

「개정형법가안」의 성립과정 고찰*

하야시 히로마사**/ 이정민(역)***

국 | 문 | 요 | 약

일본의 형법제정과정은 5기로 분류하여 볼 수 있다. 제1기는 서양법 도입의 전제가 된 시기로 율령법제의 제정이 이루어지고, 「가형률」(메이지 원년/1868년) 등이 제정된 시기로, 「구형법」 성립에 이르는 기간이다. 제2기는 프랑스 형법에서 독일형법의 전환기로서, 보아소나드(Boissonade)의 형법초안주석을 기초로 한 「구형법」(메이지 15년/1882년)이 작성된 시기부터 「현행형법」이 제정된 시기까지를 일컫는다. 제3기는 「현행형법」(메이지 40년/1907년) 제정에서 「개정형법가안」(1940년) 성립에 이르는 형법개정논의의 전성기를 말한다. 제4기는 일본국 헌법이 제정된 후의 형법 개정사업의 시기로 「개정형법준비초안」(쇼와36년/1961년) 등이 마련되는 형법개정사업의 성숙기이다. 제5기는 형법의 전면개정안인 「개정형법초안」이 작성되었지만, 국회에 미제출된 상태로 마무리되고, 개별개정만이 이루어지고 있는 현재까지의 시기이다. 이 중 형법개정사업의 도달점이라 할 수 있는 3기의 「개정형법가안」은 당시 연구자 및 실무자들의 지식이 집대성된 형법전이다. 일본의 「개정형법가안」은 일본이 세계로 시야를 넓혀 외국의 법제도에 관심을 가지고 외국법을 계승한 것으로 볼 수 있다. 외국법의 계수는 외국법 제도를 그대로 도입해서는 충분한 성과를 기대할 수 없으며, 자국의 실정에 맞게 반영하는 것이 중요하다는 것을 보여주는 예라고 볼 수 있다. 우리나라 형법이 일본의 「개정형법가안」에 영향을 받았다는 학설이 대두되는 시점에서 일본의 「개정형법가안」의 성립과정 고찰을 살펴본 것은 또 다른 새로운 의미를 갖는다.

❖ 주제어 : 개정형법가안, 형법개정강령, 가형률, 리코 미츠오(利光三津夫), 모토지 신쿠마(泉二新熊)

* 이 글은 2008년 11월 25일 한국형사정책연구원에서 “일본형법가안에 대한 고찰”이라는 주제로 시마네대학(島根大學) 하야시 히로마사(林 弘正) 교수가 발표한 내용을 바탕으로 정리·재구성한 것이다.

** 시마네대학 법과대학원 교수(島根大學法學科大學院教授)

*** 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

I. 序

일본 형법가안 성립과정에 대한 연구는 필자의 3가지 관심분야 중 하나이다. 필자는 첫째, 이론형법학 테마인 ‘위법성 인식’에 대한 문제와 둘째 ‘아동학대’에 대한 문제에 관심을 가지고 있으며, 특히 아동학대에 대한 문제는 임상심리학의 시점도 가미하여 연구하고 있다.¹⁾ 그리고 세 번째가 법제사적 시점에서 「개정형법가안」에 대한 연구²⁾이다.

특히 세 번째 주제는 일본의 현행 형법연구자로서는 법제사적 연구기초가 충분하지 않으면 다루기 힘든 영역이다. 필자는 율령연구의 제1인자인 일본법제사의 리코 미츠오(利光三津夫) 박사의 영향을 받았으며, 법제사의 연구방법으로서 엄밀한 자료에 기초한 실증연구의 중요성을 배운 바 있다. 「개정형법가안」에 관한 연구는 현행 형법연구자의 법제사적 지견을 가지고 완성하여 얻은 연구이다.

II. 일본의 형법전 변천

1. 법률의 존재와 운용상황 실태

일본은 범치국가를 시작할 무렵, 중국으로 관리를 파견하여 수·당나라의 「율령격식(律令格式)」을 도입하여 법체계를 구축하였다. 「율령격식」이라는 것은 형벌법규인 「律」, 비형벌법규인 「令」, 임시 단행법령인 「格」 및 시행세칙인 「式」으로 구성된 법체계이며, 「大宝율령(大宝律令)(700년 편찬, 701년 시행)」 및 「양로율령(養老律令)(718년 선정, 757년 시행)」이 제정되었다. 이 율령법계의 골간은 「구형법·메이지15년 형법(1882년)」뿐만 아니라 법의식으로서도 지금까지도 계속되고

1) 林 弘正 『児童虐待 その現況と刑事法的介入』, 成文堂, 2000년, 2006년, 林 弘正 『児童虐待Ⅱ 問題解決への刑事法的アプローチ』, 成文堂, 2007년 참조.

