

論 説

「犯罪効能論」に関する考察
——エミール・デュルケムによる「犯罪」概念の
意味論的・論理的分析——

蘇 明 月*

はじめに

- 一 必要な前提作業：判断前提の整理と考察視点の確定
 - (一) 価値判断の前提
 - (二) 犯罪概念における「同情的」観察者
- 二 デュルケムが観る「犯罪」
 - (一) 通常概念に対する不信
 - (二) 形式的な定義：犯罪と刑罰の共生態
 - (三) 犯罪定義の深化：集団意識との分岐
- 三 デュルケムの仮説に対する反論

は じ め に

犯罪効能論に関する多くの論述によると、犯罪には、普遍的に認められる「社会危害性」だけでなく、社会の発展に一定の有益性があることが強調されている。通常、有益なことに対しては、これを根本から排除する必要はなく、我々にとって有利な範囲内で、一定の量と質の犯罪を残してもよいのではないかと考えられる。こうした理論によれば、我々は犯罪を取り締る一方、一定の程度と範囲内で犯罪を「保護」という刑事政策に修正すべきである、ということになる。このようなことから、筆者は「犯

* 北京師範大学法学部・刑事法律科学研究院、専任講師，
早稲田大学比較法研究所外国人研究員（2005—2007年）。

罪が有益である」という理論を検討する必要があると考え、この理論の淵源を探り検討することにした。その際、犯罪有益論の出発点といわれるデュルケム (Emile Durkheim, 1858-1917) の犯罪に対する効能分析に遡って再考したが、周知のとおり、デュルケムは以下の三つ重要な論点を提起している。

1. 犯罪は正常な現象であり、どの社会においても犯罪がある。
2. 犯罪は必然的なものであり、社会生活の基本条件に関連しているため、有益なものである。犯罪と密接に関連するこの基本条件自体は、道徳と法律の正常な進化に欠かせないものである。
3. 犯罪は間接的に社会に作用するばかりでなく、道徳意識の進化にも有益である⁽¹⁾。

ただ、注意しなければならないのは、デュルケムは、犯罪の効能について専門的に論述したことはなく、彼の犯罪に対する認識は、社会現象（例えば、社会分業・自殺・道徳などの現象）に関する研究成果、例えば、『社会分業論』（1893）、『社会学的方法の規準』（1895）、『自殺論』（1897）、「犯罪と社会健康」（論文）（1895）に散在している。これらの研究過程をみると、デュルケムは社会学の研究方法として確立した基準を犯罪研究に適用している。そこで、本稿ではデュルケムの犯罪効能論について検討するにあたり、デュルケムの確立した社会学研究の方法から全体を把握する方法

(1) See. Durkheim, Emile: *The Rules of Sociological Method*, Translated by Sarah A. Solovay and John H. Mueller; Edited by George E. G. Catlin, The Free Press 1964. Eighth Edition, pp. 67-71, [仏] エミル・デュルケム著、胡偉訳『社会学的方法の規準』、華夏出版社1999年版、54-57頁；[仏] エミル・デュルケム著、狄玉明訳『社会学的方法の規準』、商務印書館1995年版、85-88頁。

この三つの訳書はデュルケムの同一の著書を翻訳したものであり、前者が英文版で、後者の二つの訳書が中国語版である。具体的な言語表現については、翻訳の内容に若干異なる部分があるので、本稿を作成する上では、三つの訳書を参照することとした。脚注については、参照の頻度が高い順に掲載しているため、各脚注におけるこの三つの訳書の順序が異なっている。なお、本文中の翻訳部分は筆者による。

をとって分析してみたい。

一 必要な前提作業：判断前提の整理と考察視点の確定

（一）価値判断の前提

「科学的証明の第一歩である最重要の条件は、研究しようとする物事に対し、明確に定義し、自己の研究するものが一体何かを明確にし、同時に他者にも分からせること」である⁽²⁾。ここで犯罪を概念化することは「犯罪が有益である」という理論にとって必要となる前提である。犯罪は「色」と違い、「純粋な自然属性」を現すものではなく、一種の評価事実であり、事実行為と規範評価という二要素から構成されるもので、客観行為と主観評価の統一である。価値事実は、一種の事実として、客観性の他、同時に主体による価値判断を含み、鮮明な主観性を有する。これが価値事実の基本的な特徴である。価値事実については、客観的な事実が価値判断の基礎であり、価値事実性を決定するのが価値判断である。価値判断は、主体の客体に対する需要に応じ、主体によりなされるものである。主体の判断基準は、主体にとっての価値の性質と程度により決められるものである。従って、価値事実にとって、独立させて見れば、価値判断はその性質を決定する意味を持っている⁽³⁾。社会学的な意味の上での犯罪は一般人の理解・倫理と価値的な観点によるものである⁽⁴⁾。これは、異なる主体が同一の事実に対し、全く異なる評価を出すことを意味している。謀殺は、今日の我々から見るときわめて残酷で不道德なものであるが、「多くの民族の習慣によれば、報復のための謀殺は、容認できないのではなく、殺された者の後継者にとって、最も神聖な責任でもある」。「歴史的に見ても、

(2) デュルケム・前掲『社会学的方法の規準』、華夏版、28頁、商務版、54頁。

(3) 王牧「犯罪概念——刑法の内と刑法の外」、『法学研究』2007年2期。

(4) 王牧『犯罪学』、吉林大学出版社1992年版、37頁。

ある時期の決闘は重い刑を科されるが、他の時期では合法的なものであり、法的な手続の主要な形式でもある。また、かつて異教徒、巫女及び冒瀆者は犯罪であると認定されていたが、今日になって、すべての文明国家の法典から削除された」⁽⁵⁾。そこで、フランスの学者であるブリュールは、「人間のいかなる行為にも、無罪や有罪はない」⁽⁶⁾とまで主張する。

