

|                  |   |
|------------------|---|
| Title            | 訓令を仰ぐ大審院：明治一二年代の司法権   |
| Sub Title        | Cour suprême (Daishin-in), appelant et suivant les instructions du Ministère de la Justice (Shihô-shô), afin de former et rendre ses jugements criminels -Esquisse documentaire sur l'autorité judiciaire embarrassée pour interpréter la loi, en 1879, à l'aube du japon moderne |
| Author           | 岩谷, 十郎(Iwatani, Juro)   |
| Publisher        | 慶應義塾大学法学会   |
| Publication year | 1993  |
| Jtitle           | 法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.66, No.8 (1993. 8) ,p.1- 58  |
| JaLC DOI         |   |
| Abstract         |   |
| Notes            | 論説  |
| Genre            | Journal Article   |
| URL              | <a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19930828-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19930828-0001</a>   |

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

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

# 訓令を仰ぐ大審院

——明治一二年代の司法権——

岩谷十郎

## 序 章

一 司法省と大審院——「指令」業務と審級制——

二 本稿の視角と若干の資料的検討

(一) 予備的資料解題と方法

(二) 『申明類纂』収録事案の概観

(三) 質疑主体一覧

三 大審院判決の形成と司法省のコントロール

(一) 破棄判決の形成と司法省によるコントロール——上告理由・疑義内容・判決の緊密な連絡関係——

(二) 「協働」する司法省と大審院——大審院による問題発見——

(三) 確保される判決の斉一性——引用される「先例」の意義——

終 章——明治一二年の最高法衙とその判事たち——

序 章

戦前の最高法衙である大審院が、我が国の近代史上その姿を現したのは明治八年のことである。「審判ノ權ヲ鞏ク」し「法憲ノ統一ヲ主持」<sup>(2)</sup>することを目的とした同院は、元老院と共に漸次的に立憲政体を指向する明治国家の新たな統治構想を離陸させるための翹翼であった<sup>(3)</sup>。しかし大審院はその設立の当初から、例えば「司法権独立は結構であるが、司法省より独立するのは不可である」<sup>(4)</sup>との跋行した司法権独立論の下に置かれ、その制限された「独立」は克服され得ないア・ポリアとして、以後の司法史上に様々な陰影を投げかけることになった<sup>(5)</sup>。本稿は、その大審院のごく初期の歩みを窺い知ることを第一の目的としている<sup>(8)</sup>。

だがしかし、近代日本社会の揺籃期とその展開期にあって、前述のような出発点を記した大審院が歴史上果たした役割を評価するには、司法的權威が最高法衙としての大審院によって象徴され行使されるべきであるという、いわば「司法権」の所在をめぐる権利問題と、諸判決例の中に解釈の統一性を実際に手続きのうえでも確保してゆくという司法機能（裁判実務）上の事実問題とが、微妙な緊張関係に置かれていたことに注意を向けなくてはなるまい<sup>(9)</sup>。両者は決して一方が他方に包摂され尽くすことの出来ない領域の問題であった。本稿では、この点を考えるについての興味深い一素材として、明治一二年当時の刑事法運用に際し大審院が法条の解釈・適用について司法省の判断を仰いだ請訓・内訓類を紹介する。司法省―いわば「司法権外」の「行政」機関―からのコントロールが、実際に判決が形成されてゆく過程で、どの程度にまたどの範囲に互って及んでいたのかを検討することを通じて、「最高」とされる法衙に「期待」された機能と、それが同年時に「実際に果たし得た」権能との懸隔を吟味してみること<sup>(10)</sup>にしたい。

(1) 明治八年四月一四日太政官第五八号布告参照。

(2) 「大審院章程」(明治八年五月二四日太政官第九一号布告、同一〇年二月一九日太政官第一九号布告により改正)、第一条。

- (3) 「正院職制」(八年四月一四日太政官達)では、左右大臣を以て元老大審二院の長官を兼任させることが定められる。つまり「大審院(元老院)並立チ諸省ノ上ニ位」(八年七月二日付の司法卿大木から三條太政大臣宛「大審院位置ノ儀ニ付伺」)するが、むしろこれは構想の域を出ず、大審院については、「一等判事」がその職責に任じた。尚、その経過については、尾佐竹猛「司法権の独立と大審院の創設」(『法曹会雑誌』第一五卷第一〇号)、一三三頁以下参照;また三阪佳弘「明治九・一〇年の裁判所機構改革」(『法制史研究』第三八号、平成元年)、六二頁以下、特に八〇頁註19には要領を得た説明が見られる。
- また最近の元老院についての研究として、角田茂「太政官制・内閣制下の元老院―職制と勅任官人事を中心に―」(明治維新史学会編『明治維新の政治と権力』吉川弘文館、平成四年、同「元老院の成立」(『中央史学』第九号、昭和六一年)、藤田正「元老院の権限問題」(杉山晴康編『裁判と法の歴史的發展』敬文堂、平成四年、などを挙げておきたい。
- (4) 三谷太一郎『近代日本の司法権と政党』塙書房、昭和五年を参照のこと。
- (5) 詳しくは、尾佐竹前掲論文、一一六頁。
- (6) 菊山正明「明治八年の司法改革」(『早稲田法学』第六六卷第一号、平成二年)、三九頁以下。
- (7) 三谷前掲本参照のこと。
- (8) 尚、現時の明治期司法史研究については、菊山正明「明治初期司法制度史研究の現状」(杉山晴康編『裁判と法の歴史的發展』敬文堂、平成四年が、その概観を与えてくれる。
- (9) 本稿は、当時のつねに行政が超越的優位にある国家機構全体の枠組の中で司法Ⅱ裁判を考えて行く制度論的立場を鮮明に打ち出している労作である、三阪前掲論文に多くを啓発されたことを付記しておく。
- (10) 本文にて提示した課題につき、本稿ではまず刑事法領域を手初めに取り上げる。同領域は、明治の極く初期の段階からいちはやく基幹法典の整備とその運用についての制度化が進められており、既定の成文法に「解釈」を施しそれを「適用」するという技術的な操作を、同時代的背景の下に、それとして考察の対象に定めるに優れていると考えるからである。この点で、水林彪「新律綱領・改定律例の世界」(『法と秩序』(日本近代思想大系7)岩波書店、平成四年所収)は、同時期の刑事実体的側面からの体系的把握をする際に示唆に富む論稿である。尚、以下で掲げる史料は、旧字や異体字などではできる限り新字や常用漢字に改め、変体仮名や合字などは通常の仮名使いに直して引用を施した。また原本の体裁はできる限り尊重するように努めたが、印刷などの種々の制約から、復刻には略号などを用いている。その用法については個々の引用毎に註記してお断りしている。

一 司法省と大審院——「指令」業務と審級制——

今日、明治初期の刑事司法システムについて、それを「伺・指令裁判」として特徴付けることを通じて、綿密な史料の再構成による解明・理解が進められている。<sup>(1)</sup>それは、新律綱領や改定律例の擬律について生じた疑義をめぐり、地方官や各裁判所から司法省（明法寮）<sup>(3)</sup>に対し、そのつど伺が立てられ指令を仰ぐという実務上の手続きである。そしてそこで下される司法省（明法寮）の判断は、有権的解釈として個々の裁判官の解釈権限を實質的に拘束した。ところが、大審院が創設されるに伴ってこの明法寮が廃止され、従来の伺・指令業務が司法本省に継承される一方で、<sup>(4)</sup>新設の大審院<sup>(5)</sup>以下の審級制が整うことにより、法判断の最終的な権限の所在をめぐる微妙な問題が浮上してきたのである。その経緯を略記すれば次のようになる。

\*

司法省は、大審院や諸裁判所および司法省などの職制章程を定めた明治八年五月一〇日太政官達を受けるや否や同官に伺を立て、当分大審院や各裁判所が右「章程」<sup>(6)</sup>通りには「調理不相成」と思われるから、司法省がこれまで取り扱ってきた「事件半途ノ分ハ司法卿ノ見込ヲ以従前ノ通り取計」<sup>(6)</sup>う旨確認を取り付ける。このことを受けて例えば同達（第九一号布告）は、大審院に「死罪ノ案ヲ審閲」させ（同院職制判事第二）、<sup>(7)</sup>上等裁判所に「終身懲役罪案ヲ審批」させる権限を与えたが（同裁判所章程 第四条）、もとよりこれらは、従来司法省へ伺い出てその処断を求めなければならぬ事項に属していた。<sup>(7)</sup>そこで司法省は、同年六月三〇日の日付を持つ太政大臣宛の伺で、以上の二件につき、「審判二途ニ出候姿ニ相成」<sup>(8)</sup>ることを避けるため、新章程以降の分は各裁判所にて行われるものとし、従来からの手続きで受理している伺分についてはそのまま同省にて継続して処理し、関係各部署に改めて「還付」するまでもないことを導いた。<sup>(8)</sup>ところが「懲役十年以下ノ者」<sup>(8)</sup>については、新章程の前後を問わず、「伺出候分ハ……書類悉皆還付」する

ことに定められた(八月二日付太政官指令)<sup>(9)</sup>。つまり、上述の事前に司法省の「審批」を仰がなくてはならなかった罪案ではなく、通常の事案に発する伺<sup>(10)</sup>については、「第百三号御布告第一条ニ拠リ諸裁判所諸府県ニ於テ夫々処分出来」との前提から通常の司法判断に委ねられることとなり、司法省の職掌外に置かれることになったのである。

ここで右の「第百三号御布告」とは、明治八年六月八日の「裁判事務心得」<sup>(11)</sup>であり、なるほど確かにその第一条には、各裁判所ハ民事刑事共法律ニ従ヒ遲滞ナク裁判スヘシ疑難アルヲ以テ裁判ヲ中止シテ上等ナル裁判所ニ伺出ルコトヲ得ス但シ刑事死罪終身懲役ハ此例ニアラス

とある。この但書には、前述の、大審院と上等裁判所の新たな「審批・審案」事項が触れられているが、その主旨はもはや司法省の権限外のこととされたことを踏まえたものである。しかし同条はより踏み込んで、「従来の指令裁判の排除を明確にしたもの」<sup>(12)</sup>とまで解され得るであろうか。「遲滞ナク」裁判を進めるにあたって、例え「疑難」が生じても、「上級ナル裁判所」には伺い出ることが許されなくなったことは伝えられるとはいえ、字義通りに解せば、司法省がここに含意されると見ることにいささかの抵抗が伴おう。

そこで司法省は、大審院章程第九条(本文後述)の定めるところをめぐり同八年八月一〇日に太政官宛に伺を立て、その中で、「……從來律上疑義若クハ律無正条モノ并諸規則等諸向ヨリ当省へ伺出候如キハ勿論大審院ニ於テ弁明スヘキ者ニ無之候へ向來何レへ伺出何レヨリ指令可相成筋ニ候哉尤右等ハ是迄ノ通一切於当省取計可然哉ニ存候へ共章程上明文モ無之儀ニ付一応此段相同候間至急何分ノ御指揮有之度候也……」<sup>(13)</sup>と述べていた。つまり、たとえ明文の根拠がなくとも、旧来からの指令業務の存続がこれほどまでに明瞭に確信されていたことがわかる。右章程第九条とは「法律疑条アレハ大審院之ヲ弁明ス」とあって、いわば最上級の法律審たる大審院の下した判断の理由を他の裁判所に対し明示する義務を同院に課したものに過ぎなかつた<sup>(14)</sup>。だが「法律の疑条を弁明する」との表現が、未だ不分明な既得権限の行方に強い関心を抱いていた司法省に不安を与えたのは確かであろう。同月一八日付の太政官指令、

「是迄ノ通於其省可取計事」を受けて各裁判所府県宛に発せられた九月九日の有名な司法省第二四号達には、

大審院章程第九条ノ儀ハ上告ヲ受ケタル上之レヲ破棄シ法律ノ疑条ヲ弁明シテ他ノ裁判所ヘ示スコトヲ言フモノニシテ法律ノ伺ヲ解明スルトハ全ク別ナリトス依テ法律ノ条件ニ付テ解シ難キ儀有之ニ於テハ當省ヘ可伺出候条此旨相違候事（傍点筆者）

との、従来からの伺・指令業務が変わることなく継続されることが一前述八月二日太政官指令を尻目に一高らかに宣言されたのである。<sup>(15)</sup>そして各裁判所及び府県がこの司法省の指令や内訓を仰ぐという体制内に於いて、実は大審院も

例外ではなかったことは次章に見る通りである。従ってこの達は、法の解釈適用についての統一性を、事前統制的に確保するか、事後的な是正手続きによって実現するかとの相違を見事に描き出している。国権の発現態様からすれば前者はまさに行政的作用であるし、後者はいわゆる司法的作用であるといえよう。<sup>(16)</sup>つまり、二つの異なる方向からの統制が截然と区別されずに混在する状況が呈されることになったのである。<sup>(17)</sup>そして明治一〇年一月一二日に定められた

「司法省局課分掌」によれば、「凡ソ各所ノ申請刑事ニ関スル事件卿ノ命ヲ受ケ其案ヲ創ス」機関としての議政局刑法課についての明文が現れる。この刑法課こそが、次章以下本稿にても取り上げる、一二年時とその前後の時期における、大審院やその他の機関からの質疑を受理しそれに返答を送致していた省内の部局であると考えられるのである。

このようにして、司法省と大審院との間での機構上の上下関係が、<sup>(18)</sup>法判断の統一性の形成にあたっていかなる影響を及ぼすかという問題が立ち現れて来ることになった。本稿で取り上げ検討を加える資料は、まさにこうした関係にある大審院と司法省との間で照復され交信された跡を記したものである。

ここで司法省の八年八月二日時の理解と同月一〇日の理解との間に何らかの齟齬が生じたと見るべきなのであろうか。私は次のように解している。まず一〇三号布告第一条は、「疑難」が解釈を進めるうえで生じた際に、上級の「裁判所」に伺うこれまでの手続きを禁止したものであろう。即ち、上訴上告手続きが定められたことにより、事前にはなく事後に、つまり上訴によって、個々の裁判官の為した法判断・判決を是正する途が開かれたからである。となると、理論的には、従前の司法省（明法寮）への伺が明文の上でも常態化されていた時には、おのずと上級の裁判所に「疑難」を伺うルートと、司法省に伺い出るルートの二つ

があつたはずである（実際、同年九月二四日の埼玉裁判所伺には、「従前、区裁判所ヨリ民事刑事裁判ノ疑議、ヲ生シ伺出ル時ハ相當指揮及ヒ来リ候ヘ共……」と見える）。即ち、実定的に前者の途がここで閉ざされたとしても後者の門は依然開かれたままと推測し得る余地は十分にある。このように仮定すれば、前出の八月二日の太政官指令を求め司法省から伺が出された六月三〇日の時点では、一〇三号布告により司法省が、彼らの判断からして手放し得る案件のみを念頭に置き、各裁判所宛に「還付」するとの判断が抱かれたとも考えられる。実際に司法省は同年一月二八日の磐井県伺に対し、民事ではあるが、先の二四号達を根拠に、「法律の条件について解し難いものではないとして」「指令」を控える姿勢を示している例があつた。さらに司法省は、「……第百三号公布中疑難ノ二字ハ律例正条アレトモ罪状疑シク判然タレトモ正条ニ於テ疑難ニ涉ル者ヲ云フ……」（八年一月一日秋田県伺に対する九年一月二五日指令）との説明を付し、「疑難」の一応の規準を示した。つまりこの「疑難」として分類される限り、以後個々の「裁判官ノ見込」の範囲にて解決（釈）・処理されるべきものとなつたのである。従つて「疑難」の射程が定まることが、上訴の過程では正が加えられる条件を構成したが、それはまた、これまで通り司法省で取り扱われるべき「律無正条」で「法律ノ条件ニ付テ解シ難キ」場合との境界を設定することになつた。このことから、「疑難」とは存続する司法省への伺手続きを前にしての、審級的司法システムの当時における限界性を描き出す概念であつたと考えられるのではないか。

\*  
\*

ところで本稿の対象時期である明治一二年時には、上述の司法省と大審院を含む各裁判所との関係に、見逃せないひとつの転機が訪れる。それは、上述の司法省による統制機構の大枠を組み替えるというものではなかつたが、少なくとも質疑応答のシステムを、その目的や効果の面から、より詳細に規定するものであつた。「内訓条例」（明治一二年二月二四日司法省達）がこれである。同条例については既に別稿にて触れたのでここでは詳論を避けるが、その主旨は（「一」内、原文二行割註、以下同）、

凡内訓条例ハ司法卿ト各裁判所「裁判官検事」トノ間ニ於テ用ユル所ノ内規ニシテ専ラ情実疎通事理伸暢ノ為メニ設ルモノナリ故ニ此条例ニ従フモノハ尋常伺指令ノ効力アラサルモノトス

とする同条例第一条に端的に現れ出ているといえよう。それに加え同条但書には、「伺指令ハ各其職務ノ権限ニヨリ

発令」されるものに対し、内訓は「職権ニ不拘唯其注意ヲ要スル為ニ発スルモノ」であるから、「必シモ準拠セサルヘカラサルノ効力アラストス」と記されている。まさにこれまで通りの伺指令型の照復手続きの存続を追認しながらも、それとは別個の新たな両機関相互の連絡関係が模索されたことが考えられる。そこでこの点につき次の文書を見られたい。

今般第三百五号ノ通長官ヨリ御書通（従前其院ニ於テ法律上疑義等有之候節ハ本省ヘ伺出相成本省ヨリ及指令来候処抑大審院ハ法律ヲ統一スル所ニシテ特リ大審院ノ明弁ノミ法律ノ註脚トモ可謂モノナルニヨリ法律上ノ準拠ハ大審院ノ外他アルヘカラサル訳ニ候ヘハ向後右等ノ儀本省ヨリハ指令ニ不及候尤立院以来未タ歲月ヲ不積法律尚極メテ欠漏ノトキニ際シ候ヘハ事実或ハ法律上タリトモ疑点不安ノ場有之節一応問疑ニ被及候ヘ可然ニ付右等ノ節ハ其長又ハ主副各々ニテモ便宜ニ問疑書「伺出ノ文体ニアラス」ノ文体ニ相認差出可有之此段予テ申入置候成「十二年一月廿八日」相成候ニ就テハ別紙御伺書「他人所有ノ樹木ヲ盗伐云々」之儀モ其侃可及御返却ノ処別書ノ通御指令ノ御決議相成候儀モ有之候間該件ハ右御決議ノ通御取扱相成可然候ヘ共御指令書類ノ儀ハ御一覽済御返却有之度此段及御通牒候也

明治十二年二月一日

渡辺大書記官<sup>(20)</sup>

大審院長

玉乃判事殿

これは後述する『申明類纂』（甲）に収められた文書である。<sup>(21)</sup>ここで右文中に引用される一二年一月二八日付の「長官」（司法卿であろう）からの「書通」に注目したい。<sup>(22)</sup>興味深い点は、「特リ大審院ノ明弁ノミ法律ノ註脚トモ可謂モノ」であるとの、同院「本来」の権能が再び（？）想起されていることであろう。そしてこの大審院が本来果すべき役割を確認した上で、従来の伺・指令に比しその手続き、運用方及び効力の点でより「便宜」性に富んだ「長又ハ主副各々」が発信主体となる「伺出ノ文体」ではない——書式が新たに考案されていることである。こうした「書通」の趣旨は、その日付からほどなくして制定される前述の内訓条例を以て明瞭に具体化したと見ることができよう。<sup>(23)</sup>

