九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

韓国刑法の歴史的展開と課題（一）

崔，鍾植
九州大学大学院法学研究院

https://doi.org/10.15017/8835

出版情報：法政研究. 74 (3), pp.1-28, 2007-12-28. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

論説

韓国刑法の歴史的展開と課題（一）

崔　鍾　植

【目　次】

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　韓国制定刑法のモデルとしての日本改正刑法仮案に関する検討（以上本号）
Ⅲ　韓国刑法の制定史
Ⅳ　韓国制定刑法と日本改正刑法仮案の比較
Ⅴ　韓国刑法の改正史
Ⅵ　韓国刑法の課題
Ⅶ　おわりに

Ⅰ　はじめに

一九五三年九月に制定され、同年一〇月から施行された韓国制定刑法の内容は、大部分一九三一年と一九四〇年にそれぞれ発表された総則と各則を含んだ日本の「改正刑法仮案」[1]を土台にしている。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。韓国刑法が制定された一九五三年は、日本が敗戦してから八年が経過した後であり、さらに日本がすでに新しい憲法の元で新刑法改正を研究していた時期でもある。しかし、韓国は対日抗争期[2]から解放後新しい刑法を制定する段階において、日本の戦争がたけなわであった際作成した改正刑法仮案をモデルとして新刑法典を制定することになったのである。[3]その後、韓国現行刑法に対する部分改正は行われたが、依然として一九五三年当時の制定刑法の骨格と内容は今でも相変らず維持されているので韓国刑法の根源は間違いなく日本改正刑法仮案である。[4]したがって日本改正刑法仮案は、韓国刑法を解釈し今後の改正方向を論じるのに欠かせない必須の参考資料である。しかしながら、仮案が韓国の制定刑法に及ぼした影響についての詳しい研究資料はそれほど多くない状況にある。

日本改正刑法仮案は、当時としてはたとえ部分的に進歩的な内容を含んでいたとはいえ、結局終戦前の日本の帝国主義・軍国主義憲法下における体制の維持および強化のための刑法改正案であったと見られる。さらにこの改正刑法仮案は、日本による太平洋戦争が激しくなることによってそのまま死蔵されたものであった。韓国刑法の制定当時、日本改正刑法仮案のいろいろな背景とその意味が見過ごされたはずはなかろうと考えられるが、結局この改正刑法仮案は、韓国制定刑法に大きな修正なしに受容された。[5]「軍国主義下の改正刑法仮案」[6]、「日本ファシズムの最高潮期である昭和十五年に完成した仮案」[7]が日本でもなく、韓国において日の目を見ることになった背景とははたして何だろうか。

本論文は、韓国刑法の制定から今日に至るまでその歴史的展開を考察し、韓国刑法が抱えている課題を提示しようとするものである。まず、本稿においては、韓国制定刑法のモデルになり、韓国刑法を論ずるとき欠かせない存在である

日本改正刑法仮案の形成過程と背景、その指導原理および内容と特徴などを検討しておくことによって、改正刑法仮案が韓国制定刑法に及ぼした影響を具体的に検討するための後続研究の基礎資料としたい。

II　韓国制定刑法のモデルとしての日本改正刑法仮案に関する検討

一　日本の旧刑法と現行刑法の制定史

仮案の本質規定に当たっては、その前身である現行刑法（明治四〇年、一九〇七年）、さらには旧刑法（明治一五年、一八八二年）との歴史的関連を問題としなければならない。[8] 改正刑法仮案に先立って日本の刑法制定史から概観してみたい。

「明治国家の成立時においては、封建制が打破して資本主義社会が自生的に展開するという過程を経ないまま―したがって封建制の胎内で自由・人権思想が内発的に開花していなかった―、世界資本主義の圧迫のもとに幕藩体制が崩壊し、日本は急速に資本主義化の道をとらなければならなかった。したがって、封建的諸制度の温存と近代的資本主義化との矛盾対抗関係を基礎としながらも、条約改正にせまられて、形式的には、ウエスタン・プリンシプルによる近代的な諸法典の編纂が急がれた。その最初の法典が旧刑法であったわけである。[9]」という見解のように日本の旧刑法は、多分文明開化政策の一環として形式的に法制度を整えなければならなかった当時日本政府が上からの必要によって制定したものといえる。[10] また、このときは日本においてすでに農民層と結びついた自由民権運動が活発に展開し始めた時期でもあり、このような自由民権運動を抑圧するために当時多くの特別法が制定された。旧刑法もこのような自由民権運動の急速な発展に対するさまざまな弾圧立法のなかで登場してきたことを忘れてはならない、という見方もある。[11] 日本の

旧刑法はこのような時代的背景の下で誕生したのである。

日本政府は、旧刑法制定のために、明治六年（一八七三年）にフランスの法律学者のボアソナード（Boissonade, Gustave Emile, 一八二五～一九一〇）を司法省の法律顧問として招聘した。ボアソナードが起草した日本刑法草案は、明治一〇年（一八七七年）一一月に完成され、元老院の審議と修正を経て明治一三年（一八八〇年）七月一七日、太政官布告第三六号「刑法」として公布され、同一五年（一八八二年）一月一日から施行された。この刑法典は全文四三〇箇条で構成されており、形式的な罪刑法定主義の原則を宣言した日本最初の近代的刑法典であった。この刑法は、当時世界的に最も進歩した刑法として評された一八一〇年のフランス刑法典（ナポレオン刑法典）をモデルとした。旧刑法はフランスの新古典主義の基調である客観主義・応報主義を採用しながら、ボアソナードの個人的影響も強かった。[12]

しかし、旧刑法典には前近代的な要素が完全に払拭されず、相変らず封建的な色彩が濃厚に残っていた。さらに当時日本には、この法律を維持して行くべき固有の市民社会的基盤と市民社会的法意識が成熟されていなかった。[13] 特に旧刑法は寛大すぎて、当時の急増する犯罪に対応できないなど、社会状況に適合しないとの批判も浴びていた。[14] したがって旧刑法の施行とともに全面改正の必要性が当時の司法省を中心として提起されていた。

このような状況で、明治二四年（一八九一年）の第一回帝国議会に全面改正案が提出されるに至った。その主な改正理由は、「明治二三年に、旧憲法が制定され、…それと同時に、刑法典の改正が問題となってくる。その直接の名目は、…旧刑法はフランス法を母法としたものであり、…日本の現実にはそぐわないものであり、より日本の国情に合致するために改正しなければならない」ということであった。[15] 改正案はその後数回に渡って議会に提出されて明治四〇年（一九〇七年）第二三回帝国議会で成立し、同年四月二四日「刑法」（法律第四五号）として公布され、明治四一年（一九〇八年）一〇月一日から施行された。これが日本の現行刑法である。

この現行刑法に対しては、少なくともその当時のフランス刑法、ドイツ刑法はもちろん、他のどんな国家の刑法より

も進歩的なものであったという評価がある。[16] また、現行刑法は、一八七一年のドイツ刑法の影響を強く受けていると同時に、当時ヨーロッパで強力に主張されていた実証主義的、主観主義的な近代学派の刑法理論を大胆に受容し、「人権保障」よりは「社会防衛」を優先させた全く新しい形態を取っており、特に当時のヨーロッパのどこの国より先立った独占資本主義の要請に十分応えうる刑法という観点もある。[17] しかし他方では、当時日清戦争（一八九四年）と日露戦争（一九〇四年）をきっかけとして産業革命が飛躍的に展開し、独占資本主義と帝国主義が登場することによって労働争議と小作争議が急激に増加して無政府主義と社会主義思想が台頭し、これに伴い各種の政治運動を産むことになり、このような時代的状況によって絶対主義的権力は一層反動化せざるをえず、その結果国家刑罰権を強化した現行刑法がうまれたという批判的見解もある。すなわち、一九〇七年に制定された日本現行刑法の特徴は、当時の国家権力に有利なように構成要件を抽象化し刑罰体系を強化して、裁判官の自由裁量権を拡大することによって、市民主義を抑圧しようとした点にあるという。[18]

