

朝鮮刑事令の捜査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
Investigation Rules of *Chôsen Keijirei* (1)

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、本号）
- III. 結びに代えて

I. 朝鮮刑事令の基本的な理解

1. はじめに

韓国においては昨今、わが国においてははまだ法制度化されていない独自の法制度を導入する動きを窺知することができ、わが国において、韓国の制度に言及し、参考にすることが次第に多くなってきている¹⁾。

* 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

1) 椎橋隆幸教授は、「法文化に共通する面の多い韓国と日本は将来においても相互に学び合っていく必要が高いと思われる」と述べている（椎橋隆幸「白亨球博士『韓国の刑事訴訟法の沿革と特色』について」(小島武司ほか編『韓国法

そのなかで、韓国において新たに導入された制度については、韓国の刑事訴訟法（刑訴法）がわが国の刑訴法と類似していることを理由に、わが国に比較的容易に、抵抗なく受容することができるといった誤った認識を生みやすいこともまた事実である²⁾。

なるほど、両国の現行刑訴法の条文又は配列順序は極めて類似しているものの、詳しく見ていくと、捜査手続及び訴訟構造において、わが国と韓国とで大きく異なる部分があることが分かる³⁾。すなわち、「刑事訴訟法にも法文化の一分野として、普遍性と独自性があり、文明国家の最低基準として普遍的な要素を充足する必要があると同時に刑事裁判は各国の独自性を相当に持っている」のである⁴⁾。それゆえ、条文又は配列順序といった表面的な類似性のみに着目して、無批判に近い姿勢で韓国の刑訴法を参考にし、場合によっては、取りいれようとすることは相当でない。

そこで、わが国において韓国の刑事訴訟制度を取り入れることができるかどうか、またできるとしたらどの程度（分野）であるかについて明らかにするためには、日韓両国の刑訴法を正確に把握する必要があるだろう。本稿は、韓国の現行刑訴法を正確に理解し把握するための一つの作業である。

ところで韓国は、明治43年8月29日に、わが国に併合されたことは、周知のとおりである。それ以前においても、わが国は韓国の司法権に対して影響力を行使してきたが⁵⁾、明治45年4月1日、朝鮮刑事令が施行され、

の現在（上）』、中央大学出版部、平成5年）470頁）。

2) 申東雲「韓国における起訴便宜主義の展開」(井上正仁＝酒巻匡編著『三井誠先生古稀祝賀論文集』、有斐閣、平成24年)814頁参照（なお、同論考は、わが国のものを韓国に受容する場合を述べるものであるが、その逆もまた然りであろう。）。

3) 申東雲・前掲注2）801頁参照。

4) 椎橋・前掲注1）470頁。

5) 日韓併合前の刑事手続については、申東雲「日帝下の刑事手続に関する研究」（朴秉濠教授還甲紀念論叢発刊委員会編『朴秉濠教授還甲紀念（Ⅱ）韓国法史学論叢』、博英社、ソウル、1991年）401頁以下（以下、「申東雲（刑事手続）」

朝鮮においては、朝鮮刑事令によってわが国の刑訴法が「依用」されたが、そこには朝鮮における刑訴法に対する特例が定められた。

刑訴法は歴史の産物であるといわれるが⁶⁾、特に韓国の刑訴法については、歴史的及び政治的な事情が大きく影響しているものとうかがえる。したがって韓国の現行刑訴法を理解するためには、必然的に、現行刑訴法と連結すると思われる朝鮮刑事令にさかのぼって理解する必要がある⁷⁾。

そこで、朝鮮刑事令は、大きく総則、捜査、公判及び附則に分けることができるが、本稿においては、そのうち前半部分の総則及び捜査に関する規定について、逐条的に解説し、検討を加えることによって、刑事令による刑訴法に対する特例を明らかにする⁸⁾。

2. 日韓併合と制令

(1) 朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ関スル件（明治43年勅令324号）

明治43年8月29日に、「韓国併合ニ関スル条約」(明治43年条約4号)により、日韓併合がなされた。そして同日、緊急勅令である「朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ関スル件」(明治43年勅令324号)が公布、施行された。

朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ関スル件（明治43年勅令324号、同年8月29日公布、施行）⁹⁾

1条 朝鮮ニ於テハ法律ヲ要スル事項ハ朝鮮総督ノ命令ヲ以テ之ヲ規定スルコ

という。)、文竣暎『法院と検察の誕生 司法の歴史で読む大韓民国』(歴史批評社、ソウル、2010年)等参照。なお、本稿においては、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。

6) 申東雲・前掲注2) 814頁。

7) 申東雲「日帝下の予審制度に関して—その制度的機能を中心として—」ソウル大学校法学27巻1号(1986年)149頁参照(以下、「申東雲(予審制度)」という。)

8) 公判に関する規定については、今後、作成する予定である。

9) 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。

	トヲ得
2条	前条ノ命令ハ内閣総理大臣ヲ経テ勅裁ヲ請フヘシ
3条	①臨時緊急ヲ要スル場合ニ於テ朝鮮総督ハ直ニ第1条ノ命令ヲ発スルコトヲ得
	②前項ノ命令ハ發布後直ニ勅裁ヲ請フヘシ若勅裁ヲ得サルトキハ朝鮮総督ハ直ニ其ノ命令ノ将来ニ向テ効力ナキコトヲ公布スヘシ
4条	法律ノ全部又ハ一部ヲ朝鮮ニ施行スルヲ要スルモノハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム
5条	第1条ノ命令ハ第4条ニ依リ朝鮮ニ施行シタル法律及特ニ朝鮮ニ施行スル目的ヲ以テ制定シタル法律及勅令ニ違背スルコトヲ得ス
6条	第1条ノ命令ハ制令ト称ス
附則	本令ハ公布ノ日ヨリ之ヲ施行ス

朝鮮において法律を要する事項については、朝鮮総督は、内閣総理大臣を経て、勅裁を得て、命令によってこれを規定することができ（1条）、この命令は「制令」と呼ばれる（6条）。

併合当日公布、施行された制令1号として、「朝鮮ニ於ケル法令ノ効力ニ関スル件」¹⁰⁾が発せられた。

(2) 朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ関スル法律（明治44年法律30号）

翌明治44年3月25日、「朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ関スル法律」(明治44年法律30号)が公布、施行された。同法は、前述した「朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ関スル件」(緊急勅令)と同じ内容のものであり、法律に置き換えられたものである。後述する朝鮮刑事令は、同法に基づく制令である。

3. 朝鮮刑事令の簡略な説明

(1) 朝鮮刑事令に関する日本語文献

朝鮮刑事令（以下、単に「刑事令」と略称することもある）は、前述した朝鮮総督が勅裁を得て発する「制令」の一つである。刑事令は、明治45年制令11号（同年3月18日制定、同年4月1日施行）によって制定され、

10) 「朝鮮総督府設置ノ際朝鮮ニ於テ其ノ効力ヲ失フヘキ帝国法令及韓国法令ハ当分ノ内朝鮮総督ノ発シタル命令トシテ尚其ノ効力ヲ有ス」

その後、十数回に亘り改正された。それは、刑訴法に改正があった場合には、刑訴法の規定を基礎として定める刑事令の条文も相当の修正を加える必要が認められるので¹¹⁾、刑事令が「依用」するわが国の刑訴法が改正された場合には、刑事令もそれに合わせて改正されたのである。

大正刑訴法施行期における朝鮮刑事令についての日本語の注釈書としては、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)があり、また最近、韓国の法院図書館から、同書の韓国語訳と原著が合わさった書籍が発刊されている(法院図書館『国訳朝鮮刑事令積義』(法院図書館、ソウル、2005年))。

本稿における解説においても、広く同書によっていることをここに付記する。

(2) 朝鮮刑事令の構造

(i) わが国の刑事実体法及び手続法の「依用」

朝鮮刑事令においては、その1条において列挙するわが国の刑事に関する実体法及び手続法については、朝鮮においては、特別な定めがある場合を除いて、これらの法律に依ることを規定している。このように朝鮮において、刑事令を経由して、わが国の法律に依ることを「依用」(えよう)¹²⁾と呼ぶ。たとえば、後述するが、刑事令1条にはわが国の刑訴法も列挙され、依用された。この場合、刑事令によって依用されたわが国の刑訴法は、現在の韓国においては、依用刑訴法と呼ばれている(韓国においては、いわゆる大正刑訴法を依用刑訴法と呼ぶこともある。)。日本人にとっては、

11) 「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)6頁。
本稿においては、単に「説明書」ともいう。

12) なお、この場合の「依用」の読み方に関して、日本国語大辞典2版(小学館)1巻(平成12年)、2巻(平成13年)によれば、「依用」には、「いよう」(1巻1371頁)と「えよう」(2巻704頁)という読み方があるが、「いよう」とは、「採用して、とり入れること。」の意であるのに対し、「えよう」は、「①考えや思想を、直接でなくそれとなく相伝えること。または伝承すること。②典拠として採用し、それに従うこと。拠り所とすること。」の意である。

刑事令による依用の場合の依用は、「えよう」の意により近いものと思われる。

「依用」という語はなじみの薄いものであるが、そのまま用いることとしたい。

ただ、刑事令1条によって朝鮮に、わが国の刑事に関する実体法及び手続法が依用されたが、わが国の法律の効力が直接朝鮮に及んでいたのではなく、あくまでも、わが国の法律の内容が制令の内容をなしていたにとどまり、「趣旨においては、どこまでも同一のものであるが、その法的効力面においては、淵源を異にする」のである¹³⁾。

