

朝鮮刑事令の捜査関連規定のあらまし(2・完)

——逐条的解説・検討を中心として——

Article-by-article Explanation and Consideration
of Investigation Rules of *Chōsen Keijirei* (2)

氏 家 仁*

目 次

- I. 朝鮮刑事令の基本的な理解
 - II. 総則及び捜査に関連する規定の逐条的解説
 - 13. 刑事令12条(以上, 第46巻第3号)
 - III. 結びに代えて
(以上, 本号)
- <参考>

14. 刑事令13条

(1) 条文の変化

0	①司法警察官前条第二項ノ規定ニ依リ被告人ヲ訊問シタル後禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ者ト思料スルトキハ十四日ヲ超ヘサル期間之ヲ留置スルコトヲ得 ②司法警察官ハ前項ノ留置期間内ニ証憑書類及意見書ト共ニ被告人ヲ管轄裁判所ノ検事ニ送致スヘシ ③前二項ノ規定ハ司法警察官カ刑事訴訟法第四百七条第一項ノ職務ヲ行フ場合ニ之ヲ準用ス
---	---

* 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

6	<p>①司法警察官ハ前条第二項ノ規定ニ依リ被疑者ヲ訊問シタル後刑事訴訟法第八十七条第一項各号ニ規定スル事由アリト思料スルトキ八十日ヲ超エサル期間之ヲ留置スルコトヲ得</p> <p>②司法警察官ハ前項ノ留置期間内ニ書類及証拠物ト共ニ被疑者ヲ管轄裁判所ノ検事又ハ相当官署ニ送致スル手續ヲ為スヘシ</p> <p>③前二項ノ規定ハ司法警察官カ刑事訴訟法第二百二十七条ノ規定ニ依リ被疑者ヲ訊問シ禁錮以上ノ刑ニ該ルモノト思料スル場合ニ之ヲ準用ス</p>
---	--

(2) 制定当時 (0)

司法警察官は、捜査の結果、急速の処分を要するものと思料するときは、公訴提起前に限り、被告人を訊問することができるが(刑事令12条2項)、その訊問後、禁錮以上の刑にあたるものと思料するときは、本条1項によって、14日を超えない期間、被告人を留置することができる。刑事令12条2項但書によって、司法警察官には勾留状を発する権限がない代わりに、本条によって司法警察官に留置する権限を認めた⁹³⁾。

司法警察官は、留置をした場合、その期間内に、証憑書類及び意見書とともに被告人を検事に送致しなければならない(本条2項)。

また、前述したとおり、現行犯の場合には、司法警察官もいわゆる仮予審処分として被告人訊問を行うことができ(明治刑訴法147条1項)、同条2項によって、司法警察官は、速やかに、証憑書類及び意見書、逮捕したときは被告人もともに、検事に送致しなければならない一方で、本条3項によって、朝鮮においては、司法警察官が仮予審処分として被告人を訊問した場合にも、14日を超えない期間、被告人を留置することができる。

(3) 大正刑訴法施行を契機とする改正 (6)

<参照条文>

大正刑訴法87条12項

左ノ場合ニ於テハ直ニ被告人ヲ勾引スルコトヲ得

1. 被告人定リタル住居ヲ有セサルトキ
2. 被告人罪証ヲ湮滅スル虞アルトキ
3. 被告人逃亡シタルトキ又ハ逃亡スル虞アルトキ

93) 申東雲(刑事手続)・前掲注5)410頁。

大正刑訴法127条

司法警察官現行犯人ヲ逮捕シ若ハ之ヲ受取り又ハ勾引状ノ執行ヲ受ケタル被疑者ヲ受取りタルトキハ即時訊問シ留置ノ必要ナシト思料スルトキハ直ニ釈放スヘシ留置ノ必要アリト思料スルトキハ遅クとも四十八時間内ニ書類及証拠物ト共ニ之ヲ地方裁判所若ハ区裁判所ノ検察官又ハ相当官署ニ送致スル手續ヲ為スヘシ

①本条によって留置することができる期間に関してみれば、明治刑法施行期においては、14日を超えない期間であったが、この改正において、10日に短縮された。それは、当時の事情に照らして長きに失する嫌いがあり、又は人権擁護という側面から見たとき合理的であるという理由からである⁹⁴⁾。これに対しては、事実上、大正刑訴法とは全く関係のないものであって、いわゆる三・一運動(1919年3月1日発生)によって刺激を受けた日本側の一種の柔和策として生じたものとする見解もある⁹⁵⁾。

また、この改正において、留置については、大正刑訴法87条1項各号の事由がある場合に限定することが適当と認め、また法文上から「禁錮以上ノ刑ニ該ルヘキ者ト思料スルトキ」という要件が削除されたことについては、一見すれば、法定刑(禁錮以上の事件)についての要件がなくなったともみえるが、ただ、本条において留置することができる前提となる、刑事令12条2項による被告人訊問をするには、「事件禁錮以上ノ刑ニ該(ル)」ことが要件とされているから、重ねて本条1項において要件として規定する必要が無くなったため、削除されたものである⁹⁶⁾。

そして、この改正において、本条2項に「相当官署」が加わったのは、軍法会議のような特別裁判所に送致する場合(大正刑訴法127条)があるので⁹⁷⁾、従前の不備を補ったものである⁹⁸⁾。

94) 説明書・前掲注11) 11頁、金炳華・前掲注13) 379頁。なお、説明書・前掲注11は、人権擁護を理由として挙げていない。

95) 申東雲(刑事手続)・前掲注5) 412頁。

96) 説明書・前掲注11) 11頁。玉名・前掲注16) 68-69頁、金炳華・前掲注13) 379頁参照。

97) 玉名・前掲注16) 69頁。

98) 説明書・前掲注11) 11頁。金炳華・前掲注13) 379頁参照。

また、本条3項においては、司法警察官が現行犯人を逮捕し、若しくは現行犯人を受け取り、又は勾引状の執行を受けた被疑者を受け取ったときに訊問し、留置の必要があるものと思料したときであって、「禁錮以上ノ刑ニ該ルモノト思料スル場合」であれば、他の軽微な事案とは異なり、取調べに時間を要することが多いため、刑法127条2文による48時間以内の検事への送致を必要とせず、10日を超えない期間内、留置することができるように、本条1項及び2項の規定を準用することとした⁹⁹⁾。

なお、司法警察官の本条に基づく強制捜査処分の実行に関しては、検事において注意をすると同時に、司法警察官に対し、濫用しないよう注意しなければならないとする¹⁰⁰⁾。

②ここで留置をすることができる範囲については、問題が生ずる。昭和22年法律124号によって改正される前の刑法には、その55条において、「連続シタル数個ノ行為ニシテ同一ノ罪名ニ触ルルトキハ一罪トシテ之ヲ処断ス」と規定し、いわゆる連続犯を規定していた。連続犯は、独立して罪となるべき行為が反復されることにより、包括して一罪となる場合である¹⁰¹⁾。

これについて、i. 司法警察官が、犯罪を捜査するに当たり、最初甲事実のみ認知し、留置したうえで、捜査中に、さらに甲事実と連続犯の関係に立つ乙丙丁の犯罪事実を発見した場合に、乙丙丁の罪についてさらに留置することができるかという問題に対し、同一捜査手続中に新たに発覚した犯罪事実は、連続犯の関係にあるかどうかは問わず、その手続に包摂して捜査を進行することを本則とし、同一被告事件については再び被疑者を留置することはできないので、新たに発覚した犯罪事実については、さらに留置することはできず、また、留置のために同一事件を分離することは許されないという理由から、同一捜査手続中において新たな犯罪事実を発

