

「認定論」という構想について

小田直樹

はじめに

- 一 鈴木刑法学における「認定論」
- 二 理論と実務の間—法適用の規制—
- 三 「認定論」の効用—一つの仮説—
おわりに

はじめに

刑法学において理論と実務の架橋はどのように行うべきなのか。そもそも、対置されている「理論」とか「実務」とかの言葉は何を意味しており、何が両者を隔てているというのだろうか。「架橋」とは、刑法学の伝統を維持した上で、それに追加すべき話だろうか、それとも、方法論の変更を伴い、刑法学の姿を変えてしまうような話だろうか。

法科大学院の教育に関わって、筆者はこれらの疑問を抱き続けている。確かに、「理論」が学説であり、「実務」が判例であるのならば、判例研究に「架橋」の手掛かりを求めるのは自然である。しかし、「架橋」とは、従来の法学部教育の上に双方向的な判例演習を追加するという、そのような単純な問題に止まるのだろうか。「理論」や「実務」を明確に定義できないので、様々な疑問が循環しつつ浮上してはまた消えて、色々な仮説を空想してみるのだが、その当否を評価する基準さえも曖昧であり、納得のできる（自己満足でいいとさえ思うのだが）見取図を獲得できないままである。

そんな中で、先の論考では「仮説」の一端を披露して、刑法学の伝統的な論理（事実自明型の「実体論」）を「法の適用」場面に結びつける「論理」が追加されるべきであり、そのような議論を扱う場所として、「認定論」という地平を設定するのが望ましいと主張した⁽¹⁾。「認定論」という構想は、鈴木茂嗣教授の見解⁽²⁾から示唆を得たものである。とはいえ、私見は鈴木説をそのまま受け継ぐものではないし、私見における「認定論」の趣旨や射程はなお流動的である。「地平」という言葉を使うのも筆者自身はその位置づけ方を決めかねているからである⁽³⁾。罪数論もそうだが、犯罪論と刑罰論の境界とか、「実体法と訴訟法の架橋」が問われることは確かであろう。それでも、「理論と実務」の関係を語るには、より広く、「実体法論理」と「実務的判断」の狭間にある多様な問題を想定すべきであろう。先の論考の趣旨もそれであり、罰条の相互関係を形式的に理解する「論理」があることを認めながらも、罰条選択という実践的な「判断」の問題を強調して、選択過程を制御する解釈のルールとして「法条競合」を捉え直す試みであった。

しかし、「架橋」に求められる思考態度は、「法条競合」という一つの視点で語り尽くせるものではない。「実務」の「判断」が「実体法論理」と矛盾して、伝統的な「理論」との乖離を示すような場合もある。そのとき、「理論」を維持して当該「判断」を誤りと評価するのも一つの方策だが、伝統の限界性を反省して当該「判断」も包摂できるような新たな「理論」を構築すべきかもしれない。筆者が想定する「認定論」は、新たな（メタレベルの）「理論」なので、伝統的な犯罪論の体系から考えれば、おそらく異物であり、

-
- (1) 拙稿「法条競合論一考」広島法科大学院論集創刊号（2005）191頁以下、224頁。
 (2) 鈴木茂嗣「犯罪論の新構想」【京都大学法学部創立百周年記念論文集・第二巻】（1999）451頁以下（以下では、鈴木①で引用する）、及び、同【刑法総論 [犯罪論] 有斐閣（2001）（以下では、鈴木・総論で引用する）を参照。
 (3) それは、不十分な理解だが、田中成明教授の用語法（例えば、田中成明【法理学】（1994）370頁以下の「法的思考の知的地平と構造」を参照）を意識しており、ここで扱う議論は刑法学の法的思考方法（方法論）に関わるという認識に基づいている。

異端の思考方法である。その全体像を描くには、様々な議論を継続する必要がある。本稿では、その入口として、鈴木教授の「認定論」を検討し、私見の方向を示して一つの「仮説」を提示してみたい。

一 鈴木刑法学における「認定論」

1 犯罪論の二元的構成 鈴木教授の「認定論」は、刑訴法学の分野としての事実認定論(証拠～要件事実論)に連結するような、『実体要件事実』の存在を、いかにして合理的に認定していくか』に関わる議論である⁽⁴⁾。その主張は犯罪の「実体論的構造論」と「認定論的構造論」の対比を前提とする。教授によれば、犯罪は、前者では「違法・有责・当罰的で犯罪類型に該当する行為」であるのに対し、後者では「構成要件に該当し阻却事由が存しない行為」である⁽⁵⁾。すなわち、教授における「実体論」とは、「犯罪とされるのに必要な『法的評価』(実体要件評価)」の分析から「評価根拠事実の類型的検討、すなわち『実体要件事由』の解明」に至る議論である⁽⁶⁾。「認定論」は、これを前提とした上で、合理的な認定に資する「認定要件」の構築に向けられる⁽⁷⁾。認定(認識)対象の性質を明らかにしないまま、どのように認定(認識)するかを論じてみても、空疎な議論にしかなりえないとの見方がある⁽⁸⁾、それが二元的な把握の背景となっている。

「犯罪論の体系」に関する鈴木説の核心は、実体論上の(違法性・有责性

(4) 鈴木① 461頁。教授は、その射程を、「認定資料論」「認定手続論」「認定方法論」とは区別された、「認定対象論」と説明される。実体法学と手続法学の境界線として、認定の対象(実体)と対象の認定(手続)を対置するスタンスが維持されている。

(5) 鈴木茂嗣「犯罪論は何のためにあるか—法科大学院・裁判員時代の刑法学—」近大法科大学院論集創刊号(2005)111頁以下(以下では、鈴木②で引用する)、112頁。

(6) 鈴木① 455-456頁。

(7) その意味で「認定要件論」である(鈴木・総論22頁)。

(8) 鈴木② 113頁を参照(浅田教授の批判との関わりで「認識」で語られている)。

及び当罰性を踏まえた）犯罪類型該当性と認定論上の構成要件該当性を区別し、「構成要件」は認定論上の概念と捉えて、体系化の争点とされてきた、構成要件と違法性・有責性の関係という（実体論と認定論を混同した）不毛な議論は解消すべきことにある。実体論では、処罰の合理化（正当化の論理）に必要な評価と、その評価が可能となるための「実体要件事由」の具体化に徹すべきだが、それを踏まえた認定論は、合理的な認定（発見の論理）に適した体系に、つまり、実体要件を訴訟上の認定対象に組み換えるべきであり、「罪となるべき事実」と阻却事由・減免事由を区別している訴訟手続（刑罰335条）と架橋することを考慮して、構成要件と阻却要件への割り振りを明らかにすべきだと言うのである。

鈴木教授の論文を批評された曾根教授は、「二元的犯罪論を構築することは、これまで錯綜し昏迷に陥っていた犯罪理論を整理し、明確化するという意味で、それ自体として理論的価値を有している」と評価しつつ、その実践的な意義には疑問を示された⁽⁹⁾。少なくとも、その主張が「犯罪論の体系」としてより「簡明⁽¹⁰⁾」であるかはやはり疑わしいように思われる。「犯罪類型」を前提としない（それ以前に位置する）「実体論」は、議論する基盤が不明であり、それこそ、教授が批判される「刑事法学者や法曹などの刑事法専門家にとってのみ意味があればよい」⁽¹¹⁾かのような観念的な議論になりかねず、専門家においてさえ共通理解を得られるかが疑わしい⁽¹²⁾。認定対象の性質論が認定の議論より先行するという指摘は正しいとしても、「認定対象」が事実（行為という実在）と評価（刑罰法規という規範的命題からの格付け）

(9) 曾根威彦・早法75巻2号539頁（及び法時62巻10号88頁）を参照。

(10) 鈴木②115頁や116頁など、教授は議論の「簡明」さを自説の利点として強調されるのだが、例えば、正当防衛等を「正当化事由」として論じた後に再び「阻却要件」として論じることが「簡明」だとは思えない。教授の真意は方法論の相違（正当化の論理・発見の論理、静的・動的、事実自明型・事実解明型）が直接的に投影するという意味であろう。

(11) 鈴木②130頁を参照。

の複合であるときに、その「性質」を専ら「評価」の側から論じることが必然の選択だとは思えない⁽¹³⁾。「事実」の扱い方が一般的行為論だけで十分かが問題である。「実体論」は「実在」をもっと議論してきたはずである。

刑法の解釈は、「刑罰法規」という実定法を基盤として、それが類型化した「事実」を確認し、なぜその「事実」を取り上げるか(行為を犯罪と格付ける理由)を問うことから、刑法的な「評価」の内実を具体化(規範的命題の射程を精密化)する作業であったはずである。その「理由」が法益保護のための規範的統制である以上、犯罪を語る視点の具体化は「刑罰法規」が扱う法益侵害を読み取る作業の解析から始めるべきであろう。その「作業」すなわち各論上の実践こそが刑法解釈の核心であり、総論はその指針として「刑罰法規」の読み方を扱う。構成要件論にはそのような意味がある⁽¹⁴⁾。教授は、「評価」の具体化に応じて「事実」を類型化されると言われるが、そのような見方は、「刑罰法規」の立法過程を語る発想、あるいは、法規の適正さを検討する学者の発想であって、所与の「刑罰法規」を使う判断者の発想ではないように思われる。「実体論」の二層的な構成も同様である。立法者なら、行為が法秩序に望ましくないとしても、刑罰を用いてまで統制すべきかは別問題だとして、規範的评价に可罰的评价を重ねる発想もありうる。学

