

## 中国刑法における類推制度および現代的運命

胡 云 騰

- 一 類推制度の概説
- 二 類推制度の要件および中国司法実務における適用
- 三 類推制度の欠陥および存廃についての議論
- 四 簡単な結び

### 一 類推制度の概説

中国現行刑法における類推制度とは、刑法各則において明文の規定がない犯罪行為に対して、刑法各則における最も類似の条文を参照し、最高人民法院の承認を受けて、罪を確定し、量刑する制度である。

中国では、類推適用の歴史は源が遠く、流れが長い。古書によれば、周の時代から強いて比べる断罪という類推制度を実行したとのことである。「尚書・呂刑」という本では、「五刑が三千種類を有するから、上下の罪をそれぞれ比べる」と記載している<sup>(1)</sup>。罪を比べるとは、類推なのである。秦の時代で、類推制度を二つの形式に分けて、すなわち裁判官が裁判するとき、類似した法律条文を引用することができるし、判例を引用することもできる。前者は現在の類推にあたり、後者は英米国の判例法に類似していた。漢の時代では、類推として「比」または「比べて決める」という制度を採用していた。比べる断罪の事項は数え切れないほど多かった。唐の時代に入って、類推制度は法制度とし

---

(1) 原文は「五刑之属三千，上下比罪」であって、『漢書・刑法志』参照。

て定着していった。『唐律』は、比べる断罪制度をかなり大きく改正して、比較的厳しく制限すると同時に、判例を引用する類推制度を廃止した。「唐律」は、「罪を断するに正条なければ、その応じて罪を出すべき者は、即ち重いものを挙げて以て軽いものを明かにし、その応じて罪に入れるべき者は、即ち軽いことを挙げて以て重いものを明かにする」としていた。この「比べて引用」という類推制度は、ずっと清の時代にまで踏襲されてきた。清の末期、刑法改革のときにこれを廃止した。

中国刑法における類推制度が廃止されたのは、20世紀初めの清末期の刑法改革から始まった。1910年、『大清新刑律』を發布して、初めて数千年にわたって続いてきた類推制度を廃止すると同時に、罪刑法定原則を明確に規定した。中華民国の初め（訳注：1911年清の王朝が滅び、翌年1月国民党政府が成立した後の時代を中華民国という）、清の刑法を踏襲して、類推制度が排除された。国民党政府により1928年に制定された旧刑法、および1935年に制定された新刑法は、いずれも罪刑法定原則を規定して類推制度を廃止した。しかし、中国共産党により指導された人民政權が制定した刑法だけは、いずれの刑法においても類推制度を規定していた。当時立法が不十分であるか、または伝統的な影響を受けたためかもしれないが、30年代の刑法には類推制度の規定があったのである。例えば、「中華ソビエト共和国反革命の処罰条例」38条は、「すべて本条例に規定していない反革命行為は、本条例の類似する条文を参照して処罰する」としていた<sup>(2)</sup>。1956年2月21日に公布された「中華人民共和国反革命の処罰条例」16条は、「反革命を目的とするその他の犯罪は、本条例に規定していないものについて、本条例の類似する罪を参照して、これを処罰する」としていた。類推制度は当時の不完全な法律の状況のもとで、多くの役割を果たしたのである。1979年7月6日に公布された現行「中華人民共和国刑法」は類推制度を設置している。その79条は、「本法各則に明文の規定がない犯罪は、本法各則の最も類似した条文に照らしあわせて犯罪を確定し、刑を言い渡すことができるが、ただし最高人民法院に報告して許可を受けなければならない」と規定している。

(2) 韓延龍＝常兆儒編『中国新民主主義革命時期根拠地法制文件選編』第3（中国社会科学出版社，1981年）11頁参照。

## 二 類推制度の要件および中国司法実務における適用

### (一) 類推の要件

中国現行刑法における類推制度は、中国古代刑法の伝統的影響を強く受けたが、中国古代刑法における類推制度とは大きな区別がある。現行刑法の類推制度は、その適用の条件を厳しく制限しており、承認の手続きが面倒であるだけでなく、実質的要件も厳しい。一般的に、類推適用は次のような4つの要件を有しなければならない。

(1) 類推適用された行為は、かならず社会への危害性を有し、かつその危害性が犯罪の程度に達する行為でなければならない。これは類推適用の実質的要件である。社会への危害性がないか、社会への危害性が大きくないか、または社会への実質的危害性がない行為は、すべて類推適用をしてはならない。