判例においても、「朝鮮刑事令第1条ニハ刑事ニ関スル事項ハ云々左ノ法律ニ依ル1刑法2刑法施行法云々トアリテ其法文ノ趣旨ハ刑法其他ノ法律ト同一ノ内容ヲ有スル規定ヲ同令ニ於テ制定シタルモノナリト解スヘ(シ)」と判示している¹⁴⁾。

(ii) 朝鮮における特例に関する規定

ただ、刑事令1条によって、朝鮮においてわが国の刑事法を依用するといっても、わが国の法律と同じ内容が施行されるわけではなかった。すなわち刑事令1条において、朝鮮に依用するわが国の刑事実体法及び手続法を列挙する一方で、「本令其ノ他ノ法令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外」という留保がなされていたのである。そして、刑事令2条以下には、朝鮮の特殊な事情を考慮して、多くの「特別ノ規定」が置かれた¹⁵⁾。実際に、制定当時の刑事令には47箇条に及ぶ「特別ノ規定」(本則38箇条、附則9箇条)が存在した。

後述する逐条的解説を見れば、この特別の規定のほとんどが、刑訴法の特例を定めたものであることが分かる。それゆえ、刑事令のすべての条文について、一通り逐条的解説を加えれば、朝鮮における刑訴法の特例を把握することができるだろう。本稿では、この朝鮮における特例を考察することによって、韓国の刑訴法の歴史的展開の一部を明らかにすることを目的とするものである。

13) 金炳華『韓国司法史(近世編)訂正初版』(一潮閣、ソウル、1979年)342頁。

14) 高等法院大正3年11月5日判決、朝高録2巻333頁。

15) 金炳華・前掲注13)358頁参照。

(3) わが国において法改正があった場合

なお、刑事令1条によって依用されるわが国の法律が改正された場合、刑事令の内容をなすわが国の法律は、改正前のものであるのか、それとも改正後のものとなるのかについて明らかではなかった。これに関連して、「制令ニ於テ法律ニ依ルノ規定アル場合ニ於テ其ノ法律ノ改正アリタルトキノ効力ニ関スル件」が制定された。

制令ニ於テ法律ニ依ルノ規定アル場合ニ於テ其ノ法律ノ改正アリタルトキノ効力ニ関スル件（明治44年制令11号，同年6月22日公布，施行）

制令ニ於テ法律ニ依ルノ規定アル場合ニ於テ其ノ法律ノ改正アリタルトキハ改正法律施行ノ日ヨリ其ノ改正法律ニ依ル但シ別段ノ規定アル場合ハ此ノ限ニ在ラス

同制令が施行されたことによって、わが国の法律を依用する制令の規定は、そのわが国の法律が改正された場合には、その改正法の施行日より、原則的に改正された法律が制令によって依用されることが明らかになった。これは、法律の一部改正のみならず、現行法を全部廃止して、これに代わる法律を新たに制定し、施行する場合も含まれるとされる¹⁶⁾。

刑訴法の依用についてみてみれば、明治45年4月1日に刑事令が施行された当時、刑事令1条によって依用されたわが国の刑訴法は、その当時わが国において施行されていたいわゆる明治刑訴法¹⁷⁾であった。ただその後、わが国においては明治刑訴法が廃止され、大正刑訴法¹⁸⁾が制定されたが、大正刑訴法の施行によって、その施行日から、刑事令1条によって依用されるわが国の刑訴法も大正刑訴法となったということである。

4. 本稿における考察方法

本稿においては、総則及び捜査に関連する制定当時の朝鮮刑事令及びそ

16) 玉名友彦『朝鮮刑事令釈義 附、令状並刑執行の取扱に就て』(大洋出版社、京城、昭和19年) 5頁。

17) 明治23年法律96号，同年10月7日公布，同年11月1日施行。

18) 大正11年法律75号，同年5月5日公布，大正13年1月1日施行。

の後の改正を対象とし、刑事令による特例の意義について考察を行った後、最後に結びに代えて、総則及び捜査に関連する刑事令の特例の意義について整理することとする。

なお、朝鮮における特別な刑罰法規、犯罪即決例又は植民地時代の途中で廃止された朝鮮管刑令等、植民地時代の刑事司法の実情を明らかにするには不可欠であろう法令も存在するが、本稿においては、韓国における刑訴法の歴史的展開を明らかにすることを目的とすることから、他稿に譲ることとする（なお、犯罪即決例及び朝鮮管刑令については、結びに代えて、簡単に概観することとする。）。

また、わが国の戦時中の状況と同じように、刑事法分野においては、戦時法が制定された。すなわち、朝鮮戦時刑事特別令（昭和19年2月15日、同年制令4号）等がそれであるが、これについてもまた、一時期の特殊な時局において施行されたものであるから、対象から除外することとした¹⁹⁾。また、朝鮮総督府裁判所令（明治45年4月1日、同年制令4号）等も、朝鮮においての公判手続に影響を及ぼしうが、これもまた、対象から除外することとした²⁰⁾。これらの法令について、検討を加えることは、他日を期したい。

5. 刑事令の改正の経過

本稿が対象とする刑事令は、12回に亘って改正された。各改正年月日等は、次の表のとおりである。ところで、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（本稿の条文の変化においては、制定当時の刑事令を(0)とし、以降、改正された刑事令を、(1)、(2)、(3)…等として表記する。）。本稿においては主に、制定当時(0)の刑事令と第6改正について、検討を加えることとなる。

19) なお、朝鮮における戦時刑事法については、玉名・前掲注16) 173頁以下、申東雲（刑事手続）・前掲注5）415-416頁参照。

20) 朝鮮総督府裁判所令については、申東雲（刑事手続）・前掲注5）407頁参照。

朝鮮刑事令の捜査関連規定のあらまし(1)

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
2	大正8年8月9日	16号	大正8年8月9日
3	大正9年3月19日	2号	大正9年3月19日
4	大正10年3月24日	3号	大正10年3月24日
5	大正10年4月30日	8号	大正10年5月1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
8	昭和5年9月8日	8号	昭和5年9月10日
9	昭和8年1月17日	4号	昭和8年2月1日
10	昭和10年5月28日	8号	昭和10年6月2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

II. 総則及び捜査に関連する規定の逐条的解説

1. 序 論

本章においては、総則及び捜査に関連する規定である刑事令1条ないし21条の2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、説明を加えることとする。

なお、前述したとおり、刑事令施行中に、わが国では、明治刑訴法から大正刑訴法へと変化があった。明治刑訴法施行期の刑事令にも、朝鮮における特例が設けられたが、「刑事訴訟法ハ人權ノ尊重、道義ノ維持其ノ他ノ関係ニ因リ幾多ノ改正ヲ加ヘタルモ朝鮮ノ実情ニ照シ多少ノ特例ヲ設クルノ必要アルヲ以テ」²¹⁾、大正刑訴法施行にあわせても特例が設けられ、実に多くの条文において改正又は削除がなされた。大正刑訴法施行に伴う刑

21) 説明書・前掲注11) 1頁。

事令の改正(6)においては、本則だけでも、21箇条が改正され、16箇条が削除され、改正も削除もされなかった条文は3箇条にすぎなかった。

そこで、明治刑訴法施行期の刑事令の条文と、大正刑訴法施行期の刑事令の条文とに大きな違いがあるものと思われる場合については、それぞれ分けて説明を加えるが、その必要がないものと考えられる場合には、当該条文の意義のみを説明することとする。

また、朝鮮刑事令の特例(いわゆる「毒素条項」)は、特に強制処分の面と事実審法院の手続の面に重点が置かれたため²²⁾、総則及び捜査を対象とする本稿においては、自然と強制処分に関する特例に重点をおいて解説することとなるだろう。

2. 刑事令1条

(1) 条文の変化

0	刑事ニ関スル事項ハ本令其ノ他ノ法令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外左ノ法律ニ依ル 1. 刑法 2. 刑法施行法 3. 爆発物取締罰則 4. 明治二十二年法律第三十四号(筆者注:決闘罪ニ関スル件) 5. 通貨及証券模造取締法 6. 明治三十八年法律第六十六号(筆者注:外国ニ於テ流通スル貨幣紙幣銀行券証券偽造変造及模造ニ関スル法律) 7. 印紙犯罪処罰法 8. 明治二十三年法律第一百号(筆者注:商法ニ従ヒ破産ノ宣告ヲ受ケタル者ニ関スル件) 9. 海底通信線保護万国連合条約罰則 10. 刑事訴訟法 11. 普通治罪法陸軍治罪法海軍治罪法交渉ノ件処分法 12. 外国裁判所ノ囑託ニ因ル共助法
---	---

22) 申東雲(刑事手続)・前掲注5)409頁。

朝鮮刑事令の捜査関連規定のあらまし(1)

5	第一条ニ左ノ一号ヲ加フ 13. 刑事訴訟費用法
6	第一条中第八号乃至第十三号ヲ左ノ如ク改ム 8. 海底電信線保護万国連合条約罰則 9. 刑事訴訟法 10. 外国裁判所ノ囑託ニ因ル共助法 11. 刑事訴訟費用法
8	第一条第一号ノ次ニ左ノ一号ヲ加フ 1の2. 昭和五年法律第九号（筆者注：盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律）
9	第一条第十一号ノ次ニ左ノ一号ヲ加フ 12. 刑事補償法
11	第一条第十号ノ次ニ左ノ一号ヲ加フ 10の2. 日満司法事務共助法

