

韓国の死刑執行停止に関する研究 (1)

藤 原 凜*

- I はじめに
- II 「軍事的政治的」死刑の移植
- III 独裁政治定着過程の「軍事的政治的」死刑 (以上本号)
- IV 独裁政治全盛期の「軍事的政治的」死刑
- V 独裁政治衰退期の「軍事的政治的」死刑
- VI 国民にとっての死刑執行停止
- VII 韓国死刑制度の将来予測
- VIII むすび

I はじめに

1. 本研究の意義

今日、世界では死刑廃止の流れが目立ち、2014年12月現在あらゆる犯罪に対して死刑を廃止している国が98カ国、通常の犯罪に対してのみ死刑を廃止している国が7カ国、事実上死刑を廃止している国が35カ国と、世界198カ国のうち約7割が死刑廃止国に分類される¹⁾。これに対し、アジアでは依然多くの国が死刑を存置させており、地域人口の9割以上²⁾が死刑存置国に生活し、例年世界

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科)第14巻第3号2015年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科特任講師

- 1) アムネスティ・インターナショナル公式ホームページ「2014年の死刑の適用状況(2015年4月1日現在)」(http://www.amnesty.or.jp/human-rights/topic/death_penalty/statistics.html)
- 2) 割合=死刑存置国人口/アジア地域人口、人口データはウィキペディアの人口統計を基準としている。例えば、アジア地域の人口3,879,000,000人 (<https://ja.wikipedia.org/wiki/アジア#E3.82.A2.E3.82.B8.E3.82.A2.E3.81.AE.E6.A7.8B.E6.88.90.E5.9B.BD.E3.83.BB.E5.9C.B0.E5.9F.9F.E3.81.A8.E3.81.9D.E3.81.AE.E5.8C.BA.E5.88.86>)。

の死刑執行総数の相当部分は広域アジア諸国によるものとされる。さらに、かかる統計には例年の執行規模が数千人にのぼるとされる中国のデータは含まれておらず³⁾、アジア地域の死刑状況の厳しさが窺い知れる。

ところが、かかる死刑存置密集地域の一員である韓国は、1997年12月を最後に死刑の執行を停止させ、2007年以降事実上の死刑廃止国に分類されるようになった。韓国は、歴史的に日本の植民地支配とアメリカ軍の占領、韓国戦争と独裁体制による政権運営が一世紀近く続き、外形的強権支配による体制維持の必要性から死刑制度が多用され、その運用実態も法治主義の枠組みを遥かに超えるものだった。また、韓国を取り巻く近隣国の地理的・文化的条件も厳しく、儒教漢字文化の発祥地で最大の文化共有国である中国は世界一の死刑大国で、対岸にある日本は先進国のなかで珍しく死刑の適用が増加傾向にある⁴⁾。そして、北朝鮮は政権の存在意義からして長期間緊張対立状態にあり、死刑状況はベールに包まれているがその厳しさは想像に難くない。このような状況のもとで自主的にモラトリウムに踏み切った韓国の経験は、死刑存置国一般に大きな意義を有すると思われる。言い換えれば、韓国における死刑執行停止の根本原因を解明することは、世界の死刑存置国ないし東アジアの死刑状況の理解に大きな示唆を与える。そこで、本論文では韓国の死刑制度に焦点を当て、その特質を究明するとともに、かかる執行停止がもつ意味合いについて再考し、将来の行方を展望する。

2. 先行研究と残される課題

アジア社会では伝統的に死刑が重要な役割を果たし、加えて韓国においては死刑の多用から執行停止までの変化の過程が非常に急激だったため、先行研究は多数存在する。死刑制度存廃の当否に関して、誤判の可能性⁵⁾や生命権⁶⁾など刑事

3) アムネスティ・インターナショナルが報告書(抄訳)『死刑判決と死刑執行』による。
(2014年 http://www.amnesty.or.jp/library/report/pdf/statistics_death_penalty_20150401.pdf 2013年 http://www.amnesty.or.jp/library/report/pdf/statistics_death_penalty_20140327.pdf 2012年 http://www.amnesty.or.jp/library/report/pdf/statistics_death_penalty_20130410.pdf 2011年以前前記例による、以下略)

4) 2007年の9人の執行を皮切りに、2008年は15人とピークを迎え、2009年と2012年の7人、2013年の8人と、近年執行人数の多い年が目立つ。

政策的・憲法学的考察から死刑は廃止すべきとする議論、神学的アプローチから死刑に反対⁷⁾、若しくは哲学的アプローチから死刑制度の道德性を論ずる議論⁸⁾、現行法の条文をもとに死刑廃止の根拠を探る議論⁹⁾、少数ながら死刑の存置を主張する議論¹⁰⁾など、がそれである。また、近年はモラトリウム状態に乗じ死刑の完全廃止を実現すべく、政策的観点から死刑の代替刑を論ずる議論¹¹⁾も盛んに行われている。一方、死刑制度そのものに関する様々なアプローチに比

-
- 5) 이덕인 「사형폐지의 정당성 - 사법살인과 오판에 의한 사형」 『중앙법학』, 제 12 집 제 2 호, 중앙법학회, 2010. 6. 123 면
 - 6) 김상겸 「생명권과 사형제도」 『헌법학연구』, 한국헌법학회, 2004, 221 면
정일웅 「사형제도와 인간의 생명」 『신학지남』, 신학지남사, 2006, 20 면
윤종행 「사형제도와 인간의 존엄성」 『법학연구』, 연세대 법학연구소, 2003, 제 13 권 제 2 호
 - 7) 김상균 「사형제도에 대한 신학적 쟁점」 『법학연구』 제 31 집, 한국법학회, 2008, 396 면
 - 8) 문성학 「사형제도의 도덕성 논쟁」 『철학연구』, 대한철학회, 1997, 96 면
 - 9) 정대철 「사형제도를 사형시켜라」 『고시연구』, 고시연구사, 2001, 12 면
박영숙 「사형제도 존폐론에 관한 연구」 『교정복지연수』, 한국교정복지학회, 2008, 52-58 면
김일수 「사형은 폐지되어야 한다」, 『교정연구』 제 157 호, 전주대학교비교법학연구소, 1989, 27 면
김인선 「우리나라 사형제도의 역사적 고찰과 그 위헌성 여부」 『교정연구』 제 287 호, 전주대학교비교법학연구소, 2000, 281-311 면
 - 10) 김상겸 「생명권과 사형제도 - 사형제도 존치론을 중심으로 -」 『헌법학연구』 제 10 권 제 2 호, 한국헌법학회, 2004, 237 면
 - 11) 이보영, 박봉건 「사형제도 존폐와 그 현실적 대안」 『법학연구』, 한국 법학회, 2007, 350 면
한인섭 「사형제도 문제와 개선방향」 『형사정책』, 한국형사정책학회, 1991, 23 면
박성철 「사형제도의 폐지와 대체형벌에 관한 소고 : 중신형의 도입과 피해자의 의사」 『형사정책연구』 제 21 권 제 4 호, 한국형사정책연구원, 2010. 12, 139 면
이훈동 「전환기의 한국 형법 - 사형제도의 새로운 시각 -」, 『외법논집』 제 26 집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2007. 5, 433 면.
조국 「사형폐지를 위한 단계적 실천방안 제언」, 한국인권사회복지학회 2008 년도 춘계 학술 대회발표문, 한국인권사회복지학회, 2008, 171 면
허일태 「사형의 대안으로서 절대적 중신형 도입방안」 『형사정책연구』 제 17 권 제 2 호, 2006, 37-60 면
허일태 「사형제도폐지를 위한 우리의 임무」 『비교형사법연구』, 한국비교형사법학회, 제 2 호, 2000, 161-169 면
허일태 「사형의 대체형벌로서 절대적 중신형의 검토」 『형사정책』 제 12 권 제 2 호, 한국형사정책학회, 2000, 223-236 면

べ、韓国が事実上の死刑廃止国となった理由の解明や制度の将来予測に関する研究は比較的少なく、そのなかで代表的なのが朴秉植とデイビッド・ジョンソンによるものである。

韓国を代表する死刑廃止運動家の朴秉植¹²⁾は、韓国が事実上の死刑廃止国となった根本理由を、死刑制度が歴史的病弊として帯びてきた濃厚な政治的色彩に求める。すなわち、韓国では刑事訴訟法の規定¹³⁾にかかわらず、従来死刑執行決定手続きに大統領の介入ないし圧力が常に存在し、かかる政治性故に「人権大統領」金大中と後任の「人権弁護士」盧武鉉大統領の主導が功を奏し、韓国はモラトリウムへ踏み切ることが出来たと分析する。また、韓国の死刑制度が未だ法律上の完全廃止に至らない理由としては、死刑廃止運動の主導者が宗教団体であり政治への圧力が足りないことを挙げる。そして、死刑が全面的に廃止されていない現段階において、終身刑の人権違反論は贅沢にすぎないと強調し、国民の多数が死刑を支持する実情や被害者感情に鑑みると、終身刑の導入による死刑廃止が望ましいとする。

一方、アメリカの代表的なアジア死刑研究者であるデイビッド・ジョンソン¹⁴⁾は、韓国が死刑の執行を停止し、事実上の死刑廃止国になった理由を以下のように分析する。まず、李氏朝鮮の世宗や猥褻王燕山の暴力的側面と、李承晩・朴正熙政権時代の夥しい政治犯の数を根拠に、韓国における死刑はその発展と民主化過程において極めて「変化しやすいもの」で、すぐれて「政治的かつ象徴的」だったと指摘し、韓国が死刑の廃止に踏み切った根本理由はまさにその「政治性」にあると分析する。次に、死刑執行停止の直接理由はエリート左派政治家の大統領就任、つまり金大中大統領の苦い個人経験と左派政権の権力誇示であるとし、エリート政治家のリーダーシップを強調する。そして、韓国国内の民

12) Dr. Park, Byungsick 「Capital punishment in Korea and abolition movement against it」『矯正講座』、龍谷大学、第32号、成文堂、2012年、124-135頁。

13) 韓国の刑事訴訟法第456条及び第466条によると、死刑の執行は判決の確定日から6ヶ月以内に法務部長官が死刑執行命令をしなければならず、また命令から5日以内に執行すると定めている。

14) David T. Johnson and Franklin E. Zimring, 『The Next Frontier: National Development, Political Change, and the Death Penalty in Asia』, Oxford University Press, 2009

主化の進展と国際情勢も間接的な役割を果たしたとし、以上の分析をもとに、韓国における死刑の完全な廃止を楽観的にとらえている。

総じて、従来の研究は政治学に立脚した分析により、韓国が事実上の死刑廃止国となった根本理由を、「死刑制度の政治性」に帰結させている。かかる「政治性」が意味するところは、フランスの死刑廃止過程におけるミッテラン大統領とバダンテール法相の役割に代表される、高次元な価値を実現するための政治的リーダーシップ¹⁵⁾、すなわちリベラル派大統領の就任に伴う政治判断を意味し、韓国の死刑執行停止とフランスの死刑廃止の根底にある原理は同一視されている。しかし、死刑の執行が停止されるまでの韓国の死刑制度は、異常な法環境のもとで、犯罪統制手段としての本来あるべき内実が著しく変質させられ、その制定・運用過程では統治者の政治利益を実現するための濫用が横行していた。さらに、韓国では当時はもちろんのこと、今日でも死刑制度に対する態度は保守・進歩を問わず、同一政党・市民団体¹⁶⁾内であっても意見が分かれる。したがって、犯罪統制手段という今日の法治国家一般に妥当する死刑の現代的類型的定義付けと、死刑制度に対する態度を政治学的立場に大きく帰属させる西洋諸国の政治学的経験則に基づく分析では、法環境が決定的な役割を果たしてきた韓国法制の本質を捉えきれず、死刑制度についての法学的分析も不十分と思われる。

他方、先行研究の研究手法にも問題点が見られる。まず、研究対象時期が合目的に選定されている。朴氏の検討範疇は、主に建国以来の死刑執行手続及び憲法、近年の死刑廃止運動と裁判所の態度に絞られている。しかし、執行停止前の韓国の死刑制度の起源は、法の近代化の名のもとで植民地法制を押し付け、資源収奪の目的に忠実な刑事法システムを構築した日本の植民地時代に始まる。そして、かかる法システムは建国後も1953年の刑法定制まで適用され、その後の刑事法制にも多く援用されるなど、多大な影響を及ぼしている。よって、日本植民地時代の刑事法制の研究を抜きにしては、現代韓国の死刑制度の特徴を根底から理解することはできない。

15) 団藤重光『死刑廃止論(第六版)』有斐閣、2000年、43頁。

16) 서울뉴스 2010-2-25 http://www.newsis.com/ar_detail/view.html?ar_id=NISX20100225_0004495718&cID=&pID=00

