



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	韓国での社会変化にともなう刑事立法の「予防指向性」の動向とその展望：刑法、刑事訴訟法、秩序違反法での新しい制度の導入と展開を契機に：北大刑事法研究会報告
Author(s)	趙, 炳宣
Citation	北大法学論集, 62(6), 270[289]-235[324]
Issue Date	2012-03-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/48755
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR62-6_017.pdf



〈北大刑事法研究会報告〉

韓国での社会変化にともなう刑事立法の 「予防指向性」の動向とその展望

——刑法、刑事訴訟法、秩序違反法での
新しい制度の導入と展開を契機に——

趙 炳 宣

Ⅰ. 序論

韓国社会はダイナミックに変動しており、それに伴って刑法もダイナミックに変化している。刑事立法は刑法においてだけではなく、刑事訴訟法と秩序違反法においても活発であり、それぞれの領域で新しく導入された諸法律についての個別的な分析も必要であるが、刑事立法全体を一括して分析の対象とし「刑事立法政策」の動向を把握することによって将来刑事司法が進む道を展望する多少巨視的な分析も必要な時期になったと考える。¹そこで個別的な論点よりは刑事立法の動向を巨視的に一括しながら、その社会的背景を土台に立法動向の特徴を提示しようと思う。以下では刑事立法の動向を概略的に刑法、刑事訴訟法、秩序違反法分野別（但し、ここで言う「分野」とは明確な基準に従った

¹ この論文では主に2000年代以後最近までの刑法、刑事訴訟法、その他特別法の改正を扱う。2次大戦以後韓国が大韓民国政府を樹立した後2000年以前までの刑事立法に対しは筆者がすでに日本に紹介したことがある。趙炳宣（Cho, Byung-Sun）「韓国刑事法の生成と展開－韓国刑事司法制度入門－」姫路法学（姫路独協大学法学部）第27・28合併号（1999），89-120 参照。

分類というよりは刑事立法の動向を簡単に眺望できる程度の多少恣意的なものにすぎない)に検討し、まず刑法の領域(Ⅱ)で様々な新しい保安処分を導入して保安処分の機能を強化する傾向(ⅡのA)、次に刑事処罰を強化する重罰化の傾向(ⅡのB)、刑事訴訟法の領域(Ⅲ)で2007年の全面改正と同じように適正手続を強化する傾向(ⅢのA)、国民参加裁判の導入(ⅢのB)、新しく設置された量刑委員会による量刑基準の導入(ⅢのC)、最近2010年12月立法予告された司法協力者訴追免除、重要参考人出席義務制、司法妨害罪、被害者参加制、映像録画の証拠能力(ⅢのD)、両罰規定の違憲決定による改正(ⅣのA)と非犯罪化の目的と軽微な違反行為に対する効率的な規制を企てるために導入された秩序違反行為規制法(ⅣのB)に関して簡略に紹介する。その後、そうした刑事立法に看取れる刑事政策的特徴を筆者は「予防刑法の台頭」と把握している。韓国では最近活発に多様な新しい刑事立法が行われ、刑事政策においても立法がそれ自体で終わってはならず、その立法背景となったダイナミックな社会変動と世論を土台に刑事司法実務全般にも「予防刑法的思考方式」が拡散しているからである。このように立法と判例の傾向を網羅した予防刑法的思考の拡散の前兆に対し、筆者は刑事司法の進む道を簡略ではあるが展望しつつ結論に代えようと思う(Ⅴ)。

Ⅱ. 刑法改正の動向：保安処分の強化および重罰化

A. 保安処分の強化

1. 出発点：保護監護の廃止が予防刑法に及ぼした影響

刑法はそもそも犯罪予防に寄与するものであるが、狭い意味での予防刑法のいわゆる「保安処分」は、1980年「(旧)社会保護法」によって導入された。²特に保安監護処分は南北関係の特殊性により積極的に活用された。北朝鮮の共産主義に従う未転向思想犯を社会から隔離するのに重要な役割を担ったが、当時の独裁政権と関連して濫用の虞れが指摘されていた。このように常にその正統性論議にまきこまれたことによって、1920年初期フランツ・フォン・リスト

² 韓国での保安処分の歴史に対し詳細には、趙炳宣(Cho, Byung-Sun)「韓国刑事法の生成と展開－韓国刑事司法制度入門－」姫路法学(姫路独協大学法学部)第27・28合併号(1999)、98-100 参照。

(Franz von Liszt) 説に代表される「近代学派」の果実である保安処分は韓国ではかなり否定的な印象を残すことになった。以来、ずっと廃止されるべき悪法であるとの指摘がなされ続け、2005年8月にこの社会保護法が廃止となり、新しい法律によって保安処分は保護観察などのみを残して韓国の刑事制裁の目録から消えることになった。社会保護法廃止法(2005.8.4)は、社会保護法が廃止されても経過規定を置いて、この法の廃止以前にすでに裁判所から保護監護を宣告された者にはそのまま保護監護を執行するようにした。2010年3月16日までの統計を見れば、まだ87人が保護監護執行中で、197人が刑期の未終了で保護監護の執行を待っているところである。

しかし他方、思想犯を除いた重犯罪者に対し保護監護を通じて社会安全を維持した経験があったために、社会安全に対する要求は不安感により増幅された。かつて民主化を要求した市民社会が保護監護の廃止を要求した状況に類似して、犯罪の凶暴化に対する安全対策を要求する声が市民社会に大きくなることになったのである。特に保守指向の政権になった後、予防刑法の合理的な刑事政策だった保護監護がなくなった空席を政府は概して刑罰の強化や電子監視制度を通じて満たそうと考えた。また刑罰の強化は伝統的な強力犯罪の分野だけで終わらず、国家の刑事的介入を連鎖的に経済分野やサイバー空間、生命倫理分野などにおいても拡大させるという結果をもたらした。このような刑事立法の動向には必ずしも否定的な側面しかないというわけではなく、かつて非民主的に獲得された政権がその正統性論議のせいで時代的必要性にもかかわらずあえて介入することができなかった現代社会の新しい分野に適切な刑事政策を樹立したという肯定的側面もある。しかし専門家もフォローすることが困難なほどの活発な刑法改正は十分な議論を経て時代的要請に対応したものになっているのか、特に保護されなければならない私的領域に行き過ぎた刑事的介入がなされているのではないのか、という点について憂慮が表明されている。以下ではそれぞれの分野別に検討しようと思う。

2. 保護監護の再導入の論議および治療監護法の改正

最近、凶暴な連鎖殺人犯、性暴力殺人犯、児童性暴力犯に衝撃を受けた韓国社会がそうした社会の敵に対して安全を要求する雰囲気为背景に保護監護を復活させようとする動きが生じた。2007年前後に法務部傘下に刑法改正委員会が発足して以来、法務部長官が報道機関とのインタビューで「検討する」という

発言を繰り返すうちに法務部の保護監護案が具体化（「保護収容」と名称変更）され³、これに伴って、国立研究機関の韓国刑事政策研究院および学界における議論も活発になっている。⁴この保護監護制度廃止後5年ぶりの再導入議論には、5年前とは異なる点がある。5年前当時には保護監護制度は累犯および常習犯の加重という行為者刑法的要素と重複的に規定されていたが、最近再導入が議論されている保護監護は責任原則をより徹底的に守るという意味で原則的に累犯および常習犯の加重規定を廃止することを前提としていて、その要件だけではなく執行方法においても刑罰の執行とは差別化されることが要求されている。かつて1920年代ドイツでも刑罰と保安監護とは執行上差がないので両者の区別は「レッテル詐欺」にすぎないという批判があったという点⁵が韓国で再び注目されているのである。なぜなら韓国でも以前から保護監護と刑罰には執行上の差がないので一事不理の原則に反するという批判があったからである。しかし韓国の憲法裁判所は保護監護制度の合憲性を認めている。憲法裁判所は「保護監護処分は刑罰と似ているが、再犯の危険性がある特殊な教育改善が必要だと認められる者に対し社会復帰を促進して社会を保護するための保安処分であって、憲法第12条第1項に根拠を有し、その本質と目的および機能において刑罰とは違った独自の意義を持った社会保護的処分であるから、刑と保護監護を併科して宣告するからといって一事不再理原則に背くということはいできない」(95헌바20等)として、一貫して合憲であると判示している。したがっ

³ 2010年3月16日の法務部報道資料によれば刑法に保護監護を再導入する刑法改正案は2010年10月12日まで国会に提出されることになっているが、この計画は実現されることができなかった。しかし2010年10月いよいよ刑法改正案を外部に公表したし、2011年1月には国会に提出すると発表されている。

⁴ 강우예 (Kang, U-Ye) / 박학모 (Pak, Hak-Mo) 『刑法改正研究 (IV) : 保安処分制度の整備方案』韓国刑事政策研究院, 2009; 김성돈 (Kim, Seong-Don) 「責任刑法の危機と予防刑法の限界」刑事法研究 第22巻 第3号 (2010), 12等など。

⁵ 本来ドイツの1909年草案には保安監護代わりに累犯加重規定があったが、1919年草案に保安監護が提示された。リストが保安処分よりは不定期刑による「目的刑 (Zweckstrafe)」を擁護したし、コールラウシュ (Kohlrausch) も保安監護をレッテル詐欺としつつ不定期刑を擁護した。また、ラートブルッフ (Radbruch) も1919年草案では保安監護に賛成したが、このようなリスト学派の影響で1922年草案では不定期刑に賛成した。詳細は、Kohlrausch, ZStW 44 (1924), 33 ff.

