



犯罪論のあり方について : 鈴木茂嗣『二元的犯罪論序説』を受けて

小田, 直樹

(Citation)

神戸法學雑誌, 66(1):235-262

(Issue Date)

2016-06

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCDOI)

<https://doi.org/10.24546/81009557>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81009557>



神戸法学雑誌第六十六巻第一号二〇一六年六月

犯罪論のあり方について ——鈴木茂嗣『二元的犯罪論序説』を受けて——

小 田 直 樹

はしがき

鈴木先生の「二元的犯罪論」の要諦が新たな著書の形で示された⁽¹⁾。かつて、その構想を論評し、反論をいただきながらも、（また、本書所収の第一論文の土台となった講演の機会にコメント役を担いながらも）明確な対応を示してこなかった者として、その主張をどう受け止めるべきか、改めて応えるべきことは義務のように感じられる。この小稿の主たる動機はそこにあり、その延長線上で若干の考察を加えたい。

結論から言えば、なお疑問は解消されておらず、その構想の（「刑法理論の体系」としての意義は当初から認めているのだが）実践的な意義は理解できな

-
- (1) 鈴木茂嗣『二元的犯罪論序説』（成文堂、2015）（以下では、本書という）。
 - (2) 拙稿①「『認定論』という構想について」広島法科論集3号（2007）227頁以下と拙稿②「可罰の評価について」鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集上巻（成文堂、2007）163頁以下に対する「反論」は、法時82巻12号（2010）127頁以下に掲載され、その後、鈴木茂嗣『犯罪論の基本構造』（成文堂、2012）467頁以下に収められた（以下では、「反論」部分を中心に、構造・該当頁で示す）。また、本書の第一論文の経緯については、本書3頁注1を参照。

(3) い。確かに、構想の輪郭はより明確になった。⁽⁴⁾「犯罪性質論」としての実体論と対置された「犯罪認定論」は刑訴法学の課題だとされた。そこで、⁽⁵⁾刑法学と刑訴法学が「交錯」するわけではないことを確認した。反面で、それならば、「二元的」な構造は、二つの「学」の相違でしかなく、「認定」は刑訴法学に委ねておけばよいのではないか。刑法学は何を求められ、どう変わるべきだと言うのだろうか。構成要件という言葉の使い方について提言がなされているが、犯罪類型という言葉にも不明確さがあるので、用語法は内容とのズレが顕著になっていない限り、伝統を維持してよいであろう。

実は、その構想には別の二元性を読み取ることもできる。一方は、犯罪評価論（評価構造論）と犯罪事実論（要件事実論）の二元性であり、刑法学の内部に評価構造論と評価要件事実論の二元性をもたらす。その上で、他方は、犯罪評価論の内部における、規範的评价論（行為規範論）と可罰的评价論（制裁規範論）の二元性である。先の拙稿では、後者について、刑罰法規～構成要件該当性を前提にしない「規範的评价」は抽象的に過ぎて、⁽⁶⁾「基礎理論（行為規範論）を超えた内容を具体化できるかが問題」だと批評した。この点で「反論」があったとは思えない。方法や視座に係わる話⁽⁷⁾は、立場の相違に帰着するから、

- (3) 議論が擦れ違いに終わる背景は、「実践」の捉え方の相違にある。先生は「刑罰法規の使い方（wie）を明らかにする前に、……何が犯罪となるか（was）を問題とす」べきだとされる（構造468頁）が、私見は、犯罪論が何（was）を問題にしてきたことは当然の前提とした上で、「使い方（wie）」の部分に踏み込むことが必要だと述べたつもりである。
- (4) 構想の全体像は本書47頁の「図表Ⅰ」で示されている。ここでの叙述は、この図表に基づいて、概要のみを示す。
- (5) 私見は、「認定論」という地平で扱うべき問題の核として「一連の行為」を取り上げ、「実体法と手続法の交錯」を想定した（拙稿・刑法雑誌50巻1号（2010）67頁以下）が、先生は「交錯」を批判する（構造467頁及び477頁）。「学」のあり方として、両者を切り分ける意識は了解するが、両者の「法」に目を配る議論が望まれる場合はあるだろう。
- (6) 拙稿②168頁～170頁。
- (7) 擦れ違いの原点に「目的」設定の違いがある。近時の法学は政策的な「目的」

蒸し返すことは避ける。そこで、この小稿では、前者の二元性を扱いたい。私見が「認定論」で想定するものは、おそらくは、「評価構造論」から「評価要件事実論」に至るプロセスの描き方に関わっている。つまり、訴訟上の「事実認定」以前に、「要件事実」の設定を事案毎の問題として捉えるのならば、「要件」設定の特殊性を「例外」として整理すべき場合もあるのではないか、というのが私の関心事だからである。

一 二元的犯罪論序説－鈴木説の批判的考察

鈴木茂嗣先生の『二元的犯罪論序説』は、4つの章から成っており、「第1章 二元的犯罪論概説－伝統的犯罪論との比較－」は構想の見取図を描いている。これまで実体論／認定論という対概念で表現されていた二元性が、性質論（実体論）／認定論（手続論）という形にまとめられ、結局、刑法学／刑訴法学の役割分担に帰するものとされた。先生によれば、伝統的な刑法学は、「犯罪認定」の順序に従った議論に傾斜していたが、それは訴訟上の「認定」とは異質なものであり、一般的・抽象的な「犯罪の認識論」を扱っていたに過ぎない。「認定」は「訴訟手続上の認識」に純化して、その前提となる刑法学は、「認定」に資する（「お膳立て」としての）犯罪性質論に徹すべきである。そして、結論として、「第4章 構成要件論と刑法学」では、可罰的評価の中で罪刑法定主義の要請に応じた「犯罪類型」該当性を検討するに止めて、「認定」の論理に染まっている「構成要件」概念は刑訴法学に譲り渡すべきだという。まずは、「犯

を達成する手段として「合理的」か否かを問う。社会のコントロールに向けて法を道具・技術として扱い、法的な「評価」は「政策」で制御され则认为（目的合理主義アプローチ）。しかし、先生は、規範的命題の体系的な整理に向かう旧来の法学の視座から、政策以前の「評価」の解析に力を注ぎ、それらを整序することが合理的だという。「犯罪行為の処罰根拠を明らかにするため可罰的評価の基本構造を明らかにする目的」に応じた論じ方だから「目的論的体系」だという説明（構造155頁）は、通常の「目的論（目的主義）」から大きく外れた言説だが、理論の「目的」を第一義と考えるスタンスを示している。

罪性質論」の理解と犯罪類型／構成要件をめぐる議論を確認して、この構想のもつ意味を考えてみたい。

1 性質論／認識論／認定論 刑法学が犯罪とは何か（犯罪の「性質」）を論じた後に、それを受けて、刑訴法学が刑事手続における犯罪の「認定」を論じるという関係に異論はない。しかし、犯罪論を「犯罪の認識論」と定義して「犯罪とは何かを認識するためにその成立要件を明らかにすること」と表現する浅田教授との間で、「性質論と認識論」に関する議論があった。先生は、犯罪の性質を明らかにすることは犯罪の成立要件を明らかにすることと同義であるとして、浅田説の表現を追認しながら、その内実は自分の想定とは異なるという。〈「犯罪とは何か」（犯罪の性質）の認識〉を扱うべきなのに、〈一定の成立要件を満たす「犯罪」行為存在の認識〉を扱っていることが問題であり、「議論の擦れ違い」は、「認識」概念の用法に混乱があるからだとされる⁽⁸⁾。その「性質論」は「……性」という「評価」の分析であり、「存在」を分析するわけではない。事実（実在）か法（規範的命題）かと言えば、後者の検討に重点を置いたものである。浅田説と同様に、「犯罪の成立要件」を論じるというが、おそらく両者の「成立要件」にはズレがある。

