

ある。確実に改俊したことが、犯罪者が特赦を得る決定的な条件である。
③特赦された犯罪者に対しては、その犯罪行為の軽重と悔悟の態度により区別して対処する。釈放される者もあれば、減刑されるに止まる者もある。④特赦は、刑罰を免除するだけであり、その犯罪行為を免除するのではない。⑤特赦は、党中央または国务院の建議に基づき、全人代常務委員会による審議・決定を経て、中華人民共和国主席が特赦令を發布し、最高人民法院及び高级人民法院により執行される。

以上の特徴は、わが国の特赦に対する厳粛な態度を示している。

(1) 『最高人民法院広報』(1985年第3号) 25頁。

第二回の特赦について、国務院が1960年11月17日に全人代常務委員会に対し建議し、全入代常務委員会が同年11月19日に特赦を決定して、同日、中華人民共和国主席が上述の決定に基づいて特赦令を發布した。この際に特赦された犯罪者は次の通りである。

(1) 拘禁が満10年に達して確実に改俊した蒋介石集団及び非合法満州国の戦犯は、釈放する。(2) 死刑を言渡されて執行を2年猶予された蒋介石集団及び非合法満州国の戦犯は、猶予期間が満1年に達して確実に改俊の情が認められる場合は、無期懲役または15年以上の有期懲役に減刑することができる。(3) 無期懲役を言渡された蒋介石集団及び非合法満州国の戦犯は、服役期間が満了年に達して確実に改俊の情が認められる場合は、10年以上の有期懲役に減刑することができる。

第三回の特赦について、1961年12月に国務院が建議し、全国人民代表大会常務委員会が決定して、中華人民共和国主席が特赦令を發布した。特赦の対象・方式は第二回の特赦と同じである。

第四回の特赦について、1963年3月30日に全人代常務委員会が決定し、中華人民共和国主席が特赦令を發布した。この際の特赦の対象は、一定期間の改造を経過して確実に改俊した非合法蒙自治政府の戦犯の釈放が増加した。その他は第二回・第三回と同じである。

第五回の特赦は、1964年12月12日に行われ、特赦の対象は第四回と同じである。

第六回の特赦は、1966年3月29日に行われ、特赦の対象は第五回と同じである。

第七回の特赦は、1975年3月19日、最高人民法院が毛沢東主席と党中央の指示に従い、全人代常務委員会の決定に基づいて、拘禁されていた戦犯計293名全員を特赦により釈放した。

わが国が既に行った七回の特赦の状況から見ると、わが国の特赦には以下の特徴がある。①特赦の対象は、一種または数種の犯罪者とされており、個別の犯罪者に対してではない。②赦免された犯罪者は、全て一定期間の拘禁または改造を経過しており、かつ確実に改俊した犯罪者で

わが国最初の憲法である1954年憲法では、大赦と特赦の規定があったが、大赦が実際に行われたことはなかった。その後の憲法でも、全て特赦の規定があるだけで、再び大赦が規定されたことはない。このため、刑法65条・66条に定める赦免とは、全て特赦を指す。

2. わが国の特赦とその特徴

わが国は、1959年から1975年までに合計7回の特赦を行ってきた。

第一回の特赦について、中華人民共和国成立十周年の直前、中国共産党中央委員会主席毛沢東は中国共産党中央委員会を代表して、全国人民代表大会常務委員会に対し「確実に改俊した戦犯・反革命犯及び普通刑事犯の特赦」を建議した。第二期全人代常務委員会は中共中央の特赦の建議を審議した後、同年9月17日に可決し、満場一致で「一定時間の労働改造を経て確実に改俊した蒋介石集団および非合法満州国の戦犯・反革命犯・普通刑事犯に対して特赦を行うこと」に賛成した。同日、中華人民共和国主席により特赦令が發布された。特赦令は以下のように宣告している。

「(1) 拘禁が満10年に達して確実に改俊した蒋介石集団及び非合法満州国の戦犯は、釈放する。(2) 懲役5年以下を言渡され(懲役5年も含む。)服役期間が刑期の2分の1以上に達し、確実に改俊した反革命犯、及び懲役5年以上を言渡され服役期間が刑期の3分の2以上に達して確実に改俊した反革命犯は、釈放する。(3) 懲役5年以下を言渡され(懲役5年も含む。)服役期間が刑期の3分の1以上に達して確実に改俊した普通刑事犯、及び懲役5年以上を言渡され服役期間が刑期の2分の1以上に達して確実に改俊した普通刑事犯は、釈放する。(4) 死刑を言渡され執行を2年猶予された犯罪者は、猶予期間が満1年に達して確実に改俊の情が認められる場合は、無期懲役または15年以上の有期懲役に減刑することができる。(5) 無期懲役を言渡された犯罪者は、服役期間が満了年に達して確実に改俊の情が認められる場合は、10年以上の有期懲役に減刑することができる。」

る。ここでの「被害者」とは、犯罪行為による侵害を受けた自然人及び法人をいう。また「告訴」〈控告〉とは、被害者が自己または法人の權益を侵害する犯罪行為に対して司法機関に訴えて侵害者の刑事責任の追及を求めることをいう。「立件すべきではあるが立件しなかった」とは、刑事訴訟法86条が規定する「犯罪事実があり、刑事責任を追及する必要がある」という立件条件に符合する事件について、提訴すべきであり、かつ同条が規定する「犯罪事実がなく、又は犯罪事実が極めて軽微で、刑事責任の追及を必要としない」という立件しない事情には該当しないにもかかわらず、人民法院・人民検察院・公安機関が立件していないことをいう。被害者から訴追期限内に告訴がなされ、訴追すべきだが訴追しないという事情がありさえすれば、犯罪者に対する訴追は、訴追時効の制限を受けないことになる。こうした規定は、罪があれば必ず追及することを保障し、直ちに有効に公民の合法的な権利を保護し、同時に民衆の告訴状が法律に依拠して提供され難いことを解決するのにも役立っている。

第2節 赦 免

1. 赦免の概念

赦免とは、国家が犯罪者の罪と刑の免除を宣告する法律制度をいう。

赦免は、大赦と特赦の二つに分けられる。一般的には、大赦は国家が一定時期に数種または一般の犯罪者に対して同じように赦免する。その赦免内容は、罪と刑の両方に及び、罪も刑も許すものである。大赦を宣告された者は、再び犯罪者とされず、刑事責任をもはや追及されない。特赦は、国家が特定犯罪者の刑罰の全部または一部の執行を免除するものである。大赦と特赦は、前者は罪も刑も許されるが、後者は刑だけが許され罪は許されない点において主に区別される。

大赦と特赦は、国家行為であり、通常は全て国家元首または国家最高権力機関により命令の形式を以て宣告される。この命令は、それぞれ大赦令・特赦令と呼ばれる。

る」と規定している。この規定は、わが国において、時効中断の法定事由が「再び罪を犯すこと」であることを示している。ここでの「再び罪を犯す」とは、故意犯罪・過失犯罪、重罪・軽罪、前罪と同種異種の罪、どんな罪でも再び罪を犯しさえすれば、前罪の訴追期限は中断し、訴追期限は後罪を犯した日より改めて起算することをいう。同時に後罪の訴追期限もまた起算する。

訴追時効の延長とは、法定事由が発生したことにより、訴追期限を無期限に延長する制度である。刑法88条は次のように規定している。「人民検察院、公安機関若しくは国家安全機関が立件して捜査を開始した後、又は人民法院が事件を受理した後、捜査若しくは裁判を逃避した場合には、訴追期限の制限を受けない。被害者が訴追期限内に告訴したが、人民法院・人民検察院又は公安機関はこれを立件すべきであるにもかかわらず、立件しなかった場合は、訴追期限の制限を受けない」。この規定は、わが国の訴追時効延長の法定事由が二つあることを示している。

第一は、人民検察院・公安機関・国家安全機関が立件して捜査開始後、または人民法院が事件受理後、犯罪者が捜査または裁判から逃避した場合である。この「立件して捜査を開始した後」とは、人民検察院・公安機関・国家安全機関が刑事訴訟法の規定に基づき自己の管轄範囲において犯罪事実または被疑者を発見した事件に対し捜査して有罪無罪・罪の軽重に関わる証拠資料を収集調査した日より後のことをいう。「事件を受理した後」とは、人民法院が刑事訴訟法の裁判管轄に関する規定に従い、人民検察院または被害者が提訴した事件を受理した日より後のことをいう。「捜査若しくは裁判から逃避」とは、主に逃亡・潜伏その他の方法により、刑事追及を免れることをいう。犯罪被疑者が、検察院・公安機関の立件捜査開始後または法院の事件受理後に拘置所・看守所から逃走し、家に隠れて逃亡し、あるいはその他の方法により刑事追及を免れた場合には、全て訴追時効の制限を受けないことになる。

第二は、被害者が訴追期限内に告訴したとき、人民法院・人民検察院・公安機関はこれを提訴すべきではあるが、提訴しなかった場合であ

第二は連続犯と継続犯の訴追期限の計算である。

（１）即成犯の訴追期限の計算

わが国の刑法89条1項は、即成犯の訴追期限について「犯罪の日より起算する」と規定している。この犯罪の日は、「犯罪成立の日」と理解すべきである。法律の各犯罪の構成要件規定は異なり、実際に現れる犯罪形態もまた異なるので、一犯罪成立の基準もまた異なることになる。行為犯・危険犯および危害結果の発生を以て既遂とする犯罪については、その犯罪成立の日は犯罪行為実施の日となり、その訴追期限は犯罪行為実施の日より起算する。結果犯と結果的加重犯については、その犯罪成立の日は結果および加重結果発生の日となり、その訴追期限は結果および加重結果発生の日より起算する。共同犯罪〔共犯〕については、その犯罪成立の日は共同犯罪行為が実施できた日となり、その訴追期限は共同犯罪行為実施の日より起算する。予備犯・未遂犯・中止犯については、その訴追期限はそれぞれ犯罪予備・犯罪未遂・犯罪中止成立の日より起算するべきである。牽連犯については、重い行為が成立した日より起算するべきである。

（２）連続犯と継続犯の訴追期限の計算

刑法89条1項は、「犯罪行為が連続又は継続する状態にあるときは、犯罪行為終了の日より起算する」と定める。この「連続又は継続する状態」とは、連続犯および継続犯の形態をいう。この二つの犯罪形態は、全て行為終了の日より訴追期限を起算する。連続犯の「行為終了の日」とは、最後の一回の犯罪日をいう。継続犯の「行為終了の日」とは、犯罪の持続状態の終了日をいう。

4. 訴追時効の中断と延長

訴追時効の中断とは、訴追時効の進行期間において、法定事由の発生により既に経過した時効を無効とし、訴追期限を法定事由が発生した日より改めて起算するという制度である。刑法89条2項は、「訴追期限内に再び罪を犯したときは、前罪の訴追期限は後罪を犯した日より起算す

罪行為の不訴追に関する公告」および「台湾去来者の中華人民共和国成立後に当地の人民政権樹立前に行った犯罪行為の不訴追に関する公告」を公布した。

第一公告は、次のように宣言している。「台湾へ行った者の中で、中華人民共和国成立前に大陸で罪を犯した者に対しては、中華人民共和国刑法第76条（1979年刑法第76条を指し、1997年刑法では87条）の犯罪訴追時効に関する規定の精神に基づき、その当時の犯罪行為についてはもはや訴追しないことを決定する。」

第二公告は、次のように宣言している。

「(1) 台湾へ行った者が中華人民共和国成立後、犯罪地の地方人民政権樹立前に行った犯罪行為はもはや訴追しない。

(2) 台湾へ行った者が中華人民共和国成立後、犯罪地の地方人民政権樹立前に行い、かつ当地の人民政権樹立後まで連続または継続している犯罪の訴追期限は、犯罪行為終了の日より起算する。およそ中華人民共和国刑法第76条（1979年刑法第76条を指し、1997年刑法では87条）の規定に符合するものは、もはや訴追しない。その中で法定最高刑が無期懲役・死刑であるものは、20年経過後はもはや訴追しない。もし訴追の必要があるとされた場合は、最高人民検察院の審査・許可による。

(3) 台湾以外の地区および国家へ行った者が、中華人民共和国成立前にまたは中華人民共和国成立後で犯罪地の地方人民政権樹立前に行った犯罪行為については、それぞれ最高人民法院・最高人民検察院が「台湾へ行った者が中華人民共和国成立前に行った犯罪行為は二度と訴追しないことに関する公告」の精神及び本公告第1条・第2条の規定に従って処理する。」

3. 訴追期限の計算

訴追期限を何時から起算するかは、国家が訴追権の運用を何時から開始するかに関わってくる。わが国の刑法89条の規定によると、訴追期限の計算は次の二つの場合に分けられる。第一は即成犯の訴追期限の計算、

前述の規定は、わが国が犯罪の訴追期限につき長短5年・10年・15年・20年の区別を示している。犯罪行為が重くなれば、その法定刑も重くなり、訴追期限もまた長くなるのである。

刑法各則は一定の罪について異なる条項または同一の法条内で複数の刑幅を規定したので、刑法の規定する「法定最高刑」をどのように理解するかで意見の不一致が生じた。見解を統一するため、最高人民法院は1985年8月21日に発布した「人民法院が重大な刑事犯罪案件の審判において実際に用いる法律の若干の問題についての回答」の中で、これについて明確な解釈を示した。すなわち、刑法76条（1979年刑法71条を指し、1997年刑法では87条）は、罪刑相当原則に照らして訴追期限を長短異なる四段階に規定しているので、犯罪行為の軽重に従い刑法に定める個別の条項または相応の量刑の幅を適用し、その法定最高刑に基づいて訴追期限を計算すべきである。犯罪行為の刑罰が複数の条項に別々に規定されている場合には、その犯罪行為に適用されるべき条または項の法定最高刑に基づいて計算する。刑罰が同一条文中に規定され複数の量刑の幅がある場合には、その犯罪行為に適用されるべき量刑の幅の法定最高刑に基づいて計算する。量刑の幅が一つしかない場合には、その法条の法定最高刑に基づいて計算する⁽¹⁾。

わが国の刑法には、犯罪の訴追期限についてさらに特別規定がある。すなわち法定最高刑が無期懲役・死刑である犯罪は、「20年経過後でも訴追の必要があると認められるときは、最高人民検察院に申請して許可を得なければならない」というものである。この規定は間違いなく必要なものであり、同犯罪が闘争的な厳粛な対立を体現しているので、この補充規定によって罪悪重大な犯罪者が法の間隙を縫って制裁を免れるという極稀な事態も避けることができる。

祖国大陸と台湾地区との経済文化交流と人員往来をさらに発展させて祖国の和平統一の大業を促進するために、最高人民法院と最高人民検察院は、中華人民共和国刑法の規定に基づき、1988年3月14日および1989年9月7日に相次いで「台湾去来者の中華人民共和国成立前に行った犯

す。その者の訴追を止めたならば、同人はその恩恵に感激して自己を改善し続けるはずである。その者の刑事責任を引き続き追及するならば、特別予防からしても実際の意義は失われ、また一般予防からしても社会の不穏分子に警戒し大衆を教育する作用を果たすことができなくなる。反対に負の効果をもたらすかも知れず、犯罪者の反発・犯罪者に対する社会の同情・司法機関に対する反感を引き起こしかねない。

2) 司法機関が現行の犯罪活動に力を集中して打撃を与えるのに有利であること

犯罪後の法定訴追期限を経過しても未だに追及されていない犯罪は、時と共に事情が変わり、罪跡が消滅し、証拠も既に散逸し、事件を解明する方法がないかも知れない。訴追時効を規定しておけば、司法機関は、それらの長年にわたる事件の拘束を免れて、現行の犯罪への攻撃と処理に力を集中することができる。

3) 社会の安定団結に有利であること

犯罪者の社会に対する危害には、一定の期間が過ぎれば回復しうるものも回復しえないものもあるが、被害者はこれを時間の推移と共に次第に忘れて落ち着くはずである。こうした状況下で再び古い問題を蒸し返して犯罪者の刑事責任を追及すれば、かえって人民内部の団結と社会の安定に影響を与えかねない。

2. 訴追時効の期限

刑法87条は、犯罪が次の期限を経過した後は二度と訴追されないと定める。

- ①法定最高刑が5年未満の有期懲役である犯罪は、5年。
- ②法定最高刑が5年以上10年未満の有期懲役である犯罪は、10年。
- ③法定最高刑が10年以上の有期懲役である犯罪は、15年。
- ④法定最高刑が無期懲役または死刑である犯罪は、20年。20年経過後でも訴追の必要がある場合は、最高人民検察院に報告・申請し、審査の上許可を得なければならない。

第23章 時効と赦免（马登民）

長井 圓
御手洗大輔 共訳

第1節 時 効

1. 時効の概念

刑法上の時効とは、犯罪者に対して刑法の定める国家の刑事訴追権と刑罰執行権を一定期限内に限り有効とする制度をいう。一定期限内に国家が刑事訴追権または刑罰執行権を行使せずに期限を過ぎたならば、この権力は直ちに消滅し、犯罪者を訴追しえず刑罰も執行しえない

刑法上の時効は、訴追時効と行刑時効に分けられる。訴追時効とは、犯罪者に対して刑法が定める刑事責任追及の有効期限をいう。訴追期限内において、国家司法機関は犯罪者の刑事責任を追及する権限を有する。時効期限を過ぎると、司法機関の犯罪者追及権は直ちに消滅する。行刑時効とは、刑罰を言渡した犯罪者に対して刑法が定める刑罰執行の有効期限をいう。その有効期限内において、刑罰執行機関は刑罰執行権を有する。有効期限を過ぎると、行刑権は直ちに消滅する。

わが国の刑法では、訴追時効が規定されているだけで、行刑時効は規定されていない。わが刑法における訴追時効とは、犯罪者に対して刑法が定める刑事責任追及の有効期限をいう。特別規定を除いて、法定訴追期限を過ぎると、もはや犯罪者を訴追してはならず、既に捜査追及した事件からも撤去し、事件を不起訴とし、その審理を打ち切らなければならない。

刑法の訴追時効の規定には、次のような重要な意義がある。

1) わが国の刑罰の犯罪予防目的に合致すること

犯罪者が、犯罪の後、法定訴追期限内に再び犯罪を行わなかったことは、その者が既に改悛して再び社会に危害を及ぼすはずがないことを示

同時に新罪・余罪に対する判決を下す。この新罪・余罪の刑と前罪の残余刑期ないし前罪の判決に基づき、刑法69条に従って執行すべき刑罰が決定される。

観察期間に犯罪を行ってはいないが仮釈放を取消すべき場合には、監督観察の責務を担当する公安機関が仮釈放裁定の人民法院に仮釈放取消の建議を行う。審理の結果、人民法院が仮釈放取消の裁定を下したならば、公安機関は、その犯罪者をその所在していた刑執行機関に移送するとともに、仮釈放取消の書面・資料を送付する。

(1) 『最高人民法院広報』(1985年第3号)25頁参照。

(2) 『司法文書選』(1993年第7巻)33頁。

仮釈放の適用は、次の手続で行われる。

第一に、刑の執行機関は、犯罪者が仮釈放の要件を充足すると認める場合、仮釈放意見書を作成・申請する。このとき、犯罪者が改悛して再び社会を害しないと認める理由が明記される。その後、有期懲役に処せられた犯罪者の仮釈放意見書は、管轄の中級以上の人民法院に提出される。無期懲役に処せられた犯罪者の仮釈放意見書は、まず本省・自治区・直轄市の司法庁（局）に報告され、審査の結果同意を得た上で、管轄の中級以上の人民法院に提出される。

第二に、人民法院は、仮釈放事件の受理後、刑執行機関の報告した仮釈放意見書その他の手続について審査し、資料と手続が完備していると認めるならば、合議廷を構成して審理を行う。審理に際しては主に、その犯罪者が改悛した具体的な事実態度および再び社会を害しないと認める理由が審査される。審理して仮釈放要件を充足すると認めるときは、仮釈放裁定が下される。そこで作成された仮釈放裁定書は、その犯罪者の所在する監獄その他の刑執行機関、原判決を下した人民法院、および犯罪者の刑執行機関につき檢察任務を担当した人民檢察院に送達される。人民檢察院は、その仮釈放の適用を不当と認めるときは、審判監督手続に基づいて是正を申請しうる。

刑執行機関は、人民法院からの仮釈放裁定書を受理後に公告しなければならない。仮釈放される場合、監督觀察を行う公安機関が犯罪者の情況を理解する必要があるので、その公安機関に仮釈放の関連資料が転送される。

（2） 仮釈放の取消手続

仮釈放された犯罪者は、仮釈放の觀察期間に法定の仮釈放取消事由が発生すると、その仮釈放が取消される。

觀察期間中に再び新たな罪を犯しまたは判決宣告前の余罪が発覚した犯罪者に対しては、その事件に適用される関連規定に基づき捜査・公訴提起・審判が行われる。自訴事件は、人民法院が直接その訴えを受理する。人民法院は、その判決書において犯罪者の仮釈放取消を宣告すると

関がその監督観察を行う法的根拠でもある。

公安機関により仮釈放観察の行われた被仮釈放者に再犯・判決宣告前の余罪と違法行為が発見されないときは、その犯罪者は改悛して再び社会を害さないことが示されている。したがって、仮釈放の観察期間が満了すれば、宣告刑は既に執行が終了したものと認められ、その旨が公告される。

5. 仮釈放の取消

仮釈放の重要な特徴は、刑に処せられた犯罪者に条件つきで釈放時期を繰り上げる点にある。この条件の内容は、確実に改悛して再び社会を害さないことである。仮釈放された者に改悛のないことが発覚すれば、その仮釈放は取消される。改悛の具体的態度がなければ、刑法に定める仮釈放取消事由が発生する。刑法86条は、次の仮釈放取消の三要件を定める。①仮釈放された者が仮釈放の観察期間中に新たな罪を犯したときは、仮釈放が取消され刑法71条により数罪併罰がなされる。この新たな罪には、故意犯・過失犯の双方が含まれる。刑法71条により数罪併罰がなされる場合、この新たな罪につき判決を下した後に、この刑と原判示の罪の残余刑期とに基づき、刑法69条の原則により執行すべき刑罰が決定される。②仮釈放された者に、仮釈放観察期間中に判決宣告前の余罪が発覚した場合、仮釈放が取消され70条により数罪併罰がなされる。このとき、発覚した余罪に判決が下された後、この刑と原宣告刑の残余刑期とに基づき刑法69条により執行すべき刑罰が決定される。③仮釈放された者が仮釈放観察期間中に法律・行政法規・国务院公安部門の仮釈放管理規定に違反したが新たな犯罪を構成しない場合、法定手続に従って仮釈放が取消され、その犯罪者を収監した上で未執行刑が執行される。

6. 仮釈放の手続

(1) 仮釈放の適用手続

刑法82条・79条、刑事訴訟法および最高人民法院の司法解釈によれば、

代金略取等の暴力的犯罪を犯して無期懲役・10年以上の有期懲役に処せられた犯罪者には、仮釈放を行えない。

3. 仮釈放の観察期間

仮釈放は、条件を付して釈放時期を繰り上げるだけであって、未執行の刑期を免除するものでも、犯罪者の刑執行を終結させるものでもない。それゆえ、仮釈放を決定する際には、同時に仮釈放の観察期間を宣告しなければならない。刑法83条によれば、有期懲役の仮釈放観察期間は執行未終了期間、無期懲役の仮釈放観察期間は10年である。「執行未終了期間」とは刑の残余期間のことであり、有期懲役に処せられた犯罪者の仮釈放では残余期間が観察期間になる。司法実務では、有期懲役に処せられた者の仮釈放観察期間は、一般的に最低でも6箇月を下回らない期間と解されている⁽²⁾。

4. 仮釈放の観察期間における観察

仮釈放された者の観察期間における観察は、重要性が極めて高く政策性の強い任務でもある。適切な観察は犯人の改造と犯罪の予防に効果があるが、不適切な観察は犯人を改造しえず再犯率を高め法律の尊厳と司法機関の威信を害してしまう。

仮釈放された者を観察する機関と観察の内容について、刑法85条は、「仮釈放された犯罪者は、仮釈放の観察期間内、公安機関がこれを監督する。……」と定め、公安機関が仮釈放観察を行う機関であるとしている。さらに、観察の内容について、刑法84条は、「仮釈放を宣告された犯罪者は、次の各号に掲げる規定を遵守しなければならない。①法律及び行政法規を遵守して監督に服すること、②監督機関の規定に従って自己の活動状況を報告すること、③監督機関の面会に関する規定を遵守すること、④居住する市若しくは県を隔離転居するときは監督機関に報告して承認を受けること」と定める。これらの規定は、仮釈放された者が観察期間中に遵守しなければならない行為規範であるとともに、公安機

をいう。

(3) 仮釈放被適用者に改悛が認められ再び社会を害しないと認められること。これは、仮釈放適用の実質的条件である。「改悛が認められ」とは、犯罪者が労働改造・思想教育を通じて、自己の犯行を深く認識し、罪を認めて法に服し、徹底して前非を改め、新たな人間として更生する態度行動が示されることをいう。「改悛が認められる」の意義は、減刑に関する第2節で既に述べた。「再び社会を害しない」の意義について、最高人民法院「規定」によれば、犯罪者の受刑態度が一貫して良好なこと、「改悛」に関する四事情を充足すること、違法行為・新たに重大犯罪を行わないこと、犯罪実行能力を喪失した老人・身体障害者（自傷者を除く。）であることをいう。

ここでは、実質的条件の解釈にあたって、次の諸問題に注意する必要があることを指摘しておく。

1) 国家の安全を害する重大な罪を犯した者および犯罪集団の首謀者・主犯を仮釈放する場合、厳格に処理しなければならない。

2) 犯罪時に未成年の犯罪者を仮釈放する場合、その基準を緩やかに解して成年犯罪者よりも適度に寛大な処理を行いうる。未成年犯罪者が罪を認めて法に服し収監規則を遵守して積極的に学習・労働に参加すれば、改悛があるものと認め、釈放後に再び社会を害しない限り、仮釈放がなされうる。

3) 死刑執行猶予後に無期懲役・有期懲役に減刑された犯罪者も、仮釈放の法定条件を充足すれば、仮釈放がなされうる。しかし、累犯および殺人・爆破・強盗・強姦・身代金略取等の暴力的犯罪を犯して死刑執行を猶予された犯罪者には、仮釈放を行えない。

4) 犯罪者が老人・身体障害者（自傷者を除く。）である場合の仮釈放では、悔悟の事実特に注意しなければならない。犯罪者が老人・身体障害者で悔悟の態度があり、犯罪実行能力を喪失し、または単独生活ができない場合、仮釈放後の生活の確実な見込みがある限り、法により仮釈放がなされうる。しかし、累犯および殺人・爆破・強盗・強姦・身

懲役に処せられた者が実際に10年以上の刑期を執行された場合に、仮釈放を適用しうると定める。無期懲役が有期懲役に減刑後の仮釈放について、1979年11月23日の最高人民法院・最高人民検察院・公安部「無期懲役に処せられた犯罪者の仮釈放に関する回答」によれば、「なお宣告刑の無期懲役に照らして実際に10年以上執行された後、初めて仮釈放の可否・釈放期の繰り上げが考慮されうる」としている。この「実際に執行された刑期」には、判決確定後の執行刑期・判決前の拘禁期間が含まれる。なぜなら、先行する拘禁期間は、犯罪者の人身の自由を剥奪する点で、また犯罪者の懲罰・教育・改造に作用する点で、刑の執行期間に等しいからである。

死刑執行被猶予者が減刑される場合または減刑後仮釈放される場合、その減刑の回数に関わりなく実際の執行刑期は、12年を下回ってはならない。死刑執行被猶予者の実際の執行刑期は、死刑執行猶予2年満了日の翌日から起算される。すなわち、実際に執行される12年には、死刑執行猶予の2年は含まれない。

宣告刑の有期懲役2分の1以上の執行に関する起算日の計算について、刑法47条は、「有期懲役の刑期は、判決執行の日から起算する。予め拘禁されていた期間は、1日の拘禁を1日の刑期として算入する」と定める。したがって、有期懲役に処せられた者の仮釈放では、宣告刑期の2分の1以上の執行につき、その起算日は拘禁の日より計算される。

刑法81条は、「特殊の事情がある場合、最高人民法院の許可を経れば、既述の執行刑期は制限を受けない」と定める。すなわち同条は、無期懲役・有期懲役に処せられた者に特殊の事情があり、最高人民法院の許可を得れば、有期懲役の実際の服役期間が2分の1に満たず、無期懲役の実際の服役期間が10年に満たない場合であっても、仮釈放が適用されうるとする。犯罪者自身の事情と改造事情が極めて複雑であり、また社会・国家からの特殊な要請ゆえに、刑法は、このように弾力的な規定を設ける必要があった。この特殊事情とは、最高人民法院の司法解釈によると、国家の政治・国防・外交などの面で特に仮釈放が要請される事情

執行期間の全部が宣告刑期に算入される。

2. 仮釈放適用の条件

刑法81条に定める仮釈放の適用は、次の要件を充足しなければならない。

(1) 仮釈放の対象は無期懲役・有期懲役に処せられた犯罪者であること 仮釈放は、管制・拘留に処せられた者、死刑執行を2年猶予された者に適用しえない。この条件は、仮釈放制度の本質によって決定づけられる。仮釈放の最も本質的な特徴は、条件つきで釈放時期を早めることである。しかし、管制に処せられた犯罪者は、その人身の自由が剥奪されていないので、釈放時期の繰り上げがありえない。また、犯罪者が拘留に処せられても拘留の長期は6月で数罪併罰でも1年であり、その刑期は非常に短いので、拘禁された期間が刑期に算入されると執行刑期が一段と短くなる。このように実際の執行刑期・仮釈放の観察期間が著しく短くなる結果、拘留に処せられた犯罪者の仮釈放は現実的な意義を失う。さらに、死刑執行猶予犯罪者にも、仮釈放は適用しえない。なぜなら、死刑執行猶予は、独立の刑種ではなく死刑執行の過渡的方法だからである。しかし、2年満了して無期懲役・有期懲役に減刑後は、仮釈放が適用されうる。

刑法81条2号によれば、累犯および殺人・爆破・強盗・強姦・身代金略取などの暴力的犯罪を犯して無期懲役・10年以上の有期懲役に処せられた犯罪者には、仮釈放が適用されない。なぜなら、これらの者は、重大な犯罪行為の主観的悪性・人身危険性が極めて大きいので改造が困難であり長期刑に服する必要があるからである。仮釈放しても再び社会を害しない保障が非常に困難であるから、仮釈放を適用しないとしている。

(2) 仮釈放被適用者が一定期間の刑を既に執行されていること これは、仮釈放適用の制約条件である。刑法81条1項は、有期懲役に処せられた者が宣告刑の刑期の2分の1以上を執行された場合、または無期

に処せられた犯罪者が一定の刑期を経過後に改悛して再び社会を害しないと認められる場合に、条件つきで釈放時期を早める刑罰制度をいう。

仮釈放は、刑の執行猶予とは異なる。①適用対象の範囲が異なる。仮釈放は、主に無期懲役・有期懲役など長期自由刑に処せられた犯罪者に適用される。刑の執行猶予は、短期自由刑すなわち拘留または3年以下の有期懲役に処せられた犯罪者にのみ適用される。②適用事由が異なる。仮釈放の根拠は、刑の執行過程での犯罪者の改悛である。刑の執行猶予の根拠は、犯罪者の情状・悔悟である。③適用時期が異なる。仮釈放は、一定の刑執行後に裁判所の裁定により実施される。刑の執行猶予は、判決時に宣告される。④法的効果が異なる。仮釈放は、宣告刑の一部執行後、なお執行未満了の刑期を条件つきで執行しないものである。刑の執行猶予は、宣告刑期の全部を条件つきで執行しないものである。

