

中華民国時代の犯罪体系

孫 文*

目 次

はじめに——研究の背景および目的

第一章 中国の四要件説の検討

第一節 伝統的な犯罪構成理論

第二節 伝統的な共同犯罪理論

第二章 中華民国時代の立法

第一節 大清新刑律の立法経緯

第二節 中華民国時代の各法典の立法経緯

第三節 各法典の総則の構成

第三章 中華民国時代の犯罪論体系

第一節 「暫行新刑律」時代の犯罪論体系

第二節 「1928年刑法典」時代の犯罪論体系

第三節 「1935年刑法典」時代の犯罪論体系

第四節 小 括

第四章 中華民国時代の犯罪体系論の検討

第一節 ラートブルフの法体系論

第二節 中華民国時代の各犯罪論体系の比較

第三節 小 括

終わりに

はじめに——研究の背景および目的

日本と中国の間には千年以上の法律に関する交流の歴史があった。その故に、古代の日本法は中国からの深い影響を受けていた。特に、「大化の

* ソン・ブン 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

改新の後、中国の法制に学んで大宝律（大宝元年〔七〇一年〕）、養老律（養老二年〔七七八年〕）が制定された。これらには、各則的な諸種の規定のほか、たとえば、責任能力、錯誤、共犯などに関する総則的規定も設けられており、その体裁において堪だ完備したものであった。……それは、ほぼ唐律の規定を踏襲したものであった¹⁾。その後、19世紀半ばまでの千百年の間に、中国の法律は絶えず日本に影響を与えていた。19世紀後半以降、日本は西洋からの影響を受けはじめたが、その初期にも漢文訳の洋書により、中国を通して西洋の法律制度を学んでいた。例えば、「仏国律例」も1882年に漢文訳という形式で日本に伝来した²⁾。

しかし、明治維新以降、日中間の法律文化の交流において「地位」は逆転した。日本の学者は漢字と仮名を使って西洋の法律文献を直接翻訳し、それに基づいて西洋の法律制度を参考にしながら日本の近代的な法律制度を確立した。この時代において、日本の学者は漢字を使っていろいろな法律の概念と用語を創設し、これらの概念と用語、さらに法律制度そのものはまた有識者によって日本から中国に輸入された。何勤華の考証によると、「法学」という漢字の語彙を用いて近現代の西洋の法律学に関する学問を表現することは、日本に源を発する³⁾。また、中国の法律の近代⁴⁾化改革の「総指揮者」沈家本も、「今日法律用語及び最新の学説は、たいてい東国を通して西洋で創設された理論を翻訳したものである」と指摘した⁵⁾。この東国とは日本のことである。そして、この時代において日本の法律用語ではおおよそ漢字が使われているので、それらは日本から翻訳し

1) 大塚仁『刑法概説（総論）〔第四版〕』（2008年）31頁。

2) 王健『沟通两个世界的法律意义』（2001年）237頁（陳興良『刑法的知識転型【方法論】』（2012年）33頁から引用）。

3) 周少元『中国近代刑法的肇端——《大清新刑律》』（2012年）5頁。

4) 本稿においては、中国のアヘン戦争の勃発（1840年）から中華人民共和国の成立（1949年）までの時代を近代という。この論文は中国法を研究の基礎資料にしているので、このような分け方に従う。

5) 『沈寄籍先生遺書・寄籍文存 第四卷』（陳興良「刑法的知識転型【方法論】」2012年）34頁から引用）。

たというより、むしろ直接に日本の用語をそのまま使ったものと言えよう。

中国の法制度の近代化の端緒として、1901年1月29日に西安に亡命していた慈禧太后は、光緒皇帝の名義で「法令変張」の上諭を公布した。その成果として、1911年に日本学者岡田朝太郎の協力の下で、中国最初の近代的な刑典「大清新刑律」⁶⁾が公布された。その故に、中国の刑法学の近代化は、最初の時点からすでに日本刑法学の焼印が押されていた。この「大清新刑律」は、この段階では施行されることはなく、「辛亥革命」により清朝が滅亡し、その後に国民党を中心に建国した中華民国政府は、「大清新刑律」を修正した後に「暫行新刑律」として施行していた。この時代には、中国の刑法学の研究はスタートしたばかりであり、外国（主に日本）の研究成果の翻訳、紹介をすることで発展していった。犯罪論に関しては、日本を經由してドイツの理論を輸入していた。それ以来、1928年と1935年に中華民国政府はそれぞれ新しい刑典を公布したが、中国の犯罪論に関する研究は、やはり日・独の理論による「被植民地化」を避けられず、「主体」、「客体」、「行為」、「責任」、「違法」などの「犯罪成立要素」を中心とした研究が展開されていた。

しかし、1949年に中国共産党が政権を取って中華人民共和国を成立させ、中華民国時代の「六法全書」（すなわち当時の全現行法）を廃止したのである。はじめ、国民党時代の「旧法司」に対する全面的な粛清を始めた。それ以降、中国刑法学の研究における全面的なソビエト化が始まった。立法においては、旧ソ連の刑法を参考にしながら、様々な立法の準備をしていたが、1966年から「文化大革命」という政治的動乱の時代に入り、1978年までの約30年の長い間、中国において「刑法」は実質的に存在しなかった。

研究においては、1950年にソビエト司法部全ソビエト法学研究所によって編撰された『ソビエト刑法総論』が中国語に翻訳、出版された。この教

6) 正式的な名称は「欽定大清刑律」である。旧「大清刑律」と区別するために、一般的に「大清新刑律」という。

科書は中国で出版された最初の、「犯罪の客体」、「犯罪の客観的側面」、「犯罪の主体」、「犯罪の主観的側面」という「四要件の犯罪構成理論」を採用したものであり、中国の犯罪論研究に深い影響を与えていた。しかし、1957年から中国は反右派階級闘争の時代に入り、ニヒリズム思想が盛んになり、刑法学の研究は「文化大革命」が終わるまで停滞した。

1979年に中華人民共和国初の刑法典が施行されたが、政治と現実の二つの理由から、中国の刑法学研究者は長い間中華民国時代の刑法学を無視し⁷⁾、「文化大革命」前のソビエト刑法学に対する研究に基づいて、「四要件の犯罪構成理論」を中心に犯罪論の研究を再出発させた。そのため、今までも「四要件の犯罪構成理論」は、中国において通説的な地位を占めている。しかし、「四要件の犯罪構成理論」が中国で通説になって以降、学界からそれに対する反論と挑戦は止むことがない。

もっとも、1980年代の論争は、「四要件」の論者内部でのものであった。ここで特に説明する必要があるのは、A・H・トライニンの『犯罪構成要件の一般理論』(1957年)は1958年に中国語に翻訳されて出版されたが、1957年から中国はすでに反右派階級闘争の時代に入っていたので、その時点では、A・H・トライニンの学説は中国の刑法学研究にあまり影響を与えることはなかったのである。ゆえに、最初の中国の「四要件の犯罪構成理論」の内容としてもたらされたのは、前述した『ソビエト刑法総論』の「犯罪構成」の章の執筆者——A・A・ピオントコフスキーの学説である。中国の刑法学者が改めてA・H・トライニンの犯罪構成論を研究し、当時の通説に対して挑戦をしたのは、80年代に入ってからである。

そして、中国の市場経済改革により、諸外国との法学交流が深く広くなり、その結果、1980年代の半ばから日本の刑法学が再び徐々に中国の刑法学に影響を与えはじめた。1986年に福田平・大塚仁の『日本刑法総論講

7) ゆえに、中国清華大学の周光権は、中国の刑法学理論は「無史化」している、すなわち理論の発展史を踏まえない点で歴史がない理論となっていると指摘した(周光権『法治視野中的刑法客観主義』(2002年)1～3頁)。

義』が中国語に翻訳された。この教科書は、中国の市場経済改革が始まって初めて出版された、外国刑法学を紹介する体系書である。また、これは中国で初めて「犯罪論体系」という用語を用いて、「構成要件」、「違法性」、「責任」の相互関係を論理的に述べた体系書でもある。それ以来、日・独の「三段階の犯罪論体系」⁸⁾は徐々に中国の刑法学界で有力になり、今日ではもはや「四要件の犯罪構成」と互角といえる状況となっている。特に、2009年に、日本での留学経験がある張明楷が中国司法試験の刑法問題の出題者になってからは、司法試験は三段階の犯罪論体系に基づくようになったのに対し、大学院進学試験は四要件の犯罪構成を前提とするようになり、中国の大学の法学教育は「天下分裂」の局面を呈するに至った。「司法試験」の問題が「三段階の犯罪論体系」を採用したことは、あたかも「犯罪論体系」に関する論争の「大決戦」の進軍らっぱを吹き鳴らしたかのように、2010年に468篇、2011年492篇、2012年に392篇、2013年431篇と、「犯罪論体系」に関する論文の数は爆発的に増加した⁹⁾。

ところで、シューネマンは刑法体系を構築する必要性を論じる際、以下のような3つのポイントを挙げる。すなわち、(1) 個別的な学術認識は、互いにある論理的関係の中に組み入れられてから、はじめてそれらが論理上に相容れるかが分かる。(2) 日常の言語それ自身はすでにある言語秩序と言語体系を作り出している。法律体系の構造それ自身も日常の言語によって作り出された言語秩序と言語体系を利用している。体系がない法学研究は考えられない。(3) 日常用語の言語秩序には確かに一定の規則と体系が存在するが、多様性がある。法学に関する体系化は概念の抽象性と精確性の程度を上げ、社会の紛争に直面する場合に、解決方法をよりう

8) 日本とドイツにおいても、刑法学者が全員同じ「三段階」に基づいて犯罪論を展開しているわけではない。ゆえに、筆者は日本とドイツの犯罪論体系を「段階的犯罪論体系」というべきであると考えているが、「三段階」という用語は中国においてすでに定着したので、本論文は「三段階」という用語に従う。

9) これは、「中国知網（CNKI）」という中国で最も権威のあるデータベースで2014年11月28日に「犯罪論体系」というキーワードで検索した結果である。

まく明示でき、ひいては関連する論争と解決方法の秩序及び脈絡を確保できる、と¹⁰⁾。実は中国の刑法学者たちも、シューネマンの言う以上のような研究の言語秩序と言語体系の側面から、「犯罪論体系」に関する論争の必要性と重要性を理解してきた。中国のある学者が指摘するように、「近年以来、刑法学界における犯罪論体系の変革に関する大論争の背後にあるのは、『精英言語』と『大衆言語』の対立であり、いわゆるドイツ犯罪論体系の「精英言語」パターンと中国犯罪論体系の「大衆言語」パターンの対立である¹¹⁾。つまり、現在の中国における犯罪論体系に関する論争の背景にあるのは、刑法研究の「発言権」の対立であり、刑法学研究全体に影響を及ぼす研究方法・モデルの対立である。中国の一部の学者による、21世紀に入ってからの「犯罪論体系」に関する論争が、「大決戦」の様相を呈するに至った真の理由はこれであると考えられる。

ところで、中国最初の近代化した刑法典「大清新刑律」が公布された1911年からすでに百年を超えた。この百年の間に、中国の刑法学は「日・独—ソビエト—日・独」という螺旋状の道を進んできた¹²⁾。そして今や、ソビエトの「四要件の犯罪構成理論」に進むか、日・独の「三段階の犯罪論体系」に進むか、という分岐点に立っている。筆者はここで進むべき道を選択するために、これまで進んできた道をいま一度振り返るべきだと考えている。なぜなら、中国では伝統派刑法学者（つまり「四要件の犯罪構成」を支持する学者）と独日派刑法学者（つまり「三段階の犯罪論体系」を支持する学者）の間で「構成要件」、「違法性」、「責任」などの概念を中心に犯罪論体系に関する論争が激しく展開されているが、実は両派それぞれが主張し

10) B. Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: B. Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 2, 3, 5, 6 (許玉秀『当代刑法思潮』(2005年) 57頁から引用した)。

11) 車浩「從“大衆”到“精英”——論我国犯罪論体系話語模式的轉型」浙江社会科学 2008年第5期51～57頁。

12) 車浩「未競的循環——“犯罪論体系”在近代中国的歷史展開」政法論壇(中國政法大學學報) 第24卷第3期63～75頁。

ている「構成要件」、「違法性」、「責任」などの概念の中身が異なるために、論争がうまくかみ合わないことが少なくない。この問題を解決するためには、中国でこれらの概念および犯罪論体系が誕生した中華民国時代に戻り、これらの概念を再確認する必要があると考えられる。

さらに、中国における犯罪論体系に関する論争はあまり具体的問題解決と関連することがないので、意味の薄い「空中戦」になりやすい。ゆえに、中国の一部の伝統派学者は、独日派学者がただ刑法学研究の「発言権」を奪うために無意味な論争を起こしたと考え、「今日、我が国の刑法学界においては、ドイツ、日本、イタリア、フランス、イギリス、アメリカで留学したまたは留学している学者が多数であり、翻訳された外国刑法学の著作も徐々に増えてきた。学者たちはいつも自分自身の特殊な経験または好き嫌いにより、中国において他国の犯罪構成理論を採用すべきである、または他国の犯罪構成理論をモデルとして自分の犯罪構成理論を作り出すべきだと主張する」¹³⁾と指摘し、さらに「お尻が頭を指揮する」論争であるなどといった人身攻撃すら行われた¹⁴⁾。

たしかに、具体的問題解決と関連しない体系的な論争にはあまり意味がないが、犯罪論体系に関する思考と論争それ自体は決して具体的問題の解決に役立たない、無意味な「発言権」を奪うためのものではない。中国で「犯罪論体系」を論じる学者は、決して自分の留学経験または好き嫌いに基づいて研究の「発言権」を奪うために論争しているわけではない。周知のように、中国における初の「三段階の犯罪論体系」に基づく刑法教科書を出版した陳興良は「北高南馬」¹⁵⁾の高明暄（けん）の弟子であり、全く留学した経験がない。また、「四要件の犯罪構成」を支持し、「三段階の犯罪論体系」に反論する学者の中には日本の同志社大学の太谷實の許に留学

13) 欧錦雄「新中国犯罪構成理論的發展和展望」（付立慶「重構我国犯罪論体系的宣言与自省」中外法学 Vol. 22 No. 1 (2010) から引用した）。

14) 付立慶「重構我国犯罪論体系的宣言与自省」中外法学 Vol. 22 No. 1 (2010)。

15) 中国の伝統派刑法学者の泰斗「高明暄」と「馬克昌」を併称して「北高南馬」という。

し、博士号を取得した黎宏がいる。これらの学者は、決して自分の師の教えあるいは留学経験などの個人感情に基づいて、研究を展開しているとは言えないであろう。

体系を論じる意義として、ロクシンによれば、犯罪論体系に沿った体系的思考は問題解決の側面において少なくとも以下の4つのメリットが存在するとされる。(1) 体系的事案検討の形式は、事案検討を容易化させ、構成要件、違法性、責任の3つの段階に従って犯罪を検討することは、思考経済に役立ち、決定的な観点が看過されたり、誤った判断がなされたりすることを避けることができる。(2) 体系の秩序づけにより、不均衡で、欠陥のある、多くの条文を生み出すことを避け、斉一的かつ合理的に法を適用することができる。(3) 学生または裁判官にとっては、法適用が体系的思考によって単純化され、方針を決定する作業の負担が軽減される。(4) 法的素材を体系化することにより、個々の法規範の内在的関連性に対する洞察が提示され、創造的な法の発展的形成も可能になる¹⁶⁾。(1)は体系的思考の意義として最も重要であり、「四要件の犯罪構成理論」への批判として決定的に妥当する点であると考えられる。例えば、「四要件の犯罪構成理論」において、「犯罪性排除行為」(すなわち、正当防衛や緊急避難などの違法性を阻却する行為)は「四要件の犯罪構成」の外で論じられていることになるが、四要件による犯罪の構成と犯罪の排除の相互関係は、四要件論からは明らかにされないままなのである。現実社会において「犯罪性排除行為」に関する事件は稀とはいえ、司法実務者が実際にこの種の事案を処理する際に、犯罪性の排除をどのように取り扱うべきか明らかでないままで、四要件論に依拠する場合、困難に直面することが予想される。

これに関連して、日本やドイツでは、犯罪論体系は、「共犯」または

16) C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, § 7, 39ff. ロクシンはその後体系的思考の4つのデメリットも述べたが、それは彼自身の目的理性の段階的体系を主張するために、他の犯罪論体系を批判しているだけで、段階的体系そのものを諦めたわけではない。

「錯誤」などの具体的な問題を巡って論じられることが多い。このことから、「共犯」と「錯誤」（またはその裏面にある「故意」）は犯罪論の試金石と言われている。本稿でも、こうした具体的な問題を踏まえつつ犯罪体系について論じていくが、特に、各国の刑法典の条文において、「錯誤」と「故意」は「共犯」よりも共通する点が多いと思われることから、とりわけ故意と違法性の意識を中心に検討することとしたい。

中国の刑法においても、故意と錯誤に関する規定は、総則に設けられている。また、刑法総則では、犯罪と刑罰の関係、犯罪不成立の事由、未遂、共犯といった体系の問題が規定されていることから、本稿の研究では、中華民国時代の刑法典のうち、総則の規定を中心に取り上げることとする。これにより、立法者の犯罪と刑罰の体系に関する思想を一定程度考察することができよう。

以上を踏まえて、本稿においては、比較法の視点も取り入れつつ、中華民国時代の刑法総則の構成、および犯罪概念並びに故意の本質に関する議論を考察しながら、中国の犯罪論体系における「近代化」の過程を跡付ける。これにより、現在、学界において激しく議論されている体系の問題について、解決への道筋に向けた端緒を見出したい。なお、中華民国時代は、けっして社会的に安定した時期とはいえず、このことは学問研究にも影を落としている。すなわち、辛亥革命の直後、あるいは日中戦争以後は、刑法学の研究は必ずしも活発になされているとはいえない状況であった。これに対し、1928年から1935年までの時期は、社会が比較的安定していたこともあり、一定の豊富な研究成果が残されている。このことは、日本はおろか、中国においてもあまり注目されていないことであることから、本稿では、この時期の研究を中心に検討を進めることとする。

