

大正刑事訴訟法における 「存留養親」条項導入について

赤 城 美恵子*

- I はじめに
- II 資料整理
- III 明治34年案・法典調査会案・明治刑訴法改正における自由刑の執行停止規定
- IV (第一次)主査委員会における議論
- V 大正2年案から大正7年案における自由刑の執行停止規定
- VI 大正10年案における自由刑の執行停止規定——存留養親条項の採用
- VII 淳風美俗としての存留養親条項
- VIII おわりに

I はじめに

「存留養親」とは、中国の律に存在した、罪を犯した者の祖父母父母が高齢である又は疾病を抱えているもしくは身体に障害があつて、当人以外に彼らの面倒をみる成人の兄弟等がない場合、当人に与えるべき刑罰を減免する規定である¹⁾。存留養親は、「天下に示すに孝道を以てする所以なり」²⁾と説明されるように、理念的には儒教道徳に基づく。

日本は古来中国の影響を受け、様々な法制度を受容した。存留養親もまた日本律中に規定された³⁾。しかし、近世においてはその必要がなかったのか、明清律を参照に作成されたと言われる熊本藩『刑法草書』にもこの存留養親は含まれず、明治初期刑政においても、最初の仮刑律には存在しない。次いで作成された『新律綱領』により存留養親の規定が採用される。

* 中央大学法科大学院教授

凡徒流ヲ犯シ發配スヘキニ。祖父母。父母。年七十以上。及ヒ廢篤疾ニシテ。家ニ侍養ノ子孫ナキ者ハ。所司。事實ヲ推問シ。徒流。並ニ杖一百実決シテ。余罪ヲ収贖シ。存留シテ親ヲ養ハシム。其死罪ヲ犯シ。若クハ再ヒ徒流ヲ犯ス者ハ。並ニ本刑ヲ加ヘ。収贖スルコトヲ聽サス⁴⁾。

存留養親の規定は改定律例でも維持され⁵⁾、実際に利用されていた⁶⁾。

日本初の本格的な西洋近代型の刑事訴訟法典となった明治13年の治罪法、その後の明治23年の刑事訴訟法では存留養親は規定されない。前近代的な儒教道徳に基づくこの規定が近代的法典とは相容れないと考えられたからであろうことは、容易に推測しうる⁷⁾。

ところが、大正11年の刑事訴訟法において自由刑の執行停止を規定する第546条の中に第6号として存留養親規定は復活し、現行刑訴法にも受け継がれていくこととなる(現行刑訴法第482条第6号)⁸⁾。大正刑訴法第546条は次の通り。

第五百四十六条 懲役、禁錮又ハ拘留ノ言渡ヲ受ケタル者ニ付左ニ掲クル事由アルトキハ刑ノ言渡ヲ為シタル裁判所ノ検事又ハ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ノ現在地ヲ管轄スル地方裁判所ノ検事ノ指揮ニ因リ刑ノ執行ヲ停止スルコトヲ得

- 一 刑ノ執行ニ因リ著シク健康ヲ害スルトキ又ハ生命ヲ保ツコト能ハサル虞アルトキ
- 二 七十歳以上ナルトキ
- 三 受胎後百五十日以上ナルトキ
- 四 分娩後六十日ヲ経過セサルトキ
- 五 刑ノ執行ニ因リ回復スヘカラサル不利益ヲ生スル虞アルトキ
- 六 祖父母又ハ父母七十歳以上又ハ廢篤疾ニシテ侍養ノ子孫ナキトキ
- 七 其ノ他重大ナル事由アルトキ

あとで見ると、存留養親条項は大正刑訴法審議過程の最後に俄かに現れ、規定されるに至った。一度不採用とした規定をなぜ復活させたのか。とりわけ、近代的刑事訴訟法典の中に儒教道徳に基づく刑罰執行停止規定を設けるいかなる必要性がそこにあったのか。本稿は、大正刑訴法第546条の制定過程を追いながら、存留養親条項が大正刑訴法において復活した背景について検討を加える。

大正刑訴法の制定過程については、すでに小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的分析』(日本評論社、1976。以下、「小田中書」)が詳細を明らかにしている⁹⁾。小田中書は各段階で作られた資料(草案も含む)、その所在(多くは法務図書館に所蔵されている)などを紹介する。本稿も基本的には小田中書の成果に基づく。とはいえ、小田中書で紹介されている法務

図書館所蔵の資料については、異なる資料 ID を与えられた同一印刷物が同一の請求記号に複数含まれている場合があるが、小田中書で紹介されているものがどれに当たるのかははっきりしない¹⁰⁾。また、小田中書が公刊された後、各機関に所蔵されていた明治・大正期の立法関係者の蔵書が、マイクロフィルムの形で続々と公表されている。大正刑事訴訟法に関わる史料群が含まれるとして先行研究¹¹⁾で紹介されているものに、国立国会図書館憲政資料室所蔵平沼騏一郎関係文書（以下、「平沼文書」）¹²⁾、法務図書館所蔵山岡萬之助関係文書（以下、「山岡文書」）¹³⁾、花井卓蔵文書：慶應義塾大学所蔵（以下、「花井文書」）¹⁴⁾がある。これらの資料は、個別に整理はされているものの、相互の関連性などについては十分な検討がされていないように思う。いずれも立法作業に携わった人物が利用した資料であり、たとえ同一の印刷物であっても、その書き込み内容が異なれば、そこから得られる情報も異なるのではないか。

そこで本稿では、先に資料の整理を行う。上記法務図書館所蔵の資料（以下、「法務図書館」）、平沼文書、山岡文書、花井文書に含まれる明治から大正にかけての刑事訴訟法改正に関わる各種資料について、どのタイミングで作成されたのか、書き込み等はどの時点で行われたのか（すなわちどの時点での議論がそこから読み取れるのか）に着目し、小田中書が整理した大正刑事訴訟法立法過程に依拠しながら、以下に検討する。ただし、全ての資料を、その全体を見渡しながら検討することは、筆者の技術・能力及び時間の関係から難しい。さしあたって、本稿が考察の対象とする自由刑の執行停止規定が含まれる「裁判ノ執行」編に関わる部分に検討の範囲を限定したい。

II 資料整理

1. 明治31年「案」

明治23年2月の裁判所構成法公布に伴い、同年3月刑事訴訟法が制定された（明治刑事訴訟法）。明治刑事訴訟法はすぐに改正が議論されるようになり、明治28年12月に司法省は刑事訴訟法調査委員を任命し、明治31年には「案」がまとめられた。小田中書はこの「案」について「東大法学部研究室図書館にある田部芳寄贈の『刑事訴訟法改正案』（活版刷、第一編総則と第二編第一審の分、全二八六条）が内容からみてこの明治三一年案のように思われる」と述べている¹⁵⁾。次の資料である。

①『刑事訴訟法改正案』（東京大学法学部研究室図書室所蔵、書誌ID：2002814997）

活版。この資料の目次頁には「田部」, 「全 286 条」・「M34 草案以前ならん」と鉛筆によるメモがある。目次によるとこの草案は「第六編裁判ノ執行」までであり, 明治 34 年草案以降には含まれる「私訴」の編目がない。したがって, 少なくとも, 明治 34 年草案以前の「案」と考えられる。

2. 明治 34 年草案及び法典調査会案

明治 31 年に法典調査会が刑訴法改正に当たることとなった。法典調査会は, 明治 33 年 3 月 29 日以降 73 回の委員会を開き¹⁶⁾, 明治 34 年 5 月に『刑事訴訟法草案』(全 474 条)を作成した。明治 34 年草案としては, 次の資料が存在する。

②『刑事訴訟法草案』(平沼文書 711-3)

活版。表紙裏に正誤表が入る。表紙に「平沼」の印。書き込みなし。

③『刑事訴訟法草案』(法務図書館, 請求記号: XB620/K37/1, 資料 ID: 00142605~00142615)

同請求記号の資料が資料 ID: 00142605 をはじめ, 全部で 11 冊存在する。資料 ID: 00142605 のみ若干の書き込みがある。表紙には「明 34 年草案」と鉛筆書き。

④『刑事訴訟法草案』(法務図書館, 請求記号: XB620/K37/2, 資料 ID: 00142616・00142617)

同請求記号の資料が資料 ID: 00142616・00142617 の 2 冊存在する。資料 ID: 00142616 にのみ書き込みがある。書き込みは, 表紙への「第三案」・「本案ハ第十九回帝国議会へ提出ノ為メ内閣ニ差出サレタルモノナリ」, 及び条文番号・条文の文言の修正。

⑤『刑事訴訟法草案』(平沼文書 711-2)

書き込みなし。

③~⑤は印刷物としては同。活版。見返し裏に正誤表がある。

⑥『刑事訴訟法草案』(法務図書館, 請求記号: XB620/K46/1, 資料 ID: 00142628)

活版。中表紙裏に, 「岩村通世先生寄贈」とあり, また「明治三十四年法典調査会成案」・「以活版代贍写」・「非売品」の印字。

法典調査会では明治 34 年案についてその後も審議を行い, 明治 36 年に同年の帝国議会に提出するために内閣に改正案を提出した(「法典調査会案」と称される。全 487 条。結局議会へは提出されなかった)。法典調査会案と考えられる資料は以下の通り。

⑦『刑事訴訟法案』(法務図書館, 請求記号: XB620/S1/1, 資料 ID: 00142967, 00142968)

同請求記号の資料が資料 ID：00142967, 00142968 の 2 冊存在する。資料 ID：00142967 は正誤表に基づく文字の修正のみ。資料 ID：00142968 は上部にメモ・条文の文言の修正などの書き込みあり。

⑧『刑事訴訟法案 独法との対比』（平沼文書 711-4）

書き込みあり（「裁判ノ執行」部分の書き込みは第 443 条上部の「独四九〇」及び同条の修正。ほかの部分で詳細な書き込みもある）。

⑨『刑事訴訟法案』（平沼文書 711-5）

表紙欠。上部にメモ・条文の文言の修正などの書き込みあり。

⑩『刑事訴訟法案 法典調査会按 主査会ニ於ケル決議』（平沼文書 711-6）

表紙に「法典調査会按」・「主査会ニ於ケル決議」・「平沼」と書き込み。「裁判ノ執行」部分の書き込みは、正誤表に基づく文字の修正のみ。

⑦～⑩は印刷物としては同。活版。⑦・⑧・⑩の表紙裏に正誤表がある。

⑪『刑事訴訟法案（豊島委員加筆）』（法務図書館，請求記号：XB620/K41/1，資料 ID：00142624）

上部にメモ・条文の文言の修正などの書き込みあり。

⑫『刑事訴訟法案』（平沼文書 711-1）

平沼 711-1 には『刑事訴訟法案』をタイトルに持つ同内容の 2 つの印刷物が収められている。

⑪・⑫は印刷物としては同。活版。

なお、上記④における朱書き修正はこれら法典調査会案に反映されている。したがって、④の朱書きは法典調査会案における明治 34 年案からの修正点と考えられるが、何時の時点で書き込まれたものかわからない。

法典調査会は明治 36 年に廃止されたため、改正作業は中止されることになった。

3. 第一次主査委員会

明治 41 年，法律取調委員会が刑事訴訟法の改正作業を担うこととなった。穂積陳重を委員長とする（第一次）主査委員会が審議に当たり，明治 41 年 12 月 11 日に第 1 回目の会議が持たれたのを皮切りに，大正 3 年 3 月 6 日まで，122 回開催されている。主査委員会では法典調査会案が審議にかけられた。主査委員会の審議内容の詳細については主査委員会日誌がある。

⑬『刑事訴訟法改正主査委員会日誌（秘）』（法務図書館）

第1回～第50回：請求記号：XB620/K1/6-1, 6-2, 6-3, 資料ID：00143005, 00279513, 00279514

第51回～第86回：請求記号：XB620/K1/6a-1, 6a-2, 資料ID：00143006, 00279516

第87回～第122回：請求記号：XB620/K1/6b-1, 6b-2, 資料ID：00143007, 00279517

⑭『刑事訴訟法改正主査委員会日誌（秘）』（法務図書館）

第1回～第65回：請求記号：XB620/K1/6c-1, 6c-2, 6c-3, 6c-4, 資料ID：00143008, 00279518, 00279519, 00279520

第66回～第121回：請求記号：XB620/K1/6d-1, 6d-2, 6d-3, 6d-4, 資料ID：00143009, 00279521, 00279522, 00279523

⑮『刑事訴訟法改正主査委員会日誌』（山岡文書C-2～C-4）

第1回～第121回

⑯『刑事訴訟法〔改正〕主査〔委員〕会日誌』（花井文書E-2-1～E-2-6）

第1回～第122回

⑬～⑯は印刷物としては同（⑭・⑮は第122回がない）。謄写版。以下、『第一次主査委員会日誌』。

主査委員会での概略を示す資料として、以下の資料がある。

⑰『刑事訴訟法改正主査委員会日誌索引』（山岡文書C-5）

⑱『刑事訴訟法改正主査委員会日誌索引』（花井文書E-1）

⑰・⑱は印刷物としては同。謄写版。第1回～第122回。以下、『第一次主査委員会日誌索引』。

⑲『刑事訴訟法改正主査委員会決議項目』（山岡文書C-7）

⑳『第一次 刑事訴訟法〔改正〕主査〔委員〕会決議項目』（花井文書E-5）

⑲・⑳は印刷物としては同。謄写版。第3回～第117回。以下『第一次主査委員会決議項目』。㉑はチェックや条文番号のメモがある。

主査委員会での審議は草案の順序ですすめられた¹⁷⁾。各委員から議題が提出され、関連条文が審議される際に、あわせて議論されることとなった。議題をまとめたと思われる資料として、次の資料がある。

