



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	無罪確定法理について（1）－証拠法則としての再構成－
Author(s)	公文, 孝佳; KUMON, Takayoshi
Citation	北大法学論集, 53(6), 27-96
Issue Date	2003-03-20
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15186">https://hdl.handle.net/2115/15186</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	53(6)_p27-96.pdf



# 無罪推定法理について（一）

—— 証拠法則としての再構成 ——

公文孝佳

## 目次

序章 問題の所在

一 問題設定

二 考察の視覚と対象の限定について

第一章 発展史I—よき人の推定としての発展I—

総説

第一節 カロリーナ法成立以前の概観

第二節 カロリーナ法

第三節 カロリーナ法における無罪推定と *in dubio pro reo* 法理

第四節 特別刑・仮放免の導入と無罪推定法理及び *in dubio pro reo* 法理

一 概観

二 カルプツォフの思考と特別刑について

三 仮放免

四 マテウスによる特別刑及び仮放免に対しての批判

第五節 徴憑解釈の精緻化―糾問開始・拷問の精緻化―

一 ブルンネマン

二 クレス

三 ボエーマーの徴憑理論

小括

第六節 普通法時代における展開―特別刑・仮放免の浸透―

総説

第一款 ババリア刑事令（一七五一年）

第二款 マリア・テレジアの刑事令（一七六八年）

小括―特別刑・雪冤宣誓・拷問・仮放免の視点からのカ法成立後の諸法への影響と相違について―

第七節 フリードリヒ大王による拷問廃止とその影響

第二章 発展史Ⅱ―構造原理としての無罪推定の成立へ

総説

第一節 ベツカリーアによる無罪推定の主張とその影響について

（以上本号）

第二節 無罪推定法理の先駆者たち―シユペーとプーフェンドルフの思考

第一款 シユペーの見解

第二款 プーフェンドルフとトマジウスの見解

第三章 発展史Ⅲ―無罪推定のドイツへの継受―

総説 ―一九世紀初頭までのドイツにおける証拠法の状況について―

第一節 保安的措置の導入とそれをめぐる議論の展開について

第二節 クラインシュロートとクラインらによる保安的措置の正当化を巡って

第三節 無罪推定法理のドイツにおける成立と諸法

総説

第一款 無罪推定の根拠付け―C・S・ツァハリエとミッターマイヤー―

第二款 無罪推定法理の基礎付けの完成について

第三款 無罪推定の影響

第一項 不利益処分に要する「確信」概念と無罪推定法理及び「*in dubio pro reo*」法理―フォイエルバッツハの見解を中心として―

第二項 特別刑と諸法―プロイセン刑事訴訟法(一八〇五年)とバイエルン刑事訴訟法(一八一三年)―

第三項 仮放免と無罪推定について―被告人保護の法理の側面―

第四項 証拠取調べ請求権の制度化をめぐる―無罪推定の制度化―

一 プロイセン刑事訴訟法の規定(一八四九―一八六七年)

二 ザクセン刑事訴訟法の規定(一八六八年)

三 バイエルン刑事訴訟法の規定(一八四八年―一八六一年)

四 プロイセン・ザクセン・バイエルンの規定についての総括

小括

第四章 ドイツ刑事訴訟法における無罪推定の意義

第一節 史的発展の総括と現状について

第二節 中間手続(二〇三条)をめぐっての予断の排除と無罪推定

第三節 証拠調請求権(ドイツ刑法法二四四条)と無罪推定法理(及びin dubio法理)と自由心証主義の交錯

総説 自由心証主義と無罪推定の関連とペータースの見解

第一款 証拠取調べ請求権(Beweisantragsrecht)の発展

第一項 ライト刑法立法時から一九二四年改正まで

第二項 一九二四年改正以降現行法まで

第二款 証拠取調べ請求権の解釈をめぐっての取調べ請求権と探索請求権の区別

総括

第五章 若干の示唆と展望と事実認定の客観化の視点から

総説 防御権の充実と事実認定の客観化

第一節 我が国における証拠取調べ請求をめぐって

第二節 事実認定の客観化

結語

## 序章 問題の所在

### 一 問題設定

無罪推定の法理(Unschuldvermutung, presumption of innocence)の機能についてはさまざまに述べられることが多い。

そしてそれが被疑者および被告人の地位を保護する機能を営むという点については異論を見ない。しかしながら、他面、

歴史的研究、さらには機能面の研究に関しては殆どなされていないのが現状である。このような状況が無罪推定法理の刑事訴訟における機能をスローガンのなものとどめ、実体的にあいまいなものとしている原因となっているように思われる。

確かにわが国においては、例えば田宮博士に代表されるように、当事者主義構造と無罪推定法理が不可分一体のものとして論じられてきた。即ち、戦後の刑事訴訟法改正によって訴因制度・起訴状一本主義が導入され、これによって旧刑法に見られたように、捜査とそれに続く予審で作成された予審調書の引継ぎによる嫌疑の引継ぎがなくなったことで、裁判官は裁判に中立的な状態で臨むことができるようになってはなっている。従って、わが国の制度は「道具だて」という点では無罪推定を実現したものである。これらを前提として、「予断排除」という点において現行法下の当事者主義的な訴訟構造が、無罪推定法理の保障に最適であり且つ唯一のものであると主張されている。<sup>(1)</sup>しかしながら、他方、理論と実態の乖離、理想と現実の距離はつとに指摘されているところである。<sup>(2)</sup>例を挙げれば「(無罪推定の法理は)法律家の論理であつても、国民の意識とは程遠いものであ<sup>(3)</sup>る、また「一般市民の間では無意識のうちに「手続」に対し、「実体」を優先させる思想が潜在してい<sup>(4)</sup>るといった見解がある。さらに平野龍一博士は「欧米の裁判所は『有罪か無罪かを判断するところ』であるのに対して、日本の裁判所は『有罪であることを確認するところ』」<sup>(5)</sup>になつてしまつており、「絶望的」とまで評している。さらに、日本の刑事訴訟の現状分析を批判的に行つた小田中教授もまた、「人権侵害的な札問の捜査手続に強度に依存する公判手続の形骸性」と総括している。<sup>(6)</sup>だとすれば、このようなギャップを埋めるために、無罪推定法理の歴史的背景を明らかにし、歴史的意義を強調した上で現代的意義を再構成せねばならない。<sup>(7)</sup>

こうした作業の前提となるのは比較法的検討である。戦後、現行刑事訴訟法の制定以降、わが国における比較法的研

究は、現行刑法がアメリカの刑事手続からの強い影響を受けていることから、かの国の法制度を対象とすることによって多くの成果を生み出してきたことはいうまでもない。また無罪推定法理は英米法の理念であるという考え方も見られる。<sup>(8)</sup>

しかし本稿においては敢えてドイツ刑法法を檢討の対象とする。なぜならば無罪推定法理を「理念・制度・構造的」に受容したとしても実態的には定着していないとされる問題意識を前提とする限り、訴訟の構造という制度的類似性にこだわることにはあまり意味がないと考えるからである。

確かに、無罪推定の法理と当事者主義構造との関連につき、それを不可分のものとして把握する考え方は、本稿が比較の対象として選んだドイツにおいてもそれを論じる立場があつた。その原因は敗戦後英米の占領下にあつた地域では当事者主義的な訴訟構造で刑事裁判が運営されたことにある。そして、一九五二年の統一法施行後も学界にはその影響が色濃く残つた。その一例としてヴァルター・ザックス (Walter Sax) の見解を紹介しよう。彼は一九五九年に著した論文において次のように「無罪の推定が十全にその効を發揮するには、米法に見られるように、『純粹に当事者としての』告訴人と被告人が、当事者ではない裁判官の前で立証と反証を行う事になる当事者訴訟が前提となる。この訴訟構造においては、裁判官は当事者によつて形成される手続のルールを遵守させ、自身の前でなされた立証と反証から被告人の有罪無罪に関しての心証を形成する。そして、それに基づいて自身の判決を形成するのである。しかしながら、ドイツにおける職権訴訟においては、裁判所が活動するのは自身が檢察官により提起された訴追における『十分な嫌疑』を検討した後であり、その後に公判開始決定が下され、公判手続が開かれる。眞実発見に必要なものの性質と範圍に關しての決定も裁判所によつて行われるし、さらに、訴訟の主催者としての裁判長自身によつて被告人と証人及び鑑定人は尋問されるのである。∴以前より法政策的な観点から主張されてきた、ドイツの刑事訴訟をイギリス流の当事者主

義の影響を受けた当事者訴訟へ転換させるという主張は基本法の成立によって憲法的側面を勝ち得たのである<sup>(10)</sup>。

ドイツで無罪推定と訴訟構造が問題にされたとき、その主要な問題点となったのはわが国と同じく「予断の有無」であった。しかしながらドイツ刑法法においては、戦後一九五〇年の統一法から一九七五年の改正までは予審が維持され、そして、一九七五年の改正後においても、中間手続 (Zwischenverfahren)<sup>(12)</sup> が残されていることに見られるように、事実審による公判手続は依然として高度の嫌疑を公判手続の開始の要件にしている。この点はドイツでも刑法法と無罪推定法理とは緊張関係に立つものであるとする見解のよりどころともなった<sup>(13)</sup>。

確かに、わが国の比較法的理解においてもドイツにおいてこの法理は積極的に支持されていないという主張もある<sup>(14)</sup>。その背景にあるのは同国の刑事訴訟法が、英米の弾劾主義的刑事訴訟法とは対置される職権主義的な訴訟構造を持つているという理解である<sup>(15)</sup>。

そして無罪推定法理を六条二項に規定する欧州人権条約 (EMRK) の批准、国内的効力の発効後も職権主義的な訴訟構造は維持されている。また、当事者主義的な訴訟構造は改正論議のたびに問題とされてきたがそのたびに拒否されてきた経緯もある<sup>(16)</sup>。しかしながら、それでもなお無罪推定の法理そのものは、ドイツ刑法法においても論じられてきた。その契機となったのが敗戦後制定されたボン基本法と、一九五二年に批准し国内的効力を持つに至った前記欧州人権条約である。殊に欧州人権条約においては六条二項に「刑事上の罪で起訴されている人々は全て、法律に基づいて有罪とされるまでは、無罪と推定される」と規定されている。そして、刑法学者の体系書においては無罪推定法理は基本法の要求する法治国家的原則であり、刑事訴訟法のライトモチーフであるとして位置付けられている<sup>(17)</sup>。このように無罪推定の法理が刑法法を統制する法理であるとの意識はドイツにおいてもまた存在するのである。このような現状を踏まえれば、ドイツにおいて無罪推定法理が歴史上どのように理解されどのような機能を担わされてきたのかという問題意識

が生じる。つまり、無罪推定法理を制度的に―当事者主義的構造が無罪推定法理と一体のものであるという前提はさておき―受け容れ、理念的には定着していないと評価されるわが国の現状に鑑みれば、わが国の状況とは逆に、英米型の当事者主義構造を受容しなかったという前提からは無罪推定法理とは径庭あるものと評価される制度を維持しつつも、「理念」的には受容していると考えられるドイツにおける無罪推定の位置付けと沿革は十分に比較法的対象となりうると言わねばならないのである。<sup>(18)</sup>

## 二 考察の視角と対象の限定について

本稿は以上のような問題意識をもとにするものであるが、無罪推定の機能という側面に着目するに際し、次のような問題意識を予め提示しておくことにする。

① 無罪推定法理の歴史的発展。(なお「疑わしきは被告人の利益に *in dubio pro reo*」の発展史も視野に入れる)

② 無罪推定法理の根拠づけ。

③ ドイツ刑事訴訟法における証拠取調べ請求権の機能。

④ 事実認定における機能。

まず①についてである。このような視座を設定したのは、なによりもまず、この点からの史的研究が従前始どなされていなかったことに鑑み、その隙間を埋める必要性を痛感するからである。また発展史を追うことにより、その時代ごとの機能を可能な限り明確にすることによって、現代において担うべき機能があぶり出されるのではないかと考えている。さらに、*in dubio pro reo* 法理の発展史をも参照するのは、わが国において意識的にほとんど論じられたことのない両原則の異同を検討することによって、無罪推定法理の位置付けがより明確になるのではないかと考えるからである。

②は①とも密接に関連する。刑事訴訟法は応用憲法だといわれて久しい。しかしながら、わが国における刑事訴訟法の現実では、ことさら「憲法的刑事訴訟法」と主張せねばならないほどに憲法の影響が乏しいことはつとに指摘されている。他方、ドイツでは無罪推定法理は「人間の尊厳 (Menschenwürde)」及び「法治国家原則 (Rechtsstaatsprinzip)」として位置付けられることにより、憲法レヴェルの法理として認知されている。<sup>(19)</sup> またこれら二つの原則を媒介して裁判規範としても機能している点が注目される。翻つて、わが国は憲法三一条以下に世界にも類例を見出しがたいほどの刑事手続関連条項を規定しながらも、その精神が実際の刑事手続には活かされていないとすら評価される現状がある。さらに言えば、六〇年代より現在に至るまで学界を席巻した感がある。そして筆者も無論その成果を否定するわけではない。「デュープロセス論」は用語及び認識レヴェルでは定着したものの、実体が漠然とした希薄なものとなっているという現状がある。<sup>(20)</sup> 無罪推定法理の検討及びそれによる実体的な肉付けはこうした閉塞感をも打破する契機となると言わねばならない。このような視点からも、無罪推定の法理を憲法的に根拠づけているドイツの状況は大いに参考とされねばならないのである。

そして③である。実体的真実主義をとるとされるドイツにあつて、それが無罪推定法理とどのような関係にあるのかというのが問題意識である。ドイツでは、予審制度廃止後も公判手続開始決定のために中間手続(二〇三条)が行なわれることが規定されており、そこでは「有罪の十分な嫌疑」が必要とされている。わが国では起訴状一本主義・訴因制度の導入によつて嫌疑の引継ぎが制度的に消滅することによつて予断の排除が達成されたと評価されている。しかしながら、起訴便宜主義を採用し檢察官に広範な起訴裁量を認め、大幅なスクリーニングを経た上で公判審理を行うわが国の制度と、基本的には起訴法定主義を維持し、中間手続を経て公判審理を行うドイツの制度を「予断の有無」という点では単純に比較できないと考える。そして、無罪推定を憲法レヴェルの規範であると認めつつも「職権的」と評される

訴訟構造前提としての「無罪推定」がどのように保障されているのかということが、検討されねばならない。

④は③とも関連する。「有罪の十分な見こみ」を要件とする中間手続を設けていることについては、論者により「無罪推定に反する」という見解も有力に主張されている。しかしながら、「嫌疑の存在」を要件として強制処分が行なわれる場合を法が規定していることとの類似性、さらには無罪推定を「心理学的実体」と把握するとき、中間手続を経ることによって有罪の予断を持ちつつ審理を行うのは刑訴法二六一条の「自由心証主義違反」であるという主張もまたなされている。この後者の点に特に注目したい。事実認定の客観化という視点から事実審の判断のあるべき姿として「事後的追証可能性 (Nachvollziehbarkeit)」が主張<sup>(21)</sup>され、その判断基準として客観的な規準が求められねばならないとされ、その一例として有罪仮説に対して競合仮説である反対仮説の検証を求めることなどが主張されていることを考えれば、結果的には、十分な有罪の見こみを要件とする中間手続があっても事実審での認定が客観化されていることで、事後的に問題は相当程度解消されているとも言えるのである。そして、無罪推定法理が、以上のような「客観化」を担保する側面を持つことを指摘したい。

なお、無罪推定法理が持つ機能が以上にとどまるものでないこと勿論である。無罪推定法理の具体化という視点からはドイツでは立法及び現行制度の理解について、以下のような視点から論じられていることを簡単に指摘しておくことにする。

①無罪判決によってもたらされるべき効果に関しては、「有罪が立証されなかったが故の無罪判決」と「無罪が立証されたが故の無罪判決」との間に刑事補償上差違が設けられていたのが改正によって撤廃<sup>(22)</sup>されている。さらに判決理由に關して、それにおいて「嫌疑が存在することの宣言」をすることが無罪判決を受けた者に「社会的地位を劣化させる」効果を持つに至った場合には、当該判決訂正のための上訴を認めること、<sup>(23)</sup>または、無罪判決において前記二様がある事

を認める刑訴法二六七条五項の改正が主張されている。<sup>(25)</sup>

② 手続打ちりととの整合性。手続打ちりは軽罪の場合に一定の条件下で、裁判所及び被疑者の同意の下に検事局が公訴提起をしないでおくことができる、というものである(一五三a条)。これに関してはそもそも手続の打ちりに関しての同意が任意になされ得るのか、<sup>(27)</sup> また、一定の条件の賦課は制裁の性質を帯びるものであるから、この点において無罪の推定が形骸化されているとして非難する立場がある。<sup>(28)</sup> こうした見解は、「刑訴法一五三a条は、どんなに低く見積もっても法治国家上憂慮すべきものであると考えられる。なぜなら、これは不利な法的効果をより低い程度の嫌疑と結び付けているからである。従つて、無罪推定に対しての抵触と考えられる」と主張している。<sup>(29)</sup>

そして、以上のように、条件付きの手続打ちりを無罪推定に整合しないものであるとする主張からは、無罪推定がそれを相対化の許されないものであると理解する思考を読み取ることもできよう。しかし、「迅速な手続処理」の側面も被疑者及び被告人に与えられた手続上の権利であり、それと関連して、権利としての無罪推定と迅速な裁判を受ける権利との間をどのように均衡させるのかという問題が指摘されている。