第一章 中国の四要件説の検討

前述したとおり、1949年に中華人民共和国が成立して以降、中国共産党

政府により、国民党時代の法律に対して全面的な粛清がなされた。その後、中国の刑法学における全面的なソビエト化が開始し、今日では旧ソ連から輸入された「四要件の犯罪構成理論」が通説の地位に至っている。考察の前提として、本章では、通説である「四要件説」の内容について概観した上で、誤想防衛の問題を中心に、「四要件説」の問題点を明らかにしたいと考えている。もっとも、「四要件説」論者の内部でも、「犯罪構成」をめぐる争いがあることから、第一節では、中国で最も代表的な「四要件説」の論者とされる、いわゆる「北高南馬」¹⁷⁾の見解を検討する。さらに、第二節では、伝統的な共同犯罪理論を検討する。

第一節 伝統的な犯罪構成理論

一. 犯罪概念と犯罪構成

犯罪概念について、中国の現行刑法典第13条には、「国家の主権、領土の保全および安全に危害を及ぼし、国家を分裂させ、人民民主独裁の政権を転覆し、社会主義制度を覆し、社会秩序および経済秩序を破壊し、国有財産又は勤労大衆による集団所有の財産を侵害し、国民の私有財産を侵害し、国民の身体の権利、民主的権利その他の権利を侵害し、又はその他の社会に危害を及ぼすすべての行為が、法律に基づいて刑を受けなければならないときは、いずれも犯罪である。ただし、情状が著しく軽く、危害が大きくないときは、犯罪としない。」というように犯罪を実質的に定義している。これにより、伝統派¹⁸⁾は「(1) 犯罪とは社会を侵害する行為である。即ち、一定程度の社会侵害性を有する。……(2) 犯罪とは刑法に違反する行為である。即ち、刑事違法性を有する。……行為の社会侵害性は刑事違法性の前提となり、刑事違法性は社会侵害性の刑法上の現れである。行為は社会侵害性を有するだけでなく、且つ刑法に違反し、刑事違法性

17) 伝統派学者の代表者高銘暄と馬克昌のことをいう。

18) 犯罪論において、ソビエト刑法学の「四要件の犯罪構成理論」を採用する中国刑法学者のことをいう。

を有する場合に限り、犯罪が認められる。(3) 犯罪とは、刑罰を受けるべき行為である。」というように犯罪の実質的特徴を説明していた¹⁹⁾。つまり、通説によると、犯罪の本質的特徴は行為の重い社会侵害性であり²⁰⁾、犯罪の形式的法律特徴は行為の刑事違法性である²¹⁾。つまり、伝統派によれば、社会主義的刑法学は形式と本質を統一した犯罪概念を取っていると考えられる²²⁾。

そして、伝統派によれば、犯罪構成とは「我が国の刑法の規定に基づく、ある具体的な行為の社会侵害性およびその程度を決定する、その行為が犯罪を構成するために必要とされるあらゆる客観的および主観的要件の有機的統一である。」²³⁾ 犯罪構成は犯罪成立の唯一の根拠であり、行為者が刑事責任を負う唯一の根拠である。犯罪構成と犯罪概念の本質は同じであり、それは社会侵害性である²⁴⁾。しかし、社会侵害性は犯罪構成の要件ではなく、犯罪構成とは「犯罪の客体」、「犯罪の客観的側面」、「犯罪の主体」、「犯罪の主観的側面」という「四要件」の総和（合計）である。この四つの要件は、互いに「一つが存在すれば、すべて存在する。一つが存在しないと、すべて存在しない」という「有機的統一」の関係にある²⁵⁾。「有機的統一」という用語は、「同時存在」を意味する²⁶⁾。すなわち、四つの要件はお互いがお互いの前提となるという関係にあり、犯罪の成立には必ず四つの要件の同時存在を要求し、お互いに確定的な、検討される前後関係あるいは順番は存在しないのである。このような「統一論」は実在の立場からではなく、当為の立場から四要件の相互関係を説明している。そ

19) 高銘暄・馬克昌（主編）『刑法学（第五版）』（2011年）31頁。

20) 馬克昌（主編）『犯罪通論（第3版 修訂版）』（2006年）19頁。

21) 馬・前掲（注20）65頁。

22) 馬克昌（主編）『刑法』（2009年）28頁。

23) 高／馬・前掲（注19）49頁。

24) 馬・前掲（注20）67頁。

25) 馬・前掲（注22）39頁。

26) 陳興良『刑法的知識轉型【方法論】』（2012年）259頁。

して、正当防衛や緊急避難などの「犯罪排除事由」は四要件の外で検討される。

このように、犯罪構成は一連の主観的、客観的要件の有機的統一である²⁷⁾。伝統派の四要件の犯罪構成理論は、違法と有責という二つの概念を中心として構築されたものではなく、客観と主観という二つの概念を中心として構築されたものである。この理論において、客体と客観的側面はさらに「客観」という概念に、主体と主観的側面はさらに「主観」という概念に引き上げられる。そして、犯罪構成にこのような「主観」と「客観」の同時存在を要求する「主観・客観の統一」の原則は、この犯罪構成理論の重要な特徴とされる。このような犯罪構成理論において、違法とは行為が完全に犯罪構成に該当することであり、客観的な違法概念は存在しない²⁸⁾。そして、「刑事責任とは、刑事法によって規定されている義務の不履行またはこのような義務に違反する行為(犯罪)に対して行為者が負うべき、刑事法上の結果(刑事法律処分)である。」²⁹⁾この刑事責任に対する定義から分かるように、犯罪構成における刑事責任と日・独の犯罪論体系における「非難可能性」を内容とする「責任」とは全く別ものである。ゆえに、この理論において、非難可能性という意味での責任概念は存在せず、犯罪構成に該当することは、行為者が責任を負うべきことと等しいのである。ゆえに、この理論においては、違法と責任が区別されていないと言わざるを得ない³⁰⁾。

各要件の具体的な内容は、次のようなものである。犯罪の客体とは、刑法により保護され、犯罪により侵害される、社会主義の社会関係である。犯罪の客観的側面とは、犯罪活動の客観的、外面的な現れである。これには、侵害行為、侵害結果、侵害行為と侵害結果の間の因果関係が含まれ

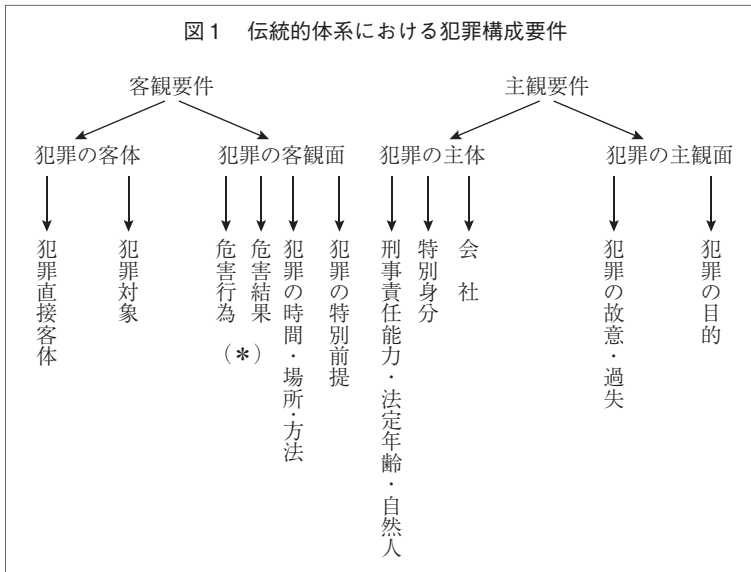
27) 高/馬・前掲(注19)49頁。

28) 張明楷『犯罪構成体系と構成要件要素』(2010)25~26頁。

29) 馬・前掲(注20)78頁。

30) 張・前掲(注28)28頁。

る。一部の犯罪においては、特定の時間または場所、あるいは特定の方法が要求される。犯罪の主体とは、法定の刑事責任年齢に達しており、刑事責任能力を有する、侵害行為を行う自然人である。一部の犯罪では、特定の主体であることを要するが、それは、特定の職務に就いており、ないしは特定の身分を有することである。少数の犯罪においてではあるが、法律の特別規定に基づき、企業、機関、団体も犯罪の主体となりうる。最後に、犯罪の主観的側面とは、行為者には罪過（故意と過失）が存在することである。ここで、一部の罪の犯罪構成では、特定の犯罪の目的または動機が要求される³¹⁾。以上をまとめると、図1のようになる。



* 危害行為と危害結果との間の因果関係は、犯罪の客観的側面に位置づけられる。

31) 高/馬・前掲（注19）50頁。

二. 社会侵害性について

中国の伝統派の刑法学と日・独の刑法学とのもう一つの本質的な相違点は、中国の犯罪論において重要な意義を持つ社会侵害性の理論である。伝統派が主張している社会侵害性の犯罪論における意義は、具体的には以下のものである。第1に、社会侵害性は犯罪構成の礎石である。犯罪構成要件の総和に該当することは、重大な社会侵害性を有することを証明している。もし行為が重大な社会侵害性を有しないならば、犯罪は成立しない。第2に、犯罪性排除行為の成否を決めるキーポイントである。正当防衛や緊急避難などが犯罪とされていないのは、これらの行為が全く社会侵害性を有しないからである。これに対して、過剰防衛や過剰避難などが犯罪とされているのは、これらの行為が重大な社会侵害性が有するからである³²⁾。

前述した通り、伝統派によれば、社会侵害性は犯罪および犯罪構成の本質であるが、犯罪構成の要件ではない。そして、あらゆる犯罪は主観と客観の統一であるので、犯罪の本質である社会侵害性も当然に主観と客観の統一である。故に、「社会侵害性およびその程度は、客観的に引き起こされた損害のみから説明するのではなく、行為者の主体的要件および主観的要件も含まれる。」³³⁾また、犯罪構成は犯罪の形式的な特徴であり、刑事違法性の判断基準であるが、犯罪の本質である社会侵害性の判断基準は別のものである。社会的侵害性およびその程度に関する判断基準については、伝統派は以下のような7つの要素を挙げている³⁴⁾。

(1) 行為によって侵害されたのは、どのような社会関係か？これは行為の社会侵害性の程度を決定する最重要の要素である。もし、侵害された社会関係が重要でないなら、例えば、友情関係、恋愛関係、婚約関係などの侵害の場合は、行為の社会侵害性は大きくないので、犯罪とならない。こ

32) 馬・前掲(注22)23頁。

33) 馬・前掲(注20)21頁。

34) 馬・前掲(注20)22～23頁。

れに対し、侵害された社会関係が特に重要である場合、例えば、国家主権、人民民主独裁制度、社会主義制度などが侵害された場合には、行為の社会侵害性は重大であり、犯罪として処理しなければならない。行為によって侵害された社会関係が比較的中程度である場合、例えば、人の健康権、社会主義経済秩序、社会公共秩序などが侵害される場合には、行為の社会侵害性が重大な程度に達するかどうかは、その他の要素と併せて考える必要がある。

(2) 行為の性質、方法、手段またはその他の関連する情状。

(3) 行為が侵害結果を引き起こしたこと、侵害結果の大きさまたは深刻な侵害結果を引き起こす可能性。

(4) 行為者自身の情況。

(5) 行為者の主観的側面の情況。

(6) 情状は深刻、凶悪であるか。

(7) 行為がなされたときの社会情勢。ここでいう社会情勢とは、社会の政治、経済、治安および階級闘争の総合情況のことであり、行為の社会侵害性に影響を与える。同じ行為であっても、社会情勢によって社会侵害性の程度は大きく異なることがある。例えば、墮胎行為は、中華人民共和国が成立した初期では重大な社会侵害性があり、犯罪とされていたが、1980年代末以来、人口の急速な増加および医療環境の改善により、もはや墮胎行為は社会侵害性を有しない。ゆえに、現行刑法典には墮胎行為が犯罪ではない。

上に挙げた社会侵害性およびその程度の判断基準は、一見して分かるように、比較的定型化されている犯罪構成と異なり、まったく安定性、明確性のないものと言わざるを得ない。

1979年に公布された中国の旧刑法典の第10条には、「あらゆる国家の主権、領土の保全に危害を及ぼし、プロレタリア独裁の制度に危害を及ぼし、社会主義的革命と社会主義の建設を破壊し、社会秩序を破壊し、全国民が所有する財産または労働大衆の団体が所有する財産を侵害し、公民の

私的な合法的な財産を侵害し、公民の人身的権利、民主的権利およびその他の権利を侵害し、またはその他の社会を侵害する行為が法律に基づいて刑罰を受けなければならないときは、いずれも犯罪である。但し、情状が著しく軽く、危害が大きくないときは、犯罪としない」というように、犯罪を形式と実質の二つの側面から定義していた。すなわち、犯罪の本質は「社会を侵害する」という社会侵害性であり、その形式は「法律に基づいて刑罰を受けなければならない」という「刑事違法性」である。犯罪は本質的特徴と形式的特徴の統一であり、すなわち、犯罪は社会侵害性と刑事違法性の統一である。先に説明したように、統一とは同時存在の意味であり、当為の側面から説明しているにすぎない。

しかしながら、刑事違法性の判断基準は犯罪構成であるのに対して、社会侵害性の判断基準は別のものである。それでは、刑事違法性と社会侵害性は実在の側面において、両者は本当に矛盾がなく、「統一」できるであろうか。また、矛盾が生じた場合に、どちらが最終的な、決定的な判断基準となるのであろうか。

1979年旧刑法典の第79条には「本法典の各則に明文の規定がない犯罪は本法典の分則にある一番類似した条文を参照して断罪量刑できる。但し、最高人民法院に報告して許可を得なければならない」として、類推許可を規定していた。ここでの類推判断の基準は、社会侵害性の有無である。すなわち、刑法典の各則に明文の規定がない（刑事違法性がない）場合に、社会侵害性があれば、類推して犯罪を認めることができるということである。この意味で、社会侵害性は刑法の各則の条文を超えた、「超法規的な」存在であり、犯罪の本質的な特徴である。

1997年に公布された中国の現行刑法典では、確かに旧刑法の第79条の類推許可の規定を削除したが、前述した犯罪の概念を規定する現行刑法典の第13条は依然として実質と形式の統一の定義を採用している。そして、中国現行刑法典の第3条には「法律が明文で犯罪行為と規定するときは、法律により罪を認定し、処罰する。法律が明文で犯罪行為と規定していない

ときは、罪を認定し、処罰してはならない」と、罪刑法定主義の原則を規定しているが、この条文の前半で規定される「積極的罪刑法定主義」（ある行為が法律上の明文の犯罪の行為に該当するときは、罪と認定し処罰するという原則）と「社会侵害性」という実質的な犯罪概念は、封建時代の罪刑専断主義に対抗するために生まれてきた、「法律なければ刑罰なし」という消極的罪刑法定主義の徹底を阻害している。この後の犯罪性排除のところでもまた論じるが、特に、社会侵害性をキーポイントとする、四要件の犯罪構成の外で検討される犯罪性排除事由の成否を判断する場合に、積極的罪刑法定主義と実質的な犯罪概念の影響は顕著である。

三. 違法性の認識

中国の現行刑法典第14条1項には、「自己の行為が社会に危害を及ぼす結果を生じさせることを知りながら、その結果の発生を希望し、又は放任したことにより犯罪を構成したときは、故意による犯罪とする」と、故意犯を規定している。そして、中国の現行刑法典には、法律の不知に関する条文がない。旧刑法典の起草段階において、第22回草案では、「法律を知らずに犯罪を実行したときは、刑事責任を免除しない。但し、情状により、刑を軽くするまたは刑罰を軽減することができる」という条文が入っていた。しかし、実務において犯人が法律を知っているかどうかを判断することが難しいことを考慮し、また、この規定は犯人が責任を逃れる言い訳になりやすいと考えられたため、第33回草案では、この条文を削除した。これに関し、伝統派によると、「我が国の刑法における故意または過失の規定からみれば、違法性は罪過の構成要素ではないので、行為者が法律を知らないこと、または現行立法で彼の実行した行為が犯罪となることを規定していないと誤解したことは、犯罪の成立に影響がない。処罰する際に、法院は刑法第63条2項³⁵⁾の規定と行為の実際の情況に基づき、酌量

35) 第63条2項：犯罪者が、この法律に規定するその刑を減輕する情状を有しなくても、事件の特別の狀況に基づいて、最高人民法院の許可を得て、法定刑の下限以下の刑を科す。

して寛大に扱うことができる』³⁶⁾とされる。

伝統派の犯罪構成理論において、故意・過失は「主観的側面」の中で検討される。伝統派は、「犯罪故意とは、行為者が自分の行為から社会を侵害する結果を引き起こすことを明らかに認識し、かつ、その結果の発生を希望または認容する主観的心理態度である」³⁷⁾と定義している。故意の認識内容に関して、「第一に、行為そのものに対する認識、すなわち、刑法によって規定されている社会を侵害する行為の内容およびその性質に対する認識である……第二に、行為の結果に対する認識、即ち行為から引き起こされたまたは引き起こされそうな、社会を侵害する結果の内容およびその性質に対する認識である……第三に、侵害行為および侵害結果と関連するその他の犯罪構成要件の要素的事実に対する認識である」と説明した上で、刑事違法性に対する認識は故意の成立要件ではないと明確に主張しながら³⁸⁾、例外的に社会情勢の変化が原因で、行為の社会侵害性に対する認識が欠ける場合に、故意を阻却することができる³⁹⁾と説明している。しかし、「四要件の犯罪構成」において、違法性の認識不要説は体系的矛盾を孕む。上述した故意の内容には侵害行為の内容および性質まで要求している。「客観的側面」に属する「侵害行為とは法律上、社会を侵害する身体の動静である」⁴⁰⁾。そして、行為の社会侵害性は刑事違法性の前提となり、刑事違法性は社会侵害性の刑法上の現れである。ゆえに、「法律上社会を侵害する」という行為の性質は、刑事違法性にほかならない。そして、伝統派が、比較的定型的な判断基準が存在する刑事違法性の認識を故意の成立要件から排除した上で、内容と判断基準がより不明確である社会侵害性の認識を故意の特別の成立要件とするのは、裁判官の恣意的判断を放任す

