

中近世ドイツにおける証拠法の変遷について

——カロリーナ刑事法典における法定証拠主義を中心として——

藤 本 幸 二

一 はじめに

一五三二年神聖ローマ帝国において帝国初の統一的刑事法典として制定された、「カール五世の刑事裁判令 *Peinlich Gerichtsordnung der Kaiser Karls V.*」⁽¹⁾の名は、その通称たる「カロリーナ刑事法典 *Constitutio Criminalis Carolina*」あるいは略称としてのカロリーナという名称のもとに、現在日本で出版されている刑事訴訟法の教科書のほとんどにそれらの呼び名が記載されるほどの重要性を認められている。通称に付せられた *Constitutio Criminalis* をどのように訳すかについては議論のあるところだが、この法典が当時の歴史的状況を反映して、現代的な意味での刑法的分野と刑事訴訟法・

手続法的分野に関わる法をとともに収録したものであることを考慮するならば、「刑法典」ではなく「刑事法典」という訳を与えることが適切であると思われる。

前述した通り、カロリーナ刑事法典の知名度は日本においても例外的といえるほどに高いものではあるが、しかし、たとえばこの近世初期に制定された刑事法典の刑事手続法的な部分を題目として行われた研究を探してみれば、鳴良弼の「自由心証主義の歴史的背景」⁽²⁾、あるいは米山耕二のカロリーナについての一連の業績⁽³⁾などが見受けられるとはいえ、その少なさは驚くほどである。この論文は、そうした日本における刑事手続法研究史のいわば間隙部分を埋め、評価があいまいなものとされているカロリーナ刑事法典の刑事手続法史上の位置付け

を明確化することを目的とするものである。

従来の日本におけるカロリーナ刑事法典観は、刑事手続法領域に関しては大別して二つの種類に分けられる。

まず、カロリーナ刑事法典を法定証拠主義の象徴とみなし、法定証拠主義批判の流れの中でいわば否定的な評価を与える見解がある。

法定証拠主義とは、前もって法律の中で有罪判決がなされる上で必要とされる証拠を内容・形式ともに規定しておき、実際の個別具体的事件に際して得られた証拠がその要件を満たしているか否かで判決を定めるというものである。有罪判決を下す上で法に決められた要件の充足のみが必要とされる法定証拠主義は、現在の証拠法における大原則として確立されている自由心証主義の発展を重視する考え方に立てば、個別具体的事件それぞれに付帯する状況を勘案することを捨てざるものであって合理的な証拠評価が行なわれることがないという理由で批判されるべきものとなる。

こうした考え方は、現在通説となっているカロリーナ刑事法典観のもう一つの流れ、つまりこの刑事法典を「近代刑法のあけぼの」とあるととらえ、その意義を積

極的に解釈しようという見解においても実はさほど修正されるわけではない。鴨論文においても、カロリーナ刑事法典は「近代刑訴の証拠法への発展の大きな橋渡的な役割を演じた」とされており、被告人の権利保障がある程度考慮され始めているなどといったポイントを挙げ、法定証拠主義の枠内にとどまりながら近代自由心証主義への歩みをカロリーナが示していると説明されているが、これを言い換えるならば、カロリーナ刑事法典は、法的にはまだ「発展途上」の段階にある法定証拠主義を原則としながらも、次なる発展段階たる自由心証主義への萌芽を含んでいるということになる。

確かに、後に述べるとおりカロリーナ刑事法典に規定されている証拠法は疑いもなく法定証拠主義を具現化したものであるという一面は決して否めるものではなく、その意味から言えばこれらの見解にも説得力を認めざるを得ないだろう。しかし、こうした二つの見解いずれに関しても共通しているのは、日本においてはカロリーナ刑事法典を、特に法定証拠主義あるいは自由心証主義との関係を中心として論じた研究がほとんど存在しないという事実である。そもそも証拠法史それ自体があくまで

も刑事訴訟法史という大きな枠組みの中の一部として触れられるに過ぎず、カロリーナに關しても包括的な歴史的研究はいくつか存在するものの、⁽⁶⁾ 証拠法史の中での位置付けという意味での分析は数限られているのが現状である。

その中で、カロリーナ刑事法典をはじめとする近世初期にいたるまでの証拠法史を詳細に分析した著作として挙げられるのが、庭山英雄の『自由心証主義—その歴史と理論』⁽⁷⁾である。特にその第七章「近代の自由心証主義の成立」は、神判の時代から自由心証主義の実質的成立に至るまでの歴史を網羅的に叙述したものであり、実定法学の見地からの証拠法史研究の代表例である。以後は、この庭山論文の記述を参照しながら、カロリーナ刑事法典にいたる証拠法の変遷を概観した上で、カロリーナ刑事法典の刑事手続法史上の位置付けを明確化するという当論文の目的に従い、カロリーナに対する評価を決する重要な判断基準となる法定証拠主義のあり方、および証拠法規定の詳細について分析していきたいと思う。したがって、当論文において用いる「中近世ドイツ」という語の時間的・空間的定義は、カロリーナ刑事法典が制定