それにしても右引用に見る、司法省による「立院以来未タ歲月ヲ不積法律尚極欠漏ノ時ニ際」してゐるとの状況認識は、先学により既に指摘されているように、司法卿の裁判監督権限が明治一〇年前後に強化されるにつき、そのテコとなつた理由に一脈通じるものがある。ここで詳しくは論じられないが、即ち、司法省(卿)の裁判への干渉が許される余地は、ひとえに各地方における裁判事務方の人的物的両面での未整備状況及びそれが誘因となつて生ずる民衆の裁判不信を回避するという「名目」にあるといわれている。<sup>26)</sup>従つて、前掲の状況認識もまさにその立院以来絶えることなく踏襲されてきた、大審院からの「疑点不安ノ場有之節」、司法省(卿)がこれに応答指令するという図式を支えるものとはなつていよう。しかしたとえそれが表面的なものであつたとしても、司法省と大審院を繋ぐパイプが上述のような形で複雑化したことによつて、法の適用における、大審院、ひいては各裁判所の自律的な判断領域が僅かながらでも開かれたであろうことは全くの憶測とはいへまい。<sup>27)</sup>たとえ「必シモ準拠セサルヘカラサルノ効力アラス」とされる内訓は、それ以前から踏襲される、司法省がその有権的拘束力を以て臨む指令による判断とは異なり、あくまでも「事理申暢」を旨とした「反復数回」に及ぶやりとりをも予定してゐたことを銘記するべきである。<sup>28)</sup>実際、大審院による訓令の請求と一口に言つても、中には幾度にも互る司法省との駆け引きを演じながら、法条の含意を徐々に、しかし着実に明確化することに腐心し工夫を凝らす同院判事の姿勢を看取できるものもある。さらに後掲の例に示すように、大審院が司法省の判断をとらえ、自己の見解との相違点を鋭く指摘するものもあつた。従つて、大審院判事の擬律操作は、決して司法省の指令による統制下に一元的に埋没してゐたとは断言できないのである。むしろ機構的な一定の緊張関係を孕みながら種々の連絡経路によつて結ばれた両者間は、少なくとも具体的な法条の「解釈」の次元においては、判事達の思考が様々にめぐらされる余地は与えられていたと考えられるのである。この点につき、次章以下において検討を加え論じてゆくことにしたい。

(一) 霞信彦『明治初期刑事法の基礎的研究』慶應通信、平成二年、序文参照。尚、霞氏はこの用語を以て、「明治初期のほん

のわずかな期間ではあるが、司法省に直属する明法寮（明治四年九月二七日設置、同八年五月四日廃寮）を中心として採られた刑事に係わる裁判体制」と理解される。霞信彦「問刑条例をめぐる若干の考察―法務図書館所蔵「問刑条例」および「各裁判所伺留」を素材として―」（『びぶろす』第四一巻第七号、平成二年）、二頁。

(2) 以下それぞれ綱領、律例と略して用いる。

(3) かかる明法寮とその指令業務についての精緻な研究は、霞前掲書がその水準を示している。その先駆的な研究としては、沼正也「司法省指令の形成をめぐる明法寮の役割」及び「明法寮についての再論」、『財産法の原理と家族法の原理（新版）』三和書房、昭和五五年、所収。

(4) 「司法省章程」（明治八年五月二四日太政官第九一号布告）第一には、「各裁判所又ハ各裁判官ニ指令スル事」と見え、明法寮と司法省内の刑法課（『司法省総則』・明治八年八月三〇日司法省番外達では第三局）との事務継承関係を示唆するのが、沼前掲「明法寮についての再論」、『財産法の原理と家族法の原理（新版）』、七三七頁。尚、右布告は、一〇年三月五日太政官第三二二号達によって改正されるが、「章程」の同箇所には変更はない。しかし、後者の司法省番外達は右太政官達により廃止される。

(5) 創設当時の大審院判事は、玉乃世履（二等判事）、楠田英世（三等判事）、青木信寅（四等判事）、伊丹重賢（四等判事）、水本成美（四等判事）、鷺津宣光（五等判事）、平賀義質（五等判事）、荒木博臣（七等判事）、小倉衛門介（七等判事）の九人から成っていたという（荒木桜州「創始時代の大審院」、『法律新聞』第二〇四二号・大正十一年、向井健後註14所掲論文、一〇二頁）。この中で明法寮出身の者は、楠田（寮員当時・以下同、同寮頭）、水本（同寮大法官）、鷺津（同寮権大法官）、平賀（同前）、そして荒木（同寮中法官）の五人を数える（『官員録』明治八年二月二五日改）。つまり、かつての明法寮にて勤務していた者が過半を占めるところを見て、大審院との人的な連続性が図られていることが分かる。尚、拙稿「不応為条廃止論小考」（『慶應義塾大学大学院法学研究科論文集』第二八号、昭和六三年）、一八頁註19参照。

付言すれば、この明法寮の廃止後、明治八年九月一五日より司法省内に設置された刑法草案取調掛（当初一人により構成）の顔触れの中にも、かつての寮員が多数選ばれている（八人）。我が国初の近代西欧型法典の編纂を目的とした同掛に、当時の現行法たる律刑法の運用に優れた者が起用されている事実は、西欧法との折衷を旨とした編纂作業を考えれば興味深いことである。拙稿「旧刑法編纂過程―司法省段階―におけるポアンナード主宰の端緒」（『慶應義塾大学大学院法学研究科論文集』第二六号、昭和六二年）、九四頁以下参照（尚、九五頁表2所掲の福山は福原の誤植である）。

(6) 同達中、大審院・諸裁判所の職制章程については、同年同月二四日に太政官第九一号布告として示される（尤も、一〇年

二月一九日の太政官第一九号布告により改正される。尚、三阪前掲論文、六五頁以下に両章程の異同が触れられる。またこの司法省伺は同月八日に出されているが(翌日付の指令には「伺之通」とある)、これは同達が司法省に対しては同月四日に交付されていたという事情による。『法規分類大全』官職門・官制・司法省一、一四七頁以下。

(7) 例えば、明治六年八月一〇日太政官第二九五号達参照。

(8) これは「本年第九十一号御布告前伺書云々ニ付伺」と題される(『公文録』明治八年八月司法省伺二)。指令日付は同年八月二日である。前掲『法規分類大全』官職門・官制・司法省一、一五八頁。

(9) この指令にもかかわらず、本文後述の同月一〇日付伺が司法省より発せられていることから、同省はこの判断に屈しかね再び太政官に確認を迫ったものとみえる。

(10) 本文後述の同年八月一〇日付司法省伺を見よ。一般に「律上疑義若クハ律無正条」ものについての伺が頻繁であったのであろう。新律綱領名例律下断罪無正条には、「凡律令ニ。該載シ尽サ、ル事理。若クハ罪ヲ断スルニ。正条ナキ者ハ。他律ヲ援引比附シテ。加フ可キハ加ヘ。減ス可キハ減シ。罪名ヲ定擬シテ。上司ニ申シ。議定ツテ奏聞ス」とある。つまり、こうした実体的な規定が存在することにより当時の裁判官からすれば、司法省への質疑は手続き上むしろ当然の帰結であったのである。同条をめぐっては、拙稿「不応為条廃止論」小考(『慶應義塾大学大学院法学研究科論文集』第二八号、昭和六三年)に触れるところがある。

(11) 同「心得」は、民事における条理の法源性を宣言したことにより余りにも有名である。これについては、とりあえず、牧健二「明治八年民事裁判の原則」(『法学論叢』第一七卷第二号、昭和二年)、杉山直治郎「明治八年布告第百三十三号裁判事務心得と私法法源」、『法源と解釈』有斐閣、昭和三年、野田良之「明治八年太政官布告第百三十三号第三条の『条理』についての雑感」、『法学協会百周年記念論文集第一巻』有斐閣、昭和五八年、を参照されたい。

(12) 大河純夫「明治八年太政官布告第一〇三号『裁判事務心得』の成立と井上毅」(『立命館法学』平成元年、三・四号)、一九七頁。尤も、本文で後述するようにこれは早計に失した見解であろう。むしろ従来の指令慣行が新たに制定された上告手続きの前にいかなる関係を保ち得るのかという疑問を排除することにあつたのではないか。また第五条においても、「指令の裁判所に対する拘束力の否定が明確にされている」と記しているが、逆に本条文の文理から事実上指令が与えられることが前提とされており、その「一般の定規としての拘束力」こそ否定されるが、当該事件についての指令の持つ、「個別指導性」までが否定されたのかは疑問である。尚、右論稿は、『公文録』に収められる同布告の編纂途次をたどりつつ考察を加えたものであるが、同史料は、堀内節「布告・達の謬った番號標記について」(『法学新報』第九一卷第五・六・七号、昭和五九年)にも

復刻紹介されている。

(13) かつて明法寮の果した、「各裁判所疑讞本省ニ伺ヒ出テ律文ノ疑条ヲ質シ及律ニ正条ナクシテ更ニ定例ヲ要スル者ハ本寮論定シテ卿ノ印ヲ受ケ之ヲ断刑課ニ付ス」（『司法職務定制』第八三条）なる機能は、いかなる形でも明文の上では、大審院設立以降の司法省職制章程内に継承されていない。

(14) 尤も私は、「本来、法の解釈は裁判所のみが判決においてなし得るものであって従来司法省が行っていた各府県若くは裁判所からの伺に対する指令という形で法の解釈は極めて変則的なものである。すなわち、近代国家においては裁判所のみが法の解釈、適用をなすということが原則として貫かれねばならないのであるが、わが国においては急速な中央集権化とそれに伴う多数の布告の公布、裁判所機構の不完備等の理由により司法省をはじめ各行政機関が法律解明の機能を果たしていたのであった。このような法律解釈のあり方に対して章程第九条は法解釈についての近代化を一步すすめたものといえることができるであろう」（染野義信『近代的転換における裁判制度』勁草書房、昭和六三年、九五―九六頁）との本条についての積極的評価を閑却しているわけではない。しかし後に本文にて示すように、いわば「変則性」の残存が事実上強く司法省や大審院により前提とされていることに着限したい。その意味から同九条についての疑義がボアソナードへも質せられその見解が聴取された経過が踏まえられたのである。向井健「大審院の創設とボアソナード意見書」（『法学研究』第四四巻第六号、昭和四六年）、一〇五頁、及び『公文録』明治八年七月司法省伺一二「大審院章程第九条法律疑条ノ儀ニ付伺」。

(15) 無論、死罪・懲役終身案件については、その職掌から外れることは前にも確認した。

(16) 中野次雄編『判例とその読み方』有斐閣、平成三年、二〇頁。

(17) 『法規分類大全』官職門・官制・司法省一、三二七―三二八頁。

(18) 有名な「大審院順次ノ儀ハ開拓使ノ上諸省ノ次」との位置付けは、八年七月一日太政官第一二三号達にて明らかにされた。

(19) 拙稿「明治期司法官の近代法適用をめぐる逡巡」杉山晴康編『裁判と法の歴史的展開』敬文堂、平成四年、七三頁以下。

(20) 渡辺驥である。一二年時には司法大書記官の任にあり、翌一三年二月二八日付けで検事に転任するまで、同省照査課々長の職にあった（法曹会『法曹記事』第三三巻一―一〇一頁、大正二年、一一六頁）。その後、同一三年四月九日付けで、元老院議員をも兼任する。尚、手塚豊「司法省修補課（明治十二、三年）関係資料」（『明治刑法史の研究（下）』慶應通信、昭和六一年所収）によれば、彼は、一二年二月二四日に議政局内に設置される修補課の課長であったとも推測されている。同課は主に現行法令の不備や欠陥などを修補することを目的とした機関ではあるが、時として「卿ノ命ヲ受ケ」、「臨時諸文書ノ草案」や「内訓文書」をも起草した。尤も最後者は、「但検事及民刑課ノ内訓書ト抵触スヘカラス」と付記され、既存の省中局課機構に追加

される形で設置された修補課の位置からすれば、内訓の形成はむしろ同課における従たる職掌であつたと考えられよう。

(21) 後掲する表1の整理番号3の事案に添付されたものである。

(22) 「三百五号」との発令整理番号が付されるものの、現段階においてその発令様式やその手掛かりとしての当該「書通」を収録する資料を見いだせない。

(23) 司法省丁第一七号達（明治一二年七月九日）には、「諸伺ノ書面判事ヨリ各自ニ差出ス向キモ有之候処自今必ス其庁ノ院所長ヲ経テ可差出此旨相違候事但内訓ヲ請ハ此限リニアラサル事」と見え、その簡便性が示される。

(24) 期限外上告手続きと司法卿による再審請求権がこれである。三阪前掲論文、六七頁以下参照。

(25) 三阪前掲論文、七六頁以下。

(26) 一五年当時には、司法省と各裁判所・地方官との間を繋ぐ回路として、「伺―指令」「請訓―内訓」「問合・質問・照会―回答」などの様々な様式があり得た。とくに最後者については実定的根拠すら見いだせないのである。前掲拙稿「明治期司法官の近代法適用をめぐる逡巡」、七四頁参照。

(27) 私は、こうした司法省の動きの中に、当時の太政官「内閣」への集権化体制において（吉井蒼生夫「中央権力機構の形成」福島正夫編『日本近代法体制の形成（上巻）』日本評論社、昭和五七年）、法令の最終的解釈権限の所在をめぐる暗闘があつたことも作用していると考えている。この点につき次の法制局による達案の趣旨説明を見られたい。「〔〕」は抹消箇所を、「〔〕」は抹消後加筆訂正された箇所をそれぞれ示す。

法律ノ正シキ説明ハ其重キコト法律ニ次キ仍ホ法律ノ域内ニ在ル者トス故ニ法律ヲ説明スルハ殆ント立法ト同シ蓋シ法律ノ説明ハ人民ヲシテ必ス之レニ遵ハシムルノ力ヲ有セズト雖トモ然ニ其實際ニ動クニ至リテハ其効未タ嘗テ法律ト相同ジカラズンハアラス是レ其當サニ鄭重ニセザル所以ナリ

〔内務〕「各」省〔司法省ノ如キ〕「其関係ノ事ニ付」往々〔裁判官地方官ニ対シ其〕法律上之伺ニ指令ス蓋シ維新ノ後日尚浅ク是等ノ事猶未タ悉ク整頓ニ帰セズ流レテ今日ニ至ル是レ宜シク改メザル可ラズ況ンヤ明治十年第七十五号達ヲ以テ當局ヲシテ特ニ法律説明ノ処タラシメシヤ若シ従前之弊〔三〕因〔リ〕而改〔メ〕ザレバ則我政府中法律説明之処〔三三〕「数」アルナリ〔三三〕「数」処之説明或ハ其相矛盾セザルヲ〔保タズ〕「免レス」恐クハ竟ニ其指令ヲ稟クル者ヲシテ茫〔乎〕トシテ其適従スル所ロヲ知ラザラシムル者アルニ至ラン〔是レ豈ニ殆ント政府自ら其法ヲ毎ル者ナラズヤ〕因テ此際〔改〕「更」メテ左ノ通り御達相成度此段上申仕候也

右に示したように、まず抹消部分に注意するならば、この達の本来的な直接の名宛は、司法省と内務省であったことが興味深い。さらに右所掲の資料に続き、内務・司法両省を名宛としていたところを「各省」と改めた達案が綴られている。そこにも、明治一〇年一月一三日の太政官第七五号達以降、「法律上ノ疑問ハ都テ法制局ニ於テ説明」するべきところ、「府県及裁判所ニ於テハ往々ノ旧慣ニ依リ」各省に伺い指令を仰ぐことが続いており、「法制局之專任」である「法律ノ説明」を求めるについては、「民刑ヲ論セズ」直ちに法制局に質問せよと記されていた（以上、国立公文書館蔵『明治十一年法制局考案』より引用。資料には「明治十一年三月七日受」とある。尤も同達案はその後正式には発布されなかつたと思われる）。これは明らかに、各「行政官」間に分散する法令の解釈権限を自らの下に一本化しようとする太政官法制局の強い意思が現れたものと理解してよからう。尤も先の七五号達とは、太政官が「諸法例規則等」を頒布後に「弁明且指揮」することは「甚々穩当ナラサル」ものであり、また「文書日々ニ堆積」しその処理は繁瑣を極めるであろうから、むしろ各行政官による柔軟な対応に委ね、「猶疑式決シ難キモノハ法制起草ノ根本タル法制局長官へ質問」することを趣旨としたものであった。従つて法制局の側から見れば、同局専管の判断事項と各省における自律的な処理に期待される事項とが、自明の基準により分けられていたと見られよう。しかし本註前掲の達案では、少なくとも司法・内務両省は、その指令運用において、かなり法制局の権限を侵犯することがあり得たことが見て取れる。こうした中央権力相互間の牽制関係の反射的副産物としてとりわけ最高法衙であるはずの大審院と司法省との間に存する伺と指令によるあからさまな統制形態を若干緩和させる必要が生じたのであろう。またそこから、より簡便な仕方による連絡関係を定めた内訓条例が制定されることによって、事実上、従前の「伺―指令」手続きにかかる比重を軽減させる意図もあつたのではないか。