(2) 本条の意義

本条は、列挙している刑事実体法及び手続法を、刑事令又は他の法律に特別の定めがあるほかは、刑事令によって、依用する旨を規定している。

刑訴法に関してみれば、制定当時、本条によって依用していたものは、明治刑訴法であったが、明治刑訴法が廃止され、大正刑訴法が施行されるのにあわせて、前述した「制令ニ於テ法律ニ依ルノ規定アル場合ニ於テ其ノ法律ノ改正アリタルトキノ効力ニ関スル件」(明治44年制令11号、同年6月22日公布、施行)により、大正刑訴法が依用されることとなった。

なお、刑訴法と関連する法律を見ると、刑事訴訟費用法は大正10年法律68号（大正10年4月12日公布、同年5月1日施行）によるものであるため、それにあわせて第5改正によって朝鮮によって依用することとし、刑事補償法は昭和6年法律60号（昭和6年4月2日公布、昭和7年1月1日施行）によるものであるため、それにあわせて第9改正によって朝鮮によって依用することとした。

3. 刑事令2条

(1) 条文の変化

0	前条ノ法律中大審院ノ職務ハ高等法院, 大審院長ノ職務ハ高等法院長, 検事総長ノ職務ハ高等法院検事長, 検事長ノ職務ハ覆審法院検事長, 地方裁判所検事及区裁判所検事ノ職務ハ地方法院検事之ヲ行フ
6	第二条中「覆審法院検事長,」ノ下ニ「控訴院検事ノ職務ハ覆審法院検事,」ヲ加フ

(2) 本条の意義

本条は、刑事令1条によって依用される法律について、朝鮮の司法機構の構成に合うように、用語を置き換えるものである。すなわち、朝鮮においては、大審院の職務は高等法院、大審院長のそれは高等法院長、検事総長のそれは高等法院検事長、検事長のそれは覆審法院検事長、控訴院検事のそれは覆審法院検事、地方裁判所検事及び区裁判所検事のそれは地方法院検事が、それぞれ行うものとする。

第6改正においては、大正刑訴法476条²³⁾に控訴院検事の職務に関する規定が設けられたため、その職務については、朝鮮においては覆審法院検事が行うことが相当であるとして、刑事令が改正されたものである²⁴⁾。

なお、刑事令39条においても読み替え規定があるが（民事令3条及び4条の準用）、ここで、刑事令2条及び39条における読み替えを整理することとする。

刑事令2条		刑事令39条(民事令3条及び4条の準用)	
わが国の法律	刑事令	わが国の法律	刑事令
大審院	高等法院	主務官庁	朝鮮総督

23) 大正刑訴法476条

「控訴院, 地方裁判所又ハ区裁判所ノ檢察官ハ検事総長ノ指揮ヲ受ケ大審院ノ特別権限ニ属スル罪ニ付捜査ヲ為スヘシ」

なお、本条が、刑事令2条によって用語を置き換えると、「覆審法院, 地方法院ノ検事ハ高等法院検事長ノ指揮ヲ受ケ高等法院ノ特別権限ニ属スル罪ニ付捜査ヲ為スヘシ」となる。

24) 説明書・前掲注11) 2頁。金炳華・前掲注13) 375頁参照。

朝鮮刑事令の捜査関連規定のあらまし(1)

大審院長	高等法院長	控訴院長	覆審法院長
検事総長	高等法院長検事長	地方裁判所長	地方法院長
検事長	覆審法院検事長	市町村長	府尹又は郡守
		公証人及び執達吏	裁判所書記 ²⁵⁾
控訴院検事	覆審法院検事		
地方裁判所及び区 裁判所検事	地方法院検事		

4. 刑事令3条

(1) 条文の変化

0	刑法第七十五条及第七十六条並刑事訴訟法第二十八条第三項及第三百十条第一項ノ規定ハ之ヲ王族ニ準用ス
6	刑法第七十五条, 第七十六条及朝鮮総督府裁判所令第三条第三項ノ規定ハ之ヲ王族ニ準用ス

(2) 制定当時 (0)

<参照条文>

<p>明治刑訴法28条</p> <p>③裁判所構成法第五十条第二号に記載シタル皇族ノ犯罪ニ付テハ其正犯, 従犯ハ身分ノ如何ヲ問ハス大審院ニ於テ之ヲ管轄ス</p>
<p>明治刑訴法130条</p> <p>①皇族証人ナルトキハ予審判事其所在ニ就キ訊問ヲ為ス可シ</p>

刑法75条²⁶⁾は, 皇族に対して危害を加え, 又は加えようとした者に関する規定であり, 刑法76条²⁷⁾は, 皇族に対して不敬の行為をした者に関する

25) なお, 裁判所及び検事局の長は, 警察官吏, その他適当と認める者をして, 執達吏の職務を行わせることができる(刑事令39条, 民事令4条2項)。

26) 刑法75条

「皇族ニ対シ危害ヲ加ヘタル者ハ死刑ニ処シ危害ヲ加ヘントシタル者ハ無期懲役ニ処ス」

27) 刑法76条

「皇族ニ対シ不敬ノ行為アリタル者ハ二月以上四年以下ノ懲役ニ処ス」

規定である。

また、裁判所構成法50条2号において、皇族が犯した罪であって、禁錮以上の刑に処すべきものについては、予審及び裁判は大審院が裁判権を有するものとし、明治刑訴法28条3項において、その犯罪については、身分を問わず、正犯及び従犯は、大審院が管轄するものとした。

そして、明治刑訴法130条1項において、皇族を証人として訊問するときは、予審判事は、皇族の所在で訊問しなければならない。

本条による特例を見てみると、刑法も刑事令1条によって依用されたが、併合後、朝鮮の旧皇族は王族とされ、その王族に関して、刑法75条、刑法76条の「皇族」として準用された。なお、この部分は、実体法としての刑法に関連する特例である。

また、王族が犯した罪も、皇族のそれと同様、禁錮以上の刑に処すべきものについては、その犯罪の正犯、従犯とともに、高等法院(刑事令2条)が、予審及び裁判を管轄することとなる。

そして、王族を証人として訊問するときは、予審判事は、王族の所在で訊問しなければならない。

(3) 大正刑訴法施行を契機とする改正(6)

<参照条文>

朝鮮總督府裁判所令3条 ③高等法院ハ前項ノ外裁判所構成法ニ定メタル大審院ノ特別権限ニ属スル職務ヲ行フ
朝鮮民事令41条 民事訴訟法第二百九十六条第一項ノ規定ハ之ヲ王族ニ、第二項ノ規定ハ之ヲ朝鮮總督ニ準用ス
民事訴訟法296条 ①皇族証人ナルトキハ受命判事又ハ受託判事其所在ニ就キ訊問ヲ為ス

実体法としての刑法に関連する特例である刑法75条及び刑法76条に関しては、本改正においても維持された。一方、前掲明治刑訴法28条3項及び

130条1項に相当する規定は、大正刑訴法には置かれなかった²⁸⁾。

王族を証人として訊問するときの規定については、本条において規定せず、本改正にあたって朝鮮刑事令39条によって朝鮮民事令41条を準用することとした。また、朝鮮民事令41条によって、民訴法296条1項を王族に準用することで、王族を証人として訊問するときは、その所在で訊問することとなる²⁹⁾。

また、朝鮮総督府裁判所令3条3項では、裁判所構成法で定める大審院の特別権限(裁判所構成法50条2号)に属する職務については、王族に準用することによって、刑法75条及び76条に関し、また王族が犯した罪で禁錮以上の刑に処すべき者の予審及び裁判については、高等法院が管轄することとなる。

なお、皇室令である王公家軌範28条³⁰⁾が、皇室裁判令29条³¹⁾を準用しており、王公族を証人として訊問するときは、その所在で訊問することとなるが、この王公家軌範は、本改正後のものである。朝鮮刑事令39条のうち、朝鮮民事令41条を準用する部分が、第7改正時に削除されたことは、王公家軌範28条の存在により、その朝鮮民事令41条を準用する部分の存在理由が失われたことによるものと思われる。

5. 刑事令4条

(1) 条文の変化

0	朝鮮総督府警務総長ハ司法警察官トシテ犯罪ヲ捜査スルニ付地方法院検事ト同一ノ職権ヲ有ス
---	--

28) 説明書・前掲注11) 2頁。金炳華・前掲注13) 375頁参照。

29) 説明書・前掲注11) 2頁。金炳華・前掲注13) 375頁参照。

30) 王公家軌範28条

「皇室裁判令中皇族ニ関スル規定ハ第一章第一節ノ規定ヲ除クノ外王公族ニ之ヲ準用ス」

31) 皇室裁判令29条

「皇族証人ナルトキハ其ノ所在ニ就キ訊問ヲ為スヘシ」

3	第四条中「朝鮮総督府警務総長ハ」ヲ「朝鮮総督府道知事ハ各其ノ管轄地内ニ於テ」ニ改ム
---	---

(2) 本条の意義

<参照条文>

明治刑訴法47条

①警視総監及ヒ地方長官ハ各其管轄地内ニ於テ司法警察官トシテ犯罪ヲ捜査スルニ付キ地方裁判所検事ト同一ノ権ヲ有ス但東京府知事ハ此限ニ在ラス

大正刑訴法247条

警視総監、地方長官及憲兵司令官ハ各其ノ管轄区域内ニ於テ司法警察官トシテ犯罪ヲ捜査スルニ付地方裁判所検察官ト同一ノ権ヲ有ス但シ東京府知事ハ此ノ限ニ在ラス

明治刑訴法及び大正刑訴法においては、警視総監又は地方長官（東京府知事は除く）等は、司法警察官として犯罪を捜査するについては、地方裁判所検事と同一の職権を有する。

本条によって、朝鮮総督府道知事は、その管轄地内において、司法警察官として犯罪を捜査するについては、地方法院検事と同一の職権を有する（第3改正による）。それは、朝鮮の現状においては、刑訴法の規定にある地方長官以外の者に地方法院検事と同一の権限を付与する必要がないことを理由とする³²⁾。