ゝることができる。

36) 馬・前掲(注20)374頁。

37) 高/馬・前掲(注19)106頁。

38) 高/馬・前掲(注19)107頁、馬・前掲(注20)374頁。

39) 馬・前掲(注20)374頁。

40) 高/馬・前掲(注19)64頁。

るに等しく、いっそう犯罪者が責任を逃れる言い訳になりやすいのではなからうか。

四. 犯罪性排除事由

犯罪性排除事由とは、行為者の行為が客観的に一定の損害結果を引き起こし、犯罪の一部の客観的な構成要件に該当するようにみえるが、実際には犯罪の社会侵害性がなく、犯罪構成に該当せず、法律に基づいて犯罪とはならない客観的情况である⁴¹⁾。それゆえ、伝統派の内部で、犯罪性排除事由は正当行為または社会侵害性排除事由とも呼ばれる。具体的には、中国の現行刑法典第20条1項には正当防衛を、2項には過剰防衛を、3項には無制限防衛を規定している⁴²⁾。また、第21条⁴³⁾には緊急避難が規定されている。

前述したように、伝統派の犯罪構成理論によれば、犯罪構成は犯罪成立の唯一の根拠であり、行為者が刑事責任を負う唯一の根拠である。そして、犯罪構成の要件は「客体」、「客観的側面」、「主体」、「主観的側面」の4つであり、犯罪性排除事由は犯罪構成の要件ではなく、犯罪構成の外で

41) 馬・前掲（注22）114頁。

42) 第20条1項：現に行われている不法な侵害から、国家及び公共の利益または本人若しくは他人の身体、財産その他の権利を守るために、不法な侵害を制止する行為を行って、不法侵害者に損害を生じさせたときは、正当防衛であり、刑事責任を負わない。

2項：防衛行為が著しく必要な限度を超えて重大な損害を生じさせたときは、刑事責任を負わなければならない。ただし、その刑を減輕し、又は免除しなければならない。

3項：現に行われている暴行、殺人、強盜、強姦、身代金目的略取その他の身体の安全に著しい危害を及ぼす暴力犯罪に対して、防衛行為を行うことによって不法侵害者に死傷の結果を生じさせたときは、過剰防衛とはならず、刑事責任を負わない。

43) 第21条1項：現に発生している危険から国家及び公共の利益または本人若しくは他人の身体、財産その他の権利を守るため、やむを得ずにした緊急避難の行為が損害を生じさせたときは、刑事責任を負わない。

2項：避難行為が必要な限度を超えて、不当な損害を生じさせたときは、刑事責任を負わなければならない。ただし、その刑を減輕し、又は免除しなければならない。

3項：第1項における本人ための避難に関する規定は、職務上または業務上特定の義務を負う者には、適用しない。

検討される。しかし、積極的罪刑法定主義の下では、犯罪成立の「唯一」の根拠である犯罪構成の外に、さらに犯罪の成立を否定できる犯罪性排除事由を認めるとき、そこにすでに矛盾を孕んでいるといえるであろう。

これに関し、犯罪構成と犯罪性排除事由の関係について、伝統派は以下のように説明している。すなわち、我が国において、犯罪を認定する場合に、西洋国家のように犯罪論体系を3段階に分けて、1つの段階に符合してから次の段階に進んで、すなわち、正面から構成要件に該当すると判断した後に、次の違法性の段階において、振り返って違法性阻却事由により犯罪を否定することはない。犯罪と非犯罪の境界線を引くための2つの道が存在する。一つの道は、正面から行為が犯罪構成要件に該当するかどうかを判断するものである。もう一つの道は、やはり正面から犯罪性排除事由が存在するかどうかを判断するものである。この2つの道の関係は、1つの問題を解決するために2つの側面から考えているものにすぎず、結果的には同じ結論を導くのである。それゆえ、前者からある結論を出すことができるのであれば、この結論は肯定、否定のいずれであっても、後者からも必ず結論を出すことができる。両者の結論は完全に一致しているので、一つの道から結論を出した以上、もう一つの道はから再び判断する必要はまったくないのである、と⁴⁴⁾。

しかし、このような当為⁴⁵⁾の視点から説明した犯罪構成と犯罪性排除事由の関係は決して論理的ではなく、犯罪構成と犯罪性排除事由の実在的な関係は依然として不明確であり、実際の問題解決には役立たないのである。例えば、犯罪性排除事由は犯罪構成の外のものであるので、「誤想防衛」を検討するとき、行為者が正当防衛状況にあるか否かという点は、故意の認識内容または範囲から離れるはずである。しかるに、伝統派は、これを直ちに「事実の錯誤である」とした上で、「誤想防衛の場合には、主

44) 馬・前掲(注22)115頁。

45) なすべきこと、あるべきことの意味である。あること(存在)、あらゆるをえないこと(必然)に対する概念である。

に行為者に行為の性質に対する認識の錯誤が起こっている」とし、その場合には故意が存在しないので、過失犯または無罪となると説明している。しかし、「行為の性質」という言葉の内実是不明確であるため、司法実務において混乱を引き起こしている。

具体例として、以下のような3つの「誤想防衛」の裁判例が参考となる（いずれも、ウェブサイト上の新聞記事からの引用である。中国では、判例の公開が十分になされていないため、このような参照方法をとった）。

(1) 被告人が、隣人の家の窓口前にいる牛乳配達員の深夜の配達行為を窃盗行為と誤解し、自転車で現場から去ろうとする配達員の顔面を竿掛けで殴り、重傷を負わせた事件について、検察官は故意傷害罪で起訴した。第一審の無錫市北塘区人民法院は、被告人が主観的推測に基づいて、実際上は存在しない不法侵害を誤認し、防衛の目的で他人に重傷を負わせたことは予見すべきであるにもかかわらず、これを予見しなかった、油断による過失であり、過失傷害罪が成立すると判断し、1年の有期懲役を言い渡した。その後、検察官から上訴があったのに対し、第二審の無錫市中級人民法院は、被告人が誤った認識に基づいて、実際上は存在しない不法侵害を存在すると誤認し、臆断からの不法侵害に対して防衛を行い、他人に重傷を負わせたが、その行為は刑法理論における誤想防衛であり、事実に対する認識の錯誤であると判断し、原審を支持した⁴⁶⁾。

(2) 運転している被告人Aは、Bがカバンを持っているCを追いかけている様子を見て、Cの前まで車を走らせ、「強盗犯」のCを止めようと考えたが、結果的にCに自車を衝突させ同人を死亡させた。実際には、Cは精神障害者Bの侵害から逃げているだけであった。裁判において、弁護人は誤想防衛による過失致死罪を主張したが、結果的に、広州市中級人民法院は2013年12月19日の判決において、検察官の意見を支持し、故意傷害罪を

46) 「誤想防衛過失致人重傷案」(誤想防衛過失致傷事件) <http://china.findlaw.cn/bianhu/xingshianli/32367.html> (2015年1月17日)。

認めた。もっとも、被告人の自首の情状および被告人が「被害者を違法犯罪者と誤認したこと」を考慮し、3年の有期懲役を下した上で、4年の執行猶予を付けた⁴⁷⁾。

(3) 被告人である女性Aは、男性Bの強姦から自分を守るために、Bをナイフで刺した。その後、Bは倒れたが、Aは、まだ呼吸をしているBが再び自分を侵害することを恐れて、倒れているBの頭部をナイフで刺し、即死させた。その後の死体検案により、Bは最初の刺し傷ですでに行動能力を失っていたことが分かった。2012年9月10日に広州市中級人民法院は、Aが最初にBを刺した行為は刑法20条3項の無制限防衛であり、刑事責任を負う必要がないと判断し、2回目に刺した行為に関しては、すでに行動能力を失ったBによる、実際には存在しない侵害から自己を守るための「誤想防衛」であることを認めた上で、故意殺人罪が成立すると判断し、4年の有期懲役を言い渡した⁴⁸⁾。

(1)は典型的な誤想防衛の事例であり、第二審の無錫市中級人民法院の判断は基本的に適当である。もっとも、被害者が自転車で現場から去ろうとしていた点については、窃盗との関係でも正当防衛状況はすでに終了しているともいえ、被告人はこのことを認識しながら暴行に出たというのであれば、そもそも正当防衛状況の誤想そのものが問題となるようにも思われる。(2)も典型的な誤想防衛の事例であり、人民法院は「被害者を違法犯罪者と誤認したこと」も認定しながら誤想防衛を否定したことは、量刑において4年の執行猶予で考慮してはいるものの、理論的にみれば、やはり不合理というべきである。そして、(3)については、たとえ誤想防衛を認めるとしても、ナイフで頭部を刺す行為については、明らかに殺人の直接的故

47) 「好心幫倒忙，他有罪嗎？」(ありがた迷惑は有罪であるか?) http://www.ycwb.com/epaper/ycwb/html/2013-05/28/content_166110.htm?div=-1 (2015年1月17日)。

48) 「90後少女捅死性侵大叔一審獲4年(図)」(平成生まれの少女が痴漢おじさんを刺し殺す、一審で4年) <http://www.chinanews.com/fz/2012/09-10/4172919.shtml> (2015年1月17日)。

意があると言わざるをえず、過剰防衛の場合に行為者が過剰の行為およびその結果に対して、主観的に直接的故意があってはならないと主張する伝統派の刑法学者からは問題とされるべきであろう⁴⁹⁾。また、(2)と(3)は同じく広州中級人民法院により出された裁判例であるにもかかわらず、「行為の性質」に関して全く異なる判断をしていることも疑問に思われる。上述の3つの裁判例から、中国の司法実務における誤想防衛の判断における混乱した状況をうかがうことができる。

また、緊急避難については、刑事違法性ではなく、社会侵害性を基準としている。すなわち、緊急避難は社会侵害性がまったくない場合にのみ認められるのであり、それは、社会に対して有益な行為でなければならず、避難行為によって侵害された利益が、これにより守られた利益より小さい場合しか認められない。ゆえに、他人の生命を犠牲にして自己の法益を守ることは絶対に認められない⁵⁰⁾。さらに、超法規的違法性阻却事由を肯定するという途も、中国刑法典第3条の「法律が明文で犯罪行為と規定するときは、法律により罪を認定し、処罰する」という積極的罪刑法定主義の規定から封じられている。それゆえ、結論として、自己の生命を守るために他人の生命を侵害するという「カルネアデスの板」のような事例について、行為者を不可罰とする方向での解決の途は、完全に閉ざされていると言わざるを得ない。

第二節 伝統的な共同犯罪理論

一、四要件説内部における犯罪論体系の比較

次の表から分かるように、犯罪論における四要件説内部の体系的な相違点は2つある。

49) 高／馬・前掲（注19）135頁。

50) 馬・前掲（注20）802頁。

<p>第四編…犯罪論 第十四章 犯罪概説 第十五章 犯罪の客体 第十六章 犯罪構成の客観的要素 第十七章 犯罪の主体 第十八章 犯罪構成の主観的要素 第十九章 社会侵害性を排除する行為 第二十章 犯罪発展の段階 第二十一章 共犯</p>	<p>ピオントコフスキー 『ソ連刑法総論』 1950年</p>
<p>第四章 犯罪の概念と犯罪構成 第八章 犯罪構成要素の分類 客體、客観的側面、主体、主観的側面 第十一章 犯罪構成と総則の問題 四 犯罪構成と共同犯罪 五 犯罪構成と予備、未遂行為 第十二章 犯罪構成と刑事責任を排除する根拠</p>	<p>トライニン 『犯罪構成の一般理論』 1958年</p>
<p>第八章 犯罪構成 第九章 犯罪の客体 第十章 犯罪の客観的側面 第十一章 犯罪の主体 第十二章 犯罪の主観的側面 第十三章 社会侵害性を排除する行為 第十四章 故意犯罪の段階 第十五章 共同犯罪</p>	<p>高銘暄 『刑法学』 1982年</p>
<p>第一編 犯罪構成 第二章 犯罪構成理論の概説 第三章 犯罪の客体 第四章 犯罪の客観的側面 第五章 犯罪の主体 第六章 犯罪の主観的側面 第七編 犯罪の形態 第二章 故意犯罪の段階分けの犯罪形態 第八章 共同犯罪 第九章 一罪と数罪 第三編 犯罪性を排除する行為</p>	<p>馬克昌 『犯罪通論』 1991年</p>
<p>第六章 犯罪構成 第七章 犯罪の客体 第八章 犯罪の主体 第九章 犯罪の客観的側面 第十章 犯罪の主観的側面 第十一章 行為の社会侵害性と違法性を排除する状況 第十二章 犯罪を實行する段階 第十三章 共同犯罪</p>	<p>ベリアエフ・カワチフ 『ソビエト刑法総論』 1987年</p>
<p>第四章 犯罪構成 第五章 犯罪の客体 第六章 犯罪の客観的側面 第七章 犯罪の主観的側面 第八章 犯罪の主体 第九章 犯罪を實行する段階 第十章 共同犯罪 第十一章 多行為犯罪(罪数) 第十二章 行為の犯罪性を排除する状況</p>	<p>イノカモワールハイガ 『ロシア連邦刑法(総論)』 2010年</p>

1. 4つの要件の順番が異なる。
2. 犯罪構成、共犯、犯罪性排除事由の位置づけが異なる。

犯罪論体系の視点から見れば、2の相違は根本的である。社会侵害性を犯罪構成の中にするかどうかのピオントコフスキーとトライニンの論争の焦点はここにあると思う。つまり、ピオントコフスキーは、犯罪処罰の成立要件、犯罪の排除事由、犯罪処罰の拡大事由（未遂、共犯）という体系を主張するのに対して、トライニンは、犯罪の成立要件（犯罪構成+未遂+共犯）、犯罪の排除要件（犯罪性排除事由）を主張する。高と馬の間もこのような対立がありそうでありながら、しかし、体系の論争は四要件と三段階に注目するあまりに、この四要件内部の対立を見逃してしまったように思う。

二. 伝統派の共犯論（馬説を中心に⁵¹⁾）

(1) 条文

ここでは、馬説に代表される伝統派の共犯論に関する条文解釈を概観する。まず、中国刑法の共犯に関する条文は、以下のようなものである。

「第25条【共同犯罪の概念】① 共同犯罪とは、2人以上共同して故意による犯罪を犯すことをいう。

② 2人以上共同して過失による犯罪を犯したときは、共同犯罪として処断しない。刑事責任を負うべき者は、それらが犯した罪に応じてそれぞれ処罰する。

第26条【主犯】① 犯罪集団を結成し、若しくは指導して犯罪活動を行った者、又は共同犯罪において主要な役割を果たした者は、主犯である。

② 3人以上共同して罪を犯すために結成した比較的固定的な犯罪組織は、犯罪集団である。

51) 馬・前掲（注20）502～607頁。

③ 犯罪集団を結成し又は指導する首謀者に対しては、その犯罪集団が犯したすべての犯行に応じて処罰する。

④ 第3項に規定する以外の主犯に対しては、その者が参加し、組織し又は指揮したすべての犯行に応じて処罰しなければならない。

第27条【従犯】① 共同犯罪において副次的または補助的な役割を果たした者は、従犯である。

② 従犯に対しては、その刑を軽くし、減輕し又は免除しなければならない。

第28条【被脅迫犯】脅迫されて犯罪に参加した者は、その犯罪の情状に応じて、その刑を減輕し、又は免除しなければならない。

第29条【教唆犯】① 人を教唆して罪を犯させた者は、共同犯罪において果たした役割に応じて処罰しなければならない。18歳未満の者を教唆して罪を犯させた者は、その刑を重くしなければならない。

② 被教唆者が教唆された罪を犯さなかったときには、教唆犯に対して、その刑を軽くし、又は減輕することができる。⁵²⁾」

(2) 条文の共同犯罪の構造と共同犯罪の分業・作用の二分法

条文から分かるように、中国刑法における法定の共同犯罪には、主犯、従犯、被脅迫犯（または脅従犯、強要犯）、教唆犯しか含まれない。日本、ドイツのような、正犯、幫助（補助と幫助やはり違うと思う）という概念は条文にないが、中国伝統派の通説的見解は、共同犯罪における混合的分類法である。即ち、まず、共同犯罪を分業分類によって、組織犯、実行犯（共同正犯含む正犯）、教唆犯、幫助犯に分ける。次に、共同犯罪を作用（役割）分類によって、主犯と従犯、被脅迫犯に分ける。「共犯行為の社会的危険性を認定するとき、一般に、先ず分業から、実行犯もしくは幫助犯に属するのか、それとも教唆犯もしくは組織犯であるのかを見て、その後

