



Title	旧中国の罪刑法定主義の存在について
Author(s)	佐立, 治人
Citation	関西大学法学論集, 65(3): 1078-1063
Issue Date	2015-09-25
URL	http://hdl.handle.net/10112/9448
Rights	
Type	Departmental Bulletin Paper
Textversion	publisher

旧中国の罪刑法定主義の存在について

佐 立 治 人

目 次

- 一 旧中国の罪刑法定主義の存在
- 二 旧中国に罪刑法定主義が存在しなかったとする諸説に対して
 - ア 個人主義・自由主義に基づかないから、とする説に対して
 - イ 皇帝は法に従わなくてもよいから、とする説に対して
 - ウ 類推解釈を許すから、とする説に対して
 - エ 律に不応為条が置かれているから、とする説に対して
 - オ 人民が官吏の恣意的な裁判から保護されるのは反射的な効果にすぎないから、とする説に対して
- 三 不存在説の心理

一 旧中国の罪刑法定主義の存在

瀧川幸辰『刑法講話』（昭和二十六年）。『瀧川幸辰刑法著作集』第二卷所収、世界思想社、一九八一年。五二二頁）

旧中国の罪刑法定主義の存在について

一（二〇七八）

は、「罪刑法定主義」というのは、いかなる行為が犯罪であり、各々の犯罪にいかなる刑罰を科するかということ、あらかじめ法律で規定しておく必要がある、という意味である。」と述べている。この定義に従えば、旧中国(帝政時代の中国。以下、単に「中国」と記す。)に罪刑法定主義が存在したことは明白である。なぜなら、中国では、「律」と呼ばれる刑法典、及びその他の成文の法律の中に、あらかじめ犯罪類型とそれに対応する刑罰とが定められており、被告人に刑罰を科するには、裁判官はその根拠として律ないしその他の法律の条文を判決文の中に必ず引かなければならない定めになっていたからである。

小野清一郎「唐律に於ける刑法総則的規定」(昭和十三年初出、『刑罰の本質について・その他』所収、有斐閣、昭和三十年。三二六頁)は、唐律の断獄律の「罪を断ずるには皆、須らく具そさに律令格式の正文を引くべし。違う者は笞三十。」という条文を掲げて、「此は恰も我が刑事訴訟法第三六〇条(大正十一年公布の刑事訴訟法。佐立注)に有罪判決の要件として「法令の適用を示すべし」とあるのが我が現行法に於ける罪刑法定主義の成文上の根拠とされると同じことで、この断獄律の条文は「唐律が明かに罪刑法定主義の原則を認めてゐること」を示している、と論じている。そして、唐律の罪刑法定主義は「近世の罪刑法定主義の如き個人主義、自由主義の思想に出でたものではない。実に超個人主義的な法家の霸道意識と普遍主義的な儒教の王道精神との融合による法律文化的結晶なのである。」(三二七頁)と述べている。つまり、小野論文は、唐律の罪刑法定主義も、西欧近代の罪刑法定主義も、出自は異なるけれども、罪刑法定主義であることに変わりはない、とするのである。

唐律の断獄律の条文は、明律及び清律に引き継がれ、また、日本律にも受け継がれたから、小野論文の見解は、明清律及び日本律にも当てはまる。明律の刑律、断獄、断罪引律令条に「罪を断ずるには皆、須らく具そさに律令を引く

べし。違う者は笞三十。」、清律の同条に「(官司) 罪を断ずるには皆、須らく具さに律例を引くべし。違う者は(も) 具さに引かざれば) 笞三十。」(括弧内は小注。)と定められている。日本の養老律の断獄律には、「罪を断ずるには皆、須らく具さに律令格式の正文を引くべし。違う者は笞三十。」と、唐律と同じ条文が置かれていた。

沢登佳人「罪刑法定主義の歴史的意義への反省」(佐伯千仞博士還暦祝賀『犯罪と刑罰(上)』所収、有斐閣、昭和四十四年)は、「近代大陸刑法の罪刑法定主義(中略)は何も近代ヨーロッパに特有の現象ではなく、古今東西を問わず、およそ中央集権的官僚国家体制が完成されるのに伴って普遍的に現われる歴史現象にすぎない」(五十二頁)と論じた上で、「中国的罪刑法定主義が民本主義的・人権保障的理念に基づく中央集権的官僚国家権力機構の統治技術として要請されたものであること、その点で近代大陸刑法の罪刑法定主義と毫も異らぬことは、明らかである。」(六十二頁)と断言する。