㉑『刑事訴訟法調査ニ関スル提議（秘）』（法務図書館，請求記号：XB620/K1/5, 資料ID：00279515）

㉒『刑事訴訟法改正ニ関スル問題』（山岡文書C-6）

㉓『第一次 刑事訴訟法会議問題及議案』（花井文書E-3）

㉔『刑事訴訟法改正議案』（花井文書E-4）

いずれも謄写版。もともとバラバラに提出された資料を後で綴じ直している。重複があるが、互いに欠いている資料もある。

法律取調委員会主査委員会の議論はさらに総会で審議されることとなっていた。総会決議に関する資料として、次の資料がある。

⑳『総会決議並提出議案（刑事訴訟法）』（平沼文書 220-5）

謄写版。バラバラに出された資料を後から綴じたもの。

また、㉑～㉔には法律取調委員会日記も含まれており、中には総会決議に関するものも存在する¹⁸⁾。

4. 大正2年案・大正5年案・大正7年案

その後、起草委員が各編毎にそれぞれ検討し原案を作成した上で、全体としての通しの編・条文の番号を当てるという作業が行われている。

㉕『刑事訴訟法改正案編別』（法務図書館，請求記号：XB620/K3/1，資料ID：00142585）

条文の文言の修正の書き込みあり。

㉖『刑事訴訟法案』（山岡文書 C-18）

表紙に「I 西洋紙版■■■ II（予審■■■）」・「I 脱稿直後」・「山岡幹事」とある（「■■■」は判読不能。以下、同）。上部にメモ・条文の文言の修正などの書き込みあり。

㉗『刑事訴訟法篇章条排列研究』（花井文書 E-10）

条文の文言の修正の書き込みあり。

㉕～㉗は印刷物としては同。謄写版。編番号は付されず、各編第1条から始まる。編毎に原案の名称が異なる¹⁹⁾。全体を通して章番号・条文番号が朱書きされる。「裁判ノ執行」編に関しては、㉖は編番号の書き込み・条文番号の修正はなく（葉の書き込みあり）、㉕は条文番号の書き込みが2回行われ、㉗は㉕で2回目に書き込まれた条文番号のみ書き込まれている。以下、『刑事訴訟法改正案編別』。

なお、上記㉖などに加えられた修正はこれらの印刷内容に反映されており、したがって㉖などには主査委員会及び総会での議論及びそれを受けての起草委員会での条文の検討が書き込まれていると考えられる。

その後、大正2年10月に成案が主査委員会で議決された（「第一次案」、小田中は「大正二年案」と称する。大正2年案の内容を伺える資料は以下の通り。

㉘『刑事訴訟法改正草案』巻二（法務図書館²⁰⁾）

㉙『刑事訴訟法改正草案巻一 1～230条』（平沼文書 718-1）・『刑事訴訟法改正草

案卷二 231～533条』（平沼文書718-2）

③①『第一案（松田会長時代）刑事訴訟法改正草案卷一』（花井文書E-11-1）・『第一案（松田会長時代）刑事訴訟法改正草案卷二』（花井文書E-11-2）

中表紙に「高橋」の印。

謄写版。少なくとも、③①は同一の印刷物。平沼文書718-1表紙裏・花井文書E-11-1中表紙裏に「大正二年十一月二十四日刷」と印字。冒頭に起草委員（豊島、花井、平沼）から松田会長宛の大正2年11月15日付報告書がある。1条毎に1葉を利用。②⑥～②⑧における修正が印刷内容に反映されている。③①に書き込みあり（条文の文言の修正、及び③①には編番号の変更も記載）。

大正2年案が成立した後も起草委員がさらに検討を加えているので、③①はその検討過程に用いられた資料であり、大正2年案を印刷した上で、修正点が書き込まれたと考えてよいだろう。この書き込みが行われた時点で全7編構成であった刑訴法案は全9編構成となり、「裁判ノ執行」は第6編から第8編へと改められた。

同じく検討過程と考えられる資料として、次のものがある。

③②『刑事訴訟法改正整理案』巻1～5（山岡文書C-20～C-24）

謄写版。表紙に「大正五年」・「山岡幹事」とある。1条毎に1葉を利用。③①における修正内容が印刷内容に反映されている。上部にメモ・条文の文言の修正の書き込みあり。

大正5年案は大正5年5月23日に成立した（全548条²¹⁾。これは印刷出版されたほか（出版者：清水書店）、次の資料もある。

③③『刑事訴訟法改正案（未定稿）』（平沼文書713-1）

活版。正誤表あり。③②における修正が印刷内容に反映されている。

大正5年案については法曹各界に対して意見が求められており、その結果を司法省が活版印刷している（大正7年11月印刷）。

③④『刑事訴訟法改正案（大正五年案）ニ対スル意見書』（法務図書館、請求記号：XB620/S1/44、資料ID：00142702～00142710）

同請求記号の資料が9冊ある。

③⑤『刑訴法改正案（大正五年案）に対する意見書』（平沼文書712-1）

なお、法務図書館には一般的意見～第37条への意見をまとめた謄写版も存在する。

③⑥『刑事訴訟法改正案ニ対スル意見書（秘）』（法務図書館、請求記号：XB620/K10/1、資料ID：00142587）

これらは各意見の結論のみを集めているが、理由も付した意見書が法務図書館に所蔵さ

れている（いずれも謄写版）。

③⑦『刑事訴訟法改正案ニ対スル意見書（秘）豊嶋委員』（法務図書館，請求記号：XB620/K10/1a-1，資料ID：00143004，及び請求記号：XB620/K10/1a-2，資料ID：00279524）

資料ID：00143004：概論～101条

資料ID：00279524：第101条～第260条

③⑧『刑事訴訟法改正案ニ対スル意見書 谷田委員』（法務図書館，請求記号：XB620/K10/1b-1，資料ID：00142583，及び請求記号：XB620/K10/1b-2，資料ID：00279525）

資料ID：00142583：第二章予審～第328条

資料ID：00279525：第330条～第548条

③③に付された正誤表では，第501条について「〔逮捕状ヲ〕以下別項トス」との指示があるが²²⁾，『刑事訴訟法改正案（大正五年案）に対する意見書』に記載される条文ではこの修正は反映されていない。他方で，次の③⑨～④④の資料においては，指示どおりに修正されている。

③⑨『刑事訴訟法改正案：秘』（法務図書館，請求記号：XB620/K33/1，資料ID：00142693・00142694）

同請求記号の資料が2冊存在する。資料ID：00142693の表紙には「池田参事官」と墨書，資料ID：00142694の報告書冒頭に「大正五年案」と鉛筆による書き込み。冒頭に起草委員（花井，豊島，平沼）から法律取調委員会会長奥田義人宛の大正5年5月31日付報告書及び上記大正2年の報告書がある。

④⑩『秘 刑事訴訟法改正案』（平沼文書220-1）

大正2年・5年の報告書あり。表紙に「平沼」とある。

④⑪『刑事訴訟法改正案（整理按）』（平沼文書220-2）

大正2年・5年の報告書あり。表紙に「整理按」・「平沼」とある。上部にメモ・条文の文言の修正などの書き込み。

④⑫『刑事訴訟法改正案』（山岡文書C-19）

大正2年・5年の報告書あり。表紙に「山岡」とある。上部にメモ・条文の文言の修正などの書き込みあり。

④⑬『刑事訴訟法改正案（修正）』（法務図書館，請求記号：XB620/K34/1，資料ID：00142695・00142696）

同請求記号の資料が2冊存在する。報告書なし。資料ID：00142695は表紙に「大正五年六月三十一日変 総会用」，表紙の裏に「大正五年七月四日主査委員会ヲ開ク」と朱書き。上部にメモ・条文の文言の修正などの書き込み。資料ID：00142696

は表紙に「熊」と朱書き。条文の文言の修正の書き込み。

④④『刑事訴訟法改正案』（平沼文書 712-2）

報告書なし。表紙に「明治十四年九月二十日太政官八十二号達兵力要求ニ関スル件」とある。上部にメモ・条文の文言の修正などの書き込み。

③⑨～④④は報告書の有無による違いはあるが、本体については同一の印刷物。活版。また、大正 5 年案を法典調査会案と突き合せた資料として、次の資料がある。

④⑤『（秘）刑事訴訟法改正案主査委員会決議対照』（法務図書館，請求記号：XB620/K1/4，資料 ID：00142965）

④⑥『刑事訴訟法改正案主査委員会決議対照』（山岡文書 C-13）

④⑦『刑事訴訟法改正案主査委員会決議対照』（花井文書 E-12）

④⑤～④⑦は同一の印刷物。謄写版。上段に大正 5 年案，下段に法典調査会案及び第 1 次主査委員会の決議事項が記される。

大正 5 年 7 月 4 日からはじまる刑事訴訟法改正第二次主査委員会は，大正 7 年 5 月 30 日までに全 33 回が開催され，大正 5 年案を審議した。第二次主査委員会の詳細については，次の資料がある。

④⑧『刑事訴訟法改正第二次主査委員会日誌索引（秘）』（法務図書館，請求記号：XB620/K1/2-1，B620/K1/2-2，資料 ID：00143002，00143003，00279526，00279527）

同一の請求記号を持つ資料が 2 セットある。請求記号：XB620/K1/2-1 の表紙には「大正七年六月二十八日配付」と印字。そのうち，資料 ID：00143002 には索引～第 13 回が含まれ，第 14 回は欠，第 8 回に「第十四回（豫審制度ニ関スル件等）日誌ハ既ニ議場ニ於テ配付済ニ候」と書き付けられた付箋がある。資料 ID：00143003 には索引～第 14 回が含まれている。請求記号 XB620/K1/2-2 のうち，資料 ID：00279526 には第 15 回～第 32 回，資料 ID：00279527 には第 15 回～第 33 回が含まれる。

④⑨『刑事訴訟法改正第 2 次主査委員会日誌索引』（山岡文書 C-11）

索引～第 33 回。

④⑩『刑事訴訟法〔改正〕第二次主査〔委員〕会日誌』（花井文書 E-6-1～6-3）

第 1 回～第 33 回。

④⑧～④⑩は，含まれる資料に若干の相違はあるが，同一の印刷物²³⁾。謄写版。以下『第二次主査委員会日誌』。

第二次主査委員会は大正 7 年 9 月に改正案を決議した（大正 7 年案）。大正 7 年案は『刑事訴訟法改正案（主査委員会決議案）』（大正七年九月十一日印刷）として活版印刷されている。

る。後述⑥①・⑥②のほか、次の資料がそれに当たる。

⑤①『刑事訴訟法改正案（主査委員会決議案）』（山岡文書 C-25）

表紙に「Ⅱ西洋紙版ノ修正ヲ加ヘタルモノ」・「現行法，調査会案対照」，各条文の上下に明治刑事訴訟法及び法典調査会案の該当条文番号が書き込まれている。

⑤②『刑事訴訟法改正案（主査委員会決議案）』（花井文書 E-13）

表紙に「総会用」・「現行法対照」，また目録によれば「背表紙に「刑事訴訟法改正案（大正七年主査委員会決議案）現行法条文対照」とある²⁴⁾。各条文の上部に明治刑事訴訟法の該当条文番号が書き込まれる。

⑤①・⑤②はいずれもこの後行われた総会で利用されたと考えられる。

なお，④①～④④に書き込まれた条文の修正は大正7年案に反映されており，④①～④④は大正5年以降の第二次主査委員会で利用された資料と考えられる。

この後，法律取調委員会総会が大正7年案を審議する。その過程で作成されたと考えられるものとして，次の資料がある。

⑤③『刑事訴訟法中改正案中修正』（平沼文書 713-6）

⑤④『刑事訴訟法改正案（主査委員会決議案）』（花井文書 E-13）に付される『刑事訴訟法改正案中修正』

⑤③・⑤④は同一の印刷物。活版。表紙に「(大正八年五月三十日印刷)」と印字。

また，大正8年には司法省が次の資料を出している。

⑤⑤『刑事訴訟法改正案現行法法典調査会案対照』（法務図書館，請求記号：XB620/S1/4，資料ID：00142634～00142636）

同請求記号の資料が3冊ある。活版。

しかし，大正8年7月に法律取調委員会が廃止されたことにより改正作業は中断する。

5. 準備草案・大正10年案

大正9年4月1日，穂積陳重を委員長とする刑事訴訟法改正調査委員会が司法省内に設けられ，大正7年案を基礎においた改正作業が始まった。起草委員及び特別委員が主査に当たり，特別委員会を開催して草案の審議に当たった。特別委員会の議論については，以下の資料がある。

⑤⑥『刑事訴訟法改正特別委員会々議要目』（法務図書館，請求記号：XB620/K1/8，資料ID：00142584）

⑤⑦『刑事訴訟法改正特別委員会会議要目』（山岡文書 C-14）

⑤⑧『刑事訴訟法〔改正〕主査〔委員〕会日誌』（花井文書 E-2-1）に付される『特別委員会会議要目』

⑤⑨『刑事訴訟法改正特別委員会会議要目』（花井文書 E-9）

⑤⑥～⑤⑨は同一の印刷物。謄写版。第 1 回～第 38 回（⑤⑨は第 1 回～第 16 回）。以下『特別委員会会議要目』。

特別委員会で用いられたと考えられる資料として、次の資料がある。

⑥⑩『刑事訴訟法改正案（主査委員会決議案）』（法務図書館，請求記号：XB620/K35/1，資料 ID：00142601，00142602）

同一請求記号で資料 ID：00142601，00142602 の 2 つの資料が存在。資料 ID：00142601 は表紙に「熊」・「修正原本」，表紙の裏面には「大正七年十月七日総会ヲ開ク（法律取調委員会其後大正八年消滅）其後委員会起草会ヲ大正九年七月ヨリ開ク」と朱書，本文上部には年月日及び「特別委員会」等の文言及び事項がそれぞれ朱書きされている。資料 ID：00142602 は目次部分に「大正七年案」とある。いずれも，上部にメモ・条文の文言の修正の書き込みあり。『特別委員会会議要目』と対比すると，大半の書き込みが特別委員会の議論と合致する。大正 8 年の『刑事訴訟法中改正案中修正』に対応する書き込みも確認できる。

⑥⑪『刑事訴訟法改正案（主査委員会決議案）整理案』（法務図書館，請求記号：XB620/K36/1，資料 ID：00142603，00142604）

同一請求記号で資料 ID：00142603，00142604 の 2 つの資料が存在。資料 ID：00142603 は表紙に「大正十年七月九日変」（小田中書で紹介されているものか²⁵⁾），資料 ID：00142604 は表紙に「整理案」とそれぞれ朱書。また，いずれも朱書きで条文番号が変更され（内容から判断すると後者のほうが先に書き込まれたと考えられる）。上部にメモ・条文の文言の修正の書き込みあり。大正 8 年の『刑事訴訟法中改正案中修正』及び『特別委員会会議要目』記載事項に対応する書き込みが確認できる。

