

論 説

カロリーナ（1532年）と弁護の問題
—— 拷問への懐疑 ——

若曾根 健 治

- 1 はじめに
- 2 証言聴取と開示の手続きおよび証言聴取委員
- 3 糺問と弁護と
- 4 最終開廷日と代弁人
- 5 おわりに

1 はじめに

[1 考察の発端 カルプツォフとブルネマン] バロック時代ドイツの法律家ベネディクト・カルプツォフ（1666年没）は『ザクセン新刑事実務』（1635・ヴィッテンベルク）第3巻第115問「弁護について」で、こう語る。「告訴人や糺問官が提示する証拠だけでなく、それ自体で（被告に）有利（*per se favorabilis*）な防禦の証拠も、綿密かつ注意深く考量され、信頼が寄せられねばならぬ。」そのわけは「訊問を被る被告が防禦の権利を君主や皇帝によってすら奪われないのは、自然法（*jus naturale*）の求めるところである。」⁽¹⁾ ほぼ同世代を生きたヨハン・ブルネマン（1672年没）はカルプツォフを引き被告に有利な証拠も細心の注意をもって考量なされねばならぬと語り、防禦の権利は自然法に由来し（*provenit a jure naturali*）、皇帝も奪うことができぬとのべる別の学説を挙げている⁽²⁾。カルプツォ

論 説

フの「自然法」⁽³⁾、ブルネマンのそれがなんであるかはここでは論及しえないが、少なくともブルネマンが語るところだけからみれば、君主の意思、制定法また慣習に優先しておこなわれるべき上位の法を意味していた。むしろ、われわれにとり注目に値するのは、ブルネマンが1532年公布のカール五世刑事裁判令（慣例に従いカロリーナと称びCCCと略記する）第47条（CCC 47）を度々引いていた⁽⁴⁾ことにある。その箇条こそは、古来諸研究がのべるとおり被告の防禦すなわち弁護に関係した。

〔2 A. イグノアの研究について〕そして近時（2002年）アレクサンダー・イグノアも、カロリーナから19世紀前期に到るドイツ刑事訴訟史に関する研究（しかも刑事弁護の問題に力点を置いた研究）でCCC 47（これと繋がるCCC 73）に言及した⁽⁵⁾。彼の著書は、逸早く公文孝佳（2004年）がカロリーナにおける自白と証言の問題に関しとりあげ、その後（2014年）筆者も徴表と有罪の問題から彼の研究を引いたが、ただ、CCC 47に注目しつつも弁護の問題は関心外にあった。この間上口裕（2012年）が「ドイツ糺問訴訟小史」を著わし、中世初期の弾劾訴訟からブルネマン時代の糺問訴訟に到る裁判手続き史を概観した。イグノアの研究には言及せぬが、カロリーナをブルネマンの学説と比較し、また一般糺問と特別糺問、訊問項目書による訊問、嫌疑刑、仮放免判決など糺問訴訟の特徴について要をえた叙述を展開した⁽⁶⁾。

こうした事情の中で最近（2019年）藤本幸二は、通説における糺問訴訟論に異論を提起する、近年の「代表的な」研究としてイグノアの著書に注目する⁽⁷⁾。通説とは、糺問訴訟下の被告を「証拠手段として客体化」された存在と捉え「刑事弁護の入り込む余地はほとんどなかった」とみるものである。こうした通説⁽⁸⁾にたいし、彼は、わが国現代における刑事弁護のありようをめぐる一関心から、遡って糺問時代カロリーナにおける弁護の問題に立ち入ったのである。

〔3 考察の目的〕以上の種々の研究から刺激をうけ、刑事弁護について、なかんずく糺問と弁護の問題についていささか考えたくおもう。というのは、このごく基本的な問題が、まだ正面から問われていないとみられるからである。

じつは、本稿を書く直接のきっかけとなったのは、上述藤本幸二の論稿を論評

する⁽⁹⁾中で、糺問と弁護の問題について或る意見——というよりは、むしろ想像をのべる機会があった。この縁で、その後、弁護の問題をめぐって関係の研究文献を読む中でいささか感触をえた。この点を深めたい。本稿は、弁護の問題、糺問と弁護の問題に関しなにかしら新規の知見をもたらすことはないであろう。ただ、関係の問題を自分の目で確かめてみようとするものである。

そのさい考察は、上述の諸研究との関係から、当面カロリーナ⁽¹⁰⁾を中心としたい。この帝国法律については、筆者はかつて被告保護の観点から考察をおこなった（上記〔2〕）が本稿はこの観点からいえば前稿と無縁ではないし、カール五世刑事裁判令はさまざまな点からの考察に耐えうるほど幅とふくらみをもつ。表向きは〈補充法〉なのにもかかわらず公布後二百年以上にわたりドイツの刑事司法に学説上も実務上も影響を及ぼし続けたことにあらわれている。またカロリーナが現代のことばで „Rechtsbuch（法書）“（A. Ignor）とか „Reichsgesetz（帝国法律・法規）“・ „Gesetz（法律・法規）“ と称ばれ、そこに含まれるもの（慣習を含め）からみて „Recht（法・法規範）“とも言う。さらに別の側面から „Lehren, Lehrbuch（学説・学説本）“・ „Handbuch（手引書）“ と名づけうるなど、種々の顔をもつこととも、無関係ではない。

2 証言聴取と開示の手続きおよび証言聴取委員

〔4 いわゆるミニ法廷について〕糺問と弁護のことばは、一種対句のような様相を呈する。カロリーナそのものにも似た対句がみいだされる。直ぐ気づくのに例えば、刑事刑と民事刑（*peinlicher vnd burgerlicher straff*）（CCC 138）、刑罰と賠償（*straff vnd abtrag*）（CCC 61,90）があり、裁判長が「不正なる（*vnbillicher*）拷問」をおこなうがゆえに被る刑罰および賠償（CCC 61）と、原告が立証に失敗し訴訟に敗れるとき果たす賠償（CCC 12）がある、といった具合である。

さて、法廷手続き（裁判所手続き、あるいは公判〔廷〕手続きともいう）と、法廷外手続き（これは裁判所外手続きとか、公判〔廷〕外手続き、事前手続き、前手続き、予備手続きとか、いろいろに称ばれる）も、やはり対になっているこ

論 説

とばだ。ところで、カロリーナが示すさまざまな手続きのうち法廷手続きにあたるのは周知のとおり数々の箇条（CCC 77～96, 99～101）をもつ「最終開廷日（entlichen rechttag）」における手続き（「最終刑事法廷 [entlich gericht zu peinlichen handlung] [CCC 84]」すなわち「最終手続き」⁽¹¹⁾）であるのは疑いない。ここには中世風の「代弁人」が活動（[13]）する。数々の箇条をもつのは、糺問訴訟が混入してくる前は開廷日の手続きが古来の告訴訴訟（本来ミニ法廷 [下述] をもたぬ）を示していたからである。糺問訴訟が混じり込んできて、最終開廷日が「最終」手続きと変わるのである。

では、これに到る以前の手続きは「法廷外」のものか。そうではない。最終開廷日以前における手続きも、或る意味「法廷の」手続きなのである。ではこれはどんな場合に設けられるのだろうか。[a] 私人訴追者が訴えを起し、被告が答弁する（klag vnd antwurt）（CCC 181）法廷があった。ここには裁判長、判決人（少なくとも2人）の他、記録をとる書記がいる。みずからが直に聴くものを記録せんと身構え訴訟手続きの各段階につねに顔をみせ、ペン袋を机上に置き存在感を示す⁽¹²⁾。[b] 私人訴追者が提出する保証が告訴の担保として十分なものかどうかを判定する法廷があり、ここには裁判長と4人の判決人がおり（CCC 12）、書記も在席。[c] 被告が訊問に答え、非行行為自体は否認せぬが免責事由を申し立てることがある。「みずからの疑いを晴らすために証人を喚問する権利」⁽¹³⁾をもつということである。アリバイ（[9]）や免責の立証を指している。訴追者（原告）はこれを争いうるが、被告が免責の立証に成功すると、原告は、被告に賠償をなすことを、裁判長と4人の判決人の判決（erkantnuß）に基づき保証する法廷の手続きがある（CCC 13）。

[d] 被捕捉者の被疑非行に関する徴表が拷問をおこなうのに十分なものかどうか立証される場としての法廷がある。立証するのは、私人訴追者（原告）であり、書記が記録をとる（CCC 183）。立証が成ったかどうかを判定するのは2人の判決人である（CCC 23）。[e] 自白を求める訊問の場はどうか。裁判長と書記がいる。書記は「自白（bekent）」のみならず「否認（verneint）」も記録する。その他に「裁判所の2人（zweiyer des gericht）」がいる（CCC 46）。ここでは事態に応じ「拷

カロリーナ（1532年）と弁護の問題
 — 拷問への懐疑 —

問の脅しがかげられることもある（auch mit bedrohung der marter）。この2人とは判決人であろうか。この点は、次段階の手続きを示す下記 [f] と関係がある。[f] 免責事由がないことが確認されたにもかかわらず自白をせぬ被告にたいし拷問実施の場（CCC 47 § 3）が設けられる。裁判長と書記の他に少なくとも（zum wenigsten）裁判所の2人が加わる。2人とはだれか。じつは [e]・[f] を合わせた手続き、しかも拷問部屋（蠟燭が3本立つ）における手続きを描いた木版画には、判決人2人（他に裁判長と書記）と、刑吏1名・その僕1名計6人の活動がみえる⁽¹⁴⁾。今はこれだけを指摘しておく（[8] 参照）。

