

沢登佳人 共著 「刑事訴訟法史」に対する
沢登俊雄
庭山英雄の書評の誤読を正し、併せてイギリスにおける自由心証主義の成立・発達過程を論ず

沢 登 佳 人

庭山英雄が本誌三巻3号で拙著「刑事訴訟法史」をとりあげて詳しい紹介と批評とをしてくれた好意に対しては、謝意を表するにやぶさかでないが、卒直に言っていささか当惑していることがある。右の書評中の幾多の箇所庭山は、拙著の内容を紹介しそれを批判している。ところが困ったことには、その紹介が拙著中の文章の明白な誤読または読み落としによって原意を全く歪めたものである場合が、はなはだ多いのである。その結果拙著は、全く書いた覚えもない事らについて批判されたり、逆にはっきり（時には詳しく）書いておいた事らについてそれが書かれていないと批判されたりする破目になる。いわば濡れ衣を着せられたわけである。

拙著を隅々まで精読した上でこの書評を読んだ人なら、立ちどころにそのことに気づいてくれるだろうが、拙著を全く読まずまたはザッと目を通した程度でこの書評に接する人は、恐らく庭山の所説を鵜呑みにして拙著には相当多くの誤りやあやしい点があるらしいと思うだろう。その結果、拙著を読むに値しないものと判断される人もないとは言えないであろう。殊に、評者が拙著の増補校訂者である点を考慮に入れると、その紹介や批判は、通り一遍の書評よりも遥かに精密であると推定されても致し方がないから、憂いはいっそう大きい。

そこで拙著をとり上げてくれた庭山の好意に感謝しつつも、内容紹介の

誤りははっきり正して冤罪をはらそうと決意した次第である。

(一) まず、最も見易い誤読の場合を挙げる。

庭山評183ページ18行目以下は、本書の内容を次のように紹介している。「憲法第38条の解説に関連して、著者は、イギリスにおける拷問が全く姿を消したのは19世紀になって漸くであったとする(239ページ)が、この点はどんなものであろうか。王権に対する議会もしくはコモンローの制勝はすでに17世紀半ばに達成されており、自由心証主義も確立されているから、拷問の余地は少なくとも制度的にはなかったのではないか。」

ところが、拙著239ページにはこう書いてあるのだ。「拷問は、イギリスにおいても、陪審裁判の初期には、アレイメントにおいて被告人が沈黙を守る場合、陪審による審理を開くことについてその同意を得るために行われた形跡があるし、自白を強要するための拷問も16世紀17世紀の頃、ことにジェームズ一世、チャールズ一世の時代には、星座裁判所、高等宗務法院等において盛んに行われた記録があるが、王権に対する議会、普通法の制勝以後、遂にイギリス全土からほとんど全く姿を消したといわれる。この事実が大陸の刑事制度改革に大きな影響を与えたことはすでに述べた。そして19世紀にはいるとイギリスでは、拷問やいわゆるサード・ディグリー(third degree)の噂がたったというだけで大きな世論を巻き起し、議会による国政調査にまで発展する程の傾向ができ上った。しかしアメリカ合衆国などでは、サード・ディグリーの悪習はなかなか一掃されず、今日でもしばしば問題となっているようである。」

どこをどう読み間違えると庭山の説く如き意味になるのだろうか。「19世紀にはいると拷問どころかサード・ディグリーの噂がたっただけでも国政上の大問題となる程徹底して拷問が排斥されるに至った」という趣旨の右文章を、「19世紀になってやっと拷問がなくなった」というまるで逆の意味に取り違えたのだろうか。奇怪至極である。

なお、別に拙著135—6ページは、絶対王政下の拷問の実情と議会普通

法の制勝による拷問の消滅過程とをいっそう具体的に次の如く説明している。

「スチュアート王朝のジェームズ一世(1603—25)及びチャールズ一世(1625—49)の時代には、陪審に提示される証拠は政治犯の裁判においては通常単に『エグザミネーション(examination)』すなわち国王の任命する官吏により、被告人の立会いなしに、秘密裡に——おそらくは監獄の中で時には拷器にかけて——行われた尋問に対する証人の供述の報告書のみから成っていた。時には被告人自身がかような尋問を——しばしば拷問前、拷問中及び拷問後に亘って——受けることもあった。しかし共和制以後は近代的な裁判手続が政治犯についても非政治犯に対すると同様、完全な勝利を収めるに至った。」すなわち、17世紀の絶対王制下でも、すでに非政治犯については拷問が掃き払われていたこと、当時なお行なわれていた政治犯についての拷問は、共和制以後完全に消滅したことが示されているのである。

この点に関して言えば、庭山は単に拙著239ページを誤読しただけでなく、拙著135—6ページを読み落としているのである。

(二) 次に、読み落としの最も極端な場合を挙げる。

庭山評177—8ページにはこうある。拙著は「ヨーロッパの糺問手続の主流は教会法の糺問手続であって、それが近世絶対主義国家に導入されたとする(74ページ)」が、これは問題だ。ことに「教会法に関し『刑事手続については、初めローマ法の通常手続規定に類似した訴訟手続が用いられたのであるが、それは法王の中央集権的独裁権力の発動形態としてふさわしいものではなかった。……ここにおいてイノケンティウス三世は糺問手続を教会法に導入しようと企て、それは1215年ラテランの宗教会議決議によって承認された』としているが、一方94ページにおいては、『ボロニヤ法学校を中心とする後期註釈学派の学者はローマ法学者たると同時に教会法学者でもあったから、教会法の糺問手続を全面的に採用しつつローマ法の

特別審理手続の制度をも加味して、これをイタリア全土の普通法たらしめた。」と説いている。前者の説明では教会法が糺問手続の主流のように聞こえるが、後者の説明ではローマからイタリアへの流れが主流のように読める。果たしてどちらが著者の真意であろうか。もし前者を正当とするならば、後者の説明にみる『イタリア全土の普通法』たる糺問手続はどこにも継受されずにその地で消滅してしまったとでも理解するよりほかはないのではなからうか。」

庭山がもし本当に著者の真意を知りたかったのなら、いい加減な臆測などやらずにサッサとその先を読み進めばよかったのだ。なぜなら、庭山が上で引用している拙著94ページの文章「……これをイタリア全土の普通法たらしめた。」のすぐ後には、ローマ法・教会法・イタリア普通法がともどもにドイツにひろまって行った経過を長々と説明する、次のような文章が続いているからである。

「(イタリア普通法は) 教会法に比すれば、拷問を用いる場合はいっそう拡大された。

教会法、イタリア普通法の影響は更に次第にドイツに拡まった。そもそもドイツは……法統一のためにはローマ法を中核とする外国法の継受が必至とされた。そこで13, 4世紀以来創立されたドイツの諸大学(特にプラーク、ウイン、ハイデルベルク等)は、イタリアのボロニアから教授を招聘してローマ法、教会法を講ぜしめ、そこを卒業した新人が裁判官、参審院として各地に活躍したから、ローマ法を継受する素地が次第に形造られて行った。

ことに15世紀中葉以降……ドイツ帝国統一の動きは部分的に軌道に乗るに至った。すなわち1495年ウォルムス国会は……ドイツ帝国の最高裁判所たる帝室裁判所(Reichskammergericht)を設置した。そして……ローマ法は厳格な意味で帝国法となるに至った。それとともに固有の意味におけるローマ法(註釈学派を経て後期註釈学派により実用化された註釈付ローマ法)と並んでランゴバルデン封建法書と教会法(1431年のバーゼル

会議で『教会法大全 *Corpus Iuris Canonici*』の名をもって呼ばれ、爾来教会法上最重要の法源となったもの) もまた継受された。……地方特別法は……普通法によって次第に圧倒される運命に逢着した。

以上のような外国法継受は刑事手続の領域において一時的な混乱をまき起こしたが、ローマ・教会法の糺問手続を採用することによって一元化され、次第に統一を回復して行った。立法もまたこの趨勢を扶け、15世紀末以来地方法として糺問手続を規定した刑事法典が諸地方で制定された(たとえば1498年のヴォルム改正、1499年のチロル刑事裁判法、1507年のバンベルゲンシス刑事裁判法のごとし。)が1532年にはついに帝国法としてカロリナ法典(カール五世刑事法典 *Constitutio Criminalis Carolina*) がカール五世の下に発布され、ローマ・教会法の流れを汲んだ糺問手続に均整な形式が与えられた。」

かように教会法と並んで、正に庭山が主張する如く「東ローマからイタリア註釈学派への流れに沿う」所の「都市法のカテゴリーに属する」糺問手続のドイツへの継受が行なわれたことを、拙著は詳細に述べているのである。それでもなお、「『イタリア全土の普通法』たる糺問手続はどこにも継受されずにその地で消滅してしまっただけでも理解するよりほかない」のであろうか。まさかそんなことはあるまい。しからば庭山は、自己所引文に引続く3ページにわたる拙文の全体をソックリ読み落としたことになる。特に一行置いてすぐ次に出てくる「教会法・イタリア普通法の影響は更に次第にドイツに拡まった。」を読み落とすというのは、いかがかと思われる。

なお庭山評では、ローマ・イタリア法と教会法とは全く別系統のものゝ如く書かれている。しかし、拙著では、上記庭山所引文の如く両者の強い相互交流を認めるとともに、教会法がイタリア法と同様直接ローマ法の流れを引いていることをも認めている。いわく、「ローマ法の糺問手続はやがて中世における唯一最大の中央集権的官僚公権力機構となったローマ教会の権力機構の一環としてよみがえることになる(72ページ)」「教会法は、

西ローマ滅亡後も各地の法学校で講じられてきたローマ法の研究，ことに1100年以後北イタリアにおける商工業繁栄の気運に乗り……隆盛となった，ボロニア法学校の註釈学派 (Glossatores 1100—1250) 及び後期註釈学派 (Postglossatores 1250—1400) によるローマ法研究の成果によって大いに影響せられたものであり，しかも註釈学派と同様の方法及び特徴をもって教会法を研究対象とする教会法学者 (Canonistes) の活躍によって助けられたので，大いに合理的で精密な裁判手続を組織し得たわけである。(83ページ)」「(教会法の糺問手続は) その成立に当たってローマ法の特別審理手続の影響が強かったか，それともフランクの糺問手続の影響が強かったかについては争いがある。公平に見ていずれの影響も多分に認められることは確かだが，にもかかわらず本質的には，それはあくまでも教会法の独創的な制度である。(84ページ)」

