犯罪論に関するひとつの所感

青木孝之*

はじめに

- I 構成要件論の終焉？
- II コミュニケーション・ギャップ
- III 認識論的犯罪論
- IV 二元的犯罪論

終わりに

はじめに

筆者は、かつて、刑事裁判官出身の金山薫の手による、「構成要件論の終焉」という刺激的なタイトルの論考¹⁾を読み、複雑な思いにとらわれたことがある。ひとつには、筆者も、同じ実務家出身者として、なぜ、わが国の刑法学は、構成要件という余り実用的価値の感じられない概念を中核に置いた犯罪論を所与の前提にしているのであろうと、素朴な疑問を感じたことがあったからである。その意味で、金山論文の問題提起に共感するところがなかったといえは嘘になる。もうひとつは、これとは逆に、高等教育機関で実定法の解釈について講じる機会（純粋な研究者教員ではないので、その機会は限定的なものではあるが）を得た者として、金山論文のように、実務的有用性の観点から、構成要件論を中核に据えた犯罪論に存在価値は認められないと一刀両断で片づけるのも、いささか行き過ぎであるとの感が拭えなかったからである。本稿は、金山論文の読後感に端を

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第21巻第3号 2022年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

1) 金山薫「構成要件論の終焉」小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集（上巻）（2006年）2頁以下。本稿では「金山論文」と略称する。

発し、その後にフォローし得た幾つかの論考に導かれて、実務家出身の筆者が実体刑罰法規にいかに向き合うべきなのか、胸中に温めていたところを披歴するものである。「論考」と名乗るほどのものではなく、雑駁な「所感」レベルのものに過ぎないことは自覚している。実体刑法の解釈を専門とする諸氏からはお叱りを受けかねないが、自分が感じたことを「所感」と銘打って吐露してみたいとの衝動を抑えかねた。ご海容を乞うほかない。

I 構成要件論の終焉？

本稿が出発点と位置付ける金山論文の内容を、筆者が理解する限度で要約して述べると、次のようなことになる。犯罪とは、構成要件に該当する違法・有責な行為であると定義づけるのがわが国では定説となっているが、故意の範囲を画する概念として実体法上の根拠が与えられているドイツとは事情が異なり、わが国においては、構成要件という概念は所与の前提ではない。比較法的に見ても、罪刑法定主義の母法とされるイギリス法やアメリカ法において構成要件なる概念は存在せず、大陸法であるフランス法においても、ドイツ語の“Tatbestand”に相当する概念は見当たらない。わが国の刑事裁判実務において専ら問題になるのは、起訴状に記載された訴因ないし公訴事実と呼ばれる具体的な犯罪事実の存否であり、構成要件、違法性、責任という三分説の体系にしたがって必ずしも審査がされるわけではない。犯罪行為の存否と当該行為の被告人への帰属の有無が明らかになれば刑罰権発動の可否は判断できるのであって、構成要件という概念それ自体が問題になることはないのである。さらに、わが国の刑法学における学説を概観しても、行為に構成要件から独立した犯罪構成要素としての地位を与えるか否か、構成要件と違法性及び有責の各要件との関係をどう整理するか、犯罪の主観的側面と客観的側面をどう位置づけるか等々を巡って、犯罪論は複雑に対立しており、帰を一にするとところがない。以上見てきたとおり、構成要件概念の定義、機能、内容等については見解が大きく分かれ、個々の学説はそれぞれに弱点を抱えていて、定見を見ない。他方、実務的観点からは、構成要件概念に有用性は認められず、必要不可欠なものではない。そうすると、構成要件概念を巡る論争は

不毛とも言い得るのであって、いっそ構成要件概念を捨て、刑法における法律要件は犯罪事実であるとするのが最も簡明で有用ではないか。違法性論、責任論の本質を巡る議論は、違法阻却事由や責任阻却事由の検討において活かされれば足りるのであって、これら犯罪の本質に関わる議論から構成要件概念を構築しようとすることから、学説の混迷が生じているのではないか。

いかがであろうか。動かない通説のように思える構成要件論に対し、その欠点を「終焉」というドラスティックな言葉で指摘する議論であり、誰しもが身構えざるを得ない。ただ、その点はさておいても、金山の指摘には、全くの言いがかりだと決めつけることのできない内容が含まれているように思う。

