

**科学研究費助成事業 研究成果報告書**

平成 29 年 6 月 6 日現在

機関番号：34509

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2014～2016

課題番号：26380024

研究課題名(和文)日本の改正刑法仮案が韓国刑法に及ぼした影響に関する比較法的研究

研究課題名(英文)A Comparative Law Research on the Influence of Japanese Draft for Revising Criminal Law in Korean Criminal Law

研究代表者

崔 鍾植 (CHOI, JONG-SIK)

神戸学院大学・法学部・研究員

研究者番号：20380652

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 3,500,000円

研究成果の概要(和文)：1953年に制定された韓国新刑法典は、日本の植民地時代から施行してきた旧刑法に対して戦前作成された「日本改正刑法仮案」を大幅に取り入れたものである(類似した条文は321個条に上る)。このように、改正刑法仮案が韓国の現行刑法の制定に及ぼした影響は絶対的なことであると言わざるを得ない。韓国では、改正刑法仮案についてその作成の趣旨や立案者の意図などについて前向きで積極的に研究を行うことがさらなる刑法の発展につながると思う。また、日本においても改正議論になるときに改正刑法仮案が参考になったりすることに鑑みれば、韓国の現行刑法の運用や改正動向について積極的に研究を行ったほうが他山の石になれると思う。

研究成果の概要(英文)：There are 372 articles in Korean Criminal Law, but 321 articles(80 general provisions and 241 particulars) are very similar or same to Japanese Draft for Revising Criminal Law. Therefore, it is absolute that the Japanese Draft for Revising Criminal Law has certainly influenced on Korean Criminal Law. It should be reconsidered that the Japanese Draft for Revising Criminal Law has had positive influences on Korean Criminal law. In addition, the reason and its background that the Korean legislators had to refer to the Japanese Draft for Revising Criminal Law at that time should be also understood. Thus, the reasonable and appropriate estimation toward the Japanese Draft for Revising Criminal Law would help improve the current Korean criminal law. Also, it would be helpful that Japanese scholars should also positively study on the revision or use of the current Korean Criminal Law.

研究分野：刑事政策、少年法、日韓刑事法比較

キーワード：日本改正刑法仮案 韓国の制定刑法 日韓刑法比較 日本刑法の継受

## 1. 研究開始当初の背景

1953年9月に制定された韓国の制定刑法の内容は、大部分1931年と1940年に発表された日本の「刑法監獄法改正調査委員会総会決議および留保条項、刑法総則および各側未定稿」を継受している。

韓国が日本の植民地支配から解放されて新しい法律を制定するにおいて数多く日本の法律を受け入れたことは主知の事実である。しかし、新刑法典の制定においてはその経緯を異にする。それまで施行してきた日本の現行刑法を土台にしたことではなく、太平洋戦争がたけなわであったときに作成され、しかも戦争が激しくなることによってそのまま死蔵された日本改正刑法仮案を継受したのである。その後、韓国刑法の部分的な改正は行われたが、依然として1953年当時の制定刑法の骨格は今も維持されている。解放後しばらくは日本の文化に対する排斥やタブーとする風潮もあり、韓国刑法典が日本の死蔵された改正刑法仮案を継受したことについては積極的な研究は行われなかった。それどころか、ほとんどの刑法学者は、日本の改正刑法仮案がそもそもドイツの刑法を反映しているので、韓国制定刑法を研究するためには、直接ドイツ刑法を研究することによってすべてが解決できるとまで考えていた。部分的な刑法改正のときにも、制定刑法の根源となった日本改正刑法仮案を顧みることではなく、ひたすらドイツ刑法の傾向や解釈だけを参照しようとした。このような動きは少なくとも2000年代に入るまではほとんど変わりがなかったが、2000年代に入ってようやく「刑法学の主体性」を立て直すべきであるという新しい傾向が芽生え始めた。これによって、制定刑法の基礎となった思想や理論について究明しようとするいくつかの研究文献が現れるようになった。しかしながら、このような文献の中でも、当時の歴史的背景や経緯、改正刑法仮案の継受に対する正しい評価などについて積極的に触れているものはほとんど見られないのが現状である。また、日本では死蔵された仮案を新しい韓国政府が継受したにもかかわらず、日本においてもこれに対する研究は行われなかった。本研究は、日本の改正刑法仮案の再照明をはじめとして、仮案を継受した韓国の刑法制定の背景と経緯、継受された仮案の内容、その議論状況、仮案を盛り込んだ韓国刑法の運用状況、仮案が韓国制定刑法とその後の軌跡に及ぼした影響、仮案を継受したことについての現代的意味とその功過をありのままに究明し、日韓の刑法改正の将来のあり方についてその端緒を提示しようとするものである。