仮釈放は、監獄外執行（監外執行）とも異なる。監獄外執行とは、懲役・拘留に処せられた犯罪者が一定の法定事情に該当して許可を得た場合に、その刑罰が監獄外で執行されるものをいう。両者の相違は、次の点にある。①適用対象が全面的に異なる。仮釈放は無期懲役・有期懲役に処せられた者のみに適用されるが、監獄外執行は無期懲役・有期懲役・拘留に処せられた者全員に適用されうる。②適用条件が異なる。仮釈放は犯罪者が一定刑期執行後に改悛および社会的無害と認められた場合に行われるが、監獄外執行は犯罪者に法定の特殊事情、例えば重大な疾病の治療保釈・懐胎中ないし犯罪者の嬰兒授乳期などの場合に行われる。③収監条件が異なる。仮釈放された者が、仮釈放期間に新たな罪を犯した場合、判決を経ていない余罪が発覚した場合、法律・行政法規・仮釈放に関する監督管理規定に違反した場合には、仮釈放が取消され、それぞれ新罪の刑と原宣告刑の残余との併罰、余罪の刑と原宣告刑との併罰、宣告刑の残余刑期の執行が行われる。これに対し、監獄外執行は、監獄外執行の法定条件が消失すると、未満了刑期執行のため再収監される。④期間計算が異なる。仮釈放取消のとき、釈放されていた期間は執行すべき刑期に算入されない。監獄外執行の期間は、収監されていない

た結果、是正された原判決の刑に軽重の変更が生じても、その減刑自体はなお有効である。具体的にどのように減刑後の刑期を計算するかは、判決変更の事情が比較的複雑であるため、事情に応じて関連規定に従い計算する必要がある。

第3節 仮釈放〈假釋〉

仮釈放の制度は、現在、世界各国で普遍的に採用されている刑罰執行制度の一つである。この制度の起源は、18世紀末のイギリスに遡る。当時のイギリスでは、植民地オーストラリアのニューサウスウェールズ州が流刑地とされていたが、同州のフィリップ州長官は、条件付恩赦の方式として「釈放票」制度を1791年に創設して、態度が良好な受刑者の釈放時期を繰り上げた。イギリスが流刑制度を廃止した後、アイルランド監獄局のクロフトン局長が、1855年に釈放票制度を補充改善してイギリス本土でも施行したことにより、この制度は「アイルランド仮釈放制度」へと発展変化を遂げた。アメリカも、このアイルランド制を受け入れて1869年に「仮釈放法」を制定し、近代仮釈放制度が法的に確立された。その後、1910年および1925年の国際監獄会議の後、世界各国は、自国の法律に仮釈放制度を規定した。

わが国で最初に仮釈放制度が採用されたのは、1911年の「大清新刑律」である。1912年の「中華民國暫行新刑律」も、この規定を継承した。その後、1928年と1935年の旧中国「中華民國刑法」は、この規定に若干の修正を加えた上で、これを継承し続けた。新中国の成立後には、1954年の「中華人民共和國労働改造条例」が、被拘禁犯罪者への仮釈放適用を最も推奨すべき制度として定めた。さらに、1979年刑法、特に1997年の改正刑法は、全面的で系統的な仮釈放に関する規定を設けている。

1. 仮釈放の概念

わが国の刑法81条に定める仮釈放〈假釋〉とは、有期懲役・無期懲役

人民法院が、執行機関から減刑建議書を受理した後に、合議廷を構成して減刑事件を審理する。この審理は、一般に書面審理であり、主に執行機関申請手続の違法・不備、減刑建議された犯罪者における改悛・立功・重大な立功の存否が審理される。審理の結果、合議廷が犯罪者の改悛・立功の事実と減刑の法定要件充足とを認めると、減刑が裁定される。逆に、これらが認められなければ、減刑されない。減刑する場合または減刑されうる場合には、裁定書が作成されて減刑建議書を提出した執行機関に送達される。また、その副本が、原判決を下した裁判所、労働改造を担当した単位、檢察任務を担当した人民檢察院に送達される。減刑の裁定について、人民法院の長または上級人民法院が明確な誤りを発見した場合、もしくは人民檢察院が抗告した場合には、審判監督手続による処理がなされる。

（５） 減刑後の刑期の計算

原判決で宣告された刑種の違いに応じて、減刑後の各犯罪者の刑期計算方法も異なる。原判決で管制・拘留・有期懲役に処せられた犯罪者は、原判決の刑期から裁定減刑された刑期を差し引いた期間が、その減刑後の刑期となる。さらに、減刑前に執行された刑期が、減刑後の刑期から差し引かれる。例えば、甲が原判決で15年の有期懲役に処せられ3年服役後に2年の減刑を裁定された場合、甲の残余刑期は13年となるが、既に服役した3年は13年の刑期に算入されるので、甲がさらに服役すべき刑期は10年となる。また、無期懲役に処せられた犯罪者の減刑後の刑期計算について、刑法80条が「減刑を裁定した日から起算する」と明定するが、既執行の刑は減刑後の刑期に算入されない。例えば、乙が無期懲役に処せられ5年執行後に15年の有期懲役に減刑された場合、既執行の5年は15年に算入されないので、乙はさらに15年の有期懲役を執行される。無期懲役が有期懲役に減刑後さらに減刑される場合には、その刑期の計算は、有期懲役に関する刑期計算と同様に処理される。

実務上、ある犯罪者が服役期間内における改悛・立功により減刑された後に、人民法院が原判決の誤りを発見し審判監督手続に従って再審し

功があれば、2年の服役後に減刑がなされうる。無期懲役に処せられた犯罪者が執行期間内に新たな罪を犯して有期懲役以下の刑に処せられた場合、この新罪の判決確定日から起算して2年間は減刑されない。新罪で無期懲役に処せられた場合には、初回の減刑時期が適度に延期されねばならない。

無期懲役に処せられた犯罪者に改悛または立功があり、2年を経過すると、一般に18年以上20年以下の有期懲役に減刑されうる。重大な立功があった場合には、13年以上18年以下の有期懲役に減刑されうる。

無期懲役に処せられた犯罪者が減刑され有期懲役に引下げられた場合、政治的権利の終身剥奪が3年以上10年以下の剥奪に変更される。

(4) 減刑の手続

刑法79条は、「犯罪者に対する減刑は、刑の執行機関が中級以上の人民法院に減刑建議書を提出する。人民法院は、合議廷を構成して審理を行い、確かに改悛又は立功の事実があるときは、裁定によりこれを減刑する。法定の手続を経ない場合は、減刑してはならない」と定める。この条文は、減刑の手続を明定している。この規定による減刑の手続は、次のようになる。第一に、刑の執行機関が中級以上の人民法院に減刑建議書を提出する。この減刑建議書は、執行機関が人民法院に減刑を建議するために作成する正式の書面であるが、人民法院は、これに基づいて減刑裁定書を作成する。執行機関の減刑建議書がなければ、人民法院は、減刑事件を受理しえず、減刑裁定書を作成することもできない。この減刑建議書を提出する「執行機関」は、犯罪者によって執行場所が異なるので、これを提出する機関も具体的に異なる。無期懲役・有期懲役の減刑建議書は、所在監獄・労働改造隊により提出される。このうち無期懲役に処せられた犯罪者の減刑建議書は、予め本省・自治区・直轄市の司法庁（局）に報告し審査・同意を得た上で、人民法院に報告して裁定を申請しなければならない。拘留に処せられた犯罪者の減刑建議書は、拘留所・その代行施設より提出される。管制に処せられた犯罪者の減刑建議書は、管制を執行する公安機関より提出される。第二に、中級以上の

らない」と定める。すなわち同条は、減刑後実際に執行される刑期について、減刑の回数に関わりなく、管制・拘留・有期懲役に処せられた犯罪者の場合には原判決の2分の1を、無期懲役に処せられた犯罪者の場合には10年を、下回ってはならないとしている。

（4）減刑の開始時期・間隔・幅

犯罪者はどれだけの期間を服役すれば減刑されるか。また、減刑の幅、前後二回の減刑の間隔はどの程度か。これらは、解決の必要がある司法実務上の問題であると同時に、減刑制度が機能を最大限に発揮して最大限の効果を上げることにも関わる問題である。これについて、最高人民法院10月28日「規定」は、犯罪者の原判決の刑種・刑期と服役態度の違いに応じて、異なる期間と幅を定める。

1) 有期懲役に処せられた犯罪者の初回の減刑時期と間隔は、次の通りである。5年以上の有期懲役に処せられた犯罪者は、一般に1年半以上を執行されると減刑がなされうるが、二回目の減刑との間隔は、一般に1年以上開けねばならない。10年以上の有期懲役に処せられた犯罪者は、初回到2年ないし3年を差し引いた有期懲役に減刑後、再び減刑されるためには、その間隔を少なくとも2年開けねばならない。5年未満の有期懲役に処せられた犯罪者は、初回の減刑時期と間隔が今述べた規定より適度に短縮されうる。重大な立功があった場合、初回の減刑時期と間隔に関する制限は、この限りでない。

有期懲役に処せられた犯罪者が刑執行期間中に減刑される幅は、次の条件に則して定まる。改悔または立功があった者は、一般に初回の減刑で1年を超えない刑期を差し引いた有期懲役となり、その双方があった者および重大な立功があった者は、一般に2年を超えない刑期を差し引いた有期懲役となる。10年以上の有期懲役に処せられた犯罪者は、著しい改悔または立功がある場合、初回到2年を超えない刑期を差し引いた有期懲役となり、その双方がある場合または重大な立功がある場合には、初回到3年を超えない刑期を差し引いた有期懲役となる。

2) 無期懲役に処せられた犯罪者は、その執行期間中に改悔または立

活で他人を全力で救助したとき、⑤自然災害の救済または重大な事故の排除に著しい働きがあったとき、⑥その他国家・社会のために重大な貢献をしたときである。同条によれば、そこに定める事情の一つに該当する犯罪者は、それだけで必ず減刑される。刑法78条は、減刑につき前記二つの事情を定めている。それゆえ、犯罪者に減刑を適用するか否かを決定する際、減刑が必要的な重大な立功と裁量的な通常の改悛立功とを明確に区別することが、実務には求められる。これを明確に区別して初めて、減刑が適切に適用されうるからである。

ここでは、最高人民法院「規定」によると、減刑要件の理解にあたって次の諸問題に注意する必要があることを指摘しておく。①犯罪時に未成年の犯罪者を減刑する場合、先の基準を緩やかに解して、法により成年犯罪者よりも適度に寛大な処理を行いうる。未成年犯罪者が罪を認めて法に服し収監規則を遵守して積極的に学習・労働に参加すれば、改悛と認めて減刑しうる。②犯罪者が老人・身体障害者（自傷者を除く）である場合の減刑は、現実の悔悟の態度に特に注意しなければならない。③仮釈放された犯罪者は、特殊な事情のある場合を除き、一般的に減刑しえず、仮釈放の観察期間も短縮してはならない。また、司法実務によると、国家の安全を害する重大な罪を犯した者および犯罪集団の首謀者・主犯・累犯の減刑は、厳格に処理しなければならないとされている。

（3）減刑の限度

減刑にも一定の限度がなければならず、これが減刑適用の制約的要件となる。減刑に一定の限度があるとしても、それは適切な限度でなければならない。減刑の幅が小さすぎると犯罪者の改造促進に不利益を及ぼし、逆に大きすぎると原判決の厳格性・安定性が害されかねず、犯罪者の改造にならず、罪刑相当が困難になる。

刑法78条2項は、「減刑した後、実際に執行される刑期は、管制、拘留又は有期懲役に処せられた場合は、原判決刑期の2分の1より少なくしてはならず、無期懲役に処せられた場合は、10年より少なくしてはな

則を真摯に遵守して改造を受け入れ改悛立功のあった者に対する減刑である。刑法は、改悛立功の意味について、具体的な規定を設けていない。そこで、1997年10月28日の最高人民法院「減刑・仮釈放事件における若干の法律適用の問題に関する規定（以下では、最高人民法院10月28日「規定」と略称する）」によれば、次の四事情全部に該当すれば、改悛があったと認められる。すなわち、①罪を認め法に服すること、②犯罪者改造の行為規範を一貫して遵守すること、③政治・文化・技術の学習に積極的に参加すること、④積極的に労働に参加し、公共物を大切にし、かつ労働任務を完遂することである。ここでは、犯罪者が刑の執行期間内に減刑を申請する場合、その申請権が法により保護されるべきことを指摘しておく。犯罪者がその申請を行うときには、その事情を具体的に分析して、罪を認めて法に服していることが確認されねばならない。また、次の一事情に該当すれば、立功があったと認められる。すなわち、①他の犯罪者による監獄内外の犯罪活動を摘発告発し、またはその犯行計画を防止する重要な手掛りを提供して調査によりその事実が判明したこと、②他の犯罪者の犯罪活動を阻止したこと、③生産・科学研究で技術革新を行い著しい成績を収めたこと、④緊急措置・被災者救済に著しい働きがあったこと、⑤その他国家・社会の利益のために著しい貢献があったことである。

労働改造単位により省級の積極的労働者と評価された犯罪者も、立功があったと認められる。

ここでは、既述の改悛立功が認められても、「減刑しうる」ととどまることを指摘しておく。減刑されるか否かは、改悛の程度・立功の大小などの事情を総合的・全面的に考察して初めて決定される。

第二の減刑は、重大な立功のあった犯罪者に対する減刑である。刑法78条は、次に掲げる重大な立功の一つに該当すれば、減刑しなければならないと定める。すなわち、①他人の重大な犯罪活動を阻止したとき、②監獄内外での重大な犯罪活動を摘発し、調査により事実が判明したとき、③発明創造または重大な技術革新があったとき、④日常の生産・生

減刑は、わが国の刑事立法初めての試みである。刑の執行期間の犯罪者の態度はそれぞれ異なる。真摯に改造を受け入れる者、明らかに改悛する者、さらに立功のある者までいる。それにより、人身の危険性の減少が示される。これに基づき刑を適度に軽くすれば、犯罪者の改造を促進することができ、他の犯罪者の改造を促進する積極的な作用も得られる。このことは、懲罰寛大結合と懲罰改造結合の政策を貫徹し、消極的要素を積極的要素に変え刑罰目的を実現するのに重要な意義を有する。

2. 減刑の適用

(1) 減刑適用の対象範囲

刑法78条に定める減刑は、管制・拘留・有期懲役・無期懲役に処せられた犯罪者に適用される。国家の安全を害する罪を犯した者、その他の刑事犯を犯した者、故意犯・過失犯、累犯・常習犯を問わず、減刑の法定要件さえ充足すれば足りる。

死刑執行猶予後2年満了者に対する減刑は、死刑執行猶予制度の一部である。死刑執行を猶予された者は、その執行猶予期間に故意犯を犯さず2年を満了すると無期懲役に減刑され、重大な立功があると2年満了後に15年以上20年以下の有期懲役に減刑される。この減刑は、法律の特殊規定に従って期日通りに行われる。これは、一種の特殊な形式による減刑であり、刑法78条の減刑に含まれない。

(2) 減刑の要件

刑法78条に定める減刑は、刑罰執行過程で改悛・立功・重大な立功のあった者にのみ適用される。これが、減刑適用の実質的要件である。刑罰執行過程の犯罪者に改悛・立功・重大な立功のあることは、一定期間の改造を通じて主観的悪性または人身の危険性が徐々に減少・除去したことを示す。この場合、原判決の刑期による改造はもはや必要ないので、わが国の刑罰の目的趣旨からして、原判決の刑期の適度な短縮、すなわち減刑が求められる。

刑法78条に定める減刑の要件は、二種に分けられる。第一は、監獄規

告刑が減輕される制度をいう。これには、刑法78条の減刑以外に、50条の死刑執行猶予の減刑、53条の罰金刑の減刑免除、さらには無期懲役を有期懲役に引下げるときに、政治的権利の終身剥奪を3年以上10年以下の剥奪に変更する場合のような主刑変更時の付加刑減刑も含まれる。本節でいう減刑は、刑法78条の狭義の減刑である。

1. 減刑の概念

刑法78条は、「管制、拘留、有期懲役又は無期懲役に処せられた犯罪者は、刑の執行期間に、監獄規則を真摯に遵守して教育及び改造を受け入れ、改悛の情があり、又は立功のあるときは、減刑することができる。次の各号に掲げる重大な立功の一つがあるときは、減刑しなければならない。……」と定める。この規定によると、減刑とは、管制・拘留・有期懲役・無期懲役に処せられた犯罪者に対し、その刑の執行期間中に改悛ないし立功の態度が明らかになった場合、原宣告刑を適度に減輕する制度をいう。

原宣告刑の減輕には、その刑期を短縮する場合（有期懲役・拘留・管制の刑期を短くすること）と無期懲役を有期懲役に引下げの場合とがある。有期懲役を拘留・管制に、また拘留を管制に引下げることはいない。なぜなら、これら三つの刑種は、その執行場所・執行方式・犯罪者の処遇がそれぞれ異なるからである。

減刑は、判決の変更（改判）ではない。判決の変更〔再審〕とは、既に法的効果〔確定力〕が生じている犯罪事実・犯罪性質の認定ないし法適用に誤りのある判決を是正することをいう。判決を変更するには、裁判監督手続により原判決を取消し、改めて審判しなければならない。判決の変更には、罪名・刑罰を変更する場合もある。罪名の変更とは、ある罪を他の罪ないし無罪に変更することをいう。刑罰の変更とは、原判決の重い刑を軽い刑ないし刑免除に、または原判決の軽い刑を重い刑に変更することをいう。他方、減刑は、改めて判決を下すのではなく、原判決を基礎として宣告刑を適度に軽減するにすぎない。

場合、刑法78条により宣告刑を減刑すると定めているので、その観察期間も短縮される。減刑後の刑期は原宣告刑期の2分の1を下回ってはならないため、減刑に応じて短縮された観察期間も、原判決の観察期間の2分の1を下回ってはならない。さらに、拘留被猶予者の観察期間は2箇月、有期懲役被猶予者の観察期間は1年を下回ってはならない。

刑法72条2項は、「刑の執行猶予を宣告された犯罪者が、付加刑に処せられているときは、付加刑はそのまま執行しなければならない」と定める。この規定は、刑の執行猶予の効力が付加刑に及ばないことを示している。執行猶予の取消・減刑の場合にも、付加刑の執行に影響はない。

第2節 減 刑〔原宣告刑の減輕〕

わが国の減刑制度は、犯罪者に対する刑の執行と改造の長い実務経験の上に確立され、絶えずその完全化がめざされてきた。わが国は、この制度を刑罰執行制度の一つとして刑法に明確に位置づけ、司法実務でも頻繁に適用している。この制度は、わが国の刑法の独創である。外国の刑事立法には、少数の国家（例えば1985年ベトナム刑法）を除くと、わが国のような減刑制度がない。日本・イギリスなどの国家は、刑法に減刑を定めてはいるとはいえ、刑罰執行制度すなわち刑赦免の一方式として規定しているにすぎない。例えば、日本の赦免〔恩赦〕には、大赦・特赦・減刑・執行免除・復権の五種があり、さらにこの減刑は、一般減刑と特別減刑の二種に分けられる。このように、日本とわが国の減刑制度は、概念的に異なっている。また、これらの国家の減刑は、一般的に行政機関によって行われるが、わが国の減刑は、裁判所の裁定によらねばならない。

わが国の刑法の規定を総合すると、減刑には広狭二義がある。狭義の減刑とは、専ら刑法78条の定める減刑のみをいう。これに対し、広義の減刑とは、およそ受刑者が刑の執行中に法定事由を充足する場合に、宣

に基づき刑法69条により執行刑が決定される。このとき、既に執行された執行猶予観察期間は、新たに言渡される刑期に算入されない。被猶予者が観察期間中に犯した新罪が期間満了後初めて発覚したときは、新罪の公訴時効が完成していない限り刑法76条が適用され、前後両罪の刑に基づき刑法69条により執行刑が決定され併罰が行われる。

2) 執行猶予を宣告された者の観察期間中に判決宣告以前に犯した判決を経ていない余罪が発覚した場合、執行猶予取消とともに余罪の判決が下され、前後両罪の刑に基づき刑法69条により執行刑が決定される。既に執行された観察期間は、その刑期に算入されない。なぜなら、被猶予者が自己の余罪を隠していたことは、決して真摯な悔悟ではなかったことを示し、執行猶予適用要件を充足していなかったので当然に執行猶予は取消されるべきだからである。しかし、新たに発覚した罪（余罪）がなお要件を充足して執行猶予を宣告しうる場合には、既に執行された観察期間は、新たに決定された執行猶予の観察期間に算入される。なぜなら、新たに発覚した罪（余罪）が執行猶予の要件を充足することは、犯罪者の隠していた罪もその主観的悪性も重大でないことを示すので、同人を拘禁しなくとも社会が害されないからである。

3) 執行猶予を宣告された犯罪者の執行猶予期間中の法律・行政法規・国務院公安部門の執行猶予監督管理規定違反の情状が重い場合、執行猶予が取消され宣告刑が執行される。刑法75条は、被猶予者が観察期間中に遵守すべき事項を明定している。それゆえ、法律・行政法規・国務院公安部門の監督管理規定の遵守は、被猶予者にとって必須事項であり、罪を真摯に悔い積極的に自己を改造するための基本的態度である。被猶予者の観察期間中の法律・行政法規・国務院公安部門の監督管理規定違反の情状が重いことは、執行猶予の適用要件を充足していなかった証明である。それゆえ、刑の執行猶予は当然に取消され宣告刑が執行される。

執行猶予を宣告された犯罪者が、観察期間中に執行猶予監督管理規定を真摯に遵守し教育改造を受け入れ、改悛立功の態度が明らかになった

者の観察について、もう一つの重要な内容を定めている。すなわち、観察期間中に被猶予者が、新たな罪を犯したか否か、その判決以前に判決を経ていない余罪があったか否か、法律・行政法規・国務院公安部門の執行猶予に関する監督管理規定に違反する情状の重い行為があったか否かなどの事情について、観察することである。被猶予者の観察を行うにあたって、公安機関は、被猶予者の報告を聴取し、その所在単位・末端組織・大衆の態度を理解して教育を行い、猶予者への援助活動を組織しなければならない。観察期間中に刑法77条に定める事情がないまま観察期間を満了すれば、宣告刑は執行されず、その旨が公告される。

厳しすぎる観察と寛大すぎる観察のいずれも、回避されねばならない。放任は勿論許されない。管制を観察に代替して被猶予者の人身の自由を制約することも許されず、被猶予者が法により享有する権利は保障されねばならない。

戦時執行猶予の被宣告者については、戦争中の立功態度の存否が主要な観察事項となる。立功が明らかになれば、原判決を破棄し犯罪として処理しないことができる。

(4) 刑執行猶予の取消

刑法77条は、「刑の執行猶予を宣告された犯罪者は、刑の執行猶予の観察期間内に、さらに新たな罪を犯した場合、又はその判決宣告以前に余罪があったことが発覚した場合は、刑の執行猶予を取消し、新たな罪又は発覚した余罪について判決を下し、前罪と後罪で処せられた刑について、第69条の規定に従って、執行すべき刑を決定しなければならない。刑の執行猶予を宣告された犯罪者は、刑の執行猶予の期間内、法律、行政法規又は国務院公安部門の制定した執行猶予に関する管理規定に違反し、その情状が重いときは、刑の執行猶予を取消し、原判決を執行しなければならない」と定める。この規定によれば、わが国の刑法には、刑の執行猶予取消事由として次の三つがある。

1) 執行猶予を宣告された者が観察期間中に新たに罪を犯した場合、執行猶予が取消され、その罪について判決が下され、この刑と前罪の刑

（３） 執行猶予被宣告者の観察

執行猶予被宣告者の観察とは、公安機関が執行猶予を宣告された犯罪者に対し、その所在単位・末端組織が協力して観察・教育を行って、その改心・更生のために援助することをいう。

観察機関 刑法76条は、「刑の執行猶予を宣告された犯罪者については、刑の執行猶予期間内、公安機関がこれを観察し、その者の所在する単位又は末端組織がそれに協力する」と定めている。この規定は、公安機関が被猶予者の観察を行うことを示しているが、公安機関は、被猶予者の所在単位・末端組織の協力により、その監督管理を強化しうる。また、被猶予者は、拘禁されないので、その所属単位に戻って職務を継続したり、農村に戻って生産労働に従事することができる。したがって、所在単位、町内委員会・村委員会などの末端組織は、公安機関による被猶予者の管理に積極的に協力して、法制の宣伝や良好な改造教育を行うことが求められる。

観察内容 公安機関は、刑法75条・77条に定める内容に従って観察しなければならない。刑法75条は、執行猶予被宣告者の遵守すべき事項として、次のことを定めている。①法律・行政法規を遵守して監督に服すること。被猶予者は、国家の法律・国务院の行政法規を遵守し、公安機関・所在単位・末端組織・大衆の監督を自覚して服従しなければならない。②観察機関の規定に従って自己の活動状況を報告すること。被猶予者は、公安機関の規定に従って定期的または不定期に自己の思想・改造・職務・労働、法規遵守の状況など自己の活動状況を報告しなければならない。③観察機関の面会に関する規定を遵守すること。被猶予者は、来客・接客に関する公安機関の要求・規定を遵守しなければならない。④居住する市・県を離隔転居する時に観察機関に報告して承認を受けること。被猶予者は、公安機関の承認を受けずに居住する市・県を離隔転居することはできない。同条が被猶予者の観察期間中の遵守事項を明定したので、被猶予者には遵守すべき行動規範が与えられ、被猶予者の観察管理には明確な法的根拠が提供された。さらに、刑法77条は、被猶予

合的に評価しなければならない。

(2) 刑の執行猶予の観察期間

刑の執行猶予の観察期間とは、執行猶予を宣告された犯罪者の観察が行われる一定の期限をいう。

わが国の刑法73条は、「拘留の執行猶予の観察期間は、原判決の刑期以上1年以下とする。但し、その期間は2箇月より少なくてはならない。有期懲役の執行猶予の観察期間は、原判決の刑期以上5年以下とする。但し、その期間は1年より少なくしてはならない」と定める。この規定によると、執行猶予の観察期間は、その前提となる宣告刑と同じ期間にも、より長い期間にもできる。しかし、拘留の執行猶予期間は2箇月、有期懲役の執行猶予期間は1年より短くしえない。このように観察期間を定めるのは、犯罪者の観察教育のためである。観察期間が短すぎると、観察教育に役立たず執行猶予を行うことができなくなる。逆に、観察期限が長すぎると、犯罪者の改造の積極性に影響が生じる。一般的に、実務では、原判決の刑期以上でその二倍を超えない観察期間が適切であると考えられている。

執行猶予の観察期間の計算について、刑法73条3項は、「刑の執行猶予の観察期間は、判決を確定した日から起算する」と定めている。すなわち、判決の法的効力〔確定力〕が発生した日から起算される。

判決確定日以前に犯罪者が拘禁されていた期間は、執行猶予の観察期間に算入されない。このことは、刑の執行猶予の拘禁を伴わない性質から決定づけられる。執行猶予を宣告された犯罪者が、一審判決後なお拘禁されている場合には、まず強制措置変更の決定を行って住居監視ないし保釈に改め、関係公安機関に通知して判決確定を待った後に、法によりこの犯罪者を執行猶予担当部門の観察に移し、通知を受けた所在単位〔居住する地域共同体〕・末端組織がこれに協力する⁽¹⁾。

戦時中執行猶予について、刑法は観察期間を定めていない。この執行猶予は、戦時における特定の時間的性質により決定されるからである。

の態度から再び社会を害する可能性があると認められるときは、刑の執行猶予を宣告しえない。犯罪者が再び社会を害しないとの確認は、将来に対する裁判官の予測判断である。法は、このような予測判断を、犯罪の情状が比較的軽く悔悟の態度が比較的良好な者についてのみ許している。犯罪の情状が比較的軽いとは社会危害性が小さいことを示しているが、その判定には主観的悪性と客観的危害の双方を総合的に評価しなければならない。その悔悟の態度が比較的良好とは、犯罪者の再犯の可能性が比較的小さいことをいう。その判定は、犯罪者の犯罪後の多様な態度から犯罪者の一貫した態度であるに関連づけて評価されねばならない。

3) 犯罪者が累犯でないこと 累犯に対しては、科された刑種に関わりなく、刑の執行猶予を適用しえない。なぜなら、累犯は、いくら戒めでも改めず、その主観的悪性が根深く人身の危険性も大きいので、再犯の可能性が高いからである。

既述の三要件を充足して初めて、刑の執行猶予が適用されうる。これらの要件を充足しない者に、法律を無視して執行猶予を宣告してはならないが、条件を充足する者には刑の執行猶予を適用しないわけにはいかない。法定条件の堅持を前提に適切に刑の執行猶予を適用して、執行猶予制度の積極的作用が発揮されねばならない。

刑法449条による戦時執行猶予の適用には、次の諸要件が充足されねばならない。

①適用時が戦時中であること したがって、平和時・非戦時下で適用してはならない。

②適用対象が3年以下の有期懲役に処せられた犯罪軍人であること 犯罪を犯していない軍人および犯罪を犯して3年以上の有期懲役に処せられた軍人には、戦時執行猶予を適用しえない。

③戦時に刑執行猶予を宣告しても現実の危険がないこと これが、戦時執行猶予適用の最も本質的な要件となる。現実の危険判断は、犯罪軍人が犯した犯罪の性質・情状・悔悟の態度・一貫した態度に基づいて総

年と法定されている。④法的効果が異なる。刑執行猶予の法的効果は、犯罪者の観察期間における法定事情に応じて区別され、宣告刑が執行されない場合、または執行猶予取消による前罪と後罪との数罪併罰〔併合罪〕ないし宣告刑の収監執行がなされる場合がある。死刑執行猶予の法的効果は、2年満了後の犯罪者の態度に応じて、減刑（無期懲役ないし15年以上20年以下の有期懲役への減刑）・死刑執行、または法定条件違反による猶予期間内死刑執行の場合がある。

刑の執行猶予制度は、重要な意義を有する。これは、懲罰寛大結合政策・懲罰教育改造結合政策を実施する重要な制度であり、刑罰の具体的適用時に専門機関と人民大衆との一体的犯罪闘争方針を体現するものである。犯罪者に対する刑の執行猶予の適用は、犯罪者の教育改造、過剰拘禁抑制〈少捕〉政策の貫徹、短期自由刑の弊害回避、刑罰の社会化実現、刑罰の目的実現・社会の安定維持に役立つ。

2. 刑の執行猶予の適用

（1） 刑の執行猶予の適用条件

刑法72条・74条による刑執行猶予の適用には、一般的に次の諸要件が充足されねばならない。

1) 適用対象が拘留または3年以下の有期懲役に処せられる犯罪者であること このことからして刑の執行猶予の適用は、犯罪が比較的軽く社会危害性が比較的小さい犯罪者のみに限られることがわかる。ここでいう拘留または3年以下の有期懲役とは、宣告刑を意味し法定刑ではない。犯罪者の犯した罪の法定刑が3年以上の有期懲役であっても、処罰減輕の情状ゆえに3年以下の有期懲役または拘留が宣告されれば、刑の執行猶予が適用されうる。

2) 犯罪者の情状悔悟の態度から刑を執行猶予しても再び社会を害しないと判断されること これが、刑の執行猶予適用の最も本質的な要件となる。これが確認できる場合に初めて、刑の執行猶予が宣告されうる。3年以下の有期懲役または拘留に処せられたとしても、犯罪の情状悔悟

これに対して、刑の執行猶予では、人民法院が被告人に有罪判決を下すと同時に一定の刑とその執行猶予を宣告して、刑の執行の可能性を保留する。犯罪者が執行猶予期間内にこれを取消されると、宣告刑が執行されるが、執行猶予期間を満了すれば宣告刑は執行されない。しかし、この場合も、その被告人は前科者になる。

