

[J] 部門：ローマ刑事法概説

目次

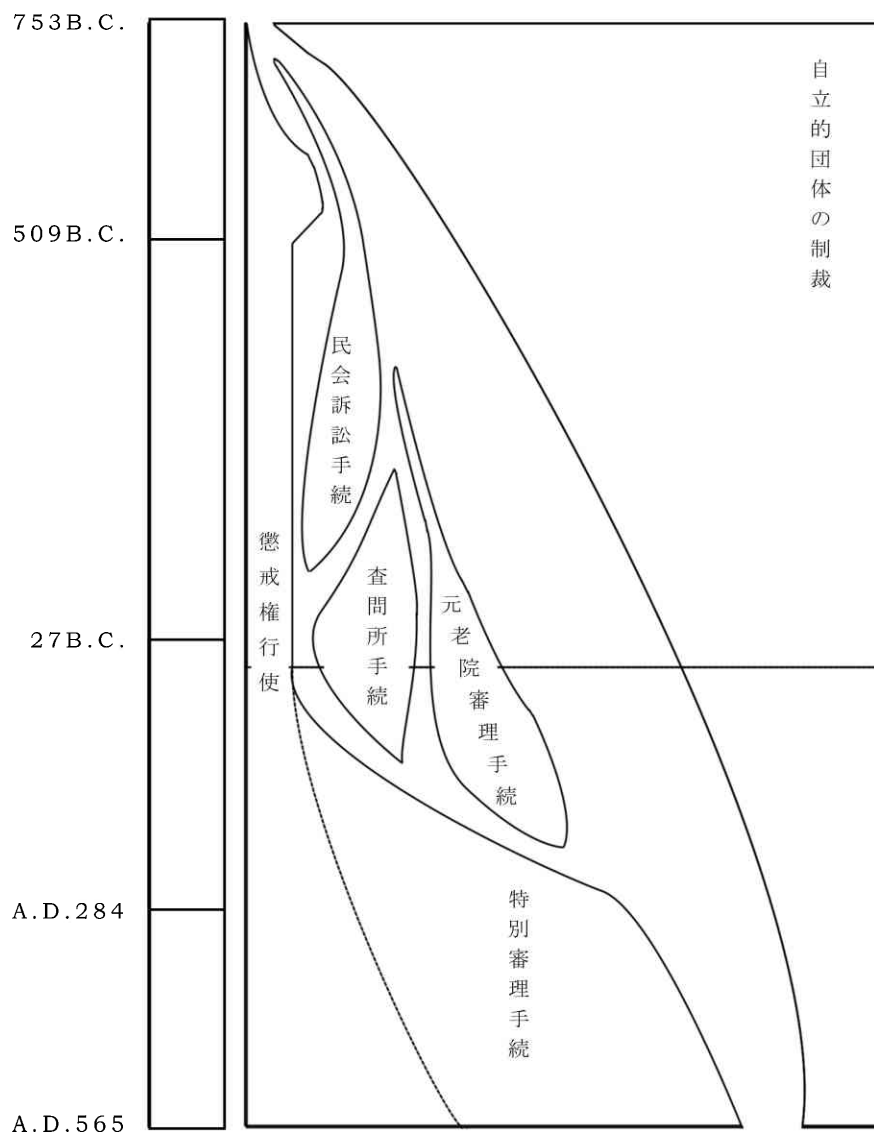
第一章	概観
第二章	査問所論
(A)	査問所の構造
(B)	査問所の手続
第三章	刑事手続比較論
第四章	犯罪類型論

第一章 概観

ローマ刑法上「犯罪」ととらえられる行為・行動の内容や範囲は、時代によって大きく変動している。共和政末期には、厳密に言うならばタテマエのうえだけの現象であるとしても、「罪刑法定主義」的なスタイルにいくらか接近したシステムも生まれるようになったのであるが、この時代の刑事法の段階において、はじめて、「犯罪 (crimen)」が枠づけされたことになろう。まず、考察の前提として、刑事制裁ないし刑事裁判の領域における各種の手続の消長、および、それらのあいだの競合関係を、模式図のかたちで、以下にためしに示してみよう。

* 左半分の、全体として三角形になるような群の部分は、一応のところ、国家ないしは国家権力の枠内で制裁権（刑罰権）が行使される場合に相当するが、これが、時のうつりかわりとともに、拡大していくことを示すものとしている。右半分の逆の三角状の部分は、それ以外の場合に相当し、左半分の拡大とほぼ対応しながらその領域が縮小していく様子を示すものとしている。この図表は、表示を単純化するかたちで、全体が矩形状になるように作成されているが、実は、刑事制裁の総量はローマの各時代で同一ではなく、総体としては時とともに大きく増加していく傾向がある。そこには、ローマの支配領域の拡大や政治体制の変化と連動するところもある。一方、根本的に考えてみれば、「刑事制裁」という基本概念の中身も固定的ではないので、このような模式図をつくりあげることの意味は、それほど大きいわけではない。ちなみに、戦争そのものもときには犯罪を構成する、というようなことも生ずる現代にあっては、「刑事」の概念も不透明になっている。

* 自立的団体の制裁が細っていく現象は現代まで続く現象であるが、タテマエ論のうえではともかくとして、ホンネ論からすると、そのような、いわばプライベートな制裁方式は今後も絶滅することはないであろう。



自立的団体の制裁 ----- そのような団体（集団）のうちで代表的なものとしては、氏族（gens）、および、その発展・展開の形態と位置づけられる家族（familia）（現象的・具体的には、そのグループのトップである家長）による制裁（刑事的制裁と民事的制裁が統合されたかたちになっているもの）があり、これは、かなり後代まで国家法の適用の枠外にあった。それらの各サークル内部（たとえば、家族）で生じた刑事的な事件は、そのサークル自体が、社会慣行にのっとって、事実上一定の様式をふんだうえで、独立的・主体的に処理し、処罰がなされる。他方で、独立している各サークルの構成員相互間に生じた刑事的な事件の場合には、古くは、そのサークル単位で、さまざまなスタイルによって復讐がはたされないうえで、事態は收拾できなかつたであろうが、しかし、国家権力の成長にともなうて、しだいに、各サークルの自力による復讐の態様・範囲が限定されていく。いわゆる「犯罪」のうちで軽度なものについては、民事上の不法行為という位置づけにおいて、これに公的な処理が行なわれる。また、原理的には家長による制裁は無制約であるが、習俗に反するような家長の過激な処置には、戸口調査官が習俗監視の任務を通じて介入してくることもあるので、この処置に歯止めがまったくないわけではない。

懲戒権行使（coercitio） ----- 懲戒というのは、共和政時代では、政務官（公職者）が、その職務命令を強制するために、あるいは、軽度の違反に対する罰として、自由裁量によりくわえる比較的軽い制裁のかたちである。古くは、共和政のまゝに存在した王政のもとで、王が死刑までも含む広範囲の懲戒権を保有していた。歴史的な流れから言えば、刑法というものは、権力者の自由な懲戒権行使に制約をくわえるものとして生じた、とも言えよう。ローマ古期の王の全権は、ややかたちをかえて、はるか後代の帝政（元首政・専主政）の皇帝のもとで復活する。図の下の方にあるふくらみは、民事訴訟・家内部での裁判・習俗監視などの制裁方法によって従来処理されてきた領域が、やがて国家権力による刑事制裁の枠内に組みこまれるようになった様子を示すものである。この懲戒権行使と、皇帝を頂点とする、権力者側のとりしきる刑事の特別審理手続とのあいだには、本質のうえで類似点もいくつか存在する。

元老院審理手続（cognitio senatus） ----- 元老院メンバーによる、元老院メンバーの犯罪の裁判で、帝政（元首政）初期という特定の時期に例外的に重要になっただけであり、これは、いろいろな部分で、後述の査問所手続と特別審理手続とは異なつた側面をもっている。これを、刑事手続としてはあまりメリハリのない、中間的なシステムである、と総括してみることもできる。元老院でとり行なわれる審理手続は、ある程

度は制度化されるようになった恒常的システムであるが、それよりまえの段階では、国家に対する重大な犯罪行為を罰するために、そのつど、元老院法廷が設置されていた。後述の査問所手続が制度化されてくると、元老院の手から査問所へと裁判の任務は移された。