て「社会保護法廃止法律」が廃止以前に裁判所からすでに保護監護を宣告された者に対し従来通り保護監護を執行するように規定したことに對しても一貫して合憲決定を下した。ただし、廃止された社会保護法第5条第1項に對しては、「前科や監護処分を宣告された事実などがあれば再犯の危険性の有無にかかわらず、必ず保護監護を宣告するようにして違憲である」[88헌가5,889헌가44(併合)]と判示した事例もあるが、憲法裁判所は保護監護制度それ自体は合憲であることを前提にしている。法務部はこのような憲法裁判所の決定に自信感を持って、2010年10月には保護收容(保護監護の名称変更)を累犯および常習犯の加重規定を廃止するのを前提に導入する刑法改正案を公表し、2011年1月にはいよいよ国会に提出する予定である。これに對し大韓弁護士協会(Korean Bar Association)は、2010年12月26日法務部に反対意見書を公式に提出した。大韓弁護士協会は、保護監護制は、刑期を満した犯罪者を監護所に再收容することになって二重処罰および違憲の可能性ためにすでに2005年に廃止された制度であるとして、現在も状況が変わっていないと主張するなど論争が続いている。

このような保護監護制度の正当性に対する激しい論難とは違って治療監護制度はその正当性自体に対する疑念が提起されることはなかったし、現在も徐々に拡大していきつつある。韓国で治療監護制度は2005年に保安処分の基本法であった社会保護法が廃止されることによりその根拠を失ったが、同法に換えて別途、治療監護法⁶が制定された。心神障害者や麻薬中毒者、アルコール中毒者、その他薬物中毒者に対する治療監護が規定されたが、2008年6月13日(法律第9111号)と2010年4月15日(法律第10258号)の改正を経て精神性的(psychosexual)性犯罪者が追加された。2008年改正では小児性嗜好症、性的加虐症など性的性癖がある精神性的障害者が追加されたが、2010年の改正ではその対象となる法律と各条条文に具体的に言及して、事実上刑法と特別刑法上のほとんどすべての性犯罪者が追加された。治療監護法に初めて性犯罪者が追加された2008年6月の改正以後2009年5月5日までの法務部の資料によれば、すでに総数51名の性暴行犯罪者に對し精神鑑定が依頼されたし、これらの中の5人が精神性的障害であることが判明して治療監護所の性暴行治療リハビリセ

⁶ 法律 第7655号 2005.8.4. 制定。

ンターで認知行動治療、薬品治療、職業能力リハビリ訓練などを受け始めた。⁷しかし、治療監護法は治療監護と刑が並科された場合、治療監護を先に執行し、これを刑の執行期間に算入させるようにしていたので、刑の執行を終えて出所する時点で万が一精神疾患が再発した場合には性犯罪の再犯を防止するという治療監護の目的に反するという批判に基づいて、新たな改正案が2010年4月20日国会に提出された。この改正案は治療監護と刑が並科された場合、性的性癖がある者については刑が終了するか免除を受けた後に治療監護を執行するようにして治療効果を極大化させて性犯罪の再犯防止に万全を期するようにしている。⁸この改正案はまだ論議中である。

3. 遺伝子データバンク制度

予防刑法の機能を補完するための対策の一つとして2010年1月25日「DNA身元確認情報の利用および保護に関する法律」が導入された。⁹この法律は再犯の危険性が高い凶悪犯の身元確認情報を一時的でなく別に長期間データベース化する方式で管理して資料として活用するように規定している。無罪推定の原則との衝突を考慮して再犯の危険性が高い11個の種類の重大な犯罪だけを対象にするが、犯罪者の個別事情を考慮せず、いわゆる「類型的危険性」だけを要件にDNAファイルを貯蔵するようにした点で批判を受けている。韓国の憲法裁判所は、いわゆる「個人情報自己決定権」を憲法に明示されていない基本権¹⁰であると認定しているから、「法律の留保」に該当する上、この法律は過剰禁止に抵触するのではないかという点が十分に検討されていないという批判を受けているのである。特に相当部分が大統領令による該当委員会への委任事項となっているという点が批判の対象となる。この法律は最初に1996年「遺伝子データバンク設立に関する法律案」の草案が用意されてから15年間の陣痛を経て2010年に立法された。この法律の基礎になった「2006年の草案」に比べて

⁷ 法務部 報道資料 2009.5.6. 参照。

⁸ これに関して詳細には、장규원 (Chang, Gyu-Won) 「治療監護法改正議論に対する考察」比較刑事法研究 第12巻 第1号 (2010), 203-212参照。

⁹ 立法過程に対し詳細には、신양균 (Shin, Yang-Gyun) 「遺伝子情報銀行制度と人権」刑事法研究 第22巻 第3号 (2010), 62-64参照。

¹⁰ 憲法裁判所 決定 2005.5.26, 99헌마513/2004헌마190 (併合)。

現行法は一般に人権侵害の要素が相当部分除去されたと評価されているが¹¹、果たして、特定犯罪の予防と鎮圧のために遺伝子情報バンクという国家の監視体系を設けることが許されるのかを巡る根本的論争は収まってははいない。¹²しかし法務部は人権侵害の憂慮が大きいという批判に対して立法による期待効果が大きいと反駁している。まず殺人、強姦等凶悪犯の早期検挙で更なる被害者を量産するのを防止することができるし、DNA の優れた犯人識別力ために犯人にとって更なる犯行を自制させることによって犯罪を予防する卓越した効果があり、一方、誣告された捜査対象者を早期に排除でき、既存の受刑者ら誤って有罪判決を受けた者の冤罪を晴らさせることができるので、かえって国民の人権保護に大きく寄与する制度であると主張している。

4. 特定犯罪者に対する電子装置の装着

性暴力犯罪者に対する電子装置の装着を規定した「特定性犯罪者に対する位置追跡電子装置装着に関する法律」は、2007年4月27日制定されたが、直後の2008年6月13日一部改正によって装着期間を5年から10年に延長した上、遵守事項違反に対する刑事罰を導入して2008年9月1日から施行された。また2009年5月8日の改正を通じて性犯罪者その他にも未成年者を対象にした誘拐犯でその対象を拡大し（法律名も「特定犯罪者に対する位置追跡電子装置装着などに関する法律」に変更された）、他の強力犯罪にも拡大することが議論され、2010年4月15日殺人罪まで追加された。裁判所から装着命令を宣告された者は同時に「保護観察などに関する法律」に伴う保護観察の適用を受けることになる。装着期間は法定刑の上限が死刑または無期懲役の特定犯罪の場合、10年以上30年以下、法定刑中懲役刑の下限が3年以上の有期懲役の特定犯罪の場合には3年以上20年以下、法定刑中懲役刑の下限が3年未満の有期懲役の特定犯罪の場合には1年以上10年以下となる。また、犯罪被害者が13才未満の場合には

¹¹ 신양균 (Shin, Yang-Gyun) 「遺伝子情報銀行制度と人権」 刑事法研究 第22巻 第3号 (2010), 81.

¹² このような論争に対し 김혜경 (Kim, Hye-Gyeong) 「遺伝子情報収集の立法目的の正当性」 刑事法研究 第22巻 第3号 (2010), 253; 이승환 (Lee, Sung-Hwan) 「犯罪者 DNA データベースの理論と国際現況」 刑事法の新動向 第18号 (2009), 157等参照。

装着期間の下限が2倍に増える。特定犯罪については、経過規定を置いてこの法律施行以前の犯罪者（対象件数約6,900件余り）に対しても遡及して適用するようにしたことにより（問題になった部分は法律施行以前に判決を受けて刑が執行中であるか出所して3年にならない性暴力犯罪者に電子アンクレットを装着させるようにした電子アンクレット法付則第2条第1項）遡及効禁止の原則に抵触するという批判を受けたりもした。足首に電子感應装置を装着することを捉えて「電子アンクレット」とも呼ばれるこの制度は一般に保安処分の一つと理解されているが¹³、刑罰と見ることができるとする見解¹⁴もある。刑罰と見ることになれば遡及効禁止の原則に直接抵触するので違憲ではないかが問題になるが¹⁵、2010年8月31日清州地方法院忠州地院刑事合議1部が憲法裁判所に同法附則第2条第1項に対する違憲審査を申請し、2010年12月9日憲法裁判所で初公開弁論があった。違憲性の有無に関する憲法裁判所の手続は現在進行中である。

2010年2月、この制度を施行して以来初めて電子アンクレットを毀損して逃走した事件が発生したが¹⁶、管轄保護観察所では毀損事実および余罪の存否を確認した後、毀損事実に対して刑事告発を行い、仮釈放の取り消しを申請した。

¹³ 詳細には、박혜진 (Pak, Hye-Jin) 「いわゆる電子装置装着法に対する批判的考察」刑事政策 第20巻 第2号 (2008), 235参照。

¹⁴ いわゆる「正義モデル (Justice Model)」の観点で刑罰と見る。최정학 (Choi, Jeong-Hak) 「電子監視制度の導入に関する研究」刑事政策 第19巻 第2号 (2007), 366; 최인섭 (Choi, In-Seop) / 진수명 (Chin, Su-Myeong) 『保護観察制度の成人犯拡大実施のための予備研究』韓国刑事政策研究院 (1997), 36-38参照。

¹⁵ 大法院は保安処分の場合には刑罰不遡及の原則が適用されないとした：「大法院 判決 1997.6.13. 宣告 97도703」は「『...保護観察は刑罰でなく保安処分の性格を持つこととして、過去の不法に対する責任に基づく制裁ではなく将来の危険性から行為者を保護して社会を防衛するための合目的な措置なのであって、それに関する規定が常に行為以前に規定されていなければならない訳ではなく、裁判時の規定によって保護観察を受けることを命じることができると見なければならないこと... (後略)』としている。参考で憲法裁判所判例中에서도保安処分に対して刑罰不遡及の原則を適用するべきだと見た「憲法裁判所 決定 88헌가5, 89헌가44」等の判例があるが、これはすでに廃止になった保護監護制度に関する判決である。

¹⁶ 法務部報道資料 2010.3.10. 参照。

電子装置を傷つけた場合、7年以下の懲役または、2千万ウォン以下の罰金に処される（同法第38条）。法務部が専門機関の「韓国リサーチ」に依頼して全国の満19才以上成人男女1,000人を対象に2009年9月8日から2日間にかけて行った世論調査によれば、性暴行犯に対する電子足輪については賛成95.6%、反対2.8%で、殺人、強盗、放火等、高度に危険な強力犯に対する電子足輪拡大の可否については賛成87.1%、反対11.3%であり、懲役刑で収容中の者に対する刑期終了後の保護観察制の導入可否については賛成88.1%、反対9.6%であった。¹⁷法務部はこのような世論を土台に誘拐犯罪と殺人犯罪まで拡大したが、殺人犯罪や誘拐犯罪以外の危険性が高い他の凶悪犯罪にも拡大するとしている。

5. 性犯罪者身上公開制度

性犯罪者の身上を公開する制度は2000年2月3日に制定された「青少年の性保護に関する法律」を通じて導入された。この法律によれば19才未満の青少年を相手に性犯罪を犯した者の身上を公開するようにしている（同法第20条）。ところで上で言及した電子アンクレット装着命令の法的性格と同じようにここでもその不明な法的性格が違憲性論争をもたらした。まず身上公開制度はその目的や内容が刑事制裁に近い性格を持っているにもかかわらず、行政機関である「国家青少年委員会」がその執行決定の権限を持つことによって憲法上の原則の「裁判官による刑罰または保安処分の賦課」に抵触するという批判である。¹⁸しかし憲法裁判所は2003年6月、同法第20条の身上公開に対し提起された違憲の訴えに対し合憲決定を下して違憲論争は一段落した。¹⁹この合憲決定によれば、同法第20条第2項第1号が二重処罰禁止原則に違反するのかどうか、過剰禁止原則に違反するのかどうか、平等原則に違反するのかどうか、裁判官による裁判を受ける権利を侵害するのかどうか、適正手続原則に違反するのかどうかについて全て理由がないとし、加えて身上公開の時期・期間・手続など

¹⁷ 法務部 報道資料 2009.9.14. 参照。

¹⁸ このような主張は特に、박영규 (Pak, Yeong-Gyu) 「青少年性保護法上身上公開制度の問題点と改善法案」矯正研究 第22号 (2004), 7-38参照。