## 2. 研究の目的

以上の背景を踏まえ本研究の目的は、以下の四つの点として要約できる。

第一に、日本において改正刑法仮案が作成された当時の歴史的背景と経緯およびその

意義と内容について再検討する。改正刑法仮案は日本の現行刑法下での最初の全面的な刑法改正案であったが、終戦前の日本の帝国主義・軍国主義憲法下という厳しい状況が改正刑法仮案の作成にどのような影響を及ぼし、どのような経緯を辿ったのか、また、その内容にはどのような特徴があるのか、について再照明する。

第二に、韓国における刑法制定当時の時代的背景と制定の経緯（国会における立法過程と学界の議論状況）等について明らかにする。韓国の近代刑法制定の過程は日本の影響と密接不可分な関係を有している。1953年韓国が新刑法典を制定しながらあえて日本の改正刑法仮案を継受しなければならなかった背景と理由は何だったのかについて明らかにしたい。

第三に、1953年韓国の制定刑法が受け入れた改正刑法仮案の内容としては実際どのようなものがどの位入ったのかについて徹底的に探り出す。日本の改正刑法仮案は、「日本ファシズムの最高潮期である昭和15年に完成した」との批判もあるが、肯定的な見解も見える。とりわけ、植民地時代に借用した日本の刑法（現行刑法）の内容をどのくらい代替したのか、また制定以降の改正の作業によって、仮案からの規定はどのように変化したのか、またその運用状況について比較検討を行う。

第四に、以上の研究を踏まえて、日本の改正刑法仮案が韓国刑法に及ぼした影響の功過はたして何なのかについてまとめると同時に、その影響の功過は現在韓国の刑法にどのような意味を有しているかを明らかにし、最終的に日韓両国における刑法改正の望ましい方向や展望についても具体的方策を提示する。

## 3. 研究の方法

平成26年度は、「日本の改正刑法仮案の作成についての歴史的背景や経緯、その内容と特徴および評価についての研究」を行う。具体的な実施方法は、主に文献資料の収集活動（Data Base および所属図書館を經由した資料収集と関連文献が所蔵されている図書館への直接訪問による）によって入手したものを通して研究を行い、その研究成果は、日韓両国における学会報告や論文などで公表し、随時評価が受けられるようにすることで、研究方法などの再検討へと繋がるようにする。

平成27年度は、「韓国において仮案を継受した歴史的背景や刑法制定当時の経緯および具体的な継受の内容と範囲、運用状況についての調査と文献収集等に基づく研究」を行う。具体的な実施方法は、主に文献資料の収集とその分析によって行うが、韓国の文献資料の収集は、学術研究情報サービスセンターである「韓国教育学術情報院（<http://www.riss.kr/index.do>）」を利用す

る他、関連文献が所蔵されている図書館などへの直接訪問により、韓国関連資料の収集および関連情報に対する諮問などについては、現地の研究者と実務家の協力を得ながら進める予定である。

平成 28 年度は、「改正刑法仮案が韓国刑法に及ぼした影響の功過、その現代的意義、日韓刑法改正の課題と展望についての提案、まとめ」を行う。具体的な方法としては、これまでの理論研究の補充を行い、研究結果のとりまとめと収集した諮問および文献などに基づく理論的確認作業を通して、研究成果を日韓の学会で報告すると同時に、著作物として公表する。

