

Title	「執行セズ」という死刑判決：明治十五年十一月一日・大審院判決をめぐる一考察
Sub Title	
Author	手塚, 豊(Tezuka, Yutaka)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	1983
Jtitle	慶應義塾創立一二五周年記念論文集：法学部法律学関係 (1983. 10) ,p.473- 491
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BN01735019-00000001-0473

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.

「執行セズ」という死刑判決

——明治十五年十一月一日・大審院判決を巡る一考察——

手塚 豊

- 一 はしがき
- 二 山田広吉事件第一審判決の内容と、その誤謬
- 三 「期限外上告」の制度
- 四 明治十四年太政官布告第八十二号適用の是非
- 五 むすび

一 は し が き

明治十四年十月二十三日の深夜、強盜容疑者を逮捕し、連行中の警視庁一等巡查清水久徳が、その容疑者から反撃をうけ、神田神保町の路上において短刀で殺害されるという事件が発生した。⁽¹⁾犯人山田広吉は、翌朝、逮捕された。⁽²⁾⁽³⁾そして東京裁判所の裁判に付せられたのである。

翌十五年二月二十八日、東京軽罪裁判所は、公務の執行を抗拒し官吏を殴打創傷して死に致した者（明治十五年刑法第一三九条、一四〇条、二九九条、以下単に「刑法」と呼んで引用する）として、犯人山田広吉に有期徒刑十五年の判決

を言渡した。⁽⁴⁾⁽⁵⁾そして、上告の期限三日を經過した(治罪法第四一四條)。ところが、その後、六月七日に至り、司法卿の特命で大審院検事今橋巖は、「期限外」上告を行ない、大審院もそれを容認、同年十一月一日、山田に対する原審を破棄し、改めて罪を免かれるための故殺であるとして(刑法第二九六條)死刑を宣告した。⁽⁷⁾当時、大審院の上告審には、被告は出廷せず、大審院の判決は、原裁判所を通じて、被告に伝達された。それがため翌十二月十一日、東京輕罪裁判所は山田を呼出し、大審院の死刑判決を伝え、且つ「死刑ハ今更執行ニ及ハザル儀ト心得ベシ」と言渡した。⁽⁸⁾

当時の有識者の中には、この異状な裁判所の措置に疑念をもった人もいたであろうと思われるが、残念ながらも、いまそれを確めえない。

昭和十一年、事件当時の新聞から、この事実を知った宮武外骨氏は、「公私月報」第七十四号に「執行せざる死刑の宣告」という一文を発表された。それによると、大審院の措置を「不可解」と感じた宮武氏は、牧野英一博士、中田薫博士らに質問したが要領を得ないので、自分で「法規分類大全」治罪門を丹念に精査した結果、明治九年一月三十一日・太政官布告第八号に「凡ソ上告期限内ニ検事及罪犯ヨリ上告セスシテ司法卿其裁判ヲ不当ナリトスル事アル時ハ期限ニ拘ラス大審院検事ヲシテ上告セシムル事ヲ得ヘシ」(期限外上告)とあることを知り、さらにその場合、大審院の上告審で死刑が宣告されても、その刑は執行しないという太政官指令(明治十二年一月二十日・司法省伺、同年二月十日・太政官指令)があることがわかり、この太政官布告及び指令が根拠になって、前に述べた異例とも思われる措置が行なわれたものと推測されている。⁽⁹⁾明治十五年には治罪法が施行され、それまでの刑事訴訟に関する諸法令は原則として失効した筈である。にも拘らず、刑事訴訟に関する明治九年の法令並に十二年の太政官指令が、そのままストレートに適用されるということに、何の疑問も感じられなかったのは、宮武氏が法律家で

ないためであろうか。

というのは、前述の大審院の措置には、宮武氏が挙示された太政官布告、太政官指令以外に、もう一つ別の法令が、根拠として考えられているのである。それは明治十四年十二月二十八日・太政官布告第八二号「大審院各裁判所ニ於テ明治十四年十二月三十一日以前審理ニ着手セシ刑事ハ十五年一月一日以後ト雖モ治罪法ニ拘ハラス仍ホ従前ノ規則ニ従ヒ処分スヘシ」である。山田広吉事件の裁判は、十五年の治罪法施行前から、すでに審理が開始されていた事案であるからというのである。

しかし、この明治十四年第八二号太政官布告を、「期限外上告」にまで適用することは、寔に疑問が多い。本稿は、この問題についての私見を述べ、大方の御批判を仰がんとするものである。

- (1) 明治十四年十月二十五日・朝野新聞。
- (2) 明治十四年十月二十六日・朝野新聞。
- (3) 警視庁関係者としては、二十四人目の殉職者である（「警察消防殉職録」・昭和二十四年・八二頁、「警視庁警察職員殉職者顕賞録」・昭和四十二年・一六四頁—一六五頁）。
- (4) 明治十五年三月一日・朝野新聞、時事新報。
- (5) 治罪法には、軽罪裁判所の始審に対する控訴の制があったが（第六三条、明治十四年十二月二十八日・太政官布告第七四号で「当分ノ内実施セズ」という臨時措置が採られていた。したがって覆審は、上告以外にはない）。
- (6) 治罪法第四一四条に「上告ノ期限ハ三日ナリトス但予審ニ付テハ言渡書ノ送差アリタルヨリ起算シ公判ニ付テハ言渡アリタルヨリ起算ス」とある。
- (7) 「大審院刑事判決録」・明治十五年十一月ノ部・一四四頁—一四六頁。本稿では判決原本からそれを引用した（本稿・四八四頁以下参照）。
- (8) 明治十五年十二月十三日・朝野新聞、東京日日新聞。
- (9) 宮武外骨「執行せざる死刑の宣告」・公私月報第七四号（昭和十二年十一月）・一頁。

