

# ボアソナードと、その法思想

## ——陪審制度をめぐる一考察——

矢野 祐子

### 目次

- 第一章 ボアソナード、その人と法思想
  - 一 はじめに
  - 二 フランスにおけるボアソナード
  - 三 ボアソナード招聘の要因
  - 四 日本の近代化とボアソナードの貢献
  - 五 ボアソナードの法思想の二つの柱
    - (一) 自然法思想
    - (二) 人道主義
- 第二章 ボアソナードの陪審制度論
  - 一 治罪法編纂過程とボアソナード
  - 二 『治罪法直訳』とボアソナードの陪審制度論
    - (一) 『治罪法直訳』解題
    - (二) 『治罪法直訳』第四五二条「陪審心得書」について
  - 三 小結

ボアソナードと、その法思想（矢野祐子）

## 第一章 ボアソナード、その人と法思想

### 一 はじめに

日本近代法体制が形成される過程は(1)法体制準備期(1868～1888)(2)法体制確立期(1889～1914)(3)法体制再編期(1915～1931)(4)法体制崩壊期(1932～1945)の四期に区分される。<sup>(1)</sup>特に、法体制準備期では、幕藩体制の崩壊後、維新政府による新政権の下で、明治憲法体制の確立にむけて諸法典の編纂作業が進められている時期であり、西欧近代法を摂取することによって、前近代法から近代法へと転換をとげる過渡期であった。西欧列強諸国との不平等条約の改正という対外的条件と、近代資本主義国家としての内実の整備という国内的条件を共に満たすための前提となる「近代法体制」の確立が、明治一三年公布の旧刑法及び治罪法の制定を最初の成果として、維新後わずか二〇年余りの短期間に実現されたのである。

この日本法の近代化にとって、御雇い外国人G・E・ボアソナードの果たした役割は大きい。彼は明治六年秋、明治政府の招聘により来日して以来、法典編纂事業及び法学教育を通して日本への西欧法の導入に多大な功績を残した、まさしく日本近代法の父と呼ばれるにふさわしい法学者である。

しかし、ボアソナードが日本に移植しようとした法体系は、西欧諸国における最新の近代法であったにも拘らず、彼が刑法・治罪法・憲法の諸草案にもりこんだ自由主義的・個人主義的要素は、日本人委員によって大幅な修正を被った。このような体制側による、ボアソナード草案の修正こそ、その一〇年後の二二年明治憲法・皇室典範、二九年から三二年にわたる民商法典の公布によって確立した明治憲法体制の実質―外見的立憲制―を築く第一歩であったと評価できるのではないだろうか。

既に大久保泰甫教授の「日本近代法の父——ボアソナード<sup>(2)</sup>」によって、ボアソナードが法典編纂のみならず、条約改正等さまざまな分野で日本の近代化に果たした役割が概略的にまとめられている。ボアソナードの出生からパリ大学時代、来日の経緯、日本での御雇外国人としての活動、失意の帰国、と順を追って紹介され、ボアソナードの法思想の総論的分析が展開されている。

そこで第一章では、大久保教授が描かれたボアソナード像をふまえながら、来日前フランス時代にボアソナードがどのような思想を形成するに至ったかを彼が成長した環境を中心に概観し、更に彼が明治政府によって招聘された二大要因をおさえ、続いて、法典編纂への関与と並んで彼が力を注いだ法学教育及び条約改正に触れた上で、ボアソナードの法思想の特徴を各法分野を通して考察し、現段階で筆者が理解しているボアソナードの法思想のアウトラインを示しておきたい。

そして第二章では、一連のボアソナード研究の中で、従来資料的制約から進展がみられなかった治罪法編纂過程におけるボアソナードの関与をあとづけることを目的とする。まず旧刑法と並行して起草作業が進められた治罪法編纂過程の概要を整理し、ボアソナードが起草作業の最初に作成した草案である『治罪法直訳』を素材に、彼の刑事手続法の柱であった陪審制度の分析を試みる。周知のとおり、治罪法草案に規定されていた陪審制度は、強力な権力集中体制の確立のために人民の司法権への介入を何としても阻止せんとする井上毅の強硬なはたらきかけによって削除されてしまう。ここでもボアソナードがもうこもうとした自由主義的要素が排斥されたのである。

第一章のボアソナードの法思想及び第二章の治罪法編纂過程におけるボアソナードの関与の考察を通して、日本近代法体制形成過程におけるボアソナードの役割の一端を明らかにできれば幸いである。

## 二 フランスにおけるボアソナード

ボアソナードの法思想を語るには、まず、フランスにおけるボアソナードの生涯をながめておく必要があると考える。そこで、最初の作業として、ボアソナードが日本に招聘されるまでのフランス時代にどのような知識を習得していたのか、先学の研究をもとにまとめてみたい。<sup>(3)</sup>

ボアソナードは一八二五年六月、ギリシャ学者ジャン・フランソワ・ボアソナード・フォントラビーの三男として、パリに接するヴァンセンヌ市で生まれた。父が第一級のギリシャ学者であったことは、その後のボアソナードの思想——ローマ・ギリシャ・インド・エジプト法といった広範な法及び法文化に対する関心、そしてその延長線上にある比較法的視野を形成する上で、多大な影響を与えたものと考えられる。<sup>(4)</sup>

こうしたアカデミックな環境の下で成長したボアソナードは、一八四五年パリ大学法学部に入学する。このパリ大学学生時代に、ボアソナードの思想を決定づけたのが、一八四八年二月革命と第二共和制であるといわれている。<sup>(5)</sup>

二月革命を支える理想主義・人道主義は「友愛精神」を掲げて、死刑廃止を世論に強く訴えてゆく。後にボアソナードが日本において展開した拷問及び死刑制度廃止活動の背景に読み取れる「人道主義者」<sup>(6)</sup>としての性格は、このパリ大学時代に培われたものといえるであろう。

さて、単に法技術的知識のみならず深い古典学の教養を身につけたボアソナードが、法学者としての道を歩みだしたのは、グルノーブル大学においてである。一八六五年、最初の赴任校であるグルノーブル大学法学部の開講の辞で、彼は、法制度の設立にあたっては、先進文明諸国のあらゆる立法を蒐集し比較することが重要であり、そのために国家機関として「外国立法常設委員会（commission permanente de législation comparée）」の設置を提案する演説を行なっている。この演説は、比較法学の確立時期とされる一九〇〇年パリ万博よりもはるかに前に、ボアソナードが比較法

に基づく立法の必要性に着眼していたことを示す貴重ながかりであると指摘されている。<sup>(7)</sup>さらにグルノーブル時代にまとめられた『遺留分とその精神的経済的影響の歴史』と題された論文は、彼の比較法的視点に基づいて、西欧の相続制度の沿革をテーマに展開した大著であり、後年、日本の民法典編纂過程で、均分相続と長男単独相続のいずれを選択するかをめぐって大論争が繰り広げられるが、その際のボアソナードの相続制度についての主張は、この論文に多く依拠するものと推考される。まさにグルノーブル時代に、ボアソナードの比較法的手法の根本思想が築かれたということができ、彼の学問形成上きわめて重要な意義をもつのである。

三年後の一八六七年、ボアソナードは母校のパリ大学法学部に戻り、バトビーの後をうけて経済学の講義を、またオルトランの代講として刑法の講義を担当した。<sup>(8)</sup>そして法学部教授として六年目の春に、ボアソナードに一大転機が訪れた。明治五年六月に司法制度視察の命を受けて欧州に派遣された司法省留学生——井上毅、名村泰蔵、岸良兼養、鶴田皓、川路利良らいづれも明治期の法制度の確立に携わるエリート達である——に対して法律学の講義を行なうよう、パリ大学法学部視学総監シャルル・ジローを通してボアソナードは依頼され、彼は憲法と刑法の連続講演を行なったのである。これがボアソナードと日本人との運命的な出会いであった。

その三ヶ月後、パリ駐在日本公使鮫島尚信を介して、明治政府からの、日本の新法律の編纂および法学教育の委託の要請がボアソナードにあり、これを受諾したボアソナードは、法の変革を通しての「日本の変革、アジア全体の<sup>(9)</sup>変革」という願いを抱きつつ、明治六年九月末、名村泰蔵と共に、日本にむけてマルセイユを出発したのであった。

来日後、不平等条約の屈辱的条件から解放されて真の独立を獲得すべくあらゆる努力を惜しまない日本の姿を目のあたりにして、ボアソナードのナシヨナリズムは、<sup>(10)</sup>当初三年の契約であったのを遙かにこえる二二年もの間、日本の近代化に生涯をかける道へ彼を駆り立てたのである。

### 三 ボアソナード招聘の要因——国際的要因と国内的要因

さてパリ大学教授の職にあったボアソナードが明治政府により招聘された理由は、明治維新以来、維新政府が急務として抱えていた国際的及び国内的条件と深い関連がある<sup>(1)</sup>。そこで維新政府が当時直面していた問題を考えてみたい。まず国際的条件について。維新政府は、国内における政権の安定を図ると同時に、幕末期に西欧列強諸国との間で締結された不平等条約の改正の実現を最優先課題としていた。<sup>(2)</sup>

資本主義が独占段階にまで成熟した一九世紀後半のヨーロッパでは、キリスト教文明国に対しては同等の立場で条約を締結し人及び物の交流を図ったが、その一方で未開地であったアフリカ・アジア諸国に対しては植民地支配を強制し、また両者の中間レベルにあった日本は、植民地化は免れたものの、領事裁判・関税自主権の喪失・片務的最恵国待遇を内容とする不平等条約の締結によって、西欧列強優位の図式に基づく開国を迫られたのである。この不平等条約の早期改正という日本側の要求に対して、西欧列強がその前提条件として提示したのが、自国の人民の生命身体の安全が保障され得る法制度を日本が備えること、即ち「泰西主義＝Western Principles」にのっとった近代法典及び司法制度の整備であった。これが国際的要因による、近代法体系整備の必要性である。

また日本が条約改正を実現し、西欧列強に対峙・並立する為には、更に資本主義の早期育成による国力増強、及び官僚制の導入による国家機構の整備が必要となってくる。こうして、資本制・官僚制を柱とする近代国家としての内実を整えるという国内的要因からも、近代法原理に基づく法体系の整備が急がれることになったのである。

さて、明治一四年の政変により、プロシア憲法をモデルに君主主義的立憲制を目指すという国家構想が政府の統一見解として決定されるまで、維新政府が法典編纂作業を進めてゆく際の泰西主義のモデルとされたのはフランス法である。そして西欧法の継受にあたり母法としてフランス法をいち早く採用したのが江藤新平であった。

江藤は、維新後も依然残存した幕藩体制の遺制を払拭し新秩序を構築するには、人民を啓蒙し人民のエネルギーを活用することが不可欠であると考え、フランス革命の産物であるフランス近代法に着目した。彼は、人民のエネルギー活用<sup>(13)</sup>の為には、人民の権利・義務を明確に保障する法と司法制度の制定が必要であるとし、ナポレオン法典を範として拙速主義・敷衍主義ともいわれる法典編纂作業を司法省において強力に推し進めてゆく。

これに加え、フランス法が採用された理由として、日本の新法典の雛型としてナポレオン法典が最良の存在であったこと、更に日本において幕末期よりフランス法に関する知識の蓄積があつたことを指摘できるだろう。<sup>(14)</sup> 栗本鋤雲によるナポレオン法典への着眼に端を発し、江藤の法典編纂事業の原動力となつた箕作麟祥の手になるナポレオン法典の翻訳書「仏蘭西法律書」全四〇冊は明治二年より五年の歳月をかけて同七年に完成をみた。

こうした諸要因によって、ボアソナードの招聘の第一の素地——フランス法をモデルとする法典編纂作業という方針が、維新政府内で確定されたのである。

なかんずく、ボアソナード招聘の最大の要因は、政府上層部が、日本人委員のみでは近代法典の早期編纂が事実上不可能であると認識したことにある。そこで、明治維新後、まず最初に編纂事業が開始された刑法について、日本人委員による起草作業の実態を考察したい。

維新政府は、維新後も頻発した百姓一揆、打ち壊し等の政情不安を背景に、人民統治の道具として「弾圧法」<sup>(15)</sup>たる刑法の編纂に乗り出した。明治元年の仮刑律、同三年の新律綱領、同六年の改定律例と続く一連の明治初期刑法は、従来の日本の慣習及び中国伝統法に淵源を有し、律令法思想をその本質とする刑法である。これらは罪刑法定主義・責任主義・法適用の平等という近代刑法の原理を規定しない点で前近代法と評価できよう。

新律綱領の不備欠陥を補完する目的で作成された改定律例では、フランス・イギリスといった近代刑法の参酌が確

かにいくばくか試みられているものの、そこにはやはり日本人起草委員が律令法思想から脱却しきれないがゆえの能力的制約がみてとれる。こうした律令法学者による近代法典の編纂の限界を、政府上層部にはつきりと認識させたのは、明治四年秋より条約改正の打診という目的で欧米に出発した岩倉使節団であった。使節団が法典編纂に与えた最大の収穫は、従来の法典起草のやり方ではおよそ列強が条約改正の前提として要求する泰西主義に基づく法典の整備が不可能なこと、従って以後法典の拠り所は全面的に西欧近代法原理としなければならないという確信であった。

