

ヨーセフ・フォン・ソネンフェルス  
「拷問の廃止について」(一)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2015-07-07 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 足立, 昌勝, 楠本, 孝, 佐々木, 光明, 前田, 朗, 宮本, 弘典 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.14945/00008955">https://doi.org/10.14945/00008955</a>

ヨーセフ・フォン・ソネンフェルス(一)  
「拷問の廃止について」

解題

- 一 本書及び拷問の廃止について
- 二 著者ヨーセフ・フォン・ソネンフェルスについて
- 三 本書の現代的意義について

翻訳

第一章 拷問はまったく廃止されるべきではないのか

一節 拷問の起源

二節 いかなる狙いから拷問が法手続に取り入れられたのか

三節 主たる問題―拷問は取調において信頼しうる手段なのか

足立昌勝  
楠本孝  
佐々木光明  
前田朗  
宮本弘典

- 四節 その信頼性はこの決定に係っている
- 五節 信頼性とは何か―拷問によつて得られた自白は信頼がおけるものだろうか
- 六節 そのようなことは決してない―強制による尋問の性質や本質からいつても
- 七節 刑事法固有の識知からしても決して拷問に対する不信は排除されない(以上本号)

## 解題

### 一 本書及び拷問の廃止について

この「拷問の廃止について」は、原題をÜber die Abschaffung der Tortur<sup>(1)</sup>といひ、ヨーゼフ・フォン・ソネンフェルスが、一七七五年に、ニーダーエスタライヒ政庁の参事会の一員として、また顧問官として、「人間性の擁護 (Vertheidigung der Menschheit)<sup>(2)</sup>」のために、拷問の必要性を訴えんとして書いたものである。従つて、本書は、特別意見書 (Votum separatum) と称せられるべきものであり、ソネンフェルス自身はその出版を考え<sup>(3)</sup>ていなかったと言われている。そこで、二年間のヴィーン滞在中にソネンフェルスの親友となつたスイスの一編集者<sup>(3)</sup>が帰国後チューリヒで出版したものが本書である。この本は、ハプスブルグ領内では、出版禁止とされたが、<sup>(4)</sup>後に許可され、第二版は、一七八二年にヴィーンで出版された。

ソネンフェルスは、本書を執筆する以前から、拷問の非有用性を訴え続けていたが、特に、一七六八年一二月に公布されたテレシアーナ刑事法典 (Constitutio Criminalis Theresiana) が死刑の規定を存続させ、残虐な拷問を許容していることについての非難を続けていた。<sup>(5)</sup>このことは、女帝マリア・テレシアーを非常に刺激し、ま

たソネンフェルスに敵対する者の勧め<sup>(6)</sup>もあつて、一七七二年八月二二日の布告(Dekret)は、ソネンフェルスに對して、その主張は、「公布された最高法規に直接的に違反し、またそれ自体においても攻撃的である」が故に、今後その講義や書物において拷問や死刑について触れてはならないと命じた。<sup>(7)</sup>このようにして、ソネンフェルスは、拷問や死刑についての発言を封じられたのであるが、しかし、拷問や死刑の廃止に向けられた彼の情熱は、ペンをおくことはなく、それらについての非難を続けていた。<sup>(8)</sup>そのような中であつて書かれたのが、本書であり、それは、当時の拷問廃止への過程を色濃く反映していると言える。

テレシアーナ刑事法典は、第三八章に、「拷問が行われるべき時、人及び方法に関する十分な原因及び告発について」として、三二ヶ条を設けて、拷問に関して詳細に規定している。その第一条は、「拷問は、行われた行為のために強く悩まされているが、否認している犯人(Ubelthäter)に完全な証拠の不足する場合に、告白させるため又は必要とあらばその者に懸けられた嫌疑及び容疑(Inzichten)を一掃するための法的強制手段である」と規定している。また、法典の付録として、拷問器具及びその使い方(執行方法)について、ヴィーン方式とプラハ方式を分け、それぞれの版画を掲載しており、規定の内容以上に、拷問の残虐性についての印象を強めている。

このような状況の中で、ソネンフェルスやカウニッツ(Wenzel Anton von Kaunitz)などは、拷問廃止の立場から、テレシアーナ刑事法典に批判を加えていたが、マリア・テレシシアは、頑強に拷問存置の立場を崩さなかつた。しかし、一七七三年一〇月二五日の勅令で、ついに、マリア・テレシシアは、ヴィーンにある医学部の提案を受け入れて、継続的拷問(Interkalarfolter)を廃止し、<sup>(9)</sup>続けて、一月一九日には、枢密院(Staatsrat)に親書(Handbillet)を送り、「拷問は完全に廃止すべきかあるいは制限すべきか、またその場合、拷問はいかなる処置によって代替されるべきか」についての審議を求めた。<sup>(11)</sup>この親書は、同時に、ベーメン、メーレン、ニー

ダーエスタライヒおよびインナーエスタライヒの政庁に対しても、この問題についての意見書(Gutachten)の提出が求めていた。そこで、ソネンフェルスは、ニーダーエスタライヒの政庁でこの問題が審議されたときに、すべての情熱を傾け、また確固とした確信にもとづいて、拷問は完全に廃止すべきであるという従来主張を、意見書の形にして提出した(本書は、この意見書がチューリヒで印刷・出版されたものである)。

しかし、各政庁、裁判所および最高司法庁(Oberste Justizstelle)から枢密院に提出された意見書は、拷問の存続を認めるか、たかだかその緩和を求めるものがほとんどであり、完全な廃止を主張するものはほとんど無かつた。これに対して、枢密院では、代表發言人のクレーセル(Franz Carl von Kresel)をはじめ、そのメンバーの多数は、拷問の廃止を言明していたが、ロェール(Johann Friedrich von Löhr)とゲプラー(Tobias Philipp von Gebler)は、特に戦時での内乱罪・反逆罪において共犯者を発見するため、また殺人を伴う辻強盗や通貨偽造罪の場合には、拷問はなお存置されるべきであるという先入観が考慮されなければならないと言い、ロェールは、拷問の実施に際してその緩和が許されるかどうかについて最高司法庁に、今一度、意見照会をすべきであると主張し、ゲプラーは、最高司法庁が表明した見解についてそのような世論調査は無用であるとしていた。それに対して、クレーセルは、インナーエスタライヒの副総督のシュピーゲル(von Spiegel)の意見書から、二五年間においてインナーエスタライヒの裁判所で拷問された三五名中、九名の者が自白したにすぎず、二六名の無実の者が拷問にかけられていた<sup>(12)</sup>ということを推論した。

そのような中で、ヨーセフII世は、一七七五年八月一二日に次のような意見を表明した<sup>(13)</sup>。

私は、確信して、拷問の廃止を妥当な、無害な手段のみならず、必然的な手段であるとみなしていることを告白しなければならない。私は、それゆえに、憚るところなく、テレシアーナ刑事法典から、その根絶

に優先的に同意するであろう。しかし、同時に、私は、これと必然的に結び付いている他の行為を指示しなければならぬ。つまり、同時に、死刑は、むしろ制限され、それゆえに、現行犯 (*Flagrante delicto*) で召喚された者や有能な自白した犯人に執行されるべきではないと。それ以外のすべての者は、特別刑で (*ad poenas extraordinarias*) 呪われるべきである。そのために、確かに、他方、他の公共労働 (*opera publica*) が考案され、犯罪者は、今やより良い状態にあるので、自由であるときは全く異なつて扱われるべきである。しかし、このことが承認され得ない場合には、私は、ゲプラー顧問官 (*Statrat*) を除外して、ローレル顧問官の意見が根本的に含んでいる部分以外のものを提案することはできない。

