

- (1) 小野清一郎『犯罪構成要件理論』（中国人民公安大学出版社1991年版）1頁を参照。
- (2) 何秉松「中国の特色ある犯罪構成理論新体系の建立」《法学研究》1986年第1期を参照。
- (3) 周密『論証犯罪学』（群众出版社1991年版）49頁を参照。
- (4) ヘーゲル『小理論』（商務印書館）282頁。
- (5) ヘーゲル『美学』第1巻（商務印書館）。
- (6) 『マルクス・エンゲルス選集』第4巻240頁。
- (7) 何秉松『犯罪構成系統論』（中国法制出版社1995年版）を参照。
- (8) ドライニン『犯罪構成の一般学説』（中国人民大学出版社1958年版）81頁を参照。
- (9) 高清海編『マルクス主義哲学の基礎（上）』（人民出版社1985年版）338頁。
- (10) 小野清一郎・前注（1）6～7頁を参照。
- (11) 本書では、要件と要素、有機的統一と系統は同じ意味の概念として用いている。
- (12) 小野清一郎・前注（1）では、行為が犯罪構成の一要件とされると同時に、行為は「行為の主観面」と「行為の客観面」に分けられている（詳しくは同書49～50頁を見よ）。
- (13) 前注（6）228頁。
- (14) 何秉松・前注（6）の第9章「犯罪構成の構造と機能」を参照。
- (15) 高铭暄・王作富編『新中国刑法の理論実践』（河北人民出版社1988年版）385頁を参照。
- (16) 高铭暄編『中国刑法学』（中国人民大学出版社1989年版）83頁。
- (17) アファナシェーフ『系統と社会』（知識出版社1988年版）141頁。
- (18) 主観と客観の統一を認める者には、犯罪主体と犯罪の主観面および犯罪客体と犯罪の客観面の統一のことをいうとする者もあれば、犯罪の主観面および客観面の統一のことをいうとする者もいる。
- (19) 福田平・大塚仁『日本刑法総論講義』（辽宁人民出版社1986年版）44頁を参照。
- (20) 何秉松・前注（7）295頁を参照。
- (21) 烏杰『系統弁証法』（山西人民出版社1991年版）54頁を参照。
- (22) 張华夏『物質系統論』（浙江人民出版社1987年版）149頁を参照。
- (23) アファナシェーフ・前注（17）169頁、170頁を参照。
- (24) 前注・（6）240頁。
- (25) 马克昌編『犯罪通論』（武汉大学出版社1991年版）79頁を参照。

が国の刑法理論界において、かつて激しい論争が引き起こされた。「犯罪構成は刑事責任の唯一の根拠である。」という元ソ連からきた刑法学の伝統命題は、長期にわたってわが国刑法理論に支配的な地位を占めてきた。近年この命題が各面からの批判を浴びるようになる。現在の立場から見れば、この命題の主な欠陥は、法定犯罪構成、すなわち概念上の犯罪構成を、法定犯罪構成概念と合致する客観的事実、すなわち現実的な犯罪構成と厳格な区別を行っていないからである。ある刑法の著作が指摘するように、「この伝統命題が『犯罪構成』と『犯罪構成に合致する行為』という二つの異なる概念を混同させたため、正確に犯罪構成と刑事責任の関係を反映できなくなったのである」¹²⁵⁾。

我々は、すでに犯罪構成概念において、法定犯罪構成と現実的犯罪構成（犯罪構成事実）とを厳格に区別する重要性を強く指摘していた。前者は、法律上の概念であり、定罪量刑の法的基準に該当し、犯罪主体が刑事責任を負う法的根拠である。後者は、存在する犯罪構成の有機的統一（犯罪構成事実）であって、犯罪主体が刑事責任を負う客観的根拠（事実根拠）である。

（3）犯罪構成は、一つの理論すなわち犯罪構成理論として、刑法理論として刑法理論体系の基礎にあたる。

我々の犯罪構成理論の基本特徴は、理論化・概念化した刑法各則の犯罪構成を刑法総則の中心的位置に引き上げ、犯罪成立の根本条件として、これを基礎に犯罪論体系を構築し、刑法総論と刑法各論を一つの有機的統一に結合させる。刑法総論に属する一連の重要問題、例えば正当防衛・緊急避難・犯罪予備・未遂・既遂・中止・共犯・定罪＜犯罪確定＞・刑事責任・量刑などが皆、犯罪構成理論を基礎にしなければならない。刑法各則にある各種の犯罪成立・犯罪と非犯罪・ある罪と別罪との限界および各種の犯罪の刑事責任も、犯罪構成理論を根拠にしなければならない。結局これは刑法理論の中核であり刑法理論体系の礎である。

えず、法律概念ではないことを意味するかどうか。その答えは否定的であろう。というのは元来、犯罪構成は一定の角度すなわち、犯罪自体の構造および性能から犯罪概念を宣明にするにすぎないので、犯罪構成は、刑法に規定される犯罪概念を、その法的把握としての犯罪構成の一般概念あるいは各犯罪構成の概念であれ、皆このように考えている。

刑法13条によると、犯罪は社会に危害を及ぼす行為であって、法律によって刑罰を受けるべきものである。いわゆる「法律によって刑罰を受けるべき行為」とは、刑法総則に規定される犯罪を構成する一般要件と刑法各則に規定される犯罪を構成する特別要件に該当する行為を指す。我々は、これらの規定を系統・理論化し、これを犯罪構成と称する。かくして犯罪構成の概念が構成される。いわゆる「法によって刑罰を受けるべき行為」とは、刑法に規定される犯罪構成要件に該当する行為である。それゆえ、刑法13条に規定される犯罪概念を別の方式で表現すると次のようになる。「犯罪は、社会に危害を与え、法定の犯罪構成に該当する行為である」。こうして、犯罪構成の一般概念が刑法13条に規定される犯罪の一般概念をその法律根拠とすることがわかる。犯罪構成は、ただ刑法13条に規定される犯罪概念のもう一種の表現形式にすぎない。そして各具体的な犯罪構成概念も同様に、各具体的な犯罪概念を根拠にしている。例えば、刑法236条の規定では、暴力・脅迫あるいは他の手段を用いて婦女を強姦すると強姦罪に該当する。これが強姦罪の概念であって、この概念と総則の犯罪成立要件に関する規定を結合し、強姦罪を一つの法律で規定される諸要件で構成する有機的統一体とみなして、具体的に主体・客体・客観面・主観面など諸要素の特徴およびその全体構造性能を分析する。これが強姦罪の犯罪構成要件である。そこで強姦罪の犯罪構成は、強姦概念のもう一種の表現方法でもある。

（2）犯罪構成は、法定犯罪構成概念と一致する客観的事実、すなわち現実的な犯罪構成（あるいは犯罪構成事実）として、犯罪主体が刑事責任を負う客観的根拠となる。

犯罪構成が行為者の刑事責任を負う根拠になるか否かに関しては、わ

する罪、誘拐され売買された婦女児童を買い取る罪、多衆集合し誘拐売買された婦女児童を救助にする行為を阻止・妨害する罪など、新しい犯罪構成が設けられるようになった。同時にこのような犯罪構成に対し、各種の嚴重なもしくは輕微な情状も定められ、これらの犯罪構成は一層複雑化・多様化してきている。この全てが皆、人を誘拐売買する罪の現実生活における發展・変化の立法上の反映である。

犯罪構成は、過程として存在する、重要な方法論の意義をもつ。犯罪構成を研究するにあたり具体的・歴史的な視点をもって、その存在と發展の具体的・歴史的條件を考察することが要求される。こうしてこそ、犯罪構成の性質と社会危害性に対する正しい評価を得られるのである。これは刑事立法が犯罪構成に関して規定するときも、司法實務が法定犯罪構成を運用して定罪量刑を行うときも、極めて重要である。

第6節 犯罪構成の意義

犯罪構成の意義は、多面的に明確化されるべきである。

(1) 犯罪構成は、一種の法律概念、すなわち法定の犯罪構成として、定罪量刑の法的基準とされる。

犯罪構成概念は、犯罪概念と同様に、現実生活の犯罪現象を理念化・法律化するために存在し、一面では科学的に犯罪の本質を概括するが、他面では支配階級の犯罪に対する否定的評価と政策原則を體現する。よって、これらは、ある行為が犯罪に当たるか、どのような罪を犯したかを判断する法的基準として用いられ、さらに定罪量刑の法的根拠とされる。これと異なり、犯罪概念が、直接に犯罪の本質属性と特徴を示し、犯罪構成は、犯罪の構成要素・構造・性能を宣明することにある。両者は表現形式は異なるが、目的が同じであるため、本質的には一致する。

わが国の刑法規定から見れば、刑法13条は明確に犯罪の一般概念を規定しているが、犯罪構成の一般概念については規定が見あたらない。刑法各則も各種の犯罪概念を具体的に規定しているが、上述の如く各種の犯罪構成の具体的概念は見あたらない。これは犯罪構成が法的根拠を備

再犯可能性を強化し、そして絶ゆみない努力を用いて、この可能性を現実的な犯罪構成事実に変化させたことである。このような例は、実際には珍しいものとはいえない。しかも、この転化が早く、出現の頻度が高いほど、その社会危害性はもっと大きくなって、人々に与える不安感も大きいであろう。

犯罪構成事実の消滅は、一つの深い研究を重ねる必要がある問題である。一般的に言えば、犯罪構成の発生過程の終結は、犯罪構成の消滅を意味するものではない。というのは、一面では犯罪構成の社会的危険性は、その過程の終結によって消えるものでもないし、他面では犯罪構成には継続して発展する可能性も十分あるからである。そこで徹底的に犯罪構成の社会危害性と継続発展の可能性を消滅させることが、唯一の方法であると考えられる。その、最も積極的かつ有効の方法は、刑事事件を捜査・解明し、犯罪に関与した者を審判に送り、その犯行に応じた刑罰を加えて正義を高唱し、犯罪の悪影響を打ち消し、犯罪者を改悛させ、その再犯可能性を剥奪することである。

上述したのは、現実生活にある犯罪構成事実の発生・発展・消滅の過程である。ある犯罪構成にとっては、過程の発展が必然的に類似事物を特徴づけ、犯罪構成の発生・発展変化がより複雑かつ多様になる。しかも、政治社会・経済状況の変化によって、当該犯罪構成が、犯罪本質の属性を失い、もしくは存在しえない場合こそ、当該犯罪構成の消滅を意味する。したがって、その発生・発展・消滅に至る全過程は、相当長い道のりである。このような過程は、刑法上の表現として、立法者がある法定犯罪構成を立法・改正・廃止することであろう。ある新しい法定犯罪構成の制定・廃止は、この種の犯罪構成の現実生活における発生・消滅を意味するが、法定犯罪構成の改正は、いわばこのような犯罪構成が現実生活に発生した重大なる発展・変化の結果にあたる。例えば、改正された刑法240条・241条・242条は、旧刑法の114条の人を誘拐し売買する罪に対して重大な修正を行った。婦女児童を誘拐し売買する罪が、人を誘拐・売買する罪から切り離された外、新たに婦女児童を誘拐・売買

ことができる。つまり主体を仲介として再び同質の罪あるいは新しい犯罪を形成する。よって犯罪構成の発展過程は、反復もしくは転化する。いわゆる反復とは、同質の犯罪構成が再現・重複して現れることである。そして転化とは、ある種の犯罪構成が、他の性質を持つ犯罪構成に転化・分化することを指す。反復であれ、転化であれ、ある状態から別の状態に転化することであり、もちろん量の増減あるいは質の変化を伴う変化も含まれるので、犯罪構成の発展ともいえる。

ここで指摘する必要があるのは、犯罪構成の継続発展は主体を仲介としなければならないが、本質的な立場からいえば、それは相変わらず犯罪構成自身の発展に属すべきことである。というのは犯罪構成の生み出される過程において、その諸要素が互いに作用し合い、主体だけが他の要素に作用するわけではなく、かえって他の要素も主体に作用することによって、主体の犯罪意識が強化され、主体の犯罪経験も豊かにされ、そして主体の犯罪技術も高められ、主体の人身危険性および再犯可能性も強められるようになる。そこで主体の人身危険性と再犯可能性は、本質的に犯罪構成の形成過程において相互に作用する諸要素が一種に潜在能力として主体に潜むことであるにすぎない。犯罪構成の形成過程を離れて、犯罪構成が継続して発展することもない。可能性は、潜在的に存在する犯罪構成の現実性である。可能性の外部的実現は、現実的な犯罪構成に該当する。犯罪構成の発展は、ある意味では可能性と現実性の絶えざる転化過程に当たる、といっても過言ではない。現実生活において、よく次のような転化を見ることができる。例えば、1995年警察官ツイチャンチェンを殺害し警察官ガンライを傷害した殺人犯ウゴンズウは、かつて、違法犯罪の容疑で行政罰と刑事罰に問われたことがある。刑期満了に伴って釈放後、3年も経たずに密造銃を用いて、他人と結託して何回もの凶行に及び、強盗・窃盗事件を起こし続けてきた。前後に計8人を殺し、4人に負傷させ、強盗事件を4件、価額にして10万元相当の事件を起こし、窃盗事件10件で20万元相当の財貨を盗んだ。その事例で判明したのは、犯罪構成がその発展過程において常に主体の人身危険性と

はまず、それを構成する成分の内在的性質と内在的相互作用の性質により決定される。内在的性質を備えない統一体は、いつまでもその目的とするものにならない。外部作用は、常に統一体の内部特徴および固有の内部矛盾を反映する」⁽²³⁾と指摘する。そこで犯罪構成を一つの系統として認め、それを研究する場合、方法論的にいえば、その内部の要件・構造・性能と環境とを犯罪構成の分析にあたり分割することはできない。唯物弁証法の全事物が普遍的に関連する観点を維持し、事物の普通関連と相互関連から犯罪構成を理解すべきであり、独立に犯罪構成を理解するべきではない。

第5節 過程として存在する犯罪構成

犯罪構成は、開放系統でもあり、動能系統でもあるため、過程として存在するといえる。いわゆる過程とは、系統の発生から消滅まで、一つの状態から他の状態までの変化過程である。エンゲルスは、「世界は、終始普遍的事物の集合体ではなく、過程の集合体というべきであろう。その中に穏やかに存在する物事およびその頭における思想的反映すなわち概念は、すべて生成と消滅という絶えざる変化の中に所在する」⁽²⁴⁾と指摘した。犯罪構成も、同様に、現実的社会生活における犯罪構成事実であっても、あるいは思想中の影像つまり概念上の犯罪構成・法定犯罪構成であっても、発生・発展・消滅の絶えざる変化において存在する。ゆえに犯罪構成を研究するには、その内部の主要素間および系統統一体と環境間の相互関連作用だけを研究するべきではなく、さらにその発生・発展・消滅の全過程を了解しなければならない。これが、唯物弁証法の要求であると思われる。

現実的生活における故意犯罪の犯罪構成を生み出す過程の表現は、主体が、犯罪構成の支配下において、犯罪構成を明確にし、犯罪計画を制定し、犯罪用具を見つけだし、そして犯罪を行い、危害結果の過程を作り出す、すなわち犯罪意識発生・犯罪予備・犯罪進行・危害結果過程の構成という流れである。ある犯罪構成は発生後、さらなる発展を遂げる

めに他人と結婚して) 重婚が発生しても、一般的に重婚罪の規定は適用されない。それゆえ環境の犯罪構成の性質に対する影響は十分に論じられているのである。

また環境は、犯罪構成の形成過程を促進・延長させることができるし、さらにこの過程を中止させることもできる。例えば、厳しく刑事犯罪を威圧する法または政策により感銘を受ける場合、犯罪行為者が自ら犯罪を中止することもある。

環境の犯罪構成の機能すなわち社会危害性に対する影響は、特に注意する必要がある。なぜならば、系統機能の表現あるいは実現は、常に系統の一定環境と関連しているからである。天安門広場で爆発するのと、深山古称で爆発するのとでは、その社会危害性は著しく違ってくる。そこで、ある哲学者はその著作で、その機能を直接に「系統統一体が、外部との関連につき表現される性能と能力」⁽²¹⁾であり、「その機能は、系統と環境の相互関連から、表われる属性、備えられる能力・役割でもある」⁽²²⁾と定義した。わが国の刑法理論では、定罪量刑に際して状況から判断すべきか否かの論争が、長期にわたって存在する。本質的には、いかに犯罪構成(系統)と環境との相互関連を認識するか、という論争である。しかし、系統機能と環境の関係に対する正確な理解を欠くため、論者たちが自らの立場を墨守している。あるいは犯罪構成から離れて、一方的に状況から定罪量刑を主張したり、あるいは状況から離れて一方的に犯罪構成にしたがい定罪量刑を主張するのは、正確ではない。元ソ連科学院院士のアファナシェーフは、「外部環境が統一体系統に対して機能を発揮することによって重大な意義をもつことに関して、認識における系統属性の内部要素の成分と構造に対する以来〈依存〉性を配慮するとともに、周囲の条件から発生する過程に対する以来性も配慮する必要がある。周囲の条件は必要な背景であって、これを参考にして統一体が機能を発揮できるのである」。さらに「外部環境が統一体系統に機能を発揮する重要な意義を確認する際に、このような意義を絶対化すべきではない、ということを忘れてはならない。統一体の特徴とその本質

主体が自らの主客観の統一する犯罪活動を通じて客体に侵害を行う。したがって犯罪構成という有機的統一体が構成されるようになる。主体は犯罪構成要素において独特な地位を占めているので、そこで犯罪主体を主観・客観のどちらに帰属させても適切とはいえない。

犯罪構成の性能を研究するにつき、特に犯罪構成と環境の関係を注意すべきである。犯罪構成は、一つの有機的統一体として、独立に存在するわけではなく、一定の環境にありながら、環境と相互関連作用を行い物質・エネルギー・情報の交換・転換を行うことによって、自らの全体機能を表現する。伝統的な犯罪構成理論は、独立に犯罪構成を研究し、環境との関連を全く無視した。これが正確に犯罪構成を理解できない原因でもある。

唯物弁証法の観点にしたがい、系統の運動発展は、主に系統内部の相互関連・相互作用すなわち系統内部の矛盾運動により決められる。しかし、系統は統一体と環境の相互関連作用として、系統の存在発展に大きな役割を果たし、一定の条件でさらに決定的な作用も起こしうる。犯罪構成も一つの解放された社会系統として、これと同じになる。

いわゆる環境とは、一般的にある系統周囲の全ての現実的なもの、あるいは系統周囲の全事物の総和を指す。これは広義の環境、換言すれば、総環境である。狭義の環境は、ある系統と直接に相互作用する、つまり系統と作用状態で表現する自らの属性・全体を規定する事物の集合である。それはまた、直接（あるいは必要）環境と呼ばれることもある。

環境の犯罪構成の性質・機能に対する影響は、著しいものといわざるをえない。それは既に刑法あるいは刑事政策で確認されている。1897年のドイツ裁判所の、有名な「暴れ馬の事件」をきっかけに、独・日の刑法学者が唱える「期待可能性」の理論が主張され、「期待可能な行為者の責任を阻却することができない」と講じられた。その理由も、行為当時の具体的環境において、行為者が合法行為を行う可能性が期待できないからである、とされる⁽²⁰⁾。わが国の司法実務では、ある特定の環境下において（例えば、自然災害があったため、異郷に流浪して生活のた

は、明らかである。しかし、それらの統一には、さらなる豊かな意義がある。つまり系統要素としての統一である。系統要素とその機能として、それらが必ず系統全体において統一する。しかも犯罪構成においても統一しなければならない。

犯罪構成全体を離れると、行為あるいは行為者にせよ、その系統要素としての性能を喪失することになる。よって、処罰を受けるべきなのは、孤立的な行為ではなく、行為者でもない。客観的に存在する行為と行為者などの要素で構成した犯罪構成有機的統一体であるべきである。簡約すれば、処罰を受けるべきなのは、行為と行為者のどちらでもなく、現実存在する犯罪構成というべきである。

我々は、さらに犯罪構成の全体原則で、わが国の刑法理論が従来主張してきた「主客観統一の原則」に取って代えようとしている。なぜならこの原則は、主客観統一を主張しても、科学的にどのようなものがどのように統一するかを説明できなかったからである。実は、いわゆる「主客観統一」についての理解や意見は、一致したものとはいえない⁽¹⁸⁾。主観を客観に帰属させることも非科学的なものといわざるをえない。いわゆる主観とは、一般的に人間の意識と思惟を指す。人間は、主体として意思と思惟を持つ社会的存在であるが、完備した精神的・主観的な存在ではない。人間の本質は、その社会的存在にあると思われる。そして、社会的存在者としての人間は、当然にその物質的・客観的な一面を備える。しかも、それは主要で決定的な一面である。いかなる人間も、主体としてまず主観的なものではなく、客観的なものだというべきである。それゆえ、主体を意識として総括し、意識と思惟とを同一視することもできないし、もちろんそれを主体・主観的要件あるいは主観面に帰属させることもできない。ここで注意すべきは、日本の刑法学者は構成要件の要素を確定する際に、犯罪主体が客観的構成要件要素に属し、主観的構成要件要素に属さない、と解している⁽¹⁹⁾。わが国台湾省の一部の刑法学者は、これと同様な立場をとっている。われわれは、主体は主体であると解し、存在と意識の統一、そして主観と客観の統一体であると認識する。

生じる。そのいずれの要素（行為と行為者のような極めて重要な要素も含まれる）も、犯罪構成の有機全体に属するものでしかなく、当然に独立に刑事責任の基礎と定罪量刑の根拠になるわけではない。

系統中心論は、犯罪構成の全体性を強調し、行為と行為者などの諸構成要件の、系統における従属的な地位を強調する。なぜならば、系統全体が、要素との相互関係において主導的・統率的な役割を果たし、各要素の性能を規定・支配しているので、行為と行為者等の相対的独立性を否認せず、それらが構成要件として固有の重要性及び定罪量刑に対する重要な作用を否認するものでもない。我々は、むしろ、それらが犯罪構成全体存在の前提と基礎であることを認め、犯罪構成全体が構成要素に依存することを承認する。それゆえ、定罪量刑にあたり、行為と行為者など構成要素の性能に対する研究を十分に重視するが、ただ犯罪構成の全体性能が単純に行為または行為者などの要素の性能に帰結することはできない。よって、行為あるいは行為者だけを定罪量刑の根拠にすることもできない。

系統中心論は、行為と行為者の相互関連と統一、主体の人身危険性と行為の危害性の統一を強調する。これらは、犯罪構成全体（系統）の要素とその機能として、もともと相互関連・交互作用によって、犯罪構成全体とその全体機能を構成するからである。しかし、我々は、その間の区別と対立、そしてその間の相対的独立性とその意義を、否定するものではない。その間を対立的に統一し、矛盾的に統一するものであって、無差別的に統一するわけではない。その統一を強調し、区別と対立を否認することは、全く間違っているといわざるをえない。たとえ犯罪構成という統一有機体に、いくら矛盾と対立があるとしても、その間の関係は対立しながら統一することに他ならない。つまり、それらは、相互に依存しながら、一定の条件下において、転嫁しあっている。この転嫁を既に分析したように、行為などの構成要素がどのように行為者の犯罪能力・犯罪意識・人身危険性に転換したのかを指摘した。そして、行為者とその人身危険性が行為もしくは行為の社会危害性に転換されること

はない。もちろん、そのような機能を単純に合算したもでもない。犯罪構成の全体機能が、その構成要素の機能を離れて存在することもない。

そこで、犯罪構成事実の全体機能と各構成要件との機能的関係から見れば、犯罪構成の社会危害性を、主体の人身危険性に結びつけても、あるいは行為の危害性にまとめても、正しいものとはいえない。同じように、主体の人身危険性を行為の危害性に対立させても、誤っているといわざるをえない。ここでは、それらを犯罪構成全体機能の統一不可分な部分として、かつ犯罪構成有機的統一体として、正確にその機能関係を把握すれば、「機能は系統およびその構成部分の固有な本質であり、系統機能は系統を構成する各部分が機能を発揮する総合的結果である」⁽¹⁷⁾。

ブルジョア刑法理論の刑事古典学派と刑事社会学派の間に、処罰されるべきは行為か行為者かをめぐる争いが、長く存在している。前者は、行為中心論を主張して行為を処罰し、行為が客観的に現出せしめた危害（行為の危害性）を犯罪の基本条件と解して、刑罰が行為の危害性に適合しなければならない、と主張する。後者は、行為者を処罰の対象として、「処罰を加えられるべきは行為でなく行為者である」の有名な命題を提示し、これをもって行為中心論との対比を展開する。犯罪行為は、行為者の社会危険性の外部表現にすぎないと認識し、定罪量刑は行為の危害性ではなく、行為者の社会的危険性をも根拠にすべきであると認識する。このよう主張は、いずれも行為と行為者・行為の危険性と行為者の社会的危険性との関連を切断し、それらを対立させ、各々が一方的立場をとっているため、極めて大きな偏見があると思われる。そこで我々は、系統中心論をもって、行為中心論あるいは行為者中心論に代えようとしている。

いわゆる「系統中心論」は、犯罪構成という系統全体を定罪量刑の根拠とする。ゆえに犯罪構成全体性原則と称しても良い。この原則は、現実生活において客観的に存在する犯罪構成事実という有機的統一体（系統）が、刑事責任の基礎であり、定罪量刑の根拠であることを要求する。犯罪構成（系統）の諸要素は、一つの相互に作用する全体として作用を

罪構成という系統全体に属すると同時に、不可分的に存在している。いわゆる機能とは、役割を果す作用あるいは作用を起こす能力である。一つの事物の機能は、役割を果す作用であり、事物の性質を実現するものともいえる。事物は、機能を通じてそのマイナス価値を表現し、そして機能の社会实践に対する関係の見地からすれば、有益な機能と有害な機能に分けられる。犯罪構成の機能は、社会に危害をもたらすだけで、有害な機能といわざるをえない。犯罪構成は、まさにこの社会を害する機能を通じて、そのマイナス価値を表現する。したがって、人々がそれにより否定的評価を行う。犯罪構成は一つの有機的統一体として、自らの全体的機能を備える。もちろんその各構成要素も、このような機能を具備している。例えば、犯罪主体・犯罪行為の全てが、自らの機能を持つ。犯罪主体の機能は、犯罪意識の支配下に行われる犯罪能力であり、人身危険性とも呼ばれる。犯罪行為の機能は、客体に対する危害作用であろう。犯罪構成の全体機能は、その構成要素を離れて、単純に存在することができない。逆もまた然りである。しかし、ここにいう全体機能は、各要素の機能を単に合算したものではない。

機能は、作用の能力を表し、常に動態もしくは他者との関係中に実現される。犯罪構成が社会も害する。全体機能は、以下の二つの面を通じて表現し実現する。一面においては、主体が行った客体に対する侵害行為を通じて直接に社会に危害を及ぼす。客体に対するいかなる侵害も、全社会に対するものであると理解できるからである。他面においては、犯罪構成の有機統一体の存在だけでも社会秩序・社会治安管理にとって多大なる破壊脅威である。人々に恐怖感を与え、同種事件の再発をおそれる不安な心理を持たせる。これは、犯罪構成の潜在的機能によって生じ、再び社会に危害を与える恐怖感である（だから安心感は社会治安状況の善悪をはかる重要な基準である）。この潜在的機能は、他人に示す機能、つまり社会に危害を及ぼす現在の犯罪構成を通じて人々に認識されたのである。この犯罪構成の社会に対する二面の危害は、すべて犯罪構成の全体機能であって、犯罪主体・犯罪構成などの構成要素の機能で

説明と論証がなされることによって認識する。

3. 犯罪構成の性能

犯罪構成の性能とは、現実生活で犯罪構成が有機的統一体として有する性質と機能である。これは犯罪構成の系統質であって、犯罪構成内部に固有な質の規定性でもある。よく指摘したように、犯罪構成は系統として存在する。そして、系統は要素と構造の統一体であるため、犯罪構成の性能はまず構造によって決められ、同時に要素にも決められる。一般的にいえば、構造は犯罪構成の性能に決定的な効果をもたらす。各要素の性能も構造により規定され、そして要素に単独する状態に備えない属性を付する。例えば、犯罪主体が単独に存在する場合、ただ普通の自然人と法人にすぎず、犯罪主体の属性を帯びるものではない。構造を比べると、要素の犯罪構成性能に対する影響は、第二次的である。しかし、要素は系統構造の基礎として、ある程度は決定的な作用を起こしうる。例えば、犯罪主体の人身危険性の如何は、犯罪構成の全体に重大な影響を及ぼす。要約すれば、犯罪構成の全体性能が三つの可変要素によって決定される。①犯罪構成の系統構造、②犯罪構成の各要素自身の質と量、③犯罪構成を構成する要素の数量。現実生活における犯罪構成の構造と要素は、多種多様、千差万別の形で存在する。かくして、犯罪構成の多様性と複雑性が決められるようになる。正確に犯罪構成の全体性能も認識しようとするれば、まずその定性分析を行わなければならない。すなわち、具体的に犯罪構成の有機的統一体の諸要素とその結合方式を分析し、犯罪構成の要素・構造・段階、各段階間の相互関連作用を分析すること、これにより全体的に犯罪構成全体の性質と機能を了解できるのである。続いて、定量分析を行う必要もある。つまり、系統全体と系統構成要素およびその存在・発展の規模・速度・程度などの数量関係を分析し、系統を把握することによって、より深く正確で具体的に犯罪構成全体の性能を認識しうるのである。

犯罪構成の性質と機能は、ともに犯罪構成に固有なものであって、犯

成総体構造において極めて重要であることを強調する必要がある。前述したように、犯罪構成において、犯罪主体と犯罪客体の両極を一つにまとめるのは、媒体すなわち犯罪活動の主観面と客観面の統一である。しかし、媒体系統で真に犯罪構成の諸要素を一つの有機的統一体に連結するのは、犯罪主体の行為であろう。これが犯罪構成全体を中心部分であって、これを離れると、犯罪構成の諸要素は分散してしまい、犯罪も構成しなくなってしまう。もちろん、主体・客体間の相互関連作用は、思想・意識を通じて実現することができる。しかし、単純な思想・意識は、独立に存在・発展することもあるが、現実的・客観的なものを実現できないため、犯罪活動の過程を形成するのは不可能であり、さらに客体に対していかなる实际的侵害も与えられない。主観と客観の統一体の行為としてのみ、ようやくこのようなことをなすのが可能となる。それだけでなく、全ての実質的犯罪は、皆行為の客体に対する侵害である。このような見地から、刑法の犯罪概念は、犯罪を行為として認定し、しかも社会に危害を及ぼす行為として認定する。行為は、犯罪構成系統構造の中心部分であって、主体と客体が互いに作用する連結点でもある。行為から離脱すれば、犯罪主体・犯罪客体とその相互作用もいうまでもない。ゆえに資産階級の刑事古典学派が唱える行為中心論は、その客観的根拠を認めざるを得ない。しかし、ここにいう行為は、犯罪主体の行為を指すもので、その関連を無視して孤立的に行為を論じてはならない。前述したように、犯罪の主体と客体を連結する犯罪活動の全過程は、すべて主体が発動し、策を巡らし、そして決定し、支配する。犯罪行為も主体より直接に為されるため、主体性が犯罪構成系統構造の極めて重要な特徴であるといえる。犯罪構成における主体性と、行為を中心とする犯罪構成とを統一すべく、行為と行為者、そして行為の社会危害性と行為者の人身危険性も統一すべきである。これは、犯罪構成の有機的統一体の系統構造を分析して得られた結論である。さらに、我々は、真剣に客観的事物の本来の態様に従い、犯罪構成を一つの主体と客体が媒体を通じて相互作用する有機的統一体として理解し、その統一について科学的な

は、次のように指摘していた。「系統の複雑性が日に日に増加するとき、その特性を正確かつ有意義に描写する能力は、相対的に低下していき、最後に一つの範囲値にぶつかる。この値を超えれば、正確性と有意義性は、ほぼお互いに排斥する特性に変化する」。我々も、たびたび刑法の条文で「犯情嚴重」、「情状特に嚴重」、「情状惡質」、「情状が比較的軽い」、「情状が著しく輕微」、「危害が大きくない」、「危害が特に嚴重」などの文言を見るが、これらは、はっきりしない表現方法を使って、犯罪構成の複雑度系統構造を表現する⁽¹⁴⁾。ある刑法の著作は、刑法の情状（犯情）に関する規定が犯罪を構成する要件の一つであって、「罪を定める情状は基本犯の構成要件の一つとして、有罪と無罪を分けるのに重要な意義を有する」⁽¹⁵⁾と解している。しかし、他の刑法の著作は、「それらが、明らかに構成要件ではなく」、また「犯罪構成の側面あるいは犯罪構成全般の危害程度の大小をはかる標識として用いられ、立法上は注意規定であって、その役割は司法職員に重視を払わせるにすぎない」⁽¹⁶⁾と見る。この二つの論点は、ともに討議する価値がある。実は、これらの規定は犯罪構成系統の要素・構造・性質の複雑な変化の描写に用いられるが、これらも不安定な可変要素である。その中のいずれの要素の変化も犯罪構成全体の変化を意味するため、このような極めて複雑な変化を法律で明確かつ詳細に規定するのは難しく、「情状嚴重」のような不明確な表現で概括するしかない。それゆえ、「情状嚴重」などの規定を犯罪構成の四要件と一緒に並べて、第五の要件にすることもできるが、それを犯罪構成の四要件中に収めることはできない。しかし、それゆえに、これが「明白に構成要件ではない」、犯罪構成の危害程度の大小をはかる標識にすぎない、あるいは立法上の注意を払わせる規定にすぎない、と認識することも正確とはいいい難い。なぜならば「情状嚴重」などは具体的内容を備えており。これらの具体的内容も皆、犯罪構成自身の変化に属するからである。多くの「情状嚴重」に関する司法解釈は、十分にこの点を物語っている。

犯罪構成の全体構造を分析するにあたって、犯罪主体の行為が犯罪構

客体の性質・特徴は、主体の要求と欲望を満足させる範囲・程度を決定し、よって直接的・間接的に主体の選択・犯罪意識の形成・発展に影響する。被侵害客体がある程度は主体の需要を満足する場合、主体の犯罪欲望と犯罪意識を一層刺激するおそれもあるし、主体の人身危険性と再犯可能性も強化されられると思われる。それだけでなく犯罪客体は、一種の利益として、常に利益主体あるいは利益保護者の保護下にあるため、犯罪主体が犯罪計画を定めて犯罪の方法手段を選択する際に、利益主体・利益保護者からの反抗を予め十分に見積もらなければならないし、しかも、犯罪過程で、実際にこの種の反抗を制圧するために、さらに犯罪の方法手段を改め、客体に対する侵害範囲を拡大・深化することもありうる。犯罪構成の系統構造と統一的性能に大いなる変化をもたらすだろう。例えば、窃盗から強盗へと発展したり、単純な財産略奪から強盗致死へと発展したり、単純な強姦から強姦致傷・強姦致死へと発展するなどが、それに該当する。正当防衛では、もっと複雑な状況になるであろう。すなわち、利益主体あるいは利益保護者の反抗により、導かれる系統構造とその統一的性能の重大かつ根本的な変化であろう。これらは、皆客体の主体に対する作用あるいは反作用の方式の変化によって、犯罪構成構造全体に重大な変化を引き起こす状況に属する。

主体と客体の相互関連・相互作用は、それを連結する媒体、すなわち犯罪活動の主観面・客観面の相互関連作用を通じて完成するものである。犯罪主体・犯罪客体・犯罪の主観面・犯罪の客観面が、それぞれ各要素で構成した系統であって、各段階とその諸要素の間には、対向的な相互関係が存在するため、媒体を通じて連結する主体と客体の相互関係は、一つの手段・多要素・多変量な複雑構造と動態過程になる。同時に、犯罪構成の系統構造と統一的性能も多様的に示される。刑法に規定される様々な犯罪構成は、この種の複雑性と多様性の表現にすぎない。

犯罪構成系統構造の複雑性に関して、立法者は、正確な概括と表現をなしえないので、しばしば不明確な表現を用いて複雑な内容を規定する。朦朧数学<模糊数学>の創始者たるアメリカの数学者 L・A・チャード

犯罪構成の最高段階構造において、犯罪主体は、主導性と能動性を最も備える要素として、犯罪活動全過程の発起者、司祭者および支配者の役割を果たす。犯罪主体が、犯罪目的を提示し、犯罪計画を策定し、犯罪客体を選択し、行為対象を選定し、犯罪の方式・方法・手段を確定する。さらに、自分を物質的勢力として動かし、一定の物的工具を運用して、実質的に現実客体に作用する。そして、客体の抵抗を制圧・支配することによって、自分の満足する形で客体を侵害・占有する。犯罪構成は、主体の客体に対する侵害的・対象的な犯罪活動過程として、一部始終犯罪主体を帯びていて、主体の人身危険性の実現と表現であるといえよう。かくして、犯罪活動全過程の構造・特徴も、主体の個性特徴とくに人身危険性により決定・制約されることを意味する。主体の犯罪構成に対する支配や決定の作用を犯罪構成の主体性ということができる。これは、犯罪構成の一つの極めて重要な特徴である。これを認識することが、正確に犯罪構成を把握し、定罪量刑に重要な意義を有する。資産階級の刑事社会学派は、犯罪における犯罪主体の重要性を極めて重視し、犯罪主体の社会危険性を犯罪論の重要概念として提示し、よって刑事古典学派が主体の人身危険性を軽視したことを克服して、人為的に犯罪行為と主体の個性特徴の繋がりを切断して孤立的に行為を評価した錯誤を改め、刑法理論の発展に拭うことのできない貢献をしたのである。しかし、刑事社会学が懸命に行為を軽視し、主体の危険性を行為の社会危害性に置き換えようとし、もう一方の極端に走ったことは、支持できないであろう。しかも、主体の危険性につき、いくつかの非科学的な解釈を行ったため、その合理的意義が甚だ理解しにくくなり、それにより少なからぬ刑法学者の全面的批判と全般的否定にさらされている。

犯罪主体と対立する一極は、犯罪客体である。主体の犯罪活動に示される客観的事物として、さらに被侵害者として、主体とその犯罪活動に規定される。これで、客体の犯罪構成の各要素の相互作用における非動的地位が、決定される。ところが、犯罪客体は、一方的に消極的・非動的要素ではなく、かえって犯罪主体に作用もしくは反作用の働きをする。

接に犯罪構成全体の性能に影響を及ぼすからである。例えば、窃盗罪の犯罪構成においては、犯罪主体性能（常習犯・初犯・偶発犯のいずれであるか）、犯罪行為の質と量（窃盗被害額が比較的高いか、巨大あるいは極大かのいずれか）の程度は、必然的に犯罪構成の全体性に大きな影響を与える。このような構成要素の性質を研究し了解しなければ、真の系統全体性能を了解できないであろう。

犯罪構成の構造を分析しようとするれば、その段階制に注意しなければならない。いわゆる段階とは、犯罪構成と要素（子系統）の間の地位・等級・相互関係を指す。要するに、犯罪構成に含まれる異なる等級順序である。どの犯罪構成も段階を備え、すべて若干異なる段階に属する子系統で構成された複合体である。犯罪構成の四要件である犯罪主体・犯罪客体・犯罪の主観面・犯罪の客観面は、犯罪構成系統全体の構成要件として存在するため、犯罪構成全体に依存・従属している。しかし、この四要件は、相対的に独立し、それ自身も各要件により構成された有機的統一体であり、独立の系統（子系統）として成り立つ。これで犯罪構成の内部構造が段階的に構成されていることがわかる。基本的には三段階に分かれると考えられる。犯罪構成全体自身が第一段階にあって、犯罪主体などの四つの子系統は第二段階に属する。そして、この四つの子系統に属する各要件がその第三段階とみなされる。しかし、犯罪構成のある要件、例えば犯罪主体は、単位（法人）である場合、さらなる段階が見られる。犯罪構成の構造における段階の重要性は、異なる段階には異なる質がある点にある。一つの犯罪構成は、各段階には異なる等級を有しながら、関連しあっている。高段階が低段階に依存していて、ある意味では包含関係も伺われるが、かえって、低段階が高段階に従属することもある。犯罪構成の全体性能は、主にその最高段階の構造によって決定される。段階は、要素よりもさらなる程度において、構造の複雑性をも決定する。そして、段階は犯罪構成構造に対する分析であって、深くかつ具体的に犯罪構成の系統全体構造を了解しようとするれば、その段階構造を研究しなければならない。

連の知覚動作もしくは外部活動の表現である。それは、行為（作為または不作為）、行為の方式・方法・対象・結果および犯罪活動の存在の拠り所となる特定の時間的・空間的条件などの要素からなる。これらの客観的感情動作または外部活動は、主観的思想・意識の内部活動と不可分に関連しながら、支配されている。ところで、犯罪活動は、単純に一連の客観的外部行為あるいは動作として理解してはならない。犯罪活動には、思想意識の活動と主観面の要素が含まれていても、それを内部意識活動として納めることはできない。なぜなら、犯罪活動過程における思想意識活動および主観面の要素は、感性の客観的外部的活動に対象化された全犯罪活動過程において、主観が客観に体现し、客観も主観により体现されて、主観と客観の統一を達成するからである。

2. 犯罪構成の構造

いかなる系統（システム）も、一定の要素で構成され、一定の構造を有し、犯罪構成の一つの社会系統として変わるところはない。いわゆる構造とは、系統内部の各要素の相互関連・相互作用の方式を指すもので、簡約すれば、諸要素の組織・結合の形式そのものである。犯罪構成の要素は、犯罪構成の構造の存在する基礎であり、これを離れて構造もない。犯罪構成の構造は、各要素が犯罪構成を形成する根拠であって、構造なき構成要素は存在しえない。いかなる犯罪構成の構造も要素の統一体であるため、犯罪構成の全体性能はまずその構造により定められる。犯罪構成の全体性能は、各要素の性能と異なり、各要素の性能を単に合わせたものとは一致しない。各理由と要素が一定の結合方式によって犯罪構成系統の全体を構成するからである。犯罪を構成する四つの要件の単純な総和は犯罪構成と等しくないが、この四つの要件が一定の方式で相互関連・相互作用すれば、犯罪構成という有機総体が形成されるようになる。もちろん、犯罪構成の全体も、それを構成する要素により定められ、根本的には要素の数量と質量により決められる。なぜなら、要素は犯罪構成の全体・構造の基礎となる役割を果たし、各要素の性能の如何が直

犯罪客体としての社会利益は、犯罪構成有機的統一体の一つの要件に過ぎないが、同時に国家利益・集団利益・個人利益の三つの要素で構成した有機的統一体である。この三つの要素には、様々な具体的利益が含まれ、一つの多段階な社会利益系統となっている。

（3） 犯罪の主観面

犯罪の主観面は、犯罪主体が犯罪活動を行う際に持つ思想意識活動を指す。故意犯における犯罪は一つの目的を有する活動過程というべく、その始めから犯罪主体が外部世界に対する需要と要求を含んでいる。この需要と要求が主体の頭脳に反映され、そして犯罪意識の支配下において違法手段を通じて、それを達成しようと決意するときは、犯罪活動の動機と動因がこれによって形成されるようになる。このように動機づけられる主体は、自分の需要を満足させる客観的事物を選択し、それにより達成しようとする結果を予め頭脳で創造・作出し、侵害の対象と客体として、自覚的に犯罪活動の目的を形成する。目的は、主体の犯罪活動の発起点であって、主体の犯罪活動を調節・支配する重要な内部要素でもある。主体は、犯罪目的の支配によって、頭脳に犯罪の方式・方法・順番および手段を設定し、さらなる犯罪の故意を形成させてから、直接に犯罪を実行する。故意の犯罪活動の主観面は、動機・目的・故意などの要素で構成され、主体の思想・意識として、主体の肢体部分を支配し、一連の完成動作と外部活動を行い、犯罪活動過程における内部的制御者の役割を果たす。過失犯では、危害結果の発生は、主体の故意追求によるものではないが、主体の過失的心理態度に基づくものといっても、危害の発生を導く一連の行為は、やはり主体の思想意識の支配により実行される。それゆえ、全ての犯罪は必ず一定の意識と思想を体现し、しかも一定の主観要素を包含すると理解すべきである。エンゲルスは次のように指摘していた。「人々が促されて、いかなる活動を行う場合でも、必ず人間の頭を通す」⁽¹³⁾。主観的要素を欠く犯罪は存在しない。

（4） 犯罪の客観面

犯罪の客観面は、一定の時間・空間の範囲内における主体の身体の一

刑事責任を負うか否かの分水嶺として用いている。この年齢の限界は、一般に刑事責任年齢と呼ばれるが、犯罪年齢と呼ぶこともある。そして、病理の面から見れば、一般的に精神病患者は、物事を弁別不能あるいは自己行為を制御不能の場合は、犯罪能力と刑事責任能力がないとみなされる。かくして、責任年齢と責任能力が犯罪主体成立の二つの法定要件として成り立つ。ここで指摘する必要があるのは、刑法ではこの二つの法定要件だけの規定が設けられるが、主体系統もただこの二つの要件により構成されるという意味ではないし、もちろん、主体系統その他の要素が定罪量刑をする際に効力を生じないという意味でもない。

単位（法人）とは、自然人に基づいて構成した人格化された社会有機的統一体であって、自らの構成要素と構造を備える。法人が犯罪主体として実行する犯罪が法人という有機的統一体によるものと理解しても良い。しかし、法人は自然人で構成したものである。もちろん自然人が法人の一員として刑事責任を負う場合、当然に責任年齢と責任能力の二つの法定要件を具備しなければならない。

（2）犯罪客体

一般に客体といえば、主体の対象活動の領域において主体と関連する客観的事物をいう。主体が活動をめざした対象である。客体という言葉の語源と基本意義から言えば、対象との区別が全くなく、社会科学の多くの学科においても、通常これらを同じ意義を有する概念が使用される。しかし、中国の伝統的な刑法理論は、一般的に犯罪客体と犯罪対象に区別を加えている。犯罪客体は犯罪行為が侵害する社会主義の社会関係とみなし、犯罪対象は犯罪行為に指示あるいは作用される具体的事物であると考えられている。その目的は、犯罪客体の階級的本質を暴き出すところにある。我々は、この種の区別に合理性があると考えているが、犯罪客体は犯罪行為で侵害される社会利益であり、犯罪対象は、犯罪行為で侵害あるいは直接に指示される人・物・情報であれば、それを行為対象に改めたほうがよいようである。その理由に関する論述は、犯罪客体の章に譲る。

どの諸要素による統一した有機体である。その中では、体力と頭脳は主体系統の物質的要素であって、知識と経験はその知能要素である。そして、感情と意識はその精神的動力要素として位置づけられる。この三者の統一によって、自然人の全実践活動を行う能力構造が形成されるようになる。つまり、自然人が犯罪活動を行う能力構造のことである。しかし、犯罪主体の能力構造は自らの特徴を持つ。すなわち、この能力構造には犯罪意識の存在が要求される。これによって、主体の実践活動構造は、現実的な犯罪能力構造になるわけである。犯罪意識の発生は、もとより社会環境の作用によるものだが、それと主体自身の能力構造は具体的状況で密接に絡んでいると考えても良い。この能力構造を構成する諸要素の具体的状況と結合方式は、直接に犯罪能力の有無と大小を決定するだけでなく、主体の犯罪意識の形成も直接的あるいは間接的に制限している。ところが、犯罪能力と犯罪意識の結合が、かえって犯罪主体の人身危険性を決定する。いわゆる人身危険性とは、主体が社会に危害を加える潜在的な機能をいう。人身危険性の大小には、主体が犯罪を行う可能性の大小だけでなく、主体が社会に危害を加える能力の大小も含まれる。そこで、犯罪主体の能力構造を深く分析することは、定罪量刑〈罪を定め、刑を斟酌する〉に重要な意義を有する。犯罪主体資格の有無は、ただ主体の犯罪能力の有無によるものである。この犯罪能力の大小は、それが刑事責任を負う程度に直接あるいは間接に影響を及ぼすだけである。刑法では、主体が自分の行為を弁別し制御することができれば、すなわち自分の行為の社会的性質及び意義を認識できる。ちなみに、それを有効に抑制・支配することができれば、それに犯罪能力があるとみなされる。立法者は、一般的に年齢と病理の立場から犯罪能力の有無を定義する。年齢の面から見れば、幼い児童は、頭脳の構造が極めて未成熟で物事の是非を判断する、あるいは自身を制御する能力を欠いている。そして、自分が為した行為の性質を真に理解できないので、犯罪能力がないとされている。現在、各国の立法者は、皆その国の児童の知能状況を斟酌して、一定の年齢限度を確定して、児童の犯罪能力の有無を

に規定しあう前提となる。犯罪客体を離れて犯罪主体に言及しえず、犯罪主体を無視して犯罪客体を言及する意味を持たない。なぜならば、いずれか一方を除くと、侵害の対象活動の系統構造が成り立たないし、もちろん、互いに作用し合う機能的関係も生み出さない。主体なき対象活動も客体なき対象活動も存在が考えられない。同様に、侵害の対象活動が欠ければ、犯罪主体と犯罪客体の対立、統一関係が成り立たないだけでなく、両者とも犯罪主体と犯罪客体として本来の性質も失っていくかもしれない。よって、単純な関係のない客観的存在物に変わるだろう。

再び犯罪活動自身に触れてみるに、犯罪主体と犯罪客体を連結する媒体として、犯罪活動は犯罪行為などの客観面諸要素と犯罪思想意識などの主観面諸要素を総括して包含する統一体である。このような両面も不可分的に関連し、いずれの面を欠いても、統一した犯罪活動過程の構成ができなくなる。

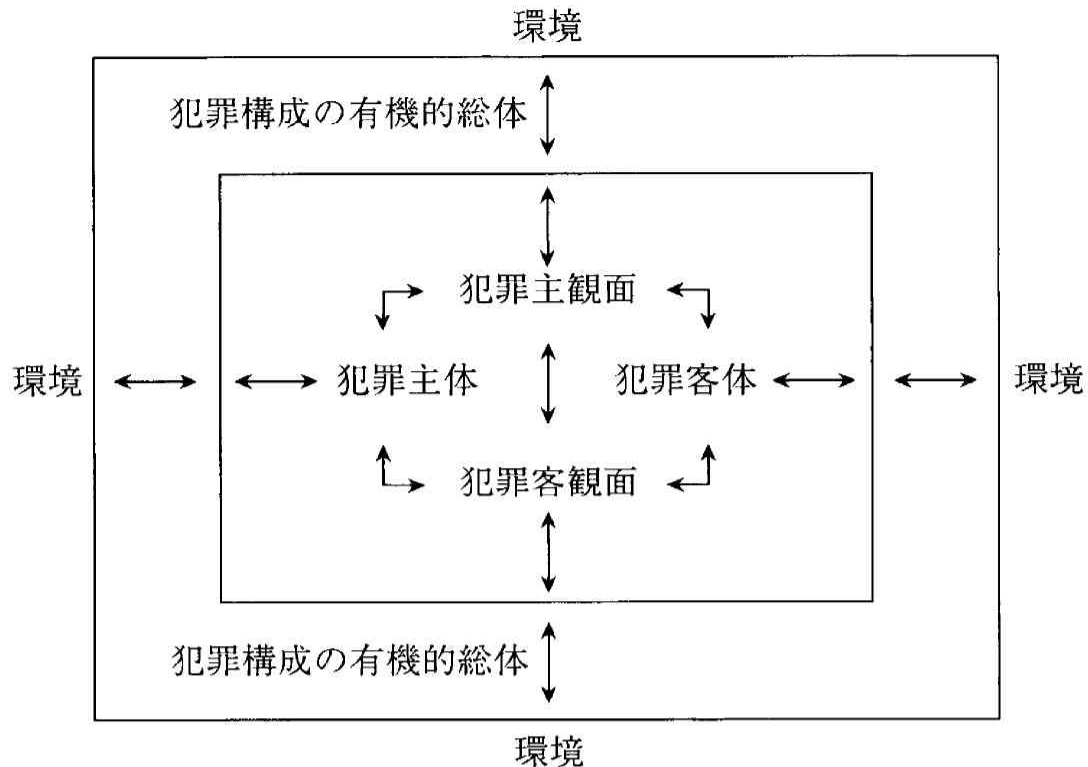
上述のように、伝統的犯罪構成理論は、犯罪構成要件には犯罪主体・犯罪客体・犯罪主観面・犯罪客観面の四つの要件が含まれるのが合理的であるとしているが、唯物弁証法の系統観を根拠にしなければならないとされる。つまり、これらを一つの統一不可分の有機的統一体として認識してこそ、科学的な解釈が作り出されるのである。