99) 説明書・前掲注11) 11-12頁。金炳華・前掲注13) 379頁参照。

100) 「次席検事及上席検事会議協議決定事項ニ関スル件(昭和6年5月6日、高検秘第415号、検事長、検事正宛通牒)」(山澤・前掲注44) 212頁)。

101) 牧野英一『改訂日本刑法 全 56版』(昭和10年、有斐閣) 467頁。

見したときは、これを同一事件に包摂して捜査をすることを本則とし、このためさらに被疑者を留置することはできないものとした¹⁰²⁾。

一方でii. 甲事実を認知し、留置して捜査し、微罪であったため釈放したが、その後、甲事実と連続犯の關係に立つ乙丙丁の犯罪事実を認知した場合に、被疑者を乙丙丁の罪について留置することができるかという問題に対し、後に発覚した犯罪事実について、これを別個の事件として、捜査を開始することができないわけではなく、それはその犯罪事実が別事件の犯罪事実と刑法上連続犯の關係にあるかどうかを問うことはないとし、それはなぜなら、連続犯は実体法上一罪であって、刑罰権は一個であるから公訴権に関連する限り、公判手続においてはこれを分割することはできないといえども、捜査手続の範囲においては、各犯罪事実についてこれを数個の事件とすることを妨げられず、それがゆえに、ある事件について捜査手続の終了後、たとえば、微罪であったため釈放した後に、他の犯罪事件を認知したときは、先の犯罪と連続犯の關係にあるときといえども、これは別個の捜査手続であり、これについてはさらに被疑者を留置することができるという理由から、甲事件について、捜査手続を終了した後に他の犯罪事実を認知したときは、甲事件の犯罪事実と連続犯の關係にあるときといえども、乙事件として、さらに被疑者を留置することは妨げられないものとした¹⁰³⁾。

このことについては、司法協会決議という形式を通じて、捜査手続上の連続犯の概念を解体することによって、植民地における警察の権限を強化する方向で解決し、また裁判官による統制が排除された強制捜査という、前近代的な植民地刑事司法は、人身拘束の分野において、よりその悪弊が

102) 玉名・前掲注16) 76-77頁。なお、これは昭和10年11月22日の司法協会決議によるものである(司法協会雑誌14巻12号(昭和10年)57-58頁)。なお、玉名・前掲注16は、本決議の年月日を「昭和一〇年一、二二司法協会決議」としているが(玉名・前掲注16) 77頁)、昭和10年11月22日の誤記であるものと思われる。なお、決議の内容は、玉名・前掲注16と本件司法協会雑誌とで同じである。

103) 前掲注102の司法協会決議参照。

拡張したとする指摘がなされている¹⁰⁴⁾。

③また、本条による留置に関して、不服申立ての対象となるかが問題となる。大正刑訴法471条2項では、「司法警察官ノ為シタル押収又ハ押収物ノ還付ニ関スル処分ニ不服アル者ハ司法警察官ノ職務執行地ヲ管轄スル区裁判所ニ其ノ処分ノ取消又ハ変更ヲ請求スルコトヲ得」と規定しており、これに準じて、本条による留置処分に対しても不服申立てをすることができかどうかについては、この留置処分についての不服申立てに関する規定がなく、また、捜査機関の全ての捜査について不服申立ての対象となるのではなく、刑訴法471条2項に列挙されたものに限って許されるものであって不服申立てをすることはできないとする¹⁰⁵⁾。

そのうえ、朝鮮において、留置処分に対する不服申立てを許したとしても、司法警察官署は多く僻遠の地にあるので、この不服申立てに関する裁判を受けるのは、留置処分の期間が終了した後になりうるので、徒に手段と費用を費やし、また実効性がないため刑事令に不服申立ての手段を設けなかったのである¹⁰⁶⁾。また、そもそもこの留置処分は、朝鮮における特殊な事情にもとづくものであるから、その特別な事情に鑑みて、これを律すべきものであり、一般をもって直ちにこれを論ずることはできないとしている¹⁰⁷⁾。

(4) 被告人、その他の者の訊問調書の利用

ここで、刑事令に基づく訊問によって作成された、被告人、その他の者の訊問調書の利用について、まとめて整理してみることとする。

①明治刑訴法施行期

後述するが、刑事令14条によって、刑事令12条及び13条の強制処分には、刑訴法上の予審に関する規定を準用するため、刑事令12条に基づく強制処

104) 申東雲(刑事手続)・前掲注5) 413頁。

105) 玉名・前掲注16) 77頁。

106) 玉名・前掲注16) 77頁。

107) 玉名・前掲注16) 77頁。

分によって捜査機関が作成した各種調書は、予審判事の調書と同一の効力を有することを意味する¹⁰⁸⁾。

②大正刑訴法施行期

<参照条文>

大正刑訴法343条

①被告人其ノ他ノ者ノ供述ヲ録取シタル書類ニシテ法令ニ依リ作成シタル訊問調書ニ非サルモノハ左ノ場合ニ限り之ヲ証拠ト為スコトヲ得

1. 供述者死亡シタルトキ
2. 疾病其ノ他ノ事由ニ因リ供述者ヲ訊問スルコト能ハサルトキ
3. 訴訟関係人異議ナキトキ

②区裁判所ノ事件ニ付テハ前項ニ規定スル制限ニ依ルコトヲ要セス

刑訴法は、原則として、仮にも実質的に証明力があるものである限り、いかなる証拠方法であっても、使用することができるが、ある種の証拠方法について特にその使用を制限している¹⁰⁹⁾。

すなわち被告人又はその他の者の供述録取書についての証拠能力については、大正刑訴法343条1項において、制限を設けているが、「法令ニ依リ作成シタル訊問調書」には、制限が設けられていない。

刑訴法によって認められている被疑者訊問のほか、刑事令12条によって認められている強制処分である被疑者等の訊問についても、刑訴法56条によってその訊問にあたっては調書を作成しなければならないとする規定は適用され、刑事令によって認められている強制処分によって作成された訊問調書も「法令ニ依リ作成シタル訊問調書」にあたるので、証拠能力が認められる¹¹⁰⁾。刑事令12条1項による被疑者訊問については、刑訴法56条の規定(訊問調書の作成方法)に従って作成された調書であれば、343条によって除外される、いわゆる法令により作成された訊問調書にあたるので、証拠として採用することができるとする高等法院の判例があることについて

108) 申東雲(刑事手続)・前掲注5)410頁。

109) 小野・前掲注72)300頁。

110) 申東雲(予審制度)・前掲注7)162頁。

は前述した¹¹¹⁾。

ただ反対に、捜査機関の任意処分による聴取書には、原則的に証拠能力が認められなかったため(なお、343条2項の例外参照)、証拠とするには制約を受けるおそれがあったので、「合議事件ニ付テハ刑事訴訟法第343条ノ規定ニ依リ証拠能力ノ制限アルヲ以テ成ルヘク刑事令第12条ノ急速処分ニ依リ証拠ノ蒐集ヲ為スコト」¹¹²⁾とした¹¹³⁾。それゆえこのことは、「あえて事案の性質が強制捜査をするに値する事案でなくとも、証拠確保のために強制捜査をせよと言った」ものであり、刑事令によって、法制上も、実務においても、強制捜査が原則となる状況を作り出したとする指摘がある¹¹⁴⁾。

