

二十世紀における中国刑法学の回顧と展望

張, 文
北京大学法律学系教授

何, 慧新
北京大学法律学系博士課程

九州大学日中交流刑事法研究会誌

<https://doi.org/10.15017/2198>

出版情報：法政研究. 67 (1), pp.213-275, 2000-08-10. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

張文・何慧新著「二十世紀中国刑法学回顧与展望」『刑事法学要論―跨世紀的回顧与前途』（法律出版社、一九九八）所収

二十世紀における中国刑法学の

回顧と展望

九州大学日中交流刑事法研究会

【訳者はしがき】

ここに紹介する資料は、北京大学法律学系（学部）張文・何慧新両氏による論文「二十世紀中国刑法学回顧与展望」の翻訳である。この論文は、『刑事法学要論―跨世紀的回顧与前途』に所収されている。北京大学は一九九八年で開学一〇〇周年の記念すべき年を迎えた。本論文集は、これを記念して、そしてまた併せて、四三年の長きにわたって教鞭を執られた同大の楊春洗・儲槐植両先生への祝賀の意味も込めて、同年八月に「北京大学『刑事法学要論』編輯組（編集委員会）」の手により刊行されたものである。この記念論文集の副題が示すとおり、このなかに収められた四八本の論文はいずれも、二十世紀を振り返り来世紀へとつなぐまさに歴史の転換期における中国刑事法学

の集大成とも言うべき研究論文の数々である。

とくにここに紹介する論文は、この論文集の巻頭に位置し、扱うテーマが最も大きいものの一つである。具体的には、今世紀の中国刑法学を大きく三つの時代、すなわち清朝末期、中華民国時代、新中国建国後に区分をし、それぞれの時代において当時の中国が外国法から何をどのような姿勢で学び吸収していったのか、当時の刑法学の到達点と次の時代への意義や影響（あるいは歴史的断絶性までも）を限られた紙幅の中でも詳細に紹介・検討する。そしてその上で、今日の中国刑法学が歴史から何を学び取るべきなのかという今後の方向性を示しており、こうした姿勢は我々日本の研究者にとっても、まさに「批判的に継受すべき外国法の文化遺産」として真摯に受け止めねばならないものである。また、建国後、とくに改革・開放後はめまぐるしく変わり、今後も着々と変化するであろう中国社会にあつては、法制度も例外ではなく、二十一世紀を前に将来を見据えた刑法学の課題を広範に投げかけている。ここには著者の学問の日々の発展を願って止まない未来に希望を託す意気軒昂とした様子が容易に見て取れるであろう。

著者の張文先生は、一九四〇年遼寧省阜新県のご出身で、修士課程では先の楊春洗先生のもとで研究された。現在は、

北京大学法律学系教授として教鞭を執られる傍ら、司法研究センター主任、中国法学会刑法学研究会幹事（中国刑法学会理事）も兼任されている。主な著書に、共著『刑法因果関係論』（北京大学出版社、一九八六）、編著『犯罪と刑罰新論（犯罪与刑罰新論）』（北京大学出版社、一九九一）、共著『刑事政策論』（北京大学出版社、一九九四）、共著『中国刑法論』（北京大学出版社、一九九四）、共著『刑事責任要義』（北京大学出版社、一九九七）、共著『刑事法要論』（法律出版社、一九九八）等がある。その他、雑誌「中国法学」、「法学研究」、「中外法学」をはじめとして、ロシア、日本における刊行物の中にも発表論文（例えば、「中国的法人犯罪問題」―邦題「中国の法人犯罪について」國谷知史訳―新潟大学「法政理論」二八巻三号（一九九六年）所収、等）が数多く見られる。また、何慧新さんは、北京大学博士課程に在籍する院生であり、張文先生同様に、現在、楊春洗先生のもとで刑法学を専攻する新進気鋭の若手研究者である。

本文中には多くの文献が紹介されており、これらの書名、論文名等については、そのまま日本字に置き換えただけでなく意味が通じる（と思われる）題名以外は念のため日本語訳をあてたが、この場合、日本語訳名の後に中国語の原題を

かつこ内に併記することとした。但し、中国語の簡体字等については日本字をあててある。このことは書名に限らず、人名、引用文等でも同様である。また、原語の表記ということに関連して言えば、中国語では、外国の固有名詞、とくに本文中にあつては人名等に関して、その外国語の音に対応する中国語の文字をあてる表記法になっていて、このことは、ちょうど当該外国語を日本語においてカタカナで表記するのと同様のことである。本文中には、いくつか外国語の固有名詞が現れるが、これらについては、今回の翻訳にあたり著者からわざわざ本国語表記を教示していただくことで、我々日本人でも理解できるように配慮していただいたものである。この場合、中国語表記の後に本国語表記を併記した。

なお、時代がさかのぼった清朝の問題になると、それら用語や引用文が現代ではほとんど使われていない「古語」、「古文」として現れるなどの点は、適宜、仁井田陞『中国法制史研究刑法』（東大出版会、一九五九）、中村茂夫『清代刑法研究』（東大出版会、一九七三）、西田太一郎『中国刑法史研究』（岩波書店、一九七四）を参照する等で、補わせていただいた。

最後になったが、今回、著者のお二人が日本語への翻訳

を快諾して下さい、またとくに固有名詞に関する訳者の質問に対しては多忙の折にもかかわらず調査・回答をしていただいたことに謝意を表したい。また徐捷さん（九州大学大学院法学研究科（刑事訴訟法専攻））からも貴重な助言を賜った。（脱稿一九九・一一・二二・新中国建国五〇周年の記念すべき年に）

（訳 鈴木博康）

二十世紀における中国刑法学の回顧と展望

張文・何慧新

- 一 二十世紀の中国刑法学の発展過程
 - (一) 中国刑法の現代化のはじまり
 - (二) 中国刑法学の創成
 - 1 民国時代の刑法の沿革
 - 2 民国時代の刑法学研究の主要な成果
 - (三) 中国刑法の転換と発展
 - 1 中国刑法学の転換
 - 2 中国刑法学研究の回復と発展
- 二 二十世紀の中国刑法学研究の反思
- 三 二十一世紀の中国刑法学の展望

二十世紀は人類社会の発展の最も速い世紀であり、また、中国法制度上、巨大な変革のあった世紀でもある。中国史の伝統的区分を打破し、近代・現代と現在を一体として、百年の中国刑法学の発展の道のを回顧し、二十世紀の中国刑事法制の建設と刑法学研究の長短を明らかにすることは、我が国の刑事立法と刑法学研究の独立と健康的な発展を促し、そして、刑法学の真の繁栄に向かつての更なる一歩であろう。今世紀の中国刑法学の発展はおよそ次の三つの時期を経てきた。すなわち、清朝の修律期、民国期、新中国建設後の転換・発展期である。清朝末期の修律は、西側の法律体系と法律思想を引き写したもので、中国刑法学は伝統から現代へと転換し、刑事法制の現代化の進展はここから始まるのである。民国期は西側の法制をさらに紹介し引いた上で、中国刑法学は基礎的な発展を得るに至った。中華人民共和国の建設後はソ連の刑法理論を大量に輸入するにつれて、中国刑法学はドイツ、日本の真似から、ソ連を学ぶことへと至り、中国刑法学はここに転換を見るのである。一九七九年の「中華人民共和国刑法」の公布後は、刑事立法は完善なものへと更なる一歩を歩み、刑法学研究もまた大変な進歩を見せた。刑法の改正と展開をめぐっての理論研究は、刑法学研究を進展させ、掘り下げることに

なった。一九九七年の「中華人民共和国刑法（改正草案）」の成立、施行は刑法学研究が繁栄の局面に臨んでいることを示すものである。

一 二十世紀の中国刑法学の発展過程

(一) 中国刑法の現代化のはじまり

二十世紀の中国刑法の発展過程は、刑法の現代化の進展である。現代化は、伝統とは対応関係にあるが、しかし矛盾するものではない。現代化は伝統を継承することを前提としていて、伝統を欠くことは現代化とは言わないのである。二十世紀の中国法学は、今世紀になってから西側の影響を受けた現代法学であり、（十九世紀後半から今日に至るまでを西側の影響を受けた近・現代法学であるとする認識もある。）この他に、これより前には主に儒家思想の影響を受けた伝統法学（律学）がある。清朝末期の修律は、西側の法律文化が中国の伝統文化に対して衝撃を与えて何十年を経てからの、清朝の終りにおける政治の「内容としての新たな始まりである。二十世紀初頭の国際的環境と国内的実際の状況は、伝統的な拘束から解放された清朝末期における修律を決定づけた。中国の法律の現代化の発

端である。清朝末期の修律は、一〇年と経過しないうちに、世人の注目する成果を得たのである。そして、この一つの成果を得たということは、修律を主唱する沈家本の思想や活動と切り離して考えることはできないものである。

沈家本は長い間、刑部の職にあつたために歴代の皇帝の法令制度、刑獄文書に接することができ、中国の古代の法律の源流・沿革について深く系統立った研究と考証をした。そして、相応の、総合的で著名な法学家でかつ清朝の法律制度の改革の実践者という評を受けた。¹⁾ 少なからず、西側資本主義文化の東進や学問が新たに芽吹いた歴史的条件下で、彼は、熱心に西側の法律・法理を詳細に紹介し研究し、当時の中国においては比較的全体にわたって西側の法制を理解した代表的な人物であり、中国の封建的な旧律の改革を意図した改良主義者である。修律大臣の職にあつた間に、清政府の「可能な限り内外に通じることを目標として（務期中外通行）」という修律方針に従い、沈家本は「古今を参考とし、内外から広く集める（参考古今、博輯中外）」、「中国と西側に通じ集める（匯通中西）」という修律指導思想を確立した。西側の法律を採用する上での「彼の長所を取り入れ、我が短所を補う（取人之長以補吾之短）」、「彼国のよい法律は、取り入れるべきは取り入れ、

それをしないのは、愚かである（彼法之善者、当取之当取而不取、是以為愚³）」という態度は、修律を制定し、中国固有の伝統的法大系を改変しようと躍起になっていて、「各国制度との間の懸念はない（与各国無大懸絶）」ものであった。同時に、彼はまた、中国の伝統的な旧律を完全に捨て去ることについては反対をしており、すなわち、次のように述べている。「法治の時代にあつては、現代のみを求め過去を考えないこと、そして、西側の法を推賞し中国の法を検討しないことをすれば、すなわち法学は不全となり、なおかつどうしてこれを世に通し、押し進めることができるだろうか（当此法治時代、若但征之今而不考之古、但推崇西法而不探討中法、則法学不全、又安能会而通之、以推行於世⁴）」彼は、急激に変化する中国の現実と世界の潮流を直視し、法制の改革には中国と西側の両者に通じるような原則を採用すべきであると主張した。彼は、「各国の法律を参考にし、翻訳を最重視し（参酌各国法律、首重翻訳）」、「西側の法の本質を明らかにしようとするなら、西側の学問を研究しなければならず、とくに西側の書物を翻訳しなければならぬ（欲明西法之宗旨、必研究西人之学、尤必翻译西人之書⁵）」と言っている。こうして、彼は、積極的かつ組織的に、フランス刑法、ドイツ刑法、ロシア

刑法、日本刑法、イタリア刑法、オランダ刑法等を含む二〇を超える刑法典の翻訳に力を注ぎ、日本へ法制視察のために人を派遣し、旧律に対して改正を行ったのである。

沈家本は、中国の旧律を批判的に吸収し、系統立てて総合的に資本主義の法律を紹介し、その先進的な法理、立法例を吸収した。この表れは、とくに彼が改正に携わった刑法、民法、訴訟法、裁判所組織法等の六法のなかに見ることができると言える。そして、「各法律のなかでも最も必要なのは刑法である（各法之中、尤以刑法為要⁶）」ことから、新刑律の改正・制定にとくに力を入れた。彼の主張に基づいて日本の法学博士岡田朝太郎等が起草した『大清新刑律草案』は、西側の国家（とくにドイツ）の刑法の基本原則と刑罰制度を採用し、中国の封建的な法律と古い風俗礼教を捨てたもので、沈家本が中国の旧律について有していた改正意見及びどのようなようにして資産階級の法律精神の思想を吸収するかということをも十分に反映している。明確な刑法、慎重な刑罰、これが、沈家本の刑法思想の核心である。具体的には次のように言っている。第一に、刑法は「重い処罰のものを軽く改める（改重為軽）」べきである。沈家本は中国と西側の刑法を比較した後の一つの結論を導いた。中国は重く、西側は軽いので、「改重為軽」というのは

「今日の仁政の急務」であり、またそれが「修律の精神」である。彼は『删除律例内重法則』のなかで重罰を改めるという具体的な意見を提案している。まず、残酷な刑罰を廃して、凌遲、梟首、戮屍等の野蛮な刑罰は削除すべきであり、また「人を罰するのに孥（訳注、妻・子・家族）までほしない（罪人不孥）」という古い教訓と「刑罰は一身にとどまる」という西側の刑法原則に照らして、縁座や刺字等の不合理な刑罰を排除した。虚擬死刑を流徒に改めた。第二に、法の適用は平等であるということ。彼は、「恕心用の三文字は平等に刑罰を下すのに当たつての本質である（恕心用三字、実為平刑審断之本）」と説く。「法の明文の規定がなければ犯罪となし得ない」という刑法原則の採用を主張し、比附（訳注、今日でいう類推解釈の一種）によつて案件に対して判断を下すことには反対した。彼は、「一切の犯罪は正条がある場合にのみ成立し、刑律は比附の援用は認めない。（一切犯罪需有正条乃為成立、即刑律不准比附援引）」として比附の援用には、三つの弊害があると考へた。(1)「司法の審判官が自己の意見により、律に正条がない行為を類似の条文を比附することで人を処罰するようでは、司法官とは言えない。立法官、司法、立法が渾然一体となつていて立憲国とは言えない。（司法之審判

官得以己意、於律無正条之行為、比附類似之条文、致人処罰、是非司法官。使立法官、司法、立法混而為一、非立憲国所宜有也。）」(2)「法は、民衆との信用の物であり、律の明文があることによつて、すべきこと、してはならないことを知ることができる。もし、刑律の他に官の考えが分からないならば、民衆は抛り所とするところを持たなくなつてしまう。（法者、与民共信之物、律有明文、乃知必為与不應為。若刑律之外、摻以官吏之意見、則民將無所適從）」(3)「人の考えは異なるものだから、例えば、審判官に類似の例に基づいて人に刑を科すことを認めるとなると、恣意的に異なる犯罪を認定することとなり、刑事裁判の統一が期待できなくなつてしまう（人心不同、亦如其面、若許審判官得抛類似之例、科人一刑、即可恣意出入人罪、刑事裁判難期統一也。）」また同時に述べている。「事件を審理するに当たり根拠条文がほとんどないというなら、専門の条文を取り決める方がよい、それなら常に利用に供しうる。（与其就案斟酌、臨事鮮有依拠、何如訂立専条、隨時可資引用⁸）」つまり、新しい歴史的條件に立脚して、時宜に應じた新法を制定し、新しく生じた社会関係の調節を以つて、法により断罪処罰すべきであると言う。「比附は適用に当たつて公平ではありえないし、文字獄（訳注、一定の文字、

とくに皇帝に関わる文字を使用すること自体が犯罪である
とされていたことから、字を書いただけで監獄行きである
という意味である。)の方がまだましである。(比附之不得
其平者、莫如文字獄⁹)。刑を軽くし、科刑に慎重であるこ
とを主張し、刑罰が重すぎたり、刑罰を濫用することに反
対し、刑法の使用には慎重でなければならず、「そもそも
も刑罰というものは、昔からやむを得ず用いるときには、
慎重にならざるを得ないものである(夫刑者、古人不得已
而用之、不可不慎)。」そして「刑に等級を設けること」に
反対し、法の下の平等原則に従うことを要求し、犯罪を認
定し刑を定めるといふ「一体同科」を実行した。法の執行
における官と庶民の別をやめ、「八議の收贖」(訳注、八つ
の身分上の資格で刑罰の減免事由となる)を限定するので
ある。夫婦に関する事件において、夫婦の間に、犯罪を認
定し刑罰を定める上で存在する隔たりを縮小することは、
ただ「一般人を少しだけ区別(凡人稍示區別)」するだけ
である。第三に、死刑唯一。新刑律草案は、斬絞二種の死
刑の執行方法を採用し、修律に携わった日本の岡田朝太郎
は「依然野蛮で未開な方法である」とした。沈家本は『死
刑唯一説』で次のように説明をしている。中国は唐虞三代
において「死刑唯一」を実行し、「大辟(訳注、死刑執行

の一)の「一」だけしかないと考えていて、その後多くの
残酷な刑罰を設け、現在ではすでに残酷な刑罰は廃止され
たが、しかし、もし同時に死刑唯一が実行されたら、おそ
らく大変な非難があるうから、漸進主義を採用すべきだ。
この他彼は、「刑罰と監獄は表裏一体のものである」とい
う認識を出発点として、監獄を改良し、收容者の待遇の改
善を進めるべきとの見解を示した。「監獄を設けるのは人
に苦痛を与え、辱めるためではなく、人を感化させるため
である(設獄之宗旨、非以苦人辱人、將以感化人也)¹⁰」と
考えたのである。監獄管理者は監獄業務に通じていなか
らばならず、「欧州各国では監獄は専門の学問」になってお
り、中国では研究が少なく、監獄改良の第一歩は、監獄管
理者の人材育成にある。監獄では教誨を施すのであって、
強迫主義的な刑罰は用いてはならず、少年に対する懲罰処
分の措置は改めなければならない。

彼は、修律に関与した短い間に、清律のなかの遅れてい
る部分を改正しただけではなく、資本主義的な性質を持つ
た法典法規をも制定した。野蛮で残酷であると言われてい
た『大清律例』のなかの凌遲、梟首、戮屍等の残酷な刑罰
を削除して、笞杖を罰金とし、刑罰を減輕するなどし、名
前を『大清現行律』とした。同時に、『大清刑律草案』を

編纂した。この草案は「完全に法家思想の精神である——そしてまた、西側の法律精神でもあり、礼教的要素を考慮せず、二千年来の儒家思想が擁護してきた礼教思想を含むものではない（完全是法家的精神——而且是西方法律的精神、不曾考慮礼教的因素、不在含有二千年來儒家所擁護礼教思想在内）」⁽¹⁾。これは伝統的な刑事法律制度との間に大きな違いがある。内容から見ても、「比附を削除」し、罪刑法定原則を採用し、法律適用上の等級特権を外した。また、近代刑法理論をもとにして、犯罪とそうでないものの限界を明確にし、故意、過失、正当防衛、緊急避難等の規定を設け、既遂と未遂、累犯と俱発（俱発）の概念を明確にした。また、現代的刑罰制度を確立し、主刑と付加刑とに分け、主刑は死刑、懲役刑（有期と無期を含む）、拘留、罰金とし、そしてこの死刑もその執行方法を絞首の一つに限定した。付加刑は、公権の剝奪と没収であった。さらに、ドイツ刑法を真似て、幼年者に対しては刑罰を用いず、懲治教育に改めた。形式から見ても、近代の欧米や日本の刑法の編纂体系を用いて、旧律中の民刑未分の法律体系を徹底して打破し、総則と各則による構成の刑法構造を確立させた。総則は犯罪の認定、量刑の一般原則を規定し、各則は具体的に各種類の犯罪とその処罰方法を規定した。総則の内容

は、豊富で完備されており、その具体的内容は以前よりも細かくなって、刑法体系史上、空前の変化と進歩をしたものであることは明らかである。総則編は、法例、不作為犯、未遂犯、累犯、俱発犯、共犯、刑名、宥減、自首、酌減、加減例、執行猶予、仮釈放、赦免、時効、時例、文例等の一七章に分けられる。そのうち、執行猶予、仮釈放、時効はみな新しい制度であり、不作為犯も新しい概念である。皇室侵害、内乱、外患、国交妨害、機密漏洩、瀆職、公務妨害、選挙妨害、騒擾、逮捕、監禁、脱走、犯人蔵匿及び証拠隠滅、偽証及び誣告、放火、出水及び水利妨害、危険物、交通妨害、秩序妨害、貨幣偽造、文書印章偽造、度量衡偽造、礼拝侮蔑及び墳墓毀掘、阿片、賭博、姦非及び重婚、飲料水妨害、衛生妨害、殺傷、墮胎、遺棄、私擅逮捕監禁、略取誘拐及び和姦、安全信用名誉及び秘密妨害、窃盗及び強盗、詐欺、占有侵害、贓物、毀棄損壊等の犯罪であわせて三六章に分けられる。この体系の特徴は、もともと包括的ではなかった罪名を辞めて、検索に不便な伝統的な章名を放棄したことにより、罪名を以って章名としたことにより、各章のどのようなままとまりと分類とするかについて、実際に各犯罪を国家法益と個人法益の二種類という古い考えを排除して、比較的新しい国家法益、社会法益、