された一六世紀初頭の神聖ローマ帝国に他ならないことは言うまでもない。

二 私的救済・共同体司法の時代

証拠法史に關して述べる上で、まず第一に触れておかねばならないのはフェーデと神判に代表される私的救済・共同体司法の時代の証拠法思想をどのように捉えるべきかという問題であろう。一二世紀ごろまでの西ヨーロッパ地域に共通して見られたこうした事象に対し、庭山論文はその宗教性をメルクマールとしてさらに二つの時代に分割して分析を加えている。⁽⁸⁾ それによると、前半の時代、これは古ゲルマンの時代と重なりとされているが、この時代の証拠法の中心におかれていたのは被告人自身による雪冤宣誓 *Reinigungseid* であり、しかも重要視されていたのは宣誓を行なう上での形式性がどの程度守られるかという点であり、宣誓の実質的内容が他者によって判断されるということとはなかった。また、宣誓補助者 *Eidhelfer* と呼ばれる人々が、時には証人 *Zeuge* として被告人本人とは別に宣誓を行なうことがあったが、その内容は事実そのものに関するのではなく、被告人

の宣誓の信憑性、さらに言えば被告人の性格を保証するものがほとんどであった。この時代においては、神判 Gottesurteil や決闘 Kampf とった証明手段⁽⁹⁾もあくまでも二義的なものに過ぎなかった。

これに対して、フランク時代に入ると宣誓は形式的というよりは宗教的なものになったとされる。ただ、だからといって宣誓の性格が変化したわけではなく、それは第一には被告人の雪冤宣誓であり、あるいは宣誓補助者による性格証言であり続いていた。重要なことは神の存在がより表面に押出されるようになり、神の庇護の度合により判決を決定する決闘や神判といった制度がより一般的に用いられるようになったことである⁽¹⁰⁾。

以上のような庭山論文の考え方に對し、中世の証拠法制度に関する法制史的な分析を行なううえで、この時代の刑事事件の解決方式としては、まずは私人間における自力救済、すなわちフェーデ Fehde あるいは復讐というシステムの存在が前提として考えられており、選択肢として契約により裁判というかたちにそれを持ち込むことができたという事実を考慮せねばならない。言ってみれば宣誓や神判、決闘と言った共同体司法もしくは宗

教的司法はあくまでも紛争解決のための補助的手段に過ぎなかったのである。

こうした制度が成り立つためには、いくつかの社会的条件が必要とされることは言うまでもないが、そのうち特にこの時代を特色付ける指標として考えられるべきものは、宗教あるいは神性への絶対的信頼と、そして均質的なコミュニティの存在であろう。私的救済すなわち復讐 Vengeance が紛争解決手段として成立するためには、被害者と加害者双方の地位や身分といった権力や実質的な戦闘能力がほぼ均等なものでなければならぬ。後に見るようにこのバランスが崩れたときにはフェーデの理論は単なる虐殺・破壊を根拠付ける悪しき理論に墮することは避けられない。また、被告人本人の雪冤宣誓が受け入れられるためには偽誓とそれに対して加えられる天罰というものに関する共通の確信と畏怖の念が存在していなければならないだろう。「誓うこと」そのものの神聖性および均質の共同体の中での密接な生活的関係といった要素が満たされることが必要不可欠なのである。この時代の私的救済と共同体司法を中心とする刑事手続システムはこうした社会的条件を背景に成立しているわ

けであり、そのため、仮に被害者と加害者間に裁判契約が結ばれたとするならば、裁判は原則的に共同体構成員全員の参加により開かれることとなる。

このようにして行なわれる裁判の原則的手続は、原告人・被告人の弁論がなされた後に判決発見人(Jurist)のfinderと呼ばれる人物から判決提案がなされ、それに出席者が賛同するならば判決は確定するというものであり、宣誓をはじめとする証明手続は提案された判決に対する非難がなされた際にはじめて用いられ、意味を有することとなる。⁽¹¹⁾ ピーター・ブラウンはこうした手続形式を、「共同体コンセンサスを重視する裁判手続」であると定義し、この時代の裁判の第一目標は実体的真実の発見でもなければ犯罪者の処罰でもなく、何よりも共同体におけるコンセンサスを得ることにあったと主張している。⁽¹²⁾ それゆえ、共同体全員の出席が原則とされる裁判において提案された判決に出席者が賛同することにより判決が確定されるというわけである。ピーター・ブラウンのこうした主張は、判決非難がなされた後の証明手続に関しても同様に繰り広げられている。すなわち、宣誓および宣誓補助がなされた場合には、共同体に共通する

神性への絶対的信頼からその信憑性に対して共同体的コンセンサスが得られることは容易であると考えられ、あるいは宣誓が、例えば宣誓者の身分の低さといった問題ゆえに要件が満たされなかった場合に行なわれていたとされる神判あるいは決闘についても、同様のことが言えるとするのである。いずれにせよ、この時代の証明手続が求めていたのは紛争事実そのものの真実性の証明ではなく、原告の訴えあるいは被告の宣誓の確からしさそれぞれについて、どのように共同体のコンセンサスを得るかという問題であり、庭山論文が古代ゲルマン時代について述べている形式性の充足という要件もあるいはこの考え方の中に含みこんで考えられるべきなのかも知れない。⁽¹³⁾