-
- (12) 浅田和茂・犯罪と刑罰 16号 105頁以下の批評における、浅田教授の批判の核心にあるのは、「犯罪類型」を留保した上での「実行」や「故意」の議論が可能かという点にあると思われる(109頁, 110頁及び113頁のコメントを参照)。
- (13) 浅田・前掲(注(12)) 110頁の「実体論においては前後関係は問題外だというのであれば、何ゆえに犯罪類型性が後置されなければならないのか」という疑問に共感する。もっとも、「実体法と訴訟法の架橋」を考える場合、「実体法論理」としての「規範的命題」の要件部分に位置する「事実」の扱い方が核心問題だから、より訴訟に近いものとして、「後置」されているのであろう。実体法学者と訴訟法学者の感覚の違いが一因であることは否定し難いと思われる。
- (14) もっとも、「規範的統制」に伴う限界性(行為規範論の思考)の考慮や、「犯罪類型」と「構成要件」の関係については、議論を整理しておくことが必要であろう。この点についての私見の方向性は、別稿で示したいと思う。

者なら、そのような思考の方が責任主義（規範的責任論）や謙抑主義に忠実な分析を示せるかも知れない。しかし、刑罰法規を用いて具体的な事実に向かう判断者に二層的な理解を求めるのは、迂遠かつ過剰であろう。

筆者としては、「犯罪論は何のためにあるか」といえば、刑罰法規の使い方を明らかにするためにある、と答えたい。重要なのは、刑法的な「評価」の限界を画するに当たり、文言の慎重な選択を通して示された立法者意思（定型性という制約）を無視したり、時代の変遷に応じた法秩序（社会通念や刑法外規制）の変化を無視するような「使い方」では、一方では、罪刑法定主義や謙抑主義が骨抜きになり、他方では、社会的現実や市民感覚から乖離してしまうという点である。刑法を使うということは、両極の間で揺れ動く実践であろう。だから、実践を実務に丸投げしてしまうのではなく、判断者に期待される、刑法の基本原則を踏まえた、それでいて、現実に向き合う正常な感覚をもった、「使い方」の倫理則を提案すべきであり、法科大学院が目指すべきは、そのような（法曹倫理に適った）法の運用能力を身につけさせる教育なのだと考える。それ故に、「刑罰法規」から離れた形で、「実体論」を純化したり、一般違法を論じることが、より実践的であるべき現代の刑法学にとって、望ましい「犯罪論の体系」だとは思えないのである。

2 「実体論」の二層性？ 「実体論」が刑法的な「評価」の構造分析に関わることは、規範を扱う刑法学の一つの姿である⁽¹⁵⁾。しかし、それを「規範的評価」と「可罰的評価」で二層的に扱うことの当否は、関西の刑法学では有力だとしても、体系論の思想史的な展開過程から見て評価が分かれるであろう。ここでは、鈴木教授に多くの影響を与えたと思われる平場博士の論

(15) 私見の用語法（前掲拙稿（注（1））196頁を参照）で整理すれば、「実体」を「規範的命題」の側に見出す立場である。しかし、違法判断の対象と違法判断そのものを区別して（浅田・前掲（注（12））113頁）因果的な「実在」としての法益侵害を重視する立場（「認識論」としての犯罪論）から見れば、教授の「新構想」は形式的な規範論理への回帰に過ぎないと評価される可能性もある。

文⁽¹⁶⁾を参考に、若干の概観と評価を試みることにしたい。

平場博士によると、リスト＝ベーリングの古典的体系からメツガー＝E・シュミットの目的論的体系への変遷は、自然主義から新カント派価値哲学への修正の投影であり、その契機は主観的違法要素・規範的構成要件要素と規範的責任論の問題であった。すなわち、「古典的体系」は、「自然科学的範型」に倣った、事実と価値、主観と客観の明晰な区分を特徴としたが、これらの問題が「区分」を疑わせたため、価値問題を踏まえた「目的論的概念構成」による「修正」が生じた。刑法の目的を「命令禁止を介しての法益保護」と捉えることを前提に、法益侵害に関わる違法性と命令禁止（＝非難可能性）に関わる責任という、「二重の評価」を規範の論理構造（評価規範の先行テーゼ）で合理化することにより、客観的違法論を確立しつつ、主観的な事実であった責任に、期待可能性という（客観的）付随事情の（価値的）評価問題を位置づけることに成功したのである⁽¹⁷⁾。

我が国に「目的論的体系」を持ち込んだ佐伯博士は、やはり客観的違法論と規範的責任論（期待可能性論）を基盤とした⁽¹⁸⁾が、宮本博士と師弟関係にあったから、その可罰性論の活かした方も問われる立場であった。この時、「目的論的概念構成」に徹して、構成要件・違法・責任の全てを「可罰性」を判定するための評価と位置づけると、それぞれ可罰的類型・可罰的違法・可罰的責任とみることになる。しかし、佐伯説は、（これも宮本説の核であった）主観的違法論からの転回（客観・主観の区分）を重視して、犯罪類型（可罰的類型）の扱いを違法論と責任論に振り分けていた。違法論は、評価規範の先行テーゼに基づいて事態評価の統一性を前提としたので、「可罰的評価」は加算的なものと位置づけられて、違法性と可罰的違法性（違法阻却

(16) 平場安治「犯罪論の体系について」法曹時報 29 卷 9 号 (1997) 1 頁以下。

(17) 平場・前掲（注（16））2-5 頁。

(18) 佐伯千仞【刑法における違法性の理論】(1974), 同【刑法に於ける期待可能性の思想】(1947・復刻版 1985)

と可罰的違法阻却)の二層構造に組み上げられた。これと区別された責任論も、責任能力と故意・過失という主観的・事実的要素が構成要件と平行に可罰的責任類型とされて、期待可能性が(例えば、刑の免除の背景論理として)可罰的責任の阻却事由としての役割も担うことになっていた⁽¹⁹⁾。

しかし、これでは、「可罰性」は(謙抑主義の思想はあるにせよ)具体性のない軽微性阻却という理念に止まる。「目的論的概念構成」を徹底するのなら、刑罰制度の目的との関係を、阻却事由としてだけでなく、処罰を基礎づける方向でも考慮すべきであろう。その方向に進んだのが、構成要件における「可罰性」判断を主張した藤木説や、その延長線上で、構成要件の「実質解釈」、多元的違法観に基づく「実質的違法性」、違法意識の可能性を認識事実の属性に組み込む「実質的故意」等の「実質」論で、全ての評価範疇を「可罰性」に結び付ける前田雅英教授の見解だと思われる。もっとも、「実質」という政策的考慮の直接的な導入は「自由保障」を後退させるので、構成要件の実質化・政策化を批判して古典的体系の政治的実践的意味を再評価する声もある⁽²⁰⁾。そこで、その後の「体系」は「目的論的体系」をより徹底することの可否・可否をめぐって多様な分岐を示したのである。

平場博士によれば、「目的論的体系」は、「裁判所が犯罪を認定するのに合わせた機能主義」に止まり、「一方的な裁判法学の色彩」であった。「法規範

(19) 佐伯千仞『刑法講義(総論)四訂版』(1981)125頁は、その「犯罪類型」がメツガー説とは異なることを強調するが、182頁以下と237頁以下の「類型」論と、221頁以下と287頁以下の「阻却事由」論の関係を、原則-例外の図式に従った評価の順序として読むのなら、このように理解できる。なお、違法性・責任性の本質論で、「阻却事由」の二層構造は明確に示されている(196頁以下、233頁)。

(20) 曾根教授の立場は、これを基本とするものであろう。もっとも、自由保障を強調して構成要件から価値的なものを排除すると、構成要件該当性は評価対象の特定でしかなく、「評価」としての意味は少ないことになる。<そのような構成要件論を前置しておくことに意味があるか?>という疑問が、鈴木教授の構想の原点であろう(鈴木・総論22頁)。

の下命者との関係」を決定規範という「規範論」で繋ぐものの、「裁判官が認識する……犯罪の陰」を扱っただけであり、「社会的現実としての犯罪」を語らない。すなわち、違法と責任の評価としての性質を強調するあまり、価値問題の考慮が、評価対象たる現実(実在たる実体)においてではなく、評価範疇それ自体の構造(実体法という意味での実体)の分析に傾斜していた⁽²¹⁾。だから、その後に登場した目的的行為論の体系(目的主義的体系)は、「社会的現実」との接点を確保しようとする試みであった。「行為の存在構造」の分析には、「価値対象の世界」に目を及ぼし、立法者も超えられないものを引き出す意味がある⁽²²⁾。それが、行為の規範的統制という刑法の社会的機能もカバーした行為法学にとって重要なのである⁽²³⁾。

しかし、目的的行為は理念型(意図を積極的に実現する場合)を示すに過ぎないから、この「体系」は犯罪の一部を語るに止まる(過失犯・不作為犯は別体系になる)し、それを徹底すれば主観主義ないし主客合一の全体的考察(非合理主義)に接近する、と批判される。例えば、山中教授は、自然主義にせよ目的主義にせよ、そのような「犯罪本質論的アプローチ(範疇論的体系)」は、「犯罪の一般的成立要件論の展開に本質的なものではない」。これからの刑法学は「あるべき刑事政策的目的を追求するための動的なシステム」を創り出す「目的合理主義的アプローチ」を採用すべきだとされる⁽²⁴⁾。

(21) 平場・前掲(注(16))6頁。違法と責任が評価の質的相違とされ、対象属性による区分から目的に応じた区分への転回が生じた。事実との接点であった「行為」や「構成要件」も評価目的(限界機能・保障機能)が重視され、その理由づけも裁判官の評価手順に求められたため、「裁判法学の色彩」となったのである。

