

## 明治五年後の刑事手続改革と治罪法

横山, 晃一郎  
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1833>

---

出版情報：法政研究. 51 (3/4), pp.217-250, 1985-03-25. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：



# 明治五年後の刑事手続改革と治罪法

横山 晃一郎

は し が き 一 二 三 四 五

## は し が き

荒木、井上（祐）、今井、原島四教授の還暦をお祝いするこの小稿で試みようとするのは、維新後行われた刑事手続近代化の一こま、すなわち、治罪法編纂が企てられ進むなかで、着実に積み重ねられた刑事手続改革の歩み、成果に光をあてること、である。

論 説  
明治初期の、刑事手続近代化の画期が、司法職務定制の布告（一八七二年）と治罪法制定（一八八〇年）にあることは疑いない。その内容、意義の解明に、まず学者の関心が注がれたのも当然といえよう。だが、この画期をつなぐ

時期の刑事手続近代化のプロセスについては、概説的記述のほか、殆んど触れるものがない<sup>(2)</sup>。しかし、治罪法制定がわが国刑事手続近代化の中でもつ意味、また、治罪法草案審議の過程で切り落された部分（陪審）が、ボアソナード草案中でもつた意味を、誤りなく把握するには、治罪法制定前、つみ重ねられた刑事手続近代化の総体をまず認識しこれを治罪法及び治罪法草案と対比する作業が必要となろう。

本稿は、このような問題意識にもとづき、司法職務定制後の刑事手続近代化の過程を、主として法制の面からたどろう<sup>(3)</sup>、とするものである。

(1) 司法職務定制については、染野義信・裁判制度（「講座日本近代法発達史6」所収）六一頁以下、福島正夫・司法職務定制の制定とその意義—江藤新平とブスケの功業—・法学新報八三卷七・八・九合併号二五頁以下など。治罪法の成立過程その内容についての本格的な研究は、まだない。しかし、実定法であり、それについての講義も、注解も少くない所から、その概略は刑事手続の歴史に触れた殆んど概説書に見られる。比較的詳しいものとして、小早川欣吾「明治法制史論公法之部」下巻一〇五九頁以下。

(2) 注(1)記載の染野・裁判制度、小早川「明治法制史公法之部」のほか、団藤重光・近代的司法制度の成立（「刑法の近代的展開」所収）、染野義信・司法制度（「講座日本近代法発達史2」所収）、横山晃一郎・刑罰・治安機構の整備（福島正夫編「日本近代法の形成上巻」第五章）が触れるのみである。

(3) 前掲染野・司法制度、横山・刑罰・治安機構の整備は、法制の面よりむしろ、その実際の姿、政治的意味の追求にアクセントがある。例えば、染野・司法制度は、九年、一〇年の司法制度改革を近代的改革としつつ「八年以降の改正によって次第に近代的な体制を整備しつつあった司法制度も、実質的には明治政府の政治的危機の段階にあって、行政権の自由に掌握し得るものにすぎなかった」（一一七頁）と評価する。しかし、本稿では、本文記載の目的意識のもとに、五年以降行われた刑事手続改革を、法制の面で総体として把握、それによって治罪法の意味、治罪法が切り捨てた陪審の意味を問わんとするものである。

一 裁判制度、とくに刑事裁判制度の近代化Ⅱ西歐化は、討幕を実現し、集権化の道を歩み始めた維新政府の緊急に実現しなければならぬ課題の一つであった。<sup>(1)</sup> 西歐列強に対峙する独立自尊の国家建設を目指す維新政府にとって不平等条約の改正、それによる裁判権、関税自主権の回復は最大の政治課題であったが、その為には裁判権の統一、裁判制度の近代化Ⅱ西歐化、そして列強の容認する裁判規準の創出が不可欠だったからである。

しかし、その達成は容易なことではなかった。幕藩体制から朝藩体制へ、そして集権国家へ、急ピッチで体制を整えた維新政府は、一八七一年（明治四年）刑部省と弾正台とを合わせて司法省を設置、そこに聴訟事務を大蔵省から移管する。それは、廃藩置県によって論理上達成された裁判権の統一を体现する機関の創出であったが、現実には、なお、地方の裁判権行使は各府県に委され、地方の断獄、聴訟事務は地方官がこれを行う、とされていた（明治四年一月の県治条例<sup>(2)</sup>）。このはじめて統一された裁判権を、地方による偏よりを排し、一つの基準のもとに行使させるためには、地方官の手に委ねられた裁判権を現実に司法省の下に集中し、これを司法省統制下に再組織すること（地方官からの裁判権収奪という形で司法の行政からの分離、司法の組織化）、手続、実体両面にわたる裁判基準の作成、そして制度を動かす裁判関係者の養成、確保が必至であった。集権化の要請と条約改正の必要に規定されたこの課題を、「果決鋭為、一挙シテ進」めんとし司法改革への道を拓いたのが江藤新平であり、その改革構想の定式化が明治五年八月の司法職務定制であった。<sup>(3)</sup>

二二章一〇八条、条文の数は必ずしも多くなかったが、司法省、裁判所、判事、検事、警察、代言人代書人、監獄それに明法寮（法制局、法学校）など、司法関係諸機関の組織、職務権限を、フランス法に範をとり定めたもので、わが国裁判権の統一と裁判制度の組織化、近代化に最初の礎石をすえた歴史的法典であった。なぜなら、これにより

司法省は、「全国法憲ヲ司リ各裁判所ヲ統括ス」(第二条)るものとなり(府県聴訟課を廃止)、裁判所、検事局、明法寮はその所管下におかれ(第三条)、司法卿を所長とする司法省裁判所は、各府県に設置が予定された府県裁判所の上告審とされ、裁判権の統一的運用は、制度上ことに保障されるに至ったからである。

二 だが、司法職務定制がもたらしたのは、裁判権統一への法的根拠、司法改革への指針だけではなかった。<sup>(4)</sup>幕藩体制以来の、刑事手続の基本構造<sup>11</sup> 糾問主義の抜本的改革も、そうであった。

自ら犯罪を発見し鎮圧し、犯人を捕え、これを裁くという形の裁判権行使——それは犯罪鎮圧の能力と捜査能力を兼備した裁判機関の存在を予想する。与力、同心以下、犯罪鎮圧能力及び捜査能力を備えた配下を従えた江戸町奉行は、まさにこのようなものであった。しかし、司法職務定制が判事のほかに設けた検事、裁判所のほかに設けた検事局は、このような糾問的裁判機関解体の第一歩となった。なぜなら、「裁判ヲ求ムルノ権アリテ裁判ヲ為スノ権ナシ」という検事、「罪證事端発スルニ始リ裁断処決ニ止リ未発ヲ警察スルノ事ニ于預セ」ざる検事、更に、「罪犯ノ探索捕亡ヲ管督指令ス」る検事(定制第二十二條)という新しい制度の導入は、裁判と訴追の分離、裁判所と捜査機関との分離、そして更に検察と警察の分離を、当然ひき起す筈のものだったからである。だが、検事の職責の第一に、「各裁判所ニ出張シ聴断ノ当否ヲ監視ス」(第二十二條)とあったためか、検事の原告的地位、不告不理は、なお明確でなく、又、審理は被告人に対する糾問中心であり、刑事弁護は認められなかった(代言人は民事のみ、第四十三條)。しかし、検事制度の導入によって、刑事手続弾劾化の方向は、少くとも後戻りできないものとなった、といつてよい。

司法職務定制は、このように、従来の刑事手続の構造に強烈なインパクトを与えた。だが、それだけにとどまらない。それは、簡単ながら、捜査手続、裁判手続に関する具体的規定をも含んでいた。すなわち、司法職務定制によれ

ば、「罪犯ノ探索捕亡ヲ管轄指令ス」るのは検事であり、その下にあつて「罪犯ノ探索ヲ掌ル」のが検部、「罪犯ヲ探索捕亡ス」るのは逮部である(第二十二條)。容疑者の逮捕は、「現地罪ヲ犯シ蹤跡明白」な場合、即時許され、また、現行犯でなくても「衆證明白或ハ凶器其他ノ證トナルヘキ物ヲ携持シタル時ハ検事ノ指揮ヲ待タス臨時捕縛」することができる(第三十六、三十八條)。しかし、それ以外、逮部(地方の邏卒)は「先ツ検事ニ報知シ必其指揮ヲ待テ然ル後ニ捕縛」しなければならない(第三十七條)。被逮捕者は、検事に送られ、検事は「状ヲ具シ判事ニ付ス」(第四十、二十五條)。すなわち、弾劾主義である。

ところで断獄(刑事裁判所の審理)は、すべて、以下のように、初席、未決中、口書読聞せ、落着の四段階をたどる。

「……判事一應推問ヲナス、之ヲ初席ト云、繼テ輕重ヲ酌量シ罪人ヲ監倉ニ入レ或ハ囚獄ニ送り判事或ハ解部節次推問ス、之ヲ未決中ト云、罪人罪ニ服スルハ解部口書ヲ録シ犯情明白口書案成リ再ヒ口書ニ據リ逐條其異同有無ヲ問ヒ相違ナキニ至リテ判事検事連班シ判事解部ヲシテ口書ヲ読示セシメ證書或ハ爪印ヲ押サシメ之ヲ口書読聞セト云、判事口書ニ據リ律文ヲ照シ刑名ヲ擬定シ流以下ハ專決シ死罪ハ本省ヲ經奏裁ヲ受ケテ後判事検事解部連班シ判事罰文を言渡シ囚獄ニ付シ決放ス、其実決セサル者ハ本管ニ引渡ス、之ヲ落着ト云」(第九十三條断獄順序、句読点は筆者)<sup>(5)</sup>。