ひとつは、構成要件概念に限ったことではないが、なぜわが国の刑法学は、かくもドイツ刑法学の圧倒的な影響下にあり、ドイツ刑法学の解釈論の所産を金科玉条のように扱うのだらうかという素朴な疑問である。金山が指摘するとおり、わが国の実体刑罰法規には「構成要件」なる概念は存在しないから、ドイツの実体刑法における「構成要件」概念の解釈論を通じて蓄積されたものを、わが国の犯罪論の中核に据える必然性はない。もちろん、それが犯罪の本質論に適い、刑罰権の適切な実現にとって有用なものであるならば、構成要件を中核とする犯罪論を構築することに何の問題もないのだが、日本の学説は、そもそも、なぜ構成要件という概念を採用するのか、その点に関する説明や配慮が不十分だった嫌いはないであろうか。そのことは、顧みてもよいように思われるのである。宮澤浩一は、「犯罪論体系の意義」と題する優れた論考²⁾において、構成要件に該当し、違法かつ有責な行為という犯罪に与えられた一般的定義は、ドイツ刑法学の解釈論として展開され、その内容がわが国に紹介されて支持を得、通説の地位を占めるに至ったものであると前置きした上、「半世紀にわたる日本刑法学の歴史が、常に、ドイツの刑法学における学説の発展と——時間的に、やや遅れてではあるが——パラレルに展開しているという状況は、比較法制的に客観視するならば、きわめて特異な現象であると言うことができる」と述べている³⁾。また、「わが

2) 宮澤浩一「犯罪論体系の意義」現代刑法講座第1巻（1997年）189頁以下。本稿では「宮澤論文」と略称する。

3) 宮澤論文189頁。

国では、実定法の規定が異なっているにもかかわらず、『理論』が『理論』として輸入されるという例が少なくなかった。」としたうえで、「われわれが、唯一の正しい理論体系と考えている、いわゆる犯罪論は、諸外国のそれと比較したとき、きわめて特異な性格を持っていると言わなければならない。恐らく、西欧の中でも、オーストリアとスイスとイタリアの一部……に偏在している理論を、後生大事に抱えていると評されても仕方のない状況である」、「西ドイツの学者が大真面目で議論しあっているテーマの多くは、国際的論議の場に持ち出しても相手にされないという事実は、やはり、絶えず念頭に置いておくべきであろう。スウェーデンなど北欧の学者や英米の学者は、理論学に殆ど興味を示さない。緻密な解釈論をぶつけても、かえってくる答えは、『それが一体、実務にどれだけ役立つのか。犯罪人の社会復帰とどうつながるのか』ということである」、「勿論、このような態度が、全くよいかというと、私見によれば、やはり問題であるに違いない。だが、国際会議で、所在なげに廊下に出て、ロビーで『犯罪論』を語り合うのが、西ドイツと日本の学者だけであるという状況には、ある種の病的なものを感じないわけにはいかない」とも述べている⁴⁾。時代が進んで(宮澤が問題にしているのは「西ドイツ」!)の議論である)研究者の意識も随分変わり、現代の実体法研究者は、良くも悪くもプラグマティックなスタンスで議論するのが主流であると思うが、それでも、「構成要件論」のような巨大なドグマについて語る場合には、金山が示唆したように、検証が不十分なままドイツ刑法学に安易に依拠するメンタリティを感じる事が皆無ではない。

このことに関連して、もうひとつ肌で実感するのは、わが国の刑法学説の複雑な対立構造である。すなわち、金山が指摘するとおり、実務家にも馴染みの深い伝統的な理論を提唱した大塚仁は、諸外国及びわが国の刑法学を通覧した上、犯罪論を、①犯罪の客観的要素と主観的要素とを区分する体系、②行為、違法、責任及び構成要件の四要素を区別する体系、③行為、構成要件該当性ないし侵害性、違法及び責任に区分して理解する体系、④構成要件該当性、違法性及び責任の三個の要素を認める体系、⑤構成要件を不法の中に含ませ、行為、不法及び責任の