次に、根拠とされる歴史事実に対する理解に誤りが見られる。ジョンソン氏は、李氏朝鮮では聖君・暴君を問わず、社会統制より王族間の権力争奪に死刑制度を多用し、死刑制度が歴史的に「暴力的かつ政治的」だったとする。しかし、聖君の代表として挙げられている世宗は、当初皇太子ではなかったため王座争いに巻き込まれたものの、先王の「択賢」主義と諸大臣の支持のもとで即位し、同時代の他の政権交替時に比べると極めて穏便なものだった。また、その政治は朝鮮時代の法の理念的基礎である儒教が理想とする徳治主義、つまり君主の道徳的人格の完成とその個人的徳の遠心的拡散を通しての国家全体の秩序形成¹⁷⁾にもっとも忠実であったと評されており¹⁸⁾、上記理解には賛同できない。他方、燕山王は世宗と対照的に暴力的な政治を行うが、やがて「徳」の欠如故に王座から追放された。その結末は、善政を尊ぶ徳治主義の理念に符合する。しかも、仮に世宗と燕山の時代の死刑制度が、今日より「暴力性・政治性」を有していたとしても、儒教を理念的基礎とする朝鮮時代の断片的表象事実から、現代韓国の死刑制度の本質を導く論証手法には、理論構成上の飛躍を否めない。

さらに、韓国における死刑の完全廃止を楽観視していた先行研究の予測結果も、その後の韓国社会の実情とかけ離れている。実際、韓国で死刑の執行が停止されてから15年目を迎えるが、今日なお死刑判決がコンスタントに続いており、幾度となく死刑制度復活の危機が訪れ、世論調査における国民の死刑支持率も廃止当初に比べて上昇傾向にある。先行研究の問題点に反証する有力な証拠の一つと思われる。

以上のように、先行研究は現行法制に対する多角的研究や死刑制度の廃止に向けた政策提案など、多くの成果を挙げている反面、韓国における死刑制度の特徴、

17) 金昌祿「韓国の法体系はどこに向かっていくのか」、今井弘道・森際康友・井上達夫編『変容するアジアの法と哲学』、有斐閣、1999年、254頁以下。

18) 世宗大王に関する韓国国内の一般的な評価は、「我が民族の歴史上もっとも素晴らしい儒教政治、輝かしい文化を成就した」(出典：韓国民族文化第百科事典 http://encykorea.aks.ac.kr/Contents/Index?contents_id=E0029857) 王様とされ、32年の在位期間中ハングル文字の発明を始めとする数多くの功績を残した民族英雄というされている。

강관수「소통과 포용의 리더, 세종대왕」『TTA Journal』 Vol. 140, 2012. 3. 4, 131~132쪽

최승희「세종조의 왕권과 국정운영체제」『한국사연구』1994, 87쪽, 他多数。

すなわち法環境によって死刑に付与された社会的意義の特殊性、並びにその反作用として生じた制度自体の多義性を看過しており、法学的分析が不十分ゆえに均質な理解を招来した。そして、「死刑」概念の均質化によって、死刑執行停止についての正確な理解を阻まれ、制度の行方について楽観的過ぎるなど課題が残されている。そこで、以下その究明のための仮説と研究手法を提示する。

3. 仮説と研究手法

韓国の近代法制は、日韓併合の一環として移植された大日本帝国法制に始まり、米軍政を経て軍事独裁政権の法制で終焉する。植民地法制では資源の収奪、米軍政時代ではアメリカの極東冷戦基地の構築、韓国戦争から40年にわたる軍事独裁政権下では国家存続を標榜した政権維持と、表面的な支配目的は変化していく。しかし、本論で立証するように、支配目的を実現するための統治システムと、統治主体によって造成された法環境は、本質的に共通する。すなわち、統治主体の利益が至上価値と位置づけられた社会理念のもと、政治的リーダーシップは支配・抑圧に変質し、パワーエリートは政治利益を基準に法律を制定・改正・廃止し、支配目的に応じた解釈・判断・執行を常態的に行った。かかる法環境のもとで、死刑制度の刑罰目的は「犯罪対策」ならぬ「政権維持」で、運用においては「デュープロセス」とかけ離れた「恣意的濫用」が横行し、本来の「応報予防」とは無縁な強権政治の「抑圧手段」として、死刑には軍隊や警察に匹敵する強大な物理的強制力としての社会機能が与えられた。結果として、執行が停止される前の韓国の死刑制度は、犯罪統制システムとしての法的側面より、軍事的政治的な支配の道具としての性格が本質的役割を担うこととなった。

もちろん、死刑制度の政治的利用という現象は、制度本来の究極性ゆえに程度の差はあっても、時代や国境を超え普遍的に見られる。しかし、本論で詳述するように韓国では近代法システムの導入当初より、死刑制度によって悪質な犯罪行為から守られる確率より、生命権という究極の権利を不当に侵害される確率のほうが圧倒的に高かった。百年間三代にわたって押し付けられた社会環境は、「常習犯たる統治者」対「被害者たる国民側」という対立図式を形成し、統治主体の弾圧手段としての軍事的政治的死刑にしか触れえなかった韓国国民は、「死

刑制度＝支配道具」という「死刑観」を形成するに至った。言い換えれば、この時期の韓国国民が認識し、理解しえた死刑は、「軍事的政治的な支配の道具」以上の内実を持つものではなかった。よって、1998年時点で韓国が放棄したのは、軍事的政治的な支配の道具としての死刑制度でしかあり得ず、これは強権政治に対する国民の否定を意味した。そして、国民的勝利を迎えた歴史的瞬間、強権政治の最大の武器を闘争勝利の象徴的勳章として一時国民に預けるという政治判断は、「国民の政府」を名乗る金大中政権にとってはある意味当然の帰結だった。

上記仮説に立脚すると、近年韓国における死刑復活の動きも説明がつく。つまり、15年間の死刑制度の再構築をとおして、支配者層の乱用を防止する社会的制度的装置が整備され、国民は安定的な司法環境のもとで死刑を求めるようになったと解することができる。したがって、将来韓国社会に法治主義が完全に定着し、近年高まる一方の刑罰制度への国民世論の影響力を加味すると、死刑制度の将来は不安定かつ不透明と予測せざるを得ない。

上記仮説を論証すべく本論文ではまず、「政治性」として同一視されがちな死刑執行停止過程に顕出する政治リーダーの役割と死刑制度自体の政治的特質を区別し、「死刑」を「裁判所による適正な手続と量刑判断を経て言い渡される犯罪統制手段」としての「法律的刑罰の死刑」と、「統治者の政治利益の実現を目的とする軍事的政治的道具」としての「軍事的政治的死刑」に、分類する。その上で、韓国の死刑関連刑事法の制定経緯・立法目的・運用実態を考察し、各時期における死刑制度の特質及びかかる特徴が「死刑執行停止」に果たした役割を究明する。これらの論証に基づき、韓国における死刑執行停止の意味合いを再考し、その将来を予測する。

II 「軍事的政治的」死刑の移植

1. 日韓併合による「軍事的政治的」死刑

1876年の『日朝修好條規』の締結から、1953年の国会による刑法典の制定公布に至るまで、77年間にわたって韓国社会を実質的に規律してきたのは、日本の植民地治安法だった。すなわち、日韓併合過程の不平等条約に基づく勅令や、

併合に伴い韓国で限定的に依用された日本刑事法令、帝国主義支配確立の必要に応じて取捨選択された刑事関連法規などが、現代韓国刑事法と死刑制度の起源となる。そして、かかる法令等が制定・適用された韓国の法環境は、日本政府の統治方針に伴って移ろぎ、初期の軍事力を背景にした不平等条約の強要とそれを根拠にした立法権・司法権の掌握にはじまり、植民地支配確立のための治安維持、植民地基盤確立のための支配強化、植民地支配円滑化のための欺瞞、兵站基地化のための徹底した収奪など、支配目的を忠実に反映するものだった。

以下では、法制定権及び法執行権が日本側に移行する過程と特徴、韓国で施行される法令等の選択に見られる本質、死刑関連法令等の立法目的・条文構成・司法運用上の問題点を通して、日本の植民地治安法上の「軍事的政治的」死刑の形成過程と特徴が、韓国刑事法体系と死刑制度に及ぼした影響を考察する。

(1) 植民統治成立過程の立法権の移行 (1876~1910年)

大日本帝国の実現を目指す日本政府にとって、立法権は強力な武器となることから、日本は計画的に段階的な移行を実行した。まず、1876年「江華島事件」を契機に『日朝修好條規』を締結し、第十款において裁判における属人主義、つまり日本の「片務的領事裁判権」を保障した。治外法権は植民地法体系の中核をなすもので¹⁹⁾、日本も『日英修好通商条約』(1858年)の第四条及び第六条の拡張解釈によって長く列強諸国に苦しめられた経験がある²⁰⁾。実際、韓国においても通常の裁判権はおろか、「領事裁判権」さえほとんど発動されず、この「不平等条約」に保護された日本人の行動は警察と裁判所の監視外におかれ、結果として居留地における韓国政府の法権は空洞化した²¹⁾。次に、日本政府は軍事力と軍部の強力な権限を背景に、『日韓議定書』(1904年2月23日)を締結し²²⁾、

19) 利谷信義「近代法体系の成立」『岩波講座 日本の歴史 16 近代3』、吉田裕編、岩波書店、1976年、96、131、136頁。

20) 石井孝「従属的国際関係の『大憲章』安政通商条約」『歴史評論』第94号、1958年、97頁参照。

21) 石井寛治「日清戦後経営」、『岩波講座日本歴史 16』、朝尾直弘ほか編、1975年、岩波書店、64頁。

22) 鈴木敬夫「法による支配——朝鮮における植民地統治法の成立過程(一)」、『札幌学院法学』第6巻第1号、81(247)頁参照。

直後日本は駐劄軍司令官に天皇直隷官の地位を与え、韓国の独立及び領土の保全を確保する名目で、民族思想を抑圧・規制する数々の厳しい法律を制定した。これらの法律は、駐劄軍司令官が駐韓公使を通じて韓国政府に対し一方的に通告するだけで有効なものとなった。これを機に、日本の軍部は刑事立法権を掌握し、立法権に対する侵害は本格化した。

次いで、『第1次日韓協約』（1904年8月22日）と『第2次日韓協約』（1905年11月17日）の実行手段として制定された『統監府及理事庁管制』（1905年12月21日・勅令第267号）により、刑事立法権と警察権が軍部から統監府に移行²³⁾され、組織的な植民地支配体制が実現した。そして、『第三次日韓協約』（1907年7月24日）の締結を強要し、大韓帝国政府の法令制定権に対する監督権を明文化するとともに、「大權ノ委任ニ依リ」²⁴⁾立法権の全権を掌握することで、植民地支配の全過程で強力な武器となる軍事的政治的死刑体制を確立する第一歩を踏み出した。この他にも、併合後の朝鮮に対する法的支配に備え、日本は従来韓国法に対する調査とその改正作業を進め、1908年1月には刑法・刑事訴訟法、その他付屬法令の立案等の調査、1908年7月には『刑法大全』等の改正および法令の新設を発表した²⁵⁾。

(2) 植民地治下の立法権の特徴（1910～1945年）

1910年8月22日『日韓併合ニ関スル条約』（制令第1号）が締結され、韓国は名実共に日本の植民地となった。翌年の1911年、日本は『朝鮮ニ施行スヘキ法律ニ関スル件』（法律第30号）を公布し、朝鮮総督の制令制定権すなわち立法権を法制化することで、植民地支配法制の基盤を築き上げた。同第1条、第4条ないし第5条によると、植民地韓国に適用される法令には、①特に朝鮮に施行する目的で制定された法律および勅令、②勅令によって朝鮮に施行された法律、③規定内容上当然に朝鮮にその効力を及ぼす法律及び勅令が含まれる。換言すれば、

23) 第四条「統監ハ韓国ノ安寧秩序ヲ保持スル為必要ト認ムルトキハ韓国守備軍ノ司令官ニ対シ兵力ノ使用ヲ命スルコトヲ得」。

24) 『併合後ノ韓国ニ対スル施政方針決定ノ件』（1910年6月3日、外交第43号-1）。

25) 통감부, 『한국시정연보 1』(前掲) 97쪽, 47~48쪽

日本の法令が韓国で施行されるのは例外的な場合で、実際の適用基準は「内容を見て、規定の性質より判断」²⁶⁾され、結局法執行者の恣意的な選択に委ねられていた。実際 36 年間の植民地統治期間中、旧制令の改廃に関するものを除く 270 件にのぼる法令等のほとんどは朝鮮総督府によって制定され、その広範な立法権に加えられた法的制約は、①内閣総理大臣を経て天皇の勅裁を受けること、②韓国に施行された法律、特に韓国に施行する目的で制定された法律および勅令に違背しないこと、の二つだけだった²⁷⁾。要するに、植民地韓国において朝鮮総督の判断が最優先され、その制令制定権には事実上ほとんど制約がなかったといえる。

通常、日本による朝鮮植民地支配は、1910 年の『日韓併合ニ関スル条約』に始まり、1945 年日本が第 2 次世界大戦で降伏するまでの 36 年間とされる²⁸⁾。しかし、興味深いことに立法権侵害の起点となった 1876 年の『日朝修好条規』から、1911 年の『朝鮮ニ施行スヘキ法律ニ関スル件』により日本総督の立法権が確立するまでも、同様に 36 年間の歳月が費やされた。着実な積み上げを通して日本総督に付与された広範な立法権は、統治目的に応じた法令制定を可能にし、合目的的に制定された刑事法令は植民地支配の忠実な道具と化し、その過程が軍事的政治的死刑の特質を作り上げることとなる。

(3) 植民地時代の司法権 (1876~1945 年)