刑の執行猶予は、刑の監獄外執行とも異なる。刑の監獄外執行とは、犯罪者が法定条件を充足する場合に、その刑をしばらく監獄外で執行することをいう。両者は、主に次の点で区別される。①性質が異なる。執行猶予は、条件つきで宣告刑の執行を猶予する制度であるが、監獄外執行は、その執行場所が監獄外であるだけで、なお宣告刑は執行される。②適用対象が異なる。刑の執行猶予は拘留・3年以上の有期懲役に処せられた犯罪者に限られるが、監獄外執行は無期懲役・有期懲役・拘留に処せられた全犯罪者に適用されうる。③適用条件が異なる。執行猶予の根拠は、犯罪者の犯罪情状と悔悟から再び社会を害しないと認められることである。監獄外執行は、犯罪者の重大な疾病治療保釈・懐胎中・嬰兒授乳期等のため、監獄外執行が妥当な場合に行われる。④適用方法が異なる。刑の執行猶予は、刑の言渡と同時に執行猶予観察期間を宣告する。監獄外執行は、判決宣告時ないし刑の執行過程で適用され、その期間を確定する必要がない。監獄外執行の要件が消滅すると、執行未満了の刑が犯罪者収監の上で執行される。

さらに、刑の執行猶予は、死刑の執行猶予とも異なる。両者は、主に次の点で区別される。①適用対象が異なる。刑の執行猶予は拘留・3年以上の有期懲役に処せられた犯罪者のみに適用されるが、死刑の執行猶予は処せられた死刑の即時執行を必要としない犯罪者に適用される。②執行方法が異なる。刑執行猶予の宣告者に対しては、公安機関がその者を拘禁しないで観察を行い、犯罪者の所在単位・末端組織がこれに協力する。これに対し、死刑執行猶予では、その犯罪者を拘禁して労働改造を实行する。③観察期間が異なる。執行猶予の観察期間は人民法院が刑種と刑期に基づき情状を酌量して決定するが、死刑執行猶予の期間は2

第22章 刑の執行猶予・減刑・仮釈放（馬登民）

長井 圓
藤井 学 共訳

第1節 刑の執行猶予〈缓刑〉

1. 刑の執行猶予の概念

刑の執行猶予〈缓刑〉は、一定の刑に処せられた犯罪者に対し、一定の法定条件下で刑の執行を猶予して執行しない制度である。

刑法72条に定める刑の執行猶予とは、人民法院が拘留または3年以下の有期懲役に処する犯罪者に対し、その犯罪の情状と悔悟から判断して刑執行を猶予しても確実に再び社会を害しないと認めた場合に、一定の観察期間を定めて執行を猶予する制度をいう。その犯罪者は、観察期間中に再び罪を犯さず、判決宣告以前の余罪が発覚して有罪判決を受けることなく、あるいは、法律・行政法規・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する情状の重い行為を行うことなく、執行猶予の観察期間を満了すれば、宣告刑が執行されない。これが、わが国の刑法に一般的な刑の執行猶予制度である。

さらに、刑法449条は、特殊な刑の執行猶予制度、すなわち戦時執行猶予制度を定めている。これによると、戦時執行猶予制度とは、戦争中3年以下の有期懲役に処せられ現実の危険がなく執行猶予を宣告された犯罪軍人について、立功による贖罪を許されて立功したことが明らかとなった場合、原判決を破棄し犯罪として処理しない制度をいう。

刑の執行猶予は、独立の刑種ではなく、科された刑罰を前提とする。その特徴は、刑罰と同時にその執行猶予が宣告され、宣告刑の執行される可能性が一定期間保留される点にある。

刑の執行猶予は、刑の免除〈免予刑事处罚〉と異なる。刑の免除では、人民法院が被告人に有罪判決を下す際に、刑の免除を宣告する。すなわち、罪を認定しても刑を科さないだけであり、刑罰執行の可能性はない。

せられ4年を執行後に、その判決宣告以前に強姦罪も犯していたことが発覚して8年の有期懲役に処せられた。この場合、刑法70条により10年以上18年以下の範囲で執行すべき刑罰が決定される。これに対して、乙は、前判決で10年の有期懲役に処せられ4年を執行後に、新たに強姦罪を犯して8年の有期懲役に処せられた。この場合、刑法71条に従い二つの刑期の総和14年より軽く最も重い8年よりも重い範囲で執行すべき刑罰が決定される。前者の刑の下限は10年であるが、後者の下限は実際には12年になる。比較的重い刑に処せられ、原判決の執行から比較的長期間が経過した後に新罪が犯される場合、このような帰結になる。第二に、犯罪者が実際に執行される刑は、「先減後併」の場合、有期懲役は最高20年、拘留は最高1年、管制は最高1年を超えることができるが、「先併後減」の場合、その上限を超えることができない。

(1) 周振想『刑罰適用論』328～329頁参照。

(2) 1993年4月16日『判決宣告後に判決を経ていない同種の余罪が発覚した犯罪者に数罪併罰を行うか否かの問題に関する回答』参照。

重なり合いを回避しうるからである。

犯罪者が服役期間中に再び罪を犯したが、後罪の判決宣告時に前罪の刑の執行が既に満了していたのであれば、法により新罪に判決を下してこれを執行すれば足り、刑法71条によって併罰を行う必要はない。しかし、新罪の判決執行以前の拘禁期間が前罪の刑期に含まれるときは、新罪に科すべき刑期は短縮されない。

前罪で執行猶予宣告以前に拘禁されていた犯罪者が、その執行猶予期間中に再び罪を犯した場合、どのように併罰されるのか。ある見解は、刑法71条により前罪に科された刑に拘禁期間を算入した上で、刑法69条によりその刑と新罪に科された刑から執行刑を決定する、と考える。我々は、執行猶予は条件を付して原判決の刑を執行しないことであって、前罪に執行猶予が宣告される以前の拘禁期間は決して前罪に執行された刑期ではないから、刑の執行過程で再び罪を犯した者に併罰を行う方法を当てはめてはならず、前罪・新罪に科された二つの刑を基礎に刑法69条により執行すべき刑罰を決定した上で、拘禁期間の算入を行うべきである、と考える。

犯罪者が服役期間中に再び犯した新罪の裁判段階で、さらに前判決で審理されていない「余罪」が発覚したとする。このように刑法70条・71条の両規定の事情が同時に備わる犯罪事件での併罰の方法について、現行刑法は明文を設けていない。我々は、まず刑法70条により「余罪」の判決を下し、この余罪の刑と前判決の宣告刑を基礎に、刑法69条により執行刑を決定した上で新罪に判決を下し、この新罪の刑と最初の宣告刑の未執行の刑を基礎に刑法69条により執行刑を最終的に決定すべきである、と考える。この考え方は、服役期間に再び罪を犯した犯罪者をさらに重く処罰する刑法71の精神を体現したものである。

刑法71条に定める「先減後併」の刑期計算方法によると、刑法70条に定める「先併後減」の方法以上に、犯罪者を重く処罰しうる。具体的に述べると、第一に、一定の条件下では、実際の執行刑期の下限、すなわち起刑点がより高くなる。例えば、甲は、前判決で10年の有期懲役に処

により原判決に確定力が生じていない場合、第二審・人民法院の審理中に第一審判決宣告以前に犯された判決を経ない被告人の同種余罪がさらに発覚したのであれば、第二審・人民法院は刑事訴訟法189条3項により原判決を破棄し原審に差戻して再度審判させねばならない。こうして第一審が再度審判する場合には、刑法の数罪併罰に関する諸規定は適用されない⁽²⁾。

（3）判決宣告以後刑執行満了以前に犯された新犯罪の併罰

刑法71条は、「判決宣告後、刑の執行満了前に、その犯罪者がさらに罪を犯したときは、新たに犯した罪について判決を下して、前罪の執行していない刑と後罪で科された刑について、第69条の規定に従って、執行すべき刑を決定しなければならない」と定めている。この場合の数罪併罰適用の特徴は、次の通りである。①判決宣告以後刑執行満了までの間に犯罪者が再び罪を犯すこと。②新罪と旧罪とが同種の罪であること。③この新罪に判決が下されること。④前罪の執行していない刑（「残余刑」とも呼ばれる。）と後罪に科された刑から、69条により執行刑罰が決定されること。例えば、甲は、判決宣告前に強姦罪と乱闘挑発罪を犯して各10年・5年の有期懲役に処せられ、14年の有期懲役の執行が決定された。この刑の5年執行後、甲はさらに窃盗罪を犯して3年の有期懲役に処せられた。この場合、刑法69条により、執行前の判決の9年の有期懲役と新罪で科された3年の有期懲役の総和12年よりも軽く二つの刑のうち最も重い9年の有期懲役よりも重い範囲で、情状を酌量して執行すべき刑期が決定される。刑法は、執行前の判決の刑期について、その起算点を明定していないので、裁判実務には、①罪を犯した日、②捜査機関が立件した日、③捜査機関が特別な拘禁措置をした日、④検察機関が公訴提起した日、⑤人民法院の判決確定日といった考え方がある。我々は、新判決宣告日から起算するのが運用上便利であると考え。なぜなら、犯罪者が服役期間中に再び罪を犯して公訴提起された段階では、前罪の刑執行は停止せず、犯罪者は刑罰執行施設に収容されているので、判決宣告日から起算すれば、刑期の計算に便利であるばかりか、刑期の

その判決宣告の以前に犯していた残余の二罪が発覚したので、これらは各5年および7年の有期懲役に処せられ、11年の有期懲役の執行が決定された。これが後の判決になる。この前後二つの判決で科された刑期の総和は24年になるが、数個の刑のうち最重刑が13年であるので、刑法69条の規定により13年以上20年以下の有期懲役の範囲で執行すべき刑罰が決定されることになる。例えば、20年の有期懲役の執行を決定しうる。

⑤既に執行した刑期が、新判決で決定した刑期に算入されねばならないこと。今の例で、甲は有期懲役を既に5年執行されているので、新判決で決定した20年の有期懲役にこの5年を算入しなければならず、これを差し引いた残余の15年の有期懲役がさらに執行されるべき甲の刑期となる。このような方法は、「先併後減」と呼ばれている。

数罪併罰の事件では、刑の執行期間中に、法により判決が部分的に変更されて、刑期が改められることがある。例えば、甲は、強盗罪・窃盗罪を犯して各10年・6年の有期懲役に処せられた結果15年の有期懲役の執行が決定されたが、6年服役後の請求を受けて審判監督手続で再度審査した上級法院が、強盗罪に関しては原判決を維持したが窃盗罪に関しては4年の有期懲役に原判決を変更する場合である。このような事件について、ある者は、判決宣告後に刑執行期間が変更されたのであるから、刑法70条の定める「先併後減」の方法により併罰すべきである、と主張する。しかし、判決変更により刑期が改められた当該犯罪は、判決宣告以前に発覚しており、かつ既に判決が下されているから、刑法70条規定の条件には符合せず、したがって刑法69条を適用して執行すべき刑罰を決定すべきである、と我々は考える。

ここでは、次のことを指摘しておく。人民法院が判決を宣告して既に法的効力〔確定力〕が生じてから刑執行満了までの間に、その刑を科された犯罪者について、その判決宣告以前の判決を経ていない他罪がさらに発覚した場合には、新たに発覚した罪と原判決の罪との同一性に関わりなく、すべて刑法70条によって数罪併罰を行わねばならない。しかし、第一審・人民法院の判決宣告後、被告人の上訴または人民検察院の抗訴

意見に従って処理すべきである。すなわち、「後罪に科された有期懲役ないし拘留の執行満了後に、まだ執行満了していない前罪の管制を執行する」のである。管制に処せられた犯罪者が判決時に未発覚の罪をその管制期間中に発覚して拘留ないし有期懲役に処せられた場合、その執行の問題についても、その意見に従って処理すべきである」と指摘されている。

既述の三見解は、いずれも一定の根拠があり検討探究に値する。しかし、新刑法はこれについて規定を設けておらず、立法司法機関も新たな解釈を示していない。それゆえ、司法実務では、先の回答における最高人民法院の意見に従って執行がなされるべきである。

（２） 判決宣告以後刑の執行満了以前に発覚した「余罪」の併罰

刑法70条は、「判決宣告後、刑罰執行満了前に、その犯人にその判決宣告前に余罪があったことが発覚したときは、発覚した罪について判決を下し、前後二つの判決で科せられた刑について、第69条の規定に従って、執行すべき刑を決定しなければならない。既に執行した刑期は、新たな判決で決定した刑期に算入しなければならない」と定める。この数罪併罰の特徴は、次の通りである。①一人が犯した犯罪行為の全部が判決宣告以前に行われたこと。②一部の犯罪が既に判決宣告以前に発覚していて、かつ法により定罪量刑がなされていること。数罪の一部については、既にそれぞれ定罪量刑がなされ、刑法69条により執行すべき刑罰が決定されていたところ、その判決宣告前に未発覚の残りの数罪が、刑執行期間中に初めて発覚した場合である（「余罪」は、先罪と同種か異種かによって制限されない）。③判決宣告後に発覚した罪（余罪）に判決がなされること。④前後二つの判決で科された刑について、法により執行すべき刑罰が決定されること。例えば、甲は、判決宣告以前に四罪を犯していたが、判決宣告以前には二罪のみしか発覚していなかったとき、これらの罪は、各7年および8年の有期懲役に処せられ、この二つの刑の総和15年よりも軽く最も重い8年よりも重い範囲で、13年の有期懲役の執行が決定された。これが前の判決になる。この刑の執行5年後、

罪が死刑・無期懲役・有期懲役等に処せられる場合の数罪併罰は、数罪中に死刑・無期懲役に処せられる罪があれば、死刑・無期懲役のみを執行し、他の罪に科された主刑は執行しない。各数罪が有期懲役・拘留・管制に処せられる場合の処理について、刑法は具体的規定を定めていないので、学説・司法実務の認識に相違がある。これらを概括すると、次の三つの見解がある。①換算説 この見解は、判決執行に先立つ拘禁期間を刑期に含めるとする刑法41条・44条・47条を根拠に、2日の管制を1日の拘留・有期懲役とし、1日の拘留を1日の有期懲役とする方法により、最初に言渡される管制・拘留の刑期を有期懲役の刑期として換算する。例えば、数罪がそれぞれ管制・拘留・有期懲役に処せられるとすれば、今述べた方法によって管制・拘留を有期懲役に換算した上で、制限的加重原則により情状を酌量して執行すべき刑罰が決定される。②吸収説 この見解は、一人の犯した各数罪が有期懲役・拘留・管制に処せられる場合、重刑軽刑吸収の原則により処理する。よって、有期懲役のみが執行され、拘留・管制は執行されないことになる。③個別執行説ないし別異執行説 この見解は、一人の犯した数罪がそれぞれ有期懲役・拘留・管制に処せられる場合、最初の有期懲役執行後に、拘留・管制と順次執行していく。最高人民法院は、1957年2月16日、1958年4月7日、1963年7月27日の回答で、管制の性質は拘留・有期懲役と異なるので相互に換算しえず、まず最初に有期懲役・拘留を執行し、その刑期が満了して社会復帰後に改めて管制を執行すべき、との指摘を繰り返した。1979年に刑法が公布施行された後、最高人民法院は、1981年7月27日法研字第18号の回答で、再び同様の意見を述べている。そこでは、「管制に処せられた犯罪者がその管制期間中に再び新たな犯罪を犯して拘留ないし有期懲役に処せられた場合、それをどのように執行するかの問題について、我々は、検討の結果次のように考える。管制と拘留・有期懲役とは同一の刑種ではなく、それらの執行方法も異なる。しかし、刑法は、どの数罪併罰の原則に従って執行すべき刑罰を決定するか具体的に定めていないので、なお本院が1957年2月16日の法研字第3540号で回答した

るとき、制限的加重原則が採用される。執行すべき刑期は、数個の刑の総和よりも軽く数個の刑の最重刑よりも重い範囲で、情状を酌量して決定される。ただし、管制は最高3年、拘留は最高1年、有期懲役は最高20年を超えてはならない。

3) 数罪のうち付加刑を科す罪があるとき、付加刑はそのまま執行される。すなわち、罰金・政治的権利剥奪・財産没収などの付加刑が、一人の犯した数罪の各罪毎に科されるときは、合併原則に従って処理され全部が執行される。付加刑と主刑とは、その性質が異なるので相互の換算ができない。

以上のように、わが国の刑法では、総合原則・混合原則とも呼ばれる折衷原則が数罪併罰の原則として採用されている。

3. 数罪併罰の適用に関する異なる事情

刑法69条・70条・71条に定める数罪併罰には、具体的な特徴を有する三つの場合がある。

(1) 判決宣告前に一人が犯した数罪の併罰

判決宣告前に一人が犯した数罪の併罰とは、一人の行為者が判決宣告前に実行して判決宣告前に発覚した数罪の併罰をいう。この場合には、刑法69条に定める数罪併罰の原則に従って処理される。具体的には、次のようになる。

1) 一人の犯した数罪が同種の刑に処せられる場合 例えば、数罪の全部が死刑・無期懲役・有期懲役等に処せられる場合である。この場合の数罪併罰は、数罪全部が死刑に処せられる者には死刑を、数罪全部が無期懲役に処せられる者には無期懲役を、各執行する。また、数罪全部が有期懲役・拘留・管制のいずれかに処せられた者には、数個の刑の総和より軽く数個の刑のうち最重刑よりも重い範囲で情状を酌量して執行刑期が決定される。ただし、有期懲役は最高20年、拘留は最高1年、管制は最高3年を超えてはならない。

2) 一人の犯した数罪が各異なる刑に処せられる場合 例えば、各数

い、その最も重い罪の最重刑を基礎として他罪に言渡される刑も考慮して一定の刑を加重し、これを執行すべき刑とする原則をいう。あるいは、数個の刑の総和よりも軽く数個の刑のうち最重刑よりも重い範囲で執行すべき刑期を決定し、かつ、執行すべき刑期の上限を定める原則をいう。この原則の欠点は、有期懲役・拘留・管制など人身の自由が剥奪制限される期間に限度のある刑に処せられた場合にのみ適用することができ、数罪のうち死刑・無期懲役に処せられた罪が含まれる場合には適用できない点にある。

(4) 折衷原則

折衷原則とは、総合原則・混合原則とも呼ばれ、犯罪者の犯した数罪毎に定罪量刑の宣告を行い、事情の相違に応じて既述の合併原則・吸収原則・制限的加重原則を採用する原則をいい、各原則の長所を生かし短所を避けようとする。現在、この原則は、世界の大多数の国家で採用されている。

わが国の刑法は、建国以来の数罪併罰運用の経験を総括するとともに、国外の立法経験を批判的に吸収して、刑法69条に数罪併罰の具体的原則を定めた。それによれば、「判決の宣告以前に一人で数罪を犯した者は、死刑又は無期懲役に処すべき場合を除いて、合算した刑期以下であって、数個の刑の中で最も重い刑期以上において、情状を酌量して執行すべき刑期を決定しなければならない。ただし、管制の場合は最高3年、拘留の場合は最高1年、有期懲役の場合は最高20年を超えてはならない。数罪の中に付加刑を科すものがある場合は、付加刑はそのまま執行しなければならない」とされる。その要点は、次の通りである。

1) 一人が犯した数罪のうち死刑・無期懲役に処せられた罪があるとき、吸収原則が採用される。数罪中の各犯罪に対する主刑は死刑・無期懲役に吸収されるので、これのみが執行され、それ以外の主刑は執行されない。死刑・無期懲役の性質により、この原則の採用が決定づけられる。

2) 一人が犯した数罪の各刑が有期懲役・拘留・管制のいずれかであ

づいて、犯罪者の犯した数罪の個別に定罪量刑の宣告を行い、各刑期を加算した総和を執行すべき刑期とする原則をいう。例えば、甲が三つの罪を犯して各3年・4年・5年の有期懲役に処せられるとき、これらを加算した総和は12年の刑期になり、甲にはこの12年の有期懲役が執行される。この方法は一見合理的であるが、犯罪者が比較的重い数個の犯行を犯した場合、各罪の刑の総和を現実に執行することは、困難であるばかりか不可能なこともある。例えば、アメリカのセントルイスで男性トーマスが通勤途中の女性ばかり多数を襲った事件で、1989年4月28日の判決は、同人に1002年の有期懲役を言渡した。巡回裁判所は、同人に暴行・誘拐・強盗・強盗未遂などの罪を認定した上で、重大な累犯で悪質極まりなく最低でも刑期の80%を服役しない限り仮釈放の機会を与えないと判示した。しかし、人間の生命には限りがあるので、現実にこの刑を全部執行するのは不可能である。特に、一人の犯した数罪に言渡された数種の刑に死刑・無期懲役が含まれる場合には、これらの刑を執行すると他罪に言渡された刑を執行しえない。この点が合併原則の弊害である。

（2）吸収原則

吸収原則とは、重刑への軽刑吸収の原則に基づいて、犯罪者の犯した数罪に定罪・刑の宣告を個別に行って、その最も重い刑を執行すべき刑とする原則をいう。比較的軽い刑は、最も重要な刑に吸収されるので、執行されないことになる。例えば、甲が三罪を犯して、その最も重い刑が5年の有期懲役であるならば、この5年の有期懲役のみが執行され、他の二罪に言渡された3年・4年の有期懲役は執行されない。この方法の弊害は、一定の条件下で犯罪闘争に不利益を及ぼすばかりか、犯罪を客観的に助長してしまう点にある。なぜなら、最も重い犯罪よりも重い罪を犯さない限り、別罪を何度重ねても全て最も重い刑に吸収される結果、処罰されないからである。

（3）制限的加重原則

制限的加重原則とは、犯罪者の犯した数罪毎に定罪・量刑の宣告を行

罪量刑がなされるが、この別罪による累犯の成立はない。

(3) 犯罪者の犯した数罪は各定罪量刑がなされて刑法の併罰原則により執行刑が決定されること。犯された数罪は、刑法各則の規定に依拠して一罪ごとに罪名が確定され量刑された後に、刑法総則に定める数罪併罰の原則に従って執行刑が決定されて判決文に明記される。一人の犯した数罪から一部の罪を除外してしまうのは、それぞれ定罪量刑したことにはならない。そうではなく、総括的総合的な考慮により執行刑を決定する「一括評価」の方法がとられる。このような方法で数罪併罰の問題を解決すれば、裁判官が各犯罪につきどのような定罪量刑を行い、最終的に執行される刑罰がどのように確定されたのかが明確になり、また、上級の法院による監督審査、上訴抗訴事件の処理に有益でもある。数罪中の一罪について、犯罪不成立、定罪不明で量刑不当、公訴時効完成等が発覚して原判決を部分的に是正する必要がある場合、上級の法院は、原判決のどの部分を維持しどの部分を破棄するかを直接決定して、原判決の一部変更の判決・裁定を下すことができる。これに対し、数罪中の一罪が赦免された場合には、赦免されたその罪の刑を原判決の定めた執行刑から除外すれば足り、原判決の変更までは必要ない。このように、原判決の法的効力に干渉しないことは、判決の安定性の保持・被告人の合法利益の保障・社会主義法制の維持にとって有利である。

2. 数罪併罰〔併合罪〕の原則

数罪併罰〔併合罪〕の原則とは、一人で犯した数罪に執行すべき刑罰を定める際に遵守すべき準則をいう。一人の犯罪者が数罪を犯せば、併合処罰がなされる。どのように処罰を併合し、どのような原則・方法に従って併合処罰するかは、刑罰の正確な適用、犯罪の予防打撃の問題に関わるので、各国の刑法学と刑事立法に共通する問題関心となっている。各異なる学術的観点と刑法立法例は、次のように概括しうる。

(1) 合併原則

合併原則とは、相加原則とも呼ばれ、有罪必罰・一罪一刑の原理に基

して、異なる性質の数個の直接客体を侵害することにより、刑法に定める異なる罪名の数罪を犯すことをいう。すなわち、罪名の異なる数罪である。例えば、甲が、部屋に侵入して比較的多額の現金を盗取した後に、熟睡している若い女性を発見したので、同女を強姦した場合である。この甲は、二つの故意に基づき二つの独立した犯罪行為を実行している。これらは、窃盗罪・強姦罪の異なる二つの罪名に触れるので、異種の数罪を犯したことになる。

数罪併罰にいう数罪とは、同種数罪・異種数罪のいずれであろうか、あるいは、その両者を意味するのだろうか。この問題は、これまでの刑法理論で激しく議論されてきた¹⁾。現在では、一般的に次のように考えられている。判決の言渡しから刑の執行満了までに発覚した「余罪」〈漏罪〉、およびその間に犯された新たな犯罪は、その判決で認定された犯罪と同種・異種の区別なく、全て数罪併罰が適用される。それ以外の場合には、同種数罪に併罰原則は適用されず、同種数罪は重く処罰する量刑の情状となる。したがって、数罪併罰が通常適用されるのは、異種数罪のみに限られる。

（２）犯罪者が判決の宣告または刑の執行満了以前に数罪を犯すことすなわち、併罰が適用される数罪は、判決宣告以前または刑執行中の段階で行われねばならない。これには、次の二つの場合がある。①判決宣告以前に全数罪が犯される場合。本罪の公訴時効が別罪の判決時に既に完成している場合、または、本罪の公訴時効は別罪の判決時に完成していないが、本罪の発覚時にその公訴時効が既に完成していた場合には、両罪の併罰はない。②判決宣告後刑執行満了以前に刑を言渡された犯罪者が新たな罪を犯した場合。この数罪は、一罪または数罪が判決宣告以前に行われ、一罪または数罪が判決宣告以後刑執行満了以前に行われる場合である。刑の執行満了後に行われた新たな罪につき定罪量刑がなされる場合、累犯の条件をに符合すれば重く処罰されるが、既に執行の満了した刑罰との併罰はなしえない。刑の執行満了後に判決宣告以前の別罪が発覚した場合、その公訴時効が完成していなければ別罪について定

(3) 立功を示した犯罪者の処罰

立功の種類の相違は、犯罪者の悔悟の程度・社会に対する危害の程度にも違いがあることを反映するので、原則としてその処罰にも差異が生ずる。刑法68条は、一般立功の場合には、軽罰または刑の減輕をなしうるとし、重大立功の場合には、刑を減輕または免除しうると定める。また、犯罪後に自首かつ重大立功があったときは、その刑を減輕または免除しなければならない、と定める。

第3節 数罪併罰〔併合罪〕

1. 数罪併罰〔併合罪〕の概念

裁判実務においては、一人の犯罪者が数罪を犯す事件が常に出現する。このような事件にどのような刑を科すべきかが、数罪併罰〔併合罪〕の解決する問題である。

数罪併罰とは、一人の犯罪者により犯された数個の犯罪をそれぞれ定罪量刑した後に、人民法院が法定の原則と方法に従って執行すべき刑罰を決定することをいう。

数罪併罰には、次の特徴がある。

(1) 一人で数罪を犯すこと　これが数罪併罰の前提であり、これが欠けると数罪併罰はありえない。数罪には、同種数罪・異種数罪の二種がある。同種数罪とは、数個の故意・過失に基づき、独立した数個の犯罪行為を実行して、同一性質の直接客体を侵害することにより、刑法に定める同一罪名の数罪を犯すことをいう。すなわち、罪名の同一な数罪である。例えば、甲が、恨みを晴らすために乙を殺害したが、その行為が丙に目撃されたので口封じのために丙も殺害した場合である。この甲は、二つの殺人の故意に基づき二つの殺人行為を実行して、他人の生命権という同一性質の直接客体〔法益〕を侵害している。これらは、同一罪名の故意殺人罪に触れるので、同種の二罪を犯したことになる。異種数罪とは、数個の故意・過失に基づき、独立した数個の犯罪行為を実行

り明らかになるか、又は重要な手掛りを提供して、これにより他の事件が検挙された等の立功があったときは、その刑を軽くし、又は免除することができる。重大な立功があったときは、その刑を減輕し、又は免除することができる」と定める。これによれば、立功は〔一般〕立功と重大立功の二種に分けられる。

1) 立功 最高人民法院「自首・立功のある者に対する法律の具体的適用の若干の問題に関する解釈」5条は、次の事情の一つに該当すれば、立功を認定する、と定める。すなわち、①犯罪者が出頭後に他人の犯罪行為を告発・摘発すること。共犯事件の犯罪者は、同事件の共犯以外の犯罪を摘発して、調査によりその事実が判明すると、これに該当する。②他の事件を阻止する重要な手掛りを提供すること、③他の犯罪者の犯罪活動を阻止すること、④司法機関による他の被疑者（同一事件の被疑者を含む。）の逮捕に協力すること、⑤その他国家・社会の利益に著しい貢献があることである。

共犯事件の犯罪者が、出頭後同一事件の共同犯罪を摘発するにとどまり、同事件の共犯以外の犯罪を摘発しない場合、立功にはならない。しかし、情状を酌量して軽く処罰することができる。

2) 重大立功 最高人民法院「自首・立功のある者に対する法律の具体的適用の若干の問題に関する解釈」7条は、次の事情の一つに該当すれば、重大立功を認定する、と定める。すなわち、①犯罪者が他人の重大犯罪を告発・摘発し調査により事実と判明すること、②他の重大事件を阻止する重要な手掛りを提供して、調査によりその事実が判明すること。③他人の重大な犯罪活動を阻止すること、④司法機関による他の重大犯罪の被疑者逮捕に協力すること、⑤その他国家・社会のために著しく重大な貢献があることである。

この「重大犯罪」および「重大犯罪の被疑者」の基準については、被疑者・被告人の犯罪が無期懲役以上の刑に処せられること、またはその犯罪が本省・自治区・直轄市・全国規模で重大な影響を与えるなどの事情とされるのが一般的である。

確実な証拠を目前にして供述するしかなかった場合には、その供述は自白にならない。犯罪者が犯罪後に確実にその犯行を自白したのであれば、刑法61条の規定により自白の程度に応じて情状を酌量し寛大に処理することができる。

5. 立 功

「立功は犯罪を償い、大きな立功は褒賞を受ける」。これは、我々の党および国家の一貫した刑事政策であり、懲罰寛大結合の基本刑事政策の重要部分をなす。わが国の1979年刑法は、死刑執行猶予・自首・減刑等の制度に関する規定にこの刑事政策を体現していた。しかし、新刑法は、一つの独立した刑罰制度として、これらを専門に定める特別の条文を設けた。これは、わが国の刑法史上初のことである。刑事裁判実務の経験を科学的に総括し基礎として新たに確立された本制度は、犯罪者による他人の犯行の摘発・告発を推進し、事件を迅速に解決し、犯罪者が罪を認めて法に服するよう促し、犯罪者を教育改造する上で重要な意義を有している。

(1) 立功の概念

立功とは、犯罪者が検挙逮捕後に他人の犯行を摘発することをいう。例えば、共犯事件の犯罪者が他の行為者の関与共犯以外の犯罪行為を摘発し調査して事実と判明した場合、重要な手掛かりの提供により他事件が解決しえた場合、司法機関による他の（共犯者を含む）犯罪者逮捕に協力した場合、拘禁中に他人の犯罪活動を制止した場合などが、これにあたる。立功は、犯罪者によって行われる社会に有益な行為である。犯罪者の立功を認定する際には、その発言を聞くだけでなくその行動を見なければならない。その口先だけでは足りず、他人の犯罪行為を告発しなければならない。他人の犯罪行為を摘発する実際の行動がなければ、立功を認めることはできない。

(2) 立功の種類

刑法68条1項は、「犯罪者が、他人の犯行を摘発してこれが調査によ

危害結果の大小・出頭の時期・出頭の動機・出頭の客観的条件・犯罪供述の程度などを考慮して区別を行い、軽い刑か刑の減軽が決定される。このうち、犯罪が比較的軽い者には、その刑が免除されうる。

自首は、軽罰または減刑されうるが、常に軽く処罰されるわけでも刑が減軽されるわけでもない。同様に、犯罪が比較的軽ければ刑を免除されうるが、常にその刑が免除されるわけでもない。僅少ではあるが特殊な事情下では、軽く処罰されず刑が減軽されず、犯罪が比較的軽くても刑が免除されない場合もある。

