

# 犯罪被害者と検察審査会制度（上）

——デュポールの「公序」概念を手掛かりとして——

福 井 厚

## 目 次

- 1 はじめに
- 2 デュポールの「公序」概念
- 3 デュポールの刑罰論
- 4 デュポールにおける犯罪被害者  
(以下、次号)

## 1 はじめに

犯罪被害者の刑事手続への参加は、現代における刑事司法の動向の重要な特徴の一つとなっているが、この点につき、拙著では大要、以下のような整理を行ったことがある<sup>(1)</sup>。

近代社会においては、各個人が土地や身分や家族などの拘束から解放され、自由で、平等で、独立の市民からなる市民社会が成立すると、国家と市民が対等なものとして位置づけられることになる。その結果、刑事手続においても、訴追された市民は対峙する国家と対等な存在であると措定する当事者主義こそ、近代市民社会における刑事手続の正統な構造と把握されることになるわけである。(中略)。

従来、通説は（検察官の）公訴権を実体判決請求権と理解してきたが、それは、このような近代市民社会の成立を前提に、当事者主義こそそのような社会と整合性のある刑事訴訟の構造であるという把握にほかならな

い。そのような理解を前提にする限り、検察官が公訴を提起し、無罪判決で訴訟が終了したからといって、必ずしも検察官の訴追が誤り（失敗）だったことを意味するものではない。（中略）。「罪を犯したと疑うに足りる相当な〔嫌疑〕」（刑事訴訟法199条1項）が被疑者を逮捕する際に要求される嫌疑の程度であるが、当事者主義を前提にすれば、訴追に際してもそれより高い程度の嫌疑が要求される、ということにはならないであろう。このように、実体判決請求権説は、三権分立に基づく弾劾主義を前提に無罪の推定に立脚した、捜査の弾劾化と公判中心主義＝当事者主義と整合性のある公訴権理論ということができるのである。

しかし、被告人を犯人と措定し厳罰（ないし死刑）を求める被害者（ないしその遺族）が刑事裁判に参加し、求刑まで行った結果が無罪（あるいは死刑ではなく無期懲役）ということになれば、それは（少なくとも被害者にとっては敗北を意味し）訴追が誤り（失敗）だったことを意味することになる。そのような理解こそ、「実体法的なもの」と訴訟法的なものとの混戦、「訴訟法と実体法との区別を十分に認識しないもの」として批判されてきた有罪判決請求権説と言うべきではなかろうか。というのも、有罪判決請求権説は、訴追者たる検察官と審判者たる裁判官が一体となって犯人必罰を目指す糺問訴訟を志向する説であったからである。そもそも、検察官の訴追は被害者（ないしその遺族）の私的な復讐や損害賠償を目的とするものではなく、公益に資するものであり、検察官は公益の代表者として刑罰権を請求する権限を法律により付与されているに過ぎないのである（検察庁法4条参照）。

私見はこのように、当事者主義という観点から被害者参加に疑問を呈してみたものである。しかし、私見はそのまとめの部分で、「犯罪被害者の救済の基本は福祉の領域にあることから出発すべきであろう」<sup>(2)</sup>と述べているので、公判段階のみならず刑事手続のあらゆる段階から犯罪被害者（ないしそ

の遺族)を締め出し、犯罪被害者を福祉の領域に追いやるものであるかのごとき誤解が生じかねない。右拙著を刊行後、検察審査会制度につき論じる機会があり<sup>(3)</sup>、それらの拙稿を執筆する過程で、訴追の段階で犯罪被害者（ないしその遺族）の果たすべき役割につき考えるところがあった。その際、とりわけアドリアン・デュポールの見解<sup>(4)</sup>から大きな示唆を得ることができた。そこで本稿では、デュポールの見解を紹介しつつ、刑事手続への被害者参加につき考えてみたい。

## 2 デュポールの「公序」概念

1789年のフランス人権宣言全17か条は、「万人が共有する一般意思を、万人が合議によって確認しこれを法律として表現し、各人がそれに従うならば、実は自分自身の意思に従うことに他ならないから、一部の人の特殊意思に服従を強いる圧制したがって不自由不平等から完全に解放されて、自然権を他者のそれと抵触しない限りにおいて心のままに享受できる」<sup>(5)</sup>というルソーの思想の影響を受けたものであった。たとえば、「人は、自由かつ権利において平等なものとして出生し、かつ生存する」(1条。以下、人権宣言の翻訳は高木八尺・末延三次・宮沢俊義訳『人権宣言集』〔岩波文庫〕による)という宣言には、「ルソー的共同体的理想主義」<sup>(6)</sup>が表れている<sup>(7)</sup>。もっとも、代表を認めている人権宣言6条と「一般意思は代表できない」<sup>(8)</sup>というルソー自身の見解との関係については、「一般意思を『全人民の人権の平等保障の意思』と捉えて、代表制の陥りがちな腐敗の歯止めとすることにより、一般意思と代表制とを両立させ、空想的で危険なルソー思想の教条主義的解釈を明確に否定した点に、むしろ人権宣言の独創性を認めるべきである」<sup>(9)</sup>という解釈が示されているところである。いずれにしろ、その人権宣言全17か条の立案の過程で中心的役割を演じたのはアドリアン・デュポールであり、その人権宣言17か条の論理構造は以下のように統一的な思想体系をなして