この問題について、マリア・テレシアは、国家の法や秩序、古き慣習、裁判所の在り方などとの関連において、深い疑念をもつてはいたが、このヨーセフ二世の意見書に付加して、次のような裁定 (*Entschiebung*) を行った。<sup>(14)</sup>

私は、この問題を全く理解しておらず、ただ多くの意見にしたがつて決定することができただけであるので、法学を学んだ皇帝に、その公平さ、洞察力及び人間愛を信頼し、このことについて皇帝が私の助言なしに決定することを熱望する。このことは、皇帝がなお疑念がある場合に、二・三の無関係な法学者に相談することを妨げるものではない。

この裁定にもかかわらず、ヨーセフ二世は、まだ最終決定を出さずに、新たに、枢密院と最高司法庁との合同会議を招集し、そこでの審議を求めた。枢密院からはハッツフェルト (*Carl Friedrich von Hatzfeld*)、顧問官のクレーセル、ゲプラー及びロエールが参加し、最高司法庁からはシンツェンデルフ (*Johann Wenzel von Sinsendorf*)、副長官、評議員のシュタムパハ (*Stampach*)、クローネンフェルス (*Franz Wenzel von Cronenfels*)

及びハーン (Mathias Wilhelm Haan) が参加した。会議は、一七七五年一月二日に行われたが、賛否同数となり、何らの成果も得られなかった。拷問の廃止に賛成した者は、シンツェンドルフと三名の枢密院顧問官 (クレーセル、ゲプラー、ロエール) であり、ハッツフェルトと三名の最高司法庁評議員 (シュタムパハ、クローネンフェルス、ハーン) はその存置を主張した。<sup>(15)</sup>

事ここに至っては、ヨーセフII世は、決断しなければならなくなった。そこで、ヨーセフII世は、一七七五年一月二三日に自らの裁量で、次のような決定を下した。<sup>(16)</sup>

拷問は、多くの国で既に行われた例にしたがい、若干の留保もなく一般的に廃止されなければならない。バナート (Banat) 及びガリツィア (Galizien) を含む我がすべてのドイツ領邦におけるすべての裁判所は、その遵守を了解しなければならない。

このことから、将来的に、裁判官は、刑事事件において、当時の規定にしたがい拷問のための十分な容疑 (Inzichten) が存在することを認識し、移送のための他の手段がもはや存在しない場合には、審問手続き (Inquisitionsprozess) を終結しなければならないということが帰結する。しかし、そのような得られた最終認識による審問終結の場合には、単に特別刑を言い渡すことができ、その程度は、存在する証拠の力によって判断されるべきである。

このような状況になり、ついに、マリア・テレーシアは、一七七六年一月二日に同様な勅令を發布し、拷問の廃止を宣言した。<sup>(17)</sup> この日は、ヨーロッパで最初に拷問が廃止されたときから、既に二年以上が経過していた。一七五四年八月四日、プロイセンでは、完全に拷問が廃止され、続けて、一七六七年にはバーデン、一七六九年にはメクレンブルク、一七七〇年にはザクセン、ブラウンシュヴァイク、デンマークで、拷問が廃止された。そ

の後、一八〇六年にバイエルン、オーバープアルツ、ノイブルクで、一八〇九年にはヴェルテンベルク、一八二二年にハノーファー、一八七八年にコーブルク・ゴータで廃止された。<sup>(18)</sup>

## 二 著者ヨーゼフ・フォン・ソネンフェルスについて

ヨーゼフ・フォン・ソネンフェルスについては、多くの研究書が公刊されているが、その中でも、最近の研究書としては、一九八八年にヴィーンで出版されたヘルムート・ラインアルター編『ヨーゼフ・フォン・ソネンフェルス<sup>(19)</sup>』をあげることができる。ここでは、主として、本書によりながら、ヨーゼフ・フォン・ソネンフェルスを概観することとする。

ヨーゼフ・フォン・ソネンフェルスは、一七三三年、メーレン南部のニコルスブルク (Nikolsburg) で、リッツプマン・ペアリン (Lipman Perlin) の息子として生まれた。ペアリンは、元来、ユダヤ教徒であったが、ペルリンからニコルスブルクへの移住 (一七三三年) の後、一七三五年に幼い息子たちと共にカトリック教徒に改宗し、洗礼の際にソネンフェルスの名が与えられ、改姓し、翌年に爵位に列せられた。ソネンフェルス一家は、その後、ヴィーンに移住し、ヨーゼフ・ソネンフェルスは、一七四五年から一七四九年まで、ヴィーン大学哲学部で、哲学と言語学を学んだ。そこを卒業後、五年間、歩兵連隊 (Infanterie-Regiment) においてドイツ騎士団団長を努め、ハンガリーやベーメンでの演習にも参加した。しかし、その間においても、彼の勉学意欲は衰えず、フランスやイタリアの脱走兵と交際し、彼らから母国語を学んでいた。そして、ついに、連隊がヴィーンに戻つて来たときに、ソネンフェルスは、トラウトソン侯爵夫人 (Fürstin von Trautson) やヨーハン・カール・デイトリヒシュタイン伯爵 (Graf Johann Karl von Dietrichstein) の助力で、除隊することに成功し、再び、ヴィー



ン大学で法律学を学んだ。そのときの先生には、マルティニーニ教授 (Karl Anton von Martini) やリーガー教授 (Paul Joseph von Riegger) がいた。

その後、彼はいくつかの職業を経て、一七六三年、ヴィーン大学のポリツァイ及び官房学講座 (Lehrkanzel für Polizei- und Kameralwissenschaft) に職をえ、ヴィーン大学で、「国家経済の業務における独占的経験の不十分性について (Von der alleinigen Erfahrungen in Geschäften der Staatswirtschaft)」というテーマで、就任講義を行った。また、一七六五年には、彼の生涯を通じての主著となる『ポリツァイ、商業及び財政の諸原理 (Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz)』のうち、第一巻をなす「ポリツァイ」に関する部分を『ポリツァイ、商業及び財政学の諸命題 (Sätze aus der Polizey, Handlungs- und Finanzwissenschaft)』と題して出版した。ヴィーンにあるハプスブルク家・宮廷及び国家文書館 (Haus-, Hof- und Staatsarchiv) に所蔵されている同名の小冊子<sup>(20)</sup>によれば、「ポリツァイ学の諸命題」の第九命題として、拷問について批判し、次のように主張している。

拷問は、刑事法から完全には廃棄されていないけれども、人が有罪であるかどうかという問題を討議するための手段であってはならない。

この命題に関して、同書の中には、当時学生であったフランツ・ゲオルク・フォン・ケース (Franz Georg von Kees) が、ソネンフェルスの講義を聴講して書いたと思われる注釈があり、それには、次のように書かれている<sup>(21)</sup>。  
拷問は、感覚的には、死よりも苦しい悪である。この悪を、一致したことが得られず、まだ有罪が証明されていない人間に加えることは矛盾している。

