

論 説

徴表と有罪の理論をめぐる一問題

—— カロリーナにおける ——

若曾根 健 治

- 1 はじめに
- 2 徴表とその立証について
 - 2-1 徴表の理論一般
 - 2-2 徴表の立証について
- 3 拷問以前と拷問以後の手続き
 - 3-1 訊問と拷問一般
 - 3-2 拷問以前の手続き
 - 3-3 拷問について
 - 3-4 拷問以後の手続き
- 4 殺害と刑事刑の免除
 - 4-1 免責問題一般について
 - 4-2 殺害と免責問題一般
 - 4-3 免責事由としての正当防衛
 - 4-4 正当防衛以外の事例について
- 5 むすび

1 はじめに

1532年のカール5世刑事裁判令——以下では、カロリーナ (Carolina)

(CCC) と略記する——における刑事手続きの根幹となっているのが徴表法則と有罪認定の理論であるのは、異論のないところであろう⁽¹⁾。しかも、徴表法則と有罪認定とのあいだには「拷問」の問題が挟まっていた。こうした刑事手続き法の問題はまた、カロリーナにおける実体刑法の問題とも無縁のものではなかった。この点について一言述べておきたい。カロリーナは第一義的には刑事手続き法であり刑法はそこに差し込まれた一部分である、といった捉え方がある⁽²⁾。これは、立法の契機となっていた時代の問題——罪無き者が不法に刑に処せられている⁽³⁾——から見ると、理解できなくはない。他方で、立法者は、手続き法と刑法とはカロリーナにおいてひとつの法として繋がっている存在と見ていた。このことに、注意しておこう。

さて、カロリーナにおける徴表—拷問—有罪の問題は、わが国では周知のように、米山耕二氏の、カロリーナの刑事手続きに関する論文(1975)によって解明されてきている。そこでは、学識法(ローマ=カノン法・イタリア法)学にも目配りがなされつつ詳細な考察が加えられており⁽⁴⁾、今日に到るまで本論文を超えるものはないようにおもわれる。

にもかかわらず、他方で筆者には、徴表と有罪の理論に関して、以下のように前々から気がかりなことがあった。

カロリーナ第20条(Art.20 CCC)⁽⁵⁾は「確たる徴表なくしてはなんびとも拷問を受けざる」と標題を掲げ、こう定める。「ひと[訊問官]がある犯行につき[被疑者を]訊問せんとするとき犯行に確たる徴表が予め存せぬかぎり、および、当該徴表が立証されぬかぎり、なんびとも拷問を受けることあるべからず。このような[確たる徴表が無いのに実施された]拷問から犯行が自白されることあるも、その[被疑]者[の自白]は、信用されざるべし。またなんびとも、それ[当該自白]に基づいて有罪とはされざるべし」⁽⁶⁾と。本条は、カロリーナにおける徴表と有罪の理論について要石となる箇条である共に、中世後期刑事司法からの転換を明晰に語っている。また後続の箇条(Art.22前段)も、こう述べる。「次のことにも

注意が向けられるべし。なんびとも、なんらかの徴表、疑惑、指標あるいは嫌疑に基づいては、刑事刑による終局の有罪判決を被ることは、あるべからず。それ[徴表、疑惑など]に基づいておこなわれうるのは、拷問のみである。」⁽⁷⁾ こう強い口調で語っているのは、徴表のみによる有罪の認定は禁じられる、ということであった。

犯罪被疑者に徴表が存在し、これが証明されることで初めておこないうるのは「拷問」である。拷問は「犯罪者として嫌疑を帯びて告訴され、しかも牢に勾留される者が自白せぬ」(Art.18)⁽⁸⁾ ときに、被勾留者から自白をえるために加えられる。では「有罪判決」が下されるのは、どのようなときか。上記箇条 (Art.22後段) に、こう見える。「かくして、徴表が…充分となった後には、ついで、なんびとであれ刑事刑による終局の有罪判決を被るべし。これ[終局の有罪判決]は、なんびとであれみずからの自白によって、あるいは…[証人の]証言によっておこなわれねばならぬ。推定あるいは徴表に基づいておこなわれることは、あるべからず。」⁽⁹⁾ すなわち、有罪判決は自白、あるいは証言がえられるときに初めて下されうる。なお「自白」と(証人による)「証言」との関係はカロリーナによると、次の通りである (Art.9)。被収牢者が「拷問によると、よらぬとにかかわらず」自白せぬときに、なおも彼を断罪せんとするには「当該犯行の立証と、これに基づく有罪判決とによる」のが必要たるべし、と⁽¹⁰⁾。証言によって立証を受けた後も自白を望まぬときはどうか。被告は「拷問を(再度)受けることなく (*on eynich peinlich frage*)」有罪判決を下されうる (Art.69)⁽¹¹⁾。

すでに以上の諸箇条から、自白(およびこれを取得するための拷問)の意義は、中世後期もしくは晩期に比べて小さくなっているのが判る。無規律な自白聴取は禁じられる。かつ自白のみが有罪認定の根拠ではもはやなくなっている。

以上によって明らかになったのは、徴表と有罪との区別論——徴表に基づいて拷問はなしうるが、徴表に依拠して有罪判決を下すことはできぬ——で

ある。他方で、以上によって明らかになったところに基づき、刑事手続きの、全体的な流れを構成してみると、どうなるであろうか。徴表が存在し、これに基づいて拷問が実施され、この結果自白が取得され、有罪判決が下される、ということになる。つまり、徴表→拷問→自白→有罪判決、の流れである。一見スムーズな、あるいはメカニクな手続きの流れが浮かんでくる。しかし、どこかしっくりいかない感じがある。一方で徴表と有罪の区別論（P）と、他方で手続きの、メカニクな流れ（R）とのあいだに横たわる違和感めいたものである。というわけは、上記の流れをよく見ると、究極的には、徴表→有罪判決、という構図が出現してくる。最初の徴表と、最後の有罪判決とがあたかも直結しているかのような、刑事手続きのありようが現われている。ちょうど、上述の、「かくして、徴表が…充分となった後には、ついで、なんびとであれ刑事刑による終局の有罪判決を被るべし」（Art.22 後段）の言葉に、窺いうるかのように。しかし、ほんらい、上記Rの中にはPが組み込まれているはずである。にもかかわらず、じつは、このことがわれわれの目によく見えてこない。カロリーナにおける徴表と有罪の理論について、筆者には前々から気がかりなことがあったと述べたのは、上記のPとRとの関係がよく見えてこないことにある。

しかしながら、他方で、カロリーナの立法者には、これが見えていたはずである。確たる徴表があれば拷問は実施可能だが、しかし拷問により取得できた自白はそのまま自働的に、メカニクに有罪判決の根拠とはなりえぬ、と。言い換えれば、上記の、徴表→有罪判決、が帯びる問題性が立法者にはよく見えていた、ということである。問題性がよく見えていたからこそ、Art.20やArt.22で徴表と有罪の区別論（P）を力強く展開させんとしたものと考えられる。

では、立法者にはよく見えていた問題性とは具体的になんであろうか。本稿で、これを問いたい。そこで、課題は、こうなるであろう。徴表と拷問とによってえられた自白をそのまま自働的に有罪判決の根拠にはさせな

くしているもの——有罪判決にたいする、いわば、歯止めとなっているもの——として、換言すれば、これらArt.20やArt.22における徴表と有罪の区別論（P）を活かすてだてとして、カロリーナの立法者らは、具体的になにを考えていたのであろうか、と。

米山氏の論文は、もちろん、こうした視点を欠いてはいない。カロリーナにおいて拷問が制約を受け、自白の検証が求められていることを、見逃してはいない⁽¹²⁾。とくに、カロリーナの手続きに課された「実践的な要請」としてこう指摘するところに、注目したい。「ある者が有責であるという積極的な事実を探知しようとする活動において、しかしながら、ある者が有責でないという消極的な事実が見誤られてはならない」と⁽¹³⁾。じつは、この発言は、カロリーナの一箇条が生命刑および身体刑の科刑について語っていた言葉「正義の愛好よりして、かつ公共の利益のために」（Art.104）に関係する。同箇条で刑事裁判令は、こう述べている。本裁判令が以下諸箇条において定める刑事刑には、時代やラントの情況に相応せぬものがある。また一部分の刑事刑については、条文にそのまま則っては適用し難いところがある。その上さらに、刑事裁判令自身は諸箇条において各刑事刑の形態と程度を指し示すことはせず、これらをラントの良き慣習と、法に通じたる裁判官の判決とに委ねている。そこで当刑事裁判令は、犯罪の状況と悪質性とに応じ「正義の愛好よりして、かつ公共の利益のために」刑罰を命令し、これを執行するのは、同じく裁判官の衡量によって（*inn der selben wilküre*）おこなうものなり、と定めると⁽¹⁴⁾。ここで、後述との関係で一言述べておきたい。ここには、カロリーナ立法者によって、裁判官の「衡量」に随分期待が寄せられている。しかし他方で、事情のいかんによっては、衡量は、かの悪評高い〈裁量〉となりうるし、または、これに陥りかねぬ性格をもっていたことである。

米山氏の上記発言のうち、「有責であるという積極的な事実を探知」するのが「公共の利益」（「合目的性」）を示していよう。「有責でないという消極的な事実」に目を注ぐのが「正義」にあたるであろう。ともあれ、

「有責である」ことと、「有責でない」こととは、そこでは、文字通り対抗した関係に置かれた思考として把握されている、といえる。

ところで、同氏によれば、カロリーナの刑事手続きは「正義の理念によって」規律されている⁽¹⁵⁾。他方で「公共の利益によって基礎づけられ」ていた⁽¹⁶⁾ともいう。また正義と公共の利益との関係について、カロリーナは「正義の優位という思想に導かれ」ていた⁽¹⁷⁾とされ、他方公共の利益と正義とは「調和的」に繋がっている⁽¹⁸⁾ともいう。こうしたいろいろな指摘を読むと、上記の「有責である」と「有責でない」との対抗関係は、どのようなことになるのであろうか。対抗関係にあるものが「調和的」に繋がっているというのは、どのようなことなのか、なかなか判り難い^{にく}。

まさにこの「ある者が有責でないという消極的な事実が見誤られてはならない」の文言に見出される考え方を、米山論文とほぼ同じころ（1974）、ジョン・H・ラングバイン（Langbein）氏が「個々人の安全（Sicherheit des einzelnen）」といった言葉によってとりあげていたのに、注目したい。同氏によれば、先の「正義の愛好よりして、かつ公共の利益のために」（Art.104）からは、「個々人の安全」と「社会の利益（Interesse der Gesellschaft）」とが「同時に」求められているのが判る。しかも、社会の利益のために犯罪と戦おうとするさいに、刑事手続き法が陥りがちな弊害から個人ひとり一人を護ること（「個々人の安全」）——すなわち「罪無き者が苦しめられ、また、生命を奪われる」（カロリーナ・序言）⁽¹⁹⁾ことが起こらぬように——を「社会の利益」よりも優位に置こうとしているのが、カロリーナ立法者の意図であった、と⁽²⁰⁾。

ラングバイン氏の考察はカロリーナの刑法に比べて、刑事手続き法の側面にずいぶん紙幅を割いてはいるものの上記の問題——徴表と拷問によってえられた自白をそのまま自働的に有罪判決の根拠にはさせなくしているものは、なにか——については、詳しくは論じていない。さらにまた、歯止めが徹底せず、それがうまく利かない事情が存する点について、考察が不足している。こうしたことがあるものの、彼の視角は、問題を考える上

でてがかりを与えてくれる。

ここで、米山、ラングバイン両氏の上記所論に関係して指摘しておきたいことがある。これはまた、本稿における考察の視点でもある。刑罰は「正義の愛好よりして、かつ公共の利益のために」科せられる（Art.104）という場合、正義と公共の利益とは一体となって働く思想として捉える必要があるだろう。それは、一個の統一した関係にある思想として〈罪無き者が生命を奪われぬ〉ことにも、〈罪有る者が放免されぬ〉ことにも作用するはずのものである。たとえば、「罪有る者が生命を永らえ、放免される」のは、「一般の利益」にとつてと共に、「刑事事件の原告」ひとり一人にとつても「損害」となるとされていた（カロリーナ・序言）。ここに働いているのは、公共の利益の思考であると共に正義の理念である。両者が一体となって目指すのは、「法と良き理性とに反する（*wider recht vnd gute vernunft*）」ことなく、あるいは、「法と衡平（*rechten vnd billichey*）」に最も適合するように（カロリーナ・序言）刑事裁判が営まれることであった。この点に関してカロリーナの一条には、こう見える。裁判官と判決発見人とは、次のことについて責を問われる。彼らが「それと知って犯罪者を釈放してしまう」ことについて。さらに、「このこと[釈放の件]については、原告にたいしても、神と世俗（権力）との前で、賠償の責を負う」べし、と。そのわけは、彼らは「各自の宣誓にかけ、かつ、各自の靈魂の無事をかけて、自己最善の理解を尽くし、衡平と法とを正す責を負っている」からである、と（Art.150）^(20a)。

ところで、被疑者・被告の安全もしくは保護というのは、なにか特別のことを述べるものではない。これまでの諸研究において多かれ少なかれ言及されてきた⁽²¹⁾。およそ、刑事裁判令という「法」が「正義の愛好よりして、かつ公共の利益のために」作られること自体が個人の保護は欠かせぬ思考としていようし、立法者もこの思考の下で立法に従事していたであろう。ただ、従来の研究ではこの点について、立ち入った考察がなされてこなかったようにおもわれる。

そこで以下では、大きく3点について考察したい。第1に、徴表は立証を要した。このことが被疑者・被告の保護の問題と関係する点について。第2に、拷問を中に挟んだ前後の刑事手続きに見出される保護の問題をめぐって。最後第3に、刑法の問題⁽²²⁾から、なかんずく殺害事件と刑事刑の免除の点から、被疑者・被告の保護問題に関して。

こうして本稿は或る意味で、カロリーナのテキストを、1つの問題視角から筆者なりに読み解く試みともなるであろう。

2 徴表とその立証について

2-1 徴表の理論一般

(1)徴表と有罪の区別論(P)であれ、徴表→拷問→自白→有罪判決といった手続きの流れ(R)であれ、それらに共通して問題となっているのは「徴表」である。カロリーナにおける刑事手続きの最初のとっかかりは、他ならぬこの徴表の問題にある。「確たる徴表 (*redlich anzeygen*)」を表わす言葉としては「確たる目印、疑惑、嫌疑、推定」と種々あろう(Art.19)⁽²³⁾が、要するに当該被疑者・被告に見出される、犯行の〈疑い〉であった。カロリーナまたその範となったバンベルク司教領国刑事裁判令(1507)における特徴の1つは「精緻な間接証拠理論による裏づけをもって拷問が制約」されていることにあった⁽²⁴⁾が、この「間接証拠」である。間接証拠の提供者は、伝聞によるのではなく(Art.65参照)自己自身が知っていることを供述する者である。彼が提供する証拠とは従って徴表——これは、犯罪の「主要事実」(後述)ではなく「補助事実」を示すもの——の目撃供述を始めとした〈供述証拠〉である。これにたいし、現場に残留していた、犯罪の存在を示すなんらかの痕跡が〈物的証拠〉として提供されるようなことは、犯罪捜査らしい捜査がほとんどなかったこの時代には、相当困難なことであつたろう。またたとえ物証(〈ブツ〉)が発見されよ

うとも、物証がモノをいうのは人間のことば（供述）を通してである。点在する物証と物証とを繋ぎ纏まりをつけるのも、言葉である。

(2) カロリーナにおける徴表理論は3つに別れる。[イ]徴表用語の問題を含む徴表の一般論 (Art.18-Art.24)。[ロ]諸犯行に共通する徴表論 (Art.25-Art.32)。[ハ]個々の犯行に固有の徴表論 (Art.33-Art.44)。この[ハ]にいう個々の犯罪は一例示である。謀殺 (Art.33)・複数人が絡んだ故殺 (Art.34)・嬰兒殺 (Art.35-Art.36)・毒殺 (Art.37)・略奪 (Art.38-Art.39)・物の略奪・人の略奪の幫助 (Art.40)⁽²⁵⁾・放火 (Art.41)・反逆 (Art.42)・窃盗 (Art.43)・魔術 (Art.44) である。殺害について5箇条、略奪・盗みについては4箇条があげられている。当時の立法者・裁判官・司直（裁判権力）にとって関心の的になっていた犯行がなんであるのか、その一端を窺いえよう。上記10犯罪のそれぞれに記されている徴表のありよう——なにが、当該犯行被疑者にたいする自白聴取にとって十分な、確たる徴表かをめぐる——は多種多彩。関係の叙述は頗る具体的であり、たとえば歴史犯罪学研究の一資料として参考になるほどである⁽²⁶⁾。ともあれ、上記[イ][ロ][ハ]の徴表論は米山論文に詳細に紹介がなされている⁽²⁷⁾ため、後述で多少触れるところは別として、それを見て戴きたい。

(3) ただ風評について一言したい。諸犯罪に共通する徴表の先頭に位置するのは、被疑者が帯びる風評 (*leumut vnd gerücht*) 就中「悪しき風評」 (Art.25 f 1) である。以下で風評について3点に触れたい。(i) 風評はこれ単独では拷問実施に十分な確たる徴表とはなりえぬ。カロリーナが規定する8つの疑惑断片の1つに止まる (Art.27)⁽²⁸⁾。疑惑断片は複数重なって見出されて初めて、衡量の対象となる。疑惑断片は複数重なって1個の確たる徴表となりうるのか、それとも、当該の、1つの疑惑断片であっても、これが拷問に十分な徴表となりうるのか、どうかの衡量である (Art.27)⁽²⁹⁾。たとえば、徴表（疑惑断片）の1つに、或る犯行の被疑者が「同一の犯行を以前 (*vormals*) 犯したか、どうか」 (Art.25) がある。これにさらに他の疑惑断片が加わったとき、当〈前科〉関係の疑惑断片が

確たる徴表になるかどうか、の衡量である。

(ii) 風評は、(ii-1) 罪を問われた犯行に限定して見られるものを指すのか、それとも、(ii-2) 疑いをかけられている者が平素から帯び、しかも彼の生活方法・品行に関わるものをも含むのか。この点は判然としない。この問題に関連するが、カロリーナはときおりこう述べる。「当該犯行をその者に期し (*sich der missethat zu ir versehen*) うる」ほどに、或る者が無鉄砲で軽率なる者として、あるいは疑わしい者として疑惑を受けることがあると (Art.25 § 1. また Art.31 § 4, Art.37, Art.42)。このように〈当該犯行を期しうるがごとき人物なり〉 (つまり、その人ならば、そういった犯行をやってもおかしくはない人物だということ) との疑惑を被るのも、或る意味で風評によっていたであろう。ただ、このような疑惑はこれ単独では確たる徴表とはなりえない。しかし、他の疑いと重なって確たる徴表を生じさせうる (Art.43)⁽³⁰⁾。確たる徴表の取得と共に拷問の手続きが進行しうる (Art.32)⁽³¹⁾。このような〈当該犯行を期しうるがごとき人物なり〉と評される事態が風評によっていたとすれば、ここには、上記 (ii-1)・(ii-2) の双方が折り重なって影響していたとおもわれる。他方、このような、いわば人物論・品行論が実務において力をえてくると、被疑者・被告にはしばしば不利益に働き、拷問に進み易い事情を作り上げることになる。こうした人物論・品行論は、おそらく立法者が諸領邦・都市における「讃えられるべき古来の慣習」(カロリーナ・序言)を顧慮せざるをえなかったことによっていたのであろう。「慣習」は、「総括の書 (*begriff*)」 (= カロリーナ)・「普通法」 (= ローマ・カノン法)・「衡平」の3つの法と並んで、帝国の「刑事の事項」に関係する法として、確固たる地位を占めるべく求められていた (カロリーナ・序言)⁽³²⁾ からである。

(iii) 被告の「敵」から出た風評は、一疑惑断片たる資格すらない。「軽率なる者」から出た風評も同様。「公平無私で、れっきとした者」の口から出るものでなければならぬ (Art.25 § 1)。敵愾心のない者による風評でなければ確たる徴表にはなりえぬのは、徴表一般の出自についても該当

しよう。被疑者・被告の保護のために慎重な配慮が払われている。

(4) 徴表の出自に慎重な配慮が払われているのは、「予言者 (*warsäger*)」の予言によって示された徴表もしかり。これはそもそも徴表とはなりえない (Art.21)。魔術 (*zauberei*) その他の手管から予言を働く者が提出する、いくなれば〈僭称徴表〉で牢に入れられることはないし拷問を受けることもない⁽³³⁾。およそ魔術の行使についてカロリーナには、「魔術によってひとびとに損害、または不利益を加える者は、生から死へと処せられるべし」(Art.109) とある。しかも、魔術に関する徴表の1つとして、「魔術が潜む、怪しい物体、[同じく怪しき]挙動、言葉、符号を帯びて徘徊する」(Art.44)⁽³⁴⁾ こと、がある。上記、予言者の魔術から出た徴表というのは、ここにいう「(怪しき)言葉」となろう。こうした徴表を提示する行為は、被提示者にたいし「損害、または不利益」を加えることになる。ただし、損害・不利益を加えることのない魔術の行使者は、必ずしも、直ちに生命刑に処せられるのではなく、「鑑定」結果に依存した (Art.109)。

魔術から出た徴表というのは、次のような事態を指していよう。現実には徴表がないのにもかかわらず、或る人Aをなんらかの犯行の容疑で告訴し、牢に入れ、拷問に付せんと企てる利害関係者B (告訴者) は、予言者に魔術を行使させ、Aには或る行為の疑いがあると主張する。こうして、当該犯行の徴表を操作する。〈僭称徴表〉の案出である。一種の〈誣告〉の行為ともいえよう。徴表の問題に関してそうした行為が規制の対象になった背後には、およそ魔術——とくに、人びとに利益になるような魔術——については、比較的大目に見られていた社会的状況があったとおもわれる。

(5) 上記の、魔術に由来する徴表の事例では、告訴者Bは、当該の予言者共ども処罰される。このように、徴表たりえぬ〈僭称徴表〉に基づいて拷問を実施するなど、刑事手続きを実施する裁判官も同断。ただし、彼は刑罰を科されるのではなく、被拷問者が蒙った「費用、苦痛、人格侵害、損害」にたいし「賠償する」責を負うに止まる (Art.21)⁽³⁵⁾。

上述の〈僭称徴表〉はおろか、そもそも徴表が見出されないのに、拷問

を実施する裁判官も、被拷問者が蒙った「恥辱、苦痛、費用、損害を、しかるべく賠償する責」があった（Art.20）。なお、この場合、伝来の慣行では、被拷問者にウァフェーデを誓約させることがしばしば実施されていた。カロリーナでは、ウァフェーデを、法に違反して、すなわち賠償請求権を剥奪する（その行使を断念させる）方便として被拷問者に課すようなことがあってはならぬ、と注意が喚起されている⁽³⁶⁾。

（6）徴表は、司直が職権によって被疑者を牢に勾留する（Art.6）手続き（糺問手続き）であれ、原告の告訴によって被告が牢に勾留される（Art.11）手続き（弾劾手続き）であれ必要であった（後述）。およそ、カロリーナにおける糺問、弾劾の手続き相互の関係をめぐる問題は、重要なテーマであるが、ここでは立ち入らない。ただ一言しておきたい。カロリーナでは、糺問、弾劾の両手続きは同居している。しかも、交差していたようであり、全体として見るに、弾劾手続きの中に糺問手続きが差し込まれている恰好をとる⁽³⁷⁾。立法者の念頭にあったのは2つの手続きが別個別個存在するといった様相ではない。独自の1つの刑事手続きがあった。被疑事実の「調査」・供述内容の「検証」というカロリーナの基底にある、いわゆる真実発見の思考も、弾劾、糺問両手続きに共通する⁽³⁸⁾。このように、糺問手続きと弾劾手続きとが相互に接近し、あるいは組み合わせられて1つの刑事司法を構成するのは、中世後期以来のことである。この意味では、伝統的ありようを示している⁽³⁹⁾。とくに徴表の事例では、被疑者・被告は次のように呼ばれる。「謀殺の嫌疑を受け告訴を被った」者（Art.33）・「密かなる放火の疑いを被って告訴を受けた」者（Art.41）・「犯罪者として嫌疑を受け告訴された」者（Art.18）と⁽⁴⁰⁾。これらによれば、糺問、弾劾の両手続きが相互に関係する。というわけは被疑者・被告は（事情によって原告も）身柄拘束の上牢に収容される（ここには職権が働く）からである。他方で、原告と原告によって告訴される者（被告）とは、実務上は格別、少なくとも立法上は依然として枢要な地位を占めるものと見なされている⁽⁴¹⁾。

