、獄吏の従僕の拳は、被告人からその意思に反して自白を獲得する全く強力な手段だったからである。そうこうしているうちに拷問は消滅したが⁽¹⁴⁾、法律は新たな前提条件によるその帰結を生ぜしめ、それをひとりで自ずから生じる必然的な一般的な真理として取り扱った。しかしながら、一般的な悟性と国家の利益とは、この永遠の真理について重大な疑念を見出した。かくして、中道を通じて後者を前者と結び付けることが試みられ、そして不完全な法律上の証明の際の特別刑という理論が発明されたのである⁽¹⁵⁾。すなわち、人が自身で被告人について、その有罪が法律上は立証されていないと認めた場合には、少なくとも刑の一部分が被告人に科されたのである⁽¹⁶⁾。人々はあちこちでこの前提条件からなおより危険な極端へと至り、非法律的な理由からの完全な有罪立証の場合に特別刑を制限するのみならず、それを明白な推認のみが被告人に対して存在し、かつ特別な重罪の嫌疑を惹起した場合にまで拡張したのである^{(17) (18)}。

かくして大抵言われることは、従来 of 刑事手続は、野蛮と人間性の原則、真理と矛盾の原則、性急さと最も重苦しい緩慢さの原則とが結合された、最も奇怪な矛盾の産物である、ということなのである。

ドイツの刑事訴訟の描写における上述の個々の特徴が、必ずしも全てあらゆるドイツの裁判所においてもまた見い出され得ないとしても、それは大抵の裁判所にとって大部分適切である。かくして陪審員の制度が、わが隣国に

おけるが如く（そこではその政治的な再生の前に類似の刑事手続をドイツと共通に持っていた）わがドイツでかくも多くの崇拜者及び支持者を見出ししている理由は、容易に理解できる。長い夜からその眼を喜んで日の出に向けている者がいるであろうか。その場合、その眼は不慣れな輝きによっていかに容易に幻惑され、そして、その対象それ自体には見い出され得ない美しい色彩が眼前に揺らめくのを見ることであろうか！

我々は、わがドイツの刑事手続が、改革、それも本質的な変革を必要としていることを喜んで認める。しかし我々は同時に、わが制度の古い欠陥と共に同時にその長所をも放棄する理由を我々が持っているかどうか、我々が陪審制をわが国で整備することによって、多くの優れたものを入手する一方で、しかしなおより多くの有害なものを得ることになり、利益を重大な短所で購う破目にならないであろうかどうか、ということを公平に研究しようと思う。陪審制がわが国に転用され、その本来の故郷ではそれに付随し、かつそこにおいてのみあの短所を喜んでその長所で購うほど大きくかつ優勢に十分な長所を与えることなしに、ただその短所をわが国にもたらすだけなら、どうであろうか。多くの人間的な制度は、母なる大地におけるその固有の風土の下でのみ繁茂し、そこで大きくなりすぎ、よそへ移植されるや否や、自己に必要な生活資料を欠き、遂にあらゆる人為的な世話にもかかわらず枯れ果てるか又は実を結ばない花しか咲かせない植物に似ている。このことが陪審制に当てはまることを証明することが、以下の全ての考察の意図なのである。

〈訳 注〉

- (1) これはソポクレスの悲劇『オイディプス王』のなかのオイディプス王の科白である（訳文はソポクレス/藤沢令夫訳『オイディプス王』〔岩波文庫〕28頁による）。
- (2) フォイエルバッハは1813年のバイエルン刑訴法案の起草にあたって、「一人の無実の者も処罰されてはならず、またいかなる有罪者も法律の要求する以上に厳しく処罰せられるべきではなく、さらに一人の有罪者も刑を免れたり不当に軽く処罰されてはならない」（佐伯千仞「フォイエルバッハと法定証拠主義の運命—1813年のバイエル

ン刑訴法の証拠法を中心として—（1）」立命館法学102号〔1972年〕129頁）、ということにまず刑事訴訟の目標を求めている（vgl. Rudolf Thierfelder, Anselm von Feuerbach und die bayrische Strafprozeßgesetzgebung von 1813, ZStW. Bd.53, 1934, S.413）。

