

韓国刑事法制の「他律的近代化」に関する一考察

そん びよん ぎる
孫 炳 吉

目次

第1章 序論	146
第2章 韓国法制の「他律的近代化」をもたらした内在的諸要因	146
第1節 朝鮮時代の伝統的社会の性格と伝統法構造の特性	146
1. 伝統的社会の性格	146
2. 儒教思想による伝統法構造の特性	150
第2節 朝鮮末期における法学の近代化過程—外国法との接触	151
1. 漢訳西学書の伝来と衛正斥邪思想	151
2. 開国にみられる守旧意識及び儒教思想	152
3. 開国と法制の近代化—日本の影響	154
第3章 刑事法制の「他律的近代化」—植民36年間を通じて	156
第1節 植民刑事法制整備期 [1909年から1912年まで]	157
1. 植民刑事司法の出発—統監府刑事体制	157
2. 刑事司法体制の整備と刑事手続における特例規定	157
3. 警察司法の開始	158
4. 1910年日本国法令の効力と総督府刑事体制	159
第2節 明治刑事訴訟法適用期 [1912年から1924年まで]	159
1. 警察司法の拡充	159
2. 1912年朝鮮刑事令	161
第3節 大正刑事訴訟法適用期 [1924年から1944年まで]	165
1. 大正刑事訴訟法の特性	165
2. 1924年朝鮮刑事令	166
第4章 結語	168

第1章 序論

韓国法制の近代化は、日本の韓国植民地支配によって行われ、西欧式法令体系、いわば大陸法系が移植された。即ち、韓国が、自国の内在的発展の中から「自律的」な法の近代化を成し遂げることができず、日本の植民地支配において日本の法を押し付けられることによって、ようやく「他律的」に法の近代化を獲得しえた。

本稿は、韓国法制が「他律的」に近代化されなければならなかった根本的原因を内在的要素から考察した上で、日本による韓国刑事司法の近代化過程の構造的特徴を分析し、同化政策によって貫かれ皇民化運動にまで発展した36年間の植民統治のイデオロギーが実際そこにどのように反映されたのかその実体を解明しようとする。

言い換えれば、本稿は、日本の植民地支配下における「他律的近代化」によって生じた諸否定的要因を刑事法制を中心に考察し、その否定的要因をもたらした根本的原因を内在的要素から模索することである。

第2章 韓国法制の「他律的近代化」をもたらした内在的諸要因

朝鮮時代は、1392年太祖李成桂(Lee Seong Gye, 1332~1398)の即位から始まって、1876年開港、1897年大韓帝国改号を経て1910年日韓併合までの518年間にも維持されて来たが、その社会は一貫して停滞していた。明治時代の学者四方 博は、「…李朝五百年間、いつの時代をとりあげても、同様の生活方式があり、同様の思考形式が支配し、生産方法の躍進もなく、消費生活の変化もなく、常に同一の主張・同様の批難が繰返えさるに拘らず反省も改革も行われなかった。常に両班は支配して常民は屈服し、常に朱子学は金科玉条であり、常に原始的農耕が行われ、常に国民は最低限の生活に満足させられた。…」⁽¹⁾と、李朝社会の特質を端的に表現している。

それでは、どのような歴史的・社会的諸条件が朝鮮社会の発展を阻害してきたのであろうか。朝

鮮社会の特質に関しては、いろんな観点から論じることができると思うが、本章では、第1節で朝鮮時代の伝統的社会の性格と伝統法構造の特性、第2節で朝鮮末期における法学の近代化過程等を概観し、その過程を通じて、韓国法制の「他律的近代化」をもたらした内在的諸要因を考察する。

即ち、本章では韓国法制が日本によって他律的に近代化される以前の時代的背景として李朝社会の特性を概観し、その時代的特性と並行して、韓国法制の近代化が遅れた(他律化された)根本的原因を考察する。

第1節 朝鮮時代の伝統的社会の性格と伝統法構造の特性

1. 伝統的社会の性格

ここでいう伝統的社会とは、開国以前の社会、即ち、朝鮮王朝社会を意味する。

伝統的朝鮮王朝社会とは、多数説により「東洋的・専制的・儒教主義的・両班官人社会を基盤にして成立した君主国家」⁽²⁾として規定されている。

このような根本性格を基にしながら、特に「儒教思想」及び「両班文化」に重点をおいて朝鮮社会の特性を見ることにする。

1) 両班の両班による両班のための社会

「両班(YangBan)」は、朝鮮王朝を統治してきた最高支配身分層であった。朝鮮王朝の政策は彼らによって立案され、朝鮮王朝の法制も彼らによって制定された。従って、両班は朝鮮社会を支配して来た主役であったといえる。

朝鮮王朝の政治機構は、専制君主国であり、その地方は中央集権的郡県制度を以て統治された。朝鮮王朝が専制的であったというのは、国家権力が国王によって任免される中央地方の各官府の任期制の官人を通じて国王に集中し(中央・地方の全ての官府は各々独立的に君主の官府であった)、その官人が「両班」という一定の身分階級と結び付いて、国王を中心とした両班官人の専制権力を形成していたことを意味する。従って、国王が専制権力を無制限的に行使したのではなく、両班官人を通じて行使し、両班官人とともに行使したとい

う点に朝鮮王朝の専制政治の特色がある。即ち王政の安定は、政策の決定や検討を行う両班官僚の能力に依存していたので、それが絶対王権のもとで両班勢力を肥大させる要因にもなった。国王の権力は自ら奪い取った創設的な権力あるいは国王固有の権力であるとは考えられず、天命によって王位に即したという思想的制約下に存在した。従って、国王は「修身齊家治国平天下」の王道政治の実現を使命とし、修学、修徳による自己完成を目標とする道徳的規制下にあったから、君主の専制政治が恣意的な一人独裁へ進まないように抑制されたのである。この点に関して、四方 博は「…君主の権が軽かった原因の一は、儒教主義の尊奉によって君主の理想型が明確に且つ固定して存在して居たからである。…」⁽³⁾と指摘している。

両班は二つの概念として用いられる。その一つは、官制上の文班と武班を指す概念であり、もう一つは、支配身分層を指す概念である。即ち、「両班」の概念のなかには、政治的権力をもつ身分階級としての両班は勿論、閥族的両班をも含まれるのである⁽⁴⁾。

両班制度は儒教制度と結び付き、道徳と礼によって保障され強化された。両班は修己治人の儒学を勉強し、修徳を生涯の本務とし、教育、知識、科学、官職を独占し、君主専制政治に参加し、権力の主体を形成していたので朝鮮王朝は「両班の社会」、「両班による社会」であった。両班は田主として収租権によって農民を経済的に支配し、軍役及び諸税貢課の義務が免除されていた。官職に登録されればその地位を利用して財産を儲けたので、両班は富の代名詞であった。即ち、朝鮮王朝は、経済的実力と政治的権力を兼備した治者階級として形成された「両班のための社会」であった。両班制度が無基準的であったといわれるが、それは、無位無官の者であっても高位官職に任命されればその一族は両班と称することができ、現在勢力を有する両班であっても謀略などによって一朝に奴婢階級へ転落することもあったからである。世代の経過とともに高位官職者を輩出することが両班の存続の条件であって、両班階級であっても

数世代の間、自分の一族から高位官職者が出ないか、家勢が傾いて職業に従事することになると常人として転落してしまう。即ち、両班は君子を自負して経済的活動を恥辱と考えたので、生活苦に耐えられず飢え死になっても官職に登用されない限り職業従事を拒否し、勤労を小人之事として蔑視した遊衣遊食階級であったのである。

明治時代の学者四方 博は、朝鮮時代の両班の無能さを次のように指摘⁽⁵⁾している。

…両班は科挙に応じて高等なる官職に就くを得るのみならず、軍役・地租以外の諸税賦役の免除、代刑その他様々の社会生活上優越者の享受する特権があった。従って後代に至って綱紀の萎靡するに伴い、両班の冒称・買官買位・両班の系譜若しくは位記勲記の買得等による偽せ両班や成上がり両班をさえ生じた。両班は原則として不生産人口であるから、社会の富の造出に役立たざるのみならず、国家にとって、其の増大は諸税賦・身役等財政収入の減少を意味することなのである。…儒教思想によって凝結せしめられた両班政治家は、実学の素養に欠け、大義名分論には熱心であっても経済の知識才能に乏しかった。…その経済思想は経済的発達への阻害にはなっても、振興には決して役立たない様な性質のものであった。…儒教主義は、多くの中世的精神と共通に、物質生活を第二義的のものとした。そこに当然に産業の賤視と勤労の下等視が生まれる。指導階級たる両班階級は経済活動を恥辱とし、所有に依存する態度をとった。彼等は支配階級たる反面、実質的には寄食階級たることを原則とした。…

フランスの神父シャルル・ダレは、彼の著書『韓国天主教会史』(Chales Dallet: *Histoire L'Eglise de Corée*. Paris-Victor Palmé-, 1874)⁽⁶⁾の中で、当時の両班社会を次のように表している。

…現王朝が樹立され、今日のような朝鮮の両班階級が成立して以来、既に一六・七世代を数える。従って、当初から両班の数はかなりのものであ

たうえに、今日では驚くべき比率で増加し、これが、現在この国の大きな災厄になっている。なぜなら、両班階級の人口が途方もなく増加したため、彼らのほとんどが極貧に陥り、強奪や搾取で生活しなければならなくなったからである。すべての両班に品階と官職を与えることは、現実的に不可能である。しかしながら、すべての者がそれを望み、幼少の頃から官職への途に向かって科擧の準備をしている。ほとんどの者は、他に生活方法を知らない。彼らは、商業や農業、あるいはなんらかの手工業によって真面目に生活の糧を稼ぐには、あまりにも高慢であり、貧窮と奸計のなかで無為に世を送る。…

文玉柱(Mun Ock Ju)は、著書『朝鮮派閥闘争史』⁽⁷⁾の中で朝鮮の両班政治を次のように表現している。

…この両班政治は、民衆を限りなく苦しめ、国政を乱し、亡国に至らしめた。この両班たちは儒教という政治的宗教を利用して、民衆を非道な方法で弾圧しながら己の権威の誇示に満足した。国家と民族を救うための、政策と理念の追求はほとんどなく、専ら私利私欲の追求にのみ励み、鈍感に生きた種族であった。…

以上のように表現されている朝鮮時代の両班は朱子学を信奉して四書三経の諳誦と詩歌文章で消日し、変遷する時代思想には関心がなかった。儒教文化を理念の基準とし、尊華攘夷の守旧思想を堅持し、衛正斥邪の排他的鎖国主義に固執して新時代の社会経済知識または政治、法律知識の受容を拒否することによって文明開化知識を全く欠いていた。

朝鮮時代の両班の数について四方 博の調査⁽⁸⁾によると、慶尚道大邱(DaeGu)の身分別戸数から両班戸が占める比率は、1690年には9.2%、1729～32年には18.7%、1783～89年には37.5%などの増加率が1858年には70.3%にまで昇っている。また、近年の研究⁽⁹⁾によって、大邱と同様の現象が

他の地域でも起こっていたことが確認された。それは、同じ慶尚道の蔚山(WoolSan)府の戸籍台帳を分析した研究で、上記の四方 博の調査による身分制の変動と近似した結論が出ている。この調査は、1729年・1765年・1804年・1867年を分析対象にしたもので、身分別戸数から両班戸が占める比率は、1729年には19.39%、1765年には32.11%、1804年には43.67%、1867年には67.08%に達していると指摘している。

このような両班の数の変化は、全国民の両班志向を示すものである。そして、冠婚葬祭をはじめとする日常生活の全般を規律する儒教的な礼が一般民衆にまで影響を及ぼすようになったのも、この18～19世紀になってからであることが指摘できる。いわば、儒教は両班の専有物であったから両班の数が増えることによって次第に儒教が普及していったのである。両班を示す唯一の証しは族譜であった。両班が増えたということは族譜を所有する一族が増えたことになる。両班になるためには、科擧合格者又は当代を代表するような高名な学者を祖先に有することと、その祖先からの系譜関係が明確であることが必要であった。両班になることによって、子孫は科擧に挑戦することができ、また、職役⁽¹⁰⁾が免除された。このような身分階級に昇るために中人階級は族譜入録を試みて族譜に潜入することになる(17～18世紀)。また、19世紀に入ると、常民の間にも両班への上昇志向が現れ、ついに売官売職が盛行する弊害まで生じたのである⁽¹¹⁾。

朝鮮時代の伝統的社会に積極・進歩・革新の気風が起きなかったのは、支配階級である両班の責任であったと認めざるを得ない。

今日の韓国人で、自分の属する一族の族譜を保有しない人は稀である。即ち、全国民が両班であることを示すものである。従って、今日に至っても常に礼を優先し、法を軽視する傾向が国民の法意識の中に根強く残っているのは、両班意識、儒教思想が韓国の社会にいかに大きく影響して来たかを表すものであろう。

2) 両班文化から派生した李朝後期の党争社会

朝鮮英祖 (YeongJo, 朝鮮21代国王, 1725~1766) 時代の学者で特に実学派として知られている李瀼 (Lee Ick) (1681~1763)⁽¹²⁾は、彼の著書『星湖集 (SeongHoJip)』で、「利は一つであるが人が二人集まると二つの党が生まれ、利は一つであるが人が四人集まると四つの党が生まれ、一度権力を握れば科挙を幅広く実施して自己党派を選んで党勢を固めようとするから党争が激しくなるのが当然である」「朋党は争鬪から生まれ、争鬪は利害から生まれる。利害切なければその党も深く、利害久しければ其の党も固い。形勢がそうさせたのである」⁽¹³⁾と記録している。即ち、利源は限定されているにも拘わらずこれを欲求する者は多く、その数がより増加する場合には二党・四党に再分裂されることが当然であるという。

韓国の党争は16世紀から激化した。第一四代の宣祖 (SeonJo, 1568~1608) 王八年 (1575年) に東人党と西人党が出現して以来、二派が四派に分裂し四派がさらに二十数派にまで分裂する。その党争の最大目標は、政権の奪取と維持にあったにも拘わらず、一度政権をとると、党派は一変して分裂化する傾向があった。例えば、東人党と西人党との対立は、東人党がさらに南人党と北人党に分かれ、西人党はまた老論党と小論党に分裂し、これがまた細分化され、変遷と複雑な派閥を創造しながら朝鮮末期まで存続した。党争は政治、外交にまで全般的に影響を与えたのは勿論、民衆の日常生活まで党派性に左右された。外国の侵略という国難のときにさえ、彼らは党争を棄てきれなかった。即ち、党争は、日本で征韓論が公然と論じられていた時期においても止まらず、朝廷では安東 (AnDong) 金氏の勢道政治⁽¹⁴⁾、大院君 (DaewonGun) と閔妃 (MinBi) のあつれき⁽¹⁵⁾、親日、親露、親米、親清の各勢力間の暗闘と策動などに明け暮れ、ついには朝鮮自らが日本の侵略を招く結果となった。

その党争の原因に対する見方は二つに大別される。その一つは、朝鮮時代後期の儒学者らの見解で、もう一つは、日本の植民地時代の日本学者らの見解である。

まず儒学者らの諸説から幾つかをみると、①李瀼 (Lee Ick) は、「官員少而應調多」、即ち官職数は少ないのに官職を希望する人が多いことが党争の原因で、その理由は科挙を頻繁に実施したことにあるとする⁽¹⁶⁾。②柳寿垣 (Yu Su Hang) は、党争が門閥と主論者の弊害によって起きたとしている⁽¹⁷⁾。③朴斎炯 (Park Je Hyung) は、書院 (SeoWon, 地方私立学校) によって党争が発生したという⁽¹⁸⁾。即ち、李朝の書院は、地方官僚の勢力的背景で、しかも広大な農荘と奴婢を所有し、さらに免除と免役の特権を享有し、国家の財政を大きく蝕んでいた。また政治的にも、国家の統制から離脱していたので、地方における書院関係者の権勢は非常に大きなものになった。また、書院は朝廷に採用されなかった士林たちの集合場所となっていて、これが自然に派閥の予備軍養成所になり、派閥の根拠地になった。書院は、1871年以前まで全国に650余所あったが、大院君の改革政策により1871年3月から1道に2カ所以下の書院のみを許可したので、その殆どが撤廃され、結局、全国に47カ所しか残らなかった。④李重煥 (Lee Jung Hwan) は、銓郎 (JeonRang) が後任者を推薦する「銓郎自代 (JeonRangJaDae)」を党争の原因としている⁽¹⁹⁾。即ち、内外排除のための推薦の権限が吏曹郎官 (IJoRangGwan) に専任され、誰もがその職を羨望し、このような制度が党争の根本原因とした。

