

論
説

糾問手続における徴憑（状況証拠）と自白に関する一考察

目次

- I はじめに
- II カロリーナ法
- III 拷問賦課手続での「事実認定」
- IV 自白の「確認手続（Ratifikation）」と事実の確定
- V おわりに――若干の検討――

公文孝佳

1 はじめに

わが国の刑事裁判（手続）において、自白が特に重要視——「偏重」と否定的に評されるのが通常であるが——されている点は夙に指摘されている。そしてそれゆえにこそ、自白はわが国の刑事訴訟法学界・実務において、常に大きな問題であり続けている。また、事実認定の適正化が叫ばれて久しい。そしてそのスローガンのもと公にされた成果も数多い。自白を巡る諸問題と事実認定の適正化という視点は、再審無罪事件で自白がキーポイントとなったところから、自白採取の相当性、任意性という点で問題とされ、実証的な観点からの研究を始め、多くの目覚ましい業績が公にされている。⁽¹⁾ また、川崎教授らによって主張されている証拠構造論は、⁽²⁾ 再審の事例の研究を通じて得られた知見をもとに、事実認定の適正化・客観化を意図するものであった。

ただ、以上の研究によって得られた注意則は、裁判所の心証形成の参考になるべきものであるにしても強制的性質を持たない。（自由心証主義）結果、質・量ともに十分な蓄積のある事実認定研究により得られた知見は、その効能を発揮しにくい状況に置かれていとも思われる。換言すれば、自由心証主義が、その「自由」の故に、注意則に基づいた適正な事実認定への飛翔を阻害する倒錯した状況があるように思われるのである。

この点は自白の取り扱いにも端的に現れるように思われる。言うまでもなく、自白を証拠として取り扱うためには、自白法則がクリアされねばならない。任意性原則と補強法則である。このうち前者に関しては、再審無罪事例等で違法な取調による自白の獲得が問題とされたことともあり、採取手続自体を厳しく規制する違法排除説が主張されるに至っている。⁽³⁾ 他方、補強法則に関してはどうか。今日、周知のように、自白の補強証拠の範囲としては形式説と実質説の対立がある。罪体の全部又は重要部分に補強証拠が必要であると主張するのが形式説、自白と補強証

扱が相俟って罪体を認定できれば足りるとするのが実質説である。判例は一般に実質説を採っていると解されるが、⁽⁴⁾何をもつて「実質」とするのか、また、自由心証主義の例外である補強法則の適用を自由心証に委ねるのは不当ではないか、という当然の批判が向けられるだろう。また、自白の取調はその他の証拠が取り調べられた後でなければならぬとする、三〇一条の規定についても、それが自白以外の証拠からさほどの心証をとらずに、「最終的に」自白を取調べた上で有罪の心証を形成するがごとき運用がなされるならば意味がない。以上のような自白と補強範囲の問題、それにも深く関連する取調順序の問題は、事実認定の場面において、自白とその他の証拠の相関関係をどのように理解するかの問題でもある。この点に関して、従来の研究は、個々の事件での自白とその他の証拠の相関関係を検討することで多くの成果を生み出してきた。しかし、自白を巡る種々の弊害を克服するためには更に一歩進んで、自白とそれ以外の証拠との関係を規制する補強法則を画餅に墮さしめることなく、実効性を持たせるための理論構成が必要であると言わねばならない。

以上のような視点から問題を考えていくに際して、格好の材料を提供しているように思われるのが糾問手続である。自白(あるいは二人の目撃証人)を有罪判決の要件とした糾問訴訟は、手続を一般糾問と特別糾問にわけ、前者で徴憑に基づく事実の確定を行い、その上で、後者において自白の採取を目的とした拷問を行うというものであった。ここでは、自白とその他の証拠は、それが問題とされる場面が区別されていたのである。それでは、自白以外の証拠(徴憑)はどのように位置づけられていたのか。この点を明らかにすることで、今日における自白とそれ以外の証拠による事実認定適正化の議論に、幾許かの示唆が得られるのではないかと考えている。また、自白及び証拠法の歴史的研究をするにあたり、その研究の出発点として、糾問訴訟における自白と徴憑の関連を整理しておくことは意義があると考ええる。

II カロリーナ法

最近の研究によれば、⁽⁵⁾ 糾問手続は、手続を運営する側の恣意的な運営あるいは濫用を抑制すべく登場したものでありとされる。それゆえに、事実の確定と犯人の確定手続が一般糾問と特別糾問とに分けられ、前者を前提としてはじめて後者の手続に進むとされていた。⁽⁶⁾ すなわち、一般糾問では「事実の確定」が特別糾問では「拷問による犯人の確定」が行われることになっていた。しかしながら、事実の確定の対象となる罪体には確定しがたいものもあり、そこから風評を糾問手続上の要件として考える立場が登場した。⁽⁷⁾ しかし、風評という犯罪の事實的側面には属さないものを手続に組み込むことに対して、事実の確定を特別糾問開始要件として求める立場が疑問を呈するのは自明のことであつた。そこで、風評のみならず、その余の徴憑を求めるべしという理論的手当てがなされたのであるが、風評をも含めたそれら徴憑が、拷問に十分なものであるかどうかという点については、裁判官の裁量に委ねられていた点に問題があつた。⁽⁸⁾ この点は拷問の濫用という形で現れることになったと思われる。そしていかなる状況が現出したかは、一五三二年に成立したカロリーナ法の序文から見て取ることができよう。「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、危険で遅滞しがちであつた審理によつて処刑を延期されているか、生命を永らえるか、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つて、また一般の利益という点では非常に大きな損害である」。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つた。⁽⁹⁾ 同法の拷問と自白に関する部分を概観しておこう。

まずは、六条規定の、⁽¹⁰⁾ 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）⁽¹¹⁾ 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ぬ。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ぬ。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。（二七条）⁽¹²⁾ 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）⁽¹³⁾ 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）⁽¹⁴⁾ 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される以前に、被告人に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）⁽¹⁵⁾ 次に自白に関してであるが、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）⁽¹⁶⁾ 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）⁽¹⁷⁾ 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る特別刑、仮放免（*absolutio ab instantia*）の導入が提唱されることになる。

以上のような特徴を持ったカロリーナ法は、最近の研究が示すように⁽¹⁸⁾、その存在意義を、抽象的規範の個別具体的

な事件への適用に際し生じる濫用や誤用の防止に見出すものであった。⁽¹⁹⁾つまり、イタリア法学における徴憑を巡る理論の欠点を、拷問には「風評以外の+α」が必要であるとしつつ、それを自由裁量に委ねた点に見出すとするなら、カロリーナ法はその欠点を拷問開始に必要な徴憑を予め法に規定することで克服しようとしたといえるのである。⁽²⁰⁾このような志向を持つカロリーナ法の成立によって、刑事手続の恣意的運営を防止するための道具立ては整ったのである。

III 拷問賦課手続での「事実認定」

神聖ローマ帝国の統一法として成立したカロリーナ法は各地に次第に受容されていき、そこでの立法を促した。⁽²¹⁾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。即ち、糾問開始要件、拷問の適否について学問的な検討が加えられることになったのである。

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、確かに拷問そのもの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許されるだろう。

以下においてはカロリーナ法における、拷問賦課手続での事実認定について若干の紹介と検討を行う。なお、考察にあたり、徴憑をその性質に従い、次の二つに区別して論じることとしたい。一つは、単独では拷問の賦課を正当化できない「遠い徴憑 (indicia remota)」である。今ひとつは単独で拷問賦課を正当化できる「最も近い徴憑 (indicia proxima)」である。

1. 遠い徴憑 (indicia remota)

(1) 徴憑としての風評・悪評の取り扱いについて

前記Ⅱで紹介したように、糾問手続ではその開始要件の一つとして、風評・悪評が問題となっていた。このことは、罪体の確定を厳格に求めると、手続の機能不全をもたらすという政策的配慮から生じたものであった。とはいえ、拷問の濫用を防ぐべく、拷問を行うには風評・悪評以外の徴憑が求められた⁽²²⁾。しかしながら、それがどの程度の範囲で求められるかが不明確——自由裁量に委ねられていた——であった点に遺漏を残し、それが結局は拷問の濫用をもたらすことになる。

