



Title	中国刑法における罪刑法定主義の命運（2・完） ー近代法の拒絶と受容ー
Author(s)	坂口, 一成; SAKAGUCHI, Kazushige
Citation	北大法学論集, 52(4), 197-266
Issue Date	2001-12-21
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15102
Type	departmental bulletin paper
File Information	52(4)_p197-266.pdf



中国刑法における罪刑法定主義の命運（二・完）

——近代法の拒絶と受容——

坂口一成

目次

はじめに

第一章 旧刑法下での論争

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 前期類推存廢論争
- 第三項 後期類推存廢論争
 - 第一款 廢止説の主張
 - 第二款 存置説の主張
 - 第三款 存置説からの反論
 - 第四款 廢止説からの反論
 - 第五款 まとめ
- 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
 - 第一項 立法機關
 - 第二項 人民法院
 - 第三項 人民檢察院
 - 第四項 公安機關
 - 第五項 まとめ
- 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
 - 第一節 新刑法の到達点
 - 第一項 刑法規範の到達点
 - 第二項 刑法の外的環境の到達点
 - 第三項 まとめ
- 第二節 新刑法の問題点

(以上三号)
(以下本号)

第一項 刑法規範の問題点

第二項 刑法の外的環境の問題点

第三項 まとめ

むすび

法文化論の視点から

社会主義刑法理論の視点から

人権概念の視点から

まとめ

第三項 後期類推存廢論争

六・四事件の影響による刑法典改正作業中断後、一九九三年には再び類推存廢をめぐる論争が活発化した。当時、学界は即時廢止説および永久存置説に二分されており、その大多数は即時廢止説の支持者であった。先述のように、これは八〇年代末に多数説であった暫時存置説の支持者が、即時廢止説を支持するようになっていたためである（以下、それぞれ「廢止説」、「存置説」と略す）。

その後、一九九四年に「市場経済と刑法の改正および完全化」

を中心議題とした中国法学会の刑法学専門学术研究討論年次大会が開催された。ここに至り、類推適用を廢止した上で、「罪刑法定原則」を明文規定するとの見解が、新中国成立以来初めて学界の支配的見解となった。⁽¹⁾

以下では、両説の主張をみた後、それぞれの反論をみる。

第一款 廢止説の主張

本款では、廢止説の主張をみていく。以下では、後期類推存廢論争において、新たな打ち出された論点、および理論的に發

展がみられた論点をみる。

(一)「罪刑法定原則」の基本的意味は、犯罪およびそれに対する刑罰を、事前に法律に明確に規定しなければならぬということである。他方、中国の類推適用は、まさに法に明文規定なき犯罪の行為の刑事責任を追及するための制度であり、これは本質的に「罪刑法定原則」と背馳する。また、刑法総則の類推適用により処断した犯罪は、各則条文に規定がなく、それが依拠するのは「最も類似した」条文であるにすぎず、「罪刑」に「法定」はない。

また、大多数の国では被告人に有利な類推を認めている。しかし、かかる類推は表面的に罪刑法定主義に背馳しているだけで、実際には罪刑法定主義が要求する国家の司法権を制限し、市民個人の権利を保障する「法制」精神を具現している。他方、中国刑法の類推適用はこれとはまさしく反対に、最大限に犯罪を抑制することを目的とし、被告人に不利な角度に立ち、「法の外で罪を処罰」し、内容から形式に至るまで、いずれも罪刑法定主義から完全に背離している⁽²⁾。

(二)類推適用の拡張性は、法に明文規定なき行為を犯罪として処断できるため、保護機能の実現に有利である。他方、「罪刑法定原則」の制限性は、刑罰権を制限し、刑罰の濫用を防止

するため、保障機能の実現に有利である。過去の計画経済システム下においては、社会および国家の利益が強調され、かなりの程度個人の利益が無視されてきた。その刑法観念における反映は、社会保護機能の過度の強調である。このような社会価値の背景の下では、類推適用の存在は現実的合理性を獲得する。他方、市場経済下では、個人の権利は日増しに重視され、比較的自由な社会環境が次第に形成されている。したがって、刑法機能の重心も社会保護機能から人権保障機能へと転換すべきである。かかる状況においては、類推適用はその存在の合理的基盤を喪失する⁽³⁾。

(三)刑法の社会保護機能と権利保障機能は一定程度対立する。そのため、立法者は刑法制定時に、極めて慎重な価値選択を行うよう要求される。そして、類推適用の存在は実質的に、立法者の社会保護本位論への価値志向を表している。しかし、私見では、制限のない刑罰権が市民にもたらす損失と、刑法の公正および人道的刑法の権利保障の価値とを比べると、類推適用を廃止し、ごく少数の「例外」行為を放任する方法は、刑法の些細な欠陥にすぎず、また「罪刑法定原則」を確立した刑法が避けられない代価でもあり、そのメリットはより大きい⁽⁴⁾。

(四)市場経済下の法律は、市場主体ならびにその経済行為

およびその他の行為に、比較的大きな「自由度」および「法が関与しない空間」「法外空間」を提供しなければならない。これらがなければ市場経済の繁栄は不可能である。また、市場経済は、実行可能性および効率性の分析を基礎に成り立つものである。かかる分析には、安定かつ信頼できる背景下での予測が必要となる。そのため、良好な経済秩序以外に、刑法により行為の限界を明確に画定することが必要となる。⁽⁵⁾

(五)「経験立法」は比較的安全であるが、社会生活のニーズに立ち後れることになる。特に社会生活に劇的な変動が起こっている状況の下では、その遅れは大きい。社会生活が発展すれば、法律による規制が必要となるが、「経験立法」に基づけば、経験がない状況の下では軽々しく立法を行えず、法律の盲点が現れることになる。そのため、社会生活を先導する役割を果たす「超前立法」⁽⁷⁾を採用し、この不足を補うべきである。⁽⁶⁾

(六) 社会主義市場経済システムへの移行に伴い、市民社会が政治国家に吸収された一元的社会構造の根元となる計画経済の集権モデルは、最終的に廃棄されることになる。そして、現在市場経済化を推し進めている中国は、市民社会と政治国家が分離した二元的社会構造の建設に邁進している。市民社会とは、市場経済を基礎とし、契約関係を中軸とし、権利本位を核心と

し、権力―権利関係の明確化を前提とする社会構造体系である。かかる二元的社会構造においては、法律で禁止されていない行為は、政治国家、ひいては刑法が干渉する理由とはならない。⁽⁹⁾

(七) 類推適用の承認権は最高人民法院にある。しかして、実際に類推適用を運用するのは一般的に基層または中級人民法院である。しかし、両者は審級において隔たりが大きい。そのため、事件を担当する法院の同級人民検察院が類推適用を誤りと判断しても、通常の訴訟手続に照らしてプロテスト「抗訴」を提起することができない。また、刑事訴訟法によると、最高人民検察院が最高人民法院の類推適用に誤りを発見しても、プロテストを提起する権限はなく、裁判監督手続により再審を建議できるだけである。しかし、再審の建議には法的強制力はなく、最高人民法院が拒絶すれば、監督を実施することはできない。⁽¹⁰⁾

(八) 類推適用は時間を無駄に浪費する煩雑な手続を経て、級を追って上級に審査のために報告しなければならない。これは、類推適用による事件処理の効果からみて、大量の人的資源および時間を浪費するだけではなく、法律執行の厳肅性をも損ない、速やかかつ的確に犯罪に打撃を加え、社会の安定を維持することに不利である。⁽¹¹⁾

(九) 刑法は「罪刑法定原則」を明確に規定しておらず、却つて類推適用を規定している。中国刑法の類推適用は独裁国家の類推と本質的に違うが、その弊害も明白である。すなわち、刑法規範に確定性がなく、人権保障に非常に不利である。⁽¹²⁾

(一〇) 法律は行為規範であり、市民ができることおよびできないことを規定する。そして、社会生活において存在する、法律に肯定も禁止もされていない利益または行為は処罰されない。こうしてのみ、市民の権利は最も信頼できる保障を受け、行為の自由度も最大限發揮されるのである。しかし、類推適用はこれとは正反対である。そのため、類推適用が濫用されようがされまいが、それ自身が市民の権利を妨害しているのである。⁽¹³⁾

第二款 存置説の主張

本款では、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否定説に立脚し、存置説を主張する侯国雲論文みていく。次に、完全肯定説に立脚し、存置説を主張する見解をみることにする。ここでも前款と同様に、新たに打ち出された論点、および理論的に発展を遂げた論点をみていく。

侯国雲論文⁽¹⁴⁾では、次の点に論拠が求められている。

(一) 類推適用を廃止し、厳格な「罪刑法定原則」を徹底するためには、完全な刑法典が必要となる。しかし、中国は完全な刑法典を制定するために必要な立法経験を欠いている。また、システム改革は定型化されておらず、新たな問題が引き続き出現することが予想される。かかる状況の下で、立法機関に完全な刑法典の制定を要求するのは、明らかに現実的ではない。一歩譲って、立法機関が将来発生しうる犯罪全てを予見できるとしても、司法実務の経験を欠いた規定が実際と合致するか保証できない。万が一合致しない場合はどうするのか？現行規定に照らして執行すれば、犯罪者を放任することになる。また、刑法を改正すれば、事前に規定した意義を失い、さらには刑法の安定性に影響を及ぼすことになる。

(二) 「罪刑法定原則」は、次の二点において実務において堅持できない。ひとつは、立法上堅持できない。すなわち、「罪刑法定原則」によると、立法機関は犯罪闘争の経験に拘わらず、全ての犯罪および刑罰を事前に刑法に規定しなければならぬ。これは事実に基づき真実を求める認識路線に違背しており、その結果、必然的に立法機関に困難をもたらすことになる。もうひとつは、司法上堅持できない。すなわち、「罪刑法定原則」によると、裁判官は過去の成文法に基づき現在の犯罪を処理で

きるだけで、現在の犯罪が過去の成文法に規定されていない場合は刑事責任を追及できない。これは方法論からみて、完全に孤立的かつ静止した観点から犯罪現象をみており、複雑多様な犯罪現象に適応させることはできない。このことは自らの手足を縛ることであり、犯罪を座視して人民の利益に危害を及ぼすことに他ならない。これは実務において明らかに堅持できないことであり、人民も満足しないであろう。

(三) 中共一二期三中全会以来、中国は公有制が国を支配する経済システムを改革してきた。その一方で、近年、刑法に規定されていない新たな犯罪（例えば、法人犯罪、毒物犯罪、瑕疵ある商品製造・販売犯罪など）が相次いで出現している。このことは、改革・開放の不断な進展に伴い、新たな犯罪も不断に出現することを示している。しかも、中共一四回大会では、市場経済建設が改革の目標とされたのである。これに伴い、市場メカニズムが大幅に導入され、社会の連係維持の紐帯および社会構成員の相互関係に重要な変化が生じ、社会統制の難度が大幅に増加した。これ以外に、政府の権能にも重大な変化が生じた。以前の縦割りの行政命令、直接的な管理、具体的関与が横断的な統一的分配計画、情報案内、組織的協調に転換した。しかも、市場経済建設は始まったばかりであり、市場メカニズム

の導入、政治システム改革も実現されていない。そのため、たとえ刑法典を改正しても、新たな犯罪を遺漏なく規定し尽くすことは不可能である。

(四) 法に明文規定なき犯罪的行為の刑事責任を追及する方法は、世界に四種類しかない。第一は、日本、ドイツなどの擴張解釈である。第二は、英米法系国家における新判例の創造である。第三は、類推適用である。すなわち、法に明文規定のない犯罪的行為について、刑法各則の最も類似した条文を「比照」して処断し、かつ、一定の制限要件を課す方法である。例えば中国、デンマーク、グリーンランドなどである。第四は、裁判官が刑法各則のある条文に直接依拠することを勝手に決定し犯罪を処断する方法である。これは、近年中国の司法実務において現れた個別の誤った方法である。

以上の中で、中国の類推適用のみが、法に明文規定なき犯罪的行為の刑事責任を追及でき、かつ、裁判官の恣意的な人権侵害を防止することができる。ただし、擴張解釈および新判例の創造には、厳格な制限要件と適用手続がなく、他方、中国の類推適用には厳格な制限要件があり、如何なる裁判官であろうとも、恣意的に類推適用を運用して人権を侵害することはできないからである。

また、類推適用を廃止すれば、法に明文規定なき犯罪的行為の刑事責任を追及できず、司法実務においては「拡張解釈」または「裁判官が恣意的に決定する」方法により、法に明文規定なき犯罪的行為の刑事責任を追及できるだけである（追及しないことはありえない、原著者）。しかし、これらを用いると、人権侵害の防止は困難になる。したがって、裁判機関による人権侵害を防止するための最善策は、厳格な制限要件のある現行の類推適用を存置することである。

(五) 一九世紀末から二〇世紀初頭にかけて、罪刑法定主義は衰退し始めた。日本の拡張解釈は、実質的には類推解釈であり、英米国家における裁判官による新判例の創造が果たす役割も、類推適用と完全に同じである。また、西側にも刑法に類推適用を規定している国もあり、これに如何なる制限要件も加えない国もある。要するに、ブルジョアジーはすでに自らが創立した罪刑法定主義の初志をすっかり捨て去り、罪刑法定主義は事実上まさに衰退の一途を辿っているのである。したがって、他人の真似をして、形式的かつ有名無実な「罪刑法定」を行う必要はない。

次に、完全肯定説の立場から存置説を主張する薛瑞麟論文⁽¹⁵⁾をみる。そこでは、類推適用と類推解釈は異なるものとした上で、

類推解釈は「罪刑法定原則」の必要的補充であるとする。そして、その論拠を中国の人権理論に求め、次のようにいう。「西側の罪刑法定主義の理論的支柱のひとつである人権理論が強調するのは、個人の人権である。これはすなわち、人権を個人主義的に理解しているのである。他方、我々が追求するのは、集団の人権の主導下における個人の人権である。換言すると、中国は個人の人権を重視しているが、西側と比べて、集団の人権をより重視・強調しているのである。なぜなら、集団の人権および民族の人権が十分に保障されてはじめて、個人の人権が実現されるからである。この点は、西側と截然と異なる」と。さらに、司法解釈における類推解釈は少数であり、その対象となる行為が社会危害性を具備し、かつ、可罰性を具備することが前提となつていことから、人権保障の問題は生じないという。

第三款 存置説からの反論

本款では、第一款でみた廃止説の主張に対してなされた、存置説側からの反論をみていく。ここでも、前款と同じく、侯国雲論文⁽¹⁶⁾を中心に、その論旨をみていく。

(一) 司法実務における類推適用件数は少ないとの主張に対

して。不十分な統計によれば、一九八〇年に刑法が実施されてから現在までの類推適用件数は七〇件強しかなく、その犯罪類型も一〇種類ほどしかなく、かつ、主に婚姻家庭破壊罪に集中している。これを根拠として「類推適用は有名無実で、実際には引き続き存置する必要はない」とする論者もいる。しかし、「七〇件強」の数字が僅少であることを否定しないが、この数字が問題の実質を表しているわけではない。類推適用件数を少なくした原因は、決して類推適用を必要とする事件が少ないからではなく、人為的要素がもたらしたものである。すなわち、

①類推適用を必要とする多くの事件が、公安、司法機関により行政処罰などで直接消化され、犯罪として処断されていない。

②類推適用を必要とする事件に対して、司法機関が関連する刑法条文を直接適用して処断している。

③類推適用を必要とする事件について、最高人民法院が刑法条文を直接適用する旨定めた司法解釈を發布した。

④全国人大常委員会は旧刑法施行後多くの単行刑法を制定し、多くの犯罪を新たに規定したが、制定前においては類推適用を必要とするにも拘わらず、類推適用を運用しなかった。もし、これらの人為的要素がなく、司法機関が類推適用を重視していれば、類推適用件数は恐らく七〇〇件でも足りず、その犯罪類型も少なくとも数十種に上るであろう。

したがって、類推適用件数から、「類推適用は有名無実で、実際には引き続き存置する必要はない」との結論は導出されえない。

(二)類推適用は封建時代の罪刑専断主義の表れであり、刑罰の濫用を招くとの主張に対して。類推適用が封建社会において罪刑専断主義の表現形式であったというのは正しい。しかし、中国の類推適用には厳格な制限要件があり、如何なる裁判官であらうとも恣意的に類推適用を運用できない。この意味において、中国の類推適用は人権を侵害しないだけでなく、また裁判官の恣意的な拡張解釈を防ぐこともでき、人権保障の役割を果たしている。したがって、中国の類推適用は封建時代の類推とは異なり、刑罰の濫用を招くはずがない。

(三)類推適用は人権保障に不利であるとの主張に対して。廃止説のいう人権保障は、第一に被告人、すなわち犯罪者の人権保障をいう。しかし、被告人の人権と被害者の人権はトレードオフの関係にあり、一方を保障すれば他方は侵害されることになる。この場合は、被害者の人権保障を強調すべきである。けだし、被害者は無辜の者であり、被告人と比べると大多数だからである。したがって、大多数の人権を犠牲にして、被告人の人権を保障すべきではない。

次に、廃止説は、法に明文規定なき犯罪的行為の刑事責任を追及することが、人権侵害であるとする。しかし、被告人の行為が法律に犯罪と規定されていなくとも、それは畢竟、社会に重大な危害を及ぼし、他人の権利を侵害するものである。したがって、被告人が刑罰を受けるのは当然であり、人権侵害の問題は全く存在しない。

また、廃止説は類推適用により人々が被告人になる可能性があるという。しかし、このような憂慮は、ただ良心に背くことを行つたため被告人となる可能性がある者だけである。大多数の人民は、法に明文規定なき犯罪的行為による侵害を憂慮する必要がなくなるため、逆に安心するのである。

(四)類推適用は「罪刑法定原則」に抵触し、各国刑法の発展の趨勢に矛盾するとの主張に対して。世界各国、特に大多数の西側資本主義国は罪刑法定主義を規定している。しかし、これらの国においても、拡張解釈または判例の創造により、法に明文規定なき犯罪的行為の刑事責任を追及している。したがって、拡張解釈または判例の創造は、中国の類推適用と同様に、「罪刑法定」を破壊するものである。

また、廃止説の論者は、「類推から「罪刑法定」は……近代から現代へとの、各国刑法の発展の大趨勢である」とする。し

かし、私見では、大多数の国は公然とは罪刑法定主義を排斥していないが、実際には罪刑法定主義に背馳する措置をとっている。さらに、類推適用を歴史的後退とみる論者もいる。しかし、新たな類推適用は封建時代の類推の単純な繰り返しではなく、刑事司法および刑法理論の新たな飛躍である。したがって、中国の類推適用は各国刑法の発展の趨勢に矛盾するどころか、この発展の大趨勢に適應しているといえる。

(五)類推適用は国際的な批判を招くとの主張に対して。諸外国は、我々が法に明文規定なき犯罪的行為の刑事責任を追及し、人権を侵害している批判する。しかし、右述のように、現代世界、特に西側資本主義国において、いわゆる罪刑法定主義は全く存在していない。なぜなら、そこでも法に明文規定なき犯罪的行為の刑事責任を追及しており、単に我々の方法と異なるにすぎないからである。法に明文規定なき犯罪的行為の刑事責任を追及することが人権侵害であるというならば、彼らの人権侵害は我々よりもはるかにひどい。けだし、彼らには厳格な制限要件がないからである。したがって、類推適用が国際的イメージを損なうとの主張も成り立たない。

本款では、廃止説の立場からなされた存置説に対する反論をみていく。以下ではまず、胡雲騰論文⁽¹⁷⁾を軸に、存置説の主張に対する反論をみた後、存置説の反論に対する再反論をみていく。

(一) 立法経験が不足との主張に対して。類推存廢は立法経験とは何ら関係なく、価値志向および立法に対する考え方の問題である。例えば、資本主義国は建国直後、ひいてはその前後に、立法経験が完全に空白であったにも拘わらず、類推適用を廃止し、罪刑法定主義を採用した。また、罪刑法定主義の採用と立法経験が多少なりとも関係があるとしても、立法経験の「豊富さ」を如何に正しく認定するのか？完全無欠の法律など存在しないのである。

