

中華人民共和国の犯罪体系の起源

孫 文*

目 次

はじめに——研究の背景および目的	
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（А.А.Пионтковский）の犯罪構成理論	
第三節 トライニン（А.Н.Трайнин）の犯罪構成理論	
第四節 小 括	
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（В. Спасович）の犯罪構成理論	
第三節 キスチャコフスキー（Кистяковский А. Ф.）の犯罪構成理論	
第四節 タガンツェフ（Таганцев Н.С.）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	
結びにかえて	

はじめに——研究の背景および目的

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）を廃止したのをはじめ、

* 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

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、中国刑法学の研究は中華民国時代のドイツや日本から受けた理論の影響を完全に排除するものとなり、その結果、理論の全面的なソビエト化が始まった¹⁾。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ったため、1949年から1978年までの約30年もの長い間、中国において「法典としての刑法」は実質上存在しなかった。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纂された『ソビエト刑法総論』²⁾が中国語に翻訳、出版された。この教科書は「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「四要件の犯罪構成理論」を採用した、中国で出版された最初の体系書であり、中国の犯罪論研究に深い影響を与えた。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ったため、刑法学の研究はそれに続く「文化大革命」が終わるまで停滞した。その間、トライニン（А.Н.Трайнин 1883-1957）の『犯罪構成要件の一般理論』³⁾が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、この時点では、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。

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意識的に中華民国時代の刑法学を無視し、「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

1) 中華民国時代の犯罪体系について、拙稿「中華民国時代の犯罪体系」立命館法学2018年第1号255頁以下参照。

2) ソビエト司法部全ソビエト法学研究所（主編）彭仲文（訳）『蘇聯刑法総論』（1950年）。

3) А.Н. トライニン（著）薛秉忠・盧佑先・王作富・沈其昌（訳）『犯罪構成的一般学説』（1958年）。日本では、井上祐司「ア・エヌ・トライニン『犯罪構成要件の一般理論』」法政研究25巻1号（1958年）85頁以下で紹介されている。

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批判と挑戦は止むことがない。特に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ったため、80年代の半ばから日本やドイツなどの諸外国からの刑法学が再び、徐々に中国の刑法学に影響を与えはじめた。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「四要件の犯罪構成理論」と互角といえる状況となっている。

このような背景の中で、中国では伝統派刑法学者（つまり「四要件の犯罪構成理論」を支持する学者）と独日派刑法学者（つまり「段階的な犯罪論体系」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。しかし、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必ずしも一致していないため、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、中国におけるこれらの概念および犯罪論体系の歴史的起源を探求し、これらの概念および体系の意味を再確認する必要があると考えられる。

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、まず、中華人民共和国初の刑法典の立法経緯を紹介し、また、それと関連するこの1979年刑法典時代の犯罪体系を概観する。その上で、このような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、最後に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探求したうえで、中華人民共和国の犯罪体系の起源を究明したいと考える。

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

前述したとおり、1949年に中華人民共和国が誕生して以降、共産党政権

は国民党政権が作った中華民国時代の「六法全書」などの代表的な法律をすべて廃止した。また刑事裁判においては、中華民国時代の法理条文を引用することすら禁止した。中華人民共和国の最初の刑法典は1979年に作られたもので、それまでの30年の間に、社会主義改革運動のために刑事実体法として役割を果たしてきたのは、いくつかの単行刑罰法規であった。例えば、1950年に制定された「アヘン麻薬厳禁通令」、「貴重図書文化財輸出禁止暫定条例」、1951年に制定された「反革命処罰条例」および「国家通貨妨害行為処罰暫行条例」、1952年に作られた「汚職処罰条例」などがあった。単行刑罰法規の射程範囲はあまり広くないので、刑事事件の処理は基本的に行政府の政策に従っていた。

しかし、その30年の間に、中国政府が刑法典の制定作業をおよそしていなかったというわけではない。すでに1950年に、刑法典草案の制定作業は開始されていた。当時の中央人民政府法制委員会は、中華民国時代から残った当時の法律専門家の陳瑾昆、蔡枢衡などを集めて法律草案を作らせた。この法制委員会は旧ソ連、フランス、ドイツ、アメリカなどの諸外国の刑法典の翻訳から着手し、相次いで二つの刑法草案を起草した。第一の草案は、1950年7月25日の「中華人民共和国刑法大綱草案」であり、合計12章157条（総則33条、各則124条）から成るものである。第二の草案は、1954年9月30日の「中華人民共和国刑法指導原則（初稿）」であり、前書きを除いて合計3章76条（第一章：犯罪7条、第二章：刑罰19条、第三章：いくつかの種類の犯罪の量刑規定50条）からなるものである。しかし、この2つの草案のいずれも社会に公開して民衆の意見を聴取されることはなく、立法手続きに入ることもなかった⁴⁾。

1954年9月に開催された第1次全国人民代表大会（以下「全人代」と略記する）第1回会議は、中国の初めての憲法および5つの組織法⁵⁾を可決し

4) 高銘喧『中華人民共和国刑法的孕育誕生和發展完善』（2012）前言1頁。

5) これらの5つの組織法は、それぞれ、「中華人民共和国全国人民代表大会組織法」、「中華人民共和国国務院組織法」、「中華人民共和国人民法院組織法」、「中華人民共和国人民

た。その後、刑法の起草業務は、正式に全人代常務委員会弁公庁法律室が責任を負うことになっていた。法律室は、1954年10月からドラフトを作成し始め、1957年6月28日までに、既に第22稿をドラフトし完了させた。同ドラフトは、中共中央法律委員会、中央書記処の審査・修正を経たうえで、全人代法案委員会で審議をされ、かつ、第1次全人代第4回会議で代表全体に配布されてコメントを募集した。同会議は、さらに以下のとおり議決した。全人代常務委員会が人民大会代表およびその他の方面から提出された意見に基づき、第22稿を修正したうえで、草案として公布し試行することを授権した⁶⁾。

これについて議決もなされ、公衆意見の募集も行われたものの、刑法典草案は公布されなかった。その原因は、以下のとおりである。1957年下半年から「反右派」闘争⁷⁾が始まり、様々な名目での政治運動も行われ、それが立法業務に重大な影響を与えたため、その後のほぼ4年の間、刑法典の起草業務も中止を余儀なくされた。1961年10月に刑法典草案に関する一部の審議会がようやく再開された。1962年5月から、刑法典草案第22稿が全面的に修正された。その際、複数回の重大な修正および意見募集を経たうえで、その中には、中央政法グループによる数回の会議での審査修正も含まれているが、1963年10月9日付で、第33稿のドラフトを完了させた。但し、間もなく「四清」運動⁸⁾が行われ、続いてまた10年にわたる「文化大革命」⁹⁾が始まった。このような猛烈な政治運動の衝撃の下、刑法典草案

ㄨ 検察院組織法」と「中華人民共和国地方各級の人民代表大会と地方各級の人民委員会組織法」である。

6) 高・前掲(注4)前言1～2頁。

7) 1957年に中国で行われた中国共産党に反対するブルジョア右派分子を摘発する階級闘争である。

8) 文化大革命の前奏曲となった、1962年冬から66年春にかけて行われた中国の総点検運動である。当初、「四清」とは、人民公社の帳簿、倉庫、財産、労働点数の4点を清めることであった。その後、毛沢東は、「四清」を政治、経済、組織、思想の四つを清めることに拡大した。

9) 毛沢東が発動した、1966年夏から10年間にわたって繰り広げられた熱狂的な大衆政治

第33稿の改訂作業は、中断された¹⁰⁾。

「四人組」が倒された後、1978年2月26日から3月5日までの期間に行われた第5次全人代第1回会議は、法制業務を徐々に重視し始めた。1978年の中国共産党第11期中央委員会第3次全体会議において、「社会主義民主と法政の建設を進めよう」という提案がなされた¹¹⁾。これを受けて、その後すぐ、中央政法グループがリーダーシップをとり、刑法草案修正グループを組織し、第33稿を修正し、前後して2つのドラフトを作成した。1979年2月下旬から、全人代常務委員会法制委員会の成立が宣告された。3月中旬から、刑法典草案は、第33稿を元に、新たな情況、新たな経験および新たな問題を踏まえながら、関連中央部門の意見を募集したうえで、大きく修正し、相次いで3つのドラフトを作成した。第2番目の原稿は、5月29日に中共中央政治局により原則として可決され、その後法制委員会の全体会議および第5次全人代常務委員会第8回会議で審議されたうえ、第5次全人代第2回会議の審議のために提出された。審議においてさらに一部の修正および補充が行われ、最終的に7月1日に全会一致で可決された。29年も経て、37のドラフトを次々に改訂し、ようやく1979年7月6日に中国初の刑法典が正式に公布され、翌1980年1月1日より施行されたのである¹²⁾。

1979年刑法典は、1949年に建国して以来の初の刑法典として、刑事立法の不毛を打ち破ったことから見れば、確かに画期的な意味を持っていた。だが、当時の歴史的條件や立法経験の乏しさのために、全体の体系性およ

ゝ運動である。

10) 高・前掲（注4）2頁。

11) 葉劍英が会議で示した「憲法の修正に関する報告書」では、「我々は、なお新憲法に基づき、各種法律、法令および各方面の業務条例、規則制度を修正し制定しなければならない」と指摘されていた。特に、鄧小平の1978年10月の談話では、「過去の『文化大革命』の前、かつて刑法草案を行ったことがあり、複数の修正を経て公布しようとした。しかし、『四清』のため一旦放っておいてしまった。」が、現在、「機構を設立し、一部の人を集めてこの面での問題に関する研究を着手させ、関連法律を起草することが非常に必要である」と具体的に指摘された。（高・前掲（注4）前言2頁から引用した）。

12) 高・前掲（注4）2頁。

び立法技術において多少不十分なところが存在していた。このため、79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。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。このような1997年の中国現行刑法典の立法に至る経緯については、別稿で検討する。以下では、1979年刑法典において、立法当時に論争になった幾つかの総則規定の立法経緯を具体的に検討する。

第二節 「1979年刑法典」の総則規定に関する立法の論点

本研究においては、これまで紹介したように、1979年刑法典が制定される過程において、第22稿と第33稿が重要な意味を持つと思われる。そのため、以下では第22稿、第33稿、1979年刑法典の3つを、(1) 犯罪の概念、(2) 刑事責任能力、(3) 犯罪の予備と犯罪の未遂、(4) 共犯という4つの立法当時に論争された規定について比較検討する。

(1) 犯罪の概念（1979年刑法典第10条）

第22稿	第九条 すべての労働者階級の指導する人民民主独裁制度に危害を加え、社会秩序を破壊し、社会にとって危害のある、法律によって刑罰を受くべき行為は、すべて犯罪である；但し情状が著しく軽微で危害の大きくないものは、犯罪としては処分しない ¹³⁾ 。
第33稿	第十条 労働者階級が指導し、労働者農民同盟を基礎とする人民民主独裁制度に危害を加え、社会主義革命と社会主義建設を破壊し、社会秩序を破壊し、国家所有と集団所有の公共財産を侵害し、公民所有の合法財産を侵害し、公民の人身および其の他の権利を侵害し、ならびに其の社会に危害を及ぼす行為で、法律によって刑罰を受くべき行為は、すべて犯罪である；但し情状が軽微で危害の大きくないものは、犯罪としては処分しない ¹⁴⁾ 。

13) 趙秉志『新刑法全書』（1997）1449頁。

14) 趙・前掲（注13）1468頁。

1979年 刑法典	第十条 国家の主権と領土の保全に危害を及ぼし、プロレタリア階級独裁制度に危害を及ぼし、社会主義革命と社会主義建設を破壊し、社会秩序を破壊し、全人民所有の財産または勤労大衆による集団所有の財産を侵害し、公民の私的所有の合法的な財産を侵害し、公民の人身の権利、民主的権利およびその他の権利を侵害し、更にその他の社会に危害を及ぼすすべての行為は、法律に基づいて刑罰をうけなければならないのであって、これらはすべて犯罪である。但し、情状が著しく軽微で危害の大きくないものは、犯罪とは認めない ¹⁵⁾ 。
--------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

1979年刑法典の条文からみれば、犯罪には次に掲げる3つの基本的特徴があると考えられる。

1. 犯罪は、社会を危害する行為である。
2. 犯罪は、刑罰法規に違反する行為である。
3. 犯罪は、刑罰を受けるべき行為である。

これら3つの基本的特徴が緊密に結合することにより、完全な犯罪概念が構成される。この概念は、実質と形式を両立させた概念であり、犯罪の階級性および国、人民、社会に対する危害性を暴き出し、同時に、犯罪の法的特徴も指摘するものとされている。それは、資産家階級刑法における犯罪の形式的概念、すなわち、犯罪の形式的特徴をもって犯罪の階級の実質を隠すこととは、根本的に異なっているというのである¹⁶⁾。

刑法起草検討の全過程において、1979年刑法第10条の中心的内容、すなわち、犯罪が社会を危害し、法により刑罰を受けるべき行為であることについて、争われたことは一度もなく、争論は、主として次に掲げる2点に集中していた。

第一は、社会危害性をどのように表記するか、簡単にするか又は詳細に記載するか、条項に列挙された犯罪侵害の客体が、刑法の任務を定める条項で列挙された保護対象と逐一对応する必要があるか。この問題について、これまでの各草稿では解決方法は異なっていた。第22稿の第9条では

15) 趙・前掲(注13)1507頁。

16) 高・前掲(注4)21頁。

比較的簡単に列挙されており、単に「すべての労働者階級の指導する人民民主独裁制度に危害を加え、社会秩序を破壊し(後略)」と言及されたに過ぎず、かつ、刑法の任務を規定する条項で列挙された保護対象とは一致しておらず、第1条刑法の任務では、「人民民主独裁制度」、「社会秩序」のほか、「公共財産」、「公民の人身と権利」、「国の社会主義改造と社会主義建設事業」も列挙されていた。第33稿の該当条項では比較的詳しく列挙されており、「労働者階級が指導し、労働者農民同盟を基礎とする人民民主独裁制度に危害を加え、社会主義革命と社会主義建設を破壊し、社会秩序を破壊し、国家所有と集団所有の公共財産を侵害し、公民所有の合法財産を侵害し、公民の人身および其の他の権利を侵害し(後略)」とされており、かつ、刑法の任務を定める第2条で列挙された保護対象と完全に一致している。「刑法」第10条は、第33稿の該当条文に基づいて修正されたものであり、さらに詳しく列挙され、国の主権と領土の保全を危害し、民主権利を侵害するなど内容が追記されたが、これは、第2条の列挙とは基本的に対応しているが、完全に一致してはいない。

第2は、本条の「但し書き」の表現をめぐる議論である。これは、一体、有罪と無罪の限界を決定するものなのか、それとも、処罰の成否の限界を決定するものなのか争われた。第22稿での表現は、「情状が著しく軽微で危害の大きくないものは、犯罪としては処分しない」とされ、第33稿では、「情状が軽微で危害の大きくないものは、犯罪としては処分しない」とされていた。現在の刑法の表現は、「情状が著しく軽微で危害の大きくないものは、犯罪とは認めない」とされている。このように、同条の「但し書き」の任務は、処罰の成否の限界ではなく、原則から有罪と無罪の限界を画するものである。また、そうでないと、第32条¹⁷⁾と区別しに

17) 第32条 犯罪の情状が著しく軽微で刑罰に処する必要があるものについては、刑事処分を免除することができる。但し、それぞれの事件の状況に基づいて、訓戒を与え、改悛の誓約、謝罪の表明若しくは損害賠償を命じ、又は主管部門により行政処分に処することができる。

