

カロリナの刑事手続

——近代的刑事司法の礎——

はじめに

第一章 カロリナの基本思想

一 中世末における刑事司法の荒廃

二 正義の愛好と公共の利益

三 改革立法としてのカロリナ

第二章 手続の基本構成

一 概 容

二 職権的な手続（糾問訴訟）

第三章 拷問の制約

一 確たる懲憑の存在

カロリナの刑事手続

二 確たる懲憑の理論化

三 確たる懲憑の例示

四 疑いなき非行

第四章 真正な事実認定

一 自白の真実性

二 証言の真実性

三 被告人による免責事由の立証

第五章 法定証拠主義

第六章 刑事司法の公正な運営

一 裁判官の資質

米 山 耕 二

二 訴訟記録送付による鑑定依頼

第七章 カロリナの歴史的意義

一 真実と正義への志向

二 実務への浸透

三 カロリナの欠陥

むしろにかえて

はじめに

さきに、「カロリナ刑事法典について——刑事訴訟における合目的性と正義(二)——」と題して小論をまとめた(一橋論叢七二巻四号)。そこでは、中世ドイツにおける糾問訴訟の進展の過程で、いかに刑事司法が混沌の度を深め、その改革を求める声が高まっていったかという考察を踏まえて、そこに合目的性と正義との交錯を認め、カロリナを右の刑事司法改革運動の偉大な成果として位置づけたのである。カロリナは、合目的性の先行する手続を正義の理念により規律するという思想によって底蘊され、真実と正義を志向する手続の構成を企図している。そこには、なお不十分ながらも、刑事司法近代化への歩みがさまざまな姿において印されているのを見ることが出来る。しかし他方、カロリナは当時の荒廃した刑事司法を改革しようとの情熱によって導かれ、その時代的制約を免れるものではなく、その諸規定には、今日的視点からすれば致命的ともいえる欠陥が胚胎していた。まことに、それはすぐれて歴史的な規範であった。カロリナは、刑事司法改革への高い理念を掲げつつも、自ら併せ有していた深い欠陥の故に、その芽をつまれてしまったのである。カロリナによって一たびは印された刑事司法近代化への歩みは、かくて苦難の道のりを辿ることとなった。この普通法展開の過程にあって、そこに露呈された矛盾を克服する努力のうちに、近代の法制にと

って大きな意味をもつ理論的な発展を認めることができる。この意味深き発展の過程を明らかにしようとの視点から、さきの小論における基本的理解を踏まえつつ、まずその発展に重要な基礎づけを与えたカロリナの刑事手続につき、その基本思想を考察したのが本稿である。

第一章 カロリナの基本思想

一 中世末における刑事司法の荒廃

カロリナはその序言において、中世末の刑事司法の荒廃を次のように述べている。すなわち、「多くの地にて、頻りに法と良き理 (recht vnd gute vernunft) に反して審理が行なわれ、このために責なき人びとが苦しめられ、また生命を奪われおり、しからずば責ある者どもが正常ならざる、危険なる、かつ遲滞せる審理によりて、刑事原告人たちに、また一般の利益に大なる被害あることにも処刑を延期せられ、生命を永らえ、放免せられる」と。当時、精神・文化的には教会的權威の衰退と個人主義思想の萌芽、そして社会・経済的には領邦權力の擡頭と貨幣經濟の進展という深刻な過渡的狀況にあって、多くの古い社会的拘束が崩壊しつつあったのである。⁽²⁾ このような時期に、人心は乱れ、法意識は不安定となり、犯罪の発生はふえる一方であった。⁽³⁾ この犯罪の増加という事態に対処するため、刑事司法はますますその苛酷さを露にし、手続は裁判機關の無拘束の裁量により、その恣意的判断に即して進められていた。ただ、他面において、職權による訴追方式——糾問訴訟 (Inquisitionsprozess) ——が進展していたのであるが、なお私訴の方式——弾劾訴訟 (Akkusationsprozess) ——が広範に行なわれていたため、数多くの犯罪が訴追

されずに見過ごされていたのである。また、刑罰の種類、内容そして量定に關しても、さまざまな欠陥が見られる。当時、刑罰はラント平和の保持という観点から、並びにそれと関連しつつ刑罰によって神の怒りを鎮静するという思想から觀念されていた。しかし、未だ基本的な反省がなされていなかったため、帝国の統一的権力の脆弱さと相俟ち、刑罰の目的はまずもって警察的な考慮から把えられていたのである。それ故、刑罰は残忍・苛酷なものとなり、この上なき威嚇的傾向を示していた。なお、場合によっては、この残忍さ・苛酷さがとても耐えられないと感じられ、刑罰が減輕されることもあった。しかし、ここでも、その基準について基本的な反省に欠け、裁判官の裁量は往々にして場当りの感情論に墮してしまつた。⁽⁵⁾ さらには、当時、ローマ法継受 (Rezeption des römischen Rechts)⁽⁶⁾ の進展につれて固有法と外来法との間に混亂が生じ始めていたため、法的安定性が失われていた。⁽⁷⁾ 右のような諸事情から、刑事手続は、終始恣意的判断の横行する場と化したのである。

かくのごとき刑事司法の荒廢に直面して、「いかにせば、かついかなる形態にせば、刑事事件において、また刑事の訴訟手続において法と衡平 (das rechte vnd bilicheyt) にもっとも適合したる審理が行なわれうるや」〔序言〕という問いかけがなされた。責なき人びとをいわれなき苦しみから救うとともに、責ある者どもに相応の厳しい刑罰を科するための方策が求められたのである。ここに、中世から近世への移行期における刑事司法の改革が始まるのであった。

(1) 「カルル五世の刑事裁判令」(Feinliche Gerichtsordnung Karls V.)、さわゆる「カロリナ刑事法典」(Constitutio Criminalis Carolina), 1532.

(2) Mitteis-Lieberich: Deutsche Rechtsgeschichte, 12. Auf., 1971, S. 206. (世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説』改訂版、四三三—四三四頁)

(3) とりわけ、貨幣經濟の發展と火器の發明によつて騎士階級が没落して生活の基盤を失ひ、多くの騎士が盜賊に身を落とした——盜賊騎士 (Strauchrittertum) —— S. 148. Vgl. Wolf, Erik: Johann Freiherr von Schwarzenberg, in: Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 3. Auf., 1951, S. 110.

(4) v. Hippel, Robert: Deutsches Strafrecht I., 1925, S. 154.

(5) 米山「刑事訴訟における合目的性と正義——ドイツにおける紀問訴訟の進展に即して——」(一橋論叢七一卷一號、昭和四九年) 第四章二参照。

(6) 中世末のドイツにおいては、法の分裂と學問的研究の欠除、そして裁判制度および訴訟法の立ち遅れという状況にあつて、一四世紀以降、イタリアの大學に學んだ學生達を通じて、ローマ法——注解學派 (Kommentatoren) に代つて与えられた姿をとつたローマ法——が移入されてゐたのである。Vgl. Mitteis-Lieberich: a. a. O., Kap. 40. I.

(7) Vgl. v. Wachter, Carl Georg: Gemeines Recht Deutschlands, insbesondere Gemeines Deutsches Strafrecht, 1844, S. 19/22.

二 正義の愛好と公共の利益

カロリナにおいて企図された刑事司法の改革は、「正義の愛好よりして、かつ公共の利益のために」(aus Lieb der Gerechtigkeit, und um gemeines nutz willen) (一〇四條)とらう文言によつて、その基本思想が理解される。すなわち、「正義と合目的性との調和」という思想である。

今日の理解によれば、正義と合目的性という二つの法理念は、本質的には相互に矛盾するものと考えられている。この二つは、互いに他方を要求しつつ、しかし絶えず相拮抗するのであって、純粹なる調和において合一することはない。⁽¹⁾しかしながら、カロリナでは、正義と合目的性（公共の利益）が完全なる調和のうちにあるものとして把握されているのではないか、と思われる。というのは、カロリナは、シュヴァルツェンベルク（Johann Freiherr von Schwarzenberg und Hohenlandsberg, 1463-1528）によって編纂されたバンベルゲンシス（Constitutio Criminalis Bambergensis, 1507）⁽²⁾を母法として——Mater Carolina——制定されているが、⁽³⁾そのシュヴァルツェンベルクはまさしく正義と合目的性とを完全なる調和において理解していたからである。彼は後述のように、キケロの著作から大きな影響を受けている。⁽⁴⁾彼の手になる『義務について』（de officiis）のドイツ語訳——Teutsch Cicero——の中には、右の思想を示す木版画が二度見られる。鎖でつながれた二つの箱があり、その一方には《Ehrbarkeit, Gerechtigkeit》と、そして他方には《Nutz》と印されている。その二つの箱を、ろばの耳を持ち、目隠しされた数名の者がひき離そうとしていたのである。そして、そこには次のような格言が付されている——「高貴なものは有用と結びつき、誰もそれをひき離すことはできない。この真理を信じない者は、敬虔さも才知も持たない者である。」右の教えは、『義務について』第三卷一八章の「時に、有用性（utilitas）と道徳的な高貴さ（honestum）が互いに別ものだ」とみられることがある。しかし、これは誤っている。有用性と高貴さの基準は同一だからだ。これがはっきりわからぬ者は、常に詐欺悪業との縁が切れない連中である。この連中は、君のすることは確かに道徳的に高貴であろうが、こちらのやり方は有利だと考えて、自然が統一したこの二つを敢て誤って切り離そうとする徒輩であり、この誤った心がけは

あらゆる誹詐、悪業、罪科のみなもとである。」という言葉に関連するものである。⁽⁵⁾ところで、右の「道徳的高貴さ」は、「正義」(Justice)——「人びとの社会をたがいの間に成立せしめ、生活の共同体ともいえるものを支える理法」の一部である——を離れてはありえない(『義務について』第一巻五、一九章⁽⁶⁾)。このような正義と有用性との調和という思想は、シュヴァルツェンベルクにとって極めて重要なものであった。カロリナ一〇四条(バンベルゲンシス一二五条)の「正義の愛好よりして、かつ公共の利益のために」という文言は、ここにその基礎づけを有していたのである。すると、カロリナにおいて正義と合目的性とは、やはり完全なる調和にあるものとして把握されていることになる。かくて、カロリナにおける二つの理念の位置づけについては、これを理論的な視点からのみ理解することはむづかしい。むしろ、カロリナという改革立法に求められた時代的要請との関連において、具体的にそして歴史的に理解しなくてはならない。前述のとおり、カロリナに求められたのは、一方で責なき人びとをいわれなき苦しみから救い、他方では責ある者どもに相応の厳しい刑罰を科するための方策であった。前者は、裁量権の濫用による恣意の横行に対し、そして後者は、私的な刑罰観と訴追方式——糾問訴訟の進展にもかかわらず、なお名残りを留めていた——による刑事司法の弛緩に対し、おのおのその改革への要請に基づいていたのである。第一の要請を満たすべく指定された理念が正義であり、第二の要請を満たすべく指定された理念が合目的性であった、と考えられる。糾問訴訟確立への道にあった刑事訴訟は、このようにして、公共の利益によってその制度目的を規定されとともに、正義の理念によってその目的追求の規制を受けることになった。⁽⁷⁾責ある者は、必ずその責任の大きさに相応してしかるべき厳しさをもって刑罰を科され——一般的に、カロリナにおいては従前の慣習法より重い刑罰が規定されている——、他方責なき者

は、誰一人としていかなる刑罰も科されてはならないという考⁽⁹⁾え方のうちに、この二つの理念が合一されているのである。

右のとおり調和的に理解された正義と合目的性（公共の利益）につき、次にはそれぞれその意味内容を明らかにしなくてはならない。まず、カロリナにおいて正義は神的概念として把握されている。当時、個人主義思想が芽生え、カトリック教会の權威は衰退しつつはあったが、そこにはなお流動的な動きがみられ、トマス・アキナスの神学に組みこまれた中世的国家理論は根強く生きていたのである。それによれば、各個人が教界のうちにのみこまれ、完全に吸収されており——臣民としての個人——、しかもその教界における権力の根元は唯一超越的權威に求められる。俗界においても、国王の権力は神に由来し、臣民はただ与えられた法を守るというにすぎず、またその法も神からの贈りものであり、国王の口を通して臣民のところまで下りてくる。かくて、あらゆるものは神が定めたもうた客観的な道筋に沿って動いていたのである。このような主権在神的な国家観にあって、正義とは、個々の人間ではなく、神の定めたもうた全体的秩序を至高の価値とする理念として観念されていた。そして、犯罪とは、単に人間の社会秩序に対する侵害だけではなく、むしろ——第一義的には——神の秩序に対する反逆であったのである。この犯罪に対する応報と償いは、神の秩序維持という観点から捉えられ、刑罰は天上の正義が地上において模写され表現されたものと考えられていた。⁽¹⁰⁾ シュヴァルツェンベルクも、またこのような正義の意識を抱いていたと思われる。バンベルゲンシス第一条（序言）、カロリナ一五二二年草案の序言およびカロリナに関する帝国最終決定（Reichsabschied, 1532）においては、この法典は「神をほめたたえ」（Gott zu Lob）そして公共の利益のために発布されるものである、と述

べられている。さらに、シュヴァルツェンベルク自身、一五〇七年四月二六日——バンベルゲンシス発布（同年六月一九日）の二ヶ月前——ザインスハイムのシュヴァルツェンベルク・ツェント裁判所（das Schwarzenbergische Zentgericht zu Seinsheim）に宛てた文書の中でも、同じ言葉を用いているのである。ここから、「正義の愛好と公共の利益」という標語に関し、その正義は「神をほめたたえる」という意味を有している、と解することができる。⁽¹¹⁾これすなわち、カロリナにおいては、正義が神的な概念として把えられており、そこに個人主義的な原理は未だ認められないのである。⁽¹²⁾

右のような正義の観念に相応して、公共の利益も、当時、神の秩序を維持するという限りにおいてのみ把えられていた。「非行または犯行が期せられざるをえぬ者どもに對する刑罰または予防拘禁」の規定（二七六条）において、カロリナもそのような公共の利益の意味内容を明らかにしている。すなわち、「ある者が、彼が生命の喪失の刑は蒙ることなきに済みたる事件のためにラント復帰ないし復讐放棄誓約をなすも、これを邪心をもって、または予謀をもつて破棄する場合、さらにはある者が以前に犯して生命は取りとめたるも処刑は受けたる非行につきて、言語または書面をもって他の同じき非行をなさむと脅迫することあるも、しかもそのこと以上に煩わしき情況を惹起することはせざる場合」、そこには、もとより非行の未遂すら認められないのではあるが、「さればとて、右述のごとき事由、またはその他の充分なる諸事由よりしては、その者が暴力的なる非行による加害および不法を人びとになさむことにつきても、また反対に人びとをして法と衡平のうちに憩わせ留めしむることにつきても確信が持たれえず、しかもかかる事態が正しく、かつ充分に確認せられ、しかしてかかる場合、当人がかかる将来の不法なる加害および非行をなすを

控うることに つきての必要な保障、保証または担保を作りえざるとき」、その者は拘禁されるのである。まことに、公共の利益とは、法を守り、平和を保持することそのものとして觀念されており、また個人の利益(Eigennutz)に優越していた。この意味において、それは神の秩序維持という究極理念に直接結びついていたのである。⁽¹³⁾

(1) Radbruch, Gustav: Rechtsphilosophie, 6. Aufl., 1963, §9 (田中耕太郎訳『法哲学』第九章)

(2) 「バンベルク刑事裁判令」(Banbergische Halsgerichtsordnung)。

(3) バンベルゲンシスは、内容的に外来法と固有法とを巧みに融合しており、しかも一ラントの枠を超えて一般にも認められる法觀念を含んでいた。さらに、無学の参審員(Schöffen)のための手引書的な意味をも併せ有していた——後出第三章二注(4)参照——ため、その叙述においても巧みな配慮が認められる。従って、この法典はバンベルクの外においても十分に妥当するものであった。現に、一五〇九年の「俗人法鑑」(Laienspiegel)によってバンベルゲンシスの基本思想が帝国に広く浸透しており、また一五一六年には、ほとんど変更を加えられることなく「フランデンブルク刑事裁判令」として移入されていたのである。右のような背景から、カロリナの立案に際してバンベルゲンシスがその基礎とされ、しかもシェヴァルツェンベルク自身が立法過程において指導的な役割を務めたこともあって、カロリナはバンベルゲンシスの引き移しともみることができる。バンベルゲンシスに対し、若干の修正がなされて帝国全土に対する一般法的効力が賦与され、ここにカロリナが生まれたのである。Stintzing-Landsberg: Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I, 1880, S. 617, 621, 629.; Güterbock, Carl: Die Entstehungsgeschichte der Carolina auf Grund archivalischer Forschungen und neu aufgefundenen Entwürfe, 1876, S. 40/45, 54/65, 75/77, 85/100.; Zwengel, Otto: Das Strafverfahren in Deutschland von der Zeit der Carolina bis zum Beginn der Reformbewegung des 19. Jahrhunderts, 1963, S. 14.

- (4) 後述一七三頁参照。
- (5) Radbruch: *Lieb der Gerechtigkeit und Gemeiner Nutz*, in: *Elegantiae iuris criminalis*, 2. Auf., 1950, S. 84/87.; Hermann, Emil: *Johann Freiherr zu Schwarzenberg*, 1841, S. 52.
- (6) なお、キヤロは国家の目的を、各人が「幸福に、かつ道徳的に高貴に生活せよ」(beate et honeste vivere) となつてに求め、そして国家の理念を次のように示している——「国家(res publica)は人民のものの(res populi)であり、そして人民とは、正義に関して意見が一致し、かつ有用なものを分かちあうことによつて結びつけられた多くの人びとの集まりである」(『国家について』(de re publica) 第一卷二五章、第四卷三章)
- (7) Schmidt, E.: *Die Carolina* (ZRG. Germ. Abt. 53, 1933) S. 14.; Wolf a. a. O., S. 118/121.; Radbruch: *Lieb*, S. 70/72.
- (8) Schmidt, E.: *Strafrechtspflege und Rezeption* (ZStW. 62, 1943) S. 244.; Wolf: a. a. O., S. 120.; Hirsch, Hans: *Die hohe Gerichtsbarkeit*, 1922, S. 79.
- (9) Stuntzing-Landsberg: a. a. O., S. 620/621.; Schmidt, E.: *Strafrechtspflege*, S. 242/244.
- (10) Schmidt, Siegfried: *Stellung und Bedeutung der Carolina im gemeinen Recht* (Bonner Dissertation, 1938) S. 13.; Schaffstein, Friedrich: *Beiträge zur Strafentwicklung von der Carolina bis Carpzov* (GS 101, 1931) S. 16/17.; Ullmann, Walter: *The Individual and Society in the Middle Ages*, 1966, Lecture I. (鈴木利喜雄『中世における個人と社会』第一講)
- (11) Radbruch: *Lieb*, S. 73.; Scheel, Willy: *Johann Freiherr zu Schwarzenberg*, 1905, S. 263/264.; Schmidt, S.: a. a. O., S. 14/15.

(21) Wolf: a. a. O., S. 115, 121/122.

(22) Radbruch: Lieb, S. 72.; Merk, Walther: Der Gedanke des gemeinen Besten in der deutschen Staats- und Rechtsentwicklung, in: Festschrift für Alfred Schultze, 1934, S. 464/468, 490/505.

今日的な「福祉の増進」(Förderung der Wohlfahrt)という思想は、一五世紀以降、比較的強大な領邦国家において徐々に生まれてきたが、その動きは未だ全ドイツ的なものとなっていなかったのである。

三 改革立法としてのカロリナ

右のように、刑事司法は公共の利益によってその制度目的を規定され、そして平和——その秩序は神に由来する——を保持することが公共の利益の内容であった。かくて、刑事司法は平和の侵害に対する応報と償いによって、神の定めたもうた全体的秩序を維持することを目的としていた。

ところで、前述のとおり中世末の刑事司法においては、多くの責なき人びとが不幸にも処刑されていたのである。法を守り、平和を保持するという目的が過度に強調されたため、手続においては、その遂行が終始実体的真実の発見という根本目的に導かれ、その目的に適うことが正しいとされていた。しかも、糾問訴訟の進展に際し、古い形式的証拠法 (formales Beweisrecht) に代わり、⁽¹⁾ 単なる嫌疑 (Verdacht) から個別事実に基づく推論を経て罪責を証明するという新しい証拠法が形成されつつあった。そこに胚胎する証拠の評価という重要な問題は、未だ十分には認識されず、とくに学問的素養のない参審員にとって、右の困難な任務はその能力を超えるものであった。かくして、最も容易にして確実な証拠——拘禁中の被疑者の自白——が求められ、その強要のために拷問が濫用されるに至ったので

ある。⁽³⁾しかしながら、このような拷問の濫用により、刑事司法は癒されることのない矛盾へと落ち込んでいくのであった。というのは、拷問によって自白が強要されなければならないという場面ほど、真実が大きな危険に晒されるところはないからである。すなわち、性急な合目的見地においては、真実発見に必要とされる慎重な洞察力がき消され、ついにはすべてが無に帰することとなる。拷問によって虚偽の自白がなされ、注意深い吟味を加えられることなく安易に信用されることにより、無実の者を罪に陥れてしまったのである。⁽³⁾

このような責なき人びとの断罪に対して反省の声が高まってきたのは、けだし当然の成り行きであった。ところで、中世における糾問訴訟の進展過程においては、古い形式的証拠法⁽⁴⁾に対する懷疑という観点から『真実』に目が向けられ、ここに実体的真実追求原理 (Instruktionsmaxime) が芽生えたのである。形式的証拠法は、問題とされるべき具體的事実を証明の対象とすることなく、直接に行爲者の責任の有無をその対象としていたのであり、合理的思惟とは相容れないものであったからである。しかも、そこでは、強い嫌疑のある者に、宣誓によって自ら責任なきことを立証——雪冤宣誓 (Reinigungseid)——し、刑罰から逃れる道を与えるということ、あるいはまた、いわゆる「七名の断罪手続」 (Übersiehungsverfahren) において (原告を含めて) 七名の宣誓補助者 (Eidschelfer) を揃えなくてはならないという要件が公的な犯罪追及の理念にとって耐え難いものと感じられたのである。⁽⁵⁾⁽⁶⁾ いわば積極的な真実発見が要請されていた、と考えることができる。

ところが、その後糾問訴訟の一層の進展に伴い、この積極的な真実の発見という目的が一人歩きするに至り、刑事手続は前述のとおり、責なき人びとの断罪という大きな弊害を生んでしまった。かくして、再び『真実』に目が向け

られたのである——ある者が罪を犯していないという消極的な事実が正しく認定されていないとの観点から。ここにおいて、実体的真実追求、つまり積極的な真実発見の活動にあって、その規制要因が意識されるに及んだ、と考えられる。この規制要因を担うべき理念が、すなわち正義であった。神的な概念としての正義によって、適正な(Gerecht)応報と償いが要求されるのである。実体法的に、責任主義、責任と刑罰との均衡および処罰の一樣性の原理が主張される⁽⁷⁾とともに、訴訟法的には、事実認定における恣意を排し、判断の合理性・正当性を高めるための方策が必要とされた。責ある者につき、その有責の事実を基本的には拷問を用いても明らかにしようとする手続⁽⁸⁾にあって、起こりうべき責なき人びとの断罪という不幸を繰り返してはならない、と反省されたのである。ある者が有責であるという積極的な事実を探知しようとする活動において、しかしながら、ある者が有責でないという消極的な事実が見誤られてはならない。ここに、カロリナの手続に課された実践的な要請が見いだされる。

