HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	中国刑法における罪刑法定主義の命運（１）－近代法の拒絶と受容－
Author(s)	坂口, 一成
Citation	北大法学論集, 52(3), 53-126
Issue Date	2001-11-20
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15094
Type	bulletin (article)
File Information	52(3)_p53-126.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

中国刑法における罪刑法定主義の命運（一）

――近代法の拒絶と受容――

坂口一成

目次

はじめに
一、問題の所在
二、日本における先行研究の検討
第一章　旧刑法下での論争

第一節　旧刑法制定以前の罪刑法定主義
第一項　第Ⅰ期（建国以降反右派闘争以前）
第二項　第Ⅱ期（反右派闘争以降文革終結以前）
第三項　第Ⅲ期（刑法典起草作業再開後）
第四項　まとめ
第二節　資本主義国における罪刑法定主義の史的展開に関する認識
第一項　放棄説
第二項　本旨不変説
第三項　議論の検討
第三節　旧刑法は罪刑法定原則を採用しているか
第一項　基本的肯定説
第二項　完全肯定説
第三項　否定説
第四項　論争の検討
第四節　旧刑法と罪刑法定主義の距離
第一項　類推適用の運用の実態
第二項　旧刑法の犯罪概念
第三項　口袋罪――投機空取引罪を素材として
第四項　司法解釈による実質的立法
第五項　労働矯正
第二章　刑法典改正をめぐる論争
第一節　類推存廃論争
第一項　論争の背景

第二項　前期類推存廃論争
第一款　暫時存置説
第二款　即時廃止説
第三款　永久存置説
第四款　まとめ
第三項　後期類推存廃論争
第四項　論争の検討
第二節　罪刑法定原則採用に対する立法および司法当局の見解
第三節　罪刑法定原則採用の背景
第四節　罪刑法定原則確立に向けた具体的対策
第三章　新刑法と罪刑法定原則
むすび

（以上本号）

はじめに

一、問題の所在

罪刑法定主義は周知のように、近代刑法の大原則であり、今日に至っては、世界の多くの国家はもとより、国際的にも承認された大原則であるといわれている。

中華人民共和国（以下、「中国」とする）においては、一九七七年三月一四日の第八期全国人民代表大会第五回大会において、一九七九年一〇月一日の第五期全国人民代表大会第二回大会で制定された「中華人民共和国刑法」が改正され、その第三条で［罪刑法定原則］が明文規定された（以下、一九七九年に制定された刑法典を「旧刑法」、一九九七年に改正された刑法典を「新刑法」、全国人民代表大会を「全国人大」、その常設機

関である全国人民代表大会常務委員会を「全国人大常委会」と略す。また、「　」は原文を示す。なお、（　）内は注記がない限り筆者によるものとする）。これを受け、日本では、中国が罪刑法定主義を規定したとする論考[1]が公表され、あたかも中国が近代刑法の人権保障を本旨とする罪刑法定主義を採用したかの印象を与えているよう思われる。

しかし、罪刑法定主義は類推許容規定を削除した上で、「法に明文規定なければ罪としない」旨を刑法典に規定さえすれば、それで刑法原則として確立されたことになるのであろうか。答えは否であろう。「罪刑法定主義を罪刑の形式的法定として理解するならば、わが国の戦前の状況も、ナチス・ドイツでさえも、人権の抑圧と制限はむしろ法令にもとづいて行われた限りにおいて、この原則に違反することはなかったとさえいいうるであろう[2]」との指摘が示すように、罪刑法定主義の法定は、近代刑法のいう罪刑法定主義の確立を意味するものではない。

日本において、罪刑法定主義は伝統的に、類推解釈の禁止、事後法の禁止、絶対的不定期刑の禁止および慣習法の排斥の原則を派生するとされている（以下、この罪刑法定主義を「伝統的な罪刑法定主義」と呼ぶ）。しかし、戦後、右述のように、罪刑の成文法規定主義という形式原理だけでは、罪刑法定主義の人権保障という使命を十分に遂げることはできないとの認識が学界に浸透した[3]。そこで、今日の日本においては、罪刑法定主義の派生原則として、実質的人権保障の観点から、実体的デュー・プロセス論[4]も認められるようになった。すなわち、刑罰法規の明確性の原則[5]、罪刑均衡原則を含む刑罰法規の適正原則である（以下、これらの実体的デュー・プロセス論を取り入れた罪刑法定主義を、「現代的意義における罪刑法定主義」と呼ぶ）。これにより、罪刑法定主義の射程距離は法の実体的内容にまで及ぶことになったのである。むろん、実質原理を取り入れた現代的意義における罪刑法定主義においても、その形式原理は、「個人の権利・自由の保障のうえに重要な役割を果たす意義をもっており、その実質的原理の前提となるものである[6]」。

翻って、中国の学界においては、旧刑法が類推許容規定、絶対的不定期刑を設け、政策の法源性を認め、行為時法よりも重い事後法の遡及適用を認めるといった状況においても、[罪刑法定原則]なるものが旧刑法の基本原則であることが基本的に肯定されていた。これは、中国の代表的な刑法教科書においては、罪刑法定主義はブルジョア法の原則であるのに対し、[罪刑法定原則]は社会主義法の原則であると、意識的に区別され

るためである。[7] そしてこのことは、中国刑法の［罪刑法定原則］が近代刑法のいう罪刑法定主義とは異なるものであることを端的に示している。

しかし、近年、法学領域においても［国際接軌］（グローバルスタンダードへの接合）が進展している中国においては、［罪刑法定原則］概念に変化が生じており、それを単純化していうと、［罪刑法定原則］の罪刑法定主義への接近と表すことができる。そして、現在、中国の学界においては現代的意義における罪刑法定主義に近い内容をもつ［罪刑法定原則］が提唱されている。そのため、学説上、中国の［罪刑法定原則］を現代的意義における罪刑法定主義に相当するものと解することは可能である。

かといって、学説上の［罪刑法定原則］が、立法および司法実務における実在としての［罪刑法定原則］と全く同一であるわけではなかろう。学説と現実に距離があるのは日本においても同じである。例えば、類推解釈について、「罪刑法定主義の原則からすれば、ある反社会的行為が既存の刑罰法規の予定する類型にあたるか否かが疑わしい場合には、裁判所はその適用をみあわせ、以後の解決を立法府の判断に委ねることになる」[8]との見解がある一方で、実際には、「（検察が）社会通念上の『枠』を越えていると思われるような微妙なケースについて起訴をすると有罪になる傾向がある。……起訴したものが有罪になれば、法改正をする必要なくなってくる」[9]のである。このように、日本においても学説でいわれている罪刑法定主義と、立法および実務における実在としての罪刑法定主義には一定の距離があるといえる。こうした距離が中国の［罪刑法定原則］に存在しても何ら不思議はない。

また、中国において形式原理遵守の観念が希薄であることは、これまでの研究においてたびたび指摘されていることである。[10] しかし、近代刑法、特に罪刑法定主義は形式原理の遵守を大前提とするものである。まさに、「いま中国で資本主義的な法律を取り入れていこうとしていますけれども、表向きはできるけれども、肝心要の法的形式論理がなかったら作ってもなんにもなりはしない」[11]との指摘が示すように、中国において、形式原理遵守の観念が確立されなければ、罪刑法定主義が確立されることはないと断言できるのである。

こうした状況の下で、中国が新刑法において［罪刑法定原則］を明文規定したからといって、中国が罪刑法定主義を採用したとするのは、あまりにもナイーブな考え方ではなかろうか。再検討する余地は十分あるように思われる。そこで、本稿では、

以上の問題意識を導きにし、次の二つの問題を明らかにすることを課題としたい。第一に、新刑法が具現する［罪刑法定原則］は、現代的意義における罪刑法定主義に相当する概念といえるか否かである。しかし、国により罪刑法定主義の体現の在り様が異なるのは当然のことであるため、新刑法が具現する［罪刑法定原則］の各派生原則が、日本の現代的意義における罪刑法定主義の各派生原則と同じであるかを問題にしても、あまり意味はなかろう。むしろ本稿で問題にしたいのは、近代刑法の大原則としての罪刑法定主義には、国家の刑罰権の恣意的発動を抑制し、市民個人の権利を保障するとの理念が内在しており、こうした理念が中国刑法の［罪刑法定原則］にも内在しているのか、ということである。そして、第二に、もし、現代的意義における罪刑法定主義に相当する概念といえない、すなわち国家の刑罰権の恣意的発動を抑制し、市民個人の権利を保障するとの理念が内在していないのであるならば、その原因は何か、である。これは換言すると、中国においては何故近代刑法の受容が拒絶されるのか、という問題になる。

そして、これらの課題を解明することは、少なくとも次の点において学界に貢献できると考えている。

第一に、現在、日本においては、新刑法で［罪刑法定原則］が採用された意義について、相反する見解が示されている。一方では、新刑法において罪刑法定主義が採用されたといい、[12] 他方においては、新刑法の罪刑法定主義（ないしは［罪刑法定原則］）は、日本の罪刑法定主義の見地からは、多くの問題を孕んでいるという。[13] 本稿により、この対立に終止符を打つことができれば幸いである。

第二に、一九九七年の中国共産党第一五回大会において、江沢民総書記（国家主席）は政治報告において社会主義的法治国家を宣言し、一九九九年には憲法を部分改正し、「社会主義的法治国家を建設する」との文言を追加した（第五条第一項）。しかし、現在のところ、この社会主義的法治が西洋近代流の法治を目指しているのか、あるいはそれとは異なる法治を目指しているのか判然としていない状態である。そこで、［罪刑法定原則］の内容を考察することにより、刑事法領域における社会主義的法治、すなわち中国の法治の現状を明らかにすることができるのではないかと考えている。

第三に、本稿では学界における［罪刑法定原則］をめぐる議論を詳細に考察する。その過程において、中国の刑法学者の［罪刑法定原則］および罪刑法定主義に対する理解の変遷、［罪刑法定原則］採用の背景、新旧刑法の［罪刑法定原則］が抱える

問題などを明らかにすることができる。こうした作業は、アジア法または社会主義法という枠内における比較法のための資料を提供できるのではないかと考えている。

これらの課題を達成するため、本稿では以下の順で論述を進めていきたい。

第一章では、中華人民共和国建国以降、旧刑法制定までの期間（一九四九年～一九七九年）における［罪刑法定原則］をめぐる議論を考察する。次いで、旧刑法制定後、学界において、資本主義国における罪刑法定主義の史的展開が如何に認識されたか、および［罪刑法定原則］を旧刑法の基本原則と認めることができるか否かの論争を考察する。そして最後に、旧刑法が罪刑法定主義との間で如何なる緊張を抱えていたかを検討する。

第二章では、刑法典改正作業の開始に伴い学界において生じた、改正刑法典に［罪刑法定原則］を採用するか否かをめぐる論争を考察する。次に、［罪刑法定原則］採用に関する立法および司法当局の見解をみていく。そして、これらの考察を元に、中国が［罪刑法定原則］採用に至った背景を検討する。最後に、改正刑法典で［罪刑法定原則］を確立するため、如何なる具体的施策が学界において必要であるとされたかについてみる。

第三章では、新刑法が如何なる点に到達したか、およびそれに如何なる問題点が存在するかを考察する。そして、これらの考察を元に、本稿の第一の課題、すなわち、新刑法が具現する［罪刑法定原則］は、現代的意義における罪刑法定主義に相当する概念といえるか否かについて結論を導出したい。そして、新刑法が具現する［罪刑法定原則］は、現代的意義における罪刑法定主義に相当する概念といえないのであれば、その要因を探求したい。

さて、以上のように、本稿では［罪刑法定原則］が何たるかを探求することが第一の目的となる。そのため、本稿では、中国刑法の罪刑法定を指す場合には、一貫して［罪刑法定原則］と表記することにする。これは、安易に「罪刑法定主義」などと訳し、［罪刑法定原則］概念に余計なレッテルを貼らないようにするためである。また、中国の刑法学者の論述においては、［罪刑法定原則］と罪刑法定主義の使用法が混乱している場合があり、社会主義刑法の［罪刑法定原則］を指しているのか、あるいは近代刑法の罪刑法定主義を指しているのか判然としない場合がある。そこで、これらを引用する際には、［　］を付して、原文のまま記述することにする。

二、日本における先行研究の整理

日本において、中国新刑法の［罪刑法定原則］（ないしは「罪刑法定主義」）について、次のような研究がある。

新刑法制定後、［罪刑法定原則］をテーマとして最初に公表されたのは、張凌「中国刑法における罪刑法定主義」[14]である。本論文は、中国の学界において生じた［罪刑法定原則］をめぐる二つの論争、すなわち本稿でも考察する［罪刑法定原則］は中国刑法の基本原則であるか否かをめぐる論争、および［罪刑法定原則］を採用するか否かをめぐる論争を簡潔にまとめ、いち早く日本の学界に紹介したものである。本論文は、新刑法の「罪刑法定主義」を分析する枠組みに、本稿でいう現代的意義における罪刑法定主義の各派生原則を利用する（ただし、実体的デュー・プロセス論の見地からの分析はほとんど行われていない）。そして、結論としては、中国の新刑法が罪刑法定主義を採用し、かつ、これを実施しているとする。しかし、残された問題として、中国の伝統法文化と罪刑法定主義の考え方が衝突するため、「罪刑法定主義の基礎といわれる自由主義・個人主義・民主主義を強化し、人権保障の観念を樹立」しなければならないという。また、裁判官による刑罰の恣意的運用を防止するために三権分立を確立し、司法権を抑制すべきとする。

筆者は、本論文には次の三点の問題があると考えている。第一に、日本の現代的意義における罪刑法定主義は、戦後、アメリカ法の影響を受け実体的デュー・プロセス論を導入したものであり、必ずしも大陸法系の罪刑法定主義と同じものではない。そのため、日本の罪刑法定主義の各派生原則を基準に中国法を分析することが妥当であるかについては疑問がある。中国の［罪刑法定原則］が、国家の刑罰権の恣意的発動を抑制し、市民個人の権利を保障する原則であるかをみるべきであろう。第二に、第一の問題とも関連するが、張は中国において「罪刑法定主義の基礎といわれる自由主義・個人主義・民主主義を強化し、人権保障の観念を樹立」しなければならないという。それでは、如何にして「罪刑法定主義を実施しているといってよい」としうるのか。自由主義、人権保障の観念などは、近代刑法の罪刑法定主義には不可欠なものではなかろうか。第三に、張は、裁判官による刑罰の恣意的運用を防止するために三権分立を確立しなければならないという。しかし、中国の現行国家制度である民主集中制の原理によると、法院は人大の監督を受けることになる。[15]したがって、人大の監督を通じて裁判官を抑制することは理論上不可能ではない。抑制すべきはむしろ人大の立法権である。けだし、中国においては司法権に立法審査権は付与されておらず、当該権限を行使するのは全国人大常委会だからで

ある。

次に、夏目文雄「中国刑法における罪刑法定主義観の変遷について（未完）」[16]をみてみよう。本論文は、一九三一年に成立した中華ソビエト共和国からの罪刑法定主義観の変遷について論じるものである。一九三一年まで遡り、中国における罪刑法定主義を主題とする研究は、わが国では初めてのものである。本論文は未完であるため（現時点で公刊されたのは一九三一年から建国後の一九五六年までの期間についてである）、建国以降の論述が如何なるものであるかは分からない。しかし、公刊された時期についていえば、当時の刑事立法を対象にして、非常に詳細な考察がなされている。

筆者は、本論文について次のような疑問がある。すなわち、本論文が罪刑法定主義観を検討する素材として、共産党による刑事立法および刑事政策だけを用いていることである。当時、まとまった刑法典がなく、党の刑事立法および政策により刑法規範が構成されていたことを考えると、これらの文言を考察対象とする他なかろう。建国以降、特に旧刑法制定後も法条の文言のみを考察対象とするのかは、続刊をみてみないと分からないが、もし、実際の刑法の適用を含めずに、法条の文言のみを考察対象とするのであれば、中国における罪刑法定主義観はみえないのではなかろうか。

最後に、小口彦太「中国における刑法改正について――罪刑法定原則の採用を中心にして――」[17]をみてみよう。小口の研究方法の特色としては、次の二点を上げることが許されよう。ひとつは、近代法に普遍的価値を見出し、その視点から中国刑法を分析する態度である。もうひとつは、法に対する思考様式における伝統法との連続性を意識することである。[18]本論文においてもこれらの視点がとられている。すなわち、現代的意義における罪刑法定主義の観点から、新刑法の［罪刑法定原則］には数多くの問題点があるとする。例えば、労働矯正、［罪刑法定原則］と罪刑均衡原則の矛盾、実質的犯罪概念などである。特に後二者の問題点は、これまでの著者の研究[19]においてもたびたび指摘されてきた問題であり、ここから法に対する思考様式における伝統法との連続性が指摘される。本論文はこのように、近代法の見地から中国刑法の問題点を指摘し、その要因を伝統法文化に求める。こうした手法は現代中国法を解明する上でかなりの程度において有効である考えられる。しかし、伝統法文化が社会主義法理論を受容した現代中国においてもなお生き残っているのは何故か、という問題が残っている。

これら以外にも張和伏「中国における刑法の改正」[20]、王雲海

「中国刑法改正の到達点およびその問題点」[21]、白建軍、國谷知史訳「中国一九九七年新刑法の主要な変更点に関する一考察」[22]などが新刑法の［罪刑法定原則］について論及しているが、いずれも［罪刑法定原則］を主題としたものではないので、ここでは割愛する。

以上の先行研究に対する疑問を導きにし、本稿では次のような点を強調したい。第一に、先に述べたように、中国刑法の［罪刑法定原則］を検討するにあたり、日本の罪刑法定主義の各派生原則を基準にするのではなく、中国刑法の［罪刑法定原則］に国家の刑罰権の恣意的発動を抑制し、市民個人の権利を保障するとの理念が内在しているか否かを基準とする。第二に、考察の素材を刑事立法にとどまらず、学界における議論、司法実務における法適用の実態などにも視野を広げる。なお、本稿の司法実務における法適用の実態に対する分析はなお十分なものとはいえないが、この点は今後の課題としたい。第三に、伝統法文化が社会主義法を受容した現代中国法に残存している所以を探求する。

（1）張凌「中国刑法における罪刑法定主義」法研論集（早稲田大学大学院）第八四号（一九九七年）一二九頁以下、張和伏「中国における刑法の改正」国際商事法務第二五巻第五号（一九九七年）五〇五頁、白建軍、國谷知史訳「中国一九九七年新刑法の主要な変更点に関する一考察」法政理論（新潟大学）第三〇巻第一号（一九九七年）三〜四頁、木間正道・鈴木賢・高見澤磨『現代中国法入門（第二版）』（有斐閣、二〇〇〇年）一五九頁など。なお、王雲海「中国刑法改正の到達点およびその問題点」法律時報第六九巻第七号四五〜四六頁も新刑法において罪刑法定主義が採用されたと解していると思われる。

（2）中山研一『刑法総論』（成文堂、一九八二年）六一頁。

（3）芝原邦爾『刑法の社会的機能（神戸法学双書一〇）』（神戸大学研究双書刊行会、一九七三年）二二五頁、内藤謙『刑法講義総論（上）』（有斐閣、一九八三年）三六〜三七頁など。

（4）なお、実体的デュー・プロセス論は憲法上の要請であり、罪刑法定主義の内容ではなく、異なる原理であるとする見解も有力に存在している。例えば、田宮裕「実体的デュー・プロセスとは何か」同『変革のなかの刑事法――刑事訴訟法研究（六）』（有斐閣、二〇〇〇年）七〇頁以下、川端博『刑法講義総論Ⅰ（上巻・中巻）』（成文堂、一九九五年）四六頁以下など。また、萩原滋は、罪刑法定主義を実体的デュー・プロセス論の下位にある原則であるとする（同『実体的デュー・プロセス理論の研

究』（成文堂、一九九一年）二七二頁参照）。

（5）明確性の原則を実体的デュー・プロセス論の一内容として位置づけるかは論者によって異なる。これを広い意味で実体的デュー・プロセス論の一内容として位置づけるものには、団藤重光『刑法綱要総論（第三版）』（創文社、一九九〇年）五三頁、内藤前掲注（3）三七頁、前田雅英『刑法総論講義（第三版）』（東京大学出版会、一九九九年）八一頁、大谷實『刑法講義総論（第四版補訂版）』（成文堂、一九九九年）六八頁などがある。これとは逆に、明確性の原則は国民の予測可能性を保障するものであり、実体的デュー・プロセス論とは別個の原理とするものには、田宮前掲注（4）七一～七二頁、萩原前掲注（4）七一頁、三井誠「罪刑法定主義と『明確性の理論』」法学セミナー二二八号（一九八四年）八六頁以下などがある。

（6）内藤前掲注（3）一六～一七頁。

（7）高銘暄主編『高等学校法学教材刑法学（修訂本）』（法律出版社、第二版、一九八四年）三六頁以下、高銘暄主編『新編中国刑法学（上巻）』（中国人民大学出版社、一九九八年）二〇頁以下など。なお、近年、［罪刑法定原則］と罪刑法定主義を区別しない立場も増えてきている。例えば、高銘暄主編『刑法学原理（第一巻）』（中国人民大学出版社、一九九三年）一六八頁以下、趙秉志主編『新刑法教程』（中国人民大学出版社、一九九七年）四九頁以下、劉守芬主編『刑法学概論』（北京大学出版社、二〇〇〇年）九頁以下など。

（8）芝原前掲注（3）二一九頁。

（9）大谷實・前田雅英『エキサイティング刑法（総論）』（有斐閣、一九九九年）二〇～二一頁、大谷発言箇所。

（10）例えば、小口彦太「中国刑法上の犯罪概念」奥島孝康・田中成明編『法学の根底にあるもの』（有斐閣、一九九七年）四〇三頁以下、同「現代中国刑法における類推適用と『比付』」池田温編『中国礼法と日本律令制』（東方書店、一九九二年）四八五頁以下、鈴木賢「北東アジア法文化圏――中華人民共和国を中心として（シンポジウム　法観念を中心とする世界法文化の比較――比較法文化論への試み）」比較法研究第六〇号（一九九八年）四五頁以下など。

