

公判中心主義と被疑者・被告人の 権利保障（1）

——韓国刑事訴訟法との比較研究——

延 秀 斌*

目 次

序章 はじめに

第1章 戦前の刑事訴訟法における公判中心主義

1. 明治刑事訴訟法

- (1) 被告人の自白
- (2) 予審判事による訊問調書
- (3) 聴取書問題と人権蹂躪問題
- (4) 直接審理主義と口頭審理主義

2. 明治刑事訴訟法の改正

- (1) 明治34年案
- (2) 大正5年案
- (3) 大正7年案

3. 明治期における韓国

- (1) 韓国における明治刑事訴訟法
- (2) 「韓国ニ於ケル犯罪即決令」及び「朝鮮答刑令」による警察司法
- (3) 朝鮮刑事令
- (4) 小 括

4. 大正刑事訴訟法

- (1) 大正10年案
- (2) 大正刑事訴訟法の概観
- (3) 聴取書排除
- (4) 被告人及び証人訊問
- (5) 直接審理主義及び口頭主義

* ヨン・スビン 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

(6) 小 括

5. 韓国における大正刑事訴訟法

(1) 大正刑事訴訟法の適用

(2) 捜査手続

(3) 公判手続

(4) 小 括

6. 特別法

(1) 陪審法

(2) 治安維持法

(3) 戦時刑事特別法

7. ま と め

(以上、本号)

第2章 日・韓の公判中心主義と被疑者・被告人の権利保障

第3章 公判中心主義に関する制度の検討

序章 はじめに

公判は、刑事事件における事実関係を解明することを目的としている点で、捜査とその目的を共通している。しかし、捜査と公判の構造が異なることから、捜査の結果のみをもって判断すると、訴訟当事者の一方的な主張に基づくことになり、適正手続の観点から許されない。刑事裁判で求められる処罰及びその前提となる事実認定の公正・適正の担保を保障するためには、公判手続こそが刑事手続の中軸に置かなければならない¹⁾。現行刑事訴訟法が施行される以前の刑事手続における強制処分権の行使主体は、予審判事とされ、公訴提起とともに強制処分の結果が裁判所に引き継がれ、公判は、その結果を確認する場に過ぎなかった。しかし、現行刑事訴訟法は、起訴状一本主義を採用し、公訴提起の際に、事実認定者に予断を与えることを禁止している。さらには、伝聞法則の採用によって公判廷外でなされた供述について、原則的に証拠能力を否定している。このよう

1) 宇藤崇・松田岳士・堀江慎司著『刑事訴訟法』（有斐閣、2012年）12-13頁。

な現行刑事訴訟法における変化は、公判中心主義を強化するために、アメリカ法から継受したと指摘される²⁾。

しかし、公判手続の運用に関しては、伝聞法則を採用しながらも、その例外規定を用いることで、捜査機関が作成した書面に依存していること、また、その書面が裁判官の執務室で読まれ、判断の材料となっていること、証人の供述調書の内容が、公判廷において否定されても、刑事訴訟法321条1項2号後段によって容易に証拠とされること、供述調書の方が公判廷での供述より信用されることなどの問題が指摘されてきた³⁾。これらの問題点の指摘は、いずれも捜査機関の供述調書に起因するものであると考えられる。言い換えれば、捜査機関が作成した供述調書が多用され、公判廷は、捜査機関の捜査結果を確認する場に過ぎないとされる。いわゆる調書裁判の問題である。

従来から問題視されてきた調書裁判の問題は、公判中心主義の実現を阻害するのみならず、自白を獲得するために捜査機関が違法な取調べを行う危険性を誘発し、実際に捜査機関による違法な取調べが行われてきたことは、周知の通りであろう。そこで、2016年に行われた刑事訴訟法の一部改正において、同法301条の2により、いわゆる被疑者取調べ録音・録画制度が新設された。この被疑者取調べ録音・録画制度の審議を担当した法制審議会・新時代の刑事司法制度特別部会（以下、特別部会とする）は、次の2つの理念を掲げた。まず、「取調べへの過度の依存を改めて適正な手続の下で供述証拠及び客観的証拠をより広範囲に収集することができるようにするため、証拠収集手段を適正化・多様化する」こと、次に、「供述調書への過度の依存を改め、被害者及び事件関係者を含む国民への負担にも配慮しつつ、真正な証拠が顕出され、被告人側においても、必要かつ十分な防御活動ができる活発で充実した公判審理を実現する」ことであ

2) 後藤昭「公判中心主義」法律時報92巻5号（2020年）149頁。

3) 吉丸真「刑事裁判における心証形成——公判中心主義との関連で——」刑法雑誌39巻1号（1999年）2-3頁。

る⁴⁾。この特別部会が設置され、司法制度改革の契機となった2009年の村木事件⁵⁾においても、捜査機関の違法な取調べが問題となった。したがって、特別部会の理念とされた公判中心主義の実現とは、捜査段階における違法な取調べによって阻害される恐れがあるために、その実現は、公判と捜査のいずれからも影響を受けることを念頭におかなければならない。特に、今までの被疑者取調べは、外部から遮断された取調室で行われた取調べの結果が、公判に膨大な影響を与えてきた事実があり、日本のみならず、韓国においても、かつては自白を獲得するために捜査機関による違法な取調べがあったことは、否定できない。

被疑者取調べの録音・録画制度の効果として、取調べの状況を記録した記録媒体による事後的検証可能性の点が挙げられる。記録媒体に記録された被疑者取調べの状況をそのまま再現できる点で、捜査機関の違法な取調べの抑止効果が期待できる。また、取調べで行われた供述も記録されることから、公判廷における水掛け論を回避し、供述の任意性を立証する手段として利用する方法も考えられる。特別部会においても、この録音・録画記録媒体の活用方法に関する議論がなされていた⁶⁾。被疑者取調べの録音・録画を規定する刑事訴訟法301条の2は、その対象事件の公判手続において、検察官に、同法322条1項の規定によって証拠とすることができる書面の証拠調べを請求する場合、被告人又は弁護人が書面の記載内容が任意でなされたものでないとして、異議を述べたときには、その任意性を証明するために、当該書面が作成された取調べの状況を記録した記録媒体の取調べを請求しなければならないとしており（1項）、取調べの記録媒

4) 特別部会「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果【案】」〈アクセス日：2021年8月18日 <https://www.moj.go.jp/content/000125178.pdf>〉

5) 詳細については、最高検察庁「いわゆる厚労省元局長無罪事件における捜査・公判活動の問題点等について（公表版）」（2010年）〈アクセス日：2021年8月17日 <http://www.ke nsatsu.go.jp/content/000153508.pdf>〉

6) 特別部会第10回会議事録〈アクセス日：2021年8月18日 <https://www.moj.go.jp/content/000099292.pdf>〉3頁以下。

体を、被疑者の自白調書の任意性を立証するためのものとして規定している。平成26年の改正刑事訴訟法附則9条1項は、被疑者取調べの録音・録画が、「被疑者の供述の任意性その他の事項についての的確な立証を担保するものであるとともに、取調べの適正な実施に資すること」とし、任意性立証の手段としての録音・録画であることを明らかにしている。

ところが、近時において、任意性立証の手段を超えた記録媒体の活用が行われている⁷⁾。しかし、このような使い方は、新たな調書裁判を生み出す危険性があり、公判中心主義の実現に大きく抵触するものである。なぜなら、被疑者の供述が取調官の恣意的な判断によってすべて記載されない供述調書に比して、取調べの状況を完全に再現できる記録媒体は、これを一度でも視聴した者に強いインパクトを与え、ある意味で供述調書より有能な証拠となり得るからである。確かに被疑者の供述を公判廷において再現することが、事実認定の方法として望ましいという意見もあるだろう。しかし、事実認定者が取調べの記録媒体を見て、自己の判断を固めてしまうと、公判廷で被告人に与えられた意見陳述の機会及び被告人の供述は無意味なものになってしまい、さらには、被告人の証人審問権まで無意味にする事態になりかねない。捜査段階での被疑者の供述と公判での証人の供述は、さほど関係性を有しないものであるという考えもあり得るだろう。しかし、既に指摘した通り、取調べ録音・録画記録媒体が持つ強力なインパクトは、事実認定者に証人審問過程で得られた心証を超えた確信を与える可能性が高いため、無視し得ないことであると考えられる。また、参考人取調べの録音・録画を禁止していない現行刑事訴訟法の下では、参考人取調べの録音・録画媒体を公判廷に顕出させることも懸念される。

これらの諸問題の他に、最も重要なのは、取調べ記録媒体が公判審理を左右してしまうと、捜査機関は、被疑者の自白を録音・録画するために必

7) たとえば、今市事件（宇都宮地判平28・4・8判時2313号125頁、控訴審は、東京高判平30・8・3判決判タ1456号75頁）東京高判平28・8・10高刑69巻1号4頁、東京地決令和元・7・4 LEX/DB 文的番号25564030など。

死になることである。日本の現行録音・録画制度は、対象事件について、すべての取調べが録音・録画されるが、公判で視聴するのは、自白がなされた取調べの録音・録画のみで足りるとされる。すなわち、被疑者が自白に至るまでの長時間かつ追及的な取調べの状況は、制度導入の前と何ら変わらないばかりか、被疑者を自白に至らせるために、取調べが一層濃密なものになり、捜査機関の権利侵害はより深刻化する恐れがある。

被疑者の権利保障は、取調べの録音・録画を中心に議論されてきたが、刑事手続における被疑者の権利は、取調べ録音・録画では保障され得ない権利もあるため、取調べ録音・録画以外の権利保障の方法をも求めなければならない。しかし、本稿においては、被疑者・被告人に与えられた個別の権利の保障を細かく検討するよりも、被疑者取調べの在り方及びその結果の活用方法が公判審理にまで影響を与え、公判中心主義の実現を大きく左右することに着目し、公判中心主義の実現の観点から被疑者・被告人の権利保障の在り方を検討課題としたい。検討の方法としては、韓国の刑事訴訟法を比較対象とし、韓国との比較を通じて研究を進めたい。

韓国の刑事訴訟法は、明治後期から日本の直接支配を受けたため、日本の刑事訴訟法が運用されてきた。第二次世界大戦後も日本と同様にアメリカの影響を受けたことは、先行研究によって明らかにされている⁸⁾。確かに、このような刑事訴訟法史的な特徴を有する韓国の刑事訴訟法は、日本と類似するところが多く存在する一方で、幾度の法改正を経た結果として相違するところも多く存在する。それゆえ、第1章においては、明治後期から戦時中までの日本と韓国の刑事訴訟法がどのようなものであったかを概観する。次に、第2章は、日本と韓国における近時の議論を含め、現行刑事訴訟法における公判中心主義の実現及び被疑者・被告人の権利保障に関する検討を行い、両国の相違点がどのような経緯からできたのかを明らかにしたい。最後に、第3章においては、取調べ録音・録画記録媒体の実

8) たとえば、安部祥太『被疑者取調べの憲法的規制』（日本評論社、2019年）。

質証拠化や司法面接制度、弁護士立会いなど本稿の検討課題に関する諸問題を、日本と韓国の比較を用いて、どう対応すべきかを示唆したい。

第1章 戦前の刑事訴訟法における公判中心主義

1. 明治刑事訴訟法

明治刑事訴訟法（以下、明治刑訴法とする）は、明治23年に治罪法に代えて制定された⁹⁾。しかし、治罪法と根本的に異なることなく、後述する大正刑事訴訟法も官権主義が強化された治罪法以来の刑事手続を根本的に変革するものではなかった¹⁰⁾。

(1) 被告人の自白

明治刑訴法における被告人は、訴訟の主体であると同時に証拠方法であり、それゆえ、被告人訊問は、被告人に対して訴訟上の権利を主張する機会を与えると同時に、「証拠方法トシテ他ノ証拠ノ取調ト同一ノ目的ニ利用セラルルモノトス」とされた¹¹⁾。これは、明治刑訴法90条が被告人の自白を、検証調書、証拠物件、証人及び鑑定人の供述と同じく徴憑として規定したことから明らかである。また、区裁判所については、219条2項が「被告人ノ自白アリタル場合ニ於テ検事、民事原告人の異議ナキトキハ他ノ証拠ヲ取調フルニ及ハス」と規定する一方、地方裁判所については、239条が「裁判所ニ於テハ被告人其罪ヲ自白シタルトキト雖モ仍ホ証拠ヲ取調ヘサル可カラス」と規定することで、区裁判所と地方裁判所を区別して、被告人の自白の取扱いを定めた。つまり、区裁判所においては、被告人が自白し、検事及び民事原告人の異議がなければ、他の証拠を取調べる必要がなく、他方、地方裁判所においては、被告人が自白したとしても、

9) 小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的分析』（日本評論社、1976年）133頁。

10) 団藤重光「新刑事訴訟法と当事者主義」法律時報20巻9号（1948年）410-411頁。

11) 林頼三郎『刑事訴訟法論〔改正7版〕』（巖松堂書店、1921年）412頁。

他の証拠を取調べなければならぬという区別である。その趣旨は、区裁判所が扱う軽微な事件においては、被告人の自白のみによる裁判が及ぼす危険は大きくなく、地方裁判所が扱う重大な事件の場合は、被告人の自白のみによる裁判が極めて危険であるため、他の証拠を取調べ、慎重に審理を行うところにあった¹²⁾。

しかし、被告人の自白のみで、事実認定を認めることについて大審院は、「制縛創傷ノ件」において、原審が「同人ノ両手首ヲ緊縛シ仍ホ桂ニ括付置キタルコトハ被告ハ当公廷ニ於テ之レヲ自認シ」と説明するに止まり、他の理由を示すことなく事実を認定したことについて、被告人の自白のみを事実認定の材料とすることはできないとし、さらに、被告人の自白のみを唯一の判断材料とすることは、「理由不備ノ違法アル裁判」であると述べておきながら、結局、結論においては、明治刑訴法239条に「『裁判所ニ於テハ被告人其罪ヲ自白シタルトキト雖モ仍ホ証憑ヲ取調べサル可カラズ』トアリテ裁判所ハ被告人ノ自白アリタル場合ニ其自白ノミヲ以テ足レリトシ他ノ証憑ノ取調べヲサセシテ事件ノ審理ヲ終結スルコトヲ得サルコトハ明カナリト雖モ同条ノ規定ハ其明文ノ示ス如ク裁判所ノ審理手段ヲ規定シタルニ止マリ証拠ヲ取捨ニ関スル裁判所ノ職権ヲ制限シタルモノニアラス而シテ事実裁判所ハ証拠ヲ取捨シテ事実ヲ認定スルノ全権ヲ有シ被告人ノ自白ノミヲ採テ犯罪事実ヲ認ムルハ固ヨリ其職権内ノ行為ニ属スルヲ以テ原院カ被告ノ自白ヲ採テ本件制縛ノ事実ヲ認めタルハ相当ニシテ上告前段ノ論旨ハ理由ナ」いとして、自白のみの事実認定が許容された¹³⁾。

当時、聴取書に関する判例を前提に、判例法は、自由心証主義の柔軟な理解によって、証拠の採否を判事の自由裁量とし、伝聞証拠も許容され、共同被告人の公判廷での供述及び聴取書も許容されると考えられ、自白の

12) 木下哲三郎『刑事訴訟法講義 卷之一 日本立法資料全集別巻299』（信山社、2004年）242頁。

13) 大判明治35年3月17日刑録8輯3巻28頁。先行研究によると、「このような考え方は大正刑訴法のもとでも承認され」る。大場史郎「刑事証拠法の比較歴史法研究（1）——現行証拠法の系譜」神戸学院法学43巻1号（2013年）61頁、註21。

みを用いた事実認定が許容された故に、被告人が自白を取消した場合や第一審と第二審の供述が異なる場合に、いずれの供述を信用するかは、判事の自由心証によるとされた。すなわち、供述を録取した書面であれば、訊問調書、聴取書を問わず、証拠として採用された場合は、実質証拠となり、証拠採用については、判事の自由心証によるとされた¹⁴⁾。

(2) 予審判事による訊問調書

当時の予審制度の目的には、公判のための証拠収集も含まれ¹⁵⁾、予審判事の被告人訊問は強制処分として規定されていた¹⁶⁾。明治刑訴法93条において、予審判事は、「先ツ被告人ヲ訊問ス可シ」と規定された。但し、検証や証人訊問について、急速を要するときは、この限りではない。94条は、「被告人ヲシテ其罪ヲ自白セシムル為メ恐嚇又ハ詐言ヲ用」いてはならないと規定し、被告人及び証人の訊問の際には、92条の規定により、裁判所書記の立会いが必要となり、書記が調書を作成し、予審判事と共に署名捺印する。急遽の際に書記の立会いができない場合には、立会人2名を必要とするが、監獄署で訊問が行われる場合には、監獄署の官吏1名の立会いで良かった。この場合には、予審判事は自ら調書を作成し、読み聞かせ、立会人と共に署名捺印をすることになる。書記又は立会人なしに行われた訊問は、無効であった。また、95条で被告人に対する訊問及び供述内容の読み聞かせが規定され96条で被告人供述の増減変更の申立て機会も認められていた。

