

刑事訴訟における合目的性と正義

——ドイツにおける糺問訴訟の進展に即して——

米 山 耕 二

- 第一章 序説——事実認定手続を適切に理解するために
- 第二章 公的犯罪・刑罰観の成立
- 第三章 犯罪訴追手続に対する職権の介入
- 第四章 公的・社会的な課題としての刑事司法
- 第五章 糺問訴訟への発展
- 第六章 中世末における刑事司法の悪弊
- 第七章 正義の理念への志向
むすびにかえて

第一章 序説——事実認定手続を適切に理解するために

一 刑事訴訟の目的は、刑事実体法の適用・実現、つまり犯罪を犯した者を処罰し、犯罪を犯していない者は

処罰しない、ということである。この限りでは、刑事訴訟の目的は自明のことと思われる。しかし、その前提として、一定の犯罪事象につき、その事実関係を明らかにするということが必要とされるのであり、ここに刑事訴訟の最も重要な課題が見いだされるとともに、極めて困難な問題が生じてくるのである。即ち、いかなる方法で真実を発見し、確認しようとするのか——その手続の構造及び判断形成の要因——という問題である。

現行法においては、第一条で「……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、事案の真相を明らかにし……」と、その基本理念が宣明され、以下詳細な規定が置かれている。事実認定手続の概要は、次

のように把握される……

(一) 当事者主義の構造

被告人(被疑者)の訴追者に対する同等の地位が保障され——この意味において、前者の黙秘権及び弁護人依頼権を基本とする諸々の権利による防禦権の拡充が理解される——、そしてここに、裁判官が第三者的判断者として位置づけられるのである。その機能として、まず公判においては、両当事者の論争・対立による真実追究が目ざされ、裁判官は積極的には真実探知に関与しない⁽³⁾。しかも、客観的な真実そのものが追究されるのではなく、審理は、訴追者によって提示された課題の解決、つまり訴因として明示されたその主張の真否を判断することに限定されるのである⁽⁴⁾。また、立証過程では、とりわけ訴追者により捜査で準備された証拠の批判・検討が重視されることになる⁽⁵⁾。他方、捜査においては、合目的な傾向の強い捜査活動に対して被疑者の人権を保障するという要請から、捜査機関の裁量権の規制——しかも、第三者(裁判官)による事前の具体的規制——が重要とされるのである⁽⁶⁾。

(二) 自由心証主義による判断形成

証拠価値について法的な差等が設けられることなく、すべての証拠の価値が平等に取扱われ、従ってその評価はいっさい裁判官の合理的な裁量に委ねられる。この意味において、直接証拠——とりわけ被告人の自白——が偏重されることなく、経験則・論理則に基づき、間接証拠の比較考量が重視されるのである⁽⁷⁾。

このような理解によれば、現行法の事実認定手続については、当事者主義と自由心証主義との結びつきにおいて、以下のような基本思想を認めることができる。即ち、第一に、公判手続の段階において、自由心証主義が当事者(追行)主義によって制約されているのである。つまり、訴訟対象の設定及び証拠の提出を当事者のイニシアティブに委ね、他方その弁論の結果を裁判官の自由な評価に委ねて、権限の合理的な分立をはかることにより、裁判手続の公正を担保する、ということが意図されているのである⁽⁸⁾。しかも、第二には、訴追者による採証の過程、つまり捜査手続の段階においても、実体的真実の追究が第一義とされることなく、適正手続(デュー・プロセス

ス)の遵守が要求されている。その法的な形式に、被疑者の人権保障原理が具現されている、と言うことができる。このようにして、さきのいわば技術的な意味における当事者主義の枠を超え、実質的な意味を含んだ当事者主義が理解されるのである。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾なお、この意味における当事者主義は、捜査に限らず、手続の全段階について理解されるべきものと考えられる。一例を挙げるならば、証拠開示の問題は、このような見地から分析されることにより、はじめて適切に理解されるのである。⁽¹¹⁾自由心証主義は、このような構造的制約の枠組において、それと関連しつつ、さらに内容的にも制約されている。まず、証拠能力によって制約される。一つには、自然的及び法律的関連性(証拠の不許容)、そして二つには、証拠禁止という考え方によって。この二つの考え方の交錯のうちにとりわけ伝聞証拠、任意性に疑いのある自白及び違法に収集された証拠が問題とされるのである。⁽¹²⁾さらには、任意性の認められる自白についても、補強証拠が要求されることにより、証拠価値の評価自体の制約がなされているのである。⁽¹³⁾

このようにして、一面では合理的な思维的観点から、

他面では被疑者・被告人の人権保障という観点から、裁判官の自由な心証形成による判断を、より確実なものにしようとする努力がなされているのを見ることができよう。

二 右に一応の理解を見た思想は、次のような二つの考え方によって基礎づけられている、と思われる。即ち、一つには、「法は目的から生ずるが、その効力は目的に依存しない……。訴訟法は実体法の実現を助けるという目的に奉仕すべきである。しかし、訴訟法は無条件的に妥当し、従って法の実現という目的に仕えず、むしろその妨げすらするような場合でも妥当するのである。」⁽¹⁴⁾という法効力論のテーゼが生きており、ここに訴訟法の固有理念が看取されるのである。そして、二つには、「間接的ないし帰納的推論においては、常に質的蓋然性にか達しえない。つまりその判断は、客観的な確定可能性という意味における確実性に、ある程度は接近するけれども、その程度を量的ないし数的に査定するということには決して親しまないのである。」⁽¹⁵⁾という認識論のテーゼが措定されている。

かくして、前述の現行法制を適切に理解するに際しては、この二つの深遠なテーゼを刑事訴訟理論の中に正し

く位置づけることが前提とされるのである。そのためには、刑事訴訟法学という枠を超えて、広く法哲学ないし哲学、社会学、心理学等々からのアプローチが不可欠のものとなれよう。さらには、刑事訴訟の歩みを歴史的に振り返ることによって、この二つのテーゼがどのようにして認識されるようになり、また手続構成のうちいかに位置づけられてきたかを考察することが、有益な示唆を与えてくれる、と思われる。

三 事実認定手続は、歴史的に振り返ってみると、

(一) この手続がその実現に奉仕すべき刑事実体法の原理に相応し、かつ

(二) 各時代の認識様式・思考法則に相応し、さらには

(三) 実体的真実の追究という目的と訴訟法の固有理念

との間の緊張関係が意識され

ながら発展してきた、と思われる。
さて、わが国の刑事訴訟法は、周知のとおり、明治以降、大陸法系の手続構成を母体として発展し、さらに戦後、英米法、とりわけ米法の基本思想が採り入れられて、現行法が制定されたのである。それ故、この現行法制を歴史的に理解するためには、まず大陸法について考察す