(28) 内訓条例第六条参照。

## 二 本稿の視角と若干の資料的検討

### (一) 予備的資料解題と方法

本稿にて考察の対象とする事例は、総て、最高裁判所図書館明治文庫所蔵の『申明類纂』（甲・乙）から抜粋したも

【表1】 【明治12年司法省の判断を仰ぎ出た大審院刑事判決・その他】

|     | 大審院<br>質疑発信日 | 司法省<br>回答発令日 | 大審院判決日 (原審名/上告日,<br>+; 期限外上告) | 上告成果<br>/上告人 | 『大審院刑事判決録』上<br>の事件名と整理番号 |
|-----|--------------|--------------|-------------------------------|--------------|--------------------------|
| 1.  | 11・12・11何    | 12・1・18指令    | 12・1・23(福島裁山形支/11・8・8)        | 破・自/検        | 処断後3日後再窃盗・11             |
| 2.  | 12・1・10何     | 12・1・16指令    | 12・1・21(京都裁/11・7・22)          | 破・自/検        | 窃盗3犯・10                  |
| 3.  | 12・1・22何     | (12・2・1?指令)  | 12・5・30(長崎裁福岡支/11・3・28+)      | 棄却/検         | 林木斫伐・107                 |
| 4.  | 12・5・27      | 12・6・2       | 12・6・7(京都裁大津支/11・12・12)       | 破・自/検        | 堕胎・123                   |
| 5.  | 12・5・28      | 12・6・9       | 12・6・23(福島裁/11・9・18+)         | 破・移/検        | 恐喝取財・157                 |
| 6.  | 12・5・30      | 12・6・6       | 12・6・17(大坂裁/11・10・29)         | 棄却/被         | 窃盗4犯・139                 |
| 7.  | 12・6・2       | 12・6・10      | 12・6・23(熊本裁豆田区/11・12・27)      | 破・自/検        | 詐欺未遂罪・162                |
| 8.  | 12・6・20      | 12・7・1       | 12・8・26(京都裁/11・7・30)          | 破・自/検        | 私擅用財・291                 |
| 9.  | 12・6・25      | 12・7・1       | 12・7・15(松山裁/11・10・26)         | 破・自/被        | 詐欺取財・224                 |
| 10. | 12・7・7※      | 12・7・21      | 12・10・21(弘前裁秋田支/11・12・13+)    | 破・自/被        | 官金私借・440                 |
| 11. | 12・7・9       | 12・7・16      | 12・8・13(東京裁/11・11・8)          | 破・自/被        | 文書詐偽・272                 |
| 12. | 12・7・9○      | 12・7・17      | 12・8・25(松山裁高松支/11・8・3+)       | 破・自/被        | 賭博・289                   |
| 13. | 12・7・29○     | 12・8・6       | 12・8・25(松山裁高松支/11・8・3+)       | 破・自/被        | 賭博・289                   |
| 14. | 12・8・11      | 12・8・20      | 12・9・16(高知裁/11・6・19)          | 破・自/被        | 重典売田宅・333                |
| 15. | 12・8・30      | 12・9・13      | 12・9・25(大坂裁堺支/11・5・21)        | 棄却/破         | 監守盗・357                  |
| 16. | 12・9・5       | 12・9・19      | 12・9・24(神戸裁姫路支/12・2・5)        | 破・自/破        | 窃盗3犯・354                 |
| 17. | 12・9・11      | 12・9・18      | 12・9・25(水戸裁栃木支/12・5・2)        | 棄却/被         | 官印偽造・359                 |
| 18. | 12・9・12*     | 12・9・18      | 12・10・9(熊本裁大分支/11・12・3+)      | 破・移/被        | 秤量偽造・406                 |
| 19. | 12・9・13      | 12・9・20      | 12・9・25(大坂裁堺支/11・5・10)        | 破・自/被        | 開殺・362                   |
| 20. | 12・9・19※     | 12・9・29      | 12・10・21(弘前裁秋田支/11・12・13+)    | 破・自/被        | 官金私借・440                 |
| 21. | 12・9・19      | 12・9・22      | 12・10・6(熊本裁/11・8・29)          | 棄却/被         | 罪囚再脱監・387                |
| 22. | 12・9・21*     | 12・9・30      | 12・10・9(熊本裁大分支/11・12・3+)      | 破・移/被        | 秤量偽造・406                 |
| 23. | 12・9・30●     | 12・10・3      | 12・11・11(弘前裁秋田支/12・8・15)      | 棄却/被         | 官林盗伐482/483              |
| 24. | 12・9・夕       | 12・10・9      | 12・10・14(松江裁濱田区/11・12・6)      | 破・自/被        | 誣告・424                   |
| 25. | 12・10・6◎     | 12・10・18     | 12・<br><記録なし>                 |              |                          |
| 26. | 12・10・8※     | 12・10・13     | 12・10・21(弘前裁秋田支/11・12・13+)    | 破・自/被        | 官金私借・440                 |
| 27. | 12・10・9      | 11・12・30     | 12・12・8(仙台裁/11・12・30)         | 破・自/被        | 誣告及詐欺取財・565              |
| 28. | 12・10・11     | 12・10・21     | 12・11・21(熊本裁/11・11・25)        | 破・移/被        | 謀殺・509                   |
| 29. | 12・10・20●    | 12・10・30     | 12・11・11(弘前裁秋田支/12・8・15)      | 棄却/被         | 官林盗伐・482/483             |
| 30. | 12・10・21     | 12・10・28     | 12・10・31(福島裁山形支/12・8・21)      | 破・自/被        | 証券印税規則違反・463             |
| 31. | 12・10・24●    | 12・11・1      | 12・11・11(弘前裁秋田支/12・8・15)      | 棄却/被         | 官林盗伐・482/483             |
| 32. | 12・10・24     | 12・11・8      | 12・11・11(長崎裁福岡支/12・9・22)      | 破・自/被        | 賭博・486                   |
| 33. | 12・10・27     | 12・11・4      | 12・11・11(高知裁徳島支/12・3・6)       | 棄却/被         | 盗匪窩主・479                 |
| 34. | 12・11・7◎     | 12・11・14     | 12・<br><記録なし>                 |              |                          |
| 35. | 12・11・11     | 12・11・19     | 12・11・27(高知裁/12・8・26)         | 破・自/被        | 開殺・532                   |
| 36. | 12・11・12     | 12・11・25     | 12・11・29(弘前裁秋田支/11・9・30)      | 破・自/被        | 窃盗・540                   |
| 37. | 12・11・18     | 12・11・26     | 12・11・28(長崎裁福岡支/12・5・20)      | 破・自/被        | 郷貫氏名詐称・536               |

典拠;『申明類纂』(甲・乙),『大審院刑事判決録』(明治12年の各月)

## 【備考】

- ・本表左端の整理番号は、『申明類纂』に綴じ込まれる各資料を日付順に並べ直して付したものを。下線を付したものが「甲」本、付さないものが「乙」本をそれぞれ典拠としている。
- ・大審院質疑発信日欄内の記号は、それが同一のものであれば同一事案について複数回の疑義が日を改めて呈されたことを意味する。
- ・原審名は、例えば長崎裁判所福岡支庁は長崎裁福岡支、松江裁判所管内濱田区裁判所は松江裁濱田区と略す。
- ・期限外上告とは、当初明治9年1月31日太政官第8号布告では、司法卿が大審院検事に対し上告期限10日を超えて請求し得るものであり、同年3月2日の司法省第30号達は各裁判所の検事及びその職にある者が随時に上等裁判所検事を介して司法卿の判断を求め得るようになった。
- ・上告の成果欄の略語は、破棄自判を破・自、上告人は被告人を被、検察官あるいは警部を検で示している。

のである<sup>(1)</sup>。この資料は、大審院を初めとした各地の裁判所・府県から司法省宛に出された、当時の刑法である新律綱領・改定律例の運用をめぐる様々な疑義とこれに應ずる司法省からの回答を、明治一二年度分（回答発令時基準）に限り収録している<sup>(2)</sup>。事案は、新律綱領を構成する各律名毎に分類され、複数の擬律が問題となっている場合は、同一のケースでも関係各律に重複して収載される<sup>(3)</sup>。そのためこの基準に従って、本稿で取り上げる大審院が疑義発信機関となっている事案も、その他の下級の裁判所からの疑案と共に、区別されることなく、綴り込まれている<sup>(4)</sup>。表1にはその総てを掲げた。

次に、考察の方法について一言しておきたい。右に述べて来た大審院の疑義は、その殆どが同院に上告され係属した事案に関連するものはずである<sup>(5)</sup>。この観点から『大審院刑事判決録』を用いて、同一二年以降に言い渡された判決の中に、『申明類纂』記録上提示された疑問の発生の原因と、その解決を見いだすことが可能となる<sup>(6)</sup>。問題は、司法省からの指示とそれを求めた大審院との間における「協働」関係をいかに読み解くかにある。従ってここでは、一方では原審の判決とその問題性が指摘される上告理由<sup>(8)</sup>、そして大審院の判決に至るといふ手続的経過と、他方での司法省への疑義提出とその回答が与えられるまでの経過との、二つの異なる系列より生成された資料を重ね合わせる必要が生ずる。私は、その交錯点を検事あるいは被告人からの「上告ノ主点」（上告理由）に求め、これを疑義の内容やその構成を司法省からの回答と併せ検討する際の起点とする。つまり上告理由の中に開示される問題性の枠と、対象を「疑問」という形で定式化し質する大審院の観点とを照応することによって得られる両者の一致あるいは「ずれ」の中に、大審院自らが主体的に行った法律の運用や解釈活動の射程が表象されていると考えるのである。

## (二) 『申明類纂』収録事案の概観

まず若干の数値的把握から始めることにしよう<sup>(10)</sup>。

明治一二年時に大審院に係属した事件数は、総計で七九八件（内、前年度からの継続・未処理の案件数は二四八件で、新規に受け付けたものは、五五〇件を数えた）である。しかし、一六六件が一三年への持ち越しとなった為、一二年時の処理・既決総件数は六三二件である。右事件数に対応する被告人の数は七八七人に上り、この内、上告棄却にかかるものが一五人、願下・死亡その他の理由により審理されなかったものが三〇人であり、残り七四二人は破棄の結果を得た。

右の数値に、本資料より得られた次の数値を重ねてみよう。事件総数は三〇例（表1参照・重複記号に留意されたい）に上り、総人員は三六人、このうち棄却にかかる者は一〇人（七件）であり、不明分一件（表番号25・34）を除く残り総ては、破棄事案であった。要するに、本資料に収められる大審院からの請訓事例は、処理事件総数の内、約四・七%（人員では約四・五%）を占め、破棄については三・二%（人員）であるが、棄却事案については実に約六七%（同前）に上る。即ち、以上の比較的単純な数的把握からも分かるように、年度を通してみれば、大審院が自らの法判断を形成する過程で訓令を仰ぎその戸惑いを示す記録の中で、結果として上告棄却の決定に至る場合が多いことが分かるのである。

### （三） 質疑主体一覧

前節では、司法省において疑義を受理し回答を準備返送する手続きについての概観を得たので、ここでは質疑者としての大審院判事たちへの絞ることにしよう。

まず表2に掲出した「質義発信判事名」欄に注目してみたい。そして資料に残された記名を、各月の『官員録』を用いその姓名が判然となる限りで一覽表にまとめれば表3のようになる。こうした人員は、その名称の用いられ方に異同があるものの特に29と34の事例に見るように、「大審院刑事課」<sup>(13)</sup>に属していたと見てよからう。<sup>(14)</sup>そしてその質疑

【表2】 【担当判事名及び資料引用「先例」一覧】

| 質疑発信判事名     | 係判事名(主・副/記録者)・[大審院刑事判決原本]上の整理番号(簿冊月数)   | 資料内引用「先例」(大審院/司法省)                           |
|-------------|---|--|
| 1. (川村←)    | 主)川村・副)増田/天野一等属・14(I~V)                 | 「水戸裁;10・2・8→2・18」(司)                         |
| 2. (増田←)    | 主)増田・副)川村/安達三等属・10(I~V)                 | 「警視局;11・2・18→2・22」(司)<br>「大分県;11・11・27→?」(司) |
| 3. (青木←)    | 主)青木・副)川村/瀬津四等属・101(I~V)                |  |
| 4. (川村←)    | 主)川村・副)青木/瀬津四等属・8(VI~VII)               | 「和歌山県;6・11・27→7・1・28」(司)                     |
| 5. (青木←)    | 主)青木[増田・副)寛[青木]/鈴木三等属・45(VI~VII)        |  |
| 6. (川崎←)    | 主)川崎・副)青木/天野一等属・21(VI~VII)              |  |
| 7. (川崎←)    | 主)川崎・副)増田/安達三等属・42(VI~VII)              | 「新潟県;7・5・27→5・29」(司)                         |
| 8. 寛        | 主)寛[川村・副)関[鎌田・青木]/瀬津四等属・66(VII~VIII)    |  |
| 9. (川崎←)    | 主)川崎[増田・副)川村・[印のみ 青木]/瀬津四等属・1(VII~VIII) |  |
| 10. (関←)    | [26に同じ]                                 | 「仙台裁盛岡支;10・9・12→9・16」(大)                     |
| 11. (川崎←)   | 主)川崎・副)青木・川村/天野一等属・45(IX)               | 「大審院;10・12・6→11・1・26」(司)                     |
| 12. (川崎←)   | [13に同じ]                                 | 「警視局;12・7・8→9・9」(司)                          |
| 13. 川崎      | 主)川崎[川村・副)青木[印・寛]/瀬津四等属・62(VII~VIII)    |  |
| 14. 寛       | 主)寛[川村・副)関[岡内・印・川崎]/瀬津四等属・24(IX)        |  |
| 15. 鶴峰      | 主)鶴峰[増田・寛・副)寛[岡内・関]/瀬津四等属・40(IX)        |  |
| 16. 関       | 主)関・副)寛/天野一等属・39(IX)                    |  |
| 17. 関       | 主)関・副)寛/笠一五等出仕・44(IX)                   |  |
| 18. 関       | [22に同じ]                                 | 「高知県;12・3・29→4・18」(司)                        |
| 19. 関       | 主)関[川村・寛・副)寛[増田・印・鎌田]/笠一五等出仕・45(IX)     |  |
| 20. 関       | [26に同じ]                                 | 「仙台裁盛岡支;10・9・12→9・16」(大)                     |
| 21. 関       | 主)関・副)寛/笠一五等出仕・7(X)                     | 「仙台裁検事局;10・9・8→?」(大・司)                       |
| 22. 関       | 主)関・副)寛[印・青木]/瀬津四等属・17(X)               |  |
| 23. 鶴峰      | [31に同じ]                                 |  |
| 24. 関       | 主)関[青木・副)寛[増田]/天野一等属・31(X)              |  |
| 25. 寛       | [原本に見当たらず]                              |  |
| 26. 関       | 主)関・副)川崎[寛]/岡谷義一[安達三等属]・42(X)           | 「小倉県;7・7・7→10・19」(司)                         |
| 27. 寛       | 主)寛・副)関/笠一五等出仕・22(X)                    |  |
| 28. 鶴峰      | 主)鶴峰・副)青木/笠一五等出仕・38(X)                  |  |
| 29. 「刑事課判事」 | [31に同じ]                                 |  |
| 30. 寛       | 主)寛・副)関/岡谷義一 副)小島三等属・65(X)              | 「飾磨県;9・4・13→5・4」(大)                          |
| 31. 鶴峰      | 主)鶴峰・副)川崎/天野一等属・17(X)                   |  |
| 32. 岸良      | 主)寛・副)関/岡谷一七等出仕・15(X)                   |  |
| 33. 川崎      | 主)川崎・副)青木/笠一五等出仕・22(X)                  | 「福島裁;10・7・23→8・10」(司)                        |
| 34. 「刑事局判事」 | [原本に見当たらず]                              |  |
| 35. 鶴峰      | 主)鶴峰・副)川崎/河野五等属・64(X)                   | 「高知裁;?→12・9・17」(司)                           |
| 36. 青木      | 主)青木[青木・西岡・副)鶴峰[川村]/天野一等属・68(X)         |  |
| 37. 青木      | 主)青木・副)川崎/笠一五等出仕・66(X)                  | 「新川県;9・4・15→5・16」(司)                         |

典拠：「申明類纂」(甲・乙)，最高裁判所管「大審院刑事判決原本」(明治12年の各月)

【備考】

- ・左端の整理番号は表1に対応する。
- ・質疑発信判事名欄に掲げられる判事の氏名については、表3を参照されたい。
- ・係判事名欄で[ ]内に示される姓は、「大審院刑事判決原本」の上で朱線により抹消されたものである。これは事件受理時と判決時の判事が異なるためである。[ ]内に複数の姓が記入されている場合は、その抹消/交代が複数回行われたことが予想され、最初の姓が先に、次のものが後に抹消されたことを示す。これは表1の上告日を起点として質疑発信日および判決日を対照すれば、そこにかかりの時間が経過していることが分かるが、例えば5の例の増田は「官員録」上7月から他所に転出しており、従って質疑を発信し判決を下すことは他の判事(この場合は副判事の青木が主任判事に移り、代わって7月より移転してきた寛が副判事として名を連ねる)が代替せざるを得なかったからである。
- ・資料内引用「先例」欄では、裁判所名などの略し方は表1に従う。また矢印左端の数字は何の発せられた日付を、同じく右端はこれに應える司法省からの指令日付である。尚、35については指令ではなく内調である。

【表 3】 審判者とその回数（『申明類聚』記名判事名及び大審院刑事判決原本を中心に）

| 判事名                          | 審判回数 | 大審院判事着任前及び転出後の経過  |
|------------------------------|------|---|
| 青木 信實<br>(愛知華・<br>1835-96)   | 4    | 刑法官権判事→刑部大丞→中判事→四等判事→大審院判事→函館控訴裁判所判事長<br>1869(明治2)。<br>72。<br>76。<br>78.10.~<br>82.2.~  |
| 川村 応心<br>(東京士・<br>1838-1906) | 2    | 司法少解部→大解部→七等判事→大審院判事→東京上等裁判所判事→東京控訴院判事→宮城控訴院<br>1869。<br>72。<br>76。<br>78。<br>79.6.~<br>82.1.~<br>88。<br>評定官→大審院判事<br>~98.11.8.休職   |
| 増田 長雄<br>(熊本士・<br>?-97)      | 1    | 左院五等議官→七等判事→大審院判事→熊谷裁判所所長→広島裁判所所長→広島控訴裁判所判事<br>1872.~<br>74.~<br>78。<br>79.4.29~<br>81.~<br>82.~  |
| 川崎 強八<br>(鹿児島士・<br>?-92)     | 7    | 司法省検事局九等出仕→少判事→同権中候事→宮城上等裁判所検事局候事→大審院判事<br>1872.~<br>74.~<br>76.~<br>78.~<br>79.3.~<br>82.1.  |
| 寛 元忠<br>(岐阜士・<br>1843-1926)  | 5    | 彈正台大巡察権少忠→広島裁判所所長→鹿児島裁判所所長→大審院判事→東京控訴院→<br>(69.9.~)註1<br>水戸始審裁判所所長→大審院判事<br>83.2.4.~<br>97.6.28.休職<br>78.4.~<br>79.6.~<br>82.2.~  |
| 関 新平<br>(佐賀士・<br>1842-87)    | 10   | 茨城県権参事→同参事→六等判事→浦和裁判所所長・熊谷裁判所所長→大審院判事→愛知県令<br>1872.10.14~<br>73.9.9.~<br>75.6.30~<br>76.9.23~<br>76.11.10~<br>79.5.29~<br>80.3.8.~  |
| 鶴峰 申敬<br>(茨城士・<br>1841-02)   | 6    | 旧茨城藩権少属<br>1870.10.26(司法係)72.2.3(聴訟)<br>司法省判事→大審院判事→福島裁判所所長→静岡裁判所甲府支庁長(甲府始審裁判所所長)→長野始審裁判<br>79.6.~<br>79.6.~<br>80.4.28~<br>81.10~<br>90.8.11~<br>所長→大審院判事<br>90.11.1.~<br>99.1.18.休職 |