¹⁹ 憲法裁判所 決定 2003.06.26, 2002헌가14, 憲法裁判所判例集 第15巻1集, 624以下参照。

に関する事項を大統領令に委任した同法第20条第5項が包括委任立法禁止の原則に違反するのかどうかについても合憲であると判断した。²⁰これに伴い、国家青少年委員会は2001年8月以後毎月6ヶ月ごとにインターネット上のウェブサイトに着実に身上公開をしてきている。²¹すなわち、児童・青少年対象の性犯罪者の居住情報は警察官署およびインターネット上の身分公開サイトを「わざわざ」訪問して初めて知ることができた。このような制度に対し、わざわざ情報を探さなければ知ることが出来ないのは不便であって、青少年対象の性犯罪者の身分公開の趣旨（近隣児童と青少年そして父母らに事前に警戒心を呼び覚まして再犯発生を抑制する効果）に鑑みて「自動的に」その身上を知らせる制度が必要であるという批判が提起された。これに伴い、2010年4月15日同法が改正され²²「告知命令の判決」（同法第38条の2）が新設され、裁判所の告知命令を女性家族部長官が執行（同法第38条の3）するようにした。2011年1月1日からは判事の告知命令の宣告がある場合にはまず児童・青少年対象性犯罪者の身上情報と転出入情報を性犯罪者が居住する邑面洞の地域住民に郵便で告知することになる。郵便通知書には性犯罪者の姓名、年齢、住所および実際居住地、身体情報、写真、性犯罪の要旨、転出情報までが記載されている。まだ実証的な研究を通じてその効果が立証されはしなかったが、一部犯罪学者の研究は、韓国の身上公開制度の母胎になった米国の「性犯罪者の登録および公開に関する法（Sex Offender Registration and Notification Law）」²³の実証的予防効果に対する研究を韓国の場合と比較した上で、韓国でも約2年の時差を置いて

²⁰ 合憲理由について詳しくは、강태수 (Kang, Tae-Su)「性犯罪者身上公開制度に関する憲法的考察」公法学研究 第7巻 第2号 (2005), 131-162 参照。

²¹ 国家青少年委員会のウェブサイトには身上公開対象者の名簿と基本的な統計資料が公開されている。http://youth.go.kr/bb/bb03000.asp#section10 参照。

²² 法律 第10261号 2010.4.15. 制定 (2011.1.1. 施行)。

²³ これに関して、J. T. Walker, S. Maddan, B. E. Vasquez, A. C. Van Houten, G. Ervin-McLarty, The Influence of Sex Offender Registration and Notification Laws in the United States, Little Rock, AR: Arkansas Crime Information Center, 2005 参照。米国では連邦政府の規則と連邦最高裁判所の決定を土台に50州が多少定型化された「性犯罪者の登録および公開に関する法」を施行している。

性犯罪予防の効果が現れると予測している。²⁴このようにその効果が肯定的に評価されたことによって、法務部は2010年3月31日「性暴行犯罪の処罰に関する特例法」を改正して（第32条）2011年4月16日から19才以上を対象にした性犯罪者の身上を10年間インターネットに公開することに拡大した。しかし立法過程で、韓国の国家機関の国家人権委員会が性暴行犯罪者の身分公開に対し反対意見を表明するなど論議的になり、同法第40条に身分公開に対する「悪用禁止」の条項が追加されることとなった。

6. 凶悪犯罪に対する被疑者の顔の公開および言論報道

凶悪な犯罪に対する国民の関心が大きくなったことに伴って、その中心にある被疑者に対する報道機関の取材と報道が積極的になってきている。特にその間 TV に犯罪被疑者の顔が公開されないことに対する社会的批判が激しくなると、2010年4月15日「特定強力犯罪の処罰に関する特例法」が改正され、第8条の2を新設して²⁵犯罪被疑者の顔が公開されるようになった。²⁶同条はその前提条件としてまず、犯行手段が残忍で重大な被害が発生した特定強力犯罪事件であること、次に、被疑者が自白したりその罪を犯したと信じるに足りる十分な証拠があること、第三に、国民の知る権利の保障、被疑者の再犯防止および犯罪予防等、もっぱら公共の利益のために必要であること、第四に、被疑者が青少年保護法第2条第1号の青少年に該当しないことを規定している。しかし人権団体などは、被疑者身分公開の犯罪抑止効果が立証されていない状況で政策導入を強引に決めるのは被疑者と家族に人格的侮蔑感を与えるなど逆効果をもたらす可能性があるとして批判した。これに対し法務部は、このような改正と関連して、韓国には刑法に被疑事実公表罪があるから自然と捜査機関が被疑者の公開に対し消極的にならざるをえないのに対して、米国、英国など大多数の国家では韓国と同様の被疑事実公表罪がないから、公開基準について何ら法的

²⁴ 최웅렬 (Choi, Ung-Ryeol) / 장현석 (Chang, Hyeon-Seok) / 이창배 (Lee, Chang-Bae) 「性犯罪者身上公開制度의 효과성에 관한 연구」 刑事政策 第19卷 第1号 (2007), 359-384参照。

²⁵ 法律 第10258号 2010.4.15. 制定。

²⁶ これに対する強力な批判は、강동욱 (Kang, Tong-Uk) 「強力犯罪被疑者身上公開의 正当性의 有無에 관한 法理的 検討」 刑事政策研究 第20卷 第2号 (2009), 5 参照。

根拠がなくても凶悪犯の顔公開は世論により自然に成り立っているという点を強調した。このような改正が議論された国会では一歩進んで第9の2を新設して刑事裁判の中継放送を許容する改正案まで議論されたが採択には至らなかった。この時の提案理由書は「児童性暴行、連続殺人など特定強力犯罪を対象にした場合、その裁判過程を放送を通じて公開し、犯罪の深刻性に対する警戒心を呼び覚まし、司法の透明性と裁判処理の質を向上させて司法に対する社会的監督を強化すると同時に国民の法律知識の普及に尽くそうとすること」を目的とするとしている。²⁷比較法的にはドイツで1998年に連邦憲法裁判所の手続をラジオ録音、TV・映画撮影することを許容した連邦憲法裁判所法（BVerGG）第17aが賛成の根拠として提示されたりもした。²⁸

このような社会的雰囲気とともに捜査機関が行ういわゆる「中間捜査結果の発表」や‘捜査に関する公式ブリーフィング’が犯罪予防の次元で反社会的犯罪形態に対する情報共有としての‘知る権利’として認められている。しかし他方、刑法は捜査機関の構成員が職務で知得した被疑事実を公判請求前に公表してはならないと規定した「被疑事実公表罪」を置いている。被疑者の人権と国民の知る権利が衝突する場合、両者の利益を較量する利益衡量原則により解決するべきだとする見解が一般的であるが²⁹、その境界線は非常に曖昧であるから³⁰、特に2009年5月23日の盧武鉉（노무현）前大統領の自殺事件において、再び注目をあびることになった。³¹検察の一方的な中間捜査発表が盧前大統領

²⁷ この改正案の内容について詳しくは、강동욱（Kang, Dong-Uk）「刑事裁判に対する中継放送制度導入の問題点に関する考察」法と政策 第10集 第2号（2010），613-615参照。

²⁸ この点の紹介は、강동욱（Kang, Dong-Uk）「刑事裁判に対する中継放送制度導入の問題点に関する考察」法と政策 第10集 第2号（2010），617参照。

²⁹ 김상겸（Kim, Sang-Gyeom）「被疑事実公表の許容範囲と限界」刑事法の新動向 第27号（2010.8.），19-20参照。

³⁰ 被疑事実公表罪の限界に対し、이근우（Lee, Geun-U）「中間捜査発表による被疑事実公表罪適用のいくつかの争点」比較刑事法研究 第10巻 第1号（2008），257；신정훈（Shin, Cheong-Hun）「被疑事実公表罪の刑法的限界」比較刑事法研究 第8巻 第2号（2006），179参照。

³¹ これに対し、김창룡（Kim, Chang-Ryong）「被疑事実公表罪何が問題なのか。노무현（No, Mu-Hyeon）前大統領逝去に現れた検察と言論の慣行に対して」韓国言論情報学会 2009年 学術大会資料集（2009.6.），25以下参照。

の自殺の一つの原因になったという与党側の批判を意識して、検察は2009年6月11日、社会各界の人らが参加する「捜査公報制度改善委員会」を急遽設置した。この委員会は、被疑者、参考人など事件関係人の人権保護の強化のための制度改善を図ると宣言した。³²

7. 性犯罪量刑基準の改正および化学的去勢の導入

かなり以前から司法部の民主化の優先事項として量刑基準による量刑の合理化の要求があり、司法制度改革推進委員会は長い間の論議の末に量刑委員会を大法院に設置して量刑政策の審議と量刑基準を設定するようにした。これに伴い、2007年1月裁判所組織法が改正されて量刑委員会が設置され（同法第8第1条の2第1項）、「裁判官は刑の種類を選択して刑量を定めるに際して量刑基準を尊重しなければならない。量刑基準は法的拘束力を持たない。裁判所が量刑基準を逸脱した判決をする場合には判決書に量刑の理由を記載しなければならない」（同法第81条の7第1項、第2項）とする規定が導入された。そして第1期量刑委員会が発足した後、2009年4月になって初めて量刑基準が設定された。しかし、9才の女兒に対する残忍な性暴力殺人事件で飲酒を理由として裁判所の宣告刑量が一般人の予想を下回る軽いものになった際には、裁判所がこの事件の深刻性を悟れずにいるという非難が暴発した。これを契機として、法務部は2010年4月15日「性暴力処罰等に関する特例法」を改正して同法第19条に飲酒による性犯罪の場合刑法第10条第1項にともなう心神耗弱減輕をできないように規定した。量刑委員会もまた2010年6月29日の議決を通じて既存の性犯罪量刑基準を修正して、2010年7月15日から施行するようにした。

16才未満の児童を相手とする性暴行犯罪者のうち、正常でない性的衝動や欲求により自身の行為を自ら統制することができない19才以上の性倒錯症患者に対し、法院は15年の範囲内で期間を定めて倒錯的な性機能を一定期間弱化または、正常化する「性衝動薬品治療命令」を宣告することができるようにする「性暴行犯罪者の性衝動薬品治療に関する法律」が、2010年6月29日導入された。2008年に提案された最初の法律案の「常習的児童性暴行犯の予防および治療に関する法律案」は13才未満の児童を被害者とする場合を対象としたが、ここでは16才未満の児童まで拡大され、「化学的去勢」という用語は治療方法の実質

³² 法務部 報道資料 2009.6.11. 参照。

と合わず、過度に刺激的で法律用語として不適切であるという指摘を反映して、性ホルモン調節を通じて性機能を一時的に弱化させる治療の実質に符合する「性衝動薬品治療」に用語の変更が行われ、対象を19才以上の性倒錯症患者として再犯の危険性がある者に限定した。刑または治療監護と治療命令が併科された場合、刑または治療監護を先に執行して、出所2ヶ月前から治療命令を執行するようにした。出所以後も継続的に治療を受けるようにするいわゆる「社会内保安処分」として治療命令制度を導入したのである。この場合、薬品投与のための検査および薬品投与の効果または副作用など確認のために出所2ヶ月前から治療を実施するようにした。法院が宣告した治療期間以後にも継続的な治療の必要性が認められる場合、または、治療に順応しなかった場合など事情変更がある時には検事の請求により治療期間の延長が可能である。また、治療命令執行期間の間は義務的に保護観察を受けるようにしている。その他にも性倒錯症患者として治療監護執行中に仮終了となったり、保護監護執行中に仮出所する者に対し保護観察期間（3年）の範囲内で治療命令を賦課することができるようにして、「治療監護審議委員会」が仮終了・仮出所の可否を審議する際に、精神科専門医の診断・鑑定の結果を必ず参酌して治療命令賦課の可否を決定し、治療命令が賦課された者に対しては出所2ヶ月前から治療命令を執行するようにしている。