特別委員会は 大正 10 年 7 月 5 日に準備草案を完成させた。準備草案の内容を示す資料として、次の資料がある。

⑥⑫『刑事訴訟法改正案』（法務図書館，請求記号：XB620/K16/1a，資料 ID：00142691）

表紙裏に「大正十年七月九日委員会第一回」と朱書。上部にメモ・条文の文言の修正の書き込み。

⑥⑬『刑事訴訟法改正案』（山岡文書 C-30）

表紙に「Ⅱ」・『最後総会提出案』とある。上部にメモ・条文の文言の修正の書き

込み。

⑥②・⑥③は同一の印刷物。謄写版。⑥②・⑥①の条文の修正及び『特別委員会会議要目』の決定事項が印刷内容に反映。

この準備草案をベースに、特別委員会で留保されていた事項もあわせて調査委員会総会で審議が行われた。⑥②・⑥③はその時に出席者の検討資料として使われたと考えられ、書き込みから総会での議論が判明する。

次の資料は総会での議題をまとめたものであり、その書き込みからも総会での議論を伺うことができる。

⑥④『刑訴総会事項』（山岡文書 C-16）

⑥⑤『第二次 刑事訴訟法改正会議問題及議案』（花井文書 E-7）

謄写版。もともとバラバラに提出された資料を後で綴じ直している。⑥④・⑥⑤は基本的には重複しているが、僅かながら互いに欠いている資料もある。書き込みあり。「刑事訴訟法改正調査委員会留保問題其他」（以下、「留保問題」）・「刑事訴訟法改正調査委員会第二次留保項目」（以下、「第二次留保項目」）・「刑事訴訟法改正調査委員会第三次留保項目」が含まれる。

総会での 21 回の審議の結果、修正要綱が決議され、整理委員会に修正が委ねられた。整理委員会では、修正要綱に従って、修正が必要な条文が検討された。その際の資料として用いられたのが、次の資料である。

⑥⑥『刑事訴訟法案中整理条項』（法務図書館、請求記号：XB620/K28/1、資料 ID：00142597）

謄写版。冒頭に「大正十年八月十七日起草会」と朱書。「整理事項要目」として、検討が必要な条文・事項が列挙。次いで、「整理条項」第 1 巻～第 3 巻。1 条毎に 1 葉を利用。修正要綱に従った修正を反映した条文があらかじめ印刷されている。上部にメモ・条文の文言の修正の書き込み。

⑥⑦『第二次刑事訴訟法整理条項』（花井文書 E-8）

謄写版。第 1 巻～第 6 巻。上部にメモ・条文の文言の修正の書き込み。

少なくとも第 1 巻～第 3 巻については⑥⑥・⑥⑦は同一の印刷物。

整理委員会では、さらに全体を通じての検討が行われた。その際利用されたのが次の資料である。

⑥⑧『刑事訴訟法改正案』（法務図書館、請求記号：XB620/K16/1b、資料 ID：00142692）

⑥⑨『刑事訴訟法改正案』（山岡文書 C-27）

⑥⑧・⑥⑨は同一の印刷物。謄写版。⑥⑥・⑥⑦の修正が印刷内容に反映されている。⑥⑧は表紙裏に「大正十年九月廿四日総会提出」と朱書。⑥⑨は表紙に「大正十年九月

廿四日総会議案」とある。いずれも書き込みあり。
整理委員会による改正案は大正10年8月20日に完成し、刑事訴訟法改正調査委員会総会に提出された。次の資料がそれと考えられる。

⑦⑩『刑事訴訟法改正案』（平沼文書713-7）

⑦⑪『刑事訴訟法改正主査委員会日誌』（花井文書E-2-1）に付される『刑事訴訟法改正案』

⑦⑩・⑦⑪は同一の印刷物。⑥⑧・⑥⑨の修正が印刷内容に反映されている。

総会での審議を経て可決された草案（大正10年案）は第45回帝国議会へと提出された。まず、衆議院での審議に付される。

⑦⑫『刑事訴訟法案（第四十五議会提出案）』（法務図書館，請求記号：XB620/K19/1，資料ID：00142593）

表紙に「大正十一年第四十五回議会提出案」とある。

⑦⑬『刑事訴訟法案（確定按）修正アリ』（平沼文書717-1）

表紙に「確定按」とある。条文番号，条文の文言の修正の書き込み。

⑦⑭『刑事訴訟法案』（山岡文書C-28）

表紙に「議会提案」とある。書き込みあり。

⑦⑫～⑦⑭は同一の印刷物。活版。

衆議院での議決終了後，貴族院へと送られた。

⑦⑮『刑事訴訟法案（第四十五議会提出衆議院修正案）』（法務図書館，請求記号：XB620/K20/1，資料ID：00142594）

朱書きで貴族院での修正が書き込まれる。

⑦⑯『刑事訴訟法案（議会提出案）』（平沼文書715-4）

⑦⑰『刑事訴訟法案』（山岡文書C-29）

条文の文言の修正の書き込み。

⑦⑮～⑦⑰は同一の印刷物。小文字及び傍線が印字。

帝国議会での審議を経て，大正刑事訴訟法は成立し，大正11年5月5日に公布された。

Ⅲ 明治34年案・法典調査会案・明治刑訴法改正における自由刑の執行停止規定

刑訴法改正作業が始まり，まず作られたという明治31年の「案」については，残存するのが前半部分のみで，第六編「裁判ノ執行」の各規定がいかなる内容であったのか，残念ながら判明しない。また，法典調査会における議論の詳細も不明であるため，いつ

の議論が詳しいことはわからないが、改正作業の中で自由刑の執行について必要的停止と裁量的停止の2つの規定を置くことになった。明治34年案では次のように規定される。

第四百九条 懲役、禁錮又ハ拘留ノ言渡ヲ受ケタル者精神障礙ニ罹リタルトキハ検事ノ指揮ニ因リ其障礙ノ継続スル間刑ノ執行ヲ停止ス

第四百十一条 第四百九条ノ場合ヲ除ク外懲役、禁錮若クハ拘留ノ言渡ヲ受ケタル者疾病ニ罹リ刑ノ執行ニ因リ生命ヲ保ツコト能ハサル恐アルトキ又ハ執行ニ因リ處刑ノ目的外ナル重大ノ不利益ヲ生ス可キトキハ検事ハ本人又ハ法定代理人ノ請求ニ因リ相当ノ期間ヲ定メ何時ニテモ執行ノ停止ヲ許可スルコトヲ得

精神障碍の場合に必要な停止とする理由として、当時の議論ではないが、後に『刑事訴訟法案理由書』は科刑の目的に適合しないことを挙げる。

本条ハ現行法第三百十九条第二項第一号ニ相当ス現行法ハ停止ヲ為スト否トヲ検事ノ自由裁量ニ任シタルモ本案ハ必ス停止スヘキモノト定ム蓋シ心神喪失者ニ対スル刑ノ執行ハ科刑ノ目的ニ反スルヲ以テナリ²⁶⁾

一方で、第一次主査委員会において、石渡敏一が両者を分けることについて次のように述べている。

第四百二十条ハ精神障礙ニ罹リタル時執行ヲ停止スルノ規定ニシテ別段ノ意義ナシ第四百二十二条ハ病氣ノ程度ニ依リ又家事上ノ為メ請求アリタルトキモ執行ヲ停止スルヲ可トシテ起草シタルモノナリ²⁷⁾

終身懲役ノ者カ狂者トナリ監獄ニ於テ困難シタルコトアリ如斯例ハ数々アリテ第一典獄カ困難スル故之ヲ救フ為メ草案ノ如ク規定シタルモノニシテ……²⁸⁾

主査委員会では精神障碍者に対する刑の必要的執行を刑罰執行の意義から理解する立場もあったが²⁹⁾、精神障碍者の看護という実務上の要請による一律の執行停止の必要が指摘されている。これに対して第411条の執行停止事由は個別事情により対応内容が異なるため、一律の執行停止は適切ではない。それ故にこの両者が分かれたのであろう。この方針はその後の改正作業でも維持される³⁰⁾。

また、第411条に関しては、これも主査委員会での説明ではあるが、「刑ノ目的外ナル重大トハ那辺ニ及フヤ其範囲如何」と問われた河村善益・花井卓蔵は次のように述べる³¹⁾。

(河村) 現今ニ於テ刑ノ執行ヲ停止スルコトアルハ事実ナリ例ヘハ被告人カ病人ナルトキ又ハ執行ノ為メ破産シ或ハ取引先ヘ重大ナル損害ヲ与フルカ如キ場合ハ事情ヲ取調ヘテ許スナリ

(花井) 河村説ト同様ナルカ最モ多キハ病氣ノ為メニ猶予ヲ願ヒ出テタルモノナリ
彼ノ教科書事件ノ場合ニモ多クハ病氣ナリ又執行セハ破産シ為メニ債権者ニ損害ヲ
及ホス虞アル实例モアリタリ

当時の実務において、受刑者本人の生命・身体的問題のみならず、周囲の人間の特に経済的「不利益」への配慮から、刑の執行を停止しているという。第 411 条の規定は当時の実務を反映させたものだったと思われる。

明治 36 年の法典調査会案は、明治 34 年案をほぼ踏襲する。法典調査会案における刑の執行の停止の規定は以下の通り（下線は筆者、明治 34 年案からの変更点）。

第四百二十二条 第四百二十条ノ場合ヲ除ク外懲役、禁錮若クハ拘留ノ言渡ヲ受ケタル者疾病ニ罹リ刑ノ執行ニ因リ生命ヲ保ツコト能ハサル恐アルトキ又ハ執行ニ因リ處刑ノ目的外ナル重大ノ不利益ヲ生スル恐アルトキハ検事ハ本人又ハ其法定代理人若クハ夫ノ請求ニ因リ相当ノ期間ヲ定メ何時ニテモ執行ノ停止ヲ許可スルコトヲ得

なお、この当時、刑法の改正作業も進められ、明治 40 年 4 月に新刑法が公布され、翌年 10 月に施行された。これに合わせて制定された刑法施行法（明治 41 年 3 月公布）第 49 条によって、新しく制定された監獄法の内容を反映する形で、それまでなかった刑の執行停止規定が明治刑訴法第 319 条第 2 項として導入されることとなった³²⁾。

懲役、禁錮又ハ拘留ノ言渡ヲ受ケタル者左ノ各号ノ一ニ該当スルトキハ其事故ノ止ムマテ刑ノ執行ヲ停止スルコトヲ得

- 一 心神喪失ノ状態ニ在ルトキ
- 二 刑ノ執行ニ因リ生命ヲ保ツコト能ハサル虞アルトキ
- 三 受胎後七月以上ナルトキ
- 四 分娩後一月ヲ経過セサルトキ

明治 34 年案や法典調査会案とは異なり、精神病患者を必要的停止として別に規定することはせず、また概括的な規定とはせずに、個別事由を列挙している。起草者である小河滋次郎はその『監獄法講義』の中で、自由刑執行の停止の理由として必要的理由・便宜的理由・情義的理由の 3 種を挙げ、

当該者ノ精神病ニ罹リタルトキ又ハ当該者ノ健康状態カ入監ニ因リ直ニ生命ノ上ニ危険ヲ及ホスノ虞アル場合ノ如キハ必要的理由ニ属シ、当該者ノ健康状態カ行刑其他監獄遇囚ノ設備ニ適合スル能ハサル場合即チ例ヘハ妊娠、伝染病、悪疾（不潔）、児童携帯等ノ事実ハ便宜的理由ニ属シ其所謂情義的理由ナルモノハ入監ニ因リ当該者及ヒ其家族ヲシテ収監ヲ必要トスル目的外ニ渉ル重大ノ不利益ヲ蒙ラシムルノ虞

アル場合ヲ指シテ之ヲ称ス³³⁾

とした上で、精神障害者や病人の病院移送を定める監獄法第43条についての説明の中で、

本条ハ……監獄設備ノ缺闕ヲ補フニ必要ナル最終手段ノ一ニ属シ総テノ在監病者ニ対シテ之ヲ適用スルコトヲ得ルモノトス。監獄医療ノ最終手段ト認ムヘキ他ノ一種ハ行刑ノ停止即チ心神喪失ノ状態ニ在ルトキ、刑ノ執行ニ因リ生命ヲ保ツコト能ハサル虞アルトキ、受胎七月以上ナルトキ及ヒ分娩後一月ヲ経過セサル場合ニ於テ検事カ行刑開始ノ際若クハ行刑中、何時ニテモ病者保護否寧ロ刑ノ本質ヲ維持スル必要ノ為メニ適用シ得ル所ノ処分（刑事訴訟法319条第2項）即チ是ナリ。病勢又ハ健康状態ノ到底刑ノ執行ニ適当スル能ハスト認ムル場合ニ在テハ行刑停止ノ処分ヲ必要トスヘク、其程度ノ尚ホ絶対的行刑ノ不能若クハ行刑又ハ拘禁ノ目的以外ニ渉ル重大ノ不利ヲ認ムルニ至ラサル限りハ本条ノ適用ヲ以テ満足スルヲ原則トナスヘキナリ³⁴⁾

と述べる。すなわち、心神喪失は執行停止の必要的理由となるが、あくまでも個別事情に鑑みながら病院移送か執行の停止かを議論するべきであるとの立場に見える。概括的な規定を置かず、個別事由を列挙した理由については不明である。

IV （第一次）主査委員会における議論

明治41年12月11日から始まる刑事訴訟法改正主査委員会は、明治44年9月29日に開かれた第93回主査委員会において、刑の執行停止規定について議論した。当該委員会では、先ず法典調査会案が読み上げられ、花井卓蔵及び豊島直通からそれぞれの案につき説明が行われ、その後出席各員による議論が展開された。そこでまず花井案、豊島案を整理し³⁵⁾、何が論点となっていたのかを明確にした上で、出席者の意見を紹介する。