二 山田広吉事件第一審判決の内容と、その誤謬

山田広吉に対する東京輕罪裁判所の第一審判決が、明治十五年二月二十八日に言渡されたことは、前に述べた。同年三月一日・朝野新聞の「裁判公報」によると、その内容は次の通りである。⁽¹⁾

二月二十八日東京輕罪裁判所落着

東京府麴町区下六番町七番地

幸吉方止宿 山田 広吉

其方儀短刀ヲ携へ森井林蔵方外三ヶ所ニ於テ暴行威迫シテ金円ヲ強取スルノミナラズ林蔵方ヲ立去リ巡查清水久徳ニ拘引セラル、ニ当リ明治十四年十月廿三日午前四時比神田裏神保町ヲ過グル際短刀ヲ以テ久徳ヲ傷ケ死ニ致シタル所為ハ刑法実施以前ニ係ルヲ以テ刑法第三条ニヨリ新旧ヲ比照シ旧律ニ因ルトキハ捕亡律罪人拒捕条ニ依リ斬ニ可処ノ処刑法第百条ニ照シ一ノ重キニ從ヒ第二百九十九条及第三百三十九条ト第百四十条トニ照シ有期徒刑十五年ニ処ス

但明治十四年第八十一号布告ニ照シ附加刑ヲ適セス (用の字脱か—手塚註)

「有期徒刑」に該当する罪は、明治十五年刑法によると「重罪」であるから(第七条)、東京重罪裁判所(東京控訴裁判所)の所管の筈(治罪法第七〇条)、それなのに、なぜ東京輕罪裁判所(東京始審裁判所)において、判決の言渡が行なわれたかといえ、それは本稿「はしがき」に引用した明治十四年十二月二十八日・太政官布告第八二号が適用された事件であったからである。この点は、後ちに詳述する。

さて、この判決の内容であるが、文章も拙劣でわかりにくく、また法律の適用も致命的な誤りをふくんでいる。

まず、この判決が言わんとしていることを、註釈すれば次のようになる。

一、明治十五年刑法施行前の犯罪であるから、犯罪時の法律による刑と、明治十五年刑法による刑とを比較して、軽い方を選択する（明治十五年刑法第三条）。

二、犯罪時の刑法として適用されるものは、新律綱領の罪人拒捕の条で、「凡ソ罪ヲ犯シテ逃走シ、捕吏ヲ殴チ、折傷以上ニ至ル者ハ絞、殺ス者ハ斬」である。

三、明治十五年刑法によると、被告の行為はまず第二九九条「人ヲ殴打創傷シ因テ死ニ致シタル者ハ重懲役ニ処ス」すなわち傷害致死に該当する。

四、さらにまた第一三九条「官吏其職務ヲ以テ法律規則ヲ執行シ又ハ行政司法官署ノ命令ヲ執行スルニ当リ暴行脅迫ヲ以テ其官吏ニ抗拒シタル者ハ四月以上四年以下ノ重禁錮ニ処シ五円以上五十円以下ノ罰金ヲ附加ス」と第一四〇条「前条ノ罪ヲ犯シ因テ官吏ヲ殺傷シタル者ハ殴打創傷ノ各本条ニ照シ一等ヲ加ヘ重キニ從テ処断ス」に該当する。この第一四〇条が指示する「殴打創傷」の「本条」は、前にも引用した第二九九条であるが、その量刑は重懲役である。それに「一等ヲ加ヘ」と、⁽²⁾有期徒刑になる。

五、被告の行為は、三と四の「二罪俱発」になる。しかし、その場合は重い一罪で罰せられるから（刑法第一〇〇条⁽³⁾）、四のみとなり、有期徒刑である。有期徒刑は十二年から十五年までである（刑法第一七条）。その中で十五年を選択した。

六、新律綱領ノ「斬」と、刑法の「有期徒刑十五年」を比較して、軽い方の後者を選った。

七、重罪の刑には宣告を用いず「終身公権剝奪」「監視」など、種々の附加刑がつけられている（刑法第三二条、第三七条など）。しかし、旧法時代の犯罪で、刑法により重罪に処せられたときは、新法の附加刑は免除されてい

る（明治十四年十二月二十八日・太政官布告第八一號第九條）。判決の但書はそのことを述べたものである。

以上が判決の内容である。この判決の文章だけから、その真意をくみとめることは容易ではない。それは余りにも悪文だからである。それはともかく、この判決の基本は、被告の行為を「傷害致死」とみた点にある。しかし、判決中には、そのように認定した根拠についての説明はない。その点も不備である。仮にその基本をそのまま認めるとしても、被告の行為を第二九九條と第一三九條および第一四〇條の「二罪俱發」（併合罪）としているのは、明らかな誤りである。それは「想像上ノ數罪俱發」であつて「數罪トシ論スル能ハ」ざるものである。すなわち被告の行為は、傷害致死であつたとしても、第一三九條第一四〇條に當る單なる一罪にすぎない。それは余りにも初歩的ミスであつた。

