

〔論説〕

明治三十八年「刑ノ執行猶予ニ関スル法律」(法律第七〇号)について

三田 奈穂

目次

- 一 はじめに
- 二 導入をめぐる初期の議論
  - (一) 刑事法をめぐる国際会議と日本
    - 1 国際監獄会議
    - 2 国際刑事学協会
    - 3 同時代の日本の学界における論説
  - (二) 起案の開始
    - 1 現行刑法制定史概観
    - 2 最初期の草案

- 3 具体的な議論の内容
- 4 母法について
- (三) 明治三十年案
- 三 明治三十八年「刑ノ執行猶予ニ関スル法律」成立まで
  - (一) 法典調査会での議論
  - 1 「刑法聯合会議事速記録」にみる議論
  - 2 法典調査会会議日誌と明治三十三年「刑法改正案」の成立
- (二) 帝国議會提出諸草案と議論の内容
  - 1 明治三十四年改正案
  - 2 明治三十五年刑法改正案
  - 3 第一七回帝国議會提出議案について
- 三 「刑ノ執行猶予ニ関スル法律」の成立
- 四 明治三十八年特別法の運用
  - (一) 運用状況
  - (二) 執行猶予に関する訓令
- 五 おわりに

## 一 はじめに

昨年六月、刑の一部執行猶予導入に関する刑法一部改正法が成立した<sup>①</sup>。まもなく、現行の刑の執行猶予は「全部執行猶予」に名称を変え、裁判所が三年以下の懲役・禁錮の言渡しに際し、その一部の刑の執行を一年以上五年以下の期間猶予することが可能となる。新しい制度が導入される今、立ち止まってその歴史を振り返るのは有益なことである。刑の執行を猶予する制度の本質はいかなるところにあるのか、歴史はそれについて考える素材を提供してくれる。執行猶予の制度理解のなかで歴史的に重要な時期はいくつか挙げられるものの、本稿ではひとまず、最も古い制度導入の時期に焦点を当て、後の時代に研究をすすめていく足掛かりとしたい<sup>②</sup>。

執行猶予導入の歴史をどのように観察するかは、「刑の執行猶予」の意味を如何に認識するかによっていくつかの見方があるだろう<sup>③</sup>。広く、刑を免じる制度として理解する場合、その起源は近代以前に求められ、現在の恩赦に相当する制度は古代律令にまで遡って存在していた事実<sup>④</sup>が指摘できる。本稿では新しい制度の開始にあわせて示唆を得ることを主眼として、現行刑法に規定された刑の執行猶予の条文<sup>⑤</sup>の沿革を、直接的にたどることができる時期に焦点を当てて立法の詳細を検討していく。

## 二 導入をめぐる初期の議論

刑の執行猶予の起源はいかなるところに求められるのか。刑の執行猶予に関する法律が日本で最初に導入されたのは、明治三十八年(一九〇五)のことである。同四十一年の現行刑法施行前の一般刑法典である旧刑法(明治十三年

七月十七日太政官第三六号布告・同十五年一月一日施行）には、刑の執行猶予に関する条文は存在しない。このことは、旧刑法制定後から特別法制定までの間に刑の執行猶予に関する法律の立案が検討されていくことを示している。旧刑法の改正案として帝国議會に提出された最初の法案は、「明治二十三年刑法改正案」である。しかし、同案には執行猶予に関する規定は見当たらない。管見の及ぶ限りで認められる初期の草案は、後掲の明治二十五年に司法省法律取調委員会で起案されたものである。同案は、同省参事官横田国臣の主導で起草されたことで知られているが、横田は別の機会に、刑の執行猶予は「万国刑法会議」で採用が決定されたものであって、導入に賛成である旨を述べている。<sup>7)</sup>そこで、まずは当時の国際会議の影響を視野に入れながら、初期の草案について検討していく。

### (一) 刑事法をめぐる国際会議と日本

横田国臣の発言として記録された「万国刑法会議」とは、どのようなものであろうか。考えられるものは二つある。一つは日本の開国以前にヨーロッパでその母体が組織され、現在の犯罪防止及び犯罪者の処遇に関する国際連合會議に引き継がれる国際監獄會議(The International Prison Congress<sup>8)</sup>)であり、もう一つは明治二十二年(一八八九)に設立された国際刑事学協会(Internationale Kriminalistische Vereinigung<sup>9)</sup>)である。

#### 1 国際監獄會議

(1) 開催の経緯 国際監獄會議は、各国の自由刑の処遇を統一するために組織された會議体である。設立の経緯については、正木亮「国際監獄會議」<sup>10)</sup>に詳しい。以下、正木氏の研究を中心にその概略をまとめる。

周知のように、ベッカリア *Cesare Beccaria* が一七六四年に表した『犯罪と刑罰』“*Dei delitti e delle pene*”の影響によって、拘禁刑の需要が高まることとなるが、一方で、ヨーロッパ諸国では監獄内での処遇方法が国によって異なる状況が懸念された。犯罪の原因・動機はこの国でも同じところに帰するにもかかわらず、自由刑の処遇が統一されていないのは矛盾している。刑罰の目的は犯罪人の改善にあり、改善施設として監獄を改良するためには、制度に関する争論が一つにまとまらなければならない。以上の目的で、一八四六年、ドイツのフランクフルト・アム・マインにおいてドイツ・オランダ・ベルギー・フランス・デンマーク・イギリスの学者・実務家による国際的な会議が開かれた。しかし、会議は三回で一時中断し、その後、独自の監獄改良を進めてきたアメリカ合衆国が中心となって会議を再興、一八七二年(明治五)、ロンドンにおいて正式な第一回国際監獄会議が開催される。次いで、一八七八年ストックホルムにて第二回<sup>11)</sup>、一八八五年ローマにて第三回会議がおこなわれた。同会議では、第一回刑事人類学会が同時開催されている。国際刑事学協会の設立者の一人であるハメル *Gerard van Hamel* は、この会議での報告準備の際、リスト *Franz von Liszt* の論考に感銘を受け、交誼を結ぶようになったと伝えられる。<sup>12)</sup>

(2) 刑の執行猶予に関する議論と日本代表の派遣 第四回以降の国際監獄会議は、それまでと一線を画することとなった。従来の関心は、監獄での拘禁や囚人の処遇方法など自由刑執行の「輪郭」を定めることにあつたが、第三回会議がイタリアで開催されたこともあって、執行の目的、犯罪行為に至った犯人の個別的原因に関する観察、その観察に基づいた執行方法など、自由刑の内実に触れた検討がおこなわれるように変化したのである。第四回会議、すなわち一八九〇年(明治二十三)、ロシアのサンクトペテルブルクで開催された会議は、本稿において重要な位置づけにある。それは、同会議において初めて、刑の執行猶予(当時は「条件付判決」と呼称)という考え方が議題として取り

上げられ、<sup>14)</sup>また、日本が初めて国際監獄会議に委員を派遣したのも、この会議であるからである。

第四回サンクトペテルブルク国際監獄会議に提出された執行猶予に関する議案は、当時の日本で次のように翻訳・紹介されている。

第四問 左に掲ぐる二法を刑律中に加ふるには如何なる種類の犯罪に対し如何なる条件を以て如何なる場合に之を用ふるを可とするや

一 裁判官は犯罪人に対して単に勤戒を加へ別に処刑の申渡を為すことなし是を勤戒法と為す

二 裁判官は犯罪人に対して罰金禁錮其他の刑を申渡すと雖も其犯罪人にして再び罪を犯すに至らざれば前に申渡したる刑を執行することなし是を処刑停止法と為す

本問題に就ては立法部及び総會議に於て討議を遂けたるの後其決議を猶予することを宣告せり<sup>15)</sup>

正木氏の研究によれば、議案を提出したのはリストとキルヘンハイム Arthur von Kirchenheim<sup>16)</sup>、右史料にみえる通り最終的に議論が留保されるまでに、論点が次の四点到に整理されている。<sup>17)</sup>①短期自由刑の弊害は、執行方法の改良によって取り除くことができるか、②①が不可能である場合、短期自由刑に代えて譴責または条件付判決を導入することは有益であるか、③条件付判決は軽罪または重罪の場合にも許されるか、④条件付判決によって贖罪すべき犯罪の定義を立法するに当り、被害団体並に公の法律意識を要求する各個人に対する応報観念を含んだ法規を作るべきか。採決の結果、条件付判決を原則とするかどうかについては三一票対二二票で採決され、重罪に認めるかどうかについては二二票対二八票（三票棄権）で不採決となり、軽罪については二九票対二〇票（四票棄権）で採決された。なお、会議の前々年にベルギーで、翌年にはフランスにおいて特別法による刑の執行猶予が導入されている。<sup>18)</sup>

サンクトペテルブルク會議に参加したのは二五ヶ国総計五六四名で、この時日本は國際監獄會議に初参加し、ロシア公使西徳次郎と公使館書記官一名を派遣した。<sup>19)</sup> 政府代表が外交官で、なおかつ従来の議論を踏まえずに提出された日本の議題は、各国参列者の失笑を買ったといわれる。<sup>21)</sup> しかし、「この會議に加わったこと自体において、我が行刑学界の前途に光明を齎らしたことも亦事実である」。<sup>22)</sup>

一八九五年(明治二十八)の第五回パリ會議では、議案の提出量や出席者数(八〇八名)が著しく増加し、ポルトガルやルーマニア、ニカラグア等新しく刑法学者や行政官を派遣した国も多数あった。一方で、ドイツの大学・自由学派代表者の列席は無かった。日本側の出席代表者は、前回の反省を踏まえて内務省監獄課長の小河滋次郎<sup>23)</sup>が派遣されている。なお、前回會議以降、日本の監獄学は急激な変化を遂げる。現在の矯正協会の前身で明治二十一年に設立された大日本監獄協会は海外に対する日本の刑罰制度の紹介を積極的におこない、<sup>25)</sup> また、明治二十七年にイギリスとの間に締結された日英通商航海条約は明治三十二年を期として日本の法権回復を定め、監獄における外国人の処遇問題を現実のものとして、さらなる改良が課題となっていた。<sup>26)</sup>

パリ會議での刑の執行猶予については、次のような決議があった。

第六回 法律は、如何なる種類の、刑法違反に対し、如何なる条件、及、如何なる程度を以て、左の方法を、採用することを可とするか、

(イ) 裁判官が、非行をなしたる者に、刑の宣告の代りに、告戒又は教訓を為すの方法、

(ロ) 裁判官が、罰金又は禁錮、或は其の他の刑を宣告すと雖も、犯罪者、更に、復、処罰を受けざる間は、其の刑を適用すべからずと宣告して、其の執行を停止する方法、

部会議の議決、刑法上に於て、裁判官が、告戒、及、宣告後、刑の執行停止を適用するは、殆、同一の結果に導くべし、故に刑の執行停止に、尚、告戒を加ふるの要なしとす、

初会議（初犯か——筆者註）に、刑の執行停止を適用するの能力を、刑事裁判所に付与するの法律は、最、知られたる善良の規定なりとす、

総会議の議決、部会議と同じ、<sup>27)</sup>

執行猶予の是非について、その後の国際監獄会議で目立った議論はみられない。

## 2 国際刑事学協会

一八八九年に結成された国際刑事学協会は、アムステルダム大学教授のハメル、マールブルク大学教授のリスト、ブリュッセル大学教授のプリンス Adolphe Prins によって組織された国際的な刑事法の研究組織である。本会議には日本人委員を派遣した記録が無いが、当時の文献にも国際刑事学協会の会誌からの引用が見られ、学会の影響は少なくとも間接的に日本に及んでいると考えて差し支えないであろう。<sup>28)</sup>

ブリュッセルのアカデミー宮 Palais des Academies で開催された第一回セッションでは、前年にベルギーで実施された執行猶予に関する特別法の是非について、刑法体系に組み入れることを他国の立法者に奨励できるかどうかに関する議論の場が設けられた。これは、大会報告の第一議題として扱われ、報告にあたったのは、プリンスとインスブルック大学教授のランマッシュ Heinrich Lammassch である。<sup>29)</sup> なお、同会議での他の議題は、軽微な侵害に対する拘禁刑以外の手段、再犯防止対策、非行少年の処遇についてである。

