

◇ 学位論文審査要旨 ◇

孫 文

中国の犯罪体系——その沿革と課題——

審査委員 主査 松 宮 孝 明

副査 植 松 健 一

副査 安 達 光 治

〔論文内容の要旨〕

1 本論文の概要

本論文は、中国における刑法の犯罪体系に関し、1949年の中華人民共和国成立以来、伝統的体系とされている「四要件体系」と、とりわけ1990年代に日本やドイツから持ち込まれたとされる新しい「三段階体系」の争いを素材として、中国においてこれら二つの犯罪体系が移入された経緯を明らかにし、それを通じて、犯罪体系をめぐる論争に決着をつける手掛かりを得ようとするものである。

「四要件体系」というのは、犯罪をおおむね「主体」、「客体」、「主観的要素」、「客観的要素」といった4つの要素の統一体として理解する体系である。中国では、これはソビエト刑法学から移入され展開されたもので、1997年刑法典に至る通説的な犯罪体系論と理解されている。これに対して「三段階体系」というのは、犯罪をおおむね「行為」または「構成要件」、「違法性」、「責任」という3つの段階から成るものと理解する体系であり、19世紀末のドイツ刑法学、とりわけリストおよびベーリングに由来し、日本を経由して、あるいは最近では直接ドイツから移入された犯罪体系論であると理解されている。

中国では、とりわけ今世紀に入って以来、改革開放経済の発展に伴い、この「三段階体系」へと移行するのが歴史的必然であるとして、「四要件体系」に対する厳しい批判が展開されている。その中には、犯罪ないし違法性の本質を「法益の侵害ないし危殆化」と捉え、伝統的体系が主張する「社会主義的社会関係の侵害・危殆化」に取って代えるべきだとする主張も含まれる。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、本論文の著者によれば、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という。

このような中で、本論文は、この論争問題を解決するためにはこれまで進んできた道をいま一度振り返るべきだとする。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からだといえる。ゆえに、本論文の著者は、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体系が誕生した時代に戻り、これらの概念を再確認する必要があると考える。

加えて、犯罪体系に関する論争は具体的問題解決と関連しなければ、意味の薄い「空中戦」になりやすい。そのために、日本やドイツでは、犯罪体系は、「共犯」または「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。そこで、本論文は、こうした具体的問題を踏まえつつ犯罪体系について論じるとする。

以上の背景の下で作成された本論文全体は、三部から成る。第一部では、1949年以後の現代中国の通説的な「四要件体系」と、実は1949年以前に中国に持ち込まれていた清朝末期および中華民国時代の、主にリスト体系に由来する「三段階体系」を紹介している。第二部では、伝統派の犯罪体系に大きな影響を与えたソビエトの犯罪体系を検討し、そのソビエトの犯罪体系の「前史」となる帝政末期のロシアの犯罪体系とその起源を明らかにして、それが19世紀中ごろのドイツ・ベルナーおよび彼が属する「ヘーゲル学派刑法学」の犯罪体系に辿り着くことが明らかにされる。第三部では、現行法である1997年刑法典に至る改正の経緯と、伝統的体系に挑戦する新しい体系の主張者および伝統的体系を維持する者らの代表的な見解を紹介して、論争がかみ合うための課題を明らかにしている。

2 本論文の構成

本論文の構成は以下のとおりである。

はじめに

第一部 中華民国時代の犯罪体系

- 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
- 第四章 中華民国時代の犯罪体系論の検討
 - 第一部のまとめ
- 第二部 中華人民共和国の犯罪体系の起源
 - 第一章 中華人民共和国「1979年刑法典」時代の犯罪体系
 - 第一節 「1979年刑法典」の立法経緯
 - 第二節 「1979年刑法典」の総則規定に関する立法の論点
 - 第三節 「1979年刑法典」時代の犯罪論
 - 第二章 ソビエトの犯罪体系およびその中国への輸入
 - 第一節 概 観
 - 第二節 ピオントコフスキーの犯罪構成理論
 - 第三節 トライニンの犯罪構成理論
 - 第三章 帝政末期のロシアの犯罪体系
 - 第一節 概 観
 - 第二節 スパソヴィチの犯罪構成理論
 - 第三節 キスチャコフスキーの犯罪構成理論
 - 第四節 タガンツェフの犯罪構成理論
 - 第五節 ベルナーの犯罪体系との比較
 - 第六節 小 括
- 第二部までのまとめ
- 第三部 現代中国の犯罪体系の行方
 - 第一章 中華人民共和国「1997年刑法典」時代の犯罪論体系
 - 第一節 「1997年刑法典」の立法経緯
 - 第二節 「1997年刑法典」の総則規定に関する立法の論点と犯罪体系
 - 第三節 現代中国の犯罪論（概観）
 - 第二章 現代中国の犯罪体系論

- 第一節 張明楷の犯罪論体系（移植論）
 - 第二節 黎宏の犯罪論（維持論）
 - 第三節 陳興良の犯罪論（移植論と再構築論の併用）
 - 第四節 周光権の犯罪論（改良論）
 - 第五節 小 括
- 第三章 結論の章

なお本論文は、「中華民国時代の犯罪体系」立命館法学377号（2018）247～315頁、「中華人民共和国の犯罪体系の起源」立命館法学378号（2018）80～150頁、「現代中国の犯罪体系の行方」立命館法学379号（2018）131～209頁として公刊されている。