カロリーナ法の意義は拷問要件を厳格に規定した点に見出されるが、糾問の開始要件として風評・悪評を認めている。⁽²⁴⁾（六条）また、拷問開始要件の一つとしてそれを数えいれている。⁽²⁵⁾（二五条一項）言うまでもなく、風評・悪評は、犯罪事実の実体的側面と直接の関連を持つものではない。後世における糾問手続への批判は、手続要件として、これらが含まれていたこともその要因であったように思われる。それでは、その実相はどのようなものであったのであろうか。また、風評・悪評の取り扱いを巡る見解を見ることは、糾問手続における事実認定の実相を見ることに寄与すると言わねばならない。この点を論じるにあたり、一七世紀を代表する刑事法学者であるカルプツォフ（一五九五—一六六六）⁽²⁶⁾の見解を見ることから始めることにしよう。

既に見たように、カロリーナ法六条及は風評・悪評を糾問開始要件として挙げる。⁽²⁵⁾この六条は規定からもわかるように、悪評に加えて十分な徴憑があれば拷問を行うことを認めるものである。カルプツォフによると、悪評の存在が認められるのは、二人の証人が「自分たちは民衆の大半から悪評を聞いたし、それは民衆の間で遍く広がっている」

と証言した場合とされる。この悪評の取り扱いに関してカルプツォフはカロリーナ法六条の解釈として、悪評は他の徴憑に代わるものとなる、と理解する。このことが意味していたのは、悪評は、糾問手続の「開始」要件としては、他の証拠と同時に存在する必要はないということであった。⁽²⁶⁾

しかし、カルプツォフは、以上のように糾問「開始」の要件としての悪評を独立した徴憑と認めつつも、拷問開始要件としての風評に関してはかなり厳格な立場を取る。この点について、再びカロリーナ法を見てみよう。カロリーナ法は徴憑を「犯罪一般に関する徴憑」と「個別の犯罪に関する徴憑」と区別して規定しており、前者については二五条がそれを規定する。そして悪評は前者に含まれる。(二五条一項) しかし、カルプツォフは、悪評については、拷問開始を基礎付ける独立の徴憑としては認めず、更にそれが拷問賦科要件検討のための事実認定に参加できる要件を、極めて厳格に論じている。まず、悪評を「そのみで他の徴憑がない場合には」拷問の要件とはならないものであると理解する。このように指定した上で、悪評が徴憑として認められる条件を極めて厳格に定めていた。つまり悪評を徴憑として認める条件として次のものを要求していた。①糾問開始前に存在すること。②悪評の範囲が申告されること。③証人が悪評を他の大多数の民衆から聞いたことを申告すること。④誰からその悪評を聞いたか証人が申告すること。⑤④で申告された者が信頼の置ける人物であること。⑥証人が悪評の発生した根拠を申告すること。⑦証人自身の風評が良いこと。⑧風評がそれを流すことにより利益を受ける者からなされたものでないこと。⑨風評が犯罪地と同じ場所で流れていること。⑩風評が具体性を欠くか概括的なものでないこと。⁽²⁷⁾ 以上のように、悪評が徴憑となるための要件を相当厳格に絞った上で、他の徴憑との組み合わせを考えている。

以上のように、一般糾問開始要件として風評・悪評を認めつつも、拷問開始要件としては厳格な立場を取るという方向性は、カルプツォフ以降の刑事法学者の採用するところとなる。その代表的見解として、クレス(一六七七)

一七四一）とボエーマー（一七〇四―一七七二）の見解を簡単に見ておこう。

クレスは風評・悪評については、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。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に注目せねばならない。更に注目すべきは、悪評・風評については容易に反証することができるとしている点である。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で、それ以外の風聞については反証を認めていた⁽²⁸⁾。

以上のような、徴憑としての風評・悪評を認定するに際して反証を考慮する立場は、ボエーマーもまた支持する。ボエーマーは、前述したカルプツォフの要件を顧慮すれば、風評・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が、拷問要件としての風評・悪評の認定に関して厳格な立場を取る点は変わらない。ボエーマーは悪評の根拠が確定されることを求め、それは被告人の自堕落な生活などから判明するとするが、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⁽²⁹⁾ということを証言する証人によって容易に反証されうるものである、としていた。

クレスとボエーマーの見解で注目すべき点は、徴憑としての風評・悪評の評価に際して反証の考慮を求めている点である。この点、カルプツォフが要件を絞ることで風評・悪評の認定を厳格にしようとしていたことよりも更に一歩進んだものと理解できよう。また、風評・悪評に対する厳格な態度は、拷問賦課要件の存否を確かめる事実認定において、犯罪の事實的側面の確定を重視するものに他ならないと言わねばならない。

(2) 風評・悪評以外の徴憑について

遠い徴憑 (indicia remota) のうち、風評・悪評は犯罪の事実的側面と直截の関連をもたないという点で、カリリーナ法二五条規定の徴憑のうち、他のものと性質を異にしているといえよう。それゆえに、カリリーナ法の解釈に際して、カルプツォフもクレスもボエーマーも慎重な態度をとっていたのは、先に見たとおりである。

それでは、風評・悪評以外の徴憑について諸家はどのように理解していたのか。犯罪一般に共通する徴憑を規定する二五条規定の徴憑につき風評以外のものについて簡単に見ていくことにしたい。⁽³⁰⁾

まず、犯罪地での目撃、犯罪地の途上での被告人の目撃を規定する二五条三項に関してである。これは、殺人が問題となる場合には、容疑者が犯罪地で血だらけの武器を持っているところが発見された場合、これは殺人の場合における「完全な徴憑」になるものである。⁽³¹⁾ この徴憑に関しては、カルプツォフはカリリーナ法に特に付け加えていない。⁽³²⁾ しかしながらクレスは二五条における犯罪地の解釈は拡大される傾向にあった危険性を指摘している。⁽³³⁾ この点はボエーマーも同じ見解を取っており、当時の実務において、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本要件が満たされるとされていたこと、また、犯罪地の近隣にいただけでも満たされていた点に疑問を呈し、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関しても、それが犯罪を行うのに適した時間であったかどうかを検討されねばならないとする。⁽³⁴⁾

二五条四項に規定される「被疑者が同種の犯罪を犯す人の近くに住んでいるか、その人と徒党を組んでいる場合」に関して、カルプツォフは特にコメントをしていない。他方クレスとボエーマーは、この徴憑についての解釈指針を示している。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ってきたのか、ということ、さらには被告人が意図的に交流を持っ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。⁽³⁵⁾ ボエーマーも限定的な

解釈を施す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⁽³⁶⁾。本項規定の徴憑もまた風評と同じく、犯罪の実体的側面と直接の関連がないものであるから、限定的解釈が施されたのではないかと考えられる。

次に二五条五項の動機について見てみよう。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、それらの原因となっ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って差異があるから、としている⁽³⁷⁾。すなわち、動機はそれに基づく外的行為に現れて初めて問題となるものであり、一定の精神状態そのものは単体としては徴憑となりえないとしている。この点はボエーマーも同じである。ボエーマーはよりきめ細かく動機について論じている。ボエーマーは動機を、「憎悪」「敵意」「脅迫」「犯罪により利益を受けること」の四つの要素から論じる。しかし、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限定的に理解する。そして徴憑として憎悪を認定するには、それに根拠があることが認定される⁽³⁸⁾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を行うことを求めている。

更に、脅迫に関しては、それが気まぐれに行ったものであるか、それとも、その者が脅迫の意思で行ったかさらにはそれを行う機会があっ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、とボエー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現実性の有無、利益の多寡が検討の対象となる、としている。このように、動機に関して具体的行為との関連性を前提としている点で「事実」認定への志向は強かった。

次いで七項の「被害者の告発」である。これについては、カルプツォフはカロリーナ法に特に付け加えをしておらず、告発の根拠が説明されることを強調しているのみである⁽³⁸⁾。告発の根拠の内容に関して、クレスとボエーマーが論

じている。まずクレスの見解を見よう。⁽³⁹⁾ クレスは、その者が被告人を犯罪地で目撃したか、目撃はしなかったものの被告人の声を聴いたか、もしくは長期間敵対関係にあった、ということ申告することを求めた。そしてこのような内容の告発を十分に特定できない場合は、まず一般糾問の開始要件となった。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）場合についても次のように述べている。即ち、その者がよき人（*bir vorns*）であった場合、またその内容が明晰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。次にボエーマーの見解を見よう。⁽⁴⁰⁾ 被害者による告発が徴憑として有効となる場合をボエーマーは以下の場合であるとしている。①被害者が被告人を目撃したということ。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。なおボエーマーは、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。