（11）米倉明「『三つの法学士』――『リーガルマインド考』」北海学園大学法学部三〇周年記念論文集『転換期の法学・政治学』（第一法規出版、一九九六年）五四二頁。

（12）前掲注（1）の各論文を参照せよ。

（13）小口彦太「中国における刑法改正について――罪刑法定原則の採用を中心にして――」比較法研究第六〇号（一九九八年）一八一頁以下。

（14）張凌前掲注（1）一二九頁以下。

(15) 民主集中制については、木間など前掲注（1）六五～六六頁を参照せよ。
(16) 夏目文雄「中国刑法における罪刑法定主義観の変遷について（一～三）」愛知大学国際問題研究所紀要第一一〇号一三九頁以下、第一一一号一三一頁以下、第一一四号第二七一頁以下（未完）。
(17) 小口前掲注（13）一八一頁以下。
(18) 鈴木賢「中国法研究をめぐって」社会主義法研究会編『社会主義法の変容と分岐（社会主義法研究年報No一一）』（法律文化社、一九九二年）一六七～一六八頁。
(19) 例えば、前掲注（10）の小口の両論文および同「中国刑法典施行の十年――その変容と問題点――」利谷信義・吉井蒼生夫・水林彪『法における近代と現代』（日本評論社、一九九三年）など。
(20) 張和伏前掲注（1）五〇五頁以下。
(21) 王雲海前掲注（1）四五頁以下。
(22) 白建軍前掲注（1）二頁以下。

第一章　旧刑法下での論争

第一節　旧刑法制定以前の罪刑法定主義

中華人民共和国成立前の一九四九年二月、中国共産党中央委員会（以下、「中共中央」と略す）は、「国民党の六法全書を廃棄し、解放区の司法原則を確立することに関する指示」を発布し、「人民司法活動は国民党の六法全書を根拠としてはならない」と宣言した。本指示により、実際の裁判は、「綱領、法律、命令、条例、決議に規定されているものは、綱領、法律、命令、条例、決議の規定に従い、綱領、法律、命令、条例、決議に規定されていないものは、新民主主義の政策に従い行う」とされた。(1)

本指示以降、中国には刑法典は存在しなくなったが、裁判規範が全く存在しなかったわけではなく、本指示および単行刑法などが裁判規範となった。こうした状況の下、刑法典起草作業も、建国直後の一九五〇年に開始された。

本節では、刑法典起草作業の経過を振り返りつつ、建国以降旧刑法制定までの間の罪刑法定主義に関する議論をみていく。その際、次のように時期を区分して議論を整理する。第Ⅰ期は、建国から一九五七年六月に反右派闘争が始まるまでとする。第Ⅱ期は、反右派闘争以降、プロレタリア文化大革命（以下、「文革」と略す）を経て、刑法典起草作業が再開されるまで（一九七八年）とする。第Ⅲ期は、刑法典起草作業が再開してから旧

刑法が制定されるまで（一九七九年）とする。

第一項　第Ⅰ期（建国以降反右派闘争以前）

刑法典の起草準備作業は、建国の翌年一九五〇年から中央人民政府法制委員会により開始され、同年七月二五日には、「中華人民共和国刑法大綱草案」（全一五七条）が起草された。また、新中国初の憲法典が制定された年である一九五四年九月三〇日には、同委員会により「中華人民共和国刑法指導原則草案（初稿）」（全七六条）が起草された。両草案の起草に際して、革命根拠地時代以降蓄積してきた経験が参酌されたのは当然のこととして、旧ソ連の一九二〇年代後半の刑事立法を中心に、その他の先行する人民民主主義国家の刑事立法も参酌された。(2)

その後、一九五四年冬からは全国人大常委会辦公庁法律室が刑法典起草作業を担当した。そして、一九五七年六月二八日には「中華人民共和国刑法草案（初稿）（第二二稿）」が、全国人大常委会辦公室により内部文書として関連部門に配布された。(3)その後、第一期全国人大第四回会議で、「草案は試験的に実施するために、これを公布し、さらに、人民代表とその他の方面の意見に基づいて修正を加える」との決議が採択され、本草案を試験的に実施するために必要な権限が全国人大常委会に与えられた。しかし、反右派闘争が始まり、「左より」の思想が台頭したため、第二二稿が公布されることはなかった。(4)

このように、第Ⅰ期の刑法典起草作業は順調に進展していた。かかる刑法典起草作業の順調な進展が、刑法学研究の発展を促したことはいうまでもない。そして、歴代の刑法典草案が一貫して類推適用を規定していたことは、学界に対して、類推適用を規定すべきか否かの問題を突き付けたのであった。以下、この問題に関して最も詳細に議論を展開した曹国卿論文(5)を軸とし、この時期の議論を整理する。

（一）類推適用を規定すべきか否かは、個人の主観的願望により決定することはできず、さらには第二次世界大戦後、ソ連の刑法典改正過程において類推廃止の議論があったからといって、それを中国に当てはめることはできない。この問題は現在の国内外の政治、経済などの状況、裁判実務の経験および党の過渡期の刑事政策により決定しなければならない。しかして、中国は人口が多く、地域も広大で、経済的に遅れている国家であり、社会主義改造事業が完成していない地域もある。また階級闘争の状況も予断を許さず、敵対階級がなお存在している。このように、現在の過渡期の状況は複雑に錯綜している。また、

建国以降、裁判実務の経験は蓄積されているが、なお類推適用を廃止するには不足している。ソ連も最初の刑法典では類推適用を規定し、建国後四〇年経ってようやく類推廃止論が支持されるようになったのである。これは現在のソ連においては、裁判実務の経験の蓄積、国内の階級の消滅、立法技術の向上など、類推廃止のための先決条件が整っているからである。以上のことを考慮せず、類推適用の廃止を盲目的に主張することは誤りである。

（二）類推適用を運用した裁判例の蓄積が刑事立法に信頼性のある資料を提供し、刑事立法の発展に一定の役割を有することは、ソ連の経験が証明するところである。

（三）社会主義刑法の類推適用は、その本質および役割においてブルジョア刑法および封建刑法のそれとは完全に異なる。すなわち、資本主義国において、類推はブルジョア裁判官が法律を回避し、［法制］(6)を破壊し、ブルジョアジーに対してより有利な判決を下す手段として利用される。そして、たとえ罪刑法定主義を標榜していても、不確定的な犯罪構成要件および法定刑ならびに無制限の拡張解釈は、類推が果たす役割を実現している。また、封建刑法においても、類推適用の運用は封建的支配者の主観的意思により決定されていた。他方、社会主義刑法の類推適用は、最大多数の勤労人民の利益を保護するものであり、封建主義および資本主義下で裁判官が恣意的に専断し、［法制］を破壊する類推適用とは相容れないものである。

次いで、類推適用を不要とする見解に対しては、次のように反論する。

（一）類推適用の範囲が縮小し、さらに具体的な制限を課せば、類推適用の件数はさらに少なくなり、規定する必要はないとの批判に対して。我々が類推適用を存置すべきというのは、刑事立法の不足を補い、人民の利益を犯罪から保護するためである。類推適用の件数が少ないということは、必然的にそれが有用であることを意味する。また、現在起草中の二〇〇条あまりの草案ではすべての犯罪を遺漏なく規定することはできず、刑事立法が常に現実から立ち後れている現状ではなおさらそうである。

（二）新たな犯罪が出現した場合は、立法機関が速やかに新たな法律を公布すればよいとの批判に対して。かかる見解は、理論的には成立しうる。しかし、立法は容易なことではなく、事前に十分な研究が必要である。また、個別的な特殊な犯罪は常に存在しているが、類推適用はまさにかかる犯罪のために存在しているのである。そして、かかる犯罪が大量に出現したな

らば、立法機関は速やかに法律を制定しなければならないが、このことは類推適用の必要性とは矛盾せず、さらにはここから類推適用が不要であるとはいえない。

（三）類推適用には元来制限要件があるが、これに最高人民法院の承認との制限を加えれば、あまりにも厳しくなりすぎ、「法律に明文規定がない場合は、類似する法律条文に類推して処罰し、類似する法律条文がなければ、国家の政策に基づき処罰する」とする方が適切であるとの批判に対して。類推適用に一定要件の制限を加えなければ、人民民主主義［法制］をさらに強化するとの中央の方針に合致せず、また、適用の結果は濫用を招くことになる。

そして、以上の論旨から次のように結論づける。すなわち、マルクス主義の観点では、類推適用は歴史的範疇であり、一定の歴史的条件の下では必要であるが、その歴史的任務を完成した後は、社会主義制度の下においては永遠に廃止される。類推は社会主義制度の下においてのみ徹底的に廃止され、［罪刑法定］を真に徹底することができるのである。

また、この時期に出版された新中国初の刑法教科書も曹国卿論文と同様に、類推適用採用の立場に立っている。[7] そして、これらの教科書では、曹国卿論文で打ち出された論点以外に、次のような記述もみられる。①新たな犯罪が出現した場合は、「法に明文規定なければ罪とせず」の絶対原則により自己の手足を縛り、犯罪を座視してはならず、類推適用により制裁を加えなければならない。[8] ②類推適用を運用する際、一定の要件を厳格に遵守すれば、類推適用を、［法制］を適切に遵守するとの基礎の上に置くことができる。したがって、［法制］原則に違背しない状況の下で、犯罪とより有利に闘争し、中国刑法の実質的犯罪概念を徹底することができる。[9]

第二項　第Ⅱ期（反右派闘争以降文革終結以前）

一九五七年六月八日、『人民日報』に「これはどうしたことか」と題された社説が掲載され、反右派闘争が突如開始された。そして、刑法典起草作業はこの影響を受け、同年六月二八日の第二二稿を最後として中断を余儀なくされたという。さらに、その後の経済的困難の影響も受け、この中断は一九六一年まで続いた。[10]

その後、一九六一年一〇月、中断後初めて草案に関する研究座談会が開催された。そして、刑法典起草作業は、一九六二年三月二三日に毛沢東が「刑法だけではなく、民法も必要である。

現在は「無法無天」の状態であり、法律がなければだめだ。刑法、民法は必ず作らなければならない」と指示したことにより再開された。[11] この指示を受けて、一九六二年五月から、全国人大常委会法律室は関連部門と協力し、第二二稿の全面修正作業を開始した。[12] その後、一九六三年一〇月九日には、全国人大常委会辦公庁が「中華人民共和国刑法草案（修正稿）（第三三稿）」を起草した。第三三稿は、中共中央政治局常務委員会および毛沢東の審査を受け、公布するか否かが検討された。しかし、その後間もなく「四清運動」[13] が開始され、刑法典起草作業は再び中断を余儀なくされ、第三三稿も公布されることはなかった。[14] そして、一九六六年には「四清運動」に引き続き「文革」が開始され、刑法典起草作業はお蔵入りのままとなった。[15]

かかる政治運動の影響は、当然法学研究の領域にも及び、反右派闘争開始後、罪刑法定主義の問題はブルジョア刑法理論であるとして、政治的に排斥されることになった。そして、罪刑法定主義の問題を敢えて議論する者はなく、ひとたびこれを議論すれば「ブルジョアジーの法律の観点」云々と非難されたという。[16] この時期の罪刑法定主義に対する批判は、主に次の三点である。

（一）資本主義国における罪刑法定主義の史的展開について。

ルソー、ベッカリーアなどのブルジョア啓蒙思想家が主張した法律なければ犯罪なしの観点は、まず一七八七年のオーストリア刑法典において初めて法律の形式で定められた。その後、一七八九年のフランス人権宣言第八条に受け継がれ、一八一〇年のナポレオン刑法典に規定され、ヨーロッパのほとんどのブルジョア国家および日本、旧中国の刑法典に受け継がれた。英米でも法の適正手続の観点から罪刑法定主義が認められた。そして、第二次世界大戦後、罪刑法定主義は次第に国際法規範へと発展した。例えば、世界人権宣言、国際人権規約などである。

しかし、ブルジョアジーが如何に堂々と罪刑法定主義を規定しようとも、あるいは反動的著作において綺麗事を並べようとも、罪刑法定主義は結局のところ反動的ブルジョアジーが人民を欺くために用いる隠れ蓑にすぎない。ブルジョアジーは国家権力を掌握したその日から、ブルジョアジーの法律の矛先を勤労人民に向けていたのである。すなわち、フランス革命から百日も経たない一七八九年一〇月二一日に、フランス国民議会は「戒厳法律」を制定し、人民の騒擾的多衆聚合を禁止したのである。また、一七九一年にはプロレタリアートを抑圧するために、労働組合およびストライキを禁止した「ル・シャプリエ法」を制定した。その後もブルジョアジーは、このような隠れ蓑を

利用し人民を欺いてきた。そして今日、帝国主義はこれらを利用し、人民に対する迫害というさらに大きな陰謀を隠匿しているのである。[17]

（二）罪刑法定主義の実態について。ブルジョアジーが標榜する［法治］は、独占資本集団が人民を欺く隠れ蓑であるにすぎない。けだし、立法、司法、行政、軍隊、警察および特務機関は、いずれもブルジョアジーが掌握し、彼らが何らかの悪い事を行おうと考えれば、御用立法機関が反動的な法律を制定し、それに法律根拠を提供し、御用司法機関もそれを「合法」と確認するからである。これがブルジョアジーの［法制］の真相であり、またブルジョアジーの標榜する［罪刑法定主義］が人民を欺く実質でもある。[18]

（三）実務における罪刑法定主義の拒絶について。「法に明文規定なきものは罪とせず」などの原則は、それ自体が虚偽であるため、ブルジョア国家の実務においても全く受け入れられていない。例えば、一七九一年のフランス刑法典では絶対的確定刑の原則が規定され、過去において適用されていたあらゆる刑罰のうち、当該法典で規定されていないものは一律に廃止することが定められた。しかし、実際には不便であると感じ、一八一〇年の刑法典においては主に相対的確定刑が採用された。その後、帝国主義段階に入ると、ブルジョア国家は特別法により構成要件が極めて広範かつ弾力的な規定を設けたり、戒厳令を宣言して労働者による「騒動」を鎮圧した。さらに、司法機関に授権して、搾取者の利益のために現行法を恣意的に解釈させた。このように、いわゆる「法に明文規定なきものは罪とせず」などの原則はすっかり捨て去られたのである。[19]

第三項　第Ⅲ期（刑法典起草作業再開後）

一九七六年に「文革」は終結したが、これにより直ちに刑法典起草作業が再開されたわけではなかった。刑法典起草作業が再開されたのは、一九七八年秋に「社会主義［法制］を強化し立法活動を強化することについての中共中央の指示」が出された後の、同年一〇月になってからであった。再開に当たり、中共中央政法小組の主導の下で「中華人民共和国刑法草案」連合修訂組（以下、「連合修訂組」と略す）が組織された。[20] そして、同年一二月一八日から二二日にかけて開催された中共一一期三中全会では、従来の「階級闘争を要とする」路線から「社会主義現代化建設」への路線転換が決定されるとともに、社会主義の「民主と法制」の強化が宣言された。この三中全会精神は、

刑法起草作業にとって、強力な推進力となったのである。

その後、第三三稿を叩き台にし、相次いで三つの草案が起草された。[21] これらのうち、二番目の草案が、一九七九年五月二九日に中央政治局で原則的に採択された［原則通過］。そして、法制委員会全体会議および全国人大常委会第八回会議において審議・修正された後、[22] 第五期全国人大第二回会議においても審議・修正され、七月一日、同会議において採択された。[23]

このように、刑法典起草作業は、一九七八年に再開された後、急速に進展した。その間、類推許容規定はそれまでと同様に、一貫して規定されていた。しかし、定稿間近になり、一部の民主党派の論者が、類推適用を削除した上で、罪刑法定主義をとるよう主張したため、小さな論争が生じた。その論拠は次の二点である。第一に、類推適用を規定することは、「後顧の憂いを際限なきものにする」ことであり、「教えずに罰する」ことになる。第二に、類推適用の承認権を最高人民法院に与えれば、司法が立法権を侵すことになりうる。

これに対して、当時の多数派は、中国刑法は［罪刑法定原則］を基礎とした上で、類推適用を［罪刑法定原則］の補充とすべきであると主張した。その論拠は次の通りである。

（一）中国は地域が広大で人口も多く、状況が複雑であり、さらには政治的経済的情勢の発展・変化が比較的速く、刑法、特に最初の刑法では、複雑多様な犯罪すべてを遺漏なく規定することは不可能であり、また将来出現する可能性があり、かつ、必ず処罰しなければならない新たな犯罪を完全に予見し、規定することも不可能である。さらに、すでに出現しているが、我々の闘争の経験がいまだ成熟しておらず、また刑法に急いで規定すべきではない犯罪もある。このような法に明文規定はないが、実際には社会に危害を及ぼす犯罪と闘争するためには、類推適用を容認しなければならない。

（二）類推適用を規定すれば、刑法の朝令暮改を避けることができ、一定期間内、刑法の相対的安定性を維持できる。

（三）類推適用を規定すれば、新たな犯罪との闘争の経験を蓄積することができる。これにより、将来の刑法の改正・補充に実践的根拠を提供することができる。

（四）類推適用にあたっては、刑法各則の「最も類似する」条文を類推しなければならない。ここでいう「最も類似する」とは、いわゆる犯罪構成要件四分説（構成要件を犯罪の主体、犯罪の客体、犯罪の主観的側面、犯罪の客観的側面に分ける）のうち、犯罪の主体、犯罪の客体および犯罪の主観的側面の三要件が合致することを指す（以下、これを類推の「実体的要件」

と呼ぶ）。また、類推適用するためには、最高人民法院に報告して承認を得なければならないと規定されている（以下、これを類推の「手続的要件」と呼ぶ）。以上のように類推適用は厳格に制限されているため、全国規模でいえば、類推適用は極めて少数にすぎず、大量に行われるはずがない。

そして、少数派の主張に対しては次のように反論する。

（一）刑法に厳格に基づき事を行えば、［法制］を強固にするだけで、それを破壊することはない。また、犯罪との闘争を強化し、国家および人民全体の利益をよりよく保護することができる。したがって、「後顧の憂いを際限なきものにする」などの問題が生じるはずはない。

（二）最高人民法院が類推適用を承認することは、法に従い事を行うことであり、これもまた「立法権を侵す」問題が生じるはずはない。[24]

結果的には、周知の通り、多数派の意見が採用され、類推適用が規定されたのであった。

第四項　まとめ

第Ⅱ期を除き、第Ⅰ期および第Ⅲ期においては、実際的状況から類推適用の必要性を認め、現段階における罪刑法定主義採用を否定するが、ブルジョア刑法理論であるとして罪刑法定主義が政治的に排斥されることはなかった。また、類推廃止の条件が整えば、類推廃止も可能であるとされていた。後述するようにかかる議論は、旧刑法制定後の学界の通説へと発展していくのである。換言すると、反右派闘争前にはすでに八〇年代の議論の萌芽を看取できるのである。

また、第Ⅰ期および第Ⅲ期においては、旧ソ連の刑事立法の経験から、刑事立法が不完全な下で類推適用を運用することに積極的であった。これは第Ⅰ期において、中国の刑事立法および刑法理論が、建国以降四〇年近く類推適用を認めてきた旧ソ連の刑事立法および刑法理論の影響を受けたことに深く関係している。そして、第Ⅲ期では、第Ⅱ期において排斥された第Ⅰ期の理論が復活し、この理論が発展して、その後の中国刑法理論を形成していく。例えば、第Ⅰ期に旧ソ連から取り入れられた実質的犯罪概念、社会危害性中心論、犯罪構成要件四分説などは、中国刑法の中核理論となったのであり、また現在においてもその地位に変化はない。まさに、中国の研究者が指摘するように、現在においても中国法学は、「なおソ連法学の最も正当なる継承者」[25]なのである。

しかし、中国刑法理論は旧ソ連刑法理論の影響を受けたが、常に同時進行的に発展していったわけではない。第Ⅰ期においては、当時の旧ソ連刑法理論が取り込まれ、中国刑法理論は多大なる進展をみせた。しかし、第Ⅱ期には法学研究そのものが中断を余儀なくされた。その後、第Ⅲ期には刑法理論研究が再開されたが、それは第Ⅰ期に回帰するものであり、すでに類推適用が廃止され、罪刑法定主義を基本原則に掲げる当時の旧ソ連刑法理論が新たに吸収されたわけではなかった。このことは、罪刑法定主義を採り、刑法各則に規定されていないものは犯罪としない旨を明文規定した旧ソ連の「ソ連邦および連邦構成共和国刑事立法基礎」（一九五八年）の犯罪概念[26]が、中国の旧刑法にその形式のみ導入され、その実質が取り込まれなかったことからも窺えよう。すなわち、学界において、罪刑法定主義と齟齬をきたす実質的犯罪概念および社会危害性中心論が、旧刑法制定当時はもとより、現在に至ってもなお中核理論として存在しているのである。これは、一九五四年に刑法典起草作業が正式に開始された後、中国刑法学が旧ソ連の影響から脱して、自律的な発展の道を歩み始めたからである[27]。つまり、中国刑法理論の礎石となったのは、類推適用廃止前の旧ソ連刑法理論なのである。かかる旧ソ連刑法理論の影響を無視して、中国刑法の［罪刑法定原則］の問題を論じることは不可能であろう（この点については、本稿最後で検討する）。

第二節　資本主義国における罪刑法定主義の史的展開に関する認識

本節では、一九八〇年代および九〇年初頭の学界において、資本主義国における罪刑法定主義の史的展開が如何に認識されていたかを検討する。ここでいう資本主義国における罪刑法定主義の史的展開とは、一七八九年のフランス人権宣言第八条で罪刑法定主義が明文規定された後、資本主義国において罪刑法定主義が如何に展開していったかを指す。