実体法学者の多くは、具体的な事実が備えている性質をもって犯罪の成否を画することを目指している。例えば、構成要件該当性は、現実的で切迫した危険を備えた実行行為・法益の被害としての結果・両者をつなぐ因果関係（危険

(8) 本書6-8頁、特に6頁注5。浅田説は受講生に「認識」させるための議論に思えるが、自説は「訴訟手続上の認識」を考えているという。裁判法学への傾斜を感じさせる（拙稿②170頁）。そこから脱却することを意図して目的的行為論の成果を取り入れた平場博士の改説（拙稿①234-235頁）に対して批判的であったから、裁判法学への回帰により、具体的な事案という生の「現実」を扱う態度が弱い印象は否めない。

(9) 実体法学にいう「実体」にズレがあり、それが同床異夢の基盤となりうる点について、拙稿「法条競合論一考」広島法科論集創刊号（2005）191頁以下、196頁を参照。

の実現)という事実の集積で成り立つ評価と想定する。だから、これらの「事実」をイメージして「成立要件」を語るはずである。もちろん、実行行為性(行為の無価値性)・法益侵害性(結果の無価値性)・因果性(帰属可能性)など、それらを「評価」として表現することも可能であるが、いずれにせよ「実行行為」「結果」「因果関係」が「認定」されるべき要件になるのであれば、そのレベルで手続法につながっていればよい(「危険」「法益」「危険の実現」などは、それぞれの言葉の解釈の問題)と考えているはずである。

これに対して、鈴木説は、評価の競合状態を「成立要件」とみるようなスタンスであり、「評価」の解析から議論をはじめめる。例えば、犯罪の「違法性」には行為規範違反(規範的違法)が不可欠であり、その評価が成り立つためには、「行為規範」が法益侵害行為の禁止であることを前提として、法益侵害惹起という(「犯罪類型該当性」も認められる)実行行為性が必要であり、その評価の「要件事実」は「法益侵害の危険性」である、という語り口になる。⁽¹⁰⁾ もっとも、浅田教授から「著者の立場を一貫させるとすれば、規範的違法・規範的責任については犯罪類型の行為を前提としないで論じたいえ、広範に及ぶ(民法上の不法行為と共通するような)行為について犯罪類型性による限定を考えるしかないように思われるが、必ずしもそのような展開になっていない」との疑問が示されている。そこに体系的な矛盾を見出すか否か、この点は鈴木説の本質をいかに理解するかに係わるであろう。

その構想は通常の「体系」とは論理が異なっている。一つの「存在」に様々な「評価」が付与されて、その総体をもって「犯罪」という法律要件が確認さ

(10) 本書19頁。もっとも、そこに「実行行為性」という言葉は出ていない(可罰的评价の「類型性」に係わる問題と捉えるのであろう)。また、この「違法化要件事実」と、「正当化要件事実」である「法益保全の期待性」を並置している。「類型」という言葉は専ら可罰的评价の枠として使い、類型的／非類型的＝原則／例外という区別は実体法上の問題ではないというのであろう。

(11) 浅田和茂「書評・鈴木茂嗣『刑法総論 [犯罪論]』(成文堂、2001)」犯罪と刑罰16号(2004)105頁以下(この書評が本書第一論文が扱う「応答」の土台をなしている)、109頁。

れるとき、「存在」を「評価」ごとに（形式的/実質的・客観的/主観的という、「認定」手法の違いで）切り分けるのが通常の「体系」論理だと捉えた上で、先生はそれ自体に闘いを挑んでいる。個々の「評価」の中身を明らかにした上で、その性質に応じて、「存在」の一定の側面を「要件事実」として切り出すべきである。だから、先に（事実自明型の議論形式で）「評価」の「性質」の「認識」を扱うべきであり、「認識」を直ちに「存在」に対して向けるべきではない、という。例えば、先生における「実行行為」の扱いを考えてみよう。

2 多元的・多重的な扱い 通説が「実体（實在）」として捉えていた「実行行為」について、そこに「実行行為性」という「評価」問題があり、しかも、表面上は、定型（類型）性という形式的な問題のように見えて、現実的には、（43条に由来する）未遂処罰に値する危険性の問題と、（60-61条に由来する）正犯評価に値する支配性の問題を含んでいること、それ故に、融通無碍に使われるブラックボックスと化すおそれがあることは、（平野博士・山口教授の問題提起を受けて）今日の刑法学が前提とする共通理解であろう。だから、「実行行為」も（構成要件論における）論点となるのだが、逆に言えば、「行為」という一つの「存在」に「類型性」「危険性」「支配性」という「評価」が併存するので、「実体」を多元的に扱うことになるとも言える。

おそらく、鈴木説が求めているのは、そのような「発想の転換」を刑法学の全体に及ぼした上で、「評価」の論理的な相互関係から、議論を「合理的」に整序すべきことである。「可罰的評価」は、「規範的評価」を前提としてのみ可能だから、その順序で論じるべきであり、⁽¹²⁾「犯罪類型（該当）性」は、制裁規範たる刑罰法規の要件部分に由来する多様な要素を包括する以上、議論の射程

- (12) 「規範的評価」を先に扱う理由は、「規範的責任」を「政策」論以前のものとして確認することにあるらしい。違法論における「不許容」という評価への拘りも「規範的非難可能性を基礎づける不可欠の前提」だからであり（構造471頁）、規範的責任論を実質化し責任主義を堅持するために、規範的評価が「不可欠」だという（構造473頁）。しかし、私見の示した疑問は、それ自体に「評価範疇としての意味」があるかであり、〈可罰的責任は規範的責任を前提とする〉という説明を超える扱いの必要性があるかはやはり不明である。

として「可罰的評価」という総合判断に関わるから、最後に諸々の「評価」を総括する形で位置付ける方が望ましいことになる。結果として、「実行行為」の下で扱われていた諸問題は、そこに含まれていた様々な「評価」問題に分解され、「犯罪類型性」の話を後に留保しながら、個々の「評価」の「理論」に分配される。反面で、一つの「存在」が、問題ごとに何度も繰り返して扱われている印象をもたらす。⁽¹³⁾①「行為」論で「人の結果惹起的態度」とされたものが、②「規範的評価」論では、「規範的不許容行為」⁽¹⁴⁾「無価値結果惹起の危険行為」や「結果回避義務違反」行為と表現される。そして、③「可罰的評価」論において、「犯罪類型性」を検討する段階に及んで、「切迫危険惹起」が必要だという把握に至る。それが予備罪との区別に投影されたり、関与類型の区別においては、「切迫危険惹起」に対する寄与度によって共同正犯（共同実行型）／従犯（実行援助型）を区別すべきだとされている。

もちろん、伝統的な議論でも、③は犯罪の発現形態（段階的類型や方法的類型の特殊化）として独自に論じてきたし、①と②を区別することも、行為類型説や事実的な「因果関係」と規範的な「帰属」を区別する立場を考えれば、決して奇異なものではない。それでも、結果惹起－無価値結果（法益侵害）惹起－切迫危険惹起という説明を積み重ねることにどんな効用があるだろうか。反面で、「評価」ごとの議論を徹底するのならば、共同正犯／教唆犯／従犯の区別を括弧に括った上で、関与者の「行為規範違反性」や「回避義務違反性」も論じるべきだと思われるのだが、そこに扱うべき実質的な問題はないのだろうか。そこまで踏み込むことが不要だというのならば、それは「規範的違法」が「基礎理論」レベルの議論でしかないことを示しているのではないか。違法＝

(13) 以下で出てくる「行為」の語り口は、鈴木茂嗣『刑法総論 [第2版]』（成文堂、2011）の37頁、41頁、52頁、188-189頁、211頁、227頁から引き出してみたものである。

(14) 行為論では、規範的責任との関係では結果回避行為が問題となるとされていた。「結果回避義務違反」が「実行行為」という「存在」の枠内かは疑えるが、両者は「危険性」の捉え方によっては表裏の関係であり、問責対象「行為」に競合する属性とは言えるだろう。

