

論 説

中国の罪刑法定原則についての一、二の考察

小 口 彦 太

はじめに

一 「積極的罪刑法定原則」と「消極的罪刑法定原則」

二 罪刑法定原則と明確性の原則

結びにかえて

はじめに

中華人民共和国が成立してから30年目にしてはじめて刑法典が制定されたが、その79条には「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する条文に照らして犯罪を認定し刑罰を言い渡すことができる」という規定が盛り込まれていた。この「明文の規定がない犯罪」という文言は、中国の犯罪概念が、法律の有無を問うことなく社会的危害性を具備していればすでに犯罪は成立しているという、前法律的、政治的、社会的実体概念を表すものであった。79年刑法典が短命に終わった一つの理由は、グローバル化した現代社会における人権概念の普遍化を中国も無視できなくなったということにある。類推規定の削除はその具体的表れである。1997年の新刑法典は3条において罪刑法定原則を実定化した。しかし、この類推規定の削除については「類推制度は中国の伝統的法律文化の中の光

輝く珠玉である⁽¹⁾」といった、法律専門家による言が存在することも事実である。それまでの中国法を支配してきたこのような実質主義的思考様式が一夜にして雲散霧消してしまったと考える方がよほど不自然であろう。本稿は、この新刑法典に掲げられた罪刑法定原則の中国的特色について考察してみようとしたものである。

一 「積極的罪刑法定原則」と「消極的罪刑法定原則」

新刑法典3条は罪刑法定原則を次のように規定する。「法律が明文でもって犯罪行為として規定しているものは、法律によって犯罪を認定し刑罰を科す。法律が明文でもって犯罪行為として規定していないものは、犯罪を認定し刑罰を科すことはできない⁽²⁾」。中国刑法学では、この前段の規定を「積極的罪刑法定原則」、後段の規定を「消極的罪刑法定原則」と命名する学者もいる⁽³⁾。ここで特に注意を要するのは、前段の規定である。この前段の趣旨は、「司法機関は必ず事実を根拠とし、法律を准繩とし、真剣に犯罪の本質的特徴と犯罪構成の具体的要件を把握し、罪と非罪、此罪と彼罪の限界を区別し、判定を正確になし、曲げず縦(ほしいまま)にせず[不枉不縦]、法において根拠あれば、名と実を一致させる⁽⁴⁾」ものとして説明され、中国でよく使われる“法があれば必ずそれに依る。法の執行は厳正にする。法に違わば必ず追及する。”[有法必依、執法必嚴、違法必究]という中国的法治の標語と軌を一にする。判例概念を認めない中国においてきわめて重要な役割を果たしている司法解釈について、「司法解釈を行う場合、その本来の権限を越えてはならない。拡大解釈であれ、限定解釈であれ、いずれも法律が規定する真実の意図に違反してはならない。……そうでなければ、罪刑法定原則に背離する⁽⁵⁾」との指摘も同一の趣旨である。故(ことさら)に刑を軽くしたり重くしたりする[出入]ことを禁ずるといふ伝統中国の律の系統に属するといってもよい。しかし、こうした考え方は、日本の刑法学には見られない。日本では罪刑法定とは、後段の

部分のみを指し（“法律なければ刑罰なし”）、被告人に有利な方向では厳正な刑法の適用、すなわち「不枉不縱」は必ずしも求められない。「犯人の利益になる方向にむかっての解釈は、罪刑法定主義の要請とは無関係⁽⁷⁾であり、「罪刑法定主義も、犯罪成立の範囲を縮小する方向では、類推解釈⁽⁸⁾をすることを禁止しない」のである。つまり、中国刑法3条の前段規定が存在するかどうかという問題は、実は「ことに違法性や責任の阻却については、その性質上、法秩序全体からみて合理的な根拠があるかぎり、超法規的な原由を認めてさしつかえない⁽⁹⁾」という議論が中国刑法でも可能かどうかという問題に行き着くのである。そして、この点において興味深いのが以下のような指摘である。「わが国の刑法3条が規定する罪刑法定原則は、我々に有罪〔入罪〕とすることを制限するメカニズムを提供するのみで、無罪〔出罪〕とすることを正当化する解釈メカニズムを確立していない。これは、我々が期待可能性の欠如を超法規的阻却事由によって無罪とする機能を設けるうえで法的な障壁をなしている。大陸法系国家では、超法規的責任阻却事由として、期待可能性の欠如が司法過程に提供する無罪化メカニズムは、罪刑法定原則に違反しないだけでなく、罪刑法定の保障機能と無罪化機能との客観的要求をなす。しかし、中国では、いわゆる積極的罪刑法定原則が存在することによって、その本来の無罪化機能を喪失することになった。その結果、期待可能性の欠如を超法規的責任阻却事由として中国刑法において活用することは、必然的に罪刑法定原則の直接的違反となる⁽¹⁰⁾」。もしこの指摘が首肯されるとなると、超法規的違法性阻却事由の活用も、同様に「罪刑法定原則の直接的違反」となるだろう。この点について中国の刑法学者はどのような議論を展開しているであろうか。