1. 花井案及び豊島案

委員会に際して、花井はいくつかの議案を提出しており、その中に刑の執行停止に関わる議案がある。

花井は、先ず、議刑乙第八號「刑事訴訟法改正ニ関スル問題」（明治42年1月11日）

の第七において次のように述べる。

判決ノ執行ニ付特別ノ事由アルトキハ或種ノ犯罪ニ限り相当期間内之ヲ猶豫スルノ
規定ヲ設クルノ可否

花井はその後提出した議刑乙第一六號「刑事訴訟法改正ニ関スル問題」（日付なし）の第二においてその理由を次のように述べる。

草案第四百二十二条ノ如キ規定ヲ設ケ不幸ナル犯人並ニ其家族ノ利益ヲ擁護セント
スルニ在リ、執行官ハ規定ナシトノ理由ノ下ニ刑ノ執行ニ因リ生命ヲ保ツコト能ハ
サルモノト雖モ毫モ假藉セス、諸国ノ法制之カ規定ナキハナシ、

花井は規定がないことによって検察官が執行猶予をしない事態は避けるべきとの理由
で、執行猶予（執行停止）の規定を必ず設けるべきであると考え。また、既に明治刑
訴訟法改正第 319 条第 2 項が存在するにもかかわらず、「草案第四百二十二条ノ如キ規定」
と記載していることから、個別事由を列挙するのではなく、概括的な規定とするべきと
の提案に思われる。さらに、法典調査会案では執行停止事由は「懲役、禁錮若クハ拘留
ノ言渡ヲ受ケタル者」の疾病等に限定されていたが、花井はかかる「不幸ナル犯人」だ
けではなく「其家族ノ利益」を挙げる³⁶⁾。

花井はさらに議刑乙第二十九號「刑事訴訟法改正ニ関スル問題」（日付なし）を提出し、
この点の明文化に加え、「存留養親」の明文化も提案する。

一、刑ノ執行ニ依リ被執行者ノ家族ニ刑ノ目的外ナル著シキ損害ヲ生スル虞アルト
キハ申立ニヨリ其執行ヲ停止スルコトヲ得ヘシトノ規定ヲ設クルコト

参照

独逸刑事訴訟法四八八条

独逸刑事訴訟法草案四七三条

二、或ル制限ヲ以テ存留養親ノ制度ヲ採容シ相当ノ期間内執行ヲ停止スルコトヲ得
ヘシトノ規定ヲ設クルコト³⁷⁾

存留養親は扶養者を欠いた老病の祖父母父母の保護を目的としており、家族の利益保護
に包摂しうると考えられる。ここで花井がなぜ突如として存留養親を持ち出したのか、
家族の利益保護との差異をどのように考えていたのか、詳細はわからない。結局、主査
委員会において花井は「一」の併審のみを求め³⁸⁾、存留養親は審議されなかった。

花井は、主査委員会において提案の理由を次のように説明する。

提案ノ基礎トスル處ハ独逸現行法第四百八十八条同草案四百七十三条ニ在リ提案ハ
漠然トナリ居ルカ之ヲ無制限ニ許ス趣旨ニ非ラス例ヘハ保証人又ハ保証金ヲ立テ期
間ハ六ヶ月ヲ超ヘシメストノ二ノ制限ノ元ニ之ヲ許スナリ³⁹⁾

花井自身、自らの提案を漠然としていると評価するが⁴⁰⁾、無制限に執行停止をするというのではないと言う。参照として挙げる1877年ドイツ刑事訴訟法第488条及び1908年ドイツ刑事訴訟法草案第473条は、いずれも家族の利益保護を目的とする刑の執行延期を定める⁴¹⁾。ただし制約があり、執行停止の期間について、前者は4ヶ月間、後者は6ヶ月間に限定している。花井も自案につき執行停止を6ヶ月間としている。また、参照の両規定が時期を執行着手前に限定しているのではないかと問われた花井は「執行中ノモノハ包含セスト解ス」と答えている⁴²⁾。ただし、これは犯人家族を理由とする場合の執行停止であり、犯人自身を理由とする場合（例えば病気など）については執行中の執行停止も想定していたようである⁴³⁾。なお、保証人・保証金の提案もまたドイツ刑訴法・草案にならったものである⁴⁴⁾。

花井案の中心は家族の利益保護である。しかし、彼自身うまくイメージしていたようには思われない。「家族二生シタル事故」について問われた際には、次のように述べている。

指シ示ス程ノ例ヲ有ササルモ事実ニ於テハ必スアルコトト思フ、例ヘハ被告人ノ尊属親急病ニ罹リタルトキ被執行者ニ於テ諸事ノ措置ヲ為スヲ要スルノ場合ノ如キ或ハ又家族カ結婚スルニ際シ恰モ執行ヲ始ムル場合ノ如キ其他利害関係ノ上ニ於テモ例ヘハ営業上ノ関係ヨリテ必要ナル場合アルヘシ

家族の結婚以外は、前述の当時の執行停止の実務にも合致し、そこから導き出したと考えられる。家族の結婚に関しては、「冠婚葬祭ハ人生ノ大礼ナリ婚嫁ノ事亦病人死者ノ場合ト扱フ所ナキヲ以テナリ」とその理由を説明している⁴⁵⁾。

以上の花井案に対して、豊島は明治刑訴法改正第319条を維持するとの案を示す。

現行法第三百十九条ノ第二項ノ通り即チ刑法施行法第四十九条ノ規定ヲ設クルノ提案ヲ為ス同条各号ノ事故アルトキハ本人等ノ請求ヲ俟ツヲ要セス刑ノ目的外ナル事故ハ此以外ニ殆ントナシ故ニ事故ハ茲ニ明定スルヲ可トス唯漠然ト本案ノ如クスルトキハ那邊ニ到ルカ際限ナシ

と述べる。また、花井案について、

又花井案ニ付テハ家族ノ損害アル場合ニ迄及サントス勿論停止ノ目的ハ独り体刑ニ止マラス罰金刑ニモ適用スルノ趣旨ナルヘキヲ以テ若シ如斯ナレハ刑ハ殆ント執行スルコト能ハサルニ至リ却テ弊害ヲ生ス

と批判し⁴⁶⁾、「最モ適当ナルハ刑法施行法第四十九条ノ規定ナリト信ス」と主張する⁴⁷⁾。豊島は刑法施行法49号の各号に該当したならば本人の請求を待たずに刑の執行停止を検討するべきであるとし⁴⁸⁾、適用される条件を明確化することによって刑の執行停止に

制限を設ける必要があり、特に犯人家族の利益保護まで広げた場合、執行されるべき刑罰がほとんどなくなるため、そこまで広げるべきではないとする。なお、後で紹介するように、平沼騏一郎の発言の中で、豊島案においては、執行停止の時期として、執行の着手以前及び執行中のいずれも想定されることが確認されている。

このように、刑の執行停止規定に関して論点になったのは、a) 法典調査会案のように概括的な規定とするのか明治刑訴法改正第319条第2項のように個別事由を列記するのか、b) 刑の執行停止理由を受刑者家族の利益保護まで広げるのか、c) 執行停止を執行の着手前に限るか執行中も含めるかであった。

2. 各委員の意見

以上の花井案・豊島案を受けて、各委員から意見が提示される。まず、河村善益は次のように述べ、家族の利益保護（婚姻は除く）、執行着手前の刑の停止を主張する。

（この当時の実務として）家族ノ事故ニ因リ停止スルコトハ全ク承知セス自分ハ家族ノ死ニ瀕スル場合ノ如キハ停止シテ可ナリト思フモ結婚ノ場合ノ如キハ同意スルヲ得ス又實際ニ遭遇セス右ハ何レモ着手前ノコトニシテ執行中ノモノニ付テハ許サス⁴⁹⁾

次に、鵜澤聰明は次のように述べ、花井案に賛同する。

草案モ賛成ナルカ更ニ一歩ヲ進メテ花井案ヲ採ルノ必要ニ迫ラレ居ルニアラスヤト思フ、豊島君ハ刑ハ一身ニ止マルヘキモノナリト云フ然リ然レトモ自分ハ此点ニ付大ニ疑ヲ抱クモノナリ例ヘハ被告人タル者戸主ナルトキハ嘗ニ執行ノミナラス既ニ審問当時ヨリ家族ハ為メニ瀕死ノ状態ニ在リシ事実ヲ発見セリ是レ固ヨリ家族制度ノ上ヨリ生スルコトニシテ止ムヲ得ストスルモ可得出来丈救済ノ途ヲ講スルヲ要ス又被告人タル戸主カ財産ヲ有スルトキハ直チニ執行ヲ受クルニ差支ナキモ其者ノ労働ニ依リ生活スルモノハ執行ノ為メ非常ナル打撃ヲ受クヘシ又直ニ執行サレ取引ヲ停止スルノ止ムヲ得サルニ至リタル事例モアリ、刑ノ執行ハ必要ナルモ其執行ニ因テ犯罪ヲ醸シ更ニ刑ノ執行ヲ要スルカ如キ結果ヲ生セシムルハ宜シキヲ得タルモノニアラス現今ハ検事タル人ニ依リ停止スルコトアルモ法律ノ規定ナキトキハ検事ニ取りテ非常ニ責任重キコトナル之ヲ法律ニテ規定セハ自然責任モ軽クナルナリ即チ公ケニ為シ得ルコトナル要スルニ花井案ハ現今ノ状態ニ照シテ必要ナルコトナリ若シ夫レ其制限ニ至テハ深く問フ所ニアラス⁵⁰⁾

鵜澤は、刑罰の執行により（特に被告人が戸主である場合）その家族が困窮する事例もある。

刑罰の執行が被告人本人のみならず周囲にも大きく影響を及ぼす以上は、それらにも配慮しなければならない。しかし、これを検事の判断に委ねるのは、検事の負担が重くなる。したがって、法律上に規定するべきである、という。

これとは反対に、横田国臣は、検事の自由運用に委ねるべきであると主張する。

執行ヲ緩ニスルハ自分ノ好ム所ナリト雖モ之ヲ規則的ニ為スハ賛同スルヲ得サルナリ、又花井案ノ如キコトハ草案ノ内ニ包含セシメ得ルナリ、又ハ停止ハ敢テ着手前ニ限ラス執行中ノモノニ付テモ可ナルヘシ、之ヲ法律的ニ規定シテ検事ノ處分ヲ窮屈ニスルハ不可ナリ即チ検事ノ自由處分ト為スヲ可トス例ヘハ犯人カ病氣ニカカリ到底不治ナル悲惨ノ場合ノ如キハ之ヲ家族ニ引取ラセテ世話セシムルハ人事ノ行届キタル處置ナリト思フ、元來判決確定セハ検事ハ執行ヲ猶予スルコトヲ得ス然ルニ實際ニ於テ検事ノ手心ニテ猶予スルコトアルハ賛成スル所ナリ併シ或ル者ヲ猶予シタリトテ之ヲ他ニ及ホシ事情ヲ酌マスシテ猶予スルカ如キハ不可ナリ要スルニ其處分ハ広ク自由ニスルヲ宜シキニ適シタルモノト信ス豊島案トハ正反対ナリ⁵¹⁾

刑の執行停止事由を明記することは、検事の行動を規制し、柔軟な対応を阻害する。むしろ、検事の自由に委ねることで、検事が個別事情を斟酌しながら適切に刑の執行停止を運用しうる。刑の執行停止事由を個別に法規範に明記するべきではなく、草案422条のように概括的な規定とするべきだとの考えである。

平沼騏一郎は、横田のように検事の自由に委ねるのは検事の責任が重くなりすぎるためどこかで線引きをする必要があるが、どこで線引きをするのか、また対象は基本的に着手前とするが、執行中であっても停止するべき場合もある、しかしいずれもすぐには結論を出せないとして、起草委員に対して提案を求める。

本条ハ自分ハ執行中ノモノモ包含スト解ス花井案ハ着手前ノモノニ限り、豊島案ハ双方ヲ包含ス、着手前ノモノト執行中ノモノトハ自ラ区別アリ着手前ノモノハ事情ニ因リ猶予シテ可ナル場合種々アルヘキモ執行中ノモノハ瀕死ノ場合ノ如キ外余リ無カルヘシ、横田君ノ如ク検事ノ自由ニシテ余リ広クスルトキハ検事ノ責任ヲ過重ニスル虞アリ去リトテ其制限ハ如何ニスルニ付テハ唯今考案ナシ大体着手前ノモノニ限り尚執行中ノモノモ或ルモノハ停止スルコトト為スヲ可ナリト信スルモ今直ニ賛否ヲ決シ難シ故ニ起草委員ヨリ提案ノ上更ニ審議スルコトトシタシ⁵²⁾

一方で、松室致は刑の執行停止事由を明文化すること及び対象を執行中の者にまで広げることには難色を示す。

現今ニ於テハ猶予シ居ルカ殆ント其處置ヲ誤リタルモノナシト信ス是レ今日ハ法律ニ規定ナキヲ以テ検事ハ充分ノ調査ヲ遂ケタル上猶予スルカ為メナリ若シ之ヲ法律

ヲ以テ規定セハ之ヲ乱用スルニ至ルヘク況ンヤ之ヲ執行中ノモノマテ及ホスニ於テハ逃走ノ機會ヲ与フル等弊害少カラサルヘシ、此辺ニ注意セラレテ起草ノ上提議セラレタシ⁵³⁾

種々議論が出る中で、河村も執行中の停止もあり得ると意見を改め⁵⁴⁾、また花井は草案422条は執行着手前後を対象とする規定として存置し、自らが提案した家族の利益保護に関わる規定については家族の病などの場合には執行中であっても停止することを認める旨発言している⁵⁵⁾。

以上の議論から上記各論点について、次のよう整理できる。まず論点a)については、概括的な規定とし刑の執行停止を検事の自由裁量にゆだねることで柔軟に対応しうる。他面それ故に検事の負担が大きい。逆に言えば検事の権限が大きくなる。それ故に刑の執行停止となる個別事由を規定することで検事に対して一定の制限を課す。すなわちかかる事由については検事はその事情を認めれば自動的に刑の執行停止の可否を検討しなければならない。豊島案の意図はここにあったと言いうる。しかし、これには横田のようにむしろ検事の権限を大きくするべきだとの意見も出された。論点b)に関しては、家族の中の有力な働き手が自由刑の執行を受けることによりその家族が困窮し瀕死の状態になること、あるいは困窮した家族がさらなる犯罪に走ることに對する懸念があり、また家族の死に際には付き添わせてもよいのではないかとの意見もあがったが、一方で豊島のいうように刑の執行停止となる事情に際限がなくなり、刑の実効性が確保できなくなるという恐れもあった。論点c)に関しては、論点a)・b)とは異なり、主査会での議論を通じて執行着手前後に限らず、事情に応じて、認めてもよいのではないかという方向へと向かったように見える。