52) 甲斐克則・劉建利（編訳）『中華人民共和国刑法』（2011年）79～80頁。

で、共同犯罪の中で果たした役割の大きさ、すなわち、主犯であるか、それとも従犯または強要犯であるのかを更に分析し、⁵³⁾」定罪と量刑をする。

混合的分類法ではなく、一元的分類法による分業分類説と作用分類法説も存在する。分業分類説に対しては、中国の刑法典に正犯、実行犯、幫助犯の概念がないのでこのような主張は法律から離れていると指摘される。作用分類説の問題点は、教唆犯をうまく説明できないところである。これに対して、作用分類説は、混合的分類説と分業分類説に対して「教唆犯は自己の独立した品格をもたず、その刑事責任は主犯ではなく従犯であるので、自己の独立した地位をもたず、したがって、教唆犯はわが国の刑法の中で共犯の種類ではない」と反論する⁵⁴⁾。今現在、独日派の勃興（ほっこう）とともに、分業分類説が有力になってきた。そもそも、独日派ではあまり混合的分類や、作用分類という主張はなく、いきなり正犯、幫助犯、教唆犯から論じるものが多い。これは、四要件説論者の主張を無視しているような感じがするので、あまり学問において取るべき態度ではないように思われる。四要件説論者にも理解を得て、論争に参加してもらうためには、作用分類に関してもしっかりと検討するべきである。また、分業分類を主張する論者の中には、立法の経緯から分析して、1979年刑法典が誕生するまでの各草案には、時に正犯・共犯の区別が用いられ、時に主犯・従犯の区別が用いられていることから見れば、立案者たちは主犯・従犯の区別と正犯・共犯の区別の相違をそれほど意識しておらず、主犯・従犯を正

53) 林亜剛「共同犯罪の若干の問題を論ず——共犯を中心にして」西原春夫（主編）『共犯理論と組織犯罪——二十一世紀第二回（通算第八回）日中刑事法學術討論会報告書——』（2003年）15頁。

54) 興味深いことに、これは張明楷が日本に留学する前に1986年に書いた「教唆は共犯における独立種類ではない」（「教唆犯不是共犯人中的獨立種類」法学研究1986年第3期）という論文での主張である。今の張氏は完全に分業分類説に改説し、今度は逆に被脅迫犯を“無視”しているようである。例えば、彼の教科書（『刑法学』2016年）には、共犯の章は379～453頁にわたり詳しく書かれているのに、被脅迫犯はわずか半ページ3段落しかない。また、主犯、従犯、被脅迫犯と彼が主張する正犯、共犯の対応関係もはっきりせず、法典から離れた、実務に使えないような解釈をしているように思う。

犯・共犯と解釈しても特に問題ないと主張する者もいる⁵⁵⁾。

(3) 組織犯, 実行犯, 幫助犯, 教唆犯⁵⁶⁾

① 組織犯

i 客観的要件： 犯罪の組織的行為の実行, 即ち犯罪の団体において組織, 指導, 画策, 指揮作用を発揮する行為である。

ii 主観的要件： 組織犯罪の故意, 即ち行為者は, 自分の行為が犯罪の団体を組織, 指導するまたは集団犯罪において指揮, 画策する行為であるということを明知(認識)し, 且つ犯罪集団の成立または組織的犯罪による社会的危害結果の発生を望むこと。

組織犯は直接に犯罪の実行に参加しなくても成立し, 主犯として処罰される。

② 実行犯

i 客観的要件： 自己による犯罪の実行, 即ち刑法各則に規定されているある犯罪の客観的要件を行う行為である。

事例： A男とB女は愛人関係で, 共謀してB女の夫のC男を殺す場合に, AはCの首を絞めるとき, BはCの足を押さえる(共同正犯であり, 幫助ではない)。

共同正犯は実行犯であり, 教唆犯, 幫助犯は実行犯ではない(幫助は実行犯で主犯でもありうるという反論はある⁵⁷⁾)。間接正犯⁵⁸⁾は単独実行犯であり, 以下のような場合に成立する。

- a 是非弁別能力ない者の利用
- b 他人の非行為的な行動の利用
- c 犯罪構成要件の故意を持たない他人の利用(無過失と過失のいずれも

55) 陳家林「正犯体系与正犯概念研究」中国刑事法雜誌2005年第1期28頁。

56) 馬・前掲(注20)542頁以下。

57) 林・前掲(注53)24頁。

58) 引用から見れば, 大谷実『刑法講義総論[第4版]』(成文堂, 1994年)を参考しているそうである。

場合にも成立)

d 故意ある道具

故意ある目的なき他人を利用する場合に、目的犯の間接正犯は成立する。

故意ある身分なき他人を利用する場合に、身分犯の間接正犯は成立する。

e 他人の社会危害性排除行為の利用：間接正犯成立

ii 主観的要件： 犯罪を実行する故意

実行犯は共同犯罪における具体的な作用によって、それぞれ主犯、従犯、被脅迫犯として処罰する。

③ 幫 助 犯

i 客観的要件： 犯罪の実行を幫助する行為、即ち他人が犯罪を実行する前にまたは途中で、他人の犯罪の実行または完成を容易にさせる行為である。

事例：A男がB女を強姦するとき、C女はB女の足を押さえる。

ii 主観的要件： 他人の犯罪実行を幫助する故意だけで、実行者と意思疎通を要求しない（片面的幫助は認められるが、片面的教唆は否定される⁵⁹⁾）。

幫助犯と実行犯の区別に関して、外国の主観説、客観説、目的的行為支配説を検討した。いずれも賛成できるものでなく、犯罪が客観的要件と主観的要件の統一であり、どちらの一側面しかないものではないことを根拠として、以下のような結論を出す。即ち、犯罪を実行する意思で、直接に犯罪構成の客観的要件を実行した者は実行犯であるのに対して、他人の犯罪を幫助する意思で、犯罪の客観的要件以外の行為を実行した者は幫助犯である⁶⁰⁾。

59) 馬・前掲（注20）516頁。

60) 正犯と狭義の共犯の区別基準を、教唆犯を除外した幫助犯と実行犯の区別として狭く理解していると思われる。また正犯の概念についてここでは特に論じていない。しかし、伝統派には統一（拡張ではなく）的正犯概念を主張する学者（劉明祥「論我国刑法不采取共犯從屬性説及利弊」中国法学2015年第2期）が多い。さらに高橋則夫の規範説を根拠に

幫助犯は従犯であり、主犯ではない⁶¹⁾。

④ 教 唆 犯

i 教唆犯の性質： 教唆犯の従属性説と教唆犯の独立性説，教唆犯の二元性説を検討した上で，二元性説を認めながら，独立性に重点を置くとして主張する。理由については，刑法典29条2項（教唆の未遂の処罰）参照。

ii 教唆の客観的要件： 他人に対して犯罪を唆す行為，または教唆行為によって被教唆者が教唆された犯罪を実行することである。

教唆というのは，犯罪の意図がない人に犯罪の意図を起こさせることである。犯罪の意図を持ち，犯罪の決意を持たない優柔不断の人に決意させることも教唆である。

iii 教唆の主観的要件： 他人に犯罪をさせる唆しの故意。被教唆者はすでに犯罪の決意を持っているのに教唆者はそれを知らずに教唆した場合には，教唆犯は成立する（しかし29条2項の教唆の未遂に該当し，減輕する⁶²⁾）。教唆者が被教唆者に刑事責任能力がないことを知りながら教唆した場合には，間接正犯が成立する。教唆者が，責任能力を持たない被教唆者を責任能力があると誤認した場合には，教唆犯が成立する。我が国刑法典によって，主観的側面から見れば，他人に犯罪を実行することを唆す故意があれば十分であり，被教唆者が教唆によって犯罪の故意を生じたかどうかというのは重要ではない。

教唆犯はその作用によって主犯と従犯のいずれかになる。

(4) 主犯，従犯，被脅迫犯

主犯は2種類ある。一つは，犯罪集団を組織し，指導して犯罪行為を行う首謀者，つまり，組織犯である。もう一つは，共同犯罪において主要な

↘ 統一的正犯概念を主張する学者（李世陽「規範論視角下共犯理論の新構築」法学2017年第11期）もいる。

61) 馬・前掲（注20）571頁。

62) 馬・前掲（注20）564頁。

役割を果たした犯罪者である。

従犯も2種類ある。一、共同犯罪において二次的役割を果たす犯罪者と、二、共同犯罪に補助的作用を果たす犯罪者である。

従犯の責任は主犯に照らしての任意的減輕である。（必要的減輕，同等処罰，任意的減輕の争いはある。）

被脅迫犯は脅迫されて犯罪に参加したものであり，その責任は任意的減輕である。もともと1979年刑法典は，被脅迫犯は従犯に照らして減輕すると規定したが，その後被脅迫犯が従犯より責任が重いことがありうるという理由で，「従犯に照らして」という表現を削除した。馬克昌は，被脅迫犯を主犯，従犯以外の第三種類の作用分類による共犯として説明しているが，被脅迫犯と主犯，従犯の関係について明確に述べていない。

(5) 身分犯と共犯

非身分は身分者に対して真正身分犯を共同実行，幫助，教唆した場合には，身分実行者が実行した犯罪構成要件の行為によって処罰する。非身分者はその犯罪の主犯にもなりうる⁶³⁾。

身分者は非身分者を共同実行，幫助，教唆した場合には，場面によって分ける。強姦の場合（自然的身分）には，女子は生理的に強姦できないから，彼女を唆した男子は教唆犯，従犯，間接正犯になりえない。贈収賄罪の場合（法定的身分）には，身分者は非身分者の共同犯罪者になりうる。

家族間窃盜について，家族身分を持つ者だけには作用し，その身分の作用は非身分者に連帯しない⁶⁴⁾。

そのほか，共謀共同正犯肯定⁶⁵⁾，承継的共同犯罪，共犯の中止，錯誤についても論じている。

63) 馬・前掲（注20）583頁。

64) 馬・前掲（注20）593頁。

65) 馬・前掲（注20）529頁。

第二章 中華民国時代の立法

前述したように、中華人民共和国が成立した後、共産党は中華民国時代の全現行法を廃止し、中華民国時代の法学に対して全面的な粛清を行った。その後、中国の刑法学はソビエト刑法学をモデルとして再出発したが、中国の特有の政治的な雰囲気の下で、中国の刑法学研究者は、いわゆる「無史化研究」に基づき、自国の刑法学の歴史的研究の側面に関しては、長い間中華民国時代の刑法学を無視し、中華人民共和国が建国した後、の刑法学史に限って研究を展開してきた⁶⁶⁾。

しかし、中国刑法学の近代化の出発点は清朝の末期であり、それから国民党が共産党に敗戦するまでの約40年の間に、刑法に関する立法及び学術研究において、当時の世界各国と比べ遜色ないほどの成果を遂げた。このような史実を無視する研究方法は、社会科学としての刑法学の科学性を動揺させるだけでなく、現実においても、何十年前の中華民国時代にすでに一定の解決をみた問題を再び蒸し返して研究しているようにみえるなど、刑法学研究のいろいろな側面において「歴史的後退」を引き起こしている。このような問題を解決するために、まず、中華民国時代の刑法学を、政治的な立場から回避するのではなく、学術研究の立場から正視する必要があると考えられる。ゆえに、この章においては、まず立法の側面から中華民国時代の刑法学を検討することとする。

第一節 大清新刑律の立法経緯

1842年にアヘン戦争に敗れた清朝政府は、西洋の列強に強いられ、相次

66) 近年、陳興良、周光權などの有力な中国刑法学者は、このような「無史化研究」の研究方法に対して反省し、徐々に中華民国時代の刑法学に関する研究を展開しはじめたが、それに関する論文の数及び質から見れば、まだ中国刑法学界の主流に影響を与えていないと言えよう。

いで貿易港を解放した。それにより、清朝末期の中国は徐々に「半植民地半封建」的国家になったが、海外からの商人、宣教師たちは一気に自国の歴史、地理、政治、法律などの様々な側面に関する著作を中国語に翻訳し、中国に設けられた自国の租界で「教会新報」、「万国公報」、「上海新報」、「申報」などの新聞紙を創社し、西洋の時事、議会選挙、総選挙などの海外諸国の政治・法律に関する最新の状況を報道し、「自由」、「平等」などの資本主義の「啓蒙思想」を中国に持ち込んで、租界外の「封建社会」にも強いインパクトを与えた。

19世紀の70、80年代に入ってから、清朝政府は「師夷制夷」⁶⁷⁾の発想により、外国に留学生や外交使節を派遣し、西洋の政治・法律制度をさらに具体的に深く理解することを望んだ。海外から戻った人々は著作を出版し、中国の人々に彼らが西洋で身に付けた「天賦人權」、「社会契約論」、「三権分立」などの法治理論を紹介し、逆にそれが「封建制度」に基づく清朝政府の破滅を促したとも言えよう。このような清朝晩期の強いられたオープンドアにより、西洋の文化と政治・法律制度は中国において徐々に広まった。それにより、中国の「維新派」は政治改良の希望を見出し、法治主義を当時の中国を救う唯一の方法として主張してきた。「維新変法」、「君主立憲」の運動はわずか103日で失敗してしまっただが、中国の国民に対して法治主義という未来の発展方向をはっきり示していた。

末期の清朝統治者も時代の流れを意識し、日本の明治維新の成功に鑑み、その時代の世界的な法律改革の波に乗るためにも、「西洋侵略者」の領事裁判権に対抗するためにも、すでに触れたように、1901年1月29日に西安に亡命していた慈禧太后は、光緒皇帝の名義で「法令変張」の上諭を發布した後、1902年2月に清朝政府は近代中国上高名な法学者沈家本と伍

67) 当時の中国には自国中心の「天朝上国」の思想があり、他国を「夷」と蔑称し、外国に学ぶことに抵抗感があった。清朝末期の思想家魏源は当時の中国の「半植民地」の現実に鑑み、「制夷」という「国の独立」を果たすために「師夷」という西洋技術を学ぶことが必要であると主張した（「魏源全集」第4冊「海国図志」）。

廷芳を法律修訂大臣に任命し、法律改革をはじめた。沈家本は法律修訂を指揮する時、外国から4人の専門家を招き、法律修訂に協力させた。その4人はすべて日本人であり、そのうち、岡田朝太郎は刑法と法院編制法の起草を、松岡義正は民法と訴訟法の起草を、志田鉦太郎は商法の起草を、小河滋次郎は監獄法の起草を担当する。

沈家本は新刑律を修訂する主旨を、「各国の共通する良い規範を折衷し、世の中の最新の学説を取り、我が国の歴代の礼教民情を無視しない」とまとめていた。この立法主旨に従い、立法者たちは新刑律を修訂する5つの変革ポイントを確立した。すなわち、1. 刑名を変更する。つまり、近代的な「罰金」、「拘留」、「徒刑」、「死刑」の刑名を用いて、古代の「笞」、「杖」、「徒」、「流」、「死」の刑名に替えた。2. 死刑を減らす。3. 死刑の執行方法の一つにする。すなわち、特定の場所で秘密に絞首して執行する。4. 比附を削除する。すなわち、近代刑法の罪刑法定主義を採用し、中国固有の比附援引（いわゆる類推）をさせないようにする。5. 懲治教育制度を創設する。すなわち、未成年犯罪者を監獄に拘束するのではなく、懲治場を作り、懲治処分を科す。

なお、以上の5つのポイントにおいて注意すべきは、立法者の中にも伝統的な礼教のために例外を許すべきかどうかについて争いがあったことである。例えば、沈家本は伝統的な礼教を考え、死刑を絞首して執行するのを原則とし、謀反や尊属殺人などの凶悪犯罪の場合には斬首して執行すべきであると主張し、死刑の執行方法の統一を強く主張した岡田朝太郎と論争した⁶⁸⁾。これは、この後の草案を起草するときに添削が繰り返された「附則」と「暫行章程」の起源であると考えられる。

このような立法主旨と変革ポイントに従い、「大清新刑律」については、公布されるまでに、1906年の予備案から1911年の第6案まで全部で7つの草案が作られた。この法典を作った外国専門家の岡田朝太郎は、立法の過

68) 陳新宇『『欽定大清刑律』新研究』法学研究2011年第2期193～208頁。

程について以下のように詳しく述べていた。

最初ノ草案ハ清国委員ノミノ手ニ依リテ光緒三十二年（明治三十九年）ノ春脱稿セシカ⁶⁹⁾。同年ノ秋ヨリ、外国委員ノ加ハル有リテ、全ク之ヲ廃棄セリ。仮ニ名ケテ予備案ト曰ヒ、以下用フル所ノ第一案第二案等ノ序次ノ内ニ入レス。而シテ序次ノ内ニ入ルヘキ草案ノ由来左ノ如シ。

第一案 光緒三十三年（明治四十年）八月脱稿、法律館ヨリ草案トシテ上奏シ並ニ之ヲ公布シタルモノ。

第二案 第一案ニ対シ中央及ヒ地方官庁ヨリ附シ来レル簽註ヲ取捨シ、第一案ヲ増損シテ宣統元年（明治四十二年）ノ十二月上奏シタルモノ⁷⁰⁾。

第三案 第二案ヲ以テ基礎ト為シ、宣統二年（明治四十三年）憲制編查館ニ於テ修正ヲ加ヘタルモノ⁷¹⁾。

第四案 宣統二年ノ暮、第一次ノ資政院会議ニ附シタル第三案ニ対シ該院ノ法典股員ニ由リテ修正ヲ加ヘタルモノ⁷²⁾。

第五案 資政院ニ於テ三読会ヲ通過シタル総則ト議了セサリシ為メ存続シタル第四案ノ分則トニ依リテ成ルモノ⁷³⁾。

第六案 第五案ニ対シ宣統二年十二月二十五日（明治四十四年一月二十五日）ノ上諭ヲ以テ、軍機大臣ノ修正案ヲ裁可シタルモノ⁷⁴⁾。

69) 岡田は1906年の予備案が清朝の委員によって起草されたと述べているが、当時の法案の起草に参加したもう一人の委員章宗祥の記述によると、予備案は日本の岩谷孫蔵博士によって起草されたものである。