B. 重罰化

1. 刑法典における有期懲役の上限の引き上げ

保護監護がなくなった空席を埋める予防刑法の要請は2010年3月31日の刑法改正³³で明確にあらわれた。改正刑法は有期懲役刑の上限を15年から30年に引き上げ、加重事由がある場合の上限を25年から50年に引き上げた。これに伴い刑法各則の犯罪中で法定刑の下限が1年以上の場合、裁判官の裁量が認められる法定刑の幅は従来の1年から15年が1年から30年となり、ここに常習犯および競合犯などの加重事由があれば、さらに1年から45年となり、累犯加重があ

³³ 法律 第10295号 2010. 4.15 制定。刑法第9次一部改正の立法過程について詳しくは、이인석 (Lee, In-Seok) / 임정엽 (Im, Cheong-Yeop) 「改正刑法における有期懲役刑の上限調停に関する考察」 刑事法研究 第22巻 第3号 (2010), 33-36参照。

ると何と1年から50年になる。このように広範囲な法定刑の幅は事実上法定刑の意味を大きく減じる。韓国が国際的には、まだ死刑が存在するが事実上執行されない「モラトリアム (Moratorium) 国家」に分類され、死刑廃止国に近く、今後死刑が再度執行されるようになる見込みがないという点も考慮されたと見られる。学界も保護監護が廃止なった空白を一定部分有期懲役が担当するわけではないという点を認めて25年/30年案を提示した。有期懲役刑の引き上げは事実上1992年から議論されてきたものの、学界の反対の前に失敗に終わっていたが、2009年9月8才の女兒に対する性暴力殺人事件が、更に、2010年2月女子中学生に対する性暴力殺人事件が報道されたことによって、国会に30年/50年案、25年/50年案、20年/30年案が提案され、議論の末、30年/50年案で確定したのである。日本の場合、韓国におけると同様に、2004年奈良県で起こった女兒に対する性暴力殺人事件を契機として、15年/20年が20年/30年に引き上げられたのと同時に様々な法制度を整備した。³⁴これと比較すると韓国の刑法改正は国際的な比較において³⁵大幅な引き上げである。

しかし韓国の実務においては、刑務所の過密化などの様々な問題に鑑みて、無期懲役の場合にも15年から20年服役した後、仮釈放審査委員会の審査を経て仮釈放となることが一般的である。³⁶韓国で仮釈放の最小服役期間が刑期の1/3であるためである（刑法第72条第1項）。法務部統計によれば、無期懲役の宣告を受けた者の中で1999年から2005年までに仮釈放となった者は35名で、このうち2名は13-14年の服役後に、28名が16-20年の服役後に出所し、20年以上服役したのは5名に過ぎなかった。また、20年以上の刑を宣告されて満期出所した事例が一件もないが、これは20年以上の有期懲役を宣告された者が全て仮釈放で仮出所したことを意味する。そして2004年1月から2009年8月までに仮釈放を申請した者は56,600余名であり、その89.3%にあたる55,000余名が仮出所

³⁴ この事件は韓国にも良く知られたし、その後の法制度の整備もよく紹介された。황태정 (Hwang, Tae-Jeong) 「日本の性犯罪再犯防止政策」延世大学校 法学研究 第18巻 第3号 (2008) 参照。

³⁵ 国際的な比較は、장규원 (Chang, Gyu-Won) / 강동욱 (Kang, Dong-Uk) 『刑法総則比較法資料集』韓国刑事政策研究院、2006、348参照。

³⁶ 신양균 (Shin, Yang-Gyun) 「絶対的終身刑による死刑廃止」比較刑事法研究 第9巻 第2号 (2007)、630参照。この論文によれば、2004年無期受刑者の仮釈放人員は2名で平均服役期間は20年、2005年の場合、5名で平均15年服役した。

を許された。うち17.5%にあたる8,820人は殺人、強盗、性暴力を犯した凶悪犯である。³⁷裁判官は最高50年の懲役刑で量刑を選択する際には、実際に被告人がどれくらい服役することになるのかを予想して宣告刑を決定しているので、実質的には有期懲役刑の引き上げよりは仮釈放の実質的審査要件を立法化する、最小服役期間を1/3から2/3に引き上げる、刑執行に対する司法的統制を強化するなどの措置³⁸が必要である。これと共に法務部が専決できる刑執行に対する司法的統制が必要であるという批判が強くなり、2009年10月20日法務部は、仮釈放審査委員会（外部委員5人と内部委員4人で総9人で成り立つということ）を開催しながら、残忍な児童性暴行殺人事件を契機に触発された性暴行犯罪など凶悪犯罪に対する国民の憂慮と厳格な刑執行を望む国民の法感情を勘案して、以前仮釈放審査委員会で認めていた児童性暴行および反倫理的犯罪者に対する仮釈放を全面排除する等強力な刑執行の意向を表明した。³⁹

2. 組織暴力団の処罰強化

今までは組織暴力団が犯罪団体に加入またはこれを構成して活動しても、これは、加入・構成行為と同時に犯罪が成立・完成されて公訴時効が進行する即成犯であるから犯罪団体構成員として継続的に活動中であっても一度処罰を受けたり公訴時効が完成された場合には処罰が不可能となる。そこで法務部では2006年3月24日「暴力行為など処罰に関する法律」⁴⁰を改正して犯罪団体組織に加入・構成する行為自体だけでなくその構成員として活動する場合にも処罰が可能となるように組織暴力団に対する処罰根拠を用意した。「暴力行為など処罰に関する法律」の改正前は組織暴力団に対しては、犯罪団体構成・加入活動罪での処罰が不可能である場合、暴行罪（2年以下懲役または、500万ウォン以下罰金）・脅迫罪（3年以下懲役または、500万ウォン以下罰金）・傷害罪（7年以下懲役または、1,000万ウォン以下罰金）・恐喝罪（10年以下懲役または、2,000

³⁷ 이인석 (Lee, In-Seok) / 임정엽 (Im, Jeong-Yeop) 「改正刑法における有期懲役刑の上限調停に関する考察」刑事法研究 第22巻 第3号（2010），46参照。

³⁸ これに対し、한영수 (Han, Yeong-Su) 「現行仮釈放審査体系の問題点」刑事政策 第15巻 第1号（2003），177; 정승환 (Cheong, Seung-Hwan) 「行刑裁判官の導入に関する考察」刑事政策研究（2001・冬），57参照。

³⁹ 法務部 報道資料 2009.10.20. 参照。

⁴⁰ 法律 第7891号 2006.3.24. 制定（一部改正）。

万ウォン以下罰金)等によってのみ処罰していたが、改正法に基づいて犯罪団体を構成し・これに加入した事実に対する処罰はもちろん活動した内容に対しても処罰が可能になったことによって、首魁は死刑、無期または10年以上の懲役に、幹部は無期または7年以上の懲役に、その他の者は2年以上の有期懲役に処することができるようにした。

3. 少年法の統制的機能の強化

少年法は、2007年12月21日、第2の制定と呼ばれるほど前例のない大規模な改正を受け、2008年6月22日から施行された。⁴¹改正少年法は上限年齢を20才未満から19才未満に引き下げた。19才の者の犯罪は少年法でなく刑法の適用を受けることになる。また下限年齢も引き下げられ触法少年と虞犯少年の下限年齢が12才から10才になった。したがって改正少年法は犯罪の低年齢化に対処するという目標を持っているということが分かる。改正少年法は従来、付加処分であった社会奉仕命令と受講命令を独立した保護処分としてその命令期間を延長し、1ヶ月以内の少年院送検処分、相談・教育命令、保護観察処分にとまなう夜間外出制限命令、保護者に対する特別教育命令を新設して、短期保護観察期間を延長し、長期少年院送検処分の受け入れ上限期間を明文化した。このことによって、保護処分の種類が従前の7種類から10種類に増えることになるなど統制手段を強化している。また、1ヶ月以内の短期少年院送検処分と長期の保護観察処分を併合できるなど保護処分の併合範囲を広げている。検察官の決定前調査制度と条件付き起訴猶予制度を新設して検察官が保護観察所と少年院、少年分類審査員を利用することができるようになった。また、非行予防政策という一章を新たに設けて、非行対策を樹立・施行して政府機関と社会団体との協力体制を構築して運営するようにした。韓国で青少年人口の減少により少年事件の数は減少しているにもかかわらず、少年犯の再犯率が30%台の高い水準を維持している等の問題点を解決するために、既存の検察官選議制度をより一層強化したと見ることができる。⁴²

⁴¹ 法律 第8722号 2007.12.21. 制定 (一部改正), 2008.6.22. 施行。

⁴² これに対する批判は、최종식 (Choi, Jong-Sik) 「第6次少年法改正の問題点考察」 刑事政策 第20巻 第1号 (2008), 351-374参照。

Ⅲ. 刑事訴訟法の改正 - 適正手続と訴追効率化の強化

A. 2007年の刑事訴訟法の全面改正

刑事訴訟法が1954年9月23日法律第341号により公布・施行されて以来⁴³、半世紀を越える歳月が経過した。その間15回にかけて一部条文に対する改正がなされたが⁴⁴、2007年6月1日に公布され2008年1月1日から施行される改正刑事訴訟法は何と196個の条文が改正される全面改正であった。⁴⁵改正された内容を簡略に整理すれば、次のようなものである。

1. 被疑者の防御権保障

弁護人の被疑者尋問参加（第243条の2）、被疑者陳述拒否権などの告知（第244条の3）、捜査過程記録制度（第244条の4）を新設した。

2. 人身拘束制度の改善

拘束理由を審査する時の犯罪の重大さ、再犯の危険性、被害者・重要参考人などに対する危害の憂慮を明示的に規定した（第70条、第201条）。裁判所が拘引した被告人を引致する場合、24時間の範囲内で刑務所・拘置所・警察署の留置場に誘致できる根拠規定を置いた（第71条の2）。緊急逮捕後に遅滞なしで

⁴³ 韓国の刑事訴訟法の誕生（日本の植民地法令と米軍政法令の影響）およびその特徴（大陸法系と英米法系の混合の程度）に関して詳細には、趙炳宣（Cho, Byung-Sun）「韓国刑事法の生成と展開 - 韓国刑事司法制度入門 -」姫路法学（姫路独協大学法学部）第27・28合併号（1999），107-109 参照。

⁴⁴ その間に最も重要だった改正は1995年12月29日の第8次改正（法律第5054号）である。韓国で民主化が始まった1987年以後1988年の新憲法が導入された以後、いわゆる「民主化の波」がそのまま反映された結実だった。約67の条文が改正された大幅な改正として、特に人身拘束制度の適正手続きが大きく改善された。これに対し詳細には、趙炳宣（Cho, Byung-Sun）「韓国刑事法の生成と展開 - 韓国刑事司法制度入門 -」姫路法学（姫路独協大学法学部）第27・28合併号（1999），110-116 参照。

