

韓国における被疑者訊問調書(1)

——歴史的沿革と現行法の概要——

Suspect's Statements in Rep. of Korea(1) :
Historical Changes and Outlines of the Current Law

氏 家 仁*

目 次

はじめに

I. 日本刑訴法依用期における被疑者訊問調書

1. 序 論

2. 明治刑訴法依用期の朝鮮刑事令

(1)強制処分たる「被告人訊問」

(2)任意処分たる「訊問」

(3)被告人訊問調書・聴取書の証拠能力

(4)刑事令による特例—非現行犯における被告人訊問の許容

3. 大正刑訴法依用期の朝鮮刑事令

(1)強制処分たる「被疑者訊問」

(2)大正刑訴法における被疑者供述調書の証拠能力

(3)刑事令による特例—被疑者訊問の拡大

(4)朝鮮における刑訴法343条2項にいう「区裁判所の事件」

(5)戦時法

4. 軍政法令176号「刑事訴訟法の改正」

(1)刑事令の存続と一部規定の廃止による影響

(2)当時の現職判事の随想と大法院判例からみた実務運用（以上、本号）

* 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

はじめに

昨今、わが国において、ある法制度や実務の運用に存する諸問題を解決するための方策を提示するにあたって、韓国の刑事訴訟法¹⁾制度に言及することが多くなってきている。ただ、日韓両国の刑訴法が類似しているため、韓国の制度や実務の運用は、抵抗なく、わが国にとり入れることができる、またはわが国の参考に供することができるという認識から、安易に韓国の制度や実務の運用に言及しようとする姿勢を持つようなことは、戒められるべきことであろう。

確かに、日韓両国の刑訴法の条文編成は、非常に類似しているといえる²⁾。また、個々の条文の中にも、類似しているものが多い。それゆえ、韓国の刑訴法は、(わが国の現行刑訴法施行後に制定されたことなどから、)わが国の現行刑訴法をもとにして、制定されたものであり、そのため、韓国の制度や実務の運用は、抵抗なく、わが国にとり入れ、または参考にすることができるとの認識を持ちやすいのも確かである。

しかし、日韓両国の刑訴法の条文編成が非常に類似し、そのうえ、個々の条文の中にも類似しているものが多いのは、韓国の刑訴法を制定する際に参考にした主な立法例が、わが国のいわゆる大正刑訴法であったことが理由である。このことは、韓国刑訴法の制定過程に関する先行研究³⁾からも明らかである。わが国の現行刑訴法の制定にあたっては、アメリカ合衆国からの影響を大きく受けたものの、形式的には、大正刑訴法を改正したものである。そして、現行法の条文の編成には、大正刑訴法を引き継いだ部分が多い⁴⁾。このように、日韓両国の現行刑訴法のもととなったもの

1) 以下、「刑訴法」ともいう。

2) 申東雲「制定刑事訴訟法の成立経緯」刑事法研究22号(2004年)207-208頁参照。

3) 申・前掲注2), 特に162頁以下。

4) 田口守一『刑事訴訟法 6版』(弘文堂, 平成24年)7頁。

が、同じ大正刑訴法であったことから、ある程度の類似性、特に条文編成の類似性が認められるのである。

それゆえ、韓国の刑訴法を制定するにあたって参考にした主な立法例がわが国の現行刑訴法ではないことから、条文上の表面的な類似性とは裏腹に、捜査手続から公判手続に至るまで、日韓両国の刑訴法は、大きく異なりをみせている。また、それは最近の立法に限ったことではない。韓国の刑訴法のある制度のみに言及するにしても、日韓の刑訴法が、どこまでが類似し、どこが相違しているのかについて明らかにするという比較法研究に基づくことが必要であると考えられる。

日韓両国の刑訴法の相違点を見るに、それは、多岐にわたってみられるが、その最も大きなものの一つとして、捜査機関の取調べにおける被疑者の供述を録取した書面（韓国でいう「被疑者訊問調書」）の証拠能力の要件の違いを挙げるができる。

そこで、本稿においては、韓国の現行刑訴法における被疑者訊問調書の証拠能力の要件を明らかにし、日韓両国の刑訴法の大きな相違点を浮かび上がらせることによって、韓国刑訴法の比較法研究の土台の一部を形成しようとする。具体的には、まず、現行法における被疑者訊問調書の証拠能力の基本的な考え方のもととなった歴史的な事情を概観するために、現行法と歴史的に関連を有すると思われる範囲において、歴史的沿革を概観する。その後、現行刑訴法における被疑者訊問調書の証拠能力の要件について、この歴史的沿革と関連づけながら、明らかにすることとしたい。

なお、本稿は、植民地朝鮮または韓国における立法または実務の運用等に関する当不当について評価することを目的とするものではないことを念のため付言する。

I. 日本刑訴法依用期における被疑者訊問調書

1. 序 論

植民地朝鮮およびのちの韓国においては、朝鮮刑事令の施行期から韓国

の国会が最初に制定した刑訴法である、いわゆる「制定刑事訴訟法」⁵⁾の施行に至るまで、わが国の刑訴法が用いられていた(いわゆる、「依用」)。ただ、いずれの時期においても、わが国の刑訴法をそのまま用いていたわけではなかった。本稿が対象とする被疑者訊問調書(および、その作成の前提となる被疑者訊問)に関する規定もまた、同じである。そこで、この時期の法令または実務の運用が韓国の現行刑訴法にも歴史的に関連しているため、まず、わが国の刑訴法が用いられていた時期における被疑者訊問調書について、時代の流れに沿って、概観することとする。

さて、明治43年8月29日に、いわゆる日韓併合がなされたが⁶⁾、明治45年3月18日には、朝鮮における刑事法の基本法令となる朝鮮刑事令^{7), 8)}が制定された⁹⁾。刑事令1条に基づき、植民地朝鮮において、内地の刑訴法

5) 法律341号(1954年9月23日公布、同年5月30日施行)による。なお、この制定刑訴法は、法文上の施行日が先で、公布日が後となっている。それは、韓国国会が、1954年3月19日に刑訴法案を再可決し、同法案は法律として確定したにもかかわらず、当時の大統領である李承晩が公布を遅らせ、実際に同法を公布したのが同年9月23日に至ったことによる。ただ、公布日が法文上の施行日より後になってしまったが、実際には、法文上の施行日に同法が発効したとはみずに、公布日から20日が経過した同年10月14日に発効したとみるのが大法院判例の立場である(大法院判決1955年6月21日、事件番号4288刑上95、大法院判例集2巻2輯14頁)。

6) 韓国併合ニ関スル条約(明治43年条約4号)による。

7) 以下、「刑事令」ともいう。

8) 明治45年制令11号、同年3月18日公布、同年4月1日施行。

9) 刑事令に関する日本語の文献としては、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)、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頁以下、4号(2013年)253頁以下、拙稿「朝鮮刑事令の公判手続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47巻1号(2013年)187頁以下、2号(2013年)239頁以下。ほかに、拙稿・比較法雑誌47巻1号189頁に掲載された各文献参照。なお、本稿においては、外国文献および植民地朝鮮において出版された文献を引用する際に限り、出版地を記すこととする。

が「依用」という形式で用いられた¹⁰⁾。とはいえ、当時内地で施行されている刑訴法の内容が、そのまま朝鮮に依用されていたわけではなく、朝鮮の特殊事情に照らして、刑事令においては、朝鮮における特例が定められた。

明治45年の刑事令制定当時、依用していた内地の刑訴法は、いわゆる明治刑訴法（旧々刑訴法）¹¹⁾であったが、内地において、明治刑訴法が廃止され（大正刑訴法615条）、いわゆる大正刑訴法（旧刑訴法）¹²⁾が施行されるのに伴って、大正刑訴法を依用することとなった。それを契機に刑事令にも大幅な改正が加えられた¹³⁾。そこで、まず、この明治刑訴法依用期の刑事令、大正刑訴法依用期の刑事令の順に、被疑者訊問調書とその作成の前提となる被疑者訊問について概観していくこととする。そして、刑訴法に対する特例である刑事令について考察することとなることから、内地の刑訴法における被疑者訊問調書と対比する必要があるため、併せて、内地の刑訴法にも言及することとする。