3 本論文の内容

(1) 問題意識

「本論文の概要」において述べたように、本論文の問題意識は、中国「伝統派」の「四要件体系」と、日本を経由して持ち込まれた「三段階体系」との間での論争を、建設的な方向で解決することにある。

そこで、第一部では、現代中国における「伝統的」な「四要件体系」の内容を紹介するとともに、1949年以前の中国刑法の立法史をたどることによって、リスト流の「三段階体系」ではあるが、ドイツおよび日本の体系論が中国にも一旦は持ち込まれていたことを明らかにしている。そこでは、リストに学んだ日本の岡田朝太郎が1911年に公布された中国最初の近代的な刑法典「大清新刑律」の作成に大きな寄与をしていたことや、その後制定された中華民国の1928年および1935年刑法典では、日本の牧野英一の理論の影響も受けつつ、「三段階体系」での中国固有の刑法学が展開されていたことが指摘される。その上で、1949年の中華人民共和国成立以降は、中華民国時代の「六法全書」が廃止されたことをはじめとして、国民党時代の「旧司法」に対する全面的な粛清が行われ、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こと、研究においては、1950年に『ソビエト刑法総論』が中国語に翻訳、出版され、「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」が中国の犯罪論研究に深い影響を与えることとなったこと、それにもかかわらず、1957年の「反右派闘争」から「文化大革命」にまで続く政治的動乱の時代に入り、1979年の刑法典制定

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ことが指摘される。

その後、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がった結果、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、それ以来、独・日の「段階的犯罪論体系」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ことが指摘される。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という。

このような状況を打破するために、本論文は、犯罪体系に関する論争は具体的問題解決と関連しなければ、意味の薄い「空中戦」になりやすいという認識の下、本稿でも、こうした具体的問題を踏まえつつ犯罪体系について論じていくとする。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とするのである。

(2) 第一部の内容

第一部では、中華民国時代の犯罪体系を扱う。中国において、「三段階体系」に基づく刑法理論が、「四要件体系」によるものよりも以前から唱えられていたことを明らかにし、「伝統的」とされる「四要件体系」を、いわば相対化して議論の対象に据えるためである。

もっとも、その作業の前提として、第一章では中国の現代の四要件説が検討される。ここでは、この見解の最も代表的な論者である高銘暄と馬克昌の見解が紹介される。そこでは、第一節において伝統的な犯罪構成理論とされるこの二人の犯罪体系論が紹介され、そして体系の具体的な試金石として、彼らの共犯論（中国では「共同犯罪理論」と呼ばれる。）が検討される。

第一節の「伝統的な犯罪構成理論」で明らかにされるのは、中国における犯罪の本質は「重い社会侵害性」に見出されており、そしてその構成要件（中国では「犯罪構成」と呼ぶ。）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」の総和であって、その総和は「重い社会侵害性」の特徴を備えているとされることである。

もっとも、この構成要件と、正当防衛などの違法性（ないし犯罪性）阻却事由との関係については、それが構成要件内部においてその該当性を否定するのか、それ

とも構成要件の外部で犯罪性を否定するのにかつき、不明確な部分が残されていることが指摘される。

第二節の「伝統的な共同犯罪理論」では、中国刑法における法定の共犯には、主犯、従犯、被脅迫犯、教唆犯という区別しか含まれておらず、日本、ドイツのような、正犯、幫助という概念は条文にないこと、それにもかかわらず中国伝統派の通説の見解は、共犯において混合的分類法を採ることが指摘される。即ち、まず、共犯を分業分類によって、組織犯、実行犯（共同正犯を含む正犯）、教唆犯、幫助犯に分け、次に、共犯者の役割によって、主犯と従犯、被脅迫犯に分けるのである。

身分犯の共犯については、伝統派は非身分が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のであり、その際、非身分者はその犯罪の主犯にもなりうるとする。他方、身分者が非身分者と共同実行したり、幫助、教唆したりした場合には、場合分けをする。強姦の場合（自然的身分）には、女性は生理的に強姦できないから、彼女を唆した男性は教唆犯、従犯、間接正犯になりえない。贈収賄罪の場合（法定的身分）では、身分者は非身分者の共同犯罪者になりうるということが明らかにされる。

これらの「伝統派」理論に対する理解を前提としたうえで、第二章では、中華民国時代の立法が紹介される。ここでは、中国の法制度の近代化の端緒として、1911年1月25日に日本の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」が公布されたこと、これは、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、国民党を中心に建国した中華民国政府が、「大清新刑律」を修正した後に1912年4月30日に「暫行新刑律」として施行していたこと、「暫行新刑律」は「臨時」的なものであったことから、中華民国政府は1928年3月10日に「中華民国刑法」を公布したが、これが施行された後、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き、1930年12月に刑法起草委員会を設立し、1935年1月1日に「中華民国刑法」を公布し、同年の7月1日に施行したこと、その後、この法典は台湾の現行刑典として今日まで使われていることが示される。

続いて第三章「中華民国時代の犯罪論体系」では、この時代の体系論が紹介される。第一節では「暫行新刑律」時代の犯罪体系として、清朝末期にける「大清新刑律」の作成ばかりで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岡田朝太郎の体系論が紹介される。その影響は、当時の中国の刑法学者・熊元翰が岡田の

