

刑事政策の世界性について

——その限界に関する試論的素描——

須々木 主 一

- 一 刑事政策の世界性の意義
- 二 刑事政策論における犯罪の観念（以上本号）

- 三 犯罪者の観念における文化的制約
- 四 「刑事政策の世界性」の限界

一 刑事政策の世界性の意義

一 刑事政策の世界性（国際性）は、三つの視点から論じられる。その一は、犯罪・犯罪対策に関する学問的研究の側面であって、その理解の根底には、学問の客観性・普遍性ということの認識がある。学問に国境はない。とりわけ科学主義を強調する刑事政策論のうえで、「国際性」という国家の分立を前提とする観念よりも「世界性」という無制約な観念が好まれるのは、そのためであろう。その二は、国家の制度的側面である。犯罪はデュルケムのいわゆる社会的事実であり、犯罪対策は各国に共通の関心事であるから、諸外国の制度的仕組みの例に学びながら、自国にお

ける合理的で相当な犯罪対策の在り方を工夫する。いわば立法政策の問題である。

以上の二点は不可分の関係にある。一国の法制度は、意味に満ちた社会的所与として、その国の歴史的・社会的・政治的・経済的そして文化的な諸条件の中に抜き難く組み込まれているから、その関係で、外国の制度なるものの移入ないし制度的形式の模倣には、不可避免的に、当該制度を基礎づけ、その運用を規制する理論も同時に持ち込まれる結果になる。ここで、仮に、法制度は本質的に権力的性格のものであり、国家的事物であるという見方を採るとすれば、問題の把握は「国際性」の視点によるべきことになるであろうが、政治的・経済的な力関係や理論的影響力などとの係わりで、事実上、字問的所説においてのみならず、制度的側面についてまでも、「世界性」の視点設定が要求される具合にもなりうる。

その三は、犯罪対処活動における協力・連携の側面である。高速度交通機関の発達や情報機器の機能的拡大にとともに、人びとの活動には、経済関係の領域に典型的に見られるように、すでに国家の枠組みを越えるものがある。そして、いわゆる国際犯罪の増加である。この国際犯罪ということでは、刑法学で「犯罪地・犯罪者または被害者が二国以上にわたるため犯人の訴追・処罰について外国の協力が要になる犯罪」という一国の裁判権行使の場面に焦点を合わせた定義が行われることもあるが、刑事政策論のうえでは、当該犯罪の予防段階も含めて国際協力を必要とする種類・態様の犯罪のことが念頭におかれる。

「国際犯罪」については、つとに、刑法の適用問題という側面からその検討が行われていた。ここでは、土地・人・権力という国家の三要素に即して、属地主義を原則としつつ、属人主義および保護主義に加えて、世界主義ということが説かれる。この世界主義は、犯罪地・犯罪者・被害者のいかに問わず自国の刑法を適用しうるとするもの

であるから、これが採用される場合の諸条件を度外視すれば、一国の覇権意思のようなものだけが印象づけられる。刑法の国家的・権力的性格の故である。また、この「国際犯罪」との関係で説かれる捜査共助・司法共助の問題にしても、それらが一国における裁判権の行使に方向づけられたままで論じられるのであれば、その内容を犯罪対策の視点で捉えようとする場合であっても、「国際性」という国家的利害関係の枠組みの中に収納されてしまう。

刑事政策論の目に映る国際犯罪の特徴は、国境による制約を越えた人間的・社会的現象の姿である。例えば、内国で計画・準備され外国で遂行された犯罪の犯人が第三国に逃亡する（国越犯罪）。つまり「犯罪現象の国際化」である。その場合、内国における既発の犯罪にたいする善後措置を原則とする内国的・刑法的発想の限界が巧みに利用され、国境はむしろ犯人のための防壁であるかのように作用する。必要なのは、予防段階を含む犯罪対処活動における関係当局の連携作業であり、いわば国際的連帯である。

このような視点設定との関係で注目すべきは、外国裁判の内国執行の場合である。外国の裁判所において創設ないし確認された具体的刑罰権の内容が、そのまま内国で発現する。刑罰権の国家帰属性という国家的限界を超えるかのような「連携」である。この事態を、刑法の適用における保護主義の延長線上で理解しようとしたり、ヨーロッパの特殊事情からする法共同体の発想の問題として検討したりするだけでは、充分でない。端的に、刑事政策論の立場から、その現象の根底にあるものを把握し、これを、その「世界性」の現れとして受けとることが可能であり、また、その必要があるとされる。要点は犯罪者処遇の理念である。

犯罪者の処遇は個々人に向かい（処遇の個別化）、処遇を行う者の念頭には、対象者の国籍のことなどあらうはずがない、一人の人間の問題である、それは、言わば、戦場における赤十字の働きのようなものである。例えば、外国で

宣告猶予・執行猶予または仮釈放を受けた者に対する保護観察を内国で行う場合には、犯罪者の社会復帰という理念的要請が、その社会内処遇としての目的にふさわしく、国境を超えて実現されたものと見ることになる。外国人受刑者の本国移送の問題なども、同様の趣旨で理解される。司法的処遇の観念を根底に置けば、刑事訴追の移管（例えば、犯罪地国の請求に基づき犯人の国籍国または居住国で訴追および処罰が行われる）の問題にも及ぶ。そのような理解の筋道は、国家的利害関係の視野を離れて、刑事政策の「世界性」の方向にあるとされるわけである。

二 刑事政策の世界性に関する所論には、学問として生成途上にある刑事政策学という学問の立場から見ても、慎重な検討を要すべき興味ある問題が幾つか付着している。第一に、学問の客観性・普遍性の認識を前提として合理的で相当な犯罪対策の在り方を限りなく求めるという刑事政策の本質的志向の問題であり、第二に、学問の客観的・普遍的性格を援用しながら行われる理論・論理で固められた実践的要請の問題であり、第三に、国家レベルの発想を度外視して個人・社会レベルの発想に従う犯罪対処活動を要求する理論的態度の問題であり、第四に、個々の犯罪に対処するために国境を超えて連携作業・その意味での国際協力が必要になるという実際の側面の問題であり、第五に、国際社会に地位を確立しその地位をさらに高めようとするかのような国家意思の問題であり、等々、これらは、いずれも、刑事政策論そのものの在り方が問われる問題であるように思われる。

刑事政策の実体は、犯罪対策の在り方を創造的に規制する（犯罪対策を創設・改廃する）公権力の活動である。その活動は、とりわけ、一方に犯罪学に代表される事実学の学問的成果を取り、他方に刑事法学に代表される法律学の学問的成果を踏まえて（法治主義の建前があるので）、より合理的で相当な犯罪対策の実現に向かう。このような実践的性格の事物を学問の対象とする政策学、一般的に言って、学問の対象が実践的性格のものである学問領域にあっては、当

該學問の基軸にその実践的性格そのものを組上に載せる観点を確保しておく必要があると考えられる。

そのような観点から極論すれば、個別・具体的な犯罪対策がいかにあるべきかは、刑事政策学の関知するところではない、ということになる。犯罪対策の個別・具体的な構想は、刑事政策そのものの目的内容であり、その構成要素たる事物に他ならないからである。犯罪の原因や現象、それらを見据えた対策の構想、予定される犯罪対処活動の方針や技術のことなどは、刑事政策という公権力の実践において既に検討済みのはずである。従って、個々の事態・場面との関連で、その対策はいかにあるべきかを説く類の刑事政策論は、公権力における検討結果とその内容の質を競うもの、つまり、同じ実践レベルにおける論者の自己主張ということであり、上記の理論的観点からは、公権力における実践と個々人における実践という同じ実践問題の組上に位置づけられ、公権力の活動の在り方が問われるそれと同様にその所説の在り方が問われることになるであろう。この観点で刑事政策学に要求されてくるのは、おそらく、犯罪・犯罪対策・刑事政策が人間・社会・国家にとってどのような意味を持っているか、という問題への解答であろう。

三 今、改めて、このような理論的観点の存在を確認することは、無意味でないと思われる。確かに、いわゆる刑事政策論には高く評価されるべき実益があった。刑事政策の世界性(国際性)という認識は、関係者の情熱を誘い、一九世紀後半以降、欧米における国際会議にかたちをとって発現した。それらの会議で行われた議論や決議の数々は、西欧の法制度とその文化の移入ないし模倣に熱心な我が国のうえに大きな影響を与えた。そして、現在、我が国における犯罪対策の状況は、全体的に見て、いわゆる先進諸国の中では最も良好なものと評価される。換言すれば、それは、我が国が多くのことを学んだ諸国・文化圏よりも高く評価すべき状況にあるということである。それは何故か。

その理由を尋ね、明らかにし、その事由を銘記しておかなければ、世界性・国際性が説かれても、事柄にたいする対応はごく表面的なものに終わりはすまいか。

この関係で記憶すべきことがある。一八七二年、ロンドンで開催された国際刑務会議(International Prison Congress)は、一九二八年の第一〇回プラハ会議で国際刑法及び刑務会議(Congrès Pénal et Pénitentiaire International)と改称され、一九五〇年の第二回ハーグ会議を最後に、一九四八年に国連に創設された社会防衛部(Section of Social Defence)(一九七八年、犯罪防止及び刑事司法部 Crime Prevention and Criminal Justice Branch と改称)の方に国際刑法及び刑務委員会の仕事の移管があり、同委員会が発展的に解消、そして、現在、犯罪防止及び犯罪者の処遇に関する国連会議(U.N. Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders)(略称・犯罪防止会議)が、一九五五年の第一回ジュネーヴ会議以降、五年ごとに開催されるようになっていく。国際刑法及び刑務委員会の歴史は人道主義と改善主義による刑法および行刑の改革の歴史であった、と語られる。人道主義といい、改善主義という、この善意に満ちた実践的態度を指導する物の見方、その文化的バイアスのことが、今、とくに比較文化論を含む広い視野のもとで問い直されている。しかも、上記のような歴史をもつ国際会議が、国家という加盟単位からなる国連の基盤に立って行われる。会議内容などが一国の刑事政策のうえに及ぼす影響は、私的国際会議の場合などの比ではない。国家権力の例に限らず、およそ権力には個々人レベルの目から見て問題性が伴うという、そのような理解に採るべきものがあるとすれば、その意味からも、ここに軽視し難い検討課題が在る、とせざるを得ない。