証人に関しては、131条に規定され、証人の供述を録取したのち、裁判所書記をして読み聞かせ(1項)、供述の増減変更の機会を与える必要があった(2項)。証人の調書には予審判事、書記及び証人の署名捺印が必要であるが、証人が署名捺印を断れば、その旨を記載すべきとされた(3

14) 大場・前掲註13, 59-62頁。

15) 小田中・前掲註9, 136頁。

16) 井上操『刑事訴訟法述義〔全〕』(明法堂, 1891年) 454頁。

項)。予審における証人の訊問調書の公判での朗読に関しては、189条1項において、予審で訊問する証人または鑑定人の呼出ができると定め、2項において、「予審ニ於ケル証人ノ供述書又ハ鑑定人ノ鑑定書ハ更ニ其証人、鑑定人ヲ呼出ササルトキ、証人、鑑定人呼出ヲ受ケ出頭セサルトキ又ハ予審及ヒ公判ニ於ケル供述、鑑定ヲ比較ス可キトキハ検事其他訴訟関係人ノ請求ニ因リ又ハ裁判長ノ職権ヲ以テ之ヲ朗読セシムルコトヲ得」として、出頭不可、不出頭、比較を証人の訊問調書及び鑑定人の鑑定書の朗読に必要な要件として規定した¹⁷⁾。

（3）聴取書問題と人権蹂躪問題

① 聴取書問題

明治刑訴法144条は、地方裁判所検事及び区裁判所検事に、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であることを知った場合、また当該事件につき、急速を要するときに、予審判事に属する処分¹⁸⁾をなす権限を定めた。但し、この場合であっても、罰金及び費用賠償の言渡しは許されず、証人及び鑑定人の供述を聞くことはできたが、その際に宣誓させることはできなかった。司法警察官については、147条に規定され、司法警察官も検事の職務を行うことができた。但し、司法警察官には勾留状を発することが認められておらず、速やかに証憑書類に意見書を付けて管轄の裁判所検事に送致しなければならなかった。地方裁判所検事または区裁判所検事が司法警察官から被告人と同時に事件の送致を受けた場合には、24時間以内に被告人を訊問し、勾留状の発付を判断しなければならぬ（148条）。

つまり、予審判事のような強制権限を有しない捜査機関であっても現行犯の場合に限って、予審判事と同様に被告人及び証人を訊問し、訊問調書

17) 証人の訊問調書及び鑑定人の鑑定書朗読の要件の解釈については、小田中・前掲註9、148頁、註23が詳しい。

18) 被告人訊問に関しては、明治刑訴法95条、証人訊問に関しては、131条。

を作成し得た。さらに、219条2項は、公判廷において区裁判所判事に「必要ナル調書其他証憑書類ハ書記ヲシテ朗読セシメ又証人ノ供述ヲ聴キ其他証憑ノ取調ヲ為ス可キ」と定め、236条により、地方裁判所判事にも準用された。この「必要ナル調書」とは、「凡テノ証憑書類中最モ重要ナルモノハ申ス迄モナク官公吏カ其事件ノ為メ特ニ作成シタル文書特ニ其調書ナルヲ以テ法律ハ特ニ此調書ヲ取テ凡テノ証憑書類ノ一例示ト為シタルノミ」と説明され¹⁹⁾、明治刑訴法95条及び131条²⁰⁾に規定された予審判事の被告人及び証人の訊問調書は、「必要ナル調書」に含まれる。しかし、大審院は、朗読させる「必要ナル調書其他証憑書類」とは、当該刑事被告事件又はそれと密接に係る他の刑事被告事件の証拠として作成された訴訟書類を指すものであって、当該刑事被告事件に密接する事件の証人調書であっても、「同各調書ハ叙上民事訴訟事件ノ為メニ証拠トシテ作成セラレタルモノ」については、刑事被告事件の証拠として作成されたものではないことを理由に、朗読を必要とせず、被告人に示すだけで足りるとした²¹⁾。

他方で、捜査機関の任意処分に関して、明治刑訴法は何ら規定をおいていなかったため、捜査機関の呼出に対する任意出頭、任意同行、事情聴取は禁じられていたわけでもなかった²²⁾。また、捜査機関の調書に関する規

19) 富田山壽『刑事訴訟法要論 下巻』(有斐閣, 1910年)1062頁, 註1。

20) 95条1項「裁判所書記ハ訊問及ヒ供述ヲ録取シ被告人ニ之ヲ読聞カス可キ」、2項「予審判事ハ被告人ニ其供述ノ相違ナキヤ否ヤヲ問ヒ署名捺印セシム可シ」、3項「若シ署名捺印スルコト能ハサルトキハ其旨ヲ付記ス可シ」、131条1項「予審判事ハ証人ニ其供述ノ相違ナキヤ否ヤヲ知ラシムル為メ裁判所書記ヲシテ調書を読聞カセシム可シ」、2項「証人ハ其供述ヲ変更増減センコトヲ請求スルヲ得書記ハ其請求アリタルコト及ヒ変更増減ノ条件ヲ調書ニ記載ス可シ」、3項「調書ニハ予審判事、書記及ヒ証人共ニ署名捺印ス可シ若シ証人署名捺印スルコト能ハサルトキハ其旨ヲ付記ス可シ」

21) 大判明治42年刑録15輯1073頁。この大審院判決に対する批判として、富田・前掲註19, 1062-1068頁を参照。

22) 林・前掲註11, 483頁以下において、次のように説明する。捜査の方法は、第一に人の権利に抵触しない範囲において行うことを要し、第二に公の秩序または善良の風俗に反しないことを要する。明文はないが、法律の根本精神に疑いがないところである。そして、

定は設けられていなかったため、捜査機関による被告人及び証人の供述調書の取扱いが問題となり²³⁾、実際に、非現行犯の場合に対しても、警察署に呼び出され、訊問で得られた供述が記録され、当該供述者の署名捺印をした後に、これが証拠として提出されていた²⁴⁾。

しかし、司法警察官による任意に得られた供述を基に作成された訊問調書について、大審院は明治25年6月30日に次のように判断した。「非現行犯ニ付テハ司法警察官ハ検事ノ指揮ヲ受ケ犯罪ヲ捜査スルニ止リ被告人ヲ訊問シ調書ヲ作ルノ権ナキモノトス……捜査ノ為メナリトスルモ被告人ヲ訊問シ其調書ヲ作りタル越権ノ処分ニシテ其調書ハ無効ニ属スルモノナリ（省略筆者）²⁵⁾」として、非現行犯に対して司法警察官が有する権限は、検事の指揮による捜査までであり、被告人訊問調書は、司法警察官の権限を越えたものとして、無効とした。

さらに、検事の非現行犯に対する被告人訊問による訊問調書については、明治26年4月10日に大審院は、「非現行犯ノ場合ニ於テ司法警察官ヨリ重軽罪ノ告訴状ノ送致ヲ受ケタル検事ハ犯罪ヲ捜査シ刑事訴訟法第六十二条従ヒ予審ヲ求メ又ハ直チニ起訴ヲ為スヘキモノニシテ、被告人ヲ訊問シ調書ヲ作ルハ一ニ判事ノ職権ニ属シ、犯罪捜査ノ目的ニ出ルモ検事ニ於テ之ヲ為スコトヲ得サルモノトス……（省略筆者）²⁶⁾」として、検事の非現行犯に対する訊問調書の作成は、越権行為であるとして、調書の証拠能力を否定した。

その後、司法警察官は、「訊問調書」を「聴取書」という名称に改め、公

ㄨ 捜査の方法に人の権利を侵害する場合には、必ず承諾を得なければならず、承諾を得ないときは、いかなる捜査行為を行えない。捜査の内容は、「(イ) 任意ノ呼出、承諾同行、承諾留置、(ロ) 任意ノ問答、(ハ) 実況見分、(ニ) 承諾捜索、(ホ) 物件ノ任意留置、(ヘ) 官公署ニ対スル照会、(ト) 任意鑑定」。

23) 久岡康成「大正刑訴法と供述を録取した書面」立命館法学316号（2007年）196頁。

24) 小田中・前掲註9、140-141頁。

25) 大判明治25年6月30日法律新聞1875号4頁。

26) 大判明治26年4月10日刑録1輯19頁。

判廷に提出するに至った²⁷⁾。しかし、明治28年10月25日に下された判決²⁸⁾は、検事が司法警察官に被告事件の関係人に対する訊問事項を掲げ、当該関係人の訊問を嘱託したことに対して、次のように判断した。「該聴取書ハ其实質検事ノ取調ニ属スル訊問調書タルコト争フヘカラス然ルニ本件ハ非現行犯事件ナルニ付検事ハ関係人ヲ取調其調書ヲ作ルノ権ナキモノナリ依テ該聞取書ハ無効ノモノタルヲ免レス」とし、「検事カ嘱託シタル訊問ノ事項ヲ陳述セシメ其末尾ニ『右読聞ケタルニ相違ナキ旨陳述セリ依テ左ニ署名捺印セシム』トアリテ即チ……名ハ聞取書ナルモ其实訊問調書ニ外ナラス(省略筆者)」とされた。そして、当該聴取書が、検事の訊問事項に対する被告人の答弁によるものであり、訊問調書のように捜査官及び被告人の署名捺印されたことから、実質的に訊問調書であること、検事には非現行犯に対して訊問調書を作成する権限がないことを理由に、無効であるとした。

この明治28年判決における大審院の捜査機関による訊問調書に対する判断は、捜査機関の聴取書が、その形式から実質的に訊問調書であることに基づいたため、その後、捜査機関の聴取書は、供述者が自ら供述した内容を記録した形式に変わり、署名捺印もなくなった²⁹⁾。

そうしたところ、明治36年に至って、聴取書について大審院は、「関係人ノ自由任意ニ出タル供述ヲ録取セル書類ハ適法ナルモノ」として、供述者の自由かつ任意になされた供述は公判において心証判断の資料として効力を有し、聴取書が予審判事の訊問調書に類似するところがあるだけで、司法警察官が予審判事の職権を侵害して作成した不法な書類にはならないとして、その証拠能力を認めた³⁰⁾。この判決が下されたことによって、捜査機関の聴取書に証拠能力が認められることになった³¹⁾。その他に、すでに明治29年の判決では、司法警察官の聴取書は、立会人を求める予審判事

27) 小田中・前掲註9, 141頁。

28) 大判明治28年10月25日刑録1輯3巻169頁。

29) 小田中・前掲註9, 141頁。

30) 大判明治36年10月22日刑録9輯1721頁。

31) 多田辰也『被疑者取調べとその適正化』(成文堂, 1999年) 74-75頁。

の訊問調書と異なり、立会人を必要としないとしていた³²⁾。

以上の背景をもって、明治刑訴法下の実務においては、多くの事件において、聴取書が作成され、公判に提出されていた。つまり、予審判事による強制処分たる訊問で作成される訊問調書と捜査機関のもとで任意に作成された聴取書が公判廷に用いられるようになった³³⁾。

② 人権蹂躪問題

上述したように、当初、捜査機関による聴取書は、その実体が予審判事の訊問調書と形式的に同一であることから、証拠能力を否定されていた。しかし、聴取書の形式を被告人自ら、任意に供述した形にするという作成方法の工夫によって、明治36年に証拠能力を認められたのである。この明治36年判決の他に、予審判事の被告人及び証人の訊問の際には、裁判所書記の立会いのもとで、予審調書が作成されるが（92条）、「司法警察官ノ作成スル聴取書ハ法律ノ所謂調書ト同視スヘキモノニアラス從テ其文書ノ作成ニ立会人ヲ要スルコトナシ」として、「聴取書ニ於テハ二名ノ立会人アルヲ要セス」という、立会人不要の判断がなされた³⁴⁾。その他に、公訴提起後に作成された司法警察官の聴取書についても、必要である場合には、捜査を行うべきであり、捜査上作成した聴取書は無効の文書にならないとし³⁵⁾、法律上に伝聞証拠を制限する規定がないことから、伝聞証拠を証拠とすることは妨げられないとした³⁶⁾。

一方で、大正2年の判決では、上述した明治28年判決とは異なる判断を下した。明治28年判決は、捜査機関の聴取書の形式が、実質的には予審判事の訊問調書であることなどを踏まえ、捜査機関には、非現行犯に対する訊問調書を作成する権限がないことを理由に、聴取書の証拠能力を否定し

32) 大判明治29年1月14日刑録2輯1巻11頁。

33) 大場・前掲註13, 57頁。

34) 大判明治29年1月14日刑録2輯1巻11頁。

35) 大判明治35年3月20日刑録8輯3巻46頁。

36) 大判明治32年6月30日刑録5輯6巻90頁。

た。しかし、大正2年判決は、非現行犯に対する司法警察官の強制処分は予審判事の職権を侵害するといえども、相手の任意によるものであれば、制限されないとされた。したがって、被告人及び関係人に答えることを強いることはできないが、自ら進んで供述をする場合にそれを聞き取り、その供述の趣旨を明瞭にするために質問をし、出頭要求に応じた者から関係事項の答弁を得ることも任意であるとされた。そして、これらの問答を録取するときに問を省略し問答の趣旨を要約することは、捜査機関の自由に属し、逆に、聴取書が問答体の形式であることを捉えて、軽率に強制訊問であると断言することはできない³⁷⁾と判断するに至った。

このように大審院の判例によって任意であれば、捜査機関の聴取書がその証拠能力を認められ、容易に証拠とされた背景を以て、捜査機関の捜査は、積極且つ精密に行われた³⁸⁾。当初、一般市民の一般刑事事件を対象とした司法警察官による人権蹂躪問題は、政府高官、政治家などの贈収賄事件を対象とした検察官の人権蹂躪問題となった³⁹⁾。

(4) 直接審理主義と口頭審理主義

① 直接審理主義

明治刑訴法が直接審理の原則を採用していたとは、明治刑訴法の明文からは読み取ることができない。当時、司法省民刑局長を務めていた平沼騏一郎は、明治刑訴法について、間接審理を採用しているとし、「日本テハ、現今ハ直接審理テアリマセヌカラ詰り予審ニ於テ為シタ証拠調ノ結果カ書面テ公判ニ現ハレソレニ依ル據テ審理ヲスルト云フコトニ為ツテ居ル、公判ニ於テ直接ニ証人ヲ調ヘルト云フコトハ寧ロ例外ニ為ツテ居ルノデアリマス」と間接審理を採用しているとした⁴⁰⁾。当時の実務の解

37) 大判大正2年10月21日刑録19輯1000頁。

38) 当時、捜査機関捜査の積極化及び精密化を現実化させる役割として、起訴便宜主義が確立しつつあったことも指摘される。小田中・前掲註9、326頁。

39) 小田中・前掲註9、26頁、326頁。

40) 平沼騏一郎「刑事訴訟法ノ改正ニ就テ」法曹記事18巻5号(1908年)6頁、9頁。

積も、直接主義は採用されていないものであり、実際に間接審理が実行されつつあった⁴¹⁾。しかし、当時の通説は、直接審理主義の立場に立っていた⁴²⁾。富田山壽は、明治刑訴法が少なくとも、当事者及び人的証拠方法については、直接審理の原則を採用していることが明白であるとす。それは、第一に、明治刑訴法183条⁴³⁾、198条⁴⁴⁾、219条1項⁴⁵⁾、236条（区裁判所に対する規定が地方裁判所にも準用される）によって、公判には被告人の出廷が必要であり、予審で訊問した被告人であっても、公判において訊問すべきと規定し、第二に、189条1項⁴⁶⁾によって、予審で既に訊問した証人及び鑑定人に対しても、公判に再び呼び出すことを原則としたことを根拠としている。この189条1項については、予審で訊問した証人及び鑑定人を公判で更に訊問することはないと解釈する見解⁴⁷⁾もあったが、富田は、この規定は、予審で訊問した証人、鑑定人を公判で更に呼び出すことを原則とするものであると反論する。ただし、富田は、明治刑訴法の直接審理の原則は、交通直接の原則を採用しているが、事実認識直接の原

41) 小田中・前掲註9、140頁、富田山壽「伝聞ノ証言」京都法学会雑誌5巻12号（1910年）31頁。

42) 林・前掲註11、73頁。

43) 183条1項「被告人精神錯乱又ハ疾病ニ因り出頭スルコト能ハサルトキハ痊癒ニ至ルマテ弁論ヲ停止ス但罰金以下ノ刑ニ該ル可キ事件ニ付キ被告人代理人ヲ差出シタルトキハ此限ニ在ラス」、2項「弁論ニ取掛リタル後被告人精神錯乱シタルトキハ其痊癒ノ後新ニ弁論ヲ為スコシ其他ノ疾病ニ罹ルトキハ痊癒ノ後前ニ停止シタルヨリ以後ノ手續ヲ為スコシ但五日間弁論ヲ停止シ又ハ検事其他訴訟関係人ノ請求アリタルトキハ新ニ弁論ヲ為スコシ」、3項「若シ被告事件及ヒ法律ノ適用ニ付キ既ニ弁論ヲ終リタルトキハ其痊癒ノ後更ニ取調ヲ為スコトナク裁判ヲ為スコシ」