3. 決議事項

主査委員会においては、上記の通り議論が分かれ、特に論点a)、b)については決定打がでなかった。石渡敏一から本会において方針を決定し、それをもとに起草委員に起草させた方がよいのではないかとの提案も出されたが⁵⁶⁾、平沼がまずは起草委員が案を立てた方がよいとの意見を出した⁵⁷⁾。その意見に従って出された花井からの、

三案及監獄法第四十三条第四十四条並本会ニ於ケル諸君ノ意見ヲ参酌シテ一案又ハ数案ヲ立テ本会ニ於テ夫々審議決定スルコトトシテハ如何との提案につき「各員意義ナク決定」された⁵⁸⁾。

「三案」につき、『第一次主査委員会日誌索引』と『第一次主査委員会決議項目』とで

は、記載が一致しない。前者は、

原案四百二十二条

附議刑乙第二十九號ノ一、刑法施行法第四十九条

右三案及監獄法第四三条、第四四条並本会ノ諸意見ヲ参酌シテ起草委員ニ於テ一案
又ハ数案ヲ立案提出ノ上更ニ審議スルコトニ決定

と記載し⁵⁹⁾、三案を原案 422 条、議刑乙第二十九號ノ一（花井案）、刑法施行法 49 条（豊
島案）とするのに対して、後者は、

第四百二十二条

議刑乙第二十九號（花井案）

一刑ノ執行ニ依リ被執行者ノ家族ニ刑ノ目的外ナル著シキ損害ヲ生スル虞アルト
キハ申立ニ因リ其執行ヲ停止スルコトヲ得ヘシトノ規定ヲ設クルコト

二或ル制限ヲ以テ存留養親ノ制度ヲ採容シ相当ノ期間内執行ヲ停止スルコトヲ得
ヘシトノ規定ヲ設クルコト

現行法第三百十九条第二項ノ通即チ刑法施行法第四十九条ニ当ル規定ヲ設クルコト
（豊島案）

起草委員ニ於テ右三案及ヒ監獄法第四十三條第四十四條並ニ各員ノ意見ヲ参酌シ
テ一案又ハ数案ヲ立テタル上更ニ審議決定スルコトニ決ス

と記載し⁶⁰⁾、花井案に存留養親の提案も含める。存留養親の提案が生き残っているのか
ははっきりしない⁶¹⁾。

V 大正 2 年案から大正 7 年案における自由刑の執行停止規定

起草委員から如何なる案が出され、総会で如何なる議論が行われたのか、詳らかでは
ない。⑪『刑事訴訟法案（豊島委員加筆）』（法務図書館、資料 ID：00142624）第 422 条上部
から左脇には「起草委員ニ任ス／刑施四九ノ通りトスル提案（豊島）／花井案■■■／監
獄四三、四四」の朱書き（／は原文書き込み改行、以下同）、「懐胎後七月以上ナルトキ／分
娩後一月ヲ経過セサルトキ」と鉛筆書きがある。さらに印刷されている条文「何時ニテ
モ執行ノ停止ヲ」の横に「執行着手前ノミニ限ル趣旨ナリ（■■■）」と朱書き（取り消し
線は原文書き込み、以下同）がある⁶²⁾。また、⑨『刑事訴訟法案』（平沼文書 711-5）では、
第 422 条上部に「独四八八条」のほか「懐胎後七月以上ナル／トキ分娩後一月ヲ経過／
セサルトキ／施行法四十九条三号／及四号」とのメモが書き込まれ、条文には次のよう

な修正が施されている（括弧は原文書き込み）。

第四百二十条ノ場合ヲ除ク外懲役，禁錮若クハ拘留ノ言渡ヲ受ケタル者疾病ニ罹リ刑ノ執行ニ因リ生命ヲ保ツコト能ハサル恐アルトキ「又ハ執行ニ寄リ處刑ノ目的外ナル重大ノ不利益ヲ生スル恐アルトキハ」検事ハ本人又ハ其法定代理人若クハ夫ノ請求ニ因リ相当ノ期間ヲ定メ何時ニテモ執行ノ停止ヲ許可（筆者註：「命」に修正）スルコトヲ得⁶³⁾

総会においては、恐らく、個別の停止事由を列挙すること、すなわち執行の停止を検事の自由に完全には委ねないこと、その個別の停止事由として刑法施行法第49条の列挙事由を取り入れること、執行の着手の前後は問わないことは決定されたと推測しうる。しかし、家族の利益保護については、扱いをどのようにするのか、意見が割れたのではないだろうか。『刑事訴訟法改正案編別』では、刑の執行停止規定は次のように修正されている。

第十一条 左ニ記載シタル場合ニ於テハ刑ノ言渡ヲ為シタル裁判所又ハ受刑者所在地ノ地方裁判所ノ検事ノ指揮ニ因リ事故ノ止ムマテ懲役，禁錮又ハ拘留ノ執行ヲ停止スルコトヲ得

- 一 刑ノ執行ニ因リ生命ヲ保ツコト能ハサル恐アルトキ
- 二 受胎後七月以上ナルトキ
- 三 分娩後一月ヲ経過セサルトキ
- 四 刑ノ執行ニ因リ回復ス可カラサル不利益ヲ生スル恐アルトキ
- 五 其他重大ナル事由アルトキ

第1号から第3号までは明治刑訴法改正第319条第2項第2号から第4号に当たる。新しく付け加えられた第4・5号は概括的な規定であり、検事の自由に委ねられる。主査委員会で出された意見の折衷案といえよう。受刑者家族の利益保護は個別に規定されることはなかったが、第4・5号を規定することにより、受刑者の周囲に経済的な不利益が及ぶ場合などに刑の執行を停止してきた当時の実務状況も含めた対策を図ったと思われる。

大正2年案（第一次案）では、以上の条文案に変更は加えられず、通しの番号として474条が当てられた。

大正5年案（第二次案）でも大きな変化はなく、次のように規定される（下線部は筆者、大正2年案からの修正点）。

第四百九十七条 左ニ記載シタル場合ニ於テハ刑ノ言渡ヲ為シタル裁判所又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ノ検事ノ指揮ニ因リ事故ノ止ムマテ懲役，禁錮又ハ拘留ノ執行ヲ停止スルコトヲ得

- 一 刑ノ執行ニ因リ生命ヲ保ツコト能ハサル虞アルトキ
- 二 受胎後七月以上ナルトキ
- 三 分娩後一月ヲ経過セサルトキ
- 四 刑ノ執行ニ因リ回復ス可カラサル不利益ヲ生スル虞アルトキ
- 五 其他重大ナル事由アルトキ

大正5年案は第二次主査委員会で審議された。「第八編裁判ノ執行」は大正7年5月30日第33回の会議で審議されているが、『第二次主査委員会日誌』によればさしたる議論もなく「原案決定」されている⁶⁴。大正7年案（主査委員会決議案，第三次案）において，この規定は大正5年案から変更を加えられることはなかった⁶⁵。なお，平沼騏一郎は，その『刑事訴訟法改正案要旨』の中で，刑の執行停止規定について，「本案ハ現行法ニ比シ自由刑ノ執行ヲ停止スルコトヲ得ヘキ場合ヲ拡張シ」と述べ，第4・5号に言及している⁶⁶。

VI 大正10年案における自由刑の執行停止規定——存留養親条項の採用

大正2年案から大正7年案に至るまで殆ど変化のなかった刑の執行停止規定に対し，大正10年案において大きく手が加えられることになる。

大正9年7月24日から刑事訴訟法改正特別委員会が開かれた。その第33回（大正10年4月5日）において，花井は改めて法典調査会案422条のような規定を設けるべきであるとの意見を出し，再考されることになった。

第四百九十七条

一花井委員ヨリ本条ニ法典調査会案第四百二十二条ニ規定セル如キ刑ノ執行ニ因リ處刑ノ目的外ナル重大ノ不利益ヲ生スル恐アル場合ニ執行停止ヲ為シ得ヘキ旨ノ規定ヲ加フヘシトノ意見アリ再考スルコトナレリ⁶⁷

大正7年案第497条第4号でも「刑ノ執行ニ因リ回復ス可カラサル不利益ヲ生スル虞アルトキ」が規定されている。では，花井は何を求めてこのような提案を行ったのか。⑥『刑事訴訟法改正案（主査委員会決議案）』（法務図書館，資料ID：00142602）の第497条2～5号上部には，

司法旧案四百二十二条，

独四百八十八条，

独草四百七十三条，

洪五百九条,

ノ規定ヲ加味シテハ如何

トノ説アリ再考

と朱書きされている⁶⁸⁾。法典調査会案第 422 条が言及されていることから、これは花井の提案に係るメモであろう。前述のように、1877 年ドイツ刑事訴訟法第 488 条及び 1908 年ドイツ刑事訴訟法草案第 473 条は家族の利益保護を目的とした刑の執行停止を規定する。「洪五百九条」すなわち「刑事訴訟規則ニ付キテノ洪牙利国一千八百九十六年ノ法律條款」第 509 条も同様の内容を持つ⁶⁹⁾。すなわち、特別委員会において、花井は改めて受刑者家族の利益保護による刑の執行停止を明文の規定することを訴えたと考えられる。

特別委員会が完成させた準備草案では自由刑の執行停止規定は、条文番号は変わったが、規定そのものに変更は加えられなかった（下線は筆者、大正七年案からの変更点）。

第五百三条 左ニ記載シタル場合ニ於テハ刑ノ言渡ヲ為シタル裁判所又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ノ検事ノ指揮ニ因リ事故ノ止ムマテ懲役、禁錮又ハ拘留ノ執行ヲ停止スルコトヲ得

- 一 刑ノ執行ニ因リ生命ヲ保ツコト能ハサル虞アルトキ
- 二 受胎後七月以上ナルトキ
- 三 分娩後一月ヲ経過セサルトキ
- 四 刑ノ執行ニ因リ回復ス可カラサル不利益ヲ生スル虞アルトキ
- 五 其他重大ナル事由アルトキ

花井は、この第 503 条に対して、なお調査委員会総会において、家族の利益保護を理由とした刑の執行停止につき高齢者の刑の執行停止とともに明文化することを提案した。「留保問題」には、花井から、

本条ニ七十歳以上ノ者ナルトキ及其家族ニ重大ナル影響ヲ及ホスヘキ場合ハ刑ノ執行ヲ停止スル者ノ規定ヲ加フヘシ

が提案されたと記載されている。この他、総会では、第一号に「著シク健康ヲ害シ又ハ」の文字を加えるよう横田から提案がなされている⁷⁰⁾。

⑥3 『刑事訴訟法改正案』（山岡文書 C-30）は、第 503 条の始まる部分の上部に、花井・横田の提案が書き込まれている（下線は原文書き込み傍線）。

花井

本条ニ七十歳以上ノ者

ナルトキ及其家族ニ

重大ナル影響ヲ及ホ
スヘキ場合ハ刑ノ執行ヲ
停止スル旨ノ規定ヲ加フ
横田
第一号ニ「著シク健康ヲ
害シ又ハ」ノ文字ヲ加フ
留保

さらに、同資料には花井の提案の右横（第 502 条上部）に、

平沼
篤疾養親

とのメモが加えられている（下線は原文書き込み傍線）。書き込みの場所から考えると、花井・横田の提案が先にあり、総会のどの時点なのかははっきりしないが、平沼から存留養親の提案が出されたと推測してよいであろう⁷¹⁾。

結果として、花井の提案の前半と平沼の提案が採用された。⑥「留保問題」（花井文書 E-7）に記載された第 503 条の上部に、

受刑者
七十歳以上ノ者
直系篤疾ニシテ
他ニ扶養スヘキ者
ナキ場合ヲ採用⁷²⁾

と書き込みがある。④「留保問題」（山岡文書 C-16）においては、上記花井の提案前段部分に「可」と、後段部分をカギ括弧でくくって「否」とそれぞれ書き込まれている⁷³⁾。上記③『刑事訴訟法改正案』（山岡文書 C-30）の書き込みにある傍線も採用事項を意味しているのかもしれない。「第二次留保項目」には第 503 条に関して何ら記載はないので、方針はこれで定まったと考えられる。

この決定に従って、第 503 条には修正が加えられていく。

⑥『刑事訴訟法改正案』（法務図書館、資料 ID:00142691）の第 503 条では、第 1 号に「著シク健康ヲ害シ又ハ」の文言が朱筆で挿入され、1 号と 2 号との間に「二 祖父母父母七十歳以上又ハ廢篤疾ニシテ侍養ノ子孫ナキトキ」・「第二項刑ノ言渡ヲ受ケシ者年齢七十歳ニ達シタルトキハ執行停ノ止亦前項ニ同シ」との朱書が付されている⁷⁴⁾。

総会後開かれた整理委員会が利用した資料である⑥『刑事訴訟法案中整理条項』（法務図書館、資料 ID:00142597）は「整理事項要目」の中で第 503 条について、

第一号ニ「著シク健康ヲ害シ又ハ」ノ文字ヲ加ヘ尚存留養親ノ規定及七十歳以上ノ者ニ対スル執行停止ノ規定ヲ設クルコト

と記載している⁷⁵⁾。

また、整理委員会での議論が反映またはメモされた⑥『第二次刑事訴訟法整理条項』(花井E-8)では、第5号に「祖父母父母七十歳以上又ハ廢篤疾ニシテ侍養ノ子孫ナキトキ」の文言が既に印刷されている。順番が前後するが、第1号では「刑ノ執行ニ因リ著シク健康ヲ害シ又ハ生命ヲ保ツコト能ハサル虞アルトキ刑ノ言渡ヲ受ケタル者七十歳ニ達シタルトキ亦同シ」と印刷されているところに、「七十歳以上ニ達シタル者ナルトキ」の文言を「虞アルトキ」の後ろに挿入するメモ、「亦」と「同シ」の間に「前項ニ」を挿入するメモなどが施されている。七十歳以上に対する刑の執行停止に関しては、この時点でどのように規定するか定まっていなかったことが分かる。このほか、2号においては、「七月」の文言がまず「五月」に改められた後さらに「百五十日」に修正され、3号においては「一月」が「六十日」に修正されている⁷⁶⁾。