植民地収奪の支配目的を実現する上で、司法機構による法の恣意的運用は、広範な立法権による植民地法制の構築とともに、重要な役割を果たす。日本による司法権の移行は、韓国の旧裁判所運営システムに対する改革を名目に始まった。当時、漢城裁判所と平理院を除くほとんどの地方裁判所には専属裁判官がおらず、観察使・牧使などが兼任していた。そこで、日本は各裁判所に日本人の法務顧問・参与官・補佐官などを配置し²⁹⁾、韓国の司法事務に幅広く関与するように

26) 松岡修太郎 『朝鮮行政法提要 (総論)』、東都書籍、1944 年、17 頁参照。

27) 1911 年 3 月 29 日の大日本帝国法律第 30 号「朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ関スル法律」第 2 条・第 5 条。

28) このような時代区分については、『日帝侵略下韓国三十六年史 (一)』[大韓民國文教部] 國史編纂委員會編、1966 年 参照。

なった。

次に、1907年7月24日の『第三次日韓協約』で司法事務と一般行政の分離が明文化（同第3条）され、同覚書にて日韓両国の裁判官で構成される裁判所の新設、看守長以下の過半数を日本人にする監獄の設置などを取り決め、司法権を完全に掌握することで植民地法執行体制の基盤を整えた。

次いで、1907年12月に『裁判所構成法』（法律第8号）・『裁判所構成法施行法』（第9号）・『裁判所設置法』（第10号）を公布し、多数の日本人裁判官を任用することで司法機関の中枢たる裁判所を掌握した。具体的な任用状況をみると、1909年には日本人裁判官が192人、検事が57人、一方韓国人裁判官が88人、検事が7人だった。翌年の1910年には日本人裁判官183人に対し韓国人裁判官71人、日本人検事54人に対し韓国人検事が6人、1912年には日本人裁判官161人に対し韓国人裁判官38人、検事57人中韓国人はわずか3人³⁰⁾と、時間の経過につれ韓国人の割合は減る一方だった。しかも、韓国人裁判官は、民事事件の原告・被告両方が韓国人である場合と、刑事事件の被告人が韓国人である場合に限り事件を担当することができ、かかる制限は1920年以降も続いた。

そして、1909年7月12日『韓国司法及ヒ監獄事務委託ニ関スル日韓覚書』の締結により、日本は韓国国内における司法権行使の法的根拠を得ることとなった。同年10月には従来の裁判所、監獄及び法部を廃止し、統監に直属する統監府裁判所を設置することで、統治目的に合わせた法執行のための条件を整えた。

日韓併合当初の司法制度は、「統監」を「朝鮮総督」に、「韓国」を「朝鮮」に、「大審院」を「高等裁判所」に読み替え、従来の『統監府裁判所令』を『朝鮮総督府裁判所令』に変えただけで、ほとんどの旧システムが維持され³¹⁾、韓国人裁判官の担当事件に関する制限条項も依然存続した³²⁾。

他方、強圧的な占領過程で義兵裁判など裁判の需要が拡大すると、朝鮮の事情に合わせた司法制度の「効率化」³³⁾を図り、本格的な戦時体制に突入した1930

29) 통감부, 『한국시정연보 1』, 1906년, 91~92쪽

30) 법무부, 『한국교정사』, 1987년, 306쪽

31) 『統監府裁判所の改正』（制令第5号、1910年10月1日）

32) 법원행정처 편, 『한국법관사』, 육법사, 1976, 80쪽

年代後半からは、保護観察所と予防拘禁所が事実上司法機構としての役割を果たすようになった。また、1941年3月6日には『国防保安法』を、同年12月26日『朝鮮臨時保安令』を制定して戦時体制を強化し、1944年2月16日には『朝鮮総督府裁判所戦時特例』を制定した。この特例は、戦時情勢を理由に、民事・刑事裁判の3審制を全面廃止して2審制を実施し、死刑・無期以外のすべての事件を単独判事に管轄させ、略式命令の範囲を拡大する等、戦時の急迫な事態を如実に反映した制度となった³⁴⁾。

この変遷を可能にしたのは、朝鮮総督府による司法権の独占である。すなわち、司法に関する事項を法律で規定する日本とは対照的に、植民地朝鮮では裁判所の構成・裁判官の任用資格・身分保障などの司法に関する事項は制令で、裁判所の設立・廃止・管轄区域・管轄変更は総督府令で定めた。従って、裁判所は総督府所属の行政官署となり、司法権は独立しておらず、公正な裁判を受ける権利は制限されていた。さらに、検事局も総督府に併設されていたため、裁判に対する政治的圧迫が可能だった。

要するに、植民地裁判所の恣意的な運用による弊害は、封建的旧韓国法制を凌ぐもので、実際は「司法権の独立」を称した侵略意図の隠蔽に過ぎず、保護政治を善政として宣伝するための手段だった³⁵⁾。結局、日本にとって裁判所は、司法の名の下で韓国人への弾圧を合理化し、法律に見せかけた不当な手続でそれを確認する道具にすぎなかった。

(4) 初期の軍事的政治的死刑 (1876~1910年)

この時期の刑事法令は、日本の侵略に対する韓民族の主要な抵抗形態であった「抗日義兵運動」³⁶⁾と「愛国啓蒙運動」を主要な規制対象とし、韓国の独立性を

33) 문준영, 『한국검찰제도의 역사적 형성에 관한 연구』, 서울대박사학위논문, 2004, 120쪽

34) 鈴木敬夫『法を通した朝鮮植民地支配に関する研究』、高麗大民族文化研究所、1989、337-340頁。

35) 永井和「日本の朝鮮・台湾支配と植民地官僚」(京都大学)国際日本文化研究センターの共同研究、2005年。

36) 多胡圭一「日本による朝鮮植民地化過程についての一考察」(二)『阪大法学』第94巻、1975年、8(94)頁以下。

高める各種言論・出版・集会・結社と物理的闘争を弾圧することに力点が置かれた。そして、直接死刑を定める刑事法令は見当たらないが、準法律による死刑規定とその適用、および旧韓国法における死刑条文の準用によって、統治基盤確立の目的は保障された。

準法律の典型として挙げられるのが、当時占領地の行政長官たる駐劄軍司令官が、電信通信機関の占拠、鉄道および土地の強制収容、軍用人夫の強制徴発等を目的として制定した『軍律』（1904年7月2日）である。かかる規則は、

一、軍用電線（軍用鉄道）に害を加へたるものは死刑に処す、

二、情を知りて隠匿する者は死刑に処す、……

五、村内に架設せる軍用電線（軍用鉄道）の保護は其の全村民の責任とす³⁷⁾（以下略）

と定める。つまり、軍用施設や軍事情報の保護という日本軍の侵略利益を最大の保護法益に据え、絶対的死刑という最も峻厳な刑罰形態を以て韓国国民に敵軍への忠誠を強要した。実際、1904年の施行から全面改定されるまでの2年間で、計35人の韓国人が死刑に処され³⁸⁾、正当な立法機構によらない『軍律』に基づく民間人の処罰が確認できる。韓国国民の同意など全く前提としない「法」の濫用は、統治の道具としての軍事的政治的死刑の起源といえる。その後『軍律』には1905年7月3日の改定により、「日本軍ニ有害ナル所為アル者ハ帝国ノ法規又ハ韓国ノ法令習慣ニ準拠シテ処分ス」という項目が追加され、既に日韓併合の5年前に韓国人は日本の一般法規の適用を受けうることになった。

さらに、異民族による司法権と裁判所の掌握は、法廷を自ずと韓民族弾圧の場に変え、日本人と日本語による裁判を通じ、韓国人とりわけ民族独立運動家には非常に厳しい判決が言い渡された。例えば、1908年1月光州郡墨洞で尹致章が率いる義兵隊が日本の騎兵隊と戦闘し、8人の韓国人義兵が犠牲となった事件で、1909年京城地方裁判所は『刑法大全』³⁹⁾第195条の内乱罪を適用し、尹に絞首刑

37) 金正明編『日韓外交史料集成別冊——朝鮮駐劄軍歴史』巖南堂書店、1962-1967年、資料編参照。

38) 金正明編『日韓外交史料集成別冊——朝鮮駐劄軍歴史』（前掲）、177-178頁参照。

39) 1905年5月29日に朝鮮政府によって公布された刑法典。

を言い渡した⁴⁰⁾。判旨では、日韓併合前であるにもかかわらず、抗日義兵運動を「政府ヲ顛覆シ又ハ其ノ他政事ヲ変更セシメムカ為乱ヲ作」る内乱行為と定義している。また、裁判所は韓国人義兵に対する殺人の実行行為者たる日本騎兵隊の罪責には全く触れず、義兵の死亡を被告人の指導行為に帰責させている。しかし、1909年当時既に『保安法』⁴¹⁾が施行されており、その不明確な構成要件と差別的な刑罰条項⁴²⁾の是非はさておき、かかる被告人の行為は同7条の治安妨害行為に該当し、本件の場合特別法である『保安法』が優先すると解すべきであった。結局、統監府が直接死刑を定める刑事法令を制定しなくても、司法府の目論みによって『刑法大全』の死刑条項を併用することで極刑を科すことができていた。植民地支配の目的に迎合した裁判実務が窺える。

安重根による伊藤博文の暗殺事件に対する裁判からも、日本の近代的司法機構の本質と韓国侵略の意図が推察できる。1909年10月26日、ロシア東清鉄道のハルピン駅構内で、被告人が枢密院議長伊藤博文とその遂行員川上俊彦らに銃を発射して、伊藤博文を死亡、遂行員らを負傷させた事件⁴³⁾で、当時裁判を担当した関東都督府地方法院の真鍋裁判長は、「被告人が伊藤公を殺害した行為は、その決意が個人的な恨みによるものではないにしろ、緻密な計画に基づき厳重な警備にもかかわらず多くの著名人が集まった場所にて決行されており、かかる殺人行為に極刑を課すことは至極当然」であるとして、死刑を言い渡している。ここで留意すべきは、同事件が中国領土内でロシアの行政力の及ぶ⁴⁴⁾鉄道管轄区域内において、韓国人が日本人を対象に引き起こした事件⁴⁵⁾であり、裁判の管

40) 京城地方法院、隆熙三年(1909年)一月二六日宣告、村崎満「保安法(公武十一年法律第二号)の史的素描」(前掲)3頁。

41) 1907年7月27日、法律第2号、第7条 政治に関し不穏な言説・行動をし、他人を煽動・教唆または利用し、あるいは他人の行為に干渉して治安を妨害する行為は、50以上の笞刑、10月以下の禁獄若しくは2年以下の懲役に処する。

42) 鈴木敬夫「治安法による植民地支配——戦前朝鮮における統治法の一側面(一)」(前掲)26-29(310-313)頁参照。

43) 안중근의사 기념관 <http://ahnjunggeun.or.kr>

44) 当時ハルピンは中国の領土だったが、露清条約によりロシアが東清鉄道の敷設圏を譲り受けていたため、ハルピン駅構内はロシアの管轄に属し、同従業員はロシア人と清国人に限られ、鉄道付属施設はすべてロシアが管理し、駅員や警備兵もまたすべてロシア人だった。佐木隆三著, 이성범 역, 『안중근과 이토오 히로부미』 제이앤씨, 2003, 91쪽。

轄権は当然に問題視されなければならなかった。しかし、実際には日韓併合前にもかかわらず、当然のごとく日本占領下の関東都督府と外務大臣の最高裁判所代行権限で死刑を宣告し、2ヶ月後の2月14日判決が確定、3月26日に執行された。一方、裁判開始2ヶ月前の1909年12月2日付けの小村外務大臣による裁判所宛の指令文書には、「裁判を旅順地方法院にて行うこと、安重根を思想犯ではなく破廉恥犯に仕立てること、必ず死刑に処すること」などの内容が含まれていた。これに対する旅順高等法院長平石の回答文には、「もし、第一審が死刑を言い渡さなかった場合、自身の高等法院にて死刑を言い渡せるよう、検察による控訴を依頼する」内容が含まれていた⁴⁶⁾。ロシアでもこれらの事実を裏付ける資料が発見され、逮捕当初安重根は日本の裁判所職員から「伊藤の暗殺は、韓国の敵だからではなく、個人的な理由で間違った判断によるものだった」と陳述すれば、直ちに釈放するという条件を突きつけられたという⁴⁷⁾。暗殺事件と日韓併合の関係性を隠すための日本の苦心と、日本帝国主義の政治機構と化した裁判所の実態が窺える。

以上のように、日本の韓国侵略における法的・制度的装置の基本的枠組みは、1910年の日韓併合前に、統監府治下ですでに確立されていた⁴⁸⁾。「治安維持」を名目に「皇室ノ尊嚴ヲ冒瀆シ、政体ヲ変改シ、朝憲ヲ紊乱セムトスル」一切の抗日運動を禁圧し、韓国国民としての当然の権利行使を制約するとともに、異民族を意識した重罰主義的な治安刑法⁴⁹⁾をもって、朝鮮の地に日本の天皇制秩序を導入・扶植した。そして、法律による統治目的の実現は、その後も威力を増殖させる一途をたどる。

(5) 中期の軍事的政治的死刑 (1910~1919年)