このような状況にあって、カロリナは、《真実》を確保するためには、公権力にいかなる配慮と慎重が要求され、またいかなる手続的制約が課されるべきかという視点から、刑事手続の改革を企図したのである。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾ところで、前述のように、カロリナはシュヴァルツェンベルクの手になるバンベルゲンシスを母法として生まれたのであり、その意味において、ここで彼の人間性について一応の理解が必要とされよう。彼は、当時バンベルク司教領において、世俗人⁽¹¹⁾としては最高の地位である宮宰(Holmeister)の職にあり、さらに宮廷裁判所の長官として裁判実務にも携わっていた。思想的には、宗教改革の動きに目を向ける——後にはルターとも親交があった——ことによって深い信仰を抱き、神の命令としての正義について強い意識をもっていた。このような思想を抱きつつ、彼の関心はルターとは異なり、

主として実践的・倫理的な部面に向けられていたのである。さらに、古典——とくにキケロの著作——に親しみ、しかもその倫理的な教えを自らの精神により当時のドイツに即して理解しようとしたのである（なお、多くの翻訳も行なっている）。古典に親しんだということは、当時の人文主義思想（Humanismus）と無関係とはいえない。ただ、彼は、専門学識としてではなく、いわば教養として古典を学んだのであり、そのようにして自らの人格を深め、実務上の問題を解決するためのすぐれた思惟を身につけた、と考えられる。他方、豊かな裁判実務の経験により、事柄の本質を見失うことなく、健全な法意識に目覚めていたのである。彼は、このように高い倫理的誠実さと強い正義感に支えられ、しかも民族的な（volkstümlich）資質を欠くことなく、⁽¹²⁾悪弊に満ちた刑事司法を改革しようとしたのであった。⁽¹³⁾このような改革への志向がカロリナに引き継がれた、ということができる。そこでは、前述のとおり拷問によって虚偽の自白が強要され、注意深い吟味を加えられることなく安易に信用されてしまったという反省から、

- (一) 拷問を一定の事由——「確たる徴憑」（*redliche anzeigung*）の存在——に条件づけ、⁽¹⁴⁾二三条⁽¹⁵⁾、しかも
- (二) 拷問の適用および自白採取の過程を嚴格に整序する（四五—四七条、五六条二項、五八—五九条）とともに
- (三) 尋問の方法を入念なものとし（四八—五三条、五六条一項）、さらに
- (四) 自白内容の事後検証を要求している（五四、六〇条）

のである。主として、(一)および(二)によって法的形式（*rechliche Formen*）による制約がなされ、また(三)および(四)によって真実性評価に対する慎重な配慮が加えられている。この形式的制約と実質的配慮が相俟って、時代の要請に應えるべき刑事手続が形成されたのである。とりわけ前者には、職権による真実追求は司法的な形式をもった（*Justiz-*

forming) 認識手段と方法によってなされるべきであり、無拘束の裁量に委ねられてはならないとの思想が表明されているという点で、極めて重要な意義が認められる。つまり、糺問訴訟の無形式・無原則的な発展の過程⁽¹⁴⁾で、何らの制約なき手続においては、権力を行使する機関は往々にして度を過ごし、また恣意に流れる危険性が強いという認識から、その裁量権限を拘束する規範が必要と感じられたのであり、そのことが、まさしく法的形式として具現したのである。このようにして、無形式・無原則的に発展してきた糺問訴訟に秩序と形式がもたらされることとなった。⁽¹⁵⁾

右のとおり、カロリナの基底には、正義の理念によって刑事手続を規律するという思想が流れている。ここで、再びキケロの教えに目を向けると、そこには「同時に道徳的に高貴でないことは、決して有利ではない。有利だから高貴なのではなく、高貴だからこそ有利なのである。」という言葉が見られる『義務について』第三卷三〇章。つまり、道徳的な高貴さに抵触するような有用性は、単に表見的なものにすぎず、正しく理解された有用性ではない、と述べられている。完全なる調和のうちにあるものとされた「道徳的な高貴さ」ないし「正義」と「有用性」とは、具体的な問題処理に当り、前者の優位において相互規律されるのである。そして、シュヴァルツェンベルク自身、キケロに倣い、「結局のところは有用であり、あるいは良きことであろうとも、本当の正義に習熟しないままにそれを望むような愚かなことは、誰一人してはならない。」と説いている。⁽¹⁶⁾

このような正義の優位という思想に導かれ、カロリナは立案されている。かくして、その刑事手続は、まず第一に、事実認定における恣意を排し、判断の合理性・正当性を高めるという要請に応えるべく構成されたのである。その最も重要な方策が、法的形式による裁量権限の拘束であった。確かに従前においても形式なるものは認められる——例

えば、最終開廷日の莊重な儀式においては、すべての言葉、挙動そして入廷、退廷が古来の形式に縛られていた——が、それらは単に行爲の外面を規律するのみで、『真実』の発見に寄与するという性質のものではなかった。これに對し、カロリナに見られる形式は、裁判官による眞実追求の活動を制約することによって、その判断過程における内的決断を間接的に規律するものであり、まさしくここに、誤りなき眞実の発見を確保しようとする努力をみる⁽²¹⁾ことができる。カロリナの改革立法としての所以は、このようにして理解されるのである。

(1) 形式的証拠法については、米山・前掲書、第五章二参照。

(2) 同書、第六章参照。

(3) 同書、第七章一参照。

(4) なお、この原理と職權追行原理(Officialprinzip)との結びつきによって糾問訴訟が發展していったのである。同書、第五章一参照。

(5) 同書、第五章三参照。

(6) なお、カノン法においては、雪冤宣誓——ゲルマン法の影響を受けて行なわれていた——のために被告人が容易に断罪を免れることとなり、訴訟が眞実から遊離してしまつたとの反省から、糾問訴訟が芽生えていったのである。Vgl. Biener, Friedrich August: Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, 1827, S. 20/28, 37, 40/41.; München, Nic.: Das kanonische Gerichtsverfahren und Strafrecht I, 1865, S. 472/476.; Westhoff, Ursula: Über die Grundlagen des Strafprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts, 1955, S. 81/82.

(7) Schmidt, E.: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, S. 117/119.; Nagler

Die Strafe I, 1918, S. 192/196; Schmidt, Richard: Die Aufgabe der Strafrechtspflege, 1895, S. 217/221.

(8) 後述第五章参照。

(9) このような思想——正義の理念によって刑事手続を規律する——については、ドイツではそれを担うべき学問が育っていなかったため、当時イタリアで発展していた学問にその範が求められたのである。そのイタリアにおいては、当時、注解学派 (Kommentatoren) にあって、前代の注釈学派 (Glossatoren) の下に発展してきた中世ローマ法と現行法との総合が進められており、ここに理論と実務が相関連し、イタリア普通法 (ius commune) が生成していったのである。とくに手続面においては、カノン法において進展してきた糾問訴訟が、一三世紀後半以降、世俗裁判所の原則手続として受容されるに至り、しかもそこで、より一層の発展をとげたのであった。(なお、カノン法においては、元來拷問は認められていなかったのであるが、その後の発展の過程でローマ法から移入されたのである。) この発展には、とりわけガンディヌス (Albertus Gandinus) が大きな寄与をなしており、その著『犯罪論』 (Tractatus de maleficiis, 1298) の中に、法的形式によつて糾問訴訟が制約されているのを見ることができ、この学問がその後ドイツにもたらされ、ここに、刑事法における「ローマ法継受」の動きが認められるのである。Schmidt, E.: Geschichte, S. 107/108; v. Hippel: a. a. O., S. 89, 90/95.; Bioner: a. a. O., S. 89/112.; Brunnenmeister, E.: Die Quellen der Bambergensis, 1879, S. 105/109, 206/214.; 勝田有恒『Rezeptionの素描——ドイツ近世(私)法史研究の起点として——』(一橋大学研究年報・法学研究4, 昭和三七年)一九八——一九九頁。

なお、カノン法の糾問訴訟は、インノセント三世の下、第四回ラテラン公会議(一二一五年)において確立されたのであるが、その歴史的起源については、セント裁判所 (Sondergericht) 従つてカロリンガの弾劾手続 (Rügeverfahren) と考えられよう。Vgl. Schmidt, E.: Geschichte, S. 44/45; Bioner, a. a. O., S. 28/42; v. Hippel: a. a. O., S. 86/89.

(10) カロリナは全文二一九条からなり、主としてその前半が訴訟法にあてられている。

(11) 当時、ローマ法継受の進展していく過程で、その担い手として中世イタリア法学の修得者——法学識者 (Rechtsgelehrte)——が裁判実務に進出しつつあったが、彼はそのように学識法に通じていたわけではなく、あくまでも実務の人であった。法学識者については、久保正晴「ゲルマン法史上におけるローマ法の継受」(『西洋法制史研究』昭和二十七年、所収) 三七九—三八一頁および勝田・前掲書、第三、第四章参照。

(12) バンベルゲンシスは過度のローマ法化を免れているが、これは、シュヴァルツェンベルクの民族的な資質に負うところが大きいのである。彼は、イタリアの学問から改革思想を学びつつも、自らの裁判実務の経験を生かし、バンベルクにおける法慣習の良きを摂り、悪しきを捨てるという意識において、その法慣習をイタリアの学問によって整序するということを基本方針とした。そこでは、いわば外来法と固有法との調和が図られているのである(ただ、バンベルゲンシスを改革立法として位置づけるという視点からは、外来法的な思想が強調されることは言うまでもない)。Schmidt, E.: *Strafrechtspflege*, S. 262/263.; Wolf: a. a. O., S. 113, 117/118.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 289/291

なお、法典の中にどの程度固有法源が考慮されているかということは、その地方の固有法の保存度によるのであるが、またその編纂者が法政策的な卓見を有していたかどうかにも大いに関係があったのである。そのようなすぐれた人物としては、シュヴァルツェンベルクと並んでツマシウス (Ulrich Zasius) が挙げられる。勝田・前掲書、二二一、二二〇頁参照。

(13) Schmidt, E.: *Geschichte*, S. 109/110.; Wolf: a. a. O., S. 101/102, 106/113, 115/117, 124/125, 128/131.; Radbruch: *Lieb*, S. 73/75.; ders.: *Cicero deutsch*, in: *Elegantiae iuris criminalis*, S. 91/94.; Stobbe, Otto: *Geschichte der deutschen Rechtsquellen* II., 1864, S. 242/244.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 3/11, 289, 291/292.; Schöel: a. a. O., S. 20/34, 255/258, 276/277, 278/281, 288/318, 343/346.; Herrmann: a. a. O., S. 16/22, 31, 50/60.; Abegg, J. F. H.:

Ueber das religiöse Element in der Peinlichen Gerichts-Ordnung und der Einfluß der religiösen Verhältnisse des Zeitalters auf die Abfassung derselben (Archiv des Criminalrechts. Neue Folge, Beilagenheft zu 1852) S. 12/19.;
 Rosshirt, Conrad Franz: Johann von Schwarzenberg in seiner Beziehung zur Bambergensis und Carolina (Neues Archiv des Criminalrechts IX, 1827) S. 234/242

なお、彼はラテン語を読むことができなかったのであるが、その点ではよき協力者を得ていたのである。

(14) Schmidt, E.: Geschichte, S. 133.

(15) 糾問訴訟の進展過程で生まれた成文立法を見るに、例えばエルヴァンク刑事裁判令（一四六六年）およびニールンベルク刑事裁判令（一四八五年）には、最終開廷日 (endlicher Rechtstag) に関する規定が見られるだけであり、他方糾問訴訟の本体ともいうべき予備手続 (Vorverfahren) に関しては規定が欠けている。つまり、未だ恣意の危険が十分には認識されないまま、予備手続——職権的な捜査活動が進められ、とりわけ拷問が用いられる——についてはその合目的性が強調され、手続遂行は職権的な機関による無形式・無拘束の裁量に委ねられていたのである。さらには、バンベルゲンシスとはほぼ同時代に成立したティロル（一四九九年）およびラドルフツェル（一五〇六年）の両刑事裁判令——マクシミリアン刑事裁判令 (Maximilianische Halsgerichtsordnungen) と呼ばれている——に目を向けると、そこには、もはや最終開廷日については規定がなく、他方被疑者の勾留について多くの規定が設けられている。この観点においては、両法典はドイツにおける糾問訴訟の進展を確たるものにした、ということができる。しかし、やはり拷問を条件づける、つまり手続を法的形式によって規律しようとする方向に進んでいくとはならぬのである。Schmidt, E.: Geschichte, S. 102/106.; ders.: Inquisitionsprozess und Rezeption, 1940, S. 48/53, 62/69.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 76/88, 102, 214/216, 288/289.; v. Hippel: a. a. O., S. 163/164.

(16) その核心的内容が、いかなる条件の下で、とりわけどの程度の嫌疑の強さにおいて拷問が許されるのか、ということであった。その拷問こそ、ほとんどの場合に被疑者の運命を決してしまうのである。このようにして、正義の理念によって刑事手続を規律するという志向が息づき、そこに、被疑者——受身の形で刑事手続に関与する——の保護という思想の生まれいく兆しが見られるのである。

なお、法の内容は、二つの観点から考察することができる。一方で、法の定立者およびその目的の観点から、他方では、法の名宛人の保護という観点から。前者が合目的性、後者が正義の問題として理解される。Merkel, Adolf: Juristische Enzyklopädie, 4. Aufl., 1909, S. 15.

(17) Schmidt, E.: Inquisitionsprozess, S. 74.

(18) 今日、刑事訴訟における法的形式の保障を、単なる法技術的な問題としてのみ理解することはできない。それは、苦渋に満ちた貴重な歴史的経験に基づく法政策の問題であり、またその背後には種々の意味深き法理論が存在する。

刑事訴訟は、諸利益の対立緊張関係について具体的に妥当な調和を見いだすことにより、事案の真相を明らかにし、刑法の具体化を行なう。まことに、その手続は「公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ」(刑事訴訟法第一条)進められるのである。前者は、法秩序の維持・調整を担当する者の社会保全の利益を意味し、極めて弾力的な内容を有する。他方、後者は、個人の法益が不当に侵害されてはならないことを意味し、すぐれて規制的な内容を有する。この両者の交錯において、訴追機関・裁判機関の訴訟上の活動の範囲、方法に対する限定という理念が息づき、そこに社会保全と人権保障との調和を図るための重要な方策が予定されている。これが、まさしく法的形式であり、その果たすべき機能のうちに、法の適正手続(due process of law)を保障しようとする理念が認められる。捜査条件の確立と強制捜査における令状主義は、その最も重要なものである。ここでは、可能な限りの絶対的・客観的な真実を追求しようとする志向——実体的

realism — は背後に退くべきものと考えられる。視点を変え、純粹に手統的な見地からは、法的形式が、確實の原理と迅速の原理との対立関係において扱えられる。一定の計画と形式は、入念な配慮と慎重さを要求することによって確實な目標達成を可能にするともに、秩序づけられた問題処理を通じて迅速な手統遂行をもたらし（合目的考慮の故に形式が無視されると、かえって訴訟を混乱させ、遅延させる虞れがある）。訴訟における形式性は、確實性と迅速性との調和の上に立つものでなくてはならない。

カロリナにおける法的形式の保障は、右のような今日の理解からすれば、むしろ不十分なものである。カロリナは、法的形式はすべて「真実の探知のためにのみ規定されて、疑いなき非行者を猶予するために規定されいるにあらず」——後述二一四頁参照——という考え方を基本としている。そこでは、法的形式の保障が、社会保全の利益、並びにその前提となるべき真実発見への目的志向のうちに組み入れられている。すなわち、その保障は、実体的真実主義の枠の中、その消極面において、責なき人びとにいわれなき刑罰を科してはならないという要請に基づいているのである。この意味において、微妙に交錯し対立する諸利益をいかに整序し調和させるかという考量について、その働く場面は未だ極めて少ないように思われる。とはいえ、カロリナは、職権的機関の裁量権限を拘束するという理念をもって法的形式を導き入れたのであり、ここに刑事司法近代化への歩みをみることができ⁹。Vgl. Schmitt, E.: *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz I*, 2. Aufl., 1964, S. 44/46; Bohne, G.: *Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls und Verfahrensregeln* (SJZ. Jahrgang IV, 1949) S. 767.; 鴨良弼「刑事訴訟手統の形式的性格」(『刑事訴訟における技術と倫理』昭和三十九年、所収)。

(19) ここに、刑事法におけるローマ法継受の意義が認められる。すなわち、札問訴訟は、その基礎原理に関しては、ドイツにおいて自立的に形成されていた——米山・前掲書参照——のであり、ローマ法継受によってもたらされたものは、その素

材的形成物を整理し、規律すべき思想——正義の理念への志向——であった。この意味において、本質ではなく、形式が継受されたのであり、それ故ローマ法継受は刑事司法の合理化として理解されることになる。まことに、ローマ法継受とは、法素材の移入としてよりも、むしろ第一義的には学問の吸収として位置づけられるのである。

- これは、刑事法領域に止まらず、ローマ法継受一般についていえることである。すなわち、ローマ法継受は、「素材的な異質物の採用という形ではなく、一つの発展過程として、つまり、具体的にはドイツ法の在り方及びその専門的担い手の学問化として捉えた方が、より良くこれを理解することができ」のである。Schmidt, E.: Inquisitionsprozess, S. 76.; Wacker, Franz: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Auf., 1967, S. 131. (鈴木禄弥訳『近世私法史』一二五頁)
- (20) Schmidt, E.: Geschichte, S. 113/114; Radbruch: Lieb, S. 84/85 ferner, Merkel: a. a. O., S. 14, 19
- (21) Schmidt, E.: Geschichte, S. 133/134.

第二章 手続の基本構成

一 概 容

カロリナにおいては、四つの異なる要因によって手続が開始する。すなわち、ある者がある非行について、

- (一) 一般の風聞 (gemeyner leumut) によって悪評を立てられている場合〔六条〕
- (二) その他の信すべき徴憑 (glaubwürdige anzeigung) によって嫌疑をかけられ、疑惑をもたれている場合〔右同条〕

- (三) 私人の告訴 (anklag) があった場合〔二一条〕

カロリナの刑事手続

(四) 公然の、疑いを容れざる (offenlich und unzweifellich) 事由がある場合 (一六条)

である。(一)および(二)の手続が糺問訴訟、そして(三)の手続が弾劾訴訟と呼ばれている。(四)の手続は「疑いなき非行」(vonzweifelhafte missthaten)に基づく手続として、注目に値するものである。そして、(一)、(二)および(四)において、手続は終始職権的に進められるのに対し、(三)においては、まずもって原告人により「刑事刑が科せらるるに至るべき非行とその非行の確たる疑惑および嫌疑」が陳述され、さらにその立証が原告人の責務とされている(二一、一五条⁽¹⁾)。

ところで、カロリナの規定様式を見ると、糺問訴訟に関する固有の規定は極めて少ない(六一〇条)。これは、カロリナがバンベルゲンシスの規定方法に倣って糺問訴訟の原理を弾劾訴訟の形態と結びつけて規定したためであり、糺問訴訟が第二的な手続方式とされているということの意味しない。むしろ、カロリナの刑事手続は、その基本原理において糺問的なものである。つまり、カロリナにあっては、弾劾訴訟の構造的枠組みの中に糺問訴訟の原理が内実として取り込まれているという点が強調されなくてはならない。さらには、私人が原告人となる場合にも、その手続遂行がいっさい原告人に委ねられるというわけではない。私人たる原告人自らにより、被疑者の罪責が完全に立証された——自白あるいは二名による証言に基づいて(二三条)——か否かという事情をもって、すべてが解決されないものである。すなわち、原告人によっては単に間接証拠が提出されたにすぎない場合、充ちなる証明なしとして被疑者が無罪放免されるのではない。法に定められた明白な間接証拠が存する(二〇、四五条)限り、被疑者は「裁判官および少なくとも裁判所の者二名(＝参審員)、ならびに裁判所書記の面前にて」拷問に付されるのである(四七条二項⁽³⁾)。私人の告訴をもって始まった手続は、かくして、爾後公権力の手によって進められることとなる。ここに、公共

の利益の観点からする職権的な犯罪追及の意図が窺われるのである。手続遂行への原告人の関与は、もはや無用に近い、ということが出来る。このような理解によれば、糺問訴訟と弾劾訴訟との差異は、単に手続開始の形式——職権による訴か、私人による訴か——において認められるにすぎず、弾劾訴訟は「覆面をした糺問訴訟」とも表される。カロリナの刑事手続は、さきに指摘したとおり、その基本原理において糺問的なものである。⁽⁴⁾

なお、原告人は、何らかの事由によって被告人が「訴えられている犯行に關し刑事刑を蒙るに至らざりし場合に」、「彼の負いたる諸経費、恥辱および損害につきて」、その民事賠償をなすための保証を義務づけられ、あるいは収牢される〔二一—一四條〕。この規定からも、カロリナが私人による訴提起を好ましい方式とはみなしていないということが推測される。もし原告人が自ら訴を提起することなく、司直に対して告発をなし、その職権発動を促すに止めるならば、彼は右のような重い負担に煩わされることもないのである。とすれば、私人による訴提起がなされるのは、告発が斥けられ、あるいは被害者が何か特別の関心を有する場合に限られよう。⁽⁵⁾ このように、カロリナの刑事手続は、手続遂行の面において糺問的であるとともに、手続開始の段階においてすでに公権力主導的な色彩を帯びていたのである。その後、領邦国家化の進展の過程で、公的な秩序維持という観点が強調されることにより、弾劾訴訟は次第に駆逐されていくのであった。⁽⁶⁾

(1) つまり、審理は原告人の申し立ての範囲に限定され、また被告人を拷問に付するについても、その要件としての確たる徴憑の存在は原告人自らによって立証されなくてはならぬのである。Schoetensack, August: Der Strafprozess der Carolina (Heidelberg Dissertation, 1904) S. 39.

(2) バンベルゲンシスにおいて、外来法と固有法との調和が図られているということは前述のとおり——第一章三注(12)参照——であるが、糾問訴訟に関する規定の仕方はこのことを端的に示している。すなわち、バンベルクにおいては、一四世紀中頃、すでに「職権による訴」(das Klagen von Amts wegen)が定着し、その手続は従来の弾劾訴訟の方式に即して進められていたのである。シュヴァルツェンベルクはこのような固有法の慣習を一変させることを望ましいことは考えなかった。従って、彼は外来法の糾問訴訟を直接的な形で移入することなく、その原理を弾劾訴訟の形態と結びつけて採り入れたのである(「一〇——一六、一〇二、一〇三、二一五条」)。まさしく、クルマンの言うとおり、「バンベルゲンシスは弾劾訴訟を、糾問原理に担われた単なる起訴形式(Anklageform)に低下させ、そして両者に「一」の統一された原理を注入した。このようにして、「二重性格的な訴訟方式が機能することになったのである」(Schmidt, E.: Geschichte, S. 110.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 215/225, 238.; Scheel: a. a. O., S. 169, 249/254.; Herrmann: a. a. O., S. 29.