(2) 類推された行為は、かならず刑法各則に明文の規定がない行為でなければならない。これは、刑法にすでに明文の規定がある行為を類推適用することを防止するためである。それには2つの事情がある。その1は、刑法に明文の規定がある犯罪行為を類推適用する場合である。例えば、詐欺罪を投機空取引罪に類推する。その2は、包括的条文を法律に明文の規定がないものとして類推適用する場合である。例えば、ある人民法院は、精神病患者である女子を強姦した場合を法律に明文の規定がないものと認め、強姦罪に類推していた。実は、「刑法」139条に規定している強姦罪の手段は、暴力および脅迫以外に、その他の手段をも含んでいるので、「その他の手段」は、精神病患者の性行為に対する判断および抵抗の欠陥を利用する手段をも含んでいる。

(3) 類推された行為は、かならず刑法各則に最も類似した条文に照らして、罪を確定し、量刑する。「最も類似」とは、犯罪の客観的要件および犯罪の客体のある部分がきわめて似ている場合をいう、これは中国刑法学界の通説である。犯罪の主体および犯罪の主観的要素（故意および過失）が異なる場合について類推することはできない。例えば、一般主体の犯罪を特別主体の犯罪に類推適用することはできない。過失犯を故意犯に類推することはできない。犯罪の客観的要件および犯罪の客体はある方面で異なっているのに、類似する場合にこそ、類推適用することができる。しかし、類推要件を緩和すべきであり、犯罪成立の4つの要件（即ち、犯罪主体、犯罪客体、犯罪の客観的要件および犯罪の主観的要件）のうち、一つの要件が類似した場合、いずれも類推適用す

ることができる、との見解もある<sup>(3)</sup>。

(4) すべての類推事件は、かならず最高人民法院に報告して、許可を受けなければならない。これは類推に対する手続上の要件である。類推は法律に明文の規定がない行為に対して罪を確定し、量刑するので、誤れば公民の権利を侵害するおそれがあり、法律の統一の実施を害するおそれもある、と考えられている。類推適用する事件を承認するとき、人民法院は手続にもとづいて、一級一級ごとに上級の人民法院に報告しなければならない。上級人民法院の下級人民法院に対する類推事件は、一級一級ごとに承認しなければならない。上級人民法院は類推を適用しえないと認めた場合、却下するか、直接に判決を下すか、または無罪を宣告することができる。上級人民法院は、類推適用をすべきと認めた場合、さらに上級の人民法院に報告して、最後にすべて最高人民法院に報告する。最高人民法院は下級人民法院の報告した類推事件に対して、審査を経て、次のように処理する。

- ① 原判決の認定する事実と類推適用が正しく、量刑が適当な場合、裁定で承認する。
- ② 原判決の認定する事実がはっきりしないで、証拠が不十分である場合、これを破棄して下級人民法院に差戻す。
- ③ 原判決の認定する事実には誤りはないが、類推の性質に誤りのある場合、直接に判決を下し、または原判決をした人民法院に差戻す。
- ④ 原判決の認定する事実と類推の適用にいずれも誤りはないが、量刑が軽すぎるかまたは重すぎる場合、直接に判決を下す。
- ⑤ 原判決の認定する事実には誤りはないが、類推適用に誤りがあるので、犯罪を構成しない行為を有罪に類推した場合は、直接に判決を下し、被告人に無罪を言い渡す。

類推を適用するとき、最高人民法院の承認を受けない判決は、すでに執行している判決でもすべて無効の判決となるので、取り消されなければならない。

## (二) 刑法施行後の類推適用の状況

十数年にわたる類推適用の状況は、立法者の期待するような役割を果たさなかったといえる。換言すれば、その期待する役割よりはるかな距離がある。刑法を実施した17年間、類推を実務上、どのように適用したのか、どのぐらいの

(3) 唐大森主編『現代刑法学』（安徽人民出版社，1990年）70頁参照。

事件に適用したのか、問題点がどこにあるのか、などについて関心をもっている方がいるかもしれない。ここで、この問題に簡単に答えたい。

(1) 各級人民法院の下した類推の判決は、今まで100件に達していない。報告者は本文を書く前に、この17年間全国各級人民法院が下した類推判決の数について、最高人民法院の司法統計の担当裁判官に尋ねたが、残念ながら返事はなかった。なぜなら、最高人民法院の統計項目には、類推という項目がないからである。下級人民法院が報告した統計表には、すべて類推事件に関する統計数字がない。したがって、今まで、最高人民法院は類推に関する統計資料を持っていない。出版された著作には、類推に関する数を挙げたものがあるが、推測の場合もあれば、最高司法機関の不完全な統計の場合もあるので、正しい数字であるとはいえない<sup>(4)</sup>。でも、最高人民法院の関係する担当員は、今は集計中であって、まもなく正しい数字を集計して公表できる、と答えた。最高人民法院のオーソリティーによると、刑法を実施してから、最高人民法院が承認した類推事件の総数は、100件に達しないとのことである。

