

朝鮮刑事令の公判手続関連規定のあらまし(1)

——逐条的解説・検討を中心として——

Article-by-article Explanation and Consideration
of Trial Procedure Rules of *Chôsen Keijirei* (1)

氏 家 仁*

目 次

- I. はじめに
- II. 公判手続に関連する規定の逐条的解説
 - 15. 刑事令35条(以上, 本号)
- III. 附則の概観
- IV. 公判手続に関する規定の検討

I. はじめに

1. 序 論

日韓両国の刑事訴訟法の構造を明らかにする作業において、韓国の刑訴法を正確に把握するためには、韓国の現行刑訴法と歴史的に連結していると思われる朝鮮刑事令(以下、本稿においては、単に「刑事令」と略称することもある。)にさかのぼって理解する必要があることから、筆者はさきに、刑事令の総則及び捜査に関連する規定について逐条的に解説及び検討を加えた(拙稿「朝鮮刑事令の捜査関連規定のあらまし―逐条的解説・検討を中心として―(1)、(2・完)」比較法雑誌46巻3号(2012年)339

* 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

頁，4号（2013年）253頁。本稿においては、「捜査篇」という。）。本稿においては、この捜査篇に引き続くものとして、主に公判手続に関連する刑事令の規定及び附則について、逐条的に解説及び検討を加え、最後に結びに代えて、刑事令の公判手続に関連する規定について総合的な検討を加えて、いくつかの特徴を指摘することとする。

さて、刑事令の基本的な理解については、捜査篇の第I章において記したものと多くの部分において重複することから、該当部分を参照されたい。

なお刑事令は、12回に亘って改正されたが、本稿が対象とする条文と関連する改正は、下記のとおりである¹⁾。いわゆる大正刑訴法施行を契機として、刑事令も大幅に改正されたが、このときの改正は、第6改正である。

改正順序	制定・改正日	制令番号	施行日
制定（0）	明治45年3月18日	11号	明治45年4月1日
1	大正6年12月8日	3号	大正6年12月10日
6	大正11年12月7日	14号	大正13年1月1日
7	昭和4年5月7日	7号	昭和4年10月1日
9	昭和8年1月17日	4号	昭和8年2月1日
11	昭和13年4月28日	18号	昭和13年5月1日
12	昭和13年7月14日	25号	昭和13年7月15日

2. 補足すべき点

なお、捜査篇における刑事令の基本的な理解について、次の2点を補足したい。

第一は、捜査篇の脱稿後、植民地朝鮮において発刊された刑訴法の教科

1) なお刑事令の全ての改正の年月日等については、捜査篇I-5（捜査篇の第I章の5という意である。以下同じ。）参照。

書等、刑事令に関連する文献に接したことである（捜査篇 I-3-(1)参照）。

ここで紹介すると、明治刑訴法を依用していた時期のものとして、平安南道警務部『刑法刑事訴訟法講義』（平安南道警務部、平壤、大正2年）〔刑訴法の部分については野尻隣太郎著〕がある²⁾。

また、大正刑訴法を依用していた時期のものとして、渡部昇『改正刑事訴訟法釈義』（帝国地方行政学会朝鮮本部、京城、大正13年）、藤井尚三『朝鮮 刑事訴訟法講義 全』（文林堂、京城、昭和11年）、増永正一『刑事訴訟法講義案』（大阪屋号書店、京城、昭和11年）、増永正一『刑事訴訟法判例及決議』（大阪屋号書店、京城、昭和11年）、朝鮮総督府法務局法務課『昭和十年朝鮮総督府施政二十五年記念 朝鮮の司法制度』（朝鮮総督府法務局、京城、昭和11年）、朝鮮総督府法務局行刑課『行刑教科書（刑事訴訟法）』（治刑協会、京城、昭和14年）、増永正一『刑事訴訟法3版』（大阪屋号書店、京城、昭和15年）がある。本稿においては、上記の文献を参照し、一部反映した。

第二は、刑事令の制定及び12回に亘る改正のつどに、制定及び改正の理由書が作成されていたことである。最も重要かつ大規模な改正である大正刑訴法施行に伴う第6改正の改正理由については、「朝鮮刑事令改正案説明書」朝鮮司法協会雑誌1巻12号（大正11年）1頁以下（なお、正式な理由書とは内容面で若干異なる。）、及び金炳華『韓国司法史（近世編）訂正初版』（一潮閣、ソウル、1979年）等から分かることができ、捜査篇においても、反映することができた。それ以外の改正における改正理由については、本稿において参照し、一部反映した。刑事令の制定及び改正の理由については、他日を期して、整理した上で、公表することとしたい。

2) なお、本稿において、外国文献及び植民地朝鮮において出版された文献の引用の際には、出版地を記すこととする。

II. 公判手続に関連する規定の逐条的解説³⁾

1. 序 論

本章においては、公判手続に関連する規定である刑事令22条ないし39条について、刑事令の条文の変化及びわが国の刑訴法の規定等の参照条文を掲げつつ、説明を加え、適宜、併せて検討を行うこととする。

2. 刑事令22条

(1) 条文の変化

0	刑事訴訟法第百三十条第二項ノ規定ハ朝鮮総督ニ之ヲ準用ス
6	〈削除〉

(2) 制定当時 (0)

〈参照条文〉

明治刑訴法130条2項 各大臣ニ付テハ其官庁ノ所在地ニ於テ之ヲ訊問ス若シ其所在地外ニ滞在スルトキハ其現在地ニ於テ之ヲ訊問ス可シ
--

明治刑訴法では、大臣を証人として訊問（本稿においては、当時の法令上の用語例に倣い、「尋問」とせずに「訊問」のままとする。）する場合には、大臣の官庁の所在地において訊問し、もし大臣が官庁の所在地以外に滞在するときは、大臣の現在地において、現在地を管轄する裁判所の受託判事によって、訊問すると規定している（130条2項）。この規定によって各大臣の出頭義務が全く免除されるというものではなく、大臣の官庁の所在地又は現在地以外の裁判所に出頭する義務が免除されるにすぎない⁴⁾。

3) なお、本稿において、明治刑訴法等の条文、判例又は文献を引用する際には、現代語に訳すことはせず、そのまま引用するが、漢字については、旧字体は新字体に直した。

4) 板倉松太郎『刑事訴訟法玄義下巻再版』（法政大学、大正4年）1498-1499頁。

朝鮮刑事令の公判手続関連規定のあらまし(1)

本条によって、朝鮮総督を証人として訊問するときは、朝鮮総督の官庁の所在地において訊問し、朝鮮総督がその官庁の所在地にいないときは、朝鮮総督の現在地において訊問するようにし、朝鮮総督は、その他の地の裁判所に出頭する義務がないこととなる。

(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209条1項 親任官又ハ親任官ノ待遇ヲ受クル者ハ其ノ現在地ヲ管轄スル裁判所ニ於テ之ヲ訊問スヘシ

大正刑訴法では、親任官又は親任官の待遇を受ける者は、その現在地を管轄する裁判所において、その者を証人として訊問すると規定している(209条1項)。

朝鮮総督府官制によれば、朝鮮総督（及び政務総監）は親任官であるため、刑事令に特別な規定を置かなくとも、大正刑訴法209条1項の適用を受けるため、本条の存在理由がなくなり、削除された⁵⁾。

3. 刑事令23条

(1) 条文の変化

0	通訳官又ハ通訳生ヲ通事ト為ス場合ニ於テハ宣誓ヲ為サシムルコトヲ要セス
6	通訳官、通訳生又ハ書記ヲ通事又ハ翻訳人ト為ス場合ニ於テハ宣誓ヲ為サシムルコトヲ要セス

(2) 制定当時 (0)

〈参照条文〉

明治刑訴法101条1項

5) 「朝鮮刑事令改正案説明書」朝鮮司法協会雑誌1巻12号(大正11年)17頁。本稿においては、単に「説明書」ともいう。金炳華『韓国司法史(近世編)訂正初版』(一潮閣, ソウル, 1979年)383-384頁参照。