犯罪構成という有機的統一体は、一つの多層構造を有する複雑な社会系統である。犯罪主体・犯罪客体・犯罪の主観面・犯罪の客観面はその基本の四つの子系統として存在し、子系統ごとに各自の複雑な構造を備え、自ら系統を構成する。このような子系統の要件と構造を深く分析することは、正確に犯罪構成有機的統一体を認識・把握するには非常に重要である。

(1) 犯罪主体

いわゆる犯罪主体とは、自分が実行した犯罪行為につき、法により、刑事責任を負う人をいう。

犯罪主体は、自然人主体と単位（法人）主体の二極に分かれる。自然人は、犯罪主体として、一つの体力と頭脳・知識と経験・感情と意識な



ここにある犯罪主体・犯罪客体・犯罪主観面・犯罪客観面が、皆、その構造の子系統をもっている。これらも相互関連・相互作用という要件によって構成され、その要件に関する分析は後述に譲る。まず、上図に表示される犯罪構成有機的統一体が、果たして客観的事実を正確に反映しているか否かを確定する必要がある。答えは肯定的姿勢を見せている。なぜならば、この様な複雑な犯罪構成有機的統一体において、犯罪主体・犯罪客体・犯罪主観面・犯罪客観面の四つの部分は、緊密かつ不可分的に相互関連・相互作用していて、共同で犯罪構成有機的統一体の性能を形成する。いずれの部分も欠けても、犯罪構成の統一性は破壊されることになる。

もし一つの具体的な犯罪過程を一つの動態系統構造とみれば、犯罪主体と犯罪客体がこの系統構造を構成する両極に当たると思われる。そのいずれの一局を欠いても、犯罪の系統構造を構成できなくなるばかりか、犯罪活動も社会的危害性も生み出されないであろう。実際には、いかなる犯罪も犯罪主体の侵害的な対象活動の一種にすぎない。ここでは、犯罪主体と犯罪客体は、対立しながら統一し合う関係に立ち、当然に互い

の四つの要件が含まれると考える。しかし研究の深化に伴って、人々は様々な意見を提出し、大きな相違がでてくるようになっていく。ある著作では、犯罪主体は犯罪成立の条件であって、犯罪構成の要件ではないと解するが、ある著作では、犯罪客体は犯罪構成に含まれる内容であって、犯罪構成の要件ではないと主張する。そしてある著作は、行為の統一性と不可分割性と強調し、行為の主観的客観的要件を一体にまとめ、行為要件と総称する。我々の考えでは、人々が主に犯罪構成要件につき異なる認識をするのは、犯罪構成の諸要件を確認する際に、統一的かつ明確な理論根拠と原則を欠いているからである。

もし犯罪構成が一つの有機的統一体として認められれば、さらにこの有機的統一体が客観的に存在していると承認すれば、犯罪構成の有機的統一体の事実状況から構成要件を確定するべきであろう。ここで構成要件と非構成要件を区別する標準は、次のようにすべきである。すなわち、ある事物、現象もしくは過程が、犯罪構成の統一性能の形成に、直接に関係するか否か、あるいは犯罪構成統一体と不可分な関連があるか否か、つまり、これを離れて構成要件は一つの特定の犯罪性質および社会危害性を具備する有機的統一体として成り立つことができないか否か、という基準である。

現実生活において、全ての犯罪は皆、主体が法律で保護される客体に対して行う侵害であるが、主体が一定の媒体を通じる場合に限って客体に作用を及ぼすであろう。こうして全犯罪構成の基本構造が形成されるようになる。すなわち犯罪主体・媒体・犯罪客体である。ここでは犯罪主体と犯罪客体は、犯罪構成・この有機的統一体の両極を示す。この両極を繋ぐ媒体は、犯罪主体が行った犯罪活動である。いかなる犯罪活動も、人間の意識により行ったもの、あるいは人間の内在的主観意識とその客観的外部犯罪活動の統一であるため⁽¹²⁾、それを犯罪活動の主観面と犯罪活動の客観面に分けることができる。このようにして、次頁の図に示すように犯罪構成という有機的統一体の基本構造が形成される。

為が犯罪に該当するか否かの法律基準として用いられる。

犯罪構成の概念を講ずる際に、刑法に定める犯罪構成と社会現実生活における犯罪構成事実との厳格な区別を為すことは、絶対に必要なことである。わが国の多くの刑法の著作は、たびたび両者を混同して論ずるため、理論上の混乱を招いた。西欧刑法学者は、ずっと前からこの区別の重要性を認識するようになった。ベーリングは、始めから概念的な構成要件と具体的な構成要件とを分けて考える必要がある、と強調するほか、マイエルも法律的な構成要件と事実的な構成要件を区別すべきと主張していた。そして小野清一郎も、次のように強く主張していた。「我々の構成要件理論の指す構成要件は、法律上の概念であり、この構成要件自身は、構成要件に該当する事実と明確に選分しなければならない。……構成要件は、一つの社会生活に発生した事実を類型化する意識形態であって、進んで抽象的にそれを法律上の概念に転化する」⁽¹⁰⁾。我々はこの両者を区別する必要がある場合に、刑法に規定される犯罪構成を法定犯罪構成と呼び、社会現実生活に客観的に存在する犯罪構成を現実犯罪構成あるいは犯罪構成事実と呼ぶべきである、と認識している。例えば、犯罪構成と刑事責任の関係を講ずるにあたって、法定犯罪構成・現実的犯罪構成のいずれであるかを特に説明すべきである。そして犯罪構成の効能を論ずる場合でも、法定犯罪構成ないし現実犯罪構成のいずれを意味するのかを説明する必要がある。

第4節 犯罪構成の要件・構造・性能

犯罪構成は、一つの有機的統一体（系統）として、必然的に自らの要件（要素）・構造・性能を持つ⁽¹¹⁾。

1. 犯罪構成の要件

犯罪構成の要件すなわち犯罪構成がどのような要素から成るかに関し、当面わが国の刑法理論には大きな相違がある。前ソ連とわが国の伝統的観点では、犯罪構成には犯罪客体・犯罪客観面・犯罪主体・犯罪主観面

質の容認限度を超え、あるいはそれより低くなる場合、犯罪構成性質の変化をもたらすこともあり得る。例えば、普通貨物・物品を密輸する罪に該当する脱税額は5万元以上でなければならないし、これは当該犯罪の犯罪構成が自ら質を保つ安定性の数量限界である。これより低くなると、普通貨物・物品を密輸する罪の脱税額は5万元より低くなることになり、当該犯罪構成が、その犯罪性質を失い、したがって一般的な密輸不法行為になる。

第三、犯罪という有機統一体は、刑法に定められたものである。刑法は、犯罪構成の諸要件中およびその相互関連・相互作用の特定方式、さらに犯罪系統構造と統一的性能を規定し、ならびにこれを現実生活における各犯罪構成事実の本質的特徴を正確に反映するように働く。刑法の各犯罪構成に関する規定は、ただ概念の形式で現実生活中的犯罪構成事実を反映するにすぎず、このような概念上の犯罪構成は、形式上において主観的なものであるが、内容上において客観的なものと言わざるを得ない。要するに、それは、客観的に存在するある種の犯罪（例えば、殺人罪）を含む様々な個別的犯罪行為に対する科学的概括であり、当然に個別犯罪行為の全ての差異・個性と特徴を尽きることができないが、ある程度は一つの有機的統一体たる存在に欠かせない各要件の質量、それらが特有する系統構造と性能、つまり一つの有機的統一体としての共性と本質を反映することができる。しかし、これらの客観的な内容は、かえって主観的な形式で刑法に規定され、それは立法者が多くの客観的に存在する犯罪構成の有機的統一体を模型化・類型化したものであり、立法が概念という形式を用いて、客観的物事に対する概括的反映である。ここで指摘するべきは、犯罪構成が刑法上に規定されれば、ただ客観的な物事を単純に反映するものではない。すなわち、必ず立法者が、客観的に物事に対する立場・見地および価値判断を体現しなければならないほか、統治階級的意思・利益要求および政治政策の原則も示さなければならない。こうして、刑法に規定される犯罪構成には、鮮明な階級性・政治的意義および厳格な法律意義が備わるようになる。これは、ある行

罪構成も、その特定の質の規定性を具備する。この規定性は、ある犯罪構成を自ら制限する役割を果たす（例えば、殺人罪の犯罪構成は、強姦罪の犯罪構成にならない）。

犯罪構成の質は、その系統の質を指す。いわゆる系統の質とは、系統の統一体としての性質と効能をいう。犯罪構成の質は、それが一つの有機的統一体としての性質と効能を指す。それは、犯罪構成諸要素の相互作用により生じた共同効果と共同結果であり、諸要素の質が単に合わさったものではない。いかなる犯罪構成でも自らの特定の質を有する。これは、その内在矛盾の特殊性で決めたものであって、各構成要件の内在的特殊矛盾が分析を通じ、その本質的属性を了解するからこそ、その性質を深く把握することができるのである。

事物の質は、常に事物の属性を通じて示す。犯罪構成の犯罪の系統構造として、最も本質的な属性は、その社会危害性である。いずれの犯罪構成も、特有な社会危害性を持つ有機的統一体であり、各犯罪構成の社会的危害性の質と量も互いに区別している。例えば、窃盗罪と重婚罪の社会的危害性は、性質においても程度においても違っている。

犯罪構成は、質的な規定性だけを有するわけではなく、量的な規定性をも備える。犯罪構成の量とは、犯罪構成のような有機的統一体およびその諸要素の数量・その存在と発展の規模・程度などである。犯罪構成の質と量は、不可分に関連している。いかなる犯罪構成の質も量を通じて認識できる。犯罪構成に対し定量分析を行い、その質を決める数量限界を見つけると、精確かつ深く犯罪構成の質を認識できるのである。例えば、窃盗罪とは、不法占有を目的とし、密かに多額の公私の財物を取る行為のことである。この「数额が比較的大きい」というのは、窃盗罪の犯罪構成性質の数量限界を決定するものである。この限界を明らかにすることによって、深く窃盗罪の犯罪構成の質を認識しうる。

全ての犯罪構成は、質と量の統一であり、皆自らの質を保つ安定性と数量限界を有する。一定の程度において犯罪構成の量的変化は、必ずしも系統の質的变化を引き起こすわけではない。しかし、いったん系統の

心的地位に引き上げ、さらにそれを通じて、刑法各則と刑法総則の理論をまとめて、一つの犯罪構成を中心とする理論体系を立てられるようにするものである。ゆえに、この犯罪構成の一般概念は、科学的に刑法各則に規定される特殊構成要件、および現実生活に独立して存在する個別犯罪構成の事実的な共同本質の属性と特徴を反映するべきである。これにしたがって、次の考えを得ることができる。いわゆる犯罪構成とは、わが刑法に規定される相互関連・相互作用の諸要件によって構成された、特定の犯罪性質と犯罪危害性を備える有機的統一体である。それに表明されるのは、次のものである。

第一、犯罪構成は、相互関連・相互作用の諸要件で構成した有機的統一体である。この有機的統一体において、各要件が一定の方式で結合し、共同して犯罪構成の有機的統一体の性能（性質と効能）を構成し、よって特定の犯罪性質と社会危害性を具備する。

例えば、故意殺人の犯罪構成のように、①自然人、②殺人の故意、③他人の生命を不法に剥奪する行為、④他人の生命などの相互関連作用の諸要件によって構成した有機的統一体がある。この有機的統一体が具備する特定殺人罪の犯罪性質および殺人罪の極めて嚴重的社会的危害性は、上述した各要件が一定の方式に結合したものである。これは犯罪構成統一体が備える特殊状態であって、各要件の分離状態には存在しない。たとえこの各要件を単に合わせても、それを構成することもできない。そこで犯罪構成を各要件の総和としてまとめてみても適當ではない。それを一つの有機体・統一体あるいは一つの複雑な社会系統と見るべきであろう。

第二、犯罪構成は、特定の犯罪性質と社会的危害性を持つ一つの有機的統一体である。唯物弁証法の系統観によると、全ての系統は特定の質と量を備え、一定の質と量の統一であるとみなすのではなく、犯罪構成は一つの複雑な社会系統として、当然に特定の質と量を持つ。

犯罪構成の質は、犯罪構成型の物事と区別する内部に固有な規定性であり、犯罪構成の存在と直接に同一の関係である。いかなる具体的な犯

別は、それが唯物弁証法の系統観と系統方法論の理論を基礎に定立されたものである、という点にある。

第3節 犯罪構成の概念

本説にいう犯罪構成概念は、犯罪構成系統論の構成部分であるため、伝統的な犯罪構成概念と大きな区別を内包する⁽⁷⁾。

犯罪構成概念を研究するにあたって、まず明確にしておかねばならないのは、我々が研究するのは犯罪構成の一般概念であるということである。これは犯罪構成の特殊概念と厳格に区別される。ソビエト連邦のドライニン教授は、「犯罪行為を一般的に社会に危害を及ぼす違法を為し、有罪行為または具体的に窃盗・殺人を認定できるなどのように、犯罪構成を一般的に行為の諸要素の総和であると確定しても良いし、あるいは具体的に殺人・窃盗などの罪の諸要素の総和であると確定しても良い」⁽⁸⁾と指摘していた。犯罪構成の一般概念は、「犯罪構成一般」の概念を指すもので、「一般的に普遍とも呼ばれる共同属性を持つ多種類または同種類の事物の共通性を指す」⁽⁹⁾ものである。いわゆる「犯罪構成一般」とは、行動属性を備える多くの犯罪構成の種類のことである。種類としての犯罪構成も、客観的に存在すると考えられる。

犯罪構成の一般概念は、刑法13条に定める犯罪の一般概念と対応し、殺人・窃盗などの犯罪構成の特殊概念は、刑法各則に定める殺人罪・窃盗罪などの各犯罪概念と対応する。犯罪概念は、犯罪行為の本質属性と特徴を示すが犯罪構成は、犯罪という有機的統一体の構成要件・構造・性能を表明するものである。ある刑法の著者は、「同一段階における犯罪概念と犯罪構成の関係は、一般と具体との関係である」とみるが、これは正確なものとはいえない。

しかし、刑法総則には、犯罪構成の一般概念に関する規定が設けられていない。ここでいう犯罪構成の一般概念は、ただベーリングとソ連の刑法理論の解釈の方法を模倣するにすぎず、つまり刑法各則に規定する特殊な犯罪構成要件を概念化・理論化し、それを刑法総則の犯罪論の中

て重要な哲学的命題であり、重大なる世界観と方法論の意義を有する。

事物が系統として存在するのであれば、われわれは実質通りに系統の見地から全ての物事と問題を検討・観察して行かねばならない。各物事を注目するだけでなく、各物事を一つの系統・統一体として研究する必要がある。物事内部の各要素を研究するだけでなく、各要素間の相互関連・相互作用の方式を含めて研究する必要がある。系統一体の内部構造だけを研究するのではなく、その構造と性能の関係を分析する必要がある。統一的な構造・性能の相互関係を認識するだけでなく、さらに深く異なる段階の構造・性質の相互関係を分析する必要がある。系統内部の諸要素間・各段階間の相互関係を研究するだけでなく、系統統一体と周りの環境との相互関連性・相互作用を研究する必要がある。定性分析だけでなく、定量分析を行う必要がある。静態分析だけでなく、動態分析を行う必要もあり、その発生・発展・消滅の規律を把握することも要求されたりする。このようにして、全面かつ正確に物事を認識して、正確に問題を分析・処理することも成し得る。

この系統観と系統方法は、本質的には相変わらず唯物弁証法の世界観と方法論に属する。そして物質世界が普遍的関連と永久運動の基本原則に属し、唯物弁証法と関連しながら発展するとの全面的観点を用いて問題を分析する基本原則に属する。相変わらぬ分岐と統合の結合・帰納と演繹の結合、具体的感性から抽象へ、または抽象から思惟的具体性への弁証思惟方法に属する。しかしながら、いずれにしてもその新しい原理範疇と方法をもって、弁証法を豊かにし発展させるのである。

物事が系統として存在するならば、犯罪構成のような事物も系統として存在する。事実の犯罪構成は、主体・仲介・客体の三つの基本要素の相互作用を通じて存在する過程システムであり、一つの複雑な社会系統である。そこで、現実的にそれを系統統一体として、系統の観点を用いて観察・研究を行わなければならない。犯罪構成系統論の全理論見解は、皆このような観察と研究によって得た結果である。犯罪構成系統論によるわが国の伝統的犯罪構成理論と他国の犯罪構成理論との最も主要な区

系統は事物として必然的に全物事の運動変化の一般規則すなわち弁証法の支配を受けて、いかなる系統も発生・発展・消滅の過程を踏まえて例外なく過程として存在する。いわゆる過程は、系統の発生から消滅まで、ある状態から他の状態への変化履歴のことである。系統の発生と消滅は一つの過程の開始と終結であり、一つの系統の消滅は他の系統の発生を意味する。そして一つの過程の終結は他の過程の開始を意味する。世界中の全事物、全系統がこのような永久生成消滅の循環変化中において、絶えることなく自らの前進に道を切り開いているのである。まさにエンゲルスの言ったように「世界は終始不変な事物の集合体ではなく、過程の集合体というべく、その中の安定しているような事物、我々の頭脳におけるそれらに対する認識・思想・映像という概念は、皆、生成消滅の循環において変化しつつある。このような変化において、前向きの発展が見られ、いずれの表面的偶然性あるいは短期的後退があっても、やがて自らの前進への道を切り開いてくれる」⁽⁶⁾。系統は過程として存在する。これは系統が相対的な静止性と安定性を備えないという意味ではない。逆に系統の相対的な静止性と安定性は、系統の存在と発展の必要条件とみなすべく、人々が系統を認識・研究する必要条件の役割を与えられる。系統が相対的な静止性と安定性を具備する理由は、まず系統内部諸要素の相互関連・相互作用が特定な時間と条件下において安定して、そして系統・環境の相互関連作用も特定な時間と条件下において安定する。この二つの相対的安定がなければ、系統の相対的安定性が存在しえないと思われる。

系統が過程として存在する場合、その発生・発展・消滅の歴史が必然的にあるが、これは絶対的・無条件なものである。しかし、系統の安定性は相対的・条件つきなものである、といわざるをえない。このような絶対的変動制と相対的安定性の統一は、系統として存在する全事物の根本属性であろう。

前述したように、現代科学発展の成果により証明されたとおり、全事物が系統として存在する。物事が系統として存在するのは、一つの極め

段階における各子系統間の双向横向関係もある。それ故一つその他段階・多要素・多変量のネットワーク式に系統統一体と統一体性能を構成されるようになる。

(4) 系統の開放性

系統と環境の相互関係を明らかにするならば、いわゆる系統の開放性とは、系統と周囲の環境の相互関連・相互作用を指すものであって、すなわち系統が周囲の環境との間に行われる物質、エネルギーおよび情報の交換・転換である。その中には、主に一種の交換・転換もあるし（例えば、物質のエネルギーあるいは情報のような）、そして同時に二種か三種のものもある。系統はまさにこのような物質・エネルギー・情報の交換・転換に頼って、その存在発展を維持更新したのである。現実世界のいかなる系統も、一つの有機的統一体として、常に一定の環境に位置しながら、その環境と互いに関連作用しあい、自らの統一体として性能を表現する。科学的には、いわゆる「封鎖系統」、「孤立系統」あるいは「隔離系統」があるが、これは、ただ科学研究において、一定目的を達成するために想定・設定した「理想的な系統」であり、現実には存在しない。

系統の運動と発達、主に系統内部諸要素の相互関連作用で決められる系統内部の矛盾運動である。しかし、系統は統一体として環境との相互関連作用もゆるがせにはならない役割を果たしている。環境は、物質・エネルギー・情報間の交換や転換を通じて、系統の存在と発展に制限を加える。つまり系統発展の過程を加速させることも、遅延させることもできる、一定の条件下では、系統の存在と発展までを決定する影響を及ぼしうる。

以上分析したように、系統は、極めて広範に全てを包括する一つの哲学範疇であって、事物の内部で相互に関連作用する諸要素を一定の方式で構成し、しかも周囲の環境と相互に関連作用を重ねる統一体であり、もちろん統一性・構造的性・段階制・開放性など最も一般的な特徴を備える。これが全ての系統に共通する本質である。

ところが、系統要素は相対的独立性を備え、それ自身も全体と部分の統一体であり、構造と要素の統一体が自ら系統に成り立つことができる（子系統）。科学研究により明らかにされるように、全ての系統は、段階制を具備し、皆若干異なる段階に属する子系統で構成する統一体である。例えば、分子は原子から成り、原子は原子核と電子から成る。そして原子核は陽子と中性子などの基本粒子により構成される。このような順次従属する全体＜統一体＞と部分の関係が、系統の段階を構成する。系統の段階制も系統の一つの主要特徴といえる。

系統には、なぜ異なる段階〈序列〉があるのか。それは、系統と要素に相対性が存在するからである。一定の空間範囲における系統は、さらに大きな空間範囲において要素となりうる。逆に一定の空間範囲における要素も、それより大きな空間範囲内において、系統にも成りうる。例えば、原子核は、一定の空間範囲において系統といえるが、その理由は前述したように、原子核が陽子と中性子によって構成されたものであるからである。しかし、それより大きな空間範囲では、一つの要素にすぎない。原子核は、ただ原子の構成部分の一つにすぎないからである。

系統の段階〈序列〉間には、極めて複雑な相互関係が存在するわけである。

系統の高級段階と低級段階の間には、直接的あるいは間接的な相互作用が存在していて、一種の双方向的縦向関係つまり垂直関係を形成する。系統の高級段階は低級段階に依存し、低級段階は高級段階に属する。両者は関連しながら区別を留保する。これらは皆、相対的独立性を持ち、自ら独立の構造性能を備え、各自異なる規則によって行動する。系統の高級段階と低級段階の相互作用において、高級段階は主導的・統率的な地位を占めており、系統統一体の性能が主に、その最高級段階の構造により決定される。

系統の同じ段階に属する各子系統の間にも、相互作用が存在していて、一種の双方向的横向的關係が形成される。

一つの複雑な系統には、異なる段階間の双向垂直関係もあるし、同一

である。しかし、系統要素は、系統統一体および構造の基礎として、系統統一体の性能に重要な役割を果たす。系統要素の性能、特にその主要素の如何は、必然的に系統統一体の性能に大きな影響を及し、ひいては一定の条件の下で決定的な影響を及ぼしかねない。したがって、一方的に系統構造の系統統一体に対する作用を強調して、系統要素の系統統一体性能に対する影響をゆるがせにしてはならない。例えば、一つの建物の効能の如何は、確かにその構造によって決められるが、建設材料の質の優劣も、当然に建物の全体性能に大きな影響を与えるわけである。ゆえに、系統も構造にまとめることができないのと同様に、系統の性能を構造の性能に概括することもできない。

系統の構造がいったん形成されると、相対的に安定性と持つようになる。しかし、系統構造の安定性は、相対的なものであって、永久不変なものではない。系統内部諸要素の作用あるいは外部環境の変化の影響により、系統構造にも変化が起きて、系統統一体性能の変化を引き起こす。これが事物の量から質の変化をもたらす重要な形式である。例えば、黒鉛に高熱処理を加えると、その炭素原子の結合方式を変えることができるので、人工ダイヤモンドに変身させることができるのである。

ある系統構造の内部諸要素間の相互関連・相互作用の方式は、実質上一定の物質的エネルギーと情報の交換・転換方式である。例えば、人間は複雑な生物系統といえる。このような一つの有機的統一体では、その内部の各種の細胞・組織・器官などの間でも、この各要素と有機的統一体との間でも、絶えず物質・エネルギーと情報の交換と転換が行われる。そして極めて複雑な生命体としての統一体構造も形成されて、有機的統一体の新陳代謝が保障され、生命の継続が実現できるのである。

(3) 系統の段階性

系統の等級関係を明らかにするならば、いわゆる段階制とは系統における各構成部分間の順序帰属関係に形成される等級を指すものである。系統要素は、系統統一体の構成部分として存在し、一定の順序に従って系統統一体に従属する。

な要素は、一定の条件下で決定的な作用を起こしうる。系統統一体のいかなる変化あるいは欠陥も、系統統一性に重大なる影響を及ぼすものともなる。系統統一体の要素への依存は、まさに系統の構成要素の統一体への依存と同様に互いに存在する。

系統の統一性は、系統の最も主要な特徴であり、統一性を離れては、統一的観念も存在せず、したがって系統を認識する方法も失うことになる。

（2）系統の構造的性

系統統一体の諸要素の関係を明らかにする。いわゆる構造とは、系統内部において相対的・穩健に存在する諸要素の相互関連・相互作用の方式を指すものであって、諸要素間の一定の割合・秩序・仕組みなどが含まれる。系統の構造的性は、系統のもう一つの主要な特徴であるといえる。いかなる系統も、必ず一定の構造を持つ。構造なき系統は存在しない。系統の統一性は、主に系統の不可分性と統一性を表彰するものであり、それがどういう方式でどのような手段で実現できたかを表す。

系統の構造は、系統内部諸要素の結合方式であるので、系統構造と要素は、互いに依存浸透する状態にある。系統要素は、系統構造が存在する基礎として用いられ、要素なくして構造を語るまでもない。逆に系統要素は、系統構造の内部にしか存在できない。構造を離れた要素は、系統の構成要素と称しえない。

系統の性能は、主に系統構造により決められ、系統性能と各要素の性質と一致しない。それが諸要素性能を単に合わせたものではない理由は、諸要素が一定構造にしたがって系統統一体を構成するところにある。例えば、黒鉛（グラファイト）とダイヤモンドは皆、炭素原子から構成されるものであるが、その構造が違うため両者の性質は全然違うものになっている。ダイヤモンドの単原子の構造は、均等に配置されていて、緊密に結合し、一種の無色透明で、高硬度の八面結晶体である。かえって黒鉛の単原子は、大きなスペースを保つ弱い結合体式なので、硬度と弾力性がほぼ零に近いものである。これが構造不同・性能不同というもの

水を汲んで飲む。三人の和尚には飲む水がない。」というのは、二人あるいは三人の和尚が、一つの系統を構成する場合、その統一体の効能は、各和尚の独立したときの効能を単に合わせるものではないからである。系統の統一体がその各要素の合わせたものに等しくない理由は、各要素間の相互関連作用により、各要素が独立に存在するときの性能を制限・増強・減弱・削除あるいは変更させることにある。しかも、これを基礎に系統統一体の性能を新しく生み出すのであろう。これは各要素が独立状態では備えないものであって、各要素が単純に合わせて得られたものではない。例えば、時計の各部品を簡単に積み上げても、時計とは言えず、もちろん、時計の効能を備えるものでもない。

第二に、系統統一体を構成する諸要素の性能が、統一体を離れて存在できるかどうかは、統一体属性の規定と制限を受ける。ヘグルは次のように論述していた。「一つの生きている有機体の器官と肢体をその有機体の一部分にすぎないとみてはいけない。というのは、このような器官と肢体はその統一体に結合しているからこそ、肢体・器官という名称で呼べるわけである。なぜならば、これらが統一体と密接に関連していて、関わっていない、というわけではない。解剖学者にとっては、このような器官と肢体は、ただ単純な機械的部分にすぎないであろう」⁽⁴⁾。そして、彼らはさらに、「身体から切り離された手は、そのもともと具備する独立的存在性を失う。身体に備わるような敏捷性・動作・形状および色なども変わっていき、腐敗して自身の存在も失っていくのである」⁽⁵⁾と指摘した。系統統一体と要素の関連において、その性能・地位および作用から見れば、統一体は、主導的・統率的な役割を果たし、統一体の性能に対して、主観的・決定的な作用を起こすだけでなく、各要素の性能を含めて、それを規定して支配する役割を担う。逆に系統の各要素は、副次的で服従するような地位に立っている。しかし他面、系統統一体は、各要素から構成されたものであるため、要素が系統統一体存在の基礎・前提として存在するわけである。系統統一体を構成する要素の如何は、かえって系統統一体の性能に影響を及ぼす。特にその中の主観的で重要

質である。ゆえに系統というものは、一つの物事の整合性を象徴する哲学範疇とみて良い。

しかし、事物は、系統として、その内部で互いに関連作用し合う状態にあるだけでなく、周りの環境および他の事物にも互いに関連作用しあっている。もちろん内部の関連作用は、より緊密に存在し、外部との関連作用より遥かに深く関わっている。このような状況は、系統を一つの有機的統一体としての特別効能を呈し、普遍的関連において相対的独立性を示し、これによって周りの環境と他の物事との区別を表わす。そこで、系統は、事物を普遍的関連に位置づけながら、相対的独立性を具備する哲学範疇である。

系統科学の研究にあたって、人々は各方面から系統の具体的特徴を描いている。例えば、整体性・統一性・構造的性・効能性・段階制・時空性・順序性・規律性・動態性・目的性などである。それゆえ哲学の立場から現代系統科学が揭示した系統特徴を総括してみると、一般的に整体性・構造的性・段階性および開放性の四つの特徴にまとめることができる。

（1）系統の整体＜統一＞性

系統の整体性は、系統整体＜統一体＞とその各構成要素との関連を示すものである。

第一に、系統の整体性能が、各構成要素間の関連作用し合うところにしか存在せず、各独立する要素性能を総合しても、系統の整体性能を反映することはできない。つまり、系統は、整体＜統一体＞として、その性能と効能の各独立する要素の性質と効能を単に合わせるものではない。アリストテレスの名言に示されるように「統一体は、その内部の各部分の統合より大きい」というのが、その原理にあたるだろう。水は水素と酸素、この二つの元素により構成した系統統一体であるが、水素と酸素が独立状態で備えない新しい性質と効能を持つ。それは水素と酸素の性質および効能を簡単に合わせて得られるものではない。中国の古いことわざが言っているように「一人の和尚が水を汲んで飲む。二人の和尚が

力を果たしている。鄧小平理論の指導を離れて、中国の特徴を備える犯罪構成理論は、確立できない。

マルクス主義は、一つの広く・深く・充実した理論体系である。その内容の多くは、犯罪構成理論の創立に重要な指導作用を果たす。例えば、マルクス主義の国家観・法律観・人民の内部矛盾を処理する学説・マルクス主義の政策および戦術思想・マルクス主義の人権理論と人道主義思想・マルクスの正義観と価値観等々が、全て直接的あるいは間接的に犯罪構成系統論に反映されている。

弁証法的唯物論では、マルクス主義の世界観と方法論にあたる事実に従って行動することが、マルクス主義の真髄である。弁証法的唯物論を堅持し、事実に従って行動する原則を堅持し、さらなる行為を実際状況から判断することが、まさに犯罪構成系統論の魂を正確に捉えた。社会主義の初級段階にある中国国情の立場をふまえ、わが国の刑事立法と司法の経験を研究・総括し、それを系統化・理論化するからこそ、犯罪構成理論に中国の特徴を備えさせ、時代精神を反映し、実際状況に適合して貢献することができる。

犯罪構成系統の主要理論基礎は、現代の系統科学のために、唯物弁証法の系統観と系統方法論を豊かに発展させた。

20世紀40年代以降、系統（システム）論・サイバネティック（制御論）・情報理論（インフォメーション・セオリ）・消耗結合論・共同学・スーパー循環理論と混沌理論などの現代的系統科学の急速な発達に伴って、一連の系統範疇・系統観点および系統原理が提示され、これを基礎に唯物弁証法の系統観点と方法論を豊かに発展させて、人々が多様複雑な問題を認識・処理できる思想的力を身につけるようになった。

現代科学に表明されているように、全事物が系統（システム）として存在し、系統性はいずれの事物の根本属性でもある。

いわゆる系統とは、相互に関連作用し合う諸要素が一定の方式で結合した特定性能を有する有機的統一体である。全系統は互いに関連する諸要素により構成された統一体であり、これは全系統の普遍・共同的な本

変化が見られず、このような状況は、わが国の改革開放と四つの現代化建設を求め、社会主義体制を健全にする要求に対応できなくなる。それゆえ、多くの刑法学者は、わが国の犯罪構成理論に大いなる改革を行う必要があると指摘し、中国の特徴を備える犯罪構成理論新体系の構成を目指した⁽²⁾。ある学者は、「わが国が犯罪構成要件理論を改めるべき大きな理由は、時代に遅れた以外に、主にその理論自身にも多くの非科学的なところが存在していて、新たな情勢下において、犯罪との闘争に適合できなくなるからである」⁽³⁾と指摘していた。

本書で採用される「犯罪構成系統〈システム〉論」は、伝統的な犯罪構成理論を改めるために提示された犯罪構成理論の新体系である。その最も鮮明な特徴は、現代の系統科学でもって、唯物弁証法系統観と系統方法論を豊かにし、発展を遂げさせ、それを主要な理論基礎として用いるということである。この新しい理論は、過去の各種の犯罪構成理論を批判しながら継承することを基礎として出来上がったもので、実際的な運用にあたって、経験しながら徐々に改善・発展して行くであろう。

第2節 犯罪構成系統論の指導思想と理論基礎

犯罪構成系統論は、中国の特徴を持つ犯罪構成理論であって、マルクス主義の指導により創立されたものである。

マルクス主義は、永遠に新鮮な活力を保つ理論体系であり、実践において中断せずに補充・発展を遂げた。わが国の歴史的条件下において、マルクス主義の指導は、その鍵となる鄧小平理論の指導によっている。というのは、鄧小平理論は、現代中国のマルクス主義と認識され、マルクス・レーニン主義の基本原理と当代中国の実践および時代特徴の産物として認められ、もちろん毛沢東思想の承継と発展といえる。その多くは、例えば、社会主義の本質と任務に関する観点として、四つの基本原則・党基本路線の堅持不変・両手で掴み両手に力を入れる・人民民主專政〈プロレタリア独裁〉および民主法制・思想を解放し実事に従って誠実に行動する観点等々の理論は、犯罪構成系統論の創立に基本的な指導

事責任を負わせる唯一の根拠である」という有名な論述を指摘して、犯罪構成要件と犯罪概念との共通点および不可分な関連を強化したのである。犯罪構成要件において、明確にそれを犯罪客体・犯罪客観面・犯罪主体・犯罪主観面など四つの要件に分けることによって、犯罪構成要件の主観面と客観面の要件の統一を達成させた。このようにして、ベーリングとマイエルを代表とする現代資産階級構成要件論のような犯罪構成要件と違法性・責任とを分離して、犯罪概念を多元化する欠陥を克服するようになった。他面では、ベーリングの犯罪論体系と同じように、刑法各則に定められる特別構成要件を十分に重視し、それを概念化・理論化した後、刑法総則の犯罪理論の中心において、共犯・未遂・罪数などの一連の重要な犯罪理論の問題を解決する基礎としながら、刑法の総則と各則の理論を一つの有機体に連結する役割を果たす。ソ連の犯罪構成理論は、創立当初から、相対的にマルクス・レーニン主義の指導作用およびプロレタリアの階級制を強調した上、また具体的な理論問題においても、その精神を貫いてきたため、多くの資産階級の伝統的論点と異なる理論論点を創出したのである。こうして40年代になると、ついに新しい社会主義の犯罪構成理論体系自体が形成されるようになった。第二次世界大戦後、この理論体系は、東ヨーロッパの諸社会主義国および社会主義の中国に広範に伝えられ、ほぼ例外なく、これらの国々の犯罪構成要件の基本となったのである。

ソ連の犯罪構成理論は、わが国解放初期（1949年～）の全面的にソ連から学ぶ思潮を通じて、伝えられてきたのである。最初はソ連の犯罪構成理論とほとんど変わりなく、わが国の犯罪構成要件理論は、その中にわが国の実状に適合するような一定の内容を加えたが、50年代では実質的な変化は認め難い。60年代から70年代にかけて、この犯罪構成要件理論は、徹底的な批判と否定を浴びることになった。党の11回3中全会の後、わが国の犯罪構成要件理論は長足の進歩が見られるようになり、内容も体系も昔の状態を脱却し、中国の実状に適合するような多くの内容を加えた。しかし、理論体系全般および主要な理論観点には、根本的な

要件であるが、犯罪成立の全ての要件を指すものではない。しかも、違法性と責任との間には、密接に関連していても、厳格に区別されている。これは、19世紀に資産階級の犯罪構成要件理論が、犯罪構成要件を犯罪成立の各種な主観的・客観的要件の総合であると認識したのとは、根本的に違っている。

ベーリングとマイエルの犯罪論体系が形成された後、資産階級の犯罪構成要件には、大きな発展が遂げられるようになる。そして、この基礎の上に、さらに若干の特徴を持つ理論体系も形成された。その中で最も影響力を備えたのは、メッツガーを代表とする新構成要件論と、ヴェルツェルを代表とする目的的行為論の構成要件論、および日本の小野清一郎を代表とする構成要件論である。20世紀には、資産階級の構成要件論は、変わりなく、ドイツ・日本などの大陸法系の刑法理論の重要構成部分とされていて、わが国の台湾省の刑法理論は今でもこの種の犯罪構成要件論を認容している。

ここで指摘すべきは、ベーリングとマイエルの犯罪論体系が確立された当時、ロシアは、無産階級革命の最中にあったため、ベーリングとマイエルの犯罪理論の影響を受けなかったのである。十月革命のロシア資産階級の刑法理論は、基本的に、19世紀すなわち早期資産階級の犯罪構成要件論に属するものであって、相変わらず犯罪構成要件を犯罪成立の主観的・客観的要件の総合としてみなしていた。例えば、ペログロツ・カドリアレフスキ教授は、1903年に出版された「ロシア刑法教科書」で次のように述べている。「いわゆる犯罪構成要件とは、犯罪概念を形成する自らの外部と内部の著しい特徴あるいは要件の総合である」。

十月革命に勝利した後、ソ連の刑法学者は、資産階級の犯罪構成要件の理論を批判しながら、自らの犯罪構成要件理論を作った。この理論は、19世紀資産階級の犯罪構成要件における犯罪成立の主観的・客観的要件の総合たる観点を維持しながら、社会危害性の内容を加えた。つまり「犯罪構成要件は、ソビエト刑法に規定される社会危害性の特徴を説明する諸要素の総和である」とみなすと同時に、明確に「犯罪構成は、刑

行為・違法性・故意・過失などがそれにあたる。これに対して、特別構成要件は、刑法各則に定められる各種の犯罪成立の特殊要件を指すものといえる。主観的構成要件は、主に故意・過失・責任能力などを犯罪成立の主観的要件であるとし、客観的構成要件は、行為・結果を犯罪成立の客観的要件であるとしている。19世紀には、犯罪構成要件の理論は決して一つのまとまった理論体系にならなかった。このような状況は、20世紀始めにいたって、ドイツの有名な刑法学者ベーリングが書いた「刑法綱要第3版(1905)」と「犯罪理論(1906)」において主張された犯罪構成要件の理論の提示により、基本的に変化が見られるようになった。

ベーリングが犯罪構成要件の理論に尽くした最大の貢献は、刑法各則に属する特別な構成要件を概念化・理論化し、それを刑法総則の犯罪概念の中心に位置づけ、違法性と責任などに関連しつつ共同で犯罪概念を構成し、さらに構成要件概念を通じて、刑法各則と刑法総則の理論を有機的に結合させ、一つの犯罪構成要件を中心とする統一した犯罪理論体系を作り上げたことにある。その結果として、初期資産階級の犯罪構成要件理論は、一つの新しい段階に引き上げられ、現代資産階級の犯罪構成要件を形成して強固な基礎を築いた。そこでベーリングは、現代資産階級の犯罪構成要件理論の創始者および定礎者として、世界的に公認されるようになった。日本の有名な刑法学者、瀧川幸辰が次のように評価していた。「構成要件の王冠をベーリングに与えるべきである」。

1915年もう一人のドイツの刑法学者 M・E・マイエルは、著名な「刑法総論」を発表し、ベーリングの構成要件理論体系に修正を加えた。例えば、犯罪概念を「犯罪とは、構成要件に該当する違法について、責任を負わせる要件のことである」に改めた。これにより「構成要件→違法→責任」というような犯罪論体系が構築されるようになった。この体系は、日本とドイツにおいて普遍的な承認を得ている。今日に至っても、多くの学者は、相変わらずマイエルの犯罪概念論を支持して、「犯罪は構成要件に該当する、違法について責任を問われる」と認識している。この理論体系における犯罪構成要件は、犯罪成立の最も先端的で重要な

る。その後のおよそ1581年になると犯罪の確証（constaare de delicto）から罪体（corpus delicti）という語に意味が広がるようになった。この概念は、当時のドイツに伝えられ、普通法時代の全過程において適用された。その意義は、客観的犯罪事実の存在を証明することである。1796年のドイツの学者クラインは、はじめて corpus delicti をドイツ語の Tatbestand と訳した。つまり構成要件という語であって、当時ではただ訴訟法の意義しかないとされた。そして19世紀になると、ドイツの有名な古典派学者フォイエルバッハが、初めて犯罪構成要件を刑法上の概念として明確に使い始めたのである。

フォイエルバッハは、罪刑法定主義の原則から「いかなる行為を犯罪にして、これにどのような刑罰を加えるかは、法律の定めに従わなければならない」としたが、ゆえに、彼は、刑法上の犯罪成立要件に関する規定を犯罪構成要件と定義した。彼は犯罪構成要件を違法行為に含まれる各行為あるいは事實的諸要件の総和であると考え、客観的構成要件が存在するからこそ、刑罰を科することが許される、と指摘する。この原則は、彼が1813年「ババリア刑法典」の制定にあたって、反映されるようになった。この刑法典の27条では「違法行為が、法律に定める一定の犯罪概念に属する全要件に含まれる場合、それを犯罪とみなすべきである。」と定められている。それと同時に、もう一人の刑法学者スチュウベルも、構成要件の理論を提示して論述した。彼が1805年に書いた「構成要件論」においては、「犯罪の構成要件は、法律の規定に定められた刑罰を言渡すべき全事情の総和である」、と書かれていた。彼らの跡を継いで構成要件の研究に精力を注いだ学者は大勢いる。ベルナー、メイアカイア、ヤフィテ、フランク、フロイデントールなどの刑法学者は、構成要件の概念、一般構成要件と特別構成要件、主観的構成要件と客観的構成要件などの問題を中心に、より深く犯罪構成要件に関する理論研究を行っていったのである。当時流行した見方として、犯罪の構成要件は各種の犯罪成立条件の総和であるという考えが認められた。一般構成要件とは、刑法総則に定められる犯罪成立の一般要件であって、例えば、

第8章 犯罪構成概論（何秉松）

長井 圓
馬 強 共訳

第1節 犯罪構成理論の歴史的発展

歴史上も現代も、各国刑法は、例外なく独自の犯罪構成要件に関する理論を備える。これらの理論は、国家の性質・歴史的背景・伝統的文化および法体系などの差異によって違ってくる。ここでいう犯罪の構成理論は、その一種にすぎない。その基本点は、犯罪構成概念を中心にし、犯罪成立要件を論じ、それを基礎として犯罪論体系を構築する理論である。日本の有名な刑法学者小野清一郎は次のように語っていた。「犯罪構成要件の理論は、刑法総論すなわち刑法の一般理論において、『特別』構成要件の概念を重要視し、これを契機として犯罪論体系を構築する理論である」⁽¹⁾。ゆえに、いわゆる犯罪構成理論は、特定の意義をもち、広く犯罪構成の理論を指すものではない。犯罪構成理論の淵源は奴隷社会まで遡っていても、あるいは当代各国の犯罪構成に関する理論を一律に犯罪構成理論と称しても、適切なものとはいえない。

犯罪構成理論は、資本主義が作ったものといえる。まず、それはドイツの刑事古典派の学者によって創立されたもので、資産階級が、これに依拠して、封建司法制度の独裁に対抗したものであり、定罪〈犯罪確定〉問題に関わる具体的表現として、資産階級の罪刑法定主義の役割が見られる。

構成要件という概念の歴史的発展に関しては、ドイツのブルンスとハール（Hall）が専門的な研究を行った。ハールは、1933年の著作「corpus delicti の理論」という書において、こう書いていた。「構成要件の概念は13世紀まで遡ることができる。中世期のイタリア糾問式訴訟手続において、裁判所は、一般審問から犯罪の確証（constare de delicto）を得た場合のみ、特定の容疑者に対して審問を行うことができ

- (3) 『マルクス・エンゲルス全集』第23巻824頁。
- (4) 孔德・凱塞爾『犯罪学』（西方政治学院研究所内部資料）74頁。
- (5) 『マルクス・エンゲルス選集』第4巻92頁。
- (6) 前注（5）94頁。
- (7) 前注（5）83頁。
- (8) 『レーニン選集』第3巻249頁。
- (9) 『マルクス・エンゲルス全集』第1巻435頁。
- (10) S.L. シリー『会社と商業の現実』（1984年英文版）1頁。
- (11) この両法律は草案ではあったが、中共中央が内部文書の形式で通達し、内部規定の参考として試行された。1988年に公布・施行された「横領および収賄に関する補充規定」および「密輸罪の処罰に関する補充規定」は、これらの草案を基に修正されたものである。
- (12) ベンサム『政治片論』99頁。
- (13) 何秉松主編『法人犯罪と刑事責任』（中国法制出版社1991年版）111頁を参照。
- (14) 高銘喧『刑法総則要義』（天津人民出版社1986年版）121頁を参照。
- (15) 何秉松・前注（13）90～96頁および486～492頁を参照。
- (16) 具体的内容については、何秉松・前注（13）472～486頁。さらに同『人格化社会系統責任論』《中国法学》1991年第6期。
- (17) 張文等『法人犯罪の若干の問題の再研究』《中国法学》1994年第1期を参照。
- (18) 陳興良主編『刑法全書』（中国人民公安大学出版社）180頁を参照。
- (19) 陳興良主編・前注（18）180頁を参照。
- (20) 何秉松主編・前注（13）85頁。
- (21)・(22) 張文等・前注（17）を参照。
- (23) 陳興良主編・前注（18）180頁を参照。
- (24) 王家福主編『民法債権』（法律出版社1991年版）47頁。

異なる刑罰主体として両罰と称している。もし、法人犯罪が一つの刑罰主体であるとしたら、同時に法人とその直接責任者を処罰することは、両罰規定ではなってしまう。それは、甲の尻叩きと手叩きが両罰制ではないことと同じ理屈である。②もし法人の直接責任者に対する処罰が法人という犯罪主体の刑罰全体の一種の分担だとしたら、二つの法人が同じ罪の性質と状況が完全に同じ場合、この犯罪に加える刑罰総和は同じはずである。例えば、法人Aと法人Bは同じく偽造貨幣密輸9億円で、情状が重く、刑法151条4項の規定に従って、A法人とB法人が受ける刑罰の総和は、100万元と一つの死刑になる。しかし、A法人の直接責任役職者が一人ではなく二人であったならば、A法人の刑罰総和は、100万元と二人の死刑になっても公平に欠くことはないのである。しかも、刑事責任の法人構成員が多ければ多いほど、法人が受ける刑罰が重くなる。そうすると、法人の総体刑罰を分担するという説は、成り立たなくなる。しかも、どうやって一つの犯罪主体に二つの死刑を処すのであろうか。いわゆる両罰制が一つの犯罪主体に対する刑罰を異なる刑罰主体で分担するという説は、正確ではない。

さらに単罰制からみると、わが国の刑法が規定した単罰制は、法人の責任者を罰することに主目的がある。もし法人の犯罪主体が法人であれば、どうして法人を処罰せずその組成部分を懲罰するのか。もし懲罰を受けるのが法人の責任者で法人ではないのであれば、どうして法人が唯一の受刑主体であるといえるのだろうか。もし法人が唯一の受刑主体としたら、その責任者に科する罰金は、法人が支払ってよいのであろうか。これらの問題は、刑事連帯責任論では合理的に解釈しえない。

要するに、民事連帯責任を法人犯罪の理論的根拠とすることは正確ではない、と我々は考える。いわゆる「刑事連帯責任」は成立しえない。

- (1) 西側資本主義国の犯罪の定義につき、何秉松『犯罪概念と犯罪の階級制』《深圳大学学报》1987年第1期、施奈德『犯罪学』（中国人民公安大学出版社1990年版）73頁。
- (2) 『マルクス・エンゲルス全集』第3巻378頁。

を科す場合、法廷は、この罰金の総額の37万元を、彼らが一つの統一体として共同負担した刑罰とみなしてはならない。しかもその中の一人（たとえば A）あるいは数人（例えば A, 甲, 乙）を選んで37万元の罰金を負担させてはならない。さらに、ある人（例えば A）が37万元の罰金を負担したら、甲, 乙, 丙にそれを超えた17万元の罰金を請求することは、不可能である。なぜなら、刑法で規定した法人犯罪の刑事責任は、連帯刑事責任ではないからである。

第二に示すべきことは、連帯責任は二人以上の責任主体を前提とするから、各人は、統一主体の組成部分として責任を負うのではなく、独立の責任統一体として自己責任を負うべきことになる。連帯責任全てについて、連帯債務者が自己の部分を負担すべきなのであり、超過部分に対して実際に他人のために債務を履行するので、求償権をもっている。連帯債務は、多数の債務の結合で、統一の債務の分担ではない。この点を確定すると連帯責任では、連帯関係が存在しているが、全ての責任者が独立である。このような連帯関係の確立は、債権者の利益確保のために、最も返還能力を持つ債務者に請求できることになる。それゆえ、単位犯罪では、単位が唯一受刑主体であり、「単位組織が全刑事責任の一部を負い、その中で単位の組成部分としての自然人が、刑罰主体として単位の負担すべき全刑事責任の余った部分を負担するが、それらの自然人が、単位に独立して一つの刑罰主体の資格と地位を取得するわけではない。」という観点からして、連帯責任は誤りである。まして、法人犯罪の刑事責任は、連帯刑事責任ではない。

第三に、いわゆる連帯責任を根拠として、「単位（法人）犯罪は一つの犯罪である。一つの犯罪主体、一つの刑罰主体」を結論づけることは、実体に合わない。このような結論は、科学的に法人犯罪の両罰制を説明できないし、科学的には法人犯罪の単罰制も説明できない。

両罰制での①いわゆる両罰は、二つの違う主体に処罰を与えるので、同一主体の処罰ではない。甲に尻叩き100回、手叩き50回を科すとき、両罰ではない。尻と手は甲の身体の組成部分であるのに、これらを甲と

ざるを得ない。連帯責任を用いて、単位犯罪が犯罪主体であることを論拠づけることは、絶対成り立たない。しかも、周知のように、「いわゆる犯罪主体は、犯罪計画を実行し、法によって自分の罪に刑事責任を負う者である」。法人代表および他の責任者は「法人犯罪行為の実行者」であるし「法人犯罪の責任承継者」でもあるから、どうして彼らを犯罪主体としないのだろうか。

次に、民法の連帯債務理論による連帯責任（連帯債務）の成立には、各債務者間に連帯関係があることを要する。いわゆる連帯関係は「多数の債権者または債務者中の一人に個人的不利益が生ずる」⁽²⁴⁾。この連帯関係の具体的内容は、前記民法通則87条の多数債務者が連帯義務を負う規定に定められている。民法通則の連帯債務の外部的効力と内部的効力の内容をここでは述べない。明確なことに、法人と刑事責任を負うべき法人構成員間および各法人構成員間には、連帯関係が存在しないので、連帯責任は存在しない。法律で国家が法人と刑事責任を負うべき法人構成員に定めた刑罰は、彼ら各自が別々に負うべき刑罰である。彼らが一つの統一体として負うべき刑罰ではない。単位犯罪では、全ての刑事責任を負うべき単位あるいは自然人は、法定した単位犯罪の全刑罰を負う義務はない（連帯責任は全ての債務者が債権者に全て債務を返還すべきである）。法廷は、これらの刑事責任を負うべき債権者から任意の一人あるいは数人に法定した全部刑罰を選択することはできない。従って、その中の一人あるいは数人が全部刑罰を担う事態、さらにその間の求償問題は発生しない（連帯責任では、債務者の相互関係上、その中の一人あるいは数人が全部債務を返還したとき、この人の自己負担部分を超えた部分は、他の債務者に請求できる）。簡単な例で言うと、単位が付加価値税専用証書を不法に購入する場合、刑法208条の規定で単位（法人）に罰金を科す。しかも直接責任者の役職者と他の責任者に、5年以上の有期懲役、拘留、または2万元以上20万円以下の罰金を科す。もしA単位がこの罪を犯して、経営者と他の直接責任者が甲、乙、丙とすれば、法廷がAと甲、乙、丙に各々20万円、10万円、5万円、2万円の罰金