(2) 類推適用の罪名は、合わせて15種類を超えていない。類推事件が少ないだけでなく、類推適用の罪名も少ない。最高人民法院のある裁判官によれば、類推適用の罪名は15種類を超えないとのことである。そのうち、よく適用された罪名は、4、5種類ぐらいにすぎない。主な罪名は次の通りである。

① 軍人婚姻家庭破壊罪。すなわち、軍人の配偶者と何回も姦通して軍人の婚姻を破綻させ、または社会的にきわめて悪い影響を惹起した場合、軍人婚姻破壊罪を類推適用する。これは類推事件の中で1番多い罪名である。最高人民法院はこの罪の類推の問題について、4つの有名な判例を公布して、類似の行為を軍人婚姻破壊罪として処理するように規定している。

② 遺失物横領罪。中国刑法では占有罪に関する規定がなく、遺失物横領罪もない。遺失物横領行為をどのように処理すべきかについて、最初、上海のあ

---

(4) 中国の刑法著書、論文において、類推の数字は次の通りである。中国政法大学助教授候国云の「類推制度存廃問題」(『市場経済与刑法完善』人民法院出版社、1995年6月、61頁以下所収)では、1980年から1994年まで全国で類推適用された事件は70件である、としている。中国著名の刑法学家である高銘暄教授主編『刑法学原理』第2巻(中国人民大学出版社、1993年12月、193頁以下)は、「統計により、刑法の施行の1980年から1988年までの9年間、最高人民法院は50件の類推事件を承認したが、全部で刑事判決の1万分の0.2を占めていて、平均毎年5.7件を承認したそうである」としている。しかし、以上の数字はいずれもその由来を説明していない。

る人民法院がこの行為を遺失物横領罪に類推したので、その後はすべての遺失物横領事件を遺失物横領罪として処理している。

③ ハイジャック罪。中国刑法において、反革命を目的としてハイジャックをした場合、反革命破壊罪として処罰するが、その他のハイジャックについては規定がない。反革命を目的としないハイジャック事件を反革命罪として処罰しえないので、一部の人民法院はこれに交通機関破壊罪を類推適用した。全国人民代表大会常務委員会の「航空機ハイジャックの犯罪処罰に関する決定」が採決された後は、ハイジャック罪という独立の罪名があるので、類推適用はされないことになる。

④ 猥褻物に関する犯罪。刑法170条は、猥褻文書、猥褻図画の作成・販売罪だけを規定している。刑法を制定した当時は計画経済の時代であったので、個人が猥褻映画・録画を作成・販売するという状況が予想できなかった。計画経済のもとで、個人が映画・録画を作成・販売するのは不可能であるので、刑法はこれらの行為を犯罪としなかった。中国改革・開放の発展、文化市場の開放にしたがって、個人および法人が映画・録画を作成・販売することができるようになる。そのうち、猥褻の映画・録画などを作成・販売する場合も少なくない。人民法院は、これらの行為を猥褻映画の作成・販売罪として類推していたが、最高人民法院は、これらの行為を直接に猥褻文書・図画の作成・販売罪として処罰するという司法解釈を公布して、その後、類推適用していない。

⑤ 男色についての犯罪。中国刑法には男色についての規定がない。実務上、成年男子の男の子に対する性行為を強姦罪として類推することがある。その理由は男色行為が性暴力行為であると同時に、性犯罪であるので、これを強姦罪として処罰するのは適切であると主張していた。学界は、男色の行為は強姦行為と全然違うので、強姦罪として類推するのは妥当でないと強く批判している。最高人民法院は学界の見解を受け入れて、男色行為を強制猥褻罪として類推するように決定している。

類推適用の犯罪類型にはまだその他の事例があるが、量は少ない。

(3) 類推事件の少ない原因 中国の人口が12億人であるのに、17年間で類推事件は100件を超えていない。その原因はさまざまなのである。法に明文の規定している以外の行為があまり発生しないほか、次のような原因があると思われる。

① 現実の生活において、法に規定していない犯罪行為はそもそも少ないので、類推適用の範囲が広くない。

② 類推適用の手続きが非常に複雑で、類推の判決は下級人民法院から上級人民法院へ一級一級ごとに報告し、承認を請求する。もし上級人民法院が承認しなければ、今までの苦勞が水泡に帰する。それだけではなく、担当する裁判官は誤った事件処理のため、責任を追及されるかまたは被告人に損害賠償を支払う可能性がある。そのために、担当員は類推適用の事件を処理するとき、きわめて慎重な態度をとっているのである。

