

講 演

韓国の刑法と刑法学の発展とその現状

Korean Criminal Law and Jurisprudence—Past and Present

李 定 玫*

目 次

- I. はじめに
- II. 国民請願を契機として改正された刑法
 - 1. 代議制民主主義の限界を克服するための国民請願制度
 - 2. 民主主義と法治国家の衝突
- III. 刑法の商品化
 - 1. 刑法積極主義
 - 2. 保安処分の拡大
- IV. 司法積極主義
- V. 結 論

I. はじめに

2018年10月14日に江西区で起きた「ネットカフェ殺人事件」をきっかけとして韓国刑法が改正された。これまで韓国刑法第10条第2項には、心神耗弱の場合について、「心神耗弱により前項の能力が微弱な者の行為は刑

* 檀国大学校法科大学法学科准教授

本稿は、筆者が、2020年2月に中央大学・日本比較法研究所の招きにより客員准教授として日本に滞在中、2月6日に中央大学市ヶ谷キャンパスにおいて行った講演「韓国の刑法と刑法学の発展とその現状」の原稿に若干の補充を加え、脚注を付したものである。ご招待下さり、きめ細かな対応をして下さった日本比較法研究所に対し、また、当日、講演をお聴き下さり、多くの質問をして下さった出席者の方々に対し、この場を借りて感謝を申し上げたい。

を減軽する。」と規定され、必要的減軽であったが、「心神耗弱により、前項の能力が微弱な者の行為は刑を減軽することが出来る。」とされ、任意的減軽に変更された。この改正は、2018年12月18日に行われた。この事件は、ネットカフェを訪れた被告人（キムソンス）がアルバイトの従業員を殺害したというケースであり、被告人が鬱病を患っているために心神耗弱で減軽される可能性があるという噂が広まり、誰もが被害者になり得るといふ不安感から、国民が青瓦台（大統領）に国民請願¹⁾を提議し、短期間のうちに100万人以上の、いまだかつてない賛成を得た。青瓦台国民請願は、青瓦台が国民とコミュニケーションをとるための窓口である。国政の懸案事項に関し、多くの国民の声が集まり、30日間で20万人以上の同意が集まった請願については、政府並びに青瓦台の責任者が返答をしなければならないという制度である。この請願に対し、青瓦台は返答をし、これをきっかけに刑法が改正されるに至った。このように、今日の韓国の刑法においては、国民の声が反映される形で多くの特別刑法が制定され、また法改正も行われている。

最近制定された、いわゆる「ミンシギ法」も、「ミンシギ事件」をきっかけに制定されたものである。この事件は、子供保護区域の横断歩道を渡っていたキムミンシギ君が、車に轢かれ死亡したという事件であり、この事件をきっかけに、青瓦台の国民請願²⁾を通して、加害者を加重処罰する規定が作られた。文在寅大統領は、2019年12月19日に開かれた「国民が問う、2019国民との対話」というイベントにおいて、「スクールゾーンで全ての子供たちが安全に保護されるようにする」と約束した。ミンシギ法は、正式には、「道路交通法、特定犯罪加重処罰などに関する法律一部改正法」であり、そこには、スクールゾーンにおける加速取り締まりカメラと信号の設置、横断歩道に関する安全標識、加速防止設備、スリップ防止設備を義務化する内容が含まれている。それに、スピード違反（時速

1) <https://www1.president.go.kr/petitions/408609>を参照（2020年5月2日閲覧）。

2) <https://www1.president.go.kr/petitions/583543>を参照（2020年5月2日閲覧）。

30km) や保護義務違反を犯し、子供を死亡させたり、怪我を負わせたりすると、加重処罰される。具体的には、スピード違反や前方注視義務違反等により子供を死亡させると無期又は3年以上の有期懲役となり、傷害を負わせると1年以上15年以下の懲役となり、または500万から3千万ウォンの罰金刑に処せられることになったのである³⁾。

