慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	比較法的視点からみた韓国の刑法と刑法学の発展： 日本の刑法と刑法学との関係を中心として
Sub Title	Comparative legal studies on Korean criminal law and jurisprudence : with a perspective from Japanese criminal law and jurisprudence
Author	孫, 麗玉(Son, Yeook)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2016
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.108, (2016. 3) ,p.35- 64
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20160315-0035

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

比較法的視点からみた韓国の刑法と刑法学の発展
——日本の刑法と刑法学との関係を中心として——

孫　麗　玉

一　はじめに
二　韓国刑法典の制定過程の概観
㈠　戦後、韓国刑法典制定前までの状況
㈡　韓国刑法典の制定過程
三　韓国制定刑法の根本理念と基本方針
㈠　「刑法草案」についての「刑法草案理由説明書」
㈡　刑法草案の立法方針が制定刑法に与えた影響
四　日本の改正刑法仮案と韓国の制定刑法との関係
㈠　改正刑法仮案の成案過程と指導理念
㈡　韓国の改正刑法典と日本改正刑法仮案との比較——総論篇を中心として
五　韓国刑法学の発展過程における日本刑法学との関係
㈠　因果関係をめぐる理論の発展
㈡　因果関係論に関する判例の動向
㈢　小　括
六　結　語

一　はじめに

本稿の目的は、戦後、韓国刑法典が制定されるまでの過程を検討することにより日本刑法と韓国刑法の関係を概観し、今後の刑法の日韓比較研究における基礎資料を提供することである。

第二次世界大戦前の韓国（当時の朝鮮半島）においては、朝鮮総督府の制令第一一号により[1]、日本の刑法と刑法施行令及び刑事訴訟法、爆発物取締規則等一二個に至る日本の刑事関連法が施行されていた[2]（この時期の刑法を、以下においては「旧韓国刑法」という）。戦後、一九四五年九月から二年一一ヶ月間の米軍政期においても旧韓国刑法が適用された。このような状況に対する反省と批判の声から、韓国独自の刑法典を早急に制定しようとする動きが始まった。しかし、左派と右派の激しい理念対立、朝鮮戦争の勃発などの不安定な国内の政情、さらに刑法制定に必要なインフラ不足の下で行われた刑法典の制定作業は順調ではなかった。当時はとにかく迅速に刑法制定作業を進めることが至上命題とされたため、刑法典の制定に多大な時間をかけることはできなかった。そのため、韓国刑法の制定作業は、自然の流れとして外国法の強い影響を受けつつ進められることとなった[3]。刑法草案の理由説明書の立案の根本原則に関する説明においても、「世界各国の現行法、刑法改正草案、特にドイツ刑法及びドイツ一九三〇年刑法草案の相当部分参考にし、制定歴史が新しく国情が我が国と類似している中国刑法を斟酌した」とし、韓国刑法典における外国法の影響力を明らかにしていた。なお、刑法草案の理由説明書には明示されてないが、ここにいう「外国法」の中に日本の改正刑法仮案が含まれていることについて異論はないであろう[4]。

本稿においては、まず、韓国刑法典が日本の改正刑法仮案からはたしてどのような影響を受けたのかを探ることとする。そこでは、韓国刑法典の制定過程における資料および制定された規定内容と、改正刑法仮案の規定内容とを比

較しながらその関係性を検討することとしたい。韓国刑法典が日本の改正刑法仮案の強い影響下で形成されたとすれば、韓国刑法典の諸規定を解釈するにあたり、改正刑法仮案の立法理由等を参照することには高い重要性が認められることになろう。次に、当時およびその後における両国の刑法学の関わりについて見ることとする。具体的には、韓国刑法学の文献と、同じテーマに関する当時の日本の刑法学界における議論とを比較検討しつつ、相互関係のあり方とその特色を明らかにしたいと思う。

とはいえ、このテーマは大きく、また複雑であるため、とりわけ歴史的発展の背景とその概要を示すことと、いくつかの論点（とりわけ因果関係論）に限定した形で両国の刑法（学）の関係の基本的特色を明らかにすることにここでは力を注ぎたい。

二　韓国刑法典の制定過程の概観

㈠　戦後、韓国刑法典制定前までの状況

第二次世界大戦後の韓国においては、一九四五年九月から一九四八年八月までの二年一一ヶ月間、軍事・行政・法令制定のすべての面にわたり米軍の直接統治が実施された。当時の米軍政は、戦前の支配階層の退去による治安行政の空白と無政府状況による社会的な混乱の恐れを防ぐために、戦前の行政機関の機能を維持させる[5]一方、可能な限りは韓国内に現存していた実体法と手続法を存続させようとする基本的立場をとり、ひとまず戦前に適用されていた旧韓国刑法の効力を継続させた[6]。一九四八年七月一七日、建国憲法が公布され、一九四八年八月大韓民国政府の樹立を見た。建国憲法一〇〇条[7]は、法の空白を防ぐために[8]、従来の法令に関して「現行法令は、本憲法に抵触しない限り効

力を有する」と規定しており、これにより、旧韓国刑法の効力が持続することとなった。このように、韓国は戦後においても韓国刑法典が制定される一九五三年まで日本の刑法の影響力を受けていたのである。

(二) 韓国刑法典の制定過程

刑法の制定作業は、すでに米軍政のときから始まっていた。米軍政当局は、最初は直接に統治を実施しながら、徐々に韓国政府に統治権を移譲するという立場をとっていた。[9] こうしたことを踏まえ米軍政下では「朝鮮法制編纂委員会」[10]が設けられた。同編纂委員会が作成した「刑法要綱」[11]は、『法政』[12]第三巻第七号において公表された。一九四八年、大韓民国政府が樹立することにより、米軍政下の「法制編纂委員会」は自然解消した。これにより、刑法典の制定作業は、大統領令第四号による新しい法典編纂委員[13]（以下では、「法典編纂委員会」という）が担当することとなった。法典編纂委員会は、一九四八年一二月一一日に「刑法要綱」を確定し、これに基づき、[14] 一九四九年の一一月一二日、三九七条（付則一三条）から成る「刑法草案」が完成した。[15] その後「刑法草案」は、「刑法草案理由説明書」[16]とともに政府に提出された。一九五一年四月一三日、政府は、国務会議の議決を経て、「刑法案国会提出の件」というタイトルで刑法典の政府草案（以下、政府草案という）[17]を国会の審議に付した。政府草案は、法典編纂委員会の「刑法草案」に、姦通罪の規定を加えたものであった。[18] 政府草案は国会の法制司法委員会に送付され、約一年間の検討・訂正作業を経て「刑法草案訂正案」を作成した。一九五二年八月二九日、法制司法委員会は、政府草案を検討し、法制司法委員長の名義で作成した「刑法案審査報告の件」を民議院議長宛てに提出した。法制司法委員会は「刑法案審査報告の件」を提出する際に、前記の政府草案と刑法草案理由説明書、法制司法委員会の刑法訂正案を一緒に送付した。その中の法典編纂委員会作成の刑法草案理由説明書は、政府草案の理由書に代わるものであった。しかし、当時の韓国は朝鮮戦争の最中であったこともあり、国会における刑法草案の審議は難航していた。このような状況において、

第一五回常会中に金宗順委員の外一四人の提案者による「刑法案緊急上程に関する決議案」が本会期へ提出され、同議案は可決された[19]。その後、一九五三年四月一六日に刑法案第一読会が開かれ、一九五三年の七月八日までに一二回の本会議の審議が行われた。政府草案と法制司法委員会の刑法草案訂正案、そして国会議員の個別訂正案は、刑法案第二読会で審議され表決された[20]。同年七月九日の会議で、刑法案第三読会を省略することと、字句の修正は法制司法委員会にまかせることが決議された。こうして国会を通過した刑法は、一九五三年の九月一八日に、法律第二九三号として公布、同年一〇月三日より施行されたのである。

三　韓国制定刑法の根本理念と基本方針

現行韓国刑法が制定されるに至るまでの過程を整理してみると、次のとおりである。①米軍政下の「法制編纂委員会」が作成した「刑法要綱」は、大韓民国政府の樹立後新しく設けられた「法典編纂委員会」に継承され、「刑法草案」が完成された。②「法制編纂委員会」が政府に提出した草案は国務会議の議決を経て「政府草案」として国会に提出された。③国会の法制司法委員会は、政府草案の検討を行い、訂正案を作成した。その後、④この訂正案が国会の本会議に上程され、審議後一連の訂正を経て公布・施行に至ったのである。