③ 刑事手続上の強制処分は、身体の自由をはじめとする諸権利を侵害するという点で刑罰との親近性を有する。従つて、それが実質的に刑罰と等質にならないように強制処分による侵害程度が最小限度とされ、手続の対象者が可能な限り、通常の市民と同様の権利が保障されるようにされねばならない。この問題に関して、強制処分発動の要件とされる「嫌疑」の概念及びその程度についての更なる精緻化がなされねばならないことが主張されている。<sup>(30)</sup>

④ 財産制裁。<sup>(31)</sup> 一九九二年に組織犯罪対策法の一環として導入された刑法七三d条の「拡大剥奪 (Erweiterter Verfall)」刑法四二a条の「資産刑 (Vermögensstrafe)」の導入時に無罪推定との抵触が問題とされている。

⑤ 被疑者段階での顕名報道等を含む犯罪報道のあり方についても無罪推定法理からそれを批判する立場もある。<sup>(33)</sup>

⑥無罪推定に基づき、訴訟構造の改革が主張されている。例えば、ザックスはドイツにおける職権訴訟において、裁判所が活動するのは自身が検察官により提起された訴追における「十分な嫌疑」を検討した後であり、その後に開始決定を下すことを問題視している。さらに、それによって公判手続が開かれる（二〇三条）形式が、被告人への嫌疑を前提としつつ、事実認定者たる裁判官に心証の形成において「無罪の推定」をも求めることに疑問を提起し、<sup>(34)</sup>英米法型の当事者主義構造に改革することを主張する。又、現行のような形式を維持しつつも、尋問や証拠調が可能な限り弁護士、検察官に委ねられる形式をシュバートは主張している。<sup>(35)</sup>

⑦勾留についても、無罪推定との関連が問題とされている。<sup>(36)(37)</sup>

以上①～⑦は個別に本格的検討を要する重要な問題であり、本稿で対象とすることはできなかった。これらの問題点が無罪推定法理をめぐって論じられているのは、刑事訴訟における構造原理としての無罪推定法理が、刑事訴訟のあらゆる段階において介入する法理であるからであり、以上①～⑦をあえて列挙したのも、このことを改めて示したかったからに他ならない。

さて、本稿の叙述の順序であるが、ドイツにおいては無罪推定法理が啓蒙思想・フランス革命の影響を受けることでもたらされたことに鑑み、それらの影響を受ける前の状況の概観をまず行う。ここでは、無罪推定法理のルーツを、拷問賦課要件検討に際して、裁判官にその考慮が求められていた「よき人の推定」に求め、これがどのように取り扱われていたかということ、カロリーナ法等の刑事法令、当時の刑事法学者の見解をもとに検討する（第一・二章）。次に、よき人の推定が啓蒙思想家の理論的営為、あるいはフランス革命の影響によって「無罪推定法理」として現代の形になったものの、ドイツにおいては、すぐに浸透しなかったことを、特別刑、仮放免（*absolutio ad instantia*）、保安的措置をめぐる立法、さらには諸家の見解を参照しながら検討する。この点については、前記の不利益処分を決定する基盤として

の「確信」形成のプロセスにおいて、「よき人の推定」が、裁判官がそれを考慮することが求められる要素であった点を紹介する。また、賦科（賦課）要件という視点から上記三制度を見ることで、当時の事実認定の領域において考慮が求められていた「よき人の推定」が証拠（法則）として論じられ、その後にも影響を及ぼした点を指摘する。また、この点の検討を通じて、特別刑の賦科においても「確信」が必要であった点を指摘することで、*indubium*法理と特別刑の関係についての従来の理解である、「特別刑は*indubium*法理に抵触する制度である」という従来のテーゼも批判的検討の俎上に載せる。ここでは、*indubium*法理の「疑わしき場合」が、当時の刑事法令の条文解釈において、どのような状態を意味するものであったのかという点が検討の対象となる。また、それとの関連において、裁判官の「確信」がどのように把握されていたかについても論じることにはしたい。

さらに、ドイツにおいても無罪推定法理は刑事訴訟における「構造原理」として思想家のレヴェルでは成立したものの、実際の刑事裁判における機能の实体は依然として証拠法の枠内で論じられるものであった点を指摘する。そして、自由心証主義の導入を境に、防御権の一環として論じられた証拠取調べ強制権と関連を持つに至ったと考えられることを検討する。また、無罪推定法理の根拠づけの側面については、本法理が刑事手続における「法治国家原則」として把握され、法理そのものはライヒ刑法にその内容が制度化されることによって解消された点を紹介する(第三章)。第四章では、無罪推定法理の持つ機能として、裁判官による確信が適正であることを要求するという視点から、予断の排除を論じる。そして、適正な確信形成の視点から、免責証拠・証人の公判顯出・出廷の強制の可能性がどれだけ認められるかという点を、無辜の不処罰と適正な事実認定をライトモチーフとして成立した証拠取調べ請求権が、どの程度認められてきたのかという点から検討する(第四章)。最後に、事実認定の客観化・適正化・防御権という視点から我が国の刑事訴訟への若干の示唆を得たいと考えている(終章)。



九九一年)一六頁。なお、アメリカ法研究への集中は「英米法は『よい』制度であり、大陸法は『悪い』制度であるという図式ないし前提」で思考する傾向が生じたことを三井教授は指摘する。・三井前掲論文二六〇頁。

- (9) 例えば鴨良弼は無罪推定法理の捉え方を次の三つにわけ、(イ) 公平な裁判の理念とともに、無罪推定の理念を憲法上の保障として高く評価しようとする捉え方、(ロ) 挙証責任との関連で証拠法の枠内でその限界・範囲を理解しようとするみかた、(ハ) 強行性を持った法規範としてではなく、もっぱら法格言的な教示規範として捉え、被告人について、その人格・自由を尊重し人道的な処理をなすべきことを裁判・捜査の各機関に教示したものと理解する立場。このうち鴨は最後の(イ)(ロ)は英米の法制とくに米國法制での基本的見解とし、ドイツでは積極的に無罪推定の法理を支持するというのでなく、「疑わしきは被告人の利益に」*in dubio pro reo* (→以下「d.p.r.」)と表記し法理との関連で、間接的にこれを肯定しているのが現状ということができようか、という。・鴨良弼「無罪推定の法理」『刑事訴訟法の基本理念』(一九八五年)一六頁。

(10) Sax, Grundsätze der Strafrechspflege, in: Bettemann/Nipperdey/Scheuner, Bd.3, Halbband2 1959, S.989f.

(11) ザックスは無罪推定を裁判官の心理状態という点から把握し、公判開始手続に「十分な嫌疑」を求めつつも、無罪の推定法理の尊重を求めることは「過大な負担」であり、「危険な離れ業 (*Salto mortale*)」であると非難する。・Sax, a.a.O., S.989.

(12) ドイツ刑事訴訟法二〇三条は次のように規定している。「裁判所は、捜査手続の結果から判断して、被告人が罪を犯した疑うにたりの十分な嫌疑がある (*hinreichend verdächtig*) と判断する場合には、公判開始の決定を行う」。なお、これ以降のドイツ刑事訴訟法の条文訳は、松尾浩也他訳『ドイツ刑事訴訟法典』(法務資料二〇〇一年)を参考とした。

(13) Vgl. Herrmann, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens 1971 S.134ff.

(14) 前註九を参照。

(15) 「職権主義」という語に関して「糾問主義」との関連においてそれを理解し、この点で職権主義の考え方にマイナスイメージが与えられていると思われるが、「糾問」概念についての再検討も必要である。この点についてはゲッセルの見解が示唆的である。ゲッセルは糾問手続 (*Inquisitionsprozess*) の否定的イメージは職権主義 (*Instuktionsprinzip*) と国家訴追主義 (*Offizialprinzip*) が結びついていることによって生じたというエ・シュニットの見解 (E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der

deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965 S. 86f. → 以下単に「Strafrechtspflege」と表記)を援用し、糾問主義の持つ原理の長所まで棄てられてはならないと主張している。さらにゲッセルは、糾問手続の原理と國家論の関連を考え、「正義國家としての法治國家」における法治國家原則のもとで被疑者・被告人を保護するための形式的保障を守りつつ合理的な認識手段によって真実を糾明しようとする点に長所が見出されるものとして糾問手続の「原理」が維持されることは可能であると主張しているのが注目される。(『正義・法治國家・刑法・刑罰・刑事訴訟法の根本問題』K・H・ゲッセル著・宮沢浩一・井田良監訳・阿部純二他訳(一九九〇年)一八二頁以下。)

(16) ヘルマンによれば「こうした事態は、英米法に対する誤解が原因である」という。Vgl. Herrmann, a.a.O., S. 46.

(17) 代表的なものとして、Roxin, Strafverfahrensrecht 24. Aufl. (1999) S. 68.

(18) 我が国においては、ドイツ法を始めとする大陸法に職権的・アメリカ法に当事者主義的という「単純明快」な把握の仕方が見られるが、タマシユカはこのような理解を「ミニ教的二分法」と批判している。: M. Damaska, Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, 121 U. PA. L. Rev. 506, 569 (1973)

(19) この点を指摘する文献は多数にのぼるが、総括的に論じているものとしてはインゴ・シユラーのものをまずあげねばならない。: Mueller, Rechtsstaat und Strafverfahren 1980 (→以下単に「Rechtsstaat」) insbesondere, S. 36ff und S. 60ff

(20) この点を指摘するものとして、井戸田侃「刑事訴訟におけるデュープロセス論の限界」『中山研一先生古稀祝賀論文集第五卷』(一九九九年)一頁以下、同「刑事訴訟法と憲法三二条」立命館法学一五号(一九五六年)六五頁以下。

(21) このような視座は一九六〇年代よりベータースによって主張されていた。(Peters, Freibeweiswürdigung und Justizirrtum, Festschrift fuer Olivecrona 1964, S. 547.)その後アンドレア・シユニットによってより洗練される形で発展させられている。

(Andreas Schmidt, Grundsätze der freien richterlichen Beweiswürdigung im Strafprozessordnung (1994) S. 144; 本書については光藤教授の紹介がある。光藤景皎「アンドレア・シユニット」刑事訴訟における自由心証主義」撰南法学一五号(一九九六年)、「ドイツにおける間主観的追証可能性の議論の発展については、光藤教授の「自由心証主義の現代的意義」刑事証拠法の新展開」(二〇〇一年)一四頁以下(同「自由心証主義の問題点」『新・生きている刑事訴訟法』佐伯千仞先生卒寿祝賀論文集) (一九九七年)の再録)がある。

(22) Kuehl, Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung 1983 (→以下単に「Unschuldsvermutung」とのみ表記) S. 5.

- (23) Kuehl, *Unschuldsvermutung*, S.58ff.
- (24) 刑訴法二二七条五項では次のように規定されている。「被告人を無罪とする場合には、判決理由において、罪を犯したことが証明されなかったのか、または証明された事実が罪とならないのか、その理由は何かを示さねばならない。(後略)」
- (25) Kuehl, *Unschuldsvermutung*, S.61ff.
- (26) 1. 所為により惹起された損害の賠償のため、一定の給付を行なうこと。2. 公益組織または国庫のために、ある金額を支払うこと。3. その他の公益的給付を提供すること。4. 一定限度における扶養義務を履行すること、の四つが要件である。
- (27) Kondziela, *Täter-Opfer-Ausgleich und Unschuldsvermutung* MschKrim 1989, S.183. なおプリスターも次のように無罪推定との不整合性を主張している。「有罪判決が法的に確定される前の同意は、それが『同意をしなければ処罰される』という圧力のもとでなされた場合、即ち、予想される刑が制裁—その賦課につき被疑者が同意すべき—よりも重い場合には、無効である。従って刑訴法一五三a条の場合には次のようにいえよう。被疑者は刑訴法一五三a条の適用が問題となる場合には、犯罪記録簿への記載ということでもって形式的に処罰される。そして、このことに由来する『より緩やかな制裁』が決定されるといふ圧力のもと同意するのである」。Frister, *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzip des Strafrechts* 1988, S.96.
- (28) Dencker, *Die Bagatelldelikte im Entwurf eines EStGB*, JZ 1973, S.150.
- (29) Stuckenberg, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung* 1998, S.121.
- (30) 例えば、嫌疑がある状態を法的平穩の危殆化としての「攪乱状態」とし、それを生ぜしめた攪乱者としての被疑者は嫌疑解明のための公権発動を甘受せねばならない、とクラウスは主張している。(Krauss, *Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren*, in: Mueller-Diez, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik* 1971, S.167.) もともと、プリスターはこのような区別は無意味であるとする。Frister, a.a.O., S.100.
- (31) これら制度に関しては、宮澤浩一「ドイツにおける『資金の洗浄』をめぐる新立法についてその構成要件と新しい『資産刑』を中心として」(2)(3)『時の法令』四四八号四四頁以下、一四五—五五頁以下(一九九三年)がある。その他、伊東研佑「ドイツにおける不法利得剥奪(Verfall)法の新展開—資金洗浄取締関係規定を含めて—」『現代社会における没収・追徴』町野朔・林幹人編(一九九五年)二二—八頁以下、上嶋一高「ドイツにおける自由刑と罰金刑の併科」『松尾浩也先生

古希祝賀論文集】(一九九八年)一三三頁以下(上寫①)、同「ドイツにおける資産刑(刑法四三a条)」神戸法学雑誌四八卷二号(一九九八年)二五一頁以下(上寫②)、岡上雅美「ドイツ刑法四三aの資産刑をめぐる解釈について」組織犯罪界に対する制裁の一事例」『西原春夫先生古希祝賀論文集第四卷』(一九九八年)二一七頁以下、拙稿「利益収奪の拡大と限界について」ドイツの刑法改正を素材として」北大法学論集四七卷六号(一九九七年)一三四頁以下がある。無罪推定に対しての抵触に関する議論は、上寫②論文二六三・四頁、拙稿二五〇頁以下を参照。なおvgl. Stuckenberg, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung 1998, S.102ff.

(32) シュトウツケンベルクによれば、顕名報道に関して無罪推定の法理を論じた裁判例はケルン上級裁判所における一八七七年の事例しかないとされている。これは無罪推定を「人格権の具現化形態」として論じ次のように判示している。「刑事裁判所による判決がなされる前においては、報道機関においてなされる有罪の主張は常に違法である。このことは当該主張が真実と立証されようが虚偽であることが立証されようが、それ自体とは無関係である。そしてこの結論は『無罪推定は、刑事裁判所による判決前においてなされる有罪の主張を、刑法一九三条の意味での正当な利益の主張と解することから排除するのである』ということによりごころを求めらるのである」(Stuckenberg, aa.O., S.149.; siehe auch: OLG Koeln NJW 1987, S.2684.) もっとも連邦憲法裁判所は「犯人が誰であるか」ということの報道につき「公益性」があるとされている。: BVerfGE35, 232.

(33) シュバートやシュトウツケンベルクはこれを無罪推定の「私人間効力(Dritwirkung)」として論じている。(Schubarth, Zur Tragweite des Grundsatzes der Unschuldsvermutung 1979, S.12.; siehe auch: Stuckenberg, aa.O., S.147ff.) なお、エ・シユミニツトも無罪推定の法理が私人間効力を持ち、報道機関に対しても規制力を持つものであると論じていた。彼は次のように言う。「証拠評価が先取的に行なわれることは、それが被疑者が有罪であることの主張を帰結するものであるか又は、読者に既に有罪認定がなされたかの予断を与える限りに於いて、欧州人権条約六条二項に対しての違反を意味する。さらに被疑者の訴訟上の地位を全く不利にするのみならず、場合によっては「致命的な中傷(Rufmord)」を意味しうるのである。無罪推定はまさに、国民相互の地位において個々の国民が違法的存在であること(Anstandigkeit)を配慮すべきものである」(E.Schmidt, Justiz und Publizistik 1968, S.55.) しかし、無罪推定における私人間効力(Dritwirkung)については、「欧州人権条約の人権委員会はこれを認めていない」。(vgl. Stuckenberg, aa.O., S.417.) また顕名報道と刑事手続の関連について

は渕野助教の一連の研究がある。渕野貴生「犯罪報道と適正手統の理念 (一) (二・完)」法学六三卷二号 (一九九九年)、同「犯罪報道と適正手統の交錯」法学六〇卷三号 (一九九六年) 一一九頁。

(34) ザックスは本文のようなドイツ法の構造に關し「裁判官は危険な『離れ業 (Salto mortale)』を演じることになる」とし、それ故に当事者主義構造を主張する。Sax, a.a.O., S.989.

(35) Schubart, a.a.O. Anm. (33), S.18f.; 以下ロクン、ハ、同、立場を取。Vgl. Roxin, Die Reform der Hauptverhandlung im deutschen Strafprozess 1975, S.58f.