講義で取ったノートに基づいて出版した『刑法総則』において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ことが示される。

続いて第二節では、「1928年刑法典」時代の犯罪体系が紹介される。ここでは、岡田の影響のほか、日本の牧野英一の下に留学した王親らを通じて、牧野刑法理論、さらにはドイツのリストの影響が見られるとされる。もっとも、その体系は、「違法性」を「責任」の前に論じるリストの客観的違法論と異なり、「責任」が「違法性」の前に論じられているという特徴が指摘される。これらの体系論は、特別構成要件を体系の冒頭に置くベーリングのそれとは異なるが、今日の段階的体系の原型となる、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と評価される。もっとも、それは、第四章「中華民国時代の犯罪体系論の検討」では、まだベーリングが主張していたような「演繹的－目的論的体系」ではなく、ラートブルフのいう「分類的－範疇論的体系」に属するものであったと評されている。

これに続く第三節では「1935年刑法典」時代の犯罪体系が検討されるが、そこでは、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とされる。

以上の第一部のまとめでは、歴史的に見れば、1928年刑法典時代にすでに存在していた「段階的犯罪論」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」（＝「四要件体系」）より早く中国で誕生したものであり、より「伝統的」なものであったのに、現代の論争ではそれが忘れられていること（「無史化研究」）に問題のあることが指摘される。

(3) 第二部の内容

第二部では中華人民共和国の犯罪体系の起源が検討される。

まず、第一章「中華人民共和国『1979年刑法典』時代の犯罪体系」では、第一節において「1979年刑法典」の立法経緯が紹介される。その上で、第二節では、「1979年刑法典」の総則規定に関する立法の論点が示される。そこでは、とくに共犯の分類方法が争われ、中国独自の「脅迫されて犯罪に参加した者は従犯として処罰されない」という趣旨の規定（「脅従犯」）の是非をめぐる論争があったことが明らかにされる。

次いで第三節では、「1979年刑法典」時代の犯罪論が検討される。これは、今日

「伝統的」な犯罪論とされているものである。前述ように、1949年に中華人民共和国が成立して以来、ソビエトの法理論を輸入して法学の全面的ソビエト化が始まり、1950年から1962年の間に、中国はソビエト・ロシアから大量のソビエト刑法学の専門書、資料、法律を翻訳して輸入していたばかりでなく、同時に刑法専門家も多数中国に派遣しており、これらのソビエト・ロシアからの刑法専門家は、中国でソビエト・ロシアの刑法理論を教授し、中国人民共和国の第一世代の法律専門家を育成したことが示される。例えば、中国の伝統派刑法学者の高明暄と馬克昌両氏は、いずれもこの時期にソビエト・ロシアからのベスタロワ教授の授業を受けていたという。

もっとも、1957年から中国は長い階級闘争の時期に入り、中国伝統派刑法学の研究もこの時代の嵐の中で停止した。その後、1979年刑法典の公布とともに、政治闘争の時代に停止した中国の伝統派刑法学もようやく再出発した。そこで、ここでは、この時代に出版された伝統派の理論基礎を築き上げた著作が紹介される。それは、以下のものである。

①『刑法学』

高銘暄が主編を、馬克昌が副主編を担当した『刑法学』という教科書は、1982年に出版された。両氏はこの教科書の犯罪論において、基本的にピオントコフスキーが『ソビエト刑法総論』で主張し、そしてベスタロワが『ソビエト刑法総則〔専修科講義〕』で主張したソビエト・ロシアの通説的な四要件の犯罪構成理論を受け継いだ。他方で、この教科書にはトライニンの『犯罪構成要件の一般理論』の影響はあまり見えない。

②『中華人民共和国刑法論』

ほぼ同じ時代の教科書として、1984年に出版された『中華人民共和国刑法論』がある。主編は李光燦であり、馬克昌は副主編を担当していた。この『中華人民共和国刑法論』では、体系的な犯罪論を採らず、因果関係、責任年齢、故意、過失などの犯罪の成否に関する要素を直接に論じていた。

③『犯罪通論』

1991年に馬克昌が主編を担当する『犯罪通論』が出版された。この本は、四要件の犯罪構成理論を採っているが、『ソビエト刑法総論』におけるピオントコフスキーの理論より、トライニンが『犯罪構成要件の一般理論』の中で主張した理論に近いと考えられる。

まず、『犯罪通論』は、『ソビエト刑法総論』と同じように社会的危険性を犯罪の

客観的側面の中で検討するのではなく、トライニンの理論と同じように社会的危険性の判断基準を独立に論じていた。そして、共犯の体系的位置づけに関しても、この本は、『ソビエト刑法総論』が採っていた「犯罪構成要件－社会的危険性を排除する状況－共犯」という構造ではなく、『犯罪構成要件の一般理論』と似たような『犯罪構成要件－共犯－犯罪性を排除する行為』という構造を取っていた。また、共犯論において、従来の伝統派が取っていた作用の一元的分類法による共犯の解釈を採っておらず、分業・作用の二元的分法による解釈を採っていた。