(22) 「価値対象の世界」での行為把握については、平場安治『刑法における行為概念の研究』(1959)79頁,91頁を参照。92頁は「社会的現実」による立法者の拘束を主張する。

(23) 平場・前掲(注(16))7頁を参照。だからこそ、「目的論的体系」よりも「一步前進している」とされるのであろう。

(24) 山中敬一『刑法総論 I』(1999)110頁以下。

確かに、客観的な因果性や主観的な目的性（目的的行為という「社会的現実」）を公理のように扱い、その信仰を強要するような体系は無意味である。刑法的評価の目的は犯罪の成否・処罰の要否を決めることだから、刑事制度の目的を体系化の起点に据えることは了解できる。しかし、「目的主義」における「本質」の追求は、評価範疇の分析を超えて、評価のあり方も制約するような視座の設定（方法論）に関わるものであった。そのような「制約」を度外視して、「目的合理主義」が価値認識や政策的決断を唱えるだけならば、「社会的現実との接点」が曖昧になり、「可罰性」評価に歯止めがなくなること警戒すべきであろう。山中教授は、「刑事政策という目的によって指導される体系」には既に共通の了解があるので、体系化の争点は、前提となる「社会と国家の認識」と、目指すべき刑事政策の中身にあるとされる⁽²⁵⁾。政策科学としての刑法学に「歯止め」となりうるのは、「社会」の現実と「国家」の規範体系を真摯に受け止める態度なのだと思われる。

そこで、構成要件論においてこそ、「社会的現実との接点」が扱われることを軽視すべきでないであろう。たとえ「評価」の分析が本題でも、事実と法の相互関係を描き、刑法の機能を踏まえて、「現実」に即して「刑罰法規」に基づく「評価」を具体化するのであれば、刑法解釈の実践とは言えない。解釈の過程を想定すれば、通常「違法・有責」と評価される類型的事態との偏差を精査・検討するのでないと、人は「現実」に向かうことができない。「刑罰法規」から離れて刑法的な「評価」を決める手立ては想像できない。犯罪類型該当性を後に置き、構成要件を「認定論」に位置づける鈴木教授の枠組みで議論できるのは、観念的な論理上の違法性概念・有責性概念でしかなく、それらの「評価範疇」の「本質」追求に止まるのではなかろうか。

とはいえ、教授の「規範的评价」が法一般の「規範的統制」機能に伴う内在的制約を扱う段階（行為規範論）であり、「可罰的评价」が具体的な処罰

(25) 山中敬一「刑法理論の展望」犯罪と刑罰 15号（2002）33頁以下、42頁。

の必要性・相当性を(国家の処罰適格も含めて)検討する段階(制裁規範論)であるのに対して、刑事裁判という場を刑事事件(行為者と国家の紛争)の事後処理システムとして描き、刑法の使い方(裁決規範論)を扱う段階が「認定論」なのだと思えば、教授の「体系」は議論する者には「簡明」な「刑法理論の体系」である⁽²⁶⁾。教授にとって実践との関わりは「認定論」で考えるべきものだから、その「実体論」を実践(刑法の使い方)という視点で批判するのは筋違いなのであろう⁽²⁷⁾。

3 「認定論」の実践的意義 刑法的な評価の検討に関わる「実体論」を超えた理論は、「実体論」の限界性の捉え方と、その延長線上にどんな議論を必要と考えるかに応じて、様々な方向性を示すことになる。刑罰法規(～適用基準～判断基準)という実体法ルール(規範的命題)の具体化を「実体論」と捉える立場なら、その延長線上に望まれるのは、個別的な実在ごとのルール適用例の検証作業である。刑法学が専ら実定法規の規範論理を解析していた頃、このような意味で、判例研究は応用的な仕事であった。その後、専門家には、裁判例に現れる「生ける法」として、判例研究の重要性が認識されるに至ったが、判例が実務に定着した(実定法規と並ぶ)ルールとして(司法試験予備校により)追認されて、それ自体が「実在」を離れた「規範的命題」として扱われる風潮がうまれた。その問題性を自覚して対策を探ることこそが、法科大学院時代の課題なのであろう。

少なくとも、「判例」を個別的な「実在」から離れたルールとして(その射程も考えず、一般化・抽象化された規範的命題として)安易に追認する態

(26) 鈴木説における「実体論」の検討については、別稿で扱いたいと思う。

(27) 「認定論」で実践論理に組み替えることを予定しているからこそ、「実体論」は専門家レベルの観念論でも構わないのである。そこでの解釈が、いわゆる実体的デュープロセスの議論も融合するような射程をもち(鈴木・総論136頁を参照)、現にある「刑罰法規」をその成り立ちの当否から(立法者と同等な思考で)検討する作業にまで及んでいることは、重要だと思われる。

度は戒めなければならない⁽²⁸⁾。「判例」が生成してくる現実の訴訟は、特定された当事者関係と個別性にあふれた事件の様相を含み、(同種事案に関する先例の有無を含む) 当時の時代状況を受けて、証拠状態や争点設定(当事者の訴訟活動)との関係にも制約されたものなので、「判例」の理解には総合的な力量が必要になる。個別的な「事実」に付着する社会的意味は、「社会通念」と称される事項の了解が土台となるのは当然として、周辺諸科学の知識を学んでみなければ理解できないかも知れない。訴訟法を切り離して考えていると、その訴訟に付随した手続的な問題を理解できず、判旨に現れた言葉の意味を読み取れない場合もある。いずれにせよ、全ての法的判断(規範的命題の設定・使用)は認定された事実の上に成り立つのだから、その検討は訴訟法的な「事実」に拘束される。刑罰法規における犯罪の類型的記述のみでなく、解釈が示す「規範的命題」も<〇〇の場合には××という効果を認める>という定式をとるのが通常だから、常に「〇〇」という事実の認定に左右されるのである。

そこで、「実体論」の手続的な実現方法を課題として、刑事訴訟への接続を重視するのが鈴木教授の「認定論」である。「事実自明型」の実体的な議論から、「事実説明型」の手続的な議論へと進むのが二元的構想の意味である。その効用は、観念的な「要件事由」を存否の二者択一で語り易い事実を組み替えて、訴訟で問われる立証事項を端的に示すことにある。それでこそ、法科大学院生に、刑法の適用過程を理解させ、民事の要件事実論に相応して、刑事裁判における主張・立証の対象や活動の意味を自覚させることができ、素人たる裁判員には参加しやすい刑事裁判を保障することにもなるという。その特徴は、「解釈」の到達点をより「訴訟」に近いところに求めている点にある。刑法の解釈は立証(認定)対象の類型化(事実説明の手続論)にまで及ぶべきであり、それが「架橋」に必要だということである。

(28) 「判例」を扱う双方向的な演習が重視されるのは、この趣旨においてであろう。

理論と実務を隔てるものとして「事実解明」という実際の障害がある以上、刑法理論が立証問題も意識すべきことは当然である。いかに精密な規範的命題を立てたとしても、その要件部分の「事実」がおおよそ立証(認定)できないのなら、その命題は絶対的無効であり、その解釈は不能な企てである。従って、教授の「認定論」は、刑法理論の手続的な実効性を検証する場所になると言えるだろう。もっとも、実効性のない観念論には意味がないと考える者ならば、はじめから立証問題に配慮した解釈(規範的命題の設定)をすればよいと言うだろう。従って、手続的な実効性も考慮した実体論一元説と、教授のような二元的な立論の相互関係は微妙である。例えば、故意の扱い方を考えてみよう。

教授は、実体論では犯罪類型的故意として責任故意が必要だが、認定論上は構成要件の故意が要件となるだけであり、それがあれば「責任故意したがって犯罪類型的故意の存在は法律上推定される」ので、「正当化事由の錯誤」が阻却要件になるとされる⁽²⁹⁾。この点について曾根教授は、「責任故意(犯罪類型的故意)」が「構成要件の故意(構成要件該当事実の認識)」と「違法阻却事由(に該当する事実)の不存在の認識」を含み、「実体論上の犯罪類型が認定論上の構成要件を取り込む形となっている」と評価される⁽³⁰⁾。実質は消極的構成要件要素論に等しいというのであろう。しかし、以前の批評に対する回答で、鈴木教授は、構成要件事実と阻却事件事実は「実体論上は故意の前提事実として全く同一の性質」をもち、錯誤は同様に「実体的な故意責任類型該当性を妨げる事情となる」が、認定論上は構成要件事由(事実)と阻却事由(事実)として対置される、とされていた⁽³¹⁾。すなわち、「事実自明型」の実体論で教授が描く世界には元来「犯罪類型」という制約もないのだから、例えば、誤想防衛による殺人には殺人故意の類型性がないと「評

(29) 鈴木・総論 232 頁。

(30) 曾根・前掲(注(9)) 538 頁。

(31) 鈴木・法時 62 卷 10 号(曾根教授の批評に対する「原著者コメント」) 92 頁。

価」されるだけであり、認識対象事実を区別する思考方法じたいが誤解に基づくものだというのであろう⁽³²⁾。

鈴木説では、実体論上には責任故意（選択意思）のみがあり、認定論上には構成要件的故意と故意犯阻却要件があるに過ぎない。「推定」の関係が認定論への組み替えで理由として語られても、責任故意が認定対象になるわけではない。曾根教授は、「推定」という言葉に（二重の故意論の感覚で）構成要件の責任推定機能を読み取られたのであろうが、鈴木教授の構想はおそらく全く異質である。観念的に要求される「責任故意」という実体要件を訴訟でどう扱うかという課題を立て、その解答として、「構成要件的故意」の立証～「正当化事由の錯誤」の主張（被告人側の抗弁）～合理的な疑いを払拭しうる「錯誤」不存在の立証の成否という手続で対処すればよいという論理を経て、結果として、認定論上では「構成要件的故意」が要件になる、という関係でしかないのだと思われる。

