

明治文化の恩人ボアソナード氏

——拷問廃止に關係させて——

坂 名 庸

一

ボアソナード氏 (*Gustave Emile Boissier de Joubert*) (ローンニ五年パリ郊外ビアンセノ (*Vincennes*) にギリシヤ學者として有名であつたジエーン・フランシス・ボアソナード (*Jean-François Boissier* 1774 - 1857) の子として生れた。

長じてパリ大学に入り、古典學法律學を研究し、一八五二年二十七歳の若さで法学博士の稱号を得た。其の後タルノーブル (*Grenoble*) 大学で刑法學の講義や一八七一年から七三年まで經濟學の講義をしたのである。偶々一八七三年(明治六年)我が駐仏公使敎島氏の依頼で日本人留學生主に法律學を講じたのが縁になつて、同年末来朝し、之より明治二十八年まで約二十年の長きに亘つて滞在した。その間、明治七年四月九日、氏自身の盡力により設立された司法省學校に於て自然法(性法)の原理を説き、民法刑法、刑事訴訟法の講義をした。かくて明治法律の最初の礎石は自然法理論を説く彼によつて据えられたのである。

我が國の法學教育は實に彼により基礎づけられ、明治初年の法學教育者としての功績は極めて大きいのであるが、然し氏が直接的に我が國に残した足跡中、最も注目されねばならぬのは、立法事業上の功績である。即ち、氏は日本政府の命を受けて刑法草案に参画し、フランス刑法に従つて草案を作成した。又一方治罪法の起草にも参与し、一八〇八年のフランス治罪法に藍を求めて草案を作成し、明治十二年九月には草案駁議の運びとなつてゐる。かくし

て彼の立案になる刑法典及び治罪法は殆どそのままの形で明治十三年七月公布され、十五年一日より実施された。又有名な民法典論争を主じ、遂に実施せらるゝに至らなかつたが、明治二十三年公布の旧民法は、人事編並に財産取得編の一部を除けば、他はすべてボアソナードの起草に係る処であり、旧民法の主みの親であつたことも忘れられぬ氏の功績である。

尚、彼の功績として附加せねばならぬものに、傾向廃止の如き司法制度の改革に対する貢献と不平等条約の反対運動とがある。前者は本稿に於て取扱わんとする問題であり、後者は、井上外相の条約改正案が、外人法官の任用を認め又各種法律案を外国政府に通知するなど、旧条約にも磨して日本の不利益であることと、自国の利益を顧みず、公平無私、敢然と唱へ、遂に彼の意見等により世論を喚起し、屈辱約不平等条約の改正を中止せしめたものである。以上、氏の明治文化史上残された功績の主要なものゝを箇条書の如く列挙したのであるが、以下において、氏が人道上の立場から、法学校生徒その他朝野の士に説得し、遂に我が法制より傾向制度を抹消

させらるゝに至つた経緯を見て、氏の思想の一端を明かにすると共に氏の人格をしのびたいと思う。

(備考) 以上のボアソナード氏の略歴及び業績について口、主として日記文獻を参考とした。

杉村春一・傾向廃止とボアソナード氏の功績(「法律及び政治」六巻八号・九号)

風早八十二・性法義異解題(明治文化全集法律

庫)

藤井甚太郎・ボアソナード外交意見解題(明治

文化全集外交篇)

萩原久康・条約改正とボアソナード(芸林第三

巻四号)

二

明治の傾向制度を見る順序として、先ず前代の徳川封建刑法の下における傾向について、簡単に述べることとする。

八代將軍吉宗のとき、老中松平乗昌らに命じて裁判の準拠となるべき法典を編纂させ、寛保二年(一七四二年)四月にできた「公事方御定書」によると、その八十三「傾向可申付品之事」としてまず五種類

の犯罪をあげてゐる。即ち人殺・火附・盗賊(この三種は享保七年一七二七年にきめられた)、岡所破り及び謀害謀判(以上二種は元文五年一七四〇年にきめられた)である。此の五つの犯罪はいずれも死刑に処せられる重罪であつた。此の五つの罪については「悪事致候証勘、慥に候えども白状致さざる者、並に同類の内白状致し候えども白人白状致さざる者の事」と条件がついてゐる。つきに口、或犯罪の嫌疑で「詮議の内決せず、外に悪事分明に相知れ、其科にて死罪行はるべきものの事」とある。そして享保七年(一七二七年)に「右の外にも拷問申附然るべき品も有之候口ば、評議の上申付くべき事」とされ、原則的には殺人以下五種類の犯罪に限られたが、その他でも奉行たちが相談して拷問を申付けることを許したのである。そして此の例外規定は微罪に至るまでかなり広範囲に適用されたであらう事が推測されてゐる(滝川先生遺囑記念論文集上巻所収熊倉武「明治拷問小史」二三一頁)。