このような儒学者らの見解とは別の角度で党争の原因を取り上げた植民地時代の日本学者は、河合弘民、細井肇、三品彰英、四方博等であった。

その見解をみると、①河合弘民は、経済生活の困難、社会制度の紊乱などによって社会階級の競争が生まれ党争が起きたとしている⁽²⁰⁾。②細井肇は、韓国民族の痼疾的、分裂的民族性によって党争が起きたとしている⁽²¹⁾。③三品彰英は、韓国史の半島的性格により依他性・党与性・雷同性が民族性になって党争に消日したとしている⁽²²⁾。④四方博は、朝鮮民族は派閥性が強い上に朱子学の潔癖性を機械的に強調したところで党争が起きたとしている⁽²³⁾。

朝鮮後期の儒学者らは党争の原因を遠因と近因に分け、遠因として文臣政治・士林政治の構造的な矛盾を、近因として制度運用の誤り等を挙げ、これを改善する方法を掲示している。これに対して日本の学者らは分裂的な韓国民族の民族性により党争が起きたもので、これは直すことのできない痼疾であるとした。この二つの見解、即ち、士林政治体制論と民族性論の中から李成茂(Le Seong Mu)は、『日本学者らの民族性論は、日本の韓国植民統治を合理化するための理論にすぎないことは既に多くの研究者達によって指摘された。…日本の学者らは民族性論を導出するために史料を偏偏に選択し、これを自意的に解釈して、「韓国をこのまま放置すれば間違いなく滅びてしまうから、日本が好意的に助けてあげるためには植民統治は必然的であった」ということである。「韓国に鉄道・電信を設置し工場を建て、韓国人を啓発させたから韓国人はむしろ日本の統治に感謝しなければならない」という論理であった。このような論理が作為的で非合理的であることは多くの論者らによって既に主張されている⁽²⁴⁾。』と論じて、党争は士林政治の産物であることをあげている。即ち、朝鮮時代の党争は、文治政治・士林政治体制から生じる政治的な権力闘争の一つの形態にすぎないものとして結論付けている。

皇帝権が強力な中国では、朋党自体が罪悪になり、これは『大明律』の刑律にも明文規定されていた。朝鮮王朝も『大明律』をそのまま採用していたのであるから、原則的に朋党をして党争するのは許容されなかった。王権が比較的強く、中央両班が政治主体であった朝鮮初期ではその通りであった。しかし、16世紀以後地方士林が政治に参与するようになってから君弱臣強の現象が起き、次第に朋党が著しくなり、党争が本格化された。王権は不可侵の絶対的権力であったため、士林は血縁関係・師友関係・出身地別に朋党を組織して政治権力に挑戦した。そのためには名分が必要であった。朱子学は彼らの名分として掲げられた。日本の明治時代以前のような分権的封建制の場合、支配層の内部矛盾は武力の行使によって解決され

た。しかし、個々の両班が武力を持たない朝鮮の中央集権的体制下では、中央政権内における朱子学理論上の正統性を巡る理論闘争が権力闘争の容易な方法であった⁽²⁵⁾。即ち、党争は、朱子学の名分を借りて、私利を図り、学理の争いから相手側を謀略して乱逆罪に陥れ酷刑を加えるなど、党争の弊害は極致に達するものであった。

朝鮮時代における党争は、日韓併合までおよそ300年近く続いたが、しかし、党争による分裂現象は決して朝鮮時代で終わるものではなかったことに注目しなければならない。即ち、1945年日本の植民支配から解放された後にも分裂現象は続いたのである⁽²⁶⁾。

朝鮮時代における党争の原因に関する諸説は、それぞれ根拠ある説であるとしても、そのような党争が解放後にまで続いたことを見る限り、党争が文治政治・士林政治の構造的矛盾により生じたと思うには無理がある。

2. 儒教思想による伝統法構造の特性

今日の韓国法制は、一般的に伝統的なものとは全く異なるものと考えられている。伝統法は中国法に帰属し、現代法は大陸法系に属するものであり、それが伝統法と現代法との断絶を意味する。

韓国において律学と呼ばれた伝統的な法学は、新羅・高句麗・百済の三国時代(B.C. 57-A.D. 676)、統一新羅時代(A.D. 668-936)、高麗時代(A.D. 918-1392)、朝鮮時代(A.D. 1932-1910)を通じて存在した。この時代における法学は常に一種の技術学又は雑学(医学や算学、陰陽学などと同じく)として扱われ、儒教的経学に比べて劣位なものであった。国家最高の教育機関であった成均館(SeongGyunGwan)においても律学は講義されず、国家統治機構の一機関である刑曹(HyeongJo)で刑曹官吏を養成するための特殊技術の学問として専修されて来た⁽²⁷⁾。科挙試験⁽²⁸⁾においても「律」は雑科に属して、律科合格者は下級の官職しか登用されなかった。

朝鮮王朝は儒教に基づいた王道政治で、法規範に基づいた社会秩序の維持よりは道徳による社会

秩序を要求する、いわば「徳」によって治める徳治政治であった。即ち、法は道徳または礼儀が遵守ないし履行されないとき、それを取締まる手段として用いられるものであった(徳主刑補)。道徳又は礼儀が実現されれば刑罰を加える必要はなく(礼主法従)、法は法機能の永遠な停止を目的とするもので、処罰なしに国民を治めるのが政治の最終目的であった。このように「徳」によって国民を治めるのを重要視したため、法をもって治める法自体が軽視された。行政と司法は相互に分離できず、観察使(GwanChalSa)、縣監(Hyeon-Gam)などの行政官が裁判を行い、律学卒業者達は専らその裁判過程を手伝う補助者の役割しかできなかつた。即ち、法刑を羈道の道具とし、それを排斥する王道政治下では、法に理念的価値を付与しなかつたので、法の地位が軽視されるのみならず法を執行する者も両班階級ではなく、中人階級であった。

法は、常に治者と両班階級の支配道具であつて刑法の技術的な発達はあつたが、民法的・商法的分野は学問化されず慣習法に頼っていた。官制を規律するのは勿論行政法であつたが、刑罰法は、今日の刑法のように個人の基本権を想定し、そこに保障的及び保護的機能を付与しているものではなく、単なる国家の存立根拠である儒教的理念を保護するための手段的表現に過ぎなかつた。このような理念下での法とは天の意思であり、天に代わつて国を治める君主の意思であり命令であるとみなされたから、法典編纂も天命の委任を受けた君主の命令と教示を収集・整理したものに過ぎなかつた。これを祖宗成憲之法と呼ぶ。即ち、法とは祖宗の成憲を関連づける事例集と考えられ、古き法が新たに提案された法を規制していたので、後法が前法を破壊するという近代的法原則とは根本的に違ふものであつた。そこでは、現代法のような権利を救済し、紛争を解決するための独立した司法機関も発達の余地がなかつたのである。

朝鮮時代の法の存在形式は成文法であつて、全ての法律は文書化して必要な機関に配布された。しかし、法律の公布は百姓にその内容を知らせる

ことに目的があつたのではなく、法を執行する官吏らにそれを知らせることに意義があつた。即ち、朝鮮時代の法は、百姓を統治する道具として官吏らの執務基準的性格をもつていたのである。

しかし、成文法が存在しても徳治主義下では、個人的人格(徳)という特殊性に依存することによって成文法の地位が軽視され、ある事件を裁決するに当たつても、客観的な基準である法律に依存するよりも裁決者の具体的妥当の認識に重点において、法治主義ではない人治主義が発達したのである。

朝鮮社会における儒教の機能は、民衆を教育し開化に努めるよりは、民衆を指導する支配階級の政治的手段としての機能を果たし、その結果、儒教の存在は民衆に生活原理を提示するための法規範及び来世に対する信仰としての宗教規範としても発展せず、無数の官僚予備軍を養成するに至つた。儒教の官僚化現象に伴い、儒教的法理念が官僚的・道徳的専制制度に反映したのである。

第2節 朝鮮末期における法学の近代化過程—外国法との接触

1. 漢訳西学書の伝来と衛正斥邪思想

東アジアにおける儒教文化圏の中で、韓国は李朝500余年の間、朱子学だけを唯一に「正学」として固守し、その他すべての思想的流派を「邪学」(異端)とし、思想と学問の自由が著しく制約され一元的に単純化された硬直性を免れなかつた。

第1節で概観した通り、16世紀から両班官僚層の対立と分裂が激化して、一党専制の傾向がみられるようになり、さらに思弁的な性理学又は煩わしい礼論による党争は学派や党派の分裂を招き、政治の紀綱は混乱に陥つた。こうした政治的・倫理的規範に懐疑を感じた一部の官僚や学者らは、抽象的でも思弁的でもないより現実的な問題に関心をもつようになり、現実の社会の寄与できる学問を追求することによって実学思想が生まれた。

即ち、17世紀後半期から19世紀前半期に渡る実学思想は、儒学の空理空論性という矛盾を克服し時代の変遷に対応できる新しい思想として現れた

のである。李朝建国以来の祖宗之法としての制度と名分までもが、新しい現実には適しなくなったのは勿論、むしろ発展を阻害する要因となっていたのである。しかし、実学思想は、伝統朱子学と対立した思想というより、むしろその「分流」または「一種の改新儒教」であった⁽²⁹⁾。

このような実学思想の出現により、17世紀から西洋学術に関する漢訳書が中国から伝来するようになる。それは、中国で活躍していたカトリック伝道師たちの著書、あるいは彼らによって翻訳された漢訳西学書(「西学」とは、洋学を意味する)で、そのうちほぼ3分の2が科学的な学術書で、他の3分の1が天主教及び西洋倫理に関する伝来書であった。

当時の朝鮮に伝来した漢訳西学書がどの程度あったか、正確な目録は把握されていないが、かなり広汎に、民間学者の書齋にまで浸透していたとされている⁽³⁰⁾。その中で、西洋法学を紹介した書籍は、イタリア出身の神父アレニ(Julius Aleni, 1582~1649)が40年間の宣教活動のなかで漢文で編述した『西学凡』(1623年刊行)であった。『西学凡』は、中世西洋の大学教育課程と教授内容を紹介した本で、文学・理学・医学・法学・教学・道学など、6分野に区分して説明している。

朝鮮の儒学者慎後聃(Sin Hu Dam, 1702~1761)は、アレニ(Julius Aleni)の『西学凡』を読み、西洋学を異端邪学と規定し、洋学批判の長文の書『西学弁』を書いた。アレニが紹介している西洋大学の教育課程の中で専門課程としての法科は朝鮮の学者たちにとって、それは学問の一分野というよりも賤技と判断されたのである。言い換えれば、カトリック宣教師による簡略な西洋教育紹介書は、朝鮮学者らには全く説得力を欠くものであった。また、中国の律学に固執していた朝鮮の知識人の思考範囲では、西洋法学に対する関心さえその正当な方向から著しく外れていた。この点に関して、崔鐘庫は、「17・18世紀の韓国知識人らが、このカトリック的の西学としての法学に抵抗を感じ、批判したのは当然で、今日の観点から見れば、まさに西洋においてのローマ法とゲルマン

法の初期接触と似ていて、西洋法学の韓国的受容の特徴を表すものであろう。」⁽³¹⁾という。

18世紀末に至るまでの朝鮮における西学の受容は、中国を媒介とする間接的な受容であったため一定の限界を超えることができなかった。即ち、中国で活動していた宣教師たちにより選択され、漢訳された西洋書を通じての西学受容であったということである。17世紀期から18世紀末期に至るまでは、その漢訳西学書を学者たちが所蔵し、自由に論議することができた。しかし、西学に対する関心も19世紀に入ってから天主教の弾圧・西学の厳しい制圧⁽³²⁾により断絶することになる。即ち、西学の弾圧は「邪学」概念の不当な拡大によって西学研究そのものを完全に否定した。それは、「衛正斥邪」のイデオロギーによるもので、1876年開国に至るまでの70余年間に渡る西学研究の空白期が生じる。いわば、朱子学的華夷思想による衛正斥邪の攘夷論である。そして、政治的面での「鎖国」と、思想的面での「斥邪」が並行して、隠遁国としての面貌を築き上げて行くのである。それは、結局、西洋事情に対する正しい知識の貧困をもたらし、19世紀半ば以降始まる資本主義列強の武力による開国強要を前にして、国際社会の新しい秩序に直面して対応できるような人的及び思想的準備は全く欠けていた。

以上のように、西学は、中国を通じての間接的な紹介という初期的接触があったが、その中で法学はカトリック的の西学の一部として扱われ、儒教思想に支配されていた学者らによる否定的・排斥的な受容態度ゆえに実際の法運用と法学教育とに全くその影響が及ばなかったのが当時の状況であった。

2. 開国にみられる守旧意識及び儒教思想

以下で、第1に、1876年開国当時朝鮮の知識人らが諸外国に対してもっていた先入観を通じて、第2に、学問のあり方に対する当時の日・朝を比較できる実例を通じて、「守旧意識」及び「儒教思想」の深度を見ることにする。

1) 守旧意識の一例

1876年2月26日に締結された日朝修好条約に対する崔益鉉(Choe Ick Hyeon)の反応⁽³³⁾を例にとってみることにする。彼の開港に反対する理由を要約すると、

…彼らは倭であっても実は洋賊と同じである。

一応講和が成立すると邪学の西学書と天主教が交易とともに入り込み、直ちに伝道師と信者らによって全国に渡ることになる。まもなく、邪学によって子が父を父と思わず、臣が君を君と思わず慣習は屑箱に入り、人が変わって禽獣になり、結局、講和が乱と滅亡をもたらすことになる。

…講和後、彼ら(倭)が国内に上陸して居留することになると、彼らは顔は人間であっても心は禽獣であるから我らの財産と婦女を思う通りに掠奪し、我らの高官は和約が破れることを恐れ、これを防ぐこともできず、従って、百姓らは一日も平穩に過ごすことができないだろう。…

ここでみられるように、崔益鉉は、西洋人を夷狄にも劣る「禽獣」とみなし、「人間」の範疇にさえ入れていない。彼は、西洋文明又は西学に対してその相対的価値を少しも認めようとせず、一括的にこれを邪学と断定した。これは西洋の科学技術についても同じであった。即ち、衛正斥邪思想においては、中華文明のみが正であり文明であり、朱子学のみが正学であり絶対真理であって、朝鮮はこれを継受した小中華であるから文明国であるとしたのである。また、事物に対する価値判断の基準は儒教倫理であって、西洋の道德又は価値観は勿論、西洋の制度あるいは科学技術が東洋より先進であるという可能性を認識できないものであった。

1876年日本との開国条約に関しての金榮作(Kim Yeong Jack)は、著書『韓末ナショナリズムの研究』において「衛正斥邪論が根強かった当時の一般的思想状況の下で、日本の軍艦の威力に屈し突然開国を余儀なくされた時、開国=開化という等式が成立するはずが無かった。」⁽³⁴⁾と指摘している。このような硬直した思想は、李朝建国

と同時に中国を宗主国とし、儒教の教理を統治理念とするときから始まったのであろう。

2) 学問のあり方に現れた儒教思想

1876年2月26日の日朝修好条約が締結された直後である同年4月、朝廷は金綺秀(Kim Ki Soo)一行を修信使として日本に派遣して、日本の物情を詳細に調べてくるように命じた。その一行は各方面で活躍している日本の指導者たちと交流し、また諸施設を視察した見聞を詳細に『日東記遊』

(IlTongKiYu)にまとめて国王に報告した。姜在彦(Kang Jae Eon)は論文「開化派の形成と開化運動」で、この『日東記遊』の記録から日本文部大丞九鬼隆一と金綺秀の問答⁽³⁵⁾を引用しながら、「東アジアの激動期に生じた両国間の変動の相違は、そのまま近代における両国のあり方を深く運命づけたとってよい。」と断言している。この問答の内容をみると、