これに対しては、過失犯であるのに、故意犯と同じように処罰されることになってしまうという異論も提起された。参考のために、韓国の量刑基準を見ると、業務上過失致死事件は基本的に8カ月から2年の懲役を科され、減輕された場合は4カ月から10カ月、加重された場合は1年から3年である。故意殺の場合、減輕される場合(つまり、被害者に帰責事由がある場合)、3年の懲役とされる⁴⁾ことと比較すると、法定刑をかなり上方に引き上げたものということになる。これは、従来の刑法が、故意犯と過失犯との間で、刑の重さに相当の差を設けることを原則としてきたことに明白に反するものである。この例に示されているように、刑罰は従来の原則に反して適用範囲を広げており、保安処分制度の適用も拡大している。現在の韓国社会においては、政治的な力が法の制定と改正に直接に作用するという、重要な役割を担っているのである。

II. 国民請願を契機として改正された刑法

1. 代議制民主主義の限界を克服するための国民請願制度

国民請願制度は、国民の声に直接、耳を傾け、既存の代議制民主主義が抱えている限界を克服するために作られた制度である⁵⁾。冒頭のところで

3) これを懸念し、ミンシギ法改正を要求する国民請願が、2020年4月20日、35万を超えた。<https://www1.president.go.kr/petitions/586941> (2020年5月2日閲覧)。

4) https://sc.scourt.go.kr/sc/krsc/criterion/criterion_38/accidental_homicide_01.jsp を参照 (2020年5月2日閲覧)。

5) 青瓦台の国民請願が国民の意見を聞く窓口だとすれば、法に基づき国民の請

言及したように、国民請願制度が刑法改正のきっかけになったのが「ネットカフェ事件」であった。なぜそのように国民が憤慨し、刑法が改正されるに至ったのか、この事件について詳しく見ると、次のような事情があった。

2018年10月14日、甲（キムソンズ）は、ネットカフェのアルバイトであったAに対し、先に席を使った客が残していったタバコの吸い殻と食べ残しを片付けることを要求した。しかし、その過程で口論に発展し、甲は、ネットカフェのカウンターに詰め寄り、1,000ウォンを払い戻すことを要求した。Aと小競り合いが起こると、112に通報をし、午前7時38分には警察が出動、7時43分にネットカフェに到着した。警察がやって来て、甲はネットカフェの外に連れ出された。これにより事態が落ち着いたため、警察は和解することを勧め、15分後に帰って行った。その直後、甲は自宅に戻り、登山用ナイフを持って来た。数分後、甲は、Aがゴミを捨てて戻って来たところをAに接近し、暴行を加え、その過程で甲はAをナイフで無残に刺し殺したのであった。

この事件が公になり、甲が鬱病診断書を警察に提出した事実が明らかになると、心神耗弱で減軽されないことを求める青瓦台国民請願が提起された。青瓦台国民請願が初めて100万人以上の同意を集め、他方、甲（キムソンズ）は精神鑑定において心神耗弱でないと判断された。この事件をきっかけとして、すでに述べたように、既存の韓国刑法第10条第2項が心神

願を立法化するための制度化されたルートとして、2020年1月10日から施行された国会国民同意請願制度がある。請願は、国民が国家機関に対して一定の事案に関する自身の意見や希望を述べるものである。憲法第26条は、「全ての国民は法律の定めるところにより国家機関に文書で請願する権利を持つ。」「国家は請願に対して審査する義務を負う。」と規定することで国民の請願権を保障している。国民請願事項は、被害救済、公務員の違法・不当行為に対する是正や懲戒の要求、法律・命令・条例・規則などの制定・改定又は廃止、公共の制度又は施設の運営、その他国家機関等の権限に属する事項である（「請願法」第4条）。<https://petitions.assembly.go.kr/about/intro> を参照（2020年5月2日閲覧）。

耗弱について必要的減軽としていたのが、任意的減軽に改正されたのである。

実は、この事件では、警察の対応にも問題があった。変わらなければならないのは警察の対応システムであるかもしれない。警察への通報があり、警察が駆けつけたにもかかわらず、大事件に発展する可能性のあった事態をそのまま放置した。しかし、一個人に対する怒りに全てのマスコミの焦点が合わせられ、国民は鬱病を患っている人の危険性に怒りを向けたのであった。