通事ハ正実ニ通訳ス可キ宣誓ヲ為ス可シ

通事とは、通訳をなす機関である⁶⁾。明治刑訴法では、通事は、正実に通訳することを宣誓しなければならないが（101条1項）、一方、朝鮮では、本条によって、通訳官又は通訳生を通事とする場合には、それらの者に宣誓をさせる必要はない。通訳官及び通訳生は、朝鮮総督府裁判所令に基づき朝鮮総督府裁判所に置かれ、裁判所及び検事局に属する者である。

また、明治刑訴法においては、翻訳についての規定はなかったため、翻訳は鑑定の規定に従うことを適当としたが、もし、鑑定に関する規定に従わなかったとしても、違法であるということとはできないとしている⁷⁾。

(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232条 国語ニ通セサル者ヲシテ陳述ヲ為サシムル場合ニ於テハ通事ヲシテ通訳ヲ為サシムヘシ
大正刑訴法233条 聾者又ハ啞者ヲシテ陳述ヲ為サシムル場合ニ於テハ通事ヲシテ通訳ヲ為サシムルコトヲ得
大正刑訴法234条 国語ニ非サル文字又ハ符号ハ之ヲ翻訳セシムルコトヲ得
大正刑訴法235条 裁判所ハ官署又ハ公署ニ翻訳ヲ囑託スルコトヲ得
裁判所構成法117条 通事ノ得難キ場合ニ於テ書記其ノ言語ニ通ストキハ裁判長ノ承諾ヲ得テ通事ニ用キラル、コトヲ得

まず、大正刑訴法では、通訳（232、233条）に加え、明治刑訴法にはなかった翻訳（234条、235条）に関する規定が置かれた。この234条の規定に基づき、通訳官又は通訳生をして翻訳人とする場合があるので、本改正によって、本条に「翻訳人」という文言を加えた⁸⁾。

6) 板倉・前掲4）1681頁。

7) 板倉・前掲4）1683頁。

また、本条に、「書記」という文言を追加した理由は、当時の朝鮮においては、官吏らに朝鮮語奨励手当なるものを支給して、これを奨励していたため、裁判所の書記の中には朝鮮語に精通する者が多くいることとなり、これらの者をして、通訳事務を取り扱わせることが事務処理上、便利な点が多くあり、またこの場合にも、通訳官又は通訳生と同じく宣誓を省略することが相当であり、また何ら差支えがないためである⁹⁾。また、裁判所構成法117条にも、書記がその言語に通じるときは、書記をして通事とすることができるとする規定がある¹⁰⁾。

なお、大審院の判例においては、裁判所構成法117条によって書記をして通事とする場合についても、宣誓することを必要としないとしている¹¹⁾。

4. 刑事令24条

(1) 条文の変化

0	刑事訴訟法第一百七十九条ノ二第二項ノ規定ニ依リ弁護士ヲ選任スヘキ場合ニ於テハ弁護士ニ非サル者ヲ以テ之ニ充ツルコトヲ得
6	職権ヲ以テ附スヘキ弁護士ハ弁護士又ハ司法官試補ニ非サル者ヲ以テ之ニ充ツルコトヲ得

(2) 制定当時 (0)

〈参照条文〉

明治刑訴法179条の2

8) 説明書・前掲注5) 17頁。金炳華・前掲注5) 384頁参照。

9) 説明書・前掲注5) 17頁。玉名友彦『朝鮮刑事令積義 附、令状並刑執行の取扱に就て』(大洋出版社、京城、昭和19年) 88頁、金炳華・前掲注5) 384頁参照。

10) 「朝鮮刑事令中改正制令案」『公文類聚』46編(大正11年)、巻29、司法門、刑事。

11) 大判明治43年5月24日、刑録16輯927頁。大判大正7年4月5日、刑録24輯263頁。大判大正7年10月28日、刑録24輯1304頁。大判大正15年3月27日、刑集5巻125頁。大判昭和5年9月1日、刑集9巻633頁。

①左ノ場合ニ於テ被告人自ラ弁護士ヲ選任セサルトキハ裁判所ハ検事ノ申立ニ因リ又ハ職権ヲ以テ弁護士ヲ付スルコトヲ得

1. 被告人十五歳未満ナルトキ
2. 被告人婦女ナルトキ
3. 被告人聾者又ハ啞者ナルトキ
4. 被告人精神病ニ罹リ又ハ意識不十分ナルノ疑アルトキ
5. 被告事件ノ模様ニ因リ裁判所ニ於テ弁護士ヲ必要ナリトスルトキ

②前項ノ弁護士ハ裁判長ノ職権ヲ以テ其裁判所所属ノ弁護士中ヨリ選任ス可シ但弁護士一名ヲシテ被告人数名ノ弁護ヲ為サシムルコトヲ得

明治刑訴法179条の2第1項各号に該当するときは、裁判所は、弁護人を付することができる。この場合の弁護人は、裁判長は、職権で、裁判所所属の弁護士の中から選任しなければならない（同条2項）。

一方、朝鮮では、本条によって、弁護士でない者を弁護人に選任することができるようにした。

(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43条【官選弁護】

①第三百三十四条又ハ第三百三十五条ノ規定ニ依リ附スヘキ弁護士ハ裁判所所在地ニ在ル弁護士又ハ司法官試補ノ中ヨリ裁判長之ヲ選任スヘシ

②被告人ノ利害相反セサルトキハ同一ノ弁護士ヲシテ数人ノ弁護ヲ為サシムルコトヲ得

大正刑訴法334条【必要の弁護】

①死刑又ハ無期若ハ短期一年以上ノ懲役若ハ禁錮ニ該ル事件ニ付テハ被告人ナクシテ開廷スルコトヲ得ス但シ判決ノ宣告ヲ為ス場合ハ此ノ限ニ在ラス

②弁護士出頭セサルトキ又ハ被告人ノ選任ナキトキハ裁判長ハ職権ヲ以テ被告人ヲ付スヘシ

大正刑訴法335条【弁護人を附することができるとき】

左ノ場合ニ於テ被告人出頭セサルトキ又ハ被告人ノ選任ナキトキハ検察官ノ意見ヲ聴キ被告人ヲ付スコトヲ得

1. 被告人二十歳未満又ハ七十歳以上ナルトキ
2. 被告人婦女ナルトキ
3. 被告人聾者又ハ啞者ナルトキ

4. 被告人心神喪失者又ハ心神耗弱者タル疑アルトキ
 5. 其ノ他必要ト認ムルトキ

大正刑訴法512条【死者等の利益のための再審】

- ①死亡者又ハ回復ノ見込ナキ心神喪失者ノ利益ノ為ニ再審ノ請求ヲ為シタル事件ニ付テハ公判ヲ開カス檢察官及弁護人ノ意見ヲ聴キ判決ヲ為スヘシ此ノ場合ニ於テ再審ノ請求ヲ為シタル者弁護人ヲ選任セサルトキハ裁判長ハ職権ヲ以テ弁護人ヲ附スヘシ
 ②有罪ノ言渡ヲ受ケタル者ノ利益ノ為ニ再審ノ請求ヲ為シタル事件ニ付再審ノ判決ヲ為ス前有罪ノ言渡ヲ受ケタル者死亡シ又ハ心神喪失ノ状態ニ在リテ回復ノ見込ナキニ至リタルトキ亦前項ニ同シ
 (③省略)
 ④第四十三条ノ規定ハ第一項又ハ第二項ノ規定ニ依リ弁護人ヲ附スル場合ニ之ヲ準用ス