つぎに、朝鮮においては、わが国による植民地支配が終わり、また、米軍政が敷かれ、そして、韓国が独立したが、韓国において「制定刑訴法」が施行されるまでは、なお依然として、刑事令が効力を持ち続けていた。しかし、その中で、軍政法令176号である「刑事訴訟法の改正」が施行されたことによって、被疑者訊問調書とその作成の前提となる被疑者訊問にもある程度の影響が及ぼされた。そこで、同法令のうち関連する規定等を概観した後、当時の大法院判例等を紹介することによって、同法令下における実務の動向を垣間見ることとする。

ところで、韓国の現行刑訴法の被疑者訊問調書を作成する前提となる被疑者訊問は、任意処分である¹⁴⁾。しかし、わが国の明治刑訴法および大

10) 依用については、拙稿・前掲注9) 比較法雑誌46巻3号343-344頁参照。

11) 明治23年法律96号，同年10月7日公布，同年11月1日施行。

12) 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。

13) 大正11年制令14号，同年12月7日公布，大正13年1月1日施行。

14) 申東雲『新刑事訴訟法 4版』（法文社，坡州，2012年）205頁参照。

正刑訴法においては、被疑者訊問(明治刑訴法では被告人訊問)を強制処分として規定し、別途、捜査機関は、任意処分としての訊問をすることができた。そして、それが強制処分か任意処分かによって、特に、大正刑訴法においては、そこでの供述を録取した書面の証拠能力の要件にも大きな差があった。そのため、本章においては、訊問調書の作成の前提となる訊問についても、詳述せざるを得ない。

そして、本章の最後に、小括として、わが国の刑訴法を依用していた時期における被疑者訊問調書とその作成の前提となる被疑者訊問について、まとめることとする。

なお、刑訴法等の条文、判例また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。

2. 明治刑訴法依用期の朝鮮刑事令¹⁵⁾

明治刑訴法を依用していた時期における刑事令における「被告人訊問調書」を考察する。そのためには、まず、その作成の前提となる「被告人訊問」について考察した後、内地の状況とともに、概観することとする。なお、明治刑訴法施行期において、「被告人訊問」とは、強制処分であるが、一方で、任意処分としての「訊問」も行うことができた。それゆえ、ここでは、まず、強制処分としての「被告人訊問」について概観した後、任意処分としての「訊問」について考察することとする。

なお、明治刑訴法において「訊問」とは、「被告人訊問」や「証人訊問」といったように、強制処分としての「訊問」を意味するものとして用いられているが¹⁶⁾、当時や現在の論考においては、任意の取調べについても「訊問」という語を用いているものがある¹⁷⁾。本稿では、何れの場合も「訊問」という語を用い、そのつど、適宜、強制処分か、任意処分かを明

15) 本節において「刑訴法」とは、特に断りのない限り、明治刑訴法を指す。

16) 多田辰也「被疑者取調べとその適正化(1)」立教法学27号(昭和61年)75頁。

なお、同論考においては、「取調べ」という語を用いている。

らかにすることとしたい。

(1)強制処分たる「被告人訊問」

明治刑訴法における「被告人訊問」¹⁸⁾は、予審判事の権限に属する強制処分である(刑訴法93条)。原則として、検事および司法警察官は、被告人訊問をする権限を有しないが、次の場合、すなわち現行犯の場合¹⁹⁾には、いわゆる「仮予審処分」²⁰⁾として、被告人訊問を含む、予審判事に属する処分を行うことができる。

まず、地方裁判所検事および区裁判所検事が予審判事より先に、重罪また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、予審判事にその旨を通知して、犯所に臨検して、予審判事に属する処分を行うことができる(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とを知った場合に、事件が急速を要するときも、同様である(146条1項)。そして、上記の検事の仮予審処分は、司法警察官も仮に行うことができる(147条1項)。

なお、この仮予審処分において、急速を要するか否かは、当該検事または司法警察官の職権に属するものであり、外部より、この是非を論ずることはできないものとされる²¹⁾。

17) 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(「被嫌疑者其他関係人ニ対スル聴取即チ訊問」とある。)。田中輝和「旧旧刑訴における捜査の方法とその法的規制についての素描—旧法第254条第1項成立の背景—」東北大学法学30巻4号(昭和41年)43頁においても、「任意捜査としての訊問」とある。

18) 明治刑訴法施行期においては、被疑者と被告人とを区別せず、被告人という用語を統一して使用していた。本稿においても、現在の「被疑者訊問」の意で用いる場合でも、「被告人訊問」というが、現在の「被疑者」の意で用いる場合には、「被疑者」とした。

19) 現行犯の要件については、明治刑訴法56条、57条参照。

20) 板倉・前掲注17) 1271頁以下参照。なお、林頼三郎『刑事訴訟法論 5版』(巖松堂書店、大正8年)554頁以下では、「応急処分」とある。

21) 林・前掲20) 555頁。大判明治43年12月19日、刑録16輯28巻2224頁。

つぎに、予審判事の被告人訊問においては、裁判所書記の立会いを要し(92条1項)、裁判所書記を立ち合わせることができないときは、2名の立会人を必要としたが(同条2項)、捜査機関の仮予審処分たる被告人訊問についても、同様である²²⁾。

また、訊問調書を作成するにあたっては、読聞け(95条1項)、被告人の署名捺印(同条2項)、増減変更の申立て(96条)等の方式が規定されていた。

(2)任意処分たる「訊問」

①序論

捜査機関は、現行犯の場合以外では、強制処分を行うことができないため、非現行犯の場合等では、強制処分たる「被告人訊問」を行うことはできない。ただ、明文の規定はないが、捜査機関は、任意処分たる訊問を行うことができたといわれている²³⁾

ただ、訊問の実務と大審院の判例には、変遷がみられる²⁴⁾。当初の大審院判例では、非現行犯の場合において、検事または司法警察官が、質問を發して、供述を得ることであるとされる「訊問」をし²⁵⁾、そこでの供述を録取した調書を作成する権限はないから、違法であり、その調書は無効であるとされてきた。

ところが、その後、大審院は、明治36年10月22日の刑事連合部判決において、被疑者や参考人が「自由任意ノ承諾」の上で供述を行うのであれば、たとえ捜査官が質問を發したうえで、供述をするものであったとしても、それは適法であり、この供述を録取したいわゆる「聴取書」は、証拠

22) 司法警察官の被告人訊問につき大判明治28年7月2日、刑録1輯1巻28頁、
検事の被告人訊問につき大判明治41年5月21日、刑録14輯12巻572頁。

23) 小田中聡樹『刑事訴訟法の歴史的な分析』(日本評論社、昭和51年)135頁参照。

24) 花井卓藏「教科書の獄を論じて其法律上裁判上の疑義に及ぶ(三)」法律新聞165号(明治36年8月30日)6頁参照。

25) 田中・前掲注17)36頁、多田・前掲注16)73頁。なお、後掲注34参照。

とすることができるとした²⁶⁾。

ところで、刑事令が施行されたのは、前述したとおり、明治45年のことである。とすれば、刑事令が施行された時点では、すでに、捜査機関は、非現行犯の事件であっても、被疑者を任意処分としての訊問をすることができ、その供述を録取した聴取書の証拠能力は認められていたことになる。それゆえ、ここでは、任意処分としての訊問と聴取書の証拠能力が認められていた時期を中心に検討を加えることとする。

②任意処分としての訊問の適法性

(a)任意処分としての訊問に関する規定・学説

まず、捜査機関の任意処分としての訊問は、訴訟行為の準備行為である捜査行為に属するものである²⁷⁾。検事および司法警察官は、犯罪を認知し、または犯罪があるものと思料したときは、捜査をしなければならないが(刑訴法46条)、現行犯の場合を除いては、強制力を用いることはできない²⁸⁾。

ただ、この捜査行為に関する刑訴法の規定はない一方で²⁹⁾、司法警察官執務心得(明治26年9月26日甲174号司法省訓令)においては、「捜査上必要トスルトキハ犯罪ノ事実ヲ知ル可シト思料スル者又ハ被告人ヲ呼出シ若クハ其ノ所在ニ就キ陳述ヲ聴クコトヲ得」(47条1項本文)とし、この場合には、「被告人其他ノ者ノ陳述ハ之ヲ録取ス可シ」(48条1項)と規定されていた。

また、学説においても、捜査は、「人ノ権利ヲ干犯スル場合ニ於テハ必スヤ承諾ヲ得サルヘカラス而シテ其承諾ヲ得タルトキハ公序良俗ニ反セサル範圍ニ於テハ捜査ノ目的ヲ達スルニ必要ナル行為ハ如何ナル行為ニテモ之ヲ為スコトヲ得ル」とし、その内容として、列挙されている捜査方法の一つに「任意ノ問答」を挙げるものがあり³⁰⁾、また、被疑者等が自ら進