これらの各過程は、相互に有機的な関係を成している。最終的に制定された刑法典は、③の国会の法制司法委員会の「刑法草案訂正案」をほぼそのまま採用したものである。「刑法草案訂正案」の中で否決されたのは、姦通罪の削除案[21]、救助義務を不履行した者を処罰することに対する削除案[22]、刑法付則の閉止法令の中で国家保安法を入れようとする案の三点に過ぎなかった。政府草案の条文を削除しようとした前者の訂正案が否決されたことにより、結果として政府草案の内容が刑法典に反映された形となった[23]。政府が国会に提出した「政府草案」は刑法提案理由がないため、

刑法制定の根本理念を把握することが容易ではないように思われる。しかし、政府草案の母体となった法典編纂委員会作成の「刑法草案」については「刑法草案理由説明書」があり、これが立案理由書の代わりとなっている。また、「刑法草案理由説明書」には、立案に関する基本思想が説明されており、これらを通じ、刑法制定の根本方針と草案の基本的考え方を知ることができよう。また、国会の審議が開始され、刑法案第一読会が行われる際に、その冒頭において金炳魯による刑法草案の提案理由に関する発言があり、これは国会の定期会議の速記録に記載されている。そこで、次に、これらの資料を参考にしつつ、韓国刑法の制定過程における立案の根本理念と基本方針を探ることとする。

㈠　「刑法草案」についての「刑法草案理由説明書」

法典編纂委員会の刑法草案と政府の刑法草案とを比較すると、政府において前者の草案に姦通罪の規定を加えたことを除くと、ほぼ同じものであった。政府は、刑法草案の提出当時に諸般の事情により立案の理由書を作成することができなかったため、刑法草案理由書につき、立案の方針と草案を理解するにあたり参考となりうる事項を列挙したものであった。また、本刑法草案理由説明書、刑法草案理由書は、政府による立案理由書に代わるものでもあった。

現行の刑法典に刑法草案が大きく反映されたことから、刑法草案の立案の基本方針は、最終的に制定された刑法典の立法方針を導くことができると思われる。ここに、刑法草案理由説明書を検討することの意味が認められる。

刑法草案理由説明書には、八つの項目を設けて立案の根本原則について説明している。すなわち、①世界各国の現行法、刑法改正草案、特にドイツ刑法及びドイツ一九三〇年刑法草案の相当部分を参考にし、制定が新しく国情がわが国とも類似している中国刑法を斟酌した。②すべての独裁的な政治要素を排除し、国民の基本権を擁護し、自由と平和の完全実現を志向する世界的趨勢に適合させた。③新生国家として潑剌生新し、勇往邁進な国風とそのような国

民としての想像性と進取性を豊かにするに適したものとした。④目下我々が当面している危機の克服、すなわち民族的分裂から統一への推進方途に遺憾がないようにすべく努めた。⑤わが民族固有の良風美俗の維持向上に留意した。⑥弱者を保護し、その落伍に胚胎する社会の不健全性を防止することにより国家の基礎を強固とすることを企図した。⑦刑法学説が華麗奇抜へ偏向することを避け、その健全中正を取り、現実に適合するようにした。したがって、世界各国の立法例と特に新しい刑法草案を広範囲で参考にした。⑧用語については、法としての明確性と尊厳性を害しない限り、できるだけ平易にするようにした。

(二) 刑法草案の立法方針が制定刑法に与えた影響

戦後、韓国は、自由主義路線を選択したことから、独裁的な政治要素を排除し、刑法の民主化を目指し（②を参照）、また、社会的弱者を保護する立法の方針を明らかとした（⑥を参照）。さらに、法律用語を平易化させ罪刑法定主義と人権保護に努めたとした（⑧を参照）。また、ある学説に偏向を避け（⑦を参照）、学説の対立を条文の新設を通じて解決しようとした。

しかしその一方では、不安定な治安状況や朝鮮戦争などによる混乱に対処するために、刑法を用いようとする動きもあった（⑥を参照）。国家と社会防衛を強調し、国家的法益と社会的法益に対する多数の規定を新設した[24]。いわゆる擬制共犯の導入に関する議論はその端的な例ともいえよう[25]。また、民族固有の良風美俗の維持向上を目ざし（⑤を参照）、直系尊属に対する殺人や傷害罪に対する刑を加重し、姦通罪規定を存置させた。

制定刑法の人権保護や法治主義の確立などに関する規定は、刑法の民主化に努めたことから肯定的に評価されるべきであろう[26]。反面、社会防衛を強調したあまり、全体的な重刑化傾向を帯びることは、制定刑法が持つ内在的限界であると思われる。

四　日本の改正刑法仮案と韓国の制定刑法との関係

韓国刑法がその制定過程において外国法の大きな影響を受けたことは周知の事実である。中でも、日本の改正刑法仮案（以下、これを「仮案」という）は、韓国刑法の制定過程において特に大きな意味を持ったと評価されている。このように、「仮案」が主に参照されたと考えられる理由はどこにあるのだろうか。

まず、刑法制定当時の時代的な状況から「仮案」を参照した理由を説明できるように思われる。すなわち、当時の韓国において刑法の制定が特に急がれたという背景があったが、しかし韓国には固有の実定法が存在しておらず、条文を一から創設するのは時間がかかりすぎることであったし、また、専門家が不足しており、法の制定に関するインフラも十分ではなかった。さらに、不安な国内の政情と朝鮮戦争の勃発等の影響もあり、法制定のために割きうる人的・物的リソースが限られていた。この劣悪な環境の下で一刻も早く刑法を制定するためには、主として依拠できる外国刑法のモデルが必要であった。

しかも、その際、立法者は次のことを考えなければならなかった。一方では、急な変更による社会的な混乱を避けるためには、旧韓国刑法との連続性をある程度維持しなければならないが、他方において、新しい刑法を作るのであるから可能な限り旧韓国刑法とは異なるものを制定することが要請されたのである。このようなことから、時間的な制約の中で新刑法の制定を実現するために、すでに日本においてまとまった形で成文化されていた「仮案」が参考にされたのであろう。(27)

制定された新刑法と「仮案」との間には、条文の編成方法や規定の内容の点で顕著な類似性があり、その関係は一見して明らかなものであるといえよう。

そこで、次に、新刑法と「仮案」とを、条文編成面と規定の内容面の両方から比較検討し、両者の関係の具体的あり方を探ることとする。

(一) 改正刑法仮案の成案過程と指導理念

まず、比較の対象となる「仮案」の成立過程とその特徴を概括的に示しておこう。

一九二一（大正一〇）年、政府より「臨時法制審議会」に対して刑法改正の可否についての諮問[28]があり、同審議会は、一九二六（大正一五）年に「刑法改正ノ綱領[29]」四〇項目を起案して政府へ答申した。一九二七（昭和二）年一月、司法省内に「刑法改正案原案起草委員会」が設置され、同年六月、「刑法改正予備草案」が発表された。次いで、同年の七月には本格的な刑法改正事業に当たるため、新たに「刑法並びに監獄法改正調査委員会」が司法省内に設けられた。この委員会は、一九三一（昭和六）年三月総則篇を脱稿し、引き続き昭和一五年には各則部分が作成され、これらをまとめて若干の条項を留保したまま未定稿として発表された。これが「刑法並監獄法改正調査委員会総会決議及留保条項（刑法総則及各則未定稿）」、いわゆる「改正刑法仮案」である[30]。「仮案」は未定稿であったので、留保条項について同委員会はその後にも審議を継続していた。しかし、昭和一五年一〇月、第二次近衛内閣決定に基づく「各種委員会、調査委員会、各庁に設置されている調査審議機関」の整理更新が行われた際に、「刑法並びに監獄法改正調査委員会」も廃止されるに至った。「仮案」は、結局、刑法改正に結実せずに終焉を迎えたのであった。

「仮案」の基本的な理念は、「刑法改正ノ綱領」により定められた。「刑法改正ノ綱領」は、美風良習の保護、人身及び名誉の保護、新しい刑事政策の導入という三つの観点に立脚している[31]。これらの指導理念が「仮案」においてどのように具体化されたかを見ると次のとおりである。まず、刑法改正ノ綱領（以下、これを「綱領」という。）の一項は、「各罪ニ対スル刑ノ軽重本邦ノ淳風美俗ヲ維持スルコトヲ目的トシ忠孝其ノ他ノ道義ニ関スル犯罪ニ付テハ特ニ其ノ