刑罰のために必要とされるものは証拠であって、自由ではないから、証拠が説得的である場合には、拷問

は不必要である。

それが不確実な場合には、行為の市民的自由に反して進められている。

拷問は悪徳を発見するための手段ではない。強き者にとっては、その確固とした否認が当然の死から救い、弱き者は、苦痛を逃れるために、自らの責任をなすりつけるであろう。

ひとは翌日には有罪の者にもう一度賛同を要求し、その者の確認を切に求めることが必要とされているがゆえに、それは有用な手段ではありえない。

しかし、それは、問題が共犯者を発見するということである場合には、必要である。

この注釈は、いつ書かれたかは明らかではないか、この段階では、共犯者の発見のためには拷問の使用を認めており、完全な拷問廃止論を主張している訳ではない。したがって、この注釈は、ソネンフェルスの拷問廃止に関する主張の発展を知るうえでの手掛かりを提供してくれるであろう。

彼は、その後も、ヴイーン大学教授として、多くの著作を発表している。<sup>(22)</sup> 中でも、主著である前述した『ポリツァイ、商業及び財政の諸原理』は、商業の諸原理に関する第二巻が、一七六九年に出版され、財政の諸原理に関する第三巻が一七七六年に出版され、ここにようやく完結した。この本は、その後のオーストリアの国家学の基本的教科書としての地位を保ち、一八一九年までに八版をかぞえている。<sup>(23)</sup>

ところで、ソネンフェルスは、また、行政官としても活躍している。<sup>(24)</sup> 一七八〇年に、彼は、勅任宮廷顧問官(Wirklicher Hofrat)に任命された。とりわけ顕著な活躍をしたのは、政府の顧問(Ratgeber)として法改正に取り組んだときである。彼は、警察制度の改革のみならず、刑法、私法及び行政法の編纂に尽力した。中でも、一七八七年に公布・施行されたヨセフィーナ刑法典(Josephina)や一八〇三年のフランツィスカーナ(Franzisi-

cana) 刑事法典の編纂作業の中心に位置し、ヨセフィーナ刑法典の場合には、彼の弟子であり、前述したフランツ・ゲオルク・フォン・ケースが作成した原案に表現上の問題点について修正を加えただけであったが、フランスカーナ刑事法典の場合には、特に、第二編は、ソネンフェルスの作品であると言われている。

このような業績・活躍が認められ、ソネンフェルスは、男爵の爵位を獲得し、一八〇四年には、聖シュテファン教会の小十字章 (das Kleinkreuz des St. Stephan-Ordens) を与えられ、一八〇六年には、ウィーンの名誉市民に推挙された。彼は、ウィーンにおいて、一八一七年四月二五日に、八五歳の生涯を終えた。

### 三 本書の現代的意義について

「供述は証拠の王である」時代には、被疑者・被告人に供述・自白させるために、様々な拷問器具が考案され、残虐な方法での拷問が執行された。<sup>(25)</sup> とりわけ、魔女裁判での拷問は凄惨を極めた。しかし、一五世紀の後半になると、徐々にではあるが、この拷問に対する批判が展開されるようになった。この拷問批判を展開したのは、フランツ・ヘルピンクーマックス・バウアーによれば、<sup>(26)</sup> 一四八四年に、ウィーンにある聖ドロテーエン教会の司祭長であるシュテファン・ランツクラナ (Stephan Lanzkranna) が魔女裁判に反抗したのが最初であるという。更に、一六世紀になると、コルネリウス・ハインリヒ・アグリッパ (Cornelius Heinrich Agrippa von Nettesheim) やその弟子ヨーハン・ヴァイヤー (Johann Weyer) がそれに続いた。フランスでも、ジャン・ボーダン (Jean Bodin) はその擁護者であったけれども、同時代に生きたミシェル・ド・モンテーニュ (Michel de Montaigne) やピエール・シャロン (Pierre Charron) は魔女裁判と拷問に反対し、オランダでは、コルネリウス・ロース (Cornelius Loos) が反対の戦いをしていった。また、一七世紀には、ドイツにおいても、アダム・タナー (Adam

Tanner)、パウル・ライマン (Paul Leymann)、フリートリヒ・フォン・シュペー (Friedrich von Spee) が強力な反対論を展開し、一定の成果をあげたといわれる。このような動きは、法学者の中にも広がり、当時の法学理論を代表していたカルプツォフ (Benedikt Carpzov) の賛成論にもかかわらず、バルタザール・ベツカー (Balthasar Bekker) やクリスティアン・トーマジウス (Christian Thomasius) は反対論を展開し、それは、啓蒙主義の時代におけるベツカーリアやソネンフェルスの主張に受け継がれてきた。

この時代における拷問は、被疑者・被告人を自白させるために、様々な器具・方法を用いて被疑者・被告人の身体に強力な苦痛を与えるものであり、その苦痛に耐え切れず、被疑者・被告人は、虚偽の自白をし、刑罰の露と消えたのである。拷問が廃止されるまでに流された血は、どの程度に達したのであろうか。

このような身体的拷問は、人間の基本的な人権を尊重する近代法においては、人権を無視し、裁判を誤判に導くものとして、許されざるものとなった。そのための制度的保証としては、刑事裁判における証拠を物証中心主義とし、供述証拠は限定的にのみ利用できるようにしなければならない。我が国の憲法は、三六条及び三八条において、拷問を禁止し、自白の証拠能力について制限を設けている。これを受けて、刑事訴訟法では、証拠裁判主義(三一七条)を採用し、任意性のない自白の証拠能力を否定している(三一九条一項)。そこで示されているものは、強制、拷問及び脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白である。しかし、これらの自白が現実の裁判において証拠能力が否定されるためには、被告人の側で、その自白に任意性がなかったことを主張しなければならない。しかし、日本の裁判では、裁判所は、捜査機関側の主張に耳を傾ける傾向にあり、自白の任意性を否定する主張が採用されることは、非常に困難であろう。

問題は、捜査機関側が自白を得るために被疑者・被告人に強制・拷問・脅迫を加えることにある。密室での取

り調べは、当事者にしか分からず、後に残るものは供述録取書のみであり、そこで行われたことを後に再現することは不可能である。特に、代用監獄と言われる警察署付属の留置場に未決拘禁者を留置することは、被疑者を四六時中警察の監視の下におくものであり、常に被疑者を心理的に圧迫している。たとえば、警察の側が留置場の責任体制を明確にし、取り調べ時間を限定しようとも、被疑者は常に心理的圧迫を感じているのである。このような状況下における取り調べは、既にアムネスティの報告書が指摘しているように、<sup>(27)</sup>心理的・精神的拷問以外の何物でもなく、違法なものと言わざるをえない。憲法三六条の拷問の禁止、三八条の拷問による自白の証拠能力の否定に関する拷問には、身体的拷問のみならず、心理的・精神的拷問も含まれることを明確にすれば、代用監獄の違法性が明らかになり、捜査機関による被疑者の取り調べは、被疑者の基本的人権を尊重したものとなるであらう。

本書は、当時の状況の中で問題となっていた身体的拷問の廃止に関する主張に限定されているが、拷問を廃止しなければならぬ理由は、心理的・精神的拷問の廃止のためにも有益な示唆を与えてくれるであらう。