44) 198条1項「裁判長ハ各証憑ノ取調終リタル毎ニ被告人ニ意見アリヤ否ヤヲ問ヒ且其利益ト為ル可キ証憑ヲ差出スヲ得ヘキコトヲ告知スコシ」、2項「又証憑物件ハ被告人ニ示シテ弁解ヲ為サシム可シ」

45) 219条1項「判事ハ被告事件ニ付キ被告人ヲ訊問スコシ」

46) 189条1項「予審ニ於テ訊問シタル証人又ハ鑑定ヲ為シタル鑑定人ハ更ニ之ヲ呼出スルコトヲ得」

47) 予審調書を利用するか証人及び鑑定人を訊問するかについては、裁判所の自由に委ねられているとされ、189条1項を直接審理主義の根拠にはならないとする。詳細は林・前掲註11、74-76頁を参照。

則⁴⁸⁾は採用していないため、伝聞証言が違法とならず、人的証拠方法の交通も例外が認められているとする⁴⁹⁾。

さらに、直接審理の原則は、直接に事実認識できる場合に、これを排除して間接に事実を認識してはならないというものに過ぎず、間接的な事実認識を必ずしも許さないものではない。なぜなら、直接に事実認識できる証拠方法がやむを得ず、全く利用できない場合（書証の原本紛失、証人の死亡や行方不明、証言の拒絶）や利用するに不充分若しくは適切ではない場合（犯行当時の証人の飲酒や供述が不実なものと疑われる場合）は、間接的な事実認識も許容されるからである。つまり、「間接認識ノ方法ヲ以テ直接認識方法ノ欠陥ヲ補充スルニ過キサルモノニシテ是レ出来得ル限りニ於テ自己ニ最モ直接ナル認識方法ヲ採リタルモノニ外ナラス從テ此場合ノ認識方法ハ寧ろ相對的ニ直接審理ノ方法ヲ採リタルモノト解ス可ク決シテ直接審理ノ原則ニ反スルモノト解ス可キモノニ非サ」と認められる例外も結局、直接審理の範囲に含まれると説明される⁵⁰⁾。特に、明治刑訴法は、裁判所と人的証拠方法との直接交通を必要とするも、物的証拠方法については、それを要求しないため、書証及び検証物について、公判裁判所の直接の見聞きは必要とせず、証人の訊問にのみ必要となり、この証人には伝聞の証人も含まれるのである⁵¹⁾。

48) 交通直接の原則及び事実認識直接の原則については、以下のように説明される。交通直接の原則によると、裁判所は、予審判事による取調べがあっても、それに満足せず、裁判所自ら被告人および証拠方法を取り調べるのが原則となり、その際に受命判事や受託判事のように別の機関の介入することも望ましくない。事実認識直接の原則によると、裁判所の自己の思想によって事実認識でき得る場合には、他人の介入を許さず、従って、検証物および書証について、自ら実験し、閲読すべきである。また、事実認識に他人の介入が必要となる場合には、伝聞供述を排除し、事実認識に最も直接に関係する人の介入を必要とすべきである。最後に、裁判所が事実認定するにあたって、直接証拠を用い得る場合には、間接証拠または状況証拠を用いることに満足してはならない。富田山壽『刑事訴訟法要論 上巻』（有斐閣、1910年）117-120頁。

49) 富田・前掲註48, 121-123頁。

50) 富田・前掲註48, 120-121頁。

51) 富田・前掲註41, 40-41頁, 44頁。

林頼三郎⁵²⁾も、直接審理の原則は、絶対的なものではないことを主張する。すなわち、裁判所の判断の材料は、直接に関係するものでなければ許容されないわけではなく、書証の紛失や証人の死亡などやむを得ない場合には、書証の謄本の利用や伝聞証人の訊問も直接審理の趣旨に反するものではないと説明する。そして、明治刑訴法が直接審理の原則を採用しているか否かについては、主観的直接の原則を採用しているとする。富田と同様に、予審において訊問された被告人であっても、公判において更に訊問すべきであること及び、富田の言う事実認識直接の原則の不採用を理由とするに加えて、当時の民事訴訟法における準備手続（266条以下）のように、受命判事をして、事前に必要な事項を取調べさせることを認めていないことを掲げる。ここで、主観的直接とは、裁判所自ら被告人及び証人を訊問し、検証すべきであって、「報告の書面ニ基キテ判断ヲ為スカ如キハ之ヲ避ケサルヘカラサルモノ」ということを意味する。これに対して、客観的直接とは、裁判所の判断において、「証拠方法ノ採択ニ付キ要証事実ト直接関係ヲ有スルモノヲ先ニシ、其関係ノ間接ナルモノヲ後ニスヘキモノ」である。明治刑訴法には、客観的直接を採用したとみなし得る規定がなく、物的証拠については、裁判所が必ず検証をしなければならないと規定されていないため、検証の実施の有無は裁判所の自由に委ねられた。人的証拠についても、必ず証人を呼び出す必要はなく、証人の供述を録取した調書若しくは証人が提出した報告書によって判断することも禁じられていなかったし、伝聞証人の供述も禁じられていなかった。これらは、当時の日本の裁判所の数や職員の数、刑事事件の数に対する経費など、現実的な問題との妥協であって、林は客観的直接の審理を目指すべきであるとしていた。

② 口頭審理主義

明治刑訴法は口頭審理主義の採用を明言していない。しかし、以下の条

52) 以下の内容は、林・前掲註11、71-77頁を参照したものである。

文から、明治刑訴法が、口頭審理主義を採用していることを推測できる。

「176条 公判ハ判事、検事、裁判所書記出廷シテ之ヲ為スモノトス」

「177条 被告人ハ公廷ニ於テ身体ノ拘束ヲ受クルコトナシ但守卒ヲ置クコトアル可シ」

「214条 呼出状ニハ呼出ヲ受ク可キ者ノ氏名、職業、住所、出頭ノ日時場所及ヒ被告事件ヲ記載シ且被告事件違警罪又ハ罰金ニ該ル可キ軽罪ナルトキハ代人ヲシテ出頭セシムルコトヲ得ヘキ旨ヲ記載ス可キ」

これらは、公判に判事、検事、裁判所書記及び被告人の出廷の必要を原則としていることを規定している。そして、218条2項において、「検事ハ被告事件ヲ陳述ス可シ」と規定し、検事に被告事件に対する陳述を求めており、198条及び219条において、判事による被告人の訊問や証拠調べに対する被告人の意見陳述若しくは弁論をさせることが規定されていた。その他に183条2項に加えて

「220条 証憑調済ノ後検事ハ事実及ヒ法律適用ニ付キ意見ヲ陳述ス可シ被告人及ヒ弁護人ハ答弁ヲ為スコトヲ得」

「209条2項 弁論数日ニ渉ルトキハ其旨及ヒ同一ノ判事出席シタルコトヲ記載ス可シ」

「216条 判事ハ予審ヲ経サル被告事件急速ヲ要スルトキハ公判ニ取掛ル前検証処分ヲ為スコトヲ得此場合ニ於テハ検事其他訴訟関係人ノ立会ヲ要セス」

以上の規定を設けて、連日弁論を原則とし、当事者に事実及び法律適用に関する意見陳述や弁論の機会を与えた。そして、同一の判事の関与を必要とし、当事者の欠席は例外の場合のみ認められた。さらに、189条1項の解釈を口頭審理と関連付けて説明するもの⁵³⁾もある。

53) 木下・前掲註12, 486頁は、予審において訊問された証人又は鑑定人を公判で更に訊問する場合の例外を189条に規定された場合のみであるとし、亀山貞義『刑事訴訟法論』

最後に、明治刑訴法は、裁判所の用いる用語や通訳についても規定していた。裁判所構成法115条は「裁判所ニ於テハ日本語ヲ用ウ」と規定し、被告人又は対質人が聾啞者の場合、書面による訊問も許し、日本語が通じない者には通訳を付け（100条）、通訳に対しても宣誓させ、裁判所書記をして通訳にも調書に署名捺印をさせた（101条）⁵⁴⁾。

上述した当事者の欠席の例外の他にも、口頭審理主義の例外は認められていた。すなわち、口頭審理主義が公判手続における「検事ノ被告事件陳述、被告人の事実上ノ供述、証拠ノ申出、事実上及法律上ノ弁論等⁵⁵⁾」に適用されたため、予審、控訴審、上告審などには適用されなかった。予審における被告人及び証人の訊問は口頭によるべきではあるが、判事の同一性は求めておらず、訊問と決定の場合も同様である⁵⁶⁾。そして、一定の要件の下で、予審で訊問された証人又は鑑定人を更に公判廷に呼び出すことなく、予審における証人の供述書又は鑑定人の鑑定書を朗読することも可能であった（198条2項）⁵⁷⁾。控訴審においてもこの規定が適用され（258条）、第一審における証人又は鑑定人の供述書又は鑑定書の朗読が可能であった⁵⁸⁾。上告審にも口頭審理主義は適用されないが、口頭による弁論は必要となる。しかし、これは口頭審理主義からの要請ではなく、書面に記載された内容の説明たる書面審理に付随するものであった⁵⁹⁾。

↘下之巻 日本立法資料全集別巻201』（信山社、2001年）819-822頁は、189条を原則としたものであるとし、「其予審ニ於ケル供述鑑定ニシテ苟クモ事実ノ証明ニ供ス可キモノアルトキハ更ニ其人ヲ呼出シ新シク裁判官ノ面前ニ於テ供述ヲ為サシムルヲ要ス」とする。

54) 富田・前掲註48, 129-131頁。根拠とする条文に相違はあるものの、口頭弁論主義の採用を肯定したものとして、林・前掲註11, 80頁。

55) 林・前掲註11, 80頁。

56) 林・前掲註11, 80-81頁。

57) 一定の要件とは、198条2項において、証人又は鑑定人を「呼出ササルトキ、出頭セサルトキ、供述、鑑定ヲ比較ス可キトキ」と定められ、その解釈の相違については、小田中・前掲註9, 148頁、註23参照。

58) 富田・前掲註48, 132頁。

59) 富田・前掲註48, 132-133頁、林・前掲註11, 81頁。

2. 明治刑事訴訟法の改正

(1) 明治34年案

当時の大審院判事であった亀山貞義、長崎控訴院検事長であった松室致、東京控訴院検事であった豊島直通は、刑事訴訟法改正作業に関与した
在朝法曹であり、公判における直接主義について、次のように認識していた⁶⁰⁾。

亀山は、189条1項を口頭審理の原則と解釈し、予審において訊問した証人又は鑑定人を更に公判において訊問することを要することがあるとした⁶¹⁾。松室は、口頭審理と書面審理を折衷した明治刑訴法において、訴訟に関する費用問題という現実的な問題はあるが、理想的な裁判は直接審理であるとした⁶²⁾。

注目すべきなのは、豊島の説明である。豊島は、原則として証人を直接訊問せずに予審調書又はその他の書類を調べることはできないが、事実上、証人又は鑑定人を訊問することができない場合には、法律においてそれを許すことが必要であるとする。具体的には、①客観的事実に関する検証調書、②189条2項で定められた、証人又は鑑定人を「呼出ササルトキ」、「呼出ヲ受け出頭セサルトキ」、「供述鑑定ヲ比較ス可キトキ」がこれに当たり、さらに、③被告人及び共同被告人に対しても、②が準用されるべきであるとする。③については、被告人の出廷が原則とされているものの、被告人には供述を強要することができないので被告人が法廷で供述しないときや、被告人が予審での自白を取消すときは、予審調書の朗読が可能であって、予審調書又は検事及び司法警察官の面前で行われた自白を記録した調書は、「直接ノ証憑方法ニ代用」するものである。さらに、被告人の自白を記録した調書は、聴取書であってもよく、証人の供述であってもよく、しかも、民事、刑事、特別裁判所の事件を区別せず、自白の一

60) 小田中・前掲註9, 191-192頁を参照。

61) 亀山・前掲註53, 819-822頁。

62) 小田中・前掲註9, 191頁。

部か全部かを問わないとする。また、被告人の公判での供述とそれ以前の供述が異なる場合には、調書の朗読ができ、この朗読を、「被告人ノ供述ヲ確實ナラシムルノ方法トシテ用」いるのであれば、直接審理の例外にはならないとする⁶³⁾。これらは、捜査機関の強制捜査権限を拡大するとともに、直接審理主義の例外も拡大するものであり、明治34年案に受け継がれた⁶⁴⁾。

明治34年案は、証拠を独立した章として設け、初めて書面の証拠能力について規定したものであり、以下の通り、直接審理主義に関する規定も設けられた⁶⁵⁾。

〔36条 裁判ノ資料タル可キ証拠ハ裁判所又ハ判事ノ直接ニ取調ヲ為シタルモノニ限ル〕

〔37条 左ニ記載シタル書類及ヒ図画ハ前条ノ規定ニ拘ハラズ之ヲ証拠ト為スコトヲ得

- 一 裁判所又ハ判事其他法律ニ依リ特別ニ裁判権ヲ有スル者若クハ条約ニ依リ訴訟上ノ共助ヲ為ス外国ノ官庁又ハ官吏ノ為シタル検証、捜索、差押又ハ被告人、共同被告人、証人、鑑定人ノ陳述ニ付テノ調書若クハ検事、司法警察官此等ノ処分ヲ為スコトヲ得ヘキ場合ニ於テ其為シタル処分ニ付テノ調書
- 二 裁判所又ハ判事其他法律ニ依リ特別ニ裁判権ヲ有スル者若クハ条約ニ依リ訴訟上ノ共助ヲ為ス外国ノ官庁又ハ官吏ノ命令ニ依リ差出シタル鑑定書又ハ検事、司法警察官鑑定ヲ為サシムルコトヲ得ヘキ場合ニ於テ其命令ニ因リ差出シタル鑑定書
- 三 裁判所又ハ判事其他法律ニ依リ特別ニ裁判権ヲ有スル者若クハ条約ニ依リ訴訟上ノ共助ヲ為ス外国ノ官庁又ハ官吏被告人、共同被告

63) 豊島直通『刑事訴訟法原論』（明治圖書出版、1900年）608-616頁。

64) 小田中・前掲註9、192頁。

65) 小田中・前掲註9、199頁、大場・前掲註13、63頁。

人、証人、鑑定人ヲ訊問シ又ハ鑑定ヲ為サシムルニ当リ若クハ検事、司法警察官此等ノ処分ヲ為スコトヲ得ヘキ場合ニ於テ其処分ヲ為スニ当リ物ノ員数、計算、形状其他口頭ノ説明ヲ不便ナリトスル事実ニ付キ其説明ニ代ヘ被告人、共同被告人、証人、鑑定人ヨリ差出シタルモノニシテ調書又ハ鑑定書ニ添付シタル文書又ハ図画

四 人ノ身分、年齢、前科其他官吏、公吏ノ職務ヲ以テ説明スルコトヲ得ヘキ事実ニ付キ官吏、公吏ノ作りタル書類

五 前号ノ事実ニ付キ外国ノ官吏、公吏ノ作りタル書類ニシテ其真正ナルコトヲ説明シタルモノ」

〔38条 事実ノ認定ハ証拠ニ依ル証拠ノ証明力ハ判事ノ自由ナル判断ニ任ス〕

〔264条 証拠ト為ス書類ハ裁判所之ヲ朗読シ又ハ裁判所書記ヲシテ之ヲ朗読セシム可キ但当事者異議ナキトキハ其書類ノ要旨ヲ告知シテ朗読ニ代フルコトヲ得〕

〔265条 証人ハ公判前裁判所又ハ判事其他法律ニ依リ特別ニ裁判権ヲ有スル者又ハ条約ニ依リ訴訟上ノ共助ヲ為ス外国ノ官庁若クハ官吏又ハ検事、司法警察官ノ訊問シタル者ト雖モ更ニ之ヲ訊問ス可キ但別ノ規定アル場合ハ此限ニ在ラス〕

〔266条 公判前裁判所又ハ判事其他法律ニ依リ特別ニ裁判権ヲ有スル者又ハ条約ニ依リ訴訟上ノ共助ヲ為ス外国ノ官庁若クハ官吏又ハ検事、司法警察官ノ被告人、共同被告人又ハ証人ニ対シテ為シタル訊問ニ付テノ調書ハ左ニ記載シタル場合ニ限り之ヲ朗読スルコトヲ得