2) 林 弘正 『改正刑法假案成立過程の研究』, 成文堂, 2003년.

있다고 말할 수 있다. 물론 형식적으로 법이 존재하는 것과 어떻게 운용되었다는 것은 실증적으로 정밀하게 조사해 보아야 한다.

2. 일본의 국가적 프로젝트로서 형법개정사업

일본의 형법제정과정에 대해서는 5기로 분류하여 고찰할 수 있다. 형법제정은 어느 국가에서나 국가적 프로젝트로서 방대한 에너지를 쏟아 부어야 달성할 수 있는 사업이다. 일본에서도 메이지 정부는 메이지 원년(1868년)에 다이조우칸(太政官, 메이지시대 최고 권력기관)내에 형법사무과(이후 형법사무국, 형법관으로 명칭 변경)를 설치하고, 「가형률(假刑律)」이하의 법률을 제정했다. 그 후 보아소나드(Boissonade) 등의 프랑스인 법률박사를 고문으로 하여 사법성내에 번역과를 설치하였다. 츠루타 토우루(鶴田皓)를 사법대서기관으로 임명하고 각국의 형법을 번역하게 하였으며, 각국형법유찬「各国刑法類纂」(메이지 10년/1877년)을 편찬하였다.³⁾ 각 시기는 다음과 같이 분류한다.

제1기는 입법정책의 기본방침으로서 서양법 도입의 전제가 된 시기이다. 경과조치로서 율령법제의 제정이 이루어지고 가형률(假刑律, 메이지 원년/1868년), 신률강령(新律綱領, 메이지 3년/1870년), 개정률례(改定律例, 메이지 6년/1873년)가 제정된 시기이다. 그 후 대륙법계 프랑스 형법을 계보로 한 「메이지 15년 형법」의 성립에 이르는 기간이다.

제2기는 서양법이 도입되어 프랑스형법(나폴레옹형법전)을 계수하기 위해 보아소나드에 의한 형법초안주석(刑法草案註釋 上·下卷)을 기초로 하여, 구형법(旧刑法, 메이지 15년/1882년)이 작성되었다. 메이지 15년 형법(明治15年 刑法)의 시행 직후, 메이지 17년(1884년) 사법성에서 개정안작성에 착수하여 메이지 24년(1891년) 「보아소나드 초안주석 상·하권」을 기초로 하여 형법 개정안을 작성하여, 제1회 제국의회에 제출한 후 메이지 40년(1907년) 「메이지 39년안」이 제23회 제국의회에 제출되어 가결되고 독일형법을 계수한 현행형법(現行刑法, 메이지 40년/1907년)이 제정되었다. 제2기는 메이지 15년 형법·구형법(明治15年 刑法·旧刑法)에서 메

이지 40년 형법·현행형법(明治40年 刑法·現行 刑法)에 이르는 시기로, 프랑스 형법에서 독일형법으로의 전환기였다.

제3기는 메이지 40년 형법·현행형법(明治40年刑法·現行刑法)제정에서 개정형법가안(改正刑法假案, 쇼와 15년/1940년)성립에 이르는 형법개정논의의 전성기였다. 법률의 제정은 다음 법률의 제정에 이르는 개정사업이라고 할 수 있다. 이 시기는 본고의 중심이 되기 때문에 후에 다시 검토하도록 한다.

제4기는 일본국헌법이 제정된 후의 형법개정사업의 개시시기로, 「개정형법가안」을 기본적으로 답습한 개정형법준비초안(改正刑法準備草案, 쇼와 36년/1961년)을 기초로 한 개정형법초안성립(改正刑法草案成立, 쇼와 49년/1974년)에 이르는 형법개정사업의 성숙기이다.