26) 大判明治36年10月22日、刑録9輯27卷1721頁。

27) 板倉・前掲注17) 1207-1210頁。

28) 板倉・前掲注17) 1208頁、林・前掲注20) 548頁。

29) 板倉・前掲注17) 1209頁、林・前掲注20) 548頁。

んで供述することは実際にはまれで、捜査機関が取り調べるのが通例であり、そして、その適当な方法が訊問であることから、捜査方法として、訊問を禁ずるいわれはないとし、ただ、強制の訊問が許されないのみとしている³¹⁾ことから、任意の訊問は、許されると考えていたものと思われる。

(b)大審院の当初の態度

ところで、当初、大審院は、捜査機関が「訊問」を行い得るのは、現行犯の仮予審処分の場合に限られ、非現行犯の場合に、被疑者を「訊問」する職権はないことから、違法であるとしてきた(また、この違法な被告人訊問によって作成された訊問調書(その名称を問わず)は無効であり、証拠とすることができないことについては後述する。)^{32), 33)}。

ここでいう「訊問」とは、捜査機関が、質問を發して、供述を得ることであるとされる³⁴⁾。とすれば、この「訊問」がなされず、すなわち、捜査機関が質問を發することなく、被疑者が供述したということにとどまれば、適法ということになる^{35), 36)}。なお、「訊問」にあたるかどうかについての判断は、形式的に行われていたものといわれる^{37), 38)}。

とはいえ、調書の上では訊問がなされているようにはみえない場合であっても、実際には、訊問は行われていたものとされ、捜査機関に呼び出さ

30) 林・前掲注20) 549-550頁。

31) 板倉・前掲注17) 1210頁。

32) 判例の選択等については、田中・前掲注17) 36頁以下、多田・前掲注16) 69頁以下に大きく拠った。

33) 大判明治25年6月30日、法曹記事10号48頁(「非現行犯ニ付テハ司法警察官ハ……被告人ヲ訊問シ調書ヲ作ルノ権ナキモノトス」)、大判明治28年10月25日、刑録1輯3巻169頁(「名ハ聞取書ナルモ其^マ実訊問調査ニ外ナラス」)。

34) 田中・前掲注17) 36頁(「問を發して取調べること」)、多田・前掲注16) 73頁(「質問し供述を得ること」)。

35) 田中・前掲注17) 36頁。

36) 大判明治27年8月16日、法曹記事33号515頁(「単ニ項ヲ分ツテ被告ノ陳述スル所ヲ録取セシニ止リ被告ヲ訊問セシ事跡ナキノミナラス末尾ニ至テ唯タ警部……ノミ署名シ被告ヲシテ署名捺印セシメサレハ右聞取書ハ……無効ノ書類ト云フコトヲ得(ス)」)。

れて、訊問を受けたうえで、答弁しており、ただ、聴取書には、質問の部分を省き、答えのみを書き取るということであったとされる³⁹⁾。

(c)大審院判例の変化

その後、大審院においては、捜査機関がその職権で関係人を喚問し、強いてその者の供述を徴することは、被告人訊問に関する予審判事の権限を侵すものであって、違法であるとしつつも、一方で、次のように判示し、捜査機関は、被疑者や参考人の承諾を得た上で、その者らから、犯罪事実に関する事実関係について、質問を発して、その供述を得ることは適法であるとした⁴⁰⁾。

「司法警察官ハ刑事訴訟法上犯罪ヲ捜査スルノ職務権限ヲ有スルヲ以テ、司法警察官カ犯罪捜査ノ任務ニ従事スルニ当リ、其取ル所ノ手段方法ニシテ苟モ法律ニ認許セラル、モノナルニ於テハ、犯罪事実ノ

37) 板倉・前掲注17) 1210頁（「訊問ヲ為シ調書ヲ作成スルヲ違法ナリトシ単ニ聴取書ト題シ其書面ニ聴取ノ結果ノミヲ掲ケ問答ノ形式ナキモノノミヲ有効トセルモ之レ形式観ノ極端ニ走レルモノニシテ見戯ニ類スルノ誹ヲ免レサリシナリ」）、田中・前掲注17) 36頁。

38) 大判明治28年10月3日、刑録1輯3巻29頁（被疑者に対するものとしては、「警部〇〇〇〇カ同警察署ニ於テ〇〇〇〇等ヲ被告人トシ〇〇〇〇等ヲ関係人ナリトシテ本案貨幣偽造事件ノ始末ヲ問答シタル上同人等ニ署名捺印ヲナサシメタル訊問調書ナルコトハ右文書自体ニ依リ明亮ナリ」とし、違法であるとの弁護人の上告趣意に対して、この主張を容れたもの）、大判明治28年7月5日、刑録1輯1巻48頁（「答弁書」の冒頭に、「自分儀御召喚之上云々始末御尋問ヲ蒙リ左ニ事実上申仕候」とあり、末尾に本人の署名捺印があることから、これは、警察官の訊問に対する答えを記録した訊問調書であると判断したもの。なお、この本件答弁書は、私訴原告人に対する訊問によって作成されたものである。それゆえ、正確に言えば、証人訊問にあたるかが問題とされたものであろう。）。ほかに、大判明治28年10月3日（刑録1輯3巻27頁）、大判明治28年10月3日（刑録1輯3巻29頁）、大判明治28年10月25日（刑録1輯3巻169頁）参照。

39) 花井・前掲注24) 5-6頁。

40) 大判明治36年10月22日、刑録9輯26巻1721頁。

真相ヲ探知シ、之ヲ証明スルノ策ヲ講スル等、被告事件ノ公訴提起ニ必要ナル準備手續ヲ為スコトヲ得ヘク、其手段方法ノ何タルヤハ之ヲ問フノ必要ナシトス。(中略)

犯罪捜査ノ必要上、人ノ供述ヲ聞クコトヲ必要ナリトシ、有益ナリトスル場合ニハ、其人ノ承諾ヲ得タル上、犯罪事件ニ関スル事実関係ヲ質問シ、其答弁ヲ得テ、捜査ノ手續ヲ進行スルコトヲ得ヘク、相手方ノ嫌疑者ナルト、第三者ナルトハ、之ヲ問フコトヲ要セス。

蓋シ、是等ノ手續ハ何等ノ職権ナキ私人相互間ニ於テモ、尚ホ之ヲ為シ得ヘキモノナレハ、犯罪捜査ノ職権ヲ帯フル所ノ司法警察官ニ於テ為シ得ヘカラサルノ理ハ万之レアルナシ。(中略)

(……) 関係人ノ供述カ、其自由任意ノ承諾ニ出テタルモノナルニ於テハ、関係人カ警察官ノ質問ヲ俟タス進ンテ自ラ供述ヲ為シタルト、司法警察官ヨリノ質問ニ応シ任意ノ供述ヲ為シタルトニ論ナク、其供述ヲ以テ適法ナリト認メサルヲ得ス。』⁴¹⁾

このように、訊問を受ける者の「自由任意ノ承諾」があれば、被疑者、参考人を問わず、捜査機関は、質問を発して、供述を得ることは適法であると判示した。この判決によって、捜査機関の任意捜査としての訊問が、明確に認められたことになる⁴²⁾。

なお、前述したとおり、捜査機関の仮予審処分たる被告人訊問においては立会人(裁判所書記または立会人2人)を必要とされたが、聴取書を作成する任意の訊問においては、聴取書は刑訴法の規定によって作成する調書ではないため、立会人を必要としなかった⁴³⁾。

(3)被告人訊問調書・聴取書の証拠能力

①聴取書の証拠能力

明治刑訴法において、証拠能力に関して、「被告人ノ自白、官吏ノ検証

41) 大判明治36年10月22日、刑録9輯26巻1721頁。

42) 田中・前掲注17) 43頁、多田・前掲注16) 74頁。

43) 大判明治29年1月14日、刑録2輯1巻11頁。

調書，証拠物件，証人及ヒ鑑定人ノ供述其他諸般ノ徴憑ハ判事ノ判断ニ任ス」と規定している（90条）。ここでは、「其他諸般ノ徴憑」とあることから，原則として，証拠方法となるべき書類に制限はないものと解されている⁴⁴⁾。しかし，①書類の形式に関する法定の要件を欠くもの（20条，21条，92条等では，要件に違反する書類の効力を否定している。），②適法でない手続において作成された書類，③起訴状等の書類，④作成者不明の文書，⑤風聞等を内容とする書類については，証拠方法とすることができないと解されている⁴⁵⁾。それゆえ，被告人訊問調書については，作成方式を遵守していれば，証拠とすることができるといえよう。

