

近世ドイツにおける刑事司法実務の発展

山内進・屋敷二郎・藤本幸二

Die Entwicklung der praktischen Strafrechtspflege im
frühneuzeitlichen Deutschland

近世ドイツにおける刑事司法実務の発展

山内進・屋敷二郎・藤本幸二

Die Entwicklung der praktischen Strafrechtspflege im
frühneuzeitlichen Deutschland

目 次

近世ドイツにおける刑事司法実務の発展.....	5
1. 解題.....	5
2. 翻訳.....	7
第二章 刑事司法実務の発展.....	7
第二節 刑事訴訟法.....	7
註.....	19

近世ドイツにおける刑事司法実務の発展

解題：藤本幸二

翻訳：山内進・屋敷二郎・藤本幸二

1. 解題

本稿の目的は、ドイツ刑法学の大家エーベルハルト・シュミットの手になる大著『ドイツ刑事司法史』¹⁾より、その「第三部 近代的刑事政策の発展」のうち「第一編 啓蒙主義」から「第二章 刑事司法実務の発展」「第二節 刑事訴訟法 (252-260)」を訳出し、もって一八世紀後半から一九世紀初頭にかけてドイツ地域でなされた刑事司法実務についての概要を知ることにある。

エーベルハルト・シュミットは、刑法学にいわゆる「近代学派（新派）」の開拓者フランク・フォン・リストの門下生であり、彼とともに『リスト＝シュミット・ドイツ刑法教科書 (Lehrbuch des deutschen Strafrechts)』を執筆した実定法学者であり、我が国においては、第二次世界大戦以前にドイツ学界の主導的立場にあった刑法学者としてその名を知られている。宮澤浩一は彼の死に際して、次のような記述を残している。

「日本の刑法学は、シュミット教授の残された著作から、多くのものを学んだ。戦前は、リスト＝シュミットのドイツ刑法教科書、殊にその 25 版、26 版から大きな影響を受けた。規範的責任論、そして期待可能性の理論を研究した者には、リストの遺著を断えずアップ・トゥ・デートなものにしようと努め、当時の新しい学説の動向に怠りなく注意を払われたその努力をそっくりそのまま利用した例は多い。リスト＝シュミットの体系書の簡潔な叙述の中に含蓄のある個所を見出し、これをヒントに多くのテーマをふくらませなかった人は居ないであろう」²⁾。

他方でシュミットは、法史学、特にドイツ刑事法史についても大きな関心を寄せ、幾多の業績を残していた。そもそも、彼の学位取得論文「フリードリヒ・ヴィルヘルム一世およびフリードリヒ二世治世下プロイセンにおける刑事政策 (Die Kriminalpolitik Preußens unter Friedrich Wilhelm I. und Friedrich II.)」(1914 年)と教授資格請求論文「国庫財務官と刑事手続 ブランデンブルグ＝プロイセンにおける政府組織と刑事手続の史料的研究 (Fiskalat und Strafprozeß. Archivalische Studien zur Geschichte der Behördenorganisation und Strafprozeßrechts in Brandenburg-Preußen)」(1921 年)は、タイトルからもわかる通り、刑事政策、法史学、そして刑事訴訟法という三つの分野にまたがるものであった。シュミットは第二次大戦後、その中心的活動領域を刑事訴訟法分野に移し、『刑事訴訟法および裁判所構成法 コメントール (Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz)』(1952～1960 年)を完成させたが、その一方で、第二次大戦中に母国ドイツの法、特

に刑事法が「裁判官ではなく死刑執行人が権力を握る」³⁾ 状態に陥ってしまった事実を憂慮し、「正義のための闘争において」「確実な立脚点」⁴⁾ を得るための刑事法の歴史的研究の重要性を強く認識するに至っていた。その結晶とも言えるのが、本稿で訳出する『ドイツ刑事司法史』である。

なお、本書を翻訳する試みは、一橋大学大学院法学研究科の故勝田有恒教授の門下生を中心としたグループにより、すでに15年以上前から行われており、本稿以前にもその一端を公表したものも存在する⁵⁾。翻訳への着手がなされたそもそもの経緯についてはそちらを参照いただきたいが、ここでは、2018年の現在、本稿において近世ドイツにおける刑事司法実務の変遷を扱う部分を訳出する必要性について、以下に述べておきたい。

ここで述べられた時代は、啓蒙主義の発展・浸透によりドイツにおいても行き詰まりを迎えつつあった刑事司法が、次の時代に大きく変遷・展開を遂げていく言わば過渡期とも言える時代である。ここにおいて、パウル・アンセルム・ヨハン・フォン・フォイエルバッハの手により「法律なくして刑罰なし *nulla poena sine lege*」の原則が確立されたことに象徴されるように、続く近代、そして現代へと刑事法が発展を遂げていくその思想的・制度的基礎が築かれたことは刑事法史上の常識となっている。

にもかかわらず、本邦においてこの時代を正面から取り上げ、近現代の刑事法史との間に架橋を試みた先行研究は、意外なほどに乏しい。これは、一つには、この時代が、近代以降の啓蒙主義的改革の所産を所与のものとして行われる刑事実定法学者による歴史的研究と、カロリーナ刑事法典に代表される中世から近世にかけての公的刑事法の確立というテーマを重要視する刑事法史研究者の研究対象との、いわば端境期に位置しているためでもあるが、他方では、ボワソナードによる拷問廃止のエピソードに象徴されるように、西洋法の継受により近世から近代へ移り変わる過渡期特有の試行錯誤や葛藤の谷を言うなれば「跳躍」して法発展が成し遂げられたという我が国の特殊事情にも帰するところが大きいように思われる。

