慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	明治初年の拷問制度 : その廃止過程の一研究
Sub Title	On the abolishment of torture early in Meiji era
Author	手塚, 豊(Tezuka, Yutaka)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1952
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.25, No.11/12 (1952. 12) ,p.198- 232
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	三十周年記念特別號
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19521215-0198

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

明治初年の拷問制度

——その廢止過程の一研究——

手塚　豐

一

拷問制度の歴史はきわめて古い。或る刑事法學者は、その古さをエジプトの歴史に譬えている。[1] ローマにおいても、自由人に對する拷問は例外的であつたが、奴隷に對してはかならず行われた。奴隷の陳述は拷問を通して強要されたものでなければ、證據力を有しないものとされていたのである。その後、歐洲各國において、古代より行われてきた神判（ordeal）の權威が衰退し、刑事訴訟の證據として自白がもつとも重要視されるに及び、自白を行わない刑事被告人に肉體的痛苦をあたえ、その陳述を強要する一種の強制的審問方法としての拷問制度は一般に普及した。まず、その制度は十二世紀の初め、ローマ法を復活したイタリアで採用され、十四世紀までにはおどろくべき傳播力を以て全ヨーロッパに擴がり、刑事訴訟の基本的制度となつたといわれている。[2] けれどもベッカリヤ（Cesare Beccaria）が指摘するように、[3] 神判と拷問とを本質的に同じものであるとするならば、その制度は、古代より近世初頭に至るまで、各國の裁判制度においてほとんど斷えることな

く用いられた一般的審問手續であつたとしなければならない。そして、刑事裁判手續のために個人の身體、時にはその生命までも犧牲に供するこのような制度が、個人の「自我」がいまだ自覚されていない前近代的文化の所産であることはいうまでもなかろう。英國においては、比較的早くから原則的に禁止されていたが、[4] その他の各國も、十八世紀のヨーロッパを風靡した啓蒙思想の影響をうけて逐次その制度を廢止し、遅くとも十九世紀初頭までには、全ヨーロッパの刑事裁判から制度的にはその姿を沒したのである。[5]

翻つてわが國の歴史をみるに、上代における神判及拷問はしばらく措き、中古の律令において、はじめて杖による繼受法的拷問が制度化された。中世固有法復活の氣運に際しては、拷問方法も苛烈の度を加え、徳川時代に至つてはたゞ制度的に整備されたのみならず、その内容も殘忍酷烈の極に達したのである。[6] それが制度的に消滅したのは、わが國が近代國家の途を歩み初めた明治維新後、すなわち十九世紀後半であり、ヨーロッパ各國に遅れること約一世紀である。この制度の廢止を巡るボアソナードの功績については、從來傳説的にいわれてきたが、最近に至り原史料が發見、公表され漸くその全貌が明らかになつたことは寔によろこばしいことであろう。[7] ボアソナードの拷問廢止意見書がその制度に對する決定的打撃をあたえたことは疑いえないが、しかし、當時すでに拷問廢止の氣運は法曹界のみならず、一船社會にもある程度醸成されつゝあつたこともまた事實である。いわばもつとも適切な時期に、もつとも適切な人より強い廢止意見が唱えられたものといわなければならない。本稿は、明治初期における拷問制度の狀況と、それがどのような事情から廢止の過程を辿つたかを考察せんとするものである。

(1) F.H. Wines, Punishment and Reformation. 1895, p. 87

(2) A. Esmein, A History of Continental Criminal Procedure, translated by J. Simpson, 1913, p. 9

(3) 風早八十二譯「犯罪と刑罰」(刀江書院版) 五七頁

（4）一六二八年、イングランドでは Felton's case で「拷問臺による拷問は……許されない」との判決が行われ、その後拷問は正式には廢止されたといわれる（J. P. Taylor, A Treatise on the Law of Evidence, 1878, vol. 1, pp. 744—745）。しかし、その後にもいろいろな例外が存續していたようである。三の註（6）參照。

（5）ヨーロッパ大陸で最初に拷問を禁止したのはスエーデンである。一七三四年、同國は制度としては認めていなかつた拷問を禁じたーデンに於て廢止された。此の忌はしい習慣は、ヨーロッパに於ける最も賢明なる王國の一によつて廢止されたのだ」（風早前掲書六七頁）といつている。しかし、その後も存續し、一七七二年にも禁令が出ている（L. Radzinowicz, A History of English Criminal Law, 1948, vol. 1, p. 289）。その他の國における廢止時期は次のごとくである。フランス、一七八九年。イタリア、一七八六年。ドイツ、一七四〇年、一八〇五年。デンマーク、一七七一年。ロシヤ、一八〇一年（G. W. Keeton and J. Williams, "Torture" in Encyclopaedia Britanica, 14th ed., vol. 22, pp. 311 ff.）。

（6）細川龜市氏は「ヨーロッパの拷問制度に就いては既に諸家の研究があるにも拘らず、日本のそれに就いて關心の拂はれないのは一つの缺陷である」として昭和十四年に「本邦拷問制度の沿革」（公法雜誌第五卷二號三號。後ちに同氏著「日本法制史要講」に收められる）を發表されたが、それまでに發表された日本拷問史の通史的研究としては、私の知る限りでも次のものがある。藤田知治「拷問制度ノ沿革」刑事法評林第四卷九、一〇、一二號。大谷美隆「拷問史譚」法律時報第七卷四、五、七號。坂ノ上言夫著「拷問史」（大正十五年）。但し藤田氏論文は、同誌廢刊のために王朝時代までで未完結、大谷氏論文もまた室町時代までゞ同じく未完結である。坂ノ上氏の著書は古代より德川時代までの詳細な研究であり、資料の引用は細川氏論文よりも豐富である。これらの著書、論文は細川氏の論考には引用されていない。

（7）大谷美隆博士が杉村虎一述「拷問廢止とボアソナード氏の功績」（法律及政治第六卷八、九號、昭和二年）を發表された當時は、建白書の類の寫本そのものはいずれも判明していなかつたが、その後まず五月二十日附建白書が發見され大谷博士が解題を附し原文と譯文を公表された（「ボアソナード博士の我國司法部に對する功獻を偲ぶ」法律新報五五九號、昭和十四年。建白書の譯は鈴木孝雄氏による）。さらに四月十五日附意見書も最近に發見され、同じく大谷博士が發表された（「ボアソナード博士の拷問廢止の建白書發表について」法律新報七五八號、昭和二十六年。意見書は鈴木孝雄氏譯、建白書は鈴木氏と品田みす江氏との共譯にて、昭和十四年發表の鈴木氏譯が多少改められている）。大谷博士の解題によると「原文と譯文と双方を發表して譯文が意の通じない所は原文を讀んでもらうことにした」（前掲書六〇頁）といわれるが、佛文は掲載されていない。

二

明治三年十二月、統一刑法典としての新律綱領が全國の府藩縣に頒布されるまでの新政府の刑事行刑方針は、新政府部内の刑事遵則としては假刑律を編纂し[1]、各地方には從來の慣例をそのまゝ認め、たゞ時として部分的單行法的性質を有する達、指令を發するにすぎなかつた。したがつて、拷問制度においても德川時代の制度が大體においてそのまゝ存續していたものとみていゝ。

德川末期における幕府法の拷問制度は、拷問を牢問と狹義の拷問の二種類に分けるのが特長であつた。前者は笞打、石抱、海老責であり、後者は釣責である[2][3]。一般には全部を總稱して拷問といつた[4]。自白しない容疑者には、この順序を履み逐次重い拷問方法が科せられた。しかし狹義の拷問のみは御定書の規定により人殺、火附、盜賊、關所破、謀書謀判の犯罪にのみ行われ、また原則として「惡事いたし證據慥に候得共、不」致二白狀一もの」「同類之內致二白狀一候得共當人不」致二白狀一もの」「詮議之內不」決、外の惡事分明に相知、其科にて死罪に可」被」行者」に限られた。「詮議之內云々」の意味は、當初の容疑は狹義の拷問を科すべき犯罪ではなかつたが、取調中に前記五つの犯罪のいずれかゞ明らかになつた場合のことである[5]。拷問を科しても自白が得られない場合には、他の證據によつて處斷した。これすなわち察斗詰（察當、察度）の場合である[6]。しかし、これは止むを得ない措置であつて、糺問手續の重點は容疑者自身の自白をどこまでも追求するにあつた。ことに享和元年十一月の指令には「假令罪狀明白候共當人不」致二白狀一候を拷問にも不」致、御仕置申付候段は容易ならざる事に候條以來此例を用い候儀は不」可」然候[7]」とあり、いかに他に證據があつても拷問を科さずして罰することは違法としている。まさに「自白は證據の王」と考えたものにほかならない。刑事裁判における拷問制度は、このような自白必要主義にその基盤を有したのである。

各地方における拷問制度の狀況は、かならずしも明らかでないが、大體において幕府法と大同小異であつたと考えてよかろう。たゞ若干の地方では幕府法よりさらに苛烈な拷問方法も行われていたようである。(8)

明治維新後、新政府がはじめて編纂した假刑律（明治元年）には拷問に關する規定が散見している。例えば名例律の「婦女犯罪」の條には「拷問刑法產後百日之ヲ免ス」、「罪人自首」の條の「其輕罪已ニ露顯ニ及ト因テ重罪ヲ首スレバ云々」の割註に「告ラル、之事拷問ニヨラス」とあり、斷獄律の「罪囚ヲ陵虐」の條に「若捕役私讐ヲ挾平人ヲ捕ヘ獄ニ入レ及拷問致スモノ笞六十」、さらに「老幼拷問ヲ許サス」の條にはやゝ詳しく次のような規定もある。

凡帶刀士分以上僧尼位階有ルモノ準之並年七十以上十五以下若ハ癈疾及病患アルモノ疾患アルモノハ醫人ヲシテ診察セシメ若拷問障リ無キモノハ臨時問官ノ見込ニ任ス拷問ヲ許サス皆衆證鞫問ニヨツテ罪ヲ定違フモノハ臨時議處ス若士分貴族ニ係ルト雖モ逆罪盜賊詐欺其他士道廉耻ヲ敗リ士ヲ以遇シ難キモノ罪狀之顯著成ルモ强情ニ虛ヲ張リ推問落着ニ至ラサルハ詳ニ其犯罪情由ヲ開具シ伺出ル之上臨時之裁決ヲ以拷問ヲ許ス若法ニ於テ容認ヲ得ルモノ總テ證左ヲ成シムルヲ許サス違フモノハ笞三十

また、明治元年十月二十八日倉敷縣よりの伺には次のような回答をあたえ、除刑日を定めている。(9)

返答　今上御誕辰　九月二十二日

神武天皇御忌　三月十一日

仁孝天皇御忌　二月六日

孝明天皇御忌　十二月二十五日

右刑罪拷問可相除事

このほか、明治三年五月刑部省の定めた「法庭規則」には「拷問ハ判事以上相議取計事」とある。しかし、假刑律及び法庭規則はいずれも新政府部内の遵則であつて、藩のみならず各地方の府縣にも、そのまゝでは施行を豫定しなかつたことを忘れてはならない。これらはいずれも拷問制度を當然の前提とし、その手續に關する規定であるが、いかなる犯罪に拷問を

科すのか、またいかなる方法を採用したのかは明らかでない。おそらく拷問方法は前に述べた徳川時代の様式をそのまゝ踏襲する積りでいたのであろう。

明治三年十二月、全國に頒布された新律綱領は最初の統一法典であつたが、純然たる「律」系統の刑法典であるため、拷問方法も杖一種を規定するにすぎない。その獄具圖によれば、