なお、バンベルゲンシスの編纂に当り、固有法源に関して基礎とされた主要な成文法源は、バンベルク都市法およびバンベルクラント裁判令(一五〇三年)であった。他方、イタリアの学問は、とりわけカンティヌス(Albertus Gandinus)およびアレティヌス(Angelus Aretinus)の文献から摂取され、また訴訟法鑑(Klagespiegel, 1425)およびヤハニス改訂法典(Wormser Reformation, 1498)を参考とされた、と考えられる。Vgl. Brunnenmeister: a. a. O., S. 288/290.; Scheel: a. a. O., S. 170/176

(3) しかも、証人申請を伴ってなされる私人の訴提起については、法文上何らの定めもない。

(4) Schmidt, E.: Geschichte, S. 125/126.; ders.: Inquisitionsprozess, S. 6/8, 70/71.; Schmidt, Gerhard, Sinn und Bedeutung der Constitutio Criminalis Carolina als Ordnung des materiellen und prozessualen Rechts (ZRG Germ Abt. 83., 1966) S. 245/246.

(76) Schmidl, E.: Carolina, S. 26/28; Schoetensack: a. a. O., S. 101/102.

(77) Schmidt, E.: Strafrechtspflege, S. 262.; Zwengcl: a. a. O., S. 35.

二 職権的な手続（糺問訴訟）

職権的な手続は、司直による被疑者の勾留 (annemen) をもって始まる。その際、従来は「ともすると、憐れにも人が司直によりて軽々に、先行する風評も、悪しき風聞も、その他の充全なる徴憑もなくして、逮捕せられて牢舎に送り込まれ、しかもかかる逮捕にさいしては、ともすると司直によりて手早く、かつ軽率に審理せられ、このために被逮捕者は彼の名譽に損害を蒙る」という「濫用と悪しき、かつ理不尽なる慣習」(二八条)が見られた。しかしながら、法的形式によって規律された手続は、その始動段階において、すでに規律されていなくてはならない。六条はこの観点から理解される。すなわち、まず、司直による被疑者の勾留が「一般の風聞」もしくは「その他の信すべき徴憑」に条件づけられているのである。ここには、カノン・イタリア法の影響が明らかに認められる。

カノン法の糺問訴訟⁽¹⁾において、その手続の開始は「風評」(infamia)の存在を要件としていた。それは、人びとの間に広く流布し、かつ公然たるもの (weit verbreitet und öffentlich) でなくてはならない。司直がこのような風評を確認するについては、fama (公然と流布している噂) による場合と clamor (司直に対する通告) による場合との二つの方式がある。fama とは、何びとかがある重い犯罪を犯したらしい、(möglich, wahrscheinlich) という内容の、公然と流布している推測であり、その真偽のほどは定かでなく、またいずこから広まってきたのかについても不明である⁽²⁾。なお、不確実な判断であるという点において、fama は嫌疑 (Verdacht) と共通するところがある。しかし、

嫌疑は、他に存在する確実な事実に基づいて推論された判断であり、この点で両者は区別される。さて、公然と流布しているというためには、たんに二・三名という複人数では足りず、それ相応に多数の人びとによる推測であることが要求される。二・三名によるものでは、いまだ fama とはいえず、ましてや糾問訴訟を始動させるための誘因にはなりえない。また、人数の点とともに、ある程度の場所的な広がり、そして時間的な持続性も必要とされる⁽³⁾。有効な fama であるためには、さらに、当人に対して敵意ないし嫉妬心を抱いている者あるいは中傷好きの者ではなく、思慮深く分別ある者による推測でなくてはならない⁽⁴⁾。次に、clamor による場合とは、特定人による犯行の事実が司直に対して通告される場合である。しかも、さきの fama が一時的なものであってはならないことに対応して、この通告もたび重ねてなされることが必要とされる。さらに、やはり分別ある誠実な人びとによるものでなくてはならない⁽⁵⁾。

ところで、fama の存在は、それ自体一つの事実であり、証人によって証明されることになる。fama の存在、つまり一定内容の推測が公然と流布しているという事実が証明主題であり、従って証人はその内容事実に対する自らの判断を供述するのではなく、そのような内容の事実を多数の思慮深く分別ある人びとから知らされたということを証言するのである。その際には、それらの人びとが本当に思慮深く分別あるか否か、さらには流布しているというに十分な程度の多数といえるか否かを判断するために、その名前も明らかにされる。ただし、司直の長が風評の存在を自らの認知によって確認している場合には、この証拠調は不要とされる。というのも、風評の存在という客観的な事実そのものが問題とされ、その証明が適式な手続に即してなされることは必要とされていないから。なお、被疑者は風

評の存在、その有効性および証拠調の手續に対して異議を申し立て、あるいは反証を挙げることができ、その反面、異議ないし反証がなければ、すべての瑕疵は治癒されるのである。⁽⁷⁾

このように、カノン法の糾問訴訟においては、元來、その手續は「風評」の存在する場合にのみ開始されていた。しかし、その後一三世紀後半以降、イタリアにおいてカノン法の糾問訴訟が世俗裁判所の原則手續として受容されるに至り、そこでより一層の發展をとげていく過程にあつて、「徴憑」(indicia)の存在する場合にも許されるようになったのである。⁽⁸⁾⁽⁹⁾

カロリナ六条の「ある者がある非行につき、一般の風聞によりて惡評を立てられ、もしくはその他の信すべき徴憑によりて嫌疑をかけられ、疑惑をもたれて」という文言は、右のような法制の影響の下に立案されている。⁽¹⁰⁾ところで、風聞あるいは徴憑の存在がいかにして証明されるべきかについては、そこに何らの定めもない(後述のとおり、「拷問が行なわれうる根拠たる充全なる徴憑」については、「二名の良き証人をもって立証せらるべし」とされている(二三条))。それ故、風聞あるいは徴憑の存在が客觀的に確認される限り、その方法は問われていない、と考えられる。⁽¹¹⁾

カノン法において、手統的な証明は必要とされず、*innu*の存在という客觀的な事実が問題とされていたことが、ここで思い起こされる。

同条では、ある者が右の風聞もしくは徴憑に基づいて「司直により職權をもって勾留せらるるときは、彼はそれにもかかわらず拷問をもって攻撃せらるべからずして、まづもつて順序が踏まらるべく、しかしてそのためには、当該非行を彼に帰するための充全なる徴憑と推定根拠とが信ぜらるるものとなさるべきなり。」と述べられている。ここに、

拷問を厳しく制約しようとする意図がすでに表明されているとともに、不十分ながらも手続を段階的に把握する考え方が窺われるのである。⁽¹²⁾

そして、同条後段には、「さらに、各裁判官もまた、この大いなる事件にさいしては、拷問を行なう以前に、力を尽くして、かつ各事件の形態と状況に応じて可能なる限り、被勾留者が風評または嫌疑を受くるに至りたる非行が生じたりや否やにつきても、朕の本令中のちに見受けらるるごとくに調査をなし、入念に検証すべし。」と規定されている。すなわち、被疑者が特定され、その者に対して自由を強要する——最終的に断罪を決定する——ために拷問を加える前に、まず犯罪事実が明らかにされていなくてはならない、と要請されているのである。ここには、カノン・イタリア法の糾問訴訟における「裁判官に、すべてに先立ち犯罪事実について知られていなくてはならない。」(*indici ante omnia constare de delicto*) という原則が採り入れられているのである。ところで、カロリナ六条に相応するバンベルゲンシス一〇条にはこの部分が欠けている。というのも、バンベルゲンシスの立案に際してシュヴァルツェンベルクの念頭におかれた手続方式は弾劾訴訟であったからである。⁽¹³⁾ 弾劾訴訟においては、まず原告人によって特定人が一定の犯罪の行為者として訴えられるのであり、いわば手続の初めから行為と行為者が不可分とされているため、右のような原則には親しまないのである。⁽¹⁴⁾

一三世紀のカノン・イタリア法の糾問訴訟において、裁判官は自らに次のような問いかけをなした。すなわち、職権をもって一般糾問 (*inquisitio generalis*) から特別糾問 (*inquisitio specialis*) に移行するためには、いかなる証拠、いかなる事実が存在しなくてはならないか。さらに、特別糾問にあっては、審問をなし、拷問を加え、有罪を認定す

るため (ad inquirendum, ad torquendum, ad condemnandum) には、何が証明されなくてはならないか。ここに一般糺問とは、行為の発生という面——犯罪の客観的側面——において、他方特別糺問とは、行為者の特定という面——犯罪の主観的側面——において、それぞれ判断の確実性を求める活動である。右の問いかけに答えて、まず、さきの「裁判官に、すべてに先立ち犯罪事実について知られていなくてはならない。」という原則が認識されることとなった。すなわち、裁判官は、特別糺問において特定の行為者と相対する前に、まずもって一般糺問において、そもそも犯罪行為が発生したか否かを明らかにしなくてはならない、と命じられたのである。ここに、いわゆる「犯罪事実の確定」(constare de delicto)の理論——後に「罪体」(corpus delicti)の理論といわれた——が芽生え、その後糺問訴訟の原理が深化され、証拠規則の体系化がなされることによって、より一層の深化をみたのである。⁽¹⁵⁾

糺問訴訟において、その手続の発展は行為から行為者へという方向をとる。行為が順次解明されるに伴い、手続の各段階でその行為像が行為者と結びつけられていくのである。「犯罪事実の確定」は、手続の各段階において、絶えず新たに意識されなくてはならない。かくして、体系的な罪体の理論は各手続段階の訴訟的条件の理論となり、そこで三つの問題が提起されたのである。まず、一般糺問において、(一)特別糺問へ移行するための訴訟的条件は何か、と問われる。次に、特別糺問にあつては、(二)特定人に対し審問するための訴訟的條件は何か、そして(三)拷問するための訴訟的條件は何か、が問題とされる。(有罪認定のための訴訟的條件は何かという問題は、この理論に属するものではない。)右の三つの問題のうち、第一のものが罪体論の最も固有の問題とされていた。その場面で、手続は、行為者は誰かということ念頭におくことなく、もっぱら行為の解明を目指したのである。そして、特別糺問に移行し

てからは、行為者の特定が目的とされ、特定人に対して審問するための、拷問するための、さらには有罪認定するための訴訟的条件として、法定の証拠規律が段階を経るごとに厳しいものとなった。行為者の特定につき、その判断の蓋然性から確実性への高まりが、ここに理解される。このような罪体論の体系化に伴って、間接証拠の理論が発展し、また自白の意義が明らかにされていったのである。さて、有罪判決のためには、行為の発生並びに行為者の特定 (Tat und Täterschaft) 双方につき、判断の確実性が必要とされる。しかも、その後者をもたらしことができるのは、自白のみであった。その自白を強要するために拷問を加えるに当っては、行為の発生について判断の確実性、そして行為者の特定については高度の蓋然性が存しなくてはならない。ここに自白が得られることにより、行為の発生に関する確実性に加え、行為者の特定に関する確実性が生まれることになる。言葉を換えると、自白は行為者の特定に関する確実性を基礎づけるだけであって、同時に行為の発生に関する確実性の根拠とされてはならない。⁽¹⁶⁾ 後者は、自白によらずして、しかも拷問のなされる前に、すでに存していなくてはならないのであった。⁽¹⁷⁾

右のような理解によれば、カロリナ六条において、「当該非行を彼に帰するための充全なる徴憑と推定根拠とが、信ぜらるるものとなさるべきなり。」により、行為者の特定に関する高度の蓋然性が要求され、また「各裁判官もまた、この大いなる事件にさいしては、拷問を行なう以前に、……(中略)……調査をなし、入念に検証すべし。」によって行為の発生に関する確実性が要求されている、と考えることができる。かくして、カロリナの刑事手続において拷問が用いられるためには、確たる徴憑の存在により、被疑者に対して強い嫌疑がかけられる(つまり、彼が行為者であるという高度の蓋然性が認められる)とともに、犯罪事実についても、できる限りその発生が確実となっている

ことが要請されているのである。この二つの事由が相互に補い合うことにより、拷問による自白の強要が正当化されることとなる。⁽¹⁸⁾ところで、犯罪事実を確定するについては、「本令中のちに見受けらるるごとくに調査をなし、入念に検証すべし。」と述べられているが、それは一四七条および一四九条を指している。前者は傷害と死亡との因果関係についての、後者は死体検分についての規定であり、ともに「犯罪事実の確定」の理論にとって重要な意味をもっている。カノン・イタリア法では、死体検分をはじめとして、検証が一般糾問における典型的な証拠方法とされていたのである。⁽¹⁹⁾一四七条においては、「ある者が打たれて、いくばくの時間が経過したるのち死亡したるも、彼がその訴えられたる打撃のために死亡せしや否やに疑いあるとき、かかる場合には、……事了解する外科医たちおよびその他死者が打撃または格闘後にいかに身を持せりやを知りいる人びとが、かの死者は打撃を打てて以後いかほどの期間生きおりしやなることに関する徴憑とともに、証人として用いらるべきなり。」と規定されている。イタリアの実務では、傷害を受けて後死亡するまでの日数を確定し、さらに医者の治療上の不注意、被害者自身の挙動あるいは病氣等の介在を考慮しつつ、専門家の鑑定に基づいて因果関係の有無を判断していた。一四七条は、この実務に即して理解されるのである。⁽²⁰⁾なお、ある者が打たれて後直ちに死亡した場合には、この規定による立証は不要となり、証人によるはもちろん、徴憑によっても因果関係の立証をすることができる。また、一四九条においては、死体検分につき、「種々の傷害に対し相応なる衡量と判決をなすにさいして、被害者の埋葬後に不足なるもの出で来たるを少なからしめむがために、裁判官は二名の参審員、一名の裁判所書記とともに、および一名またはそれ以上の外科医（得ることが可能にして、しかもかかることが生ずるとき）にあらかじめこのための宣誓をなさしめたるのちに、彼らとともに

当該死者の体を埋葬前に入念に検分すべく、かつその者が蒙りたるすべての傷、打撃、投擲につきて、そのおののがいかに見受けられ、かついかに衡量せらるべきやを、入念に注記し、かつ記録せしむべし。」と規定されている。これは、数人共同してなされた殺人事件（一四八条）についての規定であるが、他の諸事例にも類推適用されうることとは疑いない。つまり、犯罪事実を確定するためには、裁判官自らによる感覚的認識が最良の手段となることが教えられているのである。⁽²¹⁾

以上のとおり、六条後段において——明示的ではないが——カノン・イタリア法の罪体論の考え方が採り入れられている。その後、普通法の進展とともに行なわれていった一般糾問と特別糾問との手統的分離は、ここにその実定法的な基礎づけを与えられていたのである。⁽²²⁾

- (1) カノン法の手統には、主形式 (Hauptform) として *accusatio* に基づく手統があり、そのほかに *denunciatio*, *exceptio*, *notoria* および *inquisitio* に基づくものがあつた。そして、最後の二つが職権手統である。Vgl. Bienen: a. a. O., S. 16/28.
- (2) この意味におつて、*fama* は「証人なき証言」ということができた。Hall, Karl Alfred: Die Lehre vom corpus delicti, 1933, S. 11.
- (3) このように、公然と流布しているという性質は、法的な概念としてではなく、純粹に事実的な意味内容において把握されてゐたのである。München: a. a. O., S. 486.
- (4) München: a. a. O., S. 485/487; Bienen: a. a. O., S. 49.

- (5) München: a. a. O., S. 487/488.
- (6) このように十分なる多数とは、一つの教区あるいは都市という一定の範域において、その住民数との関連で相対的に把握せらるべき。München: a. a. O., S. 487.
- (7) München: a. a. O., S. 493/494.; Biener: a. a. O., S. 49/51.
- (8) Biener: a. a. O., S. 92.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 218.
- (9) また、カノン法の糾問訴訟においては、元来正規のものより減輕された刑罰——特別刑 (poena extraordinaria)——が科されたが、この点についても世俗裁判所では改められたのである。Vgl. München: a. a. O., S. 501/504.; Biener: a. a. O., S. 51, 92, 95.
- (10) バンベルゲンシスは古いカノン法の原則に従っている。すなわち、一〇条は「……裁判官が、風聞の立ちいる非行につきての刑事事件にして、告訴者が存せざる場合に、何者かを職権をもって勾留する……」と規定している。
- (11) München: a. a. O., S. 508.
- (12) 糾問訴訟における手続の段階性は、今日の視点からすれば、鴨教授が一般糾問手続と特別糾問手続との区別に関して指摘されているように、「各主体の利益の保障の基礎の上に立つ多角的な意味を持つものではなかったし、また、それぞれの手続の独自の目的が意識されたものでもなかった。全体として裁判官の裁量に支配された一面的な行政手続的な性格をおびるものであ(り)」、「極めて不合理なもの」であった(鴨・前掲書、八、一三—一四頁)。ただ、拷問が中核的地位を占める証拠法——後述第五章参照——にあって、その拷問を制約しようとする志向から手続の段階的構成が図られているという点で、六条のこの文言のうちに重要な意義を認めることができる。拷問とは、ほとんどの場合に被疑者の運命を決してしまうものであったから。

(13) 前出第二章一注(2)参照。

(14) Hall: a. a. O., S. 41/42.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 220.

(15) Hall: a. a. O., S. 1/2.

(16) ただし、実務の運用においては、この原則が厳密に守られていたわけではなかった。Hall: a. a. O., S. 12/28

(17) Hall: a. a. O., S. 2/7, 10.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 219.; Schoetensack: a. a. O., S. 97/98.

(18) Brunnenmeister: a. a. O., S. 233.; Schoetensack: a. a. O., S. 100.

(19) Hall: a. a. O., S. 11, 42/43.

なお、証言は、検証と自由との中間的な性質を有し、行為の発生を証明するとともに、行為者の特定についても、それを推測させたのである(むしろ、完全な立証のためには自白が必要となる)。

(20) Brunnenmeister: a. a. O., S. 140/141

(21) Schoetensack: a. a. O., S. 99/100.

(22) Hall: a. a. O., S. 41.; Schoetensack: a. a. O., S. 97.

第三章 拷問の制約

一 確たる徴憑の存在

すでに明らかたとおり、カロリナにおいては拷問の適用が厳しく制約されている。すなわち、「人が拷問せむとする非行につきての確たる徴憑があらかじめ存在し、かつそれが立証せらるるにあらざれば、何びとも拷問を受くるこ

とあるべからず。」と謳われているのである〔二〇条〕。ここに「確たる徴憑」とは、ある非行を当該被疑者に帰するために充全 (genugsam)——六条参照——と考えられる程度の嫌疑要素を内包している事実である。つまり、この事実の存在により、ある非行の行為者が高度の蓋然性をもって特定されるのであり、ここに、はじめて拷問の適用が正当化されることになる。しかも、このような拷問の条件づけは、単に訓示的な宜明に止まることなく、その違反に対する意味深き制裁を伴っている。すなわち、「(要件を満たさずしてなされた) 拷問によりて非行が自白せられたりといえども、その者は信ぜらるべからず、またそれに基づきて有責判決せらるべからず。」と命じられているのである〔右同条⁽²⁾〕。ここで、「その者は信ぜらるべからず」と表現されていることが注意される。カロリナは前述のとおり、とりわけ従来拷問が濫用され、しかも自白が安易に信用されることにより、往々にして「無実の人びとが断罪されてしまったという反省から、ある者が有責であるという積極的な事実を探知しようとする活動にあって、しかしながらその行き過ぎによってある者が有責でないという消極的な事実が見誤られてはならないという要求を、自らに課したのであった⁽³⁾。ここでは、まさしく《真実》が問題となる。「キリスト教徒の血が非人間的な拷問によって罪なく流される」(傍点筆者)のを防止することが、カロリナの課題とされたのである。このような視点から、拷問が用いられるのは、確実性に近い程度の嫌疑が認められる——今日の自由心証主義の下では、直ちに有罪認定の許される事例もある、と思われる——場合に限られることとなった。このように強い嫌疑が前提とされて、はじめて自白も信用されるに足るものと考えられたのであろう。それはともあれ、要件なき拷問について、司直または裁判官の民事責任および刑事責任を追及するという実体法的効果を規定したに止まらず、さらに有罪判決の禁止という重大な訴訟法的効⁽⁴⁾

果をも認めたことは、特筆に値するものである。⁽⁶⁾

ここで視点を交えようと、カロリナにおいて拷問が排斥されずに残されていることが注意される。⁽⁷⁾ 拷問は、確かに今日の意識からすれば、自白強要のための非人道的な手段といえる。しかし、当時、個々の人間ではなく、神の定めたもうた全体の秩序が至高の価値とされ、あらゆる人間の所与はその秩序維持という観点から規律されていた。このような精神・文化的状況の下では、カロリナがなぜ拷問を排斥しなかったのかと問うてみても、意味ないことのように思われる。刑罰の残忍さがなお名残りを留めていたことも、同様に理解される。人びとは、ありうべき危険性を認めつつも、入念な配慮を施せば、なお拷問は真実発見に寄与しうるものであるとの信念を抱いていたのである。⁽⁸⁾ この意味において、カロリナは、拷問を排斥していないという点で責められるべきではなく、むしろ、直接的に拷問の適用を厳しく条件づけ、さらに間接的にも自白の真実性を高めるための種々の方策を考案している⁽⁹⁾という点で、積極的に評価されるべきものと思われ⁽¹⁰⁾る。

(1) 前述一九〇頁参照。

(2) イタリアにおいては、このような要件なき拷問によって自白がなされた場合には、たとえ千回繰り返されたとしても、その自白に基づいて有罪とされることはない⁽¹⁾、と説かれていた。Vgl. Brunnenmeister: a. a. O., S. 168.

(3) 前述一七〇—一七二頁参照。

(4) Radbruch: Die Penliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532 (Carolina), 1960, S. 17/18.; Schmidt, E.: Geschichte, S. 129.

自白の排除法則については、今日、意味深い議論がなされている。そこでは、刑事訴訟において微妙に交錯する諸利益——とりわけ真実発見と被疑者の人権保障——をいかに位置づけ、調和させるべきか、そして自白採取の過程における適正手続の保障をいかに実現すべきかという基本認識が問われることとなり、理論的にも、政策的にも、なお細密な検討が必要とされる、と思われる。

右のような今日の視点から、カロリナのこの規定を読むことは適切でない。ここでは、本来真実発見を目的とする刑事手続にあつて、法的形式の保証——確たる徴憑による拷問の条件づけ——が、その目的志向において把握されており、それを断念して別個の対立する利益に奉仕しようとする志向において把握されてはいないのである。今日の自白法則については、松尾浩也「刑事訴訟における証拠禁止」、「同（再論）」（『刑事訴訟の原理』昭和四九年、所収）および田宮裕「取調の規制」（『捜査の構造』昭和四六年、所収）等参照。なお、前出第一章三注（18）参照。

（5） 民事責任については、「司直または裁判官にしてかく指揮する人びとあるときは、彼らは、かく法に反して、かつ徴憑が立証せらるることなくして拷問を受けたる者に対し、彼が蒙りたる恥辱、苦痛、経費および損害につき、相当なる補償をなす責あるべし。」と規定されている（二〇条）。なお、二一条も参照。

また、刑事責任については、六一条が「かかる拷問が神聖帝国の適法なる本令に反して用いられたるときは、当該裁判官はかかる不正なる拷問の惹起者として罰せらるべし。」と規定している。

（6） 今日、捜査官による違法捜査を防止するためには、当該捜査官の刑事並びに民事の責任を追及するに止まらず、違法に収集された証拠を証拠能力なしとして排除することが最も有効な方策と考えられている。田宮・前掲書、三〇七—三〇九頁参照。

（7） 拷問がすべての犯罪に対して用いられうるのか、あるいは死刑に処せられるべき犯罪に限定されるのかについては、カ

ロリナの規定上明らかでない。実務においては、刑罰が拷問の苦しみより小さくない限り、用いられていた。Zwengel: a. a. O., S. 48.