また、別の論者は次のようにいう。立法経験についていえば、世界で最初に罪刑法定主義を規定した刑法典は一七九一年のフランス刑法典である。我々の立法経験は二〇〇年前の立法者になお及ばないというのか？実際には、立法は経験蓄積の問題のみならず、理性構造の問題でもある⁽¹⁸⁾。

(二) 「罪刑法定原則」は堅持できないとの主張に対して。この主張は次の三点から成り立たない。①中国刑法は「罪刑法定原則」を規定していないのに、何故堅持できないと断言できるのか？また、世界の大多数の国では、堅持されているのに、

何故中国では堅持できないのか？②現在の司法実務において法律が厳格に遵守されていないことを、「罪刑法定原則」立法化を否定する根拠とすべきではない。「罪刑法定原則」を立法化するかどうかは、それ自体に科学的根拠があるのか、および社会主義「法制」建設に必要なにより判断すべきである。③「罪刑法定原則」が堅持できないとすれば、問題は実務部門にある。問題解決の方策は「罪刑法定原則」を犠牲にして実務部門に迎合するのではなく、それらに「罪刑法定原則」を遵守するように求めることである。

(三) 市場経済建設と政治システム改革を保障するためには、類推適用が必要であるとの主張に対して。私見では、類推適用は市場経済建設と政治システム改革を妨害するだけである。その根拠は次の通りである。①これらの試みは前人未踏のものであり、これらを達成するためには、全社会の広範な市民が積極的に模索・独創することが必要となる。しかし、類推適用を存置すれば、市民の積極性および創造性を抑圧することになる。

②存置説のいうように、社会転換期および市場経済下では、人々の自由が広がり、法律規範が追いつかないため、法律の欠缺が生じる。しかし、全国人大は年に一回開催され、全国人大常委員会は二ヶ月に一回開催されているため、これらの補充立法によ

りこの問題を解決することができる。

(四) 拡張解釈および新判例の創造よりも、類推適用の方が恣意的ではないとの主張に対して。①拡張解釈と類推解釈は、対象、使用方法および範囲などの点で異なる。両者の決定的な違いは、前者の意味は条文の中にあるが、後者の意味は条文の外にあることにある。そのため、世界各国の立法および司法において拡張解釈が取り入れられているのである。②大陸法系国家では成文法が通用しており、ここでは「法に明文規定なき」の意味が一目瞭然である。他方、英米法系国家においては、慣習法および判例法が主体であり、刑法法定主義の表れ方は大陸法系国家とは異なる。しかし、判例の創造に際しては、厳格なルールを遵守しており、全ての裁判所または裁判官が判例を創造できるのではなく、また、勝手に判例を創造しているわけでもない⁽¹⁹⁾。

(五) 世界的潮流として、刑法法定主義は衰退を辿っているとの主張に対して。私見では、世界各国における刑法法定主義の現状は次の通りである。①一部の政教一致国家、独裁国家および戦時下の国家を除き、およそ現代的「法制」を確立した成文法国家は、刑法法定主義を明文規定している。②刑法法定主義は各国の国内法で普遍的に規定されているだけでなく、国

連の重要な文書および国際規約(例えば、「世界人権宣言」、「市民的及び政治的権利に関する国際規約」など)で繰り返し規定され、すでに国際社会公認の「法制」原則となった。③存置説のいう類推を採用している国は、二〇〇近い国または地域のうち、デンマーク、グリーンランドおよび中国の三国のみである。しかも、グリーンランドはコモン・ロー国家であり、また、デンマークの類推も拡張解釈の範囲を超えていないという。したがって、存置説のかかる認識は正しくない⁽²⁰⁾。

次に、存置説の反論に対する廃止説からの再反論をみる。

(一) 類推適用件数は人為的要素により抑えられ、実際には大量に上るとの主張に対して。存置説の論者がいうように、類推適用件数が少数であることを根拠に類推適用を有名無実とするのは、単純化の嫌いがあり、説得力に欠ける。しかし、一歩進んでこの問題の原因を考察したならば、まさに類推適用を規定しているため、司法機関が法に明文規定なき犯罪的行為に対して、類推適用を運用せずに、最も類似した刑法条文を直接援用しようとすることを看取できる。なぜなら、類推適用が存在する司法構造において、裁判官の脳裏には「法に明文規定がなければ犯罪ではない」との観念が欠けているからである。したがって、類推適用の存在自体が裁判官に「法に明文規定がなく

とも刑罰を適用できる」と考えさせるのである。⁽²¹⁾

(二) 中国の類推適用は封建時代の罪刑專斷とは異なり、刑罰の濫用を招かないとの主張に対して。当然、我々も嚴格に制限された類推適用と罪刑專斷を同日に論じることではできないことを認めるが、この見解には賛同できない。ここで関わる問題は、「罪刑法定原則」と類推適用という司法制度において、裁判官の行為がより嚴格な制限を受けるのは結局どちらの司法制度であるか、ということである。結論はいわずとも明らかである。類推適用による犯罪確定は、たとえ嚴格に制限され、人権を侵害するといわなくとも、少なくとも人権に対する保障が不足しているということができ、どうして人権保障を語ることができるのか？たとえ恣意的な違法な專斷があつたとしても、また個別の裁判官自身の問題であり、類推制度の問題ではないとするような人と制度を截然と分ける見解も成立しえないものである。実際に、「罪刑法定」がある司法制度においてのみ、裁判官の行為は「法制」の範囲内で運営され、⁽²²⁾ そうしてこそ人権はより適切な保障を受けるのである。

(三) 類推適用に人権侵害は存在しないとの反論に対して。類推適用が罪刑專斷、無辜の者への刑罰の濫用、および人権侵害の弊害を招くといったことはやはり類推適用固有のものである。

る。また、類推適用の嚴格な制限要件は、これらの弊害を減少させるという効果はあるが、根本的にこれらの弊害を除去することはできない。⁽²³⁾

さらに、刑法は被害者の人権を保障すべきとの主張に対しては次のようにいう。刑法における人権は、第一に被告人の実体的権利を指す。これは現代的法治が専制社会の刑事制度と区別される重要な特徴のひとつである。しかし、刑法における人権保障は被告人の人権保障のみにとどまらず、その最深層の意味は市民全体の個人の権利に対する保障にあるというべきであり、まさにこの意味において、刑法は犯罪者のみならず、市民の自由のマグナ・カルタでもあるのである。この思想は、現代的法治国家の刑法の魂と真髄であり、また現代刑法と以前の專斷刑法との最も根本的な違いのひとつでもある。⁽²⁴⁾

(四) 罪刑法定主義は資本主義国において放棄されたとの主張に対して。今日、罪刑法定主義はその地位が大幅に向上し、刑法原則から憲法原則となり、国内法の原則から国際法の原則へと発展した。また、罪刑法定主義は近代社会の「法制」建設の礎石として、またそれが表す「法制」精神および追求する価値目標に、変化または消滅の問題は存在しない。しかも、罪刑法定主義は時間の推移および時代の変遷に伴い改善されており、

放棄されているわけではない。⁽²⁵⁾

(五) 社会危害性が可変的であるため、犯罪と効果的に闘争するためには類推適用が必要であるとの主張に対して。私見では、かかる観点は刑法の技術的分析のみを重視し、刑法の価値的分析を軽視している。事実、近代啓蒙運動開始後、類推適用が排斥された理由は、技術的なものではなく、価値的なもの、すなわち、人権を保障するために刑罰権を制限することであった。したがって、類推から「罪刑法定」への歴史的転換は、社会の価値観の重大な変化を前提とするものであり、技術的な判断にとどまらない。我々の今日における類推から「罪刑法定」への発展も、同じく刑法観の変遷に伴うものである。また、現代社会において人権保障は非常に重要な意義があり、法に明文規定なき犯罪的行為の刑事責任を追及することは、間違いなく司法の専断であり、人権侵害の危険性を孕んでおり、これと近代的「法制」の民主主義精神は背馳するものである。ここから、「罪刑法定原則」を確立すれば、たとえ有限の法が無限の事情を規律できないという欠点が存在するとしても、類推適用を許容し刑罰の濫用を招きうる潜在的危険性と比較すれば、後者ではなく前者を選択すべきである。⁽²⁶⁾

第五款 まとめ

これまでの考察から、後期においては多くの新たな論点が打ち出されているだけでなく、前期において打ち出された論点についても掘り下げた議論がなされていることが分かる。この時期の議論の特徴として、次の三点を指摘することができる。

第一に、人権概念が主張の論拠として語られるようになったことである。前期においても類似の議論は「市民の民主的権利」などのチームで行われていたが、「人権」というチームはみられなかった。これは、一九九一年に国務院が「中国の人権状況」と題する人権白書を公表し、人権概念を公式に認めたからである。しかし、人権白書において主張された人権概念（いわゆる「官方的人権」）は、近代法が一般的に考える個人が享有主体である人権概念とは異なり、次のような特徴を有している。すなわち、「……『個人的人権』は、『生存権』第一、権利と義務の統一の原則、『発展権』重視によつて、集団的・国家的利益の低位に立ち（『質』的観点より『量』的観位の優位……）」といたものである。つまり、近代法とは異なり、人権の享有主体は個人のみならず、集団または国家の「人権」なるものが觀念され、かつ、後者が優先されるのである。こうした中国の公

式的な人權概念の影響は、存置説の主張の中に色濃く現れている。

第二に、前項第四款で指摘したように、後期においても類推存廢をめぐる各立場の根底にある思考様式を対立軸とする議論が、廢止説の立場から展開された。この時期、廢止説が新たに打ち出した枠組みとして、「経験立法」―「超前立法」、社会保護機能―權利保障機能、社会保護本位論―權利保障本位論などの二項対立モデルがある。

第三に、市場経済が必要とするのは「罪刑法定原則」であるか、あるいは類推適用であるかが新たに論点となったことである。これは、中共一四回大会において、経済システム改革の目標が、社会主義市場経済への移行と決定されたことを受けたものである。したがって、類推存廢論争は刑法領域の問題とはいえ、経済システム改革の動向を無視して行われたわけではなく、ここにもいわたる「国際接軌」(グローバルスタンダードとの接合)の問題が存在することが分かる。

第四項 論争の検討

本項では、これまでみてきた廢止説および存置説の見解を元

に、本論争の対立の実質を検討していきたい。

本論争は、類推存廢をめぐり争われたのであるが、前期において即時廢止説が主張したように、その対立点の多くは、類推適用の存廢という問題にとどまらず、立法に対する思考様式の転換という問題をも含んだものであった。特に後者の対立が本論争における重要な争点となる(一)。

また、後期類推存廢論争で打ち出された新たな論拠の中にも、重要な争点が二点含まれていた。ひとつは、類推適用と人權保障の関係である(二)。もうひとつは、類推適用と社会主義市場経済の関係である(三)。以下では、この三つの争点について、検討を加えたい。

(一) 刑事立法をめぐる思考様式または価値志向の対立については、廢止説の立場から次の二項対立モデルが指摘されている。すなわち、①社会保護本位論―權利保障本位論、②「経験立法」―「超前立法」、③中国の伝統法律文化―西洋の近代法律文化である。以下、この三点について、具体的に如何なる対立があったのかをみていく。

①刑法の完全性が相対的であり、全ての犯罪的行為を遺漏なく規定できないことは、両説の認めるところである。しかし、ここから両説は正反対の結論を導き出す。すなわち、存置説は、

現実に処罰しなければならぬ犯罪的行為が存在しているため、類推適用が必要であるとす。他方、廃止説は、その不完全性は補充立法で補うべきであり、例外的な犯罪的行為を処罰しないのは、「罪刑法定原則」堅持の必要な代価であるという。つまり、存置説が社会保護本位論に、そして廃止説が権利保障本位論に立脚しているのである。

②中国では、建国以降、「成熟したものを制定する」「成熟一条、制定一条」との立法方針、すなわち「経験立法」の立場が採られていた。本論争においても、存置説は「経験立法」の立場を貫いている。この「経験立法」によれば、刑法に規定されていない新たな問題が出現した場合、それについて一定の経験が蓄積されなければ成文化されることはない。そのため、たとえ刑法に規定されていない犯罪的行為が出現したとしても、これに即応して法律を制定することができない。特に、中共一四回大会において、社会主義市場経済建設の方針が決定されたため、経済システム改革のさらなる加速は容易に予想できる。このような状況の下で、「経験立法」を固守すれば、必然的に社会の変容に後れをとり、法の欠缺が生じることになる。存置説はここから類推適用の必要性を主張するのである。

他方、廃止説は、「超前立法」を主張する。廃止説も、「経験

立法」では社会の発展に即応できず、否応なしに社会の変容に後れをとることになることを認めている。しかし、「経験立法」の結果は類推存置となるだけであるため、廃止説としては、この「経験立法」を「超前立法」に改めることを主張し、類推適用を必要とする論拠を打破しようとしたのである。

③中国が伝統的に類推を採用していたのは周知の事実であり、廃止説のいうように、その根底には、社会保護本位論が存在していた。刑法を治世の道具とみる「刑法道具主義」、および刑法をあらゆる社会問題の万能薬とする「刑法万能観」は、その表れである。存置説もかかる思考様式を受け継いでいる。すなわち、刑法が不完全であるならば、保護機能を実現するためには類推適用が必要であるといい、ほんの例外にすぎない軽い犯罪的行為を処罰するためには類推適用が必要であるというのである。他方、廃止説は、近代刑法学の成果を援用し、かかる思考様式を断固拒否するのである。すなわち、保護機能よりも保障機能を重視すべきであるといい、刑法は市民のマグナ・カルタといい、刑法は全法律体系の一部門にすぎず、その役割には限りがあるというのである。これらはいずれも近代刑法学に起源を発する考え方である。したがって、両説の対立は、それ

ぞれの根底にある思考様式または価値志向の観点からみると、中国の伝統法律文化と西洋の近代法律文化の対立でもあるといえよう。

以上、要するに、これらの思考様式または価値志向の対立においては、存置説が伝統的な思考様式に基づき、他方、廃止説は、近代刑法学の成果を吸収した(中国においては)新しい思考様式に基づいているのである。

(二) 類推適用により法に明文規定なき犯罪的行為の刑事責任を追及することが人権侵害の問題を招くかについて、両説は

全く異なる見解を主張する。存置説は、刑法が保障すべき人権は被害者の人権であり、少数の被告人の人権を保障するために、大多数の被害者の人権を犠牲にすべきではないとする。そして、類推適用を用いて処断された行為が刑法に規定されていなくとも、それは実質的に社会に危害を及ぼすものである以上、当然に処罰されるべきであり、こうすることにより、広範な市民は法に明文規定なき犯罪的行為による侵害から守られるのであるという。ここではいわゆる人権の「量的発想」を明らかに看取できる。

他方、廃止説は、刑法で第一に保障すべきは被告人の人権であるとすると、最深層の意味においては市民の人権を保障する

市民のマグナリカルタでもあるという。ここでは、近代刑法と同様に、人権の主体は市民個人であると解しており、存置説の「量的発想」とは対照的な「質的発想」を看取できる。

このように、この問題の根底には、中国の公式的人権概念(「量的発想」と近代刑法的人権概念(「質的発想」)の対立が存在しているのである。そして、本論争において、政府の公式見解に忠実な存置説の人権概念よりも、近代刑法における人権概念の方が支持を集めたことは、学界において近代刑法学の受容が進展していることを如実に物語っているといえよう。

(三) 一九九二年の中共一四回大会において社会主義市場経済システムへの移行が決定されたことを受け、後期類推存廢論争においては、市場経済が類推適用を必要とするか否かが争点となった。そして、存置説は市場経済への移行に伴い新たな犯罪が出現することが容易に予見できることから、類推適用が必要であると主張した。

他方、廃止説は、「超前立法」を採るべきであるとし、なお規定されなかつた新たな犯罪的行為については、立法(端的には、全国人大常委会による単行刑法の制定)により解決すべきであるという。また、市場経済の発展のためには自由が必要であり、そのためには刑法で明確な行為規範を画定しなければな

らないとする。かかる観点から、類推適用は市場経済の内在的要求に背馳するという。このことは、先述（前項第五款参照）のように、類推存廢論争が経済システム改革の動向を無視して行われたのではなく、刑法の領域においてもいわゆる「国際接軌」に注意が払われていたことを示している。

また、この「国際接軌」の問題は、市場経済に関する争点以外に、罪刑法定主義の国際的潮流が如何なるものであるか、および類推適用が国際的批判を受けるか否かの争点にも表れている。

以上、本論争における争点をみてきた。これらの検討を通じて、陳興良がいうように、本論争が単なる刑法制度の選択ではなく、その根底にある思考様式または価値志向の転換をも含むものであることは、明らかに²⁸⁾なつたと思われる。そして、学界において廢止説が多数を占めたことは、学界において近代刑法学の受容がかなりの程度進んだことを意味している。特に、人權概念について、公式見解に忠実な存置説よりも、近代刑法的に人權概念を構成する廢止説が多くの支持を集めたことに注意すべきである。また、本論争を通じて、司法実務において法律が規定通り運用されない現実が浮き彫りにされた。このことは、中国刑法における「罪刑法定原則」を考える上で、司法実務に

おける法適用の実態にも目を向ける必要があることを示している。ただし、「罪刑法定原則」は法律規定を遵守することを前提とするものだからである。

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

本節では、立法機関ならびに人民法院、人民檢察院および公安部の「罪刑法定原則」採用に対する見解をみたい。こうした作業を行う理由は、これらの機関の「罪刑法定原則」採用に対する見解が、必ずしも学界の動きに同調しているわけではなく、また諸機関の間においても、その考え方が一致しているわけではないからである。以下では、主に刑法典改正草案およびそれに対する意見などを手がかりに検討を加える。²⁹⁾

第一項 立法機関

本項では、刑法典改正草案を中心に、立法機関の見解を辿ってみる。まず、一九八八年九月に法工委が起草した「中華人民共和國刑法（修改稿）」第七九条では、旧刑法第七九条と同

の規定を設けている⁽³⁰⁾。また、同月に法工委刑法室(以下、「刑法室」と略す)が整理した「刑法改正に関する初歩的構想(初稿)」では、類推適用の手續的要件が煩雑であることから、「最高人民法院に承認された類推案例は、法的効力を具備し、各級

法院は「比照」して適用しなければならない」との規定を増設することを決定した⁽³¹⁾。その後、一九八八年一月一六日に法工委が起草した「中華人民共和国刑法(修改稿)」第八五条では、

「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に「比照」して犯罪を確定し科刑することができる。但し、最高人民法院の承認を得るために報告しなければならない。最高人民法院に承認された類推案例で、最高人民法院裁判委員会

が發布したものは、地方各級人民法院が「比照」して適用することができ⁽³²⁾る」と規定されており、類推適用の手續的要件が緩和された。しかし、この修正は、学界および最高人民法院の關係者を含む司法機關の多数の反対を受けたため、同年一二月二

五日に法工委が起草した「中華人民共和国刑法(修改稿)」第七九条では、旧刑法第七九条と同一の規定に戻された⁽³³⁾。その後、六・四事件が勃発したため、刑法典改正作業は中断を余儀なくされた。そして、刑法典改正作業は一九九一年には再開されたが、再開当初は反革命罪を中心に研究が進められて

いた。再び「罪刑法定原則」の問題が脚光を浴びたのは一九九三年になってからであった。

六・四事件後最初の刑法総則部分に関する刑法典改正草案は、一九九五年八月八日に法工委刑法修改小組が起草した「中華人民共和国刑法(総則修改稿)」であつた⁽³⁵⁾。本草案第三条では、

「行為時の法律に犯罪であると明文規定のないものは、犯罪を確定して科刑することはできない⁽³⁶⁾」と定め、初めて「罪刑法定原則」を明文規定した。この後、本草案以降に起草された草案は、いずれも第一章の「刑法の任務および基本原則」あるいは「刑法の指導思想、任務および基本原則」の第三条に同様の趣旨の規定を設けていた。

ところが、一九九六年一〇月一〇日に法工委が起草した「中華人民共和国刑法(修訂草案)」(意見募集稿)では、第二章「犯罪」第一条に規定が移された⁽³⁷⁾。この規定の移動に対しては、学界および司法機關から、「この原則(罪刑法定原則)を指す」が有する刑事立法および司法に対する全局的な指導的意義の地位を低下させ、罪刑法定思想を真に全面的に確立することに不利である⁽³⁸⁾との批判がなされた。そこで、この批判を受けて、同年一二月中旬に法工委が起草した「中華人民共和国刑法(修訂草案)」では、「罪刑法定原則」の規定が第一章「刑法の任務、