検事の立ち会いという新しさはあるものの、捜査手続に比し審理手続の古色、覆うべくもない。更に、「犯罪ノ應跡已ニ瞭然タルニ犯人白狀セサレハ判事鞫問シ猶白狀セサレハ之ヲ拷問ス」(第五十二條)という規定が、その色を深めた。

三 司法職務定制に示された捜査手続は、二ヶ月後の警保寮職制<sup>(6)</sup>(明治五年一〇月一九日)によつて主体の面で更に具体化された。逮捕についても、「巡查及番人ハ現行ノ犯人ト現行ニ非サル犯人トヲ區別シテ其現行ノ者ハ直チニ拘引若クハ捕縛シテ警部ニ致シ其現行ニ非サル者ハ検部若クハ警部ノ命アルニ非レハ輒ク拘引若クハ捕縛スルコトヲ

得ス」(同職制第四條)と、フランス治罪法の線に沿う司法職務定制の規定が明確化される。

では、その断獄順序はどうか。それは、明治六年二月二四日の「断獄則例」<sup>(7)</sup>によって受けつがれ、いくつかの点で改善、近代化された。すなわち、司法職務定制の「断獄順序」を前提に、拷訊を認めた新律綱領(断獄律)、刑事記録作成要領を定めた罪案凡例<sup>(8)</sup>(明治六年二月一四日)の上に立ち、供述を録取した書面にもとづき判事が「推問」する、といった点で従来の手続の継続、具体化であったが、その中には以下のような注目すべき規定も含まれていた。

一つは、明治五年一〇月一〇日の司法省達、「白洲上尊卑ノ分界ヲ廃シ官員華士族平民同様トス」という、獄庭における平等取扱いの条文化(第十則)である。これにより、被疑者は勅奏官、華士族、社人僧侶、平民の別なく、同様に柵欄の下に立たされ聴審されることとなった。第二は、裁判の公正を確保し、又、世に示すため、「会同ノ員」(立会人の意、判事のほか検事、解部を法廷に置く制)を設け、傍聴者(新聞紙発兌人、戸長等傍聴を請う者)を許す、としたことである(第一、第二、第五則)。親類縁者、知人が被疑者の場合、裁判官に「回避」することを認めた(第十一則)のもこれ、とみてよい。注目すべき第三点は、拷問を認めながら、それは「痛楚ヲ畏レテ真情ヲ吐ンコトヲ要スルノミ、之ヲ惨毒シテ悪ヲ懲ラスニ非ス」(第十五則)とし、拷具、拷問方法に改善を加えんとしたことである。算板責めの算板板に配列する三稜木の稜角を「稍……削リ甚タ鋭尖ナラシメス」、又、膝に乗せる石板を「累加三枚ニ至テ止ム、若シ強頑不率ノ者ハ再ヒ之ヲ用ユルコトヲ妨ケスト雖モ一日内疊用スルコトヲ許サス」<sup>(9)</sup>(第十七則)としたのは、これであった。

法の前の平等、公正な裁判、裁判の公開、手続の人道化——これらの諸規定が、こういう近代的刑事裁判への方向性をもっていたことは疑いない。

(1) 維新政府の初期刑政の課題とその達成の試みについては、横山・刑罰・治安機構の整備、およびそこに挙げられた諸文献を御参照頂ければ幸いである。なお、維新後の刑事司法の近代化Ⅱ西欧化の性格意義を問う意図をもった論稿として、横山晃一郎・維新における刑事司法の近代化とロシア（「団藤重光博士古稀祝賀記念論文集第四卷」（未刊）所収）。本稿は、前記論文の一環である。

(2) 明治四年一月二七日の「県治条例」（太政官達第六百二十三）によれば、県庁に置かれる四課のうち聴訟課は、「県内ノ訴訟ヲ審聽シ其情ヲ尽シテ長官ニ具陳シ及県内ヲ監視シ罪人ヲ処置シ捕亡ノ事ヲ掌ル」ものとされた。法令全書（明治四年）四二一頁。

(3) 前掲福島正夫・司法職務定制の制定とその意義はとくに詳しい。

(4) 司法職務定制が刑事手続に与えた影響、意味については前掲横山・刑罰・治安機構の整備二二〇頁以下。

(5) 本文中「」内での規定の引用は、すべて「法令全書」（明治五年）四六五頁以下の「司法職務定制」（太政官布告無号）による。

(6) 法令全書（明治五年）一三六三頁以下。「当分之間仮定之心得ヲ以テ施行可致事」として太政官許可。

(7) 司法省布達第二二二号、法令全書（明治六年）一七一四頁以下。

(8) 司法省布達第十六号、法令全書（明治六年）一七〇三頁以下。その前文で、供述調書の書式統一の重要性を次のように説く。「罪囚前ニ在リ、法ヲ案シ、罪ヲ定ムルニ其以テ議擬論定スル所ノ者、一ノ供述ニ據ルノミ、然レハ則一字之上、一言之下ニシテ、生殺之分定マル供状ノ係ル所、豈容易ナランヤ、従来各府県開具スル所、一定ノ体裁ナク、往々其要領ヲ得サル者アリ……茲ニ其凡例書式ヲ示ス……」

(9) しかし、拷問がこの第一七則どおりに行われたわけではない。例えば、明治八年ボアソナードが司法省で目撃した拷問は石板三枚を超え五枚に及んでいた。石井忠恭の直話、後掲二四三頁注（2）の福島・法セミ論文二二頁参照。

## 二

一 明治五年から六年なかばにかけての司法改革の熱気、新しい刑事裁判へ向けての努力は、江藤退陣とともに消

えた。地方の、古い治安機構（捕亡、断獄）を、地方行政から丸ごと切り離し、司法省の下に従属させ、これを警察、検察、裁判として近代的に再編成する、という江藤の路線は、中途で挫折した。

留守政府に代って政権の座についた大久保利通が、新たに設置した内務省（明治六年一月）の卿に就任、江藤路線の大幅修正へと乗り出したからである。明治七年一月の警保寮の内務省への移管<sup>(2)</sup>、東京警視庁警視事務の内務省統括<sup>(3)</sup>、同年一〇月の、開拓使と裁判所を設置した府県に向けた「司法警察事務当分使府県へ委任可致旨別紙之通司法省へ相達候條比旨可相心得事」という太政官達<sup>(4)</sup>がそれであった。司法省権力の実力的基礎、警察を司法省から切り離し、これを内務省に取り込み（警保寮は勸業寮とならぶ内務省の一等寮となった<sup>(5)</sup>）、地方官のコントロールの下におく、という政策への転換である。それが、江藤の司法省からの権力奪取、内務省への権力集中という政治的効果をもつものであったことはいままでもない。しかし、他面、それは、裁判所と警察<sup>(6)</sup>捕亡事務との分離の達成という意味で、裁判事務、司法の純化でもあった。だが、実力装置<sup>(7)</sup>警察を、その意によらず失った司法省は弱体化し、制度改革をめざす立法作業は、江藤という索引車を失って一挙にその馬力を失った。

政変は、このように、改革作業を中断させた。しかし、裁判制度改革、裁判規準創出の必要が失せたわけでは、勿論ない。条約改正を目指す限り、それは誰が政権担当者となろうと、くぐらねばならぬ関門だったからである。江藤の命をうけ岩倉使節団の一員として渡欧、一年後帰国した井上毅が、江藤処刑の年の八月「治罪法備巧」でこう書きえたのも、その故であった。

「欧洲ニ、成文民法アラザルノ国アリ、治罪法、刑法アラザルノ国ナシ、何ソ耶、民法ハ私法ナリ、人民開化ノ度何如ト視ル、治罪法、刑法ハ国法ナリ、治罪法、刑法ナシ、是レ国ナキナリ、支那ニ刑法アリテ、治罪法ナシ、……」

我カ治獄ノ法、其ノ源ト隋唐ノ陋風ニ出テ、加フルニ武門苟且ノ政ヲ以テス、捕手繩ヲ執テ人ヲ束ヌルコト獸ノ如ク、繫囚穀そく復タ人色ニアラズ、囹圄溷惡、一歳瘦死スル者、千ヲ以テ計フ、法廷ニ拷杖責盤アリ、吏ノ声雷ノ如ク、人ヲシテ夏寒カラシム、此レ豈ニ盛世ノ宜シク有ルベキ所ナラン乎、……此レアリテ、自ラ文明ト称ス、笑ヲ致サズルモ、亦愧ヲ為サズラン乎。<sup>(6)</sup>

二 佐賀の乱を、「軍国の政」を施いて一挙に鎮圧、江藤らを大逆罪で処断した大久保が、息つく間もなく解決を迫られたのは台湾戦争（明治七年五、六月）の事後処理であった。<sup>(7)</sup>

台湾を清国の版図と主張、兵力の即時徹退を求める清国と、「生蕃」による損害の補償と琉球領土の確認を求める日本との困難な外交交渉——これに自ら当たった大久保が同行したのは、前年十一月、法典編纂の指導と法学教育のため「お傭い外国人」として来日したボアソナード（通訳名村泰蔵）であり、やや遅れて井上毅であった。剛毅をもって鳴る大久保に、「是迄焦思苦心、言語ノ尽ス所ニアラズ、生涯又如此ノコトアラザルベシ」といわせた二ヶ月にわたる異国での交渉は、ボアソナードの深い国際法知識と井上の鋭い法律センスに助けられ、成功裡に終る。<sup>(8)</sup>