45) 박 보리스, 신운용, 이병조 역, 『하얼빈 역의 보복 - 이토 히로부미에 대한 안중근의 총성』, 채륜, 2009년, 110쪽

46) 김삼웅 전독립기념관장 『안중근평전』, 시대의창, 2009년

47) 박 보리스 『하얼빈 역의 보복 - 이토 히로부미에 대한 안중근의 총성』 (前掲) 106쪽

48) 高翔龍 『法律学の森 韓国法』第2版、信山社、2010年、20頁以下参照。

49) 鈴木敬夫 『治安法による植民地支配 —— 戦前朝鮮における統治法の一側面 (一)』 (前掲) 26-29 (310-313) 頁参照。

武断政治期と言われるこの10年間は、日本が『集会取締令』(1910年8月25日、警令第3号)のもとで本格的な植民地支配体制を稼働させ、植民地収奪の本格的な始動に向けて刑事法制を強化していく時期である。

1912年3月18日に制定された『朝鮮刑事令』(1912年、制令第11号)は、その後政局変遷に伴い12回にわたる改正を繰り返しながら、36年間の統治期間中植民地刑事法令の根幹を担ってきた。同令により、日本の刑法⁵⁰⁾・刑法施行法⁵¹⁾・爆発物取締罰則⁵²⁾・刑事訴訟法⁵³⁾等12個の刑事法が依用(同第1条)されたが、当時の韓国において犯罪態様が凶悪で、日本刑法の刑罰では治安維持の目的を達成できないという理由のもと、朝鮮人の殺人罪及び強盗罪に限って、例外的に『刑法大全』の効力を存続させた。この実体法上の重大な差別は、1917年まで続く。

さらに、手続規定にもいくつかの特徴が見られ、『朝鮮刑事令』第12条及び第14条は、刑事訴訟法(大正11年5月、法律第75号)上の検事・司法警察官による強制処分権に対し、重大な例外を認めている。また、公訴提起前の被疑者の権利を過度に制限(同第13条)し、勾留期間が延長され(第16条)、国選弁護人の選任該当事件は死刑または無期の懲役並びに禁錮に限定し(第25条)、単独判事による有罪判決の場合は証拠理由を省略することができるとした(第26条)⁵⁴⁾。

日本は植民地刑事法令を道具に、韓国に対して高圧的な統治を実施し、植民地支配体制の安定を図った。一方、日本による差別的な異民族支配は韓国国民の反発を助長し、ついに「三・一独立運動」という民族挙げての抵抗を招来する。そして、これを契機に日本は漸く支配方針を転換し、表面的ながら憲兵による「武断政治」を後退させ、いわゆる「文化政治」が始まる。

(6) 中後期の軍事的政治的死刑(1919~1931年)

50) 1907年 法律第45号 鄭賛溶編(前掲)314頁参照。

51) 1908年 法律第29号 鄭賛溶編(前掲)322頁参照。

52) 1884年 太政官布告32号 鄭賛溶編(前掲)324頁参照。

53) 大正11年 法律第75号 前掲註45 鄭賛溶編(前掲)325頁参照。

54) 金炳華『한국사법사(근세편)』(前掲)357頁以下。

1919年以降、植民地抑圧に反対する民族運動が朝鮮各地で後を絶たなかった。日本はこれらを抑えるべく、「文化政治」で仮装した欺瞞的治安刑事法を多数制定したが、もっとも典型的なのが『治安維持法』（1925年、法律第46号）、同施行令の『治安維持法ヲ朝鮮、台湾及び樺太ニ施行スル件』（1925年、勅令第175号）、及び改正法の『治安維持法中改正緊急勅令』（1928年、緊勅129号）である。

絶対的天皇制法秩序の守護と国体の維持を立法趣旨に据えた『治安維持法』は、その究極の保護法益を「国体」と「私有財産制度」とした。同法は全7ヶ条からなり、第1条において禁止対象を、結社を「組織」する行為、並びに情を知った上で組織に「加入」する行為の二点に絞り、かつ「宣伝狂暴なる」具体的な諸活動ではない「結社行為」そのものに力点をおくことで、「結社」の概念次第では思想処罰法⁵⁵⁾への転化可能性を無限に秘めていた。さらに、第2~4条において結社と組織的に無関係な一定の実行行為、つまり結社行為への援助行為を処罰対象とし、第7条で法の適用範囲を「本法施行区域外」にまで広げることで、治安維持という目的に特化された処罰体系を構築し、最高刑は「十年以下ノ懲役又ハ禁錮」としている。

その後日本政府は、「三・一五事件」を機に『治安維持法』の不備を主張し、司法大臣は極刑導入の必要性について、「国体の変革を目的とする結社行動者に対し極刑を科することにしたのは、……思想的内乱罪、(及び)……帝国の崩壊を画策する……思想的外患罪……(に)僅かに10年以内の有期刑を以てするのは、彼此権衡を失するの甚だしきもの」と説明し、「思想犯」への「死刑」の適用を正当化している。かかる説明こそが「軍事的政治的死刑」の最大の特徴を表すもので、韓国の死刑制度はその後も長きに亘って「国体維持のための思想犯重罰」の足かせを捨て去ることが出来なくなる。改正法律案は第55回帝国議会で審議未了となるが、会期終了直後政府は「改正」案こそが「天皇制ファシズム体制を構築するための命運をかけたもの」⁵⁶⁾であるとして、1928年6月29日付官報号外をもって勅令第129号として公布・施行した。そして、第56回帝国議

55) 小田中聡樹著『治安政策と法の展開過程』、法律文化社、1982年、63頁参照。

56) 小田中聡樹著『治安政策と法の展開過程』（前掲）68頁参照。

の承認を得て『治安維持法中改正緊急勅令』は、法律と同一の効果を有するに至った。

他方、この時期の裁判実務の実態は、朝鮮高等法院による『保安法』第7条、及び『政治ニ関スル犯罪処罰ノ件』第1項における「政治」の解釈に端的に現れる。1919年陝川郡三嘉邑の市場で鄭邦直らが群衆を主導し、独立万歳を高唱したデモで日本警察に逮捕された。かかる被告人に対する判決⁵⁷⁾では、「朝鮮の独立を目的とした一切の運動」が「政治ノ変革」及び「政治ニ関シ」に該当するとされ、『保安法』制定当初の「一切の反日的会話や言動」より大幅に拡張解釈されている⁵⁸⁾。こうして、韓国国民の生来の権利と自然な行動が、至極当然に犯罪構成要件に組み入れられて類型化され、その範囲も不断に拡張されていった。

一方、植民地悪法の代表格である『治安維持法』は、本来国体変革と私有財産制度の否認を主要な処罰対象（同第1条）とした。しかし、植民地韓国における変容として、独立運動も国体変革の行為態様に分類され、処罰の対象とされた結果、治安維持法は独立運動全般に対する強力な弾圧法規として機能した。そして、1928年の治安維持法改正で目的遂行行為に対する処罰規定、すなわち「結社ノ目的遂行ノ為ニスル行為」が追加され、その濫用は收拾がつかないまでに増幅していった。当時の大審院は、「……結社ノ組織ヲ拡大シ強固ナラシムル行為ナル以上、仮令直接右目的ノ実現ニ資スルコトナキ行為ト雖モ目的遂行ノ為ニスル行為タルヲ妨ゲズ」として、目的遂行行為の概念をさらに拡大した⁵⁹⁾。これらの解釈は、「文化政治」の内実を露にする。

以上から分かるように、「文化政治」を標榜したこの時期の日本の植民地弾圧法制は、決して「武断政治」から緩和されることはなかった。むしろ、「文化」という名の下で、その植民地支配の魔の手は生活や精神面の隅々までしみ込み、ファシズム体制のもとでの兵站基地構築のための堅実な土台を築いた。

(7) 後期の軍事的政治的死刑（1931～1945年）

57) 판결문 (1919. 5. 13. 대구복심법) / 판결문 (1919. 6. 12. 고등법원)

58) 鄭光鉉著 『三・一独立運動史——判決を中心として』、法文社、1978年、35頁。

59) 小田中聡樹著 『治安政策と法の展開過程』(前掲)、74-75頁。

この時期の韓国では、日本の戦時情勢の緊迫性と植民収奪の必要性が相まって、刑事法令が前代未聞に強化され、死刑法規の増加も顕著に現れた。以下、全期間の死刑関連法令を順に検討し、法の文明開化として韓国に持ち込まれた「近代法」の内実を確認する。

①『軍機保護法』(1937年、法律第72号)及び『軍機保護法ヲ朝鮮ニ施行スル件』(1937年、勅令第283号)

1937年中国との全面戦争に突入した日本は、「兵站基地」となる朝鮮における軍機保護の徹底・強化を目的に同法を制定・改正した。旧法は、「軍事上秘密ノ事項又ハ図書物件タルコトヲ知テ之ヲ探知収集シタル者ハ重懲役ニ処シ其ノ情軽キ者ハ一等ヲ減ス」⁶⁰⁾と定めていたが、改正法は4ヶ条に細分化して構成要件を拡大している。また、「軍事上ノ秘密」は「陸軍大臣又ハ海軍大臣」の「命令」によって決定され、「保護ノ為必要アルトキ」(同第8条及び第9条)には随時設定できるとされた。この他にも、旧法における「職務」を「業務ニ因リ」に広げ、『国家総動員法』(法律第55号)の「総動員業務」を包含させる⁶¹⁾など、随所に拡大解釈の可能性が秘められていた。さらに、法定刑の範囲も拡大され、旧法で最高三年だった罰則規定が全般的に重罰化し、とりわけ外国への軍事機密漏洩には死刑が予定されていた。第3条第2項の「死刑又ハ無期若ハ四年以上ノ懲役」は、殺人罪(刑法第199条)の「死刑又ハ無期若ハ三年以上ノ懲役」よりも厳しく、当時の日本にとって前者の保護法益の重大さが見て取れる。

②『国防保安法』(1941年3月7日、法律第49号)及び『朝鮮ニ於ケル裁判手続簡素化ノ為ノ国防保安法及治安維持法ノ戦時特例ニ関スル法律』(法律第20号)

国家総力戦に於ける国防上の国家機密の保護を目的とする同法の保護法益は「国家機密」だが、その定義は伸縮自在かつ概括的だった。すなわち、同第1条において国家機密とは、「外国ニ対シ秘匿スルコトヲ要スル……重要ナル国務ニ係ル事項」とされ、その中身が漠然としている。また、同3号において「前二号(御前会議、枢密院会議、閣議又ハ之ニ準ズベキ会議、帝国議會ノ秘密會議)ノ會議ニ付スル為準備シタル事項其ノ他行政各部ノ重要ナル機密事項」を国家秘密

60) 『現代法令全集』XII(裁判編・刑事編)、1935年、日本評論社、268-269頁。

61) 伊藤秋雄「軍機保護法の運用を顧みて」『ジュリスト』第59号(1954年)、8-11頁。

に含めることで、処罰対象の幅に相当の伸縮性を与え、外国への「国家機密」の漏洩に極刑を設け、「軍事機密」の漏洩にほぼ肩を並べる重罰となっている。さらに、同第12条第1項には「教唆未遂」という刑法学上の新たな犯罪類型が設けられ、「第三条乃至第五条、第九条又ハ第十条第一項ノ罪ヲ犯スコトヲ教唆シタル者ハ被教唆者其ノ実行ヲ為スニ至ラザルトキハ十年以下ノ懲役ニ処ス」とされ、同条に掲げる罪を犯すことを教唆した者は、被教唆者が実行に至らなかった場合でも、十年以下の懲役に処する規定となっている。これにより、教唆犯は独立に処罰されうることとなり⁶²⁾、軍事治安法的性格はいっそう強まった。

③『治安維持法中改正法律』(1941年、法律第54号)

太平洋戦争の開戦と中国侵略戦争の長期化に伴い、国家神道の天皇制イデオロギーに基づく、「国体変革」と「私有財産制度否認」の二大保護法益の順位に変化が見られ、「国体変革」を目的とする犯罪の方がより重罰の対象とされた。具体的に、同第1条は死刑を最高刑に、有期刑は懲役に限定し、禁固刑を削除して、刑の短期も7年以上と大幅に引き上げられている。また、同第2条及び第3条は、「支援結社」や「準備結社」について、指導者には死刑を科しようとする。さらに、刑事手続が糾問主義的特殊手続となり、検事に被疑者勾留をはじめとする強制処分権限が付与され、控訴審が省略されたうえに、被告人の法廷闘争対策として弁護人の数が制限された。この他にも、予防拘禁制度が導入され、治安維持法の罪を犯し、刑の執行終了により釈放されようとする者、及び刑の執行終了または刑の執行猶予の言い渡しを受けた者が思想犯保護観察法による保護観察中であって転向に応じない者を対象(同第39条)に拘束を認め、軍国ファシズム体制の本質を露呈した。

④『朝鮮戦時刑事特別令』(1944年2月、制令第4号)

『朝鮮戦時刑事特別令』は、太平洋戦争が本格化する植民地末期の典型的な戦時刑事法令である。同法の最大の特徴は、「国体変革罪」に対する重罰規定である。すなわち、同法令によって依用された1942年の『戦時刑事特別法』(1942年、法律第64号)第7条は、「戦時ニ際シ国政ヲ変乱スルコトヲ目的トシテ人ヲ