犯罪という言葉の背後には、価値基準の主体が鮮明に存在している。犯罪という言葉を使う人の価値的な立場と用語の環境を常に表明・反映し、また、主体や言語の違いにより、犯罪概念の内在的・外在的な意味での差異をもたらしている。従って、犯罪概念は科学的な研究の中において、最も敏感で、最も混乱しやすい概念になる⁽⁷⁾。異なる主体間において、「犯罪とは何か」という質問については、「空気や水とは何か」という質問のように理解を一致させることはできない。

「犯罪とは何か」という質問には強烈な価値意識が含まれており、価値選択と価値判断に関わる。ある人が行う価値判断は、決して理性的な分析と論理からの推理により完全に決定されるようなものではなく、その目的、信念、態度や好悪などの要素もきわめて重要な役割を果たしている⁽⁸⁾。例えば、「妊娠中絶は、可知論者から見ると一種の医療行為に過ぎないが、カトリック教徒から見ると謀殺である。」⁽⁹⁾

ここで検討する目的は、思想を統一し、一般的な犯罪概念を確立することではなく、考えを明確にし、これからの検討のための基礎付け、視点の

(5) [伊] ガロファロ著、耿偉・王新訳『犯罪学』、中国大百科全書出版社1996年版、20頁。

(6) [仏] ブリュール著、許均訳『法律社会学』、上海人民出版社1987年版、29頁；馮亜東：『理性主義と刑法方式』、中国政法大学出版社1999年版、13-14頁。

(7) 王牧・前掲「犯罪概念——刑法の内と刑法の外」。

(8) 鄭成良『法律のうちの正義——司法公正に関する法律実証主義の解説』法律出版社2002年版、57頁。

(9) [仏] ジョージ・ピカ (Georges Picca) 著、王立憲、徐德瑛訳『犯罪学の思考と展望』(LA CRIMINOLOGIE)、中国人民公安大学出版社1992年版、46頁。

検討のための土台をつくることである⁽¹⁰⁾。犯罪を正確かつ有効に研究し検討するために、犯罪という言葉を使う際には、まず、当該主体の言う「犯罪」とは、そもそも「誰」が評価・研究したものか、研究者の言う犯罪概念に合致しているか、を明確にしなければならない。犯罪概念の価値性に対する正確で具体的な判断と認識がなければ、犯罪に対する正確な認識と表現がなく、混乱に至る場合すらある。なぜなら、研究者が「犯罪」という言葉を使うときには、評価主体として研究者の立場を表明することになる、すなわち、「私」が認識した犯罪になるからである。ここには、他人の指摘する犯罪概念と実質上同一性があるか否か、という問題が生じる。そうでなければ、問題を議論する有効な言語的環境が失われてしまい、あるいは議論が進行できなくなり、あるいは混乱した議論になってしまうからである。従って、明確で統一的な犯罪「主体」性、つまり犯罪概念の実質的同一性を保つことは、犯罪の問題を議論する上での必要な前提の一つである⁽¹¹⁾。

（二）犯罪概念における「同情的」観察者

価値判断をする場合、我々は二つの考え方を選択することができる。一つは、先ず、自らの立場（価値的な立場と用語の環境）に立脚し、自分と同じ意見を直接受け入れ自分と異なる意見を排斥するという視点である。もう一つは、他者の立場・用語の環境に立脚して、その考え方における論理の連続性を検討する。この分析方法は、一種の価値判断というより、語義や論理の実証分析と言っても良いだろう。例えば、「足ることを知れば常に幸せである」という観点を検討するならば、前者の思考方法を取ると、次のようになる。「まず、我々の思う『足ることを知る』の内在的・外在

(10) ドイツ古典哲学の礎であるカントは、哲学を「地盤整理」の仕事として考え、「自ら分かる」熟知しているものに対し分析を行い、「認識とは何か」という前提を追求することを提唱している。ここでは、筆者はその思想を借りることにした。孫正聿『哲学導論』、中国人民大学出版社2000年版、157頁に参照。

(11) 王牧・前掲「犯罪概念——刑法の内と刑法の外」。

的な意味を確立することが求められる。ここでの『足ることを知る』に関する理解は、我々の信念・態度・願望・趣味・目的・好悪などの感情的・価値的要素に依存している。次に、この主観的な理解に基づき、『足ることを知る』の効能に対し事實的考察を行った結果、『足ることを知れば常に幸せである』又は『足ることを知れば常に幸せというわけでもない』という結論に至る。このような思惟方法は我々にとり明晰なものである。しかし、これは一方の立場の説明と主張には適しているものの、他者の観点の弁明に不利なものである。なぜなら、自己と他者が使用している「足ることを知る」の価値的な立場と用語の環境を明確にしていないからである。従って、議論に供する土台をつくっておらず、議論の相対性もなく、その結果、自らの主張を述べるだけで、問題が真に解決されていない。我々が自己の価値的な立場を表明するだけで、他者を説得できるのであれば、問題を容易に解決できるが、このようなことはあまりないと思われる。

