

熊本大学法学会発行

熊本法学 第七十一号（一九九二年三月）抜刷

## 告訴手続と糾問手続

——継受立法の時代における——

若曾根 健 治

## 告訴手続と糺問手続

——繼受立法の時代における——

若曾根 健 治

一

一五〇七年六月一九日バンベルクの出版業者ハンス・プファイルから印刷、公布され、ヨーロッパ刑事司法史上一つの大きな画期をなした『バンベルク刑事裁判令』（バンベルゲンシス）——同時代これと並ぶのは、一四九八年編纂、翌一四九九年公布のヴォルムス都市改革法典、第六書第二部の刑事法——は、その第五六条（CCB Art. 56）において『拷問について』と題して、こううたっている。《さらに、告訴され、そして否認されたる非行について、疑惑および嫌疑が、前に述べているごとく、証明されたるものと推測されるか、あるいは証明されたるものと認められるときには、このちに原告人にたいし、彼「原告人」の請求に基づいて、拷問のための一日が告知されるべし》と。

バンベルゲンシスの他の数多くの箇条にくわえ、二五年後一五三三年七月二七日レーゲンスブルク帝国議会で成立

同月三十一日マインツの印刷業者イヴォ・シェッファーにたいしその初版本印行の特許状が下付された帝国刑事法令『カルル五世刑事裁判令』(カロリナ)に第四五条(§§ 45)としてほぼそっくり引き継がれたこの箇条は、両刑事裁判令の時代——これが、副題の「継受立法の時代」の意味するところ——、言い換えれば一般に糾問手続が発展を見るといわれる時代における、告訴手続の意義についてあらためて考える機会をわれわれに与えてくれているように思われる。

注

(一) J. Kohler/W. Scheel, Die bambergische Halsgerichtsordnung, 1902 (Ndr. 1968) 27 (Von peinlicher Frage. Item So der arghuun und verdacht einer geckigten und vernunten misshandlung, als vor stel, fur beuissen angenommen oder beuissen erant wirdt. So sol dem anleger auf sein begern alsdann ein tag zu peinlicher frag erant werden). なお、廣浩「バンベルク刑事裁判令(バンベルゲンミス)(一)」『神戸法学雑誌』一九〇二(一九六九)二四八頁。

(二) J. Kohler/W. Scheel, Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V., 1900 (Ndr. 1968) 31 (Von peinlicher frag, Item so der Arghuun unnd verdacht einer beckigten unnd vernunten Misshandlung, als vorstel, erfundenn und fur beuissen angenommen oder beuissen erant wirdt. So soll dem anleger uff sein begerrn als dann ein tage zu p einlicher frage benannt werden). 廣浩「カルル五世刑事裁判令(カロリナ)」『神戸法学雑誌』一八〇二(一九六八)二三

二頁参照。

バンベルゲンシスのこの箇条に関係している所論の一つとして、初版(一九四七)以来、二版(一九五〇)そして現

在の第三版（一九六五）と今なお広く読まれ、しかも戦後における刑事法史研究の通説的立場を形作ってきているエーベルハルト・シュミット（一八九一—一九七七）の労作『ドイツ刑事司法史概説』が存する。このなかで著者は、バンベルゲンシスやカロリナにおいては糺問手続が告訴手続にたいして二義的な役割しか果たしておらず、糺問手続が支配的な訴訟方式となるのはやっと一六世紀以後から徐々に領国法においてであるとする見方にたいして、すでに兩刑事裁判令の成立に至る以前に糺問手続がドイツの刑事司法に大幅に浸透してきていることを指摘したうえで、次のようにいう。右のような見方は「兩裁判令に適合しない」。続けて、「しかしなканずく、左のことに留意しなければならない」と読者の注意を喚起しつつ、こう書いていくのである。<sup>(3)</sup>

「バンベルゲンシスとカロリナにおける告訴手続とは、いかなれば生粹の糺問手続とどうも異ならない。というわけは、その告訴手続のもとでは私人の原告人によるのであれ、あるいは——兩法令もその存在について別段異を唱えていないところの——公的原告人によるのであれ、訴えの提起というのは、なおまだ起こりうる一訴訟開始形式としてののみ名を留めているにすぎない。實際の問題ともなると、また「裁判」手続のその他の全体構造にとつては、こういった訴訟開始形式は意義をもたないも同然なのである。そのわけは——とシュミットは続けて述べる——「このことはヴォルムス都市改革法典におけるとは全く異なるのだが、バンベルゲンシスとカロリナにおいては、告訴の手段によって開始された手続の以後の経過は、原告人が被告人にたいする有罪の立証に成功するかどうかということには、依存していない。たとえ原告人が「被告人の」犯行および責任そのものではなく、たんに徴表のみしか証明しないときでも、ヴォルムス都市改革法典が規定するところとは違って、証明が不足しているがゆえに被告人は無罪、ということにはならない。むしろその場合は、被告人はもしかすると拷問にさらされる。つまり、官憲が手続を引き受けるのである。それ以後の問題は、官憲の意のままになる糺問的な諸種の審理方法を用いて被告人の断罪に成功す

るかどうかに絞られる」——そして、シュミットはこう締め括る——「このことを、願っても無いほど明瞭に示してくれているのが CCB Art. 56 と 57 および CCC Art. 45 と 46 である」。したが、こうした立場に立つと、訴えの提起以後における原告人の役割というのは、ごく限られたものとなる。いくぶんくりかえしとなるが、すなわちこのようである。「告訴手続はその開始形態に關してのみ告訴手続であるにすぎない。實際の問題としては、告訴手続は職權的に遂行された糾問訴訟なのである。というのは、いったん告訴が提起されてしまうと、原告人の關与は本質的にはもう問題とはならなくなる。原告人は官憲が彼に問い合せをすることができるよう、ただその住所地を申告しておかなくてはならぬ (CCC Art. 17 (CCB Art. 22)) というだけである。それ以外は彼は手続そのものからは引込んでしまふ。どのみち、彼の關与は必要でないのだ。もろもろの審理は、職權的に進められる」。

ついでに、シュミットが右述で CCB Art. 56 と並べて掲げている CCB Art. 57 (CCC Art. 46) につき一言つけくわえておけば、そこには、《ついで、被拘束者を拷問に付せんとするときは、裁判官、裁判所の者「つまり判決人」二名、および裁判所書記の面前で、その者は陳述をおこなうよう、まず言葉をもって求められるべし》(CCB Art. 57) 云々とあるように、拷問の方式——初めは《言葉をもって (mit Worten)》、埒が明かぬときは、さらに《拷問具の威しでもって (mit bedrohung der marten)》実施される——と、それにもう一つ自白の記録といった、もっぱら拷問の實務方面が規定されている。ただ、CCC Art. 46 には冒頭《ついで、職權によつてであれ、あるいは原告人の請求に基づいてであれ (von anstands wegen oder uff ansuchen des clegens)、被拘束者を拷問に付せんとするときは》云々と述べられているように、ある一個の文言が新たに挿入附加されている——この《職權によつてであれ》の文言が加わっていることについては、次節で多少ふれるところがあろう——のがいくぶん異なるのみだ。

シュミットはこうして告訴手続の意義を著しく低く評価し、そのぶん糾問手続に高い価値を与える。ここにおける

彼の問題関心が何であつたかについては、必ずしも明瞭ではない。そこで、それを考えるに、彼が次のように述べているのに目がとまる。すなわち、バンベルゲンシスとカロリナはいずれも、一つは《原告人が裁判を望むために「原告人によって」告訴された非行者の勾留》、もう一つは《職権の名による非行者の勾留》で訴訟の始まる、二方法による手続を規定する。「純粹に表面的に見ると」このうちの前者(CCB Art. 172f(OCC Art. 217))——これが慣用的に、告訴手続とよばれているもの——が、第一義的に考慮されるべきものとなっているのにたいして、後者は関係箇条(CCB Art. 161b [OCC Art. 91])も数が少なく、見たところただ副次的なものとして前者のついでに言及されているにすぎないようである。こうしたことから、従来、両刑事裁判令においては告訴手続にたいして糺問手続はただ第二義的意味しかもたないものと見られてきた。こうした見方がでてきたのは、《職権の名による非行者の勾留》の手続がそのまま糺問手続としてしばしば同一視されたこと<sup>(5)</sup>によっている。以上がほぼ彼の所論である。

ところで、こういった同一視は、シュミットの立場からはおそらく賛成しかねるものであつたとみられる。というわけはこうである。彼によれば、糺問手続の本質は、つぎの二つの要素が一つに結びついているところに存した。一つは、およそ裁判手続の過程が証拠の収集を含めすべて官憲のイニシアチブによって遂行され、もう一つは、中世的裁判におけるように直接的に被告人の有罪無罪——しかも、これのみ——を問うというのとは異なり、まずなによりも犯罪事実そのものの発見、確定に官憲の意が注がれるということ<sup>(6)</sup>。現在も学界において広く受け継がれている、糺問手続のこうした規定づけに基づけば、《職権の名による非行者の勾留》ということそれだけでは糺問手続とはいえない。確かに官憲による訴訟開始手続という意味では糺問手続に属するが、しかしその一部にすぎず全体を形作るものではない。シュミットはこう考えるようである。となると彼の問題関心はつぎのようになるう。バンベルゲンシスやカロリナにおいて、関係箇条の多寡といったことは本質的なことがらでないのはもとより、訴えの提起だけでなく

裁判手続の「全体構造」から判断して初めて、告訴手続にたいする糺問手続の意義は明らかとなる、と。全体構造から判断するというのは、訴訟の開始手続に続くそのあとの手続、なにかずく犯罪の立証手続とも関連づけて裁判過程を考察することを指している。