62) 柏木千秋著『国防保安法論』、日本評論社、1944年、110頁

殺シタル者ハ死刑又ハ無期ノ懲役若ハ禁錮ニ処ス」と規定し、すでに『治安維持法中改正法律』における「国体変革罪」の「死刑又ハ無期若ハ七年以上ノ懲役」よりも厳しくなっている。これに対し、1943年に制定された『戦時刑事特別法中改正法律』（1943年、法律第58号）においては、第7条ノ二「戦時ニ際シ国政ヲ変乱スルコトヲ目的トシテ人ヲ傷害シ、逮捕シ……因テ死ニ致シタル者ハ死刑又ハ無期若ハ一〇年以上ノ懲役若ハ禁錮ニ処ス」という条項が加えられた。そして、これらの法令を集約強化したのが1944年制定の『朝鮮戦時刑事特別令』である。この他にも無期刑が著しく増加したり、多くの罪について刑の短期が引き上げられたりと、戦時下における実体法規定の一般予防効果を刑の峻厳化によって図り、戦時統治の効果的手段とされた⁶³⁾。

1930年代の裁判実務では、不穏な嫌疑のある社会团体および宗教団体に対し、治安維持法の適用が拡大された。その典型例が1942年、辞典編纂趣旨書の「朝鮮民族の更生すべき捷路は文化の向上と普及」という一節を根拠に、治安維持法違反で処罰された「朝鮮語学会事件」である。韓国語による会話が禁止されていた当時、朴英玉という女子学生が列車の中で韓国語を話し逮捕されことが発端となり、1942年10月1日から1943年4月1日にかけて、韓国語辞書の編纂中だった朝鮮語学会の33人の研究者が検挙され、さらに48人が取調べを受け、うち2人が残酷な拷問によって獄死している⁶⁴⁾。天皇を神とする戦時イデオロギーの塊が当時の韓国社会を規律し、戦時情勢のもと法に依らない「死刑」が横行するようになった。こうして、植民地統治の必要性に徹頭徹尾忠実な「近代刑事法体系」とその頂点たる「軍事的政治的死刑」が完成した。外見こそ近代法の形をとっていたが、立法目的は統治弾圧のための手段であり、法の執行主体は征服主体たる異民族と、韓国の国益及びその国民の権利とは甚だかけ離れた法の不法状態が韓国社会に蔓延することとなった。

日本植民地時代の法体系は朝鮮総督府の独裁管轄下に置かれ、立法・司法・行政の三権が一極集中していた。立法面では、行政府が締結した条約を以て植民地

63) 鈴木敬夫著『朝鮮植民地統治法の研究——治安法下の皇民化教育』（前掲）233頁以下

64) 治安維持法違反被告事件（1943年（れ）第651号、同年9月1日第二刑事部判決、棄却）『大審院刑事判例集』第22巻（1943年）241頁以下

朝鮮における法の施行範囲を定め、かかる行政主導型法システムを基盤に、行政政府が制令制定権と命令発布権をはじめとする立法権限を独占し、内鮮一体の標語とはかけ離れた治安法を量産して、統治目的に応じた取捨選択と強権統治を行った。司法領域においても、裁判所の設置・廃止・管轄区域の設定・判事の任免懲戒及び指導監督権などのあらゆる権限が行政政府に従属した結果、その運営は朝鮮総督府の絶対的な権力を背景に日本の国益の実現を図ることに徹するものだった。このような社会状況のもと、行政面での最高権限が総督に一任されることに異論を唱える余地は与えられず、かかる法体系は韓国社会に法の道具性・恣意性を植え付けることとなった。換言すれば、この時点で韓国刑事法の本質とも言える軍事的政治的特質はすでに社会の深層に深く根ざしていた。

そして、かかる支配の全過程に於いて劇薬として使われたのが、死刑制度である。韓国は100年もの間、行政権が立法権と司法権を蹂躪する歪んだ近代法体系を押し付けられた。不幸なことに、かかる天皇神権と独裁体制を基調とする日本の植民地法制が、韓国国民が接した初めての近代法制であり、異常な社会情勢と法環境のもとで不法な法律の神髄を学んだ。同時に、犯罪統制システムとしての現代的刑事法制を理解する機会はもとより与えられず、法の無知が法の濫用を招き、「法の支配」ならぬ「力による支配」として強権統治に結びついた。これこそが、独立後の韓国社会が民族主義を叫びながらも日本の植民地法制を長らく引き継ぎ、統治者は皆封建的永久執権を渴望して軍事独裁へと走り、近代的政治要素が払拭できなかった最大の要因の一つと思われる。反民族的行為を違法行為と定義された韓国国民は、「犯罪」の概念を権力者の解釈に委ねるしかなく、支配者側の気が向くままに制定・改正・適用される暴力的な法は、国民の生命権を脅かし、法に対する不信を助長した。さらに、異民族の言語で異民族の法律に従って裁判を受けざるを得ない状況は、法に対する異質感・疎外感と敵対心を根付かせた。反面、法の名の下で生命や財産はもちろん、言語と名前まで奪われる事態は、法の無制限な政治的利用という負の遺産を残すこととなる。

2. アメリカ軍占領時代の刑事法 (1945~1948年)

第二次世界大戦における日本の敗戦により、1945年9月2日朝鮮半島の南半

分には連合軍が上陸し、韓国は実質的に米軍の支配下に置かれた。同年9月7日、米軍総司令官マッカーサーは布告第1号⁶⁵⁾をもって米軍政のスタートを公布し、10月9日米軍政法令第11号⁶⁶⁾により、『治安維持法』など植民地下で人権蹂躪的色彩を帯び、韓国人に対して差別的・抑圧的だった特別法が廃止されることとなった。さらに、適正手続の原則を掲げた「刑事訴訟法の改正」(米軍政法令第176号)で、英米法の人身保護制度、拘束期間の法定、拘束適否審査制度などが採用された。この他にも、三権分立の理念のもと司法権が警察から大法院(最高裁判所)に移管され、検察も法院から独立し警察に対する指揮命令権が確立された⁶⁷⁾。

他方、1945年11月12日に公布された米軍政法令第21号⁶⁸⁾は、法令の空白を埋める措置として、それまでに廃止された法令を除く「すべての法律または朝鮮旧政府が発布した法的効力を有する規則・命令・告示及び其他の文書」は、軍政の特殊命令で廃止されるまで引き続き有効であるとし、植民地法制的清算を先送りした。さらに、軍政守護のため、布告命令等に違反した者、米国人と連合軍に危害を加えた者、治安を攪乱した者等には、占領軍軍律会議の決定をもって「死刑またはその他の刑罰」を科すとし⁶⁹⁾、極刑を含む民間人に対する軍政裁判を宣言した。

かかる米軍政の暴力的な特徴は、「国防警備法」(法令号数未詳、公布日時不明)⁷⁰⁾の誕生過程が典型的に物語る。米軍政下の法令は、権限者の審査による署名捺印、公文書番号の付与と官報掲載による公布を経て初めて有効とされた⁷¹⁾。一方、同法は米軍政時代に制定したとされるが⁷²⁾、官報で確認できない唯一の例外で、後に人権侵害の温床となる代表的な悪法である。全4篇115ヶ条からな

65) http://ko.wikisource.org/wiki/태평양미국육군총사령부포고_제1호

66) 内務部 治安국 『미군정법령집 1945-1948』(前掲), 제2편

67) 大久保史郎・徐勝編 『現代韓国の民主化と法・政治構造の変動』、日本評論社、2003年、22頁以下

68) http://ko.wikisource.org/wiki/군정법령_제21호

69) http://ko.wikisource.org/wiki/태평양미국육군총사령부포고_제2호

70) <http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=67255#0000>

71) 문준영 「미군정 법령 체제와 국방경비법」 『민주법학』 제34호, 2007년, 119~121쪽

72) 헌법재판소 2001.4.26. 98 헌바 79·86, 99 헌바 36 (병합) 전원재판부

る本法は、第2篇の「罪」において45の罪名を規定し、そのうち13の罪名で死刑を規定している。また、第32条及び第33条の「如何なる者」という文言は、後に軍法会議が民間人を単審制で裁く惨事の根拠となる。もちろん、これらが軍による司法権侵害で、かつ国民の基本的な人権を無視した違憲条項であることは自明だが、ここではまずその誕生過程に表出する米軍政の特質について考察を加える。

国防警備法は、その法令号数及び公布日時を確認ができないため、「幽霊法」・「成文化された慣習法」⁷³⁾などと呼ばれてきた。同法の前身は、朝鮮警備隊の運営のために、1946年のある時点で作られた「朝鮮国防警備法」(“Articles for the Government of Korean Constabulary”)である。そして、朝鮮警備隊は1946年6月15日に、同年1月14日に誕生した朝鮮国防警備隊を、改称して出来た組織である。当時、38度線を境界に南北を占領した米国とソ連は治安維持のための警察を組織運営することは可能だったが、物理力を伴う軍隊を養成することは許されなかった。軍の創設は、政府樹立のサインと見なされ、米・ソ同盟の完全な破壊を意味した。そこで、第一次米ソ共同委員会でソ連代表は、軍の役割を果たす朝鮮国防警備隊の立ち上げに抗議し、これを受け米軍は『朝鮮警備隊及び海岸警備隊法』(法令第86号)を制定して朝鮮国防警備隊を朝鮮警備隊に変更し、警察の治安維持活動を補助する組織に位置づけた。つまり、朝鮮警備隊は人的構成も米軍政策上もまぎれもない軍隊でありながら、公には軍隊であってはいけない組織だった。そして、実際の運営及び今後の成長に備えた組織内部の法的整備の一環として「朝鮮国防警備法」が作られたが、上記政治的脈絡ゆえに、公に公布されることは許されなかった。その後1947年に「朝鮮国防警備法」は「朝鮮警備法」に修正されるが、もちろんその痕跡も公に見つけることはできない。また、米軍の資料においても修正案は修正事項の表記に止めているが、後述のように朝鮮警備法は朝鮮警備隊に実際に施行され、さらに1948年7月には「国防警備法」と「海岸警備法」として登場する。両法の一次資料⁷⁴⁾はパンフレット形式の印刷物となっており、同序文には「本官は次の国防警備法(“Articles for the Gov-

73) 조용환 「성문화된 관습형법 - 국방경비법의 인권문제」 『21 세기의 인권Ⅱ』 한국인권재단 서울: 한길사 2000

ernment of Korean Constabulary”)を制定し、……1948年8月4日よりその効力を発生する」と言及している。

「国防警備法」の誕生経過の問題点は、法令を職権で発布できる米軍政の権力の本質にある。つまり、米軍政は自身が決めた法治主義を乗り越えられる権力でもあり、かかる権力態様が通常法律制定過程に現れることはないものの、冷戦状態の産物ともいえる「国防警備法」だったが故に、一般的な手続では制定・施行が不可能で、米軍政は自身が定立した法的限界に違背せざるをえなかった。言い換えれば、ここで問題視すべきは立法手続の正当性ではなく、かかる行為を可能にさせた軍政権力の特質である。行政権・立法権・司法権を一身に統合し、三権分立の区分を無くした例外状態の米軍政は、植民地法清算の仮面をかぶり、日本植民地時代の朝鮮総督府よりも強力な権限者だった。総じて、自ら制定した法律のもとで合法と非合法の境界を自由に往来できる米軍政の「例外的権力」という特質が、政治と法の境界線に位置する「国防警備法」を生み出した⁷⁵⁾。

このような特徴は、米軍政下の司法官僚採用方針にも現れる。政府樹立以前の韓国社会では、アメリカの政策方針で社会勢力の関係や構造が変化し、官僚の採用方針も例外ではなかった。そして占領後の米軍政は、司法行政の効率性を向上させるべく、日本総督府の既存秩序をそのまま維持し、植民地時代の中央集権的権威主義的性格を温存させた。加えて、政策決定における軍の関与が目立ち、国家運営における軍事的影響が強調されることとなった。他方、米ソ対立の国際情勢のもと、米軍が韓国に導入した自由民主主義理念と制度は反共を前提としており、これは社会改革を求める左翼勢力の排斥を意味した。

要するに米軍政は、「軍政」としての統治主体の性格的限界と、「例外的権力」としての暴力的特質ゆえに、韓国社会に正常な法治主義をもたらすことはできな

74) 国防警備法英文資料：United States Army Military History Institute, Arno P. Mowitz Jr. Papers Articles for the Government of Korean Coast Guard, RG 554 Box 17, AG File 320; Articles for the

海岸警備法英文資料：Government of Korean Coast Guard, RG 338 KMAG Adjutant General, Decimal File, 1948-53, Box 17, Files: Finance & Separation

75) 김득중 「민간인학살 진상규명의 법 - 역사적 접근 “국방경비법”을 중심으로」 『아세아 연구』 제 53 권 4 호, 2010, 17 쪽

かった。そして、日本植民地体制からの解放を標榜した建前とは裏腹に、軍事力による国家運営と反共理念の強化という負の遺産を上乗せする形となった。つまり、一見日本の植民地体制の清算に努めたかのように見える米軍政だが、実は日本植民地時代を凌駕する病弊を韓国社会に植え付けた。米軍政時代に移植された反共主義は、その後 30 年に亘って独裁者による法の政治的濫用の口実となり、国家運営における強力な軍事的関与は軍権の無制限な利用をもたらした。結局、米軍政時代は、日本植民地時代から続く死刑制度の軍事的政治的特質を一層際立たせる結果となった。

Ⅲ 独裁政治定着過程の「軍事的政治的」死刑

1. 死刑関連刑事法の制定適用背景

第二次世界大戦における連合国の勝利とそれに伴う強大国の勢力再編過程で独立を迎える韓国は、米ソが朝鮮半島を分割占領するなかで対共産圏基地として位置づけられ、分断国家という宿命を背負って現代史の第一歩を踏み出した。