③ ある種の事件の類型には類推の前例があるが、担当員は面倒な手続きを避けるために、直接に刑法条文を引用して、類推適用しない。例えば、刑法181条の軍人婚姻破壊罪は、現役軍人の配偶者であることを知りながら、これと同居または結婚をした行為をいう、としている。80年代初め、現役軍人の配偶者と長期間に姦通して、軍人の家庭を破綻させても犯罪としなかった。その後、軍隊当局は強く反発して、最高人民法院が4つの判例を公布した後、軍人の配偶者と何回も姦通して社会的影響を惹起すれば、すべて軍人婚姻破壊罪として処罰することになったとした。その他の事件も同じように、最初は類推適用して、その後は直接に刑法の規定により処理して、類推適用をしないことになる。そのために、類推適用する事件が段々少なくなってきた。

④ 最高人民法院は、多くの類推的司法解釈および拡張的司法解釈をしばしば発布している。類推的司法解釈と拡張的司法解釈をもって実務上絶えず生じてきた新たな問題を解決するのは、類推事件を減少させる重要な要因である。刑法を公布してから、最高人民法院、最高人民検察院、公安部および司法部は数百件司法解釈を発布している。そのうち、相当なものは類推解釈または拡張解釈である。そして、もともと類推適用の方法で解決すべき問題を司法解釈に任せて解決させている。例えば、法律が公的資金流用罪を規定するまで、実務上はこれを刑法に規定している「特定な資金、物質流用罪」に類推したのに対し、最高人民法院、最高人民検察院の司法解釈はこれを業務上横領罪と解釈している。このような解釈は、性質も方法も全く誤っていた。

⑤ 刑法を発布してから、全国人民代表大会常務委員会は24件の特別刑事法規を採決した。これらの特別刑事法規は数多くの新たな罪名を追加している。現に、中国刑法各則の罪名はだいたい150種ぐらいあるが、特別刑事法規が100種に近い新罪名を追加している。これらの新罪名には、類推できない場合もあれば、もともと類推した場合もある。多分、立法機関は立法という方法にこだわるので、司法機関が類推を適用しないよう制限する。もちろん、このようなやりかたが正しくないとはいえない。

⑥ 中国刑法において曖昧な罪名および半ば曖昧な罪名が多い。これも司法機関が類推適用を避ける一要因である。いわゆる「曖昧な罪名」とは、刑法117条の投機空取引罪、160条の強制猥褻罪、187条の公務員職務怠慢罪など、内容が明白でない犯罪をいう。中国刑法学界はこれを「袋罪」と呼んでいる。「袋罪」の意味は、多くのものを入れる袋のように、さまざまな犯罪行為をすべてこの袋に入れるという事実を指す。したがって、実務者は、刑法の条文に明文の規定がない犯罪行為に対して、もしこれを処理しにくい場合であれば、これらの「袋罪」として罪を確定する。そうすれば、手続上面倒な類推制度を避けることができることから、類推事件も減少していった。中国刑法の「袋罪」の容量は、外国人が想像できないものである。例えば、公務員職務怠慢罪について、最高人民検察院の司法解釈によれば、この罪名が64種の行為を含んでいる。これは天文学的数字だといえよう<sup>(5)</sup>。いわゆる「半ば曖昧な罪名」とは、犯罪構成要件の一部ははっきりしているが、他の部分が曖昧であるものをいう。例えば、刑法139条の強姦罪と150条の強盗罪について、立法者は、「暴力」、「脅迫」という2つの手段を規定すると同時に、「その他の手段」と「その他の方法」というものを規定している。「その他」というのは曖昧な語である。裁判官は類似の行為を「その他の形式」の強盗罪および強姦罪として処理することによって、類推適用を避けることができる。

いずれにせよ、中国ではこの十数年の発展が速く、社会に生じている悪い状況が多い。1979年に制定された刑法典は8種類の犯罪と100個の罪名だけを簡略に規定している。客観的に、ある危害のある行為に対する処罰の規定が不十分なのは確かである。もし司法人員が厳格に類推を適用して処理すれば、類推事件は判決を下した数よりはるかに多い、と推測できよう。以上の原因のために、類推制度自体の役割は果たされていない。

(4) 類推適用の問題点 類推制度は科学的な法制度ではない。この制度自体に欠陥があり、実務者の総体的素質が比較的低いなどの原因により、類推適用のとき、次のような問題が起こった。