【参考文献】『官位履歴』(日本史館協合編、昭和三年)、『歴代頭取録』(原善房・昭和四年)、『原撰史料』、『明治通史』(大淵四郎編、東京美術、昭和六三年版)、『徳川人物と事類』(江正五訂)、『明治官制と司法官』(緒方一郎著、慶應通信、平成元年)、各年毎の『官員録』など  
【備考】本文は表2に対応する(本文参照)。本文は主に『明治通史』の記事を基に上記資料を用いて補填を試みたものであるが、もとより完全なものではない。各員の履歴中の主立った事項を把握することが第一の目的である。本文では新権に改まる72(明治5)年12月3日以前の月日についてはそのまゝ出典を用いている。尚、『職官録』については、本行市官制編在任の櫻庭法氏の「敬示」を得た。ここに感謝の意を表する次第である。  
【註1】同月の『職官録』に於て現れる。また上記『徳川人物と事類』では、元忠が67(明治1)より刑法監察司判事の職にあつたとしているが、管見の限りではそこには同人の父親、連水の名が記されている。

主体は、実際の判決形成にあたっては、その事案の主任判事を務めていることが、最高裁所管の判決原本上の記録との対比から明瞭に読み取れるのである（表2「係判事名」欄参照）。ここに、大審院より司法省にその判断を仰ぐ主体と判決を形成しそれを下す主体はほぼ同一であったと推断してよからう。<sup>(15)</sup> 即ち、疑点を見極めこれを質しそれに対する回答を得た後、自らの法判断形成の「糧」としてそれを判決の全体の構成の中に再び位置付けるといふ一連の手続きは、ひとりの裁判官の脳裏を介して進められたのである。<sup>(16)</sup>

ところで本章の第一節でも示唆したように、大審院の司法省への質問内容は、次節に見るように必ずしも上告理由そのものとは完全には合致しない場合が少なくない。これは、上告理由に挙示される法律解釈上の疑点が、そのまま司法省に伺い出されたのではなく、具体的な判決が形成されるに至る過程で、係判事による「正しい」法律操作のための能動的な模索の営みが為された結果、新たな、あるいはその判事にとって未知なる問題性が発見されたことを意味するのである。従って、「何が」司法省に質せられたかという観点に対し、そもそもその疑問が「如何にして」発見され判決の具体化の過程において昇華されたのかという観点を加味することにより、当時の大審院判事の法解釈活動に取り組む姿勢が見えてくると考えるのである。以下、具体的に検討を進めてみたい。

(1)(2) 甲の分冊の中表紙には、「律例申明類纂 明治十二年」と記されており、熊本裁判所の蔵書印が押されている。使用用紙は司法省の朱の二三行野紙に墨書されたものであり、両分冊とも虫食いにより甚だしく破損・癒着しており、判読不明の箇所が少なからず見受けられる。現在、最高裁図書館にて同本の修復が計画されている関係上、閲覧が困難な状況にある。

(3) 当初は、同資料の編成や分類方法などを検討することを通じ、細かな解題的知見を加える予定であったが、前註の事情から現在閲覧が不可能であるため、とりあえず既収の大審院にかかる分のみを、本稿で展開する視角の下で紹介することにした。

(4) たまたま私が手にすることが出来た本資料が一二年時のものを収めているというところであって、各年毎に編集が進められたことも考え得る。因に、前掲拙稿「明治期司法官の近代法適用をめぐる逡巡」では、同種の『刑法申明類纂』なる資料を用いている。これは明治一五年時に限ったものであるが、その内容・解題は本稿で用いる『申明類纂』とほぼ同一である。右拙稿を参照されたい。

また一言しておけば、その性質上、残存する「綴り」がその時期の当該資料の総てを網羅しているとも断言することはできなからう。従つて、得られる数値的な把握は、飽くまでも現時における仮説的なものであることをお断りしておきたい。

(5) 本稿前章でも触れたように、大審院の機能として、「各上等裁判所ヨリ送呈スル所ノ死罪案ヲ審閲シ批可シテ送還ス其否トスルモノハ更ニ律ヲ擬シテ還付」(明治一〇年時に改正された「大審院章程」、第七条)することが挙げられる。表1に明らかな通り、判決録上その「結果」が行方知れずの事案が一件ある(整理番号25・34の事例)。これは、右七条の手續きに該当する場合であると考えられる。

(6) 司法省蔵版『明治前期大審院刑事判決録』である。本稿では、昭和六二年五月以降、文生書院より写真復刻された版のものを利用する。尤も本稿で引用するについては、復刻された底本の体裁・様式(月別巻号・頁数等)に依拠する。

(7) この場合、『大審院刑事判決録』各号の目次の利用が手掛かりとはなるが、提示される疑義は、必ずしも上告趣旨や、中心となる擬律に関わらないものも少なくない(尤もここに、本稿の関心のひとつがあるのではあるが)。また、本文にて後述するように、私は判決の係判事名を探索する必要から、最高裁判所保管のいわゆる判決原本を参照したが、その分類は司法省より印刷に付された同院『判決録』の索引分類とは異なっている。むしろこれは後者が通年の通し番号を付しているのに対し、前者が月別簿冊毎に番号を改めているからではあるが、検索についてはこうした原本との対応関係に留意する必要があるであろう。

(8) 「控訴上告手続」(明治一〇年二月一九日太政官第一九号布告、第一〇条には上告の理由として、「裁判所管理ノ権限ヲ越ユ」聴断ノ定規ニ乖ク)、「裁判法律ニ違フ」ことが列挙される。

(9) 右「手続」第三六条には、「検事上告スル時ハ趣意明細書及其文書類ヲ直ニ司法卿ニ通送シ司法卿ハ上告趣意明細書及其文書類ヲ相当ノ検事ヲシテ之ヲ大審院ニ附セシメ」るとある。ここに、いわゆる「大審院詰検事」の職務が記される。『大審院刑事判決録』の記録上では、上告検事(ないしは警察官)の「理由」をめぐり、極めて短くかつ要領良く、その論点のみを抽出して大審院に付している。本稿での検討に際して、判決の内容と刷り合わせを行うについてはこの大審院詰検事の上告文を主たる対象と定めた。尚、被告人上告については、こうした手續きは踏まえられない。

(10) 本節における数の把握には、『司法省第五刑事統計年報 明治一二年』を用いている。

(11) 本章註5参照。

(12) この記名とは、後掲する資料上記される通り、司法省からの内訓文面にその名宛人として現れているものである。交信相手の具体名が記されたのであろう。

(13) 「大審院職制」(明治一〇年二月一九日太政官第一九号布告、本註以下「新職制」と略)、第一条には、「院長ハ課ヲ分チ主任

ヲ命」ずるとある。これは同院が創設された時の同院職制（明治八年五月二四日太政官第九一号布告）第一二条に、民事課・刑事課の二課が置かれ「務メヲ分ツ」ことが明記されていたことを事実上受けているのであろう。従って、部署の名称についての規定は「新職制」上見当たらないが、事実上の呼称としては継続して使用されていたとみてよからう。尚、後註も参照されたい。

(14) 「刑事課」の人員はどのような配備が為されていたのか。前掲表3の顔ぶれの他、現時の調査の限りで判明するものを以下に列挙しておく。

岡本豊章 判事 四月から七月迄

藤田隆三郎 判事 四・五月

西岡諭明 判事 従五位 年度中異動なし 民・刑事双方の判決原本上にある

これはまず、明治前期大審院判決録刊行会編『明治前期大審院民事判決録4』及び『同判決録5』（三和書房、昭和三四年復刻）の各判決索引に掲出される、明治一二年度民事事件全般の同院担当裁判官の氏名を、各月に互って『官員録』上に登載された大審院判事の名から差し引いた時、現れてくる名前である。そしてその中には西岡や、表3に挙がる筈のように、民・刑事共に名を連ねているものもある。むしろ、そうした若干の例外はあるものの、当時の大審院では法の解釈及び運用をめぐる職能的分化がかなりの程度意識化されており、そのことは民・刑事各分野毎の法技術的専門化の可能性を促しその到達点を判決録の中に検討することを許す枠組となると考えられる。

(15) 記名のある者のうち一例のみ異なる場合が見受けられる。それは表番号31の岸良である。

(16) 『申明類纂』上記名が残らない場合も、主任の判事名が一つの手掛かりを与えるであろう（表内矢印で示す）。表2はこうした事情を踏まえて作成されたものである。

### 三 大審院判決の形成と司法省のコントロール

原則として法律審であった大審院の職務は上告にかかる原審の、「不法な」法律適用を破棄し便宜に自ら審理を行うことにある。従って原審における問題性はその上告理由の中に端的に現れ出ているわけであり、それを踏まえた上

での質疑が司法省宛に出されたはずである。そして司法省より回答を得た大審院は判決の中になんらかの形でそれを織り込んでいったのであろう。紙幅の関係もあることから、各事例の中でも私の観点から著例と思われるものを引用・紹介しつつ、資料の全容を把握することに努めたい。

(一) 破棄判決の形成と司法省によるコントロール——上告理由・疑義内容・判決の緊密な連絡関係——  
まず、いくつかの典型的な例を挙げておきたい。(尚、以下引用に際して「」を用いる場合、原本では二行割註であることを示している。)

〔事例1〕(表番号4)

大審院「十二年五月二七日伺・同年六月二日付」

士族ニシテ他ノ処女ト姦シ墮胎セシムル者改定律例第一百四条ニ依リ処分スルハ勿論ナレトモ破廉恥甚ヲ以テ論スルトノ明文律例ニ之レナキニ依リ如何処分致シ可致ヤ

右の引用に見る通り、この「伺」は改定律例上の明文根拠を確認したものである。いささか敷衍すれば、「故サラニ、墮胎スル者」を懲役一〇〇日に処す旨定めている律例第一一四条の従犯として処罰することは問題はないとしても、士族という身分に与えられる換刑処分である閏刑律<sup>(1)</sup>律例第一三条一の適用をめぐって、明文が見当たらないといふのである。同一三条には、華士族の犯罪は禁獄に換刑される明文とともに、「若シ姦盗等ノ罪ヲ犯シ廉恥ヲ破ルコト甚シキ者ハ除族シテ本刑ヲ加」<sup>(2)</sup>えることが規定される。しかし墮胎させた罪がこの破廉恥甚だしき場合に含まれるかどうかという点が疑問とされたわけである。そこで上告理由を参照すれば、原審の熊本裁判所大分支庁の判断については、

其発意者ノ從トナシテ論シタルハ不当ニアラサルモ禁獄ニ処断セシハ不当ノ裁判ト考量ス

とあり、それは、この場合「破廉恥甚ヲ以テ論シ除族シテ懲役ニ処ス可キ者トス」との解釈を妥当とする大審院詰検事の主張が裏書する不服の評価であった。<sup>(3)</sup> 以上を見れば明らか通り、大審院から司法省に宛てた疑義内容は、上告理由として検察官により示された問題点にそのまま帰着してゆく。そして司法省は、他例を示しつつ「内訓」の形で次のような回答を示した。

右審案スルニ別紙参照(和歌山県「六年十一月廿七日付・七年二月廿八日付ス」<sup>(4)</sup>士族他ノ処女ト姦シ墮胎セシムル者破廉恥甚ヲ以テ論シ可然ヤ「指令」第三条伺ノ通)ノ例ニ依リ左ノ通可然ヤ

内訓

士族ノ墮胎セシムル者ノ儀ニ付別紙申請ノ趣ハ例第十三条姦盜等ノ罪ヲ犯シトアレハ姦盜ニ止マラス墮胎若クハ謀故殺等ノ如キモ其中ニ含蓄スル者ト看認メ然ルヘシ<sup>(5)</sup>

これを受けた大審院は原審を破棄し、「改定律例第一百四条ニ依リ懲役百日ノ処従タルヲ以テ一等ヲ減シ士族ナルニ付破廉恥甚ヲ以テ論シ改定律例改正第十三条ニ照シ」、「除族ノ上懲役九十日」と自判したのである。この例は、大審院への上告の趣旨と司法省へ示される疑義のそれぞれの輪郭が極めて明確に合致しており、かつそこで得た内訓が判決上直截に響いてくることを示した、いわゆる司法省主導型の法運用を字義の上で理解するための好事例ではなからうか。次の例もこの範疇に属する。

〔事例2〕(表番号7)

大審院「十二年六月二日伺・同年同月十日付」

賊盜律詐欺取財条凡官私ヲ詐欺シテ財物ヲ取ル者ハ并ニ贓ニ計ヘ窃盜ニ準シテ論ストアリ其已ニ詐欺シテ未タ財物ヲ取得サリシ者ハ如何処断スヘクヤ律ノ明文無之ニ付此段内訓ヲ仰キ候也

詐欺の未遂を処罰するについての明文根拠を求めた疑義である。文中、なるほど詐欺の科刑にあたって計贓する仕方は窃盜に準じることが定められているものの(参照、改正七贓例圖)、それが未遂に終わった場合については詐欺取財条は沈黙している。これを大胆にも「罰スヘキ條款ナシトシ之ヲ釈放」<sup>(6)</sup>する判断を示したのが、原審の熊本裁判所管内豆田区裁判所判決であった。上告理由は、いうまでもなくこの点を不服とするものであって、窃盜条の「凡窃盜。財ヲ得サル者ハ。笞四十。」に準拠して処罰することを求めていた。司法省は次の内訓を以てこれに応じる。

右審案スルニ別紙参照「新潟県七年五月廿七日伺・同年同月廿九日付」ノ例ニ依リ左ノ通可然ヤ<sup>(7)</sup>

内訓

詐欺シテ未タ財物ヲ取得サル者ノ儀ニ付別紙申請ノ趣ハ窃盜財ヲ得サル者ニ準シテ論スル儀ト心得ベシ

ここに表明された解釈には、<sup>(8)</sup>五年前の新潟県宛に出された指令が付記されていることから、司法省の当該論点に臨んでの一貫した態度が示されたものであろう。そしてこれを受けた大審院はもはやためらうことなく、原審を破棄し所定の「笞四十(懲役四十日)」<sup>(9)</sup>の判決を下したのである。こうした法条欠缺の補填を求める例は他にもあり(表番号<sup>(10)</sup>35)、その他適用法令の効力の有無を確認するものも見受けられた(表番号<sup>(11)</sup>15)。また、被告人からの上告に基づき原審の事実認定を再吟味した結果、大審院が原審を破棄し自判するため、新たな擬律が判決の中で模索されたものでも、事前に司法省の訓令による「お墨付き」を得ていたものもある(表番号<sup>(12)</sup>19)。たしかに種々の論点は細かく多岐に亘るが、ここに挙示し得る類例は等しく、大審院があたかも法律適用上の難点をそのまま司法省に送達しその指示を十分に体して判文を確定させることに腐心するのみの単なる取次機関であるかの様相を示しており、上記二例と同列のものとしてそれらを位置付けることが可能となる。

(二) 「協働」する司法省と大審院——大審院による問題発見——

〔事例3〕（表番号3）

他人所有の樹木を伐採したが未だ運搬する前に発覚した事案について、原审の長崎裁判所福岡支庁が綱領、戸婚律棄毀器物稼穡条（凡人ノ器物ヲ棄毀シ。及ヒ樹木稼穡ヲ毀伐スル者ハ。贓ニ計ヘ。窃盜ニ準シテ論ス。（以下略）に擬律したことに對して、賊盜律盜田野穀麥条（凡田野ノ穀麥菜菓。及ヒ人ノ看守スルコト無キ。器物ヲ盜ム者ハ。并ニ贓ニ計ヘ。窃盜ニ準シテ論ス。（以下略）を適用するべきことを理由として上告が為された。ところで大審院はその質疑の中で、伐採したという態様に着眼すれば前者の適用があるらし、盜伐しようとした点については後者の「未得財」<sup>(14)</sup>として評価されるから両者は競合関係にたち、二罪俱発を以て論ずることを提言する。しかし大審院の疑義はこれにとどまらず、被告人が平民か士族かの各場合における擬律の仕方を細論することまでに及ぶのである。同院の解釈によれば、もし平民の場合には「一ノ重キ者ヲ以テ論」<sup>(16)</sup>ずれば棄毀器物稼穡条（懲役六〇日）<sup>(15)</sup>が、士族であれば閏刑の適用から「破廉恥甚ヲ以テ論スヘキ罪」としての盜田野穀麥条（除族の上懲役四〇日）<sup>(17)</sup>が、それぞれ宣告されるべきであろうが「為念相伺候」というのである。ところで大審院の判事からすれば、この事件の被告人は平民であることはむろん既知の事実である。だとすればこうした疑問は判旨に直接関わらないにもかかわらず立てられたことになる。司法省からの回答は次の通りであった。

右審案スルニ其樹木ヲ斫伐スルモ未タ運搬セサレハ棄毀器物稼穡条ニ依リ已ニ運搬スレハ盜田野穀麥条ニ依リ得財ヲ以テ論スルハ允当ナラン因テ左ノ通可然ヤ

指令

伺ノ通

大審院の疑念の存するところは、なによりも競合する（と同院によって見立てられる）兩条のどちらかを選択すべきか、そしてその擬律の操作に際し、行為主体の身分上の相違がいかに考慮されるべきか、との二点であったが、司法省の

この指令はそのどちらにも満足に應えるものとはなっていない。「伺ノ通」とはいえそれは一方が平民の場合でかつ重きに從つて論じたその結果が、他方での「運搬」の有無という観点から截然と使い分けする思考と、結論の上でたまたま一致したことを把えているに過ぎないのではないか。このくいちがいは些細なものではあるが、大審院がその判決の中で、

……残りノ六本ヲ運ハントスル際事主彌一郎ニ取押ヘラレシ者ナレハ既ニ盜伐セシハ明瞭ナリト雖トモ未タ全ク運搬セサリシ者ナルニ因リ盜ヲ以テ論スルノ限リニアラサルヲ以テ……<sup>(18)</sup>

との理由から結局棄毀器物稼穡条を適用しているのを見れば、ここに司法省指令—大審院判決のラインの見事な整合関係と、そこから浮き上がる印象すら与える大審院の質疑内容とがちぐはぐな構図を呈していることが分かる。しかしこうした不一致は、当該事件解決の枠内に収まらない問題性が大審院によって抱かれたものと考えられないであらうか。あるべき擬律は司法省によって提示されるとしても、正しい擬律を目指しての解釈の営みは—その巧拙は別にして—大審院も模索するところであつたと思われる。以下、この点に関して類例を挙げてみよう。

〔事例4〕(表番号18・22)

免許を得ずに他人の求めに應じて秤量の製造販売やその緒紐の付け替えをしていた者について、原審が綱領、詐偽律偽造斛斗秤尺条を適用したのに対し(懲役五年のところ情状が酌量され懲役二年が宣告)、明治九年二月一九日太政官第一七号布告度量衡改定規則第三条(「違令」として犯情重き場合には懲役四〇日、軽き場合は三〇日)に問擬すべきものであるとして上告が為された事案。大審院の疑義は、「凡斛斗秤尺ヲ偽造スル者ハ、流一等」<sup>(20)</sup>なる綱領詐偽律の余りに広い規定は、本案の犯情に照らしたとき適當ではないとの心証を暗示するものであつた。例えば、「官ノ検査印ナキ秤量」を製造していた被告人は、無検印の秤量の使用が禁止されている今日、いわゆる偽造を完成させたとはいえない