[g] 原告が提出する証人の証言を聴取する法廷の手続き（[5]）の場がある。周知のとおり、カロリーナにおける被告有罪の立証は、自白以外は証言にかぎられる。裁判上の決闘（フランスでは16世紀前半期に到ってもおこなわれていた）⁽¹⁵⁾ や神判⁽¹⁶⁾ は、姿をみせぬ。また（今日語られていることだが）有罪立証には〈（自白がなくとも）情況証拠（つまり徴表）だけでもよい〉⁽¹⁷⁾ というのでもない⁽¹⁸⁾。証言聴取の手続きが必要な所以である。最後に [h] 被告が証人（被告を「無責たらしめてくれる（entschuldigen solt）」者）を申請するとき、これを（「真実の探知」にとり）「役にたつ（dienstlich）」ものかどうかを判定する法廷がある（CCC 74）。証人を申請するのを裁判長が許すのは、糺問活動の1つを指す。

以上要するに、刑事手続きの種々の段階で裁判長が主宰し、判決人と書記とが在席する法廷が設けられ、手続きを進めるのに必要な判決（〈中間判決〉）が下される。各法廷は、いわゆる〈ミニ法廷（minicourt）〉⁽¹⁹⁾ と称びうる。最終開廷日の法廷が裁判長・書記の他少なくとも7ないし8名の判決人（CCC 84）で占められるのとは比べると、小規模である。ただ、ミニ法廷が一般衆人に向けた公開のものかといえば、そうではない。当事者も収牢の身にある（被告だけでなく原告も収牢されうる）とき、同法廷に出廷できぬ。これに代え、両当事者の代弁者・弁護人（CCC 47）が在席する（[7]）。

[5 証言聴取手続きについて] 本手続きに該当するのは [a] 私人訴追（CCC 11～15, 17）の場合、訴追者（原告）による、被訴追者（被告）が帯びる非行の徴表の立証（CCC 23）の他に、[b] 被告による無責（vnschuld）の立証（CCC 74）、

論 説

[c] 被告 (beklagt) が自白せぬとき原告 (ankleger) が被告の有罪を望む場合におこなう、被訴追非行 (geklagten mißhandlung) 存在の立証 (CCC 62) がある⁽²⁰⁾。立証にあたる証人は2名 (または3名)⁽²¹⁾でなければならぬ (CCC 23, 67)⁽²²⁾。本稿が以下でとくにとりあげるのは [c] である。ただ [a] 原告による徴表の立証について一言すれば——職権による被疑者捕捉 (CCC 6～10) の場合にも、徴表の立証 (すなわち、拷問をおこなうに値する嫌疑なのか否かの立証) が生じる。この場合徴表立証のために「調査 (sich erkundigen)」(CCC 6) が始まる。(詳細は不詳だが) 職権によって証人が探索されることになろう。[b] 被告による無責の立証について——被告は犯行の事実を否定せぬが、刑を免れ (von peinlicher straff entschuldigen) うる事由すなわち免責事由 (vrsachen der entschudigung) (CCC 28) の存在するのを、証人の証言をもって申し立てること (auff ir ansuchen mit solchen erbotten weisung) ができる (CCC 151)。

免責事由としてカロリーナがとりわけ詳細な規定を設けるのは、周知のとおり「正当防衛 (notweer)」(CCC 139～145) の事例であった⁽²³⁾。裁判長が、ミニ法廷において被告に向かい、アリバイの有無を含め、こういった「免責事由」が有りや無しやを問い、立ち入った配慮を示す (CCC 47) 特徴的な事態については⁽²⁴⁾、次節でとりあげる。

〔6 証言聴取委員とは〕そこで証言手続きである。カロリーナの当該手続きで注目するのは「証言聴取委員 (kundschaftt verhörer, Commissarien)」(CCC 70, 72) である。これは「(本来の) 裁判所の外部に (aussserhalb des gericht) いる」(CCC 73) 人物だ。では、これはいかに登場するのか。先ずこうした委員が出現する以前の状況のみよう。これを端的に示しているCCC 73 § 1にこうみえる。「証言は、刑事裁判所に属する、当該事件を理解しうる数名の人の面前で聴取なされるべし。」⁽²⁵⁾「刑事裁判所に属する…数名の人」とは、だれか。判決発見人であろう。この点について、もう少し丁寧に語るCCC 71は、こうのべる。「(証言聴取に携わるべき) 当該刑事裁判所が、証言聴取に長じた (geschickt vnd verstendig) 者らに…占められているときは」裁判長 (richter) は「これらの者の中でそれ (聴取) に精通し (tüglich) たる者2名」および書記と共に証言の聴取にあたるべし

カロリーナ（1532年）と弁護の問題
—— 拷問への懐疑 ——

と。両条（CCC 71, 73）いずれも、判決人とは明記せぬのがミソだが⁽²⁶⁾、じつは、「証言は…判決人中の者（etliche auß den vrtheylern）によって、さもなくば、任命をうけた、他の証言聴取委員によって…聴取される」（CCC 70）とあるところから、委員登場以前の事情は明瞭であろう。すなわち、判決人が当然証言聴取の役に就くという中世来の裁判を、カロリーナは一方で踏襲している。

他方、判決人がうまく機能しない場合が出てきたことが「さもなくば、任命をうけた、他の証言聴取委員によって」聴取される（上記）ことから判る。うまく機能しないのはなぜか。「刑事裁判所において（聴取）能力に長ける人々が欠ける（mangel, verstendiger Personen des peinlichen gericht）」（CCC 73 § 2）場合が出現することによる。聴取の衝にあるべき者が当該事件に「無理解（vnuerstandt）」（CCC 72）なのだ。「能力に長ける人々」ということばの背後には中世後期・末期来、学識者による裁判が進展していることをおもわせる⁽²⁷⁾。関係のことばがカロリーナ自体にみえる。刑事裁判所の裁判長および判決人にして「（これまで）法を学びたること無かりし人びと（die der recht nit gelernt haben）」（CCC 138）である。「法を学びたる」とあるからは学識法の学習を指すのであろう。本条によれば、裁判の衝にあたる人々（判決人ら）がその「無学のゆえに（durch vnwissenhey）」民衆を困却させ、無力に陥らせる（die leut…beschweren oder verkürtzen）ことがある。これを無からしめるため立法者は、或る事項について条文を定めおく、というのである。或る事項とは、免責の件である。殺人を犯したが「れっきとした事由のゆえに（auß guten vrsachen）」刑事刑から免がれうる場合があるということだ。こうして立法者は、正当防衛について数々の箇条（CCC 139～145）を提供するのである。

かくして判決人の「無学」のゆえ「証言聴取委員」が出現してくる事情がある⁽²⁸⁾。「当該裁判区に属するか、否かを問わず（vngeacht, ob sie nit des gericht）」有能なる者（verstendige）が委員に任命される。任命する（verorden）のは「（裁判）当局（die selbig oberkeit）」である（CCC 72）。これは裁判長（Richter）か。そうではなく、刑事裁判所を所有する高級裁判権者（ランデスヘル・都市参事会）である⁽²⁹⁾。おそらく委員は〈証言聴取のための特別委員会〉のメンバーとし

論 説

て任命されるのではない。一つひとつの審理のために (zu eyner jeden solchen handlung) 判決人を伴う裁判集会 (jr versamlung) を招集するのは、もはや有用でも必要でもない (nit fürtreglich noch von nöten) (CCC 73 § 2) という事情が出て来ているから。ただ、委員がまったく民間人なのか、それとも官辺の者かについて、詳細は不明である^(29a)。

[7 証言開示の手続きと弁護人] 刑事裁判所に、証言聴取の「能力に長ける (verstendig)」として判決人が在席すれば、もちろんこの下で証言開示の手続きもまた実施される。望ましい判決人がえられぬときは、従来の判決人に代わって聴取委員が席に着く。その人数は明記されていないが、判決人の場合と同様2名であろう。裁判長自身は、聴取手続きのときと人物に変化はなく、また聴取委員が設けられるときも、同じ委員がそのまま開示手続きに従事する。

聴取された証言を双方の当事者に開示する手続き (eröffnung der selben kundtschaft) は当事者間の「書面による抗弁および弁明 (schriftliche einrede, vnd schutzrede)」(CCC 73) の場である。手続きの期日 (tag) は事前に当事者に伝えられる。当日裁判長・証言聴取委員 (または判決人) ・書記の面前で当事者が弁論に入る。聴取委員は、先に記録にとっておいていた聴取証言の記録の「写し (abschrift)」を当事者双方 (beyden theylen) つまり彼らの「代弁者 (sachwalther)」に渡す。代価として低額ではあれ謝礼金 (belohnung) をえる。同時に、期間を定める⁽³⁰⁾。「弁護人 (beistender)」が、収牢に身にある被告 (「被捕囚者」) のもとに写しを届け相談するのに猶予期間が必要であるから⁽³¹⁾。牢は元来開放されており、当事者双方の関係者は任意に往き来しうる (CCC 14)⁽³²⁾。私人訴追の場合、原告も事情によっては収牢の身となる ([4])。

「写し」の点でいえば CCC 83 が興味深い。カロリーナそのものの簡条の写しが出現する。そこに、こうみえる。当事者が請求するときは、裁判長・判決人は、カロリーナの関係簡条 (artickel) の「写し」を少額の代価と引き換えに付与しなければならない。そもそも、裁判長らは帝国法律を法廷に携える義務があり、当事者の照会に応じ、法律の簡条の意味するところを「教示する (vnderrichtung geben)」よう務めねばならない。法律に「無知のゆえに」当事者が無力となり、

カロリーナ（1532年）と弁護の問題
—— 拷問への懐疑 ——

危険に晒されることがないように。本箇条は「最終開廷日」の手続きをのべる諸箇条の1つだが、当事者の利益をはかるべき裁判長の義務はミニ法廷の手続きにも妥当しよう。箇条冒頭で「すべての刑事裁判所の審理にさいし裁判長・判決人は」云云、と語り始めるので。いずれにせよ、このところは、判決人の「無学のゆえに」民衆を困却させるとのべていたCCC 138（[6]）のところで、奇しくも対照的な関係にある。換言すれば、コインの表、裏の関係にある。