4) 宮澤論文192~193頁。

三個の要件を考える体系、⑥行為と行為者の二元的犯罪論体系の6つに分類する⁵⁾。また、訴訟法学の泰斗である鈴木茂嗣は、わが国の犯罪論学説を、ア. 違法・有責構成要件論、イ. 犯罪類型論、ウ. 違法構成要件論、エ. 価値中立の構成要件論、オ. 構成要件否認論、カ. 一般構成要件論、キ. 可罰類型論、ク. 四段階評価論、ケ. 二元的犯罪論の9つに分類する⁶⁾。しかも、興味深いのは、鈴木は、実体刑法に関する自身の体系書（教科書）において、金山が紹介した上記大塚仁による犯罪論の整理を紹介した上、「各類型の後に括弧書きであげた論者は、大塚がみずから挙げているものである。しかし、『犯罪類型』論に立つ佐伯説・中山説などの位置づけをはじめ、その分類に関してはかなり問題がある」⁷⁾と疑問を留保していることである。ここで問題にしたいのは、学説の分類の当否そのものではない。ある概念（構成要件）と、関連する重要な法的概念（行為、違法、有責等）との相互関係に照らし、解釈論を体系化した場合に、類型化されたものが、6であるとか9であるとか、少数とは言えないオーダーで出てくる。そのカテゴライズの結果（どの論者がどの類型に分類されるか）についても争いが残る。そのような現実がある場合、そもそも、当該概念を中心に理論を体系化するコンセプトが成功しているのかを問うてみたいのである。もちろん、その概念設定が理論的に正しいのであれば、分類された類型が6つであろうが、9つであろうが、それを受け入れ、議論の前提とするしかない。しかし、分類の手法や結果が確立しておらず、論者によって異なるのであるならば、前提とされた概念設定それ自体を問い直すことも、論理的にあり得る選択肢であろう。その限度ではあるが、筆者は、「刑法総論で犯罪論が意義をもつのは、刑法各論を越えた統一的な犯罪概念、要件の構築であるから、人権保障機能の観点からも万人に判り易い単純なものが最も望ましい。そのような観点から構成要件論を巡る教科書や論文をみると、極めて難解であって、実用性の観点が欠落しているように思われ

5) 大塚仁『刑法概説（総論）第4版』（2008年）110～113頁。

6) 鈴木茂嗣「犯罪論の体系（1）——違法・有責構成要件要件論をめぐる」法学論叢138巻1・2・3号（1995年）70頁、「犯罪論の体系（2）・完——違法構成要件論をめぐる」法学論叢139巻4・5・6号（1996年）60頁、「統・犯罪論の体系——可罰評価の構造論と認定論」法学論叢140巻5・6号（1997年）41頁。

7) 鈴木茂嗣『刑法総論〔第2版〕』（2011年）17頁。

るのは、浅学者の僻みであろうか⁸⁾という金山の述懐にも、乱暴ながら一部の理があるように思われるのである。

II コミュニケーション・ギャップ

私見をまず述べると、金山論文の問題提起は、いささか性急に過ぎたように思われる。わが国の犯罪論がドイツ刑法学に過度に依存しがちな傾向をもっていること、構成要件概念をどう構成するかを巡って学説が錯綜し、法律専門家（実務家を含む）と称する集団の中でさえ混乱が生じていることなどは、無視し得ない指摘である。しかし、だからといって、構成要件概念を中核とする犯罪論を放棄せよというのは、論理に飛躍があるように思われる。金山は、刑事訴訟の実態を引き合いに出し、実務では阻却事由まで含めて具体的な犯罪事実が認定できるかどうかすべてであり、構成要件概念を樹立したからと言って、それが独自に機能する場面は想定できないとするのであるが、それとこれとは話が違うであろう。金山が依拠する刑事訴訟の実態なるものは、犯罪事実をいかに選別・発見・認定していくかという認識論ないし認定論の過程を述べたものである。犯罪事実がいかなる法的要素から構成されているのか、犯罪の本質論ないし構造論の立場からする原理的考察とは、場面を異にする。そして、私見によれば、後者（犯罪の本質論・構造論）の必要性・有用性は、前者（犯罪の認識論・認定論）がいかなるものであるかにかかわらず、独自の意義を失うことはない。われわれが犯罪と名付け、その法的効果として刑罰という峻厳な制裁を許容した事実形象について、その本質的な構成要素は何なのか、構成要素相互の関係はどうなっているのか、それらを解明する努力を怠ると、犯罪とは何かという問いに対し、それは実体刑罰法規に犯罪として規定された行為であると循環論法をもって答えることになり、ある種の刑罰法規万能主義（悪しき法実証主義というべきか）に陥りかねない。これは危険なことである。金山が指摘する犯罪の認識・認定の過程は、行為の当罰性や、あるいは立法過程の手続まで含めて、われわれの社会が有する実

8) 金山論文19頁。

体刑罰法規に問題がないことを無意識に前提としたものであろう。しかし、その前提が永続する保証はない。自由主義の観点から、犯罪と呼ばれる事実形象にふさわしい内実は何なのか、その点を不断に検証することは必要であり、それが刑法学の任務のひとつといえることができるであろう。

