

ソ同盟科学アカデミー通信会員名誉科学者故ア・エ ヌ・トリン著『犯罪構成要件の一般理論』

井上, 祐司
九州大学法学部 : 助教授

<https://doi.org/10.15017/1336>

出版情報 : 法政研究. 25 (1), pp.85-99, 1958-07-10. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

紹介

ソ同盟科学アカデミー通信会員
名誉科学者故ア・エヌ・トライニン 著

『犯罪構成要件の一般理論』

国立法律図書出版所

モスクワ一九五七年、三六一頁

井 上 祐 司

一

本書の著者、トライニン教授について、先ず簡単にその経歴を紹介しておこう。アロン・ナウモヴィッチ・トライニン教授は、一九五七年二月七日七十四才の生涯を閉ぢるまで、長い間、科学アカデミー法律研究所、モスクワ大学・全ソ同盟法律学研究所で、研究教育活動に従事してきた。既に早く一九〇五年の革命的學生運動に積極的に参加し、一九〇八年モスクワ大学法学部を卒業、学部に残ったが、一九一一年熱烈な反動家カッツォーが文部大臣となるや、トライニンは抗議のしるしとして進歩

的教授・助手らと共に大学を去り、人民大学で研究教育を続けた。革命後大学にもどり、一九二一年教授、三八年法学博士、四六年にアカデミー通信会員、ロシヤ共和国名誉科学者の称号をおくられた。

刑法理論の著書として『共犯論』（一九四一年）、『構成要件論』（一九四六年、全訂二版一九五一年、三版一九五七年）、『国際刑法論の著書として、『犯罪的干渉』（一九三五年）、『平和擁護と刑法』（一九三七年）、『ヒットラー主義者の刑事責任』（一九四四年）、『平和擁護と人類に対する犯罪との闘争』（一九五六年）等

がある。実践活動としても、ドイツ戦犯のニュールンベルグ裁判におけるソ同盟代表委員として、また、国際民主法律家協会のソヴェト代表、及び一九四七年、四八年その副会長の任に当った。正に、学者であると共に積極的な社会的活動家でもあった訳である。(『ソヴェト国家と法』誌、一九五七年三号、一三三頁、『ボルジャヤ・ソビエツカヤ・エンチクロペヂヤ』一九五六年、四三卷、九一頁、モスクワ大学通報、経済・哲学・法律シリーズ、一九五七年一号頁参照)

二

本書の内容の紹介について、全般にわたることができないので、重要と思われる点について紹介するとどめたい。

既にソヴェトの構成要件論については、宮内教授(『ソ同盟刑法と新派理論』刑法雑誌三卷一号)、木田助教授(『犯罪構成要件理論の現代的展開』刑法雑誌六卷二号)、中山助教授(『ソヴェト刑事法理論の若干の問題』ソヴェト法学二卷二号)及び拙稿(『犯罪構成要件の覚書』ソヴェト法学一卷三号、『ソヴェト犯罪論の若干の問題』刑法雑誌七卷二・三・四合併号)によってその大体の傾向、ブルジョア理論との対比も指摘されている。また、そこでのトライニンの理論的立場の全体の中での位置づけも示されている。従って、ここでは、それらの論稿の上になつて、新

しくトライニンの本書から何を学び得るか、という点に紹介の視点を定めようと思う。(尤も、それぞれの研究者にの評価、刑法学説史上の位置づけに関しては、見解はまちまちである。木田、中山両助教授から御親切な批判もうけているのであるが、何れ近い機会に)その時、問題となるのは、(一)実答えせねばならない。その時、問題となるのは、(一)実自的犯罪概念の構成要件論への役割についてのトライニンの見解。(二)犯罪客體・結果の理論におけるトライニンの特徴的立場。以上の二点が重要となるであろう。それぞれについて紹介を進めてゆこう。

三

刑事答責性(刑罰を受くべき地位)が発生するためには、トライニンによれば、(一)その前提としての責任能力・責任年令の存在、(二)犯罪構成要件、(三)処罰条件、が確定されねばならない。責任能力や責任年令が構成要件の外にあり、それに先行する刑事答責性の主観的前提であるとしている理由について、「刑法は犯罪者を彼が心理的に健全であることのゆえに罰するのではなく、彼が心理的に健全であるという条件によって罰する」(七四頁)のであるからと説明する。構成要件とは「ソヴェト法によって、社会主義国家にとり具体的に社会的に危険な行為(不行為)を犯罪として決定しているところの、すべての主観的・客観的メルクマル(要素)の総体である」(五九頁)。徒って無限に多様な当該行為の事実