(36) 最近では、一番無罪判決後の検察官控訴後に控訴審での勾留が可能かどうか我が国でも問題となっている。最 (一) 決平成一二二年六月二七日刑集五四卷五号四六一頁。本件決定をめぐっては、多田辰也「無罪判決に伴う勾留状執行後の被告人再勾留」『光藤景峻先生古稀祝賀論文集 (上)』二〇〇一年一三七頁以下、上口裕「時の判例・刑事訴訟法」法教二四六号 (二〇〇一年) 八六頁、川崎英明「東電〇一殺人事件無罪判決と勾留問題」季刊刑事弁護二三号 (二〇〇〇年) 一五頁以下、高田昭正「無罪と勾留」法時七二卷一〇号 (二〇〇〇年) 一頁以下、「インタビュー・ロージャーナル弁護士神山啓史氏に聞く」憲法・国際人権法・刑事訴訟法が保障する適正手統を空文化させる、東京高検と東京高裁「法七五四八号 (二〇〇〇年八月号) 二頁、土本武司「無罪判決後の勾留—刑事手統と退去強制手統」捜査研究五八五号 (二〇〇〇年) 三四頁以下、などがある。

(37) ドイツ刑法法においては一番での無罪判決後には判決を「迅速に執行 (sofortige Vollziehung)」することを求める一二〇条が規定されている。「二項・勾留の要件が存在しなくなったとき、又は勾留の継続が事件の軽重及び処せられるべき刑若しくは改善保安処分から見て均衡を失うことが判明したときは、勾留状を直ちに取消さねばならない。特に被告人が無罪とされたとき、公判手統を開始しないものとされたとき、又は手統が一時的にはなしに打ち切られたときは、勾留状を取消すものとする。二項・上訴の申立てがあつても被告人の釈放を遅延させてはならない。三項・公訴の提起前においては、検察官が請求したときは、勾留状を取消すものとする。検察官は請求と同時に、被疑者の釈放を命ずることができる」。なお、ドイツ刑法法には抗告と執行停止に關する三〇七条次のように規定している。「一項・抗告の提起は原裁判の執行を妨げない。二項・前項の規定に關わらず、原裁判をした裁判所、裁判長若しくは裁判官又は抗告裁判所は、執行の延期を命ずることができる」。無罪判決に対する検察官上訴にともなう勾留の場合にこの三〇七条二項の「前項の規定に關わら

ず、原裁判をした裁判所、裁判長若しくは裁判官又は抗告裁判所は、執行の延期を命ずることができる」が問題となるが、一二〇条二項の場合には本条は適用されないと解されており、この点については学説判例ともに争いが無い。(vgl. Klein-Knecht/Meyer-Gossner, Strafprozessordnung 42, Aufl. Zu §307 Rn. 2.) またクラウス・ロクシンは、「一二〇条の勾留失効制度の精神につき次のように言う。「殺人事件に関して無罪判決が宣告され、検察官が当該判決に明白な瑕疵が存在するとして上告した場合にも勾留命令は取消されねばならない」。(Roxin, Strafverfahrensrecht 24, Aufl. 1999 S.231.) なお、無罪判決後の上訴審での再勾留については、新たに勾留を成すための「根本的な (von Grund auf)」新しい手続状態が生じることを求める判例があるのが注目される。(OLG Frankfurt MDR1985, S.603.)

## 第一章 発展史Ⅰ―「よき人の推定」としての発展―

### 総説

刑事訴訟法における主要な原則は、主として一七八九年のフランス革命時に「人間及び市民の権利の宣言」(人権宣言)<sup>(1)</sup>において宣言されている。その後、革命の影響が周辺諸国に波及していくのに伴って、宣言された諸原則も周辺諸国の刑事訴訟法に影響をもたらした。隣国であるドイツもその例に漏れない。無罪推定の法理も、この時期ドイツにおいて議論の対象とされ、後に一九世紀が下るにつれて、刑事訴訟法上の改革に影響を与えた。従って、無罪推定及び *in dubio pro reo* 法理の発展史に関しては上記人権宣言前後で大きく二つにわけて論じる必要がある。以下では、カロリーナ法の導入、普通法の発展、フランス革命の影響という順序で論じていくことにしたい。

(1) 人権宣言中の刑事手続に関する規定について、その発展史について概観が得られるものとして、白取祐司「人権宣言と

刑事上の人権」深瀬忠一他編『人権宣言と日本』一九九〇年一〇六頁以下がある。また、沢登佳人「フランス革命と近代刑事法の理念」『近代刑事法の理念と現実—フランス革命二〇〇年を機に—(柏木千秋先生喜寿記念論文集)』一九九一年三頁以下がある。

### 第一節 カロリーナ法成立以前の概観

一世紀ごろまでの証拠手続においては、事実の立証は問題ではなかった。フランク時代に発展した純粹に形式的な証拠法があつたにすぎない。それではどうやって有罪か否かの判断を行つていたのであるうか。また、裁判官の取調においても証拠の評価が行われるということもなかつたとされる。従つて、被告人が罪を犯したということについて、裁判官が疑念を持つ場合というのも存在し得なかつた。<sup>(2)(3)</sup>

この手続は、カノン法の影響を受けることになる。当初、ローマ法の影響のもと弾劾手続を採用していたカノン法は、一一九八年、インノケンティウス三世によつて職權による手続へと移行する(Inquisitio: インクイジチオ)。職權によつて開始されるこの手続は事実の探索による真実の発見を目的とするものであり、この点で既にそれ以前の時代における形式的な証拠法の伝統から離れていた。このインクイジチオは、程なく上部イタリアの法学界に受容されていくが、ドイツへの受容はゆっくりしたものであつた。ドイツでは依然として古い手続が支配的であつた。この当時のドイツの手続では訴追人または被告人に宣誓を行わせるかどうかが問題であつた。このような手続にあつては風評が問題となり、評判のよい被告人は宣誓することで雪冤することができたが、そうでない者又は都市住民でない者には神判を受けることが命じられるようになっていた。裁判所による証拠評価は必要とはされていなかつたのである。<sup>(4)</sup>

しかしドイツにおけるこのような状況も一三世紀になると再び変化する。教会が神判を非難したこと、人口が増大し

大都市でさまざまな理由から決闘が禁じられたこと、さらには宣誓に対する信頼が薄れたことがその原因として指摘されている。<sup>(5)</sup>当初は上記のように、犯罪事実ではなく、被告人の風評の良し悪しが有罪認定にとつては重要であつた。そのため、被告人は自身の風評を立証してくれる証人を集め、原告もまた自身の主張を裏付ける証人を集めるといった手続が行われていた。もつとも、後には風評ではなく、事件事実に関する徴憑によりその者の風評に打撃が与えられるか、又は訴追者が目撃証言を提示した場合には雪冤宣誓が拒否されるというようになっていく。<sup>(6)</sup>また、一三世紀末には七人による宣誓手続 (Uebereidungsverfahren) が整備されるようになる。<sup>(7)</sup>これは原告を含めて七人の証人―目撃証人である必要はなく悪評の証人でもよい―による立証で有罪判決を下すことができるというものである。しかし、この七人による宣誓手続も宣誓補助者を七人そろえるということが往々にして困難であつたという数的な困難に直面することになる。<sup>(8)</sup>

また、職権による手続の整備を促したのが、ラント平和維持のための立法である。<sup>(9)</sup>この点に関して諸都市では二つの方向性が見られた。ひとつは、「七人」による宣誓手続において「七人以下」でも宣誓による断罪手続を行うことができるものであり、今一つはそれに代わるものとしての「風評断罪手続 (Leumundsverfahren)」であつた。<sup>(11)</sup>この風評断罪手続による判決を行うに際して、要件として既に自白が求められている。そしてその手段としての拷問も認められていた。<sup>(12)</sup>

しかしながら、この当時のドイツで行われた拷問は上部イタリアで行われたそれとは様相を異にしていた。即ち、ローマ法に起源が求められる上部イタリア地方の拷問は、適用される犯罪が限定(ローマ法では大逆罪のみ)され、学説によって形成された厳しい適用要件が、実務にもまた導入されていたのに対して、ドイツではそうした詳細な要件を欠いたままの運営がなされていたのである。

この意味で、ラントに有害な者に対してより有効な手続をおこなうという思考のもと中世後期に生成した職権による

風評断罪手続は、確固たる形式をもつものでなく、拷問を恣意的に行うものであった。そして、疑いある場合にどのような判断を行うのかという点についても不明であった。<sup>(13)</sup>この点はカロリーナ法成立後において拷問の適用要件を詳細に検討することが求められた下地となるものでもあったということもできよう。<sup>(14)</sup>

中世後期以降、このような拷問適用の恣意性に見られるような刑事手続の荒廃があったことはカロリーナ法の序言においても指摘されている。<sup>(15)</sup>「多くの地にて、法とよき理に反して審理が行われることが頻繁であり、このために責なき人々が苦しめられ、また命を奪われていた。また逆に、罪ある者たちは、正常ではない、危険で遅延しがちであった審理によって処刑を延期されているか、生命を承らえるか、あるいは放免されている。このことは刑事原告人たちにとって、また公共の利益という点では非常に大きな被害である」。こうした事態に対応すべく立法されたのがカロリーナ法であった。<sup>(16)</sup>

(2) Glaser, *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess* 1883, S.2.; Schmitt, *Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess* 1992, S.108.

(3) 無罪推定法理の存在に関して、フォン・パールは継受前のドイツ、ゲルマン時代においては「無罪推定の法理が存在していた」と主張している。その論拠とされたのが雪冤宣誓「*Reinigungseid*」の存在である。そして、被告人をも含めた複数(三人・七人・一二人等)の宣誓補助者が、無罪の宣誓をすることで容易に無罪判決を勝ち得ることができた(例えば身分の高い宣誓補助者の宣誓は高い信憑性を持つとされていた。世良晃志郎『ドイツ法制史概説(改訂版)』(一九九一年)七〇頁)ことに「被告人優遇の思想」を見出ししている。(von Bar, *Das Beweisurtheil des germanischen Prozesses* 1866, S.58ff.) しかしながらケスターは「神は誹謗者が無辜の者に勝利することを許さぬ」という思想が神判において示されているように、雪冤宣誓もまた刑事手続において神の御手が直接に介入するという前提なしには考えられないものである。そして偽証の場合には、それは自誣(*Selbstverfluchung*)を意味することになる宣誓は、それを行う場合、神による刑罰の前に「呪い」

- をその基盤としてはじめて意義を有するものである。また、生命や生活の危険は、宗教的な条項を侵害するのタブーの危険よりも大きい。(それゆえ容易に破られる) 雪冤宣誓は真実のための強制手段であり、『被告人の優遇』とはいえない」とし、パールの見解を「時代錯誤」と批判し、ゲルマンの刑事手続には無罪推定は存在しなかつたと主張する。: Koester, *Rechtsvermutung der Unschuld* 1979, S.37. 参考 vgl. Holzapfel, *Die Entwicklungsgeschichte des Grundsatzes "in dubio pro reo"* 1965, S.22.
- (4) Jerouschek, *Die Herausbildung des peinlichen Inquisitionprozesses im Spätmittelalter und in der frühen Neuzeit*, ZStW/104 (1992), S.345.; E. Schmidt, *Strafrechtspflege*, S.76.
- (5) Jerouschek, a.a.O., S.337.; E. Schmidt, a.a.O., S.76f.
- (6) E. Schmidt, a.a.O., S.78f.
- (7) 若曾根前掲書一九頁以下参照。
- (8) 若曾根前掲書四六六頁。
- (9) 世良晃志郎『ドイツ法制史概説(改訂版)』(一九九一年)四二六頁。
- (10) 若曾根前掲書四六六頁。: Jerouschek, a.a.O., S.356.
- (11) これら手続について、それが恣意的な手続であったのか、被告人の罪責につき裁判所が確たる確信をするものであったのかについては争いがある。この点につき、クナップはニュールンベルクの風評断罪手続についての論稿において、有罪判決に確信が必要とされていたことを主張している。: Knapp, *Das alte Nuernberger Kriminalverfahren bis zur Einfuehrung der Carolina*, ZStW/12 (1892), S.233.
- (12) イエロウシエックは、拷問は神判に代わるものとして登場したと主張する。: Jerouschek, a.a.O., S.355.
- (13) この点につきアルマンは嫌疑に基づき刑罰が科されており、その点で「特別刑」の前身ともいえるべきものを見出すことができる。また有罪の立証はもはや重要ではなく、裁判官は被告人が公共に対して危険だということにつき確信めいた(ueberzeugemassen)ものを持つば、刑(特に追放(Weisung))を科すことができる、としていた。しかしアルマンの見解に対してはツォプフスが疑問をむけている。ツォプフスは「一五二二年の帝国最終決定(Reichsabschied)では、雪冤宣誓が未だ規定されており(vgl. Henke, *Grundriss einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts und der peinlichen Wissenschaft* 1809, I. Teil, S.218)」、従って、裁判官が疑いを持った場合でも依然として形式的な証拠法により処理されていた」と主張す

る。また、ツOPPフスはこうした状況が変化するには、法継受による変容を待たねばならなかったと指摘する。: Zops, Der Grundsatz 'in dubio pro reo' 1999, S.127.

(14) この視点からクレス、ブルンネマン、ホエーマーの三人の徴憑理論を検討した文献として、Grove, Beweisregeln im Inquisitionsprozess Johann Brunemanns, Johann Paul Kress', und Johann Samuel Friedrich Boehmers 1974 (→ZIT Grove, Beweisregelnと表記)がある。

(15) 以下におけるカロリーナ法の条文訳は鳩浩「カルル五世刑事裁判令(カロリーナ)『フランス・ドイツ刑事法史』(一九九二年)一四五頁以下「初出は神戸法学雑誌一八卷二号(一九六四年)二二〇頁以下」を参考とした。

(16) カロリーナ法の立法までの経緯については、例えばvgl. Kleinheyer, Tradition und Reform in der Constitutio Criminalis Carolina. in: P.Landau, F.C.Schroeder, Strafrecht und Strafprozess und Rezeption. Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der CCC 1984, S.7ff.

## 第二節 カロリーナ法

まずカロリーナ法の手続の特徴を概観しておく。一一条以下の「弾劾手続(Anklageverfahren)」の他に、カロリーナ法は職権的な手続を規定していた。六条規定の、誰かある者につき非行を犯したという風評がある場合に職権で開始される手続である(一般糾問)。この「職権により」行われる手続の場合でも拷問に先立ち、問題となっている手続の対象となっている行為が実際に存在したかどうかを調査せねばならなかった。

そして「徴憑(Indiz)」のみが存する場合には生命・身体刑を科すことは認められず、拷問のみが許された(二二条)。一五世紀以降に存在した刑事令との最大の違いがここにある。

また拷問を許す徴憑は「十分なものであり且つ信頼しうる」ものでなければならない。そして、被告人が有罪であるという結論を導きうるものでなければならない。問題なのは多くの徴憑を寄せ集めて「十分なもの」となすことができ

るかということにあった(二二六、二七条)。これについては、多くの徴憑の寄せ集めにより被告人に有利な徴憑の評価が超えられた場合にのみ、認められることになっていた(二八条)。徴憑の評価に関しても厳しい規制が規定されている。徴憑は二人のよき証人によって立証されねばならない(二三条)。また、一人の証人による立証は現行犯(一六条及び二三条)の場合と同様に、拷問のみが許されるにすぎなかった。信頼しうる徴憑の存在が立証されたとみなされる以前において、被告人は自身の無罪を示すような免責事情を陳述・立証することが求められた(四七条)。

自白に関しては、自白は書面化され、翌日またはそれ以後の日において被告人によって同じ内容が任意に繰り返されねばならないとされる(五六条)。この場合書面と違った内容を自白した場合には新たに拷問されることになっていた(五五条)。しかし被告人が拷問されても自白をしなかった場合、どのような要件のもとで拷問を新たにできるのか、ということ、さらには何回行うことができるのか、ということをカロリーナ法は規定していない。そしてその場合に、無罪判決を行わなければならないかどうかについても規定していない。この点は後に諸家によって多様に論じられることになる。また、この場合の処理をめぐり特別刑、仮放免(*absolutio ab instantia*)の導入が提唱されることになる。なお勾留についてであるが、被告人は訴えによって勾留され、原告人もまた裁判費用および被告人に生じた不名誉を補償するための保証金が供託されるまでは勾留されることになっている(一二条及び一四条)。また証言(*Beweisung*)の取り扱いについてであるが、六四条は「報償を受ける証人」を禁じ「面識なき証人」が許される場合を「(当該証人が)正直にして世評のよい者」である場合に認められるとする、としている。さらに証言がなされる場合には、二人の参審裁判官を伴った裁判官の前で七一条の規定にしたがった審問がなされるのが要件であった。このように証拠能力については厳格な規定を設けている。

カロリーナ法と後期中世における刑事手続との違いは形式的証拠法が姿を失った点に見られる。それ以前に存在した

「七人による宣誓手続 (Uebersiehungsverfahren)」や「雪冤宣誓 (Reinigungseid)」はもはや考慮されていない。かつてはそれのみで有罪判決に十分であった現行犯ですらも、拷問を行うための要件でしかなく、被告人の風評は徴憑として扱われるにすぎない。そして目撃証言の困難性を埋め合わせるものとしての拷問が、断罪手続の中核をなしていたことに注目せねばならない。しかしながら、拷問が認められない場合、どの程度被告人を勾留できるのかという点について規定していなかった点、自白の真实性につき検討した際に、自白の真实性に疑念が生じた場合には、新たに拷問がなされることになっていった点などの問題があった。結局のところ、裁判所が、被告人が犯人であるという推論を既に行っている場合には、被告人は、ひたすら自白しないことよってしかこうした推論から逃れることはできなかった。

しかしこうした状況が生じた場合にカロリーナ法は明確な解答を用意してはいなかった。そして拷問適用の是非をめぐる議論から、後に特別刑及び仮放免の制度が導入されることになる。そして無罪推定及び *in dubio pro reo* 法理はまさにそれとの関わりで論じられることになる。