個人法益という三種類の方法で各章の配列順序としたことである。刑法各則の民族化が実現し、犯罪類型の現代化がまた完成したのである。

中国の封建的法典と比較すると、『大清新刑律』は多くの原則的な違いが見られる。第一は、刑を軽くし罰を少なくする、死刑犯罪の縮小、死刑の減輕ということである。

例えば、内乱罪はもはや絶対的死刑を規定せず、一六歳未満の少年犯罪は罪として論じず、感化教育を執行する。第二に、法律と礼教の分離。犯罪の認定と量刑にはもはや「服制（＝本人の身分関係により量刑が異なった）」を残さず、旧律の「犯罪に対して親を扶養させること（犯罪存留親養）」は編入しない。第三に、法の下の平等。犯罪の認定や量刑には、身分や地位により異なった扱いをしない。旧律の刑の適用には「官秩」、「良賤」等の加重減輕規定があつたが、これを捨てた。第四に、刑事制度の現代化。旧律は笞杖徒流死の五つの刑罰に分けていたが、新律は大きく主刑と付加刑の二つに分ける。主刑には、死刑、無期懲役、有期懲役、拘留、罰金があり、付加刑には、公権の剝奪と没収がある。旧律のなかの流刑は廃止し、笞杖刑は罰金、拘留に改められた。第五に、体例不同。旧律の民事、刑事は分かれておらず、訴訟法と実体法も分かれておらず、

各法が合体していたが、新律は「専門に刑事を扱う」とした。旧律があるものは六官で、またあるものは国政と民事で分けていたが、新律は西側の刑法を学び、総則各則の二編に分けた。『大清新刑律』は施行はされなかつたが、後世に対する巨大な影響を生み出し、南京臨時政府、北洋政府、南京国民政府が制定した刑事法律の基礎ないし根柢となり、しばらくの間援用さえされたのである。

『大清新刑』の起草、改正の過程において、「礼法の争い」が高まった。いわゆる「礼法の争い」というのは、張之洞、勞乃宣を代表とする「礼教派」と沈家本を代表とする「法理派」との間の二つの異なった立法思想の論争である。その法改正における焦点は、封建的倫理の三綱五常を全面的に肯定するかどうかということであり、新しい立法形式を用いて旧律の本質を含むかどうか、なおも多くの西側の法律精神を吸収し、旧律に対して多くの改正を試みるのか、法律と道徳、刑事制裁と行政処分は、必要な区分なのかどうかということである。一九〇七年新刑律草案が検討されていたときに、当時の軍機大臣兼長学部部長の張之洞が中心となって、「倫理によつて礼を制し、礼によつて刑を制す（因倫制礼、准礼制刑）」という原則に背き、礼教をそこなうものであるとして批判し、「倫理に悖るような

ところは全面的に改正（有傷倫理之处、応全行改正）¹²することを要求し、各地方官吏がこれに従った。清朝はついに御旨を出し、「中国はかねてより三綱五常を重んじ、故に犯罪の条文については立法を以って嚴重にする（中国素重綱常、故於干名犯義之条、立法特為嚴重）」と強調し、沈家本等に「この意に従って」草案に対する改革を命じた。こうして、修訂法律館が「倫理規律に関する条文は、諭旨に従って、一等を加重する（於有関倫紀各条、恪遵諭旨、加重一等）」とだけ示した。その後、法部がまた正文の後に五箇条を付け加え、乗輿に対する危害、内乱、資敵（資敵）、尊属殺害等は依然として斬刑を用いた。墳墓発掘についてははとくに尊属の墳墓発掘や強盜等の罪は加重処罰ができ、死刑すらあった。無夫の婦との和姦はなおも犯罪とされた。尊属に対して正当防衛の行使は認められなかった。一九一〇年、「修正刑律草案」の審議段階で、憲政編查館参議の勞乃宣がまた意見を述べ、「旧律の倫理規律礼教に関する条文（旧律有関倫紀礼教各条）」はそのまま直接「新律の正文に盛り込む」ことを要求した。「礼教が廃れれば、新刑律が施行される。礼教が廃れなければ、必ずや新刑律は施行し尽くされることはない（礼教可廢、則新刑律可行、礼教不可廢、則新刑律必不可尽行）」¹³。しばらくの間、

礼教派がこぞって、「新律の衰えを覆す勢いであった」。そして法理派の反撃がなされる。両者の論争の焦点は最終的には「無夫姦」と「子どもの教令違反」が犯罪かどうかというところに集中して問題となった。礼教派は、家族主義の立場に立って「法律は習慣に相反することはできない」という認識により、無夫姦と子どもの教令違反が犯罪にならないようでは、「我が国の礼俗にあわない」とした。法理派は、国家主義による立論により、この二つの行為は単に風俗教化や教育の問題にすぎないばかりか、刑事犯罪を構成せず、したがって刑律に組み入れる必要もないと強調した。双方は対峙して譲らない。清朝は、敢えて新刑律及び暫行章程を公布せざるを得なかった。しかし、また「来年には資政院を開催するので、修正の議を述べられたい（俟明年資政院開會、仍可提議修正、具奏請旨）」とした。このように、『大清新刑律』は、礼教派と法理派の争いの産物であり、なおも封建的刑事制度の色彩を色濃く残しているものであった。しかし、この公布は疑いもなく、刑法文化の歴史的な進歩の意義を有するものであると言つてよからう。

沈家本¹²先生の主要な著書は、後に編纂された『沈寄篋先生遺書』甲編二二種、乙編一三種であるが、そのなかでも

『寄稿文存』八巻が重要な著作である。彼の刑法思想は前の三巻によく現れている。第一巻は彼の奏議、つまり、『刪除律例内重法折』が第一の奏折であるが、それを収めている。いわゆる重法というのは、刑法のなかの過度に重い規定で、この奏折のなかで沈家本は、清律のなかの重い刑罰や過酷な刑罰を廃止し、西側の刑法の輕刑主義を学び、封建的な法律に対して改革的な改良主義思想が必要であるということ述べている。第二巻は刑法理論について重要な論述をしている。七つの論文からなっており、『論故殺』、『論殺死姦夫』、『論威逼人致死』、『論誣指』、『論誣証』、『論付加刑』、『論沒収』に分かれる。そのうち『論故殺』は、沈家本の重要な刑法の視点を著した著作の一つで、彼は古今内外の刑律と刑法学の視点を援用して、総合的に分析し、故意殺人の概念、種類、対社会的な危害を科学的にまとめた。これは殺人罪の研究に重要な参考価値を提供するものである。『論故殺』は、本文と付録の二つの部分に分かれ、付録はさらに、康熙、雍正年間（訳注、それぞれ一六六一—一七二二年、一七二二—一七三五年）の故殺事例やこれに対する沈家本の批評、故殺余論、吉郎中説帖等に分けられる。その研究の中で、故殺の「故」の含意を「知って犯すという故である（知而犯之謂之故）」と、引証

し、解釈した。故縦と故不直との区別は、「出罪は故縦、入罪は故不直（出罪曰故縦、入罪為故不直）」とした。故殺に対する処罰は、「刑故無小」とすべきである。また、鬪毆殺人と故殺人を区別した。彼は、殺人を三級に、すなわち、謀殺、故殺、鬪毆殺に分けた。何を以って故、鬪、毆というのか。彼の認識では、知って犯すのを故（知而犯之謂之故）、相争うのを鬪（相争為鬪）、相撃するのを毆（相撃為毆）であるとしている。「およそ鬪毆の殺人はお互いに毆して撃することから、もともと人を害する意図がないので、知而犯之という故とは大きな違いがある（凡鬪毆殺人者、此往彼来、而相毆撃、本無害人之意、与知而犯之、意情節懸殊。）」もし道具を用いたならば鬪毆と殺人の間には違いはない。「刀具はもともとから人を害することができる。それが人を害することができ、また人を傷つけると知っていることは、知而犯之とどのように異なるのか（金刃本可以害人、知其可以害人而用以傷人与知而犯之何異。）」どのようにしてこの三級のうち謀殺を区分するのか。彼の考えは「およそ殺人の意図があれば、二人以上の謀殺は論を待たない。その一人が謀りごとを抱き、ことに及んで殺す意欲を有するのは、みな謀殺を以って論ずる。故毆傷は、人を故意に毆して傷する場合であり、その結果、死に至った

場合は、故殺を以って論ずる。互いに殴の事情があれば、鬪毆殺を以って論ずる（凡有意殺人者、二人以上謀殺者無論矣。其一人独謀於心、及臨時有意欲殺者、皆以謀殺論。故毆傷者、為故毆傷人、因而致死者、以故殺論。必有互毆之状者、乃以鬪毆殺論）。¹³」としている。これらの考え方は、いずれの観点も科学的である。そのうちとくに、殺人を三級に分け、限界を明確にしたことは、全面的で概括的に古今内外の刑法学者の得難い理論を実現した。第三卷の「説」の基本的な内容は、刑法に関する論述であるが、同時にまた民法の分野の問題にもわたっている。彼は死刑唯一説を唱え、誤失と過失の分別説を唱え、訴訟における犯罪の認定の唐や明の律との比較等の観点を示した。沈家本の（徳を主とし刑はその補完であるという）徳主刑輔、（明確な刑罰で民を教え導くという）明刑弼教、（平等な法の適用という）持平用法の考えが反映され、官吏の基本的な刑法思想の整理、そして、刑を宣告し執行するのに輕減を原則とする司法の主張にまで及んでいる。

沈家本と共に修律に携わったもう一人の法制改革家たる伍廷芳もまた、仁政や輕刑を主張した。「治国の道は仁政をまず優先する。刑法の意義につき、道理を裁き、仁を推進するものであるとするならば、刑法は重きを改め輕きと

なすべきであり、ゆえに今日の仁政の急務である（治國之道、以仁政為先。自來議刑法者、莫不請裁之以義、而推之以仁、然則刑法之當改重為輕、故今日仁政之要務¹³）」と考えていた。刑罰の目的は、「國權を維持し、公安を保護することであり、國家が犯罪者を処罰し、私的な報復仇討をさせないのは、その後のいましめのために処罰するものではない。処罰の程度は、「個人の利益と社會の利益の調節を確實にする」ということによるべきで、殘虐な刑罰はあつてはならず、それゆえ、拷問による自白の獲得は排除され、証拠を重んじ、監獄の改良がなされなければならぬ。このことは、彼の輕い刑罰と慎重な処罰という刑法思想を反映したものである。

当然、清朝末期の修律の成果は、十年の功で得られるものではなく、何十年の西側文化の輸入によるものであり、沈家本一人の功績でもなく、林則徐、魏源以来の一連の努力によるものである。ただ、これらの初期の思想家は、繁文縟礼を改め、拷問による自白の獲得を廃止し、殘酷な刑罰を避け、收容者の待遇改善等の形式面についての要求をするというわずかな批判をしたにとどまり、三綱五常や名教（訳注、儒家思想における道德觀念）の本質を含む伝統的な刑法については、懸命に維持しようとした。張之洞の

「中体西用」論はその典型である。また、この時代の思想家は、西側の法学理論の影響を受けていたので、伝統的な刑法規範に反対するという矛先を刑法の本質に向けていた。また、天賦の人権を保護すること、とりわけ、天賦の自由権を目的とするという認識は、西側の法が中国の法より優れているところであり、「刑禁条章」はみな、天賦の自由権の保護、確立のためである。また、中国の君主専制統治下の法律は、人々の自由権を保護しないばかりか、「毀人身家」を以って務めとし、民智、民徳、民力を蹂躪した。¹⁴ こうした認識はすでに刑法規範の現代化の真の意義を把握していると言つてよからう。

清朝末期の修律は、社会各界の法律研究の濃厚な雰囲気を引き起こした。礼法の争いは、法律の起草、改正、審議、表決等の各場面のみならず、一般官吏や在華外国人にまで波及した。資政院だけでも「修正新刑律案提案」に賛成の議員は一〇五人で、『大清新刑律草案』の審議評決に加わった議員は一一九人で、この他、日本の法律家の岡田朝太郎、松岡義正等もまた法治派を支持した。同時に、外国法典の翻訳、中国の旧律の再版、法律学堂や法政学堂の開設、法学会の創設、『法学雑誌』の発行、その他法学研究活動の展開がみられた。わずかに翻訳した外国の法典には、

日本やヨーロッパ各国の刑法、軍法、監獄法等二三法がある。再版した中国旧律には、『唐律疏議』、『宋刑統』、『元史刑法志』、『元典章』、『明律』等があり、法律学堂は中央に設け、日本の学者に日本の刑法を講義してもらった。法政学堂は地方に設け、各省の官僚に法律を普及させた。こうした活動の展開は刑法学研究のブームを引き起こした。法理派の代表である沈家本は、その職を免官されたが、熱心に学会の設立を働きかけたし、資金も出し、法学雑誌を出版した。礼教派の勞乃宣もまた、その著述のなかで再三にわたつて『大清新刑律草案』を論評し、『暫行章程』とその「按語」に対してもまた意見を示した。ドイツ人の赫善心（訳注、本国表記は定かではないが、著者の回答に依れば、ここの記述は、潘念之編『中国近代法律思想史』上巻（上海社会科学出版社、一九九二）二三七頁に基づいているとのことである。）もまたいろいろと『大清新刑律』を評論した。

清朝末期の修律の大部分は、施行されなかったため、清朝末期における明らかな効果というものは分からないが、しかし、後世に対する影響は大変に大きいものである。それは、中国の伝統的な封建的法律体系を解体し、中国の法律を開き、世界の先進的な法律を手本として受け入れるこ

とを目標としており、だから、これは中国刑法の現代化にとって重要なキロポストである。沈家本の努力は、新律の基礎を定め、西側の法律文化の影響を拡大しただけではなく、内外の法律文化の紐帯を結びつけ、内外の法律文化を衝突から徐々に融合へと導き、「世界の各法体系の媒介の父」と言つて過言ではない。当然、中国刑法の現代化は、歴史的発展過程の一つであり、清朝末期の修律はその内の重要な一步に過ぎない。この過程のなかでは、新旧刑律、民主と専制、前進と後退、礼治と法治の複雑で鋭い闘争があった。清朝末期の時代における刑法の現代化の歩みは、どのように我が国の刑事制度の改革を進めるかということについて、参考となるに違いない。

このように、清朝末期の修律は、中国の近代社会・政治・経済の発展の必然的要求であり、こうして生じた礼法の争いは、歴史上、法理派と礼教派の闘争は頂点に達すると、刑法の意識と刑事法制の変革をもたらし、中国刑法の現代化の発端ともなり、民国時代の北洋政府、国民党政府の立法編成に基礎を提供したのである。

(二) 中国刑法学の創成

中華民國が一九一一年に成立してから、三つの時代を経

た。すなわち、南京臨時政府の時代、北洋政府の時代、国民党政府の時代である。どの時代においても、刑法はみそれぞれの規模と程度による制定・改正が進み、そのうち二、三〇年代は、中国近代史上刑事立法が最も集中していたときで、中国と西側の刑法文化が融合したのである。継続的な研究の中で、大陸法体系を主な外国刑法とした模倣の基礎の上に中国刑法学はまた一定程度の発展を得たのである。

1 民国時代の刑法の沿革

民国の初期、「大清新刑律」は継続して援用された。南京臨時政府は、その存続した期間が短いので、専門に刑事の法律を制定することではなく、ただ若干の刑法の法令を發布し、司法改革を進めたに過ぎない。前後して公布された、「大總統令内務部司法部兩部通飭所屬禁止刑訊文」と「大總統令内務部司法部通飭所屬禁止体罰文」は、刑法の目的は「国権の維持、公安の保護」、「私人の報復を禁止、処罰の創作を禁じる（非快私人報復之私、亦非示懲創）」を指すものとされた。だから、「一切拷問は認めず、担当者は罪を取り調べ、証拠をあらためるのに、自白偏重であつてはならない。これまでの不当な刑具はすべて破棄する（一概不准刑訊、鞫獄当視證據之充実与否、不当偏重口供。其

従前之不法刑具、悉令焚毀」ことになった。刑事事件の審理は、「笞・杖・枷の不当な刑具の使用は認めず、笞・杖・枷の刑罰に当たる犯罪は、すべて罰金、拘留に改めてこれを科（不准再用笞杖、枷号及不法刑具、其罪当笞杖、枷号者、悉改科罰金、拘留¹⁵）」した。裁判官の選択は慎重を要し、陪審制度、弁護制度、公開審判制度等が採用されていた。

北洋政府の時代の刑法は、主に「大清新刑律」を援用し、民国元年三月、臨時大總統が以下のように指示した。「従前に施行した法律及び新刑律があるものの、現在民国にはまだ法律が公布されていない。民国の国体に抵触する条文は失効させ、それ以外のものについてはすべて暫定的に援用する。以上遵守のこと（現在民国法律未經議定頒布、所有従前施行之法律及新刑律、除与民国国体抵触条应失効力外、余均暫行援用、以資遵守¹⁶）。」「大清新刑律」のうち、皇室に関する罪の全章と内乱罪の死刑の適用の困難なものを除いて、そのほかはみな臨時に援用し、司法での根拠にした。「大清新刑律」が「暫行新刑律」へと改められてから、あわせて「暫行新刑律実行細則」、「暫行新刑律補充条例」等の一連の特別刑法が公布された。この矛先は、人民の群集と革命活動に向けられた。民国四年、袁世凱の専制

独裁要求に迎合して、「暫行新刑律」第一次修正案が出され、礼教の強調と重罰化がなされた。民国七年、袁世凱と張勳の返り咲きが失敗して、時勢が大きく変わると、刑事政策の調整が必要になり、これが「第二次修正案」となった。これは、法典編纂会会長で司法院院長でもある王寵惠が、「暫行新刑律」や「第一次刑法修正案」の欠陥を批評し、また各国の刑法を参考とし、それはとくに当時ちょうど世に現れたドイツの「刑法準備案」やフランスの有名な法律家宝道（第二次刑法修正案）の顧問である）により起草された暹羅「刑法」であったが（訳注、宝道、暹羅共に本国表記は定かではないが、著者の回答に依れば、この記述は、前出・潘念之編『中国近代法律思想史』上巻四一八頁に基づいているとのことである。）、同時にまた、旧律中の優れた部分を継承し、本国の情勢を考慮して制定したものである。この他、北洋政府は、判例や解釈例を重要な法源とした。完全な統計ではないが、一九一二年から一九二七年までの間に北洋政府大理院が集成した判例は三九〇〇件以上、公布した解釈例は二〇〇〇件以上になる。このことは、成文法の「不備」を補充し、そして、常に統治者の意思に基づいて事件を処理し法律問題を解決するの都合がよかったというものである。

南京国民政府時代の立法活動はおよそ3つの段階を経た。第一段階は、一九二八年から一九三六年までで、集中して頻繁な立法が進み、階級専制の「法統」を確立した。南京政府は初期には一九一二年に北洋政府が公布した「暫行新刑律」を継続して援用した。一九二七年四月に司法部長の王寵惠が、「刑法第二次修正案」に基づいて刑法草案を起草し、これが後に一九二八年には「中華民國刑法」となった。この刑法と、継承され公布・施行した民法との間には、明らかに多くの矛盾があった。この状況を改めるために、国民党政府は一九三一年一月二日に、劉克俊、郝朝俊等により刑法委員会を組織し、刑法を修正し（顧問は宝道と賴班亜である）（訳注、本国表記は定かではないが、著者の回答に依れば、ここの記述は、郝朝俊『刑法原理』（上海商務印書館、民国十九年）に基づいているとのことである。）、一九三四年に修正を終え、一九三五年七月一日に施行した（この刑法は二編、四七章、三五七条からなり、国民党の六法全書の一つで、台湾における現行刑法である。）。人民革命鎮圧のために、例えば、「懲治盜匪暫行条例」、「暫行反革命治罪法」、「危害民国緊急治罪法」、「共産党人自首法」、「維持治安緊急辦法」等、一連の単行法規を制定公布した。第二段階は、一九三七年から一九四五年までで、単

行法規や法令の制定を主として、特殊な条件下での立法活動の両面性があらわれている。一つには、抗日闘争の展開、漢奸の処罰、そして、抗日運動保護についての若干の単行法規、例えば、「国家総動員法」、「懲治漢奸条例」、「妨害兵役治罪条例」のようなものを表だって公布したことである。もう一つは、「防共、限共、溶共」の法令のなかに、例えば、「共産党問題処置辦法」、「防止異常活動辦法」等、秘密裡に発布したものがあつた。第三段階は、一九四六年から一九四九年までで、国民党は全面的に内戦をしかけた。ファシズム専政を強化し、経済略奪を強めるために、国民党政府は「戡乱時期危害国家緊急治罪法」等の特別法を公布した。