しかし、「正当化事由の錯誤」が立証対象としての「故意」に影響しないのなら、実体論で「責任故意」を論じる必要もなく、故意犯の責任が「構成要件的故意」と「正当化事由の錯誤」の総合で判断されると説明すればよいのではないか。「正当化事由の錯誤」の扱い方が違法意識（の可能性）の問題に関わることを考えると、それこそが責任説の主張ではないか。それ故に、責任説を支持する⁽³³⁾鈴木教授が「実体論」で「責任故意」にこだわる理由は説明を要するであろう。議論はやはり「故意」の定義から始まるのである。それが刑法 38 条 1 項の解釈論といえるから、「故意」は有責性評価の根拠事

(32) 故意は「犯罪類型を特徴づける責任要素」だが（鈴木・総論 146 頁）、「犯罪事実の全体にわたり具体的な認識が要求される」という（同 93 頁）。そこで、浅田・前掲（注（12））123 頁は「責任故意を犯罪類型的故意と呼ぶのは妥当でない」と批評する。しかしながら、「類型」という言葉で曾根教授や浅田教授が想定する制約（緊急状況という例外性の除外）は、鈴木教授における「事実自明型」の「実体論」には無縁なものだから、議論が噛み合っていないのだと思われる。

(33) 鈴木・総論 97-98 頁を参照。

実として初めて出てくるわけではない。筆者は、過失に関して、「主観的予見可能性」と「客観的予見可能性」の関係を鈴木説と同様な形で整理したことがある⁽³⁴⁾が、前者は実体分析のための道具概念に過ぎず、後者こそが「犯罪体系」上の「過失」の要素だと捉えていた。「体系」の実践的性格を志向する者から見ると、鈴木説の「実体論」はそのような「道具概念」の集積場である。逆に、理論としての「体系」を志向して、「実体論」を従来の犯罪論と見た場合には、「認定論」で扱われる、延長線上の「手続論」が事実認定論への接続を示すものとして特徴的なだけである。

かくして、鈴木教授の二元的構想は、犯罪論の組み替えと言うよりは、従来の犯罪論が扱わなかった「手続論」の導入による、犯罪論の拡充と評価すべきものではなからうか。「手続論」は「架橋」における一つの課題だが、「実体法と訴訟法」のそれである。この課題は、実体法学と訴訟法学の狭間に位置するので不十分な扱いであったかもしれない。それでも、いわゆる「認定論的体系」は、「手続論」を意識した実体論であり、理論の手続的效果を実体解釈の理由づけにするスタンスが「ハイブリッド」に見えるのであろう。筆者としては、手続上の「実効性」を理由にした実体論が不当だとは思わないので、「ハイブリッド体系」に問題は感じない。法解釈は、原理的な考察だけでなく、法適用という実践を想像しつつやるべき作業だと思う⁽³⁵⁾。それ故、「サラブレッド」がより妥当だとは思わないし、教授の「認定論」は、法の適用過程を可視化(認定対象を記述化)する意義は認めるとしても、「理論と実務の架橋」にとっては様々な課題を積み残しているように思われるのである。

(34) 拙稿「『具体的』予見可能性について」広法14巻4号(1991)175頁以下、200頁注(27)を参照。鈴木教授の認定論上の過失については、総論233頁を参照。

(35) 法の「解釈」に関するこの辺りの感覚については、拙稿「正当防衛の前提要件としての『不正』の侵害(一)」広法18巻1号(1994)135頁以下、136頁も参照。

二 理論と実務の間—法適用の規制—

1 実務との距離感 先の拙稿で私見が起点としたのは、「実務との架橋」には、法の適用過程を理論的に解析することが必要だという認識であった⁽³⁶⁾。そこには、解釈による法の具体化と法律構成による事実の抽象化という二つの作業が含まれており、実体法学が「解釈」ばかりを扱ってきた点に不十分さがあるのではないか。だから、事実の扱い方を問題とする「認定論」という思考の地平を追加すべきではないか。「法律構成」は検察官が主導する作業だが、少なくとも刑罰的な「評価」の基準となる罰条の選択という問題があり、その過程を規制するルール（～「法条競合論」の深化）が必要ではないか、と主張した。すなわち、私見は、「刑罰法規」の解釈で組み上げられる諸々の「規範的命題」の体系（実体法論理）を前提としながら、それが具体的な判断に繋がる過程の解析を「認定論」という名の下で網羅的に扱ってみたいと考えている。その核心には「法の適用」という問題がある。おそらく、伝統的な見解は、法適用三段論法を前提にして、解釈で「法律要件」が十分に具体化されれば、「法の適用」は小前提たる「法律要件」（〇〇の事実）があるか否か（事実認定）の話に尽きると考えてきたのであろう。しかし、実際の法適用は、事実と法の間で視線を往復させながら、法の解釈と並行的に、<「事実」のどこを切り取るか>、<どのように意味づけるか>という問題の処理を並行的にやっているように思われる。

例えば、Xが上司Aを殺す。しかし、XはAに襲われていた。Aによる襲撃はXの挑発に起因していた。Xの挑発はAの侮辱に対する反応であった。Aの侮辱はXの仕事上の失態に起因していた。Xの失態はAの指示の不十分さに起因していた…等々。構成要件該当事実の背景には無限の事象があり、

(36) 前掲（注（1））拙稿 209 頁以下。

法的評価が経緯(事前事象)のどこまでを射程に入れるかについて確固たるルールがあるとは思えない。説例では、Aの襲撃を急迫不正侵害と捉えた「正当防衛」が問われるのは当然として、Xの挑発が争点になれば「挑発防衛」の議論にも及ぶであろう。しかし、争点化されなければどうなるのか。そもそも当初から挑発～殺害が一連の行為と捉えられると、いわば「原因において違法な行為」が前提になり、「正当防衛」はもはや主張しづらいのではないか。その場合には、Aの侮辱が行為状況になり、防衛状況までは認められず、それまでの事象が量刑事情になるだけではなからうか⁽³⁷⁾。

このように、連鎖する事象の中で「事実」の切り取り方に応じて、事象の「意味づけ」も変わり、法的判断は大きく変化しうる。「襲撃」とか「挑発」とかの言葉も、そのような「意味づけ」があってこそ一定のイメージをもたらすのであり、実はその「意味づけ」自体が極めて不安定である。刑法36条を援用するか否かは法令適用の問題だが、挑発と見るか否かは社会的な意味の与え方である。理論が未確定で「規範的命題」に成熟していない段階では、事実認定の問題に過ぎないとして切り捨てられる可能性も高い。防衛行為の相当性判断でも、まずは客観的事情で決めるとしても、過剰防衛か誤想防衛かという話になれば、「襲撃」するAの意思や自らの置かれている状況をXがどう認識していたかに依存するので、「意味づけ」の不安定さが幾重にも重なり合う。だから、現実の訴訟は、法的判断の前提となる事実関係の描き方こそが争われる。そのような事例における判断の理由付けは、事実の「認定」と法的な「判断」が複雑に絡み合う関係になる⁽³⁸⁾。そこで、判旨に現れた言葉をそのまま「実体法理論」として読むことには自信がもてない。

そのような問題は事後事象の評価にも波及しうる。例えば、権限を逸脱し

(37) なお、この場合、Aの不十分な指示が、Xの動機を説明する事象としてのみ顧慮されるか、「失態」に同情すべき理由として顧慮されるかで、量刑への影響は全く異なりうるであろう。自由心証の枠内に「意味づけ」の「実務感覚」という問題があるように思われる。

た抵当権設定後の売却という「横領物の横領」の場合⁽³⁹⁾、後行の売却過程だけを「切り取る」と横領の成立が認められそうでも、先行の抵当権設定も判断の射程に組み入れて、既に時効になっていた当該行為を横領と「意味づけ」ると、不可罰的事後行為が抗弁になる。その際、「横領」という「意味づけ」は、権限逸脱とか領得とかの「意味づけ」に応じて決まる話だから、その不安定さはやはり避け難い。そこは訴因になっていないので、過去の事情は法適用に無関係な事実として切り捨てられる可能性もある。判例が示した判断を「共罰的事後行為（～包括一罪）」説への変更と捉えるのは容易であるが、当該「他人」の所有権はいつ害されたのか、同一の所有権が多重的に侵害されるのか、その場合に先行行為は利益横領の処罰ではないか、既に信頼違背があってもなお保護すべき信頼関係が続くのか、等々の問題はやはり気にかかる。時間的隔たりが大きくても、継続していた身分関係・先行行為の失敗を埋め合わせる動機関係が一連の行為と捉えさせるのではないか。だからこそ、「不可罰的事後行為」という抗弁が排斥されてしまうのではないか。業務上横領罪が反復継続的な侵害形態を包摂する特性をもつことに基づく話ではないか。…と想像してみると、一つの判断で「不可罰的事後行為」という枠組みを安易に捨ててよいとは思えない⁽⁴⁰⁾。

法の適用過程には、事実を切り取り・意味づける人間の活動が介在してい

(38) 「斧だけの重量のある棒様のもの」による反撃を語った最判昭 24・4・5 刑集 3 巻 4 号 421 頁の「相応の重量は手に感じる筈である」という判断が扱っているのは、「過剰」という意味認識の前提として問題になる行為者における反撃行為の「意味づけ」の「認定」であり、それが相当性に関する事情認識の過失判断にも見えるのではなかろうか (拙稿・百選 I (2003) 53 頁を参照)。