三 法定証拠主義の時代へ

このように確立されていた私的救済・共同体司法のシステムも、それを支えていたいくつかの社会的・歴史的条件が崩れるに従い、その有効性には疑念が抱かれるようになり、新たな司法システムが必要とされるようになった。ここで証拠法は一つの大きな変革の時期を迎えた、

とも言うことができよう。

社会的条件を崩した要因としては、まず何よりも「ラントにとって有害な者(Landschädliche Mann)」と呼ばれる職業的犯罪集団が歴史に登場したことが挙げられる。⁽¹³⁾この時代、没落した騎士階級および騎士を気取る成り上がり者からなる盗賊騎士Raubritterと呼ばれる集団をはじめ、街道端には職にあぶれた傭兵や故郷を追放された人々などからなるいわばアウト・ロー集団が群れをなし、時には通行する隊商を遅い、時には都市そのものに略奪を加えるなどといった反社会的行為を繰り返していた。これに対して都市部や農村では身分の階層化が着々と進行し、市民や農民はフエーデなどの自力救済を行なう戦闘能力を失いつつあった。共同体司法のシテムが大前提としていた均質的なコミュニティの存在が崩れつつあったわけである。

庭山論文においては、当時の証拠法、ひいては刑事手続の変革は治安維持の強い要請のもとで行なわれ、それに基づいて国家権力が強化され職権主義的な刑事手続が興隆し始めた⁽¹⁴⁾とされている。この見解自体は当時の社会的状況を過不足なく捉えたものであると評価できるが、

ここで見逃してはならない点がある。それは当時の神聖ローマ帝国がおかれた国制史的状况、すなわちラントや都市国家に代表される国家内国家が勃興する一方で帝国それ自体の権力基盤が揺るぎはじめていたという歴史的事実である。例を挙げるならば選帝候による皇帝選舉制が基礎づけられた金印勅書の制定が一三五六年である。これはあくまでも一つのきっかけに過ぎないが、これに前後する時代を通じて帝国は等族国家となっていたと考えることはできよう。そして、一方では皇帝の家臣としての身分でありながら自らの領土においては国家領主としての地位に就くこととなった帝国等族たちは、領主としての権力強化にそれまで以上の意識をもって当たっていくこととなる。そして彼らが国家権力の拡大の象徴として理解しその発展・拡充に力を注いだのが治安維持の実現、ひいては新たな刑事司法システムの確立であった。こうして刑事手続は、国家化・公化への流れを辿ることとなった。そしてそこで求められるべき司法原理はもはや前時代の共同体コンセンサスの獲得を目指すものではあり得ず、新たな原理の模索がここで開始されたのである。

さて、このようにして開始されることになった刑事手続の公化は、二つの発展段階を経て実現されることとなった。二つの段階とはすなわち、私的刑事法に代わる公的な紛争解決手段とにかく提供するいわば形式性に関わる発展段階と、そこで実現された公的司法に対する信頼性を確立する実質性に関わる発展段階である。内容はともあれ、とにかく紛争解決を公的な場にて解決することを目的とした前者に属するものとしては、中世以来のフューデの代替としての裁判を利用する裁判契約やあるいはまさに公的空間における私的刑事法の実現というべき決闘裁判 *Kampfklage* の実施、あるいはフューデの制限と裁判契約義務化を全面に打ち立てたラント平和運動 *Landfriedensbewegung* などが挙げられるだろう。この流れの中で、一三世紀から一六世紀に至るまで各ラント領主および都市行政体は様々な形式を有した司法制度を模索することとなる。エーベルハルト・シュミットが挙げている代表的なものとしては、現在の親告罪のイメージに近い、私的訴訟によって訴訟が開始され、裁判のイニシアティブを原告人が握る親告訴訟 *Aktenverfahren* と呼ばれる制度や、あるいはさらに公化が進み、

行政官庁それ自体が一般の風評・嫌疑に基づき容疑者を勾留し訴訟を行なう風評訴訟 *Leumundsverfahren* と呼ばれる制度、あるいは裁判所それ自体が容疑者の公訴から判決決定までを職権により行なうドイツ的糾問手続 *Deutschen Inquisitionsverfahren* とよばれる制度などがある。こうした流れはやがて、庭山論文にも指摘されている通りローマ・カノン法的な糾問訴訟 *Inquisitionsprozesse* の継受へとつながっていくこととなる。⁽¹⁷⁾