プリンスは都市化に伴う人口密集地域の増加が治安の悪化を促したと公衆衛生に対する関心の高まりが新たな

法律違反行為を創出したことについて言及し、警察権力の介入がかつての何倍も個人に強い影響力を及ぼす時代であることを指摘した。微罪であっても所属する社会階級 *classe sociale* によって罰金刑を科すことができず、短期自由刑の言渡しが多い現状を憂い、特に労働者階級 *proletaire* にとって前科は生活手段を失うことを意味するという<sup>32)</sup>。次いで沿革について述べ、執行猶予の淵源は古代まで遡ることができるものの、直接的な成文法としては一八四一年のイタリヤ・サルデニアで導入され、後の統一刑法典 *Riprensione Giudiziale* (裁判所による譴責) として定着した<sup>33)</sup>。フランスではこれを元老院議員のベランジエ *René Berenger* が発展させ新たな法案が生み出されたが、最初に実現したのは一八八八年のベルギーにおいてである。執行猶予は単なる譴責や警告と異なり、一定期間刑の執行を延期し、執行される脅威をもってより強力な再犯の抑制 *frein* となる。猶予の対象となる罪種については、民事と関連のある犯罪、軽微な詐欺や窃盗、侮辱、暴力行為、そして威嚇効果が十分保たれる法律違反の大部分である、という。以降、国際刑事学協会では、執行猶予の是非をめぐって様々な議論が重ねられた。

### 3 同時代の日本の学界における論説

国際的に自由刑に代替する猶予の制度に対する関心が高まるなかで、日本においても時を同じくして、監獄改良と累犯対策を主たる理由として「条件付判決」制度の導入が主張されるようになった。管見の及ぶ限り、明治二十五年(一八九二)の時点で、『大日本監獄協会雑誌』には短期自由刑の弊害とそれに代わる制度として「条件付裁判」を導入している諸外国の議論が紹介され、次いで『国家学会雑誌』にも詳細の論考が寄せられた。長島鷲太郎「監獄改良ト刑法改正」(明治二十六年)<sup>35)</sup> は、統計的に刑罰の大多数を占めるのは短期自由刑であるが、その効力は薄弱で財政負担が大きいとの理由から、「附条件判決」を採用すべきであると主張した。曲木如長「監獄事業の大体」(明治二十

七年)<sup>36</sup>では監獄の不備が指摘され、「監獄ニ入ルトキハ却ツテ前ヨリ一層悪クナルニヨリ成ルベク監獄ニ入レザルヤウ」犯罪予防の策を講じる必要性を説いている。岡田朝太郎「累犯者ヲ減ズル一策」(明治二十七年)<sup>37</sup>は、累犯増加対策として、「条件附刑期延長ノ法」と「条件附刑ノ執行猶予」を併用すべきであると提案し、「罪アレバ刑ナカル可ラズトイフ原則(犯罪必罰——筆者註)ヲ守ルニ過ギテ初犯者中或者ヲ獄ニ投スレハ敢テ累犯者ヲ養成スルニ均シキ悪結果アルニ注意セザル」ことが累犯増加の要因となっている、と述べ、監獄改良とは別個の問題として執行猶予制度の導入を論じた。

## (二) 起案の開始

以上述べた背景のもとで、刑の執行猶予に関する立案がなされている。執行猶予は始め特別法として導入されたが、制定までの間、議論そのものは刑法草案の一規定としておこなわれた。以下、現行刑法制定の歴史を概観しながら、初期の執行猶予に関する草案を検討する。

### 1 現行刑法制定史概観

現行刑法制定の経緯は、草案の内容および作成された機関、人的構成等をもとに次の四期に区分される<sup>38</sup>。第一期は、明治十五年一月一日から施行された旧刑法と、明治憲法および明治刑事訴訟法(旧刑法と同日施行された治罪法の改正法)の発布を踏まえて司法省が起案した「明治二十三年刑法改正案」(四編四一四条)を第一回帝国議会に提出し、議決を経ずして帝国議会の会期が終了するまで。第二期は、明治二十五年一月、司法省に設置された刑法改正審査委

員会において「明治三十年案」が成立し、同三十二年法典調査会に改正作業が引き継がれ、「刑法改正案」(二編三〇〇条、明治三十三年頃成立)が作成されるまで。第三期は、明治三十四年第一五回帝國議會から連続三度にわたって刑法改正案が帝國議會に提出されるが、審議未了のまま閉会となるまで。<sup>40)</sup> 第四期は、明治三十八年二月「刑ノ執行猶予及免除ニ関スル法律案」が第二回帝國議會に提出され若干の修正を経て可決、さらに翌年司法省法律取調委員会において完成した「刑法改正案」(二編二六五條)が第三回帝國議會に提出され、兩院を通過、現行刑法が公布・施行されるまで、である。本稿で扱う執行猶予に関する規定の立案は、第二期以降におこなわれている。

## 2 最初期の草案

「刑法改正審査委員会決議録 刑法草案総則」に残された最初期の草案は、次の通り。

### 第四節 刑ノ執行猶予

第三七条 初犯ニシテ懲役又ハ禁錮六月以下ノ言渡ヲ受ケタル者ニ付テハ情状ニ從ヒ裁判宣告ノ日ヨリ五年間其執行ヲ猶予スルコトヲ得但シ併セテ執行ス可キ懲役又ハ禁錮ハ之ヲ通算

第三八条 初犯ニシテ罰金ノ言渡ヲ受ケ限内納完スルコト能ハサル為メ定役ニ服スヘキモノニ付テハ其日数ノ如何ニ係ハラス又前条ノ規定ニ從ヒ其執行ヲ猶予スルコトヲ得

第三九条 禁錮又ハ懲役六月以上ニ処セラレタル者ト雖モ他人ニ直接ナル損害ヲ生セサル事件又ハ財産ニ対スル犯罪ニシテ其損害ノ全部ヲ賠償シタル事件ニ付キ自首減等セラレタルトキハ又第三七条ノ規定ニ從ヒ其執行ヲ猶予スルコトヲ得

第四〇条 行刑ノ猶予ハ検事ノ申立ニ因リ又ハ裁判官ノ職權ヲ以テ刑ノ言渡確定スルニ至ルマテ何時ニテモ裁判所ニ於テ之ヲ決定ス

罰金ノ言渡ヲ受ケタル者ノ定役猶予ハ罰金ヲ納完スルコト能ハサルトキ検事ノ申立ニ因リ裁判所ニ於テ之ヲ決定ス

第四条 刑ノ執行猶予ヲ得タル者ハ剥奪公権モ亦之ヲ猶予ス

第四条 刑ノ執行猶予ノ期間内更ニ重罪ヲ犯サ、ルトキハ其猶予セラレタル刑ノ執行ヲ免除ス

第四条 刑ノ執行猶予ノ期間内更ニ重罪ヲ犯シタルトキハ当然後刑ト共ニ前刑ヲ執行ス<sup>①</sup>

第一回帝国議会に提出された「明治二十三年刑法改正案」が、審議を経ずして閉会となる（第一期）と、明治二十年一月、司法省は刑法改正審査委員を任命し、立案・審査を担当させた。当初は、司法省参事官横田国臣、判事亀山貞義、司法大臣秘書曲木如長、司法省参事官馬場愿治で構成されていた委員会は、翌月再編成され、委員長に司法省総務局長三好退蔵を置き、司法省参事官倉富勇三郎、検事古賀廉造、検事石渡敏一を委員に追加し、検事森順正に刑法改正取調兼務を命じた。そのときの議事録が「刑法改正審査委員会決議録」である。司法省で成立した草案は、先述のように横田国臣<sup>②</sup>主導のもとで作成されたと言われ、俗に横田案などとも称される。史料は、右に提示した個々の条文の後に、その規定が成立する過程で生じた議論の内容を（理由）として明示してある。随所に委員の名前が散見されるが、各学説が誰の主張によるものかは不明である。執行猶予に関する会議が行われたのは、明治二十五年五月から七月にかけてで、全四回、第二三回（明治二十五年五月四日）に導入の可否等および草案三七・三八条について、第二四・二五回（同年六月二十四日・七月一日、二回一括の記録）に草案三九・四〇条について、第二六回（同年七月六日）に草案四一～四三条について検討されている。

### 3 具体的な議論の内容

次に、史料に基づいて各条文の起案の段階で問題となった点を整理していく。まず、執行猶予制度導入の可否とそ

の形式について、執行猶予はヨーロッパでも試験中のもので批判的な見解もあることから、導入そのものを否定し、あるいは刑法典ではなく特別法として制定するべきであるとの見解が示された。しかし、短期自由刑の言渡しを受けた者を入獄させるのは、刑の目的を貫徹することができないだけでなく、「本人ヲシテ倍々悪習ニ深マシムル」恐れがあり、また、貧困を理由とする犯罪者を入獄させることはむしろ貧しさを助長させ、刑の効果を發揮しない、よって情状により行刑を猶予できる「便法」は必要である、として、主として短期自由刑の弊害回避という理由が強調された。

次いで、諸条の審議に入る。初期草案三七条成立の背景には、次の議論があった。猶予期間を五年としたのは、刑の時効の年限を基準としたからである。<sup>48</sup> 行状方正で罪を犯すことなく猶予期間を経過したときは、時効に倣い、執行の必要がないとしなければならない。また、拘留の言渡しを受けた者にも執行猶予を付すべきであるとの主張がなされたが、拘留は軽微で刑期の短いもの、特に行刑猶予を与えるほどの必要があるものではないとのことで、拘留は猶予の対象から外された。上限を六月とすることについて、特に議論の記録は無い。

三八条に関して、罰金刑の換刑としての労役場留置の処分は、経験則によって実益が否定されていることから、執行猶予の対象とされた。

三九条に関しては、議論が紛糾した跡がみえる。そもそも、執行猶予は短期自由刑の弊害を除くための制度であって、六月「以上」の刑の言渡しを受けた者は、たとえその犯罪が他人に直接の損害を生じさせないものまたは財産犯で自首減等されたものであっても、「犯状」は決して軽くはない。かつ、賠償額の多寡で執行猶予に付すべきかどうか決定されるのは、犯罪の情状によって執行猶予を付すとの趣旨に悖戻する。こうした批判に対して、そもそも獄

中の苦役を必要としない者に対して入獄を強いるのは、本人はもちろん国家のためにも避けなければならない。刑期が六月以上の者であっても、他の普通犯とは犯状の異なる、他人に直接の損害を生じさせない犯罪または財産犯で損害の全部を賠償し自首減等された者から、情状の重い者を除いて「外ニ於テ其行為ヲ檢束セシムル」ことは必要である<sup>(44)</sup>、との意見が述べられた。議論は「交々論駁」沸騰し決議には至らず、再議が決定された<sup>(45)</sup>。審議にあたっては、「便宜的ノ主義」との關係が指摘されている<sup>(46)</sup>。訴追に裁量が認められるのであれば、そもそも上限を六月に限る必要があるのかという。

同条は、法典調査会以降の草案には出現しないが、被害者なき犯罪や財産犯で全額弁償され自首減輕が適用された者は、短期自由刑を超えて、「情状」により執行猶予付判決の言渡しが可能であるとする基準が示された。これは、三七条に示された上限六月の刑期要件を全く取り除く規定である。こうした猶予の基準はどこから捻出されたのか。明治二十五年の刑事司法統計によれば、軽罪の裁判で扱った人員数が最も多いのが窃盜の七二八二五人、次いで賭博四五五二九人、監視規則違背一六七八三人であり、軽罪の人員数（一八二五九一人）上位を占めている<sup>(47)</sup>。このうち、全体の三割を占める賭博や監視規則違背は具体的・直接的被害がない犯罪行為であることが多い。監視規則違背そのものは前科欠格によって執行猶予の要件から外れるものの訴追裁量可能な「緘微ノ罪」として認識されており<sup>(48)</sup>、「他人ニ直接ナル損害ヲ生セサル事件」に対して短期自由刑の上限を超えて執行猶予可能としたのは、こうした事情が影響しているのではないか。また、旧刑法に規定された独特な自首規定を削除する動きとの關係も指摘できる。旧刑法には、財産犯の自首に対して次のような特別の必要的減輕規定が存在した。

第八六条 財産ニ対スル罪ヲ犯シタル者自首シテ其贓物ヲ還給シ損害ヲ賠償シタル時ハ自首減等ノ外仍ホ本刑ニ二等ヲ減ス其全部ヲ還償セスト雖モ半数以上ヲ還償シタル時ハ一等ヲ減ス

右は既遂と未遂で顕著に不合理な刑が言い渡されるなど問題の多い規定であって、明治二十三年刑法改正案の段階ですでに削除する方針が示されている<sup>(49)</sup>。しかし、猶予の基準を立案するにあたって、自首して贓物を本主に還付した者は犯罪の悪事を「悔悟」した者と看做して、六月を超える自由刑であっても執行猶予を可能にしたのは、律の精神を裁量に委ねる余地を残したと考えられる<sup>(50)</sup>。