ただ、〈原告によって告訴される〉といっても、告訴によって直ちに法廷の手続きが開始され、弁論、立証、判決へと手続きが進行する、というのではない。公開の法廷手続きは、「最終開廷日」の日程が指定されて初めて可能となる。しかも、最終開廷日の指定は、原告または被告が請求する（Art.78）。日程の指定に到るまでに、すでに〈ミニ法廷〉（後述）において、被告にたいする自白聴取（または証言）手続きが終わり、また判決文の作成に向けた判決発見人の評議（Art.81）も終了している。

（7）被疑者・被告を拷問するには予め確たる徴表がなければならぬ。では、徴表がなくても拷問が可能な場合はなかったのか。カロリーナからはよく判らない。米山氏は徴表がなくても拷問に移ることができる「例外」⁽⁴²⁾を示す規定に、「疑いを容れざる犯罪について」に関する箇条（Art.16）⁽⁴³⁾を挙げる。本条は拷問について語るが、徴表について言及はない。これは、当然のことかも知れない。というわけは、「公然たる、疑いを容れざる犯罪」としては現行犯行中に捕らえられる場合がその1例にあたる（他の例は後述）。こうした犯罪では、徴表といったものは論外となろうから。では他方、拷問はなぜ必要なのか。「行為者が、こうした公然たる、疑いを容れざる犯行を、しらじらしくも、反駁せんとするとき、裁判官は、真実を自白させるために厳格なる拷問をもって臨むべし」⁽⁴⁴⁾と述べられている拷問である。

この文章はなにを述べんとするのか。理解が容易ではない。米山氏によれば、「公然たる、疑いを容れざる犯罪」にたいしてすら拷問によって自白が求められるのは、裁判官が有罪認定のために「主観的な確証」を取得するのに必要であるからだ、とされる⁽⁴⁵⁾。ということは、米山論文がつねに強調している実体真実発見のためではない、ということになる。ところが上記文章は、「真実」を自白させる、と述べている。この点は、どう考えればよいのであろうか。

そこで、いささか考えをめぐらしてみたい。上記文章で「しらじらしくも」とあるのは、言葉のアヤかも知れない。被捕捉者が時間稼ぎのために、

また裁判の引き延ばしのために「反駁する」のならば、これは許されぬ行為なのだから、端的にそう語ればよいのに、そうした類いの記述はない。また彼が真に反駁しようとするのであれば、拷問は無用だ。彼は免責事由を申し出るべし、裁判官はそれを調査・検証すべし、と語れば済む。しかし、その種の記述も見られない。

上記の事情の下で、徴表と拷問が問題となる事例を想定してみよう。路上や家中にあった死体Xを偶然発見した者Aが遺留品をうっかり掴んでしまった。そのところを第三者Bに見つかり、捕らえられた（あたかも上記で現行犯中に捕らえられる恰好である）。通例BはてっきりAが殺したと見る。Aはこれを否定する。告訴されてもAは否認を続ける。訊問官は、原告提示の徴表に基づき「真実を自白させるために」拷問におよぶ、といった事例である。なお、徴表の一例に、生前のXとAとは或る財産をめぐる訴訟を争い「敵 (*feindt seins widertheils*)」の関係にあった (Art.26) 事情を挙げてもよい。こう考えてくると、「公然たる、疑いを容れざる犯罪」であっても、徴表・拷問・自白は関係してこよう。

(8)ここで最後に考えたいのは、(i) 徴表の存在、(ii) 刑事手続きの開始、(iii) 拷問の実施、の三者の関係である。この点は、帝国の各地で起きていた刑事司法の濫用 (Art.218) をめぐる問題に関わる。濫用の1つとして、徴表がないのにもかかわらず捕らえられ審理に付されることがあった。中世後期以来の刑事裁判とくに都市参事会の略式的裁判手続きでは、被疑者の風評が市参事会員過半数の評決を通して直接有罪判決の宣告に繋がっていた⁽⁴⁶⁾。カロリーナによれば、こうした風評すらなくて被疑者が牢舎に送り込まれていた。この状況にたいしカロリーナが、(i) 徴表がなければならぬと強調する意味は、(ii) 徴表なくしては捕らえられることはない、言い換えれば徴表が見出されなければそもそも刑事手続きは始まらぬことにある。では、(iii) 拷問の実施との関連では、どうなるのであろうか。別言すれば、手続き開始に必要なとされている徴表はそのまま拷問の実施にも通用する徴表なのかどうか。この点はカロリーナからは明ら

かでない。米山氏によれば、拷問の実施には、「(有罪認定にとって) 確実性に近い程度の嫌疑」があるときにかぎられる⁽⁴⁷⁾。

この問題については多少後に触れるが ([12] [19])、ここでは、裁判官が徴表について「調査をなす」よう求められている (Art.6) ことだけを挙げておく。これは、当該徴表が拷問の実施にとっても相応の徴表かどうかを確認する作業でもある。

2-2 徴表の立証について

(9) 徴表、しかも確たる徴表は、たんに主張されるだけではいけない。それが存在することが、証明されなければならぬ。このことこそは、徴表→拷問→自白→有罪判決、のメカニクな流れを制御する最初の手続きであった。

徴表は2名の証人 (*zeugen*) によって証明されねばならない (Art.23)⁽⁴⁸⁾。ここで早速問題になるのは、こうである。既述の通り、被告を有罪認定するには自白以外には、2名の証人 (M) による、犯罪の主要事実に関する証言を要した。徴表の立証に従事するのも2名の証人 (N) である。ところが、N証人の資格等に関する箇条はカロリーナにはない。では、M証人の資格その他をめぐる諸箇条 (Art.62-68) がN証人についてもあてはまるのであろうか。この点は、本条 (Art.23) 自体が肯定している (後述)。MNどちらも同じく「証人」だからであろう。従って、N証人も徴表存在の事実を知る者であり、自己の知覚によって知っていることを語る (*von eynem waren wissen sagen*) (Art.67) 者である。伝聞証言は禁じられてはいないが、ただその評価は低い。「充分には尊重されぬ (*nit gnugsam geacht*)」 (Art.65) と。また報酬を受ける証言者 (Art.64)、虚偽の証言者・悪意の証言者 (Art.68) に関する規定もN証人に適用されることになるであろう。

さて、徴表の存在をめぐる2名の証言とは、1名の証言がもう1名によって確認を受ける、またはもう1人の証人が登場するまで立証を待つ、とい

うことでもある。もう1名の証人がえられぬと1名の証言のみが残る。1人の証言は徴表を立証しえない。では1名の証言はまったく徴表を証明しえないのか。そうではない。本条（Art.23）の後段（またArt.30も同様）によれば、1名による証言が偶然にか「犯罪の主要事実（*hauptsach der missethat*）」を立証することがある。このとき当該証言は「半証言（*halb beweisung*）」（「十分な証言[*gnugsamen gezeugknuß*]」にたいしていう）ではあるが、徴表の立証にとっては充分である⁽⁴⁹⁾。なお「十分な証言」とは、犯罪の主要事実を立証し、しかも少なくとも2名あるいは3名の証言である。これによって（自白がなくとも）有罪判決を下すことができる供述を指すもの（Art.67）^(49a)。

(10)主要事実を立証する1人の証言（「半証言」）は裁判官が有罪判決を下すのには足りぬが、拷問の実施を可能にするのに必要な2人による徴表の証明にとっては充分であった（Art.23,Art.30）。逆に、1個の徴表が2人によって立証されても、これは半証言1個にもあたらない。主要事実の立証（P）と徴表の証明（R）とは、一方は有罪判決を下すのに必要であり、他方は拷問の実施に欠かせぬ。このように、本来法的機能を異にする2つの法的制度が交差し独自の役割を果たすのは、徴表→拷問→自白→有罪判決の流れを制御するのに、意義があった。そうとはいえ、主要事実の立証（P）は徴表の証明（R）の位置にまるごと移し変えられているのも、間違いない。一種の〈擬制〉である。こうした擬制の背後に働いていた立法者の考え方は、なんだろうか。法定証拠法の下で主要事実を立証する1人の証言は、もう1人の証言者が出現せぬかぎり本来いかなる法的役割も果たさない。他方、たとえ1人の証言であれ、主要事実（「直接証拠」）が立証されるという事態の重みは看過できない、と見るのであろう。他の1人の証言をかぎりなく待つということは、現実的ではない。1人の証言であるが主要事実の証言である。その重みを、なんらか刑事手続きに活かす（あるいは、役立てる）ことはできないか。活かしうるとすれば、上記PをRの位置に移し変える他はあるまい、との考え方である。

1人の証言者による主要事実の立証と2人の証言者による徴表の証明とは法的に同等の地位にあると捉えるカロリーナ立法者の立論には、主要事実が立証される事態の重みがあった。と共にもう1点として、「1が2に相当する」といういわば〈数の魔術〉が働いていた。1（主要事実の立証）＝1＋1（徴表の立証）、という魔術である。では、こうした数の魔術（あるいは〈足し算の魔術〉）は、徴表そのものの〈算術〉に関してはどうなるのであろうか。上記のように、疑惑断片1個のみが見出される段階では、当該断片は（確たる）徴表とはなりえぬ。複数集まってみて、拷問の実施を正当化する徴表となるかどうかの衡量の対象となった（Art.27）。このところで、或るカズイステーキが成り立たないだろうか。或る1人が疑惑断片1個を立証しえても、拷問実施を正当化する徴表とはなりえぬ（Art.27前段）。では、(i) 或る1人が提出する疑惑断片1個を他の1人が確認する（2人が1個の、同一の疑惑断片を立証する）ときは、どうなるか（A）。さらに(ii) 1人が疑惑断片を複数個証明しうるときは、どうか（B）。以上の、疑惑断片1個（A）は、また疑惑断片複数個（B）は、確たる徴表になる、あるいはそのように評価されるのであろうか。最後にもう一点。1個の徴表を2人が立証しても半証言1個にも相当せぬが、たとえば4人が1個の徴表を立証すると、これは半証言1個に相当するのであろうか（C）。

これらのカズイステーキについて、カロリーナに回答はない。啓蒙期には周知のように、数学的・合理的思考が展開し、〈足し算〉思考の下で徴表（〈灰色のもの〉）が数々集められる。徴表の集積が有罪立証（〈黒っぽいもの〉）を導くとの刑事手続きが出現する。13世紀イタリア刑法理論の系譜を引くカロリーナには、そういった、徴表の集積を評価する考え方は縁遠いものであったであろう⁽⁵⁰⁾。ただ、事情によっては、裁判官の衡量の対象になったかも知れぬが。

とくに、疑惑断片1個（A）は、また疑惑断片複数個（B）は、確たる徴表を作りうるかどうかについては、裁判官の「衡量」が働くのは疑いな

いであろう。カロリーナは、現にこう述べているからである。「彼ら[拷問を承認し、かつこれに基づき審理にあたる者ら]は…かの疑惑断片の個々が疑惑を受けた犯罪の確たる徴表となりうるほどのものなのかどうかについて」、また「[疑惑断片の]個々のものがこれひとつで拷問にとって十分な、確たる徴表をなすのかどうかについて、衡量すべし」(Art.27後段)⁽⁵¹⁾、と。ただし、「衡量」はまかり間違うと、中世後期以来都市の裁判において典型的に行使されたような、法に通じぬ当局による〈裁量〉(「古い、長きに渡れる (*langwirigem*) 慣習」[カロリーナ・序言])に陥りかねない。これを防ぎうる1つの方策が、法に精通する者らに「鑑定」を求めることであった。

(11)徴表の立証は糺問手続きにおいても、告訴手続きにおいても起きる(上述)。ここで、この問題に多少立ち入ってみたい。明文上ははっきりしているのは、告訴手続きの場合である。というのは、関係箇条(Art.23)そのものが、こう語る。「後に、十分な証言について記されている諸箇条にあるごとく」確たる徴表は、2人の証人の証言によって立証されねばならない、と。ここに「十分な証言について記されている諸箇条」とあるのはカロリーナのArt.62からArt.76におよぶ箇条を指す。直接関係するのはArt.67である。これによれば、十分な証言が成立するのは、少なくとも2名もしくは3名の証人の供述である(上述)。上記諸箇条(Art.62-Art.76)の冒頭に位置する規定(Art.62)には、こう見える。「被告が自白せぬとき、かつ、原告が告訴を受けたる犯罪を証明せんとするときは、彼[原告]は、それを、法にある通りに許されるべし」⁽⁵²⁾と。告訴手続きの下では、犯罪の主要事実が2証人によって証明を受ける。ということは、上述の通り、徴表の証明は告訴手続きにおいて紛れもなく生じる。この点は、Art.11が述べるところとも関係する。本条は、犯罪をおこなったと推定される者(被疑者)にたいし、原告が「峻厳なる刑事裁判を受けさせんため、(その者を)牢に勾留するよう司直もしくは裁判官に求める」さいの、冒頭手続きを定める。これによれば、原告は、被告が刑事刑を被るべき犯罪

の名を告げ、かつ当該犯罪の「確たる疑惑および嫌疑」つまり徴表を申告することを義務づけられている⁽⁵³⁾。原告によって告知され、申告されること (*angeben*) は「入念に記録に付されるべき」であった。なおカロリーナは到る所で手続きを記録に付す (書面にとる) ことに言及し、到る所で法に精通する者による鑑定に触れる。両者はまさに繋がっている。すなわち、刑事裁判所は鑑定を求めるためには、法精通者に訴訟記録を送付する必要があったからである。

(12) 他方カロリーナは、司直の職権による被疑者の勾留を認めていた (Art.6)。ここでも、勾留は、被疑者に見出される「広く流布した風聞、風評、あるいは他の信頼のおける徴表、嫌疑および疑惑によって」いた⁽⁵⁴⁾。では、この場合、徴表の立証はどのようなものであるのか。じつは、本条 (Art.6) には、徴表の立証は2証人による (Art.23) といったことは述べられていない。ではこの場合徴表の立証は要らないのか。そうではあるまい。というのは、裁判官は徴表について「調査をなす (*nachfragens haben*)」よう求められる。被疑者に見出される徴表のゆえに彼を勾留しうる。しかし徴表があるからといって直ちに拷問の実施に移ることは求められていない。拷問実施以前に、徴表は確たるもの、また信頼に値する (*glaubwürdig*) ものにならねばならない。このために「調査をなす」のである。これは「各犯罪事件の形態と情況」に応じて実施される。おそらく、この調査の過程で職権によって証人が探し出され、彼らから徴表が聴き出されるものと推測されるからである。いわば「調査」が「立証」行為に相当していた。被疑者の勾留のきっかけをなしていた「風聞」などの徴表 (C) と、拷問実施のための「信頼に値する」(「確たる」) 徴表 (D) とは区別され、両者を繋ぐのが上記の調査である。調査が加わってCはDへと格上げされる。従って、調査が入ったにもかかわらず徴表がCの段階に止まるとき、理論上は拷問実施に移れないことになる。

そうかといって、一旦勾留した被疑者を当局はすぐさま釈放するであろうか。容易ではないだろう。およそカロリーナは、被疑者・被告の〈積

放) といったことは——さまざまな段階で、またいろいろの理由から起こりうるはずなのだが——述べていない。少なくとも直ちには釈放されず「鑑定」を待つことになろう。ある箇条 (Art.7) によれば、「差し出された疑惑と嫌疑が果たして拷問実施に充分なりや否やについて…判決発見人が判決を決めるさいに疑念を抱くときは、当局に鑑定 (*radts*) を」求める (*suchen*) べし⁽⁵⁵⁾ とある。「鑑定の請願 (*radtsuchen*)」である。なお、(i) 判決発見人が鑑定を求める行為はおよそ刑事裁判所の判決発見人がこう裁判官に誓約していたことに関係していよう。「正しい判決を与えん」と (Art.4)⁽⁵⁶⁾。また (ii) 「差し出された疑惑と嫌疑」とはたんに提出されただけでなく、すでにその存在が証明済みの徴表を示している。さらに (iii)、判決発見人が「判決を決めるさいに」にいう「決める」場とは法廷を指す。しかし、有罪無罪を宣告する最終開廷日 (*entlich rechttag*) (Art.78) の法廷——ここには、少なくとも7名から8名の判決発見人が列席していなければならなかった (Art.84) ——ではない。いわば〈ミニ法廷〉である。裁判官と4名の判決発見人とからなる (Art.12) か、裁判官、判決発見人2名、書記からなる (Art.47) かであれ。この、拷問実施の可否を決めるミニ法廷において、判決発見人の意見が割れるということが起こりうる。このときは、鑑定を請願すべしとされた。

(13) 被疑者・被告側の反撥——ところで、被疑者・被告は、当局や原告が提出する徴表にたいし、全然無抵抗のままなのであろうか。争うことはできないのか。この点について、カロリーナは特別の箇条を設けてはいない。ただ、個々の犯行について、関係の叙述が見出される。(i) 謀殺の徴表を語る箇条 (Art.33) には、こうある。或る者が、謀殺の起きた時間に血の付いた衣服を身に着け、またはそうした武器を携え、不審なる状況にあるのを他人に観察されているとき、彼は確たる徴表を帯びる者として拷問の聴取を受ける。拷問聴取は、「その者が、そのような嫌疑[つまり徴表]を、[彼自身が提示する]信じられうる徴表によって、または証言によって拒否しえぬかぎり」実施される。しかも、謀殺の嫌疑を受け告訴を被った

者が提示する徴表・証言は「拷問が実施されるに先立って、聴き取られるべし」⁽⁵⁷⁾と見える。

同種のことは、(ii) 略奪についてこうある (Art.38)。略奪を疑われた者が当該品物の「売主および前主 (*wermann*)」を示さぬとき、示さぬこと自体が略奪の確たる徴表となる。財物が奪われた品であることを略奪被疑者Nが知らぬこと、および、財物は善意でこのNの手にもたらされたことを証明せぬかぎり、と⁽⁵⁸⁾。(iii) 窃盗についても、ほぼ同断 (Art.43)。さらに (iv) 放火については、こう知られる (Art.41)。事件のあった直前、或る者が、密かに、また不審な様子で、危険な燃料 (*feuerwercken*) を帶有し徘徊していたのが判明するとき、帶有・徘徊が確たる徴表となる。この場合、放火を疑われた者は信用できる事由を付し、こう申告しうる。当該燃料を帶有していたのは、処罰対象になるようなことのためでなく別の目的で燃料を使用しようとしていたこと、これである⁽⁵⁹⁾。むろん立証しなければならないが。

以上によって見るに、当局や原告による徴表——被疑者・被告に有利ならざる (*wider sich*[Art.38]) 徴表——の提示にたいし、被疑者・被告は抗弁を提出しうる。抗弁は、或る意味で、被疑者・被告にとって有利な〈對抗徴表〉の提示・立証となる。逆に、告訴者にとっては不利な對抗徴表である。たとえば、告訴者にも「悪しき風評」が広がっているとか。對抗徴表の提示の可能な犯行とは、もちろん、上記の犯行に止まらぬ。ただ、カロリーナからは、對抗徴表の具体的様相は、不明である。そもそも、對抗〈徴表〉と呼んでよいのかどうかもよく判らない。ともあれ、被疑者・被告が提出する徴表（自己には有利な、相手側には不利な徴表）が、当局や原告提示の徴表に對抗しうるためには、それ自体も確たる徴表でなければならない。このためには、その存在が証言によって立証されねばならなかったであろう。

では、上記の、当局や原告提出の徴表 (A) と被疑者・被告提出の對抗徴表 (B) とが立証された後、刑事手続きはどうなるのか。A B間の比較

衡量が裁判官によって（あるいは、法に精通した者らの鑑定を受けて）実行されよう。Aの効果がBのそれよりも大きいと判断されると、拷問聴取は可となる。逆の場合は、拷問はできないということになる。

3 拷問以前と拷問以後の手続き

3-1 訊問と拷問一般

(14) 徴表の存在が証明されても（ただし、立証に従事する証人については格別として、立証実務のありようは不詳）、拷問が直ちに起きるのではない。先ず始まるのは、拷問の行使以前の手続きである。次いで、拷問の手続きそのものがくる。さらに拷問で自白がえられた後の手続き、そして自白が取得できなかったときの手続きへと続く（Art.45-Art.61）。

拷問は、(i) 糺問手続きでのみならず、(ii) 告訴手続きでも生じる（Art.46）⁽⁶⁰⁾。後者(ii)については関係箇条にこう述べられている。被告が被疑犯罪を否認するものの彼に犯行の「疑惑と嫌疑」が見出され、しかもこれが（2人の証人によって）証明されたと司直が認めるとき「ついで、原告に、彼[原告]の請求に基づき、拷問のための一日が指定されるべし」（Art.45）と⁽⁶¹⁾。拷問の日程が原告に告げられるのは、当該刑事手続きの開始が私人原告による告訴によっていたからである。ただし、拷問実施の当日に原告が手続き法上いかなる行動を求められているのかは、詳らかでない。拷問実施の現場に立ち会うわけではないが、少なくとも自白がえられたかどうかについては、原告は告知を受けるであろう。

(15) 拷問の手続きは次の三者、すなわち裁判官、「裁判所の者2人」および裁判所書記の面前で実施される（Art.46）⁽⁶²⁾（またArt.47後段⁽⁶³⁾も参照）。「裁判所の者」とは判決発見人（*vrtheylern*）（Art.1）を指している。ひとくちに拷問の手続きといっても、関係の手続きは幾段階に渡っていた。「拷問」とか「拷問する」とかの言葉は *peinlicher frag* とか *peinlich fragen*

とかを翻訳したもの。これらのドイツ語を直訳すれば「刑事的訊問」となる。ちょうど *peinlichen rechten* (Art.11) が「刑事的裁判」と、また *peinlich straff* (Art.11) が「刑事的刑罰」と直訳されるとき、前者は「刑事裁判」と、後者は「刑事刑」として理解される。「刑事的訊問」を「拷問」と理解するのと、ほぼ同様の事情にある。

他方で「拷問」が「刑事的訊問」ならば、拷問は、文字通り「訊問」の一態様を指しているということになる。拷問は、幾段階におよぶ訊問中、責め具（拷問具）を示して、または、実際に用いておこなう訊問の特定形態である。この点は、拷問具を利用せずとも自白が取得できる場合を考えると、よく判る。拷問具が伴わぬ手続きは、どう呼べばよいであろうか。「訊問」の手続きと呼ぶ他はない。となれば、とくに拷問具を用いた訊問（「刑事的訊問」）——これには、〈拷訊〉といった言葉を使ってよいかも知れない——であれ、それを利用せぬ訊問であれ、いずれも「訊問」の手続きの1つとして、もしくは「訊問」の一過程として捉えられる。カロリーナは、自白の聴取をこう語っている。「拷問によって、あるいは拷問を受けず生じる自白にたいし、前述の[付加]訊問項目が適用されるときは」云々 (Art.54)⁽⁶⁴⁾、と。

(16) こうして、「訊問」は重層的な、ふくらみをもった取調べ形態として理解したい。現に關係箇条 (Art.46) からは少なくとも3形態の訊問の手続きが知られる。本条は刑事裁判所 (Art.1) を占める三者 (裁判官・判決発見人・書記) の面前における訊問の手続きを定める。手続き全体は、裁判所側の訊問と、被疑者・被告の「陳述 (*rede*)」とからなる。このうち裁判所側の訊問には少なくとも3つの形態があった。先ず (イ) 「諸々の言葉を用いて (*mit worten*)」おこなう訊問。次に (ロ) 「拷問具の脅しをもって (*mit bedrohung der marter*)」実施される訊問。後者 (ロ) の訊問に関しては、さらに2つの態様がある。(ロ-1) 拷問具を被疑者・被告の視覚に入れさせつつ訊問する。(ロ-2) 拷問具を実際に使用しつつ訊問する⁽⁶⁵⁾。なお、「或る犯行の疑いのある者が、拷問によって、または