凡訊杖ハ。竹片三個ヲ内合シテ。圓形ニ成シ。其圍。曲尺五分。兩頭大サ一ノ如ク。長サ三尺。禾藁ヲ以テ堅ニ之ヲ裹ミ。小麻繩ヲ以テ。密ニ横纏ス。其重罪ヲ犯シ。贓證明白ナルニ。招承ニ服セサル者ヲ拷訊ス。

とある。また斷獄律「老幼不ニ拷訊一」及び「婦人犯レ罪」の條に次の規定がある。

凡年七十以上。十五以下。若クハ癈疾者ハ。共に拷訊ス可カラス。皆衆證ニ據テ。罪ヲ定ム。違フ者ハ。故失入人罪律ヲ以テ論ス。

凡婦人。輕罪ヲ犯スハ。本夫ニ責付シテ。保管セシム。如シ夫ナキ者ハ。親族隣保ニ責付シテ。保管セシム。重罪ハ。禁獄スルコトヲ許ス。違フ者ハ。笞三十。若シ婦人。懷孕シテ。罪ヲ犯シ。拷訊スヘキ者ハ。上條ノ如ク。保管シ。產後一百日ヲ待テ。拷訊スヘシ。若シ未タ產セサルニ。拷訊スル者ハ。杖九十。因テ墮胎スル者ハ。徒一年半。死ニ致ス者ハ。流三等。

「違フ者ハ故失入人罪ヲ以テ論ス」の意味は、「皇朝律令彙纂」によると「ワザト拷問ニカケ老幼等拷問ノ嚴キニ堪カネテ餘儀ナク犯サヌ罪ヲ犯シタリト云ヒ又ハ麁忽ニテ拷問ニカケテヨギナク罪ヲ犯シタリト云ハスルトキノコトヲ云フナリ」(10)とある。官吏が「故」の場合すなはち故意を以て行えば、老幼が自白した無實の罪をそのまゝ官吏自身が服罪し、「失」の場合すなわち過失のときは、その自白した無實の罪より三等減じた罪に官吏自身が服するのである。(斷獄律出ニ入人罪一)(11) 拷問は違法であつても、自白が眞實であつた場合の官吏の取扱いは、新律綱領には明文を缺いているが、改定律例施行後(前掲「老幼不ニ拷訊一」)

及び「婦人犯ル罪」は改定律例によっては改變されず、そのまゝ有效であった。）の指令（七年五月五日兵庫裁判所伺に對する指令）[12]によると、律例第二八七條違令條例により「懲役百日輕キハ一等ヲ減ズ」とされた。さらに老幼以外の者に對し故意を以て非法な拷訊を行い、無實の自白をなさしめた場合については同じく斷獄律の「獄囚誣ニ指無罪人一」に次の規定がある。

若シ官吏。獄囚ヲ鞫問スルニ。非法ニ拷訊シ。故サラニ敎令ヲ行ヒ。無罪人ヲ誣指スル者ハ。故入人罪律ヲ以テ論ス。

すなわち、自白した無實の罪そのものに、官吏自身が服するのである。

このように新律綱領の拷問は、王朝時代の律と同じく杖のみに限定されるきわめて寛大なものであったが、新政府は頒布後わずか二カ月にして、それを根本的に改變する指令を發している。[13]

京都府伺　四年二月二十三日

新律中ニ出ル訊杖ノ儀ハ其重罪ヲ犯シ贓證明白ナルニ招承ニ服セサル者ヲ拷訊スト有之候處其强盗杯ニ至ツテハ右ノ訊杖ノミニテ容易ニ招承ニ服スル者ニテハ無之付テハ是迄用ヒ來候拷訊ノ具其囚ヲ雁木臺ニ乘セテ石ヲ抱カシ或ハ其囚ヲ繩ヲ以テ釣リ上ケ拷訊イタシ候等ノ儀今後迚モ相用ヒ候テ不苦候哉ノ事

指令　四年　月　日缺

伺之通

訊杖のみでは滿足せず、從來の方法そのまゝを存置せんとする意向は、ひとり京都府のみならず、大部分の司法機關が希望したところであろう。明治四年一月に發生した廣澤參議暗殺事件の容疑者取調に際し、東京府、司法省において石抱、海老責等慘酷な拷問を行い、無實の容疑者をして自白せしめたのは、著名の事件であり、[14]同年四月殺人容疑で江刺縣の取調をうけた田中正造も「算盤責という木を以て製し、仰ほに齒を並へたる上に、膝をまくりて坐せしめ、其の膝の上に重量五貫目の角石を先づ三つ積みのせ、側らより獄吏手を以て之を搖り動かす。脛はミリ〳〵破るゝ如く……痛みは反動して尙脛を

持ち去らるゝ如し」[15]と、その手記に記している。また同年九月神奈川縣斷獄課に勤務した林董も「當時拷問の制未だ廢せられず法廷の下吏は囚人を撻楚拷打脅迫少しも假借せず、囚人は故に聲をあげて悲鳴す、予は此狀を見て惻隱の情に堪へず」[16]と述べている。新律綱領の訊杖限定主義は一片の空文に歸し、相變らず慘酷な拷問方法が、前代そのまゝの狀況で全國的に行われたものとみてよかろう。たゞ拷問のために容疑者を死亡せしめた場合の處分については、司法省はしばしば「陵ニ虐罪囚」の條で罰すべきことを指令している[17]（五年四月九日高知縣伺同年五月十三日指令　五年九月廿日愛知縣伺同年十月十九日指令）。「陵ニ虐罪囚」は「凡獄卒。非理ニ在獄ノ罪囚ヲ。陵虐毆傷スル者ハ。凡鬪傷ニ因テ論ス。……因テ死ニ致ス者ハ絞」とある規定で、元來は獄吏の受刑者に對する犯罪を定めたものであるが、刑事被告人と受刑者の區別が明らかでなかつたため、この規定を拷問傷害致死の場合にも類推適用したのであろう。しかし、その場合でも「恕スヘキ情實ニ仍テ二等ヲ減シ」「徒三年」の刑を指令しているにすぎない（前掲五月十三日指令）。なお、當時民事々件についてもひそかに拷問が行われたようであるが、これは五年八月に廢止された[18]。

その後、拷問に關する成文規定としては、五年八月の司法職務定則に、「犯罪ノ蹤跡已ニ瞭然タルニ犯人白狀セザレバ判事鞫問シ猶白狀セザレバ之ヲ拷問ス」（第五二條　第一二號）とあり、五年十一月の罪案書式（司法省達）の凡例第十條にも「拷訊ハ濫リニ用フルヲ許サザレバ若シ拷訊ヲ經ル者ハ其幾次タルヲ揭グベシ」とあり、また、わが國最初の陪審規則といわれる六年十月九日の參坐規則[19]（太政官達）には「拷問ヲ用フル時ハ參坐ノ承諾ヲ得テ然ル後行フコトヲ得」とあるが、いずれも拷問の實體に關するものではない。拷問方法に就いての詳しい規定を定めたものは六年一月十二日制定の斷獄則例（司法省達）を最初とする。これは治罪法施行（十五年一月）まで、わが刑事裁判手續の基礎となつたものであるが、拷問に關しても次の四ケ條がある。

第十四則　禁刑ノ日ニ遇ヘハ囚ヲ拷訊スルコトヲ許サス

第十五則　刑具二ツ曰訊杖曰算板（ソロバンゼメ）　惟命盜重犯ニ用ユ原其痛楚ヲ畏レテ眞情ヲ吐ンコトヲ要スルノミ之ヲ慘毒シテ惡ヲ懲ラスニ非ス

第十六則　訊杖ヲ行フハ人犯ノ臀腿ヲ打擊ス猶實ヲ供セサル者ハ算板ヲ酌用スヘシ

第十七則　算板ハ堅實ノ檜ヲ以テ之ヲ爲ル堅三尺四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鋭尖ナラシメス囚ヲシテ其上ニ座セシメ堅三尺横九寸重サ八十斤ノ石板ヲ以膝上ニ措キ累加三板ニ至テ止ム若シ强頑不率ノ者ハ再ヒ之ヲ用ユルコトヲ妨ケスト雖トモ一日内疊用スルコトヲ許サス

斷獄則例は綱領に對して一種の特別法の關係に立つゆえ、こゝに規定されない事項は、前掲綱領の規定がそのまゝ效力をもつたことはいうまでもない。綱領の訊杖に算板（石抱）を追加したのは、當時の實狀の承認と思われるが、おそらくはそれまで實際に行われていたであろう海老責及び釣責等を法定せず、また第十五則で拷問の使用を人命、賊盜等の重犯に限定したことは、拷問制度の制約として注意すべき點である。また、斷獄則例施行後、約半年にして實施された改定律例第三一八條が「凡罪ヲ斷スルハ口供結案ニ依ル」と自白必要主義を明示したのは、きわめて注目すべき規定であつて、この條文こそ當時の拷問制度を支持するバックボーンであつたというべきであろう。

播磨龍城氏は德川時代の拷問は「證據が具備せる者」にのみ行われたが、斷獄則例にはそうした規定を缺く故「只の嫌疑者を拷問に掛けて眞情を吐んことを要するというが如きは野蠻流」であつて「德川時代の進歩したる道理至極の拷問法と比べて決して同日の論ではない。是卽ち明治初年の拷問制度の弱點である、缺點である」といわれている。[20]「證據が具備せる者」の意味は、御定書の前に述べた「惡事いたし候證據慥に候とも不致白狀もの云々」のことであるが、これは狹義の拷問についてだけのことであるにも拘らず、播磨氏は全拷問に關する規定と誤解されている。それは別として、そうゆう意味の規定ならば前に掲げたごとく新律綱領の「贓證明白ナルニ。招承（ハクシヤウセス）ニ服セサル者ヲ拷訊ス」或いは司法職務定則の「犯罪ノ蹤跡已ニ瞭然タルニ犯人白狀セザレバ……拷問ス」（圈點手塚）として存在する。しかし問題は、そうした表面的な明文にあるのではなく、拷問にかけられる容疑者の「容疑」の內容であろう。播磨氏は「幕府の制度では拷問は證據を得る爲めでは無

くして、罪證があるから拷問するのである」「本來既に證據が十分であるのに承知せぬ奴」に「道具で責めて痛苦で諭す」のであり、自白は「處刑の條件」であるとされている。[21] しかし、物的證據にもそれを裏付ける十分な科學的手段、方法を缺く時代に「證據慥に候」というその「證據」にも、きわめて薄弱なものもあつたことは想像に難くない。されば拷問の痛苦に堪えずして無實の自白を強いられる場合も十分考えられるのであつて、拷問制度の最大の矛盾はそこにあるといつていい。また一應の容疑者を拷問する點においては、幕府法においても明治初年法においても全く同一であり、私は播磨氏のいわれるようなニュアンスの相異を見出しえないのである。

かくのごとく明治初期の拷問制度は、大體において德川時代の延長であるが、漸く明治六年の斷獄則例により若干の制限が行われた狀況であつた。

(1) 假刑律の編纂事情については拙稿「假刑律の一考察」本誌第二三卷一二號一頁以下參照。

(2) 從來、海老責の性質については、これを牢問とする說（例えば松平太郎「江戸時代制度の研究」上卷八四九頁。渡邊治湟「德川時代の拷問種々相」中央公論第五〇卷四號四〇〇頁以下等）と、狹義の拷問とみる說（例えば瀧川政次郎「日本法制史」五〇九頁。石井良助「日本法制史概說」四八一頁。坂ノ上言夫前揭書一一二頁、一一三頁。辻敬助編「日本近世行刑史稿」上卷五四六頁。武田辰夫「德川時代の拷問について」犯罪學研究第一卷五號二七頁等）とがある。後者の說は古事類苑（法律部㈢九五一頁）の解說をそのまゝ援用したものと思われる。私は「法曹後鑑」「拷問實記」等の記事により「狹義の拷問は釣責のみであるという事は一點の疑を容るゝ餘地がない」といわれる渡邊氏の見解に贊意を表したい。