日清交渉をまとめ帰国した大久保が最先きに着手したのは、征韓論、台湾出兵をめぐる意見対立で分裂し弱体化した政府の強化であった。伊藤博文の根廻しにより明治八年一月から続けられた大阪会議は、木戸孝充、板垣退助の政府復帰、参議就任という成果を引き出す。彼等の政府復帰の条件として約されたのが四ヶ条、すなわち、(1) 元老院の設置（立法事務の改善、国会開設の基礎づくり）、(2) 大審院創設（裁判所統括権の司法省からの分離、司法の独立と統一）、(3) 地方官会議の設置（民意の疎通と企図）、(4) 内閣（最高政策決定）と省務の区別、それに相応する人材配置、である。<sup>(10)</sup>

外交問題を処理し、木戸、板垣を取り込んだ大久保の新政府は、こうして、米欧回覧で得た教訓、抱負を胸に、万

邦対峙の国家、そして国民の形成に向つて始動を開始する。まさにこの時、八年三月、井上毅は、知遇をえた大久保に対し断然次のように書き送った。

「江藤前司法卿ノ司法省ニ在ルトキニ、果決鋭為、一挙シテ進ムノ勢アリ、其ノ章程ヲ作レル、日夕督責、十日ニシテ、案成リ、四十日ニシテ、活版ニ付スルニ至ル、江藤氏ノ敗ル、ニ及テ、人々勇銳之禍ニ懲リ、枉レルヲ矯ムルコト直キニ過キ、一事為スコト無ク、以テ両三年ヲ閑却スルニ至レリ

今日何ノ日ゾ、内ニシテ、法制立タズ、拷問廢セズ、一ニ武門ノ旧習ニ因循シ、開化諸國ノ嘲笑スル所タリ、外ニシテ、我カ国法・我カ国土ノ内ニ行ハレズ、外人我カ婦女ヲ強奸シテ、罪犯捕獲スベカラザルニ至ル、独立ノ氣象、安ニカ在ル、是レ偏ニ司法ノ權振ハザルニ因ル、今司法ニ仕フルモノ、當ニ日夜勤勉、且議シ且行ヒ、三五年ヲ期シ、以テ法權ノ回復、律章ノ備具ヲ要スベシ」<sup>(註)</sup>（傍点は筆者）。

この意見書（「司法省改革意見」）の中で井上が具体的に提言した事項は、司法省からの裁判權の分離、大審院を頂点とする裁判所組織の整備、といった長期展望のものから、緊急の行政改革、人事など七項目にわたる。だが、注目すべきはその第四項であった。それは、司法省内に各種法律専務官を置くとし、「治罪法、刑法、訴訟法、民法、商法及万国公法中私法ノ部ヲ起艸スル為ニ、各々専務官ヲ置キ、法案案ヲ草セシメ、案成ルヲ待ツテ、公議ニ付スベシ、各種難易アリ、從テ事案亦長短アリト云ヘドモ、今ヨリ二年ヲ期シ法律皆備ハルニ至ラン、他ハ皆急成ヲ要ス、独リ……民法ハ急ニスベカラズ」とあった。

三 政權強化に成功した大久保の新政府は、三月一八日憲法を検討する政体取調局を復活（大久保、木戸、板垣、伊藤で構成）、四月一四日には大阪會議の同意事項を盛り込んだ、「朕今誓文ノ意ヲ拡充シ、茲ニ元老院ヲ設ケ、以テ立法ノ源ヲ広メ、大審院ヲ置キ、以テ審判の權ヲ鞏クシ、又地方官ヲ召集シ、以テ民情ヲ通ジ、公益ヲ図リ、漸次

ニ国家立憲ノ政体ヲ立テ、汝衆庶ト俱ニ其慶ニ頼ント欲ス<sup>(13)</sup> という立憲政体の紹書を下附する。そして五月二四日、大審院と上等裁判所、府県裁判所等の組織、権限に関する「大審院諸裁判所職制章程」<sup>(14)</sup>、上級裁判所設置に伴う「控訴上告手続」<sup>(15)</sup>、東京、大阪、福島、長崎への上等裁判所設置に伴う裁判権分割の定めを太政官から布告した。これが、司法省裁判所（所長は司法卿の兼任）・（司法省）出張裁判所 ↓ 府県裁判所 ↓ 各区裁判所という司法職務定制の審級構想、その発展的解消、具体化であったことはいまでもない。

この、五月二四日の三つの太政官布告により、「民事刑事ノ上告ヲ受ケ上等裁判所以下ノ審判ノ不法ナル者ヲ破毀シテ全国法憲ノ統一ヲ主持スル」大審院を頂点に民事に関する控訴裁判所として（「控訴ハ民事ニ止マリ、刑事ニ及ハス」控訴上告手続第二条）、また、死罪相当事件につき管轄内の各府県に巡回裁判所として活動する四つの上等裁判所を中間に、そして各府県に一ヶ所づつ設置される府県裁判所をすべての民事事件の第一審、死罪相当事件をのぞく刑事事件の第一審（但し、終身懲役の宣告には上等裁判所の事前承認が必要<sup>(18)</sup>）とする裁判組織が法令上完成した。

ところで、大審院を頂点とする新しい裁判組織の創出は、当然、司法省職制の変更を伴う。大審院設置（四月一日、太政官布告第五九号）後の五月八日、司法省職制を改<sup>(19)</sup>ため、司法卿に裁判官を監督する権を認め<sup>(20)</sup>たもの、「但シ裁判ニ干預セス」としたからである。だが、変更されたのは司法省職制だけではなかった。検事職制も同時に改<sup>(20)</sup>正された。大久保政権成立後、真先きに行われた内務省への警察事務移転、それに伴い必要となった検事と司法警察との関係調整、そのため制定された明治七年一月二八日の「検事職制章程司法警察規則」<sup>(21)</sup>の中の検事職制章程が、司法省職制と同時に「再たび」改正されたのである。だが、再たびとはどういう意味か。

明治五年の司法職務定制は、わが国に初めて検事制度を導入した。しかし、その検事は、「第一 各裁判所ニ出張シ、聽断ノ当否ヲ監視ス、第二 検事ノ職ハ罪訟事端発スルニ始リ裁断処決ニ止リ未発ヲ警察スルノ事ニ干預セス 第

三 罪、犯、ノ、探、索、捕、亡、ヲ、管、督、指、令、ス、<sup>(22)</sup>ることを任務とするものであり、刑事事件だけでなく民事事件にも関与する検事であった。その第二四条は次のようにいう。

「聴訟（民事事件——筆者）ニハ検事必連班シ検事出席セサレハ判事獨り裁判スルコトヲ得ス凡詞訟アレハ検事先ツ其訴狀ヲ檢視シ詞訟人ノ情事ヲ熟察シ聴訟終テ判事解部ニ意見ヲ陳ス又孤弱婦女ノ訟ニ於テハ殊ニ保護注意シ貧富貴賤平当ノ權利ヲ得枉屈無カラシム」<sup>(23)</sup>。

それが、フランスの検察官を範型とした検事であり、<sup>(24)</sup>ジョルジュ・ブスケが「ミニステール・ピュブリック」の制として説明したものに依拠していた<sup>(25)</sup>ことは明らかであった。

だが、江藤退陣後の明治七年一月、司法警察規則と共に出された「検事職制章程」は、その職制を「第一 検事ノ職ハ犯罪事端已ニ発スル者ヲ検探シ其ノ未タ発セサル者ヲ警察預防スルノ事ニ干預セス 第二 犯人ノ探索逮捕ヲ管督指令ス 第三 司法警察官吏ヲ総攝ス」と定め、「各裁判所ニ出張シ聴断ノ当否ヲ監視ス」る、という司法職務定制が検事の職責と考えた任務を削除した。検事は、民事事件に一切関与しない、裁判所の聴断の当否を「監視」する権利も義務もない、「犯人ヲ検探シ良ヲ扶ケ悪ヲ除ク」（検事章程前文）だけの、「原告人ト為テ刑ヲ求ムルノ権」（第七条）だけを有する機関となった。それが、例外的場合のほか民事事件への関与を認めず、又、検事に法の擁護者、不法の監視者としての役割を認めず、もっぱら彼に刑事事件の捜査、訴追機関としての役割を期待したプロイセンの検察官（ドイツ型検察官）に倣うものであり、そこにプロイセンの検察制度を「百事簡儉ニシテ」<sup>(26)</sup>優れりとし、「目代ノ民事ニ於ルハ、強チニ必要ナリトセズ」とした井上毅の影のあったことは想像に難くない。

では、明治八年五月、司法警察規則と切り離して改正された検事職制章程の改正点は、一体何だったか。検事職制は、ただその任務を、「検事ハ非違ヲ案検シテ之ヲ裁判官ニ彈告スルコトヲ掌ル」と規定する。「非違ヲ案検シテ」