なお、朝鮮総督府道知事が地方法院検事と同一の職権があり、犯罪捜査を行うについて地方法院検事の指揮命令を受けなくてもよいが、起訴不起訴の処分又は裁判の執行指揮等の権限はない³³⁾。

朝鮮総督府道知事の犯罪捜査権の範囲については、明文上、制限はないが、主に国事犯又は「地方一般ノ公益ニ係ルカ如キ重大ナル犯罪」につき必要な場合に捜査するが、このような場合についても、なるべく、検事にその処分を譲るのがふさわしいとする³⁴⁾。

32) 説明書・前掲注11) 3頁。玉名・前掲注16) 6頁参照。

33) 玉名・前掲注16) 7頁。

34) 玉名・前掲注16) 6頁。

なお本条は、大正刑訴法改正にあたっても、改正する必要がなかったため、修正されなかった³⁵⁾。

6. 刑事令5条

(1) 条文の変化

0	①左ニ記載シタル官吏ハ検事ノ補佐トシテ其ノ指揮ヲ受ケ司法警察官トシテ犯罪ヲ捜査スヘシ 1. 朝鮮総督府警務部長 2. 朝鮮総督府警視, 警部 3. 憲兵将校, 准士官, 下士 ②前項ノ司法警察官ハ検事ノ職務上発シタル命令ニ従フ
2	第五条第一項ニ左ノ一号ヲ加フ 4. 朝鮮総督府道森林主事
3	第五条中「朝鮮総督府警務部長」ヲ「第三部長タル朝鮮総督府道事務官」ニ, 「朝鮮総督府警視, 警部」ヲ「朝鮮総督府道警視, 道警部, 道警部補」ニ改ム
4	第五条中「第三部長」ヲ「警察部長」ニ, 「朝鮮総督府道森林主事」ヲ「朝鮮総督府営林廠森林主事, 道森林主事」ニ改ム
6	第五条第一項第四号ヲ削ル

(2) 制定当時 (0)

<参照条文>

<p>明治刑訴法47条</p> <p>②左ニ記載シタル官吏, 公吏ハ検事ノ補佐トシテ其指揮ヲ受ケ司法警察官トシテ犯罪ヲ捜査ス可シ</p> <p>1. 警視警部長, 警部, 警部補</p> <p>2. 憲兵将校, 下士</p> <p>3. 島司</p> <p>4. 郡長</p> <p>5. 林務官</p> <p>6. 市町村長</p>

35) 説明書・前掲注11) 3頁。

裁判所構成法84条

①司法警察官ハ検事ノ職務上其ノ検事局管轄区域内ニ於テ發シタル命令及其ノ検事ノ上官ノ發シタル命令ニ従フ

本条1項は、犯罪捜査について検事の補佐としてその指揮を受ける司法警察官を定めるものであり、2項は、裁判所構成法84条と同趣旨の規定である³⁶⁾。

(3) 大正刑訴法の規定

<参照条文>

大正刑訴法248条

左ニ掲クル者ハ検察官ノ輔佐トシテ其ノ指揮ヲ受ケ司法警察官トシテ犯罪ヲ捜査スヘシ

1. 庁府県ノ警察官
2. 憲兵ノ将校, 准士官及下士

大正刑訴法250条

前三条ニ規定スル者ノ外勅令ヲ以テ司法警察官吏ヲ定ムルコトヲ得

大正刑訴法251条

森林, 鉄道其ノ他特別ノ事項ニ付司法警察官吏ノ職務ヲ行フヘキ者及其ノ職務ノ範圍ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム

大正刑訴法では、250条及び251条の規定が設けられていた。すなわち、勅令によって、一般司法警察官吏(250条)及び特別司法警察官吏(251条)を定めることができるということである。朝鮮においては、このような事項については朝鮮総督府令によって定めることが相当であるとして、本条4号(朝鮮総督府営林廠森林主事, 道森林主事)を削除すると同時に、本改正において、あらたに刑事令39条によって、勅令によって定める事項は、朝鮮においては朝鮮総督府令によって定めるとする朝鮮民事令2条³⁷⁾を準用するようにした³⁸⁾。

36) 玉名・前掲注16) 7-8頁。

37) 朝鮮民事令2条

「前条ノ法律中勅令ニ委任シタル事項ハ朝鮮総督府令ヲ以テ之ヲ定ム」

38) 説明書・前掲注11) 3頁。金炳華・前掲注13) 375-376頁参照。

なお、朝鮮総督府令大正13年33号（大正13年5月31日制定、同年6月8日施行）により、特別司法警察官吏の職務を行うべき者及びその職務の範囲が定められ、その後、数回にわたる改正が行われた。

7. 刑事令6条

(1) 条文の変化

0	裁判所ハ被告人カ其ノ裁判所ノ管轄区域内ニ在ラサルトキハ決定ヲ以テ事件ヲ被告人ノ所在地ヲ管轄スル同等ノ裁判所ニ移送スルコトヲ得
---	--

(2) 本条の意義

本条は、刑事事件が土地管轄権を有する裁判所に係属したものの、事件が係属する前から被告人が管轄区域内にいなかったとき、又は事件が係属した後に被告人が管轄区域内からいなくなったときには、審理の便宜上、決定で、被告人の所在地を管轄する同等の裁判所に移送することができることを規定するものであり、土地管轄に関する特則である³⁹⁾。

なお、第6改正時においても、「尚其ノ必要アルヲ認メ之ヲ存置セリ」とし、改正されなかった⁴⁰⁾。

8. 刑事令7条

(1) 条文の変化

0	①官吏、公吏ノ作りタル書類ニシテ形式ニ瑕疵アルモノハ当該官吏、公吏之ヲ補正スルコトヲ得 ②前項ノ補正ヲ為シタルトキハ其ノ年月日、場所及補正ノ事項ヲ附記シテ署名捺印スヘシ
---	---

39) 玉名・前掲注16) 14頁。

40) 説明書・前掲注11) 3頁。

(2) 本条の意義

<参照条文>

明治刑訴法20条 ①官吏、公吏ノ作ル可キ書類ハ其所属官署、公署ノ印ヲ用ヒ年月日及ヒ場所ヲ記載シテ署名捺印シ毎葉ニ契印ス可シ若シ官署、公署ノ印ヲ用ユルコト能ハサル場合ニ於テハ其事由ヲ記載ス可シ此規定ニ背キタルトキハ其書類ノ効ナカル可シ
明治刑訴法21条 官吏、公吏訴訟ニ関スル書類ノ原本、正本又ハ謄本ヲ作ルニ付キ文字ヲ改竄ス可カラス若シ挿入、削除及ヒ欄外ノ記入アルトキハ之ニ認印ス可シ文字ヲ削除スルトキハ之ヲ讀ミ得ヘキ為メ字体ヲ存シ其数ヲ記載ス可シ此規定ニ背キタルトキハ其変更増減ノ効ナカル可シ
大正刑訴法71条 ①官吏又ハ公吏ノ作ルヘキ書類ニハ別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外年月日ヲ記載シテ署名捺印シ其ノ所属ノ官署又ハ公署ヲ表示スヘシ ②書類ニハ毎葉ニ契印スヘシ
大正刑訴法72条 官吏又ハ公吏書類ヲ作ルニハ文字ヲ改竄スヘカラス挿入、削除又ハ欄外記入ヲ為シタルトキハ之ニ認印シ其ノ字数ヲ記載スヘシ但シ削除シタル部分ハ之ヲ讀得ヘキ為メ字体ヲ存スヘシ

明治刑訴法20条1項及び大正刑訴法71条において、官吏又は公吏が刑事手続上、作成すべき書類の方式に関して規定している。また、明治刑訴法21条及び大正刑訴法72条において、官吏又は公吏が作成した書類については、改竄することができず、挿入、削除及び欄外記入するときの方法について規定している。

これらの書類の作成方式又は加除改竄に関する方式に違反したとしても、必ずしも、書類の作成又は加除改竄が無効となるわけではないが(大正刑訴法)、事実問題としては、その状態の程度によっては、無効と認められることもあり得るため、朝鮮においては、本条によって、書類の形式に瑕疵があるときには、補正することができるようにしたものである⁴¹⁾。