ることが必要とされる。そこで、目を大陸法に転ずると、刑事司法の歴史においては、二つの重要な転換期が認められる。その第一は中世から近世への移行期であり、そして第二は啓蒙期である。この啓蒙期において、近代刑事司法の基本思想が生まれた、と考えられている。手続面においては、糺問主義構造、つまり一元的権力集中機構が根本的に批判され、また自白——「証拠の女王」と呼ばれ、糺問訴訟を特質づける標語となった——を強要するための拷問が廃止されたのである⁽¹⁶⁾。このような改革への過程において、事実認定に関していかなる思想が形成されていったのか、という問題こそ、事実認定手続を歴史的に考察するに当って、その重要な一部をなすものと考えられる。

ところで、この改革において批判の対象となった糺問訴訟については、他面それが成立し、進展していく過程において、注目すべき思想の動きが見られるのである。即ち、ここにはじめて、刑事司法が公的・社会的な課題として認識されるに至り、また証拠法が一般思考法則に適うものとなった。さらに、その進展の過程では、公的な犯罪追追活動における合目的性の先行に対し、正義の

理念による規制がなされたのである。この時期が、前述の第一期であった。

右のような理解に基づき、本稿では、ドイツを例にとつて、糺問訴訟の成立・進展の過程を、その基礎となつた思想の発展という面から考察しようとするものである。

- (1) 鴨良弼：訴訟管理権（刑事訴訟法の新展開、昭和四八年、所収）八一頁参照。
- (2) 鴨：前掲八二頁。同：国選弁護人の法的性格（前掲所収）一六二—一六四頁。田宮裕：捜査の構造、昭和四六年、三八六頁。
- (3) 鴨：訴訟管理権、七六頁。平野龍一：刑事訴訟法、昭和三年、一七頁。
- (4) 鴨：刑事訴訟手続の形式的性格（刑事訴訟における技術と倫理、昭和三九年、所収）八九—九四頁。同：公訴権論（新展開所収）三三頁。平野：前掲一三一—一三二頁。田宮：刑事訴訟におけるデュー・プロセス、昭和四七年、一四八頁。
- このような意味において、訴訟対象は仮設的な (hypothetisch) 性格を持つものと考えられている。
- (5) 鴨：訴訟管理権、一〇四—一〇五、一〇八—一一〇頁。田宮：デュー・プロセス、一六頁。
- (6) 鴨：訴訟管理権、七五、九五—九八頁。団藤重光：新刑事訴訟法綱要、七訂版、昭和四二年、三一八頁。
- (7) 鴨：真実発見と法技術（技術と倫理所収）一五七—一六一頁。同：過失犯と間接証拠（新展開所収）二八一—二八八頁。斎藤朔郎：自由心証の運用について（刑事訴訟論集、昭和四〇年、所収）二三五—二四二頁。同：事案の真相の究明（前掲所収）二八五—二八六頁。岩松三郎：経験則論（民事訴訟雜誌第一号、昭和二九年）一八一—二二頁。
- なお、有罪と判断するについては、「合理的な疑いを超える」(beyond the reasonable doubt) 程度の確信が要求されている。
- (8) 鴨：真実発見と法技術、一六三頁。平野：刑事訴訟法の基礎理論、昭和三九年、四—九頁。平田勝雅：裁判における心証形成の諸問題（司法研究報告書、第一輯第八号、昭和三九年）三九—四一頁。
- (9) 松尾浩也：「当事者主義」について（中野次雄刑事選歴祝賀・刑事裁判の課題、昭和四七年、所収）三八—四〇頁。田宮：デュー・プロセス、一四二頁。
- (10) この被疑者・被告人の人権を保障するという実質的な考慮から、裁判所のみならず、検察官についても、客観義務ないし司法官の性格を認めるべきか否かが議論されるのである。さらには、より一般的な問題として、実体的真実の追究という目的と適正手続の理念とをどのように整序し、調和させていくのか、という課題が生じてくる。このようにして、いわゆる処罰機能と保障機能との緊張関係が意識されることとなり、この観点において、当事者主義をいかに

に理解すべきか、またとりわけ捜査段階について——公判段階との関連を意識しつつ——、その構造をいかに分析すべきか、ということが問題とされるのである。

鴨：訴訟管理権、一一〇—一一三頁、一一八頁注(33)。
田藤：前掲八六—八九頁。平場安治：実地的真実主義と当事者主義(刑事訴訟法講座、第一巻、昭和三八年、所収)一一二三頁。平野：刑事訴訟法八三—八五頁。同：基礎理論、九—一二頁。松尾：前掲、三八—三九、五七—五九頁。井戸田侃：刑事手続の構造序説、昭和四六年、六七—八八、一三四—一五六頁。田宮：捜査の構造、一四—二一、三四—三八六頁。同：デュー・プロセス、一六—一九、一四五—一五〇、二四三—二四六頁。杉原泰雄：「人身の自由」と刑事手続(法律時報、四五卷二号、昭和四八年)及び松尾、木田、杉原教授の論説(同、同巻六、九、一一、一四号)等々参照。

(11) 鴨：訴訟管理権、七六—七七、八〇—八一頁、九三—九四頁注(18)。松尾：前掲、五四—五六頁。井戸田：前掲、一五四頁。田宮：デュー・プロセス、二四三—二五一頁。

なお、ここでは、公平な裁判所という理念に導かれて、裁判所の果たすべき積極的な役割——訴訟管理権——が認められるのである。

(12) 鴨：真実発見と法技術、一六三—一六四頁。平野：刑事訴訟法、二〇三—二三一、二三九—二四〇頁、田宮：捜

査の構造、三〇三—三一五頁。

(13) 鴨：真実発見と法技術、一六一—一六二頁。平野：刑事訴訟法、二三一—二三七頁。田宮：捜査の構造、三一六—三二三頁。

なお、別個の観点からみると、次の二点も自由心証主義の制約として理解される。即ち、第一に、裁判には理由を附し、さらに有罪判決には罪となるべき事実及びその証拠上の根拠を表示することが要求されていること。そして、第二には、事実誤認による上訴が認められることである。鴨：真実発見と法技術、一六四—一六五頁。

(14) Radbruch, Gustav: Rechtsphilosophie, 6. Aufl., 1963, S. 281. (田中訳・法哲学、三六三頁)

(15) Bohne, Gotthold: Zur Psychologie der richterlichen Überzeugung, 1948, S. 13.

(16) 鴨：公平な裁判所(刑事訴訟法講座、第一巻、所収)三七—三八、四一—四三頁。Schmidt, Eberhard: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, S. 212 ff., 268 ff.; v. Hippel, Robert: Der deutsche Strafprozess, 1941, S. 36f., 39.