日本現行刑法は以後数回部分改正が行われたが、大体制定当時の形態を維持したまま今日に至っている。ただし、戦時中には戦時刑事特別法や国防保安法のように当時の戦況にしたがって軍国主義国家が必要とした、苛酷な特別刑法が数多く制定され、刑法適用の中心がむしろそちらに傾いていた。

二　改正刑法仮案の成立過程

1　刑法改正の綱領

大正三年（一九一四年）第一次世界大戦（一九一四～一九一八）が勃発する頃から日本には政治・社会的に革新的な傾向が芽生えた。特に大正六年（一九一七年）ロシア社会主義革命によるソビエト社会主義国家の誕生などの影響に

よって民本主義や社会主義運動が目立った。一方、日本経済は第一次世界大戦中の軍需品の大量輸出で目覚ましい好況（いわゆる大戦景気）を享受していた。しかし第一次世界大戦の終戦と同時にこの対戦景気も一時終末を告げて経済的危機を迎えるように見えたが、またヨーロッパ地域に対する復興物資の輸出が増えることによって大正八年（一九一九年）からは、再び大戦景気以上の好況を享受することになった。この豊かな状況を背景として民主主義と社会主義運動も大きく勃興することになった。革新の気勢が知識人をはじめとする国民の間に蔓延し、普通選挙運動、労働運動、農民運動、女性運動が続いた。[19] 大正七年（一九一八年）には、米波動が全国的規模で発生して日本政府に大きな衝撃を与えた。[20] このときが絶対主義的な天皇制と妥協しながら流行したいわゆる「大正デモクラシー」の時期である。しかし、他方ではこのような雰囲気の反動としてファシズムが台頭し始めた。

このように、経済的には好況を享受し、思想的には民本主義と社会主義が浸透し、政治的には政党政治が全盛期を謳歌するようになったが、他方では、このような近代化の傾向に対する反動として国家主義・日本主義の傾向が強く台頭する複雑な時代的状況[21]が展開する中で、刑法の全面改正の要求が再び提起された。すなわち、大正一〇年（一九二一年）一一月二八日に、時の政府は「臨時法制審議会」に対して、三つの理由を付して刑法改正の可否を問い、これを可とするときは、その改正の綱領を示されたいと諮問を求めた。その理由とは、第一に、「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」、第二に、「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」であった。[22] この中で特に注目したい点は、「日本固有の道徳および美風良習」という点である。この第一点のいおうとするところは、要するに現行刑法は日本古来の伝統に合わないから改める必要があるというきわめて復古的、反動的なものである。すなわち、当時の革新的な労働運動、農民運動、普通選挙権獲得運動などによって浮き立っている「人心の趨勢に対応して」、刑罰権を強化することによって、日本固有の道徳および美風良習に

則った社会秩序の維持と強化を図ったことであったと見られる。[23] これは日本政府がこの諮問直後の大正一一年（一九二二年）二月治安維持法の前身の「過激社会運動取締法案」を議会に提出していることを見ても察することができる。

諮問を受けた「臨時法制審議会」は、五年後の大正一五年（一九二六年）一〇月に入り、「刑法改正ノ必要アリ」と答申し、同時に四〇項目にわたる相当に具体的な「刑法改正ノ綱領」を発表した。この綱領は、前述の政府の諮問理由に対して、次のように答申した。第一の美風良習の見地からの改正の必要に対しては、各罪に対する刑の軽重はわが国の「淳風美俗」を維持することを目的とし、「忠孝其ノ他ノ道義ニ関スル犯罪」については特にその規定に注意することとし（第一項）、特に、天皇に対する罪については独立の規定を設け（第二八項）、皇室の尊厳を冒瀆する罪についての規定を設けること（第二九項）などを掲げた。第二の人身及び名誉の保護に関する見地からの改正については、名誉毀損罪や暴行及び毀棄罪等の刑を重くすべきこと等を掲げた。最後に第三の刑事政策的見地からの改正については、刑罰の種類を拡大すること、刑の量定の基準を定めること、執行猶予の条件を緩和すること、法律上の復権を規定すること、常習犯に対する規定を設けること、不定期刑・保安処分・宣告猶予の制度を確立すること等を掲げた。

「刑法改正の綱領」は、全般的危機段階に対応するもろもろの弾圧立法と思想的な環を構成し、理論的には「主観主義」刑法理論によって補強されながら、大正デモクラシーに対する複雑な打撃手段を準備したものであった。「綱領」の骨幹は、早くも治安維持法の「国体ノ変革」・「私有財産制度ノ否認」なる思想に対する暴圧によって先取りされていった。[24] この「刑法改正綱領」は、以降日本刑法改正作業の基本的方向となった。[25]

2　改正刑法仮案の作成

日本政府は、刑法改正の綱領に基づいて、昭和二年（一九二七年）一月に「司法省刑法改正原案起草委員会」を設置した。そして当時の司法省の刑事局長であった泉二新熊（後で検察総長、大審院長を歴任）の指導下に司法省職員に

よって、わずか三ヶ月で「刑法改正予備草案」が作成された。この予備草案はもちろん改正綱領の路線に立っており、四三章三五九条で構成されている。この予備草案については、「…その間にスイス一九一八年の草案、ドイツ一九二五年の草案が発表されて居り、それらが予備草案の起案者達によって参考されたことである。…ドイツ刑法学に傾き、…その法律学的教養によって現行法の理論的形式を修正したい、といふのが刑法改正の第三の動機乃至要求であったと思はれる。予備草案の起案者達は意識的に又は無意識的に此の要求に動かされたと考えられる。いづれにしても予備草案は其の体系的整正の点に於いて特色をもってゐるといへよう。」という評価が見える。[26] この予備草案は、きわめて主観主義的傾向の強いものであった。[27] 予備草案の発表に引き継いで、本格的な審議に着手するため、司法省の職員の他に、貴衆両議員、在野法曹および刑事法学者を含んだ「刑法並監獄法改正調査委員会」が設置された。この委員会は、全体的に国家主義、保守主義の性格が強く、刑法学的には旧派（古典学派）の学者および実務家と、社会防衛を基本とする目的主義、主観主義を主張する新派（近代学派）の学者およびそれを受け入れようとする実務家によって構成された。[28] この委員会の中に条文起草のための小委員会が構成され、泉二刑事局長、牧野英一博士などの人物が中心になって、[29] 予備草案を原案として本格的に刑法改正の審議に着手した。この委員会は、昭和六年（一九三一年）九月、総一五一回に渡った審議の末に総則編を脱稿し、これを総会に送って若干の留保条項[30]を置いたまま、一応審議を終えて未定稿として発表した。これが「改正刑法仮案の総則編」である。総則編は、新派学者の見解が強く反映されて新しい刑事政策の積極的導入が試みられたのである。総則編を検討していた当時は、世界的な不況に囲まれたとはいえ、まだ不十分ながらもそれなりに政党政治が続き、大正時代の民本主義的な雰囲気が残存しており、その雰囲気を背景とした新派の刑法理論も主張の機会を得ることになったのである。一方、総則が公表された昭和六年というのは、いわゆる「満州事変」が始まった年であった。それ以降、対外的には帝国主義的侵略戦争がとめどもなく拡大されていき、また日本の国内ではファシズムの嵐が吹きつのり、右翼と結託した軍人による政治家へのテロ事件と、軍部ファシストによるクーデターが

発生するなど、軍部の政治的発言権が急速に伸びるようになった。このような動きは、仮案各則の作成にも影響を及ぼした。[31]