刑事政策論の分野において恐るべきは、「善意の逸脱」である。上記の非実用的な理論的観点を重視する立場から、刑事政策の世界性(国際性)には限界があるらしいことを、ごく概説的に、犯罪の意義および犯罪者における文化

的制約の問題を手掛かりにして、検討してみたい。その試みは、同時に、我が国における人間的・社会的事象としての犯罪の、それ故にまた我が国の犯罪対策の状況の意味するところを尋ねる縁ともなり得るかも知れない。

二 刑事政策論における犯罪の観念

一 ここに犯罪とは、犯罪対策という用語に含まれる「犯罪」のことであり、「犯罪対策の在り方」を理論体系的に把握・検討するために設けられようとする概念の問題である。この概念設定の仕方によって、犯罪対策の対象領域が限定され、そのことを通して、刑事政策論の領域が枠づけられる。そのような体系論的必要性に基づく観念的作業の所産であるから、まずもって包括的であることが要求され、従って、特定種類の人間的・社会的事象の防圧に向かう個別具体的な対策やそこで方針づけられて発現する個々の対処活動とは直接かかわりを持つところは無く、その意味では、いわゆる実益が無い。むしろ、そこで求められる実益なるものに検討を加えることが出来るような射程のもとで選択・設定されるべき用語がこれである。

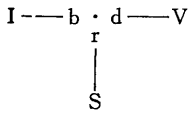
刑事政策の世界性の問題との関係で犯罪の観念を検討するのは、結論的に言って、それが最終的には有権的な基準設定に依拠せざるを得ないこと、そして有権的な評価・選択に頼らざるを得ないこと、従って実質的には、歴史的・社会的・政治的・経済的そして文化的な制約を越えることは不可能ではないかと考えられることを指摘せざるを得ないからである。その意味で、世界性を説くことには限界が在り、正木亮博士が強くそれを主張したのも、その時代、その理論的立場による傾向の故ではなかったか、と思われるからである。

二 犯罪の観念は多義的である。刑事政策論の領域では、上記のこととの関係では定説とすべきものが見当たらない

い。常識的には刑法に規定された可罰的行為類型を指摘することになるであろうが、ここでは、刑法に派生する規範的な法律現象のことよりも、事実に人間的・社会的現象の種類・態様のほうに関心が向かうので、事実学としての犯罪学でどのような見解が採られているかが重要である。ところが、この分野では、採用される方法論が多様であるそのままに、帰一するところがないという状況にある。

そのような事情を踏まえて、小川太郎博士は、刑事政策論の立場から犯罪概念の整理を試み、三種の主要な犯罪概念を三つの作業過程に配分することを提案した。作業過程が違えばそれぞれの前提になる犯罪概念は違ったものになって差し支えない、という理解の仕方である。そこで想定された作業過程とは、法律過程、臨床過程および理論過程である。

小川博士によれば、法律過程とは、法律的に犯罪が成立するか否かを考究し、犯罪が成立すれば刑罰を科する三段論法の作業を行う過程のことであって、刑法学という犯罪の概念が刑事政策でも重要であることが確認される。次に、臨床過程とは、犯罪者処遇の実際における臨床的作業の過程である。ここでは、社会に危険な偏倚的行動（逸脱行動）が犯罪であるとされる。人格的現象としての原因論的な説明がその内容になる。ちなみに、



このように過程・内容を限定して理解することの是非はともかく、刑事政策論における犯罪を社会に危険な（有害な）逸脱行為として説明する見解がやや有力である。最後に、理論過程とは、刑事政策論の理論的な作業の過程をいい、刑事政策論の対象となる社会的葛藤現象の論理構造を明らかにする狙いをもって、ここに犯罪とは「社会に害悪を与え、それがために社会から非難され、何らかの強制処遇の加えられる行為」であるという定義が掲げられる。行為者の行為（b）、被害者への侵

害(d)、社会からの反動(r)という不可分の三者のダイナミックス、この社会的実在が、b・d・rのそれぞれに分解して行われる諸研究の集約点になるとされる。

差し当たり重要なのは理論過程における犯罪の概念である。しかし、他の犯罪概念もそれと密接に関連するところがあるので、一応、順を追って検討しておきたい。

三 刑法における犯罪の概念は刑法学の理論において厳密に定義されている。刑法各本条に規定された違法・有責な行為または構成要件に該当する違法・有責な行為をいう。保安処分との関係では有責性の要件が除かれ、その場合には、これを広義における犯罪と言う。いずれにしてもその形式は、刑事実体法上の法律要件という枠組みに実に厳しく制約される。刑法には罪刑法定主義の大原則があつて、厳格解釈ということが要求されているからである。そればかりではない。法律要件の設定のされ方そのものにも明確性が要求される。

例えば、昭和六〇年当時のことであるが、福岡県の青少年保護条例中の淫行処罰規定が明確性の点で問題があるとして裁判で争われた。「青少年に対し、淫行またはわいせつの行為」を行った者を二年以下の懲役または一〇万円以下の罰金で処罰する趣旨の規定である。最高裁判所では、淫行とは、青少年を誘惑し、威迫し、欺罔または困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行ひ性交または性交類似行為のほか、青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような性交または性交類似行為をいうものと解するのが相当である、このような解釈は通常の判断能力を有する一般人の理解にもかなうものであり、そのような解釈するときは上記の規定について処罰が不当に広すぎるとも不明確であるともいえないから、憲法第三一条の規定に違反するものではない、つまり罪刑法定主義違反ではない、とした。いわゆる限定解釈である。もとより、これに対して

は異論もあり、現に、この判決理由には、その規定は罪刑法定主義違反であるとする少数意見がついている。

刑法学という犯罪は、本質的には、刑事実体法における法律要件の中核部分を説明するために講学の便宜に従って作爲された理論的構成物であつて、刑罰権発動のための規制原理の一部をとりまゝとめてイメージ化したものである。

刑法各本条の法律要件に対応する犯罪の観念、法律効果たる刑罰権・刑罰認受義務に対応する刑罰の観念であるから、これらを法律現象としての犯罪・刑罰と呼んで、人間的・社会的事象としての犯罪・刑罰の観念とは嚴格に區別して理解すべきであるとする者もある。そのことを念頭に置けば、上記の濫行処罰規定をめぐる問題の趣旨も理解し易いであらう。

ところが、事実学たる犯罪学においても、刑法上の犯罪の観念を援用する者がある。例えば、「犯罪学の対象としての犯罪概念はまず刑法的な意味の犯罪から出発しなければならない」（吉益脩夫）とか、犯罪社会学の立場から「社会学的考察も第一義的には刑法で規定された犯罪行動から出発する」（岩井弘融）とか。出発点がそこにある、というだけのことではあるが、この点は、後述の如く、重要な意味を持っている。刑法学においても、その犯罪の観念が人間的・社会的事実から遊離することを嫌い、犯罪学的研究の成果をその理論体系に取り入れようとする者がある。とくに刑事政策論を重視するいわゆる新派系統の論者にあつては、自由法論の傾向を汲んで、類推解釈を大胆に展開しようとした例がある。

刑事政策論において刑法学における犯罪の観念が重視されるのは、それによつて、刑罰権の発動形式に依存する最も強力な犯罪対策・犯罪対処活動の許容限度が明示されるかたちになるからである。この犯罪概念は、仮に犯罪学の出発点であり得るとしても、刑事政策論の出発点となるそれではあり得ない。

第一に、刑法上の犯罪の観念は刑事実体法上の法律要件設定の便宜に従っているので、限定されすぎている。例えば、犯罪対策の一場面で売春対策なるものを想定することが出来るが、売春行為それ自体は刑法上の犯罪ではない。刑法上それを「犯罪」にすれば人権侵害の危険を回避し難い。売春防止法上の「犯罪」は売春の周辺行為である。それらを処罰の対象とすることによって売春対策を実現しようとする。いわゆる「刑法の手段的性格」・「刑法における外在的機能」の重要性が説かれる所以である。

第二に、刑法上の犯罪は、行為刑法の建前をとるので、行為者の主観的諸条件による類型化に馴みにくい。例えば、いわゆる下着泥棒の場合である。刑法上は窃盗罪の問題であり、財産罪の一場面である。窃盗罪成立の一要件として不法領得の意思なるものが問題になるが、その内容は、権利者を排除して他人の物を自己の所有物としてその経済的用法に従って利用または処分するの意思であるとされる(判例)。主観的要件の取り上げ方としてはいかにも不調和である。下着泥棒は痴漢対策(性犯罪対策)の一場面として処置すべきである。

第三に、犯罪対策上、刑法的行為類型をさらに細分化しなければならない場合が出てくる。例えば、窃盗罪における「すり」や置引き、詐欺罪における取込み、無銭飲食、等々。ところが、他方、細分化されたものを他の罪種と組み合わせて類型化されなければならない場合がある。例えば、「空き巣ねらい」は、窃盗罪と建造物侵入罪との結合による社会的行為類型である。いずれの場合にも、犯罪対策のうえに類型的相違が生ずるのは明らかである。