整理委員会による改正案であり、総会に提出された『刑事訴訟法改正案』は自由刑の執行停止を次のように規定した(下線は筆者、準備草案からの変更点)。

第五百四十八条 懲役、禁錮又ハ拘留ノ言渡ヲ受ケタル者ニ付キ左ニ記載シタル事由アルトキハ刑ノ言渡ヲ為シタル裁判所又ハ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ノ現在地ヲ管轄スル地方裁判所ノ検事ノ指揮ニ因リ刑ノ執行ヲ停止スルコトヲ得

- 一 刑ノ執行ニ因リ著シク健康ヲ害スルトキ又ハ生命ヲ保ツコト能ハサル虞アルトキ
- 二 七十歳ニ達シタルトキ
- 三 受胎後百五十日以上ナルトキ
- 四 分娩後六十日ヲ経過セサルトキ
- 五 刑ノ執行ニ因リ回復ス可カラサル不利益ヲ生スル虞アルトキ
- 六 祖父母、父母七十歳以上又ハ廢篤疾ニシテ侍養ノ子孫ナキトキ
- 七 其他重大ナル事由アルトキ

この案が、総会で多少文言を書き換えられ、大正10年案として議会へ提出されることとなった(下線は筆者、総会提出案からの変更点)。

第五百四十八条 懲役、禁錮又ハ拘留ノ言渡ヲ受ケタル者ニ付左ニ掲クル事由アルトキハ刑ノ言渡ヲ為シタル裁判所ノ検事又ハ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ノ現在地ヲ管轄スル地方裁判所ノ検事ノ指揮ニ因リ刑ノ執行ヲ停止スルコトヲ得

- 一 刑ノ執行ニ因リ著シク健康ヲ害スルトキ又ハ生命ヲ保ツコト能ハサル虞アル

トキ

- 二 七十歳以上ナルトキ
- 三 受胎後百五十日以上ナルトキ
- 四 分娩後六十日ヲ経過セサルトキ
- 五 刑ノ執行ニ因リ回復スヘカラサル不利益ヲ生スル虞アルトキ
- 六 祖父母又ハ父母七十歳以上又ハ廢篤疾ニシテ侍養ノ子孫ナキトキ
- 七 其ノ他重大ナル事由アルトキ

第45回帝国議会では、衆議院・貴族院それぞれにおいて規定内容の修正はなされず、第546条として成立している。

Ⅶ 淳風美俗としての存留養親条項

以上に大正刑訴法546条の制定過程を見てきた。それによれば、存留養親条項は、第一次主査委員会において花井卓蔵から議案として提出されたものの、実際に審議に付されることはなく、草案に反映されることもなかった。ところが、審議の最終局面に至って、平沼騏一郎から突如として提案がなされ、それが採用されたのである。その背景を直接指し示す資料は存在しない。

『刑事訴訟法案理由書』は第6号の趣旨を「孝道ヲ重ンスル」とする⁷⁷⁾。また、大正刑訴法が成立した直後の刑訴法参考書には、次のような説明が並ぶ。

孝道ヲ重ンスル我国ノ淳風良俗ヲ保持スルカ為メ⁷⁸⁾

孝養ノ美風尊重ノ趣旨ニ出デタルモノニ外ナラズ⁷⁹⁾

我国古来ノ良俗ニ基キ孝道ノ最重キ所以ヲ示シタルモノニシテ各号中最重要ナル規定ナリ⁸⁰⁾

主トシテ孝道ヲ重ンセシムル趣旨ヲ以テ新設シタルモノナリ⁸¹⁾

子孫ヲシテ孝養ヲ完ウセシムル⁸²⁾

孝道ノ重ンスヘキヲ知ラシメ良風美俗ヲ維持セントスル重要ノ規定ナリ⁸³⁾

我国古来ノ淳風美俗ニ基キ孝道ノ最モ重キ所以ヲ明カニシタリ⁸⁴⁾

「孝道」であるという点については、本稿冒頭で説明した通り、存留養親条項の本質であり、理解できる。それでは「我国ノ淳風良俗」・「我国古来ノ良俗」・「良風美俗」・「我国古来ノ淳風美俗」とはいかなる関係に立ち、それが何故に存留養親条項を必要とする理由付けとなるのか。

「淳風美俗」に関して、これまでの大正刑事訴訟法の研究においてあまり注目されていないようであるが、明治刑訴法と対比したときの大正刑訴法の特徴として『刑事訴訟法案理由書』の冒頭に掲げられているのは、

道義ヲ重シ淳風良俗ヲ保持スルノ趣旨ヲ以テ幾多ノ規定ヲ設ケタルコトである⁸⁵⁾。

整理委員による最終稿が完成し、これを刑事訴訟法改正調査委員会委員長穂積陳重に渡す際の報告書でも、次のように述べられている。

改正草案ハ法律取調委員会ノ成案ヲ基礎ト為シタルモノナリト雖モ多クノ修正増補ヲ施シ其面目ヲ一新シタリ是ヲ現行法ニ比スルニ法条ニ於テ約倍数ノ増加ヲ見ル是レニ多年ノ経験ニ徴シテ不備缺漏ヲ補正シ我旧慣故例ヲ審ニシテ依ルヘキハ之ニ依リ採ルヘキハ之ヲ採リ兼ネテ泰西ノ立法ヲ參稽シ又時代ノ變遷ニ伴ヒテ之ニ適応スル規定ヲ設ケタルニ職由ス殊ニ従来ノ立法カ理論形式ニ偏シテ道義ヲ重シ人情ヲ顧慮スルニ於テ遺憾尠ナカラサルモノアルニ鑑ミ法ノ規定ヲシテ之ニ乖離スルコトナカラシムルノミナラス進ンテ人道人権ヲ重ンスルノ趣旨ヲ明カニシ併セテ我邦固有ノ淳風美俗ヲ保持セムコトヲ期シテ多クノ新規定ヲ設ケタルカ如キ⁸⁶⁾

このように、「我邦固有ノ淳風美俗ヲ保持」は刑事訴訟法の重要な目的として位置づけられている。ところが、大正2年案、大正5年案、大正7年案に添えられた、その脱稿時に起草委員から当時の法律取調委員会会長に宛てた報告書には、淳風美俗に言及しているものはない⁸⁷⁾。刑訴法の淳風美俗の保持という目的は、大正10年案においてはじめて問題として取り上げられた。

具体的にどの規定が淳風美俗に当たるのか。小山松吉は『刑事訴訟法提要』の中で第143条第3項（婦女の身体捜査）⁸⁸⁾、第176条第3項（婦女の身体検査）⁸⁹⁾、第186条（被告人の近親者等の証言拒否）⁹⁰⁾、第188条（自己・近親者が刑事訴追を受ける恐れのあるときの証言拒否）⁹¹⁾、第259条（直系尊属に対する告訴禁止）⁹²⁾、第264条（姦通罪の告訴の条件としての婚姻解消・離婚請求）⁹³⁾、そして本稿が扱ってきた第546条第2号・第6号などを列挙する⁹⁴⁾。このうち、第186条・第188条は基礎になる規定が明治31年「案」にすでに現れているのに対して⁹⁵⁾、それ以外の規定は大正9年から始まる特別委員会で議題として提案され、調査委員会総会で採用されている⁹⁶⁾。これらの規定を審議する中で、これらの規定を成立させる理由付けとして「淳風美俗」が俄に浮かび上がってきたのではないか。

刑の執行の停止規定に関していえば、そもそも花井は受刑者家族の利益保護を掲げてきた。花井が当初挙げた家族の結婚については賛同を得られなかったが、一方で家の有

力な働き手である人間が自由刑の執行によって拘束されることで、その家族が困窮すること、さらにはそれによって生命の危機がもたらされることについては他の委員からも懸念されている。しかし、刑の執行の停止事由を受刑者家族の利益保護まで広げること、刑罰の実効性の観点に立てば、難しい。それ故に、法律取調委員会でも刑事訴訟法改正特別委員会でも花井が提案した受刑者家族の利益保護は採用され得なかった。とはいえ、受刑者家族の生命の危機を放置することもできない。そうしたジレンマの中で、存留養親規定が持ち出されたのではないか。受刑者家族の中でも老病の直系尊属に限れば存留養親条項によって救済可能であり、淳風美俗を理由とすることによって存留養親条項ならば制定可能という状況であった。あくまでも推測ではあるが、そうした背景の中で、平沼は折衷案として存留養親条項を提案したと考えられる⁹⁷⁾。

なお、孝道を目的とする存留養親条項ではあったが、別の機能も期待されるようになった。司法省行刑局行甲第185号（大正13年2月16日司法省行刑局長）は刑事訴訟法実施における注意事項を刑務所長・少年刑務所長に伝達した通牒であるが、そこには第546条6号について、次の記述がある。

同条第六号ノ場合ニ於テハ老齡若ハ廢篤疾ニシテ頼ルトコロナキ直系尊属ヲ侍養スルハ我国固有ノ淳風良俗ヲ發揮スル所以ニシテ又一面ニハ父母ノ真善ナル慈愛ノ至情ニ靈感シテ心機一転シ醇正善良ニ復帰スル動機トモナルコト多カルヘキヲ以テ可成之ニ侍養ノ機会ヲ與フヘシ⁹⁸⁾

このように、子から親への侍養という本来の孝道だけではなく、親から子への感化による受刑者の更正の機会となる可能性が言及されている。存留養親条項に新しい役割が発生したと言えよう。

VIII おわりに

本稿においては、大正刑事訴訟法制定時における自由刑の裁量的執行停止規定の制定をめぐる議論を明らかにし、存留養親条項の導入の背景について探った。近代法たる当時のドイツ刑法・ドイツ刑法草案を参照に提案された受刑者家族の利益保護が否定され、日本固有の淳風美俗の保持を理由として提案された存留養親条項が採用されたという点は、当時の西洋法と日本の固有の慣習との関係に対する認識、また法と道德との関係に対する認識を考える上で、非常に興味深い。

しかしながら、本稿で検討したのはあくまでも制定過程においてなぜ存留養親条項が

採用されたのかである。では、近代法の中で存留養親条項を規定する必要はどこにあるのか。存留養親条項そのものの意義を問うのであれば、存留養親条項適用の実態、すなわち実際に存留養親条項の必要性がどの程度あったのかについても検討しなければならない。「はじめに」で述べたように、新律綱領・改定律例時代においては存留養親条項が実際に適用されていたことが確認できる。では、存留養親条項を採用しなかった治罪法時代・明治刑事訴訟法時代はこの問題が生じたときどのように処理していたのか。第一次主査委員会で披露された当時の執行停止の事例には含まれない以上は、その頃すでに存留養親を理由とした執行停止が行われていなかった可能性もある。存留養親条項がすでに必要とされていなかったとするならば、大正刑訴法で復活した後、どのように利用されたのか。上記司法省通牒に「可成之ニ侍養ノ機会ヲ與フヘシ」とあるとおり、積極的に活用されたのか。実態をみてはじめて存留養親条項の意義も見えてこよう。

なお、前提として行った資料整理は、先にも述べたように、非常に限定的なものにとどまり、はなはだ不十分である。今回紹介した資料の中には、分析の対象とした「裁判ノ執行」に対してはほとんど書き込みがないものであっても、別の部分で大量の書き込みをしている資料もある。また、予審などの個別テーマに関わる史料は取り上げなかった。さらに、今回は法務図書館、平沼文書、山岡文書、花井文書のみを扱ったが、利用しうる資料は現在多々存在する。それらを合わせ、総合的に分析することによって、各資料をより正しく取り扱うことができるようになる。今回の整理では、その際のたたき台を提供できたのではないかと思う。

註

- 1) 例えば清朝の律には「凡犯死罪，非常赦不原者，而祖父母（高，曾同），父母老（七十以上）疾（篤廢）應侍（或老或疾），家無以次成丁（十六以上）者（即與獨子無異，有司推問明白），開具所犯罪名（並應侍緣由），奏聞，取自上裁。若犯徒流（而祖父母，父母老疾無人侍養）者，止杖一百，餘罪收贖，存留養親（軍犯准此）。」と規定される（『大清律例』卷4，名例律上「犯罪存留養親」条）。中国律の犯罪存留養親条については、中村正人「清律『犯罪存留養親』条考（1）（2・完）」金沢法学42巻2号（2000）、43巻3号（2001）、及び同「清律『犯罪存留養親』条補考（1）（2・完）」金沢法学45巻2号（2003）、46巻2号（2004）。
- 2) 『大明律積義』卷1，「犯罪存留養親」条。
- 3) 「凡犯死罪非八虐。而祖父々母々老疾応侍。家無二等親成丁者。上請。…犯流者。權留養親。…凡犯徒应役。而家無兼丁者…徒一年加杖一百廿。不居作。一等加廿。…」黑板勝美=国史大系編修会編『律（新訂増補国史大系普及版）』（吉川弘文館，1973）「律卷一名例律」19・20頁。
- 4) 『新律綱領』卷2，名例下「犯罪存留養親」条。
- 5) 『改定律例』卷1，「犯罪存留養親条例」，第35条「凡犯罪存留養親者。徒流。並ニ。杖一百决シテ。余罪ヲ收贖スル律ヲ改メ。懲役一年以上ニ該ル者ハ。棒鎖三日ニ科シテ。余罪ヲ收贖シ。