（４） 自首と自白〈坦白〉

通常、自白〈坦白〉とは、その犯行が既に関係組織・司法機関に発覚して、かつ審問ないし強制措置を受けた後に、被疑者・被告人がその犯罪行為について事実のままに自供することをいう。自白と自首は、犯行後における犯罪者の悔悟の態度という点では同じであるが、悔悟の程度に差異があるので、両者は刑法理論上異なる概念である。両者は、主に次の点で区別される。①自首は自発的な出頭供述であるが、自白は受動的な供述である。②自首は、犯罪事実ないし犯罪者が司法機関に未発覚の段階、あるいは発覚後もなお審問・強制措置を受けていない段階で、事実のままに自己の犯行を供述することをいう。これに対して、自白は、犯行が既に関係組織・司法機関に発覚し審問・強制措置を受けた後に、その犯行を事実のままに自供することをいう。③司法実務では、自首・自白は、寛大に処理されうる点では同じであるが、自首は法定情状であり自白は酌量情状にすぎず、法適用の強制力の点で異なっている。自白の認定のためには、犯罪者がどのような事情下で犯行を自供したのかが調査解明されねばならない。関係組織・司法機関に発覚して審問・強制措置の後に犯行を如実に自供した場合、またはその犯行と同一性のある他の犯行を自供した場合には、自白が成立する。関係組織・司法機関が未だ犯罪事実を覚知していないが、本件の事件と関連する犯罪行為を行った可能性があるため尋問・審問された結果、犯罪者がその犯行を如実に供述したのであれば、自首を認めねばならない。もはや否認しえない

この「他の犯行」とは、司法機関に既に発覚している被疑者・被告人・服役受刑者の犯行以外の犯行をいう。これには、同一性のある犯行も同一性のない犯行も含まれる。しかし、立法趣旨と裁判実務の具体的運用からすれば、司法機関から法的強制措置を受けた被疑者・被告人が事実のままに供述した司法機関に未発覚の本人の「余罪」とは、司法機関が既に覚知している事実とは同一性のない他の犯行、すなわち非同一の犯行とされている。例えば、窃盗を犯して強制措置を執られた被疑者・被告人が裁判過程で強盗の犯罪事実を供述すれば、余罪の供述となる。その供述が司法機関の覚知している犯行と同一性ある他の犯行を内容とする場合、すなわち窃盗を犯して強制措置を執られた者が裁判過程で窃盗の他の犯罪事実を供述したのであれば、余罪ではなく補充的な供述とされる。このような運用の下では、自首の効力が及ぶのは、司法機関が未だ覚知していない犯罪の同一性を欠く他の犯行のみに限られる。司法機関が既に覚知している犯行または覚知されてはいないがそれと同一性ある犯行について、自首は成立しないが、軽く処罰するための情状としては考慮されうる。最高人民法院「自首・立功のある者に対する法律の具体的適用の若干の問題に関する解釈」は、次のように定めている。

「強制措置を執られた犯罪被疑者・被告人または既に判決を受けた者が司法機関に未覚知の犯行を供述したとき、この犯行が司法機関に発覚している犯行または判決で確定した犯行と同一性を欠く場合、自首として処理する。これらの者が司法機関に未覚知の犯行を供述したとき、この犯行が司法機関に覚知している犯行または判決で確定した犯行と同一性を有する場合、情状を酌量して軽く処罰し、供述にかかる同一性ある犯行がより重い犯行である場合、一般的に軽く処罰しうる」。

(3) 自首犯の処罰

刑法67条によれば、自首した犯罪者は、その刑を軽くされまたは減輕されうる。これは、全般的な原則を定めた規定であり、およそ自首した全犯罪者に適用される。自首犯に対する具体的な刑罰適用に際しては、犯行の軽重と自首の具体的な情状、例えば犯罪者の主観的悪性・犯罪の

次の通りである。

1) 適用対象となる既に強制処分を受けた被疑者・被告人・服役受刑者 強制処分とは、刑事訴訟法第1編6章「強制措置」に定められた召喚・拘傳・保釈・取保候審・住居監視・勾留・逮捕など、被疑者・被告人に対する五種の処分をいう。被疑者とは、公安機関が捜査し予め立件して、検察機関が法により立件して起訴する事件の当事者をいう。被告人とは、人民法院が審判する事件の当事者をいう。これらの者は、既に強制処分の対象として立件審理された立場にあり、自発的出頭になりえないので、自首の要件を本来は充足しえない。この点が、一般自首と異なっている。

2) 司法機関に未発覚の犯行事実の供述 被疑者・被告人等は、強制処分や判決・刑罰を受けているから、自己の犯行の一部が既に司法機関に覚知されたことを知っているため、その部分の犯行について「如実に供述する」ことはありえない。それゆえ、その部分以外の犯行、すなわち司法機関に未覚知の犯行を供述した場合に初めて、自己の犯行の真実供述という性質が備わる。被疑者・被告人等が既に自己の全犯行が司法機関に覚知されたものと誤信して自己の全犯行を如実に供述したが、実際は司法機関にその犯行の一部しか発覚していなかった場合には、その供述が誤解に基づくとしても、司法機関には未発覚の犯行を供述したのであれば、司法機関が知らない犯行を事実のままに供述したものと認めるべきである。逆に被疑者が、司法機関に発覚しているのは一部の犯行にすぎないと誤信して全部の犯行を如実に供述したが、実際は司法機関には既に全犯行が発覚していた場合、司法機関に未発覚の犯行の供述になりえないが、寛大な処罰を行う情状の一つになると考えるべきである。

3) 司法機関に未発覚の本人の余罪事実の供述 第一に、供述内容は、本人の犯行でなければならない。本人の犯行ではなく他人の犯行を供述した場合、立功として処理されても、自首とは認められない。第二に、供述内容は、本人の他の犯行でなければならない。語意から理解すると、

2) 自己の犯行の事実の供述 自己の犯行を事実のままに供述することが、自首の最も本質的な特徴である。自己の犯行を事実のままに供述するとは、被疑者が自発的に出頭した後に、自己の主要な犯罪事実を如実に供述することをいう。被疑者が犯罪事実の一部について不実供述をし一部に関する供述をしなくとも、犯罪事実の主要な基本的部分を供述して犯罪の性質と主要な情状が解明されたのであれば、自己の犯行を如実に供述したものと認めるべきである。共犯事件の被疑者は、自己の犯行を如実に供述するほか、自己の知る当該事件の共犯者についても供述しなければならない。主犯は、当該事件の全犯行について責任を負うので、自己が直接実行した全犯行のほか、自己の知る他の共犯者が関与した共同犯行の事実も供述しなければならない。被疑者が出頭時に自己の犯罪の供述後原供述を覆し犯罪を否認したときには、その供述は自首と認めえない。しかし、被疑者が考えを変えて自己の不実供述を覆すことは、許されねばならない。被疑者が、自己の犯行を如実に供述後考えを変えて自己の犯行を否定し覆したが、批判教育を受けて第一審判決前に再度事実を供述すれば、なお自首が認められねばならない。

刑法67条は、「捜査・裁判を受けること」を自首の要件として明定していない。しかし、それは、「自発的に出頭し、自己の犯行を事実のままに供述する」の文言に含まれる意味であるので、自首に当然求められる要件である。

上記の二要件は、自首に必須の条件であり自首の原則・一般規則と認められる。

(2) 特殊形式の自首

原則があれば必ず例外があり、一般形態があれば特殊形態がある。これは、事物存在の必然的法則である。同様に、自首にも原則形式と特殊形式がある。この特殊形式の自首は特別自首と呼ばれ、これについて刑法67条2項が、「強制措置を執られた犯罪被疑者若しくは被告人又は服役中の犯罪者は、司法機関が認知していない本人の余罪を事実のままに供述したときは、自首とする」と定めている。この自首制度の要件は、

保護にとって、重要な意義を有している。刑法67条によると、自首は、一般自首と特殊形式の自首すなわち特別自首の二種に分けられる。

（１）一般自首の概念と要件

自首とは、犯罪者が「罪を犯した後に自発的に出頭して、事実のままに自己の犯行を供述する」行為をいう。このような自首は、理論上一般自首と呼ばれる。

自首は、次の二要件を同時に充足する必要がある。

1) 事件後の自発的出頭〈自动投案〉 自発的出頭とは、犯罪事実と犯罪被疑者が司法機関に未発覚の段階、またはこれらの発覚後、犯罪者未尋問・強制処分未執行の段階で、犯罪者が公安機関・検察機関・裁判機関に自発的かつ直接出頭することをいう。犯行が司法機関に未発覚の段階で、犯罪者が挙動不審ゆえに関係組織・司法機関から尋問教育されて自発的に自己の犯行を自白した場合でも、自発的な出頭と認めるべきである。なぜなら、関係組織・司法機関による尋問教育は、決して刑事訴訟でいう尋問・強制処分ではないからである。

一般的に、事件後の自発的出頭とは、犯罪者自身が公安機関・検察機関・裁判機関に自発的かつ直接出頭することをいう。しかし、次の場合にも、自発的出頭を認めるべきである。すなわち、犯罪被疑者がその所在単位や町村の末端組織またはその他の関係責任者に出頭した場合、犯罪被疑者が疾病負傷により犯罪減輕結果のために代出頭を他人に委託したり電信連絡を入れておく場合、犯罪後逃走中に指名手配追跡を受ける過程で自発的に出頭した場合、犯罪者の出頭準備が調査で判明したり現に出頭途中で公安機関に逮捕された場合等である。

犯罪者が自発的にではなく忠告されて保護者や親友と同伴出頭した場合、または公安機関が被疑者の保護者・親友に通知し保護者・親友が自発的に事件報告を行って被疑者を引き渡した場合、この被疑者が自己の犯行を事実のままに供述すれば同じく自首として扱うべきである。しかし、被疑者が自発的な出頭後に逃走した場合には、自首とは認められない。

1) 前後両罪がいずれも国家安全危害罪であること 前後両罪の一方が一般刑事犯罪であれば、国家安全危害罪累犯を構成しない。一般累犯を構成するか否かは、一般累犯の構成要件に基づいて定まる。一般累犯の構成要件に該当すれば、一般累犯を構成する。

2) 前後両罪に科された刑種とその重軽は国家安全危害罪累犯の成立に影響しないこと 両罪ないしその一方が拘留・管制など有期懲役より軽い刑を科されたとしても、なお国家安全危害罪累犯を構成する。

3) 前罪の刑の執行満了または赦免の後に後罪が発生しなければならないが、その時間的制約がなく何時発生しても国家安全危害罪累犯を構成すること 刑法は、国家安全危害罪累犯の構成要件に対する制約を、一般累犯よりも緩和している。なぜなら、国家安全危害罪はその性質上最も重大な犯罪であるので、反国家の立場を堅持して再び国家安全危害活動を行う犯罪者には、断固たる厳しい打撃を加えねばならないからである。

(3) 累犯の処罰

刑法65条1項は、累犯は重く処罰しなければならない、と定める。これは、次の理由に基づく。累犯は、既に刑罰を科され必要な法制教育による労働改造を受けても悔い改めないで、刑の執行満了または赦免の後5年以内に比較的重大な犯罪を再び犯した者である。このことから、累犯は、その主観的悪性が根深く人身の危険性が極めて大きいゆえに、その改造が困難なことがわかる。したがって、累犯は、より重い刑罰を科して初めて、その改造が有効となり犯罪予防目的を達成しうる。

4. 自 首

刑法67条に定める自首は、刑罰適用に重要な制度の一つであり、自白者寛大反抗者厳粛処罰の政策と懲罰寛大結合の政策を量刑活動に具体化している。この制度を貫徹することは、多数犯罪者の救済改造、少数犯罪者の孤立打撃、犯罪者の分化瓦解、また、事件迅速調査解明、正確時宜の刑事事件処理、犯罪者の効果的打撃、人民と社会主義現代化建設の

過失による犯罪はこの限りでない」と定める。この累犯が、一般累犯と呼ばれる。

一般累犯の構成要件は、次の通りである。

1) 前罪と後罪の双方が故意犯であること 前後両罪ないしその一方が過失犯であれば、累犯を構成しない。

2) 前罪と後罪の双方が有期懲役以上の刑に処すべき罪であること 前後両罪ないしその一方が拘留・管制など有期懲役より軽い刑に処せられるときは、累犯を構成しない。

3) 後罪の発生時期が前罪の刑の執行満了または赦免の後5年以内であること 後罪の発生が前罪の刑執行期間または仮釈放期間内であれば、累犯を構成せず刑法71条・86条の規定により処理される。後罪の発生が前罪の刑の執行満了または赦免の後5年を経ている（5年は含まない。）、累犯を構成しない。有期懲役の執行猶予に処せられた犯罪者が、猶予期間満了後5年以内に有期懲役以上の刑に処すべき犯罪を再び犯した場合も、累犯を構成しない。なぜなら、刑法76条によると、刑の執行猶予期間内に刑法77条の定める事由に該当することなく同期間を満了すれば、原判決の刑罰は執行されないからである。前罪の刑が執行されない以上、「刑罰の執行満了」はありえない。よって、「刑罰の執行満了」という累犯の必要条件が充足されないので、累犯を構成しない。これは、極めて明らかな道理である。

「5年以内」の期間計算について、既に刑を執行または赦免された犯罪者は、刑罰執行満了の日または赦免の日から、仮釈放された犯罪者は、仮釈放の期間満了の日から起算する。

（2）国家安全危害罪累犯

刑法66条は、「国家の安全に危害を及ぼす犯罪者が、その刑を執行満了し、又は赦免された後、いかなるときでも国家の安全に危害を及ぼす罪を再び犯したときは、すべて累犯とする」と定める。このような累犯が、国家安全危害罪累犯ないし特別累犯と呼ばれる。この累犯の構成要件は、次の通りである。

危険性を反映し、社会危害性の大小に影響するので、量刑にも影響を及ぼす。例えば、一般の公私の財物を窃取して被害額もほぼ等しい二人の窃盗犯のうち、一方は、楽ばかりしたがる大食いの怠け者で飲食・買春・賭事のために何度も窃盗を重ねてきた者であったが、他方は、平常の態度に問題はなく今回が初めての窃盗だったとする。初犯は軽罰の情状ではないが、両者を比較すると前者は後者よりも重大である。それゆえ、前者は量刑に際して後者よりも重く処罰されねばならない。

6) 犯罪後の態度 「自白した者は寛大に、反抗する者は厳粛に」は、わが国刑事政策の基本的内容の一つである。犯罪者の犯行後の態度がどうであったか。すなわち誠実に自白して罪を悔い、積極的に盗品を返還し、自発的に損害賠償したのか。それとも、頑強に抵抗し罪を認めず、損害も賠償せず、さらには犯罪者同士結託して庇護し合い、罪証を隠滅したのか。それに、犯罪者の人身の危険性とその改造の難度が反映される。犯行後に自白して罪を認めることは、その人身の危険性が低く改造が容易なことを示すので、その刑を軽くすることができる。これに対し、犯行後頑強に抵抗し罪を認めないことは、その人身の危険性が大きく改造困難を示しているので、重く処罰する必要がある。犯行後の犯罪者の態度を考慮しなければ、自首した者を寛大に処理し反抗する者を厳粛に処罰しえなくなるので、犯罪闘争に不利益を及ぼす。

3. 累 犯

累犯とは、一定の処刑執行満了後、または刑赦免後の一定期間内に一定の刑に科される罪を再び犯した犯罪者をいう。わが国の刑法第1編4章2節は、累犯に関して明確に規定する。この規定によれば、累犯は、一般累犯と国家安全危害罪累犯とに二分される。

(1) 一般累犯

刑法65条1項は、「有期懲役以上の刑に処せられた犯罪者が、その刑を執行満了し、又は赦免された後、5年以内に有期懲役以上の刑に処すべき罪を犯したときは、累犯とし、重く処罰しなければならない。但し、

1) 犯罪動機 犯罪動機の相違に応じて、その社会危害性も異なる。一般的に、犯罪動機が卑劣・劣悪なほどに、主観的悪性・社会危害性・改造の難度も高まる。それゆえ、犯罪動機がさほど卑劣でない犯罪者よりも重い刑罰が科されねばならない。例えば、飲食・買春・賭事のために窃盗を行った者には、家庭経済問題の解決が一時困難になったために窃盗を行った者と比較して被害額が同じでも、その人身の危険性・社会危害性が大きいので一般的により重い刑罰を科さねばならない。

2) 犯罪手段 犯罪手段の残酷狡猾の相違は、社会危害性の相違を反映する。例えば、同じ殺人でも刀で滅多斬りにしたり殺害後に死体を分解するなど特に残酷な手段を用いた者には、通常の殺人犯よりもさらに重い刑罰が科されねばならない。

3) 犯罪時の環境条件、特に当時の政治経済情勢と社会治安状況 犯罪の社会危害性は量刑の根拠となるが、その大小は犯罪の性質だけでなく外部条件の影響も受ける。例えば、地震の被災処理期間中に強盗・強姦等の犯罪を犯した場合、その社会危害性は平時の犯罪よりも大きい。また、社会治安状況が良くない状況下で殺人・強盗・強姦等の犯罪を犯す場合の社会危害性は、社会治安が良い状況下での犯罪よりも大きい。それゆえ、量刑に際しては犯罪時の環境条件を考慮する必要があるが、国家の政治経済情勢と社会治安状況を無視して事件処理を閉鎖的にしてはならない。

4) 犯罪対象の事情 侵害対象の具体的事情が違えば、その社会危害性にも差異が生じるので、科すべき刑罰の軽重も異なる。例えば、緊急対策・災害救助・軍用物資の横領・窃盗は一般財物の横領・窃盗よりも社会危害性が大きいので、その刑も相対的に重くされねばならない。

5) 犯罪者の一貫した態度 行為者の犯罪の成否・軽重は、行為者の一貫した態度ではなく、行為者の犯罪行為によって決せられる。行為者の平時の態度を定罪量刑の根拠とするのは、正しくない。しかし、犯罪の性質と刑罰を決定する際に犯罪者の一貫した態度を参考にするのは、必要なことである。行為者の一貫した態度は、その主観的悪性と人身の

す必要がなければ、刑法37条の規定により刑事処分の免除を言渡さねばならない。

重処罰の情状、軽処罰の情状、処罰減輕免除の情状について、わが国の刑法は、明確な具体的規定を設けている。例えば、刑法23条は、「未遂犯は、既遂犯と比較してその刑を軽くし、又は減輕することができる」と定める。また、刑法279条2項は、「人民警察を詐称して詐欺を行った者は、前項の規定に従って重く処罰する」と定める。量刑に際して重罰・軽罰または刑を減輕・免除するには、刑法の規定に厳格に従わなければならない。

前述の刑法に定める量刑情状には、裁判官による刑罰裁量決定の制約という観点からすると、「(することが) できる<可以>」・「(しなければ) ならない<应当>」の二つの場合がある。「できる」は相対的かつ選択的であり、重罰・軽罰・刑免除は人民法院が事件の具体的事情に基づいて決定する。しかし、立法の意図からすれば、法律に定める「できる」には、一定の傾向があり、ごく一部の事情を除いて、通常は、重罰・軽罰・刑免除すべきものと解される。これに対し、「ならない」は絶対的・硬直的・肯定的であり、量刑に際して重罰・軽罰・刑免除をしなければならず、人民法院には裁量の余地がない。条文の中には「重く処罰する」と定めるだけで、「できる」とも「ならない」とも定めていないものもあるが、このような規定は、「ならない」すなわち重く処罰しなければならないものと解するべきである。

2. 酌量情状

酌量情状とは、裁判情状とも呼ばれ刑法の明文で定めてはいないが、刑事立法の精神と司法実務から抽象的に概括されて量刑時に斟酌考慮される情状をいう。この情状を量刑で考慮することは、事件処理の内容の向上と適切な量刑保障に重要な意義をもつ。

酌量情状は多種多様であるが、最も主要なものを次に概括的に挙げる。

の法定刑の下限よりも短期の刑に処すこともできる。法定刑の下限が拘留であるとき、これを減軽して管制に処するのが前者の例である。法定刑の下限が3年の有期懲役であるとき、これを減軽して3年に満たない懲役に処するのが後者の例である。しかし、後者の場合、3年の懲役に処してはならない。なぜなら、3年の懲役では、なお法定刑の限度内であって刑の減軽ではないからである。

刑の減軽には、次の二つの場合がある。第一は、犯罪者に法定の処罰減軽情状があるため、その刑が減軽される場合である。第二は、犯罪者に法定の処罰減軽情状はないが、当該事件の特殊事情のために法定刑の下限でもなお重きに失し減軽が必要な場合、最高人民法院の許可を経てその下限を下回る刑が科される場合である。この第二の場合に、その適用範囲と適用手続の上で厳格な制限が加えられているのは、法律の厳肅性を維持して不当な量刑を防止するためである。

4) 処罰免除〔刑の免除〕の情状 処罰の免除とは、犯罪者に有罪を宣告すると同時に、その刑を免除することをいう。刑の免除は、行為者の行為が刑律を犯して犯罪を構成し、本来ならば処罰されるべきであるにもかかわらず、処罰免除の情状があるために、単にその刑が免除されるにすぎない。それゆえ、刑の免除と無罪とは、根本的に異なる。また、刑の免除と刑事処分の免除は、行為者の行為が犯罪を構成するにもかかわらず刑罰が科されない点では同じである。しかし、刑罰が科されない理由により、両者は区別される。刑法37条の「刑事処分免除」の根拠は、「犯罪の情状が軽微なため、刑を科す必要のない」ことである。他方、「処罰免除」の根拠は、法定の処罰免除の情状であり、必ずしも犯罪自体の情状が軽微であることを意味しない。例えば、自首に関する刑法67条は、「犯罪が比較的軽いとき（軽微でなくともよい。）は、その刑を免除することができる」と定め、このことを示している。したがって、刑を科さない決定をする場合、処罰免除の情状があり、かつ刑を免除する必要があるれば、処罰免除の情状に関する刑法の規定により刑の免除を言渡さねばならない。これに対し、法定の処罰免除の情状はないが刑を科

1) 重処罰〔重い刑〕の情状 刑法62条によれば、重処罰とは、法定刑の限度で重い刑を言渡すことをいう。それは、重くも軽くも処罰しない通常的情状の下で言渡される刑と較べて、より重く処罰することを意味する。重処罰を「最高刑〈満貫〉」すなわち法定刑の上限での処罰と解したり、また単純に引いた「中線」以上が重処罰、それ以下が軽処罰とする方法も採用しえない。なぜなら、性質の等しい事件も、その社会危害性が異なれば処罰の軽重にも差異が生じるので、法定刑の上限に近い刑罰に処すべき場合もあれば、法定刑の下限に近い刑罰に処すべき場合もある。より重く処罰する情状があるから中線よりも重く、より軽く処罰する情状があるから中線よりも軽くというように、区別なく一律に処罰したのでは、必然的に重罪を軽く処罰して軽罪を重く処罰する誤りが、生じるからである。しかも多くの場合、中線を定めることはできない。例えば、刑法249条は、「民族の仇恨又は差別を煽動した者は、その情状が重い場合、3年以下の有期懲役、拘留、管制又は政治的権利の剥奪に処する」と定めている。このように刑罰方法に主刑・付加刑の差異がある法定刑の場合、中線を定められない。

2) 軽処罰〔軽い刑〕の情状 刑法62条によれば、軽処罰とは、法定刑の限度で軽い刑を言渡すことをいう。重くも軽くも処罰しない通常的情状下で言渡される刑と対比される点では、重く処罰する場合と同じであるが、こちらは、それよりも軽く処罰することを意味する。軽処罰を法定刑の下限での処罰と解してはならない。現実を起点として各事件を具体的に分析し、事実に応じた問題解決を図ることにより、科すべき刑罰を決定しなければならない。

3) 処罰減輕〔刑の減輕〕の情状 刑法63条に定める処罰減輕〔刑の減輕〕とは、法定刑の下限以下の刑罰を科すことをいう。刑法99条が「この法律において、以上、以下、以内とは、その数自体を含む」と定めていることから、刑の減輕の意味は、法定刑の下限よりも低い刑罰を科すことと解するべきである。刑の減輕の情状を適用する場合、それぞれ異なる法定刑の下限に基づいて、より軽い別の刑種に処すことも、そ

位ないし上級主管機関が酌量して行政処分に付する、と定める。後者の例として、刑法232条は、故意に人を殺した者は死刑、無期懲役または10年以上の有期懲役に処する、と通常の場合につき定めるが、比較的情状が軽い場合には、より軽い3年以上10年以下の有期懲役の限度で適切な刑罰を科する、としている。

3) 重大な情状 この量刑情状は、その適条に定める数個の具体的量刑幅の範囲で重罰を決定する根拠となる。例えば、刑法295条は、犯罪の方法を伝授した者は5年以下の有期懲役、管制または拘留に処する、と定めるが、その情状が重大なときは5年以上の有期懲役に処し、その情状が特に重大なときは死刑または無期懲役に処する、と定める。犯罪の方法を伝授した者には、通常であれば5年以下の有期懲役、拘役または管制的限度で刑が科される。しかし、その情状が重大であれば、より重い5年以上の有期懲役の限度で相応の有期懲役に処せられる。

4) 特に重大な情状 通常、この情状は、その適条に定める数個の具体的量刑幅の範囲で、最重罰を決定する根拠となる。例えば、刑法341条は、国家が重点的に保護する貴重で絶滅のおそれのある野生動物を不法に捕獲・殺害した者、またはこのような野生動物およびその製品を不法に購入・輸送・販売した者は、5年以下の有期懲役または拘留に処し、罰金を併科する、と定める。しかし、その情状が重大なときは、5年以上10年以下の有期懲役に罰金を併科し、その情状が特に重大なときは、10年以上の有期懲役に罰金・財産没収を併科する、としている。情状が特に重大であることによって、10年以上の有期懲役および罰金・財産没収の併科という量刑の限度内において、宣告刑が決定される。

これらの量刑情状を検討して、処罰の必要性の有無およびその適条に定める具体的な量刑幅度内のどの量刑幅度を適用するかの問題を解決することが、適切な量刑の必要条件となる。適用される具体的量刑幅の限度が不当であれば、必然的に量刑基準の喪失に至る。

(2) 一定の具体的量刑幅の限度で重処罰・軽処罰・刑免除を決定づける情状 わが国の刑法には、この量刑情状として次の四つがある。

でも、量刑原則の逸脱となり量刑の妥当性が失われ、誤審が発生して国家・人民の利益が害される。人民法院および裁判官は、事実と法律に忠実な量刑原則を自覚的に貫徹し、絶えず経験を総括しつつ裁判実務を行うことにより、量刑原則が遵守される程度を高めて、その職務の質と量を保障しなければならない。

第2節 量刑の情状

量刑の情状とは、人民法院が犯罪者の刑罰を裁量決定する際に、科すべき刑の軽重または免除の根拠となる事実の事情をいう。量刑情状は、法定情状と酌量情状との二種に分けられる。

1. 法定情状

法定情状とは、重罰・軽罰・刑免除の量刑根拠となりうる事実事情のうち、刑法が明文で定めたものをいう。法定情状は、量刑における位置づけと作用に応じて、さらに二種に分けられる。第一は、刑罰を科す必要性の有無および数種の量刑幅〈量刑幅度〉がある場合、具体的な量刑幅の選択を決定する情状である。第二は、ある具体的な量刑幅の限度で、厳粛な刑罰・寛大な刑罰・刑の免除いずれに処すかを決定する情状である。

(1) 処罰必要性および具体的量刑幅〈量刑幅度〉を選択決定する情状 この法定情状として、わが国の刑法には次の四つがある。

1) 軽微な情状 この情状は、刑事処分免除の根拠となる。例えば、刑法37条は、犯罪が情状軽微で刑を科す必要のないときは、刑事処分を免除しうる、と定める。

2) 比較的軽い情状 この情状は、他の条件と相まって、不科刑を決定する根拠、あるいはその適条に定める数個の具体的な量刑幅の範囲で軽罰を決定する根拠となる。前者の例として、刑法383条1号4号は、個人による横領額5000元未満でその情状が比較的軽いときは、その所在単

（２） 刑法を基準とする量刑

刑法61条は、犯罪者の刑罰を定めるにあたって、「この法律の関係規定により」判決を下さねばならないと定める。これは、刑法が量刑基準になること、すなわち法に依拠した量刑を意味しており、量刑における罪刑法定原則を示している。刑法の関連規定として、主に次の諸規定がある。

１）刑罰方法・刑罰制度・刑罰適用条件に関する規定 例えば、犯罪時に18歳未満の者および裁判時懐胎婦女への死刑不適用の規定、国家の安全を害した犯罪者に必要的に政治的権利剥奪を付加する規定、累犯重罰規定、自首した者の軽罰減軽規定、数罪併罰〔併合罪〕につき管制長期3年・拘留長期1年・有期懲役長期20年とする規定等がある。これらの諸規定に反する量刑は、違法である。

２）具体的犯罪の量刑幅に関する規定 刑法に定める量刑幅を任意に超越することは許されず、刑の減軽の法定情状を備えない限り、量刑幅の限度で刑種を選択して適切な重さの刑罰を科さねばならない。法定刑の上限が無期懲役の場合に、これを超える死刑を適用したり、その下限が有期懲役の場合に、これを下回る拘留ないし管制を適用してはならない。罰金・政治的権利剥奪・財産没収の付加が定められていなければ、これらの刑の併科も許されない。

３）重処罰〔重い刑〕・軽処罰〔軽い刑〕および処罰〔刑〕の減軽免除に関する規定 例えば、聾啞者・盲人の犯罪を軽く処罰または刑を減軽免除しうる規定、過剰防衛・過剰避難の刑を減軽免除する規定、予備を既遂の刑に照らして軽く処罰または刑を減軽免除しうる規定、未遂を既遂の刑に照らして軽く処罰または刑を減軽しうる規定、国家機関職員 of 誣告陷害罪の重罰規定などである。量刑に際しては、これらの規定を厳格に執行して適切な量刑を保障し、懲罰寛大結合政策の精神を體現しなければならない。

犯罪事実を根拠とし刑事法を基準とすることは、わが国の刑法の量刑原則を相互に補完する不可分な構成部分である。いずれか一方を逸脱し

重異なる量刑の幅を設けた規定である。情状は、量刑の幅以外にも、量刑幅の枠内での処罰、それを下回る処罰、あるいは処罰免除を決定づける。それゆえ、人民法院は、犯罪性質を確定し、これにどの条文を適用するかによって量刑の幅を決定した後に、犯罪の全情状を把握した上でその相違に基づき、量刑の幅の枠内で処罰するか、それ以下で処罰するか、あるいは処罰を免除するかを裁量しなければならない。量刑に対する情状の意義を軽視してその理解・区別に注意を払わず、各情状の異なる具体的事件に固定不変の量刑基準をあてはめると、量刑の妥当性が失われることになる。

4) 行為の社会危害の程度の正確な評価 行為の社会危害の程度とは、行為が社会に与えた危害の大小軽重をいう。行為の社会危害性は犯罪の最も本質的な特徴であり、その社会危害の程度によって犯罪・非犯罪および重罪・軽罪が区別されるので、行為の社会危害の程度は、科刑の是非と軽重を決定づける主要根拠となる。行為の社会危害の程度は、多数の主観的・客観的要素によって決定づけられる。例えば、犯罪の性質・情状・結果等は、いずれもそれを決定づける重要な要素である。それゆえ、人民法院は、量刑時に犯罪の社会危害の程度を正確に評価しなければならず、こうして初めて行為者に適切な刑罰を言渡すことができる。その評価が不当であれば、量刑の軽重にも偏りが生じる。

刑法は、犯罪の事実・性質・情状・社会危害の四要素を量刑過程で考慮すべきと定めている。これは、事案審理における裁判官の正常な思考を科学的に概括し、量刑の相反する二側面を経験科学的に総括したものである。裁判官は、刑事事件を審理して刑罰を定める際には、この四要素の相互の関係と相違を客観的・全面的・総合的に分析し、主観性・片面性を忌避しなければならない。