⁴⁵ 改正刑事訴訟法に関して学説上の論争が多いが、紙面上この論文では学説論争と判例は省略した。これの代わりをして、韓国の全面改正された刑事訴訟法を日本語で比較的詳細に紹介した論文、신동운（Shin, Dong-Un）/ 이동희（Lee, Dong-Hi）（訳）「韓国における刑事司法の改革」刑法雑誌 48巻 2号, 1-13 参照。

48時間以内に拘束令状を請求しなければならない、緊急逮捕後被疑者を釈放した場合には釈放理由などを裁判所に事後通知するようにして緊急逮捕制度を改善した（第200条の4）。拘束期間の更新は、審級ごとに原則的に2回に限って更新が可能であるが、上訴審においては、被告人・弁護人が申請した証拠調査、上訴理由補充書面の提出などで追加審理が必要な場合に限って3回更新が可能である（第92条）。現行の保証金制度以外に、誓約書の提出、保証金納入約定書の提出、住居制限、出席保証書の提出、出国禁止、被害供託または、担保提供、保証金の納入、その他の条件など多様な保釈条件を導入した（第99条）。拘束前の被疑者尋問制度を改善し、現行の任意的尋問を必要的尋問に変更して、また拘束前の審問調書を公判調書に準じて作成しなければならない（第201条の2）。逮捕・拘束の適否審査制度を改善して、適否審査対象を全類型の逮捕・拘束者に拡大し、逮捕・拘束の適否審査期間を現行の「遅滞なしに」から「48時間以内」と具体化し、適否審査の場合にも拘束前の被疑者審問調書に準じて調書を作成しなければならない（第214条の2）。緊急押収・搜索・検証制度を改善して緊急押収・搜索・検証の要件に緊急性を追加し、緊急押収・搜索・検証期間を緊急逮捕後48時間から24時間に縮小して、緊急押収・搜索・検証後も押収を続ける必要がある場合、事後押収搜索令状を請求しなければならない（第217条）。

3. 公判中心主義的法廷審理手続の確立

公判準備手続を導入して公判期日前に争点の整理、立証計画の樹立、または公判準備期日の開催が可能となった（第266条の5）。証拠開始制度を導入して控訴提起後被告人または弁護人は検事に控訴提起された事件に関する書類などの閲覧・謄写を申請することができ、検事も被告人または弁護人に関連書類などの閲覧・謄写を要求することができる（第266条の3、11）。2日以上の上訴審が必要な場合、やむをえない事情がない限り連日開廷と、弁論終結期日に判決を宣告することが原則である（第267条の2、318条の4）。口頭弁論主義を明示した（第275条の3）。

4. 証拠法体系の整備

証拠裁判主義を明らかにして（第307条）、違法に収集した証拠を排除する原則を明文化した（第308条の2）。また、検事が作成した被疑者尋問調書の証拠

能力の認定要件を改善して、調書の真正成立の認定は被告人の法廷陳述以外に映像録画物などその他客観的な方法で証明するようにする証明体制に転換して、「特信状況」を証拠能力を付与する要件に追加した（第312条第1, 2項）。参考人陳述調書の証拠能力の認定要件を改善して、調書の真正成立が原供述者（参考人）の陳述または、映像録画物その他客観的な方法で証明されて、被告人の反対尋問の機会が保障され、特信状況が証明された場合に証拠能力を付与する（第312条第4項）。原供述者の所在不明を伝聞法則の例外事由に追加した（第314条）。被疑者を調査したり調査に参加した者の法廷証言を許容する制度を新設した（第316条）。

5. 映像録画制度の導入

被疑者に撮影を告知した後映像録画が可能であるが、調査の開始から終了までの全過程および客観的情況を録画しなければならない（第244条の2）、参考人の陳述も参考人の同意を得て映像録画をすることが可能である（第221条）。しかし映像録画物の証拠としての使用は、公判期日に被告人または、被告人でない者が陳述する際にその記憶が明白でない事項に関して記憶を喚起させる必要があると認められた時に限る（第318条の2）。⁴⁶

6. 裁定申請の全面拡大

裁定申請の対象をすべての犯罪に拡大するものの、告訴事件に制限し（ただ、刑法第123条ないし第125条所定の罪の場合、現行のように告発事件も含む）、裁定申請のためには原則的に検察抗告の手順を踏まなければならないが、抗告後3ヶ月以内に未決定の事件、公訴時効が差し迫った事件（1ヶ月）等は例外にした。管轄法院を高等法院にし、決定期間は3ヶ月に限定して、裁定法院の審理は非公開が原則で、事件の記録は原則的に閲覧・謄写を不可であり、裁判

⁴⁶ これに伴い、改正刑事訴訟法上、映像録画物の独自の証拠能力を否定する見解が有力であるが、肯定説もある。否定説としては、신동운 (Shin, Dong-Un) 『新刑事訴訟法 (2008)』 977; 이재상 (Lee, Jae-Sang), 『新刑事訴訟法 (2008)』 569. 肯定説としては、백승민 / 정웅석 (Baek Seung-Min / Jeong Ung-Seok), 『刑事訴訟法 (全訂2版, 2008)』 474-475; 이완규 (Lee, Wan-Gyu) 『改正刑事訴訟法の争点 (2007)』 142-150; 차동언 (Cha Dong-Eon) 『刑事証拠法 I (2007)』 276-281.

所は裁定申請を棄却する際に、申請人に費用および被疑者の弁護士費用などを負担することを命じることができ、裁定法院の公訴提起決定がある場合、検事が公訴を提起して公訴取り消しは制限される（第260条ないし第262条、第262条の2・3、第265条）。

7. 犯罪被害者の保護

被害者を裁判所が証人として尋問したり、捜査機関が調査する場合、信頼関係にある者を同席させることができ、13才未満または身体的・精神的障害により意思決定能力などが微弱な被害者の場合、絶対的に同席しなければならない（第163条の2、第221条）。児童など一定の範囲の被害者の場合、ビデオ中継方式または遮蔽装置を通じて証人を尋問することができる（第165条の2）。被害者、法定代理人などの申請がある場合、公訴を提起するや否や、公判日時・場所、裁判結果、拘禁関連事実を迅速に通知しなければならない（第259条の2）、法廷陳述権の主体を被害者の他に法定代理人、被害者死亡の場合は配偶者、直系親族または、兄弟姉妹を含むように拡大して、「被害の程度と結果、被告人の処罰に対する意見その他当該事件に関する意見」を述べる機会を付与した（第294条の2）。被害者の私生活の秘密保護または身辺保護のために非公開で審理することができる（第294条の3）。

8. 裁判記録の公開

裁判確定記録の閲覧・謄写が可能であり（第59条の2）、被害者などの公判記録の閲覧・謄写が可能である（第294条の4）。

B. 国民参与裁判制度の導入

韓国では、「国民の刑事裁判参与に関する法律（法律第8495号）」（以下、「参与法」という）により、2008年から国民参与裁判制度が施行されている。国民が参加する刑事裁判の名称を、「国民参与裁判」と称して、その刑事裁判に参加するために選ばれた者を、「陪審員」と定めることを明らかにしている。国民参与裁判の実行方式は、被告人の選択権と裁判部の排除決定権が並存する方式である。まず国民参与裁判の実施の可否は、裁判を受ける被告人の意思により決定される（選択制）。有罪・無罪判断を意味する評決は、事件により選定された5～9名の陪審員が全員一致であることが原則である。すなわち、陪審

員は原則として法官の関与なしで有無・無罪に関して評議を行い、全員の意見が一致する場合には、それに従って評決する（参与法46条2項本文）。ただし、判事の関与の可能性を設け、陪審員過半数の要請があれば、審理に関与した判事の意見を聴くことができるものと規定された（同項但書）。検事・弁護人側証拠提示と最終弁論が終れば、参与法においては、陪審員が正しい評決に達することができるように陪審員を指導し、助力となる機能として、裁判長は、弁論が終結した後、法廷において陪審員に対し、公訴事実の要旨と適用法条、被告人と弁護人主張の要旨、証拠能力、その他の留意すべき事項に関して説明しなければならない、この場合、事件の内容が複雑であるなど必要なときには、証拠の要旨に関しても説明することができるとされている（同46条1項）。その後、陪審員は別途に用意された評議室に入る。評決するための討議過程の「評議」を行うためである。外部の介入なしで陪審員団が内部討議を通じて独自の判断を下せるように出入りは徹底的に統制される。討議過程で色々な人の意見がいつも一致するとは限らないから、万一全員一致に至っていないときは、評決する前に審理に関与する判事の意見を聞いてみることになる。この場合、有罪・無罪評決は多数決で決定することになる。陪審員が行った評決の効力につき、国民参与裁判では、陪審員の評決は法院を拘束するものではなく、単に勧告的効力のみを有するようにしている。評決が有罪の場合、陪審員らは判事とともに量刑に関して討論することになる。判事は法的知識が不足する陪審員に処罰の範囲と量刑の条件等について詳細に説明する義務がある（参与法46条4項）。陪審員の評決および判事とともに量刑に関し討議して行った意見陳述については、陪審員は単に意見を陳述するだけであり、量刑に関する評決が行われることはなく、陪審員の量刑に関する意見が法院を拘束することもない（同5項）。しかし参与法は、法院ができるだけ陪審員の判断を尊重するようにするために、裁判長が判決宣告時に陪審員の評決結果と異なる判決を宣告するときは、被告人にその理由を説明しなければならない（参与法48条4項）、判決書にもその理由を記載しなければならないとして（同49条2項）、一定の制限を設けている。

C. 量刑委員会の量刑基準の導入

大陸法系の国家（あるいは混合型国家も含めて）の中では韓国は世界で初めて、たとえ勧告的効力を持つに過ぎないとしても、英米法系の量刑基準制度を導入した。2007年1月法院組織法が改正されて大法院に「量刑委員会」が設置

されて（法院組織法81条の2第1項）、「法官は刑の種類を選択し刑量を決定する場合に量刑基準を尊重しなければならない。量刑基準は法的拘束力を持たない。法院が量刑基準の範囲を超えて判決をする場合には判決書に量刑の理由を記載しなければならない。」（法院組織法第81条の7第1項、第2項）という規定が導入された。そして第1期量刑委員会が発足して、2009年4月初めて量刑基準を用意した。最近、量刑委員会は、児童性犯罪に対して宣告刑が低いという非難を受けて、既存の性犯罪量刑基準を2010年6月29日の議決によって修正し、2010年7月15日から施行するようにした。二元化された手続がない韓国の場合、問題は量刑調査の方式にある。2009年7月20日大法院は量刑調査に関する刑事訴訟法改正の論議（いわゆる「量刑調査官制度」の立案：第8次司法改革委員会の実務委員会の案〔2005.11.14.〕、国会議員이주영（イ・ジュヨン）案〔2009.2.2〕など）⁴⁷とは別に、従来の司法調査官制度の例により法院職員21人を量刑調査官に選抜して全国7地方法院に分散・配置して量刑調査に臨むようにした。法務部は法院調査官による量刑調査は法的根拠がないと見て、量刑調査官の被告人面接を制限するなど反対の立場を明確にしたが、大法院はまた2010年4月29日「量刑の条件に関して規定する刑法51条の事項は広く刑の量定に関する法院の裁量事項に属する」としながら、「法院所属調査官に量刑の条件となる事項を収集・調査して提出するようにしてこれを参酌した原審には法理誤解などの誤りがない」と断定し、「訴訟法上根拠なしに法院所属調査官に量刑調査を実施してこれを土台に刑を宣告した」という検察の主張を退けた。⁴⁸私見では、量刑調査に関しては拡大された意味での刑執行手続まで含めた機能的統合が世界的な大勢で、また刑事政策の発展に伴う必須不可欠なことであるから、現行の保護観察観制度を活用しながら、万一、組織上でも機能上で問題があるなら改善・補完する次元の論議が望ましいであろう。

D. 刑事司法制度の効率性の強化のための最近の改正案（2010.12.20）

法務部は2010年12月20日刑事司法制度の効率性を強化するための刑事訴訟法

⁴⁷ ここでは紙幅上詳細な説明は省略する。これについての詳細は、조병선（趙炳宣）「韓国とドイツの量刑理論に関する比較法的研究」大檢察庁独逸法研究会主催2010年学術大会（2010.9.）（出刊準備中）参照。

⁴⁸ 大法院 判決 2010.4.29. 宣告 2010도750.