基本原則および適用範囲」の第三条に戻された。⁽³⁹⁾この理由は、一九九六年一月八日に最高人民法院刑法修改小組が作成した「中華人民共和国刑法（修訂草案）」（意見募集稿）に対する修正意見について」とよると、「罪刑法定原則」は全刑法規範および全ての刑法の適用過程を貫き、刑法の基本的性質と基本精神を表す準則であり、刑法を統帥する役割を果たすためであるとされてい⁽⁴⁰⁾る。本草案以降に起草された草案では、いずれも第一章第三条に「罪刑法定原則」が規定されている。

第二項 人民法院

一九八三年九月に法工委刑法室が整理した「刑法改正に関する意見」によれば、類推適用の際に、承認を得るために事件を級を追って上級に報告するのはあまりにも煩雑であり、速やかに判決の効力を生じさせることに悪影響を及ぼすため、第七九条に「最高人民法院が承認した類推案例は法的効力を有し、各級人民法院は類推して適用しなければならない」との文言を追加するように建議した法院があ⁽⁴¹⁾った。しかし、先述の通り、類推適用の手続的要件を緩和した一九八八年一月一六日の「中華人民共和国刑法（修改稿）」に対して、最高人民法院は反対

を表明して⁽⁴²⁾おり、少なくともこの時期には、最高人民法院の意見は類推適用の要件を緩和する方向にはなかつたことが窺える。その後、最高人民法院刑法修改小組が一九九一年に草稿を作成し、一九九三年に修正・補充した「刑法改正の若干の問題に関する研究および建議」では、(一)類推適用と「罪刑法定原則」は矛盾する、(二)類推適用が司法実務において果たす役割は決して大きくない、(三)改革・開放過程において出現した新たな犯罪は、実際には類推適用により処断することは難しく、立法上解決されなければならないとの理由から、類推適用を廃止した上で、「罪刑法定原則」を明文規定するとの見解が表明されてい⁽⁴³⁾る。また、一九九六年五月三〇日に同刑法修改小組が作成した「刑法改正の一〇の問題に対する意見」においても、最高人民法院は同様の立場を貫いてい⁽⁴⁴⁾る。以上のことから、少なくとも一九九三年以降、類推適用の廃止が最高人民法院の共通認識となつたと考えてよいであろう。

第三項 人民檢察院

一九八九年一〇月二日に最高人民法院檢察院刑法修改小組が作成した「刑法改正研究報告」では、類推適用承認権が最高人民

法院の専属事項であるため、以下の問題が存在すると指摘されている。(一) 法に明文規定なき犯罪的行為に類推適用を行うか否かは、まず檢察機關が考慮すべき問題であるが、現行規定では、法院の同意を得なければならぬ。しかし、起訴前に法院の同意を得ることは難しい。(二) 類推適用は、最も類似している条文に「比照」して訴追するため、各級檢察機關が当該条文に「比照」してある行為を訴追すべきか否か、および訴追することが妥当であるか否かは、最高人民檢察院が関与しなければ混乱が生じうる。(三) 類推適用を行つても刑罰が下されずとは限らず、起訴免除あるいは被告人が死亡したため訴追しない場合は、最高人民法院に承認申請・報告することができない。以上のことから、事件が刑事手続にかかれれば、まず最高人民檢察院に承認申請・報告するようにすべきであると建議した⁽⁴⁵⁾このように、当時の最高人民檢察院は類推適用を肯定する立場に立つていたと考えられる。

この報告以降、管見の及ぶ限りでは檢察院に関する資料がなく、その立場がいつ変わったのかは不明である。しかし、一九九六年五月に同刑法修改小組が作成した「刑法改正の一〇項目の重点問題に関する研究意見」では、「罪刑法定原則」の確立を刑法典改正における一〇項目の重点問題のひとつであるとし、

さらに「罪刑法定原則」を確立するため、一一項目にも及ぶ具體的な改正意見を提出している。⁽⁴⁶⁾すなわち、(一) 類推適用の廃止、(二) 法院の酌量減輕權(具體的情状を斟酌し法定刑以下で処断する権限)の廃止、(三) 刑法規定の明確化、(四) 法定刑の枠の縮小、(五) 量刑原則(「軽きに従い」、「重きに従い」および「減輕」)の具体化、(六) 罪名と罪数の基準を明確にし、各別条文を一条一罪に設計する、(七) 經濟犯罪における共犯者の刑事責任を明確に規定する、(八) 經濟犯罪の法定刑は主に金額を基準とするが、未遂についてはこれとは別の基準が必要である、(九) 經濟、行政法規における類推立法を新刑法に組み込み、類推立法を避ける、(一〇) 經濟行政立法における「犯罪を構成する者は、法に従い刑事責任を追及する」との規定の明確化、(一一)「國家勤務人員」、「國家機關勤務人員」などの概念および範圍の明確化である。これらの意見は、基本的肯定説よりも広く「罪刑法定原則」を捉えているといえる。

また、法工委が一九九六年一〇月一〇日に起草した「中華人民共和國刑法(修訂草案)」(意見募集稿)における「罪刑法定原則」の規定の第二章への移動に対しても、同刑法修改小組が同年一月一五日に「中華人民共和國刑法(修訂草案)」(意見募集稿)に対する修正意見について」を作成し、第一章に戻

すように建議している。⁽⁴⁷⁾

第四項 公安機関

一九八七年に「治安管理処罰条例」が改正され、公安が一身専属で決定できる治安管理処罰の類推適用が廃止されることとなった。このため公安機関の社会治安維持活動が制約を受けているとし、刑法では類推適用を廃止してはならないとの意見があった。⁽⁴⁸⁾そして、新刑法制定の前年である一九九六年五月二九

日に公安部刑法改正指導小組辦公室が作成した「当面の刑法改正工作において早急に研究を行い解決すべき一〇大問題（報告大綱）」では、「罪刑法定原則」を確立することは市民の合法的権利の保護にとって十分重要的意義があることを認めながらも、犯罪を放任しないことを保証できないならば、類推適用を廃止しないことも考慮すべきであるとの意見を提出し、最後まで類推廃止には慎重な態度で臨んでいた。⁽⁴⁹⁾

第五項 まとめ

本節では、「罪刑法定原則」採用に対する国家機関の見解を

みてきた。これまでの検討を通じて、国家機関の見解について次のことが明らかになった。

第一に、本節でみた国家機関は、いずれも刑法典改正作業開始当初は、類推存置の見解を支持していたことである。中には、最高人民法院がすでに類推適用を承認した事件に類似する事件については、その後類推適用承認手続を経なくとも、地方各級人民法院が類推適用を運用できるとした改正草案および意見もあった。このことは、当時の立法機関などが類推適用に対して積極的であったことを如実に物語っている。

第二に、八〇年代においては類推存置の立場にあった国家機関が、九〇年代に入り、類推廃止を支持するようになったことである。例えば、最高人民法院は一九九三年に、立法機関は一九九五年に、そして最高人民検察院は一九九六年には類推廃止の立場を明確に打ち出している。ただし、立法機関および最高人民検察院の資料については、ともに九〇年代に入って初めてのものであるため、それ以前の段階から類推廃止を支持していた可能性もある。

第三に、公安部は、存置説と同じ論旨から、犯罪取り締まりに不都合をきたすようでは、類推廃止を再考するように建議したことである。このことは、存置説の考え方が、公安機関にお

いて支持されていたことを示している。

第三節 罪刑法定原則採用の背景

暫時存置説は、前期類推存廢論争において支配的地位を占めていた。本説は、刑事立法に不備がある状態では類推適用を廃止して「罪刑法定原則」を採用することはできないが、刑事立法が整備された暁には、類推適用を廃止して「罪刑法定原則」を確立すべきであるとする。しかし、前期類推存廢論争において本説は、刑事立法にはなお不備があるとの認識から、まだ類推適用を廃止すべきではないと主張していた（第一節第二項第一款参照）。そのため、当時、類推存置が学界の主流となっていたのである。しかし、後期類推存廢論争においては、本説の支持者は廃止説を支持するようになり、それに伴い、学界の支配的見解は類推廃止になった。

ここでひとつの疑問が生じる。すなわち、一九九二年の中共一四回大会で社会主義市場経済システムへの移行が決定され、これに伴い新類型の犯罪が現れることが容易に予見できた。にも拘わらず、何故、本説の支持者が類推廃止を主張するようになったのか、ということである。つまり、中共一四回大会以降、

刑事立法を現実の犯罪現象に対応させることが困難であることは、本説の支持者にも容易に予想されたため、引き続き類推存置を主張するのが本説の筋道だったはずである。しかし、本説の支持者は、刑事立法が十分に整備されていない状況においても類推廃止を主張したのである。この変化を本説の論理から説明できないのは明らかである。そこで本節では、本説の支持者が類推廃止を主張するようになった所以を検討することを通じて、「罪刑法定原則」採用が中国刑法界の支配的見解となった背景を探りたい（当時の通説は基本的肯定説であったため、類推廃止は「罪刑法定原則」の採用を意味することになる）。

先述（第一節第四項参照）のように、後期類推存廢論争において新たに打ち出された論点に、市場経済と類推適用の関係がある。当然、これは一九九二年の中共一四回大会で、社会主義市場経済システムへの移行が決定されたことを受けたものである。そして、市場経済化により、いわゆる「国際接轨」が不可避免的に生じる。これは刑法においても例外ではない。すなわち、「市場経済建設の新時期突入後、中国「法制」建設が直面した問題は、経済および商業取引の法律が国際社会と軌を一にしなればならないだけでなく、また一定の意味からいって、刑事法律も国外と協調し、軌を一にしなればならない問題があ

前立法」に転換したということは、刑法の相対的完全性を維持するとの主張に対して、有力な論拠を提供することになる。けれど、「超前立法」は、「社会の将来的発展の趨勢および将来の犯罪変化の特徴を十分に反映し、それにより歴史の発展の要求に適応させ、刑事立法の相対的安定性を保証」するものだからである。以上のことから、「超前立法」への転換は、本説が類推廃止を主張するようになった直接的契機といえる。

また、「経験立法」から「超前立法」への転換は、これ以外にも、一方において、廃止説の「超前立法」により社会を先導すべきとする論拠を強固なものにし、他方においては、「経験立法」に基づき類推適用の存置を主張する存置説の論拠を切り崩すことにもなった。

次に、本説の外在的環境を検討してみたい。

学界においては、「改革・開放以降、法治は日増しに重視されてきた。市場経済の法治に対する自然の要求は、法治への歩みを歴史的必然にした⁽⁵⁷⁾」といわれるように、市場経済化決定以降、「市場経済は法治経済」との認識が形成された。これに伴い、「およそ法治国家であれば必ずこの原則（罪刑法定原則）を指す）を採用している⁽⁵⁸⁾」といわれるように、刑法領域における法治原則のひとつである「罪刑法定原則」が必然的に重視さ

れるようになった。

また、市場経済化のためには、国連からの経済援助、外資の積極的導入、WTOへの加盟などが必要となってくる。そのためには中国の人権抑圧に対する欧米を中心とする国際社会からの批判を全く無視することはできず、これらにもある程度までは応じなければならない。このことは、類推存廃論争において中国の類推適用が国際的批判の的となっているか否か、あるいは類推存置が世界の刑法の潮流に合致するか否かが争点の一角を形成したことから容易に窺うことができる。また、中国刑法学の泰斗である高銘暄が新刑法採択問近に発表した論文の中で、新刑法に「罪刑法定原則」を明文規定する意義を三つ挙げ、そのうちのひとつを「国際的な進歩の潮流に適応し、中国刑法の民主性と進歩性をよりよく体現し、中国の刑事法治の国際的な威信を高めること⁽⁶¹⁾」としたことから窺えよう。

さらに、中国の国際社会への参入という視点から考えると、経済関係の国際条約への加盟の必要性もさることながら、国際人権条約への加盟もそれに付随して必要となってくる。ただし、経済的に不利な地位にある発展途上国にとっては、自国内における人権保護の促進の対価として、国連ないしは先進国から経済上の援助・利益を供与されるからである。そして、中国が自

らの刑法を世界の刑法の趨勢に合致させようとしている状況にある以上、刑法典改正作業において、罪刑法定主義を規定する「市民的及び政治的権利に関する国際規約」に調印する、あるいは将来これを批准して国内法的に効力を生じようになるということは、当然念頭に置かれたと考えるべきであろう。現に、同規約は刑法改正の翌年一九九八年一〇月五日に調印されたのである。

以上のことから、暫時存置説が類推廃止を主張するようになった所以は、直接的には立法の在り方が「経験立法」から「超前立法」へと転換したためであり、間接的には、学界を含め中国全体が「国際接軌」の趨勢にあったからであると考えられる。学界の多数派であった本説が類推廃止を主張するようになったことで、中国刑法界の主流が「罪刑法定原則」採用へと転じる⁽⁶³⁾ことが決定的となった。

第四節 罪刑法定原則確立に向けた具体的対策

先述のように、学界においては、一九九三年には類推廃止が多数を占め、一九九四年には学界の共通認識となったといつてよい。その後、学界において焦点となった問題は、「罪刑法定

原則」を確立するためには如何なる措置を講じなければならぬかに移行した。

この問題について、高銘暄は刑法典改正の前年の一九九六年に、次のようにいつている。「基本的に確立した「罪刑法定原則」を完全に確立した「罪刑法定原則」にするために、私見では、未来の刑法典に「罪刑法定原則」を明確に規定し、かつ、

『刑法』第七九条規定の類推制度を廃止し、『刑法』の遡及効の問題において、現行『刑法』第九条で体现している旧きに従いかつ軽きに従う原則を堅持しなければならぬ。これはまさしく基本的肯定説の考え方である。そして、この時期に高銘暄が基本的肯定説の立場を明確に示したこと、および同時期に「我々は、罪刑法定思想の立法化の意義についての人々の認識が実際には統一されておらず、その法典化の程度に対する主張も、全てが一致しているわけではないことに注意している」と指摘した論者もいたことから、基本的肯定説は、この時期の学界においてもなお強い影響力を有していたと考えられる。

しかし、この時期、基本的肯定説よりも「罪刑法定原則」を広く捉える見地から、類推廃止および旧きにかつ軽きに従う原則の徹底以外に、様々な具体的施策が提案された。以下では、「罪刑法定原則」を現代的意義における罪刑法定主義の本旨と

同様に、「市民の民主・自由の権利を不法な侵害から保護しなければならぬ」だけでなく、また国家の刑罰権の正当な行使を保証し、その恣意的濫用をも防止しなければならぬ」原則とする蘇惠漁・游偉論⁽⁶⁵⁾を中心に、その提言をみていきたい。

(一) 罪名法定は「罪の法定」の必然的要求であり、また立法において司法を制約する必要な手段でもある。罪名法定が重要である所以は、罪名確定権が立法権の範疇に属すべきとする認識に基づくものであるだけでなく、また刑法の規範化、科学化および明確化を追求するためにも必要とされるからである。旧刑法の一部の条文(特に単行刑法)の意味が不明瞭である、記述が不明確である、複数の犯罪が同一の条文に規定されている、などの問題は、立法者が立法時に「本条の罪名」を考慮せず、罪名を規定しなかったことと密接な関係がある。したがって、罪名の法定化は、法条の内容の科学性および明確性、刑法規範の適用性の強化に対して決定的な意義を有する。

(二) 犯罪の構成要件を具体的かつ明確に規定することは、「罪刑法定」の基本的要求である。成文法が漠然として不明瞭であるならば、規範としての役割を發揮しがたく、その「法定」は実際においても何ら意味のないものとなる。しかして、中国刑法の多くの条文は、構成要件があまりにも抽象的であり、こ

れらの犯罪の外延が際限なく拡大され、司法における恣意的な解釈に余地を残している。かかる状態は、実際には類推適用と比べて、さらに容易に「罪刑法定原則」を破壊しうる。なぜなら、類推適用には厳格な制限があるが、不明確な構成要件はその形式上の「法定性」のため、より容易に拡大して濫用され、ひいてはその適用を監督する術がないからである。したがって、犯罪の構成要件を具体的かつ明確に規定しなければならぬ。

また、張文・孟昭武論文⁽⁶⁶⁾では、より具体的に次の三点が指摘されている。①各則全一〇三条の中には、実務において把握しがたい「その他の」という文言を含む条文が二三条あり、「情状が軽微である」、「情状が重大である」、「情状が悪質である」などの文言を含む条文は五一条にも達している。これらの「罪刑法定原則」に違背する規定については、司法実務の経験を総括し、少しずつ明確にしていかなばならない。②内容があまりにも抽象的すぎ、実務における犯罪確定・量刑に不便な条文を分解する。例えば、密輸罪、投機不正取引罪、無頼罪についてはそれぞれいくつかの罪名に分解すべきである。③実務において、適用しにくい条文を修正する。例えば、第一二五条の「集団生産破壊罪」は、「生産破壊罪」に改めるべきである。

(三) 「罪刑法定原則」は「罪の法定」を要求するだけでは

なく、「刑の法定」も要求する。しかし、「刑の法定」は刑の絶対的確定ではなく、相対的確定である。問題は、この相対性を如何に把握するかである。現行刑法において、量刑の基準となる法定情状が不明確で、法定刑の枠が広すぎることは普遍的な現象であるため、裁判官は極めて大きな裁量権を有している。

しかも、明確な量刑基準もないため、各地の量刑の差は甚だしい。したがって、罪刑法定思想に基づき、法定刑の枠を縮小することに、市民が法的結果を予見できるようにすべきである。その具体的方法は二つある。ひとつは、罪名を分解し、罪名を具体化することにより、従来漠然とした罪名に基づいていたため設置せざるをえなかった枠の広い法定刑を分解する方法である。もうひとつは、ひとつの罪名に異なる法定刑を規定した上で、さらに実際に起こりうる具体的情状および多くの犯罪結果を規定し、対応する法定刑をランクを分けて設置する。

この他の論者は、これら以外に次のことを提言する。

(四) 刑事事件の審理における神秘主義という古い観念を捨て去り、事件処理を公開し、透明度を増大させ、法律執行に対する制約メカニズムを速やかに完成させなければならない。そのメカニズムとは、党委員会による監督、人大による監督、検察による法律監督、社会監督、世論・メディアによる監督を指

し、さらには冤罪賠償制度などを設ける必要もある。そして、法律の形式でこれらを規範化し、制度化しなければならぬ。⁽⁶⁷⁾

(五) 司法解釈は立法原意に合致する範囲においてのみ、法律条文の具体的内容を明確にすることができる。しかし、たびこの範囲を超えて法律条文を修正し、または補充したならば、立法権と衝突することになる。こうした越権的司法解釈は、「罪刑法定原則」に矛盾するため、厳格に制限しなければならぬ。⁽⁶⁸⁾

(六) 公安部は司法解釈に参与しない立場を明らかにした唯一の機関である。すなわち、一九八四年一月八日の公安部、最高人民法院、最高人民檢察院の二つの司法解釈文書を印刷・配布することに関する通知⁽⁶⁹⁾において、「全人大常務委『法律解釈活動の強化に関する決議』の規定に基づき、今後および司法解釈に関わる問題については、最高人民法院、最高人民檢察院が下達した文書を準拠とし、公安機関は全てこれを参照して執行すべきであり、公安部は今後印刷・配布しない」と規定した。しかし、実はその後も公安部は司法解釈に参与している⁽⁶⁹⁾。また、各地の司法機関、特に省クラスの司法機関が司法解釈的な文書を制定する、いわゆる「二級司法解釈」の問題もある。関連法規によれば、司法解釈の主体は両高に限られており、かかる司

法解釈に法的根拠はない。「二級司法解釈」は厳禁すべきであり、さもなくば、国家の法制度の統一を破壊することになる。⁽⁷⁰⁾

(七) 現行刑法第五九条第二項の酌量減輕の規定を廢止しなければならぬ。本条は裁判所に法定刑以下の刑罰を犯罪者に科す権限を与えているが、このことは實質的に「罪刑法定原則」を否定している。⁽⁷¹⁾

(1) 趙秉志・肖中華「罪刑法定原則的確立歷程」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）七～八頁。