しかし、そもそも「傷害致死」とみた基本的認識に問題があつた。刑法には、その第二九六條に「重罪輕罪ヲ犯スニ便利ナル為メ又ハ已ニ犯シテ其罪ヲ免カルル為メ人ヲ故殺シタル者ハ死刑ニ処ス」という條項があり、それは山田事件に適用するにもつともふさわしいものであつたからである。

このような誤判を行なつた裁判官の見識は疑われても仕方がないであらう。同時に、この誤判に対し、上告手續を怠つた立會檢事の責任もまた免がれない。⁽⁷⁾

この判決に対し、当時の新聞には「警察官よりも右裁判に付其筋へ上申せられし由」という報道もみられる。警視庁においては、警察官の志気にも関することとて、この判決に対する不満を司法省に表明したものとと思われる。

上告期間終了後、誤判に気付いた司法省はその措置について苦慮したにちがいない。

治罪法にも非常上告の規定はあつた。第四三五條に「法律ニ於テ罰セサル所為ニ對シ刑ヲ言渡シ又ハ相當ノ刑ヨリ重キ刑ヲ言渡シタル場合ニ於テ定期内ニ上訴スル者ナクシテ其裁判確定シタル時ハ大審院檢事長ヨリ司法卿ノ命

ニ因リ又ハ職權ヲ以テ何時ニテモ非常上告ヲ為スコトヲ得」とあるのがそれで、被告人の利益のための規定である。しかし、山田事件の場合は「相当ノ刑」より軽い刑を言渡したのであるから、この非常上告の対象にはならぬ。⁽⁹⁾

そこで、司法省内において窮余の一策として考えられたのが、前にも一言した治罪法施行前の「期限外上告」の制度であったと思われる。次に節を改め、この制度の出現過程を考察してみたい。

- (1) 明治十五年三月一日・時事新報にも同じ記事がある。東京地方の下級審の判決原本は、震災、戦災でほとんど亡失し、現存していない。
- (2) したがって、この事件の判決原本も参照出来ず、裁判官名および立会検事名もわからない。
- (3) 刑法第六七条によると、重罪の刑は、死刑、無期徒刑、有期徒刑、重懲役、軽懲役の順序である。
- (4) 明治十五年刑法は、併合罪について吸取主義を採っている。
- (5) 治罪法第三〇四条には「裁判所ニ於テ刑ノ言渡ヲ為スニハ事実及ヒ法律ニ依リ其理由ヲ明示シ且一切ノ証憑ヲ明示ス可シ」とあり、山田事件判決は、この規定にも反している。
- (6) 岡田朝太郎「日本刑法論」(明治二十七年)・九七三頁以下参照。
- (7) 当時の判検事の多くは、西洋法学の知識に乏しい人が多く、それがため、明治十五年のフランス式の刑法、治罪法施行直後の裁判には誤判が決して珍らしくない(拙稿「讒誘律の廃止に関する一考察」・法学研究(慶大)第四七卷一〇号・二四頁以下、拙稿「明治十五年刑法施行前の不敬罪事件」・拙著「自由民権裁判の研究下」・昭和五十八年・四一頁、一四七頁―一四八頁等参照)。
- (8) 明治十五年十二月十三日・朝野新聞。
- (9) 明治十五年七月十五日、大津始審裁判所検事は、罰すべき所為に誤って無罪を言渡し、または相当の刑より軽い刑を言渡した判決も是正すべきではないかという意見を上申したのに対し、八月三日の司法省指令は、その場合は非常上告の対象にならないと断言している(「治罪法訓令類纂」・明治十七年・一七九頁)。

三 「期限外上告」の制度

明治初年以降の刑事の訴訟法において、上訴の制度がはじめて採用されたのは、明治五年八月三日・太政官無号

達「司法職務定制」で、東京近傍の府県の裁判所からは司法省裁判所へ、遠隔の府県裁判所からは司法省出張裁判所へ、それぞれ上訴の途が開かれた(第五四条、第五五条)。その後、明治八年五月、大審院設置に伴い、五月二十四日・太政官布告第九十三号を以て、上告手続は詳しく規定されるに至った。しかし、いわゆる「非常上告」的な制度はみあたらない。

この「非常上告」的制度が、はじめて採用されたのは、明治八年秋に発生した山科生幹事件が契機となつてのことであつた。この事件については、戦前、尾佐竹猛博士が「非常上告の始め、山科生幹一件」⁽¹⁾⁽²⁾を發表されている。これが同事件に関する唯一の詳しい論考であるといつていい。いま、主として尾佐竹博士の研究にしたがい、この事件の経過を追つてみたい。