くくなる¹⁸⁾。

(2) 刑事責任能力（第15条，第16条）

第22稿	<p>第十四条 自己の行為の是非を弁識し，または抑制することができないで危害を及ぼす結果を引き起こした精神病者は，刑事責任を負わない。但し，その家族または後見人に嚴重な看護と医療を命じなければならない。</p> <p>間歇性の精神病者が，精神が正常の時に罪を犯した場合には，刑事責任を負わなければならない。</p> <p>酩酊した者が罪を犯したときは，刑事責任を負わなければならない。</p> <p>第十五条 聾啞者が罪を犯したときは，処罰を軽くし又は軽減することができる¹⁹⁾。</p>
第33稿	<p>第十五条 自己の行為の是非を弁識し，または抑制することができないで危害を及ぼす結果を引き起こした精神病者は，刑事責任を負わない。但し，その家族または後見人に嚴重な看護と医療を命じなければならない。</p> <p>間歇性の精神病者が，精神が正常の時に罪を犯した場合には，刑事責任を負わなければならない。</p> <p>酩酊した者が罪を犯したときは，刑事責任を負わなければならない。</p> <p>第十六条 聾啞者が罪を犯したときは，処罰を軽くし又は軽減することができる²⁰⁾。</p>
1979年刑法典	<p>第十五条 自己の行為の是非を弁識し，または抑制することができないで危害を及ぼす結果を引き起こした精神病者は，刑事責任を負わない。但し，その家族または後見人に嚴重な看護と医療を命じなければならない。</p> <p>間歇性の精神病者が，精神が正常の時に罪を犯した場合には，刑事責任を負わなければならない。</p> <p>酩酊した者が罪を犯したときは，刑事責任を負わなければならない。</p> <p>第十六条 聾啞者または盲人の犯罪は，処罰を軽くし軽減または免除することができる²¹⁾。</p>

1979年刑法第15条は，第22稿と第33稿の該当条文の規定を完全に維持

18) 高・前掲（注4）21頁。

19) 趙・前掲（注13）1449頁。なお、「軽く」とは，法定刑の範囲以内で軽く処罰することをいう。「減輕」とは，法定刑の下限以下で処罰することをいう。

20) 趙・前掲（注13）1468頁。

21) 趙・前掲（注13）1507頁。

し、全く修正しなかった。

検討過程では、争いがあった問題は、以下のとおりである。

第一は、「精神病者」の後ろに「又はその他の病態を抱えた人」という文言を追記するか否かということである。具体的には、認知症、夢中遊行症、高熱による意識不明、病的酩酊ように罹病した人が、自分の行為を識別することができない又は抑制できない場合が想定された。しかし、条文上の「精神病者」を広い意味で理解することができ、「その他の病態」という言葉を追記する必要がないという理由から、このような追記は見送られた²²⁾。

第二は、精神病者に対し強制医療を規定する必要があるか否かということである。一部の学者は、単に「その家族または後見人に嚴重な看護と医療を命じなければならない」だけでは十分ではなく、「必要な場合、政府が強制的に医療を行う」と追記すべきであり、このように、個別に強制医療が必要となる場合でも、法的根拠が存在することになると主張した。検討を経た結果、個別の重篤な精神病者について、確かに管理を集中して強制医療を与える必要がある場合、家族が同意すれば、このように取り扱うことができ、それは特に何らかの法律に違反するものではなく、逆に、現実から見れば、法律上、この点に関する規定を明文に定めることは望ましくない、としている。医療機関（精神病院）が足りないため、法律規定が空振りになりやすく、逆に受動的になってしまう。同時に、明文に規定しないことにより、一部の精神病者の家族がこれに名を借りて自分の管理・教育責任を政府に押し付け、又は自分の管理・教育責任をおろそかにすることを避けることができる²³⁾。

第15条第3項は、「酩酊した者が罪を犯したときは、刑事責任を負わなければならない」とされている。酩酊をした人は責任無能力者に該当しておらず、酒酔の状態では通常はある程度自分行為への抑制能力が弱まっただ

22) 高・前掲(注4)24頁。

23) 高・前掲(注4)24頁。

けで、完全に抑制能力と識別能力を失うわけではない。さらに重要なのは、同条の規定があれば、このようなアルコール依存という悪習と闘うことを強化し、一部の人が酒の勢いを借りて発狂し、犯罪活動を行うことを予防することができるという論拠である²⁴⁾。

第16条は、「聾啞者または盲人の犯罪は、処罰を軽くし軽減または免除することができる」とされている。同条は、第33稿の相応条文と比べて、1つは、「盲者」が追記され、もう1つは、「処罰の免除」が追記された。出発点は、これらの人を寛大に取り扱うことである。これらの人は、責任無能力者には該当しないが、生理上重大な欠陥が存在するため、教育を受ける機会が制限され、物事を識別する能力が全体的に限定されていることから、彼らの犯罪について、「処罰を軽くし軽減または免除することができる」とすることは適切であり、同規定は、中国刑法の革命人道主義精神も体现しているとされる²⁵⁾。

第22稿では、第十五条のすぐ後ろにさらに、「第十六条 法律を知らずに罪を犯した場合には、刑事責任を免除してはならない。但し、情状に応じて、軽きに従い処罰し、又は処罰を減輕することができる。」という、法律を知らずに犯罪した場合の規定も存在していた。第33稿では、同条が削除された。これは、実務では、犯罪者が法律を知っているか否かについて、弁別することが困難であるという理由からである。また、同条を削除することで一部の犯罪者がすきに乗じることを避けることができる。但し、行為者が確かに法律を知らないためある罪を犯したと判明した場合、ある程度宥恕すべき事情があるので、人民法院は、事情を斟酌して寛大に取り扱うことができるとされている²⁶⁾。

24) 高・前掲（注4）24頁。

25) 高・前掲（注4）25頁。

26) 高・前掲（注4）25頁。

(3) 犯罪の予備(第19条), 犯罪の未遂(第20条)

第22稿	<p>第十九条 犯罪のために道具を準備し、条件を作るものは犯罪の予備とする。予備犯については、既遂犯に照らして処罰を軽くし又は軽減することができる。</p> <p>第二十条 既に犯罪の実行に着手し、犯罪者の意思以外の原因により未遂になった場合は、犯罪の未遂とする。</p> <p>未遂犯については、既遂犯に照らして処罰を軽くしまたは減輕することができる²⁷⁾。</p>
第33稿	<p>第十九条 犯罪のために道具を準備し、条件を作るものは犯罪の予備とする。</p> <p>予備犯については、既遂犯に照らして処罰を軽くし、軽減または免除することができる。</p> <p>第二十条 既に犯罪の実行に着手し、犯罪者の意思以外の原因により未遂になった場合は、犯罪の未遂とする。</p> <p>未遂犯については、既遂犯に照らして処罰を軽くしまたは減輕することができる²⁸⁾。</p>
1979年 刑法典	<p>第十九条 犯罪のために道具を準備し、条件を作るものは犯罪の予備とする。</p> <p>予備犯については、既遂犯に照らして処罰を軽くし、軽減または免除することができる。</p> <p>第二十条 既に犯罪の実行に着手し、犯罪者の意思以外の原因により未だこれを遂げていないものは、犯罪の未遂とする。</p> <p>未遂犯については、既遂犯に照らして処罰を軽くしまたは減輕することができる²⁹⁾。</p>

1979年刑法第19条は、第33稿の該当条文の規定を維持しており、第22稿での同条と比べると、予備について「処罰の免除」という内容のみが補充された。第20条の犯罪の未遂では「(略)により未遂になった場合」を「(略)により未だこれを遂げていないもの」に修正しただけで、その他

27) 趙・前掲(注13)1449頁。

28) 趙・前掲(注13)1468頁。

29) 趙・前掲(注13)1507頁。

は、第33稿の該当条文の規定を維持した³⁰⁾。

(4) 共 犯

第22稿	<p>第二十二条 共同犯罪とは二人以上共同して故意による罪を犯すことをいう。二人以上共同して過失による罪を犯したときは、共同犯罪として論じない。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。</p> <p>第二十三条 共同犯罪には、正犯、教唆犯および幫助犯を含む。</p> <p>第二十四条 直接犯罪を実行した者は、正犯である。</p> <p>正犯については、本人が犯罪において果たした役割に基づいて処罰する。</p> <p>第二十五条 他人を教唆して罪を犯させた者は、教唆犯である。</p> <p>教唆犯については、本人が教唆した罪に基づいて処罰する。もし教唆された者が、教唆された罪を犯さなかった場合は、教唆犯に対して処罰を軽減しまたは免除することができる。</p> <p>十八歳未満の者を教唆して罪を犯させた者は、重く処罰する。</p> <p>第二十六条 道具の提供により又はその他の方法で他人が罪を犯すのを幫助した者は、幫助犯である。</p> <p>事前に共謀して犯罪者にかくまい又は犯罪者のために犯罪の証拠を毀棄、隠匿した者は、幫助犯である。</p> <p>幫助犯については、正犯に比べて処罰を軽くし又は軽減しなければならない。</p> <p>第二十七条 脅迫、欺罔されて犯罪に参加した者については、その者の犯罪の情状に応じて、処罰を軽減し又は免除しなければならない³¹⁾。</p>
	<p>第二十二条 共同犯罪とは二人以上共同して故意による罪を犯すことをいう。二人以上共同して過失による罪を犯したときは、共同犯罪として論じない。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。</p> <p>第二十三条 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。</p> <p>主犯については、本法各則に規定のある場合を除いて、重く処罰しなければならない。</p>

30) 高・前掲（注4）26～27頁。

31) 趙・前掲（注13）1449～1450頁。

第33稿	<p>第二十四条 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、従犯とする。</p> <p>従犯については、主犯に照らして処罰を軽くし、減軽し又は免除しなければならない。</p> <p>第二十五条 脅迫、誘惑欺罔されて犯罪に参加した者は、その犯罪の情状に応じて、従犯に照らして処罰を減軽又は免除しなければならない。</p> <p>第二十六条 他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、重く処罰しなければならない。</p> <p>被教唆者が教唆された罪を犯さなかった場合は、教唆犯については、処罰を軽くし、軽減または免除することができる³²⁾。</p>
1979年 刑法典	<p>第二十二条 共同犯罪とは二人以上共同して故意による罪を犯すことをいう。二人以上共同して過失による罪を犯したときは、共同犯罪として論じない。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。</p> <p>第二十三条 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。</p> <p>主犯については、本法各則に規定のある場合を除いて、重く処罰しなければならない。</p> <p>第二十四条 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、従犯とする。</p> <p>従犯については、主犯に照らして処罰を軽くし、減軽し又は免除しなければならない。</p> <p>第二十五条 脅迫、誘惑欺罔されて犯罪に参加した者は、その犯罪の情状に応じて、従犯に照らして処罰を減軽又は免除しなければならない。</p> <p>第二十六条 他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、重く処罰しなければならない。</p> <p>被教唆者が教唆された罪を犯さなかった場合は、教唆犯については、処罰を軽くし、又は減軽することができる³³⁾。</p>

共犯の分類問題は、50年代、60年代の刑法草案を起草、修正する際激しく争われた1つの重要な問題であり、第33稿草案になってようやく決着し

32) 趙・前掲(注13)1468頁。

33) 趙・前掲(注13)1507頁。

た。しかし、第22稿草案と第33稿草案を比較すれば分かるように、条文の構造そのものには大きな変更があった。なぜそのような変更が行われたのかを解明するために、以下ではその理由について検討する。その際、各草案を起草するにあたり、諸外国の立法も参照されていたため、まず当時の諸外国の立法例を簡単に確認しておく。その後、草案の検討状況を確認することによって、なぜ第33稿草案のような構造となったのかを明らかにする。

① 立法例

ブルジョア刑事立法の中で、最初に共同犯罪の刑事責任について規定したのは1791年と1810年のフランス刑法典である。フランス刑法典は二分法を採用し、共犯を正犯と狭義の従犯に分けた。他人に犯罪を唆すことと他人の犯罪を手伝うことのいずれも狭義の従犯として処理される。教唆と幫助は独立の一種類として考えられていない。この分類方法はフランス刑法典に採用されている「共犯従属性」の原則に基づくものである。「共犯従属性」の原則とは、共犯の責任は実行犯の行為の性質と状況によって決められ、実行犯以外の共犯の行為は独立して存在する意味がないということである。言い換えれば、実行犯が犯罪を行った場合にのみ、その他の共犯者は刑事責任を負う。実行犯の行為が未遂犯の場合には、他の共犯者も未遂犯に対してのみ責任を負う。実行犯が自発的に犯罪を中止して処罰が免除された場合には、他の共犯者の処罰も免除される。従って、実行犯は正犯と呼ばれ、その他共犯者は狭義の従犯と呼ばれる。その後、ブルジョア国家の刑法は、さらに狭義の共犯から教唆犯を分離させ、一種類のものとして独立させた。これで、共犯は正犯、教唆犯、従犯の三種類に分けられた。これはブルジョア国家で通説となっている三分法である。例えば、1871年ドイツ刑法典、1907年日本国刑法典、1937年スイス刑法典はこのような三分法を採用した³⁴⁾。

34) 高・前掲（注4）29頁。

ソビエト刑事立法は最初から共犯を三種類に分けていた。すなわち、実行犯(また執行犯と訳す場合もある)、教唆犯、幫助犯である。その後、このような分類の方法は客観的な問題処理に満足しえないと思われていたので、多数の刑法学者は三種類の共犯以外に独立に組織犯の規定を置くべきだと主張していた。犯罪集団を組織、指導する犯罪活動は最も危険な犯罪の形式の1つだからである。このような犯罪活動には、組織犯は特別な地位を持ち、特別な役割を果たし、特に重大な社会危険性を有するので、厳しく処罰されるべきである。1958年12月に採択された「ソビエト各加盟共和国刑事立法綱要」では、共犯が四種類に分けられていた。すなわち、実行犯、組織犯、教唆犯、幫助犯である。1960年「ソビエト・ロシア刑法典」とその他の各加盟共和国刑法典は、すべてこの分類の方法を受け入れた³⁵⁾。

以上の分類以外に、ソビエトの刑法学者は、複数人が1つの犯罪を共同に行った場合に、普通各共犯者の罪の程度がそれぞれ異なると指摘した。裁判所は各共犯者の作用を明確にしたうえで、主犯と従犯を区別すべきである。すなわち、裁判所は罪責の認定と量刑をするときに、各共犯者が共同犯罪に果たした作用によって主犯と従犯を区別すべきであるとしたのである³⁶⁾。

旧中国³⁷⁾において、歴代の封建律法は常に共犯を首犯と従犯に分けていた。唐律には、「諸共犯者には、造意者が首であり、付随者が一等減輕される」と規定されている。明律と清律も同じ規定である。造意者は首犯とされ、その他の犯罪を実行した者が従犯とされるというのは、中国の封建統治階級が主張する「誅心」思想の現れである。中華民国時代の「暫行新刑律」は独、日などのブルジョア国家の三分法を採用し、共犯を正犯、造意犯、従犯三種類に分け、造意犯を「正犯の刑を科す」と規定した。中華

35) 高・前掲(注4)29頁。

36) 高・前掲(注4)29頁。

37) 1949年中華人民共和国が成立する前の時代をいう。

民国の1928年と1935年刑法はいずれも、「暫行新刑律」の規定を受け継ぎ、共犯を正犯、教唆犯、従犯の三種類に分けた。「造意犯」を「教唆犯」に改名する以外に、両者は「従犯」の定義に関して「暫行新刑律」と異なる。「暫行新刑律」は「犯罪行為が実行される前に正犯者を幫助した者は従犯である」と規定した。それに対して、1928年刑法典は、「正犯者を幫助した者は従犯である」と規定し、1935年刑法典は「他の犯罪者を幫助した者は従犯である」と規定した³⁸⁾。