連帯債務（連帯責任）は、二つの内容を含んでいる。第一に、債権者関係では、債務者全員が全体の債務を履行する義務がある。債権者は連帯債務者の中の一人、数人または全員に対して給付請求権があるし、連帯債務者中の一人あるいは数人に一部あるいは全部の請求権を持っている。連帯債務は、債務者中の一人、数人あるいは全員の給付によって消滅する。これが、連帯債務の外部的効力である。第二に、連帯債務者の相互関係では、連帯債務者の一人あるいは数人が全部債務を履行をすると、この債務者は給付すべき額を超える部分を他の債務者に請求することができる。この連帯債務中の各債務者間の求償権は、連帯債務の内部的効力である。

連帯債務の発生は、法律の規定または当事者の契約によっても成立する。前者は共同不法行為のように、民法通則130条の規定により「二人以上が共同で権利を侵害して他人に損害を加えるときは、連帯責任を負う」。後者は双方が締結した各種の合同契約のようである。連帯債務の目的は、債権の確保と満足にある。

現在の法人犯罪の刑事責任は、連帯責任であろうか。法人の両罰制の実施は、連帯責任を根拠とするであろうか。

まず、連帯責任での侵害責任や債務不履行責任は、二つ以上の責任（債務）主体を前提とする。単一の責任（債務）主体に対して、連帯責任は問題にならない。民法からみると、法人犯罪の責任は、不法行為に属する。民法通則130条の規定によると、二人以上が共同で権利の侵害をして他人を害すれば、連帯責任を負う。要するに、侵害行為主体の複数性（二人または二人以上）が連帯責任の生じる前提となる。しかし、彼らが「刑事連帯責任」を提示する目的は、単位犯罪が一つの犯罪、一つの主体に反するためである。すなわち、主体の複数制に反対して、連帯責任を用い「単位犯罪は一つの犯罪、一つの犯罪主体、一つの刑罰主体」を論証するためである。こうすると自己矛盾に陥るのである。もし法人犯罪が連帯責任であるとする、法人とその構成員の二つの主体を認めざるを得ない。二つの主体を否定すると、彼らの連帯責任も否定せ

任を引き出す」⁽²²⁾。

このような基礎づけは、一部の学者の賛同と支持を得た。彼らは、『刑事連帯責任説』は比較的によく双罰の根拠を解釈しており、『一事不再罰』という原則に違反していない。単位犯罪は、一つの犯罪、一つの犯罪主体、一つの刑罰主体となる。その犯罪主体は単位であり、その責任者は、一つの独立の犯罪主体ではないが、単位という独立の犯罪主体の有機組成部分である。単位は、一定数量の自然人が有機的に結合した社会組織体である。この刑罰主体が即単位である。単位は、唯一の受刑主体であり、犯罪主体と受刑主体は統一され、単位の中の自然人の刑事責任を問う。懲罰を受けるのは、一つの独立の受刑主体ではなく、単位としての受刑主体の一つの部分として単位犯罪の刑事責任を分担して刑罰を受ける。双罰と称するのは単位犯罪に対するからであり、単位組織が全部刑事責任の一部を負う。その中で、刑罰の負荷の一部分としての自然人は、単位の組成部分として単位の負うべき全部刑事責任を負う。しかし、これらの自然人は単位ごとに独立して刑罰主体となる資格と地位を取得しているとは言えない」⁽²³⁾と考えている。

今や、この理論の正確性を考察してみると、まず民事連帯賠償責任が根拠とされている。いわゆる「民事連帯賠償責任」確実の説では、民事連帯賠償責任あるいは連帯責任は、連帯債務といえる。

債務者は同一内容の給付に、皆で全部賠償負うべきことになる。もしこの中の一人が全部賠償をすれば、他人の債務が消滅する債務関係である。「オックスフォード法律大事典」の解釈によると、連帯責任 (Joint and Several Liability) は、連帯責任を負う人達の中のどの一人も負うべき責任である。債権者は全ての債務者を起訴することもできるし、彼らの中の一人の債務者を起訴することもできる。起訴された各債務者は、他の債務者から賠償を求めることができる。わが国の民法通則87条の規定をみると、債務者方の人数が二人以上であれば、法律の規定あるいは当事者の特約により、連帯債務者たちは全部債務の賠償義務を負う。義務履行者は、他の連帯債務者に賠償価額の請求権を持つ。

るいは審理できない，というものである。法人と法人機関の自然人の処理に対して，同一事件として同時に起訴審理する。それゆえ一事不再理原則に違反する問題は存在しない」⁽²⁰⁾と指摘されている。

この引用から明らかなように，有力な否定者のいう「両罰制」は「二重処罰」であるとの指摘に肯定論者が反発するのは，法人犯罪では二つの犯罪主体（法人とその機関としての自然人）を根拠とするからである。それは二つの違う犯罪主体であるから，法人機関としての自然人が実行した犯罪行為は，二重性を持つ。すなわち法人の行為を構成する一方で彼ら自身の行為であるが，その懲罰は同一行為に対する二重処罰ではない。従って，法人犯罪に，二つ犯罪主体を認めるのは，一事不再罰の泥沼に陥らないための決定的条件である。

実際，法人犯罪で二つの犯罪主体を認めるのは，科学的に両罰制を決定づける条件を解釈するのみならず，科学的にいかなる単罰制（法人あるいは法人成員の自然人だけを懲罰する）の解釈をすべきかを決定するための条件でもある。

3. 刑事連帯責任論への論評

「一つの犯罪，二つの犯罪主体」を批判すると同時に，ある学者は，新しい理論観点を提供した。いわゆる「連帯刑事責任論」である。

彼らは，法人犯罪で両罰制を採用する合理的根拠が法人犯罪の連帯刑事責任原則にある，と考えている。彼らによると「連帯刑事責任は，法人と法人構成員の犯罪行為が相互に関連しているので，二者の刑事責任を追及すべきだ。この原則は法人の民事連帯賠償責任に由来する」⁽²¹⁾。「法人犯罪で同時に法人代表および他の責任者を懲罰するのは，彼らは法人犯罪に重大な責任を負うべきであるからである。彼らは法人犯罪意思の創始者であり，法人犯罪行為の実行者である。彼らの犯罪と行為を離れて，法人の犯罪は発生しない。しかし，彼らは，法人と並列しておらず，『一つの犯罪に二つの犯罪主体』であるが，法人共同犯罪でもなく，法人犯罪の責任担当者である，として法人犯罪のための連帯刑事責

いわゆる「一事不再罰」は、同一犯罪行為に対しては二度と同一犯罪主体を懲罰できないことである。英米法では、いわゆる *autrefois convict*（同一犯罪）が以前に刑を言渡されたこと、すなわち同一犯罪がすでに裁判所の確定判決を受けたことを理由として、被告人は特殊な抗弁ができる。この理由からして、法廷はこの罪に対して再び被告人に刑を言渡してはならない。1988年光明日報で出版した「オックスフォード法律大事典」で著わされた「一つの罪は二度と罰せられない」の意味は、「一事不再罰」と似ている。英米法には、普通法原則と免法原則とがあって、一つの罪は二回審理を受けないという原則（*Double jeopardy*）がある。法院は、同一犯罪に対する重複起訴を禁止している。以前に刑を言渡された犯罪（同一犯罪）を理由とする特殊な抗弁は、この憲法の原則から引き出され、その基本精神は人権保障にある。

西洋の学者の法人犯罪論において、法人犯罪の否定論者は、「法人に対して両罰制を実施すると二重処罰になるので「一事不再理」の原則に違反する」ことを理由として、刑法の法人犯罪および刑事責任に反対する。しかし、この論点は、肯定論者から強烈な反発を受けた。彼らは「いわゆる同時に法人と機関の自然人あるいは行為者を処罰することを、二重処罰というのは正しくない。いわゆる二重処罰は、同一行為を同一法の主体として再度処罰することである。法人犯罪では、法人機関の自然人が実行した犯罪行為であって、法人機関の行為ゆえに個人自身が行為の性質を失うのではない。この法人機関の行為は、両面の関係があり、一方で法人行為を構成し、他方では本人自身の行為である。前の関係で法人の責任が発生し、もう一方の関係で個人の責任が発生する。ゆえに、同時に法人および犯罪行為を実行する自然人を処罰することは、二重処罰ではない。しかも法人機関の自然人と法人の両者は、法の主体として異なる。すなわち彼らは同一の法主体ではなく、それゆえ同一行為でも二重処罰の問題は存在しない。いわゆる両罰制が一事不再罰の原則に違反するのならば、それは認められない。いわゆる一事不再罰の原理は、同一犯罪あるいは同一犯罪行為に対して、起訴・判決されず、再起訴あ

第二、二つの犯罪主体を認めると一事再罰（二重処罰）の泥に陥り、抜け出すことができないか。

各国刑法の法人犯罪に対する処罰は、二つの基本的構成方法がある。すなわち両罰制（両罰主義）と単罰制（単罰主義）である。

いわゆる両罰制は、法人犯罪では法人自身を処罰すると同時に法人構成員としての自然人も処罰する。同時に二つの犯罪主体を処罰できる。

いわゆる単罰制とは、法人自身または法人構成員としての自然人を処罰する。すなわち犯罪主体の一つだけを処罰することである。伝統的刑法理論では、単罰制は一般的に、「代罰制」あるいは「転嫁罰」と称される。いわゆる「代罰」とは、他人が罪を受けることを指す。いわゆる「転嫁罰」とは、刑罰を他人に転嫁することである。代罰は、刑罰を受けた人にとっては、他人の代わりに罪を受けるから、他人にしたらこれは転嫁罰である。転嫁罰は、刑罰転嫁者にとっては刑罰を他人に転嫁するから、転嫁された者にとっては代罰である。ゆえにいわゆる代罰性と転嫁罰の意義は、同じであり、実質は代替責任である。この必然の結果として、犯罪主体と刑罰主体が統一できない。すなわち犯罪の実行者の刑罰を負う、あるいは刑罰を負う者は犯罪の実行者ではない。「代罰制」あるいは「転嫁罰」が広く使用されるのは、伝統的刑法理論では代替責任を使って法人の刑事責任を理解するからある。この解釈は科学的ではない。罪責自負（個人責任）の原則に違反するのである。「犯罪なければ刑罰なし」、刑法は故意または過失で犯罪行為を実行した者のみを処罰できる。これは、刑法の根本原則の一つである。もし刑罰の転嫁あるいは代罰を許すならば、刑罰の濫用を許すことになり、人権の保障がなくなる。そのため我々は「代罰制」と「転嫁罰」に反対する。「単罰制」の名称を使うのは、法人犯罪において単罰制または双罰制の取扱いで犯罪主体と刑罰主体が統一されるからである。すなわち犯罪行為を実行した人が刑罰を受ける。

この基本観点を明確にすると、法人犯罪において二つの犯罪主体を認めると一事再罰の泥沼に陥るかどうかを検証することができる。

た犯罪とみられるだけである。よって法人犯罪は「一つの犯罪」である。

どうして「一つの犯罪」が、二つの犯罪主体に分化するのであろうか。それは、法人が一つの社会システムであって、自然システムと区別されるからである。社会システムの主体は、社会の構成員である。社会システムの伝達は、有意識・有目的の人の自覚活動で実現され、人と人の自覚活動を離れると、社会システムは連動しない。だから、その犯罪活動を統一体としてみると、外部的には、法人が主導作用をする法人統一体の犯罪であり、法人の主体は法人自身である。法人構成員は、法人の要素で法人に従属するが、法人の内部機構を細かく分析すれば、法人という社会システム主体の自然人として、主要な決定的作用をしており、自然人の自覚的犯罪活動がなければ、あらゆる法人犯罪もあり得ない。この意味で、法人犯罪は、主要な役職者と他の直接責任者に従属している。それゆえ法人統一体犯罪において、彼らは相互に関わっている犯罪主体である。ここでは、法人構成員が実行した犯罪行為は、二重性をもっている。法人統一体の犯罪行為の一部でもあれば、個人で実行する犯罪行為でもある。法人構成員の主観的犯罪要素（故意あるいは過失）も二重性をもち、法人統一体犯罪の一部でもあるし、個人の主観による罪でもある。よって法人自身の法人犯罪であるし、法人構成員の法人犯罪の実行等でそれが犯罪全体になる。法人統一体においては、二つの犯罪主体つまり法人と法人になる自然人の関係は、システム統一体とシステムの構成要素との関係である。法人の犯罪が二つ犯罪主体に分化するのは、法人が自然人で組成した複雑な社会システムだからである。二つの主体は、この社会システムの内部機構と統一体の関係を法人犯罪の性格に反映しているのである。ある人が「共同犯罪関係がなければ、二つの犯罪統一体もない」と言った。これは、伝統的共犯理論で法人犯罪を規定しているので、不正確である。全て法人犯罪の理論は、必ず法人が自然人で組成した独立人格の社会システムを持つ、という基本的客観的事実から出発しており、伝統的概念あるいは原則から出発しているのではない。そうしないと合理的解釈はできない。

（6）法人統一体犯罪において、法人構成員が刑事責任を負うかどうかは、法人が刑事責任を負う必要条件ではない。逆に、法人が犯罪を構成することは、法人内部の構成員（自然人）の刑事責任を追及するための根拠と必要的前提になる。

（7）法人は多段階の社会システムにより、法人犯罪では犯罪活動に関わるので、時空の範囲で何段かの法人システムが犯罪主体の責任を負うため確定される。

この理論的提示は、全く新しい理論のように、理論と実践の厳しい試練を受けることになろう。現在、法人は有機的組織体犯罪で、自然人（法人構成員）の共同犯罪ではないという基本については、刑法学は共通認識に達したが、上記の第五点には疑問と反対を受けた。ある人は「法人犯罪が『一つの犯罪』『二つの犯罪主体』とは正確ではない」⁽¹⁷⁾。「この二つの犯罪統一体がどのような関係に立つかは円満に解説できない」⁽¹⁸⁾。「一つの犯罪に二つの犯罪主体が現れると、この二つの犯罪主体は、非共犯の状況下で刑罰を受けるので、最終的に一事再罰（二重処罰）の泥にまみれてしまう」⁽¹⁹⁾というのである。これらの疑問に簡単に回答する必要がある。

第一 一つの犯罪、二つの犯罪主体について

法人は、一定の社会関係にある自然人が一定条件で独立の社会系統（システム）を組成したもので、一つの独立人格ある社会有機体である。これが、法人の根本性質である。法人のこの根本性質は、法人と法人要素になる自然人（法人構成員）の間の複雑な関係である。

システム論の観点によると、法人は一つの社会システムとして、その重要性をもつ。システムの統一体性は、あらゆる法人構成員（系統要素）が、法人に従属する法人の有機部分として、法人統一体の面影で現れ、独立した個人の身分で現れるのではない。法人が犯罪活動を遂行するときも同じである。あらゆる法人犯罪は、法人という有機統一体の犯罪であって、独立した個人である法人構成員自身の犯罪ではないことを決定した。法人構成員は、この犯罪活動に参加するが、法人統一体が実行し

2. 人格化社会系統〈システム〉責任論

前述の理論は、各々長所と短所を持ち、ある程度合理的に法人犯罪と刑事責任の問題を理解したが、全面的・系統〈システム〉的に法人犯罪の問題を説明できていない。

法人犯罪および刑事責任に科学的理論根拠を提示するために、学者は「法人格化社会系統責任論」⁽¹⁶⁾を提出した。この基本点は、次の通りである。

(1) 法人は、人格化された社会システムである。法人の社会責任は、人格化された社会システムの刑事責任である。

(2) 法人刑事責任の本質は、統一責任すなわち法人システム統一体の刑事責任である。これは法人がシステム統一体として犯罪を実行することであるから、一つの統一体として刑事責任を負うべきである。

(3) 法人は、一つの人格化された社会システム統一体として、自己の統一体の意思と行為を備えているから、自己の犯罪能力と刑事責任能力をもつ。法人統一体の意思と行為を個人の意思と行為に還元しないのは、法人犯罪を個人犯罪に還元しないようにするためである。

(4) 法人は、自然人の有機統一体を組成する。法人の活動は、自然人の自覚活動を通じて実現されるので、法人の犯罪活動を有効に抑制するためには、法人統一体の刑事責任を追及するほか、法人システム内で法人犯罪について重大作用と重大責任を負う法人構成員にも、刑事責任を追及すべきである。彼らが刑事責任を負う根拠は、法人と法人犯罪の構成要素として、法人統一体犯罪の主観的要素（故意と過失）、客観的行為（作為と不作為）、およびこれらの行為で決定した彼らの法人犯罪への作用と責任に由来する。

(5) 法人犯罪において、実際に一つの犯罪（法人統一体犯罪）、二つの犯罪主体（法人とその構成要素たる自然人）について、二つの刑罰主体（両罰性）になるかは一つの刑罰主体（単罰性）になるか。これは、法人システム統一体機構の特殊性と複雑性に依じて決定する。法人犯罪の内部機構を深く分析した結果として定まる。

人犯罪の重大さゆえに、ようやくわが国の刑事立法も単位（法人）犯罪を規定した。

刑事立法は、法人犯罪の規定について、頭脳も身体もない法人が、どうやって犯罪を実行するのか、どうして刑事責任を負うのか、という疑問を解決していない。この問題に対して、科学的解釈をするために、人々は様々な理論を提示した。最も影響力があるのは「代替責任説」「法人代表分身説」「企業組織体責任論」、その他に「法人客観責任説」「法人有機体説」「過失責任説」あるいは「危惧感説」等である⁽¹⁵⁾。

「代替責任説」は、「使者の過ちは主人の責任」という昔の民事侵害原則に由来する。この原則では、法人が刑事責任を負うのは、法人が犯罪を実行したのではなく、彼の使者（法人代理人、従業員等）が犯罪を実行したからである。法人は使者の犯罪の刑事責任を負うだけである。

「法人代表分身説」（The Alter ego doctrine of corporate representation）の観点では、法人は肉体がないが、彼の一切の行為は犯罪行為を含めて自然人を通して実施する。しかし、ある自然人の思想と行為は、法人自身の思想と行為とみなされる。「理事（代表取締役）と社長は会社の指導思想と意思を代表し支配する。これらの社長たちの心理状態と意思が会社の心理状態である」。これら会社事務を支配する人は、会社の化身であり、会社の「もう一つの我」であり、彼らは会社と同一の存在であるからである。彼らは会社の実権を握る者として自分の職務権限の範囲の中で行動し、彼らの行為と心理状態が即会社の行為と心理状態であると考ええる。もしこれが、一定犯罪の行為と心理状態であれば、この犯罪は即会社自身の犯罪であり、会社がその刑事責任を負うべきことになる。

「企業組織体責任論」の観点では、法人は各法人構成員を越えて実際には社会的企業組織体として存在し、しかも組織体の全構成員の行為は、組織体活動の一つの手段として進行する企業組織体の行為であり、法人の行為であり、犯罪もそうである。かかる状況からして組織体の犯罪行為は、即法人の犯罪行為である。

法人構成員では、法人という有機連帯の組成部分として犯罪活動に参加しても、あらゆる法人犯罪活動に参加する法人構成員が、刑事責任を負うとは限らない。

上記四つの特徴は密接に関わる。この四特徴があれば、単位（法人）で実施する犯罪であって、自然人（個人）の実施した犯罪ではない。

以上の分析に基づいて、単位（法人）犯罪は、以下のように具体的に定義される。

いわゆる単位（法人）犯罪では、会社・企業・事業単位・機関・団体の経営者、役員、直接責任者その他の単位構成員が、単位（法人）の意思の支配の下で、単位の名義で、かつ単位の利益のために、故意または過失で実施した社会を危害する行為は、法律により処罰される。

第4節 単位（法人）犯罪の理論的根拠

1. 国外の主要な法人犯罪理論

早期の資本主義の国家刑法と基本理論は、個人責任を基礎として、個人犯罪を認める。法人犯罪を認めない主な理由は、法人が、思想をもっておらず、実体もないから、犯罪を実行する可能性がないからであるとする。イギリスの有名な法律家ブラックストンは、「法人は、一つの社会実態として、人を撃つ可能性もないし、撃たれる可能性もない。自己の行為によって国家謀反、死刑相当罪あるいは他の罪刑を犯す可能性はない」、「エドワード・ココの名言によれば、『天崩地裂でも、法人は宗教の法廷には送られない』」⁽¹³⁾ といった。しかし、法人が大量に現れ、しかも何らはばからず刑法を犯すとき、資本主義国家は、刑法で法人犯罪を定め、刑事責任を追及するのである。

わが国でも、同様な状況にあった。1979年刑法は、自然人犯罪を規定したが、法人（単位）犯罪を規定しなかった。しかも、一部の学者は法人犯罪を否定した。彼らの主な論拠は、「法人は生命の実体がなく、主観的悪性力がない」⁽¹⁴⁾。「法人は、刑事責任能力という生存にかかる生理的基礎をもっておらず、意思と意思能力を備えていない」。しかし、法

の過失犯罪は、この点を必要な前提とする。法人の連帯意思形成の方法は、様々であり、法人の決定機関も、法人の最高指導者または少人数の幹部役員も決定できるし、さらに法人構成員全体の共同決定もできる。しばしば法人の法定代表人または経営者の意思が、法人の意思であり、あらゆる決定機関の同意を得る必要はなく、具体的状況によって確定すべきである。しかし、何よりも、法人犯罪は、法人意思の直接支配の下で実施すべきである。もしこの特徴が欠けていれば、法人犯罪ではなく、個人犯罪である。例えば直接責任者が、法人の授權を受けていない状況の下で、自己の意思に基づいて、法人の名義をもってかつ法人の利益のために、犯罪活動を行うのであれば、この犯罪活動に法人の代表者、経営者または他の法人の意思代表者の黙認または承認がある場合を除いて、これは、責任者の個人犯罪であって、法人犯罪ではない。

2) 法人犯罪は、法人名義で実施されねばならない。法人は、人格化された社会組織、独立の人格を持ち、独立の社会関係における主体の資格で外部と交流および活動をする。二重身分を持つ法人構成員は、法人名義で犯罪活動を行うのであれば、その犯罪行為は法人犯罪の一部である。例えば、代表者であっても、個人の身分において偽の契約により詐欺をする場合は、個人犯罪であって法人犯罪ではない。

3) 法人犯罪は、法人利益のために実行されねばならない。法人の構成員が、個人名義で犯罪を実行して私利を得る場合には、法人犯罪ではなく個人犯罪が成立する。

4) 法人犯罪の実行者は、法人組織体の構成要素となる法人の代表者、経営者、直接責任者またはその他の法人構成員でなければならない。法人犯罪は、法人組織体犯罪であって、犯罪活動に参加する人の全部が法人構成員でも可能であり（例えば工場製造の偽造品売買）、一部構成員でも可能である（例えば法人の賄賂受託）。しかし、彼らは、法人有機体の組成部分として犯罪活動を行う。ここで法人代表者、経営者と直接幹部責任成員を強調するのは、彼らが法人犯罪の中で重要な役割を果たすため、一般的に彼らの刑事責任を追及すべきであるからである。他の

この非常に複雑な問題について、国外の刑事立法、司法実務および刑法理論が、様々な解決方法と名称を提案した。概括的には二つの基本的方法がある。法人犯罪で法人自身の犯罪を認めるには、普通その犯行は法人の代表意思決定権を持つ役員が行った行為、または役員の授権・要求・命令・黙認の下で法人構成員が行った行為に限られる。法人犯罪で法人自身の犯罪と認めない代わりに責任を認めるのは、通常、法人の代表者、代理人、被用者または他の従業員が法人の事務、職務または業務範囲で実施した違法犯罪行為について、法人の刑事責任を追及すべき場合である。前者の典型例として、イギリスで1968年に発布した貿易説明法20条の規定では、「法人団体の実行した本法で定める犯罪が法人の理事・経営者・部長など法人の高級職員及び同様な権力を行使している人の同意・黙認の下に実施した行為、またはこれらの責任者の過失が証明された場合には、その責任者と法人団体は同様の責任を負う。」後者の典型的な例は、日本が1970年に公布した「人の健康に関わる公害犯罪の処罰に関する法律」4条であり、「法人の代表者又は法人もしくは人の代理人、使用人もその他の従業員がその法人又は人の業務に関して、前二条の罪を犯したときは行為者を処罰するほか、その法人又は人に対して各本条の罰金刑を科す」と定めている。

わが国の刑法は、法人（単位）を犯罪行為の実行者つまり犯罪主体として、刑法で明確に定義してある。したがって単位の構成員が行った犯行が、単位の意思、認識の反映または法人団体の意思支配の下での行為に限って、単位構成員の個人犯罪ではなく、単位犯罪であると認める。しかし、わが国の刑法は、この点を具体的に規定していないため、これから理論上前述の問題について深く研究すべきである。

以下の特徴を具備すれば、法人（単位）が実行する犯罪である。

1) 法人犯罪は、法人の認識と目的のある活動である。法人の故意犯は、法人直接の意思で支配されるし、過失犯も法人の意思決定で実行される。過失犯の場合、法人の有機体としての意思表示は、故意に法律に違反しまたは履行すべき義務を履行しなかったものでないことである。全て法人

である。これは法制統一の要求であると同時に理論的欠点を示さねばならない。ベンサムは、国民の法律制度に対する態度を論述したとき「法治政府の下で、善良な国民の座右の銘は何であろうか。厳格に服従し、自由に批判することである」。「ある制度を批判しなければ、改善することもできないだろう」⁽¹²⁾といった。

本書で理論的に法人犯罪と単位犯罪を同等な概念として用いることは、理論的分析研究と学術的交流の利便のためである。国内であろうと海外であろうと、法人犯罪は最も通用している概念である。

（２） 単位（法人）犯罪と自然人犯罪の区別について

単位犯罪概念における単位犯罪と自然人犯罪の主な区別は、犯罪主体が異なる点にある、といわれている。自然人が実行する犯罪は自然人犯罪、単位が実行する犯罪は単位犯罪である。しかし、犯罪行為が自然人または単位で実行されるのは、複雑な深く研究すべき問題である。

単位犯罪は、法人という組織体が行って完成する。単位は、多くの自然人が結合して形成した有機的組織体である。この団体行為は、構成要素たる自然人が一定の結合方式で実行する。しかし、単位構成員の一員たる自然人は、二重身分をもっている。一方では、単位組織体の構成要素として、その思想と行為は、単位という有機的組織体で組成され成立した部分として、単位組織体の思想と行為に属して服従する。他方では、独立の思想と行為を持つ個人として、単位とは別に、単位の社会的関係から主体として独立した地位を表現して、自分の事務を独立で処理できる。単位の成員たる自然人のこのような二重身分は、単位の正常な活動あるいは単位の犯罪活動に存在している。単位の構成員という二重身分は、その思想と行為が単位の犯罪思想と犯罪の行為の成り立つ部分ではあれば、個人独立の犯罪思想と犯罪行為としても可能である。したがって単位犯罪の犯罪構造の研究では、まず両者の区別を研究し、境界を画定してから、いかなる状況で単位組織体が行った犯罪が単位犯罪になるか、いかなる状況で単位犯罪ではなく自然人（個人）の犯罪になるかを確定する。

現在、わが国の国有企業は、改革中であり、現代企業制度を設立する必要がある。企業を自主経営、自得自損、自己発展、自己拘束の法人実体と市場経済競争主体に据えると、企業の経営利益と市場競争能力も高まる。刑法で法人犯罪を処罰する目的は、その処罰を通じて、法人の市場経済と社会政治生活での行為を規律し、市場経済秩序・社会生活秩序・市場経済を固定し発展させるためにある。1993年の中央による「社会市場経済体制の問題に関する決定」がこのように指摘し、「広く法人違反犯罪を含む事件を摘発する」として法人犯罪の摘発を強調した。

しかしわが国の刑事立法では、1982年全国人民代表大会常務委員会が「横領罪、賄賂罪に関する補充規定」と「密輸罪に関する補充規定」⁽¹¹⁾から使った名称は、企業・事業単位・機関・団体・集合経済組織などであり、犯罪に法人犯罪という名称を使ったことがない。刑法改正を論議したときに意見が述べられ、その名称を法人犯罪と改めた。法人犯罪の概念を使うことは、国際の交流と協力に有利であるし、民法・経済法等で使われている「法人」と一致することでも有利である。法人は、市場経済と社会政治生活の最も重要な主体であるという時代特徴を強調することもできる。さらに重要なのは、法人は厳格な法律概念であり、法人犯罪の名称を使うとさらに科学的に法人犯罪の概念を定めるにも有利である。これらの長所は、単位犯罪ではなく、さらに正確に言うと単位犯罪の欠点である。ただし、これらの意見が立法者に採用されなかったことは、遺憾である。新刑法での法人犯罪に関する規定は、依然単位犯罪という名称を使っている。その主な理由は、法人犯罪の名称では定義が狭いため、法人資格を備えていない合法的企業や事業単位と機関団体を含むことができないことにある。実は海外では、刑法で法人犯罪というのは、非法人の合法的団体を含んでいる。これについて、ある国家は、法律で明確に規定している。明文で規定していない国家では、これらの説は慣習として決して誤解されることがない。

しかし、わが国が正式の法律を解釈し法律を適用するときに必ず単位犯罪という名称を使ったのは、わが国が法律で単位犯罪を明定したから

罰は、必ず刑法が明定する法人犯罪の行為に限られる。これは罪刑法定主義の法人犯罪における体现である。

③**犯罪の主体が単位であること**。その主体は、公司（会社）・企業・事業単位・政府機関・団体である。これが、単位犯罪の主体属性であり、単位犯罪と自然人犯罪の区別である。

上記の三つの属性は、相互に連携して、犯罪の本質属性を決定した。単位犯罪の概念と特徴に関して、二つ密接に連携する問題を解決しなければならない。第一は単位犯罪の名称の問題、第二は単位犯罪と自然人犯罪の区別である。

（1） 単位犯罪の名称について

国外では、一般に会社・企業・事業・機関・団体など合法的な社会組織の犯罪を法人犯罪と定める。これは長い歴史に起因する。法人犯罪は、商品（市場）経済がある程度に発達した段階の産物であり、法人制度が確立し、法人が市場経済で重要な主体として社会経済生活に介入することによって発展してきた。法人犯罪の最も早い形式は、会社犯罪である。会社制度の設立と発展は、市場経済の発展に非常に重大な決定的作用を持つ。アメリカのティーラーは、かつて次のようにいった。「有限責任会社は、近代の偉大な発現である。蒸気機関と電流の発明も、有限会社の重要性に及ばない」⁽¹⁰⁾。会社制度の成熟と会社の大量的発展は、法人制度の設立と発展に基礎を与えた。各種の法人が大量に現れ、社團法人と私法人以外にも国家機関と公法上の社團等の法人がある。これらは、独立の身分で政治、経済、文化領域および社会生活の主体となった。法人は特殊類型の人として大量に現れ、法人の身分で犯罪活動を行うので、刑法で法人を処罰することは、歴史的必然になった。

わが国の状況も同じである。市場経済の発展がなければ、法人制度が確立し、大量の法人が社会の経済政治発展の主体として、歴史の舞台に登場することもなかった。各種犯罪活動を行わなければ、法人犯罪を処罰する法律も、わが国の刑法にこれほど早く現れなかったかもしれない。市場経済の成立と発展により、法人の制度と地位が重要になりつつある。

単位犯罪を経済犯罪または故意犯罪に限定することは、根拠がない。刑法の単位犯罪規定は、実際に単位犯罪と自然人犯罪とを等しく独立の犯罪主体・刑罰主体とみなした。これらの犯罪の刑事責任を基礎にして、刑法体系を構築した。単位犯罪を各則のみで規定し、総則では認めない矛盾を根本的に克服し、刑事責任の統一を実現した。

刑法は自然人の刑事責任（個人刑事責任）と単位の刑事責任（法人刑事責任）を一体化したので、刑法の多くの条文は自然人と単位に適用される。刑法13条の犯罪概念に関する規定も例外ではない。つまり両犯罪を包括する統一的な犯罪概念は、単位にも自然人にも適用される。

単位犯罪と自然人犯罪の理論的区別は、ただ犯罪を実施する主体が異なる点にある。単位で実行される犯罪行為が単位犯罪である。自然人で実行される犯罪行為が個人犯罪である。犯罪概念の他の特徴は全く同じである。それゆえ、刑法は単位犯罪を定義せず、ただ30条で「会社、企業、事業単位、政府機関が団体に社会を損害するときは、法律により刑事責任を負う」と規定するにすぎない。

刑法13条および30条の規定によれば、単位犯罪は以下のように定義される。「いわゆる単位犯罪とは、公司〈会社〉、企業、事業単位、機関ないし団体により行われる社会に危害を及ぼす行為であり、法律の規定に基づき刑罰で処罰されるべき行為である」。この概念から、単位犯罪が以下の三つの特徴を持つことが明らかにされる。

①社会に危害を及ぼす行為、すなわち社会危害性を具備した行為であること。これが単位犯罪の社会的属性である。

②法律の規定により刑罰で処罰される行為、すなわち法による処罰を受けるべき性質を具備した行為であること。これが単位犯罪の法律的属性である。これは自然人犯罪とは異なる。刑法各則に定める全ての犯罪には、単罰制の単位犯罪も含まれうるが、自然人は全てこの犯罪の主体となる。しかし、これと異なり、単位は一部の犯罪において犯罪の主体となるにすぎない。それゆえ刑法30条の規定では「法律に定める法人犯罪は、刑事責任を負うべきである」ため、法人犯罪に対する法による処

きことは、犯罪概念に明示されている。これは、罪刑法定原則が概念上具体的に体现している。この原則の基本的精神によれば、法律の明文で規定され処罰される行為が犯罪である。「三特徴説」では、違法性と懲罰性の区別が問題になる。違法性には、刑法に違反する確実な罪を犯したならば、法の必然的な罰を受けることで、懲罰性も含まれている。単に一つの特徴とする必要はない。しかも、行為が懲罰を受けるか否かは、組織や個人で決められるわけではない。国の最高権力機関で制定する刑事法が、これを規定する権力を持っている。「法による」懲罰性といわないと、いわゆる懲罰を受けることが客観性と統一性を失い、主観的判断になってしまうので、これを犯罪概念の特徴とするのは、合理的ではないのである。

第3節 単位（法人）の犯罪概念

新刑法の大きな進歩の一つは、個人（自然人）の刑事責任と単位（組織体）の刑事責任（法人の刑事責任）とを一体化したことである。具体的には、①刑法総則では単位犯罪とその処罰原則を規定し、②刑法分則では、大量に単位犯罪の罪名と法定刑が定められた。単位犯罪の条文を百条近く規定し、公共の安全を害し社会主義市場経済を破壊する罪、人身権利を侵し民主権利を害する罪、社会管理秩序を害する罪、国防利益を害する罪、賄賂罪などを定めた。国家安全を害する罪では、四つの条文が単位犯罪に関連している。刑法107条では、「国内または国外の機関、組織または個人が組織や個人に援助するときには、第102条、第103条、第104条、第105条によって、直接責任者に対して、5年以下の懲役、拘留、管制に処し、または政治権利を剥奪する。情状が極めて重いときは、5年以上の懲役に処する」。ここにいう「国内または国外の機関、組織」は単位を除いていない。③単位犯罪には、自然人犯罪と同じように、故意犯・過失犯があり、個人犯罪もあれば共同犯罪もある。既遂罪もあれば未遂罪や予備罪もある。④刑法各則の条文で規定され、単位しかできない犯罪の例として、第137条、第126条、第387条、第396条等がある。

を放任し、刑罰を乱用し、国民に被害を与えている。これを抑制するうえで、この犯罪の基本属性を強調することは、多大な役割を持つ。これらの現象は、本質的に考えると、個人の意思・権力・利益を党および人民の意思・権力・利益を凌駕するもので、社会主義法制の破壊になる。

しかし、法による行為の懲罰性は、社会の損害性を基礎としている。もし行為に社会損害性が足りないため、刑罰で処罰できない場合には、犯罪として法律で定めることもできない。それゆえ、社会損害性と法による懲罰性〈可罰性〉は、相互に依存し作用し制約している。どちらも犯罪そのものを決定する不可分の本質属性である。どちらも犯罪の最も基本的で重要な特徴である。

犯罪は、その社会属性と法律属性の統一である。犯罪の社会属性は、犯罪の法律属性の根拠であって、犯罪の法律属性は、いわゆる犯罪の社会属性の法律的表现である。刑事法は、各種の具体的な法を定立して処罰する行為を定め、具体的な罪まで規定した。すなわち犯罪の構成〈要件〉、構造および全体的性質である。例えば刑法239条は、「基本権を奪う目的で、人を誘拐し、または人を誘惑して人質にする者は、10年以上の懲役または無期懲役に処する。同時に罰金を科し、または財産を没収する」。一般的に、法律の具体的犯罪概念と刑罰の規定に適合する行為ならば、犯罪の社会属性と法律属性をもっている。

しかし、ある特別事情下で、形式的に行為が法律の定める犯罪概念およびその罪状に符合することも起こりうるが、しかしその罪が軽く損害も小さいときは、犯罪は成立しない。これが刑法13条最終項の規定であって、「情状の損害性が大きくない場合は、犯罪ではない」。実際には、こうした状況は、極めて少なく、特殊な例外である。

この刑法13条の例外は、わが国の犯罪概念の補足だとみなされる。これは犯罪概念の一部である。この規定は、行為の情状を強調し、社会損害の程度も強調した。法は、いわゆる犯罪ではないことを犯罪とみなさず、犯罪として処罰することはできない。

犯罪概念の特徴に関して、様々に意見が分かれている。法で懲罰すべ

ば、合法行為、それ以外の違法行為など）との区別は、まさにその内部の規定性による。犯罪の質は、犯罪の存在と直接に結びついている。犯罪の質は、犯罪の本質属性で決定される。しかし、どの様な属性で犯罪でない非犯罪と区別できるのだろうか。一部の論者は、社会損害性と考えた。しかし、社会損害性は、犯罪特有の属性である。他の違法行為と道徳に反する行為も、社会損害性を持っている。これのみでは区別がつかない。そこで他の論者は、非常に重大な損害性、重大な社会損害性、極端な社会損害性などで限定を加える。しかし、これらの内容は明確ではない。そして、ある論者は、犯罪的社会損害性を持ち出してきた。犯罪的社会損害性は、犯罪そのものに特有の属性であり、非犯罪的社会損害性と区別することができる。問題は、犯罪的社会損害性とは何かである。これは困難な問題である。犯罪的社会損害性は、まず犯罪を確定して初めて述べることができる。それでは、どの様にしてある行為を犯罪と確定するのであろうか。また始めから分析し直さなければならない。すなわち、社会損害性のみでは、犯罪の質の規定性を解決できない。いわゆる社会損害性は、犯罪の本質的属性であるが、唯一の属性ではない。これまで述べたように、あらゆる行為は、いかに社会損害性があっても、刑法の明文で定めていない刑罰で処罰する限り、犯罪とはならない。もし1979年刑法が、明文で罪刑法定主義を刑法の基本原則と定めていなかったならば、今日間違いなく同法は補正されている。ここで罪刑法定主義が人権保障に重大な意義をもっている、と繰り返し述べなくても、罪刑法定主義を認めれば、犯罪概念の法律属性は、法による懲罰性こそが犯罪の本質的属性である、と認めるべきことになる。

行為の社会損害性は、客観的な存在であるが、自ら犯罪であると定めるわけではない。国家の価値判断や法律で処罰すべきことは、犯罪になりうる。これは罪刑法定主義の必然的要求である。わが国で最高権力機構が刑事法を定める以外に、いかなる組織や個人でも犯罪を定める権力を有しない。

今日、実務において、一部の者が権力を使って、法を無視し、犯罪者

いわゆる社会損害行為は、個人、社会または国家の利益に実際の損害を与える行為である。個人利益を害する場合も、社会利益と国家利益を害する場合でも、全てわが国の社会主義社会を害する行為である。

行為の社会損害性の有無と大小は、社会の政治・経済条件で制約される。社会の政治・経済条件が変化すると、行為の社会損害性も変化する可能性がある。一部の本来社会損害性を持っている行為は、その社会損害性を失うことがある。一部の行為の社会損害性は、大きくも小さくもなる可能性がある。そのため、その時々社会・政治・経済条件から正確に社会損害性を判断し、これが犯罪かどうかを確定する。

行為の社会損害性の有無と大小は、客観的存在であり、人の意思によるものではない。しかし、全ての社会的損害が客観的で自然な犯罪であるとは言えない。ある社会損害的行為が、犯罪であるが、どの程度で犯罪になるかは、支配階級が自分の意思と利益で定めることである。いわゆる支配階級が、国家意思の形式で法律に明文で規定した。これが、犯罪の第二の基本属性、すなわち犯罪の法律属性である。

第二、犯罪は、法律により刑罰で処罰すべき行為である。すなわち、法による懲罰性が、犯罪の法律属性である。

犯罪は、法律により刑罰で処罰すべき行為である。これは、罪刑法定主義の必然的要求および犯罪概念の具体的体现である。わが国では犯罪とは何であろうか。国家の最高権力機構が、法律の形式で規定するものである。その他の組織や個人などは、このような権利を持っていない。法によって刑罰を受くべき行為は、いわゆる刑法の明文に規定した刑罰を科する犯罪行為である。あらゆる行為は、いかに社会損害性の程度が重大だとしても、刑法の明文で規定されていなければ犯罪でない。ゆえに、法による懲罰性〈可罰性〉と社会損害性は、犯罪の本質属性である。この二つの属性は、犯罪自体の質を定める決定的な影響力がある。どちらも欠くことができない。質とは、ある事物を他のものと区別できる内部的に固有な規定性である。質と事物の存在は同一であり、特定の質は事物の存在自身である。犯罪事象の質とそれ以外の非犯罪の事象（例え

括して、犯罪を法的に定義した。同刑法10条の規定では、「一切の国家主権と領土完成を害し、無産階級専政を損ない、社会主義革命と社会主義建設を破壊し、社会秩序を破壊し、国民の所有財産または労働人民集団所有の財産を侵し、市民の個人所有の合法的財産を侵し、国民の人身権利、民主権利、その他の権利を侵すことは、法律に従って刑罰で処罰すべき犯罪である。情状の非常に軽い場合、損害も少ない場合は、犯罪とみなされない」。

新刑法は、基本的にこの定義を引き継いだが、内容は少し修正された。主に①「国家を分裂し、人民民主政の政権と社会主義制度を転覆する行為は、犯罪である。これは現在の国際及び国内状況によって極めて重要である」と強調した。②経済秩序を破壊する行為は、犯罪である。これは社会主義市場経済を保護するためであると強調した。③その他若干の文字を修正した。

新刑法13条は、「あらゆる国家主権、領土の完成と安全を損ない、国家を分裂し、人民主権専政の政権を転覆し、社会主義制度を転覆し、社会秩序と経済秩序を破壊し、公有財産を侵し、労働者集団所有の財産を侵し、国民個人所有の財産を侵し、国民の所有財産を侵し、国民の人身権利、民主権利、その他の権利を侵し、その他の社会を損なう行為は、法律によって刑罰に処すべき犯罪である」と規定した。

この定義は、犯罪の社会的有害性と犯罪の法律属性の統一を強調している。犯罪が二つの基本属性を持っていることを示している。

第一、犯罪は、社会を害する行為であり、すなわち社会に危害を与える属性を持っている。単に社会危害性ともいわれ、これが犯罪の社会的属性である。

まず、犯罪は、社会を損なう行為であり、思想ではない。よって、有害または反動の思想は、社会を害する行為でなければ、犯罪ではない。次に、この行為は、思想の外部的表現の純客観的行為とは限らない行為を包括し、行為を中心に主観的・客観的要素で構成された有機体である。行為の社会損害性は、純客観的行為で決定されるのではない。

で処罰する行為であるので、理論的には不完全で実践的に実害が大きい。そのため、1958年に発布した「ソ連及び各加盟共和国刑事立法綱要」は、犯罪概念を大幅に修正した。「綱要」の7条は、「あらゆる刑事法で規定したソビエト社会制度あるいは国家制度を害し、社会主義経済体系及び社会主義所有制を害し、人民の身体、政治権力、労働権、財産制と他の権利的社会を害する行為（作為または不作為）、刑事法で規定した社会主義の法律秩序に違反する行為は、犯罪である。」と規定した。これで以前の犯罪概念に不足していた部分を補い、犯罪概念が社会主義法制の原則に則って定立された。60年代以後、ソ連及び各加盟共和国・東ヨーロッパ諸国が発布した新しい刑法典の犯罪概念は、犯罪の社会侵害性と犯罪の法律属性の統一を強調した。

旧ソ連の解体以降、東西ドイツおよび東ヨーロッパの国家社会の性質は、重大な変化を起こした。注意すべきことに、1996年の「ロシア連邦刑法典」は、過去の立法伝統を保持し、犯罪概念を明文で規定した。この法典の14条1項の規定では「本法典では、禁止されている罪を実行し社会を害することを刑罰で抑止している行為が、犯罪である」。第2項の規定では、行為（不作為）は、形式的に本法典で規定されている行為の要件を含んでいるが、その状況が軽く社会損害性がなく、即ち個人、社会または国家に損害がない行為は、犯罪ではない¹⁾。この定義は、犯罪の社会損害性と犯罪の法律属性を統一した。これは、1960年の「ソビエト・ロシア刑法典」とは異なり、犯罪概念の中で犯罪の主観的要素を強調し、「違法であると認識して」実行された社会を害する行為が初めて犯罪とされる。これは、1944年のスペイン刑法典1条が、犯罪は「自由意思及び過失による」と定めたのと共通して、責任主義の刑事立法に対する影響を表現したものである。これらを強調することは、団体責任特に結果責任および客観的帰責に反対することになる。

2. わが国の刑法における犯罪の一般的概念及び特徴

わが国の1979年刑法は、中国の実状から、わが国の犯罪闘争経験を総

の犯罪が資産階級支配者にもたらす利益侵害をできるだけ避ける。

第2節 わが国の刑法における犯罪の一般概念

1. 刑法における犯罪の一般概念

刑法における犯罪の一般概念は、刑法で定める各種の具体的犯罪の特性を概括したものである。各国刑法における犯罪概念は、全て支配階級の意思と利益を表現したものである。階級支配を維持し、それに奉仕するためである。資産階級刑法は、犯罪の一般概念を明文に規定せず、規定があっても犯罪を形式的に定義するに止まる。犯罪とは法律の規定で刑罰を受けるべき行為であるが、犯罪の階級本質と政治的内容は掲げられない。例として、1910年のフランス刑法典1条によれば、「法律が警察刑で処罰するのは違警罪である。法律が、矯正刑で処罰するのは軽罪である。法律が生命、身体、自由、または社会地位能力を処罰するのは重罪である」。1944年のスペイン刑法典1条によれば、「自由意思および過失行為ゆえに法律で処罰する者は、いわゆる犯罪及び過失罪である」。資産階級刑法では、罪刑法定主義により、犯罪とは法律で定められている処罰すべき行為である。これは重大な進歩である。しかし、犯罪の実質が掲げられておらず、不完全である。しかも刑事処罰の階級本質を大きく隠している。

社会主義国家刑法における犯罪概念は、最初に犯罪の階級的本質だけを提示することを重視した。ソ連が1919年に発布した「ソ連ロシア刑法指導原則」5条によれば、明確に「犯罪は、刑法で保護している社会共栄と社会秩序に違反する行為である」。1922年に発布されたソ連ロシア刑法典6条の規定では、「ソビエト制度の基礎及び工農政権を共産主義に移行する時期に定められた、法律秩序を脅かす全ての社会を損なう行為あるいは不作為は、犯罪である」。1926年に発布した刑法典も、基本的にこの定義を用いている。この定義は、犯罪の階級的本質を示した一般的な犯罪の実質定義といわれる。しかし、この定義は、犯罪の法律属性（法定主義）をゆるがせにした。犯罪は、法律で定められている刑罰

中八九女子の反抗をぶちこわす」⁽⁹⁾。女性を強姦することは、彼らの合法権利であった。窃盗と強盗は、本質的に財産を侵害する。しかしエンゲルスは、「全ての政治改革が、始めから最後まで財産を保護するために行われ、没収（あるいは窃盗）の手段で進行している。二千五百年の間、私有制が残されてきたのは、財産所有権を侵したためである。」と指摘した。それゆえ、全ての窃盗行為が犯罪とはいえないのである。人類史上合法的窃盗で奪ってきた財産は、どれほどあるのであろうか。百年前、浦魯東は、「財産とは何か。財産は窃盗されたものである。」と語った。この話は、ある程度真理性を持っている。数え切れない歴史の事実がそれを証明した。自然犯はこの世に存在しない。犯罪は、支配階級の利益を犯す。そして、支配階級によって処罰される行為である。犯罪の階級制を否定すると、犯罪の本質が認識できない。

（3）もう一つの観点によれば、犯罪は、どこで発生しても、人類社会を害する。それゆえ犯罪は、どの国で、どの国籍の犯罪者が、どの国籍の被害者に対して行うか問わず、その行為が世の中で発生すれば、どの国家も本国の刑法で処罰できる。このいわゆる「犯罪世界性説」は、国際法で刑事管轄を行使する世界性原則の理論根拠である（普遍管轄原則）。この犯罪世界説は、実際に犯罪を階級を超えた社会現象とみなす。これは正解ではない。あらゆる国家の支配階級は、いつも自分の意思と利益で、どんな行為が処罰すべき犯罪行為であるかを判断する。当然であるが、人類社会では、階級利益以外にも、各階級の共同利益と全人類の共同利益が存在している。この共同利益を犯す行為は、政権を握っている支配階級により、犯罪と規定される。例として、国際的海賊活動、奴隷売買、薬物売買、人種民族絶滅、航路安全損害、平和破壊、人類生存への危害などの行為が、各国の支配階級を通じて、国際法と国際条約によって犯罪行為とされたのは、これらが彼らの共同利益を犯したからである。しかし、各国の支配階級は、まず自分の階級利益から犯罪を定める。環境汚染、資源破壊など全人類の共同利益を著しく損なう行為も同じである。多数の欧米国家は、これらを犯罪と定める過程で、これら

盗・暴力・詐欺・背信が、古い階級ないし氏族社会制度を崩壊させた」⁽⁶⁾。原始社会では、人類の道徳は純粹であって、文明社会のような犯罪は、生じないのである。時に殺人行為も発生するが、「相手に謝ったり、賠償という方式で被害者の氏族の議事会で決定された。その提議が容れられたら解決されたのである。認容されない場合には、被害者の氏族は、復讐者を指定し殺人犯を殺す。こうして、殺人者の氏族を恨まなくて済むようにした」⁽⁷⁾。ゆえに、当時殺人は、犯罪ではなく刑罰で処罰できない。したがって、未来の共産主義社会では、犯罪は、物質文明と精神文明の発展に伴い、支配階級の道具と隣国の消滅とともに解消する。レーニンは、未来の共産主義者社会主義国家の消滅過程について、「我々は空想主義ではなく、個人の騒動があることを否定しない。同時にこれらの者の騒動を鎮圧する必要がある。しかし、第一に、これらは特別な機械や特別な器物で鎮圧するのではなく、武装している人々が自ら解決できる。しかも非常に簡単にである。現代社会の文明人が、喧嘩あるいは女性を虐待している人を仲裁するようなものである。第二に、公共生活の規則を乱す行為が発生する源泉は、大衆からの搾取と大衆の貧困である。この原因を無くせば、騒乱もなくなる。その消滅の早さや、進行状況などは予想できないが、そのような行為はなくなる。このような行為がなくなると、国家も消滅する」⁽⁸⁾と語った。

（2）ある欧米の刑法学者は、人類の社会に国家支配階級の意味と利益によらない「自然犯」がある。例えば殺人、強姦、傷害、窃盗、強盗は全社会と個人を侵害し、文明社会の国家であれば、これらを犯罪とすることが否定できず、したがって処罰の必要があるという。この観点は表面的には正解のようであるが、深くみると奴隷社会では、奴隷の主は奴隷を殺す権力を有し、それは犯罪ではなかった。中世では、封建領主は、新婚女子に対して初夜権があった。これらの女性を強姦することは、特権であって犯罪ではなかった。資本主義社会と同じく工場奴隷制では、別の奴隷制と同様に「Jus Prymae noctis」（初夜権）は工場主が持っている。工場所有者は、女性の体と美貌の主宰者である。解雇の脅迫は十

支配と利益を維持するために、時に行政罰を加える。時に経済制裁または規律処分を定め、時に道徳に従い大衆報道で断罪し、時には刑罰で処罰する。ここで強調したいのは、支配階級の利益を害する行為が全て犯罪である、とはいえないことである。ただ支配階級が規定した形式で罰すべき行為のみが犯罪である。犯罪と他の社会を害する行為との区別は、支配階級の刑罰を手段として犯罪と争う、すなわち「刑罰を処すべきか否か」、ある行為を処罰するか否かが、支配階級の利益を害した程度で決められることにある。その他の原因もある。例えば闘争策略や当時の政治経済事情などである。支配階級は、各原因を総合的に考えて、自分の階級支配と利益維持を考えて、有益性と有責性を考量して、刑事罰を定めたのである。その基本的目的は、支配階級を保護し、政治経済支配の社会生産方式を築くことにある。