奥村郁三「旧中国の罪刑法定主義の性質」(『関西大学法学論集』第二十一巻第五号掲載、昭和四十七年。二頁)は、「罪を断ずるにはよろしく律令格式の正文を引くべし」というのは、「法律なければ犯罪も刑罰もない」というのと同じであって、背後の観念を問わなければまぎれもなく中国には罪刑法定主義が制定法の上で定着していた。」と述べている。

私は、これらの説に賛成した上で、中国の罪刑法定主義は西欧の罪刑法定主義と同じであるどころか、西欧の罪刑法定主義は中国の罪刑法定主義の影響を受けて成立した、と考えているが、まだ証明ができていない。

中国の罪刑法定主義が西欧の罪刑法定主義と同じである、ということは、両者は同じ効果を生み出し、法律進化の過程で同じ段階にあり、人類の思想的財産として同じ価値を持つ、ということである。ところが、中国の罪刑法定主義

義は、個人の自由等の人権を守るために人民によって勝ち取られたものではなく、支配者が人民に対する支配を貫徹するために官僚を統制する手段として支配者によって採用されたものであることにより、西欧の罪刑法定主義とは異なる効果を生み出すので、中国の罪刑法定主義は西欧の罪刑法定主義とは異なるものである、という意見が跡を絶たない。効果が異なるのであれば、中国の罪刑法定主義を罪刑法定主義と呼ぶことはできず、中国に罪刑法定主義は存在しなかったことになる。

二 旧中国に罪刑法定主義が存在しなかったとする諸説に対して

ア 個人主義・自由主義に基づかないから、とする説に対して

仁井田陞『(補訂)中国法制史研究(刑法)』(東京大学出版会、一九九一年) 第二部第五章「唐律における通則的規定とその来源」(昭和十五年初出)は、「ヨーロッパでは犯罪および刑罰は多く成文の法律をもって定めることなく、どんな行為が犯罪であり、これにどんな刑罰を科すべきかは君主や裁判官の任意であった時代が永く続いた。このような中世以来の擅断主義にたいして個人の自由を保障しようとする個人主義的・自由主義的主張が発展し、犯罪と刑罰との関係が法律によって規定されることを要し、「法律がなければ犯罪はなく、刑罰もない」という罪刑法定主義の結実を見た。しかし中国古代の法定主義は、このような個人主義・自由主義の産物ではない。人民の願いに根ざすというよりは、むしろ国家権力の側で人民支配の必要のために作ったものである。もし国家権力にたいする制限というならば、それは単純な制限ではなくて、国家権力の任意性がかえって支配に不便であることを知り、権力把持者自ら支配の限度を立て、そのことによって支配に利しようとする企てであった。したがって両者の思想の基礎には歴史

的なまた質的な差があると思える。」(一八五頁)と述べている。

個人主義・自由主義に基づかなければ罪刑法定主義ではない、とするこのような説に対して、沢登「罪刑法定主義の歴史的意義への反省」(前掲)は、次のように反論する。

「人権宣言八条の罪刑法定主義とは、要するに、大革命という異常な雰囲気の中で現実の歴史的社会的条件を無視して逸走した市民の情熱が多分に空想的・観念的な啓蒙主義的理念を定着した所の一種の幻想的テーゼにすぎない。しかるに後世の人は錯覚して、この罪刑法定主義がその文言通りの社会的機能を、その後の度重なる反動期と国家社会構造の急激な変転を乗り越え、またドイツや日本の如き(中略)近代絶対主義国家社会の特殊条件を乗り越えて、持ち続けたと信じ切っている。私はこれを「罪刑法定主義の神話」と呼びたい。社会的歴史的現実としての近代的罪刑法定主義は、(中略)多種多様な国家社会体制の下でその社会的機能を様々に変えながら、しかも一貫して中央集権的官僚国家権力の多かれ少なかれブルジョア階級的な支配の技術という本質を持ち続けたのである。その点でそれは古代東洋刑法の罪刑法定主義と五十歩百歩である。」(五十六頁から七頁)

