

熊本大学法学会発行

熊本法学 第四十九号（一九八六年十一月）抜刷

中世後期・近世初期刑事手続における自白の一問題

——ゲルト・クラインハイアーの命題をめぐって——

若曾根 健 治

論  
說

中世後期・近世初期刑事手続における自白の一問題

——ゲルト・クラインハイアーの命題をめぐって——

若曾根 健 治

目 次

- 一 緒 言
- 二 クラインハイアーの問題関心および関係史料
- 三 中世の刑事手続と自白
- 四 刑事裁判所令における自白
  - (一) 自白と証明——用語上の問題——
  - (二) 自白と現行犯手続・七人による宣誓手続
  - (三) 自白とその検証
  - (四) 自白の手続と裁判所証明
- 五 結 語

アウグスト・フォン・クリース (A. v. Kries) (+1894) の『中世刑事訴訟における証明』(ヴァイマル・一八七八) は、ほぼ同じ頃ブラウンシュヴァイクで発刊されたブランク (J. W. Plank) (+1900) の『中世のドイツ裁判手続』二卷 (一八七九) に劣らず、今日なお手続法史の分野に裨益するところが大きい。<sup>(1)</sup> その中で著者は、自白 (Cessantia) の問題に言及し、その意義に関して次のように述べている。<sup>(2)</sup>

ザクセンエビエゲルの時代 (十三世紀) から十五世紀末葉に到る刑事手続において、自白には次のような三つの側面が見られた。(a) 自白は証明手続の中に確固たる地位を占めていなかった。たとえ自白があるときといえども、刑事責任の立証は従来の証拠方法に基づきなされねばならなかった。(b) 自白は証拠方法のひとつとして断罪の根拠となっていた。(c) 自白は証拠方法たる機能を持たず、証明そのものを不要たらしめた。クリースはこのことを、自白は「証明の否定的前提」(negative Voraussetzung)と呼ぶ。著者は、右のそれぞれの側面につき根拠をあげているが、これを摘記すれば次のようである。(a) (a) における自白の側面はいわゆる「七人による宣誓手続」との関係で知られ、<sup>(3)</sup> (b) は『バンベルク都市法書』(一三五〇年頃)<sup>(4)</sup> や『ブリニン市裁判書』(十四世紀中葉)<sup>(5)</sup> に見出される。(c) の自白を示す資料として、例えば、Sachsenspiegel (Loh. I, 63, 2) や Kichsteig Landrecht (cap. 31, 3) <sup>(6)</sup> が参照される。<sup>(7)</sup> 自白のこのような諸側面が相互にどのような関係にあるかを明らかにすることは、重要な課題とならう。<sup>(8)</sup> ところで、フォン・クリースが右のように指摘した中世刑事手続における自白の三側面のうち、とくに右の(c)を取り上げ、これこそが自白に特有な性格と見、しかもこれが中世のみならず近世初期に至るまで一貫して維持されたとするのが、ボン大学ドイツおよびライン法史研究所教授ゲルト・クラインハイアー (Gerd Kleinheyer) の論稿「後期中世および

初期近世の刑事手続における自白の性格について」(一九七九)であつた。<sup>(9)</sup> 恩師ヘルマン・コンラート教授のための追悼論文集に寄稿されたこの一篇は、刑事手続法史における自白の問題を正面から取り扱った数少なく貴重な文献のひとつに算えることができるものである。

著者によれば、中世後期から近世初期に到る時代について自白は、本来、証拠方法の機能は持たず、「実体〔本案〕判決の形式的前提 (formale Sachteilsvoraussetzung)」としての地位を占めていた(S. 378, 381)。著者はこのことをまた次のようにも述べる。信用における二名の証人による供述——ローマ・カノン法によれば、断罪にはこのような証言が自白が必要であつた——が得られないときでも、他に有力な徴憑が多数あれば、実質上断罪は可能であつた。にもかかわらず、有罪を宣告するには自白が「絶対に必要 (unabdingbar) な前提」であつた。この意味で自白は、「訴訟形式 (formal-prozessual)」な機能を果たしたのであると (S. 378)。

自白が近世初期に到るまで証拠方法に属さなかつたとのクラインハイアーの右の指摘は、「自白は証拠の女王」とする周知の命題の立場から見ると、あるいは奇異な印象を受けるかも知れない。その上、糾問形式の刑事手続が一般化しつつあつた時代についても事情は変わらないと言うのであるから、なおさらその感を深くする。他方、「自白は実体判決の形式的前提」と捉える著者にたいしては、ヒンリッヒ・リニーピング (H. Rittinger) が次の如く批判している。(因みにこれが管見のかぎりで、クラインハイアーの論稱に触れた唯一のものようである。)<sup>(10)</sup> 「自白は実体判決の単なる前提と言うのではない。なぜならば自白は最終開廷日において確認を受けているからである。すなわち、最終期日においてはただ判決発見の儀式が執り行なわれるに過ぎず、これにたいし、本来の証明は既に、事前手続における自白によって提出されているのである」。<sup>(10)</sup> これが、クラインハイアーにたいするリニーピングの見解の全部であるが、残念ながら、その批判の論旨は必ずしも明瞭ではない。いずれにせよ、クラインハイアーの所論に問題が全く存しないわ

説  
けではないことだけは分かる。

そこで、このような見地から、自白の性格について著者が述べるところをやや詳しく紹介しそれに検討を加え、これを通して刑事手続法史における自白の問題の一斑を考察してみようとするのが、本稿の趣旨である。

ただこれに直ちに移る前に、以下(二)で、クラインハイアーが本来どのような問題関心を抱いていたのか、またこれとの関連で、著者がどのような史料に根拠を求めようとしたのかにつき、多少言及しておくことが便宜であらう。

注

- (一) August von Kries, *Der Beweis im Strafprozess des Mittelalters*, Weimar 1878 (Aalen 1975); Julius Wilhelm Planck, *Das Deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter*. Nach dem Sechenspiegel und den verwandten Rechtsquellen, 2 Bde., Braunschweig 1879.
- (二) v. Kries, aaO., S. 140 ff. (insb. S. 158)
- (三) v. Kries, aaO., S. 155 ff. 自白があつたとき七人による宣誓手続を必要とした一例については、若曾根健治「七人の宣誓手続の廃止と自白」『熊本法學』四十六号(一九八五)八五頁参照。
- (四) v. Kries, aaO., S. 153 ff., 223 ff.; Heinrich Zoepfl, *Das alte Bamberger Recht als Quelle der Carolina*, Heidelberg 1839, p. 53 (§ 186).
- (五) v. Kries, aaO., S. 151 ff.; Emil Franz Rössler (Hrsg.), *Die Stadtrechte von Brünn* aus dem XIII. u. XIV. Jahrhundert, Prag 1852 (Aalen 1963), S. 326; Urfundenbuch, I, Das Brünner Schöffnenbuch aus dem XIV. Jahrhundert, Cap. 717 (Capitulum de tormentis).
- (六) v. Kries, aaO., S. 141, Anm. 160. „So spreche her vort: da sach ich selber in selbin unde beschreibe in mit deme geroche. Wil herz bekennen, daz ist mir lip, unde bekennt herz nicht, ich wil in bereden mit alle dem rechte, daz mir daz lantvolk ertrelet adir die schepfen, ab ez undir koninges banne iz. So bete iener einer

- gewere, de sal man im ton. Doch muz der man sine klage wol besseren vor der gewere. Wenn de gewere gelan ist, so bite iener sine uneschult, daz ist ein eit unde ein echt kampf, ab her in zu rechte gegruzi hat, unde ab heiz vor lencde vulbringen mag". (Sachenspiegel (Landrecht) hrsg. v. Cl. Frhr. v. Schwertin/Hans Thieme, Stuttgart 1982, S. 53)
- (7) „So sprech vort : her richter, so steit hir N unde claget unsemen heren gode unde in in godes stede, dat N si komen wedder god unde wedder recht unde hebbe em jammerliken afgemorderet sinen liven vrunt, edder he hebbe eme waldinges afgerovert N, edder he hebbe heilinges vorstolen N ; wel he des bekennen, dat mach he dun ; wil he aver vorsaken, so wil hes eme vorwinnen [= vhirwinden] wo it eme tu rechte gedeleit [= irrecht] wert……" (Der Richtigsteig Landrechts nebst Cautela und Premis, hrsg. v. Carl Gustav Homeyer, Berlin 1857, S. 197-8.)
- (8) 中世後期ドイツの法律家による自白の重要性に関する記述。
- (9) Gerd Kleinheyer, Zur Rolle des Geständnisses im Strafverfahren des späten Mittelalters und der frühen Neuzeit, in: Gedächtnisschrift für Hermann Conrad, 1979, S. 367-84. なお本文献からの引用は便宜上すべて本文に記した。因みに G・クラインハイヤーはわが国では「ドイツ」のドイツ語をドイツ語で「ドイツ」に記した。因みに G・クラインハイヤーはわが国では「ドイツ」のドイツ語をドイツ語で「ドイツ」に記した。因みに G・クラインハイヤーはわが国では「ドイツ」のドイツ語をドイツ語で「ドイツ」に記した。
- (10) Hinrich Rüping, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, München 1981, S. 39, 44等。資料(10)を参照。

へ一体どのようにしては透して行ったのか (S. 369, Anm. 7), 370)。

糺問手統の概念そのものに関して、著者はとくに論及するところはない。その点については通説の理解に従うものであろう。そのことは、著者が糺問手統を「伝来の當事者手統 (Parteiverfahren)」・「弾劾手統 (Akkusationsprozess)」と対置させたり (S. 367, 370) 拷問と結びつけて捉えている (S. 369 (Anm. 7)) ところから分かる。こうして、著者によれば、糺問手統は官憲による犯罪訴追を意味していたのである (S. 368, b)。

著者にしたがうと、糺問手統の由来および拷問の起源を遡ってこれまで長く戦わされてきた論争は——小さな点で相違が見受けられるもの——、本質的な視点に照明が当てられ、これを通して、大筋は決着が附けられて来ている (S. 369)。これに反して、糺問手統がどのような方法をとって、刑事手統に入ってきたのかの問題は、フォン・クリースの前記研究を除けば未だ殆ど手附かずのままである。しかも、クリースとても、中世後期・近世初期の諸裁判所令についてまで刑事手統の発展を辿って来てはいない (S. 369, Anm. 7)。

ところで、糺問手統の浸透に拘わるクラインハイアーの問題関心は右のようにそれほど具体的に表明されてはおらず、著者が「どのようにして」とか「どのような方法をとって」とかと述べるとき、一体如何なることを念頭に置いているのかは問題関心そのものからははっきりしない。これはともかく、糺問手統の問題が同時に自白の問題でもあるのは、「糺問手統において自白が占める意義に鑑み」(S. 370) た結果である。このような著者の考察態度の背後には、糺問手統の登場と「証拠法の合理化」現象との間には密接な関連があるとする認識が横たわっている。すなわち証拠法の合理化とは証拠方法の変化の問題である。証拠方法が従来は雪冤宣誓、決闘、神判に依っていたのが、これらの種類のものに代わって、自白、目撃証言 (Tatsauginis)、検証 (Augenscheinnahme) が新たに現われ、あるいは、前景に出てくるところにそれは求められる (S. 369)。著者が糺問手統を、証拠法の合理化(換言すれば証拠方法の変化)

の側面から、しかも証拠方法のうちでは自白でもって代表させて考察しようとするのは、前述の如く、著者が糺問手続を拷問と結び附けて理解するところより分かる。刑事手続における自白の性格を問う著者の所論の根拠も、ここに あるものと言える。

次に、右のような問題関心から自白の性格について考察を進めるに当たり著者が依拠しようとする史料の点に移れば、著者は中世後期・近世初期の裁判所令 (*Gerichtsordnungen*) を選ぶ。その経緯は次の通りである。

著者の念頭にあったのは本来はカロリナ<sup>(11)</sup>である。この辺の事情を著者は次の如く述べる。一五三二年七月二七日レーゲンスブルクの帝国会議において成立したカロリナは未だ中世伝来の手続を払拭してはいなかった。中世の当事者手続は「最終開廷日」の形態でこの中に位置を占めていた。そこには「糺問手続、弾劾手続、中世の当事者手続」の三者<sup>(12)</sup>が併存<sup>(13)</sup>していたのである (S. 370)。カロリナがこのような性格の法史料であれば、これに依拠することによって糺問手続、就中自白を中心とする手続がどのよう<sup>(14)</sup>にして、ドイツ刑事手続法に浸透して行ったかの問題の解決に手懸かりが得られるであろう。これが、カロリナを著者が選んだ理由なのである。

しかもカロリナは „Keyser Karls des fünfften …… peinlich Gerichts ordnung” と呼ばれている。そこでこの „Gerichtsordnung” の名を冠せられた他の一連の法史料を著者はこの行き掛かり上、あるいはカロリナを補充する必要上、取り纏めて取り上げる。このような見地から著者の眼に留まったのが、以下のような「刑事裁判所令」 (*Halsgerichtsordnungen*・*Peinliche Gerichtsordnungen*) である。それは一部 (すなわち一四九四年のニルンベルク、一四六六年のエルヴァンゲンの裁判所令) を除き、ほぼ十五世紀末期から十六世紀後期に及んでいる。すなわち、(イ) ニルンベルクの刑事裁判所令三種 (一四九四、一四八五、一五二六)<sup>(15)</sup> を皮切りに、(ロ) ニルヴァンゲン (一四六六)<sup>(16)</sup>、(ハ) マクシミリアン一世帝の刑事裁判所令としてひろく知られる、ティロール伯領 (一四九九年十二月二六日)<sup>(17)</sup> およびラドル



フツェル市(一五〇六年十二月十八日)<sup>(15)</sup>の二法令、さらに(ニ)バンベルゲンシス(一五〇七)<sup>(16)</sup>、最後に(ホ)レーゲンスブルク市刑事裁判所令(一五六五—七五)<sup>(17)</sup>である。このような各種裁判所令以外に、さらにウォルムス改革法典(一四九八)、バイエルン刑事訴訟法典(一六一六)にも触れている。

著者が掲げる刑事裁判所令のすべてが果たしてカロリナと同性格のものかは、必ずしも疑問の余地がないわけではない。とくに一二九四年ニュルンベルク、一四六六年エルヴァンゲンの法史料については問題がある(後述)。いずれにせよ、著者が、中世後期以来の裁判所令を取り上げるのは、前述の通り、これらが糺問手続(官憲による犯罪手続)と伝来の弾劾手続・当事者手続とを含んでいた事情によるが、他面、この見地から右のような法史料を選択したことは、糺問手続、就中拷問と自白とを中心を持つ刑事手続の出現を、既存の手続法すなわち中世の訴訟法との関連の中で捉え直そうとする著者の問題意識——いわば刑事手続法史の分野における連続性の観点——に規定されていた結果と見ることができようであらう。

この辺りのことを著者は、通説にたいし疑問を表明しつつ次のように述べる。「糺問手続が古来の当事者訴訟と並んで「しかも古来の当事者訴訟とは」独立に発展してきた手続形態と見る見解、また、この新しい訴訟形態の支柱たる自白の要求が実体真実発見の原則の現われと見る見解、このような見解には疑問が提起される」と(S. 386)。なぜ著者がこのような疑問を抱いたのかについては、後節(四)で取り上げることになる。

以上紹介してきたところが、クラインハイアーの問題関心とそれに関連し著者が依拠しようとする法史料のあらましである。ただ、このような著者の問題関心が前節(二)における著者の命題とどのような必然的な関連にあるのかについては、今まで紹介してきた所論自体からは必ずしも明瞭ではない。いずれにせよ、以下では、著者が右の一連の法史料を如何に分析し、問題にどのように答えようとしたのかに立ち入って行くが、それに移る前に、先ず次節(三)

で、中世の部分について見ておかなくてはなるまい。確かにこの部分に関しては著者はほほすへてファン・クリースに依拠しており、著者独自の見解が現われているところとは言い難い。しかし、著者が、自白に関して刑事手続における歴史的連続性を証明できると見ているようなので、中世の部分についても検討を加え問題を指摘しておく必要が出て来るのである。

註

- (11) 古田武雄『Gustav Radbruch-Arthur Kaufmann (Insg.) Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 5. Aufl., Stuttgart 1980』244頁。
- (12) Hermann Knapp, Das alte Nürnberger Kriminalverfahren bis zur Einführung der Carolina, Zeitschrift f. die gesamte Strafrechtswiss., 12, 1891, S. 245—251 (1294), 536—545 (1485), 547—552 (1526).
- (13) Karl Otto Müller, Zur Geschichte des peinlichen Prozesses in Schwaben im späteren Mittelalter, Elwanger Halsgerichtsordnung von 1466, Tübinger Studien f. schwäbische u. deutsche Rechtsgeschichte, II—3, 1910, S. 71—78.
- (14) Eberhard Schmidt, Die Maximilianischen Halsgerichtsordnungen für Tirol (1499) und Radolfzell (1506) als Zeugnisse mittelalterlicher Strafrechtspflege, Schloss Bleckede an der Elbe 1949, S. 94—112.
- (15) E. Schmidt (FN 14), S. 216—224; Fritz Ruoff, Die Radolfzeller Halsgerichtsordnung von 1506, Karlsruhe 1912, S. 155—160.
- (16) Josef Kohler / Willy Scheel, Die Bambergische Halsgerichtsordnung, Halle a. d. S. 1902 (Aalen 1968).
- (17) Gerd Kleinheyer, Zur Rechtsgestalt von Akkusationsprozeß und peinlicher Frage im frühen 17. Jahrhundert, Opladen 1971, S. 50—71.

さて、クラインハイアーは、中世の刑事手続において自白が証拠方法たる機能を持たず証明を不要ならしめる役割を果たした（S. 376）と主張する。では、著者はこれをどのように立証しようと考えたのか。それを著者は自白と雪冤宣誓（Reinigungseid）の排除との間には関連があつたとするところに求めようと試みる。すなわち「雪冤宣誓あるいは他の証拠方法による証明に入りうる途が被告人に開かれたのは、原告によつて非難を受けた犯行をかれが自白しないときに限られた」（S. 378（Anm. 36））。被告人が自白するときは、かれには宣誓（その他の証明手段）による雪冤証明の途が閉ざされたのである。著者がここでとくに雪冤宣誓を問題としているのは著者の次のような認識によるのであろう。現行犯行の場合を除き、宣誓に基づく被告人の雪冤証明が中世刑事手続における証明の根幹をなした。これはまた通説でもある。かくして、自由の生格に関する本節冒頭の命題の論証に当たっては、焦点は自白と雪冤宣誓の排除との関連の問題に置かれるのである。

その論証のために著者が拠り所とするのは、<sup>(81)</sup>（1）Ssp. Ldr. 1. 63. 2、<sup>(82)</sup>（2）Kaiser Friedrich's Privileg für die Wiener Juden（1238, im August, Brixen）<sup>(83)</sup>（3）Blume des Sachsenpiegels（Ende des 14. Jhs.）<sup>(84)</sup>の三項である。そこで以下では、これら三典拠の關係箇所を逐次検討することで、クラインハイアーの主張の限界と問題点とを明らかにしたい。

先ず（1）Ssp. 1. 63. 2である。これは以下のような訴訟手続を示している。平和破壊・傷害・財産侵奪に関する被疑事件で原告が裁判所に訴えを提起する。続いて、裁判官と參審人との面前で原告および被告人の弁論が起こる。先ず原告は次の如く陳述を始める。被告人が犯行現場に居たのを目撃し（しかしかれを捕捉しえず逃がし）た原告は直ちに

叫喚告知を行ない、かれの犯行を周囲に公然たらしめたと。この陳述に引き続き、被告人が答弁を開始する。このときかれが原告の冒頭弁論を否認し (bekent herz nicht) 雪冤証明を申し出る場合は、弁論手続の終了後の証明判決によって宣誓による証明手続に入る。ただ、被告人の否認にたいし原告が決闘を申し出るときは、被告人は証明手続でそれに応じねばならなかった。

以上にたいし、被告人が答弁において原告の冒頭陳述を認める (wilt herz bekennen) と、これは「かれ〔原告〕の意に適うところであり」(Das ist mir lieb)、決闘によるにせよ宣誓によるにせよ証明手続は起きない。「訴訟の」相手方による承認——明示的であれ暗黙にであれ——は証明に代わる。相手方当事者の主張を認める者は、「あたかも裁判手続と判決とでもって「かれの」罪が確定されるのと同じの立場に置かれる」(Plankt)。Ssp. I 63. 2 に現われた原告の主張を認める被告人の答弁を「自認」(Bekennung)と呼ぶとすれば、クラインハイアーがこのような自認——有罪であること——を自白と捉えているのは明白である。この意味では、著者の主張通り、右の自白は証明そのものを必要にしてしまう機能を有した。あたかも、自白によって当事者の争いが消滅し、これによって弁論主義のもとでは「証拠による認定が不要になる」<sup>(22)</sup> 現今の民事訴訟における裁判上の自白や、英米法流のアレインメント (arraignment) (犯罪事実認否手続) における有罪の答弁に、それは近い。自白がこのように証明を不要ならしめるゆえに、それは、証拠方法とは捉え得ないと著者は考えるようである。

他方、以上に関してゲルハルト・ブフダ (Buchta) (+1977) の見解が参照される。ブフダは「中世サクセン法における証明」(一九六〇)なる論稿において、「自認」と「自白」とは区別する必要があることを説いた。<sup>(24)</sup> それによれば、中世サクセン法には自白は見出せない。原告の訴えにたいする自認は「今日の意味の自白」ではなく、「原告が被告にたいし要求するところのものを被告が認める」ことである。自認は民事事件、刑事事件のいずれにも知られる。民

説  
事事件ではそれは現今に言う請求の認諾にあたり、「訴訟の対象についての処分行為」を意味する。刑事事件における自認は「訴えが提起された結果これによって生ずるものを甘受しようとする」被告人の意思表示である。この場合に自認の対象となっているのは訴えの「目的」(Ziel)であつて、その「事実的根拠」(tatsächliche Begründung)ではない。以上にたいし、「今日の意味の自白」は糺問手続の開始に伴つて出現する。このようにブフダ——そしてこの点ではブランクも同じだが——によれば、被告人の自認行為は証明手続の分野には含まれず、証明手続に入る以前の冒頭手続、すなわち訴えにたいする応答(Klagantwortung)の手続領域に属する問題なのである。

クラインハイアーの自白理解は「犯罪事実についての容認がすべて自白」とするところにあるに反し、ブフダが自白を糺問手続の出現と関係づけて理解するのは犯罪事実についての容認がすべて自白とは捉えていないことによる。この間の事情は次のように説明できよう。「糺問」とは「客体の真の狀態の認識にすすむことができるようなあらゆる手段・方法を用いること」(ハインリッヒ・アルベルト・ツァハリアニ Zachariae)とすれば、自白は「真実に奉仕すべき内容を持つべき」であり、「自白には(自白の内容とされた事実についての)事後の立証の必要性を免除するという機能は全くみとめられない」(鴨良寛<sup>(26)</sup>)。こうして自白は、単に、犯罪事実についての容認のすべてと云うのではなく、真実発見に奉仕すべき特定の内容を含んだ供述なのである。自白を糺問手続の出現に関わらせるブフダの理解には、ほぼこのような自白概念が根底にあつたとは言えないであらうか。

実は、このように自白の登場をとくに糺問手続の出現と結び付けて把握しようとするブフダの立場——ただし、ブフダが糺問手続の中味をどのように捉えていたかはここでは問わない——は、本来、クラインハイアー自身の立場でもあつたはずである。前節(二)で紹介したように、著者によれば、自白は「証拠法の合理化」現象の所産なのであり、このような自白に中心的意義を認めた手続がまさに糺問手続であつた。「刑事訴追にたいし公的な関心が高まつたこ

と」が糺問手続の導入された所以である(S. 36)。この点については諸見解は一致して認めるところとクラインハイア——は言い切る。しかるに他方で著者は、右述の如く、Ssp. I. 63. 2——言うまでもなくここには糺問手続は問題となっていない——に自白を認める。そこで、この間の状況をわれわれが整合的に理解しようとすれば(それ自体容易ではないが)、次のように言わざるを得ないであろう。すなわち、自白の持つ意義ないし性格は、ザクセンシュビーゲルの裁判手続においてと、糺問手続においてとは変わって来たところ、著者はこのような変化は願慮に入れない。既述紹介の通り、ザクセンシュビーゲルにおける訴訟手続を含め中世刑事手続に現われた自白の性格は、中世後期・近世初期裁判所令の糺問手続においても失なわれることはなかったとされているからである。

以上指摘して来たところに誤解がないとすれば、自白の性格に関するクラインハイアの命題はそれ自体矛盾を孕んでいるとは考えられないであろうか。これにたいして、フォン・クリースの所論は異なる。確かにクリースはSsp. I. 63. 2に同じように自白を見、自白の形式的性格を説く。しかし、クリースはクラインハイアとは違って、次の如く発展の問題を提起するのである。「刑事手続において自白はどのような意義を持っており、そしてこの意義はどの程度まで徐々に変化していったか」と。このようにクリースは自白の性格の継統ではなく、むしろその変化(Überwindung)<sup>30</sup>に注目する。(これは、クリースによる自白の三側面の指摘(既述)と拘わってもいる。)したがって、Ssp. I. 63. 2に認められる自白の形式性は、クリースにしたがえば、未だ変化を被らない段階の自白において示されるものである。