かように拙著は，教会法糺問手続の独創性とフランク糺問手続からの影響とを認めながらも，同時にローマ法からの強い影響をも否認していない。したがって教会法とイタリア法とは同じ母胎から生まれた双生児のようなもので，その上前述の如く互いに強く交流しているのであるから，近世絶対主義国家への伝播において常に強く絡み合っており，いずれが主流などと簡単に言い切れるものではない。

現に庭山評の「ヨーロッパ近世の糺問手続は，東ローマからイタリア註釈学派への流れに沿うものであって (178ページ3行目以下)」という断定がはなはだ一面的であることは，外ならぬ庭山評自身の他の箇所次のような記述が端的な証明となっている。すなわち庭山評180ページ2行目以下には，14世紀にはローマ法の法定証拠主義が「教会法を媒体としてイギリスにも波及していた」と述べられているのである。

(三) 庭山評の上記の箇所のすぐ前，177ページの終りの方では，次の如く書かれている。

拙著が「西欧における糺問手続の発生を15・6世紀のローマ法継受に限

っているらしい叙述がいささか気にかかるのである。一般の理解では、5世紀の東ローマにおいて糺問手続はすでにかかなりの発達を見ている。それがイタリアに伝わって13世紀には一応の完成を見ている、となっている。そうとすれば、西欧においては形式裁判主義が中世末期まで続いていた（したがって糺問手続の発生は中世末期まで遅れた）とする著者の理解は果たして正当なものであろうか。」

これによると、まるで拙著が、5世紀の東ローマにおける糺問手続の存在やそれを継受した13世紀イタリアにおける糺問手続の完成に、一般の理解に反して、全く言及していないかのようである。しかしまず、イタリア糺問手続については先程もその一端に触れたように、78—9ページ、92—4ページにわたりかなり詳細に書いているし、東ローマのそれについては、55—6ページに次のように解説しているのである。「5世紀には……ローマの中心は……東ローマに移るに至った。それと共に古代東方諸帝国以来の神権絶対君主政治の伝統は西方の都市国家的政治原理の制約から解放され、ローマ専制権力の性格をいよいよ絶対化した。

このような情勢の下に刑事手続の性格にも重大な変化が現われる。すなわち通常の刑事訴訟手続にしたがって行使される査問会の裁判権は、かかる規定によらずに元老院の行使する裁判権と共に縮小の一途を辿り、セプチミウス・セウェルス以後査問会は停止し、元老院の裁判権も先記のような事実上の停止状態に陥った。そして専主制確立とともに刑事裁判権は皇帝のみの有する所とされ、皇帝自身またはその命によりその代理人たる諸種の官吏は通常の手続規定によらずに審理判決をなすに至った。……そしてこの刑事裁判は、国民が国民の犯罪を裁判するという共和制の原理を全く排斥し、主権者たる皇帝が従属者たる国民（臣民）の犯罪を裁判するという立て前をとった。

皇帝とその官吏は国民の告発（*accusatio*）を待たずに、自ら進んでその統治の必要に応じ、犯罪者を糺問して事実を審理し判決を下す。……審理の内容も糺問手続的特徴がある程度顕著になり、殊に自白の尊重と相ま

って、拷問が最初は奴隷に対し、後には自由人中の下級者に対しても認められるようになった。」

なお、庭山の書きぶりでは、東ローマやイタリアに近世に先がけて糺問手続が存在したことが、「西欧で中世末期まで形式裁判主義が続き糺問手続の発生が中世末から近世にかけて漸くなされた」とする拙著の記述を不当とする論拠であるように読めるが、これは何かの錯覚ではないか。東ローマはアジア、アフリカと東欧の東南隅とにまたがる帝国であって、西欧には属しない。イタリアは英独仏西等諸国と共に広義の西欧の一部ではあるが、ヨーロッパを東西南北に分かつ場合は西欧から切り離されて南欧に所属せしめられる。西欧を広義に解しても、中世のイタリアに糺問手続があったからとて英独仏等で形式裁判が主流である以上は、西欧で中世末期まで形式裁判主義が続いたと説くのに、何の妨げがあろうか。のみならず、13世紀イタリアにおける都市の勃興・都市国家権力の絶対主義化とその一環たる糺問手続の成立は、西洋史の通常理解では中世の中における近世の胎動と扱えられるものであるから、「13世紀は中世だ、だから13世紀に糺問手続があった以上糺問手続は中世のものでもあるのだ」と形式的に割り切るわけにはゆかないのである。

(四) 庭山評178ページ終りから7行目以下は、拙著が「イタリア法は『教会法に比すれば、拷問を用いる場合はいっそう拡大された』として、……教会法における拷問を肯定しているが、ヒッペルによれば教会法には拷問の伝統はなく、イタリア法はそれを直接にローマ法から輸入したとされており (Vgl. Hippel, *Der Deutsche Strafprozess*, 1941, SS. 22—23), これが通説的見解とも称すべきものであるので、著者のように主張するにはなおいっそうの資料的裏付けを必要とするであろう。」と述べている。

「教会法に拷問の伝統がない」という語を「教会法には初め拷問がなかった」という意味に解すればそれは正にその通りである。しかしそのことならば、拙著にもチャンと明記してある。すなわち、81ページから92ペー

シの長きにわたって、教会法の糾問手続（インクイジチオ）が発生し発達する過程を具体的に記述しているが、その88ページでは、スペインやイタリアで糾問手続的特徴が次第にハッキリして来る過程を述べ、「スペインでは……14世紀におけるその手続は、スパイ制度、密告の奨励、神秘的なまでの秘密主義、同一人による弾劾者と判決者の兼務、被疑者の防禦権に対する徹底した妨害、自白の尊重と（初期には行われなかった）拷問の許容等、糾問手続のあらゆる特徴を具備したものになっていた。……また、イタリアにおけるインクイジチオは1224年頃ドミニコ教団の監視下に創始され、スペインにおけるそれと大差なき形で発展した。」と記している。これによると、教会法の拷問は初期にはなく、14世紀頃までに発生し具備されるに至ったのである。これはヒッペルを引くまでもなく「通説的見解」である。

ヒッペルの云わんとする所は、イタリア法の拷問はその成立に当たり、当時未だ拷問の制度を具備するに至っていなかった教会法ではなくて、ローマ法からの直接的影響を受けた、というに在り、教会法における拷問を全面的に否定しているわけではない。逆にヒッペルは、教会法は初め拷問を拒否していたが、その後実体的真実を発見しようと努力するにつれて、自白を得る手段として、ローマ法から受け継いで拷問を用いるようになった、と述べている (Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. I. 1952)。そのヒッペルを証人にして、拙著が教会法における拷問を肯定しているのは誤りだと説くのは、おかしい話である。

庭山の如く、教会法における拷問を否定するのは、「通説的見解」であるどころか、奇想天外の新説である。15—7世紀のスペインにおけるインクイジチオで恐ろしい拷問が行なわれたことは、西洋では子供でも知っている常識である。拙著88—92ページはその事情の説明に費やされている。殊に90ページでは、スペインのインクイジチオ研究者ロレンテの言葉を引いて、被告人が自白せねば拷問が行なわれ、「15, 6世紀にはこれが頻繁に行なわれて、実に数多くの巧妙な虐待方法が案出された。それについて巷

問語り伝えられる『如何なる記述も、事実を誇張していると非難されることはできない。』と述べられている。ところが庭山は、拙著には教会法の拷問の肯定を主張するのに十分な資料的裏付けがないと言っている。してみると庭山は、拙著第二章第二節教会法における糺問手続(81—92ページ)の全体、すなわち拙著のインクイジチオに関する解説の中心的部分の存在に、全く気づかなかったとしか思えない。不思議である。

(五) 庭山評179ページ1行目以下は、カロリナ法典に、制度上は若干拷問に対する抑制があったけれども運用面では無制限に拷問が行なわれたとする拙著の立場を批判する。そしてその一端として、拙著は「カロリナ法典のもとにかの有名な魔女裁判が行なわれたとまで述べている。しかし、わたくしの知る限りでは魔女裁判の跳梁は17世紀カルプツォウの出現前後からであり、すくなくともその最盛期はカロリナ法典のもとにおいてではない。」と主張している。

ここでも庭山は、カロリナ刑法典の拷問抑制規定が事実上無視されて行ったこと、その典型を魔女裁判に見うること、を説いた拙著の文章に引き続く、魔女裁判特にドイツのそれに関する拙著の4ページにわたる記述(97—100ページ)を全く読んでいないように見える。そこにはこう書いてある。

「魔女はヨーロッパのいたるところで訴追され火焙りにされたが、宗教戦争の舞台となり混乱と貧窮のどん底に落されたドイツでは、妖術の流行と魔女の迫害とは、他のどの国よりもズバ抜けて大がかりだった。」カロリナ法典の発布(1532年)に先立つ15世紀に、すでに法王イノケンティウス八世がドイツ人に宛てた大勅書で妖術使の禁圧を命じ、ドミニコ会士インスティトリスおよびシュプレンガーが「魔女の槌」という書物を公刊して魔女裁判において明らかにすべき魔女の標識を指示している。そして16世紀初頭すなわちカロリナ法典の発布前後から、カロリナ法典を基礎法として糺問手続が全ドイツにゆきわたった17、8世紀にかけて、魔女裁判の

犠牲になり「妖術使として処刑された者は3千人以上に達した。」

思うに庭山の誤解は次の二つの原因から生じた。第一に、カロリナ法典はカール五世の死とともに亡んだと考えているらしいこと。実際には、それは神聖ローマ帝国の刑事基本法たる資格で、19世紀にフランス近代刑訴法が継受される日まで、すべてのドイツ刑事手続法の基礎法として存続したのである。殊に、17世紀になって30年戦争の混乱により神聖ローマ帝国の権威が弱体化するより前の段階では、それはほぼ原形を維持し、混乱期に入っても、必要に応じて地方により多少異なる地方法が作られ裁判慣行ができたが、それらの基礎には必ずカロリナ法典が存在し、法学もこの法典を中心に発展したのである。その意味でカロリナ法典は長い生命を保ったのであって、拙著がカロリナ法典の下で魔女裁判が行なわれたとか、事実上無制限に拷問が行なわれるようになったとか言うのは、その長い期間を通じてのことである。現に庭山が「魔女裁判の跳梁は17世紀カルプツォウの出現前後からである」と述べている、そのカルプツォウの「ザクセン刑法実用論 (Practica nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium 1635)」は、ローマ法やザクセン・シュピーゲルなどを参照しながらもおおむねカロリナ法典の祖述を行なったものであって、1世紀以上にわたって法典と同じ支配力を持った (H. V. Weber, Benedict Carpzow, in *Festschr. f. Rosenfeld*, 1949.)。