そして西欧法原理を日本の新法典に具体化する手立てとして、フランス人法学者をお雇外国人として招聘し、法典起草作業に参画させることが決定され、既に欧州に派遣されていた司法省留学生にバリで憲法刑法の講義を行なったボアソナードが候補として浮上したのである。こうして、明治六年秋、ボアソナードは司法省お雇外国人として来日し、同八年の立憲政体樹立の詔によって国家機構が整備されたのを受けて、全法領域で一斉にスタートする西欧法原理に基づく法典編纂作業の中心的役割を担うことになる。

#### 四 日本の近代化とボアソナードの貢献

ボアソナードが近代日本に与えた最大の貢献は、言うまでもなく法典編纂作業への関与であるが、同時にそれと並行して行なわれていた、完成した近代法典及び司法制度の担い手たる法曹の育成を目的する法学教育や、そもそも西欧近代法の継受の契機となった国際的要因たる不平等条約の改正問題にも、ボアソナードが深い理解をもって尽力したことは注目すべきことである。

後年ボアソナード自身が記した履歴書<sup>(16)</sup>にも、来日後の業績として(a)法学教育（司法省法学校／東京法学校・明治法律学校・和仏法律学校）(b)外交問題（台湾出兵紛争処理の為の大久保中国派遣使節団顧問／条約改正事業への参加



／朝鮮との外交紛争解決）(c)法典編纂過程への従事（憲法草案の起草／刑法と刑事訴訟法の草案起草・注釈書出版／民法草案の起草・注釈書出版）が主たる業績として列記されている。

まず法学教育に関して、ボアソナードは、来日した翌年の明治七年四月より、司法省法学校で、すでにお雇い外国人として法学教育に従事していたジュールジュ・ブスケとともにフランス法学の講義を行なっている。その司法省法学校での講義録の一つである「性法講義」は刊行されて広く一般に流布し、箕作麟祥の「仏蘭西法律書」と並んで自由民権家の必読書となった。又、ボアソナードは法典編纂作業と同時進行的に、司法省の官吏にも、草案の条文解釈を中心とした講義を行なっており、法典の草案及び解説書は、朝野の法曹の法学学習の素材として活用された。

こうした官学における法学エリートの教育に加えて明治一〇年代をいわゆる「日本史上未曾有の国民的総学習時代」<sup>17</sup>たらしめた要因のひとつである私立法律学校における法学教育にもボアソナードは多大な功績を残している。東京法学校・明治法律学校・和仏法律学校における西欧近代法の講義を通して、ボアソナードは、官民を問わず、日本の伝統的律令法思想とは異質の、「個我の権利を確認される独立の個人の法的確立」<sup>18</sup>を基礎とする西欧近代法思想の浸透に努めたのである。明治七年の民選議院設立建白書における国政参加の要求が、一三年から一四年に具体的な人権論・国家機構論を備えた私擬憲法草案に成熟する自由民権運動の理論面での発展成長の背景に、このような法学教育を通して、人民に民権思想が受容され定着しつつあった状況をよみとることができるだろう。

次に条約改正問題との関連である。ボアソナードが従事した近代法典及び司法制度の整備の究極の目的が条約改正にあることは、彼自身常に認識していたことであり、実際、旧刑法・治罪法の解説書において、例えば刑罰の寛大化や陪審制度の導入がかならずや西欧列強諸国に日本の「美典」として評価されるであろうと記している。

更に、より具体的な形で条約改正交渉にボアソナードが関与した事例として、井上馨外相による改正交渉との関わ

(19) りを指摘しておきたい。

維新以来、明治政府が急務とした条約改正交渉は同四年の岩倉使節団に始まるが、最も重要な意義を有するのは同一年から二〇年にかけての井上馨外相による改正交渉である。井上改正交渉の主眼は裁判権の回復に置かれ、その交換条件として内地開放を認めるというものであり、具体的内容として(1)泰西主義に基づく諸法典の整備とその英文の通知(2)混合裁判制度の導入・外国人判事の任用という、日本側にとつては「現地政府の主権的権利の新たな放棄」かつ領事裁判よりも「司法上は一層すぐれているが、政治的にはいっそうおそるべき」内容をはらんだものであった。(20)特に(2)の外国人判事の多数任用に対して、ボアソナードは訴訟人の利害・国庫の負担・立法権の侵害といった点から、その危険性を指摘し、持説を意見書にまとめて条約の草案全体の棄却を強く訴えた。このボアソナードの意見書に加えて、欧州視察から帰国した農商務相谷干城の改正交渉に対する批判とその大臣辞職は当時の世論を大いに刺激し条約改正反対運動を激化させる契機となったのである。結局、政府部内での反対に押される形で井上馨の改正交渉は挫折するのであるが、自由民権運動の三大建白の一つであった条約改正が、この時点で国民の側からその内容に反発がおこるという新たな事態がここで生じたことは注目すべきであろう。なぜなら、この改正交渉反対運動を通してナショナリズムが顕在化し、旧民法・旧商法の施行延期を求める法典論争の遠因となったと考えられるからである。こうして「国体民俗・淳風美俗」への適合を泰西主義よりも優先する思想が着実に芽生え成長し、明治憲法体制を側面から支える基盤が整っていった。

このように、法典編纂作業のみならず、ボアソナードが法学教育・条約改正問題に果たした役割は大きい。わずかに二〇年余りの短期間に、ボアソナードによつて、近代法体制が確実に機能する為の環境づくりが法典起草作業と同時に進められたことを念頭におきつつ、次節では彼の法思想の特質を概観したい。

## 五 ボアソナードの法思想の二つの柱―自然法思想と人道主義

### (一) 自然法思想―法の普遍性と民族性・旧慣の尊重・比較法的手法

さて、ボアソナードの法思想を概観する際に、私見では大きく二つの柱をたてることができると考える。以下、法学の研究を整理しつつ、ボアソナードの法理論について日本社会への適合性<sup>(21)</sup>という観点からまとめてみたい。

第一の柱は、ボアソナードの法思想を自然法思想との関連でとらえ、更にそこから、法の普遍性と民族性の問題にまで敷衍する視点である。この視点は、田中耕太郎博士による先駆的研究「ボアツソナードの法律哲学<sup>(22)</sup>」によって示された。

ボアソナードにとって自然法とは「人を害することなかれ」という一句で表現される根本規範ととらえられており、それは「世界ヲ挙ケテ遵奉セサルナキ法律ノ大要基本」かつ「一国ノ法律ノ本源」として、実定法に先立って存在するものとして説明される。実定法は自然法を明瞭に翻訳したものであるが、その際実定法が自然法の内容を各国の時代、国情にあわせて具体的に解釈することから、自然法は万国普遍の原則であると同時に他方、民族固有の慣習をも反映するという理論が導かれる。

この理論は、ボアソナードが諸法典の編纂にたづさわる場面でも展開されている。

まず、旧刑法について、彼はフランスの一八一〇年刑法を主として下敷きとしつつ、当時の西欧の最新の刑法草案をもとに、日本刑法草案を起草する。続く治罪法ではフランスの一八〇八年刑事訴訟法に範をとりつつも、革命後最初の刑事訴訟法典である一七九一年治罪法<sup>(23)</sup>の精神、及びそれ以降八〇年にわたるフランス実務での変遷をもふまえて治罪法草案を起草する。また旧民法では普遍人類の原理に依拠する財産法の分野については起草を引き受けるが、一方で、民族固有の慣習を多分に反映する家族法の分野については起草を辞退し、日本人委員に草案起草を委ねている。

こうしたボアソナードの姿勢には、万国共通の法原理の適用をうける公法についてはフランス法を中心とする西欧近代法の移植が可能であるが、民族性を反映すべき私法とりわけ身分法については固有法の尊重を図るべきだとする考えがあったと推察できる。特に、彼が憲法について、それが政治権力の在り方を規定する場合には、当然に自然法の適用をうけず、当該国の国情を配慮すべき領域と区別しつつも、しかし、あらゆる憲法の基底にある（べき）恒常的要素、即ち自由主義的原理から導かれる権力分立と、民主主義原理から導かれる国民主権は、普遍的要素であると断言する点は注目すべきであろう。だからこそ、明治八年、元老院の国憲起草作業の為に作成した憲法私案である「憲法備考」で、ボアソナードは、フランスの一八五二年憲法の人権カタログをもとに、日本において保障されるべき人権の体系を提示したのである。

このような「法の普遍性を前提としつつ民族性をも重視する」<sup>(24)</sup>というボアソナードの立場は、編纂作業の場面では、比較法的手法として具体的にあらわれてくる。

西欧近代法理論の摂取についてみれば、フランス法を主たる対象としつつ、更にイタリア、ベルギー、エジプトの刑法草案を参酌する。また西欧法のみにとどまらず、ボアソナードの視野は日本古来の慣習、固有の法文化にまで開かれており、例えば、フランスにはなかった日本固有の自首減輕制度を草案の規定に採用するのである。ボアソナードを「比較法学者」という観点から理解することの重要性は既に野田良之論文により指摘されたものであり、その中で紹介されている、ボアソナードが来日前、フランスにおける立法について欧州各国の立法例の検討の必要性を訴え、比較立法委員会の創設に尽力したという事実は留意されるべき点であろう。彼が、自らの西欧近代型刑法の構想の中に、日本の旧慣を、きわめてフレキシブルに配置できたのも、まさに比較法学者としての素養があったからと考えられる。こうして旧刑法の起草にあたって、日本古来の慣習と西欧近代刑法との混淆がボアソナードによって試み

られたのである。

さてここで考えるべき問題は、律令法思想と西欧近代刑法思想が抵触する場合である。前述のとおり、律令法思想においては国家刑罰権の絶対性を前提とし個人の権利觀念は埋没しているのに対し、西欧近代刑法は国家刑罰権に対する個人の権利保障を最大眼目とする。両者が対立する場合にボアソナードはいかなる基準をもつて臨んだのであろうか。

一例として尊属に対する罪をあげることができる。フランスにおいても日本同様に、尊属に対する罪は通常人に対する罪よりも加重されていた。これはローマ法以来の伝統である。しかしながら、フランスの加重類型は、殺人及び傷害の二類型に限られ、しかも常人に対する量刑をわずかに上回る程度の加重であつた。一方、明治初期刑法における加重類型は、殺人・傷害・遺棄・名誉棄損・誣告と多種である上に、傷害には斬刑も適用されるという厳しい内容であつた。そこで、ボアソナードは、まず、日本の尊属報恩という伝統（旧慣）を尊重して、加重類型を初期刑法にならつて拡大する方針をとつた。しかし一方で、律が量刑の点であまりにも苛酷に過ぎる点を批判して、尊属偏重主義的な要素を排除する。その結果、刑罰の寛大化が図られて、常人に対する罪に一等加重するのみとなり、更に、律ではその精神から当然認められていなかった、子の尊属に対する正当防衛権を新たに承認することとした。親に対する絶対服従という觀念に立脚する律と、親に対しても個人としての子の人權を認める近代刑法との対立の場面で、ボアソナードは後者を優先したのである。ここから、あくまで日本の旧慣は、西欧近代刑法の枠内で温存を図られたことがよみとれるだろう。より具体的には、ボアソナードが拠り所とする折衷主義刑法理論——「絶対的正義」と「社會的効用」という二つの基準に合致する場合にのみ、旧慣は存置されたと考えられる。

## (二) 人道主義と拷問廃止と死刑廃止・寛刑化・漸進主義

ボアソナードと、その法思想（矢野祐子）

第二の柱は、ボアソナードの人道主義者としての特質である。この点は同じく田中論文<sup>(26)</sup>によって、カトリックを信奉するボアソナードが、死刑廃止や拷問廃止の建白にみられるような人道主義の実現に尽力したこととの関連で重視されている点である。

特に福島論文「ボアソナード博士の人格と拷問制度反対活動」<sup>(27)</sup>では、明治九年、ボアソナードが進退をかけて司法卿大木喬任に対し、日本で広く行なわれていた拷問制度の廃止を建白した事件を素材に、ボアソナードによる刑事手続の近代化の第一歩である自白中心主義に基づく拷問制度の撤廃を跡付けることによって、人道主義者ボアソナード像が深く掘り下げられた。

かかるボアソナードの人道主義者としての特質は、拷問制度廃止にとどまらず、死刑制度の廃止にもあらわれている。明治一二年小塚原刑場跡での追悼慰霊祭において、政治犯は無論、通常犯に対しても死刑を廃止すべきであると説き、死刑全廃こそあるべき姿であるとその真情を訴えたボアソナード演説の意義は大きい。私見ではボアソナードの刑罰論を貫く一つの柱として「刑罰の寛大化」をあげることができると考えるが、刑法草案の起草にあたり明治初期刑法の嚴罰主義を一律緩和してゆく中で、ボアソナードが最も力を注いだのが、死刑の適用を可能な限り制限することであった。

そして、刑法草案において、ボアソナードは、政治犯について絶対に死刑を適用すべきでないという信念を貫き、その結果最高でも無期刑を科すに止まる規定が置かれた。<sup>(28)</sup>しかし、明治一〇年の自由民権派の台頭という社会情勢を背景に、体制側による修正を余儀なくされ、旧刑法では国事犯に死刑が適用されることとなる。