民国時代における刑事立法の発展の変化は、以下のいくつかに要約することができる。

(1) 刑法の性質の動き。清末期の「大清新刑律」は、日本の明治維新の歩みのなかでの立憲君主指導思想の実行の下で起草されたものである。君主專制的な皇帝の刑法に対する最高解释权と制勅断罪権はすべて否定された。專制的刑法は立憲的刑法に変わり、刑法の公布はまず合法的に必要なものとなった。それゆえ、帝制を覆し、民国の政治改革を打ち立ててからは、刑法の内容についての影響は主に

皇室に関する罪その他の若干の条文のなかに現れている。

加除改正を経て、「大清新刑律」は「民国暫行刑律」となり、君主制刑法は民主制刑法となった。「法の明文がなければ罪としない」という原則を打ち立て、法律外での犯罪の認定の余地を排除したために、刑法は、罪とそうでないもの、罰とそうでないものの区別、そして、処罰の限界と基準を明確にした。もちろん刑法が犯罪者の法律上の権利の保護を真正に実現することはできなかった。とくに一九三五年の国民党の刑法は、保安処分に関する専門の章が設けられ、刑法は君主専制の道具から転換して、名は多く実は少なくして、有名無実さえの人権保障の法律となり、そしてまた新興階級革命を阻む道具となった。これは、民国時代の刑法の性質が移り変わったという歴史を示している。

(2) 刑法の構造の変化。「中華民國暫行新刑律」は「大清新刑律」の形式を援用して、総論の内容の一七章は不変であった。一九二八年の「中華民國刑法」の総論は、法例、文例、時例、刑事責任と減免、未遂、共犯、刑名、累犯、併合罪、刑の斟酌、加減例、執行猶予、仮釈放、時効等一四章を包括している。一九三五年の「中華民國刑法」は、法例、刑事責任、未遂、共犯、刑名、累犯、併合罪、刑の斟酌と加減、執行猶予、仮釈放、時効、保安処分等一二章

に改められた。刑法の各論は、「大清新刑律」を基礎として皇室に関する罪の一章を削除して、その後必要な改正を経て「民国暫行刑律」となり、再び改正を経て一九二八年「刑法」となり、また全面的な改正の後に一九三五年「刑法」となった。各論の内容は、内乱、外患、国交妨害、瀆職、公務妨害、投票妨害、秩序妨害、逃亡、偽証及び誣告、公共危険、貨幣偽造、有価証券偽造、度量衡偽造、文書印章偽造、風俗教化妨害、婚姻・家庭妨害、祀典侮蔑・墳墓屍体侵害、農工商業妨害、阿片、賭博、殺人、傷害、墮胎、遺棄、自由妨害、名誉・信用妨害、秘密妨害、窃盜強奪、強盜・海賊、侵占、詐欺・背信・重利、恐喝・捕虜強要、贓物・毀棄損壞等の罪で、全部で三五章であった。

(3) 故意・過失の区別。「大清新刑律」の一三条の規定は、「故意によらない行為は罪としない。但し過失を以って論ずる場合はこの限りにあらず。(非故意之行為不為罪、但應論以過失者不在此限)」であった。「刑法第二次修正案」は、「故意によらない行為は罰しない。但し過失を論ずる場合は、特別の規定を以って定める。(非故意之行為不罰、但應論以過失者、以有特別規定為限)」と改めた。一九二八年「刑法」は、故意によらない行為は罰しないが、過失を処罰する場合は、特別の規定を以って定めると改め

た。罪としないを罰しないに改めて、故意と過失は犯罪概念の属性（責任条件）ではなくて、犯罪成立後の罪責の軽重を分別する条件であり、犯罪概念はただ違法と行為の両者の属性に存在した。古代中国が故意と過失を罪責の軽重を分別する条件としたのが君主専制の警察国家の表現であるといふのであれば、それでは、一九二八年の「刑法」が故意と過失をして罪責の軽重を分別する条件としたことは、すなわち十九世紀の後半以来、独占資本主義が社会の防衛を強調し、犯罪の鎮圧を強化することの反映であるだろう。

(4) 共犯の成立条件の変化。「大清新刑律」の規定は「二人以上共同して犯罪行為を実施した場合は皆正犯とする。（二人以上共同実施犯罪之行為者皆為正犯）」、「犯罪行為を実施の際正犯を幫助した場合は正犯に準じて論ずる。（実施犯罪行為之際幫助正犯者、以准正犯論）」、「他人を教唆して犯罪行為を実施させた場合は造意犯として、正犯の例により処断する。（教唆他人使之実施犯罪行為之行為者、為造意犯、依正犯之例処断）」、「造意犯を教唆した場合は造意犯に準じて論ずる。（教唆造意犯者、准造意犯論）」、「およそ身分により成立する罪は教唆又は幫助の場合は身分がないといえどもなお共犯を以って論ずる。（凡因身分成立之罪、起教唆或者幫助者、雖無身分、仍以共犯論）」、

「身分によつて罪の軽重がある場合は、その身分がない者はなお通常の刑を科す。（因身分致罪有輕重者、其無身分者之人、仍科通常之刑）」、「本犯の情を知る共同の場合は、本犯の共同の情を知らないといえどもなお共犯を以って論ずる。（知本犯之情而共同者、雖本犯不知共同之情、仍以共犯論）」、「過失罪について共同の過失がある場合は、共犯を以って論ずる。（於過失罪有共同過失者、以共犯論）」であつた。以上から、身分の有無はただ罪責の軽重に影響して共犯の成立には影響しない、助成過失と共同過失は皆共犯である、そして、教唆、正犯、共同正犯は同様の処罰である、ということが見て取れる。従犯は必ず減じるのではなくて、ただ減じることができただけである。「第二次刑法修正案」は、過失によつて他人の犯罪を助成する準過失共同正犯の規定を削除し、「身分のない共同正犯はまた共犯を以って論ずる」というものを増加した。造意犯を教唆犯に改め、造意と教唆の語義の違いから生じる混乱を避けた。このほか、精神病者と未成年者において「罪としない」となつていたものを改めて「罰しない」としたことにより、精神の正常な成年者とこの二種類の人の共同犯罪はまた共犯の範囲に属する。だから間接正犯ではなかつた。一九二八年「刑法」は、踏襲して不変であつた。一九三五

年「刑法」は、過失共同正犯を削除し、未遂犯の教唆を犯罪として加えた。この刑法は教唆犯の独立性を肯定し、過失の共犯を承認し、片面的共犯を肯定し、従犯の減輕は必要的ではなく、未遂犯の教唆を処罰する、これらは皆罪責の個別化の実現を助けるものである。

(5) 罪刑法定原則の法定化。「大清新刑律」第一〇条の規定は「法律に正条がない場合は、どの種の行為であるかを問わず罪としない。(法律無正条者、不問何種行為為不為罪)」であった。すなわち、正条がないというのは、明文がないということである。草案理由の説明によれば、「本条の趣旨は、どの犯罪も正条がなければならず、正条によつてこそ成り立つということである。すなわち、刑律は比附の援用を許さないという大原則である。(本条所以示一切犯罪、須有正条、乃為成立。即刑律不准比附援引之大原則)」ということである。「暫行新刑律」は改められることはなかった。一九二八年「刑法」第一条の規定は「行為時の法律で、刑罰を科す明文の規定がない場合は、その行為は罪としない。(行為時之法律、無明文科以刑罰者、其行為不為罪)」であった。その修正理由においては、「本条は刑法の根本原則で、比附の援用を認めないことで、学問的にはいわゆる罪刑法定主義である。およそ行為が法律に

よつて処罰されるのは罪であつて、そうでないものは罪としないのである。(本条為刑法之根本主義、不許比附援引、即學者所謂罪刑法定主義。凡行為受法律科處者為罪、否則不為罪是也)」一九三五年「刑法」はまた改正され、「行為の処罰は、行為時の法律に明文の規定がある場合に限定される(行為之処罰、以行為時之法律有明文規定者為限)」となつた。当然、民国刑法の中の罪刑法定主義と、罪刑法定原則の本質である「法の明文規定がなければ罪としないし、処罰もできない」という間には、大きな径庭がある。

(6) 有期懲役刑の制度的合理化。「暫行新刑律」は、有期懲役を五つに分けている。一等有期懲役は一五年以下一〇年以上で、但し加重、併科する場合には二〇年を最長刑期とする。二等有期懲役は一〇年未満五年以上で、三等有期懲役は五年未満三年以上で、四等は三年未満一年以上、五等は一年未満一月以上である。有期懲役は等級制を採用し、一等を加え、また減じることをするのは、軽重につき一方的に偏りがあり弊害である。もし一等有期懲役にまた一等加えると無期懲役となり、かけ離れる。こうした加減では、過酷さは失われることはないものの、寛大さは失われる。一九二八年「刑法」はこの制度を廃止した。有期懲役の最長刑期を一五年とし、加重しても二〇年を超えるこ

とができず、最短期間は二月で、減軽の場合は二月未滿とすることができるといふものを僅かに残したにとどまる。各論の各条文で、懲役の年月を明確に定め、加減はいくつかについて準用するだけで、刑を定めるのに適当なものがないという心配やまた加減を避けることで懸念もなく、割合に当を得ていると言えよう。

(7) 保安処分制度の確立。「大清新刑律」の聾啞者、一六歳未滿の者、八〇歳以上の者の犯罪は、一ないし二等を減じることができる(第五〇条)という規定を外し、一二歳未滿の者に対して感化教育を施すことができる(第一一条)、精神病者に対して監禁処分をすることができる(第一二条)という規定を残した。これは保安処分の責任的萌芽を意味する。「刑法第二次修正案」は、精神病を心身喪失に改めて、精神耗弱者の中間責任(第二四条)を加えた。一九二八年「刑法」は、刑事責任年齢を一三歳とした。一九三五年「刑法」は、これを一四歳とし、同時に「保安処分」の専門の章を設け、刑罰と保安処分の並行的な制度を立てた。一四歳未滿と心身喪失はいずれも責任形式の一つで、故意、過失とならぶものであり、これは、古代以来の、未成年者、精神病者、精神耗弱者が、精神の正常な成年者と同様の刑事責任を負うという制度を徹底して否定したも

ので、罪責関係の弁証的な発展をあらわすものである。保安処分制度を用いたことは、刑法を客観主義から主観主義に転向し、行為責任を行為者責任に転じたことを示している。

必要な説明があるとするならこうである。民国時代の刑法典とその修正案の多くは世界でも先進的な立法例と内容を真似たものである。しかし、往々にして刑法外において、情勢の必要により多くの単行刑法を制定することとなった。このことは、国民党の法によらない制裁や、革命人民の反抗の鎮圧のための道具を提供したものであると言える。

2 民国時代の刑法学研究的な主要な成果

沈家本が「西側の法律を中国の法制という根柢に接ぎ木した媒酌人」であるなら、中国の法制の現代化はここから始まったと言つてよく、それでは、民国時代の法律家、王寵惠、居正、王覲、郝朝俊、陳瑾昆、張之本、趙琛、蔡枢衡、瞿同祖等は、中国刑法学の第一歩の発展のために巨大な貢献をなしたものである。この時代の代表的な刑法学者の著作には次のようなものがある。王覲の『中華刑律論』、『中華刑法論総則』(三卷)、『刑法分則』等、郝朝俊の『刑律原理』、『刑法原理』、陳瑾昆『刑法総則』、『刑法総則講

義』、趙琛『刑法総則』、蔡枢衡『刑法学』等。

王寵惠⁽¹⁷⁾は、かつて北洋政府と南京臨時政府の立法・司法作業を取り仕切り、憲法、刑法、民法、国際法等の分野において深い研究を行い、近代法制の改革と建設に対しての影響も大変に大きい。彼は、北洋政府と南京臨時政府時代の刑法の改正と起草において重要な役割を果たし、民国時代の「民事立法の原則はおよそその主張するところを採用した」と言われている。民法と刑法の関係について、彼は「およそ我々の社会上の一言一動は民法と簡単に分けることはできず、また我々の日常の法律行為は権利義務と無関係ではない。(凡吾人在社会上之一言一動、要不可与民法須臾離、而吾人每日之法律行為、無往而不關係於權利義務)⁽¹⁸⁾」そして、刑法は犯罪を制裁するためであるが、自己の安全を考え他の関心を持たないような人は、きつと刑法に抵触することはないだろう。だから、彼は積極的にイギリスの法律史家梅因(Henry Maine (1822-1888))の主張を賞賛し、一国の文化はその民法と刑法の比較をすることで理解できるとした。つまり、開化途上の国家は、民法が少なく、刑法が多い、進歩的な国家は民法が多く、刑法が少ない⁽¹⁹⁾。これは「不易の論」として知られる。

資料

居正⁽²⁰⁾は、長く民国政府の立法作業に従事し、刑法学に対

する貢献は大変大きい。彼は、刑法の基本理論の問題を数多く手がけ、その上、二、三〇年代の刑法学の基礎の上に更なる中華法体系の建設の主張をした。彼は犯罪問題については、社会全体の動乱の不安のなか、人民の衣食がままならない状況下で、「人々の間に犯罪が存在するというのは、社会全体の過失であって、社会全体の病理であり、個人の罪過ではない(人々犯罪、実在就是整箇社会的過失、整箇社会之病態、而不是個人之罪過)」と考えた。犯罪を断つために、この種の人民の生活不安の状況を改善する努力をすべきであり、犯罪に対する刑罰制裁は、決して報復を目的とすることはできず、教育感化を主として、犯罪を悔い改め真人間になるのを助けるべきである。この認識をもとにして、彼は死刑の廃止と監獄政策の改良という二大主張を展開した。死刑の存廃問題について、彼は死刑の四つの弊害を挙げた。(1)「刑罰は感化に価値」があり、犯罪を悔い更生させるところに価値があるので、死刑を設けることは更生の道を完全に塞いでしまうこととなる。すなわち、犯罪者が前非を徹底して改めたいとの願いを持ち悪事から足を洗うという機会をまた難しくしてしまうのである。(2)刑罰は懲罰的な手段であり、その効果は「威嚇ではなく持続性にある。人々は往々にして一時の苦痛はよく受忍で

きるものの、長期の苦痛は受忍できない。故に、いましめという点で、死刑は自由刑には及ばず、政治犯で死刑になる場合は完全にこの作用が失われる。(不在有威嚇性而在於有持続性。而人們往往對於一時之痛苦頗能忍受、却不能忍受長期之痛苦、故以、敬戒論、死刑実不及自由刑、對於政治犯而罹死罪者、更完全失去作用)「刑罰は伸縮するところと意図があり、(刑罰實有伸縮) 罪刑が均衡である場合に限って、刑罰は懲戒の効果を有することができるのである。そして、「死刑において伸縮がないとすると」公平性が失われ、また、死刑を受けた者は必ずやさらに極悪非道な者となり、他に何もすることなく悪いことばかりするのである。(3)「刑罰は誤りのないことを保障できず、ひとたび死刑を執行してしまうと、冤罪が明らかになつたとしても、救済手段がない。(刑罰不能保無過誤障、一旦執行死刑、雖明知冤濫、無由救済) 無期懲役ではこのよくなことはなく、「冤罪をすすいで回復の余地(昭雪回復之余地)」があるばかりではなく、「赦免し仮釈放の機会がある」。(4)「実際、死刑が用いられて長い歴史があり、この刑罰に値する罪はたくさんあるし、次々と現れて果てしない。だが死刑の廃止をした国をみても、犯罪数が増えたということは聞かないのである。(就事実論、死刑之行久

矣、而可当刑之重罪、方層出不窮。回視実行廃止死刑諸国、犯罪之數、未聞加多)」だから彼は、今日死刑の廃止を提唱するのは、「自然の理に符合し、人心に一致する(上合天理、下契人心)」ばかりではなく、法治国家の建設に大いに役に立つと説く。監獄政策の改革については、彼は三つの方法を提唱した。監獄の生活条件を改善すること、少年犯、一般犯、政治犯、精神病犯を分けて収容すること(とくに少年犯に対しては、感化院等の特殊な教育改造施設を用いるべきであった)、そして、「刑務作業及び施設外での作業を実施し、刑罰を生産化、労働化すること」である。その他、彼は国民党の暗黒の司法状況の認識にもとづいて「慎重な審理」と「迅速」等の司法制度改革を主張した。

王観⁽²¹⁾は、若くして日本に留学し、帰国後は長期にわたつて法学研究と教育に従事した。彼は古今内外の刑法学説の論述とその沿革に対して「広く通じ、精緻な洞察をし、暫行刑律は、広く諸説を集め、自己の意見を取り込み、優れたところを吟味し、著した。世の中を刑法で治めるのに資するところがある。(博習淹通、精微洞見、就暫行刑律、広採衆説、參以己意、含咀英華、著為是論。俾世之治刑者、得有所資⁽²²⁾)」。彼は「政で導き、そして刑によっておさめる

ことで、民に何が恥であるかを理解させるといふ単純な（道之以政、齊之以刑、民免而無恥）「伝統で法を説くことには反対をして、社会がますます複雑になるにつれ、人々の徳が衰退したのだから、いくら礼教が国粹的なものとは言え、国民に守るべき基準を示し、それは法治によらなければならぬのだとした。司法官は刑法の深い勉強が必要である。そして以下のように指摘する。「民を治める方法は刑以外では明らかではないし、恥を明らかにする方法は刑以外では効力がない。刑を用いるのに、軽くしようが、重くしようが、あるいはその中間であろうが、今日の法をあずかる者は、とくにこのように学んで精密に判断しなければならぬ。刑法を以って人々の権利を守るのは、とても大切なことで、勉強してもうまくできないのならば、広い範囲で適用はできず、広い範囲で使えないことは、うまく適用できないことであり、うまく適用できない当て外れな適用は、人々の権利にとっての影響も大きいだろう。（齊民之術、非刑莫彰、明恥之道、非刑莫効、用輕、用重、用中、今世執法者、尤宜於斯学加以詳審。蓋以刑法關於人民權利者、至重大、習之不精、則用不宏、不宏則不適、不適、則影响於民權者巨²³）」

資料

彼が『暫行新刑律』に基づいて著した『中華刑律論』

（民国一五年一月二八日初版印刷、民国一六年二月八日再版、民国一九年四月改訂増補三版）は、「総則を世に問うてから、上巻が販売され、四年にならずに版が五回変わり、中下巻は、わずか二年で、三回変わった。」一九二八年「刑法」公布後に、『中華刑律論』は、改訂を加え、『中華刑法論』と改められた。『中華刑法論総則』は、西側の刑法学説を紹介、分析したことを基礎として、多くの問題について周密な論証を行った。本書は序論と本論の二部構成である。序論部分は、刑罰権の根拠、刑法学、刑法の基本概念、刑法の進化、刑法の学派、罪刑法定主義、刑法の法源、刑法の解釈、刑法の内容、刑法の効力、の一〇章からなる。犯罪論は、通論、犯罪の主体客観行為、犯罪の要件、共犯、犯罪の単数と複数、犯罪の種類及び時期、の六章からなる。刑罰論は、刑罰の概念、刑罰の適用、刑罰の執行、刑罰の消滅、の四章からなる。本書における独創的な見解としての主なものは以下のようである。(1) 民事責任と刑事責任の区別。彼は、民事責任の本質は損害賠償にあり、不法行為によって生じた損害を補填することをもって、社会正義の回復を目的とするものと認識した。刑事責任は損害の予防にあり、損害発生危険に對して、排除し、未然に防ぎ、それによって社会正義を維持するのである。科

刑の基準は損害の大小によって定まり、将来を指向するものである。ゆえに、民事責任の成立は客観的な実害の存在を以ってその要件とし、故意過失の有無は問わない。刑事責任は故意を要件とし、過失は不処罰なのを原則として罰するのは例外であった。こうして、彼は主観主義の立場に立って刑事責任の問題を論じた。(2) 罪刑法定主義と罪刑擅断主義の長短に対してはどのような評価があるか。作者は、擅断主義は変化する社会の現実に対応することができると考えている。司法官の素質が高ければ、犯罪予防の効果をおさめやすい。レベルが低ければ、枉法な裁判が行われやすく、正しい認定がされない。罪刑法定主義を明確に規定すれば、擅断主義の弊害はなくなるが、法律の正条がなければ処罰を加えることはできず、ゆえに網から逃げる魚がいる。「擅断主義は審判が専横的になる弊害を有し、法定主義は情状により科刑することができないという欠点を有している。(擅断主義有審判専横之弊、法定主義有不能応情科刑之缺点)⁽²⁴⁾」だから、両者のうち、それぞれの長所を生かし、短所を避けるべきで、すなわち、相対的罪刑法定主義を採用すべきである。そしてまた、罪と刑は予め明文を以って規定し、一定の範囲内において司法に解釈の裁量が可能であることが求められる。(3) 刑法の法源の問題につ