および刑法の改正法律案を立法を予告した。これに伴い、新しく導入される制度は、①司法協力者訴追免除および刑罰減免制、②重要参考人の出席義務制、③司法妨害罪、④被害者参加制、⑤映像録画物の証拠能力の認定である。その立法背景を見れば、1980年代以来韓国が民主化されたことから、特に人権保護が強調されて何度も法改正を通じて被疑者訊問時弁護人参与制など被疑者の人権保護のための制度的装置が大きく拡充されたが、捜査の効率性の確保や被害者の保護を強化する対策は相対的に疏忽して、腐敗犯罪や麻薬・組織犯罪等構造的・知能的犯罪に適切に対処できなくなっているだけでなく被害者の保護にも相当に不十分だという指摘があったことを考慮したものといえることができる。

1. 司法協力者訴追免除および刑罰減免制

特に司法協力者訴追免除および刑罰減免制は司法協力者が犯罪の糾明に寄与した程度により訴追を免除したり刑を減免するために法律効果として、公訴不提起（訴追免除）と刑罰減免の二種類を置く。前者は腐敗犯罪、テロ犯罪、凶悪犯罪、麻薬犯罪など特定の犯罪に限って、被疑者が犯罪の糾明に大きく寄与した場合に公訴不提起の決定をすることである（刑事訴訟法の改正）。後者は特定の犯罪に限定するのではなく刑法上のすべての犯罪を対象にしながら、被疑者が犯罪の糾明または結果発生の防止、犯人の検挙などに寄与した場合、裁判時に刑を任意的に減免する制度である（刑法の改正）。法務部は米国の連邦法律第18章（Title 18 U.S.C.）第6001条ないし第6005条に規定された「免責条件付条証言取得制」⁴⁹、英国で2005年制定された「重大組織犯罪および警察法（The Serious Organized Crime and Police Act）」第71条ないし第75条に規定された「免責条件付条証言取得制」⁵⁰、ドイツの2009年5月改正された刑事訴訟法第46b条に規定（2009年9月から発効）された「司法協助者刑罰減免制」⁵¹、フランスで2004年3月9日新設された刑法第132-78条「司法協助者刑罰減免

⁴⁹ 証人に刑事処罰をしないという免責（Immunity）権を付与した後、証言に応じない場合、法定侮辱罪で処罰している。

⁵⁰ 訴追免責（witness immunity、一定の犯罪事実に対して全面的または部分的不起訴を書面で合意）と証拠使用免責（witness undertaking、情報・書類等証拠を不利に使わないことを書面で合意）の二種類が存在する。

⁵¹ 共犯が陳述を通じて犯罪の糾明に決定的に寄与した場合、法院は刑事処罰を任意的に免除または減輕する。

制」⁵²、イタリアで1991年制定された「司法協助者に関する特別法（Collaboratori Di Giustizia）」に規定された「司法協助者刑罰減免制」⁵³を参照して韓国に適合した制度を作ったと説明している。また、法務部は2000年11月15日第55次 UN 総会で採択された「国際組織犯罪に対する UN 協約（UN Convention against Transnational Organized Crime）」⁵⁴および第3附属議定書第24条ないし第26条は、条約加入国は義務的で国際組織犯罪の捜査に対する司法協力者について訴追免除および刑罰減免を規定するようになったという点を立法の理由で提示している。

2. 重要参考人の出席義務制

重要参考人の出席義務制は死刑、無期、長期5年以上に該当する犯罪を糾明するのに重要な事実を知っている参考人が2回以上正当な理由なしに出席要求に応じない場合、法官の令状を受けて拘引することである。法務部はこの制度も米国とドイツの制度を参考にしたとしている。米国では一般的な押収搜索令状とは異なり、相当な理由等の要件を要求しない「証人召喚令状（subpoena）」による出席および陳述強制が規定されている。また、ドイツの刑事訴訟法（StPO）第161a条第1項には証人・鑑定人の出席および陳述義務が規定されている。そこでは、証人や鑑定人の正当な理由のない不出席および証言拒否に対する処分権限が検事に（検事は欠席証人に費用と罰金の秩序野原賦課可能）与えられており、強制拘引制度が規定されている。つまり、参考人・証人等が検事の召還に正当な理由なく応じない場合、検事は法官の令状がなくても強制拘引することが可能である。

3. 司法妨害罪

⁵² 犯罪の実行に着手した者が犯罪の実現を防止したり他の共犯等の身元を確認できるようにした場合、法院は必要的刑免除をして、犯罪を犯した者が犯罪被害の発生を防止したり他の共犯等の身元を確認するようにした場合、裁判所が必要的刑減輕をする。刑法第132-78条を一般的規定としながらそれぞれの構成要件により司法協力者に対する刑の免除、減輕が具体化されている。

⁵³ 他人の犯行に対して陳述する者の刑を法院が必要的または任意的に減輕または刑執行上恵沢を付与する（ただ、免除は不可）。

⁵⁴ 2000年12月韓国も同協約に署名したが、まだ批准されていない。

新しく導入される司法妨害罪によれば、捜査機関に対する参考人の虚偽陳述（虚偽陳述罪）、証人、参考人に対する暴行・脅迫・懐柔が処罰されて、これと共に法廷で宣誓しないでする虚偽証言、宣誓後にする虚偽証言（この場合は加重処罰）も処罰される。

4. 被害者参加制

被害者参加制は殺人、強盗、強姦、傷害、交通事故等被害者に身体的に被害を発生させる一定の犯罪を対象に被害者等（法定代理人、弁護士）が検事を通じて裁判期日に参加を申請すれば、判事がその許可の可否を決定する。被害者の参加が決定されれば、被害者等は検事の隣の席に着座して被告人に対して制限なしに訊問ができ、証人に対しても犯罪の情状に関する事項を直接訊問することができる。この制度は恐らく日本で2008年12月から施行された「被害者参加制度導入のための特別法」に基づく被害者参加制度に大きな影響を受けたと見られる。その間韓国ではドイツの「附帯訴訟制度（Nebenklage）」と類似した制度を導入すべきか否かを巡る議論が活発に闘わされてきた。ドイツではかつて1986年刑事訴訟法を改正して一定の重罪の被害者および遺族が検事が公訴を提起した訴訟の当事者として参加して、検事、被告人、弁護士とほぼ同等の権利を行使することができるようになった。これに伴い、ドイツで参加人はその代理人と共に検事のそばに着座して、被告人および証人に対する訊問権、裁判官・鑑定人に対する忌避申請権、裁判官の訴訟指揮・質問に対する異議申請権、証拠調査請求権、意見陳述権、弁護士選任権、上訴権等を持っていたので、韓国でも被害者の権利を重視しなければならないと主張する論者らはドイツの制度を最も理想的な制度としてきた。

5. 映像録画の証拠能力

映像録画はすでに2007年の改正刑事訴訟法に被疑者陳述の映像録画（同法第244の2）、参考人陳述の映像録画（同法第318の2）の形で導入されたが、映像録画の独自の証拠能力に関しては改正刑事訴訟法の論議の当時に削除され、学説上その証拠能力を否定する学説が有力であった。⁵⁵これに伴い、映像録画

⁵⁵ これに対して詳細には、趙炳宣（Cho, Byung-Sun）「韓国の国民参与裁判制度の1年半の現況とその評価」関西大学 法学論集 第59巻 第5号（2010・2）、

の証拠能力の存否が不確定になった点を考慮して、法務部は映像録画の証拠能力に関する規定を新設することになったのである。新しい規定は、捜査機関の映像録画物に対して刑事訴訟法上調書に準じる証拠能力を付与した。したがって検察の映像録画物についてはその成立の真正が認定された場合に、証拠能力が認められ、警察の映像録画物については、その成立の真正および内容の真正まで認定された時、証拠能力が認められる。そして被調査者の映像録画の要求権も明文で規定した。

Ⅳ. 親企業的規制緩和？－両罰規定の改正と秩序違反法の導入

最近2008年6月22日から施行された秩序違反行為規制法と2008年12月26日に改正された69個の法律の新しい両罰規定が適用されることになった。報道機関に提供された法務部の報道資料（2008.7.24）を見れば、題名が「両罰規定392個法律改正、行政刑罰151個の過怠料への転換－前科者年間10万人減少予想」として、両罰規定と過怠料転換は企業側寄り規制緩和の条件を用意するという趣旨であることを明確にしている。⁵⁶しかし必ず親企業的に解釈されることではないと考えられる。

A. 両罰規定の改正

1. 両罰規定の違憲決定およびその改正

最近の憲法裁判所の両罰規定に関する違憲決定が両罰規定の改正作業を触発させた。2007年11月29日憲法裁判所は「保健犯罪取締に関する特別措置法（1990.12. 3 法律第4293号で改正された）第6条」と関連して「個人の代理人・使用人その他従業員が、その個人の業務に関して第5条の違反行為をした時には、行為者を罰する外に個人に対しても本條の例により処罰する。」と規定した部分が刑事法の基本原理の責任主義に反するという理由で違憲決定を下し

118-119, 特に脚註47参照。

⁵⁶ この報道資料には、「2008.7.24. 国家競争力強化委員会第5次会議で大統領様に報告して、今年年末まで推進する予定である」となっているため、これに伴い、結局改正・公布された69個の法律は、行政安全部（編）、大韓民国 政府官報 第16906号（2008.12.26.）に掲載された。