次に(2)ウィーン市のユダヤ人にたいするフリードリッヒ二世帝の特権状に移る。ここには次のように述べられている。「何ピトモ、猶太人ヲ、赤ク焼ケタル鋤若ハ熱湯又ハ冷水デモツテ試シタリ、鞭ニヨツテ服従セシメタリ或ハ牢舎ニ送り込シテハナラズ、カレ(猶太人)ハ、四十日後ニカレノ法ニ従イテ宣誓ヲナスベシ。何ピトタリトモ、

「カレガ猶太人ナラバ」同ジク猶太人ノ証人ニヨツテデナケレバ、又、「基督教徒ナラバ」同ジク基督教徒ノ証人ニヨツテデナケレバ、如何ナル事件デアレ、有罪トサレルコトハナイ<sup>(31)</sup>。クラインハイアーによれば、この箇所にも、「(強要された) 白自と雪冤宣誓の排除との間にはっきりした関連」が現われている (S. 379, Ann. 33) と言う。すなわち、この「カレノ法ニ従イテ宣誓ヲナスベシ」とは雪冤宣誓を、そして「鞭ニヨツテ服従セシメタリ或ハ牢舎ニ送リ込ニダリ」するのは白自の強要を各々意味するからである。

しかしながら、当該箇所全体の趣旨は、著者の主張を必ずしも十分に裏づけるものとはいえない。と言うのは、クリースによれば、ユダヤ人の容疑者はユダヤ人であることで神判に服せしめられたり、白自を強要されたりしてはならず、ユダヤ人法に基づき雪冤宣誓をなすべきと定めるのが当該箇所である。ここには、「白自」が「神判」・「宣誓」と併せて取り扱われている。白自が神判・宣誓と共に掲げられていると言うことは、神判・宣誓と同様白自が証拠方法——神判・宣誓が証明手段たることはクラインハイアーとて争わない——と見なされていたことを示している。これを要するに、一二三八年のウィーンのユダヤ人にたいする特権状におけるこの部分はユダヤ人のための証明手続法を規定しているのである。

このように見てくると、次のように言えるであろう。白自が雪冤宣誓を排除したとすれば、それは白自が証拠方法でなかったからではなく、まさに逆に、一方の証拠方法(白自)によって、他方の証拠方法(雪冤宣誓)が排除されることがあつて、これを、フリードリッヒ二世の特権状はウィーンのユダヤ人のために禁じようとしたのであると。

最後に (3) Blume des Ssp. 2. Buch (practicae communes) の事例である。Blume des Ssp. (全四書) は周知の如く、手続法の実務を集成した編纂物である。ノイルッピン(Neurruppin)の出身で、大公ループレヒト・フォン・リーグニッツ(Liegnitz) (1367—1409) とゲルリッツ(Görlitz) 市々に仕えたニコラウス・ワルム(Nicolaus Wurm) ——

かれはポローニアで Johannes de Lignano (†1383) を師としたこともある——がその著者である<sup>(32)</sup>。この著書でかれが意図したのは、かれの習熟していた固有法と外国法とを融合せしめること(ホーマイアー)<sup>(33)</sup>、あるいは、かれのローマ法に関する知識をサクセン法領域、とくにシュレージエンに流布せしめること(シュンケ)<sup>(34)</sup>にあった。固有法・外国法の取り扱いに関しては、固有法に優先的地位を附与している(シエトッペ)<sup>(35)</sup>とも言われている。

この Blume des Ssp. 2. Buch に掲げられている左の二例 (a) (b) を、クラインハイアーは、自白によって雪冤宣誓が排除されたことを示す顕著な証左として強調しているが (S. 379, Anm. 39, 40)、その両例とは、ほぼ以下のようである<sup>(36) (37)</sup>。

(a) 誹謗・窃盗・強盗の容疑でフロンポーターによって逮捕された——しかし犯行現場では捕捉されず、また逃亡中にも拘束されなかった——者が訊問を受け拷問に服し、この結果、罪に問われた犯行をフエーメ審判人の面前で自白した後で、裁判所に連行され、ここで原告によって訴えが提起される<sup>(37a)</sup>。原告の訴えにたいして、被告人は答弁の機会を与えられ、反論 (wedsprache) を開始する。かれは雪冤の証明を申し出、これが原告による断罪証明に優先してなされるべきものと主張する<sup>(37b)</sup>。この主張は以後一貫して提出される。これにたいするに、原告は、被告人が裁判所外においてフエーメ審判人とフロンポーターとに犯行を自供したのを引き合ひに出し、断罪 (Edelwudin) を主張し、被告人の雪冤宣誓の機会を奪おうとする<sup>(37c)</sup>。以上が訴えの提起以後弁論手続における当事者の主張の主軸であり、この主軸を中心にして両者の弁論は個々具体的に展開する。その弁論は常に裁判官・審判人に向けてなされている。弁論の過程で、当事者の請求に応じてそのときどきに数個の中間判決 (Sennung) が下される。(中間判決は裁判官が審判人に問い、審判人が裁判官の求めに応じて判決発見に従事し、発見された判決をさらに裁判官が宣告するという一連の煩瑣な形式をとる。) このようにして、最終の証明判決に至るまで徹底した当事者主義が貫徹される。



ここで、弁論手続の初めのところを多少紹介すれば以下の如くである。被告人は、現行犯で逮捕されたのでもなく逃亡中に捕捉されたわけでもないのに、雪冤宣誓の権利が争われ、このため断罪されようとしている窮状を訴え、原告が被告人の断罪を求めらばその根拠を提示すべきと主張し、これを裁判官に要求する。ここで中間判決が下り、原告は断罪根拠を示すべく求められる。これを受けて、原告は、被告人がフェーメ審判人とフロンポータとの面前で既に犯行を自供したのを根拠にあげる。ついで、この点につき、自白の日時、場所、方法などを巡って被告人の方が質問が發せられ、原告がこれに答える一問一答が起きる。原告の回答を得た後被告人はさらに、次のように弁論を行なう。被告人が自白をしたとの主張を原告は何びとを引き合いに出して証明しようかと。この事例(a)では、被告人は自白をしたこと自体を否認しようとしている如くである。

当事者の弁論はなおも続くが、その紹介は紙幅の都合もあり、また本稿の主題にも属さないもので、ここでは省略する。ただ、弁論手続の中でとりわけ興味を引く一点があるので、これだけは指摘しておきたい。それは、当事者の主張の根拠として、「法」(recht)と「慣行」(Gewohnheit) (あるいは「都市の慣行」(der stat gewohnheit))とが対置されている点である。原告は「慣行」を引き合いに出し自己の請求を正当化しようとするの<sup>(37i)</sup>にたいし、被告人は雪冤宣誓の権利が「法」の認めるところと訴える。<sup>(37j)</sup>この点に關して下された中間判決は、被告人の主張に軍配を上げている。<sup>(37k)</sup>右のような「法」と「慣行」との対立から垣間見るに、裁判所外におけるフェーメ審判人とフロンポータとの面前での自白の手続すなわち糺問形式の手続は、一般法(ラント法)とは解されておらず特殊の慣行と見なされていたようである。

このような「慣行」(「都市の慣行」)をもってE・シニミット (+1972) は、シニレージンの諸都市においてニコラス・ウルムの時代に既に糺問官の面前における尋問・拷問・自白の一連の法実務が展開していたと解する。<sup>(39)</sup>拷問の固有法起源を支持するシニミットにたいして論戦を挑んだW・シニッケは、右記の点についても批判を展開し、シニ

レージエンの諸都市に拷問が根を下ろすのは十五世紀と見る。シュンケによれば、右の「慣行」とは南ドイツにおいて展開していた手続慣行を指し、ヴルムはこれをポローニア往来途上で知り、ザクセン法領域に広めようとしたのである。ただ、ヴルムの著書の流布がこの領域に拷問が導入されていく契機となった点については、シュンケも否定しない。<sup>(40)</sup> シュンケが提起した論議は（ただし史料的典拠は、必ずしも明瞭ではないが）、ザクセン法域における拷問・自白の起源ないし由来の問題を巡って興味を惹くところである。しかしここではこれ以上立ち入らず、右のような論議が、あることだけを紹介するに止どめたい。

さて、最終弁論（これは被告人が行なった）を終えて、証明判決が下され、被告人の主張が認められた。曰く「〔証明〕判決。かれは自己の潔白をかれひとりで〔すなわち補助者を伴なうことを要せず、宣誓によって〕証明する」。<sup>(37c)</sup> の事例は大略以上のものである。

第二の事例（*β*）は第一のそれと裁判の構造上基本的には相違はない。したがって、極く簡単に紹介するに止どめる。訴えが提起された後、被告人は答弁（*Answer*）において、現行犯で捕えられたのでもなければ逃走中に拘束を受けたのでもない場合には名誉ある人間が享受しうる権利（*evnis bedirnamnis recht*）、すなわち雪冤宣誓の権利が、かれにも帰属するはずと訴える。<sup>(37m)</sup> 一方、原告は、被告人が裁判所外で自白をしたのにつきフェーメグラーフ、フェーメ審判人、フロンボーテを証人にあげる準備があり、これらの者の証言によって断罪の主張を証明できると申し出る。<sup>(37n)</sup> これにたいし、被告人は自白を行なったことは認める——ここが右述第一の事例（*α*）と異なっているところである——<sup>(41)</sup> が、拷問による苦痛のゆえに訊問官の面前で何を供述したか覚えていないと主張し、また、このような情況の下でたとえ自白したとしてもそれは間違った自白であると弁明し、これらを論拠にして雪冤の権利を要求する。<sup>(37o)</sup> 以上当事者の弁論の結果、次のような証明判決が下される。「拷問のもとに強要された自白によって、かれ「自白者」は自己の権

説 利「の行使を」妨げられることはない」と。<sup>(47p)</sup>

クラインハイアーは自白によつて雪冤宣誓が排除された点に注目し、自白が証拠方法ではなく、およそ証明を不要たらしめる機能を持ったと見る。しかしこのことは果たして、Blume des Sep. (2. Buch) の右述兩例を通じて裏づけられうるであらうか。これは疑問に思われる。先ず、(α)において自白を根拠に被告人の断罪を求める原告の主張が証明判決で退けられ被告人に雪冤宣誓が許されたのは、自白が宣誓と併ぶ証拠方法と見られていたことを示している。また、(β)では原告が弁論手続において次の如く主張する。被告人が裁判所外において尋問官の面前で犯行を自白した。このことは当該尋問官の証言によつて「証明しうる」(beweisen kann)と。原告のこのような主張から、自白が証拠方法に算え入れられていたことがわかる。したがつて、仮に証明判決において原告の請求が容れられていたならば、証明手続では尋問官が証言を行なつたはずである。次に、自白が証明自体を不要ならしめたとは右述の事例からは立証できない。けだし、(γ)においては、フェーメグラーフやフェーメ審判人の面前で被告人が自白をしたことはいずれも法廷で認めている。にもかかわらず、証明判決では被告人は雪冤宣誓をなすべきと判示されているからである。これはむしろ、クリースが七人による宣誓手続との関係で自白の一側面としてあげたもの(すなわち、自白が刑事手続の中に未だ確たる位置を占め得ていないこと)を示しているのではなからうか。

以上、自白は証拠方法ではなく証明を不要たらしめるとのクラインハイアーの命題は、右述三種の史料の中で(一)からは裏づけられるが、しかし(二)および(三)からは引き出し難いことがわかつた。このところに、クラインハイアーの命題の限界があると同時に、問題点も現われている。けだし、(二)(三)においては自白は拷問と結び附いている。しかも拷問による自白強要は裁判所外、すなわち事前手続において起こつた。このことは、(二)では「牢舎」(Kerker)の言葉に象徴的にあらわれていたし、(三)では尋問官の面前における尋問手続に明瞭に示されていた。以上

にたいし(1)の自白は拷問とは関係を持たず、しかも事前手続でなく公開の法廷で表明された。この意味で、自白の性格に関して、(1)の訴訟手続とこれとは別の構造の裁判手続(2)(3)とを同列に取り扱ったのには問題がある。この点では、フォン・クリースは慎重である。すなわちクリースは先ず、自白に多様な側面のあることを指摘し、クラインハイアーとは違って自白の一面をその全部とは見ない。次に、自白に証明を不要ならしめる側面があるのは確かに「中世のほとんどの法史料、否、本来、僅かの例外を除きすべての法史料」に認められるが、しかしクリースがこの具体例にあげるのは基本的に(1)の系統に属する史料群である。これを要するに、クリースは、(1)の系統の法史料に述べられている自白および訴訟手続と、(2)(3)の類型に属する史料に現われる自白および裁判手続との間には、手続の構造および自白の意義の点で相違のあることに注意していたのである<sup>(43)</sup>。

ところで、右の両手続を分かち指標が拷問であり、拷問行使の場としての事前手続——明確な形態を整えたものであれなけれ——であったのは、既述の通りである。「自白を強要すると言うような考え方はドイツ古来の訴訟法には根本的に縁遠かった」とすれば、拷問は「その登場の最初期からして既に、新しい訴訟法的觀念の発展にとつて意味するところが大きい」(シュミット<sup>(44)</sup>)と言わねばならない。では、拷問によって強要された自白は裁判所における自白と同じく、クラインハイアーの命題に言うような性格(「実体判決の形式的前提」)を有したのであるか。この問題は既に右(2)(3)の史料の考察に際して多少言及したところではあるが、さらにこれを細かく見て行くために、次の段階、換言すれば裁判所令の時代における自白の性格の問題に移らねばならない。

注

(18) 前注(6)。オプティ古く、Friedrich August Biener, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, Leipzig 1827 (Aalen 1965) 45。この規定を、古ドイツ訴訟における自白のひとつとして注目し

フツタ (S. 138 (Ann. 77)).

(19) J. A. Tomascsek (hrsg.), Die Rechte und Freiheiten der Stadt Wien, I, 1877, p. 20—1 (Nr. III).

(20) C. G. Homeyer (FN 7), Dritte Beigabe, S. 35—81.

(21) 次頁の次頁 Magdeburger Fragen III, 9 D 1 (1385—1402) (J. Fr. Behrend (hrsg.), Die Magdeburger Fragen, 1865) を参照されたい (S. 379, Ann. 37) (v. Kries (FN 1), S. 145) が、このことは、自由と書を宣言の排除との間の関連を示してつた。„Ab man gefangene lute pynigen moge umme missetat zeu bekennen. Ab man mit keynerley pynunge eynen gefangen man pynigen moge unde twingen mit rechte uff me bekennisse syner missetat adir ungerichtis, das her vormols begangen hette, adir was dorunne recht sey.—Hiruff sprechen wir schleppin zeu Magdeburg recht: Man sal von rechtis haben nymandis pynigen umme ungerichte noch umb missetat, e denne her des vor gerichte vorwunden worde. Von rechtis weyn. 今の最後のつらに述べられてゐるミンツブルク参審人の判告によれば、被告人は判決を宣告される以前に犯罪に関して拷問を受けない。すなわち事前手続において犯行の自由を求めるときの拷問は認められず、拷問は被告人が裁判所において判決を受けた後に始めて許されている。つまりここでは、拷問は刑事手続としてではなく、刑罰として行使されてゐるということがわかる (E. Schmidt, Inquisitionsprozess und Rezeption, Leipzig 1940, S. 36, Ann. 126)。

(22) Planck (FN 1), S. 243 (Ann. 4).

(23) 三ヶ月章『民事訴訟法』(法律学全集 35・一九五九) 三六六頁。

(24) 平野龍一『刑事訴訟法』(法律学全集 43・一九五八) 三頁、二二六頁。

(25) Gerhard Buchda, Der Beweis im mittelalterlichen sächsischen Recht, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, 17 (Brüssel 1965), p. 538.

(26) 鴨良病『刑事証法』(一九六二) 一八九頁。

(27) 中世盛期サクセン法訴訟において、自由と自認とが区別されていなかったこと——これは事実問題と法問題との未分化に起因する——に ついては、H. Holzhauser, Geständnis, HRG 7 (1970), Sp. 1632 を参照。

(28) 横山晃一郎編『現代刑事訴訟法入門』(一九八三) 四五頁による。

- (81) 編註(80)°
- (82) v. Kries (FN 1), S. 140.
- (83) v. Kries (FN 1), S. 153.
- (84) „Et nemo iudeum ad ignitum ferrum, vel ad calidam aquam seu frigidam probet, nec flagellis cedat vel in carcerem mittat, sed iuret secundum legem suam post quadragesima dies. Nullus testibus nisi simul iudeis et christianis convinci possit qualibet de causa“
- (85) Karl Bosl, Günter Franz, Hanns Hubert Hofmann, Biographisches Wörterbuch zur deutschen Geschichte, 2. Aufl., III (München 1975), Sp. 3269—70.
- (86) Homeyer (FN 7), S. 357.
- (87) Wolfgang Schünke, Die Folter im deutschen Strafverfahren des 13. bis 16. Jahrhundert, 1952, S. 126 (Anm. 6).
- (88) Otto Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, I, Leipzig 1860 (Anten 1965), S. 419 (Anm. 19).
- (89) Siehe Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1965, S. 96f (§77).
- (90)  $\text{ホキエー}$  Homeyer (FN 7), S. 375—77(α), 377—78(β).  $\text{ノルマ}$  (α)  $\text{ユル}$   $\text{ユル}$   $\text{ユル}$   $\text{ユル}$  Hans Planitz (hrsg.), Handhaft und Blutrache und andere Formen des mittelalterlichen Rechtsganges in anschaulichen Darstellungen, Leipzig 1918, S. 8 f.  $\text{ノルマ}$   $\text{ユル}$   $\text{ユル}$   $\text{ユル}$   $\text{ユル}$
- (91) „Wurde einer geantwort in di frone gewalt um sagesworte um dewbe adir um rawb, u. man vorsuchte en u. martirie en keiginwortighlin den veinschepflen, u. her bekennit allis daz man en vrogit in der martir, u. man brechte einen solanen czu gerichte, man klagete czu im noch der geschicht.“
- (92) „Sint mir denne urteil u. recht gesehin hat ane menliche wedirsprache, daz ich durch des gefengnis wille nicht rechteslos bin, bethe ich ut s., ob ich en [= Unschuldsbeweis] icht billicher u. ce neher czu bekommen sei, wen mich inand davon treibin moge czu rechte etc.“
- (93) „Der klegert. H. h. r. sint demmole daz her eins bekennt hat wissinth deme veinschepflen u. deme froneboien,

di ich muntlich von in gehort habe.....czu ubirwindin sei, di czu deme rechten gesworn habin, wen her davor gesworn moge czu rechte etc.“

(57c) „Der antworter. H. h. r. ich hore, daz her mich ubirzeuget wil ane richter u. schepffen in rebegeir bank u. sich gezeuget vormist, domete her mir meinen unschuldigin hals brechin wil, u. begere daz se sagen, wo ich kein en gereht habe u. in welchir masse, daz ich irkennen moge ab ichs getan habe adir nicht, u. bethe etc., ab her icht billichir u. ee sagin sulle, wen daz her mir meinen freien hals gehrechen moge mit gezwunge um sotane tan, dorum ich wedir in der tat u. in der flucht gefangin bin mit recht, adir ut s.“

(57e) „Sent. her sagit is im billich.“

(57f) „Spricht nu der cleger, her habe is bekant vor dem veym schepffen und vor deme froneboten.“

(57g) „Der antworter. Wenne ? Der kleger. Im freytage der nechste vorgangyn ist vornnyttage. Der antworter. In welchir stat ? Der kleger. In der frone gewalt. Der antworter. In welchir weyze, adir wo waz ich ? Der kleger. Du worest gefangyn und gebunden, und man hatte en gemartirt und stund und bekannte allis daz man en frogete und gab sich der unrat selbir schuldig.“

(57h) „Der antworter. An wen czhyt ir ewch des und myt weme wolt ir daz beweysen ?“

(57i) „Welde nu der kleger vore komen daz her spreche, is were yn der stat eyne sotane gewonhey, waz dy veyn schepffen und der fronebote bekennen, daz man domete gewunne und vorlore, und synt denne dy felch schepffen und der fronebote noch der stat gewonhey bekant haben der worhey uff eren eydt, den se uff und czu erem amechte getan haben, ab ich icht billichir und ee noch der stat gewonhey myt seynem cygemen bekennisse und mit den felch schepffen und des frone boten czu vbirwindin sey, wen daz her do myt keynerhande rede czu rechte do wedir moge, adir ut s.“

(57j) „Der antworter. Weyns von keyner gewonhey, sundir gebracht byn ich an daz recht, do man rechtis gerichtis ubir kert noch deme rechten und nicht noch der gewonhey, dorum ich mir mus lassen genugen vff alle daz recht daz recht ist, vnd her her tryt und mich noch der gewonhey ubirzewgyn wil, bethe ich ut s., ab ich icht

- billlicher dy geczewg vorwerfin moge myt deme rechten, wen daz her mich myt solanem geczewge noch der gewonheyt meynen leyß angewinnen moge czu rehte, adir ut s. ....“
- (37) „Sentencia. Noch deme rechten und nicht noch der gewonheyt.“
- (37-1) „Sentencia. Her beweyst seyne unschult byllich myt seyris eygyn hand.“
- (37 II) „Der antworter. Hirre her richter, ich danke ewern irharn gnodin, daz ir mir des rechten runnel, und bethe euch durch got meyne antwort czu vornemen. Hirre her richter, ich byn unschuldig dyrre sache und myr meyn recht ny gehoet noch genedirt ist, und man mich yn keyner handhaften tat noch yn der flucht begriffen hat, bethe ich ut s., ab ich icht billlich czu eynis bedirmanis recht komen moge billicher und ee, wen das mich das vohen vnd daz lyndin an meynem unvorselbten rechte gehyndirn moge czu rechte, adir ut s.“
- (37-2) „Der klegger. Hirre her richter, her hat is bekant wysintlich deme fehengrethen vnd seynen eydgenossen und deme fromboten, mit den ichs wol beweysen mag, und bethe ut s., ab ich en icht billicher und ee und neher czu vbrzewgen sey, den her do vor geswern moge czu rechte, adir ut s.“
- (37-3) „Der antworter. Hirre her richter, ir bekenntnis ist mir czu swere czu wedirsprechen, sundir mir were noter czu klagen wen ymande, daz ich so sere gegewilt byn und gemartirt, daz is wundir ist daz ich eynem menschen enlich byn, und muste se berichten wes se mich vrogeten, und wuste vor wetage und vor martir nicht waz ich gesprochen habe, und mag daz bekant haben, daz ich czu vnreche bekant habe, .....und bethe ut s., ab ich icht billicher vnd ee czu meynem unvorsprochenem rechte und czu meynen ungeschult komen moge.....“
- (37 a) „Sententia. Solan bekenntnisse daz man myt martir abe twingit ist yn vnschedelich czu seyнем rechten.“
- (38) G. Buchda (FN 24), S. 529. 名称「例えやトキモノルヲ参入裁判所 (Schöffengericht) が「拷問」に反対」  
被告人の重  
区官廳に於ては「拷問」に反対す。Hugo Böhlau, Aus der Praxis des Magdeburger Schöffengerichts während des 14.  
und 15. Jahrhunderts, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, 9 (1870), S. 33 (Anm. 100) 参考
- (39) E. Schmidt (FN 20 a), S. 36.
- (40) W. Schünke (FN 30), S. 126 (Anm. 6, 7), 127 (Anm. 8).