### 第三節 カロリーナ法における無罪推定と *in dubio pro reo* 法理

カロリーナ法を無罪推定法理の視点から見るとき、関連があると思われるのは、被疑者の非行について免責要件を規定していた二八条中の「よき推定 (guter Vermutung)」である。<sup>(17)</sup><sup>(18)</sup> この「よき推定」が意味していたのは、罪責を被告人に賦科するような諸事情 (これについてはカロリーナ法二五条以下)<sup>(19)</sup> と対立する免責の立証であり、反証たる徴憑であった。

それではこの「よき推定」の内容は、普通法時代の学説においてどのようなものであったのであろうか。ケスターは、よき推定を根拠付ける事実上の諸事情は、二八条と関連付けて規定されていた正当防衛に関してのカロリーナ法一四三

条よりそれを知ることができる、と主張している。この一四三条は「…（前略）このような場合には各人の有利な事情及び不利な事情（以下省略）及びその者が当該事件における行為の前後にどのような行為をしたか、ということ、さらにはどの当事者が、行為がなされた場所において相手を殺し又は相手に暴行を加えるための動機や利益を事件に際して持っていたか、ということが吟味されねばならない（後略）…」と規定している。

そして、裁判官に考慮が義務づけられる、防御する側に有利である反証を内容とする包括的・一般的な諸事情は、具體的な免責事情からは排除されていた点も問題であった。このことはカローリーナ法四七条において示されている。即ち「…（前略）特に、被告人に、彼に責任が問われている非行が生じた時間に、ある場所で、誰か他の人々といったことを証明できるかどうかということを考慮せねばならない。なぜならそのような証明があることによって、被告人が行為を行いたはずがないことが証明されるからである。従って、以上のようなことを裁判官に考慮させることは、責任がないにもかかわらず愚昧または驚愕のために、どのようにして当該事件から免責されるか、又自身の無実を証明すべきか、ということについての方法を知らない者が多い故に必要である。…（後略）」従って、アリバイ等として免責の事情は具体化されていたのである。しかし、このように免責事情が具体化されていた一方で、免責事情については、法定されている事情以外についても類推が及ぶことを認めるという、包括的な性質を持つ二四条が規定されていた。この点は被告人にとっては不利であった。

また、四七条は、免責事情がある場合について何を考慮すべきかという点については規定するものの、その挙証責任を被告人に課していたことに注意せねばならない。即ち「さらに、四六条の規定「拷問に先立ち、拷問をするという威嚇によって被告人が自白するかどうかを行う旨を規定」の場合で、被告人が自身に嫌疑がかけられている犯罪を否認する場合は、その者は嫌疑をかけられている犯罪に関して責任がないことを証明できるかどうかについて問われなければ

ならない：(後略)」として挙証責任は被告人に課せられていた。<sup>(20)</sup>

また、このように「よき推定」を考慮することを条文の上では規定しつつも、それを裁判官に強制する手段がなかったことも致命的な欠点であった。

確かに、カロリーナ法はゲルマン時代の当事者手続の恣意性を払拭するべく登場したものではあった。それ故にこそ、手続の恣意性を極力排すべく、手続の進行を裁判官の強力な統制に委ねる形式をとっていた。しかしながらその結果、被告人の防御活動もまた、裁判官の後見義務に委ねられることになっていたのである。確かに、前記四七条は有利な証拠について規定するものではあった。そしてこの四七条が問題となる場合に、被告人は自身が無罪であることを説明するために意見を言うこともできた<sup>(21)</sup>、証拠提出も認められている。そして、その場合には「弁護人 (Verteidiger)」である補佐人 (Beistand：カロリーナ法七三条を参照) や代言人 (Fuersprecher：カロリーナ法八八条参照) を利用することはできた。しかし、こうした証拠提出 (Beweisanregung) へ裁判官を拘束させる思考は育っていなかったのである。<sup>(22)</sup>

結局のところ、カロリーナ法の証拠調にあつては、実体的真実の発見に寄与する限りで後見義務がそれを補足するにすぎなかつた。<sup>(23)</sup> 換言すれば、カロリーナ法においては証拠調の範囲の決定は裁判官の裁量に委ねられており、その判断についてはカロリーナ法は個々の裁判官の良識に委ねていたにすぎないのである。そしてこのことは被告人にとつては、真実発見義務を補足する形 (反射効：Reflexionswirkung) でしか防御活動が認められないことを意味した。そして以上の点は一六、七世紀を通じて変わることにはなかつたのである。<sup>(24)</sup>

次に、カロリーナ法と iudicium 法理との関連を見ておこう。カロリーナ法において「疑いある場合」を考えると、問題となるのは、拷問要件としての徴憑の評価に際しての「疑いある場合」である。また目撃証人の地位が実際上の諸事情によって問題となる場合 (しかしてそれは証明力の問題ともなる)、または、免責証拠が一四三条に見られるように、

裁判官の証拠評価（自由な）に委ねられている場合が問題となる。つまり、被告人に有利な事情については規定していないから、その限りにおいて、拷問賦課のために立証される、被告人に不利な事情が条文規定の場合に該当するかどうかということについては、裁判所は自身の心証形成に基づいて判断せねばならなかったのである。従って、拷問を行うかどうかの判断にあたっては有利な事情と不利な事情が拮抗する場合、即ち「疑いある場合」が考えられるのである。無論、カロリーナ法はこの「疑いある場合」を看過していたわけではない。では、こうした場合にどのような対応が予定されていたのであろうか。規定を見てみよう。訴訟記録送付による鑑定を規定する二一九条の他、七条及び二八条が「拷問要件の十分性」を規定している。また、正当防衛のケースでの「疑わしき場合」を規定する一四三条、免責証拠につき疑念ある場合の一五一条がある。

こうした「疑いある場合」は鑑定依頼が行われることになっていた（二一九条）。確かに、「疑いある場合」に、裁判所のみが判断するとはされていない。また諮問された鑑定機関は別異に証拠解釈を行うか、鑑定依頼を受けた機関が独自に解明することで疑念を解決せねばならなかったし、目撃証言に疑念ある場合には（それは三〇条により「半証拠」となるから）拷問を適用することで疑念が解決されることになっていた。しかし、それでもなお解明されない場合には、結局のところ裁判所自体が断を下さねばならなかったのである。<sup>(26)</sup>

また一四三条は正当防衛について規定するが、その立証に際して目撃者がいない場合には、諸事情をもとにして判断することができる、としている。これが意味しているのは、最終的には裁判官の確信に委ねられているということである。

更に、拷問要件の「十分性」を規定する二八条についても「疑わしき場合」が問題となる。なぜならば、不利な徴憑がまさっていると裁判官が結論づければ、拷問が適用されるし、有利な徴憑がまさっていれば拷問は適用されないとな

るからである。この点をツォプフスは次のように言う。「拷問の適用に関して、有利または不利な状況と『疑わしい状況』は関連を持つのである」。従つて *in dubio* 法理が介在したのである。また、疑いある場合には鑑定依頼を行うべきであるとされていた(二八、二一九条)という点で、すなわち裁判官の恣意的判断を可能な限り防止しようとしていた点で、被糾問者には有利な判断を行うこともありえた。

そして、よき人の推定と、*in dubio* 法理との関連について言えば、前者は事実認定(拷問賦課の適否を決めるための)において考慮されるべき一要素であり、後者は事実認定の最終的場面に作用する法理であつたといえよう。換言すれば、前者は立証のプロセスで問題となるものであり、後者は最終的な場面において作用する側面を持つものであつた。

もつとも、拷問の要件を嚴格に規定し、それを規制しようとしていたものの、カロリーナ法は自白強要のための拷問を認めていたという最大の欠点の故に、制度的限界があり、拷問そのものの濫用を防ぐことはできなかったのは周知のことである。また後に見るようにカロリーナ法がその基調とした「公共の利益」<sup>(27)</sup>の観点が、一七世紀前半の三〇年戦争、それに伴うドイツ全土の荒廃という時代状況において過度に強調されるに伴い、刑事法システムはいびつな変容を強制されたのである。

(17) この「よき推定」は、カロリーナに先立つてウルリッヒ・テングラー(一五一〇没)によつて編纂された「俗人法鑑(Leyenspiegel)(一五〇九年成立)」に見出されるといふ。テングラーは「何人もよき人であるものは正しき人と評価され、そうでない者は正しき人でないと推定される」の原則に基づいてこの「よき推定」を把握し、「よき推定」の要件として「よき風評(gute Leumunds)」をあげる。このよき風評が存在することは、被告人にとつて、拷問要件とされていた悪評に關してその証明力を減少させる役割をもつものとしてゐる。(Koester, aa.O., S.41ff.)なお、俗人法鑑については世良前掲書四五

○頁をも参照。

(18) 「よき推定」は、後期ローマ法の軍事懲戒手続における「よき人の推定 (Bonitätsvermutung)」が中世イタリヤの注釈学派による注釈を経て発展したものである。ケスターは、よき人の推定については、アリウス・メナデルの手になる、ハドリアヌス帝政期のレスクリプト (Rescript II 回勅) に関しての法文をルーツとしてあげている。それは次のようなものであった。「脱走兵は同じ態様で処罰されるべきではない。その者の地位及び給与の総計、さらには、その者が脱走した場所、脱走時点以前のその者の所為といったことすべてが考慮に入れられるべきである。また、違反者の数が考慮に入れられるべきである。即ち一人だったのか、それとも誰か他人と脱走したのか、それともさらに複数の者と脱走したのか、ということが考慮されるべきである。その者が脱走以外に何か罪を犯していたかどうかも同じである。またどの程度の期間においてその者が脱走者であったのか、さらにはその期間以降に生じた事柄すべてもまた斟酌されるべきである。しかしながら、その者が帰還し、それが強要されたものでない場合は、その者の運命は異なることとなる。(D.49.16.5)」更に次のようにメナデルは言う。「ハドリアヌス帝は次のように主張した。未開人より解放された兵士等が、捕虜となった後に脱出して立証された場合には、その者は復権されるべきである、と。しかしながら、このことは十分な証拠によって確認することができて初めて肯定的に立証されるものである。そして問題とされている者が、過去においてよき兵士と考えられていたのであれば、その者の陳述は殆どすべてが信頼されるべきである。しかし、その者が無頼の徒であるか、または任務の遂行においてそれを怠っていたか、もしくは、しばしば野営地を離れていたような場合には、その者は信頼されるべきではない (D.49.16.5.6)」。そして、この「よき兵士」であるかどうかについての判断の基盤とされたのが問題となつてゐる兵士の同僚・上司らの間での風評であつた。(Koester, aaO, S.5) また、ケスターによれば、この法文に注釈を加え、発展させたのが、アツキユルシウス (二二六〇頃没) とガンディヌス (一三〇五没) であるという。彼によれば、アツキユルシウスはメナデルの法文の「よき人 (兵士) であること (bonitatis)」の概念を、無罪 (innocentia) と解することで刑事手続の領域にも妥当させ、さらに「風評」のように立証しがたいものを立証の対象とするのではなく、被告人の過去における所為を考慮すべきことを主張したとする。またケスターは、ガンディヌスはアツキユルシウスの見解に加え、よき人の推定を本性の推定 (praesumptio naturae) として、被告人の出自等を考慮すべきであるという旨の注釈を加えた、と主張している。: Koester, aaO, S.8ff. insbesondere, S.9f.; S.12.; vgl. Stuckenberg, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung 1998,

(19) 二五条は①被疑者の無思慮性・悪評、②犯罪現場での不審な行動、③犯行現場の近くでの目撃、④居住地が非行を行なった者の近所にあること、⑤被疑行為の心理的要因(嫉妬・敵意・脅迫・利益)、⑥被害者側の被害誘因、⑦逃亡を規定している。二六条は、生計及び財産に関しての訴訟中に相手側が殺害された場合、二七条は二六条の規定に関して複数の疑惑断片が存することを規定していた。

(20) この点に関して米山耕二は次のように言う。「カロリナにおいては…(前略)…公共の利益の観点から、刑罰からたやすく免れることを潔しとしなかったのである」。米山耕二「カロリナの刑事手続」一橋大学研究年報 法学研究九卷(一九七五年)一三三頁。

(21) これに関しては次節のドロテア事件を参照。

(22) この点を端的に指摘しているのがシェーテンザックである。次のように指摘している。「当事者としての権利の全てを欠いていた被告人は、糾問官によって彼に認められた限りでのみ、手続に影響を及ぼすことができたにすぎない」。

Schoetensack, Der Strafprozeß der Carolina 1904, S.101.

(23) Vgl. Schoetensack, a.a.O., S.38.

(24) Schatz, Das Beweisanzugsrecht in der Hauptverhandlung: Reformgeschichte und Reformproblematik 1999 (→以下では単に「Beweisanzugsrecht」と表記)・S.30.

(25) この点においてツォプフスはザックスのテーゼに賛同できないとする。ザックスのテーゼは次のようなものであった。「疑い」の概念は、裁判官が主観的には行為者が犯人であることにつき確信しているのにもかかわらず、客観的な証拠規定を手がかりとして被告人に対して有罪立証できない場合を常に意味するのである。ザックスのテーゼが当てはまる場合とというのは、裁判官が主観的には有罪であると確信している場合に、二人の「十分な」証人が存在しないような形式的場合のみである」とツォプフスは指摘している。Zöpf, a.a.O., S.137.

(26) Zöpf, a.a.O., S.135ff.

(27) 米山によれば、カロリーナ法における「公共の利益」としては神の秩序の維持のみが観念されており、その意味するところは「法を守り平和を保持することそのもの」だとされる。米山前掲註二〇論文一六七～八頁。

一・概観・特別刑・仮放免の導入まで

カロリーナ法は成立後、諸ラントに受容されていくが、その過程における無罪推定及び in dubio pro reo 法理の実相はどうであったか。ツォプフスはこの点について、普通法時代の一事件であるドロテア事件を例に挙げて論じている。

【ドロテア事件・一五九〇〜一五九三年】<sup>(28)</sup>

ケルン大司教領の裁判官の娘であったドロテア・アプ・ハルトが、金銭問題で係争中であつた男から「魔法の罪」で訴えられた事件である。ドロテアは雪冤宣誓をすることで名誉回復を試みたが、彼女が魔法使いと契約をしたという噂が広まるのを防ぐとはできなかつた。噂は広まり、官吏の妻であるフルシュテンベルク夫人に魔法の薬を飲ませたという噂にまでなつた。一五九〇年五月二四日に捜査が始まつた。結果、彼女は拷問によつて魔法の罪を着せられた。

その後、夫の懇請によつて勾留は停止され、彼女は息子のところに身を寄せた。しかしその行為は悪意からの逃亡と解され、今度は四人の証人によりフルシュテンベルク夫人殺害の罪に問われた。ドロテアは一五九〇年秋に勾留され、一五九〇年十一月三、六、七日に拷問にかけられた。一五九〇年一月二〇日、刑事裁判所は、条文規定の要項にしたがつて尋問を行うことを認めた。しかし当該尋問はうまく行かず（二月二二日）、ヴェルルの都市参事会により「当局の代理人 (fiskalischer Anwalt)」が選任され、代理人は新たな訴状でもつて被告人（ドロテア）を拷問することを求めた。これに対しドロテア側は一五九一年二月一九日異議申立状を出す。同年四月三日、ドロテアはフルシュテンベルクに勾留からの解放を求めた。それに際してはラントから退去する旨が提案されている。しかしその後手続が進められ、最終的に裁判所は一五九二年三月にケルン大司教領の法学識者の鑑定に付する旨を決定した。判決形式を伴つた鑑定結果は、<sup>(29)</sup>一五九三年三月にビルシュタインにとどき、ドロテアは勾留から解放されケルン大司教領からの追放を命じられ

た…。

このドロテア事件の手続の流れは、カリリーナ法規定の手続と比べれば際立った特徴を持つている。第一に弁明書が出されていること、第二にヴェルレ上訴裁判所での手続において、都市参事会により選任された当局の代理人を訴訟に参加させる弾劾手続が行なわれたということである。中でも注目すべきは、被告人であるドロテアに対する拷問である。まず、勾留と拷問の間の期間が短い。また拷問の後に法定尋問条項にしたがった尋問が行われていることは、嫌疑に対して抗弁する機会をドロテアに与えなかったことを想起させる。また、拷問の回数も三度にわたっている。このことは、カリリーナ法に拷問回数に関して明確な規定がなかったという問題点を示している。回数に関しては普通法時代の手続においても、新たに徴憑が存する場合にのみ拷問をすることが可能である、とされるのみであった。そこで二度三度と拷問を行うことは明かに矛盾するのではないかと疑問が生じる。<sup>(30)</sup> さらに雪冤宣誓を命じたことも特徴である。この時代における被告人の地位に関していえることは、徴憑により疑いをかけられた市民はもはや「品行方正な」市民ではないということであり、さらに特別糾問が始まれば名誉は傷つけられる、ということであった。拷問を受けることがなくとも、そのために不利な地位に置かれ続けることは疑いない。従って、雪冤宣誓は「法的に尊重」され、「品行方正な」市民として再び解放されるために必要なものであると考えられていた。手続が有罪判決で終わることがなくとも、今日的な意味での無罪推定が存在していたのではないのである。<sup>(31)</sup>