まず、大正刑訴法334条（なお、刑事令25条参照）及び512条1項、2項においては裁判長が弁護人を選任しなければならない事件に関して規定し、また335条においては裁判長が弁護人を選任することができる事件に関して規定している。これらの規定によって選任する弁護人については、裁判所所在地にいる弁護士又は司法官試補の中から選任するよう規定した(43条1項、512条4項)。

一方、朝鮮では、職権で弁護人を選任する事件について、本条によって、弁護士又は司法官試補でない者であっても、弁護人として選任することができる。つまり、官選の弁護人には資格を必要とせず、選任するのは何人でも差支えがないということである¹²⁾。

それは、当時の朝鮮の実情においては、弁護士の数又は分布の点で、難しい点が多くあるため、なお大正刑訴法施行期の本条においても、修正して存置することとした¹³⁾。そして朝鮮の現状に鑑みて、なお他に相当な者がいるときは、弁護士又は司法官試補でない者を選任することが相当であるとしたのである¹⁴⁾。実務上は、司法官試補を弁護人とするには十分に注

12) 渡部昇『改正刑事訴訟法積義』（帝国地方行政学会朝鮮本部、京城、大正13年）61頁。

13) 金炳華・前掲注5）384頁。

意を払い、特に死刑又は無期刑にあたる事件における弁護人には、後述する刑事令25条によることとし、なるべく司法官試補に当たらせることはしていないとする¹⁵⁾。

5. 刑事令25条

(1) 条文の変化

0	刑事訴訟法第二百三十七条、第二百四十一条、第二百六十四条及第二百七十六条ノ規定ハ之ヲ適用セス
6	刑事訴訟法第三百三十四条ノ規定ハ死刑又ハ無期ノ懲役若ハ禁錮ニ該ル事件ニ限り之ヲ適用ス

(2) 制定当時（0）

〈参照条文〉

明治刑訴法237条 ①重罪事件ニ付テハ開廷前裁判長又ハ受命判事ハ裁判所書記ノ立会ニ依リ一応被告人ヲ訊問シ且弁護人ヲ選任シタルヤ否ヤヲ問フ可シ ②若シ弁護人ヲ選任セサルトキハ裁判長ノ職権ヲ以テ其裁判所所屬ノ弁護士中ヨリ之ヲ選任ス可シ被告人及ヒ弁護士ニ異議ナキトキハ弁護士一名ヲシテ被告人数名ノ弁護ヲ為サシムルコトヲ得 ③書記ハ本条ノ訊問ニ付キ特ニ調書ヲ作ル可シ
明治刑訴法241条 ①裁判所ニ於テ軽罪トシテ受理シタル事件ヲ重罪ナリトスルトキハ其事件ヲ予審判事ニ送付スル決定ヲ為スコシ検事ノ請求アルトキ亦同シ ②被告事件予審ヲ経タルトキハ公判ヲ止メ受命判事ヲシテ其事件ノ取調ヲ為シ報告ヲ為サシムヘシ ③受命判事ハ予審判事ニ属スル処分ヲ為スコトヲ得
明治刑訴法264条

14) 説明書・前掲注5) 18頁。玉名・前掲注9) 90頁参照。

15) 「司法官試補ヲシテ弁護人タラシムルニハ十分ノ注意ヲ払ヒ特ニ朝鮮刑事令第二十五条ノ規定ニ依リ弁護人ニハ成ルヘク試補ヲシテ当ラシメサルコト」(「改正刑事令実施ニ伴フ協議事項(裁判所及検事局ノ長(支庁ヲ含ム)宛法務局長通牒, 大正12年12月19日)」)(山澤佐一郎編纂『高等法院検事長訓示通牒類纂』(京城?, 昭和11年?) 262頁)。玉名・前掲注9) 90頁参照。

- | |
|--|
| ①控訴院ニ於テ地方裁判所カ軽罪ナリト判決シタル事件ヲ重罪ナリトスルトキ又ハ其事件ヲ重罪ナリトシテ主タル控訴又ハ附帯控訴アリタルトキハ其公判ヲ止メ受命判事ヲシテ其事件ノ取調ヲ為シ報告ヲ為サシム可シ
②受命判事ハ予審判事ニ属スル処分ヲ為スコトヲ得
③本条ノ場合ニ於テ被告人弁護人ヲ選任セサルトキハ第二百三十七条第二項ノ規定ニ従ヒ裁判長ノ職權ヲ以テ弁護人ヲ選任ス可シ |
|--|

明治刑訴法276条

重罪ノ刑ノ言渡ヲ受ケタル者上告ヲ為シ又ハ検事ヨリ重罪ノ刑ニ該ル可キモノトシテ上告ヲ為シタル場合ニ於テ被告人自ラ弁護士ヲ選任セサルトキハ上告裁判所長ハ其裁判所所在地ノ弁護士中ヨリ之ヲ選任ス可シ

本条の意味については、大きく次の2つに分けることができる。

第一に、重要な意味としては、重罪事件における、いわゆる必要的弁護規定を朝鮮では適用しないということである（237条、264条3項、276条。なお、重罪、軽罪及び違警罪の区分については、刑法施行法参照。）。すなわち、重罪事件又は重罪にあたるとして上訴をした場合等に、被告人が弁護人を選任しないときは、裁判長等は弁護人を選任しなければならないが、一方、朝鮮では、本条によって、適用されなかった。

第二に、明治刑訴法では、重罪事件であっても予審を経てないとき、又は控訴審において重罪事件となった場合等には、公判を停止させるなど、特別な手続が用意されていたが（241条、264条1項、2項）、一方、朝鮮では、本条によって、この規定もまた、適用しないこととされた。

(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334条【必要的弁護】

- | |
|--|
| ①死刑又ハ無期若ハ短期一年以上ノ懲役若ハ禁錮ニ該ル事件ニ付テハ弁護人ナクシテ開廷スルコトヲ得ス但シ判決ノ宣告ヲ為ス場合ハ此ノ限ニ在ラス
②弁護人出頭セサルトキ又ハ弁護人ノ選任ナキトキハ裁判長ハ職權ヲ以テ弁護人ヲ附スヘシ |
|--|

まず、大正刑訴法では、明治刑訴法において存在した重罪、軽罪、違警罪といった区別を置かなかつたため、重罪の場合に関する規定を置く必要

がなくなった。また、大正刑訴法では、いわゆる必要的弁護の対象事件を「死刑又ハ無期若ハ短期一年以上ノ懲役若ハ禁錮ニ該ル事件」と規定している（334条1項）。

ただ一方、朝鮮では、当時の実情において、弁護士がいまだあまねく分布しておらず、重罪事件の全てに弁護人を付けることは難しいので¹⁶⁾、本条によって「死刑又ハ無期ノ懲役若ハ禁錮ニ該ル事件」に限って必要的弁護の対象とした。

なお、明治刑訴法施行期の本条は、重罪事件の官選弁護制度を完全に排斥するものであり、人権尊重の点から考えて、本条を廃止する必要があると認められるが、弁護士の分布等の理由により、第6改正時に、大正刑訴法における必要的弁護の範囲に比べより限定的に朝鮮において施行することとなったが、将来、弁護士の分布の状況に応じて、漸次これを拡張して、大正刑訴法の規定に合わせるようにすることとした¹⁷⁾。