さて、シュミットの所論で問題と思われるのをいくつか摘記するとすれば、一つは直前の問題とも関わるが、彼が告訴手続について「実際の問題ともなると、また手続のその他の全体構造にとつては、こういった訴訟開始形式は意義をもたない」と述べ、また「告訴手続はその開始形態に關してのみ告訴手続」であつて、「実際の問題としては、告訴手続は職権的に遂行された糺問手続」と記している点である。ここで「実際の問題」とは、バンベルゲンシスやカロリナ時代の裁判実務が念頭にあるものといえる。いうまでもなく、二つの刑事裁判令が当時の裁判実務に事実上どの程度の影響力を有したかはそれ自体として考究のなされねばならぬ、困難だが重要な問題であるのは間違いない。

しかし、現実の裁判実務と、もう一方の手続の「全体構造」とは当然別の領域に属している。というわけは、後者は両刑事裁判令自体に述べられているものを考察対象にしようとしている趣旨の発言だから。そしてシュミットが上記の所論で問題としているのは、基本的に——本稿における筆者の立場がそうであるように——、後者の見地であるのは、CCB Art. 36 を引いて持論を根拠づけようとしているところ一つをとつてみても明らかであるし、また彼は当時の刑事裁判実務については具体的になんらの事例をも示そうとしてはいないのである。こうして見てくるとき、シュミットの所論は残念ながら、混同されてはならぬ問題領域を混同してしまっているものといわねばならないであろう。つぎに、「バンベルゲンシスとカロリナにおいては、告訴の手段によって開始された手続の以後の経過は、原告人が被告人にたいする有罪の立証に成功するかどうかということには、依存していない」と述べられ、また、告訴手続において原告人は住所を申告するのみであつて「手続そのものからは引込んでしまふ」と記されているのも、他

ならぬこれら裁判令そのものに照らして見るとき、疑問の発言であろう。けだし後に(三節)で述べるように、告訴手続において犯罪の徴表の存在を立証しなければならぬのは、他の誰でもなく原告人なのであり、以後の手続、なかなか拷問の手続にすすみうるかいなかは、この立証の成否いかに依存している。そしてなによりも、シュミットの主張するところが、果たして CCB Art. 56 や CCB Art. 57 からよく説明できるかは、かなり疑わしい。けだし Art. 57 は右述の通りたんに拷問の実務を述べるにすぎないし、さらに Art. 56 からは、官憲が被告人にたいして拷問の手続へと訴訟手続をすすめるうえで、原告人が何らかのかたちで関わりをもっているということをかかいうるからである。このように、たんに訴えの提起に止まらず、原告人によって導かれるべきほかの主要な手続の存したことが明白であるとするならば、バンベルゲンシスやカロリナのこれら箇条を引いてのシュミットの所論は、必ずしも説得的とはいえなくなろう。

最後に、シュミットは、上記の彼の所論からもわかるが、ヴォルムス都市改革法典第六書第二部刑事法で告訴手続を述べる第八章 (*So ierant umb Malefiz öffentlich angeklegt wurde hure zu handeln sei*) を引き、つぎのように書いている。すなわち、同法典によれば、「原告人が「被告人の」容疑事実「つまり徴表」のみ証明できて、「被告人の」犯罪および責任「自体」については完全な立証をなしえぬときは、被告人は釈放される (*zu entlassen*)、つまり無罪となる」と。<sup>(R1)</sup> ここでシュミットの指摘する「完全な立証」とは、証人を伴っての原告人の証明行為 (*hantichaffen oder bezeugung des Ragers*) を指している。この第八章の趣旨は、被告人が原告人によって訴えられた犯罪についてこれを否認するとき原告人は有罪を立証し、他方官憲(市長)は証明されたことがらを充分吟味、聴取したうえで、理由をあげて被告人の有罪、あるいは無罪を宣告すべしとうたうところにある。そこには、こうした証明に失敗した場合に、被告人が蒙った《恥辱と誹謗》にたいして負うべき原告人の賠償責任——被告人の受けた《恥辱と誹謗》の大小は、原告人



が証明に失敗した、その失敗の程度や、被告人の身分の高下に左右されるため、これに依じて、賠償責任のほうも大  
 小の程度があった——があげられ、また被告人は被告人で無罪の立証をおこなうことができる（§ 37 [i. der Betrag]  
*und freigeschuld belegen*）とされており、それ自体として興味深い規定である。しかしながら、シュミットの前記の発  
 言——これによって彼は、ヴォルムス改革法典の刑事法と、バンベルゲンシス、カロリナとに横たわる一つの基本的  
 な違いを指摘しようとしたが——を裏づけるような文言は見いだされない。

逆に、この第八章の末尾には、同章全体との関連がいささか薄くいくぶん唐突にだが、つぎのような文言——これ  
 は、近時シュミット所論に批判のはこさきを向けるヴィンフリート・トゥルゼンも注目している<sup>(9)</sup>——が添えられて  
 いる。《訴えられたる者は誰でも、自己が弁明をおこなっているときには、拷問をうけたり、あるいは苦痛を加えら  
 れたりされてはならない》<sup>(10)</sup>。これは、告訴手続において拷問が用いられる場合があるのを示してくれている。拷問が  
 適用されるということとは、徴表——詳細な徴表理論は、第二章（*Auss was vrsuchen oder anzeigen weiter ernstlich freig  
 mog geschehen*）に見いだされ、シュミット自身、イタリア刑法学の影響のもとにドイツの法典ではヴォルムス法典に  
 おいて初めて徴表理論が発展したことを強調している<sup>(11)</sup>——の存在が問題となっているということでもある。実際に、  
 このことは、確たる徴表の立証に続く判決手続をうたう第十章（*Von unzweifelhaften Vermutungen und anzeigen  
 daruff geurtheilt mag werden*）に明らかである。けだしそこに、都市参事会や市長の面前に訴えられた者（*einer vor uns  
 dem Rath oder unsern Burgermeistern auff urtheilen*）について彼が任意で自白するときはそれによって有罪判決が下さ  
 れるとあり、また拷問により自白しこれを翻さないときや、充分な証人によって犯罪が立証されるときも同様に有罪  
 の判決が宣告されると見えている。このように、たとえ原告人が証人を伴って「完全な立証」ができなくとも、犯罪  
 の徴表が存するかぎりには、原告人による徴表の立証を経て、官憲は拷問の手続にすすみうるのである——なおCCB

Art. 37 (CCC Art. 30) によれば、犯罪の主要事実を証明できる一人の証人が一人しかいないときは、この証人の証言は有罪証明には不足するが、確たる徴表の存在は証明しうる（刑事手続における算術計算！）——。こうして告訴手続においても、徴表とこれに基づく拷問の手続が起るという点で、両刑事裁判令とヴォルムス都市改革法典との立場は異ならず、<sup>(12)</sup>後者を引いてのシュニットの所論は根拠を失うことになる。

注

- (c) E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtsplege, 3. Aufl., 1965, 126 („Vor allem aber“), John H. Langbein, Prosecuting Crime in the Renaissance, (England, Germany, France), 1974, 177 („The private process of the Carolina is in a sense illusory“) [auch vgl. derselbe, Die Carolina, in: F. Ch. Schroeder (Hg.), Die Carolina, 1986, 245] 4回引用。また、村上淳「近代法の形成」(一九七九)二〇〇頁(必要な場合は拷問により真実を糾明された)も同様の見解を示している。

- (4) E. Schmidt, aaO, 126 („Ein Anklageverfahren ist“).
- (5) E. Schmidt, aaO, 125 („Rein ausserlich betrachtet“).
- (6) E. Schmidt, aaO, 86 („Offizialmaxime“; „Instruktionsmaxime“).
- (7) ちよもたぐ「」の註文の1巻に M. Kunze, Der Fall der Bauerin von Winden, in: P. Landau/F. Ch. Schroeder (Hg.), Strafrecht, Strafprozess und Rezeption, 1984, 177 以下を参照。
- (8) Wormser Reformation: Frankfurt am Meyn, Bei Chr. Egenolph, 1531, am VIII. tag Herbstmons volendt 24 6。なぞ Collection European Law, Evaluation Edited and Introduced by H. Coing, p. 176 (Nr. 981) を参照(ごちれも、福岡大学図書館所蔵のものを利用した)。また後者 W. Sellert (wie Anm. 21) 225-228 以下「旧法典刑事法の重要な諸章のテキスト——本文で紹介するものをも含んで——が掲載され、頗る貴重」(86) E. Schmidt, aaO, 123。

- (6) W. Trusen, Strafprozess und Rezeption, in : Landau/Schroeder (wie Anm. 7), 91 („Ausdrücklich wird in Tit. 9 [?] bestimmt“).
- (10) *Vnd welcher also angeklagt wurde/der soll in zeit der selben rechtfertigung nit peinlich gefragt oder angestrengt werden.*
- (11) E. Schmitt, aaO, 124 („ersimalig in einem deutschen Gesetz“).
- (12) W. Trusen, aaO, 113 („Wie wir bereits oben sahen“).