九鬼；貴国の学問は、専ら朱子のみを尚ぶのだろうか。それとも他に尊尚するところがあるのだろうか。

金；わが国の学問は、五百年來ただ朱子あることを知るのみ、朱子に背くものはただちに乱賊をもって之れを誅し、科挙に應ずる文字に至るまで仏氏や老子の語を用いる者は、遠地に追放して許さない。国法が極めて厳しいから上下貴賤にとってただ朱子あるのみ。君が君たり、臣が臣たり、父が父たり、子が子たり、兄が兄たり、弟が弟たり、夫が夫たり、婦が婦たる所以は、いちずに孔孟の道理に遵うからで、他の道に迷い、他の術にまどわされることがない。

九鬼；(日本における)其のいわゆる学校で人を教える方法は、士大夫の子弟から民の俊秀に及ぶまで、七・八歳から之れを教うるに書を学び、字を習うようにする。初めは日本文学を教え、しだいに漢字を教える。一六歳に至れば、再び経伝を読ませることなく、大にしては天文・地理・句股(数学)の字、小にしては農器・軍器・図形の説を目で閲し、手で調べ、しばらくも止まることがない。女子に至るまでまた学校があり、大にしては天・地・兵・農、小にしては詩文・書画について、

皆一芸を専らにする。

この問答に対して姜在彦は、「当時における朝鮮の思想及び学問のあり方、及びその閉鎖性を端的にのべたものである。…朝鮮における近代の出発は、日本とこのような思想的及び教育的隔たりから始まった。朝鮮の開化運動が日本とこのような距離を縮め、そのために国民的合意をとりつけることが、いかに至難なことであったかをうかがい知ることができる。しかもその過程には政治的には封建的特権にしがみついてやまない牢固たる守旧派、思想的には伝統儒教を固執してやまない衛正斥邪思想との厳しい葛藤と対立があった。…」⁽³⁶⁾と指摘している。

以上のような思想的背景のなかで、開国後における外国法の受容はいかなるものであったかを以下で探ってみることにする。

3. 開国と法制の近代化—日本の影響

西洋の法学と接触する次の一步は、1876年開国以後の1880年代に日本を通じての西洋法学の導入である。当時、日本は1868年明治維新以後、本格的な西洋法制を模倣し、明治法律文化を構築していた。

1876年日本との修交以来、第1次修信使として金綺秀(Kim Ki Soo)一行を通じて、日本がとくに武器・電信・汽船・農業分野において西洋の技術を導入しており、さらにそれらの各種の技術を学ぶために西洋の各国に留学生を派遣していることが報告された。それに続き、1880年7月第2次修信使金弘集(Kim Hong Jip)一行が派遣された。金弘集は日本に滞在中、清国の駐日参讚官黄遵憲が書いた『朝鮮策略』⁽³⁷⁾をもって帰国した。この書の内容は、朝鮮の取るべき外交政策と富国強兵策の必要性について論じたものであった。その方法として、中国・日本に留学生を派遣するとともに西洋人の教師を招聘することを強調していた。この本は国王に提出され、国王はこれを大臣に検討させる。大臣らは、情勢の変遷にとまって外交政策を転換することは不可避であると考え、この本を複写して全国の儒生たちに配布した。それ

は、西洋諸国との外交関係を締結することにおいて何よりも妨げになったのが、在野における攘夷熱であったからである⁽³⁸⁾。即ち、この書を通じて儒生らの固定観念を和らげ、伝統的な夷狄観や斥邪論から脱皮するよう、啓蒙しようとしたのであったが、実際において儒生らの全面的な反発をもたらした⁽³⁹⁾。しかし、儒生らの根強い斥邪思想を無視しても、隠遁国からの脱皮を図らなければならない局面にまで至った政府は、1881年再び「紳士遊覧団」(SinSaYuRamDan)と名付けた12人の視察団を日本に派遣することにした。彼らは1881年2月に日本へ出発して74日間滞留する間、日本社会を視察し、分野別に日本の制度を研究した。その一員であった嚴世永(Eom Se Yeong)は、日本の司法省を訪問して法文化を研究するよう命じられていた。彼は帰国後、日本の司法省を視察した内容を『日本司法省視察記』(1881, 七冊)に記録し、当時日本の司法制度と法律(刑法, 治罪法)を具体的かつ広範に紹介している⁽⁴⁰⁾。しかし、彼や他の団員たちの報告は、日本同様に韓国も伝統的な法律やシステムを西洋のモデルに習って改良すべきであるとは主張せず、むしろ日本における西洋法の継受や西洋の文明諸形態の継受に対する批判で一貫していた。その報告の一例を見ると次の通りである。

◎嚴世永の報告⁽⁴¹⁾

…日本人の天性は珍しいものを見ると必ずそれに追従しようとしみます。法律面では、旧法典は全て廃止し改新しようとしみます。昨年冬初めて刑法と治罪法を公布し、来年1月から実施することになっていますが、それは各国の法律を採ったものであります。其の内容は細かく区別してその条項は極めて繁雑なものであります。結局、拷問を廃止して懲役制度を行うというのがその要旨であります。…西洋と開通した後、長短を問わず既存の法道を全て廃止し、度量衡の法道も旧式を廃止しています。…百姓の中には嘆く者もいるし、衣服を変更したことに對しては特に職者らの嘆息が続いています。…

◎李鏞永(Lee Heon Yeong, 日本税関視察)と日

本税関の副官長葦原清風との問答⁽⁴²⁾

李鏞永；「開化」という言葉は何を意味しますか。

葦原清風；「開化」というのは西洋人の言葉であり、また日本の書生の言葉でもあります。礼儀を破り、古い風俗を捨て、今日の洋風に従うことを得策とすることです。礼儀を守り、古い風俗を重んじる者を時代遅れとして排斥するのでこれが直ちに西洋人が隣国を破滅させるための陰謀であるのに、朝廷の大臣らは一人も自覚する者が存在しない実情であります。…貴国は既に日本と通商をしています。日本を除いては通商を結んではいけません。もし、西洋と通商すれば災害と苦難が同時に起き、国が混乱にさらされるでしょう。…

厳世永は、既述のように日本の司法省を視察し、日本における西洋法制度と法学の導入過程を直接確認はしたものの、その意識面では受容の態度が欠け、むしろ日本の無批判的受容態度を批判している。

李鏞永は日本の税関を視察したが、彼が会った日本の人士は開化に対して否定的見解をもつ人であった。その否定的見解を客観的に分析しようとはせずそのまま朝鮮政府に伝達した。

このように、朝鮮時代の法学は、中国との政治的従属性の中で儒教文化に立脚した律学体系であって、朝鮮後期に至り中国と日本を通じて西洋法学に若干接触することができたが、決して伝統的思想から脱皮することはできなかつた。即ち、日本との修好条約を結びながらも開化に関しては抵抗が強く、日本を通じての西洋法の受容はこの段階ではまだ時期尚早であったのである。

しかし、法制的側面における否定的・排他的態度も1882年から始まった欧米各国との修好条約によって新たな転機を迎えることになる。いわば、外国との接触において「国家の主権」という公法学的概念と、「条約」という国際法的概念が何よりも重要視される時代が到来したのである。それによって朝廷はともかく近代法の知識の必要性を痛感することになり、やがて積極的な法制の近代化

の段階へ突入することになった。

そこで、朝鮮末期における法制の近代化過程を概略してみると次の通りである。

1831年にイギリスの商船が初めて朝鮮の海岸に姿を現し、ロシア、フランス、アメリカなどが相次いで来航し、朝鮮に通商を求めたが、朝鮮は徹底的な鎖国政策を採って開国に応じなかつた。

1868年明治維新以後の日本は、欧米列強に続いて朝鮮に国交を開くことを求め、江華島(GangH-waDo)事件⁽⁴³⁾を契機として、1876年に朝鮮と開港条約〔江華島条約；丙子(BeyongJa)修好条約、1876年2月26日〕を結ぶことに成功した。1882年にはアメリカ(1882年5月22日、韓・米修好通商条約)が、さらにその後イギリス(1883年11月26日、韓・英修好通商条約)、ドイツ(1883年11月26日、韓・独修好通商条約)、イタリア(1884年6月26日、韓・伊修好通商条約)、ロシア(1884年6月25日、韓・露修好通商条約)、フランス(1886年6月4日、韓・仏修好通商条約)、オーストリア(1892年6月23日、韓・奥修好通商条約)、ベルギー(1901年3月23日、韓・ベルギー修好通商条約)、デンマーク(1902年7月15日、韓・デンマーク修好通商条約)などが次々と朝鮮と開港条約を結び、朝鮮は国際列強の関心の焦点になって、さらに、各国の利権争奪の角逐場になった。現実には朝鮮が万国の一国として設定されるに及んで、対外的な危機が痛感され、富国強兵の実現を求めざるを得ないことになった。即ち、万国の一国としての維持・存続の手段としての富国強兵を追求するようになったのである。この富国強兵思想は、国際秩序のなかでの国家の存続を表現するものであったが、反面、それは伝統的価値の弱化をもたらすものでもあった。このような西洋の朝鮮進出に伴って西洋法にも接触することになり、それに刺激を受けた朝鮮王朝は1894年甲午(GapO)改革⁽⁴⁴⁾を通じて法制面で大陸法系に従い、その内容も旧習を打破し、裁判所構成法(1895年3月25日、法律第1号)を公布して司法を行政から分離するなど、法制面での近代化が始まった。これに従い、各級学校と法官養成所(1895年3月25日、勅令第49号)で法律講義が

始まり、各種の法律教科書も刊行されるなど、西歐近代法が韓国に紹介され受容された。

朝鮮末期における法学の始まりと基礎は、日本に留学して開化された知識人法律家たちによって行われた。近代的新学問の一つとして法学を学ぶ道としては、日本留学がもっとも近くて便利であった。当時の支配層と知識人たちが、法学を学ぶために直接ヨーロッパやアメリカへ留学することは極めて難しい発想であって、既にヨーロッパの法学を大幅受け入れ近代化している日本から殆ど不満なく学ぶ対象を見つけたのである。

日本は、1868年明治維新以後、法と法学の近代化・西歐化に拍車がかかり、とくにフランス法制と法学の影響から始まってドイツ法学の摂取に熱中していた。既に近代的法学教育が実施されていて、相当数の外国人法律家と法学教授らが活動していた日本へ留学した韓国人は、大多数が慶応義塾に入り、それぞれ自分の専攻を選択して勉強した。それは、慶応義塾がその当時の朝鮮政府と特別の紐帯関係⁽⁴⁵⁾をもっていたからである。

しかし、日本の影響が朝鮮に浸透するに連れ、この開化された朝鮮の法学者らによる自主的な法近代化の動きは、結局、日本人による他律的な法近代化になってしまった。

近代法が総体的で体系的に韓国に適用されるようになったのは、1910年日韓併合以後になってからであり、その以前には、個々の単行法が必要に応じて制定され施行されたに過ぎない。1894年甲午改革から1910年日韓併合までの韓国の法制は、伝統法から近代法へ移行される過渡期であったといえる。

第3章 刑事法制の「他律的近代化」—植民36年間を通じて

日本の韓国植民支配は、韓国が国権を喪失した民族の歴史上最も暗鬱な時期であった。しかし、韓国が日本の植民地になり、日本により「他律的近代化」がなされたのは、朝鮮時代の「両班文化」と「儒教思想」が招いた結果であることを第2章で指摘した。そのような内在的要因から我々は歴

史的教訓を得なければならないと思いながら本章を進めて行きたい。

植民地統治秩序の強圧的維持は、形式上刑事訴訟法という法的支配手段を通じて行われた。植民地体制下の刑事手続は、刑罰権実現を目的としながらも、同時に最小限の費用で最大の効果を得ようとする植民地経済学の原理が基本的指導理念として設定された。

従って、この章においては、日本による韓国刑事司法の近代化過程の構造的特徴を概観し、その過程のなかで刑事手続の差別的扱いに関する諸規定を明治刑事訴訟法及び大正刑事訴訟法と比較することを通じて、「他律的近代化」が刑事法制にどのように反映されたのか、その実体を考察することにする。

この章の展開方法として、当時、韓国で施行された刑事司法の時代的变化を次の3段階に分類して論じることにする。

まず、第1段階は、日本が韓国の刑事司法に本格的に取り組み始めた1909年から1912年朝鮮刑事令の公布までとする。；『植民刑事法制整備期』

第2段階は、1912年から1924年の朝鮮刑事令改正(明治刑事訴訟法と朝鮮刑事令の適用時期)までとする。；『明治刑事訴訟法適用期』

第3段階は、1924年から1944年(大正刑事訴訟法と改正された朝鮮刑事令の適用時期)までとする。；『大正刑事訴訟法適用期』

1944年から解放までの時期は、1944年「朝鮮戦時刑事特別令」(1944. 2. 15, 制令第4号)の第1条が「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」と規定し、戦時下の状況から殆ど日本の「戦時刑事特別法」(1942. 2. 24, 法律第64号—同年3月21日施行)が適用され、朝鮮に対する本格的な特例は定めなかったもので、この時期に対する検討は本稿では省略することにする。

第1節 植民刑事法制整備期 [1909年から1912年まで]

1. 植民刑事司法の出発—統監府刑事体制

植民地朝鮮の司法機構は、統監府時代から始まる。1909年(明治42年)朝鮮総理大臣李完用(Lee Wan Yong)と二代統監會彌荒助の間に「韓国司法及監獄事務委託ニ関スル日韓覚書」(巴西覚書, 1909年7月12日, 統監府告示第66号)が交換された。この覚書は「行政と司法の分離」という観点から司法制度の改編に着手したものである。その趣旨として、「韓国司法及び監獄事務ヲ改善シテ韓国臣民及び在韓外国臣民ト人民ノ生命財産ノ保護ヲ確實ニスル目的ト韓国財政ノ基礎ヲ強固ニスル目的ヲ以テ…」とした。この「覚書」の要点は、①韓国の司法及び監獄事務が完備したと認めるまでの間、韓国政府は司法及び監獄事務を日本に委託すること、②日本政府は一定の資格を有する日本人及び韓国人を在韓国日本裁判所及び監獄の官吏に任用すること、③韓国地方官庁及び公使は各職務に応じて、司法及び監獄の事務に付き、在韓国日本当該官吏の指揮命令を受けそれを補助すること、などの内容であった。この条約によって、それまでの韓国の各種司法機関と監獄は、1909年10月31日を期して全て廃止され、同年11月1日に統監府裁判所が生まれた。この覚書を契機にして司法及び監獄事務に関する日本国勅令、統監府令、統監府告示などが発せられるようになった。従って、それまでの韓国内閣の法部⁽⁴⁶⁾の指揮監督下にあった各裁判所及び検事局は統監府の指揮監督下に移され、これらの機関に対する司法行政上の指揮監督権は統監が直接行うこととなった。

1909年11月は、従来、韓国が管掌してきた司法事務が本格的に日本人の勢力に移転された重要な時点であるが、このような重大な制度変化において、ここに至るまでの日本人が推進して来た過程をみると、日本は既に1876年「江華島(GangHwaDo)条約」という不平等条約⁽⁴⁷⁾によって日本人の韓国内の犯罪を日本の領事によって裁判させるという、いわば領事裁判権を獲得した。この領事裁判権は韓国の領土内で日本人が日本の法律を適

用して自国民を裁判することを意味し、それはまた日本の刑事法令が韓国の領土内で効力を発揮することを意味する。日本は、領事裁判業務が増加するに従って、韓国各地に領事館を設置して司法組織を拡張し、1905年乙巳(OI Sa)保護条約(日韓保護条約)の採択とともに統監府を設置し、韓国の各地に理事庁⁽⁴⁸⁾を設置して従来の日本領事に属する事務を処理した。1909年日本が韓国の司法権を支配するに至るまでの組織上の背景として「理事庁」という日本の司法組織があったのである。1909年に司法権を喪失するまでは、韓国の領土内で、韓国人には韓国の司法組織が韓国法令を適用して、日本人には日本の司法組織が日本法令を適用して行う裁判の二元的司法体系が存在していた。1909年の司法権喪失は後者が前者を完全に排除する転換点であった。