その他にも幾つか細々したことを指摘し得ないわけではないが、刑法上の犯罪の観念に限界があることを知るためにはすでに十分であろう。これらのことが重要でないと言うつもりはない。ただ、刑事政策論のうえで本質的に疑問とされなければならないのは、むしろ、法律過程の観念で捉えようとする事柄の点にある。

確かに、刑事政策論上、強行的な犯罪対策・犯罪対処活動を理論的に指導するものとして、刑法上の犯罪の観念は、法治主義の建前からして不可欠である。しかし、その場合でも、犯罪の予防段階にはじまり、犯罪者の社会復帰に及ぶ犯罪対処過程全体にわたる法的規制の流れを捉える物の見方が重要なのであって、刑法適用の三段論法が働く裁判行動のプロセスに場面を限定するのはいかにも狭すぎる。実体法的な意味での法律関係は権利・義務関係である。刑事政策論において法律過程の観念を用いるとすれば、権利・義務という法的地位の創設ないし確認に向かって系統づけられ、その権利・義務の遂行すなわち法的地位の変動そして消滅にいたる全過程を想定するほうが自然である。そう考えると、刑法を適用実現する刑事手続過程だけではなく、非行少年に対する保護手続の過程、少年警察活動の行動過程、児童福祉法上の措置過程、精神保護法上の措置入院の過程など、犯罪対策の意味合いで検討すべき法律過程は多い。他ならぬ法律過程なるが故に、理論上、仮にそこで「刑法的な意味の犯罪から出発すること」が許されるという立場を採るとしても、刑法学的な犯罪の観念の変質は不可避的である。犯罪・非行・不良行為などの用語の存在が、当該社会的事物の把握の仕方の違いを雄弁に物語っている。

四 犯罪を社会に危険または有害な逸脱行為・行動として説明する立場は刑事政策論においてしばしば見られるところである。つとに、牧野英一博士は、犯罪（実質的観念として）は反社会的行為、すなわち、「社会ノ常規ヲ逸脱シテ法益ヲ侵害スル」行為であり、そのうちでも「刑罰ヲ科スルニ適スル」ものがそれである、とした。小川博士が、何故、逸脱行為なる観念をはかなぬ臨床過程すなわち「診断をし、予測をし、そして危険性をのぞくために処遇するプロセス」に適切な犯罪概念として選んだのか、それは、おそらく、「反社会性」という観念が行為の主観・客観の両面について用いられ、とくに後者の主観面に帰着する理解の筋道を重視する主観主義的刑法理論の系列を、この

関係で評価した故であろう。「危険性をのぞく」という表現がとられていることから、これを窺うことが出来る。

最近では反社会的行為という観念は好まれない。反社会的 (antisocial) という用語は情緒的 (emotive) にすぎるきらいがあり、現象のうえから見ても、実質的には非社会的な (asocial) または脱社会的な (desocial) 行動が犯罪ないし少年非行に係わる問題行動として検討されなければならない状況にあるからである。

処遇の場面に焦点を合わせるといふ狙いからすれば、犯罪を不適応行動の一種として説明することも考えられないわけではない。それにも拘わらず社会的逸脱の観念を採ったことには、それなりの理由があると思われる。犯罪はまづもって行為者における外部的現象の問題であり、その様相が対外関係において把握されなければならず、いわば主体から切り離された社会的現象形式そのものが関心の焦点となる。ところが、人の適応・不適応を問題にする場合には、当該個体の存在、しかもその内面に向かって事柄の筋道を収斂する。適応とは、ある個体が環境や状況に適合して、一方では環境からの要請に応じ、他方では個体の側からの要求を生かして、はなはだしい葛藤や不安を経験することなしに生活することである。不適応ということでは、事態を個体の対外的な行動の側面から眺め、欲求不満に動機づけられた攻撃的・逃避的・退行的行動など、社会的・文化的な問題行動を論ずることも可能である。しかし、表面的に行動面で見ればよく適応しているようでありながら、本人には葛藤・不安がそれと意識されないままで心身的症状に現れる例のあることが問題とされたり、本人の将来を考えれば、不適応といわざるを得ない現状が過渡的段階の事柄としてむしろ積極的に評価されるべき場合があると指摘されたりもする。また、適応・不適応の観念は個体とその環境との相関々係において理解されなければならないので、非行集団内部や刑務所社会においてであれば適応行動とされるその態度が、一般社会にあっては、時に問題行動であり、さらには犯罪行為とも判断され得る。要する

に、適応・不適応の判断・評価基準の流動的ないし弾力的な様子からすれば、犯罪「行為」・犯罪「行為者」、とくに後者について聞くべき多くのものを期待し得る理論分野であることは認められるとしても、そこに「犯罪」の觀念そのものについての説明を求めるのは無理である。かえって、不適応行動なるが故に犯罪とされるのではなく、犯罪なるが故に不適応行動とみなすという論理が、容易に通用しうる領域であるように思われる。外部的現象をその現象面に即して把握するためには、やはり、逸脱の觀念によるのが好都合であらう。

逸脱とは、形式的には一定の基準からの離反を意味し、同調の觀念と対をなし、人間的・社会的事象にたいする分析手段として用いられる觀念である。逸脱の觀念は本質的に相対的である。一定の基準の存在を前提とする点で、その基準がどのようなものであるかが問われなければならない。また、分析手段であるという点で、その指標がどのようなものであるかが問われなければならない。そして、逸脱行動ということでは、通常、当該場面について一定の社会で文化的に承認されている行動様式に反し、社会の期待にさからう種類の態度のことが理解される。この意味で形式的に逸脱的といわざるを得ない場合でも、それは特異な態度ということであるかも知れず、問題行動として取り上げられるのは、人びとの許容限度を越える場合に限られる。そこで、犯罪を逸脱行動として理解しようとするれば、一方では例えば「社会の常規」を逸脱するとし、他方では例えば「社会に危険な」とし、これら二つの側面を総合して、検討の作業を進めるわけである。

刑法上の犯罪についていえば、逸脱・逸脱行動という觀念こそ正面きって用いられはしないが、刑法学における違法論の領域で、まさに上記二つの側面から、違法の本質を問題として、詳細・緻密な議論が行われ、すでに長い歴史を閲している。その経緯を図式的に描けば次のようになる。

違法とは法に反することである。法は主観化されて権利となり (das subjektive Recht 近代法は権利本位主義で理解されるので)、客観化されて法規、法規範または法秩序となる (das objektive Recht)。従つて、違法の問題は、論者の選択に従い、権利侵害、法規違反および秩序紊乱というそれぞれの線に沿つて展開される。分析的検討の意味で重要なのは前二者である。権利侵害論はやがて法益侵害論に移り、一頃、法益の主観化、すなわち行為の態様をもこれに含めて理解しようとする傾向もなかったわけではないが、最近では個々人の生活利益の侵害を以て違法の実体と解するいわゆる結果無価値論が主張される。特徴的に言つて、これは、刑法による処罰の範囲を制限し、社会統制理論にいわゆる第二次統制を重視する立場であるとされる。他方、法規違反への着眼は、やがて行為規範違反の理論として展開され、ここでも行為規範の主観化が行われて、義務違反ということを強調する立場も見られたが、最近では、客観的違法の趣旨に即して、いわゆる行為無価値論が行われて、これが多数を占めている。特徴的に言つて、この立場は、刑法による処罰を行為者の内心に向かつて拡大し、第一次統制を重視する方向に傾くものとされる。ここで観点を變えて、この理論的状況を逸脱行動の觀念の二要点に照らして眺めれば、結果無価値論と行為無価値論とが対立するのでなく総合されなければならない筈であると思われるが、なるほど、両傾向の立場の総合を目指す意欲的な少数説を見出すことも出来る。

犯罪を逸脱行為・行動として理解しようとする場合に、その概念規定との關係で、刑法学における違法論の内容が参考になるのは勿論であるが、そこに、また別に学ぶべきは、違法の觀念を行為者の主観方向に深化する立場に対しては批判的空氣が強い現状にあるということ、この点は注意しておきたい。行為者の主観的諸事情の問題については、その責任論において精緻な議論が展開される。今の問題は刑事政策論上の臨床過程における犯罪の觀念の問題で

$$\text{メツガー} - k r T = a e P \cdot p t U$$

$$\left\{ \begin{array}{l} a : \text{素質で条件づけられた} \\ e : \text{発育で条件づけられた} \\ P : \text{人格} \quad p : \text{人格形成的} \\ t : \text{行動形成的} \quad U : \text{環境} \end{array} \right.$$

$$\text{アブラハムセン} \quad C = \frac{T \times S}{R}$$

$$\left\{ \begin{array}{l} C : \text{犯罪} \quad R : \text{心理的抵抗} \\ T : \text{傾向} \quad S : \text{状況} \end{array} \right.$$

すまいか、牧野博士の理論は、ここで、そのような理論的傾斜の存在を危惧させる例証ともなり得るのではないかと考えられるからである。

犯罪における行為者の行為に関する原因論的説明は、犯罪「行為」・犯罪「行為者」の解説にはなり得ても、「犯罪」たる逸脱行動の社会的・客観的な現象面の実体に説き及ぶことはあり得ない。つまり、Aが何故Bを殺害したかの原因論的説明はその現象が犯罪であることの説明にはならない、ということである。そのことを印象的に物語るものに犯罪公式の例がある。いわゆるメツガーの公式の場合にしても、アブラハムセンの公式の場合にしても、その左辺をT (Tat 行動一般) またはB (behaviour) と置いても、形式的にはそのまま成り立ち、人の行為はある衣装をまといえ犯罪と呼ばれるものであるということを示す程度にとどまる。この点は、後に第三節で触れるように、重要な理論的意味を含んでいると思われるが、しかし、ここでは、上記の程度にとどまることが問題である。先に不適応行動について述べたような、逸脱行動なるが故に犯罪とされるのではなく、犯罪なるが故に逸脱行動とみなすとするか