#### ①類推判決の確定に時間がかかる。

類推事件の判決は、最高人民法院の承認を受けないと発効しえないから、類推事件には重大または緊急でない事件が多い。刑事訴訟法には類推事件の終結期限について、明確な規定がないからである。したがって、類推事件の審理期

(5) 最高人民検察院「公務員職務怠慢罪を正しく認定し処理することに関する若干の意見（試行）」（1987年8月）参照。



間について、短い場合は半年、1年ですむが、長い場合は数年もかかる。このように、拘禁の期限は宣告した刑期とほぼ同じであって、判決を確定した後、すぐに釈放する場合が多い。これでは犯人に対する教育・改造の目的が遂げられないだけでなく、被告人に既決の判決を長期間待つという苦痛を与えている。

#### ②類推適用の手續が不明確である。

1979年の現行刑法典は、類推事件が最高人民法院の承認を受けず、確定しえない、と規定しているが、公判以前の段階でどのような手続きを適用するのかについては規定していない。例えば、類推事件は警察機関が捜査するか、それとも検察院が捜査するか、どのように起訴するか、捜査・起訴の期間がどのくらいかかるか、などについては明確な規定がない。捜査段階では、警察機関・検察院が類推事件の被疑者を逮捕しようとする場合、どのような罪名で逮捕するのかは問題がある。もし逮捕の罪名が人民法院の認定の罪名と異なるのであれば、最高人民法院は類推事件の審査について2つの手続きを必要とし、一方で、逮捕された罪名を審査し、他方で、一級一級ごとに申請の手続きを審査しなければならない。もし逮捕の罪名が人民法院の認定する罪名と一致すれば、警察・検察院は逮捕・起訴の罪名によって新たな罪名を設置した疑いがあることになる。

#### ③承認された類推事件が少ない。

刑法典が發布された当初、司法機関は類推適用に対して、積極的な態度をとっていたが、最高人民法院が承認した事件はきわめて少なかった。当時、事件処理の裁判官は類推適用の立法趣旨をよく理解しないまま、2つの行為が類似だとすれば類推することができる、と考えていた。一般主体の犯罪を特別主体の犯罪に類推する場合もあれば、過失犯を故意犯に類推する場合もある。さらに、類推適用しえない事件を類推として処理する場合もある。最高人民法院がこれらの類推判決を却下したのは当然である。ある資料によれば、刑法を実施して以降、最高人民法院は類推適用を厳しく規制しており、承認された事件がきわめて少なく、大部分の事件は承認されなかったようである。

### 三 類推制度の欠陥および存廃についての議論

#### (一) 類推制度の欠陥

中国刑法が類推制度を規定した後、司法部と国家教育委員会の指導のもとで編集した公認の教科書は類推制度を肯定したが、刑法学界の多くの学者は類推

制度に対して批判または否定の態度をとっている。類推制度の欠陥として、次のものが挙げられる。

(1) 類推制度は教育せず、処罰を実行する。犯罪予防に対して有益でなく、現代の刑罰目的に反する。

類推は、法に明文の規定がない犯罪に対して適用されるものである。行為者が類推適用できる行為を実行するとき、国家は法律規範の形式により、当該行為が法律上禁止するものであると行為者に告知していない。したがって、司法機関は類推適用という方法により、事後に行為者を処罰する。これは不公平である。法律上、ある行為が明文により、禁止すべきであると規定していない以上は、公民が当該行為を実行しないことを期待できない。

(2) 類推制度は、公民の権利を制限する。

現代的な国家では、公民の権利を十分に尊重し、保護をしなければならない。公民は、法律が禁止していない行為を行なう権利および自由を有する。しかし、類推制度によれば、公民が法律の禁止する行為を行なってはならないだけでなく、法律が禁止しない行為も行なってはならない。したがって、司法においてこれを乱用しないとしても、類推制度自体は公民の権利と自由を制限している。

(3) 類推制度は、国家権力機関の役割分担を混乱させる。

法治国家において、どのような行為が犯罪であるかについては、立法機関が決定すべきであって、司法機関はこの権利を持たない。しかし、類推制度の実質は、ある種の行為が犯罪であると確認する権利を司法機関に与えた。結局、司法機関が類推適用して罪を確定すること自体、立法権を行使することになる。これは司法権の立法権に対する侵害である。したがって、これは国家権力による役割分担の原則に違反している。

## (二) 類推制度の存廃に関する議論

80年代末期、中国の立法機関は専門家や実務者を集めて、現行刑法を全面的に改正する作業を開始した。十年あまりの努力を経て、刑法修正案の最初案はすでに出来た。現在、立法界・司法界・学界はこの最初案の問題点について検討している。そのうち重要な問題は、現行法における類推制度を廃止すべきかどうか、罪刑法定主義を明文に規定すべきかどうかという点である。この問題について、2つの見解の対立がある。その1は、類推制度を廃止して、罪刑法定主義を規定すべきだという見解である。もう1つは、類推制度を存置すべき