1947 年の米ソ共同委員会の決裂をうけ、1948 年 5 月 10 日韓国は史上初の普通選挙を実施し、国号を「大韓民国」に、国土は朝鮮半島全体と定め、李承晩が大統領に当選した。李承晩—韓民党政権は、主に日本統治時代の親日勢力から構成され、反共・反民衆・反統一的性格を持ち合わせていた⁷⁶⁾。すなわち、日本統治時代の官僚などからなる執権勢力にとって、執権過程自体が左翼勢力との闘争の戦利品で、親日勢力の一掃を進めてきた左翼勢力に対する既得権確保の手段として「反共」を掲げた⁷⁷⁾。他方、既得権者による執権は必然的に反民衆的性格を、また統一志向勢力を排除して誕生した分断政府は当然に反統一的性格を天賦された。そこで、朝鮮半島の唯一の合法政府が大韓民国政府である証に、憲法の領土条項に朝鮮半島全体を領土と定め、国会議席に北韓地域の議席分を留保し、北進統一のみが公式的論理とされた。

かかる政権の本質的制約に由来する民衆基盤の欠如は、支配者側が形式的民主

76) 박원순 『국가보안법연구 1』 역사비평사, 1989년, 75 쪽

77) 송건호 「친일파와 반공」 『분단과 민중』 지식산업사, 1986년, 197 쪽

主義のもとで民衆の民主化要求を抑圧し、階級間の葛藤を誤摩化す道具として、反共イデオロギーに照準を定めるきっかけを作った。そして、「反共」を中心とする韓国社会の価値体系を構築し、不断にその効用を悪用・伸張させるようになった。そして、その究極的な表出が、憲政破壊による政権維持だった。一方、国民は自発的同意とは無縁な支配勢力による「遵法行為」の認知を強要され、「反共」の内面化を強いられた。これらを背後で援護し可能にした強大な物理的強制力は刑事法、とりわけ死刑制度だった。よって、建国後の韓国の死刑制度は、支配主体こそ交替したものの、死刑制度の運用においては植民地時代の軍事的・政治的特質を承継・強化していくことになる。

2. 死刑関連刑法の特徴と適用実態

① 『国防警備法』(制定年度不明、法令号数未詳)

『国防警備法』は全4篇115ヶ条からなり、第1篇が総則、第2篇が罪、第3篇が軍法会議、第4篇が雑則である。そのうち、第2篇は全10章45ヶ条に細分化されており、第3篇の第51条から第100条のうち、死刑を規定している条文は14ヶ条で三割以上の罪に極刑を科すことができた。軍法会議が戦時情勢下の軍人に対して厳罰をもって臨んでいたことが分かる。

「軍政庁官が職権を以て「法令形式」で制定・発布し⁷⁸⁾た『国防警備法』は、朝鮮警備隊の指揮管理を目的とし、実態は軍刑法として使われた。よって、正式に公布されなかった同法が、軍刑法として定着していく過程は、軍人を対象に実際に適用していく歴史でもあった。言い換えれば、「国防警備法」に法的地位が与えられる過程そのものが、同法の適用実態を解明する第一歩となる。

「国防警備法」の適用を確認できる最初の公文書は、1947年1月光州地方法院の依頼に対する司法部長の有権解釈である。すなわち、朝鮮警備隊隊員が警察官等に暴行・傷害を加えた場合の裁判管轄について、「朝鮮国防警備隊員(朝鮮警備隊員)は国軍ではなく「予備警察隊」である(が)……将来の国軍編成の基盤をなすことに留意すべきで……軍人軍属等の軍律違反を除く……一般刑事事件の

78) 국방부 육군본부 작전교육국 『군법교범』 1949. 11

裁判管轄権は……朝鮮国防警備法第 14 条ないし第 16 条に基づき、司法裁判所の管轄権が軍律裁判機関に優先する]79)とした。これを翻せば、朝鮮警備隊員の軍律違反事件の場合、軍法会議の所管となり、さらにその「現行法」上の根拠として朝鮮国防警備法の条文が挙げられていることは、同法が既に軍刑法として適用されていたことを意味する。「国軍」ではない「軍人」が存在し、当該「軍人」の統制の必要性から朝鮮国防警備法の施行が必要となるという帰結につながる。

そして、国防警備法の適用は、1948 年単独政府樹立に反対して軍内部で続発した反乱行為に対する制裁で本格化する。済州四・三事件が発生して間もない 5 月 20 日、済州島出身の 9 連隊兵士たちが済州島大静面支署を襲撃し、警察官等 5 人を殺害する事件が発生した。事件後の新聞報道によると、32 人の兵士が逮捕され、現地で高等軍法会議が設置されたとする⁸⁰⁾。一方、事件後の米軍文書によると、「現在、朝鮮警備隊員による様々な違法行為は、朝鮮警備法で嚴重に処罰されている」⁸¹⁾との記述が見られる。この他にも、警察署襲撃・殺人・放火の疑いで逮捕された 6 人の警備隊員に銃殺刑が言い渡された事件では、「高等軍法会議にて「準戦時軍法」により処罰された」⁸²⁾とする報道が見られ、ここでいう「準戦時軍法」が「朝鮮警備法」であると推測できる。そして、朝鮮警備法の地位を決定的に固めるのが、1948 年 6 月 18 日済州島第 11 連隊長大尉が部下に暗殺された事件である⁸³⁾。軍警は徹底的な搜索の上容疑者 9 人を逮捕し、1948 年 8 月 14 日高等軍法会議にて朝鮮警備法第 35 条を適用して、首謀者をはじめとする 4 人に死刑を言い渡した⁸⁴⁾。この判決は、統委部長を経てウィリアム・デイン軍政長官の批准により執行された⁸⁵⁾が、「国防警備法」の適用自体が問題視さ

79) 대검찰청 「국방경비대원 재판관할에 관한 건」 『검찰제요』 1947. 1, 187~191 쪽

80) 조선중앙일보 1948 년 6 월 17 일

81) Trials of Korean Constabulary Men by Constabulary Court Martial 1948. 5. 25, RG 338, KMAG Adjutant General, Decimal File, 1948-53, Box1, Laws& Legal Matters, 1948 thru Executive Dept. US.

82) 조선중앙일보 1948 년 8 월 8 일

83) 조선중앙일보 1948 년 6 월 20 일

84) 조선중앙일보 1948 년 8 월 15 일 ; 제주 4.3 사건 진상규명 및 희생자 명예회복 위원회 2001, 194~195 쪽

85) 제민일보 4.3 취재반 1995, 216 쪽

れることはなかった。その後反乱行為は麗順事件へと発展し、「国防警備法」と「軍法会議解説」の制定へとつながる。最終的に法としての正式な地位を認められ、実態に近い形で官報に掲載されるのは、1955年の「大韓民国法令集」が最初だが、実際はそれより遙か前から軍刑法としての地位を固めていた。

一方、「国防警備法」の適用に際し更に問題となるのは、政府と軍当局が同法第32条及び第33条の「如何なる者」という文言を根拠に、民間人を単審制の軍法会議に付し、迅速な処罰を期したことである。1948年から韓国戦争開始以前の初期には、済州四・三事件と麗順事件をターゲットに、「大韓民国の建設を破壊し任務の遂行を阻害する目的」をもって、軍紀隊の蜂起に協力した疑いのある民間人を軍法会議で裁いた。戒厳令の宣告により行政権と司法権を一手に掌握した軍は、罪の「根絶」と「膺懲」を基本方針に、死刑と無期懲役を中心とする効率的処罰に徹した。

済州四・三事件の場合、2回の軍法会議で計384人に死刑を宣告、288人が執行されたが、そのうち第一次軍法会議に付された871人の民間人には、一律に旧刑法の内乱罪が適用され⁸⁶⁾、通常の法手続を経ることなく死刑の執行を含む処分がなされた。また、第二回軍法会議では、戒厳状態ではなかったにもかかわらず、民間人1,659人全員に国防警備法第32及び33条の「敵に対する救援通信連絡及び間諜罪」が適用された。一日だけの形式的な公判手続で公訴事実の確認を行い、死刑囚にさえ防御の機会是与えられなかった⁸⁷⁾。

麗順事件の民間人を対象とした9回の軍法会議では、最低467人最高1,920人に死刑を言い渡し、少なくとも300人が執行された⁸⁸⁾。軍法会議では、刑事訴訟法はおろか、「国防警備法」が定めた最低限の手続的保障もなされなかった。実際、起訴状・公判調書・判決文等、その開催を裏付ける証拠は見当たらず、軍法会議さえ経ずに多くの民間人を罰した可能性が指摘される⁸⁹⁾。

86) 제주도계엄지구 고등군법회의 명령 제 20 호 : 설치명령 (단기 4281 년 12 월 1 일부 특명 제 29 호 및 단기 4281 년 12 월 25 일부 동 수정명령 제 39 호)

87) 이덕인 「이승만정권 초기의 사형제도 운용에 대한 평가」 『경희법학』 제 43 권 제 1 호 2014 년 217-220 면

88) 김득중 「민간인학살 진상규명의 법 - 역사적 접근 “국방경비법” 을 중심으로」 (前掲) 30 면

次いで、韓国戦争期の「国防警備法」は、『国家保安法』とともに治安法としての側面が強く出る。「真実和解委員会」の調査報告によると、「国防警備法」第32条及び第33条の被適用者の93%が、韓国戦争期に集中している。「国防警備法」は『国家保安法』より重い量刑を言い渡すことができ、軍による恣意的かつ迅速な処理が可能だったため、結果として戦時中に多く活用された。同委員会の統計によると、1948年の施行当時から1963年の廃止まで、上記二ヶ条により軍法会議の裁判を受けた総人数は、23,000人余りで、うち90%が民間人だった。その中で、30%が死刑に、10%が無期懲役に処されたとするが、これには済州軍法会議に付せられた1,600人が含まれておらず、麗順事件の被害者数も未だ正確に解明されていないことに鑑みると、実際の被害者数は上記数値を大きく上回ると予想される。これは、「国防警備法」が民間人に重罰を宣告する重要な法的装置だったことを物語る⁹⁰⁾。

他方、「国防警備法」は軍による裁判介入のための道具でもあった。全国を悲しませた金九暗殺事件の被告人安斗熙に対する裁判につき、陸軍総長は被告人が「軍人」であることを理由に、裁判管轄を主張した。しかし、「国防警備法」第3条は、当事者が軍人であっても民間人に関連する犯罪は通常の裁判手続によると規定しており、明らかに軍にとって便宜的な結果を導出するため意図的に悪用された。被告人は軍法会議で終身刑を言い渡されるが、3ヶ月後には懲役15年に減刑され、韓国戦争の勃発により一年余の服役で残刑執行停止処分とともに将校として復帰し、1953年には完全に復権した。軍による司法権侵害の実態が窺える。

上記両条文が、憲法上の国民の権利を無視した違憲条項であることに、異論はあるまい。しかし、条文の違憲性と法の濫用の間には、適用主体の恣意という決定的な要素が介在している。つまり、制定時期さえ不明確な「国防警備法」を拠り所とする軍法会議が、行政権の権限を逸脱して司法権を暴力的に侵害・悪用した結果である。結局、慣習法として定着した「国防警備法」の曖昧かつ恣意的な

89) 고석 「한국 군사재판 제도의 성립과 개편과정에 관한 연구 - 국방경비법에서 군법회의법 제정시까지」 법학박사 학위논문, 2006, 127면이하

90) 김득중 「민간인학살 진상규명의 법 - 역사적 접근 "국방경비법" 을 중심으로」 (前掲) 26~36쪽

条文構成と執権者の政治的濫用の相乗効果により、正当な裁判手続によらず、無数の民間人を犠牲にした。「国防警備法」の適用実態は、独裁政治の形成過程における刑事法と死刑制度の暴力的・道具的側面の顕出といえる。

②『国家保安法』（法律第10号、1948年12月1日）

『国家保安法』は、「体制護衛」と「政権維持」を同義化し、政治的反対勢力の弾圧・排除に悪用された典型的な悪法である。同法は、法的強制力を利用して、迅速に反共主義を国家の支配イデオロギーに定着させる目的で、大韓民国の樹立から4ヶ月足らず、刑法制定に5年も先立って制定された。そのきっかけとなったのは、左翼勢力の反乱だった。暴動の急速な拡散に危機意識を感じた政府と制憲国会は、左翼の弾圧・殲滅のための法的装置の整備に乗り出した。法案審議は、「(国家保安法の可決が) 新生大韓民国に千秋の汚名を残す」⁹¹⁾という意見と、「共産党の包囲陣営に囲まれている状況での破棄論は、間接的に共産党左翼を支持する」⁹²⁾ことになるという意見が激しく衝突するなか、1948年12月1日正式な公布・施行に至った。同法の成立は、支配者側による思想弾圧と南北分断の法制化、ひいては反共イデオロギーの最大の法的装置が用意されたことを意味する。