後者の思考方法を取るならば、我々は多少譲歩しなければならない。「足ることを知る」についての自らの定義を放棄し、他者の用語の環境を適用する。他者の思弁する「足ることを知る」に対して、意味論的・論理的な分析を行い、論理の中断と矛盾が存在するか否かを検討する⁽¹²⁾。このような思惟方法は、上述したような、問題を議論する時に必要な前提を確定しており、明確で統一的な犯罪評価の主体性を保持している。そのため、議論の対象となる事柄の実質的同一性は、我々が客観的に問題を検討することによって、有利な状態にある。従って、論者としては、「同情的」とも言うべき、他者の視点の上に立つ立場に立脚して、デュルケムによる犯罪の定義を認識することにしたい。以上の考察に従い、論者は、本稿での検討を開始するに当たり、「犯罪は有益である」という価値判断を「犯罪は有益である」という命題の語義と論理に関する判断に転換することとしたい。

(12) 鄭成良・前掲『法律のうちの正義』60頁。

二 デュルケムが観る「犯罪」

（一）通常概念に対する不信

デュルケムは、研究対象を概念化することを非常に重視している。彼のすべての論証と検討に最も欠かせない主要な条件が、その研究対象が何であるのかということであり、彼が何を研究しているのかを自己と他者に分らせることである。いかなる科学的研究でも、同一の定義に符合する一連の現象がある。実際、一種の理論については、人々がその解釈しようとする事実を確認した後、はじめて検討を行えるものである。また、科学的研究の対象自体は、この基本的な定義により規定されたものであり、この対象が果たして科学的に研究されるものであるのか否かは、この基本的な定義によることになる⁽¹³⁾。同時に、デュルケムは、日常言語の科学的研究における利用を信頼していない。彼は『自殺論——社会学研究』（1897）において、このような懷疑を表明した。「自殺という言葉が日常言語で多く用いられているため、人々は、この言葉の意味を誰でも知っており、これを定義することは不要であると思っている。しかし、実際に、日常言語は、この言葉の表す概念と同じく曖昧なものである。学者たちが、通常の意味でこれらの言葉を使い、別途詳細に説明をしないと、極度の混乱に陥ってしまう可能性がある」。「従って、学者は日常言語に符合する既成事実を研究対象にすることができない。自らその研究しようとする事実を確定すべきで、これらの事実が科学的に検討されるために必要な同質性と特殊性を具備させなければならない」⁽¹⁴⁾。デュルケムは著書『社会学的方法の規準』（1895）において、あらかじめ確定的で厳格な定義をしていない学

(13) デュルケム・前掲、商務版、54頁。

(14) [仏] エミル・デュルケム著、冯韵文訳『自殺論』、商務印書館1995年版、7-8頁。

者たちを批判した。「社会学が検討する家庭・財産・犯罪などの問題は、我々が通常よく話しているものであり、社会学者は、これらに対して、あらかじめ確定的で厳格な定義をしなくてもよいと考えている。我々は日常生活に反復出現する言葉を使うことに既に慣れ、通常、用語の語義を明確にする必要がなく、通常の意味のみで解釈すればよいと考えるが、通常の意味が非常に曖昧不明なもので、いつも異なるものを混同し、一つの名称を称し、同じ解釈をするため、整理できない混乱を招く」⁽¹⁵⁾と述べている。

通常概念への不信に基づき、デュルケムは、「科学の需要と専門用語を借りて、新しい概念を作ることにより、関連する物事を明晰に解釈する」と主張する。しかし、デュルケムは日常用語の概念が学者にとってまったく意味がないとは考えていない⁽¹⁶⁾。「通常概念は、時には、研究者の導き手として、一種の『指示灯』となる」。「これを通じて、我々は、同様な名称で結合し、必然的に共同の特性を持つ一連の現象がどこにあるかを知ることができる。また、それが現象と終始一定の関連性を持つため、時には、我々に大体どこへ行けば、これらの現象を探せるかを教えてくれる」という。注目に値することに、デュルケムは、「通常概念の構成が非常に粗末なものであるため、必要性に応じ作られた科学概念と完全に一致することは不可能である」⁽¹⁷⁾と強調している。

どのような条件の下で通常概念を使用できるか、どのような場合に新しい専門用語を作るかについて、デュルケムは更に「実際に、我々はいつも通常概念と常用の言語を先に使う。これらの曖昧な言語表現で指した物事から、共通の外在的特徴を探る。これらの物事が存在し、このような類似した事実による概念は、不完全なもの（この場合が少ない）であっても、その大多数が通常概念と一致すれば、我々は通常概念を使って、これらの

(15) デュルケム・前掲、商務版、56-57頁。華夏版、30-31頁。

(16) デュルケム・前掲、商務版、56頁。

(17) デュルケム・前掲、商務版、56頁。華夏版、30頁。

類似事実を表明することができ、社会学において日常用語の言葉を保持することになる。しかし、両者の間に大きな差があり、通常概念が区別すべき大多数の事柄と混同されることになれば、新しい専門用語を作らなければならない」⁽¹⁸⁾と説明した。ここで注意しなければならないのは、彼の研究する社会現象を通常概念で表明する際に、通常概念が含んでいる物事の範囲は、一般に、彼が研究する物事の範囲と完全に一致することはできない、ということである。すなわち、確定された研究範囲は、我々が日常用語で指した物事を含まないことも、他の名称を冠した物事を含むこともあり得る。また、デュルケムが物事の研究範囲を確定する基準は、物事の共通の外在的特徴であり、つまり、全てに存在する特徴を有している物事がある通俗的概念の下に集めることである。人々が通常の使用法によりある言葉でこれらすべての物事を包容できると認めなくてもよい。これはデュルケムが社会現象の研究のために確定した規則である。

