

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)——

米 山 耕 二

はじめに

第一章 カロリナ前史

第二章 カロリナの成立

第三章 カロリナの刑事手続

第四章 カロリナの歴史的意義

おわりに

はじめに

前稿(本誌一月号)においては、素描ながら、中世ドイツにおける糺問訴訟の進展に即しつつ、合目的性の先行する刑事司法にあって、正義の理念によりその手続を規律するという要請がなされるに及ぶ経緯を明らかにした。

本稿は、右の刑事司法改革運動の偉大な成果であるカロリナ刑事法典(一五三二年)につき、その具体的な規定内容に即して、合目的性と正義がいかに理解され、位置づけられているかという問題を、その基本思想を理解するという視点から考察しようとするものである。

第一章 カロリナ前史

一 カロリナ成立までの前史としては、まず一四二五年の「訴訟法鑑」(Klagspiegel)が挙げられる。これは、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のである。ここに、刑事手続につ

いて、後の立法に現われてくる基本的な思想が既に見受けられる。⁽²⁾

二 そして、一四九八年の「ヴォルムス改革法典」(Wormser Reformation) が注目される。そこには、実体的真実がいかなる仕方でも追究されるべきかという手続の基本となる規定が置かれている。これにより、無形式・無原則的に発展してきた糾問訴訟⁽³⁾に真実と正義を志向する新たな道が開かれた、と言うことができる。即ち、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。⁽⁴⁾

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ことができる。⁽⁵⁾

- (1) Stintzing, Roderich: Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland, 1867, S. 337/359, 405; Stobbe, Otto: Geschichte der deutschen Rechtsquellen II, 1864, S. 167/170.; 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)一八七頁、一九四—一九五頁注(45)。

なお、「訴訟法鑑」という表題は、一五一六年にヘルスマの法学者セムスチャン・ブランヤ(Sebastian Brant)が、一四二五年シュヴァーメンの二都市書記の手になる法書を新たに編集した際に、附したものと云われている。⁽²⁾

(3) Stintzing: a. a. O., S. 386/398.; Stintzing-Landsberg: Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I, 1880, S. 609.; Brunnenmeister, E.: Die Quellen der Bambergensis, 1879, S. 146/158., 164/171.

(4) 訴訟方式については、弾劾訴訟(Akkusationsprozess)と糾問訴訟(Inquisitionsprozess)との二種が区別されているが、この法典の歴史的な意義は専ら後者についての規定に見いだされる。Schmidt, Eberhard: Inquisitionsprozess und Rezeption, 1940, S. 71.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 104.

(5) Schmidt, E.: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, S. 123/125.; ders.: Inquisitionsprozess, S. 71/75.; Schmidt, Gerhard: Sinn und Bedeutung der Constitutio Criminalis Carolina als Ordnung des materiellen und prozessualen Rechts (ZRG, Germ. Abt. 83, 1966) S. 242.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 104/120.

(6) 例えば、一四六六年のヘルツォーグ刑事裁判令及び一四八五年のニュールンベルク刑事裁判令は、ともに糾問訴訟の発展過程における立法として位置づけられるが、その

には最終開廷日 (endlicher Rechtstag) に関する規定が見られるだけである。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 (Vorverfahren) における捜査活動についてはその合目的性が強調され、従って法的形式による制約の規定を欠いていたのである。Schmidt, F.: Geschichte, S. 102/104.; ders.: Inquisitionsprozess, S. 48/53.

第二章 カロリナの成立

一 右のような動きに続いて、一五〇七年、「バンベルク刑事裁判令」(Bambergsche Halsgerichtsordnung) といわゆる「バンベルゲンシス」(Constitutio Criminalis Bambergensis) が生まれるのである。⁽¹⁾

これは、高い倫理的誠実さと強い正義感に支えられて、かの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ものである。彼は当時バンベルク司教領において、世俗人としては最高の地位である宮宰 (Hofmeister) 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。しかし、いわゆる学識的な法に通じていた——法学識者 (Rechtsgelahrter)——

わけではなく、あくまでも実務の人であった。民族的な (volkstümlich) 資質と倫理的な心を欠くことなく、しかも神の裁きに対する信仰をもって、悪弊に満ちた刑事司法を改革しようとしたのである。⁽²⁾⁽⁴⁾ その際に、彼は実務的経験を生かしつつ、バンベルクにおける法慣習をイタリアの学問によって整理することを基本方針としている。そのため、バンベルゲンシスにおいては、過度のローマ法化が見られず、いわばローマ法と固有法との調和が図られているのである。⁽⁵⁾⁽⁷⁾

二 このバンベルゲンシスを母体として、一五三二年、帝国の統一法「カルル五世の刑事裁判令」(Peinliche Gerichtsordnung Karls V.) といわゆる「カロリナ」(Constitutio Criminalis Carolina) が制定されるのである。

バンベルゲンシスは、前述のとおり、内容的には固有法と外来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観念を含んでいた。⁽⁸⁾ 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持っていたため、その叙述においても巧みな配慮が認められる。⁽⁹⁾ 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」(Laienpiegel)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「フランドン
デンプルク刑事裁判令」として移入されていたのである。⁽⁹⁾