④『犯罪構成系統論』

この時代の伝統派刑法学にとって、もう1つ影響を持っていた理論書は、何秉松の『犯罪構成系統論』である。何氏は、この本において、四要件犯罪構成理論の4つの要件の関係が単なる総和ではなく、「有機的統一体」という関係にあると主張していた。

第二章では、このようにして中国への輸入が明らかになっているソビエトの犯罪体系が検討される。そこでは、第一節「概観」として、1950年に中国語に翻訳されて出版された『ソビエト刑法総論』の「第四編 犯罪論」の重要性が指摘される。この部分の執筆者はピオントコフスキーである。

また、この時期に、後世の中国伝統派の刑法学に大きな影響を与えたもう一つの大著は1958年に中国語に翻訳され出版されたトライニンの『犯罪構成要件の一般理論』である。この2つの理論書は、中国の伝統派刑法学の基礎を築き上げたものと言える。しかし、ピオントコフスキーの犯罪構成理論とトライニンの犯罪構成理論とでは、見解が一致しているわけではなく、かつその見解の対立は、決してソビエト・ロシアの刑法学界の論争に止まらず、中国伝統派学者の理論の中にも反映されているとされる。ゆえに、以下では、この二人の犯罪体系が紹介される。

まず、第二節では、ピオントコフスキーの犯罪構成理論（＝構成要件論）の特徴が示される。それは、以下のようにまとめられている。

① まず、ピオントコフスキーは、構成要件は、各則の特別要件と総則の一般要件を合わせた、刑罰権発生要件の総体だと理解している。この点については、トライニンの見解との間に大きな相違はない。また、このような理解は、中国にもそのまま継承されたと考えられる。

② このように刑罰権発動要件の総体としての構成要件を重視するのは、公平な裁判実現のためである。そして、この点は、中国の伝統的見解が「超法規的違法性阻却事由」の承認に消極的であることにも通じるものがあるように思われる。

③ その構成要件は、それぞれの犯罪に共通して、四つの基本的要素により形成される。それは、一、犯罪の客体、二、犯罪の客観的要件、三、犯罪の主体、四、犯罪の主観的要件である。この点も、トライニンの見解や中国の伝統的見解と共通している。

④ その「犯罪の主体」は責任能力のある自然人に限られている。この点は、1997年刑法典以来「単位犯罪」(＝法人・団体の犯罪)を認める中国の伝統的見解と異なっている。

⑤ 「犯罪の客体」は犯罪が攻撃する社会関係である。正当防衛などの場合は、この社会関係に対する社会的危険性(社会侵害性)が欠けると同時に、規範違反性(違法性)も欠けるとされ、その結果、構成要件該当性自体が否定される。

⑥ 客観的要素と主観的要素に分けられる犯罪行為についても、その客観的および主観的要素の必然的統一であって、理論を分析するときのみ、はじめて犯罪行為の各客観的、主観的要素を分けて検討しようとされる。

⑦ 訴訟法上の概念である罪体(Corpus delicti)との違いを強調して、「構成要件」が実体法上の刑罰要件であることを強調している。

⑧ 犯人蔵匿、証拠隠滅のような「事後従犯」を総則の幫助ではなく各論的な犯罪であると指摘している。

第三節では、トライニンの犯罪構成理論の特徴が明らかにされる。それは、以下のようにまとめられている。

① トライニンが「構成要件」の本格的な研究を始めたのは、1938年のピンスキーによる「厳格な構成要件」の強調からであった。

② トライニンは、「構成要件」を基本的には一般的構成要件として把握している。

③ しかし、正当防衛などの違法性阻却事由や責任能力(の不存在)などは「構成要件」の外にあるとする見解を唱えるなど、西欧の「阻却事由」の考え方に影響されたとみられる部分がある。この点では、最終的には、トライニンは、形式的な「構成要件」阻却と実質的な「社会侵害性」の不存在との調整に悩まされたように思われる。

第三章では、とりわけ1938年以降のソビエト刑法学教科書に継承されたと考えられる帝政末期のロシアの犯罪体系が検討される。まず、第一節「概観」では、例えば、トライニンは、帝政ロシアの刑法学者タガンツェフに対して、ロシア刑法学にとって「ヨーロッパへの窓」を開いた刑法学者だと評価していたし、ソビエト時代

になってからも、タガンツェフら帝政末期のロシアの刑法学者に対するソビエト刑法学者の評価は高い。そこで本章では、帝政ロシア末期の代表的な刑法学者であるスパソヴィチ、キスチャコフスキー、タガンツェフの刑法理論を中心に検討し、ソビエト・ロシア刑法学の前史、そして中国伝統派刑法学の起源を明確にしたいとされる。

まず第二節では、スパソヴィチの犯罪構成理論（＝構成要件論）が検討される。彼は、19世紀半ばに、ロシアで最初に犯罪構成要件論を提唱した学者の1人と言われる。スパソヴィチは、刑法典総則に規定されているのは一般的犯罪構成要件であると明言した上で、この意味上の犯罪構成要件を以下の5つの部分に分ける。すなわち、(1)犯罪の対象（＝客体）、(2)犯罪主体——刑事責任能力者、(3)犯罪の外部的側面——行為および結果、(4)犯罪の内在的側面——意思と認識、(5)共犯およびその責任である。