き、刑法は成文の法律を以って法源としなければならないということについて、当然に疑問はない。しかし、慣習法、国際条約、学説等は法源とすることはできず、作者は一貫して否定的な態度をとっている。ただし、法律の執行についてあるいは法律の授権に基づいて発布される行政命令は民衆の行為準則となることは(当然制裁の条項が含まれている)、法律が認めた範囲内において、成文の法律以外に刑法の法源となりうることの実例である。(4) 類推解釈について、作者は、民事法が類推解釈が可能であるのに対して、刑事法ではどうして不可能なのかということを考える。類推解釈と拡張解釈にはただ形式的な区別があるだけで、質的な違いはない。同一のことが拡張解釈になり得て、同時に類推解釈になり得るというのはまた、あり得ないことではない。母親が故意に嬰兒に授乳せず、嬰兒が死亡したような例では、母親が授乳しないことを殺人の手段であるとした場合、刑法の二八二条⁽²⁵⁾を作為に限定しないのなら、母親を殺人罪により処罰すべき時には拡張解釈となる。もし、嬰兒が飢えて死んだことにつき母親を殺人と認めることができないうで、その餓死したという性質と殺人行為の類似性により刑法二八二条の規定を準用する場合は、類推解釈となる。拡張解釈が許されるという以上、類推解釈も存在す

るのである。この他、もし、善意に運用されるのなら、犯罪の変化や社会の発展に的確に応じることができし、便宜の効もあり、「古い思想に拘泥したり、法律の進化を理解しないようなことがあつてはならない（不能拘泥於旧思想而不理解法律之進化）」のである。(5)何を刑法としようか。作者は罪刑を規定した法を刑法あるいは刑律としようかと考えている。「刑法は、犯罪行為に対して刑罰を付与するという法律効果の法規である。（刑法者、對於犯罪行為、付与刑罰法律的效果之法規也）」どの時代をも通じて「東西各国の刑法は、罪刑の性質に対していまだ明確になつてゐるものではなく、しばしば不完全な弊害を有しており、刑罰については多く定め、犯罪については定まらないうのが、実際のところの刑罰法である。現行刑法は犯罪を以つて刑罰の条件としていて、刑罰を以つて犯罪の法律効果としている。旧律に比べ、厳格な定めをしてこそ刑罰法というものであつて、現行法はこの通りである。（東西各国刑法、對於罪刑性質、未能弁明、往往有偏而不全之弊、多定刑而不定罪、實則刑罰法也。現行刑法以犯罪為刑之条件、以刑為罪之法律效果、此之旧律、嚴格命名、必称之刑罰法、始為臻当）」(6)刑事政策の問題につき、刑を重くすることは犯罪予防の良策なのかどうか。作者は

「刑法以外の諸々の犯罪予防の方法によらず、犯罪を消滅させる道具として死刑だけに頼るのは、まさに本質を捉えないで、枝葉末節にこだわるものである。（不於刑法以外求種種預防犯罪之方法、獨特死刑為消滅犯罪之工具、正所謂不揣其本、而齊其末）」死刑存廢の争いに対しては、作者は死刑廃止は刑法發展の大きな趨勢であると考えている。そうだとすると、今日の死刑の存廢は一概に論ずることはできず、一國の現實の国情に基づいて議論しなければならぬ。(7)公権を剝奪することの性質である。公権の剝奪は一種の能力刑であるとする説もある。王観は次のように主張する。「名譽刑の趣旨は犯人の榮譽を剝奪するところにある、榮譽の剝奪を一種の間接的效果とすることはできない。それゆえ、能力刑とする學說に対して輕々しく同意することはできない。（名譽刑之趣旨在於剝奪犯人之榮譽、不能謂剝奪榮譽為一種間接結果、故對於能力刑之說未敢苟同⁽²⁶⁾）彼のこの問題に対する論述は、とくに刑事政策と刑法の効率的な探求であつて、今日に至つてなお、思考し、噛みしめるに意義がある。

郝朝俊⁽²⁷⁾は、南京国民政府時代の司法官であり、また法学教授でもあつた。一九三五年「刑法」の起草にも関与したことがある。彼は、中国の刑罰制度の發展は大變早く、刑

名と礼制につき違いはあるものの、体裁や内容は歴代踏襲してきたし、根本的な違いはないと考えていた。これはおそらく、現状に甘んじて進歩を求めず、外国の法律を学ばず、独自に発展した結果である。中国は刑事政策の改良を欲し、だから、先進的な刑法の原則、内容、形式を採用する必要がある。彼が著した『刑法原理』（上海商務印書館、中華民國一九年一〇月初版）は、序論と総則論の二つの部分に分かれる。序論は、刑罰権、犯罪学、刑罰法の三章を含み、総則論は、刑法総論、犯罪論、刑罰論の三つに分かれる。刑法の基本原則、刑法条文の適切な含意について深い検討をし、各種の刑法学説を分析批評し、先進的な立法例を紹介し、刑事政策、刑法原則、犯罪主体、責任条件（故意、過失）、犯罪形態、刑罰、非刑罰化の措置等の問題について独特な見解を論述している。(1)刑事政策改革の意義の重要性。彼は、『刑法原理』のなかで指摘している。刑事政策の改革は国民党政府の当面の急務である。一国の風格は法制度の運用メカニズムのなかに現れ、最も明らかなのはその国の刑法の運用のなかにみられる。人民大衆の幸福を増進し、国家の国際的地位を向上させることが国家の存在目的であり、国内の犯罪現象は、この目的の実現にとっての大敵である。刑事政策の改革は人権を拡張し、国

の在り方を正しい方向へ向けるものであり、刑事政策の腐敗は人権を伸ばすことにはならず、世の姿を日に日に衰えさせるものである。(2)正確な刑事政策観。彼は、犯罪を人類社会の不可避な現象であると捉えている。刑事政策学の課題の一つは、どのようにして、犯罪を消滅させるにいたらないまでも減少させるかであり、「犯罪者のいる社会につき、我々のなかの貧しい者は絶え間なく存在するだろうし、ずっと発生しないというのはいずれも、だから減少を以って目的とする（犯人之在罪社会、猶吾人中之貧民、不絶如縷、弗能永不發生、故以減少為目的）」とした。(3)彼は、法律の類推と解釈について明確な区別をした。法律の類推は法律の解釈ではなく法律の補充であるというのが彼の認識である。法律のなかに含まれる精神を検討し、類似の場合について適用するのは、この点から考えると法律の解釈と似ているし、それと法律の定めのない事項に法律を適用するのは、この点からすると、新しく法律を制定するのと違いはいくらもない。だから徹底した罪刑法定原則は類推を排除しなければならない。(4)犯罪主体は自然人以外に法人もまた犯罪主体になりうる。(5)過失による刑事責任の問題につき、彼は、業務上の過失は故意に比べて重い刑事責任を負うべきであると指摘している。(6)「犯罪の態

様」の一章のなかで、作者は、未遂罪、予備罪と陰謀罪、共犯、犯罪の個数の四つの問題につき検討している。犯罪の様子は、犯罪過程の犯罪形態と犯罪個数を含むものと考へていた。犯罪の既遂の基準の問題について、犯罪構成要件をすべて満たしたとする説を支持した。犯罪の既遂は当該犯罪を構成することを以つて特別要件（各論で規定する具体的な犯罪構成要件）の一切の結果をみな実現するが、「行為者の望む事実の発生までは必要としない（不以犯人希望之事実発生為要）」と考へていた。共犯の問題につき、共犯従属性説を堅持している。教唆犯の成立には三つの要件を具備しなければならぬと考へる。(1)教唆者が教唆の故意を持つ。(2)教唆行為。(3)被教唆者がこの教唆に基づいて犯罪を決意し行為の実行に至る。教唆の故意には直接故意も間接故意もある。「教唆の故意は他人を利用することにより自己の希望を実行させることまでは必要とせず（教唆故意不以利用他人使実行自己之希望為要）」、「特定の犯罪であることを要せず（不以特定之犯罪為要）」、「特定の人に対することを要しない（不以對於特定之人為要）」ものである。もつとも彼は、併合罪は裁判宣告前に数罪を犯した場合であると認識しているが、これは裁判宣告後刑罰の執行が終わる前に一人で数罪を犯した場合を見落として

おり、それゆえ、一方的にすぎる。

陳瑾昆⁽²⁹⁾は、この時代の刑法学の発展史上重要な人物の一人である。彼は、民法、刑法、訴訟法について全般に深い研究を行った。長期にわたる立法、司法、法学教育、の実践から、刑法学における多くの問題につき独特な見解をうち立て、刑法学研究は、理論と実践を合わせ、精緻な実用的な理論をうち立てるべきであると主張した。刑法の因果関係の問題について、「意思自由論」を主張し、つまり、故意犯罪は意思自由の結果であり、その犯罪は処罰しなければならぬとした。また、法人は犯罪主体とすべきであると考へた。

改良主義の総合的統一的法律観を主張する張之本⁽³⁰⁾は、刑法は客観主義から主観主義へと転換すべきであると考へた。客観主義は客観的犯罪事実を以つて基準として刑の軽重を決定し、主観主義は主観的犯意を以つて刑の軽重を決定するのである。「私見としては、殺人の意図で発砲し、命中しないことは、もともと無関係であり、実際に殺人の意図で発砲したことを以つて、殺人を以つて論じるべきである（据吾人意見、意図殺人而開槍、能否命中、原無關係、如果實以殺人意思而開槍、均應以殺人犯論⁽³¹⁾」。このように彼は、未遂と既遂を分けず、同種の刑罰を以つて処し、刑罰

については明らかに重罰を主張したと言えよう。刑法各論の問題について、彼の破産法に対する深い研究があり、破産犯罪の成立と処罰、破産犯罪事件の管轄等、みな精緻な理論である。彼は、破産犯罪の主体は破産者であるが、その法定代理人、理事及び理事と同一の地位にある經理担当者等も犯罪行為にかかわったときには同じく刑罰に処せられると考えた。「もし、債務者がまだ破産宣告を受けていないときは、たとえ、事実上既に詐欺的破産罪の行為があつたとしても、処罰することはできない（若債務者尚未収破産之宣告、縦令事実上已有詐欺破産罪之行為、亦不能予以処罰⁽³²⁾」、これは、破産犯罪に対して慎重に処罰することの表れである。

二、三〇年代は、一〇〇年の刑法史のなかで立法が最も集中した時期であり、刑法の絶え間ない改正は、刑法学研究的の進展を促進した。当時の司法院院長の王寵惠は、「第二次刑法修正案」をもとに起草し、あわせて国民党中央の審査意見も参考にし、改正を進め、一九二八年刑法が成つた。これは、「国情を考慮し、刑法の新しい潮流に融合した」と考えられている。「全体を見通せば、学問的成果に基づき、事実を確認し、極めてむらがなく、まことに完善的な刑法」と称讃されるが、しかし、それは、資産階級の刑

法原則と立法例を採用し、また半封建・半植民地の統治を維持したために、起草過程においては大きな矛盾と岐路を産み出した。国民党中央の徐元誥、伍朝枢等による「刑法草案審査意見書」には二二にわたる意見が述べられ、主なものは家族についてであり、男女平等を示し、社会の風俗教化の維持を強調し、強盗や海盜といった罪の刑罰を重くすべきであるとしていた。そして、当時の法制局長の王世杰による「修正刑法草案意見書」は、親族範囲、親族の親等関係、誣告罪、姦淫年齢についての規定、さらに、王寵惠の草案や伍朝枢等の審査案に関するものである。例えば、男女平等規定についていうなら、伍朝枢等は男女平等を主張し、国民党のいう民主、自由を標榜し、社会の風俗教化を強調し、刑罰を加重することで、統治を強固にしようとした。王世杰は公然と男女平等に反対し、親族範囲を強調し、王寵惠の草案の原文を支持した。こうして、国民党第一二〇回常務会議を経て公布された一九二八年刑法は、実際には、王寵惠、王世杰、伍朝枢等の三者の意見を含むものであった。「刑法草案の各条は、……伍朝枢等の改正の審査を経たところは審査案に基づき改正すべきであり、改正の審査案の経ていないものは草案の原文に従って通過すべきである（刑法草案各条、……凡伍朝枢等審査改定者、

応依該審査案改正、其未經審査案改定者、應照草案原文通過」と言われもする。「草案の第一八〇条、第二四〇条、第二四一条と第二四九条は王世杰の修正案により改正すべきである（草案第一八〇条、第二四〇条、第二四一条且第二四九条、応依王世杰所提修正案改正³³）。このことは、この刑法が起草、修正、議決、公布の過程において、国民党の最高統治機構内部の刑事立法思想上の闘争の反映であることを示している。一九三一年「中華民國民法」の完全な施行にいたって、刑法と民法の間には矛盾と衝突が明らかになった。このために起草した「刑法修正案初稿」はまた争議を引き起こした。著名な法律家である董康³⁴は、この修正案を「五倫に悖り」、「風俗教化を乱し」、礼教に合致しないと考えた。すでに「刑法修正案初稿」に対して吏治（官の氣風）に氣を配った論者もいるが、不完全な状況からは吏治の問題は刑法の根本問題であると言えるのであるが、結局、家庭妨害罪の緻密な討論と熱狂的な論争のようには行かず、「なんと残念なことか！」吏治の規律をただすということについては、わずかに現行法のなかに条文が増加し、貪職・汚職の罪の処罰を加重するのみで、まだまだ不十分である。改正刑法は、「少なからず外国立法の成果を取り入れている（不僅僅是比較外国立法所能竣事

的）」が、しかし、「なお清潔な吏治の確立が必要である（還必須確立一箇澄清吏治的刑統³⁵）。当時の「大公報」の論評も、この草案の風俗教化妨害、婚姻及び家庭妨害等の犯罪の改正に関して評論をしている。³⁶

四〇年代にいたって、領事裁判権の撤廃と日本の敗戦・降伏により、一部の法律家は少なからず刑法の基本的な理論問題について研究し、そして、批判的に前の一時代の刑法学の研究状況を検討し、あわせて新しい法律体系の構築を主張した。居正、蔡枢衡がその主な代表である。居正は、清朝末期の法治派と礼教派に対しては異なった見方をしている。彼は、「大清新刑律」や民国時代の第一次、第二次刑法修正案及びその他の刑事特別法草案を「過去の礼治を真似したり、あるいはまるつきり外国法律を継受したり、あちこちからのかき集めて中心的な思想を欠いている（或仍因襲前此的礼治、或者完全継受他国的法律、東抄西襲缺乏中心思想³⁷）」と考えた。後期の国民党政府の刑法については彼は肯定的な態度をとっている。すなわち、「この法典の内容はすでに古代の規定の真似ではなく、外国法を受け継いだものでもなく、過去の教訓を受け継いでいて、苦心して創造したものである。各国の長所を取り入れ、また、詳細に折衷し、十分に良策を果たすことを期する。（這些

法典的内容既不因襲古代陳規、亦非繼受外國法系、而是秉承遺教、苦心經營創造。即偶有擷取各國之長、亦必詳為折衷、期於盡善」戦後の刑事立法については、彼は、国民党政府が一九四五年に改正させた刑法修正案を「削除・補充を斟酌する」ことに意義があることから、さらに「合理化、完整化」したものと考えている。彼は、民国時代の刑事立法を肯定し称讃すると共に、民国の立法を基礎とした中華法体系の構築の必要性を主張した。また併せて、中華法体系の構築は、少数の立法・司法の関係者の任務にとどまらず、全国人民の任務でもありと指摘した。一人一人がみな法律の範囲内で生活しているので、法律の保護と約束を受け入れなければならない。過去の礼治から現代の法治に進まなければならない。家族本位から社会本位に進まなければならない。どのようにして法律体系を構築するのか。彼は言う。「復古を提唱」するのではなくて、革命的立法を以って創造を取り入れ、中華法体系のために一つの新しい生命を獲得し、一つの新しい紀元を開く必要がある、と。彼は、構築すべき中華法体系とは、法治を主張し、農工業の発展を保護し、公共利益を重視することであるとした。家族ではなく民族全体を以って本位とし、これは、経済を發展させ、民権を提唱し、平等に利国利民を実行するとい

う正確な主張である。しかし、彼が提唱した礼治から法治への進行は、今後の社会のなかでの作用を肯定するのみならず、法治社会を補助しなければならず、なおも孫中山の「八徳」や蒋介石の「四維」を強力に宣伝する必要がある。家族本位の社会本位への進入は、家族がまた法律のなかの地位にあるということ承認しなければならぬ。彼は、「法律もまた進化する性質を有するし、停滞し前進しないのはよくない（法律也是應該有進化性的、不宜使之停滞不前）」ということを出発点として法律体系を構築する。その出発点は疑いようもなく正確であるが、しかし、その具体的方法は難しい。

蔡枢衡先生⁽³⁸⁾は、清朝末期から民国時代に至るまでの刑法は、高度に發展した工商業社会の現象であり、また、当時の中国国民がまだ伝統的な農業社会から抜けきれずにいた段階であり、それゆえ、「中国における法律的现象と法律が有すべき本質には、明らかに因果関係がない（中国法律的现象和法律应有的本質、顯然没有因果關係）」⁽³⁹⁾と認識していた。彼は、（刑法も含めた）中国法の幼稚さ、非科学性を批判した後、新法の構築をまた主張した。彼が構築すべきであるとする中華法体系は、彼が自分で言うところの第三段階の法律意思と立法であって、これは、創造的、覺

醒的、体系的なものであるが、先行研究の拾い集めというものではない。創造的な材料というのは、海外ではない中国国境の範囲内であって、対象は、中国の歴史、現状と理想であり、中国の判例、風俗、習慣、学説と思想であると考えた。さらに、この第三段階の立法とは、現段階の中国法の現状を保持することではなくて、現段階の法律に対して批判と修正を加えるものである。しかし、本質は、三民主義を最高指導原則として掲げるのではなく、またいかなる封建的伝統を論ずるといふことでもなく、礼教派すなわち反沈派の法律道德合一論を放棄する必要がある⁽⁴⁰⁾。これと同時に、瞿同祖が一九四七年に出版した『中国の法律と中国社会（中国法律与中国社会）』の書のなかには近代立法に対する批評が述べられている。彼は、すでに礼教派すなわち反沈派の法律道德合一論を批判しており、西側の法律の採用を称讃しつつも、しかし、それは外国を踏襲するものではなく、中国法家の精神を論じている。彼は近代法に對して、そして、礼教派ないし法治派の見方や居正や蔡枢衡と比べても、異なつたところを有している。こうして、四〇年代後期、中国の近代立法に對しての評価は一様ではなく、そして、新しい中華法体系の建設に對する考え方も同一ではなかつた。しかし、半封建・半植民地の法律及び

その思想を絶対的に否定したものはなく、このことはまた、異なつたなかの同質ということである。

清朝末期から民国時代の刑事立法と刑法学研究的の状況から次のことが言える。西側の法律精神は、二十世紀前半の中国刑法学研究に對して多大な影響を与えた。西側の刑事法律の概念や体系を移し替え、また、その他の学科、例えば、人類学や社会学といったその他の学科の研究角度や方法を参考にして刑法学を研究するということは、当時においては主たる趨勢であつた。沈家本以降の刑法学者の研究は多くこの方法によつて進められた⁽⁴¹⁾。外国刑法を翻訳、紹介し、移し替えるということとは、学問的に盲目的、幼稚であるが、しかし、移し替えの過程において、西側の刑法の進歩的な觀念が中国のなかに根を下ろし、中国と西側の刑法理念と立法が一定程度において一致を見ることが、つまり、内外の刑法の比較研究が可能であるということであり、このことから比較刑法学という新しい学問領域が誕生しただけでなく、同時にまた、刑法学自身の発展をも促したということである。しかし、以上見てきたように、この一時期の刑法学がなお初歩的な段階であり、外国刑法の理論、学説をそのまま引き写し適用するということは、時代的には致し方がなかつたのである。