民会訴訟手続 (*judicium populi*)、査問所手続 (*quaestio*)、特別審理手続 (*congnitio extra ordinem*) については、第三章の比較図を参照して頂きたい。

第二章 査問所論

(A) 査問所の構造

ローマ共和政の刑事裁判をささえてきた査問所手続を、同時代や他の時代に存在した刑事裁判の諸制度と対比することによって、その特質を典型的に指摘してみたい。まず、(I) から (XIV) までの指標を用いて査問所手続を分析し、そして、あとの第三章にある表においては、その指標を基準として、他の制度を分析することにしよう。なぜ査問所手続を中心にすえて刑事裁判全体を概観する分析方法をとっているのか、という点については、筆者が、個人的に、ローマ共和政というものを高く評価する学問的心情をいただき、査問所手続がその共和政原理をある意味において体现するものとして、重視しているため、というように説明しておきたい。ローマ帝政を高く評価する立場からは、またちがった分析方法が編みだされることであろう。

(I) 構成源

犯罪類型ごとに民会において各個に制定される査問所設置法を基礎としてなりたっている ----- 査問所手続を一般的・一体的に規制したのは、元首政 (初期帝政) の創始者であるアウグストゥスが前 17 年に制定させた、刑事訴訟にかんするユーリウス法という名の法律であると考えられるが、それまでは、各個の犯罪をあらたに法律で規定したり、法律改正をしたりするさい、同時に、その犯罪類型専用の刑事訴訟手続についても個別的に定めておくことが多かった (たとえば、不法利得にかんするアキーリウス法 [G] 部門第三章第二項 (B)(b) : p113ff. を参照) は、この犯罪の構成要件 (タテマエ) とあわせて、刑事手続 (ホンネ) を定めている)。法律は民会を通過した制定法なので、査問所手続という制度は、最終的には市民団の決定によって法制上支えられていることになる。これがタテマエ (理論的構造) である。

(II) 人的対象

ローマ市民 ----- 市民権をもつ者だけが査問所手続の適用をうけることができるシステムになっている (ローマ法の属人主義) ので、ロー

マ市においても、奴隷はもちろん、外人も、査問所手続とは無縁である。他方、市民も、ローマ市以外では、ローマ本市にある常設の査問所において裁いてもらえる機会は、實際上、それほど多くなかなかろう。(a) イタリアにあるローマ直轄地では、法宣言代理官が、ローマ市にいる法務官の代理者として、毎年派遣され、ローマ人(市民)の通常の犯罪の裁判を指揮した。そのパターンにはいくつもの種類があったはずである。もっとも、反逆などの政治的な事件の場合には、ローマ本市の査問所に事件の審理が移されたであろう。(b) 同盟市戦争(前91-88年)の結果、市民権がイタリア全体に大幅に拡大されたが、それらの都市国家がその市民に対して本来もっていた刑事裁判のありかたは、大部分そのまま存続したものと考えられる。ここにも査問所手続に類似した手続ができあがっていた可能性もある。(c) イタリアの外にある属州でも、ローマ市民は、ポルキウス諸法(前2世紀)によって、政務官(属州長官)による無制限の懲戒権行使をうけたりしないよう保護されることになっているので、ローマ本市の査問所の、または当該属州の査問所に類似するものの手続によって裁かれることが多かったであろう。もし査問所手続の「政務官(当局)の恣意だけによらない、ある種の助言体による裁判」という側面を強調することができるとすれば、市民権を保有する者は、どこにおいても、そのタイプの刑事手続の適用をうけられる可能性があったわけである。このような手続構造は、いちおうのところ公正さを保証するものとなっているので、市民以外の者の処罰の場合にも利用される可能性をもっている。結局、査問所手続は、ローマ市内において、ローマ市民を裁く手続、と規定してよいが、市民とはいっても、後述のように、たんなる私人に被疑者を訴追する任務を委ねる、という構造になっている以上、私人訴追者がターゲットにするだけの地位の高さを被疑者がもっていることがある程度手続発動の要件となっていた関係で、実際にこの手続の恩恵をうけることができたのは上流の有産市民だけであったことが注意されなければならない。このように、ホンネ(実態)のうえでは、査問所手続の役割・機能はそれほど高次で広範なものではなかった。

(Ⅲ) 物的対象

各個の法律によって定められた特定の犯罪類型に限定されている。紀元前一世紀にスッラのコルネーリウス諸法の制定などを通じて査問所手続の審理対象とされたものは、毒殺と刺殺、遺言と貨幣の偽造、不法侵害、反逆、不法利得、選挙にかんする不法行為、公物略取などであり、ついで、紀元前後のアウグストゥスの時代に整備されたものは、姦通、穀物をめぐる不正、公暴力と私暴力、国庫金の不正支出などである。こ

のほかにも、古くから多くの単行の法律の制定によって、新しい型の行為が加罰の対象とされてきた。その一方で、新しい犯罪枠を設定しようとする場合、類似の構成要件がすでに既存の法律にくみこまれているときには、それに依拠して適用を拡大する方法がかなり広くとられた。それでも、罪（刑）法定主義の萌芽をいちおうはここに認めてもよいであろう（（Ⅶ）も参照）。

（Ⅳ）追行主体

私人訴追者 ----- 査問所手続では私人訴追の原則が貫かれている（現代の検察官のようなパーソナリティーは存在しない）。不法侵害・姦通・不法利得などの場合をのぞいて、被疑者を訴追する可能性は、すべての市民に開かれている。訴追を迫行することにおいて当事者主義が大幅に採用されている結果として、訴追の任務をひきうける者には重い負担がかけられることになるので、訴追者は高度の専門技術を備えていなければならない。しかし、そのさいもっとも重視されるのは、法律知識ではなく、むしろ、査問所手続において判決を下す任務をもつ多数の審判人（比較的上流の階級に属してはいるが、ふつうの市民）を有罪の方向へ説得するための弁論術（レトリック）である。そのために、この役割をひきうけることができるのは、政敵打倒という政治的な動機をもつ政治家、あるいはその一派の者、訴追によって有名になり政界に身を投じようとする上流層出身の若者、あるいは勝訴のさいの財産的利益をめざす職業的な訴追人などにかぎられる。いずれも、ギリシア流の弁論術のノウハウを身につけた特殊技能の持主である。多数の訴追者が競合するときには、予選の手続によって一名が決定される。私人の訴訟迫行のやりかたにはかなりの自由が許されていて、法廷を指揮する法務官（公職者）がそれに干渉をくわえることは比較的稀であった。もちろん、法務官は、一年制の行政官であるとともに、政治家でもあるので、政治的に——つまり、政治情勢を考慮しながら——訴訟を指揮するようなことも、ないわけではない（民事訴訟の場合と異なって、法学者のバックアップはあまり生じなかったと考えられるので、制度的には訴訟指揮に不安定なところも見られる）。私人訴追の原則（弾劾主義＝訴追主義）は、後述の私人判決の原則とともに、査問所手続を特徴づける大きな要素と言えよう。

（Ⅴ）判決主体

私人審判人団 ----- 実際には、たんなる一般私人ではなく、一定数の元老院議員階層か騎士階層という、ローマの上層部の人々（ごく広い意味における名望家）のなかから、数十名の審判人団が個別の法廷において構成されていくかたちになるので、社会の上層部に属することがふつ

うの被告人は、多くの場合、その同輩たちによって裁かれるかたちになる。また、彼らは、他面においては、国家権力の担い手をだす層であるために、近代の陪審制の場合に見られるような「私人が判断を下す」という要素をあまり高く評価しすぎることには、危険もともなう。私人訴追者・被告人・指揮政務官・私人審判団という法廷の構成員がすべて元老院階層からでてくるケースが最初はふつうであったが、その後、政治面でその階層への対抗勢力にまで成長した中流の騎士階層が、審判人資格を認められて、裁判に参加してくるようになると、査問所での裁判がもつ政治的性格はいっそう強まってくる。なお、審理は公開の場でなされるので、傍聴している民衆の圧力にも無視できないものがあったと思われる。このような傾向は、法廷におけるやりとりを傍聴している民衆の人気をえようとする、政治色の濃い訴追者・弁護人の登場によっていっそう助長された。審判人は有罪事実の有無にかんする確定をするのであるが、彼らは、法律的な問題も、また政治的な問題も、事実問題にからめて総合的に判断するので、狭い意味での陪審というようなものがここに存在しているわけではない。もっとも、このシステムは、陪席の人が判断を下す、という意味における「陪審」の概念ともかかわりをもっている。