とは何か。九条からなる「検事章程」の文言から読みとれるのは、なるほど検事に現行犯の取り調べ、検察事務に關し警察官吏を管督する権利（第七条）、又、「罪犯ヲ拿捕スル為ニ警官ニ移牒シテ巡查ヲ使役スル事ヲ得其緊急ナルトキハ口ツカラ指令スルコトヲ得」る権利（第八条）が残されているが、犯罪捜査、検挙の第一線は地方の警察官吏であつて検事ではない、検事は、ただ、「彈告シテ判ヲ求ム」る権利、判決に上告する権利を持った訴追官庁にすぎぬ、ということであつた。明治八年改正は、前年一〇月発せられた「司法警察事務当分使府県へ委任可致」旨の太政官達<sup>(27)</sup>の確認だつた。

フランス型検察官からドイツ型検察官へ、捜査・訴追機関から訴追機関性の重視へ——この改正が、司法省権力の削減、内務省権力の絶対化という機能を果たしたことはいうまでもない。だが同時にそれは、検察官を弾劾主義の担い手として純化する側面をも持つものであつた。明治八年から九年にかけて小刻みに行われる捜査手続、裁判手続の整備は、このような検察制度の上に築かれていくのである。

(1) この路線は、江藤在任中、すでに地方官から猛烈な抵抗を受けなかなか進まなかつた。それは、地方官たちが裁判をもつて治政の要、道具と考える伝統的統治観に立っていたからである。例えば、断獄聽訟事務、捕亡事務の司法省への引渡しに反対した京都府は「抑々地方ノ官トシテ人民ノ訴ヲ聴ク事アタハス人民ノ獄ヲ断スルコトアタハス何ヲ以テ人民ヲ教育シ治方ヲ施シ可申哉……」と抗弁した。「法規分類大全第一編官職門：司法省十三」二一七頁以下。なお前掲染野・裁判制度六五頁以下、横山・刑罰・治安機構の整備二一八頁以下参照。

(2) 明治七年一月九日太政官達番外、法令全書（明治七年）三八〇頁。

(3) 明治七年一月一五日太政官達番外、法令全書（明治七年）三八五頁。

(4) 明治七年一〇月三日太政官達第一三二二号、法令全書（明治七年）三五六頁。

(5) 内務省職制及事務章程（明治七年一月一〇日太政官達番外）、法令全書（明治七年）三八〇頁以下。

(6) 「井上毅伝史料篇第三」所収のものに拠る、同書一一一、一一二頁。

- (7) この間の政治的推移、状況については、例えば信夫清三郎「日本政治史Ⅱ」四三〇頁以下参照。
- (8) 日本史籍協会編「大久保利通日記二」三三八頁。但し句読点は筆者。
- (9) この外交交渉におけるポアソナードの寄与、貢献そして井上毅の鋭い法律的センスを生き生きと画き出したのは大久保泰甫「ポアソナード」岩波新書七三頁以下である。
- (10) 信夫・前掲書四四九頁。
- (11) 「井上毅伝史料篇第一」五四、五五頁。
- (12) 「井上毅伝史料篇第一」五五頁。
- (13) 太政官布告第五八号、法令全書（明治八年）八一頁。
- (14) 太政官布告第九一号、法令全書（明治八年）一〇〇頁以下。
- (15) 太政官布告第九三号、法令全書（明治八年）一〇七頁以下。
- (16) 太政官布告第九二号、法令全書（明治八年）一〇六、一〇七頁。
- (17) 上等裁判所章程第二条、及び、巡回裁判規則、法令全書（明治八年）一〇三、一〇四頁参照。
- (18) 府県裁判所章程第一、第五条、法令全書（明治八年）一〇四、一〇五頁。
- (19) 司法省達第一〇号、法令全書（明治八年）一七五二頁以下。
- (20) 注（19）の司法省達による。
- (21) 太政官達第一四号、法令全書（明治七年）二六三頁以下。
- (22) 法令全書（明治五年）四七八頁。但し傍点は筆者。
- (23) 注（22）の法令全書四八〇頁。
- (24) 染野は、「民事事件において、検事は法律によって規定された事件については職権をもって行動する。検事は法令及び判決の執行を監視し、公共の秩序に関する規定においては職権をもってこの執行を遂行する」という一八一〇年四月二〇日のフランスの法律第四六号をあげ、これが司法職務定制の検事章程の内容に影響を与えているという。染野・裁判制度七〇頁の注（8）参照。
- (25) 福島は、三島中洲文書に残されたブスケの「目代官員ノ説」の説明が、江藤に影響を与え、司法職務定制の検事章程とな

ったのではないかと推測する。参照、福島・司法職務定制の制定とその意義四〇頁本文及び四二頁の注（2）。

(26) 司法職務定制の検事から、七、八年の検事への転化をフランス型検察官からドイツ型検察官への移行と把え、その背景、意味の検討を試みたのが横山晃一郎・明治初年における検察制度の導入過程―比較法的視点から―（鴨先生古稀祝賀論集「刑事裁判の理論」所収）である。この中で、この移行に井上毅の「仏国司法三職考」中の「目代考」草稿が何らかの役割を果したのではないか、という仮説を提唱してみた。

(27) 太政官達第一三二号、法令全書（明治七年）三五六頁。

### 三

一 井上が、「急成ヲ要ス」る立法作業の冒頭に掲げた治罪法の編纂作業は、しかし明治八年には公式のものとならなかった。この年九月、まず司法省内に設置されたのは刑法草案取調掛である。<sup>(1)</sup> 鶴田皓、平賀義質、名村泰蔵らをもって構成された取調掛は、まず合議で、「此刑法草案ノ大旨ハ欧州大陸諸国刑法ヲ以テ骨子ト為シ本邦ノ時勢人情ニ参酌シ以テ寰宇普通ノ成典ヲ編修セントスルニ在リ然ルニ欧州大陸各国刑法ノ内仏国刑法ノ編集尤モ前ニ在リテ諸国之レニ依ルモノ多ク且翻訳先ツ成ルヲ以テ能ク各人ノ耳目ニ慣レ其上仏国教師雇中ニ付質問ニモ便ナルヲ以テ先ツ仏国刑法ヲ基礎トナシ而シテ各国ノ刑法ニ及ハントス」<sup>(2)</sup>と編集方針を定め、直ちに作業を開始した。そして、ポアソナードの仏国刑法講解や助言をうけつつ、日本人委員の手で草案を起草、明治九年四月には司法省よりこれが正院に上呈され、「改正刑法名例案」として元老院の議に付された。しかし、不完全を理由に未審議のまま返還され、ここにポアソナードの起案する草案を原案とし、その翻訳、説明に対する質疑で草案審議、草案作成をはかる、という刑法編纂作業は始まる。<sup>(3)</sup>

治罪法草案の作成が司法省の公式の日程にのぼるのは、刑法草案取調掛の草案作成が終った明治一〇年末である。<sup>(4)</sup>

西南戦争の終つたこの年一二月一七日、司法省内に治罪法取調掛が置かれ<sup>(5)</sup>、大検事岸良兼養を長にボアソナード、石井豊七郎、横田国臣ら六名が委員に任じられた<sup>(6)</sup>。そして治罪法編纂作業は、刑法草案作成同様、まずボアソナードが草案を仏文で起草、その翻訳、説明を基礎に質疑討論を進め、修正案を作成するという形で進められることとなる<sup>(7)</sup>。

治罪法草案の作成が司法省の正式日程にあがるのは、このように明治一〇年末である。だが、治罪法編纂の準備作業は明治八年頃からすでに開始されていた。すなわち、八年一月七日、司法省は各府県に対し、各藩法律治罪の慣習法を取り調べ差し出すよう達<sup>(8)</sup>を発し、二月七日からは、ボアソナードによるフランス治罪法逐条講義が三〇回以上にわたって司法省関係者に対し行われるからである<sup>(9)</sup>。そして九年秋には、具<sup>(10)</sup>体的な編纂準備への着手がなされる。司法卿大木喬任の右大臣岩倉具視宛文書<sup>(10)</sup>（明治九年九月二八日）は、これにつき、こう述べた。

「法律ノ改正スヘキ者指屈スルニ勝ヘス而シテ刑法改定草案之事ハ既ニ本年一月政始之日ニ於テ進奏セリ爾來委員ヲ督促シ草案將ニ成ラントス夫レ既ニ刑法アリ又治罪法ナカルヘカラス今我國ニ於テ行ハル所之拿捕勾引推鞠法之類速ニ改正セサルヘカラサル者一ニシテ足ラサルナリ因テ治罪法案之事項コロ既ニ僚員ニ命シテ編纂ニ着手セシム抑刑法治罪法ハ政府ト人民ノ間ニ管スル条規ニシテ一日モ無カルヘカラサルハ固ヨリ不俟論」<sup>(11)</sup>（傍点は筆者）。

それが相当具体性を備えたものだったことは、明治一〇年一月現在の治罪法編纂委員名が「編纂沿革」<sup>(11)</sup>に記されている（大木喬任、岸良兼養、岡田重俊、横田国臣、清浦奎吾の五名）ことから推測されよう。

そして、九年一〇月一二日から警視庁で、グロースによる一四六回のフランス治罪法講義も開始された<sup>(12)</sup>（終講は明治一一年七月八日）。わが国最初の西欧型刑事手続に関する大法典、治罪法編纂作業は、こうして、八年、九年、一〇年とその動きを早めるのである。

二 治罪法編纂への着手は、もちろん、刑事手続改良作業の必要を減じるものではなかった。内務省に取り込まれ

た警察、使府県に委任された司法警察事務と検察との関係調整、探索捕亡手続の法定化、明確化は、早急に解決すべき課題であったし、まだ裁判所を設置してない県の裁判組織への取り込み、法曹養成の拡大も、漸次的改正の積み重ねを待っていたからである。治罪法編纂の進む時期は、その意味で、その実施、施行に向けての準備期、小改革積み上げの時期であった。