(三) 中国刑法の転換と発展

もし、清朝末期の修律が、中華法体系を解体し、そして、大陸法体系の刑法理論と体系が、中国において確立をはじめたというのであれば、中華人民共和国の成立後は、当時の社会主義国家に対してソ連の刑法と理論の大量採用があり、かつ、我が国の刑法をしてソ連刑法のモデルに向けさせ、刑法を以ってその研究対象とする刑法学もまたソ連刑法の理論体系を援用することは避けて通ることはできなかったと言えよう。建国後の発展は大まかに二つの段階に分けられる。すなわち、一九四九年から一九五四年までの転換期と一九五四年以降の独自に発展を歩んでいく時期とである。一九四九年一〇月の中華人民共和国の成立は、我が国の刑法が転換期に入ったことを示している。一九五四年九月に中華人民共和国最初の憲法が公布・施行され、同年一〇月にまた我が国の刑法の起草作業が正式に始まった。ここから、中国刑法学が、独自の発展の道を歩み始めたのである。一九七九年の「中華人民共和国刑法」の公布・施行は、我が国の刑法学研究的春の訪れを表すものである。一九七九年刑法の公布後、犯罪に対処する必要に応じ、すでにある司法上の経験の総括と、また国外の立法例の基礎の上に、全国人民代表大会常務委員会は次々と二四の単行

刑法を公布した。刑事立法が完善なものへと進むに従って、司法の実務上の経験は絶えず豊かで、刑法学研究もまた大変な進展を見せるのであった。一九九七年三月の第八期全国人民代表大会第五回会議は「中華人民共和国刑法（改正草案）」を通過させた。新刑法は、我が国の建国を総括した後、改革開放以来犯罪に対処した経験は特別なもので、新時代を形成する発展的な客観的要求に基づいて、一九七九年刑法に対して系統だった改正と完美化への作業をなし、更なる科学性と運用のしやすさを備えたひとつの法典となった。新刑法の公布は、刑法学がさらに広く、そしてさらに深い方向に発展して歩みつつあることを示すものである。

1 中国刑法学の転換

建国初期には、旧中国の刑法学は完全に否定されていた。中ソの関係が全面的に高まるにつれ、刑法学の領域においてもソ連を師とし、ソ連の専門家や学者に我が国にソビエトの刑法、刑訴法を講義してもらえよう招聘し、そして、ソ連やその他の社会主義国家の刑法典と刑法学の著作を翻訳・出版した。ソ連の刑法理論を大量に引いてきたことは、新中国の刑法体系の建設に大変な作用を及ぼした。まさに、我々は、ソ連刑法の教科書を通じてマルクス主義刑法理論

を学んだのである。一九五二年に展開した司法改革運動は、搾取階級の旧法の視点に対して徹底的な批判を行い、西側の刑事古典学派が建設した行為を中心論的な刑法学体系と刑事実証学派の行為者中心論的な体系は、ソ連の刑法学者が構築した社会危害性中心論的な刑法学体系によって取って代わられたのである。マルクス主義の立場、観点と方法は、刑法学研究の運用の中ではじまり、マルクス主義的な階級闘争の学説が犯罪現象の研究に用いられ、犯罪の階級的本質を示したマルクス主義を用いた因果関係についての哲学原理は刑法研究の因果関係の導きとなり、我が国の社会主義刑法学の建設の道を切り開くものであった。

資料

一九四九年から一九五八年までのわずか一〇年の間に、ソ連やその他の社会主義国家の刑法典を翻訳したほか、翻訳したソ連刑法に関わる著作物は三〇にもものぼる。主なものとして、『ソビエト刑法原理』、『ソビエト刑法総論』、『ソビエト刑法各論（蘇維埃刑法分則）』、『ソビエト刑事立法史料集（蘇維埃刑事立法史料匯編）』、『ソビエト刑法における犯罪概念（蘇維埃刑法中的犯罪概念）』、『社会主義所有に関するソビエト刑法による保護（蘇維埃刑法对社会主義所有制的保護）』、『国家財産ならびに公共財産の窃盗に関する刑事責任（窃盗国家財産和窃盗公共財産的刑事責任）』、『ソビエト刑法における錯誤の意義（蘇維埃刑法中錯誤的意義）』、『審判—檢察機関の実務における刑法総則の問題（審判—檢察機関実践中的刑法総則問題）』等、この他の社会主義国家の刑法学の著作として、『ドイツ民主共和国における公共安全危害罪（德意志民主共和国的危害公共安全罪）』等がある。その中でも、ソ連の有名な刑法学者にして犯罪学者の特ライ寧（トレーニン、Аполл Харно-вич Трайнин）の『犯罪構成の一般学説（犯罪構成的一般学説）』（薛秉忠他訳、中国人民大学出版社、一九五八年）が翻訳出版され、中国刑法学にとって巨大な影響を与えた。

特ライ寧は、ソ連の刑法学の中心人物の一人で、ソ連刑法学の創立と発展に対するその著作物は重要な意義を有している。彼の二〇年代の代表作—『ソビエト刑法総論（蘇維埃刑法総論）』と『ソビエト刑法各論（蘇維埃刑法分論）』はソ連の学者が著した刑法学の教科書の中で最も早い試みである。二〇年代の終わりから三〇年代にかけて、彼は国際刑法の研究に力を注ぎ、その『刑事干渉（刑事干渉）』と『平和の防衛と刑事法（保衛和平与刑事法律）』は、世界平和の防衛において紛争における国内法の運用の必要性について論証し、あわせて、国際犯罪の犯罪主体の概念問題についての理論を示したものである。これは、ソ連の

刑法理論の発展のために科学的根拠を与えた。四〇、五〇年代には、彼は、ソ連の刑法理論に対して犯罪の構成と共同犯罪の理論の発展に大きな貢献をした。ソ連の刑法学者の中で、彼は、犯罪構成の学説における各分野の問題を総合的に研究をし、ソビエト刑法体系の作用を示し、犯罪構成の分類について研究し、さらに犯罪構成要件と犯罪構成との関係にも及び、あわせて、資産階級の法制を破壊する観点から西側の犯罪構成理論に対して批判を行った。彼の多様な視点は、社会主義の法律秩序を建設し、刑事司法の実務を導くことに対して重要な意義を有していた。彼の『犯罪構成の一般学説（犯罪構成的一般学説）』は、犯罪構成の基本理論に対して系統だった深い研究を進めたもので、以下のような有意義な見解を示したものである。例えば、犯罪構成は主観的・客観的要件の有機的な統一である、犯罪構成は犯罪の實質概念から離脱することはできない、犯罪構成は刑事責任の唯一の根拠である、因果関係と罪過の確定は弁証法的唯物論主義哲学を以って導かれなければならない等である。このいくつかの視点は、中国の刑法学の発展に深遠な影響をもたらし、中国の特色を持った犯罪構成理論の構築に重要な手本としての意義を持つものである。

一九五四年九月、我が国は最初の社会主義憲法を公布・

施行した。同一〇月、我が国の刑法の起草作業が正式に始まった。いわゆる「五四憲法」の公布前に、中国刑法が、ソ連の話をそのまま当てはめ、その後、中国の實際に進めてきた研究を結びつけ、中国の刑法学は独自に健康的な発展を以ってその過程を歩んできた。建国当初は、堅固な新しい人民政權、經濟の回復と発展のために、国家は反革命と「三反」、「五反」運動の鎮圧を展開し、「反革命処罰条例」、「汚職処罰条例」、「国家の通貨妨害に関する処罰暫定条例」等の単行刑事法規を制定した。これと同時に、我が国の刑法研究の歩みが再び始まったのである。一九五〇年七月、中央人民政府法制委員會組織の刑法専門家が「中華人民共和国刑法大綱（草案）」の草稿を提出した。一九五四年九月にまた「中華人民共和国刑法指導原則草案（初稿）」を提出し、同一〇月、「中華人民共和国刑法」の正式な起草が始まり、一九五七年六月に至るまでに第二稿まで出された。「刑法」起草作業に協力・参与するため、刑法学者は重要な理論や司法実務の問題に対して研究を深めた。ソ連の先進的な立法經驗の學習を基礎として、我が国の学者はまた、中国の經驗に注意を結集して、中国の實際的な刑法学教材を編纂した。一九五七年まで我が国の刑法学はしばらくの間、繁榮の局面を迎えた。

この時期の刑法学教材の主なものは、『中華人民共和国刑法教学大綱』（中国人民大学・北京政法学院編）、『中華人民共和国刑法総則講義』（中央政法幹校編著）、『中華人民共和国刑法』（張中庸編）がある。これらの教材は新中国刑法学のためにとくに刑法総論の体系の大まかな輪郭を描いたもので、我が国の刑法学にとって良好な基礎を定めた。しかし、歴史の時勢にとらわれて、これらの教科書は、総論のみを内容としていて、各論については触れておらず、このことは、我が国は当時まだ刑法典を公布しておらず、刑事立法が完備されていない上、刑法を以って研究対象とする刑法学の理論体系が十分でなかったことに基づくものであり、勿論、内容と体系においてソ連刑法の教科書を模倣した痕跡をはっきり見て取れるのである。

李光燦の『共犯論（論共犯）』（法律出版社、一九五七年）は、新中国最初の刑法学専門書である。これは、ソ連刑法学者の共犯の学説について紹介・分析をし、共同犯罪の概念、共同犯罪の種類とその刑事責任、犯罪の牽連行為について、中国の現実に結びつけ、そして、資本主義刑法学の共犯学説に対する五つにわたる理論的な問題について研究と批判を行った得難く尊い開拓的な探索を為したものである。

この時期に発表された論文は主に、刑法の中でも、因果関係、異なる性質の二つの矛盾（両類不同性質的矛盾）、少年犯罪、過失犯罪、犯罪動機、刑罰目的、刑罰の種類、量刑、自首、刑法各論の体系及びいくつかの具体的な犯罪に及んだ。当時の政治的闘争の必要性と結びついて、刑法の遡及効、犯罪概念、刑法の因果関係の問題の研究が進められた。中でも、刑法の因果関係は、五〇年代の我が国の刑法学界が高く重視し、理論においても検討が最も長時間をかけてなされるという、最大の問題について論争が為されたのである。おもに、刑法の因果関係と哲学上の因果関係の異同、そして、哲学上の因果関係が刑法の中で運用できるか、刑法の因果関係の内容等各方面にわたった。当然、新中国では刑法学はまだ生まれたばかりの嬰兒の段階で、刑法理論の厚みは表面的なもので、深い研究は不可能であった。例えば、刑法の因果関係について必然的因果関係と偶然的因果関係に分けることができるのかどうかについては、ごく少数の者は偶然的因果関係の存在を主張するもののその説明的理由もまた存在しないので、必然的因果関係と偶然的因果関係の間の論争は正面から論陣を張るものではなかった。刑法の因果関係の大論争の展開は、この後二〇余年のなかに見られる。当時においては、共通認識を

得るまでには至らなかったものの、刑法の因果関係の問題の最終的な解決のために理論上の下地を作ったと言える。

一九五七年以後、左傾思想があふれるようになる、法律制度への軽視が見られ、政策による法律の代替、言葉を以って法に代えるという法律虚無主義がますます激しくなり、刑法学の研究は徐々にふるわなくなった。「反右派闘争」のなかで、犯罪構成理論の提唱、罪刑法定原則の実行と刑法の人道主義の貫徹などの現代刑法思想を批判して、「資産階級の旧法的視点」、「修正主義的視点」のために「旧法復活の道路を切り開いた」のである。さらにこの後、刑法の基本原則や犯罪構成、刑罰目的、死刑等のような重大な理論問題について顧みる者のいない「禁区」が林立した。情勢に奉仕するための、政治に奉仕するための刑法という過大な強調のために、刑法学の教育内容は随意に削減・改変された。この時期に公表された刑法学論文は数的にも多くないが、政治性を強調したものや、例えば、犯罪と階級闘争、刑法のなかの矛盾する学説の運用、厳罰と寛容の敵対闘争政策などの刑事政策的なテーマにまた重きを置いたもので、刑法学の基礎理論の問題に対する研究はとも少なかつた。一九六六年「文化大革命」が始まってから、法律制度の全面的な破壊が進み、政府・裁判所の基本

が解体され、刑法学の研究は谷底に倒れ込み、ほぼ完全に中止状態にあった。現在唯一幸運にも存在するこの時期の刑法教材は、北京大学法学部刑法教室の一九七六年印刷発行の『刑事政策講義（討論稿）』である。この講義は、あわせて一〇の専門分野・領域に分けられる。すなわち、我が国の政府・裁判機関の性質と任務、党・委員会の指導下での群衆路線の実行、異なる性質の矛盾の正確な区別と処理、「厳罰と寛容の相結合」政策の実施、証拠・捜査重視の研究、犯罪および発生原因、正確な犯罪の認定、反革命の鎮圧と各種犯罪（反革命罪、殺人罪、放火罪、強姦罪、チンピラ罪、窃盗罪、詐欺罪、貪・汚職罪、投機売買罪、革命軍人の婚姻を破壊する罪、知識青年の農山村活動を破壊する罪を含む）の克服、刑罰方法の正確な運用、敵対階級分子とその他違法犯罪分子に対する労働改造である。この講義本は、極「左」思想の烙印を押されることが不可避であったとは言え、その中からは、あのような特殊な事情のもとで刑法に関わる者にとってどの様にして自己の使命を完成させるかということが見て取れるのである。

2 中国刑法学研究的回復と発展

一九七八年の中国共産党第一期第三回中央委員会全体会議の後、我が国の力強い社会主義法制建設のために、刑

法理論の作業は、党の「解放思想、事実探求」の指導方針のもとで、過去多くの人為的に作られた「禁区」を突き破り、我が国最初の刑法公布の契機となり、そして刑法学研究が深まった展開をし、大きな成果を得た。「四人組」の粉碎の後に、全国人民代表大会常務委員会法制委員会（後に法制工作委员会と改称される。）は、もとの刑法草案の基礎の上に刑法制定作業を行った。一九七九年七月一日に、第五期全国人民代表大会が公布した「中華人民共和国刑法」は一九八〇年一月一日より施行された。建国後の最初の刑法典の公布は、我が国の刑法学研究が新たな時期に入ったことを示している。刑法公布後のはじめの二年は、刑法学研究の基本は、刑法の学習、宣伝および普及をめぐって進んだもので、注釈・解說的な研究が多い。一九八一年六月に第五期全国人民代表大会常務委員会は、「逃亡及び再び新たに犯罪をした労働改造犯と労働矯正者の処分に關する決定」と「中華人民共和国軍人職責違反処罰暫定条例」を制定した。一九八二年以降、經濟發展と社会治安の必要に応じて、全国人民代表大会常務委員会は続いて二の単行刑法を公布し、もとの刑法の条文と比べて異なつた修正と補充を行った。一連の単行刑事法規の公布により、刑法学の新たな課題がまた増えていった。刑法学研究

の系統的、全面的な展開の強化と促進のために、一九八四年に成立した刑法学研究会（中国法学会のうちの重要な学術組織の一である。）は、系統的、全面的に刑法理論、刑事立法、刑事司法の一連の問題を研究した。主なものは、刑法学のマクロ的な理論問題、經濟犯罪と職務犯罪の処罰の問題、市場經濟と刑法の完善な發展、刑法改正のマクロ的、ミクロ的問題である。一九八八年の終りに、全国人民代表大会常務委員会は、刑法改正作業を議事日程にのせ、あわせて、専門作業部会を設立し、刑法改正の問題について、調査・研究をした。一五年の検討を経て、豊富な成果を得た。一九九七年三月一日、初めての改正後の刑法典が世に問われた。これは、最初の統一的で、前のもの比べて完備された刑法典である。統一というのは、もとの刑法を改める必要から幾多の状況によつて規定されてきた二四の単行刑法と民事、經濟、行政の法律分野の中に散見されていた一三〇条余の刑法規範が、刑法典中に統一して規定されたことである。完備されたというのは、すでに刑法規範が統一された刑法典であるという基礎の上に、司法の經驗を総括して、改革開放と社会主義市場經濟の建設の必要に応じた、厳密な刑事法の網に向けて歩み、刑事責任を嚴格にし、つまり、刑事責任を負うべき危害行為を犯罪化

することを言う⁽⁴²⁾。

この時期には、質的量的に優れた刑法学の教材が少なからず出版された。そしてまた、刑事法制の建設の必要性和密接に関連したし、数百の理論的に深い学術書を出版した。全人民的な刑法知識の普及のために、大量の宣伝を行い、そしてまた、ある重大な刑法理論と司法の実践の問題、例えば、刑法の基本原則、刑法の適用、犯罪概念、犯罪の構成、刑法の因果関係、法人犯罪、共同犯罪、正当防衛、犯罪の中断形態、刑罰目的、刑法観、死刑、反革命罪、経済犯罪等、広範で深い研究が進んだ。刑法学研究は、以下のような特徴を示している。

第一に、社会の現実と刑法学研究の密接な関係の問題である。社会経済生活が、日に日に複雑化・現代化するにつれ、重大な危害行為が絶え間なく現れて、一九八二年の「経済破壊の犯罪者に対する厳罰に関する決定」の公布・施行から、全国人民代表大会常務委員会が引き続いて公布した一連の単行刑法と各種の経済、行政、文化、教育、環境衛生等の分野の法律は、すべて、刑事罰則を設けていて、ある種の経済犯罪を規定し、刑法のそのような条文に対して必要な修正と補充を行った。立法の変更は、これに応じた議論を呼んだし、経済犯罪の研究は、相当に重要視され

た。かなり多くの著述が、マクロ的視野から経済犯罪の概念と分類及び刑法各論の中の体系的な位置について論述した。また、経済犯罪を克服し経済体制の改革を保障する刑法の作用と意義を論じ、さらには、当面する経済犯罪の原因とその対応策を探った。さらに多くの著述は、際立ついくつかの経済犯罪の問題に対するものであり、例えば、脱税・納税の拒否、偽・劣悪商品の生産・販売・本物と偽ること、薬物の密輸・販売等の具体的な経済犯罪について、詳細で深い検討を行った。経済犯罪に対する深まった研究の基礎の上に、比較的系統だった経済刑法理論を徐々に形成した。この時期の経済刑法の著書の主なものには、劉白筆、劉用生『経済刑法学』、楊敦先他編『経済犯罪学』、夏吉先『経済犯罪対策—経済刑法原理』等がある。中国法学会刑法学研究会は、何度も経済犯罪を年会の中心議題としたし、あわせて、多くの論文が出されている。

第二に、刑法学基礎理論研究の深まりである。近年来、刑法学研究の及んだ領域と発表成果の数と質に鑑みると、全体的に本質に触れず表面的な一般的著述がやはり多数あり、しかし、深い領域で刑法の発展と完善を探りそして一定の建設的な論文や専門書もまた少数ではない。現行刑法の理論解釈に対して、わずかならぬ重視がなされ、そして

また、刑法に対する歴史的研究もまた強化された。蔡枢衡『中国刑法史』（广西人民出版社、一九八三年版）は、氏の潜心なまでの中国刑法の歴史研究二〇年の結晶である。これは、古代の伝説と考古学の新しい資料を広く集め、神権から王権への変化を明らかにしたもので、中国の歴史上に現れた四種類の所有制度と四つの刑罰体系の交替状況を論じている。周密他編『中国刑法史』（群众出版社、一九八五年版）は、中国史上の三種類（奴隸制、封建制、半植民地半封建制）の刑法制度とこれに密接に関連する訴訟制度の研究をしたものである。楊春洗他編の『刑事政策論』、馬克昌他編『中国刑事政策学』、肖揚他編『中国の刑事政策と策略問題（中国刑事政策和策略問題）』は、刑事政策に関する重要な著である。陳興良の哲学「三部作」つまり、『刑法哲学』、『刑法の人的基礎（刑法的人性基礎）』、『刑法の価値構造（刑法的価値構造）』は皆、刑法に対する哲理的思考によるものである。彼は次のように記述している。

「我々の時代はひとつの反思の時代であり、思弁の尊重は当然にこの時代の特徴になる。刑法学は時代の重大な任務をまかされそして大きな期待を負わされていることについて何も恥ずべきことがないようである。刑法理論の層を高く積み上げ、哲学の思弁を導入することは、刑法理論の思

惟を時代の本質的思惟とし、時代の変革の脈拍を調子よく鼓動させることになるのである。」氏の『刑法哲学』は、犯罪と刑罰から罪刑関係にまで及ぶ内容の学術書であり、「注解刑法学から理論刑法学まで」を跨ぐことを試みたものである。本書は、現在の我が国の社会危害性中心論的な刑法理論体系に対して深い反思を行い、罪刑関係を以って中心的な刑法理論とする一つの体系を築くものである。趙秉志『犯罪主体論』、張智輝『刑事責任通論』、張明楷『犯罪論原理』等は皆、刑法基礎理論研究の労作である。