諸条の立案理由に戻る。四〇条に関して、検事のみが執行猶予を決定するのではなく、裁判官にも裁量権が付与された。

四一条に関して、附加の剥奪公権<sup>(51)</sup>刑の猶予については否定的な見解が多く述べられたが、主刑の執行を猶予し附加刑のみ執行することは不道理であること、および猶予期間内に犯罪行為がなかったときは、主刑附加刑ともに免除されるとするのが「行刑猶予法」であるとして、剥奪公権も猶予されるように決定された。

四二条に関して、同案で「重罪」というのは、拘留・科料以外の刑に処せられたものを指す<sup>(52)</sup>。猶予期間を無事に経過した場合の効果については、条件付判決とするか、刑の執行を免除することに留めるか議論があった。前者は、執行猶予の目的は犯罪者の改良にはかならない、ゆえに本人にさらなる「美良」なるよう導き、かつ、罪を犯して生活するよりも罪を犯さずして生活する方が得であることを教えることが肝要である。単にその執行を免除するだけでは猶予期間経過後の再犯で刑が加重される、他の法令により前科による営業上等の妨害を受けることがある、前科を抹

消しなければ「自暴自棄の念」を起こさせるおそれがある、と主張された。一方、後者では、再犯の戒めのため前科を残すのは必要である、犯した罪蹟を湮滅させることは容易ではないにもかかわらず、僅かに裁判官の考えによってその罪蹟を湮滅させることができるとするのは不都合である、無罪と同視する場合には没収ができない等が主張された。本条も再議の対象とされたが、後者に決定している。<sup>33)</sup>

四三条については、特に議論は記録されていない。

#### 4 母法について

以上述べた議論を経て草案は完成した。次に、具体的な外国法の影響について検討していく。

「刑法改正審査委員会決議録」の史料冒頭には、「各国刑法参照」という表が残されている。本表は、刑法草案の各条文に関係・対応する各国（ドイツ、フィンランド、ハンガリー、イタリア、オーストリア、ベルギー、一八九三年フランス刑法草案、オランダおよび日本の旧刑法）の条文番号を列挙したものである。<sup>34)</sup>ただし、いつの時点での刑法草案と対比したものであるかについては不明で、また、使用された諸外国刑法の翻訳本の所在も定かではない。刑の執行猶予については、三三〇三九条に対応する外国刑法の表が作成されている。条数に変化はなく、初期草案の三〇〇四三条に相当する内容が規定されていたと考えられる。三三条にはイタリア刑法二六・二七条およびフランス刑法草案六七条、三四〇三七条までは提示されておらず、三八条には仏草六九条、三九条には仏草六八条が示されている。

イタリア刑法については、明治二十三年に曲木如長が司法省で翻訳した一八八九年ザナルデリ刑法典が残されている。

第二六条 法律ニ定メタル刑カ禁獄又ハ拘留一ヶ月、監視追放三ヶ月若クハ罰金、科料ノ三百「リール」ヲ超過セスシテ酌量減輕ノ情状アルトキ及ヒ犯人カ毫モ犯罪ノ為メ刑ニ処セラレタルコトナク又ハ註違ニ触レテ拘留一月以上ノ刑ニ処セラレタルコトナキトキハ裁判所ニ於テ其宣告セラレタル刑ニ代フルニ裁判上ノ譴責ヲ以テスルコトヲ得

裁判上ノ譴責ハ本人ノ特別ナル条件及ヒ所為ノ状況ニ該當シタル告戒ヲ為スモノニシテ裁判所ニ於テハ其犯シタル法律ト犯罪ノ結果トニ関シ公廷ニ於テ犯人ニ之ヲ言渡スモノトス

犯人若シ譴責ノ為メニ定メタル裁判所ノ公廷ニ出席セサルカ又ハ譴責シテ之ヲ受ケサルトキハ本罪ノ裁判宣告書ニ定メタル刑ヲ科ス

第二七条 前条ニ記載シタル場合ニ於テハ犯人ハ自ら其義務ヲ尽サ、ルヘカラス而シテ裁判官ニ於テ至當ト思料スルトキハ犯罪ニ付テハ二年、註違ニ付テハ一年以下ノ期限ヲ裁判宣告書ニ定メ以テ他ノ罪ヲ犯スニ当リ裁判所ノ見込ニ依リ適當ナル連帯保証人一名又ハ二名ヲシテ科料ノ名義ニ於ケル一定ノ金額ヲ納付セシムルモノトス但更ラニ罪ヲ犯スニ当リ法律ニ定メタル刑ヲ適用スルハ此限ニアラス

証人ノ資格ヲ判定スルハ裁判官ノ権ニ属ス

犯人若シ此義務ヲ履行セス又ハ適當ノ保証人ヲ差出サ、ルトキハ其裁判宣告書ニ定メタル刑ヲ適用ス<sup>(55)</sup>

右は、プリンスが国際刑事学協会第一回大会で言及したイタリアの譴責法である。そもそも、自由刑に代替する制度として譴責か条件付判決かというのは、国際監獄会議でもたびたび議論されたが、日本は譴責制度を採用せず、イタリア刑法の骨子が初期草案に及ぼした影響は小さい。しかし、プリンスの言によれば右譴責法が執行猶予の出発点と認識されており、起草にあたって条文が参照に供されたことは自然なことといえる。とりわけ、猶予判断の基準を初犯以外に「情状」に求めたことは、イタリア法に依拠しているとみてよいと考える。現行制度は裁判所が猶予の判断を選択するにあたって「情状」によると明文化されているが、当時の各国刑法において前科の有無のほかに情状のみ

<p>§ 2. -- Du sursis à l'exécution.</p> <p>Art. 67. -- Le tribunal peut, lorsqu'il prononce une peine inférieure ou égale à trois mois d'emprisonnement ou de détention contre un inculpé n'ayant pas encore été condamné pour un crime ou délit, ordonner qu'il sera sursis à l'exécution de cette peine.</p>	<p>第2節 刑執行の猶予</p> <p>67条 裁判所は、三月以下の懲役または禁錮の言渡しをする場合、被告人が前に重罪・軽罪の有罪判決を受けたことがなければ、刑の執行猶予を命令することができる。</p>
<p>Art. 68. -- Le sursis est révoqué de plein droit si, dans le délai de trois années, le condamné commet un nouveau crime ou un nouveau délit passible de l'emprisonnement ou de la détention.</p> <p>Dans ce cas, la première condamnation sera subie sans confusion avec la seconde.</p>	<p>68条 執行猶予の言渡しは、三年間のうちに有罪宣告を受けた者が新たに懲役禁錮を科しうる重罪・軽罪を犯した場合は、すべて取り消される。</p> <p>その場合、最初の宣告は次と混同されることなく執行される。</p>
<p>Art. 69. -- La condamnation sera considérée comme exécutée, s'il n'est pas prononcé de nouvelle condamnation dans les termes du présent article.</p>	<p>69条 前条の期間新たに刑の言渡しを受けなければ、刑は執行されたものと看做される。</p>

を選択基準として掲げるのは、イタリアだけである。<sup>(57)</sup>

一八九三年フランス刑法草案については、当時の日本語訳は見つけられなかったが、仏文は国際刑事学協会誌より入手可能である。<sup>(58)</sup> 同草案第五章には、特赦、刑の執行猶予、仮釈放に関する規定が置かれた。執行猶予については、第二節六七〜六九条まで、上掲の規定が置かれている。右の翻訳は筆者による。

猶予期間経過後の効果については、当時の現行法制はベルギーでもフランスでも刑の言渡しを失効する旨の規定があったが、この点については史料にみえる通り議論が分かれ、最終的に刑の執行免除制が採用された。背景には仏草案六九条の影響があったとみてよいだろう。同六八条と類似の規定も初期草案には見えており、当時のフランス法の影響は少なくとも執行猶予の初期草案に関しては大きいものであったと考えられる。<sup>(59)</sup>

(三) 明治三十年案

司法省ではさらなる議論があり、次の明治三十年案が完成した。

第三節 刑ノ執行ノ猶予及ヒ免除

第三〇条 初犯ニシテ懲役又ハ禁錮六月以下ノ言渡ヲ受ケタル者ニ付テハ情状ニ因リ裁判言渡ノ日ヨリ時効ノ期間内其執行ヲ猶予スルコトヲ得

第三一条 初犯ニシテ罰金ノ言渡ヲ受ケ納完スルコト能ハサル為メ留置ス可キ者ニ付テハ其日数ノ如何ニ拘ハラズ前条ノ規定ニ從ヒ時効ノ期間内其執行ヲ猶予スルコトヲ得但懲役又ハ禁錮ヲ執行ス可キ者ニ付テハ此限ニ在ラス

第三二条 懲役又ハ禁錮六月以上ニ処セラレタル者ト雖モ他人ノ生命、身体又ハ自由ニ直接ナル損害ヲ生セサル事件又ハ財産ニ對スル犯罪ニシテ其損害ノ全部ヲ賠償シタル事件ニ付キ自首減輕セラレタルトキハ第三十条ノ規定ニ從ヒ其執行ヲ猶予スルコトヲ得

第三三条 刑ノ執行猶予ハ刑ノ執行前檢事ノ申立ニ因リ裁判所之ヲ決定ス此場合ニ於テハ其決定アルマテ刑ノ執行ヲ停止ス

第三四條 剥奪公權ヲ科シ又ハ監視ニ付セラレタル者ニ付テハ第三十条乃至第三十二条ノ規定ヲ適用セス

第三五條 刑ノ執行猶予ノ期間内更ニ罰金以外ノ刑ニ該ル可キ重罪ヲ犯ササルトキハ其猶予セラレタル刑ノ執行ヲ免除ス

第三六條 刑ノ執行猶予ノ期間内更ニ罰金以外ノ刑ニ該ル可キ重罪ヲ犯シタルトキハ当然後刑ト共ニ前刑ヲ執行ス<sup>⑩</sup>

猶予期間経過後の効果を有罪判決の消滅ではなく刑の執行免除とし、仮出獄と同節内に規定が置かれた。初期草案との大きな違いは、二三条で執行猶予には必ず檢事の申立てを必要としたことと三四条で剥奪公權・監視が併科された

場合を適用除外としたことである。また、同節三九条には拘留に対する仮出場の規定が置かれた。<sup>(61)</sup> 本改正案は裁判官・弁護士会等に配布され、広く一般の意見が集められた。

### 三 明治三十八年「刑ノ執行猶予ニ関スル法律」成立まで

次に、現行刑法制定過程における第二期後半から第四期前半までを検討する。

#### (一) 法典調査会での議論

##### 1 「刑法聯合会議事速記録」にみる議論

明治三十二年、刑法草案起草に関わる権限は司法省から法典調査会に移され、第三部が作業にあたった。第三部長は横田国臣、起草委員は倉富勇三郎、石渡敏一、古賀廉造の三名で、いずれも司法省で経験のある人物である。草案の審議にあたる第三部の委員には、穂積陳重、富井政章、高木豊三、小河滋次郎、都筑馨六ら二十名が任命された。<sup>(62)</sup> 会議の内容は、「刑法聯合会議事速記録」で知ることができる。本史料には、明治三十二年六月六日から明治三十三年五月二十三日にかけての全十回の記録が残されており、第一回会議において、改正の基本方針として司法省で完成した「明治三十年案」を土台に改正案を作成することが決定された。<sup>(63)</sup> 刑の執行猶予については、「聯甲第五号 一 刑ノ執行猶予法ハ之ヲ設ケサルヲ可トスル乎」として、第三回会議（明治三十二年十月二十三日）および第四回会議（同月二十五日）<sup>(64)</sup>での議論がある。