第二章 公的犯罪・刑罰観の成立

一 古代ゲルマンの時代においては、平和ないし法秩序の侵害に対する反応並びにその克服の活動は、被害者

対加害者という私的な関係において行なわれていた。ある違法行為 (Missetat)⁽¹⁾ が生じた場合には、その被害者の人間としての資格 (Mannheigkeit)⁽²⁾ が侵害され、従って加害者と被害者との関係のみが毀損されることになり、加害者と社会との関係は何ら顧慮されることはなかった。つまり、加害者に対して何か報復措置がとられるべきか否かは、いっさい被害者及びそのジッペ (Sippe)⁽³⁾ の意思にかかる問題とされていたのである。ここでは、宗教的な義務ないし信仰にまで高められた復讐 (Rache)⁽⁴⁾ が法の一要素をなしていた、と云うことができる。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

二 このような復讐信仰は、フランク時代においても、なお支配的な思想として生きていた。しかし、公権力及び教会は徐々にこの復讐を、とりわけ和解 (Urfehde) の強制という仕方で制限しようとしたのである。このよう行為に対する懲罰として大きな地位を占めるに至り、ここに贖罪金制度 (Kompositionensystem) が成立して行くのである。しかも、その金額の一部は国庫に帰属——平和金 (Friedus) ——するものとされており、またその割合は時代を経るにつれて次第に高められ、フランク末

期には全額が国庫に帰属するようになったのである。平和金に、その初めから純粹な罰金としての性格を認めることができるか否かについては明らかでないが、このような進展につれて、贖罪金制度が確立されるとともに、公刑法 (öffentliches Strafrecht) の思想への歩みが認められるのである。⁽⁷⁾

三 しかし、中世に入っても、復讐権の基本思想がなおその名残りを留めていたため、贖罪強制によるフェーデの制限は必ずしも大きな効果を上げていた、とは言えなかった。つまり、フェーデは被害者及びそのジッペの権利として、なお合法的とみなされていたのである。しかし、公権力の伸長とキリスト教思想の影響の下に、このような古代ゲルマンの祭祀的な法観念は徐々に駆逐されていくのである。ここに、公権力と教会は以前にもまし、断固としてその克服に乗り出すことになり、ラント平和令 (Landfriede) による運動が繰り広げられていくのである。⁽⁸⁾

さらに、犯罪の著しい増加という事態にあって、犯罪者を現実処罰する必要があるが生じ、贖罪金や人命金に代わり、実刑 (peinliche Strafen) が現われくる。⁽⁹⁾

しかも、ここでは、もはや身請可能性 (Ablösbarkeit)⁽¹⁰⁾

が認められないのである。このようにして、公的活動としての厳格な刑法が形成され、カロリンが末期以降財源化していた高級裁判権 (hohe Gerichtsbarkeit) が流血ないし刑事裁判権 (Blut-oder Kriminalgerichtsbarkeit) と発展していくことになる。その過程においては、一方で、古代ゲルマンの非自由人刑法——肉体的懲罰——が自由人にも拡張され、他面では、現行犯手続——犯罪者の死を来たす——が一般化された、という事情が認められる。つまり、平和を保持しようとする公的な活動にあって、一方で、自由人と非自由人とを区別して取扱う必要を認めず、また他方では、実刑を科すことを現行犯・非現行犯という偶然的な手続状況に依存させない、という思想が生まれてきていたのである。このようにして、犯罪及び刑罰についての公的な觀念が形成されるに至り、一三世紀中頃にはほぼ確立されたのである。⁽¹²⁾

(1) これは、確かに法の侵害 (Rechtsbruch) とみなされる⁽¹¹⁾ ているが、現代的意味における犯罪 (Verbrechen) とは基本的に異なるものである。Mittels-Lieberich: Deutsche Rechtsgeschichte, 12. Aufl. 1971, S. 26. (世良訳・ドイツ法制史概説改訂版「五五頁」なお、後出注(5)參照。

(2) この時代における平和とは、人民全体から発して、それに係わり、社会を包み込む觀念としてではなく、神より賜った平和という祭祀的な (kultisch) 觀念として把握されていた。人々はこの平和のうちに自分が保護されていると感ずるのであり、この平和に参与する各人は、お互いに人間としての資格を尊重すべきものとされたのである。Schmidt, E.: a. a. O., S. 21/22.

(3) 古代ゲルマン民族においては、いっさいの法は元來団体法であり、個人は共同体の成員として組み入れられることにより、はじめて法生活に参与することができたのである。そのような共同体のうち、最も古く、最も重要なものがジッペンであり、共通の出自 (Abstammung) に基づく共同体であった。このジッペンによって、各人は人間としての存在を保證されていたのである。Schmidt, E.: a. a. O., S. 21.; Mittels-Lieberich: a. a. O., S. 12. (世良訳「二七頁」); ザクセンシュペーゲル (ラント法)「一・三・三 (久保訳「国家学会雑誌七二巻二号、昭和三二年) (4) Schmidt, E.: a. a. O., S. 21/22.

(5) 前出注(2)で述べたような觀念と結びついて、違法行為はジッペン間の潜在的敵対關係が顕在化されるに至る挑戦行為 (Herausforderung) とみられ、それ故ジッペンがこの復讐信仰の担い手として理解されるのである。

ところで、この復讐は、現行犯において最も直接的な形

で行なわれた。現行犯で捕えられた行為者は、自己の行為によって自からを法の外に置いたのであるから、侵害行為の性質ないし重さいかににかかわらず、すべて殺されるにまかされていたのである。次に、行為がもはや現行犯ではなくなる、つまり一夜明けて(übernächtlig)発覚した場合には、ジッス間の組織的な復讐(Fehde)がなされることにならぬ。Schmidt, E.: a. a. O., S. 21/23.; Mittels-Lieberich: a. a. O., S. 26/27. (世良訳'五五—五十七頁); His, Rudolf: Deutsches Strafrecht bis zur Karolina, 1928, S. 47/48.; Löffler, Alexander: Die Schuldformen des Strafrechts, 1895, S. 27.

(6) ただ、この時代においても、上述のフエーデ事件のほかに、直接に人民全体の利益を害するような行為——とくに、宗教上の犯罪——、または不名誉な心情の発露たる行為——夜間の重竊盜、強姦等——の如き、マハト事件(Achtfälle)と云われるものもあつた。行為者は、平和喪失(Friedlosigkeit)に処せられ、その保護団体たるジッスから放逐されて、人間としての存在を失うことになる。ここでは、前述のジッスの平和(Suppenfriede)と云う枠から離れて、ジッスを超える人民平和(Volksfriede)と云う觀念が抱かれており、行為者に対する法共同体の積極的な干渉が要請されているのである。ここに、後代の公刑法という觀念の最初の萌芽を見ることが出来る。なお、このような考え方が生まれるためには、血讐団体(Bluttra-

cheverband) という形で現われるジッスが実効的な部族的統一によって制禦されることが不可欠であり、ここにはキリスト教の思想が有効に働いた、と考えられている。

Schmidt, E.: a. a. O., S. 29/31.; Mittels-Lieberich: a. a. O., S. 26, 27. (世良訳'五五—五六'、五八—五九頁); His: a. a. O., S. 48/57.

(7) Schmidt, E.: a. a. O., S. 25, 56/57.; Mittels-Lieberich: a. a. O., S. 73. (世良訳'一五四—一五五頁); His: a. a. O., S. 63/67., 96/105.

平和金を、本文のように贖罪金の一部とみるべきか、あるいは別個のもつとみるべきかについては、明らかでない。なお、贖罪金金額が国庫に帰属するに至った後、被害者がいかにして自己の損害を補填するかという問題は、被害者自身に一任されたのである。

(8) Schmidt, E.: a. a. O., S. 47/56.; Mittels-Lieberich: a. a. O., S. 202. (世良訳'四二二頁); His: a. a. O., S. 68/69.