結局のところ、カリリーナ法の成立以降においても、よき人の推定(よき推定)が徴憑理論の枠内でのみ論じられるという点も普通法時代を通じて変わることにはなかった。従って、これ以後の時代において注目すべき展開は見られない。<sup>(32)</sup> このことが意味するのは、よき人の推定はあくまで証拠法のカテゴリーにおいてのみ存在するものであって、後の啓蒙期以降におけるような意味での「訴訟の構造原理・被告人の権利」として無罪推定法理を構成するような思考は未だ育つ

ていなかたということである。<sup>(33)</sup>

実際、ドイツにおいては、一七世紀前半において自然法理論から無罪推定法理に新たな根拠付けがなされていたのであるが、この志向は例えばシュペーの主張に見られるように「立証手段としての（一）後に見るようにこの様に表現することには留保が必要だが」<sup>(34)</sup>拷問に向けられる側面をも持つものではあつても、法定証拠理論の枠内におけるこの推定に根本的な変革を迫るものではなかつた。<sup>(35)</sup>

例えばフリードリッヒ・ルードヴィッヒは「人の善性は推定される」というテーゼを主張するが、他方経験則として「一度悪人とされたならば、常に悪人と推定される」(semel malus, semper praesumitur) Ⅱ非難すべき違法な行為態様で行為を行うであろうことは変わらない」ということをも主張していた。従つて、よき人（無罪）の推定を新たに根拠付けたとはいへ、やはりそれは立証（証拠）レヴェルでのものであり、手続の対象者たる被告人の「地位の保護」という視点を生み出すものではなかつたのである。<sup>(37)</sup>

このような状況を端的に象徴すると従来主張されてきたのが特別刑と仮放免（*absolutio ab instantia*）の導入である。

## 二・カルプツォフの思考と特別刑について

この二制度、殊に特別刑の導入の背景となつたのは、三〇年戦争後のドイツの荒廃と、それに伴い刑事制裁をより厳しくすることを求めるといふ、当時における公共の利益からの要請であつたとされる。<sup>(38)</sup>また、拷問の適用を厳格に規制しようとしたカロリーナ法自体にも特別刑が導入される原因があつた。即ち、カロリーナ法は有罪認定につき「自白または二名の証言に基づく」ということを規定していたにすぎず、微憑のみに基づいては有罪の認定をなすことはできなかったからである。しかしながら、拷問を課すに足るほどの強い嫌疑のある者を無罪放免することは、この当時の時代

状況の許すところではなかった。そして、こうした状況に対する解答こそがカルプツォフ(一五九五―一六六六)<sup>(40)</sup>による特別刑の導入であった。

それでは、カルプツォフは徴憑に基づく特別刑の賦科をどのように根拠付けたのか。この問いに答えるには彼の主張する糾問手続を概観せねばならない。

カルプツォフの糾問手続は一般糾問と特別糾問とにわかれ、「罪体の存在が蓋然的であり且つ特定の者に十分な徴憑が存する」場合に特別糾問が行われる。この判断に関しては裁判官の自由裁量に委ねられていた。特別糾問は被告人の勾留より始まる。この段階に至ると、特別糾問において有罪立証を行うことができなかつたというだけでは無罪判決には十分ではなく、被告人は無罪であることを立証せねばならなかつた。一般糾問において発見された徴憑が「払拭」されねばならなかつたからである。<sup>(41)</sup>従つて、特別糾問の段階にあつてはもはや無条件の無罪判決はありえなかつた。

もつとも、拷問に関してであるが、カルプツォフは拷問については消極的な立場をとつていた。ここで初めて特別刑が問題となる。特別糾問に入つた場合には無条件の無罪判決が存在せず、人道的理由から拷問の繰り返しを極力排するというカルプツォフは次の二つの場合を問題にする。①身体刑を科すことができなない軽罪の場合、②重罪の場合に拷問を二、三回繰り返しても自白せず、相当程度の嫌疑が存在している場合の二つである。

①の場合、被告人に不利な徴憑が存在しないことが特別糾問において判明した場合には、雪冤宣誓によつて被告人は手続を免れることができるとしている。そしてこの雪冤宣誓により終局的な(ultima)無罪判決をえることができた。<sup>(42)</sup>他方宣誓を拒否した場合も問題となる。①の場合、ここで特別刑が科されることになる。しかし徴憑のみにて有罪判決を行うことをカロリーナ法二二条は禁じていることがここで想起されねばならない。即ち「カロリーナ法二二条 ある非行の徴憑に基づいては拷問のみが許され、それ以上に正規刑を科すことは許されない」。しかし、カルプツォフはま

ず軽罪の場合に特別刑賦科をみとめる根拠として、カロリーナ法二二条は重罪を対象とするものであると理解し、軽罪はその対象ではないと理論構成している。<sup>(43)</sup>

それでは②の場合ほどのように処理されたのか。この場合に科される特別刑こそ、「嫌疑」刑として後世にまで影響を残すものである。十分な微憑に基づき拷問を行った後においても自白をしなかった場合には、このこと自体が強力な微憑となりそれをもとに再度拷問が課されることになっていった。しかしながら拷問の回数と程度はカロリーナ法にも見られるように（五八条）、裁判官の自由裁量に任されていた。拷問を抑制する立場からは、②の場合には拷問を行うことはもはやできない。そこで特別刑（重罪の場合は一定期間の追放刑か拘禁）が科される、とカルプツォフは主張したのである。<sup>(44)</sup>

ここでカルプツォフの主張した特別刑・雪冤宣誓と *q. d. p. i. r.* 法理の関連について簡単に総括しておこう。微憑はその存在によって被告人に拷問という強度の負担をかける側面を持つが故に、その認定にあつては裁判官は有罪の心証を確信せねばならなかつた。<sup>(45)</sup> もっとも微憑のみで有罪判決（正規刑）を下せなかつた。この点はカロリーナ法二二条が規定している。また、拷問の賦課をもたらす微憑は、その存在が被告人は将来的にも公衆に危険を及ぼす存在であることを意味していた。この点は風評や前科の存在が微憑となつていた点をあわせ考えればより明瞭であろう。なお、微憑としてそれらのものがあげられていることについては疑問は向けられていない。そして微憑の存在は「よき人の推定」を破るものであるという側面も持つていた。また、以上のような微憑の解釈は、拷問の賦課を決定する時点において裁判官は疑念を抱いていなかったことを意味する。法定証拠の存在は、裁判官をして、拷問賦課要件の充足を確信せしめるものであつたのである。そして、主観的に疑念ある場合には学識法曹への鑑定送付（カロリーナ法二八条、二一九条）が義務付けられていたことを考えれば、裁判官の主観的疑いは重要ではなかつた。結果、拷問を経た後に科される特別

刑は、罪責につき主観的疑いがある場合に科されるものであるということはできない。この意味で、ホルタペルスやザックスが主張するように、特別刑が *in dubio* 法理に反し、「疑わしきは被告人に不利利益 (*in dubio contra reum*)」に科されているものであったということはできない。また法的効果という点でも、「被告人に有利に (*pro reo*)」という表現は、彼にかけられた嫌疑の強度に鑑みれば、無罪判決を科すべしということの意味するものではなかった。雪冤宣誓に關しては、それが行われる時点(拷問はもはや行い得ないが嫌疑は存する)で、主観的嫌疑は存在しないという点で *in dubio pro reo* 法理とは抵触していないといえる。むしろ、*in dubio* 法理は負担を課される地位にある被告人に対して、その地位に応じた手続を賦課するという明確な機能を持つものであったと考えねばならない。<sup>(46)</sup>

また、カルプツォフが拷問の抑制を目的として特別刑を導入した点では、被告人保護の思想をみてとることもできよう。そのほか注目されるのは、「防衛書面 (*Verteidigungsschrift*)」の提出による「防衛活動 (*Defension*)」を認めている点である。これは、被告人に対して、彼自身または弁護人の助けによつて、負罪されようとしている犯罪から防衛する可能性を認めるものであった。<sup>(47)</sup> そしてカルプツォフは、これを行うための準備期間と書類の閲覧が認められると主張している。<sup>(48)</sup> もつとも、この場合すらも証拠採用の是非は裁判官の裁量に委ねられていた。<sup>(49)</sup>

周知のとおり、カルプツォフの思考の影響は一九世紀にまで及んでいる。その影響もあつてか、被告人が自身に有利な(免責)証拠の取調べを、裁判所に強制することは一九世紀初頭においてもなお認められないままであった。確かに、制度的にそうした証拠の考慮を求めると自体は、より正しい事実認定を行った上で不利益処分を賦課するという点で、拷問を行う場合に確信が必要であつたということを示すものだとも考えられる。しかしながら、確信に至るまでのプロセスにおいて、免責証拠の検討が必要とはしながらも、一歩進んで有利な証拠の取調べを裁判官に強制することと、被告人の防衛活動を結びつける思考は、一九世紀半ばに証拠取調べ請求権が論じられるようになるまでは存在しな

説  
かつたのである。

論  
三、 仮放免<sup>(50)</sup>

次に仮放免であるが、これはブルンネマン（一六〇八—一六七二）によつてもたらされたとされている。<sup>(51)</sup> 彼は、カロリーナ法の厳格な法定証拠理論が、正規刑の宣告を内容とする有罪判決を下すことを困難としたこと、その結果が拷問の濫用であつた点に着目した。それを抑制するために、次のように主張して仮放免の導入を主張したのである。即ち「適当且つ十分な徴憑を欠くが故に、被告人が糾問から放免される場合、新たな徴憑が存在すれば、その者を新たに糾問にかけることができる」と主張したのである。このブルンネマンの「糾問手続論 Tractatus de Inquisitionis Processu (1647)」における見解は、ほぼカルプツォフの見解を踏襲したものであつたとされる。もつとも、ブルンネマンは「無罪が立証された場合」に完全な無罪判決を認めている。そして、この無罪判決と仮放免 (absolutio ab instantia) とを区別する。「無罪が立証された」場合の無罪判決と、そうでない場合に仮放免を課すという意味で、彼の見解においては今日的な意味での無罪推定は存在しない。ブルンネマンのこのような思考は、「無罪が立証されない限りにおいては、被告人は終局的な無罪判決を得ることはできない。他方、終局的な無罪判決が下されれば、その既判力により、被告人は新たに訴追・糾問されることはな<sup>(52)</sup>いとまとめることができる。

では、このように「無罪が立証されたが故の」無罪判決と仮放免 (absolutio ab instantia) をわける考え方は、i.d.p.r. 法理に反し、「疑わしきは被告人に不利に (in dubio contra reum)」と評価することができるものであつたのであろうか。仮放免が「疑わしきは被告人に不利に (in dubio contra reum)」を意味するものであるとすれば、裁判官が被告人の罪責につき疑念を持ち、被告人に有利に (pro reo) 終局的な無罪判決を下すのではなく、被告人に不利に (contra reum)

放免することを、それは意味することになる。

しかし、徴憑が拷問（及び雪冤宣誓）を行うには不十分であれば、被告人は依然として嫌疑をかけられた (Belastet) ままであるが、これに対して拷問に耐えた場合には徴憑による嫌疑を払拭したともいえる。このように考えれば、新たに拷問を課されたりする範囲が狭まり、この点で被告人には有利となるようにも見える。しかし、ブルンネマンに見られるように、この当時の見解にあつては、「終局的な無罪判決」が下されるのは無罪が立証された場合であり、そもそも拷問に耐えたとしてもそれは「無罪の立証」を意味するものではなかった。なぜならば、拷問賦課の前提となっている徴憑の存在について、裁判官はそれを認定し確信していたと考えられ、その上で拷問を命じていたと考えられるからである。<sup>(53)</sup> 換言すれば、拷問に耐えることが、この確信につき裁判官に疑念を生ぜしめる性質を持つものではなかったのである。また、よき人の推定との関連でいえば、徴憑はその解釈を経る前にそれが存在することで既にその者の悪性、危険性の存在を示すものであつて、それを払拭する手段は軽微な事件の場合には雪冤宣誓で足りたが、重罪の場合には、雪冤宣誓は認められなかったのである。<sup>(54)</sup>

さらに、個々の場合において裁判官が認定するのは「被告人は無実の者ではない」ということであり、そして「恐らくは被告人は有罪であろう」という理由で、被告人が無罪であるということについての疑念は問題にならなかったのである。カロリーナ法二八条も「諸事情が、被告人が有罪であるとも無罪であるとも言えるような状況を示す場合にのみ」疑念が問題だとしているにすぎない。従つて徴憑が存在するような場合には疑念が存在しないのであるから、このような意味においては仮放免は *in pro* 法理とは背馳しない、ということができる。<sup>(55)</sup>

なお、終局的な無罪判決を求め、それを仮放免と対置させる考え方は一八世紀末においても存在した。代表的見解として、クラインシュロートの見解を見よう。クラインシュロートは放免を宣告する判決 (eine auf Freispruch lautende

Entscheidung) が終局的 (definitiv) な無罪判決を意味すると理解せねばならないのか、それとも仮放免を意味すると理解せねばならないのかを検討し、次のように言う。「：嫌疑はさらに詳細な検討を行うことで弱められるか又は被告人の反証によって弱められるものなのである。終局的な無罪判決は、疑いが残っている場合はそれがために下すこととはできない」。このように述べ、クラインシュロートは有罪か無罪かについて疑念ある場合に仮放免を言い渡すと主張している。つまるところ、このクラインシュロートの見解に見られるように、「被告人に有利に (Pro reo) が無罪判決、それも終局的な無罪判決が下されることを意味する」という理解は、無罪についてもそれが立証されることを求める限りにおいては存在しなかつたのである。

#### 四. マテウスによる特別刑及び仮放免に対するの批判

以上のように導入された特別刑と仮放免については批判がなかつたわけではない。

この点については、アントニウス・マテウス (一六〇一—一六五四) による極めて先駆的な批判に注目する必要がある。マテウスは、疑わしい場合における負罪可能性につき論じ、特別刑に関して次のように言う。「可罰的行為は根拠のあるものとして立証されるか、又はそうでないと立証されるかどちらか一つなのである。根拠あるものと立証された場合には、その者を法律上規定されている刑罰で処罰しないことについての理由は存在しない。しかし、かく立証されず、処罰を可能とする理由が何も存在しない場合には、さらに糾問を続けるか又は無罪判決が下されるかどちらか一つなのである」。そして仮放免に関しても以下の主張でもって非難する。「被告人は、訴追者が立証に失敗したが故に無罪判決を下された場合は、その者は犯罪からではなくて、裁判から放免される。しかし、被告人が自身の無罪を立証した場合には、裁判のみならず犯罪からも放免される。この二つの場合とも放免されているにもかかわらず、訴追者により

有罪が立証をされなかった者に、自身で無罪を立証したような者と同じ様に無罪を宣言することは、長い目で見れば、有益であるし名誉を侵害することもないのである。なぜなら、そのようにしないとすれば、人の心に『被告人は有罪であったかどうか』ということにつき疑念を呼びおこすからである<sup>(37)</sup>。しかし、このような極めて先駆的な思考も、當時は受け入れられるに至らなかった。

しかしながら、それでもなお、カロリーナ法成立後、同法の条文をもとにして注釈がつけられる形で、糾問開始、拷問の許否、有罪判決の要件について、解釈による精緻化がなされたのもこの時期である。それは拷問・特別刑・仮放免を前提とするものであったという点で不十分なものではあったが、被告人保護の側面を持っていたのは間違いない。従って、フランス革命の影響及びそれに伴う変容を見る前に、この点を見ておこう。

(28) Zopfs, a.a.O., S.144f.

(29) カロリーナ法に基く鑑定送付が行われた場合、学識法曹が判決形式をしてする場合があった。

(30) Zopfs, a.a.O., S.146f. もともと本件はいわゆる魔女裁判であり、魔女裁判においては本件のように拷問を複数回行うことは、「くり返し」ではなく「継続」だと理解する「Hexenhammer」が援用されていた。

(31) Zopfs, a.a.O., S.148f.

(32) Vgl. Koester, a.a.O., S.48ff.

(33) もともと、ダムホウデル(一五〇七―一五八一)は糾問官の保護・後見義務(Fürsorgepflicht)という視点から、よき人の推定の考慮を糾問官に委ねるべきことを主張している。即ち、カロリーナ法が裁判官に「よき推定」の考慮のみを命じる一方で、ダムホウデルは糾問官に糾問官の独自の立場から、よき人の推定の適用についての根拠の有無を調査させる義務を負わせるべきことを主張している。しかしながら、このような義務の内容は被告人の主観的な法律上の請求権を含むものではなかった。即ち、よき人の推定による保護は裁判官による義務の履行の反射でしかなく、それ故に、カロリーナ

法との相違は本質的なものでなかった。つまり、よき人の推定はそれを活用するための要件に拘束された、法律上規定された、免責証拠 (Entlastungsbeweis) のままであったのである。: Koester, aa.O., S.49f.

(34) vgl. Koester, aa.O., S.57ff.

(35) Koester, aa.O., S.58: しかしシユベールの思考自体は極めて先駆的なものであった。これに関しては第二章第二説第一款で後述する。

(36) Stuckenberg, aa.O., S.21f.

(37) そしてこのことは J・S・F ボエマーにも言える。彼は次のように言う。「人の本質はその者の性癖の原因となるものである。善行を繰り返すという傾向が無罪推定を根拠づけるが、他方、前科のある者の性行(傾向)は、新たに刑を受くべき行為をする(であろう)という推定を蓋然的なものにするのである」。: Koester, aa.O., S.59f.

(38) Holtappels, aa.O., S.45.