京都御所に勤める公卿の家に生れた山科生幹は、長じて守旧派の仲間に入り、福沢諭吉の洋字はわが国を共和政治にするものであると信じ、明治六年十月に上京、翌七年には太政官写字生に就職したが、政府高官の動きに疑念を抱き、同志を集めての変革運動を計画、まず同郷の友人小林祐勝を仲間に入れようと考え、いろいろな虚言を述べて勧誘した⁽³⁾。山科は福沢の塾に入り動静を探索したところ、福沢は驚くべき事実を打明けたと、小林に話した⁽⁴⁾。それは、わが国を共和制にせんとする四カ条の盟約があり、三条、岩倉両大臣はじめ大隈参議も同調しているといふのである⁽⁵⁾⁽⁶⁾。この計画を打倒するには、華族を盟主とする有志を集め、天皇の内勅を奉じて事を挙げるべきである。それには、先ず盟主たるべき華族を説得する運動を始めようと、小林にもちかけた。小林はそれに同調、二人はそれぞれ二、三の華族邸を訪ねたが、門前払同様に断わられた⁽⁷⁾。そうした華族の一人である葉室俊顕が、宮内卿徳大寺実則に上申したので、一件が暴露し、山科、小林の両名が捕縛されるに至つた⁽⁸⁾。

そして、東京裁判所において審理の結果、八年十月七日、山科に対しては「不応為重」により「懲役七十日ノ処

素愛国ノ赤心ヨリ出ルヲ以テ情ヲ量リ贖罪金五円二十五銭⁽⁹⁾、小林に対しては「不応為輕」により「懲役三十日ノ贖罪金二円二十五銭⁽¹⁰⁾」を言渡した⁽¹¹⁾。もちろん、この判決は、新聞にも報道された⁽¹²⁾。十月十三日、新聞報道でこの判決を知った太政官は、司法省に対して、「重大ノ罪犯ニ相見候」「若シ不当之裁判ニ候得者大審院へ上告破毀ヲ求メ再審ニ可附此旨相達候事」と指示した⁽¹³⁾。

十月十七日、司法省はこの事件は、「上告期限三日間である——手塚註）已に相過候ニ付破毀ヲ求メ難ク候」と返牒した⁽¹⁵⁾。しかし、即日、太政官は司法省に対し、「山科生幹儀ハ国事犯ニ係ルヲ以テ検事ニ付シテ上告可為致旨及指令候ニ就テハ期限ニ不拘受理可致旨大審院へ可相達事」と、重ねて指令した⁽¹⁶⁾。

しかし、司法省としては、そうした一件を大審院へ達することは筋違いと考えたらしく、直に太政官に対し「山科生幹罪状ハ国事犯ニ係ルヲ以テ期限ニ不拘検事ニ付シテ上告可致旨御指令ニ就テハ大審院へモ其旨御達相成度此段上申候也」と申し出た。

太政官から、大審院への指令文は伝わっていないが、即日、指令した模様である。何となれば、のちの山科、小林に対する大審院の判決文に「大審院詰検事ニ於テ右東京裁判所ノ裁判ヲ不法ト為シ明治八年十月十七日大審院ニ上告シ云々⁽¹⁸⁾」という文字がみられるからである。

かくして、實際上、「期限外上告」が実現した。しかし、その直後、司法省はそうした事項は一般的成文法にすべきであると考えたらしく、十月二十三日、草案を副えて太政官へ上申、太政官は法制局の議を経て、翌九年一月三十一日、太政官布告第八号を以て発令した⁽¹⁹⁾。その内容は「はしがき」で述べた通りである。「期限外上告」の制度が成文法上確立したのである。

同年七月十二日、山科事件を審理した大審院は原審を破毀、改めて「国事犯」として、山科に対しては「除族ノ

上懲役一年可申付ノ処明治八年十一月七日口供甘結ノ日ヨリ起算シ滞獄三十日以外二百十八日ヲ過ルヲ以テ懲役百四十七日、小林に対しては「禁獄百日可申付ノ処明治八年十一月十五日口供甘結ノ日ヨリ起算シ滞獄三十日以外二百十日ヲ過ルヲ以テ直チニ放免ス⁽²¹⁾」と宣告した。山科は実刑に服したものとされる。

以上述べたごとく、「期限外上告」の制は、不当と思われる第一審判決を是正するための非常措置であった。治罪法の「非常上告」の制が、被告人の利益を守るためのものであることと比較すれば、根本的にその主旨を異にしたのである。