拷問の方法も、また色々用いられたようである。即ち「岩打・石抱・海老賣・釣賣・水責・火責など、それ／＼軽い方法から重い方へと順序をつけながら

用いられた。たとへば先ず岩打であるが、両手腕を後手に傳り左右の手首を両肩の下までしめ上げる。そして二人の打役が太さ三寸、長さは一尺九寸余ある「薪尻」と稱する棒(薪尻)を割竹二本を麻でくるんでこよりを巻きつけたもので両方から打つのである。それでもなお白状しないときは石抱(一名「單盤賣」)をやる。これ口柱の下に三角形木を並べ、その上に座らせて身体を柱にしはりつけ、膝の上に重さ十二、三貫目もある石をのせる方法である。石を二、三枚のせてみて、まだ白状しないと、段々石の数をかやしていく。それでもなお好むような白状を得られない場合は、海老賣(一名箱賣)に懸ける。海老賣といふのは、四人にあぐらをかかせ、両手を背にして、両方の足首を一つに結え、石足首から首へ繩をかけ、顔が両足につくまで前の方へ、段々しり寄せするのである。更には、後ろ手に縛つて釣しにかける釣し責、或は水責・火責などが用いられたのである。(「双川喜文」拷問三十七頁以下)

かように拷問は、旧幕時代に於て、自白を要したことから行われていたのであるが、明治初年も同様であつた。即ち明治三年(一八七〇年)の秋庭規

則は江戸時代の奉行所の吟味になつたもので、拷問ハ判事以上相談取計事としての規定が見える。同年十二月制定の新律綱領では、獄具図の中に訊杖の図を掲げるとともに拷問に關するもの詳細な規定が見られ、訊杖は「其重罪ヲ犯シ、贓証明白ナルニ招承ニ服セサル者ヲ拷訊スルもの」とされ、断獄律には、年七十以上十五以下もしくは癱瘓者口すべて拷訊すべからざるものとした。明治五年（一八七二年）八月三日制定の司獄^注務定則も大体同様の趣旨を以て「犯罪ノ蹤跡已ニ瞭然タルニ犯人白状セサレバ判至鞠内シ猶白状セカレバ之ヲ拷問ス」と規定しているが、同年十一月の断獄則例になると、訊杖のほかは寛板（どうはんせめ）の規定及び図が掲載されている。而ち「刑具ニツ。日訊杖。日寛板。惟命盜重犯ニ用ユ。原其痛楚ヲ畏レテ真情ヲ吐ンコトヲ要スルノミ。之ヲ慘害シテ懲ラズニ非ス」(寛一五則)。「訊杖ヲ行フハ犯人ノ臂脛ヲ打撃ス。猶実ヲ供セサル者ハ寛板ヲ酌用スベシ」(寛一六則)。「寛板ハ堅実ノ櫓ヲ以テ之ヲ爲ル。堅三尺四寸。横二尺五寸。厚サ一寸八分。三稜木十根ヲ板面ニ布列シ稍其稜角ヲ削リ甚多尖銳ナラシメズ。因ラシテ其上

ニ空ビシメ、堅三尺四寸。雪サ八十斤ノ石板ヲ以テ膝上ニ置キ累加三枚ニ至テ止ム。若シ頑強不率ノ者ハ再ビ之ヲ用エルコトヲ妨ケマシト雖トモ一日内疊用スルコトヲ許サス」(寛十七則)などである。

断獄則例のこの頃の規定は拷問は懲罰ではないことを明らかにし、拷問方法を訊杖の日ケに石板(寛板)のみに限り海老責・釣責を認めていたこと、殺人、賊盜の重犯に限って拷問を認めている点、拷問に制限が加えられたとみるべきで、法制上口前進したものともみてよいであらう。

ついで明治六年（一八七三年）の改定律例では第三百十八條に「凡罪ヲ断ズルハ口供結案ニ依ル」と規定した。これは、罪証明白であつても白状によらなければ有罪の判決を爲すことを得ない、とする法定証拠主義を明らかにしたものであつて、拷問に理論的基礎を与えたものである。このように「自白」証拠の王であるという糾問式訴訟手続がそのより公然と法律上規定されていたということ注目されるべきことである。