（4）朝鮮における弁護士数の変化

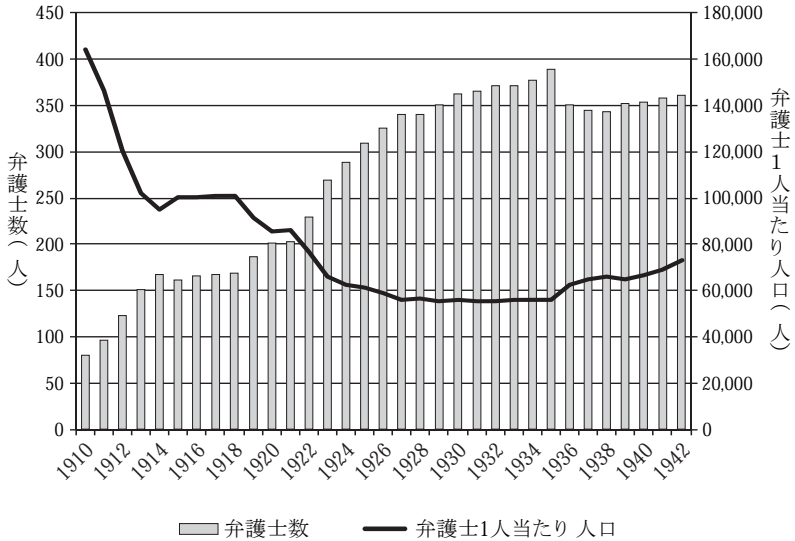
本条及び前条の立法事実として、改正案説明書等においては、朝鮮における弁護士の数が不足し、又は弁護士があまねく分布していないことを挙げていることから、植民地朝鮮における弁護士の数の推移等について、統計を用いてここで概観することとする。まず、日韓併合の年から、1942（昭和17）年までの弁護士数と弁護士1人当たりの人口を示したグラフ（図1）及び統計表（表1）を見てみることにする。

まず、日韓併合当時の1910（明治43）年の弁護士1人当たりの人口は、164,358人であった。その後、大正刑訴法が公布された1922（大正11）年の弁護士1人当たりの人口は、76,638人であり、1910（明治43）年に比べて47%に減少している。大正刑訴法施行にあたって、必要的弁護の対象事件を制限するに際し（刑事令25条）、改正案説明書において弁護士の分布

16) 説明書・前掲注5) 18頁。玉名・前掲注9) 90頁、金炳華・前掲5) 384頁参照。なお、金炳華・前掲注5) 364頁では、弁護士の数が極めて少ないことも理由として挙げている。

17) 説明書・前掲注5) 18頁。金炳華・前掲注5) 364頁参照。

図1 植民地朝鮮における弁護士数と弁護士1人当たりの人口¹⁸⁾
(明治43(1910)年～昭和17(1942)年)



朝鮮総督府統計年報(昭和7年, 昭和17年)をもとに作成

のみを理由に挙げ、弁護士の数について、触れていない理由の1つには¹⁹⁾、
 弁護士1人当たりの人口が、減少してきていることも含まれるだろう。

ただ、刑事令24条において、朝鮮の官選弁護については、弁護士(又は
 司法官試補)以外の者を弁護人に選任することができることとした点など
 に照らせば、前条及び本条の立法事実として、弁護士があまねく分布して
 いないということだけでなく、弁護士の絶対的な不足もそれに含まれ、弁
 護士数の不足は言うまでもないこととされたものと思われる²⁰⁾。

18) (朝鮮における日本人+朝鮮人+外国人)÷弁護士数。なお、小数点以下四捨五入。

19) なお、金炳華・前掲注5)364頁では、弁護士の数が極めて少ないことも理由として挙げていることは前述した(前掲注16)。

20) なお、弁護士数の人口対比率が、当時のわが国(内地)と朝鮮とでは、朝鮮はわが国(内地)の5分の1の水準であったとする研究がある(文竣暎『法院

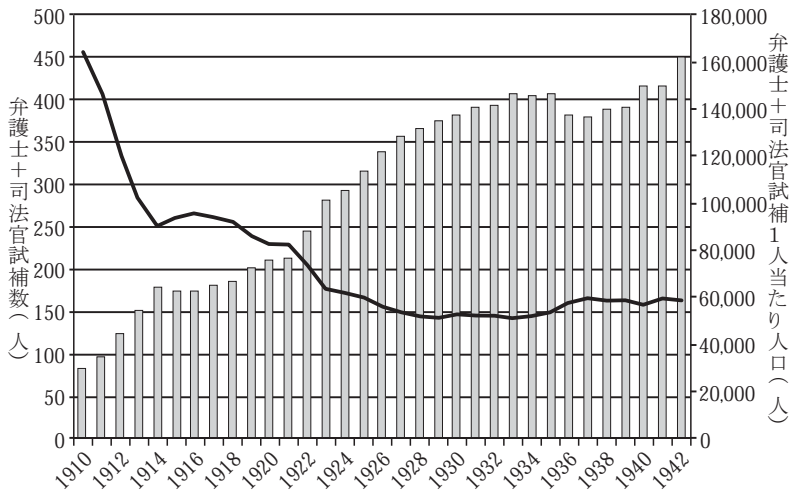
表1 植民地朝鮮における人口、弁護士数及び弁護士1人当たりの人口
（明治43(1910)年～昭和17(1942)年）

単位：人

年	人口	弁護士数	弁護士1人当たり人口
1910	13,313,017	81	164,358
1915	16,278,389	162	100,484
1920	17,288,989	202	85,589
1925	19,015,526	309	61,539
1930	20,256,563	363	55,803
1935	21,891,180	389	56,276
1940	23,709,057	354	66,975
1942	26,361,401	361	73,023

朝鮮総督府統計年報（昭和7年，昭和17年）をもとに作成

図2 植民地朝鮮における弁護士+司法官試補数と弁護士+司法官試補1人当たりの人口²¹⁾（明治43（1910）年～昭和17（1942）年）



■ 弁護士+司法官試補数 — 弁護士+司法官試補1人当たり人口

朝鮮総督府統計年報（昭和7年，昭和17年）をもとに作成

朝鮮刑事令の公判手続関連規定のあらまし(1)

表2 植民地朝鮮における人口、弁護士+司法官試補数、弁護士+司法官試補1人当たりの人口（明治43(1910)年～昭和17(1942)年）

単位：人

年	人口	弁護士+試補数	弁護士+試補1人当たり人口
1910	13,313,017	81	164,358
1915	16,278,389	173	94,095
1920	17,288,989	209	82,722
1925	19,015,526	314	60,559
1930	20,256,563	382	53,028
1935	21,891,180	407	53,787
1940	23,709,057	416	56,993
1942	26,361,401	450	58,581

朝鮮総督府統計年報（昭和7年，昭和17年）をもとに作成

また図1を見ればわかるように、大正刑訴法施行の前後から、弁護士1人当たりの人口の変化が緩やかになっている。大正刑訴法施行期において、朝鮮における弁護士数の不足については、このグラフを見る限り、解決されなかったものと思われ、刑事令において、官選弁護又は必要的弁護の対象事件を制限する規定の立法事実は、第6改正後も依然として存在しつづけたため、これらの対象事件が拡張されなかったものと思われる。

なお、大正刑訴法43条によって、官選弁護については、弁護士のみならず司法官試補の中からも選任することができることとなった。図・表1は弁護士の数と弁護士1人当たりの人口の推移を示すものであったが、図・表2は弁護士数に司法官試補数を合わせた数の推移を示したものである。ただ、司法官試補の人員がそれほど多くないため、司法官試補数を加えた

と検察の誕生 司法の歴史で読む大韓民国』（歴史批評社，ソウル，2010年）452頁）。

21) (朝鮮における日本人+朝鮮人+外国人)÷(弁護士数+司法官試補数)。なお，小数点以下四捨五入。

としても、弁護士、司法官試補1人当たりの人口の推移は、弁護士1人当たりの人口の推移とほぼ同じく、図2を見ればわかるとおり、大正刑訴法施行前後から変化が緩やかであることに変わりはない。刑事令において官選弁護又は必要的弁護事件を制限する規定の立法事実は、司法官試補を官選弁護人として選任することができるとした大正刑訴法施行期においても、依然として存在しつづけた点で変わりがないものと思われる。