刑法聯合會議では、起草委員が執行猶予の制度に関する趣旨説明をおこなった。犯罪必罰による不当な結果に対する個別的事情に応じた刑の言渡しおよび短期自由刑の弊害に対する改善目的の達成の二点が、倉富から述べられた。ただし倉富自身は執行猶予に反対している。刑の威嚇力を損なうのではないか、情状判断には被告人の経済状態が影響するのではないか、監獄の改良が遅れてしまうのではないか、といった点を危惧する<sup>(66)</sup>。執行猶予は新しい制度であり、日本は後進国なのだから、利害がまだ明瞭でないものを他国に先駆けて実施して後で悔いるよりも、もう少し様子を見てからでも遅くはないのではないかといい。これに対して同じく起草委員である古賀は、監獄費の節減と再犯の予防という二点から賛成論を展開した。監獄費が大幅に節約されるという点を説きながら、刑罰の目的は、隔離(遮断法)と改善更生(改良ノ手段)にあるとし、入獄させなくても本人がすでに改心しているのであれば、監獄に繋がらない方法で改良を促すのがよい<sup>(67)</sup>。さらに、ベルギーでは裁判官の濫用が指摘されたので、検事の請求を始めて始めて言渡すこととした、と述べている<sup>(68)</sup>。仮出獄との権衡や西洋の制度沿革に言及しながら、全く無経験な制度でもなく、監獄費が削減され、囚人を改良することができる、刑罰としての威嚇力についても、再犯による取消というひとつの「鏈」が付いている、と反論した。なお、古賀の「監獄費の削減」という財政事情に基づく導入の提言は厳しい批判を受け、後日、短期自由刑の弊害(生活の改善や職業教授の時間が限られる等)に改めたが、辻棲合わせにもみえる理由付けは攻撃の対象となった。

この他注目すべき意見としては、富井が猶予期間を無事に経過した後の効果を、刑の執行の免除ではなく、条件付判決に改めるべきであると主張していることが挙げられる。たとえ刑を執行しなくても事件は裁判所に出るから「世間ニ公ニ為ル」、それに加えて「終始脅カス終始長イ間恐怖」を伴い、これは無形であるがなかなか大きな一種の刑

である、長い間品行方正ならば判決の効力を失わせた方がよいと思う、と述べた。<sup>(69)</sup> 反対意見もあったが最終的に刑の執行猶予の導入は決定された。

## 2 法典調査会会議日誌と明治三十三年「刑法改正案」の成立

法典調査会には、前に検討した「刑法聯合会議事速記録」のほか、会議日誌が残されており、個々の条文に対する修正理由をうかがえる。明治三十二年十一月の記録では、<sup>(70)</sup> 猶予期間を無事に経過した場合の効果について意見が対立し、倉富・石渡は原案を維持する刑の執行免除制を支持し、都筑・富井は判決の言渡しを失効すべきだと主張した。審議の結果、都筑・富井の説が受け入れられ、刑の言渡しは（当然）消滅することに決定された。<sup>(71)</sup> 翌月二十五日には、古賀の提案により前科欠格の要件を狭めることが検討され、「罰金以外ノ刑ニ処セラレタルコトナクシテ云々」の文言が追加された。猶予期間については、五年に固定すべきであると主張されたが、倉富の提案により一年以上五年以下の範囲で裁量に委ねることと採決された。倉富はさらに、前科欠格の要件を設定するのであれば、権衡を保つために、主刑満期後十年以上を経過した者は前に一度刑事処分を受けた者であっても刑の執行猶予を認めることを提案し、そのように修正された。<sup>(72)</sup> 以上を受けて成立したが、左の明治三十三年「刑法改正案」(二編三〇八条)である。

### 第三節 刑ノ執行ノ猶予及ヒ免除

第三三条 左ニ記載シタル者禁錮一年又ハ懲役六月以下ノ言渡ヲ受ケタルトキハ情状ニ因リ裁判確定ノ日ヨリ一年以上五年以下ノ期間内其執行ヲ猶予スルコトヲ得

- 一 前ニ罰金以外ノ重罪ノ刑ニ処セラレタルコトナキ者
- 二 前ニ罰金以外ノ重罪ノ刑ニ処セラレタルコトアルモ其執行ヲ終リ又ハ其執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ十年以上罰金以外ノ重罪

ノ刑ニ処セラレタルコトナキ者

第三四条 剥奪公権又ハ監視ヲ附加セラレタル者ニ付テハ前条ノ規定ヲ適用セス

第三五条 刑ノ執行猶予ノ期間内更ニ罰金以外ノ刑ニ該ル可キ重罪ヲ犯シ又ハ猶予ノ言渡前ニ犯シタル罪ニ付キ罰金以外ノ重罪ノ

刑ニ処セラレ若クハ猶予ノ言渡前他ノ罪ニ付キ罰金以外ノ重罪ノ刑ニ処セラレタル者ナルコト発覚シタルトキハ猶予ノ言渡ハ之ヲ取消ス可シ但第三十三条第二号ニ記載シタル者ニ付テハ此限ニ在ラス

第三六条 刑ノ執行猶予ノ言渡ヲ取消サルルコト無クシテ猶予ノ期間ヲ経過シタルトキハ其刑ノ言渡ハ当然消滅ス<sup>(7)</sup>

法典調査会が作成した草案は、後述の帝国議會でその理由の一部が明らかとなるが、司法省案との大きな違いがいくつかある。被害者なき犯罪・財産犯の被害弁償および自首にかかる特例の規定が削除されたに留まらず、初犯に限られていた猶予の要件を拡大し、執行猶予を付すことができる禁錮(先の草案の軽禁錮に相当<sup>(8)</sup>)の上限を一年に引き上げた。また、猶予期間を固定せずに裁量に委ね、無事に経過した場合には、刑の言渡は消滅されることとなった。同案は、第一五回帝国議會提出案(明治三十四年改正案)の前身である。

## (二) 帝国議會提出諸草案と議論の内容<sup>(9)</sup>

### 1 明治三十四年改正案

明治三十四年、第一五回帝国議會に提出された改正案は、猶予期間の下限が二年に引き上げられた他は、語句の修正に留まり、内容はほとんど三十三年案と同一である。提出された「刑法改正ノ要旨」<sup>(10)</sup>によれば、刑法の目的は予防

にあり、累犯対策として短期自由刑の弊害を回避するため執行猶予を採用した、とある。議会上に提出された「刑法改正案参考書」により逐条理由を抜粋すれば、公権剥奪および監視は犯罪の性質が危険なものに対して付加されるものであって猶予できない（同案三二条）。また、猶予期間経過後の効果について、一定期間謹慎の状況にあるときは改悛したものとして犯罪者の汚名を免れ「純白ノ人ヲ以テ世ニ処スル」（同三四条）とした。<sup>(76)</sup> 議案は貴族院で先議されたが、委員会での審議中に会期末を迎えることとなる。

貴族院特別委員会議録には、執行猶予に関する次の議論が残されている。政府委員倉富は制度の導入について、監獄制度が完全でないところには、極めて適当な制度であると考える、と述べている。<sup>(78)</sup> 名村泰蔵は、旧刑法改正の必要性について、現在は「囚人カ沢山アル」からというが新刑法では減るのか、と質した。これに対して司法大臣金子堅太郎は、自由刑の受刑者数は新刑法によって激減する、と述べている。菊池武夫はこの改正案全体を通して、絶対に改正の必要があるという保障は無いと主張する。金子はこれに対して、刑の執行猶予に関しては、最も監獄経済上には必要で、それだけは単行法でよろしいではないかという議論も出るかも知れないが、刑法の大体の、本体が壊れて来るのであるから、制度の導入には刑法の改正を待たざるを得ない、としている。

## 2 明治三十五年刑法改正案

翌年、刑法草案は再び帝国議会上に提出される（第一六回帝国議会上提出案）。三十四年改正案との大きな違いは、猶予期間が無事に経過した後の刑の言渡しの効果が、「刑ノ執行ヲ免除ス」（三四条）とされたことである。<sup>(80)</sup> 貴族院（および貴族院特別委員会）では、執行猶予に関しては原案通り可決した。しかし、後に議された衆議院では、委員会における審議の途中で会期が終了する。「刑法改正案参考書」には、三四条の修正理由として、罰金刑には執行猶予が

認められず、猶予の効果として前科を抹消させると、罰金よりも重い懲役または禁錮に処せられた者は全く無垢の人となる機会を得るにもかかわらず、それよりも軽い罰金刑に処せられた者はどんな場合であっても言渡の効力を消滅させることができないという不権衡に配慮したことを述べている。<sup>(81)</sup>

#### 第四章 刑ノ執行ノ猶予及ヒ免除

第三十一条 左ニ記載シタル者一年以下ノ禁錮又ハ六月以下ノ懲役ノ言渡ヲ受ケタルトキハ情状ニ因リ裁判確定ノ日ヨリ二年以上五年以下ノ期間内其執行ヲ猶予スルコトヲ得

一 前ニ禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルコトナキ者

二 前ニ禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルコトアルモ其執行ヲ終リ又ハ其執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ十年以内ニ禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルコトナキ者

第三十二条 公権剥奪又ハ監視ヲ附加セラレタル者ニハ前条ノ規定ヲ適用セス

第三十三条 左ニ記載シタル場合ニ於テハ刑ノ執行猶予ノ言渡ヲ取消ス可シ

一 猶予期間内更ニ罪ヲ犯シ禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルトキ

二 猶予ノ言渡前ニ犯シタル他ノ罪ニ付キ禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルトキ

三 第三十一条第二号ニ記載シタル者ヲ除ク外猶予ノ言渡前他ノ罪ニ付キ禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルコト發覚シタルトキ

第三十四条 刑ノ執行猶予ノ言渡ヲ取消サルルコトナクシテ猶予ノ期間ヲ經過シタルトキハ刑ノ執行ヲ免除ス<sup>(82)</sup>

貴族院特別委員会での議論は、執行猶予の効果を示す統計を求める意見、三二条を削除し三二条但書としてはどうかという意見、拘留に適用されない理由に関する疑義、猶予期間の変更(一年以上三年以下)等細部にまで及んだ。村田保による全部削除説は比較的長く議論されたが、委員会での支持を得るには至っていない。原案維持のままが開か

れた貴族院では、菊池武夫(83)より旧刑法の全部改正は不必要であるという流れで、執行猶予は「単行法律」で定めるのが適当であるとの主張がなされた。加えて、改正案の理由書(84)に記載された点につき、未改良の監獄に入れるよりは刑の執行猶予をする方がよいというのは、理由にならないことが指摘された。これに対しては富井政章がフランスの事例を引き、短期自由刑の弊害から導入の重要性を説いている(85)。また、穂積八束は、第四章全体の削除を提案する(86)。理由は、昨年の案と比べて猶予期間経過後の効果が異なるためである(87)。政府の制度設計に迷いがあるのであれば、特別法として試験的に運用するのがよいのではないか、などと述べた。これに対して司法大臣清浦奎吾は、特別法で制定することはよいかもしれないが、現在刑法の全部の改正案が議題に上っている以上は、ことさら本章より削除して特別法にする必要もないであろう、学説は何年もかけて十分に研究し尽くしている、昨年の案と比べても実質を異にするという程のものでもない、と主張し、削除説は消滅した。

以上の議論を経て、刑の執行猶予を含む刑法草案がはじめて帝国議会で可決された。次いで衆議院では特別委員会において、親告罪や過失犯等犯罪の性質によって執行猶予を付すべきかどうか区別するのがよいのではないか、との提案がなされたが、帝国議会は会期末を迎え、執行猶予の可否をめぐる議決は得られなかった(88)。

### 3 第一七回帝国議会提出議案について

刑法改正案は、引き続き同年末の第一七回帝国議会上に提出されたが、議会は法案提出当日に解散され、審議に至っていない。執行猶予に関する条文は三十五年案と同文である。翌年四月に法典調査会は廃止され、刑法草案の起草作業は司法省に引き継がれることとなった。

(三) 「刑ノ執行猶予ニ関スル法律」の成立

日露戦争下において、挙国一致に名をかりて改正反対派を押さえて法案を通過させようとすることに對する批判や、多額の経費を必要とする刑法の改正は時局にかんがみて避けるべきであるとのことから、第一七回帝国議會以降、刑法の全部改正は見送られることとなった。<sup>(89)</sup> 一方で、衆議院議員元田肇<sup>(90)</sup>により、貴族院で可決した三十五年案中の執行猶予に関する規定をもとに作成された「刑ノ執行猶予及免除ニ関スル法律案」が第二一回帝国議會に提出される。提出された法案では執行猶予を付すことができる刑期の上限を一年から二年に引き上げたが、後に修正される。

刑ノ執行猶予及免除ニ関スル法律案

第一条 左ニ記載シタル者二年以下ノ禁錮ノ言渡ヲ受ケタルトキ裁判所ハ情状ニ因リ裁判確定ノ日ヨリ二年以上五年以下ノ期間内

其ノ執行ヲ猶予スルノ言渡ヲ為スコトヲ得

一 前ニ禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルコトナキ者

二 前ニ禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルコトアルモ其ノ執行ヲ終リ又ハ其ノ執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ十年以内ニ禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルコトナキ者