この問題について、学界においては、大別して次の二つの見解がある。一方は、罪刑法定主義が形骸化され、放棄されたとする。他方は、［絶対的罪刑法定主義］は［相対的罪刑法定主義］へと変容したが、この変容は罪刑法定主義の発展であり、罪刑法定主義の人権保障という本旨は不変であるとする（以下、前者を「放棄説」、後者を「本旨不変説」とする）。

こうした作業を行う理由は、資本主義国における罪刑法定主義の史的展開に対する認識が、次節以降で検討する旧刑法が［罪

刑法定原則」を徹底していたか否かの問題、さらには「罪刑法定原則」とは何であるかの問題に対する認識に関わってくるためである。

第一項　放棄説

放棄説は八〇年代初め、多くの論者により主張されていた。本項ではまず、資本主義国において罪刑法定主義が形骸化され、実質的に放棄されたとする放棄説の論者の根拠をみる。次いで、罪刑法定主義成文化以降、罪刑法定主義の内容は形式的には発展を遂げたが、その発展は実質的には罪刑法定主義の否定であるとする見解をみる。

放棄説の論者は、罪刑法定主義が放棄された根拠として次の三点を指摘する。

（一）事実上の類推の存在について。「社会に存在する犯罪現象は種々様々、多種多様であり、限りある法律条文を用いて社会上に存在する、あるいは発生しうる犯罪を包括しようとすることは、根本的に不可能なことである。この意味において、いわゆる実質的かつ厳格に要求される罪刑法定主義はかつて存在したことがなかった」[28]。そして、その論拠を拡張解釈に求める。すなわち、日本などの国は、「刑法に類推規定はないが、刑法解釈論の拡張解釈の名目で、類推適用を許容している」[29]と。

（二）近代学派（新派刑法学）の台頭について。資本主義社会の階級的対立が激化するにつれて、犯罪現象が不断に増加した。これに伴い一九世紀後半には、主観主義刑罰理論、すなわち「教育刑論」が台頭した。この理論は、罪刑法定主義に対して疑問を投げかけ、それを否定または制限し、刑罰の「個別化」および「社会防衛」の強調を主張した。罪刑法定主義が排斥する類推解釈、慣習法、事後法および絶対的不定期刑は、まさにこれら主観主義刑罰理論が推進するよう主張するものであり、事実上、罪刑法定主義はブルジョア国家により放棄された[30]。

（三）階級的対立の激化について。一九世紀末、資本主義は帝国主義へと発展を遂げ、「日増しに反動的に政治を独占するブルジョアジーは、それまでの民主主義的色彩を具えていた一部の法律制度が、すでに日増しに反抗的になる人民を鎮圧するとの役割を果たせなくなっており、逆に手足を縛るものとなったと認識するに至った。そこで、ブルジョアジーは公然と罪刑法定主義という旗印を放棄したのである」[31]。そして、その論拠を、ナチス政権下のドイツ改正刑法典（一九三五年改正）第二条[32]で類推適用が明文規定されたことに求める。すなわち、この

「類推適用の要件は、非常に不明確であり、任意に解釈することができ、無制限の類推を主張し、恣意的に人を罪に陥れ」、「ファシストの類推は、民主主義的な［罪刑法定原則］を憚ることなく踏みにじった」[33]とする。[34]

以上の三つの根拠から、放棄説の論者は資本主義国においてはすでに罪刑法定主義が放棄されたとする。

次に、第二次世界大戦後、罪刑法定主義の内容は形式的には新たな発展を遂げたが、実質的には罪刑法定主義が否定されているとする見解をみる。この見解について、最も詳細な議論を展開しているのは何鵬論文[35]である。同論文においては、次の三つの観点から罪刑法定主義が実質的に否定されていることを論証しようとする。

（一）罪刑法定主義の思想的基礎の観点から。罪刑法定主義は伝統的にフォイエルバッハの「心理強制説」を思想的基礎とする。しかし、現在では、心理強制説に加えて、民主主義思想、実質的正義、人の尊厳の維持、刑法理論における責任理論などが罪刑法定主義の新たな思想的基礎とされている。これらはいずれも、現在ブルジョアジーが再び宣揚している「民主」、「正義」、「人権」などの社会思潮に合致しているが、より欺瞞性に富み、支配階級のニーズのために仕えている。けだし、目的刑、教育刑、個別的処遇、保安処分、保護観察などの理論ないし制度は、かかる思想の中で発展してきたが、これらは実質的に罪刑法定主義に背馳するものだからである。以上のことから、「［罪刑法定主義原則］の思想的基礎の『多様化』は、必然的にブルジョアジー独裁の手法における多様化を招くことになる」とする。

（二）伝統的な罪刑法定主義の派生原則の発展の観点から。この観点では、①慣習法の排斥、②絶対的不定期刑の否定、③類推解釈の禁止、④刑法の効力不遡及の四つの派生原則を考察対象とする。

①罪刑法定主義は、不文法の典型である慣習法を排斥する。しかし、ブルジョア刑法学者は、法律規範の具体的適用においては慣習的な理解または社会の一般人の通常観念から離れることはできないとし、「社会倫理規範」に合致し、「社会的相当性」を具備しなければならず、「超法規的事由」の存在を許容することを強調する。これらは、支配階級が自らの必要に基づき成文法を補充するためのものである。

②一部のブルジョア刑法学者によると、罪刑法定主義は絶対的不定期刑を否定するが、相対的不定期刑は許容される。しかし、絶対的不定期刑と相対的不定期刑の実質的な区別は不定期

の範囲のみであり、性質上の差異はない。相対的不定期刑の許容は裁判官に広範な自由裁量の余地を与えることであり、罪刑法定主義に背馳する。

③ブルジョア刑法学者によると、被告人に有利な場合を除き、類推解釈は禁止されるが、拡張解釈は許される。類推解釈と拡張解釈を区別する基準は、法律条文の意味を超えるか否かに求められるが、両者の区別は非常に困難である。そこで、一般人が理解しうる法律条文の意味を両者の区別の基準にせよとの見解が現れた。しかし、一般人が理解しうるとの基準は曖昧かつ抽象的である。その上、その具体的運用は、当然ブルジョアジー（裁判官を含む、原著者注）が決定するため、拡張解釈は、実質的には類推解釈禁止の原則を否定するひとつの手法である。

④刑法の効力不遡及の原則の核心は事後法の禁止である。しかし、現在、刑法の効力不遡及の原則にも例外が認められている。すなわち、行為時法が裁判時法よりも重い刑罰を定めている場合がそれである。かかる例外は被告人に対して有利であるだけではなく、また、支配階級の全体的利益を損なうこともない。そこで、ブルジョアジーはこの点を利用して、彼らが宣揚する刑罰の「緩和化」、「合理化」の理論を論証し、その刑法の「人道性」および「人権」保障の色彩を強めようとする。

以上のことから、四つの派生原則はブルジョアジーの必要に応じて新たな発展を遂げたが、罪刑法定主義の内容はすり替えられ、ますます有名無実となったと結論づける。

（三）新たに発展を遂げた派生原則の実質の観点から。この観点では、明確性の原則、判例の効力不遡及、実体的デュー・プロセス論を考察対象とする。ただし、何鵬論文は判例の効力不遡及の意義および役割が刑法の効力不遡及に一致するとしているため、ここでは繰り返さない。

明確性の原則について。現在、ブルジョア刑法学者が指摘するように、抽象的な法律条文が増加しており、明確とは相反する方向で発展している。例えば、日本の現行刑法典には、「その他の方法で」、「情状により……」、「その他の……により」などの条文が多く存在している。かかる傾向は刑法改正草案にも顕著に現れている。こうした現象は、ブルジョアジーが新たな状況に対応するために必要な手段を留保することにより生じるものである。したがって、明確性の原則を強調しても、不明確性を克服するのは永遠に困難なのである。しかも、明確と不明確を区別する基準自体が不明確であるため、その実現はより困難である。

実体的デュー・プロセス論について。ブルジョア刑法学者に

よると、「法律の内容の適正を問わない罪刑法定主義は、裁判所の恣意的裁判を制限し、市民の自由を保障することはできるが、立法者の恣意を制限し、市民の自由を保障することができないため、『正当な法律がなければ犯罪も刑罰もない』との意義においてのみ、現代の罪刑法定主義の人権保障という実質的要求に合致する」。しかし、かかる理論は、一方において、司法が立法の領域に立ち入ることを必要とする。そのため、ブルジョアジーの三権分立の原則が次第に分立ではなくなる。他方において、いわゆる「正当」は支配階級の考える正当にすぎない。そのため、実体的デュー・プロセス論に、実際的価値がどれだけあるのかについて疑問がある。

以上のことから、いわゆる新たな原則は、「形式的には罪刑法定主義の原則を強調する下で提起され、さらなる民主の保障および［法制］の強化の印象を人に与えるが、実際には、独占ブルジョアジーがブルジョアジー独裁を強化し、罪刑法定主義が自身にもたらす拘束と不便から抜け出し、日増しに先鋭化・深化する階級矛盾、特に不断に増加する犯罪現象に対処すべく、ブルジョア刑法学者が創造した新たな策略・手法である」と結論づける。

第二項　本旨不変説

八〇年代初頭から中頃にかけて公表された論文において、本旨不変説を主張する論文は極めて稀であった。本説が支持され始めたのは八〇年代末からである。しかし、九〇年代以降は、多数説を形成していく。

本説の論者は、罪刑法定主義を［絶対的罪刑法定主義］と［相対的罪刑法定主義］に分け、罪刑法定主義が成文化された後、前者から後者へと変容を遂げたとする。前者は、「犯罪と刑罰がともに単一に規定され、裁判官には全く裁量の余地が与えられていない」[36]、または「かかる思想（罪刑法定を指す）をただ不断に理論的に論証しただけで、罪刑法定の四つの派生原則、すなわち罪と刑の不明確な規定の禁止、慣習法の禁止、拡張解釈および類推解釈の禁止、刑法の効力遡及の禁止を提起したことにより、犯罪確定および量刑は法律の文言のみを絶対的に根拠とする絶対化された」[37]罪刑法定主義と説明される。他方、後者は、「犯罪について、概括的に規定し、刑罰については選択できるよう規定し、法律条文において複数の刑罰、刑罰の最高および最低ならびに加重減免を規定」し、「裁判官は法定刑の範囲内において、情状を斟酌し、量刑を行う」[38]、または「相対

的不定期刑を許容し、制限のある拡張解釈を許容し、そして刑法の遡及力において旧きにかつ軽きに従う原則を採用する」[39] 罪刑法定主義と説明される。

本説が罪刑法定主義に変容をもたらしたとする要因は次の二点である。

ひとつは、［絶対的罪刑法定主義］が、「犯罪と刑事法律の実際から完全に乖離しているため、刑事法律において真に徹底することができなかった」[40] ためである。

もうひとつは、世界各国の刑法領域において、大陸法系と英米法系の接近および旧派と新派の融合という注目すべき変化が生じたためである。かかる変化により、大陸法系国家においては、主に次のような変化が生じた。すなわち、判例の役割が重視されたこと、裁判官がより大きな裁量権を獲得したこと、保釈、執行猶予および仮釈放が広範に採用されたこと、教育刑主義および刑罰の個別化が重視され、特殊予防が長足の進歩を遂げたこと、行為刑法が社会防衛思想を吸収し、保安処分制度が刑法典の重要な内容となり、一般予防の役割が十分発揮されたことなどである。[41]

以上の要因による罪刑法定主義の変容に対して、本説の論者は次のようにいう。すなわち、「数百年の間、この原則（罪刑法定主義を指す）は具体的内容の寛厳の程度において、いくつかの論争があり、変化してきた。しかし、その基本精神は一貫して同じである。時間の推移により如何なる実質的な変化も生じていないのである」[42] と。

第三項　議論の検討

ここで両説の主張を簡単にまとめると、次のようにいうことができる。放棄説は、ブルジョアジーによる政治の独占および近代学派の影響により、罪刑法定主義が放棄ないしは否定されたとする。他方、本旨不変説は、［絶対的罪刑法定主義］の現実からの乖離および近代学派の影響により、［絶対的罪刑法定主義］から［相対的罪刑法定主義］へと変容を遂げたが、その本旨に変わりはないとする。

このような両説の対立を導く要因として、両説が支持された時代的背景および近代学派に対する評価を挙げることができる。以下、順に検討していく。

両説が支持された時代的背景を比較すると、鮮やかなコントラストを描いていることが分かる。すなわち、放棄説は、文革後間もない一九八〇年代初頭に主張され、多くの学者の支持を

得た。これは、反右派闘争以降ブルジョア刑法理論を批判するために用いられた理論ないしは政治的スローガン（前節第二項参照）、すなわち階級闘争的観点が、放棄説の主張の中に多く取り入れられたためであろう。かかる観点は、特に何鵬論文において顕著である。かかる主張が、階級闘争理論の影響が根強く残存していた八〇年代初頭に支持されたのは、けだし当然のことというべきであろう。

他方、本旨不変説が支持され始めたのは、改革・開放から一〇年ほど経過した八〇年代末である。この当時、改革・開放の進展に伴い、法学研究の領域において、階級闘争理論の影響はかなりの程度払拭されていた。[43] それ故、階級闘争理論から離れ、資本主義国における刑法研究の成果を吸収した本旨不変説が支持されえたのであろう。そして、その後、本旨不変説は学界の支配的見解となるのである。

また、近代学派の罪刑法定主義に対する影響についての理解でも、両説は真っ向から対立する。すなわち、放棄説は、近代学派の影響のため、罪刑法定主義は実質的に放棄された[44]と解するのに対し、本旨不変説は、罪刑法定主義が修正されたが、それは罪刑法定主義の発展であると解する。[45] かかる見解の対立を導く根本的原因は、近代学派に対する評価の差違である。

学界における近代学派に対する評価について、鮑遂献は次のように述べる。すなわち、現行の刑法学体系はソ連から移植したマルクス主義刑法学であるが、中国伝統の客観主義的な行為刑法の枠組みから抜け出ていない。そして、かかる歴史的伝統および簡単な階級的分析論・歴史観により、学界は、近代学派に対して公正さを欠いた評価モデルを形成した、[46] と。

確かに、放棄説が近代学派の影響のため、罪刑法定主義が実質的に放棄されたとするのは、近代学派の影響を過大視した結論であるといえよう。けだし、近代学派が罪刑法定主義と相容れないものであることは否定しがたいが、実際には近代学派が古典学派に取って代わったのではなく、「古典学派を基盤としつつ近代学派の主張が次第に浸透した」[47] からである。したがって、放棄説は、鮑のいう「公正さを欠いた評価モデル」に立脚するものであるといえる。他方、本旨不変説の近代学派に対する評価は、日本におけるそれとほぼ同様である。

以上のことから、放棄説と本旨不変説の対立を生み出す要因として、両説が支持された時代的背景および近代学派に対する評価の相違を指摘することができよう。そして、時代の変遷に伴い、学界の多数説が放棄説から本旨不変説へと移行したことは、罪刑法定主義を受容しやすい土壌を形成したことを意味す

るとともに、学界において、近代刑法に対する見直し、およびその受容が一定程度の進展をみせたことをも意味している。

最後に、両説の対立がその後の学界における論争に対して如何なる影響を及ぼしたかについて、一例を挙げておこう。本論争の影響が最も顕著に現れているのは、刑法典改正作業に伴い生じた、［罪刑法定原則］を採るべきか否かの論争である（第二章第一節参照）。本論争においては、大別して、改正刑法典では類推を廃止した上で、［罪刑法定原則］を採用すべきとする廃止説、および類推を存置すべきとする存置説がある。両説はともに各自の論拠として、諸外国の罪刑法定主義の現状を挙げる。すなわち、廃止説は、諸外国においては罪刑法定主義が徹底されているとし、したがって、中国も類推適用を廃止した上で、［罪刑法定原則］を採用すべきとする。他方、存置説は、諸外国においては罪刑法定主義が形骸化されており、中国がこれに倣う必要はなく、類推適用を存置すべきとする。つまり、前者は本旨不変説に、そして、後者は放棄説に立脚しているのである。

第三節　旧刑法は罪刑法定原則を採用しているか

［罪刑法定原則］をめぐる論争は、大別して旧刑法の基本原則として［罪刑法定原則］が認められるか否かの論争、および刑法典改正の際に、［罪刑法定原則］を採用するか否かの論争がある。後者の論争は、主に刑法典改正作業が開始された後に行われたものであるため、第二章で検討する。本節の検討課題は、解釈論として、旧刑法の基本原則として［罪刑法定原則］が認められるか否かの論争である。本論争は、八〇年代にほぼ決着が見られたため、ここでは、八〇年代の論文を中心に検討を加える。

本論争において、学界には大別して次の三つの学説があった。すなわち、旧刑法が［罪刑法定原則］を確立していることを完全に肯定する説、類推適用の存在などの例外を認めつつも、基本的に肯定する説、および［罪刑法定原則］と罪刑法定主義は同一の概念であるとし、否定する説である（以下、それぞれ「完全肯定説」、「基本的肯定説」、「否定説」と呼ぶ）。この中で、通説となったのは基本的肯定説である。

ところで、学界の各学説を検討する前に、旧刑法制定当時の立法当局が、この問題を如何に認識していたかをみておくことは有益と思われる。これについて、刑法典起草作業に直接参加した陶希晋は次のようにいう。すなわち、「刑法各則は一〇三

条しかなく、法定された罪は二〇〇種類足らずで、少なくない犯罪行為がいまだに明文規定されていない」。それでは、明文規定していない犯罪[48]に遭遇した場合はどうするのか？これについて陶は、「重大な犯罪行為であり、刑事責任を追及しなければならない場合は、類推により処理できるが、必ず最高人民法院の承認を得るために報告しなければならない」とする。そして、陶はいう。「この問題において、我々の立法は罪刑法定主義の傾向があるものである」[49]と。つまり、旧刑法制定当時の立法当局は、学界の通説である基本的肯定説のように旧刑法が［罪刑法定原則］を基本的に確立しているとは認識せず、単にその傾向があるというだけなのである。本論争を検討する際には、この点にも留意しなければならない。

第一項　基本的肯定説

基本的肯定説は、前述（第一節第三項参照）の、文革後に再開した刑法典起草作業における多数派の論旨を基調とする。

この説の論者がよく用いるテーゼとして、「わが国刑法は［罪刑法定原則］を基本的に確立しているだけで、当該原則を絶対化せず、……類推制度は［罪刑法定原則］の補充または例外である」[50]、「わが国刑法は罪刑法定を絶対化せず、罪刑法定を基礎とし、厳格に制限された類推を補充とする」[51]、「わが国刑法は、罪刑法定を基礎とし、類推を補充とする［相対的罪刑法定原則］を確立している。……［相対的罪刑法定原則］の確立を提起すること自体が、厳格な意味における［罪刑法定原則］の内容を否定することを含む」[52]（傍点は原著者による）、「わが国刑法は罪刑法定を絶対化しているわけではない。それは、原則として罪刑法定を採用するとともに、また、融通を利かして厳格に制限された類推も規定している」[53]などがある。

これらのテーゼから、基本的肯定説の特徴として次の二点が指摘できる。ひとつは、絶対化された［罪刑法定原則］と基本的もしくは相対的な［罪刑法定原則］が観念されていることである（以下、前者を「［絶対的罪刑法定原則］」、後者を「［相対的罪刑法定原則］」と呼ぶ。なお、両者はそれぞれ前述の［絶対的罪刑法定主義］および［相対的罪刑法定主義］とは異なる概念であることに注意されたい。本章第二節第一項参照）。もうひとつは、［罪刑法定原則］と類推適用は矛盾するものではなく、原則と例外の関係として捉えていることである。以下、上記二点に関する基本的肯定説の説明をみていく。

まず、［絶対的罪刑法定原則］と［相対的罪刑法定原則］に

関するこの説の議論をみる。この説の論者は、［絶対的罪刑法定原則］と［相対的罪刑法定原則］との違いを、主に類推適用の存在に求める。いくつか例を挙げよう。「わが国刑法は［罪刑法定原則］を基本的に確立しているだけで、当該原則を絶対化していない。なぜなら、刑法はわが国の実際の状況から出発し、さらに類推制度を規定しているからである」[54]、「およそ相当な社会危害性を具備し、刑事責任を追及すべき行為について、刑法各則の条文において犯罪確定・科刑の根拠を探し出すことができれば、その時、類推はその歴史的任務を完成し、罪刑法定を徹底的に確立する時を迎えるのである」[55]、「この内容（類推禁止の派生原則を指す）について、わが国刑法は融通を利かせている。すなわち厳格にコントロールされた（または制限された、原著者注）類推制度を規定しているのである。これはまさに、わが国が［相対的罪刑法定原則］を確立していると提起する第一の原因である」[56]（傍点は原著者による）などである。これらはいずれも、［絶対的罪刑法定原則］と［相対的罪刑法定原則］との区別を、類推適用の存在に求めるものである。

ところで、右に引用した雛鳳章は、同論文において、旧刑法の［罪刑法定原則］が相対的である第二の根拠として、事後法の存在を指摘する[57]。これは、旧刑法第九条で禁止されている、行為時法よりも重い事後法の適用を定めた単行刑法が制定されたためである。具体的には、全国人大常委会が制定した一九八二年三月八日の「重大経済事犯の厳罰に関する決定」および一九八三年九月二日の「重大社会治安事犯の厳罰に関する決定」である（以下、前者を「経済事犯の決定」、後者を「治安事犯の決定」と略す）。以下、両決定が抱える問題を簡単にみてみよう。

「経済事犯の決定」では、旧刑法第一一八条密輸、外貨闇取引、投機空取引、第一五二条窃盗、第一七一条麻薬販売、第一七三条貴重文化財窃盗・輸送・輸出、第一八五条収賄の最高刑が死刑に引き上げられた。そして、本決定第二条は、「本決定は一九八二年四月一日より施行する。……およそ一九八二年五月一日以前に犯した犯罪行為に関する隠匿を継続し自首を拒み、または本人の全ての犯罪行為を供述し認めることを拒み、またその他の犯罪者の犯罪事実を告発しない者は、犯罪を継続しているとし、一律に本決定に照らして処理する」と規定する。つまり、以上の犯罪類型に対し、第二条の要件を満たす場合には、最高刑が死刑にまで引き上げられた本決定規定を遡及して適用するのである。