しかし、果たしてそれでよいのであろうか。「跳躍」は本当に成功裏に終わったと言えるのであろうか。国連の自由権規約委員会から長年に渡り改善勧告を受けている日本の刑事司法は、近代化・現代化を成し遂げたと、間違いなく言えるのだろうか。

国連を巡っては、1984年に国連総会で採択された「拷問禁止条約」に基づいて設置された拷問禁止委員会においても日本の諸制度がたびたびやり玉に挙げられ、2013年には第二回日本政府報告書審査のさなか、ある委員から「日本の刑事司法は『中世』段階にある」旨の指摘を受けたことは記憶に新しいところである。拙稿⁶⁾にて詳述した通り、この指摘は正当ではなく、日本の刑事司法はむしろ近世の姿を色濃く残している、と筆者は考えるものであるが、国内の法曹や刑事法研究者から明確な異論が示されていないという事実もまた興味深い限りである。

もしかするとその背景には、上述した通り、近世から近代に変わりゆく時代に対する関心が高まることがなかった、という点が見出されるのかもしれない。しかし、少なくとも、この過

渡期を日本が「跳躍」してしまったことが、日本の刑事司法が現在抱える問題の深源となっている可能性は否定できないだろう。であれば、刑事法の歴史的研究に携わる者にとっての急務の一つは、まさにこの時代にドイツが経験した試行錯誤や葛藤を明らかにすることにあるのではないだろうか。

以上の理由から、本稿においては、『ドイツ刑事司法史』の近世ドイツにおける刑事司法実務の発展に関する部分を訳出するものである。なお、以下に掲載する翻訳は、山内と屋敷が1995年までに作成した原稿を元に、藤本が新たに修正を加えたものである。

2. 翻訳

第二章 刑事司法実務の発展

第二節 刑事訴訟法

252 刑事手続法の領域では、啓蒙主義運動はふたつの攻撃目標を見いだした。啓蒙主義の理性主義と人道化志向は拷問を手厳しく批判し、その法的安定性志向は司法への領邦君主の介入、すなわち、裁可権と大権判決に反対した。裁可権と大権判決によって、領邦君主の意思は、個別事例において裁判所が適用する法律の代わりをなしえていたのである。これらの問題においても、フリードリヒ大王治下のプロイセン国家は代表的なものである。それゆえ、まずプロイセン刑事司法の発展史を検討しよう。

一 プロイセン

一・一 拷問の廃止。1805年のプロイセン刑事裁判令

253 フリードリヒ大王が即位して4日目、つまり1740年6月3日に実行したことは、それだけで十分に彼を大王という名に値するものとしたであろう。彼は拷問を廃止したのである。

彼のなかで革命を起こしたのは、啓蒙主義の人である。否、人間のあらゆる否定的特性が恐るべき和音をなして作りあげ維持してきた手続的措置の全てに反対する人である。無制約な目的思想、残酷さの嗜好、無力な者に自己の優越性を感じさせるという恥知らずな愉悅、思想の怠惰、明確な思慮と勇敢な決断をもって慣れた道から歩み出られない無力さ、慣習によって認められていると思われる場合には狂気でさえ自己欺瞞と思想の煙幕によって必要なものと思わせる怪しげな性向。これらに彼は反対した。クリスティアン・トマジウスは別として、クリスティアン・ヴォルフやその弟子エンゲルハルトは、真実探求のために拷問を用いることの妥当性に対し理性的な疑念を抱いていたにもかかわらず、優柔不断な立場を採り、少なくとも一定

の場合について拷問を許容した——というよりも、その有用性から抜け出せ得なかった。そこでフリードリヒは勇気をもって決断を下し——絶対主義的支配権力がこれほど人倫に貢献したことはなかったのだが——急激な方向転換を行なった。

「わたしはあえて人間性の側に立ち、キリスト教徒や教養ある人々にとって恥ずべき慣習に反対する。あえて言い足すが、残酷かつ無益な慣習に反対するのだ」。このようにフリードリヒは、『法の精神』の影響のもとに著した『立法論』に記している。さらに彼はこう続けた。「一人の無実の者を犠牲にするよりも20人の犯罪者を許すほうがよい。もし法律が人民の利益のために制定されねばならないのであるとすれば、どうして裁判官を、人間性を憤らせるような公然たる行為を組織的に犯す立場に据えるようなことを許さねばならないのであろうか？」

フリードリヒは、1717年の刑事裁判令の改正によってではなく、一連の閣令Kabinettsordresによって、拷問の廃止を準備した。1740年6月3日の刑事裁判令は、「大逆罪、反逆罪、多くの人々の生命が失われるか、相互の関連を解明する必要がある多くの犯罪者たちが関与している重謀殺を除いて」拷問が「完全に」廃止されるように命じている。しかし、1754年6月27日および8月4日の刑事裁判令は、これらに付されていた拷問留保規定の全てを廃止した。シュレージエンにおいて大規模な強盗団が発見されたとき、司法大臣コクツェーイは被疑者たちを拷問すべきか否かを照会した。1740年6月3日の例外規定はこの種の問いを喚起するものであったためである。しかし、フリードリヒは拷問の賦課を拒否し、その立場を非常に明確なかたちで1756年11月18日の刑事裁判令において繰り返した。