このように元来ボアソナードは死刑全廃論者であったが、刑法草案には、政治犯についてのみ死刑を廃止したのに止まり、通常犯については重罪の一部に死刑を存置していた。通常犯を財産に対する罪と身体生命に対する罪とに区

分し、前者には死刑の適用を排除し、後者のうち殺人や放火など極めて重い罪にのみ死刑を暫定的に残すというのがボアソナードの方針であった。彼が死刑を限定的とはいえ重罪の一部に存置したのはなぜか。その理由を、ボアソナードは刑法草案の注釈書である「刑法草案注解」において次のように記している。将来的には死刑全廃が望ましいが、日本の現状（明治一十年前後）を配慮した上で死刑を一部存置したものであると。

以上のような「国情を十分考慮した上で暫定的措置をとる」というボアソナードの漸進主義ともいえる姿勢は、旧刑法に限らず、民法や憲法の草案においても顕著にみとめられる特徴である。漸進主義について最初に指摘された向井論文「ボアソナードの身分法思想——その自然法論と相続法論」<sup>(29)</sup>では、長子単独相続制についてのボアソナードの見解を分析され、ボアソナードが、性法からいえば均分相続が最も妥当であるという自説を示しながらも、日本の伝統的慣習及び現状を鑑みて、現段階では長子単独相続を暫定的に存続させ、将来、均分相続へ移行する措置を講じてゆくという考えであったことがあつてつけられている。

ボアソナードの家族制度論の検討は、彼が抱いていた国家構想の特色を、「家」制度を統治機構の末端におき天皇制イデオロギーと家イデオロギーの密接な結合の上に成った明治憲法体制との対比によって、明らかにする上でも重要である。そこで、ボアソナードの相続論について概略をここに示しておきたい。

ボアソナードが最初に求められて自らの相続論をまとめたのが八年二月「相続論」<sup>(30)</sup>及び「日本ニ於テ相続法ヲ設クル論」<sup>(31)</sup>である。谷田貝博士、利谷教授<sup>(32)</sup>により両史料は既に掲出されているが、特に後者におけるボアソナードの記述は重要である。更にボアソナードは後年明治法律学校での法学概論で相続制度についての持論を述べ、その講義録は「新・性法講義」として向井教授によって紹介されている。<sup>(34)</sup>そこでこの二つの相続論（「日本ニ於テ相続法ヲ設クル論」「新・性法講義」）を中心にしてボアソナードの家族像を分析することにした。

さて、相続に際して最も問題となるのは相続の順番であるとボアソナードは指摘する。そして、第一の相続人として死者の子が挙げられるが、親の愛情が全ての子に平等に注がれるものである以上、長幼男女を問わず、遺産は平等に分配されるのが「人ノ天然ノ情」に適合するものだと言く。<sup>(35)</sup>更に、この相続権の平等分配主義の根拠は、父の子に対する扶養義務から説明される。生存の間、父は当然に子の扶養義務を負うというのが自然法の原則であるが、その死後も全ての子に財産を残すこともまたその義務の延長線上にあるという死後扶養説を論じる。これによれば、長男一人にかかる道義的義務（兄弟姉妹の扶養義務）を科すのでは不十分であり、法によって遺贈の制度を整備することにより長男以外の子を保護する必要があると記している。<sup>(36)</sup>

こうしてボアソナードは、均分相続こそあるべき相続制度であるという主張を繰り返し行ない、その一方で直接的には日本在来の長男単独相続を批判はしないとは言いつつも、フランスにおける長男単独相続の沿革を説明しながら、長子権の可否を論じるのである。

ボアソナードによれば、長子権が発生した原因には宗教的な要因と政略上の要因があるとされる。すでに旧約聖書の中において長男のみが祝辞をうけ家督を相続するという制度の発生がみられるという歴史的沿革、さらにはインド、ギリシャ、ローマ各国における長子権の態様が、まさに比較法的視点から語られる。<sup>(37)</sup>

続いて政略上の要因、即ち封建制にとって長子権が必要不可欠であったことを述べる。封建制において領主は、相続による君主権の分割・細分化をきらい、そこで未成年者や女子を排除して長子にのみ代々一子相伝する制度が時代の要求として確立されたのであり、従って、フランスでは封建制が消滅するのと時を同じくして長子権も消滅したのだとボアソナードは記している。この封建制における貴族層の長男単独相続制の記述で注目すべきは、長子が引継いだ特権は何であつたかに関する叙述である。特権として受け継がれるのは「家ノ属名爵号及ヒ之ニ附従シタル世襲



財産」のみであつて、当主一代で築いた財産はことごとく相続人に平等に分配されたという。この点、日本の長男単独相続制を是認するにあつてのボアソナードの姿勢と結びつくものであることに留意すべきであろう。利谷教授が身分法第一草案に与えたボアソナードの影響について指摘されているように、第一草案での長男による単独の家督相続／家督相続人以外の者による均分の普通相続というスタイルは、まさにボアソナードのこの記述と符合するといつてよい。

また均分相続のメリットは一国の経済発展への寄与という側面からも補強される。男子に限らず女子にも財産を分与することにより諸子は事業の資本を獲得し、ひいては国の富を増強するに至るというボアソナードの考え方が示されている。もし長子のみに全財産を与えるならば諸子を扶養する義務を尽くせず教育も施せず困窮するという事態も生じかねず、これは国の経済を破綻させる一要因となるとして、長子権の経済上の危険性をも指摘するのである。ボアソナードの法理論が有する、資本主義的自由主義体制下での法理論という特質が、家族制度においてもあらわれたということができるであらう。

このようにボアソナードは、原則として個人の権利能力を認め均分相続を保障することを家族制度の基軸に示えることを主張したが、また一方で、旧慣の尊重及び漸進主義的な方針に基いて、日本においては早晚長子権は廃止すべきものであるが、現状を鑑みて慣習を早急に廃止することの危険性を指摘した上で、「長男子単独相続制度の段階的消滅」<sup>(39)</sup>を提案したのであつた。

このボアソナードの漸進主義は、同様に憲法草案にも認められる特徴である。

ボアソナードは法典起草作業に着手した八年当初から、憲法制定の必要性を強調していた。<sup>(40)</sup>日本が列強との並立を果たすためには、まず従来の法及び経済の改革が必須であるというのがその根拠である。そして制度改革の達成に

は、改革が人情に適合することが不可欠であり、その為に人民の代表の国政参加の実現、即ち民選議院の設置を提唱するのである。人民の国政参加の根拠として納税・兵役義務が示され、人民は納税兵役義務を負う以上は当然に参政権を有し、従って国民代議制が法理上も道德上も最も妥当な制度であるというのがボアソナードの主張であった。

しかしながら、ボアソナードは八年から一四年に至るまで、一貫して、英国流の立憲君主制―議院内閣制の即時導入には慎重論を唱えている。彼は天皇と議會はともに立法権を有するが、しかし議會の立法権には一定の制約を科するのである。一言でいうならば、天皇が立法権を実質的に行使し、議會は立法事項に関する諮問機関（相談機関）として限定的な位置付けに止められている。

天皇と民選議院の有する権限について、ボアソナードの憲法試案では具体的にいかなる配分がなされていたのか。天皇は民選議院に対して、立法事項につき「下問」を行い、民選議院は「答議」をなす。しかし天皇は民選議院の「答議」に拘束されることはなく、従って前述の通り民選議院は相談人たる地位にあるにすぎない。加えて、民選議院の議員は高度の制限選挙により選出され一部は勅撰によるものとされた。しかも天皇には民選議院の解散権も与えられているのである。英国の議院内閣制からみれば、かなり後退した立憲君主制をボアソナードは提案したわけであるが、そこには議會万能主義を実現するには余りにも代議制が未成熟であったという当時の日本の国情を十分把握した上でボアソナードの漸進主義的な判断がある。

そもそもボアソナードが民選議院の設置によって図ろうとした目的は、従来何ら制約を科されることのなかった天皇の権限を制限することにあつたということができ、これを第一歩として将来的に元老院とならんで民選議院が機能することにより議會主義的君主制を実現するという構想が提示されているのである。ここで天皇は、国民の権利と利益の「最高の保護人」として位置づけられ、更に議會に立法権を認めることによって、天皇に議院の議決の尊重を促

す。これが当時の日本において最低限実現しなければならぬ改革であるとボアソナードは井上毅に対して答えている。一四年政変で、英国流議院内閣制の導入を主張する大隈派を追放し、国家権力を君主大権に集中し議会の国家意思形成機能を形骸化する方針を固める一方で、自由民権派の懷柔策として国会開設の勅諭を利用した、井上毅の政策に、ボアソナードは少なくとも国会開設の勅諭が建前でおわることに強引に強く牽制したのである。議會制が未熟なうちは暫定的に民選議院の立法権限が制約されるものであるにせよ、国家意思決定機関として天皇の大権を制限する機能を担うべきものとして民選議院が把握されていた点、これはボアソナードと井上との決定的な相違であるといえるだろう。

以上、刑法・民法・憲法の各法分野にあらわれたボアソナードの漸進主義的な傾向を挙げてみた。このボアソナードの漸進主義は、彼の旧慣尊重の姿勢を反映するものであるゆえに、一見ボアソナードの思想が保守的であるかのような印象を与えることも否めない。しかし、彼が常に将来における日本の立憲君主制下での法制度の方向づけを行なった上で、現段階で実現可能と判断される暫定的措置を提示したという点に留意しなければならない。

次章では、本章で概観したボアソナードの法思想の分析をふまえた上で、ボアソナードが日本における刑事手続の近代化をどのように実現しようと考えていたのか、治罪法草案をもとにして検討を進めてゆきたい。

## 第二章 ボアソナードの陪審制度論

本章では、前章でのボアソナードの法思想の理解を前提としつつ、より具体的に、彼の刑事訴訟法の構想を分析したい。ボアソナードは、大革命以降のフランスの刑事訴訟制度の沿革をふまえながら、日本における刑事手続法のありかたを模索していたと考えられ、その結果、彼の最も純粋な治罪法構想といえる「治罪法直訳」では、陪審制度が

その中核に置かれていたのである。そこで、第一節では、まず治罪法編纂過程におけるボアソナードの「治罪法直訳」の位置づけを試み、次に第二節で「治罪法直訳」の分析を通して、彼の陪審制度論を考察したい。

### 一 治罪法編纂過程とボアソナード

治罪法編纂過程を概観する際に、つねに念頭におくべきことは、治罪法に先んじて起草作業が開始された旧刑法の編纂過程と、ほぼ同様の手順を経ているという点である。

旧刑法の起草作業は、(a)司法省における起草作業（司法省段階）(b)刑法草案審査局における審査修正作業（審査局段階）(c)元老院における審議作業（元老院段階）の三段階に区分され、更に(a)司法省段階は、①日本人委員が起草作業の主導権を握った「日本人委員主導」の時期と②その作業の成果たる「初案」の挫折によりボアソナードに主導権が移った「ボアソナード主導」の時期との二期に分けることが可能である。

右と同様に、治罪法の起草作業も、(a)司法省における起草作業（司法省段階）(b)治罪法草案審査局における審査修正作業（審査局段階）(c)元老院における審議作業（元老院段階）の三段階を経ている。但し、(b)審査局段階から(c)元老院段階に直ちに草案が移行すべきところ、陪審制度の削除を強硬にはたらかけた井上毅の画策により、内閣に一旦草案の修正が委ねられるという正規のルート<sup>(41)</sup>を離れた作業（内閣における修正作業）が加えられているのである。

旧刑法編纂過程と比較して、治罪法編纂過程<sup>(42)</sup>については、未だ資料的制約からその概略しか判明していないというのが偽らざる現状である。そこで先行研究<sup>(41)</sup>によって明らかにされた編纂作業の流れをふまえつつ、現段階で編纂作業に関して推測できることをまとめてみたい。

ボアソナードは明治六年一月に來日し、翌七年四月から司法省法学校に於て講義<sup>(42)</sup>を行っている。性法講義、刑

法撮要、民法講義、行政法講義等がその講義録として残されている。

これらの講義の目的は、フランス実定法の解釈を通して将来法曹のエリートたるべき司法省法学校の生徒に対する近代法の精神の伝授であつたといわれている。その一方で、ボアソナードはきたるべき法典編纂に備えて、司法省官吏に対する講義も並行して行っていた。民法會議筆記（七年五月）、訴訟法會議筆記（七年四月）、フランスにおける檢察官に関する會議（九年七月）等が史料として残されている。この一連の講義において、治罪法に關しても、檢察制度を中心としたフランスの刑事訴訟制度の講義が八年二月より行われ、その成果が「仏国治罪法講義」として刊行された。

ボアソナードの一連のフランス実定法の講義が、同九年より本格化する法典編纂作業の下敷となつたことは紛れもない事実であり、本稿で検討する治罪法編纂に關しても、準備作業の端緒として「仏国治罪法講義」が位置づけられるべきであろう。

さて、現在の研究段階では、具体的な治罪法典起草作業の開始時期を示すものとして、九年九月二八日付の**大木喬任司法卿**の「法律起業之儀ニ付申稟」<sup>(43)</sup>が挙げられる。