1909年の司法事務移転は、韓国人に対する裁判までも「統監府裁判所」という日本の司法組織が担当することを意味した。それは、同時に朝鮮末期における自主的な刑事司法の喪失と日本による植民地刑事司法の出発を意味する。

2. 刑事司法体制の整備と刑事手続における特例規定

1909年11月以来、日本人によって構成された統監府裁判所が全面的に民・刑事裁判を担当することになった。日本は、統監府裁判所令(1909年10月16日, 勅令第236号), 統監府裁判所司法事務取扱令(1909年10月16日, 勅令第237号), 韓国人に係わる司法に関する件(1909年10月16日, 勅令第238号), 韓国における犯罪即決令(1909年10月16日, 勅令第240号)という一連の法令を公布して法的根拠を備えた⁽⁴⁹⁾。

「統監府裁判所令」によって統監府裁判所は統監に直属して朝鮮での民・刑事の裁判及び非訟事件に関する事務を管掌し(同令第1条), その構成は、区裁判所・地方裁判所・控訴院・高等法院の三審制四級制の階層組織になり(同令第2条), 統監府裁判所には検事局が併置された(第9条)。

また、「統監府裁判所司法事務取扱令」によっ

て、民・刑事裁判事務の取扱に関しては、日本国法令を準用することになり、このときから日本の明治刑事訴訟法が韓国で適用され始めた。「韓国人に係わる司法に関する件」は、韓国人に対しては旧韓国法規を適用する特例を定めた。即ち、裁判制度は、統監府裁判所の設置によって一元的に統一されたが、実体法規については裁判を受ける者(国籍)によってその適用法規が異なり、実際の運用においては多くの問題点を内包していた。

日本の明治刑事訴訟法の適用の基礎となった「統監府裁判所司法事務取扱令」は、同時に民事訴訟手続及び刑事訴訟手続に関する特例を規定したが、そこでは、刑事手続に関する捜査機関の権限強化及び予審、公判手続の簡素化がとくに注目される。韓国に適用された日本の明治刑事訴訟法は、ドイツ刑事訴訟法の影響を受けたとしても、予審制度に関する限り旧法である治罪法のそれを殆どそのまま維持していた⁽⁵⁰⁾。即ち、とくに捜査手続上の強制処分権は予審判事に集中され、捜査機関である検事及び司法警察官は、現行犯など極めて制限された場合を除いては捜査手続上の独自の強制処分権を原則的に認められなかった。しかし、日本は朝鮮に近代的刑事手続を導入する初時点から裁判官の強制処分権を統制し、検察・警察の捜査機関に予審判事に準ずる権限を与えた。

従って、「統監府裁判所司法事務取扱令」において注目される特例をみると、①検事は、急速の処分を要するものとして思料するときは公訴提起前に限り検証・搜索・物件差押を為し、又は被告人⁽⁵¹⁾・証人を訊問するか或いは鑑定を命じるなど、予審判事に属する処分ができた(同令第25条1項本文)。但し、検事は予審判事に比べて、勾留状を発し、罰金・科料及び費用賠償の宣告をするか、又は宣誓させることを認めなかった点での権限の制限があるのみであった(同条1項但書)。また、検事はその許容された権限の範囲内で、司法警察官に処分を代行させることが可能であった(同条2項)。②裁判所又は予審判事は、必要に応じて司法警察官に検証・搜索・物件差押又は証人訊問或いは鑑定を命じるができた。但し、司法警察

官は罰金・科料及び費用賠償を宣告するか宣誓させることができないという制限があった(同令第26条1項、2項)。③1年以下の懲役・禁固又は三百圓以下の罰金に処すべき事件において、被告人の自白がある場合は、証拠取調を必要としなかった(同令第30条)。④1年以下の懲役・禁固又は三百圓以下の罰金を宣告した判決に対しては、証拠に関する理由の省略が可能であった(同令第31条)。⑤弁護士の上訴を容認しなかった(同令第34条)。⑥重罪事件の場合を除いては第1審における訴訟手続に違法事項があっても、それが判決に影響を及ぼすものではない限り、控訴裁判所は控訴棄却すべきことを規定した(同令第32条)。

以上のような各特例は、近代刑事訴訟法の本質的要素に当たる部分に植民地統治の効率性を保持するために修正を加えたもので、日本の刑事訴訟法は形式上の適用であったともいえる。

3. 警察司法の開始

植民地刑事司法の最も大きい特徴の一つは、最小の費用で最大の植民地政策を達成しようとする植民地統治の基本発想を徹底的に追求した事実である。言い換えれば、近代法令の西歐式刑事手続が導入されたとしても、植民地においてはそれが警察司法の拡張によって大部分代替され、形骸化されたのである。日本は、犯罪事件の大多数を占めている軽微事件に対して検事の公訴提起と裁判所の判断なしに、警察官の即決処分によって処理する警察司法を大幅認めることによって徹底した訴訟経済を図った。1909年、「韓国ニ於ケル犯罪即決令」(1909年10月16日、勅令第240号)を発して、①拘留または科料の刑に処すべき罪②韓国法規による笞刑、拘留または30圓以下の罰金刑に処すべき罪などに対して警察署長、分署長は被告人の陳述を聞いて証拠を取調べ、正式裁判なしに直ちに刑の宣告ができるようにした(犯罪即決令第1条、第2条)。そして、拘留宣告をした場合、必要に応じて正式裁判請求期間である3日又は5日間被告人を留置することができた(同令第6条、第4条)。ここでは、「韓国人に係わる司法に関する件」

(1909.11.1 施行) によって維持された封建的刑罰制度である「笞刑」(刑法大全第110条)を「韓国ニ於ケル犯罪即決令」を通じて韓国人に対してのみ警察官が即決で執行できる法的根拠を備えたという点に留意する必要がある。この「犯罪即決令」は、当時日本で施行されていた「違警罪即決例」(1885年9月24日、太政官布告第31号)⁽⁵²⁾をもとにして制定・施行された法律であった。しかし、この犯罪即決令では「違警罪」⁽⁵³⁾(旧刑法第425条以下)という犯罪類型を別度に設定せず一般犯罪に対して即決処分できる権限を警察官に付与して、また、笞刑の権限まで認めた点に相違がある。即ち、「韓国法規ニ依リ笞刑、拘留又ハ三十圓以下の罰金ノ刑ニ処スヘキ罪」にも適用されるもので、日本の「違警罪即決例」(刑法施行法—1908.3.28法律第29号—第31条；「拘留又ハ科料ニ該ル罪ハ違警罪ト看做ス」)よりも当然その適用範囲が広いものであった。

4. 1910年日本国法令の効力と総督府刑事体制

1910年8月29日日韓併合と同時に、急激な制度の改革によって惹起される民心の動揺と反発を防ぐために緊急勅令(1910.8.29, 勅令第324号)「朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ関スル件」を發布する。その内容は、まず日本国の法律の全部またはその一部を朝鮮に施行する必要がある場合には「勅令」によって定められるとして、日本国法律の効力が朝鮮にも及ぶことを明白にした。また、朝鮮における法律制定、いわば立法事項に関しては朝鮮総督の命令(制令)で定めることができるとした。この勅令に基づいて、同年同月日制令第1号「朝鮮における法令の効力に関する件」を制定した。

即ち、「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」とし、併合以前に韓国で施行されていた全ての法令⁽⁵⁴⁾は併合後においても一応その効力を維持することになった。従前の「統監府裁判所令」は「朝鮮総督府裁判所令」(1910年10月1日、制令第5号)になり、裁判所も朝鮮総督府裁判所として総督に直

属されるようになった。裁判所の組織も統監府裁判所組織をそのまま継承して区裁判所、地方裁判所、控訴院、高等法院の審級制は継続された。

しかし、当時朝鮮で施行されていた諸法令などは過渡期的なものとして、併合直後朝鮮総督府に取調局を設置して朝鮮の実情に適合する法令の制定のための審議に着手した。それにより1912年3月18日「朝鮮刑事令」が公布されるようになった。

以上で見られるように、日本が朝鮮に植民地刑事司法の基本構図を設定して制度化に達したのは司法権を獲得した1909年統監府時代であった。

しかし、日本が植民地統治のために本格的な刑事司法体系の法令整備を行ったのは、ある程度準備期間を経た1912年に至ってからである。

第2節 明治刑事訴訟法適用期 [1912年から1924年まで]

1910年日韓併合後日本は植民統治に適合する刑事司法制度の再編に本格的に着手した。この作業は1912年に完成され、同年4月1日から新しい植民地刑事法令体系が効力を発するようになった。

それは、①朝鮮総督府裁判所令の全面改正②犯罪即決例の改正③朝鮮笞刑令の制定④朝鮮刑事令の制定などの4つの分野であった。この法令整備は、植民地司法経済の極大化を指向するものであって、とくに朝鮮刑事令は刑事手続に関する特例を定めている。以下でこの4つの分野を検討する。

1. 警察司法の拡充

1) 朝鮮総督府裁判所令

1910年10月1日の朝鮮総督府裁判所令(制令第5号)⁽⁵⁵⁾は、軽微犯罪を担当する下級裁判所である区裁判所を存続させた。しかし、当初の4種の裁判所の制度的複雑性と、当時の朝鮮事情に適切な制度的簡素化の必要性によって「朝鮮総督府裁判所令中改正ノ件」(1912年3月18日、制令第4号)により裁判所令を全面改正した。即ち、区裁判所を全面廃止し、従来の控訴院を覆審法院とし、地方裁判所を地方法院に各々改称し、高等法院と

ともに従前の四級三審制から三級三審制に改めた。

また、地方法院の事務の一部を取扱う地方法院支庁を設置すると同時に、同支庁には検事分局を併置した。従前の地方裁判所は、3人合議制であったが、改正後の地方法院は第1審として判事単独で裁判することを原則とし、特に重要な事件に限って3人の判事で構成される合議部で裁判するものとした⁽⁵⁶⁾。

軽微事件を担当する従前の区裁判所の廃止は、「犯罪即決例」として関連して考えてみる必要がある。即ち、多量に発生する軽微犯罪に対する司法判断は、通常の刑事司法手続から完全に分離して警察司法に任せることによって、植民地刑事司法の訴訟経済を達成しようとしたのである。このような植民地刑事司法組織の構造的特徴によって、一部の極少数の事件に限って、近代的刑事手続の形式下での少数の専門法律家達が事件を処理する典型的な植民地司法制度が登場することになった。

2) 犯罪即決例

1909年勅令第240号で制定された「韓国における犯罪即決令」は、1910年12月15日制令第10号の「犯罪即決例」で代替され、また1912年3月18日制令第12号によって警察の即決処分対象を拡大改正して、その効力を維持した。

この「犯罪即決例」は、

第一条；警察署長又ハ其ノ職務ヲ取扱フ者ハ其ノ管轄区域内ニ於ケル左ノ犯罪ヲ即決スルコトヲ得

- 一. 拘留又ハ科料ノ刑ニ該ルヘキ罪
- 二. 三月以下ノ懲役又ハ百圓以下ノ罰金若ハ科料ノ刑ニ処スヘキ賭博ノ罪及拘留又ハ科料ノ刑ニ処スヘキ刑法第二百八条ノ罪
- 三. 三月以下ノ懲役、禁固若ハ拘留又ハ百圓以下ノ罰金若ハ科料ノ刑ニ処スヘキ行政法規違反ノ罪

(以下省略)

と規定することによって一定の法的手続や裁判もなしに処罰することができる警察の即決処分対象を拡大した。また、警察署長や「其ノ職務ヲ取扱フ者」である憲兵分隊長、憲兵分遣所長によっ

て「即決言渡」を受け、多くが答刑等に処せられた。

ここで注目されるのは、この「犯罪即決例」を公布し、その理由を「交通機関が不便な当時、正式裁判に回付すれば必要もないのに多くの時日を消費することになり、被告人に何らの利益にもならないことを考慮すれば、この法令は真に便利な処分法である」⁽⁵⁷⁾としたことである。また、行政法規違反事件を警察司法の対象として確定したことも一つの特徴である。日本が「犯罪即決例」を公布した後、逮捕、拘禁の例は極めて多くなった。その具体的な施行規則である「警察犯処罰規則」

(全文2条, 1912. 3. 25総督府令第40号, 同年4月1日施行)⁽⁵⁸⁾の第1条には87項目の処罰対象を挙げ、それに該当する者に対しては警察官の即決処分権を認めた。この規則は、日本で施行されていた「警察犯処罰令」(1908. 9. 29, 内務省令第16号)に基づいて、警察官の権力行使の強力化を図り、その適用範囲を拡大して制定・公布したものである。この「警察犯処罰規則」は、日本の「警察犯処罰令」よりその対象を29項目も補充したものであった。警察官による即決処分は、1911年には12,099件, 1912年には21,507件, 1918年には1911年の6倍にもなる71,279件に急激に上ったことは警察司法の実態を示すものである⁽⁵⁹⁾。

3) 朝鮮答刑令

刑事司法を警察司法に代替することによって、植民地においての訴訟経済を図ろうとする日本の構想は1912年「朝鮮答刑令」(1912年3月18日, 制令第13号)⁽⁶⁰⁾の制定にまで至る。

1909年司法権を獲得してから3年余の準備の末に、1912年朝鮮刑事令が制定され植民地刑事司法の基本法令体系が完成した。後述する1912年朝鮮刑事令は、日本の刑事法令を朝鮮に適用する規定を定めることによって朝鮮の既存法典であった「刑法大全」(1905年4月29日, 法律第2号)は効力を失い、近代刑事法令として日本の刑法, 刑事訴訟法(明治刑事訴訟法)が基本的な刑事裁判の準則として適用されることになり、これを通じて近代的刑事法制が導入されることになった。しかし、

近代刑事法制の施行において、植民地刑事司法の便宜を図るために色々な「毒素条項」を日本刑法、刑事訴訟法に対するいわば特例として規定することによって、人権保障をその出発点とする西欧式近代刑事司法の根幹は形骸化された。

まず、実体刑法分野の変化を見ると、「朝鮮刑事令」は、日本の刑法を適用することにし、「刑法大全」を廃止した。日本が朝鮮末期の法令であった「刑法大全」をそのときまで運用してきたのは、その封建的刑罰体系、とくに笞刑を活用するためであった。従って、その「刑法大全」が廃止されることによって笞刑の法的根拠も消滅することに対応して、日本は「朝鮮笞刑令」を発して従来の笞刑制度を維持しようとしたのである。笞刑は、執行如何によっては短期の自由刑又はその他の財産刑に比べてその施刑効果が大きく、執行方法が簡便であるというのが制定の主な理由であった⁽⁶¹⁾。勿論、この法令は韓国人にのみ適用された（朝鮮笞刑令第13条）。具体的に言えば、「刑法大全」第110条は「笞刑は軽罪に施行する但し、婦女の姦通罪は去衣受刑し、余罪は単衣受刑す」として、笞刑を「軽罪」及び「姦通罪」の主刑として「杖刑」が規定されていたものを「朝鮮笞刑令」は第1条で「3月以下ノ懲役又ハ拘留」及び第2条で「百圓以下ノ罰金又ハ科料」の代用刑として改めたものである。そして、笞刑の執行方法は刑法大全においては、極端の破廉恥犯とされた婦女の姦通罪の場合にだけ裸にして笞刑を執行し、その余罪に対しては、単衣で執行したのであったが、同笞刑令は、一律にズボンや下着を脱がして臀部を露出させ執行するように改正した⁽⁶²⁾。

笞刑の言渡が確定すると、その執行を終えるまで監獄又は即決官署に留置し（同令第9条）、その留置した場所で、非公開、秘密裡に執行された（同令第11条）。

この「朝鮮笞刑令」は犯罪即決例と結合して、植民地統治の尖兵である警察、憲兵らに即決処分権として笞刑を認めることによって日本は社会的恐怖雰囲気造成と極度の訴訟経済の実現という二重の効果を得ることができた。また、「笞刑は監

獄又は即決官署において秘密にこれを執行する」（第11条）という部分に注目する必要がある。即ち、植民地警察は笞刑を通じて合法を飾った拷問を行うことができ、日本が韓国に近代的警察機構を導入する初期から韓国の民族は警察を拷問機関として認識するようになったのである。