## 三

くりかえしていうが、シュミットの所論を批判の俎上にのせたのがヴィンフリート・トゥルゼンである。<sup>(13)</sup>そのさ  
 いの基本的な問題関心は、批判にさきだち彼がつぎのように述べるところにあらわれていよう。バンベルゲンシスや  
 カロリナを正しく解釈するには、それらの基礎となっている、普通法の訴訟手続に精通する必要がある他に、正しい  
 解釈は両裁判令のテキストだけでは不可能であり、いわんや後代の発展を参照することによってではますます不  
 可能となる。<sup>(14)</sup>のちに彼が、「カロリナの時代には、告訴手続と糾問手続とは、まだ混り合うには至っていない。  
 それゆえに、後の時代の史料を引証することも、方法的に許容できない」と主張するのは、右の発言のうち後者に関  
 係している。さらに、前者についていえば、これは、考察の視野を広げる必要のあることを指しているが、この点に  
 関しては、トゥルゼンが次のように述べているのが参照されよう。古代ローマにおいてはまだ糾問手続はなかった  
 が拷問自体は存在した。また「教会は、糾問手続において拷問を課することなくすませた」。それゆえに、拷問は糾問  
 手続におけると同様、告訴手続においても適用されるもの——しかも、告訴手続の本質を変えてしまうことなくして

——と見なされていた、と。<sup>(16)</sup> いささか、舌たらずの感がしないでもないが、彼がここでいおうとしているのは、従来札問手続の独断場のように考えられてきている拷問は実は、札問手続とは必ずしも本質的な結びつきをもたない、したがって、札問手続において突然拷問が登場するといったように考えるのにはなんら根拠がない、ということにある。ただ、こういった問題関心は問題関心として、ともかく、彼がシュミット批判にあたり、刑事裁判令のテキストそのものを引いて自説を論証しようとしていることも、これまた事実なのである。

そこで、批判にあたり彼がまず注意を喚起するのが、被告人にたいする原告人の補償責任をうたう一連の箇条であり、<sup>(17)</sup> つぎのように述べる CCB Art. 19 (CCO Art. 12) に注目する。《原告人が、訴えられたる非行、あるいはその確たる徴表を、前述のごとくに、立証せざるとき、このときは、彼は、これにあてられたる費用を、余の宮廷評議会における終局判決にしたがい支払い、また被告人にも、彼の蒙った恥辱と損害について、余の宮廷評議会の面前において終局の民事裁判にしたがう必要があるべし》。ここに《前述のごとくに》とは、原告人がおこなう立証は裁判所が判決によって認めるほど充分なもの (*zur genügen rechtlich erkennen*) たる必要があったこと——この点については、次四節を参照——、さらに《これにあてられたる費用》とはこういった裁判所の活動に要する経費を指している。また CCB Art. 20 (CCO Art. 13) にも同じことが述べられている。《被告人が、そのような「自己を刑事刑より免れさせうる確たる」免責事由を立証し、「これによって、」訴えられたる犯行について刑事刑を蒙ることなきとき、「原告人は、被告人の」かような収牢、恥辱および損害につき余の宮廷評議会において終局の民事裁判にしたがい、そのうえ全裁判費用を支払うこと》を保証すべし、と。保証とは具体的には保証人 (*Bürgen*) の提供や保証金 (*Cautions*) の設定を指す (CCO Art. 12)。保証をなしえぬときは原告人は《法廷の面前における立証の終了にいたるまで、被告人とともに、牢に留めおかれる》と。なお、収牢によってもおそらくは、原告人は立証行為そのものに支障をきたすことはないで

あろう。ただし、「人びとは……証言のためにあれ保証のためにあれ「牢中の」彼「原告人」のもとに出入しうる」(CCB Art. 21 [CCC Art. 14]) からだ。

さて、既述紹介の通り、原告人は訴えを提起した後は訴訟手続から退き以後の手続は官憲に委ねられるのが告訴手続についてのシュミットの見解であった。したがい、これによれば、非行そのものであれ、非行の徴表であれ官憲がその立証に携わり、原告人にとってすべてはいわば「裁判官の手腕」にかかっているということになる。とすると、右の CCB Art. 19 や Art. 28 からいって、おそらく次のような奇妙なことにならざるをえない。裁判官が断罪証明に——場合によっては「怠慢」のゆえに——成功せず被告人が無罪放免となるときは、裁判官がおこなってきた手続について原告人が被告人や裁判所にたいして補償をなさねばならぬ、ということである。このところを衡いて、トゥルーゼンは問う。「これは、自家撞着ではなからうか」<sup>(18)</sup>。シュミット所論にたいする批判の直接のきっかけは、ここにあった。こうしてトゥルーゼンは問題の CCB Art. 56 (CCC Art. 45) をとりあげ次のように述べ、バンベルゲンシスやカロリナの告訴手続において原告人が訴えを提起し居所を届けたのち裁判手続から退きすべては裁判所が職権的に手続を進めるという見解を疑問視する。「バンベルゲンシスとカロリナによれば、原告人は、彼「原告人」が完全な証明をなしえず、あるいはなさうとしないときは拷問を申し込み、徴表を立証しなければならぬ。こゝの申し込み」のあとで初めて「裁判所は」拷問に移る」<sup>(19)</sup>と。

ここにいう「完全な証明」もまた、両刑事裁判令が有罪の立証に必要としている、被告人の自白、あるいは複数証人による証言の、いずれかの証明のうちの、後者を指していよう。トゥルーゼンによれば、原告人が犯罪そのもの、言い換えれば《非行の主要事実》(CCB Art. 30) について証人の証言による立証 (CCB Art. 72) をなしえぬとき、これに代えて彼は裁判所に拷問を申し出る。しかも「拷問を申し出るかどうかは、原告人の自由である。申し出があり、

彼が「非行の」徴表を証明しうるとき、彼に、拷問の日どりが告げられる。このことが必要であつたのは、この日までに「拷問の手続のさいに用いられる」尋問項目表を、彼が作成しなければならなかつたことによつてゐる」。

ところで、これらトゥルーズンの所論についてはいくつか注意しなければならない点がある。一つは、原告人が「拷問を申し込み」(また「拷問を申し出る」)云々と述べられていることに關する。これはトゥルーズンが OCB Art. 59 の「原告人にたいし、彼の請求に基づいて (with sein Begehr) 拷問のための一日が告知されるべし」にある「彼の請求」を、原告人による拷問そのものの請求ととらえたことによつてゐる。しかし、読み方によつては「彼の請求」とは、拷問の日程を教えてくれるよう求める原告人の請求ともとれる。同じような言い回しで OCB Art. 59 (CCC Art. 5) には、拷問によつてえられた被告人の自白内容や、これに關連して官憲自身がおこなつた調査内容は、原告人に「彼が請求するときは (if sein Begehr) 写しによつて手渡されるべしとあるからである。となると、原告人による拷問の請求をまつまでもなく、拷問は官憲によつていわばオートマチックにすすめられるということにならう。しかし他方で、『拷問のための一日が告知される』とは、単刀直入に「拷問のおこなわれることが告知される」ということである」とれば、また、原告人による拷問の請求があつて拷問についてなんらかのことが告知されると解すれば、あながち、トゥルーズン風の理解で不都合というわけでもなからう。(ただ、原告人による尋問項目表の作成のことは、両刑事裁判令には述べられていない。) いずれにせよ、拷問の申請の問題に關しては、後述(第五節)のごとく、原告人による他の手続との關連を考慮にいれることで初めて、その意義が明らかとなるであらう。

つぎに、原告人は「拷問を申し込み、徴表を立証しなければならない」とか、原告人が「徴表を証明しうるとき、彼に、拷問の日どりが告げられる」とかの言い回しには、幾分あいまいな感じがしないでもないという点である。というわけは、読者はもしかすると、まるで徴表の存在の証明は拷問を通しておこなわれるのかのとき印象を受けるか

もしないからだ。しかしながら徴表の存在が拷問を通して証明されるというのは、正しくない。徴表の存在の立証は拷問に基づきえなかったのは、刑事裁判令がはっきり述べているところだからである。CCB Art. 30 (CCC Art. 23) には《拷問がおこなわれうる根拠たる充全なる徴表はすべて……二名の良き証人をもって立証されるべし》とあり、CCB Art. 37 (CCC Art. 30) にもこれがくりかえされている。なお徴表については、CCB Art. 32-39 (CCC Art. 25-32) に一般的徴表——一例をあげれば、被告人が、申し立てられたる非行を犯すことがさもありなんほかに《悪しき風評と風聞を担った、無思慮、あるいは軽率なる者》といった——として、Art. 40-54 (CCC Art. 33-44) には個々の犯罪に特有の徴表として例示、列挙されているが、それらの中身については本稿ではこれ以上は立ち入らない。ただ、ここで注意すべきは、《証人 (witness)》と呼ばれている通り徴表の立証に携わる者は、CCB Art. 273 において廃止されたいわゆる「七人による宣誓手続 (bekennt)》——ある意味でこれも、「ラントにとって有害な人間」といった、被告人の悪しき風聞に基づく裁判であったが——におけるとは違って、宣誓によってではなく証言によって証明にあたる者であった。しかも、こうした証言者は、被告人の《敵対者、あるいは軽率なる者でなく、公平無私で評判良き者》でなければならなかった。犯罪の立証にあたる証人についても、同じく《風評悪からざる (unbedenklich)》者 (CCB Art. 75 (CCC Art. 63)) たる必要があったのと軌を一にしている。

トゥルーズンにとって、原告人が徴表の証明を義務づけられているというのはおそろしく、いわずもがなのことだったに違いない。にもかかわらず、原告人による徴表の証明と、被告人にたいする拷問という二つの手続が刑事裁判令において段階的にはっきり区別されるべき手続であったこと、言い換えれば、原告人が拷問を申し込む (CCB Art. 56) というのは彼が犯罪の徴表の立証をすませた (CCB Art. 30) うえでの手続であったこと、これらの点について、トゥルーズンの所論は十分に明瞭というわけに感じられ、また、徴表理論を含めた告訴手続の全体構

造といったものについて必ずしも明確な認識に達していないかのように映るのは、まさにその通りなのである。このことには、トゥルーゼンの論稿がいくぶんいわば *Programmschrift* たる性格を有していた加減も手伝っているのであろうが、この機会を借りて右のように注意を払っておきたい。

最後に、トゥルーゼンの上記所論に、このようにいささか不明瞭に思われる部分があるのは、拷問の申し出に関し、一方で原告人は「拷問を申し込まなければならぬ」といい、他方で、申し出は「原告人の自由」と書くところにもあらわれていよう。いずれが真意なのかは、告訴手続の意義問題にとって決して無縁なことではなからう。もし、「申し込まなければならない」ということであれば、これは原告人に義務づけられていることと理解してよいのであろうか。もし義務づけられているとして、これを果たさぬときはどのようなことになるのであろうか。COB Art. 19 に徴表の存在の立証の場合について規定されていたのと同様に、被告人にたいして補償義務とか、裁判所にたいしてはその要した経費の支払い義務とかといった債務が生じるということになるのであろうか。これらの点については、あらためて後述（第五節）で問題とすることになろう。