規定ニ注意スルコト」である。この「本邦ノ淳風美俗」や「忠孝其ノ他ノ道義」は、「仮案」の中で具体化された。「仮案」五七条には、量刑のときに考慮すべき八つの事項が定められているが、その中の三号には「犯罪ノ動機ガ忠孝其ノ他ノ道義上又ハ公益上非難スヘキモノナリヤ否又ハ宥恕スヘキモノナリヤ否」と規定されている。これに関連して「仮案」六一条には、「懲役ニ該ル罪ヲ犯シタル者ト雖第五十七條ニ掲ケタル事項ヲ参酌シ特ニ犯罪ノ動機道義上又ハ公益上宥恕スヘキモノナルトキハ禁錮ヲ科スルコトヲ得此ノ場合ニ於イテ其ノ期間ハ懲役ノ期間ニ同シ」と規定する。各則篇における、自己又は配偶者の直系尊属に対する殺人・傷害・遺棄・逮捕監禁罪に関する加重処罰規定[32]や、国家的法益に対する罪の規定[33]などにおいても、「本邦ノ淳風美俗」や「忠孝其ノ他ノ道義」を重視する姿勢が示されているといえよう。

次に、「綱領」は、「人身及名誉ノ保護ヲ完全ニスル為改正ノ必要」があるとする観点から、その三〇項において、「猥褻、姦淫に関スル現行法ノ不備ヲ補ヒ權衡ヲ適当ニスルコト」と規定した。これは、「仮案」三五章の「姦淫ノ罪」において各罪の刑罰を重くする形で具体化された。また、名誉の保護に関しては、「綱領」三五項と三六項[34]を挙げることができる。「綱領」三五項は「名誉毀損罪ハ之ヲ重キモノトニ区別シ其ノ重キモノハ之ヲ非親告罪ト為スコト但シ被害者ノ意思ニ反シテ訴追スルヲ得サル規定ヲ設クルコト。名誉毀損罪ノ刑ハ之ヲ重クシ生命、身体ニ對スル罪ノ刑ト權衡ヲ得シムルコト」と規定されている。三五項の後段の部分は、名誉毀損罪を重く処罰する立場を取っている。これは「仮案」四〇六条二項での名誉毀損罪の成立範囲の拡大及び四〇七条から四一二条において処罰が重くなる規定をおき具体化された。その一方、三五項の前段は「仮案」四一三条により具体化された。なお、名誉毀損行為が、ただ公益を図る目的であると認められる場合には事実関係を把握し、事実である場合には罰しない規定を設ける（「仮案」四一二条）など名誉に関する犯罪の扱いに慎重を求めているように見える。

また、政府は、刑法改正の諮問において、「輓近人心ノ趨向ニ見テ犯罪防遏ノ効果ヲ確実ナラシムル為刑事制裁ノ

種類及執行方法ヲ改ムルノ必要アルヲ認ム」としていた。これに応じて、「綱領」では、刑事政策見地から刑の種類の拡大及び刑の執行猶予規定の改正などを提案していた。まず、「綱領」三項（公権の喪失及び停止）、四項（譴責）、六項（刑の附随処分としての居住制限）は、それぞれ「仮案」三〇条四号の資格喪失、五号の資格停止、六号の居住制限、一〇号の譴責として具体化された。そして、刑の執行方法に関して、「綱領」八項は、「自由刑ノ執行猶予ヲ爲シ得ヘキ要件、取消ノ要件ヲ寛大ニシ且宣告猶予ノ範囲ヲ廣クスル規定ヲ設クルコト」を、同九項は「刑の執行猶予の範囲を罰金・科料・公権喪失及び停止ニモ及ホスベキ規定ヲ設クルコト」を規定していた。これは、「仮案」一〇章の執行猶予に関する規定（九六条から一〇四条）において具体化され、現行法に比してかなり大幅な改正が行われた。その他にも、「綱領」一一項の「宣告猶予」は、「仮案」一一章の宣告猶予に関する諸規定として、「綱領」一九項に示された「不定期刑」に関する基本的考え方は、「仮案」九章の不定期刑に関する諸規定として、綱領二〇項の「仮出獄」に関する基本方針は、「仮案」一二章の仮釈放に関する規定においてそれぞれ具体化されたということができよう。このように、「仮案」には、再犯予防のために刑罰をより柔軟に・弾力的に用いようとする傾向がみられる。[35]

さらに、「綱領」二一項では、「保安処分トシテ労働嫌忌者、酒精中毒者、精神障礙者等ニ関スル規定ヲ設クルコト」という、保安処分に関する規定の導入を要請していた。これは、「仮案」一五章の保安処分に関する規定という形に具体化された。すなわち、「仮案」は、保安処分として、①精神障害者に対する「監護処分」、②飲酒などの習癖のある者に対する「矯正処分」、③浮浪または労働嫌忌者に対する「労作処分」、④懲役刑の執行者に対する「予防処分」という四種類の保安処分を新設したのであった。

「仮案」は立法化に至らなかったが、二〇年近い年月をかけて検討された、刑法草案として質の高いものであった。また、その指導理念に関する批判的な評価も存在しているが、[36] それでも、日本における第二次世界大戦後すぐの刑法改正においては、「仮案」の提案が採用された部分があり、[37] また、戦後の刑法改正作業においては、「仮案」がその重

要な資料として用いられたのである。[38] なお、「仮案」は、韓国刑法の制定過程で広く参考にされたため、[39] 韓国刑法を解釈することにおいても貴重な参考資料になると思われる。

(二) 韓国の改正刑法典と日本改正刑法仮案との比較——総論篇を中心として

韓国刑法は具体的にどのような形で「仮案」の影響を受けたのであろうか。ここでは、韓国刑法の制定過程における「仮案」のもった意味を明らかにするため、韓国における法案審議過程での記録を検討し、また、韓国の刑法総則篇の規定と「仮案」の規定とを比較することとする。

まず、法案審議の過程での国会速記録を検討してみたい。法案第一読会の際、法案の起草趣旨を説明する金炳魯[40]の発言の中に、日本の「仮案」に関する言及がみられる。新刑法を制定するにあたり急いで作業を進めなければならないという、当時の状況を説明する過程で、大要、次のように述べている。

「われわれは今、新しい法律を作らなければならないのですが、そのための基礎を欠いている状態です。何かモデルとなるもの・基礎となるものなしにこれを行うことにすれば、やはり多大な研究が必要となり、そのためには多大な時間が必要となるので、もし急いで法典を編纂するのであれば、どこかの国の法を一つの基礎としようという意見もありました。そのときには、……省略……事実上わが国においても長い間、効果を上げていた日本の法典を基礎として、速やかに編纂事業を進めるのが良いのではないかという意見もあったのです。しかし、実際に法律を起草するにあたり、ある一つの国の法律を基礎として、それをお手本にして編纂作業を行うのはかなり難しいことなのです。どの国でもあまり変わらないような内容の条文においてはそれほど問題にはならないのですが、その国の特殊性を考慮しなければならない規定、その国の国民的・社会的現実において必要性が出てくる特殊な事項に関する規定については、別の国の法を基礎とするのは根本から間違ったことでもあるのです。」

この発言については、次のような解釈もある。すなわち、「日本の改正刑法仮案を有力なモデルとして設定するものの、しかし、一つの立法例のみで法典の編纂を行うことには限界があること、特に、韓国の国民性ないし社会的現実において必要を感じる特殊な事情があるときには、特別の考慮を行ったことなどを明らかとしたにすぎない」と説明するのである。[41] 金炳魯の発言をこのように理解できるのであれば、立法者自身が制定刑法の主たるモデルが「仮案」であることを認めたものということになろう。しかし、この発言は、刑法の制定作業過程の中で、刑法制定作業を迅速に進めるためには日本の刑法典（改正刑法仮案）を主なモデルとするのが良いのではないか、という意見もあったが、しかし実際に起草を行なう際には、さまざまな国の法規定を参考した、という趣旨を述べたものと読むのがより自然な解釈であろう。そうであるとすれば、金炳魯の発言から、改正刑法と「仮案」との密接な関係を直接に読むとることは難しいであろう。ただ、旧韓国刑法から脱却して早急に新たな韓国の刑法を制定しなければならなかったという当時の時代的な背景を考えてみれば、この発言は立法過程において「仮案」が深く検討されたことを間接的に示していると見ることができるであろう。

そこで次に、韓国刑法典の規定を直接に「仮案」のそれと比較することによりその関係のあり方を探ることとしたい。刑法総則篇のうち、犯罪の成否に関する諸規定の編成を中心として両者を比較すると次の通りである。[42]