#### 4. 研究成果

(1) 韓国においては、日本の植民支配から解放された 1945 年 9 月から 1948 年 8 月までに米軍政が行われた。軍政を行うにおいて植民地支配勢力の撤収によって惹き起こされる治安行政の空白と無政府状態による社会的混乱及び無秩序を防ぐために、日本植民地時代のあらゆる行政機関の機能を維持する一方、自由民主主義の基本秩序に反しない限りすべての法令の効力を存続させ、ほとんどの法令が廃止されず引き続き効力を維持することになった。この結果、基本法である民法、商法、刑法などはそのまま効力を維持し基本法制度の連続性につながる結果になった。韓国において、日本の刑法が廃止されずに次の日本改正刑法仮案として生まれ変わるきっかけはここから始まる。

(2) 解放後、1948 年 7 月 17 日、韓国憲法が制定され、1948 年 8 月 15 日大韓民国政府が樹立した。この憲法の第 100 条によって、米軍政時代に引き続き植民地時代の法令の効力が維持されるようになった。つまり、1945 年 8 月 15 日の解放から新刑法が施行した 1953 年 10 月 3 日までの 8 年間は日本の刑法がそのまま効力を維持したことになる。韓国の制定刑法が日本改正刑法仮案をモデルとして生まれ変わった重要な背景の一つである。

(3) 以上のような歴史的背景を踏まえて、本研究の成果を以下のようにまとめる。

改正刑法仮案は、日本において刑法改正論議のもっとも全盛期に作成された改正案であり、当時の法曹人の優れた知識が集大成されたものであった。また、改正刑法仮案は、日本の現行刑法下では最初の全面的な刑法改正案であり、当時としては部分的でありながら、進歩的な内容も含まれている。しかし、終戦間際の日本の帝国主義・軍国主義の憲法下における体制の維持及び強化を図った刑法改正案でもあった。

韓国政府による新刑法典の制定作業は、1948 年 9 月 15 日、早急な法典編纂のために「法典編纂委員会」が構成され、本格的な新刑法制定の作業が始まったが、日本改正刑法仮案がモデルとなった直接的な背景として

は、以下の二つの要因（時代状況）が挙げられる。

まず、1950 年 6 月勃発した韓国戦争の影響である。共産主義の北朝鮮の侵略から始まったこの戦争は韓国政府が樹立して間もなくまだ体制が固まる前のことで、韓国の存立自体を危うくした戦争であった。韓国の新刑法の制定においては、このような共産主義からの深刻な挑発に直面している背景のなかで、民主主義体制の守護と強化のためには、日本改正刑法仮案が最適だったかもしれない。とりわけ、日本時代、米軍政時代を通して 44 年間も施行されてきた現行法であった日本の刑法を無視し全く独創的な新刑法を制定することまでは力量も時間も足りなかっただろう。韓国の新刑法が戦争中に作成された点は、日本改正刑法仮案が戦時下で作成されたのと軌を一にする。つまり、韓国の刑法も戦争中に制定されたため国家防衛、社会防衛の要素が強調され、全体的に刑の量が重く、国家的法益、社会的法益に対する条文が多く新設されたのである。

第二に、制定作業に参加した学者や実務家はほとんど植民地時代の法曹人たちであった。植民地時代に日本の学校教育を受けたり日本の法律を勉強し司法試験に合格したりした人物らが新刑法の制定作業における軸となったのである。このような状況で、容易く迅速に新刑法を制定するためには、それまでの現行法であった日本刑法を基にしながら変貌を図るしかなかったのではないかと考えられる。

このような経緯から、解放後に韓国政府が 1953 年に新しく制定した刑法典において「日本改正刑法仮案」をモデルとしたことは、韓国としての新しい刑法典の制定でなく、解放前朝鮮が借用（依用）した日本の現行刑法の「改正」にすぎないともいえる。つまり、日本では死蔵された改正刑法仮案が日本ではなく、韓国において日の目を見ることになったと言える。

韓国制定刑法の中にどのくらい日本改正刑法仮案が継受されたかについては以下のようなのである。

第一に、韓国制定刑法典の条文の数は 372 個条であるが、改正刑法仮案と内容において同じか類似している条文の数は総 321 個条に上る。このうち、総則部分が 80 個条、各側部分が 241 個条を占めている。