上述の犯罪概念は、犯罪の一般概念である。これらは、昔から今まで社会の犯罪に共通する特有な属性を反映したものであり、全時代、全国のあらゆる犯罪に適用される。この概念は、犯罪の深刻な階級的本質を掲げて、欧米刑法学者の犯罪概念の最も根本的な欠点を克服し、犯罪に対する誤った認識を明確にしたものである。

3. 若干の犯罪観に対する論評

(1) 犯罪は人類社会と同時に生成消滅する、とある欧米の刑法学者は考えた。「人類発生時から『犯罪行為』も生じた」⁽⁴⁾。これは、犯罪が階級支配とは関係ないかのような感覚である。実際には、犯罪は、私有財産・社会分裂・階級を国家が生み出すに従って現れた。原始社会では、「軍隊や憲兵や警察もない。貴族、国王、総督、地方官僚も司法官もない。刑務所や訴訟もない。全ての紛争は、当事者と民族あるいは部落で解決したり、各氏族が互いに解決する。流血的復讐行為は、極端な手段であった」⁽⁵⁾。犯罪は、原始社会解体の結果のみならず、解体を促す手段である。最も下品な利益、低級な貪欲・粗野な情欲・低劣な物欲が、公共財産を奪う文明的な階級社会を新たに築いた。最も低劣な手段、窃

益を考え、国家意思の形式で規定する。これらの形式は、国家の形態と政治体制の違いによって区別される。最も普遍的な形式は、法律である。被支配階級は、犯罪であるか否かを決定する力はない。逆に、彼らは支配階級による刑事罰の主要な対象である。それゆえ、階級が規定した犯罪の刑事法の矛先は、主に被支配階級に向けられている。したがって、どの階級も、その階級の意思と利益により、どのような行為が犯罪であるかを定める。すなわち、刑事法の規定は、ある階級の意思と利益要求の体现である。しかもこれは、犯罪概念に決定的意義を与える基本的属性の一つである。これを否定すると、犯罪とは何かを究明できない。

刑法に現れる支配階級の意思は、恣意的に生じるのではなく、支配階級の支配と物質生活条件を維持するためである。マルクスとエンゲルスによれば、「個人的な『意思』で変わることのない生産形式と取引方式が相制約して、国家の基礎となる。これらの関係の中で支配的地位の人は、自分の力を国家の形式に組織しなければならず、それ以外にも特定の関係で決定した意思を結合する。つまり国家意思が、法律の一般的表現形式である。この表現形式の内容は、階級関係で定まる。これは私法と刑法に明白に確証されている」⁽²⁾、と指摘されている。社会の物質生活条件の変化や人類社会と文明の発展につれて、刑法に規定される犯罪行為の内容や種類も変化しつつある。それゆえ、人類史をたどれば、国によって犯罪に関する規定は異なる。しかも、同じ類型または異なる態様でも、同じ国の歴史の時期によって、刑法上規定される犯罪は異なる。マルクスは、イギリスの新興資産階級が国家権力を利用して封建的生産方式を資本主義的生産方式に転換するよう促進させたことについて、「イギリスでは、魔女の火あぶりを禁止しながら、銀行券を偽造する者を絞殺する」⁽³⁾と述べた。この話は、支配階級の犯罪に関する規定が物質生活条件の変化と内在的に係わることを示している。

（3） 犯罪は、支配階級が規定した罰すべき行為である。

全ての犯罪は、支配階級の利益を害する行為であるとはいえ、その行為は多様であり、質的にも、量的にも区別がある。支配階級は、自分の

性と特徴を述べることは、その階級性ゆえに限界がある。

2. マルクス主義の犯罪概念

マルクス主義の学者は、「ドイツの意識形態」、「イギリス労働者階級の状況」、「国家と革命」など犯罪問題を記述し、マルクス主義の犯罪の基本観念を提示した。これらの観念は、犯罪の本質や正確な犯罪概念を掲げるうえで重要なことである。マルクス主義の犯罪観によると、犯罪は、結局、支配階級の利益を害し、政権を掌握している支配階級が国家意思の形式で処罰する行為である。

(1) 犯罪は、支配階級の利益を害する行為である。

これは全ての犯罪行為の階級的属性である。階級闘争の観点からすると、犯罪は、支配される階級が生存するために、自覚的であろうとなかろうと、支配階級に反抗する社会制度と社会秩序の表現である。しかし、社会的矛盾と階級的矛盾の複雑さに由来する犯罪現象も真実である。あらゆる社会現象は、被支配階級の反抗の表現を反映するだけでなく、多様で複雑な内容が含まれており、時に支配階級間の矛盾と抗争を表現し、時に社会的階層、階級、社会的集団あるいは構成員間の矛盾と抗争を表現する。要するにその状況にもかかわらず、これらの行為は、どういう階級階層集団の成員が実行したにもかかわらず、支配階級の利益侵害に由来する。これは、世界の全犯罪現象に共通する本質である。

(2) 犯罪は、政権を掌握する支配階級が国家意思という形式で規定したものである。

これは、全犯罪が必ず備える特有な属性である。階級社会では、各階級の利益は相互に拮抗しつつ存在する。彼らの犯罪観により、特に犯罪の判断基準は、大きく異なり、根本的に対立する。そのため、全社会、全国家、全階級に犯罪の判断基準を一つだけ提出させようとするのは、科学的ではない。しかし、あらゆる国家での各階級の犯罪観が、どんなに矛盾・対立しても、いかなる行為が犯罪であるかを判断するのは、支配階級の意味である。しかも、政権を握っている支配者が支配階級の利

第7章 犯罪概論（何秉松）

長井 圓
毛 曉玲 共訳

第1節 犯罪の一般概念と犯罪の本質

1. 欧米の刑法学者の犯罪概念

犯罪は、一種の複雑な社会現象である。しかも、続けて発展し変化していくため、科学的に犯罪概念を把握するのは、重大な課題である。長い間、欧米の法学者は、犯罪の概念を研究し、多様な定義を提示した。要するに三類型である。

（1）犯罪を法律的属性から定義すると、その法的定義は、例えば「犯罪は、刑法規範を犯す行為である」、「犯罪は、刑法で禁止されている行為である」、「犯罪は、刑法に違反して処罰を受けるべき行為である」、「犯罪は、構成（要件）上違法で責任のある行為である」などである。これらの定義は、犯罪の法的特徴を示しているが、本質的ではない。よって、これらは、犯罪の形式的定義である。

（2）犯罪を社会的属性から定義すると、その社会定義は、例えば「犯罪は、人々の誠実と憐憫に背反する行為である」、「犯罪は、社会に反する行為である」、「犯罪は、社会を害する行為である」、「犯罪は、社会的邪悪である」となる。これらの定義は、ある程度犯罪の実質を示しているので、犯罪の実質的定義といわれている。

（3）犯罪の法律的属性と社会的属性から犯罪を定義すると、いわゆる犯罪の法律的・社会的定義は、例えば「犯罪は、社会を害し、刑法により罰すべき行為である」、「犯罪は、国家を損ない、国家が最終手段として罰すべき行為である」となる。これらの定義は、前の二つの定義とは違って、比較的に完全な定義である⁽¹⁾。

欧米の刑法学者による犯罪の定義は、正確で合理的な内容を含み、犯罪概念の発展に重大な貢献をした。しかし、科学的に犯罪の本質的な属

適用する。

第6条 1997年9月30日以前に罪を犯し執行猶予を宣告された犯罪分子のうち、1997年10月1日以降の執行猶予観察期間にさらに新たな罪を犯し、未決の犯罪が発覚し、または法律、行政法規もしくは国务院公安部門の執行猶予に関する監督管理規定に違反し、情状の重い者に対しては、(新)刑法77条の規定を適用し、執行猶予を取消す。

第7条 1997年9月30日以前に罪を犯し、1997年10月1日以降なお刑に服する犯罪分子のうち、特殊事情により刑の執行期間による仮釈放の制限を受けないことが要求される者に対しては、(新)刑法81条1項の規定を適用し、最高人民法院の審査を経て許可する。

第8条 1997年9月30日以前に罪を犯し、1997年10月1日以降なお刑に服する者で、累犯および殺人、爆破、強盗、強姦もしくは拉致などの暴力的犯罪のゆえに10年以上の有期徒刑または無期徒刑に処せられた犯罪分子には、改正前の刑法73条の規定が適用され、仮釈放をすることができる。

第9条 1997年9月30日以前に仮釈放となった犯罪分子のうち、1997年10月1日以降の仮釈放観察期間にさらに新たな罪を犯し、未決の犯罪が発覚し、または法律、行政法規もしくは国务院公安部門の仮釈放に関する監督管理規定に違反した者に対しては、(新)刑法86条の規定を適用し、仮釈放を取消す。

第10条 審判監督手続に照らして重大かつ新たな審判事件には、行為時の法律を適用する。

- (1) 高铭暄主編『中国刑法学』(中国人民大学出版社1989年4月版)50頁。
- (2) 王铁崖編『国際法』(法律出版社1989年版)284頁。
- (3) 周鯁生『国際法(下)』(商務印書館1981年版)557頁。
- (4) 高铭暄主編『刑法学原理』第1卷(中国人民大学出版社1993年版)285頁。
- (5) 高铭暄主編・前注(4)284頁。

時間的効力の規定適用に関する若干の問題の解釈」(1997年10月1日より施行)を公布した。人民法院が1997年10月1日以降に審理する刑事事件における改正刑法の具体的適用に関連する問題について、以下の規定が設けられた。

第1条 1997年9月30日以前に行われた犯罪行為につき行為者の刑事責任を追及するか否かに関しては、人民検察院、公安機関もしくは国家安全機関が捜査を開始し、または人民法院が事件を受理した後に、行為者が捜査または審判から逃避して訴追期限を超過した場合、または、被害者が訴追期限内に人民法院、人民検察院もしくは公安機関に対し立件するよう告訴を提出したが、立件されずに訴追期限を超過した場合、改正前の刑法77条の規定を適用する。

第2条 1997年9月30日以前に罪を犯した犯罪分子に、法定の処罰を減輕する情状がない場合であっても、事件の具体的状況により、法定刑を下回る刑罰に処すことが要求されるときは、改正前の刑法59条2項を適用する。

第3条 以前に処された刑罰の執行をすでに終了または赦免された者が、1997年9月30日以前に有期徒刑以上の刑に当たる罪をさらに犯した場合に累犯を構成するか否かについては、改正前の刑法61条の規定を適用する。前項の者が、1997年10月1日以後に有期徒刑以上の刑に当たる罪をさらに犯した場合に累犯を構成するか否かについては、新刑法65条の規定に従う。

第4条 1997年9月30日以前に強制処分を受けた犯罪被疑者もしくは被告人、または1997年9月30日以前に罪を犯し1997年10月1日以降もなお刑に服する犯罪者が、まだ司法機関が掌握していない本人その他の犯罪行為につきありのままに供述したときは、(新)刑法67条2項を適用する。

第5条 1997年9月20日以前に罪を犯した犯罪分子のうち、他人の犯罪行為が摘発され、または重要な手がかりの提供により他の事件が解決されるなどの立功を示すことができた者には、(新)刑法68条の規定を

遡及力の問題について明文規定こそ置かれていなかったが、これが適用される際には新法依拠主義が採用された。

1997年3月14日に公布され、1997年10月1日に施行された、わが国の「中華人民共和国刑法」12条は、遡及力の問題について明確な規定を設けている。これによると、1949年10月1日の中華人民共和国成立から1997年9月31日の現行刑法の発効前の期間に行われた行為のうち、まだ審判を経ていないか判決の確定していないものについては、以下の異なる事情に応じて処理される。

①当時の法律では犯罪とされていないが、本法（新刑法）が犯罪とする行為に対しては、当時の法律が適用され、本法は遡及力を持たない。

②当時の法律では犯罪とされていたが、本法が犯罪としていない行為に対しては、本法が適用され、犯罪をもって論じることはない。すなわち、本法が遡及力を持つ。

③当時の法律で犯罪とされ、本法でも総則4条8節の規定により訴追される行為に対しては、当時の法律に基づき刑事責任が追及され、本法は遡及力を持たない。ただし、本法がより軽い刑を科しているときは、本法が遡及的に適用される。

④本法12条2項の規定により、「本法の施行前に、当時の法律に基づきすでに効力の生じている判決については、その有効性が継続される」。この規定により、裁判所の判決の権威と厳格性の維持が強調され、それゆえすでに有効な判決の継続的執行に変動はない。しかし、フランス・ロシア・わが国のマカオ地区など、近年新たに公布された刑法典では、旧法は有罪とするが新法では無罪とされる行為につき、判決が確定している場合であっても新法が遡及力を持つものとされている。このような立法の趨勢は、我々が研究すべき問題といえる。

以上のことをまとめると、わが国の刑法は、遡及力の問題につき旧法基本原則を採用している。

新たに改正された刑法が1997年10月1日から発効することを鑑みて、刑法を適切に適用するため、最高人民法院は1997年9月25日に「刑法の

旧法は自動的に失効し、あるいは立法時に規定された特殊条件が消滅したときも当該法律は当然に失効する。

（3） 刑法の遡及力

刑法の遡及力とは刑法の遡及的効力であり、新たに制定された刑事法が、その発効以前にまだ審判を経ていない行為、あるいは判決が確定していない行為に適用されることをいう。新刑法がこれらの行為に適用されえないとすれば、当該新刑法は遡及力を持たない。刑法の遡及力に関する各国の主な立法例として、以下の四つの原則がある。

①旧法依拠原則。旧法は過去の行為に対し一切の遡及力を持たず、過去の行為にはすべて行為時の旧法が適用される。

②新法依拠原則。新法が遡及力を持つため、まだ審判を経ずあるいは判決が確定していない過去の行為に対して、すべて新法が適用され、もはや旧法は適用されない。

③新法基本原則。新法の遡及を基本としながらも、旧法が犯罪とせず、あるいはより軽い刑に処している場合、旧法に依拠して処理する。

④旧法基本原則。新法の不遡及を原則とするが、新法が犯罪とせず、あるいはより軽い刑に処している場合、新法に依拠して処理する。

西側資本主義国の刑法は、④の旧法基本原則を採用するものが圧倒的である。新法基本原則を採用する国もあるが、より重い新法の遡及効は絶対的に禁止されている。より重い新法の遡及禁止すなわち事後法禁止の原則を、侵すことのできない憲法上の原則とする国もあり、こうして人権の擁護保障と国家刑罰権の無制限の拡張防止が図られている。

2. 刑法の遡及力に関するわが国の規定

わが国の建国初期に施行された幾つかの単行刑事法規は、遡及力の問題につき新法依拠原則を採用していた。例えば、1951年2月21日に公布・施行された「中華人民共和国反革命懲罰条例」18条は、「本条例施行前の革命犯人に対しても、本条例の規定を適用する」と定めていた。1952年4月21日に公布・施行された「中華人民共和国横領懲罰条例」も、

第2節 刑法の時間的効力

1. 刑法の時間的効力の概念

刑法の時間的効力とは、刑法が適用される時間的範囲のことをいう。すなわち、刑法の有効な時間と無効となる時間、また刑法の発効以前の行為に刑法が適用されるか否か、遡及効を有するか否かということが問題になる。

(1) 刑法の効力が発生する時間

通例、刑法の公布日より施行される第一の場合と、公布されて一定の時間が経過した後に施行される場合との二種類の規定がある。わが国初の刑法が定められる以前の単行刑事法は、発効の時間につき第一の方法をとるものがほとんどであった。例えば、1951年4月19日に中央人民政府政務院が公布した「国家の通貨妨害の処罰に関する条例」11条には、「本条例は公布日より施行する」と定められていた。

新たに改正されたわが国の新刑法典は、第二の方法を採用した。刑法452条には、「本法は1997年10月1日より施行する」と定められているが、同法は1997年3月14日に第8回全国人民代表大会第5次会议を経て改正・公布されている。刑法がこのように規定されることは、法制の宣伝・教育に有益であり、刑法を実施するのに適した基礎を構築することにも役立つ。

(2) 刑法が失効する時間

刑法が失効する時間とは、刑法の効力が終了する時点である。通例、二種類の状況がある。その第一は、立法機関によって明確に廃止が宣言される場合であり、新法ないしその他の法令において、新法と抵触する旧法の廃止あるいは失効が明らかにされる。

刑法452条2項の規定によれば、全国人民代表大会常務委員会が特に定めた条例、補充規定および決定など、刑法に付加されたすべての付随規定は、刑法に取り込まれるか、もはや適用されなくなるので、同法の施行日以降には廃止される。

第二は、自然失効の場合であり、新法が旧法に代替されることにより

（3） わが国の刑法の単位（法人）に対する効力の範囲

わが国の刑法30条および31条は、単位（法人）に関係する犯罪の刑事責任と処罰についての規定を定めている。但し、刑法の法人犯罪に対する効力の範囲については、明確な規定がない。我々は、わが国の刑法総則の刑法の空間的効力に関する規定を、法人犯罪についても同様に適用すべきであると考えている。しかし、法人犯罪の特殊性により、わが国の刑法の法人に対する効力の範囲も特殊性を有する。

1）法人国籍の特殊性

自然人は中国公民と外国人とに分かれるが、法人も中国法人と外国法人とに区別されなければならない。およそわが国において許可を受け、登記、設立した法人はすべて中国法人に属し、わが国において許可、登記、設立されていない法人は、すべて外国法人である。わが国の刑法の中国法人に対する効力は、中国公民に対する効力と同様であり、わが国の刑法の外国法人に対する効力は、外国人に対する効力と同様である。

2）わが国の刑法の法人に対する効力の二重性

法人犯罪とは、法人系統全体の犯罪であるため、法人犯罪においては、一つの犯罪に二つの犯罪主体が存在する。すなわち、法人組織と、法人の構成要素である自然人（法人内部の取締役、部課長、またはその他の直接的な責任者）である。このため、刑法の法人に対する効力は、法人組織に対する効力以外に、自然人（法人の構成員）に対する効力をも有し、刑法の法人犯罪に対する効力の表現は二重性を有することになる。このような状況の下では、二種類の犯罪主体に対する刑法の効力が異なる状況の出現する可能性も、大いにありうる。例えば、法人は中国法人であるが、自然人は外国人であったり、またはその逆といった場合である。このような状況の下では、この二種類の犯罪主体（法人と自然人）に対する刑法の効力は、区別して確定しなければならない。

条約で規定された犯罪行為に対して、中華人民共和国が条約義務を負う範囲内で刑事管轄権を行使する場合には、本法を適用する」に照らして、外国人がわが国の領域外においてわが国が締結ないし批准した国際条約で規定された国際的犯罪行為に及んだ場合、わが国が条約義務を負う範囲内で刑事管轄権を行使する。

国際犯罪を処罰し、国際社会の秩序を守るため、関係国際組織の主催の下、世界は、国際協力を強化し、国際犯罪行為を防止し、これを処罰するという趣旨で、前後して一連の国際条約を制定した。これは、国際社会が国際条約の形式を通じて「国際犯罪行為に対する」明文禁止を与えたもので、実行された「国際犯罪」行為が刑事制裁を受けるべき行為であることを確認するものである。わが国は、前後して、1963年9月14日に東京で締結された「航空機内の犯罪及びその他の行為に関する条約」、1970年11月16日にハーグで締結された「航空機の不法な奪取の防止に関する条約」、1948年12月9日に連合国会議を通過した「ジェノサイド（集団殺害）禁止条約」、1973年11月30日に国連を通過した「アパルトヘイト（人種隔離）禁止条約」、1973年12月14日に国連を通過した「外交官を含む国際的保護を受ける者に対する犯罪の防止に関する条約」等の国際条約を批准した。

刑法9条の規定は、国内法により国際犯罪を制裁することについての重要な体现と根拠である。ここで注意すべきことは、刑法10条により、中国公民か外国人かを問わず、わが国の領域内において罪を犯し、わが国の刑法に照らして刑事責任を負うべき者は、外国において裁判を経た者であっても、なお本法に照らして刑事責任を追及することができる。ただし、外国においてすでに処罰を受けた者については、処罰を免除または軽減することができる。この規定は、わが国が一つの自主独立の主権国家であり、外国裁判所の判決の制約は受けないことを表明している。しかし、犯罪者が外国で既に処罰を受けている場合には、人道主義の原則により実情に即して処分する方針により、この情状に対応しなければならず、その者に処罰の免除または軽減を考慮することができる。

を建議するなど、不適切な者ないし受入困難な者であることを派遣国に通告する。「外交関係に関するウィーン条約」9条には、次のように規定されている。「1. 接受国は、何時でも、理由を示すことなく、派遣国に対し使節団の長もしくは使節団の外交職員である者がペルソナ・ノン・グラータであること、または使節団のその他の職員である者が受入困難な者であることを通告することができる。その通告を受けた場合には、派遣国は、状況に応じ、その者を召還し、または使節団におけるその者の任務を終了させなければならない。接受国は、いずれかの者がその領域に到着する前においても、その者がペルソナ・ノン・グラータであること、もしくは受入困難であることを、明らかにすることができる。2. 派遣国が1.に規定する者に関するその義務を履行することを拒否した場合、または相当な期間内にこれを履行しなかった場合には、接受国は、その者を使節団の構成員と認めることを拒否することができる」。外交職員は、一旦不適切な者であると通告された場合、直ちに接受国における職務執行を停止し、かつ直ちにその国を離れなければならない。その者が接受国を離れることを拒否した場合、接受国政府は対策を講じて強制執行をすることができる。

2) 外国人がわが国の領域外で罪を犯した場合、わが国の刑法の効力は、以下の2つの場合に分けられる。

①刑法8条により、わが国の領域外において、わが国または公民に対して罪を犯し、わが国の刑法の定める刑罰の最低刑〈下限・短期〉が3年以上の有期懲役に該当する外国人に、本法を適用することができる。ただし、犯罪地の法律により処罰されない者は除く。この規定に照らし、犯した罪がわが国の刑法の定める刑罰の最低刑に照らして3年未満の有期懲役に当たるか、もしくは犯罪地の法律により処罰されない場合には、わが国の刑法は適用されない。

いわゆる「最低刑」〈刑の下限〉についての解釈は、本法7条が規定する「最高刑」〈刑の上限〉についての解釈と同じである。

②刑法9条に定める「中華人民共和国が締結し、または参加した国際

他の人員。例えば、国際連合憲章の規定に基づいて外交特権と外交免除権を享有する関係人員。

④「領事関係に関するウィーン条約」(1979年にわが国は加入)の規定に基づき、領事代表(総領事、領事、副領事、領事代理)、および名誉領事とその他の領事館人員も、ある程度の特権と免除権を享有する。ただし、その司法免除権は、外交人員には及ばない。1963年の「領事関係に関するウィーン条約」41条1項には、「領事官は、抑留されず又は裁判に付されるため拘禁されない。ただし、重大な犯罪の場合において権限ある司法当局の決定があったときを除く」と定められている。同条2項・3項、および42条は、領事人員の刑事管轄関係のその他の優遇について規定している。

外交特権と外交免除権を与えられた者は、身体の不可侵と裁判権からの免除などの特権を有するが、外交代表の身体の不可侵原則は、代表本人の挑発行為により生じた他の者の正当防衛権を排除するものではなく、また、例外的な状況の下で、代表本人が犯罪を犯すことを防ぐ措置を執らないことを保障するものでもない。これらの者の犯罪にわが国の刑法を適用しないということは、決してこれらの者がわが国の法律に反して恣に振る舞ってもよい、ということの意味するのではない。彼らはわが国の法律を尊重し遵守すべきである。「外交関係に関するウィーン条約」41条1項には、「外交特権および免除を害することなく、接受国の法令を尊重することは、特権および免除を享有するすべての者の義務である。また、これらの者は、接受国の国内問題に介入しない義務を負う」と規定されている。それゆえ、外交特権および免除を享有する外国人が、わが国の領域内で罪を犯した場合に、わが国は刑事管轄権を行使することはできないが、外交ルートを通して解決することができる。要するに、外交特権および免除を享有する外国人の刑事責任に対しては、司法手続により捜査、勾留、逮捕、起訴、判決および刑の執行を行うことができず、外交ルートを通して解決する以外にない。例えば、派遣国に使節らの召還を要求するか、または派遣国へ派遣国の法律による処罰

（２） わが国の刑法の外国人に対する効力

外国人とは、外国の国籍を有する者と無国籍の者を指す。刑法の外国人に対する効力は、以下の二つの場合に分けられる。

１）わが国の刑法6条と11条の規定により、外国人がわが国の領域内で罪を犯した場合には、わが国の刑法を適用する。但し、外交特権および免除権を有する外国人の刑事責任は、外交手段を通じて解決する。

外交特権と免除権とは、国際法ないしその他の条約に基づき、平等および互惠の前提の下で、一国の外交代表が接受国で効率的に職務を執行できるように、接受国から与えられる特別の権利および優遇のことである。国際慣例と関係国際条約により、外交特権と免除権を享有する者は、接受国の刑事管轄を受けない。

外交特権と外交免除権を享有する人員の範囲は、以下の通りである。

①国際慣例により、外国の国家元首（皇帝、国王、共和国の最高指導者、大統領等）、政府首脳（総理大臣、首相、議会の議長等）、外務大臣は、すべての外交特権と免除権を有する。

②「外交関係に関するウィーン条約」に基づき、①大公使館館長に任命された外交代表（大使、公使、代理大使、代理公使）と使館のその他の外交人員（参事官、一等・二等・三等書記官と随行員）、および陸・海・空軍の駐在武官等、これらの配偶者と未成年子女を含む。②使館の事務職員と技術職員、およびこれらと同じ戸籍を有する家族、つまり接受国の国民ではなく、かつ当該国家に長期居留しない者。③外交使節は、職務執行の際には、いかなる方法によっても逮捕または拘禁されない。

③わが国の関連規定と実務とに照らして、外交人員以外に、わが国が諸国と締結した条約・協定に照らし若干の特権と免除権を有する商務代表も、外交官の待遇を受けることができる。この他に、以下の人員が、わが国の外務省の審査と許可を受けて、若干の特権と免除権を享受できる。①通過または臨時的に、わが国に滞在して第三国へ駐在する各国の外交官。②各国から中国の会議へ派遣された代表。③中国に來た各国政府の高級官僚。④国際条約によって外交特権と免除権を享受すべきその

刑法の分則条文の最高刑を意味するというものであり、もう一つの解釈は、条文中の犯情の軽重が相対応する法定量刑の上限を取るというものである。例えば、故意傷害罪について、刑法234条1項による最高刑は3年以下の有期懲役であり、第2項は、故意傷害により人を重傷ないし死亡に至らしめた者の最高刑は、10年以下の有期懲役または死刑である。前者の解釈によれば、傷害罪の最高刑は死刑である。後者の解釈によれば、最高刑は実際の犯情の軽重によって定めるべきであって、実際の犯情が軽い傷害であれば、その法定最高刑は3年以下の有期懲役であり、特に重大な傷害であれば、その法定最高刑は死刑である。最高人民法院1985年8月21日「人民法院が重大な刑事訴訟を裁判する中で、法律の具体的適用における若干の問題についての解答（三）」の第10問にある公訴時効期限の計算に関してどのように法律条文を適用するか、についての回答から、「犯情の軽重によって適用する刑法の規定の異なる条項、または相応する量刑の幅を区別しなければならず、その法定最高刑に照らして訴追期限を計算すべきである」。我々は、この司法解釈の精神を刑法7条が規定する「最高刑」の解釈についても適用すべきだと考える。

2) 刑法7条2項の規定により、「中華人民共和国の国家工作要員および軍人が共和国の領域外で本法が定める罪を犯した場合には、本法を適用する」。この規定は、国家工作要員および軍人が領域外で本法が定める罪を犯した場合に、罪の軽重を問わず、すべて本法を適用する、と定めている。国家工作要員と軍人は、すべて特定の職責をもつ者であるため、当然彼らに対しては厳しい要求がなされるべきである。この規定は、人民の利益と国家尊厳の保護に関して、重要な意味を持つ。国家工作要員とは、刑法93条が規定する要員を指す。軍人とは、中国人民解放軍の現役将校、文職幹部、兵士、軍籍を有する学生および中国人民武装警察部隊の現役警察官、文職幹部、兵士、軍籍を有する学生を指す。軍事任務を執行している予備役人員とその他の人員も、軍人とみなされる。

除できるのだろうか。いわゆる「特別法の優先適用」をもって、刑法典の適用を排除する一つの原則とすることは、理論上の誤りであり、それが「法によってわが国の刑法を適用しないとする状況」と同列のものであることはいうまでもない⁽⁵⁾。

ここで、香港特別行政区問題に関しても触れる必要がある。香港基本法の規定に基づく香港特別行政区は、高度の自治権をもつ地区である。その中には、立法権、独立司法権、終審権が含まれる。香港は、自ら制定した刑法のみを適用しており、中華人民共和国刑法は適用されていない。これは「一国両制」による決定である。一国両制度の下で境界近辺において必然的に刑事法律の衝突という刑事司法の協力の問題が生じる。これは、一つの複雑な理論的問題であり、実践的問題である。これについては、専門的なさらなる研究が必要であろう。

3. わが国の刑法の人的効力

(1) わが国の刑法のわが国の公民に対する効力

わが国の公民は、中華人民共和国の国籍をもつ自然人を指す。中華人民共和国の国籍をもつ外国血統の者も中国公民であるが、外国国籍をもつ華人は中国公民ではない。

1. わが国の公民がわが国の領域内で罪を犯した場合には、すべてわが国の刑法を適用する。

2. わが国の公民がわが国の領域外で罪を犯した場合には、以下の2つの内容を包含する。

1) 刑法7条1項によれば、「中華人民共和国の領域外で本法が規定する罪を犯した中華人民共和国の公民に、本法を適用する。但し、本法によって規定された最高刑が3年以下の有期徒刑であれば、追及しなくともよい」。この規定は、わが国の公民が領域外で本法の規定する罪を犯した場合にも、原則としてわが国の刑法を適用する。ただし、法定最高刑が3年以下の有期徒刑については、追及しなくてもよいと明言している。この「最高刑」について、2つの解釈が可能である。一つは、

の問題であるため、これは広く中国刑事法律全般を指しているとみるべきであり、刑法典のみを指しているのではないからである。この点に関し、一部の先進国の刑法典の規定も同様である。例えば、日本刑法1条の規定によれば、「この法律は、日本国内において罪を犯したすべての者に適用する」。ここで述べられている「この法律」とは、実際には広く日本刑法を指しているものであり、日本刑法典を指しているのではない。この条文の規定は、刑法の空間的効力についてのものであるため、実質的に一つの国家の刑事管轄権を規定するものとなっている。しかし、この種の規定は、立法技術の上からみれば欠陥があり、誤解を生じやすい。このため、先進国の中には、すでに改正に向かった動きがある。例えば、1994年フランス刑法典第113-2条は、「共和国領域内において実行された犯罪には、フランス刑法を適用する」と規定している。このため、わが国の空間的効力についていうならば、刑法6条の「法律に特別の規定がある場合を除いて」は、少数民族地区に頒布された変則適用のないし補充的な法律を包括すべきではなく、また、国家機関の制定による特別刑法規範をも包括すべきではない。なぜなら、これらはすべてわが国の刑法だからである。第二に、たとえ単に刑法典だけをいうとしても、やはり変則適用のないし補充的な規定を制定した民族自治区において、刑法典が適用されないとはいえない。なぜなら、これらの変則適用のないし補充的な規定が関係する刑法の条文を除いて、刑法典その他の部分、特に総則規定については、民族自治区においてもやはり適用されるからである。刑法90条の規定は、非常に明瞭であり、「民族自治地方では、本法の規定を全面適用できない……」と規定されている。ここで述べられているのは「全面適用できない」ということであり、つまりある一部分は適用するという意味である。国家立法機関の制定する特別刑法規定（特別法）も、また刑法典が適用されない状況と同列に考えるならば、さらに道理が通らないだろう。なぜなら、これら特別法は、ただ単に刑法典に対する補充と補正にすぎず、これらは刑法典の組成部分とみなすことができるからである。一体どうしてこれによって刑法典の適用を排

わが国に持ち込まれた場合がそうである。

③犯罪行為はわが国の領域内において行われたが、結果は領域外で発生した場合である。例えば、犯罪者が国内から国外へ爆発物を詰めた包みを郵送し、国外において爆発発生の結果が生じた場合がそうである。

以上三つの場合については、すべてわが国の刑法を適用する。

領土原則に基づき、わが国の領域内の犯罪には、すべてわが国の刑法を適用する。しかし、例外もある。すなわち、刑法6条1項の規定では「法律に特別の規定がある場合を除いて」であり、これは要するに、刑法11条により「外交特権および外交免除権を有する外国人の刑事責任は、外交手段を通じて解決する」ということである。

ある刑法の論文においては、この種の例外は、さらに以下の二種類の状況を包括すべきであると述べられている。すなわち、①少数民族地区に対する特別の規定。わが国の刑法90条は、「本法の規定を全面適用できない民族自治地方では、自治区ないし省の人民代表大会が現地民族の政治的、経済的、文化的特徴および本法の定める基本原則に基づいて本法を変則適用するか、または、補充する規定を制定し、全国人民代表大会常務委員会に報告して、その承認を得て施行することができる」と定めている。②国家立法機関の制定による特別刑法規定。新刑法の施行後、また今後さらに新たな刑法の条文や附属規定が定められる可能性があり、いくつかの条文が競合する場合、「特別法は普通法に優先する」との原則に照らして、特別法の規定を適用すべきであり、新刑法は適用しない。ある刑法の論文は、いわゆる「法律に特別規定がある場合を除いて」にいう「特別規定」とは、「特別法の優先的適用を指している」⁽⁴⁾と、明らかに主張した。

これらの解釈は不正確である。なぜなら、第一に、刑法6条の規定によれば、「中華人民共和国の領域内において罪を犯した者には、法律に特別の規定がある場合を除いて、すべて本法を適用する」。ここでいう本法とは、字義的な理解においては「中華人民共和国刑法」すなわち刑法典であるが、この条文が規定しているのはわが国の刑法の空間的効力

が館内において罪を犯したとき、この犯罪者が外交特権を有する者である場合、自国政府がその者の免除を放棄しない限り、本国に送還して処理すべきである。犯罪者が外交特権を有しない者である場合、接受国に引き渡して処理しなければならない」⁽³⁾。これによっても、使館を本国領土を代表する一部であるとみなすような治外法権説の解釈は、理論的にも現実的にも根拠を欠くものであると証明しうる。このことから、わが国の駐外使領館を「わが国の領土の自然な延長であり」、「わが国の領域内であるとみなし、そこで発生したいかなる犯罪に対しても、わが国の刑法を適用する」という考えは、完全に誤りであることがわかる。

何をもって「中華人民共和国の領域内の犯罪」とするかに関して、わが国の刑法の規定は、すでに主観的領土管轄原則と客観的管轄原則とを採用している。刑法6条3項の規定によれば、犯罪の行為ないし結果が中華人民共和国の領域内で発生した場合、中華人民共和国の領域内における犯罪と認められる。この規定は、犯罪地の基準を確定している。すなわち、犯罪行為ないし犯罪結果のどちらかがわが国の領域内で発生していれば、犯罪はわが国の領域内で発生したとみなされる。これにより、犯罪地は、犯罪の発生した地域を指し、犯罪の行為地点と結果地点との双方を包括する。犯罪行為はその一部でもまた全部でもよく、作為でも不作為でもよく、不作為の場合には作為義務があった地点を犯罪地とする。また、実行犯の実行行為でもよく、幫助犯の幫助行為でもよく、教唆犯の教唆行為でもよい。犯罪結果は、一部でも、また全部でもよい。有形結果でもよく、無形結果でもよい。犯罪行為地点において実際に生じた危害の結果を含み、また犯罪者によって発生されうる結果をも含む。以下の三種の場合のうちの一つにでも該当すれば、わが国の領域内における犯罪であると認めるべきである。

①犯罪行為と結果が、すべてわが国の領域内において発生した場合である。

②犯罪行為はわが国の領域外で行われたが、結果はわが国の領域内で発生した場合である。例えば、国外において偽造されたわが国の通貨が

しく刑事管轄権を有する。

ある西側の学者は、治外法権の観念から出発して、駐外使館の土地は一国の領土の延長であり、当該国家の一部であると考えている。わが国の幾つかの刑法教科書も、わが国の駐外大使館は、領事館も含めてわが国の領域とみなすべきであり、このためわが国の駐外使領館内の犯罪についても、わが国の刑法を適用すべきであるとする。しかし、このような議論は不正確である。さらに、幾つかの刑法教科書は、使館館舎が侵犯を受けないとする規定に関して「ウィーン外交条約」を根拠とし、わが国の駐外大使館で発生した犯罪にわが国の刑法を適用すべきであると考えているが⁽¹⁾、これもまた不正確である。使館館舎が不可侵であるということには、三つの意味が含まれている。「①使館館舎は、侵犯してはならない。接受国の官吏は、使館の館長の許可を受けずに使館館舎に入ることが許されない。②接受国は特別責任を負う。使館館舎が侵入ないし損害を被ることを防ぐため、あらゆる適切な手段を講ずる。③使館館舎および設備は、館舎内の他の財産や車両を含めて捜査、徴用、差押、ないし強制執行を免れる」。これらの規定は、必ずしも使館そのものが刑事管轄権を享有することを意味せず、さらに使館を自国の領土の延長ないし本国の領土そのものとみなしうることを意味するものでもない。すでに1981年に、わが国の著名な国際法の権威である王錢崖教授が主編した高等法学教科書「国際法」の中で、同教授はいわゆる治外法権説を明確に批判している。治外法権説は、使館と外交代表は接受国の領土の外部にあるとの擬制によって、外交特権と免除を説明する。彼は、「これらの学説は、事実に基づいたものではないばかりでなく、各国の外交特権と免除の方法にも符合していない」と指摘している。「例えば、使館館舎内で発生した犯罪について、法律上はまさに接受国の国境内で発生したと認識するが、犯罪者が免除権を享有しない限りこの犯罪は接受国の管轄となる。治外法権説は、すでに放棄されている」⁽²⁾。わが国のもう一人の著名な国際法学者である周鯉生教授は、同じ年に出版された「国際法」の中で、次のように明確に指摘している。「使館内勤務者

2. わが国の刑法の場所的効力

わが国の刑法6条1項は、中華人民共和国の領域内において罪を犯した者は、法律に特別の規定がある場合を除いて、すべて本法を適用すると定めている。

いわゆるわが国の領域とは、すなわち領土のことであり、それは領陸、領空、領水と底土から構成される。

①領陸とは、陸地の領土を指し、島を含む。

②領水とは、内水と領海を包括する。内水は国境内にある河川、湖、領海基線からその内側にある内海、内湾、内海峡、河口と口湾の水域をいう。両国の境界となる水域については、その主水路の中心線が境界となる。領海とは、ある国の海岸ないし内水とつながっている領海基線の外側から、領海線までのその国の主権に属する一定の広さの海域を指す（わが国の政府は、1958年9月4日に声明を発表し、わが国の領海の広さは12海里であると布告した）。

③領空とは、領陸と領水の上空を指し、大気圏までに限定される（およそ100～110キロメートルの高度）。成層圏は、含まれない。底土とは領陸と領水の下土地を指す（理論上は、地面から直線で引いた地球の中心部まで）。

領域には船舶と飛行機も含まれる。いわゆる擬制領土であり、要するに仮定領土である。これは、管轄権の問題を解決するためだけの仮定であり、決して真正な領土ではない。国際慣例とわが国の刑法6条2項の規定により、中華人民共和国の船舶ないし航空機内で罪を犯した者にも、本法は適用される。

ここでいう船舶ないし航空機には、軍用および民間のものも含まれる。航行中のものだけでなく、停泊・駐機状態のものもこれに当たり、公海上ないし公海の上空のもの、外国の口湾に停泊ないし外国の空港に駐機し、わが国の旗を掲げている船舶、航空機もこれに該当する。まとめていえば、およそわが国の船舶、航空機内で罪を犯した者については、その船舶、航空機がわが国の国境内にあるかどうかを問わず、わが国が均

賊や戦争犯罪等の国際犯罪行為に対する各国の刑事管轄権の行使とは、性質の異なる2種類の刑事管轄権であるということである。国際犯罪行為とは、国際法と国際条約が規定する犯罪行為であり、この種の犯罪行為に対する刑事管轄権の行使は、国家が国際法に基づいて享有する権利である。しかるに、ある犯罪行為に対し刑事管轄権を行使するに当たって世界性原則を採用することは、国家が本国の国内法に基づいて享有する権利である。両者には、厳格な違いがある。現在、ほとんどの国の刑法は、世界性原則を採用していない。しかし、これらの国々が、国際犯罪に対して刑事管轄権を行使することは、国際法と国際条約によって全く影響されない。わが国も同様である。わが国の刑法9条は、「中華人民共和国が締結し、または参加した国際条約で規定された犯罪行為に対して、中華人民共和国が条約義務を負う範囲内で刑事管轄権を行使する場合、本法を適用する」と規定する。この明確な規定は、国際条約に定められた国際義務の履行に根拠を与える。しかし、このことは、わが国が刑法において、世界性原則（ないし普通管轄原則）を採用していることを意味するものではない。その理由は、世界性原則と国際義務履行の内容とは絶対的に同一ではないため、二つの概念を混同してはならないからである。

（5）永久居住ないし営業地の原則

これは、今世紀60年代から発展してきた新しい刑事管轄権行使の原則である。国際民間航空の安全が危害を受けることを防ぐために、まず「東京条約」、「ハーグ条約」、および「モントリオール条約」において、この原則が採用された。例えば、「東京条約」4条2項は、犯罪者または被害者が締約国の永久居住権を有する場合、当該締約国がその犯罪行為に対する刑事管轄権を有する、と規定している。これは、刑事管轄に対する国際法原則の新たな発展である。現在、一部の国の刑法は、すでにこの原則を採用し始めている。1978年、イスラエル刑法修正案1条は、イスラエルに住所を有する者が国外で罪を犯した場合、イスラエルはそれに対して刑事管轄権を有すると定めている。

(2) 国籍原則

国籍原則は、属人最高権に由来する刑事管轄権であり、それゆえ属人原則ともいう。この原則を適用するとき、ある者が外国において罪を犯した場合、二重の刑事管轄による管轄を受けなければならない。すなわち、一方では、当地の属地最高権による刑事管轄権の管轄を受けなければならない、他方では、本国の属人最高権による刑事管轄権の管轄を受けなければならない。二重管轄権の問題の解決に関して、各国の刑法は2種類の異なる規定を設けている。その一つは、これらの国家の刑法を国外の公民の犯罪行為に対し、全面的に適用するという規定であり（例えばオランダ、インド）、もう一つは、部分的に適用するという規定である（例えばイギリス、アメリカ、日本等）。わが国の刑法の規定は後者に属している。

(3) 安全原則

保護原則ともいう。この原則は、国外においてある国家の主権と安全に危害を及ぼす罪を犯した外国人に対しては、その者が当該国家に入国した際に、その者に刑事管轄権を行使することを求めている。この原則は、すでに各国の普遍的承認を得ている。わが国の刑法も、安全原則を採用しているが、ただし厳格な制限が設けられている。

(4) 世界性原則

普通管轄原則ともいう。これは、外国人が外国において外国国家や外国人に損害を与える罪を犯した場合、一定の条件の下で自国の刑法に基づき、刑事管轄権を行使しうるとするものである。この原則の論拠は、いわゆる犯罪の世界性説である。この説は、犯罪がどこで発生したものであろうとも、社会的な災いであることに違いはないと認識し、犯罪地点がどの国に属するか、犯罪者および被害者の国籍がどこであるかを問わず、犯罪行為が世界のどこかで発生しさえすれば、いかなる国家であれ自国の刑法に基づいて懲罰を加える権限を有するとする。世界でごくわずかの国家の刑法が、この原則を採用している（例えばイタリア）。

ここで説明しておくべきことは、刑法で採用される世界性原則と、海

第6章 刑法の効力（于齊生）

長井 圓

張 憶紅 共訳

藤井 学

第1節 刑法の空間的効力

1. 刑法の空間的効力の概念

刑法の効力とは、刑法の時間的および空間的な適用範囲を指す。すなわち、刑法がいかなる場所で、いかなる人に対し、そしていかなる時間内において、法律的效果を有するか、ということである。刑法の効力の及ぶ範囲は、刑法の空間的効力と時間的効力の二方面にわたる内容を含んでいる。

刑法の空間的効力とは、刑法がいかなる場所で、人に対して効果を有するか、ということを指す。これを解決するのが、国家の刑事管轄権の問題である。国際法は、個々の主権国家に対し、国際法と国際条約の規定する制限を受ける場合を除いて、当該国家が最も好ましく、最も適当であると認める原則に基づいて刑事管轄権を行使しうることを認めている。刑事管轄権の行使に当たっては、当該国家の刑法のみが適用され、外国の刑法は適用されない。これもまた、国際法の認めるところである。現在、国際法では、以下の幾つかの刑事管轄権の行使に関する原則がすでに形成されている。

（1）領土原則

国家の領土内で発生したあらゆる犯罪活動は、すべて当該国家の法律による管轄を受けるものとされる。これは属地最高権に由来する刑事管轄権であり、それゆえ属地原則ともいう。これは刑事管轄権に関する最も古い国際法の原則であり、すべての法系の国家が管轄権を行使するに当たって、最も基本的な原則となる。

て触れておこう。被告人甲は導電体である竹棒を水中に差し込み、感電した魚が麻酔状態になり、水面に浮上したところ、甲はそれをすくい上げて採取した。一審、二審にあたる法院は、当時の漁業法45条「薬物、餌又は爆発物を水中に投入し、魚類を麻酔し又は死滅させる行為をした者は、一年以下の懲役又は百元以下の罰金に処す」の規定により、「被告人が電流を使って魚を採取したことは、薬物を使って魚を捕る行為より結果的により悪質である」と認定し、条文に掲げる薬物には当然電流も含まれると解釈した。しかし、本件は、検察官の非常上告によって、最高法院で類推解釈であると判断された。結局、一審、二審の判決を破棄して、被告人には無罪が言い渡された。最高法院は、次のように理由を説明した。「漁業法第45条の規定を適用すべき者とは、薬物、餌または爆発物を水中に投入し、魚類を麻酔する、または死滅させる行為を行った者であって、電流を水中に接続した被告人とは異なる。一審、二審は類推解釈を行ったもので、二つの行為の結果が同じだと認定するのは不当であり、本法を適用すべきでない」。

以上の二つの判例によって表明されたことは、拡張解釈と類推解釈の区別はきわめて微妙であり、微細かつ奥深い分析・研究によらなければ、正しい結論を得られない、ということである。これは、今後の刑法解釈にあたって、解決しなければならない難題である。

義によって禁じられるか否かについては、見解は必ずしも一致していない。厳格解釈の立場をとるとすれば、フランスのように拡張解釈は禁止されるはずだが、日本などの国では、拡張解釈は必ずしも罪刑法定主義によって禁止されるとはみなされていない。わが国では、新刑法で、罪刑法定原則を規定すると同時に、類推制度は廃止された。類推解釈を禁止することは、必然的な結果であるとみなされている。拡張解釈については、我々は認容されるべきであると考えている。合理的な範囲内において法律条文の妥当性を保つことは、複雑な実際の状況に対応し、犯罪を撲滅し、法律の安定性を維持することにとって、きわめて有益である。しかし、実際の経験で証明されたように、場合によっては、類推解釈と拡張解釈を区別することは、困難な問題である。例えば、日本の旧刑法には「物」を窃取する行為だけについて、規定が設けられていたが、その後「電気窃取」事件が発生した。一審、二審の判決は、いずれも「電気は物ではない」と解釈し、無罪を言い渡したが、上告審の大審院では、一転して原審を破棄し、有罪判決を下した事例がある。さて、大審院は、どのような理由でそのように解したか、みてみよう。「窃盗罪にいう窃取は、他人の所有物を不法な手段により自己の所持に移すことを要件とする。觀念上存在する無形物は、所持することが不可能であるため、窃盗の客体になりえない。しかし、五官の作用によって認識しうる『形而下』の物について、可動性と管理可能性をもっているとすれば、それを物としてみなしうる。ここでは有体物という概念に左右される必要はない。電流は、有体物ではないが、五官によりその存在を認識することができる。というのも、電気を電子容器に収容し、あるいは独立に電気を備蓄し、場所的な移動も可能であり、可動性と管理可能性を有するのがきわめて明白であるため、他人の所有に属する電流を自己の所持に移すことは他人の『物』を窃取したと考えても、理解しやすいであろう。この判例における『物』の解釈は、拡張解釈だとみなされ、類推解釈ではない」。

この判例と異なり、1949年に台湾省で発生したもう一つの判例につい

釈になる。例えば、刑法232条に規定される「故意に人殺をした」場合、ここでいう殺人とは一般に「自己以外の自然人」を殺すものと解釈されている。すなわち、自殺は含まれない。これは制限解釈である。なぜなら、この解釈により、普通言語における人の意味が縮小されているからである。

3. 拡張解釈

法律解釈に際して、法律条文における普通言語の本来的な意味の限界を拡大したとき、拡張解釈になる。例えば、1979年刑法172条には、「犯罪により利得した贓物であることを明白に知りながら、これを寄蔵または牙保する場合」という規定があり、ここでいう「明白に知りながら」という言葉の元々の意味は、「明白にわかる」ことであるが、関連する司法解釈では、これを「分かる」ないし「分かるべき」と解している。このような普通言語の本来的な意味を拡大して解釈することを拡張解釈という。

4. 類推解釈

法律条文の本来的な普通言語の意味限界を超過して、類推の手法で刑法を解釈することが類推解釈である。例えば、1979年刑法170条には、「猥褻な図画を製造、販売する罪とは、営利の目的をもって猥褻な図画を製造、販売することをいう」と規定されているが、1985年のこれに関連する司法解釈では、猥褻なビデオ、映画、テレビドラマ、スライド放送を組織して犯罪を構成する場合であっても、猥褻図画を製造、販売する罪としてみなされている。この場合も同様に、1979年刑法170条の規定によって処罰される。このような解釈は、明らかに刑法の法律条文「猥褻図画を製造、販売する罪」の本来的な意味に関する解釈を凌駕している。というのも、「組織、放送」は明らかに製造および販売とは異なり、「猥褻ビデオ、映画、テレビドラマ、スライド」なども猥褻図画に属しないので、これは類推解釈である。

罪刑法定原則が類推解釈を禁止するということは、世界各国の刑法に共通して主張されているところであるが、刑法の拡張解釈も罪刑法定主

刑法は文字ないし文言によって表示され、この文字と文言が刑法に用いられることにより、法律的な意味をもつようになる。このような法律の意味が不明になる場合、解釈を行い、その意味を明確化しなければならない。例えば、刑法99条は、「本法にいう以上、以下、以内には本数も含む」と規定する。これは文理解釈である。

2. 論理解釈

論理解釈とは、法律に用いられる文字ないし字句の意味の解釈ではなく、立法精神に照らし、法的根拠となる法律条文の意味（内包）の解釈である。例えば、「中華人民共和国刑法（改正草案）」に関する説明は、刑法294条の解釈について、「黒社会〈暴力団〉的性質をもつ犯罪に対し、断固とした打撃を与え、その萌芽を摘み取ることによって、その蔓延を防止する。暴力団的性質をもつ組織を構成し参加する行為があれば、具体的な犯罪行為があるか否かにかかわらず、刑罰を科する」とするが、これは論理解釈である。

〔3〕 刑法解釈は、刑法を解釈するにあたって、縮小、拡大、もしくは通常の条文言語の本来の意味を超過して解釈するか否かによって、厳格解釈、制限解釈、拡張解釈および類推解釈に分けられる。

1. 厳格解釈

法律条文の固有の意味〈内包〉を厳格に遵守して行う解釈である。縮小解釈、拡大解釈、さらに法律条文の本来の意味を超過して解釈することは、厳しく禁止されている。フランスでは、刑法の厳格解釈が、罪刑法定〈主義〉の原則として要求されている。フランスの1994年刑法111条～114条には、明文で「刑法を厳格に解釈すべきである」と規定されており、これは「刑法の厳格解釈の原則」と称されるとともに、罪刑法定主義の原則的内容の一つであるとみなされている。