①刑法総則篇の全体的な編成を見ると、「仮案」においては「罪」に関する章が「刑」に関する章の前に置かれている。韓国の制定刑法も、「罪」の章を「刑」の章の前に置いている。これは、「刑」の章が「罪」の章の前に置かれていた旧韓国刑法[43]とは異なる点である。②犯罪論に関する規定を見ると、旧韓国刑法は未遂犯・競合犯・累犯・共犯の順に規定していたが、「仮案」と韓国の制定刑法はこれを犯罪成立要件・未遂犯・共犯の順に規定している点で共通する。③未遂犯に関する規定について、旧韓国刑法は障害未遂と中止未遂の二つのみを規定していた。これに対し、「仮案」は障害未遂と中止未遂の他にも、二二条に「結果ノ発生スルコト不能ナル都合ニ於テ其ノ行為危険ナルモノ

ニ非スルトキハ之ヲ罰セス」として不能犯を規定している。韓国の制定刑法の二七条[44]にも、不能犯が規定されており、この点については「仮案」と類似している。[45] ④共犯については、旧韓国刑法では共同正犯・教唆犯・幇助犯・身分犯の共犯が規定されていた。一方、改正刑法仮案では、共同正犯・教唆犯・幇助犯・身分犯と共犯、そして間接正犯[46]が規定されていた。韓国の制定刑法も同じく、共同正犯・教唆犯・従犯・共犯と身分、そして間接正犯[47]を規定したのである。[48] これらのことに鑑みれば、韓国の制定刑法の条文の編成は「仮案」のそれに相当部分が類似しており、制定の過程で「仮案」の規定を参考にしたことは間違いないと考えられるのである。

これに対しては、次のような反論があるかもしれない。単に規定の編成方法が類似し、同様な文言の条文があるというだけで、韓国の制定刑法が「仮案」の影響を受けたとすることには論理の飛躍がある、と。たしかに、その規定が旧韓国刑法にはなかったかもしれないが、多くの外国刑法典において普遍的に見られる一般的な内容の条文であれば、制定刑法が改正刑法仮案の影響を受けたとはいえないであろう。しかし、不能犯や間接正犯[49]に関する規定、また資格停止と資格喪失[50]などに関する規定は、そうした普遍的に見られる規定だとは思えない。ヨーロッパやその他の国々の刑法が参照された可能性も考えられるが、それまでに収集されていた外国の法典や法律（案）に関する資料が朝鮮戦争により大部分失われた状況の下で[51]これらを主として参照したとは考え難いのである。これらのことに鑑みれば、韓国の制定刑法が「仮案」の影響を強く受けたことを否定することはできない。もちろん、一見したところ相互に類似した規定であっても、その内容においてはかなり異なる規定もあることには注意しなければならないであろう。[52]

五　韓国刑法学の発展過程における日本刑法学との関係

新しい刑法典の制定過程において「仮案」を参考にして規定が設けられたときには、同時に、その規定の背景にあ

る刑法理論も韓国刑法学に強い影響を与えるであろうことは容易に想像できよう。これに対し、われわれの関心をひくのは、文言上は「仮案」の影響を受けてないように見られる規定の場合において、韓国の刑法学が日本の刑法学とどのような関係をもったかである。以下においては、「仮案」には規定がない、因果関係に関する規定をめぐる韓国の判例や学説の流れを概観しつつ、その中で日本の刑法学がどのように関係してきたのかを探ることとしたい。

(一) 因果関係をめぐる理論の発展

戦後の韓国の司法制度は、当初、約二五〇名の法曹専門家により構築された。当然のことながら、それでは人員的にとうてい十分ではなかったので、司法制度の運営は決して順調なものではなかった。そのため法律専門家の養成が積極的に行われたが、法曹養成と法律家採用に関するシステムも不備が多く、場当たり的な特別採用や試験がまま行われた。[53] 大学の法学教育とその制度にもきわめて不十分なものがあった。一九四六年八月、米軍法令一〇二条により国立ソウル大学が設置され、（旧）京成法学専門学校と（旧）京成大学法文学部法学科が国立ソウル大学に統合された。その後、普成専門学校、延嬉大学、惠化専門学校[54]などの私立大学で法学部が開設されたが、大学の教員が大幅に不足しており、韓国語の教科書もなかったため、[55] 授業では日本の教科書が使われていたという状態であった。[56] このようにして、戦後においても、韓国の法律学とその実務は、日本からの大きな影響を受け続けていたのである。これらの事情に鑑みれば、新刑法の制定過程においても、日本の刑法学やその実務がかなり大きな意味をもったことが想像できるといえよう。

戦後になり新しい韓国刑法典が制定される以前は、因果関係の問題は、学説と判例に任されていた。[57] しかし、学説や判例において争いのある問題についてはなるべく規定の新設を通じて解決したいとする立法方針に基づき、[58] 刑法一七条に因果関係の規定[59]が設けられた。その後、この規定をめぐり、さまざまな解釈論が展開された。

刑法典の制定後、一九七〇年代まで、韓国の学界の多数説の地位を占めていたのは、相当因果関係説、その中でも、折衷的相当因果関係説であった。[60] 韓国刑法の制定当時は、日本の通説も相当因果関係説であった。刑法の立法者らが日本の刑法教育を受けた者であったことからすると、刑法の制定過程でも日本の因果関係論が参考にされたことが推測される。[61] すでに一九七〇年代に、合法則的条件説と客観的帰属の理論を紹介している論文も見られるが、[62] 客観的帰属をめぐる議論は、一九八〇年代の後半までは注目されなかった。[63] しかし、一九八〇年代後半から、客観的帰属説の支持者が増え、[64] 現在では、因果関係をむしろ合法則的条件説と客観的帰属論により説明するのが韓国の多数説であるといえよう。

客観的帰属論が学界において支配的な地位を占める一方で、従来の通説であった相当因果関係説についてはほとんど研究が行われていない状況にある。韓国において相当因果関係説に言及されることはあっても、それは相当性の判断基礎（ないし判断基底）をめぐる見解の対立を紹介することにとどまっており、相当性判断の中核をなす「相当性」の内実とその判断方法に関する研究もほとんど見られない。[65] これは、同様に相当因果関係説が退潮の傾向にあるものの、相当性の判断基準の実質化・類型化の面での検討も進めてきた日本の学説とは大きく異なる動きであるといえよう。

㈡　因果関係論に関する判例の動向

以上のような学界の動きとは別に、韓国の判例は、刑法制定後から、相当因果関係論の立場に立脚している。韓国大法院は、被害者との口論中、被告人が被害者の顔面を殴打したが、被害者が一般人より肥大した心臓をもっており、殴打されたことで興奮し血圧亢進による脳出血が直接の死因となって死亡したという事案について、「顔面部は身体の中で最も重要な部位であり、他人の暴行に対して危険な状況にさらされており、手拳で三、四回殴打したぐらいの

暴行だとはいえ、不測の結果が発生される可能性は日常生活で体験できることであり、刑法一五条二項の『結果の発生を予見し得ない場合』に該当しないのであり、被告人の所為と死亡との間には具体的相当因果関係があるとみるのが妥当である」[66]とし、因果関係を否定した原審判決を破棄した[67]。この判例は、原判決の判断を検討する中で、因果関係に関する日本の判例を参照判例として挙げている[68]。

その後も、大法院は、普段から高血圧であった被害者が被告人の暴行により転倒する際の衝撃で脳出血を起こして死亡したという事案についても、相当因果関係があるとし[69]、また、被害者の特異体質や持病と相まって結果が発生した場合について相当因果関係を認めている[70]。そして、行為後に一定の事情が介入して結果が発生した場合についても、「殺人の実行行為が被害者の死亡という結果を発生させる唯一の原因もしくは直接的な原因でなければならないというのではなく、殺人の実行行為と被害者の死亡との間に一定の事情が介在し、その事情が致死の直接的な原因となったとしても、そのような事実が通常予見可能なものなのであれば、殺人の実行行為と被害者の死亡との間に因果関係があると認めるべき」だとし、相当因果関係を肯定している[71]。さらに、第三者の過失行為が介在し、それが直接の死因となった場合についても相当因果関係を認めている[72]。