第二に、特に、各側においては、改正刑法仮案の痕跡はもっと濃厚となる。各側の章の配列は勿論、財産犯罪の場合に犯罪類型を財物に関するものと財産上利益に関するものとして分けて編成した部分はその典型的な結果である。また、改正刑法仮案には、帝国主義下における戦時体制を念頭に置いて立案された種々の犯罪類型が入っているが、これらの犯罪類型が韓国における解放以降の社会的混乱と米軍駐屯により急速に流入した外来文物に対する警戒心理などの背景が

ら多くの部分が新刑法典に入ってくることになった。

第三に、当時の現行刑法(日本の現行刑法)と改正刑法仮案をモデルとして新しく制定された新刑法を比べてみると、国家防衛及び社会防衛の強化を図った特徴が目立っているが、全般的に法定刑が上向きになった。特に、それまでの現行刑法より主観主義的傾向が目立つことになったことも改正刑法仮案の影響と言える。

第四に、韓国の現行刑法は制定以降改正を繰り返しているが、基本的に大きな変更はない。全般的に見れば、法定刑がはるかに重くなったりしている、いわゆる社会防衛を強調していくような傾向が目立っている。この点においては、日本の現行刑法の動きとも類似しているところである。

結局、韓国新刑法の制定は、制定というよりは現行刑法の改正とみたほうがもっと厳密であろう。つまり、日本の植民地時代から施行してきた旧刑法に対して「改正刑法仮案」を大幅に取り入れた改正ということである。いずれにせよ、改正刑法仮案が韓国の現行刑法の制定に及ぼした影響は絶対的なことであると言わざるを得ない。しかし、韓国においてはこのような改正刑法仮案の影響について肯定的・積極的に評価している学者はあまり見られないのが現実である。刑法の主観主義的要素が強化されたとか帝国主義的体制の強化という部分がともに継受されてしまったとかという部分については、正しく指摘しなければならないが、当時の韓国の立法者たちが日本の改正刑法仮案を主に参考しながら新刑法を制定したことは、それなりの理由と背景があったことが明らかである。韓国では、このような部分を冷静に評価し、改正刑法仮案についてその作成の趣旨や立案者の意図などについて積極的に研究を行うことがさらなる刑法の発展につながると思う。また、日本においても改正議論になるときに改正刑法仮案が参考になったりすることに鑑みれば、韓国の現行刑法の運用や改正動向について積極的に研究を行ったほうが他山の石になれると思う。

#### 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔雑誌論文〕(計 件)

崔鍾植、「検察官先議主義下における韓国少年法の変遷と課題」、『新時代の比較少年法』査読無、単巻、2017年、203～229頁

崔鍾植、「韓国の国民参与刑事裁判制度に関する一考察」、『季刊刑事弁護』査読無、86号、2016年、123～128頁

崔鍾植、「姦通罪の意見決定からみた韓国における性意識の変化」、『神戸学院法学』査読無、第45巻1号、2015、39

～65頁。

Jong-Sik Choi, 「An Examination on Juries' Independence from the Influence of Professional Judges in Korean Jury System」『US-CHINA LAW REVIEW』査読有、Vol.12, No.12, 2015, pp.937-950(DOI:10.17265/1548-6605).

Jong-Sik Choi, 「Korean Citizen Participation in Criminal Trials: The Present Situation and Problems」『International Journal of Law, Crime and Justice』査読有、Vol.42, No.2, 2014, pp.83-102(<http://dx.doi.org/10.1016/j.ijlcrj.2013.07.003>).

〔学会発表〕(計 1 件)

第4回東アジア法社会学会(2015年8月5日)、東京都、早稲田大学

〔図書〕(計 件)

〔産業財産権〕

出願状況(計 件)

名称:

発明者:

権利者:

種類:

番号:

出願年月日:

国内外の別:

取得状況(計 件)

名称:

発明者:

権利者:

種類:

番号:

取得年月日:

国内外の別:

〔その他〕

ホームページ等

<http://cjsik.com/>

#### 6. 研究組織

##### (1) 研究代表者

崔鍾植(Choi, Jong-Sik)・

神戸学院大学・法学部・研究員

研究者番号: 20380652

##### (2) 研究分担者

( )

研究者番号:

##### (3) 連携研究者

( )

研究者番号:

##### (4) 研究協力者

( )