

[資料]

## 陪審裁判所に関する諸考察（4・完）

パウル・ヨハン・アンゼルム・フォイエルバッハ 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、国家的制度の一部分として考察された陪審制  
（以上、第三号）

第三考察 身分の平等性又は同輩性について

（以上、第十一号）

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  
（以上、本号）

### 第四考察 純粹に刑法上の制度として考察された陪審制

陪審制も、刑事法の執行の機関として、刑事裁判権一般と異なる他の目的を持ち得ない。この目的とは、完全な正義であり、そして真実ということである。というのも、公正な意思は正しいことの認識を前提とするからである。

この関係においては、陪審制はそれによって純粹な偽りのない真実、「有罪なりや否や」に関する確実性が最も確実に達成され得る手段として非常に優れている<sup>(1)</sup>、ということが明らかとなる場合に初めて、他の制度に対する決定的な優位を保証することができるだろう。陪審制は、無実の者に決して刑罰を科さず、罪ある者を正義から決して免れさせないという、人々を安心させる保証を他の全ての裁判所構成よりもより多く国家に与えるとき、すなわち、他の制度よりも錯誤という真偽を混同する危険からより多く守られる、ということを国家に保証するとき、その要求する敬意に正当にも値するし、理性の非常に優れた尊敬、人類の愛に値するのである。

もっとも我々が、陪審制に夢中になっている多くの者の声を聞くとき、陪審制はこのような正当化を必要とされていない。Bonnet その他の者によれば、陪審制の主要目的は、「たとえ罪ある者が刑を免れるという危険を伴うとしても、あらゆる可能な方法で無実の者を救うことである。」、というのである<sup>(2)</sup>。しかしながら、彼のいうところのこのような主要目的がその傑作（陪審制）の本質というなら、その代価ははるかに都合の良い手段によって達成される。陪審制が無実の者の盾であるとき、その盾は、無実の者をよく守ればそれだけ一層、同時に罪ある者を庇う盾である一次いで国家は、攻撃の刀を携えて、かつ、この攻撃において、陪審制がその防御において行うように有罪と無罪をほとんど区別しない他の制度を陪審制度と並んで必然的に必要とする、ということもまた全く自明のことである。このような対立する一面性によって初めて、寛大という不正義と峻厳という不正義の間の不断の闘争によって初めて、均衡は再び達成され得るが、その均衡は陪審制をそれだけで破壊するであろう。「1人の無実の者が処罰されるよりは、1,000人の罪ある者が刑を免れる方がまだましである。」<sup>(3)</sup>という原則は、それと対立する、「1人の罪ある者が刑を免れるよりは、1,000人の無実の者が処罰される方がまだましである。」<sup>(4)</sup>という原則と同様に、もはや立法の原則として価値はない。

ただイングランドの陪審裁判所の組織と実務をじっと見すえる者は、そこに陪審裁判所の理想を、かつ予審を持たないその陪審裁判所の理想の中に正義一般の最高のものを見い出して、当然のことながら、経験と事例でもってさえあの不当な寛大さという原則、あるいは、もし希望するなら、寛大な不正義を確認することができるだろう。イングランドの訴訟においては、ほとんど全てが被告人の側に傾き勝ちである。我々が手続と結びつけられている無数の些細な形式を考慮するときに判明することは、如何にして、訴追する者の最も些細なミス、不当な企図、実行された犯罪の時と所の記述における取るに足らない記載の誤りが、全体の最も決定的な無効と被告人の即時の釈放を帰結するかである。如何にして大司法官、時には訴追官でさえ、被疑者・被告人を有罪と発見する手段を困難ならしめるか、罪ある者にとってすら救済のあらゆる手立てを容易ならしめるか。如何にして、被疑者・被告人が法廷（Barr）で自らの「罪」を告白によって述べることを妨げられるか。如何にして被告人とその弁護人は、返答に困るような作為的な質問によって証人を恥じ入らせ、かつ困惑させることを許されているか。如何にして裁判長は、被告人にとって有利な審理の要素を一般により明確に、より鋭く強調し、陪審員に負担になるもの以上により親密にその肝に銘じさせるか。以上すべての有利な処理は、如何にして国民によって拍手喝采で迎えられ、国民の識者からは英知の模範として強調されるか。かくして当然のことながら、イングランドの刑事裁判所の構成の目的及び精神は、正義という刀をその鞘へ固く納め、罪ある者に対してすら最大の努力でのみ抜刀され得る、ということは否定され得ないのである。しかしその際、場所と事情が忘れられてはならないだろう。イングランドでその陪審制の中に見い出される価値は、ただその制度の民衆的側面、その政治的な政体上の性格の中にあり、そこからは、そもそも、できる限り無実の者のみを発見するという際立った一面的な傾向が自ずから容易に納得のゆくようになる。イングランド人も、このような利点が生み出す短所を誤解している訳ではない。強盗や窃盜で溢れて

いるこの島は、イングランド人に十分にこの点を警告している。しかしながらイングランド人は、厳格な治安警察をその自由の墓場としておそれるようすに、むしろ後者の平穏な状態よりも前者の不安に耐えるのである。かくしてイングランド人は、陪審制のすべてのそのような短所も貴重ではあるが、しかしそれほど高くはない犠牲と見做し、それで政治的自由を購うのである<sup>(5)</sup>。したがって我々は、そのような見解をここで使用することはできない。といふのも、ここで肝要なのは、有罪と無罪を等しく衡量する公平な正義の機関としての陪審制が持っている価値を創設することだからである。正義が英知に提起する任務は、「無実の者が決して処罰されず、どのような罪ある者もそれ相応の刑を決して免れない、という結果ができる限りもたらし得る裁判所構成のメカニズムを発見する。」ということなのである。

ところで、陪審裁判所の擁護者たちが、正義の機関としての陪審裁判所の長所はどの点にあり、陪審裁判所は、有罪・無罪に関する疑問の場合に、それに内在するどのような性格によって真実と確実性を発見するための優れた手段であることを証明するのか、と問われるとき、我々が受け取るその解答は一様ではなく、賢明な質問に対する納得できる解答よりも、むしろ稀ならず神の託宣の言渡しに似ている。

イングランド及びフランスの多くの文筆家たちは、純粹の真実を発見するための陪審制の素晴らしい適格性を証明するために、陪審裁判所という組織によって活動させられ、陪審員の口を通じて宣告される本能に依拠する。これらの文筆家たちは、真実は自然の中にのみ存在すると言う。人間的な概念に由来するものは、錯誤によって曇らされた源から流れ出てくる。自由な、それ自らに委ねられ、あらゆる技術と技巧を免れている自然のみが、真実へと通じている。それに加えて、自然は自ら人間に真実への本能を与えたが、人間はその本能によって、自分自身の意欲と知識なしに、思考と熟慮なしに、

真実なるものを盲目的に把握する。ところが、あれこれ穿鑿する悟性は、その真実なるものを、光に眩惑され、対象と要素の多様性によって混乱させられ、あまりにもしばしば見間違う。陪審制を設立する任務とは、その中で真実への本能が完全に自由に作用することができ、他のあらゆる異質な影響から守られてその本能の啓示を告知できるようにする制度を、英知によって設立することにほかならない。陪審員自体は、これらの文筆家たちの哲学的言語においては、「刑事法の苦惱しつつある、知覚しつつある、かつ語りつつある道具」にほかならない。さらに、陪審員の宣告は、たとえば、判断、推論、比較、結合に基づいて根拠づけられるのではない。陪審員の宣告は、「本能的にしほり出された自然の素朴な叫びなのである。—」「陪審員は、審理の間、一種の寝たふりをしており、明るい夢の状態で座っている。結局のところ陪審員は、あらゆるその意識を包みこむこの夢から鼓舞され、そして、その確信の言葉を覚醒と夢の間の中間状態において発するのであるが、その言葉とともに初めて陪審員は完全な意識へと目覚める。」かくして、あるイングランドの法学者及び彼とともに多くの新しいフランスの哲学者たちは、「ある無分別な生物が見い出だされ得るとき、それにその本能と並んで人間の言葉もまたなお付与されているとしても、この動物は、人間に關して陪審員の職務を遂行するために人間自身よりもはるかに巧妙であろう」、と注釈しているのである<sup>(6)</sup>。

事柄のこのような叙述は、真面目な言葉にはほとんど値しないし、それ程多くの真面目な人間によっては真剣に擁護され反復されることはないであろう。本能を持つ陪審員たちは、ここでは、メソジスト派協会又は鈍重な思考喪失の状態で自然の光線を待ち受けるクエーカー教徒協会として登場するほかはない——丁度上からの啓示を待ち受けるクエーカー教徒のように。もちろん、ただ陪審においてのみ活発な自分自身で単独で宣言するそのような本能以外の何物も、本当のこと、まさに陪審の宣告の確實性をより確実に保証し

得るものはないであろう。というのも、あらゆる指揮者の中で本能が最も確実なものだからである。本能は決してその目的を外したり捉え損ねることはない。本能によって発見される真実は、最も確実で事実に合致している真実であるに違いない。だから陪審制は、その熱狂的な崇拝者が陪審制のために真実を与えるのであり、完全に人間精神の驚嘆すべき作品であろう。ところが残念なことには、その他のところでは非常に多様に総合されている人間精神という機械の中に於いては、そのような原動力は発見され得ない。あらゆる本能は、その本性上、意欲しつつあるもの、欲情を抱いているものに過ぎず、決して認識しつつあるものではない。いかなる本能も、それ自体その欲情において必然的に盲目であるが、認識は、その認識において、必然的に見つめつつあるものである。真実を認識しつつある本能というのは、明るい暗闇ということになろうが、目は盲目であればまさにそうであるが故にそれだけ一層目をこらすのである。その上、人間は不幸なことには、（我々は、人間とともに眼前の陪審裁判所において席を占めなければならない）決して単なる「受動的で、感受性の鋭い、物を言う楽器」ではなく、さらにお、悟性、理性そして情熱を持っている。人間は、判断し、推論し、結合し、理由づける。人間は、意図的に又は知らないで、真実に味方したり反対したりすることさえできる。これらすべてがことごとく人間に、等しい自然、必然性そして分離不可能性を伴う本能を付け加えるが、まさにこの最後のものが、上品な状態において他の何よりも強力で優勢である。というのも、人間は天分の大きな部分についてその森の兄弟とともに等しい部分をそれから受け取っているから。したがって人間の陪審員であれば、その確かな本能にもかかわらず、それは常に非常に欺瞞的な法律の道具なのである。なぜなら、それは自然の声を全く純粋に与えることはほとんどできないからである。というのも、なお非常に多くの部分的にはより強い声がその中に存在しているからである。かくして陪審員たちが、その覚醒しつつある夢から自然の叫びを吐き出すとき、法律は、この叫びが実際に本能の宣告であるという保証、—

意図していることを漏らさないように一小賢しい悟性又は詭弁家が激情を気付かれないということなしに、又は光輝く空想がその欺瞞的な啓示をその者の下に押し込んだという保証を、どこから取り出すのであろうか。一人間は、人間である以上はどこでも人間として一全く統一的なものであり、かつ、思考しつつある、欲しつつある精髓が人間から魔法で取り出されない限りは、自動サービスを実行することは決してできないのである。

経験の対象のために常に何かを認識する能力、なにかある事実ないしは事件に関して蓋然性又は確実性を得る能力は、悟性の中にだけある。我々が感性的な認識と呼ぶものでさえ、悟性の中にだけその究極的な根拠を持つ。それにもかかわらず、全ての認識は、学問的な認識と学問的でない日常的な認識とに分けられ得る。そして、学問的な認識の際には、悟性はその根拠を自覚しているが、日常的な認識の際にはそうではない。人は、日常的な認識の際にも、学問的な認識の際と同様に、判断し、推論し、同じ手段、同じ資料をそこから自己の確信を構築するために使用する。しかしその際、人は自分自身の行ないを觀察せず、自分が歩む道を見ることもなく、「どのようにして？」ということをはっきりとは知らずに結果に到達し、「何故に確信によって拘束されると感じるのか？」ということを知ることもなしに、そう感じるのである。これに対して学問的な学識のある認識は、一般的なるものの明確な認識から出発し、一般的なるものから特殊なるものを発見する。そして、鎖の各々の環をはっきりと見て、既知のものと未知のものとの間の結合の全ての分岐を見て、その後に確実性を、真実であるという感覚において発見するだけではなく、それが真実でなければならず、かつ、それが何故に真実でなければならないか、ということを知って確実性を発見するのである。日常的な認識の際には真実が人間を発見するが、学問的な認識の際には真実が人間によって発見される、と言ってもよいであろう。したがって、陪審の宣告の基礎となっている確信と、法学識のある者により構成されている裁判所の

判決を決定する確信との相違は、前者は日常的な認識から、後者は学問的な認識から獲得される、という点にのみ求められ得る。誰が分かりやすい言葉に翻訳して、かつ、誇張という装飾過多を剥ぎ取られて、陪審を盲目的な本能によって始動させる主張を自ら行うことを希望し得るであろうか。さらに、日常的な悟性の認識は、いずれにしても、自己の作用を認識していない点で、本能の原動力と一致している。後者が意思を心ならずも動かし一掃するのと同様に、前者も悟性を動かし一掃するのである<sup>(7)</sup>。

そして、それこそ、陪審制の徹底的な擁護者たちが、結局、その点に彼らのあらゆる論拠を結びつける点でもある。あらゆる歴史的な確実性は、我々が人間の行為に関して判断する場合に従ういかにももっともだと思えるような (moralische) 確実性<sup>(8)</sup>と同様に、彼らが全く正当にも述べている如く、結局、蓋然性の単純な要素から構成されている。これらの個々の要素は、経験という事実に、すなわち我々が、種々の所与と事情の間で常に又はしばしば若しくは稀にのみ知覚する客観的な結合に基づいているが、その結合から我々は、それら相互の内的な関連を推論し、そして、それに従って同じ原因であるところで同じ結果を予想し、等しい結果と我々に思われるところで等しい原因を前提する。この結合が密接であればあるほど、すなわち、我々があることを他のことに付隨して知覚していたことが頻繁であればあるほど、我々自身の又は他人の觀察と反対の例がより少なければ少ないほど、それだけ一層ある事実の確実性について、他の事実の蓋然性は高まり、遂にはその蓋然性は確実性となる程度に達して、その部分部分のあらゆる蓋然性は消滅するのである。自然自体と同様に、蓋然性と確実性の要素を形成する事実は無限である。心の中で蓋然性の程度を決定する要素は、無限に総合され、互いにもつれて絡み合っている。そして確かに、蓋然性に関する学問は存在してはいる。すなわち、人間の判断がそれによって導かれる法則は存在しており、それに従って確実性はその構成部分へと分解され、その要素において評

価され、考慮され得るのである。しかし、確実性の要素を、簡単にであれ、いわんやその混合と無限の関連において叙述し、どこに確実性を、どこに蓋然性を見い出すべきかを、一般的に決定し得るであろうような学問は存在していない。人間はまた、生活と行為の日常的な目的のために、後者の学問も前者の学問も必要としていない。というのも、とどのつまりは、それは、人間がそれを知らなくともそれに従って確実に思考かつ行動し、また自然からその秘密を探り出すようにあれこれ考える悟性の念頭に浮かぶ前に正しくそうしてきたものだからである。

ふつうの人間は、彼が他人との交際によって我が物とする自己及び他人の経験によって所有するところとなる資料全てに従って、事実と人間行為の確実性及び蓋然性に関して判断することができる。ふつうの人間は、生活し、行為し、働くのであるから、彼は、自己の行為と他人に対する自己の関係とを、その資料に従って決定するためには、これらの材料を毎日利用しなければならない。彼は、自分の利益入手し危険から遠ざかるために、どこに信頼を置きどこで信頼せずに回避すべきかを知るために、迅速に疑い、蓋然性に従って迅速に判断し、確実性に従って迅速に行為しなければならない。すなわち彼は、ほとんどあらゆる瞬間に、経験の認識の要素を使用し、衡量し、測定しなければならない。もちろん、ふつうの人間は、自分がふるまう際に従っている法則を認識していないし、自己がその確信をそこから構築する材料を説明することもない。それらの材料は、彼の経験のたとえ不鮮明にしろ明確な想起によって彼の心に大量にもたらされるが、その個々の部分は区別され得ないのである。しかし、この量、その経験の結果のたとえ不鮮明にしろこの明確な現象は、そこから彼にはまだ未知の事実に関して判断すべき他人に関して所与の事実と結合される—その視線が個別的に散り散りになることが少なければ少ないほど、そして、このような方法で真実の単なる感覚によって確信への悟性を決定することが少なければ少ないほど、彼の心情への

一定の確実な印象をそれだけ一層より少なくするものは何もないし、それだけ一層感じ得る、強力な印象をなすものは何もない。それ故に、ふつうの健全な人間悟性は、自らの内に、長く使用されてきた技術を持っており、そしてその技術は、この技術に関する学問を、その人間悟性にとって余計なものたらしめるばかりではなく、その技術が人間悟性の歩みを迷わせるが故に、危険たらしめもするのである。—

陪審裁判所が存在していないところでは、国家の法律が証拠とその証拠が裁判官の悟性にとって持つべき力を、あらかじめ規定している。しかしこれは、人がさらに言うことには、自然という大海を一つのバケツにまとめるという計画よりも賢明とは言えない。このような法律は、常に余りに語ることが少なくかつ余りに多くを語り過ぎるのであり、余りに狭過ぎるか又は余りに広過ぎるので、したがって、無実の者にとって危険であると同時に、罪ある者にとって有利なのである。立法者が、「二人の証人が確実性を与えるべきであり、唯一の証人は単なる蓋然性を与えるに過ぎない。」<sup>(9)</sup>と言うとき、立法者は必然的に裁判官をして、二人の証人に基づいて無実の者にすら有罪を言い渡せしめるか、唯一の証人の事実によって証明された証言だけで裁判官が完全な確信を得ている者を、無実であるとして釈放せしめるのである。法律が、「この事情が、あれこれの事情と結びつけられて、裁判官に確信を与えるべきである。」と言うとき、何千という事情と何百万という可能な結びつきのうちで、常に唯一の結びつきが示されても、それにもかかわらず、それについてさえ一般的に真なるものは何も言い渡されていない。というのも a, b, c という事情は、自ら再び種々に変化して現象し、それがたとえ d, e, f という事情となお符合するとしても、全く反対の結果を確信に与えることがあるからである。まさに陪審制は、その自然であるが故に確実な感覚によってその判決を決定するが故に、陪審制だけがこの怪しい迷路を通って真実の陽光へと我々を導く、と言われる所以である。Canard が言うには、「真

実と確信のこのような感覚が陪審員を捉えるとき、この感覚に対立するあらゆる蓋然性の根拠は、もはやその陪審員に何の印象も与えない。我々がその陪審員にその根拠を論証しても無駄であり、その蓋然性に対立する要素を無駄に説明することに終始することになる。陪審員は、彼が一度に見る要素全てを漸く次第次第に説明するのにどの位の時間を要するかを感じる、陪審員はこれが彼にもたらす苦労を認識する、陪審員はまた、彼がその論敵に反駁するのに自分の確信の根拠の個々の部分の一片一片ではなく、その完全な総体を反駁しなければならないと感じる。陪審員は、自己の確信をある感覚以外のものとして宣告するのではない。それ故に陪審員は、確信しているとき、しばしば無我夢中の動き、印象的な声の調子によって自己の確信を宣告する。陪審員は、もはや何も提出することもできず、これは明白だと全力で叫ぶのである。なぜなら、その確信が大きければ大きいほど、その説明はそれだけ一層困難であるに違いないからであり、そして我々は次いでそれだけ一層混乱して確信を形成した個々の要素を認識するのである。」「陪審員たちがその確信を取り出すのは、単に証人の証言、被告人又はその答えに反する徵憑だけではない。その声色、その容貌、その困惑、そのすべての外部的な態度からも確信を取り出す。陪審員たちは、被告人の各々の答えについてその振る舞い全体を、無実の者が自己に提起された間に率直に意図せずして偽りの答えをするという観念と比較する—そのような観念は、経験が陪審員たちの心中に深く刻み込んできたものであり、罪ある者の観念とは非常に異なる。というのも罪ある者は、その答えによって事件から逃れようと努めるからである。」—「証人たちの間の論争、裁判官たちと被告人との論争は一幅の絵であり、その個々の特徴は、まさに非常に多くの要素をなし、大量の蓋然性の根拠を増大させ、かくして遂には確実性を形成するために集まる。書き留められた言葉は、これら全てについて輪郭以外のものを与えない。というのも、その輪郭は、巧妙な巨匠の色彩において描かれた絵のシルエットと同様に、それが再生すべきその情景の完全な真実とはまさに非常に異なっているから