② 草案の検討状況

全人代常任委員法律室が起草した最初の2つの草案（1955年1月10日案と1955年2月20日案）では、共犯は（組織犯と犯罪主要実行者を含む）主犯、教唆犯、従犯の三種類に分けられた。第2案（2月20日案）では、さらに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規定していた。その後、諸外国の立法例を参考して、組織犯の特別な危険性に配慮し、立法者は、第3案（1955年3月3日）から、共犯を組織犯、実行犯（正犯）、教唆犯、幫助犯の四種類に分けるという四分法を採用し、依然として脅迫されて犯罪に参加した者は共犯として処罰されないと考えていた。1956年2月1日草案は、脅迫されて犯罪に参加した状況を処罰減輕の1種類として「量刑」の節に置いていた。1956年11月12日の第13案は、また「共同犯罪」の節に、脅迫、欺罔されて犯罪に参加した者が共犯として処罰されないと規定した。1957年の前半になって、総則の中に組織犯の規定を置けば、組織犯の処罰範囲を拡大しやすいという懸念から、各則の関連条文のみに組織犯の法定刑を加重して規定するという方法で組織犯の適切な刑事処罰と組織犯処罰の不必要な拡大とのバランスを図るべきと立法者は考えるようになった。従って、1957年5月12日草案は、共犯の節から組織犯の規定を削除し、正犯、教唆犯、幫助犯の三分法を採用した。脅迫、欺罔されて犯

38) 高・前掲（注4）29～30頁。なお、中華民国時代の立法について、拙稿「中華民国時代の犯罪体系」立命館法学2018年第1号278頁以下参照。

罪に参加した者は依然として共犯として処罰されない。1957年6月28日第22案は三分法を採用し続け、脅従犯の条文から「共犯として処罰されない」という記述を削除したが、共犯の類型には脅従犯は含まれていない³⁹⁾。

1962年から1963年までの第22案に対する修正を検討するとき、共犯に関して、脅従犯を独立の条文として規定することについて意見の一致をみた以外、立法者は、以下のような5つの提案をしていた⁴⁰⁾。

分類法1、作用による分類

理由①：この分類法は中国の歴史的伝統と司法の慣習に適合している。

理由②：この分類法は犯罪者を区別して対応するという共産党と国家の政策および原則に適合している。作用の程度によって刑事責任と処罰の軽重が決定されるのは、弾力性があるということである。

理由③：犯罪者に対して主犯と従犯を区別して対応すれば、犯罪団体を分裂させやすい。

理由④：共犯を分類する主な目的は、共犯者各自の刑事責任を明確にし、量刑の個別化に有利にすることである。そして、社会的危険性の程度は彼らの各自の刑事責任そして量刑の重要な根拠である。

以上の理由から2つの分類が存在する。第一は、共犯を主犯と従犯に分けるものである。第二は、共犯を主犯、従犯、その他の積極的犯罪参加者(主犯と従犯の間に存在する一般犯)に分けるものである。

分類法2、共同犯罪における犯罪者のそれぞれの作業による分類

理由①：共同犯罪における犯罪者の作業は、共同犯罪における各類の共犯の地位およびその従事した活動を明確に示しており、つまり、彼らの各自の犯罪事実を説明している。また、各犯罪者の作用(役割)の大きさを判断するために、作業の犯罪事実を離れてはならない。

理由②：犯罪者の作業行為に基づき、論罪問題を比較的よく解決するこ

39) 高・前掲(注4)30頁。

40) 高・前掲(注4)30~32頁。

とができる。例えば、他人が人を殺すよう教唆することと本人が殺人を実行することについて、行為が異なっていることから、罪名も異なるべきである。後者は故意殺人罪であり、前者は、教唆殺人罪である。単純に作用により分類する場合、このような区別が現れない。または、他人が犯罪を行うよう教唆する場合、教唆対象となる者が教唆された罪を犯さないとき、教唆犯が教唆した罪について、教唆犯は、独立的に責任を負うべきであり、単純に作用により分類する場合、このような論罪問題を解決することができない。論罪問題は、非常に重要であり、「共同範囲」を、「刑罰の具体的な運用」ではなく、「犯罪」という章に入れる理由は、まず論罪問題を解決する必要があるからである。

理由③：作業による分類は、共同犯罪における複雑な状況を比較的良好に反映させ、主犯でない限り全て従犯となるという比較的大まかな分類方法を避けることができ、かつ、分類基準が一致している。作用分類に基づけば、教唆犯という種類が含まれていない。教唆犯の状況は極めて複雑であり、一律的に主犯に入れることができず、一律的に従犯に入れることもできない。主犯、従犯のほか、更に教唆犯という類を設ければ、同一の分類基準ではなくなり、論理上整合性が取れない。

前記の理由に基づき、次に掲げる表現が提案された。1番目の表現は、第22稿の規定を維持し、共同を正犯、教唆犯と幫助犯に分ける。2番目の表現は、実行犯、教唆犯、幫助犯と組織犯に分けるが、条項では「犯」という文字を使用せずに、単に「直接に犯罪を実行する者」、「他人が犯罪するよう教唆する者」、「他人の犯罪を幫助する者」等としか記載しない。

分類法3、作業による分類を主とする。

作業による分類を主として、組織犯、実行犯、教唆犯および幫助犯に分けており、かかる分類の基準の上、主従の分類も受け入れている。すなわち、組織犯は主犯であり、幫助犯は従犯であり、教唆犯につき、主犯であるかどうかを弁別する必要がある、実行犯につき、主犯、従犯又は一般犯のいずれであるかを判断する必要がある。このように前記の2種類の分類

方法のメリットを兼有し、論罪問題を解決するし、量刑問題も解決し、比較的全面的であると考えられる。

分類法4、作用を中心とする分類。

教唆犯につき論罪上確かにその特徴があることに鑑み、別途一条項を設けることが考えられる。分類基準が若干一致していないが、実際の需要が満たされれば、問題とは言えず、しかも、教唆犯は、形式上、主犯・従犯と異なっているが、実際にはなお共同犯罪において教唆犯が果たした作用に基づき処罰しなければならない。教唆犯の規定は、主犯・従犯の分類とは相容れないわけではない。

前記の理由に基づき、次に掲げる3つの表現が提案された。

- (1) 共犯を主犯、要犯、従犯、教唆犯に分ける。
- (2) 主犯、従犯、その他の積極的犯罪参加者、教唆犯に分ける。
- (3) 主犯、従犯、教唆犯に分ける。

分類法5、共犯を、集团的共犯と一般的共犯という2種類に分ける。

集团的共犯(例えば、反革命集団、密輸集団等)について、共同犯罪における犯罪者の作用という分類に従って、従前の政策にいう主犯・従犯は、主として集团的共同を指すと考えられる。一般的共犯の一部については、誰が主犯か判明しにくく、無理やりに分類するのは不自然であることから、共同犯罪における犯罪者の作業という分類に従って、正犯、教唆犯と幫助犯に分けるべきである。

前記の5つの見解における各種の案を比較して検討を重ねた結果、第33稿は、最終的に分類法4における案(3)を採用した。当時この案を選択した理由は以下のとおりである。かかる案は、当時の中国の審判の現実と比較的適合し、よりよく党と国の政策の精神を体现することができ、特に集团的犯罪についても、更にそうである。一般的共同犯罪において主犯と従犯を区別しがたい場合、全て主犯と見なされるが、量刑上、事件のあらゆる情状を総合して全面的に考慮すべきであり、孤立して主犯という情状のみから出発してはならない。そのようなことをすれば、過酷な刑に処する

ことになってしまう。主犯と従犯との間で更に一般犯と要犯を区別する必要があるかについて、必要性が大きくない。その理由は、以下のとおりである。そもそも主犯と従犯は、相対的なものであり、量刑の軽重も相対的なものであり、すなわち、主犯は重きに処する一方、従犯は主犯と比べて軽きに処罰するか又は処罰を減輕する（現在に処罰の免除も加えられた）。また、重きに処すことと、軽きに処することは、従前に理解したような法定刑の幅の以上、以下（第22稿を参照）ではなく、法定刑の範囲内における2つの相対的な概念に過ぎないことから、主犯でない場合、従犯に入れることができるので、更に一般犯や要犯の必要はなく、細かく分類しすぎると、限界の画定がかえって難しくなり、利点がない。このような案で論罪問題を解決したのであろうか。教唆犯のために単独で一条項を設けることから、既に論罪の問題は解決したと言える。組織犯、実行犯、幫助犯のように条項には既に含まれていることから、論罪は問題にならない⁴¹⁾。

共犯の分類問題について、争論から認識上の基本一致までの過程は、基本的に上記のとおりである。

さらに、一部の代表は、「明らかに知りながらこれを告発しない」ことを犯罪行為とみなし、本節の条文に入れるとの提案をした。事前共謀がなく「明らかに知りながらこれを告発しない」ことは、基本的に自覚問題であり、落後行為の一種であり、批評教育を与えるべきであるが、犯罪として処理することが望ましくない。また、事前共謀して「明らかに知りながらこれを告発しない」ことについて、他人の犯罪を幫助する情況に該当し、従犯の範囲に含まれており、単独で規定する必要もない⁴²⁾。

共同犯罪の分類以外に、教唆に関する内容も争われていた。

教唆対象となる者が教唆された罪を犯した場合、教唆犯は、「共同犯罪において果たした役割に応じて処罰」すべきである。第22稿での表現は、「本人が教唆した罪に基づいて処罰する」とされていたが、第33稿では、

41) 高・前掲（注4）32頁。

42) 高・前掲（注4）33頁。

1979年刑法典の言い回しに変更された。その理由は、以下のとおりである。「果たした役割に応じて処罰」することは、「教唆した罪に基づいて処罰する」ことより、共同犯罪量刑上の実質的原则を、より体现することができる。また、「果たした役割に応じて処罰」することは、教唆犯という種類を主犯・従犯の分類と実質的に統一させることができる⁴³⁾。

教唆対象となる者が教唆された罪を犯さない場合、教唆犯について、その教唆行為の社会危害性を排除するものでない。理論上、この種の情況は犯罪予備に相当し、犯罪予備の処罰原則に従って処罰すべきであると主張された。または、その種の情況が犯罪未遂に相当し、犯罪未遂の処罰原則に従って処罰すべきであるとも主張された。第33稿では「処罰を軽くし、軽減または免除することができる」とされ、予備犯に相当する。1979年刑法では、「罰を軽くし、又は減輕することができる」とされ、未遂犯に相当する⁴⁴⁾。

第三節 「1979年刑法典」時代の犯罪論

(1) 1979年刑法典の施行までの刑法学研究

これまで、中華人民共和国初の刑法典の立法経緯を検討してきた。前述のとおり、1949年に中華人民共和国が成立してから、共産党は国民党時代の法律および法学理論を全面的に肅清していた。その後、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った。

このような時代的背景においては、中国の刑法学も、それまでドイツや日本から輸入、発展してきた刑法学の理論を全面的に放棄することを余儀なくされるとともに、改めてソビエト刑法学の理論を一から輸入し、学び始めた。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。それと対照的に、他の国からの刑法学に関する専門書を翻訳して紹介することはほぼ

43) 高・前掲(注4)34頁。

44) 高・前掲(注4)34頁。

ゼロであった⁴⁵⁾。

これら中国に翻訳、紹介された専門書の中で、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』とトライニンの『犯罪構成要件の一般理論』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。そして、ソビエト・ロシアは中国に対して刑法学理論を輸出しただけではなく、同時に刑法専門家も多数中国に派遣していた。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、中華人民共和国の第一世代の法律専門家を育成した。例えば、中国の伝統派刑法学者の泰斗と公認される高銘暄と馬克昌両氏は、いずれもこの時期にソビエト・ロシアからのベスタロワ（Быстрова）教授の授業を受けていた⁴⁶⁾。

このような時代の流れの中で、中華人民共和国の刑法学はソビエト刑法学を中心に困難を克服しながら出発した。1957年に中華人民共和国の初の刑法教科書『中華人民共和国刑法総則講義』が出版された。しかし、当時の中国では刑法典も存在せず、この教科書の内容には中国独自の内容が殆どないため、中国の学者に1950年の『ソビエト刑法総論』の内容と「高い程度に一致している」と指摘されている⁴⁷⁾。1957年から中国は長い階級闘争の時期に入って、まだ「新生児」のような中国伝統派刑法学もこの時代の嵐の中で夭折した。

その後、1958年に中国人民大学法律系刑法教研室は『中華人民共和国刑法はプロレタリア階級独裁の道具』を出したが、本のタイトルから分かるように、この本は政治的ニュアンスが強く、学術的な視点から刑法学を研究するものではなく、政治の付属品にすぎなかった。このような政治が主

45) 陳興良『刑法的知識転型【学術史】』（2012年）9頁。

46) 馬氏は1946年に武漢大学法学部に入学し、学部を卒業してから中国人民大学の法律研究課程に入学してそこでベスタロワの刑法学の授業を受け、1952年に同課程を修了した。高氏は1949年に北京大学法学部に入学して、1951年7月に中国人民大学の法律研究課程に入学し、そこでベスタロワの刑法学の授業を受け、1953年に同課程を修了した。

47) 焦旭鵬「蘇俄刑法知識引用及其反思」（陳・前掲（注45）11頁から引用した）。

導権を握る「法への虚無主義」の時代は1970年の半ばまで続いていた。1976年に北京大学法律学系刑法教研室が出版した『刑事政策講義』は、この時代において唯一刑法や刑事政策を述べる著作である。しかし、この本は単に表面上刑事政策を検討しているように見えるだけで、実質的にやはり政治思想を中心的な内容としていた⁴⁸⁾。

中国の刑法学者陳興良は、この時代の刑法学に関して、「一．政治的用語が学術的用語に取って代わること」、「二．政治的判断が規範的判断に取って代わること」、「三．政治の論理が法律の論理に取って代わること」という3つの特徴があると評価して、「科学としての刑法学は死亡した」と嘆いていた⁴⁹⁾。

(2) 1979刑法典時代の刑法学研究

前述したように、1979年7月1日に中華人民共和国初の刑法が公布され、1980年1月1日に施行された。刑法典の公布とともに、政治闘争の時代に夭折した中国の伝統派刑法学も蘇生し、再出発した。この時代にいくつかの伝統派の理論基礎を築き上げた著作が出版された。これらの伝統派刑法学の著作における刑法理論の具体的内容は、すでに別稿で検討したことがあるので⁵⁰⁾、ここでは次の表を参照しながら、伝統派理論の全体構造を検討したい。

48) 陳・前掲(注45)12頁。

49) 陳・前掲(注45)12~14頁。

50) 拙稿「中華民国時代の犯罪体系」立命館法学2018年第1号255頁以下参照。

<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 『ソビエト刑法総論』 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 客体、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 『犯罪構成要件の一般理論』 1958年</p>
<p>第三講 ソビエト社会主義刑法における犯罪理論 一 犯罪の概念 二 犯罪構成要件の概念 三 犯罪の客体 四 犯罪の客観的側面 五 犯罪の主体 六 犯罪の主観的側面 七 犯罪の客観的側面 八 犯罪の主観的側面 九 社会的危険性を排除する状況 十 故意犯罪の発展の段階 第四講 ソビエト社会主義刑法における犯罪理論</p>	<p>ベスタロワ 『ソビエト刑法総則〔専修科講義〕』 1952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 第十五章 共同犯罪</p>	<p>高銘暄 『刑法学』 1982年</p>
<p>第二章 犯罪 第一節 犯罪の階級 本質と社会的根拠 第二節 犯罪と刑事責任 (二) 犯罪構成の共同要件 第三節 犯罪における因果関係 第四節 刑事責任年齢 第五節 故意犯罪 第六節 過失犯罪 第七節 刑法における刑事責任を負わない状況 第八節 犯罪の予備、未遂と中止 第九節 共同犯罪</p>	<p>李光燦 『中華人民共和国刑法論』 1984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 第六編 犯罪の主観的側面 第七章 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>

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。まだ一部の政治的用語が挟まれていたが、高氏と馬氏は、この教科書において1979年の刑法典の規定に基づき、ソビエト刑法を基礎にした中国独自の理論刑法学を展開した。中国の刑法学者たちに「中国刑法学の道を創出した」大作と非常に高く評価され、今でも中国の伝統派刑法学および大学教育に大きな影響を与えている⁵¹⁾。