其百日以下ニ該ル者ハ。全罪ヲ收贖スルコトヲ聽ス。], 第 36 条「凡懲役一年以上ヲ犯シ。已ニ実斷シテ。役百日ヲ過キ。祖父母。父母。老疾シテ。家ニ侍養ノ子孫ナク。父祖親屬ノ侍養スルコトヲ願フコト切ナル者ハ。余罪ヲ收贖シ。放還スルコトヲ聽ス。], 第 37 条「凡華士族。禁錮一年以上ヲ犯シ。祖父母。父母。老疾シテ。家ニ侍養ノ子孫ナキ者ハ。侍養スルコトヲ聽シ。已ムヲ得サルノ事故アリト雖モ。官ニ告ルニ非レハ。外出スルコトヲ聽サス。], 第 38 条「凡侍養子孫ト稱スルハ。年十六以上。成丁ノ者ヲ謂フ。若シ家ニ丁男ナシト雖モ。妻。若クハ女。年十六以上ノ者アレハ。留養スルコトヲ聽サス」。

- 6) 司法省編『司法省第二年報 明治九年 第一編庶務概略 第二編民事綜計要旨 第三編 刑事綜計要旨』(司法省, 1881)・同編『司法省第三年報 明治十年 第一編庶務概略 第二編民事綜計要旨 第三編刑事綜計要旨』(司法省, 1881)には明治9年及び明治10年において存留養親となった人数を掲載している。例えば「存留養親ノモノ百二十二人ナリ之ヲ前年ニ比スレハ二十六人ヲ増加セリ(前年ハ九十六人)即チ全部收贖スル者百零九人棒鎖三日ノ上收贖スル者十六人ナリ」(『司法省第二年報』, 36頁)。また, 市岡正一『公用作文例: 規則摘載』(荒川蔵兵衛ほか, 1881)は「此書ハ専ラ公用ニ従事スル文例ヲ示スモノナル」として各種の願届の実例を記載するが, その中に存留養親の際の「父母侍養ノ願」(巻1, 63・64葉)・「実決中父母老疾侍養願」(巻1, 64・65葉)などが収録されている。
- 7) 矢野祐子『旧刑法における『祖父母父母ニ対スル罪』の成立』杉山晴康編『裁判と法の歴史的展開』(敬文堂, 1992)387頁は, 治罪法の原案を作成したボワソナードが, 近代的法典である旧刑法の中に日本固有の法文化を「特殊形態における自然法」として組み込んだことを明らかにしている。矢野で検討の対象となっているのは「不孝ノ罪」, すなわち子や孫が父母や祖父母に対して衣食などのなすべき奉養を欠いたという場合であり, 存留養親とも密接に関係する。ボワソナードが日本固有の法文化についてどこまでを「特殊形態における自然法」と理解したのか, なお検討が必要であろう。
- 8) 中村正人「第12講 高齢者・年少者や障害者はどのように扱われたのか」石岡浩=川村康=七野敏光=中村正人『史料からみる中国法史』(法律文化社, 2012)は現行刑訴法第482条第6号について「現代日本に生き残る留養制度そのもの」と表現している(144頁)。本稿の着想はここから得た。
- 9) 小田中書103~110頁。
- 10) 小田中書公刊以降に資料IDが付けられたのであろう。
- 11) 小澤隆司「大正期の法人処罰—刑事訴訟法改正を中心として」法制史研究69号(2020)45頁。
- 12) 目録がWEB上で公開されている。「平沼騏一郎関係文書目録」https://rnavi.ndl.go.jp/kensei/tmp/index_hiranumakiichiro.pdf(2022年3月31日閲覧)。
- 13) 目録として『山岡萬之助関係目録: 法務図書館所蔵』(法務省法務図書館, 2007)。山岡文書の詳細は同書「解題」(v頁)及び児玉圭司・高山京子「『山岡萬之助関係文書目録』の利用に備えて」司法法制部季報116(2007)11頁。
- 14) 目録として『花井卓蔵文書目録: 慶応義塾図書館蔵』(慶応義塾大学三田メディアセンター編, 1997)。花井卓蔵文書の詳細は同書第一部「花井卓蔵と立法資料」(1頁)。
- 15) 小田中書106頁註(5)。
- 16) 小田中書は「法典調査会における審議経過を記録したものは見当たらず, その模様は, 法律取調委員会主査委員会における石渡敏一と横田国臣の発言から断片的にうかがい知ることができるに過ぎない」(同書106頁註(7))と述べている。今回の調査でもこれ以上の情報は得られなかった。
- 17) 当初は出された議題にしたがって審議されたが, 第4回主査委員会(明治42年2月2日)で変更(『第一次主査委員会日誌』・『第一次主査委員会日誌索引』参照)。
- 18) ②山岡文書C-6-(17)「議刑甲第6号議決の件」など。小田中書でも指摘がある(108頁註(13))。
- 19) 前掲註14)『花井目録』によれば, 「刑訴起草会準備会原案」, 「刑訴起草会整理案(再写)」, 「刑

- 訴起草会第一整理案」,「起草会整理案」,「第三案(起草委員会ノ第一回会議ヲ経タルモノ)」,「刑訴起草会原案」,「刑訴起草会第二次整理案」がある。「裁判ノ執行」には「刑訴起草会整理案」とある。
- 20) 小田中書 108 頁註 (13)。法務図書館の蔵書目録関連を見ると、『刑事訴訟法改正草案 [秘]』については、『和漢図書目録昭和十一年末現在』(司法省調査課, 昭和 12 年)では「XB620/K4-1」の請求記号を与えられて巻 1, 2 とも登録され (1498 頁),『法務図書館所蔵貴重書目録(和書)』(法務図書館, 昭和 48 年)の 57 頁以下にある「戦災による焼失図書」の項目に「刑事訴訟法改正草案巻一写 (XB620/K4-1) 1 冊」とあるので (59 頁), 小田中書は正しい。しかしながら, WEB サイトの蔵書検索では該当資料がなく, また当該資料が保管されていると考えられる法務図書館第九図書室にも現物は見当たらなかった。
 - 21) 大正 5 年案については, 平沼騏一郎が『刑事訴訟法改正案要旨』(大正 6 年, 法曹会蔵版)において趣旨を説明している。平沼は東京大学法理研究会で講演も行っており,「刑事訴訟法改正案の要旨」として『法学協会雑誌』35 巻 1, 2, 4, 5, 6 号 (大正 6 年), 及び『日本警察新聞』395 ~ 424 (大正 6 年)に掲載されている。
 - 22) これ以外は文字の誤植・脱落修正である。
 - 23) 小田中書は『第二次主査委員会日誌』に含まれるのは第 32 回までとするが (小田中書 109 頁註 (18)), このように第 33 回も確認可能である。
 - 24) 『花井目録』74 頁。
 - 25) 小田中書 109 頁註 (24)。
 - 26) 法曹会(編)『刑事訴訟法案理由書 復刻版(日本立法資料全集 別巻 1255)』(信山社出版, 2020) 330 頁。
 - 27) 『第一次主査委員会日誌』明治 44 年 9 月 22 日 (第 92 回) 2 葉。なお, 主査委員会で検討されているのは法典調査会案であり, 条文番号が明治 34 年案とは異なっている。
 - 28) 『第一次主査委員会日誌』明治 44 年 9 月 22 日 (第 92 回) 4・5 葉。
 - 29) 横田国臣から「狂者ハ刑執行ノ本旨ヲ解セス故ニ其目的ヲ達スルヲ得サルヲ以テ監獄ノ病院内ニ在ル間モ刑ノ執行ヲ停止スヘキモノナリ」との意見が出された(『第一次主査委員会日誌』明治 44 年 9 月 22 日 (第 92 回) 2・3 葉)。
 - 30) 以下, 検討の対象を裁量的自由刑の執行停止規定に絞るため, 特に言及のない限り, これを「刑の執行停止規定」と記述する。
 - 31) 『第一次主査委員会日誌』明治 44 年 9 月 29 日 (第 93 回) 4 葉。
 - 32) 刑法施行法第 49 条「刑事訴訟法第三百十九条第一項ノ次ニ左ノ一項ヲ加フ」。帝国議会での議論では監獄法 13 条, 43 条, 44 条との関連で質疑が行われている (第 24 回帝国議会・衆議院・監獄法案外五件委員会・第 3 号・明治 41 年 3 月 4 日)。監獄法,「第十三条 新ニ入監スル者伝染病予防法ニ依リ予防方法ノ施行ヲ必要トスル伝染病ニ罹リタルモノナルトキハ之ヲ入監セシメサルコトヲ得」,「第四十三条 精神病, 伝染病其他ノ疾病ニ罹リ監獄ニ在テ適當ノ治療ヲ施スコト能ハスト認ムル病者ハ情状ニ因リ仮ニ之ヲ病院ニ移送スルコトヲ得/前項ニ依リ病院ニ移送シタル者ハ之ヲ在監者ト看做ス」,「第四十四条 妊婦, 産婦, 老衰者及ヒ不具者ハ之ヲ病者ニ準スルコトヲ得」。
 - 33) 小河滋次郎『監獄法講義』(巖松堂, 1912) 112 頁。監獄法 13 条における説明。
 - 34) 小河・前掲註 33) 476 頁。
 - 35) 実際には, 花井が提出した議案の付審を検討する間に, 豊島が先に自案を説明しており, 花井の説明はその後になっている(『第一次主査委員会日誌』)。ただし, 花井案はすでに主査委員会の議題として周知されており, 豊島も花井案を前提に説明を行っていることから, 花井案を先に見ることにする。
 - 36) 花井は「(参照)」として 1908 年ドイツ刑事訴訟法草案第 472 条・第 473 条, 及びイタリア刑訴法草案第 624 条をあげる。そのうち, ドイツ刑訴法草案第 473 条は,「刑ノ執行ハ之ニ依リテ被判

- 者又ハ其家族ニ刑ノ目的外ナル著大ノ損害ヲ生ス可キトキハ被判者ノ申立ニ依リ執行官庁ニ於テ之ヲ延期スルコトヲ得延期ハ執行官庁ノ意見ニ依リ保証ヲ立ツルコト又ハ其他ノ条件ニ繋ラシムルコトヲ得、延期ノ期間ハ通常六ヶ月ヲ超ユ可カラサルモノトス」と規定し（『刑事訴訟法議案参考書七 1908 年独国刑法改正案』（平沼文書 172-12）、『刑事訴訟法議案参考書七』（平沼文書 715-3））、イタリア刑法草案第 624 条は、「自由刑ノ執行ハ犯人カ發狂又ハ重大ナル疾病ノ場合ニ於テハ之ヲ停止ス」と規定する（『刑事訴訟法議案参考書八 伊国刑法草案』（平沼文書 172-13））。花井の主張はドイツ刑訴草案に多くを依拠しているといえよう。なお、ドイツ刑訴草案 472 条は「被判者刑ノ執行ヲ始メタル後疾病ノ為メ監獄以外ノ病院ニ入院セシメラレタル場合ニ於テ病院滞在ノ期間ハ之ヲ刑期ニ算入ス可キモノトス但此者故意ニ疾病ヲ生セシメタルトキハ此限ニ在ラス」である（前掲平沼文書 172-12、同 715-3）。
- 37) 以上、花井の議刑乙 8 号・16 号・29 号は㊸『刑事訴訟法調査二関スル提議（秘）』（法務図書館、資料 ID：00279515）などに収載。
- 38) 「(委員長) 議刑乙第二十九号ヲ併審スルノ考ナルヤ」、(花井委員) 同号ノ一ノミヲ併審サレタシ」（『第一次主査委員会日誌』明治 44 年 9 月 29 日（第 93 回）2 葉）。
- 39) 『第一次主査委員会日誌』明治 44 年 9 月 29 日（第 93 回）3 葉。
- 40) 後述の豊島からの批判を受けての発言であろう。
- 41) 1877 年ドイツ刑事訴訟法 488 条「刑ヲ即時執行スルトキハ刑ノ言渡ヲ受ケタル者又ハ家族ニ處刑ノ目的外ナル著大ノ損害ヲ生スルトキニ限り本人ノ申立ニ因リ之ヲ延期スルコトヲ得／刑ノ執行延期ハ四月ノ期間ヲ過ルヲ許サス／刑ノ執行延期ハ保証又ハ其他ノ条件ヲ付シテ許可スルコトヲ得」（『刑事訴訟法議案参考書四』（法務図書館所蔵））。1908 年ドイツ刑事訴訟法草案 473 条の規定は前掲註 36）。
- 42) 「(河村委員) …自分ハ参照ノ独逸法条ハ初メテ執行ニ着手スル場合ノ規定ニシテ執行中ノモノニ関係ナキカ如ク認ムルヲ以テ提案者ハ如何ニ解釈スルカラ聞キタシ」（『第一次主査委員会日誌』明治 44 年 9 月 29 日（第 93 回）3・4 葉）。
- 43) 「犯人以外ノ者ニ係ルニ依リ着手前ノモノニ限り區別シタリ」。後掲註 55）。
- 44) この説明を受けて、㊸「刑事訴訟法調査二関スル提議（秘）」（法務図書館、資料 ID：00279515）に収載の花井提出議刑乙第二十九號「一」の上部に「執行着手前ノモノノ停止ニ限ルコトノ金又ハ人ヲ以テノ保証ヲ立ルコトノ期間ハ六月ヲ越ルヲ得サルコト」と朱書きされている。
- 45) 『第一次主査委員会日誌』明治 44 年 9 月 29 日（第 93 回）3～5 葉。
- 46) この批判は執行停止の期間を 6 ヶ月間に限定するとの花井の説明の前に行われている。花井は、この批判に対して、執行停止の期間に制限を設けるのだから「豊島君ノ説ハ本案ヲ破ル理由トナラス仮令刑ノ執行ヲ停止スルモ唯早晚ノ問題ニシテ刑ノ執行ハ達セラレ得ルナリ」と返している（『第一次主査委員会日誌』明治 44 年 9 月 29 日（第 93 回）3 葉）。
- 47) 以上の豊島の発言は、『第一次主査委員会日誌』明治 44 年 9 月 29 日（第 93 回）2 葉。
- 48) 刑法施行法第 49 条 3・4 号において規定される懐胎者及び分娩者の執行停止に関して、泉二新熊が議題として提出している。㊸『刑事訴訟法調査二関スル提議（秘）』（法務図書館、資料 ID：00279515）所収「刑事訴訟法調査二関スル提議」（泉二幹事提出）に「懐胎者及分娩者ニ付テモ刑ノ執行ヲ停止スルコトヲ得サシメテハ如何（草案四二二、刑法施行法四九、洪五〇八、ふるかりあ六〇八、洪五〇七、五〇八）」とある。
- 49) 『第一次主査委員会日誌』明治 44 年 9 月 29 日（第 93 回）4 葉。
- 50) 『第一次主査委員会日誌』明治 44 年 9 月 29 日（第 93 回）5・6 葉。
- 51) 『第一次主査委員会日誌』明治 44 年 9 月 29 日（第 93 回）6 葉。
- 52) 『第一次主査委員会日誌』明治 44 年 9 月 29 日（第 93 回）6・7 葉。
- 53) 『第一次主査委員会日誌』明治 44 年 9 月 29 日（第 93 回）7 葉。
- 54) 「平沼君ニ賛成又執行中ノ者ト雖モ父ノ病氣ノ場合ノ如キハ停止シテ可ナルモ家族カ結婚スルトテ停止スルハ不可然シ執行着手ノ前後ヲ問ハス家族ニ係ル場合モ事情ニ依リ停止シテ可ナリ兎モ