さて、最近著わされた、シュミットの既述著書以来の体系的といえる、ヴォルフガング・ゼッレルトのドイツ刑事司法史の教科書も、以上の、シュミットにたいするトゥルーゼンの主張に注目する。ゼッレルトも同じように、「申し立てられた被告人の犯行について立証をおこなうべく義務を負っているのは原告人であった。彼が完全な証明をおこないえず、あるいはおこなおうとせぬとき、拷問を申し出ねばならないのは、彼であって、官憲はただ拷問の実施方法についてのみ権限を有していたに過ぎない」と述べトゥルーゼンの論旨をそのまま引き継ぎ、「実際、E・シュミットはバンベルゲンシスおよびカロリナにおける告訴手続の意義を過小評価した」と結論を下している。<sup>(21)</sup> なお、ゼッレルトが原告人は拷問を申し出ねばならないというとき、トゥルーゼンの所論のところで指摘したと同じ問題が



おきるが、文章の流れから判断すると、原告人は拷問を申し出るべく義務づけられていたと見ているような印象を受ける。ただ、義務を果たさないとときに何が生じるかについて言及がないのは、トゥルーゼンの所論におけると同様である。

これに加え、もう一点、ゼッレルトは CCC Art. 5 が既述（前節二）のように「職権によってであれ、あるいは原告人の請求に基づいてであれ、被拘束者を拷問に付せんとするときは」との文言を挿入付加していたのにとくに注意を向ける。つまり、バンベルゲンシスにおいて Art. 57 が前条 Art. 56 からいって拷問の実施をただ原告人の請求に基づかせていたに過ぎないのにたいし、右のような文言の挿入といった事情を考慮にされることで、「カルル五世刑事裁判令が、告訴手続から糾問手続へと重点を移そうとしていたというのは、無理なく推測できる」というのである。<sup>(22)</sup> この意味では、彼はバンベルゲンシスからカロリナへの一つの発展を想定し、カロリナにかぎって見れば、シュミット風の所論に賛意を表明しようとしているものといつてよからう。ただ、CCB Art. 57 であれ CCC Art. 46 であれ、前節で指摘しておいたように、そこでは拷問の単なる実務面が問題となっている。とすれば、こういった拷問実務の規定は、手続が告訴で始まろうと職権によって始まろうといずれの場合でも、拷問の実施——これ自体は、官憲の手に委ねられていた——のさいにはひとしく妥当するものであったろう。したがって、CCB Art. 57 が CCC Art. 46 におけると異なり「職権によってであれ」のとき文言をたとえ有せずとも、当該規定は、職権に基づく留からくる手続についても当然適用されることになるはずで、このかぎりでは、ゼッレルトのようにバンベルゲンシスからカロリナへの発展を想定することは、疑問の余地がなくなからう。

ただ、発展ということはしばらく措くとして、バンベルゲンシスにたいするカロリナの新しさがまるで見られないというわけではない。このことは、とりわけて、告訴手続における原告人の負担の軽減——これは、ある意味で、公

的観念の一層の浸透の一結果なのだが——についてあてはまる。というわけは、被告人が自白をなさず、また証人によっても有罪を立証されえぬときは、CCB Art. 23によれば、原告人は『刑吏、および裁判所のそのほかの役人』の訴訟費用を支払う必要があった。これにたいして、CCB Art. 23では『原告人はただ彼「自己」の費用のみを支払う』べく、刑吏、および裁判所のそのほかの役人の裁判費用などは『官憲自身が負担すべし』と、当局者にたいしとわりわけて注意が喚起されている——いったいに、われわれの刑事裁判令は、刑事裁判にあたる裁判官、判決人、その他司直にたいする教示を目的とした一種の「教科書」の性格をもつのは周知の通りである——。ことのついでにもう一つ、そのような新しさが認められるのは——これは、トゥルーズンも書いていることだが——、被告人が、原告人の証人による有罪立証のちも自白を望まぬときは、拷問に処せられ自白が要求される（にもかかわらず、自白がえられぬときはこれ抜きでも有罪の宣告はできるが）というのがバンベルゲンシスの立場（Art. 80）であったが、カロリナはこれを正して、証言による証明がえられたうえは被告人は『拷問なくして有罪判決に処せられるべし』と、比較的透明な見地に達している（Art. 80）ところにも知られる。ただ、カロリナにおいても『被告人が充分な証言がなされたのちも自白を望まぬとき』とあるように、依然被告人は自白をなすように要求されたのは事実であった。してみると、トゥルーズンがバンベルゲンシスの中にのみ揣摩する、「前代の自白訴訟への形式的なよりかかり」はカロリナにも多かれ少なかれ認められることになろう。こういった、自白のいわば中世的性格については、つとにゲルト・クラインハイアーが、中世後期の刑事手続において自白は証拠方法たる機能をもたず、かえって証明したいを不要とさせる働きを示していた、の命題を提起したのが参照されよう。クラインハイアーによれば、自白のこのような「形式」訴訟的機能（formal-prozessuale Funktion）こそは、中世後期、近世を通して官憲がなんでもかでも自白をえようと努めたゆえんの存するところであった。

すこし脇道にそれたが、もとに戻ると、全体的にゼッレルトの論調は、告訴手続の意義を評価しつつも、どちらかといえば、刑事手続法に関して時代の大きな発展傾向というものとくに目をとめ、<sup>(26)</sup> 糾問手続のほうに力点を置こうとしている印象は否めない。カロリナについて、「原告人が告訴手続において成果をあげえなかった場合でも、官憲は当該犯行の断罪に公的関心が存するときには、当該被告人にたいする「独自の」新たな手続を聞くことができた」とゼッレルトは主張する。<sup>(26)</sup> これを、「カロリナの時代には、告訴手続と糾問手続とは、まだ混り合うには至っていない」と書くトゥルーズンの所論と比べると、そこに微妙な、しかしあるていどはっきりした見解の違いなるものが窺えるであろう。そして、「可能性として原告人が大勢おろうとも、[COC Art. 12 (= COB Art. 18, 19)] が述べるように」自分自身も責任を負わねばならぬといった心配があるゆえに、おそらくは、原告人は匿名による訴えにとどめざるをえず、刑事手続の開始はこれを官憲にゆだねるのは、推測されうることである」と述べるの<sup>(27)</sup> にいたると、ゼッレルト自身が認めていることく、ほとんど、既述のシュミットの見解と異ならないことになる。

ここで右に関連して、二つのことを指摘しておこう。一つは、トゥルーズンが、刑事裁判令の時代には告訴手続と糾問手続とは「まだ混り合うには至っていない」と述べている点である。もしそれが、後代には両手続が「混り合う」ということを暗示しているとすれば、そうなるのがいつで、そのとき「混り合う」裁判手続はどのような形態をとるのであろうか。しかし、これについては言及がなされていない。ただ関連して、彼が考える刑事手続発展の概要を知るのにつぎの所論を紹介しておくのはあながち無駄でもなからう。彼は糾問手続がしだいに徹底浸透し、最終的にこれが勝利を収め、告訴手続にとってかわるのは事実たることを認めつつも、こう書くのである。「これに至る萌芽は、カロリナ公布ののち一世紀になつてはつきりとあらわれてくる」。続けていう。しかしながら、それに至る以前の時代においては、告訴手続は決して過去のものとなつてしまつていたわけではない、<sup>(28)</sup> と。このことを、トゥルーズ

ンは、一六世紀六〇年代アレクサンドリアの人 Julius Clarus、それに Benedikt Carpov (1595-1666) や Justus Oldenkop (+1667) の所説、さらにレーゲンスブルク市刑事裁判令 (一五八五—七五)、また十六世紀中葉若干の領邦における事例などを引いて論証しようとしている。<sup>(29)</sup>

もう一つは、原告人が告訴にあたり保証を設定し、被告人の無罪のときは賠償責任を負わされるということが、そもそも原告人が訴えを起こすのにそうとうにマイナスに働いたとする通説的見方をめぐるトゥルーズンの所論であるが、その論調は右のゼッレルトのものとはかなり違っている。つまり彼は、——このことをつきつめると、シュミット批判にさいしてきつかけとしたこと(本節既述)の意義が損なわれるおそれのあるのを知ってかしらないでか——原告人の責任というものにはさほど重きを置かない。というわけは、彼は、CCC Art. 14 や Art. 201 を引き、原告人による保証の設定は裁判官の裁量に基づいていたこと、しかもこの裁量たるや訴訟の、《適正にして根拠ある適法な諸原因》を考量してえられるのであって、<sup>(30)</sup>したが、いさほど苛酷なものとはならぬというように見ている。また前節の通りヴォルムス法典第六書第二部の第八章によれば、原告人の責任の程度は被告人の身分の高下に依存していたが、トゥルーズンもまたこの規定をとりあげ、つぎのように述べる。「したがって、実際には……身持ちのよい原告人の場合、彼の負担、とりわけて悪評高き人物「たる被告人」にたいする原告人の負担というものは、一般に主張されているほど重いものではなかったようだ」と。<sup>(31)</sup>彼はさらに、一五五九年に設けられた帝国宮廷参議院(Reichsnotrat)における訴訟に基づいてつぎのように述べるクラインハイアーの所論——<sup>(32)</sup>因みに、糾問手続にたいする告訴手続の意義問題に關しても、これはトゥルーズンと同じ見解にある——すら引いている。すなわち、保証の設定というのはむしろ告訴行為を鼓舞するものである、というのは、それによって、古くからの原則——つまり断罪に失敗した原告人は、本来被告人に帰そうとしていたのと同じ刑罰に服せしめられるべきとする——が捨てられることになったからだ。<sup>(33)</sup>