である。」—「私が心に関わる（moralisch）知識について述べてきた全てを集めると分かることは、陪審の確信を照らし出す光は、我々が自己の全生活から獲得してきた未発達の蓋然性の根拠から合成されているということである。この知識は、我々がある動物たちに帰する本能と同様に全ての人間について真の本能である。それは行為の規則であり、それが如何に盲目的に思われようとも、それだけ一層確実に導かないものはないのである。それは、人生のあらゆる瞬間に、必要から生産され、発展させられ、持続的に誤謬から免れる。」—「心に関わる（moralisch）確実性が発生する方法から、確信の一般的な原則を定立し、裁判官たちや陪審員たちを被告人の責任に関する彼らの判断を獲得する際に使用しなければならない規則に拘束することは、不可能であることが分かる。このような一般的な確信の規則は、古い法学識が規定したものだが、陪審の声高の判決と等しく、同様に蓋然性の根拠の未発達の結果である。しかし、この点に存在しているのは、あらゆる事件に合わせるために嘗て存在していたこのような規則は、ただ一つの事件についても決して正確には適合しなかったが、一方では陪審の判決はその判断を求められた事件に正確に合致しているという相違なのである。それ故に我々が、ただ一般的な原則によって確信を根拠づけようと努める方法を、そのために陪審という他の方法に対置するとき、前者は自動機械装置の単調な盲目的な運動であり、後者は理性的な存在の自由な多面的な運動なのである。」

もし、刑事事件における証拠と証拠方法とに関するあらゆる立法が、Canard や他の陪審制の擁護者たちが考えそして多くの立法も現実に明らかにしているようなものであり、かつ、そういうものでなければならなければならないとすれば、もちろん、その立法に対する以上のようなあらゆる非難は、完全に理由がある。もっとも、そうだからといって、陪審制にとって直接決定的なことは、何も取り出されはしないのであるが。

法定証拠理論の定立の際に、その固有の使命を誤解し、その任務を誤って把握し、それ故に、あらゆる確実性を一定の一般的な規則へ封じ込め、この規則に確信を無条件で拘束しようとする立法、—そのような立法は、もちろん、最大の危険な一面性へと陥るであろう。しかしその際、立法者は何をすべきであろうか。立法者がそもそも理性的なるものを欲するとき、彼はどうしようとするのであろうか。そのような立法者は、もし彼が自己の法典が裁可又は却下すべき証拠に関して審議するときは、自分自身に以下の如く言う。「ある市民の『有罪なりや否や』に関する決定は、最も多方面に影響を及ぼす行為のうちの一つである。もしその決定が真実の上に基礎づけられていれば、それは正義の神聖な行為であり、もしそれが誤りに基づいているときには、何物によっても償われ得ない途方もない罪悪である。したがって、余の裁判官たちは完全な確実性、内的確信に基づく以外には、そのような大きな利害に関して決定すべきではない。ところで、確実性と確信とはどこから生じるのか。その源は多様であり無尽蔵であるが、しかし必ずしも全ての源が、等しく本物で確実である訳がない。人間が日常の生活と行為において、それなしでは済ますことはできないが、さりとて、それがあまりにもしばしば危険な誤りをさえもたらし、真の確信の代わりに誤った確信を与えるが故に、少なくとも最高の利害に関する場合に、最も小さな誤りが最大の償われ得ない不利益によって処罰されるところでは、真実を探究する者によって直ちにしりぞけられるべき、多くのものがある。それ故に、余がとりわけ特徴づければならないのは、経験の証明によればまさに容易に真実にも誤りにも通じているが故に、生命、自由、名誉が問題となっている場合には裁判官が使用してはならない事実なのである。余が裁判官に与えねばならない規則は、本物の認識の源の使用についてさえ、裁判官を導き、その使用を有害な悪用から区別し、誤った確信という危険を遠ざけるか又は無害ならしめ得る規則なのである。確かに、注意深い、経験のある良心的な裁判官ならば、余が余の指図において要約している全てのことを、自ら考えることができるであろう。

というのも、余の法律は、自然及びあらゆる時代、あらゆる民族の経験の中に根拠を有しているからである。しかし、余は余の全ての裁判官の中に、同じ経験、同じ注意、同じ良心を前提とすることはできないのである。」

かくして、このような思想から出発する立法者の証拠理論は、積極的なものであるよりはむしろ消極的なものであろう<sup>(10)</sup>。それは、確信をどこに求めるかを規定せず、むしろ確信がどこで探求されるべきではないかを規定するであろう。その証拠理論は、確信を裸の一般的な規則に拘束したり、無条件で法律により命令するのではなく、真実の領域を包括する非常に広い限界内で、裁判官の固有の判断にその適切な活動の余地を許容するであろう。したがってその証拠理論は、裁判官を自動機械装置へと転換したりするのではなく、裁判官が空想の翼に乗って真実の王国を飛び出さず、真実の代わりに最も内密の確信で雲の像を抱きしめたりしないよう、裁判官を妨げるであろう。その立法者の法律が、「二人の証人のみが完全な証明を根拠づけるべきである。」と言うとき、その立法者がそれによって主張しようとしているのは、二人の証人がいれば常に証明され、裁判官はその二人の証人を盲目的に信用すべきである、ということではない。なぜなら、その二人の人物の証言を、彼らの個人的性格、被害者的人物又は事情に対する彼らの関係、彼らの説明の内容、内的蓋然性及び相互の合致によって評価すること—これら全ては裁判官の判断に委ねられているからである。しかしそれで以て立法者が言っていることは、「汝ら裁判官は一人の証人のみに基づいては決して有罪を言い渡してはならぬ！」ということになる。——それはあたかも、一人の証人は確信を与えることができないことがしばしばあろう、ということでもなく、一人の証人の証言はしばしば真実ではあり得ないであろう、ということでもない。それは、そのような確信は、非常にしばしば當てにならないことがあり、国家はどのような誤った確信にも決して有罪判決の効力を与えることができないが故に、そうなのである。単なる風評もまたしばしば真実であり得

るし、日常生活において稀ならず我々の確信を決定する。そうだからといって、人間存在及び人間の自由に関するそのような確信に基づいて、決定的な判決が組み立てられることが許されるべきであろうか。犯罪人であることを立証することは、犯罪人の告白又は直接的な証言に必ずしも常に基づき得ないが故に、犯罪人に不利な事情の集まりのみが決定する、ということが非常にしばしばあるが故に、このような集まりもまた経験においてはしばしば、まさにその限りで、唯一の証人の单なる証言以上に真理及び確実性を与えることが稀ならずあるが故に、立法者は、確信のこののような根拠をも許容しなければならないであろう。その際立法者は、確かに、無数のうちから余すところなく有罪的事情を数えあげ、無限に多様な結びつきを一般的な規則にまとめて利用し尽くす、ということはできないことを甘受するであろう。しかし、ここでも外觀が真理の形態を纏っていることがあまりにしばしばあるので、立法者は、その条件の下で最大限確実な確信がそこから取り出されるべき条件を、注意深く定立するであろう。ところで、立法者はこのような方法で何をするのであろうか。彼は確信を抽象的な空虚な形式に拘束するのであろうか。それとも彼は生々とした確信の多様な形態を死んだ文字の中へと押し込むのであろうか。私は決してそうは思わない。その立法者は、人間的悟性の注意が及ぶ限り、常に、真理の精神の代りに誤りの亡靈が彼の裁判官たちに姿を現さないように、阻止しようとしているに過ぎないのである。

そして、まさにこの点においてこそ、陪審制は古い制度の賢明な立法と比較して弱い側面を疑いの余地なく示し、その側面では理性の攻撃に対してほとんどの防御できない、という点なのである。陪審制について立法者は、陪審員たちの確信のみを、陪審員たちの主観的なものはや動搖しない本当だと思うことを、法的に有効な真実の根拠たらしめる。それはここでは以下の命題において宣言されている原則なのである。すなわち、陪審がその確信において真実と見做すことは、まさに陪審がそれを真実と見做すが故に真実なのであ

る、という原則なのである。しかし、このような原則はそれ自体考察されると理性の中に確実な源を決して持っていない、ということは自ら明らかと思われる。というのも、最も生々とした最も内的な確信も、なお多くの人によって意見は分かたれるが故に、その真実性と正当性の保証では決してないからである。真実は事物の中にある、確信は人間の中にあるが、人間というものはしばしば、存在しないものを見て、存在するものを見ず、そして、真実よりも誤りにより強固に味方することが、余りにもしばしばある。

しかし我々は、特にあの原則をその帰結の中に考察するのである！陪審制について立法者にとって関心があることは、ただ陪審員たちが良心に照らして本当だと思うことだけであるから、その源について立法者は関心を持たない。陪審員たちの確信が何と結びつき得るか、一それは立法者にとってはどうでもよいことである。陪審員たちが実際に確信していさえすれば！たとえ最も曖昧なものであれ最も明白なものであれ、あらゆる事実、たとえ最も確実なものであれ最も欺瞞的なものであれ、確信のあらゆる動機、最も目立つものであれ最も鈍重なものであれ、真実と思うそのあらゆる源、一これら全てが選択や区別なしに陪審員たちに使用が許されている。陪審員たちにとっては、その良心のみが法律なのであり、陪審員たちがどこで真実を求めるべきで、どこで求めてはならないかを彼らに述べなければならぬのは、法律だけなのである。陪審員たちの良心が成熟した経験を備えた明晰な悟性を稼働させれば、当然のことながらその悟性は、陪審員たちが本当と思うことを信頼するばかりではなく、その根拠も評価するであろう。しかし、陪審員たちがその確信の完全な分銅を最も弱くて脆い葦に依拠するときもある。一陪審員たちにはそれができるのであり、その場合、陪審員たちの強固な意見だけが真実の代わりに現れる。真実の入念な究明が肝要であるとき、唯一の証人の単なる証言が如何に曖昧かを、誰が疑うことができようか。証人の一人は勘違いをするかもしれない、それどころか、意図的に騙そうと欲するかもし

れないのである！しかし、一その証人の一人が特別な理由からなおその疑いがあるとしても一陪審員たちの軽信はその証人の証言を完全な確実性たらしめ、被告人に死刑判決を下すのである。被告人の容貌、被告人の話の口調、被告人の視線、被告人の態度、被告人の振る舞い—これら全てが、当然のことながら陪審員たちの確信にとって如何に強力であることか！しかしながら、その確信の真実性、正当性そして確実性が問題であるとき、それは如何に動搖し、かつ曖昧模糊としていることか！かくして、予審事件のほとんど全ての目に見える審理は、理性にとっては目に見えず感覚にとってのみ知覚可能な無数の糸を提供するのである。ところが、その糸から容易に紡がれるのは、主観的な確信においてはなお非常に強固であるとしても、真実の前では使い物にならない網なので、用心深い理性が極く軽く触れただけで破れてしまう。したがって、主観的に本当と思うことを真実それ自体の原則にまで高めること、裁判官の確信の客観的な根拠、その確信の源の純粹さと不純さについての立法者の無関心は、あらゆる道がそれに開かれている誤りに完全に自由な活動の余地、それどころか真実それ自体の尊厳と力すら与えることになるのである。

なるほど、人間がその生活の日常的な過程において集める経験は、彼の働きの個々の領域の中で彼を確実に導くためには、彼の感覚と悟性とが素朴であれば、完全に十分である。しかし立法者は、その陪審員たちについては、この日常的な経験以上のことを期待することはできないし、期待してもならない。そして、このような経験は、その人の個別的な必要と生活状態に關係するに過ぎないので、狭い範囲内で活動するものであり、その上、訴追に関して判断するために要求されるものとは、性質も素材も異なっている。なぜなら、それについては、稀ならず、最も広い多様性と紛糾における生活の最も驚くべき關係が、すなわち、最も異常な人間と同時に最も平凡な人間が、最も小さな悩みと同時に最大の悩みが、最も日常的な現象と同時に最も珍し

い現象が、唯一の小さな場所で、錯綜して一見する内に動いて行くからである。ここで人間が、彼自身の限定された市民生活のわずかな経験だけに従つて判断すれば、いかに誤った予測、いかに多くの誤り、いかに多くの不毛が生じることであろう！したがって、「陪審の経験に関する結果」の未知の著者は正当にも曰く：「刑事的判断に寄与する人々は、血に無感覚になることがないように、そして、血に慣れてしまうことがないように、定期的に交代させられなければならない、と述べることは極めて正しい。これは、人類にとって最も重要な職業の遂行をその職業についての経験の全くない者に行わせることを望むということである。たとえば、批判されたかつての司法官職の過ちは、そのほとんど全てが、巡回裁判官によって構成される法廷において犯されたものであったことに我々は気づいたのである。陪審員たちも、開廷期の中途になると、初期よりも痛みを感じなくなる。このことについて私に異議を唱える者があっても私はその挑戦を喜んで受けよう。というのも、私は自らの健康を害してまでも全て逐一観察したのであるから。」—Canard でさえこのことを述べており、かつ、大衆の中から来るべき機会の際に初めて選出される陪審員たちの中に、有罪・無罪に関する決定のために前提とされなければならず、日常的な生活の中ではなく裁判官席それ自体において初めて獲得され得るあの特殊な経験を見い出していない。Canard はこのような理由及び多くの他の理由から、常設陪審員なる制度を希望することになる。というのも、彼の言うことには、「常設陪審員は、他のあらゆる人間と共に通して持っている経験のほかに、とりわけ特別な経験もなお予め持っている。あらゆる種類の犯罪者を見たり聞いたりするのに慣れ、それだけに、狡猾な罪人によって騙される危険は少ない。」といふのである。しかしこメントをおお要するのは、陪審裁判所が常設となるや否や、陪審制はその名前だけを残すに過ぎず、常設陪審員なる制度を容認することは、陪審制の擁護者を、その事柄それ自体からして、陪審制の最も決定的な反対者たらしめる、ということにならないであろうか、ということではないであろうか。

その際、なおそもそも重要なことは、真実の発見のためには、とりわけ生活の重要な事務においては、素朴な日常的な人間悟性と教育を受けた学問的な悟性とのどちらが、より確実に目的に到達するか、という問題である。学問的な悟性に対する非難は、時間がかかり過ぎるということと、余りに多くの光によって眩惑されることが時々ある、ということである。しかし、その全批判は確かに全く相当でかなりなものだが、この非難で尽きている。日常的な悟性は唯感覚とぼんやりしている観念によって判断するが、学問的な悟性は概念と明確に思考された原則に従って判断する。日常的な悟性は、印象及び感情よりも高いものをまさに何も持たないが故に、確信が自己に対して振る舞うように確信を受け入れねばならず、対象を、それがまさに自己の目に最も鋭くあたり、それ故にしばしば短見により一面的である側から把握する。これに対して学問的な悟性は、概念及び明確に思考された原則に従って判断する。前者の判断は、如何に及び何故にを知ることなしに、たとえ明瞭で不鮮明であっても全体を見て行われるが、一後者は、強固な根拠が悟性を確信へと強制する場合に初めて確信する。後者は、それが見るもの、明瞭かつはっきりと認識し、全体の雑多な輪郭においてのみならず、同時にその明確な個々の部分においても認識するし、それがそう思われるようにならぬ、それがそうあるようにも、その存在（Sein）においてのみならず、その存在（Sein）の根拠とともに認識するのである。前者は、まさに印象と感覚より高いものを何も持たないが故に、確信が自己に対して振る舞うようにそれを受け取らねばならない。前者は、対象をまさにその視線に最も鋭く当たり、したがって、しばしば近視眼によって一面的である側面から把握する。これに対して後者は、確信によって自己にとって現れるものを盲目的に受け取るのでなく、自己の確信が自分自身を奪う前に対象を研究し、対象を種々の側面から考察し、その目は粗野な心を逃れる最も細かいものをも見のがさない原則で武装されている。前者は危険を知らないので大胆で果敢であり、それ故に無防備だが、後者は危険を認識して、したがって疑い深く、不信か

ら慎重で、用意周到で安全なのである。前者は、一度たび誤りに捉えられると、それからほとんど逃れられ得ない。というのも、前者はその確信のほかは何も持っていないので、警告されたり導かれたりすることもあり得ず、むしりより深く深く沈み、そして、目隠しされても一定の場所に至るであろう行く道が分かるという者だけれども、その最初の方向のごく些細な誤りでもその一歩ごとにその目的から一層遠ざかるであろう。これに対して後者は、はっきりした概念及び原則という導きの星を持ち、それらによって自分自身を観察し、既に道を誤ったときは、再び正しく行き着くことができる。日常的な悟性が常に持ち得るに過ぎない経験のあらゆる材料と要素とを、学問的な悟性も持っているが、しかし学問的な悟性の経験は、はるかにより広い範囲から集められており、予断と一面性を免れており、その上学問的な悟性はより高い見地にあり、そこでは対象はより純粹な光に照らされ、完全な自由及び多方面の慎重さで考察され得る、という大きな相違がある。それ故に、純粹に日常的な悟性が裁判官の席に就けられると、この裁判官の心の中へと忍び込み得るのは予断、空想、大胆な仮定、空虚な推測であり、それらが彼の頭の中で全く真実の如く見え彼に確信を与えるのであるが、彼はもし彼が概念に従って区別し原則に従って比較することを学び、かつ教え込まれていたならば、その確信を馬鹿馬鹿しいものとして忌み嫌うであろう。なるほど原則は、情熱がその判断に対して影響を及ぼすことを許さない、という意思を拘束することはしない。しかし原則は、日常的な悟性がただ無防備なままである情熱の無意識の影響を妨げる。罪を証明された者に対するように既にしばしば被告人に対して抱く犯罪の嫌悪感、被告人の容貌、大胆と思われるその己惚れ、そして多くの他の本来無実で取るに足らない者が、陪審員の監視されない心を捕らえることができるし、その心に反する証拠を想像で書き留めることなく重視するが、しかしそれは実際にはその証拠にとって重要なではなく、他方では、多くの偶然的な付随事情、被告人の良い評判、被告人の収入、被告人の改悛の情、被告人の従順な態度、白を切る被告人の巧妙さ、

被告人の家族に向ける悲哀の視線—これら全てが陪審員の心に不当な同情を喚起して、幻惑された裁判官を与えることがあるが、その裁判官は被告人に有利に宣誓を破りながら、最も良心的に判断してゐると思っているのである。

審理が陪審員たち自身の直接眼前で進行すると、必然的に、悟性を誘惑し得る全てが、完全にそのまま陪審員たちの心に入り込み、そのことによってそれだけ一層彼らの気持は刺激され得るし、彼らの想像力はかき立てられ得るし、たくみに燃え立たせられ得るので、陪審員たちが無防備の悟性を持っているだけに、一層危険なことには、彼らは誤りに晒される。書面審理が裁判官の眼に対して秘密にするものは、大ていの場合、感覚にとって大変強力で、悟性にとって曖昧で、動搖し、欺瞞的な被告人又は証人のあのシンボル、容姿、容貌、口調、等々である。これに対して、純粹な真実を探究する熟考する悟性が、ある事実の真偽に関するその判断の確実な基礎として根拠とするであろうものは、全て確実な調書の中で完全にかつ正しくまとめられ得るのである。それ故に、審理の書面による叙述によって判断する裁判官は、まさに真実の要素であり得ると同時に誤りの要素でもあり得るあの當てにならない特徴はそのような裁判官には全く無縁である、一他方、どのような感覚的な印象によっても妨げられない冷静な彼の悟性は、それだけ一層公平・平靜に真実の根本的な確信の確実な材料を考察し衡量できる、という点で、陪審制よりも優れている。陪審制については事柄はその反対の状態にある。予断が好むまさにあの幻影は、それが直接感覚に語りかけるが故に、陪審員の心の中で支配的となる。というのも、その心に対しては、直接悟性に関係するに過ぎないものは、ある場合はその無味乾燥さによって疲労し、ある場合は心の不安の中で力を失い、ある場合は結局曖昧な支離滅裂な思考の混乱へと流れ込んでしまうことにもなるからである。口頭審理の際には、全ての個々の現象は、それが生じたときと同様に迅速に再び消え去り、認識のある対象は波にのまれる如く他の事実により押しつぶされのみ込まれ、根本的な確信

の要素は変化し易くそれ故にしばしば歪曲されるか又は混同されて僅かの間に心の前を飛び去る、一他方、感覚的な明確さを持った予断のあの特徴は、眼前で動かず、今やそれだけ一層容易に、茫然自失した性急な悟性に対するその勝利を完成するのである。自ら教養があり、そのような事柄に習熟している男を想定し、そのような男が以下のような審理を聴くとせよ。すなわち、最も細かい審理のみであり、彼の注意は、全ての質問、解答そして反対質問を通じる、多様な事情及び事実（そのなかからあれやこれやが抑制されることなく押し寄せ、互いに相互に支え合い、止揚しあい、制約しあう）の完全な錯綜を通じる被告人及び証人の証言についていく。このような男が、同時に良心的な場合、以下のことを処理しなければならないであろうか、すなわち、彼はその注意を一つのことに集中して、多分他のことは彼からすり抜け、又は暗闇の中へと退くことによって、審理の流れの中で、小さいが、しかしひょっとすると重要な一節が彼から滑り落ちるかもしれない、彼の結果の要約の際に事実の完全な整序が彼にはもはや完全には、その真実の関連において眼前に現れない、ということ。彼は以下のことを望まないであろうか。すなわち、彼の心に浮かんだに過ぎない、又はむしろ急速に飛び去ったことが、一連の事実が唯走り抜けるだけではなく、その詳細にこだわり、通行し、かつ観察できるようもう一度、彼の前に確実に存在すること。