(39) 最大判平 15・4・23 刑集 57 巻 4 号 461 頁 (この判決については、拙稿・判評 550 号 (=判時 1870 号) 39 頁を参照)。

(40) 少なくとも、事実の「切り取り方」を起訴裁量に任せて、両者が起訴されても「包括一罪」で処理すれば構わないという捉え方は、横領罪の弛緩が前提になるのではないかと (所有権侵害の二重評価が疑わしい) と思われる (前掲 (注 (1)) 拙稿 222 頁以下、223 頁注 (68) (70) を参照)。

る。切り取り方・意味づけ方は、起訴裁量と自由心証という手続法上の壁で守られているので、それが「社会的現実」を正しく捉えているかを確認することも難しい。錯綜した事例での「意味づけ方」に関しては、裁判員制度を導入することにより、「社会通念」によるチェック機能を高めることが期待されている。しかし、その前提として、訴訟における「事実」の扱い方をもっと解析する必要があるのではなからうか。伝統的な「理論」には、具体的な事件の特性を汲み取る場所が不足していたから、「理論」による規制を緩めておいて罪数論での調整に逃げ込む傾向が出てしまうのではなからうか。

2 原則と例外 事実の「切り取り方」を考えてみよう。事件の個性・具体性は無限の事象連鎖の中にある。それを前提にして、刑法学の伝統は、構成要件という「典型的」な把握で始めてきた。少なくとも、それが指針になると考えていた。これに対して、違法性・有責性は実質的な評価として、個別的・具体的な事情を広く包摂することが想定されていた。意思であれ行為者であれ、間接事実として扱われる場合も含めると、行為の評価に使う事情の限界づけ(関連性)はかなり緩やかである。汲み取れる事情は全て考慮すべきであり、法的判断は全事情の「総合判断」が望ましいというスタンスである⁽⁴¹⁾。それだけに、先行する構成要件該当性という評価は、無限の個性・具体性を一旦は捨象して、刑罰法規から導かれる定型で捕捉しうる範囲の事象を切り取る思考に意味があった。刑法の評価を無限定に及ぼさないためであり、「規範的統制」の対象となる「行為」を特定し、「統制」の有効性に関わる基礎事情を確認することにもなる。それが判断者を「規制」するこ

(41) そのような「実務」を受け入れて、考慮すべき事情を列挙した判断準則(マニュアル)を示すことに止め、敢えて「規範的命題」に具体化しないのが前田雅英教授の「実質的犯罪論」だと思われる(例えば【刑法総論講義〔第4版〕】(2006)131頁の「作為義務の実質的内容」や、同書185頁の「帰責の具体的基準」を参照)。その手法を否定するつもりはないし、現在の「実務」を説明しようとする姿勢・具体的な行為の「可罰性」を問題とする姿勢に共感する部分もあるが、その手法を構成要件論に直接的に持ち込むことには賛同し難いと思われる。

とで、法適用の安定性と平等性も確保できると考えてきたはずである⁽⁴²⁾。

ところが、定型という思考方法の評判がよくない。そのような名付け（「類型的」という言葉）だけでは、「切り取り方」の基準にならないと言われる。例えば、「定型」の核であった「実行」という概念について、間接正犯という現象を考えれば、その虚しさが露呈すると言われる。正犯性を決定づける寄与は利用行為にあるが、未遂処罰に値する危険性は被利用者標準の事態惹起でないと認め難い。だから、「実行」という名付けには意味がなく、寄与や危険性を個別的・具体的に判別する思考方法こそが重要なのだ、と。

しかしながら、全てを個別的・具体的に思考するのなら、「評価」に対する「規制」が弱まってしまう。考慮する事情の取捨選択は、当事者（検察官）に委ねておけばよい（捜査能力の限界性で自然に決まる）ののだろうか。当事者は何を基準に行動すべきだろうか。つまり、「法律構成」の技術に関する議論になっていくのだが、それを実務感覚の問題だと放置しておいてよいか問われる。当事者になろうとする法科大学院生に指針を示すには、法の適用過程に影響する様々な要因を抽出し、その扱い方を検討すべきだと思われる。「実務感覚」の中身を表現する努力をすべきであろう。そして、その反面で、前提となる「理論」に関しては、伝統の組み上げてきたものを安易に捨てない方がよい。それ故に、構成要件該当性に期待される「規制」の意味を維持しながら、別の地平に立って「個別的・具体的」な思考を組み込む路を探るべきではないか。すなわち、「定型」とか「実行」とかの言葉を放棄するのではなく、特殊事例の場合には、法の適用過程でこれらの言葉に生じる現象の例外性を示して折り合いを付ければよい⁽⁴³⁾のではなからうか。

「類型的」という言葉には「原則的」という意味もあり、そこから外れる「例外的」な事態には別個の考慮が予定される。「原則」とは何で、「例外」

(42) それ故に、構成要件による「対象選別」は、実体論上の「評価」としての意味は少ない（鈴木・総論 22 頁）としても、法適用の手続論として重要であり、「評価」という実践を「規制」するルールとしての側面も確認すべきだと思われる。

とは何かが問題である。ひとまず、伝統的な三段階体系論なら、構成要件該当性という「原則」に対して、違法性・有責性という実質的な(無限の「個別性・具体性」を射程に取り込む)判断が「例外」であったと言えよう。そこには、「形式的」な自由保障と「実質的」な処罰の正当化という関係も伴い、鈴木教授は、それが昏迷の原因だから、「実質的」な実体論を正面から取り上げた上で、「形式的」な自由保障は「犯罪類型」概念に委ねる方がよいとされる。原則—例外の分配は、認定論における構成要件—阻却要件のそれで足りるというのである。とはいえ、いずれにせよ犯罪を推定させる判断とそれを阻害する判断の関係が語られている。「認定」の手続過程を想定すれば、そうなるのであろう。しかし、「理論」においても、原則的なものと例外的なものを区別する思考があってよいのではないか。

すなわち、私見が想像する「認定論」は、刑法解釈の方法論に若干の転換を伴う思考の地平である。本来の「実体論」は、原則的なものにおける刑法の基本原則の発現を確認しつつ、基本原則に従った「刑罰法規」の解釈(規範的命題の具体化)で組み立てるべきである⁽⁴³⁾。しかし、例外的な場合には、体系思考一辺倒で「基本原則」を貫徹するよりは、問題思考を加味して「基本原則」の発現が特殊化される場合もあると考えてみることである。直接実行を想定していた制限的正犯概念から見て、間接正犯は例外だからこそ、解釈問題となるのであろう。それが各則上の「刑罰法規」の直接的適用で処理されるとしても、そこで「実行」概念に与えられる射程が「間接正犯」でない事例にまで意味をもつかは疑うべきである。このような思考で、通常の法

(43) 例えば間接正犯は、他者の道具化という、おそらくは意図的な「支配」の特殊性があればこそ、直接行為者の行為が一体評価されるという例外現象が生じるのであり、利用行為～被利用者行為という「一連の行為」を前提にした上で実行の「着手」が問われるからこそ、被利用者行為の「到達」時が顧慮されるに過ぎないと言えるように思われる(拙稿・法教277号110頁を参照)。

(44) 刑法の「規範的統制」という機能を平等なものとする(万人の自由保障を考慮する)ために、内在的制約として一般化可能性を確保することが要請されるからである。

適用に対する「規制」を維持しながら、限界事例に対処していく方が安定性を確保する意味で望ましいのではなからうか。

伝統的な刑法学も、「定型」の問題として基本型—修正型という関係を論じる。違法性と有責性の関係は、客観的—主観的と言えれば対象属性に着目した区別だが、一般的—個別的という関係といえる面がある。これらは、「解釈」で「規範的命題」を体系的に整序する指針となるが、予想し易い通常事例の扱いを「原則」と捉え、そこから外れる特殊なものに「例外」としての扱いを認める思考である⁽⁴⁵⁾。理論が何らかの公理を立てて、そこからの演繹で個別的・具体的なものに向かうのに対し、実務は先例を参考としつつ、それとの偏差を測ることで個別的・具体的なものを位置づけようとする。本質追求アプローチが「公理」を立てる基盤であり、「演繹」こそが体系的思考をもたらすが、社会の複雑化・予想外な特殊事例の増大で「公理」を維持するのも難しくなってきた。だからこそ、機能的考察や問題思考が必要なのであろう。それでも、今後も通常事例は現にあるのだから、「原則」はそれとして確認しつつ対処する方がよい。重要なのは、単に「例外」と言い放つだけではなく、どんな意味での「例外」か、その特殊性を明らかにし、それに応じた「修正」の合理化と限界付け（射程の具体化）を示すことであろう。同様な思考を「法の適用」に向けると、「法律構成」にも特殊な場合があり、「実体法論理」に例外的な修正が及ぶ場合があるように思われる。「認定論」はそのような修正の要否・当否を扱う地平である。

3 全体的な観察という問題 かくして、主として「法律構成」において通常事例から外れた特殊性の発現する事態を問題にしたい。もっとも、既に「刑罰法規」に特殊性を考慮した種別があるから、その「解釈」で対処できるのなら、適用過程に問題が積み残されることはない。例えば、強盗罪の事

(45) ここで想定している「通常事例」思考という方法は、Haft 説を研究された平野敏彦教授から示唆を得たものである (F.ハフト著・平野敏彦訳『レトリック流法律学学習法』木鐸社 (1992) 145 頁以下を参照)。