41) 玉名・前掲注16) 20頁。

判例によれば、書類作成をした当該官吏が補正の必要を認め、かつ職務上補正をすることができる権限を有する場合には、時期の如何を問わず補正をすることができ⁴²⁾、補正は、書類作成の時にさかのぼってその効力が生じる⁴³⁾。同判例では、「最初書類ヲ作成シタル当該書記ニシテ依然同一職務ニ在リテ之ヲ補正シタルモノナレハ其補正ノ有効ナルヤ勿論ナリ」とする。これは、書類を作成した官吏が、当時の現職にある間に限って、補正することができるという趣旨であって、決して無制限のものでなく、も

42) 高等法院大正4年2月8日判決、朝高録3巻24頁。

予審における証人訊問調書及び検事の証人訊問調書の3通は、いずれも証人の署名捺印がある最終の一葉とその前葉との間に契印がないため、明治刑訴法20条により無効であり、断罪の証拠とすることができないと主張した。

高等法院に係属後、前記3通の最後の部分に契印がないことに対し、高等法院検事の照会によって、前記の調書3通を作成した書記が、契印が欠如した部分に契印をなして、補正した。

刑事令7条1項によって、明治刑訴法20条によって無効となる書類を補正して有効なものとする旨を、刑事令7条2項ではその方式を規定し、「補正ノ手續ニ付テハ右規定以外ニ何等制限的ノ規定ナキヲ以テ觀レハ書類作成ノ当該官吏公吏ニシテ補正ノ必要ヲ認め且職務上補正ヲ為シ得ルノ権限ヲ有スル場合ニハ時期ノ如何ヲ問ハス補正ヲ為シ得ヘキモノト解スルヲ相当トス」と判示し、前記調書3通はいずれも、「最初書類ヲ作成シタル当該書記ニシテ依然同一職務ニ在リテ之ヲ補正シタルモノナレハ其補正ノ有効ナルヤ勿論ナリ」とし、またこの補正が、書類作成者自らが発見したことによるか、他の官吏から注意を受けたことによるかは問わないので、この補正は相当であり、違法でないとした。

43) 前掲注42判例

補正は最初に書類を作成した時にさかのぼって効力を生じるものである。もしそうではなく、補正後にその効力を生ずるとすれば、「朝鮮刑事令ニ於テ特ニ該規定ヲ設ケ刑事訴訟法ニ依リテハ無効タルヘキ書類ヲシテ補正ニ依リテ有効ナラシメントスル趣旨ヲシテ十分ニ達スルコトヲ得サルニ至ルヘシ」と判示した。

したがって、前掲注42判例中の調書3通は、高等法院においては、いずれも最初から形式上の瑕疵がない有効な調書であるとみれば、原審がこれらを断罪の資料に供したことは違法でないことになる。

し作成した官吏が辞職退官したときはもちろん、転官、転補した場合には、書類を補正することが不可能になるものと解されている⁴⁴⁾。

なお本条については、第6改正時においても、「尚其ノ必要アルヲ認め之ヲ存置セリ」とし、改正されなかった⁴⁵⁾。

9. 刑事令8条

(1) 条文の変化

0	書類ノ送達ニ付テハ本令ニ規定アルモノノ外朝鮮民事令ヲ準用ス
6	<削除>

(2) 本条の意義

本条において、書類の送達について、別段の規定がないときは、朝鮮民事令を準用するものと規定していたが、大正刑訴法施行に伴う改正によって、刑事令に送達について別段の規定が置かれていないため、朝鮮においても大正刑訴法の規定を適用される⁴⁶⁾。

大正刑訴法80条本文においては、「書類ノ送達ニ付テハ別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外民事訴訟法ヲ準用ス」と規定している。朝鮮においては、民訴法は、朝鮮民事令を通して刑事について準用されるものと解されるので、本条は削除された⁴⁷⁾。なお、このように、大正刑訴法中、「民訴法を準用し」、「民訴法により」、「民訴法に準じ」、又は「民訴法に従う」旨の規定がある場合にも、朝鮮民事令の規定を通して、これに準拠すべきものと解釈するべきものとし、これらについては、刑事令に特別に明文を設けなかった⁴⁸⁾。

44) 「検事局監督官ニ対スル草場高等法院検事注意事項(大正10年5月9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?) 15頁。

45) 説明書・前掲注11) 3頁。

46) 説明書・前掲注11) 3-4頁。金炳華・前掲注13) 376頁参照。

47) 説明書・前掲注11) 4頁。玉名・前掲注16) 24頁参照。

48) 説明書・前掲注11) 4頁。

10. 刑事令9条

(1) 条文の変化

0	訴訟関係人ヨリ期日ニ出頭スヘキ受書ヲ差出セシメ又ハ口頭ヲ以テ次回ノ出頭ヲ命シタルトキハ召喚状又ハ呼出状ヲ送達シタルト同一ノ効力ヲ生ス但シ口頭ヲ以テ出頭ヲ命シタル場合ニ於テハ其ノ旨ヲ調書又ハ公判始末書ニ記載スヘシ
6	刑事訴訟法第八十二条中二十里トアルハ八里, 五里トアルハ三里トス

(2) 制定当時 (0)

被告人に関する呼出状 (213条ないし215条, 236条), 証人に関する呼出状 (217条), 控訴審に関しては257条等の規定がある。

本条によって, 訴訟関係人から期日に出頭する旨の受書を差し出させ, 又は口頭で次回の出頭を命じたときは, 召喚状又は呼出状を送達したものと同一の効力が生じる。口頭で出頭を命じたときは, その旨を調書又は公判始末書に記載しなければならない。

具体的には, 欠席判決の要件と関連するものと思われる (226条, 227条)。

(3) 大正刑訴法施行を契機とする改正 (6)

<参照条文>

<p>大正刑訴法82条</p> <p>①法定ノ期間ハ訴訟行為ヲ為スヘキ者ノ住居又ハ事務所ノ所在地ト裁判所所在地トノ距離ニ從ヒ海陸路二十里毎ニ一日ヲ加フ其ノ距離又ハ端数二十里ニ滿タサルモ五里以上ナルトキハ一日ヲ加フ但シ海路ハ二海里ヲ一里トシテ之ヲ計算ス</p>

大正刑訴法において, 被告人の召喚に関して84条2項, 予審判事による被告人の召喚に関して122条 (裁判所と同一の権限), 証人の召喚に関して192条 (84条2項の準用), 受命判事又は受託判事による証人訊問に関して212条4項 (裁判所と同一の権限), 予審判事による証人訊問に関して213条 (裁判所と同一の権限), 鑑定人に関して228条 (192条の準用), 通訳人に関して236条 (228条の準用), 公判期日への弁護人及び補佐人の召喚に関して320条3項 (84条2項の準用), 控訴審に関して407条 (公判に関する規定の準用 (320条3項)), 上告審に関して455条 (320条3項, 407条の

準用)、大審院の特別権限に属する事件に関して484条(第一審の規定の準用)、私訴に関して577条(公訴の規定の準用)に、明治刑訴法施行期の刑事令9条と同旨の規定が置かれたため、実質上削除され、新たな趣旨の規定が置かれた⁴⁹⁾。

すなわち、朝鮮の当時の交通状態がいまだなお、大正刑訴法82条1項本文をそのまま施行するには難しい場所が多かったため、陸路については明治刑訴法の規定⁵⁰⁾のまま、刑事令に特則を設けた⁵¹⁾。一方、海路については、刑事令に特例がなく、大正刑訴法82条1項但書が適用されるが、それは、海路については2海里を1里として計算しても、当時の交通の発達の実況に照らして、差支えないものと認められたためである⁵²⁾。

11. 刑事令10条

(1) 条文の変化

0	刑事訴訟法ニ依り市町村長ノ立会ヲ要スル場合ニ於テハ二人以上ノ相当ノ立会人アルヲ以テ足ル
6	刑事訴訟法ニ依り市町村吏員ヲシテ立会ハシムヘキ場合ニ於テハ府官吏、府面吏員又ハ二人以上ノ相当ナル者ヲシテ立会ハシムヘシ
9	第十条中「府面吏員」ヲ「府邑面吏員」ニ改ム

(2) 制定当時 (0)

<参照条文>

明治刑訴法104条

②被告人又ハ物件ヲ藏匿スル者其住居ニ在ラサルトキハ同居ノ親属若シ其在ラサルトキハ市町村長ノ立会アルヲ要ス

49) 説明書・前掲注11) 4-5頁。金炳華・前掲注13) 376頁参照。

50) 明治刑訴法16条

「①此法律ニ定メタル期間ニハ海陸路八里毎ニ一日ノ猶予ヲ加フ八里ニ満サルモノト雖モ三里以上ナルトキ亦同シ」

51) 説明書・前掲注11) 5頁。金炳華・前掲注13) 376頁、玉名・前掲注16) 25頁参照。

52) 説明書・前掲注11) 5頁。玉名・前掲注16) 25頁参照。

明治刑訴法104条では、被告人⁵³⁾の住居等において搜索する場合に、被告人等がいけない場合には、市町村長が立ち会わなければならないと規定されていた。

本条によって、朝鮮においては、この市町村長の立会を要する場合においては、2人以上の相当の立会人がいれば足りるとした。

(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157条

②前項ノ規定ニ依ル場合(筆者注:公務所又は軍事用の庁舎若しくは艦船において押収又は搜索をする場合)ヲ除クノ外人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若ハ船舶ノ内ニ於テ押収又ハ搜索ヲ為ストキハ住居主若ハ看守者又ハ之ニ代ルヘキ者ヲシテ之ニ立会ハシムヘシ此等ノ者ヲシテ立会ハシムルコト能ハサルトキハ隣人又ハ市町村吏員ヲシテ立会ハシムヘシ