70) 岡田朝太郎「清国改正刑律草案（総則）」法学協会雑誌第二十九卷第三号、32頁。括弧と句読点は筆者が加えたものである。なお、この案では主に第一案に礼教を擁護する条文を「附則」として五カ条加えたという変化があった。

71) 岡田・前掲（注70）32頁。この案では「附則」を「暫行章程」に変名した。

72) 岡田・前掲（注70）32頁。この案では「暫行章程」を削除した。

73) 岡田・前掲（注70）32頁。この案で一番重要な変化は「無夫姦」を処罰の対象として分則に条文を置いた。

74) 岡田・前掲（注70）32頁。この案では第四案で削除された「暫行章程」が復活し、「無夫姦罪」を削除した。

斯ノ如ク、第一案二対シ四回ノ増損ヲ経テ成リタル第六案、即チ現存ノモノニ係レリ、惟前記⁷⁵⁾。

当時の末期の清朝政府は、治外法権を撤廃したり、司法改革によって自身の統治を維持したりするために、新しい刑律の發布を待ちわびていたにもかかわらず、「大清新刑律」の制定は7つの草案を経て4年もかかってしまった。これは、法案を制定する際に、伝統的礼教の擁護者（以下「礼教派」という）と西洋の啓蒙思想の擁護者（以下「革新派」という）の間に激しい「礼教の争い」があったことを物語っている。中国の学者は、「『大清新刑律』⁷⁶⁾は中国法の律史においてはじめての、独立した意義ある現代的刑法典であり⁷⁷⁾、それと同時に清朝末期の各々の新法律の制定においてかかった時間が一番長い、争いが一番激しい法律でもある⁷⁸⁾」と指摘した。ここでの礼教派と革新派との争いは、主に以下の2点をめぐるものであった。

第一に、礼教人倫に関する論争である。岡田朝太郎によって起草された第一案は、清朝政府に提出されるや、「礼教派」から強い反発を受けた。清朝末期の名臣張之洞をはじめとする礼教派は、新刑律草案に対し、殊更に外国の法制度を模倣し、用語についても外国のものをを用い、内容的にも、古来の礼教に反するものであると批判した。具体的には、家族主義を捨て去るような立法の指導思想は中国社会を解体させること、実行可能性が低いこと、尊属に対する罪の処罰の幅が広すぎることを、無夫姦（未婚の女子が他人と性的な関係を持つこと）の女子を処罰しないのは中国の国情、礼儀に反することなどが主張されたのである。

このような批判を踏まえ、第二案から挿入された附則では、以下の各条

75) 岡田・前掲(注70) 32頁。

76) 「大清新刑律」のことを指す。

77) 古代中国の法典は現代のように部門ごとに制定されていたのではなく、いくつかの関連する法律を一つの法典にまとめるのが一般的であった。それゆえ、大清新刑律において、刑事実体法を他の法律とわけて、単独の法典として制定したこと自体に意義がある。

78) 高漢成「『大清新刑律』立法宗旨の歴史錯位」環球法律評論2006年第4期497頁。

に礼教派の主張が取り入れられた。すなわち、第2条では、単行刑法により親族庇護、親族姦通、墳墓発掘などを処罰するとされ、第3条では、皇室侵害、内乱、外患、尊属侵害に対して斬首を適用するとされ、第4条では、強盗罪に対しては単行刑法により加重処罰するとされ、第5条では、中国人の場合には尊属に対して正当防衛権がないとされた。第3案においては、「附則」に第4条として、「無夫姦罪」を加えるなどの修正をした上で、「附則」を「暫行章程」という名称に変えた。第4案では、「暫行章程」を削除したが、それは法典股員会の決定のみによるものであり、資政院の表決を経ておらず法的効力がない。それゆえ、「尊属に対する正当防衛権」及び「無夫姦罪」をめぐる論争は依然として続いていた。第5案には、「無夫姦罪」を刑法典の正式の条文として加えた。第6案では、再び「無夫姦罪」を削除したが、「無夫姦罪」以外の「暫行章程」は復活した⁷⁹⁾。

前述したとおり、1911年に第六案は「欽定大清刑律」として公布されたが、同年辛亥革命が勃発したため、「大清新刑律」は実施されることがなく、清朝政府は滅びた。その後、中華民国政府は「大清新刑律」を修正した上で、「暫行新刑律」として援用した。そこでの修正のうち重要なものとして、「暫行章程」を削除したことがある（暫行新刑律の成立の経緯については、次の(2)で詳述する）。

第二は、罪刑法定主義に関する論争である。大清新刑律の一つの変革ポイントは旧刑律の「比附援引」、すなわち類推制度を削除し、刑法典によって罪刑法定主義を確立することである。罪刑法定主義に対して、礼教派は主に以下のような指摘をしていた。すなわち、律に書いていないものがすべて罪にならないのであれば、律は悪を禁じることができず、民情万変であるから、防ぐにも防ぎようがない。もし、律に正条がなき者はいかなる行為でも罪にならないとしようとするならば、それは刑律草案の387

79) 草案に関して、詳しくは、陳・前掲（注68）を参照。

箇条の条文で世の中のすべての情況を含み、漏れがないようにしてはじめて考えることができる、と⁸⁰⁾。

このような指摘に対して、沈家本は、「人々の情況は変化万千であり、数百条の法文を用いて人々のすべての情況に対応できるとは、立法者として確かに断言する自信がない。しかし、比附がなければ罪を免れる人が多いと心配する必要もないようである。唐から今までの律を考察したところで、相違するところはあるものの、罪状はほぼ同じである。……律の文章は千数百年の間に俗習に応じて徐々に変化してきたが、罪状の変化が律の文章を超えるのを見たことはない。律は千百年の経験からまとめられたものであり、一人か二人の私見から生まれたものではない。……罪を免れる人は極めて稀である。……法の執行を困らせるように法を犯す人は悪人の中でも最上位のものであり、このような人は普段から制圧すべきである。そうでなければ、たとえ千百箇条の条文があるとしても、そのような者は機会を見て立ち回り、比附だけで彼を死に至らしめることができるわけがないだろう⁸¹⁾と反論した。

以上のような、礼教派と革新派の激しい論争を経て、罪刑法定主義は大清新刑律第10条として、「法律に正条なき者はいかなる行為といえども罪にならない」と規定されるに至った⁸²⁾。

80) 「修律大臣伍廷芳等覆奏御史劉彭年奏等上刑訊有無窒碍請再加詳慎析」(周・前掲(注3)(2012年)123頁から引用)。

81) 沈家本「明律目籤－断罪無正条」(周・前掲(注3)123頁から引用)。

82) 歴史はいつも人を驚かせるほどの類似性がある。1979年に中華人民共和国初の刑法典が公布されてから、1997年中華人民共和国の現行刑法典が公布されるまで、中国の刑法研究において、罪刑法定主義に関する激しい論争が続いていた。それは1979年刑法典第79条に「本法典の各則に明文の規定がない犯罪は本法典の分則にある一番類似した条文を参照して断罪量刑できる。但し、最高人民法院に報告して許可を得なければならない」という類推許可の条文を規定していたことに原因がある。当時の罪刑法定主義を否定する学者も「罪刑法定主義の原則は実務において困難がある。罪刑法定主義の原則は立法機関に予めすべての犯罪と刑罰に関する規定を刑法典に規定することを要求している。これは実事求是の路線に悖反する。罪刑法定を実現すれば、成文法に規定されていない犯罪に対して刑事責任を追及することができず、これは司法実務の手と足を束縛し、犯罪が人民の利益を

清新刑律以前の「諸法合体」の時代においては、法典の構造からみても、また具体的な条文からみても、明らかに近代的な法典の基準を満たしていない。そのような法典の下では、近代的な刑法理論の成果である犯罪論体系を生み出すことは不可能であったと思われる。それゆえ、大清新刑律の定立に結実した清朝末期の法典修訂の取り組みは、本稿のテーマである犯罪論体系にとって重要な意義を有する。すなわち、この法典修訂は数千年の「諸法合体」の中華法系を解体し、ヨーロッパ大陸法を基礎的モデルとする近代的法律体系の先駆けとなったのである。この時代から、中国の刑法も、法典構造や立法の技術に関して、ドイツや日本などの大陸法に学び始めた。これまでの刑、民を分けない古い慣例を打ち破り、日本やドイツの方式に従って刑法典を総則と各則とに分けたうえで、総則に概括した綱領を規定し、各則に具体的な要件を規定した。これにより、中国の刑法典は一気に当時の近代各国の刑法典に追いつくことができ、刑法体系の変換を完結することができた⁸³⁾。そして、この「大清新刑律」により築かれた大陸法的な法典構成の方式は、そのまま「暫行新刑律」に引き継がれ、さらに、1928年「中華民国刑法」および1935年「中華民国刑法」（すなわち台湾の現行刑法）でも用いられた。

ㄨを危害することを放任することにほかならない」と主張した（趙秉志編『刑法学総論研究評述（1978-2008）』（2009年）123～124頁）。このような主張は、清朝末期の礼教派の主張と極めて類似している。清朝末期のような、罪刑法定主義に関する、長い論争を克服した結果、1997年に公布された中国の現行刑法典には、ようやく類推許可の規定を削除し、第3条に「法律が明文で犯罪行為と規定するときは、法律により罪を認定し、処罰する。法律が明文で犯罪行為と規定していないときは、罪を認定し、処罰してはならない」というように罪刑法定主義を確立した。しかし、この条文を見れば分かるように、必罰主義につながる「積極的罪刑法定主義」の文言は、「法律なければ刑罰なし」という「消極的罪刑法定主義」の文言の前に来ている。これは国家の刑罰権を制限し、国民の自由を保障するために生まれた「罪刑法定主義」の原則と背反しており、一定の歴史的な後退であると言わざるをえない。このような歴史的な後退を起こした原因は現在の中国における「無史化研究」、つまり、民国時代からの刑法学術史を無視する研究方法と深刻な関係があると考えられる。

83) 車・前掲（注12）66頁。

第二節 中華民国時代の各法典の立法経緯

(1) 暫行新刑律

「大清新刑律」は1911年1月25日に清朝政府により公布され、1912年1月1日から施行する予定であった。しかし、1911年10月10日に辛亥革命が勃発し、清朝政府は転覆され、1912年1月1日に成立した「中華民国南京臨時政府」は全面的に「旧時代の悪法」を廃止することを宣告した。臨時大統領に就任した孫文は「中華民国を建設する初期には、まず法律を重視すべきである⁸⁴⁾」と発言し、南京臨時政府を指導し、3ヶ月以内に一連の新法を公布した。しかし、公布された新法は、概してアヘンや人身売買などを禁止する単行法であった。刑法などの各部門の基本法典に関しては、短期間で起草して制定することは不可能であったことから、1912年3月中旬、清朝末期の法律起草に参加していた、当時の南京臨時政府司法総長である伍廷芳の進言により、南京臨時政府は清朝の旧律を修正して施行することを検討し始めた。1912年4月3日に、南京臨時参議院は、新しい法律が公布されるまで、清朝末期の「商律」、「新刑律」、「刑事民事訴訟法草案」などを修正した上で施行する法案である「新法律未頒布前暫適用旧有法律案」を可決したが、4月8日に南京臨時政府が解散し、北京へ遷都したので、この法案は、南京臨時政府法政局の正式な署名のないまま廃案になった。

1912年3月10日に、袁世凱は、孫文に代わって北京で中華民国政府の大統領に就任し、当日、新しい法律が公布されるまで、清朝末期の各法律を修正した上で施行し続けるという大統領令である「宣告暫行援用前清法律及暫行新刑律」を發布した。1912年4月29日に臨時参議院が北京で再開され、沈家本により作られた「修正新刑律与国体抵触各条清單」という、大清新刑律のうち、当時の民主主義の国体に抵触する条文を除くためのリス

84) 周・前掲(注3)218頁。

トを踏まえて「暫行新刑律」を可決した。4月30日に『中華民国暫行新刑律』が公布され、当日施行された。

暫行新刑律は、大清新刑律のうち、概ね以下の点を修正した。すなわち、① 封建統治者、皇室などに関する条文を削除し、② 「暫行章程」を削除し、さらに、③ 民主主義に抵触する封建的用語、例えば、「帝国」を「中華民国」に、「臣民」を「人民」に修正した⁸⁵⁾。

(2) 1928年刑法典

封建制度を復活し、皇帝になることを目論んでいた袁世凱の統治の下で、1914年4月に袁の個人的権力を強化する「刑法第一次修正案」が、法律編査会により作成された。この草案は、暫行新刑律の以下の点を修正したものである。すなわち、① 総則に親族に対する犯罪を加重処罰するという「親族加重」の章を増設し、② 「補充条例」に無夫姦罪という封建礼教を重視する条文を増設し、③ 各則に大統領を害する罪の章を増設した。その後、袁世凱の統治は打倒されたので、この草案も施行されないまま、廃案になった。

「暫行新刑律」は、やはり「暫行」すなわち「臨時」的なものであったことから、様々な側面において徐々に時代に合わなくなった。そのため、1918年7月に修訂法律館が設立され、法制局局長王寵惠が主任を担当し、「刑法第二次修正案」を作成した。その後、1919年、この修正案の一部の用語を修正し「改定刑法第二次修正案」を作り上げた。しかし、当時の中国は軍閥混戦の時代であり、全国で統一して新法を施行することは不可能であったので、この案も施行されなかった。

1927年4月に中華民国政府は、再び南京へ遷都した後、「改定刑法第二次修正案」を詳しく検討し、若干の修正を加えた上で、「中華民国刑法」という名称とした。この「中華民国刑法」は1928年3月10日に公布され、

85) 具体的内容修正内容については、周・前掲（注3）223頁を参照。

9月1日に施行された。これは、中国の歴史上はじめて、「刑法」という名称の使われた刑法典である。

(3) 1935年刑法典

1928年刑法が施行された後、中華民国政府は、この法典が当時の国情に合わないことや、この法典がその後すぐに可決された民法典と重複ないしは矛盾するところがあることに気づいた。そのため、立法院は1930年12月に刑法起草委員会を設立し、刑法修正の作業に着手した。委員会は、1934年10月に新刑法典の草案を完成し、立法院に提出した。この草案は、審議のうえ可決された。1935年1月1日に、中華民国政府は新しい「中華民国刑法」を公布し、同年の7月1日に施行した。その後、国民党は共産党に敗れ、台湾に逃れたが、この法典は台湾の現行刑法典として今日まで使われている。

第三節 各法典の総則の構成

第三章では、中華民国時代の主要な論者の犯罪論体系について検討するが、その前提的事項として、ここまで取り上げてきた近代中国の主な刑法典と、比較の対象としての日本の旧刑法および現行刑法の総則の概要を、次の表1にまとめている。

ここで問題となるのが、中国最初の近代的な刑法典であり、その後の刑法典編纂作業にも大きな影響を与えた大清新刑律の総則の構成が、どこから影響を受けたのかということである。刑法総則の内容は、大きく分けて、刑法の適用範囲に関する「法例」（現行日本刑法典では「通則」とされているが、1995年の刑法現代用語化改正の前は「法例」であった。）と、犯罪の成立ないしは不成立および刑罰に関する事項である。このうち、法例に関しては総則の冒頭に置かれるのが通例であることから、犯罪と刑罰に関する事項の規定の順序が、刑法典間の影響関係について考察する際の指標になると思われる。

表 1 各刑法典総則の比較

日本旧刑法	日本現行刑法	大清新刑律 (暫行新刑律)	1928年刑法典	1935年刑法典
第一編 總則	第1編 總 則	第一章 法例	第一章 法例	第一章 法例
第一章 法例	第1章 通 則	第二章 不為罪	第二章 文例	第二章 刑事責任
第二章 刑例	第2章 刑	第三章 未遂罪	第三章 時例	第三章 未遂犯
第一節 刑名	第3章 期間計算	第四章 累犯罪	第四章 刑事責任	第四章 共犯
第二節 主刑處分	第4章 刑の執行	第五章 俱發罪	及び刑の減免	第五章 刑
第三節 附加刑處分	猶予	第六章 共犯罪	第五章 未遂罪	第六章 累犯
第四節 徵償處分	第5章 仮釈放	第七章 刑名	第六章 共犯	第七章 数罪併罰
第五節 刑期計算	第6章 刑の時効	第八章 宥減	第七章 刑名	第八章 刑の酌科
第六節 假出獄	及び刑の消滅	第九章 自首	第八章 累犯	及び加減
第七節 期滿免除	第7章 犯罪の不	第十章 酌減	第九章 併合論罪	第九章 緩刑
第八節 復權	成立及び刑の減免	第十一章 加減例	第十章 刑の酌科	第十章 仮釈
第三章 加減例	第8章 未遂罪	第十二章 緩刑	第十一章 加減例	第十一章 時効
第四章 不論罪及	第9章 併合罪	第十三章 仮釈	第十二章 緩刑	第十二章 保安處
と減輕	第10章 累 犯	第十四章 恩赦	第十三章 仮釈	分
第一節 不論罪及	第11章 共 犯	第十五章 時効	第十四章 時効	
と宥恕減輕	第12章 酌量減輕	第十六章 時例		
第二節 自首減輕	第13章 加重減輕	第十七章 文例		
第三節 酌量減輕	の方法			
第五章 再犯加重				
第六章 加減順序				
第七章 數罪俱發				
第八章 數人共犯				
第一節 正犯				
第二節 從犯				
第九章 未遂犯罪				
第十章 親屬例				