三

以上のようは拷問の制に對しては識者の間に批判の聲が漸く高まり、明治七年五月と六日、津田真道は、明六雜誌に「拷問論」を二回に亘つて發表し、拷問廢止の世論を喚起するところがあつた。即ち彼は「天下ノ悪拷問ヨリ慘ナルハナシ。古今の害拷問ヨリ毒ナルハナシ云々」の論議に於て拷問が築村の無道暴虐以上のものであることを説き、拷問を廢止しなければ、欧米各国と同様の条約を結ぶことができないし、又我が国内に居住する外國人に國法を遵守させることも不可能であるとして、拷問廢止が不平等條約改正の要件であることを強調してゐたのである。(明治文化全集雜誌第九〇頁以下、一〇三頁以下参照)

かような折柄、ホアソナード氏は、明治八年四月十五日午後、たまたま眞愷實の拷問をまのあたりに見て、その残酷さに今更のうに驚愕し、拷問なるものが如何に野蛮な行爲であつたかの理由を説いて、時の司法卿大木憲任に強硬な「拷問廢止意見書」を提出するに至つたのである。その頃の事情は杉本虎一氏の談話記録によつたと次のようである。即ち、何

時ものうに氏が司法省の明法寮に講義に行く途中、上等裁判所⁽³⁾に來かかると、裁判所の中からヒューヒューと人の叫ぶ悲鳴が聞えて來た。氏は不審に思つて何事が起つたのか見ようと思ひ、急いで上等裁判所の法廷に入つたのであつた。すると驚いたことには、一人の犯罪人と思われぬ男を角のある横木の上に座らせ大きな石を三四枚も抱かせて何か訊問してゐる所であつた。それで犯人は痛さに堪えかねヒューヒューと悲鳴を上げてゐるのである。此の拷問の慘狀を目撃した氏は餘りの事に驚き「ワ」と泣き出し、殆ど狂氣した者の様にウロウロしてゐたという。其所へ丁度大判官玉乃世履氏が裁判所へ行こうと思つて這入つて來た。それを見れば氏は泣きながら飛んで行つて玉乃氏に抱き付き、拷問をやつてゐる方を指し「何やら何かフランス語で話しかけたが、玉乃氏は何が何やら判らず、ホアソナード氏が狂氣したのでどういふかと思ひながら困つてゐた。

するとそこへ司法省書記官の名村泰造氏が乗りかゝつた。名村氏は明治六年ホアソナード氏をフランスから連れて來た人であるから勿論よく知つてゐる。そこでどうした訳かと事情を聞いて見たところ、ホ

アソナード氏が始めて拷問の惨状を見て驚きの余り之を止めさせようとしてゐることがわかり、そこでその日は裁判を中止して三人伴つて司法省に至り、時の司法卿大木喬任氏に談ずるところがあつたのである。そしてその後明法寮に来て法学生に悲憤の演説をしたのである。当時の演説を明法寮にあつて直接聞いた杉村氏は、「拷問は無垢の人を強いて掛けるのであるから本當の犯人ではない。如何に弁明しても裁判官は之を聴かず苦しめるのであるから、被告は苦しみの余り有りもしない罪を引受けるようになるのである。それでフランスでは革命後は全然廃止して之を用いない。欧州各国も大抵廃止した。日本にもかゝつて拷問があるというのと聞いておつたので、之を止めさせたいと考へていたが、此の恐ろしい有様を今日討らずも目撃したので益々黙つて口おらぬになつた」と話されたように記憶すると述べてゐる。そしてこの演説は滔々数時間に及び、或は嘆き或は泣き聞く者をして感動せしめずには置かなかつたというし、初めは話すというよりは怒鳴り初めたという方が適當で、平常温厚の先生が如何したことかと呆気に取られる仕度であつたという。杉

村氏は次いで「当時既に五十才を超えた白髪を戴いた氏が非常に憤激してあの大きな堅い机をゴツンゴツンと痛やうともせず打つて話されたのであるから、余程感動せられたものであることが判る。其時の有様を今思い出してさへ其の熱情と誠意とには益々も感動せざるを得ないのである。全く唯一冊の孔叢を以て対する外國人ならば、どうしてそうまで他國の爲めに盡すことが出来ようか是れ全くボアソナード氏が赤誠の人であつたから、であるといわなければならぬ。」と述べてゐるのである。