「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(略)因テ治罪法草案之事頃コロ既ニ僚員ニ命シテ編纂ニ着手セシム」

この記述中「治罪法草案之事頃コロ既ニ僚員ニ命シテ編纂ニ着手セシム」を以て、同九年九月末には起草作業が刑法と並行して既に進行中であつたと指摘されている。但し具体的な起草作業の内容については不明である。

ちなみに旧刑法の起草作業<sup>(44)</sup>は同八年九月に司法省において刑法草案取調掛が設置され、ボアソナードの助言をえながら日本人委員が中心に草案を起草するという形式でスタートした。しかし七ヶ月後の同九年四月に上呈された「初

案」は内容不十分という理由で挫折し、この時点で編纂方針の転換が図られた。即ちボアソナードに起草の主導権を与え、ボアソナード草案を叩き台にして日本人委員との質疑応答を経て、草案を練ってゆく形式になったのである。

「法律起業之儀ニ付申稟」が出された同九年九月末の時点では、ボアソナード主導体制開始から約五ヶ月が経過しており、第一編総則（六月上呈済）に続いて、第三編の対尊属罪、個人法益に対する罪そして第二編公益に対する罪の第一稿が起草されている段階であった。日本刑法草案第一稿の上呈は同九年十二月であるから、「申稟」中、「草案將二成ラントス」とはこの第一稿をさしている。このようにボアソナード主導の旧刑法起草作業が軌道にのったことを受けて、「申稟」は治罪法起草作業が開始された経緯を物語っているのである。

さて、司法省での治罪法編纂作業においてその具体的構成員を示す最初の史料は、明治一〇年一月現在の治罪法編纂委員人名一覽である。<sup>(45)</sup>ここでは、大木司法卿を筆頭に五名の委員と属員五名、仏国人雇としてジュスランとボアソナードを加えた計一二名の委員が明記されている。

治罪法編纂委員人名 明治十年一月現在

右ハ左ノ如シ

委員	司法卿	大木喬任
同	大検事	岸良兼養
同	権大検事	岡内重俊
同	検事補	横田國臣
同	二等属	清浦奎吾

属員	五等属	池上三郎
同	八等属	亀山貞義
同	八等属	内藤貞亮
同	八等属	橋本胖三郎
同	雇	堀田正忠
	仏國人雇	ジュスラン氏
同	同	ボアソナード氏

以上の委員で構成される委員会が、いつ、どのような内容の草案を作成したかは未だ明らかにされていないが、早稲田大学図書館蔵鶴田文書に含まれる「治罪法草案第一編」<sup>(46)</sup>（司法省一三行野紙）はこの段階で作成された草案の一つではないかと推定される。私見によればこの段階での作成作業のイニシャチーフはボアソナードではなく、いまだ日本人委員に委ねられていたと考えるのが妥当であろう。その根拠は、次の二点に求めることができる。第一に旧刑法編纂作業では同九年五月に起草方針の転換が図られて、ボアソナードを主導的地位におくこととなったが、一〇年一月ではいまだ日本刑法草案第一稿が上呈されたばかりであり、この時点でボアソナードに治罪法草案についても試案を提出させたと考えるのは少々無理があるからである。

第二に内容面を検討すると、鶴田文書「治罪法草案第一編」は、同九年四月の「糺問判事職務仮規則」「司法警察仮規則」をもとに整理して作成されたもので、その際、ボアソナード主導の旧刑法編纂作業で既に確定していた裁判所管轄（重罪裁判所／軽罪裁判所／違警罪裁判所）を前提として作成された草案であることが推測される。

ボアソナード作成の「直訳」と比較しても「直訳」が包括的法典の草案としての体系だった構成を有するのに対して、「治罪法草案第一編」はかかる体系的性が認められないということからも、本草案がボアソナードの直接的関与を経たものではなく、ボアソナードが「直訳」を起草する以前に作成されたと考えられる。無論、仏国治罪法講義をはじめとする、ボアソナードから習得したフランス法の知識が本草案の作成にとって不可欠であったことは疑いのない事実である。

従って、次の同一〇年七月以降の編纂体制までの期間（即ちボアソナードが「直訳」を作成する前の期間）の起草作業は、ボアソナードを補助的地位においた、日本人主導型であったという評価を下すことが可能であろう。

さて、司法省での治罪法編纂作業の過程で最初に完成した草案が、「ボアソナード氏起草治罪法草案直訳」（仏文六五〇条）である。ボアソナードが一八〇八年仏国治罪法をモデルに起草した草案であり、後に井上・高木・大島・木下の翻訳で刊行されている。

「直訳」の成立時期は不明であるというのが通説であるが、『法務図書館貴重書目録<sup>(47)</sup>』には「明治十年七月起草十一年末完成」とある。

この「明治十年七月起草十一年末完成」という作成時期の根拠としては、ボアソナード著の「治罪法草案註釈」（一五年刊）の「自叙」における記述<sup>(48)</sup>がある。周知の通り「治罪法草案註釈」は、一二年六月司法省起草「治罪法草案」に関するボアソナードの註釈書であり、その「自叙」でボアソナードは次のように記している。

「夫レ日本帝国諸法典草案ノ編纂順序ニ拠ルニ今将ニ発行セントスル所ノ者ハ最モ先ニ成功セシ者ニ非ス 之ヲ先ツコト一年即チ治罪法草案ノ編纂中ニ於テ刑法草案ハ既ニ其功ヲ竣ヘリ 此草案ノ編纂ハ司法省ニ於テ千八百七十七年七月ニ其業ヲ起シ千八百七十八年ノ末ニ至テ全ク成功セリ（略）委員ハ大審院長岸良君カ長ニシテ司法官吏六



名及ヒ本文記者（ボアソナードを指す―筆者注）トヲ以テ組織セラレ司法卿大木公之カ総裁タリ」

La préparation de ce Projet, commence au ministère de la justice, en Juillet 1877 (7e mois de la 10 année de meiji) a été terminée à la fin de l'année 1878. [b]

[b] La Commission, sous la présidence d'honneur de M. Oghi, Ministre de la justice, était composée de M. Kichira, Procureur général à la cour de la Casassion (Daishinin), président, de six secrétaires du ministère de la justice (du Shisho) et de l'auteur de ces lignes.

翻訳文の「此草案ノ編纂ハ」とある部分は原文に忠実に訳せば「この草案の準備は」となり、「治罪法草案」の準備作業が一〇年七月から始まったことを指している。

おそらく『法務図書館貴重書目録』のいう時期も、これを根拠にしたものと推察されるが、問題は「この草案の準備」が何を意味するのかということである。

後述するように司法省の「治罪法草案」自体の完成は同一二年六月であるから、ボアソナードのいう一一年末からは半年のずれが生じる。従ってボアソナードがいう「この草案の準備」とは「司法省の治罪法草案の準備」即ち、治罪法編纂作業における最初の産物である「ボアソナード氏起案直訳」（仏文）の作成を指し、これが同一〇年七月から始まって一一年末に完成したと考えるのが自然であろう。そしてこの「直訳」作成の委員会は大木司法卿を総裁とし岸良大検事を委員長とする司法官吏六名＋ボアソナードの計九名から構成されていたことになる。

同一〇年七月以降という、旧刑法編纂作業では既に日本刑法草案第二稿が六月に上呈されたのち、最終案である確定稿の完成にむけて（一月上旬呈）起草作業が終盤にはいった段階である。

従って、この時期の治罪法編纂作業は、ボアソナードを主導的地位におき、ボアソナードの提示する「直訳」を叩

き台にして、それに日本人起草委員が修正を加えるという手順を踏んだと推考することが可能になる。

この「直訳」は、治罪法に包含される近代的要素の骨格を形づくった極めて重要な草案であり、更にボアソナードの理論が純粹な形で表現され得た草案（日本人委員によるいかなる修正をも受けていないという意味で）<sup>(49)</sup>であることから、ボアソナードの刑事手続法の構想を検討する上で中心的位置付けをされるべきものである。

更に引き続いて司法省では、「直訳」を叩き台にして修正を加える作業が開始された。修正作業の開始時期は不明とされるが、上述の通りボアソナード原案の完成が一年末と推定されるので、一二年にはいった段階から審議修正作業が着手されたと推定できる。そして、この修正作業の成果が同一二年六月の「司法省草案 治罪法草案」六五〇条である。同年九月二五日には大木司法卿から太政大臣三条へ上申された。<sup>(50)</sup>

続いて、治罪法草案は起草作業の第二段階である、治罪法草案審査局における「司法省草案」の審査作業へと移る。同一二年一〇月二四日、柳原前光を総裁とし、津田出、細川潤次郎らを委員とする治罪法草案審査局が設置されたのである。<sup>(51)</sup>

尚、ボアソナードはこの審査修正作業には加わっていない。このことは以下に示すボアソナードの記述<sup>(52)</sup>からも明らかである。

是ニ於テ乎更ニ委員ヲ置キ修正及ヒ確定案ノ具申ヲ命シタリ 委員ハ太政官大書記官及ヒ元老院議官トヲ以テ組織シ且ツ司法省草案編纂委員ヲ之ニ附屬セシメ以テ其原案ヲ弁護セシメタリ 只本文記者ノ之ニ干預セサリシノミ Une nouvelle commission fut alors chargée de la révision et de la présentation d'un Projet définitif. elle était composé de secrétaires généraux de Daijokwan et de membres du Genroin, auxquels étaient adjoints, pour défendre leur oeuvre sans doute, les membres de la commission du Shihosho, moins l'auteur de ces lignes.

旧刑法編纂作業においても、ボアソナードの関与は司法省草案段階までで断たれたのであるが、治罪法編纂作業でも、司法省段階に続く次の審査作業から、ボアソナードが排除されていたことがわかる。

従来、この治罪法草案審査局における審議修正作業の具体的内容については、史料<sup>(33)</sup>的制約から明らかにされていなかったが、「直訳」と共に村田文書に収められている三史料<sup>(33)</sup>、即ち(1)治罪法草案審査第二読会修正趣意書、(2)治罪法総則修正案、(3)治罪法修正案から、以下のことが推定できる。

まず、第二読会について、第三回目の会合がもたれたのは同一二年二月二二日であり、それ以降年末年始を除き連日継続して、少なくとも二月初旬(第四一会)まで開かれたことが、趣意書の欄外の記述からわかる。

また、趣意書の内容を検討すると、第二読会での審査修正作業で叩き台とされた草案は、司法省段階で作成された二草案、即ち(a)ボアソナード作成の「直訳(仏文)」および(b)司法省段階の成果である「治罪法草案」であることがわかる。更に、第二四会では、参考資料として「治罪法草案注解」<sup>(54)</sup>が用いられたことの記述がみられる。

次に、この第二読会での「治罪法草案」の修正結果は、総則部分についてまず(2)治罪法総則修正案にまとめられ、若干文言の補正がなされており、更に(3)治罪法修正案では総則に続く規定につき(1)第二読会修正趣意書の修正を条文化した上で、重ねて朱書で文言の修正を施している。そして最終的に以上の治罪法草案審査局での修正作業の成果は、「治罪法審査修正案」五三〇条として、同一三年二月二七日、総裁柳原から太政大臣三条へと提出された。

本来ならば刑法審査修正案と同様に、治罪法審査修正案も次の元老院の審査に付されるべきところ、修正案は上申された二月二七日より、実際に元老院に下付(三月二九日)そして附議(四月九日)されるまでの僅か一月余の間に、内閣において陪審制の削除という大幅な修正をなされてしまうのである。<sup>(55)</sup>この修正の為に、治罪法審査修正案は五二〇条から四八〇条に条文数が減少した。

かかる内閣での修正を経て、「治罪法審査修正案」（四八〇条）は、四月九日に元老院に附議され、第一読会、第二読会、第三読会において若干の修正を受けた後、ほぼ審査修正案のまま採決された。<sup>(56)</sup>

そして同年七月一七日、治罪法は旧刑法とともに公布され、同一五年一月一日より施行の運びとなった。

## 二 『治罪法直訳』とボアソナードの陪審制度論

### （一）『治罪法直訳』解題

本節では、ボアソナードが最初に起草した草案である『治罪法直訳』の治罪法編纂過程における意義を記してみたい。

上述の通り、司法省段階において、まずボアソナードが主として一八〇八年フランス刑事訴訟法をモデルにした「仏文の治罪法草案」を作成した。これに日本人委員が補正を加えて完成したものが司法省の「治罪法草案」である。

現在まで、ボアソナード作成の「仏文の治罪法草案」は存在が確認されておらず、その内容は法務図書館蔵の井上・高木・大島・木下の共訳による刊本『治罪法草案直訳』を手がかりにしてのみ、窺知することができるというのが実情であった。

ところが慶応義塾図書館蔵村田文書の治罪法関連の史料に、治罪法草案審査局野紙に浄書された『治罪法直訳』が収められており、この村田本『治罪法直訳』と刊本『治罪法草案直訳』とを比較してみたところ、条文数および条文内容が一致することが判明した。つまり村田本『治罪法直訳』は、ボアソナードの「仏文の治罪法草案」の邦語版であることが判明したのである。但し、両者において用いられている法律用語や翻訳の文体にはかなりの相違が認められる。