あるから、刑法学の内部に立ち入ることは避けたいと思うが、ただ、牧野博士が責任論において行為者の社会的危険性を重視し、行為論においていわゆる犯罪徴表説に従い、行為の現実的意義をそれ自体として強調する立場を採らなかったことだけは、その理論的特徴的性格の問題として、記憶しておく必要がある。何故なら、小川博士は、当該逸脱行動について、人格現象としての原因論的な説明がその内容になることを予定しているからである。従って、「行為者の行為」が説明されても、逸脱行動とされた「犯罪」の姿は影が薄くなり、せいぜい行為者の主観にその残影をとどめる程度のものになりは

のような扱いが、ここでも結果しかねない。逸脱行動の観念が本来的にそのような性格のものだというわけではあるまい。それは、臨床過程の捉え方が犯罪者処遇の場面に圧縮されたことによる偶然の結果にすぎないのではないかと考えられる。

刑事政策論において臨床過程の観念を用いるとすれば、それは、犯罪対処活動の現場における種々の行動過程を典型的に把握し得るものとするのが望ましい。その意味では、確かに処遇過程は一つの典型的な臨床過程であるが、しかし、これは、犯罪の予防・抑止・制圧、それに続く善後措置の各場面における種々の一連の行動過程の中の一つというにすぎない。他の活動領域、例えば、犯罪抑止・制圧の場面では、逸脱行動（犯罪）の社会的・客観的な現象の側面が、まさに実体的意味合いをもって働く。緊急行動としての抑止・制圧活動の場合（例えば、現行犯逮捕や暴動鎮圧）などには、対処すべき当該逸脱行動の原因論的説明はむしろ不要である。刑事政策論上の犯罪概念のことを考えるここでは、この点こそが肝腎である。いわば主体から切り離された現象面の重要性を指摘するのは、このような含みを見るからである。臨床という用語は医療行為を連想させる。なるほど、そこにも、応急措置ということがある。小川博士は、それらのことを計算に容れ、理論的意図をもって、臨床過程という表現を選んだものと思われるが、しかし、まずもって客観的・現象的な犯罪概念を求めようとするこの場所では、原因論的説明に執着せず、より包括的な、（犯罪）対処過程という表現を用いることの方が適当であろう。

犯罪対処過程における犯罪概念を逸脱行為の一種として説明するそのことに異論はない。逸脱という中性的・分析的な観念に従うことは、上述の趣旨で、しかも人間的・社会的事象を事実学的に検討する射程をも準備し得るという意味で、歓迎したい。

ただ、未解決のままに残された問題は、犯罪を逸脱行為として説明する場合に必要な、逸脱の觀念が前提とするという基準設定はどうなるのか、その一義的な設定は可能であるのか、そして、逸脱行為という判断に必要とされる否定的評価の「程度」はどのようにして決まるのか、その評価尺度の一義的な決定は可能であるのか、という、基本的な問題である。しかも、社会的には逸脱行為とされる場合でも犯罪とされない例があり、また逆に、刑法上は犯罪とされているが、社会的には逸脱行為とされない、という例もある。前者について言えば、例えば、先に刑法上の犯罪との関係で触れた売春の問題は、刑事政策論上は犯罪とせざるを得ないが、自殺や近親相姦は、我が国において刑法上も犯罪とされていないばかりでなく、刑事政策論上も、これらを犯罪と解すべきか、極めて疑問である。ここには刑罰の在り方などを考慮した選択が働く。また、後者について言えば、刑法学にいわゆる法定犯は、まさに、その点の認識に基づいて理論的に作り出された觀念であった。刑事政策論では、例えば、交通犯罪が問題になる。道路交通法の罰則規定に見られる無免許運転や運転免許証の不携帯、酒気帯び運転、時速三〇キロ未満のスピード違反などは、処罰するとされることによって初めて、人びとも次第に逸脱行為と受け取るようになったものと思われる。そこにも、ある種の選択が予め働いている。その選択なるものの微妙さは、先に刑法上の犯罪との関係で述べた「淫行」と恋愛行為（適法行為）との区別や、同じく刑法学で議論されるいわゆる食い逃げに関する詐欺罪と債務不履行（民法上の違法行為）との区別、等々の点に現れて来る。

結論的にいって、その基準設定は有権的なものにならざるを得ず、その評価は文化的制約を回避し難い。そして、刑事制裁のための対象選択に絡む思惑。それらのことが、刑事政策、すなわち、「犯罪」対策の在り方を創造的に規制するこの刑事政策において、その世界性を主張する場合に、内在的な限界を提示するかたちになるのではないかと

考える。

五 犯罪概念をめぐる上記の諸問題を整理するためには、小川博士のいう理論過程における犯罪の概念に学びながら、それを手掛かりとして検討を進めるのが適当であると思われる。そこに見事な概念構造の図解を見ることが出来るからである。

小川博士によれば、既述の如く、「社会に害悪を与え、それがために社会から非難され、何らかの強制処遇の加えられる行為」これが、理論過程における犯罪である。その社会的実体は、 b （行為者の行為）・ d （被害者への侵害）・ r （社会からの反動）のダイナミックスにおいて存在する。 $b \cdot d \cdot r$ の三者は不可分である。 b があっても d や r がなければ犯罪とは言えない。刑事政策論の研究対象はこの $b \cdot d \cdot r$ のダイナミックな過程そのものであるが、このような過程それ自体をそのまま（事実学的）研究の対象にすることは無理なので、各関係項に一応分解し、 b から行為者にさかのぼり、 d から被害者に、そして r について社会を考えることになる。このような分析的研究は、研究の必要上やむを得ず行われることであるから、その総合にあたっては、常に、 $b \cdot d \cdot r$ という一体の社会的実在に帰るべきである、とされる。

この概念構造の指摘は、刑事政策論上まことに示唆に富み、多くのことを語る。行為がなければ犯罪はない、侵害（被害）がなければ犯罪はない、社会からの反動（非難・排斥）がなければ犯罪はない、などという、そればかりではない。現象としての犯罪は社会における加害者と被害者との共同作品であることを示し、ほかならぬ「犯罪」対策は、社会からの期待・要望に応えながら、犯罪行為・行為者に向かって計画・立案・実施されるというにとどまらず、被害・被害者に関わる方向でも事柄は慎重に検討されなければならない、例えば、犯罪予防のためには被害が生ずる余地

のないよう「可能的被害者」において常日頃の心掛けが必要であることや、犯罪者の社会復帰を説くと同時に被害者の社会復帰を考えることが重要であることなどを指摘する。刑事政策論における被害者学の有用性は、この犯罪構造によって支持される。このように、可能的被害者の態度が可能的加害者の行為を誘い、そこに現実の加害・被害関係が結果するという様相が、bとdとの結び付きにおいて示されているものとすれば、さらに、bとrとの結び付きにおいて、例えば、社会的反動の潜勢力（刑罰の制度的存在）が可能的行為者の受罰欲求に働き掛けて犯罪行為を結果せしめるという古典的な精神分析的解説や、いわゆるラベリング理論の動的構造に関する注釈も収蔵されていることになる。つまり、bに対し理論的・論理的に先行するrの存在可能性の確認である。また、dとrとの関係、すなわち、「社会に害悪を与え」ということと「（それがために）社会から非難され」ということとの関係にしても、その犯罪の定義では「それがため」の言葉が入るが、概念構造そのものは、それ以上のことを語ろうとしている。少なくとも、rの存在が明示されるからこそdが意識化・組織化されるという理論的・論理的筋道も成り立ち得ることを浮き彫りにしている。

また、その犯罪の定義との関係について見れば、先に刑法上の犯罪および逸脱行為としての犯罪について検討して来たことの一応の整理が可能であるかに思われる。刑法学のフィルターを通して眺めれば、ごく概括的な捉え方ではあるが、おそらく、いわゆる結果無価値論的な立場では、「社会に害悪を与え」が行為の違法性の、「それがために社会から非難され」が行為の有責性の、「何らかの強制処遇の加えられる」は行為の可罰性ないし行為の選択の問題領域と受け取られるであろうし、これに対し、いわゆる行無無価値論的な立場からすれば、「社会に害悪を与え、それがために社会から非難され」までが包括的に行為の違法性の問題領域、「それがために社会から非難され」がま

た視点を改めて有責任の問題領域、「何らかの強制処遇の加えられる」では上と同様に行為の可罰性ないし行為の選択の問題領域が理解されることになるであろう。そして、次に、逸脱行為としての犯罪との関係では、おそらく、「社会に害悪を与え」という点、または「社会から非難され」という点、もしくはその両者を勘案したところで、逸脱とする基準が設定され、「何らかの強制処遇の加えられる」という点に連なる線上で、各自の基準設定の拠点に配慮しながら、逸脱の程度および行為の選択を論じることになるであろう。