実質的違法性阻却事由において特に重要なのは、憲法の人権規範との関連である。この点については、立憲主義をとる日本では、最高法規である憲法規範との関連で当該法律の解釈について限定解釈が求められる。「例えば破壊活動防止法の内乱の正当性を主張した文書を頒布する罪につい

て、最高裁判所が、内乱発生の客観的な可能性がある場合に限って処罰できるとしたのは、言論の自由を考慮した縮小解釈であ(る)⁽¹¹⁾」といった事例などはその一例である。この解釈の中には、アメリカの判例において確立した「明白且つ現在の危険」理論が投影されている⁽¹²⁾。ではこうした議論は中国でも見られるであろうか。

日本の破壊活動防止法の内乱煽動罪に相当するのは、中国刑法105条2項の「国家政権転覆煽動罪」であり、「デマ、誹謗、その他の方式でもって、国家政権の転覆、社会主義制度の打倒〔推翻〕を煽動した者は、5年以下の懲役、拘役、管制または政治的権利の剥奪に処す。首要人物または犯罪行為が重大な者は、5年以上の有期懲役に処す」という文言からなる。では、本条に関してどのような解釈がなされているだろうか。煩を厭わずその一、二を紹介してみよう。「本罪の客体は、我が国の国家政権と社会主義制度である。本罪の客観面は、デマ、誹謗、その他の方式をもって国家政権の転覆と社会主義制度の打倒を煽動する行為として表現される。所謂デマとは、事実でないことを捏造し、我が国の国家政権と社会主義制度を敵視する言論をでっち上げ〔制造〕、散布し、公衆の視聴を混乱させる行為のことである。所謂誹謗とは、虚偽の事実を捏造、散布し、我が国の国家政権と社会主義制度をそしる〔詆毀〕行為のことである。その他の方式とは、人々をしてわが国の国家政権と社会主義制度を仇視せしめるに足りるだけの、デマ、誹謗以外の方式のことである。例えばわが国の社会に存在する問題を誇張するとか、将来の政権、制度の方が現在のそれより素晴らしいと認めさせ、それによって人々の現実の政権と社会主義制度に対する不満を引き起こすことなどがそれにあたる。本罪の主体は一般主体であり、満16歳以上の刑事责任能力を具えた者はすべて本罪の主体となる。本罪の主観面は、故意であり、直接故意もあれば間接故意もある⁽¹³⁾」。これは中国の代表的教科書での記述である。また、全人代常務委員会法制工作委员会刑法室編者になる『中華人民共和国刑法釈義』によれば「(本条2項について) ここでいう『煽動』とは、デマ、誹謗その他の方式をも

って大衆を誘惑し、鼓吹する行為のことである。その中の『デマ』、『誹謗』とは主に、事実でないことを捏造し、存在しない事柄あるいは事実を作成し〔編造〕、あるいは事実を著しく歪曲して国家政権と社会主義制度の誹謗の目的を達成することである。本条の規定によれば、本罪を構成する者は主観的に国家政権を転覆し、社会主義制度を打倒する故意を具えていなければならない⁽¹⁴⁾。こうした解釈の中に憲法35条の「中華人民共和国の公民は言論、出版、集会、結社、デモ行進、示威行動の自由を有す」という規定は全く登場してこない。

憲法規範が刑法解釈に投影されないことについては、中国法の構造的特質が深くかかわっている。その一は、中国憲法自体が立憲主義憲法と異なり、公民の表現活動の自由を憲法自らが制約する構造になっていることである。すなわち、憲法51条「中華人民共和国公民は自由と権利を行使するとき、国家、社会、集団……の利益を害ってはならない」、同52条「中華人民共和国公民は国家の統一と全国各民族の団結を維持する義務を有す」、同53条「中華人民共和国公民は憲法と法律を遵守し、国家秘密を保守し、公共財産を愛護し、労働紀律を遵守し、公共秩序を遵守し、社会道徳を尊重しなければならない」、同54条「中華人民共和国公民は、祖国の安全と榮譽および利益を維持する義務を有し、祖国の安全、榮譽、利益に危害を及ぼす行為を行ってはならない」といった一連の義務規定によって市民の表現活動は憲法内在的に制約を受ける構造になっている（義務の体系としての憲法）。換言すれば、表現活動を規制する上記煽動罪の適用を憲法自体が正当化し、根拠づける構造になっているわけであるから、憲法が法律の領域に切り込んで、その解釈適用を規制するという構造に本来なり得ないのである。中国法の構造的特質の第二は、そもそも裁判において憲法規範を適用することが禁じられているということである。刑法には実定化されていないが、行政訴訟においては同法52条に「人民法院が行政案件を審理するときは、法律、行政法規、地方性法規に依拠する」とあって、憲法に依拠することが想定されていない。つまり、行政行為という公