デュルケムの「自殺」についての定義を例にして、デュルケムが社会学研究の中において、これらの規則をどのように運用しているのかを説明することにしたい。デュルケムは、『自殺論』において、「我々の最初の任務は、自殺という定義の下で研究しようとする事実の範疇を確定することである。これについて少し考えると、異なる死亡の種類の中に、すべての誠実な観察者に分かる共通の客観的な特徴があることに加えて、その他の死亡では見られない特殊性があるかということになる。しかし、同時に、人々が通常、自殺の定義の下に帰する死亡に近づくよう、我々は、この言葉を保留し、この言葉の通常用法を曲解しないことが必要となる。このような状況になると、我々は例外なくこれらの特殊性をあらわすすべての事実をこの定義の下に置くことになる。たとえ、このような分類が、人々が通常称するところの自殺を含まず、もしくはほかの名称における死亡を含んでも、我々は不安を感じることもない。というのは、これは、普通の

(18) デュルケム・前掲、商務版、56頁、注釈1。華夏版、30頁、注釈1。

人が自殺という時に使う概念を適切に表現することではなく、ある物事の範疇を確定することだからである。この範疇を難なくこの種類に帰属させることもでき、客観的に確定させることもできる。すなわち、物事の特殊性に符合させることでもあると言える」⁽¹⁹⁾。

デュルケムは、犯罪を正常な社会現象として捉え、犯罪に対する研究において同様な原則を使った。

(二) 形式的な定義：犯罪と刑罰の共生態

前述のように、デュルケムによる犯罪に関する記述は、彼の社会現象に対する研究の主要著書と論文に散見される。ここでは、筆者の整理に基づいて、前述の「同情的」な思惟方法に従い、デュルケムの視点から彼の研究方法を受け入れ、彼の前提仮説によりつつ、客観的にデュルケムによる犯罪の定義を考察する。

デュルケムによる研究対象の範疇は一つの基本的な定義によるものであることは、既に上述の箇所⁽²⁰⁾で言及したが、次に、デュルケムは、「この基本的な定義を客観的にするため、人々の観念により現象を明らかにするのではなく、現象そのものの固有の特性により明らかにする」⁽²¹⁾と述べた。続いて、なぜ「現象そのものの固有の特性」を確定させるのかについて、デュルケムは、研究を開始したばかりの段階では、研究者が研究対象の本質的特徴を客観的に認識することができないからである、と述べた。彼は、「一部の人は、研究しようとする物事に対し、これを細かく定義できるが、共通の外在的特徴を有するすべての現象を同一定義・同一名称のもとに収めることなく、その中から良いと思われる部分を選択するだけで、このような特徴を有する独特な現象として認識してしまう。その他の現象に至っては、このようなはっきりした特徴の領域を超える選択を考慮

(19) デュルケム・前掲『自殺論』、8頁。

(20) 前掲注2。

(21) デュルケム・前掲、商務版、54頁。華夏版、28頁。

する余地もない。しかし、このような方法では主観的な、不完全な観念しか選択できない。実は、このような選択方法は先入観によるもので、研究の始まりには、いかなる研究もこのような選択方法を定めることができない。選択された現象は、他の現象よりこのような現実による思想観念に最も符合するため、選別されたものである」⁽²²⁾ という例を挙げた。

デュルケムは、上述した「選別」の定義方法が科学的研究の客観性に反し、先入観により客観的な事実を変えてしまうことになる、と述べている。彼は、物事の共通の外的な特徴により社会事実を定義することを堅持する。「研究を始める段階では、事実に対し何らの分析もしておらず、唯一触れることのできる事実の特徴は、直接的に観察できる外的な特徴である。内部に内蔵されている特徴は最も根本的な特徴であり、高い解釈能力を有するが、科学の展開するこの段階では、これらの特徴が認識されておらず、人々がある思想観念で現実を置き換える時になってから認識されることになる。従って、我々は外在的な特徴から基本的な定義の内容を探す。また、この定義は例外なく、区別なしで、同じ特徴を有するすべての現象を含む。我々には、その中から選択するいかなる理由及び方法もない。我々の研究する物事は、我々が既に知っている実在する物事であり、これらの物事を定義するには、その形状以外に、他の基準がない。ここから、一組の共通する外在的な特徴を有する定義の現象を予め研究の対象とし、この定義に符合するすべての現象を同一の研究に収めることであるという準則を得ることができる」⁽²³⁾。従って、デュルケムは犯罪を定義するには、すべての犯罪現象に共通する外在的な特徴によるべきだと考えていた。彼は、『社会分業論』において、「犯罪の内在的構成を知るには、異なる社会形態にある各種の犯罪現象から共通な特徴を抽出しなければならず、どの社会類型をも省略してはならない」⁽²⁴⁾ という内容を記載した。デ