仮案総則編が発表された昭和六年九月二二日から各則編の審議を開始し、会議を重ねること二〇八回、昭和一五年三月一九日にいたって若干の条項を留保して審議が終わり、各則が同じく未定稿として公表された。「刑法改正ノ綱領」四〇項目の中、各則に関する部分はその第二七ないし第三九の一三項目に過ぎず、他はすべて総則に関するものであった。これを見ても、改正刑法仮案の重点は総則の部分にあったことが分かる。[32] 刑法および監獄法改正調査委員会の議事速記録（昭和一三年一一月二二日）によると、起草委員会で作成された各則編の草案を、全体会議の審議にかけるに際して、委員長は、草案の特色を次のように説明している。[33]「本案に於いては、社会情勢の複雑化、殊に生存競争の深刻化と犯罪趨勢の増大化と鑑みまして、各章の規定の内容を拡充し、以って現行法の不備欠陥を補い、社会防衛の目的を完うせんことを期しました」。「次に現行法に於いては、公益犯に対する刑罰が、私益犯に対する刑罰に比して概ね軽きに失するの嫌いがありますので、本案に於いては、此の弊を矯むることに注意致しました」。つまり、大正一五年の綱領をふまえて、社会防衛の目的を完うせんがため、私益犯よりも公益犯をより一層厳しく罰しようとしたのである。国民の生活を犠牲にして侵略戦争に突入していった政府にとって、私益犯によって国民の生活がおびやかされることよりも、公益犯によって戦争遂行の体制を危くされることのほうが、よほどおそろしかったのである。

このようにまる一八年六ヶ月かけた永い歳月の改正作業の末に「改正刑法仮案」が誕生したのである。この仮案は、前述の「刑法改正の綱領」の基本方向に基づいたものであり、同時に、国内外の学説・判例と立法例―特にドイツ、イタリア、オーストリアの諸刑法草案―の取捨検討にも努力したという。[34] その中でも注目されることは、一九三〇年のファッショ・イタリア刑法典と一九三三年と一九三五年のナチス・ドイツの刑法改正事業が念頭に置かれたという事実である。[35] 仮案が完成した昭和一五年（一九四〇年）は、まさに日本が最後の一戦を辞さなかった太平洋戦争の勃発の前

年でもあった。改正刑法仮案の性格は、当時このような歴史的背景を離れては考えにくいだろう。[36]

この仮案についての評価は分かれている。まず、臨時法制審議会の当初から改正調査委員会の有力なメンバーとして、始終二〇年間にわたってこの改正事業に従事した牧野英一教授は、「…立法は妥協である。…さうしてわれわれは、わが国における立法上の妥協において、イタリアおよびドイツの事例に対して更に一歩を進めんことを考えてゐるのである。されば、かやうなところに、世界大戦後の思想を承けて、改正刑法仮案ができ上がったものと解さねばならぬ。[37]」と評している。しかし、「客観主義」刑法理論の立場に立った小野清一郎教授は、「主観主義」刑法理論の仮案総則については、「実証主義、即ち感性的経験の実証のみを重んずる機械論的決定論の立場に立つ、謂ゆる新派の刑法理論は結局委員会の大勢を支配するに至らなかったが、しかし論理的反省に乏しき実際的考慮は知らず識らず委員会をその影響に下に立たしめた。其の結果刑法における道義的精神が著しく弛緩せしめられ…、刑法における道義の危機であり、刑法そのものの危機である。…新派の刑法理論なるものは…結局人間精神の深き消息に通ぜざるきわめて皮相の抽象的理論にすぎない。…しかしそれが昭和十五年の改正刑法仮案と為り、当局が一挙に之を我が現行法たらしめようとしてゐる事態に対しては、私は厳重なる抗議を申し入れざるを得ないのである。[38]」、さらに「…実証主義・唯物論的思想によって苟くもわが日本刑法が編纂されるといふことは国民的道義の立場において到底忍ぶべからざることである。[39]」と批判しているが、各則については、「…大体において極めて優れた理論的体系をもってゐる…、…国民的でもあり、時代的でもある。…総則は何としても十年前のものである。一九二〇年代の思想が其の背景にある。これを十年後に成立した各則と一緒にして法案を成立せしめようとするところに無理があるのではないか。[40]」と評している。他方、中山研一教授は、「…牧野・小野両博士の見解によって代表される仮案の二つの基本理念は、互いにその進歩的側面を攻撃し相殺し合うことによって、日本ファシズムの刑法原理への途を開くものであったことが再確認されるであろう。[41]」とし、また、桜木澄和教授は、この両学派の理論論争について、「…日本帝国主義の凶悪な侵略性、ファッショ的弾圧の狂暴性、

その下における自由と人権、民主主義の扼殺についての認識を欠落している点ではまったく共通の基礎をもっている。したがって思想的には、客観主義刑法理論（滝川理論およびその傾向をもつ理論は除く）も主観主義刑法理論もファシズムの下では破産していた。二つの理論は、ファシズムへの応化によって転向したにすぎない。[42]」と批判している。また、一九六〇年の「刑法改正準備草案」においてまたしても改正刑法仮案がその基礎となった際、戒能通孝教授は、「四月末、刑法改正準備草案の内容を一読したときに、まず何よりも驚いたのは、刑法学者の非常識さであった。準備草案が昭和一五年の刑法改正仮案を基礎としたという点において、それ自体普通の常識ある人には、（また立法反対デモをやらねばならぬのか）とばかり、慨嘆させるに十分である。いまもしナチの刑法理論をドイツ刑法の改正に基本資料として利用するといったなら、ナチ化しつつある西独でも、大概の人々は仰天するにちがいない。ところが日本では公然と軍国主義下の刑法改正仮案が、岸首相ですら民主主義の擁護をとなえる今日このごろ、再び日の目をみたのである。…昭和一五年というあの時期の改正案が、今度の準備草案の基礎にされたという事実こそ、全く常識から外れている。[43]」と辛辣に批判する。さらに同じ問題について、中山研一教授も「…今日とくに仮案の歴史的性格の全面的な再検討の必要性を強調しなければならないのは、戦後の民主革命遂行とその法的表現である現行日本国憲法の成立にもかかわらず、最近とくに反動化の傾向がいちじるしく戦前への郷愁を絶ち難い一部のしかし有力な勢力の台頭という雰囲気の中で、全面的な刑法改正事業が簡単に戦前の状態の継承という問題意識の下に進められる危険性が十分あるからに他ならない。このことは、日本の刑法学が再びファシズムの従僕とならないための保障として、是非必要であるとわたくしは信じる。[44]」と厳重に警告している。

反面、木村亀二教授は、「…草案は、刑法改正の根本思想たる刑罰の効果を確実ならしめること及び我が国の淳風美俗を刑法の中に反映せしめることといふ目的から謂っても、又、今日の社会的国家的要求に添うといふ点から見ても、略略その目的を達し要求を満すに近いものとなって居ることはこれを十分認むべきであらう。…草案各則の諸規定が、

…尚ほ確乎たる思想的態度を採り、毅然として文化的使命を自覚したものたることに対して、その意義と価値を高く評価せねばならぬであらう。[45]」とし、齊藤金作教授は、「刑法改正仮案は、近代日本刑法学の打ち立てた一大金字塔である。それは、古典学派の主張と実証学派の提案とを包摂大成した記念碑である。[46]」と激賞している。また、市川秀雄教授は、「改正仮案には当時の刑政における進歩的思想が、伝統的な思想との妥協の間においてではあるが、当時として可能な限りにおいて苦心して採り容れられていたことは大いに認めねばならぬ。…改正刑法仮案が、その世界的視野において、それに盛られた思想はむしろ大いに進歩的のものであったことを、われわれは率直に認めねばならぬのである。それで、かような意義において、われわれは仮案を貴重なものとして尊重する。そうして、これを基礎として改正の企てを進めることには賛意を表する躊躇しないのである。[47]」と積極的に評している。