いた。すなわち、――

人は本来自由で権利において平等な存在である（1条）。それゆえ各個人は、本来持っているその自然で時効にかからない権利（自然権）すなわち自由、所有、安全および圧制への抵抗の権利（2条）を、他の全ての人と平等に行使しようとする意思を持っている。それが万人が共通して持っている一般意思である。各人の自然権の自由な行使は、他者の自然権を侵害せず確保する限界を超えないことによって平等でありうる（4条）。それゆえ一般意思は、他のすべての人と共に、この限界を超えまいとする意思である。しかし人は特殊意思に妨げられて、このことを知らず、忘れまたは蔑視しがちであり、その結果、権力者が人民の権利の自由な行使を抑圧しがちである（前文）。これを防ぐために、すべての人は自らまたは代表者の合議によって自己とすべての他者とが共有する一般意思を確認しこれを法律に表現し、その法律に平等に従うべきである（6条）。それゆえ法律が禁止しうるのは、自然権行使の限界を超えて他者の自然権を侵害し、社会を侵害する行為のみであり、命令しうるのは、他者の自然権を侵害せず確保する行為のみであり、したがって法律に禁止されない行為をすること、命じられない行為をしないことは自由である（5条）。このような関係の下に法律すなわち一般意思に従って結合した人々の団体が国家を構成し、その人々すなわち国家の構成員が国民である。このように国家の統治権とその意思のあり方は法律すなわち一般意思に従って決められるが、一般意思は国民の合議によって確認され表現されてはじめて法律となるのであるから、国家の統治権とその意思のあり方を最終的に決める権力すなわち主権の原理は、国民のなかにある（3条前段）。またしたがって政府は、国民によって選任されることにより国民から明示的に発する権威を行使し（3条後段）、人民の一般意思である法律に従って各個人の自然権の保全を目的として権力

を行使する（2条前段）。行使の濫用を防ぐために、権力は三権に分離され（16条）、市民（各個人としての国民）には、抵抗権のほか、7条以下に定める各種の刑事上の人権、思想・意見の表明と伝達<sup>10</sup>の自由、所有権の不可侵、諸権利の保障のために必要な公的実力の維持と行政の費用として負担すべき分担金の公平な割り当て、同意権、行政の報告を求める権利が保障される<sup>10</sup>。

ここには「ホッブズの、正義によるのでない秩序至上主義」<sup>11</sup>からの転換が見られるが、言うまでもなくそれは上述したルソーの思想を經由して到達した地平であり、そこに至る過程でデュポールの果たした役割はいくら強調しても強調し過ぎるということはないであろう<sup>12</sup>。

このように、人権宣言は部分的にも全体的にもデュポールを中心とするグループの理想を成文化したものであるが<sup>13</sup>、新しい刑事訴訟法の立法過程においてもその中心となったのはデュポールであった。

すなわち、1790年11月27日、デュポールは立憲議会の本会議において、刑事手続制定のために設置された憲法刑事法合同委員会を代表して、陪審制に基づく新刑事手続法案、「治安警察、重罪司法および陪審員の設置に関する法律案」の報告を行ったが、その最初に強調されたことは、「公序」<sup>14</sup>ということであった。すなわち――

私どもを忙殺させている事業の差し迫った目的は、公序（ordre public）をみだし、公衆または個人の自由を傷つける者の探索（recherche）と処罰（punition）であります。それゆえに、社会のなかにあつて、真に公序を構成するものについての正確で、健全な観念があらかじめ形成されていることが必要であります。従来あまりにも濫用されてまいりました公序（傍点を付した箇所は原文ではイタリックである。以下同じ―訳者）という、この言葉の厳密な意味を定義し、これを揺る

ぎないものにしなければなりません。専制主義とその手先から、この錦の御旗 (bannière) を永久に奪い取らなければなりません。彼らは、あるときは、その瀕死の力をこの旗の周りに結集し、自由の友を押し潰そうとしたのであります。この旗は自由の友にこそふさわしいものであります。願わくは、自由の友がこの旗を奪回いたしますことを。自由の友のみが、この旗に栄光を与えることができるであります。自由の友のみが、この旗を擁護するすべを心得ております。