であって、罪刑法定主義に反対する見解である。でも、今では、類推を存置する見解が次第に少なくなっているのに対し、類推制度を廃止する見解はだんだん多くなっている。結局、廃止説の見解が立法機関および司法機関により採用されている。最近、改正したばかりの刑法修正案未定稿は、類推適用をすでに廃止すると同時に、罪刑法定主義が刑法の基本的原則として規定されている。これは20世紀における中国刑法の重大な一進歩である。

しかし、今でも、類推制度は必ずしも廃止されたとはいえない。学界・実務上の少数派は、今中国の状況からみれば、類推を廃止しないほうがいいし、罪刑法定主義の欠陥も少なくない、と主張している。1995年、中国法学界における有名な雑誌「法学研究」で、類推制度の存廃について論争を行ない<sup>(6)</sup>、報告者（胡口云騰）も参加した。「法学研究」の1995年第5期に「類推の廃止と刑法の科学化」という論文を発表し<sup>(7)</sup>、類推存置説に対して、以下のように批判している。

(1) 類推制度は、罪刑法定主義に対する補充ではなく、罪刑法定主義に対する否定である。

① 罪刑法定主義の要求は、「法律に明文の規定がなければ犯罪なし、法律に明文の規定がなければ刑罰なし」ということであるのに対し、類推はこれと全く反対に、「法律に明文の規定がなくても有罪をとし、法律に明文の規定がなくても処罰する」とする。

② 罪刑法定主義の要求は、事後法の禁止である。法律が公布する前の行為をその後の法律（事後法、新法）によって犯罪として処罰することは許されない。これに対して、類推適用は事後法の適用制度で、ある行為が実行する前にこれを禁止する法規範は存在しないが、行為を実行した後、国家の司法当局はこの行為が犯罪であると認めたものである。もし類推適用を採用すれば、人民法院の任意的判断を制約することができない。

③ 罪刑法定主義は、罪名を創設する権利が国家の立法機関により行使されることを要求する。これに対して、類推適用は司法機関により新たな罪名を創設する。裁判官は自分の法律に対する理解により、任意的に類推して、実は、立法権を侵害すると同時に、立法権と司法権の境界を混乱させる。

④ 罪刑法定主義の目的は、個人の権利が国家司法権からの侵害を受けない

(6) 侯国云「市場経済下罪刑法定原則与刑事類推の価値取向」法学研究1995年第3期参照。

(7) 胡云騰「废除類推及刑法科学化」法学研究1995年第5期参照。

よう保障するのであって、人民法院の犯罪処罰権を刑法の規定している範囲内に限定する。法律が禁止する行為を実行しなければ、国家はこれを処罰する権利を有しない。以上のように、類推適用は罪刑法定主義の補充ではなく、両者は全く対立的なものである。ある国家の刑法が類推適用を存置すれば、この国家は罪刑法定主義を採用しないことになる。

(2) 類推適用を存置しても、すべての犯罪行為を処罰することはできない。

国家立法機関の認識範囲はある程度の限定を受けるが、社会への危害の行為は数え切れないので、中国の国土が広く、人口も多く、地方により状況も異なり、新たな危害性を有する行為がいつでも生じる可能性がある。したがって、もし罪刑法定主義を採用すれば、数多くの新たな犯罪は制裁を避ける可能性があるので、類推適用を存置すれば、社会に危害を与えるすべての行為が処罰される、というような見解もある<sup>(8)</sup>。これは実現しえない希望を、問題の出発点および刑事立法の根拠とする理想的な法観念であるにすぎない。古くから、いかなる社会の支配者も、すべての犯罪を処罰する法制度を作りたがるために、2つの方面で工夫している。その1は、刑法における罪名と条文が多ければ多いほどよいということであり、その2は、刑罰の規定が厳しければ厳しいほどよいということである。それにもかかわらず、すべての犯罪が処罰を受けるという理想は実現したことがない。