また訊問調書に証拠能力が認められることは、特に司法警察官作成の各種訊問調書について意味があるが、絶対的証拠能力がある司法警察官作成の訊問調書に被疑者の自白を含ませるために、植民地時代の捜査機関において拷問が行われていたことは周知の事実であるという指摘がある¹¹⁵⁾。

実際に、明治刑訴法施行期から、拷問の根絶については、数度にわたり高等法院検事長の訓示等によって触れられてきたが¹¹⁶⁾、大正刑訴法施行期においても、高等法院検事長の訓示等において、拷問の存在を指摘し、根絶に向けた訓示がなされている¹¹⁷⁾。

111) 前掲注89判例(高等法院昭和7年12月1日判決、朝高録19巻380頁)。

112) 「改正刑事令実施ニ伴フ協議事項(大正12年12月19日、裁判所及検事局ノ長(支庁ヲ含ム)宛法務局長通牒)」(山澤・前掲注44)264頁)。

113) 文竣暎・前掲注5)568-569頁参照。

114) 文竣暎・前掲注5)570-571頁参照。

115) 申東雲(刑事手続)・前掲注5)415頁。

116) 明治刑訴法施行期においては、「警務部長ニ対スル中村高等法院検事長訓示(大正10年4月29日)」(山澤・前掲注44)3頁以下)。

117) 「検事局監督官ニ対スル境高等法院検事長訓示(昭和8年10月)」(山澤・前掲注44)152頁以下)においては、昭和7年11月から昭和8年4月の間、被疑者に自白を迫って残忍な暴行を加えて、1か月の治療を要する創傷を負わせたものが1件2人、死に至らしめたものが3件6人生じ、「中ニハ聞クモ肌ニ粟ヲ生スル残酷ナル拷問ヲ為シ死ニ致シタルモノ」があったことを指摘している(同

15. 刑事令14条

(1) 条文の変化

0	前二条ノ場合ニ付テハ第一条ノ法律中予審ニ関スル規定ヲ準用ス
6	①検事ハ第十二条ニ規定スル処分ヲ他ノ検事又ハ司法警察官ニ命令シ又ハ囑託スルコトヲ得 ②司法警察官ハ前項ノ処分ヲ他ノ司法警察官ニ命令シ又ハ囑託スルコトヲ得 ③司法警察官他ノ司法警察官ノ命令又ハ囑託ニ因リ被疑者ニ対シ勾引状ヲ発シタル場合ニ於テハ刑事訴訟法第二百二十八条ノ規定ニ準シ之ヲ命令シ又ハ囑託シタル司法警察官ニ被疑者ヲ送致スヘシ

(2) 制定当時(0)

刑事令12条及び13条によって、刑訴法が規定する以外の処分を、検事又は司法警察官は行うことができるが、これらの処分をなすにあたっては、刑訴法中の予審に関する規定を準用する趣旨の規定である。

前述したとおり、この規定により、刑事令12条によって、捜査機関が作成した各種調書は、予審判事の調書と同一の効力を有することを意味するとする¹¹⁸⁾。明治刑訴法では捜査機関の強制処分権は制限されたが、刑事令によって、捜査機関の強制処分権を拡大し、強化させ、検事及び司法警察官は、日常的に被告人(被疑者) 訊問調書、証人訊問調書を作成して、公判廷に証拠として提出したとされる¹¹⁹⁾。

(3) 大正刑訴法施行を契機とする改正(6)

刑事令12条の説明において前述したとおり、明治刑訴法施行期の刑事令14条は、実質的に削除された。

そこで、新たに、本条によって、刑事令12条において検事がなす処分については、他の検事又は司法警察官に命令し、又は囑託することができ(1項)、司法警察官がなす処分については、他の司法警察官に命令し、又は囑託することができ(2項)、司法警察官が他の司法警察官の命令又は囑託によって被疑者に勾引状を発した場合には、速やかに命令又は囑託をし

152頁)。

118) 申東雲(刑事手続)・前掲注5)410頁。

119) 沈義基「日帝強占期調書裁判の実態」刑事法研究25号(2006年)339頁。

た司法警察官に被疑者を送致しなければならないこととした(3項, なお刑訴法128条準用)。

この規定は, そもそも, 刑訴法における, 現行犯を逮捕し, 若しくはこれを受け取り, 又は要急処分の場合の押収, 搜索, 検証, 証人訊問, 鑑定, 通訳, 翻訳, 要急事件の場合の勾引状の発付の場合には, それぞれ, 検事は, 検事若しくは司法警察官に命令し, 若しくは囑託することができ, 司法警察官は, 他の司法警察官に命令し, 若しくは囑託することができるが, 刑事令における急速な処分にも, 同様の規定を設けることが相当であるため, 刑事令にも規定を置いたものである¹²⁰⁾。

なお, 刑訴法における被疑者訊問については, 他の検事又は司法警察官に命令若しくは囑託することができる規定はないが, 急速処分を行うに際しては, その必要がある場合が多いので, 被疑者訊問についても本条に加えられた¹²¹⁾。

また, 本条3項については, 刑事令12条によって, 司法警察官が, 他の司法警察官の命令又は囑託により, 勾引状を発したときは, 大正刑訴法128条の規定を準用することを相当と認めて, 設けられたものである¹²²⁾。なお, 刑事令12条によって, 検事が他の検事の囑託によって勾引状を発した場合には大正刑訴法129条3項, 司法警察官が検事の命令によって勾引状を発した場合には大正刑訴法128条が適用される¹²³⁾。

120) 説明書・前掲注11) 12頁。玉名・前掲注16) 78-79頁, 金炳華・前掲注13) 380頁参照。

121) 説明書・前掲注11) 12頁。

122) 説明書・前掲注11) 12-13頁。

123) 説明書・前掲注11) 13頁。玉名・前掲注16) 79頁, 金炳華・前掲注13) 380頁参照。

16. 刑事令15条

(1) 条文の変化

0	①検事被告人ヲ勾留シタル場合ニ於テ二十日以内ニ起訴ノ手續ヲ為ササルトキハ之ヲ釈放スヘシ ②刑事訴訟法第四百六十六条第二項ノ規定ハ之ヲ適用セス
6	①検事ハ第十二条ノ規定ニ依リ被疑者ヲ訊問シタル後刑事訴訟法第九十条第一項ニ規定スル原由アリト思料スルトキハ之ヲ勾留スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ刑事訴訟法第九十一条及第三百三十一条ノ規定ヲ準用ス ②検事前項ノ規定ニ依リ被疑者ヲ勾留シタル場合ニ於テ十日以内ニ公訴ヲ提起セサルトキハ勾留ヲ取消スヘシ ③検事被疑者ヲ勾留シタルトキハ更ニ刑事訴訟法第二百五十五条ノ規定ニ依リ勾留ヲ請求スルコトヲ得ス

(2) 制定当時(0)

<参照条文>

明治刑訴法146条2項

若シ被告人ニ対シ勾留状ヲ発シタルトキハ三日以内ニ起訴ノ手續ヲ為ス可シ

検事が、被告人を勾留した場合には、20日以内に起訴の手續をとらなければ、釈放しなければならないとする規定である(本条1項)。

また、明治刑訴法146条2項によれば、区裁判所検事がいわゆる仮予審処分(前掲刑事令11条参照)を行い、勾留した場合には、3日以内に起訴の手續をとらなければならない。これは、必ず起訴をしなければならないという趣旨ではなく、被告人を長期間、未決勾留することを禁ずる法意に他ならないので、3日以内に起訴又は不起訴の処分を行わなければならないとするものである¹²⁴⁾。朝鮮においては、本条2項の規定によって、明治刑訴法146条2項の規定の適用が排除された。