改正刑法仮案は、未定稿であったので委員会はその後も審議を継続した。しかし、全面的戦時体制の遂行のために、挙国一致を指向する近衛内閣は、昭和一五年（一九四〇年）一〇月各官庁に設置されていた委員会、調査会などの大々的な整理を断行した。この時、「刑法および監獄法改正調査委員会」も廃止された。結局、委員会としての確定稿を完成させることができず、したがって司法省に対しても答申をすることができないまま終結されたのである。ただ、以後刑法を部分改正する際、改正刑法仮案の一部規定が採択されたことはある。[48]

三　改正刑法仮案の指導原理

前述の通り改正刑法仮案の指導原理になったのは、大正一〇年（一九二一年）政府の臨時法制審議会に対する諮問書と、これに対して、大正一五年（一九二六年）に答申された「刑法改正ノ綱領」である。その指導原理は、第一に、日本「固有ノ道徳及び美風良習」の見地、第二に、「人身及び名誉ノ保護」の見地、第三に、「刑事政策的」見地である。

この三つの見地についての内容を概観する。

1　日本固有の道徳及び美風良習の見地

この見地は、「刑法改正ノ綱領」では、「淳風美俗」及び「忠孝其ノ他ノ道義」という言葉で表現されている（綱領第一、二項）。忠孝が道義の中心であり、すなわち、美風良習の中核である。[49] この指導原理は、改正刑法仮案の中にそのまま受容され具体化された。

この見地に則った総則規定は、まず、第五七条が刑の適用に関して考慮すべき事項として、八種類を挙げているが、その中で第三号として「犯罪ノ動機カ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」を参酌しなければならないと定めている。これと関連して、第六一条は、「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」とする。また、第六五条は、「道義上又ハ公益上特ニ宥恕スヘキ動機ニ因リ罪ヲ犯シタル者ニ対シ六月以下ノ禁錮又ハ三百圓以下ノ罰金ヲ言渡スヘキ場合ニ於テ其ノ科刑仍ホ重シト認ムルトキハ之ニ代ヘ譴責ヲ科スルコトヲ得」と規定する。刑を加重する場合に関しては、このような規定がない。

他方、各則においては、次のような規定等がある。皇室の尊厳を冒瀆する罪（第一六三条）、国体の変革を目的とする暴動及び殺人罪（第一六五条、第一六七条）、神社に対する罪（第二三〇条、第二三一条）、自己または配偶者の直系尊属に対する殺人・傷害・遺棄・逮捕監禁罪に対する刑罰加重規定の増加（第三四三条第二項、第三四四条第二項、第三四七条第二項、第三六五条、第三六六条第二項、第三六八条第二項）、親族と家族間の犯罪および親族のために犯した犯罪については、不処罰または刑を免除する規定（第二二二条第二項、第二二七条、第四三三条、第四五二条）等がある。これら規定に盛られている思想は、旧憲法下において特に強調された国体観念[50]と旧民法下において重要視された

家族制度の思想であり、さらに戦時下においては、一時極端に表出されたこともある。

日本政府がこのような見地に則って、全面的な刑法改正を企図することになったには、当時の社会的、政治的な背景があったことは言うまでもない。当時の現行刑法は、独占資本主義の要請に十分に対応したという評価を受けてはいたものの、時の日本政府にはあまりにも自由主義的に偏っていると映ったようである。したがって、このような現行刑法を全面的に改正することによって、民主主義や社会主義という「日本古来の伝統と合致しないこと」から絶対主義的な天皇中心の日本を守るための防波堤とする必要があると判断したに違いないであろう。太平洋戦争により中断された改正刑法仮案を引き継いで、戦後昭和三一年（一九五六年）に法務省に「刑法改正準備会」が設置され、新しく刑法全面改正作業が復活した時にも、この指導原理はその基礎になった。つまり、改正刑法仮案の指導原理が、終戦後の刑法改正作業にまで受容されたという意味である。その作業の結果誕生したのが、昭和三六年（一九六一年）の「改正刑法準備草案」である。当時これについての次のような批判的見解が注目に値する。「…従って、今日の民主主義国家の刑事立法の指導原理として、右のような具体的な意味における、わが国固有の道徳及び美風良習ということや、忠孝その他の道徳というような見地を採用することは許されないし、又、そうした見地の意味内容の漠然としたものを刑法改正の指導原理とすることは、折角戦後十余年の歳月をとおしてようやく国民生活の中に根をおろしはじめた新しい民主的道徳を混乱に陥れ、時代錯誤の逆コース的思想の潜入の危険を生ずるから、むしろ、積極的にこれを排撃する必要があると思う。そのような意味において、われわれは、今回の刑法改正に際しては、改正刑法仮案の指導原理となった固有の道徳及び美風良習の見地はこれを指導原理とすることを避けねばならない。[51]」

2　人身及び名誉保護の見地

刑法改正が必要という第二の諮問理由は、「人身及名誉ノ保護ヲ完全ニスル為」である。時の日本政府は、現行刑法

が財産の保護に重点を置き、それに比して人身と名誉の保護は、疎かにした傾向があると認め、このような理由を提示した。現行刑法が元々資本主義の要請に符合して制定された以上、これは当然の帰結であっただろう。その一つの例をあげれば、現行刑法においては「暴行又ハ脅迫ヲ以テ他人ノ財物ヲ強取シタル者ハ強盗ノ罪ト為シ五年以上ノ有期懲役ニ処ス」（刑法第二三六条第一項）[52]に反して、「暴行又ハ脅迫ヲ以テ十三歳以上ノ婦女ヲ姦淫シタル者ハ強姦ノ罪ト為シ、二年以上ノ有期懲役ニ処ス」（刑法第一七七条）ことにしてその刑が前者より軽くなっている。

かくして、刑法改正綱領第三〇項は、「猥褻、姦淫ニ関スル現行法ノ不備ヲ補ヒ且刑ノ権衡ヲ適当ニスルコト」を宣言しており、これは、仮案各則第三五章「姦淫罪」において実現された。すなわち、各罪に対する科刑を現行法より重く改正した（第三八八条、第三九〇条、第三九二条、第三九六条）。第三九〇条の罪（心神喪失、抗拒不能者に対する姦淫または猥褻行為）の構成要件中、「又ハ之ヲシテ心神ヲ喪失セシメ若クハ抗拒不能ナラシメテ」として規定されている部分を削除した。第三九三条においては、「未成年又ハ心神耗弱ノ婦女ニ対シ偽計又ハ威力ヲ用ヒテ之ヲ姦淫シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ処ス」規定を新設した。また、「業務、雇用其ノ他ノ関係ニ因リ自分ノ保護又ハ監督スル婦女ニ対シ偽計又ハ威力ヲ用ヒテ之ヲ姦淫シタル者」および「法令ニ依リ拘禁セラレタル婦女ヲ監護スル者其ノ婦女ヲ姦淫シタルトキ」を処罰する規定（第三九四条）と、「婚姻ヲ為スベキコトヲ以テ婦女ヲ欺罔シ之ヲ姦淫シタル者」を処罰する規定（第三九五条）を新設した。さらに、「十三才ニ満タザル婦女ヲ姦淫シ又ハ十三ニ満タザル男女ニ対シ猥褻ノ行為ヲ為シタル者」を処罰する規定を独立の条文として設けた（第三九六条）。