2. 民主主義と法治国家の衝突

「チョドスン事件」においては、2020年の出所を目前にしたチョドスンの出所を防ぐため、犯人に不利益な方向での再審手続を行い、無期懲役を宣告すべきだとする国民請願が行われた⁶⁾。しかし、これは、すでに青瓦台の返答にもあるように、法治国家では不可能なことである。現行刑事訴訟法の第420条によれば、再審は、有罪宣告を受けた犯人が実は無罪であったか、または罪が軽いという明白な証拠が発見された場合、つまり有罪確定者に有利な方向でのみ請求できるものである。こうした国民請願は、法治国家との衝突現象と見なすことができよう。ここでは、そのきっかけになった「チョドスン事件」について詳しく見てみたい。

2008年12月、甲（チョドスン）は、酒に酔った状態で当時小学校の女兒（満8歳）を誘拐し、京畿道の教会の建物のトイレで性的暴行を加え、身体に重い傷害を与えた。被害児童は、これにより性器と肛門機能の80パーセントを喪失し、人工肛門を付けなければならない永続的な障害を負った。事件が公になると、酒に酔った加害者が飲酒による酩酊を理由とする免責を主張するのではないかと批判の声が高まった。2009年7月24日判決が出た。チョドスンは、懲役12年と位置追跡装置装着（電子監視）7年、さらに身上情報公開5年の判決を受けたのである。

6) <https://www1.president.go.kr/petitions/10949>を参照（2020年5月2日閲覧）。

その後、2010年に制定された「性暴力犯罪の処罰等に関する特例法」第20条(立法当時 第19条)は、飲酒または薬物による心神耗弱状態で性暴力犯罪を犯した場合、刑法の責任能力規定を適用しないことができる、として、性犯罪に関しては飲酒による減軽をしないようにした。その後、廃止されていた⁷⁾保護収容法の論議も再び進められるようになったが、これは制定されるには至らなかった。さらに、「1人保護観察制度」も実施されるようになった。すなわち、「特定犯罪者に対する保護観察並びに追跡装置装着などに関する法律」の改正により、「保護観察所の長は、19歳未満の者に対して性暴力犯罪を犯した追跡装置被付着者の中で再犯の可能性が非常に高い者については、一定期間その被付着者1名だけを専断する保護観察官を指定しなければならない」(同法第32条の2)とした。この改正法は、2019年4月16日に成立した。

なお、これ以外にも、国民請願により、一定の被疑者に拘束令状を発付しなかった裁判官の罷免要求等が行われることもあった⁸⁾。これなどは、権力分立に関わる内容であるといえることができる。

民主主義を強化するために制度化された国民請願制度が、法治国家の様々な制度を脅かしていると言えよう。民主主義と法治国家とが対立する現状がここには存在する⁹⁾。法治国家とは、市民に向けられた国の全ての作用が法律と法に拘束されて行われる国家のことをいう。国家を拘束する法は、それが民主的に制定されることで、その正当性を確保する。民主国家とは、全ての国家権力が国民の決定から生まれる国家を指す。そして、

7) 社会保護法は、1980年から2005年まで施行されていたが、人権侵害と二重処罰のゆえに廃止された。その後、2015年に「保護収容法」として、凶悪犯の犯罪に対して犯罪者を社会から隔離する法を制定しようとする動きがあった。<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=141319> を参照(2020年5月2日閲覧)。

8) <https://www1.president.go.kr/petitions/278383?page=1> および <https://www1.president.go.kr/petitions/580207> を参照(いずれも、2020年5月2日閲覧)。

9) 양천수 「민주적 법치국가의 내적 갈등」 『법학연구』 第28巻第3号 연세대학교 법학연구원 (2018年9月) 273頁を参照。

国家権力は国民が参加する選挙により構成される。法治主義が市民の民主的意思を十分に反映できず、逆に、民主主義と衝突するという現状は、法治主義の形式面と実質面との間の矛盾である¹⁰⁾。