「治安事犯の決定」では、旧刑法第九九条迷信を利用した反

革命活動、第一一二条銃器・弾薬不法製造など、第一三四条傷害、第一四〇条強制売春、第一四一条人身拐取売買、第一六〇条婦女に対する侮辱など、第一六九条売春営業の最高刑が死刑に引き上げられた。また、同二条では、新たに犯罪方法伝授罪を設けた。そして、本決定第三条は、「本決定公布後、上述の犯罪事件を裁判する場合、本決定を適用する」とし、無条件で以上の新規定を遡及させることを規定した。

かかる規定が旧刑法第九条の旧きに従いかつ軽きに従う原則に、そして、[罪刑法定原則]に違背することは、伝統的な罪刑法定主義に立脚して議論を展開する否定説はもとより、一部の基本的肯定説の論者も認めるところである。(59)

ところが、大部分の基本的肯定説の論者は、行為時法よりも重い事後法の遡及適用に対して、さほど注意を払っているわけではない。例えば、先に引用した法学教材編輯部『刑法学』編写組『高等学校法学試用教材刑法学』(一九八二年出版)の改訂版である、高銘暄主編『高等学校法学教材刑法学(修訂版)』(一九八四年出版)では、「治安事犯の決定」の遡及処罰に関する規定について、「社会治安に重大な社会危害を及ぼす犯罪者を厳罰に処す必要から採った特殊な方法である」(60)とする。しかし、[罪刑法定原則]の関連で、行為時法よりも重い事後法の遡及適用の問題は説明されていないのである。(61)

以上のように、基本的肯定説は、[絶対的罪刑法定原則]と[相対的罪刑法定原則]の違いを、往々にして類推適用の存在のみに求め、行為時法よりも重い事後法を遡及適用する問題については、軽視する傾向がある。そして、旧刑法の基本原則は[相対的罪刑法定原則]であるというのである。

それでは、[絶対的罪刑法定原則]の内容とは如何なるものであろうか。これについて、李由義は次のようにいう。「……わが国刑法は完全な罪刑法定へと発展しなければならない。しかし、当面の条件下では、我々はなお類推を用いて刑法の不足を補わなければならない」(62)と。また、「いわゆる罪刑法定主義を完全かつ徹底的に確立することも、実質的にはブルジョア啓蒙学者が主張する罪刑法定主義の全内容を基準としている」(63)とする完全肯定説の批判からも、[絶対的罪刑法定原則]の内容が窺えよう。つまり、ここでいう[絶対的罪刑法定原則]とは、近代刑法の伝統的な罪刑法定主義を指しているのである。故に、ここでいう[相対的罪刑法定原則]とは、類推適用を許容する罪刑法定主義(これ自体が罪刑法定主義を否定するものといえようが)となる。しかし、後述(本節第三項および第四節参照)のように、旧刑法が伝統的な罪刑法定主義に違背するのは、類

推適用だけではなく、行為時法よりも重い事後法の遡及適用、絶対的不定期刑などの不明確な規定などもある。そのため、類推適用を廃止したからといって、罪刑法定主義が中国刑法の基本原則であると是認することはできない。したがって、［絶対的罪刑法定原則］が伝統的な罪刑法定主義であるとの主張は成り立たず、両者は別物と考えるべきであろう。つまり、基本的肯定説のいう［絶対的罪刑法定原則］であろうと、あるいは［相対的罪刑法定原則］であろうとも、近代刑法の罪刑法定主義とは異なる概念なのである。

それでは、［相対的罪刑法定原則］とは如何なる概念なのであろうか。これについては、「私見では、その説は現実の描写であって、しかるべき評価であるとはいえない」[64]とする陳興良の批判が示唆に富んでいる。つまり、基本的肯定説のいう［相対的罪刑法定原則］とは、旧刑法の実態に合わせて構築された概念なのであり、近代刑法の罪刑法定主義とは一線を画したものなのである。

次に、［罪刑法定原則］と類推適用の関係に関する議論をみていきたい。近代刑法国家において、罪刑法定主義が被告人に不利な類推解釈を禁止することはほぼ異論がないといえよう。しかし、基本的肯定説の論者はそう解さない。先述のように、類推適用は罪刑法定の補充または例外なのであり、［相対的罪刑法定原則］と類推適用が矛盾するものとは捉えられていないのである。その根拠は次の三点である。

（一）類推適用の必要性について、基本的肯定説の立場から八〇年代初期に最も詳細な議論を展開したのは、李由義論文[65]であった。その論拠は以下の点に求められる。

①現在、階級闘争の状況は過去とは大幅に異なるが、なお完全に終息しておらず、社会主義秩序を破壊する犯罪者や、横領、投機空取引などの新たな搾取階級も出現している。かかる事情と中国の国情を併せて考えると、最初の刑法典ですでに発生している、あるいは将来的に発生しうる犯罪を遺漏なく明文規定せよと要求し、罪刑法定主義の徹底を強制すれば、法に明文規定なき犯罪的行為にしかるべき制裁を加えられなくなる。「このことが敵に打撃を与え、犯罪を懲罰し、国家および人民の利益を保護することに不利なのは、明らかなことである」。

②「刑法は犯罪と闘争する鋭利な武器であり、また犯罪と闘争した経験の総括でもある。完成した刑法を制定するためには、まず極めて豊富な犯罪闘争の経験がなければならないとともに、これらの経験を系統的かつ科学的に総括しなければならない」。しかし、「左」よりの思想の影響、特に林彪、四人組のため、

中国の［法制］建設は長期にわたり正常に進展しなかった。したがって、犯罪闘争の経験が非常に豊富であるとは考えられず、またこれらの経験の総括も極めて不十分である。

③多くの国が最初に刑法典を制定した時には、類推適用を規定し、条文の不足を補った。「例えば、レーニンの指導および配慮の下、一九二二年に制定された『ロシア共和国刑法典』である。一九五八年一二月二五日に、ソ連最高ソビエトが『ソ連邦および連邦構成共和国刑事立法基礎』を制定して、初めて類推適用を放棄し、［罪刑法定主義原則］を採用した。この経験は参酌できるものである」。

この他の論者は、これら以外に次の論拠を挙げている。④類推を規定していれば、刑法の経常的な改正を回避し、刑法が比較的長期にわたり相対的安定性を維持できる。[66] ⑤旧刑法は中国解放後最初の刑法典であり、各罪名およびそれらの定義を完成させることはできず、かつ、状況も不断に変化している。したがって、厳格に制限された類推適用を運用しなければならない。[67]

以上の論拠から、基本的肯定説は類推適用の必要性を主張する。そして、「マルクス主義の重要な原則は原則性と弾力性の結合である」[68]、または「マルクス＝レーニン主義および毛沢東思想の原則性と弾力性に関する立法における指導思想を根拠」[69]とし、［相対的罪刑法定原則］が厳格に制限された類推適用を許容するとする。

（二）中国刑法の類推適用は、封建時代の刑法またはファシスト刑法の類推と、本質および役割において完全に異なるものである。封建時代の刑法の類推適用は実質的に、封建的地主階級の罪刑専断のための道具である。ファシスト刑法の類推は実質的に、反動的な独占ブルジョアジーがブルジョア革命時にうち立てた刑法における民主主義原則、すなわち罪刑法定主義を破壊し、人民に対する鎮圧を拡大し、ファシスト独裁をうち立てるための手段である。他方、中国刑法の類推適用は、［罪刑法定原則］の補充であり、法に明文規定なき犯罪的行為と速やかに闘争を行い、よりよく人民を保護するためのものである。[70] また、李も同様の論旨で次のようにいう。すなわち、「わが国刑法の類推は、本質的に社会主義［法制］の一種の表現形式であり、［罪刑法定原則］の補充手段（である）」[71]と。

（三）類推適用の要件は極めて厳格であり、最高人民法院の承認を得るために必ず報告しなければならない。したがって、実務においては、類推を適用して犯罪を確定し、科刑する案件は極めて個別的なものにすぎない。「かかる状況から、我々は［罪刑法定原則］がわが国刑法の基本原則であるというのを妨

げない」[72]。

以上三つの論拠から、基本的肯定説の論者は、［相対的罪刑法定原則］においては、罪刑法定と類推適用が原則と例外の関係にあり、類推適用は許容されると主張するのである。その際、右述のように、行為時法よりも重い事後法の遡及適用についてはあまり注意が払われていない。

第二項　完全肯定説

完全肯定説は、少数ながらも何秉松、張明楷などの刑法学者により有力に主張された。以下、何秉松および張明楷の論文を中心にその論旨を整理することにする。

まず、この説の特徴として、社会主義刑法の［罪刑法定原則］と近代刑法の罪刑法定主義を峻別することを挙げることができる。これについて、何秉松は次のようにいう。ブルジョアジーの罪刑法定主義はブルジョア法学の世界観の反映であり、ブルジョアジーの［法制］原則の刑法における具体的現れである。それはブルジョアジーの三権分立論および心理強制説を基礎とし、いわゆる人権保障を強調し、犯罪および刑罰を事前に法律で明文規定することを要求する。他方、中国の［罪刑法定原則］は、中国の社会主義［法制］の刑法における具体的現れである。それはマルクス主義の国家観および法律観を基礎とし、すべての市民を不当な追及および刑罰から保障するだけではなく、如何なる犯罪者であろうとも、法律の制裁から逃れさせないようにすることを強調する[73]。

そして、「ブルジョアジーの罪刑法定主義の伝統的観念により、わが国刑法が［罪刑法定原則］を採用しているか否かを判断するのは正しくない[74]」とし、基本的肯定説および否定説の方法論を批判する。つまり、完全肯定説は、近代刑法の罪刑法定主義から完全に訣別し、中国社会主義独自の［罪刑法定原則］を構築しようとするのである。

そして、［罪刑法定原則］の定義については、次のようにいう。例えば、「わが国刑法の基本原則としての［罪刑法定主義］の核心的内容は、『依るべき刑法があり、刑法があれば必ずこれに従う』（ことである）[75]」、「その基本精神は、依るべき法があり、法があれば必ず従い、法律の執行は必ず厳格に、違法は必ず追及する［有法可依、有法必依、執法必厳、違法必究］を徹底しなければならないことである[76]」、などである。これら以外にも、旧刑法の「国家の主権および領土の保全に危害を与え、……ならびにその他の社会に危害を与える行為で、法律に

照らして刑罰による処罰を受けなければならないものは、全て犯罪である」とする第一〇条、および「犯罪者に対して刑罰を決定する時は、本法の関連規定に照らして判決を下さなければならない」とする第五七条を、旧刑法が規定する［罪刑法定原則］とする論者もいる。(77)

それでは、総則の類推許容規定により、各則に規定されていない犯罪的行為を処断することは、罪刑の法定に当たるのであろうか。この問題については次のようにいう。「刑法総則の類推に関する規定は、（各則と）同様に、刑法各則に明文規定がない犯罪に対して、犯罪を確定し、科刑する法的根拠である」(78)、「（刑法第七九条が類推適用を規定していることは）立法者が特殊な方法により当該行為の有罪性および可罰性を確認し、類推による判決に法的根拠を与えたことを意味している。この意味において、わが国の類推と［罪刑法定原則］は基本精神において根本的に対立するものではなく、それらの出発点は完全に一致する」(79)。つまり、完全肯定説がいう［罪刑法定原則］においては、類推適用を刑法総則に規定していれば、それで［罪刑法定原則］を確立していることになるのである。

しかし、［罪刑法定原則］と類推適用の関係については、完全肯定説の中でも大別して二つに分かれる。ひとつは次のようなものである。「この原則（［罪刑法定原則］を指す）は決して類推を排斥せず、類推はその補充にすぎない」(80)。「（類推適用は）副次的、例外的および補充的なものである。両者は規定の方式に相違があるだけであり、それは［罪刑法定］であり、ひとつのものである。もし、類推による犯罪確定・科刑を［罪刑法定］の外におけば、類推により決定した犯罪および刑罰は、法定の犯罪および刑罰ではなくなる。かかる観点は、『法律に照らして刑罰による処罰を受けなければならない』行為こそが犯罪であるとする刑法第一〇条の規定に抵触するものである」(81)、と。

もうひとつは次のようなものである。「類推は決して裁判人員の恣意専断ではなく、法に従い事を行うことであり、類推適用は罪刑法定主義の精神の実質を体現することができ、類推と［罪刑法定主義］は完全に一致しており、両者は何らかの補充関係ではなく、さらには対立する関係ではない」(82)。

しかし、見解が分かれるとはいえ、それは類推適用が［罪刑法定原則］の補充または例外であるかを認めるか否かについてだけである。いずれにせよ、両者とも［罪刑法定原則］と類推適用は矛盾せず、一致するとするのである。

また、刑法の遡及効については、次のようにいう。すなわち、中国は人民民主主義独裁の国家であり、人民は国家の真の主人

である。あらゆる刑事法律の制定および公布は、労働者階級が指導する人民大衆が、社会主義の国家機関を通じて、一定の法定手続に照らし、自己の意思を国家意思に高め、かつ、一定の法律形式に表現したものである。したがって、新たに公布した刑事法律で遡及力を規定するか否かは、常に人民の保護、敵に対する打撃、犯罪に対する懲罰に有利であるかを出発点とするものであり、立法者が事後法を濫用して人民を迫害する状況は出現するはずがなく、遡及効を規定したからといって人民の自由および民主的権利に対する驚異になるはずはない。これは、ブルジョア国家のように国家権力を掌握している少数の支配者が立法権を独占するのとは根本的に異なるものである。(83)

第三項　否定説

否定説は、［罪刑法定原則］を近代刑法における伝統的な罪刑法定主義であると解し、［罪刑法定原則］が旧刑法の基本原則であることを否定する。この説は、八〇年代初頭から主張され、九〇年代以降も有力に主張されている。

しかしこの間、［罪刑法定原則］が旧刑法の基本原則であることを否定する点では変化はないが、［罪刑法定原則］の採否については変化が生じた。すなわち、八〇年代初頭は、資本主義国家における罪刑法定主義の史的展開について放棄説に立脚し、中国刑法は［罪刑法定原則］を採用すべきではないとする論旨が基調となっていた。ところが、八〇年代末には、本旨不変説に立ち、将来的には［罪刑法定原則］を採用すべしとする議論が多くみられるようになったのである。しかし、［罪刑法定原則］が旧刑法の基本原則であることを否定する論拠自体には、大きな隔たりがない。そこで、本項では一括して否定説として扱うことにするが、否定説の中でも大きく二つに分けることができることに留意されたい。

ここでは、八〇年代初頭にこの説を詳細に展開した宋占生・張競論文(84)を軸としてみていきたい。その論拠は次の点に求められている。

（一）「わが国刑法は、法に依る類推原則を採用しており、これは罪刑法定主義を実際に否定している」。基本的肯定説の「わが国刑法は罪刑法定を基礎とし、法に依る類推を補充とする」との見解は、論理的にも、また法理論的にも成り立たない。けだし、［罪刑法定主義］は、法に明文なければ罪としないが、法に依る類推原則は、法に明文規定なき犯罪を類推適用により処断できるため、両者は相互に排斥しあい、共存できないから

である。

（二）刑法第一条は、「懲罰と寛大を結合させた政策」が刑法制定の拠り所であると規定している。したがって、党の刑事政策は中国刑法の重要な淵源であるといえる。しかして、［罪刑法定主義］の要求によると、政策が法源となり、法律を指導する効力を有することはできない。したがって、刑法と政策のかかる関係は、中国が［罪刑法定主義］を採用していないことを示している。

また、宋占生・張競は別の論文において、形勢と量刑の関係という異なる視点から次のようにいう。形勢とは客観的存在であり、党の政策を策定する客観的根拠である。党の政策は法の魂であり、法の制定および執行は党の政策を指導としなければならない。そして、量刑とは、犯罪の事実、性質、情状およびその危害程度に基づき、法に従い犯罪者に対して適切な刑罰を裁定する裁判活動である。刑法の執行が政策の指導を受け、形勢に仕えなければならない以上、量刑も当然党の政策を指導とし、形勢を必須要素としなければならない。形勢を量刑の一要素とすることは［罪刑法定主義］とは合致しない。しかし、［罪刑法定主義］は中国の法律が規定する原則でないだけではなく、またマルクス主義法学理論にも合致しない、ブルジョアジーの法律原則である。(85)

（三）刑法第九条(86)は、「中華人民共和国成立以後本法施行以前の行為で、当時の法律、法令および政策が犯罪と認めないものは、当時の法律、法令および政策を適用する。当時の法律、法令および政策が犯罪と認め、本法総則第四章第八節の規定に照らして訴追すべきものは、当時の法律、法令および政策に照らして刑事責任を追及する。ただし、本法が犯罪と認めずまたはその刑が軽いものは、本法を適用する」と規定する。本規定は軽きに従う原則を採用しているが、［罪刑法定主義］の刑法不遡及の原則に抵触する。

また、別の論者は次のようにいう。［罪刑法定原則］の要求によると、新法が旧法よりも軽い場合を除き、新法には遡及効がない。しかし、刑事立法の実践はこれを断固否定している。建国直後に制定した「反革命処罰条例」然り、また、旧刑法施行後の「経済事犯の決定」および「治安事犯の決定」も旧法よりも重い新法の遡及を認めている。これも［罪刑法定原則］に対する否定である。(87)

（四）相対的に安定した法律を犯罪闘争の需要に適合させるため、刑法各則は少なくない犯罪について比較的枠の広い法定刑を規定している。これは原則性と弾力性を結合させた中国刑

法の具体的現れであり、［罪刑法定主義］を採用していない例証でもある。

この他の論者は、これら以外に次のような論拠を挙げている。

（五）刑法第二条が規定する刑法の任務は、「中華人民共和国刑法の任務は、刑罰を用いて全ての反革命およびその他の刑事犯罪の行為と闘争」することである。また、同一〇条では犯罪を、「……社会に危害を与える行為で、法律に照らして刑罰による処罰を受けなければならないものは、全て犯罪である」と定義する。つまり、如何なる行為であろうとも、社会危害性が法に従い刑罰を受けなければならない程度に達していれば、全て犯罪であり、処罰すべきなのである。他方、［罪刑法定原則］は法に明文規定なき犯罪を「罪とせず、処罰しない」のである。そして、「全て」は常に法典で規定する範囲よりも広いため、「全て」と「法に明文規定なきものは罪とせず、処罰しない」は、同一の法典では併存しえない。したがって、形式上、［罪刑法定原則］を採用する刑法は、全ての犯罪と闘争することを規定しないのである。このように、刑法の任務と犯罪の定義は、［罪刑法定原則］を立法精神において否定しているのである。[88]

（六）刑法第一三八条は、「如何なる方法、手段にせよ、幹部、大衆を誣告し陥れることを厳禁する。およそ事実を捏造して人（犯人を含む）を誣告し陥れた者は、その誣告し陥れた犯罪行為の性質、情状、結果および量刑の基準を参照して刑事処分を科す。……」（括弧内は原文）と規定する。旧刑法の中で、絶対的不定期刑を規定している条文はこの第一三八条だけであるが、絶対的不定期刑は［罪刑法定原則］に矛盾する。[89]

（七）刑法各則には記述があまりにも弾力的、規範が簡略な条文があり、明確性を欠いている。例えば、多くの罪状の記述が不明瞭である、概括的な罪名は理解しがたい、量刑情状のタームが曖昧である、法定刑の枠が広すぎるなどである。[90]

（八）刑事政策は刑法に対して重要な指導的役割を有するが、法律に代替することはできない。しかして、実務においては、時折両者の関係を混同し、政策に服従するため、立法原意から乖離する最高人民法院および最高人民検察院（以下、「両高」と略す）の司法解釈がある。[91] [92] また、現在、刑事立法が不完全であり、刑法規範が立ち後れているため、立法権を超越した刑事司法解釈が常に行われている。しかし、司法権が立法権を超越することは、［罪刑法定原則］に違背しているのである。

（九）手続法は当事者の合法的権利および司法の公正さに対して重要な保障・制約機能を具え、実体法と同じくらい重要な

意義を有する。しかし、実務においては、実体法を重んじ、手続法を軽んじる傾向が存在し、手続法の制約機能が大いに損なわれている。例えば拷問による自白の強要、期限を越えた勾留、収容審査を逮捕および勾留に代替させる、公安、検察院、法院の三機関合同による事件処理、裁判所の［提前介入］、先に判決を下し、その後審理を行う［先判後審］などの現象が時折生じている。これらを放置しておくと、［罪刑法定原則］が踏みにじられることになる。(93)

第四項　論争の検討

先述のように、本論争において通説となったのは基本的肯定説である。しかし、本説の考え方は旧刑法制定後の論争において初めて現れたのではなく、五〇年代にはその原型ともいうべき見解が主張されていた。すなわち、中国の類推適用は厳格に制限されているため、資本主義および封建主義の下での類推適用とは本質的に異なる、類推適用を廃止すれば真に［罪刑法定原則］を徹底できる、類推適用の要件を厳格に遵守すれば基本的に［法制］原則を遵守していることになる、などである。文言は異なるが、これらの意味するところはいずれも基本的肯定説と同一である。つまり、基本的肯定説の骨子は、反右派闘争前にはすでにできあがっていたのである。

しかし、基本的肯定説は、次の二点において反右派闘争前の議論と異なる。ひとつは、［相対的罪刑法定原則］を観念し、［罪刑法定原則］が中国刑法の基本原則であることを基本的に肯定する点である。もうひとつは、［罪刑法定原則］が基本原則であるか否かの基準として、近代刑法の伝統的な罪刑法定主義を設定する点である。しかし、かかる論調の変化は、否定説または完全肯定説からの厳しい批判に晒されることになる。