的メルクマイルの中からの立法者の選択によって、「構成要件要素」への昇格が行なわれる。この構成要件要素の総体が社会的危険性を自らによって表象している。従って、構成要件は社会的危険性の存在根拠であり、構成要件の違法宣言的性格が強調されてくる。「当然にこのことから、社会的危険性は要素の一つではない。……社会的危険性は、それぞれの要素とは異り、当事者の争いや立証の対象にはならぬ、……構成要件要素の立証が同時に、原則として、社会的危険性・違法性の証明である」(七九頁)。

構成要件においてなお注意をしたいのは、彼が構成要件要素は社会的危険性の存在とその程度を示すメルクマイルの総体としている点である。彼は構成要件が社会的危険性の程度を確定する機能のことを「構成要件の第二次的機能」とよんでいる。その実例として、一九四七年六月四日法の社会主義財産奪取罪におけるその危険性を高めるメルクマイルとしての「再犯・集団・大規模」のメルクマイルをあげる。

構成要件要素の中には、要素としての違法性メルクマイル(ロシア刑法一八二条四項「正規の手續による許可なくして」、同九一条「権限なくして」等)、要素としての社会的

危険性メルクマイル(ロシア刑法一七五条二項「一般危険な手段による」)が存在することを認める。そして、このことが前述の社会的危険性と構成要件との相互関連と矛盾するものでない点を次のように説明する。これらのメルクマイルは「違法性の具体的形式であって、刑事答責性の一般的前提の一つとしての違法性からは区別される」(八二頁)問題であるからだ、と。

以上のように理解された構成要件論において、当然に生ずる疑問は、第一に社会的危険性の存在根拠としての構成要件論においては、果して、構成要件の内実たる社会的危険性は、構成要件の存否の判断過程においていかなる役割を果すべきなのか、という問題であろう。更に第二には、もし構成要件の存在が同時に社会的危険性の存在でもあるのならば、いわゆる阻却事由が存在する場合、いかなる理論構成がなされるのか、という問題であろう。

第一の問題についてトライニンは次のように答えている。

「しかし、これ(法規の中に厳格に書きとられている事実的メルクマイル―井上)とならんで、立法者がその助けを借りて具体的な犯罪行為を記述しているところの構成要

件要素の中には、法律がその内容を故意により、一般的な形式で決定しているところのものが存在する。この種の構成要件要素に関係せしめるべきものとして、例えば、『重大な』結果、『大規模の』損害、『悪意の』等々のような法規のメルクマールである。これらの法の規定は、社会主義刑法の体系において深い意味をなっている。それは直接にマルクス主義方法論の一般的要求と関連する。即ち、現象を時と処との具体的条件の中で評価するという唯物弁証法の要求と。それゆえこれら要素の内容を明らかにするには、具体的事件の全事情を考慮してのみ可能である。そして立法者は、裁判官が審理している事件の具体的資料によって、その存在・不存在を確定するように、一般的形式でその要素を規定したのである。

ソヴェト法は、これらの場合において、あれこれの構成要件要素の存否についての問題を事件の全事情の評価によって解決する権利を裁判所に与えているのであり、のみならず、この目的のために裁判所に甚だ重要な武器——ロシヤ刑法六条——を与えているのである。

犯罪構成要件の個々の要素の実質的評価にとって原理的な政治的法的基礎となるものは、構成要件要素がその

暴露に役立つところの一般概念——犯罪概念のソヴェト法規による実質的定義である。」（八八—八九頁）

この点について興味のある判例をトライニンはあげている。一九五五年一月一〇日幹部会令は「小窃盗」の処罰を規定したが、この際法規は、恰も、四七年六月四日法の「大規模窃盗」と同様に、何らの形式的な限界（何留以下とか）を設けていない。しかし、だからといって裁判官の恣意による法的安定の崩壊があるのではなく、事件の全事情の具体的評価による法の統一の適用が裁判官に義務づけられる。一九五五年一〇月二五日ソ同盟最高裁運輸部法廷決定は、屋根用鉄板六卷（価格一七二留余相当）の窃盗を小窃盗とすべきだという上告趣旨に対して、小窃盗の概念の限界を価格からのみ出発することの不当を指摘したのち、1本件では予謀があった、2トラックで運び出したこと、3建築資材という財産の種類4数量が六卷であった、という具体的資料に基き、小窃盗の主張を否定した。また、一九四〇年一二月一八日ソ同盟最高裁小法廷決定は、四〇年七月一〇日幹部会令「品質不良品の放出」についてのもの。この犯罪は身分犯であって、企業長・主任技師・技術監査長に限定されている。この判例は被告人は「技手長」として有罪とさ