こうして前節、および本節で見てきたように、同じく OCB Art. 56 を引き合いにだすのにもシュミットの所論とトゥルゼンのそれとは、糺問手続にたいして告訴手続をどのように位置づけるかの点では——そして、このことでは、前述のように、ゼッレルトはトゥルゼンに組み立てているが——ちょうど正反対の見解にあるかのように見える。少なくとも大きく隔たった立場にあることがわかった。ただ、ひとつ共通していると思われるのが、両所論において、OCB Art. 56 にうたわれている拷問日決定の手続以前、しかもその直前の手続であった、原告人による徴表の立証の手続に関してその意義が必ずしも充分に明らかになっていないことである。そこで、その点について、とくにバンベルゲンシス研究に関わった一人物の論稿を通してもうすこし具体的にみていきたい。

注

- (13) W. Trusen, aaO, 113 (Anm. 19, 21), 114 (Anm. 25).
- (14) W. Trusen, aaO, 112 („Man muss zur richtigen Interpretation“).
- (15) W. Trusen, aaO, 116 („noch keine Vermischung“).
- (16) W. Trusen, aaO, 114 („Nun ist die Folter ‚Keineswegs‘“).
- (17) W. Trusen, aaO, 113, Anm. 20.
- (18) W. Trusen, aaO, 113 („ist das nicht ein Widerspruch?“)
- (19) W. Trusen, aaO, 113 mit Anm. 22. („Nach der OCB und der CCC muss der Kläger, wenn er nicht vollen Beweis führen kann oder will, die Folter beantragen und die Indizien beweisen. Erst dann wird zur Folter geschritten.“)
- (20) W. Trusen, aaO, 114 (Anm. 23). („Zunächst liegt es am Kläger, ob er die peinliche Frage beantragen will oder nicht. Geschieht das und kann er die Indizien beweisen, so wird ihm der Tag der peinlichen Frage mitgeteilt.“)
- (21) W. Sellert/H. Rüping, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1: W. Sellert,

Von den Anfängen bis zur Aufklärung, 1989, 207 (Anm. 121) („So obliegt es... Kann oder will er den vollen Beweis“).

(22) W. Sellert, aaO, 207 („die Schwerpunkte“)

(23) W. Trusen, aaO, 113 („Allerdings hat die Bambergensis“)

(24) G. Kleinheyer, Zur Rolle des Geständnisses im Strafverfahren des späten Mittelalters und der frühen Neuzeit, in: Gedächtnisschrift für Hermann Conrad, 1979, 378 („Im mittelalterlichen Strafverfahren“). 註釋「中世後期・近世初期の裁判手続」を参照。『裁判手続』四六(一九八六)一〇一頁。

(25) W. Sellert, aaO, 207 (Anm. 123).

(26) W. Sellert, aaO, 208 (Anm. 127).

(27) W. Sellert, aaO, 208 (Anm. 128).

(28) W. Trusen, aaO, 117 („Es ist richtig“).

(29) W. Trusen, aaO, 116 (Anm. 38, 39), 117 (Anm. 40, 43, 45), 40-42, 115 (Auch in dem „Peinlichen Prozess“) f.

(30) W. Trusen, aaO, 118 (Anm. 47, 48).

(31) W. Trusen, aaO, 92 (Anm. 7) („Fernor sollen die Würde“).

(32) W. Trusen, aaO, 117 („In Wirklichkeit sei auch“).

(33) W. Trusen, aaO, 118 (Anm. 46) ; G. Kleinheyer, Zur Rechtsgestalt von Akkusationsprozess und peinlicher Frage im frühen 17. Jahrhundert, 1971, 16 („Es lag also“) -17. Vgl. W. Sellert, aaO, 208 mit Anm. 128.

#### 四

シュミットは、既述(前節二)のように、バンベルゲンシスやカロリナにおいては糾問手続が告訴手続にたいして二義的な役割しか果たしていないとする見方を批判したが、こうした見方にあった者については具体的に名をあげてい

ない。ここでは、そうした人物の一人としてカルル・ギュターボックスをとりあげよう。彼は「バンベルゲンシスの編纂について」(一九一〇)なる注目すべき小論において、「職権の名による犯罪者の拘束は、通常の告訴手続にたいする補充的な例外手続として考えられている」と述べ、その有力な根拠の一つを、バンベルゲンシスの編纂作業——これは、いまなお充分には解明がなされていない——における事情に求めた。すなわち、彼は、「職権の名による非行者の勾留」をうたっている CCB Art. 10-16 が当初の CCB 草案には存せず後の起草段階になって初めてそこに挿入されたものであると主張する。それはこうである。CCB の当初の草案では、Art. 9 (《<sup>(35)</sup> 刑事吏の宣誓》) に直ぐ続いて、後の成案、つまり一五〇七年六月公布のバンベルゲンシスでは Art. 17 (《原告人が裁判を望むために告訴された非行者の勾留について》) に始まり Art. 25 に終わっている告訴手続関係の箇条が Art. 10-18 として位置を占め、そしてこれら箇条に、成案では CCB における徴表理論諸箇条の最初の規定たる Art. 26 (《そこから非行の確たる徴表が察知されうる諸事項について》) が Art. 19 として続いていた。しかも、このことをはっきりと示す痕跡が CCB そのものに見いだされる。これが Art. 27 (《確たる疑惑および嫌疑をめぐる立証について》) の冒頭に次のように述べられているものである。《拷問のために、確たる疑惑および嫌疑を提示あるいは立証するときには、前の第十九条においてそれについて述べられていることが、厳正に守られるべし》。ここに《第十九条》とは、本来ならば、《第二六条》と書かれていなければならなかった。というのは、CCB 成案の Art. 19 は《訴えられたる行為を被告が否認するさい、原告人の「なすべき」保証について》と題し、徴表理論とはまったく無関係の規定であり、右の《第十九条》にあたるのは Art. 26 こそがふさわしいからである。そうはなっていないところから、Art. 10-16 は当初の草案に存在していなく、後になって挿入されたことが推測される。この間の事情はほぼ左のとおりである。すなわち、その挿入のさいに、これに伴って当然関係の諸箇条名が適宜直されたことになった——例えば、Art. 10 は文中で Art. 26 を引くが、この Art. 26 と

は Art. 10-10 の挿入によって正されたあとの箇条名である——が、先述の Art. 8 における『第一九条』だけは訂正をすっかり見落とされたまま印刷、公布されたということである。

バンベルゲンシスにおいては、告訴手続が訴訟開始の主たる手続であり糺問手続は補充的手続であつたことを裏づける有力な手がかりを与えるとして、ギューターボックスが指摘する——トゥルゼンもまたこれに目をとめて<sup>36)</sup>いる——、当裁判令編纂上の事情はこのようであり、指摘そのものには、読者をほぼ納得させるものがあるう。ただ、職権の名による勾留の手続の諸規定が後から挿入付加されたにせよ、そのことがほんとうに糺問手続のいわゆる補充的性格を示していることになるのかは必ずしも自明のこととはいえぬであらう。けだし、当該諸規定が新たに挿入付加されたのは、そのぶん、職権手続の重要性が起草者に認識された結果によるというようにも解されるからである。

また、なぜ当該諸規定が告訴手続に関わる諸箇条の次に（そして、微表理論諸規定の前に）置かれなかったのかの問題ものこる。告訴が主たる訴訟開始手続であり、さらに、職権による犯罪者の拘束についてうたっている Art. 10 が冒頭でとくに、『余のアムトマン、あるいは裁判官が刑事事件において、悪評のたちたる非行について、告訴人が現れないときに、何びとかを職権によって勾留することを指令される場合』云々と述べるように、職権の名による勾留手続の開始は『告訴人が現れないとき』にかぎられており——この文言は OGC Art. 9 では削られている——、このことが「官憲手続の前提」（ギューターボックス）の一つ——もう一つの前提は、被拘束者が『悪評のたちたる非行』者であること——をなしていたというのであれば、職権手続の規定は告訴手続に関する諸箇条の後に置かれるのが順序だったはずと思われるからである。この問題については、ギューターボックスは次のように記している。ヨハン・フォン・シュヴァルツェンベルクは、バンベルゲンシスの草案の主たる骨格がすでにできあがってしまっていたときにあってやっと、職権手続関係のいくつかの規定をそこに入れこまねばならぬことに思い至ったが、そのさい、すでに



慎重に練られた、草案の組み立てを壊さずにそれらを挿入するには、論理的順序を冒してでも、序文(Art. 1-2)に続く裁判所構成法の諸規定(Art. 3-9)の直後、いよいよ本来の刑事裁判手続を定める部分の先頭に据える他にたてではなく、こうして、それらは、告訴手続関係箇条の前に位置を占めることになった、と。なおカリナも職権、告訴の両手続規定群について同じ順序を保っているが、このことはカリナの起草者がおそらくはこうした編纂事情は一切知らず、ただバンベルゲンシスに柔順に従ったためであろう。

職権手続の箇条が告訴手続のその前に一括して据えつけられるに至った理由をギューターボックはこのように推量した。これまた読者に、あるていどの説得力を有していよう。そして、職権手続のそれら箇条がまとまって、告訴手続およびこれに直ぐ続く徴表理論の箇条に先立ち掲載されたということは、職権の名による手続がたんに勾留の手続のみならず、これに続く手続、つまり徴表の提出に関わる手続をも含んでいるのを想定させる。そして現実にも、本節後述の通り、この後者の手続に関する規定がそれら箇条中に見いだされる。このことをあわせ考えると、告訴手続の諸箇条に続く徴表理論は元来は告訴手続のみに関係していることが理解できよう。そこで、問題は、バンベルゲンシスの起草者はなぜ、草案全体の骨格がすでに完成してしまっていたにもかかわらず、なおも職権手続に関する規定を加えざるをえなかったかということになる。この点については、ギューターボックは見解を表明していないが、つぎに紹介する彼のもう一つの所論をみていくなかで、ある一つの推測が可能かもしれない。

バンベルク領国においてすでに古くから慣用の手続であった、職権に基づく訴え「a」と、CCB Art. 10 が述べる職権の名による勾留手続「b」とをいっしょくたに扱ってはならない、というのがギューターボックのもう一つの主張であった。それによれば、「a」は告訴手続のいわば「付帯的形態(Nebenform)」であり、この意味で「b」がたえ補充的性格のものではあれ告訴手続とは独立した一個の手続であるのにたいして、性格を異にしたからである。し