(3) 笞打は兩手を後に縛し箒尻と稱する棒（太さ三寸長さ一尺九寸餘）で双方よりその肩を打つ。石抱は算盤責ともいゝ三角形の木臺に座らせ、その膝に數貫目の伊豆石を載せ次第に重ねて五、六個に及ぶ。海老責は箱責ともいゝ、あぐらをかゝせ兩手を背にして兩足首を細引で一つに結び、左足首より首に繩をかけ漸次しめよせて兩足とひたいとを密着するまで緊縛する。釣責は兩手を背後で縛り、その繩を梁に引揚げる。身體は地上二三寸でぶらさげられる方法である。釣責のみは特に牢内に設けられた拷問藏で行われた（前揭行刑史稿五三八頁以下參照）。

(4) 「諸例類纂五」に「世間ニハ拷問、牢問無ニ差別一見候得共、奉行所ニ而ハ差別有之事」とある（古事類苑、法律部㈢九六二頁）。

（5）文化八年勘定奉行松平兵庫頭の伺いに對する指令に「最初よりの吟味筋は拷問可二申付一品に無之候得共、外に人殺、火附、盗賊、關所砕り、謀書謀判の惡事相知れ、死罪に可校行罪狀分明のものへ引當候御定に可レ有二御座一」とある（御仕置例類集、新類集壹之帳、司法資料本三二頁）。

（6）坂ノ上氏は察斗詰の例は「士分には見えず、享保以後平民においてわづかに數件を數ふるに過ぎない」といゝ實例はあげておられない（前掲拷問史一三四頁）。奥野彦六氏は古事類苑の記事から元錄四年と寛保二年の二件をあげておられる（同著「我國近世固有法に於ける自白と拷問との關係と自由心證主義」近世日本固有法論考、二七〇頁）。その他延享二年、寶暦八年、天明四年にもその例がある（御仕置例類集、古類集壹之帳、司法資料本三〇頁、二四五頁）。察斗詰の裁判がきわめて少なかつたのは事實であろう。

（7）徳川禁令考、後聚第四帙、司法資料本一八五頁。

（8）例えば大聖寺藩では水問、木馬、湯問（大聖寺藩史、五五三頁）、宇都宮藩では木馬、栃木陣屋では水責（栃木縣史卷一四、三二三頁、三四五頁）、鳥取藩でも水責（前掲行刑史稿五七六頁）が行われたようである。

（9）法規分類大全刑法門㈡刑律㈠九一頁。なお、この禁刑日の趣旨は、明治四年四月二十二日京都府伺に對する指令（前掲大全刑律㈡二五五頁）で再確認されている。細川氏が「禁刑の日に被告人を拷訊しないことは」「明治四年から行はれている」（前掲法制史要講二二五頁）といわれるのは、元年十月の指令を見落されたものであろう。さらに、その後六年三月十三日の司法省達で「除刑罰拷問ノ日」は「元始祭、孝明天皇祭、紀元節、仁孝天皇祭、神武天皇祭、六月大祓、神宮神嘗祭、天長節、後桃園天皇祭、新嘗祭、光格天皇祭、十二月大祓、皇靈御式年祭」と改められ、また七年一月十九日筑摩縣伺に對する指令で「新年宴會」が追加された（近藤圭造編「皇朝律例彙纂」卷六、七十七）。

（10）前掲「律例彙纂」卷六、六十八。

（11）「出二入人罪一」の條は明治九年四月十四日の太政官布告で廢止された。其後は官吏の職務上の過失犯は「懲戒」になり故意犯は普通の犯罪同樣に處罰されたのである。

（12）前掲「律例彙纂」卷六、六十八。

（13）前掲大全、刑法門㈡刑律㈡二五五頁。

（14）殊に婦人容疑者に對しては、新律綱領の規定を無視し、産後七十五日以内にも拘らず海老責を行つている（尾佐竹猛著「日本陪審史」九九頁以下參照）。また容疑者の一人肥後藩士長沼東夫は「余亦關知セザルコト故其旨陳スレドモ聽カズ拷問ヲ加ヘラレタリ、其方法ハ拷木ト云ヒテ三角形ノ木數本ヲ並ヘテ臺ニ製シ其ノ上ニ座セシメ膝ノ上ニハ大石ヲ抱カシメラレケレバ其ノ重量ニ壓セラレテ向脛ハ臺ノ

三角木ニ喰入リ苦痛堪ヘ難キ程ナリ」と石抱の苦悶を述べている（改訂肥後藩國事資料、巻一〇、八四六頁）。假刑律においては、本文に掲げた如く原則として士分の者には拷問を行わなかつたが、新律綱領にはその規定がないので士族も平民と同様に取扱われたのであろう。後ちに司法省は四年十月四日鳥取縣伺に對する回答で、その點を明示している（司法省刑法局編「諸縣伺、明治四、五年」㈦一〇六號）。

(15) 木下尚江編「田中正造之生涯」（昭和三年）五一頁。

(16) 林董「後は昔の記」（明治四十三年）八六頁。

(17) 「諸縣口書」明治五年之部、七四〇號、七四二號。

(18) 五年八月十日司法省布達に「聽訟ノ儀ハ人民ノ權利ヲ伸シムル爲メニ其曲直ヲ斷ズルノ設ニ候得共最懇説篤諭シテ能ク其情ヲ盡サシムベキノ處、右事情ヲ斷獄ト混同シ訟訴原被告人ヘ笞杖を加ヘ候向モ有之哉ニ相聞ヘ甚以無謂次第ニ付、自今右樣ノ儀無之樣厚注意可致事」とある。

(19) 參坐規則の成立事情については、尾佐竹前掲陪審史五五頁以下參照。

(20) 播磨龍城「明治初年の拷問制度と其弱點」龍城雜稿（大正十三年刊）大正六、七年の部、三一頁。

(21) 同「危險千萬なる自白と拷問制度の回顧」前掲書大正三年の部、三頁四頁。播磨氏の説を更におしすゝめれば、幕府の拷問では、無實者の自白という場合は絶對にあり得る筈がなく、また拷問は自白しない犯罪者に對する一種の懲罰ともみられる。私は本文で述べるように、そうした見解は採らないが、假にその説を是認するとしても、自白しない犯罪者に限り、刑罰以外に慘酷な拷問をプラスすることは、きわめて不合理であり、「斷獄則例」の刑罰と拷問とを明別する立場（第十五則）の方がより合理的と考えられる。とすれば「德川時代」の方が「進歩的」とする氏の結論と矛盾しないであろうか。

三

德川時代の拷問制度に對する批判としては、わずかに本居宣長が「玉くしげ別本」において「盜賊、火付などを吟味する時、覺えなき者も拷問せられて、苦痛の甚しきに堪ずして、僞りて、我也と白狀する事あるを、白狀だにすれば、眞僞をばさのみたださず、其者を犯人として刑に行ふ樣の類もあるとか、是又、甚有ましき事也」[1]と拷問制度の矛盾を指摘し、「徵

證主義の斷訟論[2]」を唱え、また新宮凉庭が「破レ家ノツヅクリ話」で町奉行の心得を論じ「罪人吟味ニ慥ナル證據ナクシテ、徒ラニ嚴敷拷問、打擲ナドシテ鞫問スルハ善吏ニアラズ、大抵證據顯レバ辭ニテ拷問シ、其者罪ニ伏スルヤウニ矢張義ヲ以テ詰リ問フヲ循吏トス、殊サラ事馴レヌ婦女子、田舍ノ百姓ナドヲ謾リニ叱リ威シテハ、ウロタヘテ申狀モ亂ルベシ、一歩押ニ證據ヨリ證據ヲ傳フテ尋ネ詰レバ、逃レガタキ理ナリ、拷問ノ嚴敷キハ天理ヲ傷クコトアルベシ[3]」と說いた以外には、めぼしいものは見當らないようである。ヨーロッパ諸國の刑事裁判の狀況特に拷問制度がすでに廢止されていることが、我國に傳えられたのは明治維新後のことであつた。神田孝平は中外新聞三十三號（慶應四年五月四日）に「西洋諸國公事裁判の事[4]」を書き、はじめて西洋刑事裁判の模樣を紹介したが、その中で彼は次のごとく拷問にも言及している。

我邦從來裁判の法、西洋に比すれば少しく及ばざる處あるに似たり。先づ第一に刑法の公布といふことなし。……代言師といふ者もなく、相對にて論辯せしむるが故、押强く、辯口の過れたる者勝を取り、且吟味の場所を餘人に見せず、其上拷問の法あり。……此數件我邦の西洋に及ばざる處、歎息に堪ざるなり。（園點手塚）

わずか數言ではあるが、拷問の存在しない西洋の刑事裁判を禮讃したのは注目してよかろう。次に鈴木唯一譯「英政如何[5]」（慶應四年）には英國に於ける拷問制度の改革に論及した一節がある。

已前は罪人有無の返答なさされは拷問の言渡をなし乃ち獄に下して卑き闇室に臥さしめ堪へる丈の鐵の重さを胸上に置き初日は粗糠なる蒸餅三切レを與へ第二日には牢屋の門前にある泥水を三口與へる事なり、さて如此に日々に責めを替へて牢死し又は返答する迄は日々に重さを增したり、此暴法を廢したるはジヲルジ第三の第十二の法令に由てなり。

こゝに記されている拷問は、the "peine forte et dure" と呼ばれるもので、普通法（common law）における特別な一種の拷問であり、惡意の沈默をつゞけ證言を拒む容疑者に對して行われたものである。それを廢止した「ジヲルジ第三第十二の法令」とは一七七二年の 12 Geo. 3, c. 20 (Felony and Piracy Act) である。[6]

また津田眞一郎の有名な「泰西國法論」[7]にも第六篇に、

第二十一章　告られたる人の自首は本心に情實を吐露する者なる可し。而して猶他の憑據と契合して始めて證左として取用ふ可し。

第二十二章　拷問を加へ或は誘問して首狀せしめたる自首は證左とするに足らす。

とある。「英政如何」「泰西國法論」共に、ヨーロッパの拷問なき刑事裁判を紹介したもので、一部の識者からは共感を呼んだと思われるが、實際制度に對してはすくなくとも拷問に關する限り、何等の影響もあたえてはいない。モンテスキューの「法の精神」(一七四八年)、ベッカリヤの「犯罪と刑罰」(一七六四年)、ゾンネンフェルスの「拷問廢止について」(J. Sonnenfels, Ueber die Abschafung der Tortur, 1775)等に遲れること一世紀前後、わが國ではじめて本格的な拷問廢止論を展開したのは津田眞一郎であつた。すなわち明六雜誌第七號及び第十號(明治七年五、六月)に連載した「拷問論」[8]がそれである。

天下ノ惡拷問ヨリ慘ナルハナシ。古今ノ害拷問ヨリ毒ナルハナシ。……玉乃權大判事[9]亦曾テ拷問ヲ廢セント欲スルノ說アリ。其害ヲ語リテ曰ク、若シ拷問ヲ用ヒテ强テ之ヲ推鞫セハ勳舊相將モ我之ヲ有罪ニ陷レンコト掌ヲ反スヨリ易シト。嗚呼怖ルヘキ哉拷問ノ害ヤ。故ニ人ノ曾テ罪ナキモ旦一法司ノ疑フ所ト爲ル所ハ勢遂ニ寃罪ニ屈セサルヲ得ス。蓋拷問ノ苦堪フヘカラス。常人ハ乃思ヘラク、其拷問ニ苦シマンヨリハ寧ロ罪ニ死セント。嗚呼慘ナル哉拷問ノ害ヤ。