6. 刑事令26条

(1) 条文の変化

0	①一年以下ノ懲役、禁錮又ハ三百円以下ノ罰金ヲ言渡シタル第一審ノ判決ニ付テハ証拠ニ関スル理由ヲ省略スルコトヲ得 ②前項ノ場合ニ於テ控訴ノ申立アリタルトキハ判決裁判所ハ理由書ヲ作成シテ之ヲ控訴裁判所ニ送付スヘシ
6	①判事単独ニテ有罪ノ言渡ヲ為シタル判決ニ付テハ証拠ニ関スル理由ヲ省略スルコトヲ得 ②刑事訴訟法第三百六十一条ノ規定ハ之ヲ適用セス

(2) 制定当時（0）

〈参照条文〉

明治刑訴法203条 ①刑ノ言渡ヲ為スニハ罪トナルヘキ事実及ヒ証拠ニ依リテ之ヲ認メタル理由ヲ明示シ且法律ヲ適用シ其理由ヲ付ス可シ ②無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ為スニ付テモ亦其理由ヲ明示スヘシ

明治刑訴法203条では、刑を宣告するときは、証拠によって罪となるべき事実を認定した理由（証拠に関する理由）等を付さなければならず（1項）、無罪又は免訴の言渡しをするには、その理由を明示しなければならないが（2項）、一方、朝鮮では、本条1項によって、1年以下の懲役、禁錮又は300円以下の罰金を宣告する第一審判決には、合議事件、単独事件を問わず、証拠に関する理由を付することを省略することができる。ただし、控訴が申し立てられたときは、理由書を作成して、控訴裁判所に送

付しなければならない（本条2項）。

(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360条【有罪判決に付すべき理由】

①有罪ノ言渡ヲ為スニハ罪ト為ルヘキ事実及証拠ニ依リ之ヲ認メタル理由ヲ説明シ法令ノ適用ヲ示スヘシ

②法律上犯罪ノ成立ヲ阻却スヘキ原由又ハ刑ノ加重減免ノ原由タル事実上ノ主張アリタルトキハ之ニ対スル判断ヲ示スヘシ

大正刑訴法361条【判決書の省略】

区裁判所ニ在リテハ上訴ノ申立ナキ場合又ハ判決宣告ノ日ヨリ七日内ニ判決書ノ謄本ノ請求ナキ場合ニ於テ判決主文並罪ト為ルヘキ事実ノ要旨及適用シタル罰条ヲ公判調書ニ記載セシメ之ヲ以テ判決書ニ代フルコトヲ得

大正刑訴法360条は、明治刑訴法203条と基本的に変化はなかった。一方、朝鮮では、本条1項によって、証拠に関する説明を省略することができる事件の対象を従前の「法定刑」の軽重から、「単独事件」に改正された。

地方法院は単独事件が原則であるが、例外的に死刑、無期又は短期1年以上の懲役又は禁錮に当たる犯罪（ただし、強盗（刑法236条）、事後強盗（同法238条）、昏睡強盗（同法239条）及びその未遂罪、並びに常習特殊窃盗（盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律2条）及び常習累犯窃盗（同法3条）であって、予審を経っていないものは除く）は合議事件となる（朝鮮総督府裁判所令4条4号）。なお、単独事件にあたる有期の懲役又は禁錮の犯罪であっても、予審を経た事件については、合議事件となる（同条5号）。

単独事件の場合に証拠に関する説明を省略することができることとした理由は、合議事件の場合は、宣告刑の軽重を問わず比較的事案の内容が複雑であったのに対して、単独事件の場合は、宣告刑の軽重を問わず事案の内容が簡単であることが多かったため、単独事件については、裁判事務の促進を図るため証拠に関する理由を省略することができるようにし、合議事件については、訴訟当事者に当該事件に対する十分な理解と司法に対す

る信頼を持たせるために、証拠に関する説明を必須なものとした²²⁾。

また、明治刑訴法施行期における本条2項による理由書については、単に控訴審の参考に供されるに過ぎず、実際においては、その必要性が認められることが少なくないだけでなく、第6改正においては、証拠に関する説明を省略することができる事件を単独事件に限定したことで、一層、理由書の必要性が認められないため、同項は削除され、事務の促進を期した²³⁾。

そして、本条2項によって、朝鮮では、刑訴法361条の適用を排除した。それは、刑訴法361条の規定による判決書の省略は、一見すれば便利なものではあるが、刑訴法62条による公判調書の整理に遅延を来し、判決書の保存が錯綜してしまうだけでなく、判事の労を書記に転嫁する結果が生じるためである²⁴⁾。

したがって、朝鮮においては、単独事件において証拠に関する説明を省略することができるのみで、別途、判決書を作成しなければならないことになる²⁵⁾。

7. 刑事令27条

(1) 条文の変化

0	刑事訴訟法第二百四十五条ノ規定ハ故障ノ申立及再審ノ訴ニ之ヲ準用ス
6	検事又ハ弁護士ハ被告人、証人、鑑定人、通事又ハ翻訳人ヲ訊問スルコトヲ必要トスルトキハ其ノ訊問ヲ裁判長ニ請求スヘシ

22) 説明書・前掲注5) 18-19頁。玉名・前掲注9) 91頁，金炳華・前掲注5) 364-365頁。

23) 説明書・前掲注5) 19頁。玉名・前掲注9) 91頁，金炳華・前掲注5) 365頁参照。

24) 説明書・前掲注5) 19-20頁。玉名・前掲注9) 91-92頁，金炳華・前掲注5) 365-366頁参照。

25) 渡部・前掲注12) 218-219頁。

(2) 制定当時 (0)

〈参照条文〉

明治刑訴法245条 勾留ヲ受ケタル被告人上訴ヲ為スニハ其申立書ヲ監獄署長ニ差出シ署長ハ之ヲ其裁判所ニ送致ス可シ
254条1項 控訴ヲ為スニハ其申立書ヲ原裁判所ニ差出ス可シ
273条1項 上告ヲ為スニハ其申立書ヲ原裁判所ニ差出ス可シ
明治刑訴法230条 故障ヲ申立テントスル者ハ欠席判決ヲ為シタル裁判所ニ其申立書ヲ差出ス可シ
明治刑訴法304条1項 再審ノ訴ヲ為サントスル者ハ其趣意書ニ原判決ノ謄本及ヒ証憑書類ヲ添ヘ之ヲ原裁判所ニ差出ス可シ

故障の申立てとは、欠席判決があったことを原因として、対席審理を求めることをいい、換言すれば、欠席判決前の状態に復帰させることを求める申立てである²⁶⁾。その本質は、原状回復であって、上訴ではない²⁷⁾。朝鮮では本条によって、勾留を受けている被告人が裁判所に差し出すべき申立書を監獄署長に提出することができる場合を、明治刑訴法245条による上訴の申立ての場合に加えて、故障の申立て及び再審の訴えにまで許容した。

(3) 大正刑訴法施行を契機とした改正 (6)

〈参照条文〉

大正刑訴法338条3項 檢察官又ハ弁護士ハ裁判長ノ許可ヲ受ケ被告人、証人、鑑定人、通事又ハ翻譯人ヲ訊問スルコトヲ得
--

大正刑訴法施行期の本条は、明治刑訴法施行期の本条とは全く関連のない規定を置いたといえることができる。まず、明治刑訴法施行期の本条が事実上削除された経緯を見てみることにする。

26) 板倉・前掲注4) 2049-2050頁。

27) 板倉・前掲注4) 2050頁。

まず、大正刑訴法では、欠席判決の制度が無くなったことに伴い、故障に関する制度も無くなったため、存置する必要が無くなった²⁸⁾。また、明治刑訴法施行期の本条中の、再審の訴えの部分については、勾留を受けた被告人が再審の訴えをするには監獄署長に提出すれば足りたが、大正刑訴法では、監獄にいる被告人が上訴をするには監獄の長に申立書を提出すれば足り（391条）²⁹⁾、また再審請求に関しても、同規定を準用しているため（499条）³⁰⁾、このような点で、刑事令に特別に規定する必要が無くなったのである。