小川博士の理論過程における犯罪概念について、その概念構造の図解および犯罪の定義の外観、そこから受ける印象のままに解説を試みれば、ほぼ以上のようになると思われるが、ただ、しかし、当面の問題との関係で、図解の関係項そのものなどの内容を多少分析的に理解しようとすれば、ごく基礎的な部分で幾つか疑問がある。疑問となるその第一点は、定義における「社会に害悪を与え」ということと図解における被害者への侵害(d-v)との理論的關係であり、第二点は、定義に見られる「社会から非難され」、「強制処遇の加えられる」ということの図解への表示の仕方であり、そして第三点は、定義に現れる「社会」なるものと個々人との関係およびその「社会」と「強制処遇を加え」るべき地位に立つものとの関係である。このようなことに拘泥するのは、少なくとも、そこで「社会に害悪を与え」、「社会から非難され」という場合の「社会」なるものについて理解が行き届かなければ、害悪・非難という評価的観念に内在する評価の実体は明らかにならず、それ故、基準設定、評価の程度、行為の選択のいずれについても、その分析的検討は、これ以上先に進みようがないからである。

疑問の要点は、その「社会」というものの本質的特徴は何かということになるようである。その関係では、「人びと」を三つのレベル、すなわち、個々人・国家・社会の各レベルに分けて捉える物の見方を検討の手掛かりとするこ

とが出来来る。この観点から第三の疑問に答えることが出来れば、おそらく、第一および第二の疑問に対する見通しも立つ。

ここに「個々人レベル」とは、もっぱら「わたくし・あなた・あのひと」という単数人称の系列で人びとの姿をとらえる次元を意味する。中核は「わたくし」である。この場面では、複数人称でとらえられる集団としての存在は、実体的なものとしては認められない。個々人相互の関係はすべて個体に向かって集約され、人びとはそのような個体として理解される。つまり、「われわれ・きみたち・かれら」という把握を拒否する個体のひろがりとして集団を捉えるのが個々人レベルの特色をなす。これに対し、「国家レベル」とは、まず最初に国民の全体という枠組みを設定し、そして、次に、「われわれ・きみたち・かれら」という複数人称の系列で人びとの姿をとらえる次元の意味である。個々人は、その複数人称系列のなかに埋没・吸収され、公権力の所在と対置される特殊な場合を除いては、個々人レベルにおけると同じ実質をもって出て来る余地はない。両者の中間におかれるのが、「社会レベル」の視点である。そこでの枠組みは集団に設定される。その集団の対内関係においても、対外関係においても、単数人称系列と複数人称系列とが混濁する。つまり、「人びと」の集団的把握ではあるが、個々人が、国家レベルの場合のように、複数人称系列のなかに埋没し尽くすというわけではない。また、個々人相互の関係も認識の視野に保持されるとはいえず、その関係は個々人に向かって集約されることなく、その集団を輪郭づけ、特徴づける方向で捉えられる。その意味では、個々人は集合体的実体的構成要素である。そこには「われわれ」と同時に「わたくし」が存在し、「きみたち」・「かれら」と同時に「あなた」・「あのひと」が存在する。従って、社会レベルの視点では、人びとは、時には国家レベルに近いところで、また時には個々人レベルに近いところで捉えられる可能性を持つことになる。

以上のことを念頭に置いて、いま問題となっている「社会」の本質的特徴を尋ねようとするれば、ここでもまた、刑法学における関連問題をめぐる検討の仕方が参考になる。例えば、任意的共犯についての解説である。ここでは、共同現象と個別現象、集団と個人に関する理論的分析が示される。共犯による犯罪（とくに共同正犯の場合）は、個別・単独現象に還元し得ないがゆえに「共同」現象なのであり、これを個別・単独現象に還元して検討するだけでは、その実体を捉えることが出来ない、方法的還元の危険は二つの方向に働く、その一つは集団的現象の様相を構成員各人の個別現象に解剖し尽くす方向であり、他の一つは、複数の構成員を一体のものとし、あたかも一個の主体による単独現象であるかのようにことを論じる方向である。説明の必要上その一方または他方を仮借することがあるとしても、事柄の抽象化には細心の注意を払い、その方法の限界をよく弁えたところで帰責の理論の展開を試みるという、その程度の配慮はごく普通に見られるところである。また、必要的共犯とされる内乱罪や騒擾罪についても集団現象の特殊性を考慮に容れた解釈論が行われ、さらに、各種のいわゆる「公共の法益に対する罪（社会の法益に対する罪）」については、「公共の法益」ないし「社会の法益」なるものに関して議論があり、ここでは「不特定多数人」という特殊な觀念が解釈論上重要な役割を果たす。少なくとも、個々人レベルの物の見方と社会レベルの物の見方との間に違いのあることが検討されている。集団を二つの方向で個体に還元することの問題性・抽象化の危険、この点は、犯罪の定義・その概念構造に関する上記の疑問との係わりでも、軽視しがたい着眼点であるように思われる。

小川博士が「社会に害悪を与え」といい、「社会から非難され」という場合の「社会」を上記の社会レベルに生まれるイメージで受け取ることが許されるとすれば、一応は納得し得るかに思われる。その内容は個々人でもあり、集団でもあり得る。つまりその、「社会」の本質的特徴の一面は、人びとに対する単数人称系列の認識と複数人称系列

の認識とが混在し得るという点にある、とすることになるからである。従って、例えば、「社会に害悪を与え」という場合の社会ということでは、個々の自然人としての被害者のみならず、これに準じて捉えることの出来る組織体、集団としての人びと、不特定多数人などを多面的・包括的に意味し得ることになる。しかし、これで疑問・問題が解消したわけではない。そのような柔軟性を伴う点が、「社会」という用語・表現の利点であり、また欠点でもある。

社会レベルで捉えられる「人びと」は、視点設定の条件として、これを個々人または国家のような個の実体に還元され尽くしてはならないという、しかも、社会という用語・表現の内実は、時に国家レベルの、また時には個々人レベルのそれに近いところで用いられるという、そのことに関連する。少なくとも、「社会から非難され」というが、社会は、そのような一義的な非難を行えるような主体ではあり得ないこと、それはすでに明らかである。主体としての実体性を欠いているのが「社会」の本質的特徴の一面であつたからである。従って、論者において、個々人レベルに近いところに基準となる視点を置くのか、それとも国家レベルに近いところにそうするのか、それから先の立論の仕方・理論的展開の方向・その論理的帰結の上には、大きな違いが出て来る。「社会」という包括的な、いわば詩的な表現の背後に想定されているもの、これこそが、そこで真に尋ねられ、やがて説明されるはずのものであつた、とすべきであろう。

このような問題意識をもつて眺めれば、刑法学における諸問題・諸学説の動向のなかに、他山の石とすべき幾つかの事例をみることが出来る。きわめて印象的なのは、いわゆる期待可能性の理論の学説史的展開の経緯である。図式的に言えば、その当初は *humana fragilitas* への配慮から個人標準説が主張されたが、それが平均人標準説に移り、やがて理想的市民標準説が現れ、そしていわゆる国家標準説に行き着く。個人標準説の場合には、人びとにおける適

法行為への現実的な可能性・人びとに対する規範的（倫理的）な非難可能性の限界のことが強く意識されていた。ところが、法と道徳とを区別する建前に拠る刑法理論としては、問題となるのは他ならぬ「法的」非難可能性である、「凡てを知ることとはすべてを赦すこと」になるかのようなではおかしい、として、平均人標準説が注目される。此処において、社会的責任論の立場・規範的（倫理的）行為可能性を前提とする非難に責任の本質を求めることに反対する立場・社会防衛を強調する科学主義的な立場の者が、平均人ですら適法行為を結果し得ない行為事情の下での行為は、行為者の社会的危険性を徴表しない、という理論的筋道を辿ることによって、期待可能性の理論に便乗し、法的・規範的非難という觀念の内容を変質させる方向に歩みを進める。他方、人びとへの法的・規範的期待の趣旨を考え詰めてゆけば、理想的市民の姿が思い描かれる。しかし、さらに考えてみれば、法的・規範的期待とは、要するに、理にかなった国家的期待のことではないか、というような具合であった。この「理論的深化」は、右手に与えて左手から奪うようなものであると批判されて、現在では、個人標準説または平均人標準説が行われている。ちなみに、平均人標準説の所論は、行為無価値論の立場からすれば、違法性の問題領域になると解される。

いわゆる国家標準説に至る経緯は、刑法上の犯罪に関する理論的主張の実態を象徴的に物語っているように思われる。如何なる理論的主張が理に適っているのか、その選別は、究極的には、国家意思のようなものの判断に従うということである。もとより、国家意思なるものが字義どおりに存在するはずはなく、それは一つの比喩的表現にすぎないから、その実質は、誰かの国家レベルの発想による選択のことである。個人標準説は、その場合にも、個々人レベルの発想に近いところまで降りて来て刑罰権発動の限界を考えよ、とする趣旨の理論的提案であった、というわけである。

この議論は、直接的には、刑法学における責任論の領域に見られたエピソードのことであるから、刑事政策論上の理論過程における犯罪の概念要素・「社会から非難され」の問題に理論的・論理的に直結するものではないが、後者において、非難する主体とされる「社会」が既述のように漠然としており、今また非難ということでも、それは一義的に明らかでなく多種多様であり得るという実情を推察するためには、そして、逸脱の観念を用いる場合の基準設定および評価の種類・程度の決定が容易でないらしい様子を窺い知るためには、すでに、多言を要しないであらう。

六 理論過程における犯罪概念のこととして残された問題は、「強制処遇の加えられる」という要件に関連する行為選択の場面である。この問題については、典型的な事例に即して検討を進めることが出来る。いわゆる非犯罪化論の例である。