(8) まさしく、ここにカロリナの悲劇が始まったのである。

(9) 前述一七三——一七四頁参照。

(10) Schmidt, E.: Inquisitionsprozess, S. 81.; v. Hippel: a. a. O., S. 210.; Radbruch: Carolina, S. 17/19.

なお、メルケルは、「法は、それぞれの民族において、しかもそれぞれの時代に支配的とされる倫理的な価値基準に依存する。」と説いている。Merkel: a. a. O., S. 17.

二 確たる徴憑の理論化

右のとおり、カロリナの刑事手続において「確たる徴憑」は、その存在に拷問の適用が条件づけられているという点で、極めて重要な意味を与えられているのである。

カロリナによれば、自白あるいは二名による証言という直接証拠 (direkter Beweis) に基づいてのみ有罪判決が許されている〔二二条〕——ただし、証言は第二次的な証拠方法とされている。⁽¹⁾ いかに学問的素養のない参審員にとつても、被疑者が任意に自白する場合には事件の解決に大きな困難は感じられない。とはいえ、任意の自白は、むろん常に得られるというものではなく、ここに困難な問題が生じてくる。すなわち、自白強要のために拷問を用いる前に、「確たる徴憑」の存在を確認しなくてはならないのである。ここに徴憑、つまり間接事実 (Indizien) とは、⁽²⁾ それが存在することによって他の事実——ある者がある非行を犯したという事実——が推認されうるような事実をいう。⁽³⁾ こ

の推論には、豊かな経験とともに高度の論理的思考が要求されるのであり、参審員にとつては極めて困難な仕事であった。「法と衡平にもっとも適合したる審理が行なわれる」(序言)ことを希求したシュヴァルツェンベルクにとって、彼らのために、この困難な仕事の導きとなるべき指針を示すことが最も重要な課題となつたのである。一八条は次のように述べている——「かかる事項(「確たる徴憑」)につきては他に知らされおらざる官憲、裁判官および判決発見人たちが、いづこよりある非行につきての確たる徴憑、疑惑または嫌疑が生じ来たるやを、いよいよよく心に留めおきえむがために、確たる徴憑、疑惑または嫌疑の諸例を、各人がこれをドイツ語によりて呼称し、または認識しうべきごとくに、以下に規定す。」と。かくして、確たる徴憑が例示されるとともに、その判断基準が示され、ここに、精緻にして明瞭な間接証拠理論が生み出されることとなつた。間接証拠の理論は、前述のとおりカノン・イタリア法における罪体論の発展過程で生まれてきたものであり、すでに「訴訟法鑑」(Klasspiegel, 1425)および「ヴォルムス改革法典」(Wormser Reformation, 1498)によつてドイツにもたらされていた。しかし、彼はイタリア法学の文献を丹念に研究することによつて、より精緻な理論に高めたのであり、ここに彼の大きな功績が認められるのである。⁽⁸⁾

「徴憑なる語の理解につきて」、一九条が次のように述べている。すなわち、「確たる徴憑という場合には、朕は常に、確たる指標 (warzeichen)、『疑惑 (argkwon)』、嫌疑 (verdacht) を、さらには推定根拠 (vermutung) をも考えたるものにして、またこれらの語を用うるによりて他の諸語を用うることなし。」と。ここに示された間接事実の概念は、初期のイタリア法学者、例えばガンディヌスにおけるような狭義の概念——間接事実とは、何らかの犯罪あるいはその他の出来事の徴候である——ではなく、後期の文献に見られる広義の概念に拠っている。例えばバルドゥス

(Balduis de Ubaldis) によれば、「間接事実とは、必然的 (necessarius) ではなく蓋然的な事由 (probabilis) に基づいて生ずる推測であり、そこから真実 (veritas) は離れることができるが、真実らしき (verissimilitas) は離れてはならない。この真実らしきが、いつでも判断者の心に触れ、判断者の意識に働きかけてそれに従って判断するようになせるのである。」と説かれている。⁽⁹⁾ このような意味において一九条を理解すれば、「徴憑」とは、ある者がある非行につき、何らかの指標——具体的な事実——によって疑惑をもたれ、嫌疑をかけられる——その者がその非行を犯したらしいとの推測——という判断過程に即して把握されている、と考えられる。

この概念規定に続く諸条を見ると、まず次の二点が注意される。第一に、「非行の疑惑および徴憑につきて述ぶる、この後に規定せらるる諸条より、人は本令中に名挙げせられおらざる諸場合につきては、類推をなす (gleichnuss nemen) べし。」と述べられている〔二四条〕ことである。そして第二には、列挙された徴憑のうち、単独にて拷問をなすに充全とされるものと複數相並びて充全とされるものとが区別されている〔二七条⁽¹⁰⁾〕。そこには、間接事実に基づく推論は、個々の事例において具体的になされるべきであり、一般的・抽象的な規律に親しむものではないという考え方が基礎とされている。まさしく、間接事実内に在する力 (Kraft)、つまり主要事実 (hauptsach) を推認させる力が、両事実の間に個々具体的に認められる自然的・論理的結びつきの程度に応じて評価されるのである。⁽¹¹⁾

右に加え、間接事実の評価に関する重要な指針が示されている。すなわち、「ある者がある非行につきて、いくつかの疑惑断片より嫌疑を受くるときは、まさに、常に両面よりの観察がなされるべきことが、一層熟慮せらるべし。」「〔二八条〕と。前述のとおり、間接事実に基づく推論は蓋然的なものであり、そのようにして推認される事実は、絶対的

に真実であるとして確定されたのではなく、一応真実であろうと思念されたにすぎない。従つて、このような判断には、常に反対事実の可能性が残されている。判断における真実らしさ（蓋然性）の程度を高めるといふことは、それ故、この反対事実の可能性をできる限り小さくすることにかかつてゐる。⁽¹²⁾ このような視点から、相並びである間接事実を評価するに際しては、被疑者に責を帰すべき要素のみを一面的に追い求めることなく、それと矛盾する要素をも探知し、両者の対立のうちに、その比較考量によつて判断を進めていかななくてはならない、と命じられることになる。二八条は、さきの言葉に續けて次のように述べている——「まず、見受けられたる疑惑なり。第二に、被疑者が、彼の非行につきて免責せられうべきいかなる良き推定根拠を、自己のために有するか、なり。しかし、もし、これにより、疑惑の諸事由が免責事由に比し大なりと衡量せられえたる場合には、拷問が用いられうべし。しかれども、免責の諸事由がいくつかの些少の疑惑より大なる重視と尊重とを受くべしと見らるるときは、拷問は用いらるべからず。⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾」

ところで、間接事実の存在は、むろん立証されなくてはならない。二三条によれば、「拷問が行なわれうる根拠たる充全なる徴憑は、すべて後出の、充全なる証言につきてのいくつかの条中に記せられいるごとくに、⁽¹⁶⁾ 二名の良き証人をもつて立証せらるべし。」とされている。

(1) 後述二三三—二三四頁参照。

(2) 中世の裁判所は、カルル大帝によつて設置された参審員制度 (Schöffenverfassung) によつて支えられ、裁判官と判決発見人——参審員——とが分離されていたのである。参審員はいわゆる地方の名望家から選ばれ、ともすると時代の流れに

遅れをとりがちであった。その認識は具象的なものの域に留まっており、従って概念的な思考を進めるということができなかったのである。Mitteis-Lieberich: a. a. O., S. 83. (世良訳、一七四—一七五頁)；勝田・前掲書、一八三—一八四頁。カロリナにおいても、この制度は維持されている。しかし、裁判官は手続を主宰するのみならず、判決発見にも関与し〔八一条〕、さらには種々の重要な問題について、参審員の同意を必要とせずに自ら判断する〔四七、五四、七四条等々〕こともあり、参審員に比して主たる地位に置かれている。この裁判官には法学識者——前出第一章三注(11)参照——の進出が期待されたのであるが、現実には、その広範な進出は直ちに達成できることではなかった。それ故、なおしばらくは、素人による裁判を甘受するはかばかだったのである。Blankenhorn, Rudolf: Die Gerichtsverfassung der Carolina (Tübinger Dissertation, 1939) S. 28/29.; Schmidt, E.: Inquisitionsprozess, S. 78.

(3) 一般的に、間接事実とは、それに基づいて証明の本来の対象となるべき他の事実——主要事実(Haupttatsache)——の存在ないし不存在が推認されうるような事実である。Vgl. Groß, Carl: Die Beweistheorie im canonischen Process mit besonderer Rücksicht auf die Fortentwicklung derselben im gemeinen deutschen Civilprocess II. 1880, S. 91/92.; Porsch, Felix: Die Bedeutung des Beweises durch Indicien in dem kirchlichen Gerichtsverfahren, insbesondere in dem Strafverfahren (Breslauer Dissertation, 1876) S. 7/10.

(4) このような意味において、バンベルゲンシスおよびカロリナは無学の参審員のための手引書という性格をも有していたといわれている。そして、より一般的にいえば、前述のような固有法と外来法との間の混乱に伴うさまざまな弊害に対し、その解決の必要に迫られたという事情が、バンベルゲンシス編纂への重要な動因となっていた。それ故、その編纂に際しては、裁判官(参審員)に対し、「何が法たるか」についての教示、つまり実務的運用のための明確な支点を与えることが考慮されており、ここに右のような説明のなされる所以が認められるのである。

なお、無学者のために平明な教示を与えるという見地においては、長年の法実務から大きく離れては好ましくないと考えられた。バンベルゲンシスにおいて外来法と固有法との調和が図られている——第一章三注(12)参照——ということは、このような考え方からも理解される。Stintzing-Landsberg: a. a. O., S. 617.; Stobbe, Otto, Geschichte der deutschen Rechtsquellen II., 1864, S. 243.; v. Weber, Hellmuth: Die peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. (ZRG. Germ. Abt. 77, 1960) S. 294/295.; Schmidt, S.: a. a. O., S. 8/9.

(5) 概念的に明確にすると、間接事実は主要事実を間接に推認させる事実であり、この間接事実を証明の対象とするものが間接証拠である。団藤重光『新刑事訴訟法綱要』七訂版、昭和四二年、二三三頁。

(6) 前述一八九—一九〇頁参照。

(7) この両者は、バンベルゲンシスおよびカロリナ成立までの前史として重要な位置にあり、バンベルゲンシスの編纂に際しては大いに参考とされた、と考えられている。

まず、「訴訟法叢」は、いわゆる「大衆的法書」(populäre Literatur)の代表的なものであり、ドイツ語により初めてイタリア法学の理論の発展を示している。ここに、「刑事手続について後の立法に現れてくる基本的な思想がすでに見受けられる。

その後、都市立法として「ヴォルムス改革法典」が生まれたのである。そこには、実体的真実がいかなる仕方でも追求されるべきかという手続の基本となる規定がおかれている。これにより、無形式・無原則的に発展してきた糺問訴訟に真実と正義を志向する道が開かれた、ということができる。すなわち、何らの制約なき手続においては、権力を行使する機関は往々にして度を過ぎ、また恣意に流れる危険性が強いという反省から、その権限を拘束する規範——法的形式——が必要と感じられたのである。有罪判決の基礎条件と拷問の適用条件との区別、そして間接証拠についての適切な理解のうちに、従前

の立法にはみられなかった深い洞察を認めるところがききぬ。Schmidt, E.: Geschichte, S. 123/125.; Brunnenmeister: a. O., S. 104/120, 146/158, 164/171, 288/290.; Stintzing, Roderich: Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland, 1867, S. 337/359, 386/398, 405.; 勝田・前掲書「一八七頁」一九四—一九五頁注(45)°。

(8) Brunnenmeister: a. O., S. 226, 237.; Stintzing-Landsberg: a. O., S. 619.; Scheel: a. O., S. 251.

なお「シェヴァフルツェンベルク」によるこの理論化に対し「キケロの影響があったかどうかについては明らかでない」。

(9) Schoetensack: a. O., S. 49/50.

(10) 前者は二九条以下に「そして後者は二五、二六条に例示されている」。

(11) Schoetensack: a. O., S. 50.; Groß: a. O., S. 92.

(12) 事実認定の一般論として「その実質は反対事実の可能性の吟味、つまり疑問排除の判断作用にある」と考えられる。これについては、鴨『刑事証拠法』昭和三七年、六八—七三頁参照。

(13) イタリアにおいては、このような免責事由として「とくに「アリバイ」(alibi)や「良き評判」(euter Ruf)が重視されている。また、次のような興味ある事例も説明されている——ある人がある家から「マントの下に財物を隠し持って出てきた」という事実が「彼が商人であるということによって相殺される」。Brunnenmeister: a. O., S. 229/230.

(14) 二八条は前条をうけて、複数相並びて充全とされる徴憑についての規定である。しかし、そこに示された考え方は、単独にて充全とされるものについても同様にあてはまるものであり、現に二九条以下の諸規定には個別的にその趣旨の指摘がなされている。

(15) このように、間接証拠の評価について裁判官による二面的な動的判断がなされることとなり、そこには自由な心証形成

が予定されている。後述のとおり——第五章参照——カリリナにおいて、体系としての法定証拠主義の枠内では間接証拠の位置づけは極めて低いものであったが、間接証拠そのものに対する理解には、不十分ながらも近代法への歩みが印されている、と考えることができる。また、自由および証言の真実性確認を要求しているという点でも、そこに同様の歩みが認められる。Vgl. Westhoff: a. a. O., S. 85/86.; Hall: a. a. O., S. 7/8.; 鴨「自由心証主義」(刑事訴訟法講座、第二巻、昭和三十九年) 九八—九九頁。

(16) 六二条以下に、有罪証拠としての証言が規定されている。これについては、後述第四章二参照。

三 確たる徴憑の例示

ここで、例示されている諸々の徴憑につき、その内容を概観してみたい。

まず、二五条および二六条は「あらゆる非行に通ずる一般的なる疑惑および徴憑につきて」、次の八つの例を挙げている。すなわち、被疑者が、

(一) 「人がその非行につきて彼を期しえむほどに」無思慮であり軽率であるか、あるいは「それほどに悪しき風評」——ただし、敵対者ないし軽率な人びとではなく、「公正無私なる人びとより出で来たるもの」でなくてはならない——の持主であるということ。

(二) 危険なる場所で、その行為に関して不審と見受けられたということ。

(三) 犯行中あるいはその前後に目撃されたこと。

(四) 非行仲間との交際があったこと。

- (五) 被害者に対して嫉妬ないし敵意を抱いていたか、あるいは犯行によって何らかの利得が期待されるということ。⁽²⁾
- (六) 何らかの原因により、被害者からその非行について責められているということ。
- (七) 逃亡したこと。

(八) (謀殺事件において) 殺害された者に対し、以前に大きな財をめぐって訴を提起したことがあり、また吝嗇者であり、しかもその者の大いなる敵と見られていたこと。

これら八つの徴憑は、前述のとおり、単独では拷問をなすに充全とされず、複数相並びて充全とされている。⁽³⁾これに対し、二九条は、同じく一般的なものではあるが、単独にて充全とされる徴憑を規定している。すなわち、犯行現場に被疑者の所持品が落ちていたという事実である。

「単独にて充全なる一般的徴憑」として、右の二九条に続く三ヶ条において特殊な事由が挙げられている。まず、三〇条は、一名の良き有効なる証人が主要事実を明白に立証する場合、それを「半証言」(halb beweisung)として確たる徴憑の一つに数え入れている。法定証拠主義の論理的帰結ともいえる規定である。⁽⁴⁾次に、三一条においては、すでに有罪を立証された非行者がある者を彼の助力者として名指す場合、その供述は五つの厳しい条件の下で、その者に対する拷問を正当化するものとされている。今日のいわゆる共犯者の自由に関する問題が、ここで論じられている。イタリアにおいては、助力者の名前を吐かせるという目的で、被告人あるいはすでに有罪とされた者に対して拷問をなすことができるかということが問題とされた。初期には、その危険性——すでに自白した者は自らの身の救済に絶望しているので、たやすく他人の身の安全を脅かしてしまう——の故に、拷問は許されないと考えられていた。

しかし、この原則は次第にゆるめられ、一定の条件の下で拷問が許されるようになったのである。三一条の五つの条件は、このようにして理解される。⁽⁵⁾ まず、拷問中、当該人物についてとくに「問い詰めらるることなくして」名指されたことが必要である。次に、単に助力を受けたという抽象的な供述ではなく、その助力を「いかにして、いずこにて、いつ受けしや」、またその者は供述者と「いかなる組みをなせ (Gemeinschaft haben) しや」について、入念に問われなくてはならない。⁽⁶⁾ 第三に、供述者が当該人物と「敵対関係、不和または対立状態」にある場合には、その者に「不利を与うるかかる供述」は信ぜられてはならない。第四に、当該人物は「(その) 非行を期せられえむほどに疑わしき者たること」が必要とされる。そして最後に、供述者は「責を帰せたることにつきて、確固不動の態度を続け」ていなくてはならない。この五つの条件が満たされた上で、しかも「責を帰せらるるその者の、良きまたは悪しき事情および風聞」を考慮しつつ、その供述が当該人物に対する確たる一徴憑を構成するか否かが判断されることになる。そして、三二条は、被疑者がその非行をなしたと誇らしげに言いふらし、あるいは事件以前にその非行をなすとの脅迫をし、その後間もなくその行為も生じたという事実は、その者がその非行について人びとから期せられうるような者である場合、確たる徴憑となる、と規定している。⁽⁷⁾

次に、「個々の非行に関する徴表につきて」は、三三条以下、一二ヶ条にわたって規定されている。⁽⁸⁾ これらは、すべて単独にて完全なものとされてはいるが、その内容を見るに、諸々の事由が複合されている場合が多く、しかも被疑者が免責せられべき事由の提示が認められている。間接事実に基づく推論は、複数の事由による相互の補強と対立のうちに進められていくという基本認識が、ここにも表されているように思われる。

まず、三三条は「密かに行なわるる殺人 (mordt)」について、被疑者が犯行時頃、「血に染みたる衣服をつけ、または武器を携えて不審なる状態にあるが見受けら (れ)」、あるいは「被密殺者の持物を取りて売却するか、贈与するか、または依然自己のかたわらに有する」場合に、確たる一徴憑となる、と規定している。三四条は、「公然たる殴打または格闘に際して生ずる殺人 (todtschlag)」にして、何者もその行為者たるを認めようとせざる」場合においては、以前から被殺害者と敵対し、現場でもその者に対して切りつける等の危険なる攻撃をなした者が拷問を受けることになる、と規定している。「その者の武器が血塗られている」ことは、必ずしも要求されていない。「処女として通用している娘につきて」嬰兒殺の疑惑がもたれた場合、その娘が「大いなる体をなしたるが見られ」、あるいは「(そ)の体が小になり、しかるのち蒼白かつ虚弱になりたる」等の事情が確認され、しかも「その被疑行為を期せられうる人物なる」とときには、拷問が用いられる(三五条)。なお、「乳が母の胸にて未だ枯渴するに至らざるほどに(出生後)短期にて嬰兒が殺害せられたる場合には」、「胸にまことに豊かなる乳を蓄うる」ことが重要な一徴憑とされる(三六条)。パインベルゲンシスによれば、この徴憑のみで直ちに拷問が許されていた(四四条)。しかし、発布後まもなく、「子を生まざりし女も何らかの原因より、時として胸に乳を蓄うることありうべき」ことが認められ、すでに同年、いわゆる「修正条項」(Correctorium)によってその誤りが正され、疑わしい場合には、常に医者あるいは産婆による診察が必要とされるようになり、カロリナもそれに倣ったのである。⁽⁹⁾「密かに毒を盛ること」について、三七条は、被疑者が、まず毒を購入し、あるいは毒を携えて徘徊し、それに加えて毒殺された人と不和であったか、その死亡から利得を図っていたか、あるいは人がその行為を期しうべき軽率なる者であったかのいずれかの場合には、拷問をなすに充

全となる、と規定している。なお、同条二項においては、異なる観点から次のような規定がなされている。すなわち、被疑者は司直の面前で毒の購入を否認したが、その事実がその後有効に立証された場合には、「この経緯は、彼が何のためにかかる毒を用いしや、もしくは用いむとせしやにつきて、拷問を彼が受くる完全なる事由」とされるのである。公然奪取 (rauberei)⁽¹⁰⁾ に関しては、被疑者が「公然奪取せられたる諸財を自己のもとに有しているか、またはそれらを売却するか、引渡すか、その他の形態にてそれらを不審なる様に扱うかして、しかも彼の売主および保障者を示さむとせざる」とき、かかる諸財は公然奪取せられたるものなるを知らずして、善惡にて (mit eynem guten glauben || bona fide) 彼のもとに持ち来たりたるものなることを立証せざるうちは、拷問をなすに充全たる徴憑が存することとなる (二三八条)。窃盜 (diebstahl) についても、四三条一項が同様の規定をしている。そして二項では、特殊な錠破開具等をもって行なわれた窃盜について、被疑者が犯行地において右のような器具を携えて徘徊し、しかも人がその非行を期しうるとき者である場合には、確たる徴憑が存在する、と規定されている。さらに三項は、窃盜が目を見はらしむるほど大いなる場合、被疑者が、その支出ぶりから、従前に比してはるかに大きな富を持っていることが確認され、しかもその疑わしき財を得た良き原因を示すことができず、かつ人がその非行を期しうるとき者であるときには、同じく確たる徴憑が存在する、と述べている。⁽¹¹⁾ 四〇条一項には、「公然奪取者または盗人に助力する者どもに関する完全なる嫌疑」が規定されている。すなわち、被疑者が情を知りて、盗品ないし奪取物、もしくはその一部を受け取り、もしくは受け入れて密かに隠し、売却し、捨てるとき、または犯人に食料ないし宿所を供するとき、さらにまたその他の同類の方法によって犯人に協力、助言、援助をなし、もしくは犯行に際して犯人と適正ならざる

組みを造る (geneynschaft haben) ときには、充全なる徴憑が存在する⁽¹²⁾、と。同条二項では、拐取者に助力する者どもについて、被疑者のもとに抑置されていた洩われ人たちが逃げ戻り、いずこにいたかを告げるとき、さらには人びとより十分なる根拠をもって正犯に味方しいると目されている被疑者が、身代金についての契約をなし、それを受領し、もしくはその保証を行なうときには、充全なる徴憑が存する、と規定されている。三九条は、ラント平和の保持という観点から、「騎士ども、または徒士どもが宿の主人たちのもとにて、普通に起居し、かつ消費しいるも、彼らが、かかる消費を相当になしうるよりどころたる適正なる役務、仕事または所持金を有することを示しえざるときは、彼らは異常に悪しき諸事件につきて、なかんずく公然奪取につきて疑惑と嫌疑を受く。」と規定している⁽¹³⁾。「密かなる放火」について四一条は、被疑者が「その当時迂散臭き野郎 (eyn atgkwoing essell) なりて、しかも放火の直前に、密かなる、かつ怪しき様にて、密かに燃やすに使わるるが常たる、異常にして不審なる危険なる燃料を携えて徘徊せし」とときには、確たる徴憑が存在する、と述べている。そして、背叛 (verrethetey) については、被疑者が「(背叛された) 人びとのかたわらにて、密かなる、常ならざる、かつ奸心ある様に見受けられ、しかも彼らの面前にて不安なるかのごとくに身を措き」、さらに「かかることを期せられうる人物」なるとき、彼は拷問に付されることになる「四二条」。最後に、四四条は魔法 (zauberey) に関し、被疑者が「他の人びとに〔彼より〕魔法を学ぶべく申し出ずるか、または何びとかを魔法にかくと脅迫し、しかして脅迫せられたる者にそのことが行なわるるか、または彼が魔法使いもしくは魔女と特別の組みをもつか、または魔法を帯びたる怪しき物、態度、言語、流儀をもって徘徊するか」、そのいずれかをなし、しかも「そのことにつきて風評を立てらるときは」、拷問のための充全なる事由

となる、と規定している。⁽¹⁴⁾

- (1) この要件はカノン・イタリア法に由来するものである。Schoetensack: a. a. O., S. 51. なお、前述一八六頁参照。
- (2) イタリアにおいては、この敵対関係につき、それのみで拷問をなすに充分とされうるか否かが争われていた。否定する学者は、この事実と犯罪自体との関連性が薄いということを主たる理由としていたのである。カロリナはこの考え方に従っている。Brunnenmeister: a. a. O., S. 116/117.
- (3) ここに列挙された徴憑は、イタリアでよく論じられていたものである。そのうち、第六のものだけは、拷問の要件としてはほとんど強調されていなかった。すなわち、被害者の言葉は、たとえ死の危機に瀕する場合であっても、拷問を正当化することはなく、被疑者を審問する——前述一八八—一九〇頁参照——ための要件として十分とされるにすぎない、と説かれていたのである。カロリナにおいて、爾余の諸規定にはこれに類する事由は見られず、イタリアにおけると同様、この徴憑はとくに重視されてはいない、と考えられる。Brunnenmeister: a. a. O., S. 227/229.
- (4) カノン法において、「二名の証人が完全なる証明 (plena probatio) を行なうのであるから、一名の証人は半証明 (semi-plena probatio) を行なう。」と考えられていたのである。なお、ここに「カノン法の証拠規則の形式的性格がよく示される。」 Vgl. Groß: a. a. O., S. 291/304.; Schoetensack: a. a. O., S. 74.
- (5) Brunnenmeister: a. a. O., S. 169/171.
- (6) これに続き、「その供述者に、各事件の状況および形態に応じ、次に行なわらるべき真実の確定にもっともよく役立ちうる、すべてのありうべき、かつ必要なる情況につきて問うべし。」と述べられている。ここに、自白の真実性確認において——四八条参照——と同様の配慮がなされていることが認められる。

(7) この二つは、カノン・イタリア法で *iactatio* (自慢話) および *minae* (脅迫) といわれていたものである。なお、後述のとおり——第五章参照——裁判官の面前でなされた自白が高く評価されていたのに対し、裁判所外の自白 (*confessio extrajudicialis*) は、このように単なる微憑とされてしまったのである。Schoetensack: a. a. O., S. 56.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 230/231.