ところで，この②適法でない手続において作成された書類の一つとして，捜査機関が非現行犯の事件で予審処分を行った場合が挙げられている⁴⁶⁾。

それゆえ，当初の大審院判例では，捜査機関は，非現行犯の場合において，予審処分である「訊問」をする権限が無く，違法であることから，この供述を録取した聴取書は，証拠とすることができなとしてきた。しかし，その後，前掲明治36年判決によって，捜査機関が質問を發して，供述を得るといふ任意処分としての訊問が適法とされたため，そこでの供述を録取した調書，すなわち「聴取書」は，証拠とすることができるようになった⁴⁷⁾。

なお，前述したとおり，被告人訊問調書の場合には，読聞け，被告人の署名捺印，増減変更の申立て等の形式が規定されていたが，録取書の場合には，被告人訊問調書の場合とは異なり，刑訴法の規定によるべき書類では

44) 林・前掲注20) 460-461頁。

45) 林・前掲注20) 461-463頁。

46) 林・前掲注20) 461頁。

47) 大判明治36年10月22日，刑録9輯26卷1721頁。同旨，大判大正2年10月21日，刑録19輯23卷1000頁（「要求ニ因リテ出頭スル之等ノ者ニ就キ問ヲ發シテ關係事項ニ付キ答術ヲ徴スルトモ亦其申述ヲ以テ任意ニ出テタリト謂フニ妨ナシ」）。田中・前掲注17) 43頁参照。

ないことから、陳述者が署名捺印をせずとも、必ずしも無効となるものではないものとされる^{48), 49)}。

②聴取書の実務における影響力

このように、非現行犯の場合であっても、任意処分としての訊問を適法に行うことができるようになり、それに伴い、聴取書を証拠とすることができるようになったことから、「聴取書が訴追資料としてきわめて重要な地位を占めることにな(った)」とされる⁵⁰⁾。

それでは、聴取書は、果たして、どの程度の影響力を有していたのであろうか。特に法律新聞において、聴取書に関する記事があるが、そのうち次の2つの記事を引用することによって、聴取書が当時の刑事裁判の実務において、どれほどの影響力を有していたかを窺い知ることができる。

「試みに公判廷を一見せよ、一按の審判ある毎、被告人は、泣て聴取書の誣妄を訴ひ、弁護人は切論して其の強制に出でたる無実の申供なるを弁ずるに非ずや此の光景は千篇一律に繰返さる、以て聴取書の内容如何を知るべし、然るに堂々たる最高法衙が依然其の効力を是認し、十年一日の如きは、吾人の実に遺憾とする所なり、控訴院以下各裁判所の処置を見るに皆大審院の判例を株守し、殊に老巧なる判事に

48) 大判大正11年3月25日、大刑集1巻166頁。なお、朝鮮においても同旨、朝鮮高等法院判決大正5年11月9日、朝高録3巻545頁(「被告ニ対スル検事ノ聴取書ニハ之ヲ被告ニ読聞ケタル記載アルノミニシテ被告ノ署名捺印ナシト雖モ聴取書ハ被告ノ署名捺印ナキモ必スシモ無効トナルモノニアラサレハ原審カ之ヲ断罪ノ思料ニ供シタルハ違法ニアラサルニ依リ本論旨ハ上告理由ナシ」)。なお、朝鮮高等法院判決録は、最近、雄松堂書店から復刻版が刊行された。

49) それゆえ、花井・前掲注24) 6頁では、「唯だ出て来て、ペラ、饒舌るのを書いたといふのであるから、本人の判も要らねば、立会人の判も要らぬ、只だ警部や巡査若は検事の判だけで済むのであるから、極端に云へば被告が言はぬ事を書かれても仕様かない」とし、危険性を指摘している。なお、同論考においては、調書でないことから、読聞けをする義務もないとしている。

50) 田中・前掲注17) 43頁。多田・前掲注16) 74頁参照。

至っては、表面聴取書に重きを措かざる如く、判決文には之を引用せざるも、其の実評議の材料、判決の基本として有力なる心証の具に供するは、裁判所の実情に通ずる人はひとしく首肯する所ならん、今日に於ても猶ほ聴取書は予審調書に勝る効力あるが如きは裁判制度の進歩を阻碍するものと云ふべし」(傍点筆者)⁵¹⁾

「検事以下の吏僚、自白を求むるの急なるより聴取書なる不法調書の続出するに至る、検事の作りたるものは格別、警察官の手に成りしものに至つては、往々、詰責拷問の余に出づ、任意の陳供にあらざる論なし、然れど一度作成せらるゝや、其効力は牢乎として動かすべからず、検事は之を基として、公訴を提起し、判事は之に依り心証を判するの材と為す、被告人は憫むべし、一旦不法に作成せられたる調書の効力を否争するが為め、四愁八苦の憂悶に陥り、時に救ふべからざるを見る、茲に一人あり、警吏の面前に立つ、驚愕措く所を知らず、不法の訊問に依り自白を強要せらる、自白は真の自白に非ず、聴取書成る、何故か小吏と雖、官職に衣食する人は、信用せられ、苟くも警官にして、其言述せざるものを聴取り、作成すべき謂れなしとの信念は検事より、判事に伝へて到底其脳裡より脱却し難し、無効調書の著大なる茲に在りとす」⁵²⁾

聴取書については、法律新聞において、それを証拠とすることに対して批判する記事⁵³⁾が散見されるものの⁵⁴⁾、実務においては、多くの事件に

51) 雨山「先づ検事及び警察官の聴取書作成を禁ずべし」法律新聞341号(明治39年3月17日)1-2頁。なお、渡辺輝之助『雨山遺稿』(法律新聞社、明治43年)35頁以下に所収。

52) 雨山「無効調書の効力」法律新聞421号(明治40年4月25日)1-2頁。なお、渡辺・前掲注51)116頁以下に所収。

53) 花井・前掲注24, 雨山・前掲注51, 雨山・前掲注52のほかに、たとえば、「警察官の聴取書の価値(司法警察官の聴取書を断罪の証拠と為すの弊風を芥除せよ)」法律新聞314号(明治38年11月3日)4-5頁等。

において作成され、かつ、公判に提出されていた。そのうえ、聴取書は、証拠として、あるいは判決文に引用しないことによって表面上には現れずとも、裁判官が有罪の心証を形成する重要な資料となっていたと窺うことができる。

そして、聴取書は、警察官などの官職にある者によって作成されたものであることから、信用性が高く、予審調書に匹敵する効果を有していることなど、その証明力も強かったことがわかる。

(4)刑事令による特例——非現行犯における被告人訊問の許容

朝鮮でも、検事および司法警察官は、現行犯の場合において、内地と同じく、明治刑訴法で認められていた仮予審処分としての被告人訊問をすることができた。なお、朝鮮においては、仮予審処分をするにあたって犯所に臨検する必要がないものと認められるときは、犯所に臨検せずに行うことができる点で、明治刑訴法と異なる(刑事令11条)。

そして、より重要な点は、朝鮮において、非現行犯の場合であっても、捜査機関は、強制処分たる被告人訊問をすることが許されたことである。すなわち、検事は、現行犯でない事件といえども、捜査の結果、急速の処分を要するものと思料するときは、公訴提起前に限り、令状を発して、被告人訊問等の強制処分を行うことができる(刑事令12条1項)。また、司法警察官もまた、仮にこれを行うことができる(同条2項本文)。これらの場合については、刑訴法の予審に関する規定が準用される(刑事令14条)。

なお、この急速の処分を要するかどうかの判断は、刑訴法における仮予審処分の場合と同様に、当該官吏の判断に任されている⁵⁵⁾。

54) 田中・前掲注17) 46-47頁, 多田・前掲注16) 74, 80-81, 84頁等の法律新聞記事参照。

55) 朝鮮高等法院判決明治44年9月4日, 朝高録1巻176頁(「急速ノ処分ヲ必要トスルト否トハ一ニ当該官ノ判断ニ任シタルモノナレハ苟モ其判断上急速ノ処分ヲ必要トシテ其処分ヲ為シタルトキハ該処分ノ有効タルヘキハ勿論ナリ。」)。