第二に、カロリナ法典の語をその原形のみに限って用いるとしても、その下で魔女裁判が跳梁したことは厳然たる事実であるのに、たまたま自己が読んだ魔女裁判の記事を金科玉条としてその事実を認めようとしないうらいこと。すでに15世紀に魔女裁判が広く行なわれ、16世紀初頭から17、8世紀にかけて盛んだったことは、拙著にも片鱗が示されているが、妖術研究家ジャン・バルーによれば「16世紀こそ妖術に対する苛酷な迫害があらゆる国で最高潮に達した時代なのだ。(ジャン・バルー (久野昭訳)・妖術)」庭山は何に基づいて16世紀が魔女裁判の跳梁した時期でないことを知りえたのか、聞きたいものである。庭山もその点は気になるのか、終りの方で

「すくなくともその最盛期はカロリナ法典のもとにおいてではない。」と逃げ路をあけているが、それならカロリ法典下に魔女裁判が行なわれたのは嘘だと言わんばかりの書き出しは甚だ不適當で、「初めは脱兎の如く終りは処女の如し」と皮肉られても致し方なからう。

なお、庭山は、カロリナ法典の拷問抑制規定の存在を論拠に、その非糺問主義的・近代的性格をもっと高く評価せよ、と言っているが、拙著をよく読めばわかるように、カロリナ刑法典程度の拷問抑制制度その他の人権保障制度ならば、フランスや東洋の糺問手続にもあまねく認められるのであるから（拙著107—8ページ、115ページ、70—71ページ等参照）、何もカロリナ法典のそれだけを、大きくとり上げて高く評価する必要はない。常識的には、糺問手続と言えはすぐ拷問の残酷なイメージが想い浮かぶので、初めて実際に特定の糺問手続の拷問制度を調べてみて、徴表、任意性の要求、放免証提出制度、拷問回数制限などがあるのを知った人は、意外に感じて、それらをすぐ非糺問的・近代的な制度だと思いがちであるが、糺問手続とて人間の創った制度である以上、この程度の人道的配慮は一般的に備えているのであって、カロリナ法典に限ったことではないのである。

もっとも、カロリナ法典に先立つイタリア・教会法やドイツ諸地方法の糺問手続では、これら拷問抑制制度が十分確立されておらず、その点をカロリナ法典の進歩的性格というなら正にその通りであるが、これは決してカロリナ法典が他の糺問手続の一般的水準を抜いて、すなわち時代的水準を超えて、早くも近代的なものの萌芽を見せたものと評価すべきではなく、17世紀絶対主義体制完成期におけるフランスの糺問手続やアジア型中央集権的専制官僚国家権力機構完成期（唐以降）における中国の糺問手続と全く同様に、前近代的な中央集権的専制国家権力機構およびその不可欠の一環としての糺問手続の完成・整備の姿として評価すべきものである。すなわちそれは、優れて糺問手続的な制度であって決して糺問手続的水準を超えた近代的なものの萌芽ではない。拙著145—156ページが、近代法治主義およびその一環としての近代的刑事訴訟手続の本質・構造に関連して

詳しく論じている如く、法治主義には楯の両面があって、一つは中央集権的官僚国家権力の統治意思の成文法規に基づく正確かつ能率的な貫徹のための技術たる面、今一つはその反射として国家権力の濫用を抑制し人民の権利・自由を保護・保障するための技術たる面であるが、この両面は何も近代法治主義に特有のものではなく、カール五世治下のドイツや17世紀フランスや唐以後の中国の如く中央集権的官僚国家権力機構がそれなりの完成・確立を見た所ではどこでも、当該国家権力機構およびそれによる安定せる統治を確保する目的で当該国家権力機構の基本構造原理として登場する法治主義が具有すべき普遍的機能として要請されるのである。そしてこの要請が糺問手続の構造に具体化されると、一面において最上位権力者(国王・皇帝および彼をめぐる高級官僚群)の専制的意思を刑事手続の隅々まで強力かつ徹底的に貫徹させるための極めて強権的な諸制度(被疑者に対する拷問を伴う一方的審尋——これは人民に対する強権の表われである——および裁判官に対する法定証拠主義その他厳格な審理への法的規制——これは官僚機構そのものに対する強権の表われである——)を結実すると共に(拙著40—41ページ参照)、他面においてその強権的支配が現場官僚の非人道的逸脱によって人民に必要以上に重くのしかかりその結果かえって人民の怨嗟・反抗により統治の安定を害されることがないようにとの配慮に基づく、拷問抑制制度その他の一種の人権保障制度を、その本質的に強権的な制度に対して付加させるに至るのである。カロリナ法典・刑事手続に関する大条例・中国律等に見られる拷問抑制制度その他の人道的諸制度の本質は正にそこに在り、要するに前近代的な中央集権的専制国家権力の合理的自己抑制技術の一種にすぎないのであり、その意味で徹頭徹尾糺問手続的な制度であり、又その意味で糺問手続の完成の姿に外ならないのである。

しかして、唐以後の中国ではかかる国家権力機構は国家社会構造の安定的発展に支えられて順調に発展・完成・爛熟の路を辿ったので、その糺問手続はかかる人道的側面を比較的順調に伸張させることができたが(拙著

70—71ページ, 113—115ページ参照), カール帝権やフランス絶対王権の一応の安定は本質的に矛盾・対立する諸階級の束の間の力の均衡の上に立つものにすぎなかったから, そういうわけにはゆかなかった。かくてこれらの権力は中国帝権に比し, 本質的に, 法治主義したがって糾問手続の統治意思貫徹技術的したがって強権的な面が, 統治に対する人道的立場からの合理的自己抑制技術たる面を圧倒する傾向が強く, やがてその基盤の脆弱性が露呈されて動揺し(カール帝権の場合はむしろ)分裂し始めると, その弱さをカバーするために急速に人道的側面を消滅させて強権的な面だけを一方的に発揮するようになった(拙著76ページ参照)。かくてカロリナ法典や大条例の拷問抑制制度は急速に空文化し, 無制限の拷問が行なわれるようになったのである。

前近代的制度の断片だけを取り出してこれを近代的制度のそれに対応する断片と比較しその異同を論じた所で, 決して前者の本質を理解することはできない。このことこそ, 拙著が序文において, 又本文の随所において, 一貫して説いた拙著の一大眼目なのである。庭山のカロリナ法典評価も, この見地から是非もう一度考えなおしてもらいたい。

(六) 庭山評181ページは, 「フランスとイギリスとでは国家社会の基本構成原理が法治主義と法の支配とに分かれ, それに照応して刑訴法の構造原理も職権主義と当事者主義という風に分かれる理由を, 拙著が専ら市民革命以前の王権と人民との民族的対抗関係の有無に求めている」という側面からのみ, 拙著第四章特にその第一節の基本テーゼを解説している。そしてこのような分析は, 「社会経済史的視点による分析を得意とする著者としては珍しい例外である。」と批評している。

卒直に言って, 拙著第四章第一節全体の論旨を単にこのような側面からのみ理解されたのでは, 筆者の言わんとする所の大半は失われたに等しい。筆者がこの節で特に主張し強調したかったのは, たった今カロリナ法典の評価に関連して述べたこと, すなわち, 第一に, 法治主義が本質的に

持つ機能の二面性つまり人権保障機能と階級支配・階級抑圧の道具たる機能とを楯の両面として持つ両刃の剣的性格であり、第二に、その各一面または両面が、国家社会構造の変遷に対応して如何にして各別にまたは同時に揃って顕在化するか、そして近代大陸市民国家では、如何なる国家社会構造がその如何なる顕在化を規定し、それが近代大陸刑訴法の上に如何に反映するか、の分析であった。第四章第一節は145—153ページの9ページをこの説明に当て、最後の1ページを庭山評解説の論旨に当てたのである。故に、近代大陸刑訴法の基本性格それ自身は、前9ページに記述されているのであって後1ページの中にはない。ところが、庭山評では、10ページ中の肝心要の9ページを除いた最後の1ページについての解説が、あたかも全体の解説であるかのように書かれており、著者の真意を去ること甚だ遠いのである。

なおついでに言えば、庭山評181ページの終りの方で、民族的対抗関係の有無の観点を、社会経済史的観点と全く無縁のもののように述べている点も、筆者の理解と異なる。民族的支配被支配関係に典型を見るような、異なる発展段階に在る複数の社会経済機構の接触が常にその内部矛盾の激成とその矛盾克服運動としての当該機構の変革発展とを齎らす根本原因だということは、拙著が拠って立つ筆者独自の史観のいわば眼目の一つなのである。そしてこのような観点からの分析は、拙著の至る所でなされている(52—4ページ, 71—2ページ, 74—8ページ, 80ページ, 117—9ページ, 121—3ページ, 140ページ, 154—6ページ, 172—4ページ, 177—180ページ, 184—9ページ, 191—5ページ, 等)。もう一度読みなおしてもらいたい。

(七) 庭山評182ページ終りから4行目以下はまずこう述べている。大正11年の改正刑訴では、「公判手続における当事者主義・口頭弁論主義は強化されたが、捜査と予審とにおける被疑者・被告人の人権保障は著しく弱体化されることとなった。著者によれば、この変化は自由主義的粉飾にしかすぎず、その実質は人民の弾圧強化にあったという。」この部分は拙

著の主張をほぼ正しく紹介している。わたくしは、拙著201—211ページにおいて、大正刑訴が、当事者主義・口頭主義の強化による訴訟構造の自由主義的粉飾の蔭で、主として強制捜査における司法的抑制の緩和という形で、支配権力が潜かに階級的抑圧力強化のわなを仕掛けた、「巧妙にして危険な作品」だったことを述べたのである。(但し、庭山が、予審における被疑者・被告人の人権保障が弱体化された、と言っているのはまたしても読み違いで、拙著206ページにある如く、大正刑訴では公訴提起後は被告人は予審中でも弁護人を使用しうることになり、逆に予審における人権保障は強化されたのである。)

ところが、上記文章に引続く批評の部分に至って、突如庭山は、前半の内容紹介の中で全く触れられておらずかつ拙著が全く述べてもいないことを持ち出し、これを拙著の主張内容として攻撃する。いわく、「しかし公判手続の当事者主義化がなにゆえに人民の弾圧強化につながるかについての説得的な説明はなされていない。」と。

わたくしは、公判手続の当事者主義化が人民の弾圧強化につながるなどという馬鹿なことはどこにも書いていない。逆に公判手続の当事者主義化こそ人民の権利・自由の保障のために不可欠のものであることを繰り返し強調することが、拙著全体の根本的な狙いの一つなのである。一体全体庭山は何をどう勘違いしたのだろうか。私が本当に書いたのは、上記の如く、大正刑訴の当事者主義は自由主義的粉飾にすぎず、その蔭でひそかに強制捜査権の強化という階級弾圧の武器がとぎすまされた、ということである。弾圧強化につながるのは、強制捜査権強化の方であって公判手続の当事者主義化の方ではない。ていねいに読んでもらいたいものである。