た。⁵⁷これに対して法務部と大検察庁は韓国刑事政策研究院に両罰規定の改正案に関する諮問を与えて2008年4月韓国刑事政策研究院の研究用役報告書『両罰規定の改善法案に関する研究』が完成された。⁵⁸これを土台に法務部案が用意された。このような法務部案に対する2008年6月の公聴会で筆者は検討意見の発表者としてその代案を提示した。⁵⁹その後法務部は「営業主が従業員の管理・監督の注意義務を果たした場合には処罰を免じるようにする内容」を追加した両罰規定改正案を確定して、すべての両罰規定の改正が推進され、2008年12月26日資格基本法など69個の法律（法律第9190号から第9258号まで）が一次に改正・公布された。⁶⁰その後も国会の規制改革特委などで288個の両罰規定の改正法律案を審査中であり、将来すべての両罰規定が改正される予定である。新しい両罰規定の類型の「免責規定追加類型」はすでに一部の法律に存在したが、その時ごとに表現は少しずつ異なった。しかし2008年12月に改正された69個の法律には同じ表現の類型で立法された。現在審議中の288個の法律も同じ表現で改正されるであろう。

2. 両罰規定の解釈論

しかし例えば「オゾン層保護のための特定物質の製造規制などに関する法律」では過失犯の注意義務の対象である「結果防止」は「第28条から第30条までの違反行為」に相応する。ところでその違反行為は、第28条の例をあげれば、「1. 第4条第1項本文に違反して許可または変更許可を受けず製造業を営なむたは虚偽その他の不正な方法で製造業の許可または変更許可を受けた者、2. 第9条第1項本文に違反して許可を受けず特定物質を製造した者、3. 第10条第1項に違反して許可を受けず許可製造数量を超過して特定物質を製造した者、

⁵⁷ 憲法裁判所 決定 2007.11.29, 2005헌가10（全員裁判部）。

⁵⁸ 박미숙 (Pak, Mi-Suk) (研究責任者) / 탁희성 (Tak, Hi-Seong) / 임정호 (Im, Jeong-HO) (共同研究陣)『両罰規定の改善法案に関する研究 (2008.4.)』韓国刑事政策研究院、2008年度 大検察庁 研究用役報告書。

⁵⁹ 筆者の代案に対し詳細には、趙炳宣 (Cho, Byung-Sun)「両罰規定の構造と行為者の特定」法務部（編）刑法改正および両罰規定改善公聴会（2008.6.20.）資料集：両罰規定改善主題発表文、207-256参照。

⁶⁰ 改正・公布された69個法律は、行政安全部（編）、大韓民国 政府官報 第16906号（2008.12.26.）参照。

4. 第11条第1項に違反して許可または変更許可を受けず特定物質を輸入した者」のようにいわゆる「抽象的危険犯」になるのが一般的である。すなわち違反行為は抽象的危険犯の形態になるため、それ自体としては過失犯が成立せず、実際に上の法律にも過失犯の処罰規定に罰則がない。ところで韓国の判例が「監督責任の懈怠」を注意義務違反すなわち過失犯で把握した場合は「事故発生原因に直接関与した具体的で直接的な注意義務違反」という基準がみられた場合に限定している。換言すれば「監督義務違反」が一般的な「注意義務違反」と認められる場合は、重大な事故を惹起した「結果犯」をその前提として事故発生原因に対する具体的で直接的な（因果関係上連結される）注意義務違反に限定される。しかし先の「オゾン層保護のための特定物質の製造規制などに関する法律」では「従業員の違反行為」が法益侵害に達する「結果犯」でなく「抽象的危険犯」または「挙動犯」に過ぎない。したがって新しい両罰規定の法人の過失（推定）責任はある結果を防止できないことに焦点があるのではなく従業員の違反行為それ自体を防止できなかったことにある。従業員の違反行為それ自体を防止できない（怠った）行為は「純粋な監督責任」に過ぎない。この点を明確にするために純粋な監督責任でなく結果に原因を提供した「（過失）正犯」としての営業主の刑事責任を把握する韓国の判例の接近方法を見ればこの点がより明確になるであろう。

「オゾン層保護のための特定物質の製造規制などに関する法律」第31条（両罰規定）の「第28条から第30条までの違反行為」の本来の行為者－規範の受範者－は解釈上営業主の法人または個人である。それなら営業主の企業の刑事責任は企業の「監督責任それ自体」である。これは「企業の犯罪的態度（criminal corporation attitude）」を表示する「総体的な違反行為防止システムの欠如」である。⁶¹両罰規定に表現された「従業員の違反行為を防止するための相当な注意または監督を怠った場合」は「違反行為防止システム」がまともに稼動し

⁶¹ 筆者の新しい理論構成に関して詳細には、趙炳宣（Cho, Byung-Sun）「刑法での行為者の特定：個人の責任と団体策である」ソウル大法学 第50巻 第2号（2009），591-614；趙炳宣（Cho, Byung-Sun）「改正両罰規定での企業の刑事責任：過失推定説に対する反論」刑事政策 第21巻 第1号（2009），351-370；趙炳宣（Cho, Byung-Sun）「環境法での企業責任－改正された両罰規定と秩序違反行為規制法に基づいた新しい理論構成の試み」環境法研究 第31巻 第1号（2009），305-330。

なかったケースに該当するだけである。刑法の行為概念に照らしてみれば「過失行為（作為）」よりは「不作为」により近いが、上の「オゾン層保護のための特定物質の製造規制などに関する法律」の「第28条から第30条までの違反行為」が大部分義務違反行為で構成された「抽象的危険犯」または「挙動犯」であるため刑法上「不作为犯」と見ることもできない。したがってこのような意味で企業の「総体的な違反行為防止システムの欠如」は両罰規定によって処罰される犯罪行為として一種の「団体責任」と見ることができる。⁶²両罰規定は改正された立法を通じて明らかに「総体的な違反行為防止システムの欠如」という形態の団体責任が推定されると見るのが適切であろう。2008年6月22日から施行された秩序違反行為規制法第11条は営業主の法人または個人に対しのみ過怠料を賦課して、法人の代表者、法人または個人の代理人、使用人その他の従業員に対しは過怠料に課さないことにしている。過怠料については両罰規定とは全く異なる規定を導入したのである。刑罰に比べて非難の程度が弱い過怠料が個人の責任をあきらめて、団体責任として企業にだけ過怠料の責任を問うのも、このような特殊な形態の責任—韓国の既存法体系になかった新しい団体責任で理解するならば、その理由が説得力があるように提示されるはずである。

B. 秩序違反法の創設

1. 罰金刑の過怠料への転換作業

2003年から過怠料に関する一般法の制定を推進した法務部は2005年1月24日に法務部案（秩序違反行為規制法案）を立法予告した。⁶³国会には2006年8月

⁶² 団体責任に対する筆者の堅持に対し詳細には、趙炳宣（Cho, Byung-Sun）「刑法での行為者の特定：個人の責任と団体責任」ソウル大学校 BK21法学研究団 比較韓国法センター主体 2009年度 第一次学術大会 団体法の諸問題 資料集（2009.2.20.），31-64 参照。

⁶³ 2003年初め罰金などを過怠料に転換させるという法務部長官の言及があった後、2003年7月法務部に過怠料転換実務委員会が設置され、裁判所、検察、行政各部署、警察の実務者と教授により構成された。筆者はこの立法委員会の委員長として参加して2004年末まで政府法案の基礎になった立法案を委員らと共に作成し、法務部は2005年1月24日にこの案を土台に法務部案を立法予告したことがある。

30日に政府案として法案を提出して、結局2007年12月21日に「秩序違反行為規制法」が制定・公布された。秩序違反行為規制法はその付則により制定された日から6ヶ月後の2008年6月22日から施行されている。⁶⁴

このような秩序違反行為規制法が導入された契機を調べてみると、まず韓国で1980年代に始まって一度中断されたが1990年初めから引き続き提起されたその一部が立法作業にも反映された「罰金刑の過怠料への転換」という実務推進目標から始まる。15年近く議論されながら立法実務にも直接影響を及ぼしたこのような「過怠料転換」という立法実務は事実上罰金刑だけでなく既存の実定法上に多様な形態で存在する「過怠料と類似の制裁手段等」を統一的に整備する次元で過怠料に切り替えるという意味で推進されてきた。⁶⁵過怠料転換は一方で肥大化された刑罰の非刑罰化とも平行して発展した。特に韓国で罰金刑が個別法規の中に罰則という形態で広範囲に拡大されながら、刑罰の本来の趣旨とは異なり、刑罰の逆機能が生成されるのではないかと長らく指摘されてきた。したがって政府はかつて1980年代から不必要であると判断される罰金を過怠料に転換させる立法ないし改正作業を試みてきたし、こういう長い間の立法作業が2003年に再開し、結局、秩序違反行為規制法の制定を通じてその長い間の結実を結ぶことになった。⁶⁶また、今まで過怠料と非常に類似の制裁手段等が事実上ほとんど同じ機能を持つのに他の名前で存在するのを統一したのである。⁶⁷

⁶⁴ 法律 第8725号 2007.12.21. 制定, 2008. 6. 22. 施行。

⁶⁵ これに関して詳しくは、趙炳宣「刑罰と過怠料の機能とその限界－過怠料一般法の必要性を中心に－」刑事法研究 第22号（2004年冬）特集号，385-405参照。比較法的には、趙炳宣（Cho, Byung-Sun）「行政刑法と行政刑法理論に関する韓国と日本の比較法的考察」姫路法学（姫路独協大学法学部）11号（1992），101-124; Cho, Byung-Sun, Administrative Penal Law and its Theory in Korean and Japan from a Comparative Point of View, in: Tilburg Foreign Law Review (Tilburg University) Vol.2 No.2 (1992), 261-277 参照。

⁶⁶ 1980年代からのこの作業に対し詳細には、趙炳宣（Cho, Byung-Sun）『秩序違反法』，韓国刑事政策研究院（1991），239 以下 参照。

⁶⁷ 秩序違反行為規制法の意義に関して詳細には、趙炳宣（Cho, Byung-Sun）「秩序違反行為規制法に関する研究」清州大学校 学術論集 第9集（2007），77 以下。

2. 秩序違反行為規制法の創設

特に罰金刑と過怠料の区別は非常に流動的な領域であるため⁶⁸、どのような刑法的規定が過剰刑罰として違憲なのかを判断すること⁶⁹は簡単ではなかった。したがって秩序違反行為規制法には具体的な個別構成要件を置かず、それを個別の法律に委任した。秩序違反行為規制法は総則規定と手続規定のみを置いている。秩序違反行為規制法は本文5章54条、付則3条で構成された。第1章は総則（第1条－第5条）として目的、定義、適用範囲、他の法令との関係が規定されている。第2章は秩序違反行為の成立要件など（第6条－15条）を規定しているが、過怠料賦課の対象行為の前提条件（秩序違反行為の成立要件）、法人処罰規定、共犯規定、過怠料の賦課基準、過怠料の時効の順に規定されている。第3章は行政庁が賦課する過怠料賦課、徴収に関する内容と手続（第16条－第23条）が規定されている。第4章は司法手続として裁判所の秩序違反行為に対する裁判およびその執行（第24条－第49条）が規定されている。個別的には過怠料異議事件に対する裁判所の裁判手続、その不服手続、確定した裁判の執行手続および略式手続がここに規定されている。第5章は補則として官許事業の制限、信用情報の提供、監置規定等（第50条－第54条）が規定されている。付則にはこの法案の施行と関連して必要な規定の施行である一般的経過規定、特別規定の経過措置（3条）がある。上のような構造を持つ秩序違反行為規制法の特徴的な面を概略的に調べれば次の通りである。