III. 刑法の商品化¹¹⁾

1. 刑法積極主義

市民社会における刑法の需要により、刑法はいわば政治的商品として利用され、立法者がこれを利用して市民の政治的支持を得ることがある¹²⁾。刑法積極主義¹³⁾は、刑法の商品化を意味し、不安な時代に市民に安堵感を与えるために刑法が政治的に利用されるようになる。刑罰を利用しようとする理由は、コストをかけずに政治的效果が期待できるためである。かりに刑を重くしても、類似の事件が繰り返されれば、またさらに刑が重くされるという悪循環に陥ることになる。性暴力犯罪者には、社会からの隔離が必要な場合もあるが、治療もまた必要である。韓国では、治療監護が行われた後、続いて自由刑を科されることになる（治療監護法第18条¹⁴⁾）。また、治療命令期間も、最長5年までにすぎない。このような制度の下では、治療の効果を上げることは困難である。執行順序を改善し、再犯の危険性がある場合は、治療期間をさらに延長¹⁵⁾できるようにすることが必要である。

10) 詳しくは, 양천수 「민주적 법치국가의 내적 갈등」 『법학연구』 第28卷第3号 연세대학교 법학연구원 (2018年9月) 289-292頁を参照。

11) 詳しくは, 이상돈 『刑法学』 (法文社, 1999年) 33頁を参照。

12) 이상돈 『헌법재판과 형법정책』 고려대학교 출판부 (2005年) 45頁を参照。

13) 井田良 「平成時代の刑法学説」 『刑事法ジャーナル』 No. 61 (2019年) 14頁を参照。

14) 第18条 (執行順序並びに方法) 「治療監護と刑が併科した場合は治療監護を先に執行する。この場合, 治療監護の執行期間は刑の執行期間に含める。」

15) 同旨の意見として, http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_Y1P9L0U6F0T3F1O5U4O3J1H8Q1F0Y0を参照。

2. 保安処分の拡大

刑法の商品化と合わせて、今日の韓国社会で目立っている刑事政策は、保安処分の拡大である。保安処分は、犯罪を防ぐために行う処分である。治療監護も、保安処分の一種である。性犯罪への刑法による対応がますます厳しいものとなっているが、それでも性犯罪の発生件数はより増加する傾向にある。2000年からは、各種の保安処分が実施されるようになった。その例として 身上情報登録（2000年から実施）、身上情報公開・告知（2000年から実施）、性暴力治療プログラム履修命令（2000年から実施）、児童・青少年関連機関就業制限（2000年から実施）、位置追跡装置装着（2007年から実施）、性依存症薬物治療（2011年から実施）等をあげることができる¹⁶⁾。

身上情報登録は、性犯罪で有罪判決や略式命令を受けた者の身上情報を登録、管理する制度である。登録対象者が自身の姓名、住民登録番号、住所、実際の居住地、連絡先、身体情報、所有車両登録番号の身上情報を管轄警察署に提出すると、管轄警察署長が、登録対象者が提出した身上情報、登録対象者の写真並びに犯罪経歴資料を法務省に送達し、法務省は身上情報、性犯罪経歴情報、性犯罪前科事実並びに位置追跡装置装着の有無を10年から30年の間、登録・管理する。

身上情報公開は、2000年の青少年性保護法により初めて導入され、2010年以降は、成人を対象にした性犯罪者にまで拡大された。身上情報公開の制度は、女性家族省の長官が情報通信網を通じて、身上情報の登録期間の間、性犯罪者の身上情報を公開するものである。性犯罪者の身上情報は、誰でも閲覧することができるが、実名確認手続を踏まなければならない¹⁷⁾。