なお、中世のラント平和令は、教会が発起者となり、フエーデの制限を目的として誓約された神の平和(Gottesfriede)に由来するものと考へられる。Vgl. v. Hippel, Robert: Deutsches Strafrecht I, 1925, S. 85/86., 90.

(9) とくに、流浪民、零落民、武装徒党、盜賊騎士等が、常習犯人(Gewohnheitsverbrecher)として、ラント平和の観点から大きな問題とされたのである。Vgl. Mittels-Lieberich: a. a. O., S. 138. (世良訳'二八八頁)

(10) この実刑は、首手刑 (Strafen zu Hals und Hand) と呼ばれてゐるが、その種類ないし執行方法は極めて多様であった。ここには、まだ昔の呪術的 (magisch) 諸觀念の名残りがあるのか、あるいはすでに合理的な威嚇思想が作用してゐるのかについては、明らかでない。Vgl. Mittels-Lieberich: a. a. O., S. 202. (世良訳、四二四頁); His: a. a. O., S. 82/88.

(11) Schmidt, E.: a. a. O., S. 57/60.; Mittels-Lieberich: a. a. O., S. 137/138., 202. (世良訳、二八七—二八九、四二四頁); His: a. a. O., S. 70/71.; Hirsch, Hans: Die hohe Gerichtsbarkeit, 1922, S. 19/21., 105/107., 150/157.

(12) Schmidt, E.: Inquisitionsprozess und Rezeption, 1940, S. 12.

第三章 犯罪訴追手続に対する職権の介入

一 上述の実体面における公的犯罪・刑罰観の成立は、その進展過程において既に明らかのように、犯罪訴追手続の進展を伴っており、またその一層の展開を促したものである。その最も重要な契機となつたのが、いわゆる「ラントにとって有害な人間」(landschädliche Leute) を克服するための闘いであり、ここにおいて犯罪訴追手

続に対し、公権力が介入してくるのである。⁽¹⁾ この動きは、現行犯手続の展開として把握される。

元来、現行犯手続は強い形式的拘束に縛られていた。

即ち、直ちに叫び声 (Gerücht) をあげ、それを法廷で繰り返すこと、並びに行為者を逮捕し、拘禁することが要求され、さらに、盗品あるいは武器の如き物的証拠を揃えて即時に訴を提起することにより、夜が明けるのを阻むことが必要とされる。これらの条件の下で、原告は、シ・ライマネン (Schreimannen) とともに、7人で被告の罪責を証明する (übersiebnen) ことができたのである。⁽²⁾

二 しかし、ラントの平和を保持するという観点において、有害な人間を抹殺するためには、この厳格な形式は極めて不都合なものと感ぜられた。それ故、訴追を容易にするという目的から、徐々にこの形式がゆるめられるようになり、ラントにとって有害な人間は、現行犯でなくとも、また一夜明けても、なお逮捕され、訴えられることになつたのである。この手続は、法廷における証明が原告を含めて七名の宣誓によつて (selbsiebn) 行なわれたので、⁽³⁾ 「七名の宣誓による断罪手続」(Übersiebnungsverfahren) と呼ばれている。このような発展

の過程において、次第に被害に代わり、公的な機関が犯罪者を逮捕し、訴を提起するという傾向が生じてくるのである。ところで、さきの共同宣誓人 (Mitschwörende) には、元来真のシュライマネンがなっていたのである。

しかし、そのような人々を揃えるのは必ずしも容易なことではなく、この障害——犯罪訴追という公目的にとつて——を除去するために、シュライマネンを単なる宣誓補助者 (Eideshelfer) にかえる動きが出てきたのである。

かくして、一四世紀には、「七名の宣誓による断罪手続」が「評判に基づく手続」(Verfahren auf Leumund)に移行していくのである。ここでは、もはや特定の行為の証明は問題とされることなく、被告の社会的な害悪性ないし危険性が一般的に証明されれば十分であった。

このようにして、現行犯手続の強い形式的拘束が徐々に緩和されていくとともに、被告の雪冤の道が閉ざされ、さらには公的な原告が任命されるに至るのである。

- (1) Schmidt, E.: Geschichte, S. 82/83.; ders.: Inquisitionsprozess, S. 16/17., 84.; Mittels-Lieberich: a. a. O., S. 203. (世良訳、四二六頁); Hirsch: a. a. O., S. 94.; v. Zallinger, Otto: Das Verfahren gegen die hand-

schädliche Leute, 1895, Kap. I.

ラントにとって有害な人間として、一二・三世紀においては、常習的な、破廉恥 (unehrlich) 犯罪——窃盗、秘密殺人 (Mord)、放火等——の行為者が理解されるのであるが、徐々にその範囲が拡張され、一四世紀には、すべての死に値する (todeswürdig) 犯罪が含まれるようになったのである。

- (2) 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) なお、サクセンシュペーゲル(ラント法)、一・六六・一、一・七〇・三、二・三五、二・六四(久保訳、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、三三、三四年)参照。

シュライマネンとは、叫び声を聞いて集まった人々のことである。彼らは、行為自体ではないにしても、嫌疑の極めて高い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。

- (3) 古い手続においては、被告は、原則として訴に対し、宣誓をもって自からを雪冤する——Reinigungs Eid——ことができただけであるが、その後、原告による証明が認められるようになるとともに、次第に被告の雪冤の道は閉ざされていく。Schmidt, E.: Geschichte, S. 40., 77/79.; Mittels-Lieberich: a. a. O., S. 33., 203. (世良訳

六九一七〇、四二六頁); v. Zallinger: a. a. O., S. 22/23. なお、後出第五章注(4)参照。

(4) Schmidt, E.: Geschichte, S. 82/84.; ders: Inquisitionsprozess, S. 34., 46/47.; Mittels-Lieberich: a. a. O., S. 203.; (世良訳、四二五—四二六頁); v. Hippel: Strafprozess, S. 28.; Hirsch: a. a. O., S. 90/104.; v. Zallinger: a. a. O., S. 142/195., 209/216.

(5) このような発展の過程において、カロリナ時代の弾劾原理(Rügeprinzip)が復活し、職権による訴追が進展してゆくのである。ここでは、ヴェストファーレンのフェーメ裁判所(Femgericht)及び教会法におけるセント裁判所(Sendgericht)が、よく注目される。Vgl. Schmidt, E.: Geschichte, S. 84/85.; Mittels-Lieberich: a. a. O., S. 173/175. (世良訳、三六三—三六七頁); v. Hippel: Strafrecht, S. 87., 121.; Schmidt, Richard: Über die Herkunft des Inquisitionsprocesses, 1902, S. 76/79.

なお、カロリナ時代の弾劾原理については……Vgl. Schmidt, E.: Geschichte, S. 44/45.; Mittels-Lieberich: a. a. O., S. 83/84. (世良訳、一七五—一七六頁); Schmidt, R.: a. a. O., S. 72/75.; Biener, Friedrich August: Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprocesses und der Geschworenengerichte, 1827, S. 129/134.