いつの時代におきましても、権力のただなかにあつて、権力、ただそれのみを愛する人びと、権力を行使することに対するよろこびから、あるいは権力を行使することに対する期待から権力にしがみつく人びと、人民はつねに過ちを犯し、権力の手先はつねに正しいということを理由に、みずからをすべての社会的諸関係の中心となし、みずからのまわりに、みずからに対して果たすべき義務しか認めない人びとが存在しておりました。かかる者どもが、専制君主のもとに結集し、不正と圧制へのおとなしい隷属、恥ずべき忍従を公序と称してきたのであります。紳士諸君、このようなところに諸君の主義もなければ、われわれの主義もありません。

公序の真の基礎、正当の基礎、唯一の基礎、それは正義であります。

なんびとも、みずから署名した協約以外のものによって、またはあらゆる協約の基礎をなしている正義以外のものによって、強制を加えられてはなりません。私の意思、私の利益に耳を傾けなかったような協約が仮にひとつでも存在するといいますならば、この協約は、私に関する限り、無効であります。力づくでこの協約に従うようこの私を強制するといいますならば、この力は非合法的なものであり、それゆえに、もはや圧制以外の何物でもありません。このような圧制に対しましては、私は抵抗できるし、抵抗しなければなりません。仮にも刑罰によって私の反抗を威迫するといいますならば、この刑罰も、同様に不正であ

りましょう。それと申しますのも、刑罰は正義を遵守することを強制するために用いられる力づくの手段であり、この手段は、つねに正義を前提とし、決して正義にとって代わるものではないからであります。

ところで、もし法律がなんにんかの人びととのあいだの妥協でしかなく、各人が自然から受け継いだ神聖な諸権利、その保障のゆえに各人が社会生活を営んでいるこの神聖な諸権利、これを法律が各人に対して保障しないといたしますならば、もし法律が結合した人びと（associés）の一般利益に向けられず、少数の個人の利益を満足させることのみを目的としているといたしますならば、もし法律がある階級の人びとの為のみ存在し、寝ずの番をし、心配し、武装し、他のすべての人びとをなおざりにするといたしますならば、あなた方は、このなおざりにされた人びとから服従を期待すべきではありません。しかし、これらの人びとも、ついにはみずからの権利に目覚めて立ち上がり、みずからのまわりを見渡して、到るところにこれらの権利が自然の手によって書かれていることを認めるであります。これらの人びとは、とりわけ彼らを抑圧する者の弱さのなかに、これらの権利を認めるであります。そうなれば、これらの人びとは正義と力との、正当で、かつ尊敬すべき同盟によって恐るべきものとなり、これらの人びとがもはや奴隷であることを欲しなくなるや否や、すでにこれらの人びとは奴隷であることをやめているであります。

かくして、われわれの眼前で、あの崇高で、栄光に満ちた大革命（Révolution）が遂行されたのであります。この革命は、他の諸民族をして彼らの権利に目覚めさせ、いつの日か、彼らの模範として役立つであります。また、彼らを抑圧する者たちに対しましては恐怖となるであります。この革命は、専制主義の隠然たる無政府状態、現実の無秩序を打ち砕き、これに代えて、真の秩序を樹立したのであります。この秩序は、正義と権利の平等を基礎としているのであります<sup>(15)</sup>。

デュポールによれば、「大革命、憲法、公序という三つの事物、これがここで区別されなければならないのであります。大革命はあらゆる種類の奴隷制度を打ち破き、憲法は自由を樹立いたしました。公序はこの自由を維持しなければならないのであります」というのである。なぜなら、「もし無政府状態や無秩序が到来するといたしますならば、それらはこの〔大革命によってフランス人に与えられた〕よろこびを打ち破き、消滅させる」からである<sup>(16)</sup>。

このようにデュポールの言うところの公序は、正義と権利の平等を基礎とするものであり、暴力によって「不完全で怪しげな服従をもぎ取る」<sup>(17)</sup>専制主義の時代の「公序」とは本質的に異なるものなのである。さらにデュポールは以下のように法律の意義について語るが、それは「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・道徳・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、それに従う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に、外ならなかった」<sup>(18)</sup>、というルソーの社会契約論を前提とするものであった<sup>(19)</sup>。

法律がもはや人間相互間の自由な協約の表現以外の何物でもないいたしますならば、あるいは、正義がこの法律の諸規定を書き取ったものであるといたしますならば、この法律をこそ告知すべきであります。そうならば、あなた方は服従を得るでありましょう。・・・あなた方の刑罰はより穏やかなものとなり、より稀なものとなり得るでありましょう。そうならば、法律はすべての市民にとって最も貴重な関心事となるでありましょう。人びとが生きることを望むのはこの法律のためであります。人びとが死ぬことを覚悟するのもこの法律のためであります。祖国と法律に対する愛の力と愛の激しさ、誰がこれを知らないであります