実関係は、その一部を暴行罪・脅迫罪や窃盗罪で「切り取る」可能性がある。この可能性を前提として罰条選択が問われるので、「法条競合論」はここでの議論の反映である。罰条相互の境界条件として、当初からの領得目的の存否と、手段たる暴行・脅迫から財物奪取に及ぶ過程が一連のものと捉えられるか否か、が問われる。事後強盗罪や強盗致死傷罪が議論になり易いのは、窃盗や強盗の「機会」という「一連の行為」としての「切り取り方」が問われる構造だからである。それでも、「刑罰法規」が多行為の結合を予定していれば、ここでの「法律構成」は「結合」の問題であり、例えば場所的・時間的な近接性という状況要件を追加する解釈で対処することができる。

加えて、刑法総則は特殊性を考える例外規定の集積であり、いわゆる「犯罪形態論」が扱う未遂犯や共犯では、総則規定の解釈が特殊性に対処する基盤となる。時系列上の段階的特性に応じた修正なら未遂犯規定の解釈が、複数人による実行の関係的特性に応じた修正なら共犯規定の解釈が問われるに過ぎない⁽⁴⁶⁾。違法性や有責性という行為の法的意味に応じた修正の問題は、被告人に有利な類推解釈も可能だから、超法規的な阻却事由論で対処できる。そして、行為者の特性に関しては、平等原則を前提とする現代の刑法学では、それが「身分」として法的に意味を与えられていない限り、量刑事情での考慮に止めておくべきものであろう。

そこで、「認定論」に重要なのは、犯罪実現形態の特殊性（間接正犯・不真正不作為犯など）をどこまで包摂できるかという問題であり、複数の事象・複数の行為の分断と包括（端的に言えば「一連の行為」としての把握）の境界づけだと思われる。例えば、法秩序が特殊（制度的）な身分関係を前提としていることに基づく不作為犯の事例⁽⁴⁷⁾は別として、先行行為を根拠と

(46) 共謀共同正犯がいかに特殊でも、ひとまずそれは刑法60条の解釈で扱われるべきものである。しかし、それが「共同」解釈の「規範的命題」として当然視される状態を追認するよりは、「共同」を実行共同と把握した上で、共謀共同を例外的なものとする意識をもつ方がよいかも知れない。

した不真正不作為犯の事例には、先行する過失的危険惹起と後行の故意的放置を「一連」のものと捉えるに等しい構造がある。最終結果の過失犯（結果的加重犯）では足りないという判断が暗黙の前提となった「法律構成」である。同一構成要件で評価する以上、作為犯との同価値性が必要なのは確かだが、その逆に、「同価値」だから処罰できると言えるかは疑わしい。それでは類推になってしまう。不作為による結果実現という特殊性に対処する論理が「原則」を変える理由になるとは思えない。従って、通常事例の基本原則から見た特性を確認して、その「法律構成」を選択してよい条件を考えるべきであろう⁽⁴⁸⁾。行為主義・罪刑法定主義から見た例外性を許容する論理と、それを担う要件の定立が必要だということになる。問題になるのは、通常なら一つの行為で成り立つ構成要件の結果が、反復継続的な事象の連鎖で実現しており、かつ、各事象を行為として切り取った場合はそれぞれに例外性があるため、分析的思考では通常事例として処罰できず⁽⁴⁹⁾、社会的な応報感情が満足されないような場合だと思われる。そのような場合に、「一連の行為」として重い処罰を合理化する「法律構成」を許容しうる条件が問題である⁽⁵⁰⁾。

上述のように、挑発防衛はそのような問題である。「一連の行為」と把握する可能性が問われる場面で、その扱い方の指針が問われるべきである。喧

(47) それ自体を「認定論」の問題と見るか否か、現段階では結論を留保しておく。母親が授乳しないことを「殺した」と評価するのは、形式的な規範論理で導かれる「実行」概念の幅の問題に過ぎないと思われるからである。そこに生じる「正犯原理の二元化」という問題については、拙稿・刑法雑誌 44 巻 2 号 (2005) 257 頁以下を参照。

(48) 例えば、仮に、過失的な結果惹起でも処罰される犯罪であってこそ切迫した危険状況に刑法的な作為義務が想定できると考えるのであれば、過失犯が処罰されていない犯罪における不真正不作為犯の考慮には根本的な疑義があるように思われる。

(49) 不作為犯の場合は、ある程度は長時間に及ぶ「放置」の連鎖があり、それが積極的な危険創出を欠いているが故に、問題になるのだと思われる。

(50) 特に、具体的な実現形態に錯誤があった場合が問題になっている。因果関係の錯誤、早すぎた結果実現、共犯形式の錯誤（道具の事後知情）等であり、故意的な無能力状態の自招は少ないので、原因において自由な行為も同様の問題といえるだろう。

嘩闘争状況下の正当防衛で強調されてきたのは、分析的思考に対置される「全体的な観察」であった⁽⁵¹⁾。しかし、その意味と限界は未だ明確でない。その「実務感覚」を「規範的命題」に具体化できるかが問われよう。また、横領後の横領を一例として、特に財産犯では、「不可罰的事後行為」の議論が重要だと思われる。接続犯となる窃盗事例のように、財産犯でも「一連の行為」と言えるか否かは問われるが、後続被害が既に評価済みと言えることを理由とする「不可罰的事後行為」の扱いは、いわば結果を含む「所為」の「全体的な観察」であって、より広い射程をもっていた。ところが、盗んだ預金通帳で現金を引き出した場合を典型として、複数の法益侵害を認めて併合罪で処理する傾向が強まっている。「一連の行為」と言えるほど近い関係にある場合にまで、そのような処理を及ぼすべきかが問題であろう⁽⁵²⁾。

構成要件という形式は、「社会的現実」を捉えるには融通の利かない定型である。だからこそ自由保障に役立つのだが、「保障」は切り取る事実が伸縮自在でないという前提の下で意味をもつに過ぎない。例外的なものは様々な形で生じ、その包摂のために「定型」の価値を低下させる理論が登場する。しかし、定型のもつ意味は維持しつつ、事実の扱い方を問うことで、「現実」に対処する術を検討すべきではないか。まずは、事実の「切り取り方」が法的評価の違いに影響しうる以上、その方法を検討対象として取り上げ、その「規制」ルールも考えるべきであろう。「認定論」というやや次元の異なるフィールドで解析することにより、「原則」には波及させずに、「例外」での個別的・具体的な修正を探るべきだと思う。すなわち、実体法理論の枠内で、「原則」と考えられる論理の大切さ（通常事例での適用）を確認すると共に、それを「例外」に用いる場合の（修正）指針を作るべきであろう。「社会的

(51) 最大判昭23・7・7刑集2巻8号713頁，最判昭32・1・22刑集11巻1号31頁。

(52) 例えば、ローンカードの詐取～現金の引き出しで詐欺と窃盗の二罪を認める判断（最決平14・2・8刑集56巻2号71頁）は、その「規範的命題」自体は誤っていないとしても、その適用による（併合罪としての）処罰は過剰に過ぎると思われる。

現実」に対処する方はそのような実践において身に付くのであって、「理論と実務の架橋」には実践の方法を議論する場が必要だと思うのである。

三 「認定論」の効用——一つの仮説——

鈴木教授の「認定論」は、裁判上の「事実認定」に接続する議論であり、正に「名は体を表す」が、私見の「認定論」はかなり異質である。この相違の背景は「実務」に対してもつ問題意識の相違であろう。鈴木教授は事実自明型の静的な実体論と事実解明型の動的な認定論を対置されるが、筆者にはその「認定論」が「動的」だとは思えない。静的な判決三段論法から見た「理論」でしかないという印象であり、刑事訴訟法という枠内で捉えた事実自明型の「事実認定」過程の解析、刑事裁判における立証活動の「正当化の論理」だと思われる。「理論」は言葉であり、納得を得たいが故に、その問題意識を検証するために、過去の経験を事後的に整理する論理としての性質が強いように思われる。これに対して、「実務」は現場であり、未来に向けての行動であって、行為時基準の実践的な判断だと思われる。「実務」と架橋するためには、その「動的」な姿を想定すべきではないか。どの「行動」に着目し、どのような「現場」の感覚をもつべきだろうか。

鈴木教授の場合、民事における要件事実論に類似して、検察官の立証活動という「行動」が想定されている。刑事訴訟法の「理論」との「理論」的な「接続」ならばそれでよいが、筆者にはそれが「現場」とは思えない。むしろ、「社会的現実」を視野に入れた超裁判的な刑法学の「実体法理論」が「接続」すべき「行動」は、「現実」そのものに向き合う、起訴前の手続過程であり、そこでの「理論」の使い方こそが問題だと思われる。そこで、私見は、全容解明を目標にしながら、生の事実（实在）に向き合って、「実体法理論」を使い、知り得た「全容」の中に「犯罪」を「認定」しようとする検察官の「行動」を想定している。刑法学が（「社会的現実」の）「認識論」だ

という捉え方は、この世界観に近いはずだと想像している。その上で、「理論」が実践的であろうとすれば、その「行動」を「規制」しうる指針になるべきだと思うので、「認識論」に止まっていてよいかを疑う。このような視座を求めると、「認定論」は、「体系」上の「評価」段階でも「手続論」でもなく、新たなメタレベルの「理論」とならざるを得ないと思われる。