この問題につき、台湾の学者である許玉秀は、大清新刑律は日本旧刑法から生まれ変わったものであると主張するのに対して⁸⁶⁾、中国大陸の学者

86) 許玉秀『当代刑法思潮』(2005年)196頁。

周少元は岡田朝太郎が1907年の日本現行刑法を手本にしたと主張する⁸⁷⁾。実は、岡田が第一案を作る前に、日本の旧刑法を手本にして予備案が作られたことがある。また、日本の現行刑法典が公布されるのは1907年で、大清新刑律が公布されるのは1911年であり、時間的にみれば、岡田が日本の現行刑法典を手本としたと考えられないわけではない。しかし、総則規定の配置を比較すれば分かるように、日本の旧刑法と現行刑法はいずれも、刑罰に関する規定を総則の前半に、犯罪の成立・不成立に関する規定を総則の後半に置いているのに対して、大清新刑律及び1928年刑法典、1935年刑法典には犯罪の成立・不成立に関する規定を総則の前半に、刑罰に関する規定を総則の後半に置いている。これは法典構造の重大な相違点である。1928年刑法典と1935年刑法典は明らかに大清新刑律の影響を受けてこのような構造を採用したが、それでは、大清新刑律はなぜこのような構造を採用したのであろうか。

この点について、中国大陸の学者陳興良は、以下のように中国古代の唐律の影響であると説明する⁸⁸⁾。『新唐書刑法志』によれば、「唐の律の書は、……十二篇からなっている。一は名例、二は衛禁、三は職制、四は戸婚、五は厩庫、六は擅興、七は賊盜、八は鬪訴、九は詐偽、十は雜律、十一は捕亡、十二は斷獄である。律において用いる刑に五つある。一には笞。……二には杖。……三には徒。……四には流。……五に死刑。⁸⁹⁾」

このような唐律の内容から分かるように、確かに唐律においては民法と刑法の区別がまだ存在せず、また刑法総則のような法典構造も存在しなかったものの、窃盜や詐欺などの犯罪の成立に関する規定が刑罰に関する規定の前に置かれていた。また、岡田も「清国改正刑律草案」という論文において、草案を起草するときに唐律を参考にしたことに言及した後で、「罪ハ因ニシテ刑ハ果ナリ何ソ刑ヲ先ニ罪ヲ後ニ規定スルノ理有ランヤ一

87) 周・前掲(注3) 4頁。

88) 陳・前掲(注26) 34頁。

89) 内田智雄編『訳注続中国歴代刑法志』249～250頁。

二南米ノ小国ヲ除ク外其他東西各国ノ法典カスル単簡明瞭ナル法理ヲ無視シ刑ヲ先ニ罪ヲ後ニシタルハ偶マーノ悪先例アルニ際シ国民ノ輕忽ナル模倣性ヲ暴露シタルニ外ナラス清国ノ草案カ此流弊渦中ニ投セラレサリシハ幸ナリ⁹⁰⁾と述べている。大清新刑律が、他国の刑法典のように刑を先に罪を後に規定するという、因果の法則を無視するという弊害を免れていると言うならば、それは他国の影響というよりも、むしろ中国にもともとあった「中華法系」の影響である可能性が高い。そして、刑法に関して中華法系の基礎をなしてきたのは唐律である。それゆえ、岡田は、大清新刑律を起草する際、条文の内容に関しては日本現行刑法を、総則の構造に関しては唐律を参考にしたと推測される。

第三章 中華民国時代の犯罪論体系

前述したとおり、今日の中国においては、伝統派と独日派の間で犯罪論体系に関する論争が激しくなっている。しかし、中国の「無史化研究」の影響で、両派においては、学術史の視点から論争されている「構成要件」、「違法」、「責任」の意味の歴史的な変化に関し、特に、中華民国時代の研究成果を踏まえた検討があまり詳しくなされていないこともあり、両派それぞれが主張している「構成要件」、「違法性」、「責任」などの概念の中身が異なることに気づいていない者も少なくない。このような原因により、両派の論争がかみ合わないことがあるだけでなく、一部の中国の刑法学者は、先行研究を十分に顧みないため、すでに何十年も前の中華民国時代⁹¹⁾に一定の解決をみた問題を再び蒸し返すようなことをしている。このような「無史化研究」の弊害を克服するために、筆者は中国において初めて近

90) 岡田・前掲（注70）34頁。

91) 中華民国は、周知のとおり、1912年に成立して以来、現在も台湾で存在している。ゆえに、正確には、中華民国時代は今日も続いているというべきであるが、本稿は、基本的に中国大陸の刑法学を研究対象とするので、中華民国が成立してから国民党が中国大陸から逃れるまで、すなわち1912年から1949年までを中華民国時代と呼ぶ。

代的な刑法学の理論を受容するに至った中華民国時代に立ち戻り、学術史の視点から、これらの概念を再確認する必要があると考える。

具体的な内容に入る前に、ここで研究の対象、範囲、及び方法について説明しておく。この章においては、第二章でみた刑法典に合わせて、中華民国時代を「暫行新刑律」時代、「1928年刑法典」時代、「1935年刑法典」時代という3つの時代に分けた上で、各時代の代表的な犯罪論体系を研究の対象とする。なお、「暫行新刑律」と「大清新刑律」との間には、第二章で述べたような緊密な関係があるので、「暫行新刑律」の時代に清朝末期の「大清新刑律」に関する研究も含める。また、中華民国時代の中国大陸は、決して社会的に安定していたとはいえ、このことは学問研究にも影を落としている。1931年の「満州事変」から、特に1937年に全面的な「日中戦争」が勃発して以降、中国のほぼ全土で戦争が起こっていた。戦争から避難するために移動を重ねていた中国の大学は少なくなく、安定的に学術研究をすることはほぼ不可能であった。そのため、1935年に中華民国政府は新しい刑法典を施行したが、この「1935年刑法典」時代に刑法学研究に関する新しい展開または成果はあまりなかった。それゆえ、ここでは「暫行新刑律」時代と「1928年刑法典」時代、とりわけ後者の時代を中心に検討することとする。

研究方法に関しては、故意と違法性の錯誤という具体的問題と関連づけながら、犯罪論体系について検討する。その際、時代の流れという経糸と、日本ないしはドイツからの影響という緯糸を軸に考察を展開することとする。

第一節 「暫行新刑律」時代の犯罪論体系

(1) 岡田朝太郎の犯罪論体系

岡田朝太郎は、清朝末期の法律修訂に協力するために、1906年に中国に行ってから、1915年日本に帰る約10年の間に、立法において中国刑事法の近代化に貢献しただけではなく、法学の教育および研究においても大きな

貢献をした。例えば、彼は、中国にいる間に、清朝政府により成立された「京師法律学堂」およびその他の学校で、長年、教職を務めていた。そのため、当時、彼の授業で取ったノートに基づいて、刑法学専門書を出版した中国刑法学者は何人もいた。そして、岡田は「暫行新刑律」の前身にあたる「大清新刑律」の起草者でもあるので、「暫行新刑律」時代の中国の犯罪論に関する研究について検討する前提として、岡田の犯罪論に関する思想を検討する必要があると考えられる。

岡田の『刑法講義案総則』によると、犯罪要素の概念について、一般的要素と特別要素を区別したうえで、犯罪全体の成立要素として「(1) 人類其主体トナリ法益其客体トナルヲ要シ(2) 刑罰法令アリヲ要シ(3) 刑罰法令ニ列挙シタル行為アリヲ要シ(4) 其行為ハ責任アルモノタルヲ要シ(5) 且ツ不法ノモノタルヲ要ス」と述べていた⁹²⁾。

そして、責任においては「動作=挙動=身体の動靜」, 「挙動+意思=行為」とした上で⁹³⁾, 「身体ノ動作ヲ目シテ責任アリ行為ナリト為スニハ(1) 責任能力アル者ノ動作タルヲ要シ(2) 故意又ハ過失ニ出ツル動作タルヲ要ス」と述べた⁹⁴⁾。「犯罪ノ故意トハ犯罪ノ事実ヲ知り, 犯罪行為ニ志スヲ謂フ」と定義した上で⁹⁵⁾, 「犯罪ノ事実トハ犯罪構成ノ物的条件(即チ罪ト成ルヘキ事実……)及ヒ刑罰加重ノ物的条件(即チ罪本重カルヘキ事実……)ヲ謂フ」と説明し⁹⁶⁾, 「事実ノ錯誤ニ異ナリ, 法律ノ錯誤(不知)ハ犯意ヲ阻却セサルヲ原則トス。刑罰法令ノ不知ハ犯意ノ存否ニ関係ナシ……刑罰法令以外ノ諸法令ノ錯誤ハ(一般ニ?) 犯罪ヲ阻却ス Frank s.91 刑法ノ關係ニテハ事実ノ不知トナルヲ以テナリ」と述べていた⁹⁷⁾。

92) 岡田朝太郎『刑法講義案（総則）』第七版（明治36年）第4頁、句読点は筆者が加えたものである。

93) 岡田・前掲（注92）11頁。

94) 岡田・前掲（注92）21～22頁。

95) 岡田・前掲（注92）28頁。

96) 岡田・前掲（注92）28頁。

97) 岡田・前掲（注92）36～37頁。

違法においては、「犯罪ノ成立スルニハ身体ノ動作アリヲ要シ其動作ハ責任アルモノタルヲ要ス。而レトモ、有責ノ行為必スシモ不法ノ行為タルニ在ラス犯罪ハ有責行為タル上ニ不法行為タルヲ要スルナリ……不法ト称スルハ権利ノ行使ニアラサルコト及ヒ法ノ放任スル行為ニアラサルコトノ二点ヲ概括シタルナリ」と述べた⁹⁸⁾。

誤想防衛に関して「暴行人ナリト誤信シテ、被侵害者ヲ殺傷シタルトキハ如何権利トナルヘキ行為ト誤信シテ之ヲ実行シタル……犯罪事実ノ認識ヲ欠ク……モノニシテ罪ヲ犯ス故意ナキ場合ノ一ツナリ Dolus Putatis」と述べた⁹⁹⁾。

「狂者、幼者、瘖啞者、故意又ハ過失ヲ缺ク者ノ行為ハ責任ノ要素ヲ具ヘサルヲ以テ罪トナラス。而レトモ行為自体ハ法ノ保護スル所ニアラス、亦其放任スル所ニアラス、之ニ対シテ防衛権利アリ」と述べた¹⁰⁰⁾。

以上のような、岡田の違法に関する論述から分かるように、彼はすでに主観的違法論の立場から、違法と責任の関係を論じていた。しかし、彼は主観的違法論を主張しながら、責任無能力者などに対して防衛権を認めるのは矛盾を孕むものといえる。そして、岡田は1897年から1900年までドイツとフランスに留学しており、特にドイツではリストの指導を受けていた。しかし、当時のリストの教科書には、すでに客観的違法論と「所為」、「違法」、「責任」の犯罪論体系を主張していたにもかかわらず¹⁰¹⁾、岡田の教科書にはその影響が見えないようである。

(2) 中国における犯罪論に関する研究

先に触れたように、当時の中国における犯罪論に関する研究は、概ね日本の成果の紹介、翻訳を中心に展開していた。例えば、熊元翰が岡田の講

98) 岡田・前掲(注92)38頁。

99) 岡田・前掲(注92)43頁。

100) 岡田・前掲(注92)44頁。

101) フォン・リスト(原著)吾孫子勝・乾政彦(共訳)岡田朝太郎(校閲)『法律叢書独逸刑法論』(明治36年)を参照。

義で取ったノートに基づいて出版した『刑法総則』では、岡田と全く同じ犯罪論が採られており、一般的成立要素と特別成立要素を区別した上で、一般的成立要素に(1)「主体および客体」、(2)「法律に正条あり」、(3)「動作」、(4)「責任」、(5)「不法」というような五つの要素が含まれていた¹⁰²⁾。「法律の錯誤」に関しても、岡田と同じように、「刑罰法令に対する錯誤」と「刑罰法令以外の法令に対する錯誤」というように区別していた。「刑罰法令以外の法令に対する錯誤は、刑法上の事実の錯誤に相当し、故意を阻却するがゆえに、犯罪は成立しない」と主張した¹⁰³⁾。さらに、違法と責任の関係については、彼は違法論において、「有責な動作は、必ずしも違法な行為ではない。犯罪の成立には、有責な動作である上で、さらに違法な行為である必要がある」とも説明していた¹⁰⁴⁾。「動作の不法は第五番目の普通要素である。……例えば、殺人罪の成立はこの五つの要素を備えなければならない。即ち、第一、主体（自然人）および客体（生命）、第二、法律に正条あり（299条）¹⁰⁵⁾、第三、動作（斬る）、第四、責任（故意）、第五、不法である。官吏が死刑を執行する場合や軍人が敵兵を射殺する場合には主体、客体、正条、動作、責任において299条と違わないが、不法ではないから、犯罪ではない」というように、各要件の検討順序を明確にしていた¹⁰⁶⁾。ただし、この時代において、「違法性の意識」と「誤想防衛」について論じた中国の学者はみられないようである。

今日の中国の刑法学者劉慶飛は、熊元翰の犯罪論体系を「主体、客体、構成要件該当性、行為、責任、違法性」の体系というようにまとめる¹⁰⁷⁾。

102) 熊元翰『刑法総則』（1914年）第10頁。また、瞿宗鏞『刑法総論』（1906年）第9～10頁、王家襄『刑法講論』（1911年）第27頁にも同じ犯罪論がとられていた。

103) 熊・前掲（注102）79～80頁。

104) 熊・前掲（注102）97頁。

105) 「暫行新刑律」第299条：人を殺した者は、死刑または無期懲役若しくは一等の有期懲役に処する。

106) 熊・前掲（注102）98頁。

107) 劉慶飛「近代中国刑法中的“故意過失”学説研究」西南政法大学博士論文2006年20頁。

おそらく、劉は「法律に正条あり」という要素を「構成要件該当性」として理解するのであろう。確かに、ベーリングが(特別)構成要件の理論を発表したのは1906年であるが、「暫行新刑律」時代の中国には、ベーリングの理論の影響はまだ及んでいないと思われる。そして、ベーリングが主張した(特別)構成要件該当性には、すでに主体や行為などに関する検討が含まれており、単なる「法律に正条あり」というものではない。ゆえに、劉の理解は誤っていると言わざるをえない。

(3) 「法律の錯誤」に関する実務の理解

当時の中国の実務界においては、「法律の錯誤」に対してすでに「刑罰法令に対する錯誤」と「刑罰法令以外の法令に対する錯誤」という区別が存在しており、さらに「違法性の意識」にも言及している。例えば、当時の大理院は、「暫行新刑律」の第13条¹⁰⁸⁾に関して、「法令の不知とは、刑罰法令に対する錯誤である。詳しく言えば、ある行為を処罰する法令が存在するのに、この行為が法令上犯罪にならないと誤解するのである。または現行の法令がまだ施行されていない、若しくはまだ公布されていない法令がすでに有効であると誤解するのである。ゆえに、このような犯罪行為には、違法の認識を欠くので、この条文(筆者注:第13条)に該当する。(四年上字111号)」¹⁰⁹⁾と理解している。

「官吏Aは、すでに死刑判決を受けた犯罪者Bの脱獄を防止するために、自分が死刑を執行するものと誤信して、正当な手続きを経ず、Bを殺した」という「刑罰法令に対する錯誤」に関して、大理院は殺人罪が成立すると判断した(五年統字401号)¹¹⁰⁾。これに対し、「Cは、民法上の離縁の要件を誤解し、Aが自分の妻Bを離縁したと思い、Bと結婚した」というよ

108) 第13条:法令の不知は非故意にならず。但し、情状により刑を一等または二等軽減する。

109) 郭衛編『刑法理由判解彙編』(1930年)第二十八条(この本には頁数がない)。

110) 鄭静渠・郭夔尧『中華民国新刑法判解彙編』(1936年)第三冊277頁。

うな「刑罰法令以外の法令に対する錯誤」に関して、大理院は「刑律の錯誤の法理を適用し、犯罪が成立しない。（八年統字1046号）」と解釈していた。

第二節 「1928年刑法典」時代の犯罪論体系

この時代は、中国の近代においては珍しく、他国との戦争が少ない平和な時代と言える。ゆえに、この平和のおかげで、学術研究も繁栄をみせた。この時代においても、日本の刑法学は引き続き中国の刑法学に対して強い影響を与えていた。例えば、この時代の代表的な刑法学者の一人である王観は牧野英一の弟子である。もう一人の代表的な刑法学者陳瑾昆は東京帝国大学に留学した経験がある。もっとも、参照の対象となった日本の刑法学者に関しては、岡田朝太郎の時代から牧野英一の時代に移ったといえよう。そして、一部の学者は直接にドイツの犯罪論に関する学説を取り入れるようになっていた。これに対し、岡田時代の犯罪論の影響もまだ残っていたものの、ともあれ、この時代の議論を把握するための前提として、牧野英一の犯罪論に関する思想について検討しておく必要がある。

(1) 牧野英一の犯罪論体系

牧野英一の『日本刑法』によると、「犯罪トハ、刑罰法令ニ列挙セラルル行為ニシテ、犯意若クハ過失ヲ伴フ責任能力者ノ違法行為ナリ」と定義した上で¹¹¹⁾、犯罪の成立要件には「犯罪の客観的要件」、「犯罪の主観的要件」が、そして「犯罪の客観的要件」には「行為の危険性（実質犯の既遂、因果関係、未遂など）」と「行為の違法性」が¹¹²⁾、「犯罪の主観的要件」には「責任能力」と「犯意または過失（責任条件）」が含まれていた¹¹³⁾。それ以外に、犯罪論には、また「犯罪ノ主体、客体、行為」を検

111) 牧野英一『日本刑法』（1919年）62頁。

112) 牧野・前掲（注111）71～72頁。

113) 牧野・前掲（注111）72～73頁。

討する必要がある¹¹⁴⁾。

そして、「犯意ハ犯罪事実ノ認識ナリ。換言スレハ、行為ノ反社会性即チ危険性及ヒ違法性ヲ認識シテ而モ其ノ行為ヲ敢テスルノ決意ナリ」というように故意を定義した上で¹¹⁵⁾、「刑罰法令ノ不知……は犯意ノ成立ニ影響ヲ及ホスコトナシ」としつつ、「刑罰法令以外ノ法令ノ錯誤……ハ犯意ノ成立ヲ阻却ス」とする¹¹⁶⁾。