被告人を見るだけでも既に、判決の公正さを少なからず危殆化する。人間というものは、自己の感情が他人に味方したり反対したりすることなしには、容易には他人と直接的な関係には置かれ得ない。このことは、他人の行為又は運命が同時に道徳的な感情を要求するところでは、それだけ一層妥当する。人が、恥すべき行為の非難を浴びせられている男を見るとせよ。この男が同時にその外觀において反吐の出そうな嫌な奴とせよ。我々の気持は憎しみで彼を見捨て、惡意のある予断により証明を急ぎ勝ちではないであろうか。これに対して、友好的な目ざし、柔軟な口の特徴、そして、とりわけ、女性に

おける美しさという魅力は、はるかにより根気強く我々をして、有罪の証拠を信ぜしめたり、この信念に意思を従属せしめたりしないであろうか。破棄院は、フランスの陪審裁判所に反対して、その他の多くのことと並んで以上のことも述べている。「自然も身震いするような子供殺しという犯罪、それは義務感の一般的な弛緩の帰結として非常にありふれたものとなっている犯罪であり、ほとんど常に処罰されないままである。あたかも陪審員全員が申し合わせたかのように、婚姻外の子供の殺害の婦人は無罪を言い渡される。」感覚による理性のあの買収がこのような現象について少なくとも大きな部分を占めなかつたとすれば、それは驚嘆すべきことだろう。これは、とりわけフランス人のように情熱的で、才氣に富んだ、かつ女性に対して親切な国民について非常に分かり易い言明なのだが。しかし、調書によって判断する裁判官は、そのような危険には晒されていない。というのも彼は、人物ではなく事件だけを見るからである。調書は、人物が感覚的にその場に居合わせることによって、裁判官をしてその人物の事件に賛成させたり反対させたりすることはできず、憎悪へと決定することも愛情ないし場違いな同情へと決定することもできない。

この事物自体の本性において根拠付けられる一般的なコメントは、非常に曖昧な、最も多様な経験によって大いに確認されるので、日常的な人間悟性一般に対して風刺を考えようとする者は、陪審裁判所とりわけフランスのその歴史から特異な例を借用できるであろう。私に許し給え、犯罪について裁く日常的な悟性の大部の犯罪目録から、ここではフランスの法学者が語る最も最近の最良のもののなかからただ若干のみを引用することを。—1808年のことである、ある婦人は三階に夫の留守中一人で住んでいたが、夜間、同じ家に住む三人の男性に襲われ性的虐待を受けた。そのドアはこじ開けられた。その婦人はベットから飛び出し、階段へと急いだ。ここで件のならず者たちの一人は猥褻な接触を許された。彼女は彼を突き飛ばし、助けを求めて

叫びながら家の中を駆け巡った。誰も敢えて彼女を助けに来ようとはしなかった。彼女は再び急いで自分の部屋に戻ったが、そこで件の三人は彼女を力づくでわがものとし、欲望を満たした。この事件が起きた間、そのうちの一人は、発見され、処罰される懸念を明らかにした。心配するな、彼女は我々を裏切らないと他の一人が叫んだ。しかし、被害者は犯罪者たちを訴えた。その全事件はその家の住人たちによって証明された、もっとも、彼らは、誰もその部屋から敢えて出ようとしなかったのに、全てを見たというのだ。事実の最大の部分は、被告人たち自身によって認められたところによると、その婦人は必ずしも自分の意思に反してはいなかったということを仄めかすものに過ぎなかった。一人の証人の証言は、笑い声を聞き、その婦人自身の声と分かったと言うことさえ、意味した。弁護人は、陪審員たちに、聞き給え！その婦人は笑ったのだ、したがって、彼女は結局、自ら彼らと同意していたのだ！と述べた。—この小話、そして他の事情によって十分に有力であるあの盗み見る証言以上のものは、被告人たちを無罪放免し、不幸な婦人を姦通として公の恥を褒美として与えるために、ここでは必要ではなかった。—1806年の出来事。1806年に尊敬すべき Capitaine は、人のお供をして次のような事情の下で窃盜幫助として有罪判決を言い渡されていた。ある男が窃盜を行い、その窃盜につき罪を認めた。彼の妻はその窃盜への関与を自白したが、しかし、彼女の夫が彼女にその手助けを命令したと付言した。兩人が一致したのは、彼らはその盗品を高齢の将校の下まで運び、彼らがどのような方法でそれを手に入れたかについてその将校には隠していなかった、ということである。この尊敬すべき老人は、第三の被告人であるが、最後の事情を毅然として否定した。彼には、他の二人の罪ある者の証言のほかは彼に不利なものは何もなく、それ自体既に疑わしいこのような証言は、かの男性の素晴らしい正直さの多くの証拠の前では全ての力を失わざるを得なかつた。この老人は、ひどく立腹して、集会で彼の非の打ちどころのない行状を示すために裁判所に出頭していた多くの兵士に語り、彼がただ真実と無実に

のみ値するのが常であるような調子で叫んだのである。「友よ！かつて君たちの戦友であった私が低劣な仕返しによって自らにふさわしくないことを行った、などと信じるな！」誰もこの男の無実を疑わなかった。全ての裁判官はその男の無罪放免と他の二人の罪ある者の有罪を予想した。ところが否である！その将校は窃盜で有罪判決を言い渡され、その窃盜を自白した妻は一無罪を言い渡されたのである。この裁判所の所長は、証明された女の窃盜犯人はなおそれについて自ら不利なことを供述しているのに、無罪放免としながら、あらゆる蓋然性によれば全く無実である老人に有罪を言い渡したこの理論倒れの判決に関する自己の最高の立腹を示した。陪審員の議長は、一彼は下層民出身ではなく、帝国の第一の銀行出身の男であるが一少なくとも妻の無罪放免の動機を、次のようにコメントして説明したのである。すなわち、妻は実行した窃盜にもかかわらずその罪を免れる、というのも、彼女は（妻は夫に服従する義務があるという）ナポレオン法典の規定に従っただけであるから、というのである。共和暦7年 Bendeminaire27日、ある陪審は、全員一致で四枚籤（Quaterne）の偽造につき証明されたと宣言し、帮助として関与したとされる二人の宝くじの職員に関して有罪を宣告したが、それに基づいて被告人たちは20年の鎖刑に処せられた。起訴された首謀者は逃亡していたが、その二年後漸く、共和暦9年 28日 Pluviose、裁判所へ召喚された。ここで陪審は、その時、同様に全員一致で偽造の事実を証明されていないと宣言し、首謀者は存在していない犯罪の故にあらゆる責任から解放された。一かくして陪審の下す判決は稀ならず、盲目の偶然がもてあそぶサイコロのようである！

陪審制の場合には、刑罰法規は容易に世論の下僕ないし陪審員たちの偏見の下僕になり下がるということが、陪審制による判断という方法の他の不可避的な帰結である。陪審員の任命の規則が陪審員たちに要求することは、ただ事実に関してのみ決定すべきであり、そして、その決定の法的な帰結すな

わち刑罰に目を留めたり又は刑罰に関して判断を下す柄であるべきではない、ということである。というのも、刑罰は、国家が犯罪を威嚇しているものだからである。しかし立法者が、欲するように語り警告すれば、それは無駄である。「有罪なりや否や」に関する判断の際の事実的なものと法的なものとの非常に微妙な限界は、日常的な悟性の無防備の眼前では、大てい消滅するか、又はただ非常に曖昧な輪郭の中で動搖するに過ぎない。その上、陪審員たちは自己の良心に従うように指示され、そして日常的な悟性が稀に承知することは、我々が無実と見做す者をそれにもかかわらず有罪と宣告すること、あるいは、我々がその意識においては少なくとも可罰的と考える者を、一般に宣告される有罪によって不当に厳しい刑罰に已むを得ず委ねることは、良心によるべきであるということなのだ。陪審員たちが、彼らが越えてはならない一線をはっきりと認識することを國家の要請が彼らに要求することを、明確に理解しているとせよ。一しかしながら、一方では、陪審員たちの良心が（不当にしろ正当にしろ）それに対して反抗する冷い死んだ法律があり、他方において、生々と陪審員たちの心に語りかけ、国家の意思よりもより高いあの正義の愛顧が、その者を保護して助ける人間がいる。この矛盾の中で、どちらが優先されるのであろうか。陪審員たちは、自己の良心に反して法律に従い人間性を侮辱するのであろうか、又は、むしろそうではなく、自己の良心に従い人間を救うために憎まれた法律を侮辱するのであろうか。陪審員たちの内面の意識に不正義の罪を着せる法律は無力であり、また、法律は自己を侮辱したことで陪審員たちに仕返しをすることはできない。陪審員たちは、その宣告に関してあらゆる責任を免れている。したがって、一体何が陪審の良心を強制して良心的に不正義に奉仕せしめ得るのか。一体何が陪審員たちにとってその良心においてただ真実なるもの、かつ、ただ法なるものと思われることを、陪審員たちがその宣告によって主張することを妨げ得るか。陪審制が存在し、又は存在したことのあるあらゆる国家の一般的な経験は、このようなコメントを確認している。全ての文筆家はこのような

経験の一般性を承認している。とりわけ、Graf Fabard 曰く：「陪審員は、刑罰のことを決して気にするな、と終始想起させられるにもかかわらず、彼らはほとんど常にそのことを考え、そして彼らは、刑罰を加重したり減輕したりするのは裁判官の自由な手に委ねられているのでは決してない、ということを知っているので、彼らは、彼らに若干の関心を注入した被告人を、法律上の刑罰の完全な厳しさに委ねるように決心すべきであろう、ということよりも、むしろ、その被告人を救うことによって、自己の使命を忘れてしまう。」Canard はこのような事情の中に、陪審員たちの永続性のための、したがってその廃止のための新しい根拠を見い出して、以下の如く言う。「裁判官は無益にも陪審員たちに、事実の確実性のみを顧慮しなければならず、そこから生ずるかもしれない帰結を見るべきではない、と指図する。しかし、これら二つの観念は、陪審員たちの心の中では分離不可能であり、第二の観念は、必然的に第一の観念に影響を及ぼす。全ての人間は、不幸な者を見ると同情によって圧倒され、それによって不幸な者に心を捉えられる。このような感情は、常設の裁判官自身の中では、罪ある者の釈放が結果として持つかもしれない害悪の表象の中に、常に平衡錘りを持っている。この平衡錘りは、その心の中であらゆる力で作用する。なぜなら、裁判官は自己の職務の性質上、そのような考察に慣れさせられるからである。他の人間の場合にはそうではない。なぜなら、その精神はまさに特にこのような観点に向けられていないからである。もちろん、たとえば謀殺犯人の立証が問題となる場合には、全ての人間は自分自身の関心によってその害悪（その解釈が結果として持つであろう害悪）を認識するように決定される。このような害悪は明白であり、全ての人がそれを恐れるので、その場合には同情の感情はその平衡錘りを持っている。しかし、その結果が個人に特別には関係せず、社会の大衆に拡張する犯罪、たとえば国家の財産の使い込みが問題となる場合には、同情という自然の感情は、平衡錘りにおけるそのような対立的な力によっても支えられない。それ故に、それは被告人又はその家族に有利に作用し、陪

審員たちの心は、取りなし、訴え、そしてあらゆる誘惑の危険に晒されている。」

このような現象は、立法がその時代に余りに遅れている国においては、最もしばしばくり返し生じるばかりではなく、たとえ是認ではないとしても寛恕を要求するであろう。法律が理性に反しているところでは、そのことによって法律自体が復讐されるのである。数シリングの密かな窃盗の刑が死刑であるイングランドにおいては、ただそれだけの理由で無数のコソ泥が陪審によって完全に無罪放免されるか、最も明白な証明に反して少なくとも理由付きの評決で死刑から救済される。イングランドの法律は、他人の家畜を故意に意図して殺害した者を死刑で威嚇し、しかもこの場合に君主の恩赦を禁止さえしている。真実と残酷さとの間の選択において、陪審員たちに残されていることは、彼らの法的判断を偽って事実判断の形式へとはめ込み、そして最も明白な証拠に反して被告人に完全に無罪を言い渡すことしかないのである。したがって、他人の財産に対するこのような違法行為は、イングランドにおいては一般に決して処罰されることなく、大ていは大法官自身が、陪審員たちをして彼らの宣告の結果に注目させることによって、いわば彼らに無罪を示唆するのである。陪審員のこのような法律を超える権力の特異な例を、何百という事例のうちから一つだけ挙げると、1794年のPutesonに対する訴訟であるDuell訴訟が与える。Putesonは陸軍大佐であるRoperをDuellで射殺した結果、謀殺で起訴された。謀殺というこの行為の罪名は、疑いもなくイングランド法に従っていたが、しかしイングランド法は決闘の立会い人すら謀殺の刑に処することはなかった。その上、被告人はその服従義務に違反する行状によって、決闘の第一の原因であり、かつ、その行為自体に疑いはなかった。有名なErstineが被告人を弁護し、被告人が自ら自分のために感動的な陳述を述べた後で、裁判長は陪審員たちに向かって次のように述べた。「さて我々は、一体となって、我々の悲しむべき義務を果たさ

なければならない。私の義務は法律を説明することである。諸君の義務は存在する事実に法律を適用することである。私が宣誓し述べなければならないことは、熟慮のための相応の間の後の殺人は謀殺と見做されるべきである。人間的自然の欠陥に対して明らかに穏やかで寛大なイングランドの法律は、それにもかかわらず諸君の同情をまず素早く直ちに暴力にだけ及ぼす。もし人間に、理性はなお戻ってくると思う時間がなかったという場合、それはすなわち事実は故殺ということである。これがこの国の法律であり、ここで我々の前に立っている不幸な若い男はそれに争う余地なく違反している。しかし彼は、名誉という法律に正確に従って行為したものである。Duellでの彼の全ての振る舞いは、厳格な名誉感情と人間性を持った男の振る舞いである。諸君は今や法律と事実とを知っている。諸君が諸君の良心においてこれらを信じて犯罪と特徴づければ、諸君の判決は有罪でなければならない。しかし諸君の良心がこれに反対なら、無罪放免がたとえその法律の厳格な言葉に反しているかもしれないとしても、諸君の宣告は神と人間に直面して正しく扱われるだろう。」さて、最も明確な証拠にもかかわらず、陪審は事実を証明されたと認めることができただろうか。陪審員たちが持っていたのは、ただ次のような選択である。すなわち、偽りの宣告を行うか、大司法官でさえその同情を寄せた男を謀殺者として死刑執行人に引き渡すか、という選択である。これは神の法に従うか、人間の法に従うか、という選択である。陪審員たちは前者を選択して、「罪とならず」と宣告し、ただその職にとどまったのである。この事例やその他の類似の事例において、不当な宣告すら、それが人間的であるという理由で我々の喝采を浴びるのである。しかし、このように、公正さと一般的な正義の感情に導かれた良心が法的なものと事実的なものとを混同するのと同様の力と同様の結果で、単なる偏見によって盲目にされた偽りの良心が、公正な法を圧倒し潜脱することができるし、するであろう。良心は、偽りの確信又は思い違いの確信に従うのであれ、想像上の真実又は現実の真実に従うのであれ、良心は良心なのである。思い違いと

は思い違いをしている者にとっての真実なのである。立法は余りにもしばしば国民の意見と意図とに矛盾せざるを得ない。なぜなら、大衆の観点は立法者のそれとは別物であるからである。なるほど立法者はその国民の精神に従うべきである。しかし、この原則は絶対的なものではなく、賢明な目的のための手段にのみ妥当し、その目的自体には妥当しない。なるほど、国民の意見はそれにより帆を調節するために尊重されなければならないが、しかし、それは舵をとることはできないし、進路がどこに向かうべきかを決定することもできない。かくして、愚かしさ自体が賢明さになるべきでないときには、必ずしも常に国民の意図のところまで降りて行くことができない立法者は、稀ならず国民にとっては、彼が最も賢明な場合に最も愚かしく思われ、彼のことばが最高の正義において根拠づけられているところで最も不公正と思われる所以である。そのような法律の行使が、臣民の単なる良心に、その良心を啓発する日常の悟性に委ねられると、最も恥すべきかつ有害な偏見が、最も違法かつ馬鹿氣た誤りが、最も理性的な法律に対する最も純粹な良心の宣告として主張されるであろう。ここでは立法者は、陪審員たちに啓発された公共心と死んだ法律に対する厳格な忠誠を期待し、陪審員たちが死んだ法律のためにその私的な意見及び彼らが自己の良心と呼ぶものを喜んで犠牲にする、ということを期待せねばならないか、又は、陪審員たちが、その「有罪なりや否や」を証拠の重要性に従って決定するだけでなく、行為の価値に関する、換言すれば、法律自体の法的価値に関する、たとえ誤っているとしてもその良心に従った判断により決定する、ということを予想しなければならないのである。非常に学識のある賢明な枢密顧問官としてのMerlinのコメントによれば、「陪審員たちに対する正当な非難は、陪審員たちは、非常にしばしば偽りの同情又は市民社会において暗示する被告人の家族が陪審員たちを悩まさざるを得なかった利害に屈した。さらに陪審員たちは、非常にしばしば事実の真実性に関してだけ決定する代わりに彼らの決定の枠からはみ出して、彼ら固有のやり方で法律の正当性に関して不当にも判断したのであ

る。陪審員たちは非常にしばしば実は法律が犯罪と特徴づけている行為を罪となならざと見做し、次いで法律を潜脱しその裏をかくために真実を弄んで気にしなかったのである。陪審員のそのような思い上がりや横暴の何百という例を、私はこの目で見てきた。私は、そのうち一つだけを挙げたい。それはかつかつ一年前、Sambre-Maas 部局の刑事裁判所において起こったものである。—Lambert Pyrotte は、ある暗殺犯に有利に偽証したことで起訴された。共和暦 2 年 Pluviose 5 日の法律は、被告人の偽証を 20 年の鎖刑で処罰している。陪審員たちの意見は、ある被告人からこの法律の刑罰を免れさせるためのある偽証が、決していかがわしい行為ではなく、少なくともそれはそのような厳しい処罰に値しない、というものであった。」陪審員たちはここでは、明らかに彼らの職務権限の枠からはみ出している。陪審員たちには、法律自体に関して裁く権限は与えられていなかった。ところが陪審員たちは今やその被告人を救おうとした。したがって彼らは、彼らに提起された第一の質問に、「Lambert Pyrotte は偽証を行った、ということは証明されていた。」と説明した後で、第二の質問に「Lambert Pyrotte は可罰的な意図で行為した、ということは証明されていない」と決定したのである。—このような二つの解答は、明らかに互いに矛盾している。というのも、偽証の違法な意図は分離され得るものではないからである。—Sambre=Maas 局の刑事裁判所は、したがって、この宣告をそれ自体矛盾しているという理由で無効として破棄して、新しい決定をするために解散するよう陪審員たちに命じたのである。しかしながら、新しい決定はまたもや被告人を無罪放免するよう命じたのである。陪審員たちは、まさに彼らが「Pyrotte は偽証を行ったことを証明された」と説明していたところであるが、この第二の評議の後、「Pyrotte に偽証の罪を負わせることは証明されていない。」と説明したのである。かくして裁判長はやむなく、被告人を解放せざるを得なかった。」—他にも少なからず特異な事例が、zu Brest の海軍裁判所で起こった。船舶探索人たる Johann Peter Rivoire は、共和暦 10 年に起訴された、1) その義

務に違反して、謀反のスパイであった、共和国を転覆し王国を再び導入し、西部の府県で再び市民戦争を扇動する意図で、反乱の指導者 George と同盟している艦隊を引き渡した、2) 偽造旅券を作成し、それをイングランドへ赴くことを容易ならしめるために使用させた。陪審が宣言したことは、第一の争点に対して、反乱者はこれら全ての行為が証明された、一しかし、彼が可罰的な意図で行為したことは証明されていない、というものだった。陪審は、第二の争点に対して、反乱者は、偽造旅券を作成したことは証明されたと宣言した、しかし、一彼は違法な故意で作成したのではない、というのである。

フランスの法律家と立法者は、陪審員たちのこの意図的そして無意識の誤りに対する最も強力な手段を、刑罰法規自体の改正の中に見い出すと信じている。彼らが信じていることは、もし刑罰法規が、完全に理性と正当性に従うときは、もし刑罰がその寛大さにより国民の精神に照応し、法律が大てい絶対的法定刑を定めず、刑の量定における公正な自由を裁判官に与え、それ故に法定刑の上限と下限を規定すれば、刑罰法規は完全に理性と公平とに合致することになり、かくして、陪審員たちの固有の良心に負担をかけることなく、法律を不当な干渉により侮辱する全てのきっかけが陪審員たちから剥奪される、ということなのである。もし私がその前提の正当性に同意し得るとすれば、私もそのことを同じように信じるであろう。どのような人間的英知も、個人の個別的な意見及び予断と常に同一の歩調をとる立法を、その都度考え出すことはできないであろう。最も峻厳な正義が重大な犯罪とみなす行為が、それにかかわらず、予断によっては非の打ちどころのないものと又は少なくともより軽く処罰されるものと思われないようには、決して妨げられ得ないであろう。とりわけ、個人に直接関係せず市民社会の全体にのみ関係するに過ぎない犯罪については、全ての立法は必然的に自らに対立する国民の意見を多少とも持つことになろう。なぜなら、そのような行為の要素