(2) 趙秉志・肖中華「刑法修改中類推制度存廢之爭的研討」法学家一九九六年第四期五七～五九頁。

(3) 陳興良「刑法修改的双重使命・價值轉換与体例調整」中外法学一九九七年第一期五五～五六頁。

(4) 蔡道通・範曉芸「類推制度应当廢止」法学家一九九四年第四期三〇～三一頁。

(5) 同右、三二～三三頁。

(6) 「經驗立法」とは、「成熟した經驗の蓄積を基礎として立法を行なうことを重視する。すなわち一定の社会關係の内容について比較的豊富な実践の經驗を具備した後にのみ、法律規範の形式で当該部分の社会關係を規律する」

立法の考え方をいう（趙秉志主編『刑法爭議問題研究』（河南人民出版社、一九九六年）四頁参照）。

(7) 「超前立法」とは、「社会の将来的發展の趨勢および将来の犯罪変化の特徴を十分に反映することにより歴史的發展のニーズに適応させ（る）」立法の考え方をいう（陳興良「我国刑事立法指導思想的反思」法学一九九二年第七期一四頁参照）。つまり、市場經濟先行国の刑事立法、犯罪の状況などを参照することにより、市場經濟化を目指す中国の刑事立法に役立てようとする思考様式である。

(8) 同右、一三～一四頁。

(9) 蔡道通「類推制度的当代命運」陳興良主編『刑事法評論（第一卷）』（中国政法大学出版社、一九九七年）二四七～二五〇頁。

(10) 張曉東「建議刑法取消類推制度」法学雜誌一九九五年第一期三五頁。

(11) 同右。

(12) 方明「略論刑法的人權保障功能」江西法学一九九五年第三期七頁。

(13) 胡雲騰「廢除類推及刑法科学化」法学研究一九九五年第五期六一頁。

(14) 侯国雲「市場經濟下罪刑法定与刑事類推的價值取向」法学研究一九九五年第三期六四～六六頁以下。

(15) 薛瑞麟「論刑法中的類推解釋」中国法学一九九五年第

- 三期七七頁。
- (16) 侯国雲前掲注(14) 六六頁以下。
- (17) 胡雲騰前掲注(13) 五五頁以下。
- (18) 陳興良「罪刑法定的当代命運」法学研究一九九六年第二期四五頁。
- (19) 趙秉志など前掲注(2) 六四、六五頁。
- (20) 胡雲騰前掲注(13) 五五、五七頁。
- (21) 陳興良前掲注(18) 四六、四七頁。
- (22) 同右、四七頁。
- (23) 趙秉志など前掲注(2) 六〇頁。
- (24) 陳興良「從政治刑法到市民刑法——二元社会建構的刑法修改」陳興良主編『刑事法評論(第一卷)』(中国政法大学出版社、一九九七年) 四六、四八頁。
- (25) 胡雲騰前掲注(13) 五七、五九頁。
- (26) 陳興良前掲注(3) 五六頁。
- (27) 土屋英雄編著『現代中国の人権(SBC学術文庫)』(信山社、一九九六年) 一六一頁。
- (28) 陳興良前掲注(18) 五五頁。
- (29) 刑法典改正草案および関連資料は高銘暄・趙秉志主編『中国刑法立法文献資料総覧(上・中・下)』(中国人民大学公安大学出版社、一九九八年)を参照した。以下、本章では『立法資料』と略す。
- (30) 『立法資料』八四五頁。
- (31) 同右、二二二頁。
- (32) 同右、八八一頁。
- (33) 趙秉志など前掲注(1) 八頁。
- (34) 『立法資料』九一七頁。
- (35) 同右、一〇五五頁以下。
- (36) 同右、一一二八頁。
- (37) 同右、一二九二頁。
- (38) 蘇惠漁・游偉「樹立科学思想 完善刑事立法——对我国刑法改革問題的再探討」政法論壇一九九七年第一期四頁。
- (39) 『立法資料』一三七二頁。
- (40) 同右、二四二五頁。
- (41) 同右、二〇八八頁。
- (42) 趙秉志など前掲注(1) 八頁。
- (43) 『立法資料』一三三五、一三三六頁。
- (44) 同右、二四〇四頁以下。
- (45) 同右、二五四〇頁以下。
- (46) 同右、二五八九頁以下。
- (47) 同右、二六三一頁。
- (48) 趙秉志など前掲注(1) 八頁。
- (49) 『立法資料』一六五三頁。
- (50) 胡雲騰前掲注(13) 六六頁。
- (51) 中共中央文献研究室編『十四大以来——重要文献選編

- (上) (人民出版社、一九九六年) 三四一頁。
- (52) 胡雲騰前掲注 (13) 六六頁。
- (53) 中共中央文獻研究室編前掲注 (51) 三四〇頁。
- (54) 國谷知史「社会主義市場經濟」移行プロセスの立法」日中經協ジャーナル一九九七年七月号二三頁。
- (55) 法学一九九一年第四期では、「經驗立法」か「超前立法」かの論争について特集を組んでいる。また、すでにみたように類推存廢論争においても、廢止説は「超前立法」に、存置説は「經驗立法」に立脚したため、この問題は類推存廢論争においても一大論点を形成した。
- (56) 陳興良前掲注 (7) 一四頁。
- (57) 陳興良前掲注 (18) 四四頁。
- (58) 高銘暄「我国一五年來刑事立法的回顧与前瞻」中国法学一九九五年第一期六頁。
- (59) 外資導入の形態は基本的に、(一) 対外借款および間接投資、(二) 外国企業による直接投資、(三) 外国企業によるその他の投資の三つに分けられる (石原享一編「中国經濟と外資」(アジア經濟研究所、一九九八年) 三頁以下参照)。
- (60) 当時はGATT。ちなみに、中国は市場經濟化を決定した中共一四回大会が開催された一九九二年一〇月に、GATTに加盟申請を提出した。
- (61) 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
- (62) 波多野敬雄 (フォーリン・プレスセンター理事長) は国連の發展途上国に対する經濟援助について「共產主義国において政權移讓の可能性ありや」という問題から、さらに敷衍すれば、政治的自由のない国、人権が守られない国が、經濟的にのみ發展するのを国連は助けるべきかという疑問」があると述べている (『世界週報』一九九九年一月七日号三頁参照)。
- 国連からの經濟上の援助・利益の供与と先進国からのそれらとを單純に同一視することはできないが、實質的には兩者とも同様の性格をもつものと考えられる。すなわち、人権抑圧の著しい国家に対する經濟上の援助・利益の供与は、兩者とも限られたものとなる。したがって、人権保護と經濟援助が正の相關関係にあるという事實は否定しがたいであろう。
- (63) 高銘暄前掲注 (61) 一三頁。
- (64) 蘇惠漁など前掲注 (38) 二頁。
- (65) 同右、三〇五頁。
- (66) 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。
- (67) 同右、五頁。
- (68) 田文昌・陳平「罪刑法定原則在我国の現状与展望」中国法学一九九四年第三期九四頁および陳沢憲「刑法修改

中的罪刑法定問題」法学研究一九九六年第六期八六〜八七頁。

第三章 新刑法と罪刑法定原則

(69) 例えば、一九八六年三月一八日の最高人民法院、最高人民檢察院、公安部「乗車券または乗船券を闇取引した犯罪者の処罰において法律条文を如何に適用するかの問題に関する「批復」」がある。

(70) 羅堂慶「論刑法司法解釋權」政治与法律一九九三年第一期三〇〜三一頁。

(71) 旧刑法第五九条第二項は次のように規定していた。

「犯罪者に本法の規定する処罰を減輕する情状がなくとも、事件の具体的状況に基づき、法定刑の最低刑がなお重すぎる場合には、人民法院裁判委員會の決定を経て、法定刑以下の刑罰を科すことができる」。

(72) 趙秉志・肖中華「論刑法修改中罪刑法定原則的立法化」復印報刊資料刑事法学一九九七年第一期(原載・中国人民大学學報一九九六年第六期)二四頁。なお、最高人民法院は、(一) 罪刑均衡原則に合致する、(二) 外交国防、統一戦線、民族、宗教事務に必要である、(三) 本条項について生じた問題は極めて個別的なものである、(四) 本条項のままでも、酌量減輕の濫用を防止することができるとし、本条項を存置するよう主張していた(「立法資料」二四一八〜二四一九頁参照)。

一九九七年三月一四日の第八期全国人大第五回會議において採択された新刑法は、類推許容規定を削除した上で、その第三条で「法律に犯罪行為であると明文規定しているものは、法律に照らして犯罪を確定し刑罰を科す。法律に犯罪であると明文規定していないものは、犯罪を確定し刑罰を科すことはできない」と定めた。そして、同會議における「中華人民共和国刑法(改正草案)」の説明において、同条は「罪刑法定原則」を定めたものであると説明され、学界においてもこの説明は受け入れられている。

現在、学界において「罪刑法定原則」は次のように説明されている。すなわち、「罪刑法定原則」の本旨は、国家の刑罰権を制限し、人權を保障することにある。さらに、「罪刑法定原則」には、基本的要求と派生原則があるという。「罪刑法定原則」の基本的要求とは、法定化、実定化および明確化を指す。法定化とは、犯罪と刑罰は事前に法律で明文規定されていないならば、裁判官の専断を許さないことをいう。実定化とは、如何なる行為が犯罪であり、犯罪により生じる法的結果について、必ず実体的な規定を設けなければならないことをいう。明

確化とは、刑法条文は必ず文言が明晰で、意味が確實でなければならず、言葉⁽³⁾を濁す、または玉虫色であってはならないという⁽³⁾ことをいう。実定化の代わりに規格化の表現を用いる論者もいるが、その意味するところは同じであると考えてよい⁽⁴⁾。

また、「罪刑法定原則」は以上の基本的要求以外に、慣習法の排斥、類推の禁止、刑法の効力不遡及および絶対的不定期刑の禁止の原則を派生する⁽⁵⁾。さらに、日本の罪刑法定主義と同様に、この四つの派生原則に明確性の原則および実体的適正原則を加える論者もいるが、このような論者はまれで、大多数の論者は四つの派生原則を主張している⁽⁶⁾。

以上が中国において新刑法制定後、一般的に説かれている「罪刑法定原則」である（以下、この「罪刑法定原則」を「理念上の「罪刑法定原則」と呼ぶ）。このように、中国の学界において支配的地位を占めている理念上の「罪刑法定原則」は、日本の現在の通説である罪刑法定主義に近い内容を備えていると考えられる⁽⁷⁾。したがって、罪刑法定の議論については、日中両国の学界において、かなりの程度において理論的土台を共有することができるようになったといえよう。

本章では、日中両国の学説における罪刑法定概念に対する考え方がほぼ共通しているとの前提の下で、新刑法で採用したと

される「罪刑法定原則」が如何なる概念であるかを考察したい。そのため、以下では、まず、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みたい（第一節および第二節）。かかる到達点および問題点には、それぞれ刑法規範それ自体のものと、刑法規範の外的環境におけるものがある。そこで、刑法規範と刑法の外的環境におけるものとを区別することにする。そして、これらの検討を踏まえ、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であるといえるか否かについて結論を導出したい。

第一節 新刑法の到達点

第一項 刑法規範の到達点

中国刑法学界において、新刑法については次のような点について進展があったと指摘されている。すなわち、（一）刑法の明確性、（二）刑事責任年齢、（三）酌量減軽、（四）絶対的不定期刑、（五）解釈的規定、（六）加重処罰、（七）罰金刑の多額および寡額である。

(一) 新刑法は旧刑法の三つの「口袋罪」をそれぞれいくつかの罪名に分解した。すなわち、「無頼罪」を婦女わいせつ侮辱罪(第二三七条第一、二項)、児童わいせつ罪(第二三七条第三項)、多衆が集合しての乱闘罪(第二九二条)、言いがかりをつけ騒ぎを起こす罪(第二九三条)、多衆が集合しての乱交罪(第三〇一条)などの罪名に分解した。「投機空取引罪」を不法経営罪(第二二五条)および瑕疵ある製品の生産・販売罪(第一四〇条)などに細分化した。「職務懈怠罪」を経済契約締結・履行失職罪(第四〇六条)、伝染病過失伝播・流行罪(第四〇九条)、商品検査失職罪(第四二二条)などの罪名に細分化した。

また、具体的犯罪の構成要件についても、新刑法は明確化および具体化に努め、「情状が悪質である」、「結果が重大である」などの曖昧な文言の使用を大幅に減らした。例えば、強盗罪の「法定刑昇格要件」⁽⁸⁾について、旧刑法は「情状が重大である」および「致重傷または致死」のみを規定していたが、新刑法第二六三条は、住居に侵入しての強盗、公共交通手段における強盗などの八つの「法定刑昇格要件」を規定している。本規定はさほど明確ではないかもしれないが、司法における認定のためには大まかな基準を提供することはできる。この種の規定は少な

くない⁽⁹⁾。また、新しい罪名においては、記述的な構成要件および多層的な法定刑を採用し、白地刑罰法規の使用を避けた⁽¹⁰⁾。

(二) 新刑法は、総則第一七条の刑事責任年齢に関する規定について、三ヶ所修正を施した。第一に、同条は刑事責任年齢の単位を「歳」から「周歳」に改め、刑法が数え年に依らないことを明らかにした。第二に、同条第二項は、満一四歳以上一六歳未満の者が刑事責任を負わなければならない犯罪全てを明示し、旧条文の「その他の社会秩序を重大に破壊する罪」との概括的規定を削除した。これは、旧条文の「その他の」「其他」の二字について、法律で明確な内容が定められないなかつたため、その範囲が結局如何なる社会秩序を破壊する犯罪を指すのか、如何なる程度に達すれば「重大」な犯罪と認められるのか、および満一四歳以上一六歳未満の者がそれに対して刑事責任を負わなければならないかについて、裁判官が比較的大きな自由裁量権を有していたからである。第三に、同条第四項は、旧条文の一六歳未満のため「処罰しない」を「刑事処罰を科さない」と改めた。このことは、同二項規定以外の罪を犯しても、一六歳未満であることを理由に犯罪としないだけであり、一六歳未満の者であろうとも、その行為は社会危害性を具備するということを明らかにした⁽¹¹⁾。

(三) 旧刑法第五九条第二項の酌量減輕に関する規定は厳格な制限を欠くため、司法実務において裁判権の濫用、はなはだしきに至っては權力を法律に代える、私情による枉法などの司法腐敗を誘発する重要な原因となっていた。そこで、新刑法第六三条第二項は、「犯罪者に本法の規定する処罰を減輕する情状がなくとも、事件の特殊な状況に基づき、最高人民法院の承認を経て、法定刑以下の刑罰を科すこともできる」と規定し、酌量減輕に対して「最高人民法院の承認」との制限を加えた。このように、酌量減輕の適用要件および適用手続に厳格な制限を設けることは必要であり、「罪刑法定原則」を確立するための重要な措置である。⁽¹²⁾

(四) 旧刑法第一三八条は、「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嚴禁する。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）と規定していた。しかし、新刑法は旧刑法の絶対的不定期刑規定を削除し、法定刑を規定した。これにより、中国刑法には絶対的不定期刑が存在しなくなった。⁽¹³⁾

(五) 新刑法は量刑に関わる諸概念について、比較的明確な

解釈的規定を設けている。例えば、第二六条は主犯についてのみならず、何が「犯罪集団」であるかについても解釈的規定を設けている。また、別の例を挙げると、新刑法は「その他の規定」の章において、「公共の財産および私人の財産」（第九一、九二条）、「国家勤務人員」（第九三条）、何が「国家规定に違反する」（第九六条）に該当するかなどについて、具体的な解釈的規定を設けている。⁽¹⁴⁾

(六) 加重処罰とは、「罪を一等加える」、すなわち法定の最高刑のひとつ上の法定刑において処罰することを指す。例えば、法定刑の長期が懲役一〇年の場合は、一〇年以上一五年以下の有期懲役で処断することができる。⁽¹⁵⁾ 法定刑の長期が無期懲役の場合は、死刑を科すことができる。加重処罰規定は、旧刑法には規定されていなかったが、一九八一年の「両方の決定」に規定された（第二条第一項および第三条）。しかし、新刑法施行とともに、同決定は廢止され、新刑法はこの加重処罰を規定して⁽¹⁶⁾いない。

(七) 罰金刑を定める旧刑法の多くの条文には、罰金刑の多額および寡額が規定されていなかった（単行刑法においては、罰金刑の多額および寡額が規定されているものもある）。しかし、新刑法では、罰金額を「比例額」、「百分率額」などを用い

て規定している。例えば、資本虚偽登記罪(第一五八条第一項)は、「虚偽登記した資本金の1%以上5%以下の罰金を併科または単科する」と、納税拒否罪は、「拒否した納税額の一倍以上五倍以下の罰金に処す」(第二〇二条)と、そして、付価値税専用納付領収書虚偽発行罪は、「五万元以上五〇万元以下の罰金に処す」(第二〇五条第一項)などである。⁽¹⁷⁾

第二項 刑法の外的環境の到達点

前項でみた刑法規範における到達点以外に、刑法の外的環境においても次のような進展がある。それは、新刑法制定後、新刑法の欠缺を填補するために、全国人大常委会の活動が、以前にもまして活発化していることである。例えば、単行刑事立法では、アジア金融危機を受けて、一九九八年一月二十九日に、前述の「外貨詐欺、外貨不法流出および外貨不法売買罪の処罰に関する決定」を制定し、外貨取引における違法行為に対する罰条を定めた。また、一九九九年一月二十五日には「刑法修正案」を採択し、先物取引の規制を中心として、会社および企業に対する管理秩序を妨害する罪(刑法各則第三章第三節)および金融管理秩序を破壊する罪(同第四節)の一部の条文に修正

を施した。

また、こうした単行刑事立法のみならず、全国人大常委会による立法解釈も行われている。すなわち、二〇〇〇年四月二十九日に採択された『中華人民共和国刑法』第九三条第二項に関する解釈⁽¹⁸⁾では、同項の「法律に照らして公務に従事するその他の人員」には、「村民委員会などの農村基層組織の人員」が含まれると解釈し、これを「みなし」国家勤務人員とした。これにより、「村民委員会などの農村基層組織の人員」に収賄罪、横領罪などの洗職犯罪が適用されることになった。⁽¹⁹⁾

以上の立法活動の活発化は、司法レベルではなく、立法レベルで新刑法の欠缺を填補しており、罪刑法定主義の見地から、この点は進展であると評価できる。

第三項 まとめ

以上のように、新刑法は「罪刑法定原則」確立を目指し、旧刑法が抱えていた多くの問題を是正したといえる。特に、第一項でみた、新刑法においては是正された問題のほとんどは、刑法規定の明確性に関わるものであり、この点は罪刑法定主義の見地から積極的に評価することができよう。こうした新刑法の明

確化は、「單純簡便型」⁽²⁰⁾と評された旧刑法制定当時の立法方針、すなわち立法は「粗略にすべきで細密にすべきではない」「宜粗不宜細」との考え方が転換されたことを示している。こうした動きは、市場経済への移行が決定された後の単行刑法においてすでに看取でき、今次の刑法改正はこの動きを引き継いである。

また、全国人大常委会による立法活動の活発化も「罪刑法定原則」徹底のために必要となる。旧刑法下においては(新刑法下においてもみられるが)、実質的に立法の役割を果たす越権的司法解釈が問題とされてきた。しかし、「最高司法機関が司法解釈制定に参加した専門家との関連会議において、最高司法機関も司法解釈により立法領域に越権して侵入することは望んでおらず、立法解釈により必要な問題が解決されることを希望する、と述べたのは一度にとどまらない」というように、立法解釈が重視されるようになれば、こうした越権的司法解釈の制定を防ぐことができると考えられる。また、越権的司法解釈は、単行刑事立法によっても防止することができる。したがって、全国人大常委会による立法活動の活発化は、越権的司法解釈の防止につながり、新刑法第三条後段の「法律に犯罪であると明文規定していないものは、犯罪を確定し刑罰を科すことはでき

ない」との規定の徹底に資するものといえる。

ところで、日本においては、現代的意義における罪刑法定主義の見地から、裁判官による酌量減輕も許容されるのであるが、中国の学界においては、これも「罪刑法定原則」に違背するものが多数説である。今次の刑法改正においては、学界の多数説を反映し、「最高人民法院の承認」との要件が加えられた。しかし、多数説が酌量減輕に制限を加えよと主張する根拠は、司法腐敗を防止するためであり、必ずしも被告人の権利保障を輕視したものではないと考えられる。