(22) デュルケム・前掲、商務版、31-32頁。華夏版、58頁。

(23) デュルケム・前掲、商務版、55頁。華夏版、28-30頁。

(24) [仏] デュルケム著、渠東訳、『社会分業論』、生活・読書・新知三聯書店

デュルケムは特に、ガロファロ (Baron Raffaele Garofalo, 1852-1934) の著書『犯罪学』における犯罪に対する定義を批判している。デュルケムは、ガロファロの考え方を「社会にある、あるいは各社会中における犯罪を比較せず、その中から一部の現存する道徳に抵触する行為を採用するのみで、若しくは大多数の人に害を与えるある行為を犯罪現象と定義し、時代の進歩による変化あるいは道徳を犯罪事実として考慮しない」として認識している。ガロファロは、永久には存在できないような犯罪現象は犯罪の特徴を有するものではない、と考えていた。従って、これまでの社会で発生した犯罪行為は、現在の社会に存続しない限り、ただの犯罪の変種若しくは偶然の現象であり、真の犯罪性を有しないものとされる。これに対し、デュルケムは、このような選択方法を取れば道徳概念に対する個人的な認識になってしまう、と批判した。道徳の進化は、川に有る流水と同じく、最後になればなるほどきれいである。すべての不純・不完全な物質が途中で淘汰され、最後に残ったものこそ道徳である。これにより、更に、現行の道徳に抵触したものが真の犯罪である。ガロファロのこのような論述について、デュルケムは、「ただの仮定であり、正確な定論ではなく、真理でもなく、研究の理論的根拠にする必要もない」⁽²⁵⁾ と認識していた。ここに至って、デュルケムは自らの犯罪に関する外形的な定義を行った。彼は、「これらの外在的な特徴を有するすべての現象を探し出すことができる。そして探し出した後に、社会は必ずこれらに対し『処罰』と思われる反応行為を引き起こすことになる。我々はこれらの行為を一つの特別 (sui generis) な類に帰し、共通の名称を与え、処罰を受けるべきすべての行為を犯罪というのである」⁽²⁶⁾ と述べた。

しかし、物事の外観で定義することには、表面的現象を物事の根本に追するという弊害がないか、論理の一般的な規律に反し、物事の一面のみを追

2000年版, 33-34頁。

(25) デュルケム・前掲, 華夏版32頁。商務版58-59頁。

(26) デュルケム・前掲, 商務版, 55頁。華夏版, 29頁。

求し、その他の基本道を求めないという問題が発生するのではないか、という疑問が呈される。この問題について、デュルケムは、著書『社会学的方法の規準』で、人々による質問に対して回答している。彼は、「このような推理では、人々が刑罰をもって犯罪を定義する時に以下のような弊害があると指摘される。すなわち、犯罪を刑罰から生み出されたものとするという指摘である。しかし、このような疑問は、上述した『物事の外形から物事を考察する』という意味を十分に理解していない。この定義は、物事を研究し始めたときに、物事の外形から物事を考察することを意味するのであって、研究中又は研究後のいずれにおいても、外形考察の結果で物事の本質を解釈するということではない。物事の外形で定義を下す目的は、物事の本質を解釈することではなく、我々を当該物事に接触させるためである。ある物事について、我々が最も接触しやすい部分が外形である。事物の外形に関する定義の効用は、事物の外形を解釈できることにある。しかも、物事のすべての外形を解釈することなく、我々の研究に十分な解釈を提供できればよいのである」⁽²⁷⁾と言及している。

デュルケムの分析は一理あるものの、我々も「外形から木の葉を観察する場合、木の葉についている蝶を研究分野に入れる可能性もあるのではないか」という疑問を抱いている。

この疑問について、デュルケムは、「話を戻すと、定義の根拠とする外形は、その性質に偶然性があり、又は物事の基本的な属性に関係しなければ、上述した反対意見が成立し得る。この場合、科学が更に進歩することはできない。物事の外形と物事の実質との間に確定した関係がなく、このような研究が物事の真相を究明することはできないからである。逆に、物事の外形と実質とが完全に一致して例外もなければ、物事の真実の現象に密接に関係している。結果として、因果関係の原則を認める限り、これによる定義は信用できるものである」⁽²⁸⁾と回答した。

(27) デュルケム・前掲、華夏版、34－35頁。商務版、61頁。

(28) デュルケム・前掲、商務版、61頁。華夏版、34－35頁。

では、犯罪の外在的な特徴としての刑罰は、犯罪と一体どういう関係があるのか。この点について、デュルケムは、「当然、処罰から犯罪を創造したのではないが、犯罪は処罰により我々の目の前に暴露されるものである」^{〔29〕}と考えた。デュルケムにとって、刑罰という外在的な特徴は例外なく異なる社会形態における各種の犯罪現象に同時に存在している。従って、彼は、刑罰と犯罪現象の本質とは密接な関係があり、この本質に符合すると考えている。彼は「物事の外形が表面的なものであっても、これを詳細に考察すれば、科学者に更に詳細な研究ルートを示すことができる。これらは科学がその後の解説過程において絶えず延長する部分に不可欠な連鎖である」^{〔30〕}と言及した。デュルケムは、「犯罪とは何か」という質問に答えるには、刑罰から着手しなければならない、と述べた^{〔31〕}。彼は、「いかなる程度においても、犯罪人に対して正に行われるいかなる打撃的な措置も、常に人々の言う処罰なのだ」と考え、「このような処罰の起因を考察する。更に言うと、これこそ、犯罪の本質的構成である」^{〔32〕}と考える。

続いて、我々は、このようなデュルケムの考え方に従いつつ、犯罪概念を認識することにしたい。

（三） 犯罪定義の深化：集団意識との分岐

ここで指摘する必要があるのは、デュルケムが制裁を二種類に分けたということである。第一の種類の制裁は、苦痛に依拠したもので、その目的は犯人の財産・名誉・生命と自由若しくは犯人が享受できる物事の一部を損なうことである。このような制裁は「抑圧的な制裁」と言われる。第二の種類の制裁は、必ずしも違反者に対し苦痛を与えるものではなく、その

〔29〕 デュルケム・前掲、商務版、61頁。華夏版、35頁。

〔30〕 デュルケム・前掲、商務版、62頁。華夏版、35頁。

〔31〕 デュルケム・前掲、商務版、61頁。華夏版、35頁。

〔32〕 デュルケム・前掲『社会分業論』、33頁。

目的は原状回復である。即ち、攪乱された秩序を新たに正常な状態に戻すことである。このような制裁は「純粋な修復的な制裁」と言われる。これに対応して、法律には、主に二種類のものがある。第一の種類は刑法で、第二の種類は民法・商法・訴訟法・行政法と憲法を含む。デュルケムによれば、すべての犯罪行為は例外なく刑罰を受けることになるが、刑罰という「抑圧的な制裁」は刑法にのみ定められるものである⁽³³⁾。