さらに、行為者の主観的悪性の程度、国家の政治経済情勢ことに社会治安情勢等も、犯罪の社会危害性の程度を決定づける重要な要素として、科刑の軽重に大きな影響を及ぼす。それゆえ、人民法院は、刑罰を裁量決定する際に、これらの要素も無視してはならない。

犯罪事實は、量刑の物質的基礎となる。犯罪事實なき量刑は、その客観的基礎を失う。事實解明を前提として初めて、行為者の行為が犯罪を構成するか否か、どのような性質の犯罪か、刑罰を科す必要があるか否か、どのような刑罰に処すべきかが、確定されうる。刑事裁判実務で誤審が生じる重要な原因の一つとして、犯罪事實を精査して認定せず、犯罪事實に基づく量刑原則を遵守しないことが挙げられる。したがって、適正な量刑にまず必要なことは、真実を深く解明する調査検討を行い、犯罪事實を明確化することである。

2) 犯罪性質の正確な認定 犯罪は複雑多様な社会現象であり、各犯罪間には量的関連も質的相違もある。犯罪の性質が異なれば社会危害性の大小も異なり、処罰の軽重にも区別が生じる。したがって、量刑に際しては、解明された犯罪事實を基礎として犯罪構成の理論および刑法の関連規定を運用して、犯罪性質の認定すなわち行為者の行為が何罪を構成しどの罪名かの認定を正確に行わなければならない。通常我々が問題の性質決定の正確性という場合、それは主に罪名確定の正しさを意味する。犯罪性の正確な認定すなわち性質決定の正確性は、適正な量刑の前提条件となる。定罪が正確でなければ量刑も不当となり、刑事裁判実務で発生する誤審の主要原因は、性質決定が不正確な点にある。

3) 犯罪情状の把握 犯罪の情状には、二種類のものがある。第一は、犯罪の性質に影響を及ぼす情状であり、この犯罪構成に不可欠な要素は定罪情状と呼ばれる。第二は、量刑情状であり、犯罪性を決定づける基本的事実ではなく、犯罪の社会危害の程度に影響を及ぼす事実をいう。この事実とは、犯罪性を決定づけないが、量刑の軽重に影響を与える。我々のいう犯罪の情状とは、この量刑情状である。犯罪の性質が同じでも情状が異なれば、刑の軽重にも違いが生じる。わが国の刑法は、犯罪の情状の相違に基づいて、同一の犯罪に異なる量刑の幅を設けている。例えば、刑法232条は、「故意に人を殺した者は、死刑、無期又は10年以上の懲役に処す。情状が比較的軽いときは、3年以上10年以下の有期懲役に処する」と定める。これは、故意殺人罪の情状の相違に応じて、軽

2. 量刑の一般原則

わが国の刑法は、「事実を根拠とし法律を基準とする」の裁判実務指導原則および罪刑法定・法の下での平等・罪刑相当の三原則に基づいて、わが国の刑事裁判実務の具体的状況と経験とを結合して、遵守すべき量刑の一般原則を明定した。すなわち刑法61条は、「犯罪者に対する刑罰の決定にあたっては、犯罪事実、犯罪の性質、犯罪の情状及び社会に対する危険の程度に基づいて、この法律の関連規定により判決を下さなければならない」と定める。この原則を量刑活動で貫徹するためには、第一に犯罪事実に基づいた量刑、第二に刑法を基準とした量刑が堅持されねばならず、そのいずれも疎かにしてはならない。

(1) 犯罪事実を根拠とする量刑

犯罪事実を根拠として、証拠による調査検討を重視すること、また自白〈口供〉を軽信せずその強要を厳禁することは、わが党の一貫した政策である。犯罪事実に基づく量刑は、すべて事実を出発点とするわが党の優れた伝統的態度を刑事裁判活動に体现したものである。犯罪事実に基づく量刑の原則を堅持するためには、犯罪者への刑罰決定にあたり、犯罪の事実・性質・情状・社会的危害の程度を根拠にして、十分に信頼しうる事実を基礎として量刑を行うことにより、不確実な犯罪事実に起因する誤審事件を回避することが求められる。

犯罪事実を根拠とする量刑は、次の基本内容が具体的に要求される。

1) 犯罪事実の精査解明 広義の犯罪事実とは、ある行為の犯罪構成事実とその軽重の程度との相互関係・相互作用の現実的状況を示す客観的な存在をいう。刑法61条に定める「犯罪事実・犯罪の性質・犯罪の情状・社会的危害の程度」の四事実がこれにあたる。これに対し、狭義の犯罪事実とは、犯罪構成要件の基本的事実、すなわち、犯罪の主体・客体・主観面・客観面の事実をいう。「重大な情状」を構成要件とする犯罪では、犯罪の情状も犯罪事実に含まれる。このような情状は、刑法理論では定罪情状と呼ばれる。本書で犯罪事実というとき、それは狭義の犯罪事実を意味する。

第21章 量 刑（魏克家）

長井 圓
藤井 学 共訳

第1節 量刑の概念と一般原則

1. 量刑の概念

量刑とは、人民法院が法により犯罪者に刑罰を裁量決定する活動をいう。量刑と定罪〔犯罪の確定〕は、いずれも刑事裁判活動の根本をなしており、人民法院が定罪を基礎として犯罪者に刑罰を科すことの是非と刑の種類・程度とを決定する。

定罪は、量刑の基礎と前提をなす。定罪なくして量刑はありえず、定罪を誤れば必然的に量刑も不当となる。しかし、定罪と量刑は刑事裁判活動の異なる段階であるので、定罪が正確であっても量刑が常に適切になるとは限らない。しばしば司法実務では、定罪は正確であるのに、量刑軽重の偏った事案が発生している。それゆえ人民法院は、その刑事裁判活動で定罪のみならず量刑も重視しなければならず、特に定罪後は量刑中心の刑事裁判活動をより深く詳細に展開して、適切・公正・合理的・効果的な量刑を保障しなければならない。

適切な量刑は、刑事裁判の質と量を検証するための重要な基準となる。適切な量刑は、社会主義法制度を擁護して国家と人民の利益を保障すること、また、打撃を少数の犯罪者にとどめて孤立させること、多数の犯罪者が罪を認めて法に服従し改造を受け入れて新たな人生を歩むこと、さらには、犯罪と闘争する人民大衆の積極性を引き出すことにとって重要な意義を有する。人民法院および刑事裁判担当者が刑事事件を審理する際には、国家人民の利益保護を出発点として、極めて慎重な態度と何事にも影響されずに法を執行する精神とで量刑を行わなければならない。こうして、まさに「正確な認定と適切な量刑により、無実の者を罰さず犯人処罰を免れさせない」ことができる。

(3) 行政的処分。主に主管官庁が命じる行政処分をいう。

主管官庁による行政処分とは、人民法院が事件の事情に基づいて犯罪者の所在行政単位に行政処分の司法建議を提出し、これを受けた主管行政単位が犯罪者に適切な処分を命じる方法をいう。

主管官庁による行政処分は人民法院の司法建議に基づいて行われるが、この点が他の行政処分にみられない特徴である。また、この処分は、主管行政単位により決定・遂行される。行政処分には警告・罪過記録〈记过〉・除名などがあり、その間にはその重さの程度に違いがある。したがって、人民法院は犯罪の性質・危害の程度・犯罪予防の必要性に応じた司法建議を提出するが、これを判決文に記載してはならない。なぜなら、人民法院の判決は、どのような行政処分も直接には行えないからである。

(1) 最高人民法院『司法文書選編』(1989年5月)。

(2) 最高人民法院『司法便覧』第3巻262～263頁。

(3) 陳光中主編『刑事訴訟法学〈新版〉』(中国政法大学出版社1996年12月第1版)412頁。

(4) 肖揚主編『新刑法学』(中国人民公安大学出版社)163頁より引用。

害性を分析して犯罪者が更生に努め再び犯罪を犯さないよう命令する。他方では、被告人の犯罪行為が軽微で刑事処分を科さないことを明らかにしなければならない」とされる。この回答は、訓戒の内容と執行方式について拘束力ある明確な解釈を与えた。これは、司法実務の総括であるとともに、司法実務での具体的な法創造と認められる。実務では、訓戒が非刑罰的处理方法の一種として、情状が軽微で判決が不要な犯罪者に適用されることにより、感化教育効果が得られ、さらに犯罪の予防減少を促進させることが明らかにされている。

2) 改悛の誓約〈具结悔过〉

改悛の誓約とは、人民法院が犯罪の情状が軽微で刑を科す必要のない者に対し、書面により改悛を約束させ、再び犯罪を起こさないよう命令する教育処分をいう。改悛誓約を適用するには、次の二条件を満たさねばならない。①適用対象は刑事処分を免除しうる者であること。刑罰を科すべき者および犯罪を構成しない者には、改悛誓約が適用されない。②事件の事情に基づき、犯罪分者に書面による改悛の約束を命ずる必要のあること。実務では、わが国の特色あるこの非刑罰的処分の方法により、刑事処分の免除される一定の見識ある犯罪者に、比較的良好な教育・予防効果を発揮することが明らかになっている。

3) 謝罪〈赔礼道歉〉

謝罪とは、犯罪の情状が軽微で刑を科す必要のない者に、その法廷において被害者の面前で公然と自己の誤りを認めて遺憾の意を表示するよう、人民法院が命令する教育処分をいう。

謝罪の適用対象は、前述の教育的処理方法と同じである。両者の違いは、犯罪者が法廷において被害者の面前で公然と自己の誤りを認めて、遺憾の意を表明する点にある。したがって、被害者に精神的苦痛を与えた情状軽微な犯罪者にとって、この教育処分の適用は比較的大きな効果がある。この謝罪は、犯罪者の悔悟・再出発を促して、教育や戒告の目的を達成する。犯罪者に改悛・再出発を促す一方、被害者を一定程度慰め、その精神的苦痛を回復・安定させて、矛盾激化を防止する。

ない。

経済的損害賠償は、その性質上一種の民事的強制処分であるが、それが犯罪行為により生じたのであるから、刑法に基づく民事賠償責任である。このような事件を処理する場合には、刑法の総則・各則の規定を総合し、犯罪者にその合法財産による優先的な民事賠償責任を負わせる。

2) 損害賠償

損害賠償は、人民法院が犯状軽微で刑を科す必要がない犯罪者に被害者への一定額の金銭支払を命じて被害者の犯罪損害を補填する処分をいう。

刑法37条の規定によれば、損害賠償は刑事処分の免除を前提とする処理方法である。したがって、この損害賠償と経済的損害賠償は、次の点で区別される。①適用対象が異なる。損害賠償の適用対象は法により刑事処分を免除された者であるが、経済的損害賠償は法により刑罰に処せられた者に適用される。②処理の結果が異なる。損害賠償が命令される条件は、犯罪の情状が軽微で刑罰を言渡す必要がないことであり、被告人は損害を賠償するのみで刑罰を言渡されない。これに対して、経済的損害賠償の適用条件は、犯罪が比較的重大で刑罰を科す必要があることであり、被告人は刑罰を科されると同時に賠償も行う。つまり、被告人は、刑罰と賠償双方を負担する。

(2) 教育的処分。これには次の三種類がある。

1) 訓 戒

訓戒とは、人民法院が犯罪の情状軽微で刑を言渡す必要のない者に対し、その法廷において公に口頭で譴責する教育処分をいう。

訓戒の適用対象は損害賠償と同じであり、ただその処罰の内容が特殊である。最高人民法院は、1964年1月18日の「訓戒に関する回答」で次のように指摘した。それによれば、「人民法院は、情状の軽微な犯罪者に対して、刑罰を科す必要はないが裁判しなければならないと認める場合には、口頭で訓戒を行う。その際には、事件の具体的状況に基づき、一方では、犯罪者の違法な犯罪行為を厳しく指摘するとともに、その危

罰の性質をもたない。非刑罰的処理方法は、人民法院が事件を解決する処理方法の一種であり、刑法総則の「刑罰」の章に規定された事実は、それが刑罰と密接に関係することを示すとともに、我々が刑罰に続いて非刑罰的処理方法を説明する理由にもなっている。ここで指摘すべきは、非刑罰的処理方法は、刑罰ではないが相互に接点があり、各領域の法と協調して社会主義法制を維持促進することによって、また被害者の合法権利の保護と犯罪者の教育によって、その矛盾激化の防止に重要な役割を果たすことである。同時に、人民法院が軽微な犯罪に対する非刑罰化を実行する法律上の根拠も提供している。

2. 非刑罰的処理方法〔非刑罰的処分〕の種類

刑法36条・37条の規定によれば、非刑罰的処分の方法には、次の三つがある。

（1）経済的処分。これには、次の二種類がある。

1）経済的損害賠償

経済的損害賠償とは、人民法院が法により犯罪者に刑罰を科すと同時に、その犯罪行為が被害者に与えた経済的損害の程度に基づいて情状を酌量し、被害者への一定額の金銭賠償を命じる処分をいう。

刑法36条は、「犯罪行為によって被害者が経済的損害を被ったときは、犯罪者に対して法による刑事処罰を科すほか、状況に基づいて経済的損害賠償を言渡さなければならない。民事損害賠償責任を負う犯罪者は、同時に罰金刑に処せられ、その財産が全部を支払うのに足りないとき、又は財産の没収に処せられたときは、まず被害者に対する民事損害賠償責任を負わなければならない」と定める。

これによると、経済的損失の賠償を言渡すには、次の二要件を満たさねばならない。第一は、被害者の経済的損失が被告人の犯罪行為によって加えられ、経済的損害と犯罪行為との間に因果関係が存在すること、第二は、適用対象が法により刑に処せられた犯罪者であることである。適用対象が法による刑事処分免除者ならば、経済的損害賠償は適用され

に対する国外追放の適用は、わが国の領域内における国家・人民の利益に対する継続的危害の防止に有効な措置であるばかりか、国家主権維持を具体的に体现するものでもある。

刑法35条の規定によれば、国外追放は独立または付加して適用される。その具体的適用に際しては、犯罪の性質情状・犯罪者の情況・両国間の関係・外交闘争の必要性を考慮しなければならない。犯罪が比較的軽く有期懲役には至らないが国外追放の必要がある者には、国外追放を独立して適用する。犯罪が比較的重大で有期懲役に処すべき者には、国外追放が付加的に適用される。独立的適用か付加的適用かを問わず、慎重でなければならない。刑法に定める「国外追放しうる」は、「する」ではない。ここにその意図が体现されている。

刑法の国外追放と「中華人民共和国外国人入出国管理法」の国外追放とは、区別する必要がある。両者の相違は、次の点にある。①性質が異なる。前者は、刑罰方法の一種であり、わが国の国境内で犯罪を犯した外国人に適用される。後者は、行政処分の一環であり、外国人入出国管理法の規定に違反して情状が比較的重大な外国人に適用される。②主管機関および判決手続が異なる。前者は、人民法院が刑事訴訟法の手続に従って判決を行う。これに対し、行政処分としての国外追放は、地方公安機関が関連規定の手続に従って公安部に報告し、公安部がその決定を下す。③執行時間が異なる。人民法院の判決で国外追放を独立して適用する場合には、判決確定日より執行され、付加的に適用する場合には、主刑の執行終了日より執行される。これに対して、公安機関による国外追放の適用は、公安部による決定後直ちに執行される。

第4節 非刑罰的処理方法

1. 非刑罰的処理方法〔非刑罰的処分〕の概念

非刑罰的処理方法とは、人民法院が犯罪者に適用する刑罰以外の処分の総称をいう。刑法に定める非刑罰的処理方法は、刑罰ではないので刑

で、一定の順序に従って弁済されること。また、没収財産に犯罪者が不法に占有した公民個人の財産があれば、原所有者の請求により審査した上で事実が証明されれば、それを原所有者に返還する。

財産を没収する際には、違法所得の追徴および禁制品の没収との区別が問題となる。刑法64条によれば、犯罪者が違法に獲得した全財産は、これを追徴しまたはその賠償を命じなければならない。犯罪者が犯罪を手段として獲得した財物は、本来的に犯罪者の所有に属さない。したがって、追徴・賠償を命じて、損失を受けた公私の財産の原状回復をしなければならない。このように、違法所得追徴と財産没収とは性質が異なる。また、財産没収は禁制品没収とも異なる。禁制品の没収には、二つの場合がある。第一に、行政的強制措置として、銃器・薬物・猥褻物等その所有を法律が禁止する物品等の没収がある。第二に、刑事訴訟の強制措置として、貨幣偽造の道具・殺人の凶器など犯罪者が犯罪に使用した物品の没収がある。

財産没収の判決は、それが付加的適用か独立的適用かを問わず、人民法院が執行し、必要があれば公安機関と合同で執行する。

4. 国外追放〈驅逐出境〉

国外追放〈驅逐出境〉とは、犯罪を犯した外国人に中国国境からの離脱を強制する刑罰方法をいう。

刑法35条は、「罪を犯した外国人については、国外追放を独立して適用するか、又は付加して適用することができる」と定める。外国人とは、外国国籍を有する者および無国籍の者をいう。国外追放は、犯罪を犯した外国人にのみされ、普遍的に適用される性質のものではないので、わが国の刑法は、刑罰体系外に国外追放に関する専門条項を設けている。

国外追放は、特殊な刑罰方法として、国家主権との関連性を有する。わが国は、独立の主権国家の一つである。わが国の領土内における外国人の犯罪には、外交特権・外交免除権ゆえに外交手段を通じて解決される場合を除き、わが国の刑法が一律に適用される。犯罪を犯した外国人

また同条は、「財産没収の判決を下すときは、犯罪者の家族が所有し、又は所有すべき財産を没収してはならない」とも定めている。ここでいう「犯罪者個人の所有する財産」とは、犯罪者本人が所有する財産および他人との共有財産の法に基づく持分をいう。具体的事件を処理する場合、犯罪者個人の所有財産か、家族ないし他人の所有財産かを厳格に区別しなければならない。法により犯罪者個人の所有財産であると確定して初めて、これを没収できる。財産の一部・全部のいずれを没収するかは、人民法院が犯罪の性質と情状に基づいて裁量し、判決文に没収財産の名称と数量を具体的に明示して執行しなければならない。財産の全部を没収する場合には、犯罪者およびその扶養家族に必要な生活費を保留する必要がある。これは、裁判実務の経験から定められた新规定であり、財産没収刑がより完全化したことの現れでもある。その根拠は、より良好な犯罪者の改造と社会的安定の維持にある。

犯罪者の家族が所有する財産または所有すべき財産には、二種類のものがある。第一は、犯罪者の家族が所有する財産、第二は、共有財産のうち家族が持分として所有する財産である。これらの財産は、法により没収しえない。ここには、わが国の刑法の罪責自負・無辜不処罰の原則が体现されている。

犯罪者が財産没収以前に負っていた正当な債務で、わが国の刑法が認めるものについては、債権者の合法的利益が保護される。刑法60条は、「財産の没収以前に犯罪者が負った正当な債務であって、没収した財産によって弁済する必要のあるときは、債権者の請求により弁済しなければならない」と定める。これによれば、没収した財産で債務を弁済するには、次の四要件を満たさねばならない。①犯罪者が財産の没収以前に負った債務であること。没収後に負った債務は、没収財産により弁済してはならない。②売買・貸借・賃貸借等の経済活動により発生した正当な債務であること。正当でない債務は弁済されない。③債権者の請求を審査して事実が証明されたこと。債権者の請求がない場合、または請求に十分な根拠がない場合には、弁済されない。④没収財産の持分の枠内

日よりこれを執行する。死刑執行猶予が有期懲役にあるいは無期懲役が有期懲役に減刑されたときは、政治的権利剥奪の期間は3年以上10年以下に改められ、その刑期は減刑後の有期懲役執行終了の日または仮釈放の日より起算して執行される。有期懲役服役期間中、犯罪者は政治的権利を有しない。

政治的権利剥奪は、公安機関により執行される。政治的権利を剥奪された犯罪者は、その執行期間、法律・行政法規・国务院公安部門の監督管理規定を遵守してその監督に服さねばならず、刑法54条に定める諸権利を行使しえない。執行期間を満了すれば、執行機関は本人に通知し、関係者に政治的権利の回復を公告しなければならない。政治的権利を剥奪された者がこれを回復した後は、法律が新たに賦与していた公民の政治的権利も享有する。しかし、政治的権利剥奪の消極的効果は、その回復によって除去されない。例えば、人民法院組織法34条によれば、独立的または付加的に政治的権利を剥奪された者は、再犯か否かにかかわらず、人民法院院長、人民陪審員に選出されず、また、副院長、裁判長、副裁判長、判事、判事補等の職務に任命されない。さらに、検察官法の規定によれば、政治的権利を剥奪された者は、検察官に任官しえない。

3. 財産没収

財産没収とは、犯罪者個人の所有財産の一部または全部を無償で国庫に納入することを強制する刑罰方法をいう。

財産没収は、財産刑の一種として、主として国家の安全を害する罪、社会主義の市場経済秩序を破壊する罪、財産を侵害する罪、社会の管理秩序を妨害する罪、横領賄賂の罪に適用されている。

犯罪者の一部または全部の財産没収により、犯罪者を懲罰教育すると同時に、その財産を利用した犯罪活動の継続を防止しうる。

刑法59条は、「財産の没収は、犯罪者個人が所有する財産の一部又は全部を没収する。財産の全部を没収するときは、犯罪者本人及びその扶養家族のために、必要な生活費用を保留しなければならない」と定める。

1) 刑法55条・57条・58条の規定によると、政治的権利剥奪の期間には、次の四つの場合がある。

①政治的権利剥奪を独立して適用するとき、または拘留・有期懲役に付加して適用するときは、1年以上5年以下の期間とする。

②政治的権利剥奪を管制に付加して適用するときは、管制と同じ期間とする。

③死刑・無期懲役のときは、政治的権利を終身剥奪する。

④死刑執行猶予を有期懲役にまたは無期懲役を有期懲役に減刑したときは、政治的権利剥奪を付加する期間を3年以上10年以下に改める。

2) 政治的権利剥奪の刑期の起算・執行にも、次の四つの場合がある。

①政治的権利剥奪を独立して適用するときは、判決執行の日より起算して執行する。

②政治的権利剥奪を管制に付加するときは、両者の期間が等しいので、同様に起算・執行する。管制の期間が満了すれば、政治的権利も同時に回復する。管制の刑期が短縮されて執行期間を短くするときは、政治的権利剥奪の期間もそれに応じて短縮される。

③有期懲役・拘留に政治的権利剥奪を付加するときは、その期間を主刑の執行終了日または仮釈放の日より起算して執行する。ただし、刑法58条は、「政治的権利剥奪の効果は、主刑の執行期間にも当然に及ぶ」と定める。すなわち、主刑の執行期間中の犯罪者は政治的権利を有しない。拘留・有期懲役に処せられた者は、政治的権利剥奪を付加されなければ、主刑服役期間中も政治的権利を有することになる。1983年3月5日の全国人民代表大会常務委員会「県以下の人民代表大会代表者の直接選挙に関する若干の規定」によれば、「有期懲役・拘留・管制に処せられたが、政治的権利は剥奪されない場合」、「選挙権の行使を許可する」。その他の犯罪者の権利は、服役のため行使が困難である。

④死刑（その執行猶予を含む）・無期懲役に処せられたときは、政治的権利が終身剥奪されるので、刑期計算の問題は生じず、主刑執行の

故意殺人・強姦・放火・爆破・毒物投与・強盗等の社会秩序を著しく破壊した犯罪者は、政治的権利剥奪を付加されうる。前述したことと異なり、社会秩序を著しく破壊した犯罪者は、政治的権利剥奪を付加「されうる」のであって「される」ではない。それが付加「されうる」あるいは「されえない」のはどのような事情によるかについては、人民法院が事件の具体的内容に基づいて裁量する。ただ、それは、通常的事情下では、政治的権利剥奪を付加しなければならないことを意味している。また、法律に掲げられた犯罪に加えて、さらに立法者は「等」の文言を用いている。このことは、列举された犯罪以外によって社会秩序を著しく破壊した犯罪者にも政治的権利剥奪を付加しうることを言明する。社会秩序を著しく破壊するその他の犯罪者の範囲は、権限ある機関の解釈により決せられる。裁判実務からすると、10年以上の有期懲役に処せられた犯罪者、5年以上10年以下の有期懲役に処せられその情状が重大な犯罪者が、選択的に政治的権利剥奪を付加する対象とされるのが一般的である。

（2）政治的権利剥奪の独立的適用

政治的権利剥奪の独立的適用は、主に犯罪が比較的軽く管制以上の刑罰に処す必要のない者を対象とする。主要なものとして、次の犯罪がある。①国家の安全を害する罪として国家分裂罪・国家分裂扇動罪・国家政權転覆扇動罪等、②公民の人身の権利・民主的権利を侵害する罪として人身自由不法剥奪罪・侮辱罪・名誉毀損罪・民族仇恨差別扇動罪、選挙破壊罪等、③社会の管理秩序を妨害する罪として法執行暴力的抵抗扇動罪、国家機関公文書証明書印章偽造変造売買罪・同窃盗強盗毀棄罪・身分証偽造変造罪・国家機密不法売却罪・違法集会示威行進挙行罪等、④国防利益を害する罪として軍人偽称詐欺罪・武装部隊公文書証明書印章偽造変造売買罪・同窃盗強盗罪・軍事禁止区域秩序攪乱罪・軍事管理区域秩序攪乱罪である。その特徴は、選択刑として適用される点にあり、その適用範囲は主に前記①～④に掲げた犯罪に限られる。刑法各則が定める以外の犯罪には、政治的権利剥奪は独立して適用されない。

2. 政治的権利剥奪

政治的権利の剥奪とは、犯罪者が国家管理および政治活動への参加権を剥奪する刑罰方法をいう。

刑法54条は、剥奪される権利として、①選挙権および被選挙権、②言論・出版・集会・社会・示威行進の自由権、③国家機関の職務就任権、④国有会社・国有企業・事業単位・人民団体の指導的職務就任権を定める。

政治的権利の剥奪は、資格刑の一種として、付加的にも独立的にも適用されうる。政治的権利剥奪の付加的適用は、比較的峻厳な刑罰方法として、重大犯罪ないし危害性の大きい犯罪に適用される。その独立適用は、比較的軽い刑罰として危害性の軽い犯罪に適用される。

(1) 政治的権利剥奪の付加的適用

刑法56条は、国家の安全を害した犯罪者には、その主刑に関わりなく政治的権利の剥奪を付加する、と定める。国家の安全を害する犯罪者は国家の主権、領土の保全・安全および社会主義制度の破壊を目的とする者であるから、国家の安全維持の観点からして、一定期間の政治的権利の剥奪が極めて重要である。

死刑・無期懲役に処せられた犯罪者は、終身その政治的権利を剥奪される。これは次の理由に基づく。第一に、死刑・無期懲役に処せられた犯罪者は、最も重大な犯罪を実行している。よって国家は、その生命ないし終身の自由剥奪と同時に政治的権利を法により剥奪して、厳しい譴責と徹底的な否定を政治的に示さなければならない。第二に、死刑判決の執行には、宣告から許可までの一連の過程を必要とする。死刑を宣告された犯罪者は、その間に特赦を受け死刑執行を免れる可能性がある。また、無期懲役に処せられた犯罪者も仮釈放されるかもしれない。政治的権利の終身剥奪を付加せず赦免・仮釈放の後も政治的権利を有するならば、明らかに不合理である。第三に、死刑・無期懲役に処せられた者がそれ以前に著作物を刊行している場合、政治的権利の終身剥奪により、その著作物出版を禁止する法律上の根拠を与えることができる。

するものとして、例えば「逋税・納税拒否犯の懲罰に関する補充決定」があり、これによると、脱税を犯した者には、3年以下の有期懲役または拘留のほか、脱税額の5倍以下の罰金が併科される。

罰金は、財産刑の一種として、主にわが国では経済犯罪および利欲性ある犯罪のほか社会管理秩序を妨害する罪にも適用されている。利欲性ある犯罪に対する罰金の適用は、懲罰および教育効果を発揮しうるのみならず、このような犯罪活動を行う経済的条件を除去しうる。

刑法52条は、「罰金を科するときは、犯罪の情状に従ってその金額を決定しなければならない」と定める。「犯罪の情状」とは、行為の動機・方法・結果・犯罪者個人の事情といった諸要素の総和をいう。罰金を科すときは、情状を考慮して、情状が重大で獲得利益が比較的多ければ罰金額を高くし、そうでなければ低くしなければならない。しかし、罰金額を決定するには、犯罪者の支払能力も考慮する必要がある、それにより判決の執行および刑に処せられた者の懲罰・教育が効果的となる。

刑法53条は、罰金の執行方法を次のように定める。①期間内の一括納入 通常、罰金額が少額の者、多額でも納入が困難でない者は、期間内に一度に完納する。②期間内の分割納入 罰金額が多額のため一括納入が困難な者に適用される。③強制納入 判決で定めた期間の満了後、犯罪者に支払能力があるのに納入しない場合、人民法院は刑事訴訟法の関連規定に基づき、犯罪者にその納入を強制する。④随時納入 罰金の全額を納入しえない者につき、人民法院がその者に執行可能な財産のあることを発見した場合には、随時追徴される。これは、罰金刑の執行を強化する規定である。事実上、この追徴は刑罰執行の延長であるから、罰金刑執行の威嚇力が強化されうる。⑤納入額の減免 災害・水害など犯罪者が不可抗力の災害に見舞われたために、原判決の言渡した罰金が納入困難になったときは、犯罪者の申請により人民法院が調査してそれが立証された場合、納入額の減免が斟酌されうる。

した日から起算する」と定める。減刑の裁定前に拘禁されていた期間は、判決前に勾留されていた期間を含め、その長短を問わずすべて刑期の縮小にあてない。

死刑執行猶予を有期懲役に減刑した場合は、政治的権利の剥奪が付加される期間を3年以上10年以下に縮小する。

第3節 付加刑

付加刑は、従刑ともいわれ、主刑を補充して適用される刑罰方法をいう。その特徴は、主刑の付加刑としてのみならず、独立適用もできる点にある。独立適用するのは、比較的軽い犯罪である。

刑法の34条・35条の規定によれば、付加刑には罰金・政治的権利剥奪・財産没収・国外追放（駆逐出境）の四つがある。

1. 罰金

罰金とは、人民法院が犯罪者に一定額の金銭を国家に納入させる刑罰方法をいう。

80年代以来、わが国は、旧刑法の改正・補充を通じて、罰金に関する新規定を定めた。これにより、罰金刑は従来と異なる特徴を備えるようになった。第一に、罰金の適用範囲が拡大した。一方では、単位犯罪にも罰金を適用するものと定めたので、犯罪主体の観点で罰金の適用範囲が拡大されている。他方、新たな犯罪および従来罰金が付加刑として定められていなかった重大犯罪にも、罰金が併科されるようになった。例えば、売春組織罪、婦女児童誘拐売買罪、偽劣商品生産販売罪、売春強要罪などである。第二に、罰金額がさらに具体的・明確に定められた。罰金額の寡額を定めたものとして、例えば「婦女児童を誘拐・売買・拉致した犯罪者の厳重な懲罰に関する決定」があり、これによると婦女・児童を誘拐し売却した者には、5年以上10年以下の有期懲役のほか、1万元以下の罰金が併科される。また、一定の比率に応じて罰金額を決定

死刑の執行条件との間にあった「中立的事情」を削除したことは、新刑法が完全になったことの現れである。これについて、より正確な理解がなされねばならない。これまでの裁判実務からいうと、死刑執行猶予者の死刑執行は極めて少なく、それが執行されるのは、組織的脱獄、脱走後の逮捕拒否、武装要員からの銃器強奪、故意殺人、故意傷害、その他の重大な犯罪を犯した場合である。故意犯を実行しても、その軽重および罪情を問わずすべて死刑が執行されるわけではない。また、この故意犯は、2年間の執行猶予期間中に犯されねばならない。「2年間の執行猶予期間」の満了後、なお減刑の裁定がないうちに故意犯を犯しても、その期間中の故意犯とみることはできないので、死刑を許可してはならない。この種の犯罪者に対しては、死刑減刑後に改めてその新たな犯罪を別個に訴追審判して判決を下すことになる。その新たな犯罪が死刑に処すべきものであって初めて、死刑執行が可能となる。