これに拠れば、個人主義・自由主義に基づかなくても、罪刑法定主義は成り立つのである。岡野誠「中国古代法の基本的性格——いわゆる「罪刑法定主義的制度」をめぐって——」(唐代史研究会報告第Ⅱ集『中国律令制とその展開』所収、刀水書房、一九七九年。四十四・四十五頁)は、「法律学において罪刑法定主義を論議する場合、それはヨーロッパ近代の市民革命の中から生れた法思想をさす。その基本は、市民の人権擁護である。」「中国古代の権力とヨーロッパ市民国家の権力の性格の差違が法の機能に対して異なる影響を与えてはいまいか。」と述べて、唐断獄律の断罪引律令格式条は「皇帝の意思の実現に障害となる官人の擅断を排除する」機能をもつ、とする。しかし、沢登

前掲論文に拠れば、ヨーロッパ近代の罪刑法定主義はまさしくそのような機能をもつのである。沢登論文は次のように述べている。

「一八一〇年ナポレオン刑法典では、(中略) 罪刑法定主義の内容としては「刑罰法規による拘制」という手段面のみが残され、「人民による拘制」という人権宣言八条の中核的意義(中略)はどこかに置き去りにされてしまった。帝制では国家権力は原理的に人民の上位者だから、下位者たる人民によって拘制されることはありえず、その行使に対する拘制の主体は国家権力自身しかない。しかして、帝制国家権力の構造は、(中略) 官僚機構と(中略) 帝権とから成り立っている。帝権は直接には官僚機構を支配するだけで、直接人民を支配するのは官僚機構である。故に、(中略) 帝権の支配意図が帝権と人民との間に介在する官僚機構の恣意により歪められたりはぐらかされたりして、不正確・不十分にしかまたは全く人民にとどかない、という事態を防ぐために、官僚機構の恣意的活動を禁止しその活動をすべて嚴格に帝権の制定する成文法規に基づかしめねばならない。これが国家権力の自己拘制としての法治主義であり、その一環たる罪刑法定主義なのである。」(前掲、四十八頁)

イ 皇帝は法に従わなくてもよいから、とする説に対して

滋賀秀三「清朝時代の刑事裁判」(一九六〇年初出、『清代中国の法と裁判』所収、創文社、昭和五十九年。七十七頁)は、「法は皇帝を支配しない。逆に皇帝が法を支配していたのである。この意味においては、中国には罪刑法定主義は存在しなかったと言いきることができるとする。」とする。

瀧川政次郎「律の罪刑法定主義」(『日本歴史』第一八五号掲載、昭和三十八年。三頁から四頁)は、「東洋に起っ

た律の罪刑法定主義なるものは、君権の確立とその永続とを目的とする法家の思想より出たものであつて、人權の擁護などは、最初から考えの中に入っていない。君権を確立するためには、君臣の別を明かにし、君は臣に対して命令するもの、臣は絶対的に君命に服従するものとしなければならない。故に秦漢以来、法家の思想によつて治められる中国の国家においては、君主の命令である法令は、臣民の守るべきものであつて、君主は法の規制に拘らない。(中略) 西洋の法治主義にあつては、国家の主権者である帝王も(中略) 法の支配に服する。故にヨーロッパ近代の罪刑法定主義は、人權の保障たり得るが、東洋古代の罪刑法定主義は、人權の保障たり得ない。人民は法によつて処罰されなくとも、帝王によつて処罰されることがあり得るからである。」と述べている。

また、竹内正「律および大赦についての一考察(一)」(『刑法雜誌』第十四卷第一号掲載、一九六五年。五十二頁から三頁)は、唐断獄律の「制勅もて罪を断じ、時に臨んで処分し、永格と為さざる者は、引きて後比と為すを得ず。」という条文を継受した、日本の養老断獄律の条文を掲げて、「これによると、天皇だけは断罪について、律があつても律をこえて「臨時処分」を為すことができるのであつて、天皇は、どのようにその処罰権を行使することも可能であることになる。この規定の存在について、律に罪刑法定主義の原則が採用されているとする立場では、従来から何故か沈黙を守つている。一体、罪刑法定主義の原則は「君主の処罰権」とは無関係であるとも考えられているのであろうか。今日の意味における罪刑法定主義の原則は、(中略) 元来、君主(国王)の処罰権の制限として成立したものであることが想起されるべきである。」と述べる。