それでは、刑法は何を根拠にして刑罰を規定し、また更に犯罪を定義するのか。行為そのものの固有の悪性若しくは不道徳によるものなのだろうか。

デュルケムは、行為の悪性若しくは危害性が犯罪の本質的特徴であることを否定している。彼は、「かつて、また現在でも、犯罪と見做される大量の行為は、実際には社会への危害を有してはいない。例えば、ある人が禁忌に触れたとか、ある不潔な若しくは神聖な動物・人間に触れたとか、聖火を消したとか、ある肉を食したとか、生き物を殺し祖先に祭を捧げなかったとか、正々堂々と祈禱文を読まなかったとか、ある祭日を祝わなかったとか、これらのような行為は本当に社会に危害を加えたものなのか」⁽³⁴⁾ という例を挙げた。ここから、デュルケムが全ての犯罪に危害性があるとは考えていない、ということが分かる。すなわち、行為の悪性は犯罪の共通した性質ではない。従って、社会危害性により犯罪を定義することは、デュルケムの定義原則（前述の箇所所述べた）に符合しないのである。

それでは、刑法及び「抑圧的な制裁」の基礎を構成するものは何か。

デュルケムは「犯罪に相応する集団的な感情」という仮説を設けた。彼は、犯罪に相応する集団的な感情が他の集団感情と異なっていると考えて

(33) Durkheim, Emile: *Durkheim and the Law*, Edited by Steven Lukes and Andrew Scull, Basil Blackwell Publisher Ltd. 1984, p. 39. デュルケム・前掲『社会分業論』, 33頁。

(34) デュルケム・前掲『社会分業論』, 35頁。

いる。「ある固有の平均強度に達しなければならず、人々の意識にあるだけでなく、更に意識の底になければならない。不確定で表面的なものは常に変化している意志と異なり、人々の内心に植えられている感情と傾向である」⁽³⁵⁾。社会の構成員はこのような信仰および感情を有し、自ら明確な生活体系を構成している。我々はこれを集団意識若しくは共同意識と呼ぶ。明確で強烈な共同意識は刑法の基礎を構成している⁽³⁶⁾。ある行為が犯罪と認定されるのは、行為そのものの固有の特性によるのではなく、社会評価の結果であるとデュルケムは認識している⁽³⁷⁾。すべての犯罪も特定の集団感情と対抗し、この対抗が犯罪から来たものではなく、逆に犯罪を構成するとデュルケムは認識した。言い換えれば、「ある行為が犯罪であるために集団意識を犯しているというよりも、集団意識を犯したために犯罪であると言わなければならない。犯罪であるために我々が責めたのではなく、責めたので犯罪になったということである」⁽³⁸⁾。これについて、デュルケムは明確な例を挙げた。すなわち、抽象的な理論から言えば、我々は人間が肉を食べることを禁じてはいないが、この肉に対する嫌悪が共通意識の一部となり、且つ、集団感情が強烈又は正確に一定の程度に達した場合、これに触れるすべての行為が犯罪として見なされるべきである、というものである。

如何なる物事も我々が好きだからより美しくなり、美しくなってから好きになるということではないとスピノザは考える。デュルケムの考えでは、同様な理論を犯罪に関する概念化にも適用できるのである⁽³⁹⁾。これ

(35) デュルケム・前掲『社会分業論』, 40頁。 Durkheim, Emile: *Durkheim and the Law*, p. 46.

(36) デュルケム・前掲『社会分業論』, 42・113頁。 Durkheim, Emile: *Durkheim and the Law*, p. 51.

(37) 'Introduction' by Steven Lukes and Andrew Scull, in *Durkheim and the Law*, p. 21.

(38) Durkheim, Emile: *Durkheim and the Law*, p. 48; デュルケム・前掲『社会分業論』, 44頁。

(39) デュルケム・前掲『社会分業論』, 69・44頁。

までの分析により、デュルケムは、「ある行為が強烈且つ明確な集団意識（*conscience collective*）に違反した場合、この行為が犯罪である」^{〔40〕}と言う結論を下した。これに対し、フランスのある著名な犯罪学者、ジョージ・ピカ（Georges Picca）は、「ある行為が犯罪となるのは、それ自体の客観的な特性によるものではなく、社会からのそれに対する批判によるものだ」^{〔41〕}と評価している。

三 デュルケムの仮説に対する反論

前述の箇所で、我々は、自己の観点を措き、「同情的」観察者として、デュルケムの主要著書における犯罪定義に関する原型を描いた。ここでは、論者は再度、彼の定義を強調したい。

第一に、デュルケムは、まず外形的な定義を行った。「これらの外在的な特徴を有するすべての現象を探し出すことができる。探し出してから、社会から必ずこれらに対し『処罰』と思われる反応行為を引き起こすことになる。我々はこれらの行為を一つの特別（*sui generis*）な類に帰し、共通な名称を与え、処罰を受けるべきすべての行為を犯罪という」^{〔42〕}と述べた。

第二に、デュルケムは、更にこの外形的な定義を深化させた。つまり「ある行為が強烈且つ明確な集団意識（*conscience collective*）に違反した場合、この行為は犯罪である」^{〔43〕}とするのである。

この二つの関連する犯罪定義から、以下の二つの仮説を見ることができる。

1. 犯罪と刑罰は共生態を形成しており、処罰を受けない犯罪はない。

(40) 前掲43頁。Durkheim, Emile: *Durkheim and the Law*, p. 51.