一 証人又ハ共同被告人死亡、疾病又ハ所在ノ遠隔若クハ不分明其他重大ナル事由ニ依リ呼出シ難イトキ

二 被告人又ハ証人公判ニ於テ公判前ノ訊問ニ対シテ為シタル陳述ノ重要ナル部分ヲ変更シタルトキ

三 被告人又ハ証人公判ニ於テ陳述ヲ拒ミタルトキ

四 証人ニ対スル公判前ノ訊問調書ヲ朗読スルコトニ付キ当事者異議ナキトキ〕

〔267条 区裁判所ニ於テハ前条ニ記載シタル以外ノ場合ト雖モ公判ニ於テ更ニ証人ヲ訊問スルコトヲ必要トセサルトキハ公判前裁判所又ハ判事其他法律ニ依リ特別ニ裁判権ヲ有スル者又ハ条約ニ依リ訴訟上ノ共助ヲ為ス外国ノ官庁若クハ官吏又ハ検事、司法警察官ノ証人ニ対シテ為シタル訊問ニ付テノ調書ヲ朗読スルコトヲ得〕

〔268条 前二条ノ規定ニ依リテ為シタル調書ノ朗読ハ訊問ト同一ノ効力ヲ有ス〕

36条は裁判所又は判事に証拠を直接に取調べることを要求し、37条において、その例外を規定した。例外とされたのは、法律によって裁判権を有する者又は訊問権を有する者のその権限によって作成されたものである。言い換えれば、37条の条件を満たさないものは、裁判所又は判事が直接に取調べられるか否かによって、証拠能力が判断され、38条によって、証拠となり得ない場合には、それに基づいた事実認定は許されない。但し、事実認定の資料として認められた場合の証拠の証明力は、判事の自由な判断に委ねられた。明治34年案で新たに設けられた証拠の章に規定されたこれらの規定からは、直ちに直接審理主義が見取られるわけではない。この点、公判の章に設けられた264条以下の規定を合わせて考慮すると以下の結論となる。

まず、証拠となる書類は、当事者の異議がない場合を除いては、すべて公判において朗読され、別の手続段階においてすでに訊問された証人であっても、公判においては更に訊問することが原則とされたが、その証人及び被告人（共同被告人を含む）に対して行われた訊問による調書は、訊問の対象となった者の、死亡、疾病等の物理的な理由によって呼出に応じられない場合、公判前の供述の重要な部分を変更する場合、供述を拒否された場合、調書の朗読に当事者の異議がない場合に朗読することができた。これに加えて、区裁判所においては、証人の訊問調書も朗読することができた。そして、これらの朗読には、訊問と同一の効力を持つことも明記されている。明治刑訴法189条の解釈においては、予審で訊問した証人を、

公判で更に訊問する必要はないと判断できたのに対して、明治34年案265条及び266条は、証人に対する公判での新たな訊問を原則として定め、この新たな訊問を要しない場合を具体的に明記したものである。しかし、明治34年案の直接審理主義は、明治刑訴法では許容されていた伝聞証言を排除するものであると判断し難い。ただ、供述書の排除及び供述調書を排除していることから、当時の用語でいう直接審理主義であったと言えよう⁶⁶⁾。

(2) 大正5年案

明治41年に再開された刑訴法改正作業の背景には、「刑法改正の基本的動向である裁判官の裁量権限の拡大と軌を一にする捜査検察機関の強制捜査権限および起訴猶予権限の拡大強化の要請」があった⁶⁷⁾。

まず、明治34年案と、明治34年案とほぼ同じ内容であった法典調査会案⁶⁸⁾は、帝国議会上に提出されず、そのうち法典調査会案を、法律取調委員会主査委員会（以下、主査委員会とする）が大正5年案の立案材料とした⁶⁹⁾。法典調査会案と明治34年案は次の点で異なる⁷⁰⁾。①明治34年案36条が、法典調査会案264条となり、「判決ノ資料タル可キ証拠ハ裁判所ノ直接ニ取調ヲ為シタルモノニ限ル」とされ、②明治34年案265条を削除し、③明治34年案37条が法典調査会案265条となり、「前条ノ規定ニ拘ハラス」の文言が削除され、④明治34年案264条が法典調査会案268条となった。なお、被告人及び証人の訊問調書の朗読を規定した明治34年案266条は、

66) 小田中・前掲註9、199-200頁。小田中は、これらの規定から供述書が排除されるか否かは明らかではないが、当時、改正作業に影響したドイツの刑事訴訟法と事実上相違しないことから、供述書も排除されるとする。

67) 小田中・前掲註9、263-264頁。

68) 条文の変更内容については、前記(1)明治34年案の変更対象となった条文を記載しており、それを参考したい。

69) 小田中・前掲註9、263頁、281頁。

70) 詳細は、小田中・前掲註9、269-271頁、註1を参照。

法典調査会案では、「公判前裁判所又ハ判事其他法律ニ依リ特別ニ裁判権ヲ有スル者又ハ条約ニ依リ訴訟上ノ共助ヲ為ス外国ノ官庁若クハ官吏又ハ検事，司法警察官ノ被告人，共同被告人又ハ証人ニ対シテ為シタル訊問ニ付テノ調書及ヒ其調書ヲ補完スル書類図画ハ左ニ記載シタル場合ニ限り之ヲ証拠ト為スコトヲ得（下線筆者）」として，直接主義の例外規定となった。しかし，主査委員会は，法典調査会案264条及び266条を削除し，直接審理は現行法に従うとした⁷¹⁾。

主査委員会で議論の中心となったのは，「国家経済上および訴訟経済上，直接審理主義は実行可能か」という論点であった⁷²⁾。そこでは，当時の地方裁判所が取扱った事件のうち，予審を経ない事件の8～9割は，警察官の聴取書を基に裁判が行われており，直接審理主義の実現には現実的な問題があるとの指摘もあった⁷³⁾。その他に，直接審理主義に関して，在野法曹の委員からは，積極的な発言も見られず，聴取書問題の議論もなく，直接審理は現行法に従うことになったため，直接審理主義に関する規定が削除された大正5年案は，「法典調査会案から大きく後退したもの」と指摘される⁷⁴⁾。また，区裁判所において，被告人の自白があった場合に，その他の証拠を取調べる必要がないと規定した明治刑訴法219条を引き継ぐ提案がなされた⁷⁵⁾。

直接審理主義に関する規定を削除したことには，批判の声もあった。その批判の中心は，調書の証拠能力を制限し，直接審理主義の規定化を主張したものである⁷⁶⁾。大正5年案とは別に，帝国議会に「犯罪捜査ニ関スル法律案」と「犯罪捜査法案」が提出された。両法案は，同一の内容を規定

71) 小田中・前掲註9，297頁。

72) 小田中・前掲註9，297頁。

73) 小田中・前掲註9，300頁。

74) 小田中・前掲註9，301-302頁。

75) 松倉治代「刑事手続における Nemo tenetur 原則（2）ドイツにおける展開を中心として」立命館法学336号（2011年）216頁。

76) 小田中・前掲註9，357-358頁。

しており、捜査機関による人権蹂躪問題に対処するものであった⁷⁷⁾。具体的には、犯罪捜査の権限を有する者から、被疑者又は関係人が取調べを受ける際には、1名以上の立会人（隣人若しくは弁護人）を要し、検事の起訴後の被告人又は関係人の取調べを禁止し、「捜査上作成シタル文書ハ裁判上ノ証拠ト為スコトヲ得ス」とするものであった⁷⁸⁾。しかし、「犯罪捜査ニ関スル法律案」と「犯罪捜査法案」のいずれも可決されることはなかった⁷⁹⁾。その他に、大正3年の宮古啓三郎の刑事訴訟法中改正法律案や大正4年及び大正5年の高木益太郎の刑事訴訟法中改正法律案など、聴取書排除を内容とするものが提出されたが、成立までは至らなかった⁸⁰⁾。

(3) 大正7年案

大正7年案は、大正5年案を基に、若干の修正が行われたものではあるが、直接審理主義に関しては大正5年案のままであった。直接審理主義に関する議論も、大正7年案の作成作業に、大正5年案の作成作業に参加した人物が連続して参加したからか、新たな展開は見られなかった⁸¹⁾。このような大正7年案は、大正9年から始まった、刑事訴訟法改正調査委員会による立案作業の基礎となった⁸²⁾。

これまで、明治刑訴法及び明治刑訴法に対する諸改正案を概観した。以下においては、同時期の韓国において、明治刑訴法がどのように運用されたかを概観する。

77) 小田中・前掲註9, 332-334頁。

78) 『法律新聞』（大正3年2月5日）918号14頁に、条文の全文及び理由書あり。

79) 大場・前掲註13, 65頁。

80) 小田中・前掲註9, 334-335頁。

81) 小田中・前掲註9, 377頁以下。

82) 小田中・前掲註9, 390頁。

3. 明治期における韓国

（1）韓国における明治刑事訴訟法

韓国に日本の司法事務が本格的に影響を与え始めたのは、1909年からである。同年に、当時の統監であった伊藤博文は、「韓国ノ司法及ヒ監獄事業ヲ日本政府ニ委託スル件ニ関スル覚書」を調印させ、これが、韓国の「司法政策を大きく転換させるものであった」と評価される⁸³⁾。その主な内容は、韓国のすべての裁判所を廃止し、その代わり日本の裁判所を設置すること、基本的に裁判事務は、日本法令を適用するが、特別の規定がない場合には、韓国人に韓国法規を適用することなどであった⁸⁴⁾。そのため、韓国の旧裁判所構成法が廃止され、統監府裁判所令（勅令236号）によって開設された統監府裁判所は、韓国における民事、刑事、非訟事件を取扱うことになった（1条）。統監府裁判所は、区裁判所、地方裁判所、控訴院、高等法院で構成され、検事局が各々の裁判所に併置され、韓国における検察事務を検事局が担うことになった（2条、9条）。そして、統監府裁判所司法事務取扱令1条は、統監府裁判所における司法事務の取扱いに関しては、「通常裁判所ニ於ケル例ニ依ル」として、明治刑訴法が韓国においても適用されるようになった⁸⁵⁾。その他にも翌年3月30日に公布された勅令案には「統監府裁判所ハ明治四十三年法律第四十号ニ依リ裁判ヲ為ス場合ニ於テハ韓国人ニ対シテモ日本法規ヲ適用ス」と定められた。

しかし、統監府裁判所司法事務取扱令25条は、韓国における明治刑訴法の適用に、日本との差を置くために、次のように規定した。

「25条1項 検事ハ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

83) 小川原宏幸「日本の韓国司法権侵害過程——『韓国の司法及監獄事務を日本政府に委託の件に関する覚書』をめぐって——」文学研究論集11号（1999年）97頁。

84) 高翔龍『韓国法〔第3版〕』（信山社、2016年）121頁。

85) 신동운「日帝下の 刑事節次에 관한 研究」朴秉濠教授還甲記念論叢發刊委員會編『韓國法史學論叢 朴秉濠教授還甲記念論叢（Ⅱ）』（박영사, 1991年）404頁, 성경숙「일제강점시기 조선의 형사사법구조- 조선형사령을 중심으로 -」成均館法學24卷2號（2012年）362頁, 註10。

り検証, 搜索, 物件差押ヲ為シ又ハ被告人, 証人ヲ訊問シ若ハ鑑定ヲ命スル等予審判事ニ属スル処分ヲ為スコトヲ得但シ勾留状ヲ發シ罰金, 科料及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

2 項 検事ハ司法警察官ヲシテ前項ノ処分ヲ為サシムルコトヲ得」

〔26条 1 項 裁判所又ハ予審判事ハ必要ナル場合ニ於テハ司法警察官ヲシテ検証, 搜索, 物件差押ヲ為シ又ハ証人ヲ訊問シ若ハ鑑定ヲ命セシムルコトヲ得

2 項 前項ノ場合ニ於テハ司法警察官ハ罰金, 科料, 及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〕

これらの規定は, 明治刑訴法144条及び147条において, 検事及び司法警察官に, 現行犯に限って許していた被告人訊問を, 現行犯でない者にも行えるよう, 捜査機関の捜査権限を拡大したものである。検事の場合は, 自らの判断によって被告人を訊問することができ, 司法警察官は, 検事若しくは裁判所(予審判事)の指示を必要とするものの, 訊問の方法については特に定められていない。これら規定の他に被告人の自白に関しても, 日本との差があった。

〔30条 裁判所ハ一年以下ノ懲役, 禁錮又ハ三百円以下ノ罰金ニ処スヘキモノト認メタル事件ニ於テ被告人カ其ノ罪ヲ自白シタルトキハ他ノ証憑ノ取調ヲ為ササルコトヲ得〕

〔31条 1 項 一年以下ノ懲役, 禁錮又ハ百円以下ノ罰金ヲ言渡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 項 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記録ト共ニ之ヲ控訴裁判所ニ送致スヘシ〕

明治刑訴法では, 検事, 民事原告人の異議がないことを条件に, 自白以外の証拠調べを省略することができたが, 韓国の場合には, 軽微な事件に

対しては、被告人の自白さえあれば、自白以外の証拠調べは省略できた。また、その場合に、証拠に関する理由を省略でき、証拠に関する理由が作成されるのは、控訴があった場合に、控訴裁判所に対してのみであった。さらに、明治刑訴法269条⁸⁶⁾の場合を除いては、第一審の訴訟手続に法律に「違ヒタルコトアリト雖」も判決に影響しない場合には、控訴裁判所は控訴を棄却すべきと規定され（32条）、弁護人は上訴をすることができなかった（34条）。このように「統監府裁判所司法事務取扱令」が公布されたことによって、韓国における刑事裁判は、被告人に対して、極めて不利・不当な刑事裁判が行われたことが明らかである。

1910年には、「統監府裁判所ハ明治四十三年法律第四十号ニ依リ裁判ヲ為ス場合ニ於テハ韓国人ニ対シテモ日本法規ヲ適用ス」とされ、勅令318号は、「韓国ノ国号ハ之ヲ改メ爾今朝鮮ト称ス」とした。その後、朝鮮総督府官制施行に伴って統監府裁判所令の改正の必要に応じて、「統監ヲ『朝鮮総督』ニ、『韓国』ヲ『朝鮮』ニ、『韓国法規』ヲ『旧韓国法規』ニ、『韓国刑法大全』ヲ『刑法大全』ニ改ム」とした。統監府裁判所令と韓国即決令は、それぞれ「朝鮮総督府裁判所令」及び「犯罪即決例」に代替された⁸⁷⁾。

（2）「韓国ニ於ケル犯罪即決令」及び「朝鮮答刑令」による警察司法

「統監府裁判所令」及び「統監府裁判所司法事務取扱令」と同日に「韓国ニ於ケル犯罪即決令（以下、韓国即決令とする）」も施行された。韓国即決令は、① 拘留又は科料に処すべき罪、② 韓国法規により答刑、拘留、三十円以下の罰金に処すべき罪であり（1条）、正式の裁判を経ずに、供述を聞き、証憑を取調べたならば、直ちにその言渡しをすべきと定められた

86) 裁判官忌避の申請に理由があると認められたにも拘わらず、裁判から排除されない、判決の理由を付けない又は理由が噛み合わないなどの重大な場合に、裁判は常に法律に違背するものと規定された。

87) 신동운・前掲註85, 406頁。

(2条)。拘留の言渡しが必要とされる場合には、2条の言渡しがなされてから三日、言渡書を送達した場合には、送達した日から五日以内に被告人を拘留することができた(6条)。韓国即決令は、一般犯罪たる軽罪の処理を、正式な裁判を用いることなく、統監府警視又は統監府警部、韓国の警察署長、分署長に処罰権限及び笞刑の権限も与えたという特徴があり⁸⁸⁾、これは行政警察によって司法事務の一部が行われるということを意味した。条文でもわかるように、韓国即決令はその対象を限定していなかったが、実際には、韓国人を対象としていた⁸⁹⁾。韓国即決令が犯罪即決例に改正されたのは、区裁判所の減少に伴って、犯罪即決に関して警察官憲の権限を拡張することで、区裁判所の不足に応じて便宜を図るためであった⁹⁰⁾。

さらに、1912年には、朝鮮総督府裁判所令の改正によって、地方法院(地方法院支庁)・覆審法院・高等法院となる3級3審制となり、区裁判所を廃止した⁹¹⁾。4級3審制を、韓国の事情に合わせて簡略化する必要があるとして、3級3審制となったのである⁹²⁾。そして、減少しつつあった区裁判所を廃止し、犯罪即決例の改正及び朝鮮笞刑令の施行、警察犯処罰規則の施行をすることで、警察司法の拡大及び定着を図った。まず、犯罪即決例は、警察署長又はその職務を取扱う者は管轄区域内において、拘留又は科料の刑に該当する罪、3ヵ月以下の懲役又は100円以下の罰金若しくは科料に処すべき賭博罪及び刑法208条(暴行)の罪、3ヵ月以下の懲役・

88) 신동운・前掲註85, 405-406頁。特に笞刑は、これを用いた拷問の合法化、非公式の死刑とも呼ばれる。詳細は、藤原凜「朝鮮総督府の植民地政策と韓国の法文化」出口雄一編『戦争と占領の法文化』(国際書院, 2021年)151-152頁を参照。