開示手続きには上記のとおり当事者とくに原告の他に „sachwalther“ および „beistender“ の二様の人物が在席する。さしあたって、それぞれに「代弁者」（後述する「代弁人」と区別しておくため）および「弁護人」の訳語をあて、かつ被告の「代弁者」を、とくに「弁護人」と称andoいた。こうした理解が正しいのかどうかは、別途考えねばならぬが。ともあれ、聴取委員が写しを手渡すさい同時に、或る期日を指定する。期日に、各当事者がなすべきことは、こうである。証人の証言にたいし、もしくは証言に関連し「のべんと欲する (reden will)」ものを書面二部に作成し、裁判所（ミニ法廷である）に提出し、書面一部は委員に、もう一部は相手当事者 (widertheyl) に渡すべし、と。相手当事者はこれを取得することで「反論書 (gegenschrift)」をしたため、これを聴取委員と相手当事者とに渡すのである。

上記のとおりCCC 73には、„sachwalther“⁽³³⁾ および „beistender“⁽³⁴⁾ があらわれた。これらに似た人物として „fürsprech“⁽³⁵⁾ がいる (CCC 88,89,90) し „redner“ もいる (CCC 88)。さらに „procurator“⁽³⁶⁾ (CCC 115) や „gewalthaber“⁽³⁷⁾ (CCC 12) の名も挙がる。バンベルゲンシスには „anwald“ がいる (CCB 82,176,240)。では、これらさまざまな人物は邦語ではどう称べばよいのか。„代理人“ か、„代弁人“・„代訴人“ か、または „補佐人“・„弁護人“ あるいは „代言人“・„立会人“・„弁舌人“ か。あるいは、これらいずれの言葉でも称びうるのか。またどのように選出されるのか。„fürsprech“ (後述) を除き、いずれも不詳。ただ「被捕囚者の親族・友人または弁護人 (freundschaft oder beistender)」といったことがみえる (CCC 219)。「弁護人」は親族が就くこともあろう。目下のところは、これで止めておこう。

さしあたりははっきりしているとみうけられるのは、彼らは原告、被告の必ずし

論 説

も一方のみに関係せず、双方に設けられている。したがい、文言上は、現代の、被告人だけの利益のために活動する弁護士というのはいないことになる。もちろん、現実の問題として、例えば上記の „beistender“ が刑事弁護士として役割を果たすことはある。いずれにせよ、証言開示手続きにおいて、代弁者や弁護士をとおし、今日みるような刑事弁護の活動の一端を或る程度知りうる⁽³⁸⁾。

当事者の、こうした書面による「抗弁、そして再抗弁 (eyn, vnd zu rede)」の回数（2回まで）などCCC 73の記述は更に続くが、これは省略したい。長文の箇条はこう締め括る。「双方当事者から (von beyden theylen)」裁判所に提出された書面は、聴取委員の手を経て裁判司直（高級裁判権者）に届けられるべし、ここで司直は、なにか判決として下されるべきかについて「提案書 (radtschlag)」を作り、これを当該刑事裁判所の裁判長 (Richter) に送達すべし、と。本提案書と、最終開廷日前に裁判長と判決人との間で討議され、作成される判決案 ([12]) とは、どんな関係に立つのであろうか ([13] 参照)。

3 糺問と弁護と

[8 裁判長の説示前] カロリーナの中で拷問 (peinlicher frag, marter) に関する諸箇条は、私人訴追および職権捕捉の双方の手続きに妥当する (CCC 46)。諸箇条を読んでとくに注意するのは、なんであろうか。大きく次の3点がある。

[a] 自白聴取のため拷問に移る前に、徴表の存在の確認 (CCC 6, 20, 22) の他、原告への拷問期日の告知などなされねばならぬ手続きがある (CCC 45～47) こと、
 [b] 拷問実施中に被拷問者保護のために守られねばならないこと (CCC 58, 59)、
 [c] 聴取された自白はそのままでは信用できず、更なる訊問が加えられねばならず (CCC 48 § 1) (CCC 53 [補充訊問 (beifrag)]), 謀殺を始め若干の重罪については再訊問があるべき ([CCC 48§2～52]) こと、かつ司直によって「検証と調査 (erkundigung vnnnd nachfrage)」が実施されねばならぬ (CCC 54～57, 60) ことである。これらのうち [c] 自白と自白の検証は、カロリーナの証拠規則上とくに注目すべき点である。検証を経て初めて自白 (bekantnuß) は信用される⁽³⁹⁾。

検証のための調査に、裁判長は、人を「その地に派遣す（an die end schicken）べし」（CCC 54）（実況見分）といった義務を負うこともある。

もう1点 [d] 注目すべきものが、本節の問題に関わる。拷問に移る前になさねばならない1つである。すなわち裁判長の、被告に向ける説示（CCC 47）である。これに直ちに移る前に、直前の箇条 CCC 45 と CCC 46 をみておきたい。

私人の訴追をうけ、原告によってその存在をすでに立証された（bewisen）徴表を前にしても自白せぬ（verneynten）とき被告は、拷問の手続きの予告をうける。そのさい訴追者が求めるときは、「拷問のための一日（eyn tag）」すなわち拷問の日取りが訴追者に事前に告げられる（CCC 45）。私人訴追を前提とするこの箇条は、本来なにを意味するのか。拷問の手続きに原告が被告とならんで加わりうることを示すのか。拷問日における手続きをのべる（CCC 46）、当該手続きの場は裁判長、判決人2人、書記がスタッフとなっているミニ法廷であり、手続きの中心は、被告にたいしことばを尽くし（mit Worten）おこなう訊問である。拷問具をみせ、またはそれを用いる、いわゆる拷訊実務ではない。ミニ法廷にとって肝要なのは、被告自身に十分答弁させることである。答弁は、被告の対応によっては「拷問の脅しを用い（mit bedrohung der marter）」求めることもある。これは、この段階ですでに拷問具をみせるというのでなく〈拷問にかける〉との言葉による脅し、また「心理的抑圧」⁽⁴⁰⁾を加えることにある。穏便な手続きにもかかわらず木版画（[4]）には原告の姿は描かれていない。裁判長が原告に拷問の日取りを告げるのは、私人訴追者への配慮を示す措置なのであろうか。

[9 裁判長の説示とその意義] そこで CCC 47 である。本条は CCC 46 に直に繋がっており、CCC 46において自白するや否や、を問われた被告が、自白を拒む（verneynt）とき以降の手続きがのべられる。したがって、同一のミニ法廷における連続した手続きである。こうして両条は1つにしてもよいほどなのだが、それを別けて語るところには、自白を拒否するときに法廷がとるべき行動に、とくに注意を喚起せんとしているのではないか。言い換えれば、自白を拒否するからといって直ちに拷問に移行してよいのか、といえ、立法者の考えはそうではない、というものである。

論 説

では、法廷は拷問に代えて、なにをなすべきか。それが裁判長の説示である⁽⁴¹⁾。じつは、[i] 裁判長の説示の内容——被告に当該の非行についてアリバイがあるのなら申し出るようにとの——、そして [ii] これに応じ被告が証人申請によって無罪 (sein vnschuldt) を主張するさいに続いてなされるべき、司直による検証、さらに [iii] 検証に要する経費負担の件、最後に [iv] 検証の結果無罪の主張が確認できぬとき更なる手続き (拷問への移行) のための準備、の各点については、前稿においてCCC 47に添い (多少敷衍しつつ) のべた⁽⁴²⁾。ここでは、できるかぎり繰り返すことは避けるが、少しは再論することになる。ただ、中心問題は、前稿では考察のおよばなかった、裁判長の説示がもつ意義に関わる。

裁判長はなぜそうした内容の説示をするのか。カロリーナは既述のようにアリバイ (「疑惑を被っている非行が生じた時刻に (他の) 或る場所の人々のところに居た」) についてのべるが、もとよりこれに限定するのではない。有利な事実を被告に「しっかり思い出させ (sonderlich erinnern)」よう (CCC 47 § 1) とするのが趣意であり、裁判長の義務⁽⁴³⁾なのだから。殺人といった帝国法律が対象とする「重大なる事件 (grossen sachen)」(CCC 1, 6) の最たるものが正当防衛として起きる場合も、当然念頭に置いている。およそ非行現場不在の立証ができれば、被告はほぼ端^{はな}から無罪である。他方、非行行為そのものは否定せぬが、当該行為には免責事由が有るとの立証ができれば、これまた無責放免となる。これら両者を、法律は概念上別けていない。いずれも „vnschuldt“・„vnschuldig“ として、つまり無罪として言い表わしている。

ともあれ、このように自己に有利な事実 (すなわち、これあるがゆえに、問責をうけている非行を犯すはずがない [der verdachten missethat nit getan haben kundt] 事実) があるならば、被告に申し出をおこなわせるよう裁判長に注意させているベースにあるのは、カロリーナ立法者の、次のようにのべる (CCC 47 § 1) ところにみえる考えである。被告は、自己が愚直である (eynfalt) とか、狼狽に陥る (schrecken) とかによって (これらの人格性または社会的弱者性や心理状態⁽⁴⁴⁾) というのは、裁判長はむろん一例として提示するのであろうが)、疑惑を被っている当該非行について、どう (wie) 免責を申し立て、どう立証す (es

sich es entschuldigen vnd außführen) べきか、の術を示せぬ (nit fürzuschlagen weist) ことがある、と。このところは、裁判長の、一種「心理学的経験知」⁽⁴⁵⁾に由来するものがあるのだろうか。

こうみてきて、ここで、やや判り難いところがある。それは、こうである。CCC 47は被告（被糺問者）が非行を否認する場合をのべる。被告が否認するとき、否認に根拠があるかどうかを裁判長に問わせる、というのである。なお、このとき厳密に別けるとすれば2つの問い方が考えられる。〈なぜ、自白を拒む（または否認する）のか、アリバイ（もしくは正当防衛など免責事由）があるのではないかと、〈なぜ、自白を拒むのか、アリバイがあるからなのか〉とである。