一方で、公的司法に対して信頼性を確立するという命題に関しては、その発展はより血なまぐさい道を経由することになる。前述した通りの無秩序状態・治安の極度の悪化といった社会的条件の中では、信頼性の確立という合目的性は当初、治安維持の優先や無形式な裁判制度、あるいは証拠探求や証言聴取における苛酷さの増大といった新たな社会的問題を招くことへとつながっていった。証拠法を例としてとって見るならば、一二一五年のラテラーノ公会議により神判・決闘裁判に対する聖職者の参与が名目上は禁止されたことをきっかけに、時代を下るに連れて証拠法はその目的を、「当時実体的であると信じられていた真実」を証明することへと転じていった。

それでは「当時実体的であると信じられていた真実」とは果たして何だったか。それを如実にあらわすのが、有名な *Confessio est regina probationum*——自白は証拠の女王であるという言葉である。犯罪が行われた事実について最も詳しく知っているのは犯人自身に他ならない。それゆえに容疑者から得られた自白は最高度の明証性を有するものであり、真実を物語るものである、というのが当時の、そしてこれ以降長きにわたって証拠法を貫く大原則となった自白偏重主義の考え方であった。そして自白聴取のための手段として考案されたのが拷問であったのである。

思うに、そもそもこの時代に至るまでの社会は当然のことながら暴力性や苛烈さを内包して存在していた。それゆえ、ここにおいてたとえ司法制度の中に苛烈さが表面化してきたとしても、それは徒に暴力性が拡大したためではおそらくない。それを包みこんできた均質的コミュニティの存在が崩壊し、暴力性が急激に領主権力という一点に収斂していったこと、それがこの時代の司法制度を血なまぐさいものとしてしまった大きな要因であると思われる。

しかし、こうした急激な変革には当然のことながらそれを和らげようとする動きが付随する。この時代の証拠法変革に関して言えば、さしずめ恩寵による裁判 *Richen nach Gnade* と呼ばれる司法制度がそれにあたるだろう。⁽¹⁸⁾「慈悲による裁判」と訳されることもあるこの制度は、苛酷さがあまりに前面に出すぎてしまった当時の裁判制度に対する反省から、裁判官の裁量の余地を広げ、苛酷さを和らげようとする試みであった。

しかし、この恩寵による裁判はその命脈を保ち得ることができなかった。その理由は、慈悲もしくは恩寵を与えるべき裁判官の人間性や判断基準に格差がありすぎたことにあった。許された裁量はややもすると恣意へと転化し、司法の權威を傷つける結果となった。カロリーナ刑事法典がその第二二八条で強い口調で非難を加えている司法制度の濫用の背景にはこの恩寵による裁判の存在があったと考えることもできる。

このようにまさに種々雑多な司法制度が試みられ、帝国全体が恣意と合目的性優先の苛酷な刑事手続に覆われつつあった一方で、宗教犯罪と異端審問をその管轄領域とする教会法においては糾問手続と呼ばれる独自の裁判

制度が発展していた。ドイツ固有法の流れの中でつくられた前述のドイツ的糾問訴訟と区別する目的でローマIIカノン法的糾問手続と呼ばれるこの制度は、何よりもその証拠法理論にその進歩性を示していた。ローマIIカノン法における証拠法理論は当初、有罪判決を下す上では二人の証人の一致した証言が必要とされるというものであったが、証拠としての自由を重要視する立場が次第に取り入れられ、インノケンティウス三世の時代すなわち一二世紀までには、被疑者自身の自由か、もしくは二人以上の証人の一致した証言が得られなければ有罪判決を下すことはできないというシステムに変容していた。⁽²⁰⁾ 法定証拠主義がまさにここで大原則となったわけである。もちろんここでの自由とは拷問によるそれをも含みこんだものであったが、しかしこの制度下では裁判官の恣意や裁量が判決に関与する余地はない。さらに言えば、ここには旧来の共同体的コンセンサス獲得を目的とする司法原理はその名残すらなく、それに代わって裁判権力によって予め規定された要件が満たされることが判決の前提条件となる新たな原理が登場していると考えられることができる。いわば、個別具体的事件それぞれに対して新たな

な秩序を「発見」しそれにコンセンサスを得ることを第一目標としていた制度から、予め抽象性・一般性の高い秩序すなわち法規範を規定しておきそれを個別具体的事件に当てはめてその維持をはかるというシステムへの変革がここでは意識されているのである。

このような変革を遂げたローマIIカノン法的証拠法システムはそれほど間をおかずにドイツ法の領域に継受されることとなった。庭山論文にもある通り、⁽²¹⁾ 継受の目的は合目的性に偏り過ぎていた当時の固有法的刑事手続に対しそのバランスを正すことにあったと考えられる。証拠法の分野でいうならば、そうした目的意識下でのローマIIカノン法の継受を初めて明確なかたちで現したのは一四九八年に宗教都市ヴォルムスでなされた「ヴォルムスの改革法典 Worsser Reformation」と呼ばれる制度改革新であった。この中にはローマIIカノン法的糾問手続の証拠法システム、すなわち法定証拠主義が採用されることがはっきりと謳われているほか、拷問に対して課せられる制限や、あるいは主要事実と補助的事実の区分など、後にカロリーナ刑事法典に取り入れられる考え方の多くが実現されている。⁽²²⁾ カロリーナ前夜とも言うべきこ