植民警察による合法的な人権蹂躪は、この時から本格的に開始されたのである。1916年の裁判及び犯罪即決例によって笞刑に処せられた者は、52,546人で、総受刑者の44%に昇っている⁽⁶³⁾。「朝鮮笞刑令」は、1919年朝鮮の3・1独立運動に刺激を受けた日本がいわば文化政治を標榜することによって、その一環として1920年廃止された。

3・1運動の歴史的意義に対しては多角的にその意味が指摘されているが、刑事司法に関する限り「笞刑」という前近代的・封建的・非人道的刑罰が朝鮮の地で姿を消したのは3・1運動による一つの結実であった。

2. 1912年朝鮮刑事令

前述のように、日本の明治刑事訴訟法は既に統監府時代から「統監府裁判所司法事務取扱令（1909.10.16、勅令第237号）」によって朝鮮に適用されていた。しかし、同時に「韓国人に係わる司法に関する件」（1900.10.16、勅令第238号）によって、法令に特別の規定がない限り韓国人に対しては旧韓国法規を適用させた。日本は、この法状態をさらに整備するために1912年朝鮮刑事令の制定を通じて刑事手続の準則を一元化し、本格的に西欧式法令体系による刑事手続を朝鮮で施行することとした。しかし、朝鮮刑事令の本質は、刑事司法を通じて植民政策を遂行するための制度的な補完を受けたものであった。

朝鮮刑事令は1912年3月18日制令第11号として制定されて以来、時勢の変遷によって1945年解放に至るまで12回に渡って改正された。しかし、このような度重なる改正を経て来たにもかかわらず朝鮮刑事令の内容は、1922年（大正11年）の大正刑事訴訟法の誕生によって改正（同年12月7日制令第14号）された以外には大きな変革はなく、改正は

枝葉的なものに止まった⁽⁶⁴⁾。ともかく、この朝鮮刑事令の施行によって韓国固有の刑法典である「刑法大全」は、その中の日本刑法より刑が重い謀殺人・故殺人・親族殺人・強盗・窃盗・強姦・強盗罪に限って、朝鮮人に対してのみ効力を例外的に存続させ、以外の規定はその効力を失った⁽⁶⁵⁾。

また、同刑事令第1条第1項においては日本国刑法を含む11個の日本の刑事関係法令⁽⁶⁶⁾を特別規定がない限り原則的に適用するとしていたが、本文39個条と附則8個条の全文47個条から成る同刑事令の内容は、日本国刑事関係法令の規定とは相異なる朝鮮の特殊な事情を考慮した多数の重要な特例を規定していた。そして、同刑事令は、解放後においても一部規定(「毒素条項」)を除いては、米軍政期を経て大韓民国政府が樹立され、韓国固有の刑事法典が制定されるまで施行されて来たのである。朝鮮刑事令の「毒素条項」は、とくに人權と関連する強制捜査の面と事実審裁判所の手続面に重点が置いていた。

次に、1912年朝鮮刑事令の刑事手続に関する特例条項の中から注目される点のみをみることにする。

1) 捜査手続上の特例

(1) 現行犯捜査の場合

明治刑事訴訟法は、検事及び司法警察官の捜査手続上の強制処分権を原則的に許容しなかった。これは、検事は原告官として一方当事者であって裁判官のように公平の地位にあるものではないから、強制力を用いて取調をなすか処分することは第三者である裁判官に委ねるのが適切であるという理由によるものであった⁽⁶⁷⁾。

従って、予審手続が捜査機関に対してもつ意義をより詳しく検討するためには、予審判事の強制処分権と検事及び司法警察官のそれとを比較する必要がある。

明治刑事訴訟法によると、予審判事は公判裁判所と殆ど同等な強制処分権をもっていた。予審判事は被告人に対して召喚状、勾引状、勾留状を発することができた(明治刑事訴訟法第69条、71条、72条、75条)。とくに予審判事の勾留には期間制限

の規定がなかった。また、予審判事は捜索(同法第104条、第105条)、差押(同法第106条)の権限ももっていた。

これに対し、検事及び司法警察官は、現行犯(同法第56条)及び準現行犯(同法第57条)の場合にその事件が急速を要するときに限って予審判事を待つことなくその旨を通知した後、犯罪現場を臨検することによって予審判事の権限に属する処分ができた(同法第144条、第146条、第147条)。この場合にも勾留状の発付に制限があつて、とくに司法警察官は全く勾留状を発付することはできなかつた(同法第146条2項、第147条1項但書)⁽⁶⁸⁾。

このように、明治刑事訴訟法下では、複雑な事件又は非現行犯事件に対して検事または司法警察官が十分な真相を捜査することができなかつたため、強力な強制処分権をもつ予審判事による捜査は絶対的なものであつた。

しかし、朝鮮刑事令においてはその事情が全く異なつていた。いわゆる朝鮮の特殊事情により規定した特例である「朝鮮刑事令」は、検事及び司法警察官に対して殆ど予審判事に準ずる強制処分権を承認したのである。まず、現行犯及び準現行犯捜査の場合に強制処分権の行使を容易にした。

即ち、前記の明治刑事訴訟法第144条、146条、147条で要求されていた犯罪現場の臨検については、1912年朝鮮刑事令第11条において、現行犯及び準現行犯に関しては検事又は司法警察官は犯行現場への臨検を必要とせず、予審判事に属する強制処分を行うことを認めたのである⁽⁶⁹⁾。

(2) 非現行犯捜査の場合

朝鮮刑事令において、検察・警察の強制処分権行使の要件は、非現行犯の場合であっても「捜査ノ結果急速ノ処分ヲ要スルモノト思料スルトキ」には検事又は司法警察官は「公訴提起前ニ限り」令状を発して検証、捜索、物件差押を行い、証人を訊問又は鑑定を命じることができた(1912年朝鮮刑事令第12条第1項前段、同条2項)。このような「急速処分」という極めて抽象的な要件を通じて、各種の捜査上の強制処分は検察・警察の独自の権限によって行われるようになった。

勾留状は検事のみが発付でき、司法警察官にはこの権限が認められなかった(同令第12条2項)。但し、司法警察官は被疑者を訊問した後、「禁固以上ノ刑ニ該ルヘキ者ト思料スルトキ」は、14日を越えない期間において被疑者の身柄を確保できる留置命令権を有した(同令第13条1項)。この留置命令権は現行犯の場合にも勿論認められた(同令第13条3項)。即ち、朝鮮刑事令における公訴提起前の被疑者の拘禁期間としては、司法警察官は14日間の検察送致期間を維持(同令第13条1項)し検事は20日の公訴提起期間を維持(同令第12条1項、第15条)することができた。これに対し、明治刑事訴訟法においては、司法警察官は「速ニ」被疑者を検事に送致(明治刑訴法第147条)し、その送致を受けた検事は24時間以内に勾留状を発するか予審判事に送致することを要(同法第148条)し、勾留状を発した場合には3日以内に起訴手続を要(同法第146条)した。このように、公訴提起前の拘禁期間の長さにおいても朝鮮刑事令と明治刑事訴訟法との相違が明白に指摘できる。

こうして、朝鮮刑事令における予審請求は、未決拘禁の延長手段として悪用されたのである。

植民地検察、警察の強制捜査処分に対しては、明治刑事訴訟法の予審に関する規定が準用された(同令第14条)。これは、捜査機関作成の各種調書が予審判事の調書と同一の効力をもつことを意味し、結局、朝鮮における捜査機関は、予審判事に準ずる地位をもつようになった。これは、捜査機関に対して準裁判官的権限を付与したもので、植民地刑事司法特有の前近代性を表すものであると同時に、裁判官による捜査機関の権限濫用を牽制するという近代的刑事訴訟法の基本構造が排除されたことを意味する。

(3) 検事の裁量的予審請求権

1912年朝鮮刑事令は、「検事ハ犯罪ノ捜査ヲ終リ有罪ト思料シタルトキハ公判ヲ求ムヘシ」(同令第16条本文)と規定したが、明治刑事訴訟法で厳格に規定されていた予審請求の義務に対しては「拘留又ハ科料ニ該ル事件ヲ除クノ外事件繁雜ナルトキハ予審ヲ求ムルコトヲ得」(同条但書)と規

定することによって、植民地検事に既に予審請求に関する裁量権を付与していた。前述のように、既に予審判事に準ずる独自の強制処分権が確保されていた植民地検察にとっては、この予審請求権は、明治刑事訴訟法上、予審判事にのみ認定された無制限の勾留権を利用できるという点に実質的意義があった。

2) 公判手続上の特質と予審の機能

明治刑事訴訟法上の公判手続に関しては、予審制度の目的⁽⁷⁰⁾である証拠の蒐集と保全に関連して調べてみる必要がある。

予審の機能に関して、林頼三郎は、「公判裁判所ノ手続ハ種々複雑ナル法則アリ。殊ニ合議裁判所ニ於テハ評議ノ結果ニ依リ行動スルモノナルヲ以テ自ラ敏活ヲ欠クニ至ルハ免ルヘカラサル所ニシテ、從テ複雑ナル事件ニ付キ充分ナル取調及証拠ノ蒐集ヲ遂ケスシテ公判ニ付スルトキハ之カ為ニ多クノ時日ヲ要スルハ勿論、時トシテハ証拠ノ蒐集ヲ全フスルコトヲ得スシテ真実発見ニ支障ヲ生スルニ至ル。」⁽⁷¹⁾と説明している。即ち、公判裁判所と同等な資格をもつ独立した予審判事に証拠の蒐集と保全を行わせ、公判審理の効率を図ろうとしたのが予審制度の機能であった。いわば予審制度によって避けようとした公判手続の複雑な法則は「直接審理主義」に対するものであった。近代刑事訴訟法の理想として採択されているこの原則が指すのは、事実の認識において、認識する者は認識しようとする事物に接近することによって認識の正確を期することができるという観点から出発する。そして、事実の真相を発見するためには当然、判断する裁判所が自ら認識の材料である事物に接近して審理しなければならないことになる。刑事訴訟法の理念の一つである実体的真実を発見するために直接審理が理念として採択されなければならない。従って、この原則によれば判決裁判所は自ら被告人、証人を訊問して証拠物を検証するなど、自ら直接判断の材料に接触しなければならない。他の機関、例えば受命判事、受託判事、予審判事、書記等を介入させて、彼らが材料に接触して作成したその報告書面によって判断するこ

とは当然に禁止されるものである。しかし、明治刑事訴訟法ではこのような直接審理主義の原則が明文上に規定されていなかった⁽⁷²⁾。

学説上は、直接審理主義を貫徹する場合、それによって審理に多大な時間、努力及び費用を要することになり、裁判所の数、職員の人数及び刑事事件の件数などの様々な問題点から、当時の日本の状況の上での直接審理主義の実現は司法行政上実行困難であると説明されている⁽⁷³⁾。

従って、近代刑事訴訟法の原則である直接審理主義が後退し、予審手続によって蒐集した証拠に全ての証拠力を認め、これを公判における判決の基礎とする現象が現れたのである。予審判事は、検事若しくは被告人の請求によって、又は職権で「事実発見ノ為メ必要ナリトスル証憑」を「集取」しなければならないという明治刑事訴訟法第91条の規定は以上のような意味に理解されるものであった。それは、公判裁判所と同一の資格をもつ独立した予審判事が審理するという観点から正当化された一つの制度的補完装置であった。証拠蒐集に関する予審判事の活動は、臨検・搜索・物件差押・被告人訊問・証人訊問などであった。この場合、裁判所書記の立会が必要であった。この書記は、各事件に応じて調書を作成し、予審判事とともに署名捺印した(明治刑事訴訟法第92条1項)。

従って、この予審判事の調書は、裁判官の審理によって作成された調書であるものとして公判では殆ど絶対的な証拠となった。しかし、この予審判事の調書は公判手続上の審理から要請される様々な刑事訴訟法上の原理などを排除したなかで作成されたという点に注意しなければならない。即ち、予審手続は密行主義⁽⁷⁴⁾であった。前述のように、被告人の訊問には裁判所書記のみが立会して調書を作成した。但し、裁判所外において急遽の際、書記の立会ができないときは立会人二名(但し、監獄所で訊問するときは監獄所官吏一人でよい)で足り、この場合には予審判事が自ら調書を作成した(明治刑事訴訟法第92条2項)。予審判事は、呼出に応じない証人を勾引し、宣誓させた

後訊問することができた(同法第118条2項,第122条)。証人訊問には裁判所書記のみが立会して調書を作成し、被告人や検事に立会権はなかった。

予審判事は必要によって鑑定を行い(同法第135条)、また、事実発見のために必要な場合には犯行場所、又はその他の場所に臨み検証することができた(同法第102条)。

以上のように、予審判事は公判裁判所に準ずる各種の証拠調査権限を持ち、これと関連して作成した各種の予審調書(同法第92条)は公判手続で最も重要な証拠資料として活用された。即ち、明治刑事訴訟法において、捜査手続上の強制捜査権限は、現行犯手続を除いては予審判事に集中され、糾問的、秘密的、書面的な予審手続により作成された予審調書は、殆ど全てその証拠能力が許容される、いわば「糾問主義的予審判事司法」であった⁽⁷⁵⁾。

明治刑事訴訟法上の予審制度における以上のような重要機能は、朝鮮刑事令においては全くその様相を異にしていた。前述のように、植民地朝鮮においては検事及び司法警察官が予審判事の機能を殆ど担当したからである。まず現行犯の場合には1912年朝鮮刑事令第11条によって検事及び司法警察官は予審判事の権限に属する処分ができた。

また、非現行犯の場合においても、いわば急速の処分を要するものと思料されるときは公訴提起前に限り令状を発して検証、搜索、物件差押を行い、被告人、証人を訊問し又は鑑定を命じることができた(1912年朝鮮刑事令第12条)。但し、予審判事に属する証拠資料に伴う強制措置としての罰金、科料若しくは費用賠償の言渡又は宣誓をさせる権限のみが除外されるだけであった。

また、朝鮮刑事令第21条は、「刑事訴訟法第九十二条ノ規定ハ第十二条及前二条ノ場合ニ之ヲ準用ス」と規定している。明治刑事訴訟法第92条が定めている予審判事の調書作成規定が朝鮮刑事令第12条に準用されたことは、検事及び司法警察官によって作成された調書に予審判事が作成した調書と同等の証拠能力を認めたことを意味する。ここで指摘できるのは、明治刑事訴訟法上の予審判事

の調書は、前述のように、独立した裁判官による調書であるという点である程度その正当性を発見できるものであるが、朝鮮刑事令の場合には刑事訴訟の一方当事者である検事及び司法警察官の調書が証拠資料として用いられた点である。さらに、予審判事が審理する場合においても司法警察官に検証、搜索、物件差押をさせて鑑定を命ずることができる(同令第17条)としたのであるから、独立した裁判官の審理によって作成された調書であるという正当化論拠までも除かれる結果となった。即ち、書面審理に主に依存する朝鮮刑事令下に特有な裁判現象が現れたのである。検事及び司法警察官の捜査活動によって作成された各種調書が公判手続で証拠資料として用いられたので、予審制度は相対的にその機能を喪失したのである。

他方、公判裁判所は急速を要する事件として認められるときには、公判開廷前であっても検事に通知して搜索、物件差押を為し、又は証人を訊問し若しくは鑑定を命ずることができ、さらにこのような場合には訴訟関係人の立会を要しなかった(1912年朝鮮刑事令第20条1項)。即ち、密行主義による証拠調査は公判裁判所においても可能であった。

このように、検事及び司法警察官による捜査活動と、公判裁判所による公判手続前の証拠調査活動によって、朝鮮刑事令下の予審制度における証拠調査面での機能は事実上無と化したのである。

以上、公判手続上の特質を予審の機能を中心に検討してみたが、他に、朝鮮刑事令における公判手続上のもう一つの特徴は、有罪判決に対する理由の省略を認めたことである。即ち、明治刑事訴訟法第203条では、有罪判決に対しては事実及び証拠によりそれを認める理由を説明することを要しているのに対して、朝鮮刑事令第26条1項では「1年以下ノ懲役、禁固又ハ3百圓以下ノ罰金ヲ言渡シタル第1審ノ判決ニ付テハ証拠ニ関スル理由ヲ省略スルコトヲ得」としたのである。