大正刑訴法では、明治刑訴法104条のように市町村長が立ち会うことを要する場合を規定していないため、実質的に削除された⁵⁴⁾。

ただ、大正刑訴法157条2項では、押収又は搜索をする場合に、住居主等が立ち会えない場合には、隣人又は市町村吏員を立ち会わせなければならない。これは、予審判事による押収及び搜索(169条)、検事又は司法警察官による押収又は搜索(174条1項)、司法警察吏による搜索(同条2項)、検証(178条)、予審判事による検証(179条)及び検事又は司法警察官による検証(183条)において準用される⁵⁵⁾。

この隣人立会に関する部分は、刑事令においても当然に適用されるが、朝鮮においては、市町村ではなく、府、邑、面であったので⁵⁶⁾、本条にお

53) なお、明治刑訴法においては、被疑者と被告人とを区別せず、被告人という語のみを用いていた。本稿においても、明治刑訴法の例に倣い、特に言いかえを行うことはしない。

54) 説明書・前掲注11) 5頁。金炳華・前掲注13) 376-377頁参照。

55) 説明書・前掲注11) 5頁。金炳華・前掲注13) 377頁参照。

56) 金炳華・前掲注13) 377頁参照。

いて府官吏又は府邑面吏員，若しくは2人以上の相当の立会人に関する規定も置かれた⁵⁷⁾。

12. 刑事令11条

(1) 条文の変化

0	検事又ハ司法警察官ハ刑事訴訟法第一百四十四条，第一百四十六条又ハ第七十四条ノ場合ニ於テ犯所ニ臨検スル必要ナシト認ムルトキハ臨検ヲ為サスシテ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)

<参照条文>

明治刑訴法144条 ①地方裁判所検事及ヒ区裁判所検事ハ予審判事ヨリ先ニ重罪又ハ地方裁判所ノ管轄ニ属スル軽罪ノ現行犯アルコトヲ知りタル場合ニ於テ其事件急速ヲ要スルトキハ予審判事ヲ待ツコトナク其旨ヲ通知シテ犯所ニ臨検シ予審判事ニ属スル処分ヲ為スコトヲ得但罰金又ハ科料及ヒ費用賠償ノ言渡ヲ為スコトヲ得ス ②証人及ヒ鑑定人ノ供述ハ宣誓ヲ用ユルコトナク之ヲ聴ク可シ
明治刑訴法146条 ①区裁判所検事其裁判所ノ管轄ニ属スル軽罪ノ現行犯アルコトヲ知りタル場合ニ於テ其事件急速ヲ要スルトキハ第一百四十四条ニ規定シタル処分ヲ為スコトヲ得 ②若シ被告人ニ対シ勾留状ヲ発シタルトキハ三日内ニ起訴ノ手続ヲ為スコトヲ得
明治刑訴法147条 ①第一百四十四条第一百四十六条ニ於テ検事ニ許シタル職務ハ司法警察官モ亦仮ニ之ヲ行フコトヲ得但勾留状ヲ発スルコトヲ得ス ②司法警察官ハ証憑書類ニ意見書ヲ添ヘ速ニ之ヲ管轄裁判所ノ検事ニ送致シ且被告人ヲ逮捕シタルトキハ共ニ之ヲ送致ス可シ

明治刑訴法においては，公判手続が開始される前には，強制処分について，予審判事が被告人を召喚すること（69条），勾引状を発すること（71条，72条），勾留すること（75条），被告人を訊問すること（93条），検証する

57) 説明書・前掲注11) 5-6頁。金炳華・前掲注13) 377頁，玉名・前掲注16) 26頁参照。

こと (102条), 搜索すること (104条, 105条), 差し押さえること (106条), 証人訊問をすること (115条以下), 鑑定をすること (135条以下) ができる。

検事又は司法警察官が強制処分をすることができるのは, 以下の現行犯⁵⁸⁾の場合 (なお, 現行犯であれば, 逮捕することはできた。58条1項, 60条参照。) で, 事件が急速を要するときに限られ, 任意処分については明文の規定はなかったが, 禁じられているわけではない⁵⁹⁾。

①すなわち, 明治刑訴法144条において, 検事が予審判事より先に, 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, 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をすることができる。ただ, この場合, 罰金又は科料及び費用賠償の言渡しをすることはできない。

②また, 明治刑訴法146条において, 区裁判所検事は, その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, 事件が急速を要するときは, 144条における処分を行うことができる。この場合, 被告人に勾留状を發したときは, 3日以内に起訴の手續をしなければならない。

③そして, 明治刑訴法147条において, 上記144条及び146条において検事に許した職務は, 勾留状を發することを除き, 司法警察官も仮に行うことができ, この場合, 司法警察官は速やかに証拠書類及び意見書, 被告人

58) 「現行犯」の定義に関する条文

明治刑訴法56条

「現行犯罪トハ現ニ行ヒ又ハ現ニ行ヒ終リタル際ニ發覚シタル罪ヲ謂フ」

明治刑訴法57条 (準現行犯)

「重罪, 軽罪ニ付キ左ノ場合ハ現行犯ニ准ス

1. 犯人トシテ一人又ハ数人ニ追呼セラルルトキ
2. 兇器, 贓物其他ノ物件ヲ携帯シ又ハ身体, 被服ニ顯著ナル犯罪ノ痕跡アリテ犯人ト思料ス可トキ
3. 家宅内ニ於テ犯シタル罪ヲ検証スル為メ又ハ其犯人ト思料ス可キ者ヲ逮捕スル為メ戸主ヨリ官吏ニ其処分ヲ求メタルトキ」

59) 板倉松太郎『刑事訴訟法玄義 下巻 再版』(巖松堂書店, 大正4年) 1209頁以下参照。

を逮捕したときは被告人を、検事へ送致しなければならない。

これらの検事又は司法警察官の処分は「仮予審処分」と呼ばれるが⁶⁰⁾、このような制約された状況の下では、検事又は司法警察官は、真相を充分に調べることはできなかったので、予審判事の強力な強制処分権による強制処分は絶対的に必要であったといえるとする⁶¹⁾。

なお、検事又は司法警察官がこの仮予審処分をするには、144条1項において「犯所ニ臨検シ」と規定しており、犯所の臨検が仮予審処分の要件であるかどうかについては争いがあるが⁶²⁾、大審院の判例は、犯所の臨検は仮予審処分の要件であると判示している。

すなわち、司法警察官が現行犯の事件で、犯所に臨検せずに、予審判事の職権に属する被告人訊問をしたときは、越権の処置であって、その調査は無効であると判示した事例⁶³⁾、及び司法警察官が準現行犯の事件で、犯所に臨検せずに、予審判事の職権に属する被告人等の訊問をしたときは、越権の処置であって、当該訊問調書は無効であると判示した事例⁶⁴⁾がある。

一方、朝鮮においては、本条によって、検事又は司法警察官が、現行犯の場合に、予審判事に属する処分を行う場合に、犯所に臨検する必要がないと認めるときは、臨検を省略することができるという例外を認め⁶⁵⁾、強制処分の行使を容易にした⁶⁶⁾。

(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、検事又は司法警察官が捜査について、強制処分を行うときに、犯所に臨検することを必要とする規定は置かれなかったため、本条を存置する必要が無くなり、削除された⁶⁷⁾。

60) 板倉・前掲注59) 1271頁以下参照。

61) 申東雲(予審制度)・前掲注7) 153-154頁。

62) 板倉・前掲注59) 1280頁以下。

63) 大審院明治31年3月25日判決、刑録4輯3巻52頁。

64) 大審院明治31年10月20日判決、刑録4輯9巻51頁。

65) 申東雲(刑事手続)・前掲注5) 409頁。

66) 申東雲(予審手続)・前掲注7) 154頁。

67) 説明書・前掲注11) 6頁。金炳華・前掲注13) 377頁。

13. 刑事令12条

(1) 条文の変化

0	<p>①検事ハ現行犯ニ非サル事件ト雖捜査ノ結果急速ノ処分ヲ要スルモノト思料スルトキハ公訴提起前ニ限り令状ヲ発シ検証, 搜索, 物件差押ヲ為シ被告人, 証人ヲ訊問シ又ハ鑑定ヲ命スルコトヲ得但シ罰金, 科料若ハ費用賠償ノ言渡ヲ為シ又ハ宣誓ヲ為サシムルコトヲ得ス</p> <p>②前項ノ規定ニ依リ検事ニ許シタル職務ハ司法警察官モ亦仮ニ之ヲ行フコトヲ得但シ勾留状ヲ発スルコトヲ得ス</p>
6	<p>①検事ハ刑事訴訟法ニ規定スル場合ノ外事件禁錮以上ノ刑ニ該リ急速ノ処分ヲ要スルモノト思料スルトキハ公訴ノ提起前ニ限り押収, 搜索, 検証及被疑者ノ勾引, 被疑者若ハ証人ノ訊問, 鑑定, 通訳又ハ翻訳ノ処分ヲ為スコトヲ得</p> <p>②前項ノ規定ニ依リ検事ニ許シタル処分ハ司法警察官亦之ヲ為スコトヲ得</p> <p>③刑事訴訟法第八十七条第一項, 第八十八条及第三百十一条ノ規定ハ前二項ノ被疑者ノ勾引ニ, 刑事訴訟法第一編第十三章乃至第十五章中検事又ハ司法警察官ノ為ス処分ニ関スル規定ハ前二項ノ証人ノ訊問, 鑑定, 通訳又ハ翻訳ノ処分ニ付之ヲ準用ス</p>