右のような背景から、カロリナの立案に際してはバン
ベルゲンシスがその基礎とされ、しかもシュヴァルツェ
ンベルク自身が立法過程において主導的な地位を占めた
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といえる。⁽¹¹⁾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。⁽¹²⁾

(1) バンベルゲンシスとはほぼ同時代に成立したテューロン
(一四九九年)及びラドルムツェル(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)と呼ばれてゐる——には、⁽¹³⁾
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。この観点から見て
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、と言ふことができる。しかし、未だ拷問を条件と
し、手続は職権的機関による無形式・無拘束の裁量に委ねられ
てゐる。この意味において、これらを眞の改革立法として

位置づけられることはできなからざるべきである。Schmidt, E.:
Geschichte, S. 104/106.; ders.: Inquisitionsprozess, S.
62/69.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 76/88, 102., 214
/216., 288/289.; v. Hippel, Robert: Deutsches Strafrecht
I., 1925, S. 163/164.

(2) 法学識者とは、中世イタリヤ法学の修得者のことであ
り、ローマ法継受の担い手として理解され得る。久保正
幡: 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。勝田: 前掲
一一〇—一一一、一五〇—一五六頁参照。

(3) Schmidt, E.: Geschichte, S. 109/110.; Wolf, Erik:
Johann Freiherr von Schwarzenberg, in: Große
Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 3. Aufl.,
1951, S. 101/102., 106/113., 115/117., 124/125., 128/131.;
Radbruch, Gustav: Lieb der Gerechtigkeit und Gemein-
ner Nutz, in: Elegantiae iuris criminalis, 2. Aufl., 1950,
S. 73/75.; ders.: Cicero deutsch, a. a. O., S. 91/94.;
Stobbe: a. a. O., S. 242/244.; Brunnenmeister: a. a.
O., S. 3/11., 289., 291/292.; Scheel, Willy: Johann
Freiherr zu Schwarzenberg, 1905, S. 20/34., 255/258., 276
/277., 278/281., 288/318., 343/346.; Herrmann, Emil:
Johann Freiherr zu Schwarzenberg, 1841, S. 16/22.,
31., 50/60.; Abergg, J. F. H.: Ueber das religiöse Ele-
ment 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.; Rohhirt, Conrad Franz: Johann von Schwarzenberg in seiner Beziehung zur Bambergensis und Carolina (Neues Archiv des Criminalrechts IX, 1827) S. 234/242.

彼は、宗教改革的な思想に親しむ——後にはキリストとも親交があった——ことにより、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持っていた。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・倫理的な方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か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と無関係とは言えない。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、そのようにして自からの人格を高め、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、その豊かな裁判実務の経験によって、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。

このようにして、彼は自由な精神をもって諸々の資料を取扱っており、バンベルゲンシスはまさにシュヴァルツェンベルクの独創作品と言うことができる。つまり、彼は

「法生活から直接に法を汲みとり」つつ、しかも「法を実証的に叙述するのではなく、実際の運用に影響を与えようとする意思をもって法を規範的に形成した」のである。この点に気づいて、かのザクセンミテューゲン (Sachsenpiegel) を編纂したマイケ・フォン・レプコウ (Eike von Repgow) と相通じるところが見られる——マイケについては Mitsis-Lieberich: Deutsche Rechtsgeschichte, 12. Auf., 1971, S. 199/200. (世良訳・ドイツ法制史概説改訂版(四一四—四一六頁)参照。

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。

(4) なお、当時ローマ法継受の進展につれてローマ法と固有法との間に混乱が生じ始め、その解決の必要に迫られたという事情から、バンベルゲンシスの編纂に際しては、悪弊の除去という目的と並んで、裁判官に対し「何が法たるか」につづいての教示を与えることも考慮されたのである。v. Hippel: a. a. O., S. 171.; v. Weber, Hellmuth: Die peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. (ZRG-Germ. Abt. 77., 1960) S. 294/295.; Schmidt, Siegfried: Stellung und Bedeutung der Carolina im gemeinen Recht (Bonner Dissertation, 1938) S. 8/9.

また、前述のヴォルムス改革法典についても同様と考えられるのであり、この法典はいわば「法規に基き高められた教科書」であった。Vgl. Stobbe: a. a. O., S. 335.

(5) バンブルゲンシムの編纂に当り、固有法に關し基礎とされた主要な成文法源は、バンブルク都市法及びバンブルク裁判令(一五〇三年)であつた。他方、イタリヤの學問は、主としてイタリヤの學者、とりわけガングリヌス(Albertus Gandinus)及びアンナテウス(Angelus Aretinus)の文獻から直接に採取され、また訴訟法體及びカトリクス改革法典も參考とされた、と考へられらる。Stintzing-Landsberg: a. a. O., S. 618.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 12/290.; Scheel: a. a. O., S. 170/176.; Zoepfl, Heinrich: Das alte Bamberger Recht als Quelle der Carolina, 1839, S. 104/108, 133/181.

(6) Schmidt, E.: Geschichte, S. 110.; ders.: Die Carolina (ZRG. Germ. Abt. 53., 1933) S. 25/26.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 215/225., 238.; Scheel: a. a. O., S. 169., 249/254.; Biener, Friedrich August: Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, 1827, S. 158.