124) 板倉・前掲注59) 1276-1278頁。

(3) 大正刑訴法施行を契機とする改正(6)

<参照条文>

大正刑訴法255条

①検察官捜査ヲ為スニ付強制ノ処分ヲ必要トスルトキハ公訴ノ提起前ト雖押収、捜索、検証及被疑者ノ勾留、被疑者若ハ証人ノ訊問又ハ鑑定ノ処分ヲ其ノ所属地方裁判所ノ予審判事又ハ所属区裁判所ノ判事ニ請求スルコトヲ得

②前項ノ規定ニ依ル請求ヲ受ケタル判事ハ其ノ処分ニ関シ予審判事ト同一ノ権ヲ有ス

刑事令12条の規定によって検事が被疑者を訊問した後、①被告人が定まった住居を有しないとき、②被告人が罪証を隠滅する虞があるとき、③被告人が逃亡したとき、又は逃亡する虞があるとき(大正刑訴法90条1項)、のいずれかに該当するものと思料するときは、本条によって検事は被疑者を勾留することができる(本条1項1文)。

この場合には、本条1項2文によって、勾留状を發して勾留しなければならず(91条の準用)、勾留状の方式、勾留状の執行に関する諸規定等が準用される(131条の準用)。

大正刑訴法では、被告人又は被疑者を勾留するには、必ずしも禁錮以上の刑にあたることを必要としないが、検事が刑事令によって被疑者を勾留するにあたって、原則的に禁錮以上の刑にあたることを要件とする明治刑訴法の規定(75条)よりその範囲を拡張することは穩当ではないのみならず、その必要がないため、禁錮以上の刑にあたるべきものと思料する場合に限定することを相当とした¹²⁵⁾(刑事令12条が、禁錮以上の刑にあたることを要求している)。

この勾留は、10日以内に公訴を提起しなければ、これを取り消さなければならない(本条2項)¹²⁶⁾。この改正において、勾留の期間は、20日から10日に短縮された。改正前は20日間、勾留することができるものとして

125) 説明書・前掲注11) 13頁。

126) なお、いわゆる裁判上の捜査処分において、被疑者の勾留をした事件について、10日以内に公訴を提起しないときは、検事は速やかに被疑者を釈放しなければならない(257条1項)。

いたが、当時の実情に照らして、その期間がやや長きに失する嫌いがあり、10日に短縮することを相当としたものであるが¹²⁷⁾、これもまた、事実上、刑訴法とは全く関係のないものであって、いわゆる三・一運動によって刺激を受けた日本側の一種の柔和策として生じたものとする見解がある¹²⁸⁾。もし、10日以内に公訴の提起をしないときは、勾留状の効力が消滅する¹²⁹⁾。

なお、検事が大正刑訴法又は刑事令によって急速処分を行ったのちであつても、必要があるときは、大正刑訴法255条によるいわゆる「裁判上の捜査処分」を判事に請求することができるが¹³⁰⁾、被疑者の勾留については、刑事令によって被疑者を勾留した後に、さらに裁判上の捜査処分によって勾留することは、不当に人身を拘束する嫌いがあるため、本条3項においてこれを禁止することを相当とした¹³¹⁾。

また、被疑者を10日間勾留することができるという規定があるから、10日を越えなければ差支えないからといって、事件の取調べを速やかにせず、漫然と10日間勾留するというようなことは、運用上の妥当性を欠くものといわなければならないとし、「人權ヲ尊重スルト云フコトハ今日テハ最早常識トナツテ居ルノテアリマス」という高等法院検事長の講話がある¹³²⁾。

127) 説明書・前掲注11) 13-14頁。

128) 申東雲(刑事手続)・前掲注5) 412頁。

129) 司法協会決議(大正13年9月30日)司法協会雑誌3巻(大正13年)32-34頁、玉名・前掲注16) 83-84頁参照。

130) なお、「改正刑事令実施ニ伴フ協議事項(大正12年12月19日、裁判所及検事局ノ長(支庁ヲ含ム)宛法務局長通牒)」においては、「刑事訴訟法第255条ニ依ル処分ヲ為シタル事件ニ付テハ成ルヘク朝鮮刑事令第12条ノ急速処分ヲ為サルコトトシ朝鮮刑事令第12条ノ急速処分ヲ為シタル事件ニ付テハ成ルヘク刑事訴訟法第255条ノ請求ヲ為サルコト」としている(山澤・前掲注44) 265頁)。

131) 説明書・前掲注11) 14頁。

132) 「次席検事及合議支庁上席検事会席上ニ於ケル中村高等法院検事長講話(大正13年3月14日)」(山澤・前掲注44) 56-57頁)。

また、刑事令によらずに、大正刑法129条1項により、検事が現行犯を勾留するときも、刑事令15条2項に準じて、10日を超えないことが妥当であるとする¹³³⁾。

17. 刑事令16条

(1) 条文の変化

0	検事犯罪ノ捜査ヲ終リ有罪ト思料シタルトキハ公判ヲ求ムヘシ但シ拘留又ハ科料ニ該ル事件ヲ除クノ外事件繁雜ナルトキハ予審ヲ求ムルコトヲ得
6	刑事訴訟法第百十三条中二月トアルハ三月トス
10	刑事訴訟法第百十三条中二月トアルハ三月、一月毎トアルハ二月毎トス

(2) 制定当時(0)

<参照条文>

明治刑法62条 地方裁判所検事犯罪ノ捜査ヲ終リタルトキハ左ノ手續ヲ為ス可シ 1. 重罪ト思料シタル事件ニ付テハ予審判事ニ予審ヲ求ム可シ 2. 軽罪ト思料シタル事件ニ付テハ其輕重難易ニ從ヒ予審ヲ求メ又ハ直チニ其裁判所ニ訴ヲ為ス可シ 3. (省略)
--

明治刑法では、地方裁判所の検事は、重罪については、予審判事に予審を請求しなければならず、また軽罪については、その事件の軽重及び難易に従って、予審を請求し、又は起訴しなければならない(なお、重罪、軽罪、違警罪の区分については刑法施行法参照)。区裁判所の管轄事件は、区裁判所検事は予審を求めることなく、起訴するものとされている¹³⁴⁾。

わが国の明治刑法においては、起訴法定主義を採るのか、又は裁量訴追主義を採るのかについては議論があった。捜査機関は、捜査の結果、犯罪があるものと認め、そして公訴権がまだ消滅しておらず、かつ訴訟条件を具備しているのであれば、公訴を提起することを原則とする¹³⁵⁾。しか

133) 「次席検事協議決定事項(大正13年3月)」(山澤・前掲注44)186頁。

134) 板倉・前掲注59)1324頁。

135) 板倉・前掲注59)1305頁。

し、微罪であって、検挙する価値がないものと認められる場合に、検挙しないことは、理論上非難を免れないといえども、現時の実際において、刑事政策上励行すべき処分であって、これを不起訴処分が当然である場合であるとする¹³⁶⁾。具体的にいえば、不起訴処分をすべき場合として、例えば「微罪ニシテ起訴ノ価値ナキトキ」及び「起訴ノ猶予ヲ与フヘキモノト認メタルトキ」を掲げ、後者については、微罪ではないけれども、犯人が深くその非行を悔い、同種若しくは他種の犯罪を再びすることの危険がないものと認めることができ、そして、被害者に対して損害を償い、若しくは被害者の宥恕を得たときに、行う処分であって、この処分も刑事政策の見地から行うものであるが、あらゆる犯罪についてこの処分を行うことは当を得ないが、執行猶予を与えることができる犯罪については、この処分を行うことを相当としている¹³⁷⁾。