(八) 庭山評179ページ12行目以下は、拙著123—7ページに書かれた、自由心証主義が陪審制度の必然的所産であるという関係を、次のように要約しかつ批判する。

「第一に、陪審制度は国家権力に対する民衆の反権力的勢力によって支

えられており、第二に、英米法における証拠法は自由心証主義の内在的制約たる経験則の実践的形式であり、第三に、それらの成立過程は『王権への従属』から『法の支配への服従』へと移り変わる移行過程である」「その指摘は誠に興味ふかく、かつ基本的には正しい核心を衝いているといえよう。しかし……自由心証主義の成立と発展については通説的見解に対して異を樹てているにもかかわらず、詳しい叙述を欠いている。著者はそれを唯単に陪審の必然的な所産とするのみであり、甚だ説得力を欠く。」

まず、この要約は甚だ無内容・不正確である。拙著では、陪審制度の成立・発展が必然的に自由心証主義を生み出す社会構造・訴訟構造のダイナミクスの分析に力点が置かれているのであるが、庭山の要約では、そのことは全く示されていない。そこへ前記の批判が結びつくと、あたかも拙著は、単に陪審と自由心証主義（その全体でなく証拠法則だけ）とが王権への従属から法の支配への移行と共に生じた、とのみ書かれてあって、その間の社会史的・訴訟構造的ダイナミクスは、何ら説明されていないように、読みとれる。

もしもその通りであるのなら、確かに庭山の言う如く、拙論は、自由心証主義を「唯単に陪審の必然的な所産とするのみであり、甚だ説得力を欠く」であろう。しかし真実には、わたくしは決して、単にそれだけのことを言っているのではなく、自由心証主義が陪審から必然的に所産する社会構造・訴訟構造のダイナミクスを次のように説明したのである。

王権に対するイギリス人民の抵抗は、国王裁判所の糾問手続的色彩の強い新手続の普及に対して、一面ではこれを従来の形式裁判手続よりも「合理的で公正な制度として歓迎しながらも、他面その受容に当り、伝統的な民衆裁判所の諸制度を新手続に適応せしめることにより民衆裁判所の長所である『国民自身の手による裁判』という原理を大幅に新手続の中に盛り込み、これによって国王の官僚である裁判官の専権を抑え、裁判における国民の主体性を確保することに努め」という形で、行なわれた。その結果、国王裁判所の大陸型糾問手続への発展は挫折し、伝統的な民衆裁判の

訴訟手続型態を温存しつつこれに国王裁判所の合理的な理念・制度を結びつけるという方向への発展に切り換えられた。そこに成立したのが、陪審裁判である。(以上123ページ)

その間の具体的経過は130—135ページにかけて解説してあるが、概略次の如くである。フランク・インクイジチオの系統を引く国王裁判所では、犯罪の告発に、事件の起こった地方の人民に陪審（大陪審）を命じて犯罪の嫌疑者を宣誓の上指名せしめた。大陪審により告発された者は初め神判により嫌疑を晴らせば無罪となりえたが、13世紀初め神判が廃止されたので、以後最初は大陪審自身、次いでやがて別個の小陪審の審理に付された上で、その宣誓による証言で有罪無罪を決定されるようになった。かように陪審は、もともとは国王裁判所における証拠方法——それも糾問手続や近代刑訴法における証人証拠の如く、事件の実体について証言するのではなく、被告人の有罪無罪を宣誓の上証言するという点で、多分に形式裁判における部落証人と類似する性格を持ち、証拠裁判主義における証人証拠とは本質を異にする——にすぎなかったから、初めのうち国王裁判所における審理の主体は、国王の任命する裁判官であった。しかるに、前記の如く、人民の王権に対する抵抗・独立の前進を示すものとして、国王裁判所における審理の主導権は次第に陪審の手に移り、1500年頃から、犯罪に精通していると認められる者を別に証人として喚問する風が一般化した。かくて、形式裁判主義上の証人とは明確に異なる証拠裁判主義上の証人、すなわち近代的意味の証人が、登場したのである。そしてさらにその後2世紀をけみする間に被告人のための証人提出が認められるに至って、陪審は（近代的意味の）証人から明確に分離し、審判の主体たる地位を獲得した。それと共に、初めの頃手続の主体であった裁判官は背景に退き、代って民衆裁判の伝統たる原告被告を専ら手続主体とする私人訴追主義・当事者主義の構造が前面に押し出され明確となる。

かように陪審と近代的証人証拠従って証拠裁判主義とは、不可分に「絡み合い互いに促進し合いつつ発達した。」だから「イギリスにおける証拠

裁判主義は、陪審制度を生み出した根本原因たる『国民自身の手による裁判』の要求、その具体的現われとしての『裁判官を通して国家権力が直接審理判決過程を支配しまたはそれに干渉することを排除せんとする』要求と、同じ国民的要求によって根本的に制約されつつ、成立し発達した。」(123—4ページ) その結果、イギリス法の証拠裁判主義は、大陸糾問手続の法定証拠主義と全く対蹠的な自由心証主義に立脚することを必然的に要求される。

そもそも法定証拠主義は、強大な専制国家権力が、「被疑者や証人や証拠物をその苛烈な権力的統制の下に置くだけではなく、自己の手先としてその権力的統制を実際に遂行する国家機関に対しても、その遂行の仕方自身に対して、しかも単に外的な行動の仕方たとえば取調べの方法や判決の形式に対してだけでなく、実に、証拠を評価しそれに基づいて事案の真相を推理し推理の結果にしたがって有罪無罪の判定を下す裁判官の内心の認識過程に対してまで、換言すれば裁判官の理性と理性が基づくべき所の良心に対してまで、嚴重な法的統制を加える」ものである(拙著40—41ページ)。これに対してイギリスの証拠裁判主義は、全く逆に、普通法裁判所の王権からの独立に伴う陪審の審理主体たる地位の確立により、国家権力が、有罪無罪の判定を下す民主裁判人たる陪審の内心の認識過程に対して、干渉を加えることを排斥・排除しつつ、成立した。かくてそれは本質的本来的に、法定証拠主義を排斥し自由心証主義を要素とするものとして、自らを確立したのである。(以上124ページ前半)

また法定証拠主義は、強大な専制国家権力の強権的発動により有罪に必要な自白を強奪するための拷問の許容と必然的に結びつくが(拙著41—2ページ)、以上の如く王権に対する人民の抵抗運動の一環として形成された陪審裁判では、当然かかる制度は排斥されることになる。その具体的経過は、前記(一)所引の如く、拙著135—6ページに記載されている。

なお、英法における口頭主義・直接主義の発達も、以上のことと不可分である。初期の国王裁判所では職権主義的色彩が濃かった所から、陪審以

外の「証人証拠も初期においては通常文書の形で受理されたものごとくであるが、遅くもエリザベス女王の治世（1558—1603）までには、非政治的犯罪に関する限り、証人自身を公開法廷に出頭せしめ口頭で証拠を提出させることが一般化した。（135ページ）」しかし政治犯に関しては、前出の如く（41—2ページ）絶対王権に対する市民・普通法の制勝による陪審の審理権の確立は、かかる書面による間接審理を放逐し、口頭主義・直接主義の確立に導いたのである。すなわち、陪審の自由な審理権の発達・確立と口頭主義・直接主義の発達・確立とは、正確に歩みを斉しくするのである。

さて、かように国家権力とその機関たる裁判官との審理に対する主体性—能動性が次第に陪審の手に奪い去られて行くのを、国家権力は決して指をくわえて見ていたわけではなく、「裁判官の陪審に対する指導権を何らかの形で温存することにより、国王の裁判所たる本質を保全しよう」と努めた。その結果、裁判官と陪審員との妥協・歩み寄り・相互譲歩の形態として、法廷に提出された証拠の評価とそれに基く推理・断定とは挙げて陪審員に委ねるけれども、原告・被告による法廷への証拠の提出と提出された証拠の取調べについては裁判官が適切な指導を行なって、不適当な（すなわち陪審員の評価および推理判断を誤らしめるおそれのある）証拠は初めから法廷への提出を許さず（すなわち「証拠能力」を認めず）、提出された証拠に対する不適切な仕方による取調べはこれを許さないようにする、という一種の分業が次第に確立されて行った。そして、裁判官による証拠審理の指導の多年にわたる累積は、おのずからその指導方法に関する法的慣習を生み出し、次第に証拠能力と証拠調の方法とに関する広汎複雑な慣習法を成立させて行った。（124ページ後半）」

しかしこれらの証拠法則は、「その後陪審制度が確立され陪審の権威が高まると共に、むしろ陪審の自由心証の内在的本質的原理的な制約たる理性の法則」に変質した（125ページ）。そして、かように英法の証拠法則が、（法定証拠主義の如く）「国家権力による自由心証への外在的制約でなく、理性による内在的制約であること」は、陪審裁判の確立と不可分に結びつ

く、国王裁判所の王権への従属からの離脱、「むしろ王権に対峙する所の法の源泉としての『普通法 (Common Law)』の機関たる性格」の確立という、「裁判所の現実的性格自体によって担保され」ているのである (125—6ページ)。

以上が、拙著第三章で展開した陪審制度と自由心証主義との必然的結びつきの社会史的・刑事訴訟法史的ダイナミクスの概要である。もとよりこの説明が、未だ甚だ実証性に乏しく全体として一個の仮説を出ないものであることは、わたくしも十分承知している。しかしながら、庭山の如く、拙著が自由心証主義を「唯単に陪審の必然的な所産とするのみで」「自由心証主義の成立と発展とについて……詳しい叙述を欠いている。」というのは、拙著の論旨をつかみそこなったものである。真実には以上の如く、第三章全体が、英法における陪審・口頭主義・直接主義・当事者主義の訴訟構造の発達が、如何にして自由心証主義を本質的要素とする証拠裁判主義の発達と必然不可分に結びついているか、の説明に向けられているのである。云い換えれば、その説明こそ、第三章全体の基本テーマの一つなのである。

もっとも、庭山がこの論旨をつかみそこなった原因の一半は、おそらく拙著の行文が晦渋であり、かつ議論の進め方が十分整理されておらず前後出入しゴタゴタしている点にあると思う。いずれ改版の機会に整理したいと思う。

ついでに、庭山が、拙著に欠けている自由心証の成立・発展過程の叙述を埋めるものとして提案している、庭山評179ページ終りから180ページへかけての見解につき、反批判を加えておく。