そのことは、わが国を代表する理論刑法学者である井田良が既に指摘している。井田は、「刑事実体法分野における実務と学説」と題する興味深い論考⁹⁾において、学説と実務のコミュニケーション・ギャップの問題に触れ、金山論文について、次のように述べている。「私はその主張を殆ど理解することができなかった。私の確信するところでは、『構成要件』とは実質的諸問題を議論するためのフォーラムのようなものである。構成要件を否定しても、実質的諸問題は消え去りはしないし、それを議論するフォーラムが別に必要になる（それらの問題についての解答は実務上決まっているのだから学問上議論する必要はない、というのなら話は別であろうが）。たしかに、フォーラムそのものの設定をめぐる、かなり観念的な議論が存在しているが、実はそれらの議論も、実質的問題に対するそれぞれの論者の見解と密接不可分の関係にある」¹⁰⁾。たしかにそのとおりに思う。構成要件理論を否定したところで、ある行為がなぜ犯罪を構成するのか、本質論・構造論それ自体が消えてなくなるわけではない。われわれが違法論や責任論と呼んで論じている内容は、どこかに受け皿（フォーラム）を設けて何らかの形で論じ続けることが必要となろう。これらの議論には、違法性の本質は何なのか（例えば、主観的な規範違反なのか客観的な法益侵害なのか）などという観念的な議論がついてまわり、それに伴って、概念相互間の関係が複雑に交錯するが（構成要件を違法類型とみるか、違法・有責類型とみるかなど）、この観念的に見える議論も、違法性や有責性をめぐる論者の立場に由来するもので、説明の仕方の問題という側面も多分にある。そのことが初学者にとって犯罪論を取っつきにくいものになっているが、だからと言って、違法性や責任について論じる必要がなくなるわけではない。井田の主張に同意しつつ筆者なりに意識すれば、以上のよ

9) 井田良「刑事実体法分野における実務と学説」変革の時代における理論刑法学（2007年）97頁以下。本稿では「井田論文」と略称する。

10) 井田論文103頁・脚注（11）。

うなことになるのか。

金山は、この点につき、「公判においては犯罪行為の存否（客観面及び主観面）が主たる争点であり、学説のように、構成要件該当性を検討した後に、違法性、責任について改めて吟味することはない。違法性、責任については、違法性阻却事由、責任阻却事由が主張された場合に初めて、証拠調の対象となり、両当事者間の主張、立証に基づいて、その有無について裁判所の判断が示される」¹¹⁾とする。しかし、刑事公判の審理が、刑罰法規該当性（原則形）とその阻却事由（例外形）という二元構成になっているのは、構成要件該当性が肯定されたならば、当該行為が違法有責であることが事実上推定されることの論理的帰結とみることでもできる。二元的審理構成が採られているからといって、構成要件という概念が必要であるとか不要であるとか、そのような議論と直接の関係はないように思われる。また、金山は、「違法性論、責任論の本質を巡る議論は、違法阻却事由や責任阻却事由の検討において活かされれば足りるのであって、このような本質論から構成要件概念を捉えようとするところから、学説の混迷が生じている」¹²⁾とも批判する。しかし、犯罪の成否を論じるに際し、それを「構成要件」と呼ぶかどうかは別にして、ある程度類型化された行為の型を想定せず、いわば生の違法性論や責任論を展開した場合、犯罪論は犯罪の選別・認定という機能を安定的に果たし得るのであろうか。金山の議論は、違法性の本質を巡る議論の対立（例えば、行為無価値か結果無価値かという議論など）が複雑・先鋭であるあまり、構成要件論が帰一しないことに業を煮やした、いささか性急な議論であるように思われる。

Ⅲ 認識論的犯罪論

前章Ⅱでは、構成要件概念の要否に関する議論を取り上げたが、金山論文は、期せずして、もうひとつ重要な問題を提起しているように思われる。それは、犯罪論のあり方として、犯罪の本質・構造を問題とし分析する構造論・本質論と、

11) 金山論文14～15頁。

12) 金山論文21頁。

現実社会に生起する犯罪事象の存在を認識し証拠により認定する機能に目を向けた認識論・認定論と、2とおりのあり方が存在するのではないかという問題である。「期せずして」と書いたとおり、前後の文脈に照らしても、金山自身がそのことを明確に意識していた形跡は乏しい。しかし、「構成要件論の終焉」を標榜した金山の問題意識は、裁判実務における刑罰法規該当性と阻却事由という二元的な審理構造にヒントを得て、具体的な犯罪事実の認定に資する機能を果たしているとは思えない構成要件概念に疑問を呈し、構成要件を中核とする三分説体系からの脱却を説くものであった。それは、訴訟法的な認定の過程を、そのまま犯罪の構造論に投影するものであったとってよい。ただし、前章で検討したとおり、金山が構想した、刑罰法規該当性と阻却事由から構成される二分説的な犯罪論のあり方には、刑罰法規の存在（条文）そのものと犯罪の本質・構造を同視しかねない、行き過ぎた法実証主義とでも言うべき危険性が潜んでいた。そこには、刑罰という法的効果を発生させる犯罪の成立それ自体の範囲を画する理論的契機は内包されていない。立法者が立法した刑罰法規を犯罪としてそのまま受け入れざるを得ない枠組みのようにも見えるのである（もちろん、金山自身にそのような意図は皆無であろうが）。したがって、にわかには採用しがたいと考えるが、その主張の過程で金山が展開した主張の中には、上述した2とおりの犯罪論のあり方に関する議論の萌芽が見られるのである。