権力の行使にかかわる案件においては、裁判所が憲法によってその公権力の行使の違法性の有無を判断し、その権力の行使を抑制するということは禁じられているのである。憲法解釈権は全人代常務委員会にしか付与されていない(憲法67条)。このことは、刑事事件についてもあてはまる。中国刑事訴訟法1条は本訴訟法が「憲法にもとづいて」制定されたことをうたっているが、そのことは具体的刑事裁判において裁判官が憲法に依拠して裁判することを求めているわけではない。同法3条2項は「人民法院、人民検察院および公安機関は刑事訴訟を遂行するうえで、必ず厳格に本法およびその他の法律の関連規定を遵守しなければならない」と言うにとどまっている。刑事裁判においても、行政事件と同様、憲法を法源とすることは認められていない。

罪刑法定原則において、中国刑法がいわゆる「積極的罪刑法定原則」を意味する文言を盛り込んでいることの中には、以上のような中国法の構造的性質が横たわっているのである。したがって、この「積極的罪刑法定原則」を廃棄し、実質的違法性阻却事由の議論を解禁しようとする立場に立てば、この中国法の構造を変えていかなければならない。しかし、それは容易なことではない。したがって、中国において立憲主義的価値を積極的に評価しようとする論者が当面採り得る戦術は、中国法の構造枠組を一応前提としつつ(正面突破をはかるのでなく)、当面はそれを換骨奪胎していく道しかない。その代表的論者として陳興良北京大学教授を挙げることができよう。同教授の刑法105条2項の解釈は以下のとおりである。「国家政権転覆煽動罪と非罪との限界を区別しようとするれば、本罪と誤った言論[錯誤言論]とを区別しなければならない。本罪は“言論”の形成をもって構成される犯罪であるが、決して国家政権と社会主義制度に不利となる誤った言論をすべて本罪でもって処断してはならない。わが国の憲法は公民には言論の自由があることを規定している。個々人の政治思想の水準、理論水準および思想方法等には差異があることによって、政治、思想面で誤った見解[錯誤観点]が生じるのは免れ難い。よくある誤った見解の中

には、一般的な後れた、あるいは不満の言論、さらには過激な言論すら含まれる。中央のある方針、政策を理解せず対立の感情を表し、不満を当り散らし、あるいは状況を反映して批判や建議を提起し、言辞過激なものはいずれも、思想、認識の問題に属する。国家政権の転覆、社会主義制度の打倒を意図しなければ、一般的な誤った言論に属する。国家政権と社会主義制度に危害を加える目的を抱いて前述の宣伝煽動行為を行う、特にデマ、誹謗の行為を行って⁽¹⁵⁾はじめて国家政権転覆煽動罪を構成する」。我々は、この指摘から同教授が批判的諸言論を可能なかぎり「一般的な誤った言論」の領域に取り込むことによって国家政権転覆煽動罪の適用を狭めようとしているのを読み取ることができる。また、「誤った言論」を「思想、認識の問題」に閉じ込めることで犯罪「行為」から解放しようとの意図も見とれないわけではない。こうした解釈論が力を得ていけば、刑法3条の罪刑法定原則の理解においても、いわゆる「積極的罪刑法定原則」の力が徐々に後退していくかもしれない⁽¹⁶⁾。しかし、陳教授の憲法に対する言及はなんと控えめであろうか（公法領域での——私法領域ではない——控えめな間接適用論者）。わが国の憲法は公民には言論の自由があることを規定しているが故に、本条についても限定的な解釈を加えなければ違憲となる、とは決して断言されていない。それは中国法の構造上、現状ではできない⁽¹⁷⁾のである。

二 罪刑法定原則と明確性の原則

ところで、前節に述べたことは、「はじめに」で述べたことと矛盾するのではないと思われるかもしれない。「はじめに」では、「それまでの中国法を支配してきた実質主義的思考様式が一夜にして雲散霧消してしまったと考えるほうがよほど不自然であるだろう。」と述べていながら、前節では、中国の罪刑法定原則中のいわゆる「積極的罪刑法定原則」の強固な存在を説いているからである。「積極的罪刑法定原則」は、法律に規定があ

る以上、事情の如何を問うことなく厳正に法を適用することを求めるものであり、そこでは被告人に有利な方向で法を類推適用したり、「超法規的原由」を法解釈に持ち込むことなどをもっての外の議論ということになる。本節では、視点を変えて、中国刑法の罪刑法定原則が明確性原則を内包するものであるかどうかを検討し、その切り口から中国刑法と実質主義的思考との関連を見てみたい。

日本では、憲法31条にもとづき刑事実体法のレベルでの適正な内容の一つとして明確性の原則が語られる。中国憲法には適正手続条項は存在しないが、近年、多くの刑法教科書において、明確性の原則が罪刑法定原則を説明する中で説かれる。そこで、本節では、はたして中国刑法が明確性の原則を内在させているのかどうかを、空白処罰規定に着目して、具体的事例に即して考察してみたい。