(8) 個別的微憑のうち、三五、三六条(嬰兒殺)および三九条(浮浪者に対する疑惑)はイタリア法にその範例がなく、また三七条(毒盛り)と四一条(放火)についてはイタリア法学の影響が薄く、と考えられている。Schoetensack: a. a. O., S. 57/59.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 231/232.

(9) Brunnenmeister: a. a. O., S. 231/232.; Güterbock: a. a. O., S. 62.

なお、「修正条項」とは、一五〇七年から一五一五年までの法令 (*Verordnungen*) および裁判令 (*Rechtsprüche*) を集録したものであり、これによってバンベルゲンシスの規定が解釈され、補充され、あるいは修正されていた。カロリナの立案に際しては、この条項が重要な参考資料とされたのである。Vgl. Güterbock: a. a. O., S. 61/65.

(10) 未だ、一般的には、暴力 (*Gewalt*) を用いることが *Raub* の要件とはされていなかった。*Raub* とは、密か (*heimlich*) ではなく、公然たる (*offen*) 奪取 (*Wegnahme*) を意味していたのである。かくて、路上、森の中、あるいは畑におけるものは、この *Raub* に該ることとなる。暴力の使用に触れている若干の文献はあっても、その暴力は、抵抗を排除するといふまでの内容を持たず、権利者の意思に対して威を示す——権利者の同意なくして奪う——という限りで扱えられている。なお、今日の意味における暴力の使用は、刑罰加重事由となりえたのである。Vgl. Hs. Rudolf: *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters* II., 1935, S. 202/203.

(11) 窃盜、公然奪取の微憑に関する規定には、イタリア法学の影響が強くみられる。なお、盗品を所持している等の事実お

よび今まで貧しい暮らしをしていた者が急に大きな支出をするようになったという事実は、そのみでは拷問をなすに充分と考えられていなかったのである。Schoetensack: a. a. O., S. 60/61.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 113, 232

(12) イタリアで論じられていたのは、犯人をかくまい、あるいはその逃亡を助けたという事実のみであり、しかも正犯者と共犯者が親密な仲でない限り、右の事実のみでは拷問をなすに充分とされなかった。Brunnenmeister: a. a. O., S. 231.

(13) ここには、一四九五年の「永久ラント平和令」(der Ewige Landfriede) にみられる思想が踏襲されており、その旨、同条自ら明言している——「かくは、ことに、朕の、および帝国の一般ラント平和令の中に認めらるることし。すなわち、その中に定めていく、かかる悪党ともに悩まざるべからずして、この者どもを勾留し、苛酷なる拷問を行ない、しかして彼らの非行につきて峻厳に罰すべく、同様に、司直はおのおの、疑わしき浮浪者およびラント平和破壊者どもをも、入念に監視すべし」と。Schoetensack: a. a. O., S. 59/60.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 50/51.

(14) なお、魔法に関しては、二一条に、当時としては極めて注目すべき規定が設けられている。すなわち、「魔法またはその他の技法をもって予言をなすを企つる者どもが〔予言中にて〕示す徴憑に基づきては、何びとも収牢せられ、もしくは拷問を受けることあるべからず」と命じられ、またこれに違反した裁判官は、拷問を受けた者に対する損害賠償の責を負わされている。

四 疑いなき非行

以上のとおり、拷問の適用は確たる徴憑の存在に条件づけられているが、これには一つの重要な例外がある。すなわち、「疑いなき非行」(vnzweifelliche missthaten) においては、そのような制約なく直ちに拷問が加えられるのである。「ある非行が、刑事刑より適法に免責せられうる確たる事由を有せざることが、公然たるものにして、かつ

疑いを容れざる (offenlich vnd unzweifellich) 場合において、……もし非行者が……邪心をもって反論せむとするときは、裁判官は眞実を自白せしめむがために、真剣なる拷問をもって彼を扱うべし。」——一六条はこのように命じている。というのは、カロリナにおいて、「裁判上の延引 (Rechtliche verlängerung || 法的形式) は、すべて眞実の探知のためにのみ規定されいて、疑いなき非行者を猶予するために規定されているにあらず」(パンベルゲンシス二三条⁽¹⁾)と考えられたからである。まさしく、正義の理念によって基礎づけられている法的形式が、眞実探知のための方策として扱えられており、そこには、眞に責ある者を容赦なく処罰しようとする意図が表明されている。ここに、正義が公共の利益と分かち難く結びつけられ、理解されているのを見ることが出来る。しかも、公然として疑いを容れない非行、あるいは眞に責ある者という意味内容は、後述のとおり、客観的メルクマールをもって一義的に明らかにされているとはいえず、また裁判官がいかにしてそれを確認すべきかについての立証方式の定めもない。⁽²⁾拷問の適用は、もっぱら裁判官の裁量に委ねられることとなる。このような意味において、ここでは公共の利益の観点がより強く働き、正義の理念は背後に退いている、⁽³⁾ということが出来る。

さて、一六条によると、例えば、ある者が、

- (一) 「公の、邪念ある敵または平和破壊者たりて、しかも適法にして、かつ必要に迫られたる事由 (rechtmässig vmd getungen vrsach) を有せ⁽⁴⁾」、または
- (二) 「ある人に対する眞実の非行中に逮捕せられ」、さらには
- (三) 「行なわれたる公然奪取の品または窃取の品を、知りて自己のもとに有しおりて、しかもそれにつきて、(免

責事由ある場合）各刑事刑につき後に定められいるところに見らるるごとくには、いかなる根拠をもつても、またはいかなる適法なる事由をもつても反論し、もしくは延引しえざる」

ごとき場合に、当該非行は公然たる、疑いを容れざるものとされている。ここには、ゲルマン法の「現行犯」(handhafte Thaten) およびカノン法の「明白犯」(notoria || delicta manifesta) という二つの概念の影響がみられる。ところで、ゲルマン法の現行犯手続は、元来強い形式的拘束に縛られていた。すなわち、犯行に際して直ちに叫び声(Gerücht)をあげ、それを法廷で繰り返すこと、並びに行爲者を逮捕し、拘禁することが要求され、さらには盗まれた財物あるいは使用された武器のごとき物的証拠をつきつけ、しかも即時に訴を提起することによって夜が明けるのを阻むことが必要とされる。これらの条件を満たしたうえで、原告人はシュライマネン(Schreimannen)とともに七名で被告人の罪責を証明する(übersiebnen)ことができたのである⁽⁴⁾。この非行は、物的に証明された(leiblich bewiesen)、つまり裁判所自らによって直接に認知されるべく、現に生じた状況さながらに、法廷にもたらされたが故に、反論の余地なく明白(offenkundig)とされたのである⁽⁵⁾。この意味において、ゲルマン法の現行犯は客観的メルクマールをもつて規律されていた、ということが出来る⁽⁶⁾。他方、カノン法の明白犯にあっては、何が明白であるかという判断は、基本的に、個別具体的な事案における裁判官の裁量に委ねられていた。理性により、思惟法則に適って認識されたことが、直接的に知覚されたことと同じく、確証され、かつ明白な(evident und manifest)事柄と思念される。そして、ある事実が客観的に確実である、ないしは確実であると容易に認識されうる(erkennbar)というだけでなく、現に認識されている(erkant)し、しかも多数の人びとによって認識されているという場合、そのよう

な事實は、裁判官および当事者にも知られ (notorisch) ており、それ故いかなる口実をもっても隠蔽されえないのである。この事實は、訴訟上、法的な確実性を有し、もはや証明を必要としない。——Notorium non eget probatione. (7)(8) かくして、明白性の存否につき、その最終的な判断基準は、いかなる口実 (Ausflucht) をもっても否認されえないという特質に求められる。その判断は、個々の事案に内在する諸事情を入念に検討することによって進められ、まさしく裁判官の裁量によるほかはなかった。(9) 以上のとおり、ゲルマン法とカノン法との間には、非行の明白性の判断について基本的な差異が認められるのである。(10)

右のような理解から、シュヴァルツェンベルクは、さきの(二)および(三)——ゲルマン法における物的証明 (tēibliche Beweisung) の典型的事由といえる——を、「疑いなき非行」に該当する事例として規定した。というのも、彼は参審員の能力の低いことを考慮して、判断に裁量の余地が広く残されているカノン法原理の採用を、基本的には望ましくないものと考えたからである。しかし、この基本認識は、(一)の事由が加えられること(11)によって一貫性を欠くものとなった。それは、(二)および(三)におけるような客観的メルクマールを伴うことなく、その判断は裁判官の裁量に委ねられ、ここにカノン法原理がみられる。このようにして、一六条のうちにはゲルマン法原理とカノン法原理とが不統一に混在することとなり、「疑いなき非行」の概念規定は明せきさを欠き、不特定なものに止まってしまったのである。(12)

ところで、いかなる口実をもっても否認されえないという「疑いなき非行」にあって、なお拷問が加えられることが注意される。(13) 元来、ゲルマンにおける法意識によれば、物的証明は原則として「七名の宣誓」(Siebner eid)をもって補充されることが必要とされた。この補充により、客観的な証明が裁判官の判断において主観的な確証 (subjektiv-

tive Bewährung) にまで達するのである。その後、外来法の移入により、「七名の宣誓」をも含め、古来の「形式的証擬法」が駆逐されていったのであるが、右のような主観的確証を求める法意識そのものは、なお生きていた。ここに、「七名の宣誓」なくして有罪認定を可能とする方途が考案されることとなり、被疑者自身の自白をもって主観的確証を得ようとする意識が生まれたのである⁽¹⁵⁾。

(1) この文言はカロリナの規定では削除されているが、これは編集ミスと考えられよう。Vgl. Güterbock: a. a. O., S. 221/222.; Kohler-Scheel: Die Carolina und ihre Vorgängerinnen I., 1900, S. 16, 125/126.

(2) 確たる徴憑とされる諸々の事実も、同じく客観的にして一義的ではない。しかし、「二名の良き証人をもって立証せらるべし」と明言されている〔二三条〕。

(3) Schoetensack: a. a. O., S. 64/65.

なお、「かかる公然たる、疑いを容れざる非行にありては、終局判決と刑罰とは、可能なる限りの最小経費にて促進せらるべく、かつ遂行せらるべし」と付言されている。

(4) Schmidt, E.: Geschichte, S. 81/82; Mittels-Lieberich: a. a. O., S. 26, 72/73. (世良訳「五六—五七」一五三—一五四頁); Das Landrecht des Sachsenspiegels, Herausgegeben von Karl August Eckhardt, 1955 (久保訳「ザクセンシュピーゲル(ラント法)」国家学会雑誌七一巻九号「七二巻二号」七三巻一号「昭和三二—三四年」I. 66. §1, I. 70. §3, II 35., II. 64.

なお、シュライマネンとは、叫び声を聞いて集まった人びとのことである。彼らは、行為自体ではないにしても嫌疑の極めて濃厚な諸事情を見聞しているのではあるが、なお本来の知覚証人(Wahrnehmungszengen)としての機能を有していた。

とは考えられていない。

(5) 通常の場合、被告人は訴による非難に対し、宣誓によつて自らを雪冤する——雪冤宣誓 (Reinigungs Eid)——ことができた。しかし、現行犯手続にあつては、物的証明の故にこの雪冤の道が閉ざされていたのである。

(6) Planck, J. W.: Das Deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter II., 1879, S. 148/152.; von Kries, August: Der Beweis im Strafprocess des Mittelalters, 1878, S. 52/57.

(7) なお、明白犯におつては、証明が不要とされるとともに、告訴なくして職権的に (ex officio) 手続が進められたのである。Bienenr: a. a. O., S. 19.

(8) カノン法において、明白とされる事実には三種のものがあつた。第一に、既判力ある裁判により (per sententiam)、第二に、裁判上の自由により (per confessionem in iure)、そして第三に、事柄の明証性による (per evidentia rei) 場合である。第三の事実について、その確実なることは、前二者のそれと比肩しうる程度において把握されていたのである。

(9) Grob: I., 1867, 47/54.; München: a. a. O., S. 104/113, 446/449.

なお、ある犯罪が明白であるということは、それ自体一つの事実として立証されなくてはならない。被疑者はそれに対して異議を述べることができたのである。

(10) Schoetensack: a. a. O., S. 63.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 157/158.

(11) この事由採用の契機となつたのは、一四九五年のヴォルムス帝国最終決定 (Reichsabschied) 第三章一二条——平和と法の司掌——であつた。そこには、外來法の影響の下、次のように記してある。すなわち、公然、かつ明白にして、反論の余地なくラント平和令の諸規定 (フエーデの禁止) に違反した者は、帝国アハト刑 (Reichsacht=追放) に処せられる。しかも、その執行には、召換も判決言渡も要しない。

なお、帝国最終決定とは、帝国議会の議決を、閉会に際してまとめたものである。Vgl. Mittels-Lieberich: a. a. O., S. 220. (世良訳、四六三頁)

(12) Schoetensack: a. a. O., S. 63; Brunnenmeister: a. a. O., S. 158/161.

(13) カノン法においては、すでに有責と認められた者あるいは明白犯の行為者に対する拷問は、無用の残忍であるとして拒絶されていた。

(14) パンベルゲンシスは、二七三条において次のように明言している。すなわち、「非行者による自己を含めての七名をもつてする立証 (Desiben)」、その他の、皇帝法および余の本令に違背する、濫用並びに余の刑事裁判所の命令を、余は、それが長きにわたる仕来たりなると短き期間にすぎざる仕来たりなるとを問わず、ここにもって、揚棄し、かつ廃止してしまふものなり。」と。

なお、右の皇帝法とは、ローマ法を指している。つまり、神聖ローマ帝国の法という意味において、ローマ法がドイツにおける皇帝法としての地位を有している、と考えられたのである。そして、ここに、ローマ法継受の思想的基礎づけをみる事ができる。Vgl. Mittels-Lieberich: a. a. O., S. 211 (世良訳、四四四—四四五頁)。勝田・前掲書、第六章。

(15) Brunnenmeister: a. a. O., S. 161/164.

第四章 真正な事実認定

一 自白の真実性

拷問の適用を確たる微憑の存在に条件づけることをもって、**「法と衡平にもっとも適合したる審理がなされる」**

ために、なお十分とはいえない。すなわち、拷問によって強要された自白に基づいて有罪を認定するには、その自白の真実なることが確認されなくてはならず、さらには、その前提として、自白の真実性を高めるための方策が施されることが望ましい。このような認識から、カロリナは、拷問の具体的な適用および自白採取の過程を厳格に整序するとともに、尋問の方法を入念なものとし、また自白内容の事後検証を命じている。

確たる徴憑の存在が立証され、確認されれば、被疑者は拷問に付されることになる。しかし、カロリナは直ちに拷問を加えることを許していない。すなわち、裁判官は、参審員二名および裁判所書記とともに、囚人⁽¹⁾を入念に——「その人物および事件の状況に応じ、当該非行または疑惑をさらに深く探知するにもっともよく役立ちうる語をもつて」——尋問し、当人をして陳述させ、さらには当人に対し、「拷問の脅しをもって……責を帰せられいる非行を自白するや否やを詰問」すべし、と命じられているのである〔四六条〕。犯罪事実の解明が進み、しかも確たる徴憑の存在によって囚人の嫌疑が極めて強いものとなったこの段階においては、任意の自白を獲得することが最上の道であり、しからずとも、拷問の脅しによって自白が得られれば、拷問という無用の手続的煩瑣そして無用の苦痛が省かれることになる。しかし、彼がなお否認する場合には、「(その) 非行に関して責なきことを示しうるやにつきて」詰問される。その際には、ことに「非行の生じたる時間に、ある場所にて人びとと居合わしてありたること——アリバイ(alibi)——を証し、かつ示しうるや否やにつきて、想起せしむべし。」と述べられている〔四七条一項〕。ここに、手続の一段階前において強調された「若干の疑惑断片より嫌疑を受くるときは、まさに、常に両面よりの観察がなされるべし」〔二八条〕という思想が、再び指摘されている。というのは、「多くの人びとが、自己の責なきにもかかわ

らず、愚昧または驚愕のために、いかにしてそれに関して責を免るべきや、また立証すべきや、に關する提示〔方法を知らざるゆえに〕〔四七条一項〕、一たびは確たる徴憑の存在が確認されても、いざ彼らを拷問に付せむとするに當り、あらためて彼らにその無責を立証すべく勸奨すべし、と命じられているのである。そして、彼らが有効なる根拠をもつて無責を示すときは、速やかに調査がなされなくてはならない。そのうえで、彼らに「責なきことが見受けられざるとき」、裁判官、少なくとも二名の參審員および裁判所書記の面前で、彼らは拷問に付されることになる〔四七条二項〕。

囚人が拷問に付され、自白が得られた場合、爾後の手続はその自白の眞実性を確認するといふために進められる。まず、彼の供述は、拷問中ではなく、それより放たれたる後に記録されなくてはならない〔五八条〕。しかも、「拷問によりてある非行を自白する者どもは、……その後さらに、拷問を受けざる状態にて、調査のために尋問せらるべし」とされている。ここでは、「眞実の探知に役立つ、実に種々のこと」、つまり「責なき者にしては知るも言うもえざる諸指標および情況」が入念に尋問され、彼の語る「隠されたる種々相」が記録されるのである〔四八、五三条〕。そして、五ヶ条にわたり、「各事件の状況に応じ、被拷問者の自白したる非行に關し、何事がさらにそれ以上に尋問せらるべきや」について、確たる徴憑におけると同様に詳細な例示がなされている。その例示は、謀殺、背叛、毒殺、放火および魔法に關するものであり、そのすべてを通じて、犯行の日時、場所、方法、動機および助力者の有無が指摘され、個別的にも種々の事情が挙げられている。謀殺に關しては、いかなる凶器をもつていかなる傷を負わせたか、死体をいずこに隠したか、被謀殺者は何を所持していたか、また彼から何を奪ったか、さらにその奪取物をいかに処

分したか、について尋問される。なお、これらの事項は公然奪取および窃盜にも、多くの点であてはまるものである、と付言されている〔四八条〕。背叛に関しては、「何びとから命じられたか、また報酬を受けたか、が尋問される〔四九条〕。毒殺および放火においては、毒ないし燃料の入手経緯がとくに注意されている〔五〇、五一条〕。魔法に関しては、「何をもって……魔法が行なわれしや、いかなる語をもってなりや、またいかなる業（werken）をもってなりや、……さらにその者は何者よりかかる魔法を習いしや、またいかにしてその者はそこまで到達せしや、その者にかかる魔法をさらに多くの人びとに対しても用いおりしや、それもていかなる損害が生ぜしや、につきて尋問せらるべし。」と規定されている〔五二条〕。この他の諸事件においても、ここに示されたところより類推し、真実の探知に役立つべき補充尋問がなされることになる〔五三条〕⁽²⁾。そして、五六条一項によれば、以上の諸規定は、「疑いある非行につきて、拷問により、または拷問をなさむとの脅しによりて自白せる者に、……当該非行の全情況に關して尋問し、これに基づきて調査をなし、しかして真実の面に到達すべき」ことのために設けられているのである。ここには、自白の真実性を確認するについて、極めて重要な考え方がみられる。一般に、犯罪は他から発見し難い情況において行なわれ、しかもその行為内容ないし付随事情は多岐に分かれている。このような犯罪事象にあっては、むしろその行為者のみが知りえた事情というものがある。もし囚人が自白の中でその事情を明らかにし、それが客觀的事実と符号すれば、當該自白の信用性は極めて高い、ということができる。カロリナは、このような観点から入念な尋問を要求し、さらに続けて、「しかれども、……彼に尋問する場合に、その非行の當該情況が前もって述べられ、しかしてこのうえにて尋問がなされることにより、右のことは、ともすれば無に帰することあるべし。」〔右同条項〕と注意することを

(3)
怠らなかつた。

右のようにして自白が得られ、入念なる尋問がなされた後、翌日以降に、拷問部屋 (Folterkammer) ではなく、他の適當なる場所——例えば刑吏部屋 (Pittelstube)——において、裁判官および參審員二名の面前で、裁判所書記により囚人に対してその自白が読み上げられ、その真実なりや否やが問われなくてはならない〔五六条二項〕。すなわち、拷問による自白は、その有効なるためには「追認」(Ratifikation) を必要とするのである⁽⁴⁾。しかし、これをもって、直ちにその自白が有罪認定の基礎とされるのではない。「(その) 自白に基づきて、入念なる、かつ精魂を尽くしたる調査と検証 (erkundigung vund nachfrage = Verifikation) が行なわれて」自白の真実性が確認されなくてはならない。そのためには、「裁判官は、(人を) その地へ遣りて、自白せられたる非行につきて被拷問者が語りたる情況を、真実の認識に役立つ限りにおいて、つまり前述の情況に関する自白が真実なりしや否や、あらゆる努力をもつて尋ねしむ(る)」のである。このようにして、「責なき者にしては言うも知るもえざるごとき真実が確認せらるるときは、当該自白は疑いなき、かつ確たる様に信ぜらる(る)」ことになる〔五四、六〇条⁽⁵⁾〕。

(1) この段階に至ると、「被疑者」(verdacht) という言葉は用いられず、「囚人」(gefangen) ないし「被告人」(beklagt) と表現されている。手続が一般糺問から特別糺問へ移行したということが、ここに、暗黙のうちに示されているように思われる。なお、一一—一七条においては、私人の告訴による手続——弾劾訴訟——に關し、「被告人」という表現がすでに用いられている。また、一般的に、カロリナの手続が、その原理において糺問的でありながらも、形態においては弾劾的であるという事情——前述一八二—一八三頁參照——から、「被告人」がしばしば用いられている。

(2) なお、この反面で、従来見受けられた「真実および正義の探知には必要ならずして、ただ裁判を延引し妨害するにすぎざる多くの余計なる尋問および要求、並びに裁判を無用に延引しまたは妨害し、もしくは人びとを危うきに置くとき、またはその他の不適当なる濫用」を除去すべきことが命じられている(「一〇〇条」)。

(3) ここに、「秘密性の暴露」という考え方——今日においても、真実の自白と虚偽の自白とを区別する際に、一つの重要な基準とされる——が認められていたのである。右の理論については、鴨『刑事証拠法』一八七—一九五頁参照。

(4) 拷問の脅しによる自白——四六条参照——は、イタリア法学の考え方に沿って追認を必要とされていない。イタリアでこの自白は *levis terrore* (輕い脅し) という概念をもって論じられ、その限界が問題とされていた。結局、囚人を拷問部屋の外で脅す限り、それによって得られた自白はこれに含まれるという点で、一致をみたのである。そうでない場合には、*confessio metu tormentorum facta* (拷問の恐怖からなされた自白) として、追認を必要とされた。四六条において、この点は必ずしも明らかではないが、五六条二項にいう「刑吏部屋またはその他の小部屋」が拷問の脅しをなすにふさわしい場所とされているように思われる。Schoetensack: a. a. O., S. 65/66.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 233.