のではないか、とか、あるいはむしろ「其使用ノ□ラサル品ヲ以テ他ヲ欺キ金円ヲ詐取セシ廉ニ依リ詐欺取財ヲ以テ論スル」可能性すらあることが、それぞれ検討される。こうした問題性は、前例と同じく、検察官の上告理由とは直接に連環性を持たない。従って、「官ノ検印」の有無とか詐欺取財条の擬律の示唆は、この事案の限りで、大審院により「発見」された解釈の可能性なのである。

そこで司法省はこれに回答する際、四月一八日付の高知県への内訓<sup>(21)</sup>を別紙に引用し、その例の示す通り「形質ハ偽造スルモ官ノ検印ヲ模擬セサレハ偽造秤尺条ノ限りニ在ラス不応為ニ問フテ可然」旨述べている。そして詐欺についてはその「詐取スル情アリト云ヘハ」その罪を重きとしてこちらが適用されるべきことが示される。ところでここで興味深いのは、司法省により詐偽律偽造斛斗秤量条の適用は否定されたものの、これに代えて、綱領、雜犯律不応為条の適用が新たに提示されたことである。これは、当該事案の処理の限りで、大審院にとっては未知の擬律方法であったはずである。その一方で私達は、上告理由において検察官によって指摘された度量衡改定規則により罪を問うという論点が置き去りにされていることに気付く。そして再び、大審院は司法省に訓令を仰ぐことになった。

……則チ右不応為ニ問擬スヘキハ勿論ノコトト存シ候得共明治九年二月十九日布告度量衡改定規則第三条(条文略―岩谷)<sup>(22)</sup>ニ  
 抛テ見レハ前段罪犯ノ如キハ或ハ又右三条ニ反違スルモノトシテ違令ニ問擬シ可然様ニモ有之……

右に明らかな通り、今回の疑義は度量衡規則の適用可否に絞られている。従って大審院においてもその問題は解決済みではなかったのである。しかもその論調は同規則適用に消極的であるといえよう。即ち、ここで大審院が上告の趣旨に反対し、これを退ける決定を抱きつつあったことが窺えるのである。<sup>(23)</sup>そしてむしろ「販売代金受納スルニ於テハ其偽造ノ事ヲ買者ニ告ケサル廉ニ依リ」、詐欺による処罰に固執しているかのように前回と等しく繰り返しその適否の判断を求めているのである。これに応える司法省の姿勢は、規則第三条をめぐる大審院の解釈を容れたものの、偽造の事実を告げないだけでは「詐欺ノ情状」があるとは見做せないとして、明文の根拠はないが「情理」に照らし

「為スヲ得応カラサルノ事ヲ為ス者」であるから、前回同様不応為の擬律が適當であると内訓を下した。以上をまとめれば、司法省と大審院の二回に互る交信の中で、①「官印の偽造がなければ、詐偽律偽造斛斗秤量条には擬律しない」、②「詐欺の犯情がなければ、詐欺律詐欺取財条には擬律しない」という認識が共有され、③上告檢察官の求める度量衡改定規則第三条の適用はされないという合意が成立していた。

かくして大審院は破棄差し戻しの判決を下した。その理由はこうである。「抑モ右秤量ヲ偽造セシト云フハ官ノ検印ヲモ偽造シ以テ之ニ押用セシヤ又ハ如何様ノ印ヲ押用セシヤ将タ秤量ノ形質ヲ模擬セシノミニシテ何等ノ印ヲモ押用セシニハアラサリシヤ口供ニハ只秤量ヲ偽造シ云々トノミアリテ其製作ノ景状如何ヲ知ルニ由シナシトス」<sup>(24)</sup>、つまり事実審理が尽くされていないと判断したのである(①に対応)。それに度量衡規則第三条への問題は判決の中で一顧だにされていない<sup>(25)</sup>。それは大審院が、檢察官の定式化した上告理由の個別的な枠を越え出て、司法省の判断を仰ぎながらも原審の法律判断全般に互る細かな吟味と配慮とを巡らした結果である。次の事例もそのひとつに数えられよう。

〔事例5〕(表番号6)

事案は、窃盗三犯で懲役一〇年の服役者が、獄外で土砂運搬の使役中に係留中の土砂船に忍び込み物品を盗取し、帰獄後発覚したというもの。原審はこれを窃盗とし、それが四犯目を数えることから所定の「懲役終身」を言い渡し、これを不服とした被告人が上告した。その理由は、「烟草入其外品盗取候始末有体自訴」したのだから、懲役終身の宣告は「実ニ奉驚候自首仕候廉何共敷个敷候何卒格之御仁恵ヲ以今一応御裁決被為成下度此段奉欺願候」<sup>(27)</sup>というものであった。要するに自首による軽減措置を期待しての上告であったが、大審院の請訓は次の通りであった。

大審院「十二年五月廿日伺・同年六月六日付」

運漕中舟々事故アリ海岸河岸等ニ船ヲ繋キ他ニ行ク兪兇其人ナキニ乗シ船ニ属スル必要ノ器械(帆樞舵等ノ類)及ヒ舟

子等常ニ携帯スル（「紙入烟草入手拭等ノ類」）品物ノ船中ニ在リシヲ窃取スル者ハ窃盗ト同シク論スヘキヤ又ハ盗田野穀麥黍ニ依リ準窃盗ヲ以テ論スヘキヤ

大審院疑問ニ左ノ通御内訓相成可然ヤ

内訓

……前段見込ノ通窃盗ト同ク論スヘキ者トス此旨及内訓候也

即ち、原審の擬律が点検されており、疑義はそこに生じたことが分かる。しかし上告の主意たる自首の成立については何ら触れられていない。にもかかわらず判決の理由には、「犯跡発露シ推問ニ因テ申立」てたのであって発覚前に「真ニ罪ヲ悔ヒ首出スル者」ではないから自首免罪にはかからないと明示していた。つまり上告の理由なしとして棄却の判決が出される過程で、恐らくその結論は大審院により既に先取りされていたのであろう。大審院の審理着手は直接的には上告を契機とするものながら、司法省に尋ね合わされるほどの法判断上の疑義の所在点は別個に存したといえる。<sup>(28)</sup>

このように司法省が提示する解釈は大審院により常に有権的な最終案として受け取られた訳ではなく、同院のすすめる法判断のプロセスの中で自覚的にその場所を定められてゆくものであったことが分かる。<sup>(29)</sup>そこで、このように「発見」された問題の解決をめぐり大審院と司法省がいか「緊密」な協働関係にあったのか、そのことを証する事例を次に掲げる。

〔事例6〕（表番号10・20・26）

左表上欄には判決理由と判決を、下欄には大審院と司法省間の交信記録を掲出してある。七月、九月、そして一〇月と日を追って三回に及んだ照復手続きを通じて、次第に判決の骨格が露になってゆく過程が窺える。尚、判決文とそ

の理由は全文掲出したが、<sup>(30)</sup>主たる論点の展開を明確化するために下欄の資料はその一部を抜抄し、あるいは大意の形で短文化してそれぞれの対照を可能にしてみた。

弁明

〔I〕 橋本正一カ所為ヲ審理スルニ副区長在職中区内ノ農民佐藤長太郎佐々木佐太郎カ未納ノ貢租石代ノ県庁ニ完納セシメンカ為メ既ニ徴取シテ区務所ニ在ル諸税金ノ内百四拾三円ヲ私借シ之レニ自己所有ノ金壹円八拾三錢四厘五毛ヲ加ヘ合計金百四拾四円八拾三錢四厘五毛ヲ自己ノ所有金ト詐リ而シテ之レヲ長太郎ト佐太郎ニ貸与ヘ月式歩ノ利子ヲ納ル、ノ契約ヲ結ヒタリ然ルニ爾後正一ハ該職ヲ解カレ後守屋伴男ヘ情実ヲ告ケ金百四拾三円ノ預リ証書ヲ区務所宛ニ認メ差入レ置キ追テ完償スル能ハサルヨリ県庁ヘ自首シテ尋テ内金四拾八円を還納シタル者ナリトス

〔II〕 右正一カ犯罪ハ其私借金百四拾三円ノ内ニ於テ還納シタル金四拾八円ヲ扣除シ剩金九拾五円ヲ賍ニ計ヘ以テ明治十年四月廿五日司法省丁第三十二号達シニ明治九年五月第七十四号公布ヲ以テ私借官物律例廃セラレ候ニ付右処分ノ儀太政官ヘ伺出候処監臨主守官ノ金穀ヲ私ニ使用融通スル者ハ監守盜ヲ以テ論ス可キ旨御指令有之候ニ付為心得此旨相達候事トアルニ照準シ賊盜律監守自盜条監臨主守自ラ監守スル所ノ財物ヲ盜ム者ハ首従ヲ分タズ賍ヲ併セテ罪ヲ論ストアルヲ以テ論シ懲役七年ノ処自首シテ賍徴スヘカラサルヲ以テ名例律犯罪自首条第一項ニ

a 大審院「十二年七月七日伺・同年同日廿一日付」

……(仙台裁判所盛岡支庁一〇年九月一二日付伺ノ司法省同年九月二六日付) 御指令ニ依リ其事主タル則チ其県庁ニ右乙丙ヘノ貸金証書ヲ送付シ自首スルモノハ首免ヲ与ヘ可然トハ被存候得共官金ニ係ルニ依リ聊疑義ヲ生シ候ニ付請御内訓候也

(司法省による審文案略)

内訓

区長税金ヲ私有物ト詐リ他ヘ貸付ケ後チ完償スル能ハス其証書ヲ以テ自首スル者処分ノ儀申請ノ趣ハ未必ノ証書ヲ以テ現賍トナスヘカラサレハ首免ヲ与フルノ限ニアラス此旨及内訓候也

b 大審院「十二年九月十九日伺・同年同月二十九日付」

……(大意ノ當該証書は親類数人の加判、戸長の奥印もある確かなものである。またその追徴は乙丙の子孫にまで及ぶであろうから) 自然既、必、モノ、トセサルヲ得ス。(しかし返済期限がまだ到来していない事、また債務者と連帯債務者が「身代限」を差し出した時は) 一時ニ其之レヲ取立ルコト「難ケレハ……: 則該証書ハ未必ノモノナリトシテ首免ヲ与ヘサル儀ニ候ヤ果シテ然ラハ甲ハ其賍徴スヘカラサル者ニ依リ該金ハ悉皆甲カ費用シタルモノトシテ直チニ処分シ可然ヤ(以上第一条) 右ノ如ク

凡罪ヲ犯シ事未タ發覺セスシテ自ら出首スル者ハ其罪ヲ免ス  
 アル者ハ仍ホ追徴シテ官物ハ官ニ入レ私物ハ主ニ給ス又第五項  
 ニ若シ自首シテ追徴スヘカラサルハ二等ヲ減ス又改定律例第六  
 十四条凡罪ヲ犯シ自首スル者假令ハ窃盜贓百円五十円ハ仍ホ現  
 在シ五十円ハ已ニ費用シテ追徴スルコト能ハサレハ五十円ノ贓  
 ニ二等ヲ減シテ罪ヲ科ス其余ノ贓罪モ亦之ニ準ストアルニ依リ  
 其追徴スルコト能ハサル九十余円ノ贓ニ二等ヲ減シ其官金ヲ私  
 借シタルハ他ニ転貸シテ区内ノ貢租ヲ完納セシト欲スルノ意ニ  
 出ルヲ以テ其本罪ノ情状ヲ酌量シ三等ヲ減シ通シテ五等ヲ減シ  
 士族ナルニヨリ改定律例第六十七条凡華士族罪ヲ犯シ自首スル  
 者破廉恥甚ニ係ルト雖モ本条自首ヲ聽ス可キ者ハ一体ニ罪ヲ免  
 シ除族スルノ限りニアラストアルニ依リ閨刑ニ換ヘ禁獄一年半  
 ヲ科スヘキモノナリトス

〔Ⅲ〕而シテ正一カ私金ト詐リ長太郎外一名ニ貸与シタル二通  
 ノ貸金証書ハ該事主即チ地方官ニ送付シ地方官ニ於テハ其証書  
 ハ既ニ返償期限ヲ經過為シテ以テ直チニ其負債主及ヒ請証人ニ  
 係リ時宜ニ依リテハ民事ノ訴訟ヲ為シ各身代限リノ処分ニ至ル  
 マテ返償ノ義務ヲ尽サシメ而シテ尚ホ其九十五円ノ金額ニ充タ  
 サレハ其負債主身代持直シ次第又ハ其子孫ニ掛リ其九十五円ノ  
 全償ヲナサシメ而シテ後チ残り証書面ノ金額四十九円八十三錢  
 四厘五毛ハ正一ヨリ長太郎外一名ヘ掛リ正一カ直ニ之レヲ自分  
 ニ受取ルコトヲ許スヘキモノナリトス

〔Ⅳ〕然ルヲ弘前裁判所秋田支庁ニ於テ監守自盜ヲ以テ論シ贓

若シ該金ヲ悉皆甲カ費用シタルモノトシテ処分シ可然モノトセ  
 ハ該証書ハ直チニ甲ヘ下付スル迄ノコトニ止ムヘキモノニ候ヤ  
 或ハ又甲ハ所刑中ナルニ付甲カ代理人ヨリ則チ其負債者乙丙ヘ  
 対シ民事ノ訴訟ヲ為サシメ乙丙ニ於テ其義務ヲ尽シ或ハ身代限  
 ヲ以テ償還スル時ハ其金額ハ官ニ没入シ猶ホ其元金ニ不足スル  
 アルニ於テ又其加判人ヘ掛リ同様訴訟ヲ為サシメ其加判人ヨリ  
 弁償スル金モ同様官没シ可然ヤ(以上第二条)

右審案スルニ第一条ハ其貸借ニ於テハ判然ナリト雖モ其証書  
 ヲ以テ正贓現在トナスベカラス依テ追徴スベカラサルヲ以テ直  
 チニ処分シ第二条ハ他ニ償フヘキ財産ナキトキハ該証書ハ資力  
 中ニ加ヘサルヲ得サレハ後半ノ通知分シ可然哉因テ左ノ通

大審院詰

判事 関 新平

官金ヲ私借シ自己所有ノ金ト詐リ他ヘ貸付ケ後ヲ自首スル者処  
 分ノ儀ニ付申請ノ趣第一条ハ見込ノ通第二条ハ後半見込ノ通心  
 得ベン此旨及内訓候也

c 大審院「十二年十月八日伺・同年同月十三日付」

……(大意)前の請訓の第二条の通りであると) 罪人ヲシテ  
 其贓金請求ノコトヲ出訴セシムル訳ニ相当リ何分穩当ナラサル  
 ヲ覺エ故ニ刑事ニ於テハ前段ノ如ク該証書ノ金額悉皆甲ニテ費  
 用シ贓徴スヘカラサル者トシテ直ニ其処分ナス迄ニ止□該証書

金九十円余懲役七年原私借スルハ他人ニ転借シテ区内ノ貢租完納ナラシムルノ情ニ出テ毫モ營利ノ念ナキヲ以テ情状ヲ憫諒シ五等ヲ減シ懲役一年半自首シテ賍徴ス可カラサルモノニ依リ名例律犯罪自首条ニ照シ閏刑ニ換ヘ禁獄一年半ヲ科シ処断申渡シタルハ不当ナリト雖モ固ヨリ其監守自盜ヲ以テ論スヘキモノタルハ勿論ノコトニシテ自首シテ追徴スルコト能ハサル九十余円ノ賍ニ二等ヲ減シ又其本罪ニ付キ情状ヲ酌量シ三等ヲ減スルモ通計五等ヲ減スルコト故ニ到底其刑ニ輕重ノ差ナキヲ以テ右ハ破棄ノ限ニ非スト雖モ其貸金証二通ハ取上ケ該事主即チ地方官ヘ送付スヘキモノナルヲ之レヲ以テ直ニ其本犯正一ニ付与シタルハ不適當ノ裁判ナリトス

判決

右ノ理由ナルヲ以テ明治十一年八月二十五日弘前裁判所秋田支庁ニ於テ正一ヘ貸金証書二通ヲ付与シタル部分ヲ平翻スルコト左ノ如シ

橋本正一

右ハ前ニ弁明スル如クナルニ因リ佐藤長太郎佐々木佐太郎兩人ヘノ貸金証書二通ハ取上ル

事案は、かつて副戸長在職中に、納税未納の区民に代わって、私借した官金とそれに自己の財産を合わせた額を、すべて自己の所有金であると偽って支払ったものの、解職となつて、返済が滞り自首したもの（表上欄〔I〕）。原審は、綱領、賊盜律監守自盜条<sup>(32)</sup>に擬律したが（その詳細は同前〔IV〕）、上告した檢察官の異議を唱えるところは、自首の扱い

ハ則チ其地方官ヘ送付シ該官ニ於テ更ニ民事ノ訴訟ヲ為シ其返償ノ金額總テ該官ニ於テ直ニ之レヲ受納セシムル方可然様ニモ被存右尚ホ又疑義ヲ生シ候ニ付別紙相添此段内訓ヲ請ヒ候

右審案スルニ別紙参照（小倉県伺〔七年十月指令〕）ノ例ニ依リ事主ハ乃チ官庁ナルニ付該証書ハ其地方官ヘ送付シテ可然ヤ因テ左ノ通

大審院詰

判事 関 新平

官金ヲ私借シ自己所有ノ金ト詐リ他ヘ貸付ケタル後自首セシ者処分ノ儀ニ付別紙申請ノ趣ハ見込ノ通該証書ハ其地方官ヘ送付スル儀ト心得ヘシ此旨及内訓候也

をめぐってであった。自首は犯罪が未発覚時に免罪の効果が与えられるが、その場合でも贓物の返還が不可能の場合は刑を二等減じるとどまる。<sup>(33)</sup>この事案では、新旧戸長事務引き継ぎ時に新戸長に残した「預かり証書」<sup>(34)</sup>それ自体が返還されるべき贓と等価的な対象物と見做し得るのかが核心であった。原審はこれを不可とし、これを不服とする検察官は「正贓現在スル者ト見做シ追徴シテ事主ニ還付ス可キ」ことを求めていたのである。

大審院の請訓は前半この点をめぐって展開した。aを見れば明らか通り、大審院は当初、仙台裁判所盛岡支庁の例<sup>(35)</sup>を引き「証書」の効力については殆ど迷いなく、これを肯定して扱っていた。ところが意外にも「未必ノ証書ヲ以テ現贓トナスヘカラス」との内訓が送達され、その理由は示されなままであった。<sup>(36)</sup>そこで大審院は、かかる「証書」が債権回収の確実性の観点から有効(「既必」なものか否かを検証せざるを得なくなった。これがbの第一の論点(「第一条」となった。そこに明らかな通り、「証書」は貸借関係をはっきりさせるものではあるが、「正贓現在トナスベカラス」との司法省の立場は変わらなかつた。

ところで以上の擬律をめぐる躊躇は、判決理由の上では「自首シテ贓徴スヘカラスルヲ以テ……二等ヲ減シテ罪ヲ科ス」との確信に満ちた立論の陰にその片鱗すら覗かせていない(II)。しかしこれに到達するまでの過程には、司法省との間の「見込み違い」を大審院なりに読み解く営みがあったことを思うべきであろう。