(39) ここにいう「強い嫌疑」は十分な徴憑に支えられてはいるが、自白がないという意味においての嫌疑であり、いわば規範的嫌疑とでもいうべきものであると注意せねばならない。

(40) Benedict Carpzov (1595-1666): 裁判官、後にライプツィヒ大学教授。カルプツォフの略歴についてはエシユミットの簡潔な紹介がある。(vgl. Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege 3, Aufl. 1965, §137, S.153f.) なお、カルプツォフについては「魔女裁判の裁判官として二〇〇〇人も被告人に死刑宣告を下した」などの記述も見られるが、それについては現在、疑問視されている。カルプツォフの職歴などを詳細に紹介しつつ、魔女裁判への関与が裁判官としての勤務中には二件しかなかった点をトゥルゼンが主張している。: Trusen, Benedict Carpzov und die Hexenverfolgen, S.19ff. insbesondere, S.21 in: Recht und Kriminaltaet, F.W.Krause-FS (1990).

(41) vgl. Zopfs, aa.O., S.151. Fn. (260): どのような意味において、in dubio pro reo 法理が存在しなかったという主張する見解もあるが、このような結論は現代的な無罪推定の理解をその前提としている、とツォプフスは批判している。

(42) Vgl. Zopfs, aa.O., S.151. Fn. (262)

(43) Zopfs, aa.O., S. 153f.: なお、徴憑をもとにしての有罪判決である特別刑をより軽いものたるべしと主張する点は、証言、自白と徴憑の証明力は異なるというイタリア法学の学説にも従うものであったという。: vgl. Zopfs, aa.O., S.154. Fn. (282)

- (44) Zopfs, a.a.O., S.155.
- (45) 拷問賦課の前提となる徴罰が、今日においては、その存在が立証されれば容易に有罪判決を下すことができるという性質を持っていた、という点はラートブルッフが既に指摘している。: Radbruch, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 4.Aufl. 1975 S.17f.
- (46) Zopfs, a.a.O., S.157f.
- (47) Boehm, Der Schoepfenstuhl zu Leipzig und der Saechsische Inquisitionsprozess im Barockzeitalter, ZStW61 1942, S.342.; Malsack, Die Stellung der Verteidigung im reformierten Strafprozess. Eine rechtshistorische Studie und der Schriften von C. J. A. Mittermaier 1992, S.148ff.
- (48) Rueping, Der Grundsatz des rechtlichen Gehoers und seine Bedeutung im Strafverfahren 1976, S.59.; Boehm, a.a.O., S.342.; Malsack, a.a.O., S.143f.
- (49) Boehm, a.a.O., S.343.
- (50) 拷問賦課が認められていた時代にあつては、拷問を賦課するに至らない程度の嫌疑しかない場合に課され、拷問廃止以降にあつては、特別刑を賦科するにたるほどの嫌疑がない場合に命じられるものであつた。
- (51) Holtappels, a.a.O., S.54ff.
- (52) Zopfs, a.a.O., S.158f.
- (53) この点については次節を参照。
- (54) この点について本章第三節のドロテア事件、さらには第五節を参照。
- (55) Zopfs, a.a.O., S.160f.
- (56) Kleinschrod, Ueber die Wirkungen eines unvollkommen Beweises in peinlichen Sachen, in: Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte und peinlichen Prozesse, 1. Theil. 1797 S.204.
- (57) Holtappels, a.a.O., S.53.: 特別(嫌疑)刑に関して「無罪判決の性質」、仮放免に関して「手続に乗せられる不利益」という視点から論じたことは、前者に関しては後にニッターマイヤーが無罪推定の法理から同じ結論を導いているし (Koester, a.a.O., S.106; siehe auch: Mittermaier, Theorie des Beweises im peinlichen Prozess nach gemeinen positiven Gesetzen und den

Bestimmungen der französischen Criminalgesetzgebung 1809 (以下単に「Theorie」S.124f)、それ故ホルタベルスはマテウスの思考につき「一九世紀の偉大な諸家の議論は彼の見解につき何ら付け加えることはなかった」と評している。(Holtappels, aaO, S.53) さらに後者の視点に関して、ドイツにおいて無罪の推定法理の機能の一つとして判決理由に「嫌疑の存在」を付すことの是非が問題とされ学説が否定的であったこと(vgl. Kuehl, Unschuldsermutung, S.9ff., insbesondere S.21., 29ff.)をも考えれば、マテウスの見解が極めて先駆的なものであったことがわかるであろう。

### 第五節 徴憑解釈の精緻化―拷問開始・拷問の精緻化―

統一の帝国法として成立したカロリーナ法は諸ラントに次第に受容されていき、各ラントでの立法を促した<sup>(58)</sup>。これと同時に、カロリーナ法により定着した徴憑理論についても検討が加えられることになる。徴憑自体がもつ証明力の「評価」についてのあるべき指針が模索されるようになったのである。カロリーナ法では、徴憑が問題となったのは、糾問開始要件、拷問の適否であった。そして自白が得られず、拷問も回数点でもはや行うことができないう場合に特別刑及び仮放免、場合によっては雪冤宣誓が命じられていたのは既に見たとおりである(例としてドロテア事件)。

拷問を必要悪とし、その適用を制限しようとした理論的営為には、確かに立証手続における拷問の適用を前提としているという時代的制約はあったが、被告人保護の思想の一端を見て取ることもまたできよう。そして、拷問の適用要件を細かく検討するという方向は、カロリーナ法規定の徴憑個々の性質に検討が加えられるという形で行われた。本節では、一七〇一―一八世紀の代表的な刑事法学者であったブルンネマン(一六〇八―一六七二)、クレス(一六七七―一七四一)、ポエーマー(一七〇四―一七七二)の見解を概観することによって、拷問賦課要件が存在すると認定されることの実質は徴憑(状況証拠)に基づく犯罪事実の立証であったという点を指摘することにした。

一、ブルンネマン

まず、拷問そのものについては、ブルンネマンは批判的である。従つて、拷問は「危険であり且つ欺瞞的な手段」と理解している。また、それは補充的手段であつて、それ以外に行為の立証を行い得る手段がない場合に初めて許される手段であるとし、消極的な立場をとつていた（拷問適用の謙抑性・補充性の主張）。また、ブルンネマンは、拷問が行われる犯罪類型を死刑犯罪及び身体刑犯罪に限定している。さらに拷問賦科要件の存在についての立証の程度に関して、特別糾問を開始する場合以上に罪体の存在について高い蓋然性を要する、とブルンネマンは主張している（拷問対象犯罪の限定<sup>(59)</sup>）。

ところで、拷問の適用に関しては、カロリーナ法三〇条の規定がある。この規定は「半証拠」のみに場合に拷問を行う旨規定しているが、この半証拠が存するといえる場合についてブルンネマンは当時の通説であつたカルプツォフの所説<sup>(60)</sup>とは異なつた立場をとつてゐる。半証拠が存在し、拷問を賦課するに十分な要件が存在する場合についてカルプツォフは、異なる最も近い徴憑 (*indicia proxima*) につき、それぞれ一人の証人がいれば、それを加算することで半証拠となつてゐた。<sup>(61)</sup>しかし、ブルンネマンは異なつた「最も近い徴憑 (*indicia proxima*)」が複数あり、その個々について証言する証人が異なる場合（一人の証人が a 事実、今一人が b 事実を主張する場合）にカルプツォフとは異なつた見解を取つてゐた。カルプツォフはこの場合でも、二つの徴憑の価値が加算され、半証拠であるから拷問を課すことができるとしている。また、「遠い徴憑 (*indicia remota*)」についても、カルプツォフは異なる二つのものにつきそれぞれ二人の証人がいる場合にも拷問を課しようとしてゐた。<sup>(62)</sup>

以上の二つの場合について、ブルンネマンはカルプツォフを批判している。まず前者に関してであるが、異なる「最も近い徴憑 (*indicia proxima*)」のものが証拠価値同士を加算することはできない、と主張する。後者については、ブルン

ネマンは、最低でも三つ以上の異なる遠い徴憑 (*indicia remota*) につき二人の証人がいることを要件とし、それ以上の異なる遠い徴憑が何個必要かについては、裁判官の自由心証に委ねている。このようなブルンネマンの見解はカロリーナ法三〇条の文言である「少なくとも二人の善良且つ風評のよい証人によって徴憑は立証されねばならない」を厳格に守る立場であったといえる。<sup>(63)</sup> また、特に後者の場合の取り扱いに注目したい。即ち、三個の遠い徴憑 (*indicia remota*) で拷問を課すのか、それともそれ以上の個数を求めるのかという点は、より多くの徴憑を求めるという点ではやはり手続を厳格に行う意図を見ることができからである。

もつとも、ブルンネマンの見解はカルプツォフの見解と次の点で一致している。①事件を直接見た二人の証人がいれば「完全な証拠」となり有罪判決を下すことができる。②事件を直接見た目撃証人が一人の場合は拷問を課すことのみが可能である。③罪体ではなく「最も近い徴憑 (*indicia proxima*)」を証言する者が二人の場合には半証拠となり拷問を課すことができる。

## 二. クレス

(一) 拷問要件としての「犯罪一般に共通する不十分な徴憑 (*indicia communia non sufficientia*)」

ブルンネマンと同様にクレスもまた拷問の適用に関して謙抑的な立場をとり、拷問賦課の対象犯罪を、死刑及び身体刑を科すことが規定されている犯罪に限定する。<sup>(64)</sup>

まず徴憑の評価についてであるが、裁判官の判断の対象として徴憑が規定されている場合は、それに拘束されるという点で裁判官の自由裁量の余地は狭かったものの、判断対象の評価についてクレスは自由裁量を認めていなかったわけではない。この点、犯罪事実に関しての徴憑の評価についてカロリーナ法は、二四条で次のような一般的・包括的な規

定を設けていた。「さらに犯罪事実の疑惑及び徴憑についての本条より後に規定されている条文によって、裁判官は本法中に列挙されていない諸場合については、類推をせねばならない。なぜならば、疑惑・嫌疑がある場合・状況を、すべて記述するのは不可能であるからである」。つまり、この規定の意義は、徴憑がない場合に類推を認め、その点につき裁判官の自由裁量(自由心証)を認めたものと考えられる。この場合についてクレスはカロリーナ法に規定されている徴憑との比較を行い、それによって許容性を認定せねばならないとしていた。<sup>(65)</sup> 裁判官の自由裁量が恣意に陥らないように、カロリーナ法の条文規定の徴憑を規準として考えることをまずは求めていたということができよう。

クレスはカロリーナ法二五条の一般的徴憑に検討を加える。二五条規定の徴憑は、あらゆる犯罪につき一般的に含まれる要素を記述したものであり、裁判官による証拠評価を経て、拷問要件となるものである。①「風聞」、②「行為地での逮捕・武器の携行・同じような非行を犯す者の近所に住んでいること」、③「動機があること」、④「被害者からの告発」、⑤「逃亡」がそれである。以下順次見ていこう。

まず①の風聞についてである。これが認められるための要件として、クレスは被告人の生活態度、同種前科の存在などをあげる。クレスはさらに風聞の由来が確定されること、それが信頼に足る人たちに由来すること、その人々がよき風評を持つ人たちであること、を求める。ここまではカルプツォフと同様であった。<sup>(66)</sup> しかし、クレスは、徴憑としての風聞につき、予断・悪感情の影響を受けるものであるという理由から懐疑的であったということが注目される。そして風聞については容易に反証することができるとしている。また、クレスは風聞としての同種前科については徴憑としての証拠能力を認める。一方、そうではない風聞については反証を認めていた。<sup>(67)</sup>

次に②「A. 行為地での逮捕、B. 武器の携行、C. 同じような非行を犯す者の近所に住んでいること」についてである。これらの取り扱いに関しても、クレスは慎重である。Aについては裁判官に大幅な裁量の余地が認められるとし、

Bについては徴憑として採用する前に「被告人が問題となつてゐる服装や武器を最近他の人から入手したかどうか」ということが尋問されねばならない、としてゐる。Cについても被告人がどのくらいの期間、どのようにその者らと交流を持つてきたのか、ということ、さらには被告人が意図的に交流を持つてきたのかどうかということが問われねばならない、と主張する。<sup>(68)</sup>

③「動機があること」について。カロリーナ法二五条は憎悪・嫉妬・脅迫等を不十分な徴憑としてあげる。これに対してクレスは、これらの要素は行動や言動において示されるが、それらの原因となつたものは徴憑の許容性にとつては重要ではない、なぜならばその原因をどのように受け止めるかは人によつて差異があるから、としてゐる。<sup>(69)</sup>

次に④「被害者からの告発」を見てみよう。これについては被害者側にも要件をクレスは求めた。即ち、その者が被告人を目撃したか、又は長期間敵対関係にあつた、ということを申告せねばならなかつた。そしてこのような非難が十分に特定されない場合は、まず一般糾問の開始要件となつた。また、クレスは、利害関係のない第三者が被害者の宣誓を補強した（そしてその後死亡した）場合についても、その者がよき人（*Dir. vonus*）であつた場合、またその内容が明確であり且つ被告人からの反証の効果を失わせるような場合に限り認められるとする。<sup>(70)</sup>

最後に⑤「逃亡」を見てみよう。次のような事例をクレスは挙げる。Tは収獲期に畑の作物の間に死体（L）があるのを発見した。その後N市に逃げ込んだ。医師は死体検証の後に卒中で死亡したと認定したが、Cが現れ次のように申告した。「三日前にはLは元氣であつたし傷も負つていなかった。TはLがどのように死亡したか知つてゐるはずである」しかしTは逃亡した後であるから次のような結論が導かれた。「Cの申告がなされてゐないのに逃亡したということは、Tは疚しきから逃亡したに違ひない」。Tはその後逮捕され、勾留された。新たに糾問が行われ、彼は破滅した……。

このような事例をあげ、クレスは、逃亡の場合には、疾しさからの逃亡ではなく糾問とそれに伴う拷問を恐れて逃亡する場合があることを指摘する。従つて、裁判官が検討せねばならないのは、被告人が恐れから逃亡したのか、それとも凶太さやずるがしこさから逃亡したのか、ということであると主張する。ここにもクレスの拷問に対する謙抑的な立場を見ることができ、逃亡について検討すべき要件として、(a)逃亡者が風評よからぬ場合、(b)審問前に逃亡した場合、(c)誰も知らない場所に逃亡した場合、(d)召喚されても出頭しなかった場合、がカロリーナ法の条文にあげられていたが、これに対してもクレスは異論を唱えている。拷問の適用が許されるのは、有力な徴憑がある故に有罪判決を行うには被告人の自白のみが必要な場合のみであると主張している。

以上、拷問適用要件としての不十分な徴憑についてのクレスの見解を概観した。ブルンネマンと同様、拷問に対して消極的な立場をとるクレスの見解もまた、法定の一つ一つの要件に対して検討すべき点をあげているという点で、拷問の適用を制限しようとしていたということができよう。また、風評、逃亡という二つの徴憑についてはそれが容易に破られることを指摘し、他の要件と複合的に考察することではじめて評価対象となることを指摘している。

もつとも、上記のような一つ一つの徴憑のみでは拷問適用の要件とはならないという主張も、被告人の負担を取り除くことまではできなかった。なぜなら、個々の徴憑につきそれらが虚偽であるということ、さらには反対の推定により論駁することは、被告人に求められていたからである。

このように、反証の挙証責任は被告人の側に課されていたが、カロリーナ法二八条に注目したい。なぜならば、同条は有利な徴憑および不利な徴憑が拮抗する場合に、裁判官をして法的確信を形成させるべく、それらを比較衡量することを裁判官に求めるものであるからである。これが意味していたのは拷問の許否を決する事実認定においては、反証証拠として「よき人の推定」を始めとする、有利な証拠の考慮が前提となっていたということである。

グローベは、クレスの見解を糾問手続において限られた範囲で自由心証を認めるものであったと理解する。また、被告人に有利不利な事情を衡量することを義務としてもとめる立場は、現行ドイツ刑法一六〇条の檢察官の客観義務に<sup>(71)</sup>あい通じるものとすると、彼は主張する。<sup>(72)</sup>

(二) 拷問要件としての「犯罪一般に共通する十分な徴憑 (indicia communia sufficientia)」

(一) でみた不十分な徴憑は、カロリーナ法二七条に規定があるように、単独では拷問適用の根拠となる確たる徴憑となるためには十分なものではなかった。即ち、不十分な徴憑はその存在につき検討を経て存在が確定され、さらに複数の徴憑同士が組み合わされることによつて初めて拷問適用要件となることができたのである。ここに賦課要件を厳格に求めることによる拷問抑制の思考を見ることができるといえる。

このことは、単独で拷問要件となりうる「十分な徴憑」についても同じことがいえる。カロリーナ法の区別に従い、犯罪一般に共通する十分な徴憑としてクレスは次の四つを挙げている。①犯罪地での被告人所有物の発見、②半証言、③共犯者の証言、④裁判所外での自白と脅迫、である。

まず①犯罪地での被告人の所有物の発見について見てみよう。カロリーナ法二九条は、次のように規定している。「さらにある者が犯行に際して、何物かを失うか、又は、後に残しもしくは落としていたのが後に発見された場合に、調査によつてそれが犯人のものであると思料することができる場合には、喪失直前に当該物を保持していた者は拷問される。しかし、この場合においてはその者が嫌疑に対して、自己の防御を行うことができる。この防御活動によつて、もし、そのことが、嫌疑をもたらした徴憑を破ることが確定されるか、または反証が奏効した場合には、当該免責事由は、拷問が行われる前に、糾問のために聴取される」。クレスはこれにつき、被告人によつてその物が自分のものでないこと