［相対的罪刑法定原則］の概念については、否定説の立場から次のような批判が加えられている。すなわち、基本的肯定説がいう、類推適用を重要な補充とするいわゆる［相対的罪刑法定原則］は、罪刑法定主義の本旨に矛盾するだけではなく、現代の各国において採られている［相対的罪刑法定主義］と大きく異なる。けだし、犯罪と刑罰を事前に成文法をもって明文規定することを要求する点においては、［相対的罪刑法定主義］は［絶対的罪刑法定主義］と何ら異なるところはないからである。したがって、類推制度が存在しているという一点をもって、［罪刑法定原則］が刑法の基本原則ということはできないのである。(94)

これに対して、基本的肯定説は、「わが国の刑法は類推制度を規定しているため、上述（旧刑法を指す）の［罪刑法定］には相対的な意義しかなく、それを絶対化することはできないことを認めざるをえない」としながらも、類推適用に厳格な制限があり、実際の類推適用件数も少ないことから、なお類推適用を［罪刑法定原則］の補充とする。[95]

また、基本的肯定説が、［罪刑法定原則］が基本原則であるか否かの基準として伝統的な罪刑法定主義を設定していることについては、完全肯定説の立場から、批判が加えられている。なお、この批判は、基本的肯定説のみならず、否定説にも向けられている。

その批判とは次のようなものである。すなわち、中国刑法をブルジョアジーの罪刑法定主義と対照させ、中国刑法がブルジョアジーの罪刑法定主義と合致するか否かをみる方法はとることができない。ブルジョアジーの罪刑法定主義について、我々は弁証法的唯物主義および歴史的唯物主義の観点からその階級的本質および具体的内容を分析し、その合理的部分を吸収して残滓を捨てなければならず、その全内容を模倣してはならない、と。[96]

このように、基本的肯定説は両説からの厳しい批判に晒された。しかし、それにより基本的肯定説に理論的な発展がみられたわけではない。強いて挙げるとすれば、［経済事犯の決定］および［治安事犯の決定］に事後法の遡及適用が規定されたため、刑法の効力不遡及について若干の注意が払われたくらいである。結局、基本的肯定説は八〇年代初頭の議論から理論的に発展せず、九〇年代に入っても、旧刑法が完全に［罪刑法定原則］を確立しているとはいえないが、基本的には［罪刑法定原則］を確立しているとするままであった。[97] むろん、基本的肯定説のいう［相対的罪刑法定原則］が近代刑法の伝統的な罪刑法定主義と異なる概念であることは、否定説の論旨からも明らかであろう。

他方、否定説においては、基本的肯定説とは異なり、時代を追うごとに理論的な発展がみられる。前項では、否定説の九つの論拠を紹介した。このうち、（一）から（五）までの論拠は八〇年代中頃までには、すでに指摘されていたものである。他方、（六）から（九）は、八〇年代末あるいは九〇年代以降指摘されるようになったものである。（一）から（五）までの論拠が伝統的な罪刑法定主義に基づき指摘されていることは、容易に看取できよう。他方、（六）から（九）の論拠においては、刑罰法規の明確性、司法解釈による実質的立法および手続遵守

による公正さの担保などが問題とされている。これらはいずれも、それまでの否定説の議論ではみられなかった論点であり、否定説の理論が新たな展開を迎えたことを示すものである。そして、刑罰法規の明確性、手続遵守による公正さの担保は、現代的意義における罪刑法定主義において問題とされてきたものであり、ここから近代刑法学の受容を看取することができる。

第四節　旧刑法と罪刑法定主義の距離

前述（前節第三項参照）のように、学界において、近代刑法における罪刑法定主義の観点から、旧刑法について様々な問題点が指摘されている。本節では、旧刑法の［罪刑法定原則］をより深く理解するために、現代的意義における罪刑法定主義の見地から、旧刑法が抱える問題をみていきたい。以下では、類推適用の運用の実態、犯罪概念、［口袋罪］、司法解釈および労働矯正を素材としてとり上げる。

第一項　類推適用の運用の実態

旧刑法の類推許容規定はどのように運用されていたのであろうか。ここでは運用の実態を検討するが、類推適用の操作は以下のような手続に従うこととされていた。

類推適用を規定する旧刑法第七九条は次の通りである。

「本法各則に明文規定なき犯罪は、本法各則の最も類似する条文を［比照］して犯罪を確定し科刑することができる。但し最高人民法院に承認を得るため報告しなければならない」。なお、［比照］とは刑法の類推適用に際して用いられる専門用語であり、その意味は「比較対照」するということである。

最高人民法院への報告・承認の具体的手続は、最高人民法院が一九八〇年一月十四日に発布した「法律類推を適用する事件の承認申請報告の問題に関する通知」に規定されている。そこでは、類推適用の操作によった判決が発効するには、次の手順を踏まなければならないとされている。まず、第一審法院が類推適用により判決を下した後、一級上の法院に報告する。そこで承認を得た場合は、さらに一級上の法院に報告して承認を求める。この作業を最高人民法院に到達するまで繰り返す。もし、いずれかの上級法院の承認を得られなかった場合には、差し戻され、再審を行うことになる。また、最高人民法院が承認しなかった場合は、破棄自判または差戻して再審させるかいずれかの方法を採る。このような手続により、最高人民法院に承認さ

れて初めて判決に法的効力が生じることになる。煩瑣な手続を定めているのは、安易な類推適用に対して歯止めをかけ、類推適用の統一的な運用を図ることを意図したものであると思われる。

このように手続は厳格に規定されたのであるが、実は、類推適用の承認件数（以下、「類推承認件数」と略す）に関する公式の統計は存在しない。しかし、法律書、法律論文などで引用されている各類推承認件数に大きな隔たりがないことを考えれば、それらは実態と大きくかけ離れてはいないと考えられる。

さて、陳興良によると、「旧刑法施行後の一九八一年から一九九七年までに、最高人民法院が類推適用を承認した事件数は総計九二件あり、この九二件の類推適用のうち、刑法第一七九条第二項の婚姻家庭破壊罪を類推適用して判決を下した事件が類推適用総件数の八二・三％あり、……その他の罪を類推適用した事件は平均して毎年一件ばかり」[98]であった。また、類推適用を承認した犯罪類型も十種類ほどであり[99]、その多くは軽微な犯罪であり、類推適用を必要としない事件および誤って類推適用した事件もあったという[100]。

また、一九八九年末までではあるが、より詳細な統計もある。すなわち、各級人民法院が最高人民法院に類推の承認を求めた事件は総計二三三件であり、そのうち六〇件が承認され、承認された事件は全刑事事件の一万分の〇・一七である。承認された事件の罪名は二〇種類あり、その中には一定の実践を経た後、類推適用を否定された罪名もある[101]。

そして、類推適用を承認された事例として、次のようなものが指摘されている。現役軍人の配偶者と知りながら、これと長期にわたり姦通した者に軍人婚姻家庭破壊罪（第一一八条）[102]、狂犬病に感染した犬に咬まれた豚肉を販売した行為に国境衛生検疫規定違反罪（第一七八条）[103]、男児を鶏姦した行為に強姦罪（第一三九条）[104]、遺失物横領に窃盗罪（第一五一条）、大量の貨幣変造行為に貨幣偽造罪（第一二二条）、わいせつ映像制作・販売行為にわいせつ書画制作・販売罪（第一七〇条）[105]、ハイジャックに交通手段破壊罪（第一〇七条）[106]を類推適用したものである（括弧内は旧刑法の条文を指す）。これら以外に、次のような行為に対しても類推適用が承認されている。国家重要機密窃取[107]、病院で死亡した女性が看護士により暴行された事例[108]、姦通により重大な結果を惹起した事例[109]、獣姦、強奪婚、計画出産破壊、墳墓盗掘、不法治療行為致死など[110]。とりわけ、女児との姦淫および女児強姦が多いという。

また、以上の事例の中には、次の理由により、後に類推適用

を用いなくなったものもある。（一）全国人大常委会が制定した単行刑法で該当行為を犯罪と規定し、立法において解決したもの。これには、ハイジャック、[111]国家重要機密窃取、[112]墳墓盗掘[113]がある。（二）司法解釈により、類推適用を用いずに直接該当条文を適用するように指示したもの。これには、現役軍人の配偶者と知りながら、これと長期にわたり姦通する行為がある。[114]（三）類推適用を承認したが、後にこれを否認したもの。これにはわいせつ映像制作・販売、[115]男児に対する鶏姦がある。[116]

また、類推適用の具体的運用における問題として、次のような点が指摘されている。

（一）社会危害性を具備していない、または社会危害性が犯罪の程度に達していない行為に類推適用を用いる。かかる問題は地方の司法機関において生じたが、最高人民法院はこのような類推適用を承認していない。[117]

（二）各則条文を直接適用できるにも拘わらず、類推適用を用いる。例えば、司法実務において、男児を鶏姦する行為は、女児姦淫罪を類推適用して処理していた。しかし、かかる行為は、無頼罪［流氓罪］の構成要件である「その他の無頼活動」に包摂されており、無頼罪を直接適用すべきであるとの批判がある。[118]また、先に挙げた狂犬病に咬まれた豚肉を販売した者に、国境衛生検疫規定違反罪を類推適用した事例については、第一〇五条またはその重罰規定である第一〇六条の公共安全危害罪を直接適用すべきとの批判がある。[119]

（三）刑法各則に明文規定はないが、社会危害性が犯罪の程度に達している行為に類推適用を用いず、刑法に明文規定がないことを根拠に行為者を無罪とする。[120]例えば、上海市高級人民法院は一九八六年に最高人民法院の承認を得て、遺失物横領行為に窃盗罪を類推適用した。[121]その後、北京でも当該行為に窃盗罪を類推適用するようになったが、それまでは犯罪として処罰していなかったという。[122]

（四）社会危害性が犯罪の程度に達しているが、各則に明文規定がない行為に対して、煩雑な類推承認手続を回避し、他の各則条文を直接適用する。[123]例えば反革命の目的がない銃器・弾薬の強盗［搶劫］行為である。これについては、第一一二条の銃器・弾薬奪取［搶奪］罪を直接適用せよという者もいれば、第一五〇条の強盗罪を直接適用せよという者もいる。しかし、強盗とは、「不法な占有を目的に、暴力、脅迫またはその他の方法により公私の財物を強取する行為」[124]を指し、他方、奪取とは、「不法な占有を目的に、他人の不備に乗じ、比較的多額の公私の財物を奪取する行為」[125]を指す。また、第一五〇条の犯罪

の客体は財産所有権と人身の権利であるが、銃器・弾薬の強盗行為の犯罪の客体は公共の安全である。したがって、両者ともに直接適用することはできない。[126]

（五）類推適用が必要であるにも拘わらず、該当条文を直接適用する。例えば、現役軍人の配偶者と知りながら、これと長期にわたり姦通した者に、第一八一条の軍人婚姻家庭破壊罪を直接適用する事例である。これについては、姦通行為に、現役軍人の配偶者と同居し、または結婚することを構成要件とする第一八一条を直接適用することは不当であるとの批判がある。[127]これ以外にも、瑕疵ある［偽劣］商品の販売などの行為に、投機空取引罪を適用する事例がある。これについても、「本来ならば類推適用を運用し、犯罪を確定するべきである」[128]との批判がある。

以上のことから、学界では類推適用が実体的および手続的側面から厳格に制限されているといわれているが、必ずしも規定通りに類推適用が運用されているわけではないことが分かる。特に、煩雑な類推適用の承認手続を避け、条文を直接適用する場合、類推適用の実体的および手続的要件は水泡に帰すこととなる。また、中国の研究者が指摘するように、中国人からみて道徳に反すると観念される行為、例えば、姦通、鶏姦などの行為に対して、類推適用により犯罪を確定する傾向があることも指摘できよう。[129]

第二項　旧刑法の犯罪概念

旧刑法第一〇条は犯罪を以下のように定義する。

「国家主権および領土保全に危害を与え、社会主義革命および社会主義建設を破壊し、全人民所有の財産または勤労大衆による集団所有の財産を侵害し、市民による個人所有の合法的財産を侵害し、市民の人身の権利、民主的権利およびその他の権利を侵害し、さらにその他の社会に危害を与える行為で、法律に照らして刑罰による処罰を受けなければならないものは、全て犯罪である。但し、情状が顕著に軽微であり、危害の大きくないものは、犯罪とは認めない」。

そして、中国刑法学界においては、本条から一般的に社会危害性、［刑事違法性］、可懲罰性［応受懲罰性］の三つの要件が導かれるとされている。[130]

社会危害性とは、国家および人民の利益に対する危害性であり、これは固定不変ではなく、社会条件の変化に伴い変化するものであるとされている。また、社会危害性は「犯罪の最も本

質的、かつ、決定的意義を有する特徴である」とされる。

［刑事違法性］とは、行為が刑法規定［刑律］に触れることであり、行為の社会危害性の法律における表現が［刑事違法性］とされる。すなわち、社会危害性は［刑事違法性］の基礎であり、社会危害性がなければ違法を語ることはできないとされるのである。しかし、社会危害性が一定程度に達しても、刑法で禁止されていなければ、［刑事違法性］の特徴を欠き、犯罪は成立しない。

可懲罰性とは、社会危害性および［刑事違法性］から派生するものであり、行為の社会危害性および［刑事違法性］の法的結果であるとされる。

このように、旧刑法における犯罪概念には、社会危害性という実質的要素と刑事違法性および可懲罰性という法律的要素が存在しており、犯罪の実質的概念と形式的概念を統一した混合概念と呼ばれている。[131] これは、一九五八年に制定された「ソ連邦および連邦構成共和国刑事立法基礎」[132]で採用された混合概念の影響を受けたものであるといわれている。

しかし、陳興良は類推許容規定が存在していることをもって、「犯罪の社会危害性は犯罪の形式的特徴よりも優越的地位を占めているため、それを犯罪の実質的概念とみなすこともできる」[133]と指摘する。確かに、旧刑法第一〇条には「法律に照らして刑罰による処罰を受けなければならないものは、全て犯罪である」との文言があり、ここから、犯罪が成立するには犯罪の本質的属性、すなわち社会危害性と、その法律的属性である［刑事違法性］[134]の要件がともに充足されなければならないと読める。しかし、「本法各則に明文規定なき犯罪」（旧刑法第七九条）は類推適用により処断するとの類推許容規定は、「法律以前に犯罪がすでに成立していることを前提にしなければ理解できない用語法であり、中国の犯罪概念が究極的には前法律的な実体概念であることを何よりも雄弁にものがたっている」[135]。そして、ある裁判官の発言は、このことを端的に示している。すなわち、「『刑法』第一〇条は何が犯罪であるかについてはっきりと記している。私個人の理解では、犯罪を構成するためには次の三点に合致しなければならない。第一に一定の行為の徴表があること、第二に一定の社会危害を惹起すること、第三に（それが）懲罰を必要とする程度に達することである。この三点に合致して初めて犯罪とみなす」[136]と。

このように、ある行為の社会危害性が犯罪の程度に達すれば、類推適用により、または前述（前項参照）のように類推適用によらずして、当該行為を犯罪として処断するのである。[137] つまり、

旧刑法の犯罪概念においては、［刑事違法性］は類推許容規定のため、二義的な意味しかなく、犯罪の本質的特徴である社会危害性により犯罪の成立が決定されうるのである。まさに陳興良のいうように、「このような形式的特徴と実質的特徴を統一した犯罪概念において、実質的特徴は主導的地位を占めている」[138]のである。したがって、この混合的犯罪概念は、実質的には実質的犯罪概念であり、構成要件該当性がなければ形式的に犯罪の成立を否定する近代刑法における罪刑法定主義とは相容れないものである。また、かかる犯罪概念が類推適用と表裏一体の関係をなしていることはいうまでもない[139]。このことは、前項でみた類推適用の実務の実態が端的に示しているであろう。

第三項　口袋罪――投機空取引罪を素材として

旧刑法の特徴のひとつとしていわゆる［口袋罪］を挙げることができる。中国の刑法学者によると、［口袋罪］は次のように定義される。すなわち、「ひとつの罪名が包摂している内容があまりにも多いか、または内包が不特定であり、関連する行為は全て包み込むという状況を指す」[140]。そして、［口袋罪］の例としては、投機不正取引罪、職務懈怠罪、無頼罪、および構成要件に「その他」などの一般的規定方法を用いる犯罪が挙げられる。

この［口袋罪］は日本刑法理論でいうところの白地刑罰法規（あるいは「白地刑法」、「空白刑法」）に近い概念であるが、［口袋罪］が補充規範を必ずしも前提とせず、不明確な規定の解釈を司法機関に委ねることもあるため、両者は異なるものといえよう（例えば、「その他」などの一般規定の場合）。また、日本の白地刑罰法規の補充規範には、法令および行政処分があるが[141]、［口袋罪］には、これに相当する法律、行政法規、行政規則[142]以外に、司法解釈が含まれる。

本項では、［口袋罪］の代表的存在である投機空取引罪を素材とし、検討を加える。以下、投機空取引罪に関する刑法規定をみた後、本罪が抱える具体的問題をみていきたい。

旧刑法の投機空取引罪に関する規定は第一一七、一一八、一一九条の三条である。このうち、第一一八条は投機空取引の常習犯、巨額犯、集団犯罪の首謀者に対する重罰規定であり、第一一九条は国家勤務人員に関する加重規定であり、投機空取引罪の構成要件を規定しているのは第一一七条である[143]。第一一七条は「金融、外貨、金銀または工商管理法規に違反して、投機空取引を行い、情状が重大な者は、三年以下の有期懲役または

拘役に処し、罰金または財産没収を併科または単科することができる」と規定する。

しかし、本規定を見ただけでは、如何なる行為が金融、外貨、金銀または工商管理法規に違反する行為であるか、あるいは如何なる行為が投機空取引であるか、さらには何をもって情状が重大であるとするかは不明確である。

また、本罪の最高刑は、旧刑法制定当初は一〇年以下の有期懲役であった（第一一八条）。しかし、その後、一九八二年に「経済事犯の決定」が制定され、最高刑が死刑にまで引き上げられた（同決定第一条第一項）。これにより、本罪の法定刑は、拘役から死刑までの広範なものとなった。そして、曖昧な構成要件とも相俟って、本罪は、その後、経済領域の多くの犯罪行為に適用されることになるのである。

その実務における活躍ぶりは、「実務において、不法に暴利をむさぼることを目的とした経済活動を処罰する、または刑法は死刑と規定していないが死刑に処す必要がある経済的な犯罪に対して常に適用する［口袋］[144]」として用いられた、とする批判が端的に表しているであろう。そして、この批判から次の二つの問題が看取できる。ひとつは、法に犯罪であると明文規定されていないが、処罰する必要のある経済活動に、本罪を適用していたことである。もうひとつは、法条競合という形式原理を無視して、量刑の妥当性を追求することである。以下、それぞれ、具体例を挙げて検討する。

前者の例としては、瑕疵ある商品の販売などの行為がある。かかる行為は、刑法典制定過程において、規定するよう主張されたという[145]。しかし、結局この意見は採用されず、旧刑法にかかる行為に関する規定は設けられなかった。その後、本行為が犯罪として、刑法上明文規定されたのは、一九九三年に制定された「瑕疵ある商品生産販売罪の処罰に関する決定」においてであった。

ところが、実際には、右記決定が制定されるまで、本行為が犯罪として処罰されなかったわけではなかった。すなわち、一九八五年七月一八日に両高が発布した「当面の経済事件の処理における法律の具体的運用の若干の問題に関する回答（試行）」は、本行為を主要な投機空取引行為のひとつであると解釈したのであった。そして、本司法解釈発布以降、本行為は、投機空取引罪として処断されることとなったのである。

また、別の例を挙げると、不法出版物の印刷・販売・頒布についても同様のことがいえる。旧刑法制定当初に予定されていた不法出版行為に対する刑法条文は、二つあった。ひとつは、[146]

反革命の内容をもつ出版物の出版などの行為に対する第一〇二条第二項の反革命宣伝・扇動罪である。もうひとつはわいせつな内容をもつ出版物の出版などの行為に対する第一七〇条のわいせつ書画制作・販売罪である。これら以外の不法出版行為に対する罰則条文は、旧刑法には見当たらない。また、当時の刑法教科書においても、本罪の適用対象に不法出版行為は含まれていなかった。(147)

しかし、一九八七年九月一七日に国務院は、「投機空取引行政処罰暫定条例」を制定し、第三条において、不法出版物の印刷・販売・頒布を投機空取引行為であると規定したのであった。これにより、不法出版行為も投機空取引罪の［口袋］に包摂されることになった。また、同条例を受け、同年一一月二七日には、両高が「法に従い不法出版犯罪活動を厳罰に処することに関する通知」を発布し、第一条で不法出版行為に本罪を適用することを確認したのであった。これにより、第一〇二条第二項および第一七〇条の構成要件に該当しない不法出版行為に、本罪を適用できるようになったのである。特に、反革命の目的を立証できないいわゆる反動的な不法出版行為に本罪を適用できるようになった意義は大きいといえよう。(148)

以上のように、本罪は、曖昧な構成要件を利用して、旧刑法では対処できなかった行為を犯罪として処罰してきたのである。これが、［口袋罪］と揶揄された投機空取引罪の問題のひとつである。

次に、実質的判断である処罰の妥当性が、形式原理である法条競合理論に優先する例をみてみる。ここでは、わいせつ書画制作・販売罪（第一七〇条）と投機空取引罪の法条競合について検討を加える。

旧刑法第一七〇条は、「営利目的で、わいせつな文書または図画を制作し、または販売した者は、三年以下の有期懲役、拘役または管制に処し、罰金を併科することができる」と規定する。そして、右述の一九八七年の通知は、第一七〇条と本罪の適用原則について、次のように定める。「営利目的で、わいせつな文書、図画、録音テープまたはビデオテープの出版、印刷、発行または販売活動に従事した者は、刑法第一七〇条のわいせつ書画制作・販売罪により処断する。その中で、不法経営額または不法な利益が巨額、または情状が重大な者は、わいせつ書画制作・販売罪に触れるだけではなく、また投機空取引罪にも触れ、投機空取引罪により処断しなければならない」。