位置追跡電子装置（電子監視）は、導入時、性犯罪者のみに適用されたが、以後、未成年者誘拐罪、殺人罪、強盗罪の行為者にまで拡大された。

16) 詳しくは、김태명 「성폭력범죄의 실태와 대책에 대한 비판적 고찰」 『刑事政策研究』 22巻 3号（2011年） 7頁を参照。

17) <https://sexoffender.go.kr/indexN.nsc> を参照（2020年5月2日閲覧）。

検察官は、再犯の危険性が認められる場合、1年から30年の間、足に位置追跡装置を装着することを命じることができる。裁判所は、必要が認められる場合は、夜間等、特定の時間帯の外出制限、特定の場所への出入り禁止等、性向矯正のために必要な順守事項を負わせることができる¹⁸⁾。

性依存症薬物治療は、「性暴力犯罪者の性的衝動薬物治療に関する法律」に基づき行われるものであり、性暴力犯罪を犯した性的倒錯患者で、性暴力犯罪を再び犯す危険性があると認められる者に対して、性的倒錯薬物治療を実施することにより、性暴力犯罪の再犯を防ぎ、社会復帰を進めることを目的とするものである。2019年、化学的去勢と呼ばれる性的倒錯の薬物治療を受ける性犯罪者2名¹⁹⁾が、治療期間をさらに延長してほしいと政府に申請した。2011年の導入以降、初めて、自発的な期間延長申請が行われた事例である。ただ、延長する法的根拠が無いというえ、治療費も年間500万ウォン(50万円)必要なため、2人の治療は2019年10月に終了する予定である²⁰⁾。検察官が最初から治療命令を請求し、裁判所がこれを宣告していたとすれば、最長15年まで可能であるが、治療監護執行中に仮終了・仮出所する場合、治療監護審査委員会が治療命令を課す場合は最長3年となっている。この2人は後者に該当し、法定の期間は最長3年であった。こうしたケースでは、法改正を行い、治療の継続が可能になるようにすることが性犯罪予防のためには望ましい。

保安処分の目的は、犯罪予防および犯罪者の再社会化であるが、性犯罪者お知らせサービスや、足に位置追跡装置を装着する措置(電子監視)等は、社会復帰をより困難にするという批判もある。

18) 김태명 「성폭력범죄의 실태와 대책에 대한 비판적 고찰」 『刑事政策研究』 22卷3 (2011年) 26-28頁参照。

19) 公共の場でセクハラをした50代男性と、準強制わいせつ罪を犯した30代男性である。2人ともセクハラの前科で2回以上拘束されている。 <https://news.joins.com/article/23557514>を参照(2020年5月2日閲覧)。

20) [출처: 중앙일보] “나도 화학적 거세 해달라” 성범죄자 아닌 일반인이 왜” <https://news.joins.com/article/23557514> (2020年5月2日閲覧)。

このように、それぞれの性犯罪者の特性に合わせて適切な保安処分が選択されなければならない。そのためには様々な面で十分な検討が必要とされる。現状においては、必ずしも資料を十分に検討したうえで判断が行われているとはいえない点に問題がある。また、宣告時の状況だけが考慮され、刑を終えたときの状況は考慮されていない現実が嘆かわしい。

IV. 司法積極主義

韓国憲法第103条では、「裁判官は憲法と法律によりその良心によって独立し審判する。」と規定している。つまり、裁判官は実定法に基づき判断しなければならない。しかし、最近の裁判所の実務を見ると、実定法解釈の限界を超え、立法者のように法律の内容を異なって解釈する傾向が見られる。特に、実体刑法の分野では、罪刑法定主義の原則により、裁判所が新しく法規範を作ることが禁止されている。司法による法形成は、類推解釈禁止の原則により認められない。しかし最近、裁判所が新しく法規範を作る働きをしているように見える。特に、不同意性交のケースについて、もし韓国に不同意性交罪²¹⁾があったならば簡単に解決できる問題であったが、準強姦罪の不能未遂を認めた事例がある。