昭和四〇年代から五〇年代の初めにかけて、非犯罪化（刑法上の犯罪でなくする、例えば、処罰規定の廃止）ということが議論された。いわゆる非犯罪化論の理論的視点は、刑法の社会的機能というところに在り、その理論的主張の根拠は、個人主義的自由主義に据えられていて、刑法におけるリーガル・モラリズムやパターナリズムが批判された。第一に、刑法の主たる目的は市民的安全・市民の保護にあり、刑法は個々人の生活利益、すなわち、その生命・身体・自由・財産・（名誉）を守ることを使命とすべきである、として、国家自身の保護や社会の倫理秩序の維持・実現を重視する刑法学的立場と対立する。第二に、刑法の謙抑主義を脱倫理的側面から強調する。刑法は、市民的安全を考えた場合でも、他の社会統制が充分でないところに働くべきものであり（刑法の補充性）、従って、処罰規定はいきおい断片的なものにならざるを得ず（刑法の断片性）、さらに、人びとの自由を尊重することが基盤・基軸となるべきであるから、たとい市民的安全が多少脅かされ、他の社会統制が必ずしも有効とはいえない種類の事象であっても、

それらの行為を余さず犯罪とするという必要はない、それらを処罰するものとした場合の効果・悪効果を慎重に比較考量すべきである（刑法の寛容性・自由尊重性）、とし、そして、第三に、いわゆる「刑罰経済の思想」がこれらを包括的に補足する。この非犯罪化論との関係で注目を浴びたのが「被害者なき犯罪」(crime without victim)である。

「被害者なき犯罪」は、その行為構造において本人以外の個々人たる被害者が存在しない種類の犯罪であって、リール・モラリズムまたはバターナリズムによる処罰理由が重きをなす場合である。問題として取り上げられたのは、堕胎、同性愛、薬物の所持・使用、売春、賭博などである（同性愛・売春を除き、他は、我が国では刑法上の犯罪）。我が国では、その延長線上で、猥褻物罪についても議論が行われ、また、特に、刑法に関する「過犯罪化」および「重罰化」の立法傾向なるものを批判するためにも、その理論的根拠が採用された。

この「被害者なき犯罪」は、行為構造において直接的な被害者を見出だし得ない種類の犯罪のうちの特殊な一部分である。形式的に見れば、その他にも、例えば、刑法典には、単純収賄罪、単純逃走罪、礼拝所不敬罪などの規定があり、いわゆる行政犯のうちには、その種のものが非常に多い。行政犯の場合は、特定の行政目的を達成するために規則を設け、その規則に違反する場合を罰するということであるから、そこに具体的に個々人たる被害者の存在を想定し得ない事例があっても、これを異とするに足りぬ、とされるかも知れないが、しかし、そこで「侵害」されているものは何か、侵害された当の事物の帰属主体は何・誰か、少なくとも理論上は、その点を曖昧にしておくわけにはいかない。それは、先に、犯罪の概念構造について確認されたところである。

例えば、刑法典に規定された贈収賄罪一般については、職務の公正またはその公正さに対する社会的信頼が害されるものとされる（判例）。単純収賄罪の場合は特に後段が問題になる。そこで言われる社会とは、人びとのことであ

り、国民一般である。国民という政治的視点で捉えられた人びとである。この「人びと」を個々人に還元して理解することには無理がある。そこで、現行刑法典では、その処罰規定の位置は、国家の法益に対する罪の箇所ではなく、個人の法益に対する罪の箇所でもない、公共（社会）の法益に対する罪の部分に設けられた。つまり、侵害されるのは「人びと」の利益であり、その利益の帰属主体は「人びと」、その意味での社会である、とされるのであろう。ところが、改正刑法草案では、その条文は、国家の法益に対する罪の部類に入れられている。すなわち、侵害利益の帰属主体は国家であるとされたことになる。なるほど、信頼し得るということは人びとの利益であろうが、信頼されているということは、国家・公権力の所在の利益である。

ところが、例えば、単純賭博罪の場合である。処罰規定の位置は公共の法益に対する罪の箇所にある。処罰されるのは、自己の財産を自由に処分する行為である。その行為が処罰される理由は、国民の射幸心を助長し、怠惰浪費の風潮を引き起こして労働意欲を低下させ、社会の健全な経済生活を破るばかりでなく、さらに、殺傷犯や財産犯を誘発することになるからである、とされる（判例）。「社会の健全な経済生活を破る」という場合の「健全な」とは、その文脈からすれば、勤労の精神・労働の倫理に基づくという趣旨であり、「社会の」とあるところからすれば、その精神は個人倫理の事ではなく、社会倫理の事であらう。つまり、人びとに共通であるべき価値観の侵害が処罰理由のひとつであり、特定の道徳的生活の在り方から逸脱するという理由で、その行為が処罰されることになる。強いて言えば、近代の経済秩序の基礎をなす労働による財産の取得という道徳原理ないし我が国における勤労の美風良俗を堅持することが「人びと」の利益であり、賭博はその利益を侵害する行為であるから「人びと」が被害者である、ということになりそうであるが、これは、かなり難解である。むしろ、賭博行為によって侵害されるのは、人びとの経済

生活における特定の秩序・特殊な経済活動の倫理を維持実現することを利益とするものの意思であり、被害者は、要するに、そのような意思を抱きつつ社会の秩序を維持実現すべき立場にあるもの・公権力の所在である、と説明してもらえば、まだ解かり易い。そうすれば、殺傷犯や財産犯を誘発するから、という処罰理由後段の説明が出来ることに、一応納得がいく。当該行為を処罰することによって、生活利益の直接的侵害を容易に誘発しかねない社会状態の発生を未然に防止しようとする狙い、これは、それなりの評価に値するものであるかも知れない。ただし、理解の仕方はずでに刑事政策論の領域、「刑法の手段的性格」の問題に入ろうとしている。一方では厳しい条件の下にギャンブルを公認して人びとのニードに応え、他方では、暴力団などによる非合法な賭博を取り締まることによってその財源を断つ、という刑事政策的配慮の指摘が、その先に見えている。

もとより、このような理解・納得の仕方に対しては批判がある。勤労意欲の維持や勤労の美風を養うことは、国民教育の任務であって、刑罰本来の任務ではない、その類の国民教育の方針を刑罰によって裏面から支援するのは、価値観の多様化を肯定是認する個人主義的自由主義の社会に向かって一つの価値観を力で押し付けようとするものである、また、人びとの生活利益に対する侵害の事前予防・単純賭博行為の処罰による間接的な市民保護の問題は、例えば、殺人や窃盗を処罰しなければ殺人・窃盗などが横行する社会状態になるから、というような立法理由の立て方を、さらに迂遠な仕方では、「風が吹けば桶屋が儲かる」かのように援用するだけのもので、そのような付随効果の問題を前景に持ち出す立法論は、「過犯罪化」を助長する、可罰行為の選択については、当該行為の行為構造それ自体に即して納得のゆく説明がなければならぬ、単純賭博行為の処罰は、行為処罰に名をかりた思想・価値観の処罰である、というわけである。

問題は、個人主義的自由主義の刑事政策論的意義である。問われるのは、理念的思想内容のこともさりながら、それとの関係で、制度的現状の意味するところ、これである。

非犯罪化論が拠り所とする個人主義は、個々人レベルに視点を設定した物の見方の一典型であると思われる。個人・社会・文化の中で個々人にこそ最高の価値ありとし、国家も、文化的所産も、個々人に奉仕し、個々人を益する限りにおいて、その存在理由が認められる。我が国の論者がこれを口にするとき、その根底に如何なる宗教的・哲学的確信があるのか、必ずしも明らかではないが、おそらく、個人の尊厳の思想が同時に意識されていることであろう。この思想は、道徳的・理性的主体性に人間の尊厳を見る人格の尊厳の思想と異なり、此処にかく在るその人の存在が、紛もなく斯く存在するというそのことにおいて、限りなく尊いものである、とする。すなわち、それは、経験的には個体としてのみ存在する生命、その生命的個体に対する畏敬の念と一体をなし、「人間の生命は尊貴である。一人の生命は全地球よりも重い」という言葉のなかにその想いが込められているものと考えられる。ただし、それは、多くの場合、生命一般にたいする畏敬ではなく、人間中心の思想によって基礎づけられた「自己」中心（利己的という意味でなく）の、その意味での個々人レベルの思想であると解すべきものであらう。

個人主義的自由主義、これについては、自由主義が本来個人の自由に至上の価値を認める思想であって、個人主義と不可分一体の関係にあるから、自由主義に個人主義的の限定は不要である、とされるかも知れない。しかし、自由の観念が、「……からの自由」、「……への自由」、「……における自由」と三様に捉えられ、重視される側面が論者によって異なり得るし、また、内容的には、それら前置詞に先行する事物の性格規定と密接な関連のあることが一般に認められている。自由および自由主義の観念は、同一領域において用いられる場合でも多様である。ここでは、と

くに、個人主義的と限定を加えて、国家レベルの発想と内容的に異質であるという現実的な意味合いを銘記して置きたいと思う。そのための「個人主義的」自由主義である。

この自由主義は、とくに一八世紀後半から一九世紀初頭にかけて、西欧における革命の原理として機能した。その反権威・反権力的性格は依然として確保されている。外部からの干渉・拘束に抵抗して自己を守り、自己の権利を主張して反抗する。個々人は基本的人権の主体である。従って、国家レベルの包括的発想とは本質的に相容れない部分を留めて置ける。例えば、「あなた・わたくし」関係を「われわれ」関係において保持しようとすれば、利害関係を同じくしそれに基づいて共同する場面でなければ、消極的には相互の自己抑制ないし妥協、積極的には、愛によらなければならぬ。ここに第三者があつて、その二人に「われわれ」関係を保持してもらいたいと考えるとすれば、そのことを説明し、説得を試みるであろう。「きみたち・わたくし」の間柄において「われわれ」関係を保持してほいたい第三者は、基本的には上と同様の態度を取るであろうが、「わたくし」が何らかの事情で妥協し得ないときは、その第三者は、なおもそこで「われわれ」関係を保持させようとして「わたくし」に「犠牲」を強いる者とされることであろう。その犠牲を拒否する社会的・規範的地位を個人に認めるのが、個人主義的自由主義である。政治権力において、国家レベルの発想によること、すなわち、一つの場面で多数者と利害関係を異にする少数者に犠牲を強いる結果を見ることは、不可避である。他の場面でその補いを考えるかどうか、それは、また別の問題である。この際、その利害関係の語を価値観に変え、多数者の語を強者・有力者と読み替えることも可能である。少数者または多数の弱者において、政治闘争のために、しばしば個人主義的自由主義のコロラリーが活用される。