まず、行政警察と司法警察との関係、検事と司法警察との関係明確化に向けた二法令が明治八年発布された。一つは、「行政警察豫防ノ力及ハスシテ法律ニ背ク者アルトキハ其犯人ヲ探索逮捕スルハ司法警察ノ職務トス之ヲ行政警察ノ官ニ於テ行フトキハ検事章程並司法警察規則ニ照スヘシ」とした三月七日の「行政警察規則」<sup>14</sup>第四条、そしていま一つは、「司法警察事務当分使府県ニ委任」の太政官達（前年一〇月三日）を承け、「司法警察官吏ヲ総撰スル職務（前年一月二八日の検事職制章程の職務）を切り落した五月八日の「検事職制章程」改正<sup>15</sup>である。これにより犯罪の捜査は、原則として使府県の「地方行政警察官吏」が、現行犯と非現行犯の場合とを区別した「司法警察規則」（前年一月二八日）にしたがい、実施することとなった。しかし、検事が司法警察官吏を「総撰」という前提で作られている司法警察規則、検事派出のない多数の県に触れることのない司法警察規則の不備は明らかであった。

この不備を補い、更に進んで新しい犯罪捜査の機構を創出したのが、明治九年の二つの仮規則である。すなわち、この年四月二四日、府県裁判所に糺問判事を設ける「糺問判事職務仮規則」<sup>16</sup>と「司法警察仮規則」<sup>17</sup>が司法省から各裁判所及び各府県に達せられた。糺問判事とは、フランス治罪法にいう予審判事である。この予審判事制の導入により、警察・検事による犯罪捜査、そして裁判所への起訴という捜査・訴追の構造は大きく変更された。では、この糺問判事の新設と、司法警察規則の改正によって、刑事手続、とくに捜査手続はどのようなものとなったか。この二つの「仮規則」から浮かび上がるのは、以下のような捜査の姿であった。

一 捜査の主体 「罪犯ヲ探索検視シテ事証ヲ取り各裁判所ニ付スル」司法警察の処分を行うのは、「第一 検事及検事補 第二 地方警部及警部補 地方ノ便宜ニ依リ区戸長ヲシテ警部ノ事ヲ兼ネシムルコトヲ得」である（司法警察仮規則一、三条、以下司警仮と略）。第二の警察官吏は、違警犯については司法警察の処分権を有するが、その他の犯罪については検事の補助として行動する。但し、検事が派出されていない県については（当時それが大半であった）地方官の命を受けて行動する。検事の派出された県でも、警視庁長官、地方長官は「急遽ノ時ニ於テハ直チニ司法警察ノ事ヲ専行シ而後検事ニ報告スルコトヲ得」る（司警仮三条）。

二 捜査手続 捜査手続は、現行犯とそれ以外の場合とで判つきり区別される。現行犯手続で処理されるのは、「現ニ行フ罪犯及現ニ行ヒ終リタル罪犯」のほか、現行犯に准ずるものである。「衆人指名シテ其犯主タルコトヲ哄伝シ若クハ凶器文書其他罪犯ノ證據タルベキ物ヲ携帯シ犯人ト思察スヘキトキハ犯罪ヨリ時日ヲ過キタリト云ヘトモ亦現行犯ニ准ス」（司警仮一三条、傍点は筆者）とされた。

1 現行犯手続 巡査が現場に急行したときは現場保存、証拠保存して司法警察官（検事、警部ら）の到着を待つ。それが速かに期待できない場合、直ちに「検視処分」（犯罪と犯人の状況を観察し、加害者、被害者、目撃者の供述を聞き、証拠を押収し、検視明細書を作成する行為、司警仮一四條）を行う（同一三条）。司法警察官が現場に到着したときは、巡査、被害者、目撃者、近隣の人など関係者から事情聴取を行い、それぞれの供述調書に押印させ（同一六條）、「現行犯ノ證據アル」ときは被疑者を逮捕（逃亡の場合巡査に追捕を命ずる）、直ちに糺問の上自白調書を作成、押印させる（同一七條）。処分終了後、罪證あるときは被疑者を勾留、検視明細書ら一件記録、証拠物をそえ速に判事へ送り、裁判を請求する（同一二一條）。なお、現行犯の場合、現場に急行した警部は「検事ノ行フヘキ一切ノ事ヲ行フ」権利と義務を負う（同八條）。糺問判事も同様である（糺問判事職務仮規則三条）。

2 現行犯以外の手続 告訴、告発のあつた事件については検事が書類を審査し、あるいは一応訊問の上犯罪と考へるときは、文書をそえ糺問判事に送付する。もつとも、「時宜ニ依リ」自ら証拠を集め、取調べを行い自白調書を作成、現行犯の場合同様、裁判を請求することもできる（同二二条）。しかし、「重罪犯若クハ犯情繁難ナル者ハ検事ヨリ糺問判事ニ付シテ下調ヲ請」わなければならぬ。下調終了後、検事は更に証憑文書を受け取り裁判所に裁判を請求する（同六条）。

三 糺問判事による取調べ 糺問判事が置かれるのは各府県裁判所である。府県裁判所は、判事又は判事補の中から糺問掛判事を定めなければならない。但し、裁判所の設置されていない県は、「臨時ノ便宜ニ従フ」（糺問判事職務仮規則一条、以下糺・判・仮と略）。検事から、犯罪に関する証拠物、書類を送付された糺問判事は、必ず速かに糺問を行わなければならない（糺・判・仮四条）。糺問のため糺問判事に認められるのは、搜索、差押えの権（同七条）、逮捕、勾留（同九条）、糺問の権（同五条）、そして証人喚問、引致、訊問の権（同一二一六条）である。糺問及び訊問の結果は、すべて調書にとり、供述者に押印させる（同五、一三条）。

糺問の結果、無罪あるいは違警犯と判断したときは、検事に通知後、放免するか警察にこれを引渡す（同一七条）。これに対し、軽・重罪と糺問判事が判断したときは、証拠書類、証拠物をそえ検事に還付しなければならない（同一八条）。糺問判事の「下調」に不服ある場合、検事は他の糺問判事に再度下調を請求するか、直ちに判事に裁判を請求することができる（司警仮七条）。

三 これが、二つの仮規則が実現しようとした捜査手続であつた。たしかに、ここには、治罪法にある告訴、告発、「民事原告人ノ起訴」という、被害者の側からの、国民の側からの処罰要求に対応する規定は、含まれていない。又予審被告人の保釈に関する規定も、欠いている。しかし、その全体の構造は、すでに治罪法における捜査・予審の構

造を、その骨格において示し始めていた。そして、この二つの仮規則で示された捜査・予審の骨格に、明治一二年七月二九日の「被害者ヨリ吟味願出ルモノハ畢竟刑事附帯ノ私訴ト看做スヘキモノナリ故ニ之ヲ受理シテ其刑事裁判ヲ為ス時ハ必ス其附帯シテ起ル所ノ民事ノ裁判ヲモ与フヘシ」との司法省達<sup>(18)</sup>、明治一三年四月二〇日の非現行犯についての告訴・告発手続についての司法省達<sup>(20)</sup>、更に、明治一〇年二月九日の保証人を立て保証金を積ませ積放を認める、「保釈条例」という衣を着せるなら、そこに仮縫と仕立上りの違いこそあれ、先取りされた治罪法の姿を見ることは容易であった。

- (1) 司法省内に「新二別局」を開き、刑法草案取調掛を置いたとされるのは九月一五日である。早稲田大学鶴田文書研究会「刑法編集日誌日本帝国刑法草案」(日本刑法草案会議筆記別冊) 三頁。
- (2) 「日本刑法草案会議筆記」IV 二八六九頁。
- (3) 旧刑法編纂過程については、新井勉・旧刑法の編纂(一)、(二)(法学論叢九八巻一号、四号)がもっとも詳細かつ厳密な研究である。
- (4) もっとも明治一三年四月九日元老院で治罪法審査修正案の説明に立った内閣委員清浦奎吾は「明治十年九月司法省ニ於テ本案編纂ニ着手スルヤ」と述べている。なお一〇年七月とするものに尾佐竹猛「明治文化史としての日本陪審史」一四六頁、および小早川「明治法制史論公法之部」下巻一〇七〇頁。
- (5) 司法省編「司法沿革誌」四四頁。
- (6) 小早川「明治法制史論公法之部」下巻一〇七〇頁。
- (7) 治罪法編纂の過程は、なお、不明な部分が多い。利谷信義・天皇制法体制と陪審制度論(「日本近代国家の法構造」所収)はこの間隙を埋める貴重な研究である。ここではボアソナードの治罪法草案と審査局の審査局修正案に、なお存在した陪審が誰によって、なぜ削除されたか、が民権運動とのからみで考察されている。本稿は、これをうけ、陪審が、ボアソナードらの治罪法草案の中でもった意味を、明治五年來積み上げられた刑事手続改革の総体との対比で明らかにしようとする。
- (8) 司法省達第三〇号、法令全書(明治八年)一七六一頁。