しょうか。・・・・・・・・。

・・・・・・・・。

・・・・・・・・。

ああ、誰が正義にあらがうことができるでありますでしょうか。

怒り狂い、苛立ち、すべてのものを転覆させようと身構えている民衆をご覧戴きたい。その盲目的な激情の真っ只中で、この民衆が追い求めているもの、それは正義であります。少なくともその心象であります。正義の行動によってこそ、民衆は引きとめられるであります。ましてや、仕事に忙殺されている温和な人びとが、どうして正義によって導かれないでありますでしょうか。

ひたすら正義に忠実であるべきであります (soyez justes seulement)。そうすれば、民衆は平穩になるであります。いずれにいたしましても民衆は、専制主義のもとにおいてさえも平穩なのであります。

恐らく誰であっても、自由と平和のいずれかを選択しなければならないといたしますならば、平和よりも自由を選ぶに違いないであります。しかしながら、このふたつのものの結合によってのみ、彼は幸福なのであります。平和と正義に守られてこそ、彼はたやすくその能力と才能を伸ばし、自然のもたらしてくれる恵沢と労働の成果を享受するのであります。

公序が真に開花した人民の第一の必要事であるのは、この意味においてであり、これらの条件を備えている場合に限られているのであります。自由と平和というこのふたつの善 (biens)、これをわが憲法はわれわれに保障しております。われわれにとっては、ここに公序が存するのであります。われわれが手に入れることを望み、かつ擁護することのできる公序、それはここに存在しているのであります。悪党であれ暴君であれ、いま誰かがこの公序をみだそうとしている場合におきましては、ためら

うことなく、この者を捕らえなければなりません。正義は、それ自身によって、あなた方を刀の剣で武装させているのであります。この者に対しましては、正義の力 (*légitime puissance*) を発揮すべきであります。あなた方は、この男を逮捕する権利を有しておられるのであります。あなた方は、この男を処罰する権利を有しておられるのであります。それと申しますのも、この者は社会の敵だからであります。この者は、同胞 (*concitoyens*) のただなかであって、法律がこの同胞に対して保障している自然権の行使をみだそうとしている者だからであります。公序、正義、自由、平和、これらのものは、これらに加えられようとしている攻撃に抗してこそ維持されなければならないのであります。専制主義を打ちのめしたと同じ手で、専制主義とたたかうために絶えず振り上げられていると同じ手で、悪党を捕えよ。専制主義も悪党も、ともに公序をみだすものだからであります。恣意的な秩序も、不法な暴力 (*assassinat*) も、あなた方の眼には、ひとしく重罪たらんことを。そうなれば、人びとは、あなた方が権力と自由について正しい観念をお持ちであることを認めるであります。そうなれば、市民たちは、あなた方に逆らうどころか、あなた方を支援するために団結する用意のあることを見せるであります。……。

知られていても用いられなければ、何が万人にとって公正で、かつ有益であるかを入念に探し求めたといたしましても、実際それは無益というものであります。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と同じであります。それは、またもや新たな専制主義であります。それは、非力の専制主義ないしは不実の専制主義であります。人びとは、自由を醜悪なものとするこの術策を承知しております。そして、その果実が市民にとって苦いものであることも承知しております。同様に、無秩序を通じて人民を専制主義に導くこの手段をも承知しております。しかしながら、この手段は成功を得ること

はできませんでした。それと申しますのも、自由の友は、同時に正義の友でもあるからであります。彼らは、その感情によって、その大義にふさわしい (*dignes de leur cause*) のであります。人間の幸福についての観念は、決して彼らの思考から離れることはありません。彼らはただひとつの目的、つまりみずからの行動をつねにその方向に向けて導いて行くという目的、この目的しか有していないのであります。自由を獲得するためであれ、これを維持し擁護するためであれ、彼らの原理は同じであります。公序が保たれるのは弱さあるいは無気力といった消極的な手段によってではなく、賢明で、かつ慎み深い確固とした愛国主義によってであることを彼らはよく心得ているのであります。この愛国主義は、着想の栄光 (*gloire de l'invention*) よりは実行の栄光 (*gloire d'exécuter*) を愛好し、有益であることのみを切望し、その意思の全体を用いて、万人の意思を実行させるのであります<sup>20</sup>。

ところで、国民 (*nations*) には立ち向かうべきふたつの異なった危険があります。自由は、このふたつの危険のあいだに位置しているのであります。ひとつは万人の抑圧を生み出す公権力の濫用であり、いまひとつは邪悪な者ども (*les méchants*) による善良な人びと (*les bons*) の抑圧を生み出す法律の侵犯であります。

この危険を回避するためのただひとつの手段、それは権力を注意深く組織し、これを正確に分割し、猜疑心をもってこれに制限を加え、その目的に向けてこれを正しく運営し、全体の効用のうえにこれを基礎づけることであります。次にしかし、それが必要とするすべての精力を傾けてこれを働かせなければなりません。それと申しますのも、人びとの標語は次のようなものでなければならぬからであります。「私に独立を与えよ。さもなければ、私の自由を断固として守れ。自然の支配するもとでは、私は無限定かつ無制限の権利を享受してきた。社会の支配するもとでは、その使用を制限することに同意する。とはいえ、この権利は、