いずれにせよ、ではなぜ、被告が自白を拒むのにたいし、裁判長はアリバイが有りはせぬか、と問うのだろうか。むしろ、非行を自白する場合の方が裁判長の問いは判り易いのではないかと考えられぬか。というのは、被告の愚直・狼狽などが理由で起きるのは、通例次のようなケースであるとみると、理解が容易となるからである。被疑者が裁判長による自白への誘導の訊問に呼応し、思わず知らず行為を認諾してしまうケース（〈ヤッていない（事実）のに、ヤッた（陳述）〉とのべる）である。誘導訊問は、非行の状況を被告自身にいわせず、裁判長がみずから「前もって語る [vorgezagt]」訊問であり、これは禁じられていた（CCC 56）。また、裁判長の威迫によって恐怖⁽⁴⁶⁾を覚え、自白してしまうケースがあろうし、身代わりとして自白するケースもあろう。だがCCC 47冒頭は、非行を自白せぬ場合のことしかいわぬ。これが判り難いところだ。しかも、職権による検証は、自白があったとき（CCC 54）も、自白を拒否し免責事由をあげるとき（CCC 47 § 2）にも同様に起きるのに、なぜわざわざ被告が否認するケースを引き合いに出し、裁判長はアリバイの件を問うのか。それとも、裁判長の説示があるのは、自白のケース、自白の否認のケース双方についてなのだろうか。

ここらあたりをどう考えればよいのか。裁判長は被告の被疑非行を「半信半疑」⁽⁴⁷⁾の目でみるべきだと、立法者は注意を喚起（忠告）しているのだろうか。決して考えられぬことではない。「半信半疑」とは、こうだ。自白を拒否する（すなわち〈ヤッていない〉）ケースをとれば、これは、〈ヤッている（事実）のに、

論 説

ヤッてない（主張）とのべるのか、それとも〈ヤッていない（事実）から、ヤッていない（主張）とのべるのか、いずれであろうか、と裁判長は迷う。関係してもう1つ加えると〈ヤッていない（事実）の、ヤッている（主張）というケース（虚偽自白）もあり、これがゆえ裁判長の迷いはいっそう大きくなり、「半信半疑」の念はますます高まる。他方、現実の問題がある。すなわち、こうだ。すでに被告にたいする非行の徴表が立証されている。つまり、拷問への法的前提が整っている。となれば、裁判長には、いわゆる「予断」があるはずである。「予断」が自白の期待へと、もしくは自白の強制（拷問）へと、裁判長を促すのは、知れた事である⁽⁴⁸⁾。にもかかわらずCCC 47の立法者は、自白を拒否する被告を直ちに拷問に付すことなく、被告にアリバイ（や免責事由）を想起させるように努めるよう、裁判長にことばを尽くし、求め義務づける。〈否認するからにはアリバイがある（または免責事由がある）とちゃんと主張し、立証できるであろうな〉と裁判長は、被告・被糺問者に確かめさせよ、と。

〔10 自白の強制への懐疑〕となると、裁判長による説示のポイントは「半信半疑」と「予断」のはざまにあらう。はざまとは、なんであろうか。裁判長としては、被告が自白を拒否すれば拷問に移らざるをえぬ、だが、これはできるかぎり避けたい。少なくとも直ちに拷問に移るのは、アリバイ証明の存否（または免責事由の有無）を被告に問うのは、そのためでないか。他方、アリバイが立証できぬのなら、また免責事由がないならばやむをえぬ、拷問による自白聴取（CCC 47 § 3）に移る他はない。法定証拠法則があるからだ。しかし、この場合でも、虚偽の自白だけはさせたくない。

これが、はざまにある裁判長の思考法ではないか。そして、この間の事情は、こうであるとおもわれる。自白があり、検証・調査がなされ、結果自白が虚偽と判明すると、再度の（zum andern mal）拷問が実施されねばならない（CCC 55）。これには手間と経費（刑吏への更なる支払い）がかかる。これにも況して、およそ、検証・調査そのものの問題がある。検証の労力と経費（つまりコスト）——これをだれが負担するにせよ——がムダとなる。被告の陳述があるとき、その内容につきどうせ職権による検証・調査を実施せざるをえぬのであれば、被告にもし有

カロリーナ（1532年）と弁護の問題
 — 拷問への懐疑 —

利な事実があるときは、端^{はな}からこれを申告させた上で、検証をおこなうのがよい。というのは、先ず、これによって、検証の目的である「真実の探知」が比較的早くできるし、より容易となる⁽⁴⁹⁾。次いで、コスト負担が小さくなるし、訴訟の遅延を防ぐ上で有益であると。カロリーナが訴訟の延引にたいし、訴訟経費の増加と合わせ、特別に神経を尖らせているのは、目につくところ（CCC 77）。他ならぬ、判決人に代え、かの証言聴取委員を任命する件（〔6〕）についても、それが働いた（CCC 73 § 2）。あくまで聴取に長ける判決人を揃えることになれば「出費と（訴訟の）遅延（vnkost und verzug）」の心配が起きる。それくらいなら、判決人確保にこだわらず、委員に証言聴取を委ねるのが望ましいとの判断であり、現実的な観念が働いていた。

さて、被告がアリバイ、あるいは免責事由を示し無罪または無責を主張する（sein vnschuld anzeygt）とき、この後の手続きはどうなるのか。CCC 47 § 1によれば、こうである。手続きの〔a〕1つは、被告の無罪・無責の主張を、職権によって検証することである。検証といっても、現今のようにそれ相応の捜査人員を配置し物的証拠を集めるといったことはほぼ望むべくもないのだから、所詮関係の人物と（つまり証人）を探索し、そのはなしを聴き、書面にとるのが中心となろう。検証の経費は、被告または彼の親族・友人が負担（auff des verklagten oder seiner freundschaft kosten）する。〔b〕もう1つは、被告または被告の親族が立てる証人（zeugen）による証言（kundtschaft）の手続きが始まる。無罪、無責の立証である。CCC 62～76にあるとおりに、である。CCC 47 § 2によれば、裁判長は、証言の手続きを「適法な事由（rechtmessig vrsach）なくて」拒んではならない。被告に有利なことを証言してくれる証人は、被告側が探し出し（auff jr begern）、提出された証人への訊問そのものは、裁判長が（ミニ法廷において）おこなう（つまり糺問）ということである。

こうみるとCCC 47と、証言開示の手続き（被告側からいえば、無罪を証明する手続きを意味する）をのべるCCC 73（〔7〕）とが、じつは、繋がっているのが判る。ここで、証人手続きの場合の経費について（CCC 47 § 2）一言。経費⁽⁵⁰⁾はここでも被告側がもつ。ただし貧困のゆえに（armut halber）負担しえぬときは、

論 説

当局（司直または裁判所 [die oberkeit oder das gericht]）が「支払う（darlegen）」べしとある。「支払う」⁽⁵¹⁾とは、この場合 [i]「貸与する」（埒造）の意味か、それとも [ii]「裁判所による費用負担」（上口裕）を指すのか。俄かには極め難い。証言いかんで被告側が無罪・無責を証明できぬことがあるのを司直側がどう考慮するかにかかっている。ただ立法の趣意からいえば、後者 [ii] が判り易い（CCC 154も参照）⁽⁵²⁾。ともかく、費用につき司直・裁判所が配慮を示す理由は、こうみえる。「悪行が罰せられぬこと無からしめ、また無罪の者が（処罰へ）責めたてられることの無からん（der vnschuldig…mit übereilt werde）」がため、と。CCC 47 § 2 における、証人訊問の経費をめぐるこの部分は、特徴的なことには、バンベルゲンシスにはなく、第二草案（1529年）を経て帝国法律で追加されたものであり⁽⁵³⁾、カロリーナの特質を知る上で、一端として考察に値しよう。

[11 糺問と弁護] 有利な事実があるときは申し出るよう、被告（被糺問者）に懲憑する裁判長は、[a] 自己があたかも今日みるような刑事弁護人の任にもあるかのようにふるまっている。立法者が裁判長にそうふるまわせている。ここには、裁判長の自負心も潜んでいないか。とにかく、もし、このふるまいを、われわれのことばで刑事弁護と捉えうるならば、このところに、糺問訴訟における弁護の特質が出ていとおもわれる。すなわち、検証・調査（糺問）自体が、訴訟構造上すでに弁護を含み込んでいる、ということである⁽⁵⁴⁾。[b] もう1つ重要な点は、カロリーナの立法者には、自白の強制、延いては拷問にたいする少なからぬ懐疑の念が潜んでいるとみられる。検証（司直・刑事裁判所の）や、証人の証言（被告側の）によって大なり小なり被告に有利な事実を探り（「真実の探知」）、できるかぎり自白、そして拷問の手続きに頼るのを避ける、ということである。そして、これら [a] と [b] が裁判長の説示において、相互に関わり合っている。

4 最終開廷日と代弁人

[12 開廷日前と開廷日] 最後に「最終開廷日」における「代弁人」の問題がある。これはCCC 73の「弁護人」と同列に論じられており、ブルネマンも然り⁽⁵⁵⁾。

そこでこの問題をめぐって、開廷日前・開廷日の手続きをとoshi検討したい。

[a] 開廷日前（CCC 77～81）——開廷日前の手続きで重要なのは、裁判長と判決人との評議である（CCC 81）。評議の場には、書記による記録が提出される。評議がまとまるのはそう簡単なことではない。これは、書記の記録内容にもかかっており内容をどう評価すべきかの点で意見がまちまちとなることがありうる。そのためであろう、疑義が出るときは、鑑定に付すべきであった（CCC 81）。鑑定にかけるとなると訴訟は遅延するかもしれぬ。とにかく、評議がなつてこれに基づき判決案の起草となる。それが文書に記載されるわけは [i] 最終開廷日の法廷における朗読と、[ii] 鑑定送致とに備える必要があるから。開廷日前の手続きで法的観点からみて見過ごせないのは、裁判長と判決人とが「相互に評議する（*sich mit eyinander vnderreden*）」ことである。ミニ法廷のこのところには、裁判長の地位の変化を窺がいう。裁判長は判決人の判断に縛られるという⁽⁵⁶⁾、両者の関係における中世的な殻が破られ、裁判長が判決案の起草にも関与する様相が出て来ていることである。ただし、開廷日手続きにおいては以下にみるかぎり、古来の関係は維持されているようだ。