今一つの論点(「第二条」)は、「証書」が「未必」のものであり被告人が服役した場合、「証書」の還付先、即ち被告人の持つ債権の代位取立方(b)とその債権の帰属主体は誰か(c)ということである。いずれも「証書」の贓徴能力を前提にしていた上告検察官には、湧いて来る余地のない疑問であった。こうした大審院の一連の疑問は、判決理由の立論構成に全く一致する。この「証書」をめぐる大審院の立場は(III)で展開される。だが、こうした判決の展開を仮説的に予見し法判断の一貫性を紡ぎ出してゆく過程で、大審院が司法省に求めた役割は、いったい何であったのか。次に、「先例」の引用について若干の考察をふまえる中でこのことに触れてみたい。

- (1) 明治一〇年一月二日太政官第七六号布告による改正後のものである。『法規分類大全』刑法門一・刑律三、三二六頁以下。
- (2) いわゆる和姦の罪については、明治六年一月一八日の太政官第二一号布告により私生児の戸籍記載が義務づけられたことから、その届出によって犯罪が露見することがあってはならないとして（同年一月三一日付司法省伺）、不処罰化されていた（同年二月八日太政官第四三三号布告）。『法規分類大全』刑法門一・刑律二、二四三頁以下参照。
- (3) 大坂裁判所編纂『刑事類纂（乙編）』（明治一〇年一月二月刊）、二四三頁。尚、質疑応答にて引用されるこうした「先例」の機能については、本文にて後述する。
- (4) 以上の上告理由及び以下の大審院判決は、前掲『大審院刑事判決録』（明治二年五月・六月）、五一二頁以下。
- (5) 掲出した司法省による内訓とその理由（審案）の部分は、原本では朱字で記録されている。
- (6) 前掲『大審院刑事判決録』（明治一二年五月・六月）、九四二頁以下。
- (7) 当該箇所のみを抜抄すれば、「官私ヲ詐欺シテ財物ヲ取ント欲シニ手ヲ下シテ未タ財ヲ得サル者ハ如何処断スヘキ哉」との伺に対し、「詐欺シテ財ヲ得サル者窃盜財ヲ得サル者ト同ク論ス」と指令が出されていた。『司法省日誌（明治七年第百号）』、一八一―一九頁、前掲『刑事類纂（乙編）』、六二三―六二四頁。尚、こうした当時の「先例」探索の用具としての「司法省日誌」の果たした機能については興味の尽きない課題であるといえるが、最近、霞信彦「『司法省日誌』考―第一期刊行分を素材として―」（『法学政治学論究』第四号、平成二年）や同「『司法省日誌』記事をめぐる一試論」（慶應義塾大学法学部『慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集（法律学科篇）慶應通信、平成二年により、詳細な研究の端緒が開かれた。
- (8) ところで以上の事例1・2で提示された運用上の疑義は、殊の外の難問というよりは明文上の根拠を単純に確認したまでのもので、事例そのものも、法条が欠缺しているとはいえず、全く意外性に満ち溢れたものではなからう。そもそも司法省によって引用されたかつての指令―運用例がそれを示しているように、それらは以前から、あるいはその時点に至るまでも、実務上その類例にこと欠かなかつた事例に属するのではないか。この点につき、私は個々の判事における法認識の深淺の程度に差異があったことに着眼してみたい。本文にて後述するところである。
- (9) 改定律例 名例律 五刑条例 第一条。
- (10) この事案は「事例7」として本文で後述する。
- (11) 郵便為替取扱規則違反として処罰されるか、あるいはいわゆる普通刑法典としての綱領・律例の賊盜律監守自盜条の適用を受けるかが問題となったもの。同規則について、「一般ノ公布無之者ニテ布告布達セサル罰則ハ裁判官ノ承知セサル義ナレハ監守自盜ヲ以テ論スルヲ至当ト存候」とする司法省内訓を受け、大審院は「国法ニ依リ」同条を適用した。

- (12) 刃傷されんとして防御に出て、攻撃者の陰囊を掴み負傷させたところ、原判決では鬪殴律闘毆条、「陰陽ヲ毀敗スル者ハ、流三等（律例第一条により懲役一〇年―岩谷註）」が宣告された。しかし大審院は医者の診断書などから、「二週間ヲ経レハ全愈ノ見込トアリ且其傷ハ既ニ全愈シテ生育ヲ妨クル等ノ将来癆疾ニハ係ル患ヒナキ証憑アリ」と認定し、同律同条「凡鬪殴、手足ヲ以テ人ヲ殴チ、（中略）、傷ヲ成ササル者ハ、笞三十（同前により、懲役三〇日―岩谷註）」を適用するとの「見込みを表したるもの」。
- (13) 所見によれば、いままで本文及び註で言及してきたものに加え、表番号14、17、21、22、37等が数えられる。
- (14) 「事例2」を参照のこと。
- (15) 律例、改正七班例図参照。因に「未得財」を以て論ずる盗田野穀麥条によれば、懲役四〇日とならう。
- (16) 「事例1」を参照のこと。
- (17) 律例第七五条の「（略）二罪俱発スレハ一ノ破廉恥甚ヲ以テ重ト為シテ論ス」を参照せよ。
- (18) 『大審院刑事判決録』（五・六月）、三三七頁。
- (19) 手元の記録の限りで、この案件の行為者の主観面が検討された件ではない。この判決も運搬の事実を以て「盗」か否かの分岐点とするが、もとより盗取の意図から伐採し運搬にかかろうとしていたわけであるから、大審院の疑義は当然のものとして現れて来よう。
- (20) 改定律例第一条により懲役五年に改められる。
- (21) 表2を参照のこと。『申明類纂』（乙）に収められる。
- (22) 度量衡改定規則第三条には「製作所売捌所官許ノ外三器製作売捌一切不相成事」と見える。そして第六条に「第二条以下ノ禁令ヲ犯ス者ハ其品取上ケ律ニ照シテ処断スヘキ事」とあるから、綱領雜犯律違令条が適用されるのである。『法令全書』（明治九年）、一〇頁。
- (23) その理由は、同条が禁止するのは、製作、免許を請け負う、営業者などが指定場所以外で製造販売することであって、「該場外ニ於テハ秤量ヲ模擬シ及其之レニ官ノ検印ナク売捌ヲナスヲ禁スルトノ明文之レナキ」ものであるとされるからである。
- (24) 『大審院刑事判決録』（明治一二年一〇月）、三五五頁。
- (25) その理由は前述の通りであろう。尤も判決では、秤量の緒紐などの付け替えを罰した同規則の第四条違反（これは前註23に見るような主体の制限がない）の可能性は指摘されている（同規則第三条と同じ刑罰）。従つてもし詐偽律に問われれば法条の競合が生じ、重き罪、即ち後者の罪が確定する。
- (26) 「凡竊盜四犯財ヲ得ル者ハ賍ノ多寡ヲ論セス懲役終身」との定めが、明治六年七月二三日太政官第二六六号布告によつて、

宣言されている。『法規分類大全』刑法門二、刑律三、三五六頁。

(27) 『大審院刑事判決録』(明治一二年五・六月)、六九一―六九二頁。

(28) けだし内訓条例の趣意に沿うものであろう。本稿七頁以下参照。

(29) このように原審への不服点を指摘した上告の理由に直接響かない問答の往還は、表番号2、8、9でも認められる。

(30) ただし文中を各段落に分け冒頭の「I」から「IV」を付し、注意箇所は傍点などを付したのは筆者である。

(31) ひとつの疑義が野紙数葉に互る長いものがある。尚、引用文中、傍点を付したり、( ) 内に見る要約文は筆者によるものである。

(32) その正文は「凡監臨。主守。自ラ監守スル所ノ。財物ヲ盗ム者ハ。首従ヲ分タス。罪ヲ論シ。窃盗ニ。二等ヲ加フ。」である。職制律私借官物条は同律の廃止に伴って、賊盜律監主自盜に併合された。尚、この職制律廃止に触れるものとして、原禎嗣「明治九年太政官第四八号布告をめぐる若干の考察」(『法学政治学論究』第七号、平成二年)、二一六頁以下、後藤武秀「職制律等の廃止と官吏懲戒例の制定について」(『敦賀論叢』第四号、平成元年)、九一頁以下。

(33) 綱領、名例律自首条「若シ自首シテ。贓。微ス可ラサルハ。二等ヲ減ス。」

(34) 後述の例のように、区民への貸付証書のごときものであったようであるが、被告人の口供書の限りでは判然としない。

(35) 指令のみ掲げれば、「(伺ノ通) 貸金証書ヲ事主ニ下付シ自首スル者ハ首免ヲ与フル儀ト心得可シ」というものであった。

前掲「刑事類纂」(統編)(明治一一年六月刊)、一〇三一―一〇四頁。

(36) 盛岡支庁の事例との異同が司法省により全く示されない。

### (三) 確保される判決の斉一性——引用される「先例」の意義——

大審院と司法省との間で「先例」が引用されることが少なからずある。本稿にて紹介してきた事例にも引例が見られた。そこでまず次表を参照されたい。

この表は右欄の「先例」引用事案を除けば既に前表1と2に示した結果をまとめてみたものにすぎない。しかし、上告主体と「先例」引用主体、及び判決成果の三者間の関係について、次のことが指摘できるであろう。即ち、大審

【表4】 明治12年時の訓令システムの運用と「先例」の用いられ方

| 判決成果             |                               | 表1所掲の事例<br>整理番号                    | 上告者による分類<br>被告人/検察官 |  | 「先例」引用事案<br>大審院か司法省か |                                      |
|------------------|-------------------------------|------------------------------------|---------------------|--|----------------------|--------------------------------------|
| 破                | 自判                            | 1.2.4.7.8.9.10.<br>11.12.13.14.16. | 被                   | 9.16.19.   | 大<br>司               |                                      |
|                  |                               | 19.20.24.26.27.<br>30.32.35.36.37. | 検                   | 1.2.4.7.8.10.11.12.13.14.20.<br>24.26.27.30.32.35.36.37. | 大<br>司               | 20.30.<br>1.2.4.7.10.11.12.26.35.37. |
|                  | 棄<br>戻                        | 5.18.22.28.                        | 被                   | 28.  | 大<br>司               |                                      |
|                  |                               |                                    | 検                   | 5.18.22.   | 大<br>司               | 5.18.                                |
| 棄<br>却           | 3.6.15.17.21.<br>23.29.31.33. | 被                                  | 6.15.23.29.31.33.   | 大<br>司   |                      | 33.                                  |
|                  |                               | 検                                  | 3.17.21.            | 大<br>司   |                      | 21.<br>21.                           |
| 記<br>な<br>録<br>し |                               | 25.34.                             |                     |  | 大<br>司               |                                      |

院が一二年時に司法省に宛てて提出した疑義案件の極めて多くのものは、破棄結果、そのうちでも自判に連なっていること。そしてその殆どは検察官による上告を経たものであること。さらに司法省はその疑義に対する回答の中に、かつての指令を引用する場合が表中群を抜いて多いことである。これらの事実の中にかなる内在的な関連性を仮定できると、詳細は後に譲るが、ここには確かに「先例」の引用が必要視される構造があったといわねばなるまい。しかもそれらは大審院が訓令を仰ぐコンテクストで引用されるか、あるいは司法省が具体的な擬律を指示するコンテクストで見い出されてくるものか、若干意味合いも異なってくる。以下、「先例」の引用の態様を中心に論じてゆく。

〔事例7〕（表番号35）

酔狂に乗じて争論中、尋問を求めた巡査に対し暴言を為し、拘引されんとしたときに頭髪を掴むなどの暴行を加えた事案である。原審の高知裁判所は闘毆律闘毆条「手足ヲ以テ人ヲ毆チ。傷ヲ成ササル者ハ。答二十（律例第一条で懲役二〇日―岩谷註）」を適用したが、これを不服とする上告

の理由は、警官に対する罪を加重して処罰する他律—律例罵詈雑言官吏条例第二三七条—との権衡から、本来先の闕段条にはこうした加重についての明文がないけれども、二等を加え罰するべきであるというもの。大審院はこの上告主張のままに率直に、その明文の根拠を問うて司法省に請訓する<sup>(1)</sup>。これに対する司法省の内訓を審案文から挙げれば、

右審案スルニ別紙参照（高知裁判所へ内訓「十二年九月十七日」）ノ例ニ依リ左ノ通り

大審院詰

鶴峰申敬

旨及内訓  
巡査ヲ殴ツ者ノ儀ニ付申請ノ趣ハ凡闕段条ニ依ル尤モ違警罪ヲ犯シ拒捕ノ場合ニ於テハ闕罪ノ重キニ加等スル儀ト心得ベシ此

というものであった。なによりも当該内訓は審案文に高知裁判所の「例ニ依」ることが明示されている<sup>(2)</sup>。高知裁判所は、闕段律中判任官以上の者を殴ることは加重され罰せられる明文があるが、巡査などの等外吏の規定はなく、やはりその場合でも他律—上記、罵詈雑言—との権衡から二等を加えるべきか躊躇していた<sup>(4)</sup>。しかして同裁判所に応える司法省の内訓は先の大審院宛のそれと殆ど変わることがなかった<sup>(5)</sup>。それにその審案文には、熊本裁判所大分支庁への同年八月二七日付内訓の例に依拠したことが明記されてもいた<sup>(6)</sup>。左はその時の内訓である。

内訓

巡査ヲ殴ツ者ノ儀ニ付別紙申請ノ趣ハ例第二百三十七条ノ権衡ニ依レハ福岡県へ指令ノ如クナレトモ八年第百三号布告ヲ以テ  
準擬スヘカラス律ニ明文ナキニ付凡闕段条ニ依ルヘシ尤違警罪ヲ犯シ拒捕ノ場合ニ於テハ闕罪ノ重ニ加等スル儀ト心得可シ此旨  
及内訓候也

右を見れば、更に福岡県への指令（明治八年三月九日付）<sup>(7)</sup>にまで遡り得ることが分かるが、本稿でも前述した一〇三号布告の施行により、その指令の立場を変更する旨が触れられる<sup>(8)</sup>。しかしそれに続く文意は以後そのままの形で踏襲

され、上述の大審院への内訓の淵源となつたのである。つまり当該問題をめぐって、大審院は、司法省から既成の型の回答を機械的に与えられたに過ぎないのである。このように、資料内に引用される「先例」が裁判所の判決ではなくなによりも司法省からの裁判所に向けての判断（指令・内訓）であつたことを想起するならば、こうした「先例」から「先例」への一貫した探求可能性こそ、司法省サイドにおける法判断を説得的に了解させるための最も有効な正当化事由であつたことが分かる。

〔事例8〕（表番号5）

大審院もまた司法省の指令や内訓の動向には敏感に気を配つていた。むしろそれは過去の類似案件を探索し、引用するという行為に現れようが、本事例は若干その趣を異にする。姦夫に対して、姦婦の夫が恐喝して「詫金」を要求した事案であるが、大審院は福島県令山吉盛典が宮城上等裁判所検事宛に出した上告趣意書中に引用した同県令から<sup>(9)</sup>の求めに応えた司法省指令が、果して係属している当該事件と同一のものなのか請訓を立てたのである。その部分を左に掲げれば次のようになる（一）内岩谷。

姦ニ甲アリ乙其妻ニ姦ス甲怒リ乙ヲ恐喝シテ謝金トシテ貳百円ヲ要求スル乙即時調達シ兼子借用証書ト為ス今之ヲ処スル該証ヲ直チニ得財ト為ス乎否

但甲ナル者該証ヲ抵当ト為シ他ヨリ金借ニ及フニ於テハ之ヲ処スル本条ニ異同アルヤ  
指令

伺ノ趣法律明文ナキニ依リ糺治スヘキニ非ス（以上請訓内引用、以下請訓部分）

右ハ徳次郎カ姦夫久兵衛ヲ恐喝シテ詫金ヲ要求シタル件ニ付テノ御指令ニ候哉為念別紙一件書類相副請御内訓候也

この請訓の趣旨は、これまでも掲出してきたような上告理由を契機とした原審の「不法」性を直接に吟味することではなく、他の一件書類と併せて提出される上告趣意書に引用された司法省指令が本件に関わるものか否かをその発

信元に問い合わせるというまさに形式的な確認作業にあつた。<sup>(11)</sup>尤も、司法省はこの問いに応え、「何文中姓名記載ナシト雖トモ辰次郎ノ事件ニ適用スルコトヲ得可シ」との内訓を返送する。判決はこの確認を踏まえ立論され、結局原審の事実認定の不備を指摘して破棄・移送の結論を示した。

こうした判決に向かう一連の展開の中で、大審院が請訓によってその確証を欲した事柄は、なによりもまず原審に与えられた司法省の法判断であつた。むろん同一事件の審理であるとはいえ、それが下級の裁判所宛のものであつても注視に値するものであつたに違ひない。確かに既述のように、そこで得られた回答が実際の判決にいか影響力を及ぼすかは、なによりも質疑主体たる大審院の問題設定の仕方に関わることであつた。しかし、各司法的機関と直結したルートを保持する司法省の示す判断はそれでも度々想起され、探索され、そして引用されることを通じて、大審院と他の下級裁判所との司法審級上の上下関係を越えて、それ自体として顧慮されるべき權威性を、事実上、發揮していたのである。<sup>(12)</sup>

では大審院はこうしたシステムの中、解釈の自己指針を眠らせたまま、ひたすら司法省の判断に盲従していたのであろうか。次の事例に目を向けてみたい。

〔事例9〕（表番号23・29・31）

事案は官林を盗伐し、その共犯関係が問題となつたものである。上告した被告人達は、互いに共犯関係にはなかつたことを主張していたが、大審院の九月三〇日付の請訓はそうした事実関係を離れ、専ら擬律に関わる疑義であつた。請訓文面は、「甲ノ発意ヲ以テ乙丙共ニ官林ヲ盗伐シ賍金百拾円以上ニ該ル者アリ右甲乙丙ノ処分如何相心得可然哉」というもので、その余りにも平明な質疑の型は今日の試験でいういわゆる「一行問題」に比せられる程であるといえ

よう。これに應える内訓も、「賊盜律盜田野穀麥条」の適用と、それぞれ「贓」を計えた上で首犯者には懲役七年、乙丙には五年の宣告を促すものであった。これも全く簡明な判断のように思える。だが、一〇月二〇日付の大審院からの請訓を読めば、前回の訓令を求めた同院の疑点が奈辺にあったのかがはっきりと浮かび上がってくる。

要約すれば、これまで「官林盜伐者処分ノ儀各裁判所並各県ヨリ伺」が出されていたが、司法省の「御指令」はこれを、ある時は、窃盜に準じ官物ゆえ一等を加えたり、またある時は盜田野穀麥条に依つて窃盜に準じこれまた官物ゆえ一等を加えたり、あるいは賊盜律常人盜条に準じると、「区々」に対応してきた。そしてこの度の内訓も盜田野穀麥条により首従を分けて論じる旨指図されたが、大審院は従来これを「常人盜」で処理して来ている。ところがこの常人盜条は官物を盜むについては「窃盜ニ。一等ヲ加」えるが、正犯・従犯の区別を立てないことを規定している。ここに請訓が再び発せられる理由があった。