- 角モ提案ヲ請フ」(『第一次主査委員会日誌』明治44年9月29日(第93回)7葉)。
- 55) 「第四百二十二条ハ執行着手前後ノモノヲ包含スルトシテ存置シタク次ニ自分ノ案ハ犯人以外ノ者ニ係ルニ依リ着手前ノモノニ限り區別シタリ、若シ河村説ノ如クナレハ異存ナシ」(『第一次主査委員会日誌』明治44年9月29日(第93回)7葉)。
- 56) 「今日決定スルヲ可トス、実ハ之ヲ區別シテ規定スルハ難事ナリ結局涙ノ問題ニシテ種々場合ニ依リ意見ヲ異ニスヘク起草委員ニ於テモ困難ナルヘシ寧ロ本会ニ於テ決定シ而シテ起草セシムルヲ可トス」(『第一次主査委員会日誌』明治44年9月29日(第93回)8葉)。
- 57) 「然リ涙ノ問題ナリ、若シ本会ニ於テ決定セントセハ各意見ヲ異ニシ纏マラサルヘシ、起草委員ニ対シテハ氣ノ毒ナルモ立案ヲ願フコトトシタシ若シ今日之ヲ決セントセハ却テ諸君ノ意ニ副ハサルモノヲ見ルニ至ルヘシ」(『第一次主査委員会日誌』明治44年9月29日(第93回)8葉)。
- 58) 『第一次主査委員会日誌』明治44年9月29日(第93回)8葉。
- 59) 『第一次主査委員会日誌索引』明治44年9月29日(第93回)。
- 60) 『第一次主査委員会決議項目』明治44年9月29日(明治44年第28回)。
- 61) 『刑事訴訟法改正案主査委員会決議対照』では「議刑乙第二十九號ト刑法施行法第四十九条、監獄法第四十三条、第四十四条及ヒ各員ノ意見ヲ參酌シテ立案ノ上提出アルマテ延期」と記載されている。なお、②『刑事訴訟法調査二関スル提議(秘)』(法務図書館、資料ID:00279515)の花井提出議刑乙第二十九號には、主査委員会での決議事項としてであろう、「起草員ニ任ス」と朱書きされている。
- 62) ⑪『刑事訴訟法案(豊島委員加筆)』(法務図書館、資料ID:00142624)149・150頁。
- 63) ⑨『刑事訴訟法案』(平沼文書711-5)106頁。なお、⑦『刑事訴訟法案』(法務図書館、資料ID:00142968)は第422条全体に×が記されている。起草委員から別案が提示されることになったからであろう。
- 64) 『第二次主査委員会日誌』大正7年5月30日(第33回)7葉。
- 65) なお、本文前述のように、大正五年案は公表され、各界からの意見が徴収されている。大正5年案497条に対しても意見が出されている。⑳『刑事訴訟法改正案ニ対スル意見書 谷田委員』(法務図書館、資料ID:00279525)によれば、三つの意見が出されている。長野典獄から「地方裁判所ノ検事ノミナラス区裁判所ノ検事ニモ特種ノ場合ニハ亦停止命令權ヲ與ヘ急速ヲ要スル場合運用上遺憾ナカラシムルニ在リ」を理由として、「第一項中地方裁判所ノ下ニ「又ハ区裁判所」ヲ加フルコト」、大分典獄から「労役場留置者ニシテ本条各号ノ一ニ該当スル場合ニ於ケル相当規定ヲ設ケラレタシ」、及び横浜検事正からは、「刑ノ言渡ヲ受ケタル者カ其執行ニ因リ多少ノ不利益ヲ蒙ルハ免レサレトコロナルカ故ニ本号ニ藉口シテ濫ニ刑ノ執行停止ヲ請求スル者続出シ其弊ニ堪ヘサル可ク且必要ノ場合ハ本条第五号ニ依リ停止スルコトヲ得ルニ因ル」との理由から「第四號ヲ削除スルコト」との意見が出されている。ただし、これらについて如何なる議論が行われたのか、判明しない。
- 66) 平沼騏一郎『刑事訴訟法改正案要旨』(日英堂・松華堂、1917)296頁。
- 67) 『特別委員会会議要目』大正10年4月5日(第33回)。
- 68) ⑥『刑事訴訟法改正案(主査委員会決議案)』(法務図書館、資料ID:00142602)186頁。
- 69) ハンガリー1896年法律第509条第1項は以下の通り。「一年以下ノ囚禁並ニ禁錮又ハ禁軟ノ執行ノ開始ハ有罪判決ヲ受ケ且ツ放置セラルル者刑ノ即時執行ハ自己又ハ其親屬ニ対シ刑ノ目的外ノ重大ノ損害ヲ惹起ス可キ旨ヲ明証シタル場合及ヒ有罪判決ヲ受ケタル者逃走ノ恐ナキ場合ニ於テハ第五百七条及ヒ第五百八条ニ説述セル原由ナシト雖モ一回二个月以下ノ猶予ヲ為スコトヲ得」(『刑事訴訟法議案参考書ニハンガリー1896年法律』(平沼172-8))。
- 70) 「留保問題」7葉。
- 71) ③『刑事訴訟法改正案』(山岡文書C-30)199頁。
- 72) ⑤「留保問題」(花井文書E-7)7葉。
- 73) ④「留保問題」(山岡文書C-16)。

- 74) ⑥『刑事訴訟法改正案』（法務図書館，資料ID：00142691）199・200頁。
- 75) ⑥『刑事訴訟法案中整理条項』（法務図書館，資料ID：00142597）8葉。
- 76) ⑥『第二次刑事訴訟法整理条項』（花井E-8）第5巻。
- 77) 前掲註26『刑事訴訟法案理由書』332頁。
- 78) 草刈融『改正刑事訴訟法詳解』（松華堂，1922）553頁。
- 79) 樫田忠美『改正刑事訴訟法』（南郊社，1922）345頁。
- 80) 平沼騏一郎『新刑事訴訟法要論』（日本大学出版部，1923）749頁。
- 81) 上野魁春『刑事訴訟法註解』（自治館，1923）693頁。
- 82) 岡田庄作『改正刑事訴訟法原論総論．下・各論』（明治大学出版部，1923）483頁。
- 83) 平井彦三郎『刑事訴訟法要論』（松華堂，1926）987頁。
- 84) 小山松吉『刑事訴訟法提要』下巻（法政大学，1927）769頁。
- 85) 前掲註26『刑事訴訟法案理由書』5頁。
- 86) 『報告書（秘）』（法務図書館，請求記号：XB620/K23/1，資料ID：00142981），大正十年九月二十日付，起草委員（花井卓蔵，豊島直通，平沼騏一郎）から穂積陳重あての報告書10葉。
- 87) 前掲註86『報告書（秘）』（法務図書館，資料ID：00142981）には，大正二年十一月十五日付の起草委員（豊島，花井，平沼）から法律取調委員会会長松田正久への報告書，大正五年五月三十一日付の起草委員（花井，豊島，平沼）から法律取調委員会会長奥田義人への報告書，大正七年九月二十三日付の起草委員（花井，豊島，平沼）及び主査委員長穂積から法律取調委員会会長松室致への報告書も取載されている。
- 88) 「婦女ノ身体ノ搜索ニ付テハ成年ノ婦女ヲシテ之ニ立会ハシムヘシ但シ急速ヲ要スル場合ハ此ノ限ニ在ラス」。
- 89) 「婦女ノ身体ヲ検査スル場合ニ於テハ医師又ハ成年ノ婦女ヲシテ之ニ立会ハシムヘシ」。
- 90) 「左ニ掲クル者ハ証言ヲ拒ムコトヲ得／一 被告人ノ配偶者，四親等内ノ血族若ハ三親等内ノ姻族又ハ被告人ト此等ノ親族関係アリタル者／二 被告人ノ後見人，後見監督人又ハ保佐人／三 被告人ヲ後見人，後見監督人又ハ保佐人ト為ス者／（第二項）共同被告人ノ一人又ハ数人ニ対シ前項ノ関係アル者ト雖他ノ共同被告人ノミニ関スル事項ニ付テハ証言ヲ拒ムコトヲ得ス」。
- 91) 「証言ヲ為スニ因リ自己又ハ自己ト第百八十六条第一項ニ規定スル関係アル者刑事訴追ヲ受クル虞アルトキハ証言ヲ拒ムコトヲ得／（第二項）現ニ供述ヲ為スヘキ事件ノ被告人ト共犯ノ関係アリトシテ起訴セラレ未タ確定判決ヲ経サルトキ亦前項ニ同シ」。
- 92) 「祖父母又ハ父母ニ対シテハ告訴ヲ為スコトヲ得ス」。
- 93) 「刑法第百八十三条ノ罪ニ付テハ婚姻解消シ又ハ離婚ノ訴ヲ提起シタル後ニ非サレハ告訴ヲ為スコトヲ得ス再ヒ婚姻ヲ為シ又ハ離婚ノ訴ヲ取下ケタルトキハ告訴ヲ取消シタルモノト看做ス」。
- 94) 小山松吉『刑事訴訟法提要』上巻（法政大学，1925）4頁。小山は『刑事訴訟法提要』の該当項目で，これらの条文の淳風美俗の性格について詳細に説明を加えている。この他，小山は「刑事訴訟法改正要旨講話（3）」中央法律新法第3年-15（1923）においても各条文について淳風美俗の所以を説明している。
- 95) ①『刑事訴訟法改正案』（東京大学法学部研究室図書室所蔵，書誌ID：2002814997），「第二百二十四条 左ニ記載シタル者ハ証言ヲ拒ムコトヲ得／一 被告人ノ親族但親族関係ノ止ミタル後亦同シ／二 被告人ト後見人，後見監督人又ハ保佐人タル関係アル者／三 被告人ノ雇人又ハ同居人」，「第二百五条 左ニ記載シタル場合ニ於テハ証言ヲ拒ムコトヲ得／一 医師，薬剤師，産婆，弁護士，弁護人，公証人，神職又ハ宗教ノ職ニ在ル者職務上依頼ヲ受ケタルニ因リ知得タル事実ニシテ秘密ニス可キトキ／二 証人ノ供述ニ因其証人又ハ其証人ト前条ニ記載シタル関係アル者刑事上ノ訴追ヲ招ク可キ恐アルトキ」。
- 96) 第143条第3項については『特別委員会議要目』大正9年9月1日（第9回）12葉「（第138条）花井委員ヨリ婦人ノ身体搜索ニ付特別規定ヲ設クヘシトノ説出テ總會ノ問題ト為スコトナレリ」，第176条第3項については同大正9年9月6日（第11回）14葉「（第169条）花井委員

ヨリ婦人ノ身体検査ニ付特別規定ヲ設クヘシトノ説出テ再考スルコトナレリ」, 第 259 条については同大正 9 年 10 月 1 日 (第 15 回) 19 葉「(第 245 条) 花井委員ヨリ東京弁護士会ニ於テ本条第一項ニ左ノ但書ヲ付スヘシトノ意見アルコトヲ述ヘ総会ノ問題ト為スコトナレリ『但直系尊属ニ対シテハ告発ヲ為スコトヲ得ス』」。第 264 条については、『特別委員会会議要目』にはなかったが、総会における修正条項「整理条項」第 248 条ノ 2 として、「刑法第百八十三条ノ罪ニ付テハ離婚ヲ為シ又ハ離婚ノ訴ヲ提起シタル後ニ非サレハ告訴ヲ為スコトヲ得ス再ヒ婚姻ヲ為シ又ハ離婚ノ訴ヲ取下ケタルトキハ告訴ヲ取消シタルモノト看做ス」と記載されている。

97) 議会においてはどの範囲を「日本ノ淳風美俗」と判断するのかについて議論があった。とりわけ存留養親条項と同じく中国律に由来する第 259 条 (直系尊属に対する告訴禁止) につき、日本の淳風美俗とは忠君を言うのであって、第 259 条は中国の淳風美俗ではないのかという質問が出ている (法曹会編『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員会議録』(法曹会, 1922) 37 ~ 39 頁)。

98) 大原昇編『刑事訴訟法質議回答録』(清水書店, 1924) 106・107 頁。前掲註 83) 平井書はこの通牒を引用している (987 頁)。

●Summary

The criminal code of ancient China had a provision about “Permitting a Culprit to Support Lineal Elders”. This provision, based on Confucian morality, reduced the punishment given to a person whose grandparents or parents were elderly, ill, or disabled, and who had no adult siblings or others to take care of them. In some cases, such a person was exempted from punishment altogether.

Japan adopted this type of provision in the Chinese-influenced Yoro Code and the early Meiji Penal Code. However, it was not carried over in Japan's first full-fledged modern Western-style criminal procedure code of 1882, or in the subsequent Criminal Procedure Law of 1890. Nonetheless, the Code of Criminal Procedure, enacted in 1922, included it as one of the grounds for discretionary suspension of execution of imprisonment. This treatment was maintained in the current Code of Criminal Procedure.

When the Code of Criminal Procedure of 1922 was enacted, discussions occurred about how to provide for discretionary suspension of imprisonment. Questions were raised as to whether protection of the interests of the prisoners' families, also found in German law, was the ground for the suspension of execution. In the end, the provision was adopted because it allowed the preservation of traditional “beautiful customs filled with humanity.”