3. 大正刑訴法依用期の朝鮮刑事令⁵⁶⁾

明治刑訴法が廃止され、大正刑訴法が施行された（刑訴法615条）。「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）では、制令によって依用する内地の法律に改正があった場合は、同改正法の施行日から、改正法を依用するものとされている。それゆえ、刑事令によって依用する刑訴法も、大正刑訴法となった⁵⁷⁾。それにともない、基本的に、大正刑訴法の内容が植民地朝鮮においても、施行されることになるが、それを契機として、朝鮮における特例が大幅に改正された。

ところで、大正刑訴法においても、被疑者訊問は、強制処分であり、別途、任意の取調べをすることができるが、強制処分か任意処分かによって、そこでの供述を録取した書面の証拠能力に大きな差があった。そこで、被疑者訊問調書について考察する際には、その作成の前提となる強制処分たる被疑者訊問を行うことができる条件について、内地の状況とともに、概観する必要がある。

(1)強制処分たる「被疑者訊問」

大正刑訴法においても強制処分は、裁判機関の権限に属し、捜査機関は原則として強制処分をすることができず（254条1項但書）、もし、捜査機関が強制処分を行う場合には、検察官は、予審判事または区裁判所判事にその請求をしなければならないことが原則であった（「裁判上の捜査処分」⁵⁸⁾、255条1項⁵⁹⁾。しかし、急速を要する事態においては、この原則に従うことができないため、現行犯および要急事件の例外が認められていた⁶⁰⁾。

56) 本節において「刑訴法」とは、特に断りのない限り、大正刑訴法を指す。

57) 拙稿・前掲注9) 比較法雑誌46巻3号345頁参照。

58) 平沼騏一郎『新刑事訴訟法要論 改訂増補10版』（松華堂、大正14年）425頁。

59) 小野清一郎『刑事訴訟法講義全 全訂3版』（有斐閣、昭和11年）263頁、団藤重光『刑事訴訟法綱要』（弘文堂書房、昭和18年）441-442頁。

①強制処分たる被疑者訊問をすることができる場合

検事は、現行犯人を逮捕し、若しくは現行犯人を受け取り、また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時間以内に被疑者訊問を行わなければならない(刑訴法129条1項)⁶¹⁾。

また、司法警察官は、現行犯人を逮捕し、若しくは現行犯人を受け取り、または勾引状の執行を受けた被疑者を受け取ったとき⁶²⁾は、即時に被疑者訊問を行わなければならない(128条1文)。

すなわち、被疑者を現行犯逮捕した場合と要急事件において勾引状の執行を受けた被疑者を受け取った場合に、被疑者訊問をすることができる。そこで、現行犯逮捕をすることができる場合および勾引状を発することができる場合について概観する必要がある。

②被疑者訊問をする前提となる現行犯逮捕と要急事件における勾引状の発付

(a)現行犯逮捕・準現行犯逮捕

検察官または司法警察官吏は、その職務を行うにあたり、現行犯があることを知った場合において、犯人がその場所において、犯人の住居もしくは氏名が明らかでないとき、または刑訴法87条1項に規定する事由(被告人を勾引することができる場合)があれば、自ら逮捕し、または逮捕を命ずることができる(124条)。また、私人も現行犯人がその場所にいるときは、逮捕することができる(125条1項)。

この「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」をいう(130条1項)。この「現ニ罪ヲ行ヒ」とは、犯罪の実行中のことをいい⁶³⁾、「現ニ罪ヲ行ヒ終リタル」とは、「犯罪の実行後未

60) 小野・前掲注59) 263頁。

61) もし、24時間経過した後に被疑者訊問を行ったとしても、その訊問調書は証拠とすることができない(大判昭和7年4月18日、大刑集11巻384頁)。

62) なお、司法警察官が勾引状の執行を受けた被疑者を受けとることは生じないことについては、平沼・前掲注58) 292頁、小野・前掲注59) 271頁、団藤・前掲注59) 448, 455頁参照。

だ多くの時間を経ずして、其の形迹の明瞭なる場合⁶⁴⁾または「犯罪ノ実行当時ノ状況ガ殆ド変化ナク継続セルコト」をいう⁶⁵⁾。

この「現行犯」にあたるためには、必ずしも、犯人が誰であるかを知る必要はなく⁶⁶⁾、犯人がその場所にいることを要しない⁶⁷⁾。それゆえ、たとえば、他殺死体が川の中に投棄された場合に、何人かが直後にこれを発見したとしても現行犯でないのに対し、犯人が転居したのち、空き家から他殺死体が発見された場合には、状況に変化がない限り、数日が経過したとしても現行犯である⁶⁸⁾。ただ、逮捕をすることができるのは、犯人がその場所にいるときに限られるということである⁶⁹⁾。

また、準現行犯として、「兇器臍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顕著ナル犯罪ノ痕跡アリテ犯人ト思料スヘキ場合」については、現行犯人がその場所にいるものとみなされる（同条2項）。なお、同項には、現行刑訴法における準現行犯の要件である「罪を行い終ってから間がないと明らかに認められるとき」（212条2項）というような要件がなかったため、犯行時と逮捕時との間隔がやや広く解釈されていたとされる⁷⁰⁾。

このように、現行犯にあたる場合は、現行刑訴法の現行犯に比べ、より広いことがわかる⁷¹⁾。

63) 牧野英一『改訂刑事訴訟法全 22版』（有斐閣，昭和15年）359頁，宮本英脩『刑事訴訟法大綱 3版』（松華堂書店，昭和12年）243頁。

64) 小野・前掲注59) 267頁。

65) 宮本・前掲注63) 243頁。

66) 牧野・前掲注63) 360頁。

67) 小野・前掲注59) 267頁，団藤・前掲注59) 444頁。

68) 宮本・前掲注63) 243頁。

69) 小野・前掲注59) 267頁，団藤・前掲注59) 444頁，平沼・前掲注58) 286頁。

70) 法務庁検務局総務課『改正刑事訴訟法提案理由書』（有隣出版，昭和23年）37-38頁。

71) 多田・前掲注16) 99頁。

(b)要急事件における勾引状の発付

検察官は、次の場合にあたり、急速を要し、判事の勾引状を求めることができないときは、勾引状を発することができる(「要急事件」⁷²⁾、刑訴法123条)。

要急事件にあたる場合とは、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既決の囚人また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また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)。

このうち②、③は、現行犯に関するものであるが、現行犯の場合に、現行犯人がその場所にいるとき(もし、いれば、逮捕することができる)は、勾引状を発することができる。前述したとおり、現行犯の範囲は、現行刑訴法に比べて広いということができ、したがって、現行犯に関する要急事件が認められる範囲も広がったといえる⁷³⁾。

なお、要急事件において勾引状を発することができるのは、検察官に限られる。

(c)裁判上の捜査処分による被疑者訊問

現行犯の場合または要急事件にあたる場合以外に、被疑者訊問をするためには、検察官は、公訴提起前に、地方裁判所の予審判事または区裁判所の判事に請求するしかない(裁判上の捜査処分。255条1項)。請求を受けた判事は、その処分に関しては予審判事と同一の権限を有する(同条2項)。

なお、この請求を受けた判事は、請求が違法でない限りは、拒絶することができないものとされる⁷⁴⁾。これは、捜査手続は、検事が主宰するものであり、事件の内容に通じていない判事が、この処分の要否を判断する

72) 牧野・前掲注63) 365頁の命名であるとする(小野・前掲注59) 267頁)。

73) 多田・前掲注16) 99頁参照。

のは不当であるからであるとする⁷⁵⁾。とすれば、検事が、適法に請求さえすれば、被疑者訊問が行われることになるものと思われる。

(d)任意処分としての取調べ

上述した強制処分たる被疑者訊問のほかに、強制力を用いることなく、単に関係者に、任意の陳述を聴取して、これを聴取書に作成する行為は、なんら法が禁ずるところではない⁷⁶⁾。すなわち、取調べを受ける者の同意または承諾を得て行う「任意供述」を行うことができ、これは、「通常捜査」と呼ばれるものの一種である⁷⁷⁾。

(2)大正刑訴法における被疑者供述調書の証拠能力⁷⁸⁾

まず、大正刑訴法においては、苟も実質的に証明力があれば、いかなる証拠方法であっても使用することができることが原則である⁷⁹⁾。しかしながら、刑訴法343条1項により、被告人またはその他の者の供述を録取した書類の場合には、証拠能力の制限が課されており、原則的に、「法令ニ依り作成シタル訊問調書」でなければ、証拠とすることができなかった。それゆえ、捜査機関が任意の取調べにおいて作成した書面である聴取書は、これにはあたらないため、原則として、証拠とすることができないこととなった⁸⁰⁾。