## 追記

我々は、一昨年以來、二年間に亙り、本書に関する輪読会を行った。本翻訳は、その成果である。実際に翻訳を担当した者は、節の最後にカッコの中に示した。しかし、翻訳に伴う責任は、それを相互討論で行った経緯からしても、共訳者全員にあり、なかんずく最終的責任は、監修をおこなった足立にある。本書は一八世紀の書物であり、文章の区切り等が非常に複雑であることから、本翻訳に誤訳等があることを恐れるものである。しかし、拘禁法案が今なお問題となっており、とりわけ、警察庁が代用監獄の存置に固執している今日において、被疑者

の基本的人權の尊重を確立し、警察庁の姿勢を批判するためには、本書の翻訳は急務であると考え、誤訳等を恐れずに、翻訳することとした。誤訳等に関して、研究者諸氏の御指示、御批判、御教示があれば幸甚である。

尚、訳者は、東京造形大学講師前田朗、日本体育大学非常勤講師佐々木光明、中央大学大学院博士課程在学楠本孝及び同宮本弘典である。最後に凡例めいたことだが、原注は、(1)、(2)で表した。

- (1) Joseph von Sonnenfels (K.K. Niederösterreichischer Regierungsrat und öffentlichen Lehrer der politischen Wissenschaften), Ueber die Abschaffung der Tortur, Zürich 1775 (Nachdruck des Verlages Ferdinand Keip, 1970).
- (2) a.a.O., S.5. これは、編者の序文の中に出てくる言葉である。
- (3) この間の経緯については、編者が序文の中で述べている。編者の名前は、イニシアルでしか表されておらず、それによれば、名前は F.U.C. である。
- (4) 本書が出版禁止とされた経緯については、Alfred Ritter von Arneth, Geschichte Maria Theresia's, 9. Band, Wien 1879, S. 211f. mit Anmerkung 362 auf S.579f.; Werner Ogris, Joseph von Sonnenfels als Rechtsreformer, in: Helmut Reinalter (Hrg.), Joseph von Sonnenfels, Wien 1988, S.65.; Strafrechtssammlung des niederösterreichischen Landesmuseums, S.41.
- (5) A.v. Arneth, a.a.O., S.208ff.
- (6) W. Ogris, a.a.O., S.64.
- (7) A.v. Arneth, a.a.O., S.207f.

- (8) A.v. Arneth, a.a.O., S.208f.
- (9) 一七七三年八月三日に、拷問の使用に関する鑑定依頼がニーダーエスタライヒ政庁からヴィーン大学医学部へなされ、その鑑定の答申は八月一七日になされた。鑑定依頼がなされた理由については、*Strafrechtssammlung des niederösterreichischen Landesmuseums*, S.41, また、鑑定の依頼及び鑑定書については、a.a.O., S.43ff.
- (10) その勅令は、次のように命じた。「医学部の提案は、この継続的拷問を完全に廃止すべきことを私に説得した。新たな布告なしでも、この変更は、高等裁判所にのみ、その扱いのために送付されなければならない。」Vgl. A.v. Arneth, a.a.O., Anmerkung 360, S.578.
- (11) 拷問に関して今なお提起されている異議は、この刑事的測定に鑑みて、私が引き続き安らげくあるために、国家にとって重要なより広い考察の対象を今なお受けることを必要とする。
- それゆえに、バーメン及びメーレンのランデスシユテレ、インナーエスタライヒのグーベルニウム及び当地の政庁から、必要とあれば、拷問は完全に廃止されるべきか、また、いかなる特別な犯罪に制限されるべきか、そして、その場合には、いかなる撰理が整えられ、代えられるべきかという鑑定が求められなければならない。
- Vgl. A.v. Arneth, a.a.O., Anmerkung 361, S.579.
- (12) Carl von Hock u. Hermut Ignaz Bidermann, *Der österreichische Staatsrat (1760-1848), Eine geschichtliche Studie*, S.44f.
- (13) C.v. Hock u.H.I. Bidermann, a.a.O., S.45f.; A.v. Arneth, S.212f.

- (14) C.v. Hock u.H.I. Bidermann, a.a.O., S.46; A.v. Arneth, S.213.
- (15) C.v. Hock u.H.I. Bidermann, a.a.O., S.46; A.v. Arneth, S.213.
- (16) C.v. Hock u.H.I. Bidermann, a.a.O., S.46f; W. Ogris, a.a.O., S.65.
- (17) A.v. Arneth, a.a.O., S.214; W. Ogris, a.a.O., S.65.
- (18) 各国における拷問の歴史について Vgl. Franz Helbing und Max Bauer, Die Tortur. Geschichte der Folter im Kriminalverfahren aller Zeiten und Völker, Berlin 1926 (Neudruck des Scientia Verlages 1983), S.393ff. あるいはケントンのにおける拷問の歴史について Friedrich Merzbacher, Folter, in: Mittelalterliches Kriminalmuseum, Justiz in alter Zeit, Band VI der Schriftenreihe des mittelalterlichen Kriminalmuseums Rothenburg ob der Tauber, Rothenburg o.d.T. 1984, S. 241ff. あるいは「古代における拷問及び刑罰の歴史について」 Israel Drapkin, M.D., Crime and Punishment in the Ancient World, Massachusetts-Toronto 1989.
- (19) Helmut Reinalter (Hrg.), Joseph von Sonnenfels, Wien 1988. 1) 的轉叙について 次のような論文が収められている。 Helmut Reinalter, Joseph von Sonnenfels. Leben und Werk in Grundzügen; W. Ogris, a.a.O.; Jörn Garber, Recht und Utilitarismus. Joseph von Sonnenfels und das späte Naturrecht; H. Reinalter, Joseph von Sonnenfels als Gesellschaftstheoretiker; Ernst Wangermann, Joseph von Sonnenfels und die Vaterlandsliebe der Aufklärung; Hildegard Kremers, Das kameralistische Werk von Joseph von Sonnenfels. Einige neue Aspekte der Quellenforschung; Hilde Haider-Pregler, Die Schaubühne als „Sittenschule“ der Nation. Joseph von Sonnenfels und das Theater.



(20) この小冊子には、第一巻とは異なり、Zum Leitfaden der akademischen Vorlesungen という言葉は書かれていない。従って、これは、ソネンフェルスが大学での講義用に書いたものであろうが、第一巻との前後関係は不明である。また、この小冊子は、ポリツマイ、商業及び財政というすべての内容を含んでおり、ポリツマイは、二四の命題からなり、商業は一二、財政は一二の命題からなっている。

(21) これは手書きのものであるから、*ハン*に活字とごつおごつおへ。

Die Tortur ist ein Uebl, welches der Empfindung nach schmerzlicher ist, als der Tod : Es ist widersinnig dieses Uebl einem Menschen zuzufügen, der noch nicht überführet ist, daß es einiges verdient.

Sind Indizien überweisend, so ist die Tortur überflüssig, weil man zur Strafe Beweis, und nicht das Geständniß fordert.

Sind sie ungewis, so läuft es wider die bürgerliche Freyheit der Handlung.

Die Tortur ist kein Mittl zur Entdeckung Lasters : dem starcken wird sein standhaftes läugnen vom verdienten Tode retten. Der Schwache wird sich das Laster andichten um den Schmerzen auszuweichen. Es kann kein taugliches Mittl seyn, weil erfordert wird, daß man den folgenden Tag den schuldigen nochmal fürfordere, und seine Bestätigung anbegehre.

Sie ist aber nothwendig, wenn die Frage ist, die Mitschuldige zu entdecken.