拷問の脅しによって自白する」とき云々、とある (Art.56) ととき⁽⁶⁶⁾ に、「拷問の脅しによって」は (ロ-1) を、「拷問によって」は (ロ-2) を示しているといえよう。

訊問の手続きには、以上 (イ) (ロ-1) (ロ-2) の3形態の訊問があった。いずれの訊問であれ目的とするのは、被疑者・被告者が「罪を帰せられている犯行を、自白するや否や」(Art.46)⁽⁶⁷⁾ を明確にすることにある。手続きは通例、次のように進行する。まず上記 (イ) で言葉を尽くした訊問がなされ、ここで目的が達せられぬときは (ロ-1) へ移る。それでも結果がえられぬときは、最終的に (ロ-2) に移る。こうしてみると、文字通り現実に責め具が用いられる訊問の働く場面は必ずしも広いとはいえないであろう (後述)。ともあれ、いずれの形態においても、陳述が聴取され (*bespracht*) た後はそこで被訊問者が自白する (*bekent*) こと、または否認する (*verneint*) ことは記録され、書面が作成される (Art.46)⁽⁶⁸⁾。書面は、鑑定請求するのに必要である。以下で、これら訊問形態に注意し、訊問の諸態様について触れたい。

3-2 拷問以前の手続き

(17) 「拷問具の脅しをもって」おこなう訊問 (「拷訊」) 以前に、「諸々の言葉を用いて」実施されるべき訊問についてはこれを「熱心に (*fleissiglich*)」なすよう (Art.46)⁽⁶⁹⁾、「熱意をもって訊問する (*fleissig fragen*)」よう (Art.48)⁽⁷⁰⁾、訊問官 (*verhörer*) に注意が求められた。このことから、訊問官に、まずは、とくに力を入れるべく求められているのは、「諸々の言葉を用いて」おこなうべき訊問ではないだろうか。種々言葉を尽くし実施される訊問で自白 (〈ハイ、私がやりました〉) が取得できるのであれば、これに越したことはない。刑事裁判が「最少経費で (*mit dem wenigsten kosten*) 促進され遂行される」(Art.16) のは、司直の望むところである。拷問実施には、断るまでもないことだが経費がかかる。およそ、裁判経費はだれが支払うべきか、といった費用の問題はカロリーナ

の諸箇条において注意が払われている（後述）。たとえば、経費節約のため「(刑事) 裁判は迅速に (*dem rechten schleuniglich*) 進められるべし」(Art.77) とされる。そこで諸々の「言葉を用いて」実施される訊問に注目したい。訊問すなわち〈拷訊〉と即断してはいけなからう。では、具体的にいかなる言葉が用いられたのか。暴力的言辭もあつたらうが、その点は不詳である。関係箇条 (Art.46) には、一般的、抽象的にこう述べられているのみ。「[[被疑者・被告の]人物および事件の状況に応じて犯罪および疑惑をいっそう探知するのに最もよく役立ちうる」言葉であり⁽⁷¹⁾、あるいは「真実の探知に役に立つ」(Art.48) 言葉である⁽⁷²⁾。

訊問によって、自白（〈ハイ、私がやりました〉）が取得できると、次の段階に移る。「付加訊問」（〈では、どうやったのか〉）である（後述）。他方、被訊問者が当該犯行を否認する (*verneynt*) ときは、どうか。ここで、上記の意味での、懇切なる訊問態様が関係してくる。これに注目したい。それは、被訊問者に有利に働く、または彼を無罪に導く供述をも、被訊問者から引き出すための訊問である。「諸々の言葉を用いて」起きる訊問に被訊問者が自白せぬとき、訊問官は次のごとく問うよう促される。罪を問われている行為について無罪 (*vnschuldig*) であることを示しうるものを、被訊問者は有しているのかどうかを、彼に問うべしと（問わなければ、訊問官にわかりようがない！）。とくに、アリバイがあるか否か——「彼[被訊問者]は、疑われている犯罪が生じたる時間に、或る人びとと、[犯行場所とは別の]或る場所に居た」ことを証明し提示できるかどうか——を被訊問者に思い起こ (*erinnern*) させうるような、訊問である (Art.47)⁽⁷³⁾。

アリバイの有無までも被訊問者に問い、それを思い起こさせようとする懇切なる配慮の背後にあるのは、なんだろうか。カリリーナ立法者の、人民に向ける福祉の、もしくは保護の思考であろう。なぜ、被訊問者にアリバイの有無までも想起させる必要があるのか。この点については、次のように見える。「想起させる必要があるのは、以下の理由による。かなりの数の人は、自分がまったく無罪であるのに、無知のために、さもなくば、

恐ろしさのゆえに、それ[当該行為]について、いかに刑事刑を免れるべきか、またどのように刑事刑を免れるよう実行すべきか、について、なんらのものをも提示する術^{すべ}を知らぬ」ためである (Art.47)、と⁽⁷⁴⁾。ここからは、訊問に晒され、無知や恐怖のために、アリバイがあるとの、自己に勝れて有利な事情すらも訊問官に主張できない被疑者・被告の戸惑いを彷彿とさせる。アリバイ (Alibi) といった概念すら知らぬこともある。また、被疑者・被告は犯罪の疑いを受けた衝撃から〈怒り〉の激しい感情に駆られ、アリバイ証明を主張するといった、冷静で「適切な表現ができなくなる」⁽⁷⁵⁾ こともあろう。カロリーナの立法者が当時の刑事裁判実務のありように通じていた一側面を、本刑事裁判令の箇条から窺うことができる。

(18)では、被訊問者(「囚われ人」)がたとえばアリバイを主張し、自己の無罪を申し立てる (*anzeygt*) ときは手続きはどう進むのだろうか。「裁判官はそれについて、即座に調査す (*sich erkundigen*) べき」であった。被訊問者がアリバイを陳述するときは現地における調査となろう。さらに被疑者・被告やその親族が、無罪を立証してくれる証人を申請するときは、裁判官は正当な理由ないのにこれを拒んでならず、証人は聴取されねばならない。証言 (*kundtschafft*) を拒絶したり、否認したりしてはならぬ (Art.47)⁽⁷⁶⁾。被訊問者がアリバイの事由ありと主張するとき、この主張と、上記調査の結果とが突き合わせられる。被訊問者の主張が調査結果と合致せぬとき、再訊問が起こる。また、彼の無罪の主張が上記証言によっても立証されえぬ、と訊問官が判断するときも同断。これらの場合、再訊問が拷問への移行の契機となる。

「調査」の経費は、被疑者・被告・親族が負担する。手続きが弾劾手続きによっているときである。貧困のゆえに (*armut halber*) 経費を負えぬときは司直(裁判権力)または裁判所が提供すべし。そのわけは、被疑者・被告側が調査経費を支出できぬことで「悪行が罰せられる機会のますます少なくなるごときことが起きぬためであり、[他方で]無罪の者が法に反して防御の機会が奪われることがない (*nit übereilt*) ようにせんため」であっ

た (Art.47)⁽⁷⁷⁾。〈有罪者が処罰を免れることなく、無罪者が処罰を受けることなし〉とのまさにこの命題に、カロリーナ立法者の立法精神が表明されている。

3-3 拷問について

(19) さて上述で触れたように、被訊問者によるアリバイありとの主張が調査結果と合致せぬときや、無罪の主張が被訊問者の提示する証人の証言によっても立証できぬときは、再訊問が起きる。再訊問が拷問への移行の契機となる。言い換えれば、「諸々の言葉を用いて」実施する訊問において自白がないとき、あるいは被訊問者が示すアリバイなどの事由について司直による調査の結果「被告の無罪が発見されえぬ」(Art.47) ときは、責め具の伴った訊問(拷問)へと進む。先ずは責め具を見せ、これが効かぬときは責め具を実際に用いる。拷問(〈拷訊〉)に移行しうる根拠はなにか。「確たる疑惑あるいは嫌疑が調査発見されたることをもって (*auff vorgemelt erfindung*)」(Art.47)にある。つまり徴表が依然消去されえぬのが、根拠である。しかも、職権でもって調査を進め徴表を無効たらしめんととしても、これが一向にできぬからだ。

カロリーナは、こうした徴表の存立と、被疑者・被告による無罪の主張との関係をめぐって一箇条 (Art.28) を設けている。すなわちここで訊問官は、複数の疑惑断片(徴表)を帯びる被訊問者にたいし、つねに両面のことに (*zweyerley*) 考慮を払うよう注意を促がされる⁽⁷⁸⁾。[イ]被訊問者に向けられる疑惑諸断片のありようは、どうか。徴表が「僅かの疑惑 (*geringe argwonigkeyt*)」に止まってははいないか。[ロ]被訊問者は「罪を免れうる良き推定」を持っていないかどうか⁽⁷⁹⁾。拷問実施の可・不可はこれら[イ]と[ロ]との関係をどう^{はか}衡るかにかかっていた。疑惑をもたらしている根拠[イ]が免責(刑事刑の免除)(後述)の根拠[ロ]よりも大きいときは、拷問が許される⁽⁸⁰⁾。逆に[イ]が「僅かの嫌疑」(上記)に止まっていたりして、[ロ]が「より大きい (*eyn merer*)」ときは、訊問官は拷問に

移りえない⁽⁸¹⁾。ただ、このように、疑惑事由と免責事由との大小を衡量し判断するのは頗る微妙かつ困難な作業であるため、「拷問につき承認をなし、かつ、審理をなすに相当なる人びと」は、カロリーナ最終箇条が述べる（Art.219）ような、法に精通する者らの鑑定を請願するよう求められる⁽⁸²⁾。以上から、徴表の存立とそのありようとに、いかに深い関心が抱かれていたかがよく判る。なお「拷問につき承認をなし」とある人びと（Art.28）とは、なにか。おそらく、司直から、関係する特定の任務（徴表の評価・拷問実施可否の判定）を委ねられた、裁判官・判決発見人内部の、もしくは司直内部の〈小委員会〉を指すものとおもわれる。

(20)さて、責め具の伴った拷問による、自白聴取の訊問手続きは、裁判官と、少なくとも2名の判決発見人、裁判所書記の〈4人委員会〉の前で実施される（Art.47）⁽⁸³⁾。書記は訊問自体には従事しない。裁判官・判決発見人が〈訊問官団〉を構成する。実務上裁判官が主訊問官として訊問にあたる。判決発見人は副訊問官として裁判官に代わって訊問におよぶことがある。判決発見人のその他の仕事としては、おそらく、確たる徴表が存在し、かつこれが立証されていることを確認する仕事がある。また被告側が提出する〈対抗徴表〉や免責事由の有無・評価をめぐって判断することもあろう。こうした任務の実行には、裁判官の判決質問を受けて判決発見人が判告するという中世的裁判手続きの形態が残っていたかも知れない（他方裁判官はカロリーナではもはや訴訟を指揮するだけに止まらずみずから判決起草に加わるに到っている）。なお、責め具を示して、あるいはそれを実際に使用して訊問（〈拷訊〉）がなされるさいに、刑吏が拷問の実施実務に携わるはずだが、刑吏について関係箇条（Art.47）には言及がない。およそカロリーナでは拷問実務と刑吏との関係は不詳である。裁判官・判決発見人は拷問の実行を命じるが、実行そのものには関わらない（後述）。

この訊問中でえられた被訊問者の「自白」や、これを受けて実施された「調査」（後述）は裁判所書記によって記録に付され、また原告の告訴内容

に關係する部分について自白・調査は、原告に遲滞なく開示しなければならない。さらに、原告が求めるときは記録の写しが彼に手渡される (Art.47)⁽⁸⁴⁾。このことは、訊問官が拷問実施の日程を決めたときは「原告に、彼[原告]の請求に基づき、拷問のための一日が指定されるべし」 (Art.45) と述べられていた (既述) ところと關係する。注意すべきことは、記録に付される自白とは、被訊問者が拷問具を伴った訊問中に語ったものではない。彼が「拷問具から解き放された」ときに、改めておこなう (つまり、別室で繰り返し語る) 供述の方であった (Art.58)⁽⁸⁵⁾。

(21) 拷問具が伴った訊問につきカロリーナが以上の他に語るものは、ごく少ない。關係の規定には、[イ] Art.58 (「拷問の程度について」)・[ロ] Art.59 (被拷問者が拷問によって「瀕死の傷を負いたるとき」について) があるにすぎぬ。いずれも短文の規定。[イ] 拷問の回数、拷問の緩急は、徴表の状況と裁判官の衡量いかんに拠る。[ロ] 被訊問者が身体に重い傷を負うときは、拷問具による再度の訊問にさいしては、当該の傷に差し障りのない (*an solchen verwunden . . . am mindesten verletzt*) ようにすべし、と訊問官に注意が促されている。とはいえ、こうした、責め具による受傷が起こりうることは充分予測できる。にもかかわらず、当該拷問の場に医師を同席させることまでは、配慮は行き届いていない。

拷問の場では具体的にどんな責め具が使われるのか。これについても、述べていない。さらに、責め具を収め、拷問が実行される部屋 (〈拷問室〉) のこともカロリーナにおいて詳細は不明。〈拷問室〉といった部屋があることは、バンベルク司教領国刑事裁判令第56条 (「拷問について」) に付せられた挿絵図⁽⁸⁶⁾ から判る。ここに描かれた部屋を見てみよう。一見地下室の様相である。横壁に蠟燭が2本金具で取り付けられている。部屋には、(i) 裁判杖を右手に持ち一人座を占める裁判官、(ii) 机 (机上に蠟燭が灯り短刀がある) の周りに座り互いに顔を寄せ被拷問者を指さし語り合う判決発見人2人、(iii) その横で身を乗り出し記録の仕事に没頭する書記がいる。他方では、各人長剣を佩いた、(iv) 刑吏と (v) 刑吏見習

いとが作業にあたっている。顰め面の刑事は、被拷問者を床に座らせ両手を後ろで縛る。刑事見習いは、拷問具が果たして首尾よく動くかどうか、冷静に按排を点検している。被拷問者1人にたいし、裁く側は6名である。責め具はなにか。天井に据え付けられ、被拷問者を鎖の先で吊り上げる、滑車付きの道具である。両足を前方に投げ出し悲壮な顔つきの被拷問者の足元には、^{かぎ}鑰の付いた菱型の大石の重しがドンと居座る。ここには、原告や医師の姿はない。

以上との関連で、訊問の手続きと、これが実施される部屋との関係に触れておきたい。詳しいことは、不明である。被疑者・被告は拷問によって強制されずとも任意に自白することがある。従って、訊問の手続きは〈拷問室〉ではなく通例の訊問室で始まるのであろう。当初「諸々の言葉を用いて」実施された訊問によっても被疑者・被告が自白をせぬときは、裁判官・判決発見人・書記は、被疑者・被告と共に〈拷問室〉に移動する。この部屋までは、廷吏が被疑者・被告に付き添う。〈拷問室〉には刑事と刑事見習いとが呼び込まれていて、待機している。ここで自白がえられると、裁判官らスタッフと自白者とは別室に移動し、ここで自白が繰り返され確認を受け、かつ記録に整えられる（下述）ことになる。

3-4 拷問以後の手続き

(22)拷問そのもののありようについては情報は多くなかった反面、拷問による自白取得以後の手続きについては、カロリーナは随分と詳しい。次の5点におよんでいる。[イ]自白の記録の朗読 (Art.56後段)。[ロ]自白が取得できた後に拷問を受けずにさらになされるべき「付加訊問 (*beifrag*)」 (Art.48-Art.53 およびArt.56 前段)。[ハ]付加訊問において取得された自白の「検証 (*nachfrag*)」と、その結果 (Art.54-Art.55,Art.60)。[ニ]一旦おこなった自白を自白者が後に否認するとき (Art.57)。[ホ]自白が取得できなかった裁判官の責任 (Art.61)。それぞれについて、以下でとりあげていきたい。

先ず[イ]拷問を伴った訊問（〈拷訊〉）によって自白がえられると、被訊問者は拷問実施の部屋（上述）から、少なくとも数日後までに「廷吏部屋」または他の「小房」に移される。移される日・部屋は、裁判官が決める。この部屋で裁判官と判決発見人を前に、書記が自白の記録を朗読する。朗読後、「彼[自白者]の自白は、真実なりや否や」をめぐる自白者は再度訊問を受ける。彼が当該訊問によって供述したことは、記録に付され書面に作成される（Art.56後段）⁽⁸⁷⁾。

部屋の移動は、自白の真実性を確保することを狙ったものといえる。拷訊が実施された場所とは別の場所へ被拷問者を移すことは、訊問官から見て、次の点で意味があった。自白者は、拷問による苦痛を忘れることはできぬにせよ、苦痛の思い出を薄れさせ、幾分安らぎをえる。被拷問者に安らぎをもたらす場所において彼に改めて訊問をおこない、自白を繰り返させるのが移動の目的である。目的は比較的無理なく達成でき、これによって自白の真実性を確保しうる、と。ただ、安らぎをえるのは、逆に働くこともある。別室に移され冷静になることで、自白を撤回する場合がある。

(23)次に[ロ]自白が取得できた後さらになされるべき「付加訊問」については、多くの箇条があてられている。付加訊問以前の、自白聴取のための訊問（いわば〈当初訊問〉）は、被訊問者に〈ハイ、私がやりました〉と告白させればよい。犯行自体の告白は簡明なものが望ましい。このとき事情によって拷問が実施される。自白後の訊問（〈では、どうやったのか〉）は、犯行の詳細について自供をえるのが目的。訊問官の関心は犯行の顛末の点に移る。これを自白者に語らせるには付加訊問が要る。犯行の状況・詳細が判って初めて自白の調査・検証が可能となり、しかも調査・検証によって自白の真実性が担保されるから。こうした事情にある付加訊問に、拷問はほとんど意味をなさないであろう。従って、ここでも言葉を尽くした訊問が要諦となるのではないか。この点でも、訊問の過程に拷問の占める領域は広くない。

カロリーナは、謀殺（Art.48）、毒殺（Art.50）、反逆（Art.49）、放火

(Art.51)、魔術 (Art.52) について訊問項目を提示している。この場でこれらの犯罪をとりあげ付加訊問のありようを示す余裕はない⁽⁸⁸⁾。ただ一例として、謀殺に関する付加訊問項目を見よう。次の事項について訊問すべしとある。殺害の動機、理由はなにか・犯行はいつ、どこで起きたか・凶器はなんであったか・幫助者はいたか・被殺死体はどう処理した(埋めた、棄てた)か・被害者に加えた打撃や傷の程度はどうだったか・打撃や加傷はいかなる手段によっていたか・被害者は当時なにを携帯していたか・^{かね}金銭は持っていたか・被害者からなにかを奪ったか・奪ったものはその後どう処分(譲渡・売却・放棄・隠匿)したか (Art.48)、である。むしろ訊問官に示された「付加訊問項目 (*fragstück*)」(Art.54)⁽⁸⁹⁾は一例示である。「(当該犯罪に関する付加訊問項目の)すべてを(本刑事裁判令において)記述するのは、(関係箇条が)余りにも長文になってしまう」(Art.53)⁽⁹⁰⁾から。

こうした〈関係事項を網羅挙示すると箇条が余りにも長くなるから差し控える〉との断り書きは、カロリーナに散見される。たとえば徴表について、諸箇条において例示された徴表以外はこれに倣って「類推(*gleichmuß*)」せよ、とある (Art.24) のも同断。ここには〈本来ならば網羅挙示したい〉との隠れた意思が見える。このことから窺うに、本刑事裁判令は〈法典〉の性格は薄い。むしろ、学識法(ローマ法)に通じぬ裁判官・判決発見人・書記・廷吏など刑事裁判スタッフにあてた、また学識法に疎い私人原告に向けた刑法・刑事手続き法の懇切な〈手引き書〉^(90a)たる側面が知られる。これは看過できない。

(24) 〈当初訊問〉(上記)と付加訊問の問題に戻ろう。付加訊問で訊問される諸項目(上記)は、實際上すでに多少は当初訊問においても訊問の対象になっていたであろう。そうでなければ、簡単には、〈ハイ、私がやりました〉との供述は取得できないとおもわれるから。しかし、手続き過程上は、付加訊問は当初訊問とは異なるものとして位置づけられていた。なによりも、それが「拷問を受けざる (*ausserhalb marter*)」状態下で実施されるところが異なる。付加訊問が目指すのは「調査のため (*vmb*

vnderricht)」の必要である⁽⁹¹⁾。当訊問によって犯罪の状況が多かれ少なかれ浮かび上がる。これによって、司直・訊問官は「調査をなす (erkündigung thun)」(Art.56)⁽⁹²⁾ きっかけを掴みうるのである。

訊問官が諸訊問項目によって付加訊問をおこなう趣旨は、被訊問者に、いわゆる〈秘密の暴露〉をさせることにある。すなわち、「罪なき者は知りえぬ、また語りえぬ徴候および状況は、犯行を自白する者から (初めて) 聴取され (う) る」⁽⁹³⁾ からだ。この趣旨をまっとうするには、注意を要する。すなわち、訊問官みずからが訊問中に、(被訊問者が語るべきことの) ヒント⁽⁹⁴⁾ を、被訊問者に提供するようなことはあってはならぬ (〈誘導訊問〉の禁止)。「勾留され訊問を受ける囚人に、犯行の状況を (訊問官が) 事前に語って (vorgesagt) しまい、これに基づいて訊問をおこなうときは、そのこと (真実への到達) は、害されることになる」⁽⁹⁵⁾ から。訊問官が「事前に語」といった状況が出てきているのが、ここから判る。付加訊問が加わることで「調査」——検証 (nachfrag)⁽⁹⁶⁾ の場合もそうだが——が可能となった。これによって犯罪の客観的状況が訊問官にも判明し、これが知識となって逆に誘導訊問が起き易い、ということである。

(25) さらに[ハ]取得した自白の「検証」とその結果について。付加訊問によって取得できた、犯罪の諸状況は検証されねばならない。そのため裁判官は関係の「土地土地に或る者[調査官]を派遣すべし。」調査官は、被訊問者が自白した犯罪について付加訊問を受けて語った諸状況を、当該土地 (現場) の者から聴き出す (〈地取り捜査〉)。「真実の確証をえるのに役立つかぎりにおいて。」犯罪の諸状況に関する自白が「真実か、否か」と。被訊問者が出し惜しみして語っていた犯罪の状況を、調査官は関係の土地の者 (目撃者などの証人) に示し、事実関係全体を聴き出すのである (Art.54)⁽⁹⁷⁾。

これが検証の手順である。手順を経て、検証の結果は2つに別れる。[a]かつて被訊問者が陳述していたのと同じの諸状況を、関係地の者 (証人) が語る時——犯罪の事実関係は多かれ少なかれ明らかとなる。自白

者が告白した通りのことを、彼は実際にもおこなっていたと。「被訊問者は、罪なき者ならば知ることのできない事情下で生じた諸状況を陳述した」からである⁽⁹⁸⁾。[b]土地の者（証人）の供述と、被訊問者がかつておこなっていた陳述とが一致せぬとき——被訊問者は、再度拷問に付される。彼が以前提示していた状況を、（もっと）正しく（もっと）真実らしく提示するように、と（Art.55）⁽⁹⁹⁾。これにたいし、検証そのものをさらに念入りになすべし、といった、調査官にあてた指示は、残念なならない。

或る箇条（Art.60）の標題に、「拷問によって起きたる自白が最終的に信じられうる時」云々とある⁽¹⁰⁰⁾。では、これはどのようなときなのか。「熱心な、しかるべき調査と検証」後の自白であった⁽¹⁰¹⁾。上述してきた流れからいえば、上記[ハ][a]の段階を経た後の自白である。あるいは、[ハ][b]における再度の自白聴取の結果、やっと[ハ][a]の段階に到達する自白である。このときになって、「最終的に信じられうる」自白が取得できる。言い換えれば、「罪なきものは述べることも、知ることもできぬ真実」（Art.60）が、自白の結果として、終局的に確認されるときである⁽¹⁰²⁾。