2017年4月18日、被告人は、自宅で妻と知人、その知人の妻の4人で酒を飲んだ。被告人の妻は寝室に行ったが、被告人は、居間で横になっていた知人の妻である被害者の横で被害者の胸を触り、被害者の口を塞ぎ、ズボンと下着を脱がせた後、一度性交した。被告人は強姦罪で起訴されたが、第一審公判期日において、公訴事実記載のとおり、犯行当時、被害者が酒に酔っていたことは事実だが、被害者の同意の下で性的関係を持ったものだと主張し、犯行を否認した。そこで、検察官は、「上記の日時、場所酒に酔って横になっている被害者の横で被害者の胸を触り、ズボンと

21) たとえば、<https://www.government.se/press-releases/2018/04/consent-the-basic-requirement-of-new-sexual-offence-legislation/> を参照 (2020年5月2日閲覧)。

下着を脱がせた後、一度、性交を行ったものであり、被害者の抗拒不能状態を利用して強姦したものである」という準強姦の予備的公訴事実を追加した。第一審判決は、主位的公訴事実については暴行または脅迫の点に対して犯罪事実の証明が無いと見て無罪と判断し、予備的公訴事実である準強姦罪について有罪と認めた。

第一審判決に対し、被告人だけが控訴したが、弁護士は控訴理由書を提出し、被告人が被害者の抗拒不能状態を利用したという点に対する犯罪の証明が無いと争った。すると検察官は、第一審で有罪が認められた準強姦罪に対し、準強姦未遂罪の訴因を予備的に追加した。被告人の主張のように、仮に客観的には被害者が抗拒不能状態に無かったとしても、被告人には準強姦の故意があったため、準強姦未遂罪（不能未遂）の成立が可能である。控訴審裁判所は、検事の主張を受け入れ、被害者がこの事件当時、心神喪失または抗拒不能状態にあったと認定するには証明が不十分であり、その犯罪事実の証明が無い場合に当たるが、被告人が準強姦の故意を持っていた以上、準強姦罪の不能未遂には該当すると判断した。最高裁判所の多数意見も、被害者が抗拒不能状態にあったと認識し姦淫したが、実際には心神喪失でも抗拒不能でも無かったという場合、準強姦の結果が発生する危険性はあったと述べ、未遂犯（不能未遂）が成立するとした。

しかし、実際に挿入が行われたにもかかわらず、準強姦の不能未遂というのは常識的には理解しがたいことである。このケースにおいて、性的自己決定権（法益）の侵害が発生したにもかかわらず、結果発生が不可能な不能未遂と見ることが妥当であるのかどうかは疑わしいものがある。もし、韓国に不同意性交罪の処罰規定があったとしたら、このケースでは不同意性交罪により処罰することが可能であったはずである。スウェーデン刑法は、合意があると誤信したことに過失があるときにも処罰可能とするため、「過失レイプ罪」も導入した²²⁾。ドイツでは、2016年の刑法一部改

22) 詳しくは、後藤弘子「性犯罪規定の改正が意味するもの」『第一回日韓刑事法研究会学術行事資料集』（2018年11月3日）95頁参照。

正法により手直しされた第177条第1項により、「認識可能な意思に反して」被害者に自己または第三者の性行為を甘受させたり、自己または第三者に性行為をするように強要した者は、6月以上5年以下の自由刑に処するとし、さらに、同条第2項により、被害者が「No」と言っていない場合であっても「No」と言えない状況を行為者が利用した場合も処罰対象として、処罰の空白を埋めた²³⁾。つまり、反対意思を表明できない状況を利用したり、正常な精神状態による反対意思の形成と表明が著しく困難な状況を利用したりした場合や、奇襲的に行われた性行為等も処罰の対象となるように規定を整備した。