(3) 類推を存置しても、社会に危害を及ぼす行為を速やかに処罰することはできない。

類推適用はすべての犯罪を処罰することができないが、少なくとも法に規定していない一定の危害性を有する行為を速やかに処罰することはできる。法律に規定していない行為を処罰すべき場合、類推適用を存置しなければこれを追及しえないので、処罰の速やかな原則が害されることになる、という見解もある。しかし、この見解は根拠がない。もし立法の方法で新たな犯罪を処罰することにすれば、時間はもっと速い。類推適用の場合は逆に遅い。なぜなら、刑法の規定により、類推適用の事件はかならず一級一級ごとに報告するからである。第1審が類推適用を確定した時から、最高人民法院が承認するまでに、1年、2年もかかる。類推適用の承認の期間は、類推適用の判決の期間より長い。そのほか、類推適用の事件はたくさんの人力、物力もかかるだけではなく、被告人に長期間にわたる拘禁による苦痛を与える。もし改正・補充という

(8) 唐大森・前掲(三)『現代刑法学』68頁以下参照。

刑事立法の方法で新たな犯罪に対する処罰の問題を解決すれば、時間があまりかからない。全人大は 1 年に 1 度開き、常務委員会は 1 か月ごとに 1 回開くので、いつでも新たな犯罪について新たな補充規定を制定することができる。今月発見された犯罪行為は、来月に犯罪として規定される。ある行為を一旦犯罪とすると、これからのすべての類似の行為を訴訟手続にもとづいて追及することができる。これは非常に便宜である。

(4) 類推適用の存置と刑法安定性の維持とは関係ない。

社会の状況がきわめて複雑な国において、法律に明文の規定のない犯罪が生じる可能性があるのも、これらの新たな危害行為、とくに重い危険な行為を処罰しなければならない場合、もし「先に立法、後に処理」という方法を採用すれば、刑法はしばしば改正しなければならない。これは刑法の安定性へ影響を与える。したがって、類推適用制度を存置して、一方で法律に明文の規定がない行為を処罰し、他方で刑法の安定を維持することができる。これは両方に都合のいい方策ではないか、と主張している<sup>(9)</sup>。

しかし、この見解は妥当でない。刑法を実施して以来、多くの新たな犯罪が生じてきたので、刑法の改正・補充も非常に頻繁に行われた。その原因は 2 つある。その 1 は、我が国の第 1 部刑法の立法の指導思想が、当時の情況に応じていなかった。当時の指導思想はできるだけすべての犯罪を漏れることなく規定するものではなく、簡略、簡単な立法方法を図ったのである。「詳しいより簡略なほうがいい」ということを原則として、「刑法の条文および罪名は少なくとも少ないほどいい」というのが中国刑法の特徴の 1 つである。その 2 は、刑法を公布した後、中国が改革・開放の歴史的転換時代に入って、経済の状況、社会関係には大きな変化が生じてきた。したがって、刑法も、以前には発生したことのない犯罪が生じてくるという巨大な変化を迎えている。現在、中国の経済基盤および社会関係はすでに固まってきており、刑法に対する改正・補充もだいたい定着してきているので、短期間に新たな犯罪類型が大量に発生する可能性は低い。そうすれば、類推適用を廃止しても、刑法の安定性に大きな影響を及ぼさない。外国の刑事立法を例として、「フランス刑法典」が 200 年前から類推適用を廃止して、1992 年に入ってから体系的に改正されているのである。それで、類推適用を廃止し、罪刑法定主義を確定するのは刑法の安定性に全く影響を及ぼさないといえよう。

(9) 馬克昌、楊春洗、呂繼貴主編『刑法学全書』（上海科技文献出版社、1993 年 6 月）45 頁以下参照。

(5) ある国家の立法上の経験が十分であるかどうかは、類推適用の存置と関係ない。

類推適用を支持している見解の1つは、中国の刑事立法上の経験が不足している、と主張している<sup>(10)</sup>。古今東西の刑事立法例からみれば、類推適用の廃止、罪刑法定主義の確定は、この国の立法機関の立法経験と関係がない。類推適用を選択するのか、それとも罪刑法定主義を選択するのかは、支配者の立法思想と価値判断から決定され、さらに、この国の政治制度および国体の性質から決定される。資本主義国家は成立したばかりで、立法上の経験がまったくなかったのに、封建主義刑法における類推制度を廃止して、憲法および刑法において罪刑法定主義を確立している。したがって、類推の廃止と立法上の経験とは関係ない。

(6) 罪刑法定主義は中国の状況に応じているので、類推存置の必要がない。

「罪刑法定主義は中国の状況に応じないので、これを適用しえない。例えば、中国では法律があるのに、これをなかなか適用できない。そのために、罪刑法定主義を明文として規定しても、司法実務でもこれを実行しえない」との見解もある<sup>(11)</sup>。これについて、次のような問題点を明らかにしなければならない。