たがって、このように「a」がいわばわき役というかたちであれ、原理的に告訴手続の範疇に属するものであったのであれば、そこにおいても手続は依然、訴えの提起が起きることではなんら変わりはない。ただ、やや特殊なのは、この訴えが私人によってではなく、官憲から告訴の仕事をあてがわれた人物によって提出されたことにある。このような任務を負った人物が《廷僕 (Reuten)》であった。<sup>(39)</sup>これが、ギューターボックのおおかたの所論。なお、《廷僕》に關してもうすこしつけくわえておけば、この公的原告人の制度はバンベルゲンシスにも引き継がれ、OCB Art. 260 には《彼「廷僕」が非行者を告訴するときは、彼の報酬として、一グルデンが与えられるべし》と見えている。ただ、こうした——同時代のヴュルツブルク司教領の刑事司法にも知られる——《廷僕》<sup>(40)</sup>とは、告訴のみを専門とした者でなく、彼は一般に裁判所の廷吏であって、他の法廷職務とならんで、告訴の提起は、その任務の一つに過ぎなかったのではあるが。ところで、ギューターボックは残念ながら《廷僕》について以外に、バンベルクにおける往昔来の、職権に基づく訴えによってすすめられる刑事手続の他の側面、例えば証明手続などについてはとくにはふれてはいない。彼はこの往昔来の手続を全体として告訴手続<sup>(41)</sup>とらえているようであるが、そうすると、バンベルクに一四世紀初葉(一二三四)以来おこなわれてきている、被疑者の拘束を伴ったいわゆる「七人による宣誓手続」<sup>(42)</sup>、もしくはその発展形態としての「風評に基づく手続」<sup>(43)</sup>が考えられているのかもしれない。

さて、バンベルクにおいて拷問は一四世紀中葉、都市法に登場する。ヴォルフガング・シュンケは一二一四年から一二三二年にかけてボローニアにおいてローマ法およびカノン法を学んだ、帝国ミニステリアールン身分の出たるLupold von Bebenburg が一二三五年にバンベルク司教位に就いた(一二三三年まで)<sup>(44)</sup>のをバンベルクにおける拷問導入の一契機として見ようとしている。こうして彼は固有法的発展の立場をとるE・シュミットとは異なり、拷問を普通法の継受の一所産としてとらえようとする。この点では、トゥルレーゼンが刑事訴訟における学識法の継受はドイツ

にあつてはようやく一五、一六世紀ではなく、すでにさうとう早期に始まっていたと指摘するの軌を一にしている。いずれにせよ、往昔来のこうした拷問の手続が徴表理論をまったく欠落させていたことだけは、その理由はともかくとして、同時代マクシミリアン一世帝の刑事裁判令などにあらためて徴するまでもなく、疑いないところである。<sup>(13)</sup>ところで、こうした徴表理論を欠く刑事手続は、職権手続であれ告訴手続であれ、バンベルゲンシスの中では位置を占めえないのはもとより、いったん当裁判令が公布されたからにはもはや存続しえないはずのものであった。けだし、まさに徴表理論こそは、従前の刑事裁判令と、継受時代、中世イタリア刑事法理論を摂取したヴォルムス都市改革法典(第六書第二部)やわがバンベルゲンシス、そしてカロリナとをはっきりわけへだてる決定的な指標といわねばならないからである。このようにみえてくるとき、ギューターボックがつぎのように述べるのは決して疑問なしとはいえないのであつて、後述のごとく、いささかたちいって考察を加えざるをえない。「往昔来の」職権に基づく訴えについては、「官憲から告訴を委ねられた人物、つまり公的原告人が訴えを起こすという一点を除けば」そのほかには、「バンベルゲンシスの」告訴手続に関する諸箇条が適用された。とりわけ、「Art. 10-16の職権の名による」勾留手続における場合とは違つて悪評の立証ということも必要でなく、Art. 11によれば、公的原告人は私人たる告訴者と同様、悪評の確たるいわれと嫌疑とを通告することと足りたのである」<sup>(14)</sup>と。

さて、OCB Art. 13には、《彼ら「官憲」、つまりバンベルク司教のアムトマン、あるいは裁判官」は、当該非行の確たる、「拷問に」先行して存する徴表なくしては (*on redlich vorgehende anzeigung der misstat*)、何びとをも拷問をもつて苦しめ不法をなさざる《ように細心の注意が払われるべしとあることとく、職権の名による勾留手続においても徴表理論の遵守が堅固に求められているのはその通りであり、Art. 10によれば、被疑者、言い換えれば《悪評のたちたる非行》者を職権の名によつて拘束したのち官憲は、《まずもつて、嫌疑を蒙つた当該非行について確たる徴表》を裁判

所——すなわち裁判官と、少なくとも四人の判決発見人——に提示する必要があった。ここで注意すべきことには、同箇条によると、官憲から提示された徴表が、被拘束者にたいして拷問を課すのに十分な徴表であるかいは、当該裁判所の判決 (*rechtl. erkennen*) によらねばならなかった。ところで、この Art. 10 を含め職權手続を定める Art. 106 のいずれの箇条にも、徴表の証明を示すような文言はまったく見いだされない。では、職權手続においてはこの種の証明は必要なのだろうか。おそらくはそうではなからう。けだし、もしそうすると、あれほど徴表理論の遵守を堅固に求める Art. 13 の精神にもとることにならう。となると、右にいう裁判所の判決が徴表の証明に代わる役割を果たしていると解さざるをえない。つまり官憲は徴表を提出するのみであって、それが拷問に十分な徴表たる点の立証までは求められていない。この意味では、告訴手続に比べて糺問手続は負担の少ない手続であった。いずれにせよ、裁判所の判決を取得して初めて、徴表の立証に成功するということになる。なお、《廷僕》が訴えを提起する場合については、バンベルゲンシスにおいて詳細はわからないし、これは、糺問手続のもとでしだいに用いられなくなっていくのかも知れない。ただ、公的原告人の制度が存続するとして、彼も徴表の提出を義務づけられることだけは疑いはなからう。徴表の証明に関しては、後述する私人の原告人についてと同一の原則が適用されると思われる。いったいに、公的原告人が置かれていても、それは私的原告人が訴えを起こすのをなんら妨げるものではない。<sup>(16)</sup> しかした、場合によっては——例えば、犯罪の確たる徴表が存するにもかかわらず私的告訴がないときに公的原告人が訴え出るときなど——、職權手続に関して右に述べたところがあてはまるとも考えられる。裁判所に訴えを起こすべき職務の《廷僕》はこの意味では、アムトマンや裁判官とならぶ存在であったし、およそ公的原告人は、私的原告人に課せられている保証の設定も、また被告人無罪にさいしての民事上の責任も負わないのである。<sup>(17)</sup>

では、私人の原告人による訴えの提起の場合はどうであろうか。職權の名による勾留手続をうたう Art. 10 に対応

して告訴に基づく勾留手続を規定する Art. 9 それ自体は、原告人は「まずもって、確たる疑惑および嫌疑を通告すべし」と述べるだけである。こうした徴表の通告がなされたあとで、被告人は、職権の名による手続の場合にひとしく、牢に留めおかれる。では、徴表そのものの立証は誰がおこなうのであろうか。先述紹介のギューターボックスの叙述からは、あたかも裁判所がこれにあたるかのような印象をうける。これは右に述べた通り疑問なしとはいえない。既述（前節三）のように、Art. 9 には「原告人が、訴えられたる非行、あるいはその確たる徴表を……立証せざるとき」とあり、徴表の立証が告訴者の仕事であったことは明白だからである。そして、この立証が証人二名によっておこなわれるべきについても、既述の通り Art. 30 や Art. 39 に明瞭に述べられている。（二名の証人が徴表の立証にとって充分とされるのは、すでにヴォルムス法典に見いだされる。）<sup>(18)</sup> しかも、この場合においても Art. 10 にしたがえば、拷問に充分なる徴表が原告人によって立証されたかいないかの認定は、職権の名による勾留手続（Art. 10）にけると同様、裁判官と四名の判決人との判決によっていた。

このようにみえてくるとき、ギューターボックスにおいても、告訴手続において原告人による徴表の立証が必要であったことについて明確な認識に到達していなかったことがわかる。それにもう一つ、先に、バンベルゲンシスの起草者が職権手続規定を、ほぼ完成していた草案に後日挿入付加した点の理由についてある推測が可能かもしれないと書いた。これについては、これまでのギューターボックスの所論の検討から、おのずとこういえるのではなからうか。すなわち、告訴手続とこれに続く徴表理論との草案をすでに書きあげたあとになって初めて起草者は、往昔来の職権手続、もしくは拷問の手続——その訴訟開始が、公的原告人によるのであれ、官憲自身の発動によるのであれ——について、徴表理論に服せしめる必要のあることに気づいた、と。もしこのような推測がなりたつとすれば、その背景として、徴表理論を欠いた往昔来の職権手続、なかなしく無規律な——つまり官憲の裁量にのみ委ねられていた——拷問

の手続がいかに抜き難く当時の刑事手続を裁判実務のうえで支配していたか、したがって、それだけにますます徴表理論の適用が求められるべきものであったか、これらが容易に想像できるところであろう。しかも、このことは、バンベルゲンシスそのものからもおおよそその見当がつくのである。それは、Art. 23の末尾に見られる文言で、ここに、『非行の確たる徴表が拷問以前に見いだされることなくば、拷問によって起こりたる自白は信じられることなかるべく、また、これ「自白」に基づいては何びとも刑事刑の有罪判決に処せられることなかるべし』とある。ここには、拷問を課すには事前に充分の徴表の存することを要し、しかも徴表の存在そのものは決して有罪の判決を導かず、両者は明確に区別すべしとする、徴表と有罪の理論——これは OCB Art. 28-29 にこのうえなく明瞭に見いだされる——が、いとも高い調子でうたわれているのである。