……盜田野穀麥律ニ依リ首従ヲ分チ加等セス処分スヘキ旨御内訓之レアリ右ニ拠テ見レハ官私ヲ分タサル者ト御改定相成タル儀ト存候果シテ御改定相成タルモノトセハ其旨趣各所へ御内訓相成候様致度左ナキニ於テハ依然兩様ノ御指揮ニ基キ処断可致然ル時ハ犯人ノ不幸ハ論ヲ俟タス又御指令モ一途ニ出ス候テハ如何ト存候抑官林盜伐犯者各地方共數多有之処何ヲ經サル向ニ於テモ總テ各所へノ御指令ヲ援引加等シテ処断致候哉ニ相見へ候条此段上申仕候也

右の請訓に明らかな通り、「官物」であるがゆえの加等処分は既に広く行われているところであり、先の内訓によってその処分方が「御改定相成」ることとなったのであれば、その旨各所に通知して「兩様ノ御指揮」を「一途ニ出すよう、大審院からの強い要請が為されたのである。司法省の判断は斉一的であるべきであるとするそうした期待は、司法官衙の頂点に立つ大審院からすれば当然すぎることであったに違いない。右文中には、行為者当人や各所におけるこれまでの運用方に与える混乱が挙示され、法の一義的な解釈・運用に―その正統性の所在はともかくとしても―ことのほか注意が払われていることが伝わろう。これに対する内訓は、

大審院誌

刑事課判事

官林盜伐者処分ノ儀区々ノ指令有之不都合ニ付確定ノ指令内訓相成度上申ノ趣ハ明治八年第三百号布告以後指令援引不相成ニ付別段内訓ニ及ハス候此旨可相心得候也

というもので、明治八年の太政官第一〇三号布告により指令が「将来裁判所ノ準拠スヘキ一般ノ定規<sup>(17)</sup>」としての拘束力を否定された以後は、「犯人及ヒ検事ニ於テ不当ト見込旨ハ上告ノ道モ有之」から「大審院ニ於テ相当ノ処断可及ニ付別段各所へ内訓ニ及ハスシテ可然哉<sup>(18)</sup>」との判断が示されたのである。ここに当該事例で頭わになった司法省指令間の不整合は、右布告解釈上、規範論的にはあり得ないこととされ、それでも事実上生じてきた問題の解決はそれこそ大審院の任務に属するものとして退けられてしまった。

ところがこの内訓を受ける前に、大審院は三度目の請訓を立てていた。要旨のみ記せば、樹木を伐採してその場に放置しただけであれば戸婚律棄毀器物稼穡条が適用されようが、この条文は「官物」であれば加等する規定を持つ。しかし盗田野穀麥条であれば、伐採後運搬して他材に加工して脏を得たとしても「官物」であるための加等がないため、「伐倒シテ其場ニ差置キタル者ニ重ク権衡平ヲ得サル様相考候間今一応仰御内訓候也」というものであった。初回の請訓に比せば細かな解釈に関するものとなっているが、司法省からの第一回目内訓を問題視する点では異なる所はない。内訓は次の通りであった。

大審院誌

判事 鶴峰申啟

官ノ竹木ヲ盜伐スル者ト毀伐スル者トノ処分方権衡平ヲ得サルノ儀ニ付申請之趣ハ竹木ヲ盗ム者官ニ係ルト雖トモ真盜トナンテ論ス可キ者ニ非サルハ盗田野穀麥条ニ依リ準盜トナン論セサル可カラス而シテ該条ニ官ニ係ル者加等スルノ明文ナン棄毀器物

条ト権衡同シカラスト雖トモ改正ニ至ル迄ハ各本条ニ依テ処断スル外ナン此旨及内訓候也

司法省は、もはや立法で改正を期さねばならないとの所見を表明したのである。それにしても大審院は二度にも互に重ねて出されたのである。二度目のそれが手続きの観点からの正当化であれば、三度目のそれは法論理的な観点からの正当化であった。しかしこれらの問いかけに対し、司法省からの二度目の内訓が「大審院ニ於テ相当」と判断されるいわゆる純然たる司法権限の範疇に預けてしまい、三度目のそれが立法上の改正に期する態度を示した時、大審院は果して自らの法判断を正当化する根拠を、本来「正統？」な司法機関である自己を取り戻した上で見出すことができたのであろうか。そしてこの限界的な事案において大審院は、果敢に、自己の判断に基づく解釈を支えにしたその固有の覆審機能を果たしたのであろうか。当該事例に関する限り、その答えは否である。判決にあたって原審の事実認定と法律操作を詳細に検討した後、大審院は司法省内訓をそのまま繰り返したのである<sup>(20)</sup>。ここには、二度目の請訓にて司法省に詰め寄った勇ましいとすら評し得る大審院の姿はなく、判決に至る曲折をいまや知る我々からすれば、潔いまでの変貌ぶりとして写る。

結局、司法省と大審院の法運用方の不一致が認識されるや、後者は前者にその判断の整合性を問ひ、<sup>(21)</sup>逆に前者は後者に対してかつての自己の判断を―それを審級上の上下関係を考慮することなく―「先例」として引用することを、それぞれためらうことなく行っていた。もとより両機関の法条解釈がすべてに無矛盾であるというものはあり得まい。大審院は、その場合、既定の法解釈に沿いこそすれ、それを破る確信にまではいささかの躊躇もなく到達することができなかったのである。では、そうした「先例」を索ねる大審院に対し司法省の優位的関係が見え隠れする構造はいかなる当時の条件を前提にした時与えられたのか。この点について次例に注意を向けたい。

〔事例10〕(表番号11)

まず左に請訓―内訓の全文を掲げる。

大審院「一二年七月九日伺・同年同月十六日付」

茲ニ甲某アリ窃迫ノ余リ其婦ト熟議シ品川宿賃座敷へ娼妓出稼ヲ為サントス然トモ妻ノ名称ニテハ鑑札受取方ニ差支ユルニ付本籍戸長乙某ニ依頼スルニ該宿三渡世取締会所ヨリ照会ノ節妹トシテ回答アラシコトヲ以テス戸長ハ不宜コトハ知リナカラ甲某ノ情実ヲ慍レミ其請ヲ許諾シ妹ノ名義ヲ以テ右取締所へ回答ニ及ヒ且妻ヲ妹ト詐為シタル該偽寓居証ヲ戸長丙某ニ差送レリ右戸長乙某詐偽官文書律余ノ文書ヲ詐為スル者ニ擬断スヘキ哉又ハ官ノ文書ヲ詐為スルトハ官ノ文書ヲ作ルヘキ職掌ナキ者例へハ常人ガ官吏ノ文書ヲ詐為スル等ヲ云フモノニテ右戸長乙某ハ職掌上ニテ戸長ノ文書ニ詐偽ノコトヲ記載セシ者ニ付余ノ文書ヲ詐為スル者ニ擬断スルノ限リニ在ラスト心得可然哉

右審案スルニ別紙参照(大審院「十年十二月六日伺・十一年一月廿六日付」ノ例ニ依リ余ノ文書ヲ詐為スル者ニ依リ左ノ通可然哉

内訓

戸長公文申詐偽ノ事ヲ記載セン儀別紙申請ノ趣ハ寓居証ヲ詐為スルニ係ラハ前半見込ノ通余ノ文書ヲ詐為スル者ニ依リ処分スル儀ト心得可シ 右及内訓候也

一 読して明らかな通り、司法省により依拠される「先例」とは、かつて大審院が自ら発した伺とそれに対する指令なのである。請訓の内容は、本章の(二)で紹介した諸例に比定されよう。大審院は、詐偽律詐為官文書<sup>(22)</sup>の解釈について複数の可能性を立て、その中から妥当なものを司法省に拾い上げさせている。少なくとも同院の問題の設定・解決の姿勢は能動的であると評せよう。だが当該事例に現れた問題は、かつて大審院自らがその判断について司法省の指令を求めたものであって、いわば同院にとっては既知の事柄に属するものはずである。では、どうしてこうした再度に互る問い合わせが為されざるを得なかつたのであろうか。

推測するならば、前〔事例9〕と同じく既知の法適用とはいえ、司法省側に擬律の不統一が認められる場合、あるいは事件の具体的個別的性格を考慮したときに従来からの法条の用い方では対処不能な状態が生じた場合などが、まず考えられよう。そのためここでも判決の経過などにいささか立ち入らねばなるまい。上告の理由は原審が律例第二四六条に問い懲役三〇日を言い渡したことを不服として、詐偽律詐為官文書条の適用を求めていることである。論点は、戸長乙が偽造した「寓居証」が詐為官文書条に規定される「余ノ文書」(前註22参照)に該当するか否かということであった。ここで明治十一年一月八日大審院に上告するために、権中警部橋詰敏が認めその後司法省に送付された上告状には、次の件りがあった。

……是則詐偽律詐為官文書条ニ依リ余ノ文書ヲ以テ論スヘキモノト存シ候今其例ヲ挙ルトキハ明治七年中愛知県並京都裁判所<sup>(26)</sup> 白川県筑摩県伺中ニ区戸長ノ送籍状及荷物送状又ハ証書奥書ノ類総テ余ノ文書ヲ以テ論ス可キノ御指令アリ其他御省日誌第七百四十一号大審院伺書ノ中余ノ文書トアルハ云々一職一吏ヲ以テ行フ区戸長等ニ至ルマテノ文書ヲ指スモノナルヤノ御指令ニ伺ノ通ト有之……<sup>(27)</sup>

即ちこれまでの司法省指令を探求し、そこに当該条文の常態的な運用方を確認している。そして面白いことに、内訓で引かれた大審院伺とそれへの指令にも言及があり、当該問題をめぐる司法省指令の方向は一貫性を持ったものであることまで述べている。ところで以上の上告状は当然大審院担当判事の手にするところであり、従ってそこに引用された「御省日誌第七百四十一号大審院伺書云々」ももちろん判事の目に触れたことであろう。<sup>(28)</sup> しかも、とりわけて当該事例が特殊な考慮を要するものとは認められない。換言すれば、この事例がこれまでの当該法条の適用範囲から著しく逸脱するほどには個性的であるとは考えられないのである。だとすれば「司法省指令録」上にも見いだせるかつての大審院伺が同院自らによって顧みられなかったことは、<sup>(30)</sup>それが単純な担当判事の検索能力上の問題ではないとすれば、司法省と大審院との間における見込みの違いに起因するものと考えざるほかなからう。しかもこの場合、原審

の判断を不服とする上告の理由付けを司法省が支持する形で内訓が発されており、大審院の同律運用をめぐる過度なまでの慎重さがかえって際立つ結果となつてしまつてゐる。だが次に、そうした確認の文脈の中で、大審院がそれまで用いていた擬律操作に誤ちが存したことを図らずも知らされることとなつた例を示そう。

〔事例11〕(表番号37)

本事例の問題とする法律上の疑点は、左の引用に尽くされる。

大審院「十二年十一月十八日・同年同月廿六日」

第一条 明治七年十二月十八日太政官第三百四十四号布告創定名例律断罪無正条々例凡罪ヲ断スル正条アリト雖モ所犯情状輕キ者ハ仍ホ情法ヲ酌量シテ輕減スルコトヲ聽シ減シテ五等ヲ過ルコトヲ得ストアリ右輕減スルコトヲ聽シトアル輕減ノ法ハ死罪ヨリ懲役十日迄ノ刑名ノ範圍内ニテ止ムルコトト為シタトヘハ死罪ニ該ル者死ヲ出シ懲役終身乃至三年迄五等ヲ輕減スルコトヲ得ルモ懲役五十日ニ該ル者ニ五等ヲ輕減スレハ無科ニ至ルニ付輕減スルコト四等ニ止メ又懲役十日ニ該ル者仮令酌量スヘキ情状アリトモ一等モ輕減スルコトヲ得サル儀ニ候ヤ

第二条 前条ニ述ル如ク死罪ニ該ル者スラ情状ヲ酌量シテ輕減スルトキハ死ヲ出懲役終身乃至三年ニ輕減スルコトヲ得ヘキナリ年ニ該ル者ニモ五十日迄輕減スルコトヲ得ヘキナリ然ルニ懲役三十日ニ該ル者ハ輕減ヲ得ルコト二等ニ止リ懲役十日ノモノニハ一等□タ□モ輕減スルコトヲ得スト□□□重輕罪者等シク輕減ヲ受クヘキモ重罪者ニ厚クシテ輕罪者ニ薄ク權衡其平ナルコトヲ得スト謂フベシ依テ輕減ヲ為シ得ルニ五等ヲ以テ範圍内トシテ重輕罪ニ通用シ懲役五十日以下ノ者ニモ其情状ニ因テ減尺シテ無科ト為シ得ヘキ儀ニ候ヤ

右第二条ノ如ク当院ニ於テ是迄判決致シ来リ候得共第一条ノ儀相発シ疑惑ヲ生シ候条如何処分シ可然哉

明治七年二月一八日太政官第一三四号布告の全文を冒頭に掲げた請訓であり、その内容も同条例運用上の疑問を質すものとなっている。そもそも同条例は、絶対的法定刑期を定める律刑法では「犯情百出ニシテ其情状或ハ酌量輕

減セサレハ実ニ情法允当ナラサル儀モ有之」ことから、「裁判官ノ見込ヲ以テ定律ノ外一等ヨリ五等迄酌減ヲ許」す趣旨から生まれたとされている<sup>(31)</sup>。即ち、固定的な律文の運用に際し、裁判官の裁量の働く余地を与えたものであり、情状の個別的な判断を加味しての弾力的法適用を目指したものである<sup>(32)</sup>。ところがそこにジレンマが生ずる、というのである。法定刑に照らして減等を施すとき、死罪でさえも最高懲役三年まで減じ得る。しかしその一方で、もし懲役五〇日以下の場合、これを情に照らして五等減の結果を得ようとすれば、それは減じ尽くされて「無科」とされてしまう。従って、そうした時には酌量の余地をいくら残そうとも、懲役日数をゼロにすることを避けるための処置として減等を緩めたとしたら、「重罪者ニ厚クシテ軽罪者に薄ク権衡其平ナルコトヲ得」まい<sup>(33)</sup>というのである。ここで特筆されるべきことは、右請訓末尾に記されたようにこれまでの大審院の同条例をめぐる解釈に、当該事例を契機として、ある種の疑念が生じその確認を司法省に求めていることである。その疑念は、大審院にとっては裏目の結果となった。

右審案スルニ第一条ハ別紙参照〔新川県九年四月十五日伺同年五月十六日付〕ノ例ニ依リ第二条ハ軽重罪者等ク減輕ヲ受クヘキモ重罪者ニ厚クシテ軽罪者ニ薄ク権衡平ヲ得サルカ如シト雖モ極輕罪ニ至テハ等級尽テ減スルコト能ハス仮令酌量スヘキ情アルモ法ニ於テ減スルコト能ハス故ニ裁判官ニ於テ情ト法トノ適度ヲ酌量セシメシ所以ナリ且有罪者ヲ減シ尽シテ無科ト為スハ却テ権衡平ヲ得サルト謂フベシ尤モ律ニ於一二等減ノ明文アルハ格別ナリ右ノ理由ナルニ由リ左ノ通り

大審院詰

判事青木信寅

情法ヲ酌量シテ五等内輕減スル儀ニ付申請ノ趣ハ仮令酌量スヘキ情状アルモ法ニ於テ有罪者ヲ減シ尽シテ無科トナス能ハサル儀ト心得ベシ此旨及内訓候也

つまり、これもまた大審院の見込み違いということであるが、前〔事例10〕と比較して重大なる相違は、本事例での同院の解釈がすでにそれまでの他の実例において踏まえられてきたことが予想されることであろう。まさにそうし

た法律の「誤操作」が大審院によって気付かれず繰り返し行われていたところ、たまたま発した質問がそれを是正する機会となったのである。ただし右引用にも明らかな通り、この問題については明治九年の段階で新川県何とそれに対する司法省指令という「先例」が存在しており、<sup>(34)</sup>ここでも大審院によって何故この「先例」が顧みられなかったのかという疑問は依然として残る。<sup>(35)</sup>いずれにしても、「先例」はここにおいても司法省の解釈と原審に不服を申し立てる上告者とを貫流して、両者を一律の理由付けの下に結び合わせる機能を果たすかたわら、大審院における判断の正誤すら映し出す規準でもあったことが分かる。この文書は確かにある具体的な一事件が処理される一連の経過のうちにあつてまさにその断片を記すものではあるが、大審院において常態的に運用されている擬律方法には潜在的に誤謬が含まれ、それが一片の内訓により顕在化される可能性があつたことを例示するものであるとはいえないであらうか。<sup>(36)</sup>

(1) この意味でこの事例は、本章第一節に掲げた類型に属しよう。

(2) この例は、明治一二年八月三〇日付の請訓であつて『申明類纂』に収録されている。尚、本「事例？」の原審も同裁判所であるがその判決日は同月二五日であつた。考えられることは上告決定が為されたとき、自らの擬律結果に不安を抱いた同裁判所判事により確認が求められたのかもしれない。

(3) 律例、殿官吏律、第二一六条以下。

(4) 罵詈雑言との権衡から二等を加えるといつても、「更□重要ナル法理ノ許サ、ル比附援引ヲ為スノ類ニ非スシテ律ニ明文ナキ即チ律外ノ律ヲ作為スルノ疑ヲ免ルコト能ハサルナリ；其罪ヲ断スルニ依ル所ノ律条ヲ明示セシテ判文ノ確的ナラサルヲ致サンヨリ寧ロ法律ニ明文無キ者ハ罰セサルノ□理ヲ守」るべきだし、「子メ人民ニ告達セラレ其巡查等ニ係ル者ハ凡人ヨリ重キコトヲ周知セシムルニアラスンハ不都合ナルベシ」との理由付けから、高知裁判所では従来から加等せずに処理して来ている旨、示している。ここには契約説的な理解に基づく刑罰論の片鱗が展開されているのではないか。