一方、刑法改正綱領第三五項および第三六項は、名誉毀損罪に対する処理を厳しくすることを宣言している。この趣旨は、そのまま仮案に反映されている。すなわち、名誉毀損罪について、現行刑法は、「三年以下ノ懲役若クハ禁錮又ハ千円以下ノ罰金」であるが（第二三〇条）、しかし、仮案第四〇六条は、「五年以下ノ懲役若ハ禁錮又ハ三千円以下ノ罰金」として刑を重く規定している。これは、刑法改正綱領第三五項の「…名誉毀損罪ノ刑ハ之ヲ重クシ生命、身体ニ

対スル罪ノ刑ト権衡ヲ得シムルコト」に忠実に従った規定である。また、名誉毀損罪の成立範囲が現行法に比べて拡大された（第四〇六条第二項）。さらに、仮案第四〇七条および第四一一条は、「…被害者ノ請求アル場合ニ於テハ事実ノ真否ヲ判断シ虚偽ナルトキハ」特に刑を加重した。また、死者の名誉毀損罪についての独立条文を設け、その刑を現行法より重くした（第四〇八条）。同じように侮辱罪の刑罰も重くした（第四〇九条）。出版物による普通の名誉毀損罪および死者に対する名誉毀損罪を新設し、その刑を特に重くした（第四一〇条）。刑法改正綱領第三五項に則って、本章（第三八章名誉ニ対スル罪）の罪の中で軽い犯罪（死者の名誉毀損罪および侮辱罪）は親告罪とし（第四一三条第一項）、その重い犯罪（普通名誉毀損罪および出版物による普通名誉毀損罪）を非親告罪とする同時に、反意思不罰罪とする規定（第四一三条第二項）を新設した。

改正刑法仮案の「人身及名誉ノ保護」という第二の見地について、特に、木村亀二教授は、「…これは新憲法の下では、その一三条の個人尊重の原則という基本的人権の保障の当然の結論であって、今回の刑法改正[53]においても当然採り上げられねばならない。そして、すでに昭和二十二年の刑法の一部改正法律によって実定法となっているから、現行刑法の規定を維持し徹底させる必要がある。…改正刑法仮案の人身及名誉の保護の見地は今回の刑法改正の中に徹底せしめられねばならないと思う」と積極的に評している。[54]

3　刑事政策的見地

第三の見地は、犯罪防止のために刑事政策的規定を整えようとすることである。現行刑法は、二〇世紀初の立法としては、この刑事政策的な要請について相当な配慮をしたものといえるが、その後の国内外的な変革に十分に対応できない点が多いので、そのための改正が必要だということである。

すでに日本政府は、刑法改正のための諮問の第三項で、「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、また、内閣総理大臣の諮問提出理由（内閣総理大臣演説要領）の説明中で、「輓近社会ノ情勢及人心ノ趨向ハ著シク変化致シマシタル為現時ノ制度ニ依リマシテハ或ル種ノ犯罪人ニ対シテハ殆ド其ノ制裁ノ効果カナイカノ如ク思ハルルモノカアリマス即チ現行刑法ニ於ケル刑罰規定ハ其ノ実蹟ヲ挙クルニ於テ遺憾ノ点カ尠クナイヤウニ考ヘマス宜シク刑事政策ノ要求ニ適応シテ相当ノ法制ヲ立ツルコトハ方今ノ時世ニ於テ特ニ其ノ必要ヲ認メル次第テアリマス」とした。これに基づいて作成された刑法改正綱領は、第三項は、「公権ノ喪失及停止ヲ刑トスル規定ヲ設クルコト」、第四項は、「譴責ヲ刑トスル規定ヲ設クルコト」、第六項は、「刑又ハ刑ノ附随処分トシテ居住制限ノ規定ヲ設クルコト」とした。これは、改正刑法仮案第三〇条として具体化され、同第四号は資格喪失、第五号は資格停止、第六号は居住制限、第一〇号は譴責をそれぞれ刑の一種として規定した。[55] また、刑の執行方法についても、綱領第八項において、「自由刑ノ執行猶予ヲ為シ得ヘキ要件、取消ノ要件ヲ寛大ニシ且宣告刑ノ範囲ヲ広クスル規定ヲ設クルコト」とした他、第九項では、「刑の執行猶予ノ範囲ヲ拡張シ罰金、科料、公権喪失及停止ニモ及ホスヘキ」規定を設けることにした。これが改正刑法仮案第一〇章（第九六条ないし第一〇四条）にそのまま受容され、現行刑法の規定を大幅に改正した。例えば、第九七条は、「刑ヲ併科スヘキ場合ニ於テハ其ノ一ノミニ付亦刑ノ執行ヲ猶予スルコトヲ得」、また、第九八条は、「懲役又ハ禁錮ニ付刑ノ執行猶予ヲ言渡ス場合ニ於テ必要アリト認ムルトキハ其ノ猶予期間内本人ヲ保護観察ニ付シ又ハ本人ニ善行保証ヲ命スルコト」ができるという規定を設けた。[56] 第一〇〇条は、「執行猶予ノ言渡ヲ取消ストキハ既ニ提供シタル金額又ハ有価証券ヲ没収スルコトヲ得前項ノ場合ニ於テ没収セサル金額又ハ有価証券ハ之ヲ還付スヘシ」、第一〇二条は、「執行猶予ノ言渡ヲ受ケタル者ハ其ノ猶予中人ノ資格ニ関スル法令ノ適用ニ付テハ刑ニ処セラレタルコトナキモノト看做ス」、第一〇四条は、「資格喪失又ハ資格停止ノ言渡ヲ為ス場合ニ於テハ情状ニ因リ一年以上五年以下ノ期間其ノ効果ノ発生ヲ停止スルコトヲ得前項ノ場合ニ於テ必要アリト認ムルトキハ本人ノ善行保証ヲ命スルコトヲ得」という内容を新しく定めた。

宣告猶予について改正綱領第一一項は、「有罪判決ノ宣告猶予ヲ為シ得ヘキ規定ヲ設クルコト」としているが、これに基づいて、改正刑法仮案は、第一一章宣告猶予（第一〇五条ないし第一〇七条）を新設した。さらに仮出獄について、綱領第二〇項は、「仮出獄ノ要件ヲ寛大ニシ其ノ他仮出獄ニ関シ受刑者ヲ保護スル規定ヲ設クルコト」とし、これを引き継いで、改正刑法仮案においては、第一二章仮釈放（第一〇八条ないし第一一四条）を設けて現行刑法を大幅に改正している。この規定よって仮釈放が認められた者および刑の執行猶予を受けた者については、保護観察（第一四四条ないし第一四八条）に付し、善行保証（第一四二条の二ないし第一四二条の四）を命じることができる規定を新設した。また、綱領第一九項は、不定期刑を科することができる規定を設置することとしているが、改正刑法仮案第九章で不定期刑（第九一条ないし第九五条）に関する規定が新設された。

しかし、改正刑法仮案の刑事政策的堅持の最大の特色は、刑罰以外に保安処分を規定していることである。刑法改正綱領第二一項は、保安処分として勤労忌避者、アルコール中毒者、精神障害者などに対する保安処分規定を設置することとしているが、改正刑法仮案第一五章は、保安処分（第一二六条ないし第一四三条）に関する規定を新設した。すなわち、監護処分（禁錮以上の刑に当たる罪を犯した者が心身障害者または聾唖者である場合に公安上必要であると認めるときに科する処分として監護所に収容し、治療その他監護のために必要な処置をすることである：第一二七条ないし第一三二条）、矯正処分（飲酒または麻酔剤使用の習癖がある者として酩酊または麻酔の状態において罪を犯し、その習癖を矯正する必要があると認める場合に科する処分として矯正所に収容して実施し、その期間は二年である：第一三三条ないし第一三五条）、労作処分（浮浪または労働忌避によって常習的に罪を犯した者に対し刑の宣告をする場合にその裁判と共に言渡す処分として、労作所に収容して勤労精神を涵養するために必要な作業に就かせることである：第一三六条ないし第一三八条）、予防処分（懲役の執行終了によって釈放されるべき者が、釈放後に再び放火、殺人または強盗をする虞が顕著な場合に科する処分として、予防所に収容して矯正に必要な措置をとることである：第一三九条