刑法50条の規定によれば、死刑の執行猶予期間は、故意犯による死刑執行許可が「2年満了後」に初めて執行できる、と制限するわけではない。その「2年満了後」の規定は、減刑について定めたものにすぎず、死刑の許可とは無関係である。ある論者は、2年を満了しないで死刑を執行すると、死刑執行猶予の趣旨と矛盾するおそれがあるとして、「故意犯を理由とする死刑執行は、2年満了後に行うのが合理的である」と主張する⁽⁴⁾。我々は、死刑執行猶予制度の趣旨は死刑の即時執行の範囲を事実上抑制して犯罪者に活路を与えたものである、と考える。しかし、2年間の執行猶予には条件がつけられ、刑法50条は死刑執行猶予者に採りうる選択肢を列挙している。その猶予期間に死刑猶予者が悔悟せず故意殺人や組織的な脱獄等の故意犯を犯したことが立証されたならば、死刑執行が許可されねばならない。2年満了後に死刑を執行するという見解は、その消極的効果の点で受け入れ難いばかりか、刑法50条との抵触の問題を論じていない。

刑法51条は、「死刑の執行猶予の期間は、判決確定の日から起算する。死刑の執行猶予により減刑された刑期は、死刑の執行猶予の期間が満了

の態度を示している場合、民衆の憤慨がそれほど大きくない場合、共同犯罪の主犯の一員ではあるが最も重大な犯罪を犯していない場合、落ち度の明らかな被害者に犯罪者が一時的に憤激して殺人を犯した場合などに、「直ちに執行する必要がない」とされるのが一般的である。

死刑の執行猶予〈死緩〉は、独立の刑罰ではなく、それ自体可變的要素を包含するので、その相互作用の異なる行為・態度に応じて異なる帰結に達しうる。刑法50条の規定は、死刑執行猶予に処せられた犯罪者に三つの法定効果を定めている。第一に、死刑執行猶予の期間に故意犯を犯さず2年を満了すれば、無期懲役に減刑される。第二に、死刑執行猶予の期間に重大な立功の態度を確実に示して2年を満了すれば、15年以上20年以下の有期懲役に減刑される。第三に、死刑執行猶予の期間に故意犯を犯したことが立証されれば、最高人民法院の許可を経て死刑が執行される。

刑法50条の規定を正しく理解するには、次の諸点を明確化する必要がある。

第一に、監獄法31条の規定によれば、死刑執行を2年間猶予された者が、その期間に無期懲役・有期懲役への減刑を定めた法律の要件を満たし、2年を満了した場合、その所在する監獄は、すみやかに減刑建議書を省・自治区・直轄市の監獄管理機関に提出報告してその審議を経た後、高級人民法院の裁定を申請する。

第二に、死刑執行を猶予された者が、その期間に無期懲役・有期懲役への減刑を定めた法律の要件を満たしても、2年を満了しなければ、無期懲役・15年以上20年以下の有期懲役への減刑はない。さもなくば、死刑執行猶予・無期懲役・有期懲役の間に量刑上の均衡を保つことが難しくなり、死刑執行を猶予された者が減刑されると、かえって無期懲役に処せられた者より軽くなる、という不合理な現象が生じてしまう。

第三に、「故意犯」が死刑執行の必要条件となる。1979年刑法と比較すると、改正刑法が死刑執行の条件を「改造を拒否してその情状が劣悪」から「故意犯」へと明確に変更し、無期懲役・有期懲役への減刑条件と

（３） 死刑手続の制限

刑法48条は、「すべての死刑は、法により最高人民法院が判決を下すものを除いて、最高人民法院に報告してその許可を受けねばならない」と定める。改正刑事訴訟法は、死刑の上訴手続にこれと関連する規定を設けた。同法200条は、次のように定める。中級人民法院が死刑判決を下した第一審につき被告人が上訴しないとき、高級人民法院は審査後、最高人民法院にこれを報告して許可を受けねばならない。高級人民法院は、第一審として下した死刑判決に被告人が上訴しないとき、または第二審として死刑判決を下したときは、最高人民法院に報告して許可を受けねばならない。これらの規定には、わが国の死刑の手続的制約が体现されている。これらの厳格な法定手続に従って初めて、死刑は合法となる。「現在のわが国の刑事訴訟において、死刑事件への許可権を有するのは、法が授権した高級人民法院を除くと、最高人民法院である」⁽³⁾。

（４） 死刑執行猶予〈死刑緩期執行〉制度により死刑即時執行を控制する実際の範囲

刑法48条は、「死刑を言渡さねばならない犯罪者について、直ちにその執行の必要がないときは、死刑の言渡しと同時に2年の執行猶予を言渡すことができる」と定める。これは、わが国独自の死刑執行猶予制度（死緩と略称される。）である。この法規定によれば、死刑執行猶予〈死緩〉の適用には、次の二要件を充足する必要がある。①死刑に処すべき犯罪であること これは、死刑執行猶予の前提条件である。死刑に処せられるべき犯罪でなければ、死刑執行猶予宣告の問題は生じない。②直ちに執行する必要がない者、すなわち即時執行されない者であること これは、死刑の即時執行と執行猶予との区別に関する原則的限界である。死刑判決を直ちに執行すべき場合には、その執行猶予の問題は生じない。どのような事情が「直ちに執行する必要がない」に該当するかにつき、刑法は具体的に定めていないので、主として人民法院が事件の状況と党の刑事政策方針に基いて慎重な判断を下すことになる。裁判実務の状況からすると、死刑に処すべき犯罪ではあるが、その犯罪者が自首・立功

(1) 死刑適用範囲の制限

刑法48条は、「死刑は、犯行の極めて重大な犯罪者のみに適用される」と定める。犯行が極めて重大とは、一般的に国家・社会・人民の利益に対する危害が特に重大であり、その情状が特に劣悪である犯罪をいう。刑法は、死刑適用が可能な犯罪を明定した。刑法が明文で死刑を定めていない犯罪には、死刑を適用してはならない。

(2) 犯罪主体の制限

刑法49条は、「犯罪時に18歳未満の者及び裁判時に懐胎している婦女には、死刑を適用しない」と定める。改正後の本条は、「特に重大な犯罪を犯した16歳以上18歳未満の者には、死刑の執行を2年間猶予する」との規定を削除して、未成年者への死刑不適用の原則が本当の意味で実現された。18歳未満の死刑不適用は、その個性の生理的発育、社会化の程度、知識意思能力の発展の程度に基づいて、人道主義精神を体現した不変の規定である。「裁判時に懐胎している婦女に死刑を適用しない」には、二つの内容がある。第一に、「裁判時に懐胎している婦女」とは、人民法院の審判時に被告人が懐胎している婦女であることをいうが、裁判前の勾留審問時に懐胎している場合も含む。したがって、勾留審問期間中、死刑判決のために懐胎している婦女を人工流産させてはならない。人工流産させられた婦女は、なお裁判時に懐胎している者とみなされるので、死刑が適用されない。第二に、「死刑を適用しない」とは、死刑判決のみならず、死刑執行猶予2年の判決を受けないことも意味する。裁判時に懐胎している婦女に死刑を適用しない理由は、胎児の保護である。その婦女は犯罪者であるが、その胎児は無辜者であるので、母親の有罪の巻き添えにされてはならない。

犯罪時に18歳以上か否かは、死刑が適用されるか否かの年齢的限界を決定づける問題であるが、一律に西暦の年月日に基づき満年齢に達した日をもって計算する。18歳の誕生日の翌日から満18歳と認められる。死刑適用の年齢的限界は極めて厳格であるから、たった1日違いで18歳に満たなくても、死刑判決は下されない。

主に無期懲役が適用されるのは、国家安全危害罪の行為者その他重大な刑事犯罪者および経済犯罪者である。

無期懲役の性質は、犯罪者の自由の終身剥奪である。しかし、犯罪者が真摯に改造を受けて悔い改めれば、その自由を回復する希望が残されている。実務上、多くの犯罪者は、一定期間刑を執行され、法定の条件を満たせば、減刑・仮釈放により最終的には社会復帰しうる。このことからわかるように、わが国の無期懲役の適用は、なお犯罪者を教育改造して、新たな正しい道を歩ませるためのものである。

5. 死 刑

死刑は、犯罪者の生命を剥奪する刑罰方法であり、最も峻厳な刑罰である。党と国家の一貫した政策は、死刑を廃止しないが、それを少数にとどめ、その濫用を厳禁し、誤った死刑を防止することに努めている。この基本政策は、経済建設を中心とする歴史条件下でなお重要な指導的役割を果たしている。現在、ごく少数の国家安全危害罪を行う者による破壊活動は、減少したが完全になくなったわけではない。殺人・放火・強姦・人身売買・強盗などの重大な刑事犯罪はなお横行しており、特に悪質な事件は絶えず発生している。密輸・薬物取引・横領・贈収賄等の重大な経済犯罪活動も、増加傾向を示している。このように、国家安全、社会安定、四つの現代化促進および人民の生命財産に対する危害は、非常に大きい。したがって、これらの犯罪に対して法により峻厳かつ迅速に処理する方針が堅持されねばならず、そのうち情状が特に重大で極めて劣悪な犯罪者には、死刑が適用されねばならず、手心を加えてはならない。さもなくば、人民大衆の生命財産の安全と社会主義の四つの現代化建設の順調な進行を保障することが不可能になる。しかし、わが国は人民民主独裁の社会主義国家である。我々は、これまで死刑の適用を極めて慎重かつ厳重に抑制し、実際にも死刑執行猶予制度を確立した。こうして、死刑判決の即時執行の範囲は最小限に縮小されている。

わが刑法は、死刑の適用に対する厳格な規制を次の点に示している。

有期懲役の刑期は、判決執行の日より起算される。判決執行以前に勾留されていた場合には、1日の勾留を1日の刑期にあてる。ここでいう「判決執行の日」とは、人民法院が執行通知書を発行した日、すなわち犯罪者を労働改造施設に送致し、それが執行された日をいう。

有期懲役と拘留は、自由剥奪刑という点では同じであるが、次の点で相違がある。①適用対象が異なる。有期懲役は比較的重い犯罪の行為者のみならず比較的軽い犯罪の行為者にも適用されるが、拘留は比較的軽い犯罪の行為者のみに適用される。②執行場所が異なる。有期懲役に処せられた犯罪者には監獄その他が執行施設になるが、拘留は最寄りの執行機関の施設で執行される。③刑期とその幅が異なる。有期懲役の期間は6月以上15年以下であるが、場合によって15年以上20年以下に延長される。拘留と比較すると、有期懲役の刑期は長く、下限が高く、幅も大きい。④処遇が異なる。有期懲役に処せられた労働能力ある者は、一律に労働に参加しなければならないが、毎月の帰宅休暇を享受しえない。拘留に処せられた者には、毎月1日～2日帰宅ができ、労働に参加すれば労働報酬の発給が酌量される。⑤法律効果が異なる。有期懲役に処せられた者は、刑の執行終了ないし赦免後5年以内に再び有期懲役以上の刑罰を受ける罪を犯した場合、累犯として重く処罰される。これに対し、拘留に処せられた者は、刑の執行終了ないし赦免後に再び罪を犯しても、累犯を構成しない。

4. 無期懲役〈无期徒刑〉

無期懲役〈无期徒刑〉とは、犯罪者の自由を終身剥奪して労働改造を強制する刑罰方法をいう。無期懲役は、有期懲役と死刑の間に位置する厳粛な刑罰である。重大な犯罪の場合には、社会から永久に隔離されねばならないが死刑までは必要なく有期懲役では不十分な場合のために、無期懲役を残しておく必要性は極めて大きい。無期懲役は、重大な刑事犯罪の防止に効果を発揮する一方、死刑と有期懲役の上限との隙間を埋められるので、死刑の適用を少数にとどめることができる。

罪者に家庭および社会との一定の関係を保たせることで、犯罪者は家庭・社会双方から教育を受けることができ、また、家庭の生活面の困難解決を援助する機会を与えることができる。このことは、犯罪者の更生と早期の社会復帰の促進に積極的な意義を果たす。

1990年9月27日の最高人民法院「刑の満期釈放期日の確定方法に関する回答」によれば、有期懲役・拘留に処せられた犯罪者の満期釈放の期日とは、判決文で確定された刑期の最終日をいうとする。例えば、犯罪者が拘留6月に処せられ、判決文で確定された刑期が1993年1月1日から1993年6月30日だとすれば、1993年6月30日がその満期釈放の期日となる。

3. 有期懲役〈有期徒刑〉

有期懲役〈有期徒刑〉とは、犯罪者の人身の自由を一定期間剥奪して労働改造を強制する刑罰方法をいう。

わが国の刑罰体系において、有期懲役が中心的地位を占めている。有期懲役の刑期が幅広いのは、人民法院が、懲罰寛大結合政策に基づき具体的な事情に応じて柔軟かつ具体的な適用ができるよう、広範囲の条件を提供するためである。

刑法45条の規定によれば、有期懲役の期間は、刑法50条・69条の場合を除くと、6月以上15年以下である。改正後の本条は、論理的矛盾を解消するため、刑法50条・69条では有期懲役の上限が15年に制限されないことを示した。

刑法50条の規定によると、死刑執行猶予の判決を受けた者は、その期間中に重大な立功を確実に示すと、2年満了後に15年以上20年以下の有期懲役に減刑される。

刑法69条の規定によると、数罪併罪の場合には、15年以上の有期懲役に処すこともできる。しかし、その上限は20年を超えてはならない。

また、無期懲役に処せられた犯罪者は、その執行期間に減刑条件を満たすと、15年以上20年以下の有期懲役に減刑される。

法定の七事情のいずれかに該当する現行犯人・重大な嫌疑ある者に適用される。また、行政勾留は、治安管理法に違反するが犯罪には至らない違法行為者に適用される。③適用機関が異なる。拘留は人民法院により、刑事勾留・行政勾留は公安機関により適用される。④法律的根拠が異なる。拘留は刑法によるが、刑事勾留は刑事訴訟法および逮捕拘留条例、行政勾留は治安管理处罚条例を根拠とする。

刑法42条の規定によれば、拘留〈拘役〉の期間は1月以上6月以下である。数罪併罰の場合には、長期1年を超えることができない。拘留刑期の上限と有期懲役の下限とが接している点に、拘留の特徴が示されるとともに、刑罰体系がより厳密になる。拘留の刑期は比較的短いので、およそ拘留に関する刑法各則の条文は、刑種を明示するのみで刑期を明記していない。拘留の刑期は、判決執行の日から起算され、判決以前に勾留されていた場合には、1日の勾留を1日の刑期にあてる。勾留とは、犯罪者を判決前に一時的に拘禁することをいう。実務上、犯罪の被疑者・被告人が法により逮捕、刑事勾留、勾留審査されてその自由を剥奪される期間、また税関法の規定により勾留されてその自由を剥奪された期間は、およそ刑期短縮にあてられる。行政勾留・労働教養による自由剥奪の期間についても、刑を科されたその犯罪行為が原因となって行政勾留・労働教養を受けていたのであれば、やはり刑期短縮にあてられる。犯人の逮捕・勾留前にその住居が法に基づき監視されていた期間は、人身の自由を全く制限していないので、それにより刑期は短縮されない⁽²⁾。

拘留に処せられた犯罪者は、公安機関により最寄りの施設で執行される。「最寄りの施設で執行する」とは、受刑者の所在する県・市の拘留場または市を管轄する公安機関設立の拘留場で執行することをいう。

拘留に処せられた犯罪者は、その服役期間中、毎月1日～2日帰宅することができる。労働に参加した者には、相応の労働報酬が支給される。相応の労働報酬とは、公安機関が被拘留者の服役態度・生産技能・労働収入等の状況に鑑みて、一定の報酬を発給することをいう。拘留の処遇には、わが国の刑罰の社会主義人道主義精神が体现されている。犯

同体〕・居住地の関係者に被管制者の犯罪行為・管制の期間・政治的権利剥奪の有無・被管制者の執行期間遵守規定を公告するとともに、定期的に関係者を組織して被管制者に関する評議を行うことをいう。法により減刑すべき者については、公安機関が中級以上の人民法院に減刑建議書を提出し、これを受理した人民法院が合議制法廷で審理裁定する。管制期間に再犯を犯した場合、または管制に処せられる犯罪者の判決時にまだ判決を受けていない別罪が発覚した場合には、公安機関が刑事訴訟手続に基づいて同人を人民検察員に送致して処理する。

管制に処せられた犯罪者は、その労働に見合う報酬を受ける。国家行政機関の職員が管制に処せられた場合、自ずから免職されるが、これを取消すか否かは、所在単位がその犯罪の性質を検討して決定する。取消さないときは、免職手続の処理がなされる。取消すときは、労働ないし臨時職務に参加する手はずが整えられ、判決以前を参考にして当該受刑者の臨時賃金基準を告げ適切な報酬が与えられる。管制期間中の悔悟の態度が良好な者には、管制期間満了後に正式の職務が分配され、改めて給与等級が確定される。態度が良好でない者は、免職される⁽¹⁾。

管制に処せられた犯罪者には、管制期間満了後、執行機関によって所在単位・居住地の人民大衆に管制解除が公告される。政治的権利剥奪が付加されていれば、同時にその回復も公告される。

2. 拘留〈拘役〉

拘留〈拘役〉とは、犯罪者の人身の自由を短期剥奪して、最寄りの施設で労働改造を強制実行する刑罰方法をいう。

拘留は、管制と有期懲役の中間に位置する主刑であり、犯罪が比較的軽い者に主に適用され、短期の拘禁を伴う。

拘留〈拘役〉は、刑事勾留〈刑事拘留〉・行政勾留〈行政拘留〉と類似するが、その間に明確な差異がある。①性質が異なる。拘留は刑罰方法、刑事勾留は刑事訴訟における強制措置、行政勾留は治安行政罰である。②適用対象が異なる。拘留は、犯罪者に適用される。刑事勾留は、

衆の監督機能が充分に発揮されることで、犯罪者の犯罪継続も防止しうる。

刑法39条によれば、管制に処せられた犯罪者は、執行期間中に次のことを遵守しなければならない。①法律および行政法規を遵守して監督に服すること、②執行機関の許可を受けずに言論・出版・集会・結社・示威行進の自由権を行使しえないこと、③執行機関の定めに従って自己の活動状況を報告すること、④接客に関する執行機関の定めを遵守し、居住する市・県を離隔または転居するには執行機関に報告してその許可を受けねばならないことである。管制刑の刑法改正後の際立った変化は、「執行機関の許可を受けずに言論・出版・集会・結社・示威行進の自由権を行使しえない」とする規定を加えた点である。これは、管制執行過程の監督管理を強化する具体的措置であり、管制の効果向上がその目的である、と考える。これは、受刑者の言論の自由等の権利剥奪を本来の目的とするものではないので、部分的な制限に止まる。

したがって、管制自体は、政治的権利の剥奪を内容としない。受刑者の政治的権利を剥奪する必要があるれば、それを付加する判決によらねばならない。政治的権利の剥奪を付加した管制の判決が下されると、政治的権利剥奪と管制とが同一期間内に同時執行される。判決で政治的権利剥奪を付加されなかった犯罪者は、依然として管制期間に政治的権利を有する。

刑法の規定によれば、管制の期間は、3月以上2年以下であり、数罪併罪の場合には長期が3年となる。管制の刑期は、判決執行の日から起算される。判決執行以前に勾留〈拘留〉されていた場合には、1日の勾留を2日の刑期と換算する。管制は、人身の自由を制限するにすぎず、これを剥奪するものではない。一方、勾留は人身の自由を剥奪する強制措置であるから、1日の勾留を2日の刑期とするのが妥当である。

刑法38条は、「管制に処せられた犯罪者は、公安機関がこれを執行する」と定める。公安機関による管制の執行とは、公安機関が、人民法院の判決に基づき、管制に処せられた犯罪者の所在単位〔居住する地域共

義精神が具体的に体现されている。

第2節 主 刑

主刑は、基本刑ともいわれ、単独で犯罪者に適用される主要な刑罰方法である。その第一の特徴は、単独適用に限られ、他の刑罰方法に付加されないことである。第二の特徴は、単一の犯罪または同一の犯罪者に一度に科しうる主刑は一つだけで、同時に数個の主刑を科しえないことである。刑法33条は、主刑を管制・拘留・有期徒刑・無期徒刑・死刑に分類する。

1. 管 制

管制とは、犯罪者を拘禁せずに一定の自由を制限して、公安機関の管理と人民大衆の監督により、犯罪者を更生させる刑罰方法であり、人民法院の判決により適用される。

管制は、自由刑の一種であって、次の特徴をもつ。①犯罪者は、拘禁されないので、元の単位と居住地で仕事と生活を行うことができる。人身の自由は剥奪されず、一定の自由が制限されるにとどまる。換言すれば、管制に処せられた犯罪者は、自由な状態で法定の制限を遵守する法律効果を受けるのである。②管制に処せられた犯罪者は人身の自由を有するが、職業・労働その他の活動が公安機関の管理と人民大衆の監督下に置かれる。③管制は、人民法院の判決を経て、公安機関により執行されねばならない。その他のいかなる機関・単位・団体・個人も決定権・執行権をもたない。

わが国の刑罰体系では、管制が最も軽い主刑である。その適用対象は、犯罪行為と人身の危険性が比較的低い犯罪者である。犯罪行為が比較的軽ければ、それに見合った処罰がなされねばならない。こうして拘禁する必要のない犯罪者を管制に処して被拘禁者を少数にとどめることにより、犯罪者の労働・家庭生活に支障がないようにしうる。他方では、大

厳粛な処罰になるからである。さらに、刑法の定める自首・立功・累犯・減刑・時効等の刑罰制度も、犯罪の処分個別化原則を體現している。

(2) 党の指導下に専門機関・人民大衆一体の犯罪闘争方針を體現した刑罰体系

犯罪闘争における専門機関と人民大衆との一体化は、わが国が長らく実行してきた効果的な基本方針である。その内容には、主に次の二側面がある。第一は、司法機関の法に基づく犯罪者制裁、第二は、大衆を動員した受刑者の監督・教育改造である。監獄法は、教育改造にあたり獄内教育と社会教育を結合する、と明定している。わが国の刑罰体系における管制とは、犯罪者を専門機関と大衆の管理監督下に置いて労働改造を行う刑罰方法をいう。管制を主刑として規定したことで、人民大衆が犯罪者を直接改造しうるだけでなく、階級国家の刑罰体系の廃止が明確化された。

(3) 社会主義人道主義の精神を體現した刑罰体系

わが国の刑罰体系には、犯罪者を痛めつける肉体刑および犯罪者の人格を侮辱する恥辱刑はない。わが国の監獄法は、「犯罪者の人格は侮辱されず、また、その人身の安全・合法的財産・抗弁・上告・告訴・告発の権利およびその他の法により剥奪制限されていない権利は、侵害されない」と明定している。犯罪時に18歳未満の者および裁判時に懐胎している婦女には、死刑が適用されない。刑罰の執行方法として、死刑以外の四つの主刑では、すべて懲罰と改造・教育・労働とを結合する原則が貫徹される。獄中で労働に参加した犯罪者には、関連規定に照らして報酬が支給され、労働保護に関する国家の規定が執行される。管制に処せられた犯罪者には、その労働に応じた賃金が支払われる。拘留に処せられた犯罪者には、その執行期間中毎月1日～2日の帰宅が許可されるほか、労働に参加すれば労働報酬の支給が酌量されうる。未成年犯罪者の刑罰執行では、教育改造が中心とされ、その労働は文化と生産技能の学習が中心となる。以上のすべてに、わが国の刑罰体系の社会主義人道主

財産没収のほか、外国人犯罪者のみに適用される国外追放がある。

さらに、主刑と付加刑の分類以外の基準による刑罰の分類もある。

1) 剥奪される受刑者の権利の性質に基づくと、自由制限刑（管制・国外追放）、自由刑（拘留・有期懲役・無期懲役）、生命刑（死刑）、財産刑（罰金・財産没収）、資格刑（政治的権利剥奪）に分けられる。

2) 受刑者自身の特質に基づくと、普通刑と特別刑に分けられる。普通刑とは、犯罪主体の特徴を備える何人にも適用しうる刑罰であり、管制・拘留・有期懲役などがある。特別刑とは、法律が特に要求する犯罪主体にのみ適用しうる刑罰であり、例えば外国人犯罪者にのみ適用される国外追放がある。

2. わが国の刑罰体系の形成と特徴

わが国の刑法が確立した前述の刑罰体系は、犯罪と闘争する過程で次第に形成・発展され、立法司法実務の長い経験を科学的に総括したものでもある。

その刑罰体系は、以下の特徴を有する。

（1） 処分個別化原則を体現した刑罰体系

懲罰と寛大とを結合した刑事政策は、わが国の刑法制定および刑罰体系確立の政策的根拠である。懲罰寛大結合政策の基本精神は、犯罪と犯人の各事情が異なるので、具体的に分析して処分個別化を図ることにある。刑法33条の規定をみると、この精神が十分に体現されていることがわかる。同条の刑罰には、極めて峻厳な死刑・無期懲役から比較的軽い管制・拘留まである。この中間の有期懲役は、下限が6月以上、上限が15年以下であるが、数罪併罰〔併合罪〕の場合には、20年以下まで加重しうる。これらの刑種があるので、人民法院には、事案の相違に応じて適度な重さの刑罰を選択し、懲罰の個別化を図る幅広い裁量が与えられる。刑法34条に定める付加刑すなわち罰金・政治的権利剥奪・財産没収等は、罪刑相当原則および刑罰個別化の重要な手段である。なぜなら、付加刑のみを適用すれば寛大になり、これを主刑に付加して適用すれば

第20章 刑罰の体系と種類 (薛瑞麟)

長井 圓
藤井 学 共訳

第1節 刑罰の体系

1. 刑罰体系の概念

わが国の刑法が確立した刑罰体系は、人民法院が刑罰を運用して裁判活動を行う法律的根拠になると同時に、刑法各則規定の法定刑を設ける基礎になる。

刑罰体系とは、刑法が一定の序列に従い配列した各種の刑罰方法の有機的統一体であり、刑罰の適用に際して人民法院が遵守しなければならないものをいう。この定義によれば、刑罰体系は、次の特徴を有する。

(1) 刑罰体系は、刑法によってのみ規定しうる。それは、次の二つの意味をもつ。第一に、刑法以外のいかなる法律にも刑罰体系を規定する権限がない。第二に、刑罰の種類・幅・適用の根拠・方式も、刑法のみが規定しうる。

(2) 刑罰体系を構成する各種の刑罰方法は、刑罰適用に際して人民法院が遵守すべきものである。つまり、人民法院は、これらの刑罰方法とその条件・幅・方式に従って、刑罰を言渡さねばならない。

(3) 刑罰体系は、各種の刑罰方法により一定の序列に従って配列された有機的統一体である。一定の序列とは、各種の刑罰方法の最も軽いもの・比較的軽いもの・比較的重いもの・最も重いものという順序をいう。各種の刑罰方法の形成段階は、それぞれ性質・内容が異なるので相互の代替性はないが、軽重を補充し合い相互の接点を保ちつつ順序よく配列された有機的統一体を構成する。刑罰体系は、主に刑法33条・34条に掲げる刑罰により構成される。それは、主刑および付加刑の二つに大別される。前者には、管制・拘留〈拘役〉・有期徒刑〈有期徒刑〉・無期徒刑〈無期徒刑〉・死刑があり、後者には、罰金・政治的権利剥奪・

に立法者自身の要求・利益・法意識等の制約を受けることの強調に重点を置くものである。

要約すると、刑罰目的の確定の見地からすれば、関連すると同時に区別されるこれら二つの内容的指向性は、不可欠のものである。無論、要素の認識および価値的要素は、刑罰目的を対象化する主観的条件にすぎない。さらに一般的な意味からいえば、統治階級的意思を表現した刑罰目的は、統治階級がその統治の樹立・維持のために依存している物質的生活条件によって決定づけられる。

- (1) 『レーニン全集』第38巻278頁より引用。
- (2) ベッカリア『犯罪と刑罰』参照。
- (3) 王觀『中華刑法論』3頁より引用。
- (4) 『刑法総論』（西南政法学院刑法教学研究室）363頁より引用。
- (5) 彭真『新中国の政治的・法律的任務について』（中央文献出版社1992年版）251頁。
- (6) 『光明日報』1992年8月12日。
- (7) 『レーニン全集』第27巻200頁。

する対象との関係だからである。価値関係は、立法者自身の犯罪予防の需要と対象としての刑罰とを結びつけるから、刑罰に対する立法者の選択と方向づけの関係といえる。立法者の刑罰制定活動は、立法者自身の要求を満足させるように、その活動の出発点と帰着点が構成されねばならない。この活動の中で、犯罪予防の現実的要求は立法者の主観的目的へと転化するので、立法者の意識に達した要求とこの要求対象（刑罰）とを統一したものが刑罰目的になる。このことから、刑罰目的の設定は、実際には刑罰適用に際して立法者が実現しようとする価値的目標であることが理解されよう。

価値関係の角度から刑罰目的を研究するとき、刑罰自体の価値的意義を示しうるだけでなく、立法者の価値基準と選択過程も理解することができる。しかし、刑罰効果という目的要素を価値関係の角度から考察することを強調しても、このことは、その要素を立法者の刑罰に対する認識の關係に代替することを意味するわけではない。刑罰の目的的な制定活動は、それ以外の人類の実践活動と同じく、内容的に次の二つを指向している。第一に、刑罰の属性と機能に対する科学的認識が、刑罰本来の姿を明確化することになる。立法者の刑罰目的創設活動には本質的に認識關係が含まれるが、それというのも、創設活動の主体と客体が相互に規定し制約し合っているからである。立法者が刑罰固有の属性の特徴を尊重しこれに従うことによって、初めて刑罰目的を正しく設定できるのである。換言すれば、価値目標の制定は、客体の科学的認識を前提としなければならない。第二に、刑罰と犯罪予防抑止の立法者要求との關係を明確化することが、立法者の要求を満たす刑罰の属性を認識することになる。

前述した第一の内容的指向性は、刑罰自体を出発点として、事物が因果關係によって規定されるという側面から、目的と手段に内在する合一性の明示、刑罰目的の前提条件の確定に重点を置くものである。第二の内容的指向性は、立法者の要求利益を出発点として、結果の实在性という側面から、目的と手段との可分性を指摘し、認識された結果が必然的

第二は、消極的社会的抑止である。消極的社会的抑止は、犯罪懲罰と刑罰威嚇を恐れる心理の上に成り立つ。これには、次の二側面がある。その第一は、社会との隔離，再犯のための「経済資本」の剥奪など，刑罰を適用して再犯条件を犯罪者から剥奪することである。懲罰を前提として，犯罪者に思想政治教育，文化技能教育，強制的な生産労働，犯罪的心理構造の除去，正常な遵法心理の確立，行為の悪習の矯正を行うことにより，犯罪者を遵法者へと変えるのである。

消極的社会的抑止の第二は，犯罪懲罰を通じて，社会の不安定分子を刑罰の威嚇力を用いて戒め，その犯罪実行を防止することである。刑罰の本質は一種の懲罰であり，その適用で必然的に受刑者は苦痛や剥奪を受ける。社会の不安定分子が犯罪準備の際に，受刑の苦しみを連想することが避けられないので，これを恐れる心理から犯罪実行が放棄される。外国の統計によれば，懲罰を恐れて犯罪実行の気力を失う者は，約20%に上るとされている。