拷問の廃止は糾問訴訟の構造から暴力的手段だけを取り去った。この暴力的手段は自白の重要性に鑑み、これまで至る所で真に不可欠のものと考えられていたものである。しかし、糾問訴訟の精神と構造は、拷問の廃止によって変化したわけではない。もちろん、これと深いところで関係する問題がただちに生じた。つまり、必要な場合には自白を物理力によって強制する、という方向性が、法定証拠主義ときわめて密接に関連していたという問題である。この規則によれば、裁判所が有罪判決に値するだけの事実を証明されたものとみなしうるのは、二人の完全な証言能力のある証人がその事実を証言する（これは非常に稀である）か、被糾問者が自白した場合だけである。そのような証人を欠き、しかも大いに嫌疑があるにもかかわらず被糾問者が自白を拒否した場合には、果たしてどうなるのだろうか？ フリードリヒはすでに1740年にこの問題について唯一正しい解答を見だしていた。「これに対して…、疑問の余地のない多くの証人などによって犯罪者が非常に強力に実に明白な徴表と証拠を自己に不利な形で有し、それでも頑迷なる悪意から自白しようとしない場合には、この者はしかるべき法律にしたがって処罰されるべきである」。そして1754年8月8日には次のように規定された。「この者〔被糾問者〕に不利な形で非常に多くの情況証拠が示され、彼がそれによって彼が有罪であることを完全に確信され、彼自身の自白の他には何も欠けておらず、それでも彼が自白を頑強に拒む場合には、判決の起案に際して彼自身の自白は重視されることなく、その自白が現に存在するかのように判決が下されるべきである」。この刑事裁判令はさらにこう続けている。

「これに対して、諸々の情況証拠が被糾問者にとって完全に有罪を確信させるほどのものではないが、それにもかかわらず、この者に対して、彼がその罪を実際に犯したという嫌疑が非常に大きく、情況証拠もまたその嫌疑を正しく真実らしいと示すような場合には、この被糾問者は、まだ何ら自白をしていなくとも、拘鎖をともなう終身の城塞禁固ないし城塞内苦役を宣告されねばならない」。これによって、フリードリヒは、証拠評価をとにかく適切なものとするために、法定証拠主義を廃止した。このとき、証拠評価を規制する原理としては、完全な証明とほとんど完全な証明との区別だけが与えられている。完全な証明の場合には、法定（通常）刑が、ほとんど完全な証明の場合には、（変更可能な）嫌疑刑が宣告された。

フリードリヒはおおよそ法律家ではなかったので、自らの指示が有する射程の広さについて自分ではよく分かっていなかった。証拠法に関するこのような諸規定は深く刻み込まれたものであったので、刑事裁判令はその全体的な見直しを必要とした。本来ならば、証拠法の問題は全体のなかで立法によって解決されねばならなかった。しかし、それがなされなかったために曖昧さが残り、裁判所は新たに進むべき道を見いだそうと努力した。拷問は有形力の行使をともなう唯一の強制手段ではなく、まだその他にいわゆる不服従罪や偽証罪も許されていたので、矛盾にみちた供述を行なったり「頑迷な」沈黙を守ったりするとそのような刑罰が適用されるような状態に被糾問者を追い込むことは容易であった。このことは結局のところ、拷問を用いなしだけの自白強制にすぎなかった。国王がこうしたことを1756年11月18日および1766年10月4日の訓令ではっきりと拒絶しているのは確かである。しかし、それによって不服従罪や偽証罪の問題が根本的に解決されたわけではない。1776年1月15日の刑事裁判令は、自白がない場合でも通常の刑罰を宣告することができる可能性を破棄したが、曖昧なものだったため、証拠法の最終的な規整もまたますます揺れ動くことになった。

全体との関連を保つことなく個別法令によって訴訟法の問題を解決する、という本質的に不十分な方法は、好ましい効果をほとんどあげなかった。

254 刑事手続法の統一の取れた全体的規整への切迫した要求を満たそうとしたのは、1805年12月11日のプロイセン刑事裁判令であった。この裁判令は刑事訴訟法の新たな発展に道を開くものではなく、プロイセンにおける、書面による普通法的な糾問訴訟の時代を終わらせたものにすぎなかった。それは完全に過去を土台としており、^{ポリツァイ}行政＝警察国家の精神における発展において要求された通り、糾問訴訟を、形式から解放された緩やかなかたちで、完結した統一性のうちに提示したものであった。一般糾問と特別糾問との区別は完全に廃止された。分節化された尋問ももはや規定されなかった。審問は「糾問官」の手に委ねられた。糾問官は、自らが管轄裁判所の唯一の裁判所職員であるような場合は別にして、判決に協働することを許されなかった。そうする代わりに糾問官は、審問が終了した後に事件を管轄の裁判官に引渡したのであり、裁判官はもっぱら調書の内容に応じて判決を起案した。

最初の嫌疑が生じると直ちに手続が開始され、罪が犯されたか、**ならびに**、誰が犯人であるか、という問題が対象となった。一方で犯罪構成事実を確定させ、他方で犯人を探求するとい