この二書を端首に示すのと、この「純問訴訟に關する規定の仕方が挙げられる。即ち「ハンブルクに於ては、一四世紀中頃には既に「職權に於ける罷」(das Klagen von Amtswegen)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。シトヴァルトツェンブルクはこのような固有法の慣習を「變遷せることを標本として」とは考へなかつた。従つて、彼は外來法の純問訴訟を

直接的な形で移入することなく、その原理を固有法の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—一六一〇二、一〇三、二二五條〕。

ただ、改革立法と云う意味におつては、ロー法的な規定が強調されるべきではない。Vgl. Schmidt, E.: Inquisitionsprozess, S. 82.; v. Weber: a. a. O., S. 300.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 226., 289/291.; Henkel, Heinrich: Strafverfahrensrecht, 2. Auf., 1968, S. 39.

(7) なお、法典の中にどの程度固有法源が考慮せられていたか、この二書は、その地方の固有法の保存度に関する点では、またその編纂者が法政策的な卓見を有してつたか、またこの大に關係があつたのである。そのまうなすべからぬ人物として、シトヴァルトツェンブルクと兼てビュンメルク(Ulrich Zasius)を考へらる。藤田: 前掲、二二一—二二三頁参照。

(8) Henkel: a. a. O., S. 39.; Zwengel, Otto: Das Strafverfahren in Deutschland von der Zeit der Carolina bis zum Beginn der Reformbewegung des 19. Jahrhunderts, 1963, S. 14.

(9) Stintzing-Landsberg: a. a. O., S. 617.; Stobbe: a. a. O., S. 243.; Scheel: a. a. O., S. 177., 285/286. なお、本章注(4)参照。

(10) Stintzing-Landsberg: a. a. O., S. 621.; Stobbe: a. a. O., S. 245.; Biener: a. a. O., S. 146/150.

(1) Schmidt, E.: Geschichte, S. 131.; Scheel: a. a. O., S. 64/77., 121/128.; Güterbock, Carl: Die Entstehungsgeschichte der Carolina auf Grund archivalischer Forschungen und neu aufgefundenen Entwürfe, 1876, S. 40/45., 75/77., 85/100.

(2) Stintzing-Landsberg: a. a. O., S. 629.; Güterbock: a. a. O., S. 54/65.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 217/220.; Zoepfl: a. a. O., S. 170/173.; Abegg: a. a. O., S. 24/25.; ders.: Historisch-praktische Erörterungen aus dem Gebiete des strafrechtlichen Verfahrens, 1833, S. 95/96.

第三章 カロリナの刑事手続

一 真実と正義を志向するカロリナの刑事手続⁽¹⁾⁽²⁾においては、実体的真実の追求を合理的なものにするために、拷問⁽³⁾ (marter, peinlich frag) が制約され、かつ有罪認定の条件が法定されているのである。まず、拷問の制約については、「確たる徴表」(redliche anzeigung) なくしては何びとも拷問を受けることがない、と宣明されている〔二〇条〕。そして、以下の諸規定には、ヴォルムス改革法典をはるかに凌ぐ精緻さが認められる。即ち、第一に、要件を満たさずしてなされた拷問の違法性を明言し、

それによって得られた自白 (bekantnuss) に基づく有罪認定を許していない〔右同条〕ことよって。そして第二には、深い洞察が窺われる適切な例示をもって間接証拠 (Indizien) (＝徴表) の意義づけがなされている〔二四―四四条〕ことよって⁽⁴⁾。他方、有罪判決は、疑いなく確認された自白あるいは (自白の得られない場合) 二名の信じうべき良き証人 (glaubhafte gute zeugen) による証言に基づいてのみ許されている〔二二、六〇、六二、六七条〕⁽⁵⁾⁽⁶⁾⁽⁷⁾。

右の諸規定のうちには、今日の証拠理論において理解されている重要な認識が多く含まれているのである⁽⁸⁾⁽⁹⁾。

二 このような観点においてカロリナを理解すると、その一〇四条に「正義の愛好よりして、かつ、公共の利益のために」(auss lieb der gerechtigkeit, vnd vmb gemeynes nutz willen) と言われていることが注意される。ここにおいて、当時の刑事司法改革への動因を与えた「正義」と「合目的性」との緊張関係及びそこにおける正義の優位という思想が想起されるのである。

正義と公共の利益 (合目的性) との関係は、カロリナにおいて次のように考えられる。即ち、この両者は、そ

れぞれ異なった機能を果しつつ相俟って、「法と衡平 (das rechte vnd billicheyt) にもっとも適合したる審理が行なわれる」〔序言〕ことを促進し、もって刑事司法を「確たる公正な」(redlich, aufrichtig) 制度と状態に置く〔バンベルゲンシス一条(序言)〕べきものとして把握(10)(11)されている。このことを当時の状況に即して考察すると、公共の利益と正義は二つの課題に相応して理解される。即ち、前者は、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、そして後者は、裁量権の濫用による恣意の横行に対し、それぞれその矯正理念として把握されるのである。この観点において、公共の利益と正義が調和的に理解される。即ち、一方で、責ある者はその責任の大い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、責なき者はいかなる刑罰も科されてはならない〔序言〕と考(12)えられたのである。このようにして、糾問訴訟は公共の利益によってその制度目的を規定されるとともに、正義の理念によって法的形式による制約を課されることにな