(22) ソネンフェルスの著作については、H. Reinalter (Hrg.), a.a.O., 248f. が詳しい。

(23) この本の版数については、その成り立ちが複雑であり、また書名も変わったたりしているがゆえに、その数え方も困難を伴ふ。Vgl. W. Ogris, a.a.O., Anmerkung 32, S.21.

- (24) ソネンフェルスが大学教授と行政官という二つの職業についていたことを現代に残すものとして、ウィーンには、ウィーン大学と市庁舎前の並木道のところに、ソネンフェルスの銅像が、それぞれひとつずつ立てられている。
- (25) 拷問に関する全般的な書物としては、F. Helbing u. M. Bauer, a.a.O.がある。
- (26) F. Helbing u. M. Bauer, a.a.O., S.317ff.
- (27) Amnesty International, Bericht über die Folter, Frankfurt am Main 1975, S.40ff., besonders S.42ff.

(足立)

翻訳 「拷問の廃止について」

一連の痛ましい経験が、すでに過去においても、しかも現在においても、拷問にたいして、あるいは峻厳な尋問にたいしても投げ掛けられてきた疑念に新たな装いを与えた。そして陛下の命令が、ラントシュテレと裁判所において次のことを考慮する契機となった。

- I 拷問はまったく廃止されるべきではないのか？
- II どのような犯罪にたいして拷問は存続されるべきか？ そして、
- III 廃止する場合には、そのかわりに何が設けられうるというのだろうか？

私は、私が最近になってようやく非礼も顧みずに玉座のもとに提出した請願が部分的には叶うのを見た。即ち陛下の命令が、私を顧問として、そのような問題に関して決定することをこれまで少なくとも不確実なものとしてきた理由を、控えめではあっても率直さをもって報告する権限に任じたのである。しかし、この権限は教師には疑いを抱かしめるはずのものであろう。

この審議の対象は、国家の福祉、公共秩序の維持そして人類の福祉に密接に結び付いている。それで、偏狭な意図からは、おそらく大胆ですらあるかもしれない一つの命題を擁護しようとする余地を見出すことができない

だろう。反対者によって打ち負かされるや、自己の見解をいつでも放棄し、変更し、撤回する用意のない者は、その者をして、彼の不当な強情さが教職から、そして審議室から排除することになるだろう！ それゆえ私は、報告者が、現に争われている拷問が擁護されうるとする全ての理由を苦心して探し求め、報告者が悟性に、時にはまたウィットに助けを求めることが必要であると見なしている注意深い論文のなかに私が理性と知性を開いておいた説得力を見出したならば、その場合私は報告者に異議なく与し、しかも報告者が私の誤った見解を正当に指摘したのだということで、明言をもって感謝するであろう。しかし今や、この理由は、たとえ見識ある顧問の報告が、理論的には首尾一貫しているとしても、私には説得力を持たない。それだけ一層その理由が私に好都合な機会を提供させることで論述すべき義務の重要さを確信させるのである。

拷問の反対者が悟性に反して短絡的に過ぎるがゆえに、心にのみ訴えかけているに過ぎないという非難に余地を与えないために、私は苦悩する人類への同情を引き起こす感情が私に貸し与える全ての利点を放棄して、この問題を法学者のような冷徹さで取り扱う。法学者というのはその眼差しを被拷問者の痙攣から免れさず、その耳を被拷問者の呻きにたいして閉ざしてしまふものである。

(前田)

## 第一章 拷問はまったく廃止されるべきではないのか

### 第一節 拷問の起源

身体の苦痛によってある人間から、彼についての嫌疑や、あるいは彼に責を負わせようとすることを無理に取るというおそるべき思想が最初に発生した場合と、歴史をさかのぼっていくならば、おそらく拷問にとって有利

な点は喚起されまいだろう。諸国の偉大な立法者の名誉は、そのようなぞつとする発明によつて品位を損なわれはしない。かの選ばれた民族が自らにふさわしい立法の真価を認めた永遠の叡知は、犯罪者にたいして、取り調べ、判決し、処罰する。しかし叡知は裁判官にそのような取り調べ方法をどこにも指図していない。自由なるギリシャの美しき年代記におけるリクルゴスの立法にも、ソロンの立法にも、ザレウコスの立法にも、血に飢えたドラコンの立法ですらも、拷問は知られざる言葉なのである。ローマ人は、奴隷にたいしてはいかなることも許容したが、それはローマ人が奴隷を、彼らの法命題にしたがつて、市民とは考えず、人間とは考えなかつたからである。ドイツ系民族、北方に由来し、南ヨーロッパを略奪し、屈服させたすべての民族は、疑惑についての被疑者の有罪・無罪を明らかにするために、決闘し、後にその子孫は、水と火による神判をもつた。しかし、この不合理な手段は、それによつて當時法的立証をなすものと考えられていたにせよ、その時代の野蛮さの証拠となり、裁判官の不知の証拠となるものであり、それゆえそれは同時にまた、拷問が当時の刑事裁判所には無縁の手續きであつたことを証明するのである。この偉大なる種族の分家たるイギリス人は、自ら決闘、その他の神判を人間の裁判所から追放したが、しかもいかなる拷問<sup>(2)</sup>をも刑事犯罪の取り調べに導入することはなかつた。

おそらくありそうなことだが、拷問の発明の榮譽はそもそも一人の臆病な暴君のものであり、彼は有徳の人物を、処罰されているその行状のゆえに常に、拷問を放逐しようとした永続的な力であるので、わきへ片付けることに熱中し、民族の復讐を恐れ、内に秘めた暴力行為に口実を求め、そしてその口実を苦痛をもつにする正義の承認に見出したのである。

抑圧、宗教的怨恨、殺意、強盗欲は、手段の選択にあつてはなんら繊細ではなく、拷問というぞつとする発明の使用を拡大した。それらが賢明であつたのは、苦痛の期間を長引かせることであり、苦痛をより鋭敏にし、

より抵抗できないものとするのであった。教会の初期の時代に、それによって異教徒の確たる信仰心を動揺させ、信者の背信を強調するべく迫害を企てた責苦に目を付けた！ 金に飢え、血に飢えたペルーの征服者は、不幸なインカ人を、愛する者のかたわらで、燃える石炭の上に横たえたが、それは愛する者からインカの財宝が保管されている場所を聞き出すためであった。

これが原型となつて、その後、裁判官はこれを取り調べ方法に採用するようになった。しかし、裁判官は、かくも忌まわしい由来の汚名のステッキを、そこから公共の福祉が取り出されるであろう効用によって消されることを望んだ。裁判官は、かつて悪徳の道具であつたものを、悪徳を根絶するために今や悪徳にたいして有利なものに変えているのだと信じて、裁判官は、不処罰によって悪徳人が自己の行いが不遜であることに勇気付けられる無罪が稀であることを信じた。裁判官は、正義の復讐をより確実にし、さもなければ決意してしまうような悪人をしてより恐れさせた。