(VI) 手続構造

私人訴追者・被告人・指揮政務官・私人審判人団の四者が関与する----- 前二者の対抗関係が訴訟の中軸を形成する。そのかぎりでは、市民が市民を裁くという構造がなりたつ。あとの二者は公平な第三者の位置にある。弾劾主義の構造がなりたつ。しかも当事者主義がとられる。

(VII) 刑罰 (poena)

法定刑 ----- 刑罰は各個の査問所設置法において定められる ((罪) 刑法定主義の萌芽)。審判人が有罪事実を確定すれば、刑罰は自動的に決定される。そのために、犯行の諸状況 (情状) が量刑に反映されることは、ない。頭格刑 (いわば死刑) の判決を受けた被告人の国外退去 (亡命) が当局によって黙認されることにより、刑罰が事実上緩和されるケースも生じる。これは、硬い硬直的なタテマエに、柔かい、融通性のあるホンネがからむ事例の一つである。これはローマ人流のやりかたなのであった。

(VIII) 審級

第一審が最終審である ----- 査問所で下された判決は、確定的なものとして受けとられた。政務官は、もちろん、自身の保有する命令権によってそれを修正することはできないが、民会もそれに干渉することは許されない。しかし、市民の代表とはいっても、現実には上流階層の一握

りの人々によって決定が下されるので、裁判制度のありかたそのものが政争の争点となったような場合には、その終審性に政治的な攻撃がくわえられることもあった。査問所は政務官の助言体にすぎないから、政務官の処置について、裁判所の役割ももつ民会への提訴が認められる、といった見解がそれである。しかし、査問所の組織・手続、刑罰は民会を通過した法律によって定められたものである、という終審性のタテマエ上の論拠は、やはり揺るがなかったと考えられる。

(IX) 手続における自由裁量の範囲

手続そのものは、各個の査問所設置法において具体的に定められているので、手続を指揮する政務官の裁量には、限度がある。その反面、訴追者および被告人(弁護人)にはかなり自由な訴訟追行が許されている。訴追人のポストも弁護人のポストも弁論家がひきうけるので、弁論家流の法廷技術が両サイドで駆使されて、これが、判決の行方に対して大きな影響力をもつのは、ごくふつうの現象である。

(X) 法学と刑事裁判の関係

ほとんどない。刑事関係の事実問題や法律問題をめぐる技術的な問題は、法学よりも、むしろギリシア由来の弁論術理論の分野で論議されている。

(XI) 欠陥

(a) 私人訴追にともなう欠陥が目だつ。犯罪の構成要件がかならずしも明らかではないので、どのような行為でも、こじつけて訴えでることができた。ここから濫訴も生ずる。訴追は特殊な利益(とりわけ政治的利益)を追求するための手段として利用されることも少なくなかったので、有利であれば、馴れあい訴訟や訴追の放棄が容易に生ずる。また、訴追を妨げる目的で訴追者に対して圧力がくわえられることもある。(b) 一般に、毎年交代していく法務官が訴訟の動きを十分には統御しないので、訴追者のリードによって訴訟追行が恣意的に行なわれる危険がある。(c) 民事訴訟の場合とは異なって、法学者が刑事事件にまで関心をよせず、他方で、具体的に好都合な結末だけに関心をもつ弁論術が全盛であったために、手続全体の法的安定性がかなり害された。(d) 審判人に対して贈賄や脅迫がなされたことは、多くの史料から知られる。これは無償の奉仕をする審判人の地位につくことが嫌われるとともに、審判人の資格の拡大によって公正な判決を期待できない層もそこへ参入してきて、その質が低下したことにもよる。(e) 伝統にしたがって、頭格刑を宣告された者にも国外へ逃亡する道が開かれていたと考えられるが、属州のローマ化にともなって、以前ほどは強い刑罰的色彩がなくなり、刑罰には威圧的効果がうすれてしまった。(f) 元来、査問所手続

は、ローマ市でローマ市民を裁くシステムであったから、市民権の拡大・市民の拡散によって、不便が生じてきた。(g) 手続は煩雑で、事件処理能力はそれほど大きくない。(h) とくに、人的・物的に訴の併合ができない点は大きな欠陥となっている。

(VII) 手続内部における国家権力の地位

当事者主義が顕著であり、国家権力は指揮・監督の役割をはたすだけである(法律による国家権力統制のシステムの確立)。私人訴追者と被告人・弁護人との対等の対抗関係が査問所手続の中軸を形成する。国家権力を代表する法務官は、一年制の政務官であり、もちろん法の専門家ではないので(一般的な法の素養はもっているが)、熟練した訴追者・弁護人にかなり自由な行動が事実上許されることになったと思われる。

(VIII) 制裁全体における査問所手続の地位

この手続の適用範囲はかなり拡大されたが、政治的にみて重要なタイプの事件が中心を占めるのが特徴である。時代の流れのなかで、いくつかの分野で、広義の制裁手続との競合が見られる。(a) 不法行為 ----- 違法な行為には、「公的な犯罪」と「私的な不法行為」がある。前者は、国家の安寧・秩序をみだす行為で、刑事手続である査問所手続の対象となるが、後者は、市民の身体・財産に対する侵害で、これらは、現代の場合とはちがって、民事手続である民事訴訟によって処理される。市民法上不法行為に数えられるのは、窃盗、不法侵害、人格権侵害で、一方、法務官上のもものは、悪意、強迫、詐害などである。これらの制裁の発動にイニシヤティブをもつのは被害者自身で、国家は制裁方法・程度を規制するだけである(私讐・自力救済は最小限度にとどめられている)。制裁は、刑事的な色彩をあわせもつ身体的復讐から物的な罰金支払制度へと移行する。(b) 家内部の制裁 ----- 氏族の解体後に家が社会構成の基礎単位となったが、家は自立的性格をもちつづけた。家の内部で事件が生じた場合には、家長が、ときには身内である家外者をくわえた助言体の協力のもとに、処罰の措置をとることができた。ここにある手続は、技術的な用語としてではないが、実態に着目して、「家内裁判」と名づけられることもある。(c) 例外的刑事手続 ----- 査問所はあくまでも平時の手続である。内乱によって軍政のようなものが施行される場合には、軍司令官の判断で処罰が遂行される(その刑事手続の形式が査問所手続に類似していても、その基礎は異なっていると見ておかなければならない)。他方で、平時においても、軍隊内部の事件には、特別の処置がとられる。(d) 民会訴訟 ----- これは、廃止されたわけではないので、ときおり利用されることがある。(e) 戸口調査官の習俗監視 ----- 法に重要な地位を与えたローマでも、習俗という社会規範は長い

あいだ生きていた。家長が家メンバーに対して処分をするさいに生ずる習俗違反の措置に対して五年ごとにくわえられる戸口調査官の自由裁量的な制裁は、種々の社会的な不利益をあたえる処置として、世間からおそれられた。(f) 警察司法的なもの ----- 法保護を事実上完全にはあたえられることのない下層民や、奴隷・外人などの非行への制裁は、政務官（とくに下級政務官）の治安維持の観点が前面にでて、専決・即決スタイルで処理されたと考えなければならない。もっとも、裁判のような形式が用いられた可能性はある。このあたりのところは、史料情報がないので、実情は不明である。

(XV) 理念的背景

領域国家における共和政の理念＝上流階層による共和政支配の理念 ----- 都市国家から領域国家へのローマの構造変化の過程において、民会の地位はタテマエ上は堅持されてきたのであるが、その実体は、もはや市民の全体集会ではなく、都市に寄生する無産市民の集団のようなものにすぎなかった。最上層の元老院階層の人々は、扇動されやすい民衆によって裁かれることを好まず、同じ階層の人々に裁判を委ねることを望んだ。高度に政治的な事件について特別の査問所が個別に設置されたのはそのためである。また、常設の査問所手続を支配するためには、彼らは、その審判人名簿を全面的に支配する目的で、元老院の定員を増加するという犠牲さえも払った、とも伝えられている。査問所手続の重要性は、第一に、そこに係属する事件が政治的色彩をもち、むしろ政治的な動機から訴追が行なわれるのがつねである、という点にある。厳罰をとまなう刑事裁判は政敵を倒すためのもっとも合法的な手段であったので、共和政の中枢である元老院の階層の内部での支配権争い、それと騎士階層・平民との争いの場として、裁判が利用されたのである。このような状況のもとでは、査問所がつねに公正な判断を下したとはとても考えることはできない。そうはいっても、制度論（タテマエ論）の観点からすれば、査問所手続はそれなりにととのった刑事システムであった。