行為規範違反の要求は一つの主張である。そこに争いがあるのに、それを当然の前提として「規範的評価論」を先行させても議論が収束するわけではない。⁽¹⁵⁾一つの「存在」に「評価」ごとに光を当てることを想定する場合、「評価」はどこまでも細分化できるので、説明の重複は膨大なものとなり、自ら「評価」を「実践」する意識で眺める者からは効率性に欠けていると感じられる。この印象は、構成要件という枠付けを前提にしないことに伴う違和感に過ぎないものなのだろうか。「構成要件」論の行方について確認しておきたい。

3 「犯罪類型」と「構成要件」 第4章は「構成要件」概念を問題として、性質論としては、罪刑法定主義の要請に応じた「行為類型」性の評価を貫くべきであり、その要請は可罰性の要素にも及ぶので、刑法学は可罰的评价を担う「犯罪類型」を扱い、反面で、「構成要件」は「訴訟手続上の認識」に達する手段として刑訴法学が扱うべきだという。「理論と実務の架橋」を実体法学と訴訟法学の架橋と捉えて、両者の接点を「犯罪類型」と「罪となるべき事実」の関係に求めた上で、「交錯」を解消するために、刑法学は「犯罪類型」を、刑訴法学こそが「構成要件」を論じるべきだというのである。結論は、刑訴法335条1項に（2項との対比で構成／阻却が対概念となるので）「構成要件」を貼り付けて、いわゆる「訴訟法的機能」に徹する形で使うことを主張するに等しいが、「構成要件」は「評価要件事実」を「認定要件事実」に組み直す訴訟法学の作業を通して確定されるので、刑罰法規から解釈で導く「行為類型」とは全く異質なものとなる。

従来の理論における構成要件論の先行性は、「認定」順序の問題であり、必然性がないと言う。「体系」論理が異なるから、鈴木説が「犯罪類型性」を後

(15) 「整理の仕方」では議論は変わらない、と批評した（拙稿②166-167頁）ところ、「発想の転換」で「二者択一」の問題とみることを止めるべきだと反論された（構造472頁）が、違法＝行為規範違反という捉え方自体が異論のありうる「思想」であり、「発想の転換」は「思想」の押し付けになると考えるべきである。

(16) 佐伯（仁）教授の疑問に対する解答（本書44-45頁）では、「構成要件」概念には、性質論と認識論の「交錯」があり、「理論的混乱」があるという。

置ること自体は理解する。しかし、私見によれば、刑罰法規～構成要件（犯罪類型）該当性を前提にもたない「違法論」に、具体的な事案にあわせて議論を深める契機はあるか（「基礎理論」レベルの議論に止まらざるを得ないのではないか）が疑わしい。その「違法論」は具体的な事実の扱いに及ぶのかと聞いたところ、後から扱うので構わないという「反論」を受けた。これでは、現に扱うのは「基礎理論」でしかないだろう、と再確認するしかない。鈴木説の「体系」は、「評価」の扱い方を説明する言葉ばかりが多く、個別事例に応じた「評価」を決める議論にどう及ぶのかが定かでない。浅田説がそうであるように、刑法学が「認識論」と表現するのは、個別事例の生の事実⁽¹⁷⁾に目を向ける視座を表現するためであろう。「類型」判断の先行性は、それが「認定」順序に類似していても、おそらく、原則的なもの／例外的なものを分ける思考方法の現れであり、何かを解析しようとするれば、当然に縛られる構造である。「原則」を描く段階で限界を画するために、刑罰法規から導かれる「類型」を参照することは、個別事例に対応する「実践」にとって理に適ったことである。⁽¹⁸⁾鈴木説は、評価目的に応じた簡明な整序を追求する通常の理論の対極にあり、

-
- (17) 構成要件論が「社会的現実との接点」を確保する場となる点を重視すべきだと述べた（拙稿①236頁）ところ、全ての評価に「接点」が必要だと反論された（構造468頁）。構成要件該当性は、具体的な事案（という社会的現実）の全体像を捉えて、争点の在処を探る場所である。「犯罪類型」を前提としない鈴木説は、どこで「現実」との接点を確保するのが不明だと述べた。それに対して、全ての評価で「要件事実」を論じると言われても、「具体的な事案の全体像」を扱う保障とならない限り、解答を得たとは思えない。
- (18) 構成要件論が「評価の対象」を特定する機能を担う点について、「評価対象となる行為は事案ごとにその問題関心に応じておのずと決まる」という（本書14頁注10）。これが説明になっているだろうか。「実体」を具体的に捉える態度は希薄であり、ここに「事実自明型」の感覚を見出すことは、本当に「誤解」（構造473頁）なのだろうか。
- (19) 山中教授の批判（複雑すぎて実用的でもない）に対して、切り分けることで「純化」できるとする（本書45頁）ののだが、「学」の価値だけでは解答にならないであろう。

広く賛同が得られるとは思えない。「学」の「架橋」を示すための「理論」の肥大化は、機械の構造仕様書を書き尽くすようなものであり、その利用マニュアルを求めている者には重すぎるであろう。また、裁判規範と同等の文脈で、刑法は警察規範であり検察規範でもある。裁判だけが「使い方」ではないから、専ら「訴訟手続上の認識」に接続させる「実践」論は、使用者の立場から考えているとは思われず、その視野が狭すぎるだろう。刑罰法規から「構成要件」を導き、「構成要件該当性」の検討を通して、具体的事案に向かう法律家の感覚を覆すことは、「実践」から遠ざかることである。鈴木説は、刑法学～刑訴法学が連携して裁判につながる姿を描き切ることが「実践」に資するというのだが、具体的な事案を組上に載せなければ「評価」を綿密に構成することなどはできないであろう。

「体系」を語ること自体が犯罪論ではない。「基礎理論」は「体系」構築のために個々の「評価」の「性質」を論じるだろうが、本論としての犯罪論は、具体的な事案に臨む術を語らなければならない。例えば、(法秩序統一的な)「不許容」という規範的違法性を論じることで、議論が「純化」されたとしても、それで何が得られるのか、具体的な事例判断にどう繋がるのだろうか。⁽²¹⁾『二者択一』の立場決定の問題だとする伝統的発想からの転換を主張するが、「理論」の進め方の当否の問題でしかないのならば、その全体像が「規範論」の展開だと言うべきであろう。⁽²²⁾反面で、それが具体的な事案を扱うレベルに達す

(20) 私見が使用者の立場を踏まえた「倫理則」の具体化を課題としたところ、それを「論理則」の誤植と受け取られた(構造468頁)。「実践」の見方のズレは大きいと言わざるを得ない。

(21) 規範的違法／可罰的違法の区別は行為規範／制裁規範に通じており、規範論をめぐる争いが投影しうる問題である。両者を区別すれば「混乱」は解消すると述べるに等しいため、「楽観に過ぎる」と批評した(拙稿②166-167頁)。それに対して、全体としては「刑法的評価として何ら問題はない」と言われて(構造471-472頁)も、解答をもらったとは思えない。

(22) 行為規範／制裁規範が「二者択一」の議論でないことは、山中敬一「犯罪体系論における行為規範と制裁規範」鈴木古稀上巻(2007)39頁以下も扱っていた。

と言うのであれば、「純化」という解析の過程で「評価」の方針（〇〇の場合は××とする…という規範的命題）を決めるに等しいから、後から改めて「要件事実」を論じる必要性は疑われる。すなわち、議論の体系化（「切り分け」と「配置」の説明）は、一定の「事実」を前提とした上で、どの側面に注目すべきかを検討するに等しい。その「側面」が「要件事実」の抽出にならざるを得ず、結論は常に先取りされるだろう。