ただ朝鮮においては、本条において、原則的に検事は起訴しなければならず、予審を請求することができるのは、拘留又は科料にあたる事件以外であって、事件が繁雑であるときと規定した。

これは、起訴法定主義の立場を明らかにしたものであり、また、明治刑訴法においては、予審請求の義務があったが、刑事令によって、検事に予審請求に関する裁量権を付与したものであるとする¹³⁸⁾。また、検事に予審判事に準ずる強制処分権が認められている中で、このような予審請求権は、明治刑訴法では予審判事に対してのみ認められていた無制限の被告人(被疑者)勾留権を活用することを可能にさせるという点で実質的な意義があるとする指摘がある¹³⁹⁾。

その一方で、明治刑訴法施行期の朝鮮においても、起訴猶予処分の拡張を励行しており¹⁴⁰⁾、「犯情軽微ナルモノハ勿論犯情軽微ナラスト雖被告身

136) 板倉・前掲注59) 1305頁。

137) 板倉・前掲注59) 1306頁。

138) 申東雲(刑事手続)・前掲注5) 410頁。

139) 申東雲(刑事手続)・前掲注5) 410-411頁。

140) 「検事局監察官ニ対スル中村高等法院検事長訓示(大正12年5月12日)」(山

上ノ事情ヲ酌ミ且其ノ社会ニ及ホス影響如何ニ顧ミ処罰ノ実益ナシト認ムルモノハ起訴猶予処分ニ付スヘシ」としている¹⁴¹⁾。

なお、死刑を求刑すべき見込みがある事件については、このような犯罪は重大な事件であるから、その審理手続もまた、慎重かつ丁寧を要することは当然であるから、直ちに公判を請求するようなことは避けることは妥当であり、予審を求めなければならないとする¹⁴²⁾。

(3) 大正刑訴法施行を契機とする改正(6)

<参照条文>

大正刑訴法279条 犯人ノ性格、年齢及境遇並犯罪ノ情状及犯罪後ノ情況ニ因リ訴追ヲ必要トセサルトキハ公訴ヲ提起セサルコトヲ得
大正刑訴法288条 公訴ノ提起ハ予審又ハ公判ヲ請求スルニ依リテ之ヲ為ス
大正刑訴法289条 拘留又ハ科料ニ該ル事件ニ付テハ罰金以上ノ刑ニ該ル事件ト同時ニ取調ヲ為スヘキ場合ニ限り予審ヲ請求スルコトヲ得
大正刑訴法113条(昭和10年法律43号による改正前の条文) 勾留ノ期間ハ二月トス特ニ継続ノ必要アル場合ニ於テハ決定ヲ以テ之ヲ更新スルコトヲ得
大正刑訴法113条(昭和10年法律43号により改正された条文) 勾留ノ期間ハ二月トス特ニ継続ノ必要アル場合ニ於テハ決定ヲ以テ一月毎ニ之ヲ更新スルコトヲ得

澤・前掲注44) 39頁)。

141) 「検察事務取扱ニ関スル件(大正10年12月6日, 高検第7265号, 検事正及支庁検事宛通牒)」(山澤・前掲注44) 179-180頁)。

142) 高等法院検事長による「検察事務取扱ニ関スル件(大正10年12月6日, 高検第7265号, 検事正及支庁検事宛通牒)」(山澤・前掲注44) 179頁)。

なお、大正刑訴法施行に伴う刑事令改正後の「検察事務取扱ニ関スル件(大正13年10月13日, 高検第3917号, 検事正及支庁検事宛通牒)」(山澤・前掲注44) 188-189頁)においては、「死刑ノ求刑ヲ為スヘキ見込ノ事件ト雖現行犯ニシテ被疑者ノ所為ナルコト疑ヲ容ルル余地ナキトキ及予審ヲ求メ難キ特殊ノ事情アルトキハ予審ヲ求ムルニ及ハサルコト」とし、姿勢を一部変更した。

大正刑訴法においては、明文をもって起訴便宜主義を採用し(279条)、予審の請求をするか、公判の請求をするかは、刑訴法289条の規定を除いて、検事の裁量に属する¹⁴³⁾。なお大正刑訴法施行期の朝鮮においても、起訴猶予に関連して、「刑務所ノ現状ニ鑑ミ起訴猶予ハ尚拡大スルノ必要アルヲ以テ之カ励行ニ務ムコト」とし¹⁴⁴⁾、明治刑訴法施行期から同じ姿勢が引き続いている。そのため、明治刑訴法施行期の本条本文は「存置すべき理由がない」のみならず、起訴便宜主義を採用している趣旨にも反する嫌いがあるため、本条本文が削除され、また、刑訴法の改正により、288条及び289条と明治刑訴法施行期の本条但書とが重複する規定となるので、本条但書が削除され、結局、あらたな趣旨の規定を置いた¹⁴⁵⁾。

大正刑訴法においては、被告人の勾留期間は2月であるが、特に継続の必要があるときは、決定で、これを更新することができる(大正刑訴法113条(昭和10年法律43号による改正前))。

なお、当時の朝鮮における交通の事情及び通信事情に照らして、この刑訴法の規定による被告人勾留の期間が短きに失するため、被告人勾留の期間を延ばすことを相当とし、本条によって、朝鮮においては被告人の勾留期間は3月とし、特に継続の必要があるときは、決定で、これを更新することができるものとした¹⁴⁶⁾。

ただ、刑訴法113条が、昭和10年法律43号(同年5月13日公布)によって改正され、被告人の勾留期間は、従前どおり2月であったが、特に継続の必要があるときの更新期間は、1月ごととした。この改正に伴い、本条

143) 小野・前掲注72) 365-366頁。

144) 「次席検事及上席検事会議協議決定事項ニ関スル件(昭和6年5月6日、高検秘第415号、検事長、検事正宛通牒)」(山澤・前掲注44) 212頁)。

145) 説明書・前掲注11) 14頁。

146) 説明書・前掲注11) 14-15頁。玉名・前掲注16) 85-86頁、金炳華・前掲注13) 362-363, 382頁参照。なお、玉名・前掲注16) は、交通の事情のみを理由として掲げる。また、金炳華・前掲注13) は、「侵略的植民地政策を遂行するための方便の一つであったことは否認することはできない」としている(金炳華・前掲注13) 363頁)。

においても、第10改正において、勾留期間は、従来どおり3月としたが、特に継続の必要があるときの更新期間を2月ごととした。

○検事の勾留期間・司法警察官の留置期間の短縮と予審判事の勾留期間の特例

大正刑訴法施行に伴う刑事令の改正により、刑事令15条1項による検事の勾留期間が20日から10日に短縮され(同条2項)、刑事令13条1項による司法警察官の留置期間が14日から10日に短縮された(同項)。このように、検事の勾留期間及び司法警察官の留置期間はそれぞれ短縮された。

反面、予審判事の勾留期間は、2月(刑事令では3月)とし、その後特に継続の必要があるときは、1月ごと(刑事令では2月ごと)に更新することができるが、この場合、判例においては勾留を特に継続する必要があるかどうかに関連して、勾留更新決定書に単に「被告人ニ対シ為シタル勾留ハ尚継続ノ必要アルヲ以テ更新ス」と記載しても、理由を付さなかったとはいえないと判示¹⁴⁷⁾、継続にはほとんど制限がなかったといえる。