[b] 開廷日当日（CCC 82～101）——開廷日に挙行される法廷手続きのうち、冒頭手続きは、基本的にラント・都市の「良き慣習」のとおりおこなわれるべきものであった。鐘の音をもって衆人に告げられ開催されるべきことや、裁判の場所が正規のものかどうか、判決人数が揃っているかどうか、など確認の手続き（CCC 82, 84）である。原告の弁論を経た（CCC 88～90）後、裁判長が判決を判決人に質問する（*ich [der richter] frag dich [vrtheyler] des rechtens*）判告の手続き（CCC 92, 93）、判決宣告後裁判長が職杖を折る（CCC 96）のも、訴訟の基本的しくみは、ラント・都市において従来実施されてきた慣行上の手続きである。他方、書面（„*die schriftlich*“ [CCC 89, 90], „*schrift*“ [CCC 92]）中心の手続き⁽⁵⁷⁾・ミニ法廷手続き・自白聴取委員による手続きが広範囲に導入され、開廷日の手続きにもこれが混じり込んでいる。すなわち、原告側の弁論（[13]）をのべるCCC 89の表題は「職権によって告訴する者のあるいは、しからずして告訴する者の代弁人の請求（*Bitt des fürsprechen der von ampts wegen oder sunst klagt*）」とあり、開

論 説

廷日における手続きが、私人の弾劾と職権とによる二訴訟を対象としているのが判る。こうした中で、開廷日において代弁人は、どう弁論するのか。

[13 代弁人の弁論] 開廷日は原告あるいは被告が望むときにのみ設けられる (CCC 78) が、その手続きのありようは従来考えられてきたほど単純ではない。比較的明瞭なところからみよう。開廷日前の裁判長・判決人の評議の結果作成され、書記が記録にとった判決案が法廷に提出される。これには、司直が作り裁判所に送付するかの「提案書 (radtschlag)」(CCC 73) ([7]) も組み込まれている。判決案提出は、開廷日手続きの基本中の基本である⁽⁵⁸⁾。判決案を前に、原告被告しかも各代弁人が弁論に入る。原告側の弁論は、こうだ。被告を告訴する、すでに法廷 (つまりミニ法廷) においてのべたとおりである、裁判長は「(法廷に) 提出された審理および記録のすべて (alle einbrachte handlung vnd auffschreiben)」をカロリーナのうたうところにしたがい入念に衡量し (fleissig ermesen)、被告を刑事刑に処するよう求める (bitt)、と (CCC 89)。次に被告側は、どうか。原告によって告訴を被りたる非行については、すでに法廷において答弁したところであり、(法廷に) 提出された審理・記録をカロリーナのうたうところにしたがい入念に衡量し、かつ、被告の「無責たることが明らかとなるときは (auff sein erfundene vnschult)」訴訟費用と損害賠償の支払い⁽⁵⁹⁾を含め「無罪放免 (ledig)」の判決を下すよう、また原告は「刑罰を被る (straff…verpflicht)」よう求める、と (CCC 90)。以上にのべられていることから判るとおり、原被告はすでにミニ法廷で陳述したものを、改めて開廷日で繰り返している。

おそらく、これら両弁論は、中世来の告訴手続きにおける通例の様相のものであり、代弁人も定式文言でもって陳述におよんでいるとみられる。カロリーナにおいても弾劾主義は維持される。鐘の音に共に招集される公開の「開廷日」裁判は一種の祝祭・儀式・劇場⁽⁶⁰⁾の意味をもち、公けの行事として挙行される。従来型の弾劾訴訟のままであれば、当事者の主張の根底にある「事実」の問題は問われぬから、弁論の後は直ちに裁判長の質問と判決人の判告に基づき、主張自体の当否が宣誓とか神判・決闘とかで立証される段取りとなる。だが、ここに糺問(調査・検証)主義が入り込む。これは、従来型の弁論にはない文言、しかも原被告

カロリーナ（1532年）と弁護の問題
 — 拷問への懐疑 —

双方に共通する文言にあらわれている。[a] 裁判長は「カロリーナのうたうところにしたがい（nach…des heyligen Reichs peinlichen gericht ordnung）」判決するように、のことは、また [b] 裁判長は判決を「（法廷に）提出された審理および記録のすべて」に基づいて下すべし、のことは、である。ここに「記録」の主たるものは開廷日前に作成されていた判決案であり、「審理」とは開廷日の法廷における原告の弁論を指すものとみられる。こうして「記録」および「審理」の双方に基づき、判決が質問され、判決が提案、宣告される。

そこで最後に「代弁人（fürsprech）」の性格が問われる。各当事者（jedem theyl）は開廷日の法廷に申請し、代弁人をもつのを許される（CCC 88）。それをもつかどうかは当事者の意思に委ねられ、もたぬときは「自己について自分で語る（jn selbst zu reden）」ことになる。代弁人は「法廷の中から（auß dem gericht）」選ばれる。これが判決人であるのは、次のことから判る。「当該シェッフエンが原告の代弁人であるときは、以後彼は判決の決定から身を引く（sich enthalt）」と。代弁人は、判決人以外から選んでもよい（oder sonst zunemen）（CCC 88）。この点については、直ぐ下でふれたい。

問題は、原告の „fürsprech“（代弁人）（CCC 89, 90）と、証言開示の手続き（CCC 73）（[7]）にあらわれた原告の „sachwalther“（代弁者）・„beistender“（弁護人）との関係である。両者は同じ型の人物を指すのであろうか。推論に頼らざるをえぬが、異なる型の人物ではないか。そもそもことばが違うし、両者が名をみせる法廷のありよう（公開か、非公開か）も別だ。代弁人は開廷日かぎりの人物である。ミニ法廷における代弁者・弁護人とは違い、むしろ中世縁の様相を帯びているようだ⁽⁶¹⁾。判決人から選出され⁽⁶²⁾、所定のことばを用いて弁論をおこなう。判決人中から選ばれるのは、代弁人が開廷日に用いる定型的なことばに、彼が精通している（または、言い間違いが起きぬ術を心得ている）からであろう。ただ、代弁人に当事者を補佐する役が加わってきているのは否めない。「代弁者」・「弁護人」の方は当事者のために、もっと実質的に補佐役に就く人物とみえる。このように推察してくると、CCC 90をもって、被告のための「実質的な刑事弁護人の可能性」が拓けたものとみる⁽⁶³⁾点については、もっと検討が必要なのではないか、とお

論 説

もわれる⁽⁶⁴⁾。

ただここで考慮されるのは、当事者は代弁人を判決人以外からも選ぶ（上記）という点である。なおこうして選ばれた者を、カロリーナは „fürsprech“（代弁人）とは称はず „redner“（弁舌人）とのべて区別する。他方弁論のことは代弁人が用いるものと同じでなければならないとし、このことを誓約すべし、という（CCC 88）。とにかく、判決人以外から選ぶというのが、一種の修辞でないとするれば、このところに、新しい意味を認めてよいのかもしれない。すなわち CCC 73の代弁者・弁護人に繋がってくる側面があるということだ。ただここでは、これまでに止めておこう。

[14 判決案と開廷日の判決] ここで、或る問題が出てくる。開廷日に自白を否定するか、自白するが免責事由を申し立てる、という被告の問題である。関係の箇条はCCC 90 § 1とCCC 91である。CCC 90 § 1は先ずこうのべる。被告が自白したか、または有罪の立証をうけたときは「恩赦 (gnad)」の他には、なにも請求しえず、または請求せしめえず。次いで続ける。非行を「自白しなかった」（これは自白を撤回する、ということであろう）とき、または自白するも免責事由を提出し刑事刑を免除されんと望む (verhoffet) ときは「後述するとおり」（CCC 91のことだ）、代弁人をとおし（無責たることを）請求しうる、と⁽⁶⁵⁾。ではこうのべるものは、開廷日の手続きの流れのどこに位置を占めるのか。言い換えれば、被告が「恩赦」を請うのは手続きのどの段階か、また自白を撤回するのはどの局面なのか。それとも、裁判長・当事者に向ける、たんなる注意書きを意味するのか。断定し難く、今は（多少は後述する [15] が）質問を出すだけに止める。

そこでCCC 91である。自白の撤回（なぜか本条は免責事由の件はのべない）があるとき、「（撤回によって）なおざりにされる（かつての）自白 (verleßne vrgicht)」は、どうなるうか。自白は、開廷日の公開法廷において確認を受けることになる。ミニ法廷で被告（被糺問者）の自白を聴き、現に開廷日在廷中の判決人（2名）は、宣誓の後裁判長から、自白を耳にしたか否かの質問をうける。判決人兩名（このために開廷日の判告手続きから除かれることは、ない）が「これに然りと答弁する (jha darzu sagen)。」このとき、手続きはどうなるか。裁判