私に保障され確固としたものにされなければならない。私の持っている力は、かつてはすべて私のものであった。いまや私は、社会を支えるためにこれを用いている。その代償として、社会は私に庇護を与え、私を武力で保護しなければならない。そして、これらの一般的諸観念を、いまわれわれをして忙殺せしめている特別の対象に立ち戻らせるべきである。つまり社会は、私の安全、私の自由、私の財産に注意を払ってくれるような権力 (puissance) を創設し、私の告訴を受理し、私の正当な請求に援助を与え、私に攻撃を加えた者を訴追するために私に協力してくれるような誰か (quelqu'un) を作り出さなければならないのである。

反対に、もし私が弾劾された場合、私が当てにできなければならないことは、私のいかなる行為も、それが処罰されるものであることをあらかじめ私が予見し得た場合でなければ処罰されず、いかなる刑罰も、同様にあらかじめ私がそれを知らなかった場合には科せられることはなく、最後に、私を弁護するための手段、しかも私の無実を立証するためのすべての手段が尽くされたのちに、事件に精通した公明正大な判決人 (des juges intègres, bien instruits de l'affaire) が、公平無視の立場で、かつ熟慮を重ねて、私を裁判してくれるということであります。

これらの長所および権利を各人に保障するための手段、それは、この長所および権利を盛り込んだ司法の運営であります。

それゆえに、主としてこの制度を通じてのみ政治的結合の目的は成就されるのであります。仮に司法が人びとのあいだでうまく働いていないといたしますならば、この人びとは自由で、かつ平穩ではあり得ないであります。

紳士諸君、この議会の他の構成員の方がたは、あなた方から次のような任務を負わされました。つまり、犯罪の防止を目的とした、賢明で、かつ先見性のある制度を、あなた方にお示しするというのがそれであります。まさにこの制度にこそ、社会的技術の重大な秘訣と公衆の平穩の

真の隠された力が横たわっているのです。私どもは、この甘美で、関心をそそる彼らの使命に羨望の念を抱いております。私どもの使命、それは、重罪が犯されたと仮定いたしました場合に、その下手人（auteurs）がいかにして逮捕され、訴追され、裁判されるかをあなた方にお示しするということであります。次に、この使命を達成するための手段に移ります<sup>(21)</sup>。

### 3 デュポールの刑罰論

こうしてデュポールは、次のような刑罰論を展開するのであるが、それは、「18世紀全西洋を覆った啓蒙主義思想に特有の法律思想、特にモンテスキウの立憲政体論とルソーの一般意思論およびそれに基づく社会契約論とに、そして罪法定主義についてはその基盤の上に築かれたモンテスキウ、ルソー、ベッカリア、ベンサムらの新犯罪刑罰理論」<sup>(22)</sup>に由来するものであった。すなわち、――

自由な憲法のもとにおきましては、……、善良な市民は、正義によって法律に敵対することを思いとどまりますが、悪党どもは、恐怖によってそうされるのでなければなりません。

法律は、この目的を達成するために、ある感受性の強い部分、つまり、これによって人間は法律に違反するように仕向ける傾向に絶えず捉えられるようになりますが、同時にまた、この傾向から免れることをも可能にするような、そういう感受性の強い部分を、人間の心の中に探し求めなければなりません。（それゆえに）法律は、もし彼が法律の決定に違反した場合には、彼は肉体的に処罰され、その名誉は剥奪され、その自由は奪われることを告知して、彼を威迫するのであります。これが刑罰の目的であります。

刑罰が考慮されなければならないのは、これを受ける者についてではありません。それと申しますのも、刑罰が特別に設けられるのは、この者のためではないからであります。刑罰の真の目的は、みずからを罪あるものにしようと身構えている者の想念 (*la pensée de l'home qui prêt à se rendre coupable*) に、この刑罰の姿を示すことであり、この者の犯罪的傾向を揺さぶることでもあります。刑罰の真の目的は、もしこの者が、彼を犯罪の方向へと引き寄せる目先の利益にまさに耳を傾けようとしている場合に、このことを彼に禁止する、いっそう大きな利益に考慮を払わせることによって、この者を引きとめ、立ちどまらせることでもあります。

それゆえに、立法に携わる者が関心を抱かなければならないもの、それは、現実に科される刑罰というよりはむしろ刑罰がまえもって個人に及ぼす影響力 (*action*) であります。立法に携わる者がその強化を目指し、可能な限り効果的で、かつ強力なものにするよう努めなければならないのはまさにこの影響力であります。ところで、これに至る最善の方法は、刑罰 (の到来) を確実なものとし、ほとんどこれを避け難いものにすることでもあります。それと申しますのも、刑罰の苛酷さ (*sévèrite de la peine*) は、処罰の確実さ (*certitude de la punition*) に比して、それほど人びとを (犯罪) から引きとめないということは、理性と経験が確証している真理だからであります<sup>23)</sup>。