無實者を出す弊害及びその慘苦、こゝに彼の廢止論の出發點がある。次に歐米諸國におけるその廢止は「智識開明ノ致ス所」と斷定し、我が國が不平等條約を結ばざるを得なかつた理由を次のごとく述べている。

歐米獨立ノ各國和親通商ノ交際上ニ於テ互ニ盟約章程ヲ締立セザルハナシ、彼此ノ權利同一ニシテ優劣アルコトナシ。彼國ノ民此國ニ來レハ必ラス此國ノ法律ヲ以テ之ヲ保護シ政令以テ之ヲ撫治スルコト固ヨリ論ヲ俟タズ。然ルニ我帝國日本ノ歐米諸國ト條約ヲ締立スルヤ外國民ノ我國內ニ於テ法ヲ犯スニ於テ我國ノ法律以テ之ヲ罰スベカラズ……然リ而シテ

今遽ニ之ヲ改正スベカラザル所以奈何。曰ク、彼我ノ刑律同ジカラズ、殊ニ治刑ノ方法迥ニ異ナレバナリ。（中略）彼ニ於テハ證左明確罪狀疑フベカラザルニ於テ之ヲ刑典ニ處シ强テ罪人ノ口供ニ拘々クラザルナリ。是彼ニ於テ絶テ拷問ヲ要セザル所以ナリ。我ニ於テハ縱令罪證十分ニ明確ナルモ罪人ノ口供ニアラザレバ決スベカラザルヲ以テ通法トス。是我ニ於テ拷問ノ止ムベカラザル所以ナリ。其弊ヤ縱令他ニ確證ナキモ拷問ヲ用ヒテ强テ首服セシメ之ヲ罪ニ致スニ至ル、其害ヤ遂ニ無辜ノ人ヲ寃罪ニ陷ルニ至ル。

このような歐洲の證據裁判主義と誓士の制度（陪審）に對する我が口供主義、拷問主義が、歐洲人が我が「法律ニ服スルコトヲ肯ゼザル所以ナリ」と斷定し、

今我帝國ニ於テ歐米各國ハ彼我同權ノ條約ヲ改定シ、外國人ノ我國內ニ居ル者ヲシテ我國法ヲ遵守セシメント欲セバ先ヅ拷問ヲ廢スベシ……左院又ハ明法寮中有力ノ議法官其人ニ乏シカラズ、竊ニ望ムラクハ諸君更ニ憤發努力シテ速ニ我帝國至當ノ治罪條例ヲ草定奏上センコトヲ。仰願ハクハ我大日本天皇陛下ノ特詔ヲ垂レテ斷然拷問ヲ廢シ玉ハンコトヲ。豈一大美事ナラズヤ。

と、拷問廢止が條約改正の必要條件である所以を强調しているのである。津田は和蘭留學中に、モンテスキュー及びベッカリヤの著書を讀んだものと考えられるので[10]、彼の立場の思想的淵源が、それらの人々の影響をうけたことは明らかであるが、當時の我國が直面していた條約改正問題と結びつけてそれを論じたのは、寔に適切な態度であり、朝野の識者にかなりの衝動をあたえたものと思われる。後年、陸實は「近時政論考」（明治二十四年）において「當時の日本人をして法政上の新思想を起さしめた」書物は、「加藤氏（弘之）（手塚註）の『國體新論』箕作氏（麟祥）（手塚註）の『萬國政體論』」と「津田氏の『拷問論』」であつたといつている[11]。

この「拷問論」が發表されてから二ケ月後、司法省は次の布達を下令した（七年八月二十五日第十九號）。

從來罪囚推問ニ付拷問相用候儀處萬一苛刻ニ渉リ冤枉ニ陷リ候類有之候テハ不相濟儀ニ付以來拷訊ハ不相用樣可致尤推問上差支ヲ生シ候儀有之候節ハ當分相用不苦候得共右相用候ハバ其顚末ヲ略記シ月末ニ至リ取纒メ當省ヘ可屆出候樣此旨相達候事

この布達の制定は司法大輔佐々木高行の意見によるものといわれるが、[12] 間接には津田の「拷問論」が大きな影響を及ぼしたものと考えられる。しかし、拷問そのものは廢止されたわけではなく、正式に屆出が行われた拷問數も七年九月――十二月で三十九件、八年は七十一件に及んでいる。[13] おそらく實際にはこの數字をはるかに超えるものがあつたにちがいない。されば當時の新聞論調にも拷問に對する批難は漸く盛にならんとしつゝあつた。例えば東京日々新聞明治七年七月十七日社說には「拷問說」を揭げ、その廢止を「開明政事中の第一義」と呼び津田の廢止論に同調しつゝも、なお直に「拷問ヲ廢セバ何ノ手段ヲ以テ吟味ヲナスベキヤ」といゝ、まず證據人が氣持良く證言出來るよう「役人の權柄」をやめ、また「法官」は長年勤續の者に限れば「終ニハ拷問ヲ用ユルニ及バザルニ至ルノ期アランカ」と微溫的な態度であつたが、翌八年四月二十五日の社說では、ふたゝびこの問題を採り上げ、今度は「拷問ヲ廢セザレバ正直ノ審斷ヲ得ズト此一語ハ猶ホ孝悌ヲ勵メト云フガ如ク一點ノ批難ヲ下スヘカラサル說」なりとし「吾曹ハ日本ノ拷問ハ今日限リト致シテ差支ナシト信スルナリ吾曹ハ此正理ヲ重ンズル法官ガ今一層ノ奮發ヲ以テ此說ヲ主唱セシ事ヲ翼フ而已」[14] と積極的廢止論を展開したのである。

司法省御雇外人ボアソナード（G. E. Boissonade）が、司法省構內における拷問を目擊したのは、ちようどその頃であつた。すなわち同年四月十五日、偶然の機會からその慘狀を見た彼は非常に驚き、明法寮におけるその日の講義には滔々數時間に及ぶ拷問廢止論を講述すると共に、[15] 直に筆を執つて大木司法卿宛の意見書を提出したのである。これは「拷問は純理に背反すると同時に人道に悖り、自然法に反すると俱に之を實施する政府の利益に非ざる」ものとの立場から「民事並に刑事擔當の官吏三名、五名或は七名を以て組織せる委員會を設置し」「本問題の研究に從事すべきこと」及び「其期間は被告に

對して拷問を科することなく」「新規則の決定まで拷問の中止を命令すること」を提案したものであつた。[16] さらに一ケ月後の五月二十日には、この意見書を布衍した長文の建白書を書き、提出したのである。この建白書は、第一、人道の觀點、第二、自然法並びに純眞なる正義の觀點、第三、純理の觀點、第四、日本の威嚴並に利益の觀點の四方面より拷問の不可なる所以を力說した堂々たる長篇である。[17] 第一の「人道の觀點」では、

刑法において、刑罰は、たとえ、その罰に該當する價値ある場合でも、苦痛を科することを目的とするものではなく、新しい犯罪を防止することを目的とするに至つた。（中略）重大な犯人が罪人であることを認定せられ、それに相應な判決を下された場合でも、慘酷な處刑は既に司法上の權威と兩立しないものと斷定せられる。まして單なる被告に對して殘虐行爲を敢えてするが如きは、一般の良心にさかろうものである。被告は、いかに罪が重く、負うべき罪の結果が重くても、豫審の期間を通じて裁判所の保護の下に在るべきものであつて、全般の證據をもつてその有罪を立證するに至るまでは罪なき者とみなされるべきである。從つて、自由の剝奪以外に被告に對して加えられた一切の酷遇は明らかに人權の侵害である。

と斷定し、ヨーロッパ各國の拷問廢止の實狀を述べている。第二の「自然法並びに純眞な正義の觀點」では「被告が自己辯護の權利を有する」は「自然法の原則」「神聖なる原則」であるが、「拷問は被告の防衞權の最も明白な侵害である」とし、「證人、被告、受刑人は沈默の自由を保有すべきもの」であつて「この自由は人格の最も不可侵にして、最も神聖な特權であつて、又、一人の無實の者を死に處するよりも百人の罪人を罰しないにしくはないと云つた孔夫子の金言を尊重する最も確實な方法である」と斷定する。第三の「純理の觀點」ではヨーロッパ各國の刑事裁判では「自白のみによつて處刑されない」事情を說明し、その理由は「自白そのものは、虛僞であることが多い」殊に「苦痛を與えて獲得し、拷問によつて得られた自白は」信用しがたく、「裁判の紛糾が一層甚しくなる」からであるといつている。第四の「日本の威嚴並びに利

益の觀點」では

拷問の實施を裁判制度に存置することは、威嚴においても利益においても日本は徒らに憂苦を招くのみである。（中略）多年日本は、西洋諸國民のように、すべての在留外國人に對する裁判權を保有することを希望している。治外法權の原則の當然の歸結として、日本は外國人を各自國の法律及び裁判に付するに當つて著しく苦しんでいる。……日本のこの苦しい立場は、全くその法律の不備と裁判制度の弊害の主たる拷問に原因していることを知らなければならない。ヨーロッパの使臣は將來の或る時期において、拷問の廢止を使臣に誓約するのみでは、可能な治外法權の撤廢に關する交渉に應じないであろう。しかしその廢止が成功しないのが事實である以上、日本は外國人に對する裁判權を獲得するために眞劍な商議の開始を主張することができない。日本における拷問の廢止は、すべての政治及び行政上の改革よりも、天皇陛下の御治世に一段の光輝を添えるものであつて……同時に、陛下は御卽位に際して降し給える五箇條の莊嚴な御誓文の一たる「世界の道德律に一致しない風習の廢止」を實現することとなる。

と結論している。津田の「拷問論」と比較するに、一層詳細に議論が展開されていることは認むるとしても、その論旨はほとんど大同小異である。にもかゝわらず、津田の影響ではわずかに拷問屈出を採らしめたのに反し、ボアソナード建白書の場合は、後述のように、より深刻、より甚大な影響を政府當局に與えたのは何故か。それはボアソナードの當時の司法部內における確固不動の立場の然らしむるところであつた。後ちに明治十二年六月、磯部四郎が司法省修補課委員として、刑事裁判に代言人を許すべしとの意見書を提出せるところ、大木司法卿、山田顯義大輔はじめ部內多數の意見で拒否されたが、わずか一年後の治罪法（十三年七月公布）には第二六六條に刑事辯護制を規定している。同法はボアソナードが起草せるものだからである。穗積陳重博士は「當時の大官連は……銳意彼の長を採つて我文化を進めんとの熱心にも驅られた結果、非常なる外國人崇拜者であつたから、御雇外國人の云ふ事なら殆んど一も二も無く尤と考へて鵜呑にする例としたから磯部博士

は日本人なるが故に其の言ふことは非にしてボアソナードは外國人なるが故に其言ふことは是であつたのであらう」[18]と評されているが、拷問廢止論についてもまさに同様のことがいゝえられるのである。殊に當時の國家的重大案件は條約改正問題であつたが、不平等條約改正のためにはまず拷問制度を廢止すべしとするボアソナードの提唱は、政府をして眞劍にその撤廢を考慮せしめたものといえよう。このようにボアソナード建白書によつて、明治の拷問制度はまさに崩壞の危機にひんしたのであり、彼の功績はわが拷問史上、寔に不朽のものといわなければならない。