次に、新たな趣旨の規定が置かれた本条を見るに、大正刑訴法では、検察官又は弁護人は、裁判長の許可を受け、被告人、証人、鑑定人、通事又は翻訳人を訊問することができるが（338条3項）、一方、朝鮮においては、本条によって、この338条3項の適用が排除され³¹⁾、検察官又は弁護人がそれらの者を訊問するときは、その訊問を裁判長に請求すべきものとした。つまり、検察官及び弁護人は、被告人等を自ら訊問することができないのである³²⁾。

それは、朝鮮における被告事件の大部分は、通訳を介して取調べが行われているので³³⁾、検事又は弁護人が直接訊問することを認めれば、かえって法廷の整理を欠き、取調べの統一を損なう虞があるため、必要な事項は

28) 説明書・前掲注5) 20頁。金炳華・前掲注5) 384-385頁参照。

29) 大正刑訴法391条

「①監獄ニ在ル被告人上訴ヲ為スニハ監獄ノ長又ハ其ノ代理者ヲ經由シテ申立書ヲ差出スヘシ此ノ場合ニ於テ上訴ノ提起期間内ニ申立書ヲ監獄ノ長又ハ其ノ代理者ニ差出シタルトキハ上訴ノ提起期間内ニ上訴ヲ為シタルモノト看做ス」

30) 大正刑訴法499条

「第三百八十五条、第三百九十一条及第三百九十三条ノ規定ハ再審ノ請求又ハ取下ニ付之ヲ準用ス」

31) 渡部・前掲注12) 208頁。

32) 増永正一『刑事訴訟法3版』（大阪屋号書店、京城、昭和15年）128頁。

33) 増永・前掲注32) 128頁。

裁判長に請求させることが相当であるためである³⁴⁾。

8. 刑事令28条

(1) 条文の変化

0	弁護人ハ上訴ヲ為スコトヲ得ス
6	〈削除〉

(2) 制定当時 (0)

〈参照条文〉

明治刑訴法243条
弁護人ハ被告人ニ代リ上訴ヲ為スコトヲ得但被告人ノ明言シタル意思ニ反スルコトヲ得ス

明治刑訴法では、弁護人は、被告人の明言した意思に反することがない限り、上訴をすることができたが(243条)、一方、朝鮮においては、本条によって、弁護人は、上訴をすることができなかった。

(3) 大正刑訴法施行を契機とした改正 (6)

〈参照条文〉

大正刑訴法379条【原審代理人等の上訴権】
原審ニ於ケル代理人又ハ弁護人ハ被告人ノ為上訴ヲ為スコトヲ得但シ被告人ノ明示シタル意思ニ反スルコトヲ得ス

大正刑訴法においても、被告人の明示した意思に反することがない限り、原審における弁護人等は被告人のために上訴をすることができる旨を規定しているが(379条)、朝鮮においてもそれを採用することが相当であるとして本条が削除されることとなった³⁵⁾。

それゆえ朝鮮においても、被告人の明示した意思に反することがない限り、原審における弁護人も上訴をすることができるようになった。

34) 説明書・前掲注5) 20頁。玉名・前掲注9) 92頁、金炳華・前掲注5) 385頁参照。

35) 説明書・前掲注5) 21頁。金炳華・前掲注5) 385頁参照。

9. 刑事令29条

(1) 条文の変化

0	故障ノ申立又ハ上訴ヲ為スコトヲ得ヘキ者ハ其ノ権利ヲ放棄スルコトヲ得
6	〈削除〉

(2) 制定当時（0）

明治刑訴法では上訴の取下げについての規定³⁶⁾はあったが、上訴権の放棄についての規定はなかった。それゆえ、「現時優勢ナル解釈論」では、上訴権の放棄を認めないものと解釈されていた³⁷⁾。また、故障の申立権の放棄に関する規定もなかった。

一方、朝鮮においては、本条によって、故障の申立権と上訴権については、これを放棄することができることとなった。

(3) 大正刑訴法施行を契機とした改正（6）

〈参照条文〉

大正刑訴法382条【上訴放棄取下権者】

検察官、被告人又ハ第三百七十七条ニ規定スル者ハ上訴ノ抛棄又ハ取下ヲ為スコトヲ得但シ被告人ハ第三百七十八条ニ規定スル者（筆者注：被告人の法定代理人、保佐人又は夫）ノ同意ヲ得ルニ非サレハ放棄又ハ取下ヲ為スコトヲ得ス

刑事令27条において前述したとおり、大正刑訴法においては、欠席判決の制度が無くなったことに伴い、故障の申立ての制度も無くなり、また、大正刑訴法においては、検察官、被告人（376条）、被告人の法定代理人、保佐人、夫（378条）、原審における代理人、弁護人は、上訴を申し立てることができ、検察官及び被告人は、上訴権を放棄し、又は取り下げること

36) 明治刑訴法246条

「検事ヲ除ク外上訴ヲ為シタル者ハ其判決アルマテ何時ニテモ之ヲ其ノ取下クルコトヲ得」

37) 板倉・前掲注4）2194頁。ただ、板倉博士は、上訴権の放棄は認められると解釈している（板倉・前掲注4）2194-2197頁）。

ができる明文の規定（382条）が置かれたため、本条において、特別な規定を置く必要が無くなったことから、削除されたものである³⁸⁾。

10. 刑事令30条

(1) 条文の変化

0	①故障ノ申立ヲ為シタル者ハ其ノ事件ニ付判決アル迄何時ニテモ之ヲ取下クルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ前ニ為シタル欠席判決ハ確定ノ効力ヲ生ス ②検事ハ上訴ヲ取下クルコトヲ得
6	〈削除〉

(2) 制定当時（0）

〈参照条文〉

明治刑訴法246条
 検事ヲ除ク外上訴ヲ為シタル者ハ其判決アルマテ何時ニテモ之ヲ取下クルコトヲ得

まず、明治刑訴法においては、故障の申立ての取下げに関する規定はない。一方、朝鮮においては、本条1項によって、故障の申立てをした者は、その事件について判決があるまで、いつでも、これを取り下げることができるものとした。

そして、明治刑訴法においては、上訴をした検事は、明文で、上訴を取り下げることができなかったが（246条）、一方、朝鮮においては、本条2項によって、上訴を取り下げることができるものと規定した。

(3) 大正刑訴法施行を契機とした改正（6）

まず、前述してきている通り、大正刑訴法においては、欠席判決の制度が無くなったことにより、故障の申立ての制度も無くなった。また、大正刑訴法においては、検察官は、上訴権を放棄し、又は取り下げることができる明文の規定（382条）が置かれたため、本条において、特別な規定を置く必要が無くなったことから、削除されたものである³⁹⁾。

38) 説明書・前掲注5) 21頁。金炳華・前掲注5) 385頁参照。

11. 刑事令31条

(1) 条文の変化

0	①上告ヲ為スニハ其ノ申立書ヲ原裁判所ニ差出シ且其ノ申立ヲ為シタル日ヨリ五日内ニ趣意書ヲ差出スヘシ ②原裁判所申立書及趣意書ヲ受取りタルトキハ速ニ相手方ニ上告ノ申立アリタルコトヲ通知シ且同時ニ趣意書ノ謄本ヲ送達スヘシ
6	刑事訴訟法第四百二十二条中五十日トアルハ三十五日トス

(2) 制定当時（0）

〈参照条文〉

明治刑訴法273条 ①上告ヲ為スニハ其申立書ヲ原裁判所ニ差出ス可シ ②原裁判所上告申立書ヲ受取りタルトキハ速ニ其謄本ヲ相手方ニ送達ス可シ
明治刑訴法278条 上告申立人ハ遅クモ最初ニ定メタル公判期日ノ十五日前ニ趣意書ヲ上告裁判所ニ差出ス可シ
明治刑訴法280条 上告裁判所趣意書ヲ受取りタルトキハ速ニ其謄本ヲ相手方ニ送達ス可シ