かくして、スケールの大きな「序説」は、最後まで「序説」であり続けるか、あるいは、「序説」と「本論」の不明瞭な混成になりそうである。「基礎理論」で描く話が細かく切り分けられても、個別の法規や事件を取り込む術が明らかでなく、個々の「理論」の射程は不明である。犯罪の論じ方（「論」の順序）へのこだわりは、「刑法理論の体系」として了解しうるに止まる。それゆえ、刑法学にとっての構想の真価は、「要件事実論」への展開過程にいかなる成果が認められるかに係るであろう。「第2章 犯罪評価と評価要件事実」がこの「過程」に関わる。その趣旨を確認して、若干の検討を行いたい。

二 刑法学に何を加えたいのか

第一章の見取図によれば、「認定論」が刑訴法学の課題となったため、刑法学の任務は、その前提として、何が犯罪となるか(was)を扱い、「評価要件事実」を「端的」に示すことである。とはいえ、どんな改革が必要なのかは不明である。⁽²³⁾「評価構造論」から「要件事実論」に展開すべきだと言うが、〈〇〇の場

この論文を、賛否は別として、「規範論」として受け止める（構造437頁以下に反論がある）のならば、鈴木説の「体系」は「規範論」の肥大化でしかないことになるのではないか。

- (23) 「刑訴法学で犯罪の認定論を展開するにあたって、『どのような性質の行為』を認定したらよいのかを刑法学者に端的に示してほしい」と要望する（本書14頁）が、問題は犯罪の性質を「端的に」表現する方法にある。鈴木説がもたらす多元的・多重的な「評価構造」は「端的」な表現とはいえない。評価要件事実の「端的」な提示を求める趣旨と理解する。

合には××と評価する」という表現方法を、⁽²⁴⁾〈犯罪には××の性質が必要である〉、そこで、〈〇〇という（評価要件）事実が必要である〉という形に転換しても、中身は変わらない。それを受けた刑訴法学が〈〇〇の場合〉を「認定要件事実」に再構成する場合に、表現方法で差が出るとは思えない。〈〇〇…××〉という命題の正当性を理由づける言葉と、〈××の性質〉が必要なことを理由づける言葉にどれだけ違いがあるだろうか。認定論的な理由づけ（形式的・客観的な事項の優先性）の説得力を疑い、主客合一・全法秩序統一の規範違反行為を描くのならば、⁽²⁵⁾「規範的評価」の特徴を示すことになりうるが、それを明言するわけでもない。要するに、刑法学に何を求めているのかは必ずしも定かでなく、表現方法の転換の可否を検討する必要がある。

1 構成要件の捉え方 先生によれば、伝統的犯罪論における「構成要件該当の違法・有責な行為」という定義は、それ自体、犯罪成立要件（犯罪の「性質」）を示すものであるにも関わらず、刑法学はこれを「犯罪『認識』のあり方を示すもの」と解して、「犯罪論は、犯罪の認識に当たっての判断順序の体系すなわち『認識論』的体系として構築」されている。このような考え方（構成要件論）の混迷は、ベーリングの『犯罪論』が、①罪刑法定主義との関連で立法者が示した個別の「行為類型」性を問う、②犯罪の認識は事実から評価へと進め

(24) 全ての評価が〈〇〇の場合には〉という形式で「事実的基礎」を扱っていることは、当然の前提である（拙稿①238頁、拙稿②170頁）。「要件」という意味での「接点」（構造468頁）はもともと語られていると考えている。

(25) 特徴的なのは、『評価』の順序いかんは、理論上とくに問題とならない。『犯罪である以上すべての評価が同時に競合的に妥当する』との前提で、いわば『静的に』検討を進めれば足りる」という見方（本書15頁）である。刑法学が扱うべきは、評価手続ではないと言うのだろう。また、実質的評価は、違法性〇有責性〇可罰性という同心円構造を示すのに対して、類型的評価（犯罪類型性）はそれらと交差円の関係に立つと言う（16-17頁）。類型該当性も評価だが、「類型」自体は「実質的評価」の「事実的基礎」を取り込む面があるからだと思われる。「事実的基礎」と「要件事実」の関係が問題になる。

る、③事実の認定は客観的事実から主観的事実へと進める、と主張していたことに由来する。刑法学は①を扱うべきだが、③は刑事法学が検討すべき認識(認定)論であり、②は性質論と認定論の架橋に関わる問題点として位置づけるべきであった、という⁽²⁶⁾。③が訴訟上の問題に尽きるかも疑問だが、ここでの関心事は②の観点(「構成要件」概念と事実／評価の関係)である。

「構成要件」が様々な機能を背負い過ぎており、論者ごとに重点の置き方が異なるため、議論が混迷し易いことは確かである。①は犯罪個別化(と自由保障)の機能に、②は評価対象を画する機能に、③は(認識対象となる意味で)体系構成の基軸となる機能に通じる。犯罪の個別化、評価対象、認識(故意)の対象と並べるだけでも、その内容は相違しうる。違法／責任の内容と区別を論じる場合、「評価」を「要件」として分析して(性質論として)検討すべきなのに、③の視点で理由づける見方もあった。違法性や有責性について、その本質を積極的に基礎付けないまま、専ら阻却事由の説明という形で消極的に扱われているという印象は、構成要件の違法(責任)推定機能という「認定」に係わる視点の影響だといえる。問題意識に共感するところもある。

しかしながら、違法の客観性／責任の主観性は、行為主義・法益保護主義(侵害原理)・責任主義という基本原則から基礎付けられるはずである。違法であってこそ有責ともなりうるという理解に争いはなく、それ自体は、評価規範／決定規範(評価規範の先行テーゼ)⁽²⁷⁾という規範論で補強された見方であり、③は「認定」の論理だけの話ではない。違法本質論が軽く見えるのは、違法と責任の関係については、既に「基礎理論」の段階で扱うのが通常だからである。また、罪刑法定主義を自由の形式的保障で理解すれば、行為類型説が望ましいとしても、〈議会の定めた法規のみが国家刑罰権の授權規範となりうることを前提として、刑罰権の存否・範囲を検討すべきこと〉だと理解すれば、授權規

(26) 本書54-55頁。第4章は、この点を再び述べた(94-95頁)上で、①の意味での「構成要件」を阻却要件と対置させる発想には違和感が残るという(98頁)。

(27) もっとも、この「テーゼ」が特定の違法論(例えば結果無価値論)を基礎付けることになるとは思わない(鈴木・前掲書(注13)48頁以下もそれを疑う)。

範に見合う事実の存否を問題とする判断として、存在根拠説のいう「構成要件」から検討することに合理性はあるだろう。そこで、①に関して、可罰性を基礎付ける（「構成」する）機能を想定した違法類型説への展開を理論的な後退だとは思わない。⁽²⁸⁾ 具体的な事件の全体像に迫る枠組が前提になれば、どこを議論（争点に）すべきかも判らない以上、事件を分析する思考のあり方として、原則を示す「構成要件」を先に論じることは必要だと思われる。⁽²⁹⁾

2 「事実」と「評価」 鈴木説の核心には、「評価」を分析した上で、その「要件事実」に議論を進めるという考え方があり、この点が「構成要件」論の先行性（②の視点）に真っ向から対立しうる。しかし、「性質論と認定論の架橋」において、「評価」と「事実」を単純に切り分けることには疑問がある。想定する「実践」の姿が異なるのだろうが、法の適用は、「評価」を基礎付ける「事実」の有無を判断することに止まらず、一定の「事実」とセットになっている既存の「評価」枠組から、事件がその射程内にあるか否か（判例の射程という問題）を検討し、「事実」の特殊性を踏まえた、新たな「評価」枠組を⁽³⁰⁾ 補充的に構築することに及びうるであろう。私見が想定する「法適用」は、「事実」の特定と「評価」の可否決定が不即不離の関係で並行的に処理される過程である。⁽³¹⁾ これを「評価構造論」と「評価要件事実論」に切り分けるのは、「実践」

(28) 鈴木説は「ペーリング以前に戻れ」と述べるに等しい面があり（本書12頁注8）、違法類型説を主導した佐伯（千）説が（規範的評価／可罰的評価の区別を唱えた宮本説から離れて）「可罰的違法性」という構成に展開したことには「消極評価」を示している（本書28頁注20）。