- (9) これはフランス治罪法を一条一条講義したもので三一回分（二月七日から二月四日まで）二一六条までのものは、司法省蔵版「仏国治罪法講義」（名村泰藏譯）として明治十一年五月に刊行された。終講日、回数不明であるが、司法省官吏を対象に行われたフランス実定法講義の一つ、いわゆる「治罪法會議」ではないかと思われる。参照、大久保「ボアソナード」五六頁。
- (10) 「法律起業之儀ニ付申稟」（司法省刑事局・旧刑法、治罪法及旧刑事訴訟法編纂沿革（一）・法曹会雜誌八卷八号一〇九頁）。
- (11) 注（10）の一一六頁。
- (12) これも、警視局蔵版「仏国治罪法講義」として刊行されている。
- (13) 法曹養成の狙いも兼ねて明法寮で法学生徒に対するフランス法講義が開始されるのは明治五年秋（ブスケによる）であるが生徒の数は二〇名に足りなかった。明治八年五月、明法寮廃止とともに司法省に教師、生徒とも引きつがれ、司法省法学校となり、翌九年三月以降、法学生徒の募集が行われ、わが国法曹の養成に大きな役割を果すことになる。手塚豊・司法省法学校小史(1)、(2)、(3)（法学研究40巻6、7、8号）はこれに関するもっとも詳細かつ興味ある研究である。
- (14) 明治八年三月七日太政官達第二九号、法令全書（明治八年）五三九頁以下。
- (15) 明治八年五月八日司法省達第一〇号、法令全書（明治八年）一七五三頁以下。
- (16) 司法省達第四七号、法令全書（明治九年）一三八九頁以下。
- (17) 司法省達第四八号、法令全書（明治九年）一三九一頁以下。
- (18) 司法省達丙第九号、法令全書（明治一二年）一一三一頁。
- (19) 司法省達丙第五号、法令全書（明治一三年）一四七九頁。
- (20) 太政官布告第一七号、法令全書（明治一〇年）一三三頁。

#### 四

一 明治九年四月二四日の二つの仮規則が、捜査の構造、捜査手続の外枠を定めたとすれば、同年六月一〇日の改定律例第三一八条の改定は、従来の捜査手続の目標、したがって又、捜査の方法に抜本的変革をもたらさず、筈のもので

あつた。すなわち、この日の太政官布告第八六号は、「凡罪ヲ断スルハ口供、結案ニ依ル……」とあつた同条前段を、「凡ソ罪ヲ断スルハ證ニ依ル……」と改正<sup>(1)</sup>、有罪言渡しに自白は必ずしも不可欠のものではなく、証拠があればそれで十分、としたのである。

それが、断罪条件の緩和を意味することはいうまでもない。だが、それにつきるものでは勿論なかつた。自白が有罪言渡しに不可欠なものとするれば、発見されたその他の証拠から有罪認定が可能な場合にも、彼が否認すれば有罪判決はできないことになる。断罪には自白が不可欠という前提を維持しつつ、妥当な結論を得ようとするれば、この場合自白追及のための拷問を認める以外ない。だが、一旦自白追及の手段として拷問を認めれば、拷問の条件、例えば、有罪認定に十分な他の証拠の存在など、殆んど問題にもされなくなる。そして自白獲得にむけ拷問が動員される。「凡罪ヲ断スルハ口供結案ニ依ル」という旧規定の改正は、このような、捜査機関の主観的嫌疑を容疑者の自白で確認しようとしてきた捜査慣行の根拠そのものを奪う意味をもつものであつた。

そのことは、この改定律例改正の動機を与え、強力に改正に向けて政府を動かしたのが、ボアソナードの拷問廃止建白書であり、彼の拷問廃止へ向けての熱情であつたことからも覗えよう<sup>(2)</sup>。すなわち、明治八年四月、上等裁判所法廷で行われていた拷問の惨状を目撃したボアソナードは、司法省法学校で数時間にわたつて拷問の惨酷さ、不合理さを説き、帰宅するや直ちに司法卿あてに拷問廃止を求める書簡を認めた。そして五月二〇日、改めて、拷問が人道に反し、刑事被告人の自己防衛権を侵害し、不合理（自由な自白すら必ずしも信用できない、いわんや拷問による自白においておや）であり、かつ、日本の尊厳と条約改正の利益を傷つける旨の拷問廃止理由書を司法卿に提出した<sup>(3)</sup>。政府は、これに動かされ直ちに正院の政体取調掛に指示、拷問廃止の検討を命じた。この指示を受け、熱心に拷問廃止のための具体案作成にあつたのが、井上毅である。井上は、ボアソナードと質疑を重ねた上<sup>(4)</sup>、大臣・参議あてに以下

のような拷訊廃止意見案を作成した。

「謹而按スルニ現今国法ノ慘ナルコト拷訊ヨリ甚シキハナシ陋習野俗一日モ以テ盛時ニ存スベカラズ拷訊廢セズ而シテ国法以テ外国ノ民ヲ統治セント欲スル其レ雖イカナ故ニ法ヲ論スルハ拷訊ヲ廢スルヨリ急ナルハナシ……抑々拷訊ヲ廢セハ從テ断罪法ヲ改メザルベカラス改定律例第三百十八条ニ云凡ソ罪ヲ断スルハ口供結按ニ据ル是レ旧断罪法ナリ然ルニ犯人ノ口供甘結ヲ得テ然ル後罪ヲ断セント欲セハ必ス拷訊ヲ用ヒザルコトヲ得ス因テハ并セテ本条廢セラレベク……」<sup>(5)</sup>（傍点筆者）。

これを見れば、明治九年六月一〇日の改定律例の改正が、拷問廃止の一環、拷問の根拠を奪う布告だ<sup>(6)</sup>ったことは明らかであった。

二 ところで、「口供結案」を断罪の条件としない、となれば、改めて断罪の条件、すなわち、断罪に用いることのできる証拠の確認、法定、更にこのような証拠獲得の前に立ちふさがる障碍の除去が、必須の条件となる。井上が、ボアソナードの意見をきき作成した「意見案」で、(1) 断罪の法の概則（断獄大則）を定める必要、(2) 犯罪の告発を国民に義務づける法（罪犯告発心得条例）制定の要、(3) 偽証処罰に関する法（偽証律）布告の必要をと<sup>(7)</sup>き、新律綱領拷訊の条および改定律例第三一八条廃止の布告案に副えて、これらの法律案を付す、としたのはこのためであった。

だが、ボアソナード建白書から一年、太政官から布告されたのは、ただ、改定律例第三一八条の改正だけであった。契機となった、肝心の拷問即時廃止には、元老院内に強い危惧があったからである。そのことは、明治八年七月一五日内閣から拷訊廃止の議案を送られながら元老院がこれを決せず、ために改めて改定律例第三百十八条の改正意見書だけを切り離し元老院にかけざるを得なかつた事実<sup>(8)</sup>からも察しられよう。例えば、改定律例改正案審議中出され

た楠田英世の、「証拠条目」を附加すれば更に可の意見に対し、河野敏鎌はこれを「急要ノコトニ非ス」と退ぞけ、更にこう述べた。

「本案の主意ハ全ク拷訊ヲ廃スルニ非ス勿論廢スルヲ欲セサルニ非スト雖ドモ強盜ノ如キニ至ッ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」<sup>(9)</sup>

このような反対意見の背後に、「如此ノ風ノ存スルハ歐米各国ニ愧ルアル言ヲ俟タスト雖モ警察ノ方未タ備ハラス証拠裁判ノ術未タ熟セス遽ニ拷訊ヲ廢セハ恐クハ陰險凶惡ノ徒因テ以テ法網ヲ脱シ反テ良民ヲ戕害スルニ至ラン」と<sup>(10)</sup>いう治安状況に関する不安があつたことは確かであつた。最大の士族叛乱西南戦争を前に、風雨まさに強まらんとする状態にあつたからである。

では、井上が、改定律例の改正に伴うべきものと考えた罪犯告発条例等の新設はどうなつたか。改定律例改正案を「天皇臨御」のもとで可決した元老院は、二〇日後の六月一二日、議官陸奥宗光提出の「罪犯告発條例刑事証人條例及ヒ偽證律ヲ設ルノ意見書」および條例案、律案の第一読会に入り、七月六日、その第三読会を終える。<sup>(11)</sup>しかし、これが議案となることは遂になかつた。

だがしかし、いま一つの点、断獄大則の定めは、太政官布告あるいは達の形はとらなかつたが、司法省達の形で実現した。すなわち、「前件ノ証拠ニ依リ罪ヲ断スルハ専ラ裁判官ノ信認スル所ニアリ」という後文（自由心証主義の宣言）の前に、八種の証拠方法を列挙した八月二八日の「断罪証拠」<sup>(12)</sup>がそれである。列挙されたのは次の証拠だつた。