庭山説は、庭山論文「自由心証主義の抑制について (一)」、中京法学2巻2号」193—4ページにある如く、田中和夫「証拠法の基礎理論 (法学理論篇147)」86—7ページの説明にヒントを得たものと思われるが、仔細に見ると断片的に似た所はあるが、全体の趣旨は田中説と全く異なり、いわゆる「似て非なるもの」である。

田中説は以下の論述を理解する上で重要であるから、全文を引いておく。

16世紀以降普通法裁判所では、「近代的証人が多くなり、その証言と書証とが評決の主たる基礎をなすようになり、ここに近代的証拠法が発展をはじめることとなった。法廷に現われた証拠のみを評決の基礎とすることが許されるようになったのは、第17世紀のことであるが、その頃までに現在の証拠法の大体の輪廓ができ上った。本項においてはその間即ち第16・7世紀のことについて述べる。

第16・7世紀においてまず問題となったのは、証人の証言が陪審の評決の主たる基礎となったことと関連して、二人の信用し得べき証人の証言が完全証拠をなし、従ってまた一人の信用し得べき証人の証言は二分の一の証拠であるとの法則を中心とした法定証拠主義（寺院法的数の法則）の支配を受けるか否かの問題であった。イギリスにおいても宗教裁判所はこの法則をそのまま採用し、宗教裁判所の訴訟法（職権主義的訴訟法）を模倣した訴訟法をもっていた衡平法裁判所及び星座裁判所（Star Chamber）の証拠法も多分にその影響を受けていた。元来ゲルマン古法においては一人の宣誓はそれだけで当然に一つの宣誓としての価値を持つとしていたのであってその思想がまだイギリスに残っており、かつ寺院法の法律家が普通法の法律家よりも優れていて勢力があったから、普通法裁判所においても寺院法の数の法則の影響を受ける傾向があった。しかし第16世紀後期から第17世紀初めにかけての普通法裁判所と宗教裁判所及び行政府裁判所との権限の争いによって、普通法とローマ系統の法との対立が明瞭に意識され、第17世紀中頃に至って普通法裁判所は確定的に数の法則の支配を拒絶した。そして証言の価値は、証人（原文数人とあるも）（証人の誤りならん）の数によらず、証言を反対尋問の結果その他の方法によって検討して決する、換言すれば証言の価値を量によらず質によって決定することとした。法定証拠主義を拒否して自由心証主義を採用したのである。普通法裁判所が数の法則を拒否した理由につき、ウィグモア及びベストは、陪審は当時なお証人たる性格を

もっており、従って証人が一人ということが考えられなかったからであるとし、ホールズワースは、寺院法の数の法則は当時刑事法の分野において大陸の糺問主義と結合しており、二人の証人の証言を得ることができないときは被告人の自白を得るため拷問を用いていたので（現にイギリスにおいても星座裁判所においては拷問を行っていた）、イギリス人が従ってまたイギリス人の思想を代表していた普通法裁判所がかかる拷問に導く制度を継受することに反対したからであるとしている。なお事実認定をする者が素人たる陪審員であることも、数の法則の拒否の大きな原因であった。複雑な数の法則の適用の如きは；専門的訓練を経た裁判官のみがよくすることができるのである。」

かように田中は、まず、普通法裁判所の陪審裁判で16、7世紀になって初めて法定証拠主義の採用の可否が問題となった契機を、16世紀以後、フランク・インクイジチオの証人の流れを汲む従来の陪審証人（自己の見聞に基づいて有罪無罪の答申をした）と明確に区別される近代的証人の数が増え陪審の評決がその証言を基礎とするに至った点に求める。そして次に、普通法裁判所が、（法定証拠の）数の法則の影響を拒絶した根本原因を、16、7世紀における王権と市民との対立・抗争そして後者の制勝の一要素を形造る所の、純然たる王権の機関たる衡平法裁判所・星座裁判所・宗教裁判所（当然その手続構造は糺問手続的色彩が強く——前出拙著135—6ページ参照——従って法定証拠主義が優勢である。）対人民側の機関たる普通法裁判所（その手続構造は訴訟手続的であり、従って元々法定証拠主義にはなじまない性格を備えている。ただ、陪審の審理主体としての地位が未確立の間は、古い民衆裁判やフランク・インクイジチオの形式裁判主義的観念が残存し、証言——但し糺問手続や近代訴訟手続における証人の証言とは異なり、民衆裁判の部落証人やフランク・インクイジチオの証人の証言の流れを汲む——の数が問題とされるという点で、糺問手続の法定証拠主義における数の法則の影響を受け易かった——もともと糺問手続の法定証拠主義自体、国家権力優越の理念が古代法の形式主義的意識の根強い残存という社会的条件に巧く適合した所に成立したもの

であることにつき、拙著41ページ参照——。)の対立・抗争そして後者の制勝により、後者が前者の法定証拠主義の影響を確定的に拒絶したこと、に求める。この説明は、前記拙著の理論と根本的に方向を同じくするものである。ただ、拙著が、陪審の審理主体性確立と証拠裁判主義・自由心証主義との不可分の絡み合いを、より巨視的な、それだけより広い全体的な視点から、しかしその反面それだけ一般的抽象的な視点から眺めるのに対して、田中は、主として16, 7世紀という限られた時期の宗教裁判所・行政府裁判所と普通法裁判所との対立・抗争という、限定的微視的な、しかしそれだけに具体的かつ個別的という意味で実証度の高い視点から眺めたという点が、違うだけである。その意味で田中説は、そのまま拙論の実証・裏付けの一部たりうる。

しかしそれから先の田中の説明は、いささか拙著と異なる。拙著は、上のような対抗関係および普通法裁判所の制勝の過程で、普通法裁判所が法定証拠主義を拒否した理由を、次の点に求める。すなわち、法定証拠主義は本質的に、絶対主義権力が刑事手続において裁判官の心証形成過程を直接支配しかつ被疑者に拷問を加えて自白を強奪するという形で官僚および(官僚機構を通じて)人民を専制的に支配するものである。故に、人民の砦となった普通法裁判所の絶対王権に対する対立・抗争そして勝利の過程は、そのまま絶対主義国王裁判権の基本原則たる職権主義・法定証拠主義の支配に対する人民(陪審)裁判権の抵抗、その原理の廃滅、そしてこの原理のアンチ・テーゼとしての新原理の創造・確立の過程であったのだ。その新原理、それこそ当事者主義・自由心証主義に外ならない。これに対して田中説は、せっき行政府裁判所(絶対王権裁判所)と普通法裁判所(人民裁判所)との対立抗争・後者の前者に対する勝利の過程の中に後者による法定証拠主義拒否の根本原因を見出しながら、刑事手続構造を国家社会構造と結びつけて把えるという根本的視点が欠けているために、その根本原因自体の中から直接法定証拠主義拒否・自由心証主義創造の理由を引き出すことができず、国家社会構造上の根本原因とは無関係な形でウイ

グモアやベストの純手続技術的理由説を援用するにとどまった。それと併んで援用しているホールズワースの拷問排撃という理由は、後に改めて述べるように、根本原因自体から直接導かれるものだが、田中説はその導出の論理過程に全く触れることなく、漫然と前記ウィグモア・ベスト説と併記するにとどまる。更に、「素人たる陪審員にはややこしい数の法則は嫌われた」とする恐らく田中の創案に成る新理由も、やはり根本原因と関わりなき純技術的理由として提示されているにすぎない。わたくしを見る所、ホールズワース説以外は法定証拠主義拒否を容易にする条件の説明ではありえても、それを必然的にもたらず理由の説明ではありえない。真の理由つまり十分な説得力のある理由は、われわれの如く、国家社会構造上の根本原因自体から直接論理必然的に導き出されるものでなければならない。

かような不徹底さはあるにせよ、とにかく田中説は単なる技術的観点を超え出て、国家社会構造と刑事手続構造との相互関係を追求している点で、拙著とほぼ同じ方向を目指すものといえよう。

これに反して庭山は、普通法裁判所が数の法則の影響から離脱した原因を、専ら陪審裁判の技術的要請に求める。すなわち、「第一に、12人もの陪審員（一種の証人ともいえる）が判断する陪審裁判においては、2人の証人の一致した証言が必要であるというような制約は事実上ナンセンスだったからであり、第二に、陪審裁判は元来、素人裁判官による裁判であるから口頭主義は必須であり、イギリス国民の平衡感覚は当然に弁論主義（Adversary System）を要求したのである。このような口頭弁論主義においては、法定証拠主義といった予め証拠価値を法定するやり方はなじまなかったのである。」

この説明では、田中説や拙論の要点である社会史的視点が完全に脱落して、問題が純然たる訴訟技術論的視野に矮小化されてしまっている。

しかももちろん、その方が正しく十分の説得力を持つならばそれでよいのだが、わたくしには、このような見方で問題が巧く解決されうるとは、

どうも考えられない。田中も指摘している通り、普通法裁判所に数の法則の影響を受け容れ易くしていた原因は、ゲルマン古法やフランク・インクイジチオにおける形式裁判主義的な意味での数の法則の伝統を普通法が受け継いでいたことに在るのであり、12人という陪審員の数もまたそこから来ているのだから（拙著58—9, 133—4ページ参照）、陪審が12人の多数であるということが、数の法則と本来的・本質的になじまない、ということはいえない。また、庭山の言わんとする所は、12人の陪審員中たった2人が有罪を認めれば例え他の10人が無罪を主張しても有罪判決をしなければならぬというのはナンセンスだから、法定証拠主義の数の法則は陪審裁判には不適合である、ということらしいが、陪審員以外の、事件に関し特別の知識を有する証人（近代的証人）の有罪証言についてならば、2人以上という法定数は、十分意味を持ちうるはずである。しかるに元来、糺問手続の法定証拠主義で言う2人以上の証人とは、事件に関し特別の知識を有する証人（近代的証人）のことであって、フランク・インクイジチオの証人の流れを汲み裁判官に対して有罪か無罪かの結論のみを答申する陪審証人のようなものとは根本的に異なる。故に、糺問手続の数の法則の陪審裁判への適用が問題になったというのは、陪審以外の近代的証人の証言に対して適用されたということであって、庭山が誤解している如く、陪審の評決に対してではない。現に、庭山説が明らかにそれからヒントを得ている所の前掲田中論文86ページの初めには、先所引の如く、16世紀以後近代的証人が多くなり、その証言が陪審の評決の主たる基礎となったことと関連して、法定証拠主義の数の法則の適用の有無が問題となるに至った、とある。故に、2人以上という法定数は、陪審裁判においても十分意味を持ちえたのであり、持ちえたからこそその適用の有無が問題となりえたのである。