第3節 大正刑事訴訟法適用期 [1924年から1944年まで]

1. 大正刑事訴訟法の特徴

1922年日本は、ドイツ法の影響下で従来の明治刑事訴訟法を全面改正して、大正刑事訴訟法を公布し、1924年1月1日から施行した。

治罪法と明治刑事訴訟法における強制捜査権限は、現行犯の場合を除いては予審判事に集中され糺問的・秘密的・書面的予審手続を通じて作成された予審調書は、殆どそのまま証拠能力が許容されていた。公判審理は、公判裁判所が予審調書を上級監督官庁的に検討し、追認又は補充する程度で判決の基準とする、いわば公判中心ではない予審中心の裁判であった。

これに対して、大正刑事訴訟法は、検察官の強制捜査権限の拡大、訴追裁量権限の拡大、捜査書類への証拠能力の付与、などにより検察官が公判前手続及び公判手続を掌握するようになった。

以下で、大正刑事訴訟法の特徴⁷⁶⁾の注目すべき事項をみると、

①捜査上、捜査機関が強制力を用いる範囲を拡張している。即ち、「要急事件」という概念を通じて現行犯以外の一定の重要犯罪に対して、捜査機関に勾引(大正刑事訴訟法第123条)、勾留(同法第129条)、押収・搜索(同法第170条)、検証(同法第180条)、証人訊問(同法第214条)などの権限を認めた(要急事件の処分)。また、通常事件において、検事は捜査上強制処分の必要があるときは、所属地方裁判所の予審判事又は所属区裁判所の判事に対して強制処分を請求することを認めた(大正刑事訴訟法第255条)。

②当事者の訴訟上における処分の範囲を拡張している。明治刑事訴訟法においては被告人側における上訴取下のみを認めた(明治刑事訴訟法第246条)のを、大正刑事訴訟法は、起訴において法定主義を排斥して便宜主義を採用し(同法第279条)、公訴の取消を認め(同法第292条)、上訴の取下を認めている(同法第382条)。

③弾劾式訴訟主義を一貫させ、裁判所または予審判事は検事の公訴提起がなければ事件の審理を

なし得ない不告不理原則を立てた。即ち、明治刑事訴訟法が現行犯(同法第142条, 第143条), 附帯犯(同法第184条但書, 第185条)及び偽証事件(同法第195条)について認めた不告不理の原則に対する例外を一掃した。

④重罪事件に付き予審を経由することを要する旨の規定を改め, 予審を求めるか否かは検事の裁量権として認めた。

⑤未決勾留に関しては人身の自由を尊重する趣旨をもって, 勾留日数の制限を定めた。即ち, 勾留の期間を二月に限っている(同法第113条)。但し, 期間の更新を認めている。

⑥被告人の防御力を拡大している。被告人は公訴提起後, 何時でも弁護人を選任でき, 予審中においても弁護人の選任を許し(同法第39条1項), また公判においては弁護人は裁判長の許可を受け被告人, 証人, 鑑定人等を直接訊問権を有するとした(同法第338条第3項)。

⑦予審の目的を定め, 公判の準備手続機関としての性質に戻した(同法第295条)。

以上のような大正刑事訴訟法の特徴は, いわば予審中心の刑事司法から検察官中心の刑事司法へと変換されたことを意味する。これを「糺問主義的予審判事司法から糺問主義的検察官司法」⁽⁷⁷⁾へ変換されたものとしても表現されている。

2. 1924年朝鮮刑事令

1) 捜査手続上の強制処分

まず, 捜査手続上の強制処分権を予審判事の強制処分権と関連させてみると, この部分が大正刑事訴訟法と明治刑事訴訟法とがもっとも相違している。

大正刑事訴訟法は, 明治刑事訴訟法と同じく公判手続の前の段階での強制処分権は原則的に予審判事にのみ認めた。予審判事は, 被告人の召喚, 勾引及び勾留に関して公判裁判所又は裁判長と同一の権限を有した(大正刑事訴訟法第122条)。

即ち, 強制処分は原則として裁判機関に属し, 捜査機関である検察又は司法警察官は, 別段の規定ある場合を除く外は独自の強制処分をなすこ

とは許されなかった(大正刑事訴訟法第254条)。

これは, 当事者対等の原則に基づくものであった⁽⁷⁸⁾。但し, 検事は捜査上強制処分を必要とするとき, 予審判事又は区裁判所判事に対してその処分を請求することができ(同法第255条), 予審判事はその権限に属する強制処分をなした後, それに関する書類及び証拠物を検事に送付することになっていた(同法第256条)。

以上は通常事件の場合に関するもので, 特に捜査上急速を要する事件に対しては, その原則に従うことを要しない例外を認めた。即ち, 大正刑事訴訟法は, 明治刑事訴訟法上既に認めていた現行犯に対する強制処分権以外に「要急事件」(同法第123条)⁽⁷⁹⁾という概念を認定して, このような事件に該当する場合に捜査機関に勾引(同法第123条), 勾留(同法第129条), 押収, 捜索(同法第170条), 検証(同法第180条), 証人尋問(同法第214条)の権限を認定して, 検事及び司法警察官に対して強力な強制処分権を認めた。

大正刑事訴訟法上のこのような変化は, 朝鮮刑事令下では実質的に大きな意味はなかった。既述のように, 植民地朝鮮においては, 検事及び司法警察官の権限が, 既に「要急事件」という基準下で予審判事に準ずる程度にまで拡大され, 強力な強制処分権が許容されていたからである。そのような意味から, 大正刑事訴訟法の制定は, 1924年の朝鮮刑事令に対して実質上の変化はなく, 体系上の再整備に止まる程度のものであった⁽⁸⁰⁾。

1924年朝鮮刑事令改正により人権保障的側面から改善されたのは, 捜査手続上の人身拘束期間の若干の短縮であった。即ち, 司法警察官の留置期間は従前の14日から10日に(1924年朝鮮刑事令第13条1項), 検事の勾留状による勾留期間は, 従来20日から10日に縮小された(同令第15条2項)。このような起訴前段階における勾留期間の短縮は事実上大正刑事訴訟法における勾留期間規定⁽⁸¹⁾とは全く関連がないもので, 朝鮮民族の3・1独立運動(1919年)で刺激を受けた日本の一種の宥和策であったと考えられる。

1924年朝鮮刑事令において, 捜査機関における

勾留期間は短縮されたが、しかし、予審手続上の勾留期間は大正刑事訴訟法の規定とは異なる特例を定めた。日本は、朝鮮においての交通及び通信事情の不便さから、刑事訴訟法上の規定による期間では捜査の完結に極めて不足であり、そのため捜査上の日数が必要であることを理由に、被告人の勾留期間を朝鮮刑事令第16条に「刑事訴訟法第113条中二月トアルハ三月、一月毎トアルハ二月毎トス」と定め、長期の勾留を可能にした。その結果、とくに思想犯に対する無制限の未決拘禁を許容する予審制度が多用され、予審制度を通じた長期の未決拘禁の弊害は相変わらず継続されたのである。

2) 公判手続上の特則

公判手続に関する特則は、1912年朝鮮刑事令の構図をそのまま受け継いでいるが、とくに注目される幾つかの項目をみると、

①裁判所又は予審判事は、必要であると認めるときは司法警察官に検証させるか、又は鑑定を命じることができた(1924年朝鮮刑事令第17条)。

1912年朝鮮刑事令第17条は「裁判所又ハ予審判事ハ必要ト認ムルトキハ司法警察官ヲシテ検証、搜索、物件差押ヲ為サシメ又ハ鑑定ヲ命セシムルコトヲ得」と規定されていたが、大正刑事訴訟法第150条1項及び第169条⁽⁸²⁾で、裁判所又は予審判事は司法警察官に押収又は搜索させることができる趣旨を規定していたので、本条中「搜索、物件差押」は排除され、「検証」及び「鑑定」に関しては朝鮮の実情からその必要性が要求され、これを朝鮮刑事令に存置したとしている⁽⁸³⁾。

②官選弁護人の選任を死刑又は無期の懲役及び禁固に該当する事件に限定した。

1924年朝鮮刑事令第25条の規定は、「刑事訴訟法第334条ノ規定ハ死刑又ハ無期ノ懲役若ハ禁固ニ該スル事件ニ限り之ヲ適ス」と規定している。

即ち、大正刑事訴訟法第334条の「死刑又ハ無期若シクハ短期1年以上ノ懲役若ハ禁固ニ該スル事件ニ付テハ辩护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」の規定から「短期1年以上ノ懲役」を削除し、死刑又

は無期以外の事件においては辩护人なしで開廷することができるようにした。

明治刑事訴訟法第237条では重罪事件に対し官選弁護人を許容しているが、1912年朝鮮刑事令第25条はこの規定を排斥した。1922年朝鮮刑事令改正の際、1912年の朝鮮刑事令第25条は当然廃止されるべき規定であったが、当時朝鮮には弁護士の資源が不足していることを理由に、重大事件の全部に弁護人を選任することが不可能であるとし、一定の範囲内での事件に限って官選弁護制を認定するという趣旨から修正したものである⁽⁸⁴⁾。

結局、大正刑事訴訟法において官選弁護人の選任が認められていた短期1年以上の事件は、朝鮮刑事令においては排除された。

③単独判事が言渡する有罪判決に対しては、証拠に関する理由を省略することができた(同令第26条)。即ち、朝鮮刑事令第26条は、「判事単独ニテ有罪ノ言渡ヲ為シタル判決ニ付テハ証拠ニ関スル理由ヲ省略スルコトヲ得」と規定して、大正刑事訴訟法第360条の「有罪ノ言渡ヲ為スニハ罪ト為ルヘキ事実及証拠ニ依リ之ヲ認メタル理由ヲ説明シ法令ノ適用ヲ示スヘシ」(明治刑事訴訟法第203条も同一内容)の適用を否定した。

1912年朝鮮刑事令第26条は「一年以下ノ懲役、禁固又ハ三百円以下ノ罰金ヲ言渡シタル第一審ノ判決ニ付テハ証拠ニ関スル理由ヲ省略スルコトヲ得」とし、1年以下の懲役、禁固又は300円以下の罰金を言渡した第1審の判決に対しては、合議事件であれ単独事件であれ証拠に関する理由を省略できる趣旨を規定していた。しかし、合議事件の場合は、その言渡刑の軽重とは無関係に比較的内容が複雑なものが多かったのに対して、単独事件の場合においてはその言渡刑の軽重と関係なく事件の内容は簡単なものが多かった。従って、有罪言渡の判決においては、まず、単独事件の場合、言渡刑期の長短に関係なく証拠に関する理由を省略することができるようにして裁判事務の促進を図り、そして、比較的にその内容が複雑な合議事件においては、証拠に関する説明を要し、訴訟当事者にとって当該事件に対する十分な理解と

司法に対する信頼を得るために本条を改正施行したとしている⁽⁸⁵⁾。

④公判手続は、大正刑事訴訟法を適用して人定訊問・被告人訊問・証拠捜査の順に進行したが、被告人訊問と証拠捜査に関して1924年朝鮮刑事令は、検事及び弁護人に対する直接訊問を制限する規定を設けた。即ち、大正刑事訴訟法では、検事又は弁護人は裁判長の許可を受け被告人、証人、鑑定人等に対する直接訊問権を得る(大正刑訴法第338条第3項)ことを規定したのに対して、1924年朝鮮刑事令では、検事及び弁護人は被告人、証人、鑑定人、通訳人、翻訳人を訊問する必要があるときには、その訊問を裁判長に請求することを要した(朝鮮刑事令第27条)のである。これは、当時朝鮮における大部分の被告事件は通訳を通じていたので、検事及び弁護人に直接訊問を認定することはむしろ法廷の秩序又は訊問の統一を図ることが難しいという点を考慮して、裁判長に訊問を請求する趣旨を規定したとしている⁽⁸⁶⁾。これによって、とくに弁護人側の直接訊問は遮断され、公判廷での弁論は著しく制限された。

第4章 結語

以上、本稿において、韓国法制の「他律的近代化」をもたらした内在的諸要因、及び刑事法制に反映された「他律的近代化」の実体を考察した。

朝鮮朝の統治理念が儒教、とくに朱子学の教理であって、そこでは法よりは礼と徳を重要視するのが通例であった(礼主法従、徳主刑補)。歴史的に見れば、韓国にいわゆる近代的法制度が導入される以前には、法の社会規範としての機能は礼に比べて軽視され、礼は君子に、法は社会的階層が低い常民に適用されるものであった。即ち、儒教は両班制度と結び付き、そして両班は儒教の礼と徳によって保障され強化されたのである。このような儒教思想に支配された両班国家が518年間続いた。さらに、個人的利害関係に執着した両班勢力による党争は16世紀から約300年間も続いたのである。

韓国は近代的法制度定立の歴史が短い。その原

因は、朝鮮王国500余年間を支配して来た「両班文化」と、その両班の意識構造を支配して来た「儒教思想」から起因していることを第2章でみた。結局、この二つの根本的な要因により、韓国は日本の植民地になり、法制の近代化も他律化されなければならなかった。即ち、「植民36年間」という歴史的悲劇は我々の祖先が自ら招いた結果であったことを認めざるを得ない。我々は、「韓国法制がなぜ他律化されなければならなかったのか」という問題に対する内在的要因を認め、そこから歴史的教訓を得なければならない。

韓国において近代的法制度に関心を持ち始めたのは、1894年甲午改革を契機にしてからである。即ち、19世紀後半に至って西勢東進の波の中で儒教思想に基づく両班貴族勢力による封建的朝鮮王朝の社会秩序とその規範をそれ以上維持することが難しくなった国内的状況と、韓国に対する支配権を確保しようとする日清両国の対立という国際的情勢の中で、朝鮮は政治・経済・社会など国政全般に渡って近代化のための制度的改革の断行を必要としていた。そうして、近代的法制度の確立のための最初の段階として裁判所構成法、法官養成所規定などが制定されたが、新しい法制度の導入はわずか10年も続かず、その運営は日本政府に渡り、司法部の要職は日本人によって占められ、韓国人の自らの手による近代的司法制度及び法制度確立の機会を失われた。結局、韓国における近代的法制度の導入は、日本人による植民主義政策の一環という形で展開することになり、支配手段としての法制度になったのである。

植民地刑事司法の特徴の一つは、最少の費用で最大の植民地政策を追求した点である。とくに、刑事手続に関する捜査機関の権限強化及び予審、公判手続の簡素化などが注目される。その諸規定等は、日本の刑事訴訟法の規定とは相異なる刑事手続上の特例に関する部分であり、そこに植民統治のイデオロギーが反映していたことを第3章で考察した。

植民統治のイデオロギーが刑事法制に反映された実体は、植民地的差別法令であったことは本稿

で解明したとおりである。しかし、それは「他律化」による当然の帰結であることも自覚しなければならぬ。言い換えれば、刑事法制に反映された「他律的近代化」の実体がいかなるものであれその「他律化」をもたらした根本的要因である「儒教思想に支配された両班の意識構造」に責任があるのである。

今日の韓国法学界において、植民統治法制の前近代性に対する批判的研究はなされても、韓国法制の「他律的近代化」の原因を内在的側面から論じようとは決してしない。即ち、解放後今日に至るまで法学界は勿論、政界、社会全般に渡って、「他律」に対する否定的視覚は常に外部的要因の指摘に一貫し、内在的要素から自らの責任を顧みようとはしない。

本稿を通じて、韓国法制の「他律的近代化」をもたらした内在的諸要因、及び刑事法制に反映された「他律的近代化」の実体を考察したのは、「他律」に関する既存の固定観念のあり方を改めて省察させるためであった。

注

- (1) 四方 博「旧来の朝鮮社会の歴史的性格について」『朝鮮社会経済史研究(下)』国書刊行会(1796) 150～151頁。
- (2) 田鳳徳「韓国の伝統社会と法思想」『韓国近代法思想史』博英社(1981) 32頁。
- (3) 四方 博 前掲書154頁。
- (4) 両班の原義は、本来から支配身分層を意味するものではなく、文武両班の官人を称するものであった。即ち、官制上の文・武班を指す概念が両班概念の始源である。高麗時代には、東班(文班)と西班(武班)以外に南班(内僚職)という班列があった。朝会又は儀式の時、北座南向した国王を中心に、東側には東班が、西側には西班が、南側には南班が立つ班列であった。しかし、南班は東・西両班に対抗できる独立した班列としての地位を得ることはできなかった。従って、高麗・朝鮮時代の支配層を「三班」(東・西・南班)と呼ばず、「両班」(東・西班)と呼ぶようになった。このように、本来は文・武官職者の