犯罪を抑止予防する法秩序の形成と確立は，理論的に，前述の二経路をたどるのが一般的である。しかし，社会生活では，事情がより複雑なことが少なくない。刑罰を社会系統として考察するならば，刑罰は，その厳格さの程度や刑の種類・適用法則（量刑原則とその方法等）・機構（公安機関，検察機関，審判機関等）・設備（刑罰の執行場所）等の諸要素で構成される有機的統一体として存在する。これらの構成要素は，相互に関連し作用するので，いずれの構成要素が正常な「手続」から逸脱しても，法秩序に否定的影響を及ぼすことになる。以上は問題の一面にすぎず，さらに刑罰系統運用の外部環境という問題がある。この外部環境は，刑罰という社会系統の機能の発揮にあたり，間接的に関与し，犯罪予防の法秩序形成過程を促進ないし停滞させる。

2. 刑罰効果の価値的要素

刑罰効果の価値的要素は，価値関係からみると，実際には刑罰効果の目的要素を意味する。なぜなら，価値関係は，人間の需要とこれを充足

安全に対する安心感や社会治安の状況などが、これにあたる。唯物的弁証法の観点からすれば、社会系統としての刑罰の運用は、その内部矛盾の運動によって主に決定づけられる。しかし、刑罰の効果的実現は、刑罰が運用される一定の社会環境に常に関連・依存している。刑罰がその機能実現のために依存する社会環境には可変的で偶然の要素が含まれているので、必然と偶然が相互に作用して刑罰の結果が生じて、刑罰の実効性といえる。このような結果自体には、目的たる結果すなわち刑罰の効果が含まれるが、かような刑罰の結果と効果とは同じではない。

刑罰の実効性は、一種の現実的な社会的存在である。その実質は、犯罪を抑止予防する法秩序として示される。犯罪抑止の法秩序は、動的に変化すると同時に相対的に安定して、動と静の統一をなす。その動態性とは、犯罪実行によって犯罪抑止予防の法秩序が破壊されたとき、その法秩序回復のために、犯罪者に刑罰を科して破壊回復をする矛盾の闘争過程をいう。また、その相対的安定性とは、犯罪抑止予防の法秩序が現存の社会関係によって構成された秩序の社会構造であることを意味する。その事物構造自体はある程度安定しているが、現実既存の利益と事実がこれを決定づける。

犯罪を抑止予防する法秩序の直接的内容は、犯罪予防の現実的情况、すなわち犯罪の発生状況、再犯の状況、累犯の状況および人民大衆の犯罪闘争への参加情况等である。したがって、かような法秩序は、主に次の二経路を通じて形成される。

その第一は、積極的社会的抑止である。これは、刑法規範とその役割に対する個人の期待の上に成立するものであり、刑法の禁止行為の範囲を合理的かつ正当であると認めるものである。わが国では、刑法が大多数の人民大衆の意思と利益を代表している。刑法が保護する国家的利益・集合的利益と個人的利益とが一致するため、大多数の者は犯罪行為を実行せず、しかも犯罪と闘争する。これは、大多数の者が社会化を通じて刑法規範とその価値観を内在化させ、自己の自覚的行為へと変えた結果であると認められる。

第5節 刑罰の効果

刑罰の効果〈効益〉とは、刑罰適用の結果が刑罰目的と合致する程度をいう。

一般的に、刑罰適用の結果が刑罰目的と重複一致する関係にあるならば、その符合する程度が大きいほど、それに比例して刑罰の効果が大きいの。この逆についても、同じことがいえる。この定義にいう刑罰の結果とは、刑罰の現実的効力をいう。刑罰の目的には、立法者が主観的に予め確定したものという意味と刑罰を適用して達成しようとした結果というの意味とが、含まれる。前者は刑罰の効果を実証する基礎を、後者は刑罰の効果の価値的な基礎を、それぞれ構成する。この二つの基礎は、相互に補完して刑罰の効果の形成過程に直接関わり、不可分な関係にある。それゆえ、実証性と価値性、現実と観念が有機的に統合したものが、刑罰の効果である。

1. 刑罰効果の実証的要素

刑罰の効果〈効益〉の研究は、刑罰の立法規定の分析を無視しえない。それは当然であるが、これ以上に重要なのが犯罪の懲罰・予防の過程における刑罰の現実的効力の考察である。その理由として、第一に、刑罰に関する法規定は、刑罰と犯罪との関係についての情報として行為の抽象的な類型を示すにすぎないのに対して、刑罰は、捜査・起訴・判決・執行という一連の具体的過程を経て初めて実効性の生じることが挙げられる。第二の理由は、刑罰の効果は、刑罰の実効性の内にあり、そこから独立したものではないことにある。前述のように、刑罰の実効性は、刑罰の効果とは異なる。前者すなわち刑罰の実効性は、社会システム〈社会系統〉としての刑罰が運用される社会環境と相互に作用した結果である。その社会環境とは、刑罰と相互作用する事物・人間・情報の集合であり、刑罰が社会系統としてかような集合と相互に作用して自己の属性や機能を示す人間・事物・情報の集合をいう。例えば、人民大衆の

的效果である、と我々は説明するのである。

(3) わが国の刑法の根本目的

刑罰の根本目的とは、刑罰を適用して達成しようとする最終目標をいう。刑法1条に定めるように、「犯罪を懲罰し、人民を保護する」ことが、わが国の刑罰の根本目的である。刑法2条には、より具体的に、「中華人民共和国刑法の任務は、刑罰によって全ての犯罪行為と闘争し、国家の安全を防衛し、人民民主專政の政權及び社会主義制度を防衛し、国家財産及び勤労大衆が集団所有する財産を保護し、公民の私的所有財産を保護し、公民の人身の權利、民主的權利及びその他の權利を保護し、社会秩序及び經濟秩序を維持し、社会主義建設事業の順調な進展を保障することにある」と定める。

刑罰の根本目的は、わが国の社会主義法体系一般の目的でもある。なぜなら、刑罰を主要内容とする刑法は、わが国の法体系の有機的な構成部分であるからである。このように、刑罰の根本目的は、社会主義法体系一般の目的であるが、この目的が刑罰によって実現されるという点で、他の法律との相違がある。刑罰の根本目的の性格は、あらゆる局面にわたる指導という点にあり、戦略的に高度な部分からわが国の刑罰適用を指導している。わが国の刑罰の根本目的は、内容的に、刑罰の階級の本質を決定づけ、刑罰適用に対する無産階級の要求を直接體現している。さらに、その内容は、階級性を排除した刑罰の根本目的との基本的な限界を明確化している。

ここで指摘すべきは、刑罰の根本目的は決して空中の樓閣ではない、という点である。刑罰の根本目的は、刑罰の直接目的および間接目的に存在するが、より高次の目的というにすぎない。刑罰の直接目的と間接目的は根本目的によって指導される一方、刑罰の根本目的は直接目的と間接目的の実現を条件として実現される。これら三者の相互関係は、このように概括しうる。

れる副次的な積極的效果をいう。

刑罰の適用は、国家の有意的な審判活動の一つである。その意思是、実現が求められる直接効果の外に、付随的な積極的效果すなわち問題点の是正や犯罪誘発外部条件の除去等も同時に追求する。我々が問題点の是正や犯罪誘発外部条件の除去を間接目的の内容に含める理由としては、第一に、かような目的が刑罰の直接目的から独立していることが挙げられる。既述のように、刑罰の直接目的は、犯罪者自身の再犯予防と刑罰威嚇力を用いた潜在的犯罪者の犯罪防止とにある。問題点の是正と犯罪誘発外部条件の除去とは、決してこれらの目的に含まれない。第二の理由として、間接目的は、確かに直接目的からは独立しているが、人民法院が刑罰適用時に追求する効果の一つである点にある。問題点の是正と犯罪誘発外部条件の除去とは、犯罪予防に重要な役割を果たす。実務上明らかなように、単位内部の管理が混乱している場合、必要な規則制度が欠けている場合、規則があっても遵守されない場合には、瀆職罪や責任事故に関する犯罪等が容易に誘発される。地域社会に社会統制構造が欠落して厳格に機能していなければ、犯罪者が虚偽に乗じて入り込む余地ができる。このような現象は、既に司法機関により極めて重視され、事件を起こした単位の防止業務を強化するために、「司法建議書」が提出されている。その主な内容としては、事件を起こした単位による法制宣伝教育の実行を援助すること、かような単位の制度改革に協力すること、かような単位と共同協議を重ねて防止合意書を取りまとめることなどがある。このような司法実務における手法が、刑罰適用に際しての人民法院の要求であることは明らかである。かような状況下で、我々は、問題点の是正と犯罪誘発外部条件の除去とが刑罰の間接目的であると認め、理論的説明を加えて理論的根拠を明確化するのである。第三の理由として、問題点の是正と犯罪誘発外部条件の除去とは、犯罪者への刑罰適用過程で行われるとはいえ、多くの場合、その実行には単位の努力等の仲介要素を必要とすることにある。正にこのような意味からして、問題点の是正や犯罪誘発外部条件の除去が刑罰適用時に追求される付随

るとともに、自覚的に法律を遵守するよう教育し、人民大衆による犯罪闘争を奨励することを意味する。

かつてレーニンは、ソビエト裁判所の職能について論述し、「我々は、国家を必要とし、強制を必要とする。ソビエト裁判所は、かような強制を無産階級国家が行うための機関とならねばならない。さらに、裁判所は、住民への労働規律遵守の教育という重大な任務を担うべきである」と指摘した⁽⁷⁾。わが国は、人民民主専政の社会主義国家であり、わが国が公布した刑法は、人民大衆の意思を反映したものであるとともに、人民の利益を保護するものである。法律の遵守が自己の利益と一致するからこそ、人民は、法律を遵守し、法律を執行し、法律を保持するのである。しかし、犯罪者への刑罰適用で人民大衆に犯罪の社会危害性と犯罪追及の必要性を認識させることができ、こうして法観念を高めて遵法を自覚して犯罪闘争の積極性を向上させうる。人民大衆がひとたび法観念によって武装されれば、犯罪予防の強大な社会力となるであろう。潜在的犯罪者が犯罪を行っても民衆の力で摘発・検挙されるので、犯罪者は、しかるべき処罰を受けることになる。したがって、犯罪者への刑罰適用を通じて人民大衆の犯罪闘争を教育奨励することは、我々が求める刑罰の直接目的の内容として、重要かつ独自の意義の一つといえる。

既述の刑罰の直接目的の各内容は、密接に関連し相互に結合する。この点は、ここで指摘しておかねばならない。いかなる犯罪であれ人民法院が犯罪者に適用する刑罰は、その全てが特別予防、一般予防、人民大衆に対する犯罪闘争の教育奨励を内容としている。換言すれば、犯罪者への刑罰適用は、当該犯罪者自身の再犯予防だけではなく、潜在的な犯罪者による犯罪を防止し、人民大衆の犯罪闘争を教育・奨励することも目的とする。したがって、犯罪者への刑罰適用に際しては、刑罰の直接目的につき前述した内容を、我々は全面的に考慮しなければならない。さもなくば、わが国の刑罰の直接目的は、全く実現が困難となる。

(2) わが国の刑罰の間接目的

直接目的に対して、刑罰の間接目的とは、刑罰の適用に際して追求さ

とが示しているように、犯罪者の教育改造を主たる内容とするわが国の特別予防は、成功しているといえよう。

2) 一般予防

これは、犯罪者への刑罰適用を通じて、刑罰を社会不安定分子への威嚇警告として役立て、これらの者の犯罪の道への進出を防止することを意味する。

刑罰の威嚇機能を利用して潜在的犯罪者の犯罪までも防止しうる根拠は、受刑者に損失と苦痛もたらす刑罰の懲罰としての性質である。社会の不安定分子が犯罪を準備する場合、不可避免的に受刑の苦痛を連想せざるをえず、利を求め害を避ける本能に基づき小を捨て大を求める比較判断を行って受刑の苦痛に対する恐怖感が生ずれば、懲罰を避けるために犯罪が放棄されるのである。わが国の現状からすると、このように刑罰の威嚇機能を利用した犯罪防止は、必要であるといわざるをえない。実務上明らかなように、教育改造も決して万能ではない。改造を逃れようとする者に一般予防目的を追求しなければ、このような者の犯罪実行の抑止が極めて困難となる。

わが国で実行される刑罰威嚇には、次の特徴がみられる。第一に、刑罰の威嚇対象となるのは、ごく少数の潜在的犯罪者に限られる。そして第二に、刑罰威嚇は、法制教育や世論の譴責と有機的に結びつき、その相互作用によって犯罪抑制心理に一層有効に反映されうる。刑罰の有効性は、このような特徴によって決定づけられる。ここ何年かの間に、わが国は法に基づく迅速重罰の方針を実行したが、このことは、社会治安の安定と重大犯罪の発生率低下に、非常に効果的であった。わが国の一般予防刑が一定の成功を収めていることは、明らかである。しかし、刑罰の威嚇作用を肯定しうるとしても、社会不安定分子の犯罪防止は、主に総合的統治、社会主義の物質文明・精神文明の建設に依拠する。このことを、我々は認識しなければならない。

3) 人民大衆に対する自覚的法遵守教育および犯罪闘争の奨励

これは、犯罪者への刑罰適用を通じて、人民大衆の法観念を向上させ

に依拠して制定されたわが国の刑法は、その刑罰体系のみならず具体的な刑罰制度の上でも、教育改造を懲罰に含めている。ここに、懲罰と教育改造との不可分的な相互作用という特徴が、十分に体现されている。

定罪量刑は、司法活動の最重要部分である。定罪量刑の過程では、犯罪構成の全体性という原則、ならびに「犯罪事実を根拠とし、法律を基準とする」原則が、一貫して堅持される。特別予防の要請に適合した最善の方法と基準を選出するために、解明された犯罪事実に基づいて、各犯罪者個人の事情と改造の難易が十分に考慮される。このことは、訴訟活動のその他の場面にも当てはまる。例えば、予審および起訴の過程では、事実を並べて道理を説くことが堅持され、法制教育ならびに罪を認めて法に服し自白した者を寛大に扱う政策教育が実行される。また、訴訟手続の過程では、公開裁判を堅持して、被告人の法定手続上の権利が保障され、被告人の弁解や意見に対して真摯に耳が傾けられる。これらの点で、わが国の刑罰は、特別予防目的の内容を十分に体现しているだけでなく、刑罰の教育改造機能を強化するものである。

行刑段階では、特別予防の教育改造の内容が、最も直接的かつ具体的に体现される。また、特別予防効果も、この段階で決定づけられる。わが国では、自由刑を中心とする刑罰体系が採用されており、これに応じて、労働改造が刑罰執行の最も主要な方式となっている。労働改造では、「懲罰と改造との結合」原則および「教育と労働との結合」原則が終始一貫して揺るぎなく実行され、労働と法制・道徳・文化・技術の教育とを施すことによって、わが国の刑罰固有の教育改造機能および感化機能が最大限に発揮される。こうして犯罪者は、刑に服して自覚的な改造を迫られ、法律を遵守し自力で働いて生活する人間に生まれ変われるよう、方向づけられる。新中国の成立以降、我々は、封建時代最後の皇帝および戦争犯罪者を含めて、多数の犯罪者を抱えてきた。しかし、我々は、これらの犯罪者を他人に無害で社会に有益な遵法的公民へと改造することに成功してきた。世界的にみても、わが国は再犯率が最も低い国家の一つであり、6%～8%の水準を長年にわたり維持している⁽⁶⁾。このこ

内容として、犯罪者の犯罪継続条件を除去して、犯罪による社会侵害を排除することが挙げられる。犯罪は、社会を害する行為である。したがって、犯罪に対処する一自衛手段である刑罰には、犯罪者の犯罪継続条件を適宜に除去して、社会に対する犯罪の直接的危害を排除することが、実現すべき直接的結果として必然的に求められる。このことは、刑罰の根本任務から決定される。

特別予防は、さらに重要なもう一つの内容を有する。すなわち、犯罪者を遵法的公民に改造して再び社会侵害がないようにすることである。この改造は、懲罰を前提として強制的に行われる。犯罪心理学の研究によると、犯罪者が犯罪を行う理由として、利を求め害を避ける冒険心や、懲罰から逃避できるという射幸心などの心理的動因が明らかにされている。我々が犯罪者に刑罰を適用すれば、同人の権益はある程度剥奪され、その親族も必然的に受刑の苦しみを体験することになる。こうして、犯罪は懲罰の対価であって懲罰は犯罪の必然的な結果であることが、認識されるようになる。この懲罰から生じる心理的效果によって、多くの犯罪者の犯罪動機を抑制弱化することができる。

また、犯罪者に対する懲罰の心理的效果からすれば、懲罰は一種の教育であると理解しうる。しかし、かような教育には限界がある。第一に、教育改造と結びつかない懲罰は、ただ表面的にしか犯罪抑止作用をもちえず、犯罪者の内心の奥底から犯罪心理を排除することはできない。第二に、ただ単に懲罰を加えただけでは、犯罪者に反発心を生じさせかねず、その主観的悪性の矯正に不利益を及ぼす。したがって、懲罰と教育改造とを正しく結合させて初めて、懲罰を前提とする系統的な思想政治教育・文化技能教育・強制的生産労働、さらには犯罪心理の徹底的排除・正常な遵法心理の確立・悪習の矯正・労働習慣の養成が可能になる。こうして犯罪者は、自力で働いて生活しうる遵法者へと徐々に変わっていくことができる。

このような特別予防の目的は、わが国の刑事立法・司法・行刑活動の全過程でその内容が一貫されている。処罰と寛大とを結合した刑事政策

第4節 刑罰の目的

1. 刑罰目的の概念

刑罰は、国家の強制方法の一つであり、それ自体は決して何らの目的もない。刑罰の目的が実際に意味しているのは、国家の統治階級が刑罰適用で実現しようとする結果のことであり、統治階級の主観に予定されている。このように刑罰の目的は、刑罰のもたらす結果に対する国家統治階級の主観的要求であり、刑罰の運用以前に観念的に既定されている。ここには、国家の統治階級自身への要求と犯罪闘争の客観的結果との関係が反映されている。刑罰の目的は、予め設定されて、立法・司法・行刑活動の全過程を指導し、刑罰の性質・内容・機能・効果を根本から制約する。正にこのような理由から、刑罰目的の問題は、これまでも統治階級が一貫して重視すると同時に、法学者が深い思考をめぐらす重要課題なのである。

2. わが国の刑罰の目的

わが国の刑罰の目的は、直接目的・間接目的・根本目的に区分することができ、これらによって有機的統一体が構成される。根本目的は、社会主義の初級段階にあるわが国の刑罰適用の根本的な方向性を示す。直接目的は、わが国の刑罰適用を具体的に指導する。間接目的は、直接目的から独立して、間接的に刑罰適用を指導する。直接目的および間接目的は、根本目的によって決せられこれに服するほか、根本目的の前提条件を示す。

(1) わが国の刑罰の直接目的

刑罰の直接目的とは、刑罰適用によって実現される直接的結果をいう。この内容には、以下の目的が含まれる。

1) 特別予防

これは、犯罪者に刑罰を適用して、犯罪継続条件を除去し、遵法的公民へと改造して、再犯をさせないことを意味する。特別予防の重要な一

る。これには、立法による威嚇と司法による威嚇との二側面がある。前者の立法による威嚇は、主に刑法の制定および宣伝活動を通じて、犯罪には必ず刑罰という法的効果が伴うとの情報を社会に伝播して、犯罪意欲をもつ社会の不安定分子を戒める効果を発生させ、犯罪を思い止まらせるものである。後者の司法による威嚇は、犯罪を解明して刑罰を科す刑事訴訟活動によって、罪刑の関係につき具体的情報を社会に広知させ、潜在的犯罪者に犯罪必罰の意味をより具体的に認識させ、受刑の苦痛意識により公然と法を犯す気力を失わせるものである。実務上明らかなように、司法による威嚇機能が十分に発揮されるか否かは、刑罰の適宜性と必然性によるところが極めて大きく、その直接的影響を受ける。それゆえ、我々は、法に依拠した重く迅速な処罰という方針を積極的に徹底して、潜在的犯罪者の射幸心や冒険心を動揺させ、刑罰の犯罪意思抑制効果を最大限に作用させねばならない。

2) 教育促進機能 刑罰の教育促進機能とは、刑罰の制定適用によって、人民に幅広く法制の教育と促進を行わせる作用をいう。刑罰の教育促進機能を具体的に示すと、次の二側面が挙げられる。第一に、わが国の刑法は、人民の意思と利益を体現しているので、人民大衆に幅広く支持されている。多くの人民が犯罪を犯さないのは、刑罰を恐れるからではなく、彼ら自身の利益によって決定づけられているからである。よって、このような人達は、必然的に刑罰威嚇の対象とはなりえない。しかし、法制の宣伝や刑事訴訟の活動は、人民大衆の法意識を高めて法制の観念を増強する。第二に、あらゆる犯罪行為は、社会に何らかの危害を及ぼしうる。犯罪の解明と懲罰が時宜を得なければ、犯罪者の氣勢が増長され、人民大衆が安全を感じなくなる。人民法院が適時に犯罪者に刑罰を適用することによって、犯罪者の氣勢を打ち消して人民の自覚的な犯罪闘争を鼓舞・激励することができる。

要するに、わが国の刑罰の三機能は、相互補完関係にあり、それぞれが重要視される。この三機能の正常な働きが、刑罰目的の実現を保障する重要な役割を果たす。

めている。例えば、故意殺人罪・故意傷害罪・侮辱罪・誹謗罪・強姦罪等がこれにあたる。しかし、公共の安全や公共の秩序に対する犯罪であっても、爆破罪・放火罪・流民罪等のように、公民利益の危害となる犯罪も少なくない。これらの犯罪が実行されると、被害者自身およびその親族に一定の損害がもたらされるため、苦痛・恐怖・憤怒・遺恨等の心理的・情緒的な体験をした人々は、犯罪の懲罰を強く要求する。それゆえ、刑罰の迅速な適用は、慰問機能および補償機能など正義を伸張する役割を担っている。

1) 慰問機能 刑罰の慰問機能とは、人民法院が犯罪者に刑罰を言渡すことで、被害者およびその親族の心境を緩和して苦痛心を除去する効果をいう。慰問機能は、刑罰の動態的運用によって発揮されうる機能である。したがって、刑罰の適用が時宜を得るほど機能が発揮される程度も一層向上する。

2) 補償機能 刑罰の補償機能とは、人民法院が犯罪者に刑罰を科すと同時に、被害者が犯罪の損失補償を受けることをいう。この補償には、経済的補償と精神的補償とがある。人民法院が法により犯罪者に刑罰を科すことにより、被害者とその親族の精神的損害は、ある程度補償される。他方、経済的補償について刑法36条が定める経済的損害賠償は、決して刑罰ではない。しかし、人民法院が犯罪者に賠償を命じる経済的損失は、その犯罪から生じたものであるので、この賠償は刑罰と同時に行われる。したがって、我々は、これを刑罰の補償機能と解する。現状からすると、経済的損失の賠償には、犯罪者が被害者に及ぼす直接的損失と部分的な間接的損失の二種類がある。

(3) その他の社会構成員に対する刑罰の機能

このように、刑罰は、犯罪者および被害者に対して異なる機能を有するが、その他の社会構成員に対しても積極的な作用を及ぼす。その主な作用には、次の二側面がある。

1) 一般威嚇機能 刑罰の一般威嚇機能は、相対的個別威嚇機能ともいわれ、刑罰の制定適用によって社会の潜在的犯罪者を戒める効果であ

減刑等の規定のほか、軽罰、刑の減輕・免除に関する一連の情状について定めるように、その数多くが刑法に体现されている。これらの寛大な措置の運用により、犯罪者の反発心が一定程度除去され自覺的な改造の受容が促進されることは、疑いない。第二は、法により懲役（徒刑）ないし死刑執行猶予者の改造を求める監獄法である。同法の規定によれば、これらの者に生産労働を組織して従事させるとともに、思想・文化・技術の教育が施され、熱心に根気よく丹念に犯罪者の教育・感化・改造が行われる。「感化は、禪の空説を行う口実を作ることではない。犯罪者の食・住・健康・学習に配慮し、これらの者が政治・文化・技術などを学習できるよう組織化と援助を行って、活路・前途があることを認識させ、善良な人間にするために真剣かつ着実に努力することである」⁽⁵⁾。このように人道的な処遇を行い、犯罪者を大切に扱う措置を重視すれば、犯罪者を感化させる心理的效果が生じ、犯罪者は落ち着いて改造に専心しうる。

4) 教育改造機能 教育改造機能とは、行刑過程で行われる各種の教育改造手段によって犯罪者にもたらされる教育改造の効果をいう。教育改造は、受刑者に対するわが国の刑罰の最も主要な機能であり、わが国における特別予防を根本的に実現する。教育改造機能の主要なものとしては、懲罰の賦課を前提に、犯罪者に政治思想・文化知識・生産技能に関する系統的な教育を施して、犯罪意思を除去して正常な遵法意識を確立すること、悪習を矯正して労働習慣を養成すること、一定の生産技能の修得により釈放後の就業条件を獲得させることが挙げられる。要するに、犯罪者を改造して遵法的な公民へと変えるのである。

犯罪者に対する懲罰・威嚇・感化・教育改造という刑罰の機能は、密接に関連しており、相互に代替されることはありえない。これらの総和が、刑罰の個別的予防の目的を達成するための手段として意味をもちうるのである。

（2）被害者に対する刑罰の機能

わが国の刑法では、公民個人を侵害対象とする犯罪が相当の比重を占

者に対して身体的強制・権利制限・心理的影響を加えることをいう。刑罰は、最も軽いものが執行されても、必然的に受刑者の權益が剥奪制約される。こうして犯罪者に一定の苦痛を感受させて犯罪継続を阻止する効果が生ずる。例えば、犯罪者に適用される無期有期の懲役は、社会から隔離された閉鎖的施設に同人を収容して、その自由を一定期間ないし生涯剥奪することにより、その犯罪者が再び自由を濫用して犯罪を行う能力を剥奪し著しく制限する。極悪犯罪者の極少数の者には、法に基づいて死刑判決が宣告され、同人の再犯能力が徹底的に剥奪されるので、社会危害再発を永遠に封じることができる。また、経済犯罪を犯した者には、財産没収ないし罰金が宣告され財産ないし一定価額の金銭が剥奪されるので、金銭資本を用いた経済犯罪の実行能力が一定程度制限される。

2) 個別的威嚇機能 刑罰の威嚇機能とは、刑罰適用に際して、再度の受刑の恐怖心を犯罪者に生じさせて再犯の氣力を失わせる心理的效果をいう。犯罪心理学の見地からすると、犯罪者が犯罪を実行する心理的動因の一つとして、刑罰を受けない幸運を当てにする心理状態が挙げられる。犯罪が解明されて実際に刑罰が執行されると、犯罪者のこのような射幸心は打ち碎かれ、犯罪は手痛い対価を支払わねばならないものと認識されるようになる。服役期間中ないし釈放後に再び犯罪意思が生じても、「本能的条件反射の恐怖」によって再犯意思が打ち消され犯罪実行が放棄される。実務上明らかなように、心理的威嚇効果には一定程度の再犯抑制作用がある。

3) 感化機能 刑罰の感化機能とは、刑罰適用に際して、寛大な処置と人道的な処遇を犯罪者に施すことで生じる心理的效果である。刑罰の感化機能は、主に次の二側面に現れる。第一は、処罰と寛大を結合した刑事政策に依拠して制定されたわが国の刑法である。この政策には、寛大さと峻厳さとの二側面が含まれ、犯罪者各自が異なるとの前提に立って処分を区別し、打撃は少数者にとどめて多数者に教育を実現することが、その基本的な内容となる。寛大さの点は、例えば自首・執行猶予・

うな効果は、主として次の二つの経路をたどって実現される。すなわち、第一に、刑罰の制定適用と法制の宣伝によって、犯罪は必ず処罰されるとの情報が社会に伝播される。第二に、刑事訴訟で具体的な犯罪行為を解明して懲罰を行い、その情報が直接・間接に社会に伝わることで、人々が心理的效果を受ける。この心理的效果には個人差があるとはいえ、なお一種の社会作用があるといえる。

（2）刑罰の機能は、一種の積極的作用として示される。

刑罰の機能は、その外部環境との間で物質・エネルギー・情報が移動・転換される過程で実現される。刑罰が運用される外部環境には、可変的で一様でない要素が含まれる。しかし、刑罰を法に依拠して正しく運用しさえすれば、主観的に期待される積極的作用、例えば犯罪者・被害者・その他の社会構成員に対する積極的作用が発揮されうる。

（3）刑罰の機能は、社会に発揮可能な積極的作用として示される。

ここでいう可能とは、刑罰の内部構造が一定条件を具備することにより、現実的なものへと転化しうることを意味する。刑罰がこのように現実へと転化可能になるためには、刑罰の内部構造と一定の外部条件の具備との二要素が必要になる。前者の要素たる刑罰の内部構造が担う可能性は、後者の要素たる外部条件の具備により実現される。刑罰の内部構造が示す機能は、物質・エネルギー・情報を転換させる一定条件が備わるまで、可能性を秘めた潜在的状態として存在するにすぎない。しかし、ひとたび現実の状態へと転化すれば、刑罰は現実の実効性を有するようになる。それゆえ、刑罰の機能を刑罰が社会に発揮する積極的作用の可能性として理解することは、現実合致している。

2. 刑罰の機能の種類

刑罰の機能〈功能〉は、多面的であるが、その作用する対象の差異に着目すれば、次の三機能に分類しうる。

（1）犯罪者に対する刑罰の機能

1) 剥奪制限機能 刑罰の剥奪制限機能とは、具体的にいえば、犯罪

って異なるので、各国家の刑罰権の根拠には各自の特殊性がみられる。わが国は、労働者階級が指導し労農連盟を基礎とする人民民主専政社会主義国家である。わが国の制定法は、社会秩序を維持して労働人民の利益と社会主義経済の基礎生産力を保護するためにある。社会秩序を破壊して国家・人民の利益を害する犯罪に対しては、無産階級の功利の観点から処罰を行うことが強く求められる。このように考えて初めて、人民の利益は重大な損害を回避しうる。かくして、わが国の刑罰権の根拠は、人民の利益を擁護して犯罪による侵害を回避することにある。わが国の刑罰権の根拠は、決して刑罰権の一般的な根拠を否定するものではなく、むしろ反対に、その独自の特殊性ゆえに刑罰権の一般的根拠の内容を豊かにするものである。

第3節 刑罰の機能

1. 刑罰機能の概念

機能〈功能〉とは、事物が生じうる作用、または作用を生じさせる能力をいう。我々の理解のように、刑罰が国家の統治秩序維持の道具であるとすれば、必然的に刑罰の機能の問題に行き着く。刑罰の機能は、刑罰目的の正確な理解と確定に重要な意義を有する。なぜなら、刑罰の目的が達成されるか否かは、刑罰の機能によるところが大きいからである。刑罰の機能に対する深い理解がなければ、刑罰の目的を科学的に解明することもできない。

我々が論じる刑罰の機能とは、犯罪との闘争において刑罰が社会に発揮しうる積極的な作用をいう。このような説明に基づくと、刑罰の機能は、次の特徴を有する。

(1) 刑罰の機能は、社会に対する作用として示される。

刑罰は犯罪に対する法的効果であり、その適用対象は犯罪を犯した者のみに限られる。しかし、刑罰は、犯罪者に対して直接作用するばかりでなく、社会の不安定分子や他の公民にも心理的效果を及ぼす。このよ