(29) 「評価」が（通常性の有無で）原則／例外という関係にあれば、そこに事実上「推定」の関係が語られることになりうるが、それは「評価目的」の相互関係から整理として出てくる話であって、「認定論」の現れではなく、「事実認定」において想定される「推定」とは関係がないであろう。

(30) 拙稿（前掲注9）212頁（「評価枠組」の部分で「規範的命題」として論じた）。

(31) この認識じたいが批判されたのなら、それに応えるべきだろうが、「適用論は、まさに実体法の解釈問題すなわち実体論として検討すべき」だとか、「事実面と規範面を合わせた認定論の構築をめざすことは、それじたい適切とはいえない」と、自らの見方を断言される（構造476頁）だけなので、対応する気

の姿の直截な描き方ではなく、枠組作りの観念論が肥大化するだけである。

そこで、「事実」と「評価」をセットで分析して、同じ事件でも「事実」の捉え方で異なる「評価」が許される可能性を検討すべきである。私見の問題意識はそこにある。「事実自明型」の世界観で語られる「評価」でも、現実の一部しか起訴されていない場合、事実の切り取り方（訴因）に異なる可能性がある場合、その立証で一部だけが確信に至りえた場合など、手続的な問題にも波及しうる、事件の異なる扱い方の可否が問われる。もちろん、伝統的な刑法学は、起訴されていない部分・立証されなかった部分は「事実」がなかったものとして扱えばよく、訴因構成の誤りは手続上の問題でしかないとして切り離すのであろう。それでも、一部起訴が許されてよいか否か、訴因変更が許されてよいか否か、確信できた部分だけで縮小認定が許されてよいか否か、という手続問題を実体法的な理解と全く無関係に決められるのか、その点を曖昧にしたままで、「実体法の実現」と言えるのかが問題だと思うのである。

仮に、罪数論における科刑上一罪の評価が制約になりうると言うのならば、また、実は「科刑上一罪」の限界が（吸収一罪という）解釈で動かし得るものであるのならば、原点として、実体法学は「一罪」の捉え方をより綿密に論じるべきであろう。そして、具体的な事件におけるその見極めが、伝統的な刑法学が示すような、構成要件該当性という（少なくとも表面上は）形式的な判断で切り取られた評価対象行為の枠内で現に処理できる話なのかが問題となる。だからこそ、「一連の行為」のような、行為の切り取り方に関する判断が問われる事態がここに係わる。その扱いをめぐる議論は、行為という事実的な基礎の「認定」の仕方、一旦は下された「切り取り方」を修正する可能性（その意

にはなれない。鈴木説には、法適用という「実践」に係わる人の姿を見る意識がまるでない、と思うだけである。

- (32) 例えば、共謀共同正犯における直接実行者に、共同正犯としての評価と、単独犯としての評価も選択肢として並び立つか否かは、最決平成13・4・11刑集55巻3号127頁（実行者をめぐる訴因変更は不要）を理解する前提として、議論されてよいであろう。

味で例外的な判断手法)の問題として整理する方がよいのではなかろうか。

かくして、私見の描く「認定論」は、訴訟上の「事実認定」との接続ではなく、むしろ、「犯罪の認定」⁽³³⁾に関わる。「原則」を語る枠組としての「体系」の固さがもたらす(体系思考の限界に位置する)問題点に対処するための(問題思考を加味した)例外的な処理を区別して描き出す議論である。「例外」の合理化は、公平・正義・権利濫用など、一般条項・メタレベルの論理になるのかも知れない。それでも、「原則」自体を安易に変えるよりは、合理的な選択といえる場合があるように思われる。その際、何を「原則」の中に取り込み、何を「例外」として区別しておくかは、それ自体が解釈を要する問題である。⁽³⁴⁾

先の拙稿は、犯罪論の二元性を評価構造論／要件事実論の区別として想定していたに等しい。「認定論」⁽³⁵⁾を求める意識は、それが〈どのように主張するか〉という問題も含むのであれば、「要件事実論」を扱うことに通じるからである。問いたいのは、「事実」の違いではなく、その扱い方の違いを土台にして主張の構造が変わりうるとすれば、刑法上の判断はどう対応すべきか(どこまでの幅をもって、それを許すべきか)⁽³⁶⁾という点である。その意味で、観念的な議論ではなく、具体的な事案(その審理経過も含む)毎の議論として想定しているし、「事実認定」への「お膳立て」では足りず、実体法と手続法の交錯を想

(33) この点は、構造476頁で先生が指摘された通りである。

(34) 原則／例外の切り分けを唱える私見に対して、原則たる「実体論」の再構成に進むべきだと反論される(構造470頁)が、例外となる理由の捉え方に依存するから、さほど単純な話をしているつもりはない。

(35) 先生は、「犯罪の認定」について、証拠調手続→認定要件事実の立証→実体要件事実の確定→弁論手続→実体評価成立の確認→裁判手続→犯罪認定という図式を示された(本書46-47頁)。私見は、「実体要件事実」が「実体評価」を基礎付けるのは、そこに法律構成に関わる主張が伴っているからであり、弁論手続はその「主張」が表れる場面だと想定する。

(36) それを「認定論」に切り出す意図はないものの、過失犯を修正旧過失論で主張するか、新過失論で主張するかにより、訴訟上の「認定」は扱い方が変わるのであろうことについて、拙稿「過失犯における危険性と注意義務」川端古稀上巻(2014) 335頁以下を参照。

定する方が実態に即していると考えている。鈴木説は、評価要件事実と認定要件事実の間に境界を引くことで「交錯」を解消しようとするが、それは、超裁判的な刑法学の語り口が、刑事裁判のプロセスに入るに当たって、組み替えられるという問題であり、それに先立つ「評価要件事実論」が訴訟法と無縁であることまでは意味しないであろう。

3 「要件事実」の具体性 処罰の「正当化」のために、違法性・有責性・可罰性という「評価」の積み重ね（という構造）が必要だというレベルでは、要件となる「事実」に視線を転じる土台としてまだ抽象的に過ぎる。違法と評価するには「行為規範違反」が必要だというのが、これでもまだ具体的な事例に臨めるレベルではない。結局、「法益侵害の危険性」と「法益保全の期待性」という段階で、それが「要件事実」だとされるのだが、これが「評価」ではなく「事実」として位置づけられるのはなぜだろうか。⁽³⁸⁾

ここには、「…性」という「(性質) 評価」を「成立要件」と述べるスタンスが現れている。その上で、違法性の実質が法益侵害と法益保護の衡量問題になることを認めつつ、「衡量」評価の因子に分けたことを「事実的基礎」の指摘と述べているに過ぎないように見える。この語り方が違法評価のあり方を改革

(37) 本書57頁。

(38) 「有責性」評価の場合は、故意・過失、責任能力、期待可能性、違法性の意識可能性を「評価要件事実」とするが、有責性…非難可能性…違法行為の回避可能性（適法行為の期待可能性（広義））…①認識可能性（予見可能性）・②弁識可能性・③決意可能性・④遂行可能性という形で、「評価構造」を数々の「…性」に具体化した上で、①の「要件事実」が故意・過失で、②③の行為環境面（の要件事実）が違法性の意識可能性・期待可能性（狭義）で、②③の行為者能力面（の要件事実）が責任能力だという（本書58頁。22-25頁も同旨）。伝統的に論じられていた帰責構造を（「…性」という言葉の連鎖で）まわりくどく述べただけであり、出てくる結論に新味はない。むしろ、特徴的なのは、「結果回避行為」と「行為者」評価を強調する点である（60-62頁）。この点の検討として、拙稿「刑事責任の実体と認定」浅田和茂先生古稀祝賀論文集（成文堂、近刊）所収予定を参照。