個人主義的自由主義は *right to be let free* をその消極的要素としている。個々人は、常に本人の自覚と責任に

おいて行動すべく、他の個々人に迷惑をかけない限り、他からの干渉を受けず、意に反する干渉があればこれを拒絶・排除すべき社会的・規範的地位にあることが認められる。他の個々人の生命・身体・自由・財産・（名譽）を直接的に侵害または危険にさらす行為すなわち行為構造においてその趣旨を理解し得る種類の行為の処罰は認められるが、ある行為が「他人の好み」に合わないというだけの理由で処罰されることがあつてはならない。内心の自由の重要性はとくに強調される。刑法は、人を見ないでまず外部的行為を見る、発現したその外部的・可罰的行為の枠を通してのみ、人を見ることが許される。いわゆる法の外面性・道徳の内面性の理論的主張は、西欧においては、ローマ帝政下のキリスト教徒が用いた信仰護持の論法の援用であり、伝統的発想の習いである、と語られる。

我が国の俚諺にも「罪を憎んで人を憎まず」とある。罰すべきは行為である、というに似るが、その内実は、我が国の性善説的な（または悉皆有仏性的な）、倫理色濃厚なものであると思われる。個人主義における個人の尊嚴の思想のなかに、愛惜すべき者の姿を見るだけで、孤絶して敢えて立つ壮烈な人の影を見ないとすれば、それは、すでに、似て非なるものを理解しようとしていることになる。自由主義における自律と自己責任の原理の自覚は、他からの庇護などあり得ない孤島に住む単独者たることの自覚であらう。その厳しさ、そのような人間の強さを我が国の人びとに期待出来るとすれば、建前だけでない個人主義的自由主義が成り立つ。非犯罪化論の理論的主張が、人びとはその大前提を受け入れる思想的・文化的状況にある、と見ているのであれば、確かに、例えば、単純賭博罪の規定を廃止しようとする立法態度・行為選択は疑問である、とせざるを得ないであらう。しかし、これに反し、我が国における人びとの意識はそこまで西欧化されていない、人びとの理解する個人の尊嚴とはいわば有情のものに対する愛惜の念であり、自由主義とは、いわば、萎縮・物怖じしない潤達な精神を我が子に期待する親心の現れのようなものという

に近い、そのように我が国の思想的・文化的状態を認識する者があって、それをかならずしも消極的に評価しないとするれば、非犯罪化論の主張は、西欧における闘争的な思想・価値観を我が国の人びとに理屈で押し付けようとするばかりでなく、刑罰をもってその国民教育をも遂行しようとするものである、と逆批判が行われることにもなり得る。

個人主義的自由主義は憲法上の原理的要請であるという一義的な説明に従うとすれば、死刑制度には憲法違反の疑いがある。個人の存在に至高の価値を認める以上、例えば、国家に至上の価値を認める国家主義が個人主義的または文化主義的条件の下で国家の廃絶を容認しうはずがない、そのように、国家的裁量による個人の扶殺など認められる余地のあろうはずがない。しかし、我が国の最高裁判所の理解するところによれば、それは、同じ憲法の認める「公共の福祉」の名において、死刑の存在を許容し得る性質のもののようなものである（昭和三年）。死刑は、各般の情状を併せ考察したとき、その罪責が重大であって、罪刑均衡の見地から、一般予防の見地からも極刑がやむを得ないと認められる場合には、これを選択することが許される（昭和五八年）。そのことを、一個の人間存在に対する愛惜にも限度がある、という趣旨に解説することが許されるとすれば、その論理の筋はたどり易い。ただし、その場合には、近い将来に死刑の廃止を望むことには無理がある。もし、その論理の中に、個人々レベルから発する要請と国家レベルから発する要請との矛盾、すなわち、いわゆるバランス感覚なるものを弾きとばすような・苛烈な理念的対立・抗争を読み取ることが出来るとすれば、個人主義的自由主義の勝利なるものを、やがて、期待し得るかもしれない。しかしながら、我が国では、死刑廃止論の中にさえ、西欧的な理論・論理では語り尽くせない包容的な・柔和なものが内在しておりはすまいか。

行為選択が容易な問題でないことはすでに明らかである。犯罪対策という場合の犯罪ということで、今は犯罪一般

を問題にしているわけであるが、犯罪対処活動において現実^にに^のぼるのは個々の行為であり、公権力の所在が追及するのは常に個々の行為者である。少なくとも「強制処遇の加えられる」ものは一個の人間である。具体的刑罰権は国家・公権力の所在の手中にあり、刑罰認受義務は個々人の身に被さる。すなわち、国家レベルの視点に人びとが個々人として出現する特殊事態の典型がここにある。犯罪者は常に最少数の弱者である。犯罪という「場」に向かつて、しばしば、個々人レベルからの発想による理論的主張が反権力の姿勢で行われることにも、それなりの理由がある。個人主義的自由主義の主張またはそのコロラリーの活用があってもごく自然な場面である。しかし、犯罪の問題は行為者の行為の筋道だけにその実体を還元・集約してはならないという、それは、犯罪概念の構造的図解にあら^かじめ明示されていたところである。その理論的・方法的限界を軽視するわけにもいかない。

一方では専ら国家レベルの視点に立つ拡張的行為選択の立場が可能であり、他方では、個々人レベルの視点に立つ制限的行為選択も有り得る。その中間にさまざまな立場が成り立ち得るであろうこと、勿論である。ただし、いずれの立場によるにせよ、個々人としての人間の問題を、その国・その社会に生きる人びとの意識構造の深みにまで立ち入って検討しておく必要があるという、その点は、特に記憶しておかなければならないと思われる。

七 これまで刑事政策論における犯罪の概念について検討してきたところを、とりあえず、先の犯罪の概念構造に即してまとめながら、さらに問題の検討を進めてみよう。

第一に、被害者への侵害の筋道(d-v)で見れば、犯罪とされる行為のうちには個別・具体的に被害者を見出だし得ないものがあって、それを例外とすることには無理があり、最終的には国家・国家意思が残るだけである。ただし、その意思の内容は、端的に言って、行為選択の意図であるから、被害・被害者として事柄を理解する必要を認め

ない。それは、行為構造において被害・被害者を特定しうる殺人・窃盗などにも共通して存在する要素の問題であり、犯罪は公権力によって選択された行為であるということの言い換えにすぎない。犯罪（犯罪者）はすべて政治的犯罪（政治犯）である、とは、この点に着目し、そのことを明言したものである。

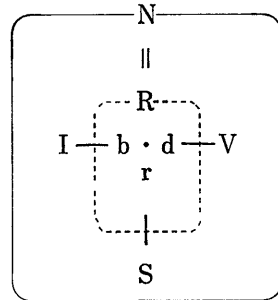
第二に、社会からの反動の筋道（*rise*）であるが、それは、一つの比喩的表現以上のものではない。社会という用語のままでは、二重の意味で内容の把握が困難である。その一つは、社会の観念は人びとの多様な在り方を包括しており、字義どおりでは反動の主体たる実体性を持ち得ないことである。仮に、部分的に、村や企業体のようなまとまりを抽出することが可能であるとしても、村八分にあたる行為や内部規律に違反する行為を、そのことの故に犯罪である、とするわけにはいかない。制裁の仕方そのものが「犯罪」であり得る。他の一つは、国家的な反動との関係である。社会的逸脱行為が犯罪とは限らず、また、犯罪が常に事前に社会的逸脱行為とされていたわけではない、とすれば、社会的反動と区別される国家的反動の筋道をまた別に考える必要がある。しかも、最終的には、行為を犯罪たらしめる反動を可能にする国家意思というところに突き当たる。国家的反動の向けられる行為が犯罪であるという結果になるからである。

第三に、行為者の行為の筋道（*rise*）である。国家それ自体が犯罪行為の主体となることは、国際法上の問題としてはともかく、差し当たりここでは考えられないから、主体が個々の自然人に限られないことを条件として、そのまま保持し得るかに思われる。しかし、ここでもまた、国家意思による最終的な条件付けが現れる。基本は行為選択のことであるが、厳密には、*b・d・r*のダイナミックスに表示されている「反動があるから行為がある」という側面の問題である。