二五条七項の逃亡に関しては、カルプツォフもクレスもボエーマーも限定的解釈を加えている。まずカルプツォフの見解を見よう。まず、カルプツォフは被疑者が逃亡したという事実の判断は裁判官にゆだねられるとしつつも、あらゆる逃亡を徴憑として理解してはならないという。その根拠として、被疑者が裁判官の憤激や敵対者の権力あるいは証人の偽証を恐れて逃亡することをあげる。その上で、風評と同じように単体では徴憑とはならないと、カルプツォフは主張している。⁽⁴¹⁾ クレスもまた同様であり、逃亡を徴憑として認めるに際しては、被告人が恐怖から逃亡したのか、それとも図太さやずるがしこさから逃亡したのか、ということを検討せねばならないとしている。もっとも厳格な立場をとるのがボエーマーである。⁽⁴²⁾ ボエーマーは逃亡そのみでは徴憑にはならず、他の徴憑がそれに付け加えられねばならないとする。犯罪事実と直接の関連を持たない徴憑に対する慎重な態度を読み取れよう。

最後に、財産に関して係争ある場合を徴憑と規定する二五条八項（二六条）を見ておこう。この徴憑に関しても三者はほぼ同様に限定的解釈を施す。例えば、カルプツォフは、係争状態を前提として、被告人が被害者の死亡により利益を受ける「見込み」があることを要求する⁽⁴³⁾。更にボエーマーは、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⁽⁴⁴⁾。

なお、「遠い徴憑」は以上のものに限定されていたわけではない。例えばカロリーナ法は「遠い徴憑」について法定されているもの以外のものをその性質に応じて徴憑とすることが出来る旨を規定していた。本項で見たように、風評・悪評あるいは逃亡といった、犯罪事実と直截の関連性を持たないものについて、それを単体の徴憑とは認めない立場に立てば、二四条による類推が活用されることになる。この点は徴憑の個数の問題として現れることになる。この点に関しては後に改めて論じることにする。

2. 最も近い徴憑 (indicia proxima)

前項では、二つ以上組み合わせることによって初めて拷問を根拠付けることの出来る、遠い徴憑 (indicia remota) をめぐる学説を概観した。次に本項で、あらゆる犯罪に共通し、且つそのみで拷問賦課を正当化する徴憑について見ておこう。この種の徴憑は次の二つに分類される。①被告人の負罪メルクマール。目撃証人あるいは共犯者の証言あるいは被告人自身の発言（大言壮語や事件前の脅迫的言辞）などがこれにあたる。②被告人自身の疑わしい行動。これには被告人が被害者に口止め料を支払うこと、被告人による共犯者への援助などが含まれる。まずは裁判所外での自供についてである。カロリーナ法三二条は、裁判所外で被告人が大言壮語によって犯罪を自供した場合と、犯罪が

生じる前に当該犯罪をやるぞといった脅迫していた場合に、拷問を認める⁽⁴⁵⁾。この徴憑について、カルプツォフは限定的解釈を施し、それら自供や脅迫は具体的な犯罪事実と結びついていなければならない、単なる大言壮語や脅迫では拷問を認めることはできないとする。なお、この場合でも、被告人が当該犯罪を行ないそうな者であるという点が要求されている⁽⁴⁶⁾。風評・悪評が補助的に使われている点に注意せねばならない。実際に行われた具体的行為との結びつきを厳格に求める点ではクレスとボエーマーもほぼ同様である⁽⁴⁷⁾。

次に犯行に供した道具が被告人のもとで見つかった場合を見てみよう。カルプツォフによれば、その者が犯人であることの徴憑とされる。もつとも、これが認められるのは、被告人が問題となっている犯罪行為を行いそうな者であるという風評が流布している場合に限られるとしていた。悪評・風評を異なる徴憑に対する補助的なものとして使う点は既に述べたとおりである。また、カルプツォフにあつては風評を徴憑として認める場合の要件が厳格であつたことをここで改めて想起せねばならない。なお、ハイチュによると、カロリーナ法が窃盗及び強盗の場合に規定したこの徴憑をカルプツォフはすべての犯罪に共通する徴憑に一般化していたとされる⁽⁴⁸⁾。また、盗品の処分や犯人の隠匿に関与したような場合の犯罪事実に関与した第三者の取り扱いに関してもカルプツォフは限定的な解約を施す。カロリーナ法四〇条によれば、ある人物のところで盗品が発見された場合、当該人物が、犯人が誰であるかという点について供述をしないことは、他の徴憑と相俟つてその者に拷問をすることが許される。しかし、カルプツォフは援助を行なった者の意思内容を問題とすることで更に限定的な解釈を施そうとする。即ち、その者が援助行動を「狡猾に(dolose)」に行なつたかどうかを問題とすべきであると主張している。例えば、行為に対する見返りを約束する場合などがこれに該当する⁽⁴⁹⁾。

他方、クレスとボエーマーは犯罪地で被告人所有の物が発見された場合を論じている⁽⁵⁰⁾。クレスはこの場合、被告

人によってその物が自分のものでないことを立証されるか、また、被告人によって、当該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、としていた。ボエーマーは更に詳しく検討している。⁽⁵¹⁾ボエーマーは次の四要素の考慮を求める。まず①カリリーナ法二九条の文言である「行爲時になくした」ということについて。ここでは、行爲前に行爲地に居合わせた人がその物を見ておらず、行爲後にそれが発見されたことが問題となる。この場合、当該物の所持者が行爲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、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ついて。以上の②、③の場合はクレスの見解と同じく、証明力は減殺される、と指摘する。⁽⁵²⁾また、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可能性があることを考慮すべきであるとしている点は、ヨリ厳格な解釈を志向するものといえよう。

以上のほかに、クレスとボエーマーは共犯者の自供が十分な徴憑となる場合について論じているのが注目される。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し、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共犯関係に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申告自体が維持されること、⑥さらにその申告内容自体が蓋然性を持つものであるということ、である。以上はカリリーナ法三一条に規定されるものに特に付け加えるものではない。⁽⁵³⁾しかし、引っぱりこみの危険を裁判所が

注意すべき要素として挙げるクレスの見解は、ボエーマーにあってもほぼ同様である。⁽⁵⁴⁾

また、ボエー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⁽⁵⁵⁾に対して、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。⁽⁵⁶⁾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対する嫌悪から、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った。⁽⁵⁷⁾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って拷問要件を厳格に解釈しようという思考を見ることができ

3. 徴憑の個数について

糾問手続の証拠法においては、拷問の前提として、証人及び徴憑の人数・個数が問題とされていた。ここで今一度カロリーナ法を確認しておこう。一つの遠い徴憑 (*indicia remota*) を拷問賦課のための事実認定に参加させるためには二名の証人が必要であった。そして、この遠い徴憑が二個集まる—これを半証拠という—ことで拷問を課すことが可能となった。最も近い徴憑 (*indicia proxima*) に関しても証人の数は同じで、事実認定に参加するためには二名の証人が必要であった。なお、証人適格についてはカロリーナ法は厳格に規定している。⁽⁵⁸⁾以上を基本として、諸家の見解を見ていくことにしたい。

拷問に必要な徴憑の個数について、カルプツォフは、カロリーナ法には従っている。⁽⁵⁹⁾しかし、異なった二つの「最も近い徴憑 (*indicia proxima*)」につき、一人ずつの証人がある場合に、それら二つを合わせて「半証」とし、拷問

を課することができるとしていた。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、それぞれに二人の証人がいる場合にも拷問を課しようとしていた。⁽⁶⁰⁾以上の二点をめぐり、学説は展開することになる。

まず、ブルンネマン(一六〇八―一七七二)の見解を見ておこう。⁽⁶¹⁾異なった「最も近い徴憑(indicia proxima)」に一人ずつの証人しかない場合には、その二つを加算して半証とすることはできないとする。また「遠い徴憑(indicia remota)」の個数についても、カルプツォフのように二個ではなく、拷問には最低でも三個以上の徴憑が必要であるとし、その個数は特に決めていない。以上のようなブルンネマンの見解はカリ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。⁽⁶²⁾また、少なくとも三個以上の遠い徴憑(indicia remota)を拷問要件として求めていたことは、より多くの徴憑を求めるという点で、拷問賦課には事実の確定が必要であるということになり、手続を厳格に行う意図を見ることができよう。ブルンネマンの考え方はクレスやボエーマーに大きな影響を与えた。