(2) 制定当時 (0)

前述したとおり、明治刑訴法では、検事又は司法警察官が強制処分をすることができるのは、逮捕を除き、現行犯の場合で、事件が急速を要するときなどに限られた（刑事令11条参照）。

ただ、本条によって、朝鮮においては、検事は、現行犯でない事件であっても、捜査の結果、急速の処分を要するものと思料するときは、公訴提起前であれば、令状を発して、検証、搜索、物件差押、被告人訊問、証人訊問をし、鑑定を命ずることができることとした。また、司法警察官も、勾留を除き、同様の処分を、仮に行うことができる。

なお本条2項但書において、司法警察官は勾留をすることはできないと規定しているが、1項においては、明文で「勾留」を規定していない。ただ本条2項但書及び15条1項の文言から、検事は勾留することができるものと読み取れるが、本条2項但書は、司法警察官は勾留することができない旨を規定し、また15条1項も検事が勾留した場合に20日以内に起訴しな

い場合は釈放しなければならない旨を規定するにとどまっている(なお検事は、刑訴法144条及び146条(刑事令11条参照)又は刑事令11条によっても勾留することができる。)

ただ本条1項には、明文で勾留を規定はしてはいないが、後述する刑事令14条において、本条1項の場合については、予審に関する規定を準用するとしている。明治刑訴法75条においては、「勾留状ハ被告人ヲ訊問シタル後禁錮以上ノ刑ニ該ル可キモノト思料スルニ非サレハ之ヲ發スルコトヲ得ス(但書省略)」と規定している。それゆえ、検事が、本条1項に基づいて、被告人を訊問した後、禁錮以上の刑にあたるものと思料したときは、刑事令14条に基づいて刑訴法の規定を準用して、被告人を勾留することができるとする、法的構成を採るものと考えられる。

また、この「急速ノ処分ヲ要スル」という要件の判断については、その有無の判断はいつに、当該官憲の判断に任じたものとするという判例がある⁶⁸⁾。

本条は、大正刑訴法施行期を通して、刑訴法に対する重大な例外を認めるものであり⁶⁹⁾、この規定により、予審の必要性は事実上ほぼ無くなり、予審判事の権限との差異は、予審判事の勾留の期間には制限がないのに対して、検事の勾留には期間の制限(刑事令15条参照)がある程度であるとの指摘もある⁷⁰⁾。

(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、「捜査ニ付テハ其ノ目的ヲ達スル為必要ナル取調ヲ為スコトヲ得」とするが(254条1項本文)、「但シ強制ノ処分ハ別段ノ規定アル場合ニ非サレハ之ヲ為スコトヲ得ス」と規定している(同項但書)。

そして「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

68) 高等法院明治44年9月4日判決、朝高録1巻176頁(司法協会『朝鮮高等法院判決要旨類集』(司法協会、京城、昭和18年)966頁)。

69) 金炳華・前掲注13) 361頁。

70) 申東雲(予審制度)・前掲注7) 154頁。

起前ト雖押収，搜索，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」と規定し（255条1項），強制処分をするには検事が予審判事又は区裁判所判事に請求しなければならない。いわゆる「裁判上の捜査処分」である⁷¹⁾。

ただ，大正刑法において，その例外が認められ，捜査機関は強制処分を行うことができた。現行犯の場合及び「要急事件」⁷²⁾の場合がそれである。これを簡略すると次の表のとおりである⁷³⁾。

<p>①現行犯を逮捕・受け取った場合 or 要急事件</p> <p>検事・司法警察官は，押収，搜索，検証，証人訊問，鑑定，通訳，翻訳をすることができる。</p>
<p>②現行犯を逮捕・受け取った場合 or 勾引状の執行を受けた被疑者を受け取った場合</p> <p>検事・司法警察官は，被疑者訊問することができる。</p> <p>司法警察官は，留置の必要がある場合には，48時間以内に検事等に送致しなければならない。</p> <p>検事は，留置の必要があり，判事の勾留状を求めることができないときは，勾留状を発することができる。</p>
<p>③要急事件</p> <p>検事は勾引状を発し，又は他の検事若しくは司法警察官に命令・囑託することができる。</p>

まず，現行犯及びいわゆる要急事件の定義についてみてみるが，現行犯とは，「現ニ罪ヲ行ヒ又ハ現ニ罪ヲ行ヒ終リタル際ニ発覚シタルモノ」とし（130条1項），「兇器贓物其ノ他ノ物ヲ所持シ，誰何セラレテ逃走シ，犯人トシテ追呼セラレ又ハ身体被服ニ顯著ナル犯罪ノ痕跡アリテ犯人ト思料スヘキ場合」には現行犯人がその場所にいたものとみなされる（準現行

71) 團藤重光『刑事訴訟法綱要』(弘文堂，昭和18年) 457頁参照。

72) 小野清一郎『刑事訴訟法講義 全訂3版』(有斐閣，昭和11年) 267頁，團藤・前掲注71) 443頁参照。

73) 説明書・前掲注11) 7-8頁参照。

犯, 同条2項)。

現行犯人がその場所にいるかどうかは現行犯の効果に影響はないが, 現行犯人がその場所にいる場合には, 要急事件において勾引することができる場合(123条2号)及び現行犯人を逮捕することができる場合(124条)において影響を及ぼす⁷⁴⁾。

次に, 要急事件とは, 特に急速を要する事件のうち, 次の事由に該当する事件である。すなわち①被疑者が定まった住居を有しないとき(1号), ②現行犯人がその場所にいるとき(2号), ③現行犯の取調べによって, その事件の共犯を発見したとき(3号), ④既決の囚人又は刑訴法により拘禁されている者が逃亡したとき(4号), ⑤死体の検証によって, 犯人を発見したとき(5号), ⑥被疑者が常習として強盗又は窃盗の罪を犯したものであるとき(6号)である(123条各号)。

それでは, 現行犯に当たる場合及び要急事件に当たる場合に, 捜査機関が行いうる強制処分について, 对人的強制処分と対物的強制処分とに分けて概観してみることにする。

●まず, 对人的強制処分を概観する。

①逮捕

現行犯人がその場所にいるときは, 何人でも, 犯人を逮捕することができる(125条1項)。

また, 検事又は司法警察官吏が, その職務を行うにあたって現行犯があることを知る場合において, 犯人がその場所にいる場合において, その住所若しくは氏名が分明でないときは, 検事は司法警察官吏に逮捕を命じなければならない⁷⁴⁾, 又は必要な場合において自ら逮捕することができ(1号), 司法警察官は直ちに逮捕し, 若しくは司法警察吏に命じなければならない(2号), 司法警察吏は命令を待たずして, 直ちに逮捕しなければならない(3

74) 小野・前掲注72) 267頁, 團藤・前掲注71) 444頁各参照。なお, 私人が現行犯人を逮捕することができるのは, 現行犯人がその場所にいるときである(125条1項)。

号)(124条各号)。

なお、500円以下の罰金、拘留又は科料にあたる罪の現行犯については、犯人の住居若しくは氏名が分明でない場合、又は犯人が逃亡する虞がある場合に限って逮捕することができる(132条)。

②勾引

要急事件について、判事の勾引状を求めることができないときは、検事は勾引状を発することができ、又は他の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る(123条)。なお勾引ができる要件、すなわち①被告人が定まった住居を有しないとき(1号)、被告人が罪証を隠滅する虞があるとき(2号)、被告人が逃亡したとき、又は逃亡する虞があるとき(3号)に当たらなければならない(87条1項)⁷⁵⁾。軽微な犯罪等(1号を除き、500円以下の罰金、拘留又は科料にあたる場合)の場合には、その例外がある(同条2項)。

③逮捕・勾引後の手続と被疑者訊問・勾留

私人が現行犯人を逮捕したときは、速やかに検事又は司法警察官吏に引き渡さなければならない(125条2項)。

司法警察吏が現行犯人を逮捕し、又は受け取ったときは、速やかに司法警察官に引致しなければならない(126条1項)。

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⁷⁶⁾は、即時に訊問(被疑者訊問)しなければならない(127条1文)。

その後、司法警察官は、被疑者を留置する必要があると思料するときは、遅くとも48時間以内に、書類及び証拠物とともに、検事又は相当官署に送致しなければならない(同条2文)。

また、司法警察官吏が、検事若しくは司法警察官の命令によって現行犯

75) 小野・前掲注72) 269-270頁、團藤・前掲注71) 447頁各参照。

76) なお、司法警察官が勾引状の執行を受けた被疑者を受け取ったときと規定されているが、このような場合は生じ得ない(小野・前掲注72) 271頁、團藤・前掲注71) 448頁)。

人を逮捕したときは、又は司法警察官が、検事の命令により被疑者に勾引状を発した場合には、速やかに命令した検事又は司法警察官に引致しなければならない(128条)。

そして、検事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は、遅くとも24時間以内に訊問(被疑者訊問)しなければならない(129条1項1文)。

その後、検事は、被疑者を留置する必要があると思料する場合に、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、勾留状を発して、速やかに公訴を提起し、又は書類及び証拠物とともに、管轄する検事若しくは相当官署に送致しなければならない(同項2文)。なお、後述するが、検事が現行犯人を勾留するときも、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⁷⁷⁾。