(B) 査問所の手続

以下に査問所訴訟手続の手続過程について示すことにするが、まず、これがきわめて模式的なものにすぎないことを指摘しておかなければならない。順次制定されてきた実体刑法は、ほとんどつねにそれ特有の訴訟手続にかんする規定を含んでいるが、これは、それぞれに完全なものとは言えず、また、それなりに統一的な査問所手続規制法が、前18年の刑事訴訟にかんするユールウス法の制定のときまで、かなり長いあいだ存在せず、それに、私たちのもっているデータが断片的なためもあ

って、ここにはかなり不完全な図式しか提示できないからである。

(a) [期日] ----- 当該年度について審判人名簿が作成されたときから、九月一日までに申立が行なわれることが必要である。ただし、暴力罪にかんする訴訟は、その特異性を考慮して、この期間以外でもうけつけられ、祝祭日、公競技の日にも、休廷日などの特別の日にも、また、受付順序を無視しても、行なわれる。このほかにも受付順序が守られない場合がある。

(b) [場所] ----- 公共広場（フォルム）に法廷が設置される。開廷は、日出から日没一時間前までにかぎられる。ローマの夏は、日本の場合よりも日が長い（その反面、冬には日暮れが早い）。

(c) [申立] ----- 訴追者となろうとする者が一人の担当法務官または査問所指揮者に訴追の許可を求める行為である。訴追者の資格の有無などについて形式的審査が行なわれる。刑事訴訟では、訴追を行なう地位は、行為能力のある全市民が原則としてもつ（これがタテマエである）。ここで、訴追者には、濫訴を行なうものでない、という宣誓が要求される（この時代においては、宣誓は重大な行為・振舞うけとられている）。

(d) [予選] ----- 一つの事案について多数の訴追申立人が競合した場合において、一人の訴追者を決定するための予備手続である。査問所手続を指揮する者、審判人などが、事実証明にはもとづかず、いずれが適当であろうかという点を、推測することによって、訴追者を決定する。したがって、一般に弁論に巧みな者が選ばれる。なお、予選で敗れた者も、補助訴追者となることがある¹¹⁾。

(e) [告訴] ----- 訴追者が、査問所指揮者に対して、被告人とされる者と犯罪とを申し立てる行為である。被告人とされる者の出頭が不可欠である（したがって、彼は、公務にあるとき、および官職在任中には、出頭を免除され、告訴は成立しない）。その者が出頭しないときには、彼に対して公的な召喚や引致の方法も用いられる。通常、申立の後一定期間が経過してから、告訴の手続が開始される。訴追者が、犯罪を開示し、出頭した者に質疑を行なう。この者が有罪を認めず、しかも指揮者が訴追の必要性を承認した場合には（この判断が困難なときには、審判人から構成される助言体にそれを委ねる）、記載によって訴の対象と管轄査問所が特定されるとともに、告訴の受理が成立し、その者は正式に被告人となる。一方、その者が、自ら有罪を認めるか、質疑に対して沈黙するかした場合には、自白者となり（黙秘権は認められない）、財産刑のときは、そのあと、訴訟物評価手続に移行し、一方、身体刑のときは、科刑と執行が行なわれる。これで第一段階の手続が終了する。

(f) [証拠集め] ----- このあと、訴追者側による証拠蒐集のために、一定の期間（ふつうは一〇日以上、不法利得訴訟では、三〇日以上）がおかれ、このあいだに、主として証人調査が行なわれる。彼らは、指揮政務官の保有している強大な命令権を背景として、被告人の家宅を捜査するとともに、第三者・官庁の文書・帳簿などを押収することができる。これらの書類は、封印して、指揮政務官のもとに保管される。被告人側もこの期間に弁護の準備を行なう。もし被告人が有罪判決をうけてしまうと確信するようになったときには、彼は、この裁判の期間中は身柄は拘束されていないので、国外へ退去して刑罰を免れることができる（ただし、それにより、ローマの市民権は喪失してしまう）。

(g) [査問所法廷の構成] ----- 証拠集めが終了したのちに、抽籤と回避の手続によって、当該事件にかんする査問所の担当審判人団が構成される⁽²⁾とともに、査問官（訴訟指揮政務官）⁽³⁾が正式に決定される。審判人は宣誓を行なう。査問官は宣誓しない。

(h) [査問所での審理] ----- 訴追者が定められた期日に出頭してこないときには（この者に罰がくわえられることがある）、欠席裁判が行なわれる（ただし不利益を免れることが可能な事由がある）。訴追者の地位は代行されない（ただし、重要な例外として、不法利得罪の場合がある）。被告人には弁護人が、訴追者には補助訴追者が、それぞれつけられることが多い⁽⁴⁾。当事者主義の特色が顕著に示される（訴訟の指揮者は原則として手続に介入せず、⁽⁵⁾審判人も傾聴するだけである）。したがって、訴訟の手続過程を実際に動かしているのは、訴追者・弁護人という私人の専門家である⁽⁶⁾。

(i) [弁論] ----- 訴追者の論告によって手続が開始される。つづいて被告側が弁護弁論を展開する⁽⁷⁾。両サイドの弁論には時間の制限がある⁽⁸⁾。

(j) [証拠調] ----- 被告人は訊問されないが（この扱いはとてもモダンである）、奴隷が犯罪に関与している場合にかぎり、信憑性を高めるために、この者に拷問をくわえたうえで、自白が聴取される。訴追者側は法定数の証人を通告によって強制的に出頭させることができる⁽⁹⁾。被告人側の提出する証人は、すべて、任意出頭の証人である。訴追者側の提出する証人から、訊問は開始される。指揮政務官の命令によって宣誓を行なった証人は、提出した側から訊問される。証拠調のうち、とくにこの証人訊問をめぐって行なわれる両当事者の応酬が、訴訟の中核を形成する⁽¹⁰⁾。証人訊問にはふつう多くの日数が必要である⁽¹¹⁾。査問所を指揮する者も審判人も、証人訊問を行なうことはできない。証人資格にはさまざまな制限がある（女子・未成熟者については、一定範囲で認められ

る。親族・被解放奴隷（自由人）・破廉恥の烙印を押された者・他のある種の刑事事件で有罪判決をうけた者は、制限をうける。また、その意思に反して証言を強制されない一群の者がある）。書類による証言は、出頭を命じられた証人が出頭不可能な場合や、任意証人が出頭を好まない場合に行なわれるが、そのさい、証明人によって証言の真正さが保障される必要がある。国家のような団体も、代理人を通じて証人となることができる。性格証言⁽¹²⁾は、被告人を、その人柄・業績の面から弁護するために、国家・個人から、口頭または書類で行なわれる。書証は、民事事件の場合と同様に、重要な役割を演ずる（とくに、不法利得罪の場合には決定的な証拠となる）。奴隷の証言は拷問のうえで調取される（ただし、奴隷は、主人の不利益には証言しないし、他人の奴隷の証言を求めるさいには、その主人の同意が必要である）。

(k) [再審理] ----- 一定数の審判人が、指揮者の諮問に対して「事件の内容が明らかでない」と答えるか、あるいは票決をさしひかえるかの行動をとったときには、指揮者は審理の延長を命ずる。再審理の回数には制限がある⁽¹³⁾。とくに複雑な構造になっている不法利得罪については、法律によってさらに一回の審理が強制され、二回の審理が一体となる。いずれの場合においても、最初から両当事者の弁論、証拠調べが、繰返されるだけでなく、新しい弁護人を立て、新証拠を提出することもできる。

(l) [票決] ----- 票決について協議はなされない。票決は書式で秘密に行なわれるようになった⁽¹⁴⁾。当該査問所の管轄に属する行為だけについて判断が下される（訴の併合は認められない）。審判人は、**A**(= **absolvo** [無罪]) と **C**(= **condemno** [有罪]) を刻んだ蠟板をもち、いずれか一方または双方の表示を抹消することにより、票決の中味を示す（後の場合には無票決となる）。多数決によって有罪・無罪が決定されるが、票が同数のときには無罪となる。無票決は無罪票に算入される。