自白が信用されると、次いで科されるべき刑事刑（Art.106-Art137）はなにか、が決められ、判決が起草される。最終開廷日が設定され、ここで判決手続きが進行する（Art.77-Art.96）。有罪判決のときは、この後、刑事刑の執行に移る。

因みに、上記箇条（Art.60）からは、刑事手続きの進行過程が垣間窺える。これを、既述のところも参照し多少補ないつつたどれば、こうなろう。疑惑断片（*argkwonigen theyl oder stück*）・徴表（*anzeigung*）→（告訴、もしくは職権による）勾留（*verheftung*）→（必要に応じておこなう）調査（*erkundigung*）→確たる徴表（*redlich anzeigung*）→（言葉による）訊問（*frage*）→拷問（*peinlich frag*）→自白（*bekanntnuß*）→付加訊問（*beifrag*）→調査（*erkundigung*）・検証（*nachfrag*）である。

(26) また[ニ]一旦おこなった自白を自白者が否認する場合について。被

訊問者が自白した後、自白聴取の部屋から、責め具のない別の部屋に移され自白の確認を求められる。このとき、自白を撤回することがある。他方しかし（確たる）徴表は、依然消え去っていない。このときは、撤回者は「牢舎に」送り返され、再度拷問に付される（なお、拷問実施の場所が牢舎であったことが、ここから判る）。さりとて、改めて拷問を加え、ただ自白を取得すればよい、というのではない。次のことが、訊問官に求められている。「(犯罪の) 状況を調査することで、拷問が根拠としている所以のもの」を探るべし、と (Art.57)⁽¹⁰³⁾。拷問によって自白を追及しようとするには、しっかりとした理由が要る。この理由を、犯罪状況の調査によって、整えておきなさい、いわゆる「ネタ不足」⁽¹⁰⁴⁾ に陥らぬようにせよ、ということである。

もう1つ注目するのは、自白者が自白を撤回する理由に関して、カロリーナは興味深い一例を提示する。それは、こうである。自白者が一旦おこなった自白を否認せんとする理由を申し立てるなかで、これを聴取した訊問官は、或ることを思いつく場合がある。自白者はもしかすると「錯誤 (*irrsal*) から」自白の拳に出たのではないか、と。こう思いついた裁判官が自白者にその点を確認、もし自白者がそれを肯定し、自白が錯誤によっていたことを立証せんと申し出るときは、彼はそれを許してよい (Art.57)⁽¹⁰⁵⁾、と。「錯誤」とはなんであろうか。詳細は不明。推測するに、〈思い違い〉によってやりもしないことをヤッタと告白する、といった単純な場合があろう。また、拷問に晒されて錯乱状態に陥り、記憶が錯綜するなかで自白におよぶのも考えられなくはない。他方、苛烈な拷問を受け苦痛（目先の苦痛）から逃れるため思わず（虚偽の）自白をしてしまうのは、どうか。「錯誤」に入るのだろうか。難しいところである^(105a)。

(27)最後に[ホ]自白が取得できなかった場合における裁判官の責任について。拷問を伴う訊問に付せられた (*mit marter gefragt*) にもかかわらず自白がなく、かつ、証人による立証も不成功に終わることがある。かくして、被拷問者が有罪とは認定されぬ (*nit überwunden*) とき、その後の刑

事手続きはどのようなのであろうか。刑事手続きのこの段階（つまり〈捜査〉の段階）で被拷問者は釈放されることがあっても、おかしくはない。たとえば、都市で度々起こったことだが、ウェアフェーデを誓わせて牢舎から釈放する、というように。しかし、関係箇条（Art.61）には、この点の記述はない。

この点については、こう考えられる。自白・調査・検証という「訊問」の段階で無罪が認定されるのではなく、最終開廷日における「法廷」の手続きの段階で被告の無罪が宣告される、しかも正規の判決として（Art.90参照）。カロリーナは最終開廷日の手続きに関する箇条の1つで、こう語っている。「被告が、判決と法をもって、無罪と（*ledig*）認められるときは、このことがどのように生じようとも、また判決がどのように下されようとも、彼については、しかるべく以後の手続きも取り扱われるべし」と（Art.99）⁽¹⁰⁶⁾。ここに端的に、「被告が、判決と法をもって、無罪と認められるとき」とある。では、どのような場合に法廷において無罪が認定されるのであろうか。この点について明文の箇条はないが、当然被告が犯行を否認するのが前提となろう。関係の箇条（Art.91）には、被告が自白した犯行を法廷で否認するときの手續きに関して、こう見える。裁判官は、法廷に在席していて当該否認を聴いた判決発見人2名に、質問をすべし、と。しかも、この判決発見人2名とは、かつて訊問手續きにおいて裁判官と共に被告の自白を聴取した者ら（Art.56）なのである。では、裁判官はどう質問するのか。本法廷で被告は自白を否認するが、「貴殿ら（2人の判決発見人）は（訊問手續きにおいて）被告の自白を聴いたか、どうか」と。彼らが聴いたと肯定するときは、法に精通した者らによるべし、とされる。裁判官は訊問手續きにおける自白と、法廷におけるその否認とに直面して鑑定を求める。ただし、以上の手續きは、法廷における否認（*leucknen*）が訴訟の進行を妨げる意図によるものであることが、諸情況の調査の結果判明した場合の手續きであった。では、訴訟を妨害する意図に出たのではない犯行否認の場合は、どうなるのか。これについては記述

はない。肝心の点が述べられていないのは残念であるが、おそらくは、手続きは上記と大きくは変わらないであろう。

さて、上記の箇条 (Art.99) に戻れば、ここには、無罪判決を受けた者は今後無罪者の法的地位にある者としての処遇を受けるべし、と見える。これは具体的には、(i) 裁判経費上の問題、(ii) 賠償上の問題に関わる。前者 (i) については後述する。ここでは後者 (ii) に関して触れよう。本条 (Art.99) 後段に「賠償について (*des abtrags halb*)」として述べるのが、これである。無罪判決を受けた者 A が新たに原告として相手側 B にたいし損害賠償を求めるときは、A の民事上の諸権利を確定するため、A B 当事者「双方 (*die theyl*)」は当該 (刑事) 裁判所にそのまま留め置かれるべし、と (Art.99) ⁽¹⁰⁷⁾。ここに「当該 (刑事) 裁判所 (*das gericht*)」とは、被告から自白を取得できなかった (当初の) 刑事裁判所を指している。そうした賠償の請求権——上記、民事上の諸権利の 1 つであった——は弾劾手続きを示す箇条 (Art.12) で被告の権利として認められていた。原告が徴表を立証しえぬなどのために裁判を遂行しえず敗訴する (*imm rechten fellig würde*) とき、被告は蒙った苦痛・損害・裁判経費について原告に補償・賠償を求める訴訟を起こしうる ⁽¹⁰⁸⁾。訴訟は、当初原告が被告を訴えた刑事裁判所に民事判決を求めて (*nach burgerlicher rechtlicher erkanntnuß*) 起こす (或る意味で、今日の〈付帯私訴〉風な状況が知られる)。民事手続きは、略式手続き (*summarie*) による。原告、被告共に上訴はなしえぬ (Art.12)。

(28) 自白が取得できなかった場合に訴訟手続きの問題の他に、[a] 裁判官と原告の責任、[b] 裁判経費の負担の問題がある。

[a] 責任の問題。裁判官と原告とは、正規の、法によって許された拷問を加えたことによっては、「刑には処せられない。」刑事責任はない。ここで興味深いのは、以下に述べるその理由である。多少言葉を補って示せば、こうである。「悪しき徴表が発見されたこと (自体) が、(拷問具を伴って) 訊問をおこなった (裁判官と原告との) 責を免除させている理由である。

法の述べるところによれば、われらが用心して身を護らねばならぬのは、犯行（そのもの）を実行するのを断念することのみではない。犯行の悪しき風聞から、または悪しき徴表を醸し出している悪（行）における諸々の状態からも、自身の身を護らなければならない。このことをおこなわ（ず、悪しき風聞・徴表が生じるかも知れぬとの用心を心がけ）ない者——このような者こそが、みずから、既述のような（拷問による）苦痛の原因を作るのである」（Art.61）⁽¹⁰⁹⁾。

これによれば、(i) 或る犯行の実行者として人に疑いを抱かれた者は、犯行を実行したか否かを問われる以前に、疑いを抱かれたこと（悪しき徴表が存在したこと）自体が、拷問をおのずと招く。訊問官はおのずと招かれる拷問を、法の命じるところに従い、職務として実施するのにすぎぬ。実施に成果が出なかったからとて、訊問官が責を負ういわれはない。(ii) 本来人間は、良き品行が求められねばならぬ存在である。或る犯行の実行者として人に疑いを抱かれること自体にすでに責を感じなければならない。なんであれ人に疑いを抱かれぬよう日常の生活を営なまねばならぬのに、疑いを抱かれたことは、それを怠ったことに他ならない。すべては被訊問者の〈身から出たサビ〉による、との拷問哲学である。

ただし、裁判官・訊問官が責任を負わねばならぬ場合がある。それは、拷問が本刑事裁判令（カロリーナ）に違反して実施された場合である。彼は「不正なる拷問の惹起者」として処罰を受ける。「不正なる拷問」とは、はっきりしている。確たる徴表がないにもかかわらず実行された拷問である。この場合、処罰は違反の形態と事情に応じて「刑罰と賠償」（Art.61）に処せられる⁽¹¹⁰⁾。刑罰を科されず〈賠償金〉の支払いで済む場合もあるということだ。または、双方が対象になることがあろう。処罰権は、各裁判権力（*obergericht*）——領邦の宮廷裁判所、都市参事会——が有している（Art.61）。

ここに「裁判権力」とはカロリーナが通例「司直（*oberkeyt*）」と呼ぶものの。たとえば「その者が司直によって、職権に基づき勾留されるとき」

(Art.6)・「或る者が司直によって、かつ職権によって彼の身体または肢体に処罰を受けるとき」(Art.10)にいう「司直」である。これは裁判所(裁判官・判決発見人・書記)よりも幅広いスタッフ(Art.104を参照)を抱えた裁判権者(領邦・都市)の司法当局である。或る場合には、裁判所と司直とは対立・緊張関係に立つことがある。裁判所(裁判官・判決発見人)は、たとえば拷問実施に十分な徴表とはなにかをめぐって判断に窮するとき法に精通する者の鑑定を求める。求める先は第1に司直であり、あるいは第2に母法都市裁判所や大学(Art.219)であった(Art.7)。この場合都市裁判所などへの鑑定依頼は、おそらく司直自身が回答に窮するとき、司直の手を通して進められよう。他方カロリーナは、裁判官による衡量には盛んに言及するものの〈司直の衡量〉といった言い方はしていない。ここには、裁判所の〈自律性〉が窺えないだろうか。立法者はこのところに司直にたいする制約を期待してはいないだろうか。

[b]裁判経費の負担。自白が取得できなかった裁判官はこの件の責任は負わぬが、経費の負担は別である。この場合負担者は、三様に別れる。[b-1]原告が負うのは、彼が告訴にあたって要した経費。他方[b-2]被告も負担しなければならない。牢舎にあった期間中の食費である。彼はなぜこれを負担するのか。上記裁判官・原告が責任を問われない理由と、軌を一にしている。「彼[被告]は、みずから、嫌疑を被る原因を作り出したから(Art.61)。」悪しき、確たる徴表が彼に有ったから入牢の憂き目を見るのだ、と。なお被疑者・被告は刑事裁判の遂行について担保を提供するまでは牢に入る(Art.12)ため、食事を牢舎に届けるのは実際には親族である。食費の経費について被疑者・被告・親族は賠償請求ができない。親族が支援できないとき、司直(牢番)が食事の世話をする。この場合は、司直に経費を支払うことになるだろう。最後に、[b-3]司直は刑事の報酬などの費用、裁判所の廷僕の経費、その他の裁判所費用を負担する(Art.61)⁽¹¹¹⁾。

訴訟費であれ入牢費、報酬費であれ訴訟当事者・司直が負担する経費の問題(Art.204)は看過できない。ここには収入源としての裁判の問題、

弾劾訴訟と糺問訴訟の関係問題、また時代を覆う「貧困」問題（Art.166 参照）が関わっていた。

4 殺害と刑事刑の免除

4-1 免責問題一般について

(29) 上述 3-3(19) で見たように、訊問官は、拷問実施を決するにあたって、次の[イ][ロ]間の比較衡量をおこなうよう注意を受けていた(Art.28)。[イ]被訊問者に向けられた疑惑諸断片のありようは、どうか。[ロ]被訊問者は「責を免れうる良き推定」を帯びていないか、どうか。[イ]疑惑諸断片が、[ロ]「責を免れうる良き推定」に優っているときに初めて、拷問を実施しうる。カロリーナは、これら[イ][ロ]のうち、とくに[ロ]免責問題について、詳細な刑法理論を展開させている⁽¹¹²⁾。それは、殺害の疑惑を受けた者が、正当防衛をもって免責事由を主張する諸事例であった。

そこで、免責の問題を殺害事件に関わらせて見ていきたい。その前に2点に触れておこう。(a) 先ず基本的なことだが、第1に(a-1)言葉の問題で一言。以下で*entschuldigen*・*entschuldigung*[Art.150]の語に「免責する」・「免責」の訳をあてるのは、埴浩氏が使用した訳語をそのまま拝借することによる。語の意味は〈犯罪者に刑罰を免れさせる/免除する(*von peinlicher straff entledigen*[Art.13];*vor peinlicher straff entschuldigen*[Art.151])〉あるいは〈犯行が、罰せられざる理由から(*auß vnstrefflichen vrsachen*)生じること[Art.150])〉にある。第2に(a-2)、免責問題の前提になっているのは、(i)被告が犯行そのものは否定しないことにある。被告は行為自体は認めるが、刑事刑は科せられぬ^{わけ}理由(免責事由)を原告に申し立てる。(ii)他方原告は原告で、免責事由の存在を申し立てる被告にたいし、当該事由を容認せず、その存在を争う。以上の2点(a-1)(a-2)については、ちょうど、関係箇条の1つ(Art.13)が冒頭で述

べる通りである⁽¹¹³⁾。

(b) 次に、被告が免責理由を申し立てるとき、これは申立者によって立証されねばならない。そこで、立証手続きと、これ以後の手続きが問題となる。じつは上記関係箇条の1つ (Art.13) は、弾劾手続き箇条 (Art.11-Art.17) 中の一条であった。弾劾手続き諸箇条がとくに注意を喚起しているのは、原告には、或る義務 (責任といってもよい) が伴う点である。免責問題に関していえば、免責事由の存在を申し立てる被告Bにたいし原告Aが当該事由を認めず、その存在を争うとき (上記) に、原告Aが負わねばならない義務である。これには、2つの場合がある。(b-1) 被告Bが免責事由の立証に成功する場合に原告Aが負う義務 (Art.13) であり、(b-2) 被告Bが立証に失敗する場合の原告Aの義務 (Art.15) である。

(30) 先ず (b-1) である。原告Aには、被告Bが免責事由を立証しえて刑事刑に処せられないことが判明する場合に⁽¹¹⁴⁾ 備えねばならぬ或る義務があった。被告Bが蒙る収牢・不名誉・損害にたいし原告Aが賠償するのを予め保証しておくことである (Art.13)。保証の行為とはどのような形態を採るのか。これは、よく判らない。なんらかの担保を提供するのか。たとえば、裁判所に一定額を納めるとか、誓約をおこなうとか——他方保証すべき賠償の額は裁判官と判決発見人4名とが当事者の「人物と事件の状況に応じ」決める⁽¹¹⁵⁾。賠償の請求は、被告Bが新たに民事訴訟を起こし原告Aに求める。民事訴訟の裁判経費は原告Aが支払う。支払う金高は当該 (民事) 裁判の判決に従う (Art.13)⁽¹¹⁶⁾。

被告にたいし刑事裁判を望むにもかかわらず、原告Aが (自身、余力がないため) 保証をおこないえぬときがある (また、保証を、おこなおうとせぬこともある)。このときは、被告が免責事由を立証し終わるまでの間、被告Bと相い並んで、原告Aもみずから牢に勾留されることがある (Art.14)⁽¹¹⁷⁾。この関連で、以下4点について多少付言したい。

第1に、原告Aの勾留は、「(原告Aの) 人物と事件の状況に応じ」裁判

官・判決発見人が必要と認めるときに起きる。たとえば、原告Aがれっきとした人物とか、名望ある者（評判良き人物）とかである場合は、おそらく身柄を勾留されるまでは到らぬであろう。第2に、身分の高い者（諸侯、聖職者、貴族とか）が原告として、身分の低い者を告訴するときは、当該原告に代わって他者（代人）が牢に入ることがある（「階級間の社会的不平等」!）⁽¹¹⁸⁾。ただし、原告の身分が身分だけに、代人も粗略にはあつかわれず、原告A自身と同等の処遇を受ける（相応の「敬意（*achtung*）」が払われる）。第3に、勾留は、原告（被勾留者）Aが保証の設定を終える間続く。設定を終えると共に解かれる。第4に、勾留されている原告Aのもとには、必要（立証行為や保証の設定の必要）上外部の者（親族・友人、主君とか）が出入りしうる。この点は、被告Bへの出入りについても同断。このように、牢中の原告A、被告Bは共に、外部者と任意に接触ができるのは、弾劾手続きの一特質であった⁽¹¹⁹⁾。なお、こうした場合、勾留中の原告が被告の親族・友人らと、また被告が原告の親族・友人らと、相談・交渉・談合することも、起こりうる。こう見てくると、牢について、弾劾手続きを定める冒頭箇条（Art.11）において、こう注意が喚起されているのはよく理解できる。「牢は、囚われ人を留め置くために造られ用意されるべきであり、囚われ人を苛酷に、かつ故意に苦痛を与えるために造られ用意されるものにあらず」と⁽¹²⁰⁾。しかし、現実には、慣行において、牢舎が囚人に苦痛を与える存在になっており濫用されていた（Art.218参照）のである。

(31)次に（b-2）被告Bが免責事由を立証しえぬときは、原告Aの義務とはどのようなか。原告Aは、刑事裁判を本刑事裁判令（カロリーナ）に基づいて遂行することについて保証をなすべきである。しかも、「このような場合には、さらにそれ以上の保証をなさねばならぬ義務はない」（Art.15）⁽¹²¹⁾。本箇条の要点はこの「さらにそれ以上の保証をなさねばならぬ義務はない」ところにある。しかも「このような場合」とは、(i) 被告が免責事由の存在の立証に失敗する場合のみならず、さらに (ii) 原告

が確たる徴表の存在を証明する場合、(iii) 被告の犯行が「否認しえぬ (*vnlaugbar*)」ものである場合、を含む⁽¹²²⁾。被告、原告がこうした状況にあるときは、被告は格別、原告は身柄を勾留されることは、ない。告訴者として法の述べるところを遵守し、刑事手続きを続行すべき義務以外の義務は負わぬ、という趣旨である。なお、この (iii) 「否認しえぬ」犯罪とは、典型的には「公然たる、疑いを容れざる」(Art.16) 行為である。こうした行為の実行者としてカロリーナは、以下の三者を挙げる。(iii-1) 「公然たる、思い上がった (*mutwilliger*) 敵あるいは (ラント) 平和破壊者」(「敵あるいは平和破壊者」たることが風評によってラントに広く知られている者) であり、そうした者たることにつき適法な事由を持たざる者⁽¹²³⁾。(iii-2) 略奪品・盗品を運び、運ぶることについて適法な事由を持たざる者。(iii-3) 現行犯行中に捕らえられた者。これらいずれの者も「刑事刑を適法に免れうる確たる事由を持たざる」者である。ということは、逆にいえば、(iii-3) 現行犯中に捕らえられる者であれ、確たる免責事由を持つ場合が出てくることもある。

4-2 殺害と免責問題一般

(32) 免責の問題を以下ではとくに殺害に関して考えたい。免責規定を収める、カロリーナの刑法関係規定全体のありようを見渡しておこう。カロリーナの刑法関係箇条はArt.104 (「犯罪はいかにして刑事刑をもって処罰されるべきかについての序文」) からArt.180 (「刑事刑のための牢舎の牢番が囚人の逃亡を助けるときは」) にわたる。先ず殺害および盗み以外の犯罪にたいする刑罰 (Art.106-Art.129) 関係の、次に殺害にたいする刑罰 (Art.130-Art.137) 関係の規定が置かれ、さらに、以下でとりあげる、殺害における免責関係規定 (Art.138-156) へと続いていく。これによって見るに、殺害関係規定は全体として27箇条 (Art.130-Art.156) におよぶ。後続の箇条は、盗みにたいする諸規定 (Art.157-Art.175) である。刑法関係規定は最後に、ウァフエーデ誓約の違反、幫助犯、未遂罪、若年者の犯罪、

牢番の犯罪、に関わる (Art.176-Art.180)。以上犯罪としては、殺人と盗みに数々の箇条が割かれ、カロリーナの1つの特徴となっているといえる。

ここでとりあげる、殺害に関する免責関係規定としては、1つは、[a] 総論的規定がある。これ自体、[a - 1]免責問題について裁判官・判決発見人に注意を喚起するもの (Art.138)、[a - 2]免責事由の立証問題に関するもの (Art.151-155)、[a - 3]雑則的規定 (Art.147-Art.149, Art.156) に別れる。もう1つは、[b]免責事由の具体的ありようを示す規定である。ここには、[b - 1]正当防衛による免責 (Art.139-145)、[b - 2]正当防衛以外の事由 (Art.146, Art.150)、について述べられている。

(33)免責問題について、刑事裁判所の裁判官・判決発見人に注意を喚起する (Art.138) のは、なにか。被告は殺害を否認はせぬ。他方、ときとして次のことが起きる。「(殺害者に) 良き事由があるため、彼らが刑事刑および民事刑から免れること」である⁽¹²⁴⁾。立法者がこの点にわざわざ注意喚起をおこなう趣旨は「[裁判官と判決発見人が法を]知らぬゆえに、このため人びとが苦難を受け、あるいは損失を被るといことがない」ようにせんためである。なぜ「[法を]知らぬ」といったことが生じるのか。それは、彼らが「(ローマ=カノン学識) 法を学んできていない」から。関係箇条 (Art.138) が末尾で「以下 (の箇条) において、上記のような免責の見受けられる殺害について記述する」と述べるのは、以上の趣旨による。こうして、免責の見受けられる殺害があること——具体的には次条 (Art.139) 以下にいうように、正当防衛 (「良き事由」) によって殺害事件が起きる場合があること——を^{わきま}弁えつつ、裁判官・判決発見人は審理に臨むことができる。これによって、彼らは「このような事件 (を審理する) について、ますます法に則してふるまう^{すべ}術を知る」と⁽¹²⁵⁾。以上から判るように、殺害を認めた者に、裁判官は、当該殺害について正当防衛を始めとして弁明しうるなにか「良き事由」がないのかどうかを想起するよう伝えねばならない。逆に、殺害を自白した (あるいは、断罪の立証を受けた) 者が殺害をめぐって「良き事由」を申し出るときは、裁判官はこれを真剣

に受け取り、審理において考慮すべきであった。

「良き事由」の有無がとくに問題となるのは、なぜか。謀殺者であれ故殺者であれ、「免責事由を立証しえぬ」殺害者には刑事刑、しかも生命刑に処せられる、深刻な事態が待っている (Art.137)⁽¹²⁶⁾ からだ。殺害者が生命刑に遭うことを、カロリーナは「(人びとの、または人間の) 流血 (*blut*)」 (Art.150) といった言い方で応じる。「(有罪者の) 流血」(〈流血刑〉) を招く事件については、裁判所は慎重さが要る。「公共の利益と人間の流血との間をどう決定すべきか、といった重大な案件には、大いなる、かつ真面目なる精励が必要とされるし、それが用いられるべし」と (Art.150)⁽¹²⁷⁾。公共の利益のためには有罪者にはしかるべく生命刑が科されねばならぬ。これは回避できない。他方正しく当該の刑が科せられているのかどうかについて、短慮は禁物である。公共の利益と正義との緊張関係の認識が、求められている。