れていた原審判決を破棄した。彼の呼び名は技手長であつても（彼の事実上遂行している義務の實質的評価からすれば）彼は単なる労働者であるから、と。更に、一九四九年九月三〇日ソ同盟最高裁大法廷判決は、前述の七月十日法の身分犯の解釈に關して、「若干の裁判所は、法を不当に形式的に解釈して、本質的には法規の示している機能を遂行しているのに、他の職名でよばれている場合の企業の指導的労働者には、四〇年七月十日法は拡張され得ないのだと考えている。かかる誤った見解から出發して、裁判所は、例えば企業の長が、企業長とよばれずにただ長とだけよばれている場合とか企業が生産協同組合の代表者によって指揮されている場合だとか、企業での主任技師の機能が技術指導員や管理人によって行なわれている場合とか、又技術監査長の義務を事実上実行している職員が他の名でよばれている場合とか、においては、同法を適用していない。その政治的内容を考慮することなしに法の形式的解釈に基いたかかるとか、判例は、品質不良の製品の放出に有責な人から何の根拠もなしに答責性を解放することへと導く。……（同法によつて答責性をおうのは、ただに品質不良の製品に有責な企業長・主任技師・技術監査長のみならず）以上の職

責の機能を事実上遂行する他の呼名の職員もである」と。第四の判例として、一九四九年九月三〇日ソ同盟最高裁大法廷判決。これは前述七月十日法の「放出」の解釈についてである。判決に曰く、「製品の放出ということについては、註文主えの製品の引渡し、と同様に、製品が技術監査部門を通過した場合、又は引渡しのための終局的な形がととのえられた場合もふくんで理解されねばならぬ」と。しかし、この判例に対してはトライニンは反論している。「製品の『放出』という法の要求をこのようにひろげることには賛成できない。法の規定はよみ易く明瞭である。……製品が企業に見出される限り、製品が放出されていないということもそれだけ明瞭である」（九四頁）

構成要件要素の解釈における實質的犯罪概念の役割についての判例につづいて、トライニンは一五六条「救助義務者」の「危険えの置去り」の解釈をのべている。この際の「救助義務」の内容について、医師・案内者・乳母とかいった特別の相互関係・職業のある場合のみならず、更に、友人同志の小旅行とか、水泳場におけるポートに乗っている人とそばでの溺死せんとしている人とか、の場合のように、特定の相互関係がなくとも、事件

の具体的事情や人々の具体的行為の中から、救助の道徳的義務のみならず法的義務が発生すると説いている。

「ソヴェト市民、つまり同志たる市民の、行為と答責性の問題を決定するソヴェト裁判官の社会主義的法意識は、義務の根源を、特にある人じしんに課せられた義務づけにおいてのみならず、また、個々の限定的な場合に、特に発生した諸事情の中においても、見出すにちがない。」（九五頁）。

このように、ドライニンにおいては、実質的犯罪概念の構成要素の存否の判断に対する機能的役割はかなり強く主張されていることを素直に認めてよいであろう。

次に、第二の問題として、構成要件と阻却事由との理論的関連をみよう。彼はいう、「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評価との有機的統一にもとづいて、刑事訴追が拒否される」。「犯罪構成要素の総体は行為と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、具体的場合にあれこれの特別の根拠にもとづいて社会的危険性がなくなれば、当然に刑事答責性もなくなる」（三一八）。また零細な反法行為の非犯罪性を宣言している六条備考に関して、「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、このことによって構成要件の存在を否定し、そのゆえに当該行為に対する答責性を遠ざけているのである。何故なら社会主義刑法においては、形式的メルクマールと実質的メルクマールとの間の乖離は存し得ないから。」（三二三頁）。