なお、バイエルン国王は当初からバイエルン刑訴法への陪審制の採用を拒否していたから、フォイエルバッハはバイエルン刑訴法案の起草の際に陪審制については考慮の外においている（vgl. Rudolf Thierfelder, Anselm von Feuerbach und die bayrische Strafprozeßgesetzgebung von 1813, ZStW. Bd.53, 1934, S.412）。

- (3) ここではモンテスキューが援用されている（訳文は、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）294頁による）。
- (4) フランスの1809年の治罪法では、それまで存在していた起訴陪審は採用されなかった（中村義孝編訳『ナポレオン刑事法典史料集成』（法律文化社、2006年）44頁以下参照）。
- (5) quaestiones perpetuae につき、柴田光蔵『ローマ法概説』（玄文社、1983年）334頁以下参照。
- (6) アテナイの陪審裁判につき、橋場弦「アテナイの民主政における司法への民衆参加」佐藤篤士／林毅編著『司法への民衆参加—西洋における歴史的展開—』（敬文堂、1996年）1—18頁参照。
- (7) 古代ゲルマンの民会につき、林毅「ゲルマン古代の民衆裁判」佐藤篤士／林毅編著・前掲書49頁注（3）参照。
- (8) ここでもモンテスキューが援用されている（訳文はモンテスキュー／野田良之ほか訳・前掲書294頁による）。
- (9) これは1809年のフランス治罪法342条において規定されている、評議の前に陪審員に対して行われる指示である（中村義孝編訳・前掲書91—92頁参照）。
- (10) これは、フランス国民議会（1791年）における委員会委員の Thouret の発言である（この点につき、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〔二・完〕—フランス1791年刑事訴訟法制定過程議會審議録からの紹介と検討—」（東北大学）法学54巻4号〔1980年〕168—169頁参照）。
- (11) これは、罪とならずという理由での無罪判決（Unschulderkenntnis）とは区別される（佐伯千仞「フォイエルバッハと法定証拠主義の運命—1813年のバイエルン刑訴法の証拠法を中心として—（2）」立命館法学103号〔1972年〕271頁参照）。
- (12) このいわゆる「項目尋問」に関連して、カルプツォフは、「尋問・聴取は項目ごとに行われなければならない。従前よりのザクセンの裁判慣習に従えば、犯罪に関して裁判官が項目を作成し、被告人はそれに対する認否を回答せねばならないのである」、「合

法的な尋問・聴取であるためには、尋問項目が明白・明確で、理解しやすいものでなければならない。』、等と論じている（宮本弘典『国家刑罰権正統化戦略の歴史と地平』〔編集工房 朔、2009年〕387-388頁参照）。

- (13) カロリナ刑事法典22条は、有罪判決には直接証拠たる自白又は2人以上の証人による証言を必要としていた（この点につき、宮本・前掲書340頁、344頁、359頁注34参照）。
- (14) 拷問の廃止は、プロイセンにおける1740年6月3日のフリードリッヒ大王による拷問の廃止の閣令、1776年1月2日、テレシアーナ刑事法典（オーストリー）からの拷問の排斥の動き、そしてドイツ各地での拷問廃止の動向に連なって、バイエルンでも遅滞きながら1806年に実現された。拷問の廃止は、糾問訴訟の構造へ間隙を作り出すことになる。というのも、被疑者・被告人には真実を告白する義務があり、この義務のうえに一あるいはその否認に対し供述義務の履行を強制する制度としての拷問是認のうえに一糾問主義は成立してきたからである。そこでフォイエルバッハは、この間隙を埋めるべくその刑訴法案（192条-201条）では不服従罰の提案を行い、それが1813年のバイエルン刑訴法（187条-195条）に採用されたのである（佐伯・前掲論文（1）130頁参照）。