次いで第三節では、キスチャコフスキーの犯罪構成理論（＝構成要件論）が検討される。彼は、スパソヴィチと同じ時代にあつて、犯罪構成要件論に目を向けたもう1人のロシア刑法学者である。彼は、「普通刑法基礎講義」において、4つの要件による犯罪構成要件理論を提唱し、そして4つの要件には「有機的統一体」の関係が存在すると主張したため、後世ロシア刑法における犯罪構成要件の「有機的統一体」理論の創出者と評価されている。

さらに第四節では、タガンツェフの犯罪構成理論（＝構成要件論）が検討される。タガンツェフは、現実に存在している法律規範およびこれによって保護される生活利益を侵害した犯罪行為は、侵害者と侵害の対象の間に生まれたある生活関係であるとする。この関係には独特な要件がある。これらの要件により、この関係は一種の法律的関係になり、かつ刑事的な可罰的違法行為として特殊な地位を持つと考える。犯罪行為を構成するこれらの要件の総体は刑法学において犯罪構成要件と呼ばれる。タガンツェフは犯罪構成要件（の要素）を3つに分ける。すなわち、①行為者——犯罪行為の実行者、②犯罪行為の指向——客体または犯罪の侵害の対象、③犯罪行為——内部と外部から研究される犯罪の侵害そのものである。

最後に、第五節では、スパソヴィチが研究の対象とし、そして彼の教えを受けたタガンツェフがドイツ留学中に直接にも教えを受けたとされるベルナーの犯罪体系との比較が行われる。

タガンツェフは、ペテルブルク大学法学部においてベルナーの教科書を下敷きにしたスパソヴィチ教授の刑法講義を聴き、1862年に大学を卒業した後、約2年間、ドイツに留学し、主にミッターマイアーの指導を受けたことで知られている。そし

て、その間に、直接にベルナーの教えも受けたとのことである。その影響は大きかったようで、実際、以下に示すように、彼の犯罪体系は、ベルナーが1857年の教科書で示していた犯罪体系と、驚くほど似ている。そのベルナーの体系は、以下のようなものである。

ベルナーは、構成要件(Thatbestand)とは、犯罪(Verbrechen)の総体であるとし、これを一般的構成要件と特別構成要件に分ける。そこでは、「一般的構成要件に関して概観しようとするなら、犯罪は行為(Handlung)であることを出発点にしなければならない」として、行為概念中心の犯罪体系が展開される。

その「行為としての犯罪は、①行為が由来する主体、②行為が向けられる客体、③主体が客体に作用し得る手段を前提とする。」とされ、「主体、客体、手段はまだ、現実の行為ではなく、その条件にすぎない」が、「これらの条件が存在する場合には、主体の犯罪意思は手段を手にすることができ、そして、これを通じて客体に働きかけることができる。」とされる。ここには、タガンツェフに継承された①主体、②客体、③行為という3つの要素の原型となる①主体、②客体、③手段が提示され、これらが「行為」を媒介にして「犯罪」に統合される。さらに、それに「共犯」による処罰範囲の拡張が付け加わる。これらはいずれも、もちろん、犯罪の総体である構成要件の要素を成すものである。

そこで、第六節「小括」は、以下のようにまとめられる。

① まず、「構成要件」を訴訟法上の「罪体」から区別し、各則の特別構成要件ないし特殊的構成要件から抽出される刑罰権発動要件の総体としての一般(的)構成要件として理解する点では、ピオントコフスキーらの見解は、スパソヴィチら帝政末期の刑法学者の見解を媒介にしてベルナーにまで遡る。

② その「構成要件」には、「主体」、「客体」という要素が含まれることは、ベルナー以来一貫している。その主体は責任能力ある自然人に限定され、また、その客体では、いわゆる違法性阻却事由も取り扱われる。

③ 「客体」の内容は、ベルナーからスパソヴィチらまでは「権利」であり、社会主義革命後は「社会主義的社会関係」である。しかし、それは内容の相違にすぎない。

④ 「犯罪」がこれらの要素の「(有機的)統一体」として理解される点も、実は、ベルナー(さらには同時代のヘーゲル学派)にその萌芽が見られるものである。

⑤ 他方、「四要件説」では、行為の客観的要素と主観的要素が区別される。し

かし、ベルナーから帝政末期の刑法学者までの時代には、むしろ「統一体」であることのほうが強調されていたように思われる。ソビエト刑法では、その重点が、「統一体」としての行為から、客観的要素と主観的要素に分けて分析される「構成要件」に移ったように思われる。

⑥ 以上の犯罪体系の特徴は、常に責任能力のある主体を前提としたものであったことである。その点では、現代のドイツやその影響を受けた日本などの犯罪体系（客観的違法論）と異なり、「責任なき違法」の存在を予定しないところに、その特徴があるといえる。

以上の検討を受けた「第二部までのまとめ」では、現代の中国における犯罪体系をめぐる争いは、その起源を遡れば、100年以上前のドイツにおける、ベルナー（あるいはヘーゲル学派一般）の体系と、その後のリスト・ベeringの体系の争いにまで到達するものとされる。したがって、現代中国における体系論争を解決するカギは、19世紀から20世紀にかけてのドイツにおいて、なぜ、ベルナーらの体系からリストらの体系、とりわけ「責任なき違法」を認める客観的違法論を基礎とした体系への転換が起こったのかを探ることにあるというのである。