- (41) F. Schmidt (FN 20 a), S. 35 (Ann. 123); E. Schmidt (FN 36), S. 97 (§ 77).
- (42) 堀田(一)の著書「民法の基礎」(二)「Magdeburg-Breslauer Systematisches Schöffengericht, III. Buch, Cap. 34: Wirt eyn man, der do behurit vnd notigt eynis andin mannis elich weip, begriffin vnde gewangyn in vrischir tot vnd vor gerichte in hanthaffir tat mit geruffte brocht vnd wirt von der vrauwyn beclaght ymme di missetat vnd not, di her an ir begangin hat, vnd bekennyt her der tat, man sal obir en richtin also das man en enthouhain sal; vorsachtit her abir der tat, zo ist dy vrauwe nehr ezu bezugen in der stat, denne her vrschuldie wertin moge. (Paul Laband (Hrsg.), Das Magdeburg-Breslauer Systematische Schöffengericht aus der Mitte des XIV. Jahrhunderts, Berlin 1863 (Aalen 1967), p. 66.) (二) Dresdener Schöffengerichte, Cap. 166: Hirruff spreche wir schepfin ezu Meideburg eyn recht ist der man der die offene wunde geslagen und gehauwen had begriffen yn frischer tad den sulde her do vor gerichte bracht habin yn hanthaffir tad und wer em denne der tad nehir obir zeu gende gewest Wenne her des unschuldig machte syn wurden Nu abir desze geschicht obir nechtig ist gewurden und der man noch yn hafte siezt so mag euwer richter den man der dy missetat begangen had mit geruffte vor gerichte brengin und en beschuldigen ummb die tad bekent hers so sal man obir en richten alz recht ist vorsachtit hers so mag her des unschuldig werden selbsebinde unbeschuldener lute uff den heiligen von rechtis wegin. (Hermann Wasserschleben (Hrsg.), Sammlung deutscher Rechtsquellen, I, Giessen 1860 (Aalen 1969), S. 316.) (三) (四)の概要はほぼ以下の通り。(一)では、強姦の現行犯密疑で逮捕、告訴された被告人が罪を認めると、斬首刑に処せられ(すなわち自白は証明を不要とする)、被告者が被告人の犯罪を即刻証明せぬ限り、被告人の嫌疑は晴れる。(二)では、傷害の容疑者が現行犯では逮捕され得ず、一夜を越えた後に、叫喚告知をもって告訴され、罪を認めると法の定める通り刑に処せられ(したがって証明手続は起きない)、罪を否認すると、自分とも七人によつて雪冤の証明を行なわねばならぬ。また次の二例を見よ。Das Stadtrecht Hamburgs vom Jahre 1270. M. Art. 13 (= Das Stadtr. v. J. 1292, G. XII; Das Stadtr. v. J. 1397, E. M) : So wor een man den anderen schuldiget ymme schaden, vnde bekennt he des schaden, he schal ene to rechte beteren [= büßen]. Vnde vorsaket he des schaden, he mach mit syneme rechte vntgang [= enighan]. (Johann Martin Lappenberg, Die ältesten Stadt-

Schiff- und Landrechte Hamburgs, Hamburg 1845 (Aalen 1966), S. 31, 129, 217) ' 4445' Das von den Schöffen in Magdeburg im J. 1304 der Stadt Görlich mitgeteilte Recht, Art. 137 :……Diese drü vngerichte sol her zu male elgen. Swelcher her vor swiget, her hat sinen kampf vorloren. So spricht her vort, da sach ich selbe en selben. Vnd beschriete en mit deme gerüfte, wil her des bekennen, daz is mir lieb, vnde bekennet hes nicht, so wil ich ez en bereden, mit alle deme rechte, daz mir daz lanvolg erteilet, oder die shepphen, ob iz vndir koninges banne ist.(E. Th. Gaupp, Das alte Magdeburgische und Haltsche Recht, Breslau 1826 (Aalen 1966), S. 316).

(43) 116点E. Schmidt (FN 20 a), S. 23(Ann. 77) がクリース指摘の(1)型の自白について次の如く述べるのは誤解である。すなわち拷問は最初は、「自白の形式的(「自白内容たる事実の真实性に関わらない」意思表示——これによって証明行為が不要となるような——を強要するために「用いられたと。(1)の自白、すなわち裁判所における自白(裁判上の自白)が裁判所外の自白とは異なり、拷問と結び附いていなかったことは本文既述の通りである。

(44) E. Schmidt (FN 20 a), S. 23, 24.

#### 四

裁判所令時代における自白の性格をめぐるクラインハイアーの所論は、次の四つの主要論点を含むと思われるので、以下本節では、それぞれにつきかれの見解を紹介し検討を加えて行きたい。その論点とは、(1)自白と証明——用語上の問題——、(2)自白と現行犯手続・七人による宣誓手続、(3)自白とその検証、(4)自白の手続と裁判所証明の四つである。

(一)

自白が証拠方法でなかったことをクラインハイアーは用語の方面から裏づけようとする。すなわち、自白と証明とは文書の用語法から見て区別されていたと考えるのである。

この問題に關してあげられている史料は以下の通りである。まず、(a)「普通法の教科書」と呼ばれ、またドイツ初期近世における「最高度に徹底したローマ法化の最古の証言」<sup>(45)</sup>とも評価されるヴォルムスの改革法典(Der Saechen Wörmbis Reformation)(一四九八年發布翌年刊行)の第六書第二部「刑事法」(Von pyllichen straffen, frevel und malefiz saechen)第十條である。そこに、次のような一節が述べられている。<sup>(46)</sup>「さらに、犯罪は、一方で、名譽ある、[そして事実]に申し分なく精通した証人を通して……証明される」<sup>(46a)</sup>。これは文字通り、証人による犯罪の証明を意味している(S. 372 (Ann. 19))。ところで、この一節を含む右記第十條には、自白——任意の自白であれ強要された自白であれ——について次の如く記されている。曰く「さうに、いかなる「被疑」者であれ、われわれ「ヴォルムス」市参事会あるいはわれわれの市長の面前で訴えが提起されたる後、これに引き続き、犯行を任意に(Frywilliglich)告白するべし。そして「もしこれがなされるときはこれに基づき有罪の」判決が下されうる」<sup>(46b)</sup>。「さらに、いかなる者であれ、拷問によつて(In pyllicher Irge)「犯行を」告白し、その後、[拷問を受けぬ]で、また、最終開廷日において、自白を」撤回せず繰り返えすときは、「これに基づき有罪の判決が下されうる」<sup>(46c)</sup>と。このように、当改革法典第六書第二部第十條には自白の手續が定められ、同時に既述の如く証言に基づく証明(Beweisung)についても規定が置かれている。そして「証明」(Beweisen)の言葉が用いられているのは、自白についてではなく証人による断罪に關してである(S. 372—3)。このような情況から「自白は証明とは区別されている」のが分かる(S. 377 (Ann. 33))。

自白と証明とのこうした相違は、次に(b)バンベルゲンシス(CCB)（そしてカロリナ(CCC)）からも明白である

(S. 373 (Anm. 21), 377 (Anm. 34))。すなわち CCB Art. 56 ならん Art. 73 (CCC Art. 45 ならん Art. 61) には拷問と自白とに關し諸種の規定が掲げられ、次いで CCB Art. 74 (CCC Art. 62) には「*ya d'it*」被告人が何事も自白する (*bekennen*) のを欲せざりし場合に、告訴を受けたりし犯行を原告が証明 (*beweisen*) せんと望むときは、「以下」の「法に定められたる如く、かれ〔原告〕はそれを許されるべし」と見え、さらに以下、CCB Art. 75 ならん Art. 89 (CCC Art. 63 ならん Art. 76) において証言の詳細な手続が続く。また (c) レーゲンスブルク市刑事裁判所令 (Der Stat. Regenspurg Poenliche Gerichtsordnung) も典拠となる。<sup>(48)</sup> すなわち、その第二三条は「自白の朗読と証言の聴取 (Die Vricht zuerlesen und beweynung zehoren) なる表題を掲げ、そこには「被告人の自白と参審人による証明とが対置されている」(S. 377 (Anm. 35))。最後に (d) バイエルンにおいて最初に糺問手続を定めたとされる、一六一六年九月二八日公布ラント法典 (Codex Maximilianeus) (全九卷) の第九卷「刑事訴訟法」で「自白 (*Bekennung*)」が拷問と共に取り上げられているのはその第三章 (Der III. Titul. Von anzeigungen der Mißhandlungen / und der Tortur) (全十七箇条) においてであり、<sup>(49)</sup> これにたいし「犯罪の証明」に關する諸規定が掲げられているのは次章第四章 (Der IV. Titul. Von beweynung der Vbehalten) (全四箇条) に到つてで、<sup>(50)</sup> 対質 (*Confrontation*)、書証 (*Beweisung durch Briefliche Vrkunden*) として人証 (*Zeugen*) に関わる三箇条が纏められている (S. 377, 380)。<sup>(51)</sup>

以上の四点が、「自白」と「証明」との用語法上の区別を示す事例としてクラインハイアーがあげるものの全部である。このように概観してみると、自白と証明との区分の中には、各々の性格や沿革の上で何がしかの相違がうかがえるようであり、この点は興味を引くところであるが、これは別として、以下で著者の命題の検討に移りたい。

最初に (c) のレーゲンスブルク市刑事裁判所令の第二三条 (自白の朗読と証言の聴取) であるが、この規定は他の三例とは趣を異にしている。同条が述べているのは、事前手続において被疑者が任意であれ拷問によつてであれ自白

説をし、これが「市書記」(Statschreiber)によつて記録された後の最終開廷日の手続に関わるものである。市参事会庁舎で行なわれる最終開廷日 (endlicher Rechtsitz) の手続は二段階に分かれる。第一段階の秘密手続 (heimliches Gericht) はシニルト・ハイス (裁判官)、判決発見人 (Hausgenossen)、「裁判所書記」(Gerichtsschreiber)に加え、市の法律顧問や博士たちによつて進められ、そこで、当該自白が紹介され、判決草案が作成される。続いて、第二段階の公開手続 (offentlich Gericht) に移る。被疑者を前にして、訴えが提起される。訴えの提起は、弾劾者 (Anklager) による(彈劾主義) 以外に、シニルト・ハイス、すなわち、裁判所自らによる場合 (Anklagers ex officio Causa) (糺問主義) があつた。訴えの提起以後は手続は以下の如く進められる。これを定めるのが右記第二三条である。自白調書が裁判所書記によつて朗読される。この「自白の朗読」(Die Verlich zuuerlesen) の終了後、シニルト・ハイスが、事前手続において自白を聴取した糺問官(二名の市参事会員および二名の裁判所参審人)の起立を求め、かれらに次の如く質問を發する。

「訴えを提起せられたる」当該非行者が、たった今読み上げられたることを「事前手続において実際に」その通りに自白したかどうか。この質問を受けて、糺問官はひとり一人誓言をする。曰く「現に法廷に立ちしこの非行者が「裁判所書記によつて」今朗読されたることを「事前手続において」口頭で告白し供述した」と。これが、「証言の聴取」(Beweisung zehören) を指す。以後は判決請求・判決朗読の手続(第二四条ないし二六条)が続ぎ、有罪の宣告を受けた非行者は刑吏の手に委ねられる(第二七条)。

レーゲンスブルク市刑事裁判所令第二三条はほぼこのような内容である。これによれば、その表題に述べられている「証明」(Beweisung)とは、クライン・ハイアー自身が「参審人による証明」と見るように、事前手続において自白の聴取に携わつた糺問官による当該自白そのものの評価に係るし、全体として見るときは、自白に拘わる一連の手続(すなわち事前手続における自白聴取の手続、およびこれに引き続く、法廷における自白評価の手続)のうちのひとつ(すなわち自

白評価の手続)を意味するのである。これにたいし、右述他の三例(a)(b)(d)が示すのは、自白の手続と証明の手続との別個の二手続なのである。そして「自白は証明とは区別されている」と主張しようとするのならば、それは本来、このような(a)(b)(d)の種類の事例にのみ根拠を求めねばならないはずである。「自白」と「証明」との区別を示す用語例に当たるとして、クラインハイアーが表に現われた文字に拘泥してその中味にさほど注意を払わなかったのは問題である。こうして、レーゲンスブルク市刑事裁判所令第二三条の例は本節の検討から外して差し支えない。

そこで差し当たって右(a)(b)(d)の三例が問題となる。ただ、それらは右記の如くいずれもほほ同趣旨のものである。それ故以下では便宜上、さらにまた裁判所令における自白がクラインハイアーにとって主たる考察対象であるから、(b)のCCB(およびCCC)を中心に問題点を指摘したい。

さて、前記CCB Art. 71 (CCC Art. 62)であるが、ここには間違はなく、自白と証明(すなわち証人による「非行の証言(Beweisung der missthat)」とが対置されている。証言に基づく犯罪の証明は「真実の知識について物語(りう)る二名あるいは三名の信頼に値する良き証人によって」<sup>(55)</sup>行なわれる(CCB Art. 78 (CCC Art. 67))。では、このような証言と自白とはいかなる関係にあったのか。実は、この点はCCB (CCC)に必ずしも明瞭には述べられていないため、左のように捉えて全く問題がないわけではないが、アウグスト・シェーテンザック(Schoetenzack)の研究に強調されている如く、<sup>(56)</sup>自白が優先し、証言は補充的なものであったと言うように理解できる。つまり、一旦自白があれば証明は必要でなかったのである。自白と証明とがこのような関係にあったことは、CCB (CCC)の次のような諸箇条から間接ながら導き出せる。例えば、CCB Art. 29 (CCC Art. 22)によれば、「犯罪の徴表」(anzeigung einer missthat)が発見されたときに、これを基に進めうる手続は、二名の信頼しうべき証人による犯罪の証言(証明)ではなく、自白を得るための「拷問のみがなされる」<sup>(57)</sup>のである。ただし拷問がなされるには、序め「充分な徴表」(genuesame

説 anzeigung) が存する必要がある、そしてこれが存することは、二名の信頼しうべき証人によって立証されねばならぬが、(CCB Art. 30 (CCC Art. 23))<sup>(87)</sup> また、(CB Art. 80 (CCC Art. 63)) によれば、充分な証明——すなわち二名または三名の信頼に値する良き証人による犯罪の証明——がなされた後も、被告人が依然として告白をしないとき

は、告白聴取を断念し直ちに有罪判決が下されると言うのでなく、これに先立ちてなお告白が求めらるべき——拷問によつても(ただし(CCC Art. 69 は拷問には触れていない)——であつた。<sup>(59)</sup> かくして、「証言による立証を告白によつて裏づけること」が「望ましい」<sup>(60)</sup>とされていたのである。

さて、以上の如く見てくると、告白が証明を不要ならしめる働きをしたとのクラインハイアーの主張は、かれ自身が信ずるように、(CBKCCO) から充分に論証されうるものの如くである。ところが、かれの右に掲げた主張には、既に屢述してきた通り、もうひとつの主張が結び附いていたのである。それは告白が証拠方法ではなかつたと言ふものである。しかしながら、告白が犯罪の証明手続であつたか否かは、次のような簡条に知られる通り、告白が証言と併記されているところから自ずと判断できよう。すなわち、右記 CCB Art. 29 (CCC Art. 22) には、「何びとかがついに刑事刑の有罪判決を宣告さるべきときは、これは〔かれ〕自身の告白 (bekennen)、あるいは証言 (Beweisung) ——この法令中の他の諸箇所において明瞭に見出さるる如き——によつて〔犯罪の証明が得られし結果として〕行なわれねばならず、推定もしくは徴表 (vermutung od. anzeigung) に基づきてはなされてはならない」と述べられている。<sup>(61)</sup> また、CCB Art. 73 (CCC Art. 61) にも「被告人が…訴えられたる非行につき自身の告白 (bekennnis) によつても、あるいは証言によつても断罪せしめらるることなき場合あるときは、裁判官および原告が先に述べられたる正規の、かつ、法によつて許され〔て課され〕たる拷問のゆえに刑罰を科せらるるが如きことはなし」とある。<sup>(62)</sup> これらの簡条は、告白の証拠方法——しかも法定の——たる性格を明瞭に示している。と言ふことは、右諸簡条においては、告白が証

明を不要ならしめたことと、自白が証拠方法でなかったことは結び附いていない。換言すれば、自白が証明を不要ならしめたとしても、そのことは、自白が証拠方法でなかったためではなく、証拠方法として、自白が証言よりも大きな価値を持っていたことに理由がある。

なぜ、証言よりも自白、すなわち被疑者（あるいは被告人）自身の供述に大きな価値が認められたのか。これは、礼問手続そのものの目的を巡る問題と深く関わる。ここではこれに充分答える余裕はない。ただ、それは、他の何びとも勝って犯人こそが真実——「責なき者にしては言うも知るも得ざる如き真実」(CCB Art. 72a (CCC Art. 60))——を伝えるものと観念されたところに理由があることだけは確かであろう。「礼問手続の採証技術の最も著しい特色」は「犯意を明らかにすること」によって犯人を特定しえたところに存したと嶋良弼氏は述べている。<sup>(64)</sup> そうであるとする、犯意を明らかにするには、自ずと、責ある者自身の告白が重んぜられ、場合によっては「唯一の立証形式」として評価されることになるのであろう。

いずれにせよ、自白が証明手段でなく証明を不要ならしめるとするクラインハイアーの命題は、CCB (CCC) における、自白と証明の用語法上の区別からは、裏づけられえない。このように見てくるとき、著者がかの命題を一方で既述(三)の如く Ssp. 1. 63. 2 に基づくか、他方で右のように CCB (CCC) に根拠を求めようとするのは、あたかも、「英米法のアレインメントにおける」有罪答弁 [plea of guilty] と証拠法にいう自白 [confession] とを混同<sup>(65)</sup> (中武靖夫) するものに他ならない。これを多少敷衍すれば以下の通りである。すなわち、既述(前節)のように、<sup>(66)</sup> Ssp. 1. 63. 2 の自白はアレインメントにおける有罪の答弁に比しうるものがあつた。江家義男氏によれば、有罪の答弁は「起訴事実を承認する」「公判廷における自白にほかなら」ず、この自白によって被告人は、「公判廷における弁護権を放棄したことになる」、このことが有罪判決の基礎となる。これにたいし、証拠法上の自白は「公判廷外に



説 おける「自白」であり、これは「別に補強証拠がなければ、これに基づいて、有罪判決をなすことができ」ず、この意味において、有罪の答弁と証拠法における自白とは嚴格に区別されねばならない<sup>(67)</sup>。この所論は、中世ザクセン法領域において「自認」と「自白」とを判然区別すべきと言ふ既述G・フタダ見解の趣旨と——時代と土地を異にするにせよ——相通するものがある。これとはかく、CCB (CCC) における自白は右の如き証拠法上の自白と同様、裁判所

外、すなわち事前手続において聴取され (CCB Art. 56 乃至 J Art. 74; CCC Art. 45 乃至 J Art. 61) 、「この自白の得られた後に最終開廷日が指定された」(CCB Art. 91 (CCC Art. 78)) のなのである。

なお、たとえ他に有力な断罪徴憑が存する場合でも、有罪判決の基礎として、自白が「絶対に必要な前提」であつたと見るクラインハイアー所論(既述)は、少なくとも CCB (CCC) からは引き出せない。ただし、著者自身注意を払っている (S. 373) 、「前記 CCB Art. 80 (CCC Art. 69) (被告人が証言による立証を受けた後も自白するのを欲せずるときは) によれば、被告人が「証言に基づいて充分な証明を受けたる事項につき……自白するのを欲せずと言ふことも、かれは、その証明せられたる非行」の形態にしたがいて、有罪判決を宣告される」からである<sup>(68)</sup>。このように、自白は証拠方法として証言にたいして優位したものの、必ずしも断罪に「絶対必要な前提」とは見なされていなかった。もしこれがそうであるとしたら、証言はもはや証拠方法たる意義を全く失なってしまうことになるであらう<sup>(69)</sup>。

#### 注

- (45) Wolfgang Kunkel (Bearb.), Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, I, Weimar 1936, S. XIX f.  
(46) 筆者未見。G. Kleinheyer (FN 9), S. 376, Anm. 30, S. 377, Anm. 33 以下。  
(46 a) „So ein Vbelhat durch erbar tüglich genugsam Zügen vff einen bewys ist.“  
(46 b) „So einer vor vis dem Rat oder vnsereu Burgermeistern vff verlagen der that frywilliglich bekennet daruff

- soil vnd mag geurtelt werden.“
- (46) „Item so einer bekennet in pyntlicher frag vnd daruff beharret vnd bestet...“
- (47) „Von beweisung der missethat : Item wo der beklagt nichts bekennen, vnd der anklager, die geklagten mihandlung beweisen wolt, damit soll er als recht ist, zugelassen werden.“ など、ヘンケルマン・カローナ諸條の紹介に際しては本稿で以下、増浩氏の訳業(神戸法学雑誌一八の二・一九の二)を適宜参照させて戴いた。
- (48) 当裁判所令(これにはいわばカローナの細則的地位を占める)を、カローナおよびその(後注(2)参照)のハイネン刑事訴訟法(一六一六)の(1)および弾劾手続は廃止せられたことと併せて解説を施した増藤(註) G. Kleinheyer, Die Regensburger Penliche Gerichtsordnung, Festschrift f. Hermann Krause (Hrsg.v. Steu Gagner, Hans Schlosser, Wolfgang Wiegand), Köln 1975, S. 110-125 を参照せよ。
- (49) „Aisdann wider die Vhrlicht vnd anders, so von nöten, durch den Gerichtschreyber verlesen, vnd nach verlesung derselben spricht der Schuldthailß : Die Herren, so bey guetlicher vnd poenlicher frag gewest, die mögen herze khommen, Die sollen alsdann aufsteen, für den Tisch treten, Darauf meldet der Schuldthailß : Erenueste gunstige liebe Herrn, Ich frag euch ob der Arm das Jhenig, so an yetzo verlesen ist worden, dermassen bekehndt habe. So spricht dann ir yeder: Ich sag bey meinem Aydt, das der Arm, so gegenwertig vor Gericht steet, diß alles wie es yetzo verlesen worden, also mit mundt bekenth vnd ausgesagt hat.“
- (50) E. Schmidt, Der Inquisitionsprozeß in ober-und niederbayerischen Rechtsquellen des 15. und 16. Jahrhunderts, Festschrift f. Hellmuth v. Weber, Bonn 1963, S. 43, 54. 本邦前注(48)参照。
- (51) 田家(名無) „Landrecht / Policy : Gerichts-Malefiz-und andere Ordnungen der Fürstenthumben Oberrn- und Niderrn Bayern.“ (現在刊本としては、同法典の第四卷の「Landrecht der Fürstenthumben Oberrn- und Niderrn Bayern」のうち私法に關係する部分のみを) Helmut Günter (Hrsg.), Das bayerische Landrecht von 1616, München 1969 が出版されている。) なお同法典の編纂過程については、和田卓朗「中世後期・近世におけるハイネン・ラント法研究序説——ツライナーマンを中心として——」『北大法学論集』三三(三)三(一九八二)一六三頁以下が詳しい。
- (52) „Malefiz Prozeß Ordnung Der Fürstenthumben Oberrn vnd Niderrn Bayern, M. DC. XVI.“ (Reinhard Müller,

Studien zum Inzichverfahren nach bayerischen Quellen, Leipzig 1939, S. 91, Anm. 337.)

(52) R. Müller (FN 52), S. 102, Anm. 380; E. Schmidt, Zur Entwicklung des Inquisitionsprozesses in Bayern, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw., 85 (1973), S. 862 f.

(53) E. Schmidt (FN 53), S. 863 f.

(54) „Von gungsamem Zeugen. Jem so ein missetat mit zweyen oder dreyen glaubhaften guten zeugen, die von einem waren wissen sagen, bewisen wirdet, darauß solnach gestalt der verhandlung, die peynlich straff geurtetlyt werden.“

(55) August Schoelensack, Der Strafprozess der Carolina, 1904, S. 45, 48 (Anm. 1).

(56) „das nyemant auf eyneherly anzeygung, argkwon, warzeichen oder verdach entlich zu peynlicher straff sol verurteilt werden, Sunder allein mag man peynlich darauf fragen...“

(57) „Item ein yede gungsame anzeygung, darauf man peinlich frag mag, sol mit zweyen guten zeugen bewisen werden...“

(58) „Item so der beclagt nach gungsamem beweyung noch nit bekennen wolte, Sol er alsdann vor der verurteylung mit peynlicher frage weyter angezogen werden...“ Vgl. H. Holzhauser (FN 26), Sp. 1636f.

(59) 米山耕二「カロリナの刑事手続——近代の刑事司法の礎——」『法學研究』(一橋大學一橋法学部)九(一九七五)二三—四頁。

(60) „wan, sol yemant entlich zu peynlicher straff verurteilt werden, das muss auss eygen bekennen oder beweyung, wie an andern enden in diser ordnung clerlich funden wurdet, gesehen vnd nit vff vermutung oder anzeygung.“

(61) „Item so der beclagt...durch eygne bekannuss oder beweyung der beclagten missetat nit vberwunden wirt: So haben doch Richter vnd anclager mit gemelter ordentlichen vnd in recht zulassigen peynlichen frage kein straff verurteilt...“

(62) „solche wartheyt... die kein vnschuldiger also sagen vnd wissen moechte.“

(63) 前注(25)所引、一八四頁。

(64) 中武靖夫「アレイメントについて」『阪大法學』五(一九五二)七—四頁。cf. John Henry Wigmore, Evidence in

*Trials at Common Law*, vol. 3 (1970 revised by J. H. Chadbourne), p. 292 (§ 818 : Confessions in the 1500 s and 1600 s. (1)), vol. 7 (3rd. 1940), p. 400 (§ 2071 : Required Corroboration).