具体的な流血刑としては、謀殺犯には車刑が、「癩癢と激怒」に由来する故殺犯には斬首刑が該当する。刑種の別は、地域の「慣習 (*gewonheyt*)」によっていた。或る「慣習」によれば、謀殺犯、故殺犯いずれも車刑に処せられる。これにたいしカロリーナは謀殺犯、故殺犯にたいする刑種は別々であるのが望ましい、と注意を向ける (むろん、これは、犯行の悪質性・意図性の有無を刑罰に反映させるべし、との考え方による)。さらに、高貴の身分の者にたいし、または主君にたいし、あるいは夫もしくは妻にたいし、もしくは親族にたいし謀殺におよぶ者は、生命刑に先立ち身体刑 (火鋏による引裂き・刑場までの曳き摺り) を加重される。このように重罰を蒙る殺害事件については、正当防衛による免責事由といった「良き事由」の存否を、裁判官・判決発見人が訴訟当事者らに想起させるのは、とりわけ肝要なことと考えられていた。

(34) 免罪事由の立証 (Art.151-155) に関して見ていきたい。犯行を自白した者が、他方で、刑事刑を免れうる事由 (免責事由) があると主張し、これを申し出る (*vrpüttig ist*) (Art.151[本条には、対象事件として殺害と

は明記されていないが殺害事件も念頭に入れてよい])。このとき裁判官は、当該事由を十分に立証しうるや否を申出者に問う⁽¹²⁸⁾。申出者が立証を望むときは、免責事由に該当するとして主張する事項（「立証諸項目 [weisung artickeln]」）を記録に書き留めさせる。裁判官の面前で、法に精通する者らによって、あるいは裁判所書記によって、それら諸項目を書面に作成させる⁽¹²⁹⁾。書面は、法に精通する者らに送付され、鑑定に付される。刑事刑を免除されるにふさわしい事由であるとの鑑定結果が出ると、これを裁判官は立証希望者（被告）に宣示する。こうして、被告に、立証申請が手続き法上許可される⁽¹³⁰⁾。被告の申し出による証人、しかも2人による証明（Art.67）の実施に移る。他方、犯行に到った当該の事由は刑事刑を免除するに値せぬ、との鑑定結果が出るときは、立証申請を出すのは認められないということになる。

ポジティブな鑑定結果がえられると、上記のように証人による立証申請を経て、被告は立証行為に移る。証人の証言は「証言聴取人 (*kundtschafft verhörer*)」の前でおこなわれる。彼らは「司直」（領邦君主・都市の各当局）によって特別の用務のため任命される者である。被告が立証に成功したか否かは、証言聴取人の審理によって判定を受ける（Art.151）。

他方原告も、「被告の立証に対抗して効果のある (*dienstlichs darwieder*) 証明をなさんと望むとき」は、これが許される（Art.151）。原告による反論である。ただ、原告による立証希望も被告同様鑑定に付されるのかどうかは、明らかでない。ともあれ、確たる免責事由の有無をめぐる被告、原告双方が立証に入るといって、一種の〈対審〉が起きている。

さて被告の立証申請にたいし、「犯行者（被告）が（刑事刑からの）免責を受けるのには、効果なし (*nit dienstlich*)」、との証言聴取人の判定が出ると、裁判官・判決発見人によって「立証は拒否される。」（なお、判定が困難なとき、また判定に疑義が出るときは、再度鑑定の請願がなされる [Art.151末尾]）。立証の行為が許されぬと、被告は自白をしたことが根拠となって「公然明白な犯行者たるに相応なる (*bekantlichen offenbaren*)

thätter gebürt)」者と見なされる (Art.152)。

(35) 免責事由の立証手続きの基本形態は、以上のものであった。ただ、免責の制度を活用するについて被告は (i) 或る負担を覚悟しなければならない (Art.153)。他方 (ii) 負担を軽減する措置が定められている (Art.154) のにも注目したい。

(i) 殺害行為自体は自白するが、合わせて刑事刑の免除 (免責) を主張する。免責の立証が認められると、被告、また被告の親族は、立証をおこなうさいの「保証と担保 (*caution, sicherung vnnnd bestandt*)」を提供する (Art.153)。[イ]第1に、原告に向けて担保を提供する。被告が立証に失敗する場合、または、立証申請が裁判所から認められたにもかかわらず被告が立証に入らぬ場合にたいし、予め備えるため。被告による「真実ならざる、かつ、欺瞞的なる[免責主張の]抗弁 (*außzüg*)」に備えるのである。「保証と担保」は、被告による、免責ありとの抗弁のゆえに、原告が被ることになるかも知れない損失すなわち「費用および損害 (*kost vnd schäden*)」を被告が滞りなく支払い、賠償するのを確保するのに必要な法的措置であった。[ロ]第2に、牢舎にある被告に親族が食事 (*atzung*) を供与するのを担保するのにも必要であった。

(ii) 被告が牢舎に拘束されているとき上記[イ][ロ]のいずれにおいても「保証と担保」の現実の提供者は「被告の親族 (*des beclagten freundt*)」であった (Art.153)。その場合、被告が「著しく貧困であり」、かつ、上述のように「保証と担保」を供しうる余力のある親族を持たぬ場合がある (Art.154)。しかも、裁判官は、被告が殺害事件について「確たる免責事由」を持っているのではないかと考える⁽¹³¹⁾。他方、被告本人が貧困であるとか、また支援の力のある親族・友人を持たぬとかで免責事由を立証する力がない (証人を発見しえぬとか) 場合がある。こうした場合には、裁判官自身が「可能なかぎり力を尽くして調査し」この結果を記録にして司直 (領邦君主・都市当局) に渡し、その返事を待つ⁽¹³²⁾。調査は、被告が殺害の免責事由を真実有するのかどうか、の証明に関わる。しかも「裁判

所と司直の経費によって職権的に」なされる⁽¹³³⁾。こうして、被告困窮のとき（貧困問題の出現！）免責の立証は、当事者の手から裁判所に移る。

4-3 免責事由としての正当防衛

(36)カロリーナが免責事由のある行為として挙げるのは、大きくいって、正当防衛による行為（Art.139-145）と、これ以外の行為（Art.146,Art.150）である。以下で各々について考えたい。本項では先ず正当防衛における免責問題である。

カロリーナによれば、正当防衛（*notweer*）とは、次のようになる（Art.140）。「或る人（X）が、死をもたらしうるような武器を用いて襲い、攻撃し、打ちかかり、[これによって]圧服させられる者（Y）が、自己の身体、生命、名誉、良き評判を危険に晒すことなく、また毀損することなく、適切に[襲撃を]逃れることができぬときは、正当なる防御によって、なんらの刑罰を被ることなく自己の身体と生命とを救いうる。」⁽¹³⁴⁾ この場合被圧服者Yによる「防御」が「正当防衛」（文字通りには「緊急防衛」）である。当該Yが「圧服する者」（X）を、防御のゆえに、殺害することがあろうとも、彼は「罪を負わない。」⁽¹³⁵⁾（なおArt.139もほとんど同様の規定である。）Yが罪を負わぬのは、単純な理由による。つまり「彼[Y]は、防御するさい、[Xに]打ちかかられ[て、殺され]るまで、[じっと]待つ義務は、ない」⁽¹³⁶⁾から。

以上を要するに、殺害事件の場合における、正当防衛による免責問題とは、次のようである。すなわち、襲撃を受けた者が正当防衛の名において襲撃者を逆に殺してしまうケース、いわば限界ケースにおける問題であった。もちろん、現実には、重い傷害を負わせることも起きようが、このところは「殺害」ということで一括されているのであろう。

こうした限界ケースの事例では、事件が訴訟に発展すると、立証の問題が肝要事となるのは、理解できよう。つまり、殺害が真実正当防衛による行為なのかどうか、の立証である。そこで以下では、立証の問題を中心に

とりあげたい。

(37) 正当防衛の立証について[A] 被告による立証——カロリーナによれば正当防衛の存否に関わる立証について、殺害と正当防衛をめぐる訴訟の関係者は、X（襲撃者・「圧服する者」・被殺者）、Y（防御者・「圧服させられる者」・故殺者・被告）、Z（通例は被殺者Xの親族友人・原告）の三者である。立証は被告によっても、原告によってもおこなわれる。

先ず、被告による立証である（Art.141）。或る人Xが或る者Yを襲った。Yは防御するうちXを殺害する。Yは、正当防衛による行為だと主張する。Zは承服せずYを相手に告訴を起す。被告Yは改めて、正当防衛による行為であること、それゆえ刑事刑を免れうることを申し立てる。原告Zは、Yの行為が正当防衛であるとは認めない。このとき、立証にあたるのはだれか。(i) 原告Zが、Yの行為は正当防衛にあたらぬことを証明するのか、(ii) 被告Yが、自己の行為は正当防衛であると証明するのか。この点についてカロリーナによれば、証明の権利は(ii) 被告Y——「正当防衛を引き合いに出す」者——に帰属する。彼が立証を果たさぬとき、あるいは立証に失敗するとき、敗訴となる。X殺害の罪を負わねばならない⁽¹³⁷⁾。Yによる立証は、少なくとも2名の証人の証言（Art.74）によっておこなわれるはずである。

では、被告Yが正当防衛の主張を立証するときは、そのまま自動的に、原告の敗訴となるのであろうか。あるいは、原告には立証の機会はないのであろうか。じつは、この点は上記箇条（Art.141）からはてがかりはえられない。しかし、てがかりがまったくないわけではない。原告による立証例を示す箇条（Art.142）（下述）の後段中に、こう見えるから。正当防衛をめぐる、「かくのごとき、双方当事者による証言は、交互になすことを許され、交互に陳述なされるべし」⁽¹³⁸⁾と。「双方当事者」のうち、一方当事者による立証は、上述の被告によるもの（Art.141）であった。となると、もう一方とは、いうまでもなく原告である。原告も正当防衛をめぐって立証をなしうる、ということになる。こうなると、原告による立証

(Art.142) は、上記被告の立証 (Art.141) と、どのような繋がりにあるのか、が当然問題となつてこよう。

じつはこの点は、カロリーナからは判り難い^{にく}。米山氏によれば、原告Zは被告Yの立証にたいし「再抗弁」を提示することができる。再抗弁の例を示すものが上記原告による立証の箇条 (Art.142) であった。参考になる意見である。では「再」抗弁以前の、最初の抗弁とはなんであったか。上述したように、被告Yの行為は正当防衛にはあたらず、との原告Zの主張ということになる。こう原告Zが主張するのにたいし、立証の権利は被告Yに帰属した (上述)。では、原告Zは当該主張をするにあたり、どのような根拠を挙げるのであろうか。たんに主張したのみで、根拠なるものは提出しないのだろうか。提出しないかも知れぬが、提出するとして、それを推測してみよう。それは、おそらくこうであろう。襲撃者であり、そして被殺者となつてしまったXの元来の行為は、被襲撃者、かつ故殺者となつたYが彼Xを殺害せねばならぬほど急迫したものではなかつた、従つてYがやむをえずXを殺害せざるをえなかつたほどの、苛烈な性質のものではなかつたはずだ、と。おそらく、原告による立証の箇条 (Art.142) は、この類の根拠を提出する場合に、当該根拠の立証の問題を含め、免責 (刑事刑の免除) の問題を一步進めて定式化しようとする規定として捉えうるのではないか。

(38) 正当防衛の立証について[B] 原告による立証——或る人Xが或る者Yを襲つたがYはこれに反撃し、結果XはYによって殺害されてしまう。反撃がこうした結果をもたらすのは、現実にも少なくはないであろう、こうした正当防衛関係の事例を具体的に掲げて立証問題をとりあげるのが、長文におよぶ箇条 (Art.142) であった。いわく「正当防衛の諸事例において、原告が立証するのは、いつ、いかなるときか。」そこで以下では、当箇条をやや詳しく見ていこう。

原告による立証はどのような理由^{わけ}があるときに、おこなうのか。本条 (Art.142) には正当防衛をめぐる3事例が挙がる。これらに共通する

のは次の類の事件である。事件関係人は同じく X・Y・Z の三者。X（襲撃者・「被殺者[entleibt]」）、Y（防御者・「故殺者[todtschläger]」・被告）、Z（被殺者 X の親族友人・原告）、である。X から襲撃を受けた Y がこれを防御せんとしてその結果 X の生命を奪ってしまう。そこで、Z は Y を告訴。ここで、原告 Z はこう弁論する。X が Y を襲撃した行為は、たしかに Y の反撃を呼び起こす原因になっていた。このこと自体は「認めざるをえぬし、反駁の余地はなく、否認はせぬ」と⁽¹³⁹⁾。襲撃者 X による行為のあったこと自体は、認める。こうした弁論があつて初めて、本条（Art.142）の標題に述べられていた「原告が立証するのは、いつ」か、にいう「いつ」の要件が満たされることになる。

こうして、原告が立証をおこなう時に到って、次の段階の弁論へと手続きは進む。いわく——しかしながら、X（襲撃者）に向けた反撃は正当防衛によるものだ、とする Y（防御者）の主張には、異論がある。Y（故殺者）の行為は「免責を受けるべき正規の正当防衛にはあたらなかった。」というわけは、Y にたいする X の行為は、もともと、「適法なる事由」があったがゆえの行為だ、と⁽¹⁴⁰⁾。本条（Art.142）は、以上冒頭に述べられたところを引き継ぎ、同種の告訴の 3 事例（下述[イ][ロ][ハ]）を挙げることをもって、次のごとく、襲撃者 X の、上述の「適法なる事由」を具体的に提示していく。

(39) 先ず[イ]事例 1 はこうである。ふしだらな行為をなさんとして妻あるいは娘の傍らにいる或る男 Y をとりおさえんとした夫（父親）X が、逆に Y に殺されてしまう。殺害は正当防衛による行為だ、と Y は主張する。そこで、X の親族 Z が訴える。Y の行為は正当防衛にあたらぬ。Y をとりおさえんとした X の行為は「法が許している」適法なものだからだ、と。[ロ]事例 2 は、以下の通り。或る人 X が或る者 Y を捕らえようとした。そのさい X は必要に迫られ武器をもって Y を威嚇しつつ迫った。ところが、X は（武器を奪われ、この武器によってか）Y によって殺されてしまった。Y は正当防衛を事由に、免責を主張する。他方、被殺者 X の親族 Z は、告

訴によって申し立てる。Xは「法に許されている通りにふるまった」にすぎぬ、と。では、なぜXはYを捕らえようとしたのか。この点は語られていないが、原告の申立てに絡んでくる問題である。そこで、こう考えられないであろうか。Yを捕らえるのは、司直がおこなう (*von ampts wegen zu fahen*) 仕事である、とXは観ていた。Yは身柄を拘束されてしかるべき人物なのだから。たとえばYは「公然たる (*offentlich*)」犯罪者 (Art.16) である、というように。そこでXは、司直がおこなうことは私人もおこなってさしつかえないと考えて、司直に代わってか、または司直を支援してか、Yを捕らえようとした、と。司直が対応するところを私人たるXが対応しても、それは「法に許されている」ことである、というのが、原告Zの言い分なのであろう。

[ハ]第3の事例は、上述第2の事例[ロ]にあるように、やはりXがYを捕らえようとして殺害されてしまうもの。(ただし、捕らえようとする理由が[ロ]と同じなのかどうかは、不詳。)告訴人 (*kläger*) である、Xの親族Zは、事件の状況に応じて、次のようにいろいろに申し立てる事例である。[ハ-1]Yは正規の正当防衛をなしたるにあらず——というのは、YはXよりもはるかに膂力があつた (*gantz mechtig*) からXの攻撃をかわしえた。にもかかわらず、Xを殺害してしまったから、と。[ハ-2]Yは正規の正当防衛をなしたるにあらず——というのは、XはたしかにYを攻撃したが、その後その場から逃げた。他方Yは「自由なる意思によって」かつ「必要でないのに」Xを追跡し、その途中でXを殺してしまったからだ、と⁽¹⁴¹⁾。[ハ-3]Yは正規の正当防衛をなしたるにあらず——というのは、Yは「自己の身体、生命、名誉と良き評判を危険に晒すことなく」Xの攻撃から適宜逃れえたはずである。従つてYによるXの殺害は、免責を受けうる正規の正当防衛にはあたらず。当該行為は悪意に (*böblich*) よつており、刑事刑に処せられるに値する、と。

原告の弁論で提示された、正当防衛の存否をめぐる種々相には興味深いものがある。それらを、立法者はごく一例として、裁判官・判決発見人に

教示した。そこには、当時の実務において現実に用いられていた弁論もあったであろう。

(40)以上、原告による立証の箇条 (Art.142) が前段で上述[イ][ロ][ハ]の事例によって語ろうとするのは、立証はいかにあるべきかの問題である。この立証法則問題は本条後段がとりあげる。要点だけを指摘しよう。X (襲撃者・被殺者) の行為はY (防御者・故殺者) による正当防衛を根拠づける行為に他ならぬ、と主張するのが被告Yの弁論であった。これを退けるには、原告Z (Xの親族・友人) は、YのXにたいする殺害の行為は「正規の正当防衛」ではなく本来刑事刑に値する行為である、との弁論を証明しなければならぬ⁽¹⁴²⁾。そのさい、Xの元来の加害行為の態様(行為の苛烈さ)は問われない。つまりXの行為は、Xを殺さねばYが殺されるほど苛烈なものだったとYが主張したとしても、この主張は、原告Zの立証権には影響しない⁽¹⁴³⁾。原告が立証に成功すると、被告Yには、反論し立証する権利はない⁽¹⁴⁴⁾。原告の立証は、被告による立証に優先する。原告の立証は被告による立証に優先するのが、立証法則である。他方、原告が立証をおこなわぬ(または立証に失敗する)とき、被告に番が回ってくる。自己(被告)の行為が正当防衛たることを立証しうる⁽¹⁴⁵⁾。ただし原告が立証をおこなわぬとき、被告の正当防衛の主張が必ずしも自動的に通るのではない。「かくのごとき、双方当事者による証言は、交互になすことを許され、交互に陳述なされる」べきもの (Art.142) だからである。

以上、殺害と正当防衛によるその免責とをめぐる各自の主張を立証するのは、被告、原告双方が交互に対審風におこないえた。これは新しい証明手続きの幕開けを意味し、原告、被告の権利を保護する上でも少なからぬ意義を持っている。

(41)殺害と正当防衛の事件における「差異」の問題——こうした諸例を提示(教示)して、立法者は裁判官・判決発見人に注意を促す。それは、なんだろうか。殺害と正当防衛をめぐる「諸事件には、頗る微妙な差異がある」(Art.142)(後述) ことにあった。従来看過され勝ちであった、

事件そのものが帯びる様々な態様つまり「差異 (*vnderscheyd*)」に目が向けられる。2人または3人の証人による立証について語る箇条 (Art.67) によれば、立証後の判決は「犯行の形態に応じて」下されるべし、という⁽¹⁴⁶⁾。これと同断の発言である。「差異」の視点こそはカロリーナを貫く、立法者の1つの重要な関心事であった。殺人と正当防衛の免責をめぐる差異に関係する事例としては、既述の箇条 (Art.142) にあったもの以外に、次の3事例が挙げられている。これを従前の通り関係者 X・Y・Z によって見ると、以下のようなものである。

先ず[イ]婦女が一方の当事者である事件 (Art.144)。女 X が男 Y を攻撃し、Y が X を殺害し、しかも正当防衛を主張する。原告 Z は、正当防衛であるとの Y の主張を争い訴え出て、弁論・立証に入る。そのさい、おそらく行為時の前後における事情であろうが「男女の情況 (*gelegenheyt des weibs vnd manns*)」が立証され、また行為時における男女間の攻撃・防衛 (*weer vnd thatt*) のありようが立証に付される。立証の実務は、よく判らない。立証は被告が果たすのか、原告がおこなうのか、あるいは双方が実行するのか。少なくとも、正当防衛を主張する被告は証明にあたらねばならないであろう。証明方法は証人による証言である。立証の結果を、裁判官は「吟味すること (*anzusehen*)」になる。吟味の結果判決起草となる。その前に、法に精通する者らによる鑑定に付される。事件が男女間の攻撃・防衛という幾分特異のものだから。すなわち、本条 (Art.144) が述べるところによれば、次のようである。或る婦女が、当婦女の行為にたいする反撃として或る男を正当防衛へと駆り立て、当該の男に免責を主張させる原因を作ることがある、といった事態は、通例は起こり難いことだ⁽¹⁴⁷⁾、というのである。しかし現実には、「残忍なる女が優弱なる男を正当防衛へと駆り立てることがある。とりわけ、女が深刻なる防衛を果たし、男がより劣等なる防衛をおこなうことがある。」⁽¹⁴⁸⁾ このあたりの叙述は判り難いが、おそらく、男女間に、ある種の攻撃・反撃の連鎖があり、このことを予定に入れた叙述であろう。つまりそれはこう推測される。当初男が女

に加害行為におよび、たいして女が残忍な性格のために激昂し、男に攻撃を加える。男は性質優弱なるがゆえに却って逆上し、殺すまでもないのに女を致死させる、といった事態である。

次に[ロ]過失によって無関係の者を殺害する事件 (Art.145)。反撃者Yは行為者Xにたいし適法な正当防衛を行使しているつもりでいて別人A(「無責の人[vnschuldigen]」)を誤って(すなわち「意思に反して[wider seinen willen]」)「侵害者(nöttiger)」と思い込んで、殺害するに到る(森下忠氏は、これを「生命対生命の緊急避難」の事例として注目する⁽¹⁴⁹⁾。)本条には、この場合、Yは「刑事刑を免れる」とあるのみ。立証問題については、前条(Art.144)が参照されよう。

最後に[ハ]以上の2事例とは異なって、目撃者のいない事件(Art.143)である。XがYを襲い、Yが反撃しXを殺害した。この行為についてYは正当防衛を主張する。しかし、殺害事件そのものをなんびとも目撃していなかった。従って、ここでは、「真実の知識について語る」(Art.67)ことのできる、すなわち事件の「主要事実」について陳述しうる証人の証言はえられない。となれば、正当防衛による免責の主張を争うZは弁論において徴表に頼らざるをえない⁽¹⁵⁰⁾。こうした徴表として本条(Art.143)が挙げるのはX・Yそれぞれの(i)良き、あるいは悪しき「人となり(standt)」——身分とか、風評を考えてよい——を始めとして多岐におよんでいる。それはさらに(ii)殺害行為の前後においてX・Yがどのような行動をとったのか、その状況である。また(iii)Xの襲撃行為、Yの反撃行為におけるそれぞれの当事者の動機・原因・利害関係などの諸事情——たとえば、X、Yのどちらに、行為への、より強い動機があったのか、など——である。(iv)襲撃、反撃の事件そのものは、いかなる場所で起きたのか、そのさい双方はどのような武器を使ったのか、である。

むろん、これらの徴表は一例が示されたにすぎないであろう。様々の徴表から正当防衛を引き合いに出す被告Yの弁論が「信じられうる(zu glauben sei)ものや否や」につき裁判官が判定を下すには、正当防衛を争

う原告Zの弁論と比べつつ衡量し (*ermessigen*) なければならない。これができるためには、徴表は「十分な根拠 (*bestendig vrsach*)」を持つものでなければならない。とりわけ、殺害行為そのものが否認しえない行為、とりわけ「明白な (*bekentlichen*) 行為」である場合に、当該行為が「正当防衛の推定」を享受しうるには、徴表は十分な根拠を有していなければならない。

(42) 上記に関わってここで、2点について触れておこう。(i) 第1に、衡量の問題である。立法者は、裁判官・判決発見人が衡量するのに役立つよう、或る教示を与える。行為者 (*thätter*) Yは、被殺者Xとの関係においてはXの利益に反するような「きわめて悪しき (*böser*) 推定」を提示し、他方Y自身にとっては「きわめてより良き、より強固な推定」を提示する、といった場合がある。こうした場合には、原告Zではなく、被告Yの主張——正当防衛——が「信じられうることになる」と。どのような徴表(「推定」)を提示することで、原告、被告のいずれの主張が「信じられうる」のかをめぐる、このような教示は、しかしながら上記の一例に止まっている。立法者の考えによれば、刑事裁判令にそうした「推定」を網羅列挙することは、不可能である。「法に精通する (*verstendiger*)」裁判官の衡量に期待が寄せられている。