る。⁽¹³⁾ しかも、この関係にあって、職権による真実追究は司法的な形式をもった (Justizformig) 認識手段と方法によってなされるべきであり、恣意的な判断に墮してはいけないという反省が強くなされた。その形式は、古い時代におけるような単に行為の外面を規律するものとは異なって、裁判官の判断過程、つまり内的決心を規律するものであり、ここに事実認定の合理性・正当性を高めようとする努力をみることが出来る。法的形式は正義の確保のために忍ばなくてはならない最も重要な方策として考えられている。⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾ このようにして、合目的性に対する正義の優位が明らかに読みとれるのである。⁽¹⁶⁾

三 右のような重要かつ困難な制度にあって、次には、それを運営していく人的な組織が問題とされ、とりわけ裁判官がその主要な担い手として理解されるのである。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾ ところで、法規は裁判官に対し、權威的にして一義的な基準を示すことはできず、単にその判断形成のための指針を与えるにすぎない。従って、判決は法の規定を形式論理的に解釈するだけでは発見されえないこととなる。⁽¹⁹⁾ 裁判官は法規の指針に基づきつつ、個々具体的な「非行の状況及び背徳性に応じ」(nach gelegenheyt vnd er-

gernuss der übelthat)、「自からの適切な衡量において判決を発見する〔一〇四条〕ことに努めるのである⁽²⁰⁾。かくして、裁判官に要求される思考は論理的・図式的な法適用に尽きるものではなく、経験と学識によって培われた高い人格のうちに基礎づけられていなくてはならない⁽²¹⁾。

このような認識に基づいて、「弁識力」(Bescheidenheit)と「節度」(maße)が裁判官にとって必須の資質と考えられることになる。前者は、状況に即して事物を理性的に区別することのできる知的な能力として、また後者は、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理解される⁽²²⁾⁽²³⁾。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駆として不滅の意義が認められるのである⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾。

四 さらに、「訴訟記録送付」(Aktensendung)による鑑定依頼の制度が注意されなくてはならない。これは刑事司法における真実と正義の確保にとって極めて重要な方策として理解される。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ことである。しかも、

立法者はそれら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。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、「法に精通せる人々」(rechtsgelehrte, rechtsverständige)に鑑定を依頼すべきこととされるのである〔七、八一、一四二、二一九条等々⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾〕。ここに、恣意的判断によって不正の生ずることを排除しようとする意図が窺われるのである⁽²⁸⁾。

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は些細なことなのである。即ち、この制度は、重要にして困難な任務を有する裁判官が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⁽²⁹⁾。その意味において、この制度は、既に述べた裁判官の人格性についての考え方と並び、刑事司法の「確たる公正な」運営を保証する意味深き洞察を含んでいるのである。

五 最後に、カロリナには全編を通じて、刑事司法改革への情熱が感じられるのである。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、「法と衡平」に適った指針を与えることができたのは、⁽³⁰⁾むしろこの情熱の故であった。しかも、その内容においては、単に固有法と外来法とが巧みに融合されているというに留まることなく、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おいて、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真の結びつきがみられる。⁽³¹⁾「良き慣習と事の理」(gute gewohnheit vnd vernunft)〔一〇四条〕によって導かれた刑事司法はこのようにして位置づけられ、理解されるのである。

(1) カロリナにおいて、糺問訴訟と弾劾訴訟は一応別個の方式として規定されているが、その基本構造においては同一のものとして理解される。即ち、私人が原告となる場合にも、爾後の手続遂行はその原告に委ねられることなく、職権的に進められるのであり、二つの方式の差異は、単に手続開始の要因——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ない。この意味において、弾劾訴訟は「覆面をした糺問訴訟」である、⁽³²⁾と言うことができる。

Schmidt, E.: Geschichte, S. 125/126; ders.: Inquisi-

tionsprozess, S. 6/8, 70.; Schmidt, G.: a. a. O., S. 245/246.; Schoetensack, August: Der Strafprozess der Carolina (Heidelberger Dissertation, 1904) S. 101/102.
なお、弾劾訴訟は、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、次第に駆逐されていくのである。(また、すでに規定の上でも、原告に対する重い負担が課されていた〔二一—二四、六一条等〕)。⁽³³⁾ Schmidt, E.: Carolina, S. 26/28.; Zwengel: a. a. O., S. 35.

(2) なお、バンベルゲンシスの規定方法——第二章注(6)参照——に倣ったため、糺問訴訟に関する固有の規定は極めて少ない〔六一—〇条〕が、このことは糺問訴訟の意義を低めるものではない。

その六条において、職権的な手続の開始要因となる被疑者の勾留(annemen)が、「一般の風聞」(geneyner leunnt || infamia)とくは「その他の信ずべき徴表」(andere glaubwürdige anzeigung || indicia)に条件づけられている。カノン法はもともと前者による勾留のみを認めていたのであるが、一三世紀中頃以降、イタリアにおいて後者によるものも許されるようになり、カロリナはこの考え方を採り入れたのである——バンベルゲンシスは古いカノン法の原則に従っている。

また、明示されていないが、同条後段——バンベルゲンシスには規定されていない——において、その後発展し

つらした一般紀問 (Generalinquisition) と特別紀問 (Specialinquisition) との手続的分離が実定法上の基礎づけを与えられたのである。Vgl. Schmidt, E.: Carolina, S. 30; Brunnenmeister: a. a. O., S. 218/220; Biener: a. a. O., S. 158/160.; Schoetensack: a. a. O., S. 95/100.; Hall, Karl Alfred: Die Lehre vom corpus delicti, 1933, S. 41/43.