(66) 前注(23)。

(67) 江家義男『英米刑事法研究』第一卷(一九四九)一二七頁。

(68) 前注(24)。

(69) „So der belagt nach beweyzung nit bekennen wolte...das er [= der bechligt] der missetat vberwisen sey, ...ob er aber nicht bekennen wol, des er doch, als obset, gnaugsam bewisen were. So solt er nichs dester weniger der beweysten missetat nach verurteylt werden.“

(69 a) 前注(56)参照。

## ①

先に紹介したように(二)、糺問手続が古来の当事者訴訟と併行し、これとは独立に発展してきた手続であり、この新たな手続形態の中心的位置を占める自白は実体真実発見の思想を体现するとの見解——しかもこれが通説と捉えられている——にたいして、クラインハイアーは疑問を提起した。この問題提起が、糺問手続および自白の出現を伝来の訴訟形態との関連において把握——いわば刑事手続法史における連続性を強調——するところと関係していた点も、既に触れた。

ところでこの点を解明するのに論拠として著者が取り上げるのが、「七人による宣誓手続」(Übersiehungsverfahren)と自白の強要(Geständniszwangung)との間に認められる関連」(S. 383)である。そして、このような関連を示してくれるのがニュルンベルクとエルヴァンゲンの両刑事裁判所令とされる。すなわちニュルンベルクの三つの裁判所令(一二九四、一四八五、一五二六)には、「ラントに有害な人間にたいする手続」(すなわち七人による宣誓手続)が、拷問によ

説  
る自由に基礎を置く糺問手続へと発達して行くさま」が映し出されており、またエルヴァンゲン裁判所令(一四六六)も「現行犯手続、被告人の自由に基づく手続および七人による宣誓手続(の三手続)が直接の関連にあることを示してゐる」(S. 383 (Ann. 56))。

通説批判のための問題提起はこのようだが、とくに自由については著者は次の如く指摘する。先ず「ニルンベルクでは、『事前手続で作成された』牢舎書記(Lochschreiber)の『自由』調書(の朗読)と、『事前手続において自由聴取に當つた』二名の参審人による『自由確認の』宣誓とが、『七人に替わつて (für sieben Personen)』、『以後は断罪に必要なものとしての』評価を受ける。換言すればそれら両者が、七人による宣誓手続(Urtheilnahme)に代わるのである」(S. 377 (Ann. 32), 383 (Ann. 56))。次に「エルヴァンゲンにおいては、『法廷外で表明された被疑者の』公然の告白(Offentliches Bekenntnis)——『事前手続における』参審人の面前での自由もまたこのような『性格を持つ』ものと看做された——は、現行犯行と同価値たる評価を受け、そして「ニルンベルクの場合と」同様に、七人による宣誓手続に代わる」(S. 383 (Ann. 57))。「このような『裁判所外における』『公然の告白』には、被告人の訴訟法的地位をとりわけて弱くする作用があつた」(S. 376 (Ann. 31))。かくして「これ『公然の告白』によつて、原告の『自分とも七人による(Gesellschafter)』被告人断罪の手続は、要らなくなる」(S. 376)。これを要するに、ニルンベルクおよびエルヴァンゲンにおいては両市の刑事裁判所令が示す如く、自由——エルヴァンゲンの場合はさらに現行犯行——は七人による宣誓手続なる証明手続を不要たらしめたのである。

そこで、以下では、自由と七人による宣誓手続との関連を中心に、これら両市裁判所令の内容を<sup>(70a)</sup>紹介、検討し、これを通して自由の性格をめぐる著者の問題提起に答えて行きたい。

〔A〕先ず、ニルンベルクの裁判所令を取り上げよう。最初に一二九四年の裁判令(A 1 a)である。当裁判所令

については近時その成立を一三一四年に置く見解があるし、また既述した(1)のようにカロリナと同種の刑事裁判所令と見るには問題が存する。むしろ刑事裁判の雛型文書 (Halsgerichtsformular) と捉えるのが適當であろう。このように、当裁判所令には成立年にせよテクストの性格にせよ必ずしも問題がないわけではないが、しかし本稿はこれについて史料批判を行なうのが目的ではなく、クラインハイアーの所論の検討が課題であるから、差し当っては従来通り一二九四年の刑事裁判所令と呼んでおこう。当裁判所令は、窃盜犯を例にとって七人による宣誓手続の経過のモデルを提示し、裁判所において当事者はどのように振る舞うべきか、参審人はいかに法を発見しこれによって裁判官はどのような判決を宣告すべきかにつき一定の手引きを与える。この意味でそれはひろく十三世紀ないし十四世紀における弾劾手続・当事者訴訟の構造を知る上で貴重な文書のひとつである。以下では、本稿の主題に即し自白に焦点を絞りその内容を紹介する。

原告 (弾劾人 (claret)) はかれの代弁人 (Inspicche) を通じ窃盜被疑者 (被逮捕者) にたいし訴えを提起する。訴え (Kont) および原告の弁論は次のようである。被告人は原告にたいしラントにたいし窃盜の罪を犯し、その犯罪のゆえに原告にとつてもラントにとつても有害な人間たり。これがゆえに刑に処せられるべしと。これにたいし、被告人——かれにも代弁人の介添えがあり、当事者間の応酬はすべて代弁人を通して展開する——の応答は二つの場合がある。一つは、原告の主張を認めるときで、そしてその効果は以下の通りである。すなわち「かれ」被告人がかれ「原告」にたいし、そのこと「罪」を認めるならば、それは、かれ「原告」にとつて喜ばしい (Gilt er im dez, daz ist im (2) )。自白はこうして争いを消滅させてしまう。このような被告人の応答は So, I. So. に述べられていたのと変わらない。もうひとつは、「かれ」被告人がかれ「原告の訴え・弁論」にたいし自己「の罪」を否認する場合 (Taugen in im sein) で、この時は原告は被告人の罪を証明す (überkomen) べくこれを裁判所に申し出る。この申し出を受け裁

判官 (Richter) は参審人 (Schepfen) に向かつて、原告は何をなすべきかの質問を發する。参審人は自己および六人の宣誓によって原告が断罪証明をなすべき旨判示する。<sup>(72a)</sup> 六人は評判の点で非難の余地のない者であらねばならない。七人の宣誓に基づく証明を原告が即日行なうことができれば、十四日間の猶予が与えられる。<sup>(72b)</sup> このように、原告に断罪証明が認められた点は、*Sup. 133* にて犯行否認のとき被告人に雪冤宣誓あるいは決闘が許されたところとは違つてゐる。七人による宣誓手続における弁論および証明判決は、以上の如くである。以後の手続経過はここでは触れない。

次に一四八五年の刑事裁判所令 (A—b) に移る。ここには、有害な人間にたいする手続の他に、さらに、死者を相手に原告が訴えを提起する際の手続、および、悪評高き人間の断罪に関する国王特権状 (*verleumdung freyheit briele od. leimund briele*) に基づき提起される刑事手続 (都市参事会員過半数による宣誓評決手続) が定められている。当裁判所令は「A—a」に見られたような刑事裁判の雛型文書たる性格を払拭し切つてはいない。<sup>(73)</sup> いずれにせよ、ここでは有害な人間にたいする手続が問題なのだが、注意すべきは、ここにはもはや七人による宣誓手続は形跡を留めていない。これはたぶん「ラントに有害な人間」概念の変遷と関係がある。この問題はここでは扱かえないが、ただ、次のような見通しは立てられないか。すなわち「有害な人間 (schädlicher mann)」の特殊な犯罪者たる側面は時と共に色褪せ、犯罪者一般たる側面が表に出る。これにたいし、その特殊な側面は「悪評高き人間 (verleumdeter menschen)」にたいする評決手続として、もはや都市裁判所ではなくて、都市参事会において審理の対象となる。

さて、「A—b」に現われた有害な人間にたいする手続である。前記「A—a」におけるのと異なるのは、刑事手続が事前手続と裁判所手続とに分化している点である。すなわち容疑者が逮捕され、先ず牢舎において一名の裁判官と二名の参審人 (市参事会員) とによって尋問を受け、自白を聴取され、これが採取されると、手続は裁判所に移る。そこ

原告 (Anklager) が「かれ〔被告人〕は窃盜の罪のゆえに有害な人間たり。貴官〔裁判官〕がかれの身体ならびに生命にたいし相当なる刑を科す」よう訴えを提起する<sup>(73a)</sup>。これにたいする被告人の応答 (Des armen Antwort) には二つの場合があり、その一つは原告の訴えを認める (verurtheilt) ときて、「もしそうであれば、それはかれ〔原告〕にとって喜ばしい (Das wer ym Lieb)」ものとなる。以上にたいし、被告人が原告の主張を否認する (Inaugen) ときは、原告は、現に法廷に列席している二名の参審人によって自己の主張を「証明する」(bringen) べく、これを申し出る。この兩名の参審人こそ、牢舎において被告人の自白聴取に携わった尋問官に他ならない<sup>(73b)</sup>。原告のこのような申出を受け裁判官は、原告の当該請求を認めて証明手続に入るべきか否かを参審人に問い、これを受け参審人は証明手続に進むべきことと判示する。以後、原告がいつ証明すべきかを巡って原告・被告人双方の代弁人——因みに代弁人は原告・被告人が裁判所から命ぜられて、各、裁判所構成員の中から選び取る——の間には応酬が、裁判官と参審人との間には質問・回答が各々煩瑣に繰り広げられ、最終的に参審人は次のように判告する。「かれ〔原告〕が、かれ〔被告人〕にたいし今日〔すなわち日時の猶予を与えられず現法廷で即日〕それ〔原告の主張〕を証明し「——これが被告人側の要求であった——」なければ、かれ〔被告人〕は原告〔の訴え〕から免がれるが当然たり<sup>(73c)</sup>」と。

こうして証明、すなわち証人 (Zeugen) の尋問へと手続は移る。ここで証人たる両参審人は各々次の如く供述する。かれらは裁判官と共に牢舎において被告人の訊問に携わった。その席で被告人は罪に問われた窃盜事件の一つひとつを余罪の窃盜をも含めて自白したと<sup>(73d)</sup>。当証言の後で、原告の代弁人は裁判官に刑を請求し、これを受けて裁判官と参審人との間に質疑応答があり、参審人が科されるべき刑の種類を示すということになる。証言を行なった兩名の参審人は科刑をめぐるこの手続には加わらない。

最後に一五二六年のニュルンベルク裁判所令 (A—c) である。これは三月十七日の日附を持ち、右記 (A—a)・



〔A—b〕とは異なつて歴とした刑事裁判所令であつた。その証拠に、当裁判所令が対象とするのは、窃盗犯に類型をとつた「有害な人間」ではもはやなく、「犯罪者 (Verurtheilte) 」一般である。さらに、この裁判所令には原告・被告人の代弁人は姿を見せず、手統はほぼ完全に官憲主導の下に進行する。事前手統・裁判所手統 (最終開廷日手統) 以外に、両者の中間の手統として裁判所外で行なわれる自白確認の手統 (これは広義の事前手統のなかに含めてもよい) が設けられている。この中間手統は事前手統に引き続き起こる。事前手統において拷問を受けて自白した被疑者は、拷問や拷問具のない別室に連れて来られ、ここで縛めを解かれて都市裁判官と二名の参審人 (市参事会員) とによつて訊問を受け、事前手統において述べた自白を維持するかどうかを求められる。被疑者が自白を確認する (ratifizieren) ——これによつて、拷問に基づき強要された自白は任意の自白となる<sup>(73e)</sup> ——と、最終開廷日の日取りが決定される。この期日到来前に、官憲は市参事会庁舎内の非公開の席において (mit verschobener Ratshür), 被疑者の自白内容に基づき、また犯行の形態に即して科すべき死刑の種類を決定し、判決草案を作成し、これを文書に認める<sup>(74a)</sup>。

やがて最終開廷日の期日が来て、法廷が開かれると、右の判決草案が裁判所書記の手によつて朗読される。これにたいし被告人が犯行を否認すると、裁判官の求めに応じ、牢舎において自白聴取に當つた二名の参審人の各自は、被告人が牢舎で自白を行ない、のみならず縛めを解かれた後も、それを維持し、これによつて自白を任意に (frei) 繰り返えしたと証言をする<sup>(74b)</sup>。この証言が得られると、有罪者は刑吏の手に引き渡され、執行手統に入る。

以上、ニールンベルクの三裁判所令の主たる内容を足早やに紹介してきた。これら三裁判所令の中で、クラインハイアーの主張通り自白と七人による宣誓手統との関連を示しているのは、ただ〔A—a〕のみであつた。ただし、この裁判所令に述べられているのは専ら裁判所手統であり、裁判所で表明された自白は事前手統——これがすでに成立していたにせよ未発達であつたにせよ——と何らの繋がりも有していない。したがつて当裁判所令では、自白の強要は

問題となっておらず、また、七人による宣誓手続が糺問手続——拷問による自白に基礎を置く——の発展の契機となっているようなことも見出されない。「A—a」に現われているのは、ただ、法廷における自白が七人による宣誓手続（すなわち証明手続）を不要ならしめた点である。しかしこれは既述の如く、自白の性格の点では、S<sub>pf.</sub> I. 63. 2において被告人が原告の請求を認めたのと全く同じ構造を示しているものであり、この意味では、「A—a」は S<sub>pf.</sub> I. 63. 2の系統の史料のひとつなのである。ただ、既述のように、「A—a」においては、被告人否認の場合はもはや雪冤証明ではなく、クラインハイアー自身も認める通り、「すでに中世に始まる「刑事」証明体系の進展に即応して」(S. 380) 断罪証明の途が開かれており、これが S<sub>pf.</sub> I. 63. 2における場合と異なっていた。

〔B〕 次にベネディクト会修道院領都市エルヴァンゲン(ツェルテンベルク)の裁判所令に進もう。これは厳密にはカロリナと同範疇の刑事裁判所令ではなく、「A—a」と同様たぶん刑事裁判の雛型文書と思われるが、ここでも差当って慣例にしたがい裁判所令と呼んでおく。そこに扱われているのは、「A—a」におけると同じく裁判所手続であり弾劾手続・当事者訴訟である。対象となっている被告人は確かに「有害な人間」とは表わされていないが、原告の訴えの中で「わたし〔原告〕にたいする謀殺犯、ラントにたいしても謀殺犯(mein morder und des lantes morder)なり」と呼ばれており、エルヴァンゲンの裁判所令に見出される手続は謀殺犯を範型にとった、ラントに有害な人間にたいする手続と言える。しかも以下で述べるところから分かるように基本的には、七人による宣誓手続に属する刑事訴訟なのである。なお、原告・被告人の代弁人も各々登場し、しかもここでは実名で呼ばれ、原告の代弁人はマイスター・ハインリッヒ、これはさらに自分自身の代弁人として、ハンス・ハーゼルマン(Häselmann)を選ぶ。被告人の代弁人も二人おり、一人はコンラート・ビンダー(Binder)、もうひとりとはマティアス・ヘルトフェルト(Hertfeld)であり、以上すべて、エルヴァンゲン市裁判所の構成員であった。<sup>(26)</sup> 裁判長、裁判官(Herr(den) Richter)はシュルトハ

説  
イス (schultrais) がなり、参審人も裁判官 (ein jeder richter) と呼ばれていた。

論

さて、以下で手続の経過を概略摘記する。原告側は、公開の裁判場所の附近に繋ぎ止められていた被告人の縛めを解き、「裁判長、裁判長殿、〔被告人は〕わたしにたいする謀殺犯、ラントにたいしても謀殺犯、謀殺犯人なり (enjo  $\wedge$  mordenojo)」と三度、叫喚告知をもって訴え出る (mir geschrai beschrien)。このようにして原告が被告人に伴なつてかれを裁判所に出頭させる。右のような訴えの文言は、先に廷吏 (Urie) が原告に伝達していたのを原告が鸚鵡返しに発したものである。<sup>(75a)</sup> 訴えにたいして被告人が代弁人を通し、証言、文書、(宣誓補助者を用いた) 宣誓のいずれかによる無罪の証明を申し出る。また雪冤証明を申し分なく果たしうるために日時を猶子をも願ひ出る。<sup>(75b)</sup> これにたいし原告の代弁人は、被告人が裁判所外において名譽ある人たちの面前で既に犯行を公然と告白していた (offentlich vor biederben lewten bekumt hond) 旨主張し、この点の証明を申し出る。<sup>(75c)</sup> 以上代弁人を介添えとした当事者の弁論を受け、裁判長 (シェルトハイス) は、長老裁判官 (参審人) ——かれはイェルク・グレッツィンク (Jörg Grezing) なる実名をもって呼ばれている——に向かい如何なる判決が下されるべきかを問ひ、グレッツィンクは次のような証明判決を判示する。被告人の犯行が現行犯 (waren handegan) であるとき、あるいは被告人がすでに裁判所外で公然と罪の告白 (offentlich bekunntus) をしているときは、原告はこれを自己を含め三人による (seintin) 宣誓でもって証明する。これにたいし、原告が右のいずれも主張せず、單純に被告人の有罪を申し立てる (別言すれば被告人が現行犯人でなく、また自白をしていない) ときは、自分とも七人によつて (selbsend) 断罪宣誓を果さねばならないと。<sup>(75d)</sup>

証明判決を基に原告は二人の補助者 (Urie) を伴なつて宣誓に入る。宣誓は即日行なつてもよいし後日に延ばすことも可能である (es sei hilt oder ze tagen)。宣誓の方式はこれまた長老参審人の判示により大略以下の通りである。廷吏が腰の剣を抜き、刀身の切っ先を地面に向け、その柄の部分が高く掲げる。その柄頭のところ原告が二本の指

を置く。これを見届けた後、原告の代弁人が次のような宣誓文言を原告に向けて口述する。「貴氏が裁判所に進行し謀殺犯として訴えを提起せる三名の者は、貴氏にとって謀殺殺人たり、ラントにとつても謀殺犯人たり。これは真実であり、かくして神と聖人とが貴氏に援助を授くるよう〔神と聖人とにたいしこれを〕請願する」。次いで原告はこの宣誓文言に添って宣誓をする。<sup>(75e)</sup> 引き続いて二名の補助者が、剣には手を置かず単に指を立てるだけで、証明手続に入る。原告の代弁人がここでも宣誓文言を口述する。すなわち「原告が〔被告人たる〕三名の被捕縛者にたいして行なつた〔断罪の〕宣誓は、私心なき偽りなきもの (rain und mit rein) たり」。これを宣誓補助者兩名が繰り返す。<sup>(75f)</sup> この後裁判長は、証明手続に入る以前序め決めておいた二名の「見届け役 (Zuseher)」の各々に原告 (証明者) および証明補助者の宣誓が申し分のないものであったかを問い、これに両見届け役が順次然りと答える。<sup>(75g)</sup> 以上をもつて証明手続は完了し、被告人の代弁人は法廷から退去し、被告人 (有罪者) は執行手続に移される。

これがエルヴァンゲン市一四六六年の裁判所令における訴訟手続の概要である。ここには古来の弾劾手続・当事者訴訟の具体的様相の一斑がよく現われている。問題は、クラインハイアーが注意を喚起する「公然の告白」の意味である。以下で問題点を二つ (イ)(ロ) に分けて述べる。

(イ) 著者は「公然の告白」——これは裁判所外で表明された——が裁判所上の証明手続としての七人による宣誓を不要ならしめたと言う。まさにこれは、右に概要を述べたエルヴァンゲンの裁判手続に現われており、それゆえに、ある意味では、自白が真実の証拠方法ではなく証明を不要ならしめる働きをしたことは、右裁判所令から裏づけられる。しかし注意すべきは、「公然の告白」は裁判所手続において証明そのものを不要ならしめたわけではないことである。けだし当裁判所令によれば、被告人が公然と犯行を告白していたのにもかかわらず、原告は二名の宣誓補助者を伴つて断罪証明——いわば「三人による宣誓手続」——を行なう必要があったからである。

裁判所外における自白が裁判所における証明手続、すなわち七人による宣誓手続を不要ならしめるのは、ニュルンベルクの一二九四年裁判所令（A—1a）には見出されず、一見エルヴァンゲン市に特有な手続のようであるが、しかしそれがひろく刑事手続における発展の一所産であったことは、三人による宣誓手続を七人による手続との関連で考察することによって理解できる。それはほぼ以下の通りである。「三人による宣誓手続」は実はエルヴァンゲン市に特有の断罪手続ではなく、七人による宣誓手続と一連の証明手続として、例えばケンブテン、ラーベンスブルク、ブレンドルフ、デンケルスプュールなどシュヴァーベン、フランケン<sup>(18)</sup>の諸帝国都市にも知られていた。その場合七人による宣誓手続との関係はほぼ次のように説明できるであろう。すなわち、ラントにとって有害な人間として逮捕され裁判所に訴えられた被告人にたいしては、本来、七人による宣誓手続が適用されるべきところ、被告人が、偶々、現行犯として捕捉され裁判所に連行されて来ているような場合には、原告による断罪証明の負担が軽減され、こうして原告は、六人の証明補助者の代わりに二人の宣誓補助者でもって証明を済ますことができた。そして、被疑者が裁判所外において犯行を公然と自白するときは、この自白によって、被疑者はやがて——この点はクラインハイアーが正しく指摘する如く（既述）——あたかも現行犯人と同一の訴訟的地位を占めるようになり、自白者にたいしては七人による宣誓手続でなくて三人による手続が適用されるに到る。このように、裁判所外において表明された犯行の公然たる告白がエルヴァンゲン市において訴訟法上の意義を取得し、伝来の裁判手続の中に一個の位置を占めるに到ったのは、注目に値しよう。そして、まさにそのところに、エルヴァンゲンの裁判所令において、古いものと新しいものとが混和しているさまを取ることができるといふことができる。新しいのは、未だ特に事前手続が形成されていない発展段階において、裁判所外で表明された自白が訴訟法上の評価を受けるに到った点にあり、しかもこのような事情は、ひとりエルヴァンゲンにのみ起こりうるわけのものではなかったはずである。<sup>(19)</sup>

(ロ) エルヴァンゲン裁判所令の「公然の告白」をクラインハイアーはレーゲンスブルク市刑事裁判所令第十条に見出される「公然と告白されたる自白 (offentlich bekannnte vrgicht)」と同列に論じる (S. 376(Ann. 31), 383(Ann. 54))。しかし、それは史料に則しているとは言いがたい。わたくしは、前記「A—c」のニュルンベルク刑事裁判所令における裁判手続を紹介した折、事前手続(狹義)と最終開廷日手続との中間に位置した「自白確認の手続」に触れた<sup>(8)</sup>。実は、レーゲンスブルク市裁判所令第十条の「公然と告白されたる自白」とは、被疑者が右のような中間の手続において供述するものなのである。レーゲンスブルクにおいてこのような中間手続は、自白聴取の手続(すなわち事前手続)が行なわれた部屋とは別の、市参事会庁舎内の部屋で開かれる。この非公開の手続には、シムルトハイイス(裁判所裁判長)、裁判所側から派遣された訊問官(二名)と裁判所書記、事前手続に関与した市参事会派遣訊問官(二名)および市書記が参加し、ここで被疑問者は名前と生年を尋ねられた上で、自白聴取の段階で確認された自白 (vrgicht) の再確認を迫られる。ただ、中間手続においては拷問はもはや用いられてはならず、被疑者が自白を否認・撤回すると手続は牢舎内の事前手続に戻される。これにたいし、かれが自白を繰り返さず(これによって、単なる "vrgicht" は "offentlich bekannnte vrgicht" となる)と最終開廷日の期日が告げられる<sup>(9)</sup>。この意味では自白確認の手続は、裁判所における最終開廷日手続へ向けた準備手続であったが、また同時に、広義の事前手続の一部分を意味した。

以上のレーゲンスブルクにおける中間手続とそこで「公然と告白されたる自白」とにはクラインハイアーも注目する (S. 371—5) のであるが、著者がこれとエルヴァンゲン裁判所令の「公然の告白」とを混同したのは問題がある。すなわちエルヴァンゲン裁判所令で「かれら〔三名の被告人〕は、そのこと〔謀殺罪〕を公然と名譽ある人びとの面前で告白した」と原告が主張している中の「名譽ある人びと (biederben Leuten)」とは、事前手続において自白聴取にあたる裁判所参審人とか市参事会派遣訊問官とかの官憲を意味しない。周知の如くそれは、不名譽な状況——追放刑に

説 処せられていたとか、犯罪歴があるとか常習犯罪者とか、また悪評を立てられているとかの——にはない人間(大雑

論

把に言つて定住民・市民)を指すのに古米用いられてきた言葉である。<sup>(83)</sup>したがつて、右の「名譽ある人びと」を「事前手続において被疑問者の自白を聴取した官憲(Amispersonen)」と捉え、かくして、エルヴァンゲン裁判所令の裁判手続が事前手続を前提していたかのように考えるE・シュミットの所論は疑問である。<sup>(84)</sup>仮りに、この「名譽ある人びと」の中の何びとが二名が、裁判所の証明手続で原告と共に断罪宣誓に携わることが容易に起きる——シュミットはこのように見る——としても、このことは、かれら兩人が裁判所外における被疑者の自白を証明する証人として活動したことを意味しない。兩人は、証明者たる原告の宣誓を「私心なき偽りなきものたり」と保証する宣誓補助者であつたのである。

これを要するに、裁判所外において被疑者が犯行を公然と告白することは、確かに、裁判所において緩和された形式の断罪手続を導くのに影響があつたものの、しかし、エルヴァンゲンの裁判所において証明手続は、少なくとも一四六六年の裁判所令にしたがえば、基本的には、伝来の断罪手続(七人による宣誓手続、現行犯の場合の三人による宣誓手続)の枠の中で営なまれていたのには注意せねばならない。

注

(70) かねたH・シムツェットに負つて(R. Lieberwirth, Folter, HRG 5 (1968), Sp. 1130; H. Schlosser, Inquisitionsprozess, HRG 10 (1973), Sp. 378.)。

(70a) E. Schmidt (FN 36), S. 103 f. (§ 82) に両市裁判所令の内容が詳しく紹介(ただしヒェルムスルクについては一四八五年のものに限つてのみ)あつてゐる。

(71) Werner Schultheiß (beacht.), Die Acht-, Verbois- und Fehdebücher Nürnbergs von 1285—1400, Nürnberg 1960, S. 88\* (Anm. 600)。

- (72) „der [=der clager] bittet gerichtes hin ze dem diebe der engagen stet gepunden und gewangen der ist sein diep vnde dez landes vnd ist im vnd dem lande so schedelich gewesen mit seiner diephait daz ir [=der Richter] hillicher rihet über seinen laip denne ir ez lai ghit er im dez daz ist im liep...“
- (72 a) „laugent er so sol dez clagers fürspreche sprechen. her. Richter nu bittet her Cvrnat oder wie der clager haizet wan er der worte laugent daz ir fragt waz nu recht sei dez sol der Richter fragen so suh die Schepfen ertailen. Mÿge her. cvrnat oder wie der clager haizet bringen er selbe. sibende. vnterworffener manne dev wort die er hin zw im gesprochen habe...“
- (72 a) „...so sol der fürspreche sprechen her. Richter nu fragt wenne er daz tyn sülle dez sol der Richter fragen die Schepfen die svln ertailen hevre oder ze tage dez mac der clager tac haben von dem tage über vierzehen tage ob er wil.“
- (73) 【A—B】でも有密な人間にたいする手続は【A—a】におけると同様、被告人が窃盗犯で代表されている。なお前注(72 a)の „Cvrnat“ ヲツテ原告が「ノンロード」の名でその代表をせられようといふことを示している。
- (73 a) „...Ir sey mit seiner diechery So schedelichen gewest Das ir vill pilliher richt über sein leyb vnd lebenn Dan das ir das lath“
- (73 a) „verjehe er der diebery Das wer ym lieb wolt er aber | ym der laugen So wöll er | Dy zu ym bringen mit zwayn geschworen Schöpfen am ring als recht ist | Die mit sampt dem Richter | Der dan den pan hat gehabt zu derselben zeite | von dem Heyligen Römischen Reiche | bey ym | In der gelencknuß gewesen sint | vorden | Er der Diebery bekant hab.“
- (73 a) „Darauff der Richter Aber fragen und die Schöpfen erteylen sollen | pringt er das Hewt nit zue ym | So sey er von dem Clager pillich ledig.“
- (73 a) „Das er | mitsampt dem Richter bey ym | Inc der gelencknuß gewesen sey | vnd das er des | vnd des stücks | der er eins | oder zway nennen soll | mitsampt annder diebery bekent hab.“
- (73 a) Vgl. H. Holzhauser (FN 26). Sp. 1638.