う区別は、一般糾問と特別糾問の区別が放棄されたことによって廃止された。ある者に対するある嫌疑が根拠づけられたならば、拘禁が行われる。拘禁は、少なくとも「3年の刑罰」が想定される場合にはただちに許されるが、その他の場合には逃亡や共謀の虞が存さねばならない。拘禁によって、被告人は完全に糾問官の手に委ねられた。釈放すべき事情の探求もまた糾問官の責務であったことは確かである。しかし、手続の構造や、被告人の訴訟における自立した役割の完全な欠如、糾問官の圧倒的な優越、「裁判官の質問に明瞭に、確実に、完全に答えること」を被告人に促す偽証罪、そして尋問の無制限延長（訴訟資料が特定の起訴に限定されていなかった）、警告・威嚇（偽証罪による！）・苦痛ないし示威によって被告人を言いなりにする裁判官の権限—これら全ては、しばしば悲嘆と苦痛のもととなった有罪方向での証拠に対する過大評価をもたらし、その結果として糾問官を、実体的真実の発見よりも自白の獲得による証明に駆り立てることになった。法定証拠主義は古い形態のままであり、自白か二人の証人のみが完全な証拠とされた。これが通常の刑罰を宣告するための前提であった。重大な徴表しか発見されなかった場合には、特別の刑罰、つまり嫌疑刑が宣告されるものとされた。嫌疑刑を行政＝警察的な保安手段に置き換えようとするクラインのあらゆる試みにもかかわらず、刑事裁判令はこの時代遅れの制度を保持した。証明が成功せず、他方で被告人に対する嫌疑も完全には排除されなかった場合には、暫定的無罪判決Instanzが行われる。完全な無実の証明のみが真の無罪判決をもたらす。弁護人は証人尋問に立ち合う権利を有してはいる。しかし、弁護人は、「審問の終了」後に初めて訴訟そのものに登場するのであり、これはつまり、糾問官が被告人の有罪は確認されたと考えたか、それ以上の追及には見込みがないと考えた後のことになる。弁護は訴訟記録に付け加えられる抗弁書において行われる。しかる後に、訴訟記録は裁判所に送られた。上訴の手段としては、いわゆる「追加弁護」が存した。手続のあらゆる段階において裁判官の自由裁量が支配しており、糾問官は審理の主人であって、被告人は追及の客体にすぎない。刑事裁判令においては、被告人の申し立てを検討せねばならないという諸々の形式的な拘束も強制も糾問官に対しては命じられていない。糾問官の責任は全てを包括する。しかし、糾問官がもつ、攻撃者（被告人に不利な事情の収集を行う）かつ弁護人（赦免事由を顧慮する）という二重機能が真実探求に不可欠な安定性をもって果たされるようにするための心理的配慮はまるでなされていない。したがって、ここでの糾問訴訟はいわば重い病にかかったようなものだったのだが、この病がとりわけ表面化してくるのは、訴訟内容が政治的性格をもち、危機を感じた国家が被告人を潜在的な国家の敵として扱うような場合である。そのようなデマゴグ訴追を通じて、この手続が行政＝警察国家に典型的な構造を有しており、それゆえまるで時代に適合していないことが、誰の眼にも明らかとなった。徹底的な改革の必要性が認識されたのである。

255 啓蒙主義の理念は（他の地域と同じく）フリードリヒ大王時代のプロイセンにおいて、とりわけ刑事事件における最上級裁判官としての国王の活動によって貫徹された。国王はこの活動を「**裁可権**」によって行った。この裁可権の内容は、裁判所の判決を是認したり、緩和したり加重したりする権限であった。それゆえ、ある刑事事件の最終的な判決に関しては、最終的には裁判官としての国王の見解が決め手となるので、刑事裁判所は概して、その活動によって国王の判決を準備する地位にあるにすぎなかった。したがって、国王が、自分がいずれ裁可することになる判決をいかに下すべきか刑事裁判所に指示しても、それは何か規則に反するものや、裁判所の地位と相容れないものとみなされるようなことはなかった。刑事裁判所はこれを、自己の固有の機能への干渉であるとは考えもしなかったのである。18世紀に流布した「大権判決」という表現は、国王のこの種の指示には用いられなかった。「大権判決」という表現はむしろ、民事裁判所の活動に対する国王の干渉を指していた。民事司法の領域においては、国王は決して**正規の、組織的に民事司法に組み込まれた最上級裁判官**としての活動を行なうものではなかった。民事裁判所の判決を「裁可」のために〔国王に〕提示することは、民事司法機構の通常の制度では決してなかった。それゆえ、民事事件に一定の内容の判決を下すように指示する、という形で国王の干渉は、常に例外的な現象であった。しかし、国王がそのような措置をする権限を持つことに関しては、18世紀前半においては〔刑事事件と〕同様に何の疑いももたれなかった。この権限は大権に基づいて(ex plenitudine potestatis)のみ生じたので、ハインリヒ・コクツェーイ（ザムエル・コクツェーイの父）以来、これに「大権判決」という名称が与えられた。しかし、この名称は、大権判決が法に反するものとみなされる、ということを述べるために作り出されたわけではない。大権判決は司法判決と対をなすものであり、その違いは、前者が裁判権つまり司法の外に存する主権者によって下され、後者が裁判所によって下される（「司法判決(Rechtsspruch)」＝「裁判所の(Gerichts)」判決）というものにすぎない。主権者の「法」への拘束は、「大権判決」によって法律を変更したり、当該事件につき廃止したりする場合でさえ、機能していると考えることができた。大権判決もまた「法」の護持に、すなわち、実質的正義に奉仕しえた。「現今においても元首は大権に基づいて一大権判決によって一臣民の既得権を取り去ることができるか」という問いに対して否定的に答えたとき、ハインリヒ・コクツェーイが考えていたのは、このような実質的な法への拘束だけであった。というのも、既得権は法律だけでなく、法によっても守られるからである。