次いでクレスの見解を見てみることにしよう。ブルンネマンとの違いは、「最も近い徴憑(indicia proxima)」につき一人の証人しかない場合の取り扱いである。この場合には、少なくとも三個以上の「最も近い徴憑(indicia proxima)」が存在することを求めている。例えば、一人目が、①被告人が脅迫しているのを聞いた、二人目が、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ったことを見ていた、三人目が、③被告人が血まみれになって戻ってきた、ということを証言した場合である。このような場合でも拷問をクレスは認める。⁽⁶³⁾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、証人二名による立証を規定するカリリーナ法二三条を、厳格に適用すれば多くの犯罪が不可罰となってしまう、というのがその根拠

である。もともと、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をクレスは明らかにしていない。この点は裁判官の自由裁量にゆだねるものとしていた。なおクレスが、この場合について、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。この「反証の考慮」という点は、ボエーマーに受け継がれる。

そのボエーマーの見解を最後に簡単に見ておこう。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。ボエー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自由心証にゆだねられるとする⁽⁶⁵⁾。また、「遠い徴憑 (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。次に、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見てみよう。ボエーマーはこの場合でも半証言になるとし、カルプツォフやクレスとは異なった見解をとっている。この場合、三個以上何個の「遠い徴憑 (indicia remota)」が必要かという点については、裁判官の自由裁量に委ねられていた⁽⁶⁶⁾。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)、また徴憑のみでは有罪判決を下せないことがあったと思われる。更に、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。これが問題となるのは、負罪証拠と免責証拠が拮抗する場合である。この場合、ボエーマーの見解によると、拷問を行うに必要な徴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、それら徴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って拷問を行うことが可能となる危険があった⁽⁶⁶⁾。

しかしそれでもなおボエマーの見解には注目せねばならない点がある。免責証拠と負罪証拠が拮抗する場合に、裁判官はカロリーナ法二八条に基き、あらゆる免責証拠をも検討せねばならないとボエマーが主張している点である。⁽⁶⁷⁾そして、このようにして免責（反対）証拠を考慮した上で裁判官が行なう認定の實質は、有罪の確信の性質を持つものであったといわねばならない。⁽⁶⁸⁾

小括

以上で、カロリーナ法における徴憑の理解をめぐる諸家の見解の紹介を終わる。

総体としていえることは、個々の徴憑が成立するための条件を厳格に論じること、拷問の賦課を抑制しようとしているということであろう。

特に遠い徴憑の理解に関して顕著な傾向が見られるのではないであろうか。風評・悪評、あるいは逃亡の虞といった、犯罪事実の実体的側面とは直接の関連を持たない徴憑に関しては、①反証の考慮などでその成立要件を厳格にする、②単体では認めず、他の徴憑との組み合わせによって初めて問題とすることができるといった解釈上の指針が示されている。ここからは、刑事手続の有効な運営という政策的要請から考慮せざるを得なかった事件の事実的側面とは関連のない要素に対し、その解釈を極力厳格にする（あるいは排除する）ことで、「事実」の立証を拷問賦課のための要件として要求していたことが窺われるのではないであろうか。

中世イタリア法学の糾問手続においては、拷問の前提となる事実・罪体の確定が問題となっていたものの、それを厳格に求めすぎることによる手続の機能不全が問題とされた。しかし、手続の機能性の確保という視点から風評・悪評が事実認定に参加できるという理論構成がとられたものの、徴憑としてそれを認めるには極めて厳格な要件を課す

か、あるいは他の徴憑の補助的なものとしてのみ考えることができる立場は、拷問要件として厳格な事実の確定を志向していたのである。ハルが指摘するように、イタリア法学においては裸の事実としての罪体概念が論じられ、それを確信することが一般糾問の役割であった⁽⁶⁹⁾。そこでは事実の確信・被告人が犯人であることの蓋然性の確認までが求められていた⁽⁷⁰⁾。一般糾問でこの点が要求されていたことは、当該手続において、実質的な有罪認定が行われていたということであろう。しかし、その厳格性の故の立証困難が風評・悪評を徴憑として取り込むに至った。その弊害を克服するべく登場したカロリーナ法は、生の犯罪事実ではなく数個の法定要件（徴憑）の存在で足りるとした点で罪体概念を変容させるものであった。しかし、事件事実とは直接の関連を持たない風評・悪評に対する厳格な諸家の立場に見られるように、「事実の確定への志向」という点は変わらなかったのではないか。いや、法定要件の充足を求めることで恣意性を排除しようとしていたカロリーナ法を想起すれば、それはむしろ厳格にすらなつたといえるのではないか。罪体はまさに犯罪の客観面の確信対象であり、自白採取手続への前提条件であった。

以上のような、「事実」確定への希求は、拷問に必要な徴憑の個数の議論にも現れている。例えば、遠い徴憑について、二ないし三個を最低限の個数として要求し、それ以上は裁判官の判断にゆだねるという立場がとられている。カロリーナ法もそれ自身が規定する徴憑以外のものを類推してよいという規定を設けていた。（二四条）同条は、事実認定に参加できる徴憑に類推を認めている点で、裁判官の恣意をもたらす危険性をはらむものではあつた。しかし、これに対してもクレスが言うように、カロリーナ法に規定されている徴憑と規定されていないが問題となつている徴憑を比較考慮した上でその検討をするべしという、一応の方向が示されている⁽⁷¹⁾。こうしたクレスの見解には、事実認定に参加できる徴憑を増やすことによってその精度を高めるという思考と、裁判官が恣意に陥らないように一定の制約を課すべきだという思考が端的に現れているように思われる。そして、この志向はボエーマーも同じである。ボエ

マーは一定程度以上の徴憑の個数について自由心証が働くことを認めつつも、あらゆる免責（反対証拠）の考慮を経た上での確信が拷問賦課には必要であると主張するに至る。これは実質的面から言えば、自白なしでの有罪認定が拷問賦課決定には求められていたことを意味しよう。

IV 自白の「確認手続（Ratifikation）」と事実の確定

Ⅲで見たように、拷問賦課のための事実認定においては、きわめて厳格なものが行われていた。有罪の確信こそがそのゴールであったということも可能であろう。その上で、初めて自白の採取（拷問）が問題となったのである。それでは自白はカロリーナ法ではどのように取り扱われたのであろうか。自白は採取された後、それに対する確認手続が行われた。（自白確認手続（Ratifikation））カロリーナ法は四八条から五三条までの規定でそれを規定しているが、その内容は、犯罪事実のいわゆる 5 W 1 H について、徴憑によつて確定している内容を被告人に自認させるものではない。また、自白確認手続後に、刑を宣告する断決期日における手続にあつても、被告人が否認したところで、確認手続に参加した参審員二名を証人として確認させることで、否認の効果が無効とされた。以上を前提とした上で、自白採取後の手続についてカルプツォフ以下の見解を見ていくことにしよう。カルプツォフ以下、カロリーナ法に多くを付け加えてはいない。

自白が法的に認められるための要件に関して、カルプツォフはカロリーナ法に従い、自白が正当性を持つには、次の二つの要件をクリアする必要があるとしている。①それが十分な徴憑に基づいて行われること。②内容が確認されること。（カロリーナ法五四条⁷²）①に関しては、徴憑による事実認定が厳格であつたことは既に述べたので、ここで

は特に触れない。②については、カルプツォフは次のような主張をしていた。まず、拷問により強制された自白を被告人が拷問房の外で確認することである。なぜならば、拷問具の前で被告人に自白内容を確認することは自白を強制することと変わらないからである。次に自白の確認は拷問後一定の期間後になされることを求める。更に、カルプツォフは、カロリーナ法に従い、自白の確認を裁判官及び参審員の陪席のもとで行うことを求めている⁽⁷³⁾。