(m) [宣告] ----- 「行なったものとみなされること (**fecisse videri**)」と「行なわなかったものとみなされること (**non fecisse videri**)」という確定である。ときには罪名をくわえて宣告することがある。

(n) [刑罰] ----- 刑罰は査問所手続を基礎づける法律の規定によって自動的に決定されるので、審判人は裁量によって刑罰を任意に定めるようなことはできない。刑の執行は政務官の任務に属する。上流階層の者が頭格刑を法定刑とする犯罪で有罪とされたときは、ふつう、被告人の国外退去が黙認される。しかし、下層の者の場合には、法定刑がそのまま執行されるのが通例であったかもしれない。実際に死刑が執行されるのは、特殊な犯罪類型に属する尊属殺人の場合と⁽¹⁵⁾、下層市民の犯罪の

場合だけであろう。判決に対して上訴を行なうことはできない⁽¹⁶⁾。不法利得罪と公物窃盗罪では、有罪の場合に、同じ審判人団が、別個の手続によって、損害額を査定する（訴訟物評価）。被告人はその額の支払いについて担保を提供することを求められるが、それが不可能な場合には、人そのものにもおよぶ責任をのがれるために、国外へ退去することにもなる。

(o) [濫訴] ----- 被告人が無罪の判決をうけるような事態が生じたとき、同じ審判人団によって訴追者の濫訴行動が問題とされることがある⁽¹⁷⁾。彼が有責の時には、市民の名誉が減少する罰がくわえられる。

(1) 攻める側の政治勢力がたててくる訴追者に対抗するために、守る側の政治勢力が、わざわざ被告人の身内の者を訴追者にしたてあげて、馴れあい訴追をもくろむこともある。

(2) アキーリウス法の規定([G]部門第三章第二項(B)(b): p.113 ff.)によれば、当該年度について選任された四五〇名（これは元老院議員の総数とほぼ同じである）の審判人のなかから、被告人・訴追者に関係のある者、それぞれと義父・義子・継父・継子・従兄弟、または、この血族関係よりも近い関係にある者、それぞれと同一の講・団体に所属する者、一定範囲の官職にある者、をのぞいて、担当法務官が、まず、一〇〇名を選び、そこからさらに被告人が五〇名を選ぶことになっている。一方、後代のスッラの裁判制度においては、審判人任務につくことができる者（四〇〇人程度）がいくつかの群に分けられ、それらが輪番制でおのおのの査問所を当該年度について担当する、という仕組みになっていた。両当事者は、抽籤で選ばれた審判人のなかから、数名を忌避することができる。このようにして構成された審判人団は、アウレーリウス法以後の史料によれば、五〇～七〇名からなっていたようである。

(3) 法務官はスッラによって八名に増員され、市民係法務官と外人係法務官は民事裁判を、他の者は抽籤でそれぞれ常設の各査問所を指揮することになった。このほか、予備的な審査を法務官が行なったのちに、審判人のなかから法務官職に近い地位にある者一人を抽籤で選んで、この者に以後の指揮を委ねる場合もあった。査問所指揮審判人がこれである。

(4) 一人の訴追者は、弁論・法知識の面で援助をうけるために、通常は三人までの補助訴追者をつける。一方、被告人に、四人・六人・一人もの多くの弁護人がつけられた例がある。

(5) 「ヘレンニウス弁論書」の第四巻の XXXV,47 には、つぎのような明確な記述がある。「訴追者の職務は犯罪を提示することであり、弁護

人の〔それは〕〔犯罪を〕否認し、そしてしりぞけることであり、証人の〔それは〕、彼が知っているかあるいは聞いた〔ことを〕述べることであり、査問官の〔それは〕、彼らの各々をその職務にとどまらせることである。」このように、指揮政務官（通常は法務官）が、ふつうの裁判の内部過程に対しては直接に介入する地位を制度上もたなかったことはたしかである。それでも、命令権を保有する法務官は、他の政務官からの差止権の行使がないかぎりには、例外的であるとしても、実際には訴訟の進行に対して、影響力をさまざまな局面において行使することができた、と考えるおかなければならない。とくに、査問所には、政治的に重要な、上層部の人々の事件が係属するので、党派性を色こくもつ法務官が登場してきたとき、その指導力は事実上無視できない力を法廷の現場でもっていただろう。このほか、彼は、法廷の秩序を維持する任務をもっていたし、また、手続自体に疑義が生じたときに、審判人団と協議したり、法学者に諮問したりすることも、彼の職務に属していたはずである。ただ、法務官にはある制約が存在した点は無視できない。つまり、法務官は、一年制の政務官であり、最高ポストである執政官にいたるまでの一つの段階でしかないので、法学者とは異なって、専門的知識や法的経験をあまり備えていない、という点である。

（６）「専門家」という表現には若干の保留が必要である。共和政時代のローマでは、いくつもの選挙を経て執政官になることが最高の名誉であると考えられていた。ところが、中流以下の家に生まれた者の一部は、通常は、順調な出世コースにはのれないので、とくに弁論術を学び、あらゆる方法で民衆や有力者の支持を獲得することにつとめたが、訴追も弁護も、同様に名声を高めるのに役だったので、政治的・社会的キャリアをつむために、好んでそれをひきうける者が現われた。勝訴のさいの利得は、たんなる名声だけではない。法律の規定によって、没収された財産の一部を報償としてうけとったり、被告人のもっている地位の一部さえも与えられたりすることもあった、と言われている。弁論術は、主としてギリシア各地で教えられていたが、共和政時代には、野心のある者は、そこに遊学して専門的に法廷技術を学んだのである。しかし、彼らは、職業としての弁論家になるのではなく、その活動は政治家の重要な任務と考えられるだけであった。比較法上やや特異と考えられる私人告発・訴追の原則は、このような状況によって支えられていた、と言うことができる。

（７）この時期に行なわれた弁護弁論のうちで私たちが知っているのは、ほとんど、前世紀に生まれたキケローのものであるが、その手本となる教科書が、当時すでに存在していた。一つは、「ヘレンニウス弁

論書」[M]部門であり、他は、これとほとんど同じ前八〇年代のこのキケローによって書かれた「構想論」である。両者は類似の体裁をもっている。弁論の重要性は、なによりも、それが一定水準の教養は備えているが素人である私人審判人に向けられている、という点にある。彼らは、社会の上層部を形成する人々であるために、政治的利害に極度に敏感であった。弁護を行なう者が、被告人の行為が犯罪の構成要件に該当しないことを立証したり、他方、それに反証をあげることに重点をおいたりしたことはいうまでもないが、そのほかに、彼ら審判人の利害（いわばホンネ）や感情に訴えて（ときには、政治的利害をストレートにうちだして）、有罪・無罪を獲得することにも全力をかたむけた。したがって、弁論家は、論理の中心となる構想＝理論枠組みを堅固に組立てるとともに、それをたくみに配置し、それに修飾を加え、記憶力を高め、説得的な動作を用いる、という特別な諸能力を要求されたのである。

(8) ある地方市にかんする法律によれば、主訴追者には四時間、補助訴追者には二時間、そして、被告人側には、訴追者側に与えられる時間の倍が与えられている。ローマ本市の手續についてもこのような規制の存在を推測することができよう。

(9) 強制的に出頭を命ずることのできる証人の数は、法定されている。アキーリウス法では四八名となっている。カエサルが制定したある法律では、一二〇名にもなる。これに対して、任意出頭の証人については、とくに制限は設けられていない。

(10) 証人訊問も、弁論とともに、法廷弁論家の活躍の場となっている。当該事件にかんする具体的な質問とならんで、両当事者は弁論術が編みあげた「共通拠点」というポイントをそれぞれ自在に活用して、自身の側に有利な心証を形成することにつとめる。「証人に好意的な論法は、私たちが、証人の権威や素行、そして証言の一貫性について論ずることになるときのものである。証人に敵対的な論法は、素行の卑劣さと証言の不一貫性について論ずることになるとき、また、証人が言うことは、生ずることができなかつたか、あるいは、行なわれなかつたか、あるいは、彼らはそれを知ることができなかつたか、あるいは、彼らが不公平に証言し、論証している、と論ずることになるときのものである。」（「ヘレンニウス弁論書」([M]部門の第二巻の VI,9ff. : p.26) のところで語られている「応酬」は、型どおりの弁論ではなく、短い質疑応答のやりとりである。ここで、語り手に、頭の回転の早さ、即興性、機知、沈着さが、法廷における両サイドの語り手にとくに要求されるのは、現代の英米の陪審法廷の場合と同様であろう。