表から分かるように、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。例えば、この教科書には、犯罪構成要件と刑事責任、社会的危険性があまり論じられず、社会的危険性を犯罪構成の客観的側面の中で論じていた⁵²⁾。そして、共犯論においては、ソビエト刑法学のように分業による解釈を採らず、作用による解釈を取っていたが、共犯の成立要件などの具体的な解釈において基本的にソビエト刑法学と同じ立場を取っていた⁵³⁾。

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。面白いのは、この本は1984年に出版されたが、完成した時期は1981年1月だということである。そして前述の『刑法学』の完成した時期は1981年9月である。

51) この『刑法学』は2017年に第8版が出版されて、今でも中国政府の国家企画教科書として中国の大学で広汎に使われている。

52) 高銘暄・馬克昌(主編)『刑法学(第五版)』(2011年)116頁以下。

53) 高/馬・前掲(注52)186頁以下。

この『中華人民共和国刑法論』では、第二章の第二節で四要件の犯罪構成理論を検討していたが⁵⁴⁾、本の実際の構造として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。そして、伝統派の四要件の犯罪構成要件理論によれば、刑事責任年齢と責任能力の問題は一般的に「主体」の中で論じられている。しかし、この本においては、先ず刑事責任年齢を単独の一節とした。そして、「刑法における刑事責任を負わない状況」という節の中で、再び刑事責任年齢が、責任能力が欠如する状況と正当防衛、緊急避難と一緒に論じられていた⁵⁵⁾。また、共犯においては、刑法典に沿って作用による分類の共犯解釈を採っていたが、その後には昔の共犯制度を紹介するという理由で分業による共犯解釈もしていた⁵⁶⁾。この本の体系上の未熟性から考えれば、確かに『刑法学』より先に完成されたものだと考えられる。

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。この本は伝統派刑法学理論を集大成したものであり、今でも伝統派刑法学者のバイブルの1つである。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⁵⁷⁾。そして、共犯の体系的な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

54) 李光燦・馬克昌・寧漢林（主編）『中華人民共和国刑法論』（1984年）123頁以下。

55) 李／馬／寧・前掲（注54）243頁以下。

56) 李／馬／寧・前掲（注54）281頁以下。

57) 馬克昌（主編）『犯罪通論』（1991年）18～21頁。

「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・作用の二元的分類法による解釈を採っていた⁵⁸⁾。馬氏が、分業による共犯の解釈をも採っていた理由として、理論の正確性以外に、馬氏自身の経歴にも原因があると考えられる。

馬氏は中華民国時代末の1946年に武漢大学法学部に入学し、中華民国時代の独日派の刑法理論を系統的に勉強したことがある。卒業して武漢大学で教員になっていたが、政権交代の後、一旦教職から離れて中国人民大学の大学院に再び入学し、ソビエト刑法理論を勉強していた。そのために、馬氏は独日派の刑法理論を「暗黙」のうちに若干支持していたかもしれない。なぜなら、『犯罪通論』では、馬氏は確かに四要件の犯罪構成理論を取っていたが、犯罪論体系についてドイツのリスト、ベーリング、メツガー、コーラー、そして日本の大谷實、西原春夫、瀧川幸辰の犯罪論を紹介しており、そして、因果関係、不作為、故意、過失、共犯などの犯罪論のすべての具体的な問題点に関して独日派の理論を詳細に紹介していたからである。

馬氏がこの本の中で主張した観点はさておき、文章量だけをみれば、『犯罪通論』の中の具体的問題点における「ソビエト刑法学の理論」と「独日派刑法学の理論」との文章量はほぼ半分半分である。故に、『犯罪通論』は当時の伝統派刑法学理論の集大成であるだけでなく、中国当時の独日派の刑法学理論の集大成でもある。

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

58) 馬・前掲(注57)509頁以下。なお、伝統派の共犯理論の具体的内容について、拙稿「中華民国時代の犯罪体系」立命館法学2018年第1号269頁以下参照。

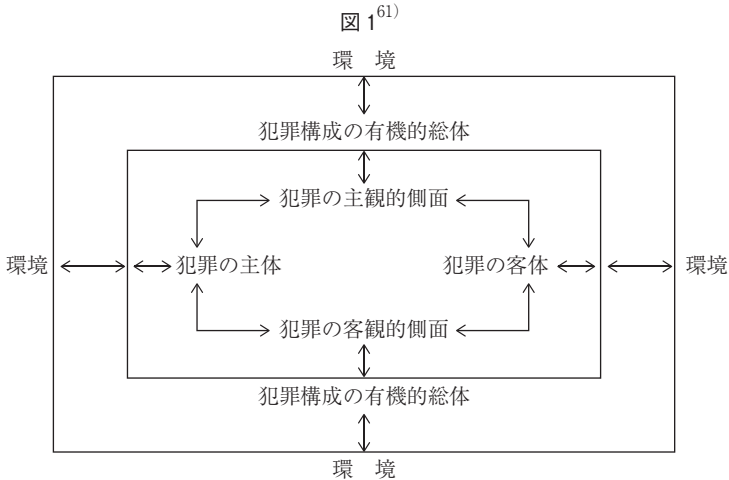
は、何秉松の『犯罪構成系統論』である。何氏は、この本において、四要件犯罪構成理論の4つの要件の関係が単なる総和ではなく、「有機的統一体」という関係にあると主張していた。『刑法学』も『犯罪通論』も犯罪構成は有機的統一体だと述べていたが⁵⁹⁾、「有機的統一体」というのはどういう関係であるかについての詳しい説明はなかった。何氏は「有機的統一体」という関係を具体的に検討し、伝統派刑法学に対して四要件の関係に関する理論的根拠を提供した。何氏は、「有機的統一体」を具体的に以下のように説明している。

すなわち、「現実生活では、全ての犯罪は主体が法律で保護される客体に対して行う侵害であるが、主体は一定の媒体を通じる場合に限って客体に作用を及ぼす。こうして全犯罪構成の基本構造が形成されるようになる。すなわち犯罪の主体－仲介－犯罪の客体である。ここでは犯罪の主体と犯罪の客体は、犯罪構成という有機的統一体の両極になる。この両極を繋ぐ媒体は、犯罪の主体が行った犯罪活動である。いかなる犯罪活動も、人間の意識により行ったもの、あるいは人間の内在的主観意識とその客観的外部犯罪活動の統一であるため、それを犯罪活動の主観的側面（犯罪の主観的側面に略称）と犯罪活動の客観的側面（犯罪の客観的側面に略称）に分けることができる。このようにして、次の図に示すように犯罪構成という有機的統一体の基本構造が形成される⁶⁰⁾。」

「もし1つの具体的な犯罪過程を1つの動態系統構造としてみれば、犯罪の主体と犯罪の客体がこの系統構造を構成する両極に当たると思われる。そのいずれの一極を欠いても、犯罪の系統構造を構成できなくなり、犯罪活動も社会的危害性も生み出されない。実際には、いかなる犯罪も犯罪の主体の侵害的な対象活動の一種にすぎない。ここでは、犯罪の主体と犯罪の客体は、対立しながら統一し合う関係に立ち、当然に互いに規定し

59) 高／馬・前掲（注52）100頁、馬・前掲（注57）67頁。

60) 何秉松『犯罪構成系統論』（1995）111頁、なお、長井圓＝馬強訳「犯罪構成概論 何秉松・刑法教科書（総論編3章～8章）」神奈川法学33巻2号（2000年）（491頁）228頁。



あう前提となる。犯罪の客体を離れては犯罪の主体を論ずることはできず、犯罪の主体を無視しては犯罪の客体を論ずる意味がない。なぜなら、いずれか一方を除くと、侵害の対象活動の系統構造が成り立たないし、もちろん、互いに作用し合う機能的関係も生み出さないからである。主体なき対象活動も客体なき対象活動も考えられないものである。同様に、侵害の対象活動が欠ければ、犯罪の主体と犯罪の客体の対立、統一関係が成り立たないだけでなく、両者とも犯罪の主体と犯罪の客体としての本来の性質も失い、関係のない単純な客観的存在物に変わる。

再び犯罪活動自身に触れてみるに、犯罪の主体と犯罪の客体を連結する媒体として、犯罪活動は犯罪行為などの客観的側面の各要素と犯罪思想意識などの主観的側面の各要素を総括して包含する統一体である。このような両面も不可的に関連し、いずれの面を欠いても、統一した犯罪活動過程の構成ができなくなる⁶²⁾。」

この「有機的統一体」という用語は、「同時存在」を意味するとする見

61) 何・前掲(注60)112頁。

62) 何・前掲(注60)112～113頁、長井／馬・前掲(注60)(489～490頁)229～230頁。

解もある⁶³⁾。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からである。このような「有機的統一体」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。

しかし、「四要件」とは、統一的な「犯罪」というものを四つの側面から見たものであって、四つの独立した要素が併存することで「犯罪」になるという主張ではないと考えることができよう。言い換えれば、「犯罪」に対するアプローチ方法が、「段階的な体系」とは全く異なるのだと考えられることもできよう。

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

前述したとおり、1949年に中国共産党が政権を取って、国民党時代の「旧法司」に対する全面的な肅清を始めた後、全面的なソビエト化が始まった。1950年代の中国では、まだ自国の刑法典が存在しないうちに、全面的なソビエト化の中で旧ソ連からソビエト刑法学の理論が輸入されていた。このような背景の中で、1950年から1962年までに中国に翻訳、紹介されたソビエト・ロシアの刑法学の著作および資料は合計53件もあるのに対して、他の国の刑法学の著作および資料が中国に翻訳、紹介されることはほとんどなかった⁶⁴⁾。

その中で最初に中国に翻訳されて紹介されたのは、1950年に出版された、ソビエト司法部全ソビエト法学研究所が主編した『ソビエト刑法総論』⁶⁵⁾である。この教科書の「第四編 犯罪論」の執筆者はピオントコフ

63) 陳興良『刑法的知識転型【方法論】』（2012年）259頁。

64) 陳・前掲（注45）9頁。

65) ソビエト司法部全ソビエト法学研究所（主編）彭仲文（訳）『蘇聯刑法総論』（1950年）。

スキー (A.A.Пионтковский 1898-1973) である。ピオントコフスキーはこの教科書において詳細にソビエト刑法学の「四要件」に基づく犯罪構成理論を論じていた。これは中国に初めて輸入された四要件の犯罪構成理論であり、中国の四要件の犯罪構成理論の「根源」とも言えるであろう。そして、その時期において、後世の中国伝統派の刑法学に大きな影響を与えてい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。1957年から中国は階級闘争の動乱時代に入ったので、トライニンの学説は当時はあまり注目されていなかった。しかし、1980年代以降に中国の刑法学研究が刑法典の誕生を端緒に再出発したとき、トライニンの『犯罪構成要件の一般理論』はすぐに中国伝統派学者に注目され高く評価されるとともに、伝統派刑法学理論の1つの基礎になっていった。

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い。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。中国伝統派学者の犯罪構成理論は本稿の第一章ですでに検討したので、本章では、その元となるピオントコフスキーとトライニンの犯罪構成理論を検討する。

第二節 ピオントコフスキー (A.A.Пионтковский) の犯罪構成理論

ピオントコフスキーは『ソビエト刑法総論』の「第四編：犯罪論」において、8章に分けてソビエト刑法学における犯罪論を論じていた。ここではピオントコフスキーの犯罪構成要件論に関して、一. 犯罪の概説、二. 犯罪の客体、三. 犯罪構成の客観的要件における犯罪行為の社会的危険性と違法性、四. 犯罪の主体、五. 行為の社会的危険性を免除する状況、六. 共犯を中心に検討する。

(1) 犯罪の概説⁶⁶⁾

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。すなわち、(ソビエト連邦)各加盟国の刑法典総則に規定される犯罪の一般的概念は、法典の各則の個別犯罪構成要件の種類の中で具体化されるのであり、その犯罪要件の総体は、犯罪構成要件と呼ばれるとするのである。

このように刑罰権発動要件の総体としての——法律に明記された——構成要件を重視するのは、公平な裁判実現のためである。これは、換言すれば、素人中心の人民裁判所による裁判のばらつきを抑え、それによって国家の権威と国家への信頼を維持するという理由による。彼は、次のように述べる。すなわち、犯罪行為におけるそれぞれの犯罪構成要件を確定するのは、社会主義的公平の裁判を実現することに対して特に重要な意味を持つのであり、刑事裁判所はある犯罪に対して、この犯罪に対する法律に明文で規定された刑罰しか適用できない、犯罪行為に対する正確な分類は、公正な刑事裁判による社会主義的法制を実現する必要条件であり、犯罪行為に対する不正確な分類は、ソビエト人民が法律に表した意思に反し、社会主義的に公正な裁判の合理的な執行を阻害し、労働者の心にある信頼を喪失させ、さらに国家と各公民の利益を害する可能性もあるというのである。

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とする。すなわち、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。そして、犯罪構成要件のこの四種類の要素のうち、1つでも欠ければ、犯罪は成立しないとされる。

ピオントコフスキーは、ここにいう構成要件が、行為者の責任能力や故意・過失を含む一般的構成要件であることを再度強調する。すなわち、わ

66) ソノ彭・前掲（注65）314～321頁。

れわれは個別犯罪構成を一般化して、これで犯罪構成の一般的概念を作り出すのであり、犯罪構成の一般的概念そのものは、全ての個別犯罪構成に有する全ての基本要素を揃えなければならず、従って、犯罪構成要件の概説においては、全ての犯罪が具備する犯罪の客体、犯罪構成の客観的要件、犯罪の主体、犯罪構成の主観的要件など要素の共通性を研究すべきだとするのである。

ここから、彼は、犯罪構成要件において犯罪構成の客観的要素だけを探究し、故意・過失という責任形式を除外したり、犯罪の主体に関する叙述を除外したりする主張を誤りであるとする。

また、犯罪の客体は、犯罪が攻撃する社会関係（「社会主義的社会関係」）を意味するものとされる。これは、実質的な違法論と——同一か否かについては、以下で述べるトライニンとの論争問題になっているが——密接に関係する概念である。

加えて、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うるとされる。同時に、各犯罪の社会的危険性はその客観的要件であり、犯罪行為がソ連の現行社会関係を侵害すると、同時にソ連のある法律規範に違反したことになるので、行為の社会的危険性はその行為の違法性をも表していると考えられる。

他方、形式上はある犯罪構成に当てはまる行為であるが、その行為がある特別な状況において行われた場合には、この特別な状況の存在が行為の社会的危険性と違法性を排除しうるとされる。もっとも、このような状況における多くの問題を解決するときには、先に犯罪構成の主観的要件に関する判断が必要とされるので、行為の社会的危険性を排除する状況の理論は、犯罪構成の客観的要件と主観的要件の後で検討されるという。しかし、いずれにしても、いわゆる違法性（ないし責任）阻却事由に当たるものが存在する場合には、構成要件そのものが欠落することになる。

犯罪の主体には、一定の年齢を超えた、責任能力を持つ自然人のみがなりうるとされ、そしてこれもまた、犯罪構成の概説に属するものとされる。つまり、理論的には、責任無能力者には最初から犯罪を論じる意味がないことになるのである。

犯罪構成の主観的要件では、まず故意・過失という責任形式を検討すべきであるとされる。人の行為に責任が存在しなければ、たとえその人の行為が社会を侵害する結果を引き起こしたとしても、犯罪は成立しえないとするのである。もっとも、注意深く見ると、ここでは、責任のない社会侵害があることが前提とされている。

責任という犯罪構成の主観的要件の要素以外に、その他の主観的要素も存在する。

例えば、行為の動機も一種の主観的要素である。行為の動機とは、行為者が犯罪を実行する衝動である。実際には、一定の動機がなければ、故意の犯罪を実行しえない。しかし、多くの故意犯においては、行為の動機は犯罪構成の外で検討される。例えば、身体傷害罪においては、犯行の動機は復讐であるか、憎悪であるか、嫉妬であるか、いずれにしても、身体傷害罪の成立自体に影響を与えない。