確かに、唐名例律、十恶反逆縁坐条の疏に「非常の断、人主これを専らにす。」とあるように、皇帝が法律に従わないことを律は許していた。しかし、だからと言つて皇帝は、自分の都合で法律に従わず、人民の利益を侵害するこ

とを許されていたわけではない。瀧川論文は「秦漢以来、法家の思想によって治められる中国の国家においては」と記すが、遅くとも後漢以降の中国では、儒教が国家宗教であったのであり、皇帝も「礼」に従わなければならないかった。「礼」とは、「五経」と総称される儒教の古典から導き出される倫理規範である。礼の規範の一つに「信」がある。「信」とは約束を守ることである。皇帝が法律をひとたび天下に発布したからには、将来に向かって改正するのはかまわないが、過去に遡って法律に従わない命令を下すのは、「信」に背き、礼に違ふるまいである。皇帝は、礼に従わなければならないことによって、自分が制定し発布した法律にも従わなければならないのである。

ということとは、皇帝が法律に従わずに「時に臨んで処分」し、「非常の断」を専らにすることができるとは、「信」に背かず、礼に違反しない範囲に限られていたことになる。恩赦など、対象者の利益になる処分であれば、礼に違反しないであろう。皇帝が、礼に違反しない範囲で、法律に従わない処分を行っても、対象者の不利益になることはないのであるから、皇帝が法律に従わないことを律が許しているからと言って、中国に罪刑法定主義が存在しなかったことにはならないのである。

ウ 類推解釈を許すから、とする説に対して

中田薫述・石井良助校訂『日本法制史講義』（創文社、昭和五十八年）「日本公法法制史」は、日本の養老律について、「律の適用に付ては断獄律に断罪皆須引律令格式正文とある。一見して罪刑法定主義なるが如く思はれるが各条に付て類推解釈を許したのみならず」（二〇三頁）云々と述べている。「日本公法法制史」は中田薫の大正十年度東京大学講義録である（同書あとがき）。

瀧川政次郎「律令制度概説」(昭和八年初出、『日本法制史研究』所収、名著普及会、昭和五十七年。一四二頁)も、日本の養老律について、「律が近世的な罪刑法定主義を採つたものと速断してはならない。何となれば、(中略)律は刑罰法規に關しても、広く類推解釈を適用することを是認してゐる。」と述べ、根拠として、唐賊盜律、祖父母夫為人殺条疏の「金科、節制無しと雖も、亦た須らく比附して刑を論ずべし。」という文を継受した養老賊盜律、私和条の疏文を挙げてゐる。

また、仁井田「唐律における通則的規定とその来源」(前掲)は、「唐律の中にも、法律の適用に關して或る程度の類推解釈を許容する規定がある。」(一七五頁)として、名例律、斷罪無正条条の「罪を斷ずるに正条無く、其れ応に罪を出だすべき者は、則ち重きを挙げて以て輕きを明らかにし、其れ応に罪に入るべき者は、則ち輕きを挙げて以て重きを明らかにす。」という条文を示して、「唐律はけつして嚴格な意味の法定主義を貫こうとしたのでない」(一七六頁)と述べる。ただし、瀧川「律の罪刑法定主義」(前掲、六頁)は、唐名例律、斷罪無正条条と同文の養老名例律、斷罪無正条条について、「これは法律解釈学の上で、勿論解釈、况哉解釈等と呼ばれてゐるものであつて、類推解釈ではない。勿論解釈は、論理解釈の一種であつて、ヨーロッパの罪刑法定主義の下においても許される。」と述べてゐる。