カロリーナ（1532年）と弁護の問題
 — 拷問への懐疑 —

長は鑑定に委ね（radt pflegen）るとある。このところでよく判らないのは、[a]なぜ鑑定送致（これによって訴訟は、延引するはずだ）なのか。答弁をえて被告の自白が確認できたのに、どうしたわけか。[b] 被告が自白の撤回を申し出て（ただし「代弁人をとおし」とはなっていない）、判決人による自白確認の手続きが始まるのは、法廷が、撤回は裁判の進行を妨げる（zu verhinderung des rechten）と判定する場合である。裁判の進行を妨害するものと判定するにもかかわらず、どうして、自白撤回を門前払いにせず自白確認の手続き（延いては、鑑定送致）に移るのか。こういった点について、残念ながら明確な事情は判らない⁽⁶⁶⁾。ただひとつ言っているのは、法廷が、被告・被糺問者の自白について、相当慎重に対応していることである。すなわち、裁判長・判決人は、自白（そしてこれを取得するための拷問）について「疑義（zweifelhaftig [CCC 81]）」（例えば、自白が拷問最中に取得されたものであるとか、被糺問者が拷問を回避するため虚偽の自白をなした、とかの疑義）をできるかぎり追い払おうとしている。

開廷日の手続きのポイントはほぼ以上のとおりである。以後手続きは鑑定問題は別として判決質問・判告（CCC 92, 93）（[12]）と、判決（「最終判決（entlichen vrtheyl）」）の決定・宣告と、書記の朗読（CCC 94）となる。これらは中世来の弾劾訴訟における判決手続きを示し、3箇条も条文をあてるのはその意味であり、また被告が「判決と法によって」無罪（ledig）と宣告される（CCC 99）とあるのも同様だ。ただ「最終判決」と開廷日前「判決案」との関係はどうなるのか。判決案がそのまま最終判決となるのか。開廷日の「審理（handlung）」は判決手続きに、どう反映されるのだろうか。

[15 弾劾と糺問の混在] これらと共に、どうしても詳細が判らぬのは、自白拒否（撤回）前後の状況である。被告が開廷日に、かつておこなった自白を撤回することがありうるのはCCC 91を設けた立法者は予期していた。では、撤回はどんな状況で起きるのか。推測する他はない。たぶん、被告の代弁人が弁論を終えた後に裁判長が被告に向かい（開廷日前に作成された判決案に存する（つまり、自白がなされ、さもなくば免責の主張、立証がない））とおりか、否か）を問うのであろう。被告が〈そのとおり〉と答えると「恩赦」の途が残るのみ。他方〈判

論 説

決案にあるとおりならず」と主張し、自白を撤回するか免責事由を申し立てる。撤回や免責申立が起きるとするのは、被告がミニ法廷では自白していた（または免責事由を申し立てなかった）ため判決案では有罪が認定されていたことを示している。被告は判決案の記録の写しをもっていないが、ミニ法廷で自白したとの記憶があるかぎり、判決案が被告有罪となっているのは判っていたはずだ。

以上のような推測が可能であろうか。「相手を内側から認識するのは容易でない」（池澤夏樹）というが、カロリーナを読み解くのが足らないのだろうか。他方、詳細が判らぬ理由の中心にあるのは、弾劾訴訟が基本にあった開廷日の裁判に糾問訴訟（核になっているのは職権による検証・調査）が混じり込んでいて、かつ両訴訟の関係が十分整理されぬままになっていることであろう。ここには、16世紀初葉ドイツの領邦・都市の刑事司法実務もまた投影されているであろう。他方で帝国法律が地域司法の多様なありようを整理せんとしてはいる。いずれにせよ、一方（糾問訴訟）が他方（弾劾訴訟）を凌駕していく、といった視点からだけでなく、今一度、弾劾と糾問の「交差点」⁽⁶⁷⁾に立ち、訴訟を考える必要がある⁽⁶⁸⁾。

5 おわりに

〔16 糾問行為と弁護〕いわゆる動物裁判にあっても「弁護人 (*deffendeur*)」⁽⁶⁹⁾が用いられ、ベリアル裁判でも魔女訴訟でも「代理人」・「弁護人」は抜き難き存在である⁽⁷⁰⁾。弁護の問題はさらに深く問うていかねばならぬテーマといえる。

本稿では、ただカロリーナについてだけみてきた。ここでは、被告・被糾問者のための弁護は裁判長の糾問行為の中に織り込まれている。裁判所は一方で検証・調査（糾問）を進め、他方で弁護の用意をする。これらを合わせたものが広義の糾問現象であった。刑事弁護の1つの淵源とみえるのは、糾問現象のそうした様相下にあった。ここでは、弁護活動は、手続きとして個別化されてはいなかった。一般にカロリーナ以後弁護人の地位に発展がないといわれる^(70a)一因は、個別化が進まぬことに求められよう。後代カルプツォフ（1635年）、ブルネマン（1648年）が防禦（弁護）の論陣を張るのは、糾問と防禦との絡みを一方で認めつつ、他方

カロリーナ（1532年）と弁護の問題
—— 拷問への懐疑 ——

で、糺問から防禦を徐々に解き放そうとしているのではないか。

それはそれとして、弁護が糺問の中に組み込まれているという根本にあるのは、自白の強制、延いては拷問への懐疑の思考ではないか。カロリーナにおいて、拷問懐疑の一側面が弁護現象としてあらわれている、と捉えられる。

〔17 現代と歴史〕現代の司法において、裁判所が「職権で調査する」⁽⁷¹⁾のは今日でもあるし裁判官が判決を宣告するのは「職権」による。また「被告人を根掘り葉掘り訊問する」（判例のことば）ということは、それじたい多分に糺問主義的な手続をおもわせるもの⁽⁷²⁾があるとのことだ。「真実の探知」（カロリーナ）つまり「真実の発見」についても「無実な者を罰することがない」ようにすることが「根本」となっている⁽⁷³⁾という（これに関連していえばバンベルゲンシスには「無罪者に死の有罪判決を下すよりは、むしろ有罪者を解き放しておく方が勝れり」〔CCB 13〕とある⁽⁷⁴⁾）。それらのことは、カロリーナの立法者にいわせれば糺問の中に弁護が織り込まれていることによっている。だが現代では、弁護は自立し裁判所の職権から外れている。ユリウス・グラザーのことば「刑事訴訟の歴史は弁護の歴史」に因んで刑事訴訟法の歴史は「まさに弁護制度拡充の歴史」⁽⁷⁵⁾とされていることに関係づけていえば、「拡充の歴史」というよりはむしろ〈弁護制度分化の歴史〉といった方が理解し易い。分化することがかつて司直・裁判長が一手に握っていた検証・調査が検察官と分担されて、弁護人に移る。戒能通孝はかつてこうのべた。職業法曹、法学者一般についていえるのは「法に関する科学ないし技術がそれ自体として抽象的に存在するものでなく、^{なんびと}何人かのために存在しなければならないという事実である」⁽⁷⁶⁾と。弁護が個別化し分化するのは、まさに「何人かのため」であった。

注

- (1) Carpov, Benedict, *Practica Nova Saxonica Rerum Criminalium*, III, Wittenberg 1635 (Ndr. 1996), p. 170.
- (2) Brunneemann, Johann, *Tractatus juridicus de inquisitionis processu*, Frankfurt/Leipzig 1697年版, p. 129. 上口裕著『近世ドイツの刑事訴訟 J. Brunneemann, *Tractatus juridicus de inquisitionis processu*, 1648』(成文堂・2012) 168～169頁。また同訳「ヨ

論 説

- ハン・ブルネマン「糾問手続法論」(1648年)(5)『南山法学』10の1(1986)190～191頁。
- (3) cf. Rüping, Hinrich/Jerouschek, Günter, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl., München 2002,53 (§115:lex divina). リューピング(川端博・曾根威彦訳)『ドイツ刑法史綱要』(成文堂・1984)73頁(「神の法を補充するもの」)。
- (4) 上口裕著(前注2)172～185頁(n.10,12,19,29,42)。同訳(前注2)194～205頁(n.10,12,19,29,42)。
- (5) Ignor, Alexander, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846.Von der Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormärz,Paderborn/München/Wien/Zürich 2002,80 (Anm.185)-81 (Anm.186)。すでにVargha, Julius,Die Verteidigung in Strafsachen.Historisch und Dogmatisch,Wien 1879,180 (Anm.5)はCCC 47の全文を引き注目していた。なお、弁護史を表題にもつモノグラフィは、本稿では残念ながら1980年までのものしか参照しえなかった。
- (6) 以上、公文孝佳「糾問手続における徴憑(状況証拠)と自白に関する一考察」『神奈川法学』37の1(2004)145頁(注15)；拙稿「徴表と有罪の理論をめぐる一問題——カロリーナにおける」『熊本法学』130(2014)133頁(注73)～135頁(注77)、136～137頁(注83、84)；上口著(前注2)327～371頁。
- (7) 藤本幸二「刑事手続における記録へのアクセス権の本質——刑事弁護の史的分析試論——」『アルテス リベラレス』(岩手大学人文社会科学部紀要)105(2019)123～136頁。筆者は本研究よってカルプツォフらの所説を教えられた。
- (8) cf. Krattinger, Peter Georg, Die Strafverteidigung im Vorverfahren im deutschen, französischen und englischen Strafprozeß und ihre Reform,Bonn 1964,21 („rechtlosen Untersuchungsobjekt“)。なお内田一郎「ドイツ検察制度の成立」『現代法学の課題 斉藤金作教授還暦祝賀論集』(早稲田大学法学会・1964)29頁(「糺問訴訟は僅かに二訴訟主体、すなわち裁判官と被疑者」[ラートブルフの所論の紹介])。横山晃一郎編『現代刑事訴訟法入門』(法律文化社・1983)47頁(被疑者・被告人=「審問の客体」・「審問の対象の要素」)。
- (9) 法制史学会編『法制史研究』70(2021[刊行予定])所収。
- (10) Schroeder,Friedrich-Christian (Hg.), Die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. und des Heiligen Römischen Reichs von 1532 (Carolina), 2000, Reclam Stuttgart による。邦訳に埒浩訳「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)および上口裕訳「カール5世刑事裁判令(1532年)試訳(1)(2)(3・完)」『南山法学』37の1・2(2014)、37の3・4、38の1(2014)がある。また関係してバンベルク司教領国刑事裁判令(バンベルゲンシス)(慣例によ