の時代に、刑事手続法に関わる問題意識がどこに向けられていたかを、このヴォルムスの改革法典ははっきりと教えてくれているのである。そしてそれらの問題意識に対する回答を示したのが、一五〇七年にバンベルグ司教区において当時の宮廷長官であったヨーハン・シュヴァルツェンベルグ Johann von Schwarzenberg (一四六三—一五二八) によってつくられたバンベルク刑事裁判令 Bamberger Halsgerichtsordnung—いわゆるバンベルゲンシス Bambergensis であり、そして二五年後、一五三二年にそのバンベルゲンシスをもとに制定されたカロリーナ刑事法典なのである。

四 カロリーナ刑事法典

庭山論文はカロリーナ刑事法典が証拠法史に対して有する意義を、主に以下の二点に見出している。一つは自白の評価の問題に関して、自白がなされたとしても裁判官がその信頼性に確信をもてなければ有罪判決を行なう必要はなかったという点、そしてもう一点はそれに関連し、裁判官の経験に裏打ちされた価値判断能力に多大な期待を寄せていたという点である。⁽²³⁾しかし、視点を変え

て見るならば、近世にいたる証拠法の歴史の中で、この刑事法典にまた別の位置づけを与えることができるように思われるのである。

そもそも、カロリーナ刑事法典がつけられるに至った目的は何処にあったのだろう。シュヴァルツェンベルグをはじめとする立法者においては次の二点が意識されていたと考えられる。それは、第一にローマ・カノン法的糾問手続を導入することによって刑事手続の公化の流れをさらに深めることであり、第二には、ここが重要なのであるが、裁判における恣意を排除することによりそこで得られる判決に信頼性を獲得することであった。これはとりもなおさず、前述した予め抽象性・一般性の高い秩序すなわち法を規定しておきそれを個別具体的事件に当てはめて秩序の維持をはかるというシステムへの変革を意味しており、必然的に法定証拠主義の理論的強化へとつながっていったのである。裁判官の経験に裏打ちされた価値判断能力を利用するという思想は、少なくとも立法者の意図には含まれていなかったように思える。

以下に、カロリーナの具体的な条文規定をみながらこれを立証していきたいと思う。まず、第一の点である刑

事手續の公化という点に関して、カロリーナはまず第六条において「司直による、職権をもってする勾留」、すなわち公的機関による訴訟開始の要件について定めている。⁽²⁴⁾これに対して親告訴的な、私訴を端緒とする訴訟開始に関しては第一一条において規定されている。⁽²⁵⁾カロリーナにおける訴訟開始要件にはこのように二種類が定められており、これだけを見るならば刑事手續の公化がカロリーナの目的の一つであったということはいくかがい知ることとはできない。しかし、手續が次の段階以降に移ると、たとえ訴訟開始が原告人の私訴によるものであったとしても、もはや原告人が訴訟において果たす役割は極めて限定的なものとなってしまふ。取り調べはまず被告人の自白聴取を目的として行なわれ、任意の自白がなされなかった場合には拷問がなされる。拷問による自白の聴取も失敗に終わった場合に原告人ははじめて積極的な裁判関与、すなわち証人による立証を試みることができるのである。

あるいは、たとえば被告人が殺人の場合の正当防衛などを立証するための証人を立てた場合、原告人もまた証人による対抗証明を行なうこともまた認められている。⁽²⁶⁾

しかし、原告人が積極的に裁判に関わるのは私訴の場合ですらこの程度である。カロリーナは、そのほかのほとんどの手續を公的機関および裁判所に委ねるところまで刑事手續公化を進めているのである。

それでは、カロリーナが目指したもう一つの目標、法定証拠主義の理論化についてはどうだろうか。

カロリーナはその第一八条から四四条において「徴表 Anzeigung」というものに対する規定を置いている。徴表とは果たして何か。ここで思い起こされるのが前述

のヴォルムスの改革法典における証拠法理論、すなわち主要事実と補助的事実の区分という考え方である。ヴォルムスの改革法典では、犯罪に関わる事実を、それ自体が証明されれば直ちに有罪判決を導くことが可能な事実すなわち主要事実と、それ自体が証明されただけでは有罪判決の根拠にはなり得ないがただし一定の疑わしさが立証されたこととなるため被疑者に対する拷問を正当化する根拠とはなり得る補助的事実とが区分されていた。カロリーナもこの考え方を受け継ぎ、補助的事実に関して統一的に「徴表」という呼称を与えているのである。⁽²⁷⁾第一九条から第二二条においてそれは規定されている。

具体的にいうならば、Aに対してBを殺したという殺人の嫌疑がかけられているとき、AがBを殺したというそのものの事実が主要事実となり、例えば第三条によれば、Bが死んだ時間の前後に血のついた衣服をAが着ていたという事実が徴表となるわけである⁽²⁸⁾。また、第二五条から第二七条によれば徴表にはさらに徴表断片と呼ばれる、単独で立証されただけでは拷問を正当化するには足りず、複数の徴表断片が立証されることによりはじめて拷問が正当化される、より証明力の小さい要素が認められていた⁽²⁹⁾。