律が類推解釈を許しているから中国に罪刑法定主義は存在しなかつたとする説に対して、沢登前掲論文は「古代中国・日本の刑法が類推を認めてゐると言つても、全く恣意的で無根拠な類推を認めてゐるわけではなく、別に定める類推基準や他の法令(中略)に基くべきことを要求しており、(中略)ナチス刑法二条の類推容認規定の如きものは同日に論ずべきでない。」(五十三頁から四頁)と反論してゐる。

そもそも、類推解釈の禁止は、罪刑法定主義が成り立つために絶対に必要な条件ではない。植松正「罪刑法定主義」(日本刑法学会編『刑法講座』第一卷所収、有斐閣、昭和三十八年)は、「今日でも、多くの著書・論文に、罪刑法定主義のために類推解釈の禁止が絶対的のものであるかのように記述されていることは、周知のとおりであるが、その同じ著述においても、いわゆる拡張解釈は許すとするのが通例であるばかりでなく、その他の点においても、実質上は、ある限度内において類推解釈を許容しているのであり、また、それが正しいのである。」(三十七頁から八頁)、「実質的な意味で、刑法上類推解釈を絶対否定することは、かつての啓蒙期においてならばいざ知らず、今日では認められない。解釈は成文に根拠を置き、合目的に、しかも論理必然的な限度内という制約のもとになされなければならないが、その限度(中略)を守るかぎり、刑法においても、類推解釈は許されなければならない。」(二十八頁から九頁)、「一般にドイツの学界は類推禁止ということをやかましく言う傾向があるが、フランス、スイス、イギリス、アメリカなどは、それほど窮屈には考えていない。なによりも合目的解釈を尊重する念慮が大きい。わが刑法学界はドイツの刑法理論の影響の強いところへ、敗戦後の反動も加わって感傷的人権思想を生じ、目下のところ罪刑法定主義のやや極端な強調がなされているかに見える。」(四十一頁)と述べている。

フランスの刑法学界で類推禁止がやかましく言われていないのであれば、中国の律が、沢登論文が述べるように「恣意的で無根拠な類推を認めているわけではな」い限り、律が類推解釈を許しているから中国に罪刑法定主義は存在しなかった、と主張するのは不公平であろう。

工 律に不応為条が置かれているから、とする説に対して

唐律の雑律に「応に為すを得べからずして之れを為す者は笞四十。(本注。律令に条無きも、理として為す可からざる者を謂う。) 事理の重き者は杖八十。」という条文が置かれている。この条文は明律及び清律にそのまま引き継がれている。律その他の成文法の中に、罪になる行為としてあらかじめ定められてはいない行為であっても、その行為が道理から見て行つてはいけない行為であれば、その行為を行つた者に笞四十を科する。その行為の情状が比較的悪質であれば、杖八十を科する、という意味である。

仁井田前掲論文(一七六頁)は、このような条文がある以上、「唐律はけつして厳格な意味の法定主義を貫こうとしたのでないことは明瞭であり、よくいえば裁判の拘束を生じないようにするゆとりをそこに存しようとしている。しかし悪くいえばそれこそそれは擅断主義への入口となる。」と述べている。河合篤編訳『支那法の根本問題』(教育図書、昭和十七年)第三篇第三章第二節の編訳者注⑨は、律の不応為条は「近代刑法上における罪刑法定主義とは正反対な思想に出た規定である。」(二〇〇頁)とする。律に不応為条が置かれているから中国に罪刑法定主義は存在しなかった、とする意見は数多く見られる。

このような意見に対して、中村茂夫「不応為考」(『金沢法学』第二十六卷第一号掲載、昭和五十八年)は、「罪刑法定主義なるものを形式的意義において捉えて、犯罪と刑罰との法定を求める原則、つまり成文法規定主義と解し、就中そこでは構成要件が明確に輪郭づけられ、裁判官が刑罰法規に厳重に拘束されることを要件とするものと見るならば、伝統中国刑法は(中略)右の要件を充分備えるものであった。」(二十五頁)、「構成要件が個別的・具体的であるか概括的・抽象的であるか、また、裁判官の自由裁量が認められなかったか、それとも大幅に認められたかの点に