ないし第一四二条）の四種類[57]を規定している（第一二六条）。

このように、刑事政策的見地は、主に改正刑法仮案の総則の部分に具現されているが、これについて、木村亀二教授は、「…特に刑の量定の基準に関する規定、常習犯に対する規定、不定期刑・宣告猶予・保安処分の制度の確立等が特に重要なものであるが、これらは現行刑法において特に欠けているため現行刑法の改正上その制定の必要が痛感せられて来たものであるから、今回の改正において特に考慮せられねばならないものである。…及び、第三の刑事政策的見地だけが、今回[58]の刑法改正の指導原理とせらるべきであるといわねばならない。[59]」と第二の「人身及名誉の保護の見地」と同じく肯定的に評している。

四　改正刑法仮案の総則と各則の編制と特徴

1　総則

改正刑法仮案における重点の部分はやはり総則部分である。総則の部分は、一七章一五三箇条の決定条項と四箇条の留保条項として構成されている。現行刑法総則が一三章七二箇条であることに比して二倍以上も多い条文である。これは、主に新しい制度に関する規定が新設されたためである。すなわち、不定期刑の五箇条、宣告猶予の三箇条、保安処分の一八箇条、保護観察の五箇条は全く新しい規定であり、その他には、刑罰種類の増加に伴う一五～一六箇条の追加と、刑の消滅についての章の新設、刑の適用についての章の変更によって一七～一八箇条が増えた。

その構成は次のようである。第一章、法例（第一条～第八条）、第二章、犯罪（第九条～第二〇条）、第三章、未遂犯（第二一条～第二四条）、第四章、共犯（第二五条～第二九条）、第五章、刑（第三〇条～第五六条）、第六章、刑ノ適用（第五七条～第七四条）、第七章、累犯（第七五条～第七七条）、第八章、競合犯（第七八条～第九〇条）、第九章、不定

期刑（第九一条～第九五条）、第一〇章、執行猶予（第九六条～第一〇四条）、第一一章、宣告猶予（第一〇五条～第一〇七条）、第一二章、仮釈放（第一〇八条～第一一四条）、第一三章、刑の時効（第一一五条～第一一八条）、第一四章、刑ノ消滅（第一一九条～一二五条）、第一五章、保安処分（第一二六条～第一四三条）、第一六章、保護観察（第一四四条～第一四八条）、第一七章、期間（第一四九条～第一五三条）、留保条項（第一四二条ノ二～第一四二条ノ四、第一二六条五号）の順である。

その特徴を概略すると以下のとおりである。

第一に、改正刑法仮案の総則は、規定の順序として犯罪を先に刑罰を後に規定しているが、これは現行刑法とは正反対である。改正刑法仮案は、刑法総論の理論的説明として先ず刑罰を科する前提としての犯罪を論じ、犯罪の一応の説明を終えてからその効果としての刑罰を論ずる方法に従ったものである。(60)

第二に、改正刑法仮案総則は、現行刑法には存在しない様々な制度を新設している。不定期刑、宣告猶予、刑の消滅、保安処分、保護観察などがそれである。この中で刑の消滅は、現行刑法が解釈に依存していたものを新しく設けることによって明確にしたものであるが、他の不定期刑、宣告猶予、保安処分、保護観察の新設は、改正刑法仮案総則の要点であるといえる。仮案総則の作成において最も重要視されたことは、これら新しい制度である。

第三に、現行刑法の規定を変更し、または現行刑法の規定に付加えられたこととして重要なものは次の六点である。㋐第二章（犯罪）において、事実の不知（第一〇条第一項）、法律の不知（第一一条第二項）、結果的加重犯で結果の予想可能（第一二条）、不真正不作犯（第一三条）、自救行為（第二〇条）を付加え、心身障害について、事理の弁別能力の有無を復活させ（第一四条）、正当防衛、緊急状態の犯罪阻却の根拠を過去の必要行為から新しく相当行為に改正した（第一八条、第一九条）。㋑第三章（未遂犯）において、不能未遂を新設し（第二二条）、中止未遂において、結果発生の防止努力について刑の減免の効果を付与した（第二三条第二項）。㋒第四章（共犯）において、学説上認められて

いた間接正犯を新設した（第二九条）、㋓第五章（刑）において、今までの七種類の刑罰（死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留、科料、没収）に資格喪失、資格停止、居住制限、譴責の四種類を付け加えた（第三〇条）。㋔第七章（刑の適用）において、加重減軽をする時、斟酌しなければならない事項を列挙した（第五七条）。この内容は、刑法改正綱領第一項で宣言した「各罪ニ対スル刑ノ軽重ハ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」に従ったものである。この結果、懲役から禁錮に、また禁錮から懲役に転換することができるようになった（第六一条、第六二条）。また、罰金の適用について、犯人の財産状態を参考し（第五九条）、繰返して罰金に処される者に対しては、罰金から禁錮への転換を認めた（第六三条）。さらに、裁判所は、有罪判決を受けた者の負担によって官報および新聞紙に判決の全部または一部を公示することを命ずることができ、被告人のために無罪・免訴の裁判公示ができるように規定した（第七三条、第七四条）。㋕その他、競合犯の加重主義、累犯の取り扱いなどについて多少の変更を認めているが、これは現行刑法と比較して、大きな変化はない。

第四に、改正刑法仮案総則は、若干の表題について現行刑法と違った用語を使用している。すなわち、現行刑法の「犯罪の不成立及び刑の減免、未遂罪、併合罪、刑の執行猶予、仮出獄、時効、期間の計算」から、「犯罪、未遂犯、競合犯、執行猶予、仮釈放、刑の時効、期間」に修正した。これは法典の体制（例えば、「犯罪」の章で新しく不作為犯を規定したので「犯罪の不成立及び刑の減免」としては適合しないという理由）ないし言語の表現（例えば、仮出獄よりは仮釈放が良く聞こえるというなど）上だけの問題である。

2　各則

改正刑法仮案各則は、総四六章、三〇九箇条（第一五四条〜第四六二条）で成っている。現行刑法の各則が総四〇章、一九二箇条（第七三条〜第二六四条）であることに比して、六章、一一七箇条が増えた。その構成は次のとおりである。