256 啓蒙主義時代の発展を特徴づけるのは、大権判決に対する立場に関してひとつの変化が起きたことである。この変化は大権判決の概念と意味について生じた。ここでもモンテスキューの権力分立論が有効かつ重要なものとなった。それによれば、裁判権力は、一方では立法権力から、他方では執行権力から分離されねばならない。それゆえ、裁判所機構に組織的に組み込まれておらず、また完全な**裁判官**としての責任をもたないような国家機関は、いかなる形

であれ裁判に関与してはならない。プロイセンの事情に当てはめるならば、次のようになる。すなわち、国王は**民事司法**へのあらゆる干渉をやめねばならない。それに対して、**刑事司法**においては、裁可権はそこから生ずる最上級裁判官としての通常の機能のゆえに、批判されない。

実際には、こうした理念もまたかなり早い段階から貫徹された。これに際しては、フリードリヒ大王自らが決定的にそれに貢献した。大王が著した1752年の『政治遺訓』は、自己の統治原則を王位継承者に教示した大部の作品であるが、そこにおいて彼はこう述べている。「わたしは、訴訟の流れを決して妨げない、と決心した。裁判所においては、法律が語るべきであり、君主は沈黙すべきである」。1768年の『政治遺訓』において、大王は同じ思想をさらに明確な表現にまとめている。「判決によって自己の権威を訴訟に及ぼすことは、決して君主に相応しくない。法律のみが君臨すべきであり、君主の義務はそれを守ることに限られる」。彼がこのとき、もっぱら**民事裁判所**との関係について考えており、その見解に何の矛盾も感じていなかったことに疑問の余地はない。実際、プロイセンでは1752年以来「大権判決」は完全に放棄されたのだが、刑事判決の裁可はまったく自明のこととしてその後も行われたのである。

しかし、国王だけでなく、彼の司法府もこの問題に非常に関心をもっていた。そして、まさにこの司法府から、権力分立論に基づいて民事司法と同様の帰結、というよりも要求を刑事司法について導きだす見解が発展したのである。[ザムエル・]コクツェーイの仮借ない人事行政は、プロイセン司法にきわめて有益な影響を及ぼした。裁判官たちは、フリードリヒ大王治下において、その職業倫理的資質ならびに法律的能力に関して、それ以前の時代よりもはるかに高い水準に到達した。ベルリン王室裁判所などの裁判所はエリート裁判所となった。司法府の長である大法官の行う司法監督は厳格であり、国王自身の監視とともに、常に裁判官たちを清廉にすべく配慮していた。このような司法府が次のように考えたのも当然である。**裁判所では法律が語るべきであり、国王は沈黙すべきである**、という原則は、なぜ刑事裁判官については適用されないのか。なぜ民事司法の裁判官についてのみ、その活動に相応しい原理であると理解されねばならないのだろうか？ こうした考えは依然として、国王が刑事裁判において裁判官としての自己の役割に基づき、裁判官としての自己の責任のもとで法を宣告する、という国王の裁可権に対する疑問を意味してはいなかった。しかし、国王が刑事司法部に**個別**の判決の**内容**に関して**指示**を与え、それゆえ司法部の良心に基づく解釈がどうであれ、法律ではなく国王の見解にしたがって判決せよ、と裁判所に要求するような場合には、かの原則が破られるがゆえに許されない措置である、ということが相当程度まで強く感じられるようになっていた。西プロイセンの司法関係を規整するために1772年9月28日に公布された裁判令は、「余自身ないし余の財務行政府の決定は、裁判官の判決の効力をもたない」と述べていた。それゆえ、裁判所の判決は、**裁判官**の審級順序に従ってのみ、下され、誤った判決が是正されうるものとされた。なにゆえにこのことが刑事司法についても妥当しないのか？ 同時代の著作は、ヨーハン・ヤーコブ・モーザーの『法的・国家的・混合的事件における皇帝の大権判決に関す

る論考』（1750年）以来、刑事事件における裁可権からとくに生ずる問題性を明確には認識していないが、裁判所への領邦君主の干渉に対しては否定的であった。それらの著作は、プロイセンの裁判官をこの点において援護しえたのである。この見解がどれほど深く根付いており、正しい法にかなった要求という形でどれほど発展していたか、司法府の政治的姿勢にとってどれほど決定的であったか、といった問題の全てを一気に顕在化させたのは、1779年の有名な水車粉屋アルノルト訴訟を契機として国王と司法府の間に生じた対立であった。

257 この水車粉屋クリスティアン・アルノルトは、チューリヒアウのポメルツィヒの住人であった。彼は永小作料をめぐる係争中であった。彼は領主のシュメタウ伯と争っていたのだが、全ての審級で破れ、その水車小屋を競売によって失った。しかし、彼は請願により、国王の関心を自己の事件に向けさせることに成功した。まさにこの時期において国王は、司法と、大法官であるフルストの職務遂行に対する不信を危険なまでに増大させていた。国王は、司法が不当な身分的配慮から「貧しい」水車粉屋を破れさせた、と邪推したのだが、ホイキング大佐が国王の要求に応じてこの事件について行った報告は、国王のこの見解を強化した。こうして国王は、審理にあたった裁判官たちには法歪曲罪の責任があり、彼らは処罰されねばならない、と確信するにいたった。