処罰の不確実さは、罪を犯そうとしている者 (*le coupable*) が刑罰と自分との間に配置する空間であります。この者は、自分の流儀でその広がりを決定し、希望的観測によって、その広がりを絶えず大きくするのであります。反対に、処罰の確実さは、この者にとっては、この者が犯そうとしている犯罪の直接の帰結のように映り、まるでこの犯罪の跳ね返り (*contrecoup*) のように見えるものであります。犯罪と処罰というこのふたつのものは、この者の観念 (*imagination*) のなかでは、かた

ときも切り離すことができないのであります。もし情念の激しさが、この者の心中において、まだ理性へのすべての通路を閉ざしていないといたしますならば、この者の幸福と利益という法則、この最も抵抗し難い法則が、犯罪を犯すことをこの者に禁止するでありましょう<sup>24)</sup>。

#### 4 デュポールにおける犯罪被害者

デュポールは、以上のような公序概念と刑罰論を前提に起訴陪審や審理陪審の在り方を展開するのであるが、起訴陪審との関係で犯罪被害者について次のような興味深い見解を述べている<sup>25)</sup>。

デュポールは、起訴陪審を論じるにあたって、まず、警察による被疑者の逮捕について次のように論じる。すなわち、――

刑罰は、可能な限り確実で、かつ避け難いものでなければならないということが証明されたといたしますならば、これに至るただひとつの方法、それは、犯人の身柄をたやすく確保できるということであるのは明白であります。一個の人間が、最も強力な証拠もなしに、有罪の言い渡しを受けることが仮にもあり得るといたしますならば、おそらく社会はこのようなことを望まないでありましょう。しかしながら、犯人を捕え（saisir）、勾留する（arrêter）のに、こうした証拠がすでに収集されていることを期待するといたしますならば、すべての罪人が裁判（justice）を免れることとなるでありましょう。それゆえに、証拠が完全に収集されるまえに、言い換えますならば、その者に対しましては、まだ単なる嫌疑（présomptions）でしかないが、しかし強い嫌疑が存在するというときには、その個人を逮捕し得るようにする（puisse être arrêtée）ということがどうしても必要であります。それは、この個人が社会に対して払わなければならないひとつの犠牲であります。それと申しますのも、

このようにしてのみ、万人の平穩、安全、自由が確かなものとなるからであります。各人は、そのすべての権利を完全に享受できる場合には、自由の一時的な犠牲を、軽微で、かつ堪え得るものと認め、この犠牲には十分な利息が支払われていると考えるであります。

しかしながら、社会は、ただ仮のものとして (provisoirement) のみ、このように振る舞うことが許されているに過ぎないのであります。嫌疑に基づいて市民を逮捕するのに必要欠くべからざるひとつの条件、社会が行使するこの権利と切り離し得ないひとつの条件、それは、市民からその自由を剥奪すべき理由があるか否かを迅速に審理するということでもあります。このことを代償としてのみ、仮にその自然権の行使が中断されましても、なおかつ人びとはこれに同意することができるのであります。それゆえに、仮のものとして市民を逮捕し得るこの社会の権利と、迅速に、しかも可能な限り最高度の確実さに基づいて裁判されるという各市民の権利を切り離さないようにしようではありませんか。もしこのふたつの権利がなければ、あるいは罪ある者が刑罰を免れ、あるいは無実の者が処罰されるであります。いずれの場合におきましても、自由、公衆の安全および個人の安全が侵害されるのであります<sup>26)</sup>。

デュポールは次いで、訴追の権限を犯罪被害者に与えるべきか、市民一般に与えるべきか、それとも検察官に与えるべきかという問題を論じる。すなわち、――

社会を形成するようになってからは (dans l'état de la société)、個人は、互いに相手方に対して断罪をくだしたり (se faire justice eux-mêmes)、自分が受けた損害 (torts) に対して復讐するということは断念いたしました。まさにこの社会に対しまして、個人はこうした権利を引き渡し、裁判機構 (justice) の設置を通じて、まさにこの社会に対し、

その自由、その財産に保障を与えるという任務を負わせたのであります。これらの個人が留保したのは、社会の訴権を喚起するという権能 (*faculté de provoquer son action*) のみであります。しかしながら、どのようにしてこの権能は行使されるべきでありましょうか。もっぱら社会だけが法律に違反した者を訴追し得るとすべきでありましょうか。これとは反対に、被害を受けなかった者をも含めて、すべての市民が他の市民を訴追し弾劾し得るとすべきでありましょうか。ひとりの検察官 (*un ministere public*) が弾劾の任務を負わせられるとすべきでありましょうか。ひとりの個人ないしは数人の個人に、この弾劾の任務は委ねられるとすべきでありましょうか。委任の方法はどのようなものとすべきでありましょうか。主たる問題は以上のとおりであります。公的弾劾 (*accusation publique*) という一般的問題は、こうした諸問題に分割されるのであります。