(41) ジョージ・ピカ（Georges Picca）・前掲『犯罪学の思考と展望』、3頁。

(42) デュルケム・前掲、商務版、55頁。華夏版、29頁。

(43) デュルケム・前掲『社会分業論』、43頁。Durkheim, Emile: *Durkheim and the Law*, p. 51.

デュルケムは『社会分業論』において、「犯罪がいかに変化するかに関わらず、いつどこにおいても同様な性質を有し、同様な結果がもたらされる。これこそが処罰である」⁽⁴⁴⁾と明言している。

2. 人々の心には集団感情が存在しており、この集団感情が一定の程度に達する場合に、この集団感情と違背するいかなるものも犯罪性を有する⁽⁴⁵⁾。

仮説1について、デュルケムは刑罰から犯罪を定義しており、刑罰が犯罪の本質的特徴とは認めていないものの、定義の客観的効果は、刑罰があるからこそ犯罪があるというものである。静態的な規範からいうと、危険性を有する行為が、必ず犯罪として扱われるというわけではない。このような行為は、刑法により規制されず、刑罰と分離されている。最も典型的なものは、フランスの犯罪学者であるジョージ・ピカが言った「金めっきの犯罪」⁽⁴⁶⁾である。すなわち、公民と団体の権利を侵害する政権者の行為が処罰を受けないということである。デュルケムは、このような行為を犯罪の範疇に入れなかった。また、動態的な規範からいうと、有罪と無罪の境界が不変的なものではなく、社会道徳観・経済・政治・文化などの条件の変化に応じ、かつて犯罪とみなされた行為が刑法典から消えていった。人々は、これらの行為（例えば、神への冒瀆・不倫・墮胎などの行為）を犯罪として捉えないが、デュルケムの定義規則によれば、「現在の社会にない犯罪行為が犯罪学上の特徴を有しないと考えても、このような行為を犯罪という名詞から排除してはならない」⁽⁴⁷⁾ということになる。

当然、集団意識の違反若しくは犯罪が有する危害性により、犯罪が処罰されるべきではあるが、実証的な面から、すべての犯罪人が刑罰的制裁を受けている訳ではなく、社会において大きな暗数が存在している。しか

(44) デュルケム・前掲『社会分業論』、46頁。

(45) Durkheim, Emile: *Durkheim and the Law*, p. 48.

(46) ジョージ・ピカ (Georges Picca)・前掲『犯罪学の思考と展望』、33頁。

(47) デュルケム前掲、商務版、59頁。華夏版、33頁。

し、我々は未発見または未処罰により、その犯罪性を否認してはならない。

上述した理論上の欠点については、デュルケムもこれを認識しているが、「常態こそが犯罪と刑罰との分割不可の要素である」⁽⁴⁸⁾ と考える。刑罰と分離した犯罪現象は、偶然的なもので、病的なものである。デュルケムは犯罪現象を正常な社会現象として研究すると主張している。従って、偶然的な異常現象は、デュルケムの研究範疇に入らない。

デュルケムは犯罪と刑罰が共生するものだと言主張するだけでなく、刑罰が正常な作用を発揮した場合、社会に危害をもたらした犯罪はこれに抵触することになるとする。デュルケムは、事物の効能に関する用語の環境を強調し、犯罪による悪い結果を起こさず、無害行為の状態の下では、犯罪が積極的な作用を発揮することができると考えていた⁽⁴⁹⁾。たとえば、デュルケムは犯罪が人々の正義感・社会の団結を向上させることができると考えた⁽⁵⁰⁾。ただし、同時にデュルケムは、「犯罪は非難及び鎮圧を受けるときに有用なものとなる。一部の人は、犯罪を正常な社会学的現象に帰することは、犯罪行為を容赦することを意味するという誤った認識をするが、一部分の犯罪行為が正常なものであれば、これらの犯罪行為が処罰を受けるのも正常なものである。処罰と犯罪は不可分なものであり、どれ一つ欠けてはならない。鎮圧制度のいかなる不正常的な弛緩も結果として犯罪行為を奨励することになり、犯罪行為を不正常的な強度にまで達するものとさせることになる」⁽⁵¹⁾ と強調している。実際に、フランスの犯罪学者であるガブリエル・タルド (Gabriel Tarde)⁽⁵²⁾ の指摘したように、デュルケム

(48) E. Durkheim, 'Crime and Social Health', in *Durkheim and the Law*, p. 97; デュルケム「犯罪と社会健康」, デュルケム『乱倫禁忌及びその起源』(デュルケム文集第六卷), 汲喆等訳。上海人民出版社2003年版, 464頁。

(49) デュルケム・前掲, 商務版第一版の序言注釈1, 3頁。

(50) デュルケム・前掲『社会分業論』65頁。

(51) デュルケム・前掲『自殺論』397頁。

(52) フランスの犯罪学者・社会学者。主要著書には、『比較犯罪学』・『模倣法

の定義が指したのは、厳格な犯罪ではなく、犯罪と刑罰との結合体 (the coupling of crime and punishment) である⁽⁵³⁾。犯罪から刑罰を必然的に導き出し、刑罰の効力を発揮して、活力に満ちた共同意識の擁護を通して懸命に社会的凝集力を維持する。ここから社会の団結を推理できたのである。

語義と論理から分析すると、デュルケムの分析については申し分ない。だが、問題は、我々が現実を考察せずに、デュルケムの犯罪と刑罰との共生態の仮説を受け容れ、犯罪は有益であるという結論に全く異議を唱えないことが可能なのかということである。

仮説2について、我々はデュルケムの本意をたどって、それを「明確化」したい。

ア、社会には、統一的で、且つ人々の心の底に定着している共同意識がある。

イ、この意識は法律に反映されるものであり、刑法は集団意識を体現した精髓である⁽⁵⁴⁾。

ウ、人々は法律を守り、それを正当且つ合理的に判断し、法律に対する無知及び法律に従わない行為について、これを病的状態だと考えた⁽⁵⁵⁾。

則』・『社会心理学研究』がある。「犯罪行為と社会健康」という著作では、犯罪は有益であるというデュルケムの観点に反発した。

(53) Gabriel Tarde: 'Criminality and Social health', in *Durkheim and the Law*, p. 76.