第二条 左ニ記載シタル場合ニ於テハ刑ノ執行猶予ノ言渡ヲ取消スヘシ

一 猶予ノ期間内更ニ罪ヲ犯シ禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルトキ

二 猶予ノ言渡前ニ犯シタル他ノ罪ニ付禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルコト發覺シタルトキ

第三条 刑ノ執行猶予ノ言渡ヲ取消サルルコトナクシテ猶予ノ時間ヲ經過シタルトキハ刑ノ執行ヲ免除ス

## 附則

本法ハ發布ノ日ヨリ之ヲ施行ス

本法施行ノ際確定判決ヲ受ケ未タ施行セサル者ニ本法ヲ適用スルコトヲ得<sup>(91)</sup>

明治三十八年二月七日、衆議院でおこなわれた第一読会において元田は、刑法の全面改正が難しいために、そのなかで最も今「適切に希望する」制度の導入を遅らせておくのは遺憾の極みであるとの趣旨を述べ、右の法律案を提出する。同案は翌日より委員会に付託され、審議された<sup>(92)</sup>。元田は、法曹で立法部にいる人の意見や先の貴族院の議事に参与した人の議論も調査して法案を作成した。いずれも入獄させない点については「十中八九ハ同感」で、刑法の全部改正は難しいから、そのために良い制度を葬っておくのは残念なので、「単行法律」として出すことにした。その際、旧刑法は修正せず、内容を刑法改正案から縮小した、としている。

個々の条文に関して元田は、次のように述べる。三条で条件付判決を刑の執行の免除に改めた理由については、猶予期間に謹慎を表して刑の執行を受けずに済んだといえ、社会においても、刑を受けた人と同様に遇するということとはないだろう。それで前科を抹消（「全免」）するということではなく、「執行ノミノ免除」ということにしたい。情状の基準については、「悪意」の程度、年齢、反省の度合い、再犯可能性、猶予すれば不正なことはしないという見込みが裁判官に定まった時に限って付することとする。現行制度が酌量しても免刑にはできない点について言及し、<sup>(93)</sup>特赦との違いについては、特赦は完全に赦すことであるが、猶予は心理的強制が働く。すなわち、再犯の防止に効果があるとする。

一方、米田実は、裁判が怠慢になる(「猶予サヘ付ケテ置ケバ宜イ、疑ハシイハ有罪ニシテ置ケバ宜イ」)ことを指摘し、政府委員石渡は濫用を懸念して、できるだけ要件を細かく規定しておきたいと述べた。丸山嵯峨一郎は、裁判官は神でない以上、情状により云々という点において間違いが生じてきて不平を招くことは当然起こりうる、という。以上の質疑を経て、元田より全九カ条から成る修正案が提出され、若干の修正を経て、委員会での可決をみる。ここで完成した案が、明治三十八年の特別法として成立する。衆議院本会議では森肇と花井卓蔵が特赦との抵触を指摘したが、委員会での修正案のまま可決された。後の貴族院では、既に第一六回帝国議会にて議論が尽くされたこともあって、委員会も含めて大きな対立は無く、そのまま可決した。もっとも、富井は政府が次回の帝国議会において刑法改正案提出の予定があるのならば制定の必要はないと述べている。<sup>94)</sup>

#### 四 明治三十八年特別法の運用

以上述べた経緯で、執行猶予に関する法律が成立する。全容は次の通り。

刑ノ執行猶予ニ関スル法律(明治三十八年法律第七〇号)

第一条 左ニ記載シタル者一年以下ノ禁錮ニ処セラレタルトキハ情状ニ因リ裁判確定ノ日ヨリ二年以上五年以下ノ期間内其ノ執行ヲ猶予スルコトヲ得但シ監視ニ付セラレタル者ハ此ノ限ニ在ラス

一 前ニ禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルコトナキ者

二 前ニ禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルコトアルモ其ノ執行ヲ終リ又ハ其ノ執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ十年以内ニ禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルコトナキ者

第二条 刑ノ執行ヲ猶予シタル場合ニ於テハ附加刑亦其ノ執行ヲ猶予ス但シ没収ハ此ノ限ニ在ラス

第三条 刑ノ執行猶予ハ裁判所ニ於テ検事ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ刑ノ言渡ト同時ニ判決ヲ以テ之ヲ言渡スヘシ

刑ノ言渡アリタル後ニ於テハ其ノ言渡ヲ為シタル裁判所検事ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ執行猶予ノ決定ヲ為スヘシ此ノ場合ニ於テハ其ノ決定確定ニ至ル迄刑ノ執行ヲ停止ス

刑ノ執行ニ着手シタル者ニ付テハ其ノ執行ヲ猶予セス

第四条 検事ハ刑ノ執行猶予ノ裁判ニ対シテハ刑事訴訟法ノ規定ニ從ヒ上訴ヲ為スコトヲ得

第五条 刑ノ言渡ニ対シ上訴アリタル場合ニ於テハ刑ノ執行猶予ノ裁判ハ当然其ノ効力ヲ失フ但シ上訴裁判所ニ於テ更ニ執行ヲ猶予スルコトヲ妨ケス

第六条 刑ノ執行猶予ノ期間内左ニ記載シタル事由アルトキハ執行猶予ノ裁判ヲ取消スヘシ

一 猶予期間内ニ犯シタル罪ニ付禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルトキ

二 猶予ノ裁判前ニ犯シタル他ノ罪ニ付禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルトキ

三 猶予ノ裁判前十年以内ニ禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルコト発覚シタルトキ

第七条 刑ノ執行猶予ノ取消ハ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ノ所在地ヲ管轄スル地方裁判所ニ於テ検事ノ請求ニ因リ之ヲ決定スヘシ

前項ノ決定ニ対シテハ刑事訴訟法ノ規定ニ從ヒ抗告ヲ為スコトヲ得

第八条 刑ノ執行猶予ノ裁判取消サレタルトキハ刑期ハ其ノ決定確定ノ日ヨリ之ヲ起算ス

第九条 刑ノ執行猶予ノ裁判取消サルコトナクシテ其ノ猶予期間ヲ経過シタルトキハ猶予セラレタル刑ノ執行ヲ免除ス

附則

本法ハ發布ノ日ヨリ之ヲ施行ス<sup>(5)</sup>

明治三十八年「刑ノ執行猶予ニ関スル法律」(法律第七〇号)について

〔表①〕 執行猶予付判決言渡し人員数(人)と猶予期間の全体に占める割合(%)

猶予期間	明治38年		明治39年		明治40年	
2年	874	81.6	1673	82.6	2726	82.7
2年1月以上6月以下	2	0.2	10	0.5	54	1.6
3年	182	17.0	322	15.9	457	13.9
4年	5	0.5	14	0.7	18	0.6
5年	8	0.8	7	0.4	41	1.2
不詳					2	0.1
執行猶予言渡し総数	1071		2026		3298	

(一)  
運用状況

猶予期間	明治41年	
1年以上	88	1.6
2年以上	3871	71.0
3年以上	1194	21.9
4年以上5年以下	292	5.4
不詳	5	0.1
執行猶予言渡し総数	5450	

※日本帝国司法省刑事統計年報、第31～34(明治38～41年)をもとに作成

ここでは、刑事司法統計を用いて明治三十八年特別法の運用状況の素描を試みる。刑事統計をみるにあたって、本制度は、現行制度とはその趣を異にし、猶予期間が無事に経過したことをもって前科が抹消されることはなく、刑の施行が免除されるに留まることに注意が必要である。また、確定判決後も、検事の請求または裁判所の職権によって執行猶予を付すことが可能(三条二項)であるため、当年の裁判によって執行猶予の言渡しがなされていない可能性がある。加えて、執行猶予の統計は従来の形式に追加で挿入されたもので、必ずしも統計的に望ましい値でないことを付言しておく。

旧刑法下において刑の執行猶予の制度は、明治三十八年四月一日から現行刑法施行前日の同四十一年

〔表②〕 重罪の対席裁判に係る罪名に対する刑の執行猶予

罪名	人	猶予期間
故殺	1	3年
殴打創傷致死	2	3年
同上	9	2年
12歳以上の強姦	5	3年
同上	1	2年
12歳未満の幼女姦淫	1	2年
12歳未満の幼女強姦	1	5年
重罪の執行猶予言渡し総数	20	

※日本帝国司法省第33刑事統計年報（明治40年）6頁をもとに作成

九月三十日まで、三年半にわたって運用された。同三十八年から四十一年まで通常第一審で言渡された執行猶予の人員数は、表①に示した通り顕著に増加している。旧刑法下での統計を通年で知ることができる三十九年と四十年に限ってみれば、軽罪の対席裁判における犯罪類型別人員数は、三十九年の統計で最も多いのが賭博で八一七人、次いで殴

打創傷（対直系尊属を除く）二二三三人、窃盗一四六六人、委託金品費消九五五人である。四十年の統計も同順で、賭博一二七〇人、殴打創傷（同上）三八六六人、窃盗一一三人、委託金品費消二一一一人である<sup>98</sup>。また、特別刑法犯は、罰金よりも重禁錮の言渡しが多い森林法犯が多数を占める。森林法犯の通常第一審対席裁判における執行猶予の言渡しは、三十九年で二三〇人、四十年で二九九人である。

特徴的な点に、猶予期間の八割が下限の二年に集中している点（表①）と、明治四十年の統計にみえる、二十人の重罪犯罪者に対する執行猶予の言渡し（表②）が挙げられる。以上の事実は、現行実務では猶予期間について三年を標準とした取扱いをし、四年、五年と長くなる傾向にあることと対照的であり<sup>99</sup>、また、制度施行の早い段階で、道徳的に非難される度合いの高い重罪に対しては、執行猶予を認めていたことが指摘できる。重罪のうち、故殺の法定刑は無期徒刑（旧刑法二九四条）であるが、六等以上減軽すれば執行猶予付判決が選択できる重禁錮一年以下の刑の言渡しが可能となる<sup>100</sup>。

(二) 執行猶予に関する訓令

執行猶予の実施にあたっては、特別法制定と同月、取扱いに関する訓令が諸官庁に発せられている。<sup>⑩</sup> 司法省が検事に発した明治三十八年四月司法省民刑甲第八三号訓令には、検事が執行猶予を請求する場合には「成ル可ク一定ノ住所ヲ有スル犯人ニ止ム可シ」(一条一項)とされ、住所不定の者に対する執行猶予付判決がなされた場合には速やかに住所を定めること(同条二項)、とされた。同訓令では執行猶予者の住所を管理することが規定されている。また、警察行政を掌った内務省には、執行猶予者に対する次の取扱いが命じられた。<sup>⑪</sup>

- 一 警察官署ハ刑ノ執行猶予人名簿ヲ備ヘ置キ裁判所検事局ヨリ刑ノ執行ヲ猶予セラレタル犯人ニ関シ通知ヲ受ケタルトキハ通知ノ年月日、氏名、年齢、住所、罪名、刑期、猶予期間、死亡、猶予ノ取消、執行免除其ノ他必要ナル事項ノ記入ヲ為スヘシ
- 刑ノ執行猶予人名簿ハ索引ヲ附スヘシ
- 一 警察官署ハ刑ノ執行ヲ猶予セラレタル犯人ニ対シ平素視察ヲ加ヘ又犯人猶予期間内ニ住所ヲ転シタルトキハ其ノ旨即時所轄検事局ニ通知シ且名簿写ヲ転住地ノ警察官署ニ送附スヘシ

右の訓令によって、執行猶予者は猶予期間を経過するまで社会内で警察による「視察」が加えられた。

## 五 おわりに

本稿では、明治三十八年に導入された刑の執行猶予について、その立案経緯を史料に基づいてできる限り詳細に明らかにした。当初は短期自由刑の弊害回避のために初犯者に限った起案がなされ、猶予期間は刑の時効の年限と同じ期間に固定されていた。しかし、欠格期間を設けることによって徐々に適用範囲は拡大し、また、猶予期間経過後の効果として前科を抹消させるかどうかは、政府内でも見解が一定しなかった。猶予の選択基準については、特に初期草案をめぐる議論のなかで、当初予定されていた実質的基準を見出すことができるであろう。

本稿は時期を限った論考であり、執行猶予の沿革研究としては不十分なものである。明治三十八年法が現行刑法にどのように引き継がれていくのか、また、保護観察の導入は検討されなかったのか等については、今後の課題としてい。