제5기는 현재에 이르는 시기이다. 형법의 전면개정을 기획하여 개정형법초안(改正刑法草案)이 작성되었지만, 연구자(히라노 류이치(平野龍一) 및 히라바 야스하루(平場安治)를 중심으로 한 대안그룹, 서독일 대안그룹의 영향)와 일본변호사연합회의 반대에 의해 법제심의회총회에서 결정하였지만, 국회에는 미제출된 상태로 전면적인 형법개정에 착수하지 않고 개별적 대응으로 끝났다.

사회적 문제화된 범죄사항에 대해서 법무대신으로부터 자문을 받은 법제심의회는 형사법부회에 특별위원회를 설치하고, 심의 후 총회의 승인된 결과를 답신으로 법무대신에게 제출하고 입법화를 기획하였다.

최근에는 추가규정으로 실질적인 개정이 이루어지고 있으며, 엄벌화에 대한 비판이 일어나고 있다. 위와 같이 각 시기별로 국가의 존립을 걸고 법률 정비사업이 이루어진 바 있다.

3. 형법 및 감옥법 개정 기초위원회결의조항(형법각칙편 제2차정리안, 쇼와 10년/1935년)

오늘날 형법의 기초는 제3기 「개정형법가안」의 성립에 있다. 「형법 및 감옥법 개정 기초위원회결의 및 유보조항(형법총칙, 쇼와6년/1931년)」, 「형법 및 감옥법 개정기초위원회 결의조항(형법 각칙편 제2차 정리안, 쇼와 10년/1935년)」이 성립

3) 林 弘正 『改正刑法假案成立過程の研究』, 成文堂, 2003年, 143쪽 이하 참조.

된 후 「개정형법가안(형법 및 감옥법개정기초위원회 결의 및 유보조항(형법총칙 및 각칙 미정고, 쇼와15년/1940년)」이 집대성되었다. 상세한 내용은 다음에서 검토하겠다.

Ⅲ. 개정형법가안의 자리매김

법률의 시행은 다음 입법의 개시이며 형법개정이 시초는 「개정형법가안」의 검토에서 시작되었다. 일본의 현재 법상황을 선도하고 현행형법(1907년 메이지 40년 제정, 1995년 헤이세이7년 구어화)이 제정된 후 이론과 판례의 집적의 성과로 「개정형법초안」의 골자를 형성한 것이 「개정형법가안」이다.

「개정형법가안」은 비교형법적 방법에 의해, 당시 각국 형법전 및 학설을 참고한 중요한 형법전이다. 「개정형법가안」의 성립과정의 개요는 다음과 같다.

다이쇼 10년(1921년) 정부는 임시법제심의회에 대해 형법개정의 필요성에 대한 자문 제4호를 발하였다.⁴⁾ 정부의 자문을 받은 임시법제심의회는 다이쇼15년(1926년) 자문 제4호의 답신으로 「형법개정의 강령」에서 총론과 각론 등 총 40개 항목을 제시하여 형법개정의 필요성을 지적하였다. 이 답신은 개정형법가안의 기본적 방향을 시사하는 것으로 중요한 의미를 지니는 것이다.⁵⁾

「형법개정 강령」을 기본으로 쇼와2년(1927년) 형법개정원안기초위원회가 사법성 내에 설치되어 사법성형사국장인 모토지 신쿠마(泉二新熊)를 중심으로 「형법개정 예비초안」이 작성된 후에 형법개정원안기초위원회가 설치되어 모토지 신쿠마가 주사위원(主査委員)으로 지명되었다.⁶⁾ 당시 이러한 과정은 상당히 급하게 처리되었다. 그 직후 형법 및 감옥법개정조사위원회가 설치되어 쇼와 6년(1931년)에 「형법 및 감옥법개정 기초위원회결의 및 유보조항(형법총칙)」이 성립되고, 쇼와10년(1935년)에 「형법 및 감옥법개정 기초위원회결의조항(형법 각칙편 제2차 정리안)」이 성립

4) 林 弘正 『改正刑法假案成立過程の研究』, 成文堂, 2003年, 43쪽 이하 참조.

5) 형사법규집 191쪽, 林 弘正 『改正刑法假案成立過程の研究』, 成文堂, 2003年, 49쪽 이하 참조.

6) 林 弘正 『改正刑法假案成立過程の研究』, 成文堂, 2003年, 56쪽 이하 참조.