することになるだろうか。衡量の指針をどう具体化するかに真の争点はある⁽³⁹⁾のだから、このような議論の枠組じたいで成果があるとは思えない。すなわち、「評価」の構造論／要件事実論は、どの程度の具体性を想定するのか、切れ目がどこにあり、その繋ぎ方はどのように語るべきなのか。枠組はあっても、その内容(本論)が想像できない。「評価」面から「事実」面への転換と言われても、想定すべき「事実」の具体性がイメージできない。それなのに、後は「認定」するだけのレベルまで、議論を詰めると要求する⁽⁴⁰⁾のは無理な話である。抽象的な要件論と極めて具体的な「認定」の間にある谷は深く、これで判断を「実践」しろと言われても渡れそうにない。

実体法学が解釈として語る「事実」は、類型化のレベルにあり、裁判が「認定」する「事実」とは、包摂(あてはめ)という判断作用でつながるに過ぎない。「類型化」が個別的な事例の事情に依存するほどに、その「解釈」が効力を及ぼす射程は狭くなる。判例は、あくまでも個別事例を前提とする判断だから、そこで使われた評価の枠組にどのレベルで意味を見出すかに争いが生じる。類似事例における判断と対比することで、両者が一つの「類型化」の中にあると読めるか否かが議論される。それが「判例の射程」という問題の様相であろう。「解釈」というものが個別事例の判断に、しかも、後は事実認定をするだけでよいという形で直結するような構造を要するのならば、法律判断に及んだ「判例」と従来の法律判断を踏襲した(その「類型化」の枠内で、「あてはめ」の具体

(39) 利益衡量で争点となるのは、衡量に載せる「法益」の射程(例えば、法的平和という社会的価値をも考慮に入れるのか)と比較する「量」化と「序列」化の基準であり、法益侵害性と法益保全性というレベルで述べているだけならば、何も解決しえないであろう。

(40) 刑法学が「評価要件事実論」で「訴訟手続上の『事実認定』が済めば、おのずと『犯罪評価』の成否が判明するよう……その『お膳立て』をする」任務を担い(本書15頁)、刑訴法学が「認定要件事実論を具体的に展開する」とされる(本書38頁注25)。「展開」が構成／阻却の割り振りだけ(「実体的評価範疇じたいを変形するものではない」とされる(構造474頁))ならば、刑法学における内容面の具体化の任務はかなり重い。

例を追加したに過ぎない) 事例判断に止まる裁判例とを分ける議論などはできなくなってしまう。いずれにせよ、この過程を詳しく扱うには、「事実」という言葉に(その一般性と個別性のレベル差に) もっと敏感でなければならないであろう。

刑罰法規の文理から想定される「事実」と刑事司法が現に扱う(社会的な現実としての)「事実」には次元の相違がある。刑法学は、解釈(規範定立)において、判断(処罰)の「正当化」のために、(立法事実をも想定しつつ)法規が前提としたであろう(通常事例たる)事実の想定の下で「規範的命題」を具体化する作業を積み重ねる。犯罪→刑罰の定式の要件部分を扱うのが犯罪論であり、構成要件該当性・違法性・有責性→犯罪の定式を起点として、構成要件論で、実行行為・結果・因果関係(・故意)→構成要件該当性の定式に具体化され、因果関係論で、行為の危険性・危険の実現(・介入事情の通常性)→因果関係の定式に具体化され…という話が延々と続く。それが「評価構造」を創り上げる。行為の危険性+危険の実現→因果関係+実行行為(+故意)→構成要件該当性+違法性・有責性→犯罪の成立という「評価」の「構造」を解析する議論が抽象的なレベルから具体的なレベルへ降りていくだけであり、「認定」のためにそうしているわけではない。もちろん、「降りていく」先は個別的事実への接近なのだから、どこかの段階で「事実」面に転じたと述べることはできる。しかし、それに明確な境界などはないであろう。いずれにせよ、最後は、社会的な意味において(社会通念を基準として)、それを「危険性」や「実現」として受け止めるか否かというレベルで「認定」問題に繋がると考えられる。

要するに、「評価」と「事実」が明確に切り分けられるというのは幻想に過ぎず、実体法学が「認識論」という言葉で表現したのは、両者にまたがる感覚を示すものであったと思われる。「事実的基礎」を伴う(法を支える社会意識を投影した)「認識」こそが語るべき中身であり、「訴訟手続上の認識」につながる言葉のみを求める構想は、実体法学の一面しか捉えない皮相な語り方であろう。犯罪論は、実体法学の段階で、具体的な事案に迫る枠組をもっておくべ

きであり、かつ、「正当化の論理」としては、その抽象性において多様なレベルにある、事実と評価がセットになった枠組（規範的命題）を使いこなすしかないであろう。どのレベルで手続への「架橋」が求められるかは、当事者の争い方に依存する。だからこそ、「端的」な語り方はできないのであって、事例ごとの当否しか論じ得ないであろう。鈴木説の構想は、その具体化において、実現し難いように思われる。

4 「混乱」の解消？ それでも、先生によれば、伝統的な「体系」は、無用の混乱をもたらしており、「実践」にとって有害だという。混乱が現にあるのか、それを扱う方策として「体系」自体の組み替えが必要なのかが問題である。先生は、その構想の「実益」として、「客観的帰属論」と「原因において自由な行為」の捉え方を扱っており、後者を補足する形で、「第3章 責任要件事実と目的的行為論・主体的行為論」では、責任論と行為論の関係が扱われている。⁽⁴¹⁾ 後者の検討は今後の課題としておきたい。ここでは、「客観的帰属論」に関する主張を確認して、その効用を考えてみたい。

先生は、純粹に犯罪性質論として議論を進めて、「すべての評価が同時に競合的に妥当するという視点」をもった発想が「実益を発揮する典型例」として、因果関係論（客観的帰属論）をあげる。すなわち、「構成要件論を捨て、純粹に犯罪の『性質論』として『犯罪類型』性を検討するならば、端的に『犯罪類型的結果は、当該結果の回避義務違反の違法行為に帰属する』と解しうることになる。これによって不作為犯の因果関係なども、理論上合理的に説明することができる」という。⁽⁴²⁾ 帰属論は、「犯罪類型的結果」という可罰性（犯罪類型性）評価と、「結果回避義務違反」という違法性（行為規範違反性）評価が「同時に競合的に妥当する」ところで構想すべきだというのである。

また、結果として、根拠の薄弱な相当因果関係説を排して、「不相当な事実的因果関係の遡及を断ち切るのは、因果経過自体の異常性（不相当性）ではな

(41) 本書38頁以下及び69頁以下。

(42) 本書63-64頁（39頁もほぼ同旨である）。

く、問題となる行為の違法性（結果回避義務違反）だといってよい」から、客観的帰属（既遂犯の「犯罪類型性」評価）の要件事実、「①行為に関する『違法要件事実』と②『当該違法行為により惹起（作為犯）ないし放置（⁽⁴³⁾不作為犯）された危険と結果の間の自然的因果関係』だということになる」とする。「危険の実現」という独自の判断が求められるわけではなく、「評価要件事実」として追加すべきものがあるわけではないようである。参照を求められる論文によれば、「必要なのは、行為と結果の間の事実的因果関係やその限定論ではなく、結果に至る事実的因果流と行為の法的関係」であり（これが「客観的帰属を論じる事実的基礎」だと言う）、これを踏まえつつ、「因果流を構成する諸原因と行為者の行為の関係、具体的には、その原因を除去し結果を回避すべき義務の存否を法的に論じること」だとする。その際、「事実的基礎」を決定づけるのは不作為犯の構造理解であり、不作為犯の場合には「結果犯の場合にも、必ずしも行為と結果の間に自然的因果関係があることを要せず……『作為義務』すなわち『結果回避義務』の問題が、まさに帰属論の実質をなす」以上、作為犯の場合にも「その作為を回避し結果を回避すべき『不作為義務』すなわち『結果回避義務』が、客観的帰属の中核として位置付けられなければならない⁽⁴⁴⁾」という。