「第一 被告人真実ノ白狀

第二 被告人又ハ其他ノ文通又ハ毛筆ノ文書

第三 相当官吏ノ檢視明細書

第四 証左及参考ノ陳述

第五 裁判所ヨリ任シタル鑑定人ノ報告

第六 証拠物品

第七 徴驗（仏語アンチス）

事実ノ推則（仏語プレソンプション、ド、プエー）

顯述（仏語エヴィダンス）

第八 法ノ推測（仏語プレソンプション、レガル）

フランス語をそえた、特異なこの司法省達が、ボアソナードの案にもとづくことは、誰の目にも明らかであった。<sup>(13)</sup>

三 一方、大阪会議↓大審院設置で敷かれた大審院の下への裁判権統一、そして裁判権行使の地方的偏よりの矯正、中央による裁判統制を目指す上訴制度の整備も、この間、進化した。<sup>(12)</sup> 大審院設置後、確かに、全国に四つの上等裁判所が置かれ、各府県の裁判権行使はその管轄下に服す、という体制がとられた。しかし、府県裁判所の設置された府県は、半数に満たず、裁判所の設置されていない府県では四課のうち一課を断獄聴訟事務にあて地方官が判事を兼ねる、というのがその実状であった。<sup>(15)</sup> 裁判所さえ設置できないという状況の下で、検事がすべての府県に派出できないのも当然である。明治八年一二月の「地方警察官ハ直ニ検事ノ務ヲ行フ者ト心得」る旨の司法省達第四十四号<sup>(16)</sup>は、この現実の確認であった。それにも拘らず、大審院の下への裁判権統一の願望は、明治九年九月一三日の「府県裁判所ヲ改メ地方裁判所ヲ置」く太政官布告<sup>(17)</sup>を生み出す。すなわち、「各府県ニ一ノ裁判所ヲ置キ一切ノ民事及刑事

懲役以下ヲ審判スルの方針（明治八年五月の府県裁判所章程第一条）を一変、全国に二三の地方、裁判所を置き、その地方裁判所に一乃至三府県の裁判事務を掌握させることと定めたからである。曲りなりにも、それは、地方行政からの裁判権切り離し、大審院を頂点とする統一的裁判組織創出への一歩であった。

裁判組織の統一、ピラミッド的構成は、もちろん、裁判権行使を中央の統制下に均一化するためである。上訴制度、下級裁判所監督機構の整備が、これに伴ったのは当然であった。大審院諸裁判所職制章程が公布された明治八年五月二四日、「控訴上告手続」が同じく太政官から布告された<sup>(18)</sup>。刑事控訴は認められなかった（第二条）が、「違警罪及死罪ヲ除クノ外、一切ノ刑事、皆上告スルコトヲ得」（第二十八条）とされた。死罪が除かれたのは、死罪にあたる事件の専属管轄裁判所、上等裁判所（上等裁判所章程第二条）の死罪判決案は大審院に具申され、その「批可ヲ得テ然ル後ニ決行ス」（同第三条）とされていたからである。上告権を有するのは第一に被告人（囚人と表現された）、第二に検事（「検事無キノ地方ハ警察官之ニ代ルコトヲ得」である（同第二十九条）。被告人は、裁判言渡しの日から三日以内に当該裁判所に上告願状を、十日以内に上告趣意明細書を提出すべきもの、とされた（第三十条）。上告期間および上告中、裁判の執行が猶予されるのは勿論である（第三十三条）。

この刑事上告手続は、明治一〇年二月一九日改正された。しかし、それは、殆んど字句の修正にとどまる<sup>(19)</sup>（例えば、上告権者の第一に「囚人」とあったのを「刑ノ言渡しヲ受ケタル者」と修正）。一方、刑事にも控訴をという声が、元老院にあがった。そして、「刑事控訴ヲ聴ルスノ意見書」と「刑事上告手続追加案」（いずれも河野敏謙提出）は、明治九年六月二七日第三読会を通過する<sup>(20)</sup>。しかし、意見書は遂に採用されるところとはならなかった。ただ、明治一〇年七月六日、再審が、司法省の「訟獄八日一日ヨリモ多ク其情千状萬態ニシテ裁判ノ繁難ナル実ニ言フヘカラル者アリ、……偏ヘニ恐ル、裁判ノ或ハ疎漏失誤ヲ免レスシテ人民ノ枉冤ニ沈ム者往々ニシテコレアラランコトヲ、

司法卿ノ職ニ居リ焉ソ之ヲ坐視傍觀ニ附スルコトヲ得ン、必ス之ヲ救正スルノ方法ヲ求メサルヘカラサルナリ」の建議<sup>(21)</sup>（十年五月十八日）を承け、「司法卿其裁判ヲ允當ナラスト思量スル者アル時は検事ヲシテ再審ヲ求メシムルコトヲ得ヘシ」（太政官布告第四十九号）という形で採用されたにとどまる<sup>(22)</sup>。

しかし、明治八年以後、法制面で積み重ねられた刑事手続の改正、整備を総体として眺め、更に、八年以降急ピッチで進められる司法官増員——明治七年の判、検事数二九八名、同八年四〇九名、九年五一四名、十年六六三名、十一年七二四名、十二年七四五名<sup>(23)</sup>——の姿を目にすると、治罪法編纂作業の進む時期は、その実施、施行に向けての準備期、小改革積み上げの時期であった、と、いつて決して過言でないことが理解されよう。

(1) 法令全書（明治九年）六七頁。

(2) 拷問廃止へのボアソナードの貢献については、杉村虎一述・大谷美隆記・拷問廃止とボアソナード氏の功績（「法律及政治」六卷八号）のほか福島正夫・ボアソナード博士の人格と拷問制反対活動（「法学セミナー」二一六号）、大久保「ボアソナード」など多数の文献がある。拷問廃止過程の研究としては手塚豊・明治初年の拷問制度——その廃止過程の一研究——（「明治初期刑法史の研究」所収）、同・拷問廃止に関連する諸法律案（法学研究三四卷三号）同・井上毅の拷問廃止意見とボアソナードの井上宛書簡（法学研究四一巻一号）。本文の記述は、これらの文献による。

(3) ボアソナードの書いた一八七五年四月一五日附の書簡の前文、五月二〇日の拷問廃止の理由書の詳しい要約は大久保「ボアソナード」九九頁以下にある。

(4) 手塚・井上毅の拷問廃止意見とボアソナードの井上宛書簡、参照。

(5) 「井上毅伝史料篇第一」五八頁。

(6) 拷問が法律上廃止されたのは、明治一二年一〇月八日の太政官布告第四二号によってである。この元老院における審議については「元老院会議筆記前期第六卷」二三一頁以下参照。

(7) 「井上毅伝史料篇第一」五八、五九頁。しかしここには「別紙」に書かれた法律案は収録してない。これにつき、手塚・

拷問廃止に關連する諸法律案参照。

- (8) 明治九年四月一三日元老院に「改正律例第三百十八條改正」の意見書を提出した陸奥宗光の理由説明に次のようにある。  
「昨年中拷訊廃止ノ議案ヲ本院ニ下附セラレ……然レドモ久シク我治罪法ノ一ニ居レル拷訊ヲ一旦廃止セハ裁判上ノ實際恐ラクハ妨碍アル可シ故ニ之レ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……故ニ今三百十八條ヲ改正シ其本原ヲ治メ以テ法律ノ進歩ヲ促サント欲ス」(「元老院會議筆記前期第三卷」四一、四二頁)
- (9) 「元老院會議筆記前期第一卷」二四四頁。
- (10) 明治一二年三月一日の拷訊廃止に關する「司法者上申」中の一節。法規分類大全一・刑法二ノ三七七。
- (11) 「元老院會議筆記前期第三卷」七九頁以下。
- (12) 明治九年八月二八日司法省達第六四号、法令全書(明治九年)一四〇〇頁以下。これには「断罪証拠ノ儀ハ各其心得モ可有之候得共為念左ニ相示候」旨の前書がある(傍点は筆者)。
- (13) 例えば大久保「ボアソナアド」一〇九頁参照。
- (14) この過程をそのまま司法権強化のプロセスとみてならないことは当然である。大審院設置の際、左右大臣のいづれかを以てあてるとされた大審院長の座が一等官をもつてあてるとなり、更に明治一〇年一月の「裁判所職制章程等改正案」では、その「一等」さえ除かれようとしたからである。参照「元老院會議筆記前期第四卷」二九頁以下。しかしこれは、反対が多く、改正案は否決された。
- (15) 県治条例の定めによる。なお、明治八年六月八日司法省は、県令参事等判事兼任の諸県に、判事補兼任の判任官の氏名を届けるよう達した(司法省達番外)がその諸県の数は四七にのぼった。参照、法令全書(明治八年)一七八三頁以下。
- (16) 法令全書(明治八年)一七六四頁。
- (17) 太政官布告第一一四号、法令全書(明治九年)一五四頁。
- (18) 太政官布告第九三号、法令全書(明治八年)一〇七頁以下。
- (19) 太政官布告第一九号、法令全書(明治一〇年)一八頁以下。改正経過につき「元老院會議筆記前期第四卷」七六頁以下参照。
- (20) 「元老院會議筆記前期第三卷」四二頁以下。

(21) 法規分類大全一・治罪門一ノ一一三。

(22) これは「民刑訴訟ノ上告裁判ヲ経タル者再審案」として元老院に附議、議決されたものである。「元老院會議筆記前期第四卷」一九三頁以下参照。しかしこの布告はやがて厄介視されるに至る。その点につき、布告廃止に関する「法制局議案」(明治一三年二月二六日、法規分類大全一・治罪門一ノ一一七)参照。

(23) 手塚・司法省法学校小史(3)法学研究40卷八号五六、五七頁。

## 五

一 明治一三年七月一七日、治罪法は、刑法とともに太政官布告第三十七号として公布された。<sup>(1)</sup>この年四月九日、内閣から元老院に四八〇条の「治罪法審査修正案」が審議のため下付されたが、内閣委員清浦奎吾は、その概略をまず、次のように述べた。

「夫レ本案ハ犯罪ヲ搜索スルニ起リテ裁判言渡ヲ執行スルニ至ル迄、刑事訴訟審問一切ノ手続ヲ規定シ細大遺ス無ク網羅是盡セリ……全部ヲ六編ト為シ各編ヲ廿二章ニ大別シ又各章ヲ十四節ニ細別シ、事件ノ細大ニ從テ節目瞭然秩序粲然タラシム、誠ニ至盡ノ者ト云ツヘシ」(句読点、傍点は筆者)