2. 制限解釈

どのような解釈も、法律命題の通常の言語的意味に基づいて行われるが、法律解釈によって元来の言語的意味〈内包〉を縮小すれば、制限解

2. 司法解釈

司法解釈とは、要するに最高司法機関による刑法の具体的運用における解釈である。全人代常務委員会は「法律解釈工作の増強に関する決議」2 条の規定において、「すべて法院の審判に属する具体的応用の法律・法令問題は、最高人民法院でその解釈を行い、あらゆる検察院の検察に属する具体的応用の法律・法令問題は、最高人民検察院でその解釈を行う。最高人民法院と最高人民検察院の解釈に原則的な相違が生じた場合、全人民常務委員会にその旨を報告し、その解釈または決定を委ねる」と定めている。十数年来、最高人民法院と最高人民検察院は刑法の具体的応用について、大量かつ重要な司法解釈を行ってきた。これは、刑法を正しく理解し、正しく執行することによって、重要な役割を果たしている。

このほか、前述の「決議」にはもう一つの規定がある。つまり、審判と検察に属しない法律と法令の具体的応用問題について、国务院および主管官庁がその解釈を行う。このような解釈の内容は、刑法規範にも及ぶことがあるため、ある意味では、この解釈は、刑法の間接的な司法解釈であると理解してもよい。

以上の二種類の解釈、すなわち立法解釈と司法解釈は、有権解釈である。これは、有権機関による解釈であって、司法機関、一般公民に対する普遍的な拘束力を有する。

3. 学理解釈

学理解釈とは、非解釈権機関、団体ないし個人が理論または学術の立場から行う刑法の解釈である。学理解釈は、法律的な拘束力をもたないが、法律の正しい理解と執行にとって、参考的価値が認められている。

〔2〕 刑法解釈は、解釈の方法により、文理解釈と論理解釈とに分けられる。

1. 文理解釈

刑法で用いられた文字ないしその字句の意味を、明確にするための解釈である。

は、解釈を通じなければ適切に理解することができないからである。もう一つの要因は、客観的な事物は複雑かつ変化しつつあるので、このような多様に存在する複雑な状況をすべて刑法規範に納めることは不可能だからである。それゆえ、刑法規範の本来の意味を超過する状況がある場合、解釈を通じて、刑法規範を適用するか否かを確定しなければならない。この立場から考えると、刑法の解釈は、刑法条文の運用と正確な定罪・量刑にとってきわめて重要な意味をもつと思われる。

刑法の解釈は、次のような異なる基準により区分することができる。

〔1〕 解釈の効力により、立法解釈、司法解釈および学理解釈の三種類に分けられる。

1. 立法解釈

立法解釈とは、立法機関による解釈である。次の三つの状況がある。

（1）立法機関は、刑法を制定する際に、条文用語の意味解明の歪みを防止するため、専門条文を用いてその解釈を行う。例えば、刑法94条「本法にいう司法職員とは、警察、検察、審判、監視の職務を行う職員を指す」。

（2）立法機関が刑法を制定する際の「法律作成草案」の説明における解釈である。例えば、王漢武副委員長は、「中華人民共和国刑法（改正草案）」の罪刑相当原則に関する解釈について、「罪刑相当とは、重い犯罪には重い刑罰、軽い犯罪には軽い刑罰ということである。各条文の犯罪に対する量刑について、統一性と均衡性が要求される。重い犯罪に軽い刑罰を、軽い犯罪に重い刑罰を科してはならない」と語っていた。

（3）立法機関は、専門的な解釈を行い、あるいは法令を用いて規定する。わが国の憲法は、法律の解释权が全国人民代表大会常務委員会にあると定めている。全人代常務委員会は、1981年6月10日に「法律解釋工作の增強に関する決議」において、「あらゆる法律、法令条文自体が適用限界を明示する場合、または補充規定の設置を必要とする場合、全人代常務委員会でその解釈を行い、または法令でそれを定める」と規定している。

客体に対する国家の価値評価を反映したものである。刑法分則各章の序列は、1979年刑法の序列と基本的に同じであって、新たに4章の追加により多少の相違はあるが、総体的に刑法上保護される客体に対する国家の価値判断には、実質的な変遷はないと考えてよい。

最近、各国で公布された新刑法典には、各則上の順列において、長い間培われてきた一つの変革が顕著になってきた。すなわち、人間の尊厳、人間の価値と人間の基本権の刑法的保護が際立つよう強調されている。例えば、1810年フランス刑法典の各則体系の順列では、公共の利益を害する重罪および軽罪が最初に置かれていたが、1994年新刑法典の順列では、人身を侵害する重罪および軽罪が最初に置かれている。人類に反する罪に関する規定を筆頭に、その次に人間の生命、健康、自由、尊厳および人格を害する罪がある。1960年の「ソビエト・ロシア刑法典」においても、各則体系の第1章は国事罪であったが、1994年のロシア新刑法典では、人身を侵害する罪が最初に置かれている。すなわち、生命と健康、自由、名誉および人格など基本権を侵害する罪である。マカオの1996年新刑法典も、従来の刑法典（1986年）の伝統的序列を改め、人身侵害罪を最初に置き、さらに新法典を照準する法令に次のように強調している。「刑法典分則は、人身侵害罪を先頭に始まり、徹底的かつ建設的に伝統制度から離脱し、それゆえ人間の尊厳に刑事制度の根本的価値があることが肯定されるようになった」。これはきわめて注目される新動向であり、多くの重要な刑法理論と深く関わるものである。例えば、刑法の目的と任務、刑法の価値評価、人権と社会、団体の権利と個人の権利の関係など、深奥な理論的研究が必要となる。単純に序列の前後の問題としてみてはならない。

第2節 刑法の解釈

刑法の解釈とは、刑法規範の意味の解明をいう。

刑法の解釈が必要となる一つの要因は、刑法規範が客観的な事物に対する高度かつ抽象的な概括であるため、その意味、特に専門用語の意味

部分に「国防利益を害する罪」、「汚職の罪」、「軍人職責違反の罪」の3章の内容が増やされた一方、婚姻・家庭を妨害する罪と合併させたため、実際に増えたのは、2章である。分則には、社会主義経済秩序を破壊する罪と社会管理秩序を妨害する罪があるが、内容が多岐に渡りすぎるため、この2章は、それぞれ8章と9章に分けられている。この他、分則第1章の反革命罪は、国家の安全を害する罪に変更されたが、実質的な変化はない。これらの点に、新旧刑法典の体系上の連続性が、明白に示されている。

改正後の新刑法典体系における最も重要な変化は、個人（自然人）と単位（法人）の刑事責任の一体化を実現した点である。

1979年刑法典の体系は個人の刑事責任だけを規定していたが、その後の附属刑法と単行刑事法規において、単位（法人）犯罪に関する規定が定められた。このように、総体的に単位犯罪の存在を認めないにもかかわらず、局面的に法人犯罪を処罰するというきわめておかしい状況が創り出されていた。改正後の新刑法典は、徹底的にこのような矛盾を解決している。分則において単位の刑事責任に関する多数の規定を設けたほか、総則にも単位犯罪について明確な規定を設けた。これにより刑法典の規定は、個人（自然人）犯罪と単位（法人）犯罪のいずれにも適用されるようになり、根本的に個人刑事責任と法人刑事責任の一体化を実現した。これは一つの歴史的な変化である。つまり、商人が商品経済、特に市場経済の主体として歴史のステージに登場するのと同様に、必然的な結果である。現代社会の政治経済生活の重要な一部門として、法人を刑法に表示することにより、法人が刑事責任を負わないという古い歴史に終止符が打たれたのである。ここで注目されるのは、わが国の刑法典が大陸法系のフランス刑法典に次いで、二番目に明文で法人の刑事責任に関する規定を設けたことであり、これからの世界各国の刑事立法にも強い影響を及ぼすことになるだろう。

刑法体系に関して、もう一つ重要な問題がある。すなわち、各則における体系序列の問題である。刑法分則の体系順列は、法律上保護される

を制定することを考慮している。しかも、新刑法典が過去分散していた刑事法律を刑法典に統一した」と述べている。しかし、今後このような統一性を長期的に維持していくか否かは、立法者の決定に委ねなければならないだろう。近年公布された経済・民事・行政法律をみれば、一般的に、法律責任を規定する部分に「犯罪を構成した場合、法の定めにより刑事責任を追及する」という規定を設けているだけである。これはただ一つの表示であり、刑事責任の具体的規定に関するものではない。これは、一つの兆候のように見えるが、刑法典の統一性を保とうとするものである。

次に、狭義の刑法体系の変化をふりかえてみよう。

改正後の新刑法典も、依然として総則と分則との二編に分かれている。この他に、附則も設けられている。

総則は全5章からなり、その順序は次の通りである。刑法の任務・基本原則と適用、犯罪、刑罰、刑罰の具体的運用、その他の規定で、計101条あり、1979年刑法総則より12条の増加をみた。分則は全10章からなり、次の順序になっている。国家の安全を害する罪、公共の安全を害する罪、社会主義市場経済の秩序を破壊する罪、公民の人身権利・民主権利を侵害する罪、財産を侵害する罪、社会管理秩序を妨害する罪、国防利益を害する罪、横領・賄賂の罪、汚職の罪、軍人職責違反の罪で計349条になり、1979年刑法の分則より246条の増加をみた。

附則は1条と二つの附件により構成され、当該条文（第452条）は主として改正新刑法の施行開始期間（1997年10月1日）に関する規定である。附件にある全人代常務委員会の制定した15の条例・補充規定および決定は、改正新刑法の施行によって廃止されること、附件にあるその他の8つの補充規定と決定をそのまま保留することを規定している。その中の行政処罰と行政措置に関する規定は、引き続き有効とされるが、刑事責任に関する規定は、すでに本法に定められているので、本法の施行日から本法の適用が開始される。

1979年刑法典の体系と比較して、改正後の新刑法典体系では、分則の

力の強化や施行の保障にきわめて有益な作用をもたらす。第二は、高度に集中的な立法方式である。つまり、すべての刑法規範が刑法典に設けられ、刑法典以外の単行刑事法律および附属刑法は制定されない。このような立法方式の代表的なものは、ロシア刑法である。1996年に制定され、1997年1月1日から施行された「ロシア連邦刑法典」の第1条は、明文で「ロシア連邦の刑事立法は本法典によって構成され、刑事責任を規定する新しい法律は本法典に編入しなければならない」と規定している。これとならんで、ロシア連邦刑法典2条も、明文で次のように定めている。「1960年施行の『ソビエト・ロシア刑法典』および1960年10月27日から1997年1月において『ソビエト・ロシア刑法典』を補充するすべての法律は、1997年1月1日の新刑法典の施行により、その効力を失う」。この意味において、今後のロシア刑法には、唯一の刑法典しか存在しないことになり、他の刑事法律ないし刑法規範は一切存在しない。この種の立法方式の長所は、刑事法を高度かつ集中的に構成し、刑事法の内部の強調と一致を容易にし、特に一般人と司法職員の刑法に対する理解と運用の便宜を図るため、法制の統一性にとってきわめて有益である。現在の段階では、このような立法方式を採用する国家はまだ少ないが、新法典の制定にあたって過去に公布された刑事法律と刑法規範を新刑法典に集約する方法は、比較的広まる傾向にあると思われる。1994年の「フランス刑法典」の施行後、フランス総検察庁ピエール・トリシはこう語っていた。新「刑法典」は第5巻「その他の重罪と軽罪」の規定を追加することを通じて、できる限り各単行法律に散在している刑法的性質を持つすべての条文を吸収し、一般国民に対しても司法職員に対しても理解しやすいものとする。事実上、フランス刑法典5巻には、1章と2条しかない。白紙状態で他の重罪と軽罪の導入を待っているわけである。

わが国の刑法が今後どのような立法方式を採用するかは、深く検討する必要のある一つの問題である。王漢武副委員長は、刑法改正に関する報告書において、「今回の刑法改正では、主として一つの統一的刑法典

刑法改正後、全人代常務委員会によって制定された25部の単行刑事法律のうち15部がすでに現行刑法に導入され、不適切なものは現行刑法の施行に伴い廃止された。また、なお残る8部の単行刑事法律については保留されているが、その刑事責任に関する規定も現行刑法に導入されているため、その中の行政処罰と行政措置に関する規定だけは効力を有している。それゆえ、現行刑法の施行により、この23部の単行刑事法律は事実上存在しえなくなり、広義の刑法体系の独立的な構成部分として成立していない。

附属刑法に関しては、刑法改正にあたり、すでに民事・経済・行政法中の刑事責任を追及する関連規定が新刑法に具体的な条文として導入されたので、このような民事・経済・行政法中の刑事的規定が廃止されていなくても、附属刑法として継続的に独立的存在を維持しうるか否か、広義の刑法の一部として成立しうるか否かについて、疑問を呼んでいる。なぜなら、これらの法規において実質的に犯罪と刑罰を定める規定は、事実上刑法の関連条文に取って代わられているからである。

現状からいえば、刑法の改正により、1979年刑法の施行期間内に形成された広義の刑法体系は、すでに消滅したものと我々は認識している。現在、わが国の刑法体系には、狭義の刑法しか存在しない。すなわち、新刑法典そのものである。

しかし、問題の所在は、目前の状況ではなく、今後ないし将来の状況に左右されることになるだろう。これからのわが国の刑事立法が、依然として統一的な刑法典以外にも、継続的に単行刑事法律および附属刑法の制定を行うか否かは、今後の刑事立法の方式選択に関わる問題である。

現在の世界における刑事立法の状況からすると、基本的に二つの方式がある。第一は、分散的な立法方式であって、比較的に普及している。この方式の長所は、多大な活用性と適用性を有しており、状況の変化と需要に応じて、自由かつ迅速に法律を制定することができるため、刑法典の体系の内容に制約されない、という点である。しかも、行政・経済・民事法に相応の刑事的法規を導入することは、これらの法律の執行

（3）現行刑法，すなわち1997年3月14日に改正された「中華人民共和国刑法」の施行段階（1997年10月1日～）

この段階のわが国の刑法は，日増しに成熟し，大いなる発展を示した。1979年刑法を基礎として，かなり統一され，比較的完備した刑法典が形成されるようになった。今回の改正では，内容体系において主に次の諸分野の重要な改正が行われた。

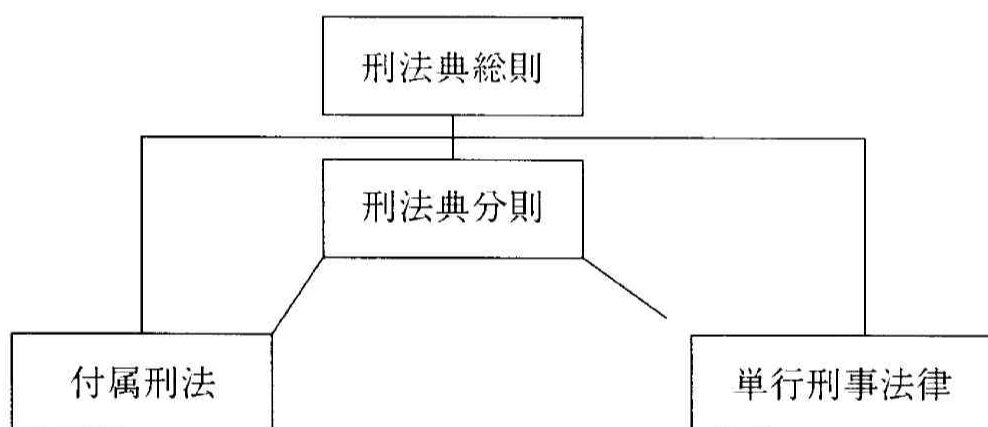
①1979年刑法の施行以降，全人代常務委員会によって制定された刑法に関する補充規定と決定（上述した23部の単行刑法）を研究・改正した上ですべて刑法典に編入すること，②民事・経済・行政法中の刑法を参照して定められた刑事責任を追及する規定（すなわち附属刑法）を具体的な刑法条文に改正すること，③制定された反汚職賄賂法および中央軍事委員会から全人代常務委員会に提起して認定された軍人職務違反罪処罰暫定条例を刑法に編入し，刑法において汚職賄賂罪と軍人職務違反罪の二章に分けて規定を置くこと，④暴力・威嚇の手段をもって，法律に従う軍人の職務執行を阻止すること，武装部隊の軍事行動を阻止すること，軍事設備・武器設備を破壊すること，不備な軍事施設や不適格な武器装備であることを明白に知りながら武装部隊に提供すること，多衆集合して軍事禁区および軍事管理区に乱入することなど，14種類の犯罪を国防利益を害する罪に編入して規定を設けること，⑤婚姻・家庭を妨害する罪を公民の人身権利・民主権利を侵害する罪に編入すること ⑥反革命罪を国家の安全を害する罪に変更すること，⑦新たに刑事責任を追及すべき犯罪をその性質に応じて各章に編入すること。例えば，暴力団関係の組織犯罪，資金洗浄罪，コンピュータ犯罪などである。改正後の刑法典は，1979年刑法と比較して，条文の数がそれまでの192条から現在の全452条まで大幅に増加し，260条あまり増え，豊富な内容に編成されるようになった。

この段階での刑法の発展に伴って，わが国の刑法体系は大きな変化を迎えた。

まず，広義の刑法体系の変化について述べる。

ある。これに対し、分則が規定するのは、具体的な犯罪とその法定刑である。総則と分則は、一般と特別、抽象と具体という関係に立ち、密接に関連し、相互に補充し、相互を条件とし、一つの共同的存在でありながら、内部において各々が構成と構造をもち、それぞれの体系を構成している。

広義の刑法体系は、刑法典、単行刑事法律、附属刑法の三つから構成される刑法体系であり、刑法典を中核とする膨大な刑法体系である。単行刑事法律と附属刑法は、内容面において、基本的には刑法典を補充・修正するものであり、特別の事情以外に分則の範囲にも及ぶので、その適用は依然として刑法典総則の指導を受ける。この見地から、次のような体系が形成される。



これについては、附属刑法、単行刑事法律と刑法総則との間に被指導と指導、特別と一般、具体と抽象という関係があるだけでなく、刑法分則の補充部分としてすでに刑法総則の内容上の構成部分になっている。特に附属刑法には独立の法定刑が定められていないため、刑法典分則と単行刑事法律に従属しない限り、その役割を果たしえないのである。しかし、附属刑法と単行刑事法律は、単に消極的に刑法分則の内容体系の支配と影響を受けるばかりでなく、逆に積極的に刑法典分則の内容体系に介入して影響を及ぼし、その本来の内部構造を乱し、新たな結合と調整を行わしめることによって、元来の刑法典分則体系の発展を図ったのである。それゆえ、既存の刑法典分則体系との著しい差異がある。

刑法典は、普通刑法と呼ばれる。普通刑法と特別刑法との相違について、前者は一般人および一般事項に関する刑法であり、何人が何時いかなる場所でいかなる行為に及んだとしても、原則的にすべて適用される。一方、特別刑法は、特定の人（身分）・時間・地点・事項に関する刑法であり、その適用範囲は特に限定されている。例えば、「軍人職責違反罪処罰暫定条例」は軍人だけに適用され、「麻薬取締に関する決定」は麻薬関連の犯罪だけを適用対象とする。

この時期に公布され附属刑法に属し刑事責任を追及する関連刑法規範は、130条に及ぶ。

いわゆる附属刑法とは、文字通り、経済法、行政法、民法など非刑事法律に属する刑法規範をいう。例えば、特許法63条は、「他人の特許を偽装して使用し、その社会的影響がきわめて悪質である場合、直接の責任者に対して、刑法第127条の刑事責任を追及する」。この条文の規定は刑法規範に属するが、刑事法律中に規定されているわけではなく、特許法に定められている。すなわち、経済法の範囲内にあることから、附属刑法といわれる。

附属刑法の適用範囲も、特定の者・時間・場所・事件に制限されるので、附属刑法も特別刑法ということができる。わが国の刑法は、この段階での発展に伴い、二つの刑法体系を形成するようになった。一方は狭義の刑法体系であり、他方は広義の刑法体系である。

狭義の刑法体系とは、刑法典の体系である。1979年に公布された刑法典は、総則と分則の両編によって構成される体系である。総則は全5章、計89条からなる。その内容は、①刑法の指導思想、任務および適用範囲 ②犯罪 ③刑罰 ④刑罰の具体的運用 ⑤その他の規定、である。分則は全8章、計103条からなる。その内容は ①反革命の罪 ②公共の安全を害する罪 ③社会主義経済秩序を破壊する罪 ④公民の人身権利、民主権利を侵害する罪 ⑤財産を侵害する罪 ⑥社会管理秩序を妨害する罪 ⑦婚姻・家庭を妨害する罪 ⑧汚職の罪、である。総則が規定するのは、犯罪と刑罰の一般原則・共通原理および刑法適用の一般規律で

によって補充されていた。この中途半端な刑法体系を率いて運営する中核となったのが、共産党と国家の方針・政策であった。

(2) わが国の第一次刑法典，すなわち「中華人民共和国刑法」の施行段階（1980年1月1日～1997年10月1日）

この段階のわが国の刑法は，迅速かつ飛躍的な発展を遂げ，成熟の道を歩み始めたことが特徴的である。この段階では，刑法典以外にも，23部の単行刑事法規と多数の附属刑法が前後に分けて制定された。

これらの単行刑事法規について触れておく。「中華人民共和国軍人職責違反罪暫定処罰条例」（1981年），「逃走もしくは罪を重ねた労働改造犯および労働教育人員に関する処理規定」（1981年），「経済の重大な破壊をもたらす犯罪人に関する厳罰決定」（1982年），「社会治安に重大な危害を及ぼす犯罪人に関する厳罰決定」（1983年），「密輸罪に関する補充規定」（1988年），「汚職罪および賄賂罪の処罰に関する補充規定」（1988年），「国家の重点保護下にある稀少動物および絶滅の危機にある野生動物の猟殺行為の処罰に関する補充規定」（1988年），「中華人民共和国の国旗および国章に対する侮辱行為の処罰に関する決定」（1990年），「麻薬の取締に関する決定」（1990年），「猥褻物を密輸，製作，販売または宣伝する犯罪人の処罰に関する決定」（1990年），「古文化遺跡，古墳墓発掘罪の処罰に関する補充規定」（1991年），「売春，買春に関する決定」（1991年），「婦女児童を誘拐売買する犯罪人の処罰に関する決定」（1991年），「脱税納税拒否罪の処罰に関する補充規定」（1992年），「航空機ハイジャック犯罪人の処罰に関する決定」（1992年），「登録商標の不正使用の処罰に関する補充規定」（1992年），「虚偽不良商品を生産販売する犯罪の処罰に関する規定」（1994年），「他人を組織して国外移送を行う犯罪の厳罰に関する補充規定」（1994年），「著作権侵害罪の処罰に関する決定」（1994年），「会社法違反罪の処罰に関する決定」（1995年），「金融秩序破壊罪の処罰に関する決定」，（1995年）「増値税用領収証の虚偽発行，偽造および不法販売罪の処罰に関する決定」（1995年）。

以上に掲げた単行刑事法規は，特別刑法に分類される。これに対し，

第5章 刑法の体系と解釈（何秉松）

長井 圓
馬 強 共訳

第1節 刑法の体系

刑法の体系とは、刑法の構成と構造をいう。

あらゆる国家は独自の刑法体系をもち、どの国の刑法体系も固有の特徴を有している。このことは、各国の政治、経済、文化など複雑な諸要素に由来し、当然、立法技術の相違にも依存する。刑法体系の全機能をより能率的に発揮するためには、できるだけ科学的に合理化されるべきである。

刑法体系も絶えざる発展と変化の過程にあるが、この変化の直接の原因は現実の闘争である。すなわち、社会生活における物質条件の変動である。

刑法の体系は、刑法の発展水準とその熟達程度とに密接に関連する。その完成度や、厳密さの程度は、刑法の発展水準とその熟達程度と均衡するように思われる。

中華人民共和国が成立して以来、わが国の刑法発展は、おおよそ次の三段階に分けられる。この三段階に応じて、三つの異なる刑法体系が形成された。

（1）刑法発展の初期段階（1949年10月1日～1979年12月31日、「中華人民共和国刑法」の施行前）

この段階でのわが国の刑法は、誕生期にあり、紆余曲折を経て発展してきた。経験の乏しさ、政治闘争の影響の受けやすさのため、その発展の水準は低く、きわめて幼稚であった。この状況に応じて、当時、わが国の刑法体系は、「中華人民共和国反革命処罰条例」と「中華人民共和国汚職処罰条例」などのわずかな刑事的法律を中心に、多数の政府の命令・指示、批准書、最高人民法院の司法解釈および非刑事的法規範など

- (53)～(56) カント・前注(52) 165頁。
- (57)・(58) カント・前注(52) 166頁。
- (59)・(60) カント・前注(52) 167頁。
- (61) カント・前注(52) 164頁。
- (62) ヘーゲル『法哲学原理』(商務印書館1991年版) 101頁。
- (63) ヘーゲル『法哲学原理』(商務印書館1961年版) 102頁。
- (64) ヘーゲル・前注(63) 98頁。
- (65) ヘーゲル・前注(63) 100頁。
- (66)・(67) ヘーゲル・前注(63) 103頁。
- (68) ヘーゲル・前注(63) 292頁。
- (69)・(70) ヘーゲル・前注(63) 104頁。
- (71) ヘーゲル・前注(63) 106頁。
- (72) ヘーゲル・前注(63) 228頁。
- (73) ヘーゲル・前注(63) 228～229頁。
- (74) ヘーゲル・前注(63) 229頁。
- (75) この問題に関する評論として、何秉松『わが国の刑法の民主原則試論』
《政法論壇》(1997年)第5期、第6期を参照。
- (76) ガロファロ『犯罪学』(中国大百科全書出版社1996年版) 243頁。
- (77)～(79) ガロファロ・前注(76) 243頁。
- (80) 何秉松『犯罪構成系統論』(中国法制出版社1995年版) 480～492頁参照。
- (81) 何秉松・前注(80) 492～505頁参照。
- (82) 何秉松・前注(2)。

- (13) ロック『政府論（下）』（商務印書館1964年版）59頁。
- (14) ホッブズ『リヴァイアサン』（商務印書館1985年版）769頁。
- (15) ピエール・ラロ・前注（6）33頁。
- (16) ベッカリア『販売と刑罰』中国大百科全書出版社1993年版60頁。
- (17) ホッブズ・前注（14）272頁
- (18) ホッブズ・前注（14）105頁。
- (19) ロック・前注（13）910頁。
- (20) モンテスキュー『ペルシア人の手紙』（商務印書館1962年版）141頁。
- (21) モンテスキュー『法の精神（上）』（商務印書館1961年版）91頁。
- (22) モンテスキュー・前注（21）189頁。
- (23) フェリー『犯罪社会学』（中国人民公安大学出版社1990年版）113頁。
- (24) リスト『学術論文および報告』第2版16頁。
- (25) フェリー『実証派犯罪学』（商務印書館）4頁。
- (26) フェリー・前注（25）48頁。
- (27)・(28) ベッカリア・前注（16）65頁。
- (29) ベッカリア・前注（16）66頁。
- (30) ベッカリア・前注（16）67頁。
- (31) ベッカリア・前注（16）57頁。
- (32) ベッカリア・前注（16）81頁。
- (33)・(34) ベッカリア・前注（16）42頁。
- (35) ベッカリア・前注（16）59頁。
- (36) ベッカリア・前注（16）60頁。
- (37) ベッカリア・前注（16）57～58頁。
- (38) ベッカリア・前注（16）56頁。
- (39) ベッカリア・前注（16）56～57頁。
- (40) ベッカリア・前注（16）57頁。
- (41) ベッカリア・前注（16）9頁。
- (42) ベッカリア・前注（16）11頁。
- (43) ベッカリア・前注（16）109頁。
- (44) ベンサム『立法理論－刑法典の原理』（中国人民公安大学出版社1993年版）68頁。
- (45)・(46) ベンサム・前注（44）68頁。
- (47) ベンサム・前注（44）70頁。
- (48) ベンサム・前注（44）81頁。
- (49) ベンサム・前注（44）78頁。
- (50) ベンサム・前注（44）67頁。
- (51) ベンサム・前注（44）91頁。
- (52) カント『法の形而上学原理』（商務印書館1991年版）164頁。

した法律尺度に乖離・違背するのであれば、いわゆる罪刑相当原則は個人の専断になるほかない。

しかしながら、法律は社会を基礎とするものであるから、犯罪の性質とその社会危害性の程度は、必然的に社会の変化に応じて変化する。いかなる罪刑均衡関係も永久不変なものではない。まさにヘーゲルのいうように、一つの刑法典をいかなる時代にも適用することはできない。「一つの刑法典は、主にその時代あるいはその時代の市民社会に属するものである」。そこで、わが国の現行刑法の罪刑均衡関係に関する規定がなぜ1979年刑法と違うかという、まさに時代と社会の変化によるものであろう。現行刑法の規定する罪刑関係が、他国の規定と違うことも、社会および国の实际情况によるものである。

わが国の刑法の罪刑相当原則は、区別対応して取り扱う政策思想およびプロレタリアの公平観、正義観を体现している。その目的は、国の刑罰権の正確な運用を保障し、犯罪に適応しない処罰および無実な人の処罰を防止し、刑法の公平正義を実現し、さらに効果的に犯罪を処罰して国民を保護する。

- (1) 最近、ある日本の刑法学者は、①明確性原則、②実体的法的適正手続原則、③判例変更不遡及原則を提示する。川端博等『現代刑法理論における学派の争い』(1983年)を参照。
- (2) 何秉松『わが国の刑法の民主原則試論』《法学研究》(1980年第2期)。
- (3) 古代ギリシアで生来的特権が流行したとき、ユリピデイスは『フェニキスの少女』で「平等は人類の自然法則である」とした。
- (4) ロック『政府論(下)』(商務印書館1980年版)59頁。
- (5) ルソー『社会契約論』(商務印書館1980年版)9頁。
- (6) ピエール・ラロ『平等論』(商務印書館1991年版)20頁。
- (7)・(8) ピエール・ラロ・前注(6)20頁。
- (9) 陆徳山・徐卫东主編『中国憲法学における若干の問題討論総述』(吉林大学出版社1992年版)396~408頁。
- (10) ピエール・ラロ・前注(6)29頁。
- (11) ピエール・ラロ・前注(6)32頁。
- (12) ピエール・ラロ・前注(6)33頁。

に存在する。その歴史的変化過程およびその内部関連を研究する場合に限って、それを二つの部分とすることができる。しかし、それは、統一的な罪・責・刑の均衡関係すなわち適応関係として把握すべきである。その内容は確かにより豊かで具体的になってきたが、その総体の原則は相変わらず古典学派の罪刑相当の伝統的意義を保っている。重罪重刑，軽罪軽刑，刑罰はその犯罪に適しなければならず，軽罪重刑および重罪軽刑はともに許されない。

しかし、罪刑相当原則には一つの派生的内容が存在するはずである。つまり、無罪不罰である。罪刑相当が重罪重刑，軽罪軽刑であるならば，無罪無刑は同法則の結論として自然に得られる。しかも，より重要なのは，無罪不罰を提示することにより，刑罰権濫用が防止されて，人権保護にも効果がある。これはわが刑法の民主原則の表現である。「刑法の民主原則は，懲罰の合理性と合法性を求める。すなわち無罪の者は罰せられず，懲罰は罪に応じてなされる」⁽⁸²⁾。

指摘すべきは，わが刑法の罪刑相当原則が罪刑法定原則を基礎とし前提とすることである。罪刑相当原則は，罪刑法定主義の一内容であり，その間にはきわめて密接な関係がある。

わが国の罪・刑・責の均衡関係は，法律に規定される。刑法分則の条文に規定される各種犯罪およびそれに適応する法定刑は，各種の犯罪と各種の刑罰との均衡関係の序列表を構成する。犯罪者と犯罪行為の異なる情状によって，刑事責任と刑罰の軽重を決める刑法総則の原則的規定は，その序列表の調節弁にあたる。両者の結合は，原則性と敏活性の統一を體現し，厳密で科学的にあらゆる情状にも適応するような一つの罪刑均衡関係体系を構成する。この体系は，統合的に，国法形式に現れた国民意思，各種の犯罪性質とその危害性程度に対する価値判断ならびに各種の刑罰との間にあるべき均衡関係についての国民の判断を反映する。それゆえ，両者の結合は，罪刑均衡関係の統一標準すなわち最高權威性を備える法的尺度である。罪刑均衡関係について法律規定から乖離するいかなる判断も，すべて不適當かつ不公正なものである。もし統一

る。ここには刑事責任の分担問題が存在する。各犯罪者が犯罪で位置づけられる地位および果たす役割は異なるので、その刑事責任も区別すべきであろう。これによって、同一の性質および危害性に属する犯罪行為が、その犯罪者の刑事責任が異なることにより、刑罰も異なる状況が生み出される。

以上の二種の状況が説明するように、犯罪の軽重は、直接に刑罰の軽重を決めるわけではなく、必ず刑事責任を仲介とする。つまり犯罪の軽重が刑事責任の軽重を決定し、刑事責任の軽重が刑罰の軽重を決する。こうして、犯罪・責任・刑罰の関係が形成される。西洋刑法の提示した罪刑相当原則は、刑事責任の問題に関わっていない。かえって、直接に罪刑の均衡関係を論じることになる。これは、行為中心論を枠とした罪刑関係であって、行為者すなわち責任者の責任問題には関わりない。しかも、西洋刑法の提示した量刑における責任主義は、主に責任と刑の均衡関係、すなわち行為者の刑事責任と刑罰との均衡関係を解決することにある。犯罪と刑事責任の均衡関係については触れていない。現在のわが国の刑法5条は、両者を統一して規定する。つまり、罪・責・刑の均衡関係を統一させることは、割に科学的なものだと思われる。ここでは、罪刑均衡関係が主要で決定的なものであり、刑事責任の仲介を通さなければならない。すなわち、犯罪が直接に刑事責任の軽重を決定し、その後刑事責任の軽重を通じて刑罰の軽重を決めるとしても、根本的にいえば、刑罰の軽重は主に犯罪の軽重により決められることになる。責任と刑罰の均衡関係は、罪刑均衡関係の基礎において、具体的に後者の個人責任問題を解決することであって、そこに犯罪構成事実と密接に関連する行為者の他の状況を取り入れて、罪刑均衡関係の具体化・厳密化を図るのである。これは実質的に量刑における責任主義を罪刑相当原則に織り込んで、それを罪刑相当原則の有機的構成部分に変形させて、より豊かで深い内容を備える罪刑相当原則を構成する。そこで、刑法5条に規定される「刑罰の軽重は、犯罪者のなした犯行および負うべき刑事責任に適応しなければならない」という二つの適応は、相互に関連し不可分

し、国民は責任者としてこのような要求を受けとめなければならない。もしいかなる国民でもこの責任関係に反して刑法に禁止される犯罪行為を行ったとすれば、刑法に規定される効果を負担し、刑法による制裁を受けることになる。このような責任者に成立した責任関係での効果として責任を負担するのが刑事責任である。なぜ責任者がその法律効果を負わなければならないかというと、刑法に禁止される犯罪行為を行ったからである。ここでは犯罪行為が、刑事責任の生成およびその存在の基礎となっており、犯罪行為なければ刑事責任もない。換言すれば、犯罪行為があるからこそ、刑事責任の根拠が成り立つのである。

犯罪行為は、刑事責任の根拠になっているため、当然に刑事責任の軽重についても決定的役割を果たす。前に指摘したように、犯罪行為は、犯罪構成の事実であって、一つの主体、客体、主観面および客観面などの要件で構成した特定の性質と危害性を備える有機的統一体である。刑事責任の軽重は、主に犯罪構成という有機的統一体の性質と危害の程度で決められるものである。しかし、刑事責任は、結局、犯罪者が負う責任であるため、よりよく刑法で犯罪を処罰して国民を保護する目的を実現するために、刑事責任の軽重を決めるにあたって、犯罪構成の性質と危害性を根拠にするほか、責任者の他の状況と結びつけて、その刑事責任の軽重を判断するべきである。いわゆるその他の状況とは、犯罪構成事実に属さないが、量刑をなす際に配慮しなければならない状況、あるいは犯罪構成事実に属するにもかかわらず量刑をなす際に再び評価要素として配慮する必要がある状況である。例えば、18歳未満の青少年、弁別制御する行為能力の全部を喪失してない精神病患者、累犯、白首犯、立功等々の要素は、刑事責任の軽重についてののみ、ある程度の影響を及ぼす。しかも、これらの要素は、犯罪構成事実に属し、犯罪構成事実から離れて独立的に刑事責任およびその軽重の根拠になることはない。

さらに指摘すべきは、刑事責任は犯罪者が負担すべき責任であるが、共同犯罪および法人犯罪の場合になると、犯罪は一人でなく数人で行うことが多い。そうすると刑事責任を負担する人は、一人でなく数人にな

観責任（犯行の程度）で刑罰の軽重を限定する標準である。

上述した刑法典の規定と違って、わが刑法典は、量刑における責任主義を罪刑相当原則の内容の一つとして同じ条文に規定している。刑罰の軽重は、ただ犯罪者のなした犯罪行為に応じるだけでなく、さらに犯罪者の負うべき刑事責任に応じて裁量しなければならない。この二つの対応には、区別があるかどうか、その間にどのような関係があるかが問われる。

いわゆる刑罰の軽重と犯罪者の負うべき刑事責任との適応の意義は、上述した量刑における責任主義とほぼ同じであり、すなわち刑罰の軽重と適応することである。刑事責任の概念に関しては、未だに様々な解釈があるとしても⁽⁸⁰⁾、量刑における責任主義の基本的意義については、共通認識に到達することが期待できる。すなわち、①量刑における責任主義は、責任帰属における責任主義でもないし、過失でもなく、責任者に対する非難および非難可能性にもあたらない。もちろん犯罪行為およびその本人だけに対する否定論的評価でもない。②量刑における責任主義は、責任者の実質的に受ける制裁・懲罰と同一視しえず、刑罰あるいは刑事処罰と同一視してはならない。③量刑における責任主義は、法律責任の一種であって、責任者が刑法に定められた犯罪行為をなした後に、負うべき制裁あるいは不利益的结果の責任を指す。

責任の基本的意義を明確にした後に、刑事責任の根拠問題も解決しなければならない。これも様々な解釈が存在する問題である⁽⁸¹⁾。しかし、その基本的意義についても、共通な認識が達成できると思われる。刑事責任の根拠とは、刑事責任の生成および存在の依拠する基礎を指す。我々が近代学派の主張する決定論、犯罪人類学の結論および生来的犯罪者を認めないとすれば、刑事責任の基礎が人身危険性あるいは主に人身危険性であることも認めないことになる。そうであれば、刑事責任の根拠は、犯罪者のなした刑法を犯す行為にほかならない。刑事法律の公布は、このような責任関係の建立を意味する。国は責任請求者として、いずれの国民も刑法に禁止される犯罪行為を行ってはならないと要求

第二に、刑罰軽重の程度は、責任軽重の程度により決められる。換言すれば、刑罰軽重の程度は、責任軽重の程度と適応すべきである。この意義での責任主義は、「量刑基準としての責任主義」あるいは「量刑の責任主義」と呼ばれる。

第一の意義での責任主義は、主に犯罪論の内容に属する。責任の内容は、主に故意または過失を基礎とする主観責任、すなわち罪の帰責を指す。ここでは責任は、犯罪成立の一条件とされ、よって実質上「責任なければ刑罰なし」、「犯罪なければ刑罰なし」ということになる。責任と刑罰は、直接に関連するわけではなく、第二の意義での責任主義すなわち量刑における責任主義こそが、責任と刑罰の直接関連に当たる。量刑における責任主義に関する責任は、その内容が上述の主観責任と異なり、刑事責任を指す。すなわち、犯罪行為をなしたことによって担う法律責任である。責任という言葉を使う際に当たって、この異なる二種の内容を注意して区分する必要がある。

西洋刑法において、責任主義と罪刑相当原則は区別して規定される。つまり、量刑に属する責任主義であっても、罪刑相当原則の内容に属さず、通常量刑において専ら規定されることが多い。例えば、1975年オーストリア刑法4条に規定する「責任なければ刑罰なし」のように、これは、第一の意義での責任主義である。第32条（量刑の基本原則）第1項の規定「量刑は、行為者の責任を基準とするべき」というのは、第二の意義での責任主義、すなわち量刑における責任主義である。1975年西ドイツ刑法典46条（量刑の基本原則）1項は、次のように規定する。「犯罪者の責任は、量刑の基礎となる」。これは量刑における責任主義である。日本の1972年に公布した刑法改正草案の48条（量刑の一般基準）1項では、「刑は、犯人の責任に応じて量定しなければならない」との規定を設けている。これも量刑における責任主義にあたる。最近公布された幾つかの刑法典では、1995年わが国のマカオ刑法典の規定に、一定の特殊性がみられる。同法典40条2項では、「いかなる状況下においても、刑罰は犯行の程度を越えてはならない」と規定する。これは、直接に主

「『道義責任』と『罪刑適応』は、科学研究が示しているその内在的不可能性にもかかわらず、引き続き刑法の礎になる」⁽⁷⁷⁾。近代学派は断固として、この二つの原則に反対している。「我々が論述しているこれらの原則が誤って個人の人権保護のためのものだとなされと、実に刑法の衰亡あるいは没落の源につながる」⁽⁷⁸⁾。ゆえに、近代学派は、かつて自信満々に、この原則を刑法から追い出そうとしていた。「これを駆逐することはきわめて困難であるが、最終的にこの目標を我々が達成することは疑う余地のないことであろう」⁽⁷⁹⁾。しかし、彼らの誤りは、歴史で証明された。罪刑相当原則と責任主義は、相変わらず西洋刑法の基礎なのである。

責任主義は、古典学派の唱える重要な刑法原則に当たる。中世の刑法は結果責任をとっていた。いわゆる結果責任は、客観責任とも呼ばれ、行為の危害結果だけを根拠に刑を判断し、その主観における罪責の有無を問わない。いわゆる団体責任とは、一人が犯罪をなした場合、その団体が刑事責任を担うことを指すが、実は無辜な人を巻き添えにすることである。

責任主義の提示は、結果責任および団体責任に対する否定となる。その目的は、主観責任と個人責任をもって、結果責任および団体責任による刑罰の不当拡張を抑え、国民の基本的な人権を保護することである。

責任主義は二つの意味を包括する。

第一に、「責任なければ刑罰なし」。これは、責任主義の最も古くかつ主要な内容であり、責任が刑罰の必要前提であることを強調する。刑罰を科すには、責任が存在しなければならない。すなわち、責任能力を有する人が故意または過失により社会に危害を加える行為をなした場合に限って、懲罰を受けるのである。行為と結果は、刑罰の要件として、必ず故意または過失を備えなければならない。もし、故意・過失などの主観要素（責任要素）が欠ければ、責任がないとされ、懲罰を受けるべきではない。日本では、このような責任主義は、責任帰属での責任主義と呼ばれる。

第一に、刑罰の輕重は犯人の行った犯罪に適應すべきであること、第二に、刑罰の輕重は犯人の負うべき刑事責任に適應すべきことである。次には、この二つの問題を別々に論じる。

（1） 刑罰の輕重は、犯罪者の犯罪と適應すること

わが刑法は、抽象的に罪刑均衡を規定するわけではなく、明確に刑罰と「犯罪者が犯した犯行との適應」を規定するのである。このようにして、罪刑相当原則に対する様々な任意解釈が除外されることになる。

「犯罪者が犯した犯行」の具体的意義は、犯罪者がなした刑法に違反する犯罪行為を指す。犯罪構成理論の立場からいえば、それは犯罪者がなした刑法の規定に合致する犯罪構成の行為であり、犯罪構成事実に当たる。犯罪構成事実とは、一つの主体、客体、主観面および客観面などの要件からなる特定の性質および特定の社会危害性を備える有機的統一体である。いわゆる刑罰の輕重が犯罪者の犯した犯行と適應するというのは、犯罪者が行った犯罪構成事実の性質および社会危害性と適應すべきことを指す。

（2） 刑罰の輕重は、犯罪者が負うべき刑事責任と適應すること

この規定は、古典学派の唱導する責任主義に由来する。中世における刑罰の残酷と強引に反対し、刑罰権の不当な拡張を制限し、刑法の公正と正義を実現し、そして人権の保護を図るために、罪刑関係において古典学派は、二つの原則を提出した。一つは、罪刑相当原則であって、もう一つは、責任主義である。この二つの原則は、当初ブルジョア刑法の主要な礎になり、近代学派の学者もこの原則を認めているのである。ガロファロはこう語っていた。「古典学派の提出した二つの原則は、今の刑事科学における厳格な意義での法律にとって、きわめて重要な原則である。すなわち「①行為者が自らの行為に対して道義上の責任を負うことを除けば、犯罪の存在はありえなくなる。そこで、犯罪の重大性は、道義責任の輕重の変化によって変化する。②刑罰は、必ず犯罪の重大性と正比例の存在である」⁽⁷⁶⁾。第一の原則は道義責任すなわち責任主義であり、第二の原則は罪刑相当である。ここでガロファロが指摘するには、

きりとわかるように、必ず迅速かつ適時に犯罪に対する刑罰を執行することである。

(4) 犯罪と刑罰の均衡関係は、法律で規定しなければならない。いかなる司法職員も、法律の規定を超えて、国民に対する刑罰を増加する権利を有しない。

(5) 犯罪と刑罰の均衡関係は、時代・国・社会の状況の変化に応じて変わる。異なる時代・国・社会状況の違いに従い、それに相当する罪刑の均衡関係を構築すべきである。

上述のように、ベッカリアたちは皆罪刑相当原則を唱導しているが、その理論的基礎は違っていて、本質的で豊かな内容を備えている。もしその理論的基礎を応報主義および功利主義に帰結すれば、それは本質的で豊かな内容を単純化・浅薄化することになる。

古典学派の唱える罪刑相当原則には、後期古典学派および新古典学派において一定の発展・変化がみられる。しかし、その基本的内容には実質的な変化がうかがえない。

周知のように、罪刑相当原則を唱えるのは、古典学派である。これは行為中心論を堅持する結果だといえる。しかし、近代学派が刑罰個別化を唱導することは、行為者中心論を堅持する必然的帰結であろう。

しかし、最近わが国のある学者は、ロンブローゾやフェリー等を代表とする近代学派も罪刑相当原則を主張するとの論点を提出した。これは根拠に欠け、正確なものとはいえない。近代学派の主張する「人身危険性を根拠にした刑罰個別化の実施」に罪刑相当原則の冠をかぶせることは、有名無実でお門違いである⁽⁷⁵⁾。

3. わが国の刑法の罪刑相当原則

刑法5条は、「刑罰の軽重は、犯人の犯した犯行とその負うべき刑事責任とに適応しなければならない」と規定する。これが、わが国の刑法の罪刑相当原則である。

上述の規定に表明されるように、罪刑相当原則は二つの内容を含む。

民社会の状況によって違ってくる。ある場合は何文銭あるいは甜菜一本を盗んだ人を死刑で処罰したり，ある場合はこれより百倍以上の価値のあるものを盗んだ人を軽い刑で処罰したりすることも正当とされる」⁽⁷²⁾。「まさにこれゆえに，一つの刑法典は主にある時代の社会状況に属するものであるといえる」⁽⁷³⁾。

ヘーゲルは，次のようにも指摘している。一つの安定した自信溢れる社会において，犯罪は一部始終が社会に対抗する個別状況であり，常に不安定かつ孤立的に存在する。この観点に基づいて，犯行は割に軽い地位に位置づけられ，刑罰も比較的になくなってきた。もし社会自身が相変わらず激動不安定であれば，刑罰を通じて模範を樹立しなければならない。なぜなら，刑罰自身が犯罪を反対する模範であるからである。「そこで厳しい刑罰は，恣意的で不公正なものではなく，時代状況と関連するものである。一つの刑法典は，いかなる時代にも適用することができるものではない」⁽⁷⁴⁾。

以上の論点を通じて判明したのは，古典学派の罪刑法定原則の唱道者および定礎者であるベッカリア，ベンサム，カントおよびヘーゲルの思想と観点は，大いなる共通点を抱えながら，少なからぬ矛盾と対立をもつことである。それにもかかわらず，我々は，その論述における罪刑相当原則の基本的意味内容を次のようにまとめることができる。

（１）罪刑相当とは，刑罰の性質と強度が犯罪の性質と重大さの程度と対称しなければならないことである。軽罪には軽い刑，重罪には重い刑，刑罰はその罪に当てはまる。軽罪には重い刑あるいは重罪には軽い刑は許されない。

（２）犯罪の軽重を測る尺度としては，犯罪の性質とその社会に対する危害が取り上げられる。社会に対する危害が大きいほどに，犯罪は重くなるのである。刑罰の軽重を測る基準は，犯人に与える苦痛および侵害であろう。苦痛の程度と侵害の強度が大きければ刑罰も重くなる。

（３）罪刑相当原則には，刑罰がその執行方法において，犯罪と対称することも含まれる。刑罰は犯罪の必然的結果であることが人々にはっ

できない。もし単に犯人を無害に変わらせる有害動物にすぎないとみなし、あるいは厳戒および矯正を刑罰の目的として用いれば、犯人はなおさらこうした尊厳を得られなくなる」⁽⁶⁷⁾とヘーゲルはいう。

ヘーゲルによれば、何回も触れたように、刑罰は犯人自らの犯罪意識による表現である。「一人の犯人が受ける処罰は、確かに外力によるものであるが、振り返っていえば、犯人自らの犯罪意識によるものにほかならない」⁽⁶⁸⁾。「犯罪の本質だけでなく、犯人自身の意識も、自らの行った侵害行為につき、刑罰を求めたのである」⁽⁶⁹⁾。それゆえ、犯人を処罰することは、まさに犯人の理性的存在を尊敬するものである。その理性的存在を尊敬しようとする場合には、犯人の行為の中から、刑罰の概念および尺度を探さなければならない。

犯人の行為から刑罰の概念と尺度をたどっていくと、その結論として刑罰は犯罪の報復に限ることになる。なぜなら、概念からいえば、報復は侵害に対する侵害である。しかし、犯罪が質と量において一定の範囲を備えるため、犯罪を否定する立場にある刑罰は、同様に質と量における範囲を備えるわけである。ゆえに、犯罪と刑罰は同一性を有する。しかし、「これは概念に基づく同一性であって、侵害行為の特殊な情状の同一を指すものではなく、侵害行為の自由に存在する情状下の同一、すなわち価値の同一である」⁽⁷⁰⁾。いわゆる価値同一とは、外観的な種類の同一ではなく、もちろん目には目を、歯には歯をのような同態報復でもない。異なる種類における内在的同一性を指すものである。例えば、外観的な種類の形態から見れば、一方の窃盗と強盗による罰金刑と懲役刑との間には、著しい不同一が見られる。「しかし、その価値つまり侵害という普遍的性質から見れば、互いに比較することができる。刑罰と犯罪におけるこのような価値的同一に近づくことは、理性範囲に属することであろう」⁽⁷¹⁾。

このような価値的な同一を求めることに関しては、ヘーゲルが強調して指摘するように、「犯罪の市民社会に対する危険性は、その重要性和その質的な規定の一つでもある。しかし、この質あるいは重要性は、市

ヘーゲルは、犯罪と刑罰の関係を、単純に悪は悪としてみなすことをもって、善の関係を達成しようとするには反対する。彼はこう語った。「もし犯罪とその刑罰をただ一つの災難にすぎないと認識し、一種の災難の存在によってもう一種の災難が必要となると見るのであれば、それは当然に合理的なものとは認められない」⁽⁶²⁾。「この問題の検討に当たり、ただ一つ重要なのは、まず犯罪に対し刑罰を科すべきであって、犯罪によって一種の災難が生み出されたのではなく、犯罪が法そのものを侵害したとみるべきである」⁽⁶³⁾。彼は次のように指摘する。「犯罪は、法を侵害し、真正なる不法にあたる。法そのものを侵害することが、犯罪である」⁽⁶⁴⁾。ここでは、犯罪と刑罰との関係は、悪には悪という関係ではなく、否定には否定というべきである。犯罪は、法そのものを侵害し、法に対する罰だとみなされる。しかし、絶対的なものとしての法が罰せられてはならないため、犯罪を行うことが必然的に法で罰せられなければならないことになる。「犯罪は、最初に肯定されるものではなく、刑罰がその否定として加えられて、かえって否定的なものとなる。それゆえ、刑罰は、否定に対する否定にすぎないものとみなされる。現在の現実的な法は、その侵害に対する罰だというのであり、まさにこの罰を通じて、その有効性を示す」⁽⁶⁵⁾。刑罰を通じて犯罪を罰し、法の原状を回復する。犯人に加えられる刑罰は、自然正義であり、ただ法の必然的要求のためではない。しかも、「この刑罰は、犯人自身に確定されたものであって、すなわち一定の意識を満たす行為の中で確定されたものである」⁽⁶⁶⁾。これは、理性的な人間として、その自由意識に基づいて犯罪行為を行う際に、自ら認めた法である。刑罰には、犯人自らの法も含まれることであろう。これは、ヘーゲルのきわめて重要な思想である。ヘーゲルの罪刑相当原則つまり罪刑関係における価値同一視理論は、この基本的論点から出発したものである。