それでは、自白と徴憑(とそれ依拠した事実認定)の関係はどのようなものであったのであろうか。この点に関しては、カルプツォフは有罪判決のためには、徴憑の存在が確実なものであり且つ疑いを挟まないものだけであるだけでは足りず、明白且つ完全な立証が必要であると主張している⁽⁷⁴⁾。ここで拷問開始のための事実認定が実質的には有罪の確信の性質を持つものであったことを想起せねばならない。そして、こうした前提の上で、有罪判決のためには「確実且つ疑いを入れない立証」だけでは足りないといっていることの意味を考えねばならない。自白の確認手続(Ratifikation)が、事件事実の確定を前提とした上で、法定尋問事項⁽⁷⁵⁾に従って尋問を行い確認され、その後断決期日を経て、有罪判決が確定される点を想起すれば、有罪判決における自白は、確定した事実の立証程度をより高めるものではなかったと思われる。この意味で、自白は、徴憑による有罪事実認定の立証を補完するものではなかったと言える⁽⁷⁶⁾。この点が端的に現れるのが、自白確認手続で否認をした場合である。苦痛を免れるために自白をしたのに確認手続で否認する場合はカロリーナ法五七条によって再度拷問にかけられる。なぜなら、このような場合には徴憑の証明力が減じられたとはいえないからである。なお、カルプツォフの見解によれば再度の確認手続でも否認した場合には、重大事件の場合のみ三度目の拷問が許されている。これでも否認すれば特別刑が科されることになっていた。確認手続において不明瞭あるいは不十分な答弁しかない場合でも同様に処理されるとカルプツォフは主張する。(徴憑の証明力は減じられていない)⁽⁷⁷⁾ 確認手続は自白の内容と拷問賦課のために確定された事実との一致を確認する手続

であり、それが一致して初めて有罪判決が科されるものであった。従って、この場合に確認手続で否認するか不十分な答弁しかしない場合に、カルプツォフが徴憑による事実の証明程度が減じられることはないとして、特別刑を科することを認めていた点は、拷問賦課要件について事実の確定を要求していた点とも表裏をなす。クレスの見解もほぼ同じである。

ボエーマーの見解も基本的にはカルプツォフらと同じである。カロリーナ法四八条から五三条に従い、自白確認手続を行うという基本は同じである。ただ、事実と自白の符合の程度について、カロリーナ法は厳格すぎるとし、緩和を説く。⁽⁷⁸⁾とは言え、すべての犯罪について緩和を認めているのではない点に注意を要する。⁽⁷⁹⁾ボエーマーは、犯罪の証跡（Spur）の有無によって、犯罪の種類を「永続的犯罪 *delicta facit permanentis*」と「一時的犯罪 *delicta facit transeuntis*」とに分けているが、自白確認手続における確定事実の符合の緩和を認めるのは後者についてのみである。前者については、犯罪の証跡（Spur）が残されているのであるから、それに基づき諸事情を再調査し、罪体を検討することが可能であるから、厳格な確認手続を求める。他方、後者については、痕跡が残っていないのであるから、前者と同じような手続を行うことはできない。それ故に、事実及び犯人であることに関する徴憑と自白の一致で証明は足りるとされている。ここでは徴憑は自白を「補強」するものであると理解されていたとグローヴェは指摘している。⁽⁸⁰⁾

以上が実体面から見た自白の性質である。自白は、事実の確定を前提とした被告人による「自認」でしかなく、この意味で自白は、有罪に必要な証明度という点では重要な存在でなかったともいえよう。

それでは自白は糾問手続において何ゆえに「女王」と称されるに至ったのか。確かに、「証拠の女王」と称されるように、自白は有罪判決の決め手となるものではあった。しかし、自白の「証拠」的側面については、法制史の研究者から疑義が呈されている点に注目せねばならない。

ゲルト・クラインハイヤーは、カロリーナ法以前の刑事令における自白の取り扱いをもとに、自白が「証拠ではなく有罪のための判決条件」であったと結論付けている。⁽⁸¹⁾この点を論証すべく、クラインハイヤーが着目しているのが、カロリーナ法に至るまでの刑事令中にその存在が認められる、「断決期日 (Endlichen Rechtstag)」であった。⁽⁸²⁾断決期日とは、徴憑による事実の立証（及びそれに基づく自白）によって犯罪が立証されたと考えられるに至った場合に、被告人を裁判官及び参審員の面前に引致し、犯罪事実を自認させる手続である。この手続において、被告人が否認した場合、特別糾問にて自白を聴取した二名の陪審員に裁判官は証言を求め、その者らが自白を確認すれば、被告人の否認は無効とされたのである。即ち、自認しない被告人に有罪を宣告する機能を持つものであった。否認をしたところで、断決期日に先行する自白確認手続に立ち会った二名の参審員が、被告人が自認したことを「目撃」しているのであるから、結局は有罪宣告がなされたのである。この断決期日は、自白の存在が確認され、有罪判決をもたらすという点で、自白の有罪判決における重要性を強く意識させるし、否認しても、確認手続において立ち会った参審員が確認するという点で、手続そのものが「見世物」であったかのような印象すら与えるものである。しかしながら、クラインハイヤーは、自白の採取とその手続を糾問手続固有のものとするのではなく、糾問手続を継受する以前の当事者手続との関連で考察し、異なった結論を導いている。クラインハイヤーは、自白の断決期日における確認手続と、糾問手続以前の当事者手続との連続性に着目している。

糾問手続が定着する以前の伝統的な手続として、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「七人による断罪手続 (Übersiebungungsverfahren)」が普及していたが、この手続でも「自白」は存在した。この手続で原告が有罪を主張し、被告人が自白をした場合には、そのまま有罪判決が下されたのであるが、被告人が無罪を主張した場合の取り扱いが問題であった。この場合には、

当初は神判・決闘、雪冤宣誓が行われた。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変化する。教会が神判を禁じたこと、人口が増大した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ていったことがその原因として指摘されている。⁽⁸³⁾ 結果、有罪判決を下すための手段が自白獲得のみとなり、有罪の条件としての自白の重要性がさらに増していくことになる。そのために拷問が必然的に利用されるようになっていったのである。⁽⁸⁴⁾ クラインハイヤー論文を簡潔に紹介した石井紫郎教授は、自白と断決期日が糾問手続においてなお残存していたことの意義を、当事者訴訟の伝統が強い中で糾問訴訟が成長する過程で必要であった「儀式」と捉える。⁽⁸⁵⁾ また、それとも関連して石井教授は自白と断決期日の制度が意味したのは裁判の公的な正当性の確保であったとされる。⁽⁸⁶⁾ 結局、自白が「証拠の女王」と称されるようになったのは、中世の弾劾手続において有罪判決要件として重視された自白が、糾問訴訟の受容によって最終的な有罪判決要件とされる一方で、採取手段として整備された拷問が、すでに見てきたように（Ⅲを参照）、事実の確定（有罪認定）を賦課の前提としていたことから事実的な基盤を伴う外観が与えられたからに過ぎないからではないだろうか。そして、糾問手続においては、自白は確定した事実の自認でしかなく、その実相は「証拠」としての重要な価値を持つものではなかった。この点はクラインハイヤーもまた指摘しており、断結期日を手続に含めていた糾問訴訟においては、徴憑によって有罪が立証されていたことを指摘した上で、断決期日を持つ糾問手続の実質的な部分は拷問賦課手続に移行していたと結論付けている。⁽⁸⁸⁾

V 結びに代えて―若干の検討―

カルプツォフからボエーマーに至るまでの徴憑及び自白に関する理論からは、徴憑による事実の確定を経て初めて

自白採取に移行できるという志向が厳として存在していたことを看取できよう。そして、拷問手続に先行する徴憑による事実認定において、反対証拠の考察も考慮していたという点は、自白なしでも有罪判決を下す程度の立証レベルを求めていることを想起させる。その上で拷問が命じられるわけであるが、そこで採取される自白は、確定した事実を前提に、当該事実を被告人に語らしめ、確認させるだけのものでしかなかった。この点は、自白確認手続(Ratification)を規定するカロリーナ法では尋問事項が限定され、この手続での尋問が一般糾問で確定した事実に基づいて行われたことを思い起こすとき、より一層明らかになるだろう。自白は有罪「事実」の認定において、立証レベルの上乗せに寄与するというよりは、正規刑罰科のための法定条件の性質を色濃くもつものであった。この点を端的に表現しているのが、カルプツォフの徴憑・自白理論を研究したハイチュの言葉である。「(徴憑理論を検討するに際しては)有罪判決ではなく拷問を行なうには徴憑に基づく単なる推論で足り、その推論と自白とが相補って自白が信用されるという循環論法に陥ることに注意せねばならない」⁽⁸⁹⁾。このハイチュの言葉は、自白に偏重しがちであると夙に指摘される、わが国の刑事司法への警告となりはしないであろうか。