残念ながら、村田本『治罪法直訳』の作成時期を確定する決定的資料は欠けるものの、それが「治罪法草案審査局」の官用罫紙に浄書されているという事実は、少なくとも、審査局での審査修正作業の時点で（二十二年一〇月より二十三年二月頃まで）村田本『治罪法直訳』が翻訳され参照されていたことを裏付けるものであろう。

村田本『治罪法直訳』が(1)一二年から一三年にかけての時期、つまりボアソナードの「仏文の治罪法草案」(二十一年末頃完成)に近い時点で翻訳されたものであること、また(2)村田本『治罪法直訳』の翻訳が、ボアソナードの仏文原案の原文にはほぼ忠実な形でなされていること、換言すれば文字どおり直訳に近い文体になっていること、という特徴から、ボアソナードの仏文原案そのものを目にするのができない現段階において、彼の「仏文の治罪法草案」に限りなく近い稀覯資料として、村田本『治罪法直訳』を評価することができであろう。

今回、慶応義塾図書館蔵の村田本『治罪法直訳』の他に、早稲田大学図書館蔵にかかる鶴田本『治罪法直訳』<sup>(57)</sup>の存在も確認できた。両者には若干の文言の差異(誤字脱字の程度)があることと、表紙に村田本に「村田」、鶴田本には「玉乃、鶴田」という署名が記されていること以外は、内容的に同一のものと判断できる。従って、審査局の審査修正作業の際に叩き台にする草案として使用する目的で、ボアソナードの仏文原案の翻訳本が何部か作成され両者がそのうちの一部であったことが推察される。

また両者とも表紙には「二〇一条から六五〇条までを収録する」(三百一条ヨリ至六百五十条)と記載されているが、実際には村田本は三〇一条から五三〇条までを、鶴田本は三〇一条から五二九条の途中までを収録しているにすぎない。加えて、鶴田本には途中「直訳柳生 四五一一条ヨリ四七二条マテ 一通り」という付箋がある。このことは、柳生なる人物がボアソナードの「仏文草案」の翻訳に携わったこと、それも急ぎの翻訳であったことを推測させるものである。

更に三〇一条から五二九（五三〇）条までの内容が、第三編罪ノ裁判の第一章違警罪ノ裁判、第二章軽罪ノ裁判、第三章重罪ノ裁判までを網羅し、次の第四編破毀院（大審院）ノ裁判の前で終えられていることを考えると、審査局での審議が第三編の違警罪、軽罪、重罪の裁判に関する事項を重視していたとも考えられる。この第三章重罪ノ裁判には四四五条より五一三条に至るまで陪審に関する規定が置かれており、この時期における井上毅による陪審制削除の強硬なはたらきかけを考慮すれば、陪審制規定の存置をめぐる議論も、審査局段階での重要課題のひとつに挙げられていたと考えることも十分可能であろう。

村田本『治罪法直訳』と鶴田本『治罪法直訳』が、刊本『治罪法草案直訳』で補完されることによつて、我々がボアソナード作成の「仏文の治罪法草案」の原型により一層接近することが可能になった。

ボアソナードの仏文原案が、司法省で「治罪法草案」に補正され、さらに審査局で「治罪法審査修正案」に修正される。草案はボアソナードの手を離れて日本人委員の手を経る毎に、その原型は初めは僅かに、しかし次第に大幅に変形されてしまう。ボアソナードが日本における治罪法を起草するにあたって、フランス治罪法をどのようにアレンジして日本に根付かせようとしたのか、また、八年から九年にかけてのボアソナードの憲法構想において人権保障の柱とされた刑事法上の自由を、一方では刑法において、他方それと並行して、手続法的側面から治罪法によってどのように保障しようとしたのか。

村田本『治罪法直訳』を手がかりに、このような視点からボアソナードの構想を分析することにしたい。

## （二）『治罪法直訳』第四百五十二条「陪審心得書」について

前述のとおり、『治罪法直訳』は、ボアソナードの純粋な法理論を反映した草案であると評価できる。『治罪法直訳』の規定で特に注目されるのは、ボアソナードの刑事手続法の構想で中心的位置を占める陪審制度である。しかし、ボ

アソナードの陪審制度のプランは、最終的に井上毅によって削除を余儀なくされ、治罪法典にもり込まれなかった。井上毅は何故、ボアソナードの陪審制度構想の実現を阻まなければならなかったのか。この問題を解明するためにも、『治罪法直訳』に描かれたボアソナードの陪審制度の分析は、重要な意味をもつと考えられる。

ボアソナードが主張する陪審制度導入の根拠としては、(a)人民主権の司法権におけるあらわれ、(b)当事者主義・口頭弁論主義と相俟って、近代刑事訴訟法の柱である自由心証主義にとって不可欠の制度であること、(c)陪審に酌量減輕の判断を委ねることによって、ボアソナードが刑事法の起草にあたり一貫して主張した刑罰の寛刑化が図られること、(d)条約改正の実現にとって有利な条件であることの四点を挙げることができる。

以上の四点の根拠のうち(a)(b)(c)の三点を、ボアソナードが治罪法起草作業の最初に作成した『治罪法直訳』の第四五二条に、読み取ることができると推考される。この第四五二条とは、裁判長が最初の公判廷で全ての陪審員に展読する「陪審心得書」であり、公判において陪審に認められる権限が極めて異例の長文の形で列記されているものである。

(a)及び(b)の根拠は、ボアソナードが治罪法草案の起草にあたり、陪審制度を不可欠の前提とするフランス刑事訴訟法を範としたことの当然の結果であるといえよう。フランスの陪審制度をボアソナードはどのようにアレンジして、日本に適合するように受容したのであるうか。このフランス近代刑事訴訟法における陪審制度の意義については、近代刑事訴訟法の父と称されるデュポールの法理論をもとに、自由心証主義・口頭弁論主義・当事者主義を統括する機能が陪審制度にあったとされる沢登教授の研究があり、更に、デュポール理論と明治治罪法との間に認められる共通性について、ボアソナードの陪審制度の根拠と関連づけた貴重な指摘もなされている。<sup>(59)</sup>

かかる先学の研究をふまえて、『治罪法直訳』第四五二条「陪審心得書」を素材にして、ボアソナードが「治罪法

草案」の注釈書として著した『治罪法草案注釈』<sup>(60)</sup>（明治一五年刊）の記述で補いつつ彼の陪審制度像の考察を試みる。

第四百五十二条 上席人ハ次ノ心得書ヲ展読シテ陪審ニ其職務ノ性質及ヒ其權利ト職分トノ広サヲ知ラシムヘシ

但此心得書ハ第四百四十七条第四百四十八条第四百五十四条ヨリ第四百五十八条マテ及ヒ第四百九十二条ヨリ第五百二条マテノ法文ニ付シテ之ヲ印刷シテ訟庭開キノ日各陪審ニ之ヲ渡スヘシ

陪審心得書

陪審諸君（二告ク）

諸君ハ法律ニテ一時法官ノ職務ヲ行フコトニ召ハレタリ 其職務タル貴重ニ係レリ 諸君ハ尋常永続ノ法官ト共ニ会審ノ重罪事件ノ裁判ニ分当スヘシ 法律ハ此重大ナル事件ヲ裁判スルノ權ヲ以テ別段ナル職業ニ従事シタル官吏中ノ者ニ委任スルコトヲ欲セス 尤モ著ルシクシテ人民ノ殊ニ尊信スル所ノ「モラール」ノ權ヲ刑事法庁ノ判決ニ付与スルカ為メ法律ハ「サンプルシトワイヤン」〔「サンプル」ハ「並ミ方」ノ意「シトワイヤン」ニ五歳以上ノ男子ニシテ國權ヲ有スル國民ナリ〕ヲ召ヒテ斯ニ干預セシム 故ニ被告人ハ其同等ノモノニ裁判セラレ而シテ社会ノ利益ハ社会自ラ之ヲ保護スルナリ

陪審ノ職務ハ一ノ負担ナリト雖モ亦真ニ一ノ榮譽ナリ 何ントナレハ陪審ハ人ノ自由又時トシテハ人ノ生命又生平二人ノ榮譽ニ管スル所ノ事件ヲ裁判スルカ為メニ召ハルルモノナレハナリ 刑事法庁ニ付テノ此一時ノ委任ハ法ニテ民人ノ正直才恵及ヒ其明智ニ与ヘタル信任ノ尤モ高キ標ルシナリ

諸君ノ職務ハ訴訟事件ヲ鑑定スルニ止ルヘシ 「ドロワ」ノ判決及ヒ刑法民法ノ適用ハ諸君立合フ所ノ法官ニ委任セラル



然トモ諸君ノ勤ムル所亦狭キニ非ス 又卑キニ非ス諸君ノ吟味スヘキ所ハ唯公訴ノ眼目タル有形ノ事件ヲ犯シタルヤ被告人ハ其本犯タルヤ否ヤノミナラス尚ホ集合シテ「キユルパビリテ」ニシテ本然ナル原素ヲ組成スル所ノ自由才智及ヒ意趣アリテ被告人ノナセシヤ否ヲ吟味スルニ在リ 加之時トシテハ法律ノ問題ト事実ノ問題ト牽連シテ分ツヘカラサルコトナク此場合ヒニ於テハ法律ノ問題ト事実ノ問題トヲ断定スルハ諸君ノ任ニ在リ

弁論ヲ畢ハルノ後チ各被告人ニ擬抵シタル主タル事件及ヒ附帶ノ事件ニ付キ並ニ事件ヲ加重シ又ハ之ヲ宥恕シ又ハ之ヲ弁解スルヲ得ヘキ所ノ法律定メタル状況ニ付キ断定スヘキ問題ヲ口上又ハ書面ヲ以テ諸君ニ与フヘシ 多クハ此問題ハ預備ノ糾問中ニ於テ發覺シタル証憑ナラテハ依ラサルモノト雖モ弁論ニテ日ヲ異ニシテ事件ヲ顯ハシ又ハ最初ノ事ニ付帶シタル新事件ヲ被告人ニ負ハシムルニ至ルコトアルヘシ 然ルトキハ諸君ニ他ノ問題ヲ与フヘシ 故ニ諸君ノ管轄ハ広マルヘキナリ

時トシテハ附与シタル問題ノ吟味ハ諸君其己前ノ問題ヲ否ト決シタルトキニ非サレハ為スヘカラサルコトアリ 故ニ第二ノ問題ハ未必条件タルコトアリ 又他ノ助ケトナルコトアラン

諸君ハ付与シタル問題ニ付キ可又ハ否ト応フルニ過キササルヘシ 故ニ抱合ノ問題即チ数箇ノ事件ヲ含蓄スル問題ハ務メテ之ヲ避クヘシ 然レトモ時トシテハ問題ノ数甚多キニ過クルヲ恐ルルカ故ニ若シ事件ノ数沢山ナルモ專ラ被告事件ノ形状ヲ明晰スルニ足りテ刑ニ影響ヲ生セサルトキハ一樣ナル数箇ノ事件ニ付キ只一箇ノ尋問ヲナスヲ得ヘシ 此場合ニ於テハ若シ諸君一事件ニ付テハ可ト応ヘント欲シ又他ノ事件ニハ否ト応ヘント欲スルトキハ諸君ハ投票ヲ分チテ而シテ問題ニ集合シタル各事件毎ニ幾様ノ応ヘヲ為スヲ得ヘシ

諸君ハ諸君ノ権限ニ付キ又ハ問題ノ意味又ハ性質ニ付キ遲疑スルコトモ亦有ルヘシト法ニテ之ヲ推察セリ 此場

合ニ於テハ法ハ諸君ニ必要ナル説明ヲ与フル為メニ上席人ヲ召フコトヲ諸君ニ許ス 然ルトキハ訟訴ノ利益ヲ重  
ンスルコトヲ慥ムルタメ彈告人及ヒ被告人ノ弁護人ノ立合ヒヲ必用ナリトス

諸君ノ商議ノ法式ニ付キ法律ニテ定メタル別段ノ細目ハ其条規ノ抜キ書ヲ以テ諸君ニ交付スヘシ 諸君ハ亦此ニ  
其通報ト共ニ諸君ノ他ノ職分ヲモ見ルナルヘシ

今此ニハ各訟庭ノ日ニ諸君ノ出頭スルコトハ各事件ノ陪審抽籤ノ為メ又ハ始メタル事件ヲ継続スルタメニ嚴ニ之  
ヲ要シ並ニ院ニテ其判決ヲ言渡ササル限りハ諸君ニ付与シタル事件ニ管シ決シテ他ノ人ト交通スヘカラサルコト  
ヲ諸君ニ告諭スルノミ

諸君ハ諸君ノ決議スヘキ事件ニ付キ互ニ發明スルタメ諸君中ニテ自由ニ討論スルコトヲ得 然トモ諸君發言スル  
トキニハ法ハ諸君ノ投票ノ全キ独立ヲ保センカタメ秘密ナランコトヲ欲ス

諸君承クル所ノ信用ハ法ノ見ル所ニテハ平等ナリ 故ニ各事件ニ付キ諸君中ニテ諸君ノ會議ニ上席スルコトヲ指  
定スルモノハ抽籤ナリ 然トモ籤ニテ指定セシ所ノ人此職務ヲ辞スルトキハ諸君ハ投票ノ多数ニ依リテ諸君上席  
人ヲ選ムヘシ 但此旨ヲ問題書ニ記載スヘシ