また、主要事実と徴表との関係は次のようにまとめることができる。カロリーナにおいて事実の証明はいずれの場合であっても二人以上の目撃証人の証言が得られることによってなされていた。そのため、例えば先刻の例というならばBが死んだ時間前後にAが血のついた衣服を着ていたところを見たという証言が二人以上の証人から得られることによってAに対する拷問が正当化されるわけである。このように徴表が立証されるためには必ず二人以上の証人が必要とされていたわけであるが、主要事実に関してはまた別の考え方がとられていた。主要事

実に関しては第三〇条でいわゆる半証明と呼ばれるシステムがとられており、本来ならば有罪判決それ自体を基礎づけるはずの主要事実が、ただ一人の証人によってのみ証明されたとき、それは有罪判決には足らないものの充分な嫌疑を裏付けるものであるとして拷問を正当化するに足る、いわば徴表であると考えられていたのである。証拠の形式に関わるカロリーナの規定はかくのごとくデジタルに規定された証拠理論を採用しており、そこでは理論化され確立された法定証拠主義の姿を見ることができる。ここには裁判官の恣意や裁量、確信形成などが入り込む余地は毛頭ないのである。

それでは、証拠の実質的な内容評価に関してはどうか。カロリーナは第二九条から第三二条においてすべての犯罪に当てはまる一般的な徴表を、そして第三三条から第四四条においては個別的な犯罪おのおのに当てはまる徴表を例示している。しかし、第二四条において、徴表をすべて例示することは不可能であるという理由から類推の使用を許可してもいるのである⁽³¹⁾。ここには確かに裁判官の裁量の余地が認められていると言ってよいだろう。ただし、これはあくまでも徴表を言わば拡大方

に解釈する場合に限られた話であり、カロリーナに規定された徴表が立証された場合に裁判官の裁量によってその徴表に基づく拷問を却下することが許されているわけでないことには注意する必要がある。

さて、このようにして徴表が立証された場合、被疑者は拷問にかけられ自白が聴取されることとなる。しかし立法者は拷問の扱いに対してもいくつかの制限を課すことにより、前時代の無制限な拷問使用による無秩序状態の再来を防止する策を講じている。拷問に対する制限、それは例えば第四六条による拷問の脅しによる尋問、第四七条にいう拷問に先立つ被告人自身による無罪証明の機会付与や第四八条から第五三条における尋問項目の制限、第五四条に基づく拷問による自白内容の検証などが挙げられるが、その中でも最もユニークなのは第二〇条と第六一条の後半にいわゆる不正拷問 *unbillige peinliche Frage* に関する規定⁽³⁶⁾であろう。これは、カロリーナの規定に反した拷問が行われた場合には、たとえ被疑者から自白が得られていたとしてもそれを有罪判決の根拠とすることはできないばかりか、拷問を許可した裁判官自身が上級裁判所によって違法な拷問を行なった

という廉で刑罰を科せられるべく裁判に付されるとするものである。これらのことからわかるとおり、拷問の扱いに関しては裁判官の裁量の余地をできるだけ狭めることに主眼がおかれているとも言えるのである。

カロリーナはまた、裁判官の恣意をできるだけ排除するという目的下に、もう一つのユニークな制度を規定している。カロリーナの最終条文である第二一九条にいう訴訟記録送付という制度がそれである⁽³⁷⁾。これは裁判過程において何らかの裁量行使が必要となる場合、あるいは非常に微妙な判断が求められる場合に、学識法学者に対して当該事項に関わる記録を送付し、その助言を得ることを規定した制度である。カロリーナの個々の条文の中にもこの第二一九条を参照するものは多く、例えば第七条において、得られた徴表が拷問を正当化するに足るものか否か判断に迷う場合には訴訟記録送付を行なうことが認められている。カロリーナの全二一九条のうち、この制度に言及がなされているものは実に四二もの条文にのぼる。この制度は、微妙な裁量の範疇に属する裁判事項に対する、法学といういわば“知”のコントロールを規定したものであり、ここにも個々の裁判官が裁量を行

使用することに対する立法者の警戒感が浮き彫りにされているのである。

これらからわかるように、カロリーナ刑事法典は裁判官をいわずに法に拘束し、その恣意・裁量の余地を限定することを最大の目的としていたと考えることができるのである。

五 終わりに

以上、カロリーナ刑事法典における証拠法とそれを取り巻く歴史的状况、あるいは評価について述べてきたが、それでは証拠法史においてカロリーナ刑事法典、あるいはそこで定められた法定証拠主義はどのように評価され、位置付けられるべきなのであろうか。

まずカロリーナ刑事法典の歴史的位置付けに関して、ここでは二つのことが言えよう。一つには、カロリーナ刑事法典においてドイツにおける法定証拠主義が完成を見たということである。もちろん、細部を見れば、庭山論文その他の研究が主張するように、近代的な自由心証主義の萌芽とも言うべき要素が織り込まれていることは確かである。しかし、シュヴァルツェンベルグをはじめ