第二節 新刑法の問題点

第一項 刑法規範の問題点

学界において指摘されている新刑法における問題点は、大別して次の四つに分類することができる。すなわち、(一) 罪名法定、(二) 刑法の明確性、(三) 刑法総則の整合性、(四) 刑法各則の整合性である。これら以外にも、学界においては少数であるが、社会危害性を犯罪の本質的特徴とする犯罪概念も問題であるとの指摘がある。前述(第一章第四節第二項参照)の

ように、旧刑法下においては実質的犯罪概念と類推適用が表裏一体の關係をなしており、新刑法の犯罪概念に関する指摘をみることは、中国の「罪刑法定原則」なる概念を検討する上で有益と考えられる。また、法条競合における実質原理の強調も重要な論点である（この問題については第一章第四節第三項すでに指摘した）。そこで、これらの問題については、それぞれ（五）、（六）で検討したい。以下、九〇年代初めより理念上の「罪刑法定原則」を唱えていた游偉論文を中心に、これらの問題をみていきたい。

（一）裁判官による刑法の適用は、立法において確立した行為規範の強制履行であり、行為規範の創造ではない。罪名は刑法が設定した禁止規範の高度な概括であり、行為規範の本質の具体化である。したがって、罪名の設定は一貫して立法上の問題である。しかし、新旧刑法には具体的罪名が規定されておらず、実質的に裁判機関に罪名の設定権（司法解釈または個別の案件において）を賦与している。これは立法権と司法権の境界を混同しているだけではなく、また「罪刑法定原則」が要求する「罪の法定」とも矛盾する。現在および今後の相当期間内に、人々はある条文の罪名について論争を起し、法条から如何に正しく罪名を概括するかの問題において、大量の時間と労力を

消費することになる。これは立法上手間を省いたために招いた司法および研究資源の浪費である。

また、罪名が法定されなかったため、立法者は法条設定時に「一条一罪」（ひとつの法条にはひとつの犯罪しか規定しないことを指す）の制約を受けなかった。そのため、包摂する規範が多すぎる条文が現れ、罪名の科学的概括に難題をもたらしている。例えば、婦女強姦罪と女兒姦淫罪は構成要件および処罰原則が異なる二つの犯罪であり、従来の司法実務においては、それぞれ単独で犯罪を確定し、処断していた。したがって、理の当然として個別の条文を設け、各条文においてそれぞれの罪名および法定刑を規定すべきである。しかし、新刑法は旧刑法第一三九条の規定、すなわち「一四歳未満の女兒を姦淫した者は、強姦をもつて論じ、重きに従い処罰する」を踏襲した。結局、この「強姦をもつて論じ」「以強姦論処」が、女兒姦淫行為を女兒姦淫罪として確定する必要がないことを意味しているのかは明らかでない。類似の状況も少なくなく、旧刑法の問題を是正せずにそのまま新刑法に規定したのもあれば、今次の改正において新たに生じた問題もある。もし、立法において罪名を法定していたならば、かかる問題は完全に避けることができ、また容易に避けられるものである。

(二) 新刑法第六八条は、法定の量刑情状について初めて「立功」⁽²⁶⁾を規定した。しかし、いわゆる「立功」、特に「重大な立功」について、刑法規定は不明確である。また、刑法第七八条減刑において、「監獄法」(一九九六年制定)の立法成果を吸収し、「重大な立功」に該当する六つの行為を列挙しているが、第七八条の「立功」は、服役期間中に限られ、その範囲は第六八条の「立功」よりも明らかに狭い。したがって、刑法第六八条の「立功」と第七八条のそれを比べると、異なる段階での「立功」であり、その内容も当然に異なるといえる。しかも、「立功」の確定は量刑に極めて大きな影響を及ぼすため、その意義は重大である。したがって、新刑法において明確に規定しなかつたことは、「罪刑法定原則」の要求と合致しない。⁽²⁷⁾

また、法定の量刑情状については、次のような問題が指摘されている。すなわち、一部の犯罪には、「情状が重大である」、「情状が悪質である」、「その他の方法」などの量刑情状が規定されている。⁽²⁸⁾しかし、これらについて具体的な説明がないため、罪刑の法定は成立しがたい。例えば、新刑法第二一六条は、「他人の特許を盗用し、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、罰金を併科または単科する」と規定する。本規定は、表面的には「罪刑法定」にみえるが、その実、罪刑の

法定は決して具体的ではない。根本的問題は「情状が重大である」の具体的内容を規定していないことにある。「特許法」の規定によると、他人の特許を盗用する行為の全てが犯罪となるわけではなく、民事上の不法行為もある。そして、不法行為と犯罪を分ける境界は「情状が重大である」である。故に、如何なる程度に達すれば「情状が重大である」とみなされるのかは、新刑法において明確に規定しなければならず、さもなければ正確な認定基準がなくなり、犯罪の「法定」の二字は語るに及ばない。⁽²⁹⁾

次に、法律用語については、次の問題が指摘されている。すなわち、各則条文においては、「……に照らして〔依照〕刑事責任を追及する」との規定がある。その中の「……の規定に照らして犯罪を確定し処罰する」は、指定された条項が規定する犯罪に照らして犯罪を確定し、その法定刑を適用する、と容易に理解できる。しかし、「……の規定に照らして処罰する」、または「……の規定に照らして重きに従い処罰する」については、量刑のみを解決し、罪名の改変には及ばないのが判然としな

い。また、同一の用語が異なる条文においては異なる意味を表していることもある。例えば、「国家背反罪」を規定する第一〇

二条第二項は、「国家秘密を掌握している国家勤務人員が前項の罪を犯した場合は、前項の規定に照らして重きに従い処罰する」と規定している。これは明らかに前項の規定に照らして犯罪を確定し、かつ、重きに従い処罰することを指している。他方、第一五七条第一項が規定する「密輸を武装援護した者は、本法第一五一条第一項および第四項の規定に照らして重きに従い処罰する」は、罪名は「密輸武装援護罪」であるが、量刑については、それぞれ該当する条文の法定刑に照らして重きに従うことを指している。また、第二七七条第二、三、四項の「第一項の規定に照らして処罰する」も、量刑のみを第一項に照らして行うと解釈すべきである。⁽³⁰⁾

最後に、刑法典改正時に一大争点となった「口袋罪」については、次の問題が指摘されている。すなわち、新刑法は投機空取引罪、職懈怠罪、無頼罪の三つの「口袋罪」を細分化したが、不法経営罪および職務懈怠罪にはなお一般的規定が残されている。そのため、両者は実質的に「小口袋罪」となっている。⁽³¹⁾また、不法経営罪を定める第二二五条第三項のことを、「兜底」(ポケットの意)と揶揄する論者もいる(不法経営罪の問題については、次項で検討する)。⁽³²⁾

(三) 新刑法第四九条は、未成年者には死刑を適用できない

と規定するため、未成年者に適用できる最高の刑罰は無期懲役となる。しかし、第一七条は、満一四歳以上一八歳未満の未成年者は「軽きに従い、または減輕して処罰しなければならない」と定める。ここで、両条の適用原則が問題となる。すなわち、第四九条を適用した後、第一七条を適用するならば、満一四歳以上一八歳未満の未成年者に適用できる最高の刑罰は有期懲役となるのである。しかし、両条が択一的に適用されるのであれば、未成年者に適用できる最高の刑罰は無期懲役となる。立法精神が後者を指していることは明らかであり、第四九条は不要である。

また、一四歳以上一六歳未満の未成年者が刑事責任を負う犯罪の範囲においても、新刑法には問題がある。すなわち、新刑法第一七条第二項は、一四歳以上一六歳未満の未成年者が刑事責任を負う犯罪として、故意殺人、故意傷害致死重傷、強姦、強盗、麻薬販売、放火、爆破、毒物投入を列挙する。しかし、これらの列挙された犯罪以外にも、さらに重大な社会危害性を具備しうる故意犯罪は存在する。例えば、暴力または脅迫による女児姦淫、重大な結果を惹起した交通手段の破壊、可燃または可爆設備破壊などである。しかし、一四歳以上一六歳未満の未成年者がこれらの罪を犯しても、「罪刑法定原則」によれば、

その刑事責任を追及することはできない。⁽³³⁾

しかし、女兒姦淫行為について、最高人民法院は次のような法適用を指示した。すなわち、前述の最高人民法院「中華人民共和国刑法」執行における罪名確定に関する規定」によると、女兒姦淫行為は「女兒姦淫罪」で犯罪を確定するとされ、「強姦罪」に照らして量刑が行われる。したがって、一四歳以上一六歳未満の未成年者が女兒を姦淫した場合、新刑法第一七条第二項によると刑事責任を追及できない。しかし、二〇〇〇年二月一三日に最高人民法院は、「強姦事件審理における関連問題に関する解釈」(同月二四日施行)を採択し、「満一四歳以上一六歳未満の人が、女兒と性關係を生じ、犯罪を構成する場合については、刑法第一七条、第三三六条第二項の規定に照らして、強姦罪により犯罪を確定し処罰する」としたのである。本解釈について、司法解釈により「法律の空白を補填した」と評する者もいる。⁽³⁴⁾

しかし私見では、第三三六条第二項を「女兒姦淫罪」と定めながら、「強姦罪」で確定するというのは論理的整合性に欠けるといえよう。ただし、犯罪者が満一六歳以上であれば「女兒姦淫罪」で確定されるのに対し、満一四歳以上一六歳未満であれば「強姦罪」で確定されることになるからである。

これら以外に、別の論者は次の点を指摘する。すなわち、第二九条第一項は、一八歳未満の未成年者に犯罪を教唆した者は、「重きに従い処罰しなければならない」と規定する。他方、第一七条第三項は、満一四歳以上一八歳未満の者が罪を犯した場合、「軽きに従い、または減輕して処罰しなければならない」と規定する。新刑法は教唆犯が満一八歳以上でなければならぬとは規定していないため、教唆犯は未成年者でもよい。そして、未成年の教唆犯が未成年者に犯罪を教唆した場合、第一七条第三項により、「軽きに従い、または減輕して処罰しなければならない」が、他方、第二九条第一項によると、「重きに従い処罰しなければならない」。この場合、規定が矛盾しているため、如何に扱うべきか明らかではない。⁽³⁵⁾

(四) 刑法に「罪刑法定原則」を規定することは、刑事立法の科学性に対してより高い要求を提起するということである。しかしながら、新刑法は、依然として科学性および嚴密性を欠き、法の欠缺を残している。例えば、交通手段の強取に関する犯罪の規定において、新刑法は航空機、船舶および自動車の強取についてのみ規定し、列車の強取(特に国外ではすでに生じている国際旅客列車の強取)については規定していない。新刑法施行後、このような事件が生じると、我々はまた苦境に陥る

こと⁽³⁶⁾になる。

また、他の論者は、密輸罪の規定について次の問題を指摘する。すなわち、密輸罪は、密輸対象に基づき、特定の禁制品(武器、弾薬、核資源、貴重金属、わいせつ物、麻薬など)を密輸する罪と普通の貨物または物品を密輸する罪とを区別し、かつ、それぞれに異なる法定刑を適用すると規定されている。そして、普通貨物・物品密輸罪(第一五三条)は、脱税額を法定刑選択の基準とする。しかし、刑法規定の特定対象(第一五一、一五二、三四七条)以外のその他の禁制品を密輸した場合には、国家が輸出入を禁止しているため、関税額は存在しない。そのため、普通貨物・物品密輸罪を適用すれば、脱税額を算定できない⁽³⁷⁾ため、法定刑を選択する基準を欠くことになる。

例えば固体廃棄物密輸罪(第一五五条第三項)に関する規定である。固体廃棄物は刑法規定の特定の禁制品ではないため、固体廃棄物密輸罪に適用する密輸罪の関連規定は、第一五三条のみである。しかし、危険なまたは国家が輸入を禁止した固体廃棄物であれば、納付すべき関税額は存在しない⁽³⁸⁾ため、当該行為に対して刑罰を決定する基準がない。したがって、実質的に固体廃棄物密輸罪は法定刑のない罪名であり、「刑罰なければ罪としない」の精神によると、固体廃棄物密輸罪自体の不存在

を逆に推定することができる。このことは、「罪刑法定原則」の刑罰の法定との要求に違背することから論理的に導き出されることである⁽³⁹⁾⁽⁴⁰⁾。

これら以外に、趙秉志・于志剛論文⁽⁴¹⁾においては、刑法各則の整合性について次のような問題も指摘されている。

学界の通説では、親告罪である侵奪罪「侵占」の犯罪対象は公私の財物とされている⁽⁴²⁾。しかし、国有財物およびその他の公共財物が侵奪された場合は、誰が告訴するのか? 関連する司法機関が告訴権を行使すれば、侵奪罪は公訴罪となり、このことは侵奪罪を親告罪とした立法趣旨のみならず、「罪刑法定原則」にも違背することになる。

また、新刑法には、命令規範のみ存在し、制裁規範が存在しない条文がある。例えば、新刑法第一〇〇条は、「法に従い刑事処罰を受けた者は、入隊または就業時に、関係する組織・機関に偽りなく自己がかつて刑事処罰を受けたことを報告しなければならず、隠してはならない」と規定する。しかし、本条は違反者に対する刑罰を規定していない。かかる立法規定を「矛盾立法」呼ぶ学者もいる⁽⁴³⁾。これは、条文自体を無意味なものにするだけではなく、刑法に違反するかかる行為の刑事責任を追及できなくなり、厳しい制裁規範としての刑法の権威性を損な

うことになる。

（五）新刑法における犯罪の定義は、旧刑法第一〇条の文言とほとんど変わらないものである。⁽⁴⁴⁾しかし、旧刑法と決定的に異なるのは、新刑法では類推許容規定が削除された上で、「罪刑法定原則」が明文規定されたことである。そのため、旧刑法において二義的意義しかもちえなかつた「刑事違法性」は、犯罪の成否において重視されるようになった。⁽⁴⁵⁾このことを示すように、新刑法制定後に公刊された教科書においては、「刑事違法性」について次のような記述がみられる。「当該行為が社会危害性を具備するだけではなく、また刑法に違反し、「刑事違法性」を具備して、はじめてそれを犯罪と認定することができる」⁽⁴⁶⁾、「一般的な違法行為の社会危害性が一定の重大な程度に達し、刑法に触れ、かつ、刑法が犯罪と明文規定した場合においてのみ、それを犯罪として処理することができる」⁽⁴⁷⁾、「犯罪は法に従い刑罰の処罰を受けなければならない行為でなければならず、これは「罪刑法定主義」の必然的要求であり、かつ、その犯罪概念における具体的体现である」⁽⁴⁸⁾などである。これらはいずれも、新刑法が「罪刑法定原則」を規定したことを受け、「刑事違法性」の地位を強調したものと見えよう。

それでは、旧刑法においては、「犯罪の最も本質的、かつ、

決定的意義を有する特徴である」⁽⁴⁹⁾とされた社会危害性は如何に捉えられているのであろうか。これについては、次のような記述がみられる。「行為が一定の社会危害性を具備することは、犯罪の最も本質的かつ最も基本的な特徴である」⁽⁵⁰⁾、「行為の社会に対する危害性は、犯罪の本質的特徴である」⁽⁵¹⁾、「犯罪の本質的特徴は行為が重大な社会危害性を具備することである」⁽⁵²⁾などである。このように、「罪刑法定原則」を規定した新刑法においても、社会危害性は犯罪の本質的特徴であるといわれているのである。

そのため、「形式的特徴と実質的特徴を統一した犯罪概念は、形式的合理性と実質的合理性の衝突に直面した場合、実質的合理性を選択するよう主張する」⁽⁵³⁾ものであるといわれ、社会危害性が犯罪概念に存在すること自体が「罪刑法定原則」と矛盾するとの議論が現れた。現在、こうした議論はなお少数にとどまることが、中国刑法の根幹をなす社会危害性理論を批判する議論が現れたことは注目すべきであろう。こうした議論が、これまでの「中国の刑事立法および刑法理論を否定することになる」⁽⁵⁴⁾ことは明白である。以下では、その縮矢となった樊文論文を中心とし、その論旨をみていきたい。

①社会危害性自体が不確定的な概念である。例えば、強盗、

殺人、放火など、社会危害性が顕著な行為もあれば、投機行為など即座に社会危害性を判断しがたい行為もある。これ以外に、社会危害性の程度には地域性もある。社会危害性のこのような不確定性は「罪刑法定原則」の体現にマイナスである。

②社会危害性は、通常社会的政治的な評価であるとされる。

それ故、社会危害性基準は、立法者および研究者が犯罪行為規範を確立するための重要な要素となる。しかし、司法者および一般市民は、刑法規範に基づき行為の合法性を判断すればよく、「社会危害性の程度の大小」を判断する注意義務はない。社会危害性基準を確立すれば、司法者および一般市民に対する要求としては厳しすぎる。

③社会危害性は「罪刑法定原則」の対立面であり、類推適用の前提である。「罪刑法定原則」に背馳する社会危害性の犯罪画定基準は、類推適用の基礎である。すなわち、行為の社会危害性が最も類似する犯罪の程度に達すれば類推適用により犯罪的行為を処断するのである。

④新刑法第一三条は犯罪を定義する際、「社会に危害を及ぼす」との文言を使用し、社会危害性を際立たせ、かつ、「危害が大きくない」との文言を使用し、社会危害性の程度が犯罪成立に決定的意義を有することを強調している。これは、新刑法

の犯罪概念において社会危害性基準が存在していることを示している。しかし、本条はさらに、「法律に従い、刑罰による処罰を受けなければならないもの」と規定しており、規範基準も採用していることを意味する。このように、ひとつの定義において矛盾し、排斥しあう二つの基準により犯罪を画定すれば、犯罪概念における「罪刑法定原則」の徹底に悪影響を及ぼすことになる。

その他の論者は、これらの論拠以外に次の点を指摘する。

⑤実質と形式を統一した犯罪概念は「罪刑法定原則」の基本的要求に合致しない。この犯罪概念が選択するのは実質的合理性であり、「罪刑法定原則」が要求するのは形式的合理性である。したがって、両者には必然的に矛盾が存在することになる。法治社会においては「罪刑法定主義」が主導的地位を占めるため、法律が犯罪の成否を決定する唯一の基準となる。換言すると、法律によってのみ犯罪を設置することができ、法律規定に基づいてのみ犯罪を認定できるのである。⁽⁵⁶⁾

⑥形式的合理性（「刑事違法性」）と実質的合理性（社会危害性）が矛盾した場合は、後者ではなく前者を選択すべきである。したがって、犯罪認定においては「刑事違法性」が根本基準であり、社会危害性は「刑事違法性」から離れば、犯罪の特徴

とはなりえない。その根拠は次の三点である。

第一に、「刑事違法性」を犯罪認定の根本基準とする形式的合理性は、刑事法治の要求に適合する。すなわち、犯罪認定基準が不確定的であることは人治社会の主要な特徴であるが、罪刑専断から罪刑法定へと移行するに伴い、確定的な犯罪認定基準が要求された。そこでは、法律が犯罪の成否を決定する唯一の基準となるのである。

第二に、「刑事違法性」を犯罪認定の根本基準とする形式的合理性は、人権保障の要求に適合する。すなわち、刑法の明文規定により国家権力、特に司法権の濫用を制約し、「刑事違法性」を犯罪認定の根本基準とすることは、人権保障の要求である。もし、法律以外のその他の要素、例えば道徳、社会危害性などを犯罪認定の基準とすれば、基準自体が不確定的であるため、人権侵害の口実となりうる。

第三に、「刑事違法性」を犯罪認定の根本基準とする形式的合理性は、一般的公正の要求に適合する。法律は公正を追求することを使命とするが、一般的公正と個別的公正の間には矛盾が生じうる。このような場合、一般的公正の追求を主とし、一般的公正を保証するとの前提の下で最大限に個別的公正を実現すべきである。したがって、たとえ重大な社会危害性を具備す