第一章、皇室ニ対スル罪（第一五四条～第一六四条）、第二章、内乱ニ関スル罪（第一六五条～第一七一条）、第三章、外患ニ関スル罪（第一七二条～第一八五条）、第四章、国交ニ関スル罪（第一八六条～第一九一条）、第五章、職務ニ関スル罪（第一九二条～第二〇二条）、第六章、公ノ選挙ニ関スル罪（第二〇三条～第二〇七条）、第七章、公務妨害ノ罪（第二〇八条～第二一五条）、第八章、逃走及蔵匿ノ罪（第二一六条～第二二二条）、第九章、偽証及証拠隠滅ノ罪（第二二三条～第二二七条）、第一〇章、誣告ノ罪（第二二八条～第二二九条）、第一一章、神社ニ対スル罪（第二三〇条～第二三一条）、第一二章、礼拝所ニ関スル罪（第二三二条～第二三八条）、第一三章、安寧秩序ニ対スル罪（第二三九条～第二四八条）、第一四章、爆発物ニ関スル罪（第二四九条～第二五一条）、第一五章、騒擾ノ罪（第二五二条～第二五三条）、第一六章、放火及失火ノ罪（第二五四条～第二六七条）、第一七章、溢水及水利ニ関スル罪（第二六八条～第二七四条）、第一八章、交通妨害ノ罪（第二七五条～第二七九条）、第一九章、飲料水ニ関スル罪（第二八〇条～第二八七条）、第二〇章、阿片ニ関スル罪（第二八八条～第二九三条）、第二一章、通貨偽造ノ罪（第二九四条～第二九九条）、第二二章、有価証券偽造ノ罪（第三〇〇～第三〇五条）、第二三章、文書偽造ノ罪（第三〇六条～第三一八条）、第二四章、印章偽造ノ罪（第三一九条～第三二三条）、第二五章、風俗ヲ害スル罪（第三二四条～第三三一条）、第二六章、賭博及富籤ニ関スル罪（第三三二条～第三三四条）、第二七章、殺人ノ罪（第三三五条～第三四二条）、第二八章、傷害及暴行ノ罪（第三四三条～第三五一条）、第二九章、過失傷害ノ罪（第三五二条～第三五四条）、第三〇章、決闘ノ罪（第三五五条～第三五七条）、第三一章、堕胎ノ罪（第三五八条～第三六三条）、第三二章、遺棄ノ罪（第三六四条～第三七一条）、第三三章、逮捕及監禁ノ罪（第三七二条～第三七五条）、第三四章、略取及誘拐ノ罪（第三七六条～第三八七条）、第三五章、姦淫ノ罪（第三八八条～第三九七条）、第三六章、脅迫ノ罪（第三九八条～第四〇二条）、第三七章、住居ヲ侵害ス罪（第四〇三条～第四〇五条）、第三八章、名誉ニ対スル罪（第四〇六枚～第四一三条）、第三九章、信用、業務及競売ニ関スル罪（第四一四条～第四一六条）、第四〇章、秘密ヲ侵ス罪（第四一七条～第四一九条）、第四一章、

窃盗及強盗ノ罪（第四二〇条～第四三四条）、第四二章、詐欺及恐喝ノ罪（第四三五条～第四四一条）、第四三章、横領及背任の罪（第四四二条～第四四九条）、第四四章、贓物ニ関スル罪（第四五〇条～第四五二条）、第四五章、損壊ノ罪（第四五三条～第四五七条）、第四六章、権利ノ行使ヲ妨害スル罪（第四五八条～第四六二条）である。

各則の特徴を概略すると次のようである。

第一に、改正刑法仮案各則は、法定刑が相当峻厳に変わった。改正綱領第二七項は、「死刑、無期刑ニ該ル罪ヲ減少スルコト」を言及しているが、しかし、実際には、これらを規定した犯罪数も条文数もむしろ増加している。自由刑の短期が長くなったことも目立つ。また物価の騰貴から当然のように見えるが、罰金の多額も上がった。傷害罪、窃盗罪、損壊罪などにおいて犯罪類型を細分したので、現行刑法より刑罰が軽くなったこともあるが、全般的には重くなったことが事実である。これは、思想的に一般予防主義が復活したためである。[61]

第二に、国家的法益の保護を強化したことが明らかに見える。その背景には、国家があらゆる個人と社会の矛盾を止揚させて統一する公的共同体であり、皇室と神社がその中心になるいわゆる皇国理念が存在しているためであるという点が挙げられている。[62] また「安寧秩序ニ対スル罪（第一三章）」の章が新設され、悪名高い治安維持法と新聞紙法・出版法などの特別法の諸規定が拡張・吸収されている。

第三に、いわゆる淳風美俗論が各則に多大な影響を及ぼした。例えば、遺棄罪の中で新しく法律上扶養義務の不履行が家族制度を破壊する行為として付加えられた。また一家の恥辱を隠蔽するための嬰児殺と堕胎罪が減軽類型に規定された。その他にいわゆる緊急救助義務違反（第三四二条）規定が新設されたが、これは、民族共同体構成員の相互連携性の強調を背景にしたことである。

第四に、風俗を害する犯罪を第二五章で規定しているが、これは、改正綱領第三〇項の「猥褻、姦淫ニ関スル現行法ノ不備ヲ補ヒ且刑ノ権衡ヲ適当ニスルコト」に依拠したことである。その中でも特に注目しなければならないことは、

妻の姦通罪の他に条件付で夫の姦通罪を認めたことである。本来現行刑法は、この点について不平等主義を採択し、妻の姦通だけを処罰していた。[63] これに対して予備草案は、男女平等主義を採択したが（第二四八条）、改正刑法仮案は、再び男女不平等処罰主義を取った。[64] すなわち、夫の姦通罪は「他ノ婦女ト私通シ其ノ関係継続中悪意ヲ以テ妻ヲ遺棄シ又ハ之ニ対シテ同居ニ堪ヘザル虐待若ハ重大ナル侮辱ヲ加ヘタル」ことを条件として「二年以下ノ懲役ニ処ス」と規定している（第三二五条）。

小野清一郎教授は、「第一に、其が国家的民族共同体を保護せんとする現実の必要に即してゐること、第二に、国家的民族共同体の客観的道義態の秩序的全体を体系的に意識し、其に対する忍ぶべからざる侵害としての「罪」を組織的に排列してゐること」から、各則が総則に比して優れていると評する。[65]

五　小　括

本文で述べたように、仮案の総則部分は日本による満州侵攻の年である一九三一年、各則部分は太平洋戦争が勃発する前年である一九四〇年にそれぞれ発表された。これを偶然の一致ともいえそうだが、ある法律の性格を分析するためには、その社会の時代的背景を把握することが重要であるということを考えれば、仮案は当時日本の軍国主義、帝国主義の展開と密接な関係があることを否定できない。

しかし、仮案のこのような歴史的背景にもかかわらず、その後日本で行われた刑法改正作業において仮案は重要な参考ないし根拠として取り上げられた。その理由としては、仮案の肯定的要素や評価も存在するためであろう。しかしながら、仮案の指導理念の中で「固有ノ道徳及び美風良習」の見地は、戦後日本の新憲法下では刑法改正の基本理念とはなりえないと考えられる。さらに、「刑事政策的見地」についても一部肯定的な観点はあるものの、全体的に見て仮案

におけるこれらの規定は、思想犯に対する治安維持対策の一環にすぎないという印象を払拭することができない。このように考えると指導理念の二番目の「人身及び名誉ノ保護」の見地のみが時代を超えてその妥当性が認められるところがあるのではないかと見られる。

日本の改正刑法仮案は、戦争がより激しくなることによって中断され、結局日本においては確定稿として完成されず、したがって法律として成立できなかった。しかし、韓国においては、解放後、日本の刑法改正仮案を主に参考して刑法を制定することによって、仮案は今日まで韓国刑法の中心として席をとることになった。したがって韓国の刑法を解釈するには日本の刑法改正仮案の背景や立法理由などを十分参照し、またこれを韓国の現実においてどのように再解釈しなければならないのかを検討する必要があり、その結果にしたがって韓国刑法の問題点を把握し立て直す作業が必須ではないかと考える。

（1）正式名称は、刑法監獄法改正調査委員会総会決議および留保條項、刑法総則および各則未定稿。以下、改正刑法仮案または仮案という。

（2）他に、日帝植民地期、日帝強制占領期、倭政時代などとも言われる。

（3）もっとはっきりいうと、まったく新しい刑法典を作ったわけではなく、対日抗争期から一九五三年新刑法典が誕生する前まで施行された日本の現行刑法典を改正する形として仮案を大幅に取り入れたことであるといえるだろう。

（4）呉英根、「日本改正刑法仮案이 制定刑法에 미친 影響과 現行 刑法解釈論의 問題点」、刑事法研究第二〇号、二〇〇三年、一一三面；차용석、「刑法典施行半世紀의 回顧」、刑事法研究第二〇号、二〇〇三年、三面。