は、その行為が関係する対象としては、日常的な市民生活の視界にはほとんど入らないからである。法定刑の量定の際の上限と下限の遵守も同様にその害悪にはほとんど対処しないであろう。というのも、この原則はある部分は適用不可能であり—（その原則は、死刑に値する犯罪については、どのような量定をも許容しないその刑罰自体の性質によって、排除される—）、他方、法律が10年乃至20年の鎖刑を定めるか又は単に20年の鎖刑のみを定めるかは、陪審員たちの意見にとっては決して大きな相違ではないからである。陪審員たちは、彼らにとって10年が最高であると思われるときには、被告人を16年乃至20年という不正な鎖刑の危険に晒すよりは、むしろ彼を完全に釈放することに大いに傾きがちであろう。しかし陪審員たちは、彼らの道徳的判断が被告人を全く非の打ちどころがないと見做すか、又は、被告人の責任がいずれにしろ二、三ヶ月若しくは二、三週間の軽い刑しか予測するに過ぎないときには、確かに罪とならずと言い渡すのに決して躊躇しないであろう。Pyrotteの陪審員たちは、彼らのやり方で間違いなく判断することであろう、たとえ法律が、偽証には被告人に有利に20年の鎖刑の代わりに5年以下の刑を定めていたとしても。その害悪は陪審員自身の本質の中にあり、いずれにしろ、法律と私的な意見との間の永遠の平和が、立法者がその法律に国民のあらゆる偏見を与えるか、又は立法者が国民に彼ら固有の英知を接種することが可能である、ということによって創出される場合にのみ、その害悪は根本的に除去され得るかもしれないであろう。

### <訳 注>

- (1) 刑事法上の制度としての陪審制に対するフォイエルバッハのこのような観点からの疑念は「古典的な意義」(Schwinge, S.15. なお、藤尾訳・(1) 法政理論25巻4号〔1993年〕392頁) を獲得してきているが、フォイエルバッハのこのような観点の前提となっているのは、カントの道徳理論であることが指摘されることがある (Cornelissen, S.96)。なお、拙稿「陪審裁判所に関する諸考察（1）」京女法学1号（2011年）292頁 <訳注> (2) 参照。

- (2) これは Bonnet の 1802 年の著作からの引用であるが、既にフランス革命において、フランスへの陪審制の導入をめぐる立憲議会の討論に際して、1790 年 11 月 27 日、デュポールは次のように主張していた。

「ただのひとりでも、無実の者が処罰されるより、百人の罪人が逃れるほうがよいという言葉が繰り返されるとき、人びとはただ人道的な感情に従っているに過ぎないと考えておりますが、じつはそこで述べられているのは、正義と自由についての明白な原理なのであります。それと申しますのも、無実の者に有罪の言い渡しがなされた場合、各人は、自分自身の身を案じ、百人の罪人が裁判 (justice) から逃れたという理由で全体の安全が損なわれる以上に、無実の者の処罰によって、この全体の安全はいっそう損なわれるからであります。

それゆえに、司法の過誤が稀なものになればなるほど個人の自由はそれだけ確かなものとなり、諸個人を社会に結びつけている韁帶はいっそう緊密なものとなるであります」(沢登佳人校閲 / 藤尾彰訳「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 22 卷 2 号 [1989 年] 81 頁下段～82 頁下段。なお参照、梅田豊「フランス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手続の克服と自由心証主義の創造」法政理論 18 卷 1 号 [1985 年] 103 頁上段)。

- (3) 「ただのひとりでも、無実の者が処罰されるより、百人の罪人が逃れるほうがよい」というデュポールの比率 (1 対 100) と比較すると、ブラックストンの比率 (1 対 10) には問題があることになろう (ブラックストンの比率に疑問を提起するものとして、団藤重光『死刑廃止論〔第 6 版〕』(有斐閣、2000 年) 183 ～ 184 頁参照)。とりわけ死刑が問題となる場合は、その比率を高めた (1 対 1000) としても疑問であるとされている (同上・184 頁)。いずれにしても、ここで方法論として保険の思想を援用することが最近の有力な傾向である (後藤昭「『疑わしきは被告人に利益に』ということ」一橋論叢 117 卷 4 号 [1997 年] 参照)。

- (4) 1817 年にパレイは、「誤判に泣く者はお国のための犠牲者だと裁判所はむしろ考えるべきである」(グ・ウイリアムズ / 庭山英雄訳『イギリス刑事裁判の研究』[学陽書房、1981 年] 155 頁参照)、と主張していた。

- (5) アダム・スミスは陪審員の起源について論じた個所で、「常に自由の味方であるイングランド法は、中立的な陪審員についての注意深い規定について、他のどのようならばいにもまさって、賞賛にあたいする。」(同 / 水田洋訳『法学講義』[岩波文庫、2005 年] 98-99 頁と述べている (同旨、同 / 水田洋ほか訳『法学講義 1762-1763』[名古屋大学出版会、2012 年] 302-303 頁)。もっともアダム・スミスは、イングランドの陪審制について、「ただひとつの点で欠陥があ〔る〕」として、その全員一致制を批判し、

全員一致を必要としないスコットランド法を紹介している（同・前掲書『法学講義』99-100頁、同・前掲書『法学講義 1762-1763』303-304頁）。ちなみにデュポールも、1790年11月27日にフランス立憲議会の本会議において、イングランドの全員一致制では「多数が陪審員のうちのなんにんかの者の胃袋の強さや意志の力に屈することを強いられるということになる」として、多数決制（12名中10名）をより人間的でありより道理に適っているとしている（沢登佳人校閲／藤尾彰訳・前掲論文「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」128頁下段参照）。

- (6) フォイエルバッハがこのパラグラフで論じている「本能」の作用の特徴は、フランスで形成された「内的確信」(intime conviction) の理論のそれである (vgl.Cornelissen, S.97)。
- (7) 以上のように学問的な認識と日常的な認識とを厳格に区別した上で、前者に優位を置くフォイエルバッハの議論に賛同しながらも、彼とは反対にこの学問的な認識は必ずしも法律専門家という身分の能力ではないことが、当時、本書の書評において次のように説かれていた。すなわち、彼の言う学問的な認識というものは哲学的な認識であり、たとえ教養ある少数の者にとってではあっても、職業とは無関係に入手できる、なぜなら、それは因果法則の把握に関するものに過ぎないから、というのである (Allgemeine Literatur-Zeitung, Jg.1813, 2.Bd., Sp.508ff.Vgl.dazu Cornelissen, S.98)。
- (8) なお、ここでフォイエルバッハが使用している「moralisch」の訳語については、ベックリーア／小谷眞男訳『犯罪と刑罰』（東京大学出版会、2011年）46-47頁、162頁、西村克彦「比較伝記考—刑法学者フォイエルバッハの場合」警察研究55卷11号（1984年）89頁等参照。
- (9) 法定証拠主義の歴史的位置付けについて、近時、次のような指摘が行われていることが注目される。

「法定証拠主義の意義・目的は神判廃止後の証明手続の正統性を根拠付けることにあつたとする仮説は、決闘や雪冤宣誓の廃止についても類推可能であろう。決闘は被告人が自力によって有罪・無罪を決める方法であり、宣誓補助者を必要とする雪冤宣誓は共同体における被告人の評価あるいは被告人の地位によって有罪・無罪が決まる方法である。ともに有罪・無罪の立証に被告人が主体的にかかわり、また被告人の社会的属性が決定的な意味を持つ証明手続であり、少なくとも雪冤宣誓をなしうる被告人から見る限り、権利と觀念することが可能な証明手続である。このような証明手続を被告人から奪うためには、客観的で確実な証明手続であって、被告人も受け入れざるをえない証明手続が必要とされたであろう。そのような正統性のある証明手続として、ローマ法と聖書に根拠を持つ2名証人の原則がふさわしかったのではあるまいか。」

(上口裕訳『近世ドイツの刑事訴訟 ヨハン・ブルネマン『糺問訴訟論』(1648年)』〔成文堂、2012年〕「解題—ドイツ糺問訴訟小史一」361頁注) 126)。

- (10) フォイエルバッハの消極的法定証拠主義の主張は、当時、「余計なもの」(Allgemeine Literatur-Zeitung, Jg.1813, 2.Bd., Sp.511ff.Vgl.dazu Cornelissen, S.98)、「中途半端なもの」(Das Gutachten der Preuß.Immediat-Justiz -Commission, S.15ff.これは、Cornelisson, S.103の引用による)として批判された。当時は陪審制と自由心証主義との必然的な関係が強調されたのである(vgl.dazu Cornelissen, S.100ff.)。

因みに、故佐伯千仞博士も、法定証拠主義の消極的側面を現代において生かすべきだと主張されていた(同「刑事裁判と誤判」ジュリスト469号(1971年)87頁以下、同『刑事訴訟の理論と現実』〔有斐閣、1979年〕166-167頁所収)。

## 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

裁判上の事実問題に関して判断する日常的な悟性の能力をより根本的に評価するためには、その判断をするために陪審に提起される件の対象についての事情がそもそも一体どのようなものであるかが、なおより正確に検討されなければならない。そうすれば、その判断力の仕事は、とりわけよく出来たより完全な刑事立法の場合には、非常に多面的かつ複雑であり、また固有の法的判断と分ちがたく結びついているだけに、いずれにしても陪審制は、刑罰法規自体が古代の原始的な素朴な単純さを保持してきている国家においてのみ、大きな短所なしに存在し得ることが明らかとなるであろう。

陪審は事実問題に関してのみ判断しなければならない、と言われる<sup>(1)</sup>。それは全く正しい。しかし、事実問題とは何であろうか。それは、事実のみを対象として持ち、認識の基礎として事実以外の何物を持たない問題であろうか。そのようなものがあるとすれば、もちろん、それは純粹な事実問題であろうし、それは法的な判断の領域の全く外部にあるので、(もし我々が、その問題と一緒に考察されなければならない他のあらゆる問題に目を閉じるならば) その事実は健全な悟性による日常的な経験だから十分に解答され

得る、という主張をともかく許容することになる。しかし、陪審の権限を単にこの種の事実問題に制限する者は、そのような陪審が、経験においていかに存在しているかということも、その本性からしてどのように存在し得るか、ということも知らないのである。

刑罰法規の適用の基礎にあるのは、( i ) 起訴されている者が有罪か、( ii ) 罪ある者がどのように処罰されなければならないか、という二つの主要問題の解答である。第二の問題は純粋な法的問題である。というのも、その問題は、法律及び他の法的根拠により前提とされている行為と結びつけられねばならない法的効果を問うだけであるからである。これに対して第一の問題は、それが、行為の法的効果ではなく行為それ自体を対象とする限り、法律上の帰結ではなくその法的帰結にとっての法律上の前提条件をなす事実と行為事情との総体を対象とする限り、当然、事実問題と呼ばれ得る。

しかしながら、「有罪なりや否や？」という問題は、その対象からすれば事実問題であるが、しかし同時に法的問題でもあり、それ故に混合的な性質の問題<sup>(2)</sup>なのである。なぜなら、必ずしもあらゆる事実がある人の可罰性を決定するのではないし、可罰的と特徴づけられるべき行為は、ある刑罰法規の下に包摂されなければならず、したがって可罰性の法律上のメルクマール及び条件をそれ自体持たなければならないから、「有罪なりや否や？」という問題は、(イ) あるいはわゆる事実が歴史的に真実であるか、そして(ロ) これらの歴史的に真実なる事実が可罰的であるか、すなわち、これらの事実は、公訴がそれらの事実に帰する特徴を持ち、その特徴の故にある刑罰法規に包摂されるか、という二つの本質的に互いに異なった、それにもかかわらず互いに分ちがたく関連している構成部分へと分解されるからである。(イ) の構成部分は、事実それ自体の所与の歴史的な確信の根拠に対する関係から解答されるが、これに対して(ロ) の構成部分は、事実と法律との関係から、

すなわち、起訴された犯罪の法律において一般的に規定されているメルクマールを、目前の行為の歴史的に証明された特徴及び事情と比較することにより、解答される<sup>(3)</sup>。

以上のことことが明白であれば、「有罪なりや否や？」に関する事実問題の歴史的な構成部分は、その法律的な構成部分から分離され得ない、ということも同時に当然のことである、一もし陪審制が、お笑い草であるにはあまりにも重大であるということによってのみ他の遊戯から区別される单なる遊戯とされるべきではないとすれば。一なぜなら、陪審が、自らに提起されるある事実が歴史的に真実であるか否かに関してのみ問われるとすれば、君主によって任命される裁判官が全く単独で、被告人の「有罪なりや否や？」に関して決定し支配することになるからである。というのも、その場合、行為の法性決定（Qualification）は常にその裁判官の判断だけに依存することになるからである。最も処罰に値する人間、国家又は臣民の権利を最も無礼に侮辱する者を、罪がないとして放免することが、そのような裁判官の権力の手中に存在することになるであろうと同様に、最も非難すべきでない行為を犯罪として特徴づけること、罪なき者を有罪と説明することも、彼らの恣意に委ねられることになろう。我々がそのような陪審制をネロのような男の下に置き、彼がその絞首刑の計画を陪審員の宣告という形式の下でのみ主張しようと欲するという夢物語を彼に与え、それどころか、事実の純粹に歴史的な部分に関する裁判官として最も法的で最も公平な男たちを想定してみよ。一それにもかかわらず、ネロできえその意図の挫折に関して不平を言う理由を唯の一度でも持たないであろう。そこでは、ネロの唯一の犯罪を美德とするある尊敬すべき元老院議員が、彼は皇帝の神聖な写真の前で着替えたという内容、又は彼は皇帝がその夜死亡したという夢を見たという内容の起訴を迅速に下さなければならないのだ！これらの事実は否定され得ない。というのも、排除されるべきでない証人たちが、前者を目撃しており、後者を聞いて

いるからである。前者の着替えが起こったこと、あるいは後者の夢の話しが起こったことが確実だとして、陪審は、純粹に歴史的な事実のみに関して判断しなければならない場合、どう解答することができるであろうか。今や、これ以上のこととは必要ではない！というのも、よく整備されている裁判官たちは、直ちにかの解答を採用し、次いで判断する、これらの事実は犯罪、不敬罪であり、したがって被告人は、不敬罪につき有罪であり、それ故に死刑に処せられるべきであると。不都合な真実を許容したり述べたりした文筆家を、たとえばローマの歴史のその年代記において一人のブルータスを賞賛した Kremnuntius Corbus のような者、C.Cassius を全てのローマ人の最後の者と呼んだような文筆家を滅ぼすことが問題だとしよう。陪審制は、当該文書は被告人に由来するという純粹な事実問題だけを判断すべきで、被告人の誹謗文書、扇動的な文書、大逆罪的な文書について「有罪なりや否や？」を同時に判断すべきでないとすれば、どうなるであろうか。被告人を滅ぼすべき矢を選びかつ射ることが、陪審が保護のためにそれに対して設けられているまさに裁判官だけに完全に留保されるとすれば、どうなるであろうか。誹謗者、扇動者、不敬罪を犯した者、反逆者、その他彼らに気に入る罪を被告人になすりつける権力が彼らの手中にあるとき、どうなるであろうか。したがって陪審が、空虚な形式だけの遊戯であるべきでないとすれば、陪審が、陪審員たちによって無実であると認識される者以外は誰も起訴から放免されず、陪審員たちが有罪だと宣言した者以外は誰も処罰されない、というよう作用すべきであるとすれば、起訴されている法律上の前提条件に関する問題は、その全範囲において、すなわち、その純粹に歴史的な関係においてもその法的な関係においても、その解答のために陪審が設けられる事実問題に含まれなければならない。それ故に明敏な Tronchet が 1790 年 4 月 29 日のフランス立憲議会において、次のように述べた時に定立した規定は、完全にこのような事実にも妥当する：「事実関係から極めて独立しているために、その決定が類似のあらゆるケースに妥当するように純粹に慣習又は法令に關

する問題についての判断のことを、我々は法的判断と呼ぶ。他方、法律に基づいていようが正義・道徳の一般原則に基づいていようが、当該当事者に対してのみ、そして、当該当事者の置かれた状況に対してのみ適用され得る判断のことを、我々は事実的判断と呼ぶ。」

イングランドの人たちが事実問題という下で想像しているのは、その手続の全過程が最初から最後まで我々に具体的に示すようなものにはかならない。起訴状は、些細な刑罰につき、罪名、犯罪の実行の場所と日時、公訴事実の法律上の特徴を含まなければならない。このような法学的特徴は一定の伝統的な定式によって表現され、罪を問われている行為が立法の体系において属する犯罪の正確な種類と性質を特徴づけるだろう。そして、かの定式はとても厳格に法律による (*stricti juris*) ので、その定式は、他のどのよう表現によって主張されようとも、たとえその表現がその意義からして同じ意味であろうと、その起訴状自体は無効にされ得る。大逆罪の起訴は、記載された行為が、反逆的にかつ忠実義務に違反して (*proditorie et contra ligentiae debitum*) 行われたということを含まなければならない。忠誠義務違反のあらゆる犯罪は、不忠実な (*fellowemente*) という表現によって特徴づけられ、強盗は強奪 (*ravished*) という言葉、窃盗は不法に持ち去る (*feloniously took and carried avvay*) によって特徴づけられる。そのような起訴の全ての内容の評価が、丁寧な審理の後、今や、「有罪なりや否や？」というまさに一般的な問い合わせによってその決定のために陪審員たちに提起される。そしてそのことによって、「有罪なりや否や？」を常に規定するあらゆること、証拠が十分か否か、その犯罪の概念にとって必要な法規的メルクマールが存在しているか否か、その者に帰責可能か否か、行為の実行の際のその意図が可罰的か否か、これら全てが、陪審員たちの肯定又は否定の解答の対象として提起される。それ故に、その議論は証拠と取り組むだけではなく、「有罪なりや否や？」に影響を及ぼし得る法的根拠とも取り組むことになる。原

告がその事件に法律を適用できることを示そうとするのと同様に、弁護人も陪審員たちに、犯罪の概念が本件では全く成り立たないということ、あるいは被告人は法律が訴追されている犯罪について要求している意図で行為していない、ということを説明しようと努める。陪審裁判所の裁判長も、審理終結後に陪審員たちに向ける説示において、証拠の要約で満足するだけではなく、同時に法律を説明しなければならず、その説明に従って起訴されている事件は判断されなければならない。陪審員たちに説明されるのは、法律が謀殺、故殺、大逆罪のために要求しているメルクマールであり、陪審員たちに際立たせられるのは彼らがあの法規的メルクマールの存否に関して判断するために主として依拠して確かめなければならない審理中の諸点である。陪審員たちが、起訴状に記載されているとおりに、事実の歴史的かつ法学的メルクマールを見い出し、疑問の余地なくかつ完全に根拠づけられていることを発見するとき、陪審員たちは、ただ、「有罪」又は「無罪」という単純な宣告を与えるだけである。陪審員たちが当該行為につき起訴されているより大きな犯罪ではなく、より小さな犯罪のメルクマールを見い出すときのように、起訴は法学的に部分的にのみ根拠づけられていることを見い出すとき、行わるのは一部は無罪、一部は有罪の合成された特別評決、たとえば謀殺は有罪ではなく故殺の有罪、強盗の有罪ではなく窃盗の有罪、人目をしのぶ(heimlich) 窃盗の有罪ではなく(单なる) 窃盗の有罪というものである。陪審員たちが、純粹な事実に関して最終的に一致するが、その事実と関連する法的問題を疑う場合、その場合は同様に、(評決は) 純粹に歴史的な問題で満足して、法的な問題を明白に裁判長に委ねる各別の評決が行われる。しかし、そのような評決は、ただ陪審の良心と所見に依るに過ぎない。陪審員たちが疑いを持たない場合は、彼らはあらゆる法的問題に関して、单一の評決(大ていの場合これが行われる) 又は最初の類の合成された評決によって、自由に決定する。裁判所は、いかなる場合にも、明白な要求に基づく以外にあたかも陪審の委任からのようにそのような法的問題の決定をしてはならぬ

い。—1791年9月のフランスの法律も、事実問題の概念と範囲に関するこのような見解をイングランドの立法と共有していること、それにもかかわらずフランスの法律はこの問題に対する満足すべき答えに達する手段において異なることを、Bourguignoはくどくどと説明している。というのも彼は同時に、「有罪なりや否や？」に関する問題において歴史的な問題と法的な問題を分離することは、実行すらできず、かつ、全手続をその制度自体の破滅で終わらざるを得ない果てしない混乱に陥れるということを、最終的に証明しているからである。

かくして今や、上述してきたように、事実問題は必然的に歴史的な要素と法学的な要素との二つの要素から構成されているので、日々の市民生活の流れによって出し入れされる日常的な経験は、最も簡単な訴訟において「有罪なりや否や？」に関して入念かつ良心的に判断するために必要な知識のはるかに最も小さな部分のみを伝えるに過ぎない、ということが自ら明らかとなる。—いずれにしても、この日常的な経験が与える知識は、それに則って純粹な事実問題の歴史的な確実性が判断され得るもので、その判断はそもそも一般に、事実問題の判断の中で最も小さくかつ容易な点なのである。しかし、どのようなメルクマールがあれこれの犯罪に含まれるのか、ある犯罪が他の犯罪から正確にどのように区別されるのか、帰責と法的な過失に関する特定の見解、処罰すべき意図と処罰すべきでない意図に関する特定の見解、—これらは、法律からのみ汲み出され得るものであり、研究によってのみ根本的に獲得され得るものであり、文字の知識だけではなく法律の精神の知識をも必要とする。その知識ですらそれだけではいまだ十分ではなく、適用によつて技術へ、練習によつて熟達へと到達していかなければならない。かくして問われることは、ある者の「有罪なりや否や？」に関してより確実かつより入念に判断され得るのは、その職業が法律の知識及び訓練のある人々によつてか、それとも、法律の知識もなくその適用において訓練されてもいない人々