る個別的行為が法律の制裁を免れようが、それは法律の尊厳を維持し、一般的公正を実現するための必要な代価である。⁽⁵⁷⁾

⑦中国刑法理論の犯罪概念は、新刑法の「罪刑法定原則」と以下の点で合致しない。

一、この犯罪概念には、法律で規定する以前の「犯罪行為」および法律で規定した後の「犯罪行為」を区別する「法定」の境目がない。すなわち、社会の要求または人民大衆の感情においては、社会に危害を及ぼす行為は、それが法律で犯罪と規定される以前においても、犯罪として厳しく非難されうる。しかし、法律に犯罪と規定されていない行為は、たとえ重大な社会危害性を具備していても、法律上および刑法理論上それを犯罪と称したり、法定の犯罪と一緒に研究することは、「罪刑法定原則」の要求に合致しない。法律で犯罪と規定されていない行為も理論上当然に研究すべきであるが、これと法律で犯罪と規定されている行為は区別されなければならない。

二、現行刑法理論によると、犯罪は社会危害性を本質的特徴とする行為である。そこで、犯罪概念を研究するためには、社会危害性の概念を明確にすることが重要である。しかし、これは学界において長年争われている問題であり、現在の通説では新刑法第一三条規定および各則規定により確定されるとされて

いる。つまり、刑法が規定する犯罪は社会危害性を本質的特徴とするものであるが、犯罪の社会危害性は刑法規定の内容により確定されるのである。理論が規定を内容とし、立法が理論を基礎とする相互に依存したかかる閉鎖的な理論状態が、「罪刑法定原則」確立以前において刑法の濫用を防止したというならば、「罪刑法定原則」確立後は、その歴史的使命を完成させたことになる。

三、刑法理論における犯罪概念は、実務における刑法の徹底執行に対して容易に悪影響を及ぼす。これは、この犯罪概念が立法段階および司法段階における犯罪概念の意義を区別していないため、立法機関で議論すべき問題を司法機関に議論させることになりやすいからである。すなわち、法律に犯罪と規定されていないが、重大な社会危害性を具備する行為を犯罪として処断すべきか否かは、立法機関において解決すべきであり、司法機関が関与する問題ではない。⁽⁵⁸⁾

このように、これらの論旨においては、新刑法の実質と形式を統一したといわれる犯罪概念は、実質的には社会危害性を優先させる実質的犯罪概念であるとし、「罪刑法定原則」の要求に適うように、「刑事違法性」を本質的特徴とした犯罪概念を構築すべきと主張するのである。

確かに、これらの論者が指摘するように、犯罪概念に「刑事違法性」という形式的な法律的要件が盛り込まれていたとしても、社会危害性という実質的な概念を犯罪の本質的特徴としていえる以上、そこに矛盾が生じうることは否めない。こうした矛盾は特に、重大な社会危害性を具備するが、刑法に規定されていない、すなわち「刑事違法性」を具備しない場合に顕在化する。例えば、新刑法制定後、遺失物横領事件について次のような裁判例がある。⁽⁵⁹⁾

タクシー運転手王巖（以下、「被告人」とする）は、乗客李某（以下、「被害者」とする）が車内に置き忘れたリュックサックを自宅に持ち帰り、その中の現金一三二〇五元などを横領しようとしたが、被害者の届出を受けた公安により被告人は逮捕され、検察により某区法院に起訴された。新刑法第二七〇条第三項によると、本罪は親告罪とされているため、被告人の代理人は、被害者が本案件を告訴していないことを抗弁理由にし、無罪を主張した。しかし、この主張は受け入れられず、有罪判決が下された。そして、被告人は「上訴」を提起せず、また検察もプロテストを提起しなかったため、第一審判決の法的効力が発生した。

本件において問題となるのは、遺失物横領罪が親告罪と規定

されているにも拘わらず、被害者の法院への告訴なしで検察が被告人を起訴し、法院が有罪と確定した点である。この点について現行刑事訴訟法(一九九六年改正)第一五条は、親告罪について告訴がなければ刑事責任を追及しないと定め、すでに追及している場合は事件を取消し、不起訴処分にし、審理を終止し、または無罪を宣告しなければならぬとしている。しかし、本件を審理した法院は、当該事件を公訴事件として処理することとは立法趣旨に違背しておらず、正しかったとした。その根拠は、次の通りである。すなわち、遺失物横領は通常、加害者と被害者の間に親密な関係があり、被害者が告訴するか否かは、往々にして被害者の利益に関わる。そのため、新刑法第二七〇条第三項は遺失物横領を親告罪と規定したのである。本規定は被害者の利益保護から出発したものであり、決して遺失物横領行為に社会危害性がなく、刑罰を受けなくともよいということを意味するものではない。本件において、被害者は被告人と何ら親密な関係はなく、そのため、たとえ被害者が告訴しなくとも、犯罪者を処罰するためには、検察が公訴を提起してもよいと。

このように、ここでは、被害者の告訴との刑法が規定する訴訟条件を欠きながらも、公安の捜査により発覚した遺失物横領

行為が、社会危害性を具備するとの根拠から、処罰しなければならぬとされたのである。しかも、「こうしやり方は、現在の司法実務において一定の普遍性を備えている」⁽⁶⁰⁾といわれる。まさに陳興良のいうように、社会危害性と「刑事違法性」が矛盾した場合には、社会危害性が優先されているのである。つまり、類推許容規定を削除した新刑法においても、実質と形式を統一したといわれている犯罪概念は、実質的には実質的犯罪概念なのである。

(六) 日本刑法において罪刑均衡原則は、実体的デュー・プロセス論の見地から主張され、現在では、罪刑法定主義の कोरोラリーとされている。⁽⁶²⁾ 罪刑均衡原則は、「残虐な刑がどのようならばいにも絶対的に許されないのはもちろんであるが(憲法三六条、残虐でない刑であっても、犯罪に不相当な刑を規定することは、やはり適正手続条項に反するものというべきである)⁽⁶³⁾」(括弧内は原文)と説明されている。そして、この「不相当な刑」とは「いちじるしく均衡を欠く重い法定刑」であり、日本において、罪刑均衡原則は被告人に有利な方向に働くことと理解されている。これは、実質的人権保障の見地から、当然のことであろう。

しかし、中国刑法においては、罪刑均衡原則は「罪刑法定原

則」と並ぶ刑法の三大原則のひとつとされ、⁽⁶⁵⁾ 刑罰が軽すぎると判断される場合においても働くのである。このことは、法条競合の場合において、最も明確な形で顕在化する。すなわち、前述（第一章第四節第三項参照）のように、中国刑法の法条競合理論においては、罪刑均衡原則の見地から、処罰の妥当性を追求するため、重法が軽法に優先する原則が、その他の法条適用の原則を補完するものとして認められているのである。そのため、個々の案件において「もつとも妥当な刑罰はどの程度か」という実質的考慮によって、一般法と特別法を使い分ける⁽⁶⁶⁾ という事態が生じるのである。こうした法適用が形式主義的思考様式を前提とする罪刑法定主義に背馳することは明らかである⁽⁶⁷⁾。

第二項 刑法の外的環境の問題点

刑法の外的環境の問題点は、中国の学界で指摘されているものも含め、(一) 手続的保障、(二) 司法解釈、(三) 労働矯正に関する問題に大別することができる。

(一) 「手続法は実体法の生命の形式であり、また実体法の内在的生命の表現でもある。もし、手続法が実体法の精神、原則および内容と異なれば、必然的に当該実体法の生命力を損な

うことになる」。しかし、一九九六年に改正された刑事訴訟法には、「罪刑法定原則」に違背する多くの問題が存在している。例えば、「証拠を重んじ、調査・研究を重んじ、口述を軽々しく信じず、拷問による自白の強要を厳禁する」と規定しながら、「事実通りに回答する」義務を規定し、被訴追者に黙秘権を認めていないこと、無罪推定の原則を徹底していないこと、口述を単独の証拠として処理する一方で違法に収集した口述の証拠能力を排除する旨を明文規定していないことなどである。特に、拷問による自白の強要は、本来なら無罪のものを有罪とすることもあるため、それ自体が「罪刑法定原則」を粗暴に踏みにじっている⁽⁶⁸⁾。

(二) 学界において、司法解釈の問題として指摘されているのは、① 制定権限を有さない機関の司法解釈制定への参加、② 被告人の権利に不利な司法解釈、③ 実質的に立法の役割を果たす越権的司法解釈である。また、これら以外に、私見では、司法解釈の法源性を定める司法解釈も問題であると考えられる⁽⁶⁹⁾。

(4) 以下、順にみていこう。

① 「法律解釈業務の強化に関する決議」（一九八一年六月一日公布）によると、司法解釈を制定できるのは、最高人民法院および最高人民檢察院に限られる。しかし、旧刑法または新

刑法に基づき發布された司法解釈には、制定権限を有さない機関が司法解釈の制定に参加しているものがある。これは主に公安部の介入である。例えば、新刑法制定後においても、一九九八年三月二六日に公安部は兩高と連名で「窃盜罪の金額認定基準の問題に関する規定」を發布した。公安部が行える解釈は「行政解釈」と呼ばれるもので、これは「裁判および檢察業務に属さないその他の法律、法令を如何に具体的に運用するかの問題」(同決議第三条)に限られる。そのため、公安部には本司法解釈を制定する権限はない。⁽⁶⁹⁾

②「罪刑法定原則」の本質は人權を保障し、立法および司法権を制限することである。被告人に有利な方向で解釈することは、「罪刑法定原則」のしかるべき精神である。しかして、現在、被告人に不利な司法解釈は大量に存在している。例えば、新刑法施行にあわせて最高人民法院が制定した「刑法の時間的効力規定の適用における若干の問題に関する解釈」第三条の累犯に関する規定である。本条は、「前罪に対して科された刑罰の執行を完了し、または赦免され、一九九七年九月三〇日以前に再び有期懲役以上の刑罰を科すべき罪を犯した者について、累犯を構成するか否かは、改正前の刑法第六一条の規定を適用する。一九九七年一〇月一日以降に再び有期懲役以上の刑罰を

科すべき罪を犯した者について、累犯を構成するか否かは、刑法第六五条の規定を適用する」と規定する。つまり、新刑法施行後の犯罪については、新刑法第六五条を適用とするのである。しかし、累犯の前後罪の時間的限度は、旧刑法が三年であるのに対し、新刑法は五年と定めている。これは明らかに被告人に不利な解釈である。⁽⁷⁰⁾

③新刑法第二六四条窃盜罪について、一九九七年一月四日に最高人民法院が制定した「窃盜事件の審理における法律の具體的運用の若干の問題に関する解釈」について、次の問題が指摘されている。すなわち、本条は被害金額または「情状」により、「三年以下の有期懲役、拘役または管制」、「三年以上一年以下の有期懲役」、「一〇年以上の有期懲役または無期懲役」および「無期懲役または死刑」の四つの法定刑(付加刑は除く)を規定している。そして、本解釈第六条第三項は、「比較的巨額」または「巨額」の窃盜をはたらいた者が、「累犯」など八つの事由に該当する場合、「情状が重大である」または「情状が特に重大である」と認定できると規定する。⁽⁷¹⁾つまり、これらの事由に該当する場合は、「情状が重大である」または「情状が特に重大である」と認定され、ワンランク上の法定刑を適用されるのである。しかし、「累犯」について、新刑法は重きに

従い処罰すると規定している（第六五条）。このように、本解釈は実質的に刑法規定と矛盾している⁽⁷²⁾。

また、同解釈第三条では、新刑法第二六四条で規定する窃盗額が「比較的巨額である」、「巨額である」および「特に巨額である」について、それぞれ「五〇〇元から二〇〇〇元以上」、「五〇〇〇元から二萬元以上」、「三萬元から一〇萬元以上」との基準をうち立てた。しかし、これらの基準は、実質的には窃盗罪の客観的側面について詳細に記述しており、犯罪の成否を決定する基準のひとつであり、立法の内容である。したがって、本解釈は実質的には権限を越えた解釈である⁽⁷³⁾。

別の論者は、一九九八年八月二八日に最高人民法院が制定した「外貨詐欺または外貨不法売買の刑事事件の審理における法律の具体的応用の若干の問題に関する解釈」について、次の問題を指摘する。すなわち、本解釈第三条および第四条は、外貨詐欺および外貨不法売買行為に、第二二五条第三項不法経営罪を適用するとした。しかし、外貨詐欺および外貨不法売買行為は、刑法典改正に伴い非犯罪化されたものである。したがって、本解釈は新刑法条文を解釈したものではなく、越権解釈であり、かつ、「罪刑法定原則」に矛盾する類推解釈でもある。そして、このことは、最高人民法院が本解釈制定直後の一九九八年一二

月二九日に、全国人大常委が「外貨詐欺、外貨不法流出および外貨不法売買罪の処罰に関する決定」を制定し、外貨詐欺罪を規定し（第一条）、かつ、外貨不法売買行為を不法経営罪に該当すると規定した（第四条）ことからも明らかである⁽⁷⁴⁾。

本解釈については、結局、単行刑法が制定されたが、私見では、不法経営罪の「小口袋」を利用して、司法解釈が実質的に立法を行った例はまだ存在する。それは、一九九八年一二月二三日に最高人民法院が發布した「不法出版物の刑事事件の審理における法律の具体的運用の若干の問題に関する解釈」である。

本解釈は全一八条からなり、ここでは次の不法出版行為が定められている。すなわち、国家の分裂を煽動し、国家の統一を破壊する、または国家政権の転覆を扇動し、社会主義制度をうち倒す内容をもつ出版物（第一条）、著作権を侵害する出版物（第二一五条）、他人を侮辱し、または誹謗する出版物（第六条）、民族を差別し、または侮辱する出版物（第七条）、わいせつな出版物（第八一〇条）、およびその他の不法出版物（第一条）の出版などの行為である（括弧内は「不法出版物の解釈」の条文を指す）。本解釈で挙げられた以上の不法出版行為は、第一一条を除いては、いずれも新刑法においてすでに規定されている各犯罪の解釈から導かれるものといえる⁽⁷⁶⁾。

しかし、第一条では、新刑法に規定されていない不法出版行為も、第二二五条第三項に該当するとされた。すなわち、本解釈第一条は、「国家规定に違反し、本解釈第一条から第一〇条に規定している以外のその他の社会秩序に重大な危害を及ぼし、市場秩序を攪乱する不法出版物を出版、印刷、複製、発行し、情状が重大な者は、刑法第二二五条第三項の規定に照らして、不法経営罪をもって犯罪を確定し、処罰する」と規定したのである。

そもそも、不法出版罪は刑法典改正過程において、投機空取引罪を分解する罪名のひとつとして、刑法に規定すべきであるとの意見が多数存在していた。⁽⁷⁷⁾ こうした意見を受け、一九八八年一月二十五日に全国人大常委會法工委が起草した刑法典改正草案では、各則第八章「社会の管理秩序を妨害する罪」第一九二条に不法出版罪が規定されていた。⁽⁷⁸⁾ しかし、理由は定かではないが、その後の刑法典改正草案において、本罪は規定されず、新刑法においても規定されなかった。しかし、刑法学者および司法機関の大多数の者が旧刑法に規定されていない不法出版行為に刑罰を科すためには、法律を制定してこの問題を解決しなければならぬと考えていたことは明らかである。したがって、この見解を徹底するならば、刑法典改正に際して投

機空取引罪を削除した以上、新刑法に規定のない不法出版行為を処罰するためには、投機空取引罪の分解後に残った不法経営罪ではなく、不法出版罪を規定しなければならぬということになる。そのため、新刑法制定直後に出版された刑法教科書においては、不法経営罪の適用対象に不法出版行為は含まれなるとされていたのである。⁽⁷⁹⁾ それにも拘わらず、本解釈は「国家の規定に違反し、市場秩序を重大に攪乱する不法経営行為」という構成要件に、「国家规定に違反し、本解釈第一条から第一〇条に規定している以外のその他の社会秩序に重大な危害を及ぼし、市場秩序を攪乱する不法出版物を出版、印刷、複製、発行する」行為を包摂させたのである。これは、旧刑法下において投機空取引罪がその適用対象を拡大された手法（第一章第四節第二項参照）と何ら異なるところはない。すなわち、曖昧な構成要件を利用して、司法解釈の意義で実質的に法条の適用対象を拡大しているのである。

④一九九七年七月一日に施行された「最高人民法院の司法解釋業務についての若干の規定」では、「最高人民法院が制定し發布した司法解釋は、法的効力を有する」（四条）と規定し、最高人民法院の司法解釋が法源となりうるということが認められた。こうした重要なルールが司法解釋により決定されたことも問題であ

るが、罪刑法定主義の見地からは、立法機関の制定法に依らなくとも、上述のように制定法の枠を越えることがある司法解釈に依り刑事手続が進められることの方が、より深刻な問題であるといわざるをえない。

(三) 前述(第一章第四節第四項参照)したように、労働矯正は実質的に刑罰に匹敵しうる制裁であるため、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」の人権保障との本旨に適わない。

また、実務において労働矯正は、「労働矯正は実際の適用上全く厳格ではなく、恣意性が大きい。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、直接労働矯正を科す⁽⁸⁰⁾」との指摘が示しているように、刑罰の代替手段として利用されているのである。そして、類推適用が主に刑法に明文規定なき軽微な犯罪的行為に運用されていたことを考えると、労働矯正が刑法に明文規定なき犯罪的行為を処罰するための刑罰の代替手段として運用される

ことが十分に考えられる。こうなった場合、もはや「罪刑法定原則」を規定しているのが中国市民の権利・自由が保障されるという論理は成立しなくなり、新刑法の「罪刑法定原則」は形骸化することになる。

こうした問題を抱える労働矯正について、刑法典改正前、陳興良は、「今次の刑法改正において、労働矯正について何も触れなければ、刑法改正の成果は大幅に減殺されるであろう⁽⁸²⁾」と論じた。この意味するところは、少なくとも労働矯正が市民の権利・自由を不当に侵害しないように改善すべきということである⁽⁸³⁾。しかし、新刑法は労働矯正について、「付則」第四五二条第二項において「両方の決定」の廃止を宣言するにとどまった(本決定の問題点については第一章第四節第五項参照)。また、二〇〇〇年三月一五日に制定された「立法法」第八条は、「市民の政治的権利を剥奪し、または人身の自由を制限する強制措置および処罰」は、全国人大または全国人大常務会が法律の形式をもって定めなければならないと規定している。しかし、本法施行後(同年七月一日)も、労働矯正制度は存続しているのである。

第三項 まとめ

以上のように、学界においては刑法規範における問題点を中心にして、罪名法定、刑法規定の明確性、刑法規範の整合性などについて、多岐にわたる指摘がなされている。前節では学界において新刑法が旧刑法と比べて、明確性において進展したと認識されていることを指摘した。しかし、先述のように、刑法規定の明確性を徹底するために、構成要件を明示的に規定したため生じうる問題もある。例えば、交通手段の強取行為の対象として、新刑法は航空機、船舶および自動車⁽⁸⁴⁾を明示的に規定しているが、列車については規定していない。そのため、列車強取行為については罰条が存在しないという事態が生じている。

他方、これとは逆に、明確性の面において、新刑法にはなお不足が存在しているとも認識⁽⁸⁵⁾されている。例えば、構成要件にはおよそ馴染まない情状が犯罪の成否を決定したり（例えば、上述した新刑法第二二六条）、「その他」などの文言により罰条の適用範囲が不明確な「小口袋罪」などである。特に、「口袋罪」と揶揄された投機空取引罪を分解した上で新たに規定された不法経営罪が、改正の初志を貫徹せずに「小口袋」または「兜底」と揶揄されるに至ったことは注目すべきことであろう。

刑法の外的環境においては、実質的に立法の役割を果たす越権的司法解釈が特に問題となる。前項で指摘した窃盜罪におけ

る累犯の事実上の加重処罰、第二二五条第三項の「小口袋」を利用した不法経営罪の適用対象の拡張など、いずれも立法で解決すべき問題を司法において解決しているものである。最高人民法院も、こうした司法解釈の弊害を認識しているのであるが、行政機関の干渉、犯罪闘争に対する「打撃不力」との社会的圧力⁽⁸⁷⁾に耐えきれず、問題のある司法解釈を制定せざるをえないという。つまり、これらの司法解釈においては、市民の権利保障よりも社会秩序の維持が強調されているのである。また、累犯の前後罪の時間的効力に関する司法解釈も、権利保障よりも社会保護を優先したものと見える。したがって、司法実務においては学界とは異なり、社会保護本位論がなお強く残存しているといえよう。このことは、労働矯正についても同様である。