そして、このことは国王の最も敏感な点に触れるものであった。彼はここで自己の司法監督権によって見せしめ的な干渉をする義務があると考えた。すでに『政治遺訓』において、彼は義務を忘れた裁判官に対してきわめて厳格に対処しようとしていた。加えて彼は、水車粉屋アルノルト訴訟の数年前に、大法官フルストに対する警告として、怠慢な裁判官を「長々しい審問を行なうことなしに、見せしめとするため、ただちに罷免して城塞送りにする」つもりである、と述べていた。いまや、彼は全ての結論を引き出した。彼は、大法官のフルストの任を解くという劇的な場面において、告発された裁判官に対し直接尋問を行った。国王はここで（非法律家に特徴的なことであるが）判決発見に関係する事実を問題とするのではなく、彼の確信するところにおいて事件の法的内容を複雑にしていると考えている法律問題そのものを裁判官につきつけた。

「車や鋤や稼ぐために必要な全てのものを奪われ、小作料を支払うことができない農民に、人たるものが(!)敗訴の判決を下すことができるものだろうか?」。そして、

「水を有さず〔アルノルトの主張によれば、上流にいる郡長のゲルスドルフは新しい養鯉池の設置によって水車を動かす水車濠から水を奪った〕、それゆえ水車を回して稼ぐことができない水車粉屋から、まさに彼が小作料を支払わなかったことそれ自体を理由として水車を奪うことができるだろうか? それは公正であろうか?」。裁判官たちはまったく萎縮しており、裁判官としての職務に基づいてなすべきことや考えるべきことを国王に説明することができなかった。彼らがこのまったく抽象的な、この事件の事実関係を完全に看過した問いに否と答えたとき、国王はそれを彼らの自白とみなし、その場で拘禁させた。国王はただちに刑事判決を下すことができたであろう。その限りにおいては、刑事事件における国王の最上級裁判官とし

ての機能を妨げるものは何もなかった。しかし、彼は管轄権をもつ王室裁判所刑事部に判決を委ねることを望んだ。にもかかわらず、彼は、尋問を受けた裁判官に対する手続を判決まで至らしめることを刑事部に委任した（訴訟遂行そのものに関するこの委任を、彼は疑念を持つことなくしえた）。というよりも、むしろ彼は同時に、この手続がいかなる結論を有さねばならないか、を命じたのである。というのも、国王は1779年12月11日に司法大臣のツェードリツに命令を下して、「したがって汝に命ずるのは、刑事判決団〔王室裁判所刑事部のこと〕によってこの三人について法律の厳格さにしたがって判決がなされ、少なくとも罷免と城塞禁固が宣告されることである。その際に、同時に汝に注意しておくが、最も厳格な形で判決がなされなかった場合には、汝も刑事判決団も余と事を構えることになるであろう」と述べていたからである。そこに見出されるのは、一定の内容の判決、すなわち、刑罰の下限を義務づけられた有罪判決を下すべし、という国王の裁判所への指示である。しかし、司法大臣ツェードリツと王室裁判所の刑事部は、これを国王の大権判決とみなし、いまやまったく許されないものであると考えた。彼らは、司法の最も高貴な原則のために、国王に反抗する義務があると感じていた。刑事部は鑑定意見として、関係する全ての裁判官は無罪である、と表明した。ツェードリツはその通りに国王に報告したが、おそらくは、これで国王の意見を変えることができる、との期待をもっていたであろう。しかし、フリードリヒは、「余は汝に、余の述べたその通りに〔！〕もう一度判決することを命ずる」と答えた。しかし、この命令をツェードリツはもはや刑事部に渡さず、それどころか自ら国王に、有罪を宣告する判決の作成は不可能である、と伝えた。彼は自己の運命を「陛下の領邦君主権力とその恩寵に」委ねたのである。国王の返答は1780年1月1日に発せられた。「非常に不愉快なことであるが、昨日付の汝の書面から判断するに、アルノルト事件において拘禁された司法官吏に対して余の命令にしたがって有罪の判決を作成することを汝は拒んでいる。それゆえ、汝が宣告することを欲しないのなら、余が代わって、以下に述べるような判決を宣告する」。国王の判決は裁判官の罷免と1年の城塞禁固刑の言渡し、およびアルノルトに対する全額の損害賠償であった。

まず非常に特徴的なのは、司法官たちがこの国王の判決を、厳密にはそうでなかったにもかかわらず、「大権判決」とみなしたことである。しかし、そのことよりも重要なのは、国王が、一定の内容の判決の代わりに鑑定意見だけを提示した刑事部ならびに司法大臣ツェードリツの服従拒否を、威嚇はしたが処罰はしなかった、という事実である。このことはとりわけ珍しいことであった。その理由は、国王自身が自己の措置を自己の原則と矛盾する大権判決であると考えていた、ということではありえない。おそらくは『政治遺訓』において表明したことを想起しながら、彼は1779年12月11日の破局の数か月後に、大権判決を「嫌っている」ことを表明している。そして、次のように彼は語りえたであろう。すなわち、ツェードリツと刑事部の裁判官たちは、たしかに、アルノルト事件におけるフリードリヒの具体的な指示には従わなかったが、しかし、その代わりに、司法の地位に関して彼フリードリヒ自身によって示された一般的な原則には服従したのだ、と。この原則に服従するには、きわめて厳しい状況のなか