(11) ある不法利得事件では八日間にもなっている。

(12) 性格証言に証拠と同一の価値が認められるようになっていることが、ローマの刑事訴訟の一つの特質と言えよう。とくに、政治的な色彩をもつ査問所の裁判では、被告の廉直さを証明する証人が、多く登場した。逆に、まったくそれを提出してこない者は自信をもっている者、ということにもなる。

(13) 数回の期日延長も可能であり、ある不法利得罪訴訟で七回も延長された例もあったが、すでに、アキーリウス法は、三回目の延長のさいに審判人に罰金を科することにするかたちで、延長に制約をかけている。

(14) 判断の表明は、最初は質問者の面前で、口頭で行なわれていた。前二世紀ごろから、一般的に投票において秘密主義が採用されるようになる（政務官選挙については、前一三九年のガビーニウス法、法案への賛否については、前一三一年のパピーリウス法による）。裁判では、前一三七年のカッシウス法が、大逆罪以外の場合について民会でそれを採用したのちに、前一〇七年のカエリウス法は、大逆罪についてもそれを認めた。その後、スッラは、秘密投票と口頭での公開の意見表明との選択を被告人に許したが、まもなくこれは廃止された（前七〇年のアウレリウス法の措置）。

(15) 尊属殺人に対する制裁については、[N]部門(二)(IV)の XXII,61 - 63 : p.35f.、および、XXIV,69 ; XXV,70ff. : p.38f.を参照。なお、弁論家・キケローの残してくれたかなりの数の弁護弁論からは、当時の査問所手続のリアルな姿を読みとることができる。

(16) 民事裁判の場合と同様に、これは確定的な原則である。

(17) 訴追原因がないことを知りながら訴追する、というこの濫訴のほかに、訴追者と被告の馴れ合い、不純な動機による訴追の放棄なども、制裁の対象となった。

第三章 刑事手続比較論

つぎに、査問所手続を中心としながら、ほかの制度の要綱のようなのを表によって概観してみよう。

	(A) 民会訴訟手続 judicium populi 前5～4世紀—前1世紀 基準時期：前449年 (共和政前期)	(B) 査問所手続 quaestio 前2世紀—後1世紀 基準時期：前1世紀 (共和政末期)	(C) 特別審理手続 cognitio extra ordinem 後1世紀—6世紀 基準時期：3世紀以後 (帝政確立期)
(一) 構成 源	提訴にかんする法律。したがって民会の決定による。	各個に制定される査問所設置法。したがって民会の決定による。	皇帝の権力。制度的な(タテマエ論的な)裏付け(これは共和政的な発想法による問題意識にすぎない)などは必要ではなく、このような裁判スタイルは、帝政下では、自明のものと考えられている。「皇帝は法の上にとつ」という思想のあらわれの一つである。
(二) 人的 対象	ローマ市民(市境界線から1マイル以内にいるローマ男子市民)。	ローマ市民。実際には、ローマ市在住の市民に適用が限定される。そのなかでも、事実上、有産市民または上流市民の行為が問題となるだけである。	とくに限定されない。212年にローマ市民権が原則として全帝国住民に拡大されたので、対象は均一化した。奴隷の犯罪さえもこれで制裁されることがある。人的管轄とらんで土地管轄も重要になった。

<p>(Ⅲ) 物的 対象</p>	<p>高級政務官（とくに執政官）が自身の保有する強大な懲戒権を行使するかたちで、市民に頭格刑または3,020アース以上の高額な罰金を科そうとするタイプの事案。殺人にかんする査問官、大逆にかんする二人官などの管轄に属する事案。</p>	<p>各個の査問所設置法によって定められた特定の犯罪類型。拡大・類推解釈の手法を用いても包摂されないような新しい行為を刑事制裁の対象にしようとするときは、新しい法律の制定が必要となる。罪（刑）法定主義の萌芽を認めることはできない。</p>	<p>とくに限定されない。従来からの実体刑法規定を中核として、それに変容がくわえられ、一群の犯罪類型が形成された。他方、まったく新しい犯罪類型も創出された。皇帝は、自身の発布する勅法によって、必要におうじて加罰行為の範囲を任意に増減することができる。これまで萌芽的に見えていた罪（刑）法定主義の発想はすてられる。</p>
<p>(Ⅳ) 追 行 主 体</p>	<p>高級政務官（とくに執政官）、殺人にかんする査問官および大逆にかんする二人官など。</p>	<p>私人訴追者。私人訴追の原則が貫かれている。実際には、特定の市民層が訴追を行なうことになる。弾劾主義の特徴。</p>	<p>皇帝が裁判に直接関与することはしだいになくなり、皇帝の一元的支配に服する下位の官僚組織が司法にも利用された（上下構造の委任関係が基礎となる）。多数の専門官的な下級官吏が司法官僚を補佐する。私人の告発をまたずに公権力の担い手が自発的に訴訟を進行することも、可能である。</p>
<p>(Ⅴ) 判 決 主 体</p>	<p>民会（兵員会）。</p>	<p>私人審判団。私人とはいっても、上流階層に属する一定の人々（元老院階層・騎士階層）である。したがって、ほとんどの場合、被告人と同じ階層の者が判断を下すことになる。有罪事実の有無にかんする確定が任務の中核となる。</p>	<p>皇帝の官吏。官吏が事実審理を行なって判決を下す（職権審理の構造）。司法は、文官化した県長官など的高级官僚のもっとも重要な職務に属する。</p>

<p>(VI) 手 続 構 造</p>	<p>訴追政務官・被告人・民会の三者が関与する。国家権力の担い手が市民と協働しながら裁判をおこなう、という構造をもつ。</p>	<p>私人訴追者・被告人・指揮政務官・私人審判人団の四者が関与する。前二者の対抗関係が訴訟の中軸を形成する。市民が市民を裁く、という水平構造がなりたつ。後二者は、公平な第三者の他位にたつ。弾劾主義・当事者主義の構造。</p>	<p>裁判担当官吏・被告人の二者が関与する。皇帝＝国家が、その支配下においている国民を裁判する、という上下構造をもつ（皇帝のもつ権力地位が裁判の分野に表現されたもの）。糺問主義の構造。</p>
<p>(VII) 刑 罰</p>	<p>懲戒の場合は、それを行なおうとする高級政務官が提案する刑罰。殺人罪・大逆罪の刑罰は、通常は法定の頭格刑である。</p>	<p>各個の査問所設置法において定められた刑罰（法定刑）。（罪）刑法定主義の萌芽。有罪事実の確定によって自動的に決定される。ここから生じる不都合を是正するために、実際には科刑を行なう政務官が刑を緩和する措置をとることがある。</p>	<p>量刑は自由である。その反面、恣意的にならないように、勅法によって規制がかなり強行なわれた。厳密な法定刑のシステムは消滅する。刑罰は、全体的に見れば、専主政の傾向を反映して、厳しくなる。刑種は増加した（被告人の身分に応じて区別される）。犯行の諸状況を斟酌してそれを量刑に反映させることがそれなりに可能になって、法定刑のしほりがとける（刑罰を法定するという共和政的なルールは放棄される）。</p>