カロリーナ（1532年）と弁護の問題
—— 拷問への懐疑 ——

- りCCBと略記)はKohler,Josef/Scheel,Willy,Die Bambergische Halsgerichtsordnung (Die Carolina und ihre Vorgängerinnen 2), Halle a.d.S.1902 (Ndr.1968)による。邦訳は埴浩訳「バンベルク刑事裁判令(バンベルゲンシス)」(1)(2)(3)『神戸法学雑誌』19の1・2(1969)、21の1・2(1971)、21の3・4(1972)がある。埴訳は後に『フランス・ドイツ刑事法史 埴浩著作集(西洋法史研究)4』(信山社・1992)に収められた。
- (11) Meier,Albert,Die Geltung der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. im Gebiete der heutigen Schweiz,Bern 1911,10 („Schlussverfahren“).
- (12) バンベルゲンシスに付された木版画(埴浩訳「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)89～99頁[全23画(第2画を除く)]所収)に臨場感のあるタッチで描かれている(第5、9、10、18、20各画)。またVon Schwarzenberg bis Feuerbach.Entwicklung des Strafrechts von der frühen Neuzeit bis zur Aufklärung aufgezeigt an zeitgenössischen Drucken. Eine Ausstellung des Oberlandesgerichts Bamberg…., Bamberg 1998,42-65 所収の、同様の諸画(23画)も参照。
- (13) ハロルド・J・パーマン(宮島直機訳)『法と革命 II』(中央大学出版会・2010)151頁(注42)。Berman, Harold J.,Law und Revolution II:The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition, 2003, 143 (n.42)。
- (14) 埴訳(前注12)92頁(第9図); Von Schwarzenberg bis Feuerbach(前注12)50; 拙稿(前注6)137頁(注86)。
- (15) 江藤价泰「裁判官相手どり訴訟の形成過程」山口俊夫編『東西法文化の比較と交流』(有斐閣・1983)688頁(注15)。
- (16) 小林繁子『近世ドイツの魔女裁判 民衆世界と支配権力』(ミネルヴァ書房・2015)134-135, 218頁(「水審」)。
- (17) 田宮 裕「自白の証拠上の地位(3)」『警察研究』34の4(1963)30頁(注2: 或る判事の発言という)参照。
- (18) 米山耕二「カロリーナの刑事手続——近代的刑事司法の礎——」『一橋大学 法学研究』9(1975)237頁(注10[「間接証拠は、体系的には独自の意義づけを与えられていない」])参照。
- (19) 拙著『中世ドイツの刑事裁判 生成と展開』(多賀出版・1998)408頁(エルヴェンゲン裁判規則)参照。なお横山晃一郎(前注8)51頁(「通常は一人で構成される札問裁判所と、一般的には合議体で構成される判決裁判所の任務の分離」)。
- (20) Schoetensack,August,Der Strafprozeß der Carolina,Leipzig 1904,70 („beweisung“).

論 説

- (21) カロリーナが2名の証人を要するという「証拠能力の制限」を定めるのは、植松正によれば、「事件に対する洞察力」の乏しい者が「誤った裁判をする」のを防ぐためであった（『新版 裁判心理学の諸相』[有信堂・1958] 86頁）。
- (22) 一般に証人の探索自体難しい。エリック・ジェイガー（Eric Jager）（栗木さつき訳）『決闘裁判 世界を変えた法廷スキャンダル』（早川書房・2007）101頁（「証人がいないばあいも多く」）。また不破武夫『魔女裁判』（巖松堂・1948）15頁（「犯罪が公然と白昼証人の面前で行はれるばあいは甚だ勘ない」）。
- (23) 曾根威彦「正当防衛の歴史的考察——違法阻却論研究・その1」『早稲田法学会誌』22（1971）101頁以下、また拙稿（前注6）156頁以下および193頁（注147）所掲の村井敏邦論文「正当防衛の限界とその過剰」を参照。
- (24) Schmidt, Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1965, 129 („um die Entlassungsbeweise zu kümmern“). 藤本幸二「中近世ドイツにおける証拠法の変遷について——カロリーナ刑事法典における法定証拠主義を中心として」『一橋論叢』125の1（2001）81頁（注33〔「無罪証明の機会付与」〕）。Schoetensack（前注20）78（Art.47）。
- (25) CCC 73: nemlich würde kundtschafft vor etlichen eyns peinlichen gerichtsherrn personen die diser sachen verstendig gehort,
- (26) この点CCB 83ははっきり「判決人（etlichen vrteylern）」と書いている。
- (27) cf. Zwengel, Otto, Das Strafverfahren in Deutschland von der Zeit der Carolina bis zum Beginn der Reformbewegung des 19. Jahrhunderts, Bad Homburg o.J. [1964] 9 („die ungelahrten Schöffen“). また Gerland, Heinrich, Der deutsche Strafprozess, Mannheim 1927 (Ndr. 1977) 19 („ein überwiegender Einfluß“) も参照。
- (28) ここで「証言聴取委員」とはCCC 73で „kundtschafft verhörer oder Commissarius“ などいろいろに称ばれているのを一括したもの。なお „Commissarius“ は「証言聴取受任者」（埜）・「受任裁判官」（上口）と訳される（前注10）。
- (29) CCB 85によれば、任命権者は、バンベルク司教領国の「世俗の宮廷評議員（Hoffreten）」である。
- (29a) 官辺の聴取委員を用いた訊問事例として1538年ケルンテン、クラーゲンフルトにおける裁判例としてTorggler, Karl, Hans Ampfinger und der Kriminalprozeß gegen Christoph Freiburger, in: Carinthia I, 125. Jg., 1935, 86 (Anm. 10: „Ulrich von Ernau als Kommissär des [niederösterreichischen] Landeshauptmannes Veit Welzer“).
- (30) CCC 73: Anfänglich sollen die …Commissari… den partheien zu offnung der kundtschafft tag ansetzen, vnd auff solchen bestimpten tag beyden theylen abschrift, auff …belonung… geben, vnd eyn zimlich zeit die sie nach gelegenheyt der sach, für not ansehen vnd

カロリーナ（1532年）と弁護の問題
—— 拷問への懐疑 ——

- erkennen,geben,damit solchs an die sachwalther,vnd sonderlich an den gefangen bracht,vnd sollen des gefangen beistender diß fals zu jm gelassen werden,
- (31) Armbrüster,Klaus,Die Entwicklung der Verteidigung in Strafsachen,Berlin 1980,59 (Anm.38). なおCCB 84では、開示は依然口頭手続きのまま。
- (32) Knapp,Wolfgang,Der Verteidiger – Ein Organ der Rechtspflege?, Köln u.a.1974,24 (Anm.120);Krattinger (前注8) 22 (Anm.21;„Art.73 CCC bestimmte ausdrücklich“); Zwengel (前注27) 39 („Nach Art.14 und 73 der CCC“); Armbrüster (前注31) 58 (Anm.35).
- (33) cf.Winterberg,Hans,Der Sachwalter.Bemerkungen zu einem des Neustadter Oberhofes,in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung f.Rechtsgeschichte,G.A.83, 1966,295-310.
- (34) Götze,Alfred,Frühneuhochdeutsches Glossar,7.Aufl.,Berlin 1967,25 (beistender m. *Helfer*)
- (35) Götze (前注34) 93 (fürsprech(er) m. *Verteidiger* [vor Gericht] ;*Rechtsanwalt*).
- (36) Götze (前注34) 41 (prokurator m. *Sachwalter,Verwalter,Stellvertreter*);cf.Liermann, Hans,Richter Schreiber Advokaten, München 1957,44 („Dagegen steht der Prokurator mit der Partei“: Advokat との比較) ; ペーター・エストマン (Oestmann) (山口正樹訳)「忘れっぽい代弁人——中世後期の裁判に関するケーススタディ」U・ファルク他編著 (小川浩三他監訳)『ヨーロッパ史のなかの裁判事例』(ミネルヴァ書房・2014) 233頁 (「代訴人 (Prokurator)」=「非学識的な訴訟代理人」)。 Falk, U./ Luminati,M./ Schmoeckel,M. (Hg.),Fälle aus der Rechtsgeschichte,München 2008,161.
- (37) Götze (前注34) 106 (gewalthaber m. *Bevollmächtiger,Vormund*)
- (38) cf. Henschel,Johann Friedrich,Die Strafverteidigung im Inquisitionprozeß des 18.und im Anklageprozeß des 19.Jahrhunderts,Diss.Freiburg im Breisgau 1972,19 (Anm.2).
- (39) Cf.Dreisbach,Helmuth,Der Einfluß der Carolina auf die Rechtsprechung norddeutscher Oberhöfe, Diss. Marburg,Marburg/Lahn 1969,53 (Anm.199),70 („Ratifizierung und Gegenprüfung des erfolgten Geständnisses“).
- (40) ジョエル・F・ハリントン (Harrington) (日暮雅通訳)『死刑執行人 残された日記と、その真相』(柏書房・2014) 94頁 (「[拷問作業にあたる] 処刑人は純粹に肉体を痛めつけるより、感情的な脆さや心理的抑圧に頼る」)。
- (41) Armbrüster (前注31) 59 (Anm.36).
- (42) 拙稿 (前注6)。また米山 (前注18) 220～221頁。なお内田一郎「ドイツ刑訴における自由心証主義の成立」『斉藤金作先生還暦祝賀論文集』(成文堂・1963) 270頁 (「弁護についての案内」[ラートブルフの所論の紹介]) 参照。