此の拷問目撃の事實が氏として献身的な拷問廃止運動を起さしむるに至つた動機となつたのであり、氏は其の日自宅に歸るや直ちに「拷問廃止意見書」を起草し、之を時の司法卿大木喬任氏を逼じて政府に建言したのである。此の意見書は極めて強硬なるもので、「若し此の意見が用ゐられない場合には、余はも早斯の如き野蠻國に倅るを欲せず、速かに歸国するであらう」と附言したということである。其の意見書は大體十ヶ条位の項目に分ち、人権主義・正義等の観念又は法學上の理論より又は西洋における沿革等より説いて拷問を廃止すべきことを述べ、

又最後の節には國際上の關係より見て拷問等存するときは、到底平等なる取扱を得られないことを述べたという。

かような運動の結果大いに世論と動かし賛成を得るに至つたのである。殊に時の元老院幹事陸奥宗光氏の知きは士に賛同して元老院議員等を説き、遂に元老院は「拷問廃止意見」を上奏するに至つた。元老院は明治九年（一八七六年）四月二十五日に「改定律例第三一八條改正意見書」の形で拷問廃止意見を上奏してゐるのであるが、それはホアソナード氏等の運動が興起し得ないまでに至つてゐたことを口つきりと物語つてゐる。即ち「今夫の拷問の事内外論議最も喧擾にして其廃止を欲するもの亦多し。中略」今夫の拷問の惨酷なる其弊害殆ど枚挙に遑あらず、其宜しく之を廃止すべきは既に内閣に於ても和同一致あるは疑を容れざれば今復た之を賛せず（中略）然れども法律の大意に於て之を見れば亦治罪法の一部分にして其此法（拷問）を適用する所以の原因は則ち改定律例断罪不当條例第三一八條（凡罪を断するは口供結案に依る云々）に在り。今拷問を廃せんと欲せば即ち先づ該條を改正せざるべからず、

（中略）何となれば日本律は拷問を用ゆるの原因なり。抑も犯人の口供なるも亦証人証物証書等と同く象証の一部たれば全く無用と爲すべきと云うにあらず。然れども別に証佐の明瞭なるものあらば必しも其口供を要せず直に之を断決すべきの法を設け司法卿をして各法官に諭し嚴に拷問を用ゆるを禁せしむるに如かず。然れば拷問の惨酷を用ひずして断罪自ら其當を觸ん云々と述べられてゐるのである（前掲「明治拷問小史」二四四頁以下）。

このような元老院の拷問廃止意見上奏の翌四月二十六日、こんどは司法省から同じく改定律例第三一八條の改正を希望する旨の同書が太政官宛に提出された。司法省の同により政府提出の議案は元老院を通じて、改正律例第三一八條は明治九年六月十日太政官布告第八六号を以て次のように改正されたのである。「凡そ罪を断するは証に依る、若し未だ断決せしめて死亡する者其罪を論せず」。

これが刑事証拠法における画期的な改革であつて、従来の口供結案制の裁判手続が、断罪証拠主義の裁判手続——断罪のための根拠と本人の自白のみに限らず、それを含めて他のすべての証拠を動案して断

決する裁判手続——にあつたためられることになつたわけである。この改定律例三一八条の改正のあとをうけて、同じ九年（一八七六）八月二八日、司法省達六四号をもって大審院及び各裁判所宛つぎのようは断罪証拠に關する訓令が出された。

断罪証拠

第一 被告人實事の白狀

第二 被告人又は其他の文通、又は手筆の文書

第三 相当官吏の検視明細書

第四 証人及参考の陳述

第五 裁判所より任したる鑑定人の報告

第六 証拠物品

第七 徵驗（仏語アンデス）、事實の推測（仏語

プレソンプション・ド・プエー）、實証（

仏語エウイタンス）

第八 法の推測（仏語プレソンプション・レガル）

前件（の証拠）に依り罪を断するは専ら裁判官の信認する所にありし。

この司法省達に見られる特色は、往來の自白——拷問——口供結案主義の裁判手続が、断罪証拠主義へ、さらに自由心証主義即ち証拠の証明力を法定しない

で全く裁判官の自由な判断に一任する改革された刑事訴訟へと進歩した点である。そしてこの司法省達にみられる考案の方の基礎はフランス治罪法の影響をばつきりと察知させるものがあり、次に述べるボアリナード氏の証拠理論をそのまゝ採用したものであることが判るのである。

司法省達により、拷問は不要になつたのであるが、拷問そのものを廃止しなかつた爲に、依然その跡を断たなかつたらしく、かくて明治十二年（一八七九年）太政官布告第四二号をもって「明治九年六月第六八号布告改定律例第三一八条改正後、拷問ハ照用ニ属シ候儀ニ付、右ニ關スル法令ハ總テ刪除候條、此旨布告候事」と布告され、こゝに法制上からは、わが国の拷問制度は完全に廃止されたことになつたのである。