これらの諸問題のなかから、紛糾を生じさせない諸点を引き出すことから始めたいと考えます。社会の根本的な義務のひとつ、それは、明らかに、すべての市民に対して法律の実践を義務づけ、法律に違反した者を追及する (*poursuivre*) ことでなければなりません。それゆえに社会は、固有の、かつ個人に対して直接に行使される訴権 (*action*) を有するのでなければなりません。また、いかなる個人の意思によっても喚起されず、請求されない場合であっても、この訴権を行使する機関 (*agents*) を有するのでなければなりません。それと申しますのも、法律は、つねに官吏の眼に焼きついている恒常的な意思 (*une volonté constante, toujours présente aux yeux des fonctionnaires public*) であり、この官吏の請求は、すべての結合した個人の請求であるがゆえに、いかなる個人の請求よりも強力だからであります。まさにしばしば、この職権による訴追 (*poursuite d'office*) は必要不可欠であります。たとえば殺人の場合におきまして、殺害された者が、その死に対して復讐する気

持ちになってくれる者を自分のあとに誰も残さなかったという場合に、仮にも社会がみずからその殺人犯を訴追しないといたしますならば、極悪人 (scélérats) や人殺しをたくらむ者 (assassins) は、この不処罰によって犯罪への勇気を掻きたてられ、法律は市民を保護することをやめてしまうであります。これは明白なことであります。それゆえに、官による社会の訴追 (poursuite officielle sociale) の存在はどうしても必要なのであります。

社会は、その訴権を、告訴を提起した被害者の訴追と結合しなければならないということも、また、同様に確かであります。それと申しますのも、この場合、ふたつの利害が存在しているからであります。ひとつは被害を受けた個人の利害であり、いまひとつは、その社会の構成員のひとりの身の上に生じたという点で、被害を受けた結合体全体 (association tout entière lésée dans la personne d'un de ses membres) の利害であります。このふたつの利害は同じ対象を持つものでありますから、たがいに結び合わされなければなりません。しかしながら、被害者が訴追した場合であっても、社会は決してその訴追の義務から解放されるわけではありません。それと申しますのも、公的な性格を持つ犯罪 (crimes publics) におきましては、仮に告訴人が、その弱さあるいは誘惑に屈して、自分に対する侵害 (son offence) を赦すことに同意したといたしましても、このことを理由に、社会はその訴追を放棄することを許されないからであります。もしそうでないといたしますならば、社会が市民に約束したこれらの者の安全や自由に対する保障、つまりこうした安全や自由に攻撃を加えることを企てる者が仮にもいるとした場合に、この者を処罰することによって与えようとした安全や自由に対する保障を、社会はみずから廃棄することとなるからであります。

もっと先に進みたいと考えます。自分に関係のない犯罪を理由に、市民は他の市民を公然と告発し (dénoncer publiquement)、この他の市

民を直接追及することが許されるのでしょうか。

この問題は、差し当っては、よりデリケートなものに見えます。しかしながら、私は、たんにそれが許されるというだけでなく、そうしなければならないのだということを、ためらうことなく決意いたしました。実際、もし仮に、この私が犯罪の犯されるのを目撃しながら、この犯罪を追及することが許されないのだといたしますならば、もし仮に、自分のまわりで起こっている恐怖や残虐行為に対しまして、この私が無関心でいなければならないのだといたしますならば、もし仮に、自分が仲間たち (concitoyens) と一緒に暮らしているながら、自分ひとりの身の安全 (ma seule conservation) しか願わないといたしますならば、もし仮に、これらの仲間の運命に関心を寄せず、これらの仲間の不幸に無感覚であるといたしますならば、そもそも、いかなる鞄帯が私どもを結びつけ、いかなる共感 (intérêt) が私どもをたがいに近づけるのでありましょうか。私どもの結合 (association) は、いったいなんの役に立つというのでありましょうか。私どもが結合したのは、人間性の発露としての気高く、しかも純粋な活動を破壊するためではありません。人びとがこの結合を作り上げたのは、この活動をより良く導くためであります。私が目撃者となった不正に対し、ただちに私の復讐心を掻きたてるこの衝動 (instinct)、正義と自然に由来するこの衝動、これを、この私に委ねよ。さもなければ、いかにしてこの衝動を用い得るかを、この私に示せ。ああ、なにゆえに社会は、この多数の、しかも報酬を必要としない働き手 (fonctionnaires) を遠ざけるというのか。社会は、かくも好都合な働き手を活用し得るというのに。まさに逆であります。市民のひとりに加えられた侵害 (offence) をすべての市民が共有するために、すべての市民を呼び寄せるべきであります。侵害を受けた者の感情を共有するために、すべての市民を呼び寄せるべきであります。すべての活動がそこにおいてたがいに呼応しあっている一個の統一体、こういう統一体におけ