みを両班と称するのであったが、両班官僚体制が整備されていくに連れ、文・武官職者のみならず、その家族・家門までも両班と呼ぶようになった。即ち、家父長的な家族構成と共同体的な親族関係によって両班官僚の家族と親族までも両班の概念に含まれるようになった。「両班の概念」及び「両班層の成立過程」に関してより具体的には、李成茂『朝鮮初期両班研究』一潮閣(1980) 4～41頁参照。

- (5) 四方 博 前掲書 158～169頁。
- (6) シャルル・ダレ神父の著書『韓国天主教会史』は、当時(フランスとの国交樹立以前)朝鮮で宣教活動をしていた宣教師らが朝鮮の文化と制度に関する資料を彼に送り、それを基にして著述したものである。原典は全2巻であるが、その序論に朝鮮の歴史・制度・言語・風俗及び慣習について紹介している。本文における引用は、この序論に関する翻訳版であるダレ著・金容権訳『朝鮮事情』平凡社(1979) 194頁による。
- (7) 文玉柱『朝鮮派閥闘争史』成甲書房(1992) 194頁。
- (8) 四方 博(植民地期に京城帝大教授として在任)は、1690年から1858年までの期間の大邱府の戸籍を約50年の間隔をおいて四つの時期に分け、両班戸の増加現象を分析した。全体戸口中の各身分別比率の変化像を追跡して、後代に進むにつれ両班戸が増加する一方、奴婢戸が激減し、常民戸も19世紀に至っては両班戸の激増により激減する現象を指摘した。

※身分別戸数とその比率 [四方 博「李朝人口に関する身分階級別的観察」『朝鮮社会経済史研究』国書刊行会(1976) 125～126頁]

年代	両班戸	常民戸	奴婢戸	総数
1690年	290戸 9.2%	1,694戸 53.7%	1,172戸 37.1%	3,156戸 100%
1729～32年	579戸 18.7%	1,689戸 54.6%	824戸 26.6%	3,092戸 100%
1783～89年	1,055戸 37.5%	1,616戸 57.5%	140戸 5.0%	2,811戸 100%
1858年	2,099戸 70.3%	842戸 28.2%	44戸 1.5%	2,985戸 100%

(※この表記方法は、宮嶋博史「両班志向社会の成立」『両班(ヤンバン)』中公新書(1995) 198頁に

- 従った。)
- (9) 鄭夾鐘「朝鮮後期社会身分制の変化—蔚山府戸籍台帳を中心に—」『19世紀の韓国社会』大東文化研究院(1972)；李泰鎮「朝鮮後期両班社会の変化」『韓国社会発展史論』一潮閣(1992)145頁から引用。
- (10) 朝鮮時代の戸籍作成は3年毎に行われた。それは、身分に応じて国家に対して様々な役を負担させるためであった。それを職役という。即ち、その戸籍作成は身分把握が目的ではなかったのである。その職役は、常民身分は軍役(兵士になるか綿布を納めるかの選択)が賦課されたのに対して、両班は、学問を修めて官僚となることが期待されるものとして、職役が免除された。
- (11) 宮嶋博史 前掲書 187頁以下参照。
- (12) 李漢は、朝鮮時代の実学者であり、中国より流入した西洋の先進的自然科学を研究、その基礎を築いた。また、均田法(百姓に農土を均等に配る制度)実施を主張し、階級差別、門閥制度の廃止を要求した。号は星湖。主著は、『星湖集』『星湖僊説』等がある。星湖李漢は、『星湖僊説』の中で、「壬辰倭乱(文禄・慶長の役)は、豊臣秀吉の侵略欲というより、朝鮮内部の党争が自ら招いたものであり、もしその頃、全国民が君主を中心に団結さえしておればあのような侵略はありえなかったろう」と断言している。豊臣秀吉が朝鮮を侵略した当時は東人が政権の座にあって、東人と西人との対立の中で対日防戦策について政界内部の意見の統一を欠いたことが緒戦における敗北の大きな原因となった。星湖の朋党論に関する解説は、韓祐欣「李漢の思想研究」『李朝後期の社会と思想』乙酉文化社(1961)163頁以下参照。
- (13) 李漢「論朋党」『星湖先生全集』(下)巻45雑著 景仁文化社(1974)196頁。
- (14) 安東金氏；慶尚北道安東を本拠とする金氏一族を指す。朝鮮末期の純祖(23代, 1801~1834), 憲宗(24代, 1835~1849), 哲宗(25代, 1850~1863)の三代に渡って王妃を出し、中央と地方の要職は金氏一族によって独占される勢道政治に走った。具体的には、文玉柱 前掲書 171頁以下参照。
- (15) ◎大院君(1820~1897)；李朝第26代の王・高宗の父。先王に子がなかったため、高宗を王位に就け、自らは摂政に。攘夷を推め、天主教を禁ずる。閔氏勢力と対立。中央執権化に努めた。
- ◎閔氏；李朝第26代の国王である高宗の妃(閔妃, 1851~1895)を中心とする一族。大院君と対立し、失脚に成功し、権力を手中に収め、守旧政治を展開。一時失脚するが復権を果たし、ロシアと結び日本勢力と対抗する。具体的には、文玉柱 前掲書 181頁以下参照。
- (16) 李漢「論朋党」『星湖先生全集』(下)巻45雑著 景仁文化社(1974)196頁。
- (17) 柳寿垣「門閥之弊 論主論之弊」『迂書』第2, ソウル大学古書刊行会(1971)23頁。
- (18) 朴齋炯『朝鮮政鑑』上 韓国教会史研究所韓国教会史研究資料 第二輯(1968)37頁。
- (19) 李重煥「人心」『擇里誌』朝鮮古書刊行会(1910)176頁。
- ※銓郎自代；宣祖(李朝一四代王, 1568~1608)初年に吏曹(中央の官職として三政丞一領・左・右議政一があり、その下に六曹一吏・戸・礼・兵・刑・工曹一があった。)の銓郎職(正郎及び佐郎)を巡って、東人と西人が対立した。銓郎はその地位は低いが、人材登用の起案者であり、将来は宰相に直結する重要職であったばかりでなく、銓郎職の任免は吏曹の長官である判書も干渉できず、離任者が推薦するようになっていた。従って、その職は政界における各派の主導権につながるものであった。
- (20) 河合弘民「朝鮮に於ける党争の原因及当時の状況」『史学雑誌』第27編第3号(1916)312頁。
- (21) 細井肇『朋党士禍の検討』自由討究者(1921)1~10頁。
- (22) 三品彰英『朝鮮史概説』増補版 弘文堂(1953)8~9頁。
- (23) 四方 博「旧来の朝鮮社会の歴史的 성격について」『朝鮮社会経済史研究(下)』国書刊行会(1976)156頁。
- (24) 李成茂「朝鮮後期党争の原因に対する小考」『韓国史学論叢』一潮閣(1994)1216頁。
- (25) 例えば、17世紀半ばころ(1659年)起きた礼論を

巡る党争である。この礼儀作法に関する論争は完全に政権争奪に利用された事件である。従来の党争は、主に人身攻撃に集中していたが、この時期から一変して、礼法の解釈に争点移った。当時、朝鮮ではこの煩わしい礼法が儒教社会の秩序を維持するための最善の規律であり、権威であった。とくに王朝は、自ら好んで朝鮮を礼儀の国と自称し自負していたほど礼法の全盛期であった。その礼論は、国家と民生のための政治上の主義政策ではなく、単なる服喪論争に終始するのみであった。この論争に敗れば、死罪か流罪が待っていたにもかかわらず党员たちは最後の決着まで党争を展開した。それは1年服喪説と3年服喪説の対立である。この対立で3年説が敗北する。その後1674年、再び1年服喪説と9カ月服喪説が対立することになり、1年説が勝利する。即ち、儒教的派争は、一人の王族が死没したとき、服喪を1年にするか3年にするか9カ月にするかで、最高の儒学者たちがおよそ10数年という年月を費やしても結論に達せず、王の審判で決着をつけ、敗れた相手一派は没された。朝鮮時代の党争というのは一貫してこのようなものであったのである。この例は、文玉柱(前掲書)の118頁以下による。

(26) 解放から米軍が進駐(1945.9.8)するまでに既に70個以上の政治結社が乱立し、1945年10月に登録された政党数が54個であったのが1946年1月には61個に、同年6月には107個に、1年後には344個へ増加され、さらに1947年までに組織された政党・政治団体は354個にも達した。金雲泰「米軍政の韓国民主化政策」『米軍政の韓国統治』博英社(1992)336頁、宋南憲『解放三年史I(1945—1948)』カチ出版社(1985)225頁参照。

(27) 三国時代から朝鮮時代に至るまでの律学の変遷過程に関して具体的内容は、崔鐘庫『韓国法学史』博英社(1990)5～53頁参照。

(28) 科挙試験は、文・武・雑の3種があった。両班階層になるためには、文科又は武科の合格者を直系の祖先にもつことが必要であった。そこでは、文科合格者が武科よりも圧倒的に重視された。文科試験は3年に1度行われ、1回合格者は33名であったが、様々な名目の臨時の文科試験が頻繁に実施され

た。その結果、無数の官僚予備軍が誕生することになり、16世紀以後、党争が激しくなる一つの原因となった。科挙に関する具体的な内容は、李成茂「両班と科挙」『朝鮮初期両班研究』一潮閣(1980)42～73頁参照。

(29) 姜在彦「朝鮮儒学史のなかの実学思想」『朝鮮の開化思想』岩波書店(1980)37頁、同書「朝鮮伝来の西洋書目」151～152頁。

姜在彦は、実学を「分流」又は「改新儒教」として把握している。また、「西学に関心を示した学者は、依然として少数派であり、伝統儒教の行き詰まりを感じていた学者たちがそのなかにある新しい道を模索していたといつてよい。ところが、西学に深い関心を示した学者たちの中でも、その科学的側面に対する反応に比べて天主教に対する反応は複雑であり、初期においては儒教的次元からの批判派が大多数を占めていた。」と指摘している。即ち、実学派は、西学における宗教的側面と科学的側面を区別して自主的的西学受容のための批判的立場を確立したことである。しかし、18世紀末から実学派のなかに天主教に帰依する信教派が出現し、それが実学派弾圧の口実となり、1801年天主教信者の一体処罰(辛酉邪獄)が行われるなど、天主教に対する迫害が始まった。

(30) 姜在彦 前掲書 157頁以下参照。

(31) 崔鐘庫「韓国における西洋法受容」『韓国の西洋法受容史』博英社(1982)19頁。

(32) 西学に対する弾圧は、天主教に対する弾圧と並行して行われる。これは、専制君主政治の理論的背景であった朱子学の権威が批判・拒否されるとみなされた。また、絶対君主の権威を擁護し、専制的な権勢を占有しようとする行政官僚層にとって西学及び天主教は望ましいものではなかったからである。彼らは、朱子学に対する挑戦はまさに絶対王権に対する、しかもその王権を擁護している彼らの自身に対する挑戦とみなしたのである。従って、19世紀に入ってから天主教弾圧事件が本格的に起き、1801年の辛酉邪獄(SinYuSaOck)から始まって、1839年の己亥邪獄(KiHeSaOck)、1842年の丙子邪獄(ByeongJaSaOck)、1866年の丙寅邪獄(Byeon-

- gInSaOck)と続いた。この間、北京からの邪学(西洋書一般)の購入が禁止されたのは勿論、五家作統法による密告が奨励され、教獄に連座した子孫への迫害が続いた。韓祐欣著・平木 実訳「近代的思想の萌芽」『韓国通史』365頁, 姜在彦前掲書 162頁参照。
- (33) 崔益鉉は、衛正斥邪派の守旧意識を代表する学者である。崔益鉉「丙子持斧伏闕斥和議疏」『勉菴集』巻3 疏 景仁文化社(1976) 64頁。
- (34) 金栄作「外圧と衛正斥邪思想」『韓末ナショナリズムの研究』東京大学出版会(1975) 12頁。
- (35) 金綺秀『日東記游』巻2「問答九則」『修信使記録』国史編纂委員会(1971) 54頁。
- (36) 姜在彦「開化派の形成と開化運動」『朝鮮の開化思想』岩波書店(1980) 172~173頁。
- (37) 金弘集『修信使日記』巻2「朝鮮策略」『修信使記録』国史編纂委員会(1971) 160~171頁。
- (38) 金栄作「前期開化思想とナショナリズム」『韓末ナショナリズムの研究』東京大学出版会(1975) 95頁参照。
- (39) 各道の儒生たちは連名で上書して、同書の外交政策論は実現の可能性が稀薄な抽象論であり富国強兵策はかならずしも西洋の学術に依存することによってのみ可能なものではなく、従って、それは逆に天主教を朝鮮に流入させようとする策略に過ぎないと主張した。さらに、日本との修交、通商においても厳しい制限を加えるべきであり、外部から流入する倭洋書は一切摘発して、焼き捨てるべきであるという極端な議論まで現れた。このような反対論は時勢に逆らう保守的で頑固な主張ではあったが、それはまた国家の運命に対する危機意識が高まっていたために起きたものであった。
- 韓祐欣著・平木実「日本との修好とその反発」『韓国通史』学生社版(1976) 430~431頁, 金栄作 前掲書 95頁以下参照。
- (40) 刑法典は第1条から第430条まで、治罪法は第1条から第480条まで全て漢字で記録している。「日本司法省視察記」に関するより具体的内容は、崔鐘庫「西洋法学との接触」『韓国法学史』74~75頁参照。
- (41) 李鑣永「日槎集略」民族文化推進会(1977) 41~42頁。
- (42) 李鑣永 前掲書 212頁。
- (43) 日本は通商締結を要求して1875年軍艦雲揚号で江華島へやってきた。ついに朝鮮と雲揚号との間に砲撃戦になった。日本はこの雲揚号事件を理由にして国交樹立を要求し、朝鮮はその圧力に耐えられず1876年江華島(GangHwaDo)で条約を締結した。これを「江華島条約」あるいは「丙子(ByeongJa)修好条約」と呼ぶ。具体的には、片野次雄「江華島事件」『李朝滅亡』新潮社(1994) 22頁以下参照。
- (44) 甲午(GapO)改革; 19世紀末、日本は朝鮮の開化派と手を結んで王室に接近し、清国は保守派と手を結んで政治に干渉した。その競争は日清戦争が勃発する一つの契機となった。日本は単独で朝鮮の内政を改革させるために、1894年7月25日金弘集(Kim Hong Jip)を首班とする親日派内閣を組織させ、同27日には改革計画の中樞機関として軍国機務処を設置した。このような政変による高宗の内政改革宣布を始発点とする約1年間の諸政改革を「甲午改革」あるいは「甲午更張」という。
- (45) 1878年に朴泳孝、金玉均の推薦によって李東仁(開化派の一人)が慶応義塾の設立者である福沢諭吉の弟子になり、1881年の紳士遊覧団員中、兪吉濬・柳定秀・尹致昊らが慶応義塾で勉強し、金玉均は1882年日本で福沢諭吉と親交していた。そして新聞発刊*の為に朴泳孝が招聘した牛場卓造・高橋正信・井上角五郎も慶応義塾出身であった。韓国と日本との間の留学生派遣に関する契約書(全文15条)は、1895年7月に当時の学部大臣李完用(Lee Wan Yong)と福沢諭吉の間で合意・締結された。この契約書によると、①朝鮮国学部は毎年一定の学生を慶応義塾に留学させる。②留学生は年初に300人を送り、翌年からは互いに連絡をもって施行する。③留学生の費用は1人当たり20ウォンを留学生派遣の前に慶応義塾に送る、などの内容であった。
- *新聞発刊; 1883年金玉均・朴泳孝によって「漢城旬報」が発刊された。韓国最初の新聞である。初期は10日に1回発刊される旬刊であったが、その後、週1回刊行される週刊となった。国内事情と西洋の新