(ii) 第2に、立証の問題である。徴表が「十分な根拠」を有するには、徴表を立証する必要がある。立証は正当防衛の行為を主張する行為者つまり被告Yに課せられる。しかも、これは証人の証言 (*beweisung*) による。立証が十分に果たされたとき裁判官が「衡量する」とき、原告Zの敗訴となる。ただし、被告によって提出された徴表証言にたいし原告Zが異論を提起するとき、原告の立証権が遮断されることはない (*vnabgeschnitten*)。ということは、被告、原告いずれからも、徴表証言は提出できる。こうなると、裁判官の任務は難しくなる。裁判官は、双方当事者の徴表証言を「吟味すること (*anzusehen*)」になり、比較「衡量する」必要に迫られる。多岐におよぶ徴表に関してもたらされる証言を比較衡量するといった困難

かつ微妙なる作業にあたって「疑義 (zweifel)」が生じるのは、予測されよう。従ってこの場合に、裁判官は、Zの告訴にたいし「判決を下すにあたり (inn der vrtheyl)」法に精通する者らの「鑑定」を求めることになる。

(43)「差異」の問題と関係するが、もう1つの問題がある。〈制裁の多様性〉ということである。正当防衛を中心とした、殺害と免責の問題において、いかなる制裁——(イ)「身体刑、生命刑 (straff an leib leben)」か、(ロ)被害者への「賠償、補償 (buß vnd besserung)」か——を判決として下すべきかについては、法に精通する者らの「特別の鑑定」による (Art.142)、とされている^(150a)。上述したように、謀殺であれ故殺であれ殺害にたいする制裁は、車刑 (謀殺) と斬首刑 (故殺) の相違はあれども、刑事刑 (生命刑) によるべしとあった (Art.137)。これにたいし、正当防衛という免責問題が絡んでくると、(イ) 刑事刑による以外に、(ロ) 被害者への賠償・補償の支払いが浮上してきているのに、注目したい。

この点は、カロリーナの立法者が正当防衛による免責問題については、あくまでも慎重であった点と深く関わっている。というのは、本条 (Art.142) 後段部分の一節には、「次のことに注意が払われるべし」として、こう述べられているからである。多少言葉を補いつつ紹介すれば、以下の通りとなる。「(当事者の) 一方 (Y) が、当初、(Xによる) 圧服の行為 (襲撃の行為) に晒されたがゆえに、正当防衛の行為をなすべき確たる事由を有しているときであっても、もし、当該の (正当防衛の) 行為に、まったく刑事刑を免れさせうる、(通例) 正当防衛の行為に見出される (はずの) 諸情況が存在せぬときは、次の点を衡量することが、まさに必要なことたるべし。(当初) 行為者 (X) が当該 (襲撃) 行為を果たすにあたって、(しかるべき) 理由がいかに数多くあったのか、もしくは少数しか存在しなかったのかどうか、という点である。」⁽¹⁵¹⁾

Xの襲撃にたいするYの反撃が、正規の正当防衛の場合に通例見出される諸情況を含んでいるのかどうか、が疑問視されるとき、正当防衛の有無の判断にあたっては、XのYにたいする元来の襲撃が、どの程度の、いか

なる理由によっていたのかを、裁判官・判決発見人は考慮に入れるべし、ということである。言い換えれば、正当防衛による免責の主張をめぐることは、(i) 攻撃者の行為の理由と、(ii) 反撃者による行為の事由との相関関係を比較衡量すべし、との趣旨である。こうした趣旨のことを立法者が関係箇条に加えざるをえなかったのは、殺害と正当防衛をめぐる「諸事件には、頗る微妙な差異がある」(Art.142) ため、事件の差異に応じて判決は「異なったものには異なった風に、いっそう重く、もしくはいっそう軽く」下されねばならない。しかも、「微妙な差異」を判断する術を、本刑事裁判令において、裁判官や個々の判決発見人たる「一般人」に理解可能なように説明するのは到底できぬため、法に精通する者らの「特別の鑑定」に委ねざるをえない (Art.142) ⁽¹⁵²⁾。

こう見てきて、上述〈制裁の多様性〉の問題に戻れば、判決として、「身体刑、生命刑」を宣告すべきか、または被害者への「賠償、補償」とすべきかは、事件の「差異」に深く関わっていた。

4-4 正当防衛以外の事例について

(44) カロリーナは正当防衛以外の免責事由の1つとして「行為者の意思に反して生じる、意図なき殺害」を挙げる。「或る者 (K) が、或る相当な、かつ禁止されざる行為を、当該行為がおこなわれるのが相当なる場所において果たし、これによって、偶然の、まったく故意なき方法によって、行為者の意図に反して或る者 (L) を殺害するときは…その者 (K) は、免責される」(Art.146) と ⁽¹⁵³⁾。立法者は、こうした事例をよく理解させようとし次の2例を示す。[イ]理髪店における理髪師の行為からくる殺害——理髪師 (K) が理髪中にだれかとぶつかり、そのはずみで意図せず客 (L) の咽喉を切り彼を死に到らしめる。[ロ]射的場における射手の行為による殺害——射手 (K) が小銃または弩でもって発射する直前、標的の方に或る者 (L) が動いたため避けえず意図に反し彼を死に到らしめる。いずれの場合も K は刑事刑から免除される。ただし、正規の場所 (理髪店・

射的場) 以外の場所——街路とか往来とか——において理髪や発射の行為によって上記の結果を招くときは、Kはまったく免責なしというわけにはいかない。ただ、「軽率、あるいは過失から」生じた行為は、「悪意によって、また意図のもとで」起きた行為と比べて「より多くの憐憫」を享受する⁽¹⁵⁴⁾。では、故意によらざる行為は、具体的にいかなる刑罰をもって処遇するのか。これについては、「鑑定」を待つべし、とされている。

立法者は、法に精通する者らに注意を喚起する。上記2例をてがかりにし(おそらく類推を加え)「故意なき殺害とは、なにか」について、またどうしてこうした行為には免責問題が生じるのかについて、よくよく考えてくれるように。というのは、本刑事裁判令の箇条において、非・故意行為の諸事例を網羅挙示することはできないからである、と。

本箇条(Art.146)は最後に、以上に関連して2点に言及する。第1に、行為者は、これまで非・故意行為によっても責を負わされてきた。しかもそのさい、責は、法に通じぬ人びとによって、まったくバラバラな方法で(*vngleich*)、問われてきた。この意味で、上述の2つの事例は、非・故意行為とその免責問題とについて、「一般人(*gemeyn mann*)」に幾らか理解させるものとなること。第2に、非・故意行為の諸事例には「頗る微妙なる差異(*gar subtil vnderschiedt*)」があるため「一般人」には把握し難い。従って、行為者に責を負わせんとするとき判決発見人は、法に精通する者による「鑑定」を求めること。ここに「一般人」とは、「刑事裁判所に席を置く」ものの、法に精通せぬ判決発見人を指していた。

(45)カロリーナが正当防衛以外の免責事由のもう1つとしてとりあげている一群の行為(下述)についてもやはり「差異」ということに注意が喚起される(Art.150)。「判決発見人は、各事件の差異に耳を傾けることも、心を動かすこともない。これは頗る愚かなことである。しかも、ここから次のことが生じる。判決発見人は、繰り返し過ちを冒し、人びとに不法をなし、人びとの流血について責を負うこと、これである。これらのことが、これまでときとして刑事裁判所に生起していた」と⁽¹⁵⁵⁾。「人びとの流血」

の問題は既述した（[33]）。「各事件の差異」に気づかぬときは、裁判官・判決発見人は、現象面に囚われ、不法に生命刑を科すといった重大な結果を招き易い。実際にこのことが起きていた、と。

では、差異に注意を払わねばならない殺害事件には、なにがあるのか。

(i) 或る者Xが或る者Yの妻、または娘におこなった不倫の行為のゆえにYがXを殺害する。(ii) 或る者Yが他人Wの生命・身体・財産を、或る者Xの攻撃から護るためXを殺害する。(iii) 弁別 (*sinn*) を有せぬ者Yが或る者Xを殺害する。(iv) 職権によって捕捉されてしかるべき者Xが捕捉に不相応、かつ危険な抵抗をおこない、やむなく或る者YがXを殺害する。(v) 或る者Xが或る者Yの家宅に夜間加害の様相で侵入したところを発見され、YがXを殺害する。(vi) 或る動物が或る者Wを殺したが、動物の所有主Yはこの動物が人を殺すほど危険な性質を以前から持っていたことを知らぬとき。もちろん以上の事件は、例示にすぎない。例示する趣意は、こうである。ひとくちに殺害というがそのありようは多種多様であり、殺害の諸行為には著しい差異が存する。しかも、免責事由のある行為も有れば、無い行為もある。これらの事情を「一般人」（刑事裁判所の判決発見人）に弁えさせることである。しかし、弁えさせるといっても、諸事情をことごとく刑事裁判令に述べ尽くすことは到底できない。従って、そうした事情の事件については、法に精通する者らの鑑定に委ねなければならない（Art.150）。

免責事由が正当防衛の行為にあるのであれ、なかれ、殺害事件の抱える重大性——加害者は生命刑に処せられる、との——が、「鑑定」にモノをいわせようとする理由となっている。「法に違反する理不尽なる規則および慣習」（Art.150）に代わって。

5 むすび

「はじめに」において述べたように、本稿は〈個々人の安全、もしくは保護〉という一視点から、カロリーナの刑事手続き法の一端を考察することを試みた。米山耕二氏の所論もまた、この視点を看過していなかった。米山氏によれば、(A) 裁判権力機関の「裁量権限を拘束する規範が必要と感じられた」ためにカロリーナにおいて「正義の理念によって刑事手続を規律するという志向が息づき、そこに、被疑者…の保護という思想の生まれいく兆しがみられる」⁽¹⁵⁶⁾。他方で、同氏は次のようにも述べる。(B) 「積極的な真実発見が拷問をもって進められたのであり、ここに職権的な犯罪追及の特質を見ることができる。公共の利益によって基礎づけられたカロリーナの刑事手続において、その証拠法体系を構築し、その核となるべきものは、まさしくこの拷問であった」⁽¹⁵⁷⁾と。一方では(A) 個々人の保護と正義、他方で(B) 拷問と公共の利益、が提示される。では、A、Bの関係はどのようなことになるのか。氏によれば、正義と公共の利益(合目的性)とは「完全なる調和にある」⁽¹⁵⁸⁾ものとして捉えられるべきものであった。最後にもう1点(C)として、米山氏によれば、「拷問こそ、ほとんどの場合に被疑者の運命を決してしまう。」⁽¹⁵⁹⁾。これは、上記A、B間を繋ぐ命題として見てよい。カロリーナの刑事手続きを考察せんとする米山氏の問題関心は、この命題にあったのではないか。

ただ、上記A、B、Cの文章に現われている個々人の保護をめぐる考え方は、いささかネガティブな思考法ではないだろうか。すなわちこの思考法は、次のような論理をたどる。拷問は人間の運命を決定してしまうほどの行為である、けれども、真実発見という要請の下ではやむをえぬ、およそ拷問は回避しえぬ、回避しえぬとすれば、できるかぎりその行使は慎重・入念である他に術はない、ここに個々人の保護が求められる、と。この思

考法は、いわば〈公共の利益の眼から、正義を観る〉ということにあらう。米山氏の語る「調和」というのは、このことにあるのかも知れない。

それはそれで、1つの思考法であらう。ただ、個々人の保護の問題をもう一步ポジティブに捉えることはできないだろうか。以下では、この点をいささか探ってみたい。また、ここから生じる問題点を指摘し、本稿のむすびとしたい。

中世後期以来の、諸々の土地（領邦と都市）の刑事司法に現実起きていた様々な問題の1つに、カロリーナは次の点を挙げる。「風評や、悪しき風聞、その他の徴表が前もって見出されないにもかかわらず、名誉ある者が、司直によって、理由無く捕らえられ、牢舎に送り込まれている。また、このようにして捕らえられた後、司直によって手早く、かつ軽率に審理がなされている。このため、捕らえられた者は、彼の名誉に損害を蒙っている」(Art.218)と⁽¹⁶⁰⁾。

じつは、この文章は一見判り易いようだが、よく読むと理解がなかなか容易でない。「徴表が前もって見出されない」のに捕らえられるというのは、どのような事態なのだろうか。当時諸都市はカロリーナ立法にたいし強い抵抗を示していたが、その都市ですら（市参事会員過半数による）即決風の刑事手続き——〈風評に基づく裁判〉——において〈悪評〉が被疑者捕捉の前提となっていた。ということは、「名誉ある者」が「理由無く」すなわち悪評すらなくて捕らえられるというのは、どうも解せない。上記の文章は、やや舌足らずの感がする。一種のレトリックが混じっているのかも知れない。

そこで、上記の文章をなんとか理解するとすれば、こうではないか。〈風評に基づく裁判〉の対象になっていた被疑者は、就中〈ラントにとって、もしくは都市にとって有害な人間〉であった。彼らの中心にいるのは放浪者とか常習の窃盗犯であり、非定住者であった。彼らは不品行な生活にある者として、それ自体として日常嫌疑を帯びており、これといった徴表がなくても度々捕捉されうる存在であった⁽¹⁶¹⁾。偶々発見された、その

場所において。ところがこうした状況が「名誉ある者」（市民・保有民）にたいしても広がり、ごく軽微な徴表によっても捕らえられることが出てきた、と⁽¹⁶²⁾。

ともあれ、カロリーナの立法者の厳しい目は徴表問題に注がれていたことは疑いない。先立つ徴表がないのに、れっきとした者すら捕捉・収牢され、即決風な裁判に晒されているとすれば、それは、司法当局が裁量権を濫用していることによる。では、裁量権の濫用を目の前にしてカロリーナの立法者はどう考えたのか。米山氏は、立法者のたどった論理を次のように見る。(I) 濫用にたいする批判→事実の調査への志向→この第一歩としての徴表の存在→拷問の実施→個々人の保護である。しかし、この論理では、事実の調査への志向がどうして必要なのか、がよく見えてこない。そこで、この論理を次のように転換できないか。(II) 濫用にたいする批判→個々人の保護→事実の調査への志向→この第一歩としての徴表の存在→拷問の実施、である。(II)の論理のポイントは、裁量権濫用の悪弊から個人を先ず保護することが肝要であるとする思考法にある。個人を保護するという観点が、当初から立法者の頭にあった。次に、このために必要なことはなんであろうか、と問題が提起される。そのために必要なのは、事実を調査することにある。いったいなにが起きたのか、と。調査のための発端は、徴表が存在し立証を受けることである。(II)の論理の要点は、〈正義の眼を通して、公共の利益をも観る〉ことにある。正義の眼で視るというのはむろん、(a) 〈有罪者をいかに処罰するか〉(また言い換えれば「犯罪者を庇護し、彼らにたいする裁判を引き延ばし、犯罪者をそれと知って放免する」[Art.150]のをいかに防ぐか)の問題を蔑^{なみ}するものではない。にもかかわらず、裁判官・判決発見人は(b) 〈無罪者をいかに処罰せぬか〉がそれに劣らず困難な課題であることを弁えねばならぬ、これを弁えることが同時に公共の利益にも適う、と考える見地である——バンベルク司教領国刑事裁判令(CCB)第13条(本条はCCCにはない)末尾に見える言葉はちょうどまくこの見地を表明しているで

あろう。「無罪者に死[刑]の有罪判決を下すよりは、むしろ有罪者を解き放っておく方が優れり」と⁽¹⁶³⁾——。本稿でとりあげた免責事由の問題は、いってみれば、正義と公共の利益との接点に位置しているであろう。

上述で、当時の刑事司法の悪弊を述べる箇条 (Art.218) を挙げた。ここで、関係してもう1つの条文を見てみたい。本条 (Art.100) も刑事手続きの濫用 (*mißbreuch*) をとりあげる。ここに、事実の調査 (上記) の問題が加わる。すなわち「真実の探知や、正義の探知にとっては無用の、たんに裁判を延引し妨げるだけの、頗る余分な訊問」が諸刑事裁判所で実施されている。また「人民を危険に晒し」不要にも裁判の進行を遅らせる他の濫用も、皇帝の耳に届いている。無用な訊問や濫用は今後廃止されるのが望ましい、と⁽¹⁶⁴⁾。ここで真っ先に注目するのは、真実の探知と正義の探知とが関係させられている⁽¹⁶⁵⁾。人びとを危険に陥らせるのは、真実と正義に悖る司法の濫用であった！上述で、(II) 濫用にたいする批判——個々人の保護——事実の調査への志向云々として示したところが、ここで裏づけられているといえよう。

上記において、個々人の保護の問題をもう少しポジティブに考えることはできないか、と述べた趣旨が、これなのである。カロリーナにおける徴表と有罪の理論を、そうした視角から改めて考えてみることはできないか。これが、本稿の主題であった。カロリーナの諸箇条一つひとつは、この視角から読み直すことができるのではないか、とおもう。

ともあれ、次の諸点が、個々人の保護の問題に関わっていた。徴表の存在は立証を必要とすること、訊問官は訊問に入る前に、徴表が確たるものか否かの調査を実施すること（これらは、換言すれば、被訊問者の〈無実〉の可能性を訊問官は顧慮せよ、と立法者が命じていることを指す）、訊問は先ず「言葉」を尽くす方法でもって始め、直ちに拷問に頼る（〈拷問〉）のは差し控えること、被訊問者には、アリバイの有無、正当防衛事由の存否など刑事刑を免れさせうる事由の有無を問うてみなければならない、かつ、事由があるときはこれを申し出させること（換言すれば、被訊

問者が〈無罪〉でありうることを考慮せよ、と訊問官に向け注意を喚起するのである)、刑罰がとりわけ生命刑(「流血」)におよぶ犯罪、就中殺害(故殺・謀殺)については事件・状況における「差異」に充分の考慮が払われるべきこと、自白が取得された後は丁寧に付加訊問を実施し、ここでえられた犯行の諸状況を現地において検証すること(これは、拷問による自白に〈うそ〉がありうる、あるいは混じりうることを考慮に入れた行為としても理解できよう)、などである。これら自体はむろん、米山氏の所論において言及されていた。問題は、考察の視角にある。〈拷問の苛烈さから被拷問者を救済するにはいかにすればよいのか〉から、〈個々人を保護するには刑事手続きはどうあるべきなのか〉への、視角の転換である。

この後者の視角からカロリーナの箇条を読み直すことはできないか、と考える。この点でいえば、かの、「公然たる、疑いを容れざる犯罪」に関する一箇条(Art.16)といえども「例外」(米山)とはならない。本箇条においては「公共の利益の観点により強く働き、正義の理念は背後に退いている」と米山氏はいう⁽¹⁶⁶⁾。しかしながら、これは、次のように読み直せないか。「公然たる、疑いを容れざる」行為の1つに本条(Art.16)は、「公然たる、思い上がった敵あるいは平和破壊者」を挙げていたが、これを例に挙げよう。「敵あるいは平和破壊者」というのは、「敵あるいは平和破壊者」たることが風評によってラントに広く知られている者を指している(既述)。では、このような疑いを周囲から抱かれ、告訴を蒙る——告訴には、予め徴表がなくてはならぬ——とき、〈被告は「刑事刑を適法に免れうる確たる事由を持たざる」者だ〉として弾劾されるまま、告訴を素直に認めるであろうか。そうでは、あるまい。必ずや、刑事刑を適法に免れうる確たる事由がある、と主張し免責事由を申し出るに違いない。「適法な(rechtmessig)事由」を有するとか、また、自分こそ、ラントの敵あるいは平和破壊者へと「追いたてられた(getrungen)」のだとか、と弁論するであろう。立法者は、現実にかような弁論が起こりうることを予定に入れておかななくてはなるまい。本条には「行為者が、こうした公然たる、

疑いを容れざる犯行を、しらじらしくも、反駁せんとするとき、裁判官は、真実を自白させるために厳格なる拷問をもって臨むべし」(Art.16)とあった。ここで「真実を自白させ (*zu bekantnuß der warheyt*) る」べし、として裁判官に注意を促すのは、被告が様々に弁論を申し立てることがあるのをすでに予定に入れている発言とおもわれる。

これを要するに、個々人保護の思考が先ずあった⁽¹⁶⁷⁾。徴表があり、これが調査され、存在の立証を受ける。その上で訊問に移る。この中で、アリバイがあるときは申し出るよう被告に促される。言葉を用いた訊問が効かぬときは、拷問(拷訊)を経て自白が聴取され、取得された自白につき付加訊問が実施される。正当防衛など種々の免責事由があるときは、これも申し出させる。付加訊問によってえた供述や申し立てられた免責事由についてはウラ(検証)がとられる。

このように徴表があることは、拷問実施の正当性を担保する。他方、ここで問題が現われる。(i) 拷問によって被疑者・被告に苦痛を加えるにもかかわらず自白を取得しえなかった当局の責任は、徴表の存在によって、免除されてしまう。(ii) カロリーナは、疑惑断片および確たる徴表のありようは例示する。他方、現実の犯行に関して、容疑の段階、勾留の段階、訊問および拷問(拷訊)の段階それぞれにおいて、どのような徴表がどの程度存在すれば、勾留、訊問や拷問が適法となるのか。また、自白を取得するのに、どの程度の拷問が適法となるのか。その実際のところは——むろん「鑑定」意見は働くが——裁判官の「衡量」または「推測」の質と幅(衡量は、濫用されると〈裁量〉に陥りかねない)に依存した(Art.58)⁽¹⁶⁸⁾。(iii) 「衡量」の濫用が進行すると、いわば〈裁判所の司直化〉への動きが著しくなろう。こうなると裁判官は「権力の忠実な僕」⁽¹⁶⁹⁾と化する。むろん、こうした裁判官像はカロリーナが考えるところではなかったが。

上記の事情は、新しい刑事司法の時代が到来する前触れとなってくるのであろうか。徴表が数々集められ(つまり、状況証拠が集積され)、それらが直接、有罪認定のために活用される刑事司法——〈非・正規刑

(*poena extraordinaria*) 〉 (通例〈嫌疑刑〉と称せられてきたもの) 司法 (有罪者にウァフェーデを誓わせて所払いに処する)⁽¹⁷⁰⁾ —の時代である。

本稿はカロリーナ諸箇条を考察の中心に置き、ここから読み取りうる立法者の考えの一端を追った。この意味では〈理論的〉側面の追究を任務とした。ただこれは、次の2点と関係する。第1に、理論的側面の追究は〈実務的〉側面の考察にとって基礎的作業になるはずである。第2に、近世初期の理論と実務とは、今日におけるほど別れてはいなかった。

注

- (1) Cf. Ignor, Alexander, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846. Von der Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormärz*, Paderborn/München/Wien/Zürich 2002, 62 (Anm. 112); Wadle, Elmar, *Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reiches (1532)-Strafrechtspflege zwischen Tradition und Fortschritt-*, in: Borck, Heinz-Günther (Hg.), *Unrecht und Recht. Kriminalität und Gesellschaft im Wandel von 1500-2000. Gemeinsame Landesausstellung der rheinland-pfälzischen und saarländischen Archive. Wissenschaftliches Begleitsband*, Koblenz 2002, 64 (Anm. 3); Lieberwirth, Rolf, *Constitutio Criminalis Carolina*, in: Cordes, Albrecht u. a. (Hg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., 1, Col. 888 („die berühmte Indizienlehre“).
- (2) Cf. Laufs, Adolf, *Rechtsentwicklungen in Deutschland*, 6. Aufl., Berlin 2006, 140 („Ihrer Grundanlage nach“); Schroeder, Friedrich-Christian, *Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (Carolina) von 1532*, in: Schroeder, Friedrich-Christian (Hg.), *Die Carolina. Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532*, Darmstadt 1986 (*Wege der Forschung* 626), 328 (Anm. 23); Lieberwirth (前注1) Col. 887 („in erster Linie als eine Strafprozessordnung“).
- (3) 拙著『中世ドイツの刑事裁判——生成と展開——』(多賀出版・1998) 3頁。Rüping, Hinrich/ Jerouschek, Günter, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, 4.