それによつて今や、刑事裁判の手続きは、まったく異なつた形態を手にし、その判決は、立法にこの新しい取り調べ方法を準備した法学者の見解によれば、ますます大きな確実性を手にしたはずである。状況が正義の邪推を行われた犯罪のゆえに誰かに着せられた場合、これまででは、この人物の処罰は、彼の釈放と同様に、常に二義的なことであつた。彼が有罪となつたのは、彼が常に自己の無実を主張したときに、彼が法でもつて有罪とされたと、裁判官が確信し、同市民が確信したからであろうか？ 彼が無罪となつたのは、裁判官や同市民が、彼を重要な証拠が苦しめたときに、彼が正当な理由で釈放されたことについていかに確信したからであろうか？ 苦痛が被取り調べ人の頑固さを圧倒し、彼をして自白へと至らせた場合に、法は淡々と進行し、判決は自らの自白によつて犯罪人と証明された者に執行されるのだろうか？ 他方、無実が、勇気づけとなり、彼に厳しい尋問に

否定的に抵抗する力を与えた場合、彼にたいして示された徴標が喚起した有罪の疑惑が、充分に否定されようか。

(前田)

第二節 いかなる狙いから拷問が法手続に取り入れられたのか

刑事事件の取り調べに拷問を取り入れた第一の動因は次のようなものである。即ち、有罪者についていえば、彼が犯罪を行ったのではないかとの疑惑を、その者自身の自白によって確信にまで高めること、無罪者についていえば、その者の否認によって、その者に懸けられた嫌疑を晴らすということである。

その後、拷問の使用は拡大を見たが、それは、ある第三級重罪について罪を認めた者(Missethäter)が、未だ、発覚していない、より重罪である第二級重罪(Übelthaten)を犯していないかを調べ尽くすためであった。拷問が行われたのは、第一級重罪(Lasterthaten)について共犯者がいるということを知るため、あるいはまた、灰色の事件、つまり、その説明が公共の福祉にとって重要であり、時にはその説明が對抗措置をとるために不可欠となる、そのような事件の全容を知るためであった。拷問は、究極的には、証人達の無定見さを消し去り、その供述を法律上有効なものとするための手段として用いられたのである。<sup>(3)</sup>

当初、立法は、おそらく余りにも軽率に、峻厳な手段を、それが必要であるとの理由のみで採用したのであるが、事情、時代、傾向、経験から、やがては慎重にならざるをえなかったところであろうし、そのような慎重さは、近時の刑事法が、多かれ少なかれ、常にきわめて念入りに規定しているところである。

(佐々木)

第三節 主たる問題—拷問は取調べにおいて信頼しうる手段なのか

かかる慎重さは、我が法廷が拘束され、外国人には窺い知れない、秘密の規定によつて、至るところで働かされるものであり、それは不信任を一掃してきたが、私は敢えて率直に問おう。このような慎重さが、次にあげるような疑いに関して立法者の良心を安んじさせることができたのか、と。つまり、拷問が取調べ手続きにおいて確実に真実性を高める手段なのかどうかという疑いについてである。我が女帝は寛大なる御心の持ち主であられ、かかる問を発することにつき何等心を悩ませる必要がない以上、我々が招請されている審議というのは、その究極目標が、少なくとも私の考えでは、ただ拷問の効果の問題にとどまらず、拷問が許されるか否か、そして社会がそれを用いる権利を有するのにかということにまで及ぶ、そのような審議ではなからうか。(佐々木)

#### 第四節 その信頼性はこの決定に係っている

なぜなら、前者の問題を解決した後に、後者の本来的な主要問題をも解決しなければならぬからである。拷問が信頼のおける手段だとするならば、裁判官が拷問によつて得た自白に基づいて有罪判決を下しても、無実の人間に刑罰を科すという恐れはない。苦痛が被疑者から自白を引き出さなかつた時には、裁判官は、その者がかつて行つたように、さらに再び公共の福祉を乱し、かつ侵害することになる犯罪人に自由を与えることになるかもしれない、という一切の心配をすることなく被疑者を釈放することができる。そうであれば、すべての疑いが消え失せる。この手段の妥当性は法の根柢を備え、社会にとっては、手段がいかに厳しいものであろうとも、この手段を許されるものとし、立法にたいして必要な防御として、その使用を立法に義務付けるであろう。

しかし他方では、人が苦痛の下で行つた自白にもとづいて有罪判決を受けたり、もしくははそれでもなお苦痛にたいし抵抗を続けたがゆえ無罪放免とされる場合、裁判官は次のような恐れにさいなまれるにちがいない。汝は、



無実の人間に死刑の宣告を下すことになるかもしれない！ 汝は、悪人を釈放することになるかもしれない！  
 そうであれば、妥当でない手段がより良いと見なすことはできない。なぜなら、私にきわめて正確な語を選ぶこ  
 とが許されるとすれば、最終目的のない残忍さは、まさに法廷の訴訟手続から排除されるべきであるし、また社  
 会はいかなる側面からみてもかかる残忍さを使用する権利を持たないからである、という迷いを裁判官は少な  
 らず無視せねばならない。

(佐々木)

第五節 信頼性とは何か―拷問によって得られた自白は信頼がおけるものだろうか

悪人の攻撃に対する公共の安全の保護、またそこでの名誉、血統、市民の生命、及び彼らの潔白がいわば危険  
 に曝されるような重要な問題にあつては、曖昧さを残すことがあつてはならない。したがって、信頼性という定  
 まっていない概念を正確に確定することが必要である。疑いをすべて排除しないものは信頼性がない―今なお反  
 証が可能なものは信頼性がない―今なおその反対が可能なものは信頼性がない。したがって、拷問は判決を下す  
 裁判官にこの種の信頼性を与えるものなのであるか？ これがそもそも取り調べの問題である。

拷問はその本質からみて判決を下す裁判官に信頼性を与えるものであるか？

拷問を規定する刑事法は、この信頼性を少なくとも認めるのであるか。そしてその手続きは、拷問に対する  
 あらゆる不信を排除するのであるか？

この信頼性は、取り調べの結果によって、そして *Brutgerichte* の経験によって確証されるのであるか？

立法者、法律に通じた者、裁判所、時代、国民の一致が信頼性の保証になるのであるか？

こうした部分のいずれをもつてしても、単独では信頼性の証明を根拠付けるに充分ではなく、そればかりか今

や全体としても信頼性にたいして一致しているとはいえないであろう。

(佐々木)

第六節 そのようなことは決してない

—強制による尋問の性質や本質からいっても

第一に、拷問の性質や本質それ自体が、強制という概念と切り離せない<sup>(5)</sup>。強制によって行われることは、それに抵抗することのできない圧倒的な力によって行われるのである。それゆえ、被疑者が自白に追い込まれたとしても、その自白は、決して被疑者が、彼に責任があるとされる犯罪を確かに行ったということを証明するものではない。それは単に、引つ張ったり、締め付けたり、いろいろな種類の責め苦の暴力に、それ以上抵抗することができなかつたということの意味するに過ぎない。

極限まで達した精神状態という危機的時点で、凌駕する苦痛が被疑者からもぎ取るもの——それが真実の言葉であろうか？　なんたる妄想！　本当に真実を語れば、それは訴えに対する異議であり、自分の無実や自分は全く知らないとの断言であるかもしれない。しかし、この真実を述べることによって、被疑者は、彼がただただ待ち望み、そして、この身の毛もよだつ瞬間での彼の唯一の望みであり、最高の望みである苦悩の停止、苦痛の終わりを手に入れることはないだろう。したがって、苦しんでいる者が吐く言葉は、如何にすればその言葉によって先の望みができるだけ早くもたらされるか、彼が前もって知っている様に、その言葉が裁判官をして拷問官から自分を解放させる言葉である、すなわち、かつてフィロタス (Philotas) がクラテルス (Kraterus) に対して拷問台の上で叫んだ言葉、「汝が求めるもの、私の言うべきことを言え」。このことは、本来、被拷問者の力を屈服させ、弱くする。私をこれ以上苦しめることを止めるなら、私は、犯罪を行ったことを認める。なぜなら、あな