事件の概要は以下のようなものである。

「マカオ籍の華人方徳生(以下甲)は、(2004年)3月23日、上海第一中級法院で行われた裁判において、有期懲役5年、罰金130万元余の判決を言い渡された。被告甲は、上海南極星会社の法定代表人であり、2000年に中国鉄道通信公司副総裁と知り合いになった。そこでIP電話業務が中国で前途有望であることを理解し、中国で他人と合弁でIP電話業務を展開することを思いついた。甲はその後上海の某大学教授、通信専門家石某を通じて、上海電信会社が60パーセントの株を所有する上海電信無線呼出し情報サービス有限公司〔上海電信呼叫信息服务有限公司〕(以下、『呼び出し公司』と略記)の総経理朱某と知り合いになった。2000年11月から2003年5月にかけて、南極星公司与『呼び出し公司』は3通の『相互のネットワーク情報サービス合意書』を締結し、双方が共同でIP電話業務を開放していくことを取り決めた。表面上は合意書であるが、南極星公司是事実上、『呼び出し公司』のネットワーク専用線とアナログ電話線を賃借して業務を展開するだけの『賃借支払』会社であるので、実際にはこの合意書は賃貸借契約である。検察院は、甲が南極星公司には国際電信業務サービ

スの資格がないことを明白に認識していながら、当該公司名義で『呼び出し公司』のネットワーク回線とアナログ電話線を賃借し、且つ前後して『呼び出し公司』が賃借している上海声訊情報有限公司コンピュータールームおよび『呼び出し公司』コンピュータールーム内に設けられた言語転換台〔言語転接平台〕において、オーストラリア～中国間の国際電話接続業務を不法に経営したと判断した。その不法経営業務時間は、820万分に及び、わが国の電信資源において766万人民元余の損失をもたらした。

当該案件において、検察院は、最高人民法院（2000）12号司法解釈『電信市場管理秩序攪乱案件を審理する際に具体的に法律を適用するうえでの若干の問題に関する解釈』に依拠して甲は犯罪（刑法225条不法経営罪）を構成すると認定した。具体的にいえば、当該司法解釈第1条は、『国家の規定に違反して、国際専用回線を賃借し、接続施設を私設し、またはその他の方法でもって、みだりに国際電信業務またはマカオ・台湾電信業務を経営し、営利活動を行い、電信市場管理秩序を攪乱し、その情状が重大な者は、刑法225条4項の規定により、不法経営罪でもって処罰する』と規定している。

弁護士陳某の疑義の指摘は以下の点にあった。すなわち『空白罪状』の補填は司法解釈によって行ってはならず、立法授權として、全人代が制定した法律によって、あるいは國務院が制定した行政法規によって画定されなければならない、最高人民法院がこの種の司法解釈を出すことは越権に属する。しかも、最高人民法院の司法解釈が出された後で國務院が出した電信条例の中では、不法に国際電信業務またはマカオ・台湾電信業務の第四の行為を経営することは、禁止的行為として認定されているが、この種の行為、すなわち電信条例の59条1項列挙の行為については、行政処罰を規定するだけで、『犯罪を構成する者は、法により刑事責任を追及する』との規定は設けられていない。他の三種の行為については刑事責任を追及する旨の規定が設けられている。

検察院の起訴に対して、弁護士陳某が提起した弁護意見は非常なインパ

クトを有した。彼は、犯罪認定の根拠としている最高人民法院の司法解釈は無効であるということを経由として、甲の無罪を主張した。法曹にかかわる人々は一斉に声をあげて『我々の印象では、弁護士が最高法院の司法解釈の効力に疑義を提起することでもって彼の弁護意見として当事者の無罪を弁護するといったことは、新中国の司法の歴史上初めてのことである』と述べた。陳某の弁護意見書は一審法院では採用されなかった。しかし、事情を知る関係者は、実際には、この弁護意見を司法部門が相当重視したことを洩らした。この案件につき、第一審は去年の春節前に開廷されたのに、やっと今年の3月になって判決が下された。しかも、この甲の案件は、電信分野での経営業務にかかわる初めての案例ではなく、過去にも上海で3件の有罪判決例（2002年の徐国慶、胡偉、潘益青の各案件）が存在しており、いずれも犯罪認定において最高法院の司法解釈が根拠とされている⁽¹⁸⁾」。

本件において適用された刑法225条の不法経営罪は、「国家の規定に違反して、以下に掲げる不法経営行為をなし、市場秩序を乱し、その情状が重大なものは、5年以下の有期徒刑に処し、あわせて、または単独で所得の2倍以上5倍以下の罰金に処す。情状が特に重大な場合は、5年以上の有期徒刑に処し、あわせて2倍以上5倍以下の罰金に処すか、または財産を没収する。(一) いまだ許可を得ずに法律、行政法規が定める専門経営、専門売店の物品その他の販売制限物品の経営を行う。(二) 輸出入許可証、輸出入原産地証明書およびその他の、法律・行政法規が定める経営許可証または許可文書を売買する。(三) いまだ国家関連主管機関の許可を得ることなく、不法に証券、先物、保険業務を行う。(四) その他市場経済秩序に重大な攪乱をなす不法経営行為」という構成要件からなり、本件において問題となったのは、第四号の規定の適用についてであった。本規定は典型的な空白処罰規定であり、この規定自体からは何が「重大な攪乱をなす不法経営」行為にあたるかは不明である。そこで、本項の内容を特定すべく、最高人民法院は2000年5月24日に前述のような司法解釈を下し、検