(5) カノン・イタリア法において、拷問によって自白が強要されつつも、その自白に対する不信は消え去ることなく、このように慎重な吟味なくしては、たやすく無実の人びとを断罪してしまう、と考えられたのである。Vgl. Grob: I., S. 96/98.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 222, 235/237.

二 証言の真実性

カロリナにおいては、自白と並び、証言 (*beweisung*) も有罪認定の基礎となりうる(「二二条」)。その証言は、「真実の知識につきて語る、少なくとも二名または三名の信じうべき良き証人 (*glaubhafte gute zeugen*) によりて」な

れなくてはならない——「充全なる証言」(genugsames gezeugniss)〔六七条⁽¹⁾〕。

なお、右のように主要事実を立証することのほか、証言は、確たる徴憑を立証するための証拠方法とされる。そして、前者に関する規律——六三条以下——は、後者にも同様にあてはまるのである〔二三条⁽²⁾〕。しかし、この二つの立証過程には、基本的な差異がみられる。すなわち、確たる徴憑が存在するか否かについては、諸々の指標、つまり疑惑断片が主要事実との自然的・論理的な結びつきの程度に応じて評価され、さらにこれらと矛盾する、疑惑を晴らすべき諸事由も考慮され、両者の対立のうちに、その比較考量によって判断が進められる。それ故、確たる徴憑の立証過程では、反証(Gegenbeweis)が認められ⁽³⁾、また裁判官は、基本的には自らの裁量によって判断することになる。他方、主要事実の立証においては、二名の信じうべき良き証人が得られれば立証は尽くされ、従ってそれに対する反証は許されず、また裁判官による自由な判断の余地はない⁽⁵⁾。

自白と同様に証言も、有罪認定の基礎とされるためには、その真実性の確認が要求されており、六三条以下の諸規定——自白の真実性確認のための諸規定に比して簡略ではあるが——は、この見地から理解される。六六条は、「不評ならざる人、しからずば、いかなる適法なる事由をもってしても非難せらるべからざる人」を、「充全なる証人」として規定している⁽⁶⁾。すなわち、証言の評価に際しては、まず証人の人格に注意が向けられるのである。「報酬を受ける証人ども」については、とくに一條が設けられ、その許されないことが明示されている〔六四条〕。また、六三条では、「面識なき証人たち(vnbekannte zeugen)は、相手当事者の異議申立てあるときは、許さるべからず⁽⁷⁾。許されむとする場合には、その証人たちを立つる者によりて、彼らが正直にして世評悪しからざるものなることが、堂々

と提示せらるべし。」と述べられていのである。右のような規定とともに、供述内容に関する規定も見られる。すなわち、「証人たちは、彼ら自身が身をもって得たる真実の知識につきて、その彼らの知識の確たる根拠を示して語るべし。しからずして、彼らが他人より聞きて語るに至るときは、その言は充分に尊重せらるべからず。」〔六五条〕⁽⁸⁾また、七一条では、証言を聴取し記録するに際しての心構えとして、証人が、「彼の言説」〔*egge*〕にて、移り氣にて交わり易きことが判ぜらるるか否か、あるいは「彼の外面の態度」〔*gussliche gebärde*〕にて、その事件といかなる関係に（ありし）か、が注意されなくてはならない、と述べられている。なお、原告人が当該非行を証言によって立証しようとする場合には、「証言が必要なる、かつ相応なる仕方にて聴取せられむがため」に、証人の名前、住居を明示し、さらに、「立証せむとする諸項目」を整然と記述した書面を提出しなくてはならない（七〇条）。そして、証人は、裁判官、参審員二名および裁判所書記の面前で、「法に相応なるごとくに、かつ入念に」尋問され、聴取されることになる（七一条）⁽⁹⁾。

このようにして証人が尋問され、その述べらるる証言が聴取されると、次には両当事者に対し、証言の開陳（*anmeldung der kundtschaft*）がなされ、また書面をもってする抗弁ないし弁明（*einrede vnd schutzedrede*）が許されるのである。まず、両当事者に、証人尋問調書の写しが最低額の費用をもって与えられる。そして、彼らは、事件の状況に応じて相当と認められた期間後の指定日に、その証言に対して反駁しあるいは身のあかしを立てるべく、書面をもって意見を述べることを許される。その書面は二部作成され、証言聴取者と相手当事者に手交される。この内容に基づき、両当事者がさらに意見を述べたい場合には、もう一度（証言聴取者がとくに認めたときには、なお一度）の機

会を与えられている。かくして、いまや証言による立証の手続は終結され、右のすべては、証言聴取者に対してかかる聴取を命じた司直のもとに、速やかに送達される。次いで、司直は裁判官に、問題となるべき諸事項に關していか

に判断すべきかという判決提案 (Ratschlag) を送るのである〔七三条〕。

右の諸規定により、なお不十分とはいえ、証言が有罪認定の基礎となりうるためには、その証言は、二名または三名の信じうべき良き証人によってなされ——實質的要請——、しかも法定の手続に沿って得られ——形式的要請——のものでなくてはならないという考え方が示されているのである。ここに、証言の眞実性を確認するための指針が与えられ、その判断を誤らしめることのないように、との配慮をみることができる。⁽¹⁰⁾

(1) 証人の宣誓について、明文の規定はないが、それは証言の有効なるために当然の前提とされていたのである。

なお、偽証に關しては、「偽りの、悪意をもつてする証言によりて、何びとかに、責なきにかかわらず刑事刑を蒙らしむる、または蒙らしめむと企つる証人ども(は)、……その人を陥れむとしたる刑罰と同一の刑罰を蒙るに至るべし。」と規定されている〔六八条〕。ここには、ローマ法のタリオ (Talo) の考え方が採り入れられているのである。Schoetensack: a. O., S. 73, 74.

(2) なお、自白が錯誤によってなされたものであるとの立証も、証言による〔五七条〕。

(3) 前述二〇〇—二〇一頁参照。

(4) Schoetensack: a. a. O., S. 78

(5) Schoetensack: a. a. O., S. 70/71

(6) パンベルゲンシスはカノン法に倣い、原則として二〇歳未満の者および女性が証人たることを認めていない〔七六条b〕。

カロリナにはその趣旨の規定が見られない。カロリナの手続においては、実務上、女性は証人として認められ、他方年令制限は維持されていた。Schoetensack: a. a. O., S. 72.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 138/139.

(7) この文言は、前述のようにカロリナの手続が、その原理において糾問的でありながらも、その形態においては弾劾的であるということの一つの表れと考えられる。

(8) ここには、イタリア法学における *testis de auditu* (伝聞証人) の考え方が採り入れられている。Schoetensack: a. a. O., S. 73/74.

(9) なお、「当該裁判所が、かかる証言を適法なる仕方にて聴取するに巧みにして、かつ能力ある人びと」をもって充席せられおらざりし場合には、裁判所に本来所屬せざる者も証言聴取者として任命されたのである〔七二条〕。

(10) Schmidt, E.: Inquisitionsprozess, S. 82/83.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 222.

三 被告人による免責事由の立証

証言は、さらに、被告人によって提示される「彼が訴えられる非行につきて自己を雪冤す (entschuldigen) べき」諸事由、つまり「その行為につきて刑事刑の責を免じうる諸事由」の立証においても、その証拠方法とされている。ここでは、被告人が右の諸事由を申し立てるとき、裁判官は彼に、それを完全に立証しうるや否やを質し、それに対して彼は、その免責のために立証しようとする諸項目を明らかにする。この立証項目に関し、裁判官により、もしそれらが立証された場合、それらの事由は被告人を刑事刑より免責することになると認められれば、その立証を許され、また原告人にもそれに対抗する立証の機会が与えられる〔七四、一五一、一五二条〕。なお、一五一条冒頭に、「ある者がある非行を自由しいて、しかも、……右の行為につきて刑事刑の責を免じうる諸事由を申し立つるときは」

と述べられていることが注意される。自白ないし証言⁽¹⁾によって被告人の罪責が認定されて後、はじめて免責事由の申し立ておよびその立証が許されることになる。つまり、罪責の認定された場合のために、前もって予備的に免責事由を申し立てておくことは認められていない。このような申し立ては、手続遂行を不安定なものとするため、実体的真実を追求しようとする手続にはふさわしくない、と考えられたのである。⁽²⁾

その免責事由としては、とりわけ正当防衛 (notwee) が重要である。「自己の身体および生命の救済のために適法なる正当防衛をなし、しかしして自己にかく強うる者にかかる正当防衛にて殺害する人は、そのために何びとに對しても責を負うことなし。」「一三九条」と明定され⁽³⁾るとともに、「正当防衛は〔被告人によりて〕立証せらるべし」と述べられている〔一四一条〕。すなわち、「正当防衛がなされたるを援用ないし使用せむとする者ありて、しかも原告人がそれを認めざるときは、法は、かかる援用せらるる正当防衛を前述のごとくに〔七四条〕充分に適法なりと立証すべきことを、その行為者に課す。しかしして、彼が正当防衛を立証せざるときは、彼は責ありとして扱わるべし。」と。被告人がこれを完全に立証すると、原告人はそれに対し、次のような再抗弁を提示することができる。すなわち、(一)被害者によつてはじめて行なわれた攻撃には、すでに適法なる事由が存していた⁽⁴⁾、(二)被告人は被殺害者に比してはるかに力があり、殺害するまでの必要はなかった、(三)攻撃をなし終えた後、被殺害者は逃げたにもかかわらず、被告人は自由なる意思により、しかもその必要もないのに、彼を追跡して殺害した、そして(四)被告人は身体、生命、名誉および良き風聞を危険におくことも毀損することもなく逃れえたにもかかわらず、それをしなかった、というごとき主張である。原告人がこれらの、またはその他これらと同様の事由を立証できないとき、ここに被告人による適法な正

当防衛が認定され、他方原告人が右の事由を完全に立証すると、被告人は適法な正当防衛を援用できないことになる(二四)条⁽⁵⁾。

右によって明らかたおり、主要事実の立証——Belastungsbeweis——は原告人に、免責事由の立証——Entlastungsbeweis——は被告人に、という挙証責任の分配 (Verteilung der Beweislast) が行なわれている⁽⁹⁾⁽⁸⁾。こゝでは、「制限付自白」(qualifiziertes Geständnis)に関するイタリア法学の理論が想起される。すなわち、「自衛のために人を殺害した者は、その制限事実 (qualitas) を立証しない限り、それなくして單純に自白した者と同樣に取扱われる」のである⁽⁹⁾。

(1) 証人による認定は明記されていないが、自白による場合と同様に考えられる。なお、ここにも、証言が自白に比して第二次的な有罪証拠とされていたことが窺われる。

(2) Schoetensack: a. a. O., S. 79/80

(3) 適法なる正当防衛について、一四〇条が次のように概念規定している——「ある者がある殺人の武器または武器をもつて襲ひ、攻撃し、または打ちかかり、〔緊急行為に出るべく〕強いられたる人 (der benötigt) がその身体、生命、名誉および良き風聞を危険におくことも毀損することなしに巧妙に回避するをえざるときは、彼は適法なる自衛によりて彼の身体および生命は救うをえて、このさいいかなる刑罰をも蒙ることなし。しかし、彼が、強いたる者を殺害する場合、これに関し何らの責なく、また彼には、彼の自衛をなすを、彼が打たるまで待ち置くべき責務もなし」。

なお、カロリナにおける正当防衛については、村井敏邦「正当防衛の限界とその過剰——歴史的考察——」(一橋大学研究年報・法学研究 8、昭和四七年) 四〇四—四〇七頁参照。

(4) 例えば、被殺害者は、「ある者が……悪しき罰せらるべき非行をなしいるを見つけ、……法に許さるごとくに、その現行行為の取り押え、または逮捕に着手した」のである、という事情が挙げられている。

(5) なお、目撃者なき殺人において正当防衛が主張された場合には、徴憑による立証が許されている。すなわち、裁判官は、「各人物の良き事情および悪しき事情、殺人が行なわれたる場所、各人は傷害および防衛のために何を有せしや、各当事者は当該事件においてその行為の前および後にいかに振舞いしや、何れの当事者が……相手を打ち殺(す)……べき動機ないし利益……を一層多く有しうべきや」等々の情況を検討することにより、正当防衛の主張について判断することになる(「一四三条」)。ここに、雪冤立証は完全なる証言——六二条以下参照——によって客観的な真実にまで高められなくてはならないという原則に対し、注目すべき例外が規定されているのである。また、婦女に対する正当防衛の主張にあっては、「婦女は容易には、男をして責を免ぜらるべき正当防衛をなさしめず」が故に、入念な衡量が要求され、「その男女の状況、さらにまた彼ら両者がなしたる防衛および行為の状況」が検討されることとなる(「一四四条」)。この二つの規定については、イタリア法にその範例が見られず(後者はドイツ固有法にも範例がない)、間接証拠理論において示されたシュヴァルツェンベルクの独創性の一例とされる。Schoetensack: a. a. O., S. 81/82.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 184/185.; v. Hippel: a. a. O., S. 146. Anm. 5.

(6) 挙証責任の分配という考え方は、ドイツ固有法——例えば、一三世紀初めのザクセンシュピーゲル(Sachsenspiegel)——にみられ、またイタリア法において——とくにアレティヌスにより——も論じられていた。カロリナは、このアレティヌスの所説に依拠するところが大きいためである。Brunnenmeister: a. a. O., S. 185.; v. Hippel: a. a. O., S. 203, 146. Anm. 2.

(7) 今日、刑事訴訟における挙証責任については、「疑わしきは被告人の利益に」(in dubio pro reo)という原則を根幹と

しつつ、当事者主義化した訴訟構造をめぐって意味深い議論がなされている。

右の原則は、ローマにおいてすでに承認されていたが、中世ヨーロッパではその姿を消していた。カロリナにおいては、元來後述のような嫌疑罰および仮放免が規定されておらず、その限りではこの原則が妥当していたといえるが、やはり公共の利益の観点から、被告人が刑罰からたやすく免れることをいさぎよしとしなかったのである。Vgl. Zwengol: a. a. O., S. 43.; Westhoff: a. a. O., S. 84.; 松尾「刑事訴訟における舉証責任」(上智法学論集第一卷一号、昭和三二年)

(8) なお、嬰兒殺に関する「三一条においては、「ある婦女が……生ける、かつ肢体備われる児を密かに生みて隠したところ、その児が死亡しているが後に確定され」た場合、「充全なる証言なくしては、提起せられ主張せらるる無責は信ぜらるべから(す)」と述べられており、責任推定が規定されている。また、一四八条(故殺の共同犯)も参照。

(6) Schoetensack: a. a. O., S. 69.

第五章 法定証拠主義

「何びとも、何かの徴憑、疑惑、指標または嫌疑に基づきて刑事刑の終局有責判決を受けることあるべからずして、それに基づきては、ただ拷問みがなされう。(このあとに見らるごとく) 徴憑が充全にして、ついで何者が終局的に刑事刑の有責判決を受くべき場合は、それは、その者自身の自白、または(本令中他の箇所に明瞭に見らるるとき(六二条、六七条) 証言によりて行なわるるを要し、推定もしくは徴憑(のみ)に基づきては行なわるべからず。」(二三条)ここに、カロリナの証拠法の基本原理——「法定証拠主義」(Prinzip der gesetzlichen Beweisregeln)——が表明されているのである。

カロリナの手続（札問訴訟）は、ある程度の嫌疑要素——一般の風聞もしくはその他の徴憑——に基づく職権勾留をもって始まり（六条）、爾後の手続遂行においては、右の単なる嫌疑を、いかにして確実な有罪判決の基礎にまで発展させるか、ということが課題とされている。従前の形式的証拠法によれば、法によって予め定められた形式が充足されることにより、確実な判決基礎が与えられる、と考えられた。しかし、その形式は当該犯罪事実と何らの論理的関係もなく、また一般生活上の認識方法と全くかけ離れていた。他方、カロリナの手続では、「実際に何が生じたのか」を説明することが目指される。それについては、むしろ、行為者本人が最もよく知っている。とすれば、行為者と目されて拘禁された者——被疑者——の供述を得ることが、事実関係そのものの解明のために、最も容易にして確実な方法と考えられたのは、想像に難くない。かくして、実体的真実追求のための証拠法にあって、⁽¹⁾ 自白が有罪判決の基礎として最も確実な証拠方法とされることとなった。

自白と並び、証言も有罪判決の基礎となりうる。しかし、証言は自白に比して第二次的な地位におかれている。すなわち、「非行の証言につきて」六二条は、「被告人が何を自白せず、しかし原告人が訴えられたる非行を立証せむとするときは、原告人は法にあるごとくにそれをなすを許さるべし。」と述べており、自白の得られない場合に、はじめて証言による立証が許される旨を明らかにしている。⁽²⁾ また、私人の告訴をもって手続が開始される場合、証人尋問の申請を伴う訴提起については何ら触れられていない——一条参照——ことも、併せ注意される。このような規定をうけ、六九条は、「被告人が、充全なる証言がなされたるのちに、……なお自白するを拒むといえども、彼は〔もはや〕一度の拷問にも付せらるることなく、その立証せられたる非行に応じて有罪判決を受くべきに、何らの変

化なきこと」を規定している。ここに、証言による立証がなされたるのちにも、なお自白の獲得を望ましいと考えていることが窺われる。同条は、バンベルゲンシス八〇条の「この場合には、彼は有責判決を受けるに先立ちて、さらに繰り返し拷問に付せらるべ(し)」との文言を削除してはいるが、証言を一段低い地位におくという基本理解において変わりないのである。元来、ゲルマン法において証言は、それ自体として確かな証明力を与えられず、有罪認定のためには、さらに「七名による宣誓」をもって補充されることが必要とされた。「七名による宣誓」という立証方式そのものは、外来法の移入によって駆逐されはしたが、右のような法意識は当時、なお根強く残っていた。シュヴァルツェンベルクもこのような意識を抱き、証言による立証を自白によって裏づけることを望ましいと考え、八〇条を立案したのであった。⁽³⁾これに対し、カロリナの編纂者は、もっぱらイタリア法学に習熟した者——法学識者——であるが故に、証言独自の証明力を認めることができたのである。⁽⁴⁾⁽⁵⁾

カロリナにおいて、有罪判決は自白あるいは二名による証言という直接証拠の存在に条件づけられており、間接証拠に基づく有罪の認定は許されていない。諸々の間接事実の複合により、経験則・論理則に依拠した推論を経て主要事実の存否を判断するということは、極めて高度な思惟作業であり、当時の人びとの意識には、未だなじみ薄いものであった。とりわけ、地方の名望家といわれる人びとから選ばれた参審員に対し、深い学問的素養を望むことは無理であった。このような状況の下で、間接証拠に基づき、裁判官(参審員)の自由な判断による有罪の認定を許す——自由心証主義(Prinzip der freien Beweiswürdigung)——ことは、すでに横行している恣意的判断を助長するという結果をひき起こすにすぎない。他方、従前の形式的証拠法がもはや維持できないことは明らかであり、かくてカノ

ン・イタリア法の法定証拠主義が採用されることとなったのである。⁽⁶⁾

右のとおり、カロリナの証拠法においては、自白が最も高い地位を占め、それと対照的に、間接証拠の意義は未だ十分には認識されていない。間接証拠は、それ自体としては確かな信頼に足るものではなく、他の証拠によって補強されなくてはならない。つまり、間接証拠から推認される事實は、なお自白——最高度の明証性を有する——という直接証拠によって認証される必要がある、と考えられた。このような視点から、間接証拠に基づいては、何びとも「刑事刑の終局有責判決を受けることあるべからずして」、——自白強要のために——「ただ拷問のみがなされう」と命じられたのである——⁽⁷⁾二二条参照。ここでは、間接証拠は独自の意義づけを与えられていなかった。

ところで、自白が得られれば有罪の認定が許されるとはいえ、被疑者が任意に自白することは常に望みうることはない。しかも、証言は第二次的な証拠方法とされていたため、証人が求められる前に、なお自白が強要されることとなり、拷問はそのための重要な手段であった。積極的な真実発見が拷問をもって進められたのであり、ここに職権的な犯罪追及の特質をみることができる。⁽⁸⁾公共の利益によって基礎づけられたカロリナの刑事手続において、その証拠法体系を構築し、その核となるべきものは、まさしくこの拷問であった。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

(1) 職権による捜査活動は、それ故、自白を獲得するという目的志向において統括されていた。

(2) 九条、七〇条および一八六条にも同旨の文言が見られる。

(3) 疑いなき非行者に対し、自白を強要するために拷問が加えられる——一六条参照——ということも、同様の観点から理

解される。前述二一六—二一七頁参照。

なお、ここにも「シェヴァルツェンベルクによる外来法と固有法との融和という考え方の一端をみることができる。

(4) Schoetensack: a. a. O., S. 44/49, 74/75.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 223/225.

(5) なお、カロリナは、この六九条においてはカノン法原理に即してバンベルゲンシスを修正しているが、前述の二六条（疑いなき非行者に対する拷問）においては修正していない。恐らく、カノン法においても、明白犯に類似するところの多い「犯行中の露見」(deprehensio in crimine)——ゲルマン法の現行犯を想起させる——の場合には拷問が用いられる、とふことが念頭にあって述べられてゐる。Brunnenmeister: a. a. O., S. 164.

(6) v. Hippel: a. a. O., S. 209/210.; Schoetensack: a. a. O., S. 44.; Kohler, Josef: Beweis im Strafprozess (Archiv für Strafrecht und Strafprozess, 63, 1917) S. 70/72.

イタリアでは、文書(Urkunde)による立証をもつて有罪認定なしうかということが争われていたが、カロリナはこれについて何ら触れるところがない。また、前述のとおり、イタリアでは明白犯はそれ自体として有罪認定を許すものであったが、カロリナによれば疑いなき非行にあつてもなお自白が必要とされている。Schoetensack: a. a. O., S. 49.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 226.