（1）日本經濟叢書、第一六卷四八頁。
（2）穗積陳重「本居翁の刑罰論」法窓夜話二九八頁。
（3）日本經濟叢書、第二一卷一一〇頁。
（4）明治文化全集、第一七卷（新聞篇）二八六頁。
（5）明治文化全集、第七卷（政治篇）九九頁、一〇〇頁、なお「英政如何」の原本はAlbany de Fonblanque, How We are Governed, 1862である。
（6）J.F. Stephen, A History of the Criminal law of England, 1883, vol. I, p. 298; L. Radzinowicz, op. cit., pp. 26, 659
（7）明治文化全集、第八卷（法律篇）八〇頁。
（8）明治文化全集、第一八卷（雜誌篇）九〇頁、九一頁、一〇三頁―一〇五頁。
（9）玉乃世履權大判事は廣澤參議事件の容疑者が拷問の結果、無實の自白を行つた實狀を見て、拷問廢止論を決意したとのことである（尾佐竹、前掲陪審史一三六頁）。なお、この頃に司法部内で大木司法卿に提出されたと思われる意見書が「大木喬任文書」（國會圖書館藏）の中にある。司法部内の一意見を代表すると思われるので次に掲げてみよう。

法律上犯人ヲ審糺スル固ヨリ拷器ナシト雖トモ、其重罪ヲ犯シ證狀明白ナルニ、招承ニ服セサル者ノミ其口供ヲ具セル爲メ訊杖ヲ用ユルハ律上明文アリト雖トモ、其他拷器等ヲ用フルハ法律ノ不許トコロ論ヲ俟スシテ明々タリ、而ルニ舊幕末習慣ニ忸レ裁聽所在ノ拷器ヲ廢セス、法律ニ背キ其儘之ヲ當時ニ用ユルニ至ル實ニ司法ノ失體ト謂フヘシ、然シテ之ヲ廢セサル原因ハ時勢未タ早ク民情頑結嚴酷ヲ用サレハ其情ヲ盡ス不能ト、之ヲ以テ其口實ト爲スト雖トモ之ヲ事實ニ質タシ其利害得失ヲ考レハ、之ヲ廢シテ却テ弊害ナキカ如シ、過日石鐵縣典事謀殺服部某茨城縣放火某等ノ事件罪狀明白ナラサルヲ他ノ風聞或ハ一己ノ推量ヲ以テ强ヒテ之ヲ其罪ニ伏サントスル

ヨリ、終ニ數人トモ拷問ノ下癈人ト爲レリ、而シテ其結局タルヤ歳月遷延口供ヲ具セサルヨリ其裁判ヲ遂クル能ハス、終ニ無實ニ歸シ美丈夫ヲシテ癈人トシ其儘之ヲ放歸セリ、假令凡人闘毆人ヲ癈失ニ致スモ尙徒三年ノ刑ヲ受ク、法官無實ノ人ヲ癈人シ、其放歸ノ時ニ當リテ心ニ於テ之ヲ安スル乎、

天下人衆ノ夥多何代何世カ罪人ヲ多カラサラン、固ヨリ罪人多シト見寛大ノ心ヲ以テ罪狀明白ナラサレハ一切之ヲ犯人ト見ス、警保官或ハ檢官ノ確證ヲ以テ裁判ヲ求メタル以上之ヲ證據トシテ之ヲ審糺セハ、何ソ拷器訊杖ヲ用ルニ至ランヤ、只罪人ヲ遲ク縛スルト見レハ弊害ナシ、犯人モ亦終ニ天網ヲ遁カレサル可シ、曾テ獨逸審判制度ノ沿革ノ書ヲ讀ムニ其書ニ曰ク、獨逸王フレテリツク第二世ト稱スルハ實ニ獨逸創業ノ英主千七百四十年卽位セル時始テ拷問杖刑ノ二件ヲ廢シテ中古ノ遺弊ヲ一洗シタリ、又在位中自ラ立法ノ主トナリ、獨逸定法書ヲ作ル、此時フレテリツク自ラ稱スル語ニ曰ク我法ハ道理及ヒ國典ノ二ツニ基ツケリ、味ヒ哉言也、此時未タ獨逸國中裁判ノ權統一ナラス、寺院或ハ貴族大家ニ有リテ各其私邑ニ於テ裁廳ヲ設ケシ故、其數全國六千六百十六ケ所モ有リト、抑モ當時ニ於テ僅ニ定法書一部ヲ以テ未タ審判制度不備缺典多シト雖トモ、先キニ拷問杖刑ノ二件ヲ廢止シタルハ、只其弊アリテ利ヲ見サレハナリ、依テ我維新ノ今日ニ參シ決シテ此二件ヲ廢スルノ早キヲ見ス、現今各地方ニヨリ裁判ノ權ヲ有スト雖トモ、天下一般司法ノ律ヲ奉セサルハナシ、其諸侯モ司法ヲ經サレハ行ハレス、且又府下警視廳アリ、各地方ニ警察吏アリ、司法官ニ檢事局アリ、罪犯ノ確證ヲ得ル何ノ難キコトカ之アラン、故ニ曰拷器ハ斷然廢止スベシ、

司法省罫紙に墨書され、最後の行に「楠田」の丸印があるが楠田英世のことゝ思われる。この意見書の內容にみられるドイツの拷問廢止の記述は、後に本文で述べる元老院會議（九年四月二十五日）でも楠田が同じような說明をしているから、彼を執筆者と見て間違いなかろう。執筆時期は明らかでないが、文中の「警視廳」は七年一月の開設であり、また楠田は八年五月明法頭を廢官のため辭任しているから、その間のものと判斷せられる。

(10) 津田がオランダより持參した書物の中にはモンテスキユーの「法の精神」があり（三邊淸一郎「津田道治著『津田眞道』」三田學會雜誌第三五卷三號一四一頁）、また彼の「死刑論」（明六雜誌第四一號、明治八年）には明らかに「ベツカリヤ氏の翼に倣ヒテ……」（明治文化全集、第一八卷二五一頁）といつている。なお、ベッカリヤの「犯罪と刑罰」は、これよりさき佛人ドウ・リベロール（Henri de Ribeerolles）によつて講義された口譯が「刑罰論抄譯」寫本として存在している。風早八十二氏は、リベロールが大學南校敎師であつたことから（四年十月—五年四月）、同校で行つた講義を生徒が邦譯したものと考證しておられる（前揭「犯罪と刑罰」邦譯への覺書五頁）。しかし、リベロールは五年五月以降明法寮の敎師であり、また同書の前篇が舊司法省硏究室に所藏されていたことからみて、私は明法寮時代の講義と考えたい。その全文は故吉野作造博士藏の後篇と共に、風早氏の前揭書に收錄されている。私の推定に誤りなくば、

明法寮生徒はいち早くベッカリヤの拷問廃止論を知つていた筈である。

（11）明治文化全集、第七巻（政治篇）四六六頁。

（12）「明治聖上と臣高行」三一九頁。この一文の由來を全集の編者は説明していないが、これは十二年六月十九日、元老院において「拷訊ニ關スル法令删除ノ儀」審議の際、内閣委員（太政官少書記官）としての小野が行つた提案理由説明の草稿である。

（13）小野梓「拷訊廢止の沿革」小野梓全集下卷二六一頁。

（14）西田長壽氏は東京日々の社説はたとえ署名なき場合にも、大部分は福地櫻痴の執筆とみておられる。（「明治初期新聞論説索引」東京日々の部、季刊明治文化研究第三輯一八二頁）

（15）この模様は、當時明法寮の學生であつた加太邦憲、杉村虎一兩氏によつて傳えられている（大谷前掲論文、法律及び政治第六卷八號一一〇頁以下）。兩氏の談話によるとボアソナードが司法省構内通行中に悲鳴を聞いて現場を目撃したといわれるが、アリックス博士（M. E. Allix）がルヴォン氏（M. Michel Revon）から聞いたとする談話によると「ボアソナード教授は一日司法省にて執筆中隣室より漏れ來る呻吟を耳にし、直ちに立上つて扉を排したところ、年若き一人の囚人が拷問に打ち据えられて居るのを目撃した」といわれている（ボアソナード先生功績記念、九頁）。ルヴォン氏は明治二十七年三月、ボアソナードの歸國に先立ち彼の後任司法省顧問として着任した人である（司法沿革誌、一五六頁）。しかし、われわれは當日直接にボアソナードの話を聞いた加太、杉村兩氏の説を信ずべきであろう。

（16）（17）いずれも法律新報第七五八號所載の譯文による。一の註（7）參照。

（18）穗積陳重「刑事辯護制の首唱者」續法窓夜話一〇二頁以下。

四

ボアソナードの建白書をうけた政府は、閣議において拷問の廢止を内決し、明治八年七月十五日、元老院に對し議案を送付した。東京日々新聞七月三十一日號も「窃カニ聞ク拷問可廢否ノ議案ハ既ニ元老院ニ廻リ不日ニシテ將ニ此議案ニ付テノ會議ヲ開カントセリト云ヘリ」と報じているが、この議案の内容、審議の狀況に關しては遺憾ながら明らかでない。陸奥宗光が後掲意見書の中で「内閣既ニ其議案ヲ以テ本院ニ送付セリ……然レトモ多年慣用ノ久シキ、一朝俄カニ之ヲ廢止スル或ハ頑强凶猛ノ徒因テ以テ法網ヲ逃レ反テ良民ヲ害スルニ至ラン事ヲ、況ンヤ一且之ヲ廢セハ之ヲ復起セント欲スルモ亦得可

カラサルヲヤ、故ヲ以テ其事中ゴロ寢ム」といつていることから判斷すれば、おそらくこの送附案は拷問制度全般の廢止案であつたため、尙早論に制せられ議決に至らなかつたものと推察される。(1)

翌九年四月十三日、元老院は議官陸奥宗光の提出に係る「改定律例第三百十八條改正に關する意見書」を審議した。(2) 陸奥は提案理由を說明して曰く、

我治罪法ノ一ニ居レル拷訊ヲ一旦廢止セハ裁判上實際恐ラクハ妨碍アル可シ、故ニ之ヲ廢セント欲セハ先ツ之ヲ廢シテ差支無キノ方法ヲ考ヘサル可カラス、世間ノ百事原因アリ……此原因ハ實ニ改定律例第三百十八條ニ在リトス、本條ニ曰ク凡ソ罪ヲ斷スルハ口供結案ニ依ル云々、夫レ自ラ爲シタルノ惡ヲ自ラ告白スルハ人情決シテ能ハサル所又其事實絕ヘテ無キ者ナリ、而シテ口供結案ニ據ルノ明文アル時ハ假令衆證明白ナル者ト雖モ必スロ供ニ據ラサル可ラス、夫ノ絕ヘテ無ク必ス能ハサル事ヲ爲サシメントスルヤ勢ヒ拷訊ヲ用ヒサルヲ得サルナリ、故ニ口供ハ原因ナリ、拷訊ハ結果ナリ、故ニ今三百十八條ヲ改正シ、其本原ヲ治メ、以テ法律ノ進步ヲ促サント欲ス

拷問の廢止を正面からは採り上げず、口供結案を廢し、實際的には拷問廢止の效果をねらつたのは、拷問そのものゝ廢止に對する元老院內の抵抗を回避する手段ではなかろうか。この議案は四月十三日の第一讀會、同月二十一日の第二讀會を經て、二十五日の第三讀會では原案の字句をわずかに修正して全員一致で通過した。これらの會議で述べられた各議官の主なる所論は次のごとくである。

河野敏謙議官　拷訊ヲ廢スルハ內國ニ於テ許多ノ弊害ヲ除去スルノミナラス之ヲ存スルハ外國ニ對シテ我名譽ヲ汚セハナリ、故ニ之ヲ廢スヘキノ方法アラハ之ヲ廢スルノ一日モ早カランヲ望ム、然ルニ裁判官ノ不熟ト其他ノ事故トニ據リ因仍今ニ至レリ、故ニ先ツ志向ヲ廢止ノ方ニ取リ漸々慣熟ノ地ヲ爲ストノ意見甚タ宜シキヲ得タリトス、