その後、約二年を経た十一年一月二十二日、司法省は「期限外ノ上告ニシテ其出スニ失スル者ノ如キハ満期放免後既ニ幾数年ノ久シキヲ經過スルモ大審院ニ於テ原裁判ヲ破毀スルトキハ再ヒ拘致服役不致候テハ相成ラス右様ニテハ實際不都合不勘ニ付自今其出スニ失スル者ニシテ期限外ノ上告ニ係ル者ハ仮令大審院之ヲ破毀スルモ再ヒ拘致服役スルヲ用ヒス原裁判ノ通り執行候様一定致度」と、太政官へ申出た。⁽²²⁾すなわち、期限外上告によって刑が重くなり、一旦釈放になった者を再服役させるような事態になった場合も、再服役はさせないという趣旨である。太政官もそれをもとめ、二月二十日に「伺之通」と指令した。⁽²⁴⁾さらに同年十二月十七日、この問題に関連して、静岡県は、期限外上告で死刑が宣告された場合「死刑ニ係ル者ハ特別ノ儀ニ付仮令期限外ノ上告ト雖モ破毀裁判通り執行可相成筋ニ可有之哉」と、司法省へ伺出た。⁽²⁵⁾翌十二年一月二十日、司法省は死刑の場合にも例外ではなく、執行しない旨を太政官へ問合せ、太政官は法制局への諮問を経て、二月十日に「伺之通」と指令した。⁽²⁶⁾期限外上告で死刑が宣告されても、その刑は執行しないという司法省の方針を、太政官も是認したのである。このときの「法制局議案」は「大審院ノ再審ヲ要スルハ唯法律ヲ回護スルニ在リテ之カ為ニ被告人ヲ害セサルハ普通ノ法理ナリ死刑ト雖モ亦同理ナルハ勿論ノ儀ト存候⁽²⁷⁾」と述べている。宮武外骨氏が、この伺、指令に注目されたことは、すでに「はし

がき」で述べた通りである。ここに至って「期限外上告」の場合も、妥当な法律の適用を護るだけが目的であって、被告人に対しては直接の不利益を与えないという方針が確立し、結果的には治罪法の非常上告とほぼ符合することになったのである。この「期限外上告」の制度は、明治十五年一月一日、治罪法の施行により消滅した。しかし、この制度が不死鳥のごとく蘇る時が来た。本稿の主題である同年十一月一日の山田広吉事件に関する大審院判決がそれである。

- (1) 尾佐竹猛「非常上告の始め・明治裁判物語（九）」・法曹界雜誌第七卷五号（昭和四年）・一〇三頁以下。本稿では便宜上、その論文を収録した博士の全集から引用する。なお、尾佐竹博士の前掲論考発表に先き立ち、宮武外骨「国事犯事件の非常上告珍談」・新旧時代第二年第七冊（大正十五年十月）二二頁以下と、相良武雄「山科生幹一件」・新旧時代第一年第八冊（大正十五年十一月）三八頁以下の二編があるが、共に簡単な短編である。因みに後者は、前者の続論で、「相良武雄」は、尾佐竹博士の筆名の一つである。
- (2) 尾佐竹博士は、記述の出典を全く明示されていないので、どのような文献を利用されたかはわからない。なお、山科生幹一件に関する太政官 司法省間などの伺、指令の類は、「法規分類大全 治罪門（一）・刑事諸則」・一〇八頁―一〇九頁に収録されており、それは「太政類典」（第三編第三四七卷・治罪）所載の「京都府士族山科生幹国事犯ニ係ルヲ以テ期限外上告ヲ許ス」一件書類と同一であるが、判決文は入っていない。
- (3) (4) (5) 尾佐竹「疑獄難獄」・尾佐竹猛全集 第一卷（昭和二十三年）・一〇四頁、一〇五頁。
- (6) その頃、わが国が共和制になるという風聞は、相当広く伝わっていたようである。明治十年五月、福島においては、現職の六等警部平田保直外二名が、それを憂慮し、義兵の準備中に検挙され、兇徒聚衆罪に問われた事件がある（「福島県犯罪史」・昭和四十年・一五四頁以下）。
- (7) (8) 尾佐竹・前掲全集・一〇六頁、一〇七頁。
- (9) (10) 明治三年の新律綱領雑犯律「不応為」に「凡律令ニ正条ナシト雖モ情理ニ於テ、為スヲ得応カラサルノ事ヲ為ス者ハ、笞三十、事理重キ者ハ、杖七十」とあり、さらに五年四月、太政官布告第一二二号「懲役法」により「笞三十」は懲役三十日、「笞七十」は「懲役七十日」に換刑、さらに改定律例（六年六月十三日、太政官布告第一〇六号）の「改正贖罪收贖例」により「懲役七十日」は「五円二十五銭」、
「懲役三十日」は「二円二十五銭」の贖罪金となる。
- (11) 尾佐竹・前掲全集・一〇七頁。但し山科に対する贖罪金が「五円二十銭」と誤記されている。
- (12) 例えば明治八年十月九日・朝野新聞。なお、明治八年十月二十五日・朝野新聞の無題論説は、山科事件に対する量刑の甘さを批判している。

(13) 前掲法規分類大全・治罪門(一)・刑事諸則・一〇八頁。

(14) 明治八年五月二十四日・太政官布告第九三号の第二章「上告総則ノ事」第三十条に「上告ヲ為サント欲スル囚人ハ裁判言渡ヨリ第三日迄
三日間ハ上告願状ヲ其裁判所ノ書記局ニ捧ケ又第十日迄ニ上告趣意明細書ヲ作り同ク書記局ニ捧クヘシ」とある。
ニ決行セス

(15) (16) (17) 前掲法規分類大全・治罪門(一)・刑事諸則・一〇八頁―一〇九頁。

(18) 尾佐竹・前掲全集・一〇九頁。

(19) 前掲法規分類大全・治罪門(一)・刑事諸則・一〇九頁。

(20) (21) 明治七年五月二十五日・太政官布告第五七号「滯獄罪囚減役例凶」に「凡懲役十年以下ノ罪人疑難等ニ係リ口供甘結後滯獄三十日
以外ニ及フ者ハ並ニ三十日ヲ除ク外曠過スル日ヲ本罪内ニ算入シテ罪ヲ科ス」とある。口供甘結すなわち結審後の未決拘留日数から三十日を
除いた日数は本罪に算入する規定である(未決通算)。