一九九六年から一九九七年まで、刑法学研究の雰囲気は、異常なまでに活発であった。刑法の基本原則、刑事責任、単位犯罪、死刑、罰金、定罪（訳注、司法機関において当該違法行為が刑法上どの罪状に当てはまるか判断することを言う）、量刑原則等の問題が熱の入った刑法学研究のテーマであったし、保安処分、労働教養等が刑法改正論争の熱の入った点であり、また難点でもあった。刑法改正と完善化の問題をめぐって、これに関する多くの刑法学の論文が発表された。刑法改正の時期が成熟したか否かに始まり刑法改正の目するところまで、刑法典の各原則から具体的な制度まで、犯罪の各種具体的な問題に関する規定から刑罰と量刑制度の改革まで、各論体系の配置から各種具体

的な犯罪の改廃まで、罪状の記述方法から罪名の確立原則まで、これらは、等しく少なからざる科学性と現実性が皆そろった上乘の作であった。

「中華人民共和国刑法」の改正が通過してから、さらにまた、刑法注解の気運が高まった。しかし、刑法基礎理論の研究はなかつたしそれゆえ停滞した。刑法研究はこの二つの屋根にしたがっても相矛盾することはないのにもかかわらず、である。ひとつには、新刑法の運用に關しての注解で、すでに一〇〇を超える論著が出版された。その中で最も代表的なものは、高西江他編の『中華人民共和国刑法の改正と適用（中華人民共和国刑法的修訂与適用）』（中国方正出版社、一九九七年一—三版）で、その他多くは中低水準の重複である。もうひとつは、刑法基礎理論研究の深い研究で、新刑法の公布後の注解刑法学と理論刑法学は相矛盾するものではないからである。刑法の基礎理論研究の主なもの、刑法の公正、刑法価値の目するところ（刑罰の現代化）、新刑法と主観主義・客観主義、経済犯罪と死刑、組織犯罪、財産刑の正当事由、刑罰の経済的分析（刑罰資源の有効な配置）、犯罪構成要件のマクロ的体系等にかかわるものでその内容を展開した。樊鳳林、周其華、陳興良他編の『中国新刑法理論研究』（人民法院出版社、

一九九七年版）は、新しい意義に富んだ理論研究である。この本は、新刑法の実施を広め、貫徹することに取リかかり、全体的に近年來の刑法の理論研究の成果を示して、例えば、刑法の指導理念、刑法の体系と解釈、犯罪と犯罪構成等の刑法条文そのものではなく、内容にかかわる、重大な刑法理論の問題と普遍性を持つ新しい問題について、比較的深く研究と論証を行った。また、例えば、刑法の適用と刑法観、刑法の適用と在り方、刑法の適用と政策、刑法の適用と「両手搔」の方針、刑法の適用と裁判官・檢察官、刑法の適用と社会的効果と利益等の内容の、刑法の適用の問題について、司法の實踐と運用の視点から十分な論証と明確な論述をなした。本書は、総論編、犯罪編、罪刑分論編、適用編の五つの枠組みに分かれ、新刑法を主線とした貫きを与え、新刑法の理論体系を形成した。この他「中国法学」、「法学研究」等の刊行物は新刑法について検討を展開し、批評的見地の理論研究の文章を発表した。こうして、刑法の基礎理論の研究は、まさに日に日に学者の重視を集めている。

第三、刑法学体系の再構成の試み。基礎理論の研究が深まるにつれ、例えば、犯罪概念、犯罪構成、刑事責任、罪刑關係等の刑法学のある種基本理論に關する問題がますます

す人々から重視され、もとの刑法学体系の変革を求める声がいよいよ高くなった。多くの有識者が、中国の特色を備えた社会主義刑法学体系の構築の声をあげた。一九八四年中国法学会刑法学研究会の設立大会は、このことを一つの重要な議題とした。大会に参加した一部の者の論文は、学科体系構築の構想を提案し、刑法学体系が有している枠組みの中で、内容の増減をなしたが、現在の刑法学体系の足かせを突破することは不可能ではなかった。「法学研究」

一九八七年一号に発表した何秉松の論文「中国の特色を有する犯罪構成体系の構築のための試論（試論建立有中国特色的犯罪構成体系）」は、これによって、刑法の学科体系構築の広範で深い検討を始めた。この後犯罪概念、定罪の根拠、刑事責任、罪刑関係に関する批評研究の力作が発表され、「中国社会科学」一九八七年四号の「罪刑関係論」（陳興良、邱興隆）の論文は、犯罪と刑罰の間の弁証的關係を明らかにし、「罪刑関係の基本原則是、中国の特色を備えた社会主義刑法学の体系の中心となるものである」とを示した。この観点は、その後の「刑法学体系の再考と再構成（刑法学体系的反思与重構⁴³）」の論文の中において展開され、さらにその後陳興良の『刑法哲学』の本の中で十分な論証を得ることとなった。罪刑関係の基本原則を

以って経線とし、罪刑関係の弁証的働きを以って緯線とし、罪刑関係の弁証的働きを以って基本原則とする刑法学体系を構築するものである。この体系は、伝統的な刑法学の犯罪論と刑罰論の二つの構造様式を打ち破り、内容において刑法の条文体系を超越し、そしてまた罪刑の内在する法則性に従うのである。その基本的枠組みは、序論、刑事立法論、定罪論、量刑論、行刑論の五つに分けられる。

第四、刑法の教科書編集の発展・完善。教育構造の層は、刑法学教科書がまた異なる層、異なる専門性の需要に適合するよう相応の構造を有すべきであるということを決定づける。もともとあった刑法の教科書の大半は、本科生、専科生、法学愛好者の使用に適合したもので、刑法学の修士レベル以上の学生が利用できる教材はなかった。一九八一年に北京大学出版社が出版した、楊春洗他編の『刑法総論』は、「文革」後の最初の教材であるし、王作富編の『刑法各論（刑法分論）』は、刑法各論のそれぞれの問題について深い検討を行ったものである。一九八二年に法律出版社が出版した、高銘暄、馬克昌、高格編の『刑法学』は、五〇年代の刑法教科書の体系を基礎として前の一時代の刑法学研究成果を吸収してまとめたもので、これは、内容と体系に新たな突破口を有しており、これが構築した刑法

学体系は、後のさまざまな刑法の論著や教科書によって広く採用されたものである。しかし、これらの教材の体系と内容は等しく刑法典の体系から来ていて、また、理論の深さは十分ではないので、大多数の刑法を専門とする修士の学生の利用できる教材はなかった。このことは、刑法学の高い層の人材を養成するのに大きな欠陥であった。一九九二年になって、高銘暄他編、中国人民大学出版社が出版した『刑法原理（三卷）』や馬克昌他編、武漢大学出版社が出版した『犯罪通論』とその姉妹編である『刑罰通論』を世に問うことで、伝統的な刑法の教科書が改められることとなった。『犯罪通論』は、我が国の刑事立法と司法の実践の経験・教訓を総括し、十分に刑法学の最新の成果を吸収した基礎の上に、全体として犯罪論に対する系統的、専門的研究を行った著作である。その体系は、序論、犯罪構成、犯罪形態、犯罪性を排除した行為の四つに分かれ、基本的に犯罪論に関する内容をすべて包み込んでおり、資料の利用の上で、我が国の立法・司法における実践と理論研究の成果に立脚して、刑法の個別問題に対して全面的な深い研究を行い、学術的観点から客観的、公正に長短を論じ、利害を考慮し、その中からふさわしいものを選択し、私見を述べ、十分に論証している。『刑罰通論』は、資料の利

用と学術視点での処理において、『犯罪通論』と同様であるが、しかし、刑罰論は犯罪論のようにそれほど学説が林立するものではないので、この本は、実用性においてさらに注目値する。

第五、刑法の基礎理論研究の方法の進展と新しい領域の開拓。近年、刑法学は、もはや注釈的解釈的研究に限定せず、刑法論の刑法もまた完全なものではないし、ある研究者は既に刑法哲学の研究に尽力したし、刑法学の研究と密接不可分なさらなる広範な背景に視野を向けた研究者も既に現れている。儲槐植先生の論文集『刑事の一体化と刑法関係論（刑事一体化和関係刑法論）』（北京大学出版社、一九九七年版）は、犯罪学、刑法学、監獄学の三つの分野から、集中的に作者の刑事法学思想を反映させたものである。いくつもの方面において、独特な見解を示している。例えば、関係を分析する方法により、理論刑法の一つの世界を展開する。「関係を生かした刑法—刑法関係論の要」ということが、刑法関係論の核心思想であり、刑法の存在状態と作用方式の影響に対する、刑法の外部的関係と刑法の内部的関係について系統的に研究したものである。刑法の存在と刑法の運用・作用との両者における外部的、内部的関係について具体的に分析した。価値基準に基づいて、功

利と正義、国権と人権、目的と手段、目標と過程、構造と効能、の五つの関係分析を行うものである。この種の研究方法は、伝統的な注釈解釈法学の方法論とは区別され、哲学的方法論とも異なり、一つの新しい方法すなわち、関係分析法なのである。これは、理論刑法学の研究に新しい視野を開いたものである。この他、いくつかの問題についての研究が新たな突破口を得た。『刑法の経済的分析（刑法的経済分析）』（陳正雲著、中国法制出版社、一九九七年版）は、どの様にして刑法の費用を小さくするか、そして、刑法の便益を大きくするかということについて、ミクロ経済学の理論、方法、概念を用いて、定量分析と定性分析の結合したもので、数学の図表、公式を利用して、経済モデルと価値判断の結合したものであり、刑法に対して総合的、全面的な経済分析と論証を行った。

第六に、外国刑法学研究が、絶えず強化していること。

この時期は、重要な西側の刑法理論の名著を翻訳・出版した。例えば、『日本刑法総則講義』、『イギリス刑法序論（英国刑法導論）』、『犯罪と刑罰（犯罪与刑罰）』、『犯罪学』、『処罰と責任（懲罰与責任）』、『肯尼（C. Stanhope Kenny (1847-1930)）刑法原理』、『立法立論—刑法定典原理』、『犯罪論の基本問題（犯罪論的基本問題）』、『刑法の根本と哲

学（刑法的根基与哲学）』、『体系刑法事典（刑法学詞典）』（訳注、原書は、木村亀二『体系刑法事典』（青林書院新社、一九六六）である。）、『犯罪構成要件の理論（犯罪構成要件理論）』（訳注、原書は、小野清一郎『犯罪構成要件の理論』（有斐閣、一九五三）である。）等の刑法学の名著から、『フランス刑法典』、『ドイツ刑法典』、『韓国刑法典』、『イタリヤ刑法典』、『日本刑法典』、『アメリカ量刑ガイドライン（美国量刑指南）』等の刑事法典にまで至る。国外の刑法改革の流れと歩みをあわせて、外国での刑法の最新研究の動きに関して評論・紹介する文献がまた公刊物にいつも見られるようになった。これら外国法研究の法典や著述は、外国刑法の基本的輪郭を描き出し、刑法学の外向型の研究にとって有益である。外国における刑事の立法・司法の実践と理論研究に対する十分な理解と把握を基礎として、我が国の刑法学者は外国刑法学のフロンティアな作品を出版した。例えば、『外国刑法学（上下巻）』（甘雨沛、何鵬著）、『アメリカ刑法』（儲槐植著）、『アメリカの経済犯罪と経済刑法研究（美国經濟犯罪和經濟刑法研究）』（周密他編）、『各国刑法の比較研究（各国刑法比較研究）』（朱華荣他編）、『比較刑法学大全』（甘雨沛著）等がある。甘雨沛先生の『比較刑法学大全』（北京大学出版社、一九九七年版）は、

記述比較、曖昧比較、垂直比較などの各種の比較手法を用いて、その形式と機能の「系统工程」のモデルを解明し、古今内外の刑法思想の理論、学説、学派に対する縦横の比較、民族刑法、宗教刑法の比較及び刑法の体系（訳注、英米法体系、大陸法体系等の各法体系を指す）の比較、刑事立法、刑事司法、行刑論、犯罪と刑罰に対して、それらの基本理論とその具体的規則等を十分に詳細に示したものである。儲槐植先生の『アメリカ刑法』（北京大学出版社、第一版一九八七年、第二版一九九六年）は、アメリカの刑法理論、刑法制度、司法の実践についての研究の重要な著作であり、この本は、多くのアメリカ刑法の理論、原則、判例、法令を収めていて、静態的叙述と動態的分析を結びつけて、客観的公正にアメリカ刑法の最新の動きについて紹介している。この他学界では、外国刑法の批評・評論・紹介等の訳文を發表し、西側の刑事政策や刑事立法の最新の展開、未成年者の犯罪、法人犯罪、過失犯、共犯、集団犯罪、刑罰目的、死刑、自由刑、罰金刑、累犯、執行猶予、仮釈放、保安処分、コンピュータ犯罪、金融犯罪、証券犯罪及び、貝卡里亚、加羅法洛、安塞爾（訳注、順に、Cesare Beccaria (1738-1794) Baron. Raffaele Carofalo (1852-1934) Mare Ancel (1902-1990))等の刑法思想に

まで及んでいる。

第七、国際刑法と区際刑法（訳注、本来「区」には、省と同格の自治区があるが、香港、マカオ、台湾について「国」としない意味からこのような言い方をしているものと思われる。）の研究は、大きな進展を得た。国際刑法学は、刑法学と国際法学を総合したもので、人類の平和と安全の問題にかかる研究に力を尽くす学科である。これは外国では既に何十年の発展した歴史を有しており、研究成果は大変豊かであるが、我が国では新しい学科であり、比較的遅れた分野である。しかし、対外開放が進むにつれて、国を跨いだ犯罪が増加し、国際レベルでの刑事司法の協力が必要となり、国際刑法学の研究はまた相応に強化されるものである。近年、我が国の学者は国際刑法の概念、国際犯罪の構成、国際刑法の発展動向について研究の歩みを進めた。主な著作として、『国際刑法概論』（黄肇炯著、四川大学出版社、一九九二年版）、『国際刑法学』（劉亞平著、中国政法大学出版社、一九九二年版）、『国際刑法通論』（張智輝著、中国政法大学出版社、一九九三年版）、『国際刑法と司法共助（国際刑法与司法協助）』（趙永琛著、法律出版社、一九九四年）がある。香港、マカオ、台湾の刑法学研究は、迅速に強化している。香港の刑法研究は、かつ

て空白であった。刑法改正の際、香港の復帰の時期に遭遇し、香港の刑法を研究した著述が相次いで出版された。

「香港城市大学中国法・比較法研究センター」の編集した『香港刑法綱要』とその段階的な成果である『香港刑法』（中国語版と英語版）の出版は香港刑法とその実務的理解に對して助けになるものである。『香港刑法序論（香港刑法導論）』（宣炳昭著、中国法制出版社、一九九七年版）の書は、香港の最新の刑事判例に基づいて、一般の刑法理論の運用および、香港刑法の基本理論、罪刑総論、罪刑各論について研究したものである。また、「中華人民共和国香港特別行政区基本法」を参照しつつ「一九七年」以後の香港刑法の発展・動向について簡単に概要と展望を示した。この他、香港、マカオ、台湾と内地との相互にわたる刑事事件の法律の適用と司法共助の問題にも触れている。

第八、刑法学の年会は、舞台として學術探究をし刑法学研究を促進するものである。中国法学会刑法学研究会は、全国的な學術団体で、一九八四年からこれまでの一四年間、毎年の刑法の學術検討の会合をあわせて一三回にわたって組織し、開催して、初回が六〇余名の代表の出席であったことを別にして、そのほかの歴代の大会には代表が皆一〇〇余人の出席であった。これらの代表は皆、全国各地の刑

法学教室、科学研究機関、司法執行部門から来ている。歴代の大会は、等しく刑事の法治的建設と刑法学の発展の必要性に基づいて検討議題を確定して、大会上、論文の交流と出席者の討論が行われ、大会後は、大会に係する優秀な論文の編集出版の責任者が決められる。こうして、さらなる広範囲の刑法学研究的の交流と促進がなされる。これら一三回の研究会の議題の主なもの以下の通りである。(1) 一九八四年一〇月の成都大会は、主に刑法学研究的の対象と体系、強姦罪、チンピラ犯罪等の三つの問題について検討した。大会後は『刑法学論文集』の書が編集印刷発行された。(2) 一九八六年八月の北京大会は、主に経済体制の改革と経済犯罪の克服を議題とした。大会後は論文集『經濟体制の改革と經濟犯罪の克服（經濟体制改革与打擊經濟犯罪）』を編集出版した。(3) 一九八七年一〇月の烟台大会は、主に体制改革と刑法および我が国で発生する犯罪の原因と二つの分野の問題を議論した。(4) 一九八八年一〇月の鄭州大会は、改革開放の新しい状況のもとでどのように我が国の刑事立法を完善なものにするのかということを中心議題として、同時に我が国の刑事司法、刑法理論、刑法学教育の改革等の問題についても検討した。大会後は、論文集『刑法の發展と司法の完善（刑法發展与司法完善）』（中

- 国人民公安大学出版社、一九八九年版)を編集出版した。
- (5)一九八九年一〇月の上海大会は主に、刑法学のマクロ的な理論問題、我が国の刑事立法の完善化、反革命罪や経済犯罪の処罰、腐敗除去に関する刑法問題を検討し、大会後は『刑法の発展と完善(続編)(刑法発展与完善(続編))』(吉林大学出版社、一九九〇年版)を編集出版した。
- (6)一九九〇年一一月の大連大会は主に、廉潔な政府の建設や職務犯罪の分野にわたる問題と刑法改正の問題を検討し、大会後は論文集『廉潔な政府の建設と刑法の機能(廉政建設与刑法效能)』(法律出版社、一九九一年版)を編集出版した。
- (7)一九九一年一〇月の広州大会の中心議題は、刑罰の執行問題で、大会後に編集した論文集は『刑法の運用問題の検討(刑法運用問題探討)』(法律出版社、一九九二年版)である。
- (8)一九九二年一〇月の西安大会は、主に刑法と改革開放、刑法の運用と完善化、経済犯罪の若干の単行刑法等の分野の問題を検討した。大会後に論文集『改革開放と刑法の発展(改革開放与刑法発展)』(中国檢察出版社、一九九三年版)を編集出版した。
- (9)一九九三年一一月の福州大会の中心議題は、社会主義市場経済と刑法の適用と発展で、大会後に論文集『市場経済と刑法(市場经济与刑法)』(人民法院出版社、一九九四年版)を編集出版した。
- (10)一九九四年一〇月の南寧大会は、主に、市場経済と刑法の改正および完善化について討論し、市場経済の条件下での経済犯罪の認定と処罰という二つの方面にわたる問題に及んだ。大会後、論文集『刑法の改正と完善(刑法的修改与完善)』編集した。
- (11)一九九五年一一月の南昌大会の主な議題は、我が国の当面する経済犯罪の問題で、主に、経済犯罪と経済刑法のマクロ的問題について討論した。例えば、経済活動における犯罪と非犯罪の限界、刑法の社会経済生活への介入の妥当性、我が国の経済刑法の立法と完善、当面する経済犯罪の予防および対応策、貪汚職賄賂の罪の問題、およびその他経済犯罪のマクロ的問題である。大会後、論文集『我が国の当面する経済犯罪の研究(我国当前经济犯罪研究)』(北京大学出版社、一九九六年版)を編集した。
- (12)一九九六年の東山大会は、刑法の改正と完善化のマクロ的ミクロ的問題を集中討論した。大会後、論文集『刑法改正提案論文集(刑法修改建議文集)』(人民大学出版社、一九九七年版)を出版した。
- (13)一九九七年八月の銀川大会は、改正後の中華人民共和国刑法の詳細な意義と司法の適用問題について集中討論した。年会論文集は直に出版される。その他、中国法学会刑法学研究会は『全国刑法修訂論文集(全国刑法碩士論文薈萃)』(中国人民公安大学

出版社、一九八九年版）を編集した。この書は、要点を収集整理したもので、我が国が学位制度を制定してからの一九八一年から一九八八年までの既に審査を経た、刑法修士（碩士）を有する論文一八七点の新しい視点と見解は、深く進展した問題研究に及んでいる。一九八九年から一九九六年までの優秀な論文はまた目下整理中である。こうして、中国法学会刑法学研究会が成立してからの一〇余年の間に、刑事立法と刑事司法の密接な関係にある新しい状況は、積極的に學術研究を展開し、そしてまた、我が国の刑法理論の繁榮と発展のために積極的に貢献したのである。