「刑罰は、すなわち犯人自らの法を含むため、犯人を処罰するにあたり、その理性的存在を尊敬することになる。もし犯人のなした行為から刑罰の概念と尺度を探さなければ、犯人はこうした尊重を受けることが

ための絶対的要求である。彼はこう説いた。例えば、ある島に一つの国民社会があって、そのすべての構成員の合意によってこの社会を解散しようとする決定が得られ、世界各地に移住を進めようとする前に、監獄に一人の殺人犯が残される場合、その犯人に対する死刑執行がなされた後、この社会の解散執行が行われるべきであろう。「このようにする理由は、構成員の一人一人に自らの行動にあるべき応報がなされることを認識させ、ちなみに血の負債がある人を国民内に留めてはならないという覚悟をもたせることになるからである。そうでなければ、国民も同じように殺人事件に関与したとみなされ、これは正義に対する公開の侵犯である」⁽⁶⁰⁾。

報復原則すなわち平等原則を特徴とするカントの罪刑相当原則は、カントの倫理学に強調される道德基礎が自由かつ平等な理性的人間の自制であるという観点を表している。絶対的な命令に従って、個人は、独立した自由で真正な人間の道德的尊厳になるのである。この個人は、自由・権利・責任を有し、もちろん自らが行った犯罪行為につき責任を負う能力を備え負うべきでもあるとされる。カントは、強調して「懲罰は、いかなる状況においても、必ずある人が犯罪を犯したことに対して、懲罰を加えることである。なぜなら、一人の人間は、絶対に一種の手段として他人の目的達成に使われるべきではない。もちろん、物権の対象と混同することもできない（人間を法律の客体あるいは物権の客体として取り扱うことを示す、との翻訳者注釈が付けられている）。人間は、生まれながら人格権を有し、自ら以外の取扱に反対し対抗する。自分が国民としての人格を失わせる判決を下されるおそれがあっても、それを守る精神を揺るがされることはない」⁽⁶¹⁾と指摘した。この観点は、カントの平等原則を特徴とする罪刑相当原則とベンサム功利主義利益原則を特徴とする罪刑相当原則との違いを表明している。

カントの後に継いで罪刑相当原則を提示・論証したのは、ヘーゲルである。彼は、法哲学の原理を簡明に用いて、この原則を論述したのである。

あなたが他人を中傷すれば、実にあなたは自分を中傷することになる。もしあなたが他人のものを盗み取ったとすれば、あなたは自分のものを盗んだに等しい。もしあなたが他人に殴りかかったとすれば、あなたは自分を殴ったと考えられる。もしあなたが他人を殺したとすれば、あなたは自分を殺したと思われる」⁽⁵⁵⁾。これは報復原則であり、「公共法廷を支配する原則でもある。この原則によって、明確に質量の両面において公正な刑罰が決められる」⁽⁵⁶⁾。よって「純粹かつ厳格な公正判決が得られるのである」。

この原則について、カントは次の三つの要点を強調した。第一に、いわゆる「目には目を、歯には歯を」というのは、絶対に厳格なものではない。なぜなら、必ずしも悪役に報復がなされなければならないというべきではない。一定の条件下では、法律で代替されるものにより正義の原則を満足せしめることができる。「もし、社会的地位の極めて高い人が乱暴に社会的地位の低い無辜な人を辱めれば、彼がその被害者に謝罪を行う判断を受けるほか、孤独で苦しい禁止を忍ばなければならない。このような苦痛を加えられて、彼の虚栄心は大きな打撃を受けることになろう。彼の身分からすると、このように恥をかく処罰は、まさに『目には目を、歯には歯を』の原則による報復だと考えられる」⁽⁵⁷⁾。また例のごとく、他人の物を盗み取った人について、国が刑罰的な労役を処することができる。これでも報復がなされることであろう。「しかし、人殺しは必ず死刑に処される。この場合は、法律で代替されるいかなるものをもってしても、正義の原則を満足せしめることができない」⁽⁵⁸⁾。ここでは、カントの主張する平等は、犯罪と刑罰の間の質と量の平等であって、単純な量の平等ではない。それを「等量報復」と称するのは適当なものといえない。それを同害報復と称するのも適切ではない。第二に、カントは、「いわゆる報復原則とは、決して単純な個人的判断ではない」と指摘する。「犯罪と懲罰の間の平等は、裁判官の認識によって決めなければならない、裁判所の判決こそ、すべての犯人の邪惡の輕重に対する審判である」⁽⁵⁹⁾。第三に、報復原則は、刑法の公正と正義を実現する

る」⁽⁵⁰⁾。よって、「我々は、罪刑の間の最も精確な対称性を見つけることを期待している」⁽⁵¹⁾。

ベンサムと同時代のカントは、自らの倫理哲学の立場から、ベンサムとまったく異なる罪刑相当原則に関する論証をなした。

カントは、倫理哲学の義務論に属する学者で、様々な形式を含む功利主義の所属する目的論とは倫理学的に対立する二大流派として存在する。義務論の考えでは、「正は、善あるいは功利より独立し、優先される」、行為が正当であるか否かの判断基準は、行為の結果の善悪ではなく、行為自体に固有な属性である。正しい行為は、義務のためになされる義務である。これは、ベンサムの功利主義において行為により生み出される善悪でその正当性を判断する基準とは、根本的に対立するものである。カントは、「人類社会には、一つの至上の永遠不変そして無条件に遵守しなければならない道德原則、すなわち絶対命令がある」と認識して、次のように明確に指摘する。「刑法は一種の絶対命令である」⁽⁵²⁾、公共の法律に違反して国民としてふさわしくないことをした場合、犯罪が構成される。何人も罪を犯したならば、必ず懲罰を受けなければならない。これは、公正と正義の要求である。もし罪を犯しても公正な懲罰を受けなくてもすむのであれば、「もし公正と正義が落ちぶれれば、人々がこの世の中で生き続けていく価値がなくなる、と考えて良いであろう」⁽⁵³⁾。

どのような原則に依拠して、犯罪を懲罰し刑法の正義と公正を実現できるかという点、カントは、平等原則でなければならないと認識する。彼はこう語った。「公共正義の原則・標準となる懲罰方式および尺度が何であるかという点、平等原則の他にないであろう。この原則に従えば公正の天秤の指針が片方に傾けることはない」⁽⁵⁴⁾。

いわゆる平等原則とは、実に報復（応報）原則であって、すなわち「目には目を、歯には歯を」のことを指す。カントは、次のような認識を展開している。「何人も、国民内部のある個人がなした悪行について、その人自らに対して行ったもの」とみなしうる。換言すれば、「もしあ

適用する刑罰を調整する必要がある」⁽⁴⁷⁾という。ベンサムはこの観点は、彼の平等観を反映して、その主張する倫理と法的意義の平等を反映している。法的意味における平等は、公正かつ偏りのないものである。しかし、もし同じ犯行に同じ刑罰を科するとすれば、形式的平等になりかねない。なぜなら、同じ犯行の犯人にも異なる個人情状があるかもしれないので、実際に不平等な苦痛を犯人にもたらすことも否定できない。例えば、同様な財産刑は、金持ちにとってはたいしたものではないが、貧乏人にとってはきわめて耐えられない痛手である、と思われる。ベンサム自身は一人の功利主義者であって、功利主義とは行動自身の結果（善・悪）によって、一つの行動の妥当性を断定するものである。それゆえ、彼が追求する実際の平等は、実際に生み出される等量な苦楽であろう。これゆえ、年齢、性別、等級、運命および多くの情状によって、同じ犯罪に適用する刑罰について調整がなされるべきである。

ベンサムの罪刑相当原則は、その功利主義の刑罰観を基礎とする。彼の認識は、「あらゆる法律の一般目的は、社会全体の快樂を促進して、社会全体の苦痛を排除することにある」となる。しかし、あらゆる刑罰も、苦痛を重ねるものであって、それ自体には罪惡が溢れている、といわざるをえない。刑罰あるいは犯罪は、ともに惡であり、「惡の性質は同じであるが効果が違ってくる。犯罪行為が恐怖を創り出し、刑罰が安全を再建する。犯罪行為が全ての人の敵であるのに対して、刑罰は公共安全の保護者にあたる。特定人が利益取得のために犯罪を行い、惡を創り出し、そして、その特定人が刑罰の苦痛を味わうことによって、普遍的な善を創り出す。刑罰の存在を中止すれば、世界は略奪の舞台になり、社会は分裂しかねない。刑罰が再建されれば、混乱を鎮め、秩序の回復が期待でき、社会構成員の弱点が公共保護力によって制限される」⁽⁴⁸⁾。しかし、「刑罰の厳しさは、その目的を達成するための絶対必要最小限に止めるべきである」⁽⁴⁹⁾。「もし刑罰による惡が犯罪行為による惡に上回れば、立法者が苦痛を創り出すものになり、苦痛を防止する役割を失っていくのである。つまり、比較的大きな惡で小さな惡に代わることにな

ベッカリアの後に、一步進んで罪刑相当原則を解明したのが、ベンサムである。彼は次のように語る。「モンテスキューは罪刑相当の必要性を意識し、ベッカリアはその重要性を強調してきた。しかし、彼らは推薦だけに止まり、解釈を行っていなかった。彼らは我々に対称性が何で構成されるかを教えてくれなかったが、我々は各々の努力によって、この遺憾を埋め、この道德原則の主要規則を掘り出していこう」⁽⁴⁴⁾。彼は、以下の五つの主要規則を提示した。

(1) 刑罰による苦しみは、犯罪により獲得した利益より超えなくてはならない。「犯罪を防止するために、動機抑止力は必ず動機誘発力より強くなければならない。そして一つの恐怖物としての刑罰は、誘惑物としての犯行を超えなければならない」⁽⁴⁵⁾。この点について、彼の主張はベッカリアのそれと異なっている。ベッカリアが強調したのは、刑罰の悪影響が犯罪のもたらす利益より大きければ足り、過酷な刑罰はかえって有害な結果を招きうる。しかし、ベンサムは、「一つの足りない刑罰は、残酷な刑罰よりさらに悪いものとなる。なぜならば、一つの足りない刑罰は、徹底的に捨てるべき悪であって、そこでは、いかなる良い利益も得ることができない」⁽⁴⁶⁾と強調する。換言すれば、重罪軽刑は軽罪重刑よりもっと大きな損害である。

(2) 刑罰の確定性が小さいほど、その厳格性が大きくなる。換言すれば、刑罰が確定されれば、必要となる厳格性は小さくなる。

(3) 二つの犯行が連続する場合、重い罪については厳しい刑を適用するべきである。というのは、異なる罪に同じ刑罰を適用することは、しばしば重い罪を犯すことを人に促すのである。

(4) 犯行が重いほど厳しい刑罰を適用すると、その発生を抑止する理由が充足される。

(5) あらゆる犯人の同じ犯罪に同じ刑を適用するべきでない。必ず感情に影響を及ぼす可能性のある情状を考慮する必要がある。ベンサムは、「同じ名の刑が、同じ実質の刑を意味するものではない」と認識する。「年齢、性別、等級、運命と多くの他の情状があるため、同じ罪に

関連する刑罰概念に期待を寄せて簡単な考えを持つ犯罪の空想世界から引っぱり出す」⁽⁴⁰⁾との主張もなされている。

ここで指摘すべきは、ベッカリアが有効に犯罪を防止する立場から出発し、刑罰と犯罪との対称原則を提示・論証しても、それは一面的なものにすぎないことである。もう一つの面が、ベッカリアにとって、さらに重要なものといえるかもしれない。つまり、罪刑相当原則をもって、国の刑罰権に対して、刑罰の公正を実現し、国民を横暴かつ節度のない刑罰権の侵害から守る。ベッカリアは、次のように展開する。人々は社会契約によって、一つの最小単位 of 自由を割譲し、他人から自己を守ってもらうことを図る。「この一つ一つの最小単位 of 自由の結晶で懲罰権が形成される。この枠外のどの行為もすべて独断であって公正ではなく、杜撰なものは権利にならない。もし集中して存在する公共利益を保護する必要を刑罰が超えれば、その本質は不公正なものになる」⁽⁴¹⁾。さらに、刑罰は、必ず全社会を代表しうる立法者が規定しなければならない。いかなる司法職員も、法律の規定を超えて、罪を犯した国民に刑罰を増加させて適用することは許されない。なぜならば、「法律の限度を超える刑罰は、正義の刑罰から背離したものであるからである」⁽⁴²⁾。ベッカリアの著作においては、罪刑相当原則は、罪刑法定原則と密接に結合している。全書の最後に一つの公理がまとめられた。「刑罰がある人・ある一部の人・他国民に暴虐を加える道具にならないようにするためには、本質的にいえば、刑罰は、公開して適時に必要な、一定条件においてできるだけ軽微で、犯罪と対称的で、法律により規定されるものでなければならない」⁽⁴³⁾。

この普遍的公理は、彼が罪刑相当原則を提示する一つの重要な目的を明確に表明している。つまり、「刑罰をある人・ある一部の人・他国民に暴虐を加える道具にならないようにするためには」というのである。これを理解できなければ、ベッカリアが提示した罪刑相当原則の革命性および国民性を理解することもできない。ベッカリアの罪刑相当原則は、契約論と市民の人権論を基礎としてなされたものである。

刑罰と犯罪の対称関係で、いかに正確に刑罰の厳しい程度を区分するかについて、彼は「刑罰の目的は、ただ犯人が再び国民を侵害する行為を阻止し、さらに他人に同様な犯行をしないよう戒めるにすぎない」⁽³³⁾と認識する。「刑罰の悪影響が犯罪でもたらす効果より大きいものであれば、刑罰の期待する効果を納めたと理解してよい」⁽³⁴⁾。それゆえ、刑罰の厳しい程度は、この限度を超えてはならない。そうでなければ、不公平かつ強引な刑罰といわざるをえない。ベッカリアは、断固として残酷な刑罰に反対する。その認識は、次のようになる。刑罰の残虐性は、犯罪予防の趣旨に反する二つの有害結果を創り出す。第一に、犯罪と刑罰との間の実質的対応関係を保ちにくい。第二に、過酷な刑罰は、犯罪を処罰されない状況をもたらす。

ベッカリアは、「刑罰の確定性と必然性は、罪刑対称の必然的要求であって、犯罪に対する最も強力な制約手段は、刑罰の残酷性ではなく、刑罰の必然性というべきである」⁽³⁵⁾と認識し、「人々に刑罰が犯罪の必然的結果であることを認識させ、すなわち有罪であれば必ず刑を科されるという認識を人々に持たせ、有効に犯罪を防ぐ。もし刑罰が必ずしも犯罪の必然的結果ではないとすれば、犯罪が行われても処罰されないという空想を煽ることを導く」⁽³⁶⁾と考えている。

ベッカリアは、また「刑罰は、強度だけから犯罪と対称にするべきではなく、刑罰の執行方式においても犯罪と対応すべきである」⁽³⁷⁾と指摘する。その認識として、比較的に人々の関心を引きやすい軽犯罪を処罰する刑罰は、人々が軽い犯罪へ走ることを阻止できるし、さらに重大な犯罪に向かうことも止めさせられる。懲罰の適時性を論じるにあたって、彼は「犯罪を懲罰する刑罰が迅速かつ適時であるほど、公正かつ有益なものになりやすい」⁽³⁸⁾。というのは、「犯罪と刑罰との間隔が短いほど、人々の心における犯罪と刑罰という二つの概念の関連性が、より著しく持続的に見えてくる。よって、犯罪という起因があつて刑罰という欠かせない必然的結果が必ず来る、という覚悟を人々が自然に認識するのである」⁽³⁹⁾と語っていた。そして「犯罪と刑罰を緊密に関連づけてこそ、

取り上げられる。この二級間に位置するのが一連の犯罪行為であって、これらの犯罪行為が、無形の序列に沿って段階づけられ、高級から低級までの順序で配列される。そして、この犯罪行為で構成される序列と対象になるのが、最強から最弱までの刑罰序列である。「このような精確かつ普遍の犯罪と刑罰の序列があることによって、我々は自由の程度と暴政の程度を計る潜在的な共同の物差しを持つようになる。これは、各国の人道・名誉・風紀を汚す程度を現す」⁽²⁹⁾。

ベッカリアは、「我々が見たように、犯罪を評定する真正の物差しが何であるかという、それは犯罪の社会に対する危害である」⁽³⁰⁾と説く。犯罪の社会性が大きいほど、その結果が嚴重になっていく。それゆえ、ベッカリアのいう刑罰と犯罪との対称は、まず刑罰の強度と犯罪の社会危害性の大きさとの対称を指し、重罪重罰、軽罪軽罰となろう。次に、刑罰と犯罪との対称には、刑罰の性質と犯罪の性質との相性も含まれるべきである。彼は、「刑罰をできるだけ犯罪の本質にかなわせ、この原則は犯罪と刑罰を驚くべきほど密接に連結させ、このような類似性が犯罪動機と刑罰報復との比較を人々になしやすく働きかけ、法律を犯す誘引がある標的を必死に追求しようとする場合に、この類似性が人々の心を変えて逆の方向へ導く」⁽³¹⁾と語っていた。よって、彼は、次のような認識を示している。人身侵害犯は、身体刑の処罰を受けることを疑うべきではない。他人の名誉を害する侮辱罪は、恥辱罪を受け、暴力を振るわない窃盗罪は、財産刑の処罰を受けるべきである。しかし、窃盗犯人が貧乏であれば、最もふさわしい刑罰は、苦役に服することである。もし、窃盗で暴力を加えたとすれば、刑罰は身体刑と苦役と合わせたものにすべきであろう。密輸者については、密輸の目的物および携帯財物を押収するのが公正である。しかし、喪失しうる財産を持たない密輸者については、「世間に注目される刑罰を科すべく、監禁および苦役に至る。この場合の監禁および苦役は、もちろん犯罪の性質と融合させなければならない。例えば、タバコ密輸者に対する監禁は殺し屋や窃盗犯人に対する監禁と同じくするべきではない」⁽³²⁾。

たって、なされた犯罪の重さだけを考慮するわけではなく、犯罪者の個人状況を含めて考慮する必要があると思われる。

近代学派には、唯一人身危険性を基礎とする刑法典建立の意図があったにもかかわらず、行為刑法を行為者刑法に変えることは、到底実現できなかった。当面世界各国の刑法典は、相変わらず一つの行為を中心としながら、罪刑相当原則に依拠して提立された罪刑関係体系である。それゆえ、罪刑相当原則の明文規定を刑法に設ける場合が少ないとしても、また、ある刑法典に相変わらずそれを刑罰個別化と融合する規定があるとしても、罪刑相当原則は、やはり今の世界各国の刑法が普遍的に導照している一つの基本原則である。このように、我々は、相変わらず理由をもって断言できる。

2. 西方国家刑法の罪刑相当原則の意味内容と理論的基礎

前に指摘したように、明確に罪刑相当原則を提示して鮮明化し、その理論基礎を築いてきたのは、ベッカリア、ベンサム、カント、ヘーゲルである。罪刑相当原則の内容と理論基礎に関しては、彼らの理論観点を深く研究しなければ正確な結論を得ることができない。

1764年ベッカリアは、「犯罪と刑罰」の書で初めて「刑罰犯罪対称」原則を提示・論証したのである。

ベッカリアは次のように指摘する。「罪刑相当原則を必要とする理由は、刑罰と犯罪の対称があるからこそ、有効に人々の犯罪を阻止できるのである。犯罪は公共利益に対する危害が大きいほど、人々の犯罪を促進する力が増強されると思われる。そして人々の犯罪を阻止する手段を一段と強化するには、刑罰と犯罪との対称が欠かせない」⁽²⁷⁾とされる。「もし、異なる程度の社会危害をもたらす二種の犯罪に対して同等な刑罰を加えるならば、以後もっと大きな犯罪に対して更なる強力な阻止手段を見つけることができなくなる」⁽²⁸⁾。そこで彼は、一連の犯罪行為で構成される序列を立てるべきと提言した。その最高級は直接に社会を破壊させる最も嚴重な犯罪とし、その最低級としては、最も輕微な犯罪が

作用を誇張して、行為を行行為者の人身危険性の表現にすぎない、とするべきではない。むしろ逆に、両者の結合・統一を量刑の根拠として、罪刑相当原則と刑罰個別化を融合させることが、当面、刑事立法の新しい動向を反映している。例えば、1996年ロシア共和国刑法典6条は、「公正原則」という題目下において「犯罪を行った者に対して適用する刑罰は、その他の刑法の性質方法と公正になすべく、犯罪の性質および社会危害性の程度、犯罪を行った情状、ならびに犯罪者の身分に相当でなければならない」と定める。この条文が公正原則だけに言及して罪刑相当原則に触れていないのは、罪刑相当原則を基礎にして刑罰個別化との融合を図るからである。1994年フランス刑法典第3編第2章刑罰制度において、もっぱら「刑罰の個人方式」という一節が設けられた。その内容は、主に仮釈放、刑罰の分期執行、執行猶予、刑罰の免除および宣告延期および刑罰個別化の関連内容である。この節の1条文すなわち刑法典132条は、明確に次のように規定する。「裁判所は、法律の規定する限度内において、犯罪の情状および犯人の人格に従って、刑罰を宣告し、刑罰制度を規定する。裁判所は、罰金刑を宣告するにあたり、犯人の収入および負担を考量して罰金額を決める」。これらの規定は刑罰の個別化を強調しながらも、その内容は相変わらず刑罰個別化と罪刑相応原則との融合というべきである。なぜならば、刑法典全体の重罪、軽罪および違警罪に関する区分、および各々の刑罰の規定は、すべて罪刑相当原則を貫いているからである。

この両者がいかに融合するかについては、一般的に罪刑相当原則を主として、刑罰個別化を補充するのが通常強調されるところである。例えば、旧ソ連の刑罰理論は、「罪刑相応原則によれば、ある具体的犯罪を裁いて判断を下す刑罰は公正でなければならず、行われた行為の社会危害性が大きいほど、下される刑罰は厳しくなるべきである」とみなす。この原則に照らして、立法者が犯罪の分類を行い、刑罰体系を立て、犯罪ごとに相応する刑罰を確定する。ここでは刑罰個別化原則は、ただ罪刑相応原則に対する若干の修正にすぎない。具体的な刑罰を定めるにあ

ことが不可能であるからである。「いわゆる古典派犯罪学理論の根本問題すなわち刑罰と犯罪の関係問題を解決しようとするのは、実に不可能なことであり、いかなる人、いかなる学者、立法専門家、および裁判官でも、我々に納得しうる公平、すなわち一定の犯罪につき一定の刑罰を科するという基準を、提示できなかつたのである」⁽²⁵⁾、「刑罰と犯罪の比率を決める絶対的ないし客観的な基準がないとすれば、刑罰における正義は偶然かつまぐれ幸運である、といわざるをえない」⁽²⁶⁾と指摘する。近代学派の観点から見れば、罪刑相当原則は、存在する余地なく、存在すべきではないものである。

近代学派の理論は、ある程度は刑罰による威圧に対する要求を満たしている。その刑法改革、例えば減刑、仮釈放、累犯加重、不定期刑、保安処分などは、すでに多くの国の刑事立法の内容になっている。一目瞭然なことに、これらの新しい刑罰制度は、すべて罪刑相当原則と矛盾して存在する。

しかし、何といても、罪刑相当原則は、刑法に要求される公平と正義を反映し、正確に犯罪を取り締まる有力な保証であると認識される。これは、近代学派の種々な批判では否定できないことである。しかも、他方では、近代学派が提示する刑法改革には、新たな弊害が生じ始めたのである。例えば、アメリカでは、不定期監禁刑が施行され、犯人が刑務所に送られる実質期限の決定権が仮釈放委員会に委ねられることによって、通常の刑罰の有効期限が大幅に短縮され、その結果として被告人が通常裁判所に判断された刑期の三分の一を服役すれば、仮釈放されうる。このような状況は、かえって、アメリカの司法制度の犯罪と闘う能力を弱めることになった。

実践的経験に証明されたように、罪刑相当原則は、強い生命力を備えるものであり、これは近代学派が唱える行為者の反社会性と危険性を基礎とする刑罰の個別化で代替しえないものである。行為とは行為者による行為であるため、両者が不可分的な関連を持つという正確な前提から得られた結論から、一方的に行為者の人身危険性の量刑に対する決定的

論観点については、後述する。彼らの理論は、ブルジョア階級の刑事立法には重大かつ深遠な意義を有する。1791年および1810年のフランス刑法典には、重罪・軽罪・違警罪の区分および刑法各則における各条文の罪刑関係に関して、すべて罪刑相当の原則が反映している。この原則は、18世紀末および19世紀において、あらゆる新刑法典で罪刑関係を規定する原則になっていたのである。

しかし、19世紀の末頃になると、ブルジョアジー社会の矛盾が激化され、犯罪も日毎に増加し、少年犯罪、常習犯罪、累犯が急激に増えてきた。古典学派理論は、このような状況および問題に対応しえないため、非難を受けた。こうした背景から、近代学派すなわち実証学派が、機運に応じて生まれるようになった。新興の近代学派が、「刑罰を受けるべきは行為ではなく、行為者である」というスローガンを提唱し、古典学派の行為中心論および罪刑相当原則に反対する立場に立った。近代学派は、「行為は行為者による行為であって、行為と行為者すなわち犯罪と犯罪者は不可分的に存在する。行為はせいぜい行為者の反社会性、危険性の表現にすぎないため、刑罰処分の対象となるのは行為ではなく、行為者の反社会的性および危険性というべきである。刑罰の軽重は、行為の軽重および危害との対称を根拠とすべきではなく、行為者の反社会的性および危険性を根拠とするべきである」と考える。フェリーは「犯人自身こそ刑事審判の真正かつ生きている対象となるべく」⁽²³⁾、犯人の分類によってそれに適用すべき刑罰を決め、刑罰の個別化を図るべきであると主張している。リストは次のように説く。「刑罰および責任の対象となるのは、行為ではなく、行った行為により証明される行為者の犯罪情操、行為者の法秩序に反する態度、および行為者のすべての心理的特徴、すなわち行為者の反社会性と危険性というべきである」⁽²⁴⁾。

近代学派は、罪刑相当原則を相手に激しい批判を展開していた。彼らが古典学派の刑事均衡法則すなわち刑罰の軽重が犯罪の軽重と一致するべきとする論点には、固有の欠陥が見られる。なぜならば、犯行の嚴重性については、一致した基準を欠いているため、それを厳密に限定する

ロック、モンテスキューらは、皆懸命にこのような思想を訴える。ホッブスの考えでは、刑罰の目的は、報復ではなく、違法者あるいは悪事をまねる者を戒めることである。最も厳しい容赦のない刑罰は、社会に危害を最も及ぼす犯行に適用されるべきであって、重くない犯行は、寛大に処することができる。つまり「寛大に処しうるところに寛大を施すことは、自然法の求めでもある」⁽¹⁷⁾とされている。ロックは次のように語った。政治権力は「社会構成員の生命、権利および財産を守る以外の目的および尺度を有するべきではない。従って、政治権力は社会構成員の生命・財産を支配する絶対的・専断的な権力であってはならない」。そして「その政治権力は、社会構成員に対して法律を判定できる権力にすぎない。権力は、次のような刑罰を付託されて、構成員のある部分を除去することによって全体保護を図る。ここで除去できる部分は、全体の生命および安全を脅かすに足りる腐敗した部分に限る。そうでなければ、いかなる厳しい刑罰も、合法的なものとはいえない」⁽¹⁸⁾。さらに、ロックは指摘する。「いずれの犯罪を処罰する程度とその刑の重さも、その犯人が自ら行った行為を値しないものと認識しうるに足りるものであり、その認識に基づいて後悔して、再び他人に同様な犯行をしないように戒め働きかけることによって、定まる」⁽¹⁹⁾。モンテスキューは、さらに明確に説いた。「刑罰の程度の違いがあるので、罪の重さに従って刑罰を定める」⁽²⁰⁾、「罪刑の間には適当な割合があるので、刑罰の軽重につき調和を求める必要がある。これが極めて重要な理由は、我々は重罪では軽罪の防止より力を入れるべく、社会に大きな被害をもたらす罪に対する予防には、軽い被害をもたらす罪の予防より、力を入れるべきだからである」⁽²¹⁾。そして、犯罪の性質を根拠に刑罰の軽重を決める理由は、「犯罪の性質に従った量刑が自由に有利であるからである。もし刑法のいずれの刑罰も犯罪の性質を根拠に定めることになれば、その自由の勝利だというべきであろう」⁽²²⁾。

罪刑相当原則を明確に提示し平明に説明して、その基礎理論を築いたのは、ベッカリア、ベンサム、カントおよびヘーゲルである。彼らの理

求でもある。もし、法律が一部の人に対し差別を加えたり、法律を超える特権の存在を容認したりすれば、どうして民主や法治国家が論じられるであろうか。

平等原則は、憲法の原則であり、すべての法律の共同原則でもある。刑法4条の規定はこの原則の刑法における具体的運用にすぎないが、この原則の刑法適用における具体的特徴を反映するといえる。その基本的意味内容および基本精神は、憲法に規定される原則と一致している。

平等原則は、刑事司法の原則として次のような要件を求めている。刑事事件を処理するに当たって、いかなる人も、その貧富貴卑を問わず、その職務身分の如何を問わず、一視同仁に取り扱わなければならない。厳格に事実を根拠として刑法の関連規定に従い処理する。刑法を犯した者には、法によりその刑事責任を追及し、重罪に重刑、軽罪に軽刑、罪刑相当にしなければならない。刑法を犯さない者には、断固としてその無罪を認定し、冤罪を負わせてはならない。我々広範な公務員とりわけ検察官と裁判官は皆、何事をも恐れない精神を持ち、法律の尊厳を守り、容赦なく断固として法を執行し、私情にとらわれず、権貴を恐れず、金銭利益の前に頭を下げず、さらに殉職することも惜しまずに、法の下での平等の実現に闘う。そうでなければ、いわゆる法への依拠、厳しい法の執行、法を犯した者の追及が、空論になってしまうのである。

第4節 罪刑相当原則

1. 罪刑相当原則の歴史的発展と現状

罪刑相当原則は、罪刑均衡、罪刑対称あるいは罪刑相応原則とも呼ばれる。これらの名称の違いは、主に翻訳の仕方によるものであって、実質的な区別がないといってもよい。

罪刑相当原則は、ブルジョア階級の革命期における自由、平等、博愛思想が刑罰理論に体现したものであり、その当初の目的として、中世の刑罰の専断と情容赦もない状況に反対し、刑罰情状の公平と正義を実現することにあった。当時のブルジョア階級の啓蒙思想家であるホッブズ、

第三、平等とは、特権と差別に反対する意味を持つ。まず特権への反対が取り上げられる。いかなる人が犯罪行為をして、法律を犯した場合でも、法により厳格に刑事責任を追及しなければならない。いかなる人にも法律を超える特権を認めない。有罪を罰せず、重罪を軽く罰し、もしくは刑罰執行に当たってあるべきでない優遇を与えてはならない。億万長者でも、党と国の最高権力者でも例外視されることはない。そして、差別に反対する必要もある。いわゆる差別とは、一面ではある人あるいはある一部の国民の合法利益を不平等に保護することを表現し、つまりその利益を侵害する犯人を処罰しない、あるいは処罰が不十分のことを指す。他面では、ある特定または一部の国民を不平等に処罰し、それに不公平な処罰と待遇を行うことであり、無罪判決をしたり、軽罪を重く判断したり、あるいは刑罰執行の際に不法にその権利を制圧することである。刑法の適用は、いかなる人も差別されることを許さない。貧乏で宿泊場所もない人、社会の最低階級にいる人、さらに犯人でも例外としないのである。

特権と差別は、一枚の硬貨の両面であり、不平等の二つの表現形式ともいえる。法の下での平等原則の実質は厳格に法律を執行することにある。ベッカリアは、「法律は容赦もないものであって、事件ごとに担当する執行者も容赦すべきでない」⁽¹⁶⁾と述べている。情も容赦もなく、断固として法を執行し、特権と差別に同じように反対することが、法の下の人々の平等原則の持つべき意義である。

しかし、刑事司法中にある区別して取り扱うべき原則と法の下での平等原則とを対立するものとして論じてはならない。厳格に刑法の規定に従いながら、犯罪者の異なる状況を根拠に、区別して取り扱い、異なる処罰を科すること、例えば、主犯を厳しく、従犯を軽く、累犯を厳しく、自首犯を軽く、国家公務員犯罪を厳しく、青少年犯罪を軽く処罰するなどは、厳格に法を執行し、法の下での平等原則を貫く原則であろう。

平等原則は、社会主義民主法律における表現であって、法により国家を治め、そして一つの社会主義法治国家を築き上げるための必然的な要

除・庇護も許されない。違反者が誰であるかを問わず、一律に責任を追究しなければならない」と指摘している。上述の説明は、法の下の人々の平等原則がわが国の刑法の基本原則であることを表している。この原則を厳格に遵守してこそ、わが国の刑法の民主原則，社会主義原則，そして刑法の任務実現を遂げることができるのである。このため、刑法4条は、明文で「いかなる人の犯罪に対しても、法律適用は一律平等である。いかなる人にも法律を超える特権は認められない」と規定している。全国人民代表大会・常務委員会副委員長である王查斌は、「中華人民共和国刑法（改正草案）」に関する説明にあたって、次のように説いている。「この原則は憲法にすでに規定されているが、刑法に再び明確に規定を設けることは現実的な意義があると思われる」。これは、我々が刑事司法を行うにあたって、一切の法の下の人々の平等原則に違反する現象と闘うための法律武器になる。

4. 刑法の法的平等原則の基本的意義

刑法4条の「いかなる人の犯罪に対しても、法律適用は一律平等である。いかなる人にも法律を超える特権は認められない」との規定は、次のことを意味する。

第一、法の下の人々の平等原則とは、法律適用上の平等を指す。すなわち、司法平等には立法平等は含まれない。立法において平等であるか否かは、司法上つまり法律適用における一律平等に影響を及ぼすものではない。

第二、いわゆる法律適用における一律平等とは、刑事法を統一した尺度として、例外なく一視同仁〈無差別〉に犯罪を行ったすべての人に適用することをいう。それは、民族、種族、性別、身分、宗教信仰、文化教育、社会的地位、財産状況等々によって違ってくるものではない。中には、定罪、量刑、刑罰執行および訴追時効の解決、刑法の適用範囲などの問題についても、一視同仁で平等に法律適用がなされるべきである。

ることができ、それゆえ富裕者が貧乏人に対し暴力を振るったり、名誉を毀損したり、あるいは他のいかなる侵害を行うときでも、刑法の裁きから逃れうる可能性は、貧乏人が富裕者に対して侵害を行った場合の回避可能性より大きくない」⁽¹⁴⁾と語っていた。そして、「司法は平等に全ての人を見張っており、金持ちであるゆえに処罰されなかったり、貧乏人であるゆえに重刑を科せられたりすべきではない」⁽¹⁵⁾とピエール・ラロはいう。今日でも、このような刑事司法上の平等は、相変わらず西側社会の人々が努力して達成しようとする目標である。社会主義の中国では、割に良い状況にあるとはいえ、しかしやはり自分の身分、地位・権勢、金銭を頼りに、罪を犯しても法の裁きを逃れるという人がある。このような現象は、きわめて稀なことであっても、社会主義民主と社会主義法制にきわめて大きな危害を及ぼす。その悪影響は、ひどいといわざるをえない。そこで、刑法では特に法の下の人々の平等原則を強調すべきである。鄧小平は、「高級幹部の子弟、高級幹部、名士であればあるほど、その違法事件に対する調査は早急に行うべきである。……高級幹部が家族の違法犯罪問題に対して、断然明確で決して曖昧にしない態度をとらなければならない。断固として捜査部門による調査を支持し、誰にかかるとしても党の規律および国の法によって処理しなければならない。彭真は、第5回全国人民代表大会第2次会议において、刑法をはじめとする七つの法律草案に関する説明報告に当たり、次のように強調して指摘する。「法に違反し罪を犯した者に対し、長老であるか、いかに地位の高い者であるか、いかに大きい功労者であるかに応じて、庇護したり野放しにしたりしてはならず、法により裁かれるべきである。我々社会主義国において、言動の不一致は許されないし、法律を超え法律を凌駕するいかなる特権も認めない」。このほか、1982年の「中共中央国务院の経済分野における嚴重犯罪の撲滅に関する決定」は、「経済を破壊する重罪につき、いかなる人であるか、どの単位に属するか、その職務がいかに高いかに関わりなく、公正無私で断固に容赦なく法律を執行すべきものであり、いささかな例外も認めず、さらにいかなる人の免

刑法が明文でこの原則を規定する理由は、この原則が刑法できわめて重要な意義を有するからである。刑法は、専政の用具であって、最も厳しい懲罰手段を持ち、それにより生命、財産、その他の重要な利益が保護される。ゆえに、法の下の人々の平等は、最も顕著なものとして刑法に体现され、その影響が最も強いものであり、最も人々の注目を集め、古今東西を通じて、例外はみられない。ピエール・ラロは、深刻に刑法での不平等現象を指摘・批判したことがある。彼は、次のように語っていた。「かつてのデータを統計してみれば、どの階級が監獄に送られ、労働改造所で苦役を被り、さらに断頭台に立たされたかを教えてくれる。ある社会では、その構成員がいったん犯罪を犯せば、すぐに法の網が掛けられ、あるいは憲兵に捕らえられる。それは貧乏で苦しい階級である。もう一つの世界では、その構成員がほぼ全員何らかの犯罪を行っているにもかかわらず、刑法により処罰を受けずにすみ、刑法を怖がることがない。それは長者階級である」⁽¹⁰⁾。「前世紀に断頭台に縛られるはずのある人身売買ブローカーはこう語っていた。『人々は1人でも億万長者が絞殺されるとは考えられないであろう』。これはすでに過去のことである。今の時代になると、こうした人間は絞殺されるか、かえってその名誉回復までやらなければすまないだろう」⁽¹¹⁾。世の中に存在する種々の刑法上の不平等な現象から、ピエール・ラロは次のような結論をまとめた。「刑法上の平等は、今日我々がわかっているように、憎い不平等を覆い被せる、あるいは隠れるものである」⁽¹²⁾。この結論は1838年に発表され150年が過ぎたが、状況が変わってきた。しかし、人々が刑法に要求する平等まで、まだ相当な距離があると思われる。ロックは「法律がいったん制定されると、いかなる人も、自分の権威によって法の裁きから逃れることはできないし、地位の優越を理由に自分ないし部下の行動を野放しにして、法の裁きを受けないことを要求してはならない」⁽¹³⁾と語った。ホブズは、「人々の安全の安全のためには、主権者ないし議会があらゆる階級の人に対し平等に法を執行することが要求される。つまり、もし侵害を受ける者があれば、富貴貧賤を問わずその是正を受け

れると、この法律適用の平等は、源のない水、根のない木のように、成り立つことができない」と認識する。立法上の平等原則は、立法活動において国民が直接的あるいは間接的に権利を行使し、法律の制定に参加することだけを体現するものではなく、さらに重要なものとして、立法手続で制定された法律を通じて、国民の民主権利と平等原則を体現することであろう。法的平等原則は、わが国の社会主義法制のあらゆる面に体現されるべきであり、すなわち立法から司法、そして立法活動から立法内容、さらに法律の制定からその適用まで、全面的・統一的にこの原則を体現することである。

我々は、人々の法的平等あるいは国民が法の下で一律に平等であることは、「法の下」での平等を強調するものであって、立法の平等を含むべきではない。

法の下の人々の平等は、司法原則として、法律を一つの尺度として例外なく全体の国民に適用することを指す。種族、性別、職業、門地、教育状況、宗教の信仰、財産状況などの違いによって、異なってくるものではない。具体的にいえば、三つの方面を包括する。①いかなる国民も平等に憲法と法律に規定される権利を有する。②国家機関が法律の運用にあたって、いかなる人に対する保護あるいは懲罰は平等でなければならない。人によって異なるべきではなく、公平に法を執行するべきである。③いかなる組織あるいは個人にも法律を超える特権を持つことは認められない。

3. わが国の刑法における法的平等原則

国内でも国外でも法の下の人々の平等原則は、通常、憲法上の原則として憲法に規定される。というのは、憲法の原則であれば、当然各部門の法にも適用され、他の法律の原則にもなる。しかし、この原則が各法域で重要であることを強調するためには、この憲法原則を当該法部門においても規定することが用いられる。例えば、わが国の民事訴訟法・刑事訴訟法も明文をもってこの原則を規定している。

2. わが国の憲法における国民の法的平等原則

早くも1934年、わが国の江西瑞金革命の本拠地で公布された「中華ソビエト共和国憲法綱領」29条に、明文で労働人民は「ソビエト法律の下で一律に平等である」と規定した。これは当時の中国共産党員がこの原則を重視する程度を表す。そして、建国初期の憲法の文献「共同綱要」にも、男女平等および民族平等の原則が定められていた。さらに、1954年憲法には、明確に「中華人民共和国国民は法律上一律に平等である」と規定され、国民大衆の平等に対する強烈な祈願と要求が反映された。しかしその後、「左」派思想の影響を受けて、この原則は間違った批判を受けた。1975年憲法および1978年憲法では、公然とこの原則を削除するところまで至っていた。これは「極左」派思想がわが国の社会主義民主と法律を踏みにじる破壊力を十分に表している。党の11期3中全会はこの悲惨な歴史的教訓を取りまとめ、「人民一人一人の法の下での平等原則を保障する必要があると宣言し、いかなる人にも法律を超える特権を認めない」とした。1982年憲法は、再び、「中華人民共和国国民は法の下で一律に平等である」と確認した（3条）。そして、「いかなる組織あるいは個人にも憲法と法律を超える特権を認めない」（5条）。

わが国の憲法に規定される人々の法的平等原則の内容については、様々な異なる見解がある⁽⁹⁾。その中でも最も主要な食い違いは、法の下での平等原則には立法での平等も含まれるか否かということである。第一の見解では、次のように認識されている。国民の法の下での一律平等とは、法律施行上の平等であって、すなわち国民が法律の適用および法律の遵守における平等を指し、立法での平等に含まれるものではない。これは法を執行する原則であり、立法原則にあたらないとされる。「なぜなら、法律が階級性を備えていて、わが国の法律は労働者階級と広範な人民大衆の意思および利益などを反映して体现することができない。そこで人民大衆は敵対勢力および敵対者と立法上平等を論ずることができない」。第二の意見は、「人々の法の下での平等が、司法面だけでなく、立法面においても、体现されなければならないとする。法律自身の平等原則を離

社会主義国において、ソ連の十月革命が勝利した後しばらくして公布された「ロシア連邦・ソビエト共和国憲法」には、明らかにすべての国民が種族と民族を問わず一切平等であることを規定し、また、いかなる特権と差別も共和国の基本法律に反することを規定した。1936年ソビエト連邦憲法（スターリン憲法）には、国民の法の下の一律平等に関する規定が設けられたほか、さらに「ソ連国民は、民族および種族を問わず経済生活、国家生活、文化生活、社会生活および政治生活などの各分野において、一律に平等である」と定めた。これらの規定は、世界各国の憲法制定に広範な影響を及ぼした。

法の下国民の一律平等原則は、多くの国において憲法原則として確立されただけでなく、さらに、国際人権条約にも明白に規定されている。1948年国連総会で可決された世界人権宣言7条では、「法の下で人々は平等であって、平等に保護され、差別されない権利を有する。何人も平等に保護される権利を有するため、本宣言に反するいかなる差別行為ないしこの差別を煽るいかなる行為による侵害を受けない」と定めた。そして、1996年国連総会で可決された「経済、社会、文化権利国際条約」の第26条には、次のような規定がある。「すべての人が法の下で平等であり、そして平等に法律の保護を受け、ならびに差別されない権利を有する。この面では、法律がすべての差別を禁止し、すべての人に平等かつ有効な保護を保障すべきである。いかなる種族、肌の色、性別、言語、宗教、政治あるいは他の見解、国籍あるいは社会出身、財産、出生もしくはその他の身分に基づく、あるいはいかなる理由の差別も受けないことが保障されなければならない」。

法の下国民の一律平等原則の基本精神は、法律を平等にすべての国民に適用し、特権と差別に反対することである。具体的にいえば、次の三つの内容が含まれる。①すべての国民が法律により平等に保護される。②いかなる国民が法律を犯した場合であろうと、法律による平等な処罰を受ける。③いかなる国民も法律を超過する特権を持たず、いかなる差別も受けない。

た人物として、イギリスのロックとフランスのルソーが取り上げられる。ロックは、「人間は生まれながらに自由・平等・独立の存在である」⁽⁴⁾と主張し、ルソーは、「何人も生まれながらに自由・平等である」⁽⁵⁾と主張した。19世紀のフランスの著名な哲学者・空想社会主義者であるピエール・ラロは、その名作「平等論」において「平等を我々の革命にもたらしたのは、まさにルソー自身、ルソーの著作、およびその学派である」⁽⁶⁾と述べている。ルソーは、人類の平等と国民の平等という概念を区別して扱う。彼の認識では、「国民の平等そのものは、人々が自ら平等にしようとする一種の形式および必然的結果にすぎない」⁽⁷⁾。いわゆる国民の平等とは、つまり国民が憲法・民法・刑法等々すべての法律における平等である。すなわち、法律における国民の一律の平等なのである。

ブルジョア革命が勝利した後、平等が生まれながらの人権として自らの憲法の文言で確認された。1776年アメリカ独立宣言では、「人々は生まれながら平等である」と厳かに宣言した。1789年フランス人権宣言1条では、「権利において、人々は生まれながらにして、かつすべてにわたって自由かつ平等である」と規定し、6条では「法律は公的な意思の表現であって、すべての国民が自らあるいは代表を通じて法律の制定に参加することができる。法律はすべての人に対して同じ保護と処罰を与える。法の下においてすべての国民は平等であり、それゆえ人々がその能力によって平等にすべての公職、公務および地位に携わることができる。能力的ないし品性的な差異が認められる以外に、他の差別を受けることは許されない」と規定する。これはブルジョアが初めて、憲法において、国民が法の下において一律に平等であるとの原則を明確に規定したのである。

この後、多くの西側資本主義諸国が、憲法において、法の下では人々が平等であるという原則を明文で規定するようになった。しかし、ピエール・ラロが、早くから指摘していたように、ブルジョア社会では、「実質としての平等と原則としての平等との間には、モンテスキューのいうような『天と地のような差異』が存在する」⁽⁸⁾。

これらの指導者を含め、いかなる組織あるいは何人も憲法および法律の特権を超越してはならない。憲法ないし法律に違反するあらゆる行為は、必ず追及されなければならない。これまで述べてきたことを一言でいえば、国民により制定された法律の神聖化ということである。

法治国家とは、国民の制定した法律に依拠して国家を統治することであるから、国民により制定された刑法に依拠して刑罰権を行使し、刑法において罪刑法定原則を貫き、刑法が罪として定めた犯罪を処罰する唯一の法的根拠とすることが、必然的に要求される。刑法にきわめて強大な権威が付与されることから、いかなる組織あるいは何人もこれに違反することができない。刑法の規定に違反しえない以上、刑罰権を濫用したり無辜を処罰してはならず、また、刑法に違反して犯罪行為を行うことができない以上、国民に危害を加えてはならない。いかなる組織あるいは何人も、刑法に違反するならば必ず追及されねばならない。

罪刑法定原則は、法に基づく国家統治の実行・堅持を必然的に要求するものであり、必然的に表現されたものである。

罪刑法定原則には、刑法全体に関わる固有の原則として、刑法の基本的精神が体现されている。この原則は、犯罪を処罰して国民が犯罪による侵害を受けないように保護するという人権保護機能を有する一方で、刑罰権の濫用防止、無辜の者に対する刑罰および犯罪者の正当な権利の不法な侵害からの保障という人権保護機能を有している。罪刑法定原則は、人権を保護する正義の法律の剣であるとともに、人権を保障する国民の自由を謳った聖典である。

第3節 人々の法的平等原則

1. 法的平等原則の歴史と現状

平等に対する祈願と要求は、不平等な人類社会の現実と同じような古い過去を持つにもかかわらず⁽³⁾、平等を社会の法則および理想として、さらに封建特権と独裁に反対する一種の原則として、かえってブルジョア革命の代表的論者から提出されたものである。その中に、最も傑出し

手に渡ること，および刑罰権の濫用，国民の基本権と自由の侵害も，許されない。

人民民主とは，国民による統治のことである。刑罰権は，国民による統治権の重要な構成部分であり，犯罪処罰・国民保護のため国民が刑罰権を掌握することは，人民民主独裁の必然的要求である。

罪刑法定原則は，刑法に犯罪と刑罰を明文で定めることを要求するが，このことは国民の刑罰権の具体化・法律化の要請を意味する。正義という法の剣を鑄造して悪を断ち邪気を払うこと，すなわち犯罪処罰と国民保護が求められている。

人権保障および人権保護という罪刑法定原則の二重の機能は，人民民主独裁の本質に体现されている。

罪刑法定原則の一方の理論的基礎は，法治国家の理論である。これは鄧小平理論の重要な構成部分である。法治国家というためには，多くの国民大衆が党の指導下，憲法および法律の規定に従い各種の手段ないし形式を通じて国家の事務・経済文化事業・社会的事務の管理・法に依拠した全国家事業推進の保障・社会主義民主の法制化および法律化を，徐々に実現していくことが必要である。こうして創られた制度および法律が，指導者の交替によって，あるいは指導者の法の見方や注意力の変化によって改変されることはない。法治国家の核心は，法治すなわち国民により制定された法律に依拠する国家統治であるから，法治国家の理論と人民民主独裁の理論は，密接に関連している。前者の人民民主独裁では，国民による統治，つまり国民が国家と社会の主人公であることが強調される一方，後者の法治国家という観点からは，絶対的に法に依拠した国民の統治，すなわち国民が法を制定し，これに基づいて国家を統治しなければならないことが強調される。まさに法律は，国民によって制定されたものであるがゆえに，国民の意思と利益の要求がそこに体现されており，それゆえにきわめて強大な権威を持つことは当然である。共産党および各民主党派の中央委員会からそれらの末端組織，党の最高指導者から一般黨員に至るまで，またすべての国家機関と軍隊およびこ

いては、ここでも強調しておくべきであろう。

積極的罪刑法定原則と消極的罪刑法定原則は統一的であり、刑罰権運用・犯罪処罰・人権保護と刑罰権の制約・濫用の防止・人権保障は一致する。これが罪刑法定原則全体の正しい意義である。罪刑法定原則のこれら二つの側面の意義は、人権の擁護という点に集約される。なぜなら、人権保護であれ人権保障であれ、人権擁護に他ならないからである。このことこそ、わが国の罪刑法定原則の真髓である。

(3) わが国の罪刑法定原則の理論的基礎とその機能

わが国では、罪刑法定原則の理論的基礎は、資産階級の三権分立論でもフォイエルバッハの心理的強制説でもなく、人民民主独裁の理論と法治国家の理論に求められている。

憲法は、わが国が人民民主独裁の社会主義国であることを規定する。国民は、国民であるからこそ国家および社会の主人公である。わが国では、一切の権力が国民に属し、それゆえ刑罰権も国民だけが有する。どのような行為が犯罪であり、どのような刑罰を科すかは、国民だけがその決定権を持っている。わが国民は、自身が選挙で選んだ最高権力機関を通じ厳格な立法手続を経て、犯罪とはどのような行為でありどのような刑罰を科すべきかについて、刑法という形式を用いて明文で定めるのであり、すなわち国民が、刑法を罪を定めて処罰する唯一の法的根拠になるのである。国民以外に、いかなる機関ないし何人も、何が犯罪で如何なる刑罰を科すかを決定する権限を持たない。刑罰権が国民に属し、これを国民が掌握することは、人民民主独裁という国家の性質によって決定づけられており、ここにわが国の罪刑法定原則の民主的性格が現れているとともに、このことが決定的な意義を有している。それにより、刑罰権によって国民が指図を受けないことが保障される。なぜなら、国民自身が自分自身を処罰することは、できないからである。罪刑法定原則は、刑罰権が国民の手に掌握されていることの重要な表現であり、かつその重要な保障であって、刑法を超過した、あるいは刑法以外のあらゆる刑罰権の発動は排除される。また、刑罰権が恣に政党ないし個人の