(7) Kern-Roxin: Strafverfahrensrecht, 12. Aufl., 1974, S. 343.; Westhoff: a. a. O., S. 84.

(8) Schmidt, E.: Inquisitionsprozess, S. 22.

(9) Bienen: a. a. O., S. 155/156.

(10) なお、カロリナは前述のように「とりわけ拷問の濫用によってひき起こされた悪弊を除去しようとする志向——正義の理念への志向——から種々の法的規律をなしているが故に、改革立法として評価されている。間接証拠による拷問の条件づ

けは、このような視点から理解されるのである。それ故、間接証拠は、体系的には独自の意義づけを与えられていないのであるが、拷問を制約するという機能に即して位置づけられているとの点で、極めて重要な意味を有している、ということができる。

第六章 刑事司法の公正な運営

一 裁判官の資質

以上のような証拠法の下、手続が整序されて法的に規律され、また自白ないし二名による証言に基づく場合は有罪の認定が許されないとはいえ、具体的な事例において裁判官が自ら判断すべき事柄には、なお多くの困難な問題が残されている。とりわけ、確たる徴憑が存在するや否や、拷問による自白が信ぜらるべきや否や、あるいは適法なる免責事由が存在するや否や、また刑罰はいかにして決定さるべきや等について、その判断は極めて困難なものである。それらの判断は、裁判官の裁量に委ねられなくてはならない。ここで、序言において、従来「多くの刑事裁判所は、……朕の皇帝法を学び、究め、またはその実務に携わることなかりし人びとによりて占められ」ていたため、「頻りに、法と良き理に反して審理が行なわれ」てきた、と述べられていることが注意される。まことに、裁判官（参審員）が無学にして経験も浅かったということが、中世末の刑事司法の混迷を一層深いものとしたのであった。⁽¹⁾かくして、カロリナにおいては、手続が法的に規律されるとともに、そのように構築された制度を運営すべき人的な組織が重視されることとなり、「法に精通し、法を究め、かつ実務に習熟せる人びと」(rechtserfahrende erlarn vnd geübte⁽²⁾)

personen) が望まれたのである。

ところで、九二条は、裁判官および参審員は、「朕の本刑事裁判令につき彼らがもっともよく解するところに従い、かつ各事件の状況に應じて (nach gelegenheyt cyns jeglichen fals) もっとも公平かつ適切に判決を書面に草せしむべし。」と規定している。つまり、カロリナは裁判官に対し、判断を進めるための指針を与えるにすぎず、權威的にして一義的な基準をもって判断形成を拘束してはいないのである。⁽³⁾ それ故、裁判官は、法の規定を形式論理的に解釈するだけではなく、法規の指針に基づきつつ、個々具体的な状況に應じ、自らの適切な衡量において判決を発見することに努めなくてはならない。一〇四条は、まさしく右のような基本認識に基づいている。すなわち、朕の皇帝法は「各刑事刑の方式および程度を示すことなくして、〔その決定を〕 良き慣習と理をわきまえたる裁判官に委ね」ており、そして刑罰は「非行の状況および背徳性に應じ (nach gelegenheyt vnd ergeruss der ubelthat) 正義の愛好よりして、かつ公共の利益のために、裁判官の衡量において」決定されるのである。まことに、裁判とは、論理的・図式的な法適用に尽きるものではなく、事案の特性に即した具体的な価値判断を伴うものである。⁽⁵⁾ このような理解からは、望ましき裁判官として、高い人格的徳性のうちに基礎づけられ、学識と経験によって培われた明せき・健全な法意識を抱く人間像が求められることとなる。その裁判官は、当該事案の特性を見きわめつつ、自己の良心に従って判断を進める。いみじくも、第一条冒頭において、「敬虔にして、温情あり、理をわきまえ、かつ専門知識豊かなる人びと」 (fromme, erbare, verstendige vnd erfarne personen)⁽⁶⁾⁽⁷⁾ が裁判官 (および参審員、裁判所書記) にふさわしい、と述べられている。

右のような視点から、裁判官にとって必須の資質として、「節度」(måze)と「弁識力」(Toscheidenheit)という二つを挙げることができる。前者は、真摯な内省と自己懷疑から生まれる克己と謙讓の心として、また後者は、状況に即して事実を理性的に区別することのできる知的な能力——単なる論理的思考の能力ではない——として理解される⁽⁸⁾。まことに、裁判官は、知的な (intellektuell, geistig) 判断力を養うはむろんのこと、さらに自らの人格的な (charakterlich, sittlich) 品性を高めなくてはならない。この両者を兼ね備え、その合一された資質をもって、はじめて望まじき裁判官が生まれる。「余は、(本) 裁判令を誠実に遵奉し、余の最善の能力 (vermögen) をあげて、すべてを誠実に (getrewich) かつ虚心に (yngenechich) 守り扱うつもりなり。」との宣誓⁽⁹⁾〔三条〕は、右のような裁判官にこそ、ふさわしいものである。ここに、裁判官の重要な任務が自覚されており、近代的な裁判官像の先驅として不滅の意義が認められる。

(1) Vgl. Schmidt, E.: Inquisitionsprozess, S. 77/79.

(2) この人的組織の主たる担い手が裁判官であり、その地位ないし役割については、三条(裁判官の宣誓)「二〇、二一条(違法な拷問を加えた裁判官の民事責任)」、六一条(同じく刑事責任)「二〇五条(報酬收受の禁止)」および二九条(不知は職務違反を免責しない)等々の規定のうちに、その重要性が認められる。Vgl. Schoetensack: a. a. O., S. 15.; Blankenhorn: a. a. O., S. 24/25.

(3) Vgl. Kuper, Wilfried: Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967, S. 98.; v. Wachter: a. a. O., S. 118. ferner, Buhlow, Oskar: Gesetz und Richteramt, 1885, S. 2/6.; 鴨「裁判過程」

おける法解釈」(『刑事訴訟法の新展開』昭和四八年、所収)二二—二三頁。

- (4) 同条は、「非行はいかにして刑事刑をもって罰せらるべきや、」に關しての序言」という表題を与えられており、重要な規定とされていることが窺われる。

- (5) ここに、法の解釈と適用に關する今日の基本的な考え方がすでに理解されていたことが認められる。Vgl. Englisch, Karl: Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Auf., 1968, S. 192/193.

- (6) ここにみられる裁判官像は、一三世紀後半に編纂されたシュイッチャーゲン(Schwabenspiegel)やマインツの徳性が必要とされている。すなわち、裁判官には、「正義」(Gerechtigkeit)「叡知」(wisheit)「堅固」(sterke)や「節度」(maze)などの四つの徳性が必要とされているのである。Blankenhorn: a. a. O., S. 27.; Küper: a. a. O., S. 90/93.

なお、この民法書は、一三世紀初めのリプイン・フォン・エルケ(Eike von Repgow)の手になるシュイッチャーゲン(Schwabenspiegel)を基礎として、南ドイツの諸事情にも合うように改作されたものである。また、そこにはローマ法・カノンの影響もみられる。Vgl. Mittels-Lieberich: a. a. O., S. 199/200. (世良訳、四一四—四一八頁); Stobbe: II., 1864, S. 327/331, 339/343.

- (7) なお、シュヴァルツェンシュタットが大きな影響を受けているキケロの倫理学においては、四つの基本的な徳目が説かれている。すなわち、「正義と厚情」(Gerechtigkeit und Wohlthätigkeit, iustitia et beneficentia)「真理探究の欲求」(Forsehungsdrang, veri inquisitio atque investigatio)「力持と節制」(Wille zur Macht, animus excelsus atque inuictus)や「節度と寛容と堅忍」(Sinn für Maß und Schicklichkeit, moderatio et decorum)である。Vgl. Zielinski, Th.: Cicero im Wandel der Jahrhunderte, 4. Auf., 1929, S. 66/73.; Cicero: De Officiis, by Walter Miller, Librer Primus

(泉井久之助訳『義務について』第一卷)

(8) Schmidt, E.: Geschichte, S. 137/139.; Küper: a. a. O., S. 95/99.; Abegg: a. a. O., S. 24/25.

なる mätze は今日 G. Mahalten なる Bescheidenheit, せうに bescheidenheit は Verstand G. 意味を有していた。

(Lexer, Mathias: Mittelhochdeutsches Handwörterbuch I, 1872)

(9) 今日、裁判は、形式論理的な包摂——当該事実関係を一定の抽象的法規範にあてはめる——に尽きるものではなく、その思维過程には、必然的に裁判官による主観的価値判断の介在することが認められている。法の規定は、それ自体では実効性を持たず、解釈と適用の援助を受けて、はじめてその意味を生かすことができる。すなわち、裁判によって社会関係が具体的に規律されることになる。ところで、法の解釈と適用のために、論理的思考の力は、むろん必須のものではあるが、唯一の要素ではない。立法政策、法の歴史、そして微妙に交錯する諸利益の調整というごときさまざまな要因が作用する。單なる法の論理の忠実な祖述のみによつては、社会および当事者を真に説得しうる裁判は生まれない。裁判官は、法の言葉のかけにひそんでいる「言葉なき法」を感得し、それを当該事案の特性のうちに投影させることにより、法の真意にふれた具体的法規範を創り出す。つまり、実定法の意味内容につき、いくつかのコンフリクトした価値の可能性から、具体的事案の特性に最もふさわしいとする価値を選択するのである。ここでは、裁判官の主体的な価値判断がなされている。その主体性は、生きた人間理解に基づき、また自己の任務の重要性を自覚することによって保証されなくてはならない。かくて、裁判官には、高い知性ととともに、深い人間性が必要とされるのである。

カロリナの裁判官像のうちに、右のような思想の芽生えをみることができる。その後、啓蒙期には、古典的三権分立理論の帰結として、裁判における法の創造 (Rechtsschöpfung) が禁止され、裁判官は包摂と演繹の自動機械の役割を果たすにすぎないものとされた。ここでは、裁判官に望まれる資質から、人間性の深さは捨象されることとなる。この概念法学

(Begriffsjurisprudenz) の考え方に對し、一九世紀末葉、自由法論 (Freirechtslehre) など利益法学 (Interessjurisprudenz) の立場からの批判が展開され、その過程で、法の解釈と適用の性格が正しく認識されていったのである。Vgl. Kiper: a. a. O., S. 1/25.; 鴨・裁判過程における法解釈、一七、二四頁。碧海純一『新版法哲学概論』全訂第一版、昭和四八年、二〇三—二〇九頁。

二 訴訟記録送付による鑑定依頼

右の裁判官に、困難な諸問題の解決が委ねられることとなる。ここで、カロリナは、恣意的判断のなされることをきらい、右のように裁判官の主體的資質を重んじるとともに、さらに一つの制度的な保障を設けている。訴訟記録送付 (Aktenversendung) による鑑定依頼の制度が、これである。⁽¹⁾ 一五〇条は、殺人の免責事由の存否を判断するに際し、裁判官および参審員に対して次のように命じている。すなわち、「彼らは、法に精通せる人びと (rechtuerstehende) に……訴訟記録送付による鑑定を求め用うべきものにして、彼らの独断の、法に反せる理不尽なる準則および慣習 (eygen vueruünftig regel oder gewonheit, die dem rechten widerwertig sein) を、そのさいその者ども〔「被告」〕に宣することなかるべくすべし。」と。「法と衡平にもっとも適合したる」審理を希求するというカロリナの基本理念が、ここに生きているのである。

前述のように、裁判官には個々の事例をその状況に即して区別する能力が必要とされるのであるが、現実の複雑な事例において、その差異を正しく識別することは非常に困難な仕事である。それ故、「従来、時として……判決発見人たちは、極めて愚かにも、各事件の差異に耳を傾くることも心を動ぜしむることもせず、このために極めてしばし

ば思い誤り、人びとに不法をなし、人びとの流血に關して責を負うに至ること」が生じてしまった（一五〇条）。しかし、立法者はそれら複雑な事例につき、すべてにわたって網羅的な規定を設けることはできず、また余りに細かい規定はかえって裁判官の判断を惑わすことにもなる⁽²⁾。かくして、個々具体的な事例において裁判官の能力を超える問題の生じた場合には、法に精通せる人びとに鑑定を依頼すべきこととされるのである⁽³⁾⁽⁴⁾。殺人の免責事由の存否を判断する場合のほか、例えば二八条は、前述のとおり「ある者が……ある非行につきて、いくつかの疑惑断片より嫌疑を受くるときは、まさに、常に両面よりの觀察がなさるべし⁽⁵⁾」と規定するとともに、「かかる事において嫌疑存するときは、拷問につきて判断し、かつ審理すべき人びとは、法に精通せる人びとに……訴訟記録送付による鑑定を求むべし。」と命じている。さらに八一条では、裁判官および参審員が判決を評議し、決定するという段に至っても、「彼らが疑義をもつときは」、同じく鑑定を求むべし、と述べられている。しかし、この制度をより適切に理解するためには、右のような疑問が生じたか否かということは、実は些細なことなのである。裁判官は「彼の最善の智能⁽⁶⁾（*besten*）を尽くして平等と法を立つる」べき責務を負われ、また、「公共の利益と個々人の血との間を調整するがごとき大いなる事件には、大いなる、かつ誠実なる努力が致さるべく、また傾けらるべし⁽⁷⁾」と命じられている（一五〇条）。それ故にこそ、前述のとおり、「彼らの独断の、法に反せる理不尽なる準則および慣習」による判断が排斥されるのである。裁判官は、「何びとに対しても不法が行なわることなかるべく」、「強靱にして、かつ、まさに慎重なる努力」を払わなくてはならない（二一条）。かくて、この制度は、重要にして困難な任務を有する裁判官に対し、自己の能力の限界を意識し、常に注意深く慎重であるべきことを教えている、と考えられる⁽⁸⁾。

右のような理解は、裁判官に対して弁識力と節度の二つの素養が要求されるという考え方によって基礎づけられている。裁判官の主体的な能力ないし意識を重視し、その向上を促すとともに、なお具体的な事例において、「正義の愛好よりして、かつ公共の利益のために」、「法と良き理」に適った審理が行なわれることを保証しようとしたのが、この制度である。ここに、刑事司法の「確たる公正な」(redlich, aufrichtig)運営を図る(バンベルゲンシス一条(序言))意味深き洞察をみることができると言える。

(1) この制度は、ドイツ古来の「オーベルホフ」(Oberhof)への法の照会——法は、灯火と同じく隣人からこれを借りるべきものである——の慣行とイタリアの鑑定実務(requisitio concilii)とが結びつけられて採用された、と考えられる。そして、裁判の機構的側面からは、未だ統一的な上級裁判権が存しなかったという事情——カロリナは上訴について何も語っていない——にあって、有権的な判断をどこに求めるべきかという問題として理解される。後には、学識法の殿堂としての法科大学が、そのような機関として大きな権威を持つに至るのである。なお、被告人のためになされる鑑定依頼に、後の上訴制度の芽生えがあった、と考えられている。Vgl. v. Hippel: a. a. O., S. 210.; Blankenhorn: a. a. O., S. 46/54.; Wiacker: a. a. O., S. 181/182 (鈴木訳「一八八—一九〇頁」); Stölzel, Adolf: Die Entwicklung des gelehrten Richterturns in den deutschen Territorien I., 1872, S. 187/231.

(2) 一五〇条は次のように説いている——「いま述べたるこれらの場合〔II殺害者が免責される場合〕には、すべて、それれまことに多様な差異が存す。……これらすべてを記録しまた説明することは、余りにも長くなりて、このすべてを本令中に盛るとせば、一般の人びとには惑わしくもまた不快たうべし。また、一四三条では、目撃者なき殺人において正当防衛が主張された場合につき、「この事件には、その援用せらるる正当防衛にとりて有利なる、また不利なる、きわめて

多くの疑義および差異が伴いうるものにして、これらのすべてを、事件が発生する前に予想しまた規定することはなしえざるなり。」と規定されている。

(3) Schmidt, E.: Geschichte, S. 134/135.; Stobbe: II., S. 251.; Zoepfl, Heinrich: Das alte Bamberger Recht als Quelle der Carolina, 1839, S. 162/163.; Glaser, Julius: Handbuch des Strafprozesses I., 1883, S. 83/84.

(4) なお、ローマ法継受の進展過程にあって、この制度に基づき、とりわけ法科大学の鑑定活動を通じて、刑事裁判の実務はより一層イタリヤ法学の影響を色濃くしていったのである。Schmidt, G.: a. a. O., S. 253.; Wolf: a. a. O., S. 114.

(5) Schmidt, E.: Inquisitionsprozess, S. 79/80.

なお、規定の至るところに教示的・警告的な文言が見られる——四七条前段がその好例である——ことも、ここで併せ注意されるべきことと思われる。

第七章 カロリナの歴史的意義

一 真実と正義への志向

以上のとおり、カロリナにおいては、真実と正義を志向し、法的形式によって規律された手続の構成が図られているのである。そして、そこには全編を通じ、刑事司法改革への情熱が感じられる。恣意にあえぎ、真実と正義を求めていた当時の刑事司法に一条の光をさしかけ、「良き慣習と事の理」(gute Gewohnheit und Vernunft)〔一〇四条〕によって導かれた指針を与えることができたのは、まさしくこの情熱の故であった。しかも、その内容においては、単に外来法と固有法とが巧みに融合されているというに止まることなく、その基礎に豊かな経験と深い学識によって培

われた洞察が秘められている。シュヴァルツェンベルクは、あの混乱した時代にあつて、なおその波にのまれることなく、受け継がれてきたものと芽生えつつあるものとを正しく意識していたのであり、そこに実務と学問との眞の結びつきをみる⁽²⁾ことができる。具体的には、とりわけ次の三点が高く評価される。すなわち、一つには、精緻な間接証拠理論による裏づけをもつて拷問が制約され、二つには、自由に基づいて有罪を認定するにつき、その眞実なることの確認——そのために入念なる教示がなされている——が要求され、そして最後に、事実認定における二面的・動的な心証形成が認識されるようになり、また法を解釈し適用するについては具体的に価値判断すべきことが説かれ、それとともに裁判官の重要な任務が自覚されていることである。「法と衡平」に適った刑事司法は、右のような思想によつて基礎づけられるのであり、そこに近代的刑事司法の礎をみることが⁽³⁾できる。

まさしく、カロリナは中世から近世への移行期において、無類のそして力強い境標石としての位置を占めているのであり、この基礎の上に次の時代がさらに高く構築されていくことになる⁽⁴⁾。

- (1) Schmidt, E.: Carolina, S. 10.
- (2) Schmidt, E.: Carolina, S. 33/34.; ders.: Strafrechtspflege: a. a. O., S. 262/263.; Wolf: a. a. O., S. 130.
- (3) 鴨・自由心証主義、九八—九九頁参照。
- (4) v Hippel: a. a. O., S. 213.

二 実務への浸透

カロリナには確かに右のような高い価値が認められるのであるが、しかしこれをもつて、荒唐した刑事司法が直ち

に方向転換した、ということではない。カロリナは多くのラント立法を促した⁽¹⁾のであるが、その中には、カロリナの明文を無視し、あるいはその規定に沿いつつも、内容に対する理解において十分とはいえないものも見られた。注釈書が必要とされず、一七世紀に入り、漸くカルプツォフ (Benedict Carpov, 1595~1666) によって著された——*Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium*, 1635——という事情は、このことを如実に物語っている⁽²⁾。

ところで、カロリナは帝国の統一法として制定されたが、その誕生に至るまでは、文字通り険しい苦難の道⁽³⁾のりであった。当時、すでに諸侯は自らの領域内で独立の国家体制を整えており——領邦高権 (Landeshoheit) の成立——、それ故帝国の国制はその統一を欠いていたのである。このような状況にあって、元来、帝国には実効性ある統一法典を制定するだけの権力的基盤が存しなかった、ともいうことができる。しかし、前述のとおり、刑事司法の実務はもはや放置されてはならないほどの荒廃を呈していた。ここに、皇帝の名において刑事司法を改革するという理念が生まれることとなった。皇帝権は、その政治的支配力を失いつつあるとはいえ、なお帝国統一の象徴として待望されていたのである⁽⁴⁾。かくて、帝国の統一法カロリナの立案は始まったのであるが、擡頭しつつある諸侯はそれぞれその独立を誇示し、自領における従前からの慣習に変更を加えることを望まず、また警察的合目的性の見地を強調したため、立案の作業は困難を極めたのである。この折衝は、最終段階において序文末尾に次のような文言が挿入されることによって終止符をうった。すなわち、「されど、朕はこの好意をもってする記念の書によりて、選定侯、諸侯および諸等族より、彼らの古き、よく伝え来たられたる、適法にして、かつ衡平に合する (rechtmässig vund billich) 慣習の何一つをも奪い去りたるにあらざることを、こい願うものなり。」と。これが、いわゆる「救済条項」(salvatorische

Klausel)⁽⁵⁾である。この条項により、カロリナはラント法に対して補充的なものとされた。このことがカロリナの帝国法としての性格にいかなる影響を及ぼすかということは、それ自体困難な問題であるが、このような政治情勢の下では、カロリナはその初めから、各ラントにおける十分な遵守を期待しえない因子に包まれていた、ということができる。

さて、視点を交えてみるに、前述のとおりシュヴァルツェンベルクは、かのバンベルゲンシスの編纂に当り、学問的素養のない参審員に対して判断の導きとなるべき指針を与えるということをし、その目標の一つとしていた。カロリナ制定にも同様の事情はある程度認められ、カロリナは法規であるとともに、無学者のための手引書としての性格をも併せ有していた。各条中で、しばしば問題の困難性を指摘するに止め、具体的な判断に当っては訴訟記録を送付して鑑定依頼すべきことを命じているのは、カロリナのこのような性格に基づいている。⁽⁷⁾むしろ、カロリナは単なる手引書ではなく、すべての者に対して拘束的な法規であった。⁽⁸⁾しかし、その拘束的とは、今日の意味におけると同様に理解されるのではない。当時の観念によれば、法規はそれぞれの問題に関する一つの法的な見解を示すものであって、確かに一応の拘束力を賦与されているが、ほかに異なる考え方もありうるということが認められていたのである。⁽⁹⁾なお、さきの救済条項が挿入されたことによってもカロリナの法規たることに変わりないと考えられたのは、このような法観念に基づいている。かくて、カロリナはここでも、厳格な遵守を望みえない要素を有していたのである。

しかしながら、カロリナは、その内容において従来の実務的慣行から大きく離れたものではなかった。すなわち、すでにみたとおり、カロリナ制定に際しての基本的意識は、ドイツで自立的に発展してきた手続原理に依拠しつつ、その素材的形成物を外来の法思想によって整序するということであり、しかもその思想は、すでに法学識者の活動を

通じてドイツの法生活に影響を及ぼしていた。このように、全くの新立法ではないという事情は、カロリナが各ラントの立法によって受け入れられていく道が開けていたということを示している。と同時に、その受け入れの動きも、目に見えて急なものではありえず、ゆるやかに進んでいくほかはなかったのである。かくて、その動きは、次第に全ドイツ的な広がりをもせていくのであった。ところで、前述のように、当時、皇帝権は帝国統一の象徴として待望されており、またラントにおける立法権限は、なお皇帝に由来するものと考えられ、さらには、ラントの立法者は自らの法典に対する異議を封じるため、皇帝による裁可——皇帝の權威——を求めていた。⁽¹⁰⁾ここで、さきの救済条項について考えてみるに、それは確かに諸侯に対する譲歩ではあった。しかし、保持されうる慣習は、古き、しかも適法にして衡平に合するものに限られているということが注意される。さらに、二一八条では、「若干の地にて維持せられている、濫用と悪しき、かつ理不尽なる慣習」につき、「各司直は、皇帝の権力よりして (auss Keyserlicher Macht)、それらを廃止し、否認し、除去す」べきである、と明言されている。それらの慣習としては、例えば、「憐れにも、人が司直によりて軽々に、先行する風評も、悪しき風聞も、その他の充全なる徴憑もなくして、逮捕せられて牢舎に送り込まれ、しかもかかる逮捕にさいしては、ともすると司直によりて手早く、かつ軽率に審理せられ、このために逮捕者は彼の名譽に損害を蒙る場合」、あるいは「ある非行者が朕に対する大逆なる悖徳を犯したる場合およびその他の場合は別として、彼が身体および財産につきて〔併せて〕刑を科せらるることなく、もっぱら生より死へと罰せらるべき場合に、妻子が乞食杖をつくに至らしめられ、しかしてその財産は主君に帰せしめらるる場合」のごとき、極めて重要な事例が挙げられている。このほか、個別的に各条中にも、その遵守を絶対とする規定が見られる——一〇

〇、一〇四、一四〇条等々。このように、同条項による譲歩については、その実質面で強い絞りがかけられていることが窺われる。⁽¹¹⁾ まさしく、カロリナは「皇帝の権力よりして」制定されていた。このような事情が、カロリナ受け入れという右の動きをより一層促進させたのである。そして、折りしも各領邦君主は絶対主義國家確立への道を歩みつつあり、その過程では、広く糾問訴訟がその地歩を固めていた。このような政治情勢にあって、カロリナに示された職権主導的な手続は、彼らにとって極めて好都合なものと映ったのである。そのため、カロリナの法原理は次第に各ラントの実務に浸透するようになり、またこれが糾問訴訟の定着に一層の拍車をかけたのである。⁽¹²⁾ このような趨勢のうちに、カロリナは拘束力ある帝国法として広く承認されていくのであり、爾後の法発展に対する重要な基礎づけを与えることとなった。⁽¹³⁾

カロリナがいかにして拘束力ある帝国法として承認されるようになったかという経緯は、ザクセン法地域の諸ラントにおいてそれをみれば、自ずと明らかになる。それらのラントはかのザクセンシュビーゲルの基礎の上に発展してきた強固な法地域を形づくっており、そこでは、各地の慣習法に対する補充法として「普通ザクセン法」(Gemeines Sachsenrecht) が妥当していた。ザクセン法地域の諸侯がカロリナの制定に対して最も強く抵抗したというのも、このような事情に基づいていたのである。とはいえ、今や一六世紀中葉、ザクセンシュビーゲルの編纂は三〇〇年も昔のことであり、その後ザクセン法地域においても、少なからず外来法の影響を受けていた。実務の運用にとって、従来からのザクセン法をもっては、もはや十分とはいえず、次第に法の安定が失われていったのである。このような背景から、法の実務的運用に資すべき明確な支点の必要性が叫ばれるに至り、かくて一五七二年、「ザクセンラント法典」(Col-

stitutiones Saxonicae) が生まれたのである。そこに、カロリナの法原理が顧慮されているのを見ることが出来る。⁽¹⁴⁾

そして、カルプツォフの著作が、右のような動きに対して理論的な基礎づけを賦与したのであった。⁽¹⁵⁾

(1) Stobbe: I., S. 253/256.; v. Wachter: a. a. O., S. 35/36.