限つて見れば、伝統中国刑法は我が現行刑法とは著しく対蹠的な性格を持つものであり、罪刑法定主義を前述したような意義で捉える限り、旧律は我が刑法よりもむしろその要件を備えるものであったと言える。」(二十六頁)と論じた上で、「旧律にあつては、可罰価値の同じ行為を広範囲に包含するような犯罪類型の構成は出来ていない。比附・不応為はかかる法の構造上已むを得ざる法技術であつたに過ぎず、法の正条に載り切らない事案に対して補充的に用いられたものである。従つて、比附・不応為を先の意味での罪刑法定主義の否定的乃至不明確化の要因とまでは言えない。」(二十六頁)と述べる。

不応為律は、犯罪類型を示すことを拒否してはならず、できれば一々犯罪類型を示したいのであるけれども、きりがないのであきらめておいてだけであり、しかも、為すべからざる悪事に対して、笞四十か杖八十かどちらかの刑しか当てはならない、と定めているのであるから、罪刑法定主義に反する条文ではないのである。

オ 人民が官吏の恣意的な裁判から保護されるのは反射的な効果にすぎないから、とする説に対して

瀧川政次郎「律の罪刑法定主義」(前掲、四頁)は、「ヨーロッパの罪刑法定主義と律の罪刑法定主義と(中略)相似たところは、裁判官が刑法典の条文を引用して判決を書くことを義務づけられているということである。この一致した裁判官の義務づけによって、前者は人民の権利として公正な裁判を受ける利益を享有し、後者は反射的に官吏の恣意的な裁判を受ける不幸から免れることができた。」と述べている。平野竜一「刑法の基礎④」(『法学セミナー』一九六六年七月号掲載、二十七頁)も、唐律の罪刑法定主義は「国王が自分の命令に従わない裁判官を取り締らうとしたものであつて、その反射的な効果として国民の自由が護られることになるかもしれないが、思想的には近代的な

罪刑法定主義とはちがったものである。」とする。

また、中村茂夫「不応為考」（前掲、二十七頁）は、「罪刑法定主義をその本質的意味で考える限り、帝政中国にあつては、法は凡て皇帝に発し、官僚の執務の準則であり、刑法は官僚に裁判の基準を与えるものであつて、人民が法を盾にとつて権利を主張出来るというものではなかつたから、——よしんば人民は間接的・反射的に官僚の擅断を免れ得たという面は見られたとしても——改めて説明するまでもなく、この主義は存在しなかつた。従つて、私見では、もともと「罪刑法定主義」なるものは、伝統中国刑法の中には求められないということになる。」と述べる。

しかし実は、法律は官吏の横暴な処分から人民を守るための手段である、という思想が法家思想の中に存在し、その思想は儒家思想に取り入れられて、国家公認の思想となつたのである。『商君書』定分篇に次のように記されている。

「法令の内容を知ろうとする官吏や民は皆、法官に質問します。故に天下の吏民は、法を知らない者はいません。官吏は、民が法令を知っている、ということをはつきりと知っています。故に官吏は違法な処分を民に加えようとはしません。（中略）官吏が違法な処分を民に加えようと、民は法官に質問します。法官はただちに、法が定める罪を民に告げます。民はすぐさま法官の言葉を正しく官吏に告げます。官吏は処分が違法であることを知ります。故に官吏は違法な処分を民に加えようとはしません。（中略）法令は民の命です。政治の根本です。民を守る手段です（原文。法令者、民之命也。為治之本也。所以備民也。）」

ここには、法律を公開して、人民が法律を盾に取つて官吏の横暴から身を守ることができるようになる、という思想が表明されている。『商君書』のこのような思想について、エスカラ「法に関する支那的觀念」（河合篤編訳『支

那法の根本問題』所収、前掲、一四七頁)は「極めて獨創的な思想」と評している。清水潔『商子』(中国古典新書、明德出版社、昭和四十五年。二二六頁)は、「法令は民の命なり。治を為すの本なり。民に備ふるゆゑなり。」という商鞅の立言は、現代の民主国家において、はじめて、最もよく生き、また最もよく理解できる言葉である。法律は権力者の武器ではなく、人民の生活を守るためのものでなくてはならないのである。」と賞賛している。

法律をあらかじめ作って公開し、人民が官吏の横暴から身を守ることができるようになる、という思想は、儒家の思想に取り入れられた。『春秋左氏伝』昭公六年三月条に附された孔穎達の「正義」に次のように記されている。