もつとも、刑事司法システムが歴史的産物である以上、時代的制約を免れないのは言うまでもなく、糾問手続もその例外ではない。言うまでもなく、糾問手続は、権利主体としての被疑者・被告人という前提を欠く点で問題のあるシステムであった。確かに、事実認定において恣意性を排除し、適正性を希求し、拷問賦課決定には確信を求めているが、事実認定手続において、「権利主体としての被告人」という意識は乏しかった。確信に至るまでの立証プロセスにおいて、反対証拠を考慮すべきであるというルールを認めつつも、それを裁判官の裁量に委ねていた点にも問題があった。また、カロリーナ法が拷問賦課の前提となる徴憑に、法定されているもの以外のものを類推することを認めていた点も、事実認定の精確度を高めるという点で、優れた部分を持つものではあったが、恣意性の排除という

点では――学説はそれに対して解釈指針を示すが――問題があった。これらが克服されるには、啓蒙主義時代とその後のフランス革命期を経て確立した「刑事訴訟における被疑者・被告人の権利主体性」の思潮が司法制度そのものの骨格を成すにいたる十九世紀半ば以降まで待たねばならなかった。従つて、数百年前の糾問手続を巡る議論が、直截に現在の問題の参考になるとは言いがたいという至極当然の批判も考えられるところではある。しかし、敢えて若干の問題に関して、本稿で得た知見からの考察を試みておこう。自白採取の前に、反対事実の十分な検討を求め、事実の確定を求めていた点は、補強法則と刑法三〇一条の実質化に示唆を与えるのではないだろうか。前者に関しては、自白採取以前において、自白によらない有罪事実の確定を求めていた点で、補強の程度及び範囲がもつとも厳格な形式説に親和性を持つのではないかと思われる。補強範囲について「罪体の重要な部分」で足りるとする実質説は、何が「重要な部分」かについて必ずしも明確ではない。補強法則が自由心証主義の例外と理解される以上、その例外を実質的判断に委ねることは、究極的には補強法則の放棄を意味するだろう。この点、事実（罪体）を確定した上で、それにに基づき自白を確認するという糾問手続においては、「罪体の重要な部分」といった領域をそもそも考える余地はなかったといわねばならない。⁽⁹⁰⁾後者に関しても、自白取調以前における事実の取調が、形式的なものではなく、反証の十分な考察が求められるということになる。この点は被告人の証拠取調請求権の拡充といった形で実現されることになるだろう。また、一般糾問における事実（罪体）の確定を巡る議論からは、事実の確定に参加できる徴憑の一つ一つが反対証拠の考慮などをへて、それ自体確定されることが求められていた点が重要であるように思われる。そこでは、個々の有罪証拠に関して疑問の存在を認めつつも「全体としては」有罪の認定が可能となるという思考は、⁽⁹¹⁾⁽⁹²⁾そもそも存在しない。

まことに拙いものではあるが、以上で考察を終える。周知のように、刑事訴訟法は、糾問手続の時代を経た後、啓

蒙思想フランス革命等の影響を受け、大きく変容していく。その大きな潮流の中にあって、拷問による自白の採取それ自体が否定され、また、一九世紀の半ばには自由心証主義の導入を見る。こうした流れの中、自白とその他の証拠が証拠法上どのように位置づけられていったのかを検討するのが今後の課題である。

- (1) 優れた業績は数多いが、ここでは浜田寿美男『自白の研究—取り調べる者と取り調べられる者の心的構造—』(一九九二年)を挙げておく。
- (2) 川崎英明「事実認定と証拠構造論の展開」(『刑事再審と証拠構造論の展開』二〇〇三年所収)一八七頁以下。
- (3) 田宮裕『刑事訴訟法(新版)』(一九九六年)三四九頁など。
- (4) 強盗傷人事件で事情録取調書中の「傷害を受けた」との被害者の供述で自白を補強して強盗傷人を認めた事例(最判昭和二十四年四月三〇日刑集三巻六号六九二頁)、被告人の盗品有償譲受(贓物故買)の自白は被害者の被害盗難届出で補強できるとした事例(最決昭和一九年五月四日刑集八巻五号六二七頁)などがある。
- (5) Sellert, Die Bedeutung und Bewertung des Inquisitionsprinzips aus rechtshistorischer Sicht in: Recht und Staat im sozialen Wandel, FS-Scupin 1983, S.161-182. 本論文には和田卓朗教授の翻訳・解説論文がある。和田卓朗(訳)「法史学の視角から見た糾問原理の意味と評価」(阪市大法雑誌五〇巻一号一三六頁以下、(統)五〇巻二号一八五頁以下(二〇〇三年))
- (6) アルベルトウス・ガンディヌスがその創始者とされる。Hall, Die Lehre vom corpus delicti 1933, (以下Hall, corpus delictiと表記) S. 13. なお、拷問と徴憑に関するガンディヌスの見解はドイツにおける刑事立法に大きな影響を与えた。若曾根健治「徴表と拷問をめぐる中世イタリア法学者の学説・覚書」(以下、若曾根「徴表と拷問」と表記)(熊本法学七九号(一九九四年))一五三頁。
- (7) Heitsch Beweis und Verurteilung im Inquisitionsprozess Benedikt Carpzov S 1964, (以下Heitsch, Beweis und Verurteilungと表記) S. 4.
- (8) 若曾根「徴表と拷問」一九三頁
- (9) 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, S. 7ffK. カロリーナ法の全体像を知る邦語文献としては、米山講師の業績がある。米山耕二「カロリーナの刑事手続—近代

的刑事司法の礎——」一橋大学法学研究九卷(一九七四年)一五九頁以下。また、カロリーナ法の条文訳としては塙浩「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」がある。なお以下のカロリーナ法の条文訳は塙訳を参考としつつ口語体で拙訳を試みたものである。

(10) カロリーナ法六条「誰かある者が巷に流布している風評によって犯罪を犯したという嫌疑がある場合、あるいは信頼にたる徴憑(Indiz)の存在故に悪評があり、それらを理由として司直によって拘束された場合、法的に信頼することができる徴憑があるか、風評でいわれる犯罪とその者を関連付ける十分な徴憑がなければ、その者において即座に拷問を行なうことは許されない。更に、このような場合、裁判官は拷問による審問を行う前に、事案の性質や状況に応じた程度での取調や調査を当該犯罪が実際に行われたかどうかについて行わねばならない。このような調査は本法令中他の条項に見られるように入念に行わねばならない」。

(11) カロリーナ法二二条「更に次のことが認識されねばならない。何人に対しても、嫌疑の徴憑あるいは嫌疑そのものによって最終的な有罪の宣告を行ってはならず、それらに基づいては拷問のみが許される。徴憑が(後の条文に見られるように)十分な場合は刑事刑の宣告をすることが許される。しかしながら、刑事刑の宣告は被告人自身の自白あるいは目撃証人による証明がある場合に限られる。有罪判決は推論あるいは徴憑に基づいてはならない」。

(12) カロリーナ法二七条「前条(二五条および二六条(二五条八項)↓後註を参照)に規定したのは拷問を行なうために必要な徴憑である。しかし、これらは単独では拷問を課すことが許される十分な徴憑とはならない。しかしながら、ある者に対する嫌疑を根拠づける徴憑が複数見られる場合には、拷問を命じそれを実行することに責を持つ者は、前述の嫌疑要素あるいはそうした徴憑に一致すると見られる嫌疑要素が、本条以降の条文に規定されるのと同じ程度の、拷問を行なうに足りる十分な徴憑といえるかどうかを決定せねばならない」。

(13) カロリーナ法二八条「更にある者に対する嫌疑が複数の徴憑により根拠づけられる場合には、次の二つのことが常に考慮されねばならない。嫌疑そのものと、その者を免責する事情である。この二つの衡量の結果、嫌疑を示す徴憑が免責を示すそれよりも上回ると決定された場合、その者に拷問を課すことができる。しかしながら、嫌疑を根拠付ける若干の徴憑よりも免責事情がより重視され尊重されると考えられる場合には、拷問を行なうことは許されない。また、これらの判断に何らかの疑念がある場合には、拷問の賦課命令及び実行に責任を持つ者は、十分な法学識を持つ者からの助言を求め、且つ、本刑事令の最後に規定した地に訴訟記録送付による鑑定を求めねばならない」。

(14) カロリーナ法二三条「拷問を行なうために要求されている十分な徴憑は、そのいかなるものも、十分な徴憑に関して規定する後出の諸規定(六二条以下)に規定したように、二名の善良な証人により証明されねばならない。しかしながら、犯罪の主要要素を証明する善良な証人が一人の場合には、三〇条に規定しているように、半証として十分な徴憑を構成する」。