によってか、ということなのである。この問題の解答は自ら明らかである。というのも、その問題は換言すれば、その根本的な判断が特定の知識及びその知識の使用における訓練を前提とする対象は、無知で訓練もされていない者か、又は造詣の深い訓練を受けた者か、いずれによってより確実に判断され得るのか、という問題であるからである。

「有罪なりや否や？」に関する事実問題は同時に、ほとんど見渡すことのできない広がりを持つその対象を考慮する中にあり、無限に多くの枝と分枝に分かれるが、その各々は必然的に全体に属し、それらは全体として一部は歴史的な要素から一部は法的な要素から構成されている。一陪審が、起訴の内容の真偽を判断するために重視しなければならない第一のものは、行為の外部的なもの、すなわち純粹に客観的なものである。被告人は、ある家に忍び込み、その部屋で動産を取得していたが、しかし、その部屋を去る前に取り押さえられた。その際、彼のポケットの中にペンナイフが発見されたが、それについてその窃盗犯人が主張することは、彼はそのペンナイフを決してその窃盗と関係して携帯していたのではない、ということである。それにもかかわらず、その起訴は武器を携帯した窃盗の既遂に基づいている。陪審員たちは、その被告人が有罪か、しかも武器を携帯した窃盗の既遂について有罪か、を判断しなければならない。陪審員たちは、窃盗には十分な厳密さで何が必要とされているのか、すなわち、窃盗についての法律の意義及び精神において物の取得に含まれるのは何か、したがって、本件の行為は法律がそれを予定しているような取得であるか否か、武器を携帯した窃盗という概念について立法者の観点は結局何であったのか、したがってペンナイフも、身体に対する虐待に向けられた意図の欠如でさえも、武器を携帯した窃盗の本質を規定するのか否か、ということを知らずにこの判断を自分自身の確信からできるであろうか。

ある者の責任に関する判断の第二の本質的な要素は、外部的な帰責(imputatio facti)である。Aが非業の死を遂げたことが証明され、「その故意殺の責任」がBに関して言い渡され得るために、Bの行為の中にその死の原因が含まれていること、そしてBがその死について正犯として又は帮助として働いた、ということが判断されなければならない。正犯とは何であり、帮助とは何であるのか。これらはここでは、その判断がそれに依存している概念であり、もし100件のうちの1件も誤った判断が存在すべきではない、又は100件のうち説示する裁判官に盲目的に従う判断がただの1件でも存在すべきではないとすれば、陪審によって正しくかつ明確に理解され、法律の完全な正しい意義において熟慮され、適用と訓練によって熟達されていなければならぬ概念である。たとえば、これは次のような場合だけである。被告人Aは、自ら殺害を完成したのではなく、適切な機会にAの敵であるCにAの仇を討つために一般的な表現でBに謀殺を依頼した。Cは二、三日後にBと遭遇し、侮辱的な言葉によってBに諂いの契機を与え、今度はBはCをナイフでその胸を刺して、「これは私とAのためなのだ!」と言ったのである。裸の事実は、私が前提としているように、明らかに証明されているが、しかし、その裸の事実はいまだ事実問題に答えるものではない。すなわち事実問題とはAについては一謀殺につき有罪か—ということである。陪審はその根拠を、ここで適用される法的概念以外のどこに持っているか。しかもそれは、その合成された法的问题なのだ!人は、一般的な依頼によつてある犯罪の正犯となることができるだろうか。B自身が一撃を与える前にCから侮辱されていたという事情は、被告人の人格における正犯という性質を破壊しないであろうか。この問題やその他の多くの問題に関して、職人はその店において、商人はその仲間について、医者はその病床の前で、必要な知識や練習を収集するだろうか。なるほど最後に陪審員たちの日常的な悟性は、慎重に吟味する法学者よりも多分一層迅速にすら自己の意見を見い出すであろう。しかしながら、いずれにしても我々は、目隠しをされた目で偶然

にのみ目的に出会い、したがって、今日はその陪審から有罪と聞いた A は、ひょっとすると明日は、他の陪審によって罪とならずとしてそれにつき不処罰となっているかもしれないであろう。一

さらに、有罪だという結論を根拠づけるためには、被告人の違法な非難すべき意思行為がその行為の基礎となっているか、という事実問題の第三の要素が正しく答えられなければならない。外部的行為は証明されたにもかかわらず、行為者の全ての責任を排除する事情がひょっとしたら存在していないであろうか。起訴された者又はその弁護人が免責のために引用する事情は、あらゆる刑罰を免れさせるために正義がそれを前提としているような性質の事情ではないであろうか。違反者は悪意のある故意であったか。彼は単なる不注意という責任があったのか。その行為はひょっとすると単なる偶然に帰せられ得ないか。日常的な悟性はその平凡な経験でもって、ここでまたもや危険な状態にある。というのも、そこでは、日常的な悟性は、糸が少しばかりもつれたに過ぎない場合でも、たちまち初めも終りも発見できなくなるからである。一単に違法な意図 (Absicht) に関する見かけ上非常に単純な問題の場合にも、一それでもう陪審はいかに多く協議し考えることにならないであろうか！陪審員の一人は、犯罪者を、彼がその行為の際に立派な究極目的を持っていたことを理由として、他の陪審員は、彼がその際、他人を害するのではなく自己に利用するという意図を持っていたに過ぎないことを理由として、第三の陪審員は、彼は確かに傷つけるという意図でその行為を欲したが、しかしその結果をはっきりとは意図していなかった、等々を理由として、無罪として放免するであろう。したがってフランスにおいては、特にいわゆる故意か過失かという問題 (question intentionnelle) さえもそうなので、最も奇妙な判決すら明らかになっている。Orne=Departements の刑事裁判所で陪審が認識したことは、被告人は複数の偽造を実行した、被告人はこれらの偽造の助けて闇取引の金額を受領し報酬を得た、しかし、一被告人はそ

のような意図で犯罪を実行してはいなかった、ということなのである。— 1806年10月16日、陪審が、ある Johann Portail につき説明したことは、1) Franz Crozat に対して暴力的な挫傷 (Kontusion) を加え、Franz はこれで死亡した、ということが証明された、2) Franz は任意に (freiwillig) かつ意図して (volontairement)、もっとも殺害された者 (被害者) の激しい侮辱によって立腹させられて、実行したということが証明された、しかし3) 違法な故意でかつ犯罪を実行するという意図で (mechamment et a dessein du crime) 行為したということは証明されなかつた、ということである。Graf Faure はとりわけ以下のような例を伝える。通貨偽造に対する起訴につき陪審は、その事実自体は証明され、被告人はこの行為を知りながら実行したと認めたが、それにもかかわらず、以下のことは証明されなかつた、すなわち「被告人が他人を害する意図で行為したこと。陪審は、ここでは、いわば以下のように結論づけていた。すなわち、被告人がその行為を知りながら実行したことは疑われ得ないが、被告人は他人を害する意図はなく、むしろ、自分自身の欲求を満足させようとする意図を持っていた可能性がある。」この宣告は、まさに理解できるが同様に不思議なものであった。この誤りは、ただ「他人を害する意図」(dessein de nuire a autrui) という言葉の誤って理解された意義の中に存在していただけなのだ。立法者は、意図的な行為がその結果生じる損害の意識と結びついているところで、既にこの意図を見い出す。教養のない日常的な悟性は、唯その損害のためにその損害を惹起しようと努める意図だけを考えるので、したがつて、その損害が他の目的のための手段として意図されるところでは、損害を見い出すことはできなかつた。その錯誤はしたがつて、単なる法的錯誤である。教養のない日常的な悟性は立法者に誤って答えた。というのも、教養のない日常的な悟性はその問題の意味を誤って理解していたからである。しかし教養のない日常的な悟性は、この意味を無数の事例において誤って理解するに違ひないであろう。というのも教養のない日常的な悟性は日常的な悟性として、まさに、

意図及び立法者の意図を熟知し、かつその思考において鍛えられる職業も機会も持たないからである。

あらゆるこれらの困難は、刑事立法自体がより完全になればなるほど、何倍にも増える。というのも、その場合、刑事立法は、犯罪の属及び幹種を区別するだけではなく、主たる性格に付け加えられるべき、可罰性を加重したり減少させたりする事情の相違に従って、特殊な亜種及び程度をも各々の特殊な種の非常に多くの種類として区別するからである。それ故に刑事立法の理論がそこにおいて犯罪を区別する関係の中では、事実問題と結びつき、したがって事実問題を必然的に紛糾させる法的観点が何倍にも増えかつ洗練されるので、鋭い法的観念によってのみ導かれその点で訓練された悟性が、その筋道を正しく理解し確実に押えることができる<sup>(4)</sup>。

日常的な悟性が陪審員たちの口を通じて述べられるべき神の託宣であり、それは審理によって日常的な悟性に与えられる事実の純粹な偽りのない印象であり、その宣告の真実性に対する信仰がその印象に基づくものとすれば、陪審の知的自由は最も注意深く保障されなければならず、陪審の判決の公平さを妨げ、審理自体によって惹起される印象を弱め、取り消し又は変更するかもしれないあらゆるものは、その心から除去されなければならない。陪審員たちの判決が、このような完全な独立性において存在していないところでは、審理と日常的な悟性の固有の自由な目との間に何かあるものが押し入ってよいところでは、また、なお非常にわずかであるにせよ何かある後見が日常的な悟性に助言及び援助として与えられるところでは、眞の陪審裁判所はもはや存在しない。なぜなら、そこでは陪審員たちの心の中に反映する純粹な事実自体がもはや存在せず、国家は、陪審員たちの宣告が、日常的な悟性自身の純粹な言葉なのか、それとも、他人の声の傍に過ぎないのか、について何の保証も持っていないからである。

もし立法が、被告人の正式の弁護を許容するとすれば、それはもう陪審裁判所の固有の精神から遠ざかることになる。審理の形式に対する被告人の異議及び本来の裁判官職の判断に属する他の事柄に関する法的問題が法学識のある者によって論議されること、証人の尋問の際に被告人を支持し、被告人をしてその弁護に役立つメントに注目せしめ、弁護に必要な事情に関して証人を尋問する弁護人が、被告人を援助すること、このことは弁護一般についての権利の本質的な帰結であり、それは、陪審裁判所の体系及び全ての他の制度と最も完全に調和する。それ故に、イングランドの裁判所の実務は、生命と身体に対する訴追の際に被告人にこの意味での弁護人を許容しないというイングランドのコモン・ローの厳格な禁止を、陪審裁判所の精神を危険に晒すものであるとの懸念なしに、それを求めて対立する慣習によって敢えて廃止するもともな理由があった。しかしながら、事実そのものに関する、立証に関する、使用された証拠方法の重要性に関する弁護人の正式の推論は、全て、そして類似のこととも、学識裁判官の裁判所では裁判官の代りに過ぎない。というもの、ただ事実のみが、技術のいかなる付加もなしに自然の素朴な真実において、陪審裁判所に語りかけるべきであるからである。実施された審理が弁士の精神によって陪審員たちの心へ移行するすれば、その自然のままの確信が立証の技術に依存せしめられるか、又はむしろ学識という武器で武装され、眞の確信ではなく偽瞞的な説得を狙いとする器用な悟性と素朴で不用意な武装されていない悟性との間の闘争ということになり、その闘争においては、あらゆる有利な点が前者の側にあり、あらゆる不利な点は後者の側にある。陪審員たちの心は、二重のしばしば全く対立する印象に、すなわち、一方では審理の印象に、他方では、技術的に準備された演説の印象に晒される。日常的な悟性は能動的であるよりは受動的であるから、選択が必要な場合には、自分に最も近いところにあるものを取るか、又は最も厚かましく押しかけてくるものをまず第一に取る。審理自体においては、全ての光線が拡散され、弁論においては光線は唯一の焦点に集められる。前者にお

いてはまさにそれ故に光線はただ鈍く冷たいが、後者においては暖かく明るい。かくして正式の弁護の場合には、陪審員たちにとっては事実のありのままの真実性が大てい完全に消滅することになり、その判決は、日常的な悟性を眩惑し、自分自身を疑わしめ、そして才能によって操作される技術というワナで自分の好む方向へ操る力を持っている弁士の犠牲となる、という最大の危険の中にある。その点では、立証のために被告人に弁護人を許容しないイギリス人の手続は、陪審裁判所自体の装置と最も正確に結び付いている。その手続は、それが被告人に禁止していることを原告に許容している点でのみ、矛盾しておりかつ不公正なのである。矛盾しているというのは、原告の側における作為的な推論は、被告人の側におけるそれと同じ理由から陪審制の本質に反するが故である、一不公正だというのは、弁護の手段は訴追の手段と権衡を保つべきであるが故である。

しかし今や、完全に自由な独立性があらゆる陪審裁判所の存在の原則であるときに、その独立性を多かれ少なかれ制限し後見的な指揮の下に置かないようなより新しい立法は見い出されない、ということは何に由来するのであろうか。あらゆる立法がこの事実によって、自分自身に夢中になる日常的な悟性の褒め讃えられている絶対確実性に対して最大の不信を述べ、日常的な悟性を、もしそれが狭い暗闇の中であちこち手探りで歩きながら、錯誤の底知れぬ穴へ落ち込むべきでないとすれば、それはまさに直線の道へと導かれないねばならず、まさに他人のより啓発された悟性によって前を照らされねばならない近視と見做し、そう取り扱うのである。

とりわけ、この後見的な行為に属するのは、裁判長たる学識裁判官の説示であり、彼は討論の終了後に陪審員たちの評議を指揮し、彼らの学識のない判決の助けとなるために、それを義務づけられている。すなわち、「陪審員たちは、その思考において訓練されていはず、裁判の経験がなく、法的概念を

知らず、もし彼らにより確実な手引がその手に与えられていなければ、審理の迷路の中で必然的に迷うに違いないであろう男たちである。如何にして彼らは、彼らの眼前で書面、証人の証言、発言と反論によってごちゃごちゃと処理される、互いに累積される事実と事情の多様性の下で、重要なこととそうでないこと、本質的なことと偶然的なことを区別し、判断の要素を多くの中から迅速に取り出すことができようか。そして、あれやこれを支持し、訂正し、説明し、影響力を低下させたり増強させたりして、それを最後に明確な説得力ある結論にまとめるために、その正しい決定されつつある観点の下で理性的な思考の順序で命令することができるであろうか。これには習得された学問によって導かれ、練習によって強化された精神の力が必要である。というのも、それこそが、材料の多様性によって分散させられたり、感覚を麻痺させられたり、圧倒させられたりすることなしに、対象に関して自由で未決定のままで、かつ迅速な判断力でその全体を把握することができるからである。如何にしてその精神の力は、法的諸問題が直接事実問題と同時に発生し、それらの諸点にとって法律は未知で、かつ評議の機会に陪審員たちの前で完全に明確でもないのに、最終的にそれら諸点に関して決定できるであろうか。かくして裁判長は、審理の分散した資料を一般的な概観へと要約しなければならず、事件がそこから判断されるべき観点を確定しなければならず、判断要素、賛否を比較しなければならず、事実問題の判断の際に適用されなければならない法律上の概念を説明しなければならない。」、というのである。

しかし、この点に、陪審裁判所の全ての讃美者が彼らの結論の主たる強さをその上に築いている前提に対する明白な矛盾が存在し、そのことによって、学問的な悟性に対して最初は日常的な悟性に認められていたあらゆる長所が、暗黙のうちに、まさにそうであるが故に一層はっきりと再びなくなってしまう、と私には思われる。日常的な悟性は、そのありのままの加工されて

いない本質に、すぐれた確実性、公平さそして視野の鋭さが認められるが故に、裁判官の席へ就けられるが、しかしここでは、再び学問的な悟性が、日常的な悟性にまさに判断されるべき対象を加工しあたかも仕上げてやらねばならず、日常的な悟性は、その学問的な悟性からその教示を受け取るのである！事実が議論から判明するように、日常的な悟性は事実から自由にその確信を汲み出すべきである。それにもかかわらず、日常的な悟性はここで、自己が判断する前に学問的な悟性が自己につき出し、かつその対象がその中に完全でもなく、またその本来の姿においてでもなく映し出されている鏡の中にその対象を見るように義務付けられる。法学識のある弁護人の推論についてまさに述べられてきた全てのことよりも、なおはるかにより多くのことが、裁判長のこの説示について妥当する。陪審員たちのあらゆる注意がこの説示に向けられ、それは、彼らの判断に直接先行し、最後のそれだけに決定的印象をもつくる。裁判長のその巧拙、裁判長の人間性や厳格さは、最も決定的な影響を及ぼす。裁判長によって見落とされた事情、あれこれ裁判長によって置かれた光と影が陪審員たちの見解に、決定的におそらくは本来の見地とは完全に反対の方向を与える。そして、この反対の方向は最後に、陪審員たちが自分たち自身の判決を宣告した信じているのとは異なっているに過ぎない判決を与える。もちろん陪審員たちは、自己の観念に従ってその見解を良心的に決めるが、しかしその観念自体は、彼らが自由に自ら獲得した自己の所有物ではなく、他人から借用されたものであり、裁判長が説示の際に彼らの精神に置いたものなのである。

法律は、裁判長が自己の確信をはっきりと述べることを、ともかく禁止してはいる。しかし裁判長にとっては、自己の確信を、それが説示によって少なくとも密かに貫徹しないように厳格に監視することが、非常にしばしば不可能となる。大てい説示は明確に、審理が彼によって行われ、証拠が彼によって理解されまとめられたような方法で十分明確に宣言される。さて裁判長自

身の意見がどのように伝えられようとも、それは陪審員たちにとって権威があり、裁判長が分別、悟性そして修得された法的なものによって公の信頼をより多く得ていればいるだけ、陪審員たちの心にそれだけ一層強い影響を表明することになろう。陪審員たちは、一国家の最高の利害が個人の最高の財と争いになり物おじしているところで、対象の重要性で満ち満ちて、自己の固有の職業の領域の外部に存在する事柄に関して判断するよう呼び出され、主題の大きさによって怖気づかされ、自分自身の経験のなさに疑い深くなつて—彼らが（彼らと）同様に公平であり、高い洞察、より包括的な教養と法的な事柄における修得された実習という長所も持ち合わせていると信頼している男（裁判長）の見解を尊重する以外に、自己の良心をよりよく落ち着かせることはできないであろう<sup>(5)</sup>。

イングランドにおいては、陪審は裁判長がその説示において彼らに前以て判断していたことに従う、ということ程ありふれたことは何もない。たとえば、陪審が国王の裁判官の説示と反対の宣告をする例は非常に珍しいので、常に注目に値するものと見做される。裁判官の説示は大いに主要な問題と見做されるので、人は、陪審裁判所において議長を務めるべき裁判長の周知の性格から、有罪又は無罪放免の量に対するかなり確実な推論を前以て行う。犯罪者たち自身はそれに従って彼らの予測を行う。多くの犯罪者たちは、厳格な性格の大司法官が次の会期に伯爵領に来ることを知るや、直ちに逃亡するが、周知の寛大さを持った裁判官が裁判官席に就くところでは、喜んで次の会期には帰って来て、その裁判官を通じて陪審員から無罪を得ることを希望する。高齢のイングランドの法学者は、陪審員たちは彼らが裁判長の説示に反対したとすれば、懲役又は罰金（Geldbusse）を科されるべきであると主張するほどであった。—Beron は陪審員たちの判決に対する裁判長の影響に関して曰く：「陪審員たちが裁判長に期待するのは、情熱や誇張や利害にとらわれていない完全な真実なのだ。—裁判長に備わっている高い品位、裁

判長による審理の切れ目のない指揮、法律が原告と被告人との間で裁判長に示し、両者に権利を保障し、証人の証言あるいは被告人の答えや説明の中に隠されている真実を究明し陪審員たちの宣告を準備しようとしている地位、これら全てが裁判長の中でひとつになって、必然的に陪審員たちは彼を信頼せざるを得なくなる。陪審員たちの意見の自由が無制限であるかはどうであれ、裁判長の意見を完全に抑えるのは困難、否、不可能でさえある。というのも、裁判長はその上、審理を如何に指揮するかという方法、彼がその説示において原告又は弁護のポイントを説明しようとした苦心の大小によって、陪審員たちの心を彼自身の意見に転じる力を持っているからである。」—Beronはこのような考察を、裁判長席に招聘される者たちにとってのモラルで終えている。なぜなら、そのような者たちは、錯誤から又は意図してその影響を罪ある者に有利にも罪なき者に不利にも濫用するかもしれないからである。全ては素晴らしい！ただ問題なのは、それによって一体陪審制にとって何が獲得されるのかということである。影響力のある裁判長たちの洞察力と知恵とが完全であればあるほど、陪審制はそれだけ一層余計で無目的と思われる。かくして、それは他人の手の中の玩具に過ぎない。私はそのとき12人の陪審員を見るが、頭は1つ見るだけである。その唯一の頭の意見が他の12の頭を通過するが故に見るのは唯一の思想だけであり、その思想は、この唯一の頭によって前以て考えられ、他の12の頭によって後から考えられるか又は受け売りされる。かくして大ていの場合、被告人の運命を決定する真の裁判官は、一体誰であろうか？あの唯一の者こそ真の裁判官なのだ！他の12人は、それらの者の舌の上を、あの唯一の者の意見が、法律上の形態と法的に有効な力とを受け取るために通過せねばならない人物に過ぎない。