ただ、例外として、この「法令ニ依り作成シタル訊問調書」にあたらな

74) 大正12年12月5日刑事9546号刑事局長通牒（潮道佐（編著）『刑事訴訟法質疑回答通牒協議並判例綜覧』（立興社，昭和7年）107頁以下），団藤・前掲注59）459頁。

75) 小野・前掲注59）359頁，団藤・前掲注59）459頁。なお，牧野・前掲注63）364頁は，判事には，その要否を審査する権能があるとする。

76) 大判昭和8年11月6日（大刑集12巻1925頁），大判昭和11年11月16日（大刑集15巻1451頁）。

77) 小野・前掲注59）357頁，団藤・前掲注59）508頁。

78) なお，陪審法によって，大正刑訴法343条1項に比べ，陪審事件における被疑者訊問調書の証拠能力の制限がより厳格なものであったが（とくに，陪審法73条ないし75条参照），陪審法は，植民地朝鮮には施行されなかったため，本稿においては，割愛することとする。

79) 小野・前掲注59）300頁。

くても、供述者が死亡したとき(1号)、疾病その他の事由により供述者を訊問することができないとき(2号)、または訴訟関係人に異議がないとき(3号)は、証拠とすることができる(343条1項)。また、「区裁判所の事件」においては、審級を問わず⁸¹⁾、この証拠能力の制限を受けず、「法令ニ依り作成シタル訊問調書」にあたらぬ聴取書等も証拠とすることができる(同条2項)。

要するに、強制処分である被疑者訊問において作成された訊問調書は、この「法令ニ依り作成シタル訊問調書」にあたり、証拠とすることができるが、任意の取調べによって作成された聴取書は、「法令ニ依り作成シタル訊問調書」にあたらぬため、343条1項各号の例外にあたる場合か、区裁判所の事件でなければ、証拠とすることができなかつた。

被疑者に対する検事の「聴取書」と「被疑者訊問調書」とでは、内容面で何らの相違はないものの、訴訟法上の効果からいえば、著しい相違があり、検事の聴取書は原則として証拠能力を有しないため、もし、検事の被疑者訊問の結果を証拠として保全するためには、裁判上の捜査処分により、判事に対して、被疑者訊問を求めなければならないことになる⁸²⁾。

なお、証拠とすることができる聴取書があり、同時に予審調書も存在する場合には、どちらを採用するかは、判事の自由であるとするのが大審院判例の立場である⁸³⁾。

(3)刑事令による特例——被疑者訊問の拡大

朝鮮においても、検事および司法警察官は、現行犯逮捕をした場合、検事は、要急事件において被疑者に勾引を発付した場合、内地と同じく、大

80) 牧野・前掲注63) 284頁、小野・前掲注59) 301頁、団藤・前掲注59) 363頁。
検事の聴取書が同条の制限を受けるものとして、大決大正14年1月29日、大刑集4巻21頁。

81) 大判大正13年1月30日、大刑集3巻51頁。

82) 島方武夫「刑事訴訟法第二百五十五条に依る強制処分について」法曹会雑誌13巻1号(昭和10年)46頁。

83) 大判大正14年5月21日(大刑集4巻313頁)、大判昭和8年2月24日(大刑集12巻169頁)。

正刑訴法で認められていた被疑者訊問をすることができた。それに加えて、刑事令においては、検事は、禁錮以上の刑にあたる事件について、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、被疑者訊問等の強制処分を行うことができた（刑事令12条1項）。また、この被疑者訊問等は、司法警察官も行うことができた（同条2項）。

そして、この刑事令12条による被疑者訊問において作成された訊問調書は、「法令ニ依り作成シタル訊問調書」にあたるため、証拠とすることができる⁸⁴⁾。

捜査機関は、前述したとおり、任意に被疑者の出頭を求め、供述を求めることはできたが（通常捜査）、被疑事件が地方法院合議事件（後述するように、朝鮮において、343条1項による証拠能力の制限が課されたのは、地方法院合議事件である。）にあたる場合には、343条1項により証拠能力の制限を受けるため、なるべく刑事令12条の強制処分たる被疑者訊問によって証拠を収集するようにされていた⁸⁵⁾。

(4)朝鮮における刑訴法343条2項にいう「区裁判所の事件」

さて、刑事令においては、被疑者訊問調書の証拠能力の要件について、特例が置かれなかったことから、刑訴法343条が適用されることとなる（ただ、捜査機関が被疑者訊問調書を作成することができる場合、すなわち被疑者訊問をすることができる場合は、朝鮮のほうが広い）が、同条2項によって証拠能力の制限を受けない「区裁判所の事件」については、内地と朝鮮とでは若干異なる。

この「区裁判所の事件」は、朝鮮における地方法院の単独事件とほぼ重なる。すなわち、内地における区裁判所の事物管轄とは、拘留または科料

84) 朝鮮高等法院判決昭和7年12月1日，朝高録19卷380頁。

85) 「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」（「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』，発行所不詳，京城，昭和11年）264頁）

にあたる罪、および、短期1年以上の懲役または禁錮にあたる罪を除く有期懲役若しくは禁錮または罰金にあたる罪で、予審を経ているものである(裁判所構成法16条)。

これに対して、朝鮮においては、まず、区裁判所は存在せず、裁判所は、高等法院、覆審法院、地方法院の3種である(朝鮮総督府裁判所令2条1項)。そして、原則として、地方法院は、単独判事によって審理が行われるが(同令4条1項本文)、例外的に死刑、無期または短期1年以上の懲役もしくは禁錮にあたる犯罪(ただし、強盗罪(刑法236条)、事後強盗(同法238条)、昏睡強盗(同法239条)およびその未遂罪、ならびに常習特殊窃盗(盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律2条)および常習累犯窃盗(同法3条)であって、予審を経ているものは除く)は合議事件となる(朝鮮総督府裁判所令4条1項4号)。なお、単独事件にあたる有期懲役また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)。このように、刑訴法における区裁判所の事物管轄と朝鮮における地方法院単独事件の事物管轄との間には、若干の差(上記傍線部分の罪が、内地では地方裁判所の事件であるのに対し、朝鮮においては、地方法院単独事件である)があり、朝鮮における地方法院単独事件の事物管轄のほうがより広いことがわかる。

このように、両者の事物管轄に若干の差はあるものの、朝鮮において、343条2項にいう「区裁判所の事件」とは、地方法院単独事件をいうものと解される⁸⁶⁾。

86) 藤井尚三『朝鮮刑事訴訟法講義全』(文林堂、京城、昭和11年)95頁、増永正一『刑事訴訟法 3版』(大阪屋号書店、京城、昭和15年)235頁参照。韓国が独立した後の大法院判例ではあるが、同旨のものとして、大法院判決1949年12月31日、事件番号4282刑上79(「刑事訴訟法第343条第2項によれば、区裁判所事件については、同条第1項の制限によることを要しないものと規定したところ、右のいわゆる区裁判所事件とは、わが国の刑事訴訟制度においては、解放の前後を問わず、地方法院単独事件である……。)」がある。なお、同判決は公刊物に登載されておらず、申東雲「刑事司法改革の争点と動向」(韓国刑事政策研究院『21世紀の刑事司法改革の方向と対国民法律サービスの改善方案

その理由は、思うに、刑事令39条により、朝鮮民事令16条1項⁸⁷⁾が準用されることによって、地方法院単独事件については、区裁判所の裁判手続に関する規定が準用されることになるから、343条2項にいう「区裁判所の事件」とは、朝鮮においては、地方法院単独事件がそれにあたるためであろう⁸⁸⁾。

(5)戦時法

先の大戦中、戦時法である戦時刑事特別法⁸⁹⁾によって、区裁判所の事件のみならず、地方裁判所の事件であっても、刑訴法343条1項の証拠能力の制限を受けないこととなった(25条)。それゆえ、「法令ニ依り作成シタル訊問調書」でなくとも、区裁判所の事件のみならず、地方裁判所の事件においても証拠とすることができる。端的に言えば、捜査機関の聴取書に証拠能力が認められたことになる⁹⁰⁾。この戦時刑事特別法25条は、朝鮮戦時刑事特別令⁹¹⁾により、朝鮮にも依用されることとなった(1条1項本文⁹²⁾)。それゆえ、朝鮮では、地方法院単独事件⁹³⁾のみならず、地方法院合議部事件において、聴取書等の証拠能力が認められることになった。