という観点からすれば、それらの犯罪の絶対数は驚異的であり、しかも暫増傾向にある。これらの刑事的な犯罪活動を徹底的に防止しなければ、「国民の民主権利ないし生存権が危害を受けることにならざるをえない」。これを保護せずに、他にどのような人権を語ることができようか。まさに刑罰権が必要となるのは、犯罪による人権侵害を防止するためである。国家は、犯罪の予防と処罰、人権の保護を主要な目的としているからこそ、刑法を制定し、罪刑法定原則を実行し、犯罪と刑罰について明文で規定を定めているのである。

わが国の刑法3条は、西側資本主義諸国の刑法の偏重性を克服し、刑罰権の正しい運用・犯罪防止・国民保護が罪刑法定原則の重要な側面であることを明確に定めた刑法史上初の規定である。かような点に第一次的な位置づけが与えられたことは、罪刑法定原則の新展開といえる。

罪刑法定原則のこの点に関する基本的意義については、刑法3条が「法律の明文規定により犯罪とされる行為は、法律の定める罪に従って処罰する」ことを明確に規定している。このことが意味しているのは、あらゆる犯罪行為に対して、刑法による処罰を厳格に運用し、必ず法に従って厳格な執行を行い、違法を漏れなく追及することである。

以上述べてきたことを基本的な出発点とすれば、積極的罪刑法定原則によって次のことが要請される。

1) 法律が明文で規定する犯罪は、法に依拠してその刑事責任が追及されなければならない。いかなる機関または個人であれ、刑法の規定に違反して恣意的に無罪とされたり、その罪が放任されてはならない。

2) 犯罪者に対して定められた犯罪とその処罰については、厳格に刑法の規定を遵守しなければならない。何を犯罪と定めるかに関しても、どのような刑罰に処すかに関しても、刑法の規定に違反してはならず、重罪を軽罪と定め、軽罪を重罪と定めたり、重罪を軽い刑に処し、軽罪を重い刑に処すことはできない。

罪刑法定原則のこれら二つの側面、すなわち積極的罪刑法定原則と消極的罪刑法定原則が、密接に関連した統一不可分の関係にあることにつ

もなく、刑罰権運用の必要性もないことになる。刑罰権を行使しないのであれば、刑罰権に制限を加える必要もなく、その濫用を防止する必要もなくなるだろう。このような意味からすると、第一次的には刑罰権の運用・犯罪処罰・国民保護の正確な実施であり、刑罰権の濫用防止による人権保障は二次的ということになる。しかし、きわめて重要であるという点では両者は共通しており、相互の関連性は不可分かつ密接である。罪刑法定原則のこの二つの側面は銀貨に喩えることができ、どちらの側から見ようとも貨幣価値は同じである。

しかし、歴史的な相違に起因して、西側資本主義諸国の刑法および刑法理論においては、刑罰権濫用の防止・人権保障という罪刑法定原則の一面だけが強調され、刑罰権を正確に運用して犯罪を防止するというもう一方の面は軽視されている。このような理解は誤っている。

刑法的視座から見れば、どのような国家であれ、人権は二つの方面からの侵害を受ける。一方は犯罪による侵害であり、他方は国家政権による侵害である。後者の国家による人権侵害については、すでに論じたが、後者の犯罪による人権侵害についても、その重大性は周知のところである。犯罪者は殺人・重大な傷害・強盗・放火・婦女の強姦・誘拐および被拐取者の売買・人質の殺害・拐取された婦女の売買などを恣に行っている。その手段は残酷で、被害は惨烈きわまりなく、人々を驚愕させている。わかっているだけでも、わが国では万単位の国民が犯罪者によって殺傷され、あるいは死に至っており、中には死体を分解された者、犯罪の痕跡消滅のために焼かれた者もいる。10万単位の国民が重傷を負わされ、顔の容貌を変えられた者、四肢を不自由にされた者もいる。10万単位の婦女ないし幼女が凌辱・強姦され、心身に重大な損害を被っている。億単位の財産が強盗・窃盗・毀棄の被害に遭っている。1990年を例に挙げると、この一年間でわが国の人口10万人中、2人が殺人事件で殺され、約7人が殺人事件に絡んで身体障害者となり、約4人が強姦されたことになる。一見したところ、これらの数値はそれほど高い比率ではないように思われるかもしれないが、当時すでに12億の人口を抱えていた国家

関ないし指導者が司法機関に圧力や影響力を及ぼすことによって引き起こされる刑罰権の濫用にも対抗しなければならない、というのがそれである。わが国の現行の政治体制下でも、依然として党の政治権力が検察権や裁判権に干渉しているが、これは今なお未解決の重大な問題である。憲法126条および131条は、人民法院および人民検察院について、法律に基づいて裁判権および検察権を独立して行使し、行政機関、社会团体および個人による干渉を受けないことを定めている。しかし、適切かつ有効な組織的保障・制度的保障・その他の必要措置の保障については、欠落したままになっている。どのように各国家機関が分業提携と相互協力、特に相互制約を改善していくかについては、今後の政治体制の継続的改革による解決を待たねばならない。それゆえ、かような側面においては、罪刑法定原則のより一層の強調が非常に重要となる。

以上が、わが国の刑法における消極的罪刑法定原則の意義である。これが消極的罪刑法定原則と称されるのは、この原則が消極面から、刑罰権の適用を制限するとともに、国家刑罰権による人権侵害を防止しているからであって、決して消極的意義しか持たないというのではない。まさにその逆で、消極的罪刑法定原則は、人権の保障にとって十分に積極的かつ重大な意義を有している。紛れもなくこの原則は、善良な国民にとってはもちろん、犯罪者にとってのマグナ・カルタである。

罪刑法定原則はもう一つの意義を有している。「法律により明文で犯罪と定められたものは、法律に基づき罪を定めて処罰する」、すなわち積極的罪刑法定原則である。積極面から、刑罰権の運用・犯罪の処罰・国民の保護の正確な実施を要求していることが、積極的といわれる所以である。

刑法は、犯罪処罰・国民保護をその基本的出発点とするがゆえに、犯罪と刑罰を明文で定めている。これについては刑法1条に明確な規定が設けられており、「犯罪を処罰し、人民を保護するために……本法は制定された」と刑法全体の趣旨が冒頭で明らかにされている。犯罪を処罰する必要がないとすれば、刑法が犯罪と刑罰について明文で定める必要

刑法の類推適用は、類推解釈と若干異なり、法律が定めていない行為につき性質の類似する刑法の条文を強引に比較援用して当該行為に適用し、罪を判定して処罰することをいう。わが国の1979年刑法における類推制度は、類推適用を許容する刑法上の制度の一種であった。法律が定めていない行為を犯罪であるとし、罪を判定して処罰することが、刑法の類推適用の本質である。しかし、類推適用は、その都度ある具体的な行為について行われるにすぎず、普遍的意義を有していない。ところが、刑法が類推解釈されるに至ると、普遍的意義を持つようになり、同じ性質のあらゆる行為に対して普遍的に適用されうることになる。この両者を比較すれば、刑法の類推解釈は類推適用以上の危険性を持っている。こうした理由から類推制度は廃止されたのであるが、どのような形式であれ類推解釈は禁止の必要性がより大きい。

4) 刑法の不遡及、すなわち事後法の禁止。これに関して、新刑法12条は明確な規定を設けている。そこで採用されているのは、旧法および軽い法を兼用するという原則であり、原則として刑法は遡及効を持たない。しかし、新法が非犯罪化しているか、あるいはより軽く処罰している場合には、刑法も遡及効を有する。これは、人権保障の要請に応えるものである。

5) 刑法では不定期刑が禁止されること。罪刑法定原則は、厳格に法律に基づいて罪を定めて処罰することを要求しており、不定期刑はこれに反するので当然禁止されなければならない。刑法は絶対的不定期刑のみならず相体的不定期刑も禁止する。

6) 犯罪と刑罰、およびその相互関係に関する刑法の規定は、その明確・具体化にできるだけ努めなければならないこと。曖昧で不明確な規定では別の意味に解され易く、実務における法の理解と執行に不利益を与えるほか、刑罰権濫用の条件が創り出されるために人権保障にとっても不利益を及ぼす。

ここでは、次のことを強く指摘する必要がある。わが国の罪刑法定原則は、司法機関による刑罰権の濫用だけでなく、政治を指導する党の機

的な意義である。このような基礎を起点とすると、さらに以下のような具体的意義が包摂されていると考えられる。

1) 国家の最高権力機関により制定された刑事法が、罪を定めて罰する唯一の法的根拠であること。法が犯罪として定めていない行為は、党の方針・政策・決議・命令・指示によって罪を定めて処罰することはできない。また、党の政府機関または党の指導によるいかなる決定、指示ないし命令によっても罪として処罰しえないだけでなく、いかなる機関または何人も、規定形式の如何を問わず、どのような行為が犯罪となりどのような刑罰が科されるかについて定めてはならない。さらに、刑法の規定に違反して言葉を法に代えたり、権力を用いて法を抑圧するなどして、恣意的に人を犯罪者とすることもできない。

2) 憲法または刑法の基本原則に違反する刑事法の制定が禁止されること。憲法の規定によれば、全国人民代表大会の制定する刑事法が憲法と抵触することは、許されない。また、全国人民代表大会常務委員会は、全国人民代表大会の制定した刑事法に部分的な補充・修正を加える場合も、憲法に抵触してはならず、当該法律の基本原則に反してはならない。憲法違反ないし刑法の基本原則に違反する刑事法は、罪を判定して処罰する際の法的根拠となりえない。かような刑事法は、それ自体、国家刑罰権の濫用および人権の侵害であるから、罪刑法定原則の基本精神に反する。それゆえ、憲法違反ないし刑法の基本原則に反する刑事法の制定が禁止されることは、罪刑法定原則が持つべき意義といえる。

3) 刑法を類推解釈ないし類推適用しえないこと。類推解釈とは、刑法の条文が通常本来的に持っている文言の意味の限界を超え、類推の方法でなされた解釈による法運用をいう。刑法の条文それ自体が持っている意義を増幅させ、刑法が定めていない犯罪行為に当該条文を適用できるようにすることである。類推解釈の本質は、解釈に名を借りた新たな刑法規範の制定といいうる。これは根本的な罪刑法定原則違反であって、禁止されて当然である。罪刑法定原則からは、司法機関による類推解釈の禁止だけでなく、立法機関による類推解釈の禁止も要請される。

かような基本的意義と基本的精神を有している。

社会主義という国家の性質によって、国家政権による人権の不法な侵害が必然的に防止されるわけではないことは、歴史の経験から証明されており、しかも実際に、一定の歴史的条件下では、かような人権侵害が血生臭いまでの壮絶さに至っている。こうした国家政権の側からの侵害は、この上ない恐怖となる。「人々が犯罪による侵害に見舞われた場合、自己の防衛と保護を国家政権に求めることができる。しかし、このような不法な侵害が完全に合法の形式を備え、国家機関の名の下に行われた場合には、侵害者が裁判する者となり、逆に被害者が被告席に座らされ、一切の自己防衛手段も社会の世論の同情すらも失われる。この種の侵害は、個々の犯罪者による侵害以上に恐ろしく、国民の安全に対するより多大な脅威といえるのではなかろうか」⁽¹²⁾。

党の第11回3中全会の後、各等級の人民法院は思想の解放・妨害の排除を行うとともに、「完全な誤りは完全に改め、部分的な誤りは部分的に改め、誤りのない部分には手を加えない」という原則に基づいて、十年動乱期に判決が下された冤罪・誤判事件の断固徹底した再調査・是正を行った。統計によると、1978年下半期から1981年末までの間に、30万件以上の事件、32万人以上の当事者について冤罪ないし誤判であったとして裁判が改められ、膨大な数に上る無辜の受難者が重い冤罪を晴らしている。この中には多数の被逮捕者・被監禁者・被殺害者が含まれているが、これらの処分は完全に実体法上も手続法上も違法なものであった。正当な法律上の手続を経ずに人の自由ないし生命が奪われており、まさに国家刑罰権の濫用であった。我々が刑法に罪刑法定原則を定めたことは、刑法によって国家刑罰権の濫用を防止し、国民の権利がその不法な侵害を受けることがないように保障するという意思の現れである。国民が国家の最高権力機関を通じて制定した刑事法を神聖化し、この刑事法を国家刑罰権の発動・行使の唯一の根拠とすることが、我々の要求であった。刑法が犯罪であると明文で定めていない行為は、罪を定めて処罰することはできない。このことこそ、わが国の消極的罪刑法定原則の基本

である。最終的に、心に焼きつき忘れ難いこの悲惨な教訓によって、全党および全国民は社会主義民主法制の重要性を強く認識するに至った。民主と人権の保障のためには、社会主義法制を強化して民主の制度化と法律化を進め、かような制度および法律が安定的・継続的に強大な権威を持つようにすることにより、法に基づく厳格な執行と違法行為の完全究明を行っていかなければならない。わが国の刑法の罪刑法定原則は、まさにこのような要請に応えるために誕生した。

（２） わが国の刑法における罪刑法定原則の意義

わが国の罪刑法定原則の意義については、わが国の刑法の具体的な規定を手がかりとして理解しなければならない。刑法3条によれば、罪刑法定原則は、二つの基本的側面、すなわち「法律が明文で犯罪行為として定めている場合、法律の定めた罪に基づき処罰する」、および「法律が犯罪行為として定めていない場合、罪を定めて処罰してはならない」という内容から成り立っている。前者は積極的罪刑法定原則、後者は消極的罪刑法定原則と呼ばれている。

まず、消極的罪刑法定原則について述べる。その内容は、幾多の大陸法体系諸国の規定とほとんど同じである。例えば1975年オーストリア刑法1条は、「科刑および保安処分の対象となる行為は、当該行為時における刑罰法規によって明文で定められていたものに限られる」、1971年スイス刑法1条は、「（罪刑法定主義） 処罰される行為は、法律が明文で刑を科しているものに限られる」と定めている。また、1968年イタリア刑法1条では、「（罪刑法定主義） 法律が明文で犯罪および刑罰を定めていない行為は、罪を定めて処罰できない」、1996年ロシア刑法3条では、「行為が犯罪を構成するか否か、刑罰を受けるか否か、およびその他刑法上の法的効果が発生するか否かについては、本法典のみがこれを定める」と規定されている。基本的に、これらの規定すべてには、明文規定がなければ罪とならず、処罰されないという意義が含まれている。国家の刑罰権の濫用を防止して人権を保障することが、その基本的精神である。この点に関して、わが国の刑法が規定する消極的罪刑法定も、

のである。わが国の罪刑法定原則は、大規模化したスターリンによる反革命分子肅正を熟慮し、特に反右派闘争に始まり十年動乱の時期に壮絶をきわめた法も神もない当時の国家情勢を徹底的に精算し、厳しく反省した成果である。

わが国も建国当初から法制の建設に着手し、1954年における最初の憲法の制定によって新たな発展段階に入った。しかし、総体的な視野からの社会主義民主法制に対する認識水準が低く、一般的に法制に関する観念が薄弱であった。そのため、社会主義国家は法制の健全化を図り、国家刑罰権の濫用による人権侵害を防止しなければならない、という最低限の認識すら乏しく、無垢で善良な人々は、人民国家が人権を侵すことがありうるとは考えもしなかった。1956年2月のソビエト共産党第20次代表大会では、スターリンの重大な過ち・スターリンの個人崇拜のもたらした無視しえない悪影響が先鋭に批判され、ソビエト連邦国内のみならず国際的にも大きな衝撃を与えた。特に、スターリンが反革命分子の肅清を拡大したことにより、数十万を数える無辜の国民が不法に逮捕・監禁、殺害されるなどしたが、この血生臭い悪行に驚愕した人々は、たとえ社会主義国家であろうと、刑罰権濫用、国民の不法鎮圧などの悲劇が起こりうるという認識に目覚めた。かような認識は、わが国の社会主義民主と社会主義法制の建設に、計り知れない影響を与えている。

わが国では、1957年に著しく大規模化した反右派闘争、1959年以後の反右傾闘争において、国家政権によって人権が侵害される重大事件が多数発生した。特に十年動乱の時期には、民主と法制は恣に踏みにじられ、人権は野蛮な侵害を被った。多くの善良で無辜の人々が、何らの適法手続を経ずに吊し上げられ、抄家、凌辱、折磨、逮捕、監禁といった残酷な身体刑を受けたり処刑されるなどした。当時の国家主席でさえ、不法かつ残酷な迫害を受け、ぬれぎぬを着せられたまま死亡した。この十年動乱期に発生した野蛮・残酷きわまりない不法な人権侵害が、全国でどれほどの数に上るかについて、統計もなければ統計する方法もない。このことは、中華人民共和国の人権史の中で、最も悲惨かつ恥ずべき一幕

法によって刑事犯罪を構成しないとされる者は、犯罪を犯したものと判断されない。犯罪時に適用されていた法律の規定よりも重い刑罰は科せられない」と定められている。また、1966年に国連総会が採択した「市民的、政治的権利に関する国際規約」15条1項も、「何人も、実行時に国内法または国際法により刑事上の犯罪を構成しないとされていた作為または不作為を理由として、犯罪を犯したと認められない。犯罪時に適用されていた規定より重い刑罰は科せられない。犯罪後の法律によってより軽く処罰するものと定められた場合には、当該犯罪者の刑罰も減輕される。」と定めている。近年新たに制定された四つの刑法典、すなわち1994年3月施行のフランス刑法典、1995年11月制定・1996年1月施行のマカオ刑法典、1996年6月制定・1997年施行のロシア刑法典、1997年3月制定・同年10月施行のわが国の刑法典に、罪刑法定原則が明文で定められたことは特に注目される（ただし、ロシア刑法典では法制原則という名称に改められたが、その内容は同一である）。過去旧ソ連およびわが国の刑法典に定められていた類推規定は、現在では削除されており、ロシア刑法典には「刑事法を類推適用してはならない」との明文規定すら置かれている。これらの諸規定には、罪刑法定原則の国際化という趨勢が明確に示されている。おそらく、この原則は、世界各国の刑法に共通する根本原則となるであろう。

2. わが国の刑法典における罪刑法定原則

わが国の罪刑法定原則は、国際的な経験を吸収し、わが国の現実的状况に基づいて制定されている。それゆえ、他の諸国の罪刑法定原則と共通する部分もあるが、わが国独自の特徴もある。これらの相違点を正確に認識しない限り、わが国の罪刑法定原則を理解・把握することはできない。

（1） わが国の罪刑法定原則が誕生した歴史的背景

資産階級の罪刑法定原則は、革命期における資産階級が封建的司法制度の不法な専横、特に罪刑専断主義に抵抗したことによって生まれたも

一般的に、西側資本主義国の刑法学者は、罪刑法定原則の機能として次の二つを認めている。その第一は、善良な国民の自由の保障である。国家は刑法が犯罪と刑罰について明文で定めている以外の刑罰権を行使しえない、というのが罪刑法定原則の要請である。このように、犯罪を実行していない国民に対しては国家の刑罰権が制約されることから、国民の自由は、実情に即し適切に保障される。それゆえ、西側資本主義国の刑法学者は、罪刑法定原則を善良な国民の大憲章であるとする。第二は、犯罪者の正当な権利の保障である。罪刑法定原則は、犯罪と刑罰、およびその相互関係が刑法上明規されることを要請する。犯罪行為に対して科すことができるのは、刑法の定める刑罰だけに限られ、こうして犯罪者は、法定刑以外の刑罰、また同時に法律の定める限度を超過した刑罰を科されないよう保護される。法に依拠して剥奪される権利を除いて、その他の正当な権利は、すべて保護・尊重される。それゆえ、西側資本主義国の刑法学者は、罪刑法定原則が犯罪者の大憲章であるとも認めている。

罪刑法定原則は、アメリカ憲法の「修正条項」およびフランス「人権宣言」が法規として定式化された18世紀末期以来、約200年にわたる歴史的試練を経験してきた。20世紀に入り、ドイツ・日本・イタリアなどの諸国が1930年代に全体主義化し始めたことから、資産階級の民主と法制が著しく破壊され、罪刑法定主義は一旦挫折することになった。しかし、第二次大戦後、ファシスト政権が徹底的に壊滅され民主制が回復・発展すると、ファシストの統治を経験した人々によって民主と人権保障の重要性がさらに認識され、罪刑法定原則が国家刑罰権の濫用防止と人権保障にとって重要な役割を果たすと認められるに至った。それにより、罪刑法定原則は、以前よりも大きく発展し、多くの国家、特に戦後新たに独立した諸国において、人権保障の重要な原則として刑法ないし憲法に規定された。罪刑法定原則は、国際人権規約の内容にすらなっている。1948年に国連総会で採択された世界人権宣言11条2項では、「何人のいかなる作為または不作為であれ、その実行時において国内法または国際

の共通認識となりつつある⁽¹⁾。

資産階級の罪刑法定原則の理論的基礎は、三権分立論および心理的強制説である。

ロックの分権論に基づき、これを発展させたモンテスキューの提唱にかかる三権分立論では、立法権は議会、行政権は君主、司法権は裁判所が専門的に行使するものとし、三者の相互制約による権力均衡が主張される。資産階級が政権を獲得した後、三権分立はブルジョア政権の組織・設立の原則となり、国家の議会・政府・裁判所がそれぞれ立法・行政・司法の三権を分け合うようになった。裁判所は司法機関として、立法機関が事前に制定した法律を適用しうるにすぎず、まだ法律が定めていない犯罪行為について判断して刑罰を科す権力を持たないので、裁判官の独断と専横が回避され、自由が保障される。つまり、このことは、法律が、判決に先立って、犯罪と刑罰に関して明確な規定を設けることを要求している。

心理的強制説は、フォイエルバッハによって提唱されたものである。フォイエルバッハは、人間が快楽を求め苦痛を避ける本性を持つとの理論から出発して、犯罪も行為者がかような本性に支配されて実行したものと考えた。それゆえ、犯罪予防の根本的な方法として、法律が犯罪と刑罰を明文で定めることによって、犯罪実行後に受ける刑罰と苦痛を人々に知らしめる必要があり、またこれは、犯罪実行時の快楽よりも大きくなければならないとした。こうすることにより、人々を心理的に強制して快楽を求め苦痛を避ける本能の高揚を抑制し、犯罪行為の防止が可能になる、と主張した。

今述べた二つの理論は、資産階級の罪刑法定原則確立の理論的根拠であるが、三権分立は人権保障に立脚し、心理的強制説は犯罪予防に立脚していることから、両者の基本的視座は異なっている。しかし、現在、西側資本主義国家の刑法学者は、罪刑法定原則の意義と機能を説明するとき、あまりに人権保障という側面を偏重し、犯罪予防という側面がしばしば軽視されている。ここに偏った理論の不十分さが現れている。

う途が開かれた。法定刑の相対化も、罪刑法定原則に合致しよう。

しかし、19世紀末期に至ると、新興の刑事社会学派の代表的学者リストによる提唱と推進の下、刑法にも不定期刑が導入された。不定期刑というのは、法定刑が不定期だということではなく、宣告刑が不定期であることを意味し、ただ自由刑の宣告時における刑期が不確定であることをいうにすぎない。英米およびフランスでは、「不定期宣告刑」といわれている。

不定期刑は、絶対的不定期刑と相対的不定期刑との二種類に分けられる。絶対的不定期刑とは、自由刑の刑期が完全に不確定なものとして宣告される刑をいう。一方、相対的不定期刑とは、自由刑の上限または下限のみが規定されるか、あるいは刑期の最長と最短を同時に定めて宣告される刑をいう。

古典学派の刑法学者は、不定期刑が罪刑均衡原則に反するだけでなく、行政機関が最終的な刑期の決定権を行使するがゆえに、法治国家による個人の自由保障という原則に反するとも考えた。さらに、服役する期間の不確定は受刑者にとって著しい苦痛であるとし、こうした理由から不定期刑に強く反対した。しかし、20世紀初頭を迎えると、幾つかの国々で不定期刑が採用された。

罪刑法定原則が必然的に不定期刑を排斥するか否かについては、西側資本主義国家の刑法学者の間でも意見が対立している。古典学派は、両者は矛盾し相互に排斥し合うとするが、社会学派はこれと反対の立場をとっている。現在の通説は、罪刑法定原則により絶対的不定期刑は排斥されるが、相対的不定期刑は排斥されないとしている。実際のところ、通説は一種の折衷的見解にすぎず、西側資本主義国家で現に不定期刑が実施されている現状を認める以外になかったともいいうる。

罪刑法定主義の意義に関して、多くの刑法学者は、上述した四点以外に明確性の原則も含まれるべきであると考えている。すなわち、犯罪と刑罰、およびその相互関係をすべて刑法に定め、可能な限り具体的に明確化すべきであるという要請である。このような見解は、しだいに一つ

と規定している。ロシア刑法典の規定によれば、行為の犯罪不成立、刑罰の減輕、その他犯罪者の状況の改善を定める刑事法であれば、およそ遡及的適用が徹底されている。新法の発効前に犯罪を実行した者に対しては、刑罰の執行がすべて終了しておらず、またはその刑罰の法的効果が完全に解消されていない場合、新法の規定に基づいて是正されなければならない。新法が無罪を認める場合には直ちに釈放し、新法の刑罰がより軽ければ、それに基づいて刑を減輕し、前科のある場合には、是正すべき点を是正し、取消すべき点を取消すというように、新法の規定に依拠して処理されなければならない。これらの規定が犯罪者に有利となることをすべての出発点として、人権保障の精神の貫徹を徹底することは、一面においては積極的な前進であるといえる。しかし他方、それによって裁判所の判決の厳肅性が根本から否定されることにもなるがゆえに、法制度の安定・法律の権威に否定的影響を及ぼすのではないかという疑問が生ずる。このことは、詳細な検討を加えるべき価値のある問題点といえる。この点に存する新たな一連の理論問題は、さらなる研究の推進が要請されるが、実践的経験を蓄積しない限り、それに対して正確な評価と結論を下すことは不可能である。

第三に、絶対的不定期刑の禁止について説明する。罪刑法定原則には、犯罪法定および刑罰法定が含まれる。このことから、犯罪に対して言渡される刑罰の種類と量刑の幅に関しては、刑法により明規されることが要求される。早期の資産階級の刑法では、刑罰規定について絶対的法定刑、すなわち刑法で絶対的に確定された刑罰の種類と程度を規定する方式が採用されていた。例えば、人を殺した者は死刑に処すとし、科刑にあたって裁判官が酌量を行う余地がまったくなかった。その後、絶対的法定刑は複雑多様化する犯罪に適応しえなくなったために、最初に1810年フランス刑法典が、これに引き続いて各国の刑法の刑罰規定も、相対的法定刑、すなわち相対的に確定された刑罰の種類と程度を規定する方式を採用した。例えば、人を殺した者は、死刑、無期または10年以上の有期徒刑に処すというように定められ、科刑に際して裁判官が酌量を行

ここで、1966年に国連総会で採決された「市民的および政治的権利に関する国際規約」について触れておくべきであろう。その15条1項は、「犯罪の後により軽い刑に処すものと法律が定めた場合、当該犯罪者の刑は減輕される」と定めている。この条約の影響を受けて、刑法の遡及効に関する規定に最近際立った変化が、見られる。非犯罪化、刑罰の緩和など行為者に有利となる法律は、新法の公布前に実行されたが、まだ裁判が開始されない、あるいは判決が確定していない行為のみならず、一定の条件の下では、すでに判決が確定しているが未だ刑の執行が終結していない行為に対しても、遡及的に適用されるようになった。例えば、フランス刑法112-4条においては、「新法の即時適用によって、旧法の下で完成した法律行為の有効性は、影響を受けない。ただし、すでに刑を言渡された行為が、判決後の法律により、もはや刑事上の犯罪としての性質を持たない場合には、その刑罰の執行が停止される」と定められている。わが国のマカオ地区の刑法典2条2項も、「事実発生時に有効であった法律により当該事実を理由に処罰されていた者は、当該行為が新法の列挙する違法行為から削除された場合、当該事実を理由に罰せられない。これに該当し、かつすでに刑を言渡された者は、判決が確定している場合であっても、その執行およびそれに伴う刑法上の効果が停止される」と定めている。フランス刑法、マカオ地区の刑法典によるならば、旧法では有罪であるが新法では無罪とされる行為は、たとえ判決が確定していようとも新法が遡及的に適用され、したがって刑の執行も停止される。この問題に関して、ロシア刑法典は、さらに徹底した規定を設けている。同刑法典10条1項には、「行為の犯罪不構成、刑罰の減輕、その他の事由により、犯罪者の状況を改善する刑事法が定められた場合には、当該規定が、遡及的に適用され、現に服役中の者または既に服役を終えた前科者も含め、当該法律の発効以前に犯罪を実行した者に適用される」と定められている。さらに同条2項は、「犯罪行為のゆえに現に服役している者には、新たな刑事法によってより軽い刑罰が当該行為に定められた場合、新法の規定する限度において、その刑が減輕される」

「法律を成立させてはならない」と明文で定め、また同憲法10条2項は、「いかなる州も、以下の権力を行使してはならない。……遡及効を持つ法律を採択すること」と定めた。その後、幾つかの国でも事後法の禁止が明文で定められた。例えば、1917年メキシコ合衆国憲法14条1項は、「遡及効を持つ法律を制定することにより、人民の権利を侵害してはならない」と定め、1947年フィリピン共和国憲法3条1項は、遡及効を持つ法律および公権剥奪を命じる法律を制定してはならないことを規定している。

しかし、事後法の内容は複雑であり、何の分析も加えずにこれを一律に禁止したのでは、かえって人権保障にとって不利益となる。それゆえその後、法律の不遡及に関する刑法の規定は変更を余儀なくされた。刑法は犯罪化ないし刑罰強化を行い行為者に不利益となる法律の遡及を禁止するだけであり、非犯罪化ないし刑罰緩和など行為者に有利となる法律であれば、遡及効を持つことが許される。早くも1798年に、アメリカの著名な判例はこうした区別を行い、次の四つの法律規定が憲法による禁止に違反する遡及効を持つものと判示した。すなわち、①行為時に刑法が禁止していなかった行為に刑罰を科す立法、②犯罪の構成要件を事後的に緩めて犯罪成立の可能性を高める立法、③事後的に刑罰の範囲を拡大する立法、④証拠法を改変して事後的に証明力の低い証拠を有罪判決の根拠とすることを許容する立法である。その後、多くの国々の刑法典が、遡及効に関する規定に関し、かように区別して対処する方式を採用し、旧法・新法のいずれを適用するかは軽きに従う、という原則が確立された。この問題について最も明瞭な規定を定めたのは1996年ロシア刑法典であり、同法10条では「行為の犯罪不構成、刑罰の減輕、ないしその他の事由により犯罪者の状況を改善させる刑事法が定められた場合、当該規定は遡及効を有する」、「行為の犯罪構成、刑罰の加重、ないしその他の事由により犯罪者の状況を悪化させる刑事法が定められた場合、当該規定は遡及効を有しない」と規定されている。このような変化は、人権保障という罪刑法定原則の精神に合致している。

いうように、刑法典に明文で定めている国もある。

第二は、刑法の不遡及についてである。罪刑法定原則は、国家がある行為を犯罪として処罰するのであれば、当該行為の実行以前にこれが犯罪であることを法律に明規しなければならない、人々に法律に依拠して自己の行為を規律させ、刑罰規定との抵触を回避させることを要求する。これは公平正義の要請であり、また人権保障の要請でもある。フランス人権宣言8条は、「何人も、犯罪行為の前に制定され、公布され、適法に施行された法律によらなければ処罰されない」と定める。ここでは、「犯罪行為に先だって」制定され、公布され、適法に施行された法律ということが強調され、事後法の禁止すなわち刑法の遡及禁止という立場が明確に表明されている。

自由が最も基本となる人権の一つであることはいうまでもない。自由は、法律によって規範とされ、保障されることを必要とする。法治国家における自由とは、法律で禁止されない行為を国民が自由に行うことができる、ということの意味する。国民が法律で禁止されない行為を行った後に、当該行為を犯罪として処罰する法律を国家が新たに制定し、これに依拠して同人を処罰するのであれば、これは国民の自由権の行使を処罰するのと同然である。このことから、事後法は無辜の処罰であるといえる。なぜなら、行為時において、当該行為者に犯罪の意図はなく、また刑法への違反もないからである。このような者に対する処罰は、不公平・不正義きわまりない人権侵害であり、この点に事後法の最大の危険性がある。実際に、非合法かつ専横な封建制度に抵抗した資産階級は、特にかような事後法に強く反対した。資産階級は、人類の理性と公平からして、一般国民が少なくとも事前に当該行為の反社会性を知りうる機会を持つことが要請されるとき、法律の遡及的適用は犯罪の予防および改善の効果を持たないばかりか、社会の道理を著しく破壊すると考えた。かようにして、事後法の禁止および刑法の不遡及は、資産階級の罪刑法定原則の必然的な要求となった。この点では、大陸法系・英米法系ともに一致している。1987年公布のアメリカ憲法9条3項は、「遡及効を持

第一に、類推解釈の禁止について述べる。これは主として、裁判官が類推解釈を行うことにより、現行の法律条文によれば犯罪を構成しない行為を犯罪として処罰することを禁止する原則である。厳格な罪刑法定原則からは、裁判官は単に法律の口にすぎず、立法者の制定した法律を直接引用し、そのまま述べることだけが裁判官の責任として要求される。その後、実務的な要請から裁判官も法律を解釈できるとされたが、しかしこの場合も、法律条文の本来的意義を越えることは許されない。現在、法律解釈の制限を緩和した国もみられるが、これは拡張解釈が許されるというにすぎず、類推解釈が可能になったわけではない。英米法系は大陸法系と異なり判例主義に立っているため、裁判官が法律を引用するだけでなく、新たに制定することもできる。まさにあるアメリカの学者が述べているように、「アメリカの法律制度における法律の発展は、立法および司法によって創造された法律の相互作用の成果である」。さらにイギリスでは、裁判官が新たな罪名の制定権をも有していた。このような状況は、何人も当該行為の実行時に犯罪とされていなかった行為を理由に刑罰を受けない、という原則に反することから、批判を免れることができなかった。その後状況が変わり、イギリスでは、1972年に上院においてクヌラ株式有限会社が検察庁を訴えた議案が否決されて以降、裁判所が罪名を制定するという状態は継続しえなかった。上院は、新たな罪名制定ないし既存の罪名拡大によって、それまで処罰されていなかった行為を犯罪として処罰する裁判所の権限を存続させないことで一致し、当該法案を否決したのである。アメリカでも、裁判官の法律制定権が制限され、早くも1820年に、最高裁判所はベトポジェ事件判決において、「何が犯罪であるかを決定してその刑罰を規定するのは、立法機関であって裁判所ではない」と判示した。同じく、裁判官が判例を通じて行う新たな犯罪の制定も許されないとされた。現在では、類推解釈の禁止という罪刑法定原則の固有の意義をさらに明確化するため、「刑法は、これを厳格に解さなければならない」（フランス刑法典111条-4）、「刑事法は、これを類推適用してはならない」（ロシア刑法典3条2項）と

大陸法体系国家の多くは第二の型を採用している。しかし例外もあり、例えば日本は大陸法系国であるが、第二次大戦後に英米法思想、特にアメリカ占領軍当局の影響を直接受けたために、1947年憲法（現行憲法）において、英米法型の罪刑法定原則が採用された。同憲法31条は、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命もしくは自由を奪われ、またはその他の刑罰を科せられない」と定める。この条文は、日本の現行刑法の罪刑法定原則を規定したものと考えられている。

これら二つのモデルの基本精神は一致しているが、具体的な内容が微妙に異なっている。大陸法は制定法であり、法律条文が厳格に規定され、法律の明文規定がなければ罪とならず処罰できないことが強調される。これに対して、英米法はコモン・ローであって、現在では大多数の犯罪がすでに制定法に規定されてはいるが、依然としてコモン・ローが刑法の淵源の一つとされている。コモン・ローは立法によって制定されることなく、人々の慣習を起源とし、裁判官の判決・裁定を通じて論証・発展されてきた。それゆえ、ここで強調されるのは、正当かつ合法な手続であり、法律による明文規定ではない。さらに、正当かつ合法な手続に含まれる意義は、「法律の明文規定」よりも広範で、内容に富んでおり、実体法だけでなく手続法もこれに該当するほか、立法機関が憲法違反の法律を制定することの制限という内容も含まれている。かような相違があるとはいえ、これら二つのモデルが有する罪刑法定原則の意義は、多くの点で等しいといえる。

通説的な刑法理論によれば、大陸法系諸国における罪刑法定は、①刑法は制定法でなければならず、慣習刑法は排除されること、②刑法の類推解釈および類推適用は禁止されること、③刑法は遡及効を持たないこと、④刑法で絶対的不定期刑を定めてはならないこと、という四つの意義を有する。制定法がすべての淵源とされないのが、英米法体系の特徴であり、それゆえに第一の点は除かれるが、その他の三点の意義は、英米法系における罪刑法定原則にとっても固有のものである。以下、これらの具体的内容について論じていく。

法に基づく貴族の裁判または国家の法律規定によらない限り、拘留、監禁、財産の没収、法的保護権の剥奪をなされることはなく、また、追放され、搜索、逮捕その他の侵害をされない」と定める。この規定は、17～18世紀のブルジョア革命の洗礼を経て、アメリカおよびフランスにおける憲法研究に吸収され、二種類の罪刑法定原則方式に発展変化した。

その第一は、英米法型方式である。

1791年にアメリカの議会が承認した憲法修正第5条は、明確かつ簡明な言葉を用いて、「正当な法律の手続を経ない限り、何人も生命、自由または財産を剥奪されない」と定めた。また、1868年7月28日に公布されたアメリカ憲法修正1条も、「いかなる州においても、正当な法律の手続を経ない限り、何人も生命、自由または財産を剥奪されない」と規定した。このように、最終的にアメリカ憲法では、「正当な法定手続」の形式で表現される英米法型の罪刑法定原則が確立された。

その第二は、大陸法型方式である。

大陸法では、1789年にフランスのブルジョア革命後の憲法制定会議で、「人および市民の権利宣言」（「人権宣言」と略称される）が可決された。人権宣言8条は、明快かつ徹底的なフランス革命の精神から、アメリカとは異なる表明を行っている。すなわち、「法律は確実に必要かつ明らかに不可欠な刑罰のみを定めなければならない、また、犯罪行為以前に適法に制定、公布、施行された法律によらない限り、何人も処罰されない」と規定された。1810年フランス刑法典4条も、さらに簡明な規定方式により「違警罪、軽罪または重罪を問わず、犯罪以前に法律が定めていなかった刑罰を言い渡すことはできない」として、罪刑法定原則を規定した。

これら二つのモデルの基本的視座は、法律によって国家の刑罰権濫用を制限し、人権を保障することにある。それゆえ、多くの諸国において、ブルジョア革命の後、罪刑法定が人権保護の基本原則として憲法ないし刑法に規定された。

一般的にいえば、英米法体系国家の多くは第一の型を採用しており、

刑法の制定・適用すべての過程で一貫され、その性質・特色・法的精神を集約的に表現している。この三原則の法律化は、わが刑法が民主法制化の道へと進み出したことを決定づける重要な一歩である。しかし、これらの基本三原則が政治および社会生活の中で具体的に実現され貫徹されるためには、さらなる苦難の過程を経験しなければならず、断固として揺るぎない意思と決意・強靱な精神・何ごとも恐れない勇氣・国民の利益に貢献する高尚な資質が求められる。歴史の展開は複雑ではあったが、どのようなことがあろうとも、わが国の歴史で発生してきた大規模な刑罰権濫用の悲劇が繰り返されることを、我々は決して許してはならない。これらの三原則を果敢に守ることは、民主、自由、平等、法律の公正・正義を守り抜くことを意味する。

第2節 罪刑法定原則

1. 罪刑法定原則の歴史と現状

罪刑法定原則は、罪刑法定主義ともいわれる。これは、ブルジョア革命時代の非合法的で専横な封建的司法制度に抵抗して獲得されたものあり、罪刑専断主義を徹底的に否定するものである。

罪刑法定主義の思想は現代刑法を支配する理念であり、その起源は資産階級の啓蒙思想家に遡る。しかし、明らかに罪刑法定原則を提唱してこれに明確な意義を与えたのは、近代刑法の父と讃えられるドイツの著名な古典学派刑法学者フォイエルバッハ (von Feuerbach 1775~1833) であった。フォイエルバッハは、1801年出版の刑法教科書で、初めて資産階級の罪刑法定原則について次のような権威的論述をラテン語で行った。すなわち、「法律なければ刑罰なし、犯罪なければ刑罰なし。法律の定める刑罰なければ犯罪なし」(Nulla poena sine lege, Nulla poena sine crime. Nullum Crimen sine poena legali.)、換言すれば、法は明文規定がなければ罪としえず、処罰しないという内容であった。

罪刑法定は資産階級の法律が定める原則であるが、その最初の起源をたどると1215年の英国大憲章に至る。その39条は、「すべての自由民は、

「法律上の明文規定」という制約がないという点で、狭義の概念と区別される。それゆえ、広義の概念が法律に明規されている場合もあれば、そうでない場合もありうる。いうまでもなく、この広義の概念は、必然的に狭義のそれよりもきわめて広範な概念である。

わが国の刑法基本原則を問題にするとき、通常、狭義の概念を用いるべきと考える。それゆえ、この概念には、刑法の規定する三つの概念しか含まれない。広義の概念を用いる必要があるならば、明確にそのことを説明すべきである。現在でも、わが国の刑法の基本原則を問題とする際に、三原則以外に自己の提唱する原則をつけ加える論者もいるが、これは妥当でない。あらゆる論者がこのようなことをすれば、議論の混乱を招くことは必至である。理論的研究としては、各々の論者が他のどのような原則を提唱することも可能であろうが、法律の規定として提出しうるのは三原則のみに限られる。

わが国の刑法における基本三原則は、わが国の現実的状況を出発点として、犯罪防止の実際の経験を総括し、外国刑法の有益な理論と経験を吸収した成果として確立された。国内外の歴史的経験からは、これら基本三原則の重要性が再三にわたって証明されている。刑法が明文で定める基本三原則は、国家刑罰権の正確な行使を指導・規制し、処罰権の濫用と不均衡（無辜の処罰・有罪な者の不処罰・不公平な処罰）を防止して、わが国の刑法を犯罪処罰・国民保護・人権保護・正義の伸張を行う法律の武器へと発展させる。基本三原則は、わが国の社会主義の民主・法律化、および法治国家という方針が具体的に刑法に体现されたものであり、現行刑法の最も顕著な進展と成果であって、重大な現実的意義と計り知れない歴史的意義を有している。これらの三原則に含まれる意義と実質的精神を正しく解明することが、刑法理論の重要な任務の一つである。刑法の基本原則を理解・把握しない限り、刑法を巨視的な視野から正確に理解・把握することは不可能である。

わが刑法の基本三原則は、相互に孤立したものではなく、相互に関連・作用・制約し合う関係にあって、共に一つの有機的統一体を構成し、

この規範が法的拘束力と権威を持つことから、これに反する刑事立法、法律解釈ないし刑事判決はすべて違法であり、断固として是正されなければならない。例えば、刑法の定める罪刑法定原則は、犯罪化・刑罰強化・行為者に不利益となる法律について遡及効を禁止する。全国人大常委会の可決した1982年の「経済に重大な損害を与える犯罪の嚴重な処罰に関する決定」、および1983年の「社会治安に重大危害を与える犯罪分子の嚴重処罰に関する決定」は、かような意味で禁じられるべき法律であった。しかし、当時の刑法（1979年刑法）は、罪刑法定原則が刑法の基本原則であるとの明文規定を設けていなかったために、これら二つの法律が刑法の基本原則に違反することを認める法律上の根拠がなかった。現行刑法は、すでに罪刑法定原則が刑法の基本原則であることを明定しているので、今後再び、そのような状況の発生は許されなくなった。憲法67条3項の明確な規定によれば、人大常委会は全国人民代表大会の制定した法律に部分的な補充・修正を加えて、「当該法律の基本原則に抵触してはならない」。

同様に、類推解釈および類推適用も、従来は合法とされていた。1979年刑法には、罪刑法定原則を定める明文規定がなかったばかりでなく、類推を認める制度まで規定されていた。現行刑法は、罪刑法定が刑法の基本原則であることを明文で定めたほか、類推制度も廃止した。今後、司法機関が刑事事件を処理するに当たって刑法の類推解釈はできず、さもなくば刑法の基本原則に抵触するゆえに無効・違法となり、断固として是正されることになる。

（2）刑法全体と根本に関わる固有の規範であること。

刑法に定める規範には多種多様なものがありうるが、これらも厳格に遵守されねばならない法律規範である。しかし、例えば量刑原則のように、部分的かつ非根本的な原則は刑法の基本原則ではない。刑法の基本原則といえるのは、刑法の全体と根本に関わる規範だけである。

広義の刑法の基本原則は、刑法の制定・適用の過程で厳格に遵守されるべき刑法の全体と根本に関わる固有の原則をいう。この広義の概念は、

を意味するわけではない。わが国の1979年刑法には基本原則に関する明文が置かれなかった。同じくこのことは、同刑法が基本原則を持たなかったことを意味しない。しかし、その一方で、刑法に規定がなければ、当該刑法の基本原則を誰が決定するかという問題が生ずる。諸説の争いが統一されない限り、誰もが認める権威ある結論を得ることは不可能であり、それゆえ何が刑法の基本原則かを確定することは困難になる。したがって、どのように刑法の基本原則の概念を定めるかという問題を解決しなければならない。

かような複雑な状況に鑑みるならば、我々は、刑法の基本原則に広狭二つの概念があると考えるべきであろう。狭義の概念では、刑法の基本原則が法律に明文で定められることが要求されるのに対し、広義の概念では、必ずしも法律という特徴を備えることが要求されない。一般に言われているように、およそ法律に刑法原則を明文で定めた国家では、主として狭義の概念が採用されている。ここでいう法律には、刑法のほか憲法も含まれ、例えば日本のように、刑法の基本原則が憲法で規定されたために罪刑法定原則が憲法の規定だけになっている国もある。またある国では、憲法の原則が同時に刑法の基本原則となっている。広義の概念は、法律に刑法の基本原則を明文で定めない国に一般的に、あるいはいずれの国家にも広範に適用されるほか、理論的研究のために用いられる。

わが国の刑法の基本原則は、1997年刑法以降明文規定になっており、狭義の概念が採用されている。これによると、その概念的内容は、次のように確定づけられる。

いわゆる刑法の基本原則とは、わが国の法律により明文で規定され、刑法の制定および適用の過程で厳格に遵守されねばならない、刑法の全体と根本に関わる刑法固有の原則である。

刑法の基本原則は、次のような二つの特徴を持っている。

（1）わが国の法律が明文で規定し、刑法の制定および適用に際して厳格に遵守されねばならない規範である。

第4章 刑法の基本原則（何秉松）

長井 圓

梁 涛 共訳

藤井 学

第1節 刑法の基本原則概論

刑法の基本原則とは、刑法の制定・適用の過程で遵守されなければならない規範をいう。これは、刑法の全体に関わる固有の原則である。

当初は理論で提議されていた刑法の基本原則は、やがて法律に明文規定として位置づけられ、刑法に定めるのが一般的であるが、憲法に定めることもある。現在では、罪刑法定原則が刑法に定められることは、世界各国に普遍的なことである。また、法の平等原則も、憲法の基本原則として憲法に定められてはいるが、刑法への適用が当然視されている。これら二つの原則以外に、罪刑相当原則その他の原則を定める国もある。最も多くの原則を定めているのは1996年「ロシア共和国刑法典」であり、法制〈法定〉原則、国民の法的平等原則、罪過〈責任〉原則、公正原則および人道原則という五つの原則が盛り込まれている。

わが国の1979年刑法には、刑法の基本原則を定める明文規定が置かれていなかった。法律による統一的な規定がなかったために、10を超える多くの諸原則が理論で提示されたが、これらの統一は困難を極めた。現行刑法は、刑法の基本原則について、罪刑法定原則、法的平等原則、罪刑相当原則を明文で定めている。このことは、わが国の刑法が民主化と法制化へと一歩前進したことの重要な証であり、その意味は重大で計り知れないものがある。

現行刑法は三つの基本原則を明文で規定するが、わが国の刑法原則がこの三原則に限られるか否かは、精密に研究しなければならない問題である。現在、多くの西側資本主義諸国の刑法典は、罪刑法定原則のみを規定しているが、これらの刑法典がただこの基本原則しか持たないこと

- (1) 政法工作會議政における江沢民の発言。『人民日報』1992年12月17日第1版。
- (2) 『鄧小平文選』第3巻365頁。
- (3) 前注(2) 43頁。
- (4) 前注(2) 42頁。
- (5) 前注(2) 2～3頁。
- (6) 『鄧小文選』(1975～1982) 136頁。
- (7) 『鄧小平文選』第2巻187頁。
- (8) 前注(7) 189頁。
- (9) 前注(7) 256～257頁。
- (10) 前注(7) 276頁。
- (11) 前注(7) 348頁。
- (12) 前注(7) 359頁。
- (13) 前注(2) 177頁。
- (14) 前注(7) 175,176頁。
- (15) 前注(2) 249頁。
- (16) 前注(7) 168頁。
- (17) 前注(7) 169頁。
- (18) 前注(7) 253頁。
- (19) 前注(7) 372,373頁。
- (20) 前注(7) 402,403頁。
- (21) 前注(2) 33～34頁。
- (22) 前注(7) 371頁。
- (23) 前注(7) 254頁。
- (24) 前注(7) 332頁。
- (25) 前注(2) 297頁。
- (26) 前注(2) 152頁。
- (27) 前注(2) 152～153頁。
- (28) 前注(2) 89頁。
- (29) 前注(2) 163頁。

鄧小平の刑事犯罪に対処する闘争は、根本的な解決をきわめて重視している。鄧小平は、「我々の行う刑事犯罪活動への対処は必要であり、今後もなおこれを継続していかなければならない。しかし、ただ処罰しただけでは、根本的な問題解決は不可能である。国民総生産を倍増し、経済を向上させて初めて、本当の根本的な解決の道をたどることができる」⁽²⁸⁾と述べた。物質が基礎であって、人民の物質生活が良好となり、文化水準が向上すれば、精神面にも大きな変化がみられるであろうし、法を守らず規律を乱す行為や犯罪行為は大幅に減少するであろう。さらに鄧小平は、「法制という観念と人々の文化の素質は関連している。現在、若者の犯罪が多く、法も神もなく無法の限りを尽くし、はばかりところがないが、この一つの原因として文化的資質が非常に低いことが挙げられる。それゆえ、法制を強化する上で重要なことは、教育推進の必要性であり、根本的な問題は人々の教育である」⁽²⁹⁾と語った。わが国の社会治安を総合的に統治する方針は、鄧小平の「根本的解決に重きを置く」思想に具体的に示されている。

犯罪を処罰して人民を保護することは、わが国の刑法の目的である。江沢民は、党の第15大会における演説の中で、「良好な社会治安の実現は、人民大衆の生命・財産の安全と改革・発展・安定に関わる重大事である。政治的・法律的な職務を強化し、各種の犯罪活動を法に基づき厳しく対処し、ポルノ、賭博、薬物などの社会の醜悪な現象を断固として一掃しなければならない。社会治安の総合的な統治を強化し、処罰と予防を結びつけ予防を第一とし、教育と管理を強化し、責任制を実行し、良好な社会の治安環境を創出しなければならない」と指摘した。刑法がその目的を実現するためには、犯罪の処罰と人民の保護に関する鄧小平の思想を揺るぎなく堅持し、第15大会の精神に基づいて各種の犯罪活動に厳しく対処し、社会における各種の醜悪な現象を排除し、社会治安の総合的な統治を強化し、人民の生命および財産の安全を確保し、改革開放と四つの現代化建設を行い、良好な社会の治安環境を創出することが必要である。