89) 小川原・前掲註83, 101頁。

90) 犯罪即決例案ニ対スル理由書。

91) 1895年からは、法務衙門権設裁判所、漢城裁判所、開港場及び地方裁判所、高等裁判所、特別法院と構成され、1909年には、区裁判所、地方裁判所、控訴院、高等法院となっていた。韓国における裁判所の構成及び各裁判所の業務については、高翔龍・前掲註84, 119-122頁を参照。

92) 高翔龍・前掲註84, 122頁。

禁錮・拘留又は100円以下の罰金若しくは科料に処すべき行政法規を違反した罪を即決できる（犯罪即決例1条）として、韓国即決令よりも対象となる罪を拡大した。次に、朝鮮答刑令は、3ヵ月以下の懲役又は拘留に処すべき者は情状によって答刑にすることができ（朝鮮答刑令1条）、100円以下の罰金又は科料に処すべき者が、一定の住居がないか、財産がないことが認められるときは答刑にすることができるとした（2条）。答刑の執行の対象となったのは、韓国人のみの16以上60歳以下の男性であって、執行は監獄又は即決官署で秘密に行われた（5条、11条、13条）。最後に警察犯処罰規則は、全2条でしか構成されなかったものであったが、その1条に、87号にまで至る拘留又は科料の対象を規定していた。拘留又は科料の上限の明記がなく、また答刑にされることが多く、警察権の広範な行使を可能にしたものであったとされる⁹³⁾。また、朝鮮答刑令の施行は、答刑が古来韓国の慣例であったことのみを理由としているのであるが、韓国の刑法大全では、婦女の姦通罪などに限定的に適用されていた答刑について、適用される罪及び対象を拡大した⁹⁴⁾。これが、犯罪即決例と結合し、警察による恐ろしい社会統制と訴訟経済を可能にした⁹⁵⁾。

(3) 朝鮮刑事令⁹⁶⁾

朝鮮総督府裁判所令及び犯罪即決例の改正、朝鮮答刑令の公布と同時に朝鮮刑事令が施行された。まず、朝鮮刑事令1条において、刑事訴訟法を

93) 韓寅燮「治安維持法斗 植民地 統制法令의 展開」朴秉濠教授還甲記念論叢發刊委員會編『韓國法史學論叢 朴秉濠教授還甲記念論叢（Ⅱ）』（박영사, 1991年）421-422頁。

94) 韓寅燮・前掲註93, 422-423頁。

95) 신동운・前掲註85, 408-409頁, 孫炳吉「韓国刑事法제의『他律的近代化』に関する一考察」本郷法政紀要5号（1996年）161頁。朝鮮答刑令は、1920年に廃止された。

96) 朝鮮刑事令の構成、改正などの全般を詳細に検討したものとして、氏家仁「朝鮮刑事令の捜査関連規定のあらまし（1）、（2・完）——逐条的解説・検討を中心として——」比較法雑誌46巻3, 4号（2012年）、「朝鮮刑事令の公判手続関連規定のあらまし（1）、（2・完）——逐条的解説・検討を中心として——」比較法雑誌47巻1, 2号（2013年）を参照。

含む12の刑事に関する法律を、特別な規定がない限り、韓国に適用すると定められた。朝鮮刑事令は、韓国の刑事に関する「実体的規定及手続規定ヲ包括シ殆ト刑事ニ関スル法規ノ全体ヲ為ス重要法典ナリ」と説明された⁹⁷⁾。朝鮮刑事令により、明治刑訴法が依用⁹⁸⁾され、西欧式の刑事手続が始まったと⁹⁹⁾説明されるほど、韓国の近代刑事訴訟法史において重要なものである。特に、日本と異なった事項がいくつか存在したことも注目される¹⁰⁰⁾。

① 捜査手続

既に外観したように、明治刑訴法144条及び147条によって、検事と司法警察官は現行犯に対して、予審判事に属する処分をなすことができ、その際には、犯行現場に臨検¹⁰¹⁾することが必要であった。しかし、朝鮮刑事令11条では、「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」と規定された。捜査機関に予審判事とほぼ同一の捜査権限を認める規定であった。

そして、明治刑訴法には規定がなかった非現行犯についても、明文規定を設けた。朝鮮刑事令12条1項は、「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檢証、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

97) 玉名友彦『朝鮮刑事令釈義』(大洋出版, 1944年) 1頁。

98) 韓国では、日本の刑訴法(明治、大正)が韓国に適用されたことを、「依用」と称する。

99) 신동운・前掲註85, 409頁, 정경숙・前掲註85, 362頁, 孫炳吉・前掲註95, 158頁。

100) 氏家仁「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——」比較法雑誌46巻3号(2012年)344頁によると、朝鮮刑事令の制定当時には、47ヶ条の特別の規定が存在したとする。

101) 臨検の具体的意味について、明らかにされていないが、林・前掲註11, 489頁によると、明治刑訴法144条, 147条の処分は、臨検をした当該官吏にのみ許される処分であり、現場を臨検した捜査機関以外の捜査機関が、当該捜査官に協力若しくは代わりに他の処分を行うことはできないと説明されており、犯行現場に立ち会うことを意味すると思われる。

コトヲ得ス」として、検事が急速事件であると判断すれば、自ら発した令状に基づいて、被告人及び証人に対する強制処分をすることができた¹⁰²⁾。同条2項は、1項の規定を司法警察官にも適用するものであり、司法警察官は勾留状を発することができない以外は、検事と同様の強制処分ができた。

検事による被告人の勾留については、検事は勾留日から20日以内に、起訴するか釈放するかを判断しなければならないとされた（15条1項）。明治刑訴法146条2項が、被告人の勾留を3日に限定したことと大きな期間の差があり、明治刑訴法146条2項を、朝鮮刑事令によって、適用しないことも明記されている（同条2項）。そして、司法警察官は、現行犯、非現行犯を問わず、訊問後、被告人を禁錮以上の刑に処すべき者と思量するときは、14日以内の留置をすることが許された（13条1項、3項）。非現行犯に対する捜査機関の強制処分も、14条によって、予審に関する規定を準用することとされた。このことは、捜査機関の訊問調書が予審判事の訊問調書と同様の証拠能力を持つことを意味する¹⁰³⁾。大正5年の朝鮮高等法院の判決では、朝鮮総督府巡査が、司法警察官の職務を行うよう命じられた場合には、それに従わなければならない、命じられたことを、訴訟記録として明確にする必要もなく、当該巡査が作成した訊問調書及び聴取書に、肩書で司法警察官職務取扱又は警部代理と記載する必要もないとした¹⁰⁴⁾。このように、朝鮮刑事令の下では、捜査機関に予審判事に準じるほどの強制処分権限を与えていた。特に、検事のみならず、司法警察官も実質的には身体拘束をすることができ、捜査機関の訊問調書は、予審判事の訊問調書と同一視された。

一方で、日本で問題となっていた捜査機関の聴取書について、被告人に

102) 朝鮮高等法院明治44年9月4日判決刑上第101号によれば、急速の処分を要するか否かは、当該公務員（検事及び司法警察官を指すと考えられる）の判断に委ねたものであり、それを調書に記載して明確にする必要はないとした。

103) 신동운・前掲註85, 410頁。

104) 朝鮮高等法院大正5年6月22日判決刑上第65号。

対する聴取書に関して直接に朝鮮高等法院が言及したのは、大正5年判決以外に、2件しか存在していない。一つは、被告人の聴取書に被告人の署名捺印がなくても無効ではない¹⁰⁵⁾としたものであり、もう一つは、鉛筆で記載した聴取書であっても、無効とする理由はない¹⁰⁶⁾としたものである。これは、朝鮮刑事令によって、捜査機関に予審判事の強制処分権限が与えられ、捜査機関の各種の訊問調書が正面から使用できるようになったため、聴取書という、いわば裏口を利用する必要性がなかったからであると考えられる。

② 公判手続

区裁判所で判断されるはずであった事件が、区裁判所の廃止、犯罪即決例によって警察の判断に委ねられた結果、韓国では警察司法が日常化され¹⁰⁷⁾、さらに、「訴訟手続の簡略化のために公判中心主義を形骸化した」とも評価されている¹⁰⁸⁾。

まず、朝鮮刑事令17条は、裁判所又は予審判事の判断によって、司法警察官に検証、搜索、物件差押、鑑定を命じることができ、急速を要する場合には、公判開廷前であっても、検事に搜索、物件差押、証人訊問、鑑定を命じることができた(20条)。この際に、訴訟関係人の立会いは必要としない(同条但書)¹⁰⁹⁾。

但し、朝鮮刑事令12条及び20条では、明治刑訴法92条(予審判事の強制処分の立会人)が準用されていた(21条)。92条2項は、裁判所外での捜査に、

105) 朝鮮高等法院大正5年11月9日判決刑上第136号。

106) 朝鮮高等法院大正9年11月4日判決刑上第115号。

107) 대법원 『「바람직한 형사사법시스템의 모색」 자료집 (Ⅲ)』 (대법원, 2004年) 29-30頁。

108) 신동운・前掲註85, 411頁。

109) 朝鮮刑事令には、訴訟関係人と定められているのみであって、誰を意味するかは明確にされていない。この点について、先行研究のいずれも明確に究明したものはなく、検事に証人訊問も命じることができたことから、被疑者・被告人及び弁護人を意味すると考えられる。

裁判所書記が立会うことができない場合に、2名の立会人を要するというものであって、判例からも、2名の立会人は厳格的に要求されていたように思われる¹¹⁰⁾。

その他に、朝鮮刑事令25条は、明治刑訴法237条を適用しない旨を規定した。明治刑訴法237条は、被告人が弁護人の選任をしない場合に、裁判長の職権で弁護人を選任すべき旨の内容が含まれており、弁護人の選任ができない被告人もその対象となり得ることから、被告人の防御権を著しく侵害するものであった。そして、統監府裁判所司法事務取扱令35条のように、1年以下の懲役、禁錮又は三百円（統監府裁判所司法事務取扱令では、百円）以下の罰金を言渡す第一審判決の証拠に関する理由を省略することができた（26条）。

（4）小 括

韓国における明治刑訴法は、朝鮮刑事令等によって、日本と大きく異なった実務を生み出した。その主な要因としては、捜査機関に、搜索、差押、訊問などの強制処分が認められたことであろう。明治30年代から日本の大審院は、捜査機関の聴取書の証拠能力を認めるようになりつつあった。一方で、韓国では、聴取書を作成する必要がなく、捜査段階で得られた供述が証拠として認められるために工夫する必要もなかった。さらに、軽微な事件の多くは、警察段階で処理できた。したがって、正式に起訴され、公判廷で罪の有無を判断されたのは、日本に比して比較的になかっただろう。

110) 現行犯に対する捜査であっても、朝鮮高等法院大正2年11月24日判決刑上第106号は、司法警察官が2名の立会人なしに行った、現行犯に対する仮予審処分（予審判事の強制処分を捜査機関が行うことを、実務においては、仮予審処分と称していた）を無効とした。また、朝鮮高等法院大正2年12月4日判決刑上第112号は、司法警察官が明治刑訴法92条を準用する場合には、警察署の内外を問わず、立会人2名が求められ、立会いなしに行われた処分は無効であるとした。証人の訊問調書にも立会人2名の署名捺印が求められた（朝鮮高等法院大正5年7月8日判決刑上第75号）。

訊問調書との関係で、もう一つ念頭に置かなければならないのが、被告人の身体拘束期間である。司法警察官は、被告人勾留権はなかったが、14日以内の留置が可能であった。検事は、20日以内の勾留が可能であった。さらに、明治刑訴法62条は、地方裁判所検事に、捜査が終了したときに、重罪と思料される事件の予審請求を義務付け、軽罪と思料される事件は、「轻重難易ニ從ヒ」予審を求めるか、公訴提起するかを義務付けた。しかし、朝鮮刑事令16条は、「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ルヘシ但シ拘留又ハ科料ニ該ル事件ヲ除クノ外事件繁難ナルトキハ予審ヲ求ムルコトヲ得」と規定した。これは、重罪について予審請求を検事の義務として規定した明治刑訴法とは異なって、検事の裁量による予審請求を規定したものである。予審判事に認められていた被告人の勾留は、期間の制限がなかった¹¹¹⁾。そこで、朝鮮刑事令16条は、すでに予審判事に準じる程度の強制処分権を有していた検事に、予審の請求権を与え、検事が請求権を行使し、予審判事に与えられた期間無制限の勾留権を用いた、20日を超える勾留期間を確保する手段となったのである¹¹²⁾。

制度上、予審判事の強制処分権を獲得した捜査機関が、その強制処分権を行使して、実際に、訊問調書を証拠として使用したか否かについて、「警察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）」内容から、確認することができる。そこには、「刑事事件ノ証憑資料トシテ最多キヲ占ムルモノハ警察官ノ調書ナリ」とあり、実務においては、司法警察官の調書が、最も多く作成されたことが明らかである。そして、「今其ノ調書ニシテ拷問ノ餘ニ出テタルモノトセンカ証拠ハ大半之ヲ喪失シタルモノト謂ハサルヲ得ス其ノ結果トシテ被告ハ無罪ヲ言渡サルルカ……實際ニ於テ此ノ如キ例証ニ乏シカラス（省略筆者）¹¹³⁾」とされ、拷問によって得

111) 小田中・前掲註9, 136頁。

112) 申東雲「日帝下の予審制度에 관하여- 그 制度的 機能을 중심으로 -」서울대학교 법학 27권 1호 (1986年) 154頁。

113) 河村静水編『高等法院検事長訓示通牒類纂』（1925年）4頁。

られた供述も、証拠として公判廷に提出していたことが推認される。

捜査機関の権限拡大とそれを制度的に補完する内容が含まれた朝鮮刑事令によって、韓国の刑事裁判は、捜査機関の調書が重要な証拠となり、それに基づいた調書裁判が定着した。1909年以降から日本人裁判官の任用が増え、韓国人裁判官及び韓国人検事の数が増える一方であった¹¹⁴⁾ことも、調書裁判の定着の原因の一つとなつたのではないかと思われる。なぜなら、日本語しかできない裁判官と韓国語しかできない被告人の間に、すべて通訳を付けることは不可能であり、下級司法警察官吏に韓国人を採用し、韓国語による訊問とその訊問に基づく日本語の訊問調書を作成、証拠化することは、訴訟経済の側面から莫大な費用の軽減となり得たからである¹¹⁵⁾。

4. 大正刑事訴訟法

(1) 大正10年案

大正7年案以降、法律取調委員会の廃止によって中断された明治刑法の改正は、刑事訴訟法改正をおろそかにしてはいけないとした司法省によって、大正9年4月から司法省内部に、刑事訴訟法改正調査委員会が設けられた。同委員会は、大正7年案を基礎として調査を進め、刑事訴訟法改正を再開することになり、大正10年8月24日に全会一致の決議を以って、改正案の完成を告げた¹¹⁶⁾。この改正作業には、「人権蹂躪問題が頂点に達した」と言われる、京都豚箱事件が影響を与えたとされる¹¹⁷⁾。さらに、捜査機関の労働者に対する新たな人権蹂躪問題も登場した¹¹⁸⁾。

大正10年案は、大正11年に、衆議院刑事訴訟法案委員会及び小委員会において、若干の修正が加えられ、衆議院本議会で可決された。その後、貴族院においても、衆議院で可決された修正案を、貴族院刑事訴訟法案特別

114) 藤原・前掲註88, 146-147頁。

115) 신동운 「사법개혁추진과 형사증거법의 개정」 서울대학교 법학47권 1호 (2006年) 112頁。

116) 法曹会編『刑事訴訟法案理由書』（法曹会、1922年）1-2頁。

117) 大場・前掲註13, 65頁。

118) 小田中・前掲註9, 399頁。

委員会及び小委員会において、修正、可決し、大正刑事訴訟法が成立した¹¹⁹⁾。

(2) 大正刑事訴訟法の概観

大正刑事訴訟法（以下、大正刑訴法とする）は、明治刑訴法には明記されていなかった口頭弁論主義を、48条1項において「判決ハ口頭弁論ニ基キテ之ヲ為スヘシ但シ別段ノ規定アル場合ハ此ノ限ニ在ラス」と規定した。そして、56条は、「被告人、被疑者、証人、鑑定人、通事又ハ翻訳人ノ訊問ニ付テハ調書ヲ作ルヘシ」と規定し、その調書には、被告人、被疑者、証人、鑑定人、通事、翻訳人の訊問及び供述を含め、証人、鑑定人、通事、翻訳人の宣誓拒否の理由を記載すべきと規定した。作成された調書は、供述者に読み聞かせるか、閲覽させ、記載内容に相違がないことを確認し、増減変更の申出がある場合には、それを記載する。最後に供述者の署名捺印が求められる。この規定は、訊問の対象となる者の取調べについて、必ず調書を作成すべきであること、ならびに、その記載内容を規定したものであり、明治刑訴法92条、95条、96条、101条、131条、136条などの規定を一括にして修正したものである¹²⁰⁾。そして、56条に基づいて作られた調書については、58条1項「前二條ノ調書又ハ處分ヲ爲シタル年月日及場所ヲ記載シ其ノ取調又ハ處分ヲ爲シタル者裁判所書記ト共ニ署名捺印スヘシ但シ公判期日外ニ於テ裁判所取調又ハ處分ヲ爲シタルトキハ裁判長裁判所書記ト共ニ署名捺印スヘシ」の規定によって、調書の要件を定め、調書の正確性を担保した¹²¹⁾。