(22) 尾佐竹・前掲全集・一〇八頁―一〇九頁。

(23) (24) (25) (26) (27) 前掲法規分類大全・治罪門(一)・刑事諸則・一一四頁―一一五頁。

四 明治十四年太政官布告第八十二号適用の是非

「期限外上告」にもとづく大審院の判決は、明治十五年十一月一日に、左の通り言渡された。⁽¹⁾

判文

東京府麴町区下六番町十七番地

平民 幸吉弟 山田 広吉

明治十五年二月
二十三年

右広吉ニ対シ明治十五年二月二十八日東京輕罪裁判所ニ於テ左ノ裁判ヲ申渡シタリ

(前掲した故、省略―手塚註)

本院検事今橋巖ハ司法卿ノ達ニ因リ明治十五年六月五日付ヲ以テ期限外ノ上告ヲ為シタリ

東京府平民山田広吉捕吏ヲ毆殺シタル件東京輕罪裁判所ニ於テ別紙ノ通裁判之アリ候処右ハ本犯口供及
檢視調書ニ依レハ果シテ握リシ手ヲ放タシムルノ目的ニ止マリシナラハ手ヲ放チシ後胸部ヲ刺スニ及ハ
ス二回マテモ胸部ヲ刺シタルハ故殺ノ所為ナルコト明カナリ何トナレハ胸部ヲ刺ストキハ其人死ニ至ル
ヘキハ通常ノ事ナレハ胸部ヲ刺シテ殺意ナシト云フハ別段ノ証アルノ外決シテ理ノ許サ、ル所ナレハナ
リ就テハ本件ハ新旧法ヲ比照シ其刑等シキニ付刑法第二百九十六条ニ依リ処断スヘキモノナルヲ同法第
二百九十九条第三百九十九条第四百条ニ依リ裁判ヲ為シタルハ不法ノ裁判ナリトス右ハ明治十四年中審
理ニ着手シタルモノナルニ因リ旧手続ニ従ヒ期限外上告可致旨司法卿ノ達ニ因リ上告期限外ノ破毀ヲ求
ム

弁明

原裁判所ノ簿冊ニ就テ被告人カ巡查ヲ刃傷セシ事実ヲ審按スルニ被告人ノ口供中ニ巡查自分ノ左方ニ附
添ヒ右手ニテ自分ノ帶ヲ緊ト握リ拘引スル際自分ハ逃走セント欲スレトモ身ヲ脱スルニ由ナキ故巡查ノ
腕ヲ傷クレハ帶ヲ握リシ手ヲ離スナラント慮ハカリ左手ニテ着衣ノ上ヨリ短刀ノ鞘ヲ押ヘ右手ヲ懐ヘ入
レ櫛ヲ把テ抜き放チシ刃先ヲ巡查ノ右ノ腕ヘ目掛ケテ力ニ任セ突立ツレハ巡查ハ何ヲスルト一喝シテ自
分ノ帶ヲ握リシ手ヲ放シ体ヲ少シク横向ニ為シタル時勢ニ乗シテ又二回計リ突立テ、逃ケ出シタル処巡
査ハ盜賊々々ト呼ハリ追逐スルニ付足力ヲ極メテ疾駆シ云々トアルニ依レハ被告人ハ特ニ巡查ノ拘引ヲ
逃脱セント欲スルノ意ニ出テ創傷シタル者ニシテ決シテ殺意アルニ非スト陳述スト雖モ果シテ逃脱セン
ト欲スルニ止マルモノナラハ最初一回巡查ノ腕ヲ傷シ其手ヲ放セシ際直チニ逃走スヘキ筈ナルニ手ヲ放
シタル後猶勢ニ乗シ二回胸部ヲ突傷シタルハ之レヲ以テ殺意ナシト云フヲ得サルナリ依テ被告人ノ所為

ハ旧法ニ在テハ罪人拒捕条捕吏ヲ殺ス者ノ律ニ擬シ新法ニ在テハ其罪ヲ免カル、為メ人ヲ故殺シタルモノト為シ刑法第二百九十六条ニ問擬スヘキ犯罪ニシテ新旧ノ法共ニ死刑ニ該ルヲ以テ新法ニ從ヒ処断スヘキモノナリト判定ス然ルニ原裁判所ニ於テ刑法第二百九十九条第三百三十九条第四百十条ニ問擬シタルハ擬律ノ錯誤ニ係ル不法ノ裁判ナリトス

判決

右ノ理由ナルヲ以テ明治十五年二月二十八日東京輕罪裁判所ニ於テ山田広吉ニ言渡シタル裁判ヲ平翻スルコト左ノ如シ

山田 広吉

前に弁明スル如クナルヲ以テ刑法第二百九十六条ニ依リ

死刑

明治十五年十一月一日

判事 山根 秀介

判事 土師 経典

判事 昌谷 千里

この判決には「執行せず」という文言はない。そのことは前にも一言したごとく十二月十一日、大審院の判決内容を本人に伝達した東京裁判所の言渡の中で述べられているのである。その模様を十二月十三日の朝野新聞は、次のように報じている。