また、最高裁判所は、2019年のアンヒジョン事件において、強制わいせつ罪の規定を解釈する際、「性認知感受性」の観念を用いて、不同意性交または不同意わいせつ罪の不足を補うよう努めた。最高裁は、判決理由の中で、「裁判所が性暴力や性的嫌がらせの事件の審理をするときは、その事件が発生した脈略で性差別問題を理解し、男女平等を実現できるように、「性認知感受性」を失わないよう留意しなければならない。」と述べた。性認知感受性は、男女平等基本法第5条にあり、「国家機関等は男女平等の実現のために努力しなければならない」と述べている。韓国社会は急激に変化している。特に、「MeToo運動」をはじめとし、性認知感受性に対する認識は急激に変化している。性暴力や性的嫌がらせの被害者が被害事実を公にし、問題にする過程で、かえって被害者が否定的な報道や不利益な待遇、並びにプライバシー侵害という被害を受けてきたこと、そして、性暴力被害者の対処方法は被害者の性格や加害者との関係、具体的な状況により異なって現れるしかないとを考慮しなければならない。個別的・具体的事件で性暴力などの被害者が置かれている特別な事情を十分に考慮しないまま、被害者の陳述の証明力を安易に排斥することは、正義と衡平の理念に立脚した論理と経験の法則による証拠判断と見なすことはで

23) 詳しくは、井田良「ドイツにおけるセクシャルハラスメント罪の新設について」『比較法雑誌』第53巻第1号（2019年）10頁以下参照。

きない。

司法部は、法解釈と法形成とを区別しなければならない。法の文言の可能な意味の中で行われる作業が法解釈であり、可能な意味の外で起こる作業が法形成である。法の文言の可能な意味を超えると類推適用となってしまう。韓国は2012年の法改正により、性犯罪の客体を「婦女」から「人」とし、類似強姦罪も新設した。今後は、暴行・脅迫の意義と要否をめぐる議論、不同意性交罪も正面から処罰すべきかの議論に進んでいかなければならない。これらは、司法の仕事ではなく、立法の仕事なのである。

V. 結 論

民主的法治国家、民主的法治主義は、当たり前の概念として考えられてきたが、代議制民主主義を補完しようとする国民請願制度が、民主主義と法治主義の衝突を引き起こすことになるとは思ってもみなかった。すでに述べたように、国民がすでに処罰を受けた犯罪者を再び処罰してほしいと青瓦台のホームページに請願し、再審の概念も正確に知らないまま、100万人を超える人々がこれに署名したということがあった。これにより、民主主義の下では、大衆が正確な情報を基に判断しなければ、法治主義が成り立たなくなるという事実を私たちは思い知らされた。再審は、有罪確定者の利益を守るためだけに行われるものであるという正確な情報を国民が持っていたとすれば、このような請願が提起されることはなかっただろう。大衆が正確な情報を得ることができてはじめて、民主的法治国家は実現される。

ネットカフェ事件は、キムソンスの刑を減輕しないことにより解決する問題ではなく、むしろ韓国における警察の対応システムや、精神障害犯罪者の管理システムの問題点に焦点を合わせなければならない。しかし、心神耗弱を理由とする刑の減輕に関心が集中し、警察の対応の問題点がなおざりにされた。一方では、このような警察の対応に関する指摘を、過度の結果論的批判だとする声もあった。警察がこのような場合、どう対応しな

ければならなかったのか、これからどう対応するのかという改善方案を示さなければならない。いずれにしても、改善が必要なのは、刑法ではなく、警察の対応システムと、精神障害者の治療システムだと言える。

代議制民主主義の限界は確実に存在する。大衆主義は、専門家主義を攻撃し、専門家主義は大衆主義を攻撃する。お互いを尊重するため、市民はもう少し正確で十分な情報を持つようにすべきであり、自由で平等に参加できる手続きに参加するとともに、専門的な領域は専門家の判断を尊重して専門家に任せてこそ、正しい法が誕生する。しかし、現状では、代議制民主主義の限界を補完するために、直接民主主義の要素を強化した請願民主主義が形式的法治主義と衝突し、再審制度と権力分立原則を揺さぶっているという現状がある。法治主義を完成させるためには、権力分立、司法部の制度的・機能的独立が必要である。刑法が商品化され、政治権力が支持票を集めるための道具として刑法が利用されてはならない。また、保安処分制度は、犯罪者の再犯防止と安定的な社会復帰を目的としているが、過剰に適用されれば、再社会化が困難となる場合もある。それは、法により社会統合が破壊される一例と見ることができる。刑法は、社会問題解決の最優先手段として活用されるべきものではないのである。