捜査機関の捜査について、253条「捜査ニ付テハ秘密ヲ保チ被疑者其ノ他ノ者ノ名誉ヲ毀損セサルコトニ注意スヘシ」ことを新設した。これは、

119) 久岡・前掲註23, 198頁。衆議院及び貴族院での審議は、同論文198-202頁及び小田中・前掲註9, 390頁以下を参照。

120) 法曹会・前掲註116, 44-45頁。なお、明治刑訴法92条、95条、131条は、予審に関する規定であるため、大正刑訴法56条における調書とは、予審調書を意味すると考えられる。

121) 法曹会・前掲註116, 45-46頁。

捜査機関が捜査に着手し、その真相を明らかにするために諸種の取調べを欠かせず、捜査の推進において、「秘密ヲ保ツニ非サレハ罪証ヲ湮滅セラルルノ虞ア」るためである。さらに、秘密を保てなかった場合に、取調べを受けることによって、取調べ対象者を犯罪者扱いすることになり、「紙上ニ虚偽ノ事実ヲ掲載シテ憚ラサル者アリ斯ノ如キハ良民保護ノ精神ニ背反スルモノナル」ため、捜査の漏洩を防ぎ、人の名誉を損なわないために規定した¹²²⁾。しかし、この規定は「全く遵守されていない」どころか、当時の新聞に載せられた捜査記事には、人の名誉を毀損するのみならず、むしろ、捜査の妨げになるようなものもあると指摘される¹²³⁾。大正刑訴法254条1項は、「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、すべての捜査は、対象者の同意及び承諾を得る必要があり、これを得た場合に、一方当事者である捜査機関の捜査が認められる。しかし、「任意供述、承諾同行」と言った任意捜査は、理論上は完全な自由な意思に基づいてなされるべきであるが、実際には心理的強制力を有する場合も、任意と評価されたため、何ら制限を受けず、裁判所による強制を超えた強制が行われることもあり得た¹²⁴⁾。

検事が予審判事又は区裁判所に請求し、被疑者を勾留した場合、10日以内に公訴提起をしなければ、速やかに被疑者を釈放すべきであった（257条）。また、大正10年案から、起訴便宜主義を詳密化し¹²⁵⁾、公訴権を与えられた検事に、「犯人ノ性格、年齢及境遇竝犯罪ノ情状及犯罪後ノ状況」によって起訴する必要がないときには、公訴提起をしないことができるとした（279条）。

予審の目的は、被告事件を公判に付すべきか否かを判断するために必要

122) 法曹会編『刑事訴訟法案理由書〔大正十一年〕』（信山社、2020年）160頁。

123) 小野清一郎『刑事訴訟法講義 訂全三版』（有斐閣、1933年）358頁、註1。

124) 小野・前掲註123、356-358頁。

125) 小田中・前掲註9、401頁。

な事項を取調べることとされた(295条)。明治刑訴法91条は、「予審判事ハ検事若ハ被告人ノ請求ニ因リ又ハ職権ヲ以テ事實発見ノ為メ必要ナリトスル証拠徴憑ヲ取集ス可シ」として、その限度を示していなかったため、予審の取調べが詳細になり、多くの予審調書が証拠となり、間接審理に傾く弊害があった。そのため、予審における取調べの限度を定め、「判決裁判所ニ於ケル直接審理ノ遂行ヲ現実ニスヘキコトヲ期シタリ……(省略筆者)」とし、予審における取調べは、公判で取調べるのが難しいと思料される事項について、公訴維持の資料であるか、被告人の利益となる資料であるかを問わず、予審において取調べることを要するとされた¹²⁶⁾。また、予審にも、「予審ニ於テハ取調ノ秘密ヲ保チ被告人其ノ他ノ者ノ名誉ヲ毀損セサルコトニ注意スヘシ(296条)」と新設された。検事及び弁護人に、予審中の書類及び証拠物の閲覧権を与えたが、検事には、「予審ノ進行ヲ妨ケサル限り」とし、弁護人には、「予審判事ノ許可ヲ受ケ」として、その要件を規定した(303条2項、3項)。

そして、裁判所は、第1回公判期日における取調べの準備のために、公判期日の前に被告人を訊問することができ、その際に、検事及び弁護人の立会いを認めたが、急速を要するときには、検事及び弁護人に、訊問の日時、場所の通知を要しなかった(323条1項、2項、3項)。公判廷における被告人訊問は、基本的に裁判長が行うが、裁判長の許可があれば、検事又は弁護人も被告人を含め、証人、鑑定人、通事、翻訳人を訊問することができ、被告人も、必要な事項をこれらの者及び共同被告人に対して、訊問することを裁判長に請求することができた(338条1項、3項、4項)。これは、明治刑訴法では認められなかった弁護人の直接訊問が認められたことを意味する¹²⁷⁾。

126) 法曹会・前掲註122, 182頁。この理由書には、297条と記載されているが、大正10年案に基づいて記載されており、官報2925号及び国立公文書館デジタルアーカイブの大正11年・法律第75号には、295条と記載されているため、以下からもこれらに従う。

127) 法曹会・前掲註122, 207-208頁。

（3）聴取書排除

大正刑訴法においても聴取書は、法定の手続を経て作成された文書として認められておらず¹²⁸⁾、聴取書排除の規定が設けられた。明治刑訴法では、大審院も容認した下で、捜査機関の聴取書に証拠能力が認められ、捜査機関による人権蹂躪が問題となった。しかし、大正刑訴法は、342条において、「公判期日前訴訟関係人ヨリ提出シタル証拠物及証拠書類ハ公判廷ニ於テ之ヲ取調フヘシ」と規定し、訴訟関係人が提出した書類も、証拠調べの対象として規定していたが、343条では、「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」と規定して、捜査機関の聴取書を排除する規定を新設した¹²⁹⁾。実際に、この343条を設けた理由として、明治刑訴法における聴取書問題が、直接審理主義と相容れず、妥当性を欠くことが掲げられ¹³⁰⁾、その例外として、証拠とすることができる場合は、「供述者死亡シタルトキ」、「疾病其ノ他ノ事由ニ因リ供述者ヲ訊問スルコトヲ能ハサルトキ」、「訴訟関係人異議ナキトキ」とされた。しかし、区裁判所の事件は、明治刑訴法と同様であった。すなわち、捜査機関の聴取書であっても証拠能力を認められたのであるが、その理由は区裁判所事件は、直接審理主義に「拘泥セサル」ためである¹³¹⁾。また、区裁判所における被告人の自白があり、訴訟関係人の異議さえなければ、他の証拠を取調べることを要しなかった（346条）。

小田中は、このような規定が設けられた理由を、次のように説明している。大正3年から、ほぼ毎年出された「犯罪捜査法案」及び「人権保護ニ関スル法律案」が、衆議院では可決されたため、人権蹂躪問題に対する立法的解決要求を無視できず、捜査検察機関の強制権限の拡大強化を実現す

128) 団藤重光『刑事訴訟法綱要』（弘文堂、1943年）326頁。

129) 小田中・前掲註9、401頁。

130) 法曹会・前掲註122、211-212頁。

131) 林頼三郎『刑事訴訟法要義 各則上巻』（中央大学、1924年）240-241頁。

るために、聴取書排除を受け入れることになったのである¹³²⁾。

しかし、判例は、当初、明治刑訴法のもとで作成された聴取書も、「現行刑事訴訟法第六百十六条第二項ノ規定¹³³⁾ニ依リ同法施行前旧法ニ依リテ為シタル訴訟手續ノ効力ヲ妨ケサルカ故ニ原判決カ所論聴取書ヲ証拠ニ採用シタルハ違法ニ非ス¹³⁴⁾」として、大正刑訴法においても、大正刑訴法の施行前に作成された聴取書を証拠とすることは、違法ではないとした。一方で、その後の判例は、証拠の法則は、判決当時の法律によるべきものとし、343条の規定する被告人の供述を録取した検事の聴取書のよう
に、法令によって作成した訊問調書でない書類は、「仮令同法施行前ニ作成セラレタルモノト雖同法施行後ニ於テハ同条第一項第一号及第三号ノ場合ニ非サル限り」地方裁判所の事件については、聴取書を証拠として有罪判決をなすことができないとした。そして、「本件放火及誣告事件ハ予審ヲ經由シタル地方裁判所ノ管轄ニ属スル事件ナルニ原判決ハ被告ニ判示放火ノ行為アルコトヲ認定スルニ当リ被告ニ対スル検事ノ聴取書ヲ証拠ト為シタルモノニシテ右聴取書ヲ罪証ト為スニ付訴訟關係人ニ異議ナカリシコトハ記録上之ヲ看取スルニ由ナキヲ以テ刑事訴訟法第三百四十三条所定ノ採証ノ法規ニ違背シタル不法アルノミナラス」聴取書が原判決の犯罪事実の確定に影響を及ぼすべきものとして、原判決を破棄した¹³⁵⁾。同判決によれば、大正刑訴法の聴取書排除は成功であったようにも思われる。しかし、実際には、大正14年の判決後も明治刑訴法時代と同様の判例法上の運用と解釈が行われたとされる¹³⁶⁾。

132) 小田中・前掲註9、406頁。

133) 大正刑訴法616条1項、「本法ハ本法施行前ニ生シタル事件ニ亦之ヲ適用ス」、2項、「前項ノ規定ハ本法施行前旧法ニ依リ為シタル訴訟手續ノ効力ヲ妨ケス」、3項、「本法施行前旧法ニ依リ為シタル訴訟手續ニシテ本法ニ之ニ相当スル規定アルモノハ之ヲ本法ニ依リ為シタルモノト看做ス」

134) 大判大正13年2月6日刑集3巻65頁。

135) 大判大正14年1月29日刑集4巻21頁。

136) 大場・前掲註13、200頁。以下は、主にこの先行研究に依拠したものである。

まず、裁判官の自由心証について、「同一人ニ対シ刑事訴訟法第三百四十三條第一項第一号及至第三号ニ依リ採用シ得ヘキ検事又ハ司法警察官作成ノ聴取書ト予審調書等ト併存スル場合ニ於ケル取捨判断ハ判事ノ自由ナル裁量ニ依リ決定スヘキモノトス」とした¹³⁷⁾。大正刑訴法が343条において、例外的に聴取書の証拠能力を認めたものと、明文規定により証拠能力を持つものとの間の優先順位は、裁判官の裁量であることを示した。これは、明治刑訴法のように、伝聞供述をも許容することを意味する¹³⁸⁾。これ以外に、明治刑訴法の判例が大正刑訴法にまで影響を与えたものとして、①被告人の自白のみによって犯罪事実を認定したもの及び、②被告人が自白を取消しても自白の取捨は、裁判所の職権としたものがある。

①について、大審院は、被告人の自白について、訴訟関係人の異議がない場合には、一般に他の証拠の取調べを要すると、旧法219条3項、239条に規定されているが、この趣旨は、裁判所の審理手続を示したものに過ぎず、「裁判所ノ証拠取捨ノ判断ニ関スル職権ヲ制限シタルモノニ非サレハ被告人ノ自白ノミニ依拠シテ犯罪事実ヲ認定スルノ不法ニ非サル……（省略筆者）」とした¹³⁹⁾。②については、被告人の自白は、裁判所の審級が異なるために、その証拠力が変わるものではなく、また、自白取消し（撤回）によって証拠となる価値に影響を及ぼすべきものでもないため、被告人による下級審での自白は、上級審において、これを取消す（撤回）旨の申立てがあっても、無効とはならないというべきであって、「被告ハ第二審ニ於テ第一審ノ自白ヲ取消スモ裁判所ハ証拠ノ取捨判断ニ関スル職権ヲ行使シ第一審ノ自白ヲ採……（省略筆者）」ることは、違法ではないとした¹⁴⁰⁾。いずれも明治刑訴法時代の裁判所の自由心証主義に関する判断を受け継いだものである。大正刑訴法は、明治34年案38条の「事実ノ認定ハ

137) 大判大正14年5月21日刑集4巻313頁。

138) 大場・前掲註13、202頁。小野・前掲註123、290頁註2によれば、伝聞供述の証拠採用について、明治刑訴法の判例を従うとされる。

139) 大判大正13年1月25日刑集3巻20頁。

140) 大判大正14年4月10日刑集4巻251頁。

証拠ニ依ル証拠ノ証明力ハ判事ノ自由ナル判断ニ任ス」という規定を、2つに分離し、336条及び337条に規定することで、自由心証主義を規定した。

その他に、検事の聴取書は、検事の捜査処分として、事件関係人の任意の供述を録取したものであるため、裁判所書記の立会いを要しないことを理由に、聴取書に書記の署名捺印を不要としたもの¹⁴¹⁾、事件の公判係属後であっても、検事の捜査権を制限する法律がないため、公判係属後に作成された聴取書にも証拠能力があるとしたもの¹⁴²⁾も、明治刑訴法時代の判例と何ら変わりのないものである。

さらに、司法警察官の拷問によって自白に至ったとの被告人の主張に対して、「原判決挙示ノ証拠ヲ総合スレハ原判事犯罪事実ヲ証明スルニ足り記録ニ依ルモ其ノ誤認ナルコトヲ疑フニ足ルヘキ顯著ナル事由アリト認め難ク又司法警察官カ所論ノ如キ不法ノ措置ヲ為シタル事跡毫モ存セサルヲ以テ論旨ハナシ」としたものもある¹⁴³⁾。大正刑訴法時代の証拠法実務では、訴訟関係人の異議がないことが活用された¹⁴⁴⁾ということから、捜査機関の聴取書問題は、完全なる解決には至らなかったと考えられる。

(4) 被告人及び証人訊問

強制処分の権限は、通常、裁判機関に属しており、捜査機関は、強制処分の権限を持たない¹⁴⁵⁾。検事が捜査上、被疑者及び証人の訊問をするためには、255条によって、検事が判事に対して必要な強制処分を請求する。その請求に応じて、判事が捜査段階において判事がなす処分を裁判上の捜査処分という¹⁴⁶⁾。

141) 大判昭和2年9月10日刑集6巻353頁。

142) 大判昭和3年3月16日刑集7巻178頁。

143) 大判昭和8年7月5日刑集12巻1080頁。

144) 大場・前掲註13, 205頁。

145) 小野・前掲註123, 263頁。

146) 平沼駿一郎『新刑事訴訟法要論』(日本大学, 1923年) 425頁。

〔255条 検事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、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〕

このような通常の捜査における強制処分権の行使の他に、捜査機関に例外的に認められた強制処分権がある。一つ目は、現行犯に対する強制処分である。

〔129条一 検事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遅クトモ二十四時間以内ニ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

二 勾留ノ必要アリト思料スル場合ニ於テ急速ヲ要シ判事ノ勾留状ヲ求ムルコト能ハサルトキハ勾留状ヲ發シ速ニ公訴ヲ提起シ又ハ書類及証拠物ト共ニ之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

三 検事他ノ検事ヨリ被疑者ヲ受取りタルトキハ前項ノ手續ニ準シ処分スヘシ但シ留置ノ必要ナシト思料スルトキハ勾留ヲ取消スヘシ

四 検事他ノ検事ノ囑託ニ因リ被疑者ニ対シ勾引状ヲ發シタル場合ニ於テハ第一項ノ手續ニ依ラス速ニ之ヲ囑託シタル検事ニ送致スヘシ〕

〔127条 司法警察官現行犯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トモ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事又ハ相当官署ニ送致スル手續ヲ為スヘシ〕

司法警察吏には、現行犯であっても強制処分権は認められず、現行犯の逮捕又は受取り後、速やかに検事又は司法警察官に引致しなければならな

い (126条, 128条)。

二つ目は、要急事件に対する強制処分である。大正刑訴法は、要急事件を以下のように規定した。

- 〔123条 左ノ場合ニ於テ急速ヲ要シ判事ノ勾引状ヲ求ムルコト能ハサルトキ
ハ検事ハ勾引状ヲ発シ又ハ之ヲ他ノ検事若ハ司法警察官ニ命令シ若
ハ囑託スルコトヲ得
- 一 被疑者定リタル住居ヲ有セサルトキ
 - 二 現行犯人其ノ場所ニ在ラサルトキ
 - 三 現行犯ノ取調ニ因リ其ノ事件ノ共犯ヲ発見シタルトキ
 - 四 既決ノ囚人又ハ本法ニ依リ拘禁セラレタル者逃亡シタルトキ
 - 五 死体ノ検証ニ因リ犯人ヲ発見シタルトキ
 - 六 被疑者常習トシテ強盜又ハ窃盜ノ罪ヲ犯シタルモノナルトキ