ウィグモアやベストが、普通法裁判所が数の法則を拒否した理由を、「陪審は当時なお証人たる性格をもっており、したがって証人が1人ということが考えられなかったからだ」としているのは（田中論文 87ページ所引）、恐らく庭山がそこからヒントを得た所のものだと思うが、言わんとする所

は前記庭山説といささか異なり、ほぼ次のような意味であると思われる。すなわち、古来普通法裁判所は12人もの陪審員の答申に基づいて判決する習わしであったが、陪審員は初め一種の証人と考えられており16、7世紀頃でもこの観念はまだ根強く残っていたので、結局普通法裁判所の判決は当然12人もの多数の証人の証言に基づいてなされるものと観念されていたわけで、したがって「2人の証言に基づいて有罪判決をする」とか「1人の証言にもハーフ・プルーフとしての独立の証明力を認める」とかの法定証拠主義の数の法則は、このような伝統的観念に照らして甚だ奇異なものに感じられ、納得されにくかった、というのである。陪審員の有罪答申自身に直接法定証拠主義の数の法則を適用するのがナンセンスだったという意味ではない。

このあたり庭山は、糾問手続や近代的刑事訴訟手続における証人（近代的証人）と、ゲルマン古法の部落証人やフランク・インクイジチオの証人の流れを汲む陪審証人とが、本質的に異なるものであること（部落証人およびインクイジチオ証人の性質および近代的証人との違いについては拙著62—3ページに詳しく説明してある。）を全く失念しているように見える。そしてその失念と因果・表裏して、庭山説では、「初期には一種の（前近代的）証人と考えられていた陪審が、次第に他の、事件に関し特別の知識を有する証人（近代的証人）から区別されて、審理主体たる地位を確立して行った」という訴訟構造の変化、およびその背景に在る国家権力対人民、王権対普通法の対立・抗争関係、に対する史的理解が全く欠けることになったと思われる。

そのことは次の点からも推測できる。ローマ法の法定証拠主義における数の法則のイギリスにおける継受過程を、庭山評180ページは、ローマ法—教会法—イギリス宗教裁判所—普通法裁判所という単純直接的な継受の系譜で説明している（「15世紀までは教会法の勢力が強く、コモンロー裁判所もその影響下にあった」という表現に見る。）。

これに対して田中説にあっては、ローマ法—教会法—イギリス宗教裁判

所一衡平法裁判所・星座裁判所という継受過程は訴訟構造の類似（職権主義）を基礎にして単純直接的な継受として説明しているが、イギリス宗教裁判所から普通法裁判所への継受（むしろ影響）を説明するためには、両者の訴訟構造の本質的違い（職権主義対当事者主義）を埋める中間項・媒介項として、次の三つの事実を置いている。第一に、16, 7世紀に至って陪審員の審理主体たる地位が確立し、事件に関し特別の知識を有する証人が明確に陪審員から分離されて、後者の証言が前者の評決の主たる基礎となったこと——その結果初めて、後者の証言に法定証拠主義の数の法則の適用があるか否かが問題になりうることとなった。第二に、ゲルマン古法においては一人の宣誓はそれだけで当然に一つの宣誓としての価値を持つという考え方があり、その思想がまだイギリスに残存していたこと——この要素が、先の問題が起こって来たときに、普通法裁判所は法定証拠主義の数の法則をその思想にマッチするものとして受け容れさせる方向に作用した。第三に、教会法の社会的勢力の普通法に対する一般的優越——その結果普通法裁判所は教会法に追従してその数の法則を受け容れる方向に傾いた。これら三つの中間項・媒介項中第一と第二のものは、庭山説では全く無視されている。

第一中間項を無視する結果庭山説では、まず、法定証拠主義の数の法則の適用が、陪審証人と近代的証人とのいずれに対して問題となったのかがあいまいとなり、もともと後者に対してのみその適用が問題となりえまた現実に問題となった所の数の法則が、陪審証人に対してもその適用を問題とされえまた現実に問題とされた、という錯覚が起こる。そして更にその錯覚に基づいて、第一に先述の如く、数の法則が陪審裁判で拒否されたのは、「12人もの陪審員（一種の証人ともいえる）が判断する陪審においては、2人の証人の一致した証言が必要であるというような制約は事実上ナンセンスだったからである」との、明らかに陪審証人と近代的証人とを混同した見解が生じる。この見解は第二中間項の無視により一層の拍車をかけられる。第二中間項の意味する所は、陪審裁判は形式裁判主義の伝統を

引くものとしてむしろ数の法則を受け容れ易い本質を持っているというに在り、しかも既述の如く、形式裁判主義において当事者の主張を裏付けるに要する宣誓補助者や部落証人の法定数は12人で（拙著58—9ページ）、陪審員数12人もまたそれに淵源すると考えられるから（拙著133—4ページ参照）、その点を考慮に入れれば陪審員12人ということは、むしろ法定証拠主義の数の法則を陪審裁判に受け入れ易くする要因としても作用しうるはずである。この見地からすれば前記庭山説はもとよりウィグモア・ベスト説も、一面的のそしりをまぬがれない。ところが庭山説では、この観点は全く無視された上、叙上の如くウィグモア・ベスト説の曲解による誇張が行なわれて、陪審員の12人という数は、法定証拠主義の数の法則と本質的にかつひたすらなじまないものだと、説かれるに至った。

さて、法定証拠主義の数の法則が陪審証人に対してもその適用を問題とされえかつ現実に問題とされたという錯覚に、前記田中説の第三中間項（宗教裁判所の普通法裁判所に対する優越）が結びつくと、近代的証人の証言が陪審の評決の基礎となるに至った16、7世紀以前、それも驚くべし14世紀陪審裁判の成立当初から、ローマ・教会法の法定証拠主義における数の法則が、宗教裁判所の普通法裁判所に対する優位を背景にして、陪審裁判（当然のことながら証人の証言でなく陪審の評決）に対して一般的に適用されていた、という重大な誤解が生じる。いわく、「イギリスでは陪審裁判所は14世紀に一応成立していたが、当初はローマ法的な法定証拠主義であった。ローマ法ではユ帝時代にすでに法定証拠主義が確立されていたが、それが教会法を媒体としてイギリスにも波及していた。すなわちイギリスの宗教裁判所では、証拠法はローマ法的『数の法則』（一種の法定証拠主義）に支配されていた。そして15世紀までは教会法の勢が強く、コンロー裁判所もその影響下にあったのである。」もしそれが事実なら、14、5世紀の陪審裁判では、陪審員12名中わずか2名の有罪答申があれば有罪とされえたしされざるをえなかった、ということになる。しかしまさか、そんなことのあるはずはない。庭山の言う如く、それは正にナンセンス

であるから。

真実には、当時宗教裁判所の数の法則の影響下に在ったのは、田中論文86ページにもあるように「宗教裁判所の訴訟法（職権主義的訴訟法）を模倣した訴訟法をもっていた衡平法裁判所及び星座裁判所（Star Chamber）の証拠法」であって、普通法裁判所の陪審裁判における証拠法ではない。拙著134—5ページに概説してあるように、普通法裁判所の陪審裁判では、13世紀初頭までは大陪審により告発された者の有罪無罪は「神判」によって決せられていたのが、13、4世紀の間に初めは大陪審それ自身そしてやがて小陪審の宣誓による証言により有罪無罪を決定されるようになったものの、「当時の陪審は、いずれも世間の風評や陪審員自身の個人的知識に基づいて審判を行」なっていたのであって、法定証拠主義の数の法則が入り込む余地は全くなかったのである。陪審員以外の、たまたま犯罪の事情に精通する者（近代的証人）を補助陪審員として加える習わしは早くからあり、「15世紀中頃にはかかる証人が多くなって来たが、当時においてはなお陪審員の知識が評決の主たる基礎をなしており、証人の証言は補助的意義を有したに過ぎなかった。（田中論文 82ページ）」「しかるに1500年頃から、これら犯罪の事情に精通していると認められる者を、陪審それ自身に加えることをやめて、代りに陪審の面前に証人として喚び出し証言を提供させるという風が一般化した。……かようにして陪審は、初期のそれ自身証拠たる地位から徐々に脱却して、証人その他の証拠の審理に立ち会い、その証拠に基いて判決を下すところの手續の主体たる地位を確立して行ったのである。（拙著135ページ）」そして前述の如く、その段階で初めて法定証拠主義の数の法則の受容が問題となりえかつ問題となるに至ったのである。

故に、「14世紀陪審裁判（小陪審）の確立当初はローマ法的な法定証拠主義であった」という庭山説は、普通法裁判所の陪審裁判とその証拠法との歴史に対する根本的な無理解を示すものであり、かつその点を論じた拙著上記部分の読み落としまたは無理解を物語るものである。その程度の認識

で、拙著の所説を批判することはともかく、陪審と自由心証主義との必然的結びつきという野心的テーマに挑もうとするのは、いささか「盲、蛇に怖じず」の感なきを得まい。近く「自由心証主義の抑制について（中京法学連載）」の続編でこの問題を論じる予定のようであるが、功を急がずこの辺の再検討から慎重に始めてもらいたいと、老婆心ながら切に希望する次第である。

なお、田中論文87ページ所引のホールズワース説では、「イギリス人したがって又イギリス人の思想を代表していた普通法裁判所は、法定証拠主義が拷問に結びつくのを嫌ってこれを排斥したのだ。」としており、これは正に、「王権に対し市民の自由を守ろうとする普通法の反抗の中に、自由心証主義の真の発生原因が見出される。」とする拙論の立場に添い、前所引拙著135—6ページの英法における拷問消滅過程の説明とも一致するものである。そのすぐ前に引かれているウィグモアやベストの説にヒントを得た庭山が、すぐ次にあるこの重要な観点を見落としたのは何故だろうか。恐らく、拷問の排斥と陪審の発達とが必然不可避的に結びつくという、前述拙著の重要な一論点を理解しえず、両者を無関係のものと考えたがために、ホールズワース説が自由心証主義を陪審の必然的所産とする見解の有力な論拠たりうることを、洞察しえなかったためであろう。この点も再考慮を希望する。

次に、「陪審は素人だから口頭主義になり、イギリス国民の平衡感覚が弁論主義を生み、口頭弁論主義は法定証拠主義になじまない。」という庭山の第二の理由づけはどうであろうか。まず、拙著135ページにもあるように、陪審の初期には証言は書面の形で提出されていたのだから、素人たることと口頭主義とが当然に結びつくとは思われない。口頭主義の発生の原因は先程も述べた如く、陪審が「初期のそれ自身証拠たる地位を徐々に脱却して、証人その他の証拠の審理に立ち会い、その証拠に基いて判定を下すところの手續の主体たる地位を確立して行った（拙著135ページ）」ことに在る。次に、弁論主義の発生原因を国民性特に平衡感覚というような