㈢ 小　括

右のように、因果関係に関する韓国の判例は相当因果関係説の立場を採り、学説上の通説は客観的帰属論を支持している。なぜ学説は、相当因果関係説から客観的帰属論へと立場を変えたのであろうか。これを、韓国刑法学の時代的変化の一つの例として説明するものがある。それによると、韓国の刑法学界においては、戦前から日本の刑法学を学んで活動した第一世代（日本の刑法学の影響を受けた世代）から、第一世代の学者による教育を受けたものの、その後、ドイツやアメリカなどへ留学して研究を行った第二世代への世代の交代が起こり、これと共に、ドイツ刑法学の

理論が直接的に継受されるようになったのだとする。そして、因果関係論における変化は、そのような変化を示す代表的な例であると説明するのである。[73]

実務においては、これまで因果関係を法的見地から限定する理論として、一貫して相当因果関係説をとってきた。また、客観的帰属論の主張者は、相当因果関係説に対し、その相当性の判断基準が曖昧であるとか、それでは因果関係の肯定される範囲が拡大されるという指摘を行っているが、それは必ずしも批判として妥当なものであるかどうかは明らかではない。[74] 韓国の因果関係に関する判例に見られるように、裁判実務は、具体的な事例ごとに判断基準と判断方法を明らかにしている。[75] その一方で、客観的帰属論による帰属可能性の判断もまた、それほど明確なものではなく、相当性の判断と比べたとき、実務での使用に耐えうるような形で統一的な判断基準を明らかにできているかどうかには多大な疑問がある。

判例との関係での韓国学説の対応に見られる根本的な問題は、判例の採用する相当因果関係説の本質とその判断基準に関する立ち入った研究を行うことなく、ドイツにおける客観的帰属の理論を早急に取り入れたところにあるといえよう。そのことが、判例と学説とが相互に影響し合う健全な関係を構築することを難しくしたのである。ここにおいて、相当因果関係説に関する理論的研究にかなりの蓄積がある日本の学説を参考としつつ、相当因果関係説の理論的内実とその射程、その判断基準の問題性と修正の可能性等について深く研究を重ねた上で、今後における法的因果関係論の行方について検討を行うことが生産的な理論と実務の関係を実現することを可能にすると思われるのである。

五　結　語

本稿においては、比較法的視点から、日本と韓国の刑法及び刑法学の関係について若干の考察を行ってきた。ただ、

韓国刑法典の制定過程でなされた議論や、その当時の学界の動向を客観的に分析するには資料が不足なことを実感せざるを得なかった。戦後、研究者が少なかったために刑法学の研究が十分に活発ではなかったことに加えて、朝鮮戦争のために資料もその重要部分が散逸したということも指摘しなければならない。また、韓国刑法制定に関する資料の発掘作業及びその分析作業も行われているが、決して盛んとはいえない。いずれにしても、本稿で、可能な限りにおいて明らかにしようと努めたように、韓国刑法の制定過程において日本の改正刑法仮案が影響力をもったこと自体については、――その程度に関しては議論があるものの――これを否定する論者はいないのである。

本稿では、刑法の制定過程において公刊された解説書や、制定理由説明書及び刑法草案の審査過程を記録した国会の速記録などに基づき、刑法典成立に与えた改正刑法仮案の影響を明らかにするとともに、韓国の刑法学説と日本の刑法学説との関係についても検討を加えた。改正刑法仮案が韓国の制定刑法に具体的にどのような形で影響したのかを示すのみならず、その後の刑法と刑法学の発展についても不十分ながら明らかにしようと試みた。韓国の立法者は、新刑法典制定にあたり、日本の改正刑法仮案を広く参考にしたが、その規定をそのまま受け入れたのではなく、規定によっては仮案の規定を大きく修正する形で導入したと思われるものもあった。また、判例と学説の因果関係の問題への対応の検討を通じて、制定当時には、判例も学説もともに、日本の影響を受けていたことが確認される。しかし、その後、韓国にはドイツの刑法学の理論が導入されるようになり、そのために学説と判例とが異なる見解をとるようになった箇所もあることを確認することができた。仮案の影響をうけて制定された規定の場合、仮案の立案過程でなされた議論等がその規定の解釈に参考となるであろうし、韓国刑法典が独自の規定を設けた場合であっても、日本の刑法学の議論が（ドイツ学説における議論よりも）より示唆を与える領域があるということも、本稿では確認できたように思われる。このような意味において、韓国刑法においては、日韓の比較研究が実り豊かな成果をもたらしうる基盤が確固として存在しているといいうるのである。

とはいえ、本稿では、第二次世界大戦前の韓国刑法と刑法学については触れていないし、戦後に制定された韓国刑法典についても、個別条文の詳細な検討という点ではきわめて不十分なものであったし、触れることのできた規定もまた少なかった。本稿においては、単に概観を提供し、今後の個別分野における検討の前提とすることを目的とした。ここで述べたことを踏まえて、さらに日韓の刑法と刑法学の関係について個別分野における研究を進めたいと思う。

（1）朝鮮総督府が朝鮮における独自に定めた法形式を「制令」という。朝鮮総督府は制令第一一号「朝鮮刑事令」を公布し、朝鮮において内地の刑法や刑事訴訟法などを依用（法令内容の施行をいう）することとした。この点につき、新井勉「朝鮮総督府の笞刑について――刑罰史の一幕（日本大学法学部創設百二十五周年記念号）『日本法学』八〇巻二号（二〇一四年）二六一頁を参照。内地と外地に関しては、水野直樹「戦時期の植民地支配と「内外地行政一元化」」『京都大学人文学報』七九巻（一九九七年）七七頁以下を参照。ここで依用されたのは一九〇七年の日本刑法であった。

（2）【朝鮮刑事令制令第一一号】

刑事ニ関スル事項ハ、本令其ノ他ノ法令ニ特別の規定アル場合を除クノ外、左ノ法律ニ依ル。

一　刑法
二　刑法施行法
三　爆発物取締規則
四　明治二十二年法律第三十四号
五　通貨及証券模造取締法
六　明治三十八年法律第六十六号
七　印紙犯罪処罰法
八　明治二十三年法律第百一号
九　海底電信線保護万国聯合条約罰則
十　刑事訴訟法
十一　普通治罪法陸軍治罪法海軍治罪法交渉ノ件処分法

十二　外国裁判所ノ嘱託ニ因ル共助法

（3）최주혁「근대형법의 성립과 방법론――해방 후 한국전쟁 직후까지의 한국형법학의방법론」『일감법학』第二六号（二〇一三年）四六―四九頁、최주혁「독일법이 한국에 미친 영향――국형법의 역사와 정체성」『인하대학교 법학연구』第一四輯第三号（二〇一一年）一九五頁。

（4）김성돈『형법총칙』（二〇〇九年）三一頁、柳全哲「韓国刑法に及ぼした日本刑法の影響」『全南大学法学論叢』第二九巻二号（二〇〇九年）二三七頁以下、오영근「일본개정형법가안이 제정형법에 미친 영향과 현행 형법해석론의 문제점」『형사법연구』第二〇号（二〇〇三年）一一〇頁、조상제「한국 형법개정의 역사와 전망」『비교형사법연구』第一一巻第二号（二〇〇九年）三一一頁、전지연「형법개정의 역사와 전망」『비교형사법연구』第一四号第二号（二〇一二年）一一九頁、차용석「한국형법 및 형법학의 정체성을 찾아서」『형사법연구』第一八号（二〇〇二年）四頁以下、허일태「제정형법의 기본사상과 기초이론」『형사법연구』第二〇号（二〇〇三年）八三頁、催鍾植「韓国刑法の歴史的展開と課題（一）」『九州大学法政研究』第七四巻三号（二〇〇七年）四六八頁などを参考。

（5）米軍政は、従来の朝鮮総督府を母体とし、徐々に（gradual）注意深く（carefully）改編していく政策をとっていた。そこで、米軍政は朝鮮総督府の温存と官僚の留任を宣布し、特別な問題のない限り再任用した（김창운「미군정기 형사사법정책 연구」『韓國公安行政學會報』第四三号〔二〇一一年〕七一頁）。

（6）米軍政は、一九四五年一一月二日、法令第二一号で「一九四五年八月九日迄に施行されていた全ての法律若しくは朝鮮旧政府が発布し法律的効力を有した規則、命令、告示、其の他の文書として一九四五年八月九日につき実行されているものは、其の間、異議により廃止されたものを除き、朝鮮軍政府の特殊命令により廃止されるまでには全効力を有してそれを存続させる……以下省略……」とし、法律及び諸命令の存続を明らかとしていた。しかし、政治犯処罰法、予備検束法、治安維持法、出版法、政治犯保護観察令、神社法、警察の司法権は、米軍政法令第五号により、廃止することとなった。