123条2号及び3号以外は、現行犯とは異なる場面における強制処分権行使を肯定するものである。現行犯及び要急事件に対する捜査機関の強制処分権行使は、五百円以下の罰金、拘留又は科料に該当する事件については、その権限行使はできないが、犯人の住居若しくは氏名が明らかでない場合、犯人の逃亡の恐れがある場合には、権限行使が認められた (132条)。

大正刑訴法においても、明治刑訴法のように被告人訊問に関する規定を定めた章が設けられた。明治刑訴法と異なるのは、被告人訊問に関する規定が、被疑者訊問の場合にも準用されるようになったことである (139条)。また、これによって、134条「被告人ニ対シテハ被告事件ヲ告ケ其ノ事件ニ付陳述スヘキコトアリヤ否ヲ問フヘシ」といった「黙秘権規定¹⁴⁷⁾」が、被疑者訊問に適用されるようになった。その他にも、135条「被告人ニ対シテハ丁寧深切ヲ旨トシテ其ノ利益ト為ル事実ヲ陳述スル機会ヲ与フヘシ」が新設された。最後に、検事による被疑者訊問は、136条「被告人

147) 小田中・前掲註9, 400頁。

ヲ訊問ストキハ裁判所書記ヲシテ立会ハシムヘシ」の準用により、裁判所書記の立会いが求められるが、司法警察官による被疑者訊問には、裁判所書記ではなく、司法警察吏を立会人として規定した（139条但書）。

被告人訊問については、黙秘権規定の明文化及び立会人を必要とすることが、被告人に防御権を与え、対等な当事者としての地位を認めるように読み取ることもできなくはない。しかし、明治刑訴法のように、被告人に、当事者としての地位だけではなく証拠方法としての地位も認め、被告人に与えられた防御権は、あくまでも行き過ぎた捜査に対する防御に有効であって、刑事訴訟法の最も重要な目的が実体的真実発見である以上、被告人に供述義務が認められるとする見解もある¹⁴⁸⁾。

また、上述した139条は、「本章ノ規定ハ被疑者ヲ訊問スル場合ニ之ヲ準用ス但シ司法警察官訊問ヲ為ス場合ニ於テハ司法警察吏ヲシテ立会ハシムヘシ」として、139条の被疑者訊問に、任意の供述を求める行為は含まれず、立会人を要しない。この139条が適用されるのは、司法警察官の場合には、127条、検事の場合には、129条、判事の場合には、255条の規定による場合のみである¹⁴⁹⁾。

証人訊問に関しては、まず、証人訊問は、被告人訊問と同様に、裁判所書記を立会人として規定した条文を準用している（207条）。予審判事に、裁判所又は裁判長と同一の証人訊問権を認め（213条）、捜査機関も一定の要件で証人訊問権が認められた（214条1項、2項）。この要件とは、要急事件を規定した123条の各号に該当するとき又は、現行犯人の逮捕及び現行犯人を受け取った場合において、公訴提起前に限って、184条及び211条を準用して、自ら証人訊問するか又は他の検事及び司法警察官に証人訊問を命令、囑託することができた。

「184条 裁判所ハ別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外何人ト雖証人トシテ之ヲ訊

148) 林頼三郎『刑事訴訟法要義 総則下巻』（中央大学、1924年）2-3頁。

149) 林・前掲註148、13-14頁。

問スルコトヲ得」

「211条 裁判所ハ必要アルトキハ決定ヲ以テ指定ノ場所ニ証人ノ同行ヲ命スルコトヲ得証人正常ノ自由ナクシテ同行ヲ肯セサルトキハ之ヲ勾引スルコトヲ得」

この場合の司法警察官による証人訊問は、司法警察吏の立会いが求められる(216条)。なお、捜査機関は証人に宣誓させることはできない(215条)。

(5) 直接審理主義及び口頭主義

大正刑訴法48条1項は、「判決ハ口頭弁論ニ基キテ之ヲ為スヘシ但シ別段ノ規定アル場合ハ此ノ限ニ在ラス」と規定しており、予審調書であっても、一定の手続によらなければ証拠とすることができず(340条)、これに反して証拠として採用した際には、手続上の法令違反として、上告の理由となる(409条)ことから、大正刑訴法は、口頭主義を原則としていると言える¹⁵⁰⁾。しかし、口頭主義と密接な関係である直接審理主義については、伝聞の証人を禁じるなどの規定が設けられていないのみならず、公判前の手続において取調べた結果を記載した書類を、証拠として認めることが禁じられていない¹⁵¹⁾。人の供述については、上述したように、捜査機関の聴取書は、原則的に証拠能力を否定され、一定の要件を満たした場合のみ、証拠能力を認められると定められているも、区裁判所には、この限りではなかった。340条において、「証拠物ハ裁判長之ヲ被告人ニ示スヘシ」と規定していることは、直接審理主義を徹底していると言えるが、大正刑訴法は、公判手続において、検証の必要が生じた場合にその検証を受任判事又は受託判事に行わせ、調書による証拠採用ができた(178条、154条)¹⁵²⁾。

150) 小野・前掲註123, 426-427頁。

151) 小野・前掲註123, 431-432頁。

152) 小野・前掲註123, 433頁。

（6）小 括

大正刑訴法は、捜査機関による聴取書問題及び明治時代から指摘された捜査機関の人権蹂躪問題の解決として、大正刑訴法343条の規定を設けた。しかし、法令によらずに作成された供述を録取した書面の証拠能力を否定したにもかかわらず、その例外規定によって、聴取書の証拠能力は、ほぼ認められた。これは、大正刑訴法が、原則としては聴取書の証拠能力を否定したにもかかわらず、捜査機関の聴取書作成に対する、一種の執着を根絶できなかったことを意味すると考えられる。捜査機関の聴取書に対する執着を可能にしたことは、当時の大審院の判断の影響も無視し得ないであろう。

公判中心主義の側面も、明治刑訴法189条のように、刑事訴訟法が直接審理主義を原則とすると解釈できる明文規定は、設けられなかった。特に証人訊問に関する規定は、明治刑訴法よりも詳細に規定することによって、明治刑訴法の不備を補正したと説明される¹⁵³⁾。そのため、上述したように、条文によって大正刑訴法が口頭主義であることは推認できるが、直接審理主義については、推認し得ないのではないかと考えられる。

5. 韓国における大正刑事訴訟法

（1）大正刑事訴訟法の適用

明治44年に制定された、「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」は、「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執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」と規定されていた。一方で、朝鮮刑事令は、1条に定められた日本の法律が改正された場合に、改正前のものを依用するか、改正後のものを依用するかを明らかにしていなかったが、上記の制令によって、改正されたものが適用されることになった¹⁵⁴⁾。上記制令の、「法律ノ改正アリタルトキ」と

153) 林・前掲註148, 80頁。

154) 氏家・前掲註100, 345頁。

は、一部改正のみならず、法律を廃止すると同時に新たな法律を施行する場合も含まれるべきとされていた¹⁵⁵⁾。したがって、日本において、明治刑訴法が廃止され、大正刑訴法が施行されたと同時に、韓国も朝鮮刑事令による大正刑訴法が依用されるようになった。

(2) 捜査手続

大正刑訴法が施行されることによって、朝鮮刑事令も大幅な改正が行われた。このときの改正が、第6改正である¹⁵⁶⁾。朝鮮刑事令11条は、第6改正において、削除された。朝鮮刑事令11条の内容を簡略に述べると、明治刑訴法144条及び147条の規定によって、検事又は司法警察官が、現行犯に対して予審判事に属する処分を行うことができ、その際に犯行現場に臨検することを必要としたものであって、朝鮮刑事令11条は、臨検の必要がないと判断したときには、省略できるとしたものである。すなわち、韓国の捜査機関に予審判事とほぼ同一の権限を認める規定であった。しかし、大正刑訴法は、明治刑訴法144条及び147条のような規定がなかったため、朝鮮刑事令11条は削除されたと考えられる。

次に、非現行犯に対して行使できる捜査機関の権限を規定した朝鮮刑事令12条も、大正刑訴法の依用とともに改正された。

改正前「一項 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發シ檢証、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

二項 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發スルコトヲ得ス」

155) 玉名・前掲註97, 5頁。

156) 氏家・前掲註100, 346頁。

- 改正後「一項 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
- 二項 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
- 三項 刑事訴訟法第八十七条第一項、第八十八条及第三百三十一条ノ規
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及至
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」

改正前は、捜査機関に、急速を要する場合と判断¹⁵⁷⁾したときに、非現行犯に対する強制処分を認めていた。改正後は、大正刑訴法とは異なる韓国における捜査機関の強制処分に関する特例を設けたものである¹⁵⁸⁾。この強制処分には、禁錮以上の刑に該当し、急速を要する場合の被疑者訊問が含まれ、非現行犯に対する強制処分となる訊問は、明治刑訴法時期と類似している。昭和6年2月に開催された次席及上席検事会同では、朝鮮刑事令に基づいた強制捜査処分に関して、その運用につき、検事には注意をなすと同時に、司法警察官に対して、濫用しないように注意することが決議された¹⁵⁹⁾。

そして、被疑者に対する召喚権も、捜査機関に認められており、これは、朝鮮刑事令12条が、捜査機関に被疑者訊問権を認め、訊問のために被疑者を勾引することを認めているため、被疑者を訊問するための召喚権を認めない理由がないことが理由として説明される¹⁶⁰⁾。なお、大正12年の

157) 朝鮮高等法院明治44年（前掲註102）の判例で明らかにしたように、急速の有無についての判断は、緩やかな解釈がなされていた。

158) 氏家・前掲註100、374頁。

159) 河村・前掲註113、329頁。

160) 玉名・前掲註97、28頁。

「裁判所及検事局ノ長(支庁ヲ含ム) 宛法務局通牒」には、高等法院及び覆審法院、監督官会議協議決定として、大正刑訴法255条(裁判上の捜査処分)による処分を行った事件については、なるべく朝鮮刑事令12条の急速処分を行わないこととし、朝鮮刑事令12条の急速処分を行った事件については、なるべく255条の請求をしないことが含まれた¹⁶¹⁾。

判例は、検事が朝鮮刑事令12条1項の規定による被疑者訊問を行った際に、大正刑訴法56条¹⁶²⁾の規定によって作成した被疑者訊問調書は、同法343条の、「法令ニ依り作成シタル訊問調書」に該当するとした¹⁶³⁾。

なお、勾引については、大正刑訴法88条及び131条を、証人訊問、鑑定、通訳及び翻訳については、同法1編13章及び15章中の「検事又ハ司法警察官ノ為ス処分ニ関スル規定」を準用するとしたのは、朝鮮刑事令14条が改正されたためである¹⁶⁴⁾。改正前は、捜査機関の強制処分について、予審に関する規定を準用すると規定していたが、改正後、この規定は、実質的に削除されたものとなった¹⁶⁵⁾。

しかし、これらの改正による変化は、韓国においては、それほど大きな影響を与えられなかったとされる。なぜなら、既に韓国では、捜査機関に強力な強制処分権が認められていたからであって、大正刑訴法は、当時の朝鮮刑事令に対する、体系上の再整備に過ぎなかったからである¹⁶⁶⁾。

一方で、被疑者の身体拘束に関しては、大きな変化がみられる。もともと、明治刑訴法時代の検事の勾留状による勾留期間は、20日間であった。司法警察官には、14日間の留置権を認めていた。

161) 河村・前掲註113, 316頁。

162) 「被告人、被疑者、証人、鑑定人、通事又ハ翻訳人ノ訊問ニ付テハ調書ヲ作ルヘシ」と規定され、調書に訊問及び供述の記載などが定められている。

163) 朝鮮高等法院昭和7年12月1日判決刑上第125号。

164) 改正内容は、検事が他の検事又は司法警察官に強制処分を命令、囑託できることなどを規定している。詳細については、氏家仁「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——」比較法雑誌46巻4号(2012年)261-262頁を参照。

165) 氏家・前掲註164, 261頁。

166) 申東雲・前掲註112, 159頁。

これに対して、まず、改正後の朝鮮刑事令15条は、12条によって検事が被疑者を訊問した後、大正刑訴法90条1項¹⁶⁷⁾の定めた事由があると思料した場合に、被疑者を勾留することができるものと規定した。その際には勾留状を発する必要があるが、10日間の勾留が認められる。但し、本条により被疑者を勾留した場合には、大正刑訴法255条による勾留の請求はできなかった。

10日以内に起訴の手續を行わない場合には、勾留は取消しとなり、被疑者を釈放しなければならないが、これは、大正刑訴法において、捜査が人の権利に抵触しない限度で行われることを原則とし、やむを得ない場合に限り、必要最小限の捜査が認められているため、この限度を超えた勾留は許されないからである¹⁶⁸⁾。さらに、大正13年3月14日に行われた次席検事及合議支庁上席検事合同席上において、中村高等法院検事長は、被疑者を拘束する10日を超えなければ、事件の取調べを速やかにせず、10日に至るまで拘束するというようなことは、運用上の妥当性を欠くとの指摘した¹⁶⁹⁾。

次に、朝鮮刑事令13条は、司法警察官の留置の要件として、検事と同様に、被疑者に住居がない場合、罪証隠滅の恐れがある場合、逃亡又は逃亡の恐れがある場合と規定している。そして、この場合に10日間の留置ができるとして、留置期間が短縮された。被疑者の留置期間内に、書類、証拠物とともに被疑者を管轄裁判所の検事又は相当官署に送付しなければならない（2項）。相当官署とは、軍法会議のような特別裁判所のことである¹⁷⁰⁾。大正刑訴法127条により被疑者を訊問し、禁錮以上の刑に該当すると思料する場合にも、13条1項及び2項を準用した（3項）。

10日間の留置権は、その権限行使において、濫用されたことが指摘され

167) 被告人に住居がない場合、罪証隠滅する恐れがある場合、逃亡又は逃亡の恐れがある場合に、被告人を勾留できる。

168) 玉名・前掲註97, 83-84頁。

169) 河村・前掲註113, 30-31頁。

170) 玉名・前掲註97, 69頁。

ている¹⁷¹⁾。いわゆる司法協会決議を通じて、連続犯の概念を認め、捜査手続においては、各犯罪に対して別個の留置権を行使し得るとされたからである¹⁷²⁾。この他に、司法警察官の留置に対する不服申立てについて、朝鮮刑事令では、司法警察官の留置に対する不服申立てを規定しておらず、大正刑訴法471条は、検事の勾留に対する不服申立及び検事又は司法警察官の押収、押収物の還付のみを規定していたことから、留置に対する不服申立てはできないとされる¹⁷³⁾。また、韓国の司法警察官署の多くが裁判所と遠く、裁判所が不服申立てを受けた時期には、留置の期間が終了した後となるため、このような事情に鑑みて論じるべきであるとされた¹⁷⁴⁾。

改正された朝鮮刑事令における被疑者の身体拘束は、明文上においては、その期間が短縮された。しかし、このような変化は、大正刑訴法の施行とは関係のないものであって、独立運動である三・一運動の刺激による日本の緩和策の一つであるとの見解もある¹⁷⁵⁾。

(3) 公判手続

朝鮮刑事令17条は、改正後も大きな変化はない。改正前は、裁判所又は予審判事に、司法警察官に対する検証、搜索、差押を命じることができるとしたが、改正後は、検証及び鑑定に命令に限られた。大正刑訴法150条ないし169条が、裁判所又は予審判事に押収及び搜索の命令状の発布を認めためたためであると考えられる。

改正前の朝鮮刑事令25条は、上述した通り被告人が弁護人の選任をしない場合に、裁判長の職権によって弁護人を選任すべき旨を定めた明治刑訴法237条を適用しないことを定めていた。しかし、改正後は、大正刑訴法

171) 신동운·前掲註85, 412-413頁。

172) 詳細については、氏家·前掲註164, 256-257頁を参照。なお、司法協会決議の内容については、玉名·前掲註97, 76-77頁を参照。

173) 玉名·前掲註97, 77頁。

174) 玉名·前掲註97, 77頁。

175) 신동운·前掲註85, 412頁。

334条「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（1項）」、「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権ヲ以テ弁護人ヲ附スヘシ（2項）」の規定を適用するという必要の弁護の規定を設けた。但し、その適用は、「死刑又ハ無期ノ懲役若ハ禁錮」に限られ、短期一年以上の事件は、その対象から除外された。その理由は、当時の韓国の実情では、弁護人の分布が普遍的ではないため、すべての重要事件に弁護人を付することが困難であったことにあり、今後弁護人の分布に応じるとされた¹⁷⁶⁾。なお、大正刑訴法43条による官選弁護に、司法官試補も選任できるようになったが、その数は多くなかった¹⁷⁷⁾。そして、1年以下の懲役、禁錮又は三百円以下の罰金を言渡す第一審判決の証拠に関する理由を省略することができるとした朝鮮刑事令26条は、「判事単独ニテ有罪ノ言渡ヲ為シタル判決」と改正された。