第九、我が国の刑法学の構築は、この時期に狂喜なほどの成果を得た。全国の中で、刑法学専攻の博士号の学位授与機関は既に四つあり、北京大学、中国人民大学、武漢大学、吉林大学である。その中で、北京大学、中国人民大学、武漢大学にはみな、刑法学のポスト博士の専攻コースを設置している。各大学・高等専門学校の基本の上にはみな刑法の碩士（修士）の学位授与機関を有している。専攻の分野については、既に中国刑法学、外国刑法学から犯罪学、監獄学、刑事捜査学などに至るまで多種広がっている。全国で毎年、刑法の博士生二〇人余が育ち、既に三人がポスト博士を終えている。このことは我が国における刑法専門

家の人材育成機関が日に日に完善なものになっていることを示している。この他北京大学、武漢大学、中国人民大学は、刑法学の博士文庫を設置し、毎年の審査を経た博士論文をその候補とした、優秀な博士論文の選抜を行い、その出版は刑法学界において有益な學術成果を添えるものである。

この時期多くの法学の刊行物があるが、そのなかでも、「法学研究」、「中国法学」、「中外法学」等の中心的な定期刊行物は、多くの立法提案、司法の運用、理論研究を発表している。また、あわせて積極的に學術研究を展開し、専門家・学者による座談会・研究会を組織し、學術の論争と新機軸の創作を鼓舞激励し、この刑法基礎理論研究の深まりに対する推進作用となった。中国人民大学書報資料センターが、「刑事法学」を月刊で創刊し、全国の新聞雑誌に公表された優秀な刑法学の論文を専門に載せている。我が国の外向型の刑法研究の促進と発展のために外国との學術交流を強化し、各大学法学部の刑法学講座の教員を外国に向かわせ、研究に従事させている。同時に、外国の著名な刑法学者を国内に招聘し、講演、學術報告をしていただき、また、留学生を刑法研究のために相互に派遣している。

二 二十世紀の中国刑法学研究的反思

この一〇〇年の中国刑法学の発展の歴史を振り返ると、中華法体系の解体により、大陸法体系の刑法理論が旧中国で確立した。つまりそれは、西側の刑法体系の移植・導入に始まる礼法の争いが、礼教派の立法上の暫定的な勝利と法理派の理論における人心の支持を得ることで収束に至ったことから、四〇年代の刑法学者の法理派理論に対する再考に至るまで、そして、新中国の建設後の社会主義類型のソ連刑法モデルの導入から、社会主義市場経済を維持・運営・保護する刑法観念に至るまで、のことである。そして体系的構築、すなわち、「大清新刑律」から二、三〇年代の大規模な立法まで、そして、人民民主政権の時期の刑事立法から「中華人民共和国刑法」の起草まで、さらに、一九七九年刑法の公布・施行と一連の単行刑法の制定から改正後の「中華人民共和国刑法」すなわち一九九七年刑法の登場まで、我が国の刑法学研究は困難な歴史を歩んできた。今世紀のはじめの六〇年というものは、中国は紆余曲折の歴史の中で、中国刑法学は「外国の法学を模倣することと、現行法を注釈解釈することとの間を絶えず徘徊していた」のである。一〇年の文革期にはさらに緊迫して徹底的に停

滞していた。先天的な不足、そしてまた後天的な平衡の喪失、命運の多くの誤り、つらく険しい道なり。一九七九年の刑法公布によって、我が国の刑法学研究に春が訪れた。刑事立法が徐々に発展し完善なものになるにつれて、刑法理論の研究もまた、ますます繁栄したものとなる。この二〇年の間、我が国の刑法学研究は、刑法の学習、宣伝に始まり、刑事立法や刑事司法に対する研究を経て、刑法理論が徐々に深まった。一九九二年の市場経済体制の確立は、中国刑法学の発展のために大きな背景を提供したし、一九九七年の刑法改正案の通過と施行は、これまた刑法学の発展に契機をもたらした。刑法学研究の最初の起りは、刑法を注解解釈の対象として研究することであったし、後に、刑法を審査判定の対象として研究し、その結果、刑法を超越した研究に至る。つまり、注解解釈刑法学から理論刑法学、さらには刑法哲学まで。刑法学は法学領域の中でも、その研究勢力は充実しており、研究成果が突出した学科領域である。⁴⁴しかしながら、かつて学術研究の中において禁区がとても多く、また、社会改革の実践に奉仕するための、あるいは政策に奉仕するための刑法ということが過度に強調されたために、その結果、法学者は皆せかせかと如何にしてその学問を実用供するかということを考慮するよう

になり、学術のそれ自体の問題を冷静に落ち着いて思考するような時間がなかったために、学術的幼稚さと浮ついたさまが見られるのである。一〇〇年の刑法史を振り返り、幾多の歴史的啓示を得た。我々の見解としては、以下のいくつかの分野に関わる問題をうまく処理すべきであろう。

(一) 批判と継承、手本の関係。法律文化の一つとして、刑法文化の歴史的継承をすること。どのように歴史的、外来的刑法文化に向かい合うかということは、刑法学研究における重要問題である。蔡枢衡先生はその『四〇年間の中国の法律とその意識の批判（近四十年中国法律及其意識批判）』の著書の中で、清朝末期や民国時代の中国法学研究の流れに対して詳細に論じている。「中国の成文法の発展は大変に早かった。しかし、来渡航禁止を解いてから、法制改変の完成前には、外国法学の著書の翻訳や紹介、移植だけがあつた。外国法学の抜き出し（摘拾）と叙述（祖述）は皆、法制改変の完成後から今日の現象である。」彼は、本世紀のはじめの四〇年の中国法学研究の風格にねらいを定めて、この種のことを論述し、こうした論評はまた、同様に四〇年の刑法学の研究状況にも当てはまる。彼は、西側の刑法の翻訳や紹介、移植を中国刑法学の現代化への転換の第一歩であると捉えていて、抜き出しや叙述を第二

歩と見た。抜き出しは、中国人が自己の言語を用いて外国刑法学を講述することであり、叙述は、外国刑法学から切り取ってきたものを自己の体系に組み立てることである。

彼は、「抜き出しと叙述は一つの国家の司法学の著作や講師の話、法学論文にみられる普遍的な現象であり、これはまさに植民地の様相である」と認識している。本世紀のはじめの四〇年、中国の刑事立法と中国社会の現実が適合せず、分に過ぎて幼稚で、いい加減で、不完全であつたということは、各国の立法の産物の踏襲であると認識される。実に蔡先生の指摘する通りで「翻訳作品、踏襲的な講義教科書、条文解釈を除くと、これらの本のなかには、基本的な法学理論による中国の現実を解釈した作品や法哲学や社会科学の認められる作品は、実際には大変に少ないのだ。」

寥々とした数少ない刑法理論の著作の中では、歴史を語つたものは多いが、理論を語つたものは少ない。また、「沈家本先生の『歴代刑法考』や『寄移文存』等の著作は、中国社会に基準をおき、中国法を明解に述べた大著ではあるが、先生自身の職務のためか、その主に刑事政策に基づいた中国近代法の明解な著述は、哲学的探索が少なく、中国近代法学の創始者としては、このことは残念なことといわざるを得ない。」⁽⁴⁵⁾西側の法律文化が清の末期から民国時代

にかけての刑事立法の精神の支柱と理論の基礎となったことにより、この時期の刑法理論は例外なく「西側と称しなければならなかった」。建国後、法の継承についての議論が展開した。ある学者に依れば、法の階級性を理由として法の継承性を排除することはできず、旧古の法律や刑法学は文化遺産として、社会主義の法律や法学のために批判や継承をすることができるとしている。この種の観点は、「反右派闘争」の中で厳しい批判を受け、「再び資本主義の道を切り開こうとするためのものである」とされ、資産階級の刑法学は「全力粉碎」しなければならなかった。こうして、刑法学研究は、奇形な発展をした道路を歩んだ。「四人組」の粉碎後、我が国の社会主義法制と法学研究の回復と発展の必要性に応じるため、法学界は再び、法律の継承の問題についての議論を進めた。議論を経て到達した共通認識は、かつてのあのような法律虚無主義の観点を否定し、古今内外の法律文化の採用に対して批判的に継承しそして分別をもって参考とするということが主張される。法律文化的なマルクス主義の態度へのこの種の対応は、我が国の刑法学研究の進展を大いに促進した。この二〇年、我が国の刑法学者は、少なからず、中国の刑事法制史と刑法思想史に対する研究を強化し、また、とくに外国の刑事

制度と刑法学に対する研究、つまり、少なからず大陸法や英米法の研究を重視した。中国の刑法と刑法学の研究状況を反省して、また、世界における刑法の発展の趨勢と国際刑事司法共助に注目し、さらに、国際刑法学の研究を積極的に展開した。最近の刑法史学と外国刑法学の研究成果はすこぶる多いが、しかし、どのようにして「中のために洋を用いる」、「今のために古を用いる」ということを実現するか、とりわけ、どのようにして正確に西側国家の刑法文化の問題に対応して再度考慮するかということは、やはり必要なことである。

建国初期には、徹底して旧法の観点を否定し、同時に、歴史上の刑法学理論がまた全面否定された。かくして、歴史的関係は断たれた。他方で、ソ連刑法学採用「一辺倒」の方針により、体系から内容に至るまで、完全にそのままの引き写しと適用があった。もともと、当時においてはこのことは一定の積極的意義を有していた。というのは、旧刑法学が全面的に否定された状況下においては、刑法学の構築のためにはソ連を師としなければならなかったからである。ソ連刑法学は、西側の刑法学に比べて、中国の必要性に適合的だった。しかし、中国の現実を考慮していないし、ソ連刑法学の内容を分析、鑑別しないで、片面的、形

而上学的に内容についてもまたそのままの引き写しと適用をしていて、刑法の階級性を片面的に強調し、その科学性を軽視するというように、大きな誤りを冒してしまっている。しかし、六〇年代以降、また別の極端な道を歩むこととなり、ソ連刑法学を問題とする人がまた大変に少なくなつて、系統だつた深い研究がなされなくなった（近年になつて、ロシア刑事立法やロシア刑法学の研究を始めた学者もいる⁽⁴⁶⁾）。大陸法体系、英米法体系の刑法や刑法学に対しては別のある態度をとっている。西側の文化の大量の輸入に伴つて、西側の文化に対しての分析や見極めをすることなく、例えば、「非犯罪化」、「非刑罰化」、「軽刑化」等のような西側の刑法理論を大量に引き入れることを主張する者もいる。この種の西側文化に対して分析や見極めをしない態度は、やはり科学的なものとは言えない。それではどのようにして中国の歴史上のそして古今の西側の刑法文化に的確に対処するのか。蔡枢衡先生は、既に四〇年代に答えを出していた。すなわち、「中国を保存し、西洋を吸収し、エッセンスを摂取し、自己を創造する⁽⁴⁷⁾。」毛沢東同志もまた、詳細に論じている。「あらゆる外国のものに対しては、ちょうど我々が食べ物に対するのと同じように、自分の口腔、咀嚼、胃液、胃腸の運動を経て、それを分解

してエッセンスと残滓との二つにして、そして、その残滓を排泄してそのエッセンスを吸収しなければならぬ。それによって、我々の身体にとって有益なものとなり、決して丸ごと鵜呑みにして無批判に吸収するようではいけない⁽⁴⁸⁾。」このことは、どんな外国刑法の文化遺産も批判的に受け継がなければならないということを示している。そのうちの一切の有益なものを吸収することは、我が国の法律文化の手本を創造することである。継承を拒絶すること、あるいは、批判を加えることなく全てを吸収することは、どれも非科学的な態度なのである。

(二) 科学性と政治性の関係。どんな社会科学も孤立した存在ではない。刑法と政治は同じ上部構造の一部分であり、刑法学と政治学は密接な関係がある。応用の学問として、刑法学は強い実践性を有しており、それは結局独立した学問である。刑法を政治のため、体制のためということの過度の強調は不可能である。建国初期、我が国は、「反革命の鎮圧」、「三反」、「五反」の各運動を展開し、国家の立法機関は相次いで、関連する法律、命令を公布して、当時の刑法学研究はまた自然と体制の必要性をめぐって展開した。これら刑法の問題についての検討は、一定程度において司法実務の指導をしたし、積極的に作用した。しかし、極

「左」思想の影響により、政治闘争のためという、刑法理論の過度の強調は、政治闘争の必要性を以って刑法理論の発展の動力となったのも否定できない。そしてまた、一定程度において刑法学の独立性を軽視し、刑法学自身の理論的問題についての深い研究をもまた軽視したのも確かである。一九五七年に毛沢東が「人民内部にある矛盾の正確な処理について（關於正確処理人民内部矛盾の問題）」という一文を発表（訳注、社会矛盾の産物たる犯罪には人民内部の矛盾によるものとがあり、階級闘争すなわち敵味方の間の矛盾によるものがあり、前者については説得と教育により、後者については法の制裁が望まれるとした。）してから、我が国の刑法学の領域においては、どのように異なる性質の二つの犯罪を区別するのかという大きな討論が展開された。この討論は刑法学の政治的な傾向を激化させ、従って、厳密な法理論的論証に代えて安易な政治的分析を用い、反革命罪には未遂があるかどうかというような、本来は一個の純粋な法律問題であるものを、一九五七年前後には、一つの過敏な政治的問題にしたし、これに先立つ一九五二年の司法改革運動の中では、反革命罪には未遂があるという観点は旧中国の六法による観点であるとして責を受け、厳しい批判がなされた。一九五七年の反右派闘争の中におけ

る反革命罪には未遂があるという主張の観点はまた、右傾した観点であるとされ、右派の謬論とさえ言われた。反革命罪の未遂の有無の問題は、問題として議論する人のいない「禁区」となったのである。一九八〇年以降になって、この問題は新しい試みがなされ、割合に科学的な解決をみた。歴史が我々に与える教訓は深刻なもので、要するに、政治と学術の関係をうまく処理する必要があるということである。いかなる時代の刑法学もその時代の政治とは離れておらず、いつも一定の政治のためということであって、この意味で言えば、根本的に純粋な刑法学研究は存在しないことになる。我が国の刑法学研究は、社会主義市場経済建設のために維持・運営のためになされなければならない、これが刑法学の研究方向を決定するものである。しかし、法学は結局一つの独立した社会科学であり、精緻な理論研究に代えて安易な政治分析を用いることはできないのである。もし、刑法学の客観的に存在する内在的な規律を無視するのであれば、刑法学はまた独立した学問ではなくなるだろう。歴史的教訓は深刻で、そのマイナスの影響はまた巨大である。我が国では、こうした数千年の文明は、独立した中華法体系を形成し、発達した刑事立法と豊富な刑事司法を有している。しかし、世の人の目的のための刑法学

や刑法学派は、生まれておらず、系統的に完備された刑法理論体系も、まだ構築されていない。どうしてこのような現象がありえるのだろうか。それは、社会的、政治的原因を別とすれば、刑事法制の実用の片面的な強調と基礎理論研究の軽視が、一つの重要な原因であると言わざるを得ない。

(三) 理論と実務の関係。刑法の理論家と実務担当者にはすべて理論と実践の乖離の問題が存在する。正確な法の運用は、本本主義(教条主義)を疑い、また、狭隘な経験主義を疑わなければならない。中国の現実から出発して、科学的な理論的指導のもとで、中国の特色を持った刑事法制度と刑法理論を創設すべきである。刑法学は実践性の極めて強い学問であり、理論研究の目的は立法・司法の実務に寄与することである。建国後、とくにこの二〇年の間、我が国の刑法学者は深い調査研究を行って、その大量の資料の入手を基礎として、社会生活と社会発展の中で生じた新しい状況やその問題にねらいを定め、立法・司法に対して提案を行ってきた。応用法学として、刑法学は現実との密接な関係を有しているが、しかし、この種の関係は、頭が痛くて頭を医師に診てもらい、足が痛くて足を医師に診てもらおうという受け身の対処を意味するものでは絶対でない。

国家が腐敗を防止し清廉を唱える任務に直面するときには、刑法学界の重点的な研究が経済犯罪を仕事とすることは当然であり、刑法が改正の問題に直面するときには、刑法学界が刑法をどのように改正するかという問題について検討するというのはさらに道義上果たさなければならぬことであるということとは容易に見て取れるだろう。しかし、もしも、刑法の基礎理論に対する研究が乏しく、刑法の各個別の基礎理論の問題につき突破しうる進展を有していないのならば、その現実問題の解決にとつての作用につき、刑法学は応用法学として、少なからず、受け身の、また、その効果は微々たるものとなり得よう。つい最近行われた「二十世紀中国刑法学の回顧と展望學術検討会」において、多くの学者が學術の独立性についての問題を強調していた。ある学者の指摘はこうである。「一〇〇年の法学の歴史が証明するように、我々の法学は、社会改革の実践のため、政策のため、ということをあまりに強調してきたために、法律家は皆どのように學問を実務に供するかということを考えるのにあくせくとしており、そして、學術の本分とといった問題について冷静に落ち着いて考える時間がなかったのである。このことは、學術を幼稚で浮ついたものにした。学を實用に供するには、その前提として学は学のため

にしなければならず、学を学のためになさねなければならず、学者に対しては、学の本分を治めることをまず目的としなければならぬ、と言えよう。⁽⁴⁹⁾もつとも、この種の言い方は片面的である。逆に、揺るぎない研究の気風の提唱に対して、我が国の刑法学の学術的基礎及びその独立性の強調は、矯正のその度を過ぎた作用を生み出しうるからである。

(四) 刑法学研究成果とその転換の関係。どんな新しい法律の出現も学術研究と密接不可分である。一九七九年の刑法施行から一九九七年の新刑法の登場前まで、全国人民代表大会常務委員会は二四の単行刑法を公布した。これらの「補充規定」と「決定」は、少なからず刑法学者が社会生活の中で現れた重大な危害行為に関して立法提案を行ったものを基礎として、広く意見を集約して制定されたものである。例えば、罪刑法定原則の確立と貫徹、单位犯罪の法典化、投機売買罪、チンピラ犯罪、職務軽視罪等のポリ容器犯罪を分割することといった、近年の研究の成果を一九九七年の新刑法は十分に取り入れている。これらは皆、理論界において長期にわたる検討の後に一致を見た結果である。組織犯罪、コンピュータ犯罪、証券犯罪、環境犯罪などは皆、近年の社会生活の中で新たに出現した重大

な危害行為であって、立法提案を基礎として西側国家の先進的な立法例を真似てそして刑法の中に書き込んだものである。しかし、得られた理論研究の成果は皆新刑法に吸収された訳ではない。刑法改正の結果と学者の改正に向けた努力との間には、まだ相当に開きがある。刑法学界はかつて、財産刑や資格刑の創設、経済犯罪の刑罰の創設等について極めて具体的に科学的な研究を発表した。しかしこれらの提案はまた新刑法には盛り込まれなかった。これらの理論は既に新しい刑法の改正が実現して利用価値をなくしたのだろうか。答えはそうではない。これらの修正意見が時代遅れのものなのかどうかという判断基準は、次のような意見の中にのみあるだろう。すなわち、「科学的、合理的に刑法改正の結果の要因を論じることを内容として含んでいるかどうか、そして今後更なる刑法の完善化への歩みと刑法理論の発展の推進にとって積極的な意味の啓発を有しているかどうかということである」⁽⁵⁰⁾。理論研究の成果は、立法政策決定者により受け入れられることがなかった。この重要な要因は、この種の研究成果がまだ普遍的に認められていないということである。こうした詳細で周密な論証による提案が受け入れられない原因は、理論的な科学性と実務的な運用性の分離がありえるし、また、この種の提案

がなおも理論界において大多数の賛同を得るには至っていないために、なおも更なる検討が必要であるということがありえるだろう。まだ受け入れられていない提案の中の有意義な部分については改めて帰納的整理をもつてそれぞれの改正提案の長短の検討をし、更なる完善な刑法のために良好な理論的基礎を定めることである。

(五) 注釈刑法学と理論刑法学の関係。注解解釈的方法是刑法学研究の中でも最も古い方法で、中国の封建社会法学が律学と称し、法律条文に対して注疏（『本文の詳しい説明を行うこと』）を主とすることである。『唐律疏議』は、条文と注解解釈が完全に良く結合した著述である。西側の中世においてはかつて、有名な注解解釈法学の学派を形成し、この種の方法は、規範の分析と論理的推理を用いて現行刑法の規制を研究することに重きをおくもので、刑法学研究に対して少なからざるものであるが、しかし、既に今日の刑法学研究の必要性に適應することは遠く不可能である。そして我が国の刑法学研究は依然として注解解釈刑法学の範疇から離脱していない。一九七九年刑法の公布後現れる注解解釈刑法のブームが合理的、積極的であるのだとすれば次のような点においてであろう。つまり、これが我が国の刑法学の回復段階であったことから、建国後最初の