このように頗る力点が置かれたかたちで徴表理論が述べられざるをえなかったゆえんを暗示するものとして、同じく OCB Art. 13 につきのように説かれているのに耳を傾けるべきであろう。曰く『刑罰として』人間の健康、生命および血に関わるがごとき大事件には、ことのほかに大いなる人念さが欠かせず、さらに無実の者に死の有責判決を科すよりは、罪ある者を釈放するほうがまされるなり』。なぜかカロリナには受け継がれなかったこの文言——いな、おおよそ Art. 13 そのものを、カロリナは採用していない——、なかんずく、ローマ法源 (L. 5 de poenis 46, 19) に存し、また『クラークシュピーゲル』(一四二五年ごろ起草、一五世紀末期に印刷に付される) 第二部にも見いだされる、この、『無実の者に死の有罪判決を科すよりは、罪ある者を釈放するほうがまされるなり (et besser den schuldigen ledig zu lassen, denn den unschuldigen zum tode zu verurtheilen)』の注目すべき命題——これはまた、ちょうどバンベルゲンシスが公布されたころ一時期(一五〇七—一五一〇)ウィッテンベルク大学教授であった人文主義法学者クリストフ・ショイール (Christoph Scheurl) 博士が帰郷ののち法律顧問となつたニュルンベルク市の参事会にたいして進言し、

説 あわせて『博士という博士はすべてこの原則に同意をしている』と述べていたものでもあったが――は、往昔米の職権手続、拷問の手続が、まさに右の命題の見地からいって、いかに危険きわまりない性格を有していたかを、われわれにいみじくも語ってつれてくる。

注

- (43) C. Güterbock, Zur Redaktion der Bambergensis, 1910, 8 („Ausnahmeverfahren“).
- (45) C. Güterbock, aaO, 10 („Nach alledem ist es“) - 11.
- (46) W. Trusen, aaO, 115 (Anm. 36).
- (47) C. Güterbock, aaO, 11 („Schwarzenberg“).
- (48) C. Güterbock, aaO, 9 mit Anm. 12.
- (49) H. Knapp, Die Zenten des Hochstifts Würzburg, II, 1907, 500 (*ein painlein*).
- (49) H. Knapp, Das Übersiehen der schädlichen Leute, in: Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw., Bd. 44 (1924) 521 (Nr. 11).
- (47) M. Spindler(Hg.), Handbuch der bayerischen Geschichte, III-1 (1971), 540 (Anm. 3) (F. - J. Schmale).
- (47) W. Schinke, Die Folter im deutschen Strafverfahren des 13. bis 16. Jahrhundert, 1952, 61 (Anm. 47, 48).
- (47) W. Trusen, aaO, 118 („Die Rezeption des gelehrten Rechts“).
- (47) Vgl. R. Lieberwirth, Halsgerichtsordnungen, in: HRG I (1964-71) Sp. 1915 („Dieser entscheidende Schritt“); W. Trusen, aaO, 90 (Anm. 1, 2, 3, 4).
- (45) C. Güterbock, aaO, 9 („Im übrigen“).
- (46) W. Trusen, aaO, 115 („Auch bei Klagen von Amts wegen“).
- (47) A. Schoetensack, Der Strafprozess der Carolina, 1904, 32 (Anm. 3).

- (47) Buch VI, Teil 2, Tit. 2 : *Ihm eins glaubwürdigen/unargwöhnigen oder zweyer gezeugen sag sind gnugsam/daruff ernstlich frag fürgenommen mag werden.*
- (48) E. Brunnenmeister, Quellen der Barbergensis, 1879, 153 („Die vierte Regel“). Vgl. W. Trusen, aaO, 88 („Er solle eher“).
- (49) G. Strauss, Law, Resistance, and the State, 1986, 126 (Anm. 123).

## 五

バンベルゲンシス(そして、カロリナ)の諸箇条から(それに、ヴォルムス都市改革法典刑事法をいくらかひきよせ)、札問手続の発展時代における告訴手続の意義問題をめぐり、シュミット、トゥルレーゼンやゼッレルト、それにギューターボックの所論を紹介しつつ、いくらかコメントを加えてきた。その結果によれば、これらの所論のいずれも、原告人が徴表の証明を必要とした点について必ずしも明確な認識に達していなかったように思われる。ただし、このことは、上記の諸所論のどれもが二つの刑事裁判令に原告人による徴表の立証について述べられている事実そのものまでも見逃していたというのではない。問題は、こうした証明こそが、訴えの提起とならんで告訴手続における原告人のもっとも大きな役割の一つであって、訴えの提起以後の手続の中心をなすものであったにもかかわらず、それら所論では、そういった、原告人のおこなう徴表の証明の意義が読者に充分には伝わってきていないということにある。

CCB Art. 56 (CCC Art. 45) に述べられていた、原告人の請求に基づいて官憲が被告人にたいする拷問の日を設定するというのは、右のような、原告人による徴表の証明手続が前提にあった。このことは、当該箇条そのものにいみじくも、『疑惑および嫌疑が……証明されたるものと推測されるか、あるいは証明されたるものと認められるとき』と述べられているところに示されている。(なお、ここに『証明されたるものと認められる』というのは四節既述の



通り、徴表の立証をめぐるおこなわれた、裁判所の判決に基づく認定実務を語っているといえよう。）これを要するに、告訴ののちにおける徴表の提出（CCB Art. 17 [CCC Art. 11]）、徴表の立証（CCB Art. 30 [CCC Art. 23]）として右にあげた拷問の申請という、三つの手続はいうまでもなく個々ばらばらの手続としてではなく、それぞれは、連鎖する一個の手続の中の一つとして理解しなければならない。本稿で紹介検討してきた論者——なかんずく、拷問の原告人による申請にとりわけて力点をおくにもかかわらずトゥルゼン——には、こういった点の認識が必ずしも充分だったとはいえないと見受けられる。そして、こうした一つながりの訴訟手続の、いうなれば大団円をなす原告人による拷問の申請——これは、被告人の有罪立証のために彼の自由をえるのを目的とする——こそは言葉を換えていえば、いよいよ犯罪の《主要事実》そのものの証明に原告人が参与するということをさし示すものである。したがって、この意味では、もう一つの有罪立証手続である、原告人が少なくとも二名または三名（CCB Art. 78 [CCC Art. 67]）の証人を伴っておこなう主要事実の立証と、手続法上ほぼ同じ性格のものと見てさしかえないであろう。

ただ、ひとこと付言すれば、原告人が徴表を提出できないにかかわらずおこないうるこの証人立証と、主要事実について証人はえられぬが徴表は提出できるときと同じく二名による徴表の立証とのあいだの境界は、何が犯罪の《徴表》でありなが《主要事実》であるかの点と関わって裁判実務において頗る微妙なものがあつたことは容易に想像される。おそらくこうした問題の決定も後述するように訴訟記録送付による鑑定に委ねられたことであろう。

ということになれば、拷問の申請は、これをおこなうかいは「原告人の自由」（トゥルゼン）といった性質のものとしては理解できないことはおのずとわかう。となれば、義務づけられているということになるが、それよりはむしろ、原告人が徴表の立証をすませたからには、彼から当然に予想される行為といったようにとらえるのがおそらく無理のない理解のしかたではなからうか。このように理解しうるのは、つぎのような推論によっている。原告

人による拷問申請ののち被告人が拷問の適用をうけ、しかし自白にいたらぬこと（つまり、被告人無罪）があるときも、CCB Art. 73 (CCC Art. 61) によれば——このことは、徴表の立証に原告人が失敗する場合の法的効果（既述）とは大いに異なっているのだが——、原告人は『正規の、および法によりて許されたる拷問をなしたることをもって、いかなる刑罰も蒙りたることなし』とされる。なぜ原告人が刑罰をうけないかについては、同箇条に曰く、『なんとすれば、発見せられたる悪しき徴表「の存したること、それ自体」が、拷問をおこないたることにについて、その「拷問の」責を免ぜられる原因を与えたからである』と。ともかくも、これによって、原告人が拷問の申請をなすについて著しい抵抗の存する理由はないのである。このことからいって、両刑事裁判令において、申請はほとんど自明のことと見なされていたのではないだろうか。したがって、これをおこなわないときにどのような効果が生じるかの問題も、起草者の念頭にほとんどなかったと思われる。これが、筆者の推論である。

法廷手続に入るために、ちょうど原告人が最終開廷期日を請求する (CCB Art. 91 [CCC Art. 78]) のに比べられる、事前手続において原告人がおこなう拷問の申請は、このように当然に予想されるべき、あるいは自明のものと思なされるべき手続であったとはいっても、しかし、それがもつ意義は軽んぜられえない。告訴手続においてこうした申請は、これによって初めて官憲が拷問の手続に入りうるという、いつてみれば設権的な意味・効果を有していたから。あえていえば、申請なくしては、官憲は拷問の実施手続にとりかかることができない、ということである。もちろん——これは大事なことで、ここで急いでつけくわえておくが——拷問によってえられた自白については、その調査と検証、そしてこれいかにんよって起りうる再尋問の決定は、官憲の決定に委ねられる (CCB Art. 86-87 [CCC Art. 54-55])<sup>(51)</sup>。しかも、これこそはまさに、犯罪事実の発見と確定という趣旨において糺問手続の本領に属していた。だが、これとても、広い意味では拷問の実施手続の一つといえなくはない。ともかく、このように、官憲は拷問の実

施ということに任務がかぎられているのである。ではなぜ原告人みずからが拷問をおこなえないのか、糾問手続は存しなかったが拷問はあったというローマにおいては誰がその実施にあつたのであろうか、といった疑問が自然浮かんできくが、これはしばらく措くとして、ここでは、原告人が拷問を申請しないときは官憲が原告人に代わってこれをひきうけるとか、あるいは、およそ徴表の証明のあとは原告人は手続からまったく退いて職権手続に移るとかいうのは——告訴以後は彼は、訴訟に関与しないというのとはもとより——、以上のようにみえてくるとき、パンベルゲンススやカロリナには合わない見解といわねばならないことを、確認しておくだけでよいだろう。