検察官の「認定」に本質的な問題は何かと言えば、「切り取る」作業の方向付けである。そこには、様々な「実務感覚」が作用していると思われるのだが、まずは、個々の身体動静を分析的に見るか、「全体的な観察」で「一連の行為」と見るか、が検討を要する問題だと思われる。その指針を探るべきであろう。「解釈」と「法律構成」に応じて整理すると、一方では「罰条選択」の見取図を描くべきであり、先の拙稿が起訴裁量との関係を重視したのはその趣旨であった。そして、他方では「全体的な観察」の許容限界を考えるべきであろう。それでこそ、法適用の対象事実は「伸縮自在」ではない、と言えるからである。

挑発防衛に関して明確な判例はないが、自招危難に関する判例⁽⁵³⁾は、「公平正義ノ観念」から、自招の場合に「已ムヲ得サル」ものとして緊急避難を認めるのは「社会通念」に反すると捉えていた。もっとも、過失犯では、回避不可能な状況下の身体動静を「切り取る」のは無意味だから、前段階に遡及して「過失」を問えばよいとの意見もある。古い大審院判例が今でもリーディングケースとなるのは、そのような意見に応じて、自招危難が争点になるような「切り取り方」を検察官が避けているからであろう。「法律構成」で争点の所在が左右されることは否定し難いと思われる。それでは、故意犯ならどうか。検察官が構成要件該当事実を主張する～被告人・弁護人が緊急避難を抗弁する～検察官が「自招」を理由にその主張に反論する、という形で訴訟が進むだろうか。それは空想でしかないように思われる。確かに、起訴

(53) 大判大13・12・12刑集3巻867頁。

状には構成要件該当事実だけを示すかもしれない。しかし、既に冒頭陳述で、被告人は〇〇の行為をやって××の状況に陥ったために最終行為に及んだと説明されて、××が緊急避難状況に値するという問題は争点にならないまま、〇〇の行為に至った経緯を含めて量刑上で考慮されるだけであろう。だから、故意犯でも、判例上で「自招危難」が争点に現れることは想像し難い。量刑問題に帰するのが基本なので、法令適用の誤りと考える場合でも「明らかに判決に影響を及ぼすこと」を示す（刑訴380）のは難しく、適法な上告理由（刑訴405）とならず、〇〇の行為の「意味づけ」だから、「刑の量定が甚だしく不当」（刑訴411②）とされることもないように思われる。

しかしながら、それが「実務」の実情ならば、「法律構成」を放任しておくべきでない。「判決に影響を及ぼすことが明らか」な（刑訴382）、そして、少なくとも、「判決に影響を及ぼすべき重大」な（刑訴411③）事実の誤認は是正されるべきであり、「事実」には、真実か否かだけでなく、「切り取り方・意味づけ方」の適否という問題も伴うはずである。その限界を見極め、「適否」を語る「規制」ルールを具体化すべきであろう。「限界」を画する上でどんな思考態度が望ましいだろうか。そこには「社会通念」という一言に取り込まれる様々な観点があると想像するが、私見は、まずは自招危難の判決が述べるどころの「公平正義ノ観念」を考慮したい。そこで、この言葉がもつ「実務感覚」を具体化する趣旨で、一つの仮説を提示してみたい。すなわち、「法律構成」では禁反言の感覚が作用して、その下で「全体的な観察」という手法が合理化される、という把握である。

構成要件は、「規範的統制」の対象として個別的・具体的な「実行」を「切り取る」が、その時点の自由を要求する。緊急状況や無能力状態なら自由が欠けるが、これらは違法性や有責性で検討される。後に続く評価段階で自由を実質的に担保することを条件として、「切り取る」ことを認めるのが構成要件論である。しかし、不自由な状況・状態に自覚的に踏み込んだ者に、同様の自由保障を与えるべきであろうか。少なくとも、その「実行」には、

例外性が認められ、量刑上の考慮は当然に要請されるだろう。その上で、「自招」の場合、すなわち、自らの規範違反行為によって状況・状態をもたらした者は、その故に、通常的自由保障が妥当しなくなると考えてよいのではないか。つまり、自ら招いた状況下で「実行」したのだから、「切り取る」思考での扱いを求める資格を失う、と考えるわけである。

筆者は、かつて、正当防衛という制度に、禁反言の感覚が内在しているとの主張を展開した⁽⁵⁴⁾。そこで論じたのは、「不正」な侵害者は防衛者から「法益」を保護してもらふ資格を失うという関係性であった。刑罰法規の法益保護機能が、自らルールに違反した者に同様の保護を与えるのでは、防衛者との関係で（特に干渉という無価値性⁽⁵⁵⁾も伴うのなら）より「有利な扱い」とさえいえる。だからこそ、正当防衛は、害としては過剰に見える防衛行為でも正当化に値する、と。それは、法益保護機能に関する禁反言法理の影響であった。それに対して、ここで考えるのは、自由保障機能に関する禁反言法理の影響である。すなわち、刑法の目的は法益保護にあるから、前者の機能に関わる例外性は違法性自体の問題として「正当防衛」という制度で扱われる。しかし、自由保障は一般的な市民との関わりにおける法適用上の国家権力抑制の問題だから、状況・事態の自招者との関わりにおける例外性は法適用過程の中で対処するしかない。だからこそ、「犯罪論の体系」の中では位置づけを与えにくい問題であり、従来は、「社会通念」という「実務感覚」で対処されてきたのだと思う。それ故、この問題は「犯罪論」のどこかの段階で完結するような話ではなく、通常の「犯罪論」とは別次元に位置する、実践的判断の「規制」ルールとして具体化することが望ましいように思われ

(54) 拙稿「正当防衛の前提要件としての『不正』の侵害(四・完)」広法20巻3号(1997)113頁以下、122頁を参照。

(55) 拙稿「正当防衛の前提要件としての『不正』の侵害(三)」広法19巻2号(1995)89頁以下、99頁(「緊急避難と個人の自律」刑法雑誌34巻3号(1995)337頁以下)を参照。

る。私見は、そのような思考を「認定論」という地平に切り開くことで、検察官の起訴裁量を合理化しつつ、かつ、規制するルールとして「規範的命題」の形に設定し、裁判官には、刑事訴訟の場において、その主張の合理性をチェックする役割を期待したいと思うのである。

禁反言といっても、それは無限定でない。挑発防衛がそうであるように、意図的な場合・故意的な場合・過失的な場合を区別する発想は当然あってよい。判例が重視する「積極的加害意思」は、確実な予期だけでなく「機会を利用する意思」がなければならない⁽⁵⁶⁾ので、ほぼ意図的な挑発に相応するであろう。それなら権利濫用とか制度の悪用という理由で、防衛状況（や防衛意思）を否定する余地もあるが、そこまで至らない場合でも、喧嘩闘争状態なら「全体的な観察」は考慮される。つまり、双方の攻撃・防御が予期される範囲内にある場合（故意的な挑発）なら「全体的な観察」が重視されている。とすれば、故意的な挑発（自招）と過失的な挑発（自招）の間に、一体評価の可否を分ける境界がある、という仮説を前提とすべきであろう。現実的な問題は、故意と過失の複合的形態、すなわち、結果的加重犯に見合う展開があった場合にある。それこそが「全体的な観察」の中での、更なる個別的な処理の問題になる。このような筋道で、正当防衛における事象把握の背景を語ることができるのは「仮説」の効用の一つである。そして、この思考を応用できる幾つかの争点があるように思われる。

例えば、死者の占有という争点は、殺害後に領得意思を発して財物を手に入れた場合に、窃盗罪を認めるか否かにある。判例は、自らの行為で被害者を死に致した者との関係では、場所的・時間的接着性のある限り、「生前有していた財物の所持」が保護され、「全体的に考察して」窃盗罪が認められるという⁽⁵⁷⁾。その際、「財物の占有を離脱させた自己の行為を利用して」財

(56) 最決昭52・7・21刑集31巻4号747頁，最判昭50・11・28刑集29巻10号983頁。

(57) 最判昭41・4・8刑集20巻4号207頁。

物を奪取した「一連の行為」として「切り取る」ことが前提になっている。故意的な人身侵害で死亡が生じていたのなら、そのような扱い方を合理化する理由があると言えるだろう。通常事例の自由保障では、被害者の死亡で「占有離脱」という抗弁が認められるため、たとえ殺害現場を見ていた者でも第三者は占有離脱物横領になる。それでも、自らの規範違反行為で「死亡」をもたらした者に同様な自由保障を及ぼすべきかは疑える。少なくとも、故意的な自招(殺人)であった場合は、自らの規範違反行為で自覚的にもたらした事態に基づく扱いは禁反言に係るから、「占有離脱」の「抗弁」は排斥されてよいと考えられる。その結果が、「全体的に考察」した「生前の」占有の保護ではなかろうか。

その際、強盗になるかと言えば、あくまでも「全体的に考察」することだけであり、事後の領得意思であることに変わりはないので、窃盗罪に止まることに合理性があろう。また、死亡から「場所的・時間的接着性」があっても、第三者と殺人者で別の扱いになることに理由はあり、この要件で確認すべきなのは、生々しい死体かという問題ではなく、「一連の行為」と捉えられる限界(社会通念)を超えないかという問題だと理解される。反面で、このような「抗弁の排斥」は、故意的な規範違反に伴う効果と見るべきなので、過失致死後の奪取行為を同様に扱うべきではない。限界問題は、傷害致死(や保護責任者遺棄致死などの)後の奪取の扱い方、すなわち、加重結果をもたらす危険性のあった故意行為だけで「抗弁の排斥」を認めてよいかである。この点は一律に言えないが、正当防衛を禁反言の感覚で説明する場合は、防衛者側にリスクを負担させるべきでないため、事前判断に基づいて、死をもたらす危険のある傷害行為には殺人で対抗することも許されると捉えるべきであろう⁽⁵⁸⁾が、ここでは、そのようなリスク分配ではなく、例外性をどこまで認めるべきかが問題なので、死亡惹起に過失しかなかった者から