社会生活の場に人が存在するというそのことが、そのままの姿で、「客観的現象」としての犯罪であるとされるかのような示唆的な例を、特に、刑法学における不真性不作為犯の理論に学ぶことが出来る。例えば、水に落ちた幼児を容易に救助し得るにも拘らず敢えて救助せず、幼児の目の前の溺死を予見しつつ経過を眺めていた者または何もせず幼児の水没以前に現場を立ち去った者について、殺人罪の刑責を問ひ得るか、つまり、その者は殺人という犯罪を行ったものとなし得るか、という問題である。救助行為を妨害したというのではない。目に映る客観的現象としては、人がぼんやり立っていた、または、ちょっと立ち止まったが何事もなく歩み去った、ということである。その者の態度において幼児の死亡原因となるべき積極的条件設定は認められない。これが殺人「行為」とされるのは、その者に「法的」作為義務がある場合、すなわち、その状況においてその幼児を救出すべき「法的」義務が認められる場合である。不真性不作為犯における「行為」は、「その者を救助せよ」という命令・作為義務に違反する態度である。結論的には、その作為義務違反の態度が不作為義務違反処罰規定（「人を殺すな」という禁令・不作為義務に違反する行為を処罰する規定、ただし、この点についても議論がある）を用いて処罰される。それが「法意」である、という。そのことを正当とする理由は、行為論または違法論において詳細に論じられるが、刑法学を離れて第三者的に眺めれば、要するに、可罰的「行為」ありとみなす、ということであるように思われる。換言すれば、この場合、行為があるから処罰されるのではない、その者を処罰する必要を認めざるを得ないから行為ありとする、という論理が根底に働いていて、ただ結果的に、「犯罪は行為である」、「行為がなければ犯罪はない」、「罰すべきは行為である」の基本命題が守られているように見えるだけのことではないかと思われる。「法的」作為義務、「法意」、そのいずれも、帰着するところは、国家意思である。

社会において、対他関係において、人間の態度が犯罪とされる。その社会はいかにあるか (Sein)・いかにあるべきか (Sollen)・いかにあるべきものとされているか (Soll-Sein)。ここに問われている一つの問題が在る。また、対他関係についても、これと同様に、三重の層において問われる。そして、社会と対他関係、この二つは、事柄の性質上、不可分である。そこで、「その社会における対他関係の在り方」が、これまでと同様に、三重の層において問われることになる。この最後の Sollen の問題に、客観的な事実として、何が犯罪であるかを示しつつ答え続けているのが、国家であり、公権力の所在である。

この公権力の問題に関連して、一つの仮説がある。すなわち、人びとの集団本能ともいうべき潜在エネルギーは、全体としてのまとまり・秩序が求められる場面(特定人がそのような意図を抱いているまたは人びとがそのことを期待している場面)において、人びとの本能的な権勢欲に絡みながら「力の仕組み」を生み出す(または「権威の仕組」が結果する)。その仕組みで働くのが権力(または権威)であり、国家的には公権力である、公権力の原始的作用は、対外的には外敵の排除であり、対内的には社会の秩序の維持実現である、その二つの方向に働く力の作用によって国家の存立は確保される、国家の存立を確保するという目的のために、社会のまとまり・秩序を脅かす社会現象の一部、放置し難いと公権力において判断した人間的・社会的事象を「犯罪」とし、これに有権的に対処する行動体系を国家的に組織する、「犯罪」の観念を設定したものは公権力の所在である、従って、「犯罪」に対処すべき究極の責任は公権力の存在根拠そのもののなかに位置付けられる、という、今はこの仮説的理解の大枠を修正する必要を認めない。公権力の所在が、自己の存在を賭けて、自己の責任において、逸脱行為としての犯罪について、判断の基準を設定し、その程度をはかる尺度を決め、制裁措置を準備する。



- N・公権力
- R・公権力による制裁
- I・集団に属する個人
- b・個人の行為
- V・被侵害者
- d・侵害されたもの
- S・社会
- r・社会の反動

かどうか、まことに心許ない。繁雑にしただけのことのようではあるが、犯罪が国家的に選択されたまたは選択されるべき「社会的」事象であることを示すためには、公権力による反動と、国家的な枠組みとを付け加えておく必要があると考える。また、その定義において、「……され」の語を二重に使用するのはいかにも不体裁であるが、これは、「有権的」と認められる判断があれば、そのような判断の存在を踏まえて学問的検討を進める必要がある、と考えたことによるものである。「有権的」の語は通常「公権力による」の意味に用いられる。しかし、意思を持ち得るのは個人であり、その個人がたまたま公権力の所在に位置付けられることによって国家レベルの視点から総合的に事柄を判断するというだけのことであるから、その実質は、その限度では、その立場にあることを仮定した人びとの所説と理論的には対等のはずである。従って、もし、刑事政策論または刑事政策論的犯罪学の領域において通説的見解が現れたとすれば、それが文字通り圧倒的多数の意見であることを条件として、換言すれば、「人びと」が納得するであろうことを条件として、公権力の所在の見地におけるそれと並立する「犯罪」群の存在を肯定することになる。

以上のことを前提として、個人的には、犯罪とは「社会の秩序を維持実現するうえに有害であるとされ、公権力による防圧を正当化しうる」とされている行為である、とし、その概念構造としては、小川博士の図解を借用し、これに手を加えて、上記のようなものを使用する。この図解が小川博士のそれを改良したと言いうる

これまでの検討の過程において、刑法学上の問題を絶えず参考にしてきたが、それは、刑事法学が「刑事政策論における法律過程」に関連する有権的な判断が裁判のかたちで明示されたときに議論の行われる学問領域であり、また、場面は限られるとしても、「その社会における対他関係の在り方」の許容限度に関する有権的認識の所在とそれに対する人びとの態度とを推察し得るからであって、既述のとおり、刑法学における犯罪の観念がそのまま刑事政策論の理論過程における犯罪の観念になり得るという意味ではない。ただし、そのことは、一国における最も強力な犯罪対処活動が刑事実体法上の法律要件の粹を通してのみ現象するという客観的な事実、この事実が刑事政策論において決定的に重要な意味を持つという、その点を、理論的に軽視するわけではない。

犯罪対処活動は、今、この時点においても、行われ続けている。理論的には犯罪とされてはならないと主張される事象に対する「犯罪」対策といえども、現に活きている。そのことを理論的・論理的に批判するのは人びとの自由である。否、むしろ、自由でなければならぬ。しかし、その主張内容が公権力の所在における判断と対峙し得る力ないし権威を認められるかどうか、そこが問題である。その資格の有無を認定するものが公権力の所在ではあり得ない。それは、究極的には、人びとであり、個々人の総体としての、その意味での社会であろう。小川博士が理論過程における犯罪の概念として掲げた上述の定義は、「社会」という捉えどころのない用語によって組み立てられているが、もし、そのことに、この趣旨を汲み取ることが許されるとすれば、その限度で、つまり、*Sollsein* としての犯罪概念ではなく、*Sollen* としての犯罪概念を示すものとして、その見解はまさに高く評価されなければならないであろう。ただし、そのことは、また、刑事政策「論」の実践的性格を如実に示すものであり、実践的事態を対象化し得ない方法的・体系論的限界を物語るものとせざるを得ないであろう。

八 刑事政策の世界性という理論的主張は、刑事政策論の基本問題の一つである。その主張には限界があるはずではないかという疑問、これを、犯罪対策の在り方を創造的に規制するのが刑事政策であるとする前提に立って、犯罪対策という場合の犯罪の観念を手懸かりとして検討してきた。その一応の結論は、犯罪はすぐれて国家的な観念である、ということであつた。国家的な観念という趣旨は、決して、「犯罪」が、政治的権力者の恣意的所産である、などということではない。そのような擬人化された前世紀的な認識・理解が国民主権の建前のもとで通用するはずはない。逸脱という中性的・分析的用語を手段として検討すれば、逸脱と判断するための基準設定、逸脱の程度を測定するための尺度決定、制裁措置との関係で方向づけられる行為の選別・選択、そのいずれの点においても、様々な主張の行われる中で、有権的な判断の存否に着目せざるを得ず、現実の問題としては、公権力の所在における判断を手懸かりとする結果にならざるを得ない、という趣旨であつた。

犯罪の観念はすぐれて国家的な観念である。犯罪の観念が国家的であるならば、論理必然的に、犯罪対策それ自体および犯罪対策の在り方についての理解もまた、国家的制約を越えることはあり得ず、従つて、刑事政策の世界性を説くことには疑問がある、とする筋道が見えてくる。その筋道はさらに意識的に構築・展開する余地のある結論のようではある。自国は他国の事柄について責任を持ち得ないはずであるからである。しかし、問題はそれほど単純ではない。

刑事政策の世界性の主張の根幹には、学問の客観性・普遍性の認識があり、国家的制約を論外とする処遇の個別化の理念があり、そして、「犯罪現象の国際化」の事実があつた。前二者はそれ自体において理論的主張であるが、後者は、犯罪対処活動における国際的連帯の必要性・いわば技術的解決に委ねられるべき事実問題である。この現実

的・実践的課題がどのような理論的支援を期待することになるのか、それも興味ある問題ではあるが、差し当たり、ここでの関心事ではない。前二者の理論的主張の内容の意味するところを明らかにすることが先決である。その検討の要点は、ごく素朴な設問になる、すなわち、「学問」それ自体が方法的に客観性・普遍性を主張し得る場面であるとしても、その方法によって解明された結果が、事物の類型的特殊性・理論的類別の必要性を指摘するというのも有り得るのではないか、そして、結果的に、まさに「処遇の個別化」の理念を支持する理論的立場を採るが故に、処遇対象の類型的差異・国民的独自性という認識の必要を「学問的」に強要され、そのことを度外視した理論的・実践的干渉を「学問的」に排斥せざるを得ないという事態もありはすまいか、と。しかし、この理論的問題に対する検討結果が、それと反対に、国家的類型化を拒否するものになるとすれば、犯罪設定の現状・犯罪観念の国家的性格が、改めて、根本的に批判される、という可能性も現れて来る。

結論的に言って、刑事政策の世界性の主張に対する論者の疑問は、犯罪の観念がすぐれて国家的であるということの一つの重要な条件的要素として認めたらうで、この理論的問題に対する検討結果もまた、この疑問を支持するものになると思われる、ということである。