つまり、ここではわいせつ書画制作・販売罪と本罪が法条競合の関係にあり、かつ、「不法経営額または不法な利益が巨額、

または情状が重大」な場合は、本罪を適用せよというのである。これは、第一七〇条の最高刑が懲役三年であるのに対し、本罪の場合は、最高で死刑を適用できるからであり、まさしく「刑法は死刑と規定していないが死刑に処す必要がある経済的な犯罪に対して常に適用する［口袋］」とする批判がいわんとするところであろう。

ところで、法条競合ついては中国においても特別法は一般法に優先し、排他的に適用されるとされている。ところが、中国刑法理論における法条競合の場合、特別法が一般法に優先するとの原則以外にも、さらに重法が軽法に優先するとの原則もあるのである。[149] この重法が軽法に優先する原則は、罪刑均衡原則の立場から主張され、補充的な適用原則とされる。すなわち、特別法の法定刑が一般法よりも軽く、その犯罪に対しては刑罰が軽い場合は、罪刑均衡原則の見地から一般法を適用できるとされるのである。[150] つまり、ここでは、特別法が一般法に優先する原則よりも、重法が軽法に優先する原則が優先されているのである。

しかし、「法条競合が解決するのは、量刑の問題ではなく、法律適用の問題であり、……（刑罰の）軽重の比較を云々することではない」[151]との批判もある。このことは、重法が軽法に優先する原則は、適用すべき罰条を決定する形式的な法条競合理論に、量刑の妥当性という実質的な問題を持ち込んでいることを示している。これが中国刑法の法条競合理論であるが、このことは、中国において、実質原理（量刑の妥当性）が形式原理（法条競合）に優先することを如実に示しているといえよう。[152]

第四項　司法解釈による実質的立法

司法解釈とは、最高人民法院または最高人民検察院が、単独または連名で行う法律解釈を指す。司法解釈は既存の法律および法令の解釈に限定されており、新たな法規範を創造することはできないとされている。しかし、実際には、旧刑法制定以後大量に発布された司法解釈の中に、新たな法規範を創造した司法解釈が存在するのである。以下、二つの具体例を挙げる。

ひとつは、自首などの規定を修正した司法解釈である。この司法解釈は、一九八九年八月一五日に両高が連名で発布した「横領、収賄、投機空取引などの犯罪者は必ず期限内に自首・自白しなければならないことに関する通告」である。

自首に関する旧刑法第六三条は、「犯罪後に自首した者は、軽きに従い処罰することができる。そのうち、罪が軽微な者は、

処罰を減軽し、または免除することができる。罪が重大な者で、功績を挙げた場合には、処罰を減軽し、または免除することができる」と規定する。

他方、本通告第二条は次のように規定する。「およそ上述の期限内（本通告が発布された日より一九八九年一〇月三一日まで）に自首した者、積極的に贓物を返還した者または告発などの功績を挙げた者は、刑法第六三条および第五九条の規定に照らし、一律に寛大に処理する。その中で特に重大な罪を犯し、法に従い死刑に処すべき者は、軽きに従い、または減軽して処罰でき、死刑判決を下さない。比較的重大な罪を犯し、法に従い重刑に処すべき者は、軽きに従い、もしくは減軽して処罰し、または処罰を免除できる。比較的軽微な罪を犯し、法に従い軽い刑罰に処すべき者は、処罰を減軽し、または免除できる。……」。このように、本通告第二条は刑罰減免の要件を緩和しており、「刑法第六三条の自首に関する規定と直接矛盾しており、これは刑法を解釈しているのではなく、刑法を修正している」[153]との批判が加えられている。

もうひとつの例は、一九八九年一一月六日に両高が連名で発布した「『横領罪賄賂罪の処罰に関する補充規定』を執行する際の若干の問題に関する回答」である。ここで問題となるのは、収賄罪の主体についての解釈である。

旧刑法が定める収賄罪[154]の主体は、「国家勤務人員」（第一八五条第一、二項）または「国家勤務人員に対して賄賂を供与し、または賄賂を仲介した者」（第一八五条第三項）である。そして、「国家勤務人員」について旧刑法第八三条は、「本法において国家勤務人員とは全ての国家機関、企業、事業体およびその他の法律に基づいて公務に従事する者をいう」と規定する。

しかし、本解釈は、収賄罪の主体を「離職、退職した国家勤務人員」にまで拡張した。これに対しては、「収賄罪の主体と職務上の立場を利用することの要件について立法原意を超越しており、また司法解釈の権限を越えている」[155]との批判がなされている。

以上のように、法律ではないこれら二つの司法解釈は、いずれも本来の司法解釈の範囲を越え、実質的な立法を行っているといえよう。

第五項　労働矯正

労働矯正は刑事罰ではなく、行政強制措置であるため、一見したところ［罪刑法定原則］には関係のない問題である。しか

し、労働矯正は一～三年間、必要に応じては一年間延長して、人身を拘束しうる措置であり、刑罰と実質的にはほとんど変わらない処罰内容を有しているといえる。この点について、中国の研究者も、労働矯正は「管制、拘役より重いだけではなく、ひいては一部の有期懲役よりも重い」措置であることを認めている。[156]

また、「刑事被告人についての弁護権のような法的保証をいっさい欠いているため、治安管理違反行為者とされた者は国家権力に対抗する有効な手段をまったくもちえないことである」[157]との指摘が示しているように、労働矯正が孕んでいる市民の権利・自由に対する危険は、手続的側面においてはむしろ刑罰よりも深刻であるといえよう。さらに、その適用対象は「治安管理処罰条例に重大に違反し、何度注意しても改めないが、刑事処罰には至らない者、あるいは犯罪を構成するが刑罰を科す必要がなく、労働矯正に処すべき者」[158]とされており、特に後者の要件に該当する場合、刑罰と行政強制措置である労働矯正の境界を明確に線引きすることは難しい。

しかも、労働矯正が抱える問題はこれだけにとどまらない。すなわち、旧刑法制定後間もない一九八一年六月一〇日に第五期全国人大常委会第一九回会議で制定された、「逃亡または再犯した労働改造犯および労働矯正処分者の処理についての決定」による労働矯正の実質的刑罰化の促進、および一九九六年三月一七日に第八期全国人大第四回会議で制定された「中華人民共和国行政処罰法」の規定との抵触である（以下、それぞれ「両労の決定」、「行政処罰法」と略す）。

「両労の決定」第一条は次のように規定する。「労働矯正処分者で逃亡した者は労働矯正期間を延長する（第一項）。労働矯正処分者で矯正処分解除後三年以内に罪を犯した者、または逃亡後五年以内に罪を犯した者は、重きに従い処分する。さらに本人の都市戸籍を抹消し、期間満了後の思想改造の後が確かに認められる者以外は、一律に労働矯正施設に留めて就業させ、もとの大・中都市に帰してはならない。その中で情状が軽微で、刑事処分に至らない者は、新たに労働矯正処分を科し、または労働矯正処分期間を延長し、かつ、本人の都市戸籍を抹消することができ、期間満了後原則として労働矯正施設に留め就業させ、もとの大・中都市に帰してはならない（第二項）」。そして、本条には以下の二つの問題が存在している。

第一の問題は、過去に労働矯正処分に付された者が処分解除後三年以内に、または逃亡後五年以内に犯罪を行った場合には、旧刑法第六一条に規定されている累犯と同様に、重きに従い処

罰されることになったことである。

第二の問題は、第一の要件と同様に、過去に労働矯正処分に付された者が処分解除後三年以内に、または逃亡後五年以内に犯罪を行い、労働矯正処分を科された場合は、期間満了後、原則として労働矯正施設に留めて就業させるようになったことである。換言すると、再度の労働矯正処分者は労働矯正期間が満了しても、原則として、労働矯正施設から出所することができなくなったのである。このことは、労働矯正が無期懲役に匹敵する制裁となったことを意味している。しかも、労働矯正は無期懲役とは異なり、減刑および仮釈放はなく、労働矯正管理委員会の裁量に委ねられており、司法に訴えることができないのである。

次に、労働矯正と「行政処罰法」との抵触の問題を検討する。「行政処罰法」第九条は「法律は各種の行政処罰を設定できる。人身の自由を制限する行政処罰は法律のみが設定できる」と、そして第一〇条は、「行政法規は人身の自由を制限する以外の行政処罰を設定できる。……」と規定する。この二つの条文を如何に解釈しようとも、行政法規が人身の自由を制限する行政処罰を規定することができないことは明白である。

ところで、人身の自由を制限ではなく剥奪する労働矯正の法的根拠としては、一九五七年八月三日に国務院が発布した「労働矯正問題に関する決定」、一九七九年一一月二九日に第五期全国人大常委会第一二回会議で批准され、国務院が発布した「労働矯正に関する補充規定」および一九八二年一月二一日に国務院が国発（一九八二）一七号文件として転達した公安部の「労働矯正試行辦法」の三つが挙げられる。しかし、これらはいずれも法律ではなく、行政法規の範疇に属するものである。したがって、「行政処罰法」第九条の趣旨に従えば、以上の三つの行政法規によっては労働矯正制度の合法性は担保できないことになる。しかし、かといってこの「行政処罰法」を契機として労働矯正制度が廃止されたわけではない。これは、公権的解釈が労働矯正を行政処罰とせずに行政強制措置とし、行政処罰に関する規定を設けている「行政処罰法」の規制対象ではないとするからである。[59] これは実質的内容を顧みず、形式的側面のみに着目した議論といわざるをえない。けだし、本法により一五日以下の行政拘留が厳格に規制されるのに対し、最長で四年間「両労の決定」の要件に合致する場合は無期限で人身の自由を剥奪することができる労働矯正が本法により規制されないからである。

そして、労働矯正の実務における運用の実態について、中国

の刑法学者は次のように指摘する。すなわち、「労働矯正が対象とする違法行為は、刑事処罰、治安管理処罰が対象とする行為に近接、類似または交錯しており、公安機関による労働矯正の濫用を招き、時には手間を省くために、本来ならば起訴請求を提出し、検察機関が公訴を提起し、法院が犯罪を確定し刑罰を科すべき犯罪者に対して、直接労働矯正を科している」[160]と。以上のように、労働矯正が形式的に行政強制措置とされ、刑罰とは区別されたとしても、実質的にそれは刑罰に近接する制裁であり、刑罰の代替手段として運用されうるのである。したがって、労働矯正が行政強制措置であるという形式的な理由のみで、労働矯正を［罪刑法定原則］の問題の範囲外に押しやることは［罪刑法定原則］の人権保障、端的には人身の自由に対する国家による不当な侵害からの保障という本旨に適わないといえよう。

本節の検討を通じて、旧刑法には次のような問題があるいえる。（一）学者（主に基本的肯定説および完全肯定説の支持者）の指摘とは異なり、類推適用の実体的および手続的要件は実務において必ずしも遵守されていない。（二）学界で実質と形式の統一とされる犯罪概念は、類推許容規定が存在するため、実質的には社会危害性により犯罪の成否が決定される実質的犯罪概念になっている。（三）投機空取引罪のように構成要件が曖昧な条文を利用して、柔軟な法適用を行っていることである。そして、そこでは実質的価値への志向が明白に看取できる。（四）刑事政策的目的から、実質的立法をなす司法解釈が制定されている。（五）刑罰に近接し、その代替手段として運用されている労働矯正が存在している。そして、これらの問題から、実質的価値への志向および秩序維持を何よりも優先する社会保護本位論を看取できる。

（1）この指示は、「人民民主主義独裁の国家権力が未だ体系的な法制を完備していない段階での司法工作の原則を明示すると同時に、司法要員に対して、マルクス＝レーニン主義・毛沢東思想に依拠した国家観と法律観の確立を要求したものである」といわれている。木間正道『現代中国の法と民主主義』（勁草書房、一九九五年）二七頁参照。

（2）高銘暄・趙秉志主編『中国刑法立法文献資料総覧（下）』（中国人民公安大学出版社、一九九八年）一九四〇頁。また、当時、旧ソ連などの先行する人民民主主義国の刑

法典のみならず、フランス、ドイツ、アメリカなどの資本主義国の刑法典も資料として収集された（同書一九三九頁参照）。

（3）浅井敦「中華人民共和国刑法草案の分析（一）」ジュリスト第七三九号（一九八一年）六九頁。

（4）以上の経緯については、高銘暄編『中華人民共和国刑法的孕育和誕生』（法律出版社、一九八一年）二～三頁参照。

（5）曹国卿「在我国刑事立法中是否要『類推』的問題」政法研究（合訂本）一九五七年第三期一〇頁以下。

（6）［法制］には二つの意味がある。ひとつは、「一定の階級による民主的政治の制度化、法律化、さらには厳格に法律に基づいて国家を管理するというひとつの原則」（『法学詞典（増訂版）』（上海辞書出版社、一九八四年）六〇二頁）である。もうひとつは、「法律制度」の略称である（鈴木賢「ポスト『文革期』中国における変法理論の転換――『法制』と『法治』のあいだ――」今井弘道・森際康友・井上達夫編『変容するアジアの法と哲学』（有斐閣、一九九九年）三二四～三二五頁参照）。ここでは、前者の意味で用いられていると考えられる。

（7）東北人民大学法律系刑法教研室編『中華人民共和国刑法（只供内部学習参考）』（長春、一九五七年）三五頁以下、中央政法幹部学校刑法教研室編『中華人民共和国刑法総則講義』（法律出版社、一九五八年）六九頁以下。

（8）東北人民大学法律系刑法教研室編前掲注（7）三五頁。

（9）中央政法幹部学校刑法教研室編前掲注（7）七一～七二頁。

（10）蘇恵漁主編『刑法学（修訂版）』（中国政法大学出版社、一九九七年）三〇頁。ここでいう経済的困難とは、一九五八年に決定された大躍進政策の挫折、翌五九年からの三年連続の深刻な自然災害、中ソ経済関係の悪化による中国経済への打撃という、三重の要因によってもたらされた深刻な経済的困難のことである（中嶋嶺雄編『中国現代史（新版）』（有斐閣、一九九六年）二一六頁参照）。

（11）この毛沢東の指示については、趙蒼璧「在法制建設問題座談会上的講話」『人民日報』一九七八年一〇月二九日を参照。

（12）陳逸松は、全国人大常委会辦公庁法律室ではなく、中共中央の法律小組が刑法典起草作業を再開し、同年一二月には全国人大常委会辦公庁により「中華人民共和国刑法草案（初稿）（第二七稿）」が配布されたとする（陳逸松「始めて日の目を見る中華人民共和国の新刑法――その立法経過と問題点」法律時報第五二巻第一号（一九八〇年）一四〇頁参照）。

（13）「四清運動」とは、一九六三年に階級闘争を推進するために行われた社会主義教育運動の中心的任務として位置

づけられた運動である。「四清」とは、運動開始当初は財産・在庫・帳簿・労働点数を点検することを指していたが、一九六五年からは政治・思想・組織・経済を清める運動へと意味が拡大した（中嶋前掲注（10）二一八～二一九頁参照）。

（14）第三三稿についても「裁判の拠りどころとして試用した」との記述がある（浅井前掲注（3）七〇頁）。

（15）以上の経緯については、高銘暄前掲注（4）三頁参照。

（16）余先予・夏吉先「略論罪刑法定」民主与法制一九八〇年第二期一九頁。

（17）魏家駒・欧陽濤「論資産階級『罪刑法定主義』的虚偽性」政法研究一九六二年第一期二八頁以下。なお、フランス法の名称については、塙浩『シャバヌ「フランス近代公法史（一七八九～一八七五年）」（西洋法史研究）塙浩著作集一三』（信山社、一九九八年）五〇五頁以下を参照した。

（18）魏家駒など同右、三二頁。

（19）葉孝信「一九七九年法国『人権宣言』的批判――従老根上清算右派分子関於民主、自由、法制等的謬言」法学一九五八年第四期四〇頁。

（20）張繩祖「中華人民共和国刑法の制定について」判例タイムズ第五一九号（一九八四年）三四頁。

（21）現在資料で確認できるのは、連合修訂組が起草した一九七八年一二月の「中華人民共和国刑法草案（修訂稿）（第三四稿）」および翌一九七九年二月の「中華人民共和国刑法草案（修訂第二稿）（第三五稿）」しかなく、どの草案が中央政治局の審議に付託されかは明らかではない。なお、これらの草案については、高銘暄・趙秉志主編『中国刑法立法文献資料総覧（上）』（中国人民公安大学出版社、一九九八年）三六五頁以下を参照した。

（22）両会議で審議・修正された草案は、一九七九年三月三一日「中華人民共和国刑法草案（法制委員会修正第一稿）（第三六稿）」および同五月一二日「中華人民共和国刑法草案（法制委員会修正第二稿）（第三七稿）」である。なお、両草案については、同右、四〇〇頁以下参照。

（23）以上の経緯については、高銘暄前掲注（4）三～四頁参照。

（24）同右、一二五～一二七頁。

（25）蔡定剣「関於蘇聯法対中国法制建設的影響」法学一九九九年第三期六頁。

（26）本法第七条は、「犯罪とは、ソビエトの社会または国家体制、社会主義経済制度、社会主義的所有、市民の人格、政治上、労働上、財産上、およびその他の諸権利を侵害する社会的危険行為（作為または不作為）、ならびに、社会主義法秩序を侵害するその他の社会的危険行為であって刑法に規定されているものをいう。形式的には刑法に

規定されているいずれかの行為の特徴を含む作為または不作為であっても、軽微なために社会的危険性のないものは犯罪ではない」（括弧内は原文）と規定した。これについて中山研一は、一九一九年の基本原理以来一貫して受け継がれてきた実質的犯罪概念に「刑法に規定された」というメルクマールを導入し、犯罪概念を同三条の罪刑法定主義に対応させ、構成要件に該当しない行為は犯罪ではないことを明確に規定した、と評する（中山研一『ソヴェト法概論（刑法）』（有信堂、一九六六年）二〇二頁以下参照）。

(27) 張文・何慧新「中国刑法学二十世紀的回顧、反思与展望」当代法学一九九九年第一期五頁。

(28) 楊敦先「罪刑法定和類推的適用」北京大学学報（哲学社会科学版）一九八二年第一期二一～二二頁。楊によると、「罪刑法定主義のいわゆる実質的かつ厳格な要求に照らせば、類推適用は絶対的に禁止される」（同二一頁）。

(29) 同右、二二頁。これ以外には、張明楷「関於類推適用的幾個問題」法学研究一九八七年第二期四七頁。

(30) 宋占生・張競「罪刑法定不能成為我国刑法的原則」西南政法学院学報一九八一年第四期三一頁。

(31) 朱華栄「論刑法中的類推」法学一九八一年復刊号一六頁。

(32) 一九三五年に改正されたドイツ刑法典第二条は次のように規定する。

「法が処罰すべきものとして宣言した行為、または刑罰法規の根本思想或は健全な国民感情に従い処罰に価する行為、をなしたものは罰せられる。行為につき直接に適用すべき何らかの定まった刑罰法規のないときは、その行為は根本正義がそれに最もよく適合する法によって罰せられる」。なお邦訳は、木村亀二編『体系刑法事典』（青林書院新社、一九六六年）六二頁を参照した。

(33) 朱華栄前掲注（31）一六頁。

(34) 放棄説の論者と目される林欣は、この論拠について次のようにいう。すなわち、「ブルジョアジー没落期において、ファシズムの親玉であるヒトラーおよびムッソリーニは、ともに刑法の罪刑法定主義の廃止」を企図した。しかし、「第二次世界大戦後、ファシズムは全世界人民により憎まれ、軽蔑された。戦後、西ドイツおよびイタリアは、再び刑法に罪刑法定主義の原則を復活させたのであった」（林欣「従罪刑専断主義到罪刑法定主義」複印報刊資料法律一九八〇年第三期（原載：百科知識一九八〇年第一期）四二頁参照）。つまり、林は、ドイツおよびイタリアにおける罪刑法定主義の放棄は、例外的な事象であり、資本主義国共通の事象であるとは捉えていないのである。

(35) 何鵬「評罪刑法定主義原則的」『新発展』」複印報刊資料

法律一九八二年第八期（原載：吉林大学社会科学学報一九八二年第二期）三九頁以下。

(36) 劉少栄「什麼叫『罪刑法定主義』」民主与法制一九八〇年第九期二〇頁。

(37) 熊志海「論罪刑法定原則」趙秉志・張智輝・王勇・趙国強編『全国刑法碩士論文薈萃（一九八一届－一九八八届）』（中国人民公安大学出版社、一九八九年）七頁。

(38) 劉少栄前掲注（36）二〇頁。

(39) 鮑遂献「類推制度応当廃止」法学評論一九九〇年第四期五七頁。

(40) 熊志海前掲注（37）七頁。

(41) 鮑遂献「面臨挑戦的中国伝統刑法」法学評論一九八八年第二期二一頁。

(42) 蘇恵漁・游偉「論我国刑事立法発展的幾個原則問題」法学評論一九九一年第五期一五頁。これ以外にも、林千「罪刑法定原則的来源和影響」『人民日報』一九八一年二月一六日は、フランス刑法について、「一〇〇年以上にわたり、この刑法典（一八一〇年制定のフランス刑法典）は幾度となく修正されてきたが、［罪刑法定原則］を確定した第四条および法典の構造は一貫して変更されていない」とする。