しかしここに、一つの重要と思われる問題が起こる。既述の通り（四節）、原告人が拷問を申請しうるのに必要な確たる徴表を証人二名によって立証しえたかいは裁判所の判決にまつことになるが、その場合当然、立証が不充分との判定ができることもある。そのときは、当該訴訟は果たしてそこで終了し、あとは——CCB Art. 19 や CCC Art. 22 が述べるように——原告人の賠償責任問題が生じる、に過ぎないのか、それとも、原告人はさらに充分なる徴表を提出すべく命じられるのか、さもなくば——これが、とりわけて問題となることだが——原告人の徴表提出手続をひきとって官憲みずからがいっその徴表収集の調査にのりだすのか、という問題がこれである。

この点については残念ながら、刑事裁判令には直接には述べられていない。ただ、CCB Art. 10 にあるように、そして CCC Art. 7 からわかる通り、職権の名による勾留手続において官憲は裁判所に徴表を提出し、やはり裁判所の判決をまつよう義務づけられていた（四節）のが、ここで参照されよう。そこでは、提出された徴表が充分なものかどうかについて裁判所が疑問をもつときは——CCB Art. 22 や CCC Art. 7 によって——パンベルク司教の宮廷評議會に、カロリナでは都市裁判所とか大学とかに訴訟記録送付によって鑑定依頼をなすべしと命じられている。このことは原告人提出の徴表についてもあてはまるのは、ほとんど異論のないところであらう——CCB Art. 87 を参照——。

つまり、裁判所が原告人の提出の徴表について不充分と判定する前に、すくなくとも多少の徴表が存するかぎりはずもって鑑定を依頼するのがふつうであろう。では、この鑑定によって徴表が不充分とされるときはどうなるであろうか。訴訟は終了するのであるか。おそらくそうはならず、OCC Art. 6 が官憲提出の徴表について厳しく命じているように、「裁判官は拷問の前に……事件の形態と状況とに応じて可能なかぎり調査をなすべき」ということになったのではなからうか。現に、こうした徴表調査が存したことが、CCB Art. 36 (CCC Art. 29) や CCB Art. 38 (CCC Art. 30)——これらが官憲の提出に関わる徴表のみならず、原告人提出・証明の徴表にも関係するかどうかはわからないが——からも垣間うかがえる。もしこのようなことが想定できるとすれば、原告人による徴表の提出と証明という告訴手続的形式は守られつつも、そういったまさに告訴以後の原告人による中心的手続の中に、職権が浸透していくさまを、まさに両刑事裁判令の規定そのものの中から見ることになるであろう。

しかも、トゥルーゼンが紹介するところによれば、「比較的初期の普通法学説におけるとは反対に」カルプツォフ (B. Carpozov) は、原告人によって立証された徴表に基づき官憲によって実施される拷問は告訴手続の諸原則に合致するものとは見なしえぬとし、そこではもう告訴手続は糾問手続に転化されていると見た。<sup>(32)</sup> もちろん、こうした見解にはやはりトゥルーゼンの記すところにしたがえば当時反対論があったが、<sup>(33)</sup>ともかく、カルプツォフの見解はもしかすると、右に述べた意味での職権的手続の浸透がいっそうすすんでいく、遠からぬさきを暗示してはいないであろうか。こう考えていくと、刑事裁判令そのものについていささか振り返ってみなければならぬことになる。

カリリナが Art. 11 で明澄に「原告人は非行と、その非行の確たる疑惑と嫌疑を陳述すべし」とうたうのをこれまでのように慣用的に告訴手続と呼ぶにせよ、ここには、シュミット風に訴訟の全体構造の見地に立っていえば「告訴手続はその開始形態に関してのみ告訴手続」として位置づけざるをえぬ、換言すれば糾問手続化していく、いわば宿

命的な因子が働いているのを見逃すわけにはいかない。(ただし、シュミット自身にはこうした点の考察が充分ではなかった。) いったいに、一三世紀後期、一四世紀初葉刑事裁判官 Albertus de Gandino に代表されるイタリア刑事手続法についてヘルマン・カントロヴィッツは、私的原告人の口頭による(1)うした *denuntiatio* を「糾問手続」の範疇に入れて解説を施している。<sup>(54)</sup>これにたいするに「告訴手続」とは、原告人が立証にさいして証人を伴って提起し、被告人は召喚されるものであったことは Albertus Gandinus がボローニアにおいて一二八九年二月一日から同月二五日にかけて審理にあたつたさいの訴訟記録に徴して明らかである。刑事裁判令では OCB Art. 74-89(OCB Art. 62-76) に証人立証について規定されている手続がそれで、ここに「暴力の存するとき、当事者および証人は裁判所に赴くのに護送されうる」(OCB Art. 80) というのに目がいく。これによれば被告人は勾留されることはなく、しかも当事者として扱われている。ここでは証明手続は、「彼「原告人」は、彼が立証せんと欲する諸事項を整然と記載せしめ、余「バンベルク司教」の罰令区裁判官に書面にて届け出るべし」(OCB Art. 81) とあるように基本的に原告人が提出した諸事項についておこなわれる——ヴォルムス都市法典においては被告人は反証を提起しうること(55)は既述した——。しかも、OCB Art. 72 にいわれる告訴手続とは違つて、聴取された証言にたいする官憲による調査、検証といったことは少なくとも明文をもってはなんら述べられていない。<sup>(57)</sup>こうした証人立証を導く手続の開始については、ヴォルムス法典が明澄に書き記す (*So ierant umb nadeln: oder von peinlichen sachen wegen den andern anlagen uolh*)<sup>(58)</sup>のにたいして刑事裁判令には類した文言がない。ともかく、その手続こそが真正の「告訴手続」という他はなからう。

以上の通り、慣用的に告訴手続としてとりあつかわれてきた手続、および証人立証を導く「告訴手続」の両者の傾向・性格を垣間見てきたが、これからいうと、トゥルーゼンが刑事裁判令について「裁判所は……原告人によって提出された事実関係に厳格に縛られていた」とか「原理的に証明の負担は当事者にあつた」と書くのは、<sup>(59)</sup>後者の「告訴

手続」を述べたものならば格別、前者の告訴手続を含めていうものとすれば——もちろん、トゥルーズンの趣旨とするところは、これをも含めるのだが——、疑問なしとはいえなくなろう。つまり、両方の告訴手続は混同されてはならず、分けて考えねばならぬということが必要になってくるのである。それとともに他方で、後者の「告訴手続」とそこにおける証人立証の手続は、前者の告訴手続が糾問手続化していくとすれば、このような状況の中でどのような運命をたどるのかも問われねばならなくなろう。

本稿にとって大きな機縁となったトゥルーズンの論文は中世後期および近世刑事手続法における普通法の継受問題をしてこに、シュミットに代表される通説的所論の全般にたいしかつてないほどの根本的な見なおしをおこなおうとするが、当面の、糾問手続にたいする告訴手続の意義問題には、つぎのような問題関心が働いていた。それは——おそらく、クラインハイアーの研究（三節）に触発されてのことと思われるが——<sup>(10)</sup>こうである。中世後期来、従来糾問手続の主柱とされてきた拷問は一般に考えられていることくには必ずしも事実の発見、確定を保證するといった性格にはあらず、少なくともたんにそうした意義だけを有するのではなく、したがってカロリナにおいても拷問ということだけでは糾問手続を語るには充分な根拠たりえない、<sup>(11)</sup>というのがこれである。<sup>(12)</sup>拷問の法的意義がこのように見直されてきている中で、必然的に糾問手続についてもその妥当性の再検討がテーマとなる。そして糾問手続の再評価との関連で告訴手続の意義問題が浮上し、こうして前者にたいして後者が相対的に積極的な評価をうけるということになる。中世、近世刑事手続法史全体を視野にいれるなかで今後受けとめていかなければならない複雑、多岐にわたる問題の一つといえよう。ただし、中世後期以来の拷問とバンベルゲンシス、カロリナにおけるそれとは連続的にはとらえられない側面をもつことには注意する必要がある。刑事裁判令における拷問は徴表理論の洗礼をうけているからだ。

- (15) W. Trusen, aaO, 114 (Anm. 26).
- (25) W. Trusen, aaO, 117 (Anm. 42).
- (35) W. Trusen, aaO, 117 (Anm. 43).
- (45) H. U. Kantorowicz, Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik, I, 1907, 128 (Nr. 6).
- (55) H. U. Kantorowicz, aaO, 230-34 (Nr. 25).
- (65) W. Sellert, aaO, 205 („Gegenbeweis“).
- (75) レーネー・ガハツレル博士著「ドイツの裁判と争点の整理」を訳す。W. Trusen, aaO, 114 („wie eine Prüfung …… beim Zeugenbeweis“).
- (85) Buch VI, Teil 2, Tit. 8. ヴォルムス法典において私的原告人の訴えと官憲的訴訟とは、中世後期の訴訟において特徴的であった。そしてカロリナになおなりをとりあっているような混同を経験せずに、峻別されていることを強調するのは、J. H. Langbein, aaO, 160-61 Anm. 88 [auch in: F.-Ch. Schroeder (Hg.), aaO, 245 Anm. 39].
- (95) W. Trusen, aaO, 114 („Das Gericht war auch“; „Prinzipiell lag aber“).
- (98) W. Trusen, aaO, 31 (Anm. 9).
- (19) W. Trusen, aaO, 118 („Ist sie im Spätmittelalter“).
- (29) 1652年7月17日「ハルツェンハーゲン事件」の裁判書 F. Hartl, in: ZRG (GA) 103 (1986) 370 („Am Problem der Folter“) の跋をえた文章を参照。

〔本稿は、平成三年度文部省科学研究費補助金一般研究（C）「ヨーロッパ中世における糾問手続の成立とその発展」（課題番号〇三六二〇〇〇五）による研究成果の一部である。〕