の中で、「死刑は、これを廃止することはできない。ある幾つかの犯罪には、死刑判決を下さねばならない。最近我々が入手した資料によれば、いくら戒めても何度でも犯罪を犯す者が非常に多く、数年の労働改造を経て釈放された後にも犯罪を反復し、しかも経験があるから犯罪をやり慣れており、公安司法機関を振切るおそれがある者がいる。このような累犯者を法に基づいて処刑できない理由がどこに存するのか。また、婦女や児童を売買する者や、反動的な会道門の活動を行う者も、いくら戒めても改めないが、何ゆえにこれらの者を法に基づいて重く処罰できないのか。当然のことながら、処刑には慎重さが要求されるが、どうしても処刑の必要な者はいる。政治の領域、思想の領域に関していえば、刑法に触れない限り刑事的処罰を受けることはなく、これらの問題と死刑の問題とは関わりはない。しかし、重大な経済犯罪・刑事犯罪に対しては、法に基づいて処刑しなければならない犯罪者がいる。現在における全体としての態度は手ぬるい。死刑判決も、一種の必要不可欠な教育手段である（陳云同志は、一人を殺して他の見せしめとする。少数の者の処刑は、大多数の幹部を救うことになるろう、と述べておられる）。現在一般的に、死刑は殺人を犯した者に限られているが、その他の重大な犯罪活動についてはどうであろうか。広東では売春犯罪があれほどの猖獗を極めているのに、何ゆえにこのような最劣悪の犯罪者を重く処罰しないのか。娼館の売春婦はいくら戒めても改めないことがわかった。すべて法律に基づき重く処罰すればどうであろうか。経済犯罪で特に重大なものに関して、何百万、何千万にも上る損害を国家に与えた国家要員に対して、何ゆえに刑法の規定に基づき死刑判決を下してはならないのか。1952年に劉青山、張子善という二人の者を処刑したが、これには大変大きな効果があった。現在では、たった二人のみの処刑では、あれほどの大きな効果を期待することはできず、より多くの者を処刑してようやく我々の決心を本当に示すことができる」⁽²⁷⁾と述べた。これらの思想上の観点は、わが国の刑法の死刑に関する正確な規定とその適用によって、重要な指導的意義を有している。

ていかなければならない。このことは、鄧小平の一つの重要な思想である。鄧小平は、「この種の闘争を進めるにあたって、過去の政治運動の方法をとってはならず、社会主義法制の原則を守り、これに従わなければならない」。「全同志と全幹部は、憲法、刑法、その他の法令に基づいてその任務を行い、法律という武器を用いた反党・反社会主義勢力および各種の刑事犯罪分子との闘争、ということを学び取らねばならない」⁽²²⁾。「我々は、必ず法を根拠とする、法執行は厳格に行う、違法は必ず追及する、法の下で人々は平等である、というこれらの原則を、全国において断固と実行しなければならない」⁽²³⁾と指摘した。ここに、鄧小平は、社会主義法制の原則、法の下での平等という原則とを同列に論じ、社会主義民主と社会主義法制との不可分な関係を体現している。法の下で人々が平等であって初めて、必ず法を根拠とする、法執行はこれを厳格に行う、違法は必ずこれを追及する、という原則を実行することができ、効果的に刑事犯罪に対する措置を講じることができる。鄧小平は、「国民は、法律と制度の前で平等である、……何人が法を犯しても、公安機関による法に基づく捜査、司法機関による法に基づく処理を受けねばならず、何人も法律執行の妨害は許されず、法を犯したいかなる者も法の制裁を受けずにいることはできない」⁽²⁴⁾と述べている。腐敗・汚職・収賄を問題とするにあたって、鄧小平は、「厳格かつ迅速に執行すること、国民に公示すること、法に基づいて処理することが必要である。懲罰を受けるべき者は、何人も等しく懲罰を受ける」⁽²⁵⁾と述べた。権力を利用して司法に関与し、自己の子女の犯罪を庇護する高級幹部が存在することに鑑みて、鄧小平は、「高級幹部がその家族、子女の違法な犯罪の問題を扱う場合には、いい加減さのかけらもない断固とした明確な態度で臨まねばならず、取調部門を断固支持しなければならない。誰に関する事件であっても、党の規律と国家の法律に基づいて、これを取調べて処理しなければならない」⁽²⁶⁾と強く指摘した。

刑事犯罪に対処する闘争に関して、なお鄧小平は、死刑問題について特に語っている。1986年1月17日の中央政治局通常委員会における発言

を行うことを旨としなければならない。現在、あまりに重すぎることも妥当でないが、その情状が特に重大な犯罪者に対しては、最も厳格な法律的制裁を加えることが必要となる」⁽²⁰⁾と強調した。

1983年7月、刑事犯罪がますます重大性を帯びるようになり、重大な刑事事件が著しく増加した。鄧小平は、刑事犯罪活動に対する厳しい処置という問題を特にとりあげて、「刑事事件、悪質な事件が大幅に増加しているが、このような状況では、人心を得ることができない。数年経て、このような風潮は鎮まるところか、逆に悪化していることであろう。原因はどこにあるか。その主因は、現状に手をつけられないことであろう。すなわち、犯罪者に対する処分が厳しくないこと、迅速でないこと、裁きが軽いことである。経済犯罪活動に対しても、強盗・殺人等の犯罪活動に対しても同様のことがいえる」。「殺人犯、強盗犯、犯罪組織の構成員、教唆犯、労働改造・教育改造中に犯罪技術を伝授する常習犯、および人買売買、娼館の売春婦を含め、重大悪質な刑事犯罪分子に対しては、断固として逮捕、刑の宣告、労働改造を行い、法律による厳格な制裁を加えなければならない。これらの犯罪分子を法に基づいて処刑しなければならず、一部の犯罪分子には長期間の拘禁が必要である。不断の防止措置を行い、犯罪が発生したら一つ一つこれに対処することは、なお必要なことである。さもなくば、犯罪者には何らの恐れもなくなり、10年かけても20年かけても問題を解決することはできない」と述べた。また、鄧小平は、「刑事犯罪の問題の解決は長期にわたる闘争であり、各方面の任務遂行が求められる。現状は尋常ではないが、法に基づいた重く迅速な対処に尽力して初めて、この状況を治めることができるのであって、犯罪者にとって痛くも痒くもないようなやり方では、人心を得ることができない。我々は人民民主專政の強化と言うが、すなわち今述べたことが、人民民主專政である。人道主義を問題とするのであれば、我々は最大多数者の安全を保護しており、これこそ最大の人道主義である」⁽²¹⁾と重点的に指摘した。

しかし、刑事犯罪に対処する闘争は、必ず法律の範囲内でこれを進め

対し決して油断できず、我々は断固とした処置をしなければならないと指摘した。「中央政府は早くから、各種の反革命分子、反党反社会主義分子、刑事犯罪分子の活動に対し、これまでこれらの活動を『放従』しないし、これらの者を放任し思うままに振る舞わせて、悪事を働かせないと主張してきた。中華人民共和国の成立以来ここ数年まで、十年動乱を除けば、我々は各種の敵対勢力、反革命分子、社会秩序に重大な危害を及ぼす刑事犯罪分子に対して、一貫して専政の実行を堅持し、決してこれらの者に対し手心を加えなかった」。「現在、我々は社会主義の民主の任務の発展を絶えず継続していくと同時に、全党同志、全国人民に対して、様々な反党反社会主義活動と刑事犯罪活動に強く警戒するとともに、これらに断固たる処置をとることを要求している。そのような活動に対処をしなければ、経済調整の進行が困難となるだけではなく、人民の民主権利、ひいては生存権さえ危害を被ることになるだろう、という理由に基づく」⁽¹⁹⁾と語った。

1982年に開催された中国共産党中央政治局の討論、「中国共産党中央委員会、国務院による経済領域における重大な犯罪活動の処置に関する決定」と題する会議において、鄧小平は、「現在、どのような情勢にあるか。我々が対外的開放と国内経済の活性化という二つの方面にわたる政策を実行してから、まだ1、2年しか経っていないが、この間に相当多くの幹部が腐敗した。経済犯罪活動に巻き込まれた者は決して少なくなく、その数は非常に多い。厳しい犯罪状況は、過去の『三反運動』、『五反運動』の頃とは比較にならないほどである。……現在、大事件が多く発生し、その性質は非常に劣悪であり、汚職や国家の利益に損害を与える犯罪を行う者は、『萬字号』事件の程度にとどまるものではない。このような風潮が激しさを増し、我々の党が嚴重な注意を払わず、断固としてこの風潮に歯止めをかけなければ、我々の党および国家には、その様相が変化しかねない問題が発生することになるだろう。このように言っても、決して大げさなことではない」と述べた。さらに鄧小平は、「現在、この風潮に歯止めをかけるためには、迅速に、厳格に、慎重にこれ

正確かつ有効な働きは、社会主義国家の民主化を妨害するものではなく、まさにこれを保障するものである。実際に、無産階級の専政がなければ、我々は防衛が不可能になり、それゆえ社会主義の建設も不可能になるだろう」⁽¹⁷⁾と指摘した。

1980年1月、中国共産党中央委員会が開催した幹部会議で、実務上、刑事犯罪の性質・危害についてははっきりと認識できず、その対処に尽力しない者が存在することに対して、鄧小平は、「搾取階級は消滅した階級とされるにもかかわらず、どうして今なお階級闘争が存在するのであるのか、と疑問をもつ者がいる。現在我々は、この二つの側面をともに客観的な事実であると考え。各種の反革命分子・重大な破壊分子・重大な犯罪集団と対峙する我々の現在の闘争は、階級闘争でないとはいえ、階級闘争に含まれるのである。当然、我々は、この二種類の性質の異なる矛盾の境界を明確に区別しなければならないが、社会秩序を破壊する絶対多数の者に対しては、教育的手段を講じるべきである。およそ教育可能な者に対しては教育が必要であるが、しかし教育不能な者、教育効果のない場合には、各種犯罪に対し断固とした法律的措置を講じるべきである。一部の地域では、このような者に対してとられた措置がまったく役に立っておらず、手をつけられない状態にある。このような者や、『四人組』の残党、反革命分子その他の刑事犯罪分子を見逃してしまうことは、人民が我々に不満を抱く種になるだろう。最近、我々はある措置を採用して、犯罪者に対する処置を続けているが、まだその効果は初歩の段階である。各種の犯罪分子に対しては、なお断固とした処置、健全で安定した社会秩序を保障・強化する努力を継続していかなければならない。我々は、法律という武器を使用し効率よく運用する方法を学び、これを身につける必要がある。違法な犯罪分子に対して手加減することは、大多数の人民の利益に危害を及ぼし、現代化建設という大局を危うくするだけである」⁽¹⁸⁾と強く指摘した。

さらに1980年12月、鄧小平は、現在の各種の敵対勢力による反党・反社会主義活動、および各種の犯罪活動について、我々はこれらの活動に

法制の健全化の要求に適応し、法による国家統治という方針を貫徹し、実情に即して人民の権利と利益を保障するものでなければならない。

7. 犯罪の懲罰と人民の保護

犯罪を懲罰して人民を保護することは、人民民主独裁の重要な任務であり、人民民主独裁の具体的体现でもある。鄧小平は、この問題に対する幾多の透徹した論述を行っている。

早くも1979年3月、党の11期3回中全会の終結直後、鄧小平は「社会主義民主の発展は、社会主義を敵対視する勢力に対して無産階級の専政を行わないことを意味しない。我々は階級闘争の拡大に反対し、党内における資産階級の存在を認めず、また、社会主義制度の下では、搾取階級と搾取条件はもはや確実に消滅しており、これに反する資産階級その他の搾取階級の出現も認めない。しかし、我々は、社会主義社会において、依然として反革命分子・敵側のスパイ・様々な社会主義秩序を破壊する刑事犯罪分子その他の悪質分子、汚職・窃盗・投機取引を行う新たな搾取分子が存在し、しかも、この種の現象を完全に撲滅することは長期間にわたって不可能である、ということを見て取らねばならない。このような者どもとの闘争は、過去の歴史における階級対階級の闘争とは異なるが（これらの者が公然たる完成した階級を形成するのは不可能である）、しかし、これも一種の特殊な形式における階級闘争であり、あるいは歴史上の階級闘争が社会主義の条件下において特殊な形式で残存したもの、ともいわれている。このようなあらゆる反社会主義分子に対しては、当然専政を実行しなければならない。これらの者に対し専政を実行しなければ、社会主義民主の存続は不可能になる。この種の専政は国内闘争であり、またあるときには国際闘争にもなりうるが、実際には両者は不可分な関係にある。それゆえ、階級闘争が存在し帝国主義と覇権主義が存在する条件下では、国家の専政機能の消滅ということは考えられず、常備軍・公安機関・法廷・監獄等々の消滅も考えられない。これらの存在は、社会主義国家の民主化とは決して矛盾しない。これらの

ある。鄧小平は、「中国人民が現在求めている民主とは何か。中国人民が現在求めている民主とは、社会主義民主ないし人民民主と称されるものにほかならず、資産階級の個人主義民主ではない」。「社会主義民主と、資産階級の民主および個人主義民主とは、厳格に区別されなければならない」⁽¹⁴⁾。「我々は西側資本主義国の民主をそのまま模倣してはならず、中国の事柄は自国の現実の事情に基づいて処理しなければならない。中国の民主は、社会主義民主であり、社会主義法制と相互に補完し合う関係にある」⁽¹⁵⁾と、強調した。民主とは、法制の前提および基礎であり、法制とは、民主の体现および保障である。社会主義民主とは、民主化と法制化を統一したものである。鄧小平の民主法制思想によれば、社会主義民主と社会主義法制の関係のみが不可分であるだけでなく、社会主義民主と社会主義の関係も不可分である。鄧小平は、「民主がなければ、社会主義もありえない。とするならば、社会主義の現代化もありえない。……社会主義が発展するほどに、民主も同じように発展するのである」⁽¹⁶⁾と明確に指摘していた。

社会主義民主の発展、社会主義法制の健全化、法に基づく国家統治という鄧小平の思想は、党の第15大会で十分具体的に表現された。江沢民は、党の第15大会における演説で、「わが国の経済体制の改革を深く掘り下げ、世紀を超えて社会主義の現代化を発展するために、我々は、四つの基本原則を堅持するという前提の下で、政治体制の改革推進、社会主義民主の一層の発展、社会主義法制の健全化、法による国家統治、社会主義法治国家の建設を継続することが要求されている」。「法による統治とは、党が人民を指導し国家を統治する基本的な方策であり、社会主義市場経済を発展させる客観的な要求であり、社会文明の進歩の重要な標識であり、国家が長期にわたり社会秩序を安定させる重要な保障である」と提唱した。

これらの思想は、刑法にとって重要な指導的意義を有しており、刑法と刑法理論の発展のための方向性と道程を明示し、堅実な基礎を提立したのである。刑法の制定および運用は、社会主義民主の発展、社会主義

法に基づくべきことは必ず法に従い、法執行は必ず厳格に行い、違法行為を必ず追及すべきである」⁽⁶⁾と明確に提唱した。11期3回中全会の後、鄧小平は、さらにこの問題について繰り返し論及している。「四つの現代化を実現するためには、社会主義民主の発揚と、社会主義法制の強化をしなければならない」⁽⁷⁾。「民主と法制の二つの面は、両者とも強化すべきであるが、これまで我々の努力は足りなかった。民主を強化しようとすれば法制の強化を行わなければならない、普遍的な民主および健全な法制を備えなければ、うまくいくはずがない。我々は十分に動乱の苦しみを体験してきた」⁽⁸⁾。「我々が民主と法制の発展を堅持することは、わが党の揺るぎない方針である」⁽⁹⁾。「社会主義民主の発揚、社会主義法制の健全という二つの面は統一的である」⁽¹⁰⁾と、鄧小平は相次いで発言した。1980年8月、「文化大革命」のような過ちをどのように防止するかに関する鄧小平とイタリア人記者オリエナ・ファラキとの対談の中で、鄧小平は「現在我々は、そのような現象が繰り返さないようにその研究をしている最中である。制度改革から着手する準備を進めているが、わが国には幾千年にもわたる封建社会の歴史があるので、社会主義の民主と法制が欠乏している。現在我々は、社会主義民主制度と社会主義法制の確立を真剣に実行しなければならない」⁽¹¹⁾と語った。同年12月25日の中国共産党中央工作会議において、再び鄧小平は、「社会民主の発展、社会主義法制の健全化を継続しなければならない。このことは、三中全会以来、中央の堅固で揺るぎない基本方針であるが、今後もその方針が揺らぐことは絶対に許されない。我々の民主制度にはまだまだ不十分な部分があり、一連の法律・法令・条例を制定し、民主を制度化・法律化する必要がある。社会主義民主と社会主義法制は、不可分な関係にある」⁽¹²⁾と述べた。1986年には、「政治体制の改革問題」という談話の中で、鄧小平は、明確に法治問題を提示し、「改革を通じて、法治と人治の関係を適切に処理しなければならない」⁽¹³⁾と指摘した。

しかし、わが国の社会主義民主は、西側資本主義諸国の民主とは本質的に異なり、わが国の国情に適した中国の特色を備える社会主義民主で

ものを中国に適用するようにしなければならない。江沢民は、党の第15大会における演説で、「わが国の文化の発展は、人類文明共同の成果から逸脱してはならない。我々を主とすることを堅持し、我々の用いる原則に従い、様々な形式での対外的な文化交流を展開し、各国の文化の長所を広く集め、世界に向かって中国の文化建設の成果を示す必要がある。各種の腐り果てた思想文化による侵食を断固として阻止しなければならない」と語った。

6. 社会主義民主の発展、社会主義法制の健全化、法による国家統治

社会主義民主の発展、社会主義法制の健全化、法による国家統治は、第11期第3回の中国共産党全国代表大会以来、党の断固とした揺るぎない方針であり、鄧小平理論の重要な構成部分である。1996年2月8日、中国共産党中央委員会が開催した法制講座会において、江沢民は、「社会主義法制、法による国家統治を強化することは、鄧小平氏同志が中国の特色ある社会主義理論を建設した重要な構成部分であり、我々の党と政府が国家および政府の事務を管理する重要な方針である。法による国家統治を実行・堅持することにより、国家の各任務はしだいに法制化と規範化へと進み、多大な人民大衆が党の指導下で憲法と法律の規定に従い、様々な形式を通じて国家の管理、経済文化事業の管理、社会事務の管理に参加することである。すなわち、社会主義民主の法制化・法律化がしだいに実現されるであろう」と指摘した。

法による国家統治という戦略方針は、鄧小平が1978年12月の党の11期3回中共全国代表大会において初めて提唱したものである。鄧小平は、「十年動乱」の悲惨な教訓を総括し、「人民民主を保障するため法制を強化しなければならない。民主を制度化・法律化し、この種の制度や法律が指導者の交替・思想や注意力の変化によって変えられたりするようなことがあってはならない。……刑法、民法およびその他各種の必要な法律の制定に尽力すべきであり、……一定の民主的な手続を経た討論を通じて、かつ検察機関と司法機関の機能強化を行い、基づくべき法があり、

不可能となり、党も国家も滅亡してしまうだろう」と鋭く指摘した。また、鄧小平は、「これまでマルクス主義理論は、ドグマではなく行動指南であった。マルクス主義理論は、その基本原則と基本的な方法を根拠として、変化する現実を不断に結びつけ、人々に新たな問題を解決する答えを模索し、それによりマルクス主義理論そのものの発展を要求する」⁽³⁾。「マルクス主義は発展しなければならず、社会主義理論も発展しなければならず、人類社会の実践的発展と科学の発展に従って前へと発展していかなければならない」⁽⁴⁾。

事実在即して問題を解決するには、革命と建設において、すべて本国の現実から出発し、大胆かつ適切に自身の道を進むことが必要である。鄧小平は、「我々の現代化建設は、中国の現実から出発しなければならない。革命・建設を問わず、外国の経験を学習し参考とすることを重視しなければならない。しかし、外国の経験、異国のモデルのまる写しや真似だけで成功した例はこれまで存しない。このことに関して我々が得た経験は少なくない。マルクス主義の普遍的真理とわが国の具体的な現実とを結合して、初めて自ら選んだ道に沿って進み、中国の特色ある社会主義を建設することは、我々が長きにわたる歴史的な経験を総括して獲得した基本的な結論である」⁽⁵⁾と語った。我々の刑事立法と司法の実践も、同様に、解放思想、事実在即した問題解決という正しい思想的路線を堅持しなければならず、社会主義の初級段階における中国の国情に立脚し、マルクス主義と中国の具体的実践との結合を堅持し、鄧小平理論によって頭脳を武装し、勇気をもって新機軸を打ち出し、大胆に実践し、経験を適時に総括し、改革開放に関する刑法の新たな問題について創造性ある解決をしなければならない。

解放思想は、人類社会が創造したあらゆる文明の成果を大胆に吸収し参考とすべきである。わが国の歴史的な優れた文化遺産、資本主義社会の有益な経験も、ここに含まれる。これらに対して盲目的に崇拜すること、これらを一概に排除することとしてはならず、逆に分析・批判を行った上で吸収・参考にし、古きものを現在に役立たせ、西洋の有益な

もった社会主義の新人を育成すること、全中華民族の思想道德の素質と科学文化の素質を向上させることである。全国人民の素質が向上すれば、犯罪現象も徐々に減少していくであろう。刑法の視点から見れば、このことは、社会治安を総合的に統治するきわめて重要な一つの側面である。

双方を強化・促進することは、一つのきわめて重要な刑法の指導思想である。長い間、「商品経済は落ちついた環境を必要とする」ことを口実として、刑事犯罪と重大な経済犯罪を重く迅速に処罰することに反対する者がいた。また、経済の活性化を口実として、社会の醜惡な各種現象の合法化を求める者、中国にも「歓楽街」を設立して売春・買春の保護を主張する者さえいる。さらには、汚職・賄賂等の経済犯罪分子のために「規制緩和」の要求を提唱する者、「腐敗は現代化のために必要な原価である」、「まず経済を発展させた後に、腐敗に反対する」といったでたらめな理屈をまき散らして、我々の改革開放にあたって腐敗防止を堅持する闘争に反対する者もいる。かような誤った思想は、双方を強化・促進する方針と相反する考え方といわざるをえない。

5. 思想開放と事実即した問題解決

これはマルクス主義、毛沢東思想の真髓であり、鄧小平理論の真髓でもある。解放思想と事実即した問題解決は、統一的に存在する。鄧小平は、「解放思想とは、思想を現実に符合させ、主観を客観と符合させ、事実即した問題解決を行うものである。今後、あらゆる職務において事実即した問題解決を真に堅持するためには、解放思想を継続しなければならない」と述べた。解放思想により初めて事実即した問題解決が可能となり、事実即した問題解決により初めて真の解放思想となるのである。

解放思想は、まず教条主義の束縛を打破し、拝本主義に反対しなければならない。鄧小平は、「一つの党・国家・民族がすべて書物から出発するとすれば、思想が行き詰まって迷信が流行し活力が失われて前進は

しかし風習が悪化すれば経済を成功させられるだろうか、またどんな意味があるのだろうか。もう一方の面が変質すれば逆に経済全体に影響を及ぼし変質させることになり、そのまま継続していけば汚職、窃盗、賄賂の横行する世界が形成されるであろう」と語った。

(4) 物質文明と精神文明の強化

社会主義は、全面的に発展する社会である。この二つの文明を発展させることは、社会主義の本質を決定づけるものである。鄧小平は、「社会主義国家において、真にマルクス主義の政党が政権を握った後には、必ず生産力の発展に尽力することから、この基礎の上で人民の生活水準はしだいに向上する。これが、物質文明を建設・発展させることである。さらに、これと同時に、社会主義の精神文明の建設が必要であるが、その根本は、多くの人民に共産主義の理想・文化・規律を持たせることである。国際主義・愛国主義は、精神文明の範疇に属する」。「精神文明の建設を強化しなければ、物質文明の建設も破壊される。ただ物質的条件に依拠するだけでは、我々の革命も建設も成功することはない」と語った。

社会主義の建設においては、物質文明が精神文明の発展に物質的条件と実践的経験を提供し、精神文明が物質文明への発展に精神的な原動力と智力の支持を提供する。このような発展に有力な思想的保障を提供し、これら二つの文明をよりよく建設して初めて、中国の特色ある社会主義となる。

江沢民は、党の第15大会における演説で、「中国の特色ある社会主義を建設するためには、全民族の思想道德の素質と科学文化の素質を高めることに力を入れなければならない、経済の建設と社会の全面的な進歩のために、強力な精神的な原動力と智力の支持を集めて、社会主義現代化の要求に適応した世代ごとの理想・道徳・文化・規律をもった公民を育成しなければならない」と語った。

社会主義の精神文明を建設する根本的な任務と目標は、改革開放と社会主義の現代化建設の要求に適応すること、理想、道徳、文化、規律を

もう一方の手で腐敗を懲罰しなければならない。この両者を結合・照合することで、我々の政策はますます明確になることができ、ますます人々の心を得ることができる」。「腐敗というものは、ひとたびそれが押さえられると重大な事件となるため、我々はしばしば手が出せないことがある。これでは人々の心を失い、我々が腐敗をかばっていると人々に思わせてしまう」。「我々は、わが党を正して我々の戦略上の目標を実現するためには、腐敗を懲罰せず、特に党の上層部の腐敗現象を摘発しなければ、確実に失敗に終わる危険が存する」。

党の第15期代表大会において、江沢民は、腐敗に反対することは、党と国家の存続に関わる重大な政治闘争である、と指摘した。腐敗に対して有効な懲罰を行えないでいれば、党は人民大衆の支持と信頼を喪失するであろう。改革開放の全過程で腐敗に反対して警鐘を鳴らし続け、永続的に闘うという思想を樹立して、一つ一つ段階的な闘いを行うことが必要である。指導的地位にある幹部の清廉潔白な自律の強化、重要な大事件、行政部門・職業の不良風習の摘発・処理を継続しなければならない。末梢的な問題と根元的な問題の双方を解決し、教育を基礎とし、法制の保障と監督が必要であることを堅持しなければならない。改革を深化させることを通じて、腐敗現象を慢性的に増殖させる土壌を絶えることなく除去する。さらに江沢民は、「各階級の幹部、特に指導幹部に対する監督、権力濫用の防止、法執行における法違反および賄賂を収受して働く不正行為に対する処罰を厳重に強化しなければならない」と強調した。

（3） 経済建設と民主法制の強化

社会主義の経済建設は、民主法制によって保障されねばならず、さもなくば、社会主義の経済建設は変質してしまうだろう。鄧小平は、「四つの現代化を行うには、必ず両手が必要であり、いずれか片方の手だけではうまくいかない。ここでいう両手とは、一方が建設促進であり、他方は法制強化である」。「今から、まさにその両手に力を入れることになる。経済建設という一方の手について我々は相当な成果を収めたが、

4. 両手に力を入れる

両手に力を入れるというのは、中国の特色ある社会主義の重要な戦略的方針である。また、社会主義自体の発展法則の必然的要求であり、唯物弁証論の統一と対立法則の具体的体现である。鄧小平の提唱した現実の把握・将来の確信に関する一連の戦略的方針には、主要なものとして以下のものが挙げられる。

(1) 改革開放の強化と犯罪防止の強化

鄧小平は、改革開放と同時に、犯罪対策の堅持、特に経済犯罪対策の重要性と必要性を、一貫して強調してきた。早くも1982年4月に、鄧小平は、「我々は二つの手をもたなければならない。一方は対外的開放と国内経済の活性化を図る経済政策であり、他方は経済犯罪活動への断固とした対処である。経済犯罪対策の一方の手がなければ、おそらく対外的な開放政策が失敗に終わるのみならず、国内経済の活性化を図る経済政策もきっと失敗するであろう」と指摘した。さらに同年7月、鄧小平は、「我々は対外的な開放、国内経済の活性化を図るという一方の手を堅持しなければならない。しかし、この経済政策を徹底的に執行する過程において、四つの現代化建設を有利に運び、社会主義の方向性から逸脱しないことを保障するためには、同時に別のもう一方の手、すなわち経済犯罪活動に対処することが必要である。この一方の手がなければ、制約がなくなる」と述べた。さらに1989年に、鄧小平は、「双方の強化は、一方が改革開放の強化、もう一方が経済犯罪への厳しい対処であり、思想政治工作を含め、二点論の理論にあたる」と重ねて述べ、1992年には、再び「双方の強化堅持、一方で改革開放の強化、もう一方で各種犯罪活動の対処をしなければならない。この両者を断固として実行し、各種犯罪活動に対処し、各種の醜悪な現象を一掃しなければならない、手加減をしてはならない」と述べた。

(2) 改革開放と腐敗懲罰の努力

鄧小平は、次のことを重ねて強調した。「改革開放の全過程で、腐敗に反対しなければならない」。「我々は、一方の手で改革開放を強化し、

会の主要な矛盾に対する認識を変えたり，経済建設という中心から逸脱・背離したり，ちょっとした異変によって「階級闘争こそ要点である」として性質の異なる二つの矛盾を混同し，任意に処罰の側面を拡大し，刑罰を濫用するようなことがあってはならない。

党の基本路線を揺るぎなく堅持するには，改革開放と四つの基本原則を統一する必要がある。前者は強国への道であり，後者は国家建設の礎であって，両者はともに経済建設という中心のために奉仕し，中国の特色ある社会主義建設の実践に統一される。その目的は，生産力をより解放発展させることである。党の第14大会は，『『一つの中心，二つの基本点』の問題を把握する上で，党内の特に指導幹部の間で右派に警戒する必要があるとするが，しかし主に防止すべきなのは『左派』である。右派の主な考え方は，四つの基本原則を否定し，資産階級の自由化を促し動乱を惹起させることであるが，『左派』の主な考え方は，改革開放を否定し，経済領域から生じる平和崩壊の危機を容認し，ひいては階級闘争を重点とする思想と影響力を用いて行う経済建設という中心と衝突する。右派には社会主義を葬り去るおそれがあるが，『左派』にも同様のおそれがある』と指摘した。

江沢民は，党の第15大会における演説で，「我々の事業を全面的に21世紀の歴史的時点に推進するにあたり，次の二点を厳かに指摘しなければならない。社会主義の初級段階における基本路線を全党が揺るぎなく堅持して，中心となる経済建設・四つの基本原則および改革開放という二つの基本点を，特色ある中国社会主義の建設という偉大なる実践に統一させることである。このことは，わが党約20年来の最も貴重な経験であり，我々の事業が成功して前進するための確証になる。右派への警戒も必要であるが，主に必要なことは，『左派』を防止し，冷静な頭脳を保持し，各種の妨害を克服して，鄧小平理論と基本路線を揺るぎなく堅持することである」と述べた。

もある。この基本思想は、わが国の刑事立法と司法の実践にとって、非常に重要な指導的意義を有する。

党の基本路線の揺るぎない堅持とは、経済建設中心を堅持することである。経済建設中心の堅持は、現段階のわが国の主要な矛盾ゆえに決定された方針である。鄧小平は、「我々の生産力の水準は、その発展の程度が非常に低く、人民と国家の要求を満足させるにはほど遠い状態にある。それは、我々が現在抱える主要な矛盾である。この主要な矛盾の解決は、我々の中心的な任務である」と指摘した。江沢民は、党の第15大会における演説で、「わが国の経済、政治、文化および社会生活の各方面に種々の矛盾が存在しているが、階級の矛盾は国際的・国内的な要因により、一定範囲でなお長期的に存在するだろう。しかし、社会の主要な矛盾は、人民の日増しに高まる物質文化の要求と、立ち遅れた社会生産の間における矛盾であり、わが国の社会主義の初級段階における全過程と社会生活の各方面を貫いている。それゆえ、我々は経済建設を全党および全国の任務の中心としなければならないことを決定した。それぞれの任務はすべて、この中心に従い奉仕しなければならない」と指摘した。我々は、主要な矛盾と副次的な矛盾の弁証関係、特に階級闘争と経済建設の関係を正確に処理する必要がある。終始一貫して主要な矛盾の解決に全力を注がなければならない。現段階の階級闘争は、わが国の主要な矛盾ではない。しかし、国内の要因や国際的な影響のゆえ、階級闘争は、依然として一定の範囲で存続しており、ある種の条件下では激化する可能性があり、複雑な国内外の環境下では、予想し難い偶発的な事件が発生するおそれもある。この面における問題を冷静に認識して処理しなければならない。特に、人民民主專政という重要任務を担う刑事立法と司法の職務は、さらに冷静な認識と高度な警戒心を保ち、国境内外の敵対勢力による転覆・浸透・破壊活動を嚴重に防備・対処し、法に基づいてすべての重大な経済犯罪分子および重大な刑事犯罪分子を処罰し、よって経済建設の順調な進行を保障すべきである。しかし、大規模な戦争の勃発を除いて、いかなる状況下にあるかを問わず、わが国の社

な専政を実行して初めて、絶対多数の国民の民主権利を十分に保障するのである。それゆえ、現在の条件下では、国家の鎮圧能力を用いて、各種の反革命破壊分子、反党反社会主義分子、重大な刑事犯罪分子に打撃を与えてその壊滅を図ることが、社会的安定の擁護に有利であり、国民大衆の要求と社会主義の現代化建設の要求とに全く合致すると思われる。「これらの犯罪活動に対処しなければ、経済調整を進めることが非常に困難となり、また国民の民主権利ひいては生存権はすべて危害を被ることになろう」と述べた。

党の第15大会は、「社会主義の初級段階においては、改革と発展安定との関係を正確に処理し、安定した社会環境と社会秩序を保つことが、きわめて重要な意味をもつ。安定がなければ何事もなしえない。そのために行うべきことは、党による指導と人民民主専政の堅持、物質文明と精神文明の双方とも断固実行するという方針の堅持、安定を破壊する全要因の排除、資産階級の自由化への反対、国際的・国内的な敵対者の浸透・転覆・分裂活動への警戒である」と指摘した。刑法は、人民民主専政の手段として、犯罪を処罰し、人民を保護し、改革開放と社会主義の現代化建設の順調な進行を保障するという、歴史的な重責を担っている。人民民主専政を堅持し、国家と人民の利益に危害を及ぼす各種の犯罪分子に対処し、これを処罰しなければならない。任建新は、1997年9月に開催された第4次刑事審判工作会议で、「社会治安に著しい危害を及ぼす重大な犯罪活動に迅速な重い処罰を旨として、法に基づき厳しく対処するということは、鄧小平が中国の特色ある理論の中で社会主義民主法制に関する思想を構築した重要部分にあたり、社会主義の初級段階における人民民主専政の理論と実践を豊かに発展させるものである」と指摘した。

3. 党の基本路線の揺るぎない堅持について

党の「一つの中心、二つの基本点」という基本路線は、鄧小平理論の指導下で形成されたものであり、この理論の核心的内容・集中的体现で

なければならない。江沢民は、「健全な社会主義法制がなければ、良好な社会主義市場経済秩序もありえない。目下、市場経済を破壊する犯罪活動への対処、経済司法の強化、法律相談業務の充実、人・財・物の流動と各種市場の治安管理的整備といった任務に、さらに重要な位置づけが与えられる必要がある」⁽¹⁾と指摘した。刑法は、社会主義市場経済を保障する社会主義法制の重要な一環となるべきである。

2. 四つの基本原則の堅持について

四つの基本原則は、国家建設の礎であり、改革開放と現代化建設を政治的に保障するものである。したがって、改革開放と社会主義現代化の全過程において、終始一貫して四基本原則を堅持し、資産階級の自由化に反対する必要がある。このことは、刑法のきわめて重要な指導思想の一つである。長い間、四基本原則に関する認識については、はっきり理解しえない幾つかの観念がずっと存在してきた。ある者は、人民民主專政を堅持する必要性、および民主と專政の関係について理解できず、民主を重んじると、專政を重んじるわけにはいかない、專政を重んじると民主は不要である、敵対勢力と敵対分子に対して專政を実行することは民主権利の侵害である、とした。これらの誤った観念に対して、鄧小平は、「無産階級は一つの新興階級として政権を奪取して社会主義を確立したが、社会主義それ自体の力は、おそらく相当の期間にわたって資本主義より弱いであろう。專政に訴えなければ、資本主義の進攻をくい止めることができない。それゆえ、社会主義を堅持するには、無産階級の專政を堅持しなければならず、我々はこれを人民民主專政と称する」⁽²⁾と重ねて強調した。人民民主專政とは、国民に対する民主実行と敵対者に対する專政実行とを統一したものである。両者は相互に補完する関係にあり、敵対者に対する專政の実行は人民民主を保護するためのものである。鄧小平は、「マルクス理論と実際の生活が我々に教授したことは、絶対多数の人民が高度な民主を享受して初めて、ごく少数の敵対者に対する有効な專政を実行しうるのであり、ごく少数の敵対者に対する有効

第2節 鄧小平理論の刑法に対する指導の意義

鄧小平理論は、中国の特色ある真新しい社会主義理論を構築する科学体系である。その理論的視点の多くは、刑法に対する指導的意義を有している。以下では、刑法に最も密接かつ直接的な鄧小平理論の各側面を幾つか選択して論述する。

1. 社会主義の本質と任務について

社会主義の根本的任務と社会主義の本質は、密接に関連している。鄧小平は、「社会主義の本質は、生産力の解放、生産力の発展、搾取の撲滅、二極的な格差拡大の解消であり、最終的に共同の富裕を達成することである」と指摘した。このことは、社会主義の本質に関する最善かつ全面的な認識・概括である。これまで我々は、単に生産関係という側面から社会主義を理解し、生産関係と上部構造の社会主義革命とその反作用的機能について片面的に強調してきただけであり、社会主義の本質という範疇で生産力を扱うこと、社会主義の本質における生産力の地位に着目することもなかった。鄧小平は、生産力の問題をこれまでにない重要な地位に引き上げると同時に、生産力と生産関係、および生産力と社会主義を緊密に関連づけた。生産力の解放と発展は、社会主義の本質であり、また社会主義の根本的な任務である。

社会主義の本質と任務を明らかにして初めて、刑法はその明確な指導方針を有する。党の第15大会は、「社会主義の根本的な任務は、生産力を発展することである。社会主義の初級段階では、社会の生産力発展に尽力することを、とりわけ重視する必要がある」と指摘した。刑法は、上部構造として、生産力解放発展に奉仕し、改革開放および社会主義経済建設の促進に奉仕し、社会主義市場経済の確立発展に奉仕することをその根本的な任務とする。社会主義市場経済の確立発展は、決して経済問題としてだけでなく、改革建設の成否、および国家民族の将来的な全局面に関わる戦略問題としての意味をも有する。刑法は、社会主義市場経済の要求を速やかに反映し、社会主義市場経済の発展を促進・保障し

以来、マルクス・レーニン主義が党の指導思想として確立され、党の第7期代表大会は、毛沢東思想も党の指導思想として確立した。現在、中央委員会、鄧小平理論を党の指導思想として確立することを党規約で提案している。中国共産党がマルクス・レーニン主義、毛沢東思想、鄧小平理論をその行動指針とすることは、わが党が約20年の改革開放と社会主義の現代化建設の成功を体験して創り出した歴史的な政策決定である。

さらに、江沢民は、現代中国で社会主義の未来と運命の問題を解決するのは、マルクス主義を現代中国の実践および時代の特徴と結びつけた鄧小平理論だけであり、それ以外の理論によっては不可能である、と強調し指摘した。鄧小平理論は現代中国におけるマルクス主義であり、マルクス主義の中国における新たな発展段階である。鄧小平理論を堅持することは、まさにマルクス・レーニン主義、毛沢東思想の堅持であり、鄧小平理論の旗を掲げることは、まさにマルクス・レーニン主義、毛沢東思想の旗を掲げることである。

わが国の刑法理論も同様に、鄧小平理論の旗を掲げなければならない。さもなくば、中国の特色ある刑法理論の新体系を樹立することも、実践と時代の要求に適應することも、不可能である。

党の第15期代表大会は、鄧小平理論という偉大な旗を掲げること、鄧小平理論によって我々の全事業と各任務の指導を呼びかけること、鄧小平理論のたゆまぬ学習の堅持を我々は真剣に受け止めねばならないこと、理論的科学大系を完全かつ正確に把握すること、理論の基本的な視点と精神をその総体から理解し、ならびに刑法の領域から理論の関連する内容について系統的に研究し理解に努めること、鄧小平の理論を用いてわが国の刑事立法、司法実践および刑法科学を指導すること、理論と実践を密接に結びつけること、新たな歴史条件下で出現する新たな問題を研究し解決すること、わが国の刑法と刑法理論の内容を豊富にし発展させること、これらのことを全党および全国民に対して発した。

何秉松編著・刑法教科書（総論編3章～8章）

第3章 刑法の指導思想（何秉松）

長井 圓

毛 暁玲 共訳

藤井 学

第1節 刑法の指導思想概論

刑法の指導思想とは、国家政権を掌握する統治階級が刑事立法と司法活動を指導するために用いる思想の理論体系である。いかなる国家の刑法も、独自の指導思想を有している。しかし、各時代各国家の統治階級およびその生存のために依拠する物質生活条件の相違から、時代と国家の形態も異なれば、刑法の指導思想も異なったものとなる。

わが国の刑法の指導思想は、マルクス・レーニン主義、毛沢東思想、鄧小平理論である。

改正刑法1条は、1979年の旧刑法から刑法の指導思想に関する規定を削除した。このことは、わが国の刑法が「マルクス・レーニン主義、毛沢東思想をその指針としない」ことを意味するわけではない。新刑法は「憲法を根拠として」制定されており、憲法には、マルクス・レーニン主義、毛沢東思想による指導について、特に論述している部分がある。これは、当然刑法にも適用される。しかし、現在の歴史条件の下において、ただマルクス・レーニン主義、毛沢東思想による指導のみでは、既に時代の要求に対応できなくなっている。

江沢民は、中国共産党の第15期代表大会での演説で、中国共産党が理論的指導を非常に重視する党であることを、強調・指摘した。党の成立

観主義」と「主観主義」の対立を止揚・統合して、犯罪を積極的に基礎づける規範的統合論の一種であるといえよう。この点は、上記 2 以下の説明からも判明するであろう。そこで、本稿では、「犯罪構成」を「犯罪構成要件」とは訳出せずに、原文のまま「犯罪構成」としたのである。

- (1) 野村稔・張凌「中華人民共和国新刑法（1997）について」比較法学32巻2号（1999）203頁参照。
- (2) 高銘喧・馮軍訳「1997年中国新刑法典について」比較法学32巻2号（1999）117・119頁参照。
- (3) 長井圓・内田浩・藤井学共訳「アルビン＝エーザー・比較法からみた刑法による汚職腐敗の防止」本誌Ⅱ・Ⅳ，1 参照。なお，最近の国際調査により，わが国は，G7 中でイタリアに次いで汚職腐敗が進んでいる，と指摘されている。
- (4) 死刑に関する私見については，中国の外国法論評（CASS JOURNAL OF FOREIGN LAW）1999-1および2 掲載の張弘女史による翻訳論文に紹介されている。

第6章の「刑法の効力」では、「領土原則，国籍原則，安全（保護）原則，世界性原則，永久居住地原則」について説明され，中国刑法の適用範囲の国際化が示されている。

5 第7章の「犯罪概論」では，欧米の犯罪概念と「犯罪は支配階級の利益を害する行為である」とするマルクス主義の犯罪概念とが対比・検討され，新刑法13条の犯罪概念規定について「犯罪の社会的有害性」と「犯罪の法律属性」との統一が強調される。また，特に「自然人の刑事責任」と「法人の刑事責任」との一体化について，二重処罰の問題を中心に「単位犯罪」の理論的根拠に関する著者の独特な見解が詳細に展開されており，大変興味深い。

第8章の「犯罪構成概念」では，ベーリング，マイヤー，メツガー，ヴェルツェルおよび小野清一郎の犯罪構成要件論と区別して，中国におけるソ連の犯罪構成理論の継受，そこから脱却すべく中国独自の理論として，「犯罪構成系統論」が著者の主唱したものとして，展開されている。それは，弁証法的唯物論によりマルクス主義の世界観と方法論に依拠したものであり，「現代科学に表明されているように，全事物が系統として存在し，系統性はいずれの事物の根本属性でもある。いわゆる系統とは，相互に関連作用し合う諸要素が一定の方式で結合した特定性能を有する有機的統一体である」とされ，「犯罪構成における主体性と，行為を中心とする犯罪構成とを統一すべく，行為と行為者，そして行為の社会的危害性と行為者の一身危険性も統一すべきである」と結論づけられている。結局，「犯罪構成」は，①「法定の犯罪構成として，定罪量刑の法律的基準」とされ，②「法定犯罪構成概念と一致する客観的事実」として「犯罪主体が刑事責任を負う客観的根拠」となり，③「犯罪構成理論として，刑法理論そして刑法理論体系の基礎」とされている。

この「犯罪構成系統論」では，「要件と要素，有機的統一体と系統は同じ意味の概念」として用いられている。この理論は，「保障機能」を重視した伝統的な「犯罪構成要件論」とは異なる。行為の主体・客体・主観・客観とを統合して，むしろ，「行為主義」と「行為者主義」・「客

現され、その影響が最も深いものであり」、「特権と差別は、一枚の硬貨の両面であり、不平等の二つの表現形式ともいえる」、「情も容赦もなく、断固として法を執行し、特権と差別に同じように反対することが、法の下の人々の平等原則の持つべき意義である」とされている。

さらに、「罪刑相当原則」では、古典派、近代派、アメリカの不定期刑の歴史が検討され、行為と行為者の危険性については、「両者の統合・統一を量刑の根拠として、罪刑相当原則と刑罰個別化を融合させることが、当面、刑事立法の新しい動向を反映している」、「具体的な刑罰を定めるにあたって、なされた犯罪の重さだけを考慮するわけではなく、犯罪者の個人状況を含めて考慮する必要があると思われる」と論じる。また、「一つの足りない刑罰は残酷な刑罰よりさらに悪いものとなる」というベンサム思想、さらに「犯罪の市民社会に対する危険性は、その重要性とその質的な規定の一つでもある。しかし、この質あるいは重要性は市民社会の状況によって違ってくる。ある場合は何文銭あるいは甜菜一本を盗んだ人を死刑で処罰したり、ある場合はこれより百倍以上の価値のあるものを盗んだ人を軽い刑で処罰したりすることも正当とされる」というヘーゲルの思想が引用され、時代と社会状況に応じた刑罰の相対化が唯物論的弁証法の下で肯定されている。

4 第5章の「刑法の体系」では、中国刑法の発展段階が三つに区別され、新刑法までの立法過程が示されている。現行刑法典は、全5章から成る総則では、刑法の任務・基本原則と適用、犯罪、刑罰、その具体的運用等の計101条の規定、全10章から成る分則では国家の安全を害する罪、公共の安全を害する罪、社会主義市場経済の秩序を破壊する罪、公民の人身・民主的権利を侵害する罪、国防の利益を害する罪、横領賄賂の罪、汚職の罪、軍人職務違反の罪、財産を侵害する罪、社会管理秩序を妨害する罪の規定で計349条になり、1979年刑法の分則よりも、全部で246条が増加している。「刑法の解釈」では、「立法解釈、司法解釈、学理解釈」および「文理解釈、論理解釈、拡張解釈、類推解釈」についての区別と説明がなされている。

ない。最近我々が入手した資料によれば、いくら戒めても何度でも犯罪を犯す者が非常に多く、数年の労働改造を経て釈放された後にも犯罪を反復し、しかも経験があるから犯罪をやり慣れており、公安司法機関を振り切るおそれがある者がいる。……死刑判決も、一種の必要不可欠な教育手段である」とする一方で、「この一つの原因として文化的資質が非常に低いことが挙げられる。それゆえ、法制を強化する上で重要なことは、教育推進の必要性であり、根本的な問題は人々の教育である」とする鄧小平の指導理論が引用されている。私見によれば、この論旨の前段と後段との実質的調和こそが問われている⁽⁴⁾。

3 第4章の「刑法の基本原則」では、罪刑法定原則、法的平等原則、罪刑相当原則について、近代啓蒙主義の源流に立ち返って検討がなされている。特に罪刑法定主義については、「英米法型方式」と「大陸法型方式」とが区別され、日本では現行憲法により英米法型が採用されたと説明されている。また、ブルジョアの罪刑法定主義と異なり、中国のそれは「スターリンによる反革命分子肅正を熟慮し、特に反右派闘争に始まり十年動乱の時期に壮絶を極めた法も神もない当時の国家情勢を徹底的に精算し、厳しく反省した成果である」、「わが国の1979年刑法における類推制度は、類推適用を許容する刑法上の制度の一種であった」と論じている。しかし、「歴史的な相違に起因して、西側資本主義諸国の刑法および刑法理論においては、刑罰権濫用の防止・人権保障という罪刑法定原則の一面だけが強調され、刑罰権を正確に運用して犯罪を防止するというもう一方の面は軽視されている。このような理解は間違っている」、中国の「罪刑法定原則の理論的基礎は、資産階級の三権分立論でもフォイエエルバッハの心理強制説でもなく、人民民主独裁の理論と法治国家の理論に求められている」と論じる。このような説明は、我々が中国刑法の理論と実務を理解する上で、特に重要と思われる。

「法的平等原則」については、「刑法は専政の用具であって、最も厳しい懲罰手段を持ち、それにより生命、財産、その他の重要な利益が保護される。ゆえに法の下の人々の平等は、最も顕著なものとして刑法に体

よる指導のみでは、既に時代の要求に対応できなくなっている」と説明されている。

また、「改革開放の強化と犯罪防止の強化」について、鄧小平は「我々は二つの手を持たなければならない。一方は対外的開放と国内経済の活性化を図る経済政策であり、他方は経済犯罪活動への断固とした対処である。経済犯罪対策の一方の手がなければ、おそらく対外的な開放政策が失敗に終わるのみならず、国内経済の活性化を図る経済政策もきっと失敗に終わるであろう」と指摘したことが強調されている。この点は、刑法分(各)則において、一方では、反革命罪の規定が削除され⁽¹⁾、他方では、従来は単行刑罰法規ないし付属刑法等に散在し調和を欠いていた経済犯罪に関する規定が整理・統合され、また第3章の社会主義市場経済秩序破壊罪等が充実されたことに反映している⁽²⁾。

さらに、「改革開放と腐敗懲罰の努力」について、「わが党を正して我々の戦略上の目標を実現するためには、我々が腐敗を懲罰せず、特に党の上層部の腐敗現象を指摘しなければ、確実に失敗に終わる危険が存する」という鄧小平の言葉が引用されている。これを反映して、新刑法典の分則第8章と第9章には、公務横領罪・賄賂罪に関する規定および軍人職務違反罪に関する規定が充実しつつ編入されている。もっとも、汚職腐敗防止の比較刑法の論文において、アルビン・エーザー教授は、汚職腐敗が社会的に切迫した危険な状態にある国家として、イタリア、コロンビア、ロシア、トルコと並んで中国を掲げ、その法定刑は、他国と比較にならないほど異常に厳格で、死刑まで規定している、と論評している⁽³⁾。

この点について、本書では、「刑事事件、悪質な事件が大幅に増加しているが、このような状況下では、人々の心を得ることができない。数年経ったが、このような風潮は鎮まるどころか、逆に悪化していることであろう。原因はどこにあるか。……犯罪者に対する処分が厳しくないこと、迅速でないこと、裁きが軽いことである」、「死刑は、これを廃止することはできない。ある幾つかの犯罪には、死刑判決を下さねばなら

 翻 訳

中国刑法の指導思想

何秉松編著・刑法教科書（総論編 3 章～ 8 章）

日中比較刑法研究会

長 井 圓

訳者はしがき

1 本稿は、中国政法大学の何秉松教授の編著『刑法教科書』（1997 年刑法改訂版・中国法政出版社）の総論編第 3 章から第 8 章までを、前稿（神奈川法学 33 卷 1 号掲載）に引き続いて、訳出したものである。

第 3 章	刑法の指導思想（何秉松）	毛 曉玲
第 4 章	刑法の基本原則（何秉松）	梁 濤
第 5 章	刑法の体系と解釈（何秉松）	馬 強
第 6 章	刑法の効力（何秉松）	張 憶紅
第 7 章	犯罪概論（何秉松）	毛 曉玲
第 8 章	犯罪構成概論（何秉松）	馬 強

各章の翻訳は、神奈川大学法学研究科および法学部に在籍する中国からの留学生（上掲）が初訳を行い、各原稿の整理・補充を本学大学院生である藤井学・馬強の両氏が法学部資料室高島哲朗氏の助力の下に実施し、最後にこれを長井が検討して補正した。まさに、本学における中国留学生の熱意と協力の結晶として、本稿が完成しえたのである。

2 第 3 章の「刑法の指導思想」においては、「わが国の刑法の指導思想は、マルクス・レーニン主義、毛沢東思想、鄧小平理論である」とされている。しかし、1979 年の旧刑法 1 条に明示されていた刑法の指導思想に関する部分が、新刑法 1 条では削除された理由について、「現在の歴史条件の下において、ただマルクス・レーニン主義、毛沢東思想に