(71) „Halb Gerichts Ordnung zu Nornberg 1526. ....So soll ein Erbar Rath vngewöhnlich einen tag oder zween nach dem Vbelhätters peinlichen bekannnus vnd Vergicht auch vor vndt ehe sie Ihne einen peinlichen Kechstag ernennen. den Statrichter mit zweyen Schöpffen. zu dem selben Vbelhätter beschaiden Vnd den außertahl peinlicher handlung an einem Orth da er frey vngebunden stehen mag und doch vor entlodigung verwahrt sey befragen laßen ob er der begangenen seiner vbelthat so er hievor bekant gestendig sey wo er dann dieselben wie vor bekant als dann ein Rath Ihne einen Rechstag ernennen....“

(72 a) „würdet dem Vbelhätters bekannnuß vnd Vergicht wie er die im gefangnus peinlich vnd güetlich gethan hat für die hand nehmen vnd nach gestalt bekantler sach verhandlung sich durch einen rechtlich enschiedt mit verschloßner Rathshür enschloßen welcher gestalt vnd mit was straff des Todts derselb Vbelhätter solle gerechtfüriget werden vndt so sie sich also enschloßen haben sollen sie Ihren gegeben enschiedt als baldt vndt ehe man zu gericht kombt schriftlich verfaßen laßen vngewöhnlich nachvolgender verzeichnuß gemelß.“

(72 b) „Dieselben Schöpffen sollen Vaterschiedlich antworten Herr Richter wie die Vergicht Jetzo verlaßen Also ist es durch den Armen mit allein Im gefängknuß bekant Sonder auch frey vnd vngebunden durch Ihne darauf verharren.“

(72) K. O. Müller (FN 13), S. 71, Anm. 2.

(72 a) „Der Greizing spricht : Herr (der) richter. so sprich ich uff meinen aide zum rechten. das man im sol Ihen der stat knechte den bitten, der sol im ze drien malen vorschrien : Richter, her [r], richta über mein morder und über des landes morder. enjo ! Also nimpt sie [=die armen] der ancläger (uss) dem stock und fürnt sie für gericht mit geschrai. als erteilt ist.“ 443 „Der Greizing“ 1295 24 総集本 熊鷹。

(72 b) „Also gangen sie [=die armen u. der fürsprech] mit einander und haben ein gesprech und wann sie von dem resprech wider für gericht komen, so spricht Conrat Binder : Herr richter, die armen bitten mich ze reden und sagen, sie wöllen weisen mit güter kundschafft. mit brief und sigel, mit ritern und knechten, das sie der sachen unschuldig seien und getruwen (auch), man gab inen zug und zil, so lang biss sie es ze wegen bringen mögen,

es sei hilt oder ze tagen.“

(250) „Maister Heinrich spricht : Herr (ler) richter, der ancläger haist mich reden, sie seicnd der sach schuldig, das wöll er weisen, wie recht sei und werd, zû dem das sie daz sells öffentlich vor biderben lewen bekennt hond.“

(251) „Uff das spricht der richter : Jörg Greizing, ich frag euch uff ewern aide der urtail (und des rechnen) darumb. Der Greizing spricht : Herr (der) richter, so spich ich uff meinen aide zum rechnen : Hat der ancläger die waren handgetat oder öffentlich bekannuss der sachen (und getate), so solle er selbdrut über sie sweren; hat er aber der nit, so sol er selb sibend sweren.“

(252) „Und wan der ancläger sweren wil, so zücht der hütel sein swert uss und setzt es also ploss mit den spitzen unde uff die erden und den knopf über sich, und legt der ancläger zwen vinger uff den swertknopf...und git ime sein fürsprech den aid also : Die dri man, die du da für gericht bracht und für morder anclagt hast, sint dein morder und des landes morder, das ist war, als hilt dir got ze helfen und die halligen.“

(253) „Item die zwen, die nach dem ancläger sweren, die sweren nit uff dem swert, sunder mit uffgehoben vingern, in mass und man uff dem rathuss vor gericht tât. Und den[en] git des anclägers fürsprech der aide also : Der aide, den der ancläger über die dri gefangen man alda gesworn hat, der ist rain und nit main, als bitt euch got ze helfen und die halligen. Und so sei also gesworn hond...“

(254) „so spricht der richter zû dem einen lüssner : N, ich frag euch uff ewern aide, ob der ancläger und sein helfer (nach inhalt der urtail) gesworn gnüg habent. Derselb lüssner spricht : Herr der richter, so sprich ich uff meinen aide zum rechten, das sie gesworn gnüg hond nach dem urtail und recht gehen hat. Dessglich fragt der richter den andern lüssner, der git sein urtail in aller mass, wie der erst lüssner getan hat.“

(76) 前注(3)所掲「八二頁注(20)」および若曾根健治「ドイツ中世都市刑事手続における自白の諸相——都市諸文書からの所見——」(一)『熊本法学』四十七号(一九八六)五二頁注(13)参照。

(77) 前注(3)所掲「八三頁注(23)」

(78) Pfullendorf (1377 November 4 Page) : Rot v. Schreckenstein, Beitrag zur Geschichte der Stadt Pfullendorf.

Zeitschrift f. die Geschichte des Oberheims, 31 (1879), S. 32—35 (Nr. 51) ; G. W. Hugo, Die Mediation der deutschen Reichsstädte, 1838, S. 355—7 (Nr. 85) ; Friedrich Bartenberg (Hrsg.), Die Gerichtsstandsprivilegien der deutschen Kaiser und Könige bis zum Jahre 1451, II, Köln - Wien 1983, Nr. 830, (1401 August 14 Augsburg) ; J. Chr. Lünig, Das Teutsche Reichs-Archiv, 14 a, p. 204—5 (Nr. 3) ; v. Schreckenstein, S. 38 (Nr. 59) ; Fr. Bartenberg, Nr. 1040.

(79) 前注(3)所掲「八〇真注(6)」および前注(76)所掲『熊本法学』四十七号、五一頁注(12 a)参照。

(80) ただし、七人による京番手続と三人によるいれとの間の関係、およびいれらの成立・発展の系譜の「quellenmäßige」な解明は、現行犯手続の拘わりもからんで、今日未だ十分とはいえない。Hans Hirsch, Die hohe Gerichtsbarkeit im deutschen Mittelalter, 2. Aufl., 1958, S. 99 (Anm. 2, 3, 4) 以下の問題については見直しを要するであろう。

(81) 前注(75)。

(82) „...am vierden tag vor dem angesetzten Rechtstag...soll der Schuldhais neben Zween des Gerichts vnd dem Gerichtschreyber in die Rathstuben khommen. Aldo zuvor die zwen Herren des Raths, so funnemlich bey der Vhrlicht gewest, neben dem Statuschreyber sein sollen. So sie also beysamen, soll den Statknechten beuelch geben worden, Den armen herauf zubringen...Der Schuldhais ine anfragen, wie er hais, vnd von wann er purtig sey...So ime also sein vhrlicht durch den Gerichtschreyber furglesen worden, vnd er dieselb durchaus...wurde widersprechen vnd renocieren, soll er...wider in geferknuß geschafft...werden...Wurde er aber auf seiner bekunnnuß nochmalß beruehen, ...vnd ime durch den Schuldhaissen vermeldet werden, Wie er auf sein offentlich bekunnante vrgiecht, ...ime einen lündlichen Pöclichen Rechtstag, Auf N. tag heucent vnd angesetzt haben wolte...“

(83) 本稿前面の問題に關しては、Jacob Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer, 4. Aufl., II, Leipzig 1899, S. 382 ff. „hiederleute, hiederländer“を定期裁判所 (gebote gerichte) の裁判集念民団体を意味する史料用語の一例として紹介しよう。

(84) 前注(70 a)参照。

(三)

これまで繰り返えし述べて来た通り、クラインハイアーによれば、中世後期および近世初期刑事裁判所令に見出される自白は証拠方法でなく証明を不要ならしめる働きをした。しかし他面で、著者は、自白が終始この状態に止まっていたと見ているわけではない。ではいったい、自白が証拠方法に発展するのはどのようにしてなのか。著者は、その発展の契機を、自白の真実性について検証 (Überprüfung) がなされるようになることに求める (S. 381)。ところが、自白の検証の要求は、確かに既述『ブリュン市裁判書』第七一七条の中にその初期例が見出される (S. 381 (Anm. 43)) もの、検証は「十五世紀末においてなお、甚だ遅延として進展しなかった」 (S. 381 (Anm. 44)) ものである。このようにして著者は、自白の検証の発達度からも自説を裏づけようと試みる。

自白の検証が甚だ遅延として進まなかった点をめぐる著者の所論を多少敷衍して紹介すれば、ほぼ以下の通りである。

まず (イ)、一二九四年ニュルンベルク、一四六六年エルヴァンゲンの両裁判所令——既述の如くここには事前手続は示されていない——から分かるように、法廷における自白については検証は起きない (S. 376 (Anm. 28))。つぎ (ロ)、事前手続でなされた自白について裁判所において確認が求められる場合も同様で、被告人がそれを繰り返えせば、ヴォルムスの改革法典第六書第二章第十章に述べられている如く<sup>(86)</sup> 検証は問題とならず、自白は直ちに断罪の資料として扱われた (S. 376 (Anm. 30))。被告人が法廷で事前手続での自白を仮りに否認あるいは撤回しようとも、自白の内容にたいして検証の手続がとられることはなくて、レーゲンスブルク市刑事裁判所令第三二条<sup>(87)</sup> や CCB Art. 107<sup>(88)</sup> に示されている如く、ただ自白の事実のみが、事前手続で自白聴取にあたった糾問官の供述によって確認されるに過ぎない (S. 376 (Anm. 27))。以上 (イ)(ロ) は、法廷で自白をするか、また、事前手続で行なった自白を裁判所手続に

おいて繰り返さずか、あるいはそれを否認・撤回するかに関係していたが、そこでは検証の問題は起きて来なかった。とすれば、最後に(一)事前手続における自白の検証について見てみなければならぬ。これこそが、自白とその検証をめぐる問題の主要なテーマである。

事前手続における自白の検証もまた遅延として進展しなかったと考えるのがクラインハイアーの見解である。その際著者は、「任意の自白」・「強要された自白」と言う自白の二態様を区別し、自白の検証の点で両者には差異があり、しかもこの差異は長い間維持されたと見る(S. 387ff. n. 2)。つまり、刑事裁判所令には、拷問によって取得された自白については官憲による検証が定められているにもかかわらず、任意の自白にたいしては検証は問題となっておらず、任意になされた自白は初めから信用されたと。このようなクラインハイアーの論旨にしたがえば、自白が真実証拠法となるには、事前手続において拷問を加えられず任意に表明された自白が検証の対象とならねばならないのである。

この辺のところをいくつかの裁判所令を例にとり示せばほぼ以下の通りである。まず、マクシミリアン一世帝のティロール伯領刑事裁判所令第五条(およびラドルフツェル市刑事裁判所令第三条)には次の如く定められている。事前手続において被疑者が尋問併びに拷問(*Frage vund martir*)を受けて犯行を自白し、あるいは共犯の名をあげるとき、自白が恐怖、拷問、あるいは、共犯として名をあげられた者にたいする敵意(*vorcht martir oder vindschaft*)からなされたものかどうかを、ラント裁判所裁判長は裁判所として独自に探査すべきである。その結果、被疑者が虚偽の自白をし、若しくは、偽わって共犯の名を示し、これによってかれの供述が真実に反していたことが明らかとなったときは、裁判長はこの旨を都市参事会(*Rath*)あるいはかれがその裁判長となっている裁判所の参審人(*Revisor*)に報告する。以後の手続は、市参事会員若しくは裁判所参審人がその過半数による評決をもって、決定する。<sup>(29)</sup>オーストリア領ラドルフツェル市においては市参事会員が裁判長となり事前手続において自白の聴取に当たる。被疑者が右の如く虚

偽の供述を行なったことの明白なときは、再度尋問に附せしめた上で虚偽の自白の旨を市参事会の他の会員に報告し、その後の手続は市参事会過半数の評決にしたがう。<sup>(86c)</sup> 以上兩裁判所令によれば、自白の検証は拷問によって強要された自白についてなされる。任意に表明された自白に關しては検証の定めはない。次に「CCB Art. 66 (「自白せられたる悪しき情況についての照会および調査に關して」)」、「拷問によつてなされたる自白 (Bekennuss, die auss martier geschicht)」の検証が命じられている。これによると、糺問官は自白が得られた後で CCB Art. 60 乃至 Art. 64 に謀殺や盜犯、謀叛、毒殺、放火をして魔術に關して掲げられている尋問項目 (Fragestück) に基づき自白者に尋問を行ない、あるいは関連する補充尋問 (Beifrag) (CCB Art. 65) を適宜加え、自白者から犯行の情況に關する供述を得る。これを得た後で、糺問官は、尋問項目表を「その「犯行」地に送附し「また官憲を派遣して」、自白せし犯行に關して被尋問者が述べたる情況につき、当該情況をめぐる供述が本当か否かを、真実の認識 (gewissheit der wahrheit) に役立ち得る限りで熱意を込め、「官憲に」問わせし「め、証人の証言を取得せし」むるべき」と<sup>(87)</sup>とされている。

最後に、右の CCB Art. 66 をほぼ字義通り踏襲した CCC Art. 54 である。この規定で CCB Art. 66 と比べ唯ひとつ著しい相違があるのは、「拷問によつて、あるいは拷問によらず (on martier) なされたる自白」が検証対象となつてゐることである。クラインハイアーによれば、この「拷問によらず」の文言はカロリナの第一草案(一五二二年四月二十一日ツォルムスの帝國會議に提出される)にはなく、その第二草案(一五二四年一月十四日ニールンベルク帝國會議に提出)に始めて加わつたものである。かくして CCC Art. 54 では、任意の自白もまた裁判官による真実発見のための調査の対象にされる。このようにして、「カロリナが始めて、「事前手続における」あらゆる種類の自白をその真実性の検査に服せしめようとする」(S. 381)。著者はこの点からバンベルク司教領刑事裁判所令からカール五世刑事裁判所令に到る間に「發展」があつた(S. 376)と見るのである。このようにして、既述の如く、自白が真実の証拠

方法へと発展するのは、強制された自由のみならず任意の自由も検証されるようになるに求められると考へる著者の論旨から言えば、カロリナにおいて始めて、自由は証明手段として確固たる地位を占めるに到ったはずなのである。

しかるにこの点に関しては著者は次のように述べて、一旦前方に一步踏み出した足を直ぐに引っ込めてしまふ。それはこうである。カロリナは、あらゆる種類の自由の検証を強い調子で求め、また、検証に際しては細心の注意が払われるよう個別にわたり官憲にたいし指示を与えている。カロリナが示すこのような強い調子や入念な配慮は、他ならぬ次のことの証左なのである。すなわち、自由の検証は未だ当然のこととは見なされていなかったこと、これである。「それゆえに、『法廷つまり最終開廷日においてのみならず』裁判所外『すなわち事前手続』においても、『自由の自己断罪効果 (selbsterreilende Kraft des Geständnisses)』(H・クナップ)からの『自由の』解放は、極く遅遅としてしか進行しなかつたと言えよう」(S. 381)と。

以上、自由の証拠方法への発展如何は、自由がその真实性について検証に附されるに到るかどうかに掛っており、しかも強要された自由のみならず、任意の自由とても例外ではない。しかし諸刑事裁判所令には、依然、拷問によつて強制された自由と任意に表明された自由との違いが維持され、強要された自由は格別、任意の自由については検証が行なわれず、あるいは自明のこととされておらず、この意味で自由の検証は徹底していなかつた。かくして少なくとも当面の諸裁判所令の時代については、自由は完全には証拠方法へと発展し得ないでいた。自由の検証をめぐるクラインハイアーの所論の本旨は、ほぼこのように要約できるであろう。

自由の検証は裁判官によるいわば「補強証拠」の収集を意味し、糺問手続のとりわけて重要な要素のひとつであつた。<sup>(61)</sup>そこで、以下では、クラインハイアーの主張の核心をなす、「強要された自由」と「任意の自由」との相違をテー

マに、自白の検証を巡ってカロリナを中心に問題点を取り出した。

最終開廷日の手続において、判決の基礎となっていたのは、被告人が「犯行につきて既に確たる仕方にて自白したるか、さもなくば、それ「犯行」につきて「証言」によつて」充分に立証を受けたるか」(CCC Art. 90)のいずれの場合であった。ここでは自白が問題である。そして自白が判決の基礎となり得るには、それが「疑いなき、かつ、確たる風」(unzweifelich beständiger weis)信じられ得る」ものであらねばならなかった(CCC Art. 60)。自白がこのように信用あるものたるためには、当該自白の中に、問題の犯行に関して「責なき者にしては言うも知るもなし得ざるが如き真実が見出され」ねばならない。そして、このような真実の発見に必要なのは、被尋問者の自白に基づき行なわれるべき「入念なる、かつ、精魂を込めたる調査と照会(erkundigung vnd nachfrage)である(CCC Art. 60)。かくして、「照会のための」書状が際限なく「裁判所」参審人「によつて認められ、その手から国じゅうに發送せられる」(クナップ<sup>92</sup>)が如き状態が呈せられることになる。

こうした自白の検証に際して殊に注意が払われたのは、裁判所による照会・調査の結果判明した事情と被訊問者自身が述べた自白の内容とが果たして「同一なる情況」(CCC Art. 54)を示しているかどうかであった。なぜ両者の「同一なる情況」が重視されたのか。それは、この「同一なる情況」があつて始めて「犯人と被告人との同一性」(鴨良<sup>93</sup>)が確保されるからである。「なにびとが犯罪者であるか」を明らかにする——これが後代の理論において、一般礼問手続にたいする特別礼問手続の目的とされる<sup>(94)</sup>——には、自白が「疑いなき、かつ、確たる」ものでなければならず、そしてまさに、自白のこのような真実性を担保するのが検証であつた。確かに、自白の検証が、このような同一性を担保する上で不足なく行なわれるべきとされていたかについては問題がある。と言うのは、照会・調査によつて発見された事情と自白の内容とが「同一なる情況」にないときは、再検証が命ぜられるのではなく、却つて、被疑者が



「再度、拷問に服せしめられ」るべきであった(CCC Art. 51)からである。このところに、自白の検証の限界が認められるが、検証の基礎となっていた観念が「犯人と被告人との同一性」を確保することにあつたことは忘れられてはならないであろう。

とすれば、このような検証の本質上、自白はそれが強要されたか任意になされたかで区別されるべきものではなく、あらゆる種類の自白が照会・調査の対象となるべきはずなのである。このように見ると、CCC Art. 51で、事前手続における任意の自白についても検証が必要との観念が新たに、しかも文言の上で明瞭に示されるようになったのは、それ自体銘記されるべきであり、この意味では、クラインハイアーの「カロリナが始めて、あらゆる種類の自白をその真実性の検査に服せしめようとする」の指摘こそ、もっと表面に押し出されて然るべきであつたと思われるのである。

このことに関連で、更に次のことも留意すべきかも知れない。すなわち既述の如く、クラインハイアーによれば、CCC Art. 51に「拷問によらず」の文言が差し込まれたのは、カロリナの第二草案(その第五五条)以後であつたが、まさにこの第二草案こそは第一草案とは異なりペンベルゲンシスの起草者ヨハン・フライヘル・ツー・シニヴァルツェンベルクの関与——しかも群を抜く——のもとに起草されたのである(A・シューテンザック<sup>35</sup>)。このことを考えると、一五〇七年のペンベルゲンシスから一五二三年完成のカロリナ第二草案に到る間に、自白の検証について、シニヴァルツェンベルクの思想(あるいはかれの中にも現われていた思想)にひとつの「発展」が認められ、そしてこれが、任意の自白にたいしても検証を要求するかたちで、カロリナ第二草案に反映した。CCC Art. 51における「拷問によらずなされたる自白」の検証に関しては、このように推察を巡らすことが必ずしも不当とは言えないかも知れない。しかしながら、他方、カロリナの一連の規定を通覧するとき、およそ検証の対象とされているのは、拷問の手續を

経た自白であり、したがって、「拷問によらずなされたる自白」とは一体如何なる状況の下に取得される自白なのか  
 がカロリナ自体からははっきりとは分からないのである。この辺りの事情をもう少し明らかにするために、以下でカ  
 ロリナにおける拷問の手続について多少触れる必要がある。

CCC Art. 51に示されている通り、糾問官は既に犯行を自白した者にたいして、新たに、しかも訊問項目表に則って  
 訊問を加え、供述を求める。これに応じ被訊問者が行なった供述——訊問項目による訊問にたいしなされた自白——  
 の内容にたいして検証が命じられる。犯行そのものの自白の段階とは異なつて、訊問項目表に基づく訊問によつて自  
 供が求められるこの段階においては、もはや被訊問者は拷問に服せしめられえない。<sup>(95a)</sup>すなわち「拷問によりてある犯  
 行を自白する者どもは……その後更に、拷問を受けずして (ausserhalb marter)」、調査のための訊問に附される……」<sup>(96)</sup>。  
 ここには、被訊問者による犯行の自白が拷問によるものであつたことが示されている。このことは、謀殺等諸犯罪に  
 ついて訊問項目表に基づく訊問内容を提示する CCC Art. 48以下一連の規定の冒頭に次のように述べられていると  
 ころからも明瞭である。「被尋問者が「訴えを提起され自己に」責を帰せられたる犯行につきて、前述の如く、拷問によ  
 りて (durch die marter) 自白をし、そして「この」かれの自白が記録せらるるときは、訊問官たちは「更に」かれの自  
 白に關して、かれにたいして眞実の発見に役立つべく様々なこと……を（以下の謀殺等諸犯罪につき掲げられたる訊問項  
 目表によりて）入念に訊問をなすべし」と。<sup>(97)</sup>

右に「前述の如く」と見えるのは、犯罪の確たる徴表が存する場合に、犯行を否認する者にたいし行なわれた自白  
 聴取のための尋問を指す。すなわち、「訴えを受けたる、しかして、否認せられたる犯行について疑惑と嫌疑（すなわ  
 ち犯行の徴表）が、先に」[CCC Art. 33乃至 Art. 41にらびて記載されて]ある通り、見出され、かつ、それが証明せら  
 れうると信じらるる……とき」は「拷問のための一問 (eyn tag zu peinlicher frage)」が設けられる<sup>(98)</sup> (CCC Art. 45)。