④証人訊問

検事は、要急事件又は現行犯人を逮捕し、若しくは現行犯人を受け取った場合において、急速を要するときは、公訴提起前に限り、証人を訊問し、又は他の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る(214条1項)。

また、この場合において、司法警察官は、公訴提起前に限り、証人を訊問し、又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(同条2項)。

なお、検事又は司法警察官が証人訊問する場合には、宣誓をさせることができず(215条)、司法警察官が証人訊問する場合には、司法警察吏を立ち合わせなければならず(216条)、証人を過料に処し、若しくは賠償を命ぜるときは、区裁判所にその処分を請求しなければならない(217条)。検事及び司法警察官は、自ら、この処分をすることはできないのである⁷⁸⁾。

⑤鑑定

鑑定については、証人訊問の規定を準用するため(228条本文)、検事又

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

78) 團藤・前掲注71)456頁。

は司法警察官は、証人訊問と同じ要件のもとで、行うことができる。ただし、鑑定留置をすることはできない(228条但書)。また、鑑定人に宣誓をさせることもできないとする⁷⁹⁾。

⑥通訳・翻訳

通訳・翻訳については、鑑定の規定を準用し(236条)、前述のとおり鑑定の規定は証人訊問の規定を準用しているのので、検事又は司法警察官は、証人訊問と同じ要件のもとで、行うことができる。

●つぎに対物的強制処分について概観する。

①押収・搜索

検事は要急事件の場合、又は現行犯人を逮捕し、若しくは現行犯人を受け取った場合に、急速を要するときは、公訴提起前に限り、押収若しくは搜索をし、又はその他の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る(170条1項)。

司法警察官も、このような場合には、押収若しくは搜索をし、又はその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(同条2項)。

また、人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若しくは艦船の内に現行犯がある場合において、急速を要するときは、検事又は司法警察官はいつでも、その場所に入り、押収又は搜索をすることができる(171条)。

そして、この場合において、検事又は司法警察官吏は、現行犯人を逮捕するために搜索することができ(172条前段)、検事又は司法警察官吏が犯人を逮捕するために追行する場合で、犯人が人の住居又は人が看守する邸宅、建造物若しくは艦船の内に逃げ入ったときもまた同じである(同条後段)。

②検証

検事は、要急事件又は現行犯人を逮捕し、若しくは現行犯人を受け取った場合において、急速を要するときは、公訴提起前に限り、検証をし、又

79) 團藤・前掲注71) 457頁。

は検証を検事若しくは司法警察官に命令し、若しくは嘱託することができる(180条1項)。

また、この場合において、司法警察官は、公訴提起前に限り、検証をし、又は他の司法警察官に命令し、若しくは嘱託することができる(同条2項)。

そして、人の住居等において現行犯がある場合において、急速を要するときは、検事又は司法警察官はいつでも、その場所に入り、検証をすることができる(181条)。

●刑事令における特例

①明治刑訴法施行期においては、重罪又は軽罪の現行犯事件の捜査については、事件が急速を要するときは、検事又は司法警察官が予審判事に属する処分をすることができるが、現行犯でない事件であっても、急速を要するときは、同様の処分をすることを許すことは、朝鮮の実情に照らして、その必要性が認められ、明治刑訴法施行期の刑事令12条以下において、その旨を規定したが、大正刑訴法施行にあたって、その必要性があるため、適当な制限斟酌を加えて、これを存置するものとしたが、検事又は司法警察官の急速処分の範囲及びその手続については明治刑訴法と大正刑訴法とでは異なる部分が少なくないので、刑訴法の規定を基礎として定める刑事令の条文も相当の修正を加える必要が認められた⁸⁰⁾。

本条においては、上述の刑訴法によって検事又は司法警察官(吏)に許容された強制処分のほかに、朝鮮において、行うことができる強制処分に関する特例を設けている。

すなわち、検事は、事件が禁錮以上の刑にあたり、かつ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、押収、搜索、検証、被疑者の勾引、被疑者訊問、証人訊問、鑑定、通訳、翻訳の処分を行うことができる。

②また、検事のほかに、司法警察官もまた、事件が禁錮以上の刑にあたり、

80) 説明書・前掲注11) 6頁。

かつ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、上記処分を行うことができる。

なお、司法警察官の本条に基づく強制捜査処分の運用に関しては、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⁸¹⁾。

③なお、本条には、被疑者の召喚については規定がなく、検事又は司法警察官には召喚権がないものとする見解があるが、本条によって、検事又は司法警察官の被疑者に対する訊問権を認め、さらに、訊問のために勾引をすることを許容しているため、訊問目的のために必要な範囲における強制処分たる召喚権を認めないことには理由がないことを理由に、召喚に関しては、刑訴法の被告人の召喚に関する1編9章の規定は、当然準用されるものと解されている⁸²⁾。

④明治刑訴法施行期においては、重罪及び軽罪の事件について急速な処分を認めていたが、禁錮以上の刑にあたる事件でない事件については、普通の捜査の方法をとったとしても、別段差支えがないため、強制処分を必要するのであれば、いわゆる「裁判上の捜査処分」(255条)によれば足りるので、法定刑による制限を設けた⁸³⁾。

⑤なお、裁判上の捜査処分を行った後に、本条に基づく処分を行い、又は本条に基づく処分を行った後に、裁判上の捜査処分を行うことについては、大正12年12月19日の「裁判所及検事局ノ長(支庁ヲ含ム)宛法務局長通牒」における「改正刑事令実施ニ伴フ協議事項」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条ノ請求ヲ為ササルコト」としている⁸⁴⁾。

81) 「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。

82) 玉名・前掲注16) 28頁。

83) 説明書・前掲注11) 8頁。

84) 山澤・前掲注44) 265頁。

なお、勾留については、刑事令15条3項参照。

⑥また、本条による強制処分と裁判上の捜査処分と関連して、検事は、捜査上、外国人(中国人⁸⁵⁾を除く)又は相当の地位を有する者に対して強制処分を必要とするときは、なるべく裁判上の捜査処分によるべきであるとしている⁸⁶⁾。

⑦後述する刑事令14条において、明治刑訴法施行期には、検事又は司法警察官の急速処分については予審に関する規定を準用する旨を規定していたが、大正刑訴法においては、検事又は司法警察官の急速処分には、予審に関する規定を準用しないため、そこで、刑事令において検事又は司法警察官が行うそれぞれの急速な処分については、本条3項において、準用する刑訴法の条文を規定している⁸⁷⁾。

手続の方法に関する準用については、勾引について、刑訴法88条及び131条を準用し、証人訊問、鑑定、通訳、翻訳について、大正刑訴法1篇13章乃至15章中、検事又は司法警察官が要急処分又は現行犯人を逮捕し、又は受け取った場合の規定(「検事又ハ司法警察官ノ為ス処分ニ関スル規定」)を準用することとした。

⑧ただ、本条3項によって、勾引については、刑訴法87条1項(後掲刑事令13条参照)を準用することとし、87条1項各号事由に該当する場合に制限することが相当であるとした⁸⁸⁾。

⑨なお判例によれば、本条1項の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、訴訟関係人の異議の有無に関係なく、証拠として採用することができる⁸⁹⁾。

85) なお、原文では、「支那人」という語を用いている。

86) 「改正刑事令実施に伴フ協議事項(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・前掲注44) 265頁。

87) 説明書・前掲注11) 9-10頁。金炳華・前掲注13) 378頁参照。

88) 説明書・前掲注11) 9頁。金炳華・前掲注13) 378頁参照。

89) 高等法院昭和7年12月1日判決、朝高録19巻380頁。

⑩また、明治刑訴法施行期の本条1項但書には、「但シ罰金、科料若ハ費用賠償ノ言渡ヲ為シ又ハ宣誓ヲ為サシムルコトヲ得ス」と規定する一方、大正刑訴法施行に伴う刑事令には該当する条文が削除された。これは前述したように、大正刑訴法では、検事又は司法警察官が証人、鑑定人、通事又は翻訳人を訊問する場合には、宣誓をさせることはできない規定が置かれたため(215条)、刑事令に宣誓に関する規定を置く必要がなく、また、証人を過料に処し、若しくは賠償を命ずるときは、区裁判所にその処分を請求しなければならないことを規定したことにより(217条)、刑事令による処分もこの規定に依らせることとし、本条3項で該当する刑訴法の規定を準用することによって、前述した1項但書を全部削除された⁹⁰⁾。

⑪なお、刑事令14条において後述するが、検事については、上記処分を他の検事又は司法警察官に命令し、又は囑託し、司法警察官については、他の司法警察官に命令し、又は囑託することができる。

⑫検事による勾留については刑事令15条に規定したので、本条においては勾留に関する規定を置かなかつた⁹¹⁾。

⑬このように大正刑訴法に変化したとしても、すでに明治刑訴法施行期から朝鮮では、検事及び司法警察官には、強大な強制処分権が認められていたため、刑事令下においては、実質的に大きな意味がなく、大正刑訴法の制定は、第6改正による刑事令に対して実質上の変化はなく、体系上の再整備にとどまるという指摘がある⁹²⁾。

90) 説明書・前掲注11) 8-9頁。

91) 説明書・前掲注11) 8-9頁。

92) 申東雲(予審制度)・前掲注7) 159頁。