が立証されるか、また被告人がその物が盗まれていたこと、若しくは偶然に行爲地でなくしたことを立証した場合には、被告人は免責される、としている。

また、クレスにあつては、カルプツォフと同様に<sup>(73)</sup>、徴憑の解釈は名誉ある市民の保護に寄与するものとされていた。このような思考の根底にあつたのは名誉ある市民あるいは風評のよい者は、前科者や風評の悪い者よりも反証の立証はたやすい、というものである。また反証に關してであるが、有罪立証に際しての証人適格についてカローリーナ法が厳格な規定を置いているのに対して、要件を緩和している点に注目せねばならない。<sup>(74)</sup>即ち、他に適當な証人が全くない場合には、証人適格を欠く者の証言による反証が認められる、なぜなら無罪の立証よりも容易だから、としている。<sup>(75)</sup>

次に②半証言である。クレスは、一個の最も近い徴憑 (*indicia proxima*) が二人の証言によつて立証されない限り拷問は許されないということをまず前提とする。ここで問題になるのは、複数個別の最も近い徴憑につきそれぞれに一人による証言がある場合である。例えば一人めが、①被告人が脅迫しているのを聞いた、二人めが②どのようにして被告人が武装していたかということ、また被告人があわてて走り去つたことを見ていた、三人めが、③被告人が血まみれになつて戻つてきた、ということを見ていた場合である。このような場合でも拷問をクレスは認める。<sup>(76)</sup>複数の徴憑一つ一つにつき、それが証人二人により立証されることを求めるのはまれであるし、カローリーナ法二三条をこのように嚴格に適用すれば多くの犯罪が不可罰となつてしまふ、というのがその根拠であつた。もつとも、このように、最も近い徴憑につき一人の証言しかない場合、そうした徴憑が三つ以上いくつあれば拷問適用が問題になるかは明らかにはされていない。この点は裁判官の自由裁量であつた。なおクレスが、この場合については反証の存在の衡量を裁判官の義務として認めていた点を何よりも指摘しておかねばならない。

③共犯者の証言について。クレスは、不自然でない共犯形態において犯罪が挙行されたことが重要であると、次の

ような観点から考慮することを主張している。(1)被告人が暗示を受けることの防止、また尋問者に迎合することの防止という視点で、特定の人が共犯であるかどうかといったような形での尋問がなされていないということ(誘導尋問の禁止)、(2)諸事情が事実合致するかどうかを検討されねばならないということ、(3)共犯者と被告人との間に敵対関係や不和があるかどうかを検討すること(引張り込み危険の防止)、(4)共犯関係があると申告された者が疑わしい人であるのかどうかということ、(5)そしてそのような申告が維持されること、(6)さらにその申告自体が蓋然性を持つものであるということ、である。<sup>(77)</sup>

最後に④裁判所外での自白と脅迫についてである。カロリーナ法三二条によれば裁判所外での自白は徴憑となるが、クレスの見解ではそれ以外の徴憑が付け加えられねばならないとされている。また三二条は、被告人が自身の犯罪につき、犯罪以前に脅迫をしたことを自ら進んで何の強制も受けることなく堂々とそれを言っていた場合を問題にしている。これについてはクレスは、こうした状況の存在は徴憑の信用性を強化するものであるが、しかし一般化はできないとしている。脅迫後ほどなくして行為が行われたということ<sup>(78)</sup>で十分であるとす。この点では、クレスはカロリーナ法の条文に従い、特に独自の見解を付け加えてはいない。

### 三. ボエーマーの徴憑理論

#### (一) 罪体と徴憑理論、拷問要件について

ボエーマーも糾問手続を一般糾問と特別糾問とにわけ。一般糾問は風評の存在及び申立てにより開始される。風評についてボエーマーは、一般糾問開始の要件としているものの、風評ほどあやふやな徴憑もなく、民衆間のうわさほど怪しげなものもまたないのであるから、その取り扱いに関しては注意が必要であるとするにすぎない。<sup>(79)</sup> もっとも「永続

的犯罪 (delictum facti permanentius)』の場合には、検証で罪体が立証されるのであり、申立てをした者に対しての信頼性は検討せずともよいが、これに対して「一時的犯罪 (delictum facti transiens)」の場合には、多面的な探求を裁判官は行わねばならない、としている。ポエマーは、無辜の不処罰の要請からこれを主張した。また、申立てられた者が悪評を持つ者でなければならぬ、という点で風評とも関連付けられている。申立てられた者が、自身が品行方正であることを立証した場合には、申立ては排除される。もつとも前科がある場合は異なる。前科のあることは悪評を裏付けるものであり、同種の犯罪を再び行うであろうという前司法的判断を意味していたからである。他方、名誉ある市民はどのような推定を受けないという点からすれば、徴憑理論は名誉ある市民を糾問手続から守るという機能を持つとポエマーは位置付けている<sup>(80)</sup>。この点で、裁判官による解釈を経る前の徴憑は、その存在自体が被告人の持つ危険性を意味していたと理解できる。

ところで、糾問開始要件についての以上のような考えにおいてもまた、「よき推定」の影響を見て取ることができる。即ち、裁判官による解釈を経る以前の徴憑の存在そのものが「よき人Ⅱ品行方正な市民」である地位を失わしめる機能を持っていたのである。この点に関連してポエマーの見解で注目されるのは、罪体の「存在」と「立証」を区別していることである。即ち、ポエマーは、罪体を次の三つにわけて論じている。即ち、①糾問を始めるための罪体 (corpus delicti ad inquirendum) と②拷問を始めるための罪体 (corpus delicti ad torquendum)、さらには③有罪判決を行うための罪体 (corpus delicti ad condemnandum) の三つである<sup>(81)</sup>。そして、それらの区別は、それに要する立証程度による。

糾問開始には「最低の」立証程度で足り、拷問の適用及び特別刑には「中程度」、有罪判決には「最高度の」立証程度が求められるとされていた<sup>(82)</sup>。特別糾問においては相対的な蓋然性が要件とされている。そして、その内容は裁判官が犯罪事実の存在につき「確信」をもつことである。もつともその立証程度においても数学的な確実性ではなく道徳的確実

性（＝相対的蓋然性）で足りるとする見地にたつて、特別糾問は推論に基づいても行うことができる。ポエマーは主張している。<sup>(83)</sup>

また、ポエマーの罪体の存在と立証をわける考え方は、罪体立証のために、その客観面のみならず、主観的要素である故意及び過失の存在の考慮を求めるものであった。このように、罪体の客観面のみならず、主観面からの立証を求めることは、拷問要件としての罪体の立証が、犯罪事実の立証と変わらなくなったことを意味する。こうした視点から、ポエマーの罪体についての考え方は、罪体に立証（評価）の側面を認めることによつて、評価を得た後でなければ要件の存在を認めることはできないとする点で、裁判官による評価を経ることで被告人保護を実現しようとするものであったといふこともできるように思われる。また、拷問賦課要件の存否の認定に際して、裁判官による証拠評価の余地を認めていたことは、その限りにおいて自由心証が存在していたと言えよう。

そして、罪体を立証するための手がかりとなるのが徴憑である。ポエマーは、徴憑を「まだ立証されていない犯罪と恐らく関連するであろう」根拠であると定義する。また、後に「まだ立証されていない犯罪及び犯罪者と関連を持つであろう事実」とし、また「犯罪及び行為者を推定させる事情」であると定義している。このようなポエマーの定義から得られることは、①徴憑と犯罪事実との関連に密接なものを要求していたといふこと、②犯罪事実に対する徴憑と被告人が犯人であることの徴憑を区別していた、といふ点である。<sup>(84)</sup>更に、ポエマーは、徴憑の存在と犯罪の十分な立証を区別する。つまり、法は有罪判決及び刑の執行に足りるほどに十分な立証を求めるが、他方、徴憑はその存在のみでは糾問の開始と拷問の適用をもたらずにすぎない、といふことを法は宣言している、といふ点にポエマーの見解の意義があつた。<sup>(85)</sup>

(二) そのみでは拷問要件とはならない「遠い徴憑 (indicia remota)」について

ポエーマーは、犯人であることについての徴憑を、①そのみで拷問を行うことに十分な徴憑である「最も近い徴憑 (indicia proxima)」と、②そのみでは拷問を適用できない徴憑である「遠い徴憑 (indicia remota)」に分ける。ポエーマーは、この「遠い徴憑」は往々にして誤った判断をもたらしものであり、それに対して「最も近い徴憑」は説得力をもつものであり、且つ、めったに誤った判断をもたらしものではなく、事実の存在を想起させるものである、とする。<sup>(86)</sup>そしてこの二つの徴憑の評価について検討を加える。この検討に際してポエーマーはカロリーナ法二五条を手がかりとしている。そこでは複数が組み合わさることによって拷問賦課要件となる「遠い徴憑 (indicia remota)」が規定されている。これについてみていこう。

ポエーマーが「遠い徴憑 (indicia remota)」としてあげるのは、個人の性質についてである。これについて、①ある者の生活態度、②ある者に悪い評判があるかどうかという要素を持ち出す。これはカロリーナ法二五条一項に由来する。「被告人が、他人から見ても、問題となっている犯罪行為を犯すであろうということを予測できるくらいに、その人が無思慮な者または軽率なる者かどうか、また、それほど悪い風評または風聞の持ち主かどうか… (について調査が成されねばならない)」。また、同じ犯罪が問題となっていることも要件である。この根拠としてポエーマーがあげるのは、悪しき者は同じ行為を繰り返す傾向にあるというものであった。<sup>(87)</sup>

この悪評を徴憑として認める要件として、ポエーマー以前のカルプツォフも以下の一〇もの要件を挙げている。<sup>(88)</sup>①それが糾問開始以前に発生していること、②悪評の内容が確定されていること、③発生地が確定されていること、④証人が悪評を被っている者を特定できること、⑤④が信頼できる者であること、⑥悪評の根拠がはっきりしていること、⑦証人自身の評判がよいこと、⑧悪評によって利益を期待できる者によって証言がされないこと、⑨同じ犯罪に関連する

ものであること、⑩あいまい且つ矛盾するものではないものであること、である。

これに対してポエマーは、カルプツォフの要件を顧慮すれば、悪評の存在が認められる場合は存在しなくなると批判する。ポエマーはカロリーナ法二五条を前提として、悪評が糾問前より存在していたことを要件とした上で、悪評の根拠が確定されることを求める。それは被告人の自堕落な生活から判明するとする。

そしてポエマーは、悪評はそれ自体また欺瞞的なものでもあるから、そのみでは拷問要件に十分ではなく、被告人の生活態度がよいということ<sup>(89)</sup>を証言する証人によって容易に反証されるものである、としている。この点で、クレスの見解と同じである。

次に「犯罪地での被告人の目撃」を見てみよう。被告人が犯罪地にいたことを徴憑とするカロリーナ法二五条二項は拡大解釈される傾向にあつた。即ち、被告人が犯罪地への往路にいた場合でも復路にいた場合でも要件は満たされたし、また犯罪地の近隣にいただけでも満たされていた。しかし裁判官は、容疑者がそこにいたことにつき納得のいく根拠があるかどうかを調べねばならないし、また犯罪地にいた時間帯についても、時間帯が犯罪を行うのに適した時間であつたかどうかを検討されねばならないとしている。そして、こうした諸事情の検討によって、遠い徴憑 (*indicia remota*)<sup>(90)</sup>が拷問適用を可能とする徴憑に近づくのである、と主張している。

更に「犯罪者との交友」を見ておこう。これについてもポエマーは例によってカロリーナ法二五条四項(被告人が同様の非行を犯す者の近所に住んでいるかどうか、または、彼らと徒党を組んでいるか(を調べねばならない))の条文解釈につき限定的な解釈を行うべきことを主張している。例えば、犯罪者と話したり飲食をともにしたくらいではこの要件を認めることはできないとしている。また、この徴憑は被疑者が錯誤によりその者らと一緒にいたことや、自身が信頼にたる者であることを立証した場合には反証がなされるとしている。<sup>(91)</sup>

五項の「動機」についての見解を見てみよう。<sup>(92)</sup>ボエマーは動機をあらゆる犯罪に共通の共通の要素と位置付ける。そして二五条の文言である「加害または傷害が問題となっているに際しては」が身体傷害の場合に限定的に解釈されていることを批判する。ボエマーによればこうした解釈は、カロリーナ法におけるこの条文の見出しと調和しないというのがその理由である。

この動機としてボエマーが挙げているのは、「憎悪」「敵意」「脅迫」「犯罪により利益を受けること」である。もつとも憎悪や嫉妬が遠い徴憑 (*indicia remota*) となるのはそれが外的行為に現れていた場合であるとされている。そして要件としての憎悪の認定にはそれに根拠があることが認定されることが求められていたし、さらに被告人の性格に及ぶまでの調査がなされることが要件となっていた。

脅迫に関してであるが、それが気まぐれに行つたものであるか、それとも、その者が脅迫の意思で行つたかさらにはそれを行う機会があつたかどうかということについて検討がされねばならない、とボエマーは指摘している。また、犯罪による受益についてはそれを得られるかどうかの確実性の有無、利益の多寡が検討の対象となる、とする。

グローベは、以上のようなボエマーの徴憑の理解はカルプツォフによるそれよりも、よりきめこまかいものであると高く評価している。<sup>(93)</sup>

六項の「被害者による非難」をみてみよう。<sup>(94)</sup>当初、ボエマーは条文適用の要件を、「非行者が死すべきであると非難されている場合」に限定していたが、後に見解を変えて、被害一般を受けていることで非行者を非難している場合に拡大している。この点は、カルプツォフが傷害を受けたことを非難している場合で十分であるとしていたこととは対照的であつた。被害者による非難が徴憑として有効となる場合をボエマーは以下の場合であるとされている。①被告人の主観的な意思に鑑みれば、そうした非難が当然に読み取れる場合。②被害者が死亡するか宣誓することによって非難が

より強いものとなった場合。(被害者が死亡している場合は、その者はよき人(のままで死亡した)であるからその告発には信用性がある。)なおボエマーは、カロリーナ法二五条六項の解釈についてクレスが第三者の証言をも含ましめていたことを批判していた。被害者こそが事件の証人であり、第三者による申告は憎悪等によりなされることがありうるというのがその根拠であった。

七項の「逃亡中」の解釈についてみよう。<sup>(95)</sup>これについてはボエマーは当時の通説とは異なった解釈をしている。当時の通説は一般糾問が開始される前の逃亡と脱獄の場合を区別していた。前者の場合に関しては悪性の発露としていたが、後者に関しては寛大に扱われることになっていた。なぜならば、特別糾問及び収監が不快であるが故の逃亡と解されてきたからである。これに対してボエマーは、このような区別をすることは不必要であるとし、逃亡そのみでは微憑にはならず、他の微憑がそれに付け加えられねばならないとしている。

カロリーナ法二五条に次いで、二六条もまた拷問の賦課要件について規定しているが、これについてもボエマーは検討を加えている。二六条では、「財産及び資産の問題に関して被告人と被害者の間に争いがあつた場合」の解釈が問題となるが、<sup>(96)</sup>これについてのボエマーの見解は、カルプツォフやクレスと同じく、カロリーナ法二五条五項の動機の一事例でしかないとしていた。

以上、カロリーナ法二五、六条の条文に即して、ボエマーの見解を概観した。なお、ボエマーの見解ではカロリーナ法の注釈にとどまらず、拷問要件をさらに厳格に解すべく、カロリーナ法に規定されている拷問要件としての遠い微憑以外にも、拷問許否の検討に際して考慮されるべき犯罪一般に共通する遠い微憑を考察しているのが注目される。<sup>(97)</sup>簡単に見ておこう。

ボエマーは被告人の供述が変転する場合について論じている。カルプツォフがこの場合でも拷問を認めていたこと<sup>(98)</sup>

に對して、ボエーマーは、被告人が自分の精神状態が動転していたことを主張することによって有効な反証活動を行うことができる、と主張し、供述の変転が拷問の要件とはならないことを主張する。さらに虚偽の陳述に關してもまたそれのみでは拷問適用はできないとしている。糾問を受けることそれ自体に對する嫌悪から、それを免れるために虚偽の陳述をすることは往々にしてあるからというのがその根拠である。このようにカロリーナ法規定の法定要件以外にも独自の要件を加えることによつて拷問要件を嚴格に解釈しようという思考を見ることが出来る。

(三) 犯罪一般に共通する最も近い徴憑 (*indicia communia proxima*) について

前記(二)でみた、遠い徴憑 (*indicia remota*) についてはより限定的な解釈を加えていたボエーマーは、そのみで拷問要件として十分であるとされるもので、カロリーナ法二三条が規定している、最も近い徴憑 (*indicia proxima*) の解釈については、一部において異なつた立場をとつてゐる。この徴憑は、二名のよき証人によつて立証されることを要するものである。しかし、ボエーマーはこの点につき、二名の証人の証言によつて複数の徴憑のうち、一つが立証されればよいとしている。この点は、彼以前のブルンネマンが、複数の徴憑を組み合わせることによつて拷問要件を認定していた点と異なる<sup>(99)</sup>。ボエーマーは、そうした徴憑同士の組み合わせまで認めると、法が役に立たないものであること、さらには公共の福祉に對して不利益が生じることを推定しているということになり、それは法をよく解釈することとは一致しないものであると考へていたのである<sup>(100)</sup>。