文化などを主に紹介した。

(46) ・刑曹(朝鮮初期に設置された6曹の中の一つ。現在の法務部—日本の法務省—と類似の監督機能以外に一部裁判所の機能までも含む) → ・法務衙門(甲午改革により1894年改称) → ・法部(1895年改称, 裁判機能を分離して純粹司法機関に移管し, 法務行政と裁判機関に対する監督事務のみを管掌する機関となった) → ・総督府法務局 → ・司法府(独立後) → ・法務部(現在)

(47) 李培鎔「1880年代列強の利権外交に現れた諸特性」『韓国史学論叢(下)』一潮閣(1994)1586~1587頁。

同論文の調査によると, 1876年開港当時, 朝鮮居留日本人は90人に至らず, その全員が対馬島民であったのが, 開港以後1878年には500余名, 1881年には約2千人にまで激増している。この渡韓日本人らの身分は, 殆ど明治維新以来日本社会の急激な政治・経済的再編成過程から脱落した商人と没落士族であって, 地域的には対馬島をはじめ九州地方と山口県一体に集中している。このような現象は, 「明治政府は, 後進地域の没落分子と不平分子らを朝鮮浸透の前衛隊として活用することによって, 日本国内の矛盾と内部の不満を対外拡張へ転化させる二重の効果を画策していた。……結局, 彼らの朝鮮内での不法的行動も治外法権によって保護されたのである。」と指摘している。また, 1881年釜山領事裁判所の記録により, 日本人の刑事犯248名のうち, 処罰された者は僅か36名であったことを指摘しながら, 当時の領事裁判がいかにか非法的に処理されたかを論証している。

(48) 統監府は, 全国に12カ所の理事庁と, 11カ所の支庁を設置して, 朝鮮統治に着手した。理事庁は, 本来の意味の司法機関ではない。しかし, 在韓日本人の裁判事件は, 従来 of 在韓日本領事館で裁判を行って来て, 理事庁は同領事館の後身である。日本は1876年2月26日調印された江華島条約(日朝修好条約)第8条及び第10条によって, 朝鮮が指定する港口に領事を派遣して, 朝鮮に居住する日本商人の犯罪は日本官員が審判することになった。管轄区域における理事庁の分類に関しては, 金炳華『韓国司

法史(中世編)』一潮閣(1974)86頁以下参照。

(49) 関連法令に関しては, 大韓民国国会図書館『韓末近代法令資料集IX』(1972)9頁以下参照。

(50) 具体的には, 小野清一郎「近世刑事訴訟法の成立及び発展」『刑事訴訟法講義(全訂第三版)』有斐閣(1944)27頁以下, 団藤重光「刑事手続の形態とその歴史的発展」『新刑事訴訟法綱要』創文社(1958)1頁以下, 白井正明「戦前の司法」『司法改革の展望』有斐閣(1982)14頁以下参照。

(51) 明治刑事訴訟法における被告人は, 被疑者も含まれる意味であった。明治刑事訴訟法では公訴提起前後を問わず被告人と称していたのを大正刑事訴訟法では, 捜査手続中は被疑者なる用語を使用した。佐々波與佐次郎『日本刑事法制史』有斐閣(1967)75頁参照。

(52) 日本で施行された「違警罪即決例」は, 警察に一部の司法権を与える警察権限の強化立法として登場した。「違警罪即決例」における違警罪については, 警察署長及び分署長又はその代理の官吏が, 被告人の陳述を聞き, 証拠を取り調べて直ちに刑の言渡をし, その言渡に対しては正式裁判請求が認められた。小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的分析』日本評論社(1976)131頁参考。

(53) 1880年に布告され, 1882年1月1日から施行された旧刑法は, 犯罪三分主義を取り重罪, 軽罪, 違警罪の区別を設けていた。1907年に現行刑法が制定されて従前の犯罪三分主義が廃止され「違警罪」の名称及び規定は刑法典から消えたが, 違警罪即決例は刑法施行法(1908.3.28, 法律第29号)[刑法施行法28条; 人ノ資格其他ノ事項ニ関シ旧刑法ノ罪名又ハ罪別ヲ掲ケタル他ノ法律ノ規定ハ刑法施行ノ為変更セラルルコトナシ 同31条; 拘留又ハ科料ニ該ル罪ハ他ノ法律ノ適用ニ付テハ旧刑法ノ違警罪ト看做ス]によって存続が保障された。1908年9月29日には旧刑法における違警罪の規定に該るものとして警察犯処罰令(内務省令16号)が公布され, 同年10月1日から施行された。この警察犯処罰令では, 従前の違警罪規定の大部分が維持された。違警罪即決例が警察犯処罰令と結び付いて, 警察による犯罪捜査に利用され, 当時の労働者階級による社会

- 運動の展開に対する弾圧の道具となった。「違警罪」と「違警罪即決例」に関しては具体的に、小田中聰樹 前掲書 317頁以下参照。
- (54) 併合以前の重要な旧韓国法令としては、刑法大全、民・刑事訴訟規則、保安法及び保安規則、新聞紙法及び同規則、出版法及び同規則などがあった。具体的には、鈴木敬夫「治安法による植民地支配」『札幌学院法学』第4巻第2号(1988)19頁以下参照。
- (55) 朝鮮総督府裁判所令は、統監府裁判所令を改正したもので、その後13次に渡って改正された。金炳華『韓国司法史(近世編)』一潮閣(1976)35頁～60頁、高等法院書記課『朝鮮司法提要』(1915)5頁以下参照。
- (56) 金炳華 前掲書(近世編)31頁以下参照。
- (57) 金圭昇『日本の朝鮮侵略と法制史』社会評論社(1991)181頁。
- (58) 高等法院書記課『朝鮮司法提要』(1915)543頁以下、金圭昇 前掲書 181～182頁参照。金圭昇は、「警察犯処罰規則によって、韓国人は常に日本の憲兵、警察の尾行のもとに即決処分の対象者となっていた。」と指摘している。
- (59) 金圭昇 前掲書 182頁参照。
- (60) 《朝鮮答刑令》1912年制令第13号
第一条；三月以下ノ懲役又ハ勾留ニ処スヘキ者ハ其ノ情状ニ依リ答刑ニ処スルコトヲ得
第二条；百圓以下ノ罰金又ハ科料ニ処スヘキ者左ノ各号ノ一、二該当ルトキハ其ノ情状ニ依リ答刑ニ処スルコトヲ得
一. 朝鮮内ニ一定ノ住所ヲ有セサルトキ
二. 無資産ナリト認メタルトキ
第三条；百圓以下ノ罰金又ハ科料ノ言渡ヲ受ケタル者其ノ言渡確定後五日内ニ之ヲ完納セサルトキハ検事又ハ即決官署ノ情状ニ依リ答刑ニ換フルコトヲ得但シ答刑執行中未タ執行セサル答数ニ相当スル罰金又ハ科料ヲ納メタルトキハ答刑ヲ免ス 第九条；答刑ノ言渡確定シタル者ハ其ノ執行ヲ終ル迄之ヲ監獄又ハ即決官署ニ留置ス 第三条ノ規定ニ依リ換刑ノ処分ヲ受ケタル者亦同シ
- 第十一条；答刑ハ監獄又ハ即決官署ニ於テ秘密ニ之ヲ執行ス
第一三条；本令ハ朝鮮人ニ限り之ヲ適用ス
※高等法院書記課「朝鮮司法提要」(1915)380—2頁参照。
- (61) 『施政25年史』朝鮮総督府50頁、鈴木敬夫 前掲書 4巻2号63頁参照。
- (62) 『答刑執行心得』1912.3.30, 朝鮮総督府訓令第41号；高等法院書記課「朝鮮司法提要」(1915)383頁以下参照。※このような答刑令の執行に関して、崔宗一は、「朝鮮答刑令は、朝鮮民族の独立運動に対する即物的な抑圧立法として利用したのであった。特に礼を重んずる儒生等にとって、下半身を裸にして科する答刑は、彼らに対して極度の羞恥心を与えるとともに、彼らの社会的身分を墜落させる作用を演じたのであった。」と指摘している。；崔宗一 前掲書131頁。また、鈴木敬夫は、「この道德犯に対する加辱刑を朝鮮民族の独立運動に対する抑圧法として利用したことは、礼を重んずる儒生だけではなく、その刑罰上の差別は、民族の誇りを大きく損ねたといえよう。……言語不審、挙動不審、日本人に対する侮辱、日本人巡査に対する不敬、日本人との言争いなどが主要な取締事項となっていた当時において、保安法、犯罪即決令、警察犯処罰規則等を以てすれば、警察官の恣意的な判断によって、いわゆる反日的な言動はすべて答刑の対象となり得たといえよう。」という。鈴木敬夫 前掲書63頁。
- (63) 朝鮮総督府司法部監獄課「答刑について」『朝鮮彙報』1917年10月号 57頁以下参照。
- (64) 朝鮮刑事令の改正過程とその内容に関して具体的に、金炳華『韓国司法史(近世編)』一潮閣(1976)366頁以下参照。
- (65) 同差別制度は、1917年12月8日制令第3号として廃止された。刑法大全の存続規定に関しては、高等法院書記課『朝鮮司法提要』(1915)379～380頁参照。
- (66) 朝鮮刑事令第1条「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22年法律第34号(決闘罪ニ関スル

件) 5. 通貨及証券模造取締法 6. 明治38年法律第66号(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件) 7. 印紙犯罪処罰法 8. 明治23年法律第101号(商法ニ從ヒ破産ノ宣告ヲ受ケタル者ニ関スル件) 9. 海底電気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・海軍治罪法交渉の件処分法 12. 外国裁判所の囑託による共助法

1912年朝鮮刑事令に関しては、高等法院書記課『朝鮮司法提要』(1915) 373頁以下、金炳華『韓国司法史(近世編)』(1976) 348頁以下参照。

(67) 林頼三郎『刑事訴訟法論』巖松堂書店(1921) 501～502頁。明治刑事訴訟法が捜査の外に特に予審手続を設ける趣旨として次の3点が挙げられている。第1に、複雑な事件に対して十分な真相を図るために強力な権力を持つ特別機関による取調を行う必要があり、また、それにより漠然な嫌疑により被告人が被る損害を防ぐことができる。第2に、予審手続における充分な取調及び証拠蒐集によって公判裁判所の円滑かつ迅速な訴訟進行を図るため。第3に、検事は一方当事者であるから、公平な地位に在る裁判官が強制力を用いて取調及び処分を行うことが適当である。

(68) 小田中聰樹「明治刑事訴訟法の構造」『刑事訴訟法の歴史的的分析』日本評論社(1976) 135～139頁、145頁注(2)参照 ※検事が被疑者に対し勾留状を発したときは、3日以内に起訴手続をしなければならないという制限があった(明治刑事訴訟法第146条)。

(69) 金炳華『韓国司法史(近代編)』一潮閣(1976) 359頁以下参照。

※朝鮮刑事令第11条；検事又ハ司法警察官ハ刑事訴訟法第百四十四條、第百四十六條又ハ第百四十七條ノ場合ニ於テ犯所ニ臨檢スル必要ナシト認ムルトキハ臨檢ヲ為サスシテ予審判事ニ屬スル処分ヲ為スコトヲ得

(70) 明治刑事訴訟法は、予審手続の目的に関して明文を定めていないが、理論上は、予審制度の目的は二つに説明されている。即ち、予審制度はその事件を「公判に付すべきか否か」の決定と「公判のため

の証拠収集と保全」である。まず、最初の目的は、予審手続で、事件を公判に回付すべきか否かを予め審理して、犯罪成立の確信を得た場合にのみ公判手続を開始することによって犯罪嫌疑が不十分であるにもかかわらず検事が勝手に起訴するのを防止し、被告人を保護するためであるという。もう一つの予審制度の重要な目的は、公判裁判所の事実判断のために必要な資料を収集することであった。いわば、判断の資料になるべきものは、科刑権の存否に関するもののみならず、単に科刑権の範囲及び程度に関するものであるとしても、公判手続に至るまでそれを放任しておけば、滅失・状態の変更、その他の事由によって全く若しくは完全にそれを利用することができない恐れがある場合、その全てを蒐集するのが予審制度の目的として把握されたのである。林頼三郎『刑事訴訟法論』巖松堂書店(1921) 502頁以下、509頁以下、小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的的分析』日本評論社(1976) 136頁参照。

(71) 林頼三郎 前掲書 501頁。

(72) 林頼三郎 前掲書 70頁以下参照。

(73) 林頼三郎(前掲書 77頁)は、「直接審理主義ヲ貫カントスルトキハ之カ審理ニ付キ多ナル時間、労力及費用ヲ要スルヲ以テ、司法行政ノ方面ヨリ絶対ニ之ニ則ルコト困難ナリ。即チ我国ノ如キ現時ノ裁判所ノ数、職員ノ人員及刑事事件ノ数竝ニ經費ノ下ニ於テハ殆ト不可能ナリト伝フヘシ。是レ現行法カ理想トシテ直接審理ヲ認メナカラ法則トシテ主観的ニノミ直接審理ノ主義ヲ採リ客観的ニハ之ニ從フヲ要セサルモノト為シタル所以ニシテ、諸般ノ事情ニシテ大ナル変化ナキ限りハ之ヲ根本的ニ改正スルコト蓋至難ノ業タルヘシ。」と説明している。

(74) 予審の審理は、密行主義を採用し、それを公開しない。その手続には原則として単に予審判事のみ関与し、他の参与は許されない。林頼三郎 前掲書 509頁以下参照。

(75) 小田中聰樹 前掲書 8頁参照。

(76) 小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的的分析』日本評論社(1976) 12頁以下、92頁以下、小野清一郎『刑事訴訟法講義』有斐閣(1944) 45頁以下参照。

(77) 小田中聰樹 前掲書 6頁以下参照。

(78) 検事は原告官として一方当事者であるから公平の地位に位置する第三者である裁判官が強制力を用いて取調べ及び処分を行うことが適切であるという趣旨をいう。小野清一郎 前掲書 236頁, 林頼三郎 前掲書 501~502頁参照。

(79) 大正刑事訴訟法第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

- 1 被疑者定リタル住居ヲ有セサルトキ
- 2 現行犯人其ノ場所ニ在ラサルトキ
- 3 現行犯ノ取調べニ因リ其ノ事件ノ共犯ヲ発見シタルトキ
- 4 即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
- 5 死体ノ検証ニ因リ犯人ヲ発見シタルトキ
- 6 被疑者常習トシテ強盗又ハ窃盗ノ罪ヲ犯シタルモノナルトキ

小野清一郎「現行犯及び要急事件」前掲書 263頁以下参照。

(80) 1912年朝鮮刑事令によって適用された明治刑事訴訟法は、1922年の大正刑事訴訟法(1924年から施行)によって代置された。これに従って、朝鮮刑事令も1922年制令第14号で改正され1924年から大正刑事訴訟法とともに施行に入った。朝鮮刑事令の改正経過とその内容に関しては、金炳華『韓国司法史(近世編)』一潮閣(1976)366頁以下参照、1924年朝鮮刑事令の条文に関しては、朝鮮総督府法務局「朝鮮司法一覽」(1943)38頁以下参照。

(81) 大正刑事訴訟法第127条；司法警察官は被疑者を48時間以内に検事に送致することを要する。

同法第129条；検事は被疑者を24時間以内に訊問して、留置の必要があつて急速を要する事件の場合は勾留状を發し速やかに公訴提起を要する。

(82) 大正刑事訴訟法第150条1項；「裁判所ハ押収スヘキ物又ハ搜索スヘキ場所、身体若ハ物ヲ指定シタル命令状ヲ發シ司法警察官ヲシテ押収又ハ搜索ヲ為サシムルコトヲ得」。これは、裁判所の決定により司法警察官をして裁判所に属する押収搜索の権能を行使させるものであった。

大正刑事訴訟法第169条；「予審判事ハ押収及搜索ニ関シ裁判所ト同一ノ權ヲ有ス」

(83) 金炳華 前掲書(近世編)382頁参照。

(84) 金炳華 前掲書 363頁以下, 384頁参照。

(85) 金炳華 前掲書 364頁以下参照。

(86) 大正刑事訴訟法の公判手続に関しては、小野清一郎 前掲書 415頁以下参照。