説　こうしていよいよ、拷問の手續の問題に移らねばならない。拷問の日が到来して被疑者は拷問室において自白聴取の手續に附される。しかし、この場合、即座に拷問が執行されるのでなく、これに先立ちて、かれは「まず、裁判官、裁判所からの「派遣糾問官(參審人)」二名、それに裁判所書記の面前にて、「責を帰せられし犯行につきて」陳述をなすべく、熱心に求められる」(Art. 56)。このように糾問官たちは、直ちに拷問を科すのでなく、被尋問者が自ら犯行を告白するのを待つ(a)。もしこれによって満足な陳述が得られないときは、次いで、「拷問の脅喝をもって (mit Bedrohung der Marter)」、かれ「被尋問者」は責を帰せられたる犯行を自白するや否やを詰問せられる」(Art. 56) (b)。この(b)

(あるいは(a))の段階で、被尋問者が改めて犯行を否認するときは、糾問官はかれにたいし、アリバイを申し立てうるや否やを問う。かれがアリバイを主張すれば、糾問官は「これにつき速やかに調査に入る (auf das fündelich erkundigen)」。調査の結果その中立にて理由がないとなると、被尋問者は「拷問に服せしめられ (peinlich gefragt) せられる」(Art. 47)(c)。この(c)の段階の如く現実に被尋問者が拷問——通常これに直接携わるのは刑吏である——に処せられるのは、他に、「拷問の威嚇」(Terror)(a)によつても自白が得られない場合があらう。このようにコロリナによれば、拷問の手續には(a)(b)(c)の三段階が存した。(いずれの段階においても、被尋問者の供述は裁判所書記によつて記録される。)

さて、問題を先に進めよう。拷問の手續は既述の通り、「訴えを受けたる、しかし、否認せられたる犯行」にたいし生じた。このように、拷問の手續をすめうる前提となっているのが、告訴人にたいしてであれ職権をもって捜査を行なった官憲にたいしてであれ、被告人・被疑者が犯行を否認する場合である。とすればかれが犯罪を認めるときは拷問の手續はそもそも起きない。そうであるとすると、あたかも、CCC Art. 52の「拷問によつてなされたる自白」は右述三段階のいずれかの拷問の手續を経て取得された自白を指すのにたいし、「拷問によらずなされた自白」

は被告人・被疑者が右のように犯行を認めるときに得られる供述を意味するもの如くである。

しかしながら、このようには考え難いであろう。と言うのは、被告人・被疑者が右のように拷問の手続に入る以前の段階で既に犯行を認める場合にいかなる手続が行なわれるべきかについては、カロリナは殆ど何も規定してはいないからである。<sup>(40)</sup>したがって既に犯行を認める場合にも、訊問項目表を基に訊問がなされたり、この訊問にたいする供述が検証の手続に附されたりするとは、想定し難いのである。とすれば、「拷問によって、あるいは拷問によらずなされたる自白」(CCC Art. 5d)の全体は「拷問の手続」(Art. 45, 46, 47)を経て取得された自白を意味するものと捉えざるを得なくなる。しかも、このように考えざるを得ないとすれば、「拷問によらずなされたる自白」は(a)の、「拷問によってなされたる自白」は(b)(c)の各の手続段階による自白と解釈し得るのではないだろうか。このように解釈可能であれば、自白の検証に関してパンベルゲンシスにたいしカロリナにうかがえる新しさ、もしくは「発展」は、右の(a)段階の手続によって得られた自白についても検証の手続が採られるに到ったところに求められよう。すなわち、このような自白者にたいしてもまた訊問項目表に基づき訊問が行なわれ、これによって取得できた供述について照会・調査が実施されることになったのである。

このところに、自白の検証を巡るカロリナの新しさ(あるいはクラインハイアー指摘のカロリナにおける「発展」がある)とすれば、この辺りの事情は、レーゲンスブルク市刑事裁判所令において検証を定める第六条を参照することで、いくらか明らかとなる。<sup>(41)</sup>そこで、以下でこれを紹介するが、しかしその前に、この第六条に到る経緯を記しておくのが便宜である。被逮捕者にたいし、牢舎において市参事会派遣乱問官二名によって尋問が始まる。(その供述は、市書記の手で記録に附される。)尋問の形態として先ず来るのが「穏便な形で(in der Knecht)」実施される訊問である。これは、しかし、「拷問以前(vor poenlicher Frag)」における手続であるから、後続の拷問を予定している。この意味で、「穏

便な形で一なされるこの訊問は既述カリナにおけると同様、拷問の手続のひとつと捉えうる。当訊問で被疑者は、姓名や住所、出自、行動、嫌疑と疑惑を被りたる状況を問われる。かれが犯行を自白すると、その供述は調書に作成される。調書は市参事会に送られ、そこで審査に附される。次いで、この審査に基づき、科刑を巡って協議が行なわれる。右の供述が検証に附されたか否かについては、当裁判所令は何も定めていない。この点については後に取り上げるであらう。

さて、この「穏便な形で」の訊問段階で被訊問者が無実を訴え、これを裏づける証拠を示すときは、この趣旨が記録された上で糺問官による調査に委ねられる。これにたいし、被訊問者が無実を訴えるにも拘わらず、これを示す如何なる証拠をも提出しえないときは、拷問に基づく手続へと移行するに足るだけの徴表が存するか否かにつき、糺問官の間で慎重に協議がなされ、疑義の出るときは学者・市参事会法律顧問の意見が聴取される(第二条<sup>(10b)</sup>)。こうして拷問による手続に移行するが、その場合拷問は「過度に陥らず穩当なる限度をもって」実施されねばならない。この考問によって自白が得られると記録が作られる。その際、現に拷問中の供述は採用されえず、自白は拷問が終わり被訊問者が「再び平静に戻ったときに」聴取される(10a)。更に、自白聴取の際、糺問官は拷問項目表を被訊問者に見せてこれによって被拷問者に序め供述の準備をさせるようなことはしてはならず、「かれ〔被拷問者〕自身をして、〔糺問官の〕訊問、および〔犯行に關わる〕あらゆる情況について、熱を込めて語らせ」ねばならない。「このことによつて〔自白が〕真実であるか虚偽であるかが容易に明らかとなり、〔真実と虚偽とが〕區別される」(第三条<sup>(10b)</sup>)。

拷問によつて自白が得られ、被拷問者がこれを翻えさず、自白が最終的に揺るぎないものとなると、この自白から市書記によつて抜き書が作られ、市参事会において審査にかかる。審査の結果有罪が確定すれば、当該自白者にたいする刑として生命刑、身体刑のいずれが応わしいかが協議され、場合によっては、学者の鑑定が求められる(第四条<sup>(10c)</sup>)。

この結果、犯罪者が都市からの追放に処せられ（アハト刑）、あるいは身体刑に科せられるべきとの判決草案が作成されると、手続はここで終了し、したがって自白の検証は起きず、また最終開廷日も生じない。有罪者は復讐断念の誓約（*Swur*）をなすべく求められ、この後に刑が執行される（第五条）<sup>(10)</sup>。

自白の検証が命ぜられるのは、生命刑を科すべきとする判決が起草された場合で、これを定めるのがまさにレーゲンスブルク市裁判所令の第六条であった。すなわち、この場合には、訊問項目表にしたがって自白について調査が行なわれ、証人の証言が求められる。このようにして「かれ〔被拷問者〕の犯罪が確實なものとなり、このことによって、疑問の余地なく、判決を下すことが可能となる」。なお、自白の検証で、証人の証言が得られたときは、その供述調書は法学博士（*Doctor*）に送附され、かれは市参事会にたいし鑑定書（*schriftlich bedenkhen*）を作成する<sup>(10)</sup>。

このように、レーゲンスブルク市裁判所令によれば、自白の検証は科せられる刑によって相違が見られ、調査が行なわれるのは生命刑の場合に限られていた。検証は、これによれば、拷問によってなされた自白についてすら不徹底であったのである。

さて、このように、拷問による自白は、たとえそれが不徹底であれ、検証に服したことは右の如く裁判所令にはっきり述べられているのになし、「穏健な形で」取得された自白については、この点は、既述指摘の通り明らかでなかった。したがって、検証は行なわれたとも行なわれなかったとも言えるわけだが、刑事裁判所令の前記コンテクストを辿ってくると、後者の方に傾かざるを得ないであろう。このように傾かざるを得ない大きな理由は、次の通りである。「穏便な形で」実施される訊問を定める前記第三条には、被訊問者が無実を訴え、これを裏づける証拠を示したとき、これが調査に委ねられると明瞭に述べられているし、被訊問者が無実の証拠を提出しえないと拷問に服し、これによって得られた自白は検証に附される旨は第三条以下にはっきり記載されているにも拘わらず、他方で、被訊

問者が自白——すなわち、拷問の手続のうち第一段階の手続における自白——をした場合に限りて検証のことは一切述べられていないこと、これである。

ここで、当初の問題に戻れば、CCC Art. 51において、「拷問によらず」なされた自白が検証対象として追加されたところにも、意義があるとすれば、それは次のように言えるであろう。すなわち、後代レーゲンスブルク市刑事裁判所令においてもなお、直接拷問によって得られたのではない自白については、検証の手続は省かれたのにたいし、カリリナではこの種の自白についても調査が行なわれた<sup>(脚)</sup>。

CCC Art. 51の「拷問によってなされたる自白」、「拷問によらずなされたる自白」にそれぞれ、強要された自白、任意の自白を見るクラインハイアーの根底にあるのは、自白の検証に関して、「強要された自白」と「任意の自白」とを峻別することに意義を認める考察態度なのであるが、しかし、翻って考えるに、ここに問題が全くないわけではない。ただし先ず、右に紹介した、カリリナ、レーゲンスブルク市刑事裁判所令の自白の手続に関わる諸規定によれば、自白聴取の手続は、基本的に、拷問の手続として出現した。このことはまた糺問手続の一特質とも関係する。糺問の端緒を形成する犯罪の徴表の理論がこれである。すなわち、拷問の手続に入り得るには、「確たる徴表 (redliche anzeygung)」が事前に存することが必要であった。しかも、「確たる徴表」のあることが自動的に拷問の手続を導いたのである。この点がある程度明瞭に示してくれるのが、CCC Art. 61 (CCB Art. 73) に述べられている一句である。この規定によれば、既述の如く、糺問官が拷問によって被尋問者から自白を得ることができず、また、証人の供述による証明をもって断罪し得ず、これによってかれを釈放せざるを得ない場合が起こるが、その場合、糺問官による拷問が法に基づいてなされたものである限り、かれは拷問行使について如何なる刑罰を被ることはなかった。この理由について右規定は次の如く言うのである。「発見せられたる悪しき徴表の存すること〔自体〕が、拷問の行なわれたる

ことを許す根拠を与えた」と。<sup>(86)</sup>

次に、拷問の手続においては、既述第一段階の手続(a)に知られる如く、拷問を直接実施する以前において表明される自白の余地があった。これを「任意の自白」と捉えることが可能であるとしても、このような自白と拷問によつて「強要された自白」とは、自白聴取手続実施の現実面、必ずしも截然とは区分されえず、両者の境界は流動的であつたと言わねばならない。例えば、犯行そのものの任意の自白が得られても犯行の個々の状況を供述させる際に、あるいは、被尋問者自身の犯行については任意の自白が取得できても共犯の名をあげさせる際に、拷問が用いられると言ふように。さらにまた、一旦拷問室で得られた自白にたいしては、被訊問者は別室で縛めを解かれ自由にされた上で (frei und ungebunden) 確認を求められたように。<sup>(87)</sup> (こうして確認され文書に認められた自白を *Whricht* という<sup>(88)</sup>) かくの如き訊問の実務から見ると、「任意の自白」と「強要された自白」との峻別を徹底重視しこの指標をもって自白の検証の発展度を計ることは、賛成し難い。

注

(85) ただしこれは検証そのものには触れていながら、*Item si quis sponte de maleficio fatetur a se commissio, non semper ei fides adhibenda est, Nonnumquam enim aut metu vel alia de causa in se confitentur quidam.* 「[口]びとかがある犯罪を自分が犯したと」たとえ「任意に告白することがあるとしても、必ずしもかれ」の告白」に信用が置かれえない。ただしひとしはしばしば恐怖からあるいは他の理由から、「本当は犯もしない犯罪を」自分が犯したと自白することが存するからである。)<sup>(89)</sup> なぞの Cap. 717 *آورے* 接合の *Gertrud Schubert-Fikenscher, Römisches Recht im Brünner Schöffebuch, ZRG. G. A. 65 (1947), S. 159* を参照。

(86) 前注(46)。

(87) 前注(49)およびこれに続く関係本文参照。



- (87) „So sol der Richter die zwen geordneten Schöpffen, so mit jime solche verlesene vricht und bekenntnuss gekert haben, auff jre eyde fragen, ob sie die verlesene vricht gekert haben ; vnd so sie 'ja' darzu sagen, so hat des bechligten verneymen mit stat...“ (『やぶ』裁判官がかくの如く「最終開廷日において現在」朗読されたる自白を「かれ」と共に「事前手続において」聴取し「確認」したる二名の「裁判所より」派遣せられたる参審人に向かい、「これら「参審人」に宣誓をさせたる上で、以下の如く質ねるべし。かれら「両参審人」は「今」朗読されたる自白を「事前手続において当該被告人から既に」聞きたるやう、次いでかれらが『然り』と答へるときは、当被告人の否認は有効とならぬ。』)
- (88) „Umd so ain person durch das merer zu der frag vnd marter erkannt wirdet, vnd ichs auf sich selber oder ander bekennt, sollen sich die Richter augentlichen erkunden, ob die person das aus voreht marter oder veyndschafft, auf sich selbs oder ander bekennt het, so sich dann erkundet aus der selben gleichung, das die jmselbs oder andern vnrecht gethan vnd nicht die wahrheit gesagt hab, alsdann sol fürter der Richter an den Rat oder geworn des gericht's seiner verwesung söhls pringen, vnd weiter nach Rat oder erkantnus des merctails hierinn soull sich gepürt vollaren.“ (『やぶ』 H. Holzhauser, Radolzfeller und Tiroler Halsgerichtsordnung, HRG 25 (1985), Sp. 142 f. 参照。)
- (89<sup>a</sup>) マクシミリアン一世帝のこの両刑事裁判所令は最終開廷日手続を省いた。事前手続のみの手続——これを「簡易手続」と呼ぶことがであろう——を定め、断罪の決定は、都市参事会員(若しくは裁判所参審人)の過半数の宣誓判決に基づく。『迅速手続』( Schnellverfahren) に委ねられた (Vgl. R. Lieberwirth, Halsgerichtsordnungen, HRG 8 (1977), Sp. 1915)。『やぶ』のより簡易な迅速手続の基礎であった、警察的觀念については、若曾根健徳『ドイツ中世都市刑事手続における自白の諸相——都市諸文書からの所見——』(二一・完)『熊本法学』四十八号(一九八六)二四頁を参照されたい。
- (90) „Von nachfrage vnd erkundung der bekenten bosen vmbstende. Jem so obgemelte fragestuck auff bekenntnuss die auss marter geschicht, gebracht werden, So sollen alsdann vnser ampletw vnd Richter an die endt schicken vnd nach den vmbstenden, so der Refragt, der bekenten misset haben, erzehl hat, Sewil zu gewissheit der wahrheit dienstlich sein mögen, mit allem vleys fragen lassen, ob die bekenntnuss, der berfren vmbstend halben, ware sein oder nit...“

- (61) 鴨良弼氏は自白と補強証拠の問題に關し次のように述べる。補強性の法則の必要な根拠のひとつは「自白から虚偽を排除し、その真实性を確保しようとする」考慮にあり、補強性の法則はこの側面のあることを看過してはならないと(前注(25)所掲書、二三四頁)。
- (62) H. Knapp (FN 12), S. 490. *ノーマンズ・コドックス* H. Knapp, *Alt-Regensburgs Gerichtsverfassung, Strafverfahren und Strafrecht bis zur Carolina*, Berlin 1914, S. 113.
- (63) 前注(62)所掲、二二八頁。
- (64) 上口裕「ヨハン・メネヤン「糾問手続法論」(一六四八年)——邦訳と若干の注解——」(一)『南山法學』九の一(一九八五) 五二―五九(注3、4) 注4、11. Holzhauser (FN 26), Sp. 1636 參照。
- (65) A. Schoetensack (FN 56), S. 5—6.
- (66 a) H. Knapp (NF 12), S. 495 (Anm. 49).
- (66) „Wie die jenen : so auß peinlichen fragen eyner missethat bekennen, nachmolkendis weidher aussershalb martter vmb vnderricht gefragt werden sollen.“ (1) 24 CCC Art. 48 31の諸語条々の前掲(6)
- (67) „Item so der gefragt der angezogen missethat durch die martter, als vorsech, bekennlich ist, vnd sein bekannt auß aufgeschriben wirdet, So sollen jnen die verhörer seiner bekannuß halber gar vnderschiedlich... zu erfahrung der warheyl dienstlich, fleissig fragen...“
- (68) „Item so der argkwon vnd verdacht eyner beklagen vnd verneynten mißhandlung, als vorsecht erfunden vnd für bewisen angenommen...wüld, ...alßdann eyn tag zu peinlicher frage benant werden.“
- (69) „Item so man dann den gefangen peinlich fragen will, von ampts wegen, oder auff ansuchen des klagers, soll der selbig zuvor inn gegenwurtigkeit des Richters, zweyer des gerichtis vnd des gerichtschreibers fleissiglich redde gehalten werden...“
- (69 a) „...auch mit bedrohung der martter bespracht werden, ob er der beschuligten missethat bekennlich sei oder nit...“
- (70) „Item so inn dem jetzgemelten fall, der beklagt, die angezogen übelthat verneynt, so soll im alßdann fürge-

halten werden, ob er anzeigen kundt, daß er der aufgelegten missehat unschuldig sei, vnd man soll den gefangen sonderlich erinnern, ob er kunt weisen vnd anzeigen, daß er auff die zeit, als die angezogen missehat geschehen, bei leuten, auch an enden oder orten gewest sei, dardurch verstanden, daß er der verdachten missehat mit gethan haben kundt...Vnd so der gefangen betürter massen oder mit andern dienstlichen vrsachen, sein vnschuld anzeigen solcher angezeigten entschuldigung, soll sich alldann der Richter...auff das fünderlich erkundigen...Item so ihn der jetzemelch erfarung des beklagten vnschuld mit funden wider, so soll er alldann auff vorgemech erfindung rechtlichs argkwoens oder verdachts peinlich gefragi werden..."

(10) ハンブルゲンシスのこの点では同じ事情にある。しかも本文前述のカロリナにおける拷問の手続、およびこの前提を示す諸箇条(Art. 15 ないし 17)はハンブルゲンシスの関連諸条文(Art. 56 ないし 59)をほぼ字義通り継承している。そしてまたこのハンブルゲンシスは既述の通り(前注)90)「拷問によりてなされたる自由」にたいして訊問項目が適用されるとだけ述べて、「拷問によらずなされたる自由」には何ら触れるところもなかつたのである。

(102) なおこの点については、前注)101)にあげたハンブルゲンシスに見られる事情も考慮に入れねばならないであらう。

(102 a) たたし、この刑事裁判所令を援引するに際しては、後注)101)に述べるような事情があることはこの場で注意しておかなくてはなるまい。

(103) なお、被疑者は後注)101)のテクストに知られるように逮捕取牢されるが、当時一般に「この牢舎が戦慄すべき状態にあつたことは周知の通りであり、取牢それだけですでに一つの拷問であり、否苦痛の大きき点では刑事刑や拷問そのものを凌駕してつた(Paul Frauenstädt, Breslaus Strafrechtspllege im 14. bis 16. Jahrhundert, Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtsw., 10, 1890, S. 21)」。リウズが例えはCCC Art. 11(CCB Art. 17)に「次」の「」に殊に注意がなされる。牢舎は被逮捕者を「単に」留め置くために設けられ用意せられたものにして「かれに強度の」そして「かれの身体・生命にとつて」危険となる如き苦痛を与えるためのものたあらざるなり(ist...sonderlich zu merken, daß die gefencknuß zu behaltung, vnd nit zu schwerer geuelicher peinigung der gefangen sollen gemacht vnd zugerecht sein)」と定められた所以であらう。

(104) „Die verhaftten erstlich in der guete zubesprechen. So dann also einer in verhaftt oder gefencknuß kumbt,

so soll er vor Pöenlicher frag, in der güete seines Namens, anwesens, herkhommens, thun vünd lassens, wie auch aller vmbstende, dardurch er sich verdacht-oder argwönig gemach, vleissig besprach, vünd dieselben verzeichnet werden...Do nun solch guetlich besprachen nach nottufrf beschehen, die Aussag verzeichnet worden ist, soll dieselb in einem Erbarh Rath abgehört vünd mit vießß beratschlagt werden."

(108) „Sodann die Anzeig seiner furgewendten vnschuld, also geschafften, das sie einen schein haben, vünd erkundligt werden mögen, Soll solchs vor allem andern für die Hainndt genommen, vünd wie sich disses in erfahrung befinder..."

(109) „Were aber sach, das er solche redtliche anzeig nit zehun wuste, soll man alle vmbstende seines verdachts vleissig erweggen, vünd ob india oder anzeig zu verner Pöenlicher frag genuegsam oder nit, zu vleissiger berat-schlagung ziehen, Do es zweifentlich, der Hochgelerten, vünd eines Erbarh Raths Aduocaten, bedenckhen hierinn kün."

(110) „Wie sich die *Examinatorn mit pöenlicher frag halten sollten*. Wann nun solchs alles mit allein vieiß ewogen vünd bedacht, zu verner Pöenlicher frag Indicia vünd anzeigen genueg vorhanden sindt, So soll dieselb, gleichwol mit geburender maß vünd beschaydenheit furgenommen..."

(111) „Derwegen auch von kheinem, dieweyl er an der tortur oder harten frag ist, sein bekannntuß vünd aussag angenommen vünd verzeichnet, sonder allererst, wann er wider zu ruche khumbt, von inne angehört werden soll." 1) 545 2) 546 3) CCC Art. 58 (CCB Art. 71) 4) 總註

(112) „Vünd soll sonderlich der Examinator darauf acht haben, Das er den Armen khein, solcherley fragsuch furhale, die inen also gleich die Zung zum Liegen, dazue sie ohne das gericht vünd gewilssen sindt, löse, sonnder sie in gemein frag vünd alle vmbstende mit vieißß selbs erzelen laß, so wirdet die warheyt oder vnuwarheyt darauß am leuchtesten erkñent vünd vnterschieden."