本条は、捜査機関の任意捜査に重要な意味を与えるものである⁹⁴⁾。朝

Ⅱ』、韓国刑事政策研究院、ソウル、2004年)92頁以下において、法院に所在する判決書原本に基づいて、転載されている。

87) 朝鮮民事令16条1項

「地方法院ニ於テ合議シテ裁判ヲ為スヘキ事件ニ付テハ第一条ノ法律中其ノ事件ニ付定メタル地方裁判所ノ裁判手続ニ関スル規定ヲ準用シ其ノ他ノ事件ニ付テハ区裁判所ノ裁判手続ニ関スル規定及非訟事件手続法中地方裁判所ニ関スル規定ヲ準用ス」

88) 拙稿・前掲注9) 比較法雑誌47巻2号248-249頁参照。

89) 昭和17年法律64号、同年2月24日公布、同年3月21日施行、昭和21年1月15日廃止。

90) 大竹武七郎『戦時刑事特別法解説』(松華堂書店、昭和17年)192頁。

91) 昭和19年制令4号、同年2月15日公布、同年3月15日施行。

92) 朝鮮戦時刑事特別令1条1項本文

「戦時ニ於ケル刑事ニ関スル特例ハ本令ニ規定スルモノノ外戦時刑事特別法ニ依ル」

鮮においては、調書に証拠能力を持たせるために、強制処分による被疑者訊問による必要が無くなったことになる。すなわち、供述を証拠とするために、わざわざ刑事令12条による被告人訊問を行う必要が無くなり、内地と朝鮮との差は、近づいたものといえることができる。

4. 軍政法令176号「刑事訴訟法の改正」

先の大戦が終了し、韓国が建国したのちも、ある期間、従来の法令、すなわち刑事令とこれによって依用された大正刑訴法が使用されて続けていたが、軍政法令176号である「刑事訴訟法の改正」によって、被疑者訊問についても影響がもたらされた。ここでは、まず、同法令のうち関連する部分を概観したのち、当時の実務家が記した随想や判例を紹介することによって、同法令下における被疑者訊問調書に関する実務を垣間見ることとする。

(1) 刑事令の存続と一部規定の廃止による影響

① 従来の法令の基本的な存続と一部の廃止

米軍政を経て、1948年8月15日に大韓民国政府が樹立されるにいたった。ただ、大韓民国が建国された以降も、法律が制定されるまでは、「既存の法令を依用しつつ、軍政法令を通して、日本の植民主義的、軍国主義的思想および態度を払拭し、解放された韓国住民を、様式化した米国式教育によって、自由民主化政策を図った」のである⁹⁵⁾。

具体的には、まず、在朝鮮米国陸軍司令部軍政庁法令⁹⁶⁾11号(1945年10月9日)によって、治安維持法等の特別法が廃止され(1条)、種族、

93) 戦時法である朝鮮総督府裁判所令戦時特例(昭和19年制令2号、同年2月15日公布、同年3月15日施行)2条により、予審を経ていない短期1年以上の有期の懲役または禁錮に当たる犯罪についても、地方法院単独事件となったため(同条2号。なお、同条3号参照)、地方法院合議事件は、原則として、死刑または無期の懲役もしくは禁錮に当たる犯罪となった。

94) 団藤・前掲注59) 810頁。

95) 金炳華『韓国司法史(現世編)』(一潮閣、ソウル、1979年)260頁。

96) 本稿においては、「軍政法令」ともいう。

国籍、信条または政治思想を理由として差別を生じさせる法令は全部廃止された(2条)⁹⁷⁾。また、戦時法である朝鮮戦時刑事特別令については、「戦時特例に関する法令の廃止および関係法令の改正」(軍政法令181号, 1948年4月1日公布, 同年5月1日施行)により, 廃止等の措置がとられた。

ただ, 一方で, 軍政法令21号(1945年11月2日)によって, すべての法律および朝鮮旧政府が發布し, 法律的効力を有する規則, 命令, 告示その他の文書であって, 1945年8月9日において実施中のものは, その間に廃止されたものを除き, 朝鮮軍政庁が特殊命令によって廃止するまで, 全効力によって存続するものとした(1条前段)⁹⁸⁾。したがって, 同法令によって, 朝鮮刑事令の効力は, 存続されることとなった。

②軍政法令176号「刑事訴訟法の改正」

そのなか, 軍政法令176号「刑事訴訟法の改正」(1948年3月20日制定, 同年4月1日施行。以下, 「法令176号」という)が制定された^{99), 100)}。こ

97) 同軍政法令については, 金・前掲注95) 265頁参照。

98) 同軍政法令については, 金・前掲注95) 265-266頁参照。

99) 同軍政法令下の刑訴法の解説書としては, 閔復基 = 鄭潤煥『刑事訴訟改正法概説(附関係法令, 訓令, 様式解説)4版』(朝鮮出版文化社, ソウル, 1950年), 張承斗『刑事訴訟法要講 重訂7版』(青丘文化社, ソウル, 1953年)参照。

100) 本稿に関連する法令176号の規定は, 次のとおりであるから, 適宜, 参照されたい。

3条 何人も, 拘束を受ける者の姓名及び被疑事件を記載した裁判所が発した拘束令状がなければ, 身体を拘束を受けない。但し, 次の事項の1つに該当し, 且つ緊急を要する場合には, この限りでない。

1. 被疑者が一定の住居を有していない場合
2. その場所にいるかいないかを問わず, 刑事訴訟法第130条に規定する現行犯である場合。ただし, 犯行終了後48時間以内に身体を拘束する場合に限る。
3. 現行犯の取調べによって共犯を発見した場合。ただし, 犯行終了後48時間以内に身体を拘束する場合に限る。
4. 既決の囚人又は法令によって拘束された者が逃亡した場合
5. 死体の検証によって犯人を発見した場合

の法令176号は、「国際連合の監視の下、1948年5月10日を期して、民主主義の原則による総選挙を断行するのに先立って、十分に民意を代表するために、その自由な雰囲気醸成する前提として」、制定されたものであ

6. 被疑者が罪証を隠滅する相当なおそれがある場合

7. 被疑者が逃亡する相当なおそれがある場合

8. 被疑者が死刑、無期又は長期1年以上の有期の懲役、禁錮に処することができる罪を犯したものと信じるのに相当な理由がある場合

4条 検察官又は警察官は法令に規定する以外に、死刑、無期又は長期1年以上の有期の懲役、禁錮に処することができる犯罪が現行中又は着手しようとしている状態にあるものと信じるのに相当な理由がある場合に限っては、その犯罪の防止又は捜査に必要な措置を取るために、昼間又は夜間を問わず、いつでも令状なく、他人の住居又は建造物に入り、被疑者を即時拘束して、贓品又はその犯罪行為に供用されたものと認められる物を押収することができる

5条 検察官、司法警察官その他いかなる官憲も、第4条に規定する以外には、裁判所が発する捜査令状がなければ、押収又は捜索をすることができない。但し、本令第3条の規定によって、拘束令状が無くても拘束をすることができる者の所有、所持又は保管した物に対しては、本令第6条に規定した期間内に限って、押収又は捜索をすることができる。本条の捜索令状には、刑事訴訟法の規定によって、捜索すべき場所及び押収すべき物を記載しなければならない。

8条 ①司法警察官が被疑者を拘束した場合には、実際に拘束した日から10日以内に取り調べを完了して被疑者を検察官に送致しない限り、釈放しなければならない。ただし、その10日の期間満了前に管轄裁判所から拘束期間延長決定を得た場合は、この限りでない。

②取調べの完了に10日を超過する日数を要するときは、司法警察官は、検察官を経由して、理由を添えて管轄裁判所に拘束期間延長決定を申請することができる。

③裁判所が必要であると認める場合には、10日を経過しない限度で、拘束期間延長を許可することができる。

④拘束期間延長は、1回に限る。

⑤司法警察官は、裁判所において決定した拘束期間満了前に被疑者を検察官に送致しない限り、釈放しなければならない。

24条 次の法令は、これを廃止する。

1. 1914年7月制令第23号行政執行令

る¹⁰¹⁾。

この法令176号によって、令状制度、保釈制度、拘束適否審査制度等が導入された一方で¹⁰²⁾、刑事令によって許された検察官および司法警察官の強制処分に関する規定（刑事令12条ないし16条）が廃止された（24条2号）。