察はこの司法解釈を根拠として甲を起訴したのである。しかし、この司法解釈が出された後、別途、國務院の行政法規「中華人民共和國電信条例」が制定され、その内容は以下のようなものであった。

59条「いかなる組織、個人であれ、以下に掲げる電信市場秩序を攪乱する行為をなしてはならない。（一）電信国際専用回線を賃借、転接設備を私設、またはその他の方法をもってみだりに国際電信業務または香港・マカオ特別行政区、台湾区の電信業務を經營する。（二）他人の電信回路を盜接し、他人の電信番号を複製し、盜接・複製の電信私設または番号で他人の電信回路を盜接し、他人の電信番号を複製し、盜接・複製の電信私設または番号であることを知りながら使用する。（三）電話カードその他の各種の電信サービス有価証書を偽造、変造する。（四）偽の身分証、盜用の身分証をもってインターネット・携帯電話加入、使用の手続をする」。

68条「本条例59条（二）（三）（四）の各号に列挙する行為のいずれかを行い、電信市場秩序を攪乱し、犯罪を構成する者は、刑事責任を追及する。（以下略）」。

70条「本条例の規定に違反し、以下のいずれかに該当する者は、國務院情報産業主管部門または省、自治区、直轄市の電信管理機構が職権によりその改正を命じ、違法所得を沒收し、違法所得の3倍から5倍の過料を課す。違法所得がないか、5万元以下であれば、10万元以上100万元以下の過料に処す。情状が重大な場合は、營業停止整頓を命ずる。（一）本条例7条3項の規定または本条例59条（一）に掲げる行為で、みだりに電信業務を經營する者、あるいは電信業務の經營範囲を超える者。（以下略）」。

本条例によれば、上記のような案件は行政処罰にとどまり、刑事罰は予定されていないかのように思われる。

さて、本件の論点は、以下の三点にまとめられるだろう。①刑法3条は明確性の原則を内包しているかどうか。②空白処罰規定の内容を司法解釈でもって具体化し、その司法解釈を適用して有罪の判決を下すことができるか。③國務院の行政法規と司法解釈が抵触するとき、いずれのルールを

優先すべきか。

本件に関しては、2004年3月15日に華東政法学院による「経済違法行為の刑法適用原則」というテーマでの理論検討会が開催され、主に上記論点②をめぐる議論が交わされ、賛否両論に分かれた。すなわち、復旦大学の張紹謙教授は、空白罪状に対しては立法解釈を通じてその補填をなすべきであり、司法解釈によるべきではないと述べ、また華東政法学院の楊興培教授も、当該司法解釈に疑義を提起し、刑法適用過程での司法機関の解釈は技術的性格の強い規範に限られるべきであり、犯罪構成の内容に対して補充することは許されない、それは罪刑法定原則に反すると述べた。これに対して、上海社会科学院法学研究所の顧肖榮研究員は、現在の状況下では、司法解釈を減らそうとしてもそれは不可能であり、実際の状況からみると、司法解釈も法源をなし、当面の司法実践においては、司法解釈によって個々の案件の裁判を行うことが正しくないとはいえないと述べ、また上海市高级人民法院研究室の劉玖英主任も、法律執行の統一性と裁判官の資質の多様性の点からみて、司法解釈が必要であり、合理性を有すると述べた。これらの論者は、刑法3条がそもそも明確性の原則を要求しているかどうかについては明言していないが、立法解釈によるにせよ、司法解釈によるにせよ、刑法225条の条文だけから有罪の判決を下すことには無理があるとの判断が前提にあるように思われる。つまりここでの論者は明確性の原則を刑法3条は要求しているとの立場をとっていると考えてよいだろう。中国の有力な刑法学者趙秉志教授もその一人である。「罪刑法定原則の内在的要求の一つは、立法の明確性である。立法が具体的で、明確であってはじめて刑法の公正・公平性を体现できる。そうでなければ“法定”は実際には意義を失ってしまう⁽¹⁹⁾」。総じて中国刑法学界では、明確性原則を罪刑法定原則の不可欠の要素と考えるようである。しかし、中には異なる見解をもつ学者もいる。有力な刑法学者王作富教授もその一人である。同教授によれば、明文の規定と明確な規定とは異なり、罪刑法定は明文の規定によることを要求するが、必ずしも明確性までも要求するもので