秋月種樹議官　國運日ニ進ムノ時拷訊ノ存スル甚タ國ノ聲譽ヲ害ス、故ニ之ヲ廢セント欲シ先ツ其原因ヲ除キ、進ンテ之ヲ廢スルニ至ラントス、順次極メテ當レリ、

山口尚芳議官　此意見書ノ如ク行ハルルトキハ擅ニ拷訊ヲ用ユ可ラス、故ニ決シテ弊害アルヲ見ス、且拷訊ハ舊政府ノ時ト雖モ擅用セシ者ニ非ス、訊杖ノ下ニ斃死セシムルモ遺憾ナシト認メテ之ヲ用ヒシナリ、

柳原前光議官　先哲ノ言ニ云ク衆證ノ具備スルハ獄ノ成ルニ同シト、又聞ク口供ハ衆證中ノ一ナリト、然ラハ則チ證ヲ以テ斷シテ可ナリ但シ法律ハ時勢ニ遷ル者ナレハ、舊政府ノ時ニシテ今日ノ議ヲ實行セシメハ恐ラクハ弊害有ル可シト雖モ、今ハ則チ大審院アリ檢事アリ、彼此ヲ照考スルニ此改正ハ甚タ緊要ニシテ今日ニ適セリトス、

拷問そのものの廢止は最終的に肯定しつゝも、その前提としてまず口供結案を改正するという漸進的方法に同意している見解が多い。このような狀況こそは、前年七月の政府下附案が、拷問そのものの廢止案であり、それがため元老院の議決が得られなかつたとする推測をますますふかめるものであろう。

かくして元老院會議を通過した意見書の大要は次のごときものであつた。

夫レ法律ハ政治ノ張弛ト國運ノ泰否トニ依リ以テ之ヲ斟酌更張セサル可カラス、曩ニ維新ノ初新律綱領ノ編アリ、尋テ改定律例ノ撰アリ、爾來二律並行シ以テ今日ニ至レリ、然ルニ二律ハ李唐明清ノ諸律ニ基キ之ニ參スルニ武門慣習ノ遺法ヲ以テスル者ナリ、方今政治日ニ興起シ國運月ニ隆盛ニ治具多ク、之ヲ歐米文明各國ニ資用シ、百般ノ舊制改正ヲ經サル者殆ント希レナリ、夫ノ二律ノ如キモ今政治ト國運トニ吻合セサル者頗ル多シ（中略）抑モ刑法一般ノ改正ノ如キハ固ヨリ容易ニ其業ヲ了ス可キニ非ス、故ニ現今二律中其尤モ政治ト國運トニ妨碍アル者ノ如キハ宜ク速ニ之ヲ改正シ、而シテ異日刑法大成ノ期ヲ待ツヘキノミ。今夫ノ拷訊ノ事內外論議最モ喧擾ニシテ其廢止ヲ欲スルモノ多キニ居ル（中略）唯慣用ノ爲メニ眞理ヲ誤マラレ、且後日ノ弊ヲ空想シテ目下人民ノ痛楚ヲ看遇スルハ、立法者ノ忍フ能ハサル所ナリ。然ラハ則チ漸クニ之ヲ廢止スル所以ノ方法ヲ議シテ其基ヲ立サル可カラス、凡事其廢興ニ屬スルヤ、必ス其原因ヲ窮極スルヲ要ス、其原ニ溯リ其因ヲ推シ以テ之ヲ改革セハ其支流易々得テ治ムヘキナリ、夫レ拷訊ノ法タル其慘酷不經固ヨリ多言ヲ俟タス、然レトモ法律ノ大意ニ就テ之ヲ見レハ、亦治罪法ノ一部分ニシテ其此法ヲ慣用スル原因ハ、則チ改定律例斷罪不當

條例三百十八條ニ在リ、今拷訊ヲ廢セント欲セハ、先ツ該條ヲ整セサル可カラス（中略）斷罪必ス之ヲ口供ニ取ル故ニ其犯罪明白ナルモ之カ口供ヲ得サレハ以テ斷決スルヲ得ス、其弊ヤ所疑ヲ以テ口供ヲ强ヒ、之ニ次クニ拷訊ヲ用ユルニ至ル慘モ亦極ルト謂フ可シ、然レトモ本律ノ存スル以上ハ、假令犯罪既ニ已ニ明白ナルモ、之ヲ處斷スル必ス口供ニ據ラサルヲ得ス、已ニ口供ニ據ラサルヲ得サレハ、亦タ必ス拷訊ヲ用ヒサルヲ得サルハ勢已ムヲ得サル者ナリ、故ニ曰ク拷訊ヲ廢セント欲セハ、必ス先ツ本律ヲ改メサル可ラス、何ントナレハ本律ハ拷訊ヲ用ユルノ原因ナレハナリ、抑モ犯人ノ口供ナル者モ亦證人證物證書ト同ク衆證ノ一部タレハ、全ク無用ニ屬ス可キト云フニ非ス、然レトモ別ニ證左ノ明瞭ナルモノ有ラハ必シモ其口供ヲ要セス、直ニ之ヲ斷決ス可キノ法ヲ設ケ、司法卿ヲシテ各法官ニ喩シ嚴ニ拷訊ヲ用ユルヲ禁セシムルニ如カス、然レハ拷訊ノ慘酷ヲ用ヒスシテ斷罪自ラ其當ヲ得ントス、如シ萬已ヲ得スシテ拷訊ヲ用ユ可キモノアラハ、法官必ス先ツ之ヲ司法卿ニ申請シ、其指揮ヲ乞フヲ定例トシ、以テ容易ニ拷訊ヲ用ユルヲ得サラシメ、漸クニ證ニ依リ以テ罪ヲ斷スルノ術熟シ、又更ニ警察官及ヒ一般人民ヲシテ犯罪ヲ告發告訴セシムルノ方法ヲ設ケ、其練熟ノ時ニ及ンテ斷然拷訊廢止ノ大令ヲ下サハ、庶機ハ名實相適シ弊害起ラス、而シテ他日刑法ノ改正大成ヲ得ルモ、此擧必シモ補益無ンハアラス、依テ玆ニ改定律例三百十八條ノ修正案ヲ具シ裁可ヲ乞フ。

改正案

凡罪ヲ斷スルハ證[3]ニ依ル若シ未タ斷罪セスシテ死亡スル者ハ其罪ヲ論セス

とくに「萬已ヲ得スシテ拷訊ヲ用ユ」る場合を溫存している點を注意すべきであろう。

元老院が前掲意見書を議決した翌日、偶然にも司法省は同じく拷問に關する次のような伺を太政官に提出した[4]。

司法省伺　九年四月廿六日

律ニ賍證明白ナル招承ニ服セザル者拷訊スト有レ之、右ハ凡ソ罪ヲ斷ズルハ必ラズ口供結案ニ依ルノ法ヨリ起リ、素ヨ

リ拷訊ハ一時止ムヲ得ザルニ出ル事言ヲ待タズ候、抑モ我必ラズ口供ヲ取ラント欲スレバ、彼或ハ招承ニ服セザランヲ圖ル、頑愚ノ民、強戾ノ情、往々皆然リ、之ニ繼グニ拷訊ヲ以テス。拷訊必ラズ悉ク其結ヲ得ベカラズ、時日ノ久シキ、徒ニ多少見ルニ忍ビザルノ慘毒ヲ致シ、貴重ノ生命ヲ愛恤スルノ天意ニ悖ルニ近シ、依テハ今姑ク別紙ノ通ニ被二相定一候ヘバ、自然裁判官ノ斟酌ニ依リ、右慘毒ヲ致シ候義モ有レ之間敷、且他日法律御改正ノ地トモ可二相成一哉ト存候、至急御評議相成候樣致度、御達案相副此段相伺候也。

從來、律上賍證明白ナルニ招承ニ服セサル者ハ、拷訊ヲ用ユルノ成文ニ候所、其或ハ口供并結ニ至ラザルモ、事實ニ於テ毫モ疑似ナキ者ト思料セシ時ハ、裁判官ノ見込ヲ以テ直チニ處斷スル妨ゲザル儀ト可二相心得一、此旨相達候事。

ボアソナード建白書を契機として、司法部内においても拷問反對論は逐次高まりつゝあつたものと思われる。九年三月十日の東京日々新聞にも「近日或ル裁判官ノ言ヲ聽クニ拷訊ノ事タル已ニ害アリテ益ナキモノナレバ司法卿ハ之ヲ廢スベシト決セラレタリ」と傳えている。東京裁判所長松岡康毅が大木司法卿に對し拷問廢止の建白書を提出したのもこの前後のことであろう。(5) また同年四月二十四日の司法省達を以て「糺問判事職務假規則」を定め、佛國治罪法を模倣して一種の豫審判事制を採用するとともに、自由心證主義的糺問手續を規定したのは拷問廢止の準備工作として注意しなければならない。(6) 前掲伺はこの規則の施行と密接な關連を有したものである。

司法省伺と元老院意見書をほとんど同時に受けた政府は、いよいよ拷問問題の早急な解決に對決をせまられたのである。法制局の意見もまたこれらの見解の積極的採用に贊成であつた。(7)

法制局議案　九年五月三日

別紙元老院上奏改定律例第三百十八條改正ノ儀審案候處至當ノ事ニ付御採用相成更ニ同院章程第七條ニ依リ議定ニ付セラレ可然哉仰高裁候尤司法省ヨリモ別紙ノ通上申候處粗々同一ノ意見ニ付併テ供高覽候也

こゝにおいて五月九日、政府は正式に「改定律例第三百十八條拷訊改正案」[8]を元老院に下附したのである。元老院では五月十三日に第一讀會及び第二讀會、同月二十二日には明治天皇の臨御のもとに第三讀會が開かれ、政府原案の「改定律例第三百十八條左ノ通改正候條此旨布告候事。凡ソ罪ヲ斷スルハ證ニ依ル若シ未タ斷決セスシテ死亡スル者ハ其罪ヲ論セス」が何等の修正もなくして全員一致で可決された。この會議の狀況をみるに元老院意見書にもとづく法案であつたため、各議官の發言も贊成意見のみであるのは當然であるが、ただ河野敏謙議官の次の發言は見のがすべからざるものであろう。

本案ノ主意ハ全ク拷訊ヲ廢スルニ非ス、勿論廢スルヲ欲セサルニ非スト雖トモ、强盗ノ如キニ至ツテハ、盟約親密假令縛ニ就クモ敢テ同謀ヲ告ケス、是レ未タ全ク拷訊ヲ廢スヘカラサル所以ナリ、唯本案ノ如ク改正シテ、他日廢拷ノ間接ニ用ヒント欲スルナリ。

拷問そのものの即時廢止は明白に否定し、まず口供結案を「證ニ依ル」と改正し、將來の拷問廢止に備えんとする意見が、率直にあらわれている。このような見解はひとり河野のみならず、他の議官にも相當多く共鳴者を得ていたであろう。前掲の元老院意見書及びそれにもとづくこの政府原案が、拷問廢止を正面から問題とせず、自白必要主義のみの廢止、すなわち口供結案なくしても他の證據によつて判決を行いうるという程度の改正にすぎなかつたのは、そうした守舊派の見解と妥協を試みたものにほかならない。前掲司法省伺が同じく拷問そのものの廢止は將來に留保し「口結井結ニ至ラザルモ、事實ニ於テ毫モ疑似ナキ者」は「裁判官ノ見込ヲ以テ直チニ處斷スル」ことのみを通達せんとしたのも、やはり同樣の理由によるものであろう。穗積陳重博士は、當時の裁判官には拷問廢止に異論を唱える者も少くなかつたと述べておられる。[9]このように、ボアソナード建白書によつて行つた政府部内の處置はきわめて微溫的、漸進的であつたことは爭いえないが、この措置は「拷訊廢止の途を爲した始めにして」「漸く拷訊廢止の地歩を爲し」[10]たものであり、ながい傳統にもとづく拷問制度もいまや崩壞の寸前に到達したものといえよう。