とする立法者たちが規定した徴表理論と拷問の制限をはじめとする裁判官の恣意排除の姿勢を見るにつけ、ここで目され、そして実現された考え方というのは、決して証拠価値の法的な平等や裁判官の自由な判断形成、合理的な裁量などを認めるという自由心証主義的なものではなく、むしろ裁判官を法律に拘束し、その裁量を奪うことになったと考えるべきであらう。

それでは、なぜこのような措置が必要とされたのか。これを読み解くカギはやはり、刑事手続の公化というキーワードにある。カロリーナの中で立法者たちが目指していたこの刑事手続の公化こそが、この刑事法典に刑事手続法史上揺るぎない地位を与えるに足るレゾン・デートルに他ならない。すでに形式的にはかなりのところまで発展しつつあった公による犯罪訴追という方向性に、さらにその実質的内容の信頼性を高めることによって追い風を与えることこそ、カロリーナの立法者たちが目指した最大の目標であったのではないだろうか。糾問訴訟の導入、親告訴訟原理の排除、補完的制度としての訴訟記録送付などはそうした目的性を端的に示したものであるということができよう。

さらに、公化された刑事手続は、それ以前の私的・共同体的司法システムが採用していた原理、すなわち共同体的コンセンサスの獲得という題目をそのまま引き継いでいくわけにはいかなかった。新しい原理の導入がここでは求められていたのである。そこで新しい裁き手となった領主権力が見出した新しい原則こそ、予め抽象性・一般性の高い秩序すなわち法を規定しておきそれを個別具体的事件に当てはめて秩序の維持をはかるというシステムであったことは前述の通りである。

しかし、このシステムを実際に運用しようとすれば果たしてどうなっただろうか。ここで留意しておかねばならないのは、この時代、未だドイツには固有の法学と呼べる学術体系が存在しなかったという事実である。それゆえ、帝室裁判所や一部の先進的な領邦君主の裁判所などを除けば、下位の裁判所において裁判官あるいは参審員の座についていたのは学問的知識がそれほど期待できない人々に他ならなかった。抽象的法規範を個別具体的事件に当てはまるという高度な知的作業をもし彼らに期待しようとするならば、それは濫用や誤用といったかなりの危険性を孕まざるを得ないものとなっただろう。

カロリーナの立法者たちは賢明にもその危険性を予見していた。そこで彼らがとった手法こそ、法規範の個別具体的事件への当てはめ方そのものを法規で定めてしまうこと、すなわち法定証拠主義であったと考えることができる。微妙な判断、区別が必要とされる場合には補完的な制度として訴訟記録送付による学識法曹の助言を請求させることで対応し、それ以外の場合には法定証拠主義を厳格に適用して立法の目的たる信頼性のある判決決定を可能たらしめ、もって刑事手続の公化をゆるぎないものとして確立させる。これこそがカロリーナの立法者たちがその証拠法規定によって実現しようと目論んだ制度であったのである。

(1) 本論中、カロリーナ刑事法典の条文については、Gustav Radbruch (Hrsg.), *Die Peinlich Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina)*, Philipp Reclam jun. Stuttgart 1967 を底本とし、訳として靖浩「カルル五世刑事裁判令(カロリーナ)」『フランス・ドイツ刑事法史』信山社、一九九二年、一四五頁以下を参考とした。

(2) 例えば、ゲルハルト・ケブラー「ドイツ法史」(田山輝明監訳)成文堂、一九九九年、一九八頁にはConstitu-

to Criminalis Carolina に対して「カロリーナ刑法典」という訳をあててゐる。

(3) 鴨良弼『自由心証主義の歴史的背景』『刑事訴訟法講座』第2巻、一九六四年、九五頁以下参照。

(4) 米山耕二「カロリーナの刑事手続—近代刑事司法の礎」『橋大学研究年報・法学研究』9、一五九頁。なお、同「刑事訴訟における合目的性と正義」『一橋論叢』第七一卷第一号、昭和四十九年一月号、同「カロリーナ刑事法典について」『一橋論叢』第七一卷第四号、昭和四十九年四月号も参照のこと。

(5) 鴨「自由心証主義の歴史」九八頁。

(6) 前述した米山論文の三部作は、いずれも合目的性と正義との調和という観点からカロリーナ刑事法典の歴史的评价を行なうことを目的としたものであり、証拠法史を中心とした刑事手続史の中での同刑事法典の位置付けを明確化するという本論の方向性とは視点を異にしている。

(7) 庭山英雄『自由心証主義—その歴史と理論—』学陽書房、一九七八年、一八〇頁以下。

(8) 同、一八一頁。

(9) 決闘、あるいは決闘裁判を証明手続の中に含めるか否かについては争いがある。Ursula Westhoff, Über die Grundlagen des Strafprozess mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts, Berlin 1955, S. 54. なお、決闘裁判については山内進『決闘裁判』講談社現代新書、二〇〇〇年に詳しい。