事實ノ搜索ハ屢困難ナルモノナルカ故ニ其搜索中ニ於テ諸君ヲ明ラカナラシムルタメ尤モ自由ニシテ尤モ十分ナ  
ル弁論ヲナサシムヘシ 予備糾問中ニ於テ生シタル負担ハ弁論中ニ於テ更ニ生シタルトキニ非サレハ其重ミヲ持  
タス 諸君ハ被告人ノ尋問証明ノ証拠書類ノ讀ミ聞カセ便宜又ハ不便宜ノ証人ノ申立テニ立合フヘシ 加之ナラ  
ス諸君ハ決シテ自己ノ意見ヲ述ヘサルヤウニ注意シ諸君要用ナリト思量スル所ノ問題ヲ被告人又ハ証人ニ付与ス  
ルヲ得ヘシ 彈告ト弁護トノ間ニ於テスル對審弁論此各証拠ノ価ヒヲ監定スルコトヲ許シ畢ヌ

然トモ能ク注意セラルヘシ 弁論ニ於テ備ヘタル証拠ハ何レモ法律ニ於テ諸君ノ心証ヲ取ラシムルモノニ非ス

訴訟事件ヲ洞見スルハ独リ諸君ノ知能ニ在リ 其意趣及ヒ善惡ト識別スルハ諸君ノ良心ニ在リ

故ニ法ハ諸君ノ心証ノ生シタル所以ノ証拠ヲイフコトヲ諸君ニ望マス 諸君ハ諸君ノ決斷ノ理由ヲ述フルニ及ハス 法ハ諸君ノ認メタル所ノ事柄ヲ單ニ言述スルノミヲ望ム 而シテ法ノ見ル所ニテハ乃チ之ヲ真実トスルナリ 又法ハ被告人ノ心意及ヒ重罪ニ依リテ生シタル社会ノ惡ノ幽微ナル所ハ總テ之ヲ予斷スル能ハス又各自ノ罪根ハ被告人ノ年令知能志欲ノ度及ヒ教育模範地位ニ由リテ際限ナク變スルカ故ニ法ハ其予定セサル所ノ加重ノ状況ヲ陳フルコトヲ諸君ニ許サス 然トモ亦之ニ反シ諸君ノ定ムヘキ所ニハ非ラサレトモ独リ諸君ノ良心ヲ以テ裁判官トナセシ所ノ輕減ノ情狀ノ成リ立チハ特ニ之ヲ陳スルコトヲ許ス

然トモ若シ諸君裁判スヘキノ權ナキ法ノ嚴烈ヲ討ツタメ此權力ヲ用ヒ又ハ諸君ノ正理ト憐憫トヲ感荷スル方法ヲ此ニ求ムルニ於テハ諸君ノ職分ニ背キ立法官ノ本意ニ悖ルモノナリ 又其疑惑ノタメニ苟モ免ルルコトヲ斯ニ求ムルニ於テハ最モ宜シカラス 諸君疑惑スルトキハ必ス被告人ニ便利ナル応ヘヲ為ササルヘカラサルコトヲ忘ルコトナシ

諸君ハ諸君ノ權限内ニ在リテ諸君ノ會議ノ為メ定メタル規則ニ背カサル諸君ノ決斷ハ動カスヘカラサルモノニシテ此ノ決斷ハ乃チ諸君ノ榮譽ノ外ハ之ヲ監察スルモノナク又諸君ノ良心ノ外ハ之ヲ裁斷スルモノナキニ依リ諸君最モ以テ事實推窮ニ心ヲ竭ササルヘカラサルアリ

法ハ顧慮スルコトアリ 諸君ノ掌中ニ置クニ同ク貴重ナル二箇ノ利益ヲ以テス 乃チ私ナク裁判セラレサルヘカラサル被告人ノ利益並ニ諸君自ラ害ヲ受ケルコトナク情弱ヲ以テ棄テ措クヲ得サル社会ノ利益是ナリ 陪審諸君余ハ法律ニ從テ諸君ノ誓ヒノ領受セン

以上、掲出した『治罪法直訳』第四五二条「陪審心得書」には、先述の三つの根拠を柱とする、ボアソナードの陪審制度構想が集約されていると考えられる。

そもそも一つの条文が審査局罫紙（一葉は四〇〇字程度）八枚にも及ぶ長文であること自体、かなり特異なことである。何故、ことさらこのように長文の「陪審心得書」を、ボアソナードは条文として法典にもりこんだのであろうか。

この点について、ボアソナードは『注釈』の中で次のように説明する。<sup>(61)</sup> あえて陪審がとるべき指針を「陪審心得書」で明確に示すことの意味は、陪審を経験する機会に恵まれない国民にも、陪審の職務について正しく理解することを可能ならしめる為である。ここでボアソナードは、実際に陪審による判断が被告人の利益が図られるよう適正に下され、陪審制度が円滑かつ有効に機能することを意図すると同時に、人民に対して陪審員の担う役割を「陪審心得書」を通して知らしめることによって、彼らの人権意識を高めるといった教育的効果もまた期待していたのではないかと推察される。

また、第四五二条が定める裁判長が「陪審心得書」を陪審に展読するというスタイルも、ボアソナードの考案によるものである。フランスでは、陪審長が陪審の評議の都度、口頭で心得を説明するに止まっていたが、ボアソナードはこの制度を改め、新たに初回の公判廷において、陪審が宣誓を行なう前に、裁判長に「陪審心得書」を読ませることとで、「陪審心得書」の位置づけを高めた。「陪審心得書」の内容が、展読する裁判長の恣意によって曲解されることのないように、陪審の職務の概要を条文の形で確定することにより、陪審制度の機能の強化を図ろうとしたものと評価できよう。

フランスの陪審制度が経験した問題点を是正し、他方、未経験の日本において陪審制度の公正な運用が実現される

ためのシステムを作る、これがボアソナードの陪審制度構想の基底にある。

さて、「陪審心得書」の具体的検討にはいる準備作業として、『治罪法直訳』における陪審制度を裁判の流れの中でとらえてみたい。検察官の起訴、予審判事の予審を経て、事件が重罪裁判所に送致されると、判決裁判所の裁判長は、初回の開廷日に先立って、検察官の面前で、一周年の陪審氏名名簿から本陪審二〇名及び補欠陪審四名からなる陪審を抽選で選出する。

次に、最初の公判廷においては、検察官・陪審員を召集し、まず裁判長が開廷を宣言するのについて、会審名簿(*liste de session*)の確定作業が着手される。先に選出された本陪審・補欠陪審につき、陪審の無能力及び抵触(兼職)の有無が確認され、本陪審二〇名を満たすと、会審名簿が収結する。(これは直ちに被告人に送付される。)ここで、裁判長より本陪審に対して、陪審の権限及び義務を列挙した心得書が展読される。これが本節で考察の対象とする「陪審心得書」である。「陪審心得書」が読み上げられると、各陪審は、裁判における陪審の義務を遵守することを宣誓し署名する。この最初の公判より、少なくとも二四時間以降に(弁論開始には、被告人に陪審の会審名簿が送達されてから二四時間経つことが必要とされる為)口頭弁論が開始されることになる。

裁判官・検察官・陪審・被告人が揃った公判廷では、はじめに、前述の会審名簿より、裁判陪審が抽選され、彼らについて検察官・被告人双方に忌避が認められる。十名の裁判陪審の確定に続き、裁判長による被告人の人定質問があり、次に書記官によって公訴状の朗読、訴訟事件につき被告人尋問がなされる。続いて、証拠調べが実施される。まず、証拠物が提示されるが、裁判長は被告人に弁解及び反証の提示が認められることを告知する。次に証人尋問にはいるが、検察官側・被告人側の召喚した証人の尋問が順に行なわれた後、陪審によって、証人及び被告人への尋問が裁判長の許可を得て認められている。ただし、この段階で陪審は自己の意見を陳べてはならない。

証拠調べが終わると、検察官による論告、被告人の意見陳述が行なわれて、弁論は終結する。

ここで、裁判長による事件の約述がなされる。これは陪審に事件を記憶させる為に行なわれるもので、約述内容は①訴訟事件の重要事実、②原被より提出された証拠③公訴、弁護に関わる重要な論拠に及ぶ。裁判長は約述に際して、あくまで公平を旨とし、迅速・明確・整理して約述しなければならない。

約述の後、裁判長によって陪審に対して問題（設問）が下付される。問題の下付について、ボアソナードはフランスの経験を加味して、陪審による判断が効率的に下されるように、論点の設定の仕方に関して、きわめて周到な項目だてをしている。注意すべきは、陪審に実際に手渡されるのは、裁判長の作成した問題書のみで、公訴状・検証調書・その他訴訟書類は一切付与されないことである。これは、まさしく書証を排除し検察官と被告人との間でかわされた口頭弁論を聴いた上で、陪審が自由に自己の心証を形成することを保障する為である。

陪審はいったん退廷し、会議室において評議にはいり、陪審間の自由な討論をした後、問題につき秘密投票を行なう。決定が出揃って評議が終わると陪審は法廷に戻り、陪審長により陪審申立書が朗読される。その後被告人が入廷し、再度陪審評決が今度は書記官によって読み上げられる。これに基づいて、裁判官による量刑が定められて、判決が下されることになる。

以上の公判の流れをふまえた上で、「陪審心得書」にあらわれるボアソナードの陪審制度の根拠を検討してゆきたい。「陪審心得書」の冒頭で、ボアソナードは、「人民による司法権の行使」の確保を陪審制の第一の意義として明確に打ち出している。サンプルシトワイヤン（simple citizen—公民権を有する二五才以上の男子）から選出される陪審員は、職業裁判官と共に、重罪事件の裁判に参加する権利を法によって付与される。その理由は「尤モ著シクシテ人民ノ殊ニ尊信スル所ノ「モラール」ノ権ヲ刑事法庁ノ判決ニ付与スル為メ」と説明される。「モラール」ノ権とは「倫

理上ノ正当性」と解することが妥当であり、職業裁判官のみならず人民を判決形成の場に携わらせることによって、刑事裁判の判決に倫理上の正当性を与え、人民に判決の遵守を促すことを目的とすると考えられる。

「被告人ハ其同等ノモノニ裁判セラレ而シテ社会ノ利益ハ社会自ラ之ヲ保護スルナリ」

「陪審心得書」のこの文言が示すように、ボアソナードは、近代刑事手続の柱としてフランス人権宣言において承認され、更にデュポールによつて一七九一年フランス刑事訴訟法に具体的に規定された「同僚による裁判をうける権利」の保障を「陪審心得書」冒頭で宣言したのである。

次に「陪審心得書」で明瞭に示されている、自由心証主義と陪審制度の「一体不可分」<sup>(62)</sup>の関係について考察する。職業裁判官に裁判を専任せず判決形成過程への陪審の関与を認めたのは、換言すれば法が人民に司法権を委任した理由は、法が人民の「正直 (droiture)」「才恵 (sagesse)」「明智 (lumiére)」を信頼しているからである。これは往々にして職業裁判官が被告人を悪人視する傾向にあるのに対して、陪審はそうした偏見にとらわれず「良心」のみに基づいて判断を下すことができるという考えに基づいている。

また、陪審は自らの心証を形成するにあたり、訴訟事件を発見する為に「知能」のみによつて、また犯人の意趣及び善意を識別する為に「良心」のみによつて判断すべきことが説示される。

「訴訟事件ヲ洞見スルハ独リ諸君ノ知能ニ在リ 其意趣及ヒ善意ト識別スルハ諸君ノ良心ニ在リ」

このように、事実関係の判断を「知能」により、犯人の責任要素の判断を「良心」により行なうとする区別は、フォスタン・エリーの刑法理論をボアソナードが踏襲したものである。<sup>(63)</sup>

さて、陪審が「知能」と「良心」によつて訴訟事件を判断する際に、その心証形成の根拠をなすものは、検察官と被告人との間で展開された口頭弁論および提示された証拠である。

この「対審弁論」と「各証拠ノ価ヒノ鑑定」を、陪審は(a)被告人尋問(b)証拠書類の読みきかせ(c)証人尋問の三つのプロセスを通して行なうが、ここで、公判における予審記録の利用の問題、具体的には(b)証拠書類の読みきかせの際に、予審官吏が作成した予審調書が陪審に展読されるのかという問題を考えなければならない。

『治罪法直訳』第三編・犯罪ノ裁判の通則 (dispositions communes) では、証拠に関して三三五―三三七条の三条をおき、(1)予審判事の面前で許用した一切の証拠は公判で証拠として許用すること (三三五条) (2)予審官吏によって作成された調書及び検証証書 (act de constatation) は訴訟関係人の請求により又は裁判長が事実解明に必要と判断する場合に公判で朗読され得るが、調書の陳述は、証人の証言と同等に扱われるに過ぎず、被告人は反証の提示が許されること (三三六条) (3)予審で尋問された証人は原則として公判でも召喚されるが、証人不出廷・証人の証言齟齬の場合に限り予審における証人の供述調書が読み上げられる (三三七条) と定められている。