かくして元老院を通過した原案は、翌二十三日上奏、翌六月十日太政官布告第八十六號として發布された。また、前掲司

法省伺に對しても同日附を以て「伺ノ趣第八十六號布告ノ通可心得事」と回答されたのである。

（1）小野梓も「如何なる討論を爲し、如何なる公議を爲せしや、余今之を詳にする由なし」といつている（前掲全集二五六頁）。また尾佐竹博士は「明治八年七月には內閣にて廢止案を起草し、元老院に提出したが、當時はなか〳〵異論ありて實行するに至らず」（前掲陪審史九〇頁）といわれているが、何等の史料もあげておられない。

（2）この意見書の議案は「號外第四號議案」と呼ばれている。これと後掲「第二十一號議案」に關する元老院會議筆記は、昭和十三年に尾佐竹博士が「陸奥宗光の拷問廢止の議」と題し、簡單な解題を附して、その全文を覆刻發表されており（法曹會雜誌第一六卷三號一三七頁以下、四號一二五頁以下）、最近では關之「人權宣言今昔物語」（昭和二十五年）にも同じくその全文が掲載されている（同書二七三七頁以下）。本稿の引用は、すべてこれらの覆刻版による。

（3）原案では「賊證ニ依ル」とあつたが、會議の結果「賊」の字を削除したのである。

（4）前掲大全刑法門㈡刑律㈢三七六頁。布達案のみは小野前掲論文による（前掲全集二五九頁）。

（5）この建白書の最後の一節に曰く「凡犯罪固欲人不知覺。其及發覺則爾晦匿掩□其事迹者人之情也。若欲使其明言之。而用拷者。是反人情而欲爲所不能爲也。是故爲拷訊所供出者。必非眞實。强者能耐苦隱實。弱者痛苦誣服。古來歷々不遑枚擧。嗚呼欲刑期無刑。廢拷訊爲第一初步矣。」全文は大山卯次郎編「松岡康毅先生傳」二一頁二二頁參照。同書によると明治九年松岡が東京裁判所長時代に提出したものというが月日は明記されていない。彼の東京裁判所長就任は八年五月十二日であり、九年九月三十日神戸裁判所長に轉任した。

（6）小早川欣吾「明治法制史論」公法之部下卷一〇六五頁。

（7）前掲大全三七七頁。

（8）この議案は「第二十一號議案」と呼ばれている。なお前註（2）參照。

（9）穗積陳重「法律進化論」第一册一一六頁。

（10）小野梓、前掲全集二五九頁二六〇頁。

五

改定律例三百十八條改正案發布にひきつゞき、司法省は次の達を大審院、各裁判所及び裁判所未設置の府縣に下令した。(1)

司法省達　九年八月二十八日

斷罪證據ノ儀ハ各其心得モ有之候得共爲念左ニ相示候條此旨相達候事

斷罪證據

第一　被告人眞實ノ白狀

第二　被告人又ハ其他ノ文通又ハ手筆ノ文書

第三　相當官吏ノ檢視明細書

第四　證左及參考ノ陣述

第五　裁判所ヨリ任シタル鑒定人ノ報告

第六　證據物品

第七　徵驗（佛語アンヂス）

事實ノ推測（佛語プレソンプシオン、ド、プェー）

顯迹（佛語エヴィダンス）

第八　法ノ推測（佛語プレソンプシオン、レガル）

前件ノ證據ニ依リ罪ヲ斷スルハ專ラ裁判官ノ信認スル所ニアリ

この達は、あらかじめ政府の意向を聞き「伺之通」(2)（八月三日伺九月二十一日指令）の指令を得て行われたものである。改定律例第三百十八條を改め、口供結案（自白）に代えて「證ニ依ル」とするならば、「證」ノ內容を具體的に明示すべきであるという見解は前述した元老院會議（五月二十二日）において、楠田英世議官から提案され少數意見のため葬られたものであるが、司法省では改正法の實際的運用上、そのような必要を感じたものであろう。しかし、この達にみられるようなフランス法の直譯的規

定が全國の裁判官にどの程度まで理解されたかは疑問としなければならない。また「證據」の第一に「被告人眞實の白狀」を置いているのは、自白必要主義を完全に拂拭しきれなかつた名殘りともいえるが、「前件ノ證據ニヨリ罪ヲ斷スルハ專ラ裁判官ノ信認スル所ニアリ」と自由心證主義の採用を明らかにしたことは注意すべきであろう。

このように、改定律例の改正は法定證據主義より自由心證主義への劃期的轉回を意味し、拷問制度を存續せしめてきたもつとも大きな支柱はいまや除去されたのである。九年九月一日の朝野新聞は「我ガ政府ガ拷問ヲ廢シテ證據裁判ヲ用ウル千歳一時ノ美舉ヲ目擊スルヲ得タリ、何ゾ之ヲ賀セザランヤ何ゾ之ヲ喜バザランヤ」といつている。しかし、拷問に關する法規は相變らず存續し、「眞實の白狀」を得るための拷問は、依然としてその跡を斷たなかつたようである。司法省の公式記錄によれば、拷問屈數は「九年中は十三人、十年以降なし」（後掲十二年三月十四日司法省伺參照）とあるが、この數字が實際の拷問數を表わしたものとは到底考えられない。何となれば、十年以降においても、拷問事件は少なからず傳えられているからである。例えば明治九年の暮、鹿兒島に歸省した中原尙雄等二十數名を鹿兒島警察署が逮捕し「打つ、敲く、生爪を剝ぐ」の拷問を加えた結果、西鄕暗殺計畫を自白せしめ、それが西南の役の原因となつたことは著名の事件であり、すでに大谷美隆博士によつてしばしば紹介されている。[3] さらに西南の役に關連しては、その終結後の裁判においても、同じく拷問問題をひきおこしている。事件の發端は十年六月九日の東京日日新聞に「熊本警察署ニテ……捕縛犯人中、鞫問責付中ノ者一九八人」と報じたのにはじまる。「責付」とは犯人を親族に預けて勾留の執行を停止することであるが（監獄則、興造第十二條）、これを「責め付ける」と讀めば拷問の意味になる。それがため同日發行の外字新聞ヘラルド(The Japan Herald)は、これを指摘して攻擊したが、翌々十一日の東京日日新聞は責付は拷問でない事情を釋明したのでこの問題はそれで解決されたが、さらに八月一日の報知新聞が、九州臨時裁判所の捕縛人取扱規則を紹介し、今度は明白に「今回ノ國事犯ニ限リ拷問ヲ許ス趣ナリ」と報じたため、ふたたび外字新聞から一齊に攻擊をうけた。すなわち八月二日のヘラルドは「日本人民ハ凡ソ文明國民ガ疾ノ昔ヨリ之

ヲ廢止シ若シ行フ者アレバ最劣ノ野蠻ナリト卑視セラル、程ノ拷問ヲバ今以テ實行スル也」といゝ、同日のガゼット（The Japan Gazette）は「拷問ハ……表向キニ之ヲ廢止セシニ今ヤ九州臨時裁判所ニノミ不幸ナル南部ノ國事犯ノ罪人ヲ吟味スル爲ニ之ヲ再行スルコトヲ許サレタリ……現時ノ政府ガ條約外國ノ手ヨリ裁判權ヲ恢復スルノ時節ハ遙カナリト云フヲ表示スルニ足ルベキノミ」と述べている。[4] 八月七日の東京日々新聞によると、事の重大化に驚いた川路大警視は出張中の岸良大檢事に問合せた結果、虚聞との回答を得たとし「夫ノ風説ノ吾曹ガ期セシガ如クニ虚構タリシヲ悅ヒ、又直ニ之ヲ讀者ニ外國記者ニ報道スルノ太ダ快然タルヲ覺ユル也」と報じている。けれども、果して「虚構」であつたか否か、伊藤、大久保兩參議より八月八日附を以て河野敏謙、岸良兼養宛の次の書簡[5]は、事件の眞相を物語つている。

陳ば昨六日電信を以て大略申入候今回國事犯賊徒拷問一件に付ては內閣に於て厚く御評議相成候處、一旦相止め候拷問を今回の國事犯に限り再び被用候は甚不可然。其仔細は、先般賊徒等殘虐の處置を以て、暴に中原以下を拷問せしにより、大に賊徒の曲名を成し候儀は、遍く世人の知る處に有之、然るに今般總督府に於て再び拷問を被用候ては、夫々裁判規則も有之、殘暴の處置に涉り候儀は萬々無之事に候得共、兎角內外の耳竅を刺し、名義上甚以不穩、且既に右一件、喋々中外諸新聞の議論を來し候のみならず、大に後來の妨害を釀し候も難測苦慮此事に候、就ては總督官權內にて既に發令相成候議には有之候得共、右指令速に御取消相成候樣致度、貴官等に於て取扱方厚御酌量有之度候

西郷軍の處罰は、有栖川征討總督宮に委せられ、福岡に「九州臨時裁判所」を置き、政府からは河野敏謙（元老院幹事）、岸良兼養（大檢事）、小畑美稻（五等判事）、大塚正男（同前）、三好退藏（六等判事）、杉本芳熙（中檢事）等が派遣されていた。[6] こうした有力な司法關係者でさえも、拷問を企圖した事實を見のがすべきではなかろう。また翌十一年三月、警視廳御雇外人ガンベ・グロースが廳內でフランス治罪法講義を行つた際、わが拷問制度の弊害を指摘したが、[7] その折、廳內では贊否兩論に分れてはげしい議論があつたともいわれているし、[8] 同年十月の竹橋騷動においても、陸軍裁判所ではあるが「算盤責或

は箱責」が行われている（十一年十月九日東京日々）。こうした事情から推察すれば、九年六月の改定律例改正後も、拷問は實際司法界において數的には減少したであろうが、かなり行われていたものと考えてよかろう。拷問そのものは相變らず合法行爲であり、また拷問器具もそのまま各司法官廳に殘存していたこととて、[9]そうした實狀も止むをえないことゝしなければならない。されば民間の輿論にも、拷問制度そのものゝ廢止を希望する見解が現われたのは當然であろう。例えば十年十二月二十六日の東京日々新聞は「斷罪依證ハ日本ノ古法」と題する論說を掲げ「贓證明白ナルニ招承ニ服セザル者ヲ拷訊スルノ明文未ダ公ニ律書中ニ刪除セラレザル間ハ、今日ニ於テ事實ノ如何ヲ問ハズ、拷訊招承ト斷罪依證トハ其併行セラル、恰モ王代ノ古制ニ於ケルニ類スル」なり「吾曹ガ冀圖スル所ハ此ノ併行ノ今日ニ於テ斷然拷訊ノ律文ヲ除刪シテ、以テ吾曹ヲシテ日本政府ハ某年某日其法制ニ於テ拷訊廢止ヲ令シタリト論者ニ明答スルヲ得セシメンニ在ル耳」と述べている。

また、明治十一年八月フランクフルトで開かれた第六回「萬國公法會議」（The International Law Association）では東洋の拷問制度が問題となり、その狀況はわが國にも傳えられ、[10]さらに當時寺島外務卿（宗則）によつて行われていた條約改正事業も、法權回復は全く絶望視され、わずかに稅權回復のみを當面の目標としていた。[11]

このような內外の諸情勢は、司法省をして拷問制度の全面的廢止を決意せしめたものと思われる。十二年三月十四日、司法省は次の上申書を內閣に提出した。[12]