つまり、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。もっとも、「原則≡例外」という両者の関係そのものが何故に成立しうるのかについては、「形式と実質との統一」という点がとりあげられている。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、原則としてしか体现しないということは、実は、社会的危険性の存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ものではないのか、もし、そうでないとすれば、阻却事由と構成要件との関係を、「原則≡例外」として関係づけることじしんえ反省の目がむけられるべきであろう。しかしこれらの点についてはドライニンは何らの指示をも与えていないように思う。

刑事答責性を排除する事由としてあげられている個々の問題について、特に紹介しておきたい点を二、三とりあげてみよう。

ソヴェト刑法上に「ブレックラシチエーニエ・シエーラ事件」の「破棄」という裁判がある。その理由の一つとして、「被告人の行為に犯罪構成要件が存在しないとき」(ロシア刑法四条五号)というものが規定されている。問題は、この四条五号における「構成要件の不存在」と、前述の六条備考の零細な反法行為の非犯罪性との両者の関係についてである。六条備考に基いての破棄の裁判をする場合には、同条と同時に刑訴四条五号を共に引用すべしとする判例(「ソ同盟最高裁判例集」一九四三年第四集、〇事件)があるとしながら、トライニンは之に対して、構成要件の不存在にもとずく事件の破棄という点では、両条文はその法的基礎を同じくするが、しかし、両条文は、その事実的基礎を異にするとして、次のように主張している。「ロシア刑法六条備考によって事件が破棄されるのは、法律に規定された構成要件の全要素が証明されたにもかかわらず、この総体が行為の社会的危険性を形成せず、従ってそのゆえに、犯罪構成要件を形成しないのである。これに反し、ロシア刑法四条五号によって事件が破棄されるのは、

構成要件要素の総体における(客観的又は主観的)要素のあるものが存在せず、そのゆえに、犯罪構成要件が存在しないのである」(三二〇頁)と。そして、このような両条の理解の正しさを示す根拠として、刑法六条備考が曾てはロシア刑法の第四条のaの内容をなしていたものであるという。零細な反法行為について、検察官・裁判所に起訴を拒否する権限を与えていた刑訴の規定がそれであった。即ち、トライニンによれば六条備考が刑訴四条五号とならぶ手続法上の規定の意味をもつてくることになるのであろう。その前提の上で両手続規定の内容の区別を説いているものと解される。

次に、阻却事由としての正当防衛・緊急避難がいかなる根拠によって答責性を排除するのか。トライニンは、正当防衛は犯罪的侵害に対する行為であって、社会的有用な行為であり、犯罪の実質たる社会的危険性をかくがゆえである、とする。しかし、緊急避難においては、正対正の対立で、相手方はいわれなき犠牲を強制されているであって、かかる行為が社会的危険性なしとする根拠はない。厳格な法律上の要件を遵守してのみ適法視されるものであって、つまりは、違法性のみを欠くがゆえに、それによって犯罪構成要件を形成せず、刑事答責性が排

除されるとしている。

第三に、法の遵守や義務の履行に関連して従来職業的な義務履行（教師・医師等）をもって行為の社会的危険性を遠ざける事由と解していた。この点について、トライニンは、外科手術を例にとって、その不可罰性は実はその行為がそれぞれの具体的形態において構成要件要素たる結果を欠ぐため、始めから構成要件を充足しないのであって、手術の職業的性質一般に基づくものではないとしている。次節で紹介するように、トライニンは「結果」について独自の見解を示すのであるが、侵害の客体にむけられた損害を結果と概念し、それをもってすべての犯罪にとっての必須の要素としている。「実際は、外科手術は身体傷害ではない。たとえ行為——指の切断——は外面的にそれと同一であっても、外科手術は、健康の良好にむけられており、身体傷害はその悪化にむけられている。動機がちがいは外科手術を身体傷害から深く区別する」（三三四）。では次節においてトライニンの独自の客体論——結果概念——形式犯の否定という一連の思想の紹介に進もう。

四

すべての犯罪は一定の客体に対する侵害である。何も

のも侵害しない犯罪などあり得ない。ただ、侵害の客体が物質的価値の外に、非物質的価値（政治的・道徳的・文化的、その他）でもあり得るだけである。例えば、「権力機関の威信」（ロシア刑法一一三条）、「個人の名誉」（同一五九条—一六一条）など。しかし、すべての犯罪に共通の侵害となっているものは、支配階級によってうちたてられている社会関係、ソヴェトにおいては社会主義的な社会関係である。