なお、罪刑法定主義の強調が見られることも、看過してはならないであろう。彼は、「法律の成文規定がなければ、犯罪にならない」という原則は、ヨーロッパの資本主義先進国が確立した刑法の1つの基本的原則であると述べ、この原則を立法において貫徹するためには、刑事法において各犯罪の構成要件が明確に規定されることが要求されるとする⁶⁷⁾。

概説の最後に、彼は、罪体 (Corpus delicti) に触れる。すなわち、罪体という概念は、中世の刑法学においてすでに成立していたが、当時は訴訟

67) この点は、1930年に「各則なき刑法典」——いわゆる「クルイレンコ草案」——をも生み出した1920年代のソビエト・ロシア刑法学が、1930年代以降、法定の構成要件重視に転換したことを象徴した記述である。なお、「クルイレンコ草案」については、中山研一＝上田寛〔訳・解説〕「クルイレンコ草案——いわゆる『各則なき刑法典』草案・1930年(1)(2・完)」法律時報46巻6号(1974年)223頁、同46巻7号(1974年)98頁参照。

法上の意味しかなく、それは客観的徴表の総体を意味するにすぎなかったと。そして、18世紀末から19世紀の初めにおいて、刑法典を編成するために、各犯罪の個別的成立要件が規定されるとともに、犯罪構成の概念も実体法に移植されたとする。この説明は、ベーリングの特別構成要件中心の体系構成に触れていない点で、まさに、ベーリング以前の19世紀中庸におけるドイツ刑法学の通説的な見方を反映したものである。

(2) 犯罪の客体⁶⁸⁾

ピオントコフスキーは、犯罪の直接ないし究極の侵害客体を社会関係であるとする。すなわち、我が国において、全ての犯罪行為が直接的にまたは間接的に侵害するのは社会主義社会の社会関係であるというのである。同時に、その行為は社会主義法律の規定にも違反するという。つまり、犯罪の客体は社会主義の**社会関係**であると同時に社会主義国家の**法規範**だというのである⁶⁹⁾。

また、ここでピオントコフスキーは、ブルジョアジーの刑法学者たちのうち、古典学派は犯罪の客体を法規範とし、社会学派はこれを(生活利益としての)法益とするという認識を示している。具体的には、古典学派の代表としてペンディングが、社会学派の代表としてリストが挙げられている。さらに、ロシア帝国時代の刑法学者タガンツェフは、法規範説を主張したとされている。これに対してピオントコフスキーは、規範を社会関係から隔離した環境で探究したと批判する。他方、法益説に対しては、これはドイツのイェーリングがブルジョアジー国家の強制的圧迫を弁護するために唱えた学説であって、このような理論は浅い経験論に基づくものであり、ブルジョアジー社会の階級の分裂と衝突を隠ぺいするものであると批判する。

しかし、総じて見れば、ピオントコフスキーの見解は、社会関係による

68) ソノ彭・前掲(注65)323~327頁。

69) これを規定するのがロシア刑法典第6条である。

裏付けを条件としてではあるが、規範違反説に親和的であると言えよう。

(3) 犯罪構成の客観的要件における犯罪行為の社会的危険性と違法性⁷⁰⁾

ソビエト刑法典第6条およびその他の加盟国の刑法典の関連条文によれば、全ての犯罪は、その客観的性質から考えれば、社会を侵害する作為または不作為であり、すなわちソビエト制度の基盤または労農政権が築いた共産社会への過渡期の法秩序に対して危険な作為または不作為であるとされる。そこで、ピオントコフスキーは、法律がある作為または不作為を犯罪として規制することは、その作為または不作為の社会関係および制度に対する社会的危険性を表しているという。

同時に、社会を侵害する作為または不作為は常に法律の一定の規範に違反する行為であるから、犯罪は、客観的性質から言えば、社会に対して危険な行為であるばかりでなく、同時に違法な作為または不作為でもあるとする。しかし、ここで彼は、実質的に社会侵害的な行為に対しては類推を許容し、他方で、実質的に社会侵害的でない行為に対しては刑罰を科さないとする。つまり、社会侵害性という実質的要件が、形式的な犯罪の範囲を拡張したり縮小したりするのである。

そこで、実質的に社会侵害性がない、いわゆる違法性阻却事由に当たる行為として、7つのものが列挙される。① 正当防衛、② 緊急避難、③ 被害者の同意、④ 公務員の職務執行、⑤ 拘束命令の執行、⑥ 自己の権利の実行、⑦ 法令の執行である。これらの行為は、合法的行為であるから、形式において違法ではなく、実質的にも社会的危険性がなく、社会に対する有益な行為であるとされる。もっとも、明文にあるのは正当防衛と緊急避難だけなので、これら以外の行為の社会的危険性（違法性⁷¹⁾を免除する状況に関しては、ソビエト刑法の解釈論と裁判所の判断によって解決するとされる。つまり、社会的危険性（違法性）は全ての犯罪の客観的性

70) ソ／彭・前掲（注65）328～330頁。

71) このカッコはピオントコフスキーが書いたものである。

質であって、行為に社会的危険性がなければ、その行為は犯罪構成要件に該当しないとされなければならないのである。これは全ての犯罪に存在する客観的性質であり、全ての犯罪を構成する客観的要件だとされる。

ここで、ピオントコフスキーは、違法性を構成要件から除外するベーリングの見解を批判する。すなわち、違法性を犯罪構成要件の外で検討するという考え方は、反動的な新カント主義の思想、すなわち「存在」と「当為」を厳格に対立させる思想と緊密に関連しているのであり、この考え方によれば、違法性は法規範に違反した犯罪行為自身の性質ではなく、単なる裁判所の行為に対する評価になってしまう。このような理論の反動的な政治意義は、ブルジョアジー裁判所の裁量権を拡大し、その合法性を破壊したところにあるとするのである⁷²⁾。

(4) 共 犯

① 共犯の種類

ピオントコフスキーは共犯について当時のロシア社会主義連邦ソビエト共和国刑法典の規定⁷³⁾に基づき、以下のように説明していた。

72) 合法性の破壊とは、違法性阻却事由についても、刑法典の明文規定による裁判の拘束(=法定主義)を貫くべきだとする評価を背景したものと思われる。

73) 第17条 裁判=矯正的性質の社会防衛処分は、罪を実行した者——正犯——にも、またそれに加担した者——教唆者および幫助者——にも共に適用される。

教唆者とは、罪を犯すに至らしめた者をいう。

幫助者とは、勧告、暗示、手段の提供、障害の除去によって、または犯人の藏匿もしくは罪跡の隠滅によって、犯罪の実行を援助した者をいう。

第18条 裁判=矯正的性質の社会防衛処分は、共犯者の各自につき、当該犯罪に対する加担の程度、並びにその犯罪および加担者の危険性の程度に応じて決定される。

実行された、または準備中の罪を届出なかったため裁判=矯正的性質の社会防衛処分が適用されるのは、本法典にとくにその旨が規定してある場合に限る。

犯人の藏匿もしくは罪跡の隠滅も総則の幫助犯に含まれる点では、1926年ロシア刑法典は1851年プロイセン刑法典37条と同じである。また、共同正犯の関する明示の規定がない点でも、両者は類似している。さらに、特定の犯罪に対する不親告罪について総則で言及している点は、プロイセン刑法典39条と似ている。なお、法務大臣官房調査科『法務資料』第338号(1955年10月)7頁も参照。

まず、彼によれば、共犯とは、二人または二人以上が予謀して故意の罪を共同に実行することである。共犯の1つの形式は、各人全員が犯罪構成に該当する行為の直接的実行に参加するものである。これは、いわゆる**共同正犯**である⁷⁴⁾。

そして、ピオントコフスキーは、**狭義の共犯**についても、ある共同の犯罪行為であると説明していた。この行為において、共犯者らは役割を分担する。一部の人はこの犯罪構成を実現する行為を直接的に担当する（実行）。その他の人はこの犯罪構成を実現する行為を間接的に担当する（幫助と教唆）。狭義の共犯に対しては、刑事責任の特殊な規定が存在する。共犯という言葉は、一般的にこの種の共犯を指す⁷⁵⁾。

また、共犯の刑事責任の基礎について、ピオントコフスキーは、① 共犯の客観的側面として、共犯の行為と実行犯が行った犯罪事実との間に因果関係があること、② 共犯の主観的側面として、これを常に故意に限定することという2つの要件があると考えていた。さらに、彼は、共犯は何らかの各論的な刑事責任ではなく、あくまでもソビエト刑事立法が規定する刑事責任の総論の原則を犯罪の実行に適用する特殊的形式にすぎないと、説明していた⁷⁶⁾。

具体的には、ピオントコフスキーは、共犯関係の各種類を以下のように考えていた。すなわち、犯罪を実行する者は**実行犯**である。当該犯罪構成を実行するある行為に参加した者は全て実行犯である。例えば、殺人においては、直接に殺害行為を実行した者だけを実行犯とするのではなく、殺害行為に当たる致命的な打撃が行われるときに、被害者の手を拘束する者も実行犯である。その役割の分担の如何に関わらず、犯罪の実行時に被害者の行為を妨げる者も実行犯である。その者には、17条の共犯規定を適用する必要がない。執行者が実行した犯罪に基づき、その他の各共犯者の刑

74) ソ／彭・前掲（注65）441頁。

75) ソ／彭・前掲（注65）441頁。

76) ソ／彭・前掲（注65）442～443頁。

事責任を論ずる。各共犯者は実行者と同一の条文によって処罰する⁷⁷⁾。

他人に犯罪の実行を勧誘する者は**教唆犯**である。客観面から言えば、教唆犯は他人が一定の犯罪行為を実行することを決意させたことを要する。この決意させたことについては、教唆行為と実行犯の行為との因果関係の確定を要する。主観面から言えば、教唆犯は常に故意による行為である。その故意には、以下の事実に対する予見(認識)が必要である。① 犯罪を構成する全ての客観的要素、② 行為と犯罪結果との間の因果関係の一般的な経過、①の予見に従い、教唆犯の行為は必ず一定の犯罪行為(殺人、窃盗、強盗)を目的とする必要がある。②の予見に従い、教唆者の意図には自覚的意識が必要である。すなわち、自己の行為が被教唆者をして一定の犯罪を実行するという決意を引き起こすことについての認識が必要である⁷⁸⁾。

幫助犯とは、勧告、暗示、手段の提供、障害の除去によって、または犯人の蔵匿もしくは罪跡の隠滅によって、犯罪の実行を援助した者をいう。その客観的側面においては、以下のものが含まれる。すなわち、① 狭義における幫助と② 犯罪の隠匿である。①狭義における幫助は、犯罪実行の援助を予定する。従って、幫助は犯罪の終結までになされなければならない。そして、②犯罪の隠匿は、犯罪隠匿の援助または罪跡の隠滅として現れる。主観的側面としては、幫助行為は、故意的でなければならない。狭義における幫助犯の故意の要素としての予見には、まず、実行者によって実行された犯罪構成要件の客観的側面を形成するすべての事実的事情が、そして、幫助者の行為と実行者によって実行された犯罪との間の因果関係の予見が含まれる⁷⁹⁾。

組織犯とは、犯罪団体を創設し、又はこれを指導する者、又は犯罪の計画を作り、又はその実行を指導する者である。組織犯は、団体によって実

77) ソノ彭・前掲(注65)448頁。

78) ソノ彭・前掲(注65)449頁。

79) ソノ彭・前掲(注65)450～451頁。

行された犯罪のすべてに対して特に重い刑事責任を負う。この場合の組織犯の責任に関して、組織者による他の組織の全構成員との間の事前の協定も、組織者による特定の者が当該犯罪団体に所属しているということの認識も、具体的な予備または実行される予定の犯罪に関する認識も全く要求されない。しかし、これは客観的側面だけによって組織犯が刑事責任を追究されるということではなく、刑事責任は、組織犯の行為と彼による一般的な犯罪的故意の中に見出されるのである。ロシア共和国刑法典第58条の反革命組織の組織者と第59条の盗賊行為の組織者はこの組織犯に当たる⁸⁰⁾。

② 共犯論における具体的問題の検討

共犯論におけるいくつかの具体的問題について、ピオントコフスキーは以下のように考えていた。

第一は、過失犯に対する故意の教唆または幫助には、共犯は成立せず、教唆者または幫助者は独立の実行犯として考えられるという。例えば、AがBに対して、実弾が入っていることを隠し、Bの敵Cに実弾が入っていない銃で発砲することを唆してCが死亡した場合、BがAの道具と考えられ、Aには故意殺人既遂罪が成立する。実弾が入っていることに対して、Bが予見すべきである場合には過失犯が成立し、予見すべきではない場合には無罪である⁸¹⁾。これは、故意のない者を利用する間接正犯に相当する。

第二は、故意犯に対する過失による教唆または幫助も、共犯として処罰されないということである。たとえば、Aは、うっかりして自己所有の拳銃をテーブルに置き忘れ、Aの友人Bは、ずっと前から殺人を予謀しており、拳銃などの殺人道具がないために実行できなかったが、Aの拳銃を発見してそれで殺人をした。この事件においては、AをBの共犯として処罰

80) ソ／彭・前掲（注65）457～458頁。

81) ソ／彭・前掲（注65）443頁。

してはならない⁸²⁾。ここでは、過失による教唆・幫助の可罰性が否定されている。

第三は、犯罪の発生が、各人の純粋な過失によるものならば、共犯は成立しない。それは、各人の過失行為の間に共犯の成立に必要な意思連絡がないからである。例えば、駅長Aは職務の不注意によって、運転手Bに対してすでに他の列車が入っている軌道への発車の命令を出し、運転手Bも不注意で、指揮者Cからの警報を見逃して、その軌道へ発進して、衝突事故を起こしたという場合、ここで、駅長Aと運転手Bはそれぞれ過失犯の刑事責任を負うが、共犯は成立しない。また、共犯の本質的概念からみれば、駅長Aの行為を過失衝突に対する過失による教唆と考えてはならないとする⁸³⁾。

第四は、実行者が精神病患者または未成年者である場合には、共犯は成立しないということである。例えば、精神病患者または児童が実行する窃盗を教唆または幫助した場合には、窃盗罪の正犯として論罪すべきである。これは責任無能力者を道具として利用した間接正犯である⁸⁴⁾。ここでは、背後者が実行者の責任能力を誤想した場合は検討されていないことが注目される。

第五は、(身分や目的のような)実行者個人に関する事情とその他の共犯者の刑事責任との問題は、一律に同じように解決すべきではないということである。しかし、実行者個人に関する事情が彼によって実行された犯罪の社会的危険性の程度の大小を決定する場合には、それらが彼らの故意に包含される限り、他の共犯者の刑事責任に影響するとする。例えば、営利目的の殺人の共犯に関して、たとえ実行者以外の共犯者には行為時に営利目的がないとしても、137条の故意殺人罪ではなく、136条1項の営利目的の殺人罪の教唆または幫助に従い処罰する。母親に対して生まれたばかり

82) ソノ彭・前掲(注65)444頁。

83) ソノ彭・前掲(注65)444頁。

84) ソノ彭・前掲(注65)445頁。

の赤ん坊の殺害を教唆または幫助した場合には、母親は137条、共犯者は136条1項を適用する。軍人の特別に加重される殺人罪（136条2項）に関して、非軍人の共犯者には136条1項を適用する⁸⁵⁾。非公務員が公務員の職務犯罪に加功した場合には、公務員と同じように処罰する⁸⁶⁾。

第六は、連座犯（Прикосновенность）を共犯として論ずるべきではないとすることである。連座犯とは、犯罪の実行時には幫助しておらず、犯罪行為の後になされた行為である。連座犯には、犯罪の隠匿、犯罪の黙過（不阻止）、犯罪の不申告が含まれる。他人の犯罪に対して、事情を知って阻止しない行為および事後的に事情を知って申告しない行為についてはソビエト刑法典に規定が置かれていなかった。犯罪の隠匿のみは、「犯人の蔵匿もしくは罪跡の隠滅」という幫助行為として刑法典に規定されていた。ピオントコフスキーは、これに対して、犯罪の実行の援助として現れない隠匿は、共犯とは関係がなく、事前に約束のない隠匿は、犯罪実行への参加の一形式であって共犯ではなく、各則の犯罪として、すなわち、社会主義的公平な裁判の実現を妨害する犯罪として規定すべきであると主張していた。この点は、1871年のドイツ刑法典などが、このような「事後従