(4) 第三部の内容

最後に、本論文の第三部では、現代中国の犯罪体系の行方が検討される。そこでは、第一章において、中華人民共和国「1997年刑法典」時代の犯罪体系と犯罪論体系が検討される。

まず、第一節では、「1997年刑法典」の立法経緯が紹介される。そこでは、1979年刑法典は、当時の歴史的条件や立法経験の乏しさのために、全体の体系性および立法技術において不十分なところが存在していたため、1979年刑法典は過渡的な性格を有するものであって、後に広範囲の改正が予定されていたこと、事実、1981年から1997年の中国の現行刑法典が制定されるまでの間に、立法機関は24部の単行刑法（つまり特別刑法）を制定し、かつ非刑事法律において107箇所の付属刑事規範を作ったことが指摘される。

このような状況を背景に、1988年7月1日付「第七次全人代常委会業務要点」では刑法典の修正業務が正式に立法計画に列挙され、1997年3月14日、第八次全国人民代表大会は、修正された「中華人民共和国刑法」、すなわち、1997年刑法典を審議して可決し、かつ、1997年10月1日から施行することを決定したことが示される。

次いで、第二節では「1997年刑法典」の総則規定に関する立法の論点が紹介される。そこでは、(1) 罪刑法定原則や(2) 共犯と身分などの問題が論争されていたとされ、その詳細が示される。

さらに、第三節では、第二章で検討される予定の現代中国の犯罪論が概観される。そこでは、中国刑法学の独日派の代表者である張明楷に依拠して、今日の中国の犯罪論体系に関する主張が、維持派、改良派、再構築派及び移植派に分けられる。維持派は、伝統的犯罪論体系を維持すべきであると主張する高銘暄と馬克昌によって代表される伝統的な犯罪論体系である。この第三節では、さらに維持派として黎宏の修正四要件説が検討される。改良派は、伝統派的な犯罪構成理論の欠陥を認めながらも、現行の四要件体系の欠陥を改良すれば十分であると主張するものである。ここでは、その代表者のひとりである周光権の「犯罪の客観的要件－犯罪の主観的要件－犯罪排除要件」の体系が検討される。再構築派は、四要件体系を全面的に否定した上で、ドイツや日本の段階的体系を移植するのではなく、中国独自の犯罪論体系の構築を主張するものである。ここでは、陳興良（『規範刑法学』）の「罪体－罪責－罪量」の体系が検討される。移植派は、ドイツや日本の段階的体系の導入を主張するものである。ここでは、移植論に関して、張明楷と陳興良（『刑法学』）の学説が検討される。

そこで、第二章「現代中国の犯罪体系論」では、まず、第一節において張明楷の犯罪論体系（移植論）が検討される。その見解の特徴は、以下のようにまとめられている。すなわち、① 彼の犯罪体系は、不法と責任の二分を基礎に、さらに不法を構成要件と違法性阻却に分ける三段階体系である。② 彼の体系では、ヴェルツェル以前の体系と同じく、故意・過失は構成要件ではなく責任の要素とされている。

張明楷は、共犯論では、限縮的正犯概念、正犯基準についてはロクシンの犯罪事実支配理論、行為共同説、共犯従属性説、制限従属形式をそれぞれ採用し、不法共犯説を認めながら不法を連帯しない場合があることを認める。そこで、③ 間接正犯と共犯との関係においては、共犯の制限従属形式を前提として、故意のない正犯に対する共犯の成立可能性を認める。もっとも、共犯は間接正犯に対して補充的であり、間接正犯の成立要件が備わっている場合には、それが優先的に成立する。④ 主犯と従犯との区別は、正犯を基準に成立する罪名が確定した後、その役割の軽重によって決められるものであって、成立する罪名の基準となるものではないとされる。

もっとも、⑤ 身分犯の共犯においては、構成的身分と加減的身分の区別は違法

身分・責任身分に対応するものではなく、また、⑥ 身分犯と一般犯罪、重い身分犯と軽い身分犯の競合を認めることにより、構成的身分と加減の身分関係の区別が複雑になっていると評される。

次に第二節では、黎宏の犯罪論（維持論）が検討される。彼は、日本に長く留学し博士号を取得した後、中国の犯罪体系を再構築する必要性を否定し、中国伝統派の四要件の構成要件論に有力な支持を与えている。具体的には、次のように述べる。

① 客観的に行為が犯罪の客体と犯罪の客観的側面の要件に該当するかどうかを判断し、次いで、犯罪の主体と犯罪の主観的側面の要件を判断する、② 犯罪の客体と犯罪の客観的側面の要件に該当する行為は、本質的に刑法により保護される法益に対して実害または現実的な危険を作り出しているため、社会侵害性を有していることから、刑法典における「犯罪」である、③ 四要件のすべてに該当する行為が実質的な意味での「犯罪」である、④ 正当防衛などの犯罪性排除事由は、行為の客観面において犯罪と類似しているにすぎず、「理論的に言えば、行為が具体的な犯罪の犯罪構成に該当するというのは、実際には、もはや当該行為が正当防衛や緊急避難などの犯罪性排除事由に該当しないことを意味するのである。言い換えれば、このような結論が導き出される前に、当該行為が正当防衛や緊急避難などの犯罪性阻却事由に該当しないという判断がすでに済まされているのである」、⑤ 「客体とは、刑法により保護される社会関係または合法的利益であり」、「『犯罪により侵害される』という限定は全く必要ではない」。