ところで、本節でみた問題には、旧刑法下において指摘されていた問題と共通するものが多い（第一章第三節第三項参照）。このことは、学界と立法当局の間で近代刑法の受容の程度においてズレが生じたためであると考えられる。すなわち、すでに指摘したように（第二章第一節第二項第四款参照）、学界においては、前期類推存廢論争（八〇年代後半）においてすでに顕著であった近代刑法の受容が、後期類推存廢論争（同第一節第三項参照）を経て、さらに進んでいる。そして、現在において

は、現代的意義における罪刑法定主義に近接する理念上の「罪刑法定原則」を打ち出すに至っている。そのため、新刑法法について学界において大量の批判が出現しているのである。

他方、立法当局においては、旧刑法制定後から通説であった基本的肯定説がいうように、刑法典改正に際して類推適用を廃止し、時間的効力において旧きにかつ軽きに従う原則を再確認したものの、前章第四節で指摘された問題については、未解決のものが多い。このことは、立法および実務における「罪刑法定原則」と、学界における罪刑法定主義に近接する理念上の「罪刑法定原則」が乖離していることを如実に示している。まさに、「罪刑法定原則」は個人の自由の保障と刑罰権の行使の制限を価値基盤とし、民主的思想および法治の精神を体现する。この点からいって、わが国の改正後の刑法典がこの原則（「罪刑法定原則」を指す）を明文規定したことは、確かに「一里塚」の意義を有する⁽⁸⁸⁾のであるが、現時点では、それ以上の意義を有するものではないのである。

これらの諸問題は、市民個人の権利を保障するために、形式的な構成要件該当性を軸に据え犯罪論を構築し、かつ、「刑法は有らゆる違法な行為に対して刑罰を以て臨まんとするが如

き、謂はば不遜な態度を採るものではない」とする謙抑主義をその補完とする現代的意義における罪刑法定主義の見地からは、いずれも厳しく禁止されるものであるといえる⁽⁹¹⁾。これらの諸問題の存在は、新刑法が具現する「罪刑法定原則」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は内在していないことを示している。したがって、新刑法において確立したといわれている「罪刑法定原則」を、日本において一般的に認知されている罪刑法定主義であると考えることはできない。これが本稿第一の課題に対して筆者が導き出した結論である。

そして、新刑法の「罪刑法定原則」と現代的意義における罪刑法定主義が異なることから、何故両者は異なるものであるかの問題が生じる。これは、換言すると、中国立法法において近代刑法の大原則である罪刑法定主義の受容が拒絶される、またはそれが変形して受容されるのは何故かという問題になろう。

また、司法実務に目を向けると、現在においてもなお司法機関には次のような見解が広く存在しているという。すなわち、「罪刑法定は『法の外には罪がなく、法の外には刑がない』ことを強調するため、それが司法機関の手足を縛る可能性は極めて高い。また、罪刑法定確立後、刑罰が犯罪を抑制できるか否

か、司法人員の心理は浮つている⁽⁹²⁾と。また、「裁判官達は、類推を廃止した上で「罪刑法定」を立法化したことは、刑事司法に一定の影響を及ぼすが、それが司法に対して働きかける力は、学者達が想像するほど大きくはないことを強調した⁽⁹³⁾」という。これは中国の研究者が一九九八年六月にある省の法院において実地調査を行った結果である。この調査結果は、理念上の「罪刑法定原則」からも一定の距離がある新刑法の「罪刑法定原則」すら、司法実務において徹底されていないことを示している。そしてこのことは、罪刑法定主義の受容に対して、立法のみならず、司法実務においてもそれを阻害する要因があることを意味している。これらについては、次で検討したい。

(1) 王漢斌「關於『中華人民共和國刑法（修訂草案）』的說明」高銘暄・趙秉志主編『新中国刑法立法文獻資料綜覽（中卷）』（中国人民公安大学出版社、一九九八年）一八二頁。

(2) 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）二九頁、何秉松主編『刑法教程（根据一九九七年刑法修訂）』（中国法制出版社、一九九八年）三九頁、趙秉志・赫興旺「論刑法總則的改革与進展」中

国法学一九九七年第二期一八頁など。

(3) 趙秉志主編『新刑法教程』（中国人民大学出版社、一九九七年）四九〇頁、劉守芬主編『刑法学概論』（北京大学出版社、二〇〇〇年）一〇頁など。

(4) 蘇惠漁主編『刑法学（修訂版）』（中国政法大学出版社、一九九七年）三九頁、蘇惠漁・游偉「樹立科学思想 完善刑事立法——对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。

(5) 費貴廉「罪刑法定原則在我国刑法中的確立」法学雜誌一九九七年第五期一五頁。

(6) 馬克昌「論我国刑法的基本原則」複印報刊資料刑事法学（原載：中央檢察官管理学院学报一九九七年第四期）一九九八年第二期一八頁。

(7) 日本では罪刑法定主義のコロラリーとされている刑罰法規の内容の適正は、中国において「罪刑法定原則」の内容とはされていない。かといって、中国刑法において刑罰法規の内容の適正が全く考慮されていないわけではなく、その中のひとつである罪刑均衡原則は、「罪刑法定原則」と並ぶ中国刑法の三大基本原則のひとつとして新刑法第五条に規定されている。

(8) 中国刑法においては、ひとつの犯罪に対して複数の法定刑が規定されることが多い。そして、「法定刑昇格要件」とは、複数の法定刑の中から、ワンランク上「上一

格」の法定刑を適用するための要件のことである。例えば、新刑法第二六三条強盜罪の法定刑には、「三年以上一〇年以下の有期徒刑および罰金併科」と「一〇年以上の有期懲役、無期懲役または死刑および罰金または財産没収併科」が規定されている。そして、本条の八つの「法定刑昇格要件」のうち、いずれかひとつに該当すれば、後者の法定刑が適用されることになる。

(9) 周光権「罪刑法定司法化的觀念障碍与立法缺陷」複印報刊資料刑法学二〇〇〇年第五期(原載・学習与探索二〇〇〇年第二期)二〇〇頁。

(10) 強盜罪の例以外は、薛瑞麟・楊書文「論新刑法的基本原則」政法論壇一九九七年第五期二七、二八頁を参照した。

(11) 曹月英「罪刑法定原則確立、貫徹的基本評価及調整取向」現代法学二〇〇〇年第四期七九、八〇頁。

(12) 費貫廉前掲注(5)一六頁。

(13) 同右。

(14) 屈学武「量刑自由裁量權述論」中国刑事法雜誌一九九二年第六期一九頁。

(15) 王漢斌「關於加強法律解釋工作等三個決定(草案)的說明(節錄)」高銘暄・趙秉志主編「新中国刑法立法文獻資料總覽(上卷)」(中国人民大学出版社、一九九八年)五七〇、五七一頁。全人大常務委法制工作委員會

刑法学「論《中華人民共和國刑法》的補充修改」(法律出版社、一九九二年)一四頁によると、本説明は一九九一年六月五日に行われた。

(16) 屈学武前掲注(14)一九頁。

(17) 同右、一九、二〇頁。

(18) 新刑法第九三條第二項は、同項に列挙する事由に該当する者を、「国家勤務人員をもって論じる」と規定する。これは日本でいう「みなし公務員」に相当する概念である。

(19) 全国人大常務委の本解釈草案審議において、「村民委員會構成員の身分は主に農民であり、彼らは国家が支給する賃金の待遇を享受していない。したがって、彼らを一般大衆とみるべきであり、彼らの犯罪も一般大衆の犯罪に対する処罰によるべきであり、国家勤務人員として論ずるべきではない」との批判があつたと伝えられている(「法制日報」一九九九年二月二五日参照)。

(20) 浅井敦「東アジア型社会主義法の特質」社会主義法研究会編「社会主義法研究年報No. 九アジアの社会主義法」(法律文化社、一九八九年)一〇〇頁。浅井は、中国、ベトナムおよび朝鮮の法を三つの観点から類型化し、そのひとつとして、法の技術的観点から、これらの法を「単純簡便」型(法の適用における柔軟性、系統的で周密な実定法体系の未形成、比較的簡略な訴訟手続)とする。

(21) 趙秉志・肖中華「適應市場經濟 完善刑事立法」政治与法律一九九七年第一期一五頁。

(22) 董成美・趙秉志・王利明「法律調整新論」(中国人民大学出版社、一九九〇年) 九三頁。なお、本稿における引用は、李国如・張文「刑法實施應貫徹罪刑法定原則——論对法無明文規定的嚴重危害社会行為的處理」法学研究一九九九年第六期一〇三頁による。

(23) 新刑法の罪名については両高からそれぞれ司法解釈が發布されている。すなわち、最高人民法院「中華人民共和國刑法」執行における罪名確定に関する規定「および最高人民法院檢察院「刑法各則規定の犯罪罪名の適用に関する意見」(一九九七年二月二五日發布)である。両者が規定する罪名はほとんど同一であるが、規定する罪名が異なるもの(第三九九条第一項および第二項ならびに第四〇六条)および前者には規定されていないが後者には規定されているもの(第三九七条第二項)がある。かかる事態に対し、両高はそれぞれ「最高人民法院「中華人民共和國刑法」執行における罪名確定に関する規定」の適用における関連問題について」(郝赤勇主編「新刑法司法解釈適用手冊」(警官教育出版社、一九九八年)一二九頁以下)および「最高人民法院「刑法各則規定の犯罪罪名の適用に関する意見」の適用における関連問題について」(同書一五〇頁以下)と題する司法解釈を

發布し、実務における対応策を打ち出した。すなわち、最高人民法院は、判決において最高人民法院の司法解釈における罪名に照らして、檢察機關が起訴した罪名を変更すべきとし、かつ、罪名を変更しても「法律上の誤り」には当たらないとした。他方、最高人民法院は各級人民法院が刑事裁判において当然最高人民法院の司法解釈を適用とするとしながらも、各級人民檢察院に対しては逮捕の承認、公訴の提起など各檢察業務においては最高人民法院の解釈に則すべきとした。また、最高人民法院も最高人民法院と同様に、最高人民法院の司法解釈に照らして檢察機關が提起した罪名を変更しても、「法律上の誤り」には当たらず、誤判として処理してはならないとした。

(24) 右の兩解釈はともに、第三三六条第一項を「強姦罪」、同条第二項を「女兒姦淫罪」と定めており、実務においては女兒姦淫行為を「女兒姦淫罪」とし、「強姦罪」に照らして量刑を行う方針が確定されたようである。

(25) 游偉「論「罪刑法定」与修訂後的我国刑法」法学一九九七年第五期二四頁。

(26) 「立功」(「功績を挙げる」の意)とは、「他人の犯罪行為を告発し、捜査により事実であると証明され、または重要な糸口を提供し、その他の事件を解決できたなど」(第六八条第一項)のことを指す。

- (27) 游偉・孫万懷「明確性原則与『罪刑法定』的立法化設計——兼評修訂後的『中華人民共和國刑法』」法学一九九八年第四期三八頁。
- (28) 周光權によると、「情状が重大である」、「情状が悪質である」、「結果が重大である」などは、三分の一以上の各則条文で使用されている(周光權前掲注(9)一二三頁参照)。
- (29) 張少鵬「關於進一步完善刑法典的幾點思考」法学一九九七年第八期四七〜四八頁。
- (30) 游偉前掲注(25)二五頁。
- (31) 薛瑞麟など前掲注(10)二八頁。
- (32) 王秋良「論司法解釈对刑法局限性之克服」複印報刊資料刑事法学一九九八年第六期六頁。
- (33) 游偉前掲注(25)二四頁。
- (34) 叶巍「新刑法遡及力原則新探」中国刑事法雜誌二〇〇一年第二期二九頁。
- (35) 彭鳳蓮「論罪刑法定原則實施的制約因素」中国刑事法雜誌一九九九年第四期一〇頁。
- (36) 游偉前掲注(25)二四頁。
- (37) 陳興良主編『刑法疎議』(中国人民大学公安大学出版社、一九九七年)四八五頁。
- (38) 胡康生など主編『中華人民共和國刑法釈義』(法律出版社、一九九七年)四八五頁。
- (39) 周光權前掲注(9)一九〜二〇頁。
- (40) 二〇〇〇年九月二〇日に最高人民法院は、「密輸刑事事件審理における法律の具体的運用の若干の問題に関する解釈」を發布し、この問題を解決した。また、旧刑法においても同様の問題は存在していたが、一九九六年七月三十一日に最高人民法院が「廢棄物不法輸入刑事事件の審理における法律適用の若干の問題に関する解釈」を發布し、廢棄物の重量により全国人民代表大會常務委員會「密輸罪処罰に関する補充規定」第四条第一項各号規定を適用するとした。
- (41) 趙秉志・于志剛「刑法基本原则的法条設置与現実距離——基于立法与司法的現狀分析」法学一九九九年第一期三九〜四一頁。
- (42) 高銘暄主編『新編中国刑法学(上卷)』(中国人民大学出版社、一九九八年)七八九頁。なお、中国において親告罪「告訴才处理」は「自訴」事件とされており、被害者が人民法院に直接告訴しなければならないとされている(刑事訴訟法第一七〇条第一号)。
- (43) 侯国雲・白岫雲『新刑法疑難問題解析与適用』(中国檢察出版社、一九九八年)一七四頁。
- (44) 新刑法第一三條は、犯罪を次のように定義する。
「国家主權、領土の保全および安全に危害を与え、国家を分裂させ、人民民主主義独裁の国家權力を転覆させ、または社会主義制度をひっくり返し、社会秩序および経

済秩序を破壊し、国有財産または勤労大衆による集団所有の財産を侵害し、市民による私人所有の財産を侵害し、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、法律に従い、刑罰による処罰を受けなければならないものは、全て犯罪であるが、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。

なお、第一三条の「但し」以下の文言は、危害の大きくない行為を犯罪として処理しないことを強調し、その着眼点は犯罪としないことであり、「罪刑法定原則」に適合するものであるとする論者もいる（張小虎「人身危険性や客観社会危害顕著軽微的非罪思弁——我国『刑法』第一三条之出罪功能」中外法学二〇〇〇年第四期四七九頁参照）。

- (45) 陳興良「社会危害性理論——一個反思性檢討」法学研究二〇〇〇年第一期九頁。
- (46) 趙秉志前掲注（3）八一頁。
- (47) 周振想前掲注（2）五四頁。
- (48) 何秉松前掲注（2）八〇頁。
- (49) 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）六五頁。
- (50) 趙秉志前掲注（3）七九頁。
- (51) 周振想前掲注（2）五〇頁。

(52) 蘇惠漁前掲注（4）七七頁。

(53) 陳興良・劉樹徳「犯罪概念的形式化与實質化辨正」法律科学一九九九年第六期九六頁。

(54) 李立衆・李曉龍「罪刑法定与社会危害性的統一」政法論叢一九九八年第六期六頁。

(55) 樊文「罪刑法定与社会危害性的衝突——兼析新刑法第一三条關於犯罪的概念」法律科学一九九八年第一期二六頁以下。

(56) 陳興良など前掲注（53）九六頁、陳興良前掲注（45）一一頁。

(57) 陳興良前掲注（45）一一～一二頁。なお、③については、陳興良など前掲注（53）九六～九七頁も同趣旨である。

(58) 王世洲「中国刑法理論中犯罪概念的双重結構和功能」法学研究一九九八年第五期一一一～一二二頁。

(59) 「王嚴侵占案——侵占案是告訴才处理的案件」刑事審判參考一九九九年第一期四二～四六頁。

(60) 同右、四三頁。

(61) 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「法觀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。

(62) 罪刑均衡原則は、理論的に責任論からも説明されるこ

とがある（川端博『刑法講義総論Ⅰ（上巻・中巻）』（成文堂、一九九五年）四六～四七頁参照）。

(63) 団藤重光『刑法綱要総論（第三版）』（創文社、一九九〇年）五五～五六頁。

(64) 中山研一『刑法総論』（成文堂、一九八二年）七二頁。

(65) この点につき、何秉松は、「わが国刑法の「罪刑相当原則」は「罪刑法定原則」の基礎であり、前提である。そして、「罪刑相当原則」は、「罪刑法定原則」の一内容であり、これらの間には極めて密接なつながりがある」とする（何秉松「試論新刑法的罪刑相当原則」政法論壇一九九七年第六期一七頁参照）。何秉松のいうように、確かに「罪刑法定原則」と罪刑均衡原則には密接なつながりがあるが、私見では、刑法典からみて、罪刑均衡原則は「罪刑法定原則」と並ぶ刑法の三大原則のひとつと解するのが自然であろう。

(66) 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）一八五頁。

(67) なお、現在、「重法と軽法は刑罰の問題であり、構成要件の問題ではない」との理由から、この重法が軽法に優先する原則を再検討しようとする動きがある（陳興良主編『刑法適用総論（上）』（法律出版社、一九九九年）七九六頁）。この問題については、今後の動向を見守る必要

がある。

(68) 黄定勇「罪刑法定原則将在挑戰中前行」法律科学一九九八年第五期五六～五七頁。

(69) 趙秉志など前掲注（41）四〇～四一頁。なお、一九九九年二月四日に發布された最高人民法院、最高人民检察院、公安部「鉄道運送過程における窃盜罪の金額認定基準の問題に関する規定」も同様に、司法解釈の制定権限を有さない公安部が司法解釈に参与している。

(70) 同右、四一頁。

(71) 「情状が重大である」および「情状が特に重大である」は、窃盜被害額（「比較的巨額」、「巨額」および「特に巨額」）により決定される。なお、窃盜被害額の認定基準については、上述の「窃盜罪の金額認定基準の問題に関する規定」に規定されている。

(72) 黄祥青「滯後与超越——新刑法実施中的若干問題与对策」現代法学一九九九年第三期三六頁。

(73) 宋為民「刑法中犯罪構成要件之數額標準商榷」中国刑事法雜誌二〇〇〇年第六期一七～一八頁。

(74) 旧刑法下において、外貨詐取行為は、一九八二年の「經濟事犯の決定」では密輸罪として処断するとされ、一九八八年の「密輸罪の処罰に関する補充規定」では「逃匿套匯」罪として処断するとされていた（李国如など前掲注（22）九八頁参照）。なお、「逃匿」とは、関連法規に

違反して外貨を国外に不法に流出させる行為を指し、「套匯」とは、関連法規に違反して外貨を不法に交換して取得する行為を指す(『法学詞典(増訂版)』(上海辞書出版社、一九八四年)六九五、七四二頁参照)。また、外貨不法売買行為は、投機空取引罪として処断されていた(『黃太雲』「關於懲治騙購外匯、逃匯和非法売買外匯犯罪的決定」的理解和適用」刑事審判參考一九九九年第一期七一頁参照)。

(75) 李国如など同右、一〇二頁。

(76) 一二条から一五条までにおいては、旧刑法二二五条三項の「情状が重大である」および「情状が特に重大である」のいわゆる「法定刑昇格要件」を経営額、違法所得額および出版部数などの数字を用いて画定している。そして、本解釈によると、経営額とは、「不法出版物の定価額に行爲者が経営した不法出版物数を掛け、取得した金額」(第一七条一項)を、違法所得額とは「利益獲得額を指す」(同第二項)とされている。

(77) 例えば、高銘暄・趙秉志主編『新中国刑法立法文献資料総覧(下巻)』(中国人民大学出版社、一九九八年)二一〇九頁、二一一九頁、二一八〇頁、潘家永「建議在刑法中增設非法出版罪」江西法学一九九七年第二期二五頁以下など。

(78) 高銘暄など前掲注(15)九三六頁。

(79) 例えば、趙秉志前掲注(3)五二六頁、蘇惠漁前掲注(4)五六九頁、何秉松前掲注(2)五三〇頁など。

(80) 趙秉志・赫興旺・顏茂昆・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四六頁。

(81) 趙秉志・肖中華「刑法修改中類推制度存廢之爭的研討」法学家一九九六年第四期六七頁。

(82) 陳興良「刑法修改的雙重使命…價值轉換与体例調整」中外法学一九九七年第一期五九頁。

(83) 同右、五九〇頁。

(84) 航空機強取は第一二一条に、船舶または自動車の強取は第一二二条に規定されている。

(85) 陳興良は、「一九九七年刑法は一九七九年刑法と比べてかなり明確であるが、この明確性は理想の程度にはなお遠く及ばない」と評価する(陳興良前掲注(37)三二頁)。