① 実行できるかどうかについて主観的推測はできないが、実践の検証を受けなければならない。中国現行刑法はなお罪刑法定主義を規定していないから、実行できるかどうかについて、今は判断の根拠がない。ほとんどの先進国も類推制度を廃止して、罪刑法定主義を確認しており、なぜ中国だけが類推制度を廃止し、罪刑法定主義を採用することができないのか。犯罪および刑罰について、中国の特殊性は他の国と共通点もないほどまでには至らないであろう。

② 実務上、ある法律を適用しえないことを類推存置の理由としてはならない。類推を廃止すべきかどうか、罪刑法定主義を確定すべきかどうかについて、この根拠は罪刑法定主義自体が科学的なものであるかどうか、実用的なものであるかどうかというところにある。これが科学的なものであれば、社会主義法制に有益なものである。したがって、規定すべきものはきっぱりと規定し、廃止すべきものは断然と廃止しなければならない。法律が制定された後、これが100%実行されることを期待することはできない。しかし、これを理由

(10) 『刑法的修正与完善』（人民法院出版社、1995年）56頁以下参照。

(11) 前掲57頁。

として法律を制定せず、同じように、一部の人が法律に違反することを理由として、世界に共通な原則を採用しないということとはできない。一部の実務者が法律を正しく執行しなければこそ、類推制度を廃止し、罪刑法定主義を確立しなければならないのである。罪刑法定主義を確立すれば、司法実務者に厳格に法律を実行させることができる。

③ 類推制度を廃止し、罪刑法定主義を確立するのは、中国の立法機関、司法機関にとって当然困難性を伴うが、もし類推を廃止した後、罪刑法定主義が執行されないと心配するならば、罪刑法定主義が永久に実現できないことになる。類推制度を廃止した後、罪刑法定主義を適用しえなければ、これは司法実務者の素質が低くて、市場経済法制的の現実に応じられないからであろう。

(7) 市場経済と政治体制改革の順調な発展を保障するために、類推制度の存置は必要がない。

中国の経済が計画経済から市場経済へ転換する時期においては、従来の政治的、経済的、社会的秩序が破られ、新しい法制がまだ未熟であって、新旧体制の転換の空白および手拔かりがあるのは避けられない。法律の隙に乘じる人もいるので、類推制度を存置して、脱法行為を処罰することができる、という考え方もある<sup>(12)</sup>。

しかし、これは事実と全然違う。類推適用は市場経済および政治体制改革に対して障害にしかならない。その理由は次の通りである。

① 市場経済および政治体制の改革は中国大陆において、空前の事業であって、今まで既成のモデルがない「模索」の段階にある。もし類推制度を存置し、ある行為を類推して罪を確定すれば、人間の創造力を抑制させるおそれがある。

② 新旧体制の転換の時期において、経済の主体の自由化、法規範および管理体制が不完全であるので、法律の隙に乘じ、法律に規定していない危害のある行為を行う者がいることは否定できない。しかし、これらの行為に対して類推適用する必要はなく、新たな法律を制定して、新たな危害の行為を犯罪として規定し、犯罪を処罰する目的を実現することができる。

(8) 類推適用の廃止と拡大解釈および判例などの方法で明文のない行為を処罰することとの関係。

類推適用を廃止した後、拡大解釈または判例により法に明文の規定がない犯

(12) 馬克昌, 丁慕英主編『刑法的修正与完善』(人民法院出版社, 1995年6月) 57頁以下参照。

罪を処罰する国家が過去にあったので、我が国では、最高人民法院の判例を類推して適用するより、むしろ類推適用を存置したほうがよい、との見解もある<sup>(13)</sup>。しかし、類推を廃止してから、その他の類似の方法を罪刑法定主義の補充として適用する必要はない。類推を廃止した後は、罪刑法定主義に反する方法ですべての直接または間接的に法に明文の規定がない行為を犯罪として処罰してはならない。なぜなら、そうすれば、類推適用の存置と事実上区別がなくなるからである。外国の経験からみれば、類推適用を廃止した後、判例または拡大解釈という方法を採用する必要は全くない。立法者の選択は、類推かそれとも拡大解釈ないし判例を選択するのではなく、類推と拡大解釈・判例両方とも選択しないものである。世界の多くの国のように、罪刑法定主義のみ選択すべきである。

#### 四 簡単な結び

類推制度は中国刑法において源が遠く、流れが長い法律制度である。20世紀の中国刑法において、類推制度は廃止から、存置を経て、廃止までという複雑な流れを経た。

20世紀が終わるにしたがって、類推制度は中国刑法の中から徹底的に消滅してしまうであろう。

ちよう      りよう  
(張      凌      訳)

---

(13) 侯国云・前掲(四)「類推制度存廃問題」参照。