裁判長の説示は、事実問題と結びついた法的観点に関する限り、大ていの場合まさに事情により役に立たないか又は陪審裁判所の本質にとって好まし

くない。それは役に立たない、一裁判長が、法律一般について説明すること、問題となる純粋な法的概念をその一般性において陪審員たちに提起することで満足する限り（裁判長は本来それで満足すべきであろう）、裁判長の説示は役に立たない。なぜなら、法律とまさに判断されるべき事件との間に、概して、はるかに広い深淵があり、多くの派生的な挿入句によって初めてその上に橋がかけられねばならないのであるが、無学で訓練を受けていない悟性は、それに関しては全くほとんど理解していないからである。全体から切り離された一般的な概念を、それを正しく理解し適用するために、ただ聞くだけでは未だなおはるかに不十分である。訓練を受けていない者は、正犯、帮助、故殺、謀殺の一般的な概念を説明されねばならない。彼は果たして、いわば複雑な条件についてそのメルクマールが動搖するのに、これらの概念を確実に使用できるであろうか？私にとっては恰も、よく訓練されたある剣士が無知な剣士に剣術の規則を説明し、その説明に基づいてさあ直ちに生死を賭けた闘争が続くと後者に期待するように聞こえる。ここで裁判長は、（イングランドにおいて大ていに行われるよう）この無知な剣士に同じ轍を踏ませないために、これらの法的概念を本件自体へ適用することを自ら試み、そして今度は法律の所与の説明に従ってなおも述べねばならない—君たち陪審員があれこれの事情を証明されたと認めれば、法律が適用され、君たちは、行為は謀殺であると宣告しなければならない。しかし、君たちがそれを証明されていないと考えれば、君たちはその反対を宣告しなければならないと—。ところで、陪審員たちは法学識のある裁判官よりもよりよく法律を理解しているとは思っていないので、陪審員に残されていることは、学識裁判官が陪審員に前以て示したこの適用を、真理として妥当せしめ、そしてそれ故に、学識裁判官によってコメントされた歴史的な点のみを彼らが正しいと考えるやいなや、学識裁判官が彼らに条件付きで前以て述べたことを、無条件で受け売りをする、ということしかない。そうだとすれば、行為の法性決定（Qualification）に関する判断は、誰に由来するのであろうか？理論に

おいては陪審員たちに由来するが、実際には裁判長たる学識裁判官に由来するのである。

あるイングランド人は次のように言うかもしれない。「しかし君たちは、陪審制の長所を、それが見い出され得ないところで求めようとするのが常である！この制度に対するあらゆる諸君の非難は、君たち自身に対する論難に過ぎない！通常の場合にあらゆる主要な力が結局裁判長の手に集中されること、そして、陪審制一般をこのような例だけによって判断しようとする者は、陪審制を単に裁判長の道具として見做す誘惑にかられるかもしれないということを、誰も君たちに否定したりはしないだろう。しかし、一度び国民の公的自由が国王の越権と矛盾に陥り、一度び王室が刑事訴追をその政治的目的のために使用し、議員を国民の権利の勇敢な弁護の故に反逆罪として裁判所へ引き出し、誹謗文書取締法の恣意的な拡張によって思想と言論における自由を抑圧しようとするかもしれないとき、諸君は、原告がそのあらゆる技術を、説示する国王裁判所裁判官がそのあらゆる知識を、陪審員たちの心から有罪を獲得するために、いかに余すところなく使うであろうということ、それにもかかわらず、結局、王室は、あらゆるこれらの努力で自由の公けの精神により挫かれた自己の意図を恥じる以外にはそれから何も得ない、ということを理解するであろう。このような場合に陪審制は自己の勝利を祝うのであり、このような危険な場合に陪審制は自己の長所を發揮するのである！陪審制は他の場合には見かけ上裁判長の判断だけに形式的に奉仕するかもしれないが、その際、何が失われるのか？このような場合には、我々はいずれにしても陪審制一般を欠いてもよいであろう。したがって、陪審裁判所があの善行を君たちに与え得るときには、諸君はその欠如を甘受すべきなのだ。最も貴重な果実となる木に多くの萎びた花もなることを怒るなかれ。しかし、それが前者を実らし得ないと、それをその祖国の大地の上にのみ放置せよ。それは、君たちがとくにそのためにそれを使用しようとする目的に適してい

ない！諸君はその中に真実のすぐれた認識手段を求めるが、我々はその中に我々の憲法及び政治的自由のすぐれた保護手段を求めるに過ぎない。」

この反対論はもっともであろうか？他人はそう判断するかもしれない。私が知っていることは、私はそれ以上何も反対して持ち出さないことを心得ている、ということだけである。

### ＜訳 注＞

- (1) フランスではフランス革命によって陪審制が創設された際、固定刑（絶対的法定刑）主義と結びつけられて、事実問題は陪審の専権とされ、法適用は裁判官の権限とされた（最高裁判所事務総局刑事局監修『陪審・参審制度 フランス編』〔司法協会、2001年〕6頁参照）。その背景としては、三権分立を前提とする「裁判官は法の口たれ」という『法の精神』（モンテスキュー）の影響が指摘される。陪審が「自由の守護神」と言われるとき、「有罪なりや否や？」という決定的な問題を国民の代表が決定することによって、政府の権力から個人の自由を保護するという最も重要な任務を陪審が実現できる、と信じられたのである（Schwinge, S.12〔藤尾訳・388頁〕、Cornellisen, S.111）。
- (2) 「いわゆる事実問題の二重の性格」（Schwinge, S.12〔藤尾訳・389頁〕）は、フォイエルバッハの陪審制度論を鋭く批判した論敵によても承認された（das Gutachten der Preußische Immediat-Justiz-Kommission, S.55ff [Cornellisen, S.113による]）。
- (3) これは、わが国の「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」（6条1項2号）において「法令の適用」として、職業裁判官と裁判員とが協同して決定する事項とされている。以下の叙述から判明するように、フォイエルバッハは裁判員の法令の適用の能力に懷疑的である。これに対して、das Gutachten der Preußische Immediat-Justiz-Kommission, S.55ffは、「誰でも素朴な教養のない悟性によっても法令の適用はできる」とし、ただ「窃盗と恐喝、既遂と未遂の如き細かい区別」をさせてはならない、という（Collnelssen, S.113による）。なお、この点につき小林憲太郎「刑罰に関する小講義（改）」立教法学78号（2010年）59-60頁（注48）参照。
- (4) 本書の書評において、フォイエルバッハの主張を支持するものもあった（Allgemeine Literatur-Zeitung, Jg.1813, 2.Bd., Sp.586ff）。我が国においても井上毅は、「事実判断と法律判断の区別はつくものではない。……さらに、正当防衛についていえば、

これを挑発してなぐった後に殺したものとどのようにして区別できるというのであるか。」、という疑問を述べていた。これに対して、ボアソナードは「事実判断と法律判断とともに陪審に行わせる方が、両者をともに陪審に行わせない場合より優れている」と反論している（藤田政博『司法への市民参加の可能性　日本の陪審制度・裁判員制度の実証的研究』〔有斐閣、2008年〕17-18頁、19頁参照。なお、三谷 太一郎『政治制度としての陪審制　近代日本の司法権と政治』〔東京大学出版会、2001年〕101頁以下参照）。

- (5) Feuerbach, *Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, Bd.2, *Über die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren Frankreichs, in besonderer Beziehung auf die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, Gießen 1825, S.476ff. これは書名からも判明するようにフランスの陪審制度の分析に基づいている。

## 第六考察 事実問題の分割及び陪審制の欠陥を治癒する他の方法について

フランスの立法者たちは、陪審裁判所の導入の際に直ちに、用心深い不信の中でイングランドの人たちよりも先へと進んだ。彼らは、判断の対象を一つの全体へとまとめることで満足している。これに対してフランスの立法者たちは、主要問題を日常的な悟性の理解力に近づけるために、それをその各別の構成部分へと分解した。一イングランドの陪審に提起されるのは常に、最も広い範囲にわたる訴訟においても、「有罪なりや否や？」という単純な問い合わせである。これはそこでは全く合目的的であり、かつ十分なものである。これに対してフランスの立法者たちは、この単純性を危険で、混乱の原因となると考えた。一被告人の責任は（正当にもフランスの立法者たちの考えるところによれば）、種々の要素によって、すなわち、事実自体の客観的な確実性、外部的な事実的な帰責の確実性、内的又は法学的帰責が依存する諸条件の存在によって決定される。立法者が、陪審員たちを完全に彼ら自身に委ねるとき、一体、誰が立法者に、陪審員たちの未熟な学識のない悟性が、

これらその他のあらゆる類似の要素を考慮することを保証するというのか。陪審員たちは「有罪」と宣告したが、しかし一体誰が、外部的な事実を省察する際に、その事実の帰責の議論が陪審員たちに見逃されたかどうか、あるいは陪審員たちは証明された違法な意図に関して事実自体又は有罪の証明の不足を看過しなかったかどうかを、知っているというのか。一さらにある人間は、ある大逆罪で有罪であり、他の大逆罪では無罪であることがある。ほとんどあらゆる犯罪には、法律の規定に従って亜種と程度があり、ほとんどすべての行為は、あれこれの付加的なメルクマールによって法性決定 (Qualification) を獲得するが、その行為はそのメルクマールによって犯罪の他の種類に移行したり、その種類の中で特別な法律上の刑罰で特徴づけられるより高い程度を受け取ったりする。加重的な事情で実行された犯罪に基づく起訴は、たとえば夜間盗具（合鍵）で実行された窃盜に基づく起訴は、もともと複数の犯罪に基づく起訴であり、それらの行為は理念的には同一の行為において同時に起こっている。ところが陪審は、そのような場合にただ一般的に「有罪なりや否や？」と問われると、その解答は一部分は真実で、一部分は誤りであるのに、その誤りは発見され得ないであろう。その解答が「有罪！」という場合、ひょっとすると陪審員たちが他の事情を看過したが故に、ただ単純窃盜という結論に基づいており、その解答がこれに対して「無罪！」という場合、ひょっとするとただその行為の法性決定 (Qualification)、一夜間に一又は一合鍵で一に基づいているのである。そこで、判決を決定するどのような事情も陪審員たちによって看過されないように、そして彼らの全ての解答が彼らが宣告すべき以上でも以下でもないように、フランスの立法者たちは、事実問題の分析を創始し、「有罪なりや否や？」という一般的な課題を、その個々の構成部分へと分解した。1791年9月の法律と共和暦4年 Brumaire3日の法典は、以下のように規定している：陪審員たちが、まず問われるべきは、起訴の対象それ自体が証明されているか否かである。次いで問われるべきは、被告人の有罪が立証されているか否か、被告人が行為

を実行したのか又はその行為に関与したのか否かである。それらに続いて、行為の道徳性に関する問い合わせ、加重的事情や減輕的事情に関する問い合わせが続くが、それらの問い合わせは、起訴、被告人の弁護あるいは審理から生じる。一複数の互いに独立の事情（それらの事情のうち各々の事情はそれ自体犯罪の特別な種類を特徴づけるものだが、）から構成されている犯罪については、これらの事情に基づいて特徴づけられる問い合わせが、その各別に提出されるべきである。

このような方法で、日常的な悟性の弱点及び近視眼性に対するあらゆる異論は、永久に反駁されたと思われた。経験の教えることはそうではなかった。それは、フランスの陪審裁判所の変質の主たる原因、正義と健全な悟性とがその前で赤面しなければならなかった非常に多くの宣告の源は、このような質問方法の中だけに見い出されるべきである、というかなり一般的なフランスの法律家の確信をすら惹起したのである。

問い合わせのこの分析は、いずれにせよ陪審裁判所の根本概念に矛盾している。陪審裁判所は、自己の確信の根拠について弁明することなく、ただその良心の内的確信に従って「有罪なりや否や？」に関して宣告を下すべきである。ところが、「有罪なりや否や？」という一般的な問い合わせが、個々の下位の問い合わせへと分解されると、すなわち、ある人の可罰性又は不处罚を決定する個々の要素へと分解されると、国家が陪審員たちに「有罪なりや否や？」に関する彼らの確信の最も近い理由を問いただすことになり、したがって、陪審裁判所を中間機関たらしめることになるが、それは半分は陪審に半分は学識裁判官に似ており、結局そのどちらでもないのである。

判断されるべき対象の分割は、フランス法の件の規定からの必然的な帰結であり、そこではなお、そのうえ罪刑法典 377 条が「多問の虚偽（複問の虚偽）を含む質問（question complexe）は、いかなるものであっても、これ

を提起することはできない。」<sup>(1)</sup>、と規定していた。そのような複問に何が含まれるかが規定されていなかったので、陪審のその問いは、われわれのドイツの糾問官の項目尋問<sup>(2)</sup>にそっくりであった形式を採用した。すなわち1,000の異なる事実に関する問い合わせを惹起した訴訟は、通常の現象であった。Bourguignon その他の者は、陪審が20～30,000の間に解答しなければならなかつた審理について語っている。

陪審が最も驚愕させたりぎょとさせたりしたのは、その解答の仕方によつてであった。その解答は大てい互いに合致せず、続く答えがしばしば前の答えに矛盾し、前の答えが肯定したことを続く答えはほぼ再び否定した。（既に上述した諸事例に唯一つ加えると）たとえばある陪審は、第一の問い合わせに対して、被告人の故殺の実行は任意ではなかつたと宣告し、続く問い合わせには、彼は正当防衛により故殺を実行したと宣告し、そして再び第三の問い合わせに対して、故殺された者は剣や銃を持ってもいなかつたし、そのような道具で故殺者を攻撃もしていなかつた、と宣言した。—それは愚かさが二重に複合されていた。というのも、一方では、フランスの法律学によれば、実行された殺害が任意でなければ（homicide commis involontairement）正当防衛による故殺では決してあり得ず、他方では、相手を攻撃しても生命を危険ならしめなかつた者は、その者を正当防衛へと追いやることは決してできないからである。

このような現象は何に由来するのか？フランスの法律家たちは、問い合わせの細分化に由来するという。とんでもない！それは、解答する者の不手際に由来するのである。なぜなら、その不手際は互いにいたるところで似ているが、総括的問い合わせの際にその解答の一般性の下に隠れており、これに対して、分割された問い合わせの際には同時に外部に明らかとなるからである。あのフランス的質問方法は、陪審制に内在しているものがその実験によって白日の光りの下

ではっきりと引き出された、見間違いようのない実験であった。もし君がある人間がそもそも正しく考えるものである、ということを確信したいのなら、その思想をその要素に分解し、そして彼にその全体をまさにその各部分に分けて問いただし給え。彼の確信が根拠があり、完全で相互に関連しているなら、彼の答えも、また、そうである。さらに、彼の思想が根拠がなく、相互に無関係で矛盾していれば、彼の答えもそうであろう。それ自体道理のある問いは、答える者の中に決して誤りを持ち込まないが、しかし隠された愚かさ、隠された誤りをその隠れ家から引き出しはする。陪審をして個別的な答えの中で、被告人は生命を危険にするような攻撃はしなかったが、それにもかかわらず正当防衛により攻撃したものである、と言わしめた誤りは、イングランドの質問方法に従えば、単に「罪とならず」（“not-guilty”）という3つの綴りにおいて宣告されていたことであろう。犯罪的故意に関する正反対の見解が、フランスの陪審をしばしば誘惑して、最初は犯罪的意図から分離され得ない意図を証明されたと仮定させ、次いでそれにもかかわらず罰すべき意図を否定せしめ、あるいは最初犯罪に向けられた意図を自白せしめ、次いで、事実は害する意図で（*a dessein de nuire*）生じたのではないと主張せしめる。そしてこのような同じ見解は、一般的な質問の際には、陪審員たちを誘惑して無条件で無罪を宣告させるか、あるいは、まさに誤った修正形式の評決を自発的に宣告せしめるであろう。事件自体においてすべては変化のないままである。ある方法によれば陪審員たちが隠された誤りにおいて密かに自分自身に言うことを、彼らは他の方法によって声高に裁判官に言うのである。かくして、フランスにおけるあの質問方法が暴露して来た経験は、大部分、陪審制そのものに反する経験のまさに多くの証明なのである。

我々は、ある害悪の治癒不可能性を、あらゆる治療方法の不可能性による以外によりよく確信することはできない。

フランスにおいて極くわずかの年月の間にいつもの何世紀にもわたるよりも多い責任で覆われたという非難すらフランスの刑事司法に負わせた陪審員たちの驚くべき判決は、すぐさま、できる限り根本的な改善という結果に至った<sup>(3)</sup>。まず共和暦9年破棄院は、改善提案を政府に委ねたが、それは主として陪審員たちの質問方法に向けられており、その要点は以下の如きものであった。第一に、破棄院は陪審員の権限の余りに広い拡張の中に欠陥を求めた。破棄院の注釈によれば、国民のモラルは必ずしも常に立法者のそれと同じではなく、したがって陪審は、ただ事実問題の歴史的な構成部分だけに制限されなければならず、犯罪が実行されたのかどうか、そしてどのような犯罪が実行されたのか、という決定は裁判所だけに委ねられなければならないというのである。第二に、事実問題は異なる観点に従って理解され、異なる順序でより簡単に提起されるべきであるという。この目的のために、問い合わせの三つの順序ないし順番が提案された。第一段階の質問は、各犯罪について、起訴の対象をなす事実の一つ一つの存在が認められるかどうかという点に向けられなければならない。第二段階の質問は、各被告人が各犯罪を犯した、犯罪に協力した、又は法が共謀という性質を付与している一定の多様な行為を行った、との確信が抱かれたか否か、という点に向けられなければならない。そして、第三段階目は次のようになるべきである。陪審員たちは、まず、問題とされているところの犯意について判断を下し、その犯意を示すような状況事実について答える。この状況事実は、犯罪の実行のために用いられた方法、暴行の繰り返し、暴行の残虐さ、等々である。一しかし破棄院の第一の提案は、一陪審制をその欠陥から救うために陪審制を廃止する以外のことを、すなわち、木の根を取り出し、それでその木がもはや有害な果実を結ばないようにする以外のことを、果たして意味するであろうか。事実問題の真の性質に関して上述されて来たことは、私からこれ以上のあらゆる議論を取り除くことになる。だから、このような条件の下では、第二の提案は全く非本質的な付隨的なことと思われるし、それは、それ自体考察されても、事柄

自体を何物をも変えず、さらに、その問題を単純にする代りになお一層多様にし拡大するに過ぎないことからも、なおさらそうなのであり、このことは Bourguignon が周到に証明してきたことなのである。

破棄院自体このことを確信していた。というのも、破棄院は、共和暦 11 年に政府に提出したそのコメントによって、部分的な問い合わせそもそも認めず、「被告人は有罪なりや?」という单一の総括的な問い合わせに復帰するための評価を与えることによって、他の側面からの助けを希望しているからである。この総括的な問い合わせは、あらゆる民族の陪審裁判所の構成がふつうそれに与える以外の意味であるべきである、というに過ぎない。すなわち、それは、いかにそれが完全な事実問題の如く思われようとも、その問い合わせ陪審員たちに問うている全てのことに答える権利を決して彼らに与えるべきではなく、むしろ、陪審が「有罪!」と答えた後に、裁判所が、この「有罪」という言葉の中で一体そもそも何が宣告されているのかを決定する権限を持つべきなのである。つまり破棄院はここでも、以下のことから出発している。すなわち、陪審は、実体的な事実、より正しく表現すれば、事実問題の歴史的な部分に関してのみ判断してよく、あらゆる法的問題は、たとえ事実そのものと直接関係していようと、それから切り離され、裁判所の権限とされなければならない、というのである。こうして第一の躓きの石は取り除かれるという。災いの他の源は事実問題の多様性であり、それ故に、陪審員たちには単純な総括的な問い合わせが提起されるべきであり、これが改善の第二の手段であるという。さて破棄院は、陪審員たちに単に「有罪なりや?」と問い合わせ、それにもかかわらず、彼らをして単に歴史的な事実のみに答えさせることが、如何にして可能かを考えたのである。この謎の解決は全く簡単と思われた。陪審員たちは「有罪!」と答える。しかし、その有罪の内容を与えるのは裁判所なのである。すなわち裁判所が後で、被告人は、どのような犯罪に、どのような類に、どのような種に、どのような加重的事由又は減輕的事由で有罪かを決