第四章 公的・社会的な課題としての刑事司法

一 以上のようにして、犯罪に対する反応並びにその克服につき、実体的にも訴訟的にも、公的な思想が形成され、発展していったのである。これにより、古代ゲルマンの時代にその基礎が見いだされる私的な觀念⁽¹⁾が駆逐され、全体としての刑事司法が公的・社会的な課題として認識されるに至るのである。なお、このような刑事司法の発展は、中世末における領邦高権(Landeshoheit)の成立という、ドイツ国制史上の重要問題と切り離しては理解できない。というのは、この領邦高権は通常高級裁判権なしには形成されなかった、と考えられているからである⁽²⁾。

このようにして、人々は、社会の秩序維持が、被害者と加害者との間の私的な事柄に留まるものではなく、公権力と犯罪者との間の公的な関係において解決されなくてはならない問題なのである、という認識に目覚めてきた。ここでは、公的な刑法を職権によって実現していくという要請がなされ、一方で、目的活動としての公権力による犯罪追求が問題となり、他方では、犯罪者がその名宛人として把握されるのである⁽³⁾。

二 ところで、この公的な刑罰の意義ないし目的につ

いては、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、これを理解することができる。⁽⁵⁾しかし、未だ基本的な反省がなされていなかったため、公権力による犯罪追求は、まづもって警察的な考慮から、ラント平和の破壊者に対する闘いとして進められたのである。しかも、帝国における統一的権力は極めて脆弱であり、それに相応じて、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。さらには、犯罪を二度と繰り返しえなくするという考え方 (Unschädlichmachung) も見られるのである。⁽⁶⁾ここでは、警察目的が先行し、いわば利那的要請によってすべてが進められていた、と言うことができる。⁽⁷⁾

もちろん、この残忍・苛酷な刑罰が場合によっては耐えられないと感じられ、その厳しさが緩和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が加えられることはなく、場当りの感情論に墮していたのである。「恩恵による裁判」(Richten nach Gnade)はその典型とも言えるものであり、また教会、修道院には庇護権 (Asylrecht) が認められていた。この

ような方策が個別事例において、それなりの意味を持っていたことは認められるが、他面裁判官の裁量権が大きくなるとともに、その濫用が目立ちはじめ、さらには恣意が横行することになる。これに加えて、裁判官への賄賂が頻繁に行なわれ、この傾向に拍車をかけたのであった。⁽⁸⁾

(1) このような観念によれば、基本的には、被害者に満足 (Genugnung) が与えられるということが重要とされる。

Schmidt, E.: Geschichte, S. 65.; Hist. a. a. O., S. 75.

(2) Vgl. Mittels-Lieberich: a. a. O., Kap. 35.; 中村賢二郎: 十四・五世紀のヨーロッパ諸国—ドイツ (岩波講座・世界歴史11所収)。

(3) ここにおいて、実体法と訴訟法が体系的に分離され、全体としての刑事司法における両法の関係について、正しい把握が芽生えてきたのである。これ以前にあっては、実体的効果、つまり刑罰の内容が、いかなる手続状況において被告が犯罪者として訴追されるに至ったのか、ということに依存していた。同じ犯罪であっても、現行犯で訴えられると死刑に処せられ、一夜明けてしまえば贖罪金で済むのであった。つまり、犯罪の効果は、その行為の性質——今日の用語法によれば、違法性ないし責任——によって規律されていたのではなく、また実体法の実現という訴訟法

(87) 刑事訴訟における合目的性と正義

の機能も理解されていなかったのである。このような未発達な法観念が排除され、ここにすべての犯罪に共通する手続が構成されることになる。Schmidt, E.: Strafrechtspflege und Rezeption, (ZgesStW. 62, 1943) S. 252/253.

(4) ここに、刑事司法における公法的関係の特質が明らかにされている。田中二郎：新版行政法上「全訂第一版」昭和四〇年、六二頁参照。

(5) Schmidt, E.: Geschichte, S. 66.; His: a. a. O., S. 74.

このような思想は、既にフランク時代に見られ、中世においても生きていたのである。

(6) Schmidt, E.: Geschichte, S. 65/68.; Mitteis-Lieberich: a. a. O., S. 202/203. (世良訳「四二四—四二五頁」); His: a. a. O., S. 73/75., 85/88.

このような残忍さと苛酷さは、まさしく政治的中央権力の脆弱さを明らかに示すものと言うことができる。

なお、犯罪の繰り返しを防ぐという考え方からは、例えば、直接的に、窃盗するための手を切り落とし、また間接的には、顔に焼印を押して一般人に警戒させるというような方法がとられたのである。

(7) とりわけ、前述の「評判に基づく手続」においては、行為者を「殺してしまうのと生かしておくのと、どちらがより有益であろうか」というような表決さえ、なされてい

たのである。Schmidt, E.: Geschichte, S. 83.; v. Zallinger: a. a. O., S. 216.

(8) Schmidt, E.: Geschichte, S. 68/70.; ders.: Strafrechtspflege, S. 250.; Mitteis-Lieberich: a. a. O., S. 203. (世良訳「四二五頁」); His: a. a. O., S. 72/73.; Stintzing-Landsberg: Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I, 1880, S. 610/611.

恩恵を施す権利は、国王、諸侯のみならず、裁判官、さらには死刑執行人にまで認められていたのである。また、庇護を与えることのできる避難所 (Freistatt) には、水車小屋や渡船場等も含まれていた、と考えられている。これらによる刑罰緩和の作用は、とりわけ責任主義の未発達から生じてくる弊害を救済した点に、大きな意義が認められる。

第五章 糺問訴訟への発展

一 上述の弊害に対しては、しかし、徐々にその矯正要因が芽生えつつあったのである。実体面においては、とりわけ責任主義の思想が生まれ、他方手続面においては、職権訴追の一層の進展とともに、実体的真実追究への志向が形成されてくるのである。ここで問題とすべき手続面においては、その二つの要素——職権追行原理

(Offizialprinzip) と実体的真実追究原理 (Instruktionsmaxime) ——の進展が見られ、その結びつきによって
 糾問訴訟 (Inquisitionsprozess) が発展していくことになる。⁽²⁾

二 ところで、前述の犯罪訴追手続に対する職権による介入という思想は、現行犯手続からの発展として理解され、その証明過程においては、なお古いゲルマン的法觀念の枠内に留まっていた。⁽³⁾ いわゆる「形式的証拠法」(formales Beweisrecht) がこれである。証明とは、即ち法によって予め定められた形式の充足であり、それは当該犯罪行為とは何らの論理的関係もなく、しかも一般生活上の認識方法とは全くかけ離れているのである。ここには、一方で、頼れるのは自分しかないという認識が働いており、そして他方で、人間は予め定められた方法で、自分の主張のために超自然的な証明を勝ち得ることができるといふ信念が生きている。法は、このような考え方に基づき、何人にも、とりわけ裁判所に、当事者の主張が正しいものであるとの確信を抱かせるであろうと期待される、一定の行為形式を選択し、規定しているのである。それ故、個々の事例において、この形式が充