まず、明治刑訴法においては、上告申立書は原裁判所に差し出し（273条1項）、上告趣意書は上告裁判所に差し出すことになっているが（278条）、一方、朝鮮においては、本条1項によって、いずれも原裁判所に差し出すこととされている。

次に、明治刑訴法においては、上告趣意書の提出期限に関して、上告審の最初の公判期日の15日前までに提出するようになっているが（278条）、一方、朝鮮においては、本条1項によって、上告を提起した日から5日以内に提出するようになっている。

また、上告申立書の提出を受けた原裁判所は、明治刑訴法では、相手方に申立書の謄本を送達するようになっているが（273条2項）、一方、朝鮮では、本条2項によって、「上告ノ申立アリタルコト」を通知し、同時に

39) 説明書・前掲注5) 21頁。金炳華・前掲注5) 385頁参照。

趣意書の謄本を送達するようにされている。

明治刑訴法と刑事令とでは、上告の相手方に上告趣意書を送達しなければならない裁判所が異なるが（明治刑訴法280条）、これは、上告趣意書の提出を受ける裁判所が異なるためであると思われる。

(3) 大正刑訴法施行を契機とした改正 (6)

〈参照条文〉

大正刑訴法422条1項 上告裁判所ハ遅クトモ最初ニ定メタル公判期日ノ五十日前ニ其ノ期日ヲ上告申立人及対手人ニ通知スヘシ
大正刑訴法423条 上告申立人ハ遅クトモ最初ニ定メタル公判期日ノ十五日前ニ上告趣意書ヲ上告裁判所ニ差出スヘシ
大正刑訴法426条 上告裁判所上告趣意書ヲ受取りタルトキハ速ニ其ノ謄本ヲ対手人ニ送達スヘシ

まず、改正前の本条については、大正刑訴法の施行に伴い、大正刑訴法を適用することが相当であると認め、実質上削除された⁴⁰⁾。

上告趣意書の提出期限と提出すべき裁判所に関する刑事令の規定が無くなったため、朝鮮でも、上告趣意書は最初の公判期日の15日前までに、上告裁判所に提出するようにされた（大正刑訴法423条）。また、相手方に送達すべき裁判所も上告裁判所となった（426条）。

そこで本条には新たな趣旨の規定が置かれたが、大正刑訴法では、上告裁判所が当事者に最初の公判期日を通知しなければならない期限を公判期日の50日前としたが（422条1項）、一方、朝鮮においては、本条によって、その期限を最初の公判期日の35日前までに通知しなければならないとした。

その理由としては、朝鮮の実情においては、大正刑訴法の規定する期間は長きに失するのみならず、裁判が遅延する虞があり⁴¹⁾、また、このために「滞獄淹留」の虞があることから、これを短縮することを相当としたか

40) 説明書・前掲注5) 21頁。金炳華・前掲注5) 385-386頁参照。

41) 金炳華・前掲注5) 386頁。

らである⁴²⁾。

12. 刑事令32条

(1) 条文の変化

0	①刑事訴訟法第二百八十一条第一項ノ答弁書ハ之ヲ原裁判所ニ差出スヘシ ②原裁判所答弁書ヲ受取りタルトキハ速ニ其ノ謄本ヲ上告申立人ニ送達スヘシ
6	〈削除〉

(2) 制定当時 (0)

〈参照条文〉

明治刑訴法281条 ①上告ノ相手方ハ趣意書ノ謄本ノ送達ヲ受ケタル日ヨリ五日内ニ答弁書ヲ上告裁判所ニ差出スコトヲ得 ②上告裁判所答弁書ヲ受取りタルトキハ速ニ其謄本ヲ上告申立人ニ送達ス可シ
--

明治刑訴法では、上告の相手方は、上告裁判所に、答弁書を提出するようになっていたが（281条1項）、一方、朝鮮では、本条1項によって、原裁判所に答弁書を提出するようにされた。

それによって、明治刑訴法では、上告裁判所が答弁書の謄本を上告申立人に送達するようになっている一方で（281条2項）、朝鮮では、本条2項によって、原裁判所がこれを送達しなければならない。

(3) 大正刑訴法施行を契機とした改正 (6)

〈参照条文〉

大正刑訴法428条 ①上告ノ対手人ハ上告趣意書ノ謄本ノ送達ヲ受ケタル日ヨリ十日内ニ答弁書ヲ上告裁判所ニ差出スコトヲ得 ②検察官対手人ナルトキハ重要ト認ムル上告ノ理由ニ付答弁書ヲ差出スヘシ

42) 説明書・前掲注5) 21-22頁。玉名・前掲注9) 92頁参照。

シ
 ③上告裁判所答弁書ヲ受取りタルトキハ速ニ其ノ謄本ヲ上告申立人ニ送達スヘシ上告申立人弁護人ヲ選任シタルトキハ其ノ送達ハ弁護人ニ之ヲ為スヘシ

まず、改正前の本条については、大正刑訴法の施行に伴い、大正刑訴法を適用することが相当であると認め、実質上削除された⁴³⁾。

そのため、朝鮮でも、大正刑訴法428条によって、上告の相手方は、答弁書を上告裁判所に提出することができ、答弁書を上告申立人に送達すべき裁判所は上告裁判所となった。

13. 刑事令33条

(1) 条文の変化

0	上告申立人期間内ニ趣意書ヲ差出ササルトキハ其ノ上告ノ申立ニ付テハ刑事訴訟法第二百七十四条ノ規定ヲ準用ス
6	〈削除〉

(2) 制定当時 (0)

〈参照条文〉

明治刑訴法274条 法律上ノ方式ニ違ヒ又ハ期間ヲ経過シタル上告ノ申立ハ原裁判所決定ヲ以テ之ヲ棄却ス可シ此決定ニ対シテハ抗告ヲ為スコトヲ得
明治刑訴法285条 左ノ場合ニ於テハ上告裁判所判決ヲ以テ上告ヲ棄却ス可シ 2. 期間内ニ趣意書ヲ差出ササルトキ (1, 3省略)

明治刑訴法では、上告趣意書を期間内に提出しないときは、上告裁判所が判決で上告を棄却するようにされていたが(285条2号)、一方、朝鮮では、本条によって、明治刑訴法274条を準用して、原裁判所が決定で上告を棄却するようにされた。

43) 説明書・前掲注5) 21頁。金炳華・前掲注5) 385-386頁参照。

比較法雑誌第47巻第1号（2013）

朝鮮では、明治刑訴法施行期、趣意書は原裁判所に提出することとされていたため、原裁判所の決定によって上告を棄却することができるようにしたものと思われるが、裏を返せば、趣意書及び答弁書を上告裁判所に提出するのではなく、原裁判所に提出するようにされていたことは、本条によって、形式的要件に反する上告（すなわち、趣意書の期間内の不提出）を原裁判所の段階で棄却することができるようにすることによって、上告裁判所の負担を軽減させるためではないかと考えられる。

(3) 大正刑訴法施行を契機とした改正 (6)

〈参照条文〉

大正刑訴法427条 上告申立人期間内ニ上告趣意書ヲ差出ササルトキハ上告裁判所ハ検察官ノ意見ヲ聴キ決定ヲ以テ上告ヲ棄却スヘシ
--

改正前の本条については、大正刑訴法の施行に伴い、大正刑訴法を適用することが相当であると認め、削除された⁴⁴⁾。

14. 刑事令34条

(1) 条文の変化

0	①上告申立人ハ趣意書ヲ差出スヘキ期間ヲ経過シタル後十四日内ニ追加趣意書ヲ上告裁判所ニ差出スコトヲ得 ②刑事訴訟法第二百八十条及第二百八十一条ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス
6	〈削除〉

(2) 制定当時 (0)