（7）制定憲法一〇〇条に関して、金昌禄「１９４８년憲法１００조」『부산대학교법학연구』第三九巻第一号（一九九八年）四七七面以下を参照。

（8）建国憲法を立案した兪鎮午（ユ・ジンオ）は、この条文について、「憲法実施と同時に既存法令が全部無効になると、法的真空状態が出して、全ての秩序は収拾できない混乱に陥る恐れがあるためやむを得ない経過的措置であり……特に規定したのである」と説明している（兪鎮午『新稿憲法解義』一潮閣〔一九五三年〕二八九頁）。

(9) 신동운「제정형법의 성립경위」『형사법연구』第二〇巻（二〇〇三年）一二頁。

(10) 法制編纂委員会は、一二箇所の分科委員会で構成されていた（法制編纂委員会の分科委員会の構成表は『法政』第二巻第一一号〔一九四七年一一月〕三六面を参照）。刑法分科委員会は、法院側からの梁元一（ヤン・ウォンイル）、李天祥（イ・チョンサン）、金讚泳（キム・チャンヨン）の三人と、検察側からの嚴祥燮（オム・サンソブ）、曺在千（ジョ・ジェチョン）の二人、そして、弁護士及びその他の側からは金光根（キム・グァングン）が委嘱された。刑法総則は梁元一委員、刑法各則は嚴祥燮委員が「刑法起草要綱」を起草し、刑法分科委員会により順次に議決した（신동운（編）「형법제・정자료집」『한국형사정책연구원연구총서(1)』〔二〇〇九年〕一三頁）。

(11) 「刑法要綱」には、刑法各則編に関する起草方針は詳細に記載されている反面、刑法総則編については、各項目の表題語のみが羅列され、条文の起草方針に関する具体的な言及はない。刑法要綱の総則に関する起草方針は、嚴祥燮が発表した『法政』の「刑法要綱解説（一）」と「刑法要綱解説（二）」で間接的に提示された。嚴祥燮の論文が発表された後、張承斗の批評が『法政』を通じて発表された。この論文において、張承斗は、「刑法要綱」は日本の一九二六年の「刑法改正要綱」と、一九三一年の「改正刑法仮案」に依拠したものであることを指摘した（嚴祥燮「刑法要綱解説（一）」『法政』第三巻九号〔一九四八年九月〕一八頁以下、嚴祥燮「刑法要綱解説（二）」『法政』第三巻九号〔一九四八年一〇月〕一三頁以下、張承斗「刑法要綱を論じる」『法政』〔一九四九年一月〕三九頁以下を参照）。

(12) ここでの『法政』は、一九四六年九月に創刊され、一九七〇年一〇月に廃刊された法律・行政の専門誌である。戦後、法律の専門家に韓国語で書いた論文や法制史的意味を持っている多様な史料が掲載されていることから当時の研究において重要な参考資料となる（신동운『효당염상섭형법논집』〔二〇〇三年〕三一一頁）。

(13) 法典編纂委員の構成員は、委員長一名、副委員長二名、委員は五〇名以内で構成されていた。当時の委員長は金炳魯であった。委員会は法律ごとに分科会が設けられていた。刑法分野の起草委員は、刑法総則は梁元一が、刑法各則は嚴詳燮がそれぞれ担当していた。一般委員としては、金炳魯、李仁、盧鎭高、金讚英、申泰益などがいる。しかし、刑法総則の担当をしていた梁元一委員の逝去により、金炳魯委員が刑法総則の起草を担当することになった（신동운『형사법령제정자료집(1)』五六〇頁を参照）。

(14) 米軍政下の法制編纂委員会が作成した「刑法要綱」を大韓民国建国後の法典委員会がどのように発展させたのかに関して、刑法草案理由説明書には、「……その後我が民国が樹立されたので改め大統領令四二八一年（西暦一九四八年：筆者注）第

四号による「法典編纂委員会職制」が公布され、軍政時代の法制編纂委員会の事業を継承して、また、前期の両委員が起草を分担しており、また要綱を法典編纂委員会総会に提出して四回にわたり再検討を行い、檀紀四二八一年一二月一一日に全てを通過させたが……」と述べられている（신동운・前掲注（13）八五頁）。

（15）法典編纂委員会の刑法草案作成過程においての議論に関する詳しい資料がまだ発掘されていないため、刑法草案の審議過程での議論は未だに明らかではない。（신동운「제정형법의 성립경위」前掲注（9）〔二〇〇三年〕一三三頁）。

（16）「刑法草案理由説明書」については、第三章において詳しく検討する。

（17）「政府草案」は、신동운・前掲注（10）二八頁以下により詳細に紹介されている。

（18）政府の提出した刑法草案をみると、法典編纂委員会が作成したものをそのまま使っている。ただ、細い別紙に姦通罪の条文を記載し、重婚罪（法典編纂委員会の刑法草案の二五七条）条文の上段に貼り付け、重婚罪以降の条文に「以下の条文は順次的に条文番号が増える」ということを書き、手書きで条文番号を訂正した形であった。

（19）刑法案の審議過程を理解するためには、当時の国会法による法案の審議過程を理解する必要がある。当時の国会法によると、法案の審議は三回の読会を経ることが原則である。しかし、国会の決議により読会を省略することができた（当時の国会法三八条）。第一読会では議案朗読、質疑応答とその議案の大体を検討し、第二読会に付するかどうかを決議する（同法三九条三項）。第二読会では、議案を逐条朗読しながら審議を行う（同法四〇条一項）。また第二読会では、二〇人以上の連署があれば修正動議を提出することができる（同法四〇条五項）。第三読会では、議案全体の可否を議決する（同法四一条一項）。法律案の表決方法は、原案と訂正案をそれぞれ朗読した後、各案を表決に付して過半数を獲得する案が通過することになる。各案が第一次投票で過半数を得られなかったときは第二次表決を行い、そこでも過半数を得られない場合その案は廃棄される。

（20）一九五三年第一五回の常会において第二読会が開かれ、刑法一条から八条までの審議が行われた。しかし、第一五回常会の期日満了のため、第二読会は第一六回の常会へ回付された（法制司法委員長作成の「法律案再回付に関する件」による回付である）。当時の国会法規定では会議が異なる場合、すべてが白紙の状態になることになるが、委員らの協議により第一読会の省略及び刑法一条から八条までの審議も省略することになった。

（21）法典編纂委員会の刑法草案を作成する際の姦通罪の存廃を巡る議論に関して、嚴祥燮委員は「간통죄철폐와 그 사회적 영향」と題する論文で、「……ここで筆者（嚴祥燮：筆者注）は我国の全ての実情に照らして姦通罪を不問にすることよ

り、むしろ男女を同等に処罰することが妥当であるという信念から前述のような要綱原案を提出したのである。しかし、法典編纂委員会の刑法分科委員会の甲論乙駁で結局、男性の姦通行為も処罰されるのであれば男性らが耐えられないという理由で姦通罪を不問にしたのである。この決議により姦通罪を撤廃する刑法草案が起草され法典編纂委員会に提出されたが、同総会で再び『姦通罪を処罰するが、有夫の婦女及びその相姦の男性のみを処罰すべきである』とする修正動議が提出されたので、筆者は『男女の姦通行為を同等条件で処罰すべきである』とあらためて動議を求めたが、二一名の中でただ七票を得ただけで、修正動議も一〇票対一一票で敗れたのである」と述べている（염상섭「간통죄 철폐와 그 사회적 영향」『민성』第六巻第二号〔一九五〇年〕四九頁以下。二号〔一九五〇年〕四九頁）。

こうして、法典編纂委員会の刑法草案には姦通罪を規定していなかったが、政府草案を作成する過程で、法典編纂委員会の刑法草案に姦通罪を加え国会へ提出することとした。国会の法制司法委員会は、姦通罪を削除する訂正案を作成した。国会の本会議において、姦通罪に関しては、①姦通罪の双方処罰案（政府草案）、②姦通罪の削除案（法制司法委員会の訂正案）、③有夫の婦女のみを処罰しようとする案（方萬洙（バンマンス））議員の訂正案、④有婦の男性のみを処罰しようとする案（金鳳祚（キムボンジョ））議員の訂正案）、⑤姦通罪を双罰罪とするが法案が実施されるまでのことに関しては不問にするという案（朴順天（バクスンヂョン））議員の訂正案）の五つの案が審議対象となった。審議の結果、①の政府草案が在席議員一一二人の中五七票を得て可決された。ちなみに、姦通罪は今年（二〇一五年）、憲法裁判所の違憲決定（헌재 二〇一五. 二. 二六 二〇〇九헌바一七）により廃止された。