〔付記〕本稿は、平成二十五年年度慶應義塾大学法科大学院開講科目「テーマ研究（刑の執行猶予における国際比較）」での報告（同年十月一日「刑の執行猶予導入の歴史」）および平成二十六年五月十八日同志社大学にて開催された日本刑法学会第九二回大会ワークショップ「執行猶予」（オーガナイザー小池信太郎慶應義塾大学准教授、共同報告者星周一郎首都大学東京教授、同樋口亮介東京大学准教授）での報告をもとに執筆したものである。川崎友日同志社大学教授を含め、執行猶予研究グループの先生方には論考執筆にあたり貴重な御意見を頂戴し、ここに厚く感謝の意を表す。

### 注

（1）平成二十五年六月十九日法律第四九号、公布日から三年を超えない範囲内で政令で定める日より施行される。刑の一部執行

- 猶予については近年多くの論考が執筆されているが、代表的なものに、太田達也『刑の一部執行猶予』(慶應義塾大学出版会、二〇一四年)がある。本稿で「執行猶予」の文言を使用する場合は全部猶予を指し、一部猶予は意味しない。
- なお、史料の引用に際しては原則として新字体を使用し、既出の資料の出典には略称を用いた。年号表記については和暦を基本としたが、西洋の歴史的記述には西暦を用い、適宜併用した。また、歴史を扱う性質上、現在では使用が適切でない用語について、専ら学術目的のため最低限使用したことを断っておく。
- (2) 執行猶予の沿革に関する先行研究として、小野清一郎『刑の執行猶予と有罪判決の宣告猶予』(有斐閣、一九三二年)、岡本吾市『起訴猶予処分、留保処分、刑の執行猶予の教育学的考察』(司法研究第一九輯、報告書集二二、司法省調査課、一九三五年)、内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫『第二回帝國議會および第二三回帝國議會(貴族院審議まで)』(明治三十八年—四〇年)(後掲『刑法』(明治四十年)(6)所収)、姫嶋瑞穂『明治監獄法成立史の研究』(成文堂、二〇一一年)、金澤真理『刑の執行猶予の実体的考察』(刑事立法研究会編『非拘禁的措置と社会内処遇の課題と展望』現代人文社、二〇一二年所収)がある。
- (3) たとえば、小川太郎『わが国における保護観察』(『自由刑の展開』第二版、一粒社、一九七三年所収)。
- (4) 島善高『律令時代の恩赦』(法制史研究三四、一九八四年)。
- (5) 現行刑法の注釈については、金光旭『刑の執行猶予』(西田典之・山口厚・佐伯仁志編『注釈刑法』第一卷、有斐閣、二〇一〇年所収)。また、小池信太郎『量刑理論からみた刑の執行猶予』(刑法雑誌五二卷二号、二〇一三年)を併せて参照。
- (6) 吉井蒼生夫『現行刑法の制定とその意義』(『近代日本の国家形成と法』日本評論社、一九九六年所収)一六九頁。
- (7) 横田は、後述する法典調査会刑法聯合会において、次のように述べている。「万国刑法会議ガ之ヲ一般ニ布告シタデス刑ノ執行猶予ト云フモノハ採用スルヤウニト云フコトヲ、大変ニ宜イ」(法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書二五』商事法務研究会、一九八六年、一一二頁)。
- (8) 詳細は正木亮『国際監獄会議』(法務資料三九六号、一九六六年)を参照。なお、「国際刑務会議」の呼称を使用する場合もある(牧野英一『刑法の国際化』『刑法研究第十五卷』有斐閣、一九五六年所収)が、本稿では歴史的記述に重きを置き、かつての呼称が「万国監獄会議」であるのに鑑みて、「国際監獄会議」の呼称を使用する。筆者が本稿執筆にあたって参照したのは、日本の資料とアメリカ合衆国の報告書である。
- (9) 前掲牧野『刑法の国際化』五頁。設立当初の会員録に日本国名は記されておらず、一八九四年刊の会誌に東京大学で教鞭をとっていたレーンホルム Ludwig Hermann Loehnhojn の名がみえる (Mitgliederverzeichnis, Mitl. KV 4 (1894), 54)。なお、レーンホルムは日本刑法の英訳 THE NEW CRIMINAL CODE OF JAPAN (1907) もおこなっている。

- (10) 前注(8)参照。
- (11) このときの会議記録は、旧刑法に対する諸外国の反応を探るため出張中の村田保がドイツで入手し、村田保・山脇玄「独逸法律書」(全十冊、内務省、一八八八年)のなかで紹介している。『独逸法律書』については、拙稿『各国刑法比照』をめぐる一考察(法学政治学論究九二号、二〇二二年)四九頁を参照。
- (12) 国際監獄会議参加者には刑事人類学会への参列も認められ、記録購入の割引も認められていたようである。なお、ロンブローゾ Cesare Lombrosoも監獄会議に参加している。
- (13) 牧野英一「国際刑事学協会についての回想」(前掲『刑法研究第十五卷』所収)三七四・三七五頁。
- (14) 正木亮「刑の執行猶予とその過去・現在および将来」(『刑法と刑事政策』増訂版、有斐閣、一九六八年所収)には、「法廷において宣告された刑罰が条件付で猶予されることは刑事政策上望ましいものであるとして、世界的に問題化されたのは、一八九〇年のセント・ピーターズブルグ(レニングラード)の国際監獄会議においてであり、引きつづいて一八九五年のパリにおける第五回国際監獄会議でも問題にされ、ついにドイツにおける新旧両派の論争にまで発展した」(一二〇頁)とある。もっとも、第三回会議でも、拘禁刑に代わる「公の設備内の労働に就かしむる如き自由の制限」や「譴責」が刑罰の目的に適うかどうかが議題として検討されている(前掲正木「国際監獄会議」一三〇頁)。執行猶予の議題が提起されたのは第一部会で、後述する日本代表が参加したのは第二部会である。
- (15) 野村泰亨訳「露国万国監獄会議決議」(大日本監獄協会雑誌四〇号、一八九一年)三九・四〇頁。なお、会議全体の内容は『大日本監獄協会雑誌』二七〜三五・三七〜四〇・四二〜四六号、一八九〇〜一八九二年に掲載されている。
- (16) ハイデルベルク大学教授。もっともキルヘンハイムは第五回会議において、刑の執行猶予の導入について異議を唱え、プローションを伴うからこそその価値があると主張する。See ROELFF BRINKERHOFF & SAMUEL JUNE BARROWS, REPORT OF THE DELEGATES OF THE UNITED STATES TO THE FIFTH INTERNATIONAL PRISON CONGRESS 31 (1896), available at Internet Archive: [accessed 09/01/14](https://www.archive.org/details/1896-report-of-the-delegates-of-the-united-states-to-the-fifth-international-prison-congress-31-1896/page/n5/mode/2-up). 単に刑の執行を猶予するのではなく、プローションを伴うからこそ改善効果が認められるとする考え方は、回会議の日本代表であった小河滋次郎の後の見解に影響を及ぼしたと推測できる(小河滋次郎「刑法改正案ノ二眼目死刑及刑ノ執行猶予」明法堂、一九〇二年)。
- (17) 議論を整理したのは報告補佐役のスロツチエウスキー Sloutchevskyで、四点についてはアメリカの報告書にも記載がある。See CALER DWINELL RANDALL, THE FOURTH INTERNATIONAL PRISON CONGRESS, 172 (1891), available at *id.*: 報告書には、リスト・キルヘンハイムの他にも報告者の名がみえる。なお、②の「譴責」に相当する語に“administration”とあるのは、

- “admission”の間違いか。会議はフランス語が公式語とされたが、英語・ドイツ語での発言も許された。
- (18) 前掲小野『刑の執行猶予と有罪判決の宣告猶予』二四～三四頁。
  - (19) アメリカの報告書には書記官としてMr. Ohmiaeの名がみえるが、大前退蔵のことか (RANDALL, *supra* note 17, at 114)。
  - (20) 会議参加員の資格として、政府の派遣する正式な代表者の他、監獄局の高官、刑事法の大学教授、監獄協会の代表者、委員会によって招聘された者(特に監獄学の研究者、刑務官や少年院の教官、保護事業の代表)などが挙げられている (RANDALL, *supra* note 17, at 90)。
  - (21) 前掲正木「国際監獄会議」三六・三七頁および前掲姫嶋『明治監獄法成立史の研究』一八〇頁。
  - (22) 前掲正木「国際監獄会議」三六頁。
  - (23) 前回は一三九件であったものが二二三件まで増加した。ただし、議題数の増加は批判され、次回ブリュッセル会議で扱った議題は一六件に過ぎなかった。
  - (24) 派遣当時は、実務経験を積むため神奈川県典獄(刑務所長)に転任している。
  - (25) 前掲正木「国際監獄会議」五七・五八頁。
  - (26) このあたりの事情については、姫嶋瑞穂「外国人処遇対策と明治二年「監獄則」の改正」(前掲『明治監獄法成立史の研究』所収)。
  - (27) 加地鈔太郎訳「巴里第五回列国監獄会議議事要録」(大日本監獄協会雑誌九〇号、一八九五年)二七頁。同旨のものに、前掲正木「国際監獄会議」六一・六三頁およびBRINKERHOFF & BARROWS, *supra* note 16, at 30-37. アメリカの報告書には、報告内容の掲載もある。
  - (28) 前注(9)参照。
  - (29) たとえば、岡松参太郎「刑ノ執行猶予ニ関スル法律ヲ論ス」(法律経済学内外論叢四卷二号、一九〇五年)六六頁ほか、後注(34)の文献にも見られる。
  - (30) Adolph PRINS, *Condamnation Conditionnelle*, Bull. *UIDP* 1 (1889), 28-33.
  - (31) *Lammach*, *Empfiehl sich die Einführung der bedingten Verurteilung (belgisches Gesetz vom 31. mai 1888) in die Strafgesetzgebung der übrigen Länder und unter welchen Voraussetzungen?*, *MittlIKV* 1 (1889), 34-43.
  - (32) それは、誠実な人間 *honnête homme* には厳しすぎるところ。
  - (33) なお、筆者は一八四二年法を確認できていない。イタリア刑法の沿革については、森下忠「イタリア刑法沿革略史」(法務資

料四三二号、一九七七年)を参照。

(34) 加地鈔太郎「短期自由刑に代るべき諸刑に就て」(大日本監獄協会雑誌五三・五六号、一九九二・一九九三年)。

(35) 国家学会雑誌七卷七五・七六号、一九九三年。

(36) 国家学会雑誌八卷八四・八五号、一九九四年。

(37) 国家学会雑誌八卷八九・九〇号、一九九四年。

(38) 現行刑法制定の歴史の経緯については、前掲吉井「現行刑法の制定とその意義」および内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫『刑法(明治四十年)』(全十卷、日本立法資料全集二〇〇二七、信山社、一九九四二〇〇九年)所収の解説を参照。なお、制定史をどのように区分するについては議論の余地があるものの、本稿は歴史区分について論じることを目的としていないため、ここでは吉井氏の基準に従っておく。

(39) 法典調査会は、法典論争によって施行が延期された民商両法典改正のために明治二十六年三月に設置された内閣付属の立法・調査・審議機関である。同三十六年四月に廃止されるまで十年間存続したが、同三十二年の法典調査会規則改正を境に前期・後期に区分される。刑法草案の審議がおこなわれたのは後期で、第三部が担当した。

(40) 後述するように第二期で成立した刑法改正案は明治三十四年二月第一五回帝国議会に提出され、翌年一月第一六回帝国議会に若干修正された「刑法改正案」(二編二九九条)が、さらに同年十一月第一七回帝国議会に「刑法改正案」(二編二九八条)が提出されたが、議会解散のため審議には至らなかった。

(41) 杉山晴康・吉井蒼生夫編『刑法改正審査委員会決議録 刑法草案(明治二十八年・同三十年)』(早稲田大学比較法研究所叢書一八号、一九八九年)七九〜八七頁。会議は四月の仮出獄に関する決議に続いておこなわれた。

(42) 横田国臣は後年、大審院長として十五年在職し、大審院存続期間中誰もその記録を破っていない。大分県に生まれ慶應義塾に入塾したが学費を支払うことができずに退塾、埼玉県官吏に就職、後に司法省に入省、検事、司法省書記官に累進、明治十九年には欧米留学を命じられ、特にドイツには長く滞在して同二十四年に帰朝した。横田がドイツ法律学を身につけたのはこの留学の結果といわれる。帰朝後、司法省参事官として刑法改正に従事した(手塚豊・向井健「法学部法律学科」『慶應義塾百年史別巻(大学編)』慶應義塾、一九六二年所収、一七・一八頁)。