(3) 拷問は排斥されずに残されてくるが、その責をシムツェマルツェンシュトクに帰すことはできなから。当時の文化段階においては、拷問が人間性に反するものであるという認識は未だ生まれていなかった——このことは、刑罰の残忍性がなお名残りを留めていることについても同様にあてはまる——のである。むしろ、拷問の適用を厳しく条件づけたという点に、歴史的な意義を認めるべきものと考えられる。正義の理念的な価値規準は時と所の文化状況に応じて異なるのであるから。Schmidt, E.: Inquisitionsprozess, S. 81.; v. Hippel: a. a. O., S. 199/200., 210.; Radbruch: Die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532 (Carolina), S. 17.; Merkel, Adolf: Juristische Enzyklopädie, 4. Auf., 1909, S. 17.

(4) シムツェマルツェンシュトクの功績はこの間接証拠理論において最も高く評価されている。既に訴訟法鑑、ヴォルムス改革法典及びイタリア法学の文獻の中に間接証拠の基礎づけがなされていたが、彼はそれより精緻な理論にまで

高めたのである。(なお、この理論に対してキエロの影響があったかどうかにについては「明らかでない」) Stintzing-Landsberg: a. a. O., S. 619.; Scheel: a. a. O., S. 251.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 237.; Zoepfl: a. a. O., S. 176.

(5) Schmidt, E.: Geschichte, S. 127/130.; ders.: Inquisitionsprozess, S. 80/83.; Wolf: a. a. O., S. 116/117.; Brunnenmeister: a. a. O., S. 110., 113., 222/237.; Schoetensack: a. a. O., S. 41/82.; Kollmann, Horst: Die Schuldtaffassung der Carolina (ZGesStW. 34., 1913) S. 640/641.

(6) カロリナのこのような考え方に大きな影響を及ぼしたと思われるカンティヌスの証拠理論については、Beyer, Werner: Das italienische Strafrecht der Scholastik nach Albertus Gandinus (Göttinger Dissertation, 1931) S. 45/47., 52/56. に簡潔にまとめられている。

(7) カロリナにおける「最終開廷日はなお維持されている〔七八条以下〕」。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つてゐた——前稿第五章注(10)参照——」であり、実質的な判決内容は予備手続の段階で既に形成されているのである(なお「最終開廷日に先立ち、判決内容の評議がなされる〔八一一条〕」。職権的機関による実体的真実追究の活動こそ、紀問訴訟の本体であった。バンヘルゲンシス(カロリナ)はイタリアの学問にその範を求

め、まさしくこの予備手続を、法的形式による制約——とりわけ、間接証拠による拷問の条件づけ——をもって眞の法的手続にまで高めた、と言ふことができる。

これに反し、例えばニュールンベルクにおいては、一四八五年の刑事裁判令——第一章注(5)参照——を一五二六年に改正しているのであるが、なお最終開廷日についてのみ規定を設け、予備手続については規定を欠いているのである。ここに、バンベルゲンシスの革新性が認められるとともに、刑事司法の全ドイッ的な改革への道がなお遠かつたことが窺われる。Schmidt, E.: Geschichte, S. 130.; Schmidt, G.: a. a. O., S. 246/247.; Herrmann: a. a. O., S. 29.

(8) その内容について、重要と思われるものを二・三挙げると、まず、対立証拠を比較検討することによって眞実を見いだそうとする考え方が見受けられる〔とくに二八条〕。そして、ここでは、帰責証拠(Belastungsbeweis)は原告に、免責証拠(Entlastungsbeweis)は被告に、どうふう举证責任の分配も行なわれている〔二九、七四、一四一——四三、一五一條等々〕。

次に証言について伝聞の不確実性が認識されており〔六五条〕、またいわゆる共犯者の自白の危険性も理解されていた〔三一条〕。

さらに、自白を直ちに有罪証拠と認めることなく、その信用性の吟味が要求されている〔六〇条〕。具体的には、

第一に、自白の内容は一般的表現では足りず、個々の具体的事情——行為者のみが知りうるような事実——を含んでいなくてはならないという認識がみられる〔四八—五三条〕。第二には、暗示的・誘導的な尋問の危険性が理解されていた〔五六条前段〕。そして第三に、拷問によって自白が得られた後少なくとも翌日以降に、あらためて眞実を述べたか否かが問われなくてはならず〔右同条後段〕、また自白事実の検証・調査が要求されている〔五四条〕。

このように、カロリナは事実認定に関し、一般的思考法則に適った認識を基礎として、眞実と正義のために慎重な配慮をしてゐるのである。

(6) なお、拷問の許される条件として規定されている嫌疑の程度に関しては、今日の自由心証主義の下ではそれのみで有罪の証明として十分であると思われるものも見受けられる。Schmidt, E.: Geschichte, S. 129.; Radbruch: Carolina, S. 17/18.