はないと説く。そして、立法技術、言語の制約性等の原因によって不明確な条文の意味内容を具体化、特定化するために、立法解釈および司法解釈が不可避となり、司法解釈の場合、「立法の本来の意図を超え、刑法条文に明文の規定がない、あるいは規定と本質的に異なる行為、行為者に適用する」となると、それは越権解釈で許されないという。⁽²⁰⁾ 逆にいえば、立法の本来の意図を超えていない限り、また規定と本質的に異ならない限り、その司法解釈による司法判断は合法ということになる。本件に対する裁判所の有罪判決も、結局、この王作富教授の見解と同一線上にあるものといえてよいだろう。

しかし、本件には看過できないもう一つの論点がある。それは上記③の論点である。筆者は先に、「国务院の行政法規と司法解釈が抵触するとき、いずれのルールを優先すべきか」というように設問した。国务院の規定は本件のような行為については行政処罰しか規定しておらず、他方、司法解釈は刑事罰を予定しているのであるから、両者が論理的に矛盾するという発想はきわめて自然なことに思われる。そして、こうした発想に立てば、国务院の行政法規と最高人民法院の司法解釈のいずれのルールが優位するかという問いになる筈である。この設問からすると、正規の立法権限を有する国务院の行政法規の方が優位し、したがって当該案件の有罪判決は違法との結論が導き出されそうである。しかし、どうも筆者のこのような理解は単純に過ぎるようである。

私事にわたるが、筆者は偶々北京大学法学院の副教授の潘歸氏と懇談する機会をもった⁽²¹⁾。その時、筆者自身、かねてより上記のような疑問をもっていたので、同氏との懇談でも自然と本件について話題が及んだ。そして、それから間もなくして、筆者は帰国した氏よりこの件について返事の手紙を頂いた。その氏の結論は、前記司法解釈と国务院の行政法規の規定とは矛盾しないというものであった。「関連資料を査閲したところ、法律本文の文言からすると、私個人は、行政法規と司法解釈には何ら衝突の問題は存在しないと考える。その理由は以下のとおりである。……理由陳

述：1、刑法225条3項 (= 4項) に規定するのは、市場秩序の攪乱が“重大” [嚴重] の場合である。最高法院の司法解釈も“情状が重大”を不法経営罪の構成要件とすることを明確に提起している。2、電信条例59条、70条は司法解釈第1条の規定内容と一致するが、電信条例には“情状重大”についての言及がない。3、したがって、もしこの種の市場秩序攪乱行為があつて、且つ情状が重大な場合は、不法経営罪として犯罪を認定することができる。もしこの種の市場秩序攪乱行為があつても、情状が何ら重大でなければ、行政機関が行政処罰を行う。したがって、私の意見としては、この問題で行政法規と最高法院の司法解釈には何ら衝突の問題は存在しない。この返事を頂いた時点では、しかし、筆者の疑問は依然として氷解しなかった。何故なら、國務院の電信条例70条にも後段で「情状が重大な場合は、営業停止整頓を命ずる」とあるからである。ところがその後、別の論文に接するに及んで、その疑問も相当程度氷解するに至った。その論文とは王作富＝劉樹徳「非法經營罪調控範圍的再思考」(『中国法学』2005年6期)で、その中で次のような司法実務が紹介されている。「不法經營罪の認定においては、行為者が対応する国家规定に違反することを前提としているが、国家规定の中で明確に刑事責任条項を規定する必要はないと考えている。國務院が2000年9月25日に發布した『インターネット情報サービス管理弁法』19条は、本法の規定に違反して、經營許可証を取得せずに、濫りに經營性のインターネット情報サービスに従事した場合は、省、自治区、直轄市の電信管理機関は期限を付して改めさせ、違法所得は没収し、違法所得の3倍以上5倍以下の過料に処する。情状が重大な場合は、ウェブサイトの閉鎖を命ずると規定している。しかし、この弁法には、上記の行為で情状重大なものは、刑事責任を追及すべきであるとの規定はない。……(しかし) 国家の規定の中で刑事責任条項を明確に規定しているかどうかは、不法經營罪の認定に影響しない。……国家の規定の中で刑事責任条項を規定することは何ら不法經營罪構成の必須の条件ではない」というのである。ここでは国家の規定として國務院の「インター