まず秩序違反行為の定義を「法令上の義務に違反して過怠料を課す行為」としながら、名前は過怠料であるが性格が異なる訴訟法上の義務違反行為や懲戒罰としての過怠料は除外する。秩序違反行為の成立要件として故意または過失を原則的に要求し、過去の過怠料に関する判例⁷⁰とは相反する立法をしている。そして違法性の錯誤に関する規定を置いてその誤認に正当な理由がある時過怠料を課さないとしてより責任主義に忠実にしようとしている。このような趣旨

⁶⁸ これに関して詳しくは、趙炳宣（Cho, Byung-Sun）「刑罰と過怠料の機能とその限界－過怠料一般法の必要性を中心に－」刑事法研究 第22号（2004年・冬）特集号，399-405 参照。

⁶⁹ 例えば刑法の違憲性の有無が議論される判例に関して、趙炳宣（Cho, Byung-Sun）「行政行為と刑法－特に行政刑法の危険判断基準および行政従属性を中心に－」刑事判例研究 第4巻（1996），19-40 参照。

⁷⁰ 大法院 判決 1969. 7. 29. 宣告 69나400。

で次には責任年齢と心神障害に関する規定を置いて秩序違反行為も刑法上責任に相応する構造を持つようにした。一方、法人処罰規定の根拠を置き、多数行為加担者と関連して単一正犯概念を導入して刑法に比べて過怠料賦課のための単純化された構造を構築しようとした。また、企業責任と関連して秩序違反行為規制法第11条は営業主の法人または個人に対しのみ過怠料を賦課して、法人の代表者、法人または個人の代理人、使用人その他の従業員に対しは過怠料を課さないとしている。過怠料については両罰規定とは全く異なる規定を導入したのである。

この法律において秩序違反行為の成立要件を刑法に相応する枠組みを持つように構築したのと同時に他方で統一的な過怠料賦課手続きを導入した意義は非常に大きいといえる。まず行政賦課手続きを置き、それに対する不服手続きを規定し、また司法府において秩序違反行為に対する裁判ができるようにして当事者の裁判権を保障した。その手続きは、今まで過怠料事件に適用された非訟事件手続法をこの法案にもそのまま適用するように準用規定を置いた。過怠料執行は検事の命令で行い、執行の実効性を担保するために資料提出の規定、国家が発注する事業（官許事業）の制限規定、信用情報の提供規定、滞納者に対する監置規定を導入した。これまで過怠料の実効性が確保されず、担当行政部署が過怠料への転換を敬遠して罰金を好むために導入された規定である。

この法律は秩序違反行為に関する通則の性格を持つ法典が必要であるという出発点を始め、過怠料賦課の対象となる秩序違反行為に関する実体的・手続的要素を刑法、行政法、その他法規を総合的・比較法的に研究・検討して導き出したのである。秩序違反行為規制法は、将来刑事法の過剰刑罰化を一挙に解消できる基盤になっている。したがって秩序違反行為規制法は過怠料の法治国家的純化および実効性の確保という本質的目的と共に副次的に罰金刑の過怠料への転換を促進させて、1948年政府樹立以後韓国刑法でその最後手段性を本当に確立させる「革命的転換」をもたらす画期的契機になった。

V. 結論：予防刑法的思考の拡散とその限界

以上に概観したような韓国での最近の新しい刑事立法ないし改正（非常に多岐にわたるので、紙面の都合上、主要論点のみ略述した）について、本稿の序論においてすでに、筆者は「予防刑事司法の台頭」とその特徴を表現したた。

なぜなら韓国の急速な民主化によりその間あまりにも犯罪人の人権保護にのみ重点が置かれたことの反動で、社会に衝撃を与えた凶悪な犯罪が発生するとともに、そのような凶悪犯罪をどのようにすれば事前に予防できるのかにのみ努力が傾注された結果が、正に今日の刑法改正と特別刑事法（刑事訴訟法を包含）の立法だったからである。ところでこのような傾向はただ韓国だけでなく日本を含んで東アジア各国に普遍的な傾向でもある。韓国刑事法学会が2010年9月10日開催した「東アジア各国の刑法改正の動向と争点」に関する国際学術大会で発表された山口厚教授と井田良教授の論文⁷¹によれば、2000年代日本の刑法改正の動向も韓国と同様に重罰主義の傾向を見せている。この点は興味深い。特に2001年には、危険運転致死傷罪が新設され、2004年には、凶悪犯罪に対処するために有期懲役・禁錮の上限が20年、有期刑加重の上限が30年に引き上げられ、強制猥褻罪、強姦罪、強姦致死傷罪、殺人罪、傷害罪、傷害致死罪の法定刑が加重され、加えて、集団強姦等罪が新設された。2006年にも業務上過失致死傷罪の罰金刑の上限が引き上げられ、2007年には自動車による交通事故の事案を過失致死傷罪から取り出して刑の上限を引上げた自動車運転過失致死傷罪が新設され、加えて危険運転致死傷罪の規制対象に二輪車も含まれることとなった。2010年には刑の時効が一部廃止ないし延長された。これに対して「刑事政策的ポピュリズム」（山口厚）または「重罰化と法のパッチワーク化」（井田良）現象であるとの鋭い指摘がなされている。日本法をよく知らない筆者が韓国と日本の刑事立法の動向を厳密に比較することは不可能だが、とりあえず表面的には、類似した立法動向の中でも韓国の刑事立法がより積極的に重罰主義の旗じるしの下、保安処分を積極的に活用しようとする傾向を見せているとは言える。また、韓国はかつて独裁政権による刑事司法の乱用を経験したので、例えば死刑を事実上執行しなかったり、2007年に行われた、刑事訴訟法の第2の立法といわれるほどの大々的な、人権保障の方向での刑事手続の改正および秩序違反行為規制法の導入に見られるように、刑事司法の乱用と人権侵害への憂慮が非常に敏感に議論されながらも、他方で、ダイナミックに変化する韓国

⁷¹ 山口厚「日本の刑法改正－過去と現状」韓国刑事法学会（編）東アジア各国の刑法改正の動向と争点（2010.9.10.），3-25；井田良「最近の日本刑法改正の社会的背景」韓国刑事法学会（編）東アジア各国の刑法改正の動向と争点（2010.9.10.），109-156参照。

社会の社会安全に対する時代的要請によりいわゆる「予防刑法」が膨張して、責任主義刑法は危機に逢着することになった。筆者の目には、このような韓国刑事司法の「予防指向性」の背後に裁判所や検察の実務においても既存の刑法理論では説明しにくいほど実用的で比例的な思考の膨張があるように見える。このような韓国刑事司法の「予防指向性」は、筆者の見る限り、裁判所や検察の実務にも広がり、そこでも既存の刑法理論では説明しにくいほど実用的で比例的な思考が膨張していると見られる。その内容を一貫して説明するのはかなり困難であるほどにそれぞれの事例が断片的で‘パッチワーク化’されているから、筆者は単に「予防刑法的思考」と表現した。このような思考は、立法実務を越えて検察でも法院の実務にまでますます深く入り込んでいると考えられる。例をあげれば世界的な現代自動車企業の社主（정몽구）に対し、彼の有償増資による業務上背任または横領の罪責と関連して最小8,400億ウォン規模の個人財産での社会貢献計画を用意して施行するといった約束を第2審ソウル高等法院は有利な量刑事由と判断しながら刑の執行猶予とともに社会奉仕命令と連繫させた。⁷²しかし大法院は、原審の社会奉仕命令は違法で許容できないと見て破棄差し戻した。⁷³韓国において社会奉仕命令は、本来1989年少年法の改正を通じて少年保護事件に対する保護観察処分および受講命令制度とともに導入されたが、その効果が肯定的に評価され、1997年からは成人犯にも拡大された制度である（刑法第62の2）。純粹理論的には社会奉仕命令制度をよく「修復的司法」と表現される被害者に対する原状回復制度とともに議論の場合がしばしばあるが、第2審判決文の表現のとおり「…経済秩序の毀損など社会全般に対し無形的損害を及ぼした点を反省して回復方を提示する次元で…」という実用的思考が見られる。重罰主義は近代学派の目的刑主義や二元的刑事制裁に連なるのではなく、かえってその反対だと言えるが、韓国の立法ないし実務では特異にも刑罰の早期投入、重罰の威嚇効果の極大化という変容を通して、保安処分が指向する予防指向性と連結されていると見られる。2006年から韓国の検察は法的根拠はないがいわゆる「刑事調停制度」を大田（Tae-Jeon）地検

⁷² ソウル高等法院 第10刑事部 判決 2007.9.6. 宣告 2007ㄹ586。

⁷³ 大法院 判決 2008.4.11. 宣告 2007ㄹ8373。この判決にしたがって정몽구（鄭夢九; Cheong, Mong-Gu）現代自動車グループ会長は2008年6月孤児等を受け入れた社会福祉施設で幼い子供を世話して清掃をする社会奉仕命令を遂行した。

からモデルとして実施し始め、現在では全国的に拡大したし、ソウル高等法院は2007年9月にも株式会社の金銭を横領した経営者に、その横領罪の間接的な被害者の商街被分譲者らの被害回復のための金銭出捐および民事上の義務履行を命ずる内容の社会奉仕命令を宣告した。⁷⁴しかし大法院はこのような傾向に継続してブレーキをかけ、破棄差し戻し判決を下しているのが実情である。⁷⁵刑法の予防指向性にはもちろん長所もあるが、深刻な問題点は予防指向性に不可避免的に内在する明確性の欠如にある。韓国の現状におけるように、刑法典以外の特別刑法に分散された片鱗の中での個別的重罰主義は結局刑法全体の統一性を喪失させ、個別的且つ断片的に法定刑の幅を広げて量刑での具体的な基準を掘り崩す傾向を有する。責任主義は、それ自体が非常に曖昧な概念であるが、功利主義や実用主義に基盤を置いた比例的思考も刑事立法の限界を提示できないのは同じことであろう。ここで責任主義は危機に直面していると同時に、これを契機として更なる発展を目指すという新たな課題を与えられたことになるであろう。

著者紹介

本論文は2011年2月12日に北大刑事法研究会で行われた韓国・清州大学趙炳宣教授の講演をまとめたものである。

1959年生まれの彼は、成均館大学校に学び、その後、フライブルクのマックス・プランク外国刑法研究所に研究滞在し、1989年にアルビン・エーザー教授の下で「韓国と日本の環境刑法」により博士号を取得した。1990年から清州大学校で教育、研究活動をしている。趙炳宣教授はドイツや日本をはじめとする各国刑法の比較法のエキスパートとして国際的に有名で、韓国刑事法研究者の代表として数多くの国際会議にも出席している。

今回のテーマは刑事法全体像を最近の立法動向を踏まえて概観したもので、韓国の大胆な法制度改革を鳥瞰することができ、日本の刑事法研究者にとって大変有意義なものとなっている。これを機会に多くの刑事法研究者が韓国の法制度に興味を持ち、さらなる国際交流が進展することを切に希望するものである。

小名木明宏

⁷⁴ ソウル高等法院 判決 2007.9.4. 宣告 2007㉟149。

⁷⁵ 大法院 判決 2008.4.24. 宣告 2007㉟8116。