もっとも、黎宏が主張していた「四要件の犯罪構成」は、伝統派の犯罪構成に使われている「客体」や「客観的側面」などの専門用語を使用し、形式的に伝統派の犯罪構成を維持しているが、しかし、「客観が優先する、段階的な理念」を指導思想とした以上、もはや伝統派の「有機的統一」の関係にある「四要件の犯罪構成」とは別物であると言わざるをえないとされる。

黎説は、共犯に関し、統一的正犯体系ではなく独日流の共犯体系を前提とし、共同正犯を含む共犯の処罰根拠として、「因果的共犯論」に依拠し「修正惹起説」を支持して制限従属形式、行為共同説を採用している。とりわけ、国の職員が身分のない妻に指示して、自己のために賄賂たる金銭を受け取らせる例において妻に真正身分犯の共同正犯を認めるところでは、「身分者が身分犯を実行した」ことが確認されないうままに身分犯の成立を前提とするもので、「身分」という行為者要素を恣意的に行為要素に変えてしまうという弱点をもった日本の学説が直輸入されていると評される。

さらに、第三節では、再構築論から移植論に移行したのではないと思われる陳興良の犯罪論が検討される。まず、(1)『規範刑法学』による「罪体－罪責－罪量」の犯罪論体系（再構築論）によれば、彼は、「我が国刑法での犯罪成立要件は、行為が法益を侵害すると表されている実質的構成要件である。これは、犯罪構成の本体要件であり、罪体と罪責を含む。罪体は、犯罪構成の客観的要件であり、罪責は、犯罪構成の主観的要件であり、両者は、客観と主観の統一体である。犯罪に関する我が国刑法の規定では数量要素が存在するため、犯罪成立要件には、罪体、罪責のほか、罪量も含まれるべきである。罪量は、犯罪構成の本体要件が揃ったことを前提に、法益に対する行為の侵害程度を表す数量要件である」と解していた。

しかし、その後の(2)『刑法学』による「三段階」移植論では、独日流の「三段階」の体系を中国に適した形で移植しようとする。そこでは、構成要件該当性、違法性、責任という三段階が漸進的な構造に立っており、その中で構成要件該当性は事実評価、違法性は法的評価、責任は主観的评价であるとされる。そこにいう構成要件は犯罪類型であり、価値中立的で観念的、抽象的な存在であるとされる。

さらに、(3)では彼の共犯論も検討されるが、本論文では、体系の試金石となるような①間接正犯の成立範囲と共犯の要素従属性との関係、②間接正犯と共犯との関係ないし両者にまたがる錯誤の処理、③身分犯の共犯の処理等について、彼の『規範刑法学』と『刑法学』のいずれにもあまり具体的な記述は見られないと評されている。

最後に、第四節では、周光権の犯罪論（改良論）が検討される。ここでは、周の犯罪論は、犯罪の客観的要件と犯罪の主観的要件とを犯罪の構成的要素とし、犯罪性阻却要件を消極的要素とする、訴訟法的機能を重視した「二段階体系」であって、その点で、先に「不法」と「責任」ないし「客観的要件」と「主観的要件」を分ける張明楷や黎宏のような「二段階説」とは、重点の置き方が異なると評される。

もっとも、この体系を採ると、誤想防衛の場合に故意を否定しようとしても、すでに犯罪の主観的要素を先に検討してその存在を確認してしまっているため、後戻りができないという問題が生じる。この問題についての周の解決提案はなく、その点では、日本の学説の弱点を引き継いでいると評される。

これら現代中国の代表的論者の検討が第五節で小括された後、第三章では、第一部と第二部を総合した結論の章として、以下のまとめが示される。

- (1) 刑法学において体系的な犯罪論が何のためにあるのかを明らかにすること

著者は、第一部において、中華民国時代にはドイツおよび日本から継受した三段階の犯罪体系が存在していたことを明らかにし、これに続く第二部においては、四要件の犯罪体系の起源が、最終的にはドイツのベルナーの犯罪論に辿り着くことを明らかにした。そして、そこでは、ドイツにおける「要素の体系」から「段階の体系」への進化の要因を明らかにすることが、中国における「伝統的」体系と独日派の体系との争いに決着をつけるひとつの方法となり得ることも明らかにした。

この点に関しては、この「段階の体系」が、ドイツではリストらによって刑法を社会問題解決の道具として捉える立場から推進されたことを思い起こさなければならぬ。それは、刑罰の本質を「応報」に見るのではなく、現に増加しつつあった犯罪の「予防」の手段として見る立場であった。そこから、以下のような見方が、一つの仮説として浮上する。

すなわち、一方において「犯罪」の本質を捉えようとする立場からは、「犯罪」は当然、刑罰を受けることのできる「責任能力者」を「主体」とするものであり、その意味での「自由な主体」を基礎とした体系論が構築されることになる。つまり、ベルナーらのように、「責任能力」を備えた「主体」から始まる体系論である。