〈参照条文〉

明治刑訴法280条 上告裁判所趣意書ヲ受取りタルトキハ速ニ其謄本ヲ相手方ニ送達ス可シ
明治刑訴法281条 ①上告ノ相手方ハ趣意書ノ謄本ノ送達ヲ受ケタル日ヨリ五日内ニ答弁書ヲ

44) 説明書・前掲注5) 21頁。金炳華・前掲注5) 385-386頁参照。

上告裁判所ニ差出スコトヲ得 ②上告裁判所答弁書ヲ受取リタルトキハ速ニ其謄本ヲ上告申立人ニ送達ス 可シ
--

明治刑訴法では、追加の趣意書に関する規定はなかったが、一方、朝鮮においては、本条1項によって、上告趣意書の提出期限が経過した後14日以内に、上告裁判所に追加の趣意書を提出することができた。

朝鮮では、上告趣意書の提出期限は、明治刑訴法に比べて極めて短いといえることができるため、追加の趣意書の提出を許容する必要性があるものと考えられる。

本条2項によって、追加趣意書の場合であっても、趣意書の場合のように、相手方に送達をしなければならず（明治刑訴法280条）、これに対して相手方は、答弁書を提出することができる（281条）。

(3) 大正刑訴法施行を契機とした改正 (6)

〈参照条文〉

大正刑訴法423条 上告申立人ハ遅クトモ最初ニ定メタル公判期日ノ十五日前ニ上告趣意書ヲ 上告裁判所ニ差出スヘシ

改正前の本条については、大正刑訴法の施行に伴い、大正刑訴法を適用することが相当であると認め、削除された⁴⁵⁾。

刑事令31条が改正され、上告趣意書の提出期限が比較的長くなったことから、追加の趣意書提出を認める必要が少なくなったため、追加の趣意書の提出を認めた本条も削除されたものと考えられる。

15. 刑事令35条

(1) 条文の変化

0	①上告ノ相手方ハ上告申立期間ノ経過後追加趣意書ヲ差出シ得ヘキ期間ノ満了前ニ限り附帶上告ヲ為スコトヲ得 ②附帶上告ハ其ノ趣意書ヲ原裁判所ニ差出スニ依リテ之ヲ為ス
---	--

45) 説明書・前掲注5) 21頁。金炳華・前掲注5) 385-386頁参照。

	③附帶上告ニ付テハ前条ノ規定ヲ適用セス
1	第三十五条第二項ニ左ノ但書ヲ加フ 「但シ上告裁判所ノ検事ノ附帶上告ハ其ノ趣意書ヲ上告裁判所ニ差出スニ依リテ之ヲ為ス」
6	〈削除〉

(2) 制定当時 (0)・明治刑訴法施行期の改正 (1)

〈参照条文〉

明治刑訴法278条 上告申立人ハ遅クモ最初ニ定メタル公判期日ノ十五日前ニ趣意書ヲ上告裁判所ニ差出ス可シ
明治刑訴法279条 ①上告ノ相手方ハ前条ノ期間内ニ上告ヲ為スコトヲ得 ②前項ノ上告ハ趣意書ヲ上告裁判所ニ差出スニ依リテ之ヲ為ス

明治刑訴法では、上告の相手方は、公判期日の15日前までである趣意書提出期間内に、上告をすることができる（279条1項）。またこの上告は、その趣意書を上告裁判所に差し出すことによって行うこととなる（同条2項）。

一方、朝鮮においては、本条1項によって、上告の相手方は、追加の趣意書の提出期限まで、「附帶上告」をすることができる。その追加の趣意書の提出期限とは、上告を申し立てたときから5日（趣意書提出期間、刑事令31条）に14日（追加趣意書提出期間、刑事令34条）を加えた期間となる。

また、この「附帶上告」は、その趣意書を原裁判所に差し出すことによって行うが（本条2項本文）、上告裁判所の検事が「附帶上告」を行う場合には、その趣意書を上告裁判所に差し出すことによって行う（同項但書）。

刑事令制定当時の本条2項によれば、「附帶上告」はその趣意書を原裁判所に差し出すことによって行うこととされており、上告裁判所の検事であっても、原裁判所に趣意書を差し出さなければならないものとされてい

たが、これは、「立法上当ヲ得サルコト論ヲ俟タス」との理由により、第1改正によって、本条2項但書が設けられた⁴⁶⁾。

附帶上告については、追加趣意書を提出することはできない(本条3項)。

なお、明治刑訴法における上告の相手方の上告(279条1項)は、刑事令とは異なり「附帶上告」ではないため、上告申立人の上告の範囲にかかわらず、未確定の判決の全部に対して上告をすることができ、また、もともとの上告申立人による上告が取り下げられたとしても、消滅することはないとされている⁴⁷⁾。大審院の判例もこの立場に立っている(また、上告の相手方の「上告」と「附帶上告」の差異についても、同判例に詳しい。)⁴⁸⁾。

46) 「朝鮮刑事令中ヲ改正ス」『公文類聚』41編(大正6年)、巻21止、司法門、刑事、刑法。

47) 板倉・前掲注4) 2372頁。

48) 大判明治42年9月10日、刑録15輯1130頁では、被告人が上告し、検事も上告した場合(文脈からは、上告申立期間が途過したのちの上告)、被告人が上告を取り下げた場合、検事の上告も消滅するかに関して、「昨明治四十一年法律第六十一号ヲ以テ刑事訴訟法ノ一部ニ改正ヲ加ヘラレタルヨリ同法中ニ附帶上告ナル文字ハ其跡ヲ絶ツニ至レリ。改正以前ニ在リテハ上告ノ相手方ハ判決アルマテ附帶上告ヲ為スコトヲ得タリ(刑事訴訟法旧第二百七十八條)。其所謂附帶上告ナルモノハ主タル上告ニ附帶スルモノナレハ主タル上告ノ消長ニ隨ヒ共ニ消長シ主タル上告ニシテ取下ケラルルコトアラハ附帶上告モ亦当然消滅ニ歸セサルヲ得サリキ(但シ本院ニ於テハ法定ノ期間三日内ニ申立テラレタル附帶上告ノミハ之ヲ獨立ノ上告ト看做シタリ)。然ルニ改正以後ニ在リテハ刑事訴訟法第二百七十九條ニ依リ上告ノ相手方ハ上告ヲ為スコトヲ得レトモ同法文中ニ附帶ノ二字ヲ削リ只單ニ上告ト改メタル立法ノ形跡ニ徴スレハ上告相手方ノ上告ハ旧法ノ如ク(第二百七十八條第一項)他ノ上告ニ附帶シテ共ニ消長スヘキモノニ非スシテ獨立ノ性質ヲ具フルモノタルコト明ナリ。故ニ縦ヒ対手人ノ上告ニシテ取下ケラルルコトアリトスルモ上告相手方ノ上告ハ一旦適法ニ成立シタル以上ハ依然トシテ存続シ有効タルコトヲ失ハス」、検事の上告は存続すると判示した(句点及びルビ筆者)。

上記判例と関連して、明治刑訴法の制定当時の278条では、1項で「上告ノ

(3) 大正刑訴法施行を契機とした改正（6）

〈参照条文〉

大正刑訴法424条

①上告ノ对手人ハ最初ニ定メタル公判期日ノ十五日前迄附帶上告ヲ為スコトヲ得

②附帶上告ハ上告趣意書ヲ上告裁判所ニ差出シテ之ヲ為スヘシ

大正刑訴法では、附帶上告に関する規定を置いたため、大正刑訴法を適用することが相当であると認め、削除された⁴⁹⁾。

相手方ハ其判決アルマテ附帶上告ヲ為スコトヲ得」と、2項で「上告裁判所ノ検事モ亦附帶上告ヲ為スコトヲ得」と規定していたが、明治41年法律61号（同年7月1日公布）の改正によって、本文中の参照条文のとおり「附帶上告」から「上告」に改正された。

49) 説明書・前掲注5) 21頁。金炳華・前掲注5) 385-386頁参照。