この社会関係としての客体は、すべての犯罪的侵害にとって共通の客体であるがゆえに、個々の具体的犯罪の具体的侵害、又はグループ的な犯罪客体のメルクマールたることはできない。ここに個々の構成要件要素としての客体が考えられねばならぬ。ところが、各則の規範は多くの場合犯罪の客体の特殊な指摘を欠いているのが実際である。そこで我々は理論的にこの問題を解決せねばならない。その際に、手がかりとなるものは、1一定の犯罪グループについて類的定義を与えている刑法規範（反革命犯罪五八条一、行政秩序違反罪—五九条一、軍事犯罪—一九三条一）であり、2刑法典の章名からの推論である。かくして確定された客体は、各論体系の基本的基準となると同時に、当罪めの際の直接の基礎となる。例えば、

「暴行」(二四六条)と「動作による侮辱」(二五九条二項)との限界について、前者の客体が健康であるのに対し、後者のそれは名誉である。そのことが特定の行為の当嵌めの基準となる。以上のような客体の理論で注意すべき点は、客体が一般的客体——類的客体——個別的客体という具合に抽象の段階差を設けられていること、そして個別的客体を特長づけるメルクマールは法の沈黙にもかかわらず当該犯罪構成要件の必須の要素と概念されていくこと、であろう。トライニンは、五八条八のテロ行為の個別的客体を「ソヴェト権力の代表者・革命的労働組織の活動家」、五八条七の正常な活動の妨害行為の客体を「国営企業、協同組合」として——この二例は法規に直接明示された客体である——いるが、一般的に、個別的客体と一般的客体(社会関係)との関係を次のようにしている。「人・所有権、その他すべての客体が刑法によって保護されるのは、決して「普遍的に」ではない。即ち、時と処とを超えた、一定の社会関係の体系の中のどこでも、いたるところで、という形においてではない。かくて、人も所有権も具体的犯罪のどの客体も、一般的客体としての社会関係と離れ難い有機的関連において、同一の論理的・実践的系列の中に見出される

ことになる」(一二九頁)と。

この客体の理論は、直ちに、結果の概念と密接に関連をもつことになる。客体なき犯罪はないという命題は論理必然的に結果なき犯罪はないということになる。即ち結果とは、侵害の客体に生ぜしめられた損害であり、この損害は、いかなる形式、いかなる範囲においてであれ、各犯罪構成要件の必須の要素となる。このことは当然、実質犯——形式犯の区別の否定となる。彼は結果概念の三つの特徴をあげる。結果の異種性・非測量性・相対性。異種性とは、客体の異種性——物質的価値と非物質的価値——の反映であり、非測量性とは、非物質的価値の損害としての結果の場合の特長である。即ち、その場合においては結果は物質的性質えの変化のように測量による具体的確定が(メートル・キログラム・ルーブル)できない。しかし、この非物質価値えの侵害はあり得ないということにはならない。裁判官の酒飲み放蕩は権力の威信を失墜するし、投機はソヴェトの交易に損傷を及ぼす。損害の生じない。生じ得ない客体が刑法によって保護されるとするのは、「無害の行為を処罰する規範の存在をゆるすことであり、刑事制裁の合理的基礎を奪うことである」(一四四頁)としている。最後に、結果の相

対性とは、構成要件メルクマールとしての結果は、構成要件要素としての客体に生ぜしめられた損害のみである。例えば、撃鉄をおろす・弾丸の発射・心臓への弾丸の命中・心臓組織の破壊・犠牲者の死・一人息子の死による母親の自殺、と、客観界への人間の行為の投じた因果の連鎖は尽きない。しかし、殺人罪の結果は、犠牲者の死である。

結果概念のもつ以上の多面性を見落すところに、「形式犯」の主張が生れるのだ、とトライニンはいう。いわゆる形式犯の典型として考えられている暴行罪と侮辱罪について、彼は、結果概念がいかに重要な役割を果たすか、を説明する。前述したように、一五九条二項の動作による侮辱と、一四六条の暴行との限界を考える場合、両者はその行為の客観的側面においては区別はない。これを区別せしめるものは、客体の区別から導かれる結果の相異によってのみである。「もし、その打撃が痛みを惹起したならばそれは一四六条の暴行である。もし正に打撃が侮辱をおこしたならば、一五九条の動作による侮辱である。このことに関連して、被害者じしんがいかなる結果、即ち、道徳的なそれ（侮辱）、或は物理的なそれ（痛み）の、どちらが自分により多く感ぜられたかに