85) 第136条第1項 故意殺人を——(a) 利欲、嫉妬から（但し第138条に該当しない場合）、またはその他の卑劣な動機から、(b) 過去において故意殺人または身体傷害につき責任を問われ、裁判所によって科せられた社会防衛処分に服役したことがある者が、(c) 多数の人命に危険な、またはとくに残虐な方法で、(d) 他の重大な犯罪を容易にしままたは隠蔽する目的から、(e) 被害者をとくに扶養すべき義務がある者、または(f) 被害者の無援助状態を利用して、なすことは、——10年までの自由剥奪に処する。

第2項 軍人がとくに加重的事情のもとに殺人をなすことは、——最高の刑罰——銃殺に処する。

第137条 第136条に掲げた要件なくして故意殺人をなすことは、——8年までの自由剥奪に処する。

第138条 被害者の暴行または重大な侮辱により、発作的な、はげしい精神的昂奮の状態で故意殺人をなすことは、——5年までの自由剥奪、または1年までの矯正労働に処する。

以上の規定については、前掲（注73）法務大臣官房調査科『法務資料』第338号81頁参照。

86) ソ／彭・前掲（注65）454～455頁。

犯」を否定し独立の犯罪としたことを想起させるものである。

第三節 トライニン (A.Н.Трайнин) の犯罪構成理論

(1) トライニンの理論概観

犯罪構成要件論の分野において、トライニンの「犯罪構成要件論」以前の状況としては、ソビエト刑法理論のなかでの犯罪構成要件論の研究は極めて少ない⁸⁷⁾。トライニンは1946年に『犯罪構成の理論』、1951年に『ソビエト刑法における犯罪構成要件』、1957年に『犯罪構成要件の一般理論』という犯罪構成要件論に関する著作を3冊書いて、ロシアの犯罪構成要件論を創出した一人でもある。特に、彼の『犯罪構成要件の一般理論』は、今のロシアの構成要件論および中国伝統派の犯罪構成理論に影響を与えている。故に、中国の伝統派の犯罪構成理論の内実を把握するためには、トライニンの理論を検討する必要があると考える。

しかし、トライニンは最初から四要件の犯罪構成要件論を持ち出したわけではなく、長い理論の詮索期があった。例えば、1946年の『犯罪構成の理論』を出す前には、トライニンは、1929年に彼の唯一の『刑法総論』において、四要件の犯罪構成要件論ではなく、社会危害性を犯罪論の基礎としていた。すなわち、彼はこの教科書で「犯罪」を「社会的に危険な行為」に、「犯罪構成要件」を「社会的危険性の主観的、客観的規準」に、「刑罰」を「社会防衛処分」に置き換えたのである⁸⁸⁾。これは、当然に当時の1926年の「ロシア社会主義連邦ソヴェエト共和国刑法典」⁸⁹⁾には、「犯罪」ではなく「社会的に危険な行為」を、「刑罰」ではなく「社会防衛処分」を使っていたこととも関係があるが、トライニンは、刑法の社会学派の立場を発展させ、「社会的危険性の規準の理論」のなかで構成要件論を

87) 上野達彦『犯罪構成要件と犯罪の確定』(1989年)45頁。

88) 米鉄南『特拉依寧的犯罪論体系』(2014年)4頁。

89) 法務大臣官房調査課『法務資料』第三三八号(昭和30年)参照。本稿では特に明示がない限り、ロシア刑法典というのは1926年刑法典のことをさす。

検討していたという理由もある⁹⁰⁾。この『刑法総論』において、トライニン⁹¹⁾は、社会的危険性の規準について、以下のように説明していた。

第一は、社会的危険性の主観的規準であり、直接に主体を表明する要件または特性である。その内容は：① 行為者の心理状態、健康または病態（責任能力）、② 行為者が実施した社会的に危険な行為に対する態度——故意と過失、③ 行為者が社会的に危険な行為を実施することを支配する動機と目的、④ 社会的に危険な行為を偶然に実行したかまたは数回実行したか——累犯と常習犯、⑤ その他の社会的に危険な行為を実施する人格と関連する主観的側面の要素。ここにあるすべての要件は、行為者（主体）の特徴を表明する要素であり、行為者自身ではない。行為者自身はこの規準の要素の一つではなく、上述の各要素を載せる物質的媒介である。

第二は、社会的危険性の客観的基準である。この客観的基準は、2つに分けられる。まずは、(1) 社会的に危険な行為の特徴を表す要件には、① 社会的に危険な行為の実施段階（予備と未遂）、② 社会的危険な行為の形態（共犯）、③ 社会的に危険な行為を実施する方法、④ 行為が引き起こした損害、⑤ 多数の社会的危険な行為を実施すること（罪数）が含まれる。そして、(2) 社会的に危険な行為の周辺条件、情状には、① 社会侵害性行為を実施する時間、② 社会侵害性行為を実施する場所、③ 社会侵害性行為の分布状況が含まれる⁹¹⁾。

1929年から1937年までの間の「法への虚無主義」への反論として、1938年に当時のソビエト法学界の指導者のビシンスキーは、「ソビエト社会主義法学の基本的任務」という報告の中で、「厳格な構成要件と類推の諸問題」に明確に言及し、「厳格な構成要件論」を示唆していた。その後、ソビエトの刑法理論界もビシンスキーの示唆に呼応し、犯罪構成要件理論を中心にした犯罪論体系の構築に力を入れた⁹²⁾。このような時代的背景にお

90) 上野・前掲（注87）40～42頁。

91) 米・前掲（注88）57～58頁。

92) 上野・前掲（注87）44～45頁。

いて、トライニンは、「第二次世界大戦」中のドイツ・ナチスの刑法理論に鑑み、さらに西欧のブルジョア刑法理論を研究し、自身の犯罪構成要件論の提出に至った。彼は、1946年に『犯罪構成の理論』を出し、その後1951年に『ソビエト刑法における犯罪構成』を出し、1957年に『犯罪構成要件の一般理論』を発表するに至るまで自分の犯罪構成理論を徐々に創出、発展させてきた。トライニンは、『犯罪構成要件の一般理論』において、犯罪構成の要件を客体、客観的側面、主体、主観的側面に分けて検討し、そして未遂、共犯、刑事責任を排除する根拠などを含めた犯罪論に関する様々な問題点を詳細に検討してきた。

しかし、トライニンにとって、社会的危険性の規準の理論と犯罪構成要件論の機能は決して同じものではない。社会的危険性の規準の判断結果は社会的危険性の存否であるのに対して、犯罪構成要件の判断結果は犯罪の成否である。例えば、社会的危険性の規準が満たされれば、直接に社会防衛処分の発生につながるが、犯罪構成要件が満たされれば、直接に刑罰の発生につながるわけではなく、刑事責任につながるだけである。1929年の『刑法総論』においては、彼は社会的危険性の規準を論じた後に、社会防衛処分を論じていた。しかし、『犯罪構成要件の一般理論』においては、トライニンは、犯罪構成要件と刑罰の関係を論じず、犯罪構成要件と刑事責任との関係を論じた。そして、正当防衛と緊急避難に関しては、『刑法総論』では「社会防衛処分を排除する事由」と呼んだのに対して、『犯罪構成要件の一般理論』においては「刑事責任を排除する根拠」と呼んだ⁹³⁾。

(2) 犯罪構成要件と社会的危険性の関係

トライニンは、彼の犯罪構成理論において犯罪構成要件と社会的危険性の関係について、犯罪構成要件要素の総体は社会的危険性をそれ自身に

93) 米・前掲(注88)62頁。

よって表現しており、犯罪構成要件は社会的危険性の存在的根拠であると説明している。そのために、社会的危険性は、犯罪構成要件要素の1つではなく、当事者の争いや立証の対象にはならず、犯罪構成要件の立証が成立すると同時に、原則として証明される⁹⁴⁾。そして、トライニンによれば、刑事責任（刑罰を受けべき地位）には、① 刑事責任の前提としての責任能力、責任年齢の存在、② 犯罪構成要件、③ 犯罪としての特定の、具体的な社会的危険性を持つ行為（刑事責任を排除する根拠の不存在）という3つ要件が確定されなければならない。

責任能力や責任年齢が犯罪構成の外にあり、そして犯罪構成に先行する、刑事責任の主観的前提とされる理由について、トライニンは、「刑法は犯罪者を彼が心理的健全であるから罰するのではなく、彼が心理的に健全であるという条件によって罰する」というように説明している。故に、責任能力や責任年齢は、刑事責任の発生にとって絶対に必要であるが、犯罪構成要件の要素とされてはならない⁹⁵⁾。こうして、トライニンは責任能力や責任年齢を犯罪構成要件における犯罪の主体の中で検討するという当時のロシアの通説に対して批判している⁹⁶⁾。

そして、トライニンは、犯罪構成要件の後に、正当防衛や、緊急避難、法令・職務・命令などの刑事責任を排除する根拠を検討していた。この「刑事責任を排除する根拠」という章の最初に、「犯罪としての特定の、具体的な社会的危険性を持つ行為」を刑事責任の1つの要件とされる理由について、以下のように説明していた。

すなわち、ロシア刑法典の第6条の註は「形式上、本法典各則の任意の条項の要件を具備していながら、しかも明らかにそれが軽微なものであると、および有害な結果を伴わないことのゆえに社会的危険性のない行為

94) A.H. トライニン（著） 薛秉忠・盧佑先・王作富・沈其昌（訳）『犯罪構成的一般学説』（1958年）64～65頁。

95) トライニン・前掲（注94）61頁。

96) トライニン・前掲（注94）158頁。

は、犯罪と認めない」と規定している⁹⁷⁾。なぜ「形式上、本法典各則の任意の条項の要件を具備し」たのに、「犯罪と認めない」のかと言え、それは「犯罪構成は、ソビエト法律に規定されている、社会的に危険かつ刑罰を受けるべき行為の全ての主観的要件と客観的要件の総体だからである。この定義から分かるように、犯罪構成は次の2つの部分により構成されると考えられる。(1) 要件の総体；(2) 犯罪としての一定の、具体的な、社会的危険性を持つ行為」ということであり、「社会主義刑法の体系においては、犯罪の形式的評価と実質的评价との有機的統一に基づいて、刑事訴追が拒否されることがありうる」し、「犯罪構成要件の各要素の総体は、行為およびその行為者の社会的危険性を表現しているのであるから、具体的場合において、ある特別な根拠により、社会危害性がなくなれば、当然に刑事責任もなくなる」ということからである⁹⁸⁾。

「こうして、犯罪構成の理論を通して、第6条の註の内容を更なる明確に理解できる」。すなわち、「この規範は、原則として社会的危険行為を形成する構成要件要素の総体に、例外的に社会的危険性が存在しない場合を規定することによって、構成要件の存在を否定し、それを理由に当該行為に対する責任を排除した。何故なら社会主義刑法において、形式的要件と実質的要件とは切り離されてはならないからである⁹⁹⁾」。

97) 第六条 社会的危険な行為とは、ソヴェト体制に向けられ、または労働者=農民の権力が共産主義体制への移行期にあたって設定した法秩序に違反するところの、すべての作為もしくは不作為をいう。

註 形式上、本法典各則の任意の条項の要件を具備していながら、しかも明らかにそれが軽微なものであること、および有害な結果を伴わないことのゆえに社会的危険性のない行為は、犯罪と認めない。

以上の規定については、前掲(注73)法務大臣官房調査科『法務資料』第338号2～3頁参照。

98) トライニン・前掲(注94)267～268頁。

99) トライニン・前掲(注94)271頁。これに対して、井上・前掲(注3)90頁は「ここにおいては、ブルジョア刑法学が可罰的違法性の存在根拠としての構成要件論をとった時と同様に『原則=例外』という関係が用いられていることを知る。……しかし構成要件を充足しているのに何故原則としてしか社会的危険性を体现しないのか、原則としてしか体

(3) 共犯論

共犯の刑事責任の根拠に関して、トライニンは、ピオントコフスキーなどの学者が主張する当時の通説的見解とはかなり異なる。前述の通り、当時の通説によれば、共犯の刑事責任の根拠については、① 共犯の客観的側面として、共犯の行為と実行犯が行った犯罪事実との間に因果関係あること、② 共犯の主観的側面として、これを常に故意に限定することという2つの要件があると考えていた¹⁰⁰⁾。これに対して、トライニンによれば、単独犯罪における行為者でも、共同犯罪における行為者でも、彼らの行為の中に全ての犯罪構成の要素が含まれた場合に限り、特に因果関係と罪過（故意または過失）のような構成要素が含まれた場合に、刑事責任を負う¹⁰¹⁾。すなわち、共犯者の間に完全な主観的関連がなくても、共同犯罪は成立しうる。共同犯罪の成立は常に故意に限定するわけではない。実行者がその他の関与者（教唆犯または幫助犯）の意思を知らない場合には、主観的関連の不足は共同犯罪を排除しないということである。逆に、実行者はその他の関与者の意図を了解するが、その他の関与者は実行者の意図を了解していない場合には、共同犯罪は成立しない¹⁰²⁾。この理論の根拠の違いは、トライニンと通説との共犯論における具体的問題の結論の異同を導き出した。

第一に、過失犯に対する故意の教唆には、トライニンは道具理論を取らず、背後者の実行者に対する狭義の共犯の成立を認める。トライニンによれば、教唆犯は比較的狡くて危険な犯罪であり、教唆者は自己の真の意図を隠して実行者に犯罪を行わせることも一般的である。この場合に、実行者は教唆者に利用されたことに気づいていないかもしれないから、たとえ共犯の間に共謀がなくても共犯の成立が可能である¹⁰³⁾。

↘現しないということは、実は社会的危険性の実在根拠としての構成要件というテーゼと理論的に矛盾する」と批判していた。

100) ソ／彭・前掲（注65）442～443頁。

101) トライニン・前掲（注94）231頁。

102) トライニン・前掲（注94）236頁。

103) トライニン・前掲（注94）235頁。

第二に、教唆犯以外に、幫助も共謀なしで成立可能である。例えば、甲は丙が乙を殺そうとすることを知って、わざと自分の拳銃を丙のところに「忘れ」た。丙は甲の拳銃で乙を殺した。この場合に、実行者丙は甲の幫助に気づいていなかったが、幫助者甲は丙の行動を完全に認識している。この場合に、甲は丙と事前に共謀していなくても、殺人の共犯になる¹⁰⁴⁾。つまり、彼は、「片面的幫助」の存在を指摘して、意思連絡は共犯の要件でないとしたのである。

第三に、故意犯に対する過失による教唆または幫助に対して、トライニンは、共犯の成立を否定する。例えば、甲は倉庫から中の物を盗むために、倉庫の錠を壊したが、何らかの理由で自発的に窃盗を中止して去った。乙は、甲が倉庫から窃盗するために穴を開けた後に去ったことを見て、甲が知らないうちにその機会を利用して倉庫から盗んだ場合には、共同犯罪にならない¹⁰⁵⁾。

第四に、(身分や目的のような)実行者個人に関係する事情とその他の共犯者の刑事責任との問題に関して、トライニンは、各共犯者は彼ら自身が認識している構成要件に対して責任を負うべきであり、共犯者は実行者が持つ加重的事情を認識していれば、それに対して責任を負うべきであり、認識していなければ、それに対して責任を負わないとすべきであると説明している¹⁰⁶⁾。例えば、一般人が軍人の殺人罪に関与した事例に対して、通説がいう「非軍人の共犯者には136条1項を適用する」という主張に反して、一般人が軍人の殺人に関与していることを認識していれば、一般人にも軍人の特別加重の殺人罪(136条2項)を適用すると主張する¹⁰⁷⁾。そして、トライニンによれば、職務犯罪に関して、実行犯(正犯)になれるのは公務員だけであり、公務員の犯罪(職権の濫用と公務上偽造)に関与し