(86) 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)四二二頁。

(87) 陳興良主編『刑事法総論』(群衆出版社、二〇〇〇年)一八二頁。

(88) 游偉前掲注(25)二四頁。

(89) 宮本英脩『刑法大綱』(弘文堂、一九三二年)一六頁。

(90) 内藤謙『刑法講義総論(上)』(有斐閣、一九八三年)四二頁。

(91) 小口彦太前掲注(86)四〇五頁。

(92) 周光権「罪刑法定原則司法化的障碍及其克服——修訂

後的刑法実施中の全局性問題」陳興良主編『刑事法判解

(第一卷)』(法律出版社、一九九九年)二〇一頁。

(93) 同右。

むすび

新刑法において「罪刑法定原則」を徹底することは、学界において基本的にコンセンサスを得ていた⁽¹⁾。また、第二章第二節でみたように、このことは公安部門を除き、立法および司法当局においても同じである。しかし、第三章第三節で指摘したように、新刑法の「罪刑法定原則」は、学界においていわれている理念上の「罪刑法定原則」の要求を満たすものではない。また、司法実務においても、罪刑法定は手足を縛るものである、治安維持に不利ではないか、罪刑法定確立の司法に対する影響はさほど大きくない、など罪刑法定に対して消極的な態度が目立つ。

このことは、学界において受容が進んだ罪刑法定主義が、中国の立法および司法においては、その受容が拒絶されるとまで

いわなくとも、少なくともそれが阻害される何らかの要因があることを意味するものと考えられる。こうした要因について公正祥は、「中国の法律文化の土壤」の存在を指摘する⁽²⁾。そこで、以下では、法文化論、社会主義刑法理論および人権概念の視点から、「中国の法律文化の土壤」を考察したい。その際、キー概念となるのは、本稿でこれまで折にふれて指摘してきた(例えば、第一章第一節第四項、第二章第一節第二項第四款、同第四項など)、実質的価値への志向および社会保護本位論である。

法文化論の視点から

中国伝統法においては、これまではほぼ一貫して類推が認められてきた。そして、清代においても、類推は「比付」との名称で認められてきた。この「比付」の性格について、「情理」に照らしてどの程度の刑罰がふさわしいかをまず確定し、そのうえでその刑罰を定める条文を、必ずしも法の構成要件にとらわれることなく探し求める⁽³⁾との指摘があるように、そこには量刑の妥当性を追求する実質的価値への志向を看取することができるのである。

伝統法におけるこうした実質的価値への志向は、「比付」にとどまらず、刑法の根幹をなす犯罪論においても看取できる。

例えば、小口彦太は、清末一九一〇年に公布された「大清新刑律」(一九一一年に清朝が滅んだため施行されることはなかった)が罪刑法定主義を意味する規定を設けたことに對する国内の批判の特徴として、次の三点を挙げている。すなわち、①犯罪の取り締まりを法の枠内に限定することは伝統的な考え方からは理解できない、②犯罪と非犯罪の区別の決め手は法にはなく情理にある、③社会的、倫理的に非難に値する行為と、それを立法作業を通じて取捨選択して定型化された犯罪類型とが区別されていない⁽⁴⁾。ここから、伝統的な犯罪論においては、実質的に有害な行為が犯罪とされるのであり、法律に規定がなければ犯罪ではなく、処罰することはできないとする形式主義的な罪刑法定主義とは対極に位置していたことが分かる。まさに陳興良が指摘するように、「中国の伝統的な法律文化は実質的倫理を追求し、形式的合理性を軽視してきた⁽⁵⁾」のである。

また、別の論者は、「大清新刑律」に對する批判の中に、「この法律(罪刑法定主義を指す)の移植と、中国古代の援引比付の伝統との間に、激しい衝突が生じた。なぜなら、中国の伝統

法律文化は社会の各部分の安定および調和を追求し、社会秩序の追求に對する欲望は、個人の自由に對する追求よりも遙かに強⁽⁶⁾いからである。ここから、治安維持に對する強烈な志向を看取できる。これはすなわち、個人の権利保障よりも国家または社会の保護を優先する社会保護本位論である。

そして、法を「治世の道具」とする「刑法道具論」は、この社会保護本位論の表れのひとつである。この観点においては、「法律の優劣を評価する基準はそれが人民の権利・利益の実現に有利であるか否かではなく、乱世を治め、統治する目的を達成できるか否かにあり、「法律は『契約』ではなく、少数の支配者が一方的に制定したものであった。法律の社会矛盾に對する規制は、往々にして各階級の力関係を考慮せずに、従属階級の利益の犠牲を代価⁽⁷⁾」とされたのであった。

また、「刑法万能観」も社会保護本位論の刑法観への投影であるといえよう。いわゆる、「刑法万能観」とは、「如何なる行為であろうとも犯罪を構成する可能性があり、いずれも刑罰により規制しなければならぬ⁽⁸⁾」とし、刑法を社会における人々の行為を管理するものとする考え方である。

このように、社会保護本位論においては、市民の権利は社会保護の必要性から犠牲にされ、如何なる行為であろうとも社会

的に有害であるとされれば、刑罰により制裁を加えられるのである。

そして、こうした市民の権利を軽視する思考様式の生成について、黄定勇は次のように論じる。すなわち、中国の古代社会において、高度に集権化された支配および支配自体の残酷性は、根本から人々の自由および自身の権利に対する希望を消滅させた。政治的支配に対応し、法律は常に治世の技術とされ、少数の支配者の権利を保護し、広汎な民衆の利益を無視するものであると、当時の社会において一般的に考えられていた。また、人々においても、その交流対象は往々にして血縁、地縁などで密接な関係があり、さらには伝統的な倫理の浸透、礼の規範が加わり、人々は普遍的に訴訟がないことを人徳があることとし、紛争が生じる度に倫理により解決することを望んだ。また、法に訴えなくとも問題を解決することができたため、人々が法律を重視しなくとも、それは当然のことである。このように、「中国の封建史上において正義、権利は法律の発展における根本原則に発展することはなく、「罪刑法定原則」を誕生させることがなければ、また「罪刑法定原則」を受容できた時期はわずかりとも存在しなかった」⁽⁹⁾のである。

以上のことから、伝統法における実質的価値への志向および

社会保護本位論は、市民個人の権利を保障するために、形式的な構成要件該当性を軸に据え犯罪論を構築し、かつ、「刑法は有らゆる違法な行為に対して刑罰を以て臨まんとするが如き、謂はば不遜な態度を採るものではない」とする謙抑主義を⁽¹⁰⁾その補完とする罪刑法定主義とは、相容れないものであるといえよう。⁽¹²⁾

社会主義刑法理論の視点から

前述（第一章第一節参照）のように、新中国成立間近に、国民党の六法を廃棄することを決定した共産党政権は、旧ソ連の刑事立法を参考にして、自国の刑事立法を展開した（旧ソ連の刑事立法を参考にすることは、根拠地時代から行われていた）。これに伴い中国の刑法理論も、類推廃止前の旧ソ連刑法理論を導入し、それに伴い、旧ソ連が立法において初めて確立した社会危害性を中心概念とする実質的犯罪概念も、導入されたのであった。

ところが、旧ソ連においては、スターリン批判が行われたソ連共産党二〇回大会（一九五六年）において、「社会主義的合法性の強化と市民の権利保障」が提起され、これ以降、旧ソ連

の刑事立法はこの方向に沿って展開された。まず、一九五八年二月二五日に「ソ連邦および連邦構成共和国刑事立法基礎」(以下、「五八年基礎」と略す)が制定され、同三条において、「刑事責任および刑罰は、犯罪の実行について責任のある者、すなわち故意または過失によって刑法に規定された社会的危険行為をなした者のみに帰せられる。刑罰は裁判所の判決によってのみ適用される」と規定して罪刑法定主義を宣言し、長い間伝統的制度として踏襲されてきた类推許容規定を削除した。そして、旧法が認めていた行為主義に対する重大な例外規定、すなわち有罪宣告なしに流刑と放逐を科すことができるとの規定が削除され、さらに裁判所によってのみ刑罰が科される旨の新しい保障規定が設けられた。また、同六条において、「行為の犯罪性と可罰性は犯行時に効力のある法律によって決定される。行為の可罰性を排除し、または刑を減輕する法律は遡及効を有しない」と規定し、行為時法よりも重い事後法不遡及の原則を確認した。さらには、同七条において、「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(作爲または不作爲)、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つ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爲または不作爲であっても、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、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のであつた。⁽¹³⁾

このように、旧ソ連においては、罪刑法定主義を確立するため、类推許容規定を削除しただけではなく、実質的犯罪概念に形式的要件を導入するなどの措置が講じられたのである。その結果、旧ソ連刑法理論において社会危害性は、「形式上」(法規の文言上)犯罪の構成要件を充す行為でも、その実質的内容からみて刑事責任を問ひ、刑罰を科すに値する行為とそうでない行為とを区別するための基準⁽¹⁴⁾とされたのであつた。

翻つて、中国の旧刑法においても、旧ソ連と同様に、形式と実質を統一した犯罪概念が規定されている。しかし、旧ソ連のかかる変容を傍らに、前述(第一章第四節第二項参照)のように、旧刑法の犯罪概念は、実質的には社会危害性を本質的特徴

とする実質的犯罪概念であった。また、類推許容規定を削除し、「罪刑法定原則」を明文規定した新刑法においても、形式と実質を統一したといわれている犯罪概念は、その実、実質的犯罪概念なのである（前章第二節第一項参照⁽¹⁵⁾）。このように、実質的価値への志向を体现する実質的犯罪概念は、旧ソ連から受容した社会主義刑法理論を土台に発展した中国の社会主義刑法理論においても看取できるのである。

そして、こうした実質的価値への志向は、犯罪概念以外においても容易に看取できる。例えば、前述した量刑の妥当性が導入された中国の法条競合理論（第一章第四節第二項および第三章第二節第一項参照）、また旧刑法の類推許容規定そのものも、実質的価値への志向の現れであるといえよう⁽¹⁶⁾。また、こうした実質的価値への志向は、本稿第二章第一節でみた類推存廢論争において類推存置を支持する学説、および同第二節でみた類推存置を支持する立法および司法当局の見解にも如実に現れている。例えば、犯罪的行為を刑法に規定し尽くすことはできない⁽¹⁷⁾、刑法に規定がないことを理由に犯罪的行為を放置することは「実事求是」路線に反する⁽¹⁸⁾、犯罪を放任しないことを保証できないのであるならば、類推適用を廢止しないことも考慮すべきである⁽¹⁹⁾、などの主張である。

また、類推存廢論争において、類推廢止の立場に立つ論者の多くが、刑事立法および刑事司法に対する考え方を、社会保護本位論から権利保障本位論へ転換するよう主張したように、旧刑法下においては、社会保護本位論に基づいて刑事立法および刑事司法が運用されていた。そして、社会保護本位論の表れのひとつである刑法道具論について、鮑遂献は次のように指摘する。すなわち、「固有の『刑法道具論』は、新世代の中国人をして、刑法は階級抑圧の道具であるとするマルクス主義の理論的命題を容易に受容させしめたのである⁽²⁰⁾」。つまり、旧刑法下においては、伝統的な刑法に対する思考様式と、マルクス主義の刑法に対する思考様式が共鳴し、根強く残存していたのである。

また、こうした社会保護本位論は新刑法下においても容易に看取できる。例えば、前述した被告人に不利益をもたらす累犯に関する司法解釈、厳格な手続を欠く労働矯正などである（前章第二節第二項参照）。また、越権的司法解釈と知りつつも、「打撃不力」との社会的圧力に耐えきれず、問題のある司法解釈を制定せざるをえないことなども、社会保護本位論の影響を受けたものといえよう。

人権概念の視点から

近代法において、人権の主体は個人に限定されている。前述（第二章第一節第四項参照）のように、中国刑法学界においても、人権の主体を個人に限定するのが通説である。

しかし、先述（第二章第一節第三款および第五款参照）のように、人権概念に対する中国政府の公式的見解は、「……『個人的人権』は、『生存権』第一、権利と義務の統一の原則、『発展権』重視によって、集団的・国家的利益の下位に立ち『質』的観点より『量』的観点の優位……」⁽²¹⁾とするものである。後期類推存廃論争において存置説の立場に立つ薛瑞麟の、「我々（中国を指す）が追求するのは、集団の人権の主導下における個人の人権である。換言すると、中国は個人の人権を重視しているが、西側と比べて、集団の人権をより重視・強調しているのである」との主張は、まさに政府の公式的見解を踏襲したもののなのである。

つまり、学界で一般的に認識されている人権概念と、政府当局が認識している人権概念は別物なのである。こうした政府当局の思考様式の根底に、個人の権利よりも社会秩序の維持を重視する社会保護本位論が存在することは明らかである。このよ

うに、社会保護本位論の影響は、中国の公式的人権概念においても看取することができるのである。

まとめ

以上の考察をもとに、中国の立法および司法において近代刑法の大原則である罪刑法定主義の受容が阻害されるのは何故かという問題について、次のような見解を提示することができよう。

中国伝統法文化において、犯罪は常に前法律的に存在しており、社会的に有害とされる行為こそが犯罪であった。こうした実質的価値への志向は、清末における罪刑法定主義採用に対する反論が端的に示している。そして、かかる犯罪観の下では、犯罪が法の枠組みに限定されないため、法の枠に納まりきらない犯罪的行為を、如何に取り扱うかが問題となる。そこで、中国伝統法は、「比付」などの形式により、法に明文規定なき行為を犯罪として処断することを選択したのである。このことは、中国伝統法文化において社会保護本位論が重視されていることを明示するものといえよう。また、「比付」による法適用の過程においては、量刑の妥当性の追求という実質的価値への志向

が存在することも看過してはならない。

そして、中国伝統法文化にみられる実質的価値への志向および社会保護本位論は、新中国の刑事立法および司法においてもみることができる。すなわち、新中国は、その成立の初期において、社会主義兄弟国である旧ソ連を自国の刑事立法および刑法理論の範とした。当時、旧ソ連においては、類推適用が許容されておき、新中国が受容したのは、この刑事立法および刑法理論であった。その後、刑法典起草過程において、「刑事違法性」が強調され、旧刑法においては、実質と形式を統一した犯罪概念が採用された。しかし、スターリン批判を直接の契機とする旧ソ連における刑事立法および刑法理論の根本的転換を後目に、この犯罪概念は、類推許容規定の存在とも相俟って、実際には社会危害性を本質的特徴とする実質的犯罪概念であった。

また、かかる犯罪概念は、類推許容規定を削除し、「罪刑法定原則」を明文規定した新刑法においても根本的に転換したとはいえない。⁽²³⁾

このように、中国伝統法文化にみられた実質的価値への志向を体现する実質的犯罪概念は、現代中国刑法においても看取できるのである。これは、新中国が、類推廃止前の旧ソ連の刑事立法および刑法理論を基礎にし、一九五四年以降、自国の刑事

立法および刑法理論を自律的に発展させてきたためであると考えられる。すなわち、新中国が旧ソ連から受容した社会主義刑法を自律的に発展させたため、スターリン批判後の旧ソ連刑事立法および刑法理論の根本的転換とは袂を分かつことになり、結果、現代中国刑法に実質的価値への志向を体现する実質的犯罪概念が残存することになったのではなからうか。

また、こうした実質的価値への志向を支える社会保護本位論は、旧刑法下、ひいては新刑法下においても看取できる。例えば、「打撃不力」との社会的圧力に耐えきれずに制定した越権的司法解釈などはその最たるものである。これも、鮑遂猷のいうように、伝統法文化が社会主義刑法理論と共鳴し、残存したものと見えるであろう。また、中国の公式的人権概念も同じく社会保護本位論を現すものと考えられる。

以上要するに、中国伝統法文化においてみられた実質的価値への志向および社会保護本位論は、中国が独自に発展させた社会主義刑法理論と共鳴し、現在においても残存しているのである。⁽²⁴⁾ これらが、市民個人の権利を保障するために、形式主義的な構成要件該当性を軸に据え犯罪論を構築し、謙抑主義をその補完とする罪刑法定主義とは相容れないことは明らかであろう。以上のことから、中国において伝統的に強調されてきた実質的

価値への志向および社会保護本位論が、現在においても残存し、

近代刑法の大原則である罪刑法定主義の受容を阻害する要因になつていると考えられる。こうした「中国の法律文化の土壌」

が立法および司法実務において存在している限り、たとえ学界において近代刑法学の成果を十分に吸収した議論が展開されたとしても、中国の「罪刑法定原則」を近代刑法の大原則である

罪刑法定主義に相当するものと解することはできないであろう。これが本稿第二の課題に対する筆者の結論である。

なお、本稿においては学界における論争を中心に論稿を進めてきた。そのため、実務における刑法の運用の実態については、なお明らかにされていないところが多い。特に、実務においては刑法の類推的運用が行われているのか、そうであるならば如何なる類推的運用が行われているのかは明らかにしなければならぬであろう。また、前章第二節第一項でも指摘したが、「罪刑法定原則」と罪刑均衡原則の関係にも注意しなければならぬ。例えば、法条競合において、中国刑法理論は補充原則として、重法が軽法に優先する原則を認める。これは罪刑均衡原則の見地から認められるものであるが、ここに「罪刑法定原則」（形式主義的思考様式）と罪刑均衡原則（実質的思考様式）の矛盾がみられる。これらの問題については、今後の研究課題と

したい。

(1) 蔡道通「罪刑法定原則確立的觀念基礎」法学一九九七年第四期三二頁。

(2) 公丕祥「全球化与中国法制現代化」法学研究二〇〇〇年第六期三四頁。

(3) 小口彦太「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）四九〇～四九一頁。

(4) 同右、四八七～四八八頁。

(5) 陳興良「罪刑法定主义的当代命運」法学研究一九九六年第二期四三頁。

(6) 曲新久「個人自由与社会秩序的对立統一以及刑法的優先選択」法学研究二〇〇〇年第二期三三頁。

(7) 鮑遂猷「面臨挑戰的中国傳統刑法」法学評論一九八八年第二期二〇頁。

(8) 陳興良「論我国刑法的發展完善——關於罪刑法定、罪刑相適應原則的思考」中国法学一九八九年第三期五四頁。

(9) 黃定勇「罪刑法定原則將在挑戰中前行」法律科学一九九八年第五期五五頁。

(10) 宮本英脩「刑法大綱」（弘文堂、一九三二年）一六頁。

(11) 内藤謙「刑法講義総論（上）」（有斐閣、一九八三年）

四二頁。

(12) 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)四〇五頁。

(13) 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。

(14) 藤田勇『概説ソビエト法』(東京大学出版会、一九八六年)二八〇頁。

(15) 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。

(16) 小口前掲注(3) 四八六頁。

(17) 張明楷「關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、周密「罪刑法定還是法律類推」法学研究一九八〇年第五期二六頁。

(18) 朱建華「罪刑法定原則否定論」法学雜誌一九八五年第一期五六頁參照。

(19) 高銘暄・趙秉志主編『中国刑法立法文獻資料總覽(下卷)』(中国人民大学出版社、一九九八年)二六五三頁。

(20) 鮑遂猷前掲注(7) 二〇頁。

(21) 土屋英雄編著『現代中国の人権(SBC学術文庫)』(信山社、一九九六年)一六一頁。

(22) 薛瑞麟「論刑法中的類推解釈」中国法学一九九五年第三期七七頁。

(23) 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)一八七頁、鈴木賢前掲注(15) 四五頁など。

(24) 伝統法文化が現代法に残存している要因について、「変更不要と観念される原理や構造は、『社会主義』的な言葉を使っても肯定され、伝統からの継承という実質を被い隠している」との指摘がある(鈴木賢「現代中国相統法の原理——伝統の克服と継承——」(成文堂、一九九二年)三〇四頁)。これは刑法ではなく相統法についての指摘であるが、刑法についても同じことがいえるのではないだろうか。

* 本稿の執筆にあたり、鈴木賢教授(北海道大学)からご教示を得ただけではなく、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)など、数多くの貴重な資料を提供いただいた。ここに記して謝意を表したい。