違法性の意識に関しては、「犯意ハ違法ノ認識ヲ含ム。但、違法ナル事実ヲ違法ナラズト認識シタリトイフコトニ二個ノ意義アリ。第一ハ、違法性ノ内容タル可キ事実ヲ誤解シタル場合ヲ意味シ、第二ハ、其ノ内容タル事実ニ誤解ナキモノ、其ノ事実カ違法トセラルルコトニ付テ誤解アル場合ヲ意味ス。蓋、違法ノ内容タル事実ハ刑法上一ノ事実問題ナルモ、其ノ一定ノ内容カ違法性ヲ有スルヤ否ヤハ一ノ法律問題ナリ。故ニ第一ノ場合ハ事実ノ錯誤ニ属スルモ（例ヘハ、甲カ乙ヲ侵害シツツアルヲ、乙カ甲ヲ侵害シツツアリト誤認シ、其ノ甲ノ為メニ乙ニ対シテ防衛行為ヲ為シタリトイフカ如シ、第二ノ場合ハ法律ノ錯誤ナリ（例ヘハ、親権者カ其ノ子ニ対スル懲戒権ノ作用トシテ、之ヲ傷害スルモ亦可ナリト信シ、傷害行為ヲ為シタリトイフカ如シ」と述べ、侵害状況に関する誤認の場合を事実の錯誤と解する¹¹⁷⁾。

違法論においては、「行為ノ違法性ハ、法益ノ侵害カ社会ノ常規ヲ逸脱スルコトヲ云フ」と定義した上で¹¹⁸⁾、正当防衛において「客観的ニ不正ナルコトヲ以テ足ル」、「責任無能力者ノ行為ニ、刑法ノ適用ヲ受ケサル者ノ行為ニ対シテモ亦正当防衛アリ」と述べていた¹¹⁹⁾。

牧野の犯罪論と岡田の犯罪論との最も明確な形式上の相違点は、岡田が

114) 牧野・前掲（注111）目次2頁。

115) 牧野・前掲（注111）101頁。

116) 牧野・前掲（注111）114～115頁。

117) 牧野・前掲（注111）115～116頁。

118) 牧野・前掲（注111）172～173頁。

119) 牧野・前掲（注111）188頁。

各犯罪の成立要素を直ちに列挙するのに対して、牧野が犯罪の成立要件を分類した上で、「犯罪の客観的要件」と「犯罪の主観的要件」という上位概念の下に整理していることである。これは、犯罪論の体系がより精密になった現れである。そして、彼は「犯罪ノ意義」の章において、「犯罪の客観的要件」、「犯罪の主観的要件」の順番で論述しており¹²⁰⁾、正当防衛において客観的な不法と責任無能力者に対する防衛権を認めている。この点から、彼は明らかに客観的違法論者に位置づけることができる。しかし、彼の教科書では、「犯罪の主体、客体、行為」、「犯罪の主観的要件」、「犯罪の客観的要件」という順番で記述がなされている。彼が実質的に主張した「違法」「責任」の順で論じる客観的違法論の体系と、主観的要件を客観的要件に先行させる彼の教科書の記述の順序には、形式的な面でみる限り矛盾があるように思われる。

(2) 中国における犯罪論に関する研究

1928年刑法典が公布された後、中国の刑法学は束の間の繁栄の時期を迎えていた。この時代においても、日本の刑法学は中国の刑法学に対して依然として強い影響を与えていたが、ドイツの刑法学を直接に取り扱う中国学者も現れてきた。ゆえに、この時代の犯罪論に関する研究も、百花齊放の状況になっていた。以下では、当時の代表的刑法学者である王観、陳瑾昆および郝朝俊の犯罪論を中心に検討する。

① 「客体的要件」と「主観的要件」の犯罪論

牧野英一の弟子の王観は『中華刑法論』において、「犯罪とは、犯罪責任能力者によって故意または過失で行われた刑罰法令に列挙された違法な行為である」と定義した上で¹²¹⁾、「犯罪の要件」を「一般的要件」と「特別的要件」に区別し、「一般的要件」には「犯罪の客観的要件」と「犯

120) 牧野・前掲（注111）71～73頁。

121) 王観（原著）姚建龍（校閲）『中華刑法論』（1929年第5版，2005年再版）75～76頁。

罪の主観的要件」が存するとする。さらに、「犯罪の客観的要件」には「行為の危険性」と「行為の違法性」が、「犯罪の主観的要件」には「責任能力」と「責任条件(故意・過失)」が含まれるとする¹²²⁾。それ以外に、犯罪論には、また犯罪の主体、客体、行為を検討する必要があるとする。

このうち、責任において「故意とは、犯罪事実の認識である。すなわち、行為の反社会性(危険性及び違法性)を認識しながら、敢えて実行した決意である」と定義した上で¹²³⁾、故意の認識範囲としては「法規の違反を認識する必要はない」が、「違法性阻却事由が存在しないのに、それが存在すると誤信した場合に、故意は存在しない」と述べていた¹²⁴⁾。さらに、「刑罰法令の錯誤」は故意を阻却しないが、「刑罰法令以外の法令の錯誤」は犯罪事実の不認識であり、罪にはならないと説明していた¹²⁵⁾。

違法においては、「違法とは、行為が法律の命令または禁令に違反することであり、「実質的に言えば……法規の範囲を超えて他人の法益を侵害したときに、反社会性がある」り、違法である¹²⁶⁾。そして「36条(正当防衛)にある不法は客観的不法を指している。客観的不法によれば、責任無能力者の行為、故意・過失がない行為……などは正当防衛権の原因になる」と述べていた¹²⁷⁾。

以上のような王観の犯罪論を見れば分かるように、王観は完全に牧野英一の犯罪論を「移植した」といえる。王観の教科書は、記述順序からして牧野英一と同じなのである。しかし、そのことにより、牧野英一の犯罪論の問題点も一緒に継承した。また、おそらく彼は牧野英一の研究方法も一

122) 王・前掲(注121)80~83頁。

123) 王・前掲(注121)119頁。

124) 王・前掲(注121)123頁。

125) 王・前掲(注121)138~141頁。

126) 王・前掲(注121)208頁。

127) 王・前掲(注121)215頁。「1928年刑法典」第36条：現に存在する不法の侵害に対して、自己または他人の権利を防衛するために行われた行為は、処罰しない。但し、防衛行為が過剰であったときには、刑罰を軽減または免除することができる。

緒に継承したので、完全に日本の学説を取り上げているにもかかわらず、注釈の中にはドイツの文献の引用が大量にあった。そのため、あまり詳しくないが、一応ベーリングの犯罪構成要件の理論にも以下のように言及していた。「犯罪とは、犯罪構成要件に該当する、刑法の規定に相当する、違法かつ有責な、処罰条件をも満たしている行為である（Beling, Die Lehre vom Verbrechen 1906 S. 7）」¹²⁸⁾。「犯罪は、(1) 行為、(2) 構成事実該当すること、(3) 違法、(4) 有責、(5) 刑罰規定に相当すること(6) 処罰条件を満たしていること、から成り立つ（Beling, Die Lehre vom Verbrechen, § 2. Grundzüge S.10.）」¹²⁹⁾。王観が注釈の中で紹介したベーリングの理論から分かるように、当時の中国には、まだ（特別）構成要件と構成要件該当性の概念が存在しなかった。

また、江鎮三も、「主観的要件」と「客観的要件」からなる体系を採用した¹³⁰⁾。責任に関し、彼は『刑法新論』において「故意とは行為の危険性及び違法性を認識しながら、敢えて行為を為す意である……故意とは認識及び決意によって成り立つものである。すなわち、犯人が犯罪構成要件の事実を明知し、かつそれを意識的に発生させる」ことと定義した上で、「故意の成立には違法性の認識は不必要である」と主張した¹³¹⁾。しかしながら、「故意とは違法性を認識しながら行為をなす意思」としつつ、故意の成立に違法性の意識は必要ないというのは矛盾している。彼はおそらく、この明らかな矛盾を避けるためか、後に出された『刑法総論』では「故意とは行為の危険性及び違法性を認識しながら、敢えて行為を為す決意である」という文言を削除した。

128) 王・前掲（注121）76頁。

129) 王・前掲（注121）80頁。

130) 江鎮三『刑法新論』（1928年）108～109頁、江鎮三『刑法総論』（1933年）64～65頁。

131) 江・前掲（注130）133～135頁。

② 「行為」, 「責任」, 「違法」の犯罪論

東京帝国大学に留学していた陳瑾昆は、「犯罪とは刑法によって規定されている、刑罰で制裁すべき有責且つ違法な行為である」と定義した上で、犯罪の構成要件ないしは犯罪の要素には、(1) 法律の明文、(2) 犯罪主体、(3) 犯罪客体、(4) 犯罪行為、(5) 責任条件(即ち故意・過失)、(6) 責任能力、(7) 違法行為が含まれているとする。そもそも、犯罪の要件ないしは要素には、「一般的」要件ないしは要素と、「特別的」要件ないしは要素の区別があり、上に挙げた7つの要件ないしは要素はすべて「一般的」要件または要素である。このうち、「要件」と呼ばれるものは、「犯罪行為」、「責任条件」、「責任能力」、「違法行為」の4つのみを指している。さらに、「責任条件」と「責任能力」はまとめて「責任」に位置づけられる。ゆえに、彼の考え方によると、犯罪の要件は「犯罪行為」、「責任」、「違法」ということになる¹³²⁾。

このうち、責任に関しては、「責任条件とは、行為者のその行為の結果(すなわち法益侵害)に対する心理的状态であり、責任を構成する要件の一種である」とし、「故意とは、犯罪事実に対する認識及び希望または容認する心理的状态である」と定義した上で、「故意の範囲(内容)」には「行為の危険性」及び「行為の違法性」が含まれるとされる。行為の違法性については、「違法」を「不法」と「為罪(罪になること)」というように区別したうえで、「為罪」に対する錯誤は「刑罰法令に対する錯誤」であり、このような「違法性の認識」は故意に含まれないとした。そして、「不法」という意味での「違法性の認識」に関して、「違法性阻却原因事実」の錯誤(すなわち誤想防衛)と「非違法の事実」の錯誤(例としては民法法令に関する錯誤)は事実の錯誤であり、法律の錯誤ではないと述べていた。さらに、「刑罰法令に対する錯誤」を「自然犯」と「法定犯」を分けて検討し、「自然犯」の「刑罰法令に対する錯誤」は故意を阻却しないが、「法定犯」

132) 陳瑾昆(原著) 吳允峰(校閲)『刑法総則講義』(1934年、2004年再版) 64~65頁。

の「刑罰法令に対する錯誤」は故意を阻却する余地があるものの、現行法においては、「但し書き」に基づいて刑の減輕しかできないと述べていた¹³³⁾。

違法に関しては、「責任阻却の行為、すなわち責任無能力者または制限責任能力者の行為または無故意・過失の行為に対して防衛を行えるか、学説上論争がある。主観説は否定説、客観説は肯定説を導く。このうち、客観説が正しい」と述べていた¹³⁴⁾。

陳瑾昆の犯罪論は完全にリストの影響を受けている。彼はリストと同じく「客観的違法論者」であるが、リストが犯罪論において「行為」、「違法」、「責任」の体系を採用しているのに対して、彼は「行為」、「責任」、「違法」の体系を採用している。しかし、彼のような体系は、少なくとも各要素を論じる順序の面で形式的にみれば、「客観的違法論」と合わないように思われる。

この点、陳興良は、「行為、責任、違法という配列順序は、刑法条文の配列順序と緊密な関係がある」と説明している。すなわち、1928年刑法典の総則規定では、第24条：故意、第25条：過失、第30条：刑事責任年齢、第31条：心神喪失および心神耗弱などの責任に関する条文が、第35条：職務行為、第36条：正当防衛、第37条：緊急避難などの違法に関する条文の前に置かれていることが原因である。故に、陳興良は、「民国刑法学における犯罪要件は、法条に制限されており、解釈論的な性質が存在しているが、まだ法条から独立した犯罪論体系は形成していない」と評価している。また、陳興良は、陳瑾昆の犯罪論における「行為」を事実的要件として、「責任」と「違法」を評価的要件として理解した上で、陳瑾昆の犯罪論に対して、「三段階の犯罪論体系の三つの要件である構成要件該当性、

133) 陳・前掲（注132）121～123頁。「1928年刑法典」第28条：法令の不知を理由として刑事責任を免除してはならない。但し、情状により本刑の二分の一までに軽減することができる。

134) 陳・前掲（注132）157頁。

違法性、有責性は存在するが、三者の相互関係が不明確であるので、三段階の犯罪論体系の初期的なものにとどまっている」と評価する¹³⁵⁾。しかし、「行為」、「責任」、「違法」という配列順番の原因については、陳興良の説明が理屈に通っていると考えられるが、陳瑾昆の犯罪論にある「行為」を構成要件として理解する点には、彼の犯罪論がリストの影響を強く受けている点を踏まえると賛成できない。

③ 「刑罰法令」、「犯罪主体」、「犯罪客体」、「犯罪行為」の犯罪論

郝朝俊の『刑法原理』によると、「犯罪とは国家が法令によって犯罪として定めた行為であり、すなわち、刑罰によって制裁される有責かつ違法な行為である」¹³⁶⁾。そして、犯罪成立の一般的要件として「刑罰法令」、「犯罪主体」、「犯罪客体」、「犯罪行為」があり、「犯罪行為」には「有責行為」と「違法行為」が含まれる¹³⁷⁾。

責任に関しては、「故意とは犯罪の意思であり、すなわち犯罪事実を認識し、犯罪行為を決意する心理状態である」と定義した上で¹³⁸⁾、「犯罪事実とは罪となる事実(犯罪を構成する物的条件)及び刑を加重する事実(刑罰を加重する物的条件)のことである……故意を構成するには、罪となる事実および刑を加重する事実だけで十分であり、それ以外の事実の認識は必要ではない……自己の行為の違法性の認識および自分が責任能力者である認識は故意の成立に関係がない」とした¹³⁹⁾。法律の不知については、「刑罰法令の錯誤は……故意の成立に関係がない」としつつ、「刑罰法令以外の錯誤は……犯罪事実の錯誤であり、もしその錯誤が犯罪の要素に関係するものならば、故意を阻却する」という形で区別をしていた¹⁴⁰⁾。

135) 陳興良『刑法的知識転型【学術史】』(2012年)69～70頁。

136) 郝朝俊『刑法原理』(1928年)120頁。

137) 郝・前掲(注136)123～124頁。

138) 郝・前掲(注136)180頁。

139) 郝・前掲(注136)181～182頁。

140) 郝・前掲(注136)196～197頁。

違法論に関しては、「違法とは法規によって禁じられている行為をすることである……実質的に言えば、共同生活において刑罰制裁によって保護される必要がある法益を侵害する行為である」と定義する。その上で、「客観不法とは……行為者は責任無能力者の場合でも違法行為を為すことができ、すなわち、責任能力及び意思責任の有無は行為の違法性とは無関係である。主観違法とは、法規は木や石、動物に対して命令または禁止するものではなく、また、法律上の責任無能力者または責任意思がない者の行為も、木や石、動物と同じように命令規範の範囲外にあるので、これらの者の行為は違法にならない」としていた¹⁴¹⁾。そして、「責任無能力者の行為は責任の要素がないため、刑法上の罪にならず、ゆえに処罰されない。しかし、その行為自体は法律によって保護されるものではなく、また法律が放任する不法侵害行為でもないので、この行為に対して正当防衛権がある」と述べていた¹⁴²⁾。

確かに、郝朝俊は形式上、責任と違法をまとめて「行為」としているが、両者の関係については、主観的違法と客観的違法を並列的に説明するだけであり明確でない。また、彼の責任に関する論述を見れば分かるように、彼の犯罪論には、まだ岡田の影響が残っているといえよう。

第三節 「1935年刑法典」時代の犯罪論体系

1935年に新しい刑法典が公布されたが、1937年から1949年までの間、中国では長い戦争の時期に入ったので、刑法学の研究には、あまり新たな展開がなかった。刑法の教科書も理論的問題を詳しく解説した理論はあまりなく、「注釈刑法」の類が多かったが、そこでも体系的に犯罪論が論じられることは少なかった。このように理論問題に関する資料は乏しいものの、いくつか目に留まったものがあるので、ごく簡単に紹介することとする。

141) 郝・前掲（注136）198頁。

142) 郝・前掲（注136）208頁。

たとえば、郭衛の『刑法学総論』は、その時代における少ない理論書の一つである。この理論書には、「犯罪とは、責任能力者が違法阻却がない場合に、故意または過失で行う刑罰法令に列挙されている不法な行為である」と定義した上で、(1)「行為」、(2)「責任能力」、(3)「故意または過失」、(4)「刑罰法令に列挙されている不法行為」、(5)違法阻却が存在しない行為を犯罪構成の要件とした¹⁴³⁾。

責任においては、「故意とは、犯人が犯罪を構成する事実を明知しながら、意識的にそれを発生させることである」と定義した上で¹⁴⁴⁾、法律の錯誤に関して、刑罰法令の存在を知らない場合と刑罰法令の不存在を知らない場合(幻覚犯)に区別して論じているが、犯罪の成立にどのような影響を与えるかについては結論を出さなかった¹⁴⁵⁾。