あいまいなつかみ所のないものに求めるのは、科学的でない。当事者主義・直接主義・口頭主義・証拠裁判主義が結びつけば弁論主義になるのは当然で、あえて国民性を持ち出すまでもなからう。そして最後に、口頭弁論主義は本来の本質的に法定証拠主義となじまぬ、ということも、史実にてらせば証明されがたい。拙著を続めばわかるように、東洋の糾問手続は西欧のそれに比し直接主義・口頭主義の要素が強く、人民の傍聴や発言を許し証人との対質を認めるなど陪審制度や弁論主義の要素もある程度加味したものであったが(70ページ)、厳然として法定証拠主義であった(115ページ)。

以上の如く、陪審と自由心証主義との必然的結びつきの原因を技術的必要性に求めても到底「説得力ある」説明にはならない。田中および拙著の立場の如く、それを王権＝糾問手続＝ローマ・教会法(王法・衡平法)＝法定証拠主義と市民＝訴訟・陪審手続＝イギリス固有法(普通法)＝自由心証主義との対立・抗争の社会史的訴訟法史的構造の中に求めてこそ、直に「説得力ある」説明となりうるのである。とはいえもちろん、かかる根本原因が技術的諸要素とどう関わり合うかということは、今後の重要な実証的研究課題であるから、庭山が今後この見地から得意の技術論を立て直し深めて行くことを期待する次第である。前出ウィグモア・ベスト説も改めてこの見地から見なおす必要があろう。

なお付け加えて言えば、庭山が、かように純技術的な視点から問題を完全に解決しようという立場に立ちながら、それと全く対立的な社会史的視点から問題を解決しようとする拙著の立場、すなわち陪審制度と自由心証主義(に伴う証拠法則)との成立過程は「王権への従属から法の支配へと移り変わる移行過程である」とする立場を、「基本的には正しい核心を衝いている」としているのは、矛盾である。それを矛盾と感じなかったのは、要するに庭山が、拙論の理論構造を全体的に理解することができず、「唯単に」、自由心証主義は陪審の必然的所産であるという形でのみ理解しえなすぎなかったがためであろう。

終りについてながら言うておくが、中京法学三卷4号所載の庭山書評「平場・高田・中武・鈴木共著『注解刑事訴訟法上巻』」83ページに、「イギリスでは大陸で糺問主義が栄えていた中世にも古い弾劾主義の訴訟方式が生きていた」という原著の記述を咎めて、イギリスの当事者主義的訴訟構造の源流となったのはフランクの糺問手続であって古い弾劾手続ではなく、フランクの弾劾手続はイギリスの起訴陪審の成立に影響を及ぼしたのみだ、というのが刑訴法史の通説だ、とあるのは、意味不通である。何か錯覚があるのではないか。再検討してもらいたい。

(九) 庭山評183ページ終り5行は、拙著256ページが、直接証拠主義は旧ドイツ法では単なる理想として語られているにすぎない、としている旨紹介した上で、「直接主義の伝統はライヒ刑訴法以来であり、明文もあることであるし『単なる理想』と叫ぶのは妥当を欠く」と言っている。それだけ聞けばごもっともであるが、拙文の全体は次の如くであって、「単なる理想」という語を、英米法と旧ドイツ・日本法との比較に基づき相対的な意味で使っているのであって、直接主義に関する規定が全く欠けているというようなニュアンスで書いているのではない（庭山評を読むとそう書いてあるように見えるが）。拙文の全体はこうである。「直接（審理）主義という言葉そのものはドイツ法に由来するのだけれども、旧ドイツ法やそれを真似たわが旧法ではそれは単なる理想として語られたにすぎず、実際には極く部分的にしか認められていなかった（旧法343条参照）。これに反し英米法では、これが事実上の原則となっているのである。」

(十) 庭山評176ページは、糺問手続の法定証拠主義が自白中心主義になった理由を、拙著が、当時の知識水準では物証を中心とする科学的証拠技術が甚だ不完全であり、かつ証人の証言も目撃証人以外のものは措信できない、という点に求めたのを（拙著41ページ）、「それも確かに一理由だろうが、もっと根本的な理由は、内心的な事実の証明についての法技術の未

発達という点であろう。この問題はやはり立証のテーマとの関連において考える必要があるように思われる。」と、批判している。

これによると庭山は、糺問手続の立証テーマは被疑者の内心的な事実であるが、その立証技術が不完全のため自白に頼らざるをえなかったのだ、と主張しているようにみえる。しかし、世俗国家の糺問手続は、洋の東西をとわず、専ら被疑者が犯罪行為を実行したか否かの客観的事実が立証テーマであって、故意過失の存否のような内心的事実は、むしろ近代的訴訟手続におけるが如く、独立不可欠の立証テーマとして明確に意識されていなかった傾向がある。してみれば、庭山の主張は話が逆である。また、教会法の糺問手続では、立証テーマは往々内心的な信仰の如何に関わるが、それが教会法における徹底的な自白の強奪を必然ならしめる要因であることは、拙著73ページにチャンと指摘されている。拙著が、法定証拠主義における自白中心主義の発生原因を、立証テーマとの関連で考えていないような言い方は、この箇所の読み落としではないか。

以上庭山評中拙著の内容を歪曲しまたは不完全にしか伝えていない部分を取り去ると、庭山が批判を加えている拙著の具体的内容中、正確に紹介されているのは、わずかに次の三、四点だけである。しかしそれに対する批判（または弁護）がすべて正しいとは言えない。

(一) 庭山評176—7ページは、ローマの民会の裁判手続を、拙著が、「審理は政務官の一方的糺問を以て行なわれ、ただ政務官による科刑の提案を認めるか否かを民会が定めるという点では政務官は原告、民会は陪審に当るわけで、一種の訴訟手続だ。」と説明した上でこれを査問会の裁判手続と比較し、「後者が純然たる訴訟手続なるに対し、前者は糺問手続的色彩の強い一種の訴訟手続だ。」と評した点を把えて、「わたくしは糺問手続と弾劾手続との区別のメルクマールを、証拠収集者と証拠評価者とが同一であるか否かで捉える。したがって、ローマの民会手続を著者が今説いたよ

うに『糺問手続的色彩の強い一種の訴訟手続』と表現するのは、不適當ではないかと考える。」と批判している。

しかしこれは、批判の内容を云々するより前に、すでにその方法において誤ってはいないか。まず、何らの論証なしに全く一方的に、自分は糺問手続と弾劾手続（訴訟手続）との違いのメルクマールをこう捉えると言う。そしてそのメルクマールからすればローマの民会手続は糺問手続的ではないと言う。そこまではよろしい。しかし、「したがって」拙著が糺問手続的色彩が強いというのは「不適當ではないかと考える」と論断するのは、明らかに飛躍である。それは結局、「自分の考えと違っているから誤りだ。」というにひとしいからである。政治の世界は知らず学問の世界では、如何なる権威者もそんなことを言う権利はないはずだ。

いや、そういう意味で書いたのではない、「そのメルクマールをこう把えるのが適當と私には思える、そう思う結果としてわたくしには、民会手続を糺問手続的というのは不適當だと思える。」という自分の「思い」を客観的に述べただけだ、というのなら、理くつは通るが、それならばそれは単なる述懐であって批評ではない。

わたくしは、庭山のそのメルクマールの把え方は不適當と考える。糺問手続 (Inquisition) の語は、拙著48ページにある如く、もともと民会手続において政務官が国民の面前で行なった「審問 (anquisitio)」に由来するものである。次いで、拙著61ページにある如く、フランク王国の国王裁判所で、係争事実につき知識を持つ部落民を裁判所が召喚して真実を述べることを約束させた上裁判官から問いを発して答えさせた場合の、その問いを *inquisitio* と呼んだのである。そして後に次第に、この言葉が拡張されて手続の全体を指すことになったのだ。それ故、糺問手続という語をその語源に忠実に定義すれば、拙著40ページにある如く、「国家権力が国家機関の職権によって犯罪の一方的な捜査、摘発、取調べ（審尋）、判決、処刑を行ない（『職権主義』）……原告・被告は証人及び被疑者として単に国家機関の審尋すなわち糺問の一方的客体にすぎないところの手続」

ということになる。つまり、取調官に対する被疑者の地位の非対等性こそ
糾問手続の主要な特徴なのであって、証拠収集者と証拠評価者との同一性
はむしろその主要特徴からの派生的副次的な性質にすぎない。現に拙著
104-8ページに詳述する如く、糾問手続の典型とされる1670年フランスの
「刑事手続に関する大条例」においてさえ、手続の第一第二段階での証拠
収集は専ら「予審官」の一方的審尋を以て行なわれるが、第三段階におけ
る証拠判定には予審官以外の数名の陪席判事が付け加わり、予審官が収集
した証拠に対して第三者として評価を下す。すなわちまず証拠に対する被
告人の忌避を認めるか否かを判定し、次いで忌避されずまたは忌避を認め
られないで彼らの前に読み上げられた証拠に関し有罪を認定するための法
定要件を充たしているか否かにつき判定を下す。したがって、証拠収集者
と証拠評価者との同一性はただ予審官についてのみ認められ、証拠評価者
たる数名の陪席判事については認められない。(但し、拷問により自白の強
奪が行なわれる場合にはその限りにおいて陪席判事も証拠収集者となる。)
また、中国やローマの糾問手続は何階級かの上訴の制度を伴うが、上級審
の裁判官は自ら証拠収集を行なうことなく下級審における審問の報告書
に基づいて証拠評価をなし判決を下すことができたのである(拙著55-6,
113-4ページ)。

以上のようなメルクマールからすれば、政務官の職権が強盛な民会手続
を「糾問手続的色彩が強い」というのに何の不思議もない。民会手続どこ
ろか近代大陸刑訴法も、陪審制度を採用し証拠収集者と証拠評価者との分
離を一応達成しているが、英米の学者は今でもそれを糾問主義的 (*inquisi-*
torial system) と呼んで、英米刑訴法の弾劾主義的 (*accusatorial system*)
なるに対比している。また滝川幸辰ら編「新刑事訴訟法解説」14ページ
も、仏・独刑訴法は「糾問的な職権主義的な審理を中心として」おり、「従
って自白偏重的な傾向となり、強いて自白を強要するというような傾向と
もなって来る」と述べている。そして拙著はこの見地から、近代大陸刑訴
法を「糾問手続に親近性を持つ (153ページ)」とか「極論すれば糾問手続と