四

ここでボアリナード氏の思想を考察して、如何なる理論的根拠より拷問廃止を強く主張したのであるかを見ることにしたい。彼の思想は一言を以て云ふは、十八、九世紀歐洲諸國殊に仏國を支配した個人

主義的自由思想であつた。そして、之に配するに自然法學說を以てしたのである。従つて、刑罰理論も純然たる正義の原則のみを以て基準とせしめ、又社會的幸福のみを以ても基礎としないうで、之を折衷したものゝを以て刑罰の基準とするという立場をとつてゐる。そして正義が徒らに個人の自由に干渉することと雖、個人を自由を保護しなけれはならぬと主張するのである。へ刑法草案註釈へ森順正註（参照）此個人の自由の保護、此の点がやがて拷問廃止の理論的根拠となるのであるが、これを彼自身の刑法草案註釈（森順正註）によつて明かにしよう。

○刑法草案第三百十六條及第三百十七條、註釋

「此二ヶ條は既に政府の布告を以て公然禁じたる拷問廃止に刑法の制裁を附して之を確定するものなり。（中略）仮りに吾等は被告人をして其行わざる犯罪の白狀を為せしむるの恐れなきものとすも亦何人と雖も強て自ら己れの罪責を証言するに及ばざるもの理を認めざるべからず。此理たるや被告人に自ら己れを弁護するの權あると認むる以上は則ち明白にして毫も疑を容れざる所なり、蓋し若し一人にして己れを

弁護するの權と已を論告するの義務とを併有すとするは極めて扞格矛盾するものと謂ひざるべからず。

論者或は拷問は既に他の証拠に因り有罪と確証したる者に対するの外之を用ひざるべきは即ち矛盾の立つ可きものなりと云ふと雖も決して上文の論旨をして薄弱ならしむるものに非ず。若し眞に他の証拠にして既に犯罪の心証を資するに充分なりと看做すときは未だ之に對し言渡したる所の刑に非ざる苛酷の苦痛へ拷問を加ふること無用なり。若し又之に反して既に檢挙したる証拠の未だ裁判官の心証を資するに足らざる所を補ひしむるの權利あらざるなり。

此他拷問を是とする旧論者が其重らに案理に當せりと信じたる一他の場合あり、即ち被告人一人乃至數人の從犯を有したる充分の証拠ありて而して唯だ其從犯の某人に相違なきか否かを知ろの一点に止まるの場合是れなり。然れども此場合に於ても猶被告人を強いて其從犯に對し罪責を証言せしむるは社會及其代理たる裁判官の權利を有せざる所なり、且被告人の証言は其

被告人にして殊に有罪と確認せられたるの一事を以て當に之を疑ふべきなり、何となれば其者は自己の怨に報ひんが爲或は從犯と看做されたる者の身分に因り、自己の責任を減少せんが爲め無罪を罪するに於て利益を有することあるべければなりし。

此のホアンナード氏の新理論曰、吾國に於て徳川時代より伝統的に拷問を以て正当なりと信じ來たりたる三つの場合、即ち前述の御定書百ヶ条にある、一、右の香煙事致候証拠、惟に候之とも白狀致さざる者

二同種の内白狀致し候之とも当人白狀致さざる者
三詮議の内決せず、外に香煙分明に相知れ、其科にて死罪行けるべきもの

の三つの場合に付き徹底的なる非難を加えたものであつて、拷問制度の根柢は遺憾なく破壊されたものと云うことが出来るのである。實際、香煙と爲した証拠がたしかであるならば、何も最早白狀させるために拷問する必要はないのである。又同種の香と白狀せしめんが爲に拷問すると云うが如きは、信ずべからざる被告人の言を信せんとするものである。又

數個の罪があつて其一にて死罪となる者ならば最早無益の苦痛を加ふるべきでないのである。

こゝにおいてホアンナード氏は、証拠裁判制度により自由なる心証を以て適正なる裁判を爲すべきことを教えたのである。今、彼の説いた証拠裁判に關する原理及方法並に自白が如何なる程度に証拠たる効力を有するかの点を、彼の起草した治罪法草案註釈について点検して見ようと思ふ。