カロリナにおいては、各地の慣習に考慮が払われ——とりわけ救済条項——しており、また必ずしも網羅的・明確な規定がなされていなかったのである。両者の関係を明らかにすることが必要とされたのである。

(2) Schmidt, G.: a. a. O., S. 249/251.; v. Weber: a. a. O., S. 302

(3) Mittels-Lieberich: a. a. O., Kap. 35.; Stintzing-Landsberg: a. a. O., S. 626.

(4) Schmidt, S.: a. a. O., S. 9.; 藤田・前掲書、一三八頁。

(5) Schmidt, E.: Geschichte, S. 131/132.; v. Hippel: a. a. O., S. 173.; Güterbock: a. a. O., S. 167/194.

(6) なぞ、この制度を媒介として、カロリナがそれ自体、普問にわたって発展的に転化を遂げようとしていたことを示している。⁽¹⁶⁾ Schmidt, S.: a. a. O., S. 17/18.; Mittels-Lieberich: a. a. O., S. 214. (世良訳、四九八頁)

(7) Schmidt, E.: Geschichte, S. 133.; Schmidt, G.: a. a. O., S. 252/255.; v. Weber: a. a. O., S. 289, 290/291

(8) Brunnenmeister: a. a. O., S. 290. Anm. 3.; Güterbock: a. a. O., S. 194/195.

(9) Schmidt, S.: a. a. O., S. 12/13.; Kantorowicz, Hermann U.: Goblens Karolinen-Kommentar und seine Nachfolger, 1904, S. 51.

(10) v. Wachter: a. a. O., S. 32/36.

(11) Stintzing-Landsberg: a. a. O., S. 627/628.; Güterbock: a. a. O., S. 194/198.; Stobbe: I., S. 252.

- (12) Schmidt, E.: *Carolina*, S. 26/28.
- (13) v. Wächter: a. a. O., S. 36/65.; Schmidt, S.: a. a. O., S. 18/24, 28/33.
- (14) Schmidt, S.: a. a. O., S. 24/27.
- (15) Schmidt, S.: a. a. O., S. 35/40.; v. Weber: a. a. O., S. 302/304.

なお、普通法の発展過程を明らかにするについては、カルプツォフが極めて重要な意味を有している。

三 カロリナの欠陥

カロリナには前述のような高い価値が認められるのであるが、他面それは次のような深い欠陥を内に蔵していたのである。

まず、前代の形式的証拠法から脱却し、経験に根ざしつつ、要証事実と証拠との個別的な論理的関連を認識したのではあるが、カロリナはここで大きな誤りを犯してしまった。すなわち、絶対的な真実を明らかにしようとのあまり、ある犯罪が特定人によって犯されたという事実につき、裁判官が主観的にそのありうべきこと(蓋然性)を判断するというに止まらず、その確実なることが客観的に認められなくてはならない、と考えたのである。かくて、この客観的確実性を基礎づける体系が組み立てられ、ここに「法定証拠主義」が採用されるに至った。ある者に対し、種々の事由によっていかに高い嫌疑がかけられようとも、その者自身の自白あるいは二名による証言という直接証拠がない限り、有罪の認定をすることは許されない。いかに多数の、そしていかに有力なものであっても、間接証拠に基づく推論によっては、裁判官の判断は未だ「法的確信」(rechtliche Gewissheit)に達したとは認められないのである。

いわば、嫌疑 (Verdacht) と証明 (Beweis) が厳格に區別されて⁽¹⁾いた。しかも、前述のとおり、自白が第一義的な有罪証拠とされ、自白強要のための拷問が極めて大きな意味を有していた。いみじくも六一条は、「被告人が、拷問を受けるに (前述のごとく) 充全なりと確認せらるる疑惑および嫌疑に基づきて、拷問に付せらるるに定められ、拷問をもって尋問さるるも、訴えられたる非行につき、自身の自由によりても、また証言によりても有罪とさるることなきとき」、裁判官および原告人はいかなる責を負うことなし、と明言し、その理由を次のように述べている。すなわち、「確認せられたる悪しき徴憑の存することが、拷問を行ないたることの責を免ずる事由なりき。なぜならば、人は、法のいうところに従いて、非行を犯したることに対してのみならず、非行に関する悪しき風聞をまたはその徴憑を作りいる、悪のあらゆる形態に対しても、自己を防禦すければなり。」と。かくて、中世末における刑事司法の荒廃に対する反省として、カロリナが拷問の危険性を除去すべく大きな配慮をなしたことは、確かに高く評価されなくてはならないとしても、自白強要のための拷問がいわば公認されたことになる。さらには、拷問を制約するにいても、その規律は二点において不十分であった。すなわち、繰り返される責苦には限りがなく、またその手段ないし程度に関しても何ら規制されていない (五八条)。このような思想背景からは、二名の証人を揃えることが必ずしも容易でないことと相俟って、捜査活動が拷問の濫用へと走っていくのは避けられないことであり、確たる徴憑の存在という要件は次第に有名無実となっていくのである。⁽²⁾ 自白は「証拠の女王」といわれ——*Confessio est regina probationum*——、その自白を獲得することが裁判官の主たる課題となった。まさしく、法定証拠主義として現れた立法者の余りに細心すぎる用心が、実は最も大きな不注意であった、ということが⁽³⁾できる。

第二には、裁判機關の構成面に關し、捜査・訴追および最終的判斷の權限が裁判官の一手に集中されていたことが指摘される。そして、被疑者の弁護的な機能も、裁判官の下に集約されることとなる。⁽⁴⁾このような一元的機關構成にあっては、法的形式の保障の下、いかに周到な規律がなされようとも、その実効性を期待することは極めてむずかしい。しかも、この裁判官には、過度の信頼の故に、大きな裁量權が与えられていた。⁽⁵⁾このことは、「拷問の程度につきて」述べる五八条のうちに明瞭に読みとることができ——「拷問は、当人に対する疑惑の状況に應じ、良き、かつ理をわきまえたる裁判官の衡量に従いて、多く、頻繁に、あるいは少なく、また苛酷に、あるいは一層ゆるやかに用いらるべし。」さらに、その審理は秘密的・書面的な手續に沿って進められたのである。⁽⁶⁾

右のような一般的視点からの検討を踏まえ、最後に、自白の真实性確認という要請を取りあげ、その問題處理において示されたカロリナの意識を明らかにしたい。自白の真实性確認は、有罪の認定を誤らしめないようにとの配慮から要請されたものとして、「法と衡平にもっとも適合したる審理がなされる」というために、極めて重要な意味を有しているのである。まず、五五条が注意される。同条は、自白の真实性を確認するために要求される検証および調査において、「自白せられたる情況が真実ならざりしことが確認せらるるときは、その囚人はかかる不実につきて詰問せらるべく、かつ、そのために峻嚴なる語をもって叱責せらるべし。しかし、その場合、彼は再度拷問に付せらるべし。これ、彼が、前に示したる情況を正確に、かつ真実をもって示さむがためなり。なぜならば、時として、責ある者どもは非行の情況を真実に示さず、しかして彼らはかくすることに依りて、責なしとせられ、調査が真実に確定せらるることなきを信ぜむとするをもつてなり。」と述べている。この規定のうちに、客觀的事実に符号する供述が

得られるまで、何回でも拷問が繰り返されるという考え方をみることができる。しかも、拷問の程度が裁判官の裁量に委ねられているため、拷問が繰り返されるたびに、加えられる責苦はより一層苛酷なものとなっていくのであろう。さらには、その際、もし客観的事実が彼らに告げられるとすれば、自白の真实性を確認しようとする理念は大きく後退してしまう——五六条参照。これに関連しては、さきに自白した囚人があらためて否認する——さきの自白を追認しない——場合の処置が注意される。いかに囚人が否認しようとも、「疑惑が眼前に見えいるときは、人は彼を再度牢舎へ送り、さらに拷問をもつて彼に対し審理を行ない、しかして前述のごとく、情況を探知して拷問する所以のよって立つところを、全力をあげて探るべく努む(る)」のである(ただし、錯誤による自白なることを信ずるに足る諸事あるときには、裁判官は囚人に対して証言による立証を許すことができる)(⁽⁷⁾五七条)。さらには、さきに自白した者が最終開廷日⁽⁸⁾に至って否認する場合、裁判官がこの否認を裁判の進行を妨害するためにみなされたものと認めるときは、裁判官は、自分とともにその自白を聞いた二名の参審員に、宣誓のうえ、確かにその自白を聞いたか否かを質問する。そこで、然りと⁽⁹⁾の答えがあったとき、この否認は有効なものとはされないものである(九一条⁽⁹⁾)。まさしく、公共の利益への強い志向が、自白は真実発見に大いに寄与しうるものであるという信念と結びつき、この三ヶ条のうちに現れている、とみることができる。

右の諸条から、カロリナにおいては、正義の理念に指導され、真実を志向する手続の構成が図られているとともに、公共の利益の観点からする峻厳な犯罪追及の意志が表明されている、と理解することができる。カロリナの運用にあって、その犯罪追及の意志は、自白の獲得を目指し、拷問の濫用という形となって現れ、また自白のうちに体现され

た真実が絶対化されたのである。このように、カロリナにおいては正義と公共の利益が調和的に把握されていたが、そこにおけるいわば即自的な正義観のオブティミズムは、やがて普通法の進展過程で再び恣意の横行を許容することとなる。

- (1) Glaser: a. a. O., S. 89/90.; ders.: Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess, 1883, S. 5/6.; Schoetensack: a. a. O., S. 43/44.; Zwengel: a. a. O., S. 40.
 - (2) このような濫用は、とりわけ十七世紀の魔女裁判 (Hexenprozess) において顕著なものとなった。Vgl. Schmidt, E.: Geschichte, S. 209/211.
 - (3) v. Hippel: Der deutsche Strafprozess, 1941, S. 36/37.; Radbruch: Carolina, S. 17/18.; 不破武夫「間接事実と間接証拠——所謂情況証拠に関する二「三」の考察——」(『刑事法上の諸問題』昭和二五年、所収) 七一—八頁。
 - (4) これは「代言人 (Fürsprecher)」が原則として参審員の中から選ばれる(「八八条」ということ)によって端的に示されている。そして、代言人は「宣誓に従って、正義と真実、さらに朕の命令の定むるところを選挙すべく、また知りて、かつ意思をもってことさらに妨害し、あるいは歪曲することあるべからず。かくは、裁判官によりて彼らに、彼らの義務として、〔あらためて〕命ぜらるべし。」と規定されている。
 - (5) Schmidt, E.: Geschichte, S. 194.; v. Wachter: a. a. O., S. 118/119.; 鴨「公平な裁判所」(刑事訴訟法講座、第一巻、昭和三八年) 四一—四三頁。
- 糺問訴訟における職権的な手続遂行は、まさしくこの権力集中機構に即して進められたのである。
- (9) v. Hippel: Strafrecht, S. 209.; Glaser: Handbuch, S. 84/85.

なお、秘密的・書面的な審理は、前述の訴訟記録送付による鑑定依頼の制度によって助長されていたのである。

(7) イタリアでは、さきの自白が *semiplena probatio* (半証明) として再度の拷問を正当化する、と考えられていた。ただし、錯誤による自白は有効に取消することができた。Schoetensack: a. a. O., S. 67/68.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 168.

(8) カロリナにおいても、最終開廷日はなお維持され(七八条以下)、その手続は古来の慣習に従って進められる。しかし、もはやそれは何らの実質なき儀式的な飾り物となっていたのであり、実質的な判決内容は予備手続の段階ですでに形成されているのである(なお、規定上も、最終開廷日に先立って判決内容の評議が行なわれることとされている(八一条))。職権的機関による実体的真実追求の活動こそ、糾問訴訟の本体であった。カロリナはイタリア法学にその範を求め、まさしくこの予備手続を、とりわけ法的形式による制約をもって真の法的手続にまで高めた、と云うことができる。Schmidt, E.: *Geschichte*, S. 77/79, 99/102, 130.; Schmidt, G.: a. a. O., S. 246/247.; Herrmann: a. a. O., S. 29.

(9) 規定上は、「裁判官は彼に關して、常に、法に精通せる人びとのもとに……訴訟記録送付による鑑定を求むべし。」となっている。他方、バンベルゲンシス一〇七条およびカロリナ第一ないし第三章案九三条においては、「その被告人の否認は有効ならず。」と規定されている。実務の取扱いは、恥知らずにも否認する犯罪者にとってのみ好都合な規定を無視し、バンベルゲンシスの考え方に従っていたのである。

なお、「かかる二名の参審員は、この場合には証人としてあらずして、裁判官とともに行為するが故に、かのこのために、法廷よりも判決よりも排せらるべからず。」と付言されている。この問題は、当時大いに争われていたものであった。(バンベルゲンシスは、この点でもカロリナと異なり、「かくて証言をなせる当該二名の参審員は、それ以上に判決のために質せらるべからず。」と規定していた。) Schoetensack: a. a. O., S. 90/91.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 66, 84/85.;

Güterbock: a. a. O., S. 162/163.

(10) 前述一九六頁参照。

むすびにかえて

すでにみたように、カロリナは高い歴史的価値を具有する反面、深い欠陥を内に蔵していた。まさしくその欠陥が、一六世紀後半以降、ドイツ刑事普通法 (*gemeines deutsches Strafrecht*) の進展とともに現実のものとなっていたのである。カロリナを刑事司法の歴史においていかに位置づけ、評価すべきかは極めて困難な問題であり、これに適格に答えるためには、当時の政治的並びに文化的諸状況との関連で入念に考察することが必要とされる。その点、本稿は未だ不十分なものであり、今後の研究に当っては特に留意しなくてはならない、と思っている。

さて、カロリナに胚胎していた欠陥は、普通法の進展につれ、さまざまな形の弊害となって現れてきた。自白強要のために拷問が濫用されていたことは前述のとおりであるが、その後、たとえ被疑者が拷問に耐えて自白をしなかったとしても、なお強い嫌疑の残る場合には「嫌疑罰」(*Verdachtsstrafe*) が科されるようになった。また、右に至らない場合にも、被疑者は訴追手続から一時的に解放される——「仮放免」(*Instanzenbindung*)——だけであり、新たな嫌疑に基づいていつでも手続を再開できたのである。さらには、事実を探知し、真実を明らかにしようという根本的な理念が見失われてしまった。元来、拷問によって自白が得られた場合、「責なき者にしては言うも知るもえざるごとき情況」が述べられ、しかも「精魂を尽くしたる調査と検証」によってその真実なることが確認されて、

はじめて当該自白は「確たる様に信ぜらるべし」と要請されていた（六〇条）。しかし、犯罪追及に急なあまり、この要請は次第に輕視されるようになり、ついには拷問することの目的が掘げられ、事実の探知を超え、単に責任そのものの告白を強要するために拷問を加えるという傾向すら生じてきた。⁽¹⁾このように、拷問によって自白を強要するといふ大きな流れとともに、元来は消極的な意味——自白（あるいは二名による証言）がない限り、有罪の認定は許されない——において打ち立てられたはずの法定証拠主義が、積極的な理論——自白が得られれば、必ず有罪の認定をしないでならない——に転化していったのである。⁽²⁾まことに、カロリナがイタリヤ法学に範を求めてさまざまな配慮をなしたこと、とりわけ一方で形式的証拠法がもはや維持しえなくなり、そして他方で参審員が恣意的な判断をする傾向が強かったという二つの観点から、法定証拠主義を採用したことは、当時としては極めて当を得た措置であった。⁽³⁾そして、この法制は爾後の実務において発展的に運用されていくべきものであったが、現実には逆戻りの方向へ動いていったのである。⁽⁴⁾これすなわち、その初めには有罪の認定から恣意を排除するという意識において改革的であった原理が、今や正反対のものへと変容するに至った、ということができる。このような状況にあって、裁判官が絶対主義国家の警察目的の代弁者として大きな裁量権をふるうようになり、他方被疑者は物言わぬ裁判の客体にすぎなくなったのである。かくて、国家権力はたやすくその制約を踏み越えるのであり、まさしく歴史は繰り返され、ここに再び真実と正義が危胎に瀕することとなった。⁽⁵⁾まことに、カロリナは、自らのうちに胚胎していた深い欠陥の故に、一たび築いた近代的刑事司法の礎を、自らの手で土に埋もれさせてしまったのである。この貴重な経験が無にしてはならない。カロリナの悲劇を二度と繰り返してはならない。——このような反省が、一八世紀後半以降、啓蒙期における

刑事司法の改革を導いていくのであった。

右のような刑事司法の展開は、公共の利益の観点が強調され、その目的志向に基づき、カロリナの明文からの離反、とりわけ法定証拠主義によって加えられた拘束を回避しようとする動きとして理解される。その意味するところは、嫌疑罰が「特別刑」(poena extraordinaria)として科されたという事情からも読みとることができる。つまり、有罪の認定は自白あるいは二名による証言に基づくほかは許されていないため、徴憑のみに基づいて有罪の認定をなし、刑罰を科することは、正規にはなしえない。とはいえ、強い嫌疑のある者を無罪放免することには、もはや耐えられない。かくて、正規の刑罰よりは軽い刑罰を科するという策が講じられたのであった。と同時に、実は、法定証拠主義への根本的な疑問が投げかけられていたのである。自白が証拠の女王といわれ、それとは対照的に間接証拠が独自の意義づけを与えられていないということが、ここで疑問とされている。すなわち、証拠の評価は、一定の抽象的法則に枠づけられてなされるべきではなく、個々の要証事実との関連において具体的に行なわれるべきものであり、従ってこの具体性から遊離した外的な要因による証拠方法の類型化およびそのランクづけには本来親しむものではない。また他面、法定の証明要件を充足したとはいえ、その一事をもっては有罪とするに必ずしも十分ではない、と考えられるようになった。かくて、消極的な証拠理論に目が向けられるに及び、このような視点からは間接証拠についての適切な理解が必要とされることとなり、ここに合理的な証拠理論の芽生えがみられ、後代の自由心証主義へと発展していく、と考えることができる。この発展を決定的ならしめたのが、啓蒙期における拷問の廃止であった。それとともに、裁判機関の構成面に関し、糾問手続の権力集中機構に対する根本的な反省がなされたのである。⁽⁶⁾

以上のような経緯を、今後、比較法的な検討を加えつつ解明し、そこに理解される思想的発展が近代の法制に對していかなる寄与をなしたか、について考察を進めたい、と思っている。

(1) Schmidt, E.: Geschichte, S. 177/178.; v. Hippel: Strafrecht, S. 229/230.; Westhoff: a. a. O., S. 89.

なお、嫌疑罰は三回の拷問を重ねても自白が得られない場合に科され、また仮放免は徴憑が拷問の要件たるに足りない場合、被告人を宣誓させて言い渡されたのである。

(2) Westhoff: a. a. O., S. 115.

(3) 前述二三四頁参照。

(4) Westhoff: a. a. O., S. 88.; v. Wächter: a. a. O., S. 64/65.

(5) Schmidt, E.: Geschichte, S. 194, 207/209.; Glaser: Handbuch, S. 89.; Henkel, Heinrich: Strafverfahrensrecht, 2. Auf., 1968, S. 45.

(6) Glaser: Lehre vom Beweis, S. 6/16.; Westhoff: a. a. O., S. 115/116.; 内田一郎「ドイツ刑事における自由心証主義の成立」(『斉藤金作先生還暦祝賀記念論文集』昭和三八年、所収)二七四—二七七頁。鴨・公平な裁判所、三七—三八頁。

カロリナおよびペンペンゲンシスのテキストとゾエプフ、Heinrich: Feinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl's V. nebst der Bamberger und der Brandenburger Halsgerichtsordnung, 2. (synoptische) Ausgabe, 1876. を用いた。また、堀教授の邦訳(神戸法学雑誌一八巻二号、一九巻一・二号、二二巻一・二、三・四号、二二巻一、二、三・四号、二二巻一、二、三・四号、昭和四三—四七年)を参照させていた。

なお、初期新高独語の解説につき、東京大学の浜川祥枝先生からご教示を賜りましたこと、ここに深く感謝いたします。

(昭和五〇年三月四日 受理)