刑法の宣伝のためには、刑法の条文とその制定背景に関してだけ、文字と論理によって一定の技術的必要を備えた学理的解釈を進めるだけで、法律が正確に実施され、全人民の法律意識を高めることが可能であった、という点である。そして、一九九七年刑法の公布後は、もう一度わき上がる注解解釈刑法のブームが人々の深い考慮に至る。一九九八年の始めまでにおいても、既に新しい刑法についての注解解釈に関する論著が一〇〇以上にも及び、新刑法を主たる問題とした刑法学の教科書がまたすぐに市場を占拠した。

しかし、それらは基本的内容を投げ捨てた大同小異で問題とならず、わずかに構成の配列や分類について言うのみで、またおよそにおいて雷同したものである。当然次のように言える。「新しい刑法が公布されることにより、注解解釈研究は十分必要であるが、法律の改正がまた一連の新しい理論研究の課題をもたらしている」ことは我々は理論的解答を待たなくてはならない。しかし、なおも、この種の注解解釈研究はただ単に刑法理論の中の応用性のある実務的に価値のある一部分に過ぎないし、ある種低い次元の刑法理論であって、刑法学研究の使命はこれだけにとどまらず、なおもさらに高い次元の刑法の哲理的研究が目される必要がある、ということを認識しなければならない。注解解釈

刑法学に対する過度の熱中は、自ずと刑法学の基礎理論研究の投入に一定程度の影響を持つ。刑法学は犯罪と刑罰の研究をするときには、単純に法律条文の注解解釈をすることはできず、これらの表と裏に隠れている客観的規律を明らかにする必要がある。^(註)そしてこれらの任務の完成には、思弁的方法、比較的方法、実証方法、関係分析的方法の助力を得る必要がある。目下、刑法学研究の中で最も欠けているのは、実証方法である。これは、思弁方法のあまりに広い欠缺を補うもので、経験的材料を収集・整理することにより、犯罪と刑罰に対して実証的分析を行い、刑法の思弁研究に堅実な基礎を与えるものである。もし、目下の我が国の刑法学研究において思弁の觀念が欠けているのならば、同様に実証の精神が欠けていることでもある。深い実証分析のないことがまさに、思弁の欠缺の原因である。例えば、刑法の改正や展開をめぐって死刑の存廃問題の論争がそうである。そのように論じないことは、もともとある死刑の条文の觀點を基本的に留保することに賛成するものか、あるいはなおもその中の部分的な死刑の条文のアピールを排除することであり、多くは社会の各方面に対して死刑の条文とその適用状況の現在反映している要因を根拠としてしているものではないし、そして、これらは理論的な推断

の助力を借りて討論する問題であり、その結果、もし、ある一つの死刑の条文の存在とその適用状況について知らないのであれば、あるいは、もし、当該死刑の条文とその適用の各種觀點の普遍的で深い理解と分析がないのなら、当該死刑の条文の存廃の論述は人々を説得することは困難であり、書齋の中の産物にすぎないという感覚を人々に対して拭いきれないだろう。それゆえ、刑法学研究の中に実証的方法、関係分析的方法、定量分析的方法が持ち込まれなければならぬ。

三 二十一世紀の中国刑法学の展望

二十世紀になってから、中国刑法は一步步つ現代に向かって転換し、また、世界の先進的な刑法に接してきた。建国後、とりわけ改革開放以来、刑法学研究は万人の属目的となるような豊かな成果を上げ、刑法学は既に我が国で現在最も繁栄し、そして、最も顕著な進展を見せた法学科目のうちのひとつとなった。ひとつには、相当に理論が深く、実際に実現可能な刑法学の論著が絶え間なく世に現れ、中国刑法学のさらに高い次元の発展にとっての基礎を築いたことである。社会主義市場経済体制の確立と発展は、刑

法の繁栄にとって広範な背景を提供したし、新しい刑法の公布は、その契機を提供した。中国刑法学が真つ直ぐに世界の情勢に向かつて歩む日がじき到来すると推し量つて知り得よう。しかし、同時にまた、我が国の刑法学にはなおも幾多の弱体部分のあることを直視せねばならない。刑法学の体系はなおも完善への歩みが必要である。刑事政策の研究は十分ではない。刑法の基礎理論的な研究はなおも強化する必要がある。経済犯罪と経済刑法の研究はまだ十分に深まっていない。定罪と量刑の総合的なバランスの問題はなおも解決まで遠い。刑法史の研究は十分に重視されていない。刑法学の研究方法はなおも注解釈刑法学の範疇を離れるものではない。中国刑法と世界の先進的な刑法との繋がりはまだ緊密ではない。その他、新刑法の公布施行と深まりつつある刑法学の研究は新しい課題を提供した。我々は、二十一世紀の中国刑法学研究は以下のようないくつかの分野に突破口を見いだすべきものと考える。

資料

(一) 刑法観念の変革。国際社会において普遍的に人権の強調がなされる今日、刑法の人権保障機能は重視されよう。人権保障は刑法の機能の一つで、近代刑法史上重要な意義を有し、さらに刑法の現代化の一つの重要な特徴とされている。我が国は長く社会本位の全体主義的な束縛があった

ために、個人の権利の強調は十分でなく、刑法機能をいうときには、社会の保護を重視し人権保障を軽視している。この問題はなおも刑法学界においては重要視されるには至っていない。刑法の中にある人権は、被害者の権利、被告人の権利、有罪者の権利、いずれも同等とされる。我が国の刑法学界は普遍的に、刑法の中にある人権のうち主要なものには被害者の権利であつて、そして、刑法の中の人権保障の主要なものは訴訟手続における弱者に対する一方的な権利保護の形式を指すものと認識している。刑法における人権保障の内包するものは何であるのか。刑事訴訟における人権保障内容は何であつて、同じものなのかどうか。その理論的基礎は何であるのか。最も優れた実現方法は何であるのか。これらは皆、二十一世紀の刑法学者が出すであろう解答に期待される。

(二) 刑事法制の変革。人的素質の高まりにつれ、犯罪率が徐々に低下しうるし、伝統的な暴力犯罪はもはや主要な犯罪形態ではない。人権意識の増強は、将来の刑事立法を刑法的経済性や刑法的最終手段性等の属性にまさに合致するものとし、そして、刑法の範囲は徐々に縮小し、刑罰の量もそれに応じて軽くなり、徐々に刑罰の軽減化が実現しよう。死刑はなお、最も強力な威嚇的な手段と認識されるの

かどうか。二十一世紀の中国は死刑を廃止できるかどうか。どのように死刑の立法を縮小し、そして、最終的に死刑の廃止に持ち込むのか。どのように現行の刑罰制度を完善なものにするのか。刑罰制度は多様なものにすべきかどうか。コンピュータによる量刑の確定の出現は量刑をさらに公正で合理的なものにしようか。高度な科学技術の利用は行刑の方法を新しいものにできるかどうか。

(三) 刑法学体系の更なる建設。中国刑法学の現代化の道は既に一〇〇年の歴史を経て、あわせて、刑法学研究所の起りは一九七九年の刑法公布以後の事情にある。二つの刑法典の公布施行は、刑法学研究所の発展の歩みを強力に推進した。しかし、我が国の刑法学は今日に至ってなお完全に整った科学的な学科体系の建設をしていない。現在の刑法学体系は、基本的に五〇年代のソ連刑法学の枠組みを突破できていないし、多くの欠陥と不足が存在している、その欠陥の主なものは、構造の不統一性と完全には整っていないことそして内容の単一さである。現在の刑法学の構造は、基本的に一九七九年の刑法の構造を構築したものに依っている、依然として犯罪論と刑罰論の二つの極に割り振っている。一九九七年の刑法公布後は、刑法学の内容は大変に豊かになったが、しかし、刑法学の構造は質的な突

破をしていない。つまり、注解解釈の新しい刑法の著述は雨後の筍の如く現れたが、その多くは刑法典の体系や構造の単純な導入ないしは直接的な焼き直しであって、一つの学科自身が有すべき科学性、系統性、論理性、刑法典の体系や構造の独特性の分類は現実のものになっていない。刑法学の学科体系は刑法典の体系とは異なり、刑法学は立法や司法を超越すべきであり、その結果、基礎理論を進展させ、完善にすべきである。当然、刑法の基礎理論研究の中のみならず、基礎理論の分野の多くの問題の累積に対する相応な部分の創設的な研究の成果を基礎のために必要とするし、そしてまた、刑法学の理論や関連学科（犯罪学や刑事政策学のような）のマクロ的視点に立った新機軸のある思考をよりどころとするために必要とするのである。

(四) 経済犯罪と経済刑法研究の掘り下げ。経済犯罪と経済刑事法律規範は、人類が資本主義社会に入ってからす

に存在していたし、今日のように既に犯罪学者と刑法学者の共に関心とする課題である。我が国は、近年、経済犯罪に対する具体的な研究を進め、それはとりわけ、各個別具体的な経済犯罪形態の構成と特徴に対してであって、また、一定程度において経済犯罪の概念、危害性、予防策の研究が既に効果を示している。経済刑法と経済刑法学は、刑法と刑法学の学科のうちの一分野として動いているにすぎないが、その研究は着実に進み、ある学者はこの分野について試行的研究をなした。具体的な経済犯罪形態は、典型的な数は多く、一様ではないし、甚だしいが、経済犯罪と経済刑法に対する理論上の系統だった説明は欠けている。これまでのところ、我が国と世界各国の刑法学者は、経済刑法の重大な理論問題について系統だった研究はまだ進めておらず、経済刑法学の体系、経済刑法の概念と内容、経済犯罪の概念と範囲、経済犯罪の特徴と一般構成、経済犯罪に対する刑罰の設置、経済刑事立法や経済刑事司法の分野における方法と原則などの問題がそれであるが、これらはいずれも、研究解決が望まれるところである。

資料
資

(五) 新型犯罪の研究への注目。既に新しい刑法は、コンピュータ犯罪、環境犯罪、組織犯罪、証券犯罪、マネーロンダリング罪等のように最近になって現れた主要な犯罪類

型を捉えていて、規定するに至っている。しかし、コンピュータの普及と人工知能の発展、DNA技術やクローン人間技術等の現代の生命技術の運用に従って、新しい犯罪現象の出現は避けられないであろう。生命技術に関連する犯罪は、医学や医療と人との関係が日に日に密接になり、先端科学技術の新たな展開により、広がりつつある多くの法律問題、例えば、臓器移植、安楽死、人工生殖、性転換手術、治療の拒絶と人工医療の問題等を生じさせた。さらには、インターネットの犯罪やクローン人間の犯罪など等しく刑法学界の重視を必要とする。

(六) 国際犯罪と国際刑法研究の成熟化。刑法学研究は、我が国の刑事立法と刑事司法に立脚すべきである。しかしながら、現代の科学技術の発展、国際レベルにおける交流の更なる頻繁と迅速への変換、周辺地域との協力の更なる強化、科学技術の情報の世界レベルでの更なる迅速な伝達、国際犯罪の国際社会に対しますますの危険の増大、これらにより、国際刑法学の研究が特に必要であることははっきりする。我が国においては、長く、国際刑法が覇権主義者により利用されうるという一面があることにのみ注意を向けたために、国際犯罪が既に存在しておりまた重要な地位を占めているという一面を軽視した結果、国際刑法に対

する研究は非常に貧弱である。このことから、理論研究者の視野における国際化、国際刑法に対する研究の強化、我々自身の観点、理論、学説の提出、国際刑法学界での占めるべき席が求められていることがわかる。現代科学の理論を指導とし、外国の研究成果に対して分析し手本とすること、国際社会の現実と発展に符合する国際刑法の学説を構築すること、そしてまた、国際社会に受け入れられる努力、国際社会の実際に符合するような国際刑法制度と規範の促進と構築、人類の平和と安全の創出のために我々がすべき貢献、これらが求められるのである。

- (1) 張晋藩『中国における法律の伝統と近代の転換（中国法律の伝統と近代転型）』法律出版社、一九九七年版、四三九頁参照。
- (2) 沈家本『寄篋文存』卷六『重刻明律序』参照。
- (3) 沈家本『寄篋文存』卷六『監獄訪問録序』参照。
- (4) 沈家本『薛大司寇遺稿序』参照。
- (5) 沈家本『新訳法規大全序』参照。
- (6) 『清末籌備立憲檔案史料』（下卷）八四五頁。
- (7) 沈家本『歷代刑法考・民律目箋一』（中華書局、一九八五年版）参照。
- (8) 沈家本『寄篋文存』卷二『論誣指』（中華書局、一九

八五年版）参照。

- (9) 『民律瑣言』参照。
- (10) 沈家本『寄篋文存』卷六『監獄訪問録序』（中華書局、一九八五年版）参照。
- (11) 瞿同祖『中国法律与中国社会・儒家思想与法家思想』
- (12) 沈家本（一八四〇—一九一三）清朝末期の著名な法律家で立法の専門家。字は子敦、号は寄篋。清代の婦安（現在の浙江省呉興）の人。主な著作に『刺字集』、『歷代刑法考』、『寄篋文存』、『寄篋文存二編』がある。
- (13) 『大清法規大全法律部』卷三。
- (14) 張晋藩他著『中国近代法律思想史略』（中国社会科学出版社、一九八四年版）一二四頁、公不祥主編『中国法制现代化的進程』（上卷）（中国人民公安大学出版社、一九九一年版）三二九頁参照。
- (15) 『辛亥革命資料』一八、二七〇、二七一頁参照。
- (16) 正中書局『中華民国立法史』（一九三七年版）五九頁。
- (17) 王寵惠（一八八一—一九？）字は亮疇、広東省東莞の人。若くして北洋大学法科を卒業し、日本へ留学したのち、欧米に留学する。エール大学で法学博士を取得、イギリスで弁護士資格を取得。ベルリン比較法学会会員、ハーグ国際裁判所裁判官、国際連盟国際法改正起草委員会委員に選出されたこともある。中華民国臨時政府外交総長、北洋政府司法総長、法典編纂会会長、法律改正館総裁、南京国民政府司法部長、司法院長、外交部長、行政院院長等の職を

- 歴任する。一九四五年に我が国の代表として連合国創立会議に出席し、連合国憲章の制定に参加した。主な著作に『王寵惠先生文集』と『困学齋文存』がある。
- (18) 王寵惠「比較民法導言・第一比較民法之効用」『困学齋文存』一六〇頁。
- (19) 潘念之主編、華友根『中国近代法律思想史』(下巻) (上海社会科学出版社、一九九三年) 七五頁より引用。
- (20) 居正(一八七六—一九五二) 湖北省広済の人。原名は居之駿、字は覺生、号は梅川。一九〇五年日本の政法大学に留学し、同年に同盟会に加入。南京臨時政府成立後、内務部次長に就く。一九二八年南京国民政府成立後、国民党中央執行委員会常務委員、立法院副院長、中华民国法学会理事長、檢察院委員等の職を歴任し、そのうち立法院院長は一六年、中华民国法学会理事長は一四年の長きにわたって務める。主な著作に『為甚麼要重建中華法系』がある。
- (21) 王覲(一八九〇—一九?) 法学教授。字は漱頻、湖南省瀏陽の人。若くして日本の明治大学法科に留学、法学士学位を取得、大学院に入って刑法を研究する。帰国後、河北大学法科学長兼教授、北京大学法律系主任、教授、朝陽大学教務長等の職を歴任する。著書に『法学通論』、『刑法分則』、『中華刑律論』、『中華刑法論總則』(三巻)等がある。
- (22) 王覲『中華刑法論總則』序(民国一九年四月改訂増補三版印刷)。
- (23) 同。
- (24) 王覲『中華刑法論總則』(上) 七一頁。
- (25) 国民党の一九二八年刑法の二八二条は「人を殺した場合は、死刑又は無期懲役若しくは一〇年以上の有期懲役に処する」であった。
- (26) 王覲『中華刑法論總則』(上) 七五頁。
- (27) 郝朝俊(一八八一—一九?) 司法官、法学教授。字は励勤、陝西省華陰の人。若くして日本の政法大学において法律を学び、法学士学位を取得し、帰国後当時の京試を受験し、中法科挙となる。国民党の陝西省議會議員、陝西省高等法院院長、西北大学校長兼教授等の職を歴任する。著書に『法学通論』、『刑律原理』、『刑法原理』、『民法要義物權編』等がある。
- (28) 郝朝俊『刑法原理』(上海商務印書館、中华民国一九年一〇月初版) 二七六頁。
- (29) 陳瑾昆(一八八七—一九五九) 法律家。湖南省常德の人。若くして日本に留学し帰国後は、北洋政府大理院推事、最高法院廷長を歴任し、北京大学、朝陽大学において専任兼任で教授の職にあった。人民民主政權時代から建国初期において絶えず立法作業にかかわった。主な著書に『刑法總則』、『刑法總則講義』、『刑事訴訟法通義』等がある。
- (30) 張之本(一八八一—一九七六) 字は懷久、湖北省江陵の人。若くして国費で日本の政法大学に入る。一九〇五年東京で同盟会に加入する。中华民国軍政府司法部長に推挙され、一九一三年第一回国會議員に選ばれる。一九二三年

上海法政大学において教員を務める。国民党中央執行委員、行政院院長、司法行政部長等の職を歴任した。主な著書に『憲政要論』、『社会法律学』、『破産法論』がある。

(31) 張之本『法律社会学・第七章現代法律社会化之趨勢』。

(32) 張之本『破産法論下巻・第四編罰則』。

(33) 譚延凱等『審査刑法草案報告書』。

(34) 董康(一八六七—一九四七)江蘇省武進の人。清の末期に、刑部主任、大理院推丞、修訂法律館總纂等の職を歴任。辛亥革命後は、北洋政府大理院院長、司法總長等の職を歴任。一九二五年上海會審公堂法權委員會副會長、上海東吳大学法学院教授を兼任する。上海法学院創立後、日本で法学史を講義したことがある。著書に『日本講演録・中国修訂法律之經過』がある。

(35) 吳縱正『整飭吏治与刑法修正案』『東方雜誌』三一卷二四号所収。

(36) 論評は次のように指摘する。現行法(一九二八年刑法)の規定は、一六歳未満の女子を姦淫したときは強姦を以って論ずるとあり、「刑法修正案初稿」はこれを一四歳に改めるものである。女子の身体を保護し、性道徳を維持するのに不都合であり、現行法を維持するには及ばない。

(37) 居正『為甚麼要重建中華法系』五四、五五頁。

(38) 蔡枢衡(一九〇四—一九八三)刑法学者。江西省永修の人。若くして日本に留学し、帰国後、北京大学、西南連合大学等の教授に任ぜられる。中華人民共和国成立後は、

中央人民政府法制委員會、國務院法制局、全国人民代表大會常務委員會弁公庁を経て、一九五八年から全国人民代表大會常務委員會公庁法律室顧問を担当する。刑法学の研究与教育に尽力し、著書に『刑法学』、『刑事訴訟法教程』、『中国法律之批判』、『中国法理自覚的發展』等があり、多大な影響を有する。晩年に著した『中国刑法史』は、長きにわたる研究の音韻的、訓詁的な成果である。

(39) 蔡枢衡『中国法律之批判・第四今日的中国法之新認識』。

(40) 潘念之主編、華友根『中国近代法律思想史』(上海社会科学院出版社、一九九三年版)二四二頁より引用。

(41) この他、趙琛の『刑法總則』(上下)(民国三四年初版、民国三六年四版)のように刑法の明解な解釈と詳細な記述をしたものがある。これは、一九三五年刑法の用語や立法理由を簡単にまとめて、わかりにくい条文を事例を挙げて説明し、実用においてその価値がある。そのために、学説や立法例は省略してある。

(42) 儲槐植、梁根林「論刑法典分則修訂的價值取向」『中国法学』一九九七年四号所収。

(43) 陳興良、邱興隆「刑法学体系的反思与重構」『法学研究』一九八八年五月所収。

(44) 陳興良「法学家的使命—刑法更迭与理論更新」『法学研究』一九九七年五号所収。

(45) 李貴連「二十世紀初期的中国法学」『中外法学』一九

九七年五号所収。

(46) 劉向文「談俄羅斯刑事立法的歷史發展」『法學與實踐』一九九七年五号所収は、一例である。

(47) 蔡枢衡『中国法理自覺的發展』一一頁。

(48) 『毛沢東選集』合訂本、六六七頁。

(49) 張少瑜「二十世紀中国法学的回顧与前途學術研討会綜述」『法學研究』一九九七年五号所収。

(50) 王敏遠「刑法学研究述評」『法學研究』一九九八年一
号所収。

(51) 陳興良「法学家的使命——刑法更迭与理論更新」『法學
研究』一九九七年五号所収。