まずカロリーナ法二九条の「拷問賦課に十分な完全な徴憑」である最も近い徴憑 (*indicia proxima*) について、ボエーマーの見解を見ていくことにしたい。

まずは行為地で発見された物の所持についての規定である<sup>(101)</sup>。本規定の前提として考慮されねばならないことは、次の

四つであるとボエマーは主張している。まず①カロリーナ法二九条の文言である「行為時になくした」ということについてであるが、行為前に行為地に居合わせた人がその物を見ておらず、行為後にそれが発見されたことが問題となる。これについては、当該物の所持者が行為地にいたこと及び犯罪を挙行したことに蓋然性が認められる、という結論が導かれ、その認定を厳格に行わねばならないとする。次に②容疑者が当該物を以前に持っていたこと、及び③被疑者が当該物を盗まれたこと及び偶然にもなくしていたことを立証した場合には、証明力は減殺される、と指摘する。<sup>(102)</sup>なお、④素行の悪い者が盗んできた当該物を無辜の者に罪を着せるために犯罪現場にそれを残すことがありうることを、指摘している点は、厳格な解釈を志向するものといえよう。

次に、カロリーナ法三〇条規定の「半証言」についてのボエマーの見解を見る。<sup>(103)</sup>これについてもボエマーは、以下の四つの注意点を検討することを主張している。①証人が行為を直接に目撃していること。ボエマーはカロリーナ法二三条を援用して、証人は既遂行為について何がしかを証言せねばならないと、カロリーナ法規定の要件よりも限定を加える。証人適格についても、証人が品行方正であることを求めている。もつとも証人適格を欠く複数の証人が同じ証言をした場合には証拠能力が生じるとする。更に、証言は詳細且つ明確なものでなければならぬ。また伝聞証拠は許されない。②二人の証人が個別に異なった「遠い徴憑 *indicia remota*」を証言する場合の取り扱いについて。ボエマーはこの場合でも半証言になるとしている（カルプツォフヤクレスとは異なる）。この場合、<sup>(104)</sup>三個以上何個の「遠い徴憑」が必要かという点について裁判官の自由裁量に委ねられていた。そして注目すべきなのは、ボエマーは、この場合において、カロリーナ法二八条によって免責証拠をも裁判官は検討せねばならないと主張していたことである。③裁判所の面前における「最も近い徴憑 (*indicia proxima*)」の自白は半証拠となる。④一人一人の証人が、互いに関連し且つ同一の犯罪に関するものである、各々違つた最も近い徴憑 (*indicia proxima*) を証言した場合のとり扱いについて。こ

の場合には半証言となるとしている点が注目される。なぜなら、この見解は、カロリーナ法三〇条の文言とは相容れないからである。カロリーナ法三〇条の文言は、全ての徴憑が二人の証人によって立証されることを求めているからである。<sup>(105)</sup>

また、カロリーナ法三一条の共犯者による証言について、ボエーマーの見解を見ておこう。<sup>(106)</sup> 三一条はまず次のように規定する。「さらに、罪状が立証された犯罪者で犯行時に共犯者がいた者が、獄中で、共犯者に自身の犯罪行為の責任を転嫁する場合に、共犯者と名指しされた者に嫌疑を向けることができる場合は、以下のような事情及び事態が補足され確認された場合のみである(以下後略)」。三一条はこのように規定した後、一項から五項まで詳細に要件を規定する。一項は共犯者の氏名が自白中に出てきた場合について、二項は共犯者の関与形態について、三項は共犯者との人的関係について、四項は共犯者自体に怪しい素振りがあるかどうかということについて、五項は共犯者について自白した内容が一貫して維持されるかどうかということについて、である。この条文の解釈について、グローベは、ボエーマーはいわゆる引つ張りこみの危険を軽視していると批判的に評価している。<sup>(107)</sup> これらについてのボエーマーの見解をみていくことにしよう。基本的には各項の要件を緩和しようとしている態度をみてとることができる。①三一条一項の共犯者の名前が拷問中に自発的に出てきた場合について。ここでは「拷問中に一般的な形式で問われ」という文言が問題となる。ボエーマーの見解によれば、これは特定の個人の名前を誘導するような質問形式であつてはいけないということ、利益誘導のようなものではあつてはいけないとされているにすぎないという。また、カルプツォフやブルンネマンが「拷問中に」という文言を、「拷問を行つてゐる間に」と理解しているのに対して、ボエーマーはカロリーナ法三一条の規定が質問をする場所と時間を規定していないこと、また前記のように三一条は拷問に際して利益誘導的、誘導尋問的なものを行うことを禁じているに過ぎないとする立場から、共犯者による自白に拷問を行つていない場合のものまで含める見解を主張している。②三一条二項の共犯者であると名指しされた者の助力をどのように受けたかを、供述者に詳細に

問うことを求める規定について。これについてはポエマーは魔法の罪を例に挙げている。魔法使用との同衾及び悪魔との契約は「空想的である」から、そうした要素には含まれないとしている点が注目される。なおこの点については、法廷外での自白の取り扱いにも類似のものがみられ、魔法使用の「大言壮語」などは<sup>(108)</sup> 徴憑にはならないとしている。<sup>(108)</sup> ③第三項は、共犯者であるとされた者と供述者の関係について規定している。ここでは敵対関係・利益関係の有無などが問われ、そのような関係がある場合には、証言を採用できない旨を規定している。これについてはポエマーは規定内容から離れ、当該供述が敵意からなされたものであるという推論よりもなお強い証明力をもつと考えられる場合には、証拠適格が認められるとしている。<sup>(109)</sup> ④第四項は共犯者であるとされた者が、嫌疑をかけられてしかるべき人物である旨を規定している。これについては、自身がよき風評を持つ者であることを証明することで反証できるとしている。<sup>(110)</sup> ⑤第五項は証言が維持されることを求める。これについてはポエマーは特に付言していない。

ポエマーは、共犯者の証言が徴憑となる場合について定める三一条の解釈については、①及び③についてはカロリーナ法の要件を拡大している。これは、徴憑で有罪判決を下すことができないとされていたカロリーナ法の影響によって、拷問要件認定の緩和が生じたことを示しているよう。

ここでポエマーの「最も近い徴憑 *indicia proxima*」及び「遠い徴憑 *indicia remota*」の理解について簡単に総括しておこう。前者では、①証人一人一人が別々の最も近い徴憑 (*indicia proxima*) を主張した場合の取り扱いが問題となり、<sup>(111)</sup> ②後者については前者との区別が問題となると指摘されている。

まず①証人一人一人が各々別の「最も近い徴憑 (*indicia proxima*)」を証言した場合の取り扱いについてである。ポエマーはクレスやカルプツォフと同じように、それらを加算することで半証拠となるとしている。半証拠となるための証言がなされた徴憑の個数については、最低三個を必要とし、それ以上どのくらい必要とされるかについては裁判

官の裁量に委ねられている<sup>(110)</sup>。また、「遠い微憑 (*indicia remota*)」についても、半証言となる場合の個数については同じであった。このような見解がとられた背景にあったのは、カロリーナ法の有罪判決の要件が厳しく(自由、二名の目撃証人)、微憑のみでは有罪判決を下せなかったという点であると思われる。また、②についても、*indicia proxima* と *indicia remota* の区別が流動的である点が問題であった。即ち、負罪証拠と免責証拠が拮抗する場合にこれが問題になる。この場合、ボエーマーらの見解によると、拷問を行うに必要な微憑の数は自由裁量に委ねられることになるが、*indicia proxima* と *indicia remota* の区別が流動的であれば、それら微憑を加算する場合に例えば後者を前者として評価することにより、必要とされる証人の数を少なくすることなどによつて拷問を行うことが可能となるだが問題があった。このようなボエーマーの見解は実務に大きな影響を及ぼした。

- (58) これらの立法とカロリーナ法の異同という視点から論じたものとして、Miethe, 100 Jahre Strafgesetzgebung nach der Carolina Jeronschek u.a. (Hg.) in: Benedict Carpoz (2000) がある。
- (59) Grove, Beweisregeln, S.14f.
- (60) カルプツォフの微憑理論の全体像を概観するものとしてはハイチュの論稿(Heisch, Beweis und Verurteilung im Inquisitionsprozess Benedikt Crpoz's 1964 (以下 Heisch, Beweis und Verurteilung と表記))がある。
- (61) 証人甲が最も近い微憑 A (*indicia proxima A*) を、証人乙が最も近い微憑 B (*indicia communia proxima B*) を証言する場合に、それらが加算され、半証拠となるという考え方である。
- (62) Heisch, Beweis und Verurteilung, S.45.
- (63) Grove, Beweisregeln, S.16f.
- (64) Grove, Beweisregeln, S.26.

- (65) Grove, Beweisregeln, S.27.
- (66) Vgl. Grove, Beweisregeln, S.28. Fn. (5)
- (67) Grove, Beweisregeln, S.28.
- (68) Grove, Beweisregeln, S.29.
- (69) Grove, Beweisregeln, S.30.
- (70) Grove, Beweisregeln, S.30.
- (71) 刑訴法一六〇条一項 検察官は、犯罪に関する届け出又はその他の方法で、嫌疑を認知するに到った場合には、事実解明のために公訴を提起するかどうかの決定をせねばならない。二項 検察官は被疑者にとつて不利な事情のみならず、不利な事情もまた捜査せねばならない。また、検察官は滅失が予測される証拠が顕出されるよう配慮せねばならない。三項 検察官の捜査は、犯罪事実に対する法的効果の決定に意義を持つ諸事情に及ぶ。このために、検察官は裁判所の調査を利用することができる。四項 連邦法又はそれに対応する特別法に抵触する場合には、検察官による処分は許されない。
- (72) Grove, Beweisregeln, S.31f.
- (73) Heisch, Beweis und Verurteilung, S.40.
- (74) カロリーナ法は六三条から六八条にかけて証人適格について規定している。面識のない証人につき相手側から異議申立てがなされた場合(六三条)、報償証人(六四条)は証人適格が認められない。さらに証人となれるのは、「不評のない人、いかなる理由からも非難され得ない人」とする(六六条)。また虚偽の陳述をなし被告人を有罪に陥れた証人については、同じ刑罰が加えられるとされていた(六八条)。
- (75) Grove, Beweisregeln, S.35.
- (76) この点はブルンネマンと異なっている。ブルンネマンは異なる *indicia proxima* のもつ証拠価値同士を加算することはできないと主張してゐた。: Grove, Beweisregeln, S.17.
- (77) Grove, Beweisregeln, S.37f.
- (78) Grove, Beweisregeln, S.38.
- (79) Grove, Beweisregeln, S.57.

- (80) グローベによればこれこそが「法確証 (Rechtssicherheit)」であるとされる。; vgl. Grove, Beweisregeln, S.59.
- (81) Grove, Beweisregeln, S.60.
- (82) Grove, Beweisregeln, S.67.
- (83) ボルトはこのような考え方は自然法による影響を受けていたと主張する。(Boldt, J·F·Boehmer und die gemeirechtliche Strafrechtswissenschaft 1936, S.118.) なお道徳的確実性で「足り」という表現は立証程度が低いものでも拷問賦課が可能であったという印象を与えるが、現代的意味での有罪判決に要求されるそれと同じであったといってもよいであろう。
- (84) Grove, Beweisregeln, S.76.
- (85) Grove, Beweisregeln, S.77.
- (86) Grove, Beweisregeln, S.78.
- (87) Grove, Beweisregeln, S.79f. ここに徴憑が「被告人の危険性」をも意味するものであったということが示されている。
- (88) Vgl. Grove, Beweisregeln, S.80. Fn. (1)
- (89) Grove, Beweisregeln, S.80f.
- (90) Grove, Beweisregeln, S.82f.
- (91) Grove, Beweisregeln, S.83.
- (92) Grove, Beweisregeln, S.84f.
- (93) Grove, Beweisregeln, S.85.
- (94) Grove, Beweisregeln, S.86f.
- (95) Grove, Beweisregeln, S.87f.
- (96) Grove, Beweisregeln, S.89.
- (97) Grove, Beweisregeln, S.89f.
- (98) Heitsch, a.a.O., S.43.
- (99) 本章第四節第一款一を参照。
- (100) Grove, Beweisregeln., S.91.; なおポエーマーの刑事司法思潮においては「公共の安全 (salus publica)」がその根底にあった

」などを想起せねばならぬ。

(101) Grove, Beweisregeln, S.92f.

(102) ホエーマーが例としてあげるのは犯罪現場を散歩する習慣があつた場合である。なお、自身がよき人 (*vir bonus*) であることを証明した場合も同じである。

(103) Grove, Beweisregeln, S.93ff.

(104) この点はブルンネマンやクレスと同じであった。

(105) ブルンネマンはこの点についてはカロリーナ法に厳格、忠実であった。なお、本章第四節第一款一を参照。

(106) Grove, Beweisregeln, S.98ff.

(107) Grove, Beweisregeln, S.98.

(108) Grove, Beweisregeln, S.103.

(109) Grove, Beweisregeln, S.97f.

(110) Grove, Beweisregeln, S.97.

### 小括

以上、カロリーナ法成立以降の代表的刑事法学者である、ブルンネマン、クレス、ボエーマーの見解を見てきた。この三者に共通していることは、カロリーナ法規定の拷問要件を満たすための徴憑について、①そのみでは拷問要件には足りない徴憑、②そのみで拷問要件に足りる徴憑について、個々の徴憑に対する解釈のあり方を提示しているという点である。それが端的に表われているのが、遠い徴憑 (*indicia remota*) と最も近い徴憑 (*indicia proxima*) と區別した上で、それらに一定以上の個数を必要としていることである。<sup>(111)</sup>

まず問題とされたのは、拷問要件に必要とされる徴憑の個数をどう算出するかである。即ち、別々の「最も近い徴憑」

について一人ずつの証人がある場合に、それを加算することができるかどうかということであった。これについては、ブルンネマンは否定し、クレスとポエマーは認める。しかしながら、この場合についてクレス、ポエマーは、それぞれ一人の証人がいる別々の最も近い徴憑を最低三個求め、それ以上何個を考慮せねばならないかは自由心証に委ねるとすることによって、安易に拷問が賦課されないようにしている。遠い徴憑については、個々について二人の証人を求め、それが半証拠として拷問要件になるには、最低三個が必要であり、それ以上の個数を求めるかどうかは自由心証に委ねられるとしている点では三者とも同じである。

次に、個々の徴憑を「評価」する場合のあり方についても、その性質に応じた限定的な解釈を求めている点、反証を考慮することを求めている点を指摘しておかねばならない。そこには、拷問賦課を厳格に行う意図を読み取ることが可能である。また、徴憑としての風評等を独立の徴憑とはせずに、それを副次的なものと理解している点、それとも関連するが、犯人と徴憑との結びつきが認定されることを拷問開始の要件とする見解に注目せねばならない。この点は、本節の最後で取り上げたポエマーの見解が典型的である。ポエマーは拷問賦課の要件として犯罪事実の立証そのものを求める。これは現代的な表現で言えば、状況証拠による有罪認定に他ならないのではないかと思われる。このように拷問賦課要件の認定に際しては、事実上の有罪認定を求めていること、またそれに際しては、反証の考慮を求めていることなどからも判るように、拷問賦課の決定には確信が求められていた<sup>(12)</sup>ことを指摘できよう<sup>(13)</sup>。

もつとも、解釈指針を示すことで恣意性を極力排除して、拷問の適用を厳格なものにしようとする志向は見られるが、反証は被告人がそれを行うか、後見的にそれを考慮すべきである、としている点は、カルプツォフ以来の伝統の延長線上にあるものであった。つまるところ、無罪推定の側面では、「よき推定」の考慮を「行うべきである」とされていたに過ぎない。

附記 本稿は、北海道大学大学院法学研究科審査学位論文（二〇〇二年六月二八日授与）を加筆修正したものである。

(111) 半証拠、及び半証拠に至らない証拠の「個数」が問題となるのは一八世紀中期のフランスでも同じであった。これについてはヴォルテールが批判している。石井三記「ヴォルテールと刑法改革思潮の展開」『一八世紀フランスの法と正義』一九九九年一六四頁。

(112) ボエーマーにあつてはカロリーナ法から離れている点も相当見られる。それは、カロリーナ法が厳格な規定を設けたために正規刑を内容とする有罪判決を行うことが困難となったことと表裏をなしていると思われる。この点ボエーマーが「公共の安全」を、そうした解釈のキーワードにしていることは、後に特別刑が保安的措置であると理解される素地を提供するものであつたと評価できる。

(113) そして、それに疑念ある場合には、カロリーナ法にしたがって鑑定依頼が行われることになつていた。なお、カロリーナ法の証拠規則は、裁判官による確信形成の「手引き」としての側面を持つものであつて、裁判官の判断はその個人的確信に依拠せねばならなかつた点をキューパーとエ・シュミットは指摘する。(Kueper: Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen 1967 S.128 ff. (以下単に「Richteridee」とのみ表記) ; Schmidt: Strafrechtspflege, S.208.)  
また、カロリーナ法の意義を、抽象的法規範の個別具体的な事件への適用に際し生じる、濫用や誤用の防止であつたとし、よつて刑事手続の公化をゆるぎないものにする点に見出す見解がある。これについては、藤本幸二「中近世ドイツにおける証拠法の変遷について」一橋論叢三五巻一号（二〇〇一）六九頁以下、特に八三頁を参照。