因みに日本では明治12年（1879年）の太政官布告により拷問の廃止が宣言された。

- (15) カロリナ刑事法典は法定証拠主義を採用し、その22条は有罪判決には直接証拠たる信用できる自白（60条）又は少なくとも2人の信用できる証人の証言（67条、69条）を必要とし、一定の徴憑があれば自白獲得のために拷問の使用を認めていたから（この点につき、宮本・前掲書298頁注13、313頁参照）、拷問の廃止によって自白獲得ができなくなると法定証拠主義に基づく有罪判決が困難となり、嫌疑刑としての *Poena Extraordinaria* という用法が重罪に対しても用いられるようになったわけである（藤本幸二『ドイツ刑事法の啓蒙主義的改革と *Poena Extraordinaria*』〔国際書院、2006年〕183頁参照）。
- (16) いわゆる嫌疑刑のことである。「半証明に基づく嫌疑刑の科刑という考え方は、17世紀の末までには重罪の場合にもその適用範囲を拡大されることとなった」（藤本・前掲書177頁）、と言われているが、各国における拷問の廃止がそのような動向に輪をかけたのである。
- (17) オーストリアにおいてマリア・テレジアが拷問を廃止する以前にも、1770年のザクセン選帝侯フリードリッヒ・アウグスト3世による政令の中に、「半証明がなされた場合については、一従来ならば拷問がなされるべきとされていたが一今後は、重労働を伴う収監が宣告されるべきものとする。これは、最も重い犯罪に対しては終身の、それ以外の重罪に対しては有期の収監とする。』、と宣言されている（藤本・前掲書177

-179頁参照)。1775年12月23日、ヨーゼフ二世（オーストリア）による拷問廃止の裁定においても、「〔拷問廃止後〕現行法により拷問の十分な嫌疑ありとの心証あるも、拷問による以外にその証明手段なき場合、裁判官は審問を終了すべし。但し、審問をかくの如く終了する場合、よくよくの考慮によりて得られる最終知見により、特別刑のみは科し得るものとし、その量定は嫌疑の程度によるべし」と述べられている。この「特別刑」が嫌疑刑を意味することは言うまでもない（宮本・前掲書312-313頁参照）。

- (18) 嫌疑刑は1820年代に頻繁に言い渡されたが、それに対する批判は啓蒙主義の影響の下で強まり1830年代には姿を消し、それに代わって仮放免が次第に増大した。仮放免とは、有罪判決に十分な確証なき場合なお有力な嫌疑があることを条件として言い渡されるもので、確証無罪判決と異なって新たな嫌疑理由が生ずるなり判明すると、いつでも審問を再開できた（光藤景皎「刑事訴訟法における二、三の原則の生成素描—ドイツに於ける仮放免の廃止を中心として—」『[平場安治博士還暦祝賀]現代の刑事法学（下）』〔有斐閣、1977年〕96-97頁参照）。このような仮放免の制度を克服するには、弾劾主義の思想が必要とされた。言うまでもなく、近代の刑事訴訟は弾劾主義を前提にするもので、「訴え」と「裁判」が未分離の前近代の糾問主義に対して、三権分立を前提に訴追と裁判の分離を要求するものである（カリナ刑事法典は、6条、46条、188条で職権による審問の開始を認めている〔宮本・前掲書341-342頁〕参照）。というも、「弾劾主義だけが真の意味での裁判官を知っている」と言われるように、「原告であり裁判官である地位を同じ人間に負わせることはその者に心理的にみて耐えがたい負担を負わせることにな（り）」、公正な裁判を保障することができなくなるからである（横山晃一郎編『現代刑事訴訟法入門』〔法律文化社、1983年〕54頁〔光藤景皎〕）。そして、「原告の主張を原告が立証できなかったなら被告は無罪を言渡される権利をもつ」（「疑わしきは被告人の利益に」〔in dubio pro reo〕。この原則の成立に伴い嫌疑刑は消えていった）というのは、弾劾主義からの帰結でもある（同上・52頁〔光藤〕参照）。したがって裁判所は、有罪が証明されなければ無罪を言い渡すほかなく（「黒か黒でないか」）、弾劾主義の下では無罪判決は（「黒でない」という）一種類しかなく、それは嫌疑刑や仮放免の廃止の要求となり、それらの廃止はとりもなおさず in dubio pro reo 及び ne bis in idem（一事不再理の原則）の確立を意味したのである（同上・60頁〔光藤〕参照。なお、光藤・前掲論文88頁以下参照）。

（続く）