- Aufl., München 2002, 44 (nr. 94); Lieberwirth (前注1) Col. 885 („die Missstände in der Strafrechtspflege“); ハロルド・J・バーマン (宮島直機訳) 『法と革命 II』 (中央大学出版部・2010) 144頁 (注14)。
- (4) 米山耕二「カリロナの刑事手続——近代的刑事司法の礎——」『一橋大学法学研究』9 (1975) 194頁以下。なお近時の研究の1つに、藤本幸二『ドイツ刑事法の啓蒙主義的改革とPoena Extraordinaria』 (国際書院・2006) 36頁以下。
- (5) 本稿で用いるカロリーナのテキストは次の通り。Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reichs von 1532 (Carolina), herausgegeben und erläutert von Friedrich-Christian Schroeder, Philipp Reclam jun. Stuttgart, 2000. 日本語訳 ([] () 内は筆者による) にあたっては、埜浩「カルル五世刑事裁判令 (カロリーナ)」『神戸法学雑誌』18の2 (1968) 213頁以下 (『フランス・ドイツ刑事法史』[埜浩著作集 (西洋法史研究) 4・信山社・1992]148頁以下) の貴重な翻訳を適宜参照させて戴いた。
- (6) Art. 20 CCC: *Das on redliche anzeygung niemant soll peinlich gefragt werden* (標題) : *Item wo nit zuuor redlich anzeygen der mißthat darnach man fragen wolt vorhanden, vnnnd beweist wurde, soll niemants gefragt werden, vnd ob auch gleich wol, auß der marter die missethat bekant wurd, So soll doch der nit geglaubt noch jemants darauff verurtheylt werden.* cf. Schroeder (前注2) 330 (Art. 20). 米山 (前注4) 195頁 (注[1][2]). Sellert, Wolfgang, Die Krise des Straf-und Strafprozeßrechts und ihre Überwindung im 16. Jahrhundert durch Rezeption und Säkularisation, in: Angermeier, Heinz/Seyboth, Reinhard (Hg.), Säkulare Aspekte der Reformationszeit, München/Wien 1983, 47 (Anm. 109); Sellert, Wolfgang/Rüping, Hinrich, Studien-und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 1, Aalen 1989, 209 ([Qu. 38]), 236 ([38.]).
- (7) Art. 22 CCC: *Item es ist auch zumerken, daß niemant auff eynicherley anzeygung, argkwons warzeichen, oder verdacht, entlich zu peinlicher straff soll*

徴表と有罪の理論をめぐる一問題

- verurtheylt werden, sonder alleyn peinlich mag man darauff fragen*, 米山（前注4）232頁、235頁（注7）参照。Cf. Bulatov, Sergej J., *Die peinliche Gerichtsordnung Karls V.*, in: Schroeder (Hg.)（前注2）229 f（Art. 18-44, Art. 22）; Wadle（前注1）72（Artikel 22）.
- (8) Art. 18 CCC: *annemens vnnd gefencklichs haltens, . . . der jhenen, so für mißthetter verdacht vnd verklagt werden, vnnd des nit gestendig sein,*
- (9) Art. 22 CCC: *so die anzeygung . . . gnugsam ist, dann soll jemant entlich zu peinlicher straff verurtheylt werden, das muß auß eygen bekennen, oder beweisung . . . beschehen, vnd nit auff vermutung oder anzeygung.*
- (10) Art. 9 CCC: *Item wolt aber eyn solcher gefangner der verdachten missethat one oder durch peinliche frag nit bekenntlich sein, vnd er doch des selben überwisen werden mocht, So soll es mit derselbigen weisung vnd rechtfertigung darauff, der todtsstraff halben gehalten werden,*
- (11) Ignor（前注1）67（Artikel 69）. (12) 米山（前注4）246頁。(13) 米山（前注4）172頁、195頁（注[3]）。
- (14) Art. 104CCC: *Wann vnser Keyserlich recht, etlich peinlich straff setzen, die nach gelegenheyt diser zeit vnd land vnbequem, vnd eyns theyls nach dem buchstaben nit wol möglich zu gebauchen weren, darzu auch dieselben recht die form vnd maß, eyner jeglichen peinlichen straff nit anzeygen, sonder auch guter gewonheyt oder erkantnuß verstendiger Richter beuelhen, vnd inn der selben wilküre setzen, die straff nach gelegenheyt vnd ergermuß der übelthatt, auß lieb der gerechtigkeit, vnd vmb gemeynes nutz willen zu ordnen vnd zu machen.*
- (15) 米山（前注4）174頁。(16) 米山（前注4）235頁。(17) 米山（前注4）174頁。
- (18) 米山（前注4）163頁、168頁、256頁。米山氏の前稿「刑事訴訟における合目的性と正義——ドイツにおける糺問訴訟の進展に即して——」『一橋論叢』71の1（1974）94頁前段、98頁前段では、「合目的性と正義とは予定調和において結びつくものではなく」「緊張関係」にあるものとして理解されてい

た。続稿「カリロナ刑事法典について——刑事訴訟における合目的性と正義（2）——」『一橋論叢』71の4（1974）145頁下段では、合目的性と正義とは、一方では「緊張関係」にあり、しかも正義が「優位」な位置を占めるとされ、他方では、「調和的に理解される」という。

- (19) *Vorrede des peinlichen halsgerichts: Vnnd daß aus dem selben an viel orten offter mals wider recht vnd gute vernunfft gehandelt vnnd entweder die vnschuldigen gepeinigt vnd getödt*, in: Schroeder（前注5）9.
- (20) Langbein, John H., *Die Calorina*, in: Schroeder (Hg.)（前注2）247 f. なお「個々人の安全」の「個々人」には、色々な様相が含まれている。(i) 犯罪の状況・犯罪者の境遇における〈個々性、特殊性〉を計算に入れること、また(ii) 犯罪者に罪がある場合にひとり一人の犯罪者の〈罪の度合い〉を個々の罪それぞれについて量ること、など。これらの点には、衡平・正義の観念が働かざるをえない。Cf. Bauer, Andreas, *Das Gnadenbitten in der Strafrechtspflege des 15. und 16. Jahrhunderts, dargestellt unter besonderer Berücksichtigung von Quellen der Vorarlberger Gerichtsbezirke Feldkirch und des Hinteren Bregenzerwaldes*, Frankfurt (M) u. a. 1996, 41 („Einzelfallgerechtigkeit“; „Maß der individuellen Schuld des einzelnen Missetäters“), 49 (Anm. 78). またLaufs（前注2）145 („Individualisierung“).
- (20a) Art. 150CCC: *Sie sollen wissen, daß sie sich schwerlich darmit verschulden, vnnd sein den anklägern derhalben vor gott vnd der welt widerkerung schuldig, wann eyn jeder richter vnd vrtheyler ist bei seinem eydt vnd seiner seel seligkeyt schuldig, nach seinem besten verstehn gleich vnd recht zu richten*,
- (21) cf. Laufs（前注2）143 („Schutzfunktion bindender prozessualer Formen und Regeln“). なお研究文献の一覧例としてはLaufs（前注2）130-134; Schroeder (Hg.)（前注5）200-204を参照。
- (22) カロリーナにおける刑法の側面——就中殺害・略奪・窃盗——を歴史犯罪学の手法によって考察するのに、次の研究がある。Geus, Elmar, *Mörder, Diebe, Räuber. Historische Betrachtung des deutschen Strafrechts von der Carolina bis*

徴表と有罪の理論をめぐる一問題

- zum Reichsstrafgesetzbuch, Berlin 2002, 76-88 (故殺・謀殺、およびその他の殺害), 88-101 (略奪・窃盗).
- (23) Art. 19CCC: *Item wo wir nachmals redlich anzeygen melden, da wöllen wir alwegen, redlich warzeichen, argkwon, verdacht, vnd vermutung auch gemeynt haben, vnd damit die überigen wörter abschneiden.*
- (24) 米山 (前注4) 246頁。(25) ラートブルフ (拙訳) 「カロリナにおける略奪」『熊本法学』85 (1995) 35頁以下参照。
- (26) Geus (前注22) では、徴表問題はとりあげられていない。中世末期における犯罪現象の特質と、中世刑事裁判の問題点との関係については、Laufs (前注2) 136に若干摘記されているのを参照。
- (27) 米山 (前注4) 205-213頁。またバーマン (前注3) 150頁 (nr. 7)。Schroeder (前注2) 328 f.; Schmidt, Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1965, 128 („zwei große Gruppen von Indizien“)
- (28) Art. 27CCC: *Item imm nechsten obgesetzten artickel werden acht argkwonigen theyl oder stück, von anzeigung peinlicher frag, funden, der selbigen argkwonigen theyl, oder stuck ist keynes zu redlicher anzeygung darauff peinlich frag mag gebraucht werden gnugsam.* なお「悪評 (infamia)」理論の始原的事実 (12世紀異端問題) について拙稿「Nocivus Terrae の概念について——12-13世紀の立法例から—— (2)」『熊本法学』68 (1991) 144頁以下参照。
- (29) Art. 27CCC: *Wo aber solcher argkwonign theyl oder stück etlich beieinander auff jemant erfunden werden So sollen die jhenen . . . ermessen ob die selben . . . argkwonigen theyl oder stück, souil redlicher anzeygung der verdachten missethat thun mögen, . . . der eyn jeder alleyn, eyn redlich anzeygung macht, vnd zu peinlicher frag gnugsam ist. .*
- (30) Art. 43 CCC: *Ist es dann eyn solche person zu der man sich der missethat versicht, so ist redlich anzeygung der missethat wider sie vorhanden.*
- (31) Art. 32CCC: *vnd es wer eyn solche person, daß man sich der selben that zu jr*

versehen mag, würd auch für ein redlich anzeygung der missethat gehalten, vnd ist peinlich darauff zufragen.

(32) *Vorrede des peinlichen halsgerichts: . . . daß alle vnd jede vnser vnnd des Reichs vnderthanen sich hinfürter in peinlichen sachen, inn bedenckung der groß und ferligkeyt der selben, jetzt angezeygten begriff, dem gemeynen rechten, billicheyt vnd löblichen herbrachten gebreuchen gemeß halten mögen,*

(33) Art. 21 CCC: *Item es soll auch auff der anzeygen, die auß zauberei oder andern künsten, warzusagen sich anmassen niemants zu gefencknuß oder peinlicher frag angenommen, Sonder die selben angemasten warsäger vnnd ankläger sollen darumb gestrafft werden.*

(34) Art. 44CCC: *oder mit solchen verdecktlichen dingen, geberden, Worten vnd weisen, vmbgeht, die zauberey auf sich tragen,*

(35) Art. 21CCC: *Sonder die selben angemasten warsäger vnnd ankläger sollen darumb gestrafft werden. So auch der richter darüber auff solche der warsäger angeben, weither fürfüre, soll er dem gemarterten, kosten, schmerzen, iniurien, vnd schaden, . . . abzulegen schuldig sein.* 米山（前注4）213頁注（14）参照。

(36) この点の詳細は、拙著『ウァフェーデの研究——ドイツ刑事法史考——』（多賀出版・2008）17頁以下参照。

(37) cf. Lieberwirth（前注1）Col. 887（„Anklageprozess als Normalfall“）なお、告訴、糺問の両手続きをめぐる問題について、拙稿「告訴手続と糺問手続——継受立法の時代における——」『熊本法学』71（1992）73頁以下参照。

(38) cf. Ignor（前注1）60（„von dem Strafverfahren der Carolina“）；Wadle（前注1）72（„Prinzip der Wahrheitsermittlung“）。

(39) cf. Wadle（前注1）71（„überkommene Nebeneinander beider Verfahren“）。

(40) Art. 33CCC: *der verdacht vnnd beklagt des mordts halber*；Art. 41CCC: *eyns heymlichen prandts verdacht, oder beklagt*；Art. 18CCC: *für mißthetter verdacht vnd verklagt werden,*

徴表と有罪の理論をめぐる一問題

- (41) cf. Wadle (前注1) 72.
- (42) 米山 (前注4) 213頁。Wadle (前注1) 73 (Artikel 16) も同趣旨である。
- (43) 本条 (Art. 16) と固有法、カノン法との関係について、米山 (前注4) 213頁以下に丁寧な叙述が見られる。
- (44) Art. 16CCC: *vnd so der thetter die offen vnzweiuelichen übelthat freuentlich widersprechen wolt, So soll jn der Richter mit peinlicher ernstlicher frage zu bekantnuß der warheyt halten,*
- (45) 米山 (前注4) 216頁 (注15)。ここに見える「主観的な確証」とは、現代でいえば、被疑者、被告人にたいする、取調官、裁判官の「有罪の確信」しかも「根拠なき確信」であろうか。この「確証」が拷問による自白へと向かわせる、と (浜田寿美男『自白の研究』[三一書房・1992]41頁以下)。
- (46) 拙著『中世ドイツの刑事裁判』(前注3) 350頁以下参照。
- (47) 米山 (前注4) 195頁 (注[4])。
- (48) Art. 23CCC: *Item eyn jede gnugsame anzeygung darauff man peinlichen fragen mag, soll mit zweyen guten zeugen, bewisen werden,* 米山 (前注4) 187頁注(23条)。
- (49) Art. 23CCC: *Aber so die hauptsach der missethat mit eynem guten zeugen bewiesen würd, die selb, als eyn halb beweisung, macht eyn gnugsam anzeigung* . . . cf. Bulatov (前注7) 230 (Art. 23).
- (49a) このところを、所一彦氏はこう述べる。「[裁判]権力は、みずからの責任において[1名の]証人の主張を採用することを避け . . . いま一人の証人の出現を待つ」と (『刑事裁判における信頼性の問題』『立教法学』4 [1962]115頁)。法定証拠主義の下で、裁判権力はこうした方法をとって (言い換えれば、「第二の証人と自白とのなかに逃げ込」むことで[116頁]) 初めて「裁判に対する民衆の信頼を高める」(114頁) ことができるのである。
- (50) 米山 (前注4) 235頁 (カロリーナにおいては「間接証拠は独自の意義づけを与えられていなかった」)。
- (51) Art. 27CCC: *So sollen die jhenen* . . . *ermessen ob die selben* . . .

argkwonigen theyl oder stück, souil redlicher anzeygung der verdachten missethat thun mögen, . . . der eyn jeder alleyn, eyn redlich anzeygung macht, vnd zu peinlicher frag gnugsam ist.

- (52) Art. 62CCC: *Item wo der beklagt nichts bekennen, vnd der anleger, die geklagten mißhandlung beweisen wolt, damit soll er, als recht ist, zugelassen werden.*
- (53) Art. 11CCC: *Item so der kläger die oberkeyt oder richter anrufft jemandt zu strengem peinlichen rechten, zu gefencknuß zulegen, So soll der selbig anklager die übelthat, vnd der selben redlichen argkwon vnd verdacht die peinlich straff auff jm tragen zuuorderst ansagen,*
- (54) Art. 6CCC: *Item so jemandt eyner übelthat durch gemeynen leumut, berüchtiget, oder andere glaubwürdige anzeygung verdacht vnd argkwonig, vnnnd derhalb durch die oberkeyt vonn ampts halben angenommen würde, 米山 (前注4) 185 頁 (6 条)、187 頁 (6 条) 参照。*
- (55) Art. 7CCC: *Item so die gemelten urteyler inn bestimmter erkanntnuß zweiuellich würden, ob des fürbrachten argkwons vnd verdachts zu peinlicher frage genugsam wer oder nit. So sollen, die deßhalben radts bei der oberkeyt; . . . suchen,*
- (56) Art. 4CCC: *Item soll eyn jeder, Schöpff oder vrtheylsprecher des peinlichen gerichts, dem Richter des selben, globen vnnnd schweren, wie hernachuoigt, welche pflicht im dem Schöpffen vorgelesen, vnd er also nachsprechen soll. / Ich N. schwere, daß ich soll vnd will inn peinlichen sachen, rechte vrtheyl geben,*
- (57) Art. 33 CCC: *er kündte dann solchen verdacht mit glaublicher anzeyge oder beweisung ableynen, daß soll vor aller peinlicher frag gehort werden.*
- (58) Art. 38CCC: *dieweil er nit außfündig macht, daß er nit gewist, daß solcher gütter geraubt seien, sonder die mit eynem guten glauben an sich bracht habe.*
- (59) Art. 41CCC: *er kündt dann mit guten glaublichen vrsachen anzeygen, daß er solchs zu vnstrafflichen sachen gebraucht hett oder gebrauchen wöllen.*

徴表と有罪の理論をめぐる一問題

- (60) Art. 46 CCC. 後注 (65) 冒頭参照。
- (61) Art. 45CCC: *Item so der argkwon vnnd verdacht eyner beklagten vnd verneynten mißhandlung, als vorsteht erfunden vnd für bewisen angenommen oder bewisen erkant würd, So soll dem anleger auff sein begern, alßdann eyn tag zu peinlicher frage benant werden.*
- (62) Art. 46 CCC. 後注 (65) 参照。
- (63) Art. 47 CCC. 後注 (83) 参照。
- (64) Art. 54CCC: *Item so obgemelt fragstuck auff bekantnuß die auß oder on marter geschicht gebraucht werden, なお、この後の原文は後注 (97) (98) へと続く。*
- (65) Art. 46CCC: *Item so man dann den gefangen peinlich fragen will, von ampts wegen, oder auff ansuchen des klagers, soll der selbig zuuor inn gegenwurtigkeyt des Richters, zweyer des gerichtts vnd des gerichtschreibers fleissiglich zu rede gehalten werden mit Worten, die nach gelegenheyt der person, vnd sachen zu weitherer erfahrung der übelthat oder argkwönigkeit allerbast dienen mögen, auch mit bedrohung der marter bespracht werden, ob er der beschultigten missethat bekentlich sei oder nit, vnnd was jm solcher mißthat halber bewüst sei, vnd was er alßdann bekent, oder verneint, soll auffgeschrieben werden.*
- (66) Art. 56 CCC: *Item in den vordern artickeln ist klärlich gesetzt, wie man eynen, der einer missethat die zweifellig ist, auß marter oder bedrohung der marter bekent, nach allen vmbstenden derselben missethat fragen, vnd darauff erkündigung thun, vnd also auff den grundt der warheyt kommen etc.* 米山 (前注 4) 222頁 (56条 1 項)。
- (67) Art. 46CCC. 前注 (65) 参照。
- (68) Art. 46CCC. 前注 (65) 参照。
- (69) Art. 46CCC. 前注 (65) 参照。
- (70) Art. 48 CCC. 後注 (72) 参照。
- (71) Art. 46 CCC. 前注 (65) 参照。

- (72) Art. 48 CCC: *Item so der gefragt der angezogen missethat durch die marter, als vorsteht, bekenntlich ist, vnd sein bekantnuß auffgeschrieben wirdet, So sollen jnen die verhörer seiner bekantnuß halber gar vnderschiedlich . . . vnnd dergleichen so zu erfahrung der warheyt dinstlich, fleissig fragen, vnnd nemlich bekent er eyns mordts,*
- (73) Art. 47 CCC: *Item so inn dem jetzgemelten fall, der beklagt, die angezogen übelthat verneynt, so soll jm alßdann fürgehalten werden, ob er anzeygen kündt, daß er der auffgelegten missethatt vnschuldig sei, vnnd man soll den gefangen sonderlich erinnern, ob er kunt weisen vnd anzeygen, daß er auff die zeit, als die angezogen missethatt geschehen, bei leuten, auch an enden oder orten gewest sei, dardurch verstanden, daß er der verdachten missethat nit gethan haben kundt,* 米山 (前注4) 220頁 (47条1項) 参照。
- (74) Art. 47CCC: *Vnnd solcher erinnerung ist darumb not, daß mancher auß eynfalt oder schrecken, nit fürzuschlagen weist, ob er gleich vnschuldig ist, wie er sich des entschuldigen vnd außfüren soll.* cf. Langbein (前注20) 253 (Anm. 59). 米山 (前注4) 220-221頁 (47条1項)。
- (75) 渡部保夫「冤罪を見る目——梅田事件を素材にして——」『法学政治学研究所紀要 (東北学院大学)』3 (1995) 9頁。
- (76) Art. 47CCC: *Vnd so der gefangen berürter massen oder mit andern dienstlichen vrsachen, sein vnschuldt anzeygt solcher angezeygten entschuldigung, soll sich alßdann der Richter auff des verklagten oder seiner freundschaftt kosten, auff das fürderlich erkundigen, oder aber auff zulassung des Richters die zeugen so der gefangen oder seine freund deßhalb stellen wolten, wie sich gebürt, . . . auff jr beger verhört werden, solche obgemelte kundtschafft stellung, auch den gefangen, oder seinen freunden auff jr begern on gut rechtmessig vrsach nit abgeschlagen, oder aberkant werden soll.* cf. Ignor (前注1) 79 (Anm. 184) f.
- (77) Art. 47CCC: *Wo aber der verklagt, oder sein freundschaftt solchen obgedachten*

徴表と有罪の理論をめぐる一問題

- kosten, armut halber nit ertragen, oder erleiden mocht, damit dann nichts destminder das übel gestrafft oder der vnschuldig wider recht nit übereilt werde, so soll die oberkeyt oder das gericht den kosten darlegen, vnnd der richter, imm rechten fürfahren.*
- (78) Art. 28 CCC: *Item mer ist zu bedencken, wann jemant eyner missethat mit etlichen argkwonigen theylen oder stücken . . . verdacht wirdet, das alweg zweyerley gar eben war genommen werden soll.* 米山 (前注4) 220頁 (28条)、243頁 (28条) 参照。
- (79) Art. 28 CCC: *Erstlich der erfunden argkwonigkeyt, Zum andern, was die verdacht person, gutter vermuttung, die sie von der missethat entschuldigen mögen, für sich hab.*
- (80) Art. 28 CCC: *Vnd so dann darauß ermessen mag werden, daß die vrsachen des argkwons grösser seind dann die vrsach der entschuldigung so mag alßdann peinlich frag gebraucht werden.*
- (81) Art. 28 CCC: *Wo aber die vrsachen der entschuldigung eyn merer ansehen vnd achtung haben, dann etliche geringe argwonigkeyt, so erfunden sein, So soll die peinlich frag nit gebraucht werden.*
- (82) Art. 28 CCC: *Vnd so inn disen dingen gezweifelt würde, sollen die jhenen so peinlicher frag halber zuerkennen vnd zu handeln gebürt, bei den rechtuerstendigen vnnd an enden vnd orten wie zu ende diser vnser ordnung angezeygt, radts pflegen.*
- (83) Art. 47CCC: *Item so inn der jetzgemelten erfahrung des beklagten vnschuldt nit funden wirdet, so soll er alßdann auff vorgemelt erfindung redlichs argkwons oder verdachts peinlich gefragt werden inn gegenwertigkeyt des Richters, vnd zum wenigsten zweyer des gericht vnd des gericht schreibers,*
- (84) Art. 47CCC *vnd wes sich inn der vrgicht oder seiner bekanntnuß vnnd aller erkundigung findet, soll eygentlich auffgeschrieben, dem kleger souil jn betrifft eroffent vnd auff sein beger abschrift gegeben, vnd geuerlich nit verzogen oder*

verhalten werden.