（４）混合説ないし折衷説

この見解の提唱者〈倍芮等人〉は、刑罰権は当然ながら社会的「抵抗権」に由来するが、同時に、法律の理論的基礎が「正義」であることも軽視しえない。刑法が犯罪者を処罰するのは、その行為が社会の生存に有害であるため、これに「抵抗する」必要性があると同時に、「正義」を実現するためでもあるという。「正義」は、宇宙的感応であり、「人類の意識」の中に深く根ざしているので、犯罪を阻止して社会の生存条件を侵害させないためばかりでなく、特に社会の本能的感応すなわち正義を満足させるためにも、刑罰が執行されねばならず、このことが刑罰の総合的な根拠になる」とする⁽⁴⁾。混合説の論者は、実証学派が主張する社会生存条件の維持と正義との相互関係から、刑罰権の存在理由を説明しようとするが、この説明が成功しえないのは必然的である。なぜなら、社会の物質生活条件と乖離しているので、刑罰権の根拠を科学的に説明不可能なのである。

マルクス・レーニン主義によれば、社会生活・政治生活および精神生活の全過程は、物質の生産方式によって制約されている。刑罰権も含めて歴史的に現れたあらゆる現象は、相応の物質的生活条件下において初めて正確な解釈が可能となる。犯罪と刑罰は、階級社会に特有の現象である。マルクス主義の観点からすれば、「犯罪は、孤立した個人の統治関係への反対闘争であり、法と同じく、各人が心の欲するままに振る舞うことから生じるものではない。そうではなく、犯罪も現行の統治も、同一の条件から生まれるのである」。「刑罰は、社会がその生存条件に反する行為に対処する自衛手段の一種に他ならない」。ここでいう社会の「生存条件」および現行の統治条件とは、「個人の「意思」によって変化する個人の物質的生活ではなく、各個人が相互に制約し合う生産方式および交流形式をいう」。これが現行統治の現存の基礎であるから、ここに刑罰権の一般的根拠を求めるならば、社会生存条件に違反する行為への対処という現実的要求が、刑罰権の根拠になる。

しかし、国家存続のために依拠する物質的生活条件も国家の類型によ

(2) 社会契約説

この見解は、古代ギリシャの哲学者エピクロスによって提唱され、17世紀から18世紀にはヨーロッパ資産階級の啓蒙学者から崇拜され伝播されるようになった。刑法の領域で全面的に社会契約説を指針として刑罰根拠を論述したのが、イタリアの刑法学者ベッカリアである。その著書「犯罪と刑罰」は、次のように論述している。「元来、原始的人類は戦争状態にあった。人類は、その後戦争に嫌悪を覚えて平和を渴望したので、自ら天賦自由権の一部を割譲して契約の方式で他人（すなわち主権者）に委託するとともに、その者に保護責任を負担させた。こうして主権者は、契約違反者に対する処罰権限を有するようになった。したがって、人々が割譲した自由権の一部の総和だけが、刑罰権の淵源になる」⁽²⁾。社会契約説は、ベッカリアらの理論的仮説に依拠して、国家権力が人民に由来する、と説明する。しかし、封建的な専制統治は、人間の本性および自然法とは相容れないものである。資産階級の革命期に、ベッカリアは、かような理論を用いて、国家権力の有限性と人々の生存権の神聖性を大胆に論証している。これが歴史の進歩であることは、疑いの余地はない。しかし、我々は、社会契約説が歴史的事実と決して符合しないことを見抜かねばならない。なぜなら、国家は、人々の社会契約によって生まれてはいないからである。また、当然ながら、この理論は、刑罰権の根拠を科学的に説明しえない。

(3) 功利説ないし必要説

ベンサムは、功利主義すなわち「最大多数の最大幸福」を起点として、「社会秩序は専ら国家維持のためのものであり、国家が社会秩序を維持するために刑罰権を行使する必要性が生じた」と論じた⁽³⁾。功利説は、社会秩序維持の必要性に刑罰権の功利的根拠を求めており、一面では合理性を有する。しかし、功利説の論者は、抽象的な人類の幸福に依拠して刑罰権の発生を説明している。このような考え方は、刑罰権の根拠を正しく解明しえないばかりか、この見解の階級的な本質を隠蔽しているので科学的でない。

容の一つであり、次の主要な特徴をもつ。第一に、確定力の発生した判決に基づかない限り、行刑をなしえない。判決の確定力不発生の場合あるいは確定判決を超える刑罰の執行は、量刑権を否定し行刑権の濫用になる。第二に、行刑の内容は、判決により確定された刑罰の執行のみに限られる。その刑罰は、明確な具体的内容を有するので、執行可能な現実的な刑罰となる。

制刑権、求刑権、量刑権および行刑権は、統一的な刑罰権が静態から動態へと具体化する過程における特徴に応じた区別である。確かに、この具体化過程では、これら四権相互の制約・分業・協力が要請される。しかし、この四権は単独の刑罰権として存在するのでなく、実際には四権の総和が統一的な刑罰権を構成するのである。

2. 刑罰権の根拠

いかなる国家も、その社会制度にかかわらず、刑法に触れる行為に対して、その行為者の同意の有無を問わず、法による懲罰権を有する。何ゆえに国家は刑罰適用権限を有するか。これは、刑罰権の根拠に関わる問題であって、刑罰権の存在理由が問われる。この問題については、これまで各国の学者が異なる説明をしてきた。以下では、その代表的な理論について触れる。

(1) 神権説

この見解の起源は古代にまで遡るが、近代でも本説を支持提唱する西側諸国の学者がいた。この理論によれば、刑罰権は、神から授けられた正義の体现であるとされる。国家秩序は神意の発現であり、これを侵すことは神意の冒瀆に他ならない。そこで、神が世俗代表たる国家に加害者処罰を委託した、と説く。神権説の科学的根拠が乏しいことは、誰の目にも明らかである。神の存在を立証しえないのに、どうして神権が存在しえようか。この見解を実行すると、必然的に公民の合法権益が保障されないことになる。なぜなら、代理人が神意を仮借して被統治者の自由権を剥奪できてしまうからである。

刑罰制定権〈制刑権〉は、刑罰の立法問題を解決するものであるため、刑罰権の最も重要な内容をなす。しかし、刑罰は、実際の適用で初めて現実的な意義をもつ。刑罰の適用は、刑罰具体化の過程であり、そこには相対的に独立しつつも相互に関連する複数の段階がある。例えば、訴追機関が捜査により十分な嫌疑・証拠があると認めたときに公訴提起を行う刑罰請求段階、人民法院が事案審理により犯人を認定して有罪判決を確定する量刑段階、刑罰執行機関〈労働改造機関〉が法的効力の生じた有罪判決を執行する行刑段階である。これに伴って、訴追権〈求刑権〉、科刑権〈量刑権〉および行刑権が発生する。

訴追権〈求刑権〉とは、犯罪者に刑事訴訟を提起する権力をいう。訴追権〈求刑権〉は、主に検察機関によって行使される。ただし、自訴事件では、被害者たる公民が自訴の形式で訴追権を有する。わが国の刑法および刑事訴訟法によると、訴追権の主な内容には、以下のことが含まれる。①捜査を通じて犯罪事実の存在を確認すること。②証拠を収集して挙証責任を負担すること。③人民法院に対して刑事訴訟を提起して犯罪者に対する科刑を請求すること。訴追求刑活動は、科刑量刑権を実行するための前提となる。

科刑権〈量刑権〉とは、刑罰を裁量する権力をいう。わが国で量刑権を担うのは、ただ人民法院だけである。量刑権には、次の内容が含まれる。①捜査により明らかにされた事案の事実に基づき、法により犯罪者に刑罰を科すか否かを決定する。被告人に犯罪が成立する場合には法により刑罰を科さねばならず、そうでない場合には刑罰を科してはならない。②認定された犯罪事実に基づき、刑法61条により被告人に適切な刑罰を決定する。法定の刑罰は、このとき現実的な刑罰へと変わる。有罪判決は、刑の宣告を原則とするが、例外もある。刑免除の情状がある場合、裁判所は刑免除の判決を下しうる。量刑活動は、刑罰適用の重要な段階であって、求刑の実行であると同時に行刑の根拠にもなる。

行刑権とは、確定力〈法律効力〉の生じた判決を根拠として、犯罪者に刑罰執行を強制する権力をいう。また、行刑権は、刑罰権の重要な内

める各種の（刑罰を含めた）全強制措置が教育的属性を包含するよう決定づける。有期懲役がその好例であり、この刑罰の際立った特徴は、犯罪者を社会から隔離して強制労働をさせる点にある。行刑機関は、この過程で犯罪者個人の事情に応じて目標を定めて、思想教育・文化知識教育・職業技術訓練を行う。こうして、犯罪者の主観的悪性の矯正を補助し、遵法的公民へと犯人を変えていくのである。実務で示されているように、わが国の刑罰が教育的性質を有することは、客観的にも十分に明確である。他方、いかなる種類の刑罰も、ただ一つの本質をもつのではなく、多くの属性の有機的統一体なのである。その一つの属性を強調しても、他の属性を否定することにはならない。しかし、懲罰の峻厳性と教育性が同次元の属性ではないことを我々は理解すべきである。刑罰の峻厳性は刑罰の本質的属性であり、刑罰の教育性は懲罰の峻厳性を基礎とする。隔離も、刑罰の教育性と同様に、この峻厳性を基礎とする。しかし、隔離と刑罰の教育性とは異なる。

第2節 刑罰権の根拠

1. 刑罰権の概念

刑罰権とは、刑罰を制定して運用する権力をいう。刑罰権は、国家の統治階級により独占される統治権の重要な構成部分である。これには、刑罰制定権〈制刑権〉および刑罰運用権が含まれる。

刑罰制定権とは、国家が刑事立法により刑罰を制定する権力をいう。わが国でこの権力を行使するのは、全国人民代表大会とその常設機関である。刑罰制定の主要内容には、以下のことが含まれる。①刑罰体系およびこれと一体化した各種の刑罰制度を構築して、具体的な犯罪に即応した法定刑を設定すること。②現行法の刑罰制度、法定刑および刑種を改正補充して、完全なものにすること。③既存の刑罰法規を廃止すること。これも、制刑権の内容の一つである。④刑罰に関する問題を解明すること。刑罰の正しい適用には、この問題の解明が不可避である。

クス)との認識である。全く疑問なく、刑罰の階級性は、刑罰と原始社会の制裁方法との区別を決定する意義をもつので、刑罰の最も深い本質を構成すると同時に、国家の階級制という本質を出発点とすることが明らかになる。資産階級の学者が刑罰の階級制という本質を覆い隠すことに尽力している状況下にあっても、我々は、刑罰の階級制が重要な意義を備えることを重視して強調するのである。

しかし、刑罰は、階級社会に特有の法的現象である。我々は、この階級性以外の刑罰の法的本質について注意しておく。レーニンは、「人間の思想は、現象から本質へと至り、初歩の本質から高次の本質へ達して、絶えず深化していく」と指摘した⁽¹⁾。このことは、事物がただ一つの本質をもつのではなく、本質には段階があることを説明している。これを刑罰に具体化しても、同じことがいえる。我々は、刑罰の法的本質は懲罰の峻厳性にあると考える。既述のように、刑罰は非常に峻厳な強制方法であり、その内容は一種の剥奪である。その剥奪の種類が、刑罰の性質によって変わるにすぎない。例えば、死刑では犯罪者の生命が剥奪され、有期無期の懲役〈徒刑〉では犯罪者の人身の自由が失われる。また、罰金刑および財産没収では犯罪者の財産に損失が発生し、資格刑では犯罪者は政治的権利を全て喪失する。これらの剥奪には、これら以外にも否定的な政治的評価や道徳的非難が無形の譴責として現れる。これらの剥奪は、疑いなく犯罪者の側からすれば一種の苦痛であるが、社会の側からすれば当然の報いとしての懲罰になる。教育改造・勾留・損害賠償・原状回復のような他の制裁措置にも、いうまでもなく懲罰の要素が含まれる。しかし、これらの措置は、懲罰の深さと広さという点で、刑罰ほどの峻厳性を有していない。かくして、刑罰の刑罰たる所以を決定づけているのは、まさに懲罰の峻厳性である。他の制裁措置とは異なり、この峻厳性が最も決定的な意義をもち最も根本的な部分をなしている。

懲罰の峻厳性を刑罰の法的本質と認めることは、わが国が刑罰の教育的属性を否定することになるか。これに対する答は、否である。わが国は、社会主義国家である。この国家の性質からして、社会主義国家の定

他の強制措置と較べて刑罰が最も峻厳な強制措置である、と説明するのである。

（3）刑罰は、人民法院だけが行使しうる。

定罪量刑は、国家の司法権〈審判権〉の重要な内容の一つである。わが国の法律によると、司法権は、人民法院だけが法により独立行使しうる。したがって、人民法院以外は、いかなる機関、団体ないし個人であれ、公民に刑罰を適用する権限をもたない。ここでいう法による刑罰の適用とは、人民法院が刑罰を言渡すに際して、刑法および刑事訴訟法の関連規定を遵守しなければならない、専断的に法律を超越してはならないことをいう。

（4）刑罰は、犯罪者に対してのみ適用される。

この意味からして、刑罰は、犯罪に対する法的効果である。それゆえ、何人も、刑法に定める社会危害行為を実行しない限り、科刑の対象とならない。人民法院の判決で有罪が確定して初めて、その者に刑罰を適用しうるのである。このことは、社会主義法制の強化からの必然的要求であると同時に、無辜の者が刑罰を受けないための重要な保障になる。

刑罰は、犯罪に対する唯一の法的効果ではない。わが国の刑法によれば、一定の条件が存する場合には、犯罪者の刑を免除し刑を執行しないことも可能である。

2. 刑罰の本質

刑罰の本質は、専門的研究に値する重要な問題の一つである。本質とは、ある事物がその事物であり他の事物と区別される理由について、最も決定的意義を備える根本的なものである。刑罰が刑罰であり他の事物と区別される理由として、最も決定的意義をもち、根本的なものとは何か。刑法に関する現在の著書では、刑罰の階級的本質が強調されるのが一般的であり、刑罰は統治階級の利益を擁護して犯罪の懲罰を手段とする秩序統治である、とされている。すなわち、「刑罰とは、社会がその生存条件に反する行為に対処するための自衛手段の一種である」（マル

何秉松編著・刑法教科書（総論編19章～23章）

第19章 刑罰概論（薛瑞麟）

長井 圓
藤井 学 共訳

第1節 刑罰の概念

1. 刑罰の概念

刑罰とは、刑法の規定により人民法院が犯罪者に適用する強制措置をいう。刑罰の概念は、以下の特徴を備える。

（1）刑罰は、強制措置である。

強制とは、人に強迫作用を及ぼす行為の方法であり、消極的な法的効果と結びつく。刑罰は、犯罪者の権益を強制的に剥奪（ないし行使を制限）する措置である。強制措置の適用は、犯罪者に法律の尊重を迫る。

（2）刑罰は、刑法に定める強制措置である。

強制措置には、訴訟的強制措置、民事的強制措置、行政的強制措置など多種多様なものがある。刑法に定める強制措置が、刑罰である。刑法の強制措置は、重軽があるが、全体として非常に峻厳である。犯罪者の政治的権利・財産を剥奪し、その人身の自由を剥奪・制限し、その生命までも奪うことが可能である。刑罰と比較すると、行政的強制措置・民事的強制措置も、これほどに峻厳ではない。これらの措置によって、適用対象者の政治的権利や人身の自由を長期にわたり剥奪しえず、さらに、生命の剥奪はおよそありえない。行政的強制措置たる教育改造や行政拘留も、確かに自由剥奪を内容としているが、その継続期間は短く、刑法の意味での法的効果をもたらさない。正にこのような理由から、我々は、

が変わり、罪責が消滅し、証拠も既に散逸し、事件を解明する方法がないかも知れない」し、「司法機関はこれらの長年にわたる事件への拘束を免れて、現行の犯罪への攻撃と処理に力を集中することができる」こと、「③社会の安定団結に有利である」、すなわち犯罪危害には「一定期間が過ぎれば回復しうるものも回復しえないものもあるが、被害者はこれを時間の推移と共に次第に忘れて落ち着くはずである」ことが根拠とされる。それゆえ、前記①に対応して、「訴追時効の中断」として「訴追期限内に再び犯罪を犯したときは、前罪の訴追期間は後罪を犯した日より起算する」（刑法89条2項）と定める。

第二に、「赦免」（大赦・特赦，刑法65条・66条）とは、「国家が犯罪者の罪と刑の免除を宣告する法律制度」であり，1959年から1978年までに行われた計7回の特赦の内容が紹介されている。なお，中国刑法における「赦免」と「減刑」とは，異なる制度であり，後者は裁判所が決定する。

さらに詳細は，以下の本文を御覧頂きたい。

ない」とされる。刑法78条によれば、「管制、拘留、有期懲役又は無期懲役に処せられた犯罪者は、刑の執行期間内、監獄規則を真摯に遵守して教育及び改造を受け入れ、改悛の情があり、又は立功のあるときは、減刑することができる。次の各号に掲げる重大な立功の一つがあるときは、減刑しなければならない」と定める。また、「減刑」は、「改判」すなわち「確定判決の変更」（再審による罪名・刑罰の変更）と区別される。

第三に、中国の「仮釈」つまり「仮釈放」の制度（刑法81条～86条）は、1911年の「大清新刑律」に由来し、「有期懲役または無期懲役に処せられた犯罪者が一定の刑期を経過した後に改悛して再び社会を害しないと認められる場合に、条件つきで釈放時期を早める刑罰制度」であり、「監獄外執行」と区別される。仮釈放は、「管制・拘留に処せられた者、死刑執行を2年猶予された者には適用しない」。刑法81条によれば、「有期懲役に処せられた者が宣告刑の刑期の2分の1以上を執行された場合、または無期懲役に処せられた者が実際に10年以上執行された場合に、仮釈放を適用しうる」と定める。また、死刑執行を猶予された者が減刑または減刑後仮釈放される場合の実際の執行刑期は、「12年を下回ってはならない」という。仮釈放の手続は、「人民法院」が仮釈放事件の受理後、刑執行機関の報告した仮釈放意見書、その他の手続について審査し、資料と手続が完備していると認めるとき合議で審理する（刑法82条・79条）とされる。

7 第23章「時効と赦免」（马登民教授執筆）では、第一に、刑法上の時効は「訴追時効」（公訴時効）と「行刑時効」（刑の時効）とに区別されるが、中国刑法には「訴追時効」のみが定められている（刑法87条～89条）。その「訴追時効」の本質としては、「①わが国の刑罰の犯罪予防目的に合致する」、すなわち「犯罪者が犯罪後の法定訴追期限内に再び犯罪を行わなかったことは、その者が既に改悛して再び社会に危害を及ぼすことのないことを示す」こと、「②司法機関が現行の犯罪活動に力を集中して打撃を与えるのに有利である」、すなわち「時と共に事情

条）・刑の減輕（刑法63条）・刑の免除（刑法57条）および(2)六つの「酌量情状」（犯罪動機・犯罪手段・犯罪時の環境条件・犯罪対象の事情・犯罪者の一貫した態度・犯罪後の態度），(3)「累犯」（一般累犯・国家安全危害罪累犯，刑法65条・66条），(4)「自首」（一般自首・特別自首）の裁量的輕罰・刑免除（刑法61条），(5)「立功」（犯罪者が検挙後に他人の犯行摘発に功績があった場合，一般立功では裁量的輕罰・刑の減輕，重大立功では裁量的刑減免になる。）ならびに(6)「数罪併罪」（併合罪加重，刑法69条～71条）について論じられている。

6 第22章「刑の執行猶予・減刑・仮釈放」（马登民・中国政法大学教授執筆）では，第一に，「緩刑」といわれる「刑の執行猶予」（刑法72条～77条）は，「人民法院が拘留または3年以下の有期徒刑に処する犯罪者に対し，その犯罪者の情状と悔悟から判断して刑事処分を猶予しても確実に再び社会を害しないと認めた場合に，一定の觀察期間を定めて執行を猶予する制度」であり，再び法規違反なく「執行猶予の觀察期間を満了すれば，宣告刑が執行されない」。また，特別な「緩刑」として，「戦時執行猶予制度」（刑法449条）がある。さらに刑の執行猶予は「死刑の執行猶予」とは區別されている。前者は「公安機關がその者を拘禁しないで觀察を行い，犯罪者の所在単位・末端組織がこれに協力する」。これに対して，後者は「その犯罪者を拘禁して労働改造を实行する」が，「2年満了後の犯罪者の態度に応じて，減刑（無期徒刑ないし15年以上20年以下の有期徒刑への減刑）・死刑執行または法定条件違反による猶予期間内死刑執行の場合がある」とされる。

第二に，「減刑」（刑法78条～80条）は，日本法の「減刑」とも「刑の減輕」とも異なり，「裁判所」が「宣告刑」を「刑の執行期間内」に減輕するものであって，中国法の「独創」である。すなわち，「日本・イギリスなどの国家は，刑法に減刑を定めるとはいえ，刑罰執行制度すなわち刑赦免の一方式として規定しているにすぎない」，「日本とわが国の減刑制度は，概念的に異なっている。また，これらの国家は一般に行政機關によって行われるが，わが国の減刑は裁判所の裁定によらねばなら

また、「死刑」(刑法48条～51条)は、「それを少数にとどめ、その濫用を厳禁し、誤った死刑を防止することに努め」、死刑の「執行猶予」(刑法50条・51条)の要件につき論じている。

第四に、「罰金」(刑法52条・53条)は、主刑ではなく「付加刑」として定められているが、その根拠については論じられていない(なお、刑法34条2項によれば、付加刑は独立適用もなしうる)。中国刑法での罰金は、主に「経済犯罪および利欲性のある犯罪のほか、社会の管理秩序を妨害する罪」に適用され、新刑法では適用範囲が「単位犯罪」等に拡大されたという。また、「財産没収」は、「犯罪者個人の所有財産の一部または全部を無償で国庫に納入することを強制する」もので、本来的に犯罪者の所有に属さない「違法所得の追徴」および「禁制品の没収」とは異なるとされる。

第五に、「非刑罰的处理方法」(刑法36条～37条)としての(1)「経済的損害賠償」は、「刑罰を科すと同時に、その犯罪行為が被害者に与えた経済的損害の程度に基づいて情状を酌量し、被害者に一定額の金銭賠償を言渡す」ものであり、(2)「損害賠償」は「刑を科す必要がない犯罪者に被害者への一定額の金銭支払いを命じて被害者の犯罪被害を填補する」ものである。さらに、「訓戒」・「改悛の誓約」・「謝罪」による事件処理があるとされている。

5 第21章「量刑」(魏克家・中国政法大学教授執筆)では、「定罪は、量刑の基礎と前提をなす。定罪なければ量刑なく、定罪を誤れば必然的に量刑も不当になる」、「適切な量刑は、社会主義法制度を擁護して国家と人民の利益を保障すること、打撃を少数の犯罪者に止めて孤立させること、多数の犯罪者が罪を認めて法に服従し改造を受容して新たな人生を歩むこと、さらに人民大衆の犯罪闘争への積極性を引き出すことにとって重要な意義を有する」と論じる。

「量刑の一般原則」(刑法61条)となる「犯罪事実を根拠とする量刑」・「刑法を基準とする量刑」を基礎として、(1)四つの「法定情状」(軽微・比較的軽小・重大・特に重大な情状)による重罰軽罰(刑法62

の不安定分子の犯罪防止は、主に総合的統治、社会主義の物質文明・精神文明の建設に依拠する」と論ずる点が、注目に値する。また、これらの刑罰の「直接目的」と区別される「間接目的」として、「問題点の是正や犯罪誘発条件の除去」が指摘されている。さらに、「刑罰適用の結果が刑罰目的と合致する程度」の問題として、「刑罰の効果」について論じる。

4 第20章「刑罰の体系と種類」（薛瑞麟教授執筆）では、「主刑」（刑法32条・33条）として「管制・拘留〈拘役〉・有期徒刑〈有期徒刑〉・無期徒刑〈無期徒刑〉・死刑」，「附加刑」（刑法34条）として「罰金・政治的権利剥奪・財産没収」および「外国人の国外追放」（刑法35条）さらに「非刑罰的处理方法」（刑法36条）について論じる。

第一に、中国の刑罰体系の特徴は、「懲罰寛大結合政策」に由来して、(1)「処分個別化原則」、(2)「党の指導下に専門機関・人民大衆一体の犯罪闘争方針」および(3)「社会主義人道主義の精神」の体現が掲げられ、「肉体刑」，「恥辱刑」を用いず、「すべて懲罰と改造・教育・労働とを結合する原則が貫徹され」，獄中労働参加者には「その労働に応じた賃金」が支払われる。「管制」に処せられた者には「その労働に応じた賃金が」支払われ（刑法39条2項），「拘留」に処せられた者には酌量により報酬支給のほか「毎月1日～2日の帰宅」が許される（刑法43条2項），と論ずる。

第二に、中国の刑罰体系中で最も軽い「主刑」である「管制」（刑法38条～41条）は、「拘禁する必要のない犯罪者を管制に処して被拘禁者を少数にとどめることにより，犯罪者の労働・家庭生活に支障がないようにし」，「大衆の監督機能が充分に発揮されることで，犯罪者の犯罪継続も防止しうる」という。

第三に、「無期徒刑」（刑法46条～47条）は、「重大な刑事犯罪の防止に効果を発揮する一方，死刑と有期徒刑の隙間を埋められるので，死刑の適用を少数にとどめることができる」が，「犯罪者が真摯に改造を受けて悔い改めれば，その自由を回復する希望が残されている」とする。

第21章 量刑（魏克家）

土田 俊

第1節 量刑の概念と一般原則

第2節 量刑の情状

第3節 数罪併罪

第22章 刑の執行猶予・減刑・仮釈放（馬登民）

土田 俊

第1節 刑の執行猶予

第2節 減 刑

第3節 仮 釈 放

第23章 時効と赦免（馬登民）

御手洗大輔

第1節 時 効

第2節 赦 免

3 第19章「刑罰の概念」（薛瑞麟・中国政法大学教授執筆）では、「刑罰は、犯罪者の權益を強制的に剥奪（ないし行使を制限）する措置である。強制措置の適用は、犯罪者に法律の尊重を迫る。」「刑罰の階級的本質」が強調され「刑罰とは、社会がその条件に反する行為に対処するための自衛手段の一種である」（マルクス）とされる。すなわち、「刑罰の法の本質は懲罰の峻厳性にある」が、「社会主義国家」の本質からして「各種の（刑罰を含めた）全強制的措置が教育的属性の包含を決定づけられる」、また「わが国の刑罰権の根拠は、人民の利益を擁護して犯罪による侵害を回避することにある」とされる。

「刑罰の機能」は、(1)「犯罪者に対する機能」（剥奪制限・個別的威嚇・感化の機能）、(2)「被害者に対する機能」（慰問・補償の機能）、(3)「その他の社会構成員に対する機能」（一般威嚇・教育促進の機能）に区別されている。

「刑罰の特別予防」目的として「わが国は再犯率がもっとも低い国家の一つであり、6%～8%の水準を長年にわたり維持している」、
「刑罰の一般予防」目的として「刑罰の威嚇作用を肯定できるとしても、社会

- 第1章 刑法学概論（裴广川）
- 第2章 刑法概論（何秉松）（以上，神奈川法学33卷1号）
- 第3章 刑法の指導思想（何秉松）
- 第4章 刑法の基本原則（何秉松）
- 第5章 刑法の体系と解釈（何秉松）
- 第6章 刑法の効力（何秉松）
- 第7章 犯罪概論（何秉松）
- 第8章 犯罪構成概論（何秉松）（以上，神奈川法学33卷2号）
- 第9章 犯罪の主体（何秉松）
- 第10章 犯罪の客体（何秉松）
- 第11章 犯罪の主観面（何秉松）
- 第12章 犯罪の客観面（何秉松）（以上，神奈川法学33卷3号）
- 第13章 犯罪構成の要素・構造・機能の全面的考察（何秉松）
- 第14章 犯罪性の排除される行為－犯罪構成の非犯罪化（何秉松）
- 第15章 犯罪構成過程の特殊形態（何秉松）
- 第16章 共犯－犯罪構成構造の特殊形態（何秉松）
- 第17章 定罪（何秉松）
- 第18章 刑事責任（何秉松）（以上，神奈川法学34卷1号）
- 第19章 刑罰概論（薛瑞麟）藤井 学
 - 第1節 刑罰の概念
 - 第2節 刑罰の根拠
 - 第3節 刑罰の機能
 - 第4節 刑罰の目的
 - 第5節 刑罰の効果
- 第20章 刑罰の体系と種類（薛瑞麟）土田 俊
 - 第1節 刑罰の体系
 - 第2節 主 刑
 - 第3節 付 加 刑
 - 第4節 非刑罰的处理方法

罰要求の聲が高まるばかりである。

欧米先進国の刑法・少年法に既に導入されている「加害者・被害者の修復的司法」という第三の波からも、わが国はとり残されようとしている。いうまでもなく、行為無価値論と結果無価値論との零細な解釈論的調整のみが、刑法学の課題なのではない。

こうした日本の現状において、被害者の救済・損害回復および犯人の再社会化を含めて日本の刑罰体系は、抜本的に再検討されねばなるまい。この意味において、中国の刑法と刑法学に対しても一層大きな関心が向けられるべきように思われる。

2 今回の翻訳は、日本法への関心と理解も深く、中国独自の「犯罪構成系統論」の樹立者として高名であり、常に第一線に立って活躍されている何秉松教授（中国政法大学）が主著として編集された『刑法教科書』（1997年刑法改訂版，中国法政出版社）の総論編第19章から第23章までを訳出したものであるが、実際には前回より同書の上巻（2000年版）に依拠している。その第1章から第18章までは、「中国刑法学と新刑法概論」・「中国刑法の指導思想」・「中国刑法における犯罪の主体・客体と主観面・客観面」および「中国刑法における一元制犯罪論体系」と題して、既に本誌に分割掲載したので、併せて参照いただければ幸いである。

各章の初訳は、従来通り中国法を学んでいる学生諸君（後掲）の努力の所産である。これを法学部資料室担当の高島哲朗氏が入力保存した原稿に基づいて、本学大学院博士課程の藤井学氏が検討して再訳を重ねたものに、さらに全面補正を加えて本稿が完成した。

なお、本文中の（ ）は原著者によるものであるが、〈 〉は訳者が中国語表記を付したものであり、〔 〕は中国語が日本の専門用語・語法・語義と異なる場合に訳者が類語を付したものである。

本号をもって『刑法教科書』総論編の翻訳掲載を終了し、次号より同下巻・各論編の翻訳掲載を新たに開始する予定である。

翻 訳

中国刑法における刑罰の体系と量定

—何秉松編著・刑法教科書（総論編19章～23章）—

日中比較刑法研究会

長 井 圓

訳者 はしがき

1 中国刑法における「死刑の執行猶予制度」は、わが国でもよく知られ高い評価を受けている。そのみでなく、1997年の中国新刑法典は、多様な刑罰の体系・量定および執行方法を備えており、懲罰と寛大とを結合した刑事政策を基礎として、犯罪と犯人に応じた刑罰・処分の個別化のために「非刑罰的」方法（例えば、被害者のための「経済的損害賠償」・「謝罪」の命令）を含めて多彩な制度を誇っている。

これに対して、日本刑法は、明治40年以来の古く硬直した刑罰体系を今なお温存している。明治40年刑法は、ただドイツ刑法のみを継受したものではなく、広く外国の刑法を参照しつつ、古き律令以来の日本の伝統との調和を図ったものとして、その制定当初は世界に誇りうる先端的内容を有していた。その犯罪規定は、戦後の民主主義憲法と合致しうるよう部分改正され、変容する社会の要請に即して何度かの小改正および特別刑法・行政刑法の拡充を進めてきた。とはいえ、戦後における新派教育刑論の退潮と共に、死刑の合憲判例により実務での応報刑論への退行化が進んだようでもある。昭和49年の改正刑法草案においても死刑・懲役・禁錮・罰金・拘留・科料の単純な刑罰体系が維持され、保安処分も同草案と同じく立法化の見込みがなく、精神保健福祉法の措置入院制度についても具体的な代替案が未だ提示されていない。それゆえ十分な救済もなく放置される被害者側からは、少年法改正に見られるような厳