(15) カロリーナ法四七条「被告人が、責を問われている犯罪について熟考の結果、否認した場合、被告人が自身に問われている犯罪につき無罪であることを立証できるかどうかという点を被告人に入念に問わねばならない。この場合、被告人(原文では囚人(Gefangen)となっている)に、彼によって行なわれたとして目下問われている犯罪が行なわれた時刻に、誰か他の者と一緒にいたか、あるいは別の場所にいたのかということを出せるかどうかということを問わねばならない。なぜなら、そのことによって、被告人が問われている犯罪を行ない得なかったことを認めることができるからである。これらは、多くの人はたとえ自分が真に無罪であっても、その愚かしさや恐怖のために身の証を立てるすべを知らないが故に必要である。そして、前記の態様があるいはその他の有効な方法で、被告人(原文では囚人(Gefangen)となっている)が自身が無罪であることを示した場合、裁判官は可能限り速やかに、被告人あるいはその友人の費用負担をもって、彼の無罪についての調査をせねばならない。さらに、裁判官の許可を得た上で、被告人あるいはその親族が無罪を立証するために立てた証人には、六二条規定の証人に関する規定(被告人が何者をも自白せずにという文言で始まる)及びそれに続く数個の規定に見られるように、被告人またはその家族の請求によって尋問を行わねばならない。この場合、十分な法的根拠がないのに、被告人やその親族による前述の証人尋問を却下してはならない。しかしながら、貧困のために、被告人あるいはその親族が証人召喚のための費用を負担できないか、それに苦しむ場合には、司直または裁判所は費用を負担した上で裁判を続けねばならない。これは、無辜の者を不法に罰することなく、他方、邪悪な者を罰するために行われるものである。さらに、前述の調査において被告人が無罪でないことが判明した場合、被告人は徴憑の存在により十分な嫌疑ある者として拷問にかけられる。拷問は一人の裁判官及び少なくとも二人の参審員及び裁判所書記の面前で行われる。そして被告人が自白したこの内容及び裁判所による調査の内容は書面に注意深く記録せねばならない。また、この記録はそれが原告人に関連を持つ限りにおいて、その者に開示せねばならないし、また、その者の請求があるときは同人に渡さなければならぬ。それに際しては記録を故意に歪曲することは一切許されない。記録の引渡しは遅滞なく行わなければならない」。

(16) カロリーナ法五六条「前の諸条において明瞭に規定されているのは、拷問あるいは拷問の脅しによって、解明されていない犯罪に関して自白をした者に対して、当該犯罪の諸状況に関してどのように尋問を行わねばならないか、またその審問に基づいてどの

ような調査を引き続き行わねばならないかということである。それらは真実発見のために行われるものである。しかしながら、被告人を勾留し、その者に尋問を行なう場合に、当該犯罪に関する諸状況がその者に予め伝えられ、それに基づいて尋問が行なわれるとすると、当該尋問は実を結ばないこととなる。それゆえ、朕は、裁判官諸兄にかかる事態に対し十分な注意を払うことを望むものである。それよりも、朕は、尋問の前にあるいは尋問中に、前条の諸条中に明瞭に規定されていること以外の手段を被告人に行わないことを裁判官諸兄に望む。更に、被告人(原文では囚人(Gefangener)となっている)を権限ある裁判官及び二名の参審員に引致するには、拷問及び彼の自白後少なくとも二日後でなければならぬ。それに際しては、刑吏部屋、あるいは裁判官が適当と考えた部屋に引致される。そして引致後に、裁判所書記により、被告人に対して彼の自白が読み上げられる。この読み上げの後に、裁判官は被告人の自白が真実であるかどうかに関する尋問を行わねばならない。この尋問に際しては、被告人の発言もまた記録されねばならない。

- (17) カロリーナ法五五条「前述の、(↓五四条規定これに關しては後掲註七二を参照) 拷問の前に行われる調査の結果、被告人が自白した内容たる事件状況が真実ではないと決定されたとき、被告人は不実を理由として非難され、厳しい言葉で叱責される。この場合、再度の拷問を被告人に行なうことが許される。これは被告人をして、自白によって既に示した状況を精確に且つ真実をもつて言明させるために行われる。これらのことがおこなわれるのは、時として罪人は事件状況に關して虚偽の陳述を行うことがあるからであるし、また、そうすることによって、前記調査が真実を明らかにしえなかつたとき、自身を無罪だと見せかけることができると信じているからである」。

(18) 藤本幸二「中近世ドイツにおける証拠法の変遷について」一橋論叢三五卷一号(二〇〇一年)六九頁以下。

(19) 藤本前掲論文八三頁。

(20) もつとも、「拷問の適用それ自体」が問題であつたことは言うまでもない。

(21) 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、Miehe, 100 Jahre Strafgesetzgebung nach der Carolina がある。

(22) 若曾根「徴表と拷問」一八九―一九〇頁。この点は、中世イタリアにおける諸法学者の意見の一致するところであつたという。若曾根「徴表と拷問」一九三頁及び二〇四頁。

(23) カロリーナ法二五五条「まず、嫌疑を示す要素に關連して、それらのものがいかにして法的に十分な徴憑になるのか、また、いつ

十分な徴憑となるのかに関して、下記のように規定する。徴憑が、本条以降の数多の規定に記述され、拷問による審問に十分なものであると規定されていても、本刑事令中に見出せない場合がある。その場合は、以下に規定されたものの類似の状況に基づいて調査を行わねばならない。何故なら、すべての徴憑をあらかじめ規定しておくのは不可能だからである。

第一項 被疑者が、自身に問われている犯罪についてそれを行ったということができるほどに、無思慮であり軽率な者であるとき。また、同じ者が同種の犯罪を以前に行っていたか、同種の犯罪を理由に訴追されたことがあるとき。しかしながら、被疑者の悪評は、その者に敵対する者や軽率な者から生じたものであつてはならない。公正無私な人から生じたものでなければならぬ。

第二項 被疑者が嫌疑の高い場所で身柄を拘束されるか発見された場合。

第三項 犯人が犯行中に発見されたとき。または、犯行地への往復の途上で発見されたとき。その者が識別されなかった場合には、前述の状態にあることを見られたときのように、その者の風体や服装や武器、または馬を持っていたかどうかに注意しなければならない。

第四項 被疑者が同種の犯罪を犯す人の近くに住んでいるか、その人と徒党を組んでいる場合。

第五項 財産に対する損害、あるいは人に対する傷害の場合には、次のことに注意を払わねばならない。その者が、怨恨、敵対感情、自身が以前に受けた脅迫、あるいは何がしかの利益を受けることの期待から動機を持つに至ったかどうかという点について。

第六項 傷害の被害者または財産の損害を受けた者が、様々な理由を根拠として、ある者をこの者が死ぬべきまたは誓約を行うべき原因となる犯罪を行ったとして、非難する場合。

第七項 ある者が犯罪を理由に逃亡している場合。

第八項 (二六条) 誰かある者が具体的な財産をめぐる他者と係争中であり、当該財産が彼の生活資、動産及び不動産の大部分を占め、さらにその者が各害者であり且つ係争者の敵と考えられる場合で、係争者が密かに殺害された場合には、当該殺人をその者が行ったという推論が生じる。またこの者が当該殺人を行ったという嫌疑が、この者の固有の性格に由来すると考えられる場合、彼が十分な免責事由を持たないときは、勾留の上、拷問を行なうことができる」。

(24) Benedikt 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・シュミットの簡潔な紹介がある。(vgl. E. Schmidt, 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二万人もの被告人に死刑宣告を下した」などの見解もかつてはあったが、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「一件」かなかった点をトゥールーズンが指摘している。：Trusen, Benedict Carpzov und die Hexenverfolgen (in: Recht und Kriminalität F.W.Krause-FS), S. 19ff. insbesondere, S. 21.