まず、第三三五条によって、予審で許用された一切の証拠は公判にも提出することを要するとされ、裁判官は提出された証拠を自ら直接判断して自己の心証を形成することになる。この第三三五条の「予審で許用された証拠」につき、第二編第三章予備札問第三款証拠の通則第一六〇条では、裁判官が心証を形成する際に査定される徴憑として(a)被告人の白状(b)官吏の検証調書(c)証拠物件(d)証人の陳述(e)鑑定人の申立を列挙している。第三三六条は、以上の(a)～(e)のうち、(a)(c)(d)(e)は第三三五条の原則の適用対象となるが、その性質上、他の手段では確認が困難な臨検に関する(b)官吏の検証調書については、書証排除原則の例外として、公判での朗読を認める旨、規定したと理解できよう。

従って、第三三六条にいう陪審に展読され得る予審官吏作成の調書とは、被告人尋問調書や証人尋問調書を含む予審調書一般ではなく、予審官吏の検証調書（予審判事が犯所を臨検したこと、犯罪の性質、方法、日時、場所及び被



告人の人違いなきことを証明する事実の模様の検証を記した調書<sup>(64)</sup>であることが判明する。但し、予審検証調書は、予審判事の検分した事実を記載したにすぎない場合であっても、そこに予審判事の判断が加味されている以上、証人の証言と同等の証拠としての位置づけをされ、「一切ノ反証ニ因テ之ヲ攻撃スル」ことが認められている。

加えて、前述のとおり、裁判長が陪審に評議すべき設問を下付する際に、実際に陪審に渡されるのは問題書のみであつて、予審段階での訴訟書類は一切交付されない。沢登論文で指摘されるように、予審と判決の機能分離という要請に基づいて、陪審は「予審調書にあらわれた予審判事の判断」から自由でなければならぬとするフランス刑事訴訟法の自由心証主義<sup>II</sup>口頭弁論主義の踏襲がここにおいても認められるのである。書証にとらわれることなく、口頭弁論と提出された証拠を実際に検分して、自らの「知能」と「良心」のみに基づいて得られた陪審の「直感」の尊重こそ陪審制度の本質であるといえよう。

「陪審心得書」はこの点をより一歩進めて、陪審は自己の心証のみを陳べれば足りその根拠を陳べる必要はないと規定する。

「法ハ諸君ノ心証ノ生シタル所以ノ証拠ライフコトヲ諸君ニ望マス 諸君ハ諸君ノ決断ノ理由ヲ述フルニ及ハス 法ハ諸君ノ認メタル所ノ事柄ヲ単ニ言述スルノミヲ望ム 而シテ法ノ見ル所ニテハ乃チ之ヲ真実トスルナリ」

ボアソナードによれば、この理由は、陪審に判断の根拠を述べさせた場合に、判断の理由が不十分であるが故に或いは各陪審の根拠づけが一致しないという理由だけで、極めて妥当な判断が無効とされてしまうことも想定され、かかる事態は、社会及び被告人にとって却って不利益であるからだと説明される。陪審の予断なき「良心」による判断を最大限尊重するが故の規定である。

さて、陪審の「良心」による判断は、単に有罪無罪の決定に止まらず、有罪とされる場合に情状酌量が認められる

か否かの点にまで及ぶ。「陪審心得書」では、この点につき陪審は原則として裁判長から下付された問題点に関してのみ評議を為し決定を下せるに過ぎないが、これに対して被告人に有利な減軽の情状については、裁判長からの下付がない場合でも主張することができるとされている。（被告人に不利な加重情状の申立は許されないし、更に前述の陪審の心証形成根拠と同様に減軽情状の根拠については何ら陪審は陳述する必要はないと定められている。）

「法ハ其予定セサル所ノ加重ノ状情ヲ陳フルコトヲ諸君ニ許サス 然トモ亦之ニ反シ諸君ノ定ムヘキ所ニハ非サレトモ独リ諸君ノ良心ヲ以テ裁判官トナセシ所ノ輕減ノ情状ノ成リ立チハ特ニ之ヲ陳スルコトヲ許ス」

但し、この陪審による被告人の酌量減軽の申立は無制限に許されるのではなく、一定の制約が科されている点に注意されたい。

「然トモ若シ諸君裁判スヘキノ權ナキ法ノ嚴烈ヲ討ツタメ此權力ヲ用井又ハ諸君ノ正理ト憐憫トヲ感荷スル方法ヲ此ニ求ムルニ於テハ諸君ノ職分ニ背キ立法官ノ本意ニ悖ルモノナリ」

「陪審心得書」のこの一項目は、ボアソナードがフランスの陪審制度が抱えてきた次のような問題<sup>(65)</sup>を考慮して置いたものと推察される。

フランスでは一八一〇年法で酌量減軽は輕罪のみに限定されており、従つて重罪院の判決陪審は単に被告人が有罪か無罪かの判断を示す権限しか有さず、酌量減軽事由の申立ては許されなかったのである。かかる状況下で、例えば子殺しの罪に対して、裁判官が被告人に重い量刑を科すことを懸念した陪審が、それを避ける目的であえて無罪の判断を下すケースが頻発した為に、明白な証拠があつても被告人を放免してしまふ事態が生じた。そこでこうした弊害をなくすために、陪審に酌量減軽事由の申立てを認め、より大きな権限を与えることになったのである。一八三二年法は、一八二四年法で重罪の一部に酌量減軽事由を認めつつも申立権を依然裁判官に留保していた点を改めて、全て

の重罪にまで酌量減軽の適用を拡げ、その減軽事由の認定権限を陪審に委ねた。

ボアソナードはこうした陪審制度の変遷をふまえて、陪審に無制限に酌量減軽事由の申立てを認めることは、又一方で法律の内容が陪審員によって濫りに（安易に）歪められるといった事態が生じかねないことを考慮し、そこで有罪と判断される場合に、陪審が法定刑が厳しすぎるからという理由のみによって酌量減軽を申立てることのないように、あえて「陪審心得書」に注意規定を置いたといえよう。この注意規定は第四八九条一項に具体化されて、裁判長は陪審に対して「減軽ノ情状ノ成リ立チ」についての問題は下付せず、陪審が確固たる心証に基づく場合のみ、自ら随意に申立てるシステムになったのである。

しかしながら、このような制限規定はあるものの、「陪審心得書」に続けて「諸君疑惑スルトキハ必ス被告人二便利ナル応ヘヲ為ササルヘカラサルコトヲ忘ルコトナシ」と明記されているように、ボアソナードが陪審に酌量減軽の申立てを認める趣旨はあくまで「疑わしきときは被告人の利益に」の原則である。その結果、第四八九条二項は陪審が酌量減軽事由を忘れぬように、「多数ニテ全体ノ被告人又ハ其レノ被告人ノ為メ輕減ノ状情アリ」の陳述ができることを裁判長が告知するべき旨定め、更に第四九九条は陪審長が陪審の評議の最後に減軽事由の陳述について投票させることを義務づけている。

酌量減軽は、治罪法と並行してボアソナードが起草していた刑法草案においても重要事項として取り扱われており、彼は刑法草案の注釈書『刑法草案注解』<sup>(66)</sup>九九条の中で、酌量減軽を認めることによってもたらされる最大の効果として、死刑が科される犯罪を例に挙げ説明している。

ここでボアソナードは、フランスの実情に言及し、陪審はほとんどの場合、死刑を量刑として科される犯罪に対して酌量減軽を行い実質的に死刑を廃止する傾向にあり、例えば国事犯は死刑が条文上存置されているにも拘らず、酌

量減輕により実際に死刑が適用されることはない」と記している。人民から選出された陪審に、被告人に死刑を科さない手立ての選択権を委ねることによって、死刑存置の是非を世論に問い、立法官が法改正の必要性を判断する材料にすべきだという論旨である。陪審が濫りに「法」を緩めることは許されないが、許容される枠内で法定刑を緩和する陪審の判断の蓄積が、立法官に対して「在るべき法」への改正を促す。ここにボアソナードが陪審制度に期する副次的効果があると考えられないであろうか。

以上、『治罪法直訳』の「陪審心得書」を手がかりにして、フランス治罪法を踏襲して、ボアソナードが治罪法の柱とした陪審制度の考察を試みた。『治罪法直訳』の規定の中で、最も鮮烈な印象を受ける第四五二条の「陪審心得書」には、ボアソナードによって、陪審制度を軸に、近代刑事訴訟法の構造が見事なまでに凝縮して描かれていると評価できよう。

諸法典の中でも特に治罪法に関してはきわめて史料が乏しいために、起草作業の実態についての研究の進展が遅れているというのが現状である。今後、陪審制度導入についてのボアソナードの主張を裏付ける新たな史料の登場によって、明治前期の西欧法の継受の際に受容されるばかりの段階にまで至っていた陪審制度の研究が一層進められることを期待したい。

### 三 小 結

冒頭に記したように、日本近代法が確立する過程の第一段階、即ち法体制準備期において、西欧法を正面から継受した近代法典として完成をみたのは、明治一三年公布の旧刑法及び治罪法のみである。憲法をはじめ民法、商法などの法典編纂作業も並行して進められていたが、全面施行には至らなかった。維新後、わずか十余年で刑事法が、従来

とは異質の法体系に移行しえたのは、草案起草作業がボアソナードによって主導されたからに他ならない。

一連の諸法典の起草作業の中で、ボアソナードの構想が最初に草案という具体的な形をとって結実したのは、旧刑法編纂過程の第一段階、即ち司法省段階で作成された日本刑法草案である。前述のとおり、旧刑法の編纂過程は、(a)司法省段階における草案起草作業(b)審査局段階における草案審査修正作業(c)元老院における審議作業の三段階に区分され、司法省段階ではボアソナードの作成した草案を叩き台にして日本人委員との質疑応答を経るという手順で起草作業が進められた結果、ボアソナードの意向にほぼ忠実な日本刑法草案が成果として編まれた。この日本刑法草案の特徴は、明治初期刑法の前近代法的性格を払拭し、西欧近代刑法の大原則である罪刑法定主義、法適用における平等、責任主義がもりこまれたことにある。比較法的手法で触れたように、ボアソナードは、フランス一八一〇年刑法をモデルにしつつも西欧諸国の刑法草案をも参酌しており、更に彼が拠り所とする折衷主義刑法理論の立法化を試みている。未遂犯における刑の必要的減輕、酌量減輕制度、故意・法の不知に関する規定、犯罪類型の明確化と刑の量定範圍の縮減(裁判官の裁量性の排除)等がその一例として挙げられよう。こうして、ボアソナードは師オルトランによって確立された「絶対的正義」と「社会的効用」を基準として犯罪をとらえる折衷主義刑法理論に基づいて、国家刑罰権に対する個人の権利の保障を眼目とする自由主義・個人主義的原理にたつ近代刑法の導入を目指したのである。

しかしながら、ここで示されたボアソナードの構想は、次の審査局段階における審査修正作業で大幅な修正を受けることになる。審査局での修正は、その構成員からボアソナードを排除している点からも伺えるように保守的な色彩がきわめて強く、修正の方向性は、内閣から示された予決決定事項(皇室に対する罪を設けること・国事犯の巨魁に死刑を科すことなど重要問題についての政府見解)に沿うものであった。

続く治罪法編纂過程でも、裁判の公開、弁護人制度、大審院を頂点する三審制など近代化が図られる一方で、旧刑法と同様、それに逆行する修正が加えられている。その最たるものが、ボアソナードが近代刑事訴訟手続の要としておいた陪審制度を削除した点に求められるだろう。ボアソナードは、自由心証主義、当事者主義、口頭弁論主義と並立してフランス近代弾劾主義を支える陪審制度を治罪法草案の基礎におくことによつて、日本における刑事手続の近代化を図ろうとした。しかしながら、この構想は、人民の司法参加を阻み、国法の貫徹を第一の課題と考える井上毅のはたらきかけによつて削除されてしまうのである。

これらの一連の修正は、三年後の一四年政変で、政府の基本方針が強大な君主権を機軸とするプロシア立憲君主制（君主主義的立憲制）に統一されることの布石と捉えることができ、明治憲法体制確立の中心的役割を果たした井上毅の画策によつて実現されたといつてよい。

こうして最終的に完成した旧刑法・治罪法は、草案に描かれたボアソナードの構想から乖離し、封建的な要素と近代的な要素を併存させることになった。しかしながら、ボアソナード草案が日本法に人権保障の観念を根付かせ、旧刑法及び治罪法に明治初期の刑事法とは明らかに異なる近代法原理を体现したことの意義は大きい。

本章では、ボアソナードが当初から憲法構想において最重要視していた、刑事手続上の人権保障のありかたを分析するという観点から、「治罪法直訳」を読み解いてゆくことを試みた。第一節で治罪法の編纂過程の概要をあとづけ、第二節でボアソナードが最初に作成した草案「治罪法直訳」の柱である陪審制度論を考察した。

旧刑法の編纂過程に関する研究は、司法省段階でのボアソナード対日本人起草委員の質疑応答を克明に記した「日本刑法草案会議筆記」の存在によつて、大きな進展をみたが、一方で、治罪法編纂過程については、「会議筆記」に相当する史料が未発見のために、いかなる点について、西欧近代法と律令法思想との間に対立があったのか窺知する