(43) 同案四五条には刑の時効の期限として、死刑三十年、無期刑二十五年、十五年以上二十年以下の有期刑二十年、十年以上十五年以下の有期刑十五年、三年以上十年以下の有期刑十年、三年以下の有期刑七年、罰金五年、拘留科料一年と起草された。猶予期間は原案は七年で固定されていたが五年に短縮された(後注(60)参照)。

- (44) 附言として、「損害の全部」と記したのは僅かな賠償で執行猶予を受けようとすることを回避するためである、とある。
- (45) 史料には条文に傍線が引かれている。二回一括の記録は、この部分の論争が激しかったことに起因するか。
- (46) 史料には、「行刑猶予ハ前々ヨリ便宜的ノ主義ヲ以テ之ヲ許スコトナリ居ルモノ」とあるが、当時の日本が起訴便宜主義を採用していたわけではなく、実務慣行としておこなわれていた微罪不検挙を意味する。詳しくは、三井誠「検察官の起訴猶予裁量(一)」(法学協会雑誌八七巻九・一〇号、一九七〇年)を参照。
- (47) 四番目に多いのが、詐欺取財及受寄財物費消の二六七四九人である(『日本帝国司法省刑事統計年報』第一八、明治二十五年、一一〜一七頁)。当時の賭博については、末澤国彦「明治後期における賭博罪の運用をめぐる一考察」(日本法学六九巻二号、二〇〇三年)を参照。
- (48) 前掲三井「検察官の起訴猶予裁量(一)」九二二頁。
- (49) 削除の経緯については、山火正則「現行「自首・首服」規定の成立過程」(神奈川法学三〇巻一号、一九九五年)二六三〜二六五頁を参照。
- (50) 新律綱領・改定律例において、財産犯で損害の全部を賠償し自首した者は、刑が免除された。律における自首については、矢野祐子「旧刑法における自首条の成立」(法研論集五六・五七号、一九九〇年)、水林彪「新律綱領・改定律例の世界」(石井紫郎・水林彪『法と秩序』岩波書店、一九九二年)、霞信彦「自首規定、その光と影」(『矩を踰えて』慶應義塾大学出版会、二〇〇七年所収)を参照。
- (51) 剥奪公権は、同案一二条に附加刑として規定される。その他の附加刑は、停止公権(史料には抹消線有り)、禁治産(同上)、監視、没収である。なお、付加の監視刑の猶予に関する規定は削除された。
- (52) 前掲「刑法改正審査委員会決議録」三七・三八頁。
- (53) ただし、史料には傍線が付されている。
- (54) 前掲「刑法改正審査委員会決議録」五二二八頁。解題については二七九・二八〇頁を参照。
- (55) 曲木如長訳『伊太利刑法』(司法省、一八九〇年)一一・一二頁。
- (56) 現行制度の猶予判断をめぐる問題については、植野聡「刑種の選択と執行猶予に関する諸問題」(大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系』四、判例タイムズ社、二〇一一年所収)を参照。
- (57) 岡田朝太郎「刑ノ執行猶予ノ立法例」(明治法学三八・三九号、一九〇二年)。
- (58) *Frankeich, Entwurf eines St.G.B.'s, supra* 9, 165-186.

(59) なお、初期草案三九条に諸外国の影響が皆無であるとはいえない。国際監獄会議で検討の対象とされた執行猶予を軽罪のみ付しうるか重罪にも認めるかという客観的な枠組みによる基準に加えて、一八八七年イギリスの初犯者考法では、犯人の若年・性格・経歴、犯罪が軽微であること、酌量すべき情状を基準として列挙し、同法は一九〇七年の全部改正で、健康および精神状態が加えられた。また、ノルウェーの一八九四年法は、犯人の年齢、普段の行状、犯罪が極めて軽微であること、特に特に酌量すべきものがあるとき、犯人の完全かつ合法になされた自白、被害者に対し謝罪の上その損害を賠償したこと、という行為者の個別の事情をも考慮した基準を明文化している。また、猶予の言渡しを付すことが可能な刑期の上限を六月としたことは、史料上は特に明記されていないものの、ベルギーの一八八八年法に倣ったか。猶予期間については仏草案には三年とあるが、刑の時効期間は同案に二年未満の懲役・禁錮刑について五年の期間が定められている。

(60) 前掲『刑法改正審査委員会決議録』二〇一―二〇三頁。参考までに、同草案では時効の期間が「有期ノ懲役又ハ禁錮ハ一中略三年未満ハ五年」(四一条三号)と定められ、重罪の刑については「死刑、懲役、禁錮、剥奪公権、監視及ヒ罰金ヲ重罪ノ刑トス」(九条一項)とされた。

(61) このほか、明治二十八年案があるが、執行猶予に関する規定は明治三十年案と同一であるため本稿では扱わない。

(62) 『法典調査委員会特別担任年月調(甲、乙)』(法務大臣官房司法部調査部監修『日本近代立法資料叢書二八』商事法務研究会、一九八六年所収) 五四―五六頁。明治三十三年には、刑法草案整理委員が任命されており、横田、倉富、富井、長谷川喬、古賀、石渡に加えて、同年十一月二十日に岡田朝太郎が任命された(六〇頁)。

(63) 内九回は収録されていない。

(64) 『法典調査委員会議日誌(第三部)』(前掲『刑法(明治四十年)(2)』所収) 一八三頁。

(65) 前掲『日本近代立法資料叢書二五』九二―一三〇頁。

(66) 倉富は、「コンナ変ナ罰スルトモ罰セヌトモ付カヌヤウナ事ハ止ス方ガ宜シイ」という。

(67) 古賀は、新派刑法学の影響を受けて犯罪者は「懲治」できる者として二つに分けられると説いた。

(68) なお、後に施行された法律では執行猶予は検事の請求または裁判官によって付すことが可能とされたが、大正期には起訴猶予裁量の拡張によって、検事の請求による執行猶予が漸減していくことが指摘されている(三井誠「検察官の起訴猶予裁量」(二)『法学協会雑誌九一巻七号、一九七四年、九一頁]。)

(69) 前掲『日本近代立法資料叢書二五』一〇二頁。

(70) 当初は前月十三日に執行猶予に関する会議をおこなう予定であったが、延期されている。その後、二十三・二十五日の聯合

会を経て詳細の加除修正が加えられた。

- (71) 前掲『刑法(明治四十年)(2)』一八八頁。
- (72) この後も刑法草案の整理作業は続けられたようだが、目立った議論は見られない。
- (73) 前掲『刑法(明治四十年)(2)』四七一・四七二頁。同節三七〇三九条は仮出獄・仮出場に関する規定である。
- (74) 帝国議会における審議経過の様子は、特に言及がない限り松尾浩也増補解題・倉富勇三郎・平沼騏一郎・花井卓蔵監修・高橋俊俊・小谷二郎編集『増補刑法沿革総覧』(日本立法資料全集別巻二、信山社、一九九〇年)による。
- (75) 本史料は議会開催の際に参考資料として配布されたものである(前掲『刑法(明治四十年)(3)』一六三頁)。
- (76) 前掲『刑法(明治四十年)(3)』八一〜八三頁。
- (77) 貴族院では、司法大臣金子堅太郎による刑法改正案提出に関する趣旨説明がおこなわれ、本案は委員会に付託されることが決定された。刑法改正案特別委員に任命されたのは、公爵徳川家達、子爵丹羽長保、男爵岡内重俊、清浦奎吾、三好退蔵、松岡康毅、名村泰蔵、村田保、平田東助、馬屋原彰、都筑馨六、菊池武夫、高木豊三、富井政章、穂積八束の十五名。政府委員として改正案の逐条説明をおこなったのは、倉富勇三郎と石渡敏一である。
- (78) 前掲『増補刑法沿革総覧』二三〇頁。なお、監獄費は西南戦争による経費節減の影響を受けて、明治十三年太政官第四八号布告により各府県監獄の経費は地方が支出していた。明治二十年代半ばには、監獄改良の問題とともに国庫支弁が提言されるが、同三十三年に「府県監獄費及府県監獄建築修繕費ノ国庫支弁ニ関スル法律」(法律第四号)が成立するに及んで、国庫による支出が可能となった。それに伴い、監獄行政を担う役所を内務省から司法省へ移管すべきかが検討される(姫嶋瑞穂「監獄行政の再編と明治四一年「監獄法」の制定」前掲『明治監獄法成立史の研究』所収)。
- (79) 名村は、旧刑法制定にあたってポアンソナードの通訳を務めた人物である。
- (80) 法典調査会における秘密主義の下での立法作業は批判を受け、第一五回帝国議会で審議未了となった三十四年案は、全国の裁判所・検事局・弁護士会宛に送付、諮問された。回収された意見書を分類・整理したものが「刑法及刑事訴訟法意見書」(および追加)である。本史料には佐賀地方裁判所長の、猶予期間を無事に経過した後刑の言渡を取消すのは権衡を失すものである、との意見がみえる。これらの意見を加味して「刑法再整理案」(明治三十四年十一月)が作成された(福島正夫編『穂積陳重博士と明治・大正期の立法事業』民法成立過程研究会、一九六七)。
- (81) 前掲『刑法(明治四十年)(4)』七九頁。
- (82) 前掲『増補刑法沿革総覧』四四一・四四二頁。同節三五〇三七条は仮出獄・仮出場に関する規定である。

(83) 同案一八条には、「三月以下の懲役もしくは禁錮または拘留に処せられたる者は、情状により一円以上三百円以下の贖金を納めしめ、その執行に充つることを得」との規定（贖金制度）が新設された。この制度に対して菊池武夫は、刑の執行猶予で対処すれば済む問題を、どうして最も軽い刑にだけこのような制度を認めるのか疑問が呈された。政府委員の古賀は、執行猶予は要件が厳しいが、贖金は広く適用が可能であるとの説明をおこなっている。そもそも同条は、「外国水夫」などの犯罪を想定して立案されたが、刑法上に外国水夫と規定するのも「面白くない」として「情状ニ因リ」との表現に代えられた。菊池は贖金に強く反対し、立法者が外国の水夫に限るとしても、法律にはそのように規定されていないため、刑の執行猶予でかまわないではないか、執行猶予とは、再犯の場合の扱いが異なるとするが、そこまで想定する必要があるのか、もし外国人水夫のことを考えるのであれば執行猶予の規定を修正すれば済む話ではないのか。「コンナアヤフヤナ説（贖金のこと——筆者註）カ新シイ事柄ヲ始ムルヨリハ、セメテ同シ新シクツテモ刑ノ執行猶予クラキテソレテ取纏メテヤツタ方カ宜クハナイカ」として一八条削除を提案した（前掲『増補刑法沿革綜覧』八〇二頁）。なお、政府は刑事訴訟法で一八条の使用に制限をかける予定であるとしている。ちなみに明治三十四年の「改正刑事訴訟法草案」には、執行猶予に関する条文として次の規定がある。

四一五条 刑ノ執行猶予ハ検事ノ請求ニ因リ又ハ裁判所ノ職權ヲ以テ刑ノ言渡ト同時ニ判決ヲ以テ之ヲ言渡ス可シ  
四一六条 刑ノ執行猶予ノ取消ハ刑ノ執行ヲ指揮ス可キ検事ノ請求ニ因リ其検事所屬ノ裁判所之ヲ決定ス可シ

贖金の淵源は律による。以上の議論を経てなお、同条は委員会での修正が加えられていない。

(84) 理由書の冒頭部分は次の通り（前掲『刑法（明治四十年）（4）』七六・七七頁）。

理由 犯罪必罰ハ報復主義ヲ採用スル刑法ノ題目ニシテ報復主義ヲ採ル刑法ハ既ニ數世紀前ノ遺物ニ屬ス蓋シ一國ノ刑法ヲ設ケテ犯罪ヲ訴追シ科刑スルハ其目的トスル所ニ其社会団体ノ秩序ヲ維持スルニ在リ秩序維持ニ必要ナル限度以外ニ犯人ヲ痛苦セシメントスルニ在ラス即チ総テノ犯人ヲ必罰スルニ在ラスシテ秩序ノ維持上罰セサル可カラサル犯人ノミヲ罰スルニ在リ所謂初犯ノ短期囚ノ如キ其罪跡ノ重要ナルモノアルニアラス又ハ其犯情ノ憎悪ス可キ者アルニアラス多クハ是一時ノ慾情ニ誘惑セラレテ終ニ刑律ヲ犯カスニ至リタル者トス一旦犯行ヲ終リテ事ノ既ニ発露スルヤ自ラ改悛ノ念慮ニ駆ラレテ其良心モ亦其生平ニ復ス此時ニ当リ猶ホ法禁ノ違背ス可カラサルモノアリトシ之ニ法定ノ刑ヲ宣告シ其刑ヲ執行セシメントスルハ所謂秩序維持ニ夫レ何等ノ効アリトスル況ンヤ刑辟ニ触ルルコトハ人生至大ノ汚辱ナリ若シ一旦此大汚辱ヲ受ケテ之ヲ忍ハサル可ラサリシトスレハ抑何ノ汚辱力之ヲ受クルコトヲ忍フ可カラサラン罰スル必要ナキ犯人ニ其刑ヲ執行セシムルハ更ニ他ノ犯行ヲ敢テスル蛮勇ヲ助長スルニ外ナラサルニ於テヤ況ンヤ監獄ト曰フモノ多ク是犯罪研究学院タルニ過キスシテ一日入獄セハ一日犯罪術ヲ講究ス罰スル必要ナキ犯人ニ刑ヲ執行セシムルハ更ニ良教師ノ指導ノ下ニ其犯罪術ヲ巧妙ナラ