- (25) カロリーナ法六条の条文に関しては前註(一〇)参照。
- (26) Heitsch, Beweis und Verurteilung, S. 33.
- (27) Heitsch, Beweis und Verurteilung, S. 41. vgl. Grove, Beweisregeln im Inquisitionsprozess Johann Brunnemanns' Johann Paul Kress, und Johann Samuer Friedrich Boehmers 1974 (→引ト Grove, Beweisregelnの表記) S. 80f
- (28) Grove, Beweisregeln, S. 28.
- (29) Grove, Beweisregeln, S. 80f
- (30) Heitsch, Beweis und Verurteilung, S. 42f.
- (31) カロリーナ法三三三條「殺人を行ったという嫌疑があり、それについて訴追されている者が犯罪が行われた時間にその場所で血のついた衣服を着ている疑わしい様子でいるところを発見されるか、あるいは殺人の被害者の所有物を取り上げて売却するか、贈与するか、所持している場合には、その者を拷問するに十分な徴憑となる。但し、その者が自身の嫌疑に対して十分信用できる徴憑や証明をもって反証した場合はこの限りではない。このような反証は拷問を行なう前に聴取されねばならない」。
- (32) Heitsch, Beweis und Verurteilung, S. 42.
- (33) Grove, Beweisregeln, S. 29.
- (34) Grove, Beweisregeln, S. 82f.
- (35) Grove, Beweisregeln, S. 29.
- (36) Grove, Beweisregeln, S. 83.
- (37) Grove, Beweisregeln, S. 30.
- (38) Heitsch, Beweis und Verurteilung, S. 42.
- (39) Grove, Beweisregeln, S. 30.

- (40) Grove, Beweisregeln, S. 86f.
- (41) Heitsch, Beweis und Verurteilung, S. 42.
- (42) Grove, Beweisregeln, S. 87f.
- (43) Heitsch, Beweis und Verurteilung, S. 42.
- (44) Grove, Beweisregeln, S. 89.
- (45) カロリーナ法三二条「誰かある者が、自身に嫌疑がかけられている犯罪を自分が行ったと誇らしげに、あるいはそれ以外の様子で供述するか、あるいは当該犯罪が生じる前にそれを行う旨の脅迫をしており、それが時間を経ずして実際に生じた場合で、その者が当該犯罪を行うことが一般に信じられる場合には、完全な証人による立証手続について規定した条文（二三条）で述べたように、それらは拷問による審問を行うための十分な徴憑とすることができ」。
 - (46) Heitsch, Beweis und Verurteilung, S. 46.
 - (47) Grove, Beweisregeln, S. 38 und 103 ; など、両者とも魔法の罪を例に挙げて説明している。
 - (48) Heitsch, Beweis und Verurteilung, S. 49.
 - (49) Heitsch, Beweis und Verurteilung, S. 46. なおカルプツォフは近親者が援助を与えた場合は不可罰であるとしている。
 - (50) カロリーナ法二九条「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、調査によってそれが犯人のものであると料することができるときには、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。この防御活動によって、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、探索のために聴取される」。
 - (51) Grove, Beweisregeln, S. 92f.
 - (52) ボ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った場合である。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。
 - (53) Grove, Beweisregeln, S. 37f. なおカロリーナ法三二条は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)。三二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。

- (54) Grove, Beweisregeln, S. 98ff.
- (55) Heitsch, Beweis und Verurteilung, S. 43.
- (56) Grove, Beweisregeln, S. 89f.
- (57) Grove, Beweisregeln, S. 90.
- (58) 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る(六八条)。

- (59) Heitsch, Beweis und Verurteilung, S. 45.
- (60) Heitsch, Beweis und Verurteilung, S. 45.
- (61) Grove, Beweisregeln, S. 16f
- (62) Grove, Beweisregeln, S. 16f
- (63) 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いた。: Grove, Beweisregeln, S. 17.

- (64) Grove, Beweisregeln, S. 97.
- (65) この点はブルンネマンやクレスと同じであった。
- (66) Grove, Beweisregeln, S. 97f.
- (67) Grove, Beweisregeln, S. 94.
- (68) キューパーとエ・シュミットは拷問賦課要件の事実認定に際しては、裁判官の判断は個人的確信が必要であったとする。キューパ

ーもエ・シュミットも、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って、裁判官の判断はその個人的確信に依拠せねばならなかったと指摘している。: Küper, Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen 1967, S. 128 ff.; Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 208.

(69) Hall, corpus delicti, S. 13.

(70) Hall, corpus delicti, S. 7.

(71) Grove, Beweisregeln, S. 27.

(72) カロリーナ法五四条「告白が拷問によるものでもそうでない場合でも、告白の取調に関する前述の尋問事項を用いる場合、裁判官は犯罪地に人を派遣し、前述の状況に関する告白が真実であるかどうかを取り調べねばならない。この場合の取調は、真実を認識するのに役立つほどに、尋問を受けた者が述べた状況を認識するに足るあらゆる努力をもって、それを行わねばならない。この場合、ある者が、既に一部分が説明されている犯罪の程度や様相について言明を行ったとき、そして、そこで言明された状況が告白の状況と一致したとき、被告人が告白をした犯罪について、裁判官は確証することができる。また、尋問を受ける者が、事件中に生じ且つ無実の者なら知ることができない状況を言明するときは、被告人の告白内容がより強く確証されるのである」。

(73) Heitsch, Beweis und Verurteilung, S. 54.

(74) Heitsch, Beweis und Verurteilung, S. 55.

(75) 告白確認手続について、カロリーナ法は四八条から五三条にかけて規定しているが、そこで規定されている内容は、いわゆる「5 W 1 H」について徴憑により判明・確定している内容が被告人により自認されることでしかない。

(76) 例えば、イグノアは、カロリーナ法六九条が有罪の立証後に告白を求めることから、カロリーナ法は真実発見に告白が必要であるとはせず、裁判所は告白以外の証拠を探すことを要求していたと主張する。(Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846 (2002) S. 72f.) なお六九条の条文は次のとおりである。

カロリーナ法六九条「被告人に対して十分な立証がなされた後にあっても、その者が告白をしようとしなない場合には、告白の獲得を容易にするために、次のことを被告人に対して宣言することができる。「被告人の犯罪については立証されている。しかしそれにもかかわらず、被告人が十分な立証が自身に対して行われているのに告白をしないことに固執するときは、いずれにせよ被告人は、

拷問による審問によらないで、立証された犯罪によって処罰されるのだ」。

- (77) Heitsch, Beweis und Verurteilung, S. 63f.
- (78) Grove, Beweisregeln, S. 121.
- (79) Grove, Beweisregeln, S. 122f.
- (80) Grove, Beweisregeln, S. 122.
- (81) Kleinheyer, Zur Rolle des Geständnisses im Strafverfahren des späten Mittelalters der frühen Neuzeit, in: Conrad-GS 1979, S. 367ff.
- (82) Kleinheyer, a. a. O., S. 372.
- (83) Jerouscheck, Die Herausdigung des peinlichen Inquisitionsprozesses in Spätmittelalte und in der frühen Neuzeit, ZStW104 (1992) S. 337.; E. Schmidt, a. a. O., S. 76f.
- (84) 和田前掲論文一八三頁
- (85) 石井紫郎「古代国家の刑事『裁判』素描—日本裁判制度の通史的把握のために—」(国家学会編『国家学会百年記念・国家と市民・第三卷 民法一般・刑事法』一九八七年) 四八〇頁
- (86) 石井前掲論文四八〇頁
- (87) Kleinheyer, a. a. O., S. 378.
- (88) Kleinheyer, a. a. O., S. 380.
- (89) Heitsch, Beweis und Verurteilung, S. 27.
- (90) 自白を採取した後に、それに基づいてその余の証拠を適宜配置し、堅牢な有罪仮説を作り上げ、それが冤罪の温床になっているという状況を「糾問的」と批判する立場がある。これがわが国の刑事司法の実相ならば、本稿の立場からは、わが国の刑事手続は、そもそも「糾問」を冠するに値せず、「糾問」手続以前の野蛮な状態にあると言わざるをえない。
- (91) 本論のような立場をとれば、有罪方向を示す間接証拠（状況証拠）を有罪の事実認定に参加させるためには、確証が必要であるということになる。この点は光藤教授により既に指摘されている。光藤「間接証拠論」事始め」(『中山研一先生古稀祝賀論文集 第五卷』(一九九七年) 一三二頁、一三三頁註三九。

(92) ドイツにおける誤判研究の泰斗であったカール・ペーター・スは、自由心証主義の危険性を指摘し、一定の要件を欠く場合には有罪判決をしてはならないとした消極的法定証拠主義時代への郷愁を吐露している。(Peters, *Freibeweiswürdigung und Justizirrtum in Olivcrona-FS*, S.542.) 自由心証主義の採用は、自由とそれ以外のものを同じ地平で評価する这一点で、糾問手続時代の論者がもつとも恐れた誤判の危険を胚胎していたのではないだろうか。