足されさえすれば、それで証明はなされたことになる。

ここでは、問題とされるべき具体的事実が証明の対象となるのではなく、直接に行為者の責任の有無がその対象となるのである。⁽⁴⁾ この意味において、形式的証拠法は、合理的思惟とは相容れないものであった。前述の「七名の宣誓による断罪手続」並びに「評判に基づく手続」は右のような思惟方式によって基礎づけられていた、と考えられる。⁽⁵⁾

三 しかし、公刑法の思想が発展することにより、その刑法を実現するための手続も、同じく公的な目的志向によって支配されなくてはならない、という思想が生まれてくるのである。⁽⁶⁾ ここにおいて、現行犯ではなく、さらに古い訴追手続の観点からいかなる方法をもってしても証明することのできない場合に、犯罪者を断罪できないような手続が必要とされた。つまり、ある程度の嫌疑要素——間接証拠 (Indizien) ——が存するに過ぎない場合に、被疑者を職権で拘禁し、訴を提起して、その罪責を証明するという手続である。⁽⁷⁾ 刑事手続は、もはや、被害者が法廷において加害者を断罪する機会を与えられないというものではなく、古い形式的証拠法は不適當なも

のとなった。さらには、たとえシュライマノンではないにしても、(原告を含めて)七名の宣誓補助者を揃えなくてはならないという条件は、職権訴追の思想にとって、耐え難いものと感じられたのである⁽⁸⁾。ここにおいて、「実際には、何が起こったのか」を公的な機関自らをして捜査させるという要請がなされるに及び、証拠法の体系は、責任の有無に直接向けられた証明方法から脱却し、事実関係そのものを推論しようとする方法に変わっていったのである⁽⁹⁾。かくして、手続の重点は、法廷における形式の充足ということから、予備手続 (Vorverfahren) における捜査活動へと移行し、証人の供述が求められ、検証がなされることになる⁽¹⁰⁾。

けれども、事実関係そのものを知ろうとするならば、拘禁中の被疑者の供述こそ、最も確実な証拠であった。しかも、自白をとってしまえば、すべての仕事から解放されることになり、ここに「被疑者の自白を獲得する運命的な利益」が生じ、拷問によって自白を強いる傾向が大きくなっていくのである。これこそ、職権的に実体的真実を究明しようとする新しい手続の明白な徴候と見ることができ⁽¹¹⁾。

四 この発展の過程において、死に値する犯罪の範囲が一層拡張され、さらには定住民に対する寛容な取扱い⁽¹²⁾が消滅していったのである。このような事情を背景とし、一五世紀には、糾問訴訟がすべての嫌疑ある者に対する一般手続として確立されるに至るのである⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾。

(1) 公的犯罪・刑罰観の成立によって、社会と犯罪者との関係が問題とされるようになり、犯罪に対する反応及び克服の活動において、被害者の私的な利益に左右されてはならない、という考え方が生まれてくる。ここに、犯罪処罰に關して、行為者の人間性に主たる考慮を払う契機が生じ、責任要素としての行為者意思が認識されるに至るのである。Schmidt, E.: Die Carolina (ZRG. Germ. Abt., 53. 1933) S. 12/13.; Löffler: a. a. O., S. 25.

(2) 糾問訴訟は、この二つの原理によって基礎づけられている。即ち、第一に、嫌疑の発生にはじまり、手続の開始から判決の言渡までの全進行が、公的機関の職権的な主導によって進められていくという原理。第二には、公的機関が自ら実体的真実を追究する義務を負うという原理。

Schmidt, E.: Geschichte, S. 86/87.; ders.: Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz I, 2. Aufl., 1964, S. 200/203.; Henkel, Heinrich: Strafverfahrensrecht, 2. Aufl., 1968, S. 92., 100/105.

(3) Schmidt, E.: Geschichte, S. 83/84.

(4) Schmidt, E.: Geschichte, S. 38/40, 76/77.; Mitteilungsbericht: a. a. O., S. 33/34. (世良訳、六九—七二頁); Glaser, Julius: Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess, 1883, S. 1/2.; Planck J. W.: Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter II, 1879, S. 2/12.; Brunner, Heinrich: Deutsche Rechtsgeschichte I, 2. Auf., 1906, S. 256/266.; 内田一郎: ユーレン刑訴文集、昭和三八年、所収)二六五—二六八頁。

このような形式的証拠方法としては、第一の認識に基づく被告の雪冤宣誓、並びに、第二の信念とも結びついで、宣誓補助者、血闘、神判が挙げられる。これらの証拠方法については、一般的な民族確信によって、その信憑性に疑う余地を与えない信頼が寄せられていたのである。そして、究極には、当事者の全人格が問題となり、それが神の助力に値するか否かが試される、と言うことができる。なお、このような証明過程においては、当然のことながら、証明は常に当事者の仕事であって、裁判所は一定の形式が充足されたかどうかを判断するに過ぎないのである。

(5) なお、この点については、次のことが注意されなくてはならない。即ち、「七名の宣誓による手続」及び「評判に基づく手続」が進展していく過程において、単に被告の悪評のみならず、特定の犯罪行為の立証も問題となるに及

び、自由を強いるために拷問も用いられた、というのである。しかし、この場合でも、被告が法廷で自由を繰り返さなるときには、なお七人による証明が要求されていたのである。したがって、ここには形式的証拠法から脱却する意志が見られ、職権による訴提起という要因と結びついで、後代の糾問訴訟への発展が準備される、と言っている。Schmidt, E.: Inquisitionsprozess, S. 34, 46/47.; Biener: a. a. O., S. 138/142.; v. Zallinger: a. a. O., S. 194/198.

(6) Schmidt, E.: Geschichte, S. 87.; ders.: Inquisitionsprozess, S. 10, 12/13.

(7) Schmidt, E.: Geschichte, S. 87/89.; ders.: Inquisitionsprozess, S. 13, 55/56.; ders.: Strafrechtspflege, S. 255/256.

この手続は、即ち、現行犯手続からではなく、それともに発展してきた、と言うことができる。そのようにして、一三世紀に準備され、一四世紀を通じて進展し、さらに一五世紀には一般的なものとなっていくのである。

なお、同じく嫌疑要素の存在という状況において、嫌疑手続 (Inzuchtverfahren) が生まれていたのであった。しかし、強い嫌疑ある者に、宣誓によって刑罰を免れることを認めるとするのは、もはや公目的にとって耐え難いことと感ぜられるようになり、まさしく進展しつつある糾問訴訟を担う原理によって、排斥されていくのである。vgl.