違法においても、「客観的違法論」と「主観的違法論」に言及するものの、責任無能力者に対する正当防衛について、結局結論は示されないままであった¹⁴⁶⁾。

第四節 小 括

以上、故意の体系的地位および違法性の錯誤と関連しながら、中華民国時代の各代表的な犯罪論を、構造的側面から検討した。この時代においては、まだ(特別)構成要件を基礎とする三段階の犯罪論は存在しなかったが、今日の三段階体系の原型となる、リストのような行為を基礎とする三段階の犯罪論がすでに存在していた。そして、当時は、違法性の認識の不要説は通説であったが、王観や陳瑾昆のように、違法性の認識が故意の要素であるという厳格故意説の考え方はすでに存在していた。また、違法論においても、すでに客観的違法論が有力に主張されていた。次の章におい

143) 郭衛『刑法学総論』(1948年)81~85頁。

144) 郭・前掲(注143)133頁。

145) 郭・前掲(注143)150頁

146) 郭・前掲(注143)165~166頁

ては、またこの章で検討してきた各犯罪論を、ラートブルフの法体系論に基づき、体系的側面から検討する。

第四章 中華民国時代の犯罪体系論の検討

第一節 ラートブルフの法体系論

(1) 5つの「体系」

以上のように、今の中国の通説的な犯罪論である「四要件の犯罪構成理論」と、中華民国時代の各犯罪論及びその参照対象である二人の日本刑法学者の犯罪論を検討してきた。以下では、体系論の視点から、各犯罪論の体系を比較し、これらの犯罪論の異同およびそれぞれの体系的な性質を検討する。これらの犯罪論の体系を比較する基準として、以下では、まずラートブルフの法体系論を紹介する。

ラートブルフによれば、体系には以下の5つの意味のものがある。第一は、形式論理に基づく体系である。それはさらに、2つの体系にわかれる。一つは、演繹による体系である。すなわち、上位命題と下位命題とによる推論を経て結論を導き出す体系である。一例として、スピノザの倫理学が挙げられる。今一つは、分類による体系である。類（高級）概念を起点とし、内包をしないで加えることにより種（低級）概念、さらに狭い種概念へと下降する体系である。例として、リンネによる植物の体系がある。第二は範疇にのっとった体系である。例として、カントの諸批判が挙げられる。論理的には、思考の論理だけでなく、事物そのものの論理がある。理由と帰結、類と種にしたがって観念および概念を整序する、形式論理による体系のほか、事物の論理に基づく体系がある。事物そのものを形式と実質、範疇と資料とに分析する体系である。第三は目的論的体系である。これは、論理的意味での体系ではない。目的と手段とによる整序の体系である。リストによる鉄道の体系は、その一例である。最後は教育的な（didaktisch）体系である。三までに掲げたすべての体系を叙述するにあ

たつて、不明確な体系を明確にするという使命をおびており、理解を容易にするために修正をこころみる体系をいう。以上が、体系の基本的な五類型である¹⁴⁷⁾。

さらに、ラートブルフによれば、刑法体系においては、目的論的基礎付けによる刑罰目的の理論と範疇的基礎付けによる規範論とによって、犯罪論についても、範疇的構築と目的論的構築が可能である。分類的-範疇論的犯罪論の構築は、一般法学の統一的な不法の概念からさらに限定し、可罰的不法という形で犯罪の概念を制限することにより達成される。演繹的-目的論的犯罪論の場合は、逆である。一般的な不法概念を介することなく、刑罰目的から直ちに可罰的不法の概念が導かれる。範疇的な犯罪の体系は、一切の不法行為における不法の上位概念すなわち行為概念を基点とする。これに対し、目的論的体系は、犯罪の定義の出発点として、可罰的不法の特別な要素としての構成要件を選びだす。不法という一般概念から、犯罪概念が導き出されるのではなく、出発点においてすでに、犯罪概念に刑罰目的からの拘束が加えられる¹⁴⁸⁾。

(2) リストとベーリングの体系の相違

ラートブルフの法体系論によると、リストの犯罪論体系は範疇的体系である。彼からみれば、リストは、民事法と刑法とに共通な類概念としての不法を根底に据え、違法にして有責な行為という概念に構成要件該当性という要素を付け加えることによって、可罰的不法すなわち犯罪の概念に至るという体系を構築したのであり、行為概念を犯罪論体系の礎石に据えつつ、これを構成要件の枠に組み込まれない、前刑法的・前法的概念として、まったく自然主義的に行為を把握した¹⁴⁹⁾。

147) G. Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenslehre, in Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Bd. 1, 1930, S.158-160. 莊子邦雄『犯罪論の基本思想』(1949年) 12~13頁から引用。

148) G. Radbruch: a.a.O. S. 160. 莊子・前掲(注147) 13頁から引用。

149) Radbruch, a.a.O. S. 160ff. 莊子・前掲(注147) 15~16頁から引用。

リストは現在の三分法の犯罪論体系の基礎を築いたが、彼の「行為・違法・有責」の犯罪論体系においては、構成要件該当性に本質的機能を付与しなかった。リストは、タートベシュタントという用語を用いるが、タートベシュタントに特段の機能を付与しなかったのである。彼は、ベーリングによって構成要件理論が展開された後でもなお、違法、有責、行為という三要素を犯罪論体系の中核に据えていた。ベーリングの構成要件を意識して構成要件該当性に一応の地位を与えたものの、構成要件該当性と違法性との関係は、なお明確ではなかった¹⁵⁰⁾。

ラートブルフによれば、構成要件に本質的機能を付与する犯罪論体系を構築するためには、従来の体系に根本的修正を施さなければならない。犯罪論の根本概念としての行為概念を構成要件実現という概念に置き換え、構成要件実現という概念の構成要素として、行為概念を構成要件実現という概念へはめこむ。かくして、根本的修正は達成され、範疇的体系から目的論的体系への移行が成し遂げられる。この途を切り拓いたのは、ベーリングの功績である¹⁵¹⁾。

近代的犯罪体系の出発点である古典的犯罪論体系は、「リスト－ベーリング体系」とも呼ばれているが、以上のラートブルフの論述によれば、体系的側面において、リストの「行為・違法・有責」の犯罪論は分類的－範疇論的犯罪論であるのに対して、ベーリングの「(特別)構成要件・違法・有責」の犯罪論は演繹的－目的論的犯罪論であり、両者の間には根本的な相違が存在している。

たとえば、今日において、一般的には、「(特別)構成要件」に違法性推定機能と責任推定機能が認められている¹⁵²⁾。(特別)構成要件という体系

150) 莊子・前掲（注147）16頁。

151) Radbruch, a.a.O. S. 162ff. 莊子・前掲（注147）13頁から引用。もちろん、それは、違法性阻却事由がないことまで推定するという意味ではなく、違法性阻却事由がない限り違法とされるという意味での推定である。

152) もっとも、ベーリングは、晩年に違法・有責類型としての「犯罪類型」とそれに先行する指導形象としての構成要件を区別しており、主観的不法要素を否定することによって

の礎石により、違法性や有責性などの犯罪論にあるその他の犯罪要素を相互に関連付け、(特別)構成要件に該当すること(構成要件該当性)から、違法性および有責性を推定できるのである。ここで、(特別)構成要件は犯罪論体系において演繹的な役割を担当している。それに対して、リストの犯罪論における行為は、自然主義的なものである。行為が存在することから、違法性や有責性を推定するのではなく、「行為」、「違法」(な行為)、(違法かつ)「有責」(な行為)、「可罰性」(がある、違法かつ有責な行為)という、一般から特殊へと漸次具体化する形で構成されている。この意味において、リストの犯罪論体系は、リンネの植物学の体系(類・綱・目)と同じく、分類的な体系である。

リストの犯罪論体系とベーリングの犯罪論体系との間には、以上のような本質的な相違が存在することもあり、今日において、たとえ「古典的犯罪論体系」を出発点として犯罪論体系を検討する場合でも、リストの理論をあまり検討することなく、ベーリングの理論を中心に検討する学者が多い。しかし、犯罪論に対する、リストの貢献は無視されてはならないことである。リストは、かつての主観・客観の二分法から離脱し、さらに事実的要件と評価的要件を区別し、犯罪の(一般)構成要件を、評価の客体としての「行為」、犯罪行為に対する否定的評価としての「違法性」、行為者に対する否定的評価としての「有責性」に三分した¹⁵³⁾。そして、ベーリングは、リストの「三分法」の上に、特別構成要件の理論を作り出したのである¹⁵⁴⁾。ゆえに、リストが現在の三段階の犯罪論体系の特徴である

∨構成要件の犯罪個別化機能および違法性推定機能を事実上否定していた。主観的要素はすべて責任要素とされていたからである。しかし、構成要件の違法性推定機能は、メツガーによってベーリングの特別構成要件論をもとにしながら確立したことは言うまでもない。もっとも、今日の日本においては、「違法・有責類型説」が通説であるが、構成要件論における「違法(不法)類型説」と「違法・有責類型説」との争いは、まだ続いている。

153) F.v. Liszt(原著)徐久生(翻訳)『德国刑法教科書(修訂訳本)』(2006年)167~169頁。

154) 平場安治「犯罪論の体系について」法曹時報29巻9号(1977年)2頁。

「段階性」の基礎を築き上げたといえよう。

第二節 中華民國時代の各犯罪論体系の比較

以上のようなラートブルフの法体系論を基準としつつ、第三章まででみてきた各論者の体系について比較検討することとする。

中国における最初の犯罪論は、暫行新刑律時代の熊元翰が岡田朝太郎の犯罪論を手本として主張した「主体および客体・法律に正条あり・動作・責任・不法」の犯罪論である。この犯罪論においては、犯罪の各成立要素を列挙されているだけであり、あまり体系性が見えないようではあるが、熊元翰と岡田の「責任」と「不法」の関係に対する論述から分かるように、彼らは、「行為」を基礎として「責任」と「不法」の関係を事物論理的に論じている。これは当時のベルナーが主張する犯罪論に近い考え方と思われる。詳しい検討は次の論文に譲る。ゆえに、この犯罪論はまだ粗削りなところはあるものの、一応「分類的－範疇論的体系」に属するであろう。また、郝朝俊の犯罪論もこの種類に属する。

続いて、1928年刑法典時代の王観が牧野英一の影響を受けて主張した「犯罪の客観的要件・犯罪の主観的要件」の犯罪論である。王観と牧野は、明らかに行為を犯罪論の礎石として「分類的－範疇論的体系」を構築している¹⁵⁵⁾。この犯罪論は、一見ビルクマイヤーの犯罪論と似ているが、ビルクマイヤーは「行為者」を「犯罪の主観的要件」の中で検討するに対して¹⁵⁶⁾、王観と牧野英一は「犯罪の客観的要件・犯罪の主観的要件」の外

155) たとえば、牧野英一『日本刑法』（1919年）第62頁以下は：「(一) 犯罪ハ行為ナリ。…… (二) 犯罪ハ刑罰法令ニ列挙セラレタル行為ナリ。…… (三) 犯罪ハ違法ナル行為ナリ。…… (四) 犯罪ハ犯意マタハ過失ヲ伴フ行為ナリ。…… (五) 犯罪ハ責任能力者ノ行為ナリ。」というように、犯罪を説明している。また、王観『中華刑法論』（1929年）第77頁以下でも同じように説明している。

156) ビルクマイヤーによれば、犯罪の要件は二つに分けられる。その一は、一般主観的犯罪構成要件であり、その二は、一般客観的犯罪構成要件である。前者には、(1) 犯罪行為を行う人、(2) 抽象的責任能力がある人、(3) 具体的に有責な人、が含まれる。後者には、(1) 行為、(2) 行為による法益侵害または危険、(3) 行為の違法、が含まれる。(v. Birkmeyer, ↗

で、「犯罪の主体、客体、行為」を検討する。牧野英一はリストの許で留学した経験があるので、おそらくこれはリストの影響であろう。すなわち、牧野英一は犯罪論を構成する際、リストの影響で「犯罪の主体、客体、行為」という「事実的要件」を「犯罪の客観的要件・犯罪の主観的要件」という「評価的要件」から意識的に区別していた。但し、王観と牧野が、因果関係という「事実的要件」に属すべき要素を「行為の危険性」の要素として「犯罪の客観的要件」の中で検討することから考えれば、彼らによる「事実的要件」と「評価的要件」の区別は徹底されていない。ゆえに、王観と牧野英一が主張した犯罪論は、「主観・客観」の二分法から、「犯罪の主体、客体、行為・犯罪の客観的要件・犯罪の主観的要件」という三分法へ移行する際の中間的なものと評価できるが、やはり基本的に「二分法」による「分類的－範疇論的体系」である。

次に、陳瑾昆が主張した「行為・責任・違法」の犯罪論である。彼は1928年の中華民国刑法典の総則規定に基づいて、リストの犯罪論に形式的な修正を加えたが、彼が主張した犯罪論は明らかにリストの「行為・違法・責任」の体系の影響を受けている。ゆえに、この犯罪論は、リストの犯罪論と同じように、「分類的－範疇論的体系」に属する。前にも述べたが、陳興良は、陳瑾昆の犯罪論に対して、「三段階の犯罪論体系の三つの要件、すなわち構成要件該当性、違法性、有責性が存在するが、三者の相互関係が不明確なので、三段階の犯罪論体系の初期の形をなすにすぎない」と評価している¹⁵⁷⁾。即ち、この犯罪論は三段階の体系であるが、「演繹的－目的論的」な体系ではないということである。

第三節 小 括

以上、検討したとおり、中華民国時代においては、特別構成要件を基礎とする「演繹的－目的論的体系」がまだ存在しなかった。その時代の各学

↘S. 1109.) (王・前掲(注121) 80頁から引用)。

157) 陳・前掲(注132) 69～70頁。

者の犯罪論は、第三章で検討したとおり、構造的側面から見れば、いろいろな相違点が存在しているが、体系的側面から見れば、精緻化の程度を多少異にするも、すべて「分類的－演繹的体系」に属する。その後、1949年に、国民党は共産党に敗れ、国民党が組織した中華民国政府も台湾に逃れたが、中華民国の刑法学者たちは、台湾で今日まで研究を続けた。もっとも、今日の台湾の刑法学の「参照対象」は日本からドイツに移ったが、日本と同じように、（特別）構成要件を礎石とする「演繹的－目的論的」な三段階の犯罪論が通説になっている¹⁵⁸⁾。ゆえに、学術史的な観点から見れば、犯罪論は、「客観・主観」の「二分法」から「事実・評価」と「主観・客観」を総合した「三分法」へ、「分類的－範疇論的体系」から「演繹的－目的論的体系」へと変化する傾向が存在すると考えられる。

現在の中国の通説である「四要件の犯罪構成」は、体系的側面において、当為的立場から作り出されたものであり、最初からラートブルフの法体系論の前提となる事物的論理と対立しているものなので、これについては別稿において検討する。

終わりに

今日の中国においては、長らく、四要件の犯罪構成を「伝統的な犯罪論」と呼んでいるのに対して、三段階の犯罪論を「外来的犯罪論」を呼んでいる。しかし、歴史的に見れば、1928年刑法典時代にすでに存在していた「三段階の犯罪論」は、明らかに1950年代にソビエトから輸入した「四要件の犯罪構成」より早く中国で誕生したものであり、より「伝統的」なものであると言えよう。また、確かに1928年刑法典時代の「三段階の犯罪論」でも、今日の中国における「三段階の犯罪論」でも、同じく日本とド

158) 今日では、「演繹的－目的論的」な三段階の犯罪論体系の中においても、また「古典的犯罪論体系」、「新古典的犯罪論体系」、「目的的行為論の体系」、ロクシンの「目的理性的犯罪論体系」などの様々な種類が存在する。

イツから輸入したものであるが、伝統派の「四要件の犯罪構成」も中国の研究者によって作り出されたものではなく、ソビエトから輸入したものであり、同じく「外来的」なものであろう。故に、「外来的」な三段階の犯罪論を参照しながら中国で犯罪論体系を論じるのは、何の問題もなく、逆に必要であると思われる。

第一章ですでに検討したとおり、中国の通説な四要件の犯罪構成理論には、犯罪の成否を判断する体系としていろいろな問題が存在する。そのような体系的な問題は、その体系の内部からはなかなか発見しにくいので、別の体系を参照して外部から検討する必要があると考える。故に、今日の中国における「四要件」対「三段階」の体系論に関する論争は、決して研究の「発言権」を奪うための、「お尻が頭を指揮する」無意味な論争ではなく、通説の四要件の犯罪構成理論に存在する問題を克服するために理性的かつ必要かつ有意義な学術研究である。

ただし、体系論に関する研究、いや、それだけではなく、刑法学全体に関する研究を展開する場合に、かつてから中国に存在していた「無史化研究」の研究方法に対しては反省すべきであると思われる。すでに検討したとおり、現在の中国の刑法学においては、主観的違法論・客観的違法論の論争、違法性の認識などをめぐっては、依然として中華民国時代、さらには清朝末期と似たような問題に直面している。何十年前に、すでに議論され、さらに一定の解決をみた問題をいまなお検討しなければならないのは、歴史的な後退だと言わざるを得ず、現在の中国における刑法学の「無史化研究」の弊害であると言えよう。犯罪論体系に関する議論を有意義なものとするためには、この点の克服が、求められていると思われる。

本稿において、中華民国時代の各犯罪論を検討することにより、ある程度の犯罪論における歴史的流れが見えてきたが、必ずしも中国の犯罪論研究もこの道に沿って進むべきであるとは言い切れない。なぜなら、本稿では、四要件の犯罪構成理論に対して十分な歴史的な検討を展開できなかったからである。また、今日の中国における三段階の犯罪論およびその他の

独自の犯罪論についても触れられなかった。これらの犯罪論に対する検討は、後日の課題として残されるが、本稿で見つけ出された、「分類的－範疇論的体系」から「演繹的－目的論的体系」へ、という犯罪論における歴史的傾向が、中国の犯罪論に関する研究の一つの可能性として有意義であれば、幸いである。