これに対して、人間の行動による害悪を除去する道具として刑罰を用いようとする立場からは、「犯罪」は人間の行動に由来する「悪しき結果」を基礎とするものになる。また、その過程で、刑法は、責任能力のない者の問題行動にも対応することが要請される。これは、改善・保安処分などの処分をも、警察法分野の法ではなく刑法に取り込む傾向に対応した体系論である。つまり、「責任なき違法」にも法効果を認める刑法である。

したがって、体系論における論争を行うためには、まず、体系論が何のためにあるのかを明らかにする必要があるということが出来る。つまり、それは純粹に刑罰の対象となる「犯罪」の本質を明らかにするためなのか、それとも、刑法を社会問題解決の道具として活性化するためなのかということである。

(2) 四要件と三段階の会話の可能性を確保すること

中国では、四要件体系と三段階体系は次元を異にする体系なので、両者は会話したくても、お互いの言葉は外国語のようなものなので会話できないという見解がある。それもまた、犯罪体系を論じる目的が共有されていなかったことに起因するもののように思われる。

著者は、四要件の犯罪構成理論はドイツのベルナーの理論から、いくつかの変遷を経つつ、ロシア帝政末期の犯罪論、さらにはソビエト時代の犯罪論を経て中国に

辿り着いたことを明らかにした。そこで、可能であればさらに、ドイツにおけるベルナー体系からリスト体系への変遷の理由を明らかにしたい。

おそらく、それは、先に述べたように、両者の体系論の目的が異なっていたことにあるのだと思われる。しかし、これについては、拙速に結論を出すのではなく、更に研究を深めたいと思う。それが次第に明らかになることによって、二つの犯罪体系の間での会話の可能性が開かれてくるであろう。

(3) 「問題的思考」と「体系的思考」の有機的結合

ところで、その際には、抽象的な体系構造だけを議論するのではなく、共犯論などの具体的な解釈問題における論理的な結論の比較によって検証すべきことにも、注意が必要である。ドイツでは、ペーリングの構成要件論、M・E・マイヤーの制限従属形式、エバハルト・シュミットの拡張的正犯概念、ヴェルツェルの目的的行為論、ロクシンの客観的帰属論も、その結論の当否は別にして、いずれも具体的な解釈問題を説得的に解決するために提案されたものであった。しかし、これらの理論がその母国から他国に輸入される場合には、中国のような輸入国では国情も時代も法典の内容も異なるので、理論の母国のような問題が存在しないかまたは全く別の問題が存在する可能性が高い。ゆえに、これらの理論に関して「体系的思考」と「問題的思考」が分離しないように注意することが必要である。

〔論文審査の結果の要旨〕

本論文は、おそらく中国では誰も検討したことのない「四要件体系」とドイツ・ベルナーの犯罪体系との繋がりを明らかにした点で、きわめて独創的なものである。これにより、単にどちらの見解が正しいかといった論争ではなく、どこに違いがあるのか、歴史的にどのようなことが議論の参考になるのかといった論争の視点を明らかにすることに成功している。その結論は、中国ばかりでなくドイツの研究者にもインパクトを与えるものであり、また、わが国の社会主義法・ロシア法・中国法研究にも影響を及ぼすものであろう。

そこで、本論文の評価をポイントごとに示せば、以下のようになる。

【1】研究課題とその意義の明確性：本論文には、研究課題とその意義が明確に示されている。

【2】研究方法の適切性：研究課題との関係でとられるべき研究方法がとられており、そこに方法論上の不備や不適切な点はない。

学位論文審査要旨（孫）

【3】叙述内容の論理性および体系性：章立ての適切性と各章の叙述の論理性のいずれにおいても問題はない。もっとも、叙述には若干の重複が目立ち、また、研究が進むにつれて当初の問題意識が徐々に進展する等、体系的な叙述という点では粗さも見られる。

【4】研究内容の独創性：前述のように、本論文は、先行業績に対し学術的な意味において独創性が認められ、当該分野の学界において当該テーマに関する傑出した業績として高評価を得ることが予想される。

【5】研究内容の国際性：著者にとって外国語である日本語やドイツ語の文献、また審査委員にとって外国語である中国語の文献の引用が相当数みられ、研究課題を国内外の議論の中から明らかにしようとしており、当該テーマに関する国際的な議論状況に多大な貢献をしているものと評価できる。

以上により、公聴会での口頭試問結果を踏まえ、本審査委員会は全員一致で、本論文は博士学位を授与するに相応しいものと判断した。

〔試験または学力確認の結果の要旨〕

本論文の公聴会は2018年7月20日14時から16時まで、学而館2階第3研究会室において、審査委員ほか20名の参加で行われた。

本論文の主査は、本学大学院法学研究科法学専攻博士課程後期課程の在学期間中における大学院の授業および研究会報告などの様々な研究活動および日常的に研究討論を行ってきた。

また主査および副査は、申請者が公聴会の質疑応答を通して博士学位に相応しい能力を有することを確認した。

以上の次第で、本審査委員会は全員一致で、孫氏に対し、本学学位規程第18条第1項に基づいて、「博士（法学 立命館大学）」の学位を授与することが適当であると判断し、2018年7月24日14時45分から開催された法学研究科委員会においてこの結果を報告の上、承認された。