104) トライニン・前掲(注94)235頁。

105) トライニン・前掲(注94)236頁。

106) トライニン・前掲(注94)239~240頁。

107) トライニン・前掲(注94)240頁。

た一般人は、組織犯、教唆犯、幫助犯になれるのみであり、実行犯にはなれない¹⁰⁸⁾。賄賂罪について、ロシア刑法典は、贈賄の仲介者は贈賄罪（118条¹⁰⁹⁾）の責任を負うと規定していた。しかし、トライニンはそのに反対して、仲介者が収賄側に加担した場合には収賄罪（117条）の共犯として、仲介者が贈賄側に加担した場合には贈賄罪（118条）の共犯として処罰されると主張する¹¹⁰⁾。

第四節 小 括

ここで検討したピオントコフスキーとトライニンの犯罪体系論のうち、実際に中国の伝統的見解により大きな影響を与えたのはピオントコフスキーの見解である。そこで、まず、この見解の特徴を整理してみよう。

(1) ピオントコフスキーの見解の特徴

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。

108) トライニン・前掲（注94）244頁。

109) 第117条 公務員が、その職務上の地位のゆえになしうるないしはなすべき行為を、贈賄者の利益のために実行することまたは実行しないことの報酬として、何らかの形の賄賂を直接または仲介者を通して收受することは、——二年までの自由剥奪。

賄賂の收受が加重的事情のもとになされたとき、すなわちたとえば、(a) 賄賂を收受した公務員が責任ある地位にある者であるとき、(b) 収賄の前科あるとき、並びに数回にわたり収賄したとき、(c) 収賄者の側からの強要によるときは、——二年を下がらない自由剥奪。ただし財産没収を併科する。

第118条 賄賂の交付およびその仲介は、——五年までの自由剥奪。

註 本条に該当する者でも次に掲げる場合には責任を問わない、(a) その贈賄が強要されたものである場合、(b) その者が贈賄直後直ちに自首した場合。

以上の規定については、前掲（注73）法務大臣官房調査科『法務資料』第338号72～73頁参照。

110) トライニン・前掲（注94）246頁。

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。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、「単位犯罪」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うるとされる。

⑦ 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。

(2) トライニンの見解の特徴

① トライニンが「構成要件」の研究を始めたのは、1938年のビシンスキーによる「厳格な構成要件」の強調からであった。

② 「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。

④ とりわけ、一部で「構成要件」を社会的危険性の实在根拠ないし存在根拠と捉えるところでは、ドイツのメツガーらの「新構成要件論」の影響が垣間見える。

(3) ソビエト刑法学における犯罪体系の起源

ソビエト刑法学における「構成要件論」の代表的な二人の論者の見解を検討した後は、これがどこから来たのかに関心が移るであろう。次章では、それを帝政末期のロシア刑法学の中に求めようと思う。

第三章 帝政末期のロシアの犯罪体系

第一節 概 観

これまで、中国に輸入されたソビエト刑法学の犯罪構成要件理論を検討してきた。そこからは、中国伝統派刑法学の犯罪構成要件理論とソビエト刑法学の犯罪構成要件理論の継受関係が明確になった。

ところで、一見すると、このソビエト系の犯罪構成要件理論はドイツや日本の犯罪論体系と非常に異なるように見える。しかし、両者は本当に関係のないものであろうか。周知のとおり、ソビエト・ロシアは十月革命でロシア帝国を倒して成立した政権である。その後、帝政ロシアの法制度を徹底的に改造したが、中国のように他国から直接に法理論を輸入する「対象」が存在しない。ソビエト刑法理論は、帝政ロシアのブルジョア法制度およびその理論に対する批判的立場から独自の法理論を発展してきたとされる。しかし、それは決して帝政ロシア時代の法理論の影響を完全に遮断することはできなかったであろう。

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（Таганцев

H.C. 1843-1923) 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¹¹¹⁾。事実、ソビエト・ロシア刑法の犯罪構成要件という概念は、決してソビエト時代に初めて生まれた概念ではなく、19世紀半ば、すなわち帝政ロシアの末期にフォイエルバッハらのドイツ19世紀の構成要件概念を輸入してロシアで生まれたものである¹¹²⁾。例えば、帝政ロシア末期の刑法学者スパソヴィチ (В. Спасович 1829-1906) は彼の1863年に出版された『刑法教科書』においてすでに犯罪構成要件の概念を論じていた。また、現在中国伝統派刑法学における「有機的統一体」という概念も最初は帝政ロシア時代の刑法学者キスチャコフスキー (Кистьяковский А. Ф. 1833-1885) が主張していた理論に由来すると言われる¹¹³⁾。

これで分かるように、帝政ロシア末期の刑法学理論とソビエト刑法学、中国の伝統派刑法学と間には、何らかの切り離せない関係がある。そこで本章では、帝政ロシア末期の刑法学者スパソヴィチ、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考える。

第二節 スパソヴィチ (В. Спасович) の犯罪構成理論

19世紀半ば、帝政ロシアの刑法学者は「Thatbestand」を「犯罪構成要件」(состав преступления) と訳し、この概念をロシアに輸入した。その中では、スパソヴィチはロシアで最初に犯罪構成要件論を提出した学者の1人と言われる¹¹⁴⁾。彼は1863年の『刑法教科書』において、「犯罪構成要件という言葉は、完全に訴訟法上の意味から離脱し、すでに純粹的刑法学上の意味を持つ概念になった。この概念は、犯罪の外部的客観的側面と内

111) 上野達彦「刑法学と人間：ロシアの刑法学者・タガンツェフの生涯」三重大学法経論叢 第14巻第1号(1996年)1頁。

112) 何秉松『中国与俄羅斯犯罪構成理論比較研究』(2008年)4～6頁。

113) 龐冬梅『俄羅斯犯罪構成理論研究』(2013年)35頁。

114) 龐・前掲(注113)498頁。

部的主観的側面を含んで、犯罪の概念に含まれるすべての要件の総体を指す」と指摘した¹¹⁵⁾。そして、彼は、これらの犯罪の要件には、重要でそれが欠ければ犯罪が成功しないという実質的要件 (essentialia) と、それが欠けても犯罪の成立に影響を与えず、量刑のみに影響を与えるという非実質的要件 (accidentalia delicti) が含まれるとした。また、犯罪構成要件は一般的犯罪構成要件と特殊的犯罪構成要件に分けられ、これは犯罪が一般的概念として理解されるか、個別的概念 (例えば殺人、放火、窃盗) として理解されるかによって決められるとした。普段の生活の中で我々と関係するのがある個別の犯罪であり、これらの個別の犯罪に存在する共有の特徴を帰納すれば一般的犯罪の概念になるというのである。

このようにして、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つの部分に分けた。すなわち、(1) 犯罪の対象、(2) 犯罪主体——刑事責任能力、(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¹¹⁶⁾。以下ではスパソヴィチの犯罪構成要件論の具体的内容を検討する。

(1) 犯罪の対象と客体¹¹⁷⁾

スパソヴィチは、犯罪の対象は権利を享有する「人」に限定されると考えていた。この「人」には、自然人と法人が含まれる。そして、犯罪の客体とはこれらの自然人または法人が享有する権利のことを指す。法律がある権利に対する保護を停止した場合に、この権利に対する侵害は犯罪の客体に対する侵害にならず、当然に犯罪にはならない。具体的には以下の3つの場合が考えられる。第一は、権利の所有者 (権利主体) 自身がこの権

115) Спасович В. Учебник уголовного права. Т.1. СПб., 1863. С.90 (廳・前掲 (注113) 498頁から引用した)。

116) Спасович В. Учебник уголовного права. Т.1. СПб., 1863. Первое издание.. С.91-93. (廳・前掲 (注113) 3～5頁から引用した)。

117) 廳・前掲 (注113) 5～6頁。

利を拒絶する場合である。第二は、法律によって権利主体の権利が取り消される場合である。第三は、権利が衝突し、一方の権利を保全するために他方の権利の犠牲を必要とする場合である。

スパソヴィチは、このような権利の衝突には2つの形式が存在すると考える。第一は、権利主体が自分または他人の権利を救済するために第三者の権利を侵害するという形式であり、これを緊急避難という。緊急避難とは、避難者本人または彼と親しい人の人身安全とその他の権利が侵害される危険があるときに、第三者の正当な権利を侵害しないと救済できない場合を指す。この親しい人には親族と友人だけではなく、避難者と関連するその他の人も含まれる。第二は、権利所有者が他人の攻撃から自分を守るための権利であり、これを正当防衛という。正当防衛とは、違法かつ現在の、国家がそれを止めるのに間に合わない攻撃に対して反撃し、自分の権利を保護することである。すなわち、スパソヴィチにとって、正当防衛と緊急避難の正当化根拠は、「国家あるいは法律がその権利に対する保護を停止した」ということである。

(2) 犯罪主体¹¹⁸⁾

スパソヴィチは、犯罪の主体は刑事責任能力を有する自然人に限定し、法人は刑事犯罪主体になれないと考えた。そして、彼は、人が自由な意思でかつ自分の行為に対して責任と罪過を負える状態を刑事責任能力状態(Zurechnungsfähigkeit, imputabilitas)という。この刑事責任能力には3つのレベルがある。すなわち、完全責任能力、完全責任無能力、限定責任能力である。限定責任能力の場合には罪責が阻却されるわけではなく、刑罰が減輕されるだけである。そして、責任無能力には、① 自己意識または意思の未熟、② 生理的または心理的な障害で自己意識が非常に曖昧になること、③ 精神的疾病という3つの理由がある。

118) 龐・前掲(注113) 6～9頁。

(3) 犯罪の外部的側面——行為と結果¹¹⁹⁾

スパソヴィチは犯罪の外部的側面において、意思、事件とその結果の関係によって、犯罪を以下のように分けた。① 既遂犯罪——犯罪主体の意思と事実が完全に一致している場合である。② 未成功の既遂犯罪——犯罪主体は犯罪に必要なすべてのことを行ったが、犯罪主体が予見しなかった状況によって彼の意図している結果が発生しなかった場合である。③ 意外事件または過失犯罪——現実に発生した事件が犯罪主体の意思の内容を超えている場合である。事件には、犯罪主体の意思に支配されておらず、主体に認識、意欲されない内容が含まれる。このような意思と事件との関係は、意外事件または過失と呼ばれる。④ 未遂犯罪——犯罪主体の意思が事件の内容を超えている場合である。すなわち、犯罪の道具の不適切または犯罪対象の不適切によって犯罪が完成しない場合、または犯罪主体自ら犯罪を諦めた場合である。つまり、スパソヴィチが謂う未成功の既遂犯罪は「未遂犯」で、未遂犯罪は「不能犯」や「中止犯」のことである。⑤ 犯罪予備——犯罪主体は犯罪の実行のために資料の収集、道具の準備をして、彼自身をして犯罪を実行できる状況に置くことである。

(4) 犯罪の内部的側面——意思と認識¹²⁰⁾

スパソヴィチは、犯罪の主観的側面あるいは罪過を故意と過失という2つの形式に分けた。

彼によれば、過失 (culpa, Versehen, Fahrlässigkeit) とは、犯罪主体が自由な意思で行為を実行したが、行為の結果は彼が望まないまたは予見していない場合であり、もし行為時に社会生活上の注意義務を果たせば予見できたはずだったという場合である。過失に関して、彼は、犯罪主体が自己の行為から危険な結果を引き起こす可能性があると感じたにもかかわらず行為に出た場合には過失ではなく故意であると主張し、ドイツ刑法学者

119) 龐・前掲 (注113) 10～13頁。

120) 龐・前掲 (注113) 13～18頁。

ベルナーの認識ある過失 (luxuria, bewusste culpa, Fahrlässigkeit, Frewelhaftigkeit) の理論を批判した¹²¹⁾。

そして、スパソヴィチによれば、故意 (dolus) とは、犯罪主体が自由な意思で行為の結果を予見しながら意図的に行為を行うことである。そして、犯罪主体が結果を意欲するかどうかは故意に影響しないのである。彼は、その上で故意を確定的故意 (dolus determinatus または specialis) と不確定的故意 (dolus indeterminatus または generalis) に分け、不確定的故意を更に択一的故意 (dolus alternativus)、間接的故意 (dolus indirectus)、未必の故意 (dolus eventualis) に分けて検討した。

さらに、スパソヴィチは、責任能力と罪過の関係について、責任能力は犯罪主体の心理的能力であるのに対して、罪過は犯罪主体の心理的事実であると述べた。

(5) 共犯およびその責任¹²²⁾

スパソヴィチは、共犯論において、当時の主流的共犯分類、すなわち① 必要的共同と任意的共同、② 事前の協力、犯行時の協力、事後の協力、③ 参加犯 (犯罪の実行を促成した人) と連座犯 (他人の犯罪に対する隠匿、放任、不申告)、④ 主犯と従犯または幫助犯などの理論を検討したうえで、公平に各共犯者に対して刑罰を科すために、各共犯者が共同犯罪に参加するそれぞれの部分を意識的に分別し、それぞれの部分の刑事責任を考慮し、刑罰の種類と程度を決めるべきだと主張した。

第三節 キスチャコフスキー (Кистьяковский А. Ф.) の犯罪構成理論

スパソヴィチと同じ時代で、犯罪構成要件理論に目を向けたもう1人のロシア刑法学者はキスチャコフスキーである。彼は、「普通刑法基礎講義」

121) 鷹・前掲 (注113) 14頁。

122) 鷹・前掲 (注113) 18~20頁。

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¹²³⁾。

キスチャコフスキーによれば、「類概念（class concept）となる犯罪において、その犯罪構成の実質的要件は必ず以下のものを含む。すなわち、(1) 犯罪の主体、または犯罪の実行者、(2) 客体、または犯罪実行の対象、(3) 主体の犯罪行為に関する意思態度、または主体の心理的活動、(4) 行為そのものおよびその結果、または主体の外部的活動およびその結果」である。そして、これら4つの要件は認識方法における分け方であり、実際の犯罪は1つの総体であり、それに含まれる各要素は有機的に融合されているということである。ゆえに、犯罪の内部的側面と外部的側面は互いに判断の前提とされるのであり、犯罪の内部的側面を除いた外部的側面も、またその逆も存在しえないのである。この発想は現代のロシアと中国伝統派の犯罪構成理論における「有機的統一体」の起源となったと言われている¹²⁴⁾。

第四節 タガンツェフ（Таганцев Н.С.）の犯罪構成理論

(1) タガンツェフの理論概観

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。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关系になり、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（состав преступного деяния）と呼ばれ

123) Кистяковский А. Ф. Элементарный учебник общего уголовного права. Т.1. общая часть. Киев, 1891. С.265（鷹・前掲（注113）22頁から引用した）。

124) 鷹・前掲（注113）22頁。

る。タガンツェフは犯罪構成要件を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¹²⁵⁾。

タガンツェフは犯罪構成要件を一般的犯罪構成要件と特別犯罪構成要件に分ける。一般的犯罪構成要件とは、ある行為を犯罪と可罰的行為に認定するために必要となる要件の総体である。特別犯罪構成要件とは、ある行為を殺人罪、窃盗罪などの具体的な犯罪に認定するために必要となる要件の総計である¹²⁶⁾。

(2) 犯罪主体(行為者——犯罪行為の実行者)¹²⁷⁾

タガンツェフは、法律によって保護される利益を侵害する法律関係とされる犯罪行為に関して、その主体は人に限られる。動物または自然の力による侵害に対しては、場合によって国家または個人は予防的な保護措置を取るが、その措置は国家による刑罰的措置と全く別のものである、と考える。

法人が犯罪の主体になりうるかについては、タガンツェフは、法の領域において「人」の概念は自然人だけではなくて法人をも含むが、犯罪行為の主体は自然人に限定される、と考える。