○治罪法草案註釈（小山田銓太郎訳）

第二編 第三款 証拠

第四百六十条

法律は被告事件の素狀に因り有罪たるべしとの推測を一も定むることなし……

理由

一、刑事の訴訟手續には証拠論理の重要なこと犯罪の証拠は刑事の訴訟全体を成すと云ふを得べし、何となれば凡て罪責を被らしむるの力及び凡て弁護の力は其基く所一として証拠に非ることなればなり。故に証拠なきときは犯罪ありと云ふこと能わず、又証拠なきときは処断すること能わず。

(中略)

四 隨意及自由の白状

(前略) 白状をして証拠力を自せしめんが爲に
は必す其白状の隨意に出て且つ完全自由なるを
要するは言を俟たずして明かなり、諸国の尸史
を按ずるに多くは拷問、即ち罪と罪たらざる事
とを并別するを許さざる苛酷不条理なる向題の
慣習を載せたり。蓋し刑法の最も切歩に涉る意
思に反するものなり。何となれば被告人口己れ
を防禦するの本来の権利あるも自ら罪を被るの
本務なく又既に被告人に對し其有罪又は無罪に
付き宣誓を求むること原告人に禁せざるべか
らざる以上は又被告人に對しても苛酷の中に強
て白状すべき堅固なる道理あらざるは敢て論ず
るに及びざる程の事なり。

右のように理由一に於いて証拠裁判主義を強調し
自白が任意に出た場合にはじめて証拠として採用し
来る趣旨を説いてゐる。そしてたゞ自由の中に述
べられた自白であつても、全く心証に涉る所の証拠
を見るが爲には疑わしい場合があることを指摘して
ゐる。即ち、

イ

至重の罪責(死刑)に於て自殺の悲むべき膽
略を保有せざる國に於ては白状は生命の嫌疑、
及其嫌惡よりして死刑の言渡を受け困て以て其
身を終了し去うんとするの希望を生ずることあ
るべし。

ロ、又至重ならざる罪責に於ても漂泊者若くは情
弱人の爲す白状は獄舎に永く居住を占め而して
養料を食らんとする方法に出る事あるは亦以て
買すべき事なり。

ハ、又或は多少重劇なる数多の罪惡の本人、其数
多の罪惡に就て未だ嫌疑を受けざるに方り其数
多罪惡中最も輕き犯罪のみを自白し以て其他已
れが犯せし重罪、輕罪の嫌疑を受けんことを希
望する者あるべし。

ニ、其偽りの白状中最も恐るべき場合は即ち血裏
親、配偶者、又は朋友に存すべき正当の嫌疑を
曲庇せんが爲め被告人自己の贓さるる犯罪につ
き其の罪人なりと白状する事なり、而れども
此場合は免罪の爲め最も有効なりとす。

是等の自白の例は明かに裁判官に心証を供する証
拠でないものであり、かように考へると、

「白状は仮令隨意に出で且つ自由に成れる時と雖も有形の事実上及犯罪の外部の景状におけるに非ざれば理に於て成立することを得ず。故に唯々白状のみにては未だ之を以て充分に被告人の意思其自由に由てたるを証するを得ず、又殊に犯罪を犯したる理由の景状を証明することを得ず、是等の事を証する事無ければ被告人は刑事上の責任なし斯くの如く白状は以て意思等を証明し得ざるものとするは即ち是れ人たる者は己れが固有の精神の景状の利害と認めらうと事を得ざるに由る。

之に反して外部の事実就ては判事は隨意の白状を大概信じ用ふるを得るなり、何となれば先づ其白状の偽りなること少く且多くは他の証拠に依つて確定せらるべきものなり。」「

ボアソナード氏の証拠理論以上で大凡了解出来るのであり、此だけの証拠理論で、口供結案の傾向判度に代らしむることが出来たのであつた。

そして以上の証拠理論で注目すべきことは、わが国としては戦後の新憲法で初めて認められた自白の任意性、即ち自白が証拠能力を認められるためにはそれが任意にされたものであることを要する趣旨が、

既に氏によつてはつきりと説かれてゐることであり、又憲法三八条第三項の「何人も、自己に不利なる唯一の証拠が本人の自白である場合に、有罪とされ、又は刑罰を科せられない」という規定の趣旨が既に強調されてゐる点である。かくして、氏は自白の偏重を避けて、自白があつた場合でも、なお充分な傍証を集めることを要請してゐたのであつて、万一にもし起りうる誤判を防止し、刑事被告人の地位を不当な取扱より守らうと努力したのであつた。