第六章 中世末における刑事司法の悪弊

中世の刑事手続は、以上のようにして発展していったのであるが、そこには、なお十分とは言えない面が見られる。⁽¹⁾即ち、糺問訴訟の進展に際して、単なる嫌疑から個別事実に基づく推論を経て罪責を証明する、という重要な問題が未だ十分には認識されていなかった。とくに、学問的素養のない参審員(Schöffen)にとっては、この困難な任務はその能力を超えるものであり、それ故刑事手続は、かの「運命的な利益」のために、拷問へと走っていくのである。⁽²⁾しかも、被疑者は、一度自白をしてしまふと、もはやそれを取消することは不可能に近かった。というのは、たとえ最終開廷日——儀式的な飾り物に過ぎない——において否認しても、予備手続を主宰し、自白を聞いた参審員の証言によって、直ちに有罪とされるのである。⁽³⁾拷問に対する拘束的規範は、ほとんど設けられることなく、また被疑者自身の防禦権についても、何らの保障も与えられていない。すべてが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。⁽⁴⁾この目的意識的な観点においては、拷問

を制約し、被疑者に防禦の道を開くということは、考えられる余地がなかったのである。⁽⁵⁾

かくして、糺問訴訟は、その進展とともに、裁判官の裁量によってのみ支配される手続と化してしまった。しかも、ドイツにおいては、未だ学問が育っていなかったため、原理的な問題に対する反省が加えられることなく、裁量権の濫用が大きくなり、さらには恣意が横行するに至るのである。

(1) 実体面での責任主義については、未だ原理的な理解が欠けていたため、故意ないし過失という観念は行為の外面にとらわれ、類型的思惟の枠内に留まっていた、と云うことが指摘される。Schmidt, E.: Geschichte, S. 71.; His: a. a. O., S. 9/11.

(2) Stintzing-Landsberg: a. a. O., S. 610/611.; Schmidt, Gerhard: Sinn und Bedeutung der Constitutio Criminalis Carolina als Ordnung des materiellen und prozessualen Rechts (ZRG. Germ. Abt. 83, 1966) S. 240.

なお、中世の裁判所は、カルル大帝によって設置された参審員制度(Schöffenverfassung)によって支えられ、裁判官と判決人(参審員)とが分離されていたのである。この参審員には、いわゆる地方の名望家が選ばれたのであり、

彼等とはもすると時代の流れに遅れをとり勝ちであった。その認識は具象的なものに留まっておき、従って概念的な思考を進めようことができなかったのである。

Mittels-Lieberich: a. a. O., S. 83. (世良訳、一七四—一七五頁)；勝田有恒：Rezeptionの素描（一橋大学研究年報・法学研究4、昭和三七年、所収）一八三—一八四頁。

(e) Schmidt, E.; Geschichte, S. 99/102.; ders.: Inquisitionsprozess, S. 48/53., 84.; v. Zallinger: a. a. O., S. 209.

なお、予備手続において自白が得られた時にのみ、最終開廷日にまで進んだのではないかと考えられている。

(4) Schmidt, E.: Geschichte, S. 102., 106/107.; Mittels-Lieberich: a. a. O., S. 202/203. (世良訳、四二五頁)

まさしく、拘禁中の被疑者から、いかにすれば最も早く自白が得られるか、ということが問題なのであった。このような状況を「シニグットは、いみじくも、„Ach was-Standpunkt“（「あつ、ひどう」という気持ちを起させるような非人道的立場）と表現している。

(5) 拷問に対する抗争も、全く見られなかったわけではないが、実体的真実の発見という公目的の陰にかくれて、次第に消え行くのであった。Schmidt, E.: Geschichte, S. 95/98.; ders.: Inquisitionsprozess, S. 34/36.

第七章 正義の理念への志向

一 上述のような状況にあって、中世末の刑事司法は、一面的に合目的性の見地から把握される、と言うことができる。一三世紀以降進出してきた職権による実体的真実の追究という原理は、日常の裁判実務の経験から慣習法的に形成され、しかも無形式・無原則的に発展してきたのである。法規上の細目の規定は、いわばその後づけとして設けられたに過ぎない。⁽¹⁾ 糺問訴訟の進展とともに生じてくる困難な問題は、学問が欠除していたため、未だ概念的に考えられるということがなかった。

その問題とは、即ち、真実が発見されて、正しい(gerecht)判決がなされるためには、いかなる仕方でも手続が進められるべきか、という問題である。真実と正義(Gerechtigkeit)のための手続が考案されるべきであった。⁽²⁾ しかし、現実には、実体的真実の発見という目的が過度に強調されたため、拷問による自白の強要という結果をひき起こしてしまったのである。けれども、まさにこのことによって、糺問訴訟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場面ほど、真実が大きな危険にさらされる所はないからである。即ち、性急

な合目的の見地においては、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してしまうことになる。⁽³⁾ 拷問により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って、無実の者を罪に陥れてしまうのである。この危険性が次第に認識されるようになり、「正しくない判決」が刑事司法における「不正義」として考えられるに至ったのである。⁽⁴⁾ これは、即ち、合目的性が一面的に強調されたために不正義が生じてきた、ということを意味している。確かに、法は目的に対する手段ではある。しかし、その有用性は正義の理念が伴わずして理解されるはならない。けれども、合目的性と正義とは、予定調和において結びつくものではなく、さらに一面的な合目的的考量は正義の敵にすらなりうるのである。とりわけ刑事司法にあつては、このことが強く意識される必要がある。

二 この緊張関係は、正義の優位において解決されるべきではない。⁽⁵⁾ この認識こそ、中世末の刑事司法改革への声となつて現われてきたのである。⁽⁶⁾ ここにおいて、根本的には、次のような問いかけがなされることになる。即ち、いかにすれば、真に責ある者のみを断罪し、責な

き者を不当な刑罰から護ることができるか、という観点から、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せられるべきか、という問題である。そして、その核心的内容は、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——ほんどの場合に、被疑者の運命を決してしまう——が許されるのか、ということであった。⁽⁷⁾ ここに、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、つまり正義の理念による刑事手続の規制という思想が見られるのである。⁽⁸⁾

三 ところが、ドイツにおいては、既に述べたとおり、このような思想を担うべき「学問」が未だ育っていないため、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 (Kommmentaren) によって、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、ここに理論と実務が相関連して、イタリア普通法 (ius commune) が作り上げられていたのである。刑事法、とくに手続面にあつては、カノン法において発展し

てきた糺問訴訟⁽⁹⁾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。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、形式による糺問訴訟の制約が理解されていたのを見ることが出来る。この学問が、その後ドイツにもたらされたのである。⁽¹⁰⁾ここに、刑事法におけるローマ法継受の動きが見られ、その意味するところは、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理解されるべきものと考えられる。⁽¹¹⁾

ところで、私法の領域においては、「ローマ法の継受は慣習法的に進展した」と言われるように、ローマ法 (ius commune) の適用は、立法によらず、法学識者によって実務上行なわれていった。その過程では、従来からの固有法の分裂に加え、この新たな外来法の進出も相俟って、法の統一はなかなか達成されなかったのである。これに対し、刑事法の領域においては、早くも、一六世紀前半に帝国立法が生まれており、一五三二年の「カルル五世の刑事裁判令」(die Peinliche Gerichts-

ordnung Karls V.)⁽¹²⁾にわゆる「カロリナ刑事法典」(Constitutio Criminalis Carolina) が、それである。⁽¹³⁾これによって、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、⁽¹⁴⁾真実と正義を志向する手続が構成されたのである。⁽¹⁵⁾

(1) Schmidt, E.: Geschichte, S. 87.; ders.: Inquisitionsprozess, S. 11.