強盗山田広吉は、昨年十一月、巡查清水久徳氏に拘引せらるゝ途中、神田神保町に於て、伺氏を殺害せ

「執行セズ」という死刑判決（手塚）

しものなるが、本年二月廿八日、東京輕罪裁判所に於て有期徒刑十二年を申渡されしが、検事は不当の裁判なりとして上告せられ……一昨十一日、同裁判所に於て高木判事（勤——手塚註）、野崎検事（啓造——手塚註）出廷にて左の通り申渡されしとぞ。⁽²⁾

東京府麹町区下六番町十七番地

幸吉方止宿 山田 広吉

右明治十五年二月二十八日東京輕罪裁判所ニ於テ山田広吉ニ言渡シタル裁判ヲ平翻スル左ノ如シ刑法第二百九十六条に依リ死刑

右之通大審院ニ於テ原裁判平翻相成タリト雖モ原裁判失出ニ係ルヲ以テ死刑ハ今更執行ニ及ハザル儀ト心得ベシ

大審院判決の執行は、原裁判所に任されているから、⁽³⁾東京輕罪裁判所は、前に述べた明治十二年二月十日・太政官指令に則り（本稿・四八二頁参照）、死刑は執行しない旨を被告に言渡したものと思われる。

それはともかく、十一月一日・大審院判決の内容の内、犯罪行為の分析、そしてまた法律の適用は正に完璧であつて、第一審判決とは比較にならない。しかし、検事が「右ハ明治十四年中審理ニ着手シタルモノナルニ因リ旧手続ニ従ヒ期限外上告云々」と述べている点、そしてまたそれを容認して判決を行なつた大審院の態度は、寔に問題がある。この検事の主張は、明治十四年十二月二十八日・大政官布告第八二号を根拠としていることは、すでに「しがき」で述べたが、いまいちどその条項を次に引用する。

大審院各裁判所ニ於テ明治十四年十二月三十一日以前審理ニ着手セシ刑事ハ十五年一月一日以後ト雖治罪法ニ拘ハラズ仍ホ従前ノ規則ニ従ヒ処分スヘシ

この布告の立法趣旨は、どこにあるのか、この布告の制定を求めた十四年十二月二十三日の司法省申奏は⁽⁴⁾

重罪軽罪ニ至ツテハ或ハ旧法ニ従ヒ或ハ新法ニ抛リ処分シテハ其手續錯雜ニ涉リ實際ニ於テ障礙ノ廉歟

カラス因テ本年十二月申事起訴ノ件大審院各裁判所ニ於テ審理シ又ハ糾問中ノ者ハ重罪軽罪ノ別ナク新

法実施後ト雖トモ總テ従前ノ規則ニ従ヒ処分スルコト相成候ヘハ官ニ於テモ事務ヲ速弁スルノ便アリ云々

と述べている。明治十五年刑法と治罪法の施行により、犯罪は重罪と軽罪に分けられ(別に違警罪もある)、それぞれ管轄裁判所が異なる。それまでは各地方裁判所が原則として全ての刑事事件の第一審を担当していた。例えば東京でいえば、それまでは東京裁判所が刑事の第一審を所管したが、新法実施後は、東京裁判所は東京始審裁判所となり、軽罪裁判のみを担当(軽罪裁判所として)、重罪は東京上等裁判所が改組された東京控訴裁判所(重罪裁判所として)の所管となつた⁽⁵⁾⁽⁶⁾。したがって東京裁判所で審理を開始した刑事事件の内、重罪に該当するものは、新法施行後、東京重罪裁判所へ移すべき筈。しかし、そのようなことをしては、非常に「錯雜」になり、事務の「速弁」にもならないから、従来通りの裁判手続をそのままとめるというのが、この布告の趣旨である。また、この司法省申奏を審査した参事院議案には、

治罪法第二十七条第二項ノ主義ヲ敷衍セシ者ニテ即チ当時ノ法律ニ背カス且審判上ノ錯雜ヲ省キ人民ニモ便宜ヲ与フルノ方法ニテ司法省ノ申奏ヲ至当ナリトス

とも云う。治罪法第二十七条二項は「頒布以前ニ為シタル訴訟手続当時ノ法律ニ背カサル時ハ其効アリトス」という条項である。要するに、新法施行前開始された合法的手続は、新法施行後も、新法により変更せず、従来通り、その手続の進行をみとめるというのである。すでに述べたごとく、重罪であるべき山田事件が、東京軽罪裁判所で判決が行なわれたのは、それがためである。

しかし、明治十四年太政官布告第八二号が適用されるのは、そこまでが限界である。それから先の訴訟手続、例えば上告、再審、哀訴などの手続はすべて新法たる治罪法およびそれと関連する指令、内訓によるべき筈。前掲布告の意味が、新法施行前審理を開始した事案は、徹頭徹尾、旧法によるという意味ではない以上、それは当然のことであろう。