(III) 審級	第一審が最終審である。従来、これは、学理上、政務官によって下された不利益処分に対する上訴審と理解されていたこともある（本編では、そのようなけとめかたはしていない）。	第一審が最終審である。命令権をもつ政務官も、民会も、私人審判団が下した判決を覆すことはできない。終審性に攻撃が加えられることはあったが、これは政治的意図によるものである（その試みは不成功に終わった）。	上訴審がある。公法上の委任関係を基礎として、皇帝までの上訴が理論的には可能であるが、実際には、それ以前の段階で上訴が切斷されることが多い。組織的に確立された上訴の制度は、官僚制の運用を監視するとともに、皇帝が民情を探るうえで、重要な手段となっていた
(XI) 手続における自由裁量の範囲	手続の運用のしかたは政治的な力関係によって左右されるので、結果的に、民会訴訟を指揮する政務官にはかなり行動の自由がある（前 300 年までは、この手続を用いないで独断で制裁をくわえた政務官にも、罰は設けられていなかった）。	手続は各個の査問所設置法によって具体的に定められているので、指揮政務官の裁量には限度がある。その反面、訴追者および被告人（弁護人）の方には、自由な訴追追行が許されている。	皇帝から裁判担当官吏に対してくわえられる法手続規制が厳しくなり、その自由裁量が制限され、結果的に訴訟の運用が画一化された。
(X) 法学と刑事裁判の関係	まったくない。	ほとんどない。	法学の素養をもつ者は、官僚機構の内部に組み込まれて、民事・刑事の区別なく、自ら高位の裁判官となるとともに、裁判において格下の司法官を補佐した。そのかぎり、法学と刑事裁判は接点をもつ。

<p>(XI) 欠陥</p>	<p>手続はかなり煩雑である。民会は、政務官の、刑罰などの不利益を科そうとする提案を認めるか、拒否するか、の選択しか行なうことができない（これは特別のことではなくて、民会は、制度上、つねに受動的な立場におかれる）。その後、領土が拡大するにつれて、民会は全市民の集会としての意味を失ない、むしろ扇動の場として利用されるようになり、また、複雑化した刑事事件は一般市民の理解を超えたものとなる。</p>	<p>私人訴追制にともなう欠陥。審判人団が政治的な圧力に屈しやすい。手続はかなり煩雑で、事件処理能力は大きくない。とくに、訴の併合ができない点は、大きな欠陥である。ローマの領土的拡大によって種々の不便が生じた。</p>	<p>いちおう完成された刑事手続である。法的安定性は、司法による手続規制、上訴の制度、専門的知識をもつ者（法学者、司法官僚など）の助言などによって支えられている。しかし、皇帝自身が恣意的決定や指図を行なうときには、これに対する防衛手段はまったく存在しない。その結果、それなりのレベルにまで磨きあげられていた従来の適正手続は、大きく傷つけられる。</p>
<p>(XII) 手続内部における国家権力の地位</p>	<p>職権（命令権）によって政務官が訴追・審問・科刑提案を行なうが、それについて最終判断を下すのは、民会である。この手続は国家権力の担い手の恣意に制約をくわえる意味をもつのであるが、民会の受動的地位やその機構上の欠陥のために、事実上は、訴追政務官の指導力が民会の意見に圧倒的に優越している。</p>	<p>当事者主義が顕著であり、国家権力は指揮・監督の役割をはたすだけである。私人訴追者と被告人・弁護人との対等の対抗関係が査問所手続の中軸を形成する。法務官は彼らにかなり自由な訴訟追行を許した。</p>	<p>職権主義（糾問主義）が完全に貫かれて、手続は国家権力の支配下に収められる。国家権力（皇帝権力）の完全な制覇。</p>

<p>(XIII) 制裁全体における手続の地位</p>	<p>この手続によって処理される事件は、きわめて政治的なものか、宗教的なものかにかぎられ、ほかの多くの制裁形態が競合しているため、適用例は限定される。もっとも、民会訴訟手続が、国制上、ある程度しっかりと設定されているために、高級政務官が処断を下すさい、彼らが自発的に慎重な姿勢をとることが多くなった、と見られる。</p>	<p>適用範囲はかなり拡大されたが、なお、多種の制裁形態が競合している。この手続は政治的性格を強くもつ。</p>	<p>ほぼ全面的に国家が制裁権を掌握したので、この手続は刑事制裁の唯一の手続となる。刑事裁判が伝統的にもっていた強度の政治的性格は薄れ、刑事裁判も統治一般のなかに包含されてしまう。</p>
<p>(XIV) 理念的背景</p>	<p>都市国家における共和政の理念。政務官の命令権行使から市民の自由を擁護する、という観念的な意味をもっていた。</p>	<p>領域国家における共和政の理念＝上流階層による共和政支配の理念。</p>	<p>帝政の理念。支配者である皇帝が従属者である国民を支配する、という理念の一つの側面にすぎない。</p>

最後に、このような三つの刑事裁判の型が生じてきた歴史的要因について、かんたんに指摘しておこう。

(a) 民会訴訟は、貴族である政務官が保有する強力な命令権の濫用に対して、主として平民に属する個々の市民が自身を防衛するための具体的な手段として日常的に発生し、そして、一二表法の制定とともに始まった両身分融合の過程において、市民の全体集会への救済アップールが制度化されるかたちで発展してきたものである。民会は、それ自体としては主導権をもたず、それを招集・指揮する政務官の強力な指導のもとにおかれ、その意思決定の仕組みも決して民主的なものとはいえなかったが、しかし、重大な刑罰についての市民の全体集会がなんらかのかたちで関与するチャンスがある、というのは、タテマエ論を重視するローマ人のものの考えかたからすると、十分に精神的な価値をもっていた。キケローによって「市民身分の保護者で、自由の擁護者 (*patrona civitatis ac vindex libertatis*)」(Cic. De Orat. 2, 199)、そして、リ

ーウィウスによって「自由を守る砦 (arx tuendae libertatis)」(Liv. 3, 45, 8) というように、民会へのアップール、という性格をもつこの提訴 (provocatio) が呼ばれたのは、タテマエだおれの誇張ばかりとは言えない。

(b) 査問所手続の進展は、なによりもまず、元老院が巨大化したローマの国政の中枢となるよう要請されてきたことと関連がある。各政務官は、つねに、その官職上の先輩たちが指導する元老院に實際上従属させられ、他方で、民会も、ローマの領土的拡大によって市民全体の集会としての意義を失なうようになって、長老・元老の集まりであった元老院の地位が相対的にたかまってきたのである。民会を舞台とする刑事裁判は、それ自体あまり効率がよくないばかりでなく、むしろ、平民と元老院との政争に利用される危険があったために、最初は、例外的に重大な刑事事件の審理を、民会まかせにせず、元老院の勢力のおよぶ範囲でとり行なうことから始まり、その後、この審理は、しだいに、裁判担当の政務官の手に委ねられていった。そのさい、元老院階層の者がその法廷の審判人名簿を独占していたので、実質的には、査問所手続の支配権は元老院の手中に握られていることになる。その後、騎士階層も審判人名簿に組入れられるようになるが、彼らも、ゆるやかな意味においては、上流階層に属するので、「上流階層による上流階層のための裁判所」という基本的な特質が失なわれることはなかった。

(c) 特別審理手続の発展は、元首政の開幕とともに顕著になってきた元首 (後代においては皇帝) の個人支配の伸張に完全に対応している。しかも、刑事裁判は、有罪とするさいにも、無罪放免するさいにも、元首の強大さを世間に誇示するための重要な手段の一つとなっていた、と規定することができよう。以上のことは、積極的な側面であるが、反対に、査問所手続というものが時代の要請に対応力を失なってしまった、という要因も忘れてはならないだろう。それが体質的にもっていた弱点は、表の (B) (XI) で指摘したとおりであるが、それ以外にも要因はある。まず共和政末期の動乱の世紀では、実質的に見た場合、共和政を支えてきた種々の原理は完全に崩され、軍事独裁が共和政の仮面をかぶった状態がつづいたのであるが、このような状況のもとで、査問所手続が公平・公正に運用されるとは考えられない。それを指揮する任務をおびた法務官も、武官の資格で軍の指揮に関係していたために、ローマにはいなかったはずであるから、不便が生じただろう。また、一種の厳戒令下において査問所手続以外の方法で制裁が行われる事例も多かったにちがいない。この時期に、正規の刑事裁判手続は、迅速で、簡便な各種の例外的制裁手続のために、主流としての地位を奪われたと見ることが

できるであろう。そののち、アウグストゥスが査問所制度を整備したので、形のうえではそれが従前の地位を回復したような外見は認められるが、これは、彼の復古政策の一環として評価すべきであって、現実にはその欠陥は依然として匡正されなかった。そして、元首政の進展とともに、ずっと効率のよい元首直属の専門的官吏による刑事裁判が地盤を固めていくにつれて、査問所はしだいに影のうすい存在となっていく。