そこで、大正刑訴法においては、捜査機関における勾留又は留置の期間が短縮されたことは、延長に制限のない予審制度を利用する必要性が多少増加し、この予審制度を通した長期の未決拘禁の弊害が変わりなく継続したとする指摘がある¹⁴⁸⁾。

18. 刑事令17条

(1) 条文の変化

0	裁判所又ハ予審判事ハ必要ト認ムルトキハ司法警察官ヲシテ検証、搜索、物件差押ヲ為サシメ又ハ鑑定ヲ命セシムルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ第十二条第一項但書ノ規定ヲ準用ス
---	--

147) 大審院昭和5年12月4日判決、刑集9巻840頁。なお、小野・前掲注72) 389頁は、この判示は、勾留の継続に対して抗告を認めた趣旨に反し、また勾留に制限を設けた刑訴法の趣旨を没却する不当なものであるとしている。

148) 申東雲(予審制度)・前掲注7) 160頁。

6	裁判所又ハ予審判事ハ必要ト認ムルトキハ司法警察官ヲシテ検証ヲ為サシメ又ハ鑑定ヲ命セシムルコトヲ得此ノ場合ニ於テ鑑定ニ付テハ刑事訴訟法第一編第十四章中司法警察官ノ為ス処分ニ関スル規定ヲ準用ス
---	--

(2) 制定当時 (0)

本条によって、裁判所又は予審判事は、必要なときと認めるときは、司法警察官に検証、搜索、搜索をさせ、又は鑑定を命じることができる(本文)。ただし、この場合であっても、「罰金、科料若ハ費用賠償ノ言渡ヲ為シ又ハ宣誓ヲ為」すことはできない(但書、刑事令12条1項但書の準用)。

(3) 大正刑訴法施行を契機とする改正 (6)

大正刑訴法においては、裁判所は命令状を發して、司法警察官に押収又は搜索をさせることができる(150条)。予審判事も同様である(169条、150条)。刑訴法に同旨の規定が置かれたため、本条中の「搜索、物件差押」の部分は削除された¹⁴⁹⁾。

なお、改正後においても、検証及び鑑定については、刑訴法にこのような規定が置かれていなかったが、朝鮮の当時の事情に照らして、司法警察官に命じることができる必要性があることから、本条1文において、検証及び鑑定に関する規定を存置させた¹⁵⁰⁾。

本条2文についてみると、検証に関する準用規定はないが、それは刑訴法183条において、すでに司法警察官が行う検証に関する準用規定が置かれたから、刑事令において重ねて規定する必要が無くなったためである¹⁵¹⁾。

ただ、鑑定については、刑訴法第1編第14章(鑑定)のうち、司法警察官が行う鑑定に関する規定を準用することとなる。それゆえ、司法警察官は、鑑定留置を行うことはできず(228条但書)、また、鑑定については、勾引に関する規定を除いて証人訊問に関する章を準用することから(228条本文)、鑑定人に宣誓をさせることはできない(228条本文、215条)。ま

149) 説明書・前掲注11) 15頁。

150) 説明書・前掲注11) 15頁。金炳華・前掲注13) 382頁参照。

151) 金炳華・前掲注13) 382頁。説明書・前掲注11) 15頁参照。

た、鑑定人についても証人制裁は区裁判所に請求しなければならないとする規定（217条）が準用されよう（228条本文）。

なお、本条は、裁判所又は予審判事が対象とされており、受命判事及び受託判事については、その必要性がまれであるため、このような命令をすることはできない¹⁵²⁾。

19. 刑事令18条

(1) 条文の変化

0	①裁判所ハ其ノ所在地外ノ地方法院ノ判事ニ検証、搜索、物件差押ヲ為シ又ハ鑑定ヲ命スルコトヲ嘱託スルコトヲ得 ②予審判事ハ其ノ裁判所所在地外ノ地方法院ノ判事ニ鑑定ヲ命スルコトヲ嘱託スルコトヲ得
6	<削除>

(2) 制定当時（0）

本条1項によっては、裁判所は、裁判所所在地外の地方法院の判事に、検証、搜索、差押、鑑定を嘱託することができ、本条2項によっては、予審判事は、裁判所所在地外の地方法院の判事に鑑定を嘱託することができるとしている。

(3) 大正刑訴法施行を契機とする改正（6）

大正刑訴法においては、裁判所又は予審判事は、押収又は搜索を、なすべき地の予審判事、区裁判所判事等に嘱託することができ（154条1項、169条）、検証もまた同様であり（178条、179条）、そして鑑定も同様である（228条、212条1項、213条）。

それゆえ、同旨の規定が刑訴法におかれたため、削除された¹⁵³⁾。

152) 説明書・前掲注11) 15頁。

153) 説明書・前掲注11) 15頁。金炳華・前掲注13) 382頁参照。

20. 刑事令19条

(1) 条文の変化

0	受命判事又ハ受託判事ハ検証ノ場合ニ於テ必要ト認ムルトキハ予審判事ニ属スル処分ヲ為スコトヲ得
6	<削除>

(2) 制定当時 (0)

本条によって、受命判事又は受託判事は、検証をする場合に、必要と認めるときは、予審判事が行うことができる処分をすることができるとしている。

(3) 大正刑訴法施行を契機とする改正 (6)

改正法において、受命判事又は受託判事が、検証をする場合に、必要と認めるときは、証拠調べをすることができるかについては、176条1項（検証をするにあたっては、身体の検査、死体の解剖、墳墓の発掘、物の毀壞等を行うことができる）のほかには明文の規定はないものの、学説及び判例においては、すべてこれを肯定しているため、特に本条を存置する理由が無くなり、削除された¹⁵⁴⁾。

21. 刑事令20条

(1) 条文の変化

0	①裁判所ハ急速ヲ要スト認ムルトキハ公判開廷前ト雖檢事ニ通知シテ搜索、物件差押ヲ為シ又ハ証人ヲ訊問シ若ハ鑑定ヲ命スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ訴訟関係人ノ立会ヲ要セス ②裁判所ハ其ノ部員一名ニ命シ前項ノ処分ヲ為サシムルコトヲ得
6	<削除>

(2) 制定当時 (0)

本条1項によって裁判所は、急速を要すると認めるときは、公判開廷前であっても、検事に通知して、搜索、差押、証人訊問、鑑定を、訴訟関係

154) 説明書・前掲注11) 16頁。金炳華・前掲注13) 382-383頁参照。

人が立ち会うことを必要とせず行うことができる。また、本条2項によって、本条1項の処分を受命判事（部員）にさせることができる。

訴訟関係人の立会いを要しないことで、予審のように密行主義による証拠調べを公判段階においても行うことができたとする指摘もある¹⁵⁵⁾。

(3) 大正刑訴法施行を契機とする改正 (6)

大正刑訴法においては、まず、裁判所は、第一回公判期日前であっても、被告人訊問（323条1項）、証人訊問（326条1項）、鑑定、翻訳、押収、搜索、検証（327条）等を行うことができる。

また、受命判事（部員）等に、被告人訊問については323条1項、押収、搜索については154条1項、検証については178条、154条1項、証人訊問については212条1項、鑑定については228条、212条1項、通訳、翻訳については236条、228条、212条1項によって行わせることができる。

それゆえ、本条を存置する理由が無くなり、削除された¹⁵⁶⁾。

22. 刑事令21条・21条の2

(1) 条文の変化 (21条)