(43) 鮑遂献前掲注（41）二一頁。

(44) 宋占生など前掲注（30）三一頁。

(45) 蘇恵漁など前掲注（42）一五頁。

(46) 鮑遂献前掲注（41）二一頁。

(47) 大谷實『刑法総論（第四版補訂版）』（成文堂、一九九六年）三五頁。

(48) 実質的犯罪概念および類推適用を認めている中国においては、犯罪は刑法に規定されているものとは限らないため、「法に明文規定なき犯罪」が成立しうる。

(49) 陶希晋「学習刑法中的幾個問題」法学研究一九七九年第五期七～八頁。

(50) 法学教材編輯部『刑法学』編写組『高等学校法学試用教材刑法学』（法律出版社、一九八二年）三八頁。

(51) 楊敦先前掲注（28）二五頁。

(52) 雛鳳章「相対罪刑法定原則是我国刑法的一項基本原則――与朱建華同志商榷」法学雑誌一九八五年第四期五三頁。

(53) 万春「罪刑法定与我国刑法中的類推」社会科学（上海）一九八二年第一一期五一頁。

(54) 法学教材編輯部『刑法学』編写組前掲注（50）三八頁。

(55) 李由義「罪刑法定和類推」法学研究一九八〇年第五期二四頁。

(56) 雛鳳章前掲注（52）五三頁。

(57) 同右。

(58) 旧刑法第九条は次のように規定する。

「中華人民共和国成立以後本法施行以前の行為で、当時の法律、法令および政策が犯罪と認めないものは、当時の法律、法令および政策を適用する。当時の法律、法令および政策が犯罪と認め、本法総則第四章第八節の規定に照らして訴追すべきものは、当時の法律、法令および政策に照らして刑事責任を追及する。ただし、本法が犯罪と認めずまたはその刑が軽いものは、本法を適用する」。

(59) 雛鳳章前掲注（52）五三頁。

(60) 高銘暄主編『高等学校法学教材刑法学（修訂版）』（法律出版社、第二版、一九八四年）五九頁。

(61) 同右三八頁で［罪刑法定原則］を説明している部分は、改訂前の法学教材編輯部『刑法学』編写組前掲注（50）三八頁と一字一句違わない。

(62) 李由義前掲注（55）二四頁。

(63) 張明楷前掲注（29）四七頁。

(64) 陳興良「刑法修改的双重使命：価値転換与体例調整」中外法学一九九七年第一期五五頁。

(65) 李由義前掲注（55）二二頁以下。

(66) 鄧又天「談談我国刑法中的類推」西南政法学院学報一九八〇年第二期三九頁。

(67) 万春前掲注（53）四二頁。

(68) 鄭曉「浅論罪刑法定」河北法学一九八四年第一期五頁。

(69) 高銘暄主編『新中国刑法学研究総述』（河南人民出版社、一九八六年）五三頁。

(70) 朱華栄前掲注（31）一七頁。

(71) 李由義前掲注（55）二三頁。

(72) 法学教材編輯部『刑法学』編写組前掲注（50）三八頁。

(73) 何秉松「試論我国刑法的基本原則」複印報刊資料法律一九八六年第一期（原載：河北法学一九八五年第六期）四四頁。

(74) 同右。

(75) 張明楷前掲注（29）四八頁。

(76) 王作富『中国刑法研究』（中国人民大学出版社、一九八八年）二六頁。

(77) 何秉松前掲注（73）四五頁。

(78) 張明楷前掲注（29）四八頁。

(79) 王作富前掲注（76）二六頁。

(80) 同右。

(81) 曽広載「我国刑法中定罪科刑的幾項重要原則」湖北財経学院学報一九八〇年第二期一二六頁。

(82) 張明楷前掲注（29）四八頁。

(83) 何秉松前掲注（73）四五頁。

(84) 宋占生など前掲注（30）三一頁以下。

(85) 宋占生・張競「也談形勢与量刑」西南政法学院学報一九八〇年第三期二三～二五頁。

(86) 本条は本法施行以前の行為に対して、政策を法源のひ

とつとして認める点においても、罪刑法定主義に違背するものといえる（小口彦太・木間正道・田中信行・國谷知史『中国法入門』（三省堂、一九九一年）一二七頁参照）。

(87) 朱建華「罪刑法定原則否定論」法学雑誌一九八五年第一期五五頁。

(88) 同右。これ以外には、王孝罡「談罪刑法定和刑事類推的問題」複印報刊資料法律一九八二年第八期（原載：内蒙古社会科学一九八二年第一期）九〇頁も同趣旨である。

(89) 費貴廉「罪刑法定原則在我国刑法中的確立」法学雑誌一九九七年第五期一六頁。

(90) 田文昌・陳平「罪刑法定原則在我国的現状与展望」中国法学一九九四年第三期九〇頁。

(91) 一九八一年六月一〇日に全国人大常委会が公布した「法律解釈業務の強化に関する決議」によると、司法解釈とは両高が行う法律解釈であり、司法解釈権は両高にのみ与えられている。同決議によると、司法解釈が及ぶ範囲は、最高人民法院の場合は裁判業務に関わる法律および法令の適用の問題に限られ、最高人民検察院の場合は検察業務に関わる法律および法令の適用の問題に限られる。

(92) 田文昌など前掲注（90）九〇～九一頁。

(93) 同右。

(94) 鮑遂献前掲注（39）五七頁。

(95) 高銘暄主編『刑法学原理（第一巻）』（中国人民大学出版社、一九九三年）一八一頁。

(96) 張明楷前掲注（29）四七～四八頁。

(97) 高銘暄「試論我国刑法改革的幾個問題」中国法学一九九六年第五期一二～一三頁、同前掲注（95）一八一頁、趙秉志主編『刑法争議問題研究（上巻）』（河南人民出版社、一九九六年）四三頁など。

(98) 陳興良主編『新旧刑法比較研究――廃、改、立』（中国人民公安大学出版社、一九九八年）五～六頁。

(99) 侯国雲「市場経済下罪刑法定与刑事類推的価値取向」法学研究一九九五年第三期六六頁。

(100) 趙秉志・肖中華「刑法修改中類推制度存廃之争的研討」法学家一九九六年第四期六七頁

(101) 張文・孟昭武「罪刑法定原則与中国刑法」中外法学一九九二年第五期四頁。

(102) 侯国雲前掲注（99）六六頁。

(103) 陳興良「論我国刑法的発展完善――関於罪刑法定、罪刑相適応原則的思考」中国法学一九八九年第三期五七頁。

(104) 鮑遂献前掲注（39）五八頁。しかし、後に最高人民法院は、［批復］を発し、類推適用を用いずに、無頼罪により処断すべきとした。

(105) 蘇恵漁「罪刑法定与類推」蘇恵漁・西原春夫等著『中日刑事法若干問題――中日刑事法学術討論会論文集』（上

海人民出版社、一九九二年）八～九頁。

(106) これについては、田中信行「ハイジャック事件にみる中国法の特徴」和田春樹・小森田秋夫・近藤邦康編『〈社会主義〉それぞれの苦悩と模索』（日本評論社、一九九二年）一一七頁以下が詳しい。

(107) 廖増昀「我国刑法応明確規定基本原則」中国法学一九九〇年第一期五九頁。

(108) 鄧又天前掲注（66）三九頁。

(109) 張志平「類推制度存廃問題（二）」馬克昌・丁慕英主編『刑法的修改与完善』（人民法院出版社、一九九五年）七二頁。

(110) 朱華栄前掲注（31）一九頁。なお、一四才未満の女児を姦淫する行為は、強姦罪をもって重きに従い処断すると定められている（刑法第一三九条第二項）。そのため、朱華栄がいうところの女児との姦淫および女児強姦が具体的に如何なる事例を指すのかは判然としない。

(111) 「ハイジャック犯の処罰に関する決定」（一九九二年一二月二八日）。

(112) 「国家機密漏泄罪を処罰することに関する補充規定」（一九八八年九月五日）。

(113) 「古代文化遺跡・古墳盗掘犯罪の処罰に関する補充規定」（一九九一年六月二九日）。

(114) 最高人民法院「『軍人婚姻家庭破壊罪に関する四つの案例』の下達の通知」（一九八五年七月一八日）。同通知は、今後、当該行為に旧刑法第一八一条を直接適用するよう指示した。

(115) 王勇「論類推」政治与法律一九八七年第二期三〇頁。しかし、当該事例は、一九九〇年に全国人大常委会が「わいせつ物の密輸、制作、販売、宣伝犯の処罰に関する決定」を制定し、立法上解決された。

(116) 鮑遂猷前掲注（39）五八頁。

(117) 張明楷前掲注（29）五〇頁。

(118) 同右、五〇頁。

(119) 鮑遂猷前掲注（39）五八頁。これ以外には、陳興良前掲注（103）五七頁も同趣旨である。

(120) 張明楷前掲注（29）五一頁。

(121) 蘇恵漁前掲注（105）八～九頁。

(122) 侯国雲前掲注（99）六六頁。

(123) 同右。

(124) 高銘暄前掲注（60）四八二頁。

(125) 同右、四八七頁。

(126) 反革命の目的があれば、第一〇二条第二項の構成要件に該当することになる。

(127) 陳興良前掲注（103）五七頁。陳沢憲「刑法修改中的罪刑法定問題」法学研究一九九六年第六期八六頁も同趣旨である。

(128) 侯国雲前掲注（99）六六頁。
(129) 高銘暄前掲注（69）一三六頁。
(130) 以上の犯罪概念の説明については、高銘暄前掲注（60）六五～六九頁。
(131) 趙秉志前掲注（97）一五九頁。
(132) 同右、一六〇頁。
(133) 陳興良「社会危害性理論――一個反思性検討」法学研究二〇〇〇年第一期八頁。
(134)「犯罪は刑法規定に触れること、すなわち［刑事違法性］を具備することである」（高銘暄前掲注（95）三二八頁）といわれるように、日本刑法理論でいう違法性とは異なる概念であり、あえて単純化していえば、日本刑法理論でいう構成要件該当性に相当する概念である（小口彦太「中国刑法上の犯罪概念」奥島孝康・田中成明編『法学の根底にあるもの』（有斐閣、一九九七年）四一〇頁参照）。
(135) 小口、同右、四一三～四一四頁。
(136)「劃清罪与非罪界線　厳格依法辦案――広州市中級人民法院司法幹部学習『中華人民共和国刑法』座談紀要」複印報刊資料法律一九七九年第七期（原載：南方日報一九七九年七月二八日）七七頁。この発言は旧刑法制定直後に行われたものであるが、一九九六年に陳興良は、「現在の司法実務において、類推を必要とする大量の事件は、司法機関が手間と時間がかかるのを嫌うため、類推適用することなしに直接刑法の関連条文を援用して犯罪を確定され」ている、「裁判官の脳裏には『法に明文規定なければ罪としない』との観念が欠けている」と論じている（陳興良「罪刑法定的当代命運」法学研究一九九六年第二期四六～四七頁）。したがって、右記裁判官の考え方は、一九九六年段階の司法実務においても存在していたといえよう。
(137) 樊文「罪刑法定与社会危害性的衝突――兼析新刑法第一三条関於犯罪的概念」法律科学一九九八年第一期二七～二八頁。
(138) 陳興良・劉樹徳「犯罪概念的形式化与実質化辦正」法律科学一九九九年第六期九六頁。
(139) 木間正道・鈴木賢・高見澤磨『現代中国法入門（第二版）』（有斐閣、二〇〇〇年）一五六頁。
(140) 趙長青「略論刑法分則条文的立法改革」中外法学一九九七年第一期七四頁。
(141) 大谷前掲注（47）六五頁。
(142) 現行憲法によれば、法律は全国人大および全国人大常委会が、行政法規は国務院が、行政規則は国務院の部・委員会（日本の省庁に相当する）が制定する。
(143) 小口彦太「経済改革と中国刑法」針生誠吉ほか編『中国の開発と法』（アジア経済研究所、一九九二年）七九頁。

(144) 高銘暄など前掲注（2）二一二三六頁。
(145) 趙秉志前掲注（97）二～三頁。
(146) 「不法出版物」とは、法律などで禁止されている出版物のみならず、為政者によりよろしくないと判断されたものも含まれる。
(147) 高銘暄前掲注（60）三九一～三九三頁。
(148) 反革命目的の立証の困難さは、刑法典改正時に反革命罪を国家安全危害罪に改めた理由のひとつである（高銘暄など前掲注（2）二〇八九頁参照）。
(149) 高銘暄主編『刑法学原理（第二巻）』（中国人民大学出版社、一九九三年）五二九頁。なお、法条競合における適用原則には、これら以外に、実害法が危険法に優先するとの原則もある。
(150) 陳興良「我国刑法中的法条競合及適用」法学雑誌一九八六年第六期一六頁。
(151) 劉淑蓮「試論法規競合与想像競合」法学雑誌一九八八年第一期二二頁。
(152) 小口前掲注（134）四二〇～四二一頁、同「現代中国刑法における類推適用と『比付』」池田温編『中国礼法と日本律令制』（東方書店、一九九二年）五〇二～五〇五頁、同「中国刑法典施行の十年――その変容と問題点――」利谷信義・吉井蒼生夫・水林彪編『法における近代と現代』（日本評論社、一九九三年）二三〇～二三四頁では、旧刑法第一二七条商標盗用罪と投機空取引罪、森林窃盗罪と窃盗罪の法条競合のケースにおける量刑の妥当性の追求が指摘されている。
(153) 高一飛「罪刑法定原則的司法衝突及其解決」現代法学一九九四年第四期五三頁。
(154) 旧刑法の収賄罪（第一八五条）の規定は次の通りである。

「国家勤務人員で職務上の立場を利用して、賄賂を収受した者は、五年以下の有期懲役または拘役に処す。贓物は没収し、公金、公物は返還させる。

前項の罪を犯し、国家または市民の利益に重大な損害を与えた者は、五年以上の有期懲役に処す。

国家勤務人員に対して賄賂を供与し、または賄賂を仲介した者は、三年以下の有期懲役または拘役に処す」。

(155) 楊春洗「罪刑法定原則的法定化――新刑法的一個重大発展」政法論壇一九九七年第二期一五頁。
(156) 趙秉志・赫興旺・顔茂昆・肖中華「刑法修改若干問題研究」法学研究一九九六年第五期四五頁。
(157) 雲山城「労働教養性質芻議」複印報刊資料四刑事法学一九九七年第三期五九頁。
(158) 田中信行「労働矯正の強化と人権の危機」中国研究月報一九八三年第六号一頁。なお、「両労の決定」は新刑法附則により、新刑法施行と同時に廃止された。

(159) 全国人大常委会法制工作委国家法行政法室編著『〈中華人民共和国行政処罰法〉講話』(法律出版社、一九九六年)三五頁。

(160) 趙秉志など前掲注(156)四六頁。

第二章　刑法典改正をめぐる論争

本章では、まず刑法典改正作業の開始に伴い学界において生じた、改正刑法典に［罪刑法定原則］を採用するか否かをめぐる論争を考察する(第一節)。ここでは学界における議論を素材とする。次に、［罪刑法定原則］採用に対する立法および司法当局の見解をみていく(第二節)。そして、刑法学界における論争、および立法および司法当局の意見などを元に、中国が［罪刑法定原則］採用に至った背景を考える(第三節)。最後に、改正刑法典で［罪刑法定原則］を確立するため、学界において如何なる具体的施策が必要であるとされたかについてみたい(第四節)。

第一節　類推存廃論争

本論争は［罪刑法定原則］の採用をめぐるものでありながら、それ自体は類推存廃を主要な争点として行われた。これは次の理由によるものと考えられる。

前述(前章第三節参照)のように、［罪刑法定原則］が旧刑法の基本原則であるか否かの問題について、学界で通説となったのは基本的肯定説であった。本説は、旧刑法第七九条に類推適用が規定されているため、旧刑法は［罪刑法定原則］を完全にではないが、基本的に確立しているとした。そして、中国刑法において［罪刑法定原則］を完全に確立するためには、「未来の刑法典に［罪刑法定原則］を明確に規定し、かつ、現行『刑法』第七九条規定の類推制度を廃止すべきである」[1]とする。そして、「類推廃止は罪刑法定の確立を意味する」[2]というのである。

このように、通説である基本的肯定説は、類推存廃のみを問題とするのである。そのため、「深い内包と豊富な内容をもつ『罪刑法定』を立法化する必要がある否かの議論が、類推制度を引き続き存置する必要があるか否かの学理上の論争に簡略化された」[3]のである。[4] つまり、類推存廃のみを［罪刑法定原則］の確立の要件とする基本的肯定説が通説であったが故に、［罪刑法定原則］を採用するか否かの論争が、類推存廃の問題にす

り替えられたのであると考えられる。

第一項　論争の背景

一九八八年七月一日の第七期全国人大常委会第二回会議において「第七期全国人大常委会工作要点」が採択され、刑法典改正作業が第七期全国人大常委会の五ヶ年立法計画に入れられた。これまでも、中国刑法界においては、［罪刑法定原則］を明文規定して類推適用を廃止するか否かが議論されていたが、刑法典改正作業の開始に伴い、この問題は中国刑法界の一大論点となった。(5)

一九八八年から開始された刑法典改正作業は、第二次天安門事件（以下、「六・四事件」と記す）のために中断されるまで約一年間継続した。(6) この期間における、［罪刑法定原則］に関する論争の争点は類推存廃についてであった。この問題について、当時の中国刑法界においては永久存置説、暫時存置説、即時廃止説と呼ばれる三つの見解が存在した。そして、これらのうち、当時の中国刑法界における多数意見は、暫時存置説であったという。(7)

その後、一九九一年に改正作業は再開されたが、六・四事件の影響を受け、再開当初は党中央の意向を受けて、主に反革命罪の改正についての研究が進められたという。そして、全国人大常委会法制工作委員会（前身は前述の全国人大常委会法制委員会。一九八三年の第六期全国人大第二回会議で設立された。以下、「法工委」と略す）が「反革命罪の改正に関する決定（草案）」を、同年三月に開催された第七期全国人大第四回会議の審議に付すために提出した。しかし、時間不足および見解が分かれた問題があったため、上程されなかった。その後、旧ソ連の解体および東欧の変革などの影響を受けて、刑法典改正作業は再び停滞することとなった。(8)

この間、立法機関において類推存廃をめぐる刑法典改正作業は進展をみせなかったが、学界においては類推存廃をテーマとする論文が公表されており、論争が完全に中断されたわけではなかった。そして、立法機関において類推存廃に関する研究が再開されたのは、第七期全国人大常委会が刑法典改正を再び立法計画に入れた一九九三年であった。(9) 当時、学界においては、類推存廃についての見解は即時廃止説と永久存置説に二分されていたという。そして、一九八〇年代末に暫時存置説を支持していた論者が即時廃止説を支持するようになっていたため、即時廃止説の支持者が大多数を占め、永久存置説の支持者は極め

て少数となっていた。[10] その後、一九九四年に開催された中国法学会刑法学研究会の「市場経済と刑法の改正および完全化」を中心議題とした刑法学専門学術研究討論年会において、廃止説が支配的となり、学界における論争は、一応の決着をみた。[11]

以下では、本論争を前後期に分けて考察することにする。すなわち、八〇年以降一九九二年までを前期とし、刑法典改正作業再開後（一九九三年以降）を後期とする。なお、前期に刑法典改正作業開始前を含めるのは、八〇年代末に多数説であった暫時存置説が、八〇年代初頭から多くの論者の支持を得ていたためである。

第二項　前期類推存廃論争

第一款　暫時存置説

本款では、前期類推存廃論争において多数説であった暫時存置説の主張を紹介する。上述のようにこの説は、八〇年代初頭から多くの論者により主張されていた。また、これらの論者の多くは、［罪刑法定原則］が旧刑法の基本原則であるか否かの問題において、基本的肯定説を主張している。これは、基本的肯定説も類推適用を過渡的な例外措置とし、両説が理論的に一体となっているからである。以下では、前期類推存廃論争において暫時存置説を主張した一九九〇年の廖増昀論文[12]を中心に、この説の論旨をみていく。

まず、［罪刑法定原則］が旧刑法の基本原則であるかの問題について、廖増昀論文は基本的肯定説の立場をとる。したがって、類推適用は「罪刑法定の必要的補充」とされる。そして、次のようにいう。すなわち、類推適用は、ある歴史段階においてのみその存在の合理性を確保することができ、刑事立法が完成に向かうにつれて、類推適用を必要とする事件も少なくなり、その必要性も必然的に減少する。特に、社会主義の「民主と法制」を強化し、法律の至上権威を樹立し、刑事法律の厳粛性および刑事政策の安定性を維持することから出発し、新たに出現した犯罪については、原則として刑事法律を制定すべきであり、司法における類推適用により法律の不足を補うべきではない、と。

しかし、類推適用の存廃については、次のように述べる。すなわち、「類推制度は暫定的な過渡的措置にすぎず、条件が成熟すれば、それは廃止されるであろう。これは社会主義国の民主化・［法制］化の必然的趨勢である」と。つまり、現段階で

の即時廃止については明言せず、類推廃止は将来的課題とされるのである。

かかる論調は八〇年代初頭の論者と共通している。例えば、「……わが国刑法は完全な罪刑法定へと発展しなければならない。しかし、当面の条件下では、我々はなお類推を用いて刑法の不足を補わなければならない」[13]、「……マルクス＝レーニン主義の観点から、類推は歴史的範疇であり、一定の歴史的条件の下では必要なものであるが、その歴史的任務を完成させた後は、それは廃止されなければならない。わが国国内外の政治的、経済的状況の発展・変化、裁判実務経験の蓄積、立法水準の向上に伴い、類推を次第に廃止していき、真に［罪刑法定］を確立しなければならない」[14]などである。

このように暫時存置説は、八〇年代を通じて主たる論旨に変化はなかった。すなわち、一貫して、現状では類推廃止の条件が整っていないため、過渡的措置として類推適用を存置せよというのである。

第二款　即時廃止説

この時期、即時廃止説を支持した論者の多くは、［罪刑法定原則］が旧刑法の基本原則であるかの問題について、否定説を主張する。つまり、［罪刑法定原則］を伝統的な罪刑法定主義と解し、類推適用は［罪刑法定原則］と矛盾するとするのである。そして、罪刑法定主義の史的展開については本旨不変説に立脚し、中国も罪刑法定主義をとるべきであり、類推適用の即時廃止を主張する。

以下では、この時期において最も包括的に即時廃止説を主張した鮑遂献論文[15]を中心に、本説の論旨をみていく。その論拠は以下の点に求められている。

（一）中国刑法の類推適用は、要件が厳格に制限されており、封建刑法の比附援引および恣意的な類推と同日に論ずることはできない。このため、多くの刑法学者は、類推適用が［罪刑法定原則］の重要な補充であり、両者は矛盾しないとし、ひいては、［罪刑法定原則］を［相対的罪刑法定主義］と解する者さえいる。しかし、［相対的罪刑法定主義］が類推禁止の原則を派生することは世界各国で広く受け入れられている。中国の刑法学者も、［罪刑法定原則］の意義を解釈する際には、類推禁止を［罪刑法定原則］の当然の内容とし、これについて異論はない。ところが、［罪刑法定原則］と類推適用の関係に言及する時には、類推適用を［罪刑法定原則］の重要な補充であると