「魏の李悝は『法経六篇』を作り、漢の蕭何は『九章律』を造り、天下に頒ち、人民に揭示しました(原文。懸示兆民)。秦漢以来、この方法を変えることができません。今の目で見ますと、一日たりとも「律」が存在しないわけにはいかないのです。(中略)これには訳があるのです。(中略)秦漢以来、天下が一つになりました。各地方の長官は任期ごとに交代し、その民は、昔と違って、自分が所有する大切な民ではありません。(中略)漢代には、「酷吏」が重い刑罰に頼って政治を行いました。(中略)もし、残酷な官吏が民を死刑にしたり、釈放したりするのにまかせるならば、必ず残酷な官吏は、自分の喜怒哀楽の感情で常識的な判断を変え、自分の愛憎の感情で穏当な判断を改めるでしょう。ですから、法律を定め、法典の形に整理して、人民に宣示して、それを行用しないわけにはいかないのです。」

人民が法律を盾に取ることができる、とは明記されていないけれども、人民に対する官吏の横暴を防ぐために、あらかじめ法律を定め、人民に公開する、と記しているのであるから、当然そういう趣旨であろう。そして、孔穎達の『五経正義』は、唐永徽四年(六五三)に科挙の明経科の試験の採点基準と定められた『旧唐書』卷四)から、官

吏の横暴から人民を守るために法律をあらかじめ制定して人民に公開する、という思想は、この時に唐朝公認の思想となったのである。

三 不存在説の心理

以上、中国に眞の罪刑法定主義が存在したことを説明した。岡野「中国古代法の基本的性格」（前掲、四十頁から四十一頁）は、「高度に発達していた唐律は、何故、ヨーロッパ近代法の如き法を生み出すことができなかつたのだろうか。」と問題提起しているが、この文言を借りれば、唐律こそ既に「近代法」であつたのである。

それでは、小野清一郎という一流の刑法学者が、唐律の罪刑法定主義は立派な罪刑法定主義であると保証しているにもかかわらず、また、中国の法思想に興味がある人なら誰でも必ず一読しているはずの『商君書』の「法令は民の命なり。」という一句を揃いも揃つて見落としてまで、中国には眞の罪刑法定主義は存在しなかつた、とする意見が跡を絶たないのはなぜであろうか。

沢登前掲論文（五十四頁注1）は、「思うに、通説（中国に罪刑法定主義が存在しなかつたとする説。佐立注）が生まれる原因の一半は、西洋近代文化のあらゆる面における先進性とそれに比較した場合の東洋の後進性という、西洋人の唯我独尊および東洋文化への無知から来る無根の神話を、明治維新以来培われ敗戦によつて決定的となつた日本人の西洋文化崇拜心が、殆ど無批判に受け入れた所に潜んでいる。」と考察している。しかし、「西洋文化崇拜心」が原因である場合もあるであろうが、唐律を高く評価する人達までもが、中国に罪刑法定主義は存在しなかつたと主張するのである。

おそらくは、西欧流の刑法を採用した先人達の努力、それを維持しつつある自分達の努力が無駄であった、無駄であるとは思いたくない、という潜在意識が原因ではなからうか。我が国は明治期に、養老律から新律綱領に引き継がれた中国流の刑法を捨てて西欧流の刑法に切り換えた。これは、不平等条約の改正という外交上の目的を果たすためには意味があったかもしれないけれども、我が国の社会にとって最もふさわしい刑法はどのようなものであるべきか、という見地から言えば、新律綱領のような中国流の刑法を社会の発展に応じて改善したものを用いることに何ら問題はないのである。唐律の完成度の高さを知っている人ほど、このことがわかるので、せめて律の擬似罪刑法定主義は西欧の真の罪刑法定主義とは異なる、ということにしておかないと、我が国が西欧流の刑法を採用したことが、間違いであったということにはならないにしても、採用しなくてもよかつたという点で無意味であったことになってしまふ、と潜在意識が働くのではなからうか。

中国流の刑法を捨ててしまったのは今さら取り返しがつかないけれども、せめて事実を直視して、正しい知識を後世に伝えたいと思う。