(7) Vgl. Radbruch: Rechtsphilosophie, 6. Aufl, 1963, S. 173. (田中訳・法哲学 二二二頁)

なお、今日とは異なり、当時において「正義」とは、個々の人間ではなく、神の定めた全体的秩序を至高の価値とし、その命ずる応報と償いはこの神の秩序維持という観点から扱えられていた。同時に、「合目的性」も、今日のよう功利性(Utilitar)に結びつくのではなく、神の秩序維持という究極理念に直接結びついていた、と考えられる。

- Vgl. Radbruch: Lieb, S. 72/73.; ders.: Rechtsphilosophie, Kap. 4., 7., 9.; Wolf: a. a. O., S. 115.; Schmidt, S.: a. a. O., S. 13/15.
- (11) マルティン・ヘンリッヒの思想はキチロの著作に負うべき大勢の「頭脳」である。Vgl. Wolf: a. a. O., S. 112/113.; Radbruch: Lieb, S. 84/88.; ders.: Cicero, S. 98/101.; Zielinski, Th.: Cicero im Wandel der Jahrhunderte, 4. Aufl., 1929, S. 75/76.
- (12) この考え方の基礎には責任主義及び責任と刑罰との均衡原理が認められ、その思想は実体面に於ける正義の理念の発現として理解される。Vgl. Schmidt, E.: Geschichte, S. 117/119.; Scheel: a. a. O., S. 277.; Nagler: Die Strafe I., 1918, S. 192/196.; Schmidt, Richard: Die Aufgabe der Strafrechtspflege, 1895, S. 217/221.
- (13) Schmidt, E.: Carolina, S. 14.; Stintzing-Landsberg: a. a. O., S. 620/621.; Wolf: a. a. O., S. 118/121.; Radbruch: Lieb, S. 70/72.; Nagler: a. a. O., S. 188/191.
- (14) Schmidt, E.: Geschichte, S. 133/134.
- (15) なお、「疑いなき非行」(unzweifelhafte misshaten)には法的形式の保障が認められ、この「六条」即ち「最終判決と刑罰とは、可能な限りの最小経費にて、促進せらるべく、かつ、遂行せらるべくからむがため」に、完全なる間接証拠なくして直ちに拷問が加えられることになる。
- この規定は、法的形式はすべて「真実の探知のためにのみ規定され、疑いなき非行者を猶予するために規定されるにあらざらん」(ペンナル・ナン・ト・三條)と、この考え方が前提とされているのである。Vgl. Brunnenmeister: a. a. O., S. 161/164.; Schoetensack: a. a. O., S. 63/65. (右の「真実の探知のため……」とらるる文言はカロリナの規定では削除されているが、これは編集者によると考えられる。Vgl. Güterbock: a. a. O., S. 221/222.; Kohler-Scheel: Die Carolina und ihre Vorgängerinnen I., 1900, S. 16., 125/126.)
- この規定のうち、前稿第七章注(4)において理解された正義の内容が明らかとされ、この「と」思われる。即ち正義の理念によって基礎づけられる法的形式は、真実探知のための方策として把握される。と同時に、真に責ある者を容赦なく処罰しようとする意志も表明されている。この「正義が公共の利益と分かち難く結びつき、理解を促さるべきである」ことがわかる。
- ところで、この「疑いなき非行」の概念には、古代ゲルマンにおける「現行犯」(handhafte Taten)及びカノン法における「明白犯」(notoria, delicta manifesta)と、この考え方の影響が見られる。Vgl. Brunnenmeister: a. a. O., S. 156/161.; Zwengel: a. a. O., S. 49. 「現行犯」については、前稿第二章注(5)、「第三章」また「明白犯」については、Gros, Carl: Die Beweistheorie im kano-

nischen Prozess I., 1867, S. 47/54.; Beyer: a. a. O., S. 43/45. 参照。

(9) Schmidt, E.: Geschichte, S. 113.; Wolf: a. a. O., S. 115.

(17) このやうな裁判官の地位ならし役割については「三条(裁判官の宣誓)」「二〇(違法な拷問を加えた裁判官の民事責任)」「六一(同じく刑事責任)」「二〇五(報酬收受の禁止)及び二一九(不知は職務違反を免責しなご)等々の規定のうちには、その重要性が認められる。Vgl. Schoetensack: a. a. O., S. 15.; Blankenhorn, Rudolf: Die Gerichtsverfassung der Carolina (Tübinger Dissertation, 1939) S. 24/25.

(18) カロリナにおけるも、なほ参審員制度は維持されてゐる〔一条〕。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(一)〕、さらには、例えばは被告人の提出する免責証拠の採否〔七四(一)五、一五二(一)〕のやうな重要な問題について、参審員の同意を必要とせずに自から判断することもあり、参審員に比して主たる地位に置かれてゐるのである。そして、無卒の参審員は、その後学識裁判官——本章注(25) 参照——に進出されて、次第にその存在意義を失ひ、ついに完全に排除されることになる。Zwengel: a. a. O., S. 21/26.; Radbruch: Carolina, S. 20.; Schoetensack: a. a. O., S. 14/15.; Blankenhorn: a. a. O., S. 28/29.