そして、自然人が法律上の犯罪主体になるための必要的条件は、その人が責任能力を持つことである。刑事責任能力は、自然人が犯罪行為を行う可罰性を規定するものであり、行為が刑罰的責任能力を持つ根拠を認定する要件である。タガンツェフによれば、責任無能力の原因は2つある。すなわち責任能力の未発達と責任能力の喪失である。これに応じ、責任無能力

125) Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая. Т.1. СПб., 1902. С.142. (龐・前掲(注113)36頁から引用した)。

126) 龐・前掲(注113)36頁。

127) 龐・前掲(注113)36～38頁。

の状態も2つに分けられる。① 責任能力が認められるほどに精神が発達していない状態、② 正常な精神の発達によって認められる責任能力を喪失した状態。①の状態をさらに、i 自然の精神発達の未熟、つまり幼者、ii 病気による精神発達の遅滞、つまり知的障害者、iii 有害な生活環境に基づく精神未発達に分けられる。②の状態もさらに、i 狭義の精神的疾患を持つ者、ii 一時的な精神錯乱、iii その他の正常な精神活動に影響する身体の不正常に分けられる。

(3) 犯罪の客体（犯罪行為の指向——客体または犯罪が侵害する対象）¹²⁸⁾

タガンツェフは、犯罪の客体は現実に存在する法規範である、現実の権利所有者に対する侵害は犯罪の手段となるだけで、犯罪の本質ではない、と考えている。犯罪の手段は刑法においては、副次的な位置を占めるものである。犯罪の手段によって表された国家の法律秩序の不可侵性に対する意思決定こそが犯罪の本質である。従って、権利を守る国家が犯罪の真の被害者である。仮に現実の権利と利益を犯罪の客体にするなら、ある權益を消滅させても違法にならない行為の法律的性質を説明できないことになる。「法規範それ自体は一種の公式的な表現であり、生活から独立した、抽象化された概念である。抽象的概念としてのいかなる法規範でも争われ、評価され、そして否定されうるが、現実生活に中身を持つ法規範のみは侵害されうる」。従って、タガンツェフは、犯罪の客体は主観的権利（субъективное право）の範囲内におけるその生活利益を保護する法規範である。

タガンツェフは以下の見解を支持する。すなわち、行為はどれだけ有害であっても、その行為が法規範を犯さない限り、その行為の不可罰性は権利と利益を侵害する可罰性を免除する。規範の現実的意味は法によって保護される利益である。保護されうるのは、その利益自体または人間とその

128) 龐・前掲（注113）38～39頁。

利益の間における関係である。例えば、その利益自体を崩壊、消滅、変化から保護する、または人間がその利益を享有、処分、使用することを保障する。その保護は、その利益に対する侵害の禁止あるいはその利益を危険に晒す作為または不作為の禁止として表される。

また、タガンツェフは次のことを指摘している。以下のような場合には、確かに法律によって保護される利益を侵害しているが、しかしそれぞれに理由があってその侵害行為の犯罪性を排除しうる。例えば、① 法律の執行、② 命令の執行、③ 権力機関の許可、④ 懲戒権の行使、⑤ 職務義務の履行、⑥ 私的権利の行使、⑦ 正当防衛、⑧ 緊急避難。

(4) 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）¹²⁹⁾

タガンツェフの理論によると、犯罪行為が発生するためには犯罪者が法律規範との間で一定の関係にあるべきであり、当該関係は、当該規範が侵害されることによって現に存在するという形式により現れるものである。犯罪行為の概念には2つの要素が含まれており、外在要素（法律により禁止された侵害であり、すなわち、作為又は不作為）と内在要素（すなわち、罪過又は犯罪意思）であるとされている。タガンツェフは、各犯罪行為の自然発展過程に基づき、内在方面から外在方面までの順番で犯罪侵害そのものについて論述した。

罪過（内在要素）について、タガンツェフは、法律保護の利益に対する侵害は、侵害者の罪過の結果であり、刑事責任を追及する必要前提であると考えた。また、彼は、責任能力を有する行為者も無過失侵害をする可能性があるとし、かかる状況を2種類に分け、1つは、予想外事件、もう1つは、身柄強制であると指摘した。したがって、タガンツェフは、帰責能力を有する行為者にとって、かかる行為では彼が当該能力を示したか、またはこれを示すことが可能であり、実施した侵害と行為者の意思、彼の行

129) 鷹・前掲（注113）39～46頁。

為前の心理活動とが一定の関係にあり、彼の希望または意思が表された場合に限って、彼は犯罪つまり可罰的行為を実行するのだと考えた。

そこで、意思は、罪過の本質を構成することになった。それと同時に、意思と犯罪侵害行為との関係についても区別が存在しており、それをタガンツェフは故意と過失とに分けたのである。タガンツェフは、故意を、意識と意思がある活動の指向と定義し、故意犯罪行為とは、行為者が犯罪を実施するときに認識しかつ意思があった行為を指すとしている。タガンツェフは、意思要素により故意の罪過を直接故意と間接故意に分けた。

タガンツェフの考えによると、過失罪過は、故意罪過の補充であり、2種類に分けることが考えられる、とされている。1つは、行為者がその実施した行為につき認識したが、これを希望しない——軽信による犯罪であり、もう1つは、認識要素そのものすら欠いた——油断による犯罪である。タガンツェフは、犯罪の混合罪過（結果的加重犯）についても相当深く検討した。彼は、混合罪過は、複合した罪過類型であるとし、その結果、犯罪は、2つ若しくは2つ以上の故意、2つ若しくは2つ以上の過失、又は故意と過失という2種類の罪過形式として表現された。

犯罪活動について、タガンツェフは、犯罪構成の第3番目の実質的必須要件における犯罪活動を以下の3つ部分に分けて論述した。それぞれ、罪過の客観的表現、犯罪活動の発展段階、共同犯罪である。タガンツェフの理論によると、法律保護とは、まず利益への保護として表されており、利益に損害をもたらす又は損害をもたらす危険を避けるためのものであるとされている。彼は、規範に対して犯罪侵害を行う外在表現を2種類に分けており、1つは、禁止規範の侵害（作為）、もう1つは、命令規範の侵害（不作為）である。

タガンツェフは、犯罪活動は行為と結果を前提とするものであり、また、直接に当該結果をもたらさないし当該結果の発生を阻止しなかった人の犯罪活動自体は、また様々な手段や方法により実現されるものである、と主張した。また、タガンツェフは、作為と不作為との区別は、行為

が積極的方法と消極的方法のいずれにより実施されたかによって決まるわけではなく、この2種類の行為方法は作為にも存在し、不作為にも存在すると指摘した。

また、タガンツェフは、当時多くのドイツ学者が主張した「犯罪結果の発生を犯罪行為概念自体の内容とみなす」という見解に反対し、行為結果としての結果は行為の外にあり、行為は単に結果を生じさせ、引き起こす力であるに過ぎないと考えた。タガンツェフは、犯罪活動の結果を2種類に分けている。危険の結果と実害の結果である。

さらに、タガンツェフは、犯罪行為は罪過の外在表現であり、この種の外部存在の侵害こそが行為者の主観罪過性に刑事可罰的行為の意味を与えることができると主張した。罪過性が行為者の行為または不作為により完全に表現されただけでは、罪過外部の存在を十分に確定することができるに過ぎず、犯罪構成要件を完全に成立させるためには、ある結果の存在を求めなければならないとしたのである。行為者の責任を追及するには、上記の結果が行為者の作為又は不作為によりもたらしたことを証明しなければならず、すなわち、行為（作為と不作為）と結果との間に因果関係が存在するのを証明しなければならない。タガンツェフは、具体的な犯罪構成への認定だけでなく、犯罪の一般的学説の画定についても、因果関係説は非常に重要な意味を持っていると考えた。

そこで、タガンツェフは当時の（主にドイツの）各因果関係の学説を二種類に分ける。第一は、因果関係と責任概念を混同する因果関係主観説である。第二は、有責性から独立して客観的条件に基づく因果関係客観説である。タガンツェフは、以上の2つの学説にはそれぞれ克服できない問題があるという理由で、第三のルートを考える。すなわち、人の行為とそれに付着する、結果を共に引き起こす外力（другие силы）との関係に基づいて因果関係を判断する。人の行為と外力の関係は2つに分けられる。第一は、人の行為が事件を引き起こす1つの条件である場合には、人の行為が事件の原因になる。第二は、人の行為と外力とが共に事件の原因にな

る。そして、人の行為と結果の因果関係の有無を判断する基準は以下の3つである。① 外力が人の行為によって引き起こされた場合には、因果関係は中断されずに成立する。② 人の行為が不確定的状態の外力を発生させた場合には、因果関係は中断されずに成立する。③ 外力が独立して作用した場合には、因果関係は中断される。

タガンツェフは、犯罪意志は、決意した犯罪行為により犯罪の意図的段階から犯罪の実施段階に過渡されると考えた。犯罪活動の発展における各段階は、犯罪意志の外部表現として、論理上の発展順番により3種類に分けることができる、第1は、犯罪意志の流露、第2は、犯罪意志の実施、第3は、犯罪意志の実現とされている。相応的に、タガンツェフは、異なる発展段階における犯罪を犯罪予備、犯罪未遂と犯罪既遂に分けていた。

(5) 共犯問題¹³⁰⁾

タガンツェフの共犯理論は前述の因果関係の学説に基づくものである。(広義の)共犯(соучастие)は、タガンツェフの時代に既に立法と解釈における独立した概念であった。共同犯罪は共同行為を前提とする。複数の人が共に行った行為が法律上の意味を持たなければ、共同犯罪は存在しない。そして、この共同行為が有責性を持つ場合にのみ、刑事的に可罰的な行為になる。すなわち、共同に行われた行為は共同犯罪者の全員にとって犯罪が成立する場合にのみ共同犯罪が成立する。責任無能力者は共同犯罪者になれない。タガンツェフは、共犯者全員が各共犯者のためにかつ各共犯者が共犯者全員のために連帯責任を負う場合にのみ、共犯理論ははじめて独立の制度としての意味を持つ、と考えている。この連帯責任の根拠は、責任の共同性(一致性)である。共同犯罪は責任の共同性を要求するほか、犯罪行為の共同性を要求する。そして、責任と行為の一致によりすべての共犯参加者の連帯責任を追及できるが、この一致は共同犯罪者の間

130) 龐・前掲(注113)46頁。

に存在する個別化の差異を排除するわけではない。

第五節 ベルナーの犯罪体系との比較

(1) ベルナーの「構成要件」概念

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、主にミッターマイヤーの指導を受けたことで知られている¹³¹⁾。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¹³²⁾。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。以下では、そのベルナーの体系を簡単に示しておく。

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¹³³⁾。そこでは、「一般的な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¹³⁴⁾」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¹³⁵⁾。ここには、タガンツェフに継承された① 主体、② 客体、③ 行

131) 上野達彦「ロシア・ソビエトの刑事法学者(1)」三重法経130号(2008年)130頁以下参照。

132) 上田寛「国際刑事学協会(IKV)ロシア・グループの実像」徳田靖之ほか編『刑事法と歴史的価値とその交錯 内田博文先生古稀祝賀論文集』(法律文化社、2016年)688頁参照。

133) Vgl. A. F. Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1857, S. 108.

134) Berner, a. a. O., S. 108.

135) Vgl. Berner, a. a. O., S. 108.

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。そして、①主体には、法人・団体は含まれず、責任能力ある自然人に限定されている¹³⁶⁾。

(2) 犯罪の「客体」について

また、ベルナーのいう「客体」とは、犯罪が究極的に侵害する対象を意味する。彼は、それを「権利」(Recht)としており、その中では、いわゆる「客体の不能」について、今日の客観的危険説と同じく、行為時に客体が存在しない場合には不能犯とされている¹³⁷⁾。

しかし、ここでさらに注目すべきことは、この「客体」の中で、被害者の同意や正当防衛、緊急避難などの違法性阻却事由が扱われており、これらが存在する場合には犯罪の「客体」が欠落するとされていたことである¹³⁸⁾。被害者の同意については教科書の121頁以下に、緊急避難については同書127頁以下に、正当防衛については同書129頁以下に、それぞれ一般的な説明がある。また、正当防衛については、子供や精神病者等の責任無能力者からの侵害について特別な説明はないことにも、注意が必要である¹³⁹⁾。

(3) 犯罪の「手段」について

ベルナーは、犯罪の手段(Mittel)についても、ロシア刑法学に影響を与えた重要な指摘を行っている。そこでは、主体は手段を通してしか、客

136) Vgl. Berner, a. a. O., S. 109ff.

137) Vgl. Berner, a. a. O., S. 118.

138) Vgl. Berner, a. a. O., S. 121ff.

139) その教科書129頁以下の「侵害の違法性」の説明の中には、責任無能力者の侵害には何の言及もない。このことは、イエーリングによる「責任なき不法」の承認の余地を残したものとみえよう。

体に作用することができないのであるから、手段は、必然的に、行為、犯罪が実行されるときにはなくてはならない第三の要素であるとされ、意思は知覚可能なものを超えたものであるから、それが感覚世界の中で現実化される場合には、必ず、知覚を超えたものと知覚できるものとの間に架橋がなければならず、そのためには意思は犯罪の手段たる道具とともになければならないとされる¹⁴⁰⁾。

さらに、この手段が絶対的に不能な場合には未遂は成立しないとされ、客体の不能の場合と同じく、絶対的不能と相対的不能を区別する考え方が示される¹⁴¹⁾。

(4) 「行為」について

行為 (Handlung) は、手段を通じて主体を客体と結びつける媒介として理解され、帰属 (Zurechnung) と同じ意味だとされる。そこでは、手段は意思によって把握され魂を吹き込まれて、動き出すのである。そして、このような手段の運動を媒介として、意思は所為 (Tat) になるのであり、このような、所為に向けた手段の生きた運動が行為なのである。それは、所為がこのような運動の沈殿した出来事を指すのと対照的に、外界レベルでの意思の運動そのものだとされる¹⁴²⁾。

そのような行為は、自然の強制ないし絶対強制に拠る場合には①意思が欠けることによって欠落し、また、犯罪意思が外界に全く表動されなかったときは②所為がないので欠落する。さらに、結果を予見していない場合や結果に対応する故意がない場合にも③媒介がないので欠落するとされる¹⁴³⁾。

140) Vgl. Berner, a. a. O., S. 136.

141) Vgl. Berner, a. a. O., S. 137.

142) Vgl. Berner, a. a. O., S. 138.

143) Vgl. Berner, a. a. O., S. 139f.

なお、ベルナーのこの考え方は、1871年のドイツ帝国刑法典施行後も、基本的に維持されている。彼の1898年の教科書でも、「構成要件とは、犯罪の要素の総体である¹⁴⁴⁾」とされており、客観的な要素のみから成る *Corpus delicti* と区別されている。

第六節 小 括

以上の検討から明らかになったことを、簡単に示しておこう。

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の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ものだという点である。

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。

144) A. F. Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1898, S. 67.

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。

⑦ しかし、他方で、バルナーの不能犯論が「絶対的不能・相対的不能区別説」であったように、現代の独日の通説よりも客観主義的傾向を持っていることを看過してはならない。言い換えれば、客観的違法論は、犯罪成立要件において必ずしも客観主義的ではないことがあるのである。

結びにかえて

以上の検討から明らかになることは、驚くべきことである。すなわち、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、バルナー（あるいはヘーゲル学派一般）の体系と、その後のリスト・ベーリングの体系の争いにまで到達するものだという事である。

たしかに、ソビエト連邦が崩壊した後のロシアでは、今でもピオントコフスキーの見解による体系論が通用していることからみれば、この体系の争いは、社会主義法対資本主義法の争いに還元できるものではないことが想起されよう。体制の相違は「社会侵害性」の内容に関わるものではあっても、体系の枠組みに関わるものではないのである。

そうなると、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、バ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ことになる。

この課題の解決には、さらに深い研究が必要であらう。本稿は、その前提として、各体系のルーツを明らかにしえたところで、一応の結びとしたい。