(58) 前掲(注(55))拙稿123頁, 127頁注(21)を参照。

「切り取る」思考による自由保障を奪うことには躊躇する。そこで、「死者の占有」と呼ばれる問題は、殺人罪を前提とする場合に限って窃盗罪と評価される、というのが合理的ではないかと思われる⁽⁵⁹⁾。「認定論」という地平で新たな視界が開けてくると思うのは、筆者の誤解であろうか⁽⁶⁰⁾。

伝統的に議論が活発なのは原因において自由な行為である。「無能力状態」の「故意的な自招」なら「全体的な観察」が許されるといえば、議論の整理が容易になるであろう。間接正犯類似説が想定する「意図的な自招」は現実的でないとしても、「故意的な自招」と評価できる事例はある。現実的な問題はやはり結果的加重犯に見合う「自招」である。すなわち、勢いを付けるための飲酒等は、反対動機を乗り越え易い意識状態の「自招」と「意味づけ」られ、限定責任能力や無能力の状態はその延長線上に位置するからである。それ故、ここでも、それだけで「全体的な観察」が許されるかを問うべきだが、それまでの経歴で、「反対動機を乗り越え易い意識状態」が「限定責任能力」に見合う状態になるような人的特性が行為者にあったか否かを検討することになろう。それが肯定できる場合には、その「限定責任能力」が故意的な自招の枠内に入るということであり、責任無能力が問われる事例よりも、限定責任能力が問われる事例の方が「全体的な観察」は肯定され易く、原因

(59) もっとも、重傷害を負わせた場合、死亡直前の奪取は窃盗になり、死亡直後の奪取は占有離脱物横領になる、という結論は余りにも不安定なので、両事例の対比から「公平」に基づいて、窃盗罪を認める論理もあるのではなからうか。私見が、「禁反言」の感覚を超えて、「認定論」で更に検討してみたいと思う「仮説」は、このような他の事例との相互関係への配慮（平等性の感覚）に由来する判断の要否・当否である。

(60) 窃盗罪に関する別の例を示しておこう。不法領得意思必要説は、窃盗後の領得行為を不可罰の事後行為とするが、毀棄目的で奪取した後に意思を翻して領得行為に及んだ場合の扱い方が問題になる。「理論」を貫徹すれば、奪取行為の毀棄罪や領得行為の占有離脱物横領罪を論じるのが限度である。だからといって、それを根拠に不要説に転じることが正しい選択とは思えない。行為者は故意的にもたらした「占有離脱」を抗弁することを排斥されるので、「実務感覚」ならば、「一連の行為」を窃盗罪と「構成」することになる、と言えるのではなからうか。

において自由な行為も認められ易いことになる。間接正犯類似説で生じる逆転現象が解消されることは、このような思考の効用だといえるであろう。

最後に、早すぎた結果実現に関するクロロホルム事件⁽⁶¹⁾を考えてみよう。通常事例の感覚で個々の身体動静を「切り取る」思考を貫くと、殺人予備・傷害致死と死体遺棄の問題になるであろう。しかし、クロロホルムを使う先行行為が傷害致死罪と「意味づけ」られて、結果的加重犯による「自招」が「全体的な観察」を許すかも知れない。それを肯定する時は、「一連の行為」と捉えた上で、「全体」を殺人罪で「法律構成」できるかが問い直されることになる。判例が理由に示した、先行行為の必要不可欠性・障害事由の欠如・時間的場所的近接性は、「全体的な観察」の限界判断を踏まえつつ（所為計画に従った）行為経過の自動性・時間的近接性による「着手」判断⁽⁶²⁾に相応する。それこそが殺人既遂罪を肯定する論理を支えた「実務感覚」であったかも知れない。「一連の行為」という「切り取り方」を認めるか、結果的加重犯による「自招」だけで「全体的な観察」が合理化されてよいか問題である。もちろん、予備罪の「目的」と着手時の「故意」を明確に区別して、故意に当該時点の実現意思を要求するのなら、いかに「全体」を捉えても、先行行為時に殺人の故意はないと主張しうる。しかし、危険実現の具体的経緯に関する認識は不要だとする見解からすれば、行為の「切り取り方」で故意の扱い方も変わりうるのである⁽⁶³⁾。

ひとたび「行為」が決まれば、その「全体」に関して、危険性と認識が問われることになる。そうである以上、危険性や認識という個別的・具体的な

(61) 最決平16・3・22刑集58巻3号187頁。

(62) 「行為経過の自動性」等を基準とする直前行為基準説について、塩見淳「実行の着手について(3・完)」法学論叢121巻6号(1987)1頁以下、16頁を参照。私見はこれに賛同する(拙稿・百選I[第4版]130頁)。

(63) この点については、高橋則夫ほか「特集 行為・実行・帰属」刑法雑誌45巻2号(2006)223頁以下の各論考が参考になる。その検討は今後の課題としておきたい。

「認定」の問題に立ち入る前に、「行為」を特定する指針をルール化しておくことはやはり重要であろう。この特定作業は決して単純な話ではないし、単に観念的競合と実在的競合の境界として罪数論上で問題にすれば済むわけではない。「定型」による「切り取り方」は結論を先取りしている疑いがあるとも言われる。だからこそ、結果から遡及する思考に転じるべきだと主張も提示されている。しかしながら筆者としては、そのような思考方法では、「例外」に対処するために「原則」を見失ってしまうのではないか、刑法理論がいわば判断準則（マニュアル）の設定論に傾斜し過ぎることで、基本原理との関係が曖昧になってしまうのではないか、を危惧している。それ故に、「認定論」という地平で例外性に対処する「実務感覚」を解析しつつ、許容できる限度を見極めて、「法解釈」（～罰条選択）は法条競合論を「規制」ルールにしつつ、「法律構成」にも「規制」ルールを設けるべきだ（禁反言の感覚はその手掛かりになる）と考える。そして、「例外」は「例外」と位置づけて、「原則」を維持する努力を継続しながら、新たな「例外」に立ち向かう方策を模索すべきだと思うのである。

おわりに

鈴木茂嗣教授は、行為規範の論理を貫徹する「規範的評価」と謙抑主義の具体化を直接に扱う「可罰的評価」の二層構造を採用することで、関西の刑法理論の伝統を継承されている。そして、そのような「実体論」の後に、「実務」と「架橋」するために、犯罪論の射程を拡充する「認定論」を構築するという二元的構想で、裁判上の立証活動という実践との接続を可視化する「体系」を主張された。その意義は、行為規範論（規範的評価）と制裁規範論（可罰的評価）を超えて、裁決規範としての刑法の適用過程にも視野を広げて、「理論」を「実務」に繋ぐ「手続論」を明示した点にある。法科大学院における教育は、それこそ、裁判員制度も視野に入れた実務に役立つ

ものになるというのである。筆者としては、「犯罪論」の構想としては賛同できないが、現在の刑法学の課題に応える一つの処方箋であり、訴訟法学から実体法学への要請として重要な問題提起だと考える。

これに対して、筆者が構想する「認定論」は、原理的な考察で「刑罰法規」から演繹される「論理」と、当事者主義の刑事訴訟で現実化する刑法的な「判断」の狭間に生じうる諸問題を、「法の適用」過程の分析を起点にして、具体的・個別的な例外事例への対処という視角で拾い上げようとするものである。例えば、通常事例なら、罪刑法定主義に由来する自由保障を貫徹するために、行為規範論の思考方法で一般化可能性という視点（それによる制約）を維持することが重要であり、「定型」としての構成要件で事実を「切り取る」作業を軽視すべきではない。しかし、それは良心的な市民を想定して組み立てられた「論理」である。その基盤を自ら覆す行為者に「論理」をそのまま及ぼすのは「公平正義」とは言い難い。「論理」のままでは「社会通念」から見て耐え難い「判断」になる例外事例がありうる。そのような場合、「論理」はそれとして維持しつつ、「判断」の特殊化を認めるのが「実務感覚」ではなかろうか。刑法理論は、それを「論理」で批判するのもよいが、その「感覚」を解析して、実践を「規制」しうる「規範的命題」に具体化することも検討してみるべきであろう。つまり、私見が目指すのは、刑法学に新たな地平を切り開くことで、原則を確認しつつ・例外に対処するような、刑法理論それ自体の実践的な性格を高める方向である。

そのための一步として、本稿では、「法律構成」における特殊化の可否という問題を検討してみた。行為者が基本原理の基盤を意図的に覆す場合には、権利濫用とか制度の悪用という発想で、行為者に有利な「法の適用」それ自体を否定する余地もあろう。それが過失的な場合でも、類似事例との比較で、平等性の感覚が影響するであろう。それらの観点も検討課題であるが、取り敢えず、故意的な自招があれば「禁反言の感覚」で対処して、「一連の行為」と捉える「法律構成」を検討してよい、というのが本稿で示した「仮説」で

262- 「認定論」という構想について (小田)

ある。このような形で「例外」への対処を位置づける試みは、伝統的な刑法学の「論理」を逸脱し過ぎであろうか。読者諸兄の厳しい批評を頂ければ幸いである。

[追記] 本稿で示した「構想」については、昨年末の瀬戸内刑事法研究会で報告の機会を頂き、会員諸兄から有益なご意見を頂戴した。記して御礼申し上げます。