だが、私が犯罪を行ったはずだと思つてゐるからだ。

それゆゑ、拷問台の上で行われた自白は、糺問されている弱き者が行わねばならなかつた自白であり、これに基づいて下された有罪判決は、「汝は、犯罪を犯したが故に、処刑されるべきだ」とは言い得ず、本当の内容からすれば、「汝は、汝が犯罪を犯したと強いて言わされたから、処刑されるのだ」と言い得るにすぎない。刑罰は、証明された悪徳の結果ではなく、拷問を受けてゐる者の弱さの結果である。

ちよつと同じ理由から、釈放は、無実が証明された結果とは考えられず、相当に強い切望と、断固として態度の結果だと考えられ得る。恵まれた体軀、その性根の剛胆さによつて、痛みに屈しないで、動じない感情をもつた被疑者は、かたくなに否認し続ける。彼がよしんば犯人であり、よしんば有力な証拠によつて追い詰められていたとしてもである。彼の神経が強制を打ち負かしたのであり、強制は彼にとっては強制であることを止めたのである。

その場合、たとえ拷問の程度が測定されたとしても、——その程度が民族性に依じて高まつたり、あるいは軽減されたりするにせよ、<sup>(7)</sup>またその程度が、個々の被疑者の個人的状況によつて、その度ごとに特に決められるのであつたにせよ——<sup>(8)</sup>法廷は、いたるところで、そして常にこの不確実性に陥ることになるだろう。

至高なる陛下の命令は、現在の審議のずっと以前に、中断される拷問(ausgesetzte Folter)を廃止した。<sup>(9)</sup>何が、この英知にあふれた命令をもたらしたのか？ 理性的な医者<sup>(10)</sup>の証言や差し迫つた提案はこうである、この拷問に對して持ちこたえられる力をもつ被疑者はほとんどいない。女王陛下の決定は、いわば、拷問一般を否定するものである。中断されない拷問と、中断される拷問との違いは、類においてあるのではなく、程度においてではない。弱き者<sup>(11)</sup>に對しては、前者は後者と同一効果を發揮する。被疑者の身体の状態を觀察し、いわば、彼の苦痛

に耐える能力を予測すべき医師の任務は、次の点から出発する。すなわち、拷問の痛みが拷問を受けている者の力と釣り合いが取れる様に拷問の程度を決めることである。ある点を上回ると、被拷問者は苦痛に屈服してしまい、ある点を下回ると彼はこれに打ち勝つ。つまり、最も過酷な拷問は、どんな人の力も打ち負かすであろう。したがって、無実の者も犯罪者も区別なく、拷問台から死刑台へ送ることであろう。穏やかな拷問は、誰にとつても我慢できないということはない。それゆえ、無実の者も、犯罪者も、区別なく刑罰を免れるであろう。それは、共同体全体<sup>(10)</sup>についても、個々の人についても同様である。ただ、後者の場合には、基準がそれだけです。欺瞞的であるに過ぎない、というのは、肉体の外観は極めてしばしば誤りへ導くからであり、程度の決定は、極めてしばしば、曖昧な学問や裁判官の騙されやすい同情心に依存するであろうからである。つまり、とりわけ、彼の外観に現れた剛胆な精神が、苦痛に抵抗する克己主義者を作りだし、その者の無感情によつて拷問官の手を疲れさせるからである。

殉教者が宗教のために、スツアエヴォーレン(Scaevolen)やレグルス(Regulus)が祖国のために、ゼノン(Zeno)やエピクテトス(Epiktet)が彼等の学派の名誉のために苦しみ、フーロン(Huron)が彼の敵から喜びを奪い取り、自分に対する訴えを取り下げさせるために苦しみ、カライベ(Carabe)が彼の遊牧民族集団の指導者の名誉となるために、なお苦しむ必要があったこと、これらのことは、人間の確固とした意志が、彼が大いなる意図や貴重な利益を主張しなければならぬ場合、どんなに大きな範囲でもたらされるかを示す証拠たり得る。もし、スツアエヴォーレンやエピクテトスが、悪人であったとすれば、彼等はどのようにして、拷問に抵抗したのであろうか。マンドリーネ(Mandrine)、カルトウシェ(Cartusche)、レゼブイーン(Resebire)、ゼノン<sup>(11)</sup>は、悪徳のスツアエヴォーレンであり、エピクテトスである。さて、次のことが、有罪判決や、釈放についての信頼性を根拠

づけるはずである。つまり、苦痛によつて支配された者が、自らの意志に反して述べたこと、苦痛を支配した者が、自らの意志に反しては述べなかつたこと、がである。したがつて、今日、判決は、躊躇なく下され得るものであろうか？

(楠本)

第七節 刑事法固有の識知からしても決して拷問に対する不信は排除されない。

決して左様に判決が下されることはない—如上の供述に対する法の不信が立ちはだかるからである—法は第三級重罪を認めた者に敢えて刑罰を科すことはしないし、また告発に対して頑強に異議を申し立てた者を敢えて赦すものでもない—つまり、法は敢えて前者を有罪と宣明することはなく、また後者を敢えて無罪と宣明することもないのである。

法の遵守が、市民が立法者に対して当然払つて然るべき敬意の証明であるなら、臣民らにその範を示すことが評議員の義務である—更に法の探究が評議員の任務であれば、沈黙や迎合は国事犯といえよう。かく信じて、私は敢えて新刑事裁判法に含まれる文言を引用し、これを吟味する。さて、その文言によれば<sup>(12)</sup>、かかる法的な強迫手段の究極目標は以下の通りである。つまり、犯された行為を理由に強度の負担を科される第二級重罪犯人に、安定した証拠がない場合に自白させ、場合によつてはその者に懸けられた嫌疑や容疑を雪ぐことがそれである。

それでは、犯罪や無罪の証拠は今や完全無欠なのであろうか。自白する者は犯人であるということ、否認する者は犯人ではないということ、これは異議やあり得べき反証なくしても確かなのか、少なくとも法の観点からは確かなのだらうか。争いの余地はない第三級重罪犯人であると認められている被取調者が自らの供述を苛烈な尋問<sup>(13)</sup>の二日乃至三日後に新たに証明するということ、このことは一体何のために必要とされ、何のために規定さ

れているというのだろうか。自ら行った告白が罪状立証と一致しなければならぬという文言は、少くとも今次の裁判法には採用されていない。<sup>(14)</sup>

しかし、ことによると、かかる立証は単に法律による形式的な正規の手続きというに過ぎず、それ以上の効果や作用を持たないのかもしれない！ 仮に如上の立証がそのようなものであるとすると、何故に法律は、拷問を受けているときに認めていたことを、後になって撤回した者を赦すべしと命じるのか。<sup>(15)</sup> また何故、拷問に科されて何も白状しなかった者に特別な刑罰<sup>(16)</sup>が時として言い渡されることがあるのか。立法者は否認する者を有罪とするのであるから、否認する者を立法者は無罪とはみていない—(また)立法者は白状する者を有罪とはしないのであるから、白状する者を立法者は有罪とはみていない—それではこれが拷問の効果なのであろうか。法律自体に即してみると、拷問の信頼性は何処にあるというのだろうか。