シムルニ外ナラサルニ於テヲヤ即チ短期刑ヲ宣告ス可キ初犯囚ニ対シテ特殊ノ恩典ヲ附与スル法制ハ先ツ北米合衆国ニ創マリ漸次各国学者ノ視聽ヲ動カシ遂ニ白耳義、仏蘭西等ノ成例タルニ至レリ  
改正案ハ一般刑法ノ趨向ニ從ヒ刑ノ執行猶予制ヲ継受シ短期ノ自由刑ニ処セラレタル者ニ限り一定ノ条件ヲ附シテ一時其刑ノ執行ヲ猶予スルコトヲ得セシメタリ此法制ニ依レハ一方ニ於テハ犯人ヲ罰シテ而シテ恕スル所ナク一方ニ於テハ其刑ノ執行ヲ猶予シテ而シテ犯人ヲシテ善良ニ遷ラシムルヲ以テ犯罪必罰ノ法理ノ適用ヲ必要ナル限度ニ止メタルモノト謂ハサルヲ得ス

刑ノ執行免除ノ規定ハ現行法第一編第二章第六節仮出獄ノ規定ヲ補修シタルモノナリ

(85) 富井は近時の学界の動向について次のように述べている。これまでのように犯罪を見ることが誤っている。従って、その処分を決めることについても杓子定規的に百事を決めるといふことはよろしくない。社会学上から見てなるべく直せるものは直す、どうせ直せない者は良民の社会から除く、総べて活きた方法によって刑法を改正していくという趨勢になっていると思う。刑事政策と称するものは、一九世紀における刑法の学問が開けた結果であり、国際刑事学協会、監獄会議等の議論を踏まえた上で、もちろん完全無欠ではないが、本案は作成されている。富井の新派刑法学に対する考え方については、富井政章「刑法学理ノ一新」(国家学芸雑誌四九号、一八九二年)を参照。

(86) 動議が提出されたのは第二読会においてであり、議事の進行を妨げることはあまりしたくない、との言もみられる。なお、穂積八束「憲法上ノ赦免大権ト新刑法案ノ刑ノ執行ノ猶予及免除」(法学新報一三卷一号、一九〇三年)を併せて参照。

(87) また、監獄について責任ある政府が、現在の監獄では犯罪を学ばせているということを公言して議会に提出するとは何事か、とも述べている。

(88) この頃の執行猶予に関する代表的な論考に、岡田朝太郎「論説」刑ノ執行猶予」(法律学経済学内外論叢一卷三号、一九〇二年)がある。

(89) 前掲『刑法』(明治四十年) (6) 六・七頁。

(90) 元田肇の来歴については、七戸克彦「現行民法典を創った人びと」(9) (法学セミナー五五卷一号、二〇一〇年)を参照。

(91) 前掲『刑法』(明治四十年) (6) 三九頁。

(92) 衆議院の委員会委員は井上要、久保田与四郎、高橋勝七(理事)、福留清四郎、元田肇、森肇、丸山嵯峨一郎、米田実、鶴飼退蔵(委員長)、政府委員は石渡敏一と谷野格である。貴族院においては、子爵大田原一清、子爵入江為守、名村泰蔵(委員長)、男爵本多政以、石井省一郎、馬屋原彰、富井政章、菊池武夫、鳥越貞敏が委員に任命された。司法大臣は波多野敬直である。

(93) 現行刑法が制定されるまで、特赦は明治刑事訴訟法(三三一〜三三四条)中に規定が置かれ、年によって差があるものの、多いときには四〇〇人近くが刑の執行を全部または一部免除されることがあった。特赦の観念の変遷については、拙稿「特赦の観念と刑の執行の免除」(司法法制部季報一三六号、二〇一四年)を参照。

(94) なお、同法にはノルウェー法の影響が指摘されている。特に草案二条二号の取消事由および三条の猶予期間経過後の効果については、同刑法の考え方を踏襲したといわれる(前掲小野『刑の執行猶予と有罪判決の宣告猶予』三四頁)。ノルウェーの法制は各国が做った旨の指摘がある(前掲小河『刑法改正案ノ二眼目 死刑及刑ノ執行猶予』一〇頁)。法典調査会による一九〇二年ノルウェー刑法の翻訳は次の通り(法典調査会『刑法参考書(那威刑法)』成立年不詳、二〇・二二頁)。

#### 第五章 刑ヲ減輕及ヒ加重スル事由

第五二条 裁判所金刑六月以内ノ拘留又ハ三月以内ノ禁錮ヲ科シタル場合ニ於テ特別ノ減輕事由アルトキハ判決ニ於テ上述セル刑ノ執行ヲ延期ス可キ旨ヲ規定スルコトヲ得

裁判所ハ此際罪又ハ違背ノ程度及ヒ之ヲ犯シタル事由ノ外罪責者ノ年齢及ヒ従前ノ経歴、罪責者完全且ツ正確ノ自白ヲ為シ且ツ被害者ニ対シ其要求スル贖罪及ヒ賠償ヲ為シ又ハ既ニ其能力ニ応シ此種ノ賠償ヲ為スコトヲ明言シタルヤ否ヤヲ斟酌ス可シ。後述ノ場合ニ於テハ判決ハ判決ニ於テ確定シタル期間内ニ一定セル賠償ヲ為スコトヲ条件トスルコトヲ得

第五三条 第五十二条ニ遵ヒ宣告ヲ受ケタル者其後犯意ニ依リ罪又ハ違背ヲ犯シ因リテ判決ノ発布後三年内ニ刑事事追ヲ開始セラレ禁錮ノ宣告ヲ受ク可キトキハ延期シタル刑モ亦之ヲ執行ス可シ。新タナル可罰行為犯意ニ依ルモノナラサルトキ又ハ被宣告者禁錮以下ノ刑ヲ宣告セラレタルトキハ判決ニ於テ延期セル刑ノ執行ハ爾後ニ於テモ亦之ヲ延期ス可キヤ否ヤノ裁判ヲ為スコシ

賠償ノ履行ヲ条件ト為ス場合ニ於テ其期間ヲ遵守セザリシトキハ其刑ハ常ニ之ヲ執行ス可シ但シ其不遵守被宣告者ニ帰責シ難キ事由ニ因ルトキハ此限ニ在ラス。此上述ノ事由確定セラレタルトキハ其問題ハ刑事訴訟法第四百八十一条ニ遵ヒ之ヲ裁判所裁可ニ付ス可シ。裁判所ハ時宜ニ依リ新期間ヲ指定シ又ハ其条件ヲ消失セシムルコトヲ得

何人ト雖モ自由刑ノ宣告ヲ受ケ其執行ヲ延期セラレタル者判決ノ発布後三年内ニ判決前ニ犯シタル他ノ可罰行為ノ為メ訴追ヲ受ケ其結果執行ヲ延期セラレサル自由刑ヲ科セラル可キトキハ二個ノ行為ニ付キ併合刑ヲ裁定ス可シ。二個ノ行為ニ付キ金刑又ハ其一ニ付キ自由刑、其一ニ付キ金刑ヲ科セラレタルトキハ各場合ノ事情ニ從ヒ延期セラレタル刑ノ執行ハ爾後尚ホ之ヲ延期ス可キヤ否ヤヲ裁定ス可シ

延期シタル刑ヲ執行セサルトキハ判決ノ発布ト同時ニ賠償セラレタルモノトス

第五四条 刑ノ執行ノ延期ヲ指定スル判決ノ公告ノ際ニハ被告者ニ対シ上述ノ規定ヲ告示ス可シ。被告者二十一歳ニ達セサルトキハ判事ハ其事情上適當ト思料スル熱誠ノ警戒及ヒ催告ヲ為スコシ。判事ハ又此目的ノ為メ特別ノ期日ニ被告者ヲ呼出スコトヲ得

刑ノ裁量ニ付キテノ手続規則ハ刑ノ執行ノ延期ニ関スル問題ニ適用ヲ有ス  
上来本章ニ於テ判決ニ付キ規定シタル事項ハ刑事罰状ニ付キ之ヲ準用ス

(95) 『法令全書』明治三十八年四月、二二三・二一四頁。参考までに、「禁錮ハ禁錮場ニ留置シ重禁錮ハ定役ニ服シ軽禁錮ハ定役ニ服セス禁錮ハ重軽ヲ分タス十一日以上五年以下(後略)」(旧刑法二四條、附加刑には、剥奪公權、停止公權、監視、罰金、没収があった(同一〇條))。

(96) 前掲岡本「起訴猶予処分、留保処分、刑の執行猶予の教育学的考察」一一〇頁に示された統計も併せて参照。

(97) 明治刑事訴訟法下においては、被告人が出頭しなくても検事の請求に基づいて判決の言渡しが可能であった(欠席裁判、二二六・二三四條)。ただし、被告人の欠席が不利益を招くことはなく証拠に基づいて判決の言渡しがなされ、欠席裁判の場合においても執行猶予を付すことはあった。

(98) 前科欠格者を除外した値ではないが、猶予率が最も高いのは両年とも殴打創傷でそれぞれ一一・四%、一六・一%、窃盜は掲げた中では最低の〇・四%、〇・七%であった。

(99) 前掲植野「刑種の選択と執行猶予に関する諸問題」八五頁。参考までに、平成二十四年の執行猶予の期間は、一年以上が五人(〇・〇%)、一年以上が九三七人(二・六%)、三年以上が二九六六人(六・六%)、四年以上が八〇三四人(二・一%)、五年以上が三〇三九人(八・四%)である(最高裁判所事務総局刑事局「平成二十四年における刑事事件の概況(上)」法曹時報六六卷二号、二〇一四年、一六三頁)。

(100) 重罪は明治四十年には通常第一審で全体の七三・九%が減軽された刑の言渡しを受けている。減軽の種類および順序は、宥恕、自首、酌量である(旧刑法九九條)。ただし、故殺には自首減軽は適用されない(同八五條但書)。なお、同三十九年十月十二日「読売新聞」(朝刊)には、大阪地裁の「親の仇討ちに温情判決 殺人犯人に異例の執行猶予」と題し、制度が導入されてはじめて重罪に対して執行猶予が付された事例を紹介している。被告人は、妹の縁組を拒絶された腹いせに父に対して蝟螋で頭部を割り重傷を負わせた神社の納屋に寄留する「無類の悪漢」に対して、職業用の鉄の熊手で仇を討ちとり自首をした。重禁錮十月執行猶予二年。最後に、「汝は品行も善良なり、親の危害を救はんため今回の犯罪を醸したる者と認定し斯の如き恩典を与えたる者なれば、此二年間の執行猶予期間は勤めて愈々品行を善良に持ち、再び刑罰に触れざる様万事注意せざるべか

らず」と裁判官が述べたという。ただし、本事件の年号は統計と一致しない。

なお、取消については特別法が実施された期間の統計は見つからなかったが、花井卓蔵旧蔵文書に次の資料が残されている（慶應義塾大学図書館所蔵花井卓蔵文書「刑法改正案」貼付の史料）。すなわち、司法省第一回の調査によれば執行猶予の総数は八三八人、その後取消を受けた者一七人、罪種の内訳は賭博九人、窃盗四人、森林法犯二人、官吏侮辱一人、殴打創傷一人である。取消率（二％）自体は高くないが、取消までの期間がかなり短いことが推測される。

- (101) 司法大臣官房文書課編『司法例規統編』（明治三十八年四月十五日現行、自治館、一九〇五年）一四八・一四九頁。  
 (102) 明治三十八年四月四日訓第二七四号内務大臣訓令。