(9) Vgl. Küper, Wilfried: Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967, S. 98.; Wächter, Carl Georg: Gemeines Recht

Deutschlands insbesondere gemeines deutsches Strafrechts, 1844, S. 118.; Bülow, Oskar: Gesetz und Richteramt, 1885, S. 216.; 鴨良弼: 裁判過程における法解釈(刑

事訴訟法の新展開、昭和四八年、所収)二二—二三頁。

(20) この規定のうちには、法の解釈と適用に関する今日の基本的な考え方が既に理解されたことが認められる。Vgl. Engisch, Karl: Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Auf., 1968, S. 192/193.

(21) このことは、第一条冒頭で明らかになつてゐる。即ち、裁判官には、「敬虔にして、温情あり、理をわきまへ、かゝる、経験豊かなる人物」(fromme, erbare, verständige vnd erfarne personen)が要求されてゐるのである。Vgl. Zwengel: a. a. O., S. 22.; Schoetensack: a. a. O., S. 12/14.; Blankenhorn: a. a. O., S. 26/28.

(22) Schmidt, E.: Geschichte, S. 137/139.; Küper: a. a. O., S. 90/91, 95/99.; Abegg: das religiöse Element, S. 24/25.

なほ、シチヅマン・ツェンネルクが大きな影響を受けてゐるキチホの倫理学においては、「次の基本的な徳性が説かれてゐる。即ち「正義と善行」(Gerechtigkeit und Wohl-

tätigkeit)「真理探究の欲求」(Forschungsdrang)「不撓な意思」(Wille zur Macht)及び「節度と適切への感覺」(Sinn für Maß und Schicklichkeit)の四つである。Vgl. Zielinski: a. a. O., S. 66/73.; キヤロロ: 義務について (泉井久次助訳)

(23) bescheidenheit は今日のVerstand' として máze は Mahalten なる Bescheidenheit の意味を有している (Lexer, Matthias: Mittelhochdeutsches Handwörterbuch I., 1872)

(24) Schmidt, E.: Carolina, S. 33.; Küper: a. a. O., S. 95/96.

(25) なお、このように困難な任務を負う裁判官には、法学識者——第二章注(2)参照——の進出が期待されたのである。とりつても、現実には法学識者の広範な進出は直ちに達成できなかった。しかし、領邦権力の胎頭過程において、近代国家にとって必須の用具である官僚制の整備とらう要請と結びついで、裁判官は次第に学識化を遂げたのである。Schmidt, E.: Inquisitionsprozess, S. 78.; 勝田: 前掲' 二二〇—二二一、一六四—一七〇頁。上山安敏: 法社会史、昭和四一年、三五—三六頁。
(26) Schmidt, E.: Geschichte, S. 134/135.; Stobbe: a. a. O., S. 251.; Zoepfl: a. a. O., S. 162/163.; Glaser, Julius: Handbuch des Strafprozesses I., 1883, S. 83/84.
(27) この制度は、古来の「キーンマホーン」(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 (requisito concilii) とが結びつけられて採用された」と考えられる。そして、裁判機構一般の問題としては、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、有権的な判断をめぐりに求めべきかという問題として理解される。その後、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る。Vgl. v. Hippel: a. a. O., S. 210.; Blankenhorn: a. a. O., S. 48/54.; Wraecker, Franz: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, S. 181/182. (鈴木訳・近世私法史、一八八—一九〇頁); Stölzel, Adolf: Die Entwicklung des gelehrten Richtertums in den deutschen Territorien I., 1872, S. 187/231.
(28) この意図は、一五〇条におおむね明白に述べられている。即ち「独断の法に反せる理不尽なる準則および慣習」(eygen vnuernünftig regel oder gewohnheit, die dem rechten widerwertig sein) による判断を排斥するべきである。
(29) Schmidt, E.: Inquisitionsprozess, S. 79/80.
(30) 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。

(30) Schmidt, E.: Carolina, S. 10.

(11) Schmidt, E.: Carolina, S. 33/34.; ders.: Straf-rechtspflege und Reception (ZgesStW. 62., 1943) S. 262/263.

第四章 カロリナの歴史的意義

一 以上のように、カロリナにおいては、法的形式によって規律され、真実と正義を志向する手続の構成が図られていたのである。具体的には、とりわけ次の二点を高く評価することができる。即ち、一つには、適切な間接証拠理論をもって拷問が制約されていることであり、そして二つには、個別・具体的な裁判における事実認定の困難性が認識されるとともに、裁判官の重要な任務が自覚されていることである。

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。⁽¹⁾

二 カロリナには右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。

第一には、古い形式的証拠法から脱却して、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。即ち、裁判官に客観的真実——単なる主観的判断ではない——と法的確信——単なる蓋然性ではない——を基礎づける体系を組み立てることができる、と信じたのである。かくして、「法定証拠主義」(Prinzip der gesetzlichen Beweisregeln)——有罪とするためには、⁽²⁾ 自白あるいは二名の証人が必要とされる——が採用されるに至った。ここ

において、確かにカロリナが中世末における拷問の危険性に対して大きな配慮をなしたことは高く評価されなくてはならないとしても、⁽³⁾ 自白強要のための拷問がいわば公認されたことになる。かくして、二名の証人を揃えることが必ずしも容易ではないことと相俟って、⁽⁴⁾ 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った。