詳言すると、立法は以下のことを覆い隠すことができなかったのである。つまり、立法自身、その自白を暴力によって強制された自由意思によらない自白であると看做さざるをえないような、そうした自白が取り調べの決め手を握る場合、市民の生命、無実、市民の自由が余りにもないがしろにされるやもしれぬということである。かかる信条から生じた規定、つまりそれが、その規定を顧慮しなければ全手続きが不法とされ無効とされる、そのような規定だったのでないだろうか—即ち、被取り調べ者を所謂証言台の前で改悛に至るまで尋問し、強迫手段が遠ざけられた場所で、苦痛が始まった時点でその者から自由意思による供述を得るという規定である—<sup>(17)</sup> 由意思による供述とは即ち、現在している害悪に対する恐怖、或はまた遠ざけられてはいるがしかし目前に迫りつつある害悪に対する恐れ、つまり、それを想起したりそれを避けようとするいかなる表象によっても強迫が全くその供述に影響を及ぼしていない、そのような供述である。かかる性質の供述を得たと裁判官は信じるのであ

ろうか。

なるほど、裁判官は己自身を得心させ、また何人をも得心させ得る手段を手にしている——裁判官が道具を被取り調べ者の目から遠ざけるのは単にその場限りのことにとどまるものではない！ 裁判官はまた将来に亘つて被取り調べ者の心を宥めるのである！ 裁判官は被取り調べ者に、どんな性質の供述であれ被取り調べ者が自らの供述によって再び拷問台に引き戻されることは決してないと保証する！ 裁判官が予めかかる保証を行い、更にその後告白を得た時、これを彼は自由意思によるものと呼ぶのだ。しかし、裁判官が予め敢えてこうした約束を行うことは先ずない——というのも、裁判官は、かかる約束の後に第二級重罪犯人に自白を期待することは決して出来ないことだという懸念を抱くからである——そうである以上、裁判官が抱くこうしたもつともな懸念は、次のことに対する極めて顕著な証明である。というのは、恐怖の場所から離れてなされた供述であろうとも、かかる供述は決して自由意思によるものではなく、恐怖の産物、即ち、既に被った苦痛から目前に迫りつつある苦痛を押し量り、妄想に打ち負かされた、そのような恐怖の産物だということである。かくて、かかる新たな尋問は脅迫、即ち、実際の拷問とは異なるテロルに外ならず、前者は哀れな被取り調べ者の肉体を打ち負かし、後者はその精神を打ち負かすものであるという点で、専ら両者は異なるのである。ここでは、裁判官は、さながら意気地のない者の休むことを知らない表象に死刑執行人の地位を委ねるようなものである。

取調べにおいて、必ず苛烈な尋問が採り入れられる、そのような暴力に対する格別な信頼の残滓は至る所に見受けられる。容疑者が複数いる場合、性別・年齢によつて苦痛に対する抵抗力がより弱いと思われる者から、つまり、弱者から始められる。何故こうした者からなのか。その理由は、法律の言うところによれば、<sup>(18)</sup> 如上の者が真実をより早く告白し、場合によつては責めさいなむことなく第三級重罪犯人に罪を認めさせることができる

十分に考えられるからだとされる。それゆえ、強靱な筋肉、馬なみの神経、アンタエウスの体格を備え持つ犯人なら拷問から救われるばかりかこれを逃れることになるう！　かくして裁判官が攻撃の矛先を向けるのは、主として弱き者であつて、悪意や悪徳ある者ではないのだ！

(宮本)

原注

(1) 奴隷は、犯罪だけではなく、民事の法的争いについても、拷問にかけられた。

(2) イングランドの刑事手続きを知っている外国人は、被告人が、その家族のために国庫から財産を守り、正式の判決を避けるために、裁判官に対してすべての供述を拒絶している訴訟において起きていることを、拷問と呼んでいる。しかし、それは、本来、刑罰である。それを、ブラックストーンは、継続的証言拒絶者のための償い (the penance for standing mute) と呼んでいる。それに関する詳細な記述については、イングランド法注解、第四卷第二十五章第三二二節参照。

(3) 信じられないとしても、証人は、蛇が茂みのいばらの間で身の毛のよだつ脱皮を行っているような苦しみの中で、無定見さを置き去りにしていると、有名な犯罪学者は書いている。

(4) 立法に関するすべての研究を通じて深い配慮で述べているこの意見書の作者は、これらの言葉によって外国の芸術審判者に、彼らは、必ずしも知らなかった種類の手続きについて、評価する者と評価される者との関係において最もふさわしいものではあり得ないひとつの語調で敢えて判断を下しているという、慎重深い非難を投げ掛けているように思われる(この注は、ソネンフェルスによってではなく、編者によって書かれたものである)。



- (5) 一七六九年のオーストリア及びベーメンの刑事裁判法第三十八章は、拷問を正当な強制手段等と規定している。
- (6) 第三十八章一七条、ベーメンの領邦における拷問。
- (7) 同条、オーストリアの領邦における拷問。
- (8) 第三十八章一九条二項、同様に、責め苦の種類の規定は、一般的に、いつでも、行為者の力の程度及び事情の相違に従って判断されるべきである等。
- (9) 一七七三年一月二六日の裁定。
- (10) 様々な歴史の第七巻におけるエリアンの立場は、熟慮において決定的帰結に到達することができるので、ここで引用されるに値する。エジプト人は打ち勝ちがたい忍耐さで苦しみに耐え、真実を告白するよりかはむしろ拷問の苦痛の下で死ぬと言われていると、彼は書いている。
- (11) この悪名高い悪人の名前は、この社会では、彼は、報告者が指摘しているように、拷問においても頑強に否認し、通常の刑罰から逃れた者のひとりであると呼ばれるのは当然である。
- (12) 第三十八章一条。
- (13) 第三十八章三一条、苦しみによる自白の確認に関しては、我々は以下のように定める。即ち、拷問が法令に従って行われ、これについて供述が明瞭かつ精密に記述され、被拷問者の苦しみが落ち着いた場合には、裁判官は、拷問の二日又は三日後に被拘禁者を刑務所から通常の裁判の場所に移し、拷問に立ち合った者の同席の下でその者に裁判所書記からその自白を読み上げさせ、それについて控え目に、この自白がすべてにおいて真実であるかどうか及びその上でその者が生きるか死ぬかについて尋ねなければならない。行為者がそのことを自由意思で告白した場合には、等。

- (14) 第三八章三条、それは、行為者が犯罪の前に既に自白し又は完全に認めていた場合には、拷問の言渡しは過剰かつ違法であろう。その場合には、躊躇することなく、最終判決の言渡しでもって、法律に規定された通常の刑罰が優先されなければならない、という理由によっている。
- (15) 第三八章二八条、何も自白しない者又は自白したことをその後いつでも撤回した者は、一般に、無罪又は免罪の判決がなされる。
- (16) 第三八章二九条、しかしそれにもかかわらず、主たる悪行を考慮した拷問を頑強な否認で克服した常習否認者、並びに自白し、完璧な拷問によっても再び否認する被審問者は、撤回が全く起こりそうもなく、悪意のものであることが判明した場合には、特別な処罰を言渡されることがある。
- (17) 第三八章三一条。
- (18) 第三八章一二条の規定ぶりは、ローマ法をヒントにしている。