0	刑事訴訟法第九十二条ノ規定ハ第十二条及前二条ノ場合ニ之ヲ準用ス
1	第二十一条中「第十二条」ヲ「第十二条、第十七条」ニ改ム
6	<削除>

(2) 条文の変化 (21条の2)

1	第十一条、第十二条第二項、第十七条又ハ刑事訴訟法第四百七条ノ規定ニ依リ司法警察官ノ為ス処分ニハ立会人ヲ要セス
6	<削除>

155) 申東雲（予審制度）・前掲注7）157頁。

156) 説明書・前掲注11）16頁。金炳華・前掲注13）383頁参照。

(3) 制定当時(0)・第1改正(1)

<参照条文>

明治刑訴法92条

- ①予審判事臨検、搜索、物件差押又ハ被告人、証人ノ訊問ヲ為スニハ裁判所書記ノ立会ヲ必要トス書記ハ調査ヲ作り予審判事ト共ニ署名捺印ス可シ
- ②裁判所外ニ於テ急遽ノ際書記ノ立会ヲ得ルコト能ハサルトキハ立会人二名アルヲ要ス但監獄署ニ就テ被告人ヲ訊問スルトキハ其監獄署ノ官吏一名ヲシテ立会ハシム可シ
- ③前項ノ場合ニ於テハ予審判事自ラ調査ヲ作り之ヲ読聞カセ立会人ト共ニ署名捺印ス可シ
- ④書記又ハ立会人ナクシテ為シタル処分ハ其効ナカル可シ

刑事令12条(1項)、17条、19条、20条による処分には刑訴法92条を準用し、裁判所書記又は立会人2名の立会いを必要とする一方(刑事令21条)、第1改正によって、刑事令11条、12条2項、17条、刑訴法147条(前述刑事令11条参照)の規定により司法警察官が行う処分には、立会人を不要とする規定が置かれた(刑事令21条の2)。

なお、刑訴法147条によるいわゆる司法警察官の現行犯の仮予審処分については、特別の定めがない限り、予審に関する規定が準用されるため、92条2項により、裁判所外において急遽の際に書記が立ち会うことができないときは、立会人2人を要するが、2人の立会人なくして作成した、被告人に対する訊問調査は無効であると判示した判例¹⁵⁷⁾、並びに刑事令12条2項により司法警察官が行う急速処分は、92条2項が準用されるため(刑事令21条)、2人の立会人なくして作成した、参考人に対する訊問調査は無効であると判示した判例¹⁵⁸⁾、及び1人のみが立ち会った証人訊問は、2人の立会いを要するとする92条2項の規定により無効であると判示した判例¹⁵⁹⁾があるが、これらの判例はいずれも、立会人を要しないとする刑事令21条の2が制定施行される(大正6年12月10日施行)以前のものである

157) 高等法院大正2年11月24日判決、朝高録2巻141頁。

158) 高等法院大正2年12月4日判決、朝高録2巻145頁。

159) 高等法院大正5年7月8日判決、朝高録3巻445頁。

ことに注意を要するだろう。

(4) 大正刑訴法施行を契機とする改正(6)

検事が被疑者訊問(刑訴法139条, 136条), 証人訊問(214条, 207条, 136条), 鑑定(228条, 207条, 136条), 通訳及び翻訳(236条, 228条, 207条, 136条)により, 被疑者, 証人, 鑑定人, 通事及び翻訳人等を訊問するときには, 裁判所書記を立ち合わせなければならない。

また, 司法警察官がこのような処分を行うには, 司法警察官吏の立会を必要としていたが, 検証, 押収, 搜索等の処分にあたっては立会いを必要としていない。それゆえ, 刑事令により検事又は司法警察官が急速処分を行う場合にも, これらの刑訴法の規定に準拠することを相当と認めて, 重複する刑事令21条及び21条の2が削除された¹⁶⁰⁾。

III. 結びに代えて

以上, 刑事令による総則及び捜査に関する特例を解説し, 検討を加えてきたが, 最後に簡単に整理をして, 本稿の結びに代えたい。

1. 捜査機関の強制処分権限の拡大

(1) 明治刑訴法施行期の特例の整理

明治刑訴法における捜査機関の強制処分は, 前述したとおり, 現行犯の場合に限り, これを行うことができる。すなわち, 地方裁判所検事及び区裁判所検事は, 予審判事より先に, 重罪又は地方裁判所の管轄に属する軽罪の現行犯があることを知った場合において, その事件が急速を要するときは, 予審判事を待つことなく, その旨を通知して, 犯所に臨検して, 予審判事に属する処分中, 被告人の召喚, 勾引状の発付, 勾留, 被告人訊問, 検証, 住居及び身体等の搜索, 差押, 証人訊問, 鑑定をすることができる(明治刑訴法144条1項)。

また, 区裁判所検事が, 区裁判所の管轄に属する軽罪の現行犯があるこ

160) 説明書・前掲注11) 16-17頁。金炳華・前掲注13) 383頁参照。

とを知った場合において、その事件が急速を要するときも、上記処分を行うことができる(明治刑訴法146条1項)。

そして、上記の144条1項及び146条1項によって許された検事の職務は、勾留を除き、司法警察官も仮に行うことができる(明治刑訴法147条1項)。

これらの処分は、いわゆる仮予審処分であるが、これについては、朝鮮においては、刑事令11条ないし13条において、大きな例外を設けている。

すなわち、①この仮予審処分においては、検事又は司法警察官は、犯所に臨検する必要があるものと認めるときは、犯所への臨検を省略して、強制処分を行うことができる(11条)。

②検事は、現行犯でなくとも、捜査の結果、急速の処分を要するものと思料するときは、公訴の提起前に限って、検証、搜索、物件差押、被告人訊問、証人訊問、鑑定をすることができ(12条1項)、勾留状の発付を除いては、司法警察官も仮に行うことができる(同条2項)。検事の勾留は、20日間可能である(15条1項)。

③また、司法警察官は、刑事令12条2項によって被告人を訊問した後、禁錮以上の刑にあたるものと思料するときは、14日を超えない期間、被告人を留置することができる(13条1項)。

以上のように、明治刑訴法において認められていた捜査機関の強制処分権に比べ、朝鮮においては、刑事令の規定に基づいて、広く認められていた。すなわち、明治刑訴法では、現行犯の場合で、急速を要するときのみ、検事又は司法警察官は強制処分を行えたが、朝鮮刑事令では、現行犯であることを要せず、急速の処分を要する場合であれば、強制処分を行うことができ、また司法警察官は留置することができた。それゆえ「検事又は司法警察官が、予審判事の機能をほとんど担当していた」といえよう¹⁶¹⁾。

(2) 大正刑訴法施行期の特例の整理

検事又は司法警察官は、現行犯(を逮捕し、又は受け取った)の場合のみならず、要急事件の場合で、急速を要するとき、押収、搜索、検証等

161) 申東雲(予審制度)・前掲注7)156頁。

を行うことができ、また検事は、逮捕し、又は逮捕した者を受け取ったときに、急速を要し、判事の勾留状を求めることができないときは、勾留することができる。

いわゆる要急事件において、検事又は司法警察官が、強制処分を行うことができるという点で、明治刑訴法において認められていた範囲に比べて、広がったことが分かる。

また、強制処分について、検事は、予審判事又は区裁判所判事に請求する、いわゆる裁判上の捜査処分(255条)が認められていたことは前述した。

これに対しては、朝鮮においては、刑事令12条、13条及び15条において、大きな例外を設けている。

すなわち、①検事又は司法警察官は、刑訴法のほか、禁錮以上の刑にあたり、急速の処分を要する場合には、押収、搜索、検証等を行うことができる(12条)。

②また、刑事令12条2項の規定により、禁錮以上の刑にあたり、司法警察官が被疑者を訊問した後、刑訴法87条1項各号の事由がある場合には、10日を超えない期間、留置することができる(13条1項)。