でも信念に忠実で倫理的に強くあることが必要であった。

258 大権判決に関する見解の変化とその一般的な価値低下によって、国王の裁可権についてもまた大いに異議を唱えられるようになった。このことは、スヴァーレツが1791年から92年にかけて当時の王太子に行なった御進講から確認できる。ここで、すでに裁可権は単なる執行の前提に縮減している。自己の裁判官としての責任のもとで判決の内容を決定するという権限は、もはや裁可権のなかに見出されない。というのも、「君主は訴訟において自ら裁判官であることはできない、ということと同じ理由により、刑事事件において裁判官の職務そのものを行い、その裁判所の判決を加重しようとすることを、君主は断じて慎むべきだからである。君主の恣意〔！〕ではなく法律だけが、犯罪との関係において刑罰を決定すべきである。それゆえ、君主は法律よりも重く処罰してはならない。いまや刑事裁判所は、全ての事例においてすでに法律に適合するように刑罰を定めた、との推定を受けるので、不正を犯す危険に自らを置かない限り、君主はより重い刑罰を宣告することができない。不正は、通常の民事事件以上に刑事事件では注意深く避けられねばならないのだが、それは、一般的にみて民事事件よりも刑事事件における方がはるかに正義を回復しがたいからである」。王室裁判所長官のキルヒアイゼンは、1792年に王太子の王室裁判所訪問に際して行なった歓迎の辞で、「この世で最も力を持つ法廷である文明世界は以下において見解を一にしている。すなわち、大権判決という言葉と不正は密接な関係にある観念だと考えられる。…裁判官の職務を他者に委任することを君主が必要とした理由からして、君主は個々の事例において自ら判決を下さない、ということが義務づけられる」と述べた。

これらはみな、独立という官僚組織全体における特別の地位を求める、司法からの誇り高い要求である。もちろん、スヴァーレツやキルヒアイゼンは時代に先んじていた。一般ラント法は、かつてスヴァーレツが述べたように、いわば成文の「基本法の代わりをある程度なすべき」ものであったが、まさにその成立の過程で、裁可権と大権判決をめぐる闘争が再び切迫することになったのである。フリードリヒは、純粋に事実の面では、司法に特別の地位を認めていた。しかし、国制の面からすれば、彼は絶対君主であるがゆえに拘束されてはいなかった。こうして、フリードリヒの継承者を動かして大権判決を法律上禁止しようとする試みが生じた。これに応じて、スヴァーレツは「一般法典」の序章第6条で次の命題を採用した。「係争中の事件において法的判決なしに宣告される大権判決やその他の上位権力の措置は、法的効力ないし拘束力をもたない」。しかし、法典の反対者であったヴェルナー、ゴルトベク、ダンクルマンを中心とする敬虔主義者の陣営は、まさに「何よりも非難さるべき」この規定に反対したのである。彼らは絶対主義的行政＝警察^{ポリツァイ}国家の立場を代表しており、全法典編纂作業そのものの、そしてとりわけかの第6条に、危険な立憲主義の精神を見て取った。彼らは水車粉屋アルノルト訴訟から何も学ばなかった。請願制度は大権判決への誘惑を繰り返し呼び覚まし、それが有する周知の害悪を廃すべく数世紀来むなしい努力が行われてきたにもかかわらず、彼らはこの請願制度が抱える困難さと疑わしさに関して何も真剣に考えようとしなかったことは明

らかである。ゴルトベクはある鑑定で「賢明かつ公正な統治のもとでは、可能性としてであれ、公正でない命令が詐取される場合を想定するのはそもそもいかがわしいことである。しかし、いかがわしいだけでなく、およそ許されるべきでないのは、法に関する事項において、裁判上の聴聞なしに行なわれる、というただそれだけの理由で君主の命令を不正なものとみなすことである。そしてまた、この命令の遵守から万人を解放することは、きわめて悪しきことである」と述べている。これは、常に権力にしがみつこうとする人々に典型的な阿諛追従であった。スヴァーレツが生涯をかけた「一般法典」は、たしかに反動的な敵対者の攻撃によって座礁するようなことはなかったが、しかし、一般ラント法はかの第6条を除いて公布された。裁可権は1805年の刑事裁判令においても（第508条と第512条に）残された。ようやく19世紀になってはじめて、裁判所の独立をめぐる闘争において司法は勝利することができた。絶対主義が倒れることなくして、司法の勝利は不可能だったのである。

二 その他のドイツ諸国家における発展

259 1805年のプロイセン刑事裁判令とまさに同様の発展段階に達していたのは、1803年のオーストリア犯罪・重違警罪法典と1813年のバイエルン刑法典第二部である。これらの国家では、拷問はすでに廃止されていた。オーストリア（1776年に廃止）ではゾネンフェルスが拷問に強く反対し、バイエルン（1806年に廃止）ではフォイエルバッハが強力な反対者であった。これらの新しい刑事手続規則はしかし、糾問訴訟に固執していた。それは、プロイセンと同様に、より人道的な形をとってはいるが、偽証罪や暫定的無罪判決、嫌疑刑といった行政＝警察国家に固有の特徴をも有するものであった。この点に関してオーストリアの法典は、とりわけ一般糾問と特別糾問の区別を完全に廃止したという点でプロイセン刑事裁判令と一致していた。バイエルン法典訴訟法編の歴史は、フォイエルバッハが準備段階での助言において主張した改革理念のゆえに注目に値する。フォイエルバッハほど自立していない思想家であれば、おそらくはフランス法、つまり1808年の治罪法典に基準となる唯一の模範を見出し、自由心証主義をとまう公開・口頭手続と陪審裁判を要求したことであろう。けれども、フォイエルバッハは法定証拠主義に固執した。彼はそれを、独立した裁判官が恣意に陥らないために不可欠な制度と考えたのである。彼はその当時はまだ、法定証拠主義と結合しえない、という理由で陪審裁判にも反対していた。フォイエルバッハの改革案の進歩性は、糾問官が心理的に保持しえない二重の役割を果たすという糾問訴訟の最大の欠陥を明確に認識したうえで、重大な事件においては常に公開・口頭での最終手続を、判決を宣告する裁判所のもとで行う、ということを提案した点にある。最終手続の公開性は、国家的刑事司法についての正しい考えを人民に抱かせるはずのものであった。最終手続の口頭性は、必然的に被告人に発言を求めることにつながり、判決を宣告する裁判所を訴訟記録の魔力から救いだすはずのものであった。くわえて、この最終手続に関しては首席検察官が訴追代理人とされたことにより、訴追を代理する