定するのである。

陪審員たちが有罪を宣告すべきであり、裁判所は、被告人がどのように、何で有罪かを宣告すべきである。このような区別は可能であろうか？私には、前者は思考の中では後者自体と切り離せない、と思われる。有罪一般というのを抽象化された観念であり、それは陪審員たちの心の中では、特定の個別的な責任と関係してのみ意義を有する。起訴は、特定の人物に対するのと同様に、特定の犯罪に向けられ、そして審理は、それが訴追し弁護するところでは、終始、その特定の人物と特定の犯罪だけをその対象として持つに過ぎない。したがって、「有罪」という答えは、陪審員たちの意識においては、この特定の犯罪について有罪であることを意味し得るに過ぎず、他に何らかの犯罪について有罪であることを意味することはできない。もし我々が、その答えをその特定の対象から切り離し、それに何かある犯罪について有罪である、という意味を与えようとすれば、小さな一歩をさらに進めて、かつ、陪審員たちが「有罪」と述べるとき、それは、まさに被告人 A がその犯罪について有罪というのではなく、誰かある者がその犯罪について有罪であることを意味する、と言ってもよいことになる。

「なんと明敏なことであろう！陪審員たちが考えることではなく我々が希望することが、我々を悩ますのである。しかし我々が希望することは、裁判所が陪審の言葉に、それが事実の性質に及ぶ限りは、拘束されないことなのである。」

まことに、このことは事柄を変える！しかしそれでは、陪審は何のための善でありうるのか、という問題がまさに生じる。

「君は問う？—しかし、常にあまりに多くを問う！ところで誰も陪審なし

には無罪放免され得ず、誰も有罪を言い渡され得ない？」

故意の謀殺を性急に故殺に、国家の官吏の性急な侮辱者を場合によっては君主の侮辱者又は大逆罪に改鑄する権限が裁判所にあるという場合は、ほとんどないか全くない。そのような陪審裁判所は、裁判所に対してはあたかも色刷毛の画家に対する関係のような状態にあると思われる。色刷毛は、そもそも描くためには画家を必要とする。しかし、風刺を描くか神を描くか、大きく描くか小さく描くか、鮮明に描くかぼんやりと描くか、ということは、巨匠の技術と意思の中だけに存在するのである。

Bourguignon の勧告する提案は、なるほど、それが実行できることに制限されており、その病人に少なくとも死病を接種するものではない点において、前述のあらゆる提案よりも優れているが、しかし、それがその害悪そのものを除去せず、せいぜいその病の所在及び形態を変えるに過ぎない点で、それらの提案と同じものなのである。すなわち、Bourguignon は、事実問題の法学的構成部分が彼にとって貧弱となるや直ちに空虚な影に溶けてしまうような陪審裁判所の本質を固持しているのである。彼はさらに、精神を困惑させ押し殺す際限のない問い合わせの分割の中で誤解によって生みだされる濫用を認識している（それはそれ以上存続する必要のないものである）。しかし彼は同時に、立派に起草され、かつ内容も完全な問い合わせの、よく見積もられた最小限の部分の中に、判断の対象を日常的な悟性の制限された視野に近づけ、その際同時にその悟性に必要な予備知識を与えるための不可欠な手段を発見するのである。というのもその悟性は事実問題における法的観点の根本的な理解のためにその予備知識を必要とするからである。我々は事実問題の全体を歴史的なるものと法的なるものとを同時に含んでいる個々の極くわずかに下位の問い合わせだけに分解すべきであり、これらの問い合わせを、その問い合わせの中で人の可罰性を決定する対象の法的定義が共に理解されるように提起すべきであ

る、というのである。法典が犯罪の概念を拘束的かつ明確に規定しており、法律上与えられているメルクマールが事実問題の中で反復されるなら、まさに陪審員たちは、対象を見、対象をそのあらゆる関係において理解するためには、目をつぶりさえしなければよい。たとえば、重婚罪が問題であれば、人は、「Aは、彼がシュトラスブルで結んだ婚姻を法律上解消する前に、パリで第二の婚姻を結んだ、ということは証明されたか?」と問うべきなのである。帮助の立証が問題であれば、「Aは、それによって正犯の行為の遂行が容易にされるか、又は促進される行為によって、正犯を助けたのか?」と問われるべきである。誰かがある犯罪の未遂について起訴された場合には、人は、「被告人は、犯罪の実行に向けられ、行為の遂行を開始した外部的行為を実行したが、彼の意思とは無関係な事情によってのみ、その完成を妨げられたかのか?」と問うべきなのである。ここでは、陪審員が必要とする全てのことが、問い合わせのものによって陪審員の心の中に置かれる。おまけに、なお裁判長の賢明な教示が松明とともに先行すれば、判断力は、いわばその足元に識別できるように置かれたものを発見するためには、ほんの二、三歩進みさえすればよい、というのである。

ところが私には、それはそうとは思われない。その提案の不完全性は別として、(というのも、立法自体には必要ではないが、一般的な概念規定において日常的な悟性にとっては決して明らかにされ得ない予備概念、というものが存在しているから) したがってそれを別としても、以上のような方法で陪審員たちに知識及び知識の正しい使用をいわば問うことにより教示しようとすることは、私には全く徒労と思われる。その問いは、適用されるべき概念のあらゆるメルクマールを含むというが、しかしその問いは、このようなメルクマールの概念を含まず、かつ含むこともできない。なぜなら、さもなければほとんど無限の問い合わせと後退させられるに違いないであろうからである。たとえば、我々が犯罪への共犯に関する前述の事実問題を考察すれば、

その問題は、法律を知らない全ての者にとっては、大きな広い言葉の容器に過ぎず、それはもともと空で、それを聞く者が分別があるか愚鈍であるかに従って好きなように中に入れるあらゆるものが取り出される用意ができている。主犯 (Haupttäter) とは何か、帮助は何を意味するか。既遂の意味は？ 法律の意義に於ける援助 (Beförderung) の意味は？ 未遂に関わる事実問題とはこうなのである！ 外部的行為とは何か？ と陪審員は疑問に思うことだろう。言葉、演説、単なる思想の表明、はそのような外部的行為なのか。犯罪の実行に向けられている、とは何か。それは意図を含むか、又は外部の事実関係に過ぎないものも含むか。完成されつつある犯罪の開始とは何か。この開始は、どこまで後退するのか。銃がベルトから取り出されるところで既に、その開始があるのか。あるいは銃に弾丸が込められることなのか。それとも、犯罪者が内心で殺害しようとして指名された生贊のところへ出かけることなのか。それとも、犯罪者が生贊を待つために待ち伏せすることなのか。あるいは犯罪者が生贊と既に対面していることなのか。あるいは狙いを定めることなのか。あるいは引き金を引くことなのか。それとも狙いがはずれることなのか。一結局、何が偶然的事情なのか。被告人の意思から独立している事情とは何か。被告人は、引き抜かれた拳銃で殺害されるべき者と対面して、「君は私を殺害することを欲している、君の恩人であるこの私を！」と恩人は動揺して犯罪者に大声で叫ぶ。同情、恐怖、驚愕が被告人を圧倒する。被告人は視線をそらしてその拳銃に目をやり、そして逃走する。さて、如何？ 「偶然的事情」という思想が、この行為にその事情は合致するのか合致しないのか、というように形成される。その概念の範囲は、どの程度広いのか又は狭いのか。それは何を述べ、何を述べないのか。ここでは、法学識のある悟性は容易に一定の答えを見い出すであろうが、日常的な悟性は暗闇の中に立ち、助言と意見によってのみそこから救い出され得るのである。

我々はこのような困難を偽って挙げるものではない。事柄自体を信じない

者は、経験を聞き給え。被告人がある犯罪の実行の未遂を外部的な行為において明らかにしたかという問い合わせが、ある陪審に提起された。陪審は、「然らず！」と答えた。というのも、それは一家の中で起こったからである。この例は Dubart が述べている。Granger が述べる例は、次のようなものである。「24人が謀殺の罪で起訴された。陪審員たちに提起された多くの質問の中でもとりわけ、以下の三つ①殺害は自発的に (volontairement) 行われたか？②さらに彼又は彼女が殺害を計画的に実行したのか？ (avec premeditation) ③最後に行はれた行為は殺害された者の側からの先行するきっかけに続いて行われたのか？ (par suite d'une provocation) この事件において互いに投票した12人の陪審員たちのうち、別々に以下のように問おうとした9人の陪審員がいたと誰が信じるだろうか。すなわち、一体任意 (freiwillig) という言葉の意味は？計画的？という言葉：provocation とはなにか？似たような問い合わせは日常的に生じている。」さて、Bourguignon はこれらの質問に対して、上記の言葉を定義してみる、そして、陪審員たちが彼にあらためて質問せず、また、彼の新しい問い合わせに再び新しい問い合わせなければ、漸く彼はただ以下の理由で沈黙することを保証される、すなわち、陪審員たちが言葉を理解できないことを理解すると信じるという理由、あるいは陪審員たちはその知識に懐疑的で盲目的な方策によってむしろ厄介な問題を打ち碎くという理由。もちろん、定義は一つの鍵ではあるが、しかし、それは全ての錠を開けるのではなく、技術の訓練を受けた手をどうしても必要とするのである。

上で吟味された全ての改善策のうちどれも、刑事手続に関する新しいフランス法の起草者たちによい印象を与えるなかった。彼らは、イギリスにおいて慣用的な制度の単純性をほとんど改善なしに用いた。裁判長は、討論の終了後に、その結果を概括し、そしてその後に、「被告人は、起訴状の要約的な内容において理解されている全ての事情で以て、これこれの故殺、これこれの窃盗、又はこれこれの他の犯罪を実行したことに、責任があると考え

られるか？」という一般的な問い合わせを発する。審理の際に一つないし若干の加重的な事情が明らかとなっていたときには、裁判長は、「被告人はその犯罪をこれこれの事情で以て実行したのか？」という更なる問い合わせをお付加する。被告人が自らのために免責の法律上の根拠を持ち出していたときには、「これこれの事実は本当か？」という問い合わせがなお發せられる。最後に、被告人が未だなお16歳未満であれば、裁判長は、「被告人は弁別能力（discernement）を以て行為したのか？」と問うのである。これらの問い合わせが發せられ陪審たちに提起されると直ちに、彼らは宣告を決定するために彼らの部屋へと引き籠る。彼らは、まず、主要事実に関して、次に個々の付隨的事情に関して協議する。陪審員の議長は、提起された問い合わせを順番に陪審員たちに提出し、彼らの各々は以下の如く答える。(1) その犯罪が証明されていない、又は被告人がその犯罪について有罪であることは立証されていない、と確信していたときは、「被告人は無罪。」と答える。二重に複合された(2) 事実が証明されかつ被告人がそれについて有罪であることが立証されたと思うときは、「然り、被告人は提起されている間の中に含まれている全ての事情で以て、その犯罪について有罪です。」と答える。(3) 行為及び行為者を確信しているが、ただ必ずしも全ての事情を確信していないときは、「然り、被告人はその犯罪について有罪です、彼はそれをこれこれの事情で以て実行しました、しかし、彼がそれをあれこれの付隨事情で以て実行したことは証明されていません。」と答える。(4) 最後に、その犯罪及び行為者の確実性を確信してはいるが、しかし、挙げられている法性決定（Qualification）のための事情のどれをも確信していないときには、「然り、被告人は有罪です、しかし、どのような事情も彼には負わせられない。」と答える。彼らはなお、もし必要なら、審理から初めて明らかとなった加重的又は減輕的事情に関する特殊な付隨事情に答える。かくして、陪審員の全決定は多数決に従って同じ形式でまとめられ、次いで、法廷において裁判長の問い合わせに對して、陪審員の議長によつて言い渡される<sup>(4)</sup>。

このような方法で完全な事実問題がその歴史的かつ法的構成部分において陪審員たちの判断のために提出され、そのことによって陪審制は本質及び価値を与えられて来たということ、イングランドのはく然と一般的な質問方法と共和主義的にフランス的な問い合わせの分割との中間に位置する問い合わせの理解、並びに一般的な評決と特別の評決との区別によって、その手続が単純性、簡潔さそして的確さを得たということ、このことを誰が否定し得るであろうか。フランスの立法者はあらゆる可能なことをなして来た。そして確かに、改革の場合に、人はどこで始めどこで終るべきかを知ることは、常に最も困難な技術なのである。可能なこと以上のこと欲する者は、可能なこと以下のことを欲した者とまさに同様に、不得策にふるまうことになる。したがって我々が、本来の躓きの石はこのような手段によっては持ち上げられも動かされもしない、と主張しても、フランスの立法者たちには非難としては帰せられない。なぜなら、この躓きの石は、最も内なるところ自体の中に根を張っているが故に、テーゼウスできえ持ち上げ得ないであろう岩があるからである。この新しい方法によって、フランスの陪審の宣告のあの間違った、矛盾する愚かな宣告から—それを数え挙げるについて、フランスの文筆家と議員は疲れを知らない—、誘因と道とが奪われるのだと主張されるとき、これは、本質的な欠陥の外部的な現象と明白性について問題とされている限りでのみ—しかも、せいぜいのところ—、認められ得るに過ぎない。陪審員たちは必ずしもあらゆる点について個別的に答える必要はないのであるから、当然のことながら、彼らの誤りは彼らの解答的一般性の背後に容易に隠れることができ、そして声高なスキャンダルは少なくなるであろう。しかし、このような形式で質問されそして解答されたが故に、その解答の内容がより根本的でありかつより正しいであろう、ということを人が承認し得るのは、判断されるべき対象をその構成部分へと分解することが、すなわち、主要な問い合わせの中に含まれている下位の問い合わせへと分割することが、必然的に、無分別と遲鈍、無知と誤りを、一単に明るみに出すばかりではなく、それを生ぜしめもする、

ということを人が仮定しようとする場合だけなのである。判断の対象及び材料、考量の種々の観点、その正しい判断のために必要な予備概念、これらは同一であり、人が新しい方法で問うのか、又は古い方法で問うのか、すなわち、人が陪審員たちに問い合わせを既に分離して提出するのか、又は一般的な問い合わせ思考の中で若しくは彼らの討論の際に分離することを彼ら自身に任せるとか、ということには無関係なのだ。前者の場合に誤って判断する者は、後者の場合にも前者の場合に劣らず誤って判断するであろうし、後者の場合に正しく判断する者は、前者の場合にもそうであろう。そのような考慮のできない常に計算間違いをする一人の経験のない者に、その全部が一つ一つ個別に提起されるとき、一我々はこの者から、ただ、今や全ての部分を一塊りに纏めて、彼に思考自体の中で数えるよう委ね、次いで全量を一つの言葉で宣告するよう委ねるという理由だけで、より大きな信頼を期待できるであろうか。あるものの形態と色彩が弱視である者の目の前で合流するとき、一その者は以下のどのような理由でより正しく見るであろうか。すなわち、その者に予め個別的に提起されていた対象が、その者の前で濃く圧縮されて高く積み上げられるという理由、むしろ逆に、予め既にその対象の中で区別されていたものは、今や彼自身によって初めて区別されなければならないという理由、あるいは区別されない多様なるものは、それだけ一層混乱して現れるだけであり、輪郭はより曖昧となり、色彩の統一性にとって、より大きな多様性のもとに隠されるという理由。

犯罪をそのいろいろな類、種そして程度に従っていまだ区別していなかつた、全く素朴ないまだ未発達な刑罰制度については、すなわち、全てがなお大まかに組み立てられており、行為の個々の付隨的事情の相違が、その行為の法的性格を変えず、相異なる法律の適用を根拠づけないところでは、したがって、判断されるべき事実が、二、三の簡単な鋭く目立つメルクマールで具体的にはっきりと分かるように現れ得るところでは、上述の常に無益な技

巧はすべて必要ではなく、そこでは、陪審裁判所だけがふさわしく、陪審裁判所だけがその地位を確保し得る。今日なおイングランドにおいては、昔のままである。アテナイの刑罰法規は、非常に素朴で簡潔であったので、裁判所の集会場所における一本の円柱の上にそれは十分の空間を発見した。彼らは、行為の概念の広く包括的な一般性においてその刑罰を定め、これを程度に従って学者風に熟慮することはしなかった。彼らが刑罰を曖昧なままにしていたところでは、裁判官が自ら刑罰を割り引いたが、それは、法原則に従うという我々のようなやり方ではなく、公正という原則に従った、法的な刑の宣告というよりはむしろ仲裁人の裁定という形式においてであった。原告が起訴状において、被告人に逆らって要求した刑罰を主張したように、被告人に有罪が言い渡された後、被告人には、彼の責任又は状態に最も相応しいと思われる刑を挙げることが許された。そうなると、一方では原告と他方では有罪を言い渡された者との間に新しい審理が生じた。原告の雄弁家も有罪を言い渡された者の雄弁家も、前者は原告に要請された刑罰のために、後者は有罪を言い渡された者によって述べられた刑罰のために、その理由を陳述した。両者は、その裁判官の寛厳を巡って互いにその判決の前に執行されるべき刑罰の種類と程度を決定したり争ったりした。犯罪の性質と大きさの法律上の相違は、事実問題の解答においてどこでも混じりあうこととはなかった。というのも、事実問題は、法的な前提要件の単純性の故に、また刑罰の大きさに関する審理は行為自体に関する審理とは「有罪！」という法的判断によって鋭く区別されていたが故に、いつでも「然り」又は「然らず」という唯一つの解答が与えられ得たからである。これにお付加されるのは、アテナイの裁判所構成それ自体の特異性である。というのも、その結果、以下のこと�이 가능ならしめられたからである、すなわち、法律が同一の主たる行為を各別の性質と程度へと分類していたところでさえ、それにもかかわらず、常に唯一の単純な事実に関してのみ、陪審員たちによって決定されなければならなかつたのである。アテナイには多くの裁判所があった。それらの裁判所の

うち、大ていは、各々一つの裁判所が、ある犯罪に関してのみ、場合によつては、あれこれの主たる犯罪の個別化された下位の犯罪に関してのみ刑を言い渡さねばならなかつたのである。かくしてアレオパゴスは任意の謀殺に関して判断し、それとともに併せてなお四つの（国民）裁判所が殺害に関して生じた、すなわち、一つは任意ではない故殺のために、他は正当防衛による故殺のため等々。かくして、ある犯罪がそのような法廷の一つへと持ち出され得る前に、民衆又は訴追を認めその訴訟を指図していた最高執政官（Archon）によって既にその犯罪についていかなる点が問題なのか、その訴追はその違反のいかなる特別な性質に向けられるべきか、という前提問題が仮に決定されなければならなかつた。この仮の決定が管轄裁判所を決定し、そして今やこの管轄裁判所が、嫌疑をかけられている行為に関して、種々の競合して生じた事実問題ではなく、（その管轄権がそれだけに制限されている）唯一の主たる要件だけに関して決定するために、判決しなければならなかつた。しかし、その当然の帰結はなんと以下のようなものであった、すなわち、ある法廷の無罪判決は、必ずしもあらゆる責任からの無罪放免を根拠づけるのではなく、むしろ、その行為のいまだなお判断されていない他の要素を解釈して、これを新しい訴追の形式で他の裁判所に決定のために持ち出すことを、原告の自由に委ねるものだったのである。

ローマの法律も、いわゆる公的な訴訟（*judicia publica*）という犯罪がなお存在していた時代から全く単純な性格を有していた。ここでは、あの特殊な細かい事をやかましく言う、あのローマ人の民事法についての博識を特徴づける鋭い洞察力については何も知覚され得ない。刑事立法のより高次の教育について不可避的に区別されなければならないことは、ローマでは初期の段階でなお全く発展させられずに隠されたままだった。犯罪の未遂と既遂、正犯と帮助は法的に概念において区別されず、刑罰は同じであった。違法な故意と過失行為との区別すら、事実問題のもつれあいのきっかけを与えた

かった。というのも、違法な故意（dolus）は、新しい刑事法の用語で語ると、各犯罪について構成要件それ自体の一部分なので、悪しき故意の不存在は、あらゆる責任からの解放を根拠づけ、したがって、被告人は違法な故意につき責任がなくても、それにもかかわらず、過失の故に可罰的ではないのか、という問題は、刑事裁判所では全く起こり得なかったからである。後の時代になって初めて過失も、特別に（extra ordinem）処罰された。ローマの刑罰法規は、通常、犯罪の全く広く包括的な類を纏めて、複数の互いに異なるが、しかし互いに似ている類とともに個別的な命題において以下の事例を列举したのである。すなわち、それに数えられるべきであり、そして次いで全てのこれらの、その性質と可罰性によって最高に異なる事例のために、その性質と程度のさらなる区別なしにいわば全部ひっくりめて刑罰を決めたのである。その Manutius 又は Siganus を読んだことのある者は、そのようは例を必要としない。しかし、そこから容易に説明可能なのは、各起訴は各々、然り、然らず、真偽不明（non liquet）という単純な言明によって汲みつくされ、決定され得たということである。常に一つの刑罰、一つの単純な行為の条件のみが、その証明又は非証明にあらゆることが依存しており、異なる法的効果の複数の下位の前提条件を決して自らの中に取り込まない、したがって陪審員たちの心の中に混乱も事実問題の分割も必要ならしめることはできなかった。一このような考察によるだけで既に、古代ローマの刑事立法と新しいヨーロッパのそれとの何という違いであろうか！しかし、それだけではない！アテナイにおけると同様にローマ人についても、裁判所は犯罪の相違によって区別されていた。全ての主たる犯罪は、その固有の裁判所、その特別な刑事裁判（judicium publicum）をもつてい。た。それ故に同一の行為も、異なる観点に従って、異なる刑罰法規の下にあるとしても、同一の裁判所での判断のこの異なる要素は、重なることはなかった。犯罪は起訴において明確に表現され、その起訴を導いた法律も正確に特徴づけられなければならなかった。法務官の長はそれ故に、その陪審員たちにこの法律の適用