(113) „Wie die sach nach des *wirhafften beständigen schlichteren aussag zuberatschlagen*. Wann also der Arme sein Aussag beschlossen, bestendiglich vünd schließlich darauf beharrt, nichts weiter wissen oder bekennen will,

soil sein Endliche beharrliche Bekannntuß durch den Staatschreyber fein ordentlich ausgezogen, in einem Erbarñ Rath abgehört, Was rehubender Straff halber, am Leyb oder Leben furzunehmen, zu Rath gezogen, Do hierinn Zweyfel furfielle, der Hochgelerten guetenachen gehört werden.“ *Art. 127* の規定が「*既に「總使な形で」*の訊問で得られた自由(第二条) *Art. 127* の条項に於ては文言上明瞭でなく、ひとりの問題をとりうる。このような自由にも關係する」と捉えをなすことはない。ただこのことは「*拷問*」による自由についてのものと理解した。

- (107) „*Was fur ein Prozeß gehalten, da ein Malfischer mit am leben, sonder am Leyb oder sonst gestrafft wirdet.* Were dann die sache geschaffen, das der Arm allein der Staut zuerweyßen oder sonnst am Leyb zustraffen. So soll vnd mag sich hierin ein Erbar Rath der Straff vergleichen, vnd damit ausser vernern zürlichem Prozeß, oder eines Poenlichen angesetzten Rechttags, fur sich selb verfahren. Dem Armen sein verprechen vnd vphheld furhalten, anschlagen vnd verlesen, die Straff exequiern lassen...“

- (108) „*Wie procedirt werden soll, wann der Arm seiner Aussag nach das leben verweircht.* Do aber der verhaftt das Leben soll verweircht haben. Ist in alweg von abten. Das somit muglich seiner bekannntuß halben, doch in den furnembsten Puneten gewisse erfahrung vnd khundschaftt eingezogen werde, Damit man seines verbrochens gewiß sey vnd auch darauf grundlich vrtheylen khön, vnd wie sich solche khundschaftt befinden, sollen dieselben neben den ganzen Acten, den Herrn Doctorn vmb ir schriftlich bedenkhen zuegestelt werden.“

- (109) たゞし、前注(106)後段で指摘したように「*レーゲンスブルク市刑事裁判所令*第四条が拷問以前の「*穩便な形で*」の訊問(通常法史料では、*mit rüthlicher und peinlicher Frag*」における、*mit rüthlicher Frag*」と述べられる)で取得された自由にも関わる規定と見なしうる——この余地は少なくない——とすれば、直接拷問によって得られたのではない自由の検証問題に関しカロリナは、*レーゲンスブルク*の裁判所令にたいして独自性を持つとは主張されなくなり、したがってこの問題について抑*レーゲンスブルク*の当裁判所令を引き合に出すこと自体が、無理を言うことにならう。ただ、その場合でも、直接拷問によって得られたのではない自由の検証問題についてカエリナの後代に及ぼした影響は考えられないであらうか。

(109 a) 前注(62)本文。

(110) „die bösen erfinden anzeigung, haben der geschehen frage entschuldigte vrsach geben...“ の規定に見られるように(イ)悪しき「徴表」に基づき(ロ)「拷問」が行なわれたが、これは(ハ)「自白」を得るためであった。これら(イ)(ロ)(ハ)の三者間に犯罪の徴表理論との拘わりで糾問手続の特質が現われていた。その一つが既に本文で指摘した、(イ)(ロ)との間に存するカウサ関係であった。もう一つは右と関連するが、(イ)すなわち嫌疑(Vedacht)と(ハ)すなわち証明(Beweis)との峻別である(A. Schoetensack (FN 56), S. 43)。別言すれば、犯罪の嫌疑が存することは犯罪の証明の得られたことを意味せず、犯罪の証明は自白によって取得される。しかも、この両者すなわち(イ)と(ハ)との間を繋いでいるのが(ロ)拷問であった。

(110 a) このような、拷問の後に任意に自白を確認することこそは、有罪判決には不可欠のこととされていた (Vgl. H.Knapp (FN 12), S. 490 (Anm. 21))。

(110 b) また、このような文書そのものと vhrgericht と称する (F. Ruoff (FN 15), S. 76 (Anm. 1))。

#### 四

自白はこれが事前手続において聴取された後、当手続に関わった、普通二名(ないし三名)の参審人(Schöffen)によって最終開廷日(あるいは非公開の裁判期日)において確認され、この確認によって自白は有罪判決の基礎となった。すなわち、事前手続で表明された自白を被告人が撤回・否認しても、参審人の自白確認によって何らの効果もなかったのである(S. 376 (Anm. 27))。かくの如き自白聴取とその確認とに關係した参審人の活動は当面問題となっている諸刑事裁判所令の悉く共通して述べるところであった(S. 381 (Anm. 46))。その場合、事前手続において自白を聴取した参審人は最終開廷日で、単に証言者(自白の確認者)としてのみ行動する場合(例えばCCB Art. 107・レーゲンズブルク市刑事裁判所令第二三条)があり、証言者であるのみならず判決提案者でもある場合(CCC Art. 91・ティロー伯領刑事裁判所令第七条<sup>(111)</sup>・ラドルフツェル市裁判所令第五条<sup>(112)</sup>)が見られた(S. 375 (Anm. 26))。

クラインハイアー教授は、以上のような参審人の自白聴取・自白確認の活動に見出されるのが「古い法律制度」(iii) (Kochinstitut)』であると見て、しかもこれを裁判所証明 (Gerichtsbeweis) に求める。別言すれば、自白を巡る手続は「裁判所証明の中世的法律制度の一形態」(S. 38) を意味したと捉えるのである。著者はその所以を以下の如く説明する。裁判所証明 (裁判所の証言) とは、過去に、裁判所が知り得た事実につき、当時当該裁判所に在席した裁判官や参審人が証言をし、この証言によって、現在の裁判所で審理中の事件について判決が下されると言うものである。裁判所が過去に経験した事実の中でも証言の対象としてとりわけ重要なものは、かつて裁判所の面前で生じた法的事実、すなわち特定の訴訟法的効果を含んだ事実であった。この点につき、多少補足をすれば、例えばフォン・クリースにしたがうと、裁判所証明の主たる対象となっているのは追放刑 (Verlesung) の事例であった。(iii) すなわち、何びとが現になお追放刑に処せられているか、あるいは、一旦被った追放刑から既に身を引き抜いているかを巡って行なわれる裁判所関係者の証言である。その一例としては、S. 39, III, 38c があげられよう。(iii) ここに述べられているのは次のような事例である。犯罪被疑者を逮捕できるのは、かれが現行犯人のときに限られており、非現行犯容疑者についてはかれが現に追放刑に処せられている場合のみ可能であった。そこで原告はある非現行犯被疑者を捕獲しかれにたいし訴えを提起し、ここで、被告人が現在追放刑に処せられていることを主張する。しかるに、当該被告人が追放刑について否認をする。この場合に原告が被告人の追放刑を証明せんとするときは、当該被告人にたいして過去に追放刑を宣告した裁判所関係者 (裁判官など)、すなわち「裁判所の証人 (Gerichtsbeweiser)」の証言をもってそれを行なわなければならないのである。

裁判所証明の意義は以上の通りであるが、自白の手続 (参審人による自白聴取・確認の手続) が裁判所証明の一形態と見なされる所以は、裁判所証明のもたらす法的効果と自白の手続におけるそれとの類似性にある。すなわち「裁判所

自らが事実を見聞したがゆえに、「この事実につき当該裁判所関係者によってなされた」裁判所証明は「何びとによつても」争われえなかつた」。そして、「被告人が「既に事前手続において」行なつた自白にたいして「この事前手続に關与した」参審人がなす証言も、中世後期の裁判所令によれば、まさしく右のような「裁判所証明における同様の法的」効果を有した」。その法的効果は次のところに現われる。「これ〔すなわち法廷における参審人の自白確認の証言〕によつて被告人は最終的に断罪される」(S. 382)。このようにして、クラインハイアーは自白の手続が裁判所証明の一形態たる所以を説明し、しかもこのことを根拠にして、次のように著者本来の命題をも立証しようとするのである。すなわち「自白が問題となるのは証拠方法としてではなくて、訴訟行為 (Prozesshandlung) としてなのである」(S. 382) 也。<sup>(註)</sup>

自白の手続が裁判所証明のカテゴリーにあるとしてクラインハイアーが重視するのは、裁判所証明と同様に自白の手続が事実の、真実性、の問題には關係しないという点である。著者が引くブランクの研究によれば、<sup>(註)</sup> 裁判所証明の内容は「過去に裁判所において観察された事実——これに基づき、現在判決を求められている裁判所が当事者の主張の正当性の確信を得る——の真実性 [Wahrheitsbeweis] ではない」。(ただし、これは裁判所証明に限らず、およそ、中世証明法の法的性格に關係するが。) そうではなくて裁判所証明の内容は、「当事者によつて申し立てられ、法的に定式化された主張そのものの正当性である。しかもこの正当性たるや、当事者が過去に裁判所において生起した出来事から結論 (Schlußfolgerung) 「判決」として導き出し、現在「裁判所」の場で、攻撃あるいは防御のために利用しようとするものなのである」。こうして「裁判官の告白・宣誓」「裁判所の証言」の内容は、当事者が行なう宣誓の場合と同様、事実 (Tatsache) 「内容」の知識に關わる単なる陳述ではなくて、常に、一個の判断 (Urteil) 「判決」であり、しかもこれは、「過去の出来事に關して」証言をなすべき裁判所 (bezeugendes Gericht) が当該裁判所自らの経験から知りえた事実<sup>(註)</sup>にたいして法命題を正しく適用することを得られる」。以上を、先述 Sp. III, 88, 2 の例で示せば、原告は、被告



人が現在、追放刑に処せられている旨を主張し、この主張の正当性を立証するため証明を申し出るが、このとき、現在の裁判所によって命じられるのが、当該追放刑をめぐる裁判所証明である。ところで、原告の主張内容は右の如く被告人が追放刑に処せられているとするものであったが、原告はこのように主張することで、過去に、裁判所で宣告された、当該被告人に対する追放刑の判決そのものを援用し、これをもって、現在の裁判所において被告人にたいし攻撃にかかるのである。現在の裁判所において、過去に当該追放刑の判決に携わった裁判官・参審人が行なうのは、当該被告人にたいし追放刑が宣告されたこと——すなわち判決の事実——そのもの、存否の証言である。以上にたいし、裁判所において追放刑の審理の対象となつた事実、もしくは、追放刑の判決の基礎あるいは内容となつていた事実が、真実であつたか否かについての確信は、裁判所の証言の内容を形づくつてはいないのである。

以上のような裁判所証明の本質は、自白、手続についても当て嵌まる。と言うのは「最終開廷日において参審人が確認し、これを通して明らかにしようとしているのは、自白〔の内容〕の真実性などではなく、自白が「事前手続において」表明されたこと、それがゆえに、いつでも「有罪の」判決が下せる状態ができていふことと言ふ単にこのような事実〔それ自体〕であるに過ぎない」(S. 382)からである。

ところで、裁判所証明の対象となつていたのは元來は、ただ公開法廷 (public Hearing) で起きた事項であつた。裁判所外で経験されたことについては史料によつては裁判所証明がはっきりと排除されている場合があつた (S. 382 (Ann. 9))。しかしやがて、法廷外で生じたことであってもそれが認められるようになる。これが「裁判所証明の拡大化」(Expansion) の現象である。すなわち、裁判所外で、裁判官あるいは参審人、とくに、裁判所から派遣された者の面前で生じた出来事についても、裁判所証明が行なわれるに到る (S. 382 (Ann. 50, 51))。このような裁判所証明の発展、とりわけ、裁判所から派遣された者の面前で取り扱われた事柄についても当該被派遣者による裁判所証明が

可能となったと言う事情は、参審人による自白聴取・確認の活動の中に裁判所証明の一形態を見ようとするクラインハイアーの所論を具合よく裏づけうるものの如くである。と言うのは、裁判所外の事前手続において自白聴取に従事した糺問官——これらは裁判所あるいは市参事会から派遣された——が最終開廷日において自白確認の証言を行なうと言うのは、あたかも古来の裁判所証明の発展形態のひとつを示すものに他ならないようだからである。

いずれにせよ、参審人の証言（自白確認）活動を中心とした自白の手続を裁判所証明の一形態と捉えたクラインハイアーの所論はほぼ以上の如くであった。著者が自白の手続の特質をこのような形で理解しようとするのは、これによって自白が古い、すなわち中世の訴訟法制度と連繫していたことのひとつの論証が得られ、これを通してこの方面からも、自白が証拠方法でなく証明を不要ならしめる働きをしたとの本来の主張を維持しようと見るからである。ここで、次の二点の問題を提起したい。その一つ〔I〕は、裁判所証明が証拠方法かどうかの問題、他〔II〕は、自白が事実の真实性の証明に関係しないかどうかの問題である。順を追って述べよう。

〔I〕 クラインハイアーが自白の手続を裁判所証明の手続の一形態と考える背景には、裁判所証明が証拠方法でなく証明を不要ならしめるものとの把握があることは間違いない。他方、裁判所証明がはたして証拠方法か否かはそれの本質に関わる重要問題の一つである。この点について法史の教科書は極く普通に、裁判所の証言を証明手段のひとつ——しかも殊に中世盛・後期に一般的に発展する——として取り扱い、格別右のような問題には触れていない。管見の限り、僅かにこれに言及するものに、『ドイツ法制史事典』第七分冊（二九七〇）で「裁判所証明」を担当したW・ゼッレルト（Zeller）の記事がある。<sup>(10)</sup> その中で著者は「裁判所証明が真正の証拠方法かどうかは議論の余地のあるところ」と指摘し、この点につき、一方で右記ブランクの研究（a）、他方でJ・コルンブルム（Kornblum）の見解（b）を取り上げ、僅かではあるが説明を加えている。そこで先ず、それを多少敷衍しつつ紹介しよう。

(a) 裁判所証明が真正の証拠方法か否と云うような問題が出てくる所以は次の事情にある。当事者が現在の裁判所において過去に裁判所が宣告した判決を引き合いに出すことがある。このように当該当事者の主張が過去に裁判所が示した判断を含むような場合には、当該当事者は自己の主張の正当性を現在の「裁判所にたいし確信させるための証明を行なう必要がない」(ゼッレルト)。これは、現在の係争事件について判決を下すべき裁判所(erkennendes Gericht)と、過去の出来事に関し証言をなすべき裁判所(Beweisendes Gericht)とが同一の裁判所であるときは、殊に明瞭であろう。このことからブランクは「裁判所(自ら)」が過去に実見し聴聞したものは当事者による証明(Partheibeweis)を免がれた」と結論を導き出している(ゼッレルト)。ブランクによれば、裁判所証明は「現物による証明」(leibliche Beweisung)と同一の範疇にある。現物による証明は周知のように、ある生起した事件の推移(あるいはこれに関し提起された訴えの内容)を差し示す形跡や目的物——身体・物品・痕跡など——を当事者が裁判所(裁判官・参事人・立会人)の面前に持ち出し裁判所に実見させて、これによって自己の主張を理由あらしめ、あるいは相手方の請求を免がれるための基礎資料たらしめる証明手続である。ところでこのような現物による証明に関して重要なことは、現在係争の事件について当事者が目的物を持ち込み形跡を差し出し裁判所がこれを自ら実見・聴聞するとき、これによって相手方は当該当事者の主張を争い得なくなる点である。およそ証明とは当事者間で主張に争いがあるときに起こるものとすれば、右のように、相手方が争うことのできない一方当事者の主張は、相手方が争わない場合(自認)におけると同様<sup>(19)</sup>、証明を必要としない。このようにして現物による証明とは、この証明手続によって何らかのことが証明されると言うのではなく、むしろ証明そのものを不要にさせるのであり、これが現物による証明の法的効果であったのである。ブランクは裁判所証明をこのような性格の「現物による証明に直接繋がる」もの、いわばその「一つの流出形態」を示すに過ぎないものと見た<sup>(20)</sup>。相違が存するのはただ次の点である。すなわち現物による証明は裁判所

が現在、実見する事柄に拘わるのにたいし、裁判所証明は裁判所が過去に経験した事項に關係する。かくして裁判所証明は現物による証明と同一の法的効果を有し、裁判所が実見するものは、たとえそれが過去に属することであろうとも「相手方当事者は」争い得ない」。それゆえに、それは「当事者による証明を免がれ」、この意味で、証明を不要ならしめる。

自白の聴取・確認手続を裁判所証明の一つの形態と捉え、これを通し自白を証拠方法でなく訴訟行為と理解するクラインハイアーが裁判所証明の性格について依拠したのが右のようなブランクの見解であった。なお、W・ゼッレルトはブランクの所論を摘記紹介すると同時に、十五世紀のマクデブルク法における裁判所証明の一例として次の事例をあげている。すなわち同法によると「〔参審人の裁判所帳簿 (Gerichtsbuch) に〕記録された当該事項を「当該参審人が」読み上げることだけで既に完全な証明が得られる」。したがって当事者による証明はこれによって不要となると。

(b) 以上にたいし、中世後期インゲルハイム (Inghelm) 市における証明手続法に關し個別研究 (一九六〇) を著わした<sup>(12)</sup>「コロンブルムは裁判所証明を真実の証明手段と評価する。と言うのは、証明「義務」者が、常に、証明主題「証明の対象」を『裁判所を手段にして (mit Gerichte)』証明しているからである」(ゼッレルト)。インゲルハイム市——一三七五年カール四世によってクルプファルツ領に質入れされた——においては裁判所証明は「mit Gerichte」なる特徴的な言葉で呼ばれており、同市の証明手続法の中で殊に重要な地位を占め、係争事件の多くものものについて好んで用いられた。このあたりの事情は証明主題が裁判所外で生じた偶発的な出来事であるときですら、それが求められたところによく現われている。またその手続は、シュルトハイスと参審人 (三名) とが通常口頭でもって行なう (mit schultheißen und mit scheffen) ところにあった。とくに参審人の役割は重要であつて、裁判所証明は「参審人による証言 (Schöffenzugnis)」と呼ばれた。なお、erkenntendes Gericht と bezeugendes Gericht とが別個の

裁判所であるときは、文書による裁判所証明が行なわれ、これが口頭によるものに代わった。

ゼッレルトがコルンブルムの研究に依つてインゲルハイムにおいて裁判所証明が真正の証拠方法であったと考えるとすれば、それは、裁判所証明が「当事者による証明を免がれ」ていないことを意味する。しかもこのことは、*erken- nendes Gericht* と *bezeugendes Gericht* とが同一の裁判所であった場合ですら事情は変わらない。この場合でも、裁判所証明は「当事者による証明を免がれ」ておらず、当事者は裁判所証明でもって自己の証明主題を証明する。

以上、裁判所証明が真正の証拠方法かどうかを巡る(a)(b)の議論をW・ゼッレルトの短簡な説明によつて若干敷衍しつつ紹介してきた。右述の(a)(b)両論がはたして相對峙する性格のものかはゼッレルトの説明からは必ずしも明瞭でない。けだし、『十五世紀のインゲルハイム法』(一九六八)の中でG・グーディアン(Gudian)は、まさにコルンブルムの右記研究を参照しつつ、「參審人証言〔裁判所証明〕は最強度の〔証明力を持つ〕証明〔手段〕であり、それは「当事者によつて」反駁されえなかつた」と述べているからである。すなわち(a)でも(b)でも裁判所の証言は当事者によつて争われなかつた点については一致する。にもかかわらず、ゼッレルトによつて(a)(b)は、裁判所証明が真正の証拠方法か否かの点では対立させられているのである。

このように見てくると、實際問題、右の如き対立は存しないことになる。しかもこの場合、裁判所証明は証拠方法のひとつと理解されねばならないであろう(ゼッレルト自身はこの理解に傾いている)。プランクは確かに裁判所証明につき「裁判所(自ら)が過去に、実見し聴聞したものは、現在、見聞するものと同じく、「当事者によつて」争われず、それゆえに、証人と共にあるいは証人抜きで行なわれる当事者による証明を免がれている」と指摘し(また、現物による証明については「これによつて」証明が不要とされる)と述べる(II)が、しかし、裁判所証明が証明手段ではないとは明言していない。プランクが強調するのは、ただ、裁判所証明にせよ現物による証明にせよ、それが相手方当事者の反駁・否認

(versaken) を排除する働きをしたところにある。さらに、裁判所証明によっておよそ証明が不要となるとの命題は、「証明のいわば「受取人 (Adressat)」が何びとであつたかを考慮に入れるとき、必ずしもそのままでは維持し難い。けだし「中世訴訟法においては証明の受取人は殆どの場合、裁判所ではなく訴訟の相手方 (Prozessgegner) であつた」(ゼットルト)。すなわち現代法と異なり中世法においては、裁判所証明は他の証拠方法と同様次のようなのである。当該裁判所証明によって何かが証明されるというとき、この証明は裁判所にたいして行なわれるのではなく、「裁判所の援助でもって」、訴訟の相手方にたいして一方の当事者(証明者)の主張の正当性が立証されるのである。こうして、裁判所証明は相手方に向けて適用され、その証明によって、「かれ「相手方」は『納得させられ (überzeugt)』」るのである。以上、証明の受領者が訴訟の相手方であるとの意味では、裁判所証明によって当事者による証明が不要となるわけではない。

ブランク自身は、裁判所証明については、これによって当事者の証明がおよそ不要となるとは明瞭に口に出して述べてはいないし、現物による証明についても、現実には、相手方の応答を求め、あるいは自白を得るために、一方当事者の行動(すなわち証明行為)が必要であつた点を強調している。当面問題として<sup>(註)</sup>いる裁判所証明について、これを Ssp. II, 43, 1 によって示せば次のようである。<sup>(註)</sup>当事者の一方(A)がある土地を自己の封地 (Fene) として主張し、相手方(B)が自己の所有地 (Gien) と主張するときはBがAに優先し、しかも過去の裁判所において当該土地の所属問題に関わつた「二人の参審人の証言 (Vier scepenen eedte)」を引き合ひに出し、自己の主張の正当性を証明しうる。この場合その証言には当該土地の帰属を巡る事実関係は表に現われては来ず、当証言は「当該係争地が Gien であつて Fene ではない」との一個の判断 (Ureil) を含むに過ぎない。B の主張そのものもこのような判断を内容としていない。いずれにせよ、右の Ssp. II, 43, 1 はブランク自身認める如く裁判所証明の典型例を示し、ここで問題となつて

いる裁判所証明をブランクは、Bが「自分とも三人(当事者Bと二人の参審人証人)によって (sollten) 行なう裁判所証明」と呼んでいるのである。(密) こうなると、当事者の行なうかくの如き証明手続は、U・コルンブルムの所論に依拠しW・ゼッレルトが指摘したところとどのように異なるのであろうか。参審人の証言(裁判所証明)そのものは争われえないが、しかし、当事者はこの証言をもって自己の主張の正当性を証明するよう求められているからである。

〔Ⅱ〕 事前手続において被訊問者の自白を聴取した参審人が最終開廷日において当該自白を確認するのは「裁判所証明の方法によって (im Wege des Gerichtszeugnisses) いたと捉えるのがクラインハイアーの所論である。その際著者が強調するのは、かくの如き裁判所証明が「自白」の内容の真実か虚偽か」の証言ではなく、「ただ自白が過去になされたとの事実のみ」の証言をその本質としていた点である (S. 884, 110)。別言すれば、裁判所証明は次のような「現在の」裁判所の判断 (Urteil) を含んでいた。すなわち「原告は、過去に裁判所の面前で起き、かれの利益」「主張」にとって確かな「根拠を与える」出来事(「過去の裁判所の判断」)を証拠として、効果的に引き合いに出した」(S. 382(Ann. 48))。

このように裁判所証明が事実の真実性の証明 (Wahrheitsbeweis) に関係しなかったことは前述の通り既にブランクが主張したところである。すなわち、多少それを繰り返せば、裁判所が過去に下した判決、しかも当事者の主張の中で援引されている判決はその内容の正当性の点で調査の対象とはなっていない。その正当性を担保しているのは、過去に当該判決を宣告した裁判官の人格、そのものであった。参審人(判決発見人)が裁判所証明を果す場合も事情は同じである。当該参審人が事実を知っている者であるべきということは、確かにあからさまには要求されていないが前提はされている。換言すれば、参審人は自己自身の見聞に基づき知りえたことのみを証言するように期待されている。しかしその場合、「この自己自身の見聞の「拠り所となっていた」根元(「事実関係」)は検証から遠ざけられている」。

クラインハイアーは、事実の眞実性の証明問題に拘わる右のような性格の裁判所証明と自白の手続とを同列に置く。しかしこれは必ずしも疑問がないわけではない。と言うのは、既述(四―白)の如く、自白の手続は、自白内容の眞実性を担保するための検証の手続を含んでいたからである。著者自身、確かに「任意の自白」については——カロリナに知られるものを除き——、その検証が問題となっていなかったとするが、しかし「強要された自白」については検証が諸刑事裁判所令においてほぼ全面的に実施されていた点は認めている。以上の意味で裁判所証明と自白の手続とは同列に論じられないのである。勿論著者が裁判所証明と捉えようとしているのは、事前手続において自白聴取に従事した参審人(私問官)が最終開廷日に当該自白の採取を確認する行為であり、これにたいし検証は裁判所外における自白聴取の段階の問題であった。しかし注意すべきは、最終開廷日において確認を受け、有罪判決の基礎となる自白は既に事前手続において検証の手続を経た上で信用の置けると見なされたものであった。他方、クラインハイアーも本節既述の通り、裁判所外で生じた事項について裁判所証明が認められるようになったことに注目している。では、裁判所外で起きた出来事につき裁判官・参審人によって下された判断は調査・検証に附されていたかという点、そのようなことはないのである。

最後に、裁判所証明の妥当地域の点で多少問題となるのは次のことである。クラインハイアーは裁判所証明を取り上げるのにザクセン法領域を中心としたブランクの研究に依っていたが、自白について考察の中心に据えている諸刑事裁判所令は、カロリナがバンベルゲンシスに大きく依拠している点を含め、南ドイツに関係したこと、これである。これにたいし、著者は南ドイツにおける裁判所証明の事例には一切触れていないのである。自白と裁判所証明との妥当領域を巡るこのような状況から見て、自白の手続が裁判所証明の一形態と捉えるのはその説得性の点で何がしか欠けるものがあるように思われる。



この点に関連しひとつ想起されるのは、H・ブルンナー(+1915)が既に古く(フランクの研究が公刊される以前)一八七三年に「裁判所証明とフランク時代国王文書」と題する論稿の冒頭で、次のような問題を提起したことである<sup>(19)</sup>。すなわち、従来の研究が本来研究の対象としてきたザクセン法領域における裁判所証明は決して裁判所証明の一般的形態を示すのではなく、それに対置される形態として、シュワーベンシュピールゲル、アウクスブルク都市法書(一二七六)、ブリュン市裁判書に現われた裁判所証明があげられる。ブルンナーはこの南ドイツにおけるものを、ザクセン法流の「裁判所自体が裁判官と二名あるいは七名の判決発見人を通して行なう証言」(Dingmannenzeugnis)——狭義の裁判所証明——にたいし、「当事者が裁判所立会人と共に果たす証言」(Dingmannenzeugnis)として紹介した。前者においては、当事者は裁判所にたいし裁判所証明を請求し、これによって証明を行なうのは裁判所そのものであるのに反し、シュワーベンシュピールゲルを中心とする南ドイツの裁判所証明では、当事者が証明者として現われ——既述インゲルハイム市についてW・ゼッレルトの紹介を参照——、裁判所自体は証言を行なう立場にはなく、むしろ証言の受取人となっている<sup>(20)</sup>。

ブルンナーの説くように裁判所証明について南ドイツにはザクセン法におけるものとは異なった形態があったとすれば、クラインハイアーは南ドイツの諸刑事裁判所令における告白を取り扱かうに際して、この方面のことも考慮に入れるべきであつたのではないだろうか。

## 注

(19) この両刑事裁判所令の当該箇条については、後注(13)参照。

(20) a) v. Kries (FN 1), S. 25.