(10) 庭山『自由心証主義』一八二頁。

(11) この点については、Ursula Westhoff, a. a. O., S. 52を参照のこと。

(12) Peter Brown, Society and the Holy in Late Antiquity, London 1982, p. 313. なお、山内進「同意は法律」と和解は判決に勝る」『紛争と訴訟の文化史』青木書店、二〇〇〇年、三頁以下を参照のこと。

(13) 庭山『自由心証主義』一八〇頁。

(14) ラントにとって有害な人々についてはH. Hirsch, Die hohe Gerichtsbarkeit, 2. Aufl., 1958などが参考となる。

(15) 庭山『自由心証主義』一八二頁。

(16) これらの訴訟制度に関してはEberhard Schmidt, Strafprozess und Rezeption, in: Die Carolina, Daemstadt 1986, S. 106以下が詳しい。

(17) 庭山『自由心証主義』一八二頁。

(18) Richten nach Gnadeについては、Eb. Schmidt, a. a. O., S. 92頁以下に詳しい。

(19) カロリーナ第二一八条には「……かかる慣習およびこれと同じ慣習につきて、朕は、かかる慣習を廃することしかして、各司直は、朕が、皇帝の権力よりして、それらを廃止し、否認し、除去したる上は、それらは、以後、行使せられ、使用せられ、維持せらるべからず、かつ、以後も導入せらるべからざるを、遵守すべきなることを、欲するものなり」とある。

(20) Westhof, a. a. O., 78.

(21) 庭山『自由心証主義』一八七頁。

(22) ウォルムスの改革法典の内容については John H. Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance*, Chicago 1974, p. 159 以下に詳しく。

(23) 庭山『自由心証主義』一八八—一八九頁。

(24) 「さらに、ある者が、ある非行につきて、一般の風聞、風評により、もしくはその他の信すべき徴表、嫌疑または疑惑によりて、司直により職権をもって勾留せらるるときは……」(カローリーナ第六条)

(25) 「さらに、原告人が、司直または裁判官に、何者かを、峻厳なる刑事裁判を受けしむべく、牢に勾留するを求むるときは……」(同第二条)

(26) 「……しかして、もし行為者が、かく証人立証を申し出ずるによりて免責を求むるときは、原告人がそれに対抗して有効に立証せむと欲することにつきても許容せらるべく……」(同第一五一条)

(27) カローリーナ第一九条には「さらに、朕が以下において、確たる徴表という場合には、朕は、つねに、確たる指標、疑惑、嫌疑を、さらには推定根拠をも考えたものにして、また、これらの語を用うるによりて、他の諸語を用いざらむと欲す」とある。

(28) カローリーナ第三三条にいわく、「密殺に関する被疑者にして被告人たる者が、その密殺が行なわれたる時間に、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るる場合、……それは、拷問を使用すべ

き確たる一徴表として採り上げらるべし。……」

(29) 例として、カローリーナ第二五条の第七には「何者かが、ある非行のために、逃亡中なる場合」が挙げられている。

(30) カローリーナ第二九条には「さらに、ある者が、犯行にさいして、何物かを、喪失し、または、あとに残しもしくは落とし、それがのちに発見せられ、しかも、調査をもって、それが犯人の物たりしことが衡量せられえたるときは、喪失直前にかかる物を保持しおりたる者は拷問せらるべし」と定められている。

(31) 「さらに、非行の疑惑および徴表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、類推をなすべし。そのゆえは、疑惑あり、かつ、嫌疑ある場合および情況を、すべて記述するは不可能なるをもつてなり」(カローリーナ第二四条)

(32) 「……さらには、また、拷問の脅しをもって、その者は、責を帰せられいる非行を自白するや否やを詰問せらるべし。……」(同第四六条)

(33) 「……被告人が、彼に帰せられたる非行を否認するとき、彼は、彼が、負わされたる非行に關して責なきことを示しうるや否やにつきて、彼に詰問がなさるべし。……」(同第四七条)

(34) カローリーナ第四八条「さらに、被拷問者が、自己に帰せられたる非行につきて、前述のごとくに、拷問によりて、自白し、彼の自白が記録せらるるときは、聴証人たちは、彼の自白に關し、彼より、真実の探知に役立つ、実に種々

のことおよび同類のことを、入念に尋問すべし。……」

(35) 「裁判官は……前述の情況に関する自白が真実なりし
や否や、尋ねしむべし。……」(カロリーナ第五四条)

(36) カロリーナ第二〇条「……非行につきての確たる徴表
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、何びとも拷問を受けることあるべからず。

……」同六一条「……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」

(37) 「裁判所は、その刑事訴訟手続、裁判の実行、および
判決にさいし、疑問生ずるときは……つねに、自己の、訴
訟記録送付による鑑定を求むべき責あり」(同第二一九条)

〔二〇〇〇年七月三十一日 受理〕
〔二〇〇〇年十月十一日 受理〕

(一橋大学大学院博士課程)