治罪法の構成、体裁が、それ以前のどの法令にもまして優れていたことは、議官の一人齊藤利行が、「惟フニ完璧ト言フモ不可ナカラン」<sup>(3)</sup>と述べたことから推測するに充分であった。では、「治罪法審査修正案」の内容はどうか、それは、それまでの刑事手続に関する法令を、どの点で凌駕するものであったか。清浦奎吾が、その法案説明の中で、「新旧ノ法律ニ対照シ其ノ旧慣行ニ係ル者ハ之ヲ略シ其小節目ニ渉ル者ハ之ヲ省キ而シテ新設ニ係ル所ノ大綱目ヲ臚陳ス」として挙げた点は、次の諸項目である。<sup>(4)</sup>

(1) 「刑事附帯ノ民事ノ訴」を認めたこと

- (2) 「期滿免除」(時効)を公訴に認めた点、
- (3) 皇族、大臣らの犯罪、および国事に関する重罪の審理を高等法院で行うとした事、
- (4) 現行犯を除き、「人身自由家宅不侵ヲ以テ治罪ノ原則ト為シ裁判確定ニ至ル迄ハ無罪純白ヲ以テ被告人ヲ待ツモノニシテ百般ノ処分中苟クモ此原則ニ戻ル者アルトキハ当局者ハ民事ノ責ヲ免ルヽコトヲ得ス」との精神で令状物件差押の規定を作ったこと、
- (5) 「裁判公行ヲ以テ一大原則ト定メ檢察官公訴ノ旨趣ヲ弁明シ原被對質辯論シ辯護人ハ公訴ヲ辯駁シテ被告人ヲ保護シ裁判官ハ静默其衷ヲ裁シ」という建前の採用、
- (6) 再審の訴を認めたこと
- (7) 復権規定の新設

だが、清浦が「新設ニ係ル所ノ大綱目」として列挙した諸点を、それ以前積み重ねられてきた刑事手続改正の総体と対比するなら、新規のものあまりの少なさ、小ささは驚くほどであった。附帯私訴、再審は、決して新設のものではなく(二三六、二四二頁参照)、(3)、(7)は、「大綱目」というには程遠かった。(4)は、捜査規定立案の精神を格調高く説いたが、それすら決して新しいものではなかった。なぜなら、明治七年一月二八日の「司法警察規則」は、すでに、「現行ニ非ス及ヒ犯罪ノ證據ヲ得ルニ非サレハ容易ニ人ヲ逮捕又ハ拘留シテ人民ノ權利ヲ侵害スヘカラス」(第二十三条)とただけでなく、「凡ソ逮捕拘留ハ已ムコトヲ得サルニ出ツ口書證印ノ日ニ至ル迄ハ其罪ノ有無未タ知ル可ラス視テ罪囚トナスコトヲ得ス」(第二十六条)としていたからである。このように眺めれば、新規の「大綱目」として残るのは、公訴時効の採用、裁判公開、<sup>(6)</sup>刑事弁護の許容という三つにすぎないことに気付こう。しかも、後の二者は、治罪法以前すでにその前史をもつものであった。すなわち裁判傍聴という形ではあるが、「断刑処決之

節」新聞紙上版人に（五年五月二九日）、願いがあれば戸長、副戸長に（五年十一月五日）、又、司法省官員、明法寮生徒に（六年一月二〇日）許可され、刑事弁護も、代言人規則の作られた明治九年九月二五日刑事弁護制取調方の司法省伺にみられるごとく、検討課題とされていた。<sup>7)</sup>

二 元老院に内閣から下付された「治罪法審査修正案」は、このように、外觀の美に比し内容に新鮮さを欠く感は否めなかった。だが、ボアソナードが原案を作り、取調掛が論議して成った六五〇条の治罪法草案、明治一二年九月二五日大木司法卿より太政大臣三条実美に提出された治罪法草案、その草案審査のため設けられた「治罪法草案審査局」を通過し、翌一三年二月二七日太政大臣に上申された五三〇条の草案は、四月九日内閣から元老院に附議された「治罪法審査修正案」（四八〇条）と決して同じではなかった。

内閣委員村田保は、清浦の趣旨説明のあと、立って次のように述べた。

「治罪法設立ノ大意ハ番外二番（清浦を指す、筆者注）已ニ縷述セシヲ以テ亦贅セスト雖モ、今其遺漏スル所、即チ陪審ノ一事ヲ弁セントス、抑陪審ハ司法省起草按及ヒ審査局修正按トモニ之ヲ載セタリ、然ルニ内閣ニ於テ断然之ヲ削除セ」（リ、傍点、句読点筆者）

ボアソナードが関与した「治罪法草案」、そして審査局修正案には陪審が重罪裁判所に置かれることとなっていたのである。ボアソナードは、この陪審について、その「治罪法草案註解」の序文で、こう記していた。

「至大ノ新制ト謂フ可キモノハ、実ニ重罪事件ノ裁判ニ陪審ヲ干預セシムルコト、是ナリ、陪審ノ制ハ欧米諸国ノ法典ニ之ヲ定メサルハナク、而シテ論者或ハ我国ニ行フハ尚ホ早シト云フ者アラン、然レトモ我、法、制、ヲ、シ、テ、能、ク、他、国、ノ、法、制、ト、対、行、セ、シ、メ、ン、ト、セ、ハ、必、ス、此、設、ア、ル、ヲ、要、ス、ル、ニ、依、タ、リ、都、テ、新、法、ハ、我、国、在、留、ノ、外、国、人、ニ、モ、亦、之、ヲ、適、施、ス、可、シ、是、レ、輕、忽、ニ、看、過、ス、可、ラ、サル、所、ニ、シ、テ、而、シ、テ、其、要、外、国、人、ヲ、シ、テ、我、国、ニ、於、テ、モ、刑、事、裁、判、ノ、公、平、ヲ、保、ス、可、キ、法、制、ア、ル、ヲ、知、ラ、シ

ムルニ在リ」<sup>(8)</sup> (傍点、句読点とも筆者)。

治罪法草案中、「至大ノ新制」と目された陪審、その陪審の削除された「治罪法審査修正案」に新制が殆んどみられないのは、けだし当然であった。この、陪審を削除された治罪法は、それにも拘らず、公布後多くの施行留保、修正を蒙るに至る。とくに、その裁判所構成の部分の留保、修正は、治罪法の原型をとどめないほど、凄まじいものとなった。すなわち、たび重なる修正で、治安裁判所が行う筈の違警罪裁判は、当分三府五港の市区を除き、従前どおり警察署(分署を含む)が行うこととなり(一四年一二月二八日太政官布告第八〇号)<sup>(9)</sup>、始審裁判所が取扱う筈の軽罪のうち、検事が予審不要と判断したものは治安裁判所で裁判されることになり(始審裁判所が設置されている地を除く、一四年一〇月六日太政官布告第五四号)<sup>(10)</sup>、また、一四年一二月二八日の太政官布告第七四号で、「治罪法中刑事控訴ニ関スル条件ハ当分ノ中実施」せず、とされた<sup>(11)</sup>からである。これに更に、「裁判所所属ノ代言人無之場所ニ於テハ当分ノ内弁護人ヲ用ヒサルモ其刑ノ言渡ハ無効ノ限ニ在ラス」との措置(一五年一月九日太政官布告第一号)<sup>(12)</sup>を付け加えれば、一五年一月の治罪法施行の姿が頭に浮かばう。

「至大ノ新制」を欠いた治罪法も、万邦対峙の国家建設、国民の形成を目指す当時の日本にとって、なお、理想的にすぎ、「實際ニ施行スベカラサルノ情況既ニ判然」<sup>(13)</sup>と覩じられたのである。

(1) 法令全書(明治一三年)一六三頁以下。

(2) 「元老院會議筆記前期第八卷」三三九頁。

(3) 同右三四三頁。しかし軽罪に控訴を認めながら、重罪に控訴を認めないのは明らかに構成上の不備であった。この不備はボアソナードらの原案などにあった陪審(重罪事件について認めた)を内閣の手で急拠削除したために起ったものである。

(4) 注(2)文献の三三九、三四〇頁。

(5) 法令全書(明治七年)二六六、二六七頁。

- (6) しかしこの公開主義は制限的で被告事件が公安を害する恐れあるときは審理を非公開とすることが認められていた。二六  
四条参照。ボアソナードは、このような制限には反対であった。「治罪法草案註解」第参号四。
- (7) しかし司法省内の空気は刑事弁護に消極的であり明治一二年六月二七日、磯部四郎が司法省の会議に提出した刑事代言人  
許可上申案は否決されたという。花井卓蔵の林頼三郎「刑事訴訟法要義総則」に寄せた「序文」一四頁以下。これにつき  
内田一郎・刑事裁判の近代化（比較法学三卷二号）一一、一二頁参照。
- (8) 「治罪法草案註解」第参号四、五丁。
- (9) 法令全書（明治一四年）一四五頁
- (10) 法令全書（明治一四年）四一頁
- (11) 法令全書（明治一四年）一三三頁
- (12) 法令全書（明治一五年）一頁
- (13) 井上毅・治罪法改正意見（「井上毅伝史料篇第一」）二二一頁。これは岩倉俱視の下問に答えたものである。