このような見解の正しさを証明する証拠はある。例えば十五年以前は、訴訟関係書類の郵送は禁じていたが（明治六年四月二十八日・司法省達第六九号）、治罪法以後は、司法省内訓でそれをみとめている（十五年二月十七日・大審院伺、同月二十八日・司法省内訓⁽⁸⁾）。それがため、十五年以前に上告状を提出、十五年一月以降に上告追願書を郵送した場合、司法省は内訓でその受理をみとめている（十五年五月六日・大審院伺、同月十八日・司法省内訓⁽⁹⁾）。また治罪法施行前の明治十四年十二月、静岡裁判所で判決のあった前島豊太郎の讒謗律違反事件に際し、前島は直に上告、翌十五年三月、それが却下されるや、さらに再審（治罪法第四三九条以下）請求を行ない、それも九月に棄却されると、こんどは哀訴（治罪法第四三六条以下⁽¹⁰⁾）を行なっている。この再審、哀訴の手続はすべて治罪法の規定に準拠したものである。

もしも十五年前に審理が開始された事案には、旧法のみが適用されるとするならば、以上の事態はありえないことであった。

こうした視点から、山田広吉事件を考察すると、その事件に対して「期限外上告」の制を適用して死刑を宣告したと、そしてまた死刑は「執行せず」と言渡したことなどの一連の措置は、治罪法の施行によって消滅した筈の旧法令並びに太政官指令に準拠したものであって、疑う余地のない違法行為であったといふべきであろう。

（一） 最高裁判所保管の判決原本による。

(2) この言渡の公文書はみあたらない。したがって、新聞記事にみられる言渡文が全文であったかどうかもわからない。

(3) 治罪法第四三二条には「大審院ニ於テ原裁判言渡ヲ破毀シ直チニ裁判言渡ヲ為シタル時ハ原裁判所又ハ他ノ裁判所ヲシテ其執行ヲ為サシム可シ」とある。この規定の旧法に当る「控訴上告手続」(明治十年一月十九日・太政官布告第十九号)第三五条にも「大審院ハ……上告理アリト決ストキハ……大審院自ラ之ヲ審判スヘキ旨ヲ判シ若クハ単ヘニ其擬律ヲ平翻シテ原裁判所ニ發付シ処分セシム」とあり、同趣旨である。東京輕罪裁判所が、どちらの条項を準拠として「執行せず」との言渡を行ったかはわからない。しかし、期限外上告そのものが旧法であったから、この場合もまた後者の旧法に準拠したのかも知れない。

(4) 前掲法規分類大全・治罪法(一)・刑事諸則・二〇一頁。

(5) 始審裁判所、控訴裁判所という名称は官庁としての裁判所名であり、輕罪裁判所、重罪裁判所の名称は、實際に裁判を行うときの名称すなわち訴訟法上の名称である。

(6) 控訴裁判所が設置されていない地方では、始審裁判所で重罪裁判所が開かれ(治罪法第七二条)、また始審裁判所が設置されていない地方では、治安裁判所で輕罪裁判所が開かれ、予審を必要としない輕罪を審理した(明治十四年十月六日・太政官布告第五四号)。

(7) 註(4)に同じ。

(8) 前掲治罪法訓令類纂・一一五四頁—一一五五頁。

(9) 前掲書・一一〇七頁。

(10) 拙稿「讒誘律を巡ぐる二つの大審院判例」・法学研究(慶大)第四二卷二一—二二号(昭和四十四年)・七六頁以下。

五　　む　　す　　び

治罪法第四三五条の非常上告は、前にも一言したごとく、相当の刑より軽い刑が誤って言渡された場合には適用されない。非常上告は「被告人ノ利益」のためだからである。山田広吉事件の場合、この立法精神を生かすならば、誤判のまま放置すべきであった。それが当時の法律制度からみれば、もっとも妥当な措置である。にもかかわらず、司法省当局が敢て強引に「期限外上告」にふみ切ったのは何故か。それは、司法省、大審院が余りにも明らかな誤判を是正することにより、自己の面目を保持し、權威の失墜を免がれるためであったとしか考えられない。

山田事件と同じ明治十五年、大審院が演説に対しては適用できない筈の讒謗律を強引に適用した前島豊太郎事件と荒川高俊事件を、私はかつて紹介、考察したことがある。⁽²⁾それは、十五年以前に発生した演説による「不敬罪」を、十五年刑法の「不敬罪」と同等に重く罰せんとする配慮からであった。⁽³⁾

山田事件と前島事件および荒川事件を比較した場合、それぞれ動機は異なるが、成文法規を都合よく恣意的に解釈した点、さらに被告人の利益は全く顧慮しない点に、共通性がみられる。

法治主義の未熟さといえはそれまでであるが、当時の司法当局は、なんらかの政策的な目的追求のためには、法律解釈の厳格性あるいは個人の人權擁護というようなことも、簡単に無視する態度であったといわざるを得ない。山田事件にみられる「執行セズ」という死刑判決は、正にそうした姿勢の端的な表現であったのである。

(1) 井上正一「日本治罪法講義」下巻（明治二十一年）・二三六頁。

(2) (3) 拙稿・前掲二つの大審院判例・法学研究（慶大）第四二巻二号・七六頁以下、拙稿・前掲不敬罪事件・前掲自由民権裁判の研究下・二六八頁以下参照。

（三月十九日稿）