(22) 政府草案第二九三条「老幼、疾病、その他の事情により生命の危険状況にある者を容易に救助できる者が、その者を遺棄して死傷させたときには三年以下の懲役又は五万ウォン以下の罰金に処する」に対して、この条文を削除すべきだとする法制司法委員会の訂正案と邊鎭甲（ビョンジンガプ）議員の訂正案があったが、両方ともに二回の未決により不決された。

(23) 신동우・前掲注（13）四六頁。

(24) 国家的法益に関する規定としては、国旗に関する罪（一〇五条、一〇六条）が新設され、戦時軍需契約不履行罪（一〇三条）も規定されている。また、内乱罪（八七条）の刑が重くなった。刑法一二二条から一三五条にわたり公務員の職務に関する法定刑は、旧韓国刑法より重くされることになった。

(25) 法典編纂委員会の刑法草案では、いわゆる「擬制共犯」に関する規定（刑法草案三〇条二項）があった。これは、犯罪団体の危険性に照らして、その団体員である以上、自己以外の団体員の犯行に対する認識の有無を不問にして処罰可能とする

規定であり、その適用となる犯罪は刑法各則に個別的に規定することとした。本規定については、法制司法委員会の検討により「本条文を削除する」訂正案が作成された。その後、刑法案第二読会での議論により「擬制共犯」の条文は削除された。

(26) 전지연「형법개정의 역사와 전망」『비교형사법연구』第一四巻第二号（二〇一二年）一二二頁。

(27) 同旨の見解として、오영근「일본개정형법가안이 제정형법에 미친 영향과 현행 형법해석론의 문제점」『형사법연구』第二〇号（二〇〇三年）一一二頁、문채규「제정형법의 오늘」『형사법연구』第二〇号（二〇〇三年）九一頁等を参照。

(28) 『諮問第四號』は、大正一〇年一一月二八日開催の臨時法制審議会にて内閣総理大臣より発せられたものである。政府は、臨時法制審議会に対して三つの理由を挙げて刑法改正の可否を問い、これを可とすれば、「刑法改正ノ綱領」の作成を求めたものである。諮問第四號の内容は次のとおりである。「政府ハ主トシテ左ノ理由ニ基キ現行刑法ノ規定中改正スヘキモノアリト認ム。其ノ可否如何。若シ可トセハ改正ノ綱領如何。第一「現行刑法ノ規定ハ之ヲ我国固有ノ道徳及美風良習ニ稽ヘ改正ノ必要アルヲ認ム」、第二「現行刑法ノ規定ハ人身及名誉ノ保護ヲ完全ニスル為改正ノ必要アルヲ認ム」、第三に「輓近人心ノ趨向ニ見テ犯罪防遏ノ効果ヲ確実ナラシムル為刑事制裁ノ種類及執行方法ヲ改ムルノ必要アルヲ認ム」（第一から第三までの番号は筆者が付したものである）。

(29) 刑法改正事業中では、多くの草案が作成された。その過程で「刑法改正ノ綱領」は準拠すべき基準を示す枠組みとして扱われた。小幡尚「一九二〇年代における行刑制度改革構想と監獄法改正事業前掲注」『高知大学人文科學研究』一五巻（二〇〇九年）一〇頁。

(30) 小幡・前掲注（29）四三頁以下。

(31) 「刑法改正ノ綱領」はこの諮問に対する答申であるため、諮問第四號での三つの項目を中心として検討を行うこととする。

(32) 三四三条二項、三三四条二項、三四七条二項、三六五条、三六六条二項、三六八条など。一方、親族や家族の間の犯罪に関しては処罰しない規定としては、二二二条二項、二二七条、四三三条などがある。

(33) 国体を変革する目的としての暴動（改正刑法仮案一六五条）や殺人（同案一六七条一項）については死刑のみが規定されているなど、国家の法益に対する罪に対しては厳しい刑が定められている。

(34) 「名誉毀損罪ニ付被害者ハ事実ノ証明ヲ求ムルコトヲ得ヘキ規定ヲ設クルコト」。

(35) 綱領では、ここに紹介した項目以外にも、個別の罪に関する規定を含め多数の提案がなされていた。

(36) 特に、「本邦ノ淳風美俗」という指導理念に関する批判が多くみられる。平場安治＝平野龍一編『刑法改正の研究一：概

論・総則』（一九七二年）七頁。

(37) 小野清一郎ほか『ポケット註釈全書・刑法〔第三版〕』（一九八〇年）二頁（中野次雄執筆）を参照。

(38) 改正刑法仮案研究会（編）「改正刑法仮案立案資料（一）」『香川法学』第三四巻（二〇一五年）三三〇頁、市川英雄「刑法政策と刑法の改正」『ジュリスト』一二二号（一九五七年）三一頁、繁田実造「改正刑法準備草案と戦前の刑法改正作業―総則篇―」『近畿大學法學』第九巻第二号（一九六〇年）三四頁。

(39) 呉英根・催鍾植「日本刑法改正仮案에 관한 一考察」『형사정책연구』第一〇巻第一号（一九九九年）一三〇頁。

(40) 金炳魯は、刑法制定の全般に係ったキーパーソンである。米軍政下の「法制編纂委員会」では副委員長として、韓国政府樹立後の「法典編纂委員会」では委員長として活躍した。「法典編纂委員会」における立法作業の進行中、刑法総則を担当していた梁元一委員の死亡後には、金炳魯が刑法総則の起草を担当することになった。金炳魯の業績に関しては、김학준『가인김병로평전：민족주의적법률가·치가의 생애』（一九九八年）、신동운「가인김병로선생의 범죄론체계와 한국형법의 총칙규정」『서울대학법학』第四九巻第一号（二〇〇八年）一頁以下、허일태・前掲注（4）五三頁以下、한인섭「형법의 제정경과에있어서 김병로의기여」『서울대학법학』第五五巻第四号（二〇一四年）三一三頁以下などを参照。

(41) 신동운・前掲注（9）三三頁、최준혁・前掲注（3）一九八―一九九頁。

(42) このような分析をした論文としては、오영근・前掲注（4）一一一頁以下を参照。

(43) ここでの「旧韓国刑法」とは、「明治四〇年の日本刑法」を指す。

(44) 二七条は、「実行の手段又は対象の錯誤により結果発生が不可能なときは刑を減軽又は免除することができる」と不能犯を規定している。刑法草案の説明において、本規定は、条文がなく判例や理論にその解決が任されていたものを可能な限り規定を設けようとする立案の基本原則に立脚した制定の代表的例として紹介されている（신동운・前掲注（10）一一六頁）。

(45) しかし、刑法改正仮案と異なり、制定刑法では、未遂犯の章で予備と陰謀に関する規定を設けている。

(46) 二九条「前四條ノ規定ハ自己ノ行為ニ付處罰セラレサル者又ハ過失犯トシテ處罰セラルルニ止マル者ヲ行為ニ加功セシメタル場合ニ亦之ヲ適用ス」。

(47) 三四条は、「ある行為により処罰されない者又は過失犯として処罰される者を教唆又は幇助し、犯罪行為の結果を発生させたものは教唆又は幇助の例により処罰する」と間接正犯を規定している。また、この規定も、理論上の争いを明文化により解決しようとした例として説明されている。

(48) 制定刑法の間接正犯に関する規定が改正刑法仮案の影響を受けたものであるとみる見解がある（呉英根「日本改正刑法仮案が制定刑法に及ばした影響と現行刑法解釈論の問題点」『刑事法研究』第二〇号〔二〇〇三年〕一一三頁）一方で、改正刑法仮案の間接正犯規定と制定刑法の間接正犯規定の相違点を指摘する研究としては、申東雲「間接正犯の本質に関する一考察」『法律学の諸問題・劉基天博士古稀記念』（一九八八年）一九九頁以下がある。

(49) 刑法草案の提案理由を説明する際に、金炳魯は、不能犯と間接正犯規定を「ある国の刑法には条文がなかったり、別の国の刑法にはそのような条文があったり、さらに別の国では、従来から学者らの学説の中でのみ争われていたりする」問題について明文の規定を設けた例として挙げている。신동운・前掲注（9）一一六頁。

(50) 資格喪失と資格停止に関する規定について、立法過程における改正刑法仮案との関係を分析した論文としては、申東雲「資格喪失と資格提示刑の存廃に対して」『ソウル大学法学』第四七巻第四号（二〇〇六年）二〇〇頁以下がある。