되어 쇼와 15년(1940년)에 「개정형법가안(형법 및 감옥법 개정 기초위원회 결의 및 유보조항(형법총칙 및 각칙미정고))」이 성립되어 그 전체 모습을 갖추게 되었다.

이런 일련의 형법개정의 성과들이 「개정형법가안」이 되었고, 정식명칭인 「개정형법가안(형법 및 감옥법개정 기초위원회결의 및 유보조항(형법총칙 및 각칙미정고))」이 나타내듯이 약간의 논의와 결론을 유예한 형법전이라 할 수 있다.

Ⅳ. 「개정형법가안」의 주요규정 - 「형법개정 강령」 및 「개정형법초안」과의 비교

형법개정사업 중 하나의 도달점인 「개정형법가안」은 당시 연구자 및 재판관, 검찰관, 변호사를 포함하는 실무가들의 뛰어난 지식이 집대성된 형법전이다.

한편 「개정형법가안」의 기본방침을 제시한 「형법개정강령」을 검토하는 작업도 필수불가결하다고 보인다.

그리고 단순한 과거의 법률자료로서 「개정형법가안」을 검토의 대상으로 삼는 것은 불충분하다. 이하 형법총론 및 각론의 중요문제에 대해 항목만을 열거해 보겠다. 각자의 문제의식으로 「개정형법가안」을 바라볼 필요가 있다.

총칙규정으로는 1. 부작위(가안 13조), 2. 위법성 착오(강령 25, 가안 11조), 3. 형벌론: 부정기형(강령 19, 가안 91조) 및 보안처분(강령 21, 가안 126조), 4. 상습법(강령 17) 등이 있다.

각칙 규정으로는 1. 간통죄(가안 324조, 325조, 326조), 2. 공공 선거에 관한 죄(가안 203조 내지 가안 207조), 3. 특별법에서 형법전으로 편입된 폭발물에 관한 죄(가안249조 내지 가안251조) 등이 있다.

여기에서는 주요 문제만 소개했으나 「개정형법가안」의 원문 및 그 심의과정에 대해서도 검토했으면 하는 바이다. 상세한 내용은 참고문헌에 있는 필자의 저서에 소개되어 있다.

V. 결 론

「개정형법가안」에 대한 연구를 하게 된 계기로

첫 번째는 「형법 및 감옥법 개정 기초위원회 결의조항(형법 각칙편 제2차 정리안, 쇼와 10년/1935년)」 자료가 입수되었기 때문이다. 이 자료는 타키카와 마사시로(瀧川政次郎)라는 일본을 대표하는 법제사가가 소장하고 있던 것으로 리코 미츠오(利光三津夫) 박사에게서 입수한 것이다. 이 자료들은 「형법 및 감옥법개정기초위원회 결의 및 유보조항(형법총칙)」과 「개정형법가안(형법 및 감옥법개정기초위원회 결의 및 유보조항(형법총칙 및 각칙 미정고))」의 상호 개정안의 차이를 검토하는 데에 중요한 자료가 될 것이다.

두 번째는 일본 형법개정 사업을 선도한 것이 누구였는지에 대한 관심이었다. 당시 일본에서는 독일 형법계인 오오바 시게마(大場茂馬) 박사와 프랑스 형법계인 마키노 에이치(牧野英一) 박사의 신·구 형법학간의 대립이 있었다. 입법은 타협의 산물이라 일컬어지고 있듯이 이 양쪽 진영의 대립 속에 「개정형법가안」을 성립시킨 오페니언리더가 누구인지 궁금했다. 그 사람은 당시 형법개정사업에 법무성형사국장으로서 관여한 모토지 신쿠마(泉二新熊) 박사였다. 이러한 사실은 각종 자료를 통해 밝혀졌다.

한편 이러한 연구결과는 한국과 일본의 중요한 연구테마의 방향성을 제시해 주었다. 한국에서는 이미 신동운 교수가 법무부 형사법개정특별분과위원회에서 「형법제정의 연혁에서 보는 전면개정의 필요성 - 일본 개정형법가안과의 관련성을 중심으로」라는 연구를 하였다. 일본에서도 앞으로 이러한 관련성에 의미를 둔 연구가 계속되었으면 한다.