ると同様に、願わくは、各人が、その同胞に加えられた害悪に深く思いをいたしますことを。誰かが攻撃を受け凌辱されたとき、願わくは、万人が駆けつけて彼を救助し、彼を保護し、彼をその攻撃から守ってくれますことを。ここにこそ、真の人道 (humanité)、真の友愛 (fraternité) が存在するのであります。ここにこそ、公衆の平穩の最も確実な基礎が存在するのであります。ここにこそ、政治的結合 (association politique) の真の目的が存在するのであります。

なにはともあれ、犯罪と犯罪人に対する秘密の、後ろ暗い告発 (une obscure et secrète) をこの私に強要しないで戴きたい。私の望みは、公然と (hautement) これを訴追し得るということであります。それと申しますのも、良き風習と自由を創り出そうとしている国におきましては、ひとりの市民を追及する (attaquer) のに、卑劣で、しかもこそこそと隠れたやり方は、すべてこれを断固糾弾すべきだからであります。もし諸君が、公衆によるこうした告発には濫用を伴い、これが怖いとおっしゃるなら、こうした濫用に対しましては、救済策を講じるための確実な手段をお示しするでありましょう。しかしながら、この濫用がもたらすかもしれない不都合に対する誤った心配から、(この公衆による告発が持っている) 実際上の利点、貴重な長所を見失わないで戴きたい<sup>27)</sup>。

## < 注 >

- (1) 拙著『刑事訴訟法講義〔第5版〕』(法律文化社、2012年) 64-70頁。
- (2) 同上・68頁。
- (3) 拙稿「国民の司法参加と民主主義—検察審査会による『強制起訴』議決を契機として」(『村井敏邦先生古稀記念論文集』人権の刑事法学) (日本評論社、2011年) 408頁以下、同「刑事司法への市民参加の意義」京女法学4号(2013年) 1頁以下。
- (4) 沢登佳人「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(新潟大学法学部) 17巻3号(1984年) 43-145頁(本稿では沢登・45頁の如く略記する)、沢登佳人校閲/藤尾彰訳「[資料]

フランス 1791 年刑事訴訟法典草案に関するデュポール報告」法政理論（新潟大学法学部）22 卷 2 号（1989 年）56-151 頁（本稿では、藤尾訳・56 頁の如く略記する）。

- (5) 澤登文治『フランス人権宣言の精神』（成文堂、2007 年）411 頁。
- (6) 日本科学者会議思想・文化研究委員会／編『道徳を問い直す』（水曜社、2003 年）76 頁（岩間一雄）。
- (7) ルソー／桑原武夫・前川貞次郎訳『社会契約論』（岩波文庫、1954 年）31 頁、36 頁参照。
- (8) 同上・131 頁以下参照。
- (9) 澤登・前掲書『フランス人権宣言の精神』416 頁注（10）。
- (10) 同上・413-414 頁。
- (11) 岩間一雄編『近代とは何であったか 比較政治思想史的考察』（大学教育出版、1997 年）8 頁（岩間）。
- (12) この点につき、沢登佳人「アドリアン・デュポール」『〔福田平＝大塚仁古稀祝賀〕刑事法学の総合的検討（上）』（有斐閣、1993 年）547 頁以下参照。
- (13) 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 200 年を機に一』（立花書房、1991 年）15 頁以下参照。
- (14) 従来の専制主義の下での「公序」概念に代わる新しいそれを打ち出そうとしているのである（沢登・55 頁下段-56 頁上段参照）。
- (15) 藤尾訳・58 上段-59 頁下段。
- (16) 藤尾訳・75 頁下段-76 頁上段。
- (17) 藤尾訳・60 頁下段。
- (18) 沢登・56 頁下段。
- (19) 沢登・57 頁-59 頁上段。
- (20) 藤尾訳・61 頁下段-64 頁上段。
- (21) 藤尾訳・64 頁上段-65 頁下段。
- (22) 沢登・59 頁上段-下段。
- (23) これと同旨の主張はモンテスキウやベッカリアによって行われていた（モンテスキウ／野田良之ほか訳『法の精神（上）』（岩波文庫、1989 年）174 頁、178 頁以下、チェーザレ・ベッカリア／小谷眞男〔訳〕『犯罪と刑罰』（東京大学出版会、2011 年）41 頁、86-88 頁、91-94 頁参照）。
- (24) 藤尾訳・65 頁下段-66 頁下段。
- (25) 審理陪審については、取り敢えず、沢登・73 頁上段、沢登佳人『刑事陪審と近代証拠法』（新潟陪審友の会、2001 年）48 頁以下参照。

(26) 藤尾 訳・67 頁上段 - 下段。

(27) 藤尾 訳・89 頁上段 -92 頁下段。

(続く)