何が議論されたのであろうか。私には理解が及ばないところがある。「客観的帰属」評価（それは「犯罪類型性」評価でしかない⁽⁴⁵⁾）のために、「評価要件事実」を追加する必要はないと判明することが「実益」のようである。一方で、この理論の土台には、「結果回避義務違反」という行為の「性質」がある。

-
- (43) 本書40頁。浅田教授から、「犯罪類型的結果」の考慮に体系的な不整合の疑いが表明されている（39頁注26）が、「体系」論理の違いで議論はすれ違いに終わっている。
- (44) 鈴木茂嗣「相当因果関係と客観的帰属」松尾古稀上巻（1998）159頁以下（構造337頁以下所収）。引用は構造346-347頁による。
- (45) 第4章（本書102頁以下）の説明によれば、「犯罪結果の行為への帰属問題（客観的帰属論）は、一定の行為が既遂犯類型となるかそれとも未遂犯類型となるかという問題であり、明らかに『行為類型』性の問題である」。

他方で、先生が「違法要件事実」と位置づけるのは「行為の法益侵害性」（と「法益保全の期待性」）だけのはずである。なぜそれだけで「結果回避義務違反」が確認できるのだろうか。「法益侵害結果を回避すべき義務に違反する行為」は、厳密に言えば「法益侵害危険行為を回避すべき義務に違反する行為」であるという説明もある。⁽⁴⁶⁾すると、行為の「法益侵害性」さえ確認できれば、「回避義務違反」は当然に認められるから、他の「要件事実」はいらないと主張されているとしか思えない。しかしながら、これでは、当該行為を止めることができれば「客観的帰属」は認められると言うに等しい。「因果」の問題を扱うはずなのに、「実行行為」の中止が可能ならばそれだけで十分だと答えるに等しい。なぜこのような話になってしまうのだろうか。

私見によれば、それは鈴木説の「行為規範」が「法益侵害の結果回避義務」という（具体的な事案を想定しないままの）抽象的な概念に止まっている（その意味で「基礎理論」レベルの概念操作でしかない）からである。客観的帰属論の本質は、全く逆に、具体的な事案の行為状況に依存した、極めて具体的な「合義務的行為」を見出すところに始まり、それを代置しても結果が回避できなかった場合には帰属を否定する点にある。ところが、鈴木説には「具体的な事案の行為状況」を「行為規範」の前提に据える論理が出てきていない（「社会的な現実」との接点がない）。それが「存在」そのものを語らない「純化」された「性質論」としての「評価構造論」に伴う限界性なのではないか。すなわち、生の事実を扱う「実体」法学ではなく、「規範的命題」を扱う「実体法学」に傾き過ぎた結果として、規範論理を生の実事により深く投入することを求める「客観的帰属論」は、その土俵には載せがたい主張であったのではなかろうか。そこで、「客観的帰属論」の領域に「実益」があるという主張は、到底、受け容れ難い。むしろ、この領域でこそ、鈴木説の構想に対する様々な疑問点が浮上するように思われる。

まず、「評価」から「事実」へと議論を展開することが本来の方針でありな

(46) 本書19頁（それでこそ「犯罪類型的違法性」になるという）。

がら、「客観的帰属を論じる事実的基礎」が語られたのはなぜか。やはり「評価」を具体化しようとするれば、既にその段階で相応の「事実」の解析が必要なのではないか。「事実的基礎」とされた「事実的因果流」は「要件事実」となる「自然的因果関係」の先取りではないか。その「法的関係」も「結果回避義務違反」で足りるのならば、「行為規範違反」が結果帰属の問題も射程に入れていたことを前提にすることにならないか。それでよいと言うのであれば、「評価が同時に競合的に妥当する」という説明は、一方では、規範違反性の論述で犯罪類型性の理解を取り込み、他方では、犯罪類型性の論述で規範違反性の理解を取り込むことにより、理由づけの薄い自説を相互に支え合うことで、循環論法に等しい合理化を図ったことにならないか。そもそも、違法類型説からすれば、帰属論が「混乱」をもたらすかも疑わしい。「帰属」が違法の基礎付けに必要な「原則」判断ならば、「類型」的に構成要件段階で扱ったとしても矛盾ではないからである。鈴木説の場合には、一方で、行為類型説の感覚で「因果関係」を「自然的」なものと捉え、他方で、「行為規範」の問題を違法論に位置づけるから、規範的な「帰属」の扱いに「混乱」を感じるだけのことではないか。だとすれば、その解消という「実益」も、自らの立場から感じるだけのものであって、その「整理」に従わない者が共感できるような話ではない。加えて、「結果回避義務違反」は、義務履行による「回避可能性」も含むのだろうか。「自然的因果関係」がその判断になるだろうか。それを扱わずして、「帰属論」と言えるのだろうか。⁽⁴⁷⁾義務違反を問うことがそのような「回避可能性」を問うことに等しいのならば、それが作為犯の場合にも必要なのかは疑える。条件公式がもたらす「回避可能性」が仮定的因果判断と同等かは争いがあると思われる。そこで、不作為犯の「因果関係」を同列に論じる前提自体も疑わし

(47) 浅田教授から、「自然的因果関係」の考慮が「帰属論」と整合するかについて疑問が示されたが、評価の規範的性質に限度があるとされる（本書40頁注27）。しかし、帰属論が求める「結びつき」は、義務違反に伴う（増加した）危険性の「実現」にあるはずで、仮定的（その意味で規範性を帯びる）因果判断による限定こそがその本質ではないか。

いのではないか。例外たる不作為犯を捉えるための道具立てを原則たる作為犯に及ぼすのは、論理が逆転しており、例外を取り込むことによる「原則」の相対化が問題であろう。不作為犯の因果関係も整合的に説明できるというのは、その評価枠組が「法的関係」すなわち「結果回避義務違反」という規範的な図式に抽象化されているからである。それ自体が作為犯の因果の扱い方として必要かつ十分かは全く別個の問題であろう。

5 総括 誤解が多々あることを覚悟しつつ、構想に対する全体的な印象を述べておく。(可罰的評価の前提に) 行為規範違反が必要だ…法益侵害(危険)回避義務違反が違法性の本質になる…その期待可能性が有責性の本質になる…その総体が(結果も含めて、可罰的評価の形式面として)犯罪類型性を備えていることが必要である、という「評価構造」だけは先に決まっており、それぞれの「評価」において若干の具体化が図られるとは言え、他の評価も「同時に競合」することが繰り返し(双方向的に)論じられて(抽象的なレベルの「評価」分析が肥大化する)、具体的な事案(の全体像)をどこで捉えるのかは指針がない。「純化」された刑法学は(行為規範/制裁規範の)規範論理を解析すべきであり、具体的な事案のことは全て刑訴法学に任せろと述べているようにさえ見える。

「事実的基礎」が大切だとしても、「性質(評価)」の解析を通した「要件事実」という枠組の中で扱うに止まる印象なので、「規範的命題」それ自体を「事実」に基づいて語ろうとする通常の見解に比べて、(全体像の中での位置づけを語らない)個々の「事実」の扱いは粗雑なものとなりかねない。実は、「評価」の解析段階で「事実」を語ることになるのだから、「要件事実」は既に結論が先取りされた話でしかない(要件事実論への展開過程に論理の循環がある)疑いがあるのだが、この点は「事実自明型」という言葉で合理化されてしまう。「評価」の分析は他の「評価」との論理的な整合性を理由づけとすることが多いのだが、全体の「評価構造」を先に決めたからこそ言える話であって、その論証の説得力はさほど強いものではなく(評価構造論の内部は論理の循環に満ちている)、この点も「同時に競合」という言葉で合理化されてしまう。

従って、先生が示す「構造」は、一つの全体像として完結しているから、一部だけを取り上げて反論することが難しいのだが、逆に言えば、その全体像が先生の世界観の表明でしかないので、「本論」に進む議論を共有することが難しいと思われる。鈴木説から何を学んで、自らはどのように考えるのか。以下では、若干の私見を論じておく。