のが困難である。その意味で、本稿で分析の対象とした「治罪法直訳」は、ボアソナードの刑事手続法の構想を考える上で不可欠の史料であり、また「治罪法直訳」と「治罪法草案審査第二読会修正趣意書」を併せ読むことによって、ボアソナードの草案が日本人編纂委員にどのように受けとめられ治罪法典に結実したのか、その道筋をたどる手がかりを得ることができよう。

今後は治罪法全体の構造をとらえながら、個々の草案及び審査修正案の内容研究を進めてゆくことを課題としたい。本稿で試みた治罪法編纂過程におけるボアソナードの関与の考察が、従来のボアソナード研究を補完する一助ともなれば幸いである。

- (1) この時期区分は『講座日本近代法発達史』による。利谷信義教授による三三二体制論も参照されたい。(利谷「近代法体系の成立」『岩波講座日本歴史16近代3』および長谷川正安・利谷信義「日本近代法史」『岩波講座現代法14』等。)
- (2) 大久保泰甫『日本近代法の父 ボワソナード』昭和五二年・岩波新書。
- (3) ボアソナードの生涯については、大久保前掲書をもとに把握することができるが、その他にも法思想に関する分析は田中耕太郎「ボアソナードの法律哲学」(『杉山教授還暦祝賀論文集』所収)、比較法的視野に関する分析は野田良之「明治初年におけるフランス法の研究」(『日仏法学』一卷)など、多くの有益な指摘がなされている。
- (4) 大久保前掲書一三頁参照。
- (5) 大久保泰甫「特別講演 日本近代法の父ボワソナード」(『日本法学』六〇巻四号)一二〇頁。
- (6) ボアソナードの人道主義者としての特質は田中前掲論文で指摘されているのを始め、とくに福島正夫「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』二二六号初出／『福島正夫著作集』第一巻所収)によって詳細に論じられている。尚、大久保泰甫「続日本刑事政策史上の人々」(2)ボワソナード(『罪と罰』三一巻二号)も併せて参照されたい。
- (7) 野田前掲論文四八―五一頁を参照。
- (8) 大久保前掲書三三―二六頁を参照。
- (9) 福島正夫「明治初年における西欧法の継受と日本の法および法学」(仁井田博士追悼論文集『日本法とアジア』初出／『福島正夫著作集』第一巻所収)一八九頁以下を参照。

- (10) 野田良之「日仏法学交流の回顧と展望」（『日仏法学』六卷）一八―二二頁。
- (11) 利谷信義「外国法の継受／近代日本の場合」（『法学セミナー』一九六四年三月）を参照。
- (12) 不平等条約改正の一連の経緯については、松井芳郎「条約改正」（『日本近代法体制の形成』下巻）を参照。
- (13) 利谷信義「日本の法を考える」三―九頁、および利谷「明治前期の人権と明治憲法」（『基本的人権2歴史Ⅰ』）一三〇頁以下。
- (14) 向井健「民法典の編纂」（『日本近代法体制の形成』下巻）三二―三三頁。
- (15) 福島前掲論文「明治初年における西欧法の継受と日本の法および法学」一七二頁。
- (16) ボアソナードの自筆履歴に関しては堀内節「御雇法律教師のブスケとボアソナード」（『比較法雑誌』八卷一號）および大久保泰甫「ボワソナーにかんする若干の新資料——フランスにおける調査の報告を中心として——」（『野田先生古稀祝賀論文集』所収）一九九―二〇五頁を参照されたい。
- (17) 戒能通孝「日本における政治過程と所有権」（『戒能通孝著作集』第四卷）を参照。
- (18) 福島前掲論文「明治初年における西欧法の継受と日本の法および法学」一七三頁。
- (19) 利谷信義「条約改正と陪審制度」（『社会科学研究』三三卷四号）および松井前掲論文二二七―二四〇頁を参照。
- (20) 松井前掲論文二三四頁。
- (21) 利谷信義「西洋法と日本法の接点——「法の継受」を中心として——」（『法哲学年報』「東西法文化」）一〇六頁。
- (22) 田中前掲論文を参照。
- (23) 川島武宜「利谷信義」（『講座日本近代法発達史』五卷）二八―三一頁。
- (24) 田中前掲論文三一頁以下参照。
- (25) 野田前掲論文「明治初年におけるフランス法の研究」四八頁以下参照。
- (26) 田中前掲論文三七頁以下参照。
- (27) 福島前掲論文「ボアソナード博士の人格と拷問制度反対活動」。
- (28) ボアソナードの政治犯に対する死刑廃止論は、江口三角「ボワソナードと政治犯」（『岡山大学法学会雑誌』二八卷三号）および団藤重光「死刑廃止論」で詳細に論じられている。
- (29) 向井健「ボアソナードの身分法思想——その自然法論と相統法論」（『家族―政策と法』第七卷所収）。
- (30) 「ボアソナード氏相統論」明治八年二月九日付。（『近代日本法制史料集』第八）一九一頁。
- (31) 「日本ニ於テ相統法ヲ設クル論」明治八年二月一日付。（『近代日本法制史料集』第八）一九四頁以下。
- (32) 谷田貝三郎「身分法における普遍性と特殊性」（『同志社法学』二五卷）。
- (33) 利谷信義「『家』制度の構造と機能(2)」（『社会科学研究』一三卷四号）二八―三三頁参照。



- (34) 向井前掲論文「ボアソナードの身分法思想」一八五頁以下参照。
- (35) ボアソナード講述・磯部四郎通訳『新・性法講義』(明治三十五年版 三五四頁)。
- (36) 前掲「日本ニ於テ相統法ヲ設クル論」の第三問題。(『近代日本法制史料集』一九六頁参照)。
- (37) 前掲『新・性法講義』三三三頁。
- (38) 前掲『新・性法講義』三八九頁。
- (39) 向井前掲論文「ボアソナードの身分法思想」一八七―一八八頁。
- (40) ボアソナードの憲法編纂過程に関する研究は極めて乏しく、次の三論文のみが言及するにすぎない。大久保前掲書九〇―九五頁・井田進也『立法者』中江兆民』(『中江兆民のフランス』向井健『明治八年・ボアソナード』『憲法論』小考』(『二橋論叢』七八巻四号)。なお大久保前掲書一三三頁ではボアソナードの井上宛て答議についての評価は、ボアソナードと井上の意見が「イギリス型議院内閣制の否定、の線でびつたり一致している。(略)ボワソナードの意見は、井上が基本的態度を固める上で、何らかの意味で、その自信を支える役割を果たしたと考えてよいであろう。」とされているが、この点は疑問が残る。議院内閣制の採用は確かにボアソナードも時期尚早として排斥するが、天皇と国民の国法上の位置付けをめぐる井上とボアソナードの構想はあきらかに根本から異なるものと判断されるからである。拙稿「ボアソナードの憲法構想」(『法制史研究』四四巻)を参照されたい。
- (41) 治罪法編纂過程に関する主要先行業績として、小早川欣吾『明治法制史論公法之部』(下巻)一〇五九頁以下、石井良助『明治文化史法制編』四三六頁以下がある。また陪審制度の導入をめぐる研究として三谷太一郎『日本における陪審制の受容』(『近代日本の司法権と政党』)、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)、高瀬暢彦『金子堅太郎の陪審思想』(『日本大学精神文化研究所紀要』第二四集・第二五集)等がある。さらに治罪法における近代化を検討されたものに沢登佳人Ⅱ中川宇志『明治治罪法の精神』(『新潟大学・法政理論』第一九巻三号)がある。
- 尚、慶応義塾図書館蔵にかかる村田本の史料を復刻した際に、現段階での治罪法編纂過程の概略を併せて記した。本論ではそれから多くを引用したが、割愛部分もあるので参照されたい。(向井健・矢野祐子「村田本『治罪法直訳』」(『法学研究』六八巻九号)・村田本『治罪法草案審査第二読会修正趣意書』(『法学研究』六九巻三号)。
- (42) 藤田正「旧刑法の編纂におけるボアソナードの役割」(『北海学園大学・学園論集』七二号)はボアソナードが来日後、法学校及び司法省官吏に対しておこなった法学教育を編纂過程への関与と並行して跡付けている。
- (43) 司法省刑事局編「旧刑法、治罪法及旧刑事訴訟法編纂沿革」(『法曹会雑誌』八巻八号)一〇八頁以下参照。(以下「沿革」)と略す。
- (44) 旧刑法編纂過程については『刑法草案注解』(『旧刑法の編纂過程』(『日本立法資料全集』8)及び前掲藤田論文を参照。なお、近時刊行の、『旧刑法』(1)(『日本立法資料全集』29)所載の「旧刑法制定過程年表」は便利である。
- (45) 前掲「沿革」(一)一一六頁。

(46) 司法省野紙記載「治罪法草案第一編」と共に、鶴田文書には大審院一三行野紙記載「治罪法草案零本」がある。各条文の頭にはフランス治罪法の条文数が付されているなど、大審院においてフランス治罪法をモデルに独自に治罪法草案の起草が試みられたことを物語る貴重資料である。作成時期は記載されていないが、おそらく八年五月から九年九月頃と推定される。司法省「治罪法草案第一編」と同様にボアソナード主導の起草作業に先立って日本人委員が作成した草案と推定される。特に陪審制の規定を置いている点が注目される。

(47) 『法務図書館蔵貴重書目録（和書）』五三頁に「治罪法草案直訳」が掲載されている。「治罪法草案直訳」ボアソナード氏起草 活版 五三四頁 一一年か 六五〇条（十年七月起草十一年未完成、大木総裁、委員長岸良、ほか司法官六名、ボアソナード）訳者は井上操、高木豊蔵、大島三四郎、木下哲三郎（本文冒頭に日本帝国刑事訴訟手続法草案とある）という解説が付されている。なお、大審院書記局編纂『草案比照治罪法』（明治一九年刊）には「治罪法」・「治罪法草案」と並んで「治罪法草案直訳」が掲載されている。そして「直訳」の冒頭に「ボアソナード氏起草 日本帝国刑事訴訟手続法草案（コード、ド、プロセヂュール、クリミネル）」とある。

(48) ボアソナード著・森順正訳『治罪法草案注釈』「自叙」五頁（明治一五年刊）を参照。尚、仏文は同書の仏文原書から引用した（G. E. Boissonade, 'Projet de Code de Procédure Criminelle pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire, Tokio, Kokubunsha, 1882'）

(49) 旧刑法編纂過程において、ボアソナードの当初の構想は、審査局段階で修正を受け、個人主義的自由主義的要素が後退させられた経緯がある。明治憲法体制確立にむけての動きが既に審査局の修正にみられると考えられるが、かかる動きは憲法及び民法編纂過程においてもまた認められるところであり、治罪法に関しても、特に内閣における陪審制削除はこの一例といえるであろう。

(50) 前掲「沿革（一）」一一七頁。

(51) 前掲「沿革（一）」一二二頁。

(52) 前掲『治罪法草案注釈』「自叙」六頁。

(53) 管見の及ぶの限りでは治罪法草案審査局での審査修正作業の具体的経過が記された資料は未だ明らかにされていない。その意味で「治罪法草案審査第二読会修正趣意書」はきわめて貴重な記録である。「直訳」・「治罪法草案」をもとに「修正趣意書」で決定された修正を施したものが「治罪法総則修正案」・「治罪法修正案」であるから、これらの比較検討により、六五〇条から五三〇条に削減された審査局での修正の方向性が明らかにできるであろう。

(54) 既にボアソナードは司法省の「治罪法草案」の注釈書を二年一〇月四日、一〇月二十九日、十二月一日の三回にわたって第三編まで上申している。（前掲「沿革（一）」一九九頁。）

(55) この陪審制削除の経緯について、前掲利谷論文及び三谷論文では詳細に検討されているので参照されたい。

(56) 『元老院会議筆記』前期八卷三三七頁～三五六頁に第一読会より第三読会までの審議過程が記録されている。

(57) 治罪法草案審査局一〇行野紙に浄書されており、村田本と同じ内容と判断される。

(58) 沢登佳人「近代刑事訴訟法の真髓デュポール報告について」（『法政理論』一七卷三号）。

- (59) 沢登佳人Ⅱ中川宇志「明治治罪法の精神」(『法政理論』一九卷三号)。
- (60) ボアソナード著・森順正訳「治罪法草案注釈」明治一五年刊。以後「注釈」と略す。
- (61) 前掲『治罪法草案注釈』第三編四五二―四五四頁を参照。
- (62) フランス治罪法における自由心証主義と陪審制度の関係については、前掲沢登論文及び梅田豊「フランスにおける自由心証主義の歴史的展開」(『法政理論』一八卷一号)に詳細な分析がある。
- (63) 前掲『治罪法草案注釈』第三編四八一頁。
- (64) 前掲沢登Ⅱ中川論文三三―三五頁の記述も同趣旨のものと思われる。
- (65) 陪審制度と酌量減輕事由の変遷について、平野泰樹「フランスの刑事責任―新古典主義の成立過程と刑罰論(2)」(『国学院法研論叢』八号)三七―三九頁、江口三角「問題的思考とフランス刑法学」(『平野龍一古稀記念論文集』所収)一三八頁は、新古典学派の分析と併せて検討がある。
- (66) ボアソナード著『刑法草案注解』上巻(『日本立法資料全集』8)所収)二七七―二八七頁。