(21) „Wenn man abir einen verwesten man ane hanthafte tat gevangen vor kerichte brengen, unde der satzunge

nähr in gert, unde her der vervestunge loukent, de vervestunge sal man bezugen er der satzung mit deme richtere unde mit den dingpflichten. Selben en darf der klegler kein gezug sin. wor her mit deme gerichte gezeuges vulkumt."

- (113) 訴訟行為とは「Gerhard Köbler, Juristisches Wörterbuch (München 1979), S. 216f. に「*actio*」(当事者および訴訟補助者若しくはそれらの代理人(広義においてはまた裁判所——ただし争いがある——)のある手続への訴訟形成的関与)を云い、殆どの場合単独行為(例えば、訴えの提起、異議の申立、請求の認諾、主張、自白、否認、証拠の中出、裁判所にたいする申立)である。訴訟行為については実体法上の法律的行为(Rechtshandlungen)の諸規則は受当しないと思われる。ただしわが国については田藤重光『刑事訴訟法綱要七訂版』一六七—一八頁によると、訴訟行為は「訴訟手続——捜査および刑の執行を含めて——を組成する行為で訴訟法的効果をもとめられるもの」を指すが、しかし「自首や自白は、訴訟法上の効力だけでなく実体法上の効力をもつ」といわれている。これにたいし「英米法においては裁判所のアレンに対する被告人の答弁は…手続形成行為」(前注(65)所掲、七四—五頁)であった。

(114) Planck (FN 1), II, S. 157—8.

(115) クラインハイアーはプランク(Planck (FN 1), II, S. 190 (f))に依って「都市参事会で行なわれた法取引については参事会が裁判所証明を果した例——マクデブルク、リューベック、ハンブルクにおける——を紹介している(S. 382(Anm. 52))」。

(116) 例え<sup>24</sup> Richard Schröder / Eberhard Frh. v. Künzberg, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Aufl., Berlin u. Leipzig 1932, S. 861 mit Anm. 21; Hans Planitz-Karl August Eckhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 3. Aufl., Graz-Köln 1971, S. 229 (c)。

(117) W. Sellert, Gerichtszeugnis, IRG 7 (1970), Sp. 1578.

(118) Planck (FN 1), II, S. 157.

(119) Vgl. A. Engelmann, Der Civilprozess, Geschichte und System, II—1, Breslau 1890, S. 62 (§ 45)。

(120) Planck (FN 1), II, S. 148.

(121) 以下は Victor Friese / Erich Liesegang, Magdeburger Schöffenprüche, Berlin 1901, S. 41 (Nr. 18) に掲げられてゐる相続争論の事例に於ける。なおマクデブルク法における裁判所証明の重要性については、本誌巻末の Sachregister,

S. 732 (Beweis) 不證爲證<sup>20</sup>

(11) Udo Kornblum, Das Beweisrecht des Ingelheimer Oberhofes und seiner nachpflichtigen Scheffensühle im Spätmittelalter, Diss. Frankfurt (M) 1960, S. 49 ff. (其年リドウゴトハ<sup>21</sup> Hermann Schulze-v. Lasaulx の 著述 (ZRG. G. A. 83 (1966), S. 476—78) 不證爲證<sup>22</sup>)

(12) Gunter Gudiam, Ingelheimer Recht im 15. Jahrhundert, Aalen 1968, S. 24 (Anm. 12).

(13) Erich Haldelmeiss, Der Augenscheinbeweis im mittelalterlichen deutschen Strafverfahren, Stuttgart 1933, S. 11.

(14) „Wer ein Gut im saget zu lene unde ein ander saget, ez si sin eigen, sprechen se ez mit gleicher were an, ientir muz ez huz zu eigene behalden mit zwier scheinhen gezeuge, den der andere zu lene.“

(15) Planck (FN 1), II, S. 158.

(16) Planck (FN 1), I, S. 559.

(17) Planck (FN 1), II, S. 158, 159, 163.

(18) Vgl. U. Kornblum, Beweis, HRG 2 (1965), Sp. 406.

(19) Heinrich Brunner, Das Gerichtszeugnis und die fränkische Königsurkunde (1873), in: Abhandlungen zur Rechtsgeschichte, Gesammelte Aufsätze (Hrsg. v. Karl Rauch), I, Weimar 1931, S. 417—421.

(20) 獨ハ一區<sup>23</sup> 不證爲證<sup>24</sup> Swsp. L. (ed. v. F. L. A. Frhr. v. Lassberg) 11: „Swer borget oder enlifer, der sol daz gelten, vnd swaz er lobet daz sol er stete halten, wil aber er lovenge, des sol man in vber zivgen als rehte ist, swaz aber vor gerichte geschicht, da sol man niht vinbe swern niw wen hi dem eide sagen. [不<sup>25</sup>斗<sup>26</sup>ゴ<sup>27</sup> Aw Ssp. 1, 7 不<sup>28</sup>證<sup>29</sup>] …vnd swa man siben zezivigen nimt vor gerichte, da sol man den rihter fyr zwene nemen vnd sinen boten alsam [同<sup>30</sup>ハ<sup>31</sup> Ssp. 1, 8, 2]“

(32) フルンナーはシッワーレンシヒローゲルの裁判所証明が比較的新しい觀念を背景としていたのではないかと指摘する。すなわちその觀念によれば、裁判所証明を含めおおよそ証明は、古い時代の如く訴訟の相手方になんとしてではなく、裁判所にたづねて提出せられるべきものである (H. Brunner, a. a. O., S. 421, Anm. 1)°

五

以上ゲルト・クラインハイアー教授の論稿「中世後期および初期近世の刑事手続における自白の性格について」を紹介しつつ、その問題点を多少敷衍し指摘してきた。ほぼ十三世紀から十六世紀というドイツ刑事手続法史上最も豊かな法的形成力に満ち、近世訴訟法の形成にたいし決定的な影響を及ぼす手続を生み出した時代における自白の問題を対象としたこの一編は、われわれが自白を取り扱かう際に考慮に入れねばならない様々の論点をほぼ網羅的に示してくれた。この意味では、クラインハイアーの右論稿は刑事法史研究にひとつの寄与を果しえたものといえる。

しかしながら、他面、自白の法的性格を巡るその所論内容は本稿既述の通り多多受け入れ難いものがあったことも否めないのである。

その所論において一貫して主張し立証しようとした著者の命題は、「中世後期および初期近世刑事手続における自白は証拠方法ではなく証明を不要ならしめる働きをした」(また「自白は証明手段ではなく手続形成的効果を生ぜしめることを目的とする訴訟行為と捉えられる」というものであった(一)が、そこに現われていた問題関心は、糺問手続がどのような方法で、刑事手続法に浸透してきたかにあった(二)。著者は糺問手続の中心的位置を占めるのが自白——しかも拷問を伴った——と見るから、右の設問は、自白がどのような方法で中世後期以降の刑事裁判に投入されたかのよう置き換えることができるし、事実クラインハイアーの論稿は殊に自白の方面から糺問手続の浸透を取り扱ったものなのである。

こうして著者は自白を次のように考察した。自白は、通説の説く如く伝来の訴訟手続の外部に、あるいはそれと独立して出現したのではなく、それに連続し(三)、それと関係し(四)つつ登場し、そのような連続・関係の性格を近世

初期に入ってからまで維持していた。ここでこの後者の点に関連し少し触れておくならば、近世初期の後、つまりほぼ十七世紀以後右の如き連続・関係の性格がどのように変わったのかについては著者は何も述べていない。既述の通り、著者によれば、自白が証拠方法になるのが「任意の自白」も「強要された自白」と併んでその真实性を巡る検証に服せしめられることにあったが、これは、中世後期から近世初期に至る諸刑事裁判所令については著者によって否定的に解された。ではない、「任意の自白」が検証に附されるに到るのか、また、これが具体的にどのような法史料の中に見出されるのかは、終に明らかにならなかった。

著者の右命題において「自白は証拠方法ではない」と「自白は証明を不要ならしめる働きをした」との間の論理的関係は必ずしも明快ではないが、その趣旨は、自白は証明を不要ならしめる働きをするがゆえに、証拠方法とは捉えられない、というところにある。ところで、ここで少し附言しておくとして、著者が考察の眼目としていたのは必ずしも該命題そのものではなかったであろう。むしろこれを通して明らかとしたことの方が重要だったと思われる。すなわち通説が暗黙にであれ明示的にであれ認めるのは異なつて、糺問主義は中世的訴訟と断絶した無関係な状態にあったのではないこと、これである。とは言うものの、著者の所論を通して見て、表面上、右の命題が道標の如き役割を果たしており、著者の見解を検討するのにその命題の妥当性如何が当面の検討対象となった。しかし同時にこの検討を通して、著者本来の主張の問題性も浮び上ってくるはずである。

そこで当命題の妥当性の問題について本稿の要点を摘記すれば、以下の通りである。該命題は、(一)ザクセンシュピーゲルと一七九四年のニュルンベルク刑事裁判所令——しかし本当は刑事訴訟手続の雛型文書——に見出される裁判所での自白(裁判上の自白)については妥当する。すなわち弾劾手続・当事者訴訟のもとでは、被告が弁論手続の段階において自白をすれば、(自白がない場合に後に続くはずの)証明すなわち原告による証明は必要でなくなる。<sup>(133)</sup>この

ように自白の存することが証明を要らなくさせる。そして自白によって証明手続が進行しないという意味では自白は確かに証拠方法ではない。ただ、この点に閃クラインハイアーが「最終開廷日における自白は ProzeßBekräftigung」〔訴訟法的効果を生ずる当事者の意思表示〕であって証拠方法ではない（S. 384 b）と述べるのは大筋は間違いないが、必ずしも正確ではない。しかもこのことが延いては、後述の如く著者の所論における基本的問題点に繋がってくる。すなわち右の裁判所での自白（裁判上の自白）という「裁判所」〔裁判〕とは「最終開廷日」〔Endlicher Rehung〕を意味しない。けだし「最終開廷日」は事前手続（Vorverfahren）の存在を前提とした用語法であるのにたいし、ザクセンシニビーゲルや一二九四年ニルンベルク市文書には事前手続は前提とされておらず、そこに見出されるのは弾劾手続・当事者訴訟であり、こうしてそこで問題となっているのは「最終開廷日」ではなく「裁判所」の手続だからである。

このように著者の命題が裏づけられるのは右のような裁判上の自白に関してなのである。すなわち、(Ⅱ)（マクシミリアン一世帝の両刑事裁判所令は除き）一四八五年のニルンベルク刑事裁判所令以後の諸裁判所令に知られるように、事前手続および最終開廷日手続の両手続から成る刑事手続が問題となっている場合、事前手続において聴取された自白には、右述の命題の如き性格は見出されないものである。けだし、事前手続での自白が断罪の資料となり有罪判決の基礎となるには、それが最終開廷日において、(a)被告人自身によって繰り返えされる必要がある、(b)被告人がこれを繰り返えさず、若しくは否認をすると事前手続において糺問官として自白聴取に携わった参審人が自白を確認せねばならなかった。このような(a)における被告人自身による自白の繰り返えし、(b)に見られる糺問官の自白確認は、当該刑事手続全体の中で証明手続たる地位を占めており、(a)(b)いずれも不成功に終わるような場合には断罪証明は成立しなかったのである。この意味で、(a)(b)いずれの場合でも、事前手続における自白は最終開廷日

説  
論  
において証明を不要ならしめることはなかつた。<sup>(13)</sup>さらに、事前手続のみを定めるティロール伯領刑事裁判所令第七条（およびラドルフツェニル市の裁判所令第五条）においても、被疑者の取調べに当つた糾問官の面前での自白はそれがそのまま直ちに有罪判決の基礎となつたわけではない。当該糾問官三名は裁判所裁判官および参審人の面前（ラドルフツェニル市においては市原告官（Stauklieger）の面前）で、被疑者の取調べ段階の自白につき証言を行なわねばならない。当該自白に拘わる証言の後（すなわち証明手続の完了後）に始めて、有罪判決の草案が作成される（糾問官三名の中の一人が判決を尋ねられている）。

「自白は証拠方法でなく証明を不要ならしめる」の命題を裏づける事例としてクラインハイアーが右述（Ⅰ）（Ⅱ）の両者を全く同列に置いたのは、中世後期ないし初期近世の刑事手続の性格をどのように把握するかという基本的な認識の上で、相当に問題が出てくる。先ず、著者が論拠に求めた法史料の点で見ると、カロリナを代表格とする諸刑事裁判所令の刑事手続には、確かに著者の強調する如く、中世的訴訟（彈劾手続・当事者訴訟）が最終開廷日手続の形態をとつて維持されていた。しかしそこにおける最終開廷日の手続は「純粋に形式的な手続」・「公衆のための見せ物裁判（*öffentlicher Schauprozess*）」に過ぎず、むしろ事前手続の方にこそ特質があり裁判所外の手続が刑事手続の本質をなしていた。<sup>(14)</sup>クラインハイアーにはこの点の認識が必ずしも十分でなく、このことが右（Ⅰ）（Ⅱ）両例を著者が同列に論ずるに到つた所以に算えられよう。

次に、（Ⅰ）例における裁判所手続の基礎にある觀念は周知の如く当事者に手続の主導権を認める「処分権主義」（*Dispositionsmaxime*）であり、その構造を支えていたのは「弁論主義」（*Verhandlungsmaxime*）に求められる。（Ⅱ）例をこのような（Ⅰ）と同列に置くのは、右の如き「処分権主義」（そして「弁論主義」）の考え方を直接（Ⅱ）の手続に持ち込むものであり、これは（Ⅱ）に見出される刑事手続の本質に反する。<sup>(15)</sup>と言うのは、十四世紀から十六世紀にかけて刑

事手続の概念が新らしく出現したからである。その手続は職権主義 (Offizialmaxime) によって担われ、この意味でこの手続は「処分権主義」の手続から分離した<sup>(13)</sup>。分離の契機となったのは事前手続の形成である。以上を自白の問題から眺めると、職権主義の下の手続において聴取された自白は裁判上の自白とは法的性格を異にしていた。決定的に相違する点のひとつは前者が多かれ少なかれその真実性を巡る検証に服したことにある。そして検証の手続を動かしていたのは真実発見の思想の発展であり、この点は銘記されねばならないであらう<sup>(14)</sup>。

クラインハイアーが中世後期ないし近世初期における自白の性格を説明するに際して右述(Ⅰ)(Ⅱ)両事例を混同したところに現われている最も大きな問題は、著者が裁判所外における事前手続の形成問題を正しく取り扱いかい得なかった点にあると思われる。この職権探知主義の手続こそは、独自の構造を備えた手続——すなわち刑事手続——の形成に寄与し<sup>(15)</sup>、弾劾手続・当事者訴訟は裁判所外における事前手続の成立によって、そしてその限りで、構造上変容を被った。したがって、クラインハイアーの如く糺問手続を中世的訴訟手続に繋げて理解しようとするときでも、少なくともこのような変容の点は考慮に入れねばならなかったと言えるのである。

以上述べて来たところはほぼ通説を確認することに止まったようである。しかし著者が糺問手続の浸透、なかんずくその中心的地位を占めた自白の出現を弾劾手続・当事者訴訟の中世的裁判手続と繋げて捉え、その性格を明らかにしようとしたことは、確かにこれを巡る論証の仕方にこそ問題はあったが、それ自体は今後も何らかの形で考察の対象として行く必要はあるう。ただし通説の説くように糺問手続が固有法の発展にその形成の基礎をもつ——このような理解の点ではクラインハイアーは通説にしたがっている (S. 378, 383) ——のであれば、当然、右のような考察は意るわけには行かないはずだからである。にも拘わらずこの点について、通説は考察をほとんど加えていない。例えば、裁判所外の事前手続において拷問によって強要された自白は裁判所の最終開廷日手続において任意に繰り返えされね



ば、断罪の資料・判決の基礎とはなり得なかつたが、ではこれがなぜそのようなかは問題にされていない。果たしてこのところに、弾劾手続・当事者訴訟の基盤となっていた処分権主義が影響を及ぼしてはいなかったであろうか。こうした問題も未だ提起されていない。この意味から、クラインハイアーの問題関心は意義を失なわないであろうし、著者の所論の中で積極的に継承し、今後の研究課題となしうるものがあるとすれば、それは自白の手続と裁判所証明との関連に求められるように思われる。自白の手続の形成にとって裁判所証明が手続法上の範型となり、この点で何がしかの寄与を果たしたのではないかということである。<sup>(16)</sup> その場合でもとくに問題となるのは、裁判所外で生じた事項に関わる裁判所証明ではあるが。

しかし次に、通説およびクラインハイアーの双方に対して一つの問題が存する。それは右に指摘したように糺問手続の固有法発展論の問題である。通説の骨格をなすエーベルハルト・シュミットの見解は現在、ヴォルフガング・シムケによってほぼ全面的に批判の俎上に載せられた後、<sup>(17)</sup> ついでヴァインフリート・トルーゼン、さらにジョン・H・ラングバイン<sup>(18)</sup>によっても疑問が提出されており、ドイツ糺問手続なканずく拷問に対するローマ・カノン法の影響が指摘されて来ている。<sup>(19)</sup> これらの指摘およびその論拠とするところについては、ここではこれ以上立ち入る余裕はないが、それらが今や無視されえないことは間違いない。ただここで、通説をも含めてこれら諸見解全体にたいし、ひと言付言するとすれば、糺問手続を固有法起源のものとするか外国法に由来すると捉えるかのいわば二者択一的な問題の立て方自体、必ずしも疑問がないわけではない。というのは、特定の法制度を固有法か外国法のいずれかに遡らせるこのような立論からは、あたかも中世法文化において固有法と外国法(ローマ・カノン法)とは相互に無関係な状態にあったかの印象を受けるのであるが、しかしこのことは、それ自体、中世法文化を如何に理解すべきかの点で議論の余地のあるところと思われるからである。<sup>(15)</sup>

このように問題は今後に残さざるを得なかったが、いずれにせよ、ゲルト・クラインハイアー教授の論稿は、刑事手続法史における自白の問題に関心を抱いた筆者にとって様々の点で刺激を与え、また今後の研究のためにも示唆するところが大きかった。とりわけて、著者の所論を辿る過程で、従来はさほど考えることの少なかった中世的訴訟の当事者主義構造の一斑に眼を注ぐ機会を得たのは望外の幸せである。以上につき著者に深く感謝すると共に、著者の論旨を誤解しなかったかを恐れるものである。

注

- (133) Vgl. Hans Schlosser, Spätmittelalterlicher Zivilprozess nach bayerischen Quellen, Gerichtsverfassung und Rechtsgang, Köln-Wien 1971, S. 328 (Anm. 7).
- (133 a) H・リッービンツに於ける批判(前注(10)本文以下参照)中の点に関するもののみである。
- (134) „vnd wann die drey so dalrey gewesen sein gezeugknus geben [Kadollzell]: die drey dem Starklager zuuerordneten gezeitknus geben] vnd die vricht also zusein anbelligklich bey jren Ayden vor Richter vnd andern Geschworn bekemen. Als dann ist desselben bekennen genug, vnd vnder den dreyen sol alsdann des ersten ainer der vrrail angeforcht werden.“ 転載 E. Schmidt (FN 36), S. 105 (§ 83) 参照。
- (135) H. Schlosser, Inquisitionsprozess, HRG 10 (1973), Sp. 380; G. Buchda, Gerichtsverfahren, HRG 7 (1970), Sp. 1559—1560.
- (136) 団藤重光「自白と補強証拠」『刑法雑誌』一〇三・四(一九五〇)九二頁参照。
- (137) Vgl. G. Buchda (FN 135), Sp. 1551; E. Kaufmann, Inquisitionsbeweis, HRG 10 (1973), Sp. 375.
- (138) この点に関連しクリースがブリュン市裁判書について次のように述べるのを参照(前注(30))。「それ〔ブリュン市裁判書〕によれば、〔それ〕以前の時代とは異なって、有罪の判決は、被告によって表明された意思表示〔自白〕の〔a〕形式的な性格のゆえでなく、〔b〕〔その意思表示の〕信じられる内容のゆえに宣告される。およそ、どんな訴えも有罪判決で終

わってしまふということがないためには、そのような「a」から「b」への変化は無論真に避け難いことであつた。ただし、編輯者ヨハネス・フォン・ブリュン（市書記）によつて一三三三年から起稿され始めたブリュン市裁判書（ラテン語全文七三〇箇条）は「ローマ」法<sup>1)</sup>の学説と固有法の知識との最初の接触<sup>2)</sup>を示すものとされてゐる（H. E. Rösler (FN 5), S. XXXII）。なお、前注(8)「ヤム」A. Erlar, Brünner Schöffenbuch, HRG 3 (1966), Sp. 525; H. Holzhauser (FN 26), Sp. 1635—1636 を見よ。

(133 a) この点については裁判所における自白から裁判所外での自白への發展の問題として、すでに前稿（前注(89 a)参照）、十九—二〇頁において問題の所在だけは指摘しておいた。

(139) しかしこのことは、訴訟が原初は刑事訴訟であつたとされていることと矛盾はしない。すなわち原初時代の訴訟が刑事訴訟であつたというとき、そこに示されているものは、原初の訴訟が強効訴訟であつた点と関連し、もつぱら、裁判所に提起された訴えの内容に關係している。原初の訴訟ではおよそ訴えは、いかなる事件といえどもそれが犯罪事件と見なされた結果、被告がある犯罪の犯人であるとの非難を意味していたのである。そして通説がこのような刑事訴訟から民事訴訟が分化するとの如く理解するものも、やはり、訴えの内容の変化に關わる（Vgl. Ulrich Stutz, Die Beweisrolle im altdenkschen Rechtsang, ZRG, G. A. 49 (1929), S. 10—11）。以上にたいし、本稿で「刑事手続の成立」として示すものは、裁判の手続構造そのものの変化に關係してゐる。

(140) この点については次のことが想起されよう。ザクセンシュェーベルの訴訟法によると、被告が宣誓によつて自己を防禦する権利を持った（またその義務を課せられた）のは、彼が裁判所証明による有罪とされないとときであり（Ernst Zimmermann, Der Glaubenseid, Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung, Marburg u. Leipzig 1863, S. 298）。また、本稿既述の通り、裁判所において彼が自白をしたときであつた。このように、裁判所証明と自白とは、被告に雪冤宣誓を許す（また義務づける）か否かに關して同一の働きをしていた。

(141) 前掲拙稿（前注(3)）、七七頁注(8)参照。なお、ここにヴォルフガング・シルト（Schilt）の見解が「折衷的」というのは、シルト教授が拷問をドイツ自生のものとしつつも、そこにおける外国法の影響を否定去つてはいないことによる。また教授はゲルマン諸部族法典が既に拷問の行使を奴隷にたいして許していたのについて、「ローマ法の影響によるもの」と見る。

(142) Winfried Trusen, Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland, Ein Beitrag zur Geschichte der Frührezeption,

Wiesbaden 1962. S. 71.

(31) John H. Langbein, 'Prosecuting crime in the Renaissance, England, Germany, France (Cambridge, Massachusetts 1974), p. 152; J. H. Langbein, *Torture and the Law of Proof, Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago and London 1977, p. 8 (fn. 16).

(34) この傾向は、右注(13)に掲げた John H. Langbein の両著が、現在ドイツにおいて高い評価を受けているところからも分かる通り、ますます高まってきた。 (マックス・プランク・ヨーロッパ法史研究所のヴォルフガング・ヴァグナー (Dr. Wolfgang Wagner) 博士、アウクスブルク大学のハンス・シュロッサー (Prof. Dr.Hans Schloßer) 教授の教示に  
1410)

(145) 中世初期について世良晃志郎『良き古き法』と中世的法観念』(『法理学の諸問題・加藤新平教授退官記念』一九七六、二二二頁)は、『中世』の法観念の中から、ローマ的およびキリスト教的法観念を差引いて残る『ゲルマン的』法観念だけを問題にするという態度」にたいし疑問を提出しているが、この点は、中世後期についてもなお考えてみなければならぬ問題と思われる。

〔付記。本稿所引の文献のうち一六一六年のバイエルン刑事訴訟法典は中央大学図書館所蔵(同図書館刊「近世ドイツ法・イタリア法関係コレクション目録」(一九八二)参照)のものを利用した。これの閲覧に際しては、中央大学法学部教授本間修平氏の御援助を賜わった。本誌紙面を拝借し厚く感謝の意を表する次第である(一九八六・六・二)〕