「개정형법가안」은 이상의 보고에서도 알 수 있듯이, 일본이 채국이라는 폐쇄적인 환경에서 시야를 세계로 넓혀 외국의 법제도에 관심을 가지고 외국법을 계승하여 실천한 것이라 할 수 있다. 물론 일본에는 중국 당의 「율령격식」을 계승한 대보율령(大宝律令, 701년 시행) 및 양로율령(養老律令, 757년 시행)의 역사가 있다. 그러나 외국법의 계수는 외국의 법제도를 그대로 도입해서는 충분한 성과를 기대할 수 없다. 자국의 실정에 맞게 반영하는 것이 중요하다. 법제사적 지견에서 본다면, 단순

한 역사연구에 그치지 말고, 법제도의 실태와 미래를 파악하여 실증연구를 반영하는 것이 중요하다.

「개정형법가안」은 일본의 60년 대륙법계 형법의 실천을 바탕으로 한 이론적, 실무적 경험의 집적이자, 각각의 연구관심에 기초한 풍부한 내용을 담은 법률안이다.

이 원고는 풍부한 내용의 「개정형법가안」중 한 단면을 필자의 관심 분야를 중심으로 소개한 것에 지나지 않는다. 필자의 원고가 다양한 관심분야에서 접근하는 하나의 계기가 되었으면 하는 바람이다.

참고문헌

- 林 弘正 「違法性の意識－わが国の近時の判例における「相当な理由に基づく違法性の錯誤」の判断基準について－」, 刑法雑誌30卷1号, 1989年
- 林 弘正 「児童虐待の現況と刑事法的介入」, 刑法雑誌42 卷3号, 2003年
- 林 弘正 『改正刑法假案成立過程の研究』, 成文堂, 2003年
- 林 弘正 『児童虐待 その現況と刑事法的介入』, 成文堂, 2000年, 2006年
- 林 弘正 『児童虐待Ⅱ 問題解決への刑事法的アプローチ』, 成文堂, 2007年

改正刑法假案成立過程の考察

林 弘正*

I. 序言 日本における刑法典の変遷

只今、御紹介を頂きました島根大学ロースクール教授の林です。

本日は、アジアを代表する韓国刑事政策研究院で御報告の機会を得ましたこと日本の研究者の一人として大変光栄です。限られた時間での御報告ですが、この間の経緯につきまして本日の報告のテーマとも関連致しますので自己紹介を兼ね若干御話申し上げます。

私は、刑事法担当者として2004年に日本で新たにスタートしました法科大学院の一つであります島根大学ロースクールに赴任致しました。専門分野としての研究は、3つのテーマから日々研究を進めて参ります。

第1は、理論刑法学のテーマとして「違法性の意識」の問題を研究しております。第2は、「児童虐待」の問題について臨床心理学の視点も踏まえて研究しております。第3は、法制史的視点からの研究テーマでこれから御報告申し上げます「改正刑法假案」に関する研究です。

とりわけ、第3のテーマは、日本の現行刑法研究者にとりましては法制史的研究基礎が必ずしも十分ではないため取組みにくい問題領域です。私は、律令研究の第一人者である日本法制史の利光三津夫博士の薫陶を受け、法制史の研究手法である厳密な資料に基づく実証研究の重要性を教えられております。「改正刑法假案」に関する研究は、現行刑法研究者の法制史的知見を持って完成し得た研究と自負しております。

では、本日の御報告の直接の機会を提供頂きましたのは、ソウル大学の申東雲教授の御配慮によるものです。申教授は、今春、神戸で開催されまし

た日本"刑法学会でゲストスピーカーとして「韓国における刑事司法の改革」というテーマで大変貴重な御報告をされまして、日本の刑事法研究者に多大の刺激と感銘を与えて頂きました。日本刑法学会は、外国からの著名な研究者を招聘致しましてゲストスピーカーとして最新の研究の御報告を頂いており、名誉会員として更に交流を親密にさせて頂いております。

私の「改正刑法假案」に関する研究は、一部の刑事法研究者の関心を引いたに過ぎませんでした。ところが、神戸での刑法学会に折りに、申J先生から三井誠教授を通してコンタクトがり、私の『改正刑法假案成立過程の研究』を御読み頂いたとお聞きし、大変感激を致しました。日本の研究者の間では殆んど関心を持たれることのない論文集が、外国の研究者の方、とりわけ高名な申教授に御読み頂いたと言う感動です。