そして第二には、裁判機関の構成面に関して、捜査・訴追及び最終的判断の権限が裁判官の一手に集中され、

しかも過度の信頼の故に大きな裁量権を与えられていた——拷問の程度に関する五八条がその好例である——ことが指摘される⁽⁵⁾。さらに、その審理は秘密的・書面的な手続によって進められたのである⁽⁶⁾。

三 このような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、目に見えて大きくなっていくのである。とりわけ、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」(*In-stanzentbindung*)——だけであり、新たななる嫌疑に基づいて何時でも手続を再開できたのである。さらには、拷問の適用領域が拡張され、事実の探知という目的を超えて、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⁽⁷⁾⁽⁸⁾。このような状況において、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。

このように、国家権力はたやすくその制約を踏み越え

るのであって、まさしく歴史は繰り返され、ここに再び真実と正義が危殆に瀕することになる⁽⁹⁾。このような合目的性の先行による弊害には、漸く一八世紀後半、啓蒙期に入って改革への道が開けてくるのである。

(1) v. Hippel: a. a. O., S. 213.

(2) Glaser: a. a. O., S. 89/90.; ders.: Beiträge zur

Lehre vom Beweis im Strafprozess, 1883, S. 5/6.;

Zwengel: a. a. O., S. 40.; Schoetensack: a. a. O., S.

43/44.

ここでは、嫌疑 (*Verdacht*) と証明 (*Beweis*) が厳格に区別されていたのである。

ただ、当時としては、一方で形式的証拠法がもはや維持しえなくなったこと、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ことに鑑みて、その自由な心証形成を認めることには危険性が大きかったこととの二つの観点からして、法定証拠主義をイタリヤ法学から移入したことは当を得た措置であった、と考えられる。v. Hippel: a. a. O., S. 209/210.

(3) このことは、六一条のうちに読みとることができ。即ち、「確認せられたる悪しき徴表が存することが、拷問を行ないたることの責を免する事由なりき。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對してのみならず、また、非行に関する悪しき風聞をまたは

その徴表を作り、悪のあらゆる形態に対しても、自己を防禦すべければなり」と明言されてゐる。

なお、ここに「正義の理念によつて拷問が強く条件づけられてゐるとともに、公共の利益の観点からする峻厳な犯罪追究の意志が表明されてゐるのを見ることが出来る。このように、コロリナにおいては、正義と公共の利益が調和的に把握され——第三章二参照——ではいたが、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になる。

- (4) v. Hippel: Der deutsche Strafprozess, 1941, S. 36/37.; Radbruch: Carolina, S. 17.; Mittels-Lieberich: a. a. O., S. 243. (世良訳、五〇三頁)

また、法定証拠主義として現われた立法者の余りに細心すべき配慮が実は最も大きな不注意であつた、と云うことも出来る。

- (5) Schmidt, E.: Geschichte, S. 194.; Wächter: a. a. O., S. 118/119.

- (6) v. Hippel: Strafrecht, S. 209.; Glaser: Handbuch, S. 84/85.

- (7) Schmidt, E.: Geschichte, S. 177/178.; v. Hippel: Strafrecht, S. 229/230.

- (8) このような拷問の濫用は、「魔女裁判」(Hexenprozess) にきつて最も顕著であつた。Vgl. Schmidt, E.: Geschichte, S. 209/211.; v. Hippel: Strafrecht, S. 230/232.;

- Mittels-Lieberich: a. a. O., S. 214. (世良訳、五〇三頁)
 (9) Schmidt, E.: Geschichte, S. 194., 207/209.; Glaser: Handbuch, S. 89.; Henkel: a. a. O., S. 45.

おわりに

普通法における前述のような刑事司法の展開は、有罪とするについて法定証拠主義により加えられた拘束からの離脱——嫌疑罰が「特別刑」(poena extraordinaria)として科されたことに、その意味がよく示されている——として把握される。と同時に、そこに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。即ち、証拠は一定の抽象的法則に枠づけられて評価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吟味されるべきものであり、従つてこの具体性から遊離した外的要因による証拠方法の類型化及びそのランクづけには親しまないのである。また他方では、法定の証明要件を単に充足したからといって、有罪とするには必ずしも十分ではない、と考えられるようになった。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のであり、ここに合理的な証拠理論の芽生

えが見られ、後代の自由心証主義へと発展していく、と
みることができる。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つた。⁽¹⁾

右のような理解に基づき、今後、カロリナによって採
用された法定証拠主義の意味内容を明らかにするととも
に、普通法における証拠理論の矛盾及びその克服の努力
について考察を進めたい、と思つている。

(1) (Glaser: Beiträge, S. 6/16.; 内田一郎: ドイツ刑訴に
おける自由心証主義の成立(齋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。

なお、カロリナ及びバンベルゲンシスのテキストとして
は、Zoepfl: Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls
V. nebst der Bamberger und der Brandenburger Hals-
gerichtsordnung, 2. (synoptische) Ausgabe, 1876. を
用いた。また、橋教授の邦訳(神戸法学雑誌一八卷二号、
一九卷一・二号、二一卷一・二、三・四号、二二卷一号、
昭和四三—四七年)を参照した。

(一橋大学助手)