三 当罰性・要罰性と「認定論」

伝統的な犯罪論が「認定論」に染まっているという主張の核心には、①「類型」判断を先行させる思考方法は、刑法335条に対応した構造だが、その1項／2項は「訴訟手続上の認定」のために構成／阻却の区別を示すものなので、その形式に説得力はなく、その実質（刑法学が果たすべき役割）を備えていない点が妥当でないとの見方がある。そして、②「訴訟手続」に繋がる刑法学を展開するのならば、どのように（wie）「認定」するかの前に、何を（was）「認定」するかを「処罰の正当化」を目標として具体化すべきであり、行為に求める性質（評価）を解明する議論（性質論）に徹するべきである。だから、③実体法学が果たすべき役割は、「評価構造」を論じることであり、「事実」は要件として扱われるに過ぎない。評価構造論／要件事実論を区別する思考方法に依拠すべきである、と言う。

その主張は理解できるが、「類型」判断が「認定」のためのものだという認識（①）自体に異論があり、構成／阻却の構造を「認識」の枠組としての原則／例外の思考方法として捉える見方との溝は深い。刑法学の目標を「訴訟手続上の認定」の「お膳立て」という一点に求める（②）のは、議論を「純化」しすぎであろう。超裁判的な論じ方をどこから説き起こしてどこに落着させるかは、論者ごとに立場の違いがある。それを「混迷」と評価するのも自由だが、一つの型（③）に押し込めようとするには無理がある。

私見の場合は、刑法を裁判規範と述べる感覚と同等に、刑法は警察規範でもあり、検察規範でもあると見る。すなわち、市民にとっての行為規範という意

味だけでなく、それを使う者には裁量～決定の指針となるという意味で、法律家にとっての行為規範（裁決規範）としての意味を考慮する。⁽⁴⁸⁾法科大学院における教育に当たり、意識的に打ち出した方向性だが、いずれにせよ、私見における「wie」は「いかに認定するか」に限られたものではなく、刑法を「いかに使うか」というレベルにあった。それ故に、問題を発見する枠組として、「was」を「原則／例外」の形で段階的に設定することは前提にしてよいし、その使い方においても、「例外」的な現象への対処の仕方という「wie」の議論が必要だ考えるので、「認定論」という地平の追加を想定している。

そこで、鈴木説が描く「体系」は支持し難いが、先に論評したように、その「性質論」の内容に学ぶべきものはある。規範的評価（違法性・有責性）に続く、「可罰的評価」の中身をどのように充実させるかが一つの問題である。それを「体系」上で「評価」範疇として独立させる必要性は疑うが、「基礎理論」で「当罰性」や「要罰性」を論じることには意味がある。もっとも、それが法益侵害の程度問題に尽きると言うのならば、この意味は大幅に減殺される。確かに、「輕微性」論を確認することは、警察規範としての刑法は「微罪処分」を想定すべきことから、また、検察規範としての刑法は「起訴猶予」を想定すべきことから、「使い方」を考える上でも合理性がある。しかし、違法は法益侵害性で、責任は回避可能性（を前提とした非難可能性）で決まるという命題だけならば、「可罰的評価」は看板倒れに終わってしまうと思われる。超裁判的な語り口を求めた刑法学が、「法益侵害」という「事実」から説き起こすことで、規範論の一人歩きを戒めようとしたことは了解しうるとしても、その回避が可能だけで処罰に値しうると言うのであれば、不法行為法と刑法の境界はどこにもなく、「可罰的評価」を決定する議論は地に足のついていない觀念論に止まる。規範違反行為・結果惹起行為は、どのような条件が加われば処罰に値すると言えるのか、その説明で一步を踏み出すことが必要であろう。

違法性が「行為」に対する評価であり、有責性が「行為者」に対する評価で

(48) 拙稿「不可罰的事後行為－規範論の見地から－」刑ジャ14号(2009)34頁以下。

あり、当罰性は行為者と国家の「関係」に対する評価であるという指摘⁽⁴⁹⁾には、少なくとも感覚として賛同できる。しかし、前刑法的な評価ならば、刑罰法規の定立をもって「可罰的」となる以前の「評価」として、行為の「当罰性」と行為者の「要罰性」を区別して検討した上で、それらの要件事実⁽⁴⁹⁾に議論を進める段階で、そもそも、具体的な事例（社会的な現実）から（行為主義の要請を貫徹するために）「行為」をどのように切り出すべきかを考える必要があり、また、個別行為責任主義・規範的責任論を貫徹するために、有責性を要罰性から切り離すべきだということのであれば、要件事実の構造化において「有責性」評価の要件事実を切り分ける基準を示すことに力を注ぐ必要がある。すなわち、伝統的な刑法学とは、「行為」という事実的基礎の切り出しを「構成要件」という言葉で行うと共に、「有責性」の事実的基礎の切り分けを「個別行為責任」という言葉で行っていたのであり、だからこそ、そこから外れる事情に話が及ぶ場合には、可罰的違法性や可罰的責任という言葉で区別する論理を採用することも考えていたのである。従って、鈴木説が目指すところを、伝統的な刑法学が無視していたかのように論じるのは正しい評価とは言えないと考える。

その上で、私見がこだわったのは、一旦は「構成要件」で切り出した「行為」を基礎として違法性・有責性を「評価」した場合には、当罰性・要罰性の感覚からみて「公平・正義」とは言い難い帰結に至ってしまうような「例外」の事例があるのではないか。その場合に、だから「行為」の切り出し方を見直すために「構成要件」論に戻るといえるのであれば、それは（いわゆるブーメラン現象と同様に、出口がない事態に陥るか）本来の「原則」を根底から覆すべきことになりかねないのではないか、という問題意識である。だから、判例が創り出す「規範的命題」には、それが前提とした個別的な事実⁽⁴⁹⁾に縛られた「射程」があるのと同様に、我々が「構成要件」という言葉の下で描いている「原則」

(49) 本書60頁。もっとも、以下で論じるように、私見の用語例は、(刑罰法規以前の) 当罰性・要罰性と(刑罰法規に基づく) 可罰性であり、「関係」の評価において国家の処罰適格性を問題として扱うのであれば、「適罰性」を加える可能性があると考えている。

にも、それが通用しうる「射程」があると考えて、「例外」の事例の扱い方を論じる地平として、「認定論」という枠組を想定したらよいのではないかと構想した次第である。

加えて、当罰性・要罰性に「程度」問題を越えた独自の意味を見出すかについて言えば、既になかなり以前から、「当罰性」は「法益侵害」の語り方を「法秩序」という社会の法的な制度化の上で捉え直す作業によって具体化していくべきではないか、その意味で、刑法の二次規範としての関わり方を意識した議論の進め方が望まれるのではないかと考えており、その延長上で、要罰性の土台には、少なくとも理念的には、個別行為の結果回避可能性を超えた、全体としての法秩序に対する反抗的な性格の顕在化を求めることが合目的的ではないかと考えている。これは、「基礎理論」のレベルにおける立場決定の問題でしかないため、かなり抽象的な仮説でしかなく、それらを具体的な事例判断にどのように投影していくかは将来の課題とせざるを得ない。とはいえ、「法秩序」自体の時代的な変化を取り込みながら、刑法学の進化（の方向）を示す方法として、当罰性・要罰性という「評価」が上乗せされることを意識しておいた上で、それに関わる「事実的基礎」となる事情の扱い方を（「行為」の規範的評価に徹する「構成要件」概念と距離を測りながら）議論することは望ましいと考える。おそらく真意とは違くと反論されるだろうが、そのような意識を以て「事実」を語る態度こそが、先生が実体法学に求めるもの、「評価構造論」からは区別された「評価要件事実論」を求める主張の核心にあると理解しておきたい。

(50) 拙稿「正当防衛の前提要件としての『不正』の侵害（二）」広島法学18巻3号（1995）33頁以下、49頁以下。

(51) 拙稿「危険社会論」法教264号（2002）65頁以下、70頁。