さきの表を作成するにあたって用いた方法について指摘しておきたい。第一に、これは、第一節に掲げた模式図が、ある程度発展的・動態的に描かれたのに対して、静態において流動する対象をとらえたものである。したがって、上記の三つの型は、発展段階を示すものではない。第二に、発展という時間的な差異を示すものではないのと同時に、ここでは、それは地域的差異をまったく考慮の外においている。この三つの型は、首都ローマでの刑事裁判手続上のものにいちおう限定しておきたい。第三に、これらの三つは「型」としてとらえたものである。すなわち、㊸これらは、比較的明瞭な特質をもって発現してきた刑事裁判手続の、指標を用いた分析である。したがって、ここには省略されたものがある。たとえば、王およびその後継者にあたる高級政務官の恣意的・専権的・専決的な刑事制裁は、裁判手続の性格をまだ備えていないと考えられるために、それぞれ除外され、そして、元老院審理手続は、中間的な形態を多く含んでいるので、除外されている。㊹ローマに特徴的な、古い制度と新しい制度の併存が、刑事裁判の分野でも見られ、三つの主要な「型」相互間、およびそれと中間的な形態との競合関係が認められるのであるが、これは、他の個所での叙述で補うことにして、この表では無視されている。㊺対比の方法として、まず査問手続について指標を設定し、それを用いて型を分析したが、これは、査問所手続の、すぐれてローマ的な特質を浮き彫りにするためである。一般に、「ローマ」という国家の特質をどの点に認めるかとなると、二つの見方が可能であろう。一つは、共和政・都市国家ローマにそれを求め、他は、帝政・世界帝国ローマにそれを求めるやりかたである。筆者は前者の側にたちたい。その理由は以下のとおりである。第一に、歴史上、西洋・東洋を問わず、専制的な大帝国がこの世界に多数存在したのに対し、市民共同体・市民社会を形成したのは、現代から見て比較的近い時期をのぞけば、古代ギリシアとローマだけであり、このような見地からローマを観察すれば、ギリシア（アテーナイ）民主政とローマのこの共和政とが、なぜ古代地中海沿岸に、ほぼ時期を接して誕生したのか、という問題を統一的に考えていくのに便利であること、第二に、ローマ帝国の理念は、近世にまで強くうけつがれているために、この面における古代ローマの特

質をきわだったものと把握するのがやや困難であること、第三に、絶対的専制から民主主義への政治の流れが今後も存在すると仮定すれば、ギリシア・ローマ的な政治理念は、たんなる過去の遺物ではなく、今日的な意義をもつことができること（とくに、わが日本では、このような理念の洗礼をうけることが、現在においてなお必要であると考えられること）、第四に、以上の一般的判断をはなれて言えば、査問所手続のもつ近代的とも言える側面は評価されなければならないと考えられること（すなわち、これが、国家権力による制裁を統制する技術としてそれなりに完成された点が注目し値するからである）。もちろん、査問所手続のいわばモダンなたたずまいは、タテマエとしてそうであるだけで、これには、実際の適用面で種々制約や限度があり、それを額面どおりにうけとるわけにはいかないのであるが、たとえ形態面だけにおいても、そのような要素が認められることは、歴史的にはもちろんのこと、今日的にも意義のあることと考えなければならない。④この「型」は、一定の時期に、一定の場所で現実に存在したと考えられる明確な形でシンプルに表示したものである。したがって、「理念」ないしは「理念型」とはまったく異なる。

第四章 犯罪類型論

(1) 一般に、ローマ法——とくに初期のそれ——においては、刑法の占めるウエイトは、中世以降の時代の場合よりもずっと小さく、また、民事的な制度（民事実体法、民事訴訟法）と刑事的な制度（刑事実体法、刑事訴訟法）とはそれほど明瞭には区別されておらず、境界領域においては相互浸蝕がしばしば見出される。たとえば、窃盗、強盗、詐欺、身体傷害、名誉毀損などについては、当初は、刑事的な色彩もあわせもっている民事訴訟を通じて、実質的に制裁がなされていた。なお、ローマ刑法の始源の姿については、学説の対立がかなり激しく、その全体像が修正される余地は、今もなお残されている。

(2) (a) 比較的よく整備された常設の刑事法廷としての査問所において処罰の対象とされていた行為は、不法利得（属州におけるその長官の不法な搾取行為）、毒殺および刺殺（未遂も含む）、反逆（反国家的行為一般）、偽罪（遺言書および貨幣の偽造・変造など）、選挙にかんする不正行為（政務官選挙のための秘密結社結成、投票買収、暴力による投票脅迫）、聖物窃盗、公物略取（国庫に属するものの横領・窃盗）、姦通、暴力行為などである。いずれについても、各常設査問所を設置するための単行法のうちの実体法的な部分に構成要件が比較的あいまいなたちで規定されているだけであって、実体法の集成である刑法典のような

ものは存在しなかった。

(b) 時代はさかのぼるが、王政から共和政初期にかけてのごく古い時代においては、大逆、故意による殺人、タブーを犯し宗教に反するような行動（一二表法には、呪詛、放火、偽証、審判人買収、牧草盗などが、その例として示されている）などの特殊な行為類型について、多くの場合死刑を罰として設定する一定の手続が形成されていたようである。伝承によれば、共和政時代に先行する王政時代にヌマ・ポンピリウスという二代目の王は、故意に（知りながら）自由人を殺害した者と、不注意に殺害した場合を区別するかたちで、罪を問う内容の法律を制定した、ということである。前者の刑罰は、追放であったとも考えられている。サークルから追放された者は平和喪失者となり、その生命の安全を脅かされる。一方、後者の過失殺人の場合には、雄羊を親族に捧げることで決着がつけられた。それ以外に—立証は困難であるが—懲戒権行使という警察的な措置のかたちで、相当広範囲に可罰行為が捕捉されて、おそらく、政務官およびその下僚の手で、即決による専決的な処断が末端において行なわれていたにちがいない（もっとも、平民の処罰については、平民の保護者である護民官の救助権や差止権が、日々現場で発動されて、処罰の実行が阻止される余地は、たしかに存在した）。

(c) 民会訴訟手続においては、大逆、政務官在職中の不正、穀物管理をめぐる不正などが審理された。国民への提訴が制度化された段階では、政務官の懲戒の対象となる行為も、一種の犯罪と扱われることもあっただろう。

(3) 元老院審理手続においては、当初、元老院の監督下にある属州長官の不法利得、国家の安全に危険な集団の犯罪などがそのつど対象となっていたが、帝政時代には、これは、常設の制度となり、ここで元老院階層のほとんどすべての不正行為が問題とされるようになった（しかも、刑事裁判が政治的策謀の手段として悪用されたために、犯罪の範囲は著しく拡大される）。もっとも、元老院が刑事法廷として機能したのは、歴史上それほど長いあいだのことではなかった。

(4) ローマ最後の刑事手続である特別審理手続の段階では、帝政の理念が反映されて、かりに従来の枠組みから外れていても、皇帝個人やその代理人が犯罪として立件し、処罰したいものなら、それが刑事法の対象にふくまれるようになる。犯罪類型を確定・固定しておくことは、予測可能性、法的安定性、司法の中立性、ひいては公正性を保障するものとして多くのメリットをもっているが、しかし、皇帝の一元的・絶対的支配が練りあげられていく帝政の過程では、そのようなメリットはしだいにかえりみられなくなってしまう。モダンな色合いをもつ共和政ロー

マは、もはや遠くなったわけである。この特別審理手続は、民事訴訟のタイプにおける第三で最後のものとしての特別審査手続と同じようなスタイルで実行される。つまり、皇帝の配下である官吏としての裁判官が判決を下すのである。このシステムは、スピーディーであり、また、上訴制もそなえているので、ある程度は安定したかたちをもつところにメリットはあるが、皇帝個人の資質しだいで制度の運用はゆれうごくので、それがつねに正義を実現している、とまでは言えない。なお、刑罰は、全般的にきびしくなる。ちなみに、ローマ法学者は、このタイプの手続が導入された段階で初めて、刑事訴訟を学理的にとりあつかうようになった。おそらく、刑事裁判の強度の政治性がここにきてとりはらわれたこともあって、この分野にも彼らが進出してきたのであろう。もちろん、高名な法学者が司法官僚のポストにつくときには、刑事裁判と法学は密接な関係にたつ。