(5) 「巡查及ヒ等外吏ヲ殿ル者……」と記される。

(6) 『申明類纂』に収録。請訓日は同年八月五日。

(7) 『司法省日誌』(明治八年、第三八号)、二〇頁に「三月九日分」として「福岡県へ達書」が載せられ、その第二条には「選

- 卒番人ヲ殴ツ者ハ凡人ニ二等ヲ加フ折傷以上ハ凡闘殴ヲ以テ論ス」とある。これはもともと七年七月三十一日付の同県からの何に対する指令を改定したものである。『司法省日誌』（明治七年、第一五三号）、六一七頁参照。
- (8) 即ち同布告の第五条、「頒布セル布告布達ヲ除クノ外諸官省隨時事ニ就テノ指令ハ将来裁判所ノ準拠スヘキ一般ノ定規トスルコトヲ得ス」が想起されたのであろう。
- (9) 同裁判所検査宛に出された、明治十一年七月一八日付の具状書である。『大審院刑事判決録』（五・六月）、八八三頁以下。
- (10) 『大審院章程』（明治一〇年二月一九日太政官第一九号布告）第一条参照。
- (11) これも本章第一節の分類に含められよう。
- (12) 上告は原審が詐欺律恐喝取財条に間擬したことに異議は唱えない。しかし姦夫が押印した未払いの「詫金」証文は「恐喝暴威ヲ言外ニ逞シ遂ニ貸借証券ニ押印」させたものだから無効の単なる「空券」であるにもかかわらず（従って恐喝未得財で論ずる）、原審がこれを「贓」として捉えた点を不服としたもの。
- (13) 前註8所掲の明治八年太政官第一〇三号布告第五条を参照。
- (14) (15) どちらも官物が盗まれたことについての加重規定の明文はない。おそらく次註に掲げた「常人盗」を類推したものであろう。
- (16) 「凡常人。官ノ財物ヲ盗ミ財ヲ得サル者ハ。笞五十。財ヲ得ル者ハ。首、従、ヲ、分、タ、ス。贓ヲ併セテ。罪ヲ論ジ。窃盗ニ。一  
等ヲ加フ。」
- (17) その第五条である。前註8を参照のこと。尚、明治七年一月二〇日の司法省達によれば、『司法省日誌』を判決文内に引用するについては、「律文ノ何指令トモ全載スル者ニ限り援引比擬不苦候」と述べ、いわゆる指令の一般的拘束性が認められていた。
- (18) 内訓に付された審案文より抜粋。
- (19) 「事例3」を参照のこと。
- (20) 原審は本文の大審院請訓にもある通り「常人盗」で処断したが、新たに盗田野穀麥条を適用しても科刑上違いが生じないため、棄却の決定が為されたのである。
- (21) 表番号37もこれに属す事例である。本文にて後掲する。
- (22) その正文は「凡官ノ文書ヲ詐為シ。及ヒ増減スル者ハ皆徒三年。省台寮司府藩県ノ文書ハ。二等ヲ減シ。余ノ文書ハ。五等ヲ減ス。」とある。
- (23) 権中警部橋詰敏による。『大審院刑事判決録』（明治二二年八月）、一七七頁以下。

- (24) 『司法省日誌』(明治七年、第一〇六号)、七頁以下。
- (25) 『同前』(明治七年、第二二五号)、八七頁以下。
- (26) 『同前』(明治七年、第二二八号)、三頁以下。
- (27) 『同前』(明治七年、第一五三号)、一頁以下。
- (28) 前表2からも明らか通り、副判事名に異同があるものの、主任判事の交代はなかった。
- (29) 『御省日誌』とはあるが、周知のように『司法省日誌』は明治九年第六六号を以てその刊行を閉じる。同号には同年五月分までの記事が掲載されている。従って、この一〇年時の当該大審院伺とそれに対する指令は、少なくとも同『日誌』上に求めることはできないはずである。これは、おそらく上告者が、『日誌』廃止後に大審院以下各裁判所に頒布された「指令録」と取り違えたものであるう(明治九年一〇月二六日司法省第七二号達、七七号達参照)。尚、同「指令録」も一年には印刷を停止していたようである。
- (30) 『司法省指令録』(刑事部)、第一六号、一三一—一四頁。
- (31) 『法規分類大全』刑門二、刑律三、三四五頁。
- (32) こうした律系統の刑法における絶対的法定刑期主義と綱領・律例の運用上の問題を意識的に追及した論策として、後藤武秀「新律綱領『不応為』条の一考察・明治六年より同九年に至る事例分析を通して」手塚豊編著『近代日本史の新研究Ⅵ』北樹出版、昭和六二年、及び同論文の続編、『近代日本史の新研究Ⅶ』平成元年。
- (33) 本事例は、宿帳に偽名偽住所を用いたことにより、律例第二五九条、「凡郷貫名氏ヲ詐稱シテ、客塵ニ宿スル者ハ、不応為輕(徴役三〇日)ニ問フ」を適用するについて、原審の長崎裁判所福岡支庁が情状酌量から三等を減じて「無罪」としたことを不服として、上告されたものである。『大審院刑事判決録』(明治一二年一月)、一二二頁。
- (34) 『司法省日誌』明治九年第六〇号、五頁、前掲『刑事類纂』(甲)、一〇六八—一〇六九頁。
- (35) 当時各裁判所には、『司法省日誌』や同省指令録、および大審院判決録などが頒布されていた(本節註29参照)。そうした資料がいわば各裁判所の備品とされていたことを前提とすれば(守屋克彦「明治初期の裁判資料について」『刑事裁判の理論』日本評論社、昭和四四年)、後はそれを検索使用する主体側の問題が併せ考えられよう。
- (36) ここで「誤謬」とは述べたが、それは飽くまでも司法省の正統的な解釈の前でのことである。しかし、当時の実務では司法省と大審院とに代表される解釈が二様に存したことは事実であり、当該内訓を受けた後、大審院がいかに事態を収拾してゆくのに関心が湧くが、ここではその指摘に止めておきたい。

## 終章——明治一二年の最高法衙とその判事たち——

## 1 解釈・適用主体としての大審院

大審院が疑義の対象とした第一の点は、いわゆる法条が欠缺していると思量される状態において明文の根拠そのものを問うことであつた。それは時として、問題化された当該法令そのものの効力→単行法令による改廃の範囲がそれ及ぶか否か—の確認を求める姿勢にもつながつた。「正条ナキ」場合において司法省によつて発揮されるその本領は、もとより同省に専属する固有の権限であつたことは、前述した通りであつた。<sup>(1)</sup>明文の根拠や欠漏を伺う質疑については、それを補完する形で司法省の判断が下され、判決形成の重要なファクターとなつてゐることは否定できない事実である。

しかし全体の中に占める割合の上からは、上告理由に摘示される具体的な擬律の問題性そのものが、大審院から司法省に宛てて定立される質疑において必ずしもその中心的な課題とはされずに、同院により付加された種々の解釈の一態様として位置付けられるものが比較的多い。従つてこの場合司法省の役割は、複数の可能な解釈の中で妥当と覺しき見解を受動的に選択することに縮減されてしまふ。その上、司法省の示した判断は大審院において常に無批判的に受容されるわけではなかつた。大審院は場合によつては司法省に疑義を呈することから勢い反論の姿勢に転じることもあり、そうした数度に互る質疑と応答の往復の中で、当初同院の示す論点が偏在してゐる状態→従つてこれら上告の趣点に固着してゐない—に次第に絞りがかかり、順次、判決の骨格が形成されてゆく例もあつた。

ひとつの判決が得られるまでに両者が協働する関係は、もはや否めない事柄であるが、少なくともこうした「姿勢」の限りでは、大審院がその法判断の自己指針を眠らせたまま、ひたすら司法省に盲従するだけの傀儡的な存在ではなかつたことを証しする。本稿の考察の対象である、疑義を質しその回答を得るといふ手続きは、結局、質疑者側

からの様々な問題状況の把握や設定の仕方により、それに与えられる回答・訓令もまた、判決の実際の形成にあたって様々な位相をもち得たということを理解させるものとなっている。大審院が必ずしも上告理由を構成した法律操作に限ることなく、原審における法律構成全般を検証しその問題発見に努める姿勢は、「法憲の統一」という「重責」を課せられたことを自認した上での目配りとして評価できようし、その場合の司法省の「関与」といっても、具体的な判文の上には明示的にその効果が表れないという意味では相対化され、ある場合には消極的であるとする余地すら残るのではなからうか。

## 2 「先例」の果たす機能

以上記してきたような大審院の法運用をめぐる統御活動の実際は、しかし、そこに引用される「先例」の果たす機能から見れば、かなり条件付けられたものであったことが分かる。明治八年太政官第一〇三号布告第五条に明記されるように、「頒布セル布告布達ヲ除ク外、諸官省随時事ニ就テノ指令」を裁判規範とすることが禁じられ、ここに司法省指令なども含まれることは論を待たない。しかし、本稿の資料の限りでもその引用・参照の跡は散見された。過去に出された指令の「先例」的役割とは、緻密な理論的反省によって高度に抽象化されたものとは言い難いにしても、類似するケースにおける法条の適用や解釈の上で、でき得る限り斉一性が確保されるための方向性を与えることにあるのであろう。事実、かつて司法省が下した指令に齟齬する内訓が司法省自らによって形成された折には、大審院は躊躇なく請訓の中にそれを指摘し解釈の一貫性を問いただす。他方司法省においても、かつて自らが示した判断を、それが大審院宛のものか下級審宛のものかの区別なく、自らの判断の「同一性」を証示する根拠としている。

これらを見るならば、司法省の指令や訓令のシステムは、確かに法的安定性の確保には優れているとはいえず、それは大審院を頂点とした諸裁判所から成るヒエラルヒーを度外視するところに成立し、こうした各司法機関と直結する

連絡関係を介して、司法省はいわゆる近代法的な意味での行政／司法間のあるべき隔壁を超越して、権限を行使し得たことはもはや常識的に理解できよう。そして大審院をもそのひとつとして含むところの司法機構全般における司法判断には、およそこうした事前統制の途が開けていたとすれば、同時期の主な政治事件における司法省<sup>(1)</sup>によるあらゆるさまざまな裁判干渉も決して不自然すぎるほどの帰結とまではいえなくなろう。ここにも明治期の国制や政治史の座標軸上で司法の占める位置を摸索する動機が与えられるが、序章にて一言した通り、これは本稿の直接的な論点でもまたその確認が本稿の終着点となるものでもない。むしろそれは大審院の誕生より与えられた歴史的所与として、本稿の行論の起点を示す視点であった。

### 3 請訓内容の「非意外性」と大審院判事——総括的考察——

ところで、『申明類纂』に収録される大審院・司法省間の往復文書は、年間を通じて同院が処理する刑事事件総数との百分比が、僅か四パーセント弱であることをここで改めて想起しておかねばならない。たとえ資料上の限界やもろもろの制約などを差し引いたとしても、たまたまに資料として現在に伝えられるに至ったそうした三〇余例が、大審院と司法省との相互関係に止まらず当時の司法全般に互る何程かの言及を許す例証力を持ち得るとしたらそれほどのようなものであろうか。

確かに大審院に上告され係属した事件の中でもその処理方法をめぐって司法省に疑義を発信するまでに至ったものであれば、そこに容易には解き得ない特殊な難問に苦悩する判事の姿が浮かんで来よう。だがこれまで挙示してきた諸例を含めて手元の文書にはそうした難題が常に記されているものではない。むしろ上掲した一例にあるように、一文にまとめられた擬律の示唆や一片の「先例」が示されることで事足りてしまう疑義であれば、少なくとも既存の法を運用する上で既知の問題としてこれまでも繰り返し問われてきた構造があったのであろう<sup>(4)</sup>。かつての指令が「先

例」として引用が可能であつたのはまさしくこうした前提があるからこそである。そこにはもはや司法官衙の最高位を与えられた大審院の勇姿はなく、他の司法機関との差等なく従前からの司法省の指令統制下に服属する一裁判所としての頼りなげな面持ちがあるとはいえないであらうか。この限りで創設後四年を経過した一二年時の段階において、大審院は―刑事に限っても―その法判断を形成するについての指針を、それが予見的にせよ予後的にせよやはり旧来からの司法省における経験的実績としての「先例」の厚みの中にひとまず求めるほかはなかつたと考えるべきなのであらう。

\*

ここで、訓令を仰いだ大審院刑事課の判事達に視点を向けるならば、彼らはその法的素養をいわゆる組織的な法学教育システムの中で育んだわけでは一切ない。それに我が国の法状況が急展開し、西欧近代法に範を求めた立法が希求されるに伴い、その担い手層を自覚的に創出するための国家による法学教育が推進されていた時、既に判事の職にあつた彼らはそれらの動きとは一応切り離された形でおかれていた。<sup>(5)</sup> そもそも、大審院や控訴院といった司法上層部への専門的な法学識を備えた者の人材登用が顕著な傾向として指摘できるようになるのは明治三〇年代を待たねばならず、<sup>(6)</sup> それと相前後して始まるいわゆる老朽司法官の淘汰処分はまさに新旧世代の交代を象徴する出来事であつた。<sup>(7)</sup>

そこで前掲の表3を再びご覧いただきたい。そこに掲出される人員はなるほど明治の極く初年度から司法官吏としての職歴を重ねていった者ばかりである。しかし必ずしも多いとはいえないその人員の限りにおいても、それぞれの大審院判事としての去就時期はかなり流動的で定まらないといえよう。この点、さらに同表を見るならば、川村や増田が東京上等裁判所や熊谷裁判所に転出していることに寛や関などの同院への配置が呼応していることが分かるし、これを表2と対照すれば川崎や関に顕著に現れている請訓の回数頻度が集中する傾向は、実は彼らの就任時期と対応関係があることを示しているのではないかと思われる。これは在任期間が最も長い青木の場合が、<sup>(8)</sup> ほぼ全期間に分散さ

れて現れるのに対比すればよりはっきりと見て取れる。つまり特に大審院判事着任直後の期間、彼らは訓令をしきりに仰ぐ行為に出たのである。この事実から、確かに着任期間の長短が法律操作上の巧拙を条件付けることはあり得たであろう。ただし表に掲げた総ての判事たちの前職が検事をも含む司法官であることを思えば、やはりそこに大審院判事としての特殊な職域が彼らを受け付けていたのかもしれない。それに各々の在任期間も青木などを除けば、残りは一カ年にも満たない短期間のうちに回転している。官員録を用いて、明治一一年から数カ年に亘って大審院判事の任免についての定着率を試算すれば、二年目では初年度の約半数近くが、三年目では前々年度の九割以上が他の裁判所に転出する。いわゆるヒラの大審院判事の陣容は三年間ですっかり入れ替えられることになっていたのである。

こうした当時の大審院判事の人事にいかなる司法政策的背景があったのかは、この小論では詳かにすることはできない。だがそこにどのような理由があるにせよ極めて定着性に乏しいといわざるを得ない同院の人的構成では、最上級裁判所の裁判官として修得されるべきスキルがかなり短時間でしかも容易に継承されるような形で制度化されていなければ、「法憲ノ統一ヲ主持スル」ことを目指した大審院は常に機能不全に陥る危険性にさらされることになったはずである。法学教育の体系的自立の下に与えられる一定の法学識もそのような制度化を促進させる大きな要因となるが、上述したように、その効果が試される時期は未だ到来していない。それに同院判事に就任した者は各々の経験に学びながら職務に当たった、というよりか当たらざるを得なかったのであるが、だからといって大審院としての指針を個々の判断の中に、司法省の判断に抗うことまでして、自覚的に織り込んでゆくことには直接に結び付きはしなかった。

以上のように、人的側面からのかなり雑駁な一瞥を加えた限りでも、訓令システムがいささかなりともその「教導的」役割を發揮していたことが推知されよう。そしてその制度への依存性は、既存秩序の安定性への強い志向性によ

って条件付けられる余り、例えばそれが常用される擬律方法であればあるほどに、その用い方や解釈の変更には十分に確認の手續きが求められる一方で、他面での具体的正義の実現に向けての創造的運用に乏しい結果が予測されたのではなからうか。<sup>(10)</sup>

かくして「法憲ノ統一」を確保する当時のシステムとは、再言を厭わず述べれば、司法省との協働関係をなかば不可避的に求めるものであって、もし大審院が司法権の唯一なる担い手としての理念像を身に体しようとしても、実際には、制度上機能的に分化した刑事課配属の個々の判事たちの専門的熟練度に、未だ強く規定されていた段階にあったと考えられよう。なによりも法条適用の形式的統一性は、個別事件の内容において求められる実質的価値あるいは具体的妥当性の実現という裁判本来の要請と常にせめぎあうものであることは、今日疑念の余地はない。<sup>(11)</sup> そうであれば、それはもとより、個々の裁判官の自由な解釈活動の中でこそ昇華されるべき問題のはずであろう。そのためにはなによりも固有の意味での裁判(官)の独立が達成され、その前提として我が国における法解釈の主体的契機の確立が求められるなければなるまい。<sup>(12)</sup> しかしそもそもそのこと自体が、明治国家によって果たされるべき課題として意識されていたのかという問いを含めて、我が国における近代法の整備および法律学の自足的充実という大きな主題の下に、当該問題が系譜的に探求されるべき事柄であることを、今ここに改めて確認して筆を擱くことにしたい。

(1) 本稿第一章参照。

(2) 例えば、「西南戦争叛徒処分」(田中時彦執筆)『日本政治裁判史録(明治・前)』第一法規、昭和五十一年版、四一五頁以下。

(3) 菊山前掲「明治初期司法制度史研究の現状」、一一三頁以下。

(4) 明治九年四月に設置された司法省法学校速成科は、その第一期卒業生四七名を同一二年九月に世に送るが、その殆どは司法省出仕として採用されたという。手塚豊『明治法学教育史の研究』慶應通信、昭和六三年、一一三頁。

(5) 手塚前掲註書、一四五頁以下参照。

(6) 楠精一郎『明治立憲制と司法官』慶應通信、平成元年、二五三頁以下。

(7) 例えば、一二年に大審院から司法省へ質されたものの中で、同時期司法省内にて当時の現行法令の不備・欠陥を補正することを使命とした議法局修補課で建設的な方向で意見書としてまとめられたものはひとつとして見当たらない。同課は裁判業務に従事していた者を中心として組織されていたのであって、それゆえ、極めて法適用上の実際的な問題点が明るみに出されていたはずである。手塚豊「司法省修補課（明治十二、三年）関係資料」同著『明治刑法史の研究（下）』慶應通信、昭和六一年二六九頁以下参照。

(8) 青木は当時、「大審院首席判事」であったとも伝えられる。大植四郎編『明治過去帳』東京美術、昭和六三年版、二二八頁。

(9) 表3で示されるように、例えば川村、寛、鶴峰などは、後年再び大審院判事に復職する。特に寛は、再度の同院判事の職にあった明治二五年時には、児島惟謙を初めとした当時の大審院判事が花札賭博を行ったことについて、同二七年にはいわゆる同院判事千谷敏徳転補抗命事件についての、それぞれ懲戒裁判所判事を務める。尤も、この三者ともかの司法官刷新処分にて休職を命ぜられており、結局旧世代の裁判官として一線を退くことになる。尚、愛知県令関新平については、「明治十五年頃、政府が民権家を敵視して圧迫を加へた当時、尤も辛辣を極めた地方官中の三酷吏」の一人に数えられたという。宮武外骨『藩県制史』名取書店、昭和一六年、二六〇頁。

(10) 無論、本稿では成文の刑事法を対象として論じているがゆえの、裁判官の法文への被拘束性を考慮の外に置いているわけではない。

(11) 前掲『判例とは何か』、一六頁。

(12) 三ヶ月章「法の客体的側面と主体的側面」『自由の法理』有斐閣、昭和三八年、二五七頁以下。

〔一九九三・三・三稿〕

付記 本稿の校正段階で、久保田穰（『明治司法制度の形成・確立と司法官僚制』（利谷信義・吉井蒼生夫・水林彪編『法における近代と現代』日本評論社、所収）が発表された。拙稿にて触れた問題性に関係する視点からの展開も見られる。別稿にて取り上げたい。