先生の「改正刑法假案」に関する御研究は、先生から頂いた韓国語の2つの論文「資格停止成立経緯」及び「社会常規成立経緯」を通して知ることが出来ました。しかし、私は韓国語が読めませんので先生の貴重な御研究を独文及び英文のサマリーから内容の一端を理解したに過ぎず残念です。

I - i. 法律の存在することと運用状況の実態

日本は法治国家のスタートにあたり、遣唐使・遣隋使を中国に派遣し、隋唐の「律令格式」を導入し、法体系を構築した。「律令格式」とは、刑罰法規である律、非刑罰法規である令、臨時の単行法令である格、及び施行細則である式から構成される法体系であり、「大宝律令」(700年編纂・701年施行)及び「養老律令」(718年撰定・757年施行)として制定されています。この律令法系の骨幹は、「旧刑法・明治15年刑法」(1982年・明治15年)のみならず法意識としては今日まで継続しているものといえます。

勿論、形式的に法が存在することとどのような運用状況の実態にあったのかは、実証的に精査されなければなりません。

I - ii. 日本iの国家的プロジェクトとしての刑法改正事業

* 島根大学大学院法務研究科教授

日本の刑法制定過程については、現在に至るまで5つの時期に分けて考察することが出来ます。

刑法制定は、どこの国においても国家的プロジェクトとして壮大なエネルギーを注いで達成される事業です。

日本においても明治政府は、その存在意義をかけて法治国家の設立を目指してあらゆる努力を傾注しています。具体的には、海外の法律の収集にあたっています。明治政府は、明治元年(1868年)太政官内に刑法事務課を設置し(直ぐに刑法事務局、そして刑法官に名称変更)、「假刑律」以下の法律を制定した。その後、ボアソナード等のフランス人法律博士を顧問にして、司法省内に翻訳科を設置し鶴田皓を司法大書記官に任命し各国の刑法の翻訳にあたり、明治10年(1877年)『各国刑法類纂』を著しています(拙著・143頁以下)。

各期は、以下のように分類できます。

第一期は、明治政府の立法政策の基本方針として西洋法の導入のための前提となった時期であり、経過措置として律令法制の制定が行われ、「假刑律」(1868年・明治元年)、「新律綱領」(1870年・明治3年)、「改定律例」(1873年・明治6年)が制定されました。その後、大陸法系フランス刑法の系譜に立つ「明治15年刑法」成立に至る期間です。

第二期は、西洋法が導入され、フランス刑法(ナポレオン刑法典)を継受するためボアソナードによる「刑法草案註釋上・下巻」を基礎にして、旧刑法(1882年・明治15年)が作成されました。「明治15年刑法」の施行直後、

1884年(明治17年)司法省にて改正案作成に着手し、明治24年(1891年)「ボアソナード草案註釋上・下巻」をベースに「刑法改正案」作成、第1回帝国議会議に提出された後、明治40年(1907年)「明治39年案」が第23回帝国議会議に提出され可決され、ドイツ刑法を継受した「現行刑法」(1907年・明治40年)が制定されました。

第二期は、「明治15年刑法・旧刑法」から「明治40年刑法・現行刑法」に至るフランス刑法からドイツ刑法への移行期間です。

第三期は、「明治40年刑法・現行刑法」制定から「改正刑法假案」(1940年・昭和15年)成立に至る刑法改正論議の活況を呈した期間です。法律の制定は、即、次なる法律の制定に至る改正事業の開始にもあたります。この時期は、本報告の中心となるものですので、改めて検討いたします。

第四期は、日本国憲法が制定された後の刑法改正事業の開始時期で、「改正刑法假案」を基本的に踏襲した「改正刑法準備草案(未定稿)」(1961年・昭和36年)をベースに「改正刑法草案成立」(1974年・昭和49年)に至る刑法改正事業の成熟した期間です。

第五期は、現在に至るまでの時期です。刑法の全面改正を企図して「改正刑法草案」が作成されましたが、研究者(対案グループ・平野龍一、平場安治を中心とした対案グループ、西ドイツの対案グループの影響)及び日本弁護士連合会の反対により、法制審議会総会で決定したが、国会には未提出のままとなり、全面的な刑法改正に着手出来ずに個別対応に終始しています。