（5）勿論、このような現象は解放直後の法律制定において刑法だけに限られた問題ではなった。

（6）戒能通孝、「基本法改正の態度として」、法律時報第三二巻第八号通巻三六五号、一九六〇年七月号臨時増刊、一頁。

（7）吉川経夫、「刑法改正の危険な方向」、中央公論一九七二年七月号、八四頁。

（8）中山研一、「改正刑法仮案の歴史的考察―改正刑法準備草案の本質規定の前提として―」、法律時報第三二巻第八号、通巻三六五号、一九六〇年七月号臨時増刊、二九〇頁。

(9) 桜木澄和、「刑法「改正」作業の思想史的源流」、法学セミナー第二〇三巻、一九七二年、一頁。
(10) 横山　実、「戦争遂行に伴う犯罪と刑法改正―昭和一六年の刑法改正をめぐって―」、犯罪社会学研究第二巻、一九七七年、一四三頁。
(11) 桜木澄和、「刑法「改正」作業の思想史的源流」、法学セミナー第二〇三巻、一九七二年、五一頁。
(12) 前田雅英、刑法總論講義第二版、一九九六年、三六頁。
(13) 吉川經夫、刑法改正を考える、一九七四年、六五頁。
(14) 小野清一郎、改正刑法準備草案理由書―附同理由書、刑法改正準備会、一九六一年、八四頁。
(15) 木田純一、「刑法の改正について」、法經論集、第三三巻、一九六一年、四頁。
(16) 小野清一郎、前掲注一四、八四頁。
(17) 吉川經夫、前掲注一三、六七頁。
(18) 桜木澄和、前掲注一一、五二～五三頁。
(19) この時期は、日本のアジア侵略に対する抵抗も激しく勃発したときであった。すなわち、韓国の三・一独立運動、中国の五・四運動などが大正八年（一九一九年）に起こった。
(20) 今井清一、日本の歴史二三巻、大正デモクラシー、一九七四年、一七一～一八三頁。
(21) 小野清一郎、「刑法における道義と政策―改正刑法仮案に対する概括的批判―」、法律時報、第一二巻第七号、一九四〇年、一二頁。
(22) 齊藤金作、「刑法改正案の由来と意義」、ジュリスト第一二一号、一九五七年、四〇頁。
(23) 横山実、前掲注一〇、一四三～一四四頁。
(24) 桜木澄和、「刑法「改正」作業の思想史的源流」、法学セミナー第二〇三巻、一九七二年、五五頁。
(25) 佐伯千仞、刑法改正の總括的批判、一九七五年、三頁。
(26) 小野清一郎、日本法理の自覚的展開、一九四二、二二〇～二二一頁。
(27) 本田純一、「刑法の改正について」、愛知大学法経論集第三三号、一九六一年、一二頁。
(28) 小野清一郎、前掲注一四、八五頁。
(29) 齊藤金作、前掲注二二、四一頁。
(30) 仮案の留保条項は、総則編の善行保証に関する四箇項である。この制度を留保条項とした理由は、「わが邦の刑法史に根拠のない、ヨーロッパの前近代的な市民的刑事政策が日本的保守主義者の疑問を克服し得なかったからである。」（小野清一郎、前掲

注二六、八五頁）。

(31) 横山　実、「戦争遂行に伴う犯罪と刑法改正」、犯罪社会学研究第二号、一九七七年、一四五頁。

(32) 木村亀二、「刑法草案各則の比較法的考察」、法律時報第一二巻七号、一九四〇年、七二二頁。

(33) 横山　実、前掲注一〇、一四五頁。

(34) 佐伯千仞、前掲注二五、四頁。

(35) 中山研一、「改正刑法仮案の歴史的考察」、法律時報第三二巻第八号、一九六〇年七月号（臨時増刊）、二九一頁；牧野英一、「刑法の改正における妥協と進歩」、法律時報第一二巻第七号、一九四〇年七月、三頁；木村亀二、「法改正と世界観」、ジュリスト一九五七年一月一日号（No.一二一）、二七頁。

(36) 吉川経夫、前掲注一三、八五面；佐伯千仞、前掲注二五、四頁。

(37) 牧野英一、「刑法の改正における妥協と進歩」、法律時報第一二巻七号、一九四〇年、三頁。

(38) 小野清一郎、「刑法に於ける道義と政策―改正刑法仮案に対する概括的批判―」、法律時報第一二巻七号、一九四〇年、一四頁。

(39) 小野清一郎、前掲注三八、一七頁。

(40) 小野清一郎、前掲注三八、一八頁。

(41) 中山研一、前掲注三五、二九四頁。

(42) 桜木澄和、前掲注二四、五八頁。

(43) 戒能通孝、「基本法改正の態度として」、法律時報第三二巻第八号通巻三六五号、一九六〇年七月号（臨時増刊）、一頁。

(44) 中山研一、前掲注三五、二九八頁。

(45) 木村亀二、前掲注三二、七二八頁。

(46) 齊藤金作、前掲注二二、四二頁。

(47) 市川秀雄、「刑事政策と刑法の改正」、ジュリスト一九五七年一月一日号（No.一二一）、三一頁。

(48) 齊藤金作、前掲注二二、四二頁；吉川経夫、刑事立法批判の論点、一九六七年、四面；日沖憲郎、「刑法の一部改正について」、法律時報第一三巻第五号、一九四一年五月（通巻一三七号）、四三二頁。

(49) 牧野英一、刑法改正の諸問題、一九三四年、六頁。

(50) これは、「万世一系の天皇」が日本を統治するという当時のいわゆる「大日本帝国」の基本的な理念であったという（吉川経夫、前掲注一三、八六頁）。

(51) 木村亀二、「刑法改正と世界観」、ジュリスト第一二一号、一九五七年一月一日、二六頁。特に、木村教授は、この問題につい

ては、戦前と相反する論旨を展開している（前掲注45参照）。

(52) 以下、現行刑法の規定は、特に言及のない限り仮案が公表された当時（明治四〇年）のものを用いる。

(53) 戦後一九六〇年発表された「改正刑法準備草案（未定稿）」とかかわった刑法改正作業を意味する。

(54) 木村亀二、前掲注五一、二六～二七頁。

(55) 仮案において刑の種類として新設したこれら資格喪失、資格停止、居住制限、譴責は、むしろ前近代的刑を復活させたことであり、近代的自由主義の要求に反することが明白であるが、一応ここで伝統的保守主義と新派的目的主義が一致したという（小野清一郎、前掲注一四、八五頁）。

(56) 善行保証は、相当の金額或は有価証券を提供し、または保証人を立てることによってこれを行う。

(57) これは、一九二七年のドイツ刑法草案第五五条を真似たものである。すなわち、ドイツ刑法草案題五五条は、改善及び保安処分としてこれら四つ以外にも保護観察（Die Schutzaufsicht）、国外追放（Die Reichsverweisung）を認めていた。改正仮案は、保護観察は附随処分として第十六章に定めたが、国外追放は受け入れなかった（安平正吉、刑法改正の基本理論、一九二六、四八頁）。

(58) 一九六〇年四月二七日公表された「改正刑法準備草案（未定稿）」を指す。

(59) 木村亀二、前掲注五一、二七頁。

(60) 瀧川辛辰、「刑法改正草案のグリムプス」、法律時報四巻五号、一九三二年、三頁。

(61) 瀧川辛辰、「改正刑法仮案の各則―刑法改正綱領を中心として―」、法律時報第十二巻七号、一九四〇年、二二頁。

(62) 中山研一、前掲注三五、二九七頁。

(63) 姦通罪は、現行刑法第一八三条に規定されたが、戦後一九四七年部分改正のとき削除された。

(64) 韓国制定刑法は男女平等処罰主義の姦通罪を設けており、現在もそのままである。

(65) 小野清一郎、前掲「刑法における道義と政策―改正刑法仮案に対する概括的批判―」、一八頁。