ここで重要なことは、刑事令12条が法令176号24条2号によって廃止されたことである。これによって、検察官または司法警察官が刑事令12条による被疑者訊問を行う法的根拠がなくなったため、被疑者訊問においては調書を作成するよう規定した大正刑訴法56条を適用する余地もなくなり、同法343条1項による証拠能力の制限を受けない「法令ニ依り作成シタル訊問調書」を刑事令12条によって作成することができないこととなる¹⁰³⁾、¹⁰⁴⁾。

また、法令176号によって、被疑者を無令状で緊急拘束をすることができ、この際には、無令状で搜索、押収をすることができるが（4条、5条）、搜索、押収以外の処分については、規定されていなかった¹⁰⁵⁾。換言すれば、捜査機関は、強制処分である被疑者訊問を裁判上の捜査処分（刑訴法255条1項）以外の方法では行うことができなくなったということである。

2. 1912年3月18日制令第11号朝鮮刑事令第1条第1項第10号の2、第3条、第12条乃至第16条、第27条、第38条の2

3. 本令と抵触する法令の規定

101) 関＝鄭・前掲注99) 1頁。

102) 申・前掲注86) 92頁。

103) 申・前掲注2) 168頁。

104) なお、「刑事訴訟法の補充規定」（軍政法令180号、1948年3月31日制定、同年4月1日施行）4条（「法令第176号によって廃止された法令によって作成された各調書は、その法令において認められる限度で、法律上の証拠力を有する。」）による経過措置参照。

105) 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）699頁。

このように、「法令ニ依り作成シタル訊問調書」となる範囲が大幅に制限され、裁判上の捜査処分において作成した訊問調書でなければ、原則として、有罪の証拠とすることができなくなったが、それにともない、調書を証拠とすることが少なくなったことによって、刑事裁判の実務には多くの負担が生じることとなったとする¹⁰⁶⁾。

(2)当時の現職判事の随想と大法院判例からみた実務運用

刑事令12条が法令176号24条2号によって廃止されたため、検事が被疑者訊問を行うにあたっては、大正刑訴法255条のいわゆる裁判上の捜査処分の規定により、被疑者訊問を判事に請求しなければならなくなったことになる。

それゆえ、法令176号の施行当初は、被疑者訊問を行う際には、この裁判上の捜査処分によって行われていたが、実務の運用は次第に変化していったようである。当時の現職判事が記した随想と、その後の大法院判例によって、当時の実務の運用とその変化を垣間見ることができる。まず、随想と大法院判決をここで引用した後に、若干の考察を加えることとする。

①当時の現職判事の随想

羅恒潤全州地方法院部長判事が「法政」誌に記した「法曹随想」の中の「捜査機関の強制捜査」で述べられた記述によって、実務の運用の移り変わりがわかる(脱稿日は1950年1月5日)。

「同法令(筆者注:法令176号)が実施された当初には、検事または司法警察官は、被疑者または証人に対しては、任意陳述することを録取する形式をとる聴取書を作成し、刑訴法第255条の強制処分の請求が多かった。しかし、いつの間にか聴取書は、被疑者または証人に対する訊問調書に変わり、実況見分書は検証調書へと変わった。司法警察官はその根拠を検事の指示に置いており、検事はその根拠を強制捜

106) 申東雲「司法改革推進と刑事証拠法の改正」ソウル大学校法学47巻1号(2006年)113頁。

査のうちで最も重大なことは身体を自由を剝奪することであるところ、検事の申請によって判事が拘束令状を発付すれば、検事の身体拘束処分を許可する結果となるので、それより重大なことではない訊問、検証等は、当然に許可されるものとみることができるとしているようである。」¹⁰⁷⁾

②大法院判例

そして、大法院は、上記判事の随想が脱稿された同じ年の11月、この随想で触れられた実務の運用を肯定する趣旨の判断をした。

「弁護士〇〇〇の上告趣意は、原判決は、法律上証拠能力が無い文書を証拠に供した違法がある、すなわち、原判決は、その理由において、被告人に対する司法警察官事務取扱の被疑者訊問調書を証拠に供したが、司法警察官の被疑者訊問を規定した刑事令第12条は、既に廃止されており、これを無視して作成した右文書は、法律上なんら証拠能力がなく、したがって、証拠能力が無い本件被疑者訊問調書を証拠に採用した原判決は違法であるので、破棄を免れないというところにある。

按ずるに、朝鮮刑事令第12条が、檀紀4281年（筆者注：西暦1948年）4月1日法令第176号第24条によって廃止されたことは所論のとおりであり、所論の司法警察官事務取扱の被疑者に対する訊問調書が同令廃止後である同年12月15日に作成されたことは、一件記録によって明瞭であるが、しかし、法令第176号（刑事訴訟法の改正）第3条または第4条によって被疑者を緊急拘束した司法警察官は、同法令第8条によってその拘束を維持して捜査を継続する必要がある限り、この拘束に随伴して必然的に被疑者に対する訊問権があり、この訊問権

107) 羅恒潤「法窓随想」法政5巻2号（1950年）19頁。なお、この随想については、文・前掲注105) 698-701頁も参照。

に依拠して刑事訴訟法第56条の規定に従って作成した訊問調書は、同法第343条にいう法令によって作成した訊問調書に該当するものと解釈することが妥当である。

なぜなら、犯罪を捜査するために人権保障にとって最も重要な人身を拘束する強制処分権を付与した以上、その拘束の当否、換言すれば釈放の可否または犯罪の有無およびその内容を調査するにあたって絶対必要的手段方法である訊問権をどうして禁じたはずがあるだろうか。万一、右訊問権を否定すれば、これは犯罪捜査をするために、一方で人身の緊急拘束を許容しつつも、他方でその捜査は推し進めなくてもよい¹⁰⁸⁾とするのと同じような矛盾に陥るのであって、したがって、捜査の目的達成は、到底、期待することができなくなるということが理由である。

ところで、一見記録によれば、本件は、司法警察官が檀紀4281年12月14日、法令第176号第3条第7号によって緊急拘束し、同事務取扱が同法令第8条所定の期間内に、刑事訴訟法第56条に所定の要件を遵守して被疑者訊問調書を作成し、取調べを終了し、送致した事件であることは明白である。はたして、そうであるならば、所論の司法警察官事務取扱の被疑者訊問調書は、前述したように適法な訊問調書であるといえるので、原審がこれを証拠として採用したことは妥当であり、論旨は理由がない。」(脚注筆者)¹⁰⁹⁾

このように、法令176号24条2号によって、捜査機関が刑事令12条による被疑者訊問をする根拠が失われ、また、法令176号において、緊急拘束をした場合に、行うことができるのは、文言上は押収および捜索のみであり、被疑者訊問については、規定されなかった。それゆえ、文言上は、被

108) この「推し進めなくてもよい」は、「推進하지 아니하여도 可타함」を訳出したものである。

109) 大法院判決1950年11月20日，事件番号4283刑上7，大法院判例集1巻3輯6頁。

疑者を緊急拘束した後に、取調べを行ったとしても、被疑者訊問にはあたらないため、そこで作成された調書は、刑訴法343条1項による証拠能力の制限を受けることになる。もし、「被疑者訊問」において作成した調書を証拠とするためには、いわゆる裁判上の捜査処分によらなければならなかった。それゆえ、前掲判事の随想では、「当初には、……刑事訴訟法第255条の強制処分の請求が多かった」と述べている¹¹⁰⁾。

ただその後、法令176号によって、拘束令状による拘束、または緊急拘束を行うことができ、人権保障に最も重要な人身を拘束することができるのであるから、それより重大でない被疑者訊問は、当然に許されるという論理から、人身を拘束した以上、被疑者訊問をすることができるというように、実務が変化し、そして、これが大法院判例の立場となったのである（なお、この大法院判例は緊急拘束の場合であるが、拘束令状による拘束の場合にも、あてはまるだろう。なお、判事の随筆は、拘束令状による拘束の場合である。）。

緊急拘束の要件が広く認められており¹¹¹⁾、そのうえ、上記大法院判例によって、緊急拘束後に被疑者訊問を行うことができるようになったため、多く被疑者訊問が行われ、そこで作成された調書が証拠とされたことと、想像することができよう。

110) 羅・前掲注107) 19頁。

111) 文・前掲注105) 696-697頁参照。