植民地時代の『治安維持法』に倣って制定された『国家保安法』は、第1条に類似性が端的に現れる。すなわち、「国権を違背し政府を僭称またはそれに付随して国家変乱を目的に、結社または組織結成を行う者」を処罰の対象に掲げている『国家保安法』に対し、『治安維持法』は「国体の変革を目的として結社を行う者」と定め、いずれも行為のみならず思想自体を処罰の対象としている。また、「政府の僭称」や「国家の変乱」という文言は、それ自体旧刑法上の「朝憲案乱」との明確な区分が難しく、刑に差を設けている「幹部」と「指導的任務の従事者」の選別も不明確で、「情を知って」加入したもの、換言すれば南朝鮮労働党⁹³⁾(以下「南労党」とする)と当該外郭組織の構成員は全員処罰の対象となりうるような曖昧な条文規定を置いている。さらに、制定当初は、旧刑法上の内乱

91) 「제 105 차 회의록」, 948 쪽

92) 「제 105 차 회의록」, 947, 951 쪽

93) 1946年11月に朝鮮共産党・朝鮮新民党・朝鮮人民党が合併し、呂運亨(のち離党)、許憲等を中心として結党した朝鮮の共産主義政党で、韓国内部で麗水・順天事件などの反乱を引き起こした。

罪と区別して、単に「結社または組織の結成」にすぎないことから無期懲役を最高刑にしていたが⁹⁴⁾、1949年12月19日の第1次改正において、最高刑を死刑に引き上げ、今日まで続いている。次いで、第2条後段では大統領に結社・組織の解散権を与え、憲法上の権利である結社の自由が蔑ろにされる危険性を多分に秘めている。実際、同法の施行後1949年9～10月の2ヶ月で132の政党と社会団体が解散させられ⁹⁵⁾、解散手続には法院の判決も不要とされた。加えて、組織幹部一人一人に対する完璧な統制を団体存続の絶対条件に据えている同条は、政府による反対勢力の撲滅に近道を用意したことになる。さらに、第3条の「協議」・「煽動」・「宣伝」等の抽象的な文言など、多くの問題点を孕んでいた。

結果、1949年1年間で118,621人が同法違反で逮捕検挙され、全国の刑務所の80%以上が左翼で占められ、国家保安法関連裁判は急増した。この事態の「効率的な打開策」として李承晩政権が用意したのは、人権侵害を前提とし適正手続の無視を趣旨とする国家保安法の第一次改正（1949年12月19日）だった。具体的には、政府の僭称・国家の変乱を目的とする結社または団体の結成に死刑を適用できるようにし、未遂罪の新設、単審制の導入、予防拘禁制度の導入、虚偽告発の処罰を強化し、外国における外国人の犯罪をも処罰できるように法律の適用範囲を拡大したが、実際の施行には至らなかった。かかる第1次改正の要旨は、特措令によって実現されることとなる。そして、1950年4月21日に行われた第2次改正では、単審制を廃止し、勾留の更新を各審級二回までと制限した。こうして同時期の『国家保安法』では、「建国事業を積極的に妨害する左翼共産主義者」に死刑を科すことができるようになり、政治的悪用に道を広げた。

ところで、『国家保安法』は、非常時期に対応した時限立法だった。当時の法務長官も「平和時期の法案ではありません。非常時期の非常立法である以上、多少の人権擁護上の欠陥があったとしても国家建設に貢献せざるを得ません」とし、同法の限時的性格と人権侵害の問題点を認めている。また、1953年の刑法制定時に金炳魯大法院長も、「国家保安法は限時法で刑法を以て規定すれば足りると思慮されるゆえ、国家保安法は廃止すべきである。国家保安法を廃止せずに刑

94) 「제 99 차회의록」 830 쪽

95) 조국 「한국 근현대사에서의 사상통제법」 『역사비평』 1988년 여름호, 332 쪽

法を制定すると、法の重複が生じる恐れがある」とし、同法のあるべき寿命を示唆している。しかし、『国家保安法』は今日なお立派な現行法として効力を有し、政権目的の移り変わりに伴い変化自在に形を変えながら、現代韓国社会の受難史を代表する法として確固たる地位を固めた。

③『非常事態下犯罪処罰に関する特別措置令』（1949年6月、大統領緊急命令第1号）

北朝鮮による不意の南侵で国家存亡の危機に置かれた李承晩政権は、まず大統領緊急命令第1号『非常事態下犯罪処罰に関する特別措置令』（以下「特措令」とする）を公布した。しかし、その制定手続や法的根拠には多くの問題点が指摘される。まず、制憲憲法第57条第1項及び第2項によると、大統領緊急命令は「国会の招集を待つことができない場合」、かつ「国会に遅滞なく報告」して「承認を得」た場合にのみ、その効力を有することになる。しかし、政府が主張する特措令の正式な公布日時である1950年6月25日は国会の第7回会期中⁹⁶⁾で、この時点で大統領の緊急命令権限を発動することは、国民の代議機構たる国会を無視する行動であり、同令は明白な憲法違反で効力を有しえない。

次に、戦争勃発当日において特措令の制定の動きを推察できる証言や文書が見当たらない⁹⁷⁾。実際、戦争勃発当日である6月25日に公布された『非常時法令公布法特例に関する件』（大統領令第377号）第1条によると、非常事態下において「法令の公布は新聞またはラジオその他適当な方法による」とされ、実際当該期間中ソウル市民は政府放送を誤信してソウル市内に取り残されていた⁹⁸⁾。よって、政府の主張が真実なら、ソウル市民は何らかの方法で特措令の存在を知

96) 第二代国会第七回開会期：1950年6月19日～27日未明；第八回開会期：1950年7月27日～11月25日。

97) 김학재 「한국전쟁기 대통령 긴급명령과 예외상태의 법제화 - 비상상태하범죄처벌예관 한특별조치령의 형성과정과 적용」(前掲) 231쪽

98) 政府放送を信じソウルに残留した市民は、避難勧告さえ受けられず、漢江橋爆破により、収復されるまでの3ヶ月間北朝鮮軍の統治下におかれることとなった。

김동춘 『서울시민과 한국전쟁 - 「잔류」·「도강」·「피난」 역사비평, 2000년 여름호, 43~56쪽

漢江橋爆破事件の詳細については、国家記録院ホームページ参照 <http://contents.archives.go.kr/next/content/listSubjectDescription.do?sessionId=Tx3zMS3Gqxv7yJQmnQhmY3VhG1LJJY8ZM4Qg9CD3fhGqpl1Qky0ll76943474?id=006336>

らされたはずである。さらに、ソウル弘濟里附近者大量虐殺事件に対する政府の
 釈明報道によると、特措令は1950年6月28日大田で制定されたことになる⁹⁹⁾。
 しかし、特措令の実際の制定日時は6月29日以降と考えられる¹⁰⁰⁾。結局、政府
 が6月25日に執着するのは、残留市民に対する附逆者処罰の起点日を戦争勃発
 当日に遡及させながら、遡及効禁止の原則と罪刑法定主義違反の主張を未然に防
 ぐためのものと思われる¹⁰¹⁾。

次いで、国会が政府による特措令の承認を要請されたのは7月27日で、速や
 かな報告とはいえず、これも同令の効力を否定する根拠となりうる。他方、国会
 は「情勢の緊急性と非常事態下の犯罪処罰の必要性に鑑み」超党派の見地から、
 29日に一旦承認するものの¹⁰²⁾、2年後の1952年6月5日には特措令の廃止法案
 を可決させる。これに対し、政府は拒否権を行使し国会に返付するが、国会は法
 案を再審議し、2/3以上の賛成で再議決の上政府に再送付した。当時の憲法第
 40条によると、「再審議の結果……従前と同様の議決に達した場合法案は法とし
 て確定する。法律案が政府に送付されてから15日以内に公布……されない場合
 であっても法案は法として確定される」とされ、特措令はこの時点で廃止された
 ことになる。しかし、実際は1960年10月13日に民主党政権下で法律第559号
 が公布されるまで¹⁰³⁾、8年4ヶ月と10日間も延長して悪用されたことにな

99) “Report of alleged atrocities in the Seoul Area”, The Foreign Relations of the United States 1950, pp. 1579~1581.

100) 柳秉震判事は、「本令は大田天道市で起案・公布した記憶がある」と述べている。

서중석 『조봉암과 1950년대 (하)』, 역사비평사, 2000년, 678~679쪽

さらに、内務部次官金甲洙は次のように証言する。「1950年6月29日大田に到着すると……張暻根国防次官が、非常事態下の犯罪処罰に関する特別法の制定を提案し……非常事態下で殺人・放火など特定犯罪に対し刑法の法定刑より処罰を厳しくする旨述べ、張次官の草案をもとに審議し、大統領令で制定した」。

김갑수 『법창 30년』 법정출판사, 1970년, 137쪽

両者の証言を総合すると、特措令の制定・公布は早くとも1950年6月28日以降ということになる。

101) 한인섭 「한국전쟁과 형사법 - 부역자 처벌 및 민간인 학살과 관련된 법적 문제를 중심으로」 『서울대학교 법학』 제41권2호, 2000년, 141쪽

102) 대한민국국회사무처 『국회사: 제헌국회, 제2대국회, 제3대국회』, 1971년, 372~373쪽

103) 이창수 「전쟁과 범죄: 민간인 집단학살과 가해자의 처벌 가능성을 중심으로」 『역사연구』 제21호, 23쪽

る¹⁰⁴⁾。法律を乗り越え、憲法をも無視した行政政府の越権行為といわざるを得ない。

特措令の立法目的は、戦時状況下の治安維持のために、些細な犯罪であっても厳罰に処し、威嚇効果と処罰効率の最大化を狙うところにあった。つまり、本来の立法目的は非常事態下の特定犯罪を刑法より厳しく処罰することで、当初は大規模な附逆者処罰に投入される予定はなかった¹⁰⁵⁾。しかし、後述するように李承晩政権は開戦初期の作戦ミスと虚偽の戦況放送により軍の占領地にとり残された110万人の民間人に、「敵軍への協力をしていないことの証明責任」を擦り付け、同令を根拠に軍法会議による即決裁判を敢行¹⁰⁶⁾した。

特措令は、韓国史上もっとも厳しい法律とされ、第3条では6つの罪に対し絶対的死刑を規定し、第4条も5種の罪につき死刑・無期又は10年以上の懲役と、通常の法定刑を大幅に上回る処罰規定となっている。加えて、各号の犯罪の構成要件も包括的かつ網羅的で、具体的な犯罪行為は勿論のこと、情報の提供・案内行為・進んで幫助する行為などが、幅広く重罰の対象とされ、北軍の統治下に見捨てられたソウル市民は、一人残らず潜在的処罰対象に組み入れられることとなった。また、同令は迅速な処罰に徹している。特措令に規定されている罪に関しては、起訴後20日以内に公判を開き、40日以内に判決を下さなければならない。裁判は単審制を採用し、証拠説明を省略して処罰を容易にした。処刑方法も絞首刑のみならず、銃殺を可能にし、最大限の犯罪統制効果を狙った。さらに、曖昧な文言規定は、立法目的を超えた拡大解釈・適用の可能性を広げた。具体的に、第1条における「非常事態」の概念が、6月25日以降外部からの侵入が招来した事態と定義され中身を定めず、終了時期を「治安が回復」したときとすることで、非常事態は単純な戦時情勢ではなく、「政権が統制力を喪失した状態」をも

104) 1958年の政府資料によると、「当今において、一部の逃避者を除いては同法（特措令）の適用が皆無な状況とはいえ……」という記述があり、1950年代末までも特措令は例外的に適用されたことが反証できる。

내무부치안국 『경찰십년사』 1958년, 268쪽

105) 신동운 편 『(유병진 법률논집) 재판관의 고민』 법문사, 2008년, 66쪽

106) 한인섭 「한국전쟁과 형사법 - 부역자 처벌 및 민간인 학살과 관련된 법적 문제를 중심으로」 (前掲) 168쪽이하

意味するようになった。そして、かかる非常事態が第5条の「附逆行為」や「与敵行為」の概念と結合し、処罰の対象とされた。しかも、「政権が統制力を喪失した状態」での「附逆行為」は、第3条の「非人道的犯罪」と第4条の「反民族的行為」の概念と合体して、法の場所的効力と時間的範囲の限界を乗り越え、北軍の占領地にまでその効力を及ぼした¹⁰⁷⁾。国防次官によって作られた一つの法令が、「非人道」・「反民族」概念を借り、刑法を超える処罰法となった¹⁰⁸⁾。

韓国戦争期間中の処罰の大多数が特措令違反事件であったことについては、数々の証言がある¹⁰⁹⁾。正確な全国統計データはないが、法務部検察局の1950年6月25日から1951年3月31日の犯罪一覧表によると、特措令違反で起訴された人員は9,458人で、『国家保安法』の1,047人を大幅に上回っている。そのうち、ソウルが半数以上の5,121人を占める。1951年から1953年までの大田刑務所在監者数の内訳を集計した表3-1からも、同様の傾向が見て取れる。

表3-1 大田刑務所罪種別在監者数(単位:人)

	総在監者数	政治犯	特措令違反者数
1951年 8月26日 ¹¹⁰⁾	1,868	1,264	966
1951年 10月17日 ¹¹¹⁾	2,287	1,666	1,172
1951年 11月16日 ¹¹²⁾			1,257
1952年 2月29日 ¹¹³⁾			1,473