罪ヲ治スルニ拷訊ヲ用ユルハ、頑强弗率招承ニ服セサル者ヲ待ツ所以ニシテ、其要ハ口供ヲ甘結セシムルニ在リ然ルヲ罪ヲ斷スル口供結案ニ依ルノ律ハ、九年第八十六號布告ヲ以テ改正セラレ、拷訊ノ法未タ除カス、拷具猶ホ載セテ圖內ニ在リ、拷訊ノ法タル專ラ漢土ノ律ニ基キ參スルニ武斷ノ慣習ヲ以テシ罪囚苦楚ニ堪エス誣服冤死ノ弊アリ、百般開明ノ世ニ在リ獨リ治罪ノミ如此ノ風ヲ存スルハ、歐米各國ニ愧ルアル言ヲ俟タスト雖モ警察ノ方未タ備ハラス、證據制裁ノ術未タ熟セス、遽ニ拷訊ヲ廢セハ恐クハ陰險兇惡ノ徒因テ以テ法網ヲ脫シ反テ良民ヲ戕害スルニ至ランコトヲ、此罪ヲ斷スル

證ニ依ルト雖モ仍ホ拷訊ノ法ヲ存シ、未タ斷然廢止ノ令ヲ下サレサル儀ト存候、抑嘗テ拷訊ノ濫用ヲ戒メ推問上已ムヲ得ス之ヲ用ユル時ハ、其顚末ヲ具シ屆出ツヘキ旨七年當省第十九號ヲ以テ布達セリ、爾來屆出ノ表ニ因リ其用數ヲ驗スルニ、七年九月以後三十九人八年中七十一人九年中十三人ニシテ十年以後今日ニ至ル迄復タ一人ノ屆出ナシ。拷訊ノ法存スト雖モ、其實已ニ措テ天下ニ用ヒサルナリ、此警察ノ方漸ク備ハリ、證據裁判ノ術方ニ熟スルヲ見ルニ足ル、實地ノ經驗如此ナルニヨリ斷然廢止ノ大令ヲ下サレ、慘酷ノ法ヲ除クハ正ニ今日ニ在ル儀ト愚考致候間別紙布告案相添此段上申仕候也。

これに關する同月二十八日の法制局議案は、次のごとくである。(13)

別紙司法省上申拷訊廢止ノ儀審案候處上申ノ通御採可元老院議定ニ被附可然哉仰高裁候也。

ここにおいて五月九日、内閣は「新律綱領獄具圖内訊杖ノ項及ヒ斷獄律中拷訊スヘキ者總テ刪除ノ議案」を元老院に下附した。さらに六月十日この議案の返還を命じ、あらたに「拷訊ニ關スル法令刪除ノ儀布告案」を下附した。(14)その布告原案に曰く、

明治九年六月第八十六號布告改定律例第三百十八條改正爾后拷訊ハ全ク無用ニ屬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

この案文は司法省上申書に副えたものとは違つているとのことであるが、(15)司法省の原案は明らかでない。この議案に關する元老院會議は、(16)六月十九日に開催された。政府からは太政官少書記官小野梓が出席し、第一讀會で提案理由を述べ、布告案については「本案唯拷訊廢止トノミ書スルトキハ、明治九年以來拷訊ハ用ヒサル事ト思ヒ居タル内外人民モ、仍ホ今日マテ用ヒタルカトノ思想ヲ喚起スルモ知ル可ラス。仍テ改定律例第三百十八條改正爾後全ク無用ニ屬シ云々ト起草セシナリ」と說明した。河野敏謙議官はこの說明を駁し、次のごとくいつている。

内閣委員ハ内外人民モ拷訊ハ既ニ廢セラレタリト認メ、又明治十年以來一人ノ拷訊ヲ用ユルナシ云々ト謂フト雖モ、本官ノ聞見スル所ハ

之ニ異ナリ、仍テ啻ニ表面ノミナラス實際ニ就テ一言ヲ陳セントス、抑拷訊ノ事タル昔日之ヲ用ユル時ト雖モ、實ニ之ヲ用ユルハ稀ニシテ、罪人ヲ糺彈スルニ方リ唯拷訊ヲ用ユト揚言シ、罪人ヲシテ恐怖甘結セシムルノミ、又今日ト雖拷訊廢止ノ令ナキヲ以テ裁判官ハ實ニ其具ヲ用ヒサルモ、僅ヲ拷訊ニ假託シ之ヲ糺彈スルモノ少ナカラス、且現今各裁判所ノ景況ヲ見ルモ未タ拷訊ノ具ヲ除却セス、既ニ一昨年西南ノ擾亂ニ際シ本官該地方ニ在テ犯罪人ヲ處分スルニ方リ、拷訊ノ具ヲ要スルコトアリ、仍テ之ヲ借ランコトヲ或裁判所ニ請フ、或裁判所ハ需メニ應シテ遠カニ之ヲ送附セリ、是レ拷訊ノ未タ全ク廢セサルノ明證ナリ。内閣委員ノ如ク果シテ内外ノ人民既ニ拷訊ハ廢セラレタルモノト認メハ、何ソ此布告ヲ出スヲ用ン、此布告ヲ要スルハ卽チ未タ全ク廢セラレタリト認メサル所以ナリ、嗚呼此布告一出セハ、今後裁判官ヲシテ罪人ヲ威スニ拷訊ヲ名トスルヲ得サラシムヘシ、一日モ早ク公布アランコトヲ希望ス。

その他の議官からはめぼしい發言もなく、つづいて第二讀會に移り、細川潤次郎議官は、原案から「爾」と「全く」を除く提案を行つた。その理由は、「爾」という言葉は布告文には使用例がなく、また「全く」というと「明治九年第八十六號布告ノ後拷訊ノ全部ハ之ヲ用ヒスト雖モ、其半部ハ猶之ヲ用ヒタリト解スルノ嫌ヒアリ」というのである。全員異議なくこの修正案に賛成、さらに第三讀會は河野議官の發議で省略された。かくして政府原案は一部修正の上、元老院を通過し、翌二十日上奏された。十月八日の太政官布告第四十二號は、この修正文案そのまゝを發令したものである。こゝにおいて、十月十四日の東京日日新聞が「斯クテコソ自今我法律書中に於テ復タ古昔ノ遺習タル忌嫌スベキ拷訊ノ條々ハ、一切ソノ文字ヲ留メズシテ清淨ニ刪除セラレ、明カニ開明ノ光輝ヲ法律寶典ニ赫灼タラシムルヲ得タリ」「史官夫レ之ヲ我明治歴史ニ特筆大書シテ可矣」といつているごとく、法律的制度としての拷問は、わが法制史上全くその姿を沒したのである。さらに明治十五年刑法が拷問を行つた官吏の處罰を獨立の犯罪類型として規定したのは、[17] その廢止のより確實を期待したものにほかならない。なお、その當時民間において起草されつゝあつた憲法草案の多くが、拷問廢止の明示的規定を有しているのは、[18] この問題に對して、一部有識者がいかにふかい關心をはらつたかを示すものであろう。

（1）裁判所が置かれていない所は、地方官（縣令、參事）が判事を兼任していた（尾佐竹猛「明治聲察裁判史」一三九頁以下參照）。

（2）前掲大全治罪門㈠刑事諸則一二七頁。

(3) 大谷美隆「西南の役に於ける拷問事件」法律論叢第八卷一〇號五七頁以下、一一號四六頁以下、一二號三四頁以下及び前掲法律新報七五八號六六頁―七五頁等參照。

(4) ヘラルド、ガゼット兩外字新聞は筆者未見である。本文の引用は同月四日の東京日々新聞の記事に據る。

(5) 「伊藤博文傳」中卷八七頁―八八頁。

(6) 前掲司法沿革誌、四二頁。

(7) グロースは最初の警視廳外人顧問であり、その拷問廢止論は十一年三月十五日の講義で行われたものである。詳しくはグロース「佛國治罪法講義」第一一七回四二頁以下參照。

(8) 當時の警視廳少警視佐和正氏談、中村德五郎「川路大警視」三三七頁。

(9) 林有造の「舊夢談」(明治二十四年)によると、明治十一年頃の大審院には拷問器具が依然として存置されていたという(明治文化全集第二十二卷雜誌篇八八頁)。地方の狀況はおして知るべきであろう。

(10) 横瀨夜雨編「明治初年の世相」には「日本の拷問」と題し「萬國公法會議第六年期會議は八月二十日日耳曼のフランクフォルトに開かれ、日本の治外法權が問題になつた」とし、「デー、デー、フキールド氏陳じて曰く、治外法權に關して考ふるに、拷問は支那に於て予の猶目擊する所にして、磔刑はやうやく日本に廢止せられたる而已なり、故に歐洲各國皆自國の人民をして、現今尙ほ存する東洋の慘刑を蒙らしむるを見るに忍びざるなり」という十一年十月十一日の新聞記事が掲載されているが、惜しくも新聞名は洩れている(三八一頁參照)。因に「デー、デー、フキールド」とあるは、米國著名の國際法學者でニューヨーク民法の起草者としても知られる David Dudley Field である。

(11) 山本茂「條約改正史」一八九頁以下參照。

(12)(13) 前掲大全刑法門(二)刑律(三)三七七頁。

(14) 元老院第四期報告書、九頁。五月九日案は新律綱領だけの改正案であるが拷問に關しては、前に述べたように「斷獄則例」其他にも規定があるから、全般的な廢止案に變更したものであろう。

(15) 小野梓、前掲全集二六一頁。五月九日下附案が司法省原案であつたとも想像される。

(16) この議案は第一三九號議案と呼ばれる。この會議筆記は覆刻されたものがない(四の註(2)參照)。本稿の引用は全て元老院出版の原本に據る。

(17) 舊刑法第二八二條に「裁判官檢事及ヒ警察官吏被告人ニ對シ罪狀ヲ陳述セシムル爲メ暴行ヲ加ヘ又ハ淩虐ノ所爲アル者ハ四月以上四

年以下ノ重禁錮ニ處シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス、因テ被告人ヲ死傷ニ致シタル時ハ毆打創傷ノ各本條ニ照シ一等ヲ加ヘ重キニ從テ處斷ス」とある。

(18) 例えば植木枝盛の「日本國國憲案」第四八條には「日本人民ハ拷問ヲ加ヘラルヽコトナシ」（明治文化全集第三卷正史編下卷四二二頁）、交詢社の「私擬憲法」別案第七六條には「日本國民ハ拷問ヲ用テ自ラ其罪ヲ白狀セシメラルヽコト無カルベシ」（同前四一〇頁）、「日本帝國國憲ノ草案」第四九條第三項には「既ニ廢止シタル拷問ハ必ス之ヲ再擧ス可カラス、裁判ハ證ニ依ル可シ」（小早川欣吾「新たなる一私擬憲法案」明治法制叢考二〇二頁）とある。

六

元來、拷問制度は、これを訴訟技術的にみれば、自白を必要とする法定證據主義と結合しているものであるが、より根本的には個人の基本的人權を輕視した前近代的思想に、その基盤を有している。それがため、刑事訴訟において自由心證主義を採用し、制度としての拷問を否定しえたとしても、それを裏付ける一般社會の人權擁護思想の成熟の度合に應じ、非合法的な拷問は依然として實際の司法、警察界に、根强く殘存する。このことは明治十二年十月以降、最近に至るまでの我が國の實狀が、有力に實證するところであろう。これらの點に關する詳しい論證は別の機會にゆずり、本稿は明治初期拷問制度の概要と、その廢止過程の一素描にとゞめたい。

後記。國會圖書館の大久保利謙氏及び東大明治新聞雜誌文庫の西田長壽氏には、史料の閲覽について種々の便宜を賜つた。記して深くその御厚意を謝す。