ここで、伝統的な学説の代表として大塚仁の犯罪論を再び取り上げよう。大塚は、前記のとおり、犯罪論を、①犯罪の客観的要素と主観的要素とを区分する体系、②行為、違法、責任及び構成要件の四要素を区別する体系、③行為、構成要件該当性ないし侵害性、違法及び責任に区分して理解する体系、④構成要件該当性、違法性及び責任の三個の要素を認める体系、⑤構成要件を不法の中に含ませ、行為、不法及び責任の三個の要件を考える体系、⑥行為と行為者の二元的犯罪論体系の6つに分類した。そして、大塚自身は、このうち④の立場、すなわち、構成要件該当性、違法性、有責性を犯罪の構成要素とする三分説体系を支持することを明らかにした¹³⁾。その理由は、④の体系は、思考、判断の論理性、経済性

13) 大塚・前掲注5)・114～116頁。

に適合するとともに、刑事裁判における犯罪認定の具体的過程にも沿っており、他の体系と比べて比較優位にあるというものである。大塚によれば、犯罪の構成要素をどのような序列で取り上げるべきかについて、形式論理上は、犯罪そのものの発展的経過に即してそれを認識しようとする体系を構築することも、刑事裁判における犯罪事実の認定の過程を顧慮し、それに適応した理論体系を樹立することも、いずれも考えられる。ただし、科刑の前提としての犯罪概念の把握を目的とする体系としては、後者（刑事裁判における犯罪事実認定過程を顧慮する立場）にしたがうべきである。そこでは、思考及び判断の経済上、抽象的・一般的な犯罪要素から始め、その後、具体的・特殊な犯罪要素の検討に及ぶべきであるし、定型的・形式的な判断によって認識し得るものは、非定型的・実質的な判断に先立って問題にすることが望ましい。このような観点からは、抽象的・一般的かつ定型的な構成要件該当性の判断を前提とし、同該当性が認められる行為について、さらに、具体的・個別的かつ非定型的な違法性及び責任の判断を行う上記④の犯罪体系論が優れている。以上から分かることは、伝統的な学説は、犯罪の本質論・構造論から説き起こして、構成要件、違法、有責という犯罪構成要素を提唱しつつも、その体系的順序の構成に際しては、刑事裁判における認定の順序、思考経済などを理由にして、具体的な犯罪事実の存在を認識するのに機能的であるかどうかを問題にする、「認識論的犯罪論」とでも言うべき立場を採っていたことである。これは、訴訟法的現実からは価値中立的に存在すると観念されがちな犯罪の本質・構造が、訴訟法的現実とフィードバックし合って存在するものであることを含意するともいえる。そのことをどう考えるべきか。犯罪という社会事象がそれ自体で完結する存在形式をもつものではなく、所詮は人間の精神的営為の所産に過ぎないと突き放してしまえば、それで説明になっているのであろうか。筆者にはこの点を掘り下げる力はないが、興味深い切り口が提供されていることだけは実感できる。

IV 二元的犯罪論

前章Ⅲで述べたとおり、伝統的な三分説体系の犯罪論は、犯罪の本質・構造論

を構成要件、違法性、有責性という犯罪構成要素の中身の議論に託しつつ、その一方で、事実として犯罪を認定する過程の実態に照らし、思考経済を重視して、上記三要素の判断の手順・内容を整序するというものであった。このような説明は、犯罪の本質・構造論から出発しつつ、犯罪選別・認定の機能を最大限に発揮させることを意識したものとして、基本的に支持されてきたように思われる。しかし、改めて振り返ってみると、ある種の素朴な疑問も禁じ得ない。犯罪という社会事象の本質や構造を解き明かすことは、実体刑法学の重要な任務であることは疑いない。その任務を果たすために、刑法学は井田のいうフォーラムを形成し、構成要件という概念の要否や、違法性の本質などについて議論を闘わせてきた。しかし、その体系的整序の段階で、訴訟の現実を持ち出して認識論的構成を採ることは、せっかく議論を蓄積してきた犯罪の本質論とはたして整合するのだろうか。訴訟という現実的な場における思考経済を理由に、犯罪の本質的要素の構成や判断順序を考察することは、犯罪そのものの本質という純度の高い結晶を求める化学的過程に、訴訟経済という現実色の強い不純物を混入させてしまうことになりはしないだろうか。もしそのような可能性が少しでもあるのならば、理論刑法学として潔しとしないというべきではないか。そのような疑問も頭をよぎるのである。だとすれば、犯罪の本質論・構造論はそれとして、犯罪の認識論はまた別のものとして、いちど議論を整理し、両者の関係を洗い直し、必要があれば、従来の枠組みにとらわれず、新たな犯罪論構築の可能性を探ることもあり得るのではないか。このような問題意識から展開されたのが、鈴木茂嗣の「二元的犯罪論」だということができる。