社会的問題として顕在化した犯罪事象について、法務大臣から諮問を受けた法制審議会は、刑事法部会に特別委員会を設置して審議の後、総会にかけ承認された結果を答申として法務大臣に提出し、立法化が図られている(審議の対象となった法案について、<http://www.moj.go.jp/>)。

近時、追加規定等として実質的な改正が行われ、時に厳罰化との批判がなされている。

これらのそれぞれの時期にそして、現在に至るまで国家の存立をかけた法律の整備にあたっています。

I - iii. 「刑法並監獄法改正起草委員会決議条項(刑法各則編第二次整理案)」(1935年・昭和10年)を基に何を見出すか。

今日の刑法の基礎は、第三期の「改正刑法假案」の成立にあります。「刑法並監獄法改正起草委員会決議及留保条項(刑法総則)」(1931年・昭和6年)、「刑法並監獄法改正起草委員会決議条項(刑法各則編第二次整理案)」(1935年・昭

和10年)が成立した後、「改正刑法假案(刑法並監獄法改正起草委員会決議及留保条項(刑法総則及各則未定稿))」(1940年・昭和15年)に集大成されました。詳細は、次節で検討します。

II. 改正刑法假案の位置づけ

法律の施行は、次なる立法の開始であり刑法改正が始動したのは、「改正刑法假案」の検討に始まります。

日本の現在の法状況をリードし、現行刑法(1907年・明治40年)(1995年・平成7年口語化)制定後、理論と判例の集積の成果としての「改正刑法草案」(昭和49年)の骨幹を形成したのは、「改正刑法假案」です。

「改正刑法假案」は、比較刑罰的手法により当時の各国の刑法典及び学説を参考とした重要な刑法典です。

「改正刑法假案」成立過程の概要は、以下の通りです。

大正10年(1921年)、政府は臨時法制審議会に対し、刑法改正の要否について諮問第4号を発しています(拙著43頁)。政府8の諮問を受けた臨時法制審議会は、大正15年(1926年)、諮問第4号答申Aとして「刑法改正の綱領」において総論・各論合わせ40項目を示し、刑法改正の必要性を指摘しました。この答申は、改正刑法假案の基本的方向性を示唆するものであり、重要なものです(刑事法規集191頁、拙著49頁)。

「刑法改正の綱領」をベースに、昭和2年(1927年)刑法改正原案起草委員会が司法省内に設置され、司法省刑事局長の泉二新熊を中心に「刑法改正豫備草案」が作成された後、刑法改正原案起草委員会が設置され泉二新熊が主査委員に指名されました(拙著56頁)。この間は、非常に僅かでスピーディーに処理作成されています。その直後、刑法並びに監獄法改正調査委員会が設置され、昭和6年(1931年)に「刑法並監獄法改正起草委員会決議及留保条項(刑法総則)」が成立し、昭和10年(1935年)の「刑法並監獄法改正起草委員会決議

条項(刑法各則編第二次整理案)」の後、昭和15年(1940年)、「改正刑法假案(刑法並監獄法改正起草委員会決議及留保条項(刑法総則及各則未定稿))」が成立し、その全容を示しました。

この一連の刑法改正の成果が、「改正刑法假案」であり、正式名称の「改正刑法假案(刑法並監獄法改正起草委員会決議及留保条項(刑法総則及各則未定稿))」が示すように若干の議論・結論を猶予した刑法典です。

III. 「改正刑法假案」の主要な規定「刑法改正の綱領」及び「改正刑法草案」との比較

刑法改正事業の一つの到達点である「改正刑法假案」は、当時の研究者及び裁判官・検察官・弁護士を含む実務家の英知の結集された含蓄のある刑法典です。

私たちは、自己の問題意識からこの豊かな内容の刑法典にアクセスすることが可能です。その際には、「改正刑法假案」の基本方針を示した「刑法改正の綱領」の検討は、不可欠です。

また、単なる過去の法律資料として「改正刑法假案」を検討の対象とするのでは不十分です。以下、刑法総論及び各論の重要問題について項目だけを挙げておきます。

総則規定としては、1. 不作為(假案13条)、2. 違法性の錯誤(綱領25、假案11条)、3. 刑罰論：不定期刑(綱領19、假案91条)、及び保安処分(綱領21、假案126条)、4. 常習犯(綱領17)等があります。