- (85) Art. 58CCC: *Vnd soll die sag des gefragten nit angenommen oder auffgeschriben werden, so er inn der marter, sondern soll sein sag thun, so er von der marter gelassen ist.* cf. Laufs (前注2) 142 (Art. 58CCC)
- (86) 埴浩「バンベルク刑事裁判令 (バンベルゲンシス) (4・完)」『神戸法学雑誌』22の1 (1972) 81頁 (版画第9図)、92頁 (第9図)。『フランス・ドイツ刑事法史』(前注5) 339頁 (版画第9図)、350頁 (第9図)。
- (87) Art. 56 CCC: *Item der gefangen soll auch zum minsten über den andern, oder mer tag nach der marter, vnnd seiner bekantnuß nach gutbeduncken des richters in die büttelstuben oder ander gemach für den bann richter, vnnd zwen des gerichtts geführt, vnd jm sein bekentnuß durch den gerichtschreiber fürgelesen, und alsdann anderwerd darauff gefragt, ob sein bekantnuß wahr sei, vnnd was er dazu sagt auch auffgeschriben werden.* 米山 (前注4) 223頁 (56条2項) 参照。
- (88) これについては、米山 (前注4) 221頁以下を参照。
- (89) Art. 54 CCC. 前注 (64) 参照。
- (90) Art. 53 CCC: *Item auß den obgemelten kurtzen vnderrichtungen kan eyner jeder verstendiger wol mercken, was nach gelegenheyt jeder sachen, auff die bekanten missethat des gefragten weither vnd mer zufragen sei, das zu erfahrung der warheyt dienstlich ist, welchs alles zu lang zu beschreiben wer,*
- (90a) cf. Hellmuth von Weber, Die peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V., in: Schroeder (Hg.) (前注2) 174 („eine Anweisung“). 諸事件の「差異 (vnderscheyd)」に留意せよ (Art. 142, 146, 150) というのもこの点から理解できる。
- (91) *Wie die jhenen: so auß peinlichen fragen eyner missethat bekennen, nachuolgendts weither ausserhalb marter vmb vnterricht gefragt werden sollen,* in: Schroeder (Hg.) (前注5) 47.
- (92) Art. 56CCC. 前注 (87) 参照。
- (93) Art. 53 CCC: *Darumb solch warzeychen vnnd vmbstende von dem jhenen der*

徴表と有罪の理論をめぐる一問題

- eyn missethat bekent hat, gefragt werden, die keyn vnschuldiger wissen oder sagen kan*, 米山（前注4）221頁（53条）参照。
- (94) 浜田寿美男『自白の心理学』（岩波新書・2001）30頁。またギズリー・グッドジョンソン（庭山英雄他訳）『取調べ・自白・証言の心理学』（酒井書店・2001）327頁（「警察が殺人の詳細を少年たち[自白者]にそれとなく伝達した」）参照。
- (95) Art. 56 CCC: *solchs würdet aber etwa damit verderbt, wenn den gefangen jn annemen oder fragen, die selben vmbstende der missethat vorgesagt vnd darauff gefragt werden*. 米山（前注4）222頁参照。
- (96) *Von nachfrag vnd erkundung der bösen bekanten vmbstenden*, in: Schroeder (Hg.)（前注5）49.
- (97) Art. 54CCC: *So soll alsdann der richter an die end schicken, vnnd nach den vmbstenden, so der gefragt, der bekanten missethat halber erzelt hat souil zu gewißheyt der warheyt dienstlich, . . . fragen lassen ob die bekantnuß der obberürten vmbstende war sein oder nit, dann so eyner anzeygt die maß vnnd form der missethat als vor zum theyl gemelt ist*, cf. Sellert/Rüping（前注6）209（Qu. 39. a. -c.）, 237（3. b.）
- (98) Art. 54CCC: *vnd sich dieselben vmbstende also erfinden, so ist darauß wol zumercken, daß der gefragt die bekanten missethat gethon hat, sonderlich so er solch vmbstende sagt, die sich inn der geschicht haben begeben, die keyn vnschuldiger wissen kan*. 米山（前注4）223頁（54条）。
- (99) Art. 55CCC: *vnd mag jn alßdann mit peinlicher frag auch zum andern mal angreifen, damit er die obangezygten vmbstende, recht vnd mit der warheyt anzeyge*, 米山（前注4）254頁（55条）
- (100) *Eyn beschluß, wann der bekantnuß, so auff peinliche frag beschicht, entlich zuglauben ist*, in: Schroeder (Hg.)（前注5）52. このように、特徴的にも、カロリーナの各箇条には（一部の例外は除いて）標題が付されている点についてBulatov（前注7）228（„seine eigene Überschrift“）を参照。

- (101) Art. 60CCC: *Item so auff erfundene redlich anzeygung eyner missethat halb, peinlich frag fürgenommen, auch auff bekentnuß des gefragten, . . . fleissige mögliche erkundigung vnnd nachfrage beschicht, 米山 (前注 4) 258-59頁 (60 条)。Sellert/Rüping (前注 6) 208 (Qu. 24.), 230 (24.)*
- (102) Art. 60CCC: *vnnd inn der selben, bekenter, thatt halb solche warheyt befunden wirdt die keyn vnschuldiger also sagen vnnd wissen kundt, alßdann ist der selben kekentnuß vnzweiffelich bestendiger weiß zuglauben,*
- (103) Art. 57CCC: *Item wo der gefangen der vorbekanten missethat laugnet, vnnd doch der argkwon, als vorsteht, vor augen wer, so soll man jn wider inn gefengknuß füren, vnd weiter mit peinlicher frage gegen jm handeln, vnd doch mit erfahrung der vmbstende, als vorsteht, inn al weg fleissig sein nach dem der grundt peinlicher frage, darauff steht,*
- (104) 佐々木嘉信『刑事一代——平塚八兵衛の昭和事件史——』(新潮文庫・2004) 40頁。
- (105) Art. 57CCC: *Es wer dann daß der gefangen solche vrsachen seines laignes fürwendet, dadurch der Richter bewegt würde, zu glauben, daß der gefangen solch bekantnuß auß irrsal gethan, alßdann mag der Richter den selben gefangen, zu außführung vnd beweisung solchs irrsals zulassen. 米山 (前注 4) 255頁 (注 7 [57条])。)*
- (105a) cf. Schroeder, Nachwort, in: Schroeder (前注 5) 210 (auß irrsal).
- (106) Art. 99CCC: *Item würd aber der beklagt mit vrtheyl vnd recht ledig erkent, mit was maß das geschehe vnd die vrtheyl anzeygen würd, dem solt wie sich gebürt auch gefolgt vnd nachgegangen werden.*
- (107) Art. 99CCC: *Aber des abtrags halb, so der ledig erkant als kläger begern würd, sollen die theyl als dann zu entlichem burgerlichem rechten für das gericht . . . gehalten werden.*
- (108) Art. 12CCC: *Vnd damit der selbig gefangen beklagt, seiner erlitten kosten, schmehe vnnd scheden dester außtreglicher vnd fürderlicher ergetzung vnd*

徴表と有罪の理論をめぐる一問題

abtrag erlangen möge,

- (109) Art. 61CCC: *haben doch Richter vnd anklager mit . . . ordenlichen vnd inn recht zulessigen, peinlichen fragen, keyn straff verwürckt, dann die bösen erfunden anzeygung, haben der geschehen frag entschuldigte vrsach geben, wann man soll sich nach der sag der recht nit alleyn vor volbringung der übelthat, sonder auch vor aller gestaltnuß des übels, so bösen leumut oder anzeygen der missethatt machen, hütten, vnd wer das nit thett, der würde deßhalb gemelter seiner beschwerd selbs vrsach sein,* 米山 (前注 4) 253 頁 (61 条)。cf. Schroeder (前注 2) 329 f (Art. 61).
- (110) Art. 61CCC: *Wo aber solch peinlich frag, diser vnnd des heyligen Reichs rechtmessigen ordnung widerwertig gebraucht würde, so weren die selben richter, als vrsächer solcher vnbillicher peinlicher frag strafflich, Vnd sollen darumb nach gestalt vnd gelegenheytt der überfarung, wie recht ist, straff vnd abtrag leiden,* cf. Schroeder (前注 1) 330 (Art. 61). 藤本 (前注 4) 39 頁 (注 39) 参照。
- (111) Art. 61CCC: *Vnd soll inn disem fall, der anklager alleyn seinen kosten, vnd der beklagt dergleichen sein atzung, nach dem er seinem verdacht vrsach geben, auch entrichten, vnnd die oberkeyt die überigen gerichtskosten, als für den nachrichter vnd andere diener des gerichtes oder gefengknuß halber selbs tragen.*
- (112) これについて、米山 (前注 4) 228 頁以下を参照。
- (113) Art. 13CCC: *Item so der thetter der that on laugnen wer, aber deßhalben redlich entschuldigung, die jn wo er die bewiß von peinlicher straff entledigen mochten, anzeigt, vnd jm aber der anklager solcher seiner fürgewendten vrsachen vnd entschuldigung nit gestund,*
- (114) Art. 13CCC: *wo der beklagt solch entschuldigung also außfüren würd, daß er der beklagten that halb nit peinlich straff verwürckt hett,*
- (115) Art. 13CCC: *So soll der anklager inn solchem fall, dannocht auch nach gelegenheytt der person vnd sachen, vnd erkantnuß des richters, sampt vier*

- gerichts personen, oder schöpfen, nach notturfft verpürgen, . . . jm alßdann vmb solch gefenglich einbringen, schmach vnd scheden, vor gericht wie obgemelt,*
- (116) Art. 13CCC: *entlichs burgerlichen rechtens zupflegen, vnnd darzu alle gericht scheden außzurichten, nach erkenntnuß desselbigen gericht schuldig sein,*
- (117) Art. 14CCC: *Item als lang und dieweil der anklager gemelter bürgschafft nit gehalten mag, vnd doch dem strengen peinlichen rechten, nachuolgen wolt, So soll er mit dem beklagten, biß nach endung vorangezeygter rechtlicher außführung inn gefengknuß oder verwarung . . . gehalten werden,*
- (118) Bulatov (前注7) 229 („soziale Ungleichheit der einzelnen Klassen“).
- (119) こうした弾劾手続きの一特質を詳細に語るのが、次の標題を持つ箇条 (Art. 12) である。「保証をなし終えるまで原告は勾留されることについて (*Von verheftung des anklägers bis er bürgschafft gethan hat*)。』
- (120) Art. 11CCC: *vnnd ist da bei sonderlich zumerken, daß die gefencknuß zu behaltung, vnd nit zu schwerer geuerlicher peinigung der gefangen sollen gemacht vnd zugericht sein.* なお「牢は、囚われ人を留め置くために造られ」云々は、学説類集 (48. Buch, 19. Titel, Fragment 8, §9) に知られる文言という (Schroeder[前注5]150[Art. 11])。
- (121) Art. 15 CCC: *So soll der anklager, alßdann verbürgen, dem strengen peinlichen rechten, darumb der beklagt angenommen ist, nach diser vnser vnnd des Reichs ordnung nach zukommen, vnd zu weither bürgschafft inn solchem fall, nit verbunden werden,*
- (122) Art. 15CCC: *Item wo der klegler den argkwon vnd verdacht bewisen hat, oder die geklagt missethat sunst vnlaugbar ist, vnnd der thetter gnugsam entschuldigung derhalb, als vor berürt ist, nit außfüren kan,* 米山 (前注4) 182 頁 (15条) を参照。
- (123) この種の犯罪者群について拙稿「ラントツヴィンガー (Landzwinger) とはなにか——ドイツ刑事法史の一断面——」『熊本法学』122 (2011) 38頁以下、

徴表と有罪の理論をめぐる一問題

76頁以下などを参照。

- (124) Art. 138 CCC: *Item es geschehen je zu zeitten entleibung, vnd werden doch die jhenen, so solch entleibung thun, auß guten vrsachen als etlich alleyn von peinlicher vnd burgerlicher straff entschuldigt.*
- (125) Art. 138CCC: *Vnd damit sich aber Richter vnd vrtheyler an den peinlichen gerichtten, die der recht nit gelernt haben, in solchen fellen dester rechtmessiger zu halten wissen, vnd durch vnwissenheytt die leut nit beschweren oder verkürtzen,* 正当防衛の教説がイタリア法学に依拠していた点につき Bulatov (前注7) 214 (Anm. 21).
- (126) Art. 137CCC: *Item eyn jeder mörder oder todtschläger wo er deßhalb nit rechtmessig entschuldigung außfüren kan, hat das leben verwürckt.* 本条全体について R. v. デュルメン (van Dülmen) (佐藤正樹訳) 『近世の文化と日常生活 2 村と都市』 (鳥影社・1995) 345頁 (注24) および Geus (前注22) 79 (Anm. 298), 80 (Anm. 307), 81 (Anm. 311) 参照。
- (127) Art. 150CCC: *wann zu grossen sachen als zwischen dem gemeynen nutz vnd der menschen blut zurichten grosser ernstlicher fleiß, gehört vnnd angekeret werden soll.* 米山 (前注4) 243頁 (150条) を参照。
- (128) Art. 151CCC: *Item so jemandt eyner thatt bekendtlich ist, vnd derhalben vrsachen antzeygt, die solch thatt vor peinlicher straff entschuldigen möchten, . . . so soll der richter den thätter fragen, ob er solch seine fürgebene entschuldigung gnugsam beweisen könn.* 米山 (前注4) 228頁 (151条冒頭) を参照。
- (129) Art. 151CCC: *So er[: der thätter] dann das, durch sich fürderlich zu thun vrpüttig ist, so soll er, wes sie für entschuldigung solcher thatt halb weisen wolten, durch rechtuerstendig leut oder durch den gerichtßschreiber inn gegenwertigkeytt des richters auffzeychen lassen.*
- (130) Art. 151CCC: *So dann der richter mit gehabtem radt der rechtuerstendigen die selben weisung artickel dafür erkent, wo die bewiesen würden, daß dieselben*

angezeigten vrsachen, die beklagten vnd bekannten thatt von peinlicher straff entschuldigen,

(131) Art. 154CCC: *Item wer aber der beklagt so gantz arm, auch nit freundt hett, die jetzgemelte caution sicherung vnd bestandt zu thun vermöcht, vnd doch zweifflich wer, ob er seiner beschuldigten entleibung halb redlich entschuldigung hett,*

(132) Art. 154CCC: *soll sich der Richter, nach gestalt der sachen, mit allem fleiß souil er kan, erkundigen, vnd der oberkeyt solchs alles schreiben vnd bescheydts deßhalb erwarten,*

(133) Art. 154CCC: *also daß solche erkundigung inn dem fall ampts halb auff des gerichtts oder des selben oberkeyt darlegen vnd kosten beschehe.*

(134) Art. 140CCC: *Item so eyner mit eynem tödtlichen waffen oder weer überlaufft, anficht oder schlecht, vnd der benöttigt kan füglich an ferlichkeyt oder verletzung, seines leibs, lebens, ehr und guten leumuts nicht entweichen, der mag sein leib vnnd leben on alle straff durch eyn rechte gegenweer retten,*
米山（前注4）230頁注（3）を参照。また米山（前注4）229頁（139条）も参照。

(135) Art. 140CCC: *Vnd so er[: der benöttigt] also den benötiger entleibt, er ist darumb nichts schuldig,*

(136) Art. 140CCC: *(er[: der benöttigt]) ist auch mit seiner gegenweer, biß er geschlagen wirdt zu warten nit schuldig,*

(137) Art. 141CCC: *Item welcher sich aber nach erfindung der thatt eyner gethaner notweer berümbt oder gebrauchen will, vnd der ankläger der nit gestendig ist, so legt das recht dem thetter auf, solche berümbte notweer, obgemelter massen, zu recht gnug zu beweisen, beweist er die nicht, er wirt schuldig gehalten.* 米山（前注4）229頁（141条）を参照。

(138) Art. 142CCC: *vnd soll doch gemelte kundtschafft beyder theyl mit eynander zugelassen vnd gestelt werden.*

徴表と有罪の理論をめぐる一問題

- (139) Art. 142CCC: *Item so der anklager der ersten tödtlichen anfechtung oder benötigung darauff, als obsteht, die notweer gegründet, bekentlich ist, oder bestendig nit verleugnen kan,*
- (140) Art. 142CCC: *vnd dagegen sagt (er[: der anklager]), daß der todtschläger darumb keyn rechte entschuldigte notweer gethan haben soll, wann der entleibt het fürgewendter bekentlicher anfechtung oder benötigung, rechtmessig vrsach gehabt, als geschehen möcht,*
- (141) Art. 142CCC: *oder (so der kläger) meldet daß der entleibt, nach gethaner ersten benöttigung gewichen,*
- (142) Art. 142CCC: *Sollich obgemelt vnd ander dergleichen fürgeben, soll der ankläger, wo er des geniessen will, gegen erfindung, daß der todtschläger durch den entleibten, erstlich als vor steht benöttigt worden ist, beweisen,*
- (143) Art. 142CCC: *vnangesehen, ob außgeführt oder bestanden würd, daß jn der entleibt (als vor von der notweer geschriben steht) erstlich mit eyner tödtlichen weer angefochten vnd benöttigt hat,*
- (144) Art. 142CCC: *so kan sich solcher todtschläger keyner rechten oder gantzlichen entschuldigten notweer behelffen,*
- (145) Art. 142CCC: *sonder der verklagt todtschläger seiner berümbten notweer halb außfündig macht, daß er von dem entleibten mit eyner tödtlichen weer, als vor von rechter notweer gesatzt ist, erstlich angefochten worden wer, So ist die notweer durch den verklagten todtschläger außgeführt,*
- (146) Art. 67CCC: *Item so eyn missethat zum wenigsten mit zweyen oder dreien glaubhafftigen guten zeugen, die von eynem waren wissen sagen, bewiesen wirdt, darauff soll, nach gestalt der verhandlung mit peinlichen rechten volnfarn vnd geurtheylt werden.*
- (147) Art. 144CCC: *dann wiewol nit leichtlich eyn weib eynem mann zu eyner entschuldigten notweer vrsachen mag,* なお村井敏邦「正当防衛の限界とその過剰——歴史的展開」『一橋大学 法学研究』8 (1972) 406頁 (注19) 参照。

- (148) Art. 144CCC: *So wer doch möglich daß eyn grawsam weib eynen weychen mann, zu eyner notweer tringen mocht, vnd sonderlich so sie sörgliche vnd er schlechtere weer hett.*
- (149) 森下忠『緊急避難の研究』(有斐閣・1960) 47頁。
- (150) 米山(前注4) 231頁(注5)を参照。
- (150a) バーマン(前注3) 151頁(注45)参照。
- (151) Art. 142CCC: *Nemlich ist hierinn zu mercken, so eyner der ersten benötigung halb redlich vrsach zur notweer gehabt, vnd doch inn der that nit alle vmbstende, die zu eyner gantzen entschuldigten notweer gehören, gehalten hett, ist not gar eben zu ermessen, wie vil oder wenig der thätter zur that vrsach gehabt hab,*
- (152) Art. 142CCC: *wann dise fell gar subtil vnderscheyd haben, darnach hierinn anderst vnd anderst, schwerlicher oder linder geurtheylt werden soll, welche vnderscheyd, dem gemeynen mann verstentlich nit zu erkleren seind.*
- (153) Art. 146CCC: *Item so eyner eyn zimlich vnuerbotten werck an eynem end oder ort da solch werck zu üben, zimlich ist thut, vnd dardurch von vngeschichten gantz vngeuerlicher weiß, wider des thätters willen jemandt entleibt, der selbig würd . . . entschuldigt,*
- (154) Art. 146CCC: *Aber dannocht ist mer barmhertzigkeit bei solchen entleibungen, die vngeuerlich auß geylheytt oder vnfürsichtigkeytt, doch wider des thätters willen geschehen, zuhaben, dann was arglistig und mit Willen geschicht,* ここに表明されている「憐憫 (barmhertzigkeit)」観念はキリスト教の「慈悲 (Misericordia)」を指し、一種の「恩赦」を意味する。Cf. Bauer (前注20) 41 („Gnade im Sinne christlicher Barmherzigkeit“; „Misericordia“). なおBauer (前注20) 49 (Anm. 80, 81)によれば、カロリーナにはもはや〈恩赦に基づく裁判〉は知られない (cf. Lieberwirth[前注1]Col. 889[„Richten nach Gnade“]). これに代わるものが、裁判官による「衡量」の余地であり、法に精通する者らによる「鑑定」の活動という。ただArt. 90 CCCには次のよう

徴表と有罪の理論をめぐる一問題

に「恩赦 (*gnad*)」の語だけは見える。被告は自白後、あるいは証言による有罪立証後は、「恩赦を請う他は、なにごとも求めえず (*nichts anders dann vmb gnad bitten*)」と。

- (155) Art. 150CCC: *als je zu zeitten an den peinlichen gerichtten bißher beschehen, daß die vrtheyler der vnderschied jeder sach nit hören vnnd bewegen, das ist ein grosse thorheyt, vnd volgt darauß daß sie sich zu vil maln irren, thun den leutten vnrecht, vnnd werden an jrem blut schuldig*, 米山 (前注 4) 242-43頁 (150条)。
- (156) 米山 (前注 4) 174頁 (注17) および179頁注 (16)。
- (157) 米山 (前注 4) 235頁 (注 9・10)。
- (158) 米山 (前注 4) 165頁。
- (159) 米山 (前注 4) 179頁注 (16)。同じ文章は193頁注 (12) にも見える。
- (160) Art. 218CCC: *Item daß durch die oberkeyt etwann leichtlich auch erbare personen on vorgeend berüchtigung, bösen leumut vnd andere gnugsam anzeygung angegriffen vnd inn gefengknuß bracht werden, vnd inn solchem angriff etwann durch die oberkeyt geschwindtlich vnd vnbedechtlich gehandelt, dardurch der angegriffen an seinen ehren nachtheyl erleidet*, Cf. Schroeder (前注 2) 317. 米山 (前注 4) 185頁注 (218条)。
- (161) 一例に1515年2月6日 (インスブルック) マクシミリアン一世帝がシュヴァインフルト (Schweinfurt) 市に授与した特権状 (Lünig, Johann Christian, *Das Teutsche Reichs-Archiv*, Tom. 14, Leipzig 1714, p. 427-428 nr. 43) に見える「有害な人間」を示す表現「悪事を働く悪評高き人物 (*übelthätigen verleumbden personen*)」(なお、この者は〈七人による断罪宣誓〉によって有罪を宣告される)を参照。また、バーマン (前注 3) 143頁 (「危険な存在 *socially dangerous*」)も参照。
- (162) cf. Schmidt, Gerhard, *Sinn und Bedeutung der Constitutio Criminalis Carolina als Ordnung des materiellen und prozessualen Rechts*, in: Schroeder (Hg.) (前注 2) 186 („auch gegenüber den alteingesessenen Bürgern“).

- (163) Art. 13 CCB: *vnd ist besser den schuldigen ledig zu lassen, dann den vnschuldigen zum tode zu verdampnen* (Kohler, Josef/Scheel, Willy, Die Bambergische Halsgerichtsordnung, Halle, 1902[Ndr. 1968], p. 9)
- (164) Art. 100CCC: *Item nach dem auch an vnß gelangt ist, daß bißher an etlichen peinlichen gerichtten, vil überflüssiger frag vnnd andingung gebraucht, die zu keyner erfahrung der warheyt oder gerechtigkeit not sein sonder alleyn das recht verlengern vnd verhindern, solche vnd andere vnzimliche mißbreuch, so das recht on not verziehen oder verhindern, oder die leut gefern, wöllen wir auch hiemit auffgehoben vnd abgethan haben,* cf. Wadle (前注1) 70 (Artikel 100).
- (165) Schmidt (前注27) 130, 134は「真実と正義Wahrheit und Gerechtigkeit」を一括りの概念と見る。またSellert(前注6) 45(„Verwirklichung der Gerechtigkeit“— „Unschuldige vor Strafe“— „maßgebenden Tatsachen“) 参照。
- (166) 米山 (前注4) 179頁注 (16)。「拷問」の苛烈さをめぐり問題についてIgnor (前注1) 63 (Anm. 113) f. を参照。
- (167) かつて木村亀二氏は、次のように述べた。現代に到る刑法進化の方向は「人間的なるものの認識、犯罪及び刑おける人格の尊重」にある。カロリナはこの「人間の認識の深化」過程の初めに立っていた、と(「カロリナ法典について——その400年に際し——」『法学志林』34の12[1932]40-41頁)。個人保護の思考と繋がる指摘といてよい。
- (168) 米山 (前注4) 254頁注 (5)。Cf. Rüping/Jerouschek (前注3) 48 (nr. 105 [„Ein Mangel der CCC“]); Lieberwirth (前注1) Col. 888 („Ermessensspielraum eines guten Vernünfftigen Richters“).
- (169) 所一彦 (前注49a) 116頁。
- (170) Rüping/Jerouschek (前注3) 49 („eine auf Indizien gestützte Strafe“).