鈴木は、まず前提として、従来の刑法学説の混迷状況を次のように分析する。「犯罪論には、①犯罪をいかに認識すべきかを一般的に問題とする『犯罪認識論』¹⁴⁾、むしろ②認識すべき犯罪の性質ないし構造を解明しようとする犯罪の『実体的構造論』、そして③訴訟手続上の犯罪事実の認定を合理化するための『犯罪認定論』という、三つの基本方向がありえるといえよう。③は、訴訟手続上の犯罪認識に的を絞った犯罪認識論と位置づけることもできる（①の特殊分野）。

14) 本稿の用語で言えば、「認識論的犯罪論」（Ⅲ章）がこれに該当しよう。

「このような観点からみると、伝統的犯罪論は、この三つの犯罪論を必ずしも明確に区別することなく、むしろ渾然一体として論じてきたといつてよい。そして、構成要件論では認識論ないし認定論的視点が優位し、違法論や責任論ではむしろ実体論的視点が優位する傾向にあったというのが、一般的な理論状況といえる。それゆえ、『構成要件』該当性も、理念的には罪刑法定主義の充足を担保する犯罪成立要件（実体論）とされているものの、現実には本旨から外れ、犯罪の認識・認定を合理化するための要件（認識論ないし認定論的要件）へと変質せざるを得ないことになっている」¹⁵⁾。訴訟の現場に身を置いたことのある者の実感として、鈴木指摘は腑に落ちるものである。とりわけ、犯罪の実体的成立要件として構想されたはずの構成要件概念が、犯罪の認識・認定を合理化するための機能概念のように扱われてしまっているとの指摘は重要である。なぜなら、このような刑法学説の混迷が存在することの裏返しとして、そもそも構成要件概念が存在するからといって、訴訟の現場における犯罪の認定が合理化されることはない、構成要件にそのような機能上の利点も存在意義も認められないという趣旨の批判（その典型例が金山論文である。）が登場しかねないからである。

鈴木は、従来の刑法学説に関する上記のような分析を前提に、次のように自説を展開する。「刑法は、犯罪と刑罰について定める法である。犯罪の認識のあり方について直接定めているわけではない。それゆえ刑法学者の第一の任務は、刑法が定める犯罪とは何か、その犯罪はいかなる構造を有するものかを、端的に論じることにあるはずである。これが、犯罪の実体論（性質論）である。もし理論的に犯罪の一般的認識論を展開する必要があるとしても、それは、かかる実体論を解明したうえで、第二次的に検討されるべきものといえよう」、「そして、犯罪の実体論として犯罪の成立要件を明らかにするためには、犯罪の成立過程に即していれば動的にその構造を論じるより、なぜ一定の行為が犯罪とされるのかという観点から、いわば静的に犯罪行為じたいの法的性質や構造を論じることが必要であろう。……これを、犯罪の『認識論』（犯罪をいかに認識するか）という形で論じるなら、犯罪の実体的構造ないし成立要件の綿密な検討が自ずと疎かに

15) 鈴木・前掲注7)・20頁。

なるおそれがある」、「もっとも『実践的』犯罪論としては、この『実体論』の検討のみで終わるわけにはいかない。刑法は、刑事訴訟手続を経て実現される。実践的犯罪論は、実体論を通じて明らかになる犯罪成立要件（実体要件事由）を、訴訟手続上いかに合理的に認定していくかにつき、さらに検討することによって、はじめて完結するといえよう。……この検討に当たっては、訴訟手続上の主張責任、立証責任、推定などとの関連に、十分配慮する必要がある。このような犯罪の『実体構造論』と『認定構造論』が尽くされるなら、実践的犯罪論としては、必要にして十分である」、「通説は犯罪の『認識論』という形で犯罪論を展開するが、むしろ通説のいう認識論によって認識されるべき犯罪の性質・構造を端的に明らかにすることこそ重要である。これに対しては、犯罪の『実体』といっても、犯罪の認識を離れてその実体の解明はそもそもあり得ないという反論があるかもしれない。しかし、このようないわば犯罪の実体論に先行する『認識論』は、たとえこれを考慮するにしても、せいぜい哲学的意味しかないといえよう」¹⁶⁾。