(2) Schmidt, E.: Geschichte, S. 102.

(3) Schmidt, E.: Geschichte, S. 98.; ders.: Die Kriegsstrafverfahrensordnung im Ganzen der deutschen Strafprozessentwicklung (ZgsStW. 61., 1942) S. 434.

(4) 正義に適用判決とは、訴訟手続の面から考察すると、次の二つの要因において理解される。即ち、一つには、被告人が真実の行為者であり、しかもそれが信じうる証拠をもって合理的に認定されている、ということ。二つには、その証拠の採取方法が倫理的な価値規準に相応している、ということである。Vgl. Merkel, Adolf: Juristische Enzyklopädie, 4. Aufl., 1909, S. 16/17.

中世末において、「不正義」と感じられたのは、まずもってこの前者の要因に於いてであった、と考えられる。

(5) Schmidt, E.: Kriegs-StVO., S. 234/235.; Merkel: a. a. O., S. 14., 18/19.

ここには、全体主義の思想の下に、個人の人格を否定し、極度に合目的な権力をふるったナチの支配に対する反省として、ラートブーフが正義の優位を説いたことと、相通するものが認められる。Vgl. Radbruch: Vorschne der Rechtsphilosophie, 3. Auf., 1965, S. 32.

(6) この結実として、帝室裁判所 (Reichskammergericht) は、一四九六年リンタウの帝国議会 (Reichsversammlung) に対し、刑事司法改革の提議をなしたのである。Schmidt, E.: Geschichte, S. 107.; v. Hippel: Strafrecht, S. 165.; Stintzing-Landsberg, a. a. O., S. 621/622.

(7) Schmidt, E.: Geschichte, S. 102., 106.

(8) 法の内容は、二つの観点から考察することが出来る。一方は、法の定立者及びその目的の観点から、他方は、法の名宛人の保護という観点からである。前者が合目的性の問題、後者が正義の問題として理解される。Merkel: a. a. O., S. 15.

(9) カノン法の糾問訴訟は、インノセント三世の下に、第四回ラテラン公会議 (1215) において確立されたのであり、その歴史的起源については、モンテ裁判所、従ってカロリナガの弾劾手続と考えられてゐる。Vgl. Schmidt, E.: Geschichte, S. 44/45.; Biener: a. a. O., S. 28/42.; v. Hippel: Strafrecht, S. 86/89.; Schmidt, R.: a. a. O., S. 82/91., 92/98., 107/117.

(10) Schmidt, E.: Geschichte, S. 107/108.; v. Hippel:

Strafrecht, S. 89., 90/95.; Biener: a. a. O., S. 89/112.; Schmidt, G.: a. a. O., S. 241.; Schmidt, R.: a. a. O., S. 98/107.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 105/109, 206/214.; 勝田: 前掲、一九八一—一九九頁。

なお、カノン法では、拷問は認められていなかったのであるが、その後の発展において、ローマ法から移入されたのである。

(11) このことは、刑事法領域に留まらず、ローマ法継受一般について言えるのである。即ち、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べきことかべきである。Vgl. Wieacker, Franz: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Auf., 1967, S. 131. (鈴木訳・近世私法史、二二五頁)

そして、とくに刑事手続の領域においては、既に述べたとおり、糾問訴訟が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、継受されたものは、本質ではなく、形式であった、と言ふことができ、それ故ローマ法継受は、刑事同法の合理化として理解されるべきである。Schmidt, E.: Geschichte, S. 114.; ders.: Inquisitionsprozess, S. 76.;

Mittreis-Lieberich: a. a. O., S. 214/215. (世良訳、四五
一頁)

(11) Schmidt, E.: Carolina, S. 6.; Mittreis-Lieberich: a.
a. O., S. 214/215. (世良訳、四五頁); 勝田: 前掲、一
五二、二二頁。

(13) Schmidt, E.: Geschichte, S. 113., 130., 133/134.;
ders.: Strafrechtspflege, S. 259.; Wolf, Erik: Johan von
Schwarzenberg (in: Große Rechtsdenker der deutschen
Geistesgeschichte, 3. Aufl., 1951) S. 118/119.

なま、カロリナは、一五〇七年、かのントマールツ
ンヤン (Johan Freiherr von Schwarzenberg und
Hohenlandsberg) によつて編纂された「バンヤンツ刑事
裁判令」(Bambergische Halsgerichtsordnung)、『なわ
の「バンヤンツ」(Constitutio Criminalis Bambergensis)
を母体として成立した』の『』。Vgl. Schmidt,
E.: Geschichte, S. 130/131.; Stintzing Landsberg: a.
a. O., S. 622/623., 629.; Güterbock, Carl: Die Erste-
hingsgeschichte der Carolina auf Grund archivalischer
Forschungen und neu aufgefundenen Entwürfe, 1876,
S. 43/44.

(14) 「バンヤンツ」及びカロリナに至る前史としては、
とりわけ一四九八年の「ヴォルムス改革法典」(Wormser
Reformation) が注目される。Vgl. Schmidt, E.: Geschi-
chte, S. 123/125.; Schmidt, G.: a. a. O., S. 242.;

Brunnenmeister: a. a. O., S. 102/136.

むすびにかえて

本稿を終えるに当って、以上の素描により理解された
ことを、ここにまとめることにする。

まず、中世の刑事司法が、古代における私的な観念を
駆逐し、公的・社会的な課題として認識されるようにな
っていく過程、並びに、それと呼応して証拠法が、形式
的な思维から脱却し、一般思考法則に適合したものとなっ
ていく過程が明らかにされた、と思われる。ここに、糾問訴
訟の発展が理解されるのである。しかし、その後、実体的
の眞実の発見という目的が過度に強調されたため、この
糾問訴訟は、裁量権の濫用と恣意の横行する——つまり、
合目的性によって一面的に支配される——手続と化して
しまったのである。このような状況において、とりわけ
拷問の危険が次第に認識されるに及び、正義の理念によ
って刑事手続を規律しなくてはならない、という声が高
まってくる。しかし、ドイツにおいては、未だ学問が育
っていないため、当時イタリアで発展していた学問
に、その要請を満たすべき指導原理が求められることに

なった。このようにして、ヴォルムス改革法典を経て、バンベルゲンシス、カロリナへと、一連の改革立法が編纂されていくのである。ここにおいて、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、真実と正義を志向する手続が構成されたのである。

右のような理解に基づき、次稿においては、前述の改革立法について、その具体的な規定内容に即しつつ、正義と合目的性との間の緊張関係を理解したい、と思つて

いる。

本稿の作成に当っては、鴨良弼教授、福田平教授並びに勝田有恒助教授から、ご指導、ご教示をたまわりましたこと、ここに深く感謝する次第であります。また、とくに勝田助教授からは、貴重な文献を拝借させていただいたこと、改めてお礼申し上げます。

(一橋大学助手)