より刑事答責性を帰せしめる問題をたてる権利をもっているのである」（一四八頁）と。また、形式犯として侮辱罪をとらえている論者も、狂人や無意識の泥酔者・精神病者・年少者など、名誉感情をかき取扱いの侮辱的人格を理解し得ぬ人々に対しては事実上侮辱罪の成立を否定せざるを得ないであろう。そのことは、侮辱的言辞を「はくことだけでは不十分であって、「相手が自己の名誉をおとされたと感じること」つまりは結果が、必要であるというに外ならぬではないか」と反論している。

結果が構成要件の必須のメルクマールであることを否定せんとして、論者は或いは、法規が結果発生の可能性についてのみ語っている法条をあげるかもしれない。例えば、五九条三B、一〇九条など。前者は職権乱用罪であるが、この際、重大な結果は発生せずともその生ずることを知ってなしたことが要件とされる。トライニンは、重大な結果は、なるほど発生する必要はないが、公務上の行為によって、或は企業の正当な活動を阻害し、或は個人の財産や権利、利益に損害を与えること、この意味の結果は、第一次的に必須の要素として必要があり、可能的なもので足りるところの「重大な結果」は、第二の結果、補充的結果についてにしかすぎぬとする。

一〇九条についても、必須の結果として、労働規律違反行為から生ずる運転規則の違反・車輛の不良修理等が要求され、可能的なものは第二次的結果たる車輛の破損等であるとしている。このような論法によって、遺棄罪（一五六条）における結果として「危険状態の発生」、詐欺罪（一六九条）のそれとして「相手方に錯誤を生ぜしめること」、動員不参罪（一九三条一〇a）のそれとして「動員数の減少」、公務員無頼行為罪（一一三条）のそれとして「権力の威信の損傷」、をそれぞれ結果として概念している。ただ、かかる結果は、未遂においてのみその欠缺が例外的に許されるのみだとする。

このようなトライニンの客体—結果—形式犯の否定、という一連の理論にとって、最も重要な点は、彼が、客体と結果とが構成要件の必須の要素であるとしつつ、他方で、これら要素の「訴訟上の特殊性」を主張している点である。

まず客体について、例えば無頼行為（七四条）における社会主義法秩序、投機（一〇七条）におけるソウエト交易、不正判決（一一四条）における社会主義公正裁判、はそれぞれ具体的現実的客体として必須の構成要件要素ではあるが、これらの客体は訴訟では確定されない。

それは、これら客体が構成要件要素ではないからではなく、特別の審理と確定とを必要としない程その存在がうたがいなく明瞭であるからである。同様に、結果についても、その具体的確定は不要である。ただいわゆる実質犯においては、法が特にこれらの犯罪に限りて訴訟における具体的確定を必須のものとしたにとどまる。客体、結果、その他の必須の構成要件要素であろうとも、裁判所にその存在が顕著に明らかなるものである場合、その立証を必要としないのは訴訟一般の原則であって、これはまた、何らこれら要素の実体法上の意味を変化せしめるものではない、（一五三頁）と。

五

本書の内容を最初の計画によって紹介し終った。それらの諸点について問題のありかを指摘して本稿のむすびとしよう。

先ず、実質的犯罪概念（犯罪とは社会的危険行為である）と構成要件概念との関係について。1. 「構成要件の第二次的機能」に関連して、トライニンは、構成要件要素、又はその総体が社会的危険性の程度をも決定するというのは、表現として誤解を生じやすい。構成要件の分類の章（七章九七—一一七頁）において、彼は、社会

的危険性の程度によって、基準類型、加重類型、軽減類型の三者を類別する。「再犯・集団・大規模」というトライニンのいわゆる社会的危険性のより高い程度を示すメルクマールといはれるものは、基準類型からみた場合であって、加重類型たる当該構成要件から見れば、正にその形態における社会的危険性の存在を示すメルクマールである。従って、要素を、存在を示すメルクマールと程度を示すメルクマールとに分けることは適当でないように思う。2・構成要件要素の存否の判断に対する実体的犯罪概念の役割をトライニンは相当積極的に肯定している。しかも、阻却事由についての超法規的原由は「職務行為」又は「違法な命令に服従した場合」（この点は省略したが、ニュルンベルク裁判規則八条を例示してその可罰性を主張する）の如く、反対に実質化を否定する傾向にある。実質的契機の要素の存否の判断への直接の機能を「目的論的解釈」として一般に否定的にとりあつかっている東独の理論に比較して、ややゆるやかな態度をとっている。しかも、構成要件要素の中における規範的要素への態度には問題がある。この点について、やはり本書のある書評者イ・ペ・アンドレーフ教授（ポーランド刑法学者か？）は次のようにのべている。この書評者も記述