以上のとおり、鈴木在所説は、犯罪論についてあり得る3つの基本的方向性のうち、通説が重視する、犯罪をいかに認識すべきかを一般的に問題とする「犯罪認識論」（前記①）を、犯罪の実体要件の綿密な検討を疎かにするものとして排斥し、認識すべき犯罪の性質ないし構造を解明しようとする犯罪の「実体的構造論」（同②）を先行させたいと、これに併せて、訴訟手続上の犯罪事実の認定を合理化するための「犯罪認定論」（同③）を問題にするという、そういう意味における二元的犯罪論¹⁷⁾である。その是非を詳論する準備はないが、筆者は鈴木の大膽な問題提起に共感を覚えるところが少なくない。犯罪の構造・性質を解明し、成立要件を論じるというならば、まずは犯罪行為を静的にとらえてその特質を抽出・分析するのが王道であり、そのような場面でこそ、実体法学が存在意義を発揮すべき、純度の高い議論が展開されるのではないかと思うからである。また、この点は、「構成要件論の終焉」を標榜した金山論文の根底にある問題意

16) 鈴木・前掲注7)・20～21頁。

17) その具体的中身については、注7に掲げた体系書（教科書）のほか、『犯罪論の基本構造』（2012年）及び『二元論的犯罪論序説』（2015年）に所収された多数の論考を参照されたい。

識にもつながっている。金山は、刑事裁判官として長年、具体的な犯罪行為を証拠により認定する作業に従事してきた。このような立場にある金山にしてみれば、先にも触れたとおり、被告人の行為が犯罪の成立を定めた刑罰法規に該当するか(刑罰法規該当性)、仮に該当するとして成立を阻却する例外的な事由(犯罪成立阻却事由)が存在するかが、唯一、絶対的に重要であって、構成要件という概念については、それが存在するからといって具体的に機能する場面を観念することができない。それが出発点であった。それにはおそらく理由があり、構成要件という概念が、犯罪を成立させる本質的な要素であることにつき、必ずしも説得的な説明がなされてこなかったのではないか。すなわち、金山に代表される実務家にとっては、上記「実体構造論」において、構成要件が犯罪の実体的構造を形成していることの十分な論証がされているとは思えない。その一方で、実務上は、刑罰法規の解釈とあてはめを間違いなく行えばそれで足りるから、構成要件が上記「犯罪認定論」ないし「犯罪認識論」にとって不可欠な要素であることの実感もない。そういうことだったのではないかと思われる。ちなみに、鈴木自身は、「犯罪の実体論は、まず『犯罪成立要件』論に徹して構築されるべきであり、「そのためには、まず認識論ないし認定論的『構成要件』概念を実体論から追放し、人権保障の砦である罪刑法定原理に忠実に、立法者の示す『犯罪類型』への該当性を、違法性や有責性と並ぶ『犯罪成立要件』の一つとして明確に位置づけることから始めなければならない」とした上で、「構成要件事由(罪となるべき事実)と阻却事由(犯罪の成立を妨げる理由となる事実)の対置が実践的な意味をもつのは、本来、刑事訴訟における『事実認定』上の扱いとの関連においてであり、……『構成要件』概念は、……むしろ訴訟法上の犯罪事実の認識にかかわる認定要件論において、『阻却事由』と対置しつつ、その基本概念として真正面から再生させべき概念というべきである。構成要件の本来的機能は、その『訴訟法的機能』にこそあるといってよい」¹⁸⁾としている。本稿では、鈴木理論それ自体の当否に立ち入ることはしないが、前述のとおり、筆者は鈴木の問題提起に共感できるものを感じる。所与の前提のように扱われてきた犯罪体系論にメスを

18) 鈴木・前掲注7)・29～30頁。

入れ、通説的な立場が足をからめとられてきた問題点を摘出・分析してみせ、それなりの完成度をもった自らの犯罪論体系を対案として提示してみせる。そのような姿勢と力量に素朴に感心するからである。鈴木二元犯罪論は既に実体刑法学者との間で激しい議論を経ているが、研究者に限らず、実務家として実体刑法法規の解釈・適用に携わる者も含めて、鈴木の問題提起に対しどのような反応を見せるのか。興味の尽きないところである。