のは裁判所とは異なる訴訟主体でなければならない、という要求も同時に達成されるはずであった。つまり、フォイエルバッハは検察官の問題をも討議の俎上に上げていたのであり、これら全ての点において時代にずっと先んじていた。彼の主張がいまだ何の賛同も呼ばなかったのも当然であり、それゆえバイエルン刑法典は彼が想定していた諸制度をもたないまま施行されることになった。しかし、フォイエルバッハがすでに重要なものと認識していた諸問題の全てが、糾問訴訟の「疾病」のゆえに、非常に広範な基礎に基づいて検討されるようになる時代が訪れるまでは、そう遠くはなかった。しかしながら、このことはドイツ刑事司法の発展の次の時期に属するものである。

260 その他のドイツ諸領邦のうちで刑事手続法典の編纂に至ったのは、1814年にバイエルン法を全ての重要な点について受容したオルデンプルクと、ナポレオンの支配とともにフランスの治罪法典がもたらされた西部ドイツだけであった。治罪法典は解放戦争後もなおプロイセン領ラインラントで通用した（ここはケルン控訴裁判所の管轄であり、いわゆるライン刑事訴訟令が施行されたが、これはラインバイエルンとラインヘッセンでも通用した）。これによって、この地域は、1791年にフランス国民議会がイングランドを範として取り入れた陪審裁判の制度だけでなく、公開かつ口頭による公判に重心を置く手続法をも有することになった。この公判において検察官は訴追を行い、裁判所は自由心証によって責任の有無を判断した。法定証拠主義とともに、嫌疑刑ならびに暫定的無罪判決も廃止された。この手続は歴史的にみて、ドイツに関しては19世紀の自由主義的法治国家運動に属するものである。それゆえ、次編に移ってから詳しく立ち入ることにしよう。

その他のドイツ諸領邦では、人々は古い普通法的糾問訴訟に若干の人道的な改正を接ぎ足すことで満足していた。拷問の排除がしだいに行なわれ、程度の差こそあれ長い時間が経過した後に事実上の不使用に至ることも見られたが、これらは領邦君主の官房司法の関心事であった。したがって、例えばザクセン＝ヴァイマルでは1783年以来、拷問が実際には行われなかった。しかし、拷問の法律上の廃止は、ようやく1819年5月7日の「刑事事件における不服従刑ならびに情況証拠に関する」法律において行われた。この法律で拷問は完全に廃止され、不服従刑は法律の定める若干の場合に制限された。従来の積極的法定証拠主義は消極的法定証拠主義に置き換えられ、徴表証拠が一定の条件下で証明とみなされるに至った。もちろん、死刑は決して単なる徴表証拠だけでは宣告してはならないとされた。18世紀に一般化した拷問に対する拒絶はいたるところで直ちに影響を及ぼしたわけではない。それは拷問の廃止された年代が示している。すでに述べたことを補強するためにも、それを次に挙げておこう。バーデンでは1767年（ただし部分的であり、残りは1831年）に、メクレンブルクとザクセンでは1770年に、プファルツでは1779年に、ヴェルテンベルクでは1806年に、ハノーファーでは1822年に、ゴータでは1828年に、拷問が廃止された。

刑事事件における領邦君主の裁可権は、ほぼ全ての場所で、絶対主義的^{ポリツァイ}行政＝警察国家の精神に見合う形で保持されていた。我々はプロイセンの状況を描写するに際して、その問題性が

国制の基本問題といかに密接に関連していたかを考察した。19 世紀になってようやく、立憲主義がこの問題を解決しえたのである。

註

- 1) Schmidt, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Unveränd. Nachdr. 3. Aufl., Göttingen, 1983.
- 2) 宮澤浩一「エーベルハルト・シュミット教授の御永眠」, 『ジュリスト』 648 巻, 1977 年, 73 頁。
- 3) Schmidt, a.a.O., S. 17.
- 4) *Ibid.*
- 5) E. シュミット／山内進・屋敷二郎訳「ドイツ刑事司法史 第三部 近代的刑事政策の発展第一編 啓蒙主義 (一)」, 『ユリスプルデンティア 国際比較法研究IV』 (ミネルヴァ書房, 1995 年), および村上裕・藤本幸二・永田千晶訳「近代ドイツにおける監獄制度の改革: エーベルハルト・シュミット『ドイツ刑事司法史入門』より」, 『アルテス・リベラレス』 94 巻 (岩手大学人文社会科学部, 2014 年)。
- 6) 藤本幸二「日本の刑事司法は「中世」に位置づけられるべきか」, 『刑事法学の未来: 長井圓先生古稀記念』 (信山社, 2017 年)。

山内 進

(一橋大学名誉教授)

屋敷 二郎

(一橋大学社会科学古典資料センター教授)

藤本 幸二

(岩手大学准教授)

一橋大学社会科学古典資料センター *Study Series. No. 74*

発行所 東京都国立市中 2-1

一橋大学社会科学古典資料センター

発行日 2018 年 3 月 30 日

印刷所 新宿区新小川町 3-9
(株) 平河工業社