論 説

- (43) Henkel, Heinrich, Strafverfahrensrecht. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Stuttgart u. a., 1968, 42 („der inquirent behilflich sein soll“); Henschel (前注38) 13 (Anm.1), 32 (Anm.2), 37 (Anm.1).
- (44) 浜田寿美男『自白の研究』(三一書房・1992) 45頁(「精神力虚脱説」) 以下参照。
- (45) Peters, Karl, Strafprozeß. Ein Lehrbuch, 4. Aufl., Heidelberg 1985, 64 („psychologischen Erfahrungen“). cf. Peters, a. a. O., 62 („Das menschliche und soziale Empfinden“). 参照。
- (46) 植松 (前注21) 88頁参照。
- (47) 戒能通孝『法廷技術』(岩波書店・1977) 163頁。Cf. Dreisbach (前注39) 71 („zu neutralisieren“).
- (48) 戒能 (前注47) 162頁。また植松 (前注21) 90頁(「(被疑者に) 有利にも不利にもとれるような証拠を前にしては、捜査官は不利の方に解釈しがち」)。さらに植松 (前注21) 87頁によれば、現代、強制の起こり易い大きな理由は「捜査官が、その立場上、事件を積極的に見たがる態度を持っている」ことによっているという。
- (49) 現代の裁判官がこうのべる(藤崎峻^{あきら}『八海事件——裁判官の弁明——』[一粒社・1956] 22頁) のを参照(なお、本書には戒能通孝が「あとがき」をよせている)。「(被告が) 自分に有利な部分を供述しない限り(罪の軽重が) 裁判官には解らない。罪の軽からんことを願っても、述べてくれなければそれが出来ない。」浜田 (前注44) 42頁。ここでは「罪の軽重」があがっているが「真実の探知」についても、カロリーナの立法者は同様に考えていたかもしれない。
- (50) 証人には一日につき8クロイツエル (kreutzer) が支払われるという (CCC 75)。支払者は、原被告であろう。
- (51) Götze (前注34) 47: darlegen v. vorlegen./darlegung f. Ausgabe (von Geld), Bezahlung, Aufwand.
- (52) Armbrüster (前注31) 56 (Anm.25).
- (53) Zoepfl, Heinrich (Hg.), Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl's V. nebst der Bamberger und der Brandenburger Halsgerichtsordnung und mit den Projecten der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karl's V. von den Jahren 1521 und 1529, 2. Aufl., Leipzig und Heidelberg 1876, 50-51.
- (54) cf. Henschel (前注38) 32 („in der Hand des Inquirenten“), 35 (Anm.3); Westhoff, Ursula, Über die Grundlagen des Strafprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts, 1955, 83 („mit Garantien für den Angeklagten versehenes Verfahren“); Hahn, Manfred, Die notwendige Verteidigung im Strafprozeß, Berlin 1975, 51 („Denn da es Aufgabe des Richters war“); Krattinger (前注 8) 23 ([Art.47,28 CCC]). また Glaser,

カロリーナ（1532年）と弁護の問題
—— 拷問への懐疑 ——

- Julius, Handbuch des Strafprozesses, 2, Leipzig 1885, 223 („weil angeblich der Richter sein Geschäft zu besorgen hatte“) を参照。
- (55) Knapp（前注32）23（Anm.116,117）。ブルネマンが挙げるCCC 88（代弁人選任の箇条）について、上口著（前注2）178～179頁（n.21,23,26）および同訳（前注2）198～199（n.21,23,26）を参照。
- (56) Boehm, Ernst, Der Schöppenstuhl zu Leipzig und der sächsische Inquisitionsprozeß im Barockzeitalter, in: Zeitschr. f. die gesammte Strafrechtswiss. 59（1939/40）622 („Bindung der richterlichen Gewalt an die Sprüche“).
- (57) 梅田豊「自由心証主義と陪審制度——フランス大革命におけるその誕生の意義を中心に——」『刑法雑誌』36の3（1997）377頁（書面主義は「法廷証拠規則を適用する前提」）。横山晃一郎（前注8）51頁（「秘密＝書面の糺問形式」）。
- (58) cf. Biener, Friedrich August, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, Leipzig 1827（Ndr.1965）, 156 („Das Wesentliche der Procedur“).
- (59) ただし、CCC 61によれば、原告がうけうる賠償は彼自身にかかった費用にかざられているが。
- (60) cf. Schild, Wolfgang, Der „entliche Rechtstag“ als das Theater des Rechts, in: Landau, Peter/Schroeder, Friedrich-Christian（Hg.）, Strafrecht, Strafprozess und Rezeption, Frankfurt（M）1984, 119 mit Anm.3.
- (61) cf. Krattinger（前注8）23（Anm.23）; Hahn（前注54）50（Anm.49）.
- (62) Cf. Carlen, L., Fürsprecher, in: Lexikon des Mittelalters, 4, 1999, 1029. Oestmann, Peter, Der vergessliche Fürsprecher, in: Falk（前注36）157 („eingedungen in das Gericht“). Grimm, Deutsches Wörterbuch, 3（dtv）, 162によれば、Eindingenとは判決質問と判告によって代弁人を裁判所に置くことである。エストマン（前注36）228頁（「裁判に雇い入れられた」）。なおブルネマンは「裁判所外の者が被告人の弁護人となることを禁ずる」（上口著〔前注2〕178頁、同訳〔前注2〕199頁）ものと解する。また牟田和男『魔女裁判 魔術と民衆のドイツ史』（吉川弘文館・2000）148頁（「自由参審人」）。
- (63) 藤本（前注7）130頁。なおCCC 73を「第90条を補完する」（藤本・130頁）箇条というには、もっと説明が要るであろう。
- (64) cf. Armbrüster（前注31）61（Anm.49）; Dreisbach（前注39）72 („Ansatz zur Entwicklung einer gleichgewichtigen Strafverteidigung abgeschnitten“).
- (65) CCC 90: hett er aber der missethatt also nit bekent, oder wo er die angezogen thatt bekannt, vnd derhalben solch vrsachen fürbracht hett, dardurch er verhoffet von peinlicher

論 説

straff entschuldigt zu werden,so mag er durch seinen fürsprechen bitten lassen wie hernach folgt.

- (66) これら [a] [b] いずれの点についてもCCB 107 (= CCC 91) がのべるところは、いたく簡明である。いわく「当該被告の否認は、聞き届けられぬ (so hat des beclagten verneynen nit stat)」と。Cf.Biener (前注58) 157 („ganz unnütz“).
- (67) 「交叉点」のことは、植松 正『裁判心理学の諸相』(世界社・1949) 14頁にあるもの。
- (68) Weißler,Adolf,Geschichte der Rechtsanwaltschaft,Frankfurt/Main 1967,222 は「「最終開廷日」のコメディ」とすらいう („Nur die Komödie“)。これにたいしHenschel (前注38) 19 („Diese Auffassung verkennt“).
- (69) ミシエル・パストゥロー (M.Pastoureau) (篠田勝英訳)『ヨーロッパ中世象徴史』(白水社・2008) 37頁。
- (70) 西川珠代『『ベリアル裁判』に見る中世後期の訴訟像 (1) (2完)』『法学論叢』133の6 (1993) 101頁(「訴訟代理人」)、135の3 (1994) ;小林繁子(前注16) 200頁(「被告の家族や弁護人によって書かれた請願状」)。U・ファルク (Falk) (藤本幸二訳)「16世紀後半のある魔女裁判」『ヨーロッパ史のなかの裁判事例』(前注36) 305、309頁。Falk (前注36) 210, 213.
- (70a) cf. Armbrüster (前注31) 63 (Anm.1).
- (71) 『最高裁判所刑事判例集』37の6 (1983) 611頁 (いわゆる少年Nの事件)。
- (72) 団藤重光「自白と補強証拠」『刑法雑誌』1の3・4 (1950) 90頁。
- (73) 団藤重光「刑事訴訟法における真実の発見」同著『刑法の近代的展開 [増訂版]』(弘文堂・1952) 152頁。
- (74) 拙稿 (前注6) 172頁 (注163)。この文言はカロリーナにはない (そもそもCCB 13が引き継がれなかった)。なぜであろうか。道徳家ヨハン・フォン・シュヴァルツェンベルクがあまりにも強く出ているからであろうか。
- (75) Glaser (前注54) 223 („Man kann sagen“); 団藤重光『新刑事訴訟法綱要 7訂版』(創文社・1975) 115頁。また辻本典央『刑事弁護の理論』(成文堂・2017) 273 (注1、2) 参照。
- (76) 戒能通孝「リーガル・エシックスとその基本」潮見俊隆編『裁判』(戒能通孝著作集3) 日本評論社 (1977) 184頁。

[付記。これはほんらい前稿 (本誌130号) で書かねばならなかったことですが、カロリーナについていささかなりとも考えることができたのは、ひとえに埴 浩先生のご訳業があったればこそこのことです。この場を借り、先生に感謝申し上げます。

カロリーナ（1532年）と弁護の問題
—— 拷問への懐疑 ——

それからもう1つお礼をいたしますのは、先生の大部の『塙 浩著作集・西洋法史研究』（信山社）のほぼ全巻を、夫人 塙 陽子氏をとおし、熊本大学附属図書館にご寄贈くださったことです。まことにありがとうございます。あらためてお礼を申し上げます。最後にどうしてもおべたいのは、かつて先生ご夫妻は私の研究室をお訪ねくださったことがありました。それがどういふご訪問だったのか、またそこでなにが話題になったのかは、もうずいぶんになり思い出せませんが、そのとき、先生を集中講義に来ていただくことに思いが到りませんでした。第五高等学校の卒業生であられるという先生には、熊本大学でさぞかしご講義をご希望なされていたことでしょう。これを思うとき今もいたたまれない気持ちです。うかつにも考えがおよばずほんとうに申しわけなく思っております。これをお伝えしたく筆をとりました。この場を借り、先生のご冥福とご家族のご多幸をこころよりお祈り申し上げます。（2020年11月30日）]