ネット情報サービス管理法」が引き合いに出されているが、國務院電信条例についても同じことがいえるわけである。すなわち司法実務では、電信条例59条、70条に刑罰規定がなくても、「不法経営罪の認定に影響しない」のである。つまり、電信条例にある「情状重大」とは、あくまでも行政処罰適用範囲内で「情状が重大」な場合を想定しているのであって、行政処罰を越えるような、より社会的危害性の高い、すなわち刑事罰を科す必要があるほどの「情状が重大」レベルに達すると、不法経営罪が適用されることになるわけである。「情状が重大」にも二層（さらに敷衍すれば、民事責任、特に不法行為責任をも加えれば三層）が、重層的に存在するということである。我々はとかく法相互の関係を同一平面で一次的に連想しがちであるが、そうした発想からは、先の瀋氏のような考えには思い至らない。最後に、前掲王作富＝劉樹徳論文の一節を引用しておこう。「明らかに、政府制限観念〔有限政府観念〕の内在的精神と刑法謙抑性原則の要求に基づけば、刑法は限定性〔収斂性〕を具えていなければならず、225条の『その他市場秩序に重大な攪乱をなす不法経営行為』も限定的性質を具えていなければならぬ⁽²⁴⁾」。ここまでの記述からすると、この両名は上記のような司法実務のやり方に反対で、国家の規定＝行政法規に刑事罰の規定がないときは、刑事罰を問えないとの考えをもっているように見える。しかし、決してそうではない。「不法経営罪の統制範囲は限定的でなければならず、行政処罰ではそれらの市場秩序に重大な攪乱をなす経営行為を抑制する要求を満足させるに不十分であるときにはじめて刑罰をもって規制することができる。換言すれば、保障法としての刑法は、その他の法律制裁手段を尽くした後ではじめてこれを用いることができる⁽²⁵⁾」というのである。「行政処罰では……不十分である」ときは、常に刑事罰を適用する道が開かれているのであり、その道へと導く要件が「情状が重大」という概念である。「情状が重大」であるかどうかによって有罪、無罪が判定されるのである。しかし、この「情状が重大」というきわめて超法規的実体的概念を客観的に、明確に認識することは可能であろうか。中国刑法

3 条の罪刑法定原則は、こうした実質主義的思考様式の強固な岩盤のうえに危うく乗っかっているのである。79年刑法79条の類推規定を削除して、97年刑法で罪刑法定原則を採用したからといって、そう簡単に法的思考様式が180度転換するわけではない。

結びにかえて

中国法の勉強をしていると、憲法、刑事法、民事法いずれの法領域においても西洋的法理論が滔々たる勢いで中国に入り込んできていることに強い印象を受ける。これも改革開放政策のなせる業であろう。本稿でとりあげた罪刑法定主義もその一つである。歴史上、マグナカルタにおいて初めて登場してくるこの特殊西欧的な概念が、現代社会において、立憲主義的人権保障の重要な役割を果たしていることを誰も否定し得ないだろう。中国といえども、グローバル化した現代社会の、グローバルスタンダードとなってきたこの罪刑法定主義を否定するわけにはいかない。1997年の刑法改正において、旧刑法の類推容認規定が削除され、新たに罪刑法定原則が盛り込まれたことは、その一つの具体的な表れであった。しかし、本稿において見たように、中国の罪刑法定原則は西欧的概念そのままの形で具現化され、機能しているわけではない。法律が存在する以上は事情を斟酌することなく厳正にその法を適用しなければならない（司法解釈においても法律の限定解釈は許されない）という「積極的罪刑法定原則」は中国独自の概念であるし、前法律的、政治的、社会的実体概念をなす社会的危害性概念と表裏一体の関係にある「情状」の重大性をもって犯罪成立の構成要件としようとする刑法理論も中国独自である。この「積極的罪刑法定原則」をとるところでは、立憲主義的人権保障の刑法的具体化をなす実質的違法性阻却理論の貫徹は阻まれ、また「情状」の重大性を犯罪成立の要件とするところでは明確性の理論も、その貫徹を阻まれる。これが本節で筆者が主張したかったことである。中国法を勉強していて最近強く感ずるの

は、外国の法理論が滔々たる勢いで中国に紹介され、あるいは導入される、そのされ方の実相、換言すれば紹介、導入の際に形成されるいわゆる「不連続線の渦流」（末弘巖太郎）の実相を正確に把握し、その将来の方向像をしっかりと見据えることの重要性についてである。