(54) 'Introduction' by Steven Lukes and Andrew Scull, in *Durkheim and the Law*, pp. 1, 7, 51.

(55) デュルケム・前掲『社会分業論』37頁。原文は「刑罰は制裁を通じ、犯罪行為を禁止する規範である。これを、『法律に無知な人はいない』という法律箴言に纏めることができる。これは決して大げさな話ではない。各規範が人々の意識に刻まれた以上、すべての人がそれを理解し、合理的なものだと考える。通常からいうと、少なくとも事実に符合するものである。ある成人がこれらの基本的な規範にまったく無知で、その權威を拒絶する場合、このような無知と抵抗が人々に躊躇なく病態だと言われることになる。ある刑法が、遍く拒否されているが、存続した場合、これは、これと同時に一部例外の状況があるということである。これは、通常に反するもので、——長期的には存続しないは

こうして、集団意識に違反する行為は刑法に違反する行為に転化される。これにより、犯罪は、刑法（異なる歴史的時期と社会制度における刑法を含む）に違反する行為である。デュルケムは、ガロファロによる道德感—基本感情（どの社会にも存在する道德感、例えば同情感及び誠実感）と非基本感情（異なる時代・国・人々により異なる感情）との区分—が主観的なものであり、「正確な定論ではなく、真理でもない」と考えていた。デュルケムは、ガロファロの「自然犯」の定義をも否定し、これはガロファロが「人類社会におけるある時代の環境、事件若しくは立法者の特定観点」の状況の下で行った犯罪に対する定義である、と考えていた。デュルケムから見ると、ガロファロの仮説は「物事を研究する理論根拠にならない」ものであったのである⁽⁵⁶⁾。

本時点で、我々は、デュルケムの共同意識に関する仮説をそのまま受け入れるべきかという問題に直面する。

まず、現実から見ると、社会には、統一的で、人々の心の底にあり且つ一定程度正確な集団感情が有されているのか。

次に、歴史を考察すると、いかなる歴史的時期、また異なる社会形態における法制度が人々に真に尊重され、正当で合理的なものだと考えられていたのか。

上述の疑問を無視すれば、集団感情に違反し、刑法に違反する如何なる行為も犯罪だと泰然と認められるが、法律が正義に符合するものであること、そして正義の法律に違反する犯罪の有益な作用を本当に議論できるのだろうか。ここでの矛盾について、デュルケムも注意を喚起した。彼は、どの特定の時期における刑法においても、ある特定の集団感情に相応することは、刑法が不変を保持する意味ではなく、「このような感情が生き生きと活躍している状況の下での規範はその存在の理由がある。このような感情がなくなり、我々が人為的な手段でそれを維持しようとしたとして

ずだ」である。

(56) [伊] ガロファロ・前掲『犯罪学』、20頁。

も、それは結果的に無駄になり、それどころか有益さより弊害の方が多い。更に言うと、ある法律手続が以前に通用していたが、現在は通用しなくなり、新しい法律の障害物になる。その場合には、我々はそれを覆す必要がある」⁽⁵⁷⁾と補足した。

ここでは、デュルケムは例を用いて彼の上述の観点を更に明確化させる。集団感情がなくなり、法律が現実には符合しない、通じなくなるおそれがあるような場合でも、依然として自らの犯罪定義は堅持されるものとして、デュルケムは、ソクラテスを例にとり、「アテネの法律によれば、ソクラテスは犯罪者であり、彼に対する判決も正しいものである。しかし、彼の罪、すなわち、彼の独立思想は全人類に対して有益なものであるばかりではなく、彼の祖国にも有益なものである。彼の罪は、古い道徳に違反するだけでなく、アテネ人が新しい道徳と信仰を形成することによって必要でもあった。当時のアテネ人の伝統が彼らの生存条件に既に符合しなくなっていたからである」⁽⁵⁸⁾と述べている。

以上のことから、本考察では、デュルケムの二つの基本的仮説を堅持しながら、デュルケムの論理における破綻や矛盾を発見できなかった（少なくとも、本文における分析によれば）のであり、彼の論理における「犯罪は有益である」という理論を受け入れることができるものといえよう。ただ、ここには尚一つの問題が残される。つまり、現実の考察や価値の分析を考慮せずして、デュルケムによる犯罪定義の語義と論理の分析に満足し、デュルケムによる犯罪効能の分析の結論に賛成できるのか、という問題である。本文の最初に確立した語義や論理の実証的分析方法では、この問題については更なる考察を進めることはできないが、筆者は本稿を終えるにあたり、今後の課題として、デュルケムによる犯罪概念の基本的仮説の分析に、理性、価値、若しくは感情を融合すると、その結論はどうなる

(57) デュルケム・前掲『社会分業論』注釈1、70頁。

(58) Durkheim, Emile: *The Rules of Sociological Method*, p. 71. デュルケム・前掲、商務版、88頁。華夏版、57頁。(1)

のか，ということを自問していきたいと考える。