的要素の外に「オチエフノツナイ・エレメント評価的要素」の不可避性と合目的性を認めている——もっとも、書評者がこの要素が「客観的資料に基いては決して確認されず、ただ上級審の評価によって訂正されうるだけのものである」とする点には直ちに賛成できないものがあるが——が、ただトライニンがこれら要素が恰もマルクス主義方法論の一般的要求と直接に関連するよう説く点に反論を示しているのである。「方法論からは決して結論されないような問題に関して、我々が方法論上の原則を適用するにはもっとも慎重でなければならぬと思う。……ポーランド人民共和国の一九五三年三月四日法は、奪取された社会主義財産の価格を三〇〇ズロティに正確に法定した。その限界内のものを「小窃盗」としている。かかる厳格な枠づけに賛成する人も反対する人もある。何故なら、かかる限界には積極面もあれば消極面もあるから。しかし、我々は、一方がマルクス主義の基礎から流れ出たもので、他方がそれと矛盾するものだと考えない」（『ソヴェト国家と法』誌、一九五八年二号一五三頁）と、全く妥当な批判と思う。

一般に実質的犯罪概念が刑法理論にどのような形で、どの程度役割を果すべきかという問題は、ソヴェトでも東独でも一つの論点として最近いろいろに論ぜられてい

るが、これらの点については後日改めてとりあげようと思う。「ソヴェト法の四十年」第一巻、一九五七年、レニングラード大学所収シャルカロズスキー、犯罪論の基本問題、四八一頁—五〇四頁、Dr. J. Renneberg/E. Hübner/H. Weber, Materieller Verbrechenbegriff, Strafpolitik und Gesetzlichkeit, Neue Justiz, 1957, No. 2, S.33ff.; Staat und Recht im Lichte des Grossen Oktober, 1957, —S. 225 ff.—H. Gerats, Der “materielle Verbrechenbegriff” und die Grundlagen strafrechtlicher Verantwortlichkeit; M. Benjamin Eine Absage an den materiellen Verbrechenbegriff, Staat und Recht, 1958, No. 1, S.58ff.)

第二に構成要件と阻却事由との関係について。1. その体系的理解は、「原則＝例外」という形を出でない。この点は、ゲラーツ (Gerats, Die strafrechtlichen Verantwortlichkeit in der deutschen demokratischen Republik, 1952. S. 38) やナースト (M. Nast, Imperialistische Tatbestandslehren und einige Formen ihres Eindringens in die sozialistische Strafrechtswissenschaft, Staat und Recht, 1957, Heft8/9, S. 909 ff.) のように、社会的危険性を肯定する要件 (いわゆる構成要件) とそれを否定する要件 (阻却事由) とを、共に、構成要件 (法律効果がかかる) しめられている法律要件＝一般構成要件) と概念す

るのが、学説史的にはもっともプリミティブでありながら、実は、実体と形式との統一という弁証法的な構成にもっとも密着した体系のように思う。2. 六条備考を手続規定と解する点も問題がある。阻却事由の一つとして実体規定とのみ解するのが素直であろう。法典の形式的場所のみならず内容から見ても他の阻却事由一般と區別して独立の意味をもつべきものをもっていない。3. 正当防衛と緊急避難の根拠については問題がある。一般に、社会的危険性と違法性との関係は、トライニンによって理論的には究明されていない。社会的に危険だが違法ではない、とか、違法であるが社会的に危険でない、ということが概念しうるのか。ソヴェト刑法学では、違法という概念は屢々用いられるが、それは、同時に、社会的危険性という内容の存在形式として把握されている。しかし、違法一般と可罰的違法・民事違法・行政法上の違法・秩序上の違法との区別や関連、その中の阻却事由の処置という形では、違法論はとりあげられていないようである。違法論は構成要件の一般理論にとっては、寧ろ、合法性破壊の一つの方向としてその否定面のみが強調され (目的論的解釈と起法規的違法阻却事由) 違法論発生 of 必然性、その肯定的側面 (概念法学からの