(51) 実際、金炳魯の発言の中で、このような状況について述べられている。신동운・前掲注（10）一一四頁。

(52) 例えば、間接正犯については、改正刑法仮案も制定刑法仮案も、「自分の行為では処罰されない被利用者又は過失犯として処罰されるにすぎない被利用者」と規定している。しかし、改正刑法仮案は、「前四條ノ規定」（共同正犯、教唆犯、幇助犯、身分犯と共犯）を適用すると定めているが、韓国の制定刑法では「教唆又は幇助の例により処罰する」と規定されている。

(53) 韓国の法曹養成制度の歴史に関しては、이규운「한국의 법조인양성제도의 역사 - 로스쿨제도 이전 -」『저스티스』一四六号（二〇一五年）一六七頁以下を参照。また、김창운「미군정기 형사사법정책 연구」『韓國公安行政學會報』第四三号（二〇一一年）七三頁も参照。

(54) 普成専門学校が大学に昇格して高麗大学になり、延嬉専門学校は延世大学、惠化専門学校は東国大学としてそれぞれ開学した。

(55) 最初の韓国語の刑法教科書は、黄聖熙編著『現行刑法要說』（一九四七年）と推測されている。刑法制定当時までの教科書は、日本の教科書の翻訳書及び日本刑法の解説書であった（최주혁・前掲注（3）六三頁）。

(56) 金哲洙「韓国法学教育の改革及び司法試験制度」『考試界』第四八巻（二〇〇三年）五頁以下。

(57) 이건호「형법제 16 조의『위험발생』의 의미와 상당인과관계설」『형사법연구』第一七巻（二〇〇二年）二一頁。

(58) 刑法案の第一読会が開かれた際、大法院長の金炳魯は、法典編纂委員会を代表し、法典編纂委員会の任務、それまでの活

動経緯、法典の起草趣旨などにつき報告し説明した。提案理由の説明の中で特に注目に値するのは、条文の新設に関する部分である。金炳魯は、刑法総則における犯罪の一般的観念に関して、「従来、ある国の刑法には条文がなく、別の国の刑法には条文をあるということがありました。また、従来、学者らの学説においてのみ議論があり、したがって、その点についての判断が論者ごとにまちまちになる部分が残っているということがありました。そうした状況において、わが大韓民国刑法は、可能な限りそのような事項について法文に規定するという方針を立てて臨みました」とし、学説の対立を条文の新設を通じて解決しようとする立場を明らかとしたのである。またこのように、刑法草案の審議過程で「学説や判決論にはあるが条文には特に設けられてないもの」を条文化した例として、因果関係、不能犯、独立行為の競合、不作為犯、被害者の承諾などが挙げられた。

(59) 刑法一七条は「因果関係」という見出しの下に次のように規定している。「いかなる行為も、生じた結果が罪の要素たる危険発生と連結しないときは、その結果発生を理由として罰しない。」

(60) 一九五六年発表された黄山德教授の論文では相当因果関係説が判例と学会の多数説として紹介されている（黄山德「刑法と因果関係」『法政』第一一巻第二号〔一九五六年二月〕五頁）。その他にも、金鍾根「正当防衛・因果関係」『慶喜法学』第五巻（一九六三年）二三四頁、孫海睦「因果関係論（下）」『法政』第二六巻（一九六五年）五一頁などを参照。

(61) 刑法案の審議過程において因果関係の規定は特に異議なく通過したため、当時の因果関係に関する詳細な議論は明らかではない。

(62) 沈憲燮「因果関係の確定と合法則的条件説」『考試研究』（一九七五年）五〇頁以下。この論文を因果関係条文の解釈で合法則的条件説を導入した最初の論文として評価するのは、최주혁・前掲注（3）二〇一頁。

(63) 一九八八年発表された孫海睦教授の論文では、客観的帰属論に関して、「わが国の学者たちも従来は特に関心をもたなかったが、最近になって説明される方が増えている」と述べられている（孫海睦「客観的帰属論」『刑事法研究』第一号〔一九八八年〕六八頁。同様の内容としては、鄭鎭連「因果関係と客観的帰属に関する研究」『啓明大学社会科学論叢』第五集（一九八七年）一〇頁。

(64) 李炯國『刑法総論研究：一』（一九八九年）二〇二頁以下、鄭盛根「因果関係と客観的帰属」『月刊考試』一七四号（一九八八年）二六頁、沈在宇「刑法上の因果関係と客観的帰属」『考試研究』（一九八三年）三三頁以下、金日秀「因果関係と客観的帰属（Ⅱ）」『月刊考試』一六一号（一九八七年）一二頁以下、申洋均「因果関係と客観的帰属（Ⅱ）」『考試界』三五五

号（一九八六年）九九頁以下。

(65) 이용식「상당인과관계설의 이론적의미와 한계」『서울대학법학』第四四巻第三号（二〇〇三年）二〇一―二〇二頁。

(66) 大法院一九五五年二月一八日　四二八七刑上一九四判決。この判決を、朴貞根教授と黄山德教授は、大法院が「相当因果関係説」を採った判例として紹介しているが（朴貞根「因果関係」『法政』第二四巻〔一九六九年〕四九頁）、康政哲教授は、これを判例が「条件説」を採ったケースとして説明している（康政哲『刑法総論』〔一九六六年〕四二九頁）。

(67) 原審は、「被害者は脳出血を起こしやすい体質をもっていた者であり、脳出血を起こしたのは精神の興奮が極点に達したのが直接の原因であり、被告人の暴行は被害者の興奮の原因にすぎないため、被告人の暴行は社会的経験上又は常識上一般的な過程において本件被害者の死亡原因となったとは認められない」とし、被告人の暴行行為と被害者の死亡結果との間の因果関係を否定した。

(68) 大法院は、「原審は被告人の暴行は被害者の精神の興奮状況を起こした原因に過ぎないとしているが、暴行により脳出血が発生することも可能であり、仮に暴行が死亡の直接原因ではないとしても暴行により精神の興奮状況が起き、これにより脳出血が発生し死亡したのであれば、その間には法律上の因果関係を認めなければならない（日本大審院判例昭和四年四一同昭和六年四七〇同大正三年一五七九同明治四三年一五八九同大正一二年六五八同大正一四年七八〇昭和二年三四三昭和五年七六一同昭和六年三六五各参照）」とし、日本の明治から大正までの大審院判例を挙げているが、判例番号の表記方法が明らかではない。

(69) 大法院判決一九六七年二月二八日・六七도四五。

(70) 大法院判決一九七九年一〇月一〇日・七九도二〇四〇、大法院判決一九八三年一月一八日・八二도六九七、大法院判決一九八六年九月九日・八五도二四三三などを参照。大法院は「暴行行為をした時点において暴行から結果が発生することの予見可能性がある」とし、被害者の特異体質に関する認識に関しては言及せず、「相当因果関係」を認めている。一方、被告人が軽く被害者の頬を殴った場合や被害者の肩を強く捕まえて七メートルぐらい歩いた行為については死亡結果との間での因果関係を否定した。

(71) 大法院判決一九九四年三月二二日・九三도三六二一。本判決の事実関係は次のとおりである。被害者は、被告人らにより鎌、鉄管や角材などで殴られ、病院に運ばれた。十日後に意識を回復し治療を受けていた被害者は、急性腎不全症により摂食を制限しなければならなかったにもかかわらず勝手に食べ物を食べ、それによって合併症で死亡したという事案である。

大法院は、ここで被告人らの暴行行為と被害者の死亡結果の間に因果関係があると認めた。

(72) 被害者が被告人のオートバイから衝突されて道路で転倒した後、別の者が運転するトラックに轢過され死亡した事案において、大法院は被告人の過失運転と被害者の死亡結果との間の因果関係を認めた（大法院判決一九九〇年五月二二日・九〇도五八〇）。

(73) 최주혁・前掲注（3）二〇〇―二〇一頁。

(74) 도중진「형법에 있어서 상당인과관계와 객관적귀속」『비교형사법연구』第二巻二号（二〇〇〇年）二六頁。

(75) 김성돈・前掲注（4）一八〇頁。

孫　麗玉（ソン　ヨオク）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
最終学歴　高麗大学一般大学院法学科後期博士課程
専攻領域　刑法
主要著作　「過失犯の共同正犯に関する韓国判例の検討」『法学政治学論究』第一〇二号（二〇一四年）