各則規定としては、1. 姦通罪(假案324条、325条、326条)、2. 公の選挙に関する罪(假案203条から假案207条)、3. 特別法から刑法典への参入として爆発物に関する罪(假案249条から假案251条)等があります。

ここには、主要な問題しか紹介しておりませんが、どうぞ、「改正刑法假案」の原文及びその審議過程について検討致して下さい。その詳細は、参考文献に挙げました拙著で紹介してあります。

IV. 結語

私の「改正刑法假案」研究の発端は、「刑法並監獄法改正起草委員会決議条項(刑法各則編第二次整理案)」(1935年・昭和10年)という資料の入手にあります。この資料は、瀧川政次郎という日本を代表する法制史家の手許にあり、利光三津夫博士から頂いた2部しかない貴重なもので、「刑法並監獄法改正起草委員会決議及留保条項(刑法総則)」と「改正刑法假案(刑法並監獄法改正起草委員会決議及留保条項(刑法総則及各則未定稿))」の間で相互の改正案の差異を検討するには重要な資料です。

次に、日本の刑法改正事業をリードしたのは誰かという問題に関心がありました。旧派刑法学に立脚するドイツ刑法系の大場茂馬博士と旧派刑法学に立脚するフランス刑法系の牧野英一博士という新旧刑法学の対立がありました。立法は、妥協の産物であるといわれています。この両派の対立の中で「改正刑法假案」成立のオピニオンリーダーは、当初から刑法改正事業に法務省刑事局長として関与した泉二新熊博士であることが各種の資料から明らかになりました。

次に、申・東雲教授の示唆により、韓国現行刑法と「改正刑法假案」には連関性があることを知りました。申教授は、皆様ご承知の通り、韓国の法務部に設置されている刑事法改正特別分科委員会の重要なメンバーとして御活躍されておられます。申教授は、刑事法改正特別分科委員会において「刑法制定の沿革に鑑みた全面改正の必要性 - 日本,の改正刑法假案との関連性を中心として-」という示唆に富む御研究を報告されておられます。この意味からも「改正刑法假案」の研究は、韓国及び日本におきましても重要なテーマZであると考えております。

「改正刑法假案」は以上の報告からも明らかなように、日本が鎖国という閉鎖的な環境から視野を世界に広げた外国の法制度に関心を寄せ、外国法の継受を実践したものであります。勿論、日本には中国唐の「律令格式」を継受し、大宝律令(701年施行)及び養老律令(757年施行)を編纂した歴史があり

ます。

外国法の継受は、外国の法制度をそのまま導入するのでは十分な成果は期待し得ず、どのように自国の実情に合致したものとすることが重要です。

法制史的知見は、単なる歴史研究ではなく法制度の実態と将来を見据えての実証研究に反映されるべきものです。

「改正刑法假案」は、日本における60年の大陸法系の刑法の実践を踏まえての理論的・実務的経験の集積であり、それぞれの研究関心に基き豊かな内容を包含する法律案であります。

本日の私の御報告は、豊潤な沃野である「改正刑法假案」の一端を私の関心から御紹介したに過ぎません。本一報告が、先生方の御関心から様々なアプローチをして頂く一つの契機となれば幸いです。

御清聴有難う御座いました。

【資料】

死刑の無期停止

嵯峨朝弘仁(810年代)から保元まで347年

理由

- ① 日本,人の温順な国民性
- ② 朝廷の仏教的政策
- ③ 流刑の死刑代替性

平安朝時代に流行を極めた死穢忌避の思想と、怨霊恐怖の思想

利光三津夫『律の研究』、良書普及会、1961年、304頁以下

【参考文献】

林 弘正 「違法性の意識-わが国の近時の判例における「相当な理由に基づく違法性の錯誤」の判断基準について-」、刑法雑誌30巻1号(1989年)113頁

以下

林 弘正 「児童虐待の現況と刑事法的介入」、刑法雑誌42巻3号(2003年)311
頁以下

林 弘正 『改正刑法假案成立過程の研究』、成文堂、2003年

林 弘正 『児童虐待 その現況と刑事法的介入』、成文堂 2000年、[改訂版]、
2006年

林 弘正 『児童虐待Ⅱ 問題解決への刑事法的アプローチ』、成文堂、2007年

❖ 주제어: 改正刑法假案, 刑法改正の綱領, 假刑律, 利光三津夫, 泉二新熊