さらに、陸軍本部の軍法会議の刑期別処理状況をまとめた表3-2を見ると、初

107) 유병진 「비상조치령에 있어서의 몇 가지 과제」 『법정』 제6권제9호, 1951년, 9~13쪽

108) 김학재 「한국전쟁기 대통령 긴급명령과 예외상태의 법제화 - 비상사태하범죄처벌에 관한 특별조치령의 형성과정과 적용」 (前掲) 240쪽

109) 当時、刑事裁判を担当した金甲洙及び柳秉震判事の証言などが挙げられる。

김갑수 『법창 30년』 (前掲), 192~193쪽

신동운 편 『(유병진 법률논집) 재판관의 고민』 (前掲), 66쪽

110) 국사편찬위원회 수집번호: 03010853 1951년 8월 26일 충청남도 주간보고

111) 국사편찬위원회 수집번호: 03010874 1951년 10월 17일 충청남도 반월간보고

112) 국사편찬위원회 수집번호: 060100083 1951년 11월 16일 충청남도 반월간보고

113) 국사편찬위원회 수집번호: 03010908 1951년 2월 29일 종합 반월간보고

期は死刑と無期懲役が圧倒的に多数を占めていたことがわかる¹¹⁴⁾。

表 3-2 軍法会議刑期別処理状況 (単位:人)

	死刑	無期	1年以上	1年未満	その他	無罪
1950年	1,902	408	1,672	283	33	591
1951年	925	291	2,988	1,559	184	1,403
1952年	559	136	3,718	2,976	255	1,268
1953年	180	62	1,604	4,954	424	237

韓国戦争の全期間を通して、附逆者として処罰された数は 550,915 人にのぼるとされる¹¹⁵⁾。仁川上陸作戦以降、特措令は本格的に附逆者の処罰に使われるようになり¹¹⁶⁾、特措令の人権侵害規定と当時の危機的政治状況が相まって、軍法会議の法務官とそれに動員された民間法院の判事による大規模な司法殺人が励行されるようになった。

当時の状況は、捜査や裁判に関与した政府関係者等の証言からも垣間みることが出来る。陸軍中央高等軍法会議の検察官の李熔碩は、「我々は 10 月 10 日頃釜山から現ソウル地方法院新館で軍法会議を開廷し……1 日に 100 件以上起訴裁判しました。現在の即決裁判に似た略式手続で……時には 1 日に 300 件以上処理したこともありました。我々は○○委員会や○○同盟の長には無条件に死刑を求刑する方針を立て……ある日は判決件数の 1 / 5 程度に死刑を宣告したこともあります」¹¹⁷⁾と証言する。また、全国戒厳指令部法務部長の金鍾滿も次のように回顧する。「(ソウル) 収復から……の 3 ヶ月間、軍法会議の附逆者処理は……今では起訴猶予または執行猶予程度の犯罪でも 5 年くらいの実刑に処されました。合同捜査本部で軍法会議の検察部に送致された所謂 A 級附逆者はさらに 5 等級に分

114) 한인섭 「한국전쟁과 형사법 - 부역자 처벌 및 민간인 학살과 관련된 법적 문제를 중심으로」 (前掲) 142 쪽 재인용 (육군본부 『법무 50 년사』 1998 년, 173 쪽)

115) 박원순 『국가보안법연구 2』 역사비평사, 1989 년, 21 쪽

116) 김학재 「한국전쟁기 대통령 긴급명령과 예외상태의 법제화 - 비상사태하 범죄처벌에 관한 특별조치령의 형성과정과 적용」 (前掲) 244 쪽

117) 중앙일보사편 『민족의 증언 3』 중앙일보사, 1983 년, 143 쪽

け……前3級は軍法会議に付しました。軍法裁判所が死刑を宣告すると、すべて戒厳指令官の確認を経て執行されました。死刑確認が下りないことはありませんでした。ある方は最上級のうち50~100人くらいが死刑に処されたと言言していましたが、実際はもっと多かったです」¹¹⁸⁾。

以上から分かるように、戦争で理性を失った世論と政治的圧力、さらには特措令の内在的欠陥により、多くの軽微事件で重罰または極刑が宣告せられ、無辜の犠牲者を量産した。支持基盤の喪失で窮地に追いつめられた李承晩が、政権維持のために国家暴力の稼働フィールドを求め、憲法上の「例外状態」を政権の統制力が失われた状態に、「附逆行為」を反民族的・非人道的行為に結びつけ、死刑制度に軍事的政治的特質を吹き込んだ結果である。

④『戒厳法』(1949年11月24日、法律第69号)と『戒厳下軍事裁判に関する特別措置令』(1950年7月26日、大統領緊急命令第5号)

『戒厳法』は、憲法第64条に基づき、「戦時・事変あるいはこれに準ずる国家非常事態に際し、兵力を以て軍事上又は公共の安寧秩序を維持する」ために戒厳を宣布し、軍事上必要な場合逮捕・捜索・言論・集会その他団体行動等に関し特別な措置をとることを目的¹¹⁹⁾に、制定された。具体的に、戒厳の宣布権限者は原則大統領で(同第1条)、交通・通信の途絶により大統領の戒厳宣布を待つことができない場合は、当該地方を管轄する軍事責任者が臨時に戒厳を宣布することができる(同第6条)¹²⁰⁾。大統領が非常戒厳を宣布・追認したときは遅滞なく国会に通告し(同第5条)、戒厳指令官は戒厳の施行に関し国防長官の指揮・監督を受け、全国を戒厳地域とする場合は大統領の指揮・監督を受ける(同第9条)。戦時情勢下の大統領と軍をはじめとする行政府の強大な権限と、矮小化された国会の地位が見て取れる。また、警備戒厳が宣布された場合、戒厳指令官は

118) 중앙일보사편『민족의 증언 3』(前掲) 143~144쪽

119) 이상철「계엄법 적용에 관한 특수 문제점」『육사논문집』제63집제3권, 2007년, 138쪽

120) 臨時戒厳宣布権者としては、①特命の司令官、②軍司令官、③師団長、④兵団長、⑤要塞司令官、⑥衛戍司令官である独立団隊長、⑦艦隊司令官、⑧艦隊司令官、⑨統制部司令官、⑩警備部司令官、⑪前各号の諸官と同等以上の権限を有する軍隊指揮官等を例示している。

戒厳地域内の軍事関連行政事務と司法事務を管轄し（同第10条）、非常戒厳が宣布された場合は、戒厳地域内のあらゆる行政事務と司法事務を管轄できる（同第11条）。さらに、非常戒厳地域内で一定¹²¹⁾の犯罪を犯した者は軍法会議で裁くとして、広汎かつ不明確な裁判管轄権を認め、一般法院への移送は戒厳指令官の判断に委ねられているなど（同第16条）、戒厳指令官に広大な権限を与えている。その他にも、非常戒厳地域内に法院がない、または当該管轄法院と交通が遮断された場合、すべての刑事事件は軍法会議が裁判を担当することで（同第18条）、一般国民が軍事裁判に付せられる可能性を広く認め、戒厳地域内の司法権がほぼ完全に行政府に移管される形となった。そして、国家非常事態が終了した場合、大統領は戒厳を解除しなければならない（同第20条）としながら、「国家非常事態の終了」について明確な定義を置かず、これらの条項が合わさって、行政府が戒厳宣布権を悪用できる道を広く開いた。

『戒厳法』と対をなすのが、韓国戦争の勃発を機に発布された大統領緊急命令第5号『戒厳下軍事裁判に関する特別措置令』（1950年7月26日）である。同令は、軍法会議の管轄を民間人に拡大する法的根拠となり、人権侵害法の象徴とされた。すなわち、同令第2条及び第3条は、戒厳宣布地域内の高等軍法会議は、将校3人以上の審判官で構成し、必要と認められる場合、民間法院の判事が軍法務官の職を行えるとした。さらに、軍検察官は刑事訴訟法上の検事と同等の権限を有し、民間検察庁の検事も軍検察官の職を行えるようにし、戒厳が宣布された全地域において、軍法会議が通常の裁判所と検察庁を吸収した形になった。また、戒厳高等軍法会議の設置・構成・管轄については高等軍法会議の関連規定によるとしながら、予審制度だけは省略できるとし（同令第5条）、判事又は検事に高等軍法会議の弁護人の職務を遂行させることで、被告人の弁護を受ける権利を根

121) 戒厳地域内の犯罪行為で、軍法会議の裁判管轄に属する罪としては、1. 内乱に関する罪、2. 外患に関する罪、3. 国交に関する罪、4. 公務執行を妨害する罪、5. 犯人秘匿又は証拠隠滅の罪、6. 暴動罪、7. 放火罪、8. 溢水に関する罪、9. 飲料水に関する罪、10. 通貨偽造罪、11. 文書偽造罪、12. 有価証券偽造罪、13. 印章偽造罪、14. 偽証罪、15. 誣告罪、16. 強姦罪、17. 殺人罪、18. 傷害罪、19. 逮捕又は監禁罪、20. 脅迫罪、21. 窃盗及び強盗罪、22. 横領及び背任罪、23. 盗品罪、24. 損壊又は蔵匿罪、及び軍事上の必要で制定された法令に規定された罪、が挙げられている。

本的に制約した。

ところで、『戒厳法』における戒厳状態は、本来戦争など国家存立の危機を念頭に置いた『憲法』上の例外状態を指す。実際、韓国戦争の勃発に伴う大統領緊急命令の宣布は、体制危機状態におけるやむを得ない国家緊急権の発動といえる。しかし、戦争情勢が安定した後、独裁政権は「非常事態」を個人の執権延長のための「政治危機」にすり替え、戒厳宣布権を悪用して戒厳地域を任意に設定し、軍と警察力を後ろ盾に物理的強制力を以て政権基盤を築くための道具として利用するようになった。

最初に戒厳が悪用されたのは、第1次憲法改正に際しての戒厳宣布だった。休戦協議が始まり、体制自体が崩壊する危機を免れた李承晩政権は、執権延長の最大の障害が国会による大統領選出権であると判断し、1951年11月30日大統領直接選挙制改憲案を国会に提出して憲法改正を目論んだ。これが否決されると、政府は戦争情勢とは無関係に、1951年12月1日付けで釜山と大邱を除く全国に非常戒厳を宣布した。戒厳が拡大される中、国会は圧倒的多数で政府の改憲案を再否決し、これに対抗する形で内閣責任制改憲案を提出した。5月14日、李承晩は政府改憲案を再提出するとともに、民意突撃隊を動員して国会を攻撃した。そして、自作自演の騒動を口実に5月25日釜山をはじめとする23の郡に非常戒厳を宣布した。26日には憲兵隊が国会議員の通勤バスをまるごと引っ立て、内閣責任制改憲案を推進した国会議員10名が『国家保安法』容疑で逮捕され、数十人が身を隠した。結局、2度にわたる戒厳の宣布とそれに乗じた武力の動員という強圧的な雰囲気の中で改憲案は国会を通過した。かかる「戒厳利用法」は、その後の独裁政権に二つとない手本となり、政権交替に伴う憲政史の転換期には例外なく発動されるようになった。

表3-3から分かるように、独裁政権下で国家緊急権は計1,315日間発動され、約7年間にわたって、行政府は立法権と司法権を一手に掌握することができ、政権の変革期には例外なく発動されてきた。そういう意味で、『戒厳法』は独裁政権による司法殺人ないし政府による不法殺人を成就した根源かつ、死刑制度の軍事的政治的悪用を可能にした元凶といっても過言ではない。

表 3-3 戒厳発令詳細¹²²⁾

時期	国家非常権		日数	主要な事件
1952. 5. 25 ～ 1960. 4. 19	国家議員拉致にて国会麻痺			<ul style="list-style-type: none"> ・ 抜粋改憲 ・ 四捨五入改憲 ・ 金九暗殺 ・ 進歩党曹奉岩司法殺人
	慶尚南道全羅道 非常戒厳	1952. 5. 25～1952. 7. 28	64 日	
	ソウル警備戒厳	1960. 4. 19 13:00～	4 時間	
	非常戒厳 (ソウル・ 大田・大邱・ 釜山・光州/ 全国)	1960. 4. 19 17:00～ 1960. 6. 7 16:00	50 日	
1961. 5. 16 ～	軍事クーデターにて国会解散			<ul style="list-style-type: none"> ・ クーデター直後遡及法による大量検挙処罰 ・ 反共法等人權侵害法量産と人權侵害・司法殺人
	全国非常戒厳	1961. 5. 16～1961. 5. 27	12 日	
	全国警備戒厳	1961. 5. 27～1962. 12. 6	556 日	
	ソウル非常戒厳	1964. 6. 3～1964. 7. 29	57 日	
	ソウル衛戍令	1965. 8. 26～9. 25	30 日	
	ソウル衛戍令	1971. 10. 15～11. 9	25 日	
1972. 10. 17 ～	維新クーデターにて国会解散			<ul style="list-style-type: none"> ・ 人民革命党司法殺人事件 ・ 金大中拉致事件 ・ 緊急措置 1、2、4、7、9号 ・ 金泳三総裁除名
	全国非常戒厳	1972. 10. 17～12. 13	57 日	
	釜山非常戒厳	1979. 10. 18～ 全国戒厳に吸収	9 日	
1980. 10. 27 ～	軍事クーデターにて国会解散			<ul style="list-style-type: none"> ・ 光州民主抗争鎮圧
	全国非常戒厳 (済州除外)	1979. 10. 27～1980. 5. 17	455 日	
	全国非常戒厳	1980. 5. 17～10. 17		
	全国非常戒厳 (済州除外)	1980. 10. 17～1981. 1. 24		

(以下次号)

122) 김호진 『한국정치체제론』 박영사 1990년 238～239 참조