次に氏が、今日よくいわれている被告人の黙秘権ないし供述拒否権を前掲の「刑法草案註釈」の中で、「何人も雖も強て自ら己れの罪責を証言するに及ばざるの理を認めざるべからず」と述べて、これを認めてゐることも危れてはならない。然るに明治憲法時代の旧刑事訴訟法には、被告人尋問という手續があり、被告人に対しては被告事件を告げ其の事件につき陳述すべきことありや否を向うべしと定められていた。それは、被告人に供述を強要し得たものではないが、實際には、尋問の仕方がやゝもすれば糾問的になる行き過ぎがあつたと見られてゐるのである。へ法律時報二七卷一号所収、江家義男「刑事手続規

五

最後に、前にふれた氏の自然法思想を少しく彼が司法省法学校に於て爲した「性法論義」により瞥見してみよう。

自然法とは「法文外ニシテ其未タ成ラサルノ前既ニ成ルノ法」である。其れ曰立法者が以て準拠すべき法典とも云うべきものである。自然法は各国に於て制定せられる所の実定法 (*the positive*) に対立する觀念であり、実定法は正確明瞭に書き表されたる所の自然法、換言すれば「性法ノ著述翻譯」に外ならないとする。次いで立法者の任務に言及している。即ち立法者は先づ眞理 (*raison pure*) に適合し、絶対主義 (*justice absolue*) に一致した規則を探索し、次に人民の需要と願望及道徳、社会及び経済の現実の狀態を考慮に入れて眞理を折衷すること、及び人民相互の權利と應分とに付いて明瞭なる規則を制定し、万民をして依つて従うべき規則たることを知らしめ、外部制約を設けて以て之れを遵守せしむること、最後に裁判官に対し法文に

明定せられた一定の限界のある權力 (*power*) を許容して以て社会と個人とを保護せしめることにある。そして立法者は性法の眞訣官に過ぎず、それ以上のものではないと説くのである。更にホアソナー氏は立法者の任務を一言具體的に説明する。性法を論定し之を明示するのは、立法者の爲に至難の業であり、畢生の力を致すも十分なりとしない。人間は活動であり、不前に変遷する故に、法(実定法)は之に適合して変更せざるを得ず、従つて立法者は万古不易の性法を発見して以て之に安住していることを許されない。多くの場合に於て、立法者は世の進歩に対し指導的役割を演ずる必要なく、只管世論に傾聴して善処すればよい。然しながら、風俗が腐敗して人民相率いて危難に陥らんとするような場合に、世論に盲従することなく、大勢を挽回して人民を良俗に誘導しなればならない、とする。持向廃止運動の如きは、氏自身の「人民を良俗に誘導したし実例というべきであらう。

然らば自然法の命ずる根本的規範は何か。これを一言にして云ふは「人ヲ害スルナシ」である。立法者は結局此の一句を拡張して之を活用するに過ぎない。

いのである。かくして此の原理は諸実定法の根源及び基礎を提供するのである。氏はなお此の意味を分折して次の諸項に分けてゐる。

1. 他人の所有権を尊重すべきこと
 2. 他人の身体、名誉及び愛情等一切を尊重すべきこと
 3. 他人に借りたる者口相当の利息をつけてこれを貸主に返還すべきこと
 4. 契約はこれを誠実に履行すべきこと
 5. 他人の名誉・身体・財産に侵害を与えた場合に口之を賠償すべきこと
- 以上により、氏の法思想は自由主義的個人主義的なものであつて、家族制度維持論者と対立した所以を知り得るように思う。

六

氏は伝統的なカトリック的勞働觀に言つた基督教徒であり、其肌故に人道主義者であつた。彼の人道主義は基督教のスコラ的自然法に出ずるものであり、その人道主義の実践は、拷問廃止の経緯を見ても果敢であつた。経済の範圍に於ては社会政策、労働向

題等に対する關心に現われ、法律學の範圍において、死刑廃止の主張及びこれまで述べ來つた拷問廃止の功績に現われている。まことに杉村虎一氏が「氏は明治文化の一士恩人である」と云わねばならぬ。實に麻を贈したる氏の連白（拷問廃止意見書）は如何に大なる影響を當時の人心に与えたか判らぬのである。當時の某雑誌は此を評して「仁にして且勇あり」と激賞してゐたことを記憶してゐるが、眞に適評であると思ふ」と述べてゐるのは尤もである。

彼の祖国フランスでは血と涙の革命を以て辛じて獲得したる拷問制度よりの自由を、氏はわが國に於て平和のうちに成就せしめたのであつて、正に「司法上の無血革命」——政體轉換聖博士はかく云つたという——を達成したものと云えるのである。