以上のこと教えてることはできなかつたし、陪審員たちは、起訴が行われるよう理由があるか否かを見る以上のことを見る必要はなかつた。たとえば、公的暴力に関する Lex Julia 法に基づく起訴があり、ともかく、審理からただ私的暴力の犯罪だけが明らかになつたとき、陪審員たちは、起訴された者を私的暴力を理由として有罪にするためには、公的な暴力については決して無罪を言い渡すことはできなかつたし、言い渡してもならなかつた（私的暴力としては、*judicio de vi privata* のみが権限があり、公的な暴力について職務を行う裁判所の権限ではなかつた）。陪審員たちは彼をそもそも無罪とせざるを得なかつたか、又は彼らにはなおあれこれ疑わしいときは、真偽不明（non liquet）と説明せざるを得なかつた。

複数の異なる性質の犯罪の競合（concurrētus）は、ドイツでは非常にしばしば判決を混乱させるが、ローマの裁判所構成による場合には通常の刑事裁判所では全く起り得なかつた。常に一個の犯罪のみが起訴の対象であり、ある特定の刑罰法規に含まれる行為のみが、裁判官の判決の対象であった。一人に対して複数の犯罪が訴追されるべきときは、起訴は種々の裁判所に対して行われなければならなかつた。たとえば Gabinius に対しては、Ptolomäus Auletes 王をシリアの統治者として独断でその王国に再び投入していたのだが、同時に三つの訴追が係属していた。彼は、L.Lentulus については君主を裏切る罪で起訴され、—Memmius については恐喝の故に Cato の裁判所に起訴され、L.Sulla については違法な公務志願の故に起訴されていた。このようなやり方で、Milo は同時に、Clodius の殺害の故に暴力に関するポンペイウス法（*ex lege Pompeja de vi*）でも、汚職という理由でも法務長官 Torquatus の裁判所に、そして結社に関するリキニウス法（*lege Licinia de sodalitiis*）により法務長官 Favonius の法廷にも起訴された。なるほど、雄弁家は概してあらゆる犯罪についてまくしたてるのが常であり、彼らはそれらの罪につき被告人の責任を一致した証明書で問うことができた

が、ただ彼らの事件により重点を置けば置くほど、被告人をそれだけ一層悪意の中に置くことになり、裁判官をそれだけ一層確実に有罪について決心させるためであった。それにもかかわらず、この起訴が失敗に終わったので、他の犯罪を理由として新しい訴追が他の裁判所に提起され、そこで Cicero は既に彼の最初の演説において法務長官 Berres に迫ることができたことは、Cicero が Berres を、不法利得罪 (Criminis repetundarum) の起訴につき Berres が無罪放免されるべきときは、公的な資金の着服の廉で訴追する、又は君主の侮辱の廉でも訴追するであろう、ということであった。一以上引用された事実の全ては、ローマの陪審員たちによって解答されるべき判決の問題が、いかに単純でなければならなかったか、そしてフランスの陪審についてもイングランドの裁判所構成の形式によつても特別の評決が必要であったような問い合わせの分離は、ここではとにかくほとんどなかった、ということのまさに多くの証拠である。

私はこのような少しばかりの回り道の後（それは決して間違った道ではなかったが）、私の主たる対象に戻る。

フランスの立法者自身が賢明にも考量して来たことは、問い合わせを巧みに分割し提起する技術によって、無知な教育のない人間についてはほとんど何もなされるべきではない、ということであった。それ故に、彼らによって意図された改革は、陪審裁判所を無関心な教育のないかつ無知な人々から清め、教育があり学びとられた知識のあるかつ公的利害への生々した関心のある者だけをこの集会へ召集するために、同時にその主たる方向を判断する者の人物へと向けた。フランスの立法者は、新しい改革のこのような方向から（その改革については既に、他の関係で話題とされねばならなかったが、ここでは再び、判断の新たな観点が提起される）、新しい立法の主たる長所を期待しているのである。そして実際ここでもまた、それらによって事物の本性が常

に許容することのみが遂行されて来たに過ぎない、ということは否定され得ない。しかし、まさにこの事物の本性は、大変頑固で取り扱いにくいので、それにやすりをかけられほり込まれるべき場合には直ちに、それは最も良く技術の訓練を受けた手の中でさえ容易に分裂する。ここではいたるところ、前門の虎後門の狼なのである。その一方から進路を外れる者は、不可避的に他の進路へと引き寄せられる。

立憲議会で陪審制の導入について討論がなされたとき、多くの代表者は、裁判官の椅子に就かせられるべき日常的な悟性の不器用さともの分りの悪さをおそれた。そしてアベ・シェイエスは、法律の専門家だけが陪審員の職へ選出されるべきである、という提案を行い擁護した。彼に対する異論は、フランスは古い事柄に対する新しい名前ではなく新しい制度を必要としている、判決する法学者からは決して陪審裁判所は生じ得ず、そのような裁判所構成はなお無数の新しい短所を古くからの短所と結びつけるであろうし、陪審裁判所の長所をただの一つも提供しないであろう、というものであった。このような異論が勝利を認めざるを得なかったのである<sup>(5)</sup>。

最新のフランスの法典は、そのような一面性からはるかに隔たっている。なるほど、法学者も公証人、法学博士、そして法学士等々として、優先的に陪審裁判所へ呼び出される。しかし、この呼び出しは、学者から学識のある者一般へ、そして学識のある者一般から教育を受けた者、事情に通じている者一般へと拡張されている。というのも、国民における金持ち、上流の商人、両替業者等々は、彼らが金持ちであるが故に優先的に選出されるのではなく、彼らからすぐれた精神的教養が期待されもするが故に選出されるからである。

フランスの陪審がこのような形態で、イングランドの陪審とどんなに相違

しているかは、注目に値する。イングランドの陪審制においては、素朴な農民が、職工、商人と並んで坐る。それでも矢張り、まさにイングランドの陪審制こそ、その長所によって、フランスにおいてだけではなく思考するヨーロッパの人々の下においても、陪審裁判所一般に対するあの偏愛を勢いづけたものなのである。イングランドの陪審制はまた、その単純な制度の場合に、それがフランスへ移植されたとき直ちに明らかとなったあの多くの際立った現象を惹起してきていない。イングランドの人たちならば、上述のフランスの選出規定がイングランドに導入された場合、彼らにとって大変貴重な陪審制を失ったとさえ信ずることであろう。これら全ては、何故に、どこに由来するのであろうか。—この問題は私を余りにもより道させることになるであろう。ここでは、原因と結果の相違に留意させたことで十分である。

裁判官の事実問題の判断が問題となるときには、素朴なまゝの日常的な悟性は、いずれにしても、法律専門家の悟性と、なおその優劣を競うことを欲することができる。しかし、教育と獲得された知識とによって、裁判官の仕事におけるこの日常的な悟性の使用のために得られることは極くわずかしかないが、これに対して全てではないにしても多くのものが失われる、と私には思われる。日常的な悟性の本来の指針は感覚であり、真実なるものの曖昧ではあるが力強い予感であり、その予感は、悟性から確信を強制的に取り上げ、そして、それはどのような作為的な薄明かりによつても惑わされないが故に、自己の目的を正しく把握する。人間は、悟性の教育を得れば得るほど、それだけ一層自然と無縁となり、人間の頭は、理念、概念、言葉で満たされれば満たされる程、感覚の源はそれだけ一層涸渇する。人間は、そのありのまゝの無邪気さの中で自分自身と一致していたのに、自分自身との矛盾に陥るのである。人間の感覚と予感はその概念との矛盾に陥る。人間の感覚が主張することを、その悟性はしばしば否定する。悟性は、概念を通じて感覚に対して疑い深くなる。悟性は感覚の声を聞くが、しかし悟性は、無

邪氣な献身でそれに聞き耳を立てることを忘れてきている。人間は知識の樹木を享受してきた、そして、もはや真実を予感することを望まず、真実を知ることを望む。もはや真実をただ盲目的に受容することは希望せず、悟性が真実を受容する前に、概念と推論で解明しようとする。その心情は、多弦的な楽器と等しくなり、その楽器においては、接触の都度異なる音色が活発となる。それ故に自然的な悟性の単純な静かな声はなお弱々しく聞こえるだけで、他のより強い音によって弱められ、曖昧にされ、調子を狂わされて不協和音となることすらある。学問のみが人間の自分自身との和解を再びつくり出し、そして、人間が自己の責任なくして失っていたものの代償を人間に与える。人間は、学問を得ると、その心の中に太陽が昇り、それは人間に認識の明るみをもたらした。人間は、もはや対象を感覚と触覚とで確認する必要はない。というのも、彼は対象を明るい眼で見て理解できるからである。人間は自由でかつ強くなっており、その歩行バンドを外すことができるのである。

人はただ、このような人間と、日常生活での言葉が我々に対して教育ある者と特徴づけ、また人がもっぱら市民社会の上流の階級の中に求めるような人々とを、等置してはならない。このいわゆる教育を受けた者というのは(私はここでは、個人についてではなくて大衆について語り、例外についてではなく原則について語る)、磨耗した風習の精神的野蛮人か、又は半可通であり、文化はそのような者の心に軽く触れてきてはいるが、その者の内部を貫いてきてはいない。そのような者は自然にも理性にも服従せず、したがって、両者から排除される。そのような者は、感覚の言葉を忘れてきており、反対に知識の言葉を意味もなく集めてきている。いずれにしろ、そのような者が習得してきていることは、借り物でその本質に移されておらず、その者は、その本質を所有しているが、彼かその者によって所有される以上に所有していくことは所有していないのである。その者が自己の公理と呼ぶことは、一般

に空洞の定式であり、彼の真理は仮定の予断であり、彼の思想は、彼の記憶力に留められ、そこからしばしば無意味に反復して響く単語の響きである。ルソーは、「わが種（人類）は半分だけ加工されることはありえない。」と言っている。半可通は全ての関係で報いをうける。ここではそれは的外れな判決によって報復される。そのような中途半端に教育された者、半可通は、自分の日々の仕事については十分に適しているであろう。なぜなら、利己的なものの技術は、ほとんど自然に習得されるからである。半可通は、交際においてさえ容易に見事と言って良いくらいに振る舞うだろうが、必ずしもそのすべてが欺瞞という訳ではない。というのも、人が何者でもないか又はあらゆる点で半可通ではあるが、その全てが見えることはまさに交際の主たる美德だからである。しかし、半可通をその日常的な領域から連れ出し、そして彼が暗記して学んだ定式を直ちには適用できない対象を、知的遊戯のためではなく判断のために彼の前に提起し、次いで彼の横に、自分自身で理解する以上には学んでいない健全な悟性の素朴な農民を置き、そして、この農民から同じことを要求して見よ！二人はしばしば目標を当て損なうであろう。しかし、前者は後者よりもはるかにしばしば目標を当て損なうであろう。後者は、静かに印象に帰依し、そして自己の感覚で正しく触れるが、前者は、自己の長所を徒に所有しようとはせず、したがって、その悟性で作為的な準備をなし、それ故に自己の足の前にあるもので躊躇する。一方は、その素朴な悟性で事件だけを自分自身で問うが、他方は、とりわけ、他人から聞くことをそれは一般にその耳をかすめるだけなので、生半可にかつ誤って聞くことを問うのである。前者は無知から時には判断を誤るが、後者は一生半可の故に一前者より頻繁に判断を誤るのである。無知は、頭を空っぽにするが、しかし健全で自由である。生半可な知識を振り回すことと中途半端な文化は概して、風変わりな言動、精神の健全性及び自由の喪失で報われる所以である。その上、無知は英知と同様に謙虚でそれ故に用心深いが、生半可は尊大で高慢で、厚顔無恥で、既にその己惚れによってそれだけ一層容易に転倒するのである。

かくして、自然に最も近く、それ故にその中に、日常的な悟性がなおその力強いわざとらしさのない素朴さにおいて住んでいる階級が、陪審裁判所から閉め出され、国民の中のいわゆる教育を受けてはいるが、しかし法学教育は受けていない者にその席を譲ると、立法者は、日常的ではあるが健全な判断から期待され得る長所、並びに判断されるべき対象の教育された知識が保障し得る長所とを、同じ程度に断念することになる。無知な者は、しばしば愚かな判決を宣告してきたが、半可通は、博識ぶって馬鹿げたことを不足たらしめないであろう。彼女の夫の指図で盗んだ女に無罪を言い渡した、既に上述した例の中におけるあの陪審長は誰であったか。かつてトイレの前でナポレオン法典を拾い読みして、その中で妻は夫に従わなければならぬといふことを読んだことのある一流の銀行家である。素朴な農民にはそのようなことは思い浮かぶことはなく、むしろ、その日常的な悟性が、我々は人間よりはむしろ神に従うべきであるという格言で、彼を助けていたことだろう。

本来の知識人、哲学博士、神学博士、医学博士たち、知識社会のこれらのメンバーと助手は、司法上の対象との関係においては、最も日常的な半可通ほども有能ではない。彼らは、彼らがこの日常的な悟性を恥じてそれを嘲笑することを実際教わってきていない場合、日常的な人間悟性の素朴な言葉を理解することを習ったのに、忘れてしまったのだ。その反対に、彼らは確かに学問を裁判所へ携帯してはくるが、ただ、司法上の仕事を学問的に判断するため裁判所において必要とされるのは、その学問ではないというに過ぎない。もちろん彼らは、この司法上の審理をも学問的な眼で考察するであろう。なぜなら、誰も自分の眼で見るよりも容易には他人の眼で見ることはできないからである。しかし、この学問的な眼は武装された眼であり、それにもかかわらず、その武装する眼鏡はその対象に適していないので、この対象は概して彼らには、その眼鏡のレンズが着色されたりすり切れているのに応じて、小さくされたり大きくされたり、又は歪められたり、あれこれの色で、

その眞の形態とは異なる形態で見えることになろう。ここで最悪なのは、ほとんど全ての学問は他の学問に関係すること、全ての学問は裁判所で審理される対象に多かれ少なかれ類似している対象を包括していること、全ての学問は、しばしば、実際に又は外見上ののみ、より近くで又はより離れて、これらの対象に適用され得る原則を扱う、ということなのである。そのことによって、博学ぶること、自らを徹底的な悟性と考える軽薄な知識に、際限のない広野が開かれることになる。數学者はその蓋然性の計算を携えてくる。哲学者は道徳及び道徳上の帰責の諸原則を携えて、神学者は決定された又は自由な意志に関するその教義を携えて、医者は情熱、素質そして願望に肉体が及ぼす抵抗できない身体的 (physischen) な影響に関するその理念を携えてくる。そのうえ、ほとんど全ての学問はその固有の知識を確信に与えるための確実性の自分固有の流儀 (Art) を持っている。こうしてこのような学問に勤しむ者の精神は、彼が自らその専門外のところで苦労してのみ変える自分自身の方向を受け入れる。數学者は、構造と最高に厳格な確実性に慣れていて、日常生活の事柄においてさえ歴史家よりもより厳格な確信に至るだろう。というのも歴史家はあまりに頻繁に曖昧な証言に基づくよう強いられるからである。神学者の知識は結局信仰に基づく。物理学者はその確信を大てい推定と仮定に、哲学者は蜘蛛の巣状の演繹に結び付ける。こうして本来の知識人は、自己の固有の秤を持ちそれで計るが、しかし不幸なことに、それはほとんど常に正しい秤ではなく、陪審へ提示される対象に適した秤ではない。もちろん彼らは、陪審員としてその学識の名を汚さないために、おそらく序でに法律と法のことを気にかけるであろう。しかし、そうであれば、それだけ一層事態はさらに悪くなるのである！

上で挙げられた市民階級、すなわち、学識のある者及びいわゆる教養のある者を選出可能性から排除するとすれば、それは陪審制の政治的性格に反することになろう。しかし、この選出可能性を彼らだけに制限することは、な

お一層有害と思われる。陪審裁判所の陪審員たちが、あらゆる身分からとり混ぜて選出されるところでは、この混合自体が調整の手段となろう。しかし、あの身分だけが召集されると、今まで述べられてきた短所が、何の平衡おもりもなしにかつ何の代償もなしに、一点へと凝縮され、いわば独裁へと高められるであろう<sup>(6)</sup>。

### < 訳 注 >

- (1) 訳文は、沢登佳人／藤尾彰／鯨越溢弘「邦訳・大革命期フランスの刑事訴訟立法（その二）、罪刑法典（二）（革命暦四年霧月三日）」〔新潟大學〕法政理論18卷1号225頁による。
- (2) 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 哲、2009年〕387-388頁参照）。
- (3) カンバセレスは1804年のコンセイユ・デタにおける刑事法典の草案の審議において、「・・・犯罪者の不処罰を回避することによって、公共の秩序に保障を与え、それを保持することも同様に重要である。ところが、現行の制度が効力を持ち続けている限り、つまり陪審員が被告人の運命の絶対的な主人であると信じられている限りそうはならないだろう。そして、良識者から陪審員の制度に対する異議が起る理由もまたここにあるのである。・・・」（高内寿夫『公判審理から見た捜査 予審的視点の再評価』〔成文堂、2016年〕54頁）、という認識を示している。
- (4) 因みに、我が国の戦前の陪審法は以下のようなものであった。陪審法（大正12・4・18法50）は、「刑事事件ニ付陪審ノ評議ニ付シテ事実ノ判断ヲ為ス」（1条「陪審の任務」）もので、一定の資格を備えた帝国臣民（12条1号-4号「資格」）の中から抽選で選任された12人の陪審員で構成された（29条「陪審の構成」）。陪審員に対する裁判長の説示は、「陪審ニ對シ犯罪ノ構成ニ關シ犯罪構成事実ノ有無ヲ問ヒ評議ノ結果ヲ答申スヘキ旨ヲ命スヘシ但シ証拠ノ信否及罪責ノ有無ニ關シ意見ヲ表示スルコトヲ得ス」とされていた。「裁判長ノ問ハ主問ト補問トニ區別シ陪審ニ於テ然リ又ハ然ラスト答ヘ得ヘキ文言ヲ以テ之ヲ為スヘシ」（79条1項）、「主問ハ公判ニ付セラレタル犯罪構成事実ノ有無ヲ評議セシムル為之ヲ為スモノトス」（同2項）、「補問ハ公判ニ

付セラレタルモノト異リタル犯罪構成事実ノ有無ヲ評議セシムル必要アリト認ムル場合ニ之ヲ為スモノトス」(同3項)とされていた。

裁判長の説示については、「毒にも薬にもならなかったと思う。……ただ裁判長が、公正な立場で、しつかりした人格者であることを陪審員に示す効果はあったと思う。」(60頁)、という検察官からの評価がある一方で、弁護人を経験した者からは、過失致死ないし傷害致死の可能性がある事件につき、殺人罪の成立を前提とする主間にに対して陪審の答申が「然り」というものであったため、「陪審員を有罪に導いた」(103頁参照)という非難が出されている(以上、司法研修所『わが国における陪審裁判の研究—経験談による実態調査を中心として—』〔司法研修所調査叢書9号、1968年〕による。なお、最高裁判所事務総局刑事局監修『我が国で行われた陪審裁判—昭和初期における陪審法の運用について—』〔司法協会、1995年〕参照)。

- (5) もっとも、陪審員の資格は能動市民に制限されたから、「陪審員になることのできた者は25歳以上の市民のうち1パーセントにも満たなかった。」(佐藤武士 / 林毅『司法への民衆参加—西洋における歴史的展開—』〔敬文堂、1996年〕172頁〔和田敏朗〕)。
- (6) 結局、フォイエルバッハの見解は、「私は陪審制を法律的制度としてのみ批判し、政治的に立憲的な制度としては批判しない。……私は陪審制の中の市民的自由の神聖な保護手段に敬意を表するものである。」という1820年1月のVillers宛の信書から明らかになるように(Ludwig Feuerbach, Anselm von Feuerbachs Leben und Wirken, aus seinen ungedruckten Briefen, veröffentlicht von Ludwig Feuerbach, 2.Auflage unter dem Titel:A.v.Feuerbachs biographischer Nachlaß, Bd.1, S.208-209)、陪審制は刑事法上の制度としては欠陥があつても、それを上回る政治的意義があるものとして、これを支持するものと整理することが許されよう。同旨の見解は、彼のErklärung über meine angeblich geänderte Überzeugung in Ansetzung der Geschwornengerichte [1819], in: Feuerbach, Kleine Schriften vermischt Inhalten, Nürnberg 1833, S.234でも述べられていた。そこでは、「いかなる陪審裁判所も、我々が持っていない自由を守ることはできなかつた。」(Erklärung über meine angeblich Feuerbach, Kleine Schriften vermischt Inhalten, Nürnberg 1833, S.229, S.234ff, S.236)として、陪審制に政治的視角からアプローチする方法論が鮮明に述べられている。

(了)

**[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、同僚の的場朝子准教授の御教示を得た。この点、原書の翻訳を曲がりなりにも全うできたこの機会に、同准教授に深甚の感謝を申し上げる次第である。