一例に言及すると、実は、金山は、鈴木二元犯罪論に対し消極的な評価を下している。すなわち、金山は、「最近の学説の中には、実体論と認定論の二つに分ける二元説の考え方がある」と前置きした上、「その根底には、哲学的な認識論、存在論があるようであるが、生硬な哲学的概念を刑法理論に取り込むには慎重であるべきであろう」とする。そのうえで、「鈴木説は、旧来の考え方を全面的に再構成するドラスティックなものであるが、……実体論と認定論とで異なる概念を用いると」、犯罪論体系を一層複雑化させることになる。「体系論としては、できる限りシンプルであることが望ましい」というのである¹⁹⁾。なるほど、犯罪論に限らず、理論はシンプルで、それでいて有用性・機能性を失わないものであるに越したことはない。その限度で、金山のいうことには一理がある。しかし、鈴木説が、学説として賛同できるものであるかどうかは、犯罪論を実体構造論と認定構造論の二元的に構成したことによる理論的正確さと、その反面の複雑さ（二元的に構成した分、通常の学説と比べて複雑なものになっていることは、筆者も否定しない）とを比較考量した上、論者がそれぞれに評価を下すべきものであろう。まさしく、そのような形によって犯罪論に関する議論が活性化し、発展するのが望ましい論壇（フォーラム）の姿である。ちなみに、筆者自身は、犯罪論の第一次的任務は犯罪の構造・本質を解き明かすことにあるという鈴木立場に賛成するので、その過程で、ある程度哲学的な議論にわたることは避けられないと考えている。その限度で金山の立論には反対である。

なお、金山の上記批判については、鈴木自身が反論しているので、引用してその内容を確認しておこう。鈴木は次のように言う。「私見は、何も特殊な哲学的

19) 金山論文20頁。

議論を前提にするものではない。そもそも犯罪の『性質』とその『認識』（ないし『認定』）という区別は単純明快であり、特別な哲学的素養がなくても十分に理解可能な区別といえよう。また、この論者は広く『構成要件論の終焉』をめざし、犯罪論における『構成要件』概念の理論的必要性を一切認めようとしない……。しかし、これも妥当でないことは上述したところから明らかであろう。犯罪の性質論としてはともかく『認定論』（認識論）的には、『構成要件』概念は犯罪論上重要な意義を有している。刑法学における構成要件論の『終焉』とともに、刑罰法学における構成要件論の『再生』と『活性化』を目指すべきである²⁰⁾。特に付け加えることはない。鈴木が明快に反論するとおりだと思う。

終わりに

以上、金山論文の刺激的な問題提起に端を発し、実務家出身の筆者が犯罪論に関して抱いた「所感」を膨らませ、犯罪論のあり方に関する若干の考察を経て、もともと訴訟法学者であった鈴木の二元的犯罪論にたどり着いた。その思索の過程に何らかの意味があるのか、はなはだ心許ないが、本稿が、実体法の研究者とその解釈論のユーザーである実務家の議論を取り結ぶ一助になれば嬉しい。

井田は、学説と実務の間にコミュニケーション・ギャップがあることに触れ、学説の側に改善を要する部分のあることは否定できないとした上、真に深刻な刑法学の問題は、実務に関心を持ち実務における問題解決に役立つような研究を行っていないところにあるのではなく、むしろ、実務との関係において適度な距離をとることができず、実務の問題意識にとらわれた研究に終始しているところにあると感じている旨述べている²¹⁾。また、宮澤は、わが国の刑法理論学の存在意義を思考の整理と概念の確立という点に求めたいとする。いまだ個人主義などの定着を見ないわが国の理論家としては、確固とした体系的思考を基本的に維持することによって、必要ならば概念の拡大も辞さず、処罰範囲を不当に拡散させる時代的風潮に対抗する理論を提供すべきではないかというのである。第Ⅰ章で

20) 鈴木茂嗣『二元論的犯罪論序説』（2015年）44頁。

21) 井田論文97頁。

は、宮澤論文をわが国刑法学がドイツ刑法学偏重傾向を有することを指摘する文脈で紹介したが、宮澤自身は、「体系論は、それにとりつかれると、えてして、排他的に他の体系を批判する議論のための議論に墮する傾向がある」ことに注意しなければならず、上記の指摘は、その意味で、日本やドイツの理論は、世界を広く見渡したときにはたしてどれだけの意義をもつのかをクールに反省する必要性を強調したにほかならない旨述べている²²⁾ことに留意しなければならない。筆者は、ここで紹介した井田や宮澤の言説に賛同する。最後にこの個人的所感を付け加えて、本稿を閉じることにしたい。

22) 宮澤論文 210 頁。