- (1) 侯国雲＝梁志敏＝張起淮「論新刑法的進歩与失誤」、『政法論壇』1999年1期、58頁。
- (2) 罪刑法定原則が条文として登場してくるのは、1995年8月8日付けの全人代常務委員会法制工作委员会刑法修改小組「中華人民共和国刑法」（総則修改稿）においてである。そこでは、しかし現在のような文言ではなく、我々に馴染みのある“法律なければ刑罰なし”を体現した「行為時に法律に犯罪とする明文の規定がないときは、犯罪を認定し処罰してはならない」という文言があるだけで、しかもそれは第1章の「刑法の任務と基本原則」に第3条として位置づけられていた。それが現行法のようになるのは、1996年10月10日付けの全人代常務委員会法制工作委员会「中華人民共和国刑法」（徵求意見稿）からである。しかも、それまでの「基本原則」という章名も削除された。高銘暄＝趙秉志編『新中国刑法立法文献資料総覧』（中冊）（中国人民公安大学出版社、1998年）を参照。
- (3) この名称は何秉松主編『刑法教科書』中国法制出版社、2000年、63頁に由来する。著者によれば、この二つの罪刑法定原則のうち「積極的罪刑法定原則」を第一位、「消極的罪刑法定原則」を第二位と、価値的に序列づけている。
- (4) 高銘暄＝馬克昌主編、全国高等学校法学專業核心課程教材『刑法学』北京大学出版社＝高等教育出版社、2000年、28頁。
- (5) 趙秉志主編『新刑法教程』中国人民大学出版社、1997年、55頁。
- (6) 例えば清律刑律断獄「断罪引律令」条等。
- (7) 団藤重光『刑法綱要』（総論）第3版、創文社、1990年、60頁。
- (8) 平野龍一『刑法概説』東京大学出版会、1977年、23頁。
- (9) 団藤重光、前掲注（7）書、60頁。
- (10) 章惠萍「期待可能性理論与我国刑法的借鑑」、『政治与法律』2006年3期、112頁。
- (11) 平野龍一、前掲注（8）書、23頁。
- (12) 「（破壊活動防止法は）集会、結社、表現の自由、勤労者の団結権、その他の観点からみて、多くの問題点を包蔵している。……アメリカの判例において、この関係で持ち出されるのが『明白かつ現在の危険』という観念であり、この法律の解釈の上でも、この考え方を明確に念頭におく必要がある」（団藤重光『刑法綱要』（各論）増補版、創文社、1980年、21頁）。
- (13) 高銘暄＝馬克昌主編、前掲注（4）書、346頁。
- (14) 法律出版社、1997年、117～118頁。

- (15) 陳興良主編『罪名指南』(上冊)、中国政法大学出版社、2000年、56頁。
- (16) しかし、「一般的な誤った言論」と「国家政權と社会主義制度に危害を加える目的を抱いて」なされる「誹謗」とを客観的に区別することは困難である。なお、陳教授の同書では、国家秘密保守罪(刑法398条)については罪と非罪の区別を論ずる箇所では憲法に全く言及がないことに注目しなければならない。ここでは煽動罪のような、罪と非罪のグレーゾーンを設定することがそもそも不可能であることによる。何故なら、前述の如く憲法自身が53条で中国公民に国家秘密の保守を義務づけているからである。そこでは報道人による報道目的をもってする「適正な取材活動」であっても、本罪の構成要件から除外されることはない。
- (17) 最近偶々本論に関係するきわめて“進んだ”議論に接する機会を得た。それは中国の『法学論叢』2006年3期所載の、唐煜楓=王明輝「刑法中言論的行為性分析——以言論自由的限界為資格」という論文である。そこでは「現代社会では、政治的自由の中の言論の核心は、政治の『頌揚』でもなければ『賞賛』でもない。むしろ政治『建議』、『批判』にある。とりわけ政治『批判』は政治的自由の中の言論の自由の実質をなす。……かくして、言論の実行行為性を判断するさいには、法益侵害の危険を存在させているかどうかということのほか、さらに当該危険が法の許容範囲内であるかどうか、法律の許容する限界を超えてもたらされた法益侵害の危険であるかどうかをも判断しなければならない。民主社会では言論の自由が必然的に有する、法律が受忍を要求する危険を合理的空間に残していなければならない。このことは、ある言論が犯罪に該当するかどうかに関わる案件では、犯罪行為であるかどうかの判断は、単に刑法中の構成要件の分析、適用の過程においてだけでなく、憲法中の言論の自由の権利と公民の名誉権、国家の安全、社会治安秩序等との相関的利益との衡量、異なる權益の間でどのように合理的均衡をとるべきかという考量の過程が必要である。」(31頁)といった、New York Times v. Sullivanにおけるアメリカ合衆国連邦最高裁のブレナン判事の議論を想起せしめるようなまことに斬新な議論が展開されている。しかしながら、刑法案件に利益衡量論を持ち込むことの当否は別としても、「ある言論が犯罪に該当するかどうかに関わる案件」において「憲法中の言論の自由の権利」との「合理的均衡」を司法を担当する裁判官がはかれる構造には、現実の中国刑法3条の構造はなっていないのである。
- (18) 本文で紹介する事例は、公刊の文献によるものではなく、インターネットから検索したものである。「非法經營國際IP電話案：律師質疑司法解釋」<http://www.sina.com.cn> 2004年05月15日 21世紀經濟報道を参照。筆者がこの事例を知り得たのは、長島・大野・常松法律事務所中国弁護士の李美善女史の紹介による。なお、『上海法院案例精選』(2002年)、上海人民出版社、2003年にも類似の案例「謝志峰非法經營案」(547~552頁)が掲載されている。
- (19) 趙秉志主編、前掲注(5)書、54頁。
- (20) 王作富『刑法論衡』法律出版社、2004年、68~70頁。
- (21) 新馮大学法学部教授国谷知史氏の紹介による。

- (22) 145～146頁。
- (23) 中国法研究者であれば周知のことであるが、ここに言う「国家の規定」とは全人代・同常務委員会制定の法律と国務院制定の行政法規の類いのことである。
- (24) 146頁。
- (25) 146頁。