し、ひいては［罪刑法定原則］の重要な内容とする者さえいるのである。これは説得力に欠けるものである。

（二）類推適用を採用した所以は、地域が広く、人口も多く、民族が雑多であり、状況が複雑であるとの国情、そして、最初の刑法典では全ての犯罪を遺漏なく規定することができないためである。しかし、刑法施行後一〇年間の司法実務からみて、類推適用は大きな役割を果たしていない。すなわち、この一〇年間の類推適用件数は五〇件あまりにすぎず、結審した全刑事事件の一万分の〇・一七にすぎないのである。また、これらの多くは婚姻家庭破壊罪と社会の風俗を損なう犯罪に集中している。しかも、中には類推適用を必要としないものもある。したがって、本当に類推適用を必要とするものは五〇件足らずであり、類推適用の刑法における地位はとるに足らず、犯罪闘争における実際の役割は僅かであるといえる。

（三）類推から罪刑法定へは、人類刑法史上の一大革命であり、また近代から現代へとの、各国刑法の発展の大趨勢である。このことは資本主義国においてであろうと、あるいは社会主義国においてであろうとも同様である。今世紀初頭にブルジョアジーの刑事社会学派が罪刑法定主義を非難したが、かかる主張が立法化されたわけではなかった。［法制］建設が正常な軌道に乗った後は、社会主義［法制］原則を徹底するためにも、類推適用を存置することはできない。

（四）類推適用を廃止すれば、新たな犯罪を処罰できない局面を招き、治安維持および市民の権利保障に不利であると考える論者がいる。しかし、このような憂慮は完全に不要である。第一に、一〇年来、司法機関は犯罪闘争に関する豊富な経験を蓄積しており、法律関係者は社会においてすでに発生している、または発生するであろう犯罪について、広く調査・研究し、深く検討している。第二に、類推廃止後、立法活動および司法解釈をさらに重視すればよい。近年、最高立法機関は相次いで刑法に対して重要な改正・補充を行っており、最高司法機関も司法実務において遭遇した新たな問題について大量の司法解釈を制定している。したがって、類推適用を廃止しても、立法および司法解釈により形勢の発展に対応することができ、新たな犯罪に対して依るべき法がない、または処罰できない局面を招くはずがない。

（五）刑法をあらゆる社会問題を解決する万能薬とみなすのは実際にそぐわない幻想である。また、法治の伝統を欠き、市民の法律観念が脆弱な中国の現実に直面すると、我々は、如何にして法治国の理想を近い将来に実現させるかをより考慮しな

ければならない。しかも、世界各国においては、数十年来類推適用なしでも、治安が劇的に悪化しているわけではない。また、一〇年あまり類推適用を運用してきたが、社会治安に根本的な好転はみられない。

その他の論者は、以上の論拠以外に次のことを指摘する。

（六）刑法の完全性は相対的なものであり、これを補うためには類推適用が必要であるとする論者がいる。しかし、刑法の相対的完全性は現実の犯罪状況に伴い発展するものであり、これにより刑法の完全性の追求を放棄し、永遠に類推適用に頼ろうとしてはならない。[16]

（七）憲法によると、国家立法権は全国人大および同常務委が行使する（第五八条）。また、全国人大常務委は、全国人大が制定した法律を補充・改正する権限を有する（第六七条）。そのため、全国人大および同常務委が制定した刑事法律に犯罪であると規定されていない行為について、法院が類推適用により犯罪と確定し、科刑することは、実質的に法院が新たな刑法規範を創造することになる。これは、立法権の統一行使に不利であるだけではなく、また立法権と司法権の分離にも不利である。

（八）法院が法に明文規定なき犯罪的行為を類推適用により犯罪であると事後的に宣言することは、教えずに罰することに他ならない。このため、人々は自己の行為が刑罰を受けるものであるかを予見できない。このように、類推適用の存在は、法律は明確かつ統一されてなければならないとの要求に違背するのみならず、また司法活動の公正性に対し、人々に疑問を抱かせ、［法制］の尊厳にも影響を及ぼす。[17]

（九）旧刑法制定時の類推採用の主な根拠は、不完全な刑法典および脆弱な立法体制である。しかして、両者の状況は、一〇年間の社会主義［法制］の成功により根本的に変化した。立法機関は新たな歴史的条件の下で、新たな犯罪現象に対応して、刑法を改正・補充してきた。また、我々は、他国の現代化の過程において出現した犯罪現象を研究することにより、社会において出現しうる犯罪現象を科学的に予見できる。しかも、八二年憲法で全国人大常委会に立法権を与えたことにより、機動性に富む立法体制を整えることになった。また、これまでの経験から「漏れた」犯罪は少数であり、立法により法律の不足を補うことは十分に可能である。[18]

第三款　永久存置説

永久存置説は、概して罪刑法定主義の史的展開について放棄説に立脚するが、その論旨により大きく二つに分けることができる。ひとつは、［罪刑法定原則］が旧刑法の基本原則であるかの問題について否定説を支持する見解である。もうひとつは、完全肯定説を支持する見解である。

両者はともに類推廃止には反対するが、［罪刑法定原則］をとるか否かについては見解が分かれる。すなわち、前者は、［罪刑法定原則］を伝統的な罪刑法定主義と同視し、［罪刑法定原則］をとること自体を否定する。他方、後者においては、［罪刑法定原則］と類推適用は何ら矛盾しないとされるため、中国刑法はすでに［罪刑法定原則］をとっていることになるのである。以下、両者の論旨を区別してみていく。

まず、否定説に立脚し、類推適用は中国の［法制］原則であるとし、後期類推存廃論争においても類推存置の論陣を張った侯国雲論文[19]を中心に、その論旨をみていきたい。なお、本論文は、即時廃止説に対する反論の形式をとっている。

（一）類推適用は封建刑法の罪刑専断主義の現れであり、無辜の者をみだりに罰し、社会主義［法制］を破壊するとの主張に対して。中国の類推適用は、実体的および手続的側面から厳格に制限されているため、如何なる裁判官であろうとも恣意的に類推適用を運用することはできない。また、刑法施行一〇年間の類推適用件数は極めて少なく（全国で六〇件未満、原著者注）、無罪の者の刑事責任を誤って追及した事例もない。以上のことから、中国の類推適用は、封建刑法のそれとは異なり、罪刑専断を招くはずがなく、重要な社会主義［法制］原則である。

（二）類推廃止は市民の権利保障に有利であるとの主張に対して。かかる主張は、類推適用が罪刑専断を招き、市民の権利を侵害することのみに注意を払うだけで、類推適用が法に明文規定なき犯罪に打撃を加えることにより、市民の権利を保障できることに注意を払っていない。しかし、類推適用を廃止すれば、司法機関はかかる行為を傍観する他ない。事実、類推適用を存置してのみ、一方においては、司法機関が法に明文規定なき犯罪を速やかに処罰することができ、他方においては、類推適用を制限することにより、司法機関の類推適用の濫用を防ぐことができ、市民の人身の安全などの民主的権利が保障されるのである。

（三）司法実務において類推適用件数が少ないことは、類推が不要であることを証明しているとの主張に対して。鮑遂献[20]のいうように、刑法施行後一〇年間で、類推適用件数は五〇件ほ

どであり、主に婚姻家庭破壊罪に限定されている。しかし、たとえ類推適用件数が少なかろうが、類推適用が果たした役割を低く評価することはできない。けだし、まさに類推適用により、法に明文規定なき五〇件あまりの犯罪を処罰できたのであり、また、犯罪の発生を抑制できたからである。また、司法実務において類推適用件数が少ないことは、決して類推適用を活用する場がなかったわけではない。このことは、司法機関が類推適用を重視していないこととも関係がある。すなわち、司法機関は、法に明文規定なければ受理しない、または類推適用により処断すべきであるのに、関連する条文を直接適用する事例があるからである。したがって、類推適用件数が少ないことは、類推廃止の根拠とはなりえない。

（四）世界の大多数の国は類推適用を廃止しており、中国も廃止すべきであるとの主張に対して。一九世紀初頭、フランス人権宣言の影響を受け、西側の多くの資本主義国は類推適用を廃止し、［罪刑法定原則］をとった。しかし、一九世紀末から二〇世紀初頭にかけて、近代学派が台頭し、類推制度が改めて肯定的評価を受けるに至った。著名な刑法学者ビンディングは、「これらの法典の完全性の主張、ただその完全性を意図しているというだけの主張も、お伽話にすぎない。解釈と類推とによってのみ、法典化された部分（Rechtsteil）が乾からびてしまわないために必要なもの、すなわち歴史的発展を含むようにすることができるのである」[21]という。また、ザウアーも、「慎重にして適度な類推」を用いることは正義の帰結であり、［罪刑法定原則］を破壊するものではないという。このように、類推適用を廃止し、［罪刑法定原則］を確立した国においても、類推適用の必要性が再度認識されているのである。

（五）新民主主義革命期から現在に至るまで、類推適用は一貫して重要な［法制］原則であり、革命および建設の各歴史的段階において、法に明文規定なき犯罪を処罰し、社会の安定を維持し、国家および市民の権利保障に対して重要な役割を果たしてきた。

その他の論者は、以上の論拠以外に、次の論拠を指摘する。

（六）罪刑法定主義は犯罪を事前に法律に規定することを要求する。しかし、犯罪現象は複雑多様であるため、その結果、法律は膨大に膨れあがり、犯罪者が減少することはない。また、立法には限度があるため、「無限」の犯罪を処罰しきれない。したがって、罪刑法定主義は、犯罪闘争に不利であるばかりでなく、また無辜の者が刑事責任を追及されないよう保障することにも不利である[22]。

（七）刑事立法は実践から出発しなければならず、規定できるのは経験が比較的成熟した、または必要が切迫している問題である。しかし、経験が成熟していないものについては、執行を保証できるかわからない。したがって、経験が不足しているものを規定しても、問題解決にはならず、類推適用が必要となる。

（八）［罪刑法定原則］の下では、行為の社会危害性に照らして当該行為が犯罪であっても、法に明文規定なければ、処罰することはできない。しかし、これは事実に基づき真実を追究する［実事求是］認識路線に背馳し、犯罪およびその社会危害性に対する真理の認識を放棄することである。したがって、［罪刑法定原則］はマルクス主義的認識論に合致せず、科学的ではない。[23]

次に、［罪刑法定原則］が旧刑法の基本原則であるかの問題について完全肯定説に立脚する永久存置説をみていきたい。張明楷論文[24]では、次のような点に論拠が求められている。

（一）社会危害性は犯罪の本質的特徴である。中国は地域が広大で、人口も多く、現代化建設の新時期にあり、国家の政治、経済、文化、治安などは不断に変化している。かかる変化は、ある行為の社会危害性の有無または大小を決定する。そして、かかる社会危害性の可変性は、刑法典があらゆる犯罪を遺漏なく規定できないことを決定する。

また、人類の認識能力は無限であるが、各時代における人々の認識能力は有限である。刑事立法についていえば、立法者はすでに存在する犯罪、および将来的に発生しうる犯罪を刑法に規定しなければならないが、これを完全にやり抜くことは困難である。そのため、刑法公布後、法に明文規定なき犯罪が出現することになる。また、刑法は相対的安定性を具備しなければならず、立法者は、新たな犯罪が出現したからといってすぐに刑法を改正・補充することはできない。

以上の二点から、犯罪と効果的に闘争するためには、類推適用が完全に必要である。かかる必要性は刑法自身の必要性と併存するものである。すなわち、刑法があれば類推がなければならず、刑法が消滅して、初めて類推が消滅するのである。

（二）中国刑法学界においては、類推適用は、刑事立法が不完全であったため採用したのであり、それ故、刑事立法が完全になった暁には、類推適用を廃止できるとする見解が主流を占めている。しかし、ビンディングがいうように、刑法の完全性は相対的なものであり、社会の歴史的発展に対応するためには類推適用が必要である。

（三）ブルジョアジーの罪刑法定主義に対しては、弁証法的唯物主義および歴史的唯物主義の観点から分析し、その合理的部分を吸収し、糟粕を捨て去らなければならない。中国刑法の〔罪刑法定原則〕は類推適用と完全に一致し、両者は補充関係ではなく、さらには対立関係でもない。

これ以外に、王勇論文[25]では、類推存置の論拠として、次の点が指摘されている。すなわち、現在の改革状況では、改革および法律の間隙を突く犯罪者に対応するためには類推適用を運用することがさらに必要となる、と。

第四款　まとめ

本項では前期類推存廃論争における、各学説の主張をみてきた。ここで簡単に、本論争を振り返っておきたい。

前期の争点は、大まかにいうと、次の三点である。①類推適用は必要であるか否か、②類推適用は市民の権利を侵害するか否か、③類推存置は世界の潮流に合致するか否かである。結局、これらの論点は、前期において結論が導出されるには至らず、後期においても主要な論点として議論されることになる。

次に、前期における各学説の留意点をまとめておきたい。

まず、この時期、学界において多数説となったのは、類推適用を過渡的な例外措置とした暫時存置説であった。本説は、類推適用を過渡的な例外措置とする点において、〔罪刑法定原則〕が旧刑法の基本原則であるか否かについて、通説であった基本的肯定説に理論的に結びつき、ほとんどの場合、ワンセットで主張されている。この基本的肯定説は、建国以降反右派闘争開始前の学界の通説を発展させたものである（第一章第四節参照）。したがって、暫時存置説は、新中国において長年支持されてきた考え方に基づくものであるといえる。

次に、この時期の即時廃止説は、その論拠からみて、否定説に立脚しているといえる。したがって、基本的肯定説と対比させていうと、この説は、改革・開放以降の新たな考えに基づくものといえる。そして、その主張においては、従来の考え方が否定され、近代刑法学の成果が大幅に取り込まれている。ここで、特に重視すべき一例を挙げよう。

鮑遂献によると、中国は伝統的に法律を、市民の権利保障のためではなく、治世の道具とみなす「刑法道具論」が支配的であった。こうした刑法に対する見方は、国家本位主義および封建的独裁主義の必然的産物であるとされる。そして、固有の「刑法道具論」は、新中国成立後、刑法は階級抑圧の道具であると

するマルクス主義の命題にすり替わり、現在においてもなお払拭されていない。[26] しかし、本論争においては、即時廃止説の立場から、こうした刑法道具論は幻想にすぎず、「それ（刑法を指す）は、犯罪者に対する犯罪確定・量刑の根拠のみならず、また被告人が自己の合法的権利・利益を保護するための『大憲章』となるべきである」[27] と批判されるのである。また、陳興良も、視点を変え、社会保護本位論－権利保障本位論の対立軸から、「刑法は全社会の全ての人の行為を管理するために用いられるのではない」[28] とし、刑法万能観を批判する。これらは、まさしく伝統的な考え方が否定され、近代刑法学の成果が吸収された例であろう。

また、即時廃止説の主張が、その他の説と異なり、類推存廃の根底にある刑事立法の在り方に対する価値観の問題にも踏み込み議論していることも看過してはならないであろう。かかる議論は、後期類推存廃論争において深みを増し、廃止説の中核理論となる。

最後は、永久存置説である。この説は、否定説に立脚する見解と完全肯定説に立脚する見解に分かれる。そのため、類推存置の論拠自体に大きな違いはないが、前者は［罪刑法定原則］を採用すべきではないとし、後者は［罪刑法定原則］はすでに中国刑法の基本原則であるとする点で異なる。そして、これらの論拠から、次の二点を指摘することができる。

ひとつは、中国において罪刑法定主義の思想が浸透しにくい要因を、この説の論拠に垣間見ることができることである。例えば、社会危害性理論および実質的犯罪概念を中心とする刑法理論、司法実務における形式原理を軽視した法適用などである。これらが形式的な法適用を前提とする罪刑法定主義に矛盾することは明らかであろう。

もうひとつは、類推廃止により、刑法の社会保護機能が低下することに対する憂慮が顕著に現れていることである。この点について、この時期、陳興良は、「罪刑法定と類推の矛盾は、刑法の保障機能と保護機能の矛盾のみならず、また、西洋の法律文化と中国の伝統法律文化の矛盾でもある」[29] と指摘している。これは、永久存置説のみならず、暫時存置説に対しても向けられた批判であるが、ここから、類推存置を支持する根底に、権利保障よりも社会保護を優先させる社会保護本位論が潜んでいることを看取できる。

次項では、後期類推存廃論争を考察する。そこでは、前期において即時廃止説が指摘した類推存廃の各立場の根底にある思考様式の対立軸が、より明確な形で表面化することになる。

（1）高銘暄「試論我国刑法改革的幾個問題」中国法学一九九六年第五期一三頁。
（2）同右。
（3）蘇恵漁・游偉「樹立科学思想　完善刑事立法――対我国刑法改革問題的再探討」政法論壇一九九七年第一期三頁。
（4）蘇恵漁・游偉「社会転型時期我国刑事立法思想探討」法学一九九四年第一二期一〇頁も同趣旨である。
（5）趙秉志・肖中華「罪刑法定原則的確立歴程」複印報刊資料刑事法学一九九八年第九期（原載：河北法学一九九八年第三期）七頁。
（6）陳興良主編『刑法疎議』（中国人民公安大学出版社、一九九七年）二二頁。
（7）趙秉志など前掲注（5）七～八頁。
（8）周振想編『刑法学教程（第二版）』（中国人民公安大学出版社、一九九七年）一二頁、李淳・王尚新主編『中国刑法修訂的背景与適用』（法律出版社、一九九八年）六頁。
（9）周振想同右および趙秉志主編『新刑法教程』（中国人民大学出版社、一九九七年）二頁。
（10）趙秉志など前掲注（5）八頁。
（11）同右。
（12）廖増昀「我国刑法応明確規定基本原則」中国法学一九九〇年第一期五九頁。
（13）李由義「罪刑法定和類推」法学研究一九八〇年第五期二四頁。
（14）鄧又天「談談我国刑法中的類推」西南政法学院学報一九八〇年第二期四〇頁。
（15）鮑遂献「類推制度応当廃止」法学評論一九九〇年第四期五七頁以下。
（16）陳興良「論我国刑法的発展完善――関於罪刑法定、罪刑相適応原則的思考」中国法学一九八九年第三期五四～五五頁。
（17）以上の論拠については、黄太雲「類推応該取消、刑法必須完善」法学一九九〇年第一一期三八頁以下参照。
（18）李華平「嫌疑取消刑法中的類推制度」法学雑誌一九九〇年第二期四一頁。
（19）侯国雲「廃除類推制度的質疑」法学評論一九九〇年第四期六〇頁以下。
（20）鮑遂献前掲注（15）五八頁。
（21）ビンディングの記述については、日本刑法学会編『刑法講座（第一巻）』（有斐閣、一九六三年）四四頁を参照した。
（22）周密「罪刑法定還是法律類推」法学研究一九八〇年第五期二九頁。
（23）以上の論拠については、朱建華「罪刑法定原則否定論」

法学雑誌一九八五年第一期五六頁参照。

(24) 張明楷「関於類推適用的幾個問題」法学研究一九八七年第二期四六頁以下。

(25) 王勇「関於修改刑法的幾個問題」複印報刊資料法律一九八八年第七期（原載：内蒙古社会科学文史哲版一九八八年第三期）。

(26) 鮑遂献「面臨挑戦的中国伝統刑法」法学評論一九八八年第二期二〇頁。

(27) 同右、二一頁。

(28) 陳興良前掲注（16）五四頁。

(29) 同右。

刑法中的罪刑法定主義在中國
—— 対当代西方法的拒絶與繼承

坂 口 一 成*

一九九七年經過修改的中華人民共和國刑法明文規定了罪刑法定原則。這對建國以來一貫允許類推適用的中國來説，是一件大事。而新刑法公布以後，日本卻有許多學者将其解釋為中國採用罪刑法定主義。

但筆者認為，這種看法並沒有成立的條件。首先，在舊刑法頒布(一九七九年)後到新刑法頒布前這段期間，中國刑法理論界並無将罪刑法定原則解釋為近代刑法上的罪刑法定主義，而且在刑事立法和司法實踐上有很多地方悖於罪刑法定主義。例如，類推適用、刑法亦可溯及既往、絶對的不定期刑、定義不明確的規定、實質社會危害性的犯罪觀、越權司法解釋、勞動教養等等制度(第一章)。其次是在修改刑法典時討論當中的一個熱點，關於是否採用罪刑法定原則的問題上，圍繞著就是否取消類推適用進行熱烈討論。這場爭論表明了罪刑法定原則而並非所謂的罪刑法定主義。因為舊刑法有很多地方悖於罪刑法定主義，所以要確立罪刑法定主義，僅僅取消類推適用是遠遠不够的(第二章)。最後，新刑法也有很多地方悖於罪刑法定主義；包括，定義不明確的規定、實質社會危害性的犯罪觀、越權司法解釋、勞動教養等等制度(第三章)。這些即是本文想要主張的重點。

以上既説明了中國的罪刑法定原則並非罪刑法定主義，那麽，這個結論也就産生了另一個問題。就是，為甚麽中國的罪刑法定原則並非罪刑法定主義呢？換句話説，有甚麽要素阻礙了中國接受近代刑法的罪刑法定主義呢？對此，本文認為，這是因為中國傳統法律文化和從舊蘇聯繼承的社會主義刑法理論進行融合的結果。也就是説，在傳統中國法中所謂的犯罪，是社會上的有害行為，而人們認為這些行為是應該受到懲罰的。這樣的思想代表了追求實質價値的觀念與以保護社會為本位的立場。而且，社會主義刑法理論採用了以社會危害性為核心概念的實質性犯罪定義，從而在當代中國也較容易接受和維持追求實質價値觀和社會保護本位論。