いう醜女の民主的厚化粧に外ならない (164ページ)」とか評しているわけである。戦前の刑訴法学者や現代の保守的・反動的刑訴法学者のように近代大陸刑訴法を純然たる訴訟手続とする立場からは、ローマの民会手続も当然そうなるであろうが、本書の根本的な狙いの一つは近代大陸刑訴の近代的民主的仮面を剥いでその反動性をあばき出す点にあり、この見地からすれば、ローマ国家権力の上昇期における民会刑事手続の民事手続からの分離独立したがって必然的に職権主義的性格の顕著化を指して「糺問手続的色彩の強い」と呼ぶことに、何の不思議もないと思う。その意図を看却されたのでは、著者として甚だ情ない。なお、証拠の収集者と評価者との一致を糺問手続のメルクマールとすると、現行日本刑訴法は、陪審制度を欠き裁判官が専ら証拠の評価を行なうとともに、大陸法的な職権主義・実体的真実主義をも相当大幅に留めて裁判官に相当程度能動的に証拠を収集する権限と義務とを持たせている点で、大陸刑訴法よりも遥かに糺問手続的色彩が強いということになる。しかし通常用語法から言えばこれは逆であろう。この点からも庭山メルクマールの不適切なことが知られる。

なお庭山が、自己の批判の正しさを読者に印象づける手段としてらしいが、クールトンの「糺問主義と自由」では民会、査問会両手続とも弾劾手続（訴訟手続）とされていることを引用している点について、反批判させてもらえば、拙著も庭山引用文にあるように民会手続を訴訟手続だとしているのであり、ただ査問会手続よりも糺問手続的色彩が濃いと述べているだけで、クールトンの所説と矛盾したことを言っているわけではない。それを拙論への批判のつもりで引用しているのは、「民会手続は糺問手続的色彩が強い」とある拙著の字句を「民会手続は糺問手続である」という意味に取り違えたとしか思われぬ。いささか勝手読みの感をまぬがれまい。

諸橋編「漢和大辞典」には「ミル」という動詞だけで217の漢字が載せてあり一つ一つ意味が違う。戦後の教育はそのすべてを「見る」の一字に整理したが、その結果「ミル」という語が現わしうる217種類の意味のヴァリエーション・ニュアンスの違いが、それを味わい分けるきめこまやか

な洗練された感覚と一緒に切り捨てられ、粗っぽく規格化された言語感覚が文化人と自称する人々をも支配するに至った。文字の簡略化は、民主主義の要請である文化の大衆化と情報伝達の能率化とのために必要な措置ではあるが、反面、文化の魂である高貴さを、その不可欠の要素をなすこの微妙な感覚の崩壊によって奪い去る危険を伴う。

(二) 庭山評185ページ前半は、拙著の文章中に「時に理解に苦しむところのあること」を指摘し、一例として、拙著の取引証人の説明文「将来の立証に備えて問題の法律行為が行なわれた場合当事者によって立会わしめた証人が、その法律行為の存在を宣誓しうるのである。」を引く。文中「当事者によって立会わしめた証人」とあるのは、「当事者によって立会わしめられた証人」の誤植であるから、そのままでは意味が通じないのは当然である。指摘は有難いが、実例として引くのなら誤植でなくてしかも意味不通の文章を挙示してほしかった。

(三) 庭山評183ページ中段は、小田中聰樹の拙著への書評(法学セミナー1968年11月152号)が、拙著中現行刑訴の分析のみが型分析的であることを指摘している点に関し、珍しく拙著を弁護する口ぶりであるが、この指摘は全面的に小田中の言う通りである。そのわけは極めて簡単で、刑訴法史を書いた当時、わたくしの社会史構造論は、戦前の日本までは一応輪廓が出来ていたが、戦後史はまだ全く手をつけていなかったためである。その後「存在と文化(十三)(中京法学三巻3号)」においてこれを試み、「社会史の法則(風媒社刊)」および「労働法史(同)」の二著でもこれを論じたので、将来刑訴法史改版の際現行刑訴の部分はこの視点から全面的な照明を加えたいと思っている。

(四) 庭山評184ページ中段は、拙著の素材が広い反面、殊に証拠法の発達史については深さが足らぬ感が強い、と述べている。概説書の宿命と

いうだけでなくわたくしの浅学の故に全般的には正にその通りであるが、証拠法部門だけが他に比べて特に薄手というのはどんなものか。わたくし自身の判断では他の部門も証拠法と同程度に薄手であると思う。それを庭山が特に証拠法について強く感じたのは、前記イギリスにおける自由心証主義発生史批判への反批判で明らかにされた所から察するに、むしろ庭山の読み方に問題があるのではないか。上の反批判で示したように、拙著は細かい点や突っ込んだ問題点には立ち入らないが、案外と証拠法の要点・勘所だけは一通り抑えているのである。ただ、証拠法を独立の項目で論ぜず訴訟構造全体の中へさりげなく溶かし込んでいるので、走り読みすると気がつかない点が多いかもしれない。春秋は微言大意、その全貌は左氏・公羊・穀梁諸伝の解説をまっけて明らかとなる。もとより自らを夫子に比べようなどとは毛頭思わぬが、深い研究の手がかりになる程度のこと是一通り書いてあるつもりだ。但し告白すれば、証拠法と言わず全般的に、わたくしの浅学非才怠惰の故に記述に精粗があり、また正確にわからぬ所・学説が岐れて決しかねる所をあいまいな表現で逃げた箇所も多い。それで気がつかなかった点もあろう。その意味でわたくしにも一半の責任がある。

以上は、庭山が拙著の内容を個別的または全般的に紹介した上でこれを批判した部分についての反批判および反省である。以下は、庭山評のその他の部分への反批判・感想・および反省である。

庭山評は冒頭で、前記小田中評の結論の一部を次のように引用する。小田中評は「刑訴法が『社会経済構造 — 国家権力』によって強く規定される点を評者自身基本的に承認しながら、なおそれがどのようなプロセスないし媒介項を経て『反映』されていったかについての理論的かつ実証的論証が手薄である点を正当にも指摘する。」と。そしてその後で評者小田中を、「歴史的考察に定評があり、その批判には傾聴すべきものがある」とほめ上げ、さらにそのあと拙著の個別的 content に対する上記の如き紹介と批

判との数々が記載されているのである。

わたくしは、根本的に、かような書評の仕方はフェアでないと思う。最初に他人の批評の結論だけを引用して読者に拙著への予断を与え、しかも批判者をほめ上げてその結論に権威あらしめた上、さらに何らの論証なしにその批評の結論をば、拙著の欠陥を「正当にも指摘」したものと評価する。かくて最初の予断は一層強化される。

さてこうしておいて、引続き自分の個別的批評を開陳するのを読むと、あたかもそれらが拙著の前記欠陥を示す具体的事例のように見える。

だがそれぞれを仔細に検討すると、上述来の反論によって明らかな如く、実は小田中の指摘とは何の関わりもないのである。そして最後の総括的論評(184—6ページ)で拙著をかれこれ褒貶しているが、それらと前記冒頭の指摘との間にも何の論理的関係も認められない。それならば小田中評の引用は、読者に拙著への無用の予断を抱かせる以外に何の役割も果たしていない、と言うべきである。

わたくしは、庭山の引用する小田中の指摘は甚だ正鵠を射ていると思う。ただし庭山が理解する如く、それを拙著の欠陥だと小田中がきめつけているのだとは受け取らない。拙著は序文で縷説した如く、国家社会構造と刑事手続構造との意味連関の歴史的素描を与えることによって、この視角から刑事手続法研究の新分野を開拓しようと志す知的冒険者のために、大まかな道案内の地図、いわばコロンブスを新大陸へ導いた世界地図となることを、意図したものである。言い換えれば、すでに他人によって提出されまたは新たに自ら提出した問題に対して解答を与えるのではなくて、新たな問題の所在を指し示すことを意図するものである。したがって小田中が拙著を読んで「正当にも」上記の如き問題の所在、今後深めらるべき理論的・実証的研究の課題を見出したとすれば、それは正に拙著本来の意図が達成されたことを意味するのである。

私は、庭山評が冒頭で小田中の上記問題点の指摘を引用するのを見て、

当然以下の批評がこの今後深めらるべき研究課題を個別的具体的に指摘するものであろうことを期待した。卒直に言ってその期待は裏切られたのである。

一半の原因はもとより庭山の指摘する如き拙著の文章表現の拙劣さ、議論の晦渋、および概念や理論構成の独自性により、庭山が拙著の趣旨を全体としておよび部分的につかみそこなったことに在ると思うが、小田中評や橋本紀徳評（日本共産党中央委員会発行「学生新聞」311号1969年1月22日）が全体として極めて適確に、わたくしが拙著で提出しようとした理論の構造と問題点とを、わたくしの意図通りの形で紹介している点からみて、読み手の方にも多少理解力の不足があったことを否めないのではないか。他人の思想を理解することは自己の思想を述べることよりも難しい。自己の思想は、貧しいものは貧しいなりに、浅いものは浅いなりに、これを文章に表現することができる。これに反して、他人の思想を理解するためには、相手の思想の貧豊浅深に応じて必ずや理解する側の思想的蓄積醗酵が一定の水準を超えていることを要するからである。

その点は庭山も自覚しており、「正直のところわたくしの能力を越える内容の広範さに、何度か筆を投げかけたことを告白しなければならない。」と述べ、また前記反批判の対象となった諸批判については、「読みかえしてみても、多少、揚足とり、めいたうしろめたさがないではない。その点著者に対して御寛恕を乞わなければならない。」と言っている（庭山評184ページ）。重ねてわたくしがその点を指摘するのはいささか非情冷酷の感なきを得ないが、学者の倫理として、論文の中では師弟も同学も朋友もあるべきではなく、一旦筆に載せた事については載せた事情やその際の心情の如何にかかわらず徹底して責任を負うべきであるから、敢えて明言させて頂いた。但し一半の責任はわたくしにもある。つまり、庭山評184ページも述懐する如く、わたくしが庭山に強いて批評を乞うたことが、誠実にして責任感に富む庭山に極めて重い心の負担となり、当時庭山が公私ともに多忙を極めていたさ中に僅かの時間を割き忽々の間にこの書評を書かざる

をえない破目に彼を追いつめたことが、かかる不本意の結果を招いた原因だ、と考えるのである。その点わたくしの心遣りの至らなさを深く詫びるとともに、彼の誠意と厚情とに報いるのかえってかような手厳しい反論を以てせざるをえなくなった事情につき、彼の寛恕と理解とを乞うものである。