③そして、刑事令12条1項の規定により、検事が被疑者を訊問した後、刑訴法90条1項の事由がある場合には、10日間、勾留することができる(15条)。

このように、検事は刑事令に基づく急速処分を自由に活用することができたため、裁判上の捜査処分を請求する必要性は、基本的に大きくなかったといえる¹⁶²⁾。

(3) ま と め

上記のように、明治刑訴法施行期及び大正刑訴法施行期を通して、刑訴法において認められていた捜査機関の強制処分権限を、朝鮮においては、拡大したことが分かる。

特に、捜査機関の強制処分権を現行犯の場合に限定していた明治刑訴法

162) 文竣暎・前掲注5) 568頁。

において、刑事令によって大幅に拡大し、また、刑事令によって、この捜査処分には予審の規定が準用されるため、各種調書が予審判事の調書と同一の効力を持つことによって、検事及び司法警察官は、予審判事又は公判廷の判事の機能の一部を遂行することが期待されたことを意味した¹⁶³⁾。そして、大正刑訴法を通して、刑事令によって、検事及び司法警察官は、事実上、予審判事に準ずる地位を享受していたのであり、その中での、予審制度とは、検事の勾留期間が制限されるのと異なり、無制限（大正刑訴法においては、更新が無制限）の予審判事の勾留権を利用（「悪用」）するための手続であったとする¹⁶⁴⁾。

2. その他の規定の整理

本件において逐条的解説をした条文について、仮に大きく分けると、前述した捜査機関の権限に関するもののほかに、刑訴法を朝鮮に依用することに伴って本来的に特例として設けなければならなかった規定、事務・手続の簡便を企図した規定、裁判所の権限に関する特例規定に分けられ、次のようになるものと思われる。

(1) 明治刑訴法施行期

①依用に伴う本来の規定

1条, 2条, 3条, 4条, 5条, 8条

②事務・手続の簡便を企図したもの、裁判所の権限に関連するもの

6条, 7条, 9条, 10条, 16条, 17条, 18条, 19条, 20条, 21条, 21条の2

③捜査機関の権限に関連するもの

11条, 12条, 13条, 14条, 15条, 16条

(2) 大正刑訴法施行期

①依用に伴う本来の規定

1条, 2条, 3条, 4条, 5条,

163) 沈義基・前掲注119) 339頁。

164) 申東雲（予審制度）・前掲注7) 162頁。

②事務・手続の簡便を企図したもの、裁判所の権限に関連するもの
6条, 7条, 9条, 10条, 16条, 17条

③捜査機関の権限に関連するもの
12条, 13条, 14条, 15条, 16条

3. 明治刑訴法施行期の刑事令と大正刑訴法との類似性

また、明治刑訴法施行期の刑事令の規定と大正刑訴法の規定とでは、類似する部分がある。捜査についてみれば、明治刑訴法では現行犯の場合に限って捜査機関は強制処分を行うことができるのに対し、明治刑訴法施行期の刑事令においては、現行犯の場合に限らず急速の処分を要するものと思料するときは、捜査機関は強制処分を行うことができた。そして大正刑訴法においては、前述したとおり、現行犯である場合でなくとも、いわゆる要急事件においては、捜査機関は強制処分を行うことができた。

また、明治刑訴法には規定がなく、明治刑訴法施行期の刑事令には朝鮮における特例として規定を設け、そして、大正刑訴法にそれと同じ規定が設けられたものが、少なからず存在する。大正刑訴法に同じ趣旨の規定があるため、明治刑訴法施行期の刑事令の当該条文が削除された場合が、その好例である。

このように明治刑訴法施行期の刑事令の一部の条文には、大正刑訴法と同趣旨の条文が大正刑訴法に先立って制定されていたという事実をうかがうことができる。

明治刑訴法施行期の刑事令における特例が、朝鮮における捜査機関の権限強化、事務の簡便等に鑑みて設けられたことは、容易に想像がつくが、それと同時に、わが国における実務界又は学界等における優勢な刑訴法に関する立法論を一部反映したものであるとも考えることができないわけではない。この点については、今後、大正刑訴法の立法過程に関する研究等、さらなる研究を要する部分である。

4. おわりに

本稿では、捜査に関連する刑事令による朝鮮における刑訴法の特例を、依用された当時のわが国の刑訴法等と照らし合わせつつ概観した。本稿によって、朝鮮において依用された刑訴法を把握することがある程度可能になるものと思われる。

冒頭でも述べたことであるが、刑訴法は歴史の産物であるといわれ、現行刑訴法を理解するためには、それと歴史的に直接連結するものと思われる刑事令を理解する必要があるが、現行刑訴法に与える歴史的な事情は、刑事令のみならず、一般の犯罪にも適用される他の手続法規（犯罪即決例、朝鮮管刑令等）も含まれると思われる。そこで、犯罪即決例及び朝鮮管刑令について簡単に概要を紹介して、本稿を結ぶこととし、両制令について詳細に考察することは他日を期することとする。

<参考>

1. 犯罪即決例

犯罪即決例は明治43年12月15日に、同年制令10号として制定された制令（その後明治45年3月18日、同年制令12号による改正がある）であり、わが国においても施行された違警罪即決例に類似するものである。

警察署長又はその職務を取り扱う者は、その管轄地域内において、①拘留又は科料の刑にあたる罪、②3月以下の懲役又は100円以下の罰金若しくは科料の刑に処すべき賭博の罪、及び拘留又は科料の刑に処すべき刑法208条（暴行）の罪、③3月以下の懲役、禁錮若しくは拘留又は100円以下の罰金若しくは科料の刑に処すべき行政法規違反の罪に関して即決することができる（1条）。②、③の要件となる刑は、宣告刑である。

2. 朝鮮管刑令

朝鮮管刑令は明治45年3月18日に、同年制令13号として制定された制令である。①3月以下の懲役又は拘留に処すべき者は、その情状により管刑に処することができ（1条）、②100円以下の罰金又は科料に処すべき者は、

i. 朝鮮内に一定の住居を有しないとき, 又は ii. 無資産であると認める
ときのいずれか1つに該当するときは, その情状により笞刑に処すること
ができ(2条), ③100円以下の罰金又は料金の言渡しを受けた者が, その
言渡し確定後5日以内にこれを完納しないときは, 検事又は即決官署の長
は, その情状により, 笞刑に代える¹⁶⁵⁾ことができる(3条本文)。

なお, 笞刑の対象となるのは, 16歳以上60歳以下の男子に限られ(5条),
笞刑の対象は, 朝鮮人に限られた(13条)。

この朝鮮笞刑令は, わが国が, いわゆる三・一運動によって刺激を受け,
文化政治を標榜することによって, その一環として, 大正9年4月1日に
廃止されるにいたった¹⁶⁶⁾。

165) 朝鮮笞刑令4条

「本令ニ依リ笞刑ニ処シ又ハ罰金若ハ料率ヲ笞刑ニ換フル場合ニ於テハ一日
又ハ一円ヲ笞一ニ折算ス其ノ一円ニ滿タサルモノハ之ヲ笞一ニ計算ス但シ笞ハ
五ヲ下ルコトヲ得ス」

166) 申東雲(刑事手続)・前掲注5)409頁。