最後に、公判手続は、大正刑訴法によって、人定訊問、被告人訊問、証拠調べの順に行われた¹⁷⁸⁾。大正刑訴法338条3項は、検事及び弁護人に、裁判長の許可を得て、被告人、証人、鑑定人、通訳人、翻訳人を訊問することができる」と規定していたが、朝鮮刑事令27条は、これらの訊問について、訊問する必要があるときに、その訊問を裁判長に請求すべきとして、検事及び弁護人の直接訊問権を否定した。これは、裁判のほとんどが通訳人を必要とし、その際に、通訳人を通じて直接訊問を認めると、「法廷ノ整理ヲ欠キ、取調ノ統一ヲ損スルノ虞アル」からと説明された¹⁷⁹⁾。

176) 玉名・前掲註97, 90頁。なお、当時の弁護人の数については、氏家仁「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——」比較法雑誌47巻1号（2013年）199頁の図1を参照。

177) 氏家・前掲註176, 201-202頁。

178) 신동운・前掲註85, 414頁。

179) 玉名・前掲註97, 92頁。

(4) 小 括

以上、大正刑訴法の影響を受けた朝鮮刑事令の改正を概観した。明治刑訴法時代から捜査機関に認められた強大な強制処分権は、大正刑訴法時代にまで受け継がれ、判例によって、検事の被疑者訊問調書が大正刑訴法343条の法令により作成された訊問調書として、容易に認められるようになった。さらに、大正12年の高等法院及覆審法院兩監督會議協議決定事項では、「合議事件ニ付テハ刑事訴訟法第三百四十三條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十二條ノ急遽処分ニ依リ証拠ノ収集ヲ為スコト」¹⁸⁰⁾とされ、大正刑訴法343条の回避さえ明らかにされた。

明治刑訴法時代から指摘された拷問に関しても、昭和8年の「検事局監督官ニ対スル境高等法院検事長訓示」では、「警察官ノ拷問ハ朝鮮統治上多方面ニ互リ影響スルコト甚大ナルヲ以テ多年其ノ根絶ヲ期シ来リタルモ未タ全ク其ノ跡ヲ絶タサルニ……(省略筆者)」とされている。このような実態となった理由は、昭和10年の「検事局監督官ニ対スル笠井高等法院検事長訓示」で明らかになる。韓国の犯罪捜査の実状は、「捜査事件検事ノ定員ニ比シ甚シク多キニ過キ検事ハ其ノ本領ヲ發揮シ難ク殆ト司法警察官ノ送致事件ノ処理ニ忙殺セラレ他ヲ顧ミル余力ナク偶検事ニ対シ直接告訴告発ヲ為シ其ノ発動ヲ求ムルモノアルモ之カ捜査ニ従事シ難キ……直接事件ト雖特ニ直接捜査ヲ為スノ必要アリト思料セサルモノニ限司法警察官ニ之カ捜査ヲ為サシムルコトヲ得ヘキコトトシ僅ニ其ノ過重ナル負担ノ緩和ヲ図リタリ……(省略筆者)¹⁸¹⁾」とされている。結局、司法警察官の拷問は、被疑者の自白獲得を目的としたものであって、司法警察官の訊問調書の証拠能力が容易に認められた当時の調書裁判に起因すると考えられる。そして、拷問が発覚した際にも、その捜査官に対する懲戒処分は比較的

180) 河村・前掲註113, 316頁。

181) 河村・前掲註113, 61-62頁。なお、訓示の内容は、このような捜査は捜査の本旨に反し、検事局に対する信頼を損なうものとして指摘されるが、司法警察官に捜査を委ねると罪証収集ができない若しくは犯人検挙ができないことを懸念している。

軽いものに過ぎなかった¹⁸²⁾ことも、自白獲得の手段として拷問が用いられた一因と考えられる。

6. 特別法

(1) 陪審法

陪審法は、大正12年に公布された（法律第五十号）¹⁸³⁾。昭和3年から施行された陪審法は、刑事訴訟法に対する特別法の関係であったため、陪審法が停止された昭和18年まで、対象事件に対する適用は、刑事訴訟法と併せて行われた¹⁸⁴⁾。陪審制度は、「民意に聴いて国政を行うとする傾向」、「刑事裁判に対する信頼が厚くなる」との理由で採用された¹⁸⁵⁾。陪審法の対象となる事件は、①「死刑又ハ無期ノ懲役若ハ禁錮ニ該ル事件（2条）」、②「長期三年ヲ超ユル有期ノ懲役又ハ禁錮ニ該ル事件ニシテ地方裁判所ノ管轄ニ属スルモノニ付被告人ノ請求アリタルトキ（3条）」、③「大審院ノ特別権限ニ属スル罪、刑法第二編第一章乃至第四章及第八章ノ罪、軍機保護法、陸軍刑法又ハ海軍刑法の罪其ノ他軍機ニ関シ犯シタル罪、法令ニ依リ行フ公選ニ関シ犯シタル罪（4条1項各号）」である。

注目すべきことは、陪審法の証拠に関する規定である。これらの規定は、陪審法の提案及び審議した委員の間で、直接審理主義を原則とするものとして認識されていた¹⁸⁶⁾。

「71条 証拠ハ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外裁判所ノ直接ニ取調ヘタルモノニ限ル」

「72条 左ニ掲クル書類図画ハ之ヲ証拠ト為スコトヲ得

一 公判準備手続ニ於テ取調ヘタル証人ノ訊問調査

182) 심회기「日帝強占期 調書裁判의 実態」형사법연구25号（2006年）342頁。

183) 木下半治『陪審法批判』（上野書店、1928年）7-8頁。

184) 久岡・前掲註23、203頁。

185) 司法省刑事局『陪審制度の話』（1916年）3-5頁。

186) 久岡・前掲註23、204頁。

- 二 検証, 押収又ハ搜索ノ調書及之ヲ補充スル書類図画
- 三 公務員ノ職務ヲ以テ証明スルコトヲ得ヘキ事実ニ付公務員ノ作りタル書類
- 四 前号ノ事実ニ付外国ノ公務員ノ作りタル書類ニシテ其ノ真正ナルコトノ証明アルモノ
- 五 鑑定書又ハ鑑定調書及之ヲ補充スル書類図画

〔73条 裁判所, 予審判事, 受命判事, 受託判事其ノ他法令ニ依リ特別ニ裁判権ヲ有スル官署, 検事, 司法警察官又ハ訴訟上ノ共助ヲ為ス外国ノ官署ノ作りタル訊問調書及之ヲ補充スル書類図画ハ左ノ場合ニ限り之ヲ証拠ト為スコトヲ得

- 一 共同被告人若ハ証人死亡シタルトキ又ハ疾病其ノ他ノ事由ニ因リ之ヲ召喚シ難キトキ
- 二 被告人又ハ証人公判外ノ訊問ニ対シテ為シタル供述ノ重要ナル部分ヲ公判ニ於テ変更シタルトキ
- 三 被告人又ハ証人公判廷ニ於テ供述ヲ為ササルトキ

〔74条 前二条ノ場合ノ外裁判外ニ於テ被告人其ノ他ノ者ノ供述ヲ録取シタル書類又ハ裁判外ニ於テ作成シタル書類図画ハ供述者若ハ作成者死亡シタルトキ又ハ疾病其ノ外ノ事由ニ依リ召喚シ難キトキニ限り之ヲ証拠ト為スコトヲ得〕

〔75条 証拠ト為スコトニ付訴訟関係人ノ異議ナキ書類図画ハ前三条ノ規定ニ拘ラス之ヲ証拠ト為スコトヲ得〕

しかし、韓国では陪審法の痕跡が見当たらない。おそらく、陪審員は、12人を必要とし、陪審員となるためには、30歳以上の日本人男性であり、2年以上同じ市町村に住居し、2年以上の国税3円以上を納め、読み書きができることを要求しているため¹⁸⁷⁾、この条件を満たす者を確保し難かつ

187) 司法省刑事局・前掲註185, 10頁。これらの条件の他にも陪審員になれない事由がいくつか存在した。

たことも考えられる。また、上述した通訳などの訴訟経済側面からは、韓国の実状に合わせた運用という点からもその利点がなかったのであろう。

（2）治安維持法

1925年に制定された治安維持法は、制定当初は、共産党などの活動に適用され、1927年からは、より広い範囲に対して適用されるようになった¹⁸⁸⁾。治安維持法の適用による共産党の検挙に成功した当時の内閣は、治安維持法の厳罰主義の方向への改正を試みたが叶わず、緊急勅令という形で1928年に改正を成し遂げた¹⁸⁹⁾。そして、治安維持法を用いた人権蹂躪問題が相次ぐ中で、1934年と1935年に治安維持法改正案が出されたが、不成立に終わった¹⁹⁰⁾。1941年には、治安維持法の全面的な改正が行われた。特に、強制捜査に関する検事の権限の強化、弁護人選任の制限などが注目される。

まず、制定時は、国体を変革するか、私有財産制度を否定する目的をもって結社し、それを知らずながら組織に加入した者は、10年以下の懲役又は禁錮に処する（1条）とされていた。しかし、改正1条は、結社の役員と指導者たる任務に従事した者は、死刑又は無期もしくは7年以上の懲役となり、結社の目的を知り、加入した者又は目的遂行のために行動した者は、3年以上の有期懲役となり、より詳細化、厳罰化された。他の治安維持法に抵触する行為も同様である。

新たに設けられた第2章では、検事に被疑者を召喚し、司法警察官に被疑者の召喚を命ずることができるとし（18条1項）、この召喚への正当な事由のない不応は、検事に、被疑者の勾引を可能にした（19条）。被疑者を引致した後、捜査機関は48時間以内に被疑者を訊問し、勾留状を発するか、被疑者を釈放しなければならない（20条）。また、被疑者に住居がな

188) 小田中聰樹『刑事訴訟法の史的構造』（有斐閣、1986年）5頁。

189) 小田中・前掲註188、5-6頁。

190) 治安維持法改正案の内容については、小田中・前掲註188、35頁以下及び46頁以下を参照。

い場合、罪証隠滅の恐れがある場合、逃亡するか逃亡する恐れがある場合には、検事の勾留が認められた(21条)。公訴提起前に限り検事の証人取問も認められ、司法警察官に命ずることもできた(26条1項、2項)。その他に、公訴提起前であれば、検事は、押収、搜索、検証、鑑定、通訳、翻訳を命ずることができ(27条1項、2項)、弁護人の選任は、司法大臣が指定した弁護人の中から選任すべきであるとされた(29条)。弁護人の書類謄写は、裁判長又は予審判事の許可が必要となり、閲覧は、指定された場所においてしか許されなかった(31条)。最後に、治安維持法で定める罪を認めた一審判決に対する控訴権が否定された(33条1項)。これらの内容は、韓国にも適用され、司法大臣は、朝鮮総督となり、刑事訴訟法は、朝鮮刑事令に基づいて定められた刑事訴訟法となるなど(38条)、当時の実状に合わせられた。

韓国においては、1925年5月7日に勅令175号「治安維持法ヲ朝鮮、台湾及樺太ニ施行スルノ件」が公布されたことによって、同月12日に施行された。韓国では、植民地からの独立運動も処罰され、独立運動の全般に対する弾圧法規であったと指摘されるが、但し、日本と異なったのは、韓国には既に弾圧の方法が確保されていたため、司法当局の便宜によって様々な法令が用いられたとされることである¹⁹¹⁾。同年6月13日には、高等法院検事長が各検事局検事正に対して、「朝鮮ヲ独立セシムルコトヲ目的トシ結社ヲ組織シ又ハ情ヲ知りテ之ニ加入シ或ハ其ノ目的事項ノ実行ニ関シ協議ヲ為シ又ハ其ノ実行ヲ煽動シタル者等ニ対シテハ治安維持法ヲ適用スヘキモノ……(省略筆者)」とした¹⁹²⁾。このことについて、独立を目指す結社が治安維持法のどの条文に該当するかを明らかにせず、曖昧な解釈に基づいた適用であったと指摘される¹⁹³⁾。

191) 韓寅燮・前掲註93, 434頁。

192) 河村・前掲註113, 476頁。

193) 水野直樹「治安維持法の制定と植民地朝鮮」人文学報83号(2000年)118-119頁。なお、同論文99頁以下は、治安維持法制定前の治安法令を詳細に検討している。

（3）戦時刑事特別法

1941年太平洋戦争が始まり、翌年2月には、新たな裁判制度及び刑事手続による簡易且つ迅速化が図られた¹⁹⁴⁾。まず、裁判所構成法戦時特例において、刑事手続に関しては、区裁判所の管轄が拡張され（2条）、一部の罪に対して、控訴を禁止し（4条）、一定の場合に、控訴院に上告裁判所の地位を認めた（5条、6条）。

次に、戦時刑事特別法によって、被疑者及び被告人の権利は、大きく制約されることになる。まず、25条は、「地方裁判所ノ事件ト雖モ刑事訴訟法第三百四十三条第一項ニ規定スル制限ニ依ルコトヲ要セス」と規定し、区裁判所の事件に限って適用が除外されていた大正刑訴法343条を、地方裁判所の事件にまで拡大した。この規定によって、捜査機関に強制処分権が認められなかったことが、ある程度補われたと指摘され、「捜査機関の任意捜査に重要な意味を付与する」ものとして評価された¹⁹⁵⁾。このような規定が定められたのは、「戦時の犯罪の中には、従来区裁判所の事件となり得たものが、地方裁判所の事件となることもあり、円滑な運用のために、このような規定を設けざるを得ず、地方裁判所の事件でも、大正刑訴法343条の規定による取調べの重複、関係人の負担、手続進行の渋滞などを避ける必要があったのも一つの理由であり、戦時刑事手続の的確且つ迅速を要……（省略筆者）¹⁹⁶⁾」するなどの理由であった。当然に、検事の権限濫用や人権蹂躪問題への懸念も表れたが、具体的な対策は論じられなかった¹⁹⁷⁾。

その他に、弁護人の選任を被告人1人につき、2人までにしたこと（20条1項）、弁護人の選任時期を公判期日に係る召喚状を受けた日より10日以内に制限したこと（2項）、弁護人の書類謄写閲覧に裁判長又は予審判

194) 小田中・前掲註188, 149頁。

195) 団藤・前掲註128, 807頁, 註1及び809-810頁。

196) 小田中・前掲註188, 151-152頁, 政府の立案理由。

197) 小田中・前掲註188, 152頁。

事の許可を要するとしたこと(3項)といった弁護権の制限がある。ただ、必要的弁護事件については、大正刑訴法334条の規定により、弁護人を付さなければならない¹⁹⁸⁾。また、有罪の言渡す際には、証拠によって罪となる事実を認める理由を説明し、法令の適用を示すには、証拠の標目及び法令を掲げるだけでよいとした(26条)。

1943年10月には、上記の特例及び特別法の改正案が可決され、短期1年以上の有期懲役又は禁錮に処される罪が区裁判所の管轄とされた。さらに、全刑事事件について控訴を禁止し、直接上告のみを許容した。これらは、それぞれ法曹の人員不足、治安維持法などを対象とする二審制とその他の事件に対する三審制によって生み出された問題の解決及び二審制の運用状況が良好なこと、治安維持強化などが必要であることが理由であった¹⁹⁹⁾。刑事手続においては、弁護権の制限を拡大し、新たに「裁判所又ハ予審判事相当ト認ムルトキハ証人又ハ鑑定人ノ訊問ニ代ヘ書面ノ提出ヲ為サシムルコトヲ得」との規定を新設した。但し、捜査機関は、書面による訊問ができなかった²⁰⁰⁾。

この時期の韓国では、1941年に朝鮮における戦時犯罪処罰の特例に関する件が制定、施行されたが、刑事手続に関する特例を設けていなかった。それは、韓国の刑事手続が既に簡略化されているため、その必要性が高くなかったとされるが、1944年には、「朝鮮総督府裁判所令戦時特例」、「朝鮮戦時刑事特別令」などを制定し、極度の訴訟経済化を図った²⁰¹⁾。その主な内容は、日本で施行された戦時特別法と同様である。

7. ま と め

以上、日本の明治刑訴法から大正刑訴法における公判中心主義及び特別

198) 団藤・前掲註128, 808頁。

199) 小田中・前掲註188, 157頁。

200) 小田中・前掲註188, 158頁。

201) 신동운・前掲註85, 415頁。

法と同時代の韓国に適用された日本の刑訴法などがどのように適用・運用されたかを概観した。特に、捜査機関による人権蹂躪が問題とされており、それは、捜査機関の供述獲得が主な原因であったと考えられる。なぜなら、捜査機関の聴取書の証拠能力を原則的に否定しても、実際には、公判廷において、聴取書の証拠能力の例外が広く認められていたからである。そのため、調書裁判が生み出され、公判中心主義を阻害する要因となった。また、日本の刑訴法が適用された当時の韓国では、明文規定によって、捜査機関作成の供述調書の証拠能力が認められていた。これらの歴史的出来事から、調書裁判は、刑訴法の条文の構成よりも、捜査機関に与えられた権限とそれをどの程度まで許容するかという運用により大きい影響を受けるものであると考えられる。