戦後人身の保障、人權擁護の聲が茲に喧しいが、明治初年いち早く此の事を強調したホアソナード氏の事績を知る者は少ない。至らぬい事ではあるが、明治文化の恩人ともいふべき氏の業績の一端を敢て紹介した次第である。

（昭和三十三年五月稿）

註

(1) 杉村虎一述、大谷美隆記「拷問廃止とホアソナード氏の功績」(法律及び政治六巻八号、九号)
(2) 明法寮は元來司法省において今の法制司のようない仕事をする所であつて、法律学生の教育を其一つの附屬的事業として爲してゐた。

(3) 明治八年四月十四日大審院を置き、民事、刑事の上告を受け、上峰裁判所以下不法なるものを破毀せしめることとした。同日東京、宮城、大阪、長崎の四上峰裁判所を置き下級裁判所の上告を受け、このことを定められた。此で見ると上峰裁判所は今日の高峰裁判所に該当するものと思われぬ。

(4) 前掲「拷問廃止とホアソナード氏の功績」一四頁

(5) 同一一〇頁

(6) 旧刑法草案第三百十六条に曰く「凡て裁判官、検察官吏、若くハ四人、看守人被告人ニ対シ白状又ハ陳述ヲ爲サシメンガ爲ニ暴行ヲ加ヘ又ハ凌辱ノ取扱ヲ爲シタル者ハ四月以上四年以下ノ重禁錮或拾四以上百四以下ノ罰金ニ処ス。但シ場合ニ依リ故意ノ殴打創傷ノ爲メ定メタル一層重キ刑ニ処スルハ此限ニ在ラス」

第三百十七条に曰く「前条ト同一ノ目的ヲ以テ暴行ヲ加ヘ又ハ凌辱ノ取扱ヲ爲サント脅迫シタルニ止マル時ハ其刑二月以上一年以下ノ重禁錮拾四以上五十以下ノ罰金タルベシ」

(7) ホアソナード氏の「性法講義」曰、彼が來朝後尙もなき明治七年(一八七四年)四月九日司法省法学校兩校當日より始めた自然法説の綱要に關する講義を時の聴講者の一人井上陳氏が筆記して訳出したものであつて、最初司法省蔵版として明治十年六月出版せられた。その後井上氏は、之が元來一己の用を供するノートとして作つたものであつて、訳語必ずしも妥當でなく、行文も意に満たぬ点があるとして訂正追補して再版を明治十四年三月中正堂という書肆から出した。明治文化全集法律篇四六一頁以下に「性法講義」(抄)として掲載されているのはそれである。(明治文化全集法律篇、風早八十二、性法講義解題参照)

(8) 明治文化全集法律篇 四七一頁。

(9) 氏の起草にかゝる明治二十三年民法が、ついに有名な民法典論争を主じて、実施延期の已むなきに至つたことは前述した。この問題については、

今後尚検討を加えて、発表の機会を持ちたいものと考えている。

(10) 氏は明治二十五年(一八九二年)十一月、法學協會雜誌(癸十卷癸十一号)に「日本ニ於ケル勞働問題」と題する論文を寄せ、将来の勞働力の保全の爲に、幼者・婦女の勞働保護を提唱している。たゞ自由主義の立場に立つていたので勞資協調を唱え、勞働者・資本家の階級斗争では問題は解決せず、「此ノ有害ニシテ憂フベキ競争(勞資間の対立抗争を指す)ヲ匿スルノ方法他ナシ。唯タ生産ノニ際カラ調和スルニ在ルノミ。則チ労働ト資本トヲ調和シ、労働者ヲシテ資本家ノ利益ニ与カラシムル一方法アルノミ。」と云う。(明治文化全集、社会篇四八〇頁以下)

附記 諸国の拷問制度廃止の年代を見ると、イギリスは一六二八年(たゞし *Paine forte et dure* という拷問の一種が廃止されたのは一七七二年である)。スエーデンは一七三四年、プロイセンが一七四〇年に以じまり一七五六年に完成、フランスは一七八九年、イタリヤー一七八六年、デンマーク一七七一一年、ロシア一八〇一年、となつてゐる。

—— 双川嘉文「拷問」二三頁以下、田中和夫「イギリスにおける証拠裁判の歴史」(法律時報二九卷四号)参照。

なお、本稿を草するに当り、ボアソナード氏の自然法思想について、田中耕太郎「ボアソナードの法律哲学」(杉山教授還暦祝賀論文集)に負ふ的多く、又弘大宮崎先生より口種々適切な御教示を頂いたことを感謝します。