脱却、因果関係論の検討、注意義務、作為義務の範囲など）は不当に無視されているようである。社会的危険性にしても「刑法によって保護された社会関係への侵害・危険」とされるが、非物質的価値（名誉など）・人・国営企業とかがそのまま社会関係とされるのにも、末だ概念の生硬さを見る。社会的危険性にしる、違法性にしる、それじたいの概念内容の把握が末だ残されたものとなっていると言えよう。構成要件とこれら両者との関連は正しい方向に向っているとしても、4・職務行為の不可罰性についてのトライニンの見解について、「結果」という構成要件要素をかくか否か、という問題に還元している。その際、構成要件外にある「動機」が結果の存否を左右する契機としてとりあげられている。訴訟上の事実認定における問題なら格別、「結果」という客観的要素の存否は、それじたい確定される問題である。たとえば、非物質的価値の存否の問題であったとしても。

第三に、客体論。客体は我々の概念からみれば、法益である。しかし、法益の侵害は違法の実質的内容である。すべての犯罪に法益侵害という結果が必要であるということは、犯罪は実質的に違法行為でなければならぬと同意である。結果概念が価値的に理解され、行為の違

法性という問題を、結果（＝法益侵害）の有無として把握している。行為の社会的危険性とは、客体（社会関係）への侵害・危険である。とすれば、結果が必須のメルクマールである、というテーゼは、行為の社会的危険性が必須のメルクマールであるという主張でなければならぬ。彼の客体―結果の理論は、彼の構成要件論と矛盾することになるうし、循環論におちいっていることにもなるう。行為の危険性と結果の危険性とは別だ、と考えてみても、構成要件的行為、例えば殺人行為は、生命のハク奪という結果にむけられたものとしてのみ考えうるものであって、生命のハク奪のない殺人とは形容矛盾ではない。行為を意味づけるものが、客体への侵害傾向である。結果（法益侵害）―因果関係―行為、という要素は、実は、構成要件的行為の問題に帰一すべき内容であろう。結果を法益の侵害という社会関係の側面で把握したところに、自己矛盾の原因があると言えよう。そのことの上に、形式犯否定の主張が存在している。結果なき犯罪なし、ということとは構成要件的行為のない犯罪はない、ということに尽きてしまう。

ところが、刑法上、行為とは別に結果じたいを問題にする所以のものは、未遂・既遂の区別のためであった。

それは、社会関係の平面の問題ではなく、外界の変動という、自然界の出来事の問題である筈である。従って、未遂・既遂の区別となる結果概念は、自然界における物理的事実として把握されねばならないであろう。結果を価値化すれば、実質犯—形式犯の区別がなくなるのは当然であって、それどころか、実は未遂・既遂の区別すら理論的には消滅してしまうのである。遺棄罪の結果を危険状態であるとする論法からすれば、生命の危険という結果を未遂の結果とすることになるであろうから。ところが、客体は、それが社会関係の問題であるがゆえに行為の主観的側面をぬきにしては、その侵害はあり得ぬのである。この点は、東独のレクシャス (J. Lekshas, *Die Kausalität bei der verbrecherischen Handlung*. 1952: S. 68) によって明確に論じられたところであった。

最後に、「訴訟上の特殊性」について。実体法理論は、特に、構成要件理論は、訴訟における証明の対象を限定することにあり、というのがブルジョア構成要件論をふくめて、ソヴェト構成要件理論の前提であったように考へる。ところがトライニンは、この訴訟と実体法理論を切断してしまっている。この点は、極めて重大な問題であろう。現在の私には、何れとも判断はつかない。今

後の問題としたい。既に本書の二版(一九五一年)の書評者、クールリャンズスキーは、この点について、「訴訟上の特殊性」をもち出すことは、実体論理として、客体・結果が「必須のメルクマール」ではなくなったことだ、と批判していることを附記しておこう(「ソヴェト国家と法」誌、一九五二年八号七七頁参照)。

以上私の問題の指摘を終った。筆を擱くにあたって一事を希望したいことは、ソヴェト文献には、外国文献の引用がまだまだ不十分であることである。ある問題を先学者たち——ブルジョアのといわれている学者をふくめて——がいかに考えたか、ということの上に展開されない理論は、学者の個人的研究態度の問題、ひいてはソヴェト文化じたいをも、国際性のないものとしてしまっていることをソヴェトの学者はもっと強く自覚してほしいと思う。

(一九五八・六・八)