
論 説

「過剰な犯罪化 (overcriminalization)」について

上 田 正 基

I はじめに

「過剰な犯罪化 (overcriminalization)」とは、近年英米において盛んに議論されている現象であり、①擁護できない犯罪規定、②過分な成分法、③有責性を拡張しすぎる法理論、④法域が権限をもたない犯罪、⑤ひどく不均衡な処罰、及び⑥軽微な違反に対する過度な又は口実的執行といった関心事から構成される問題事象である¹⁾。すなわち、過剰な犯罪化は、何が犯罪と称せられるべきか、どのような場合にそれが執行されるべきか、誰が法の非難の範囲内にある、あるいは逆に、完全に責任を免れるのか、そして、特定の事例における処罰の限界及び適切な量刑はどのようにあるべきかといった刑事法全体に亘る問題を包含するのである²⁾。したがって、過剰な犯罪化に関して行われている議論を検討することは、刑法学が刑事立法あるいは刑事司法制度全体のあり方についてどのように議論すべきなのかを考察するにあたって、非常に示唆的であると思われる。そこで本稿では、過剰な犯罪化という現象の定義、原因、解決策をめぐる議論に関し

1) Erik Luna, *The Overcriminalization Phenomenon*, 54 AM. U. L. REV. 703, 716 (2005). また、overcriminalization と overpunishment を区別するものとして、Monika Simmler, *Zwischen Overcriminalization und Overpunishment: Die US-amerikanische Mens-Rea-Debatte und die politischen Dimensionen des Schuldprinzips*, in: Anna H. Albrecht / Julia Geneuss / Alix Giraud / Erol Pohlreich (Hrsg.), *Strafrecht und Politik*, 2018, S. 51 ff. もあるが、本稿では特に明示しない限りには区別しない。

2) Luna, *supra* note 1, at 712-713.

て、その方法論や問題点を検討することを通じて、刑法学からの立法批判議論（あるいは、刑事司法制度全体に対する批判）のあり方について考察することを目的とする。

そして、それによって、これまで立法批判機能を期待されてきた「法益論の必要性自体を懐疑的に捉える論者」（私自身を含む）が、「現状肯定的な議論に終始する」ことや、「批判的な理論を提供する」という「刑法学の役割を放棄」することを意図しているわけでは決してなく、立法者に対して説得的かつ助言的な提案をなし得る議論枠組を構築しようとしているということも示すつもりである³⁾。

II 正当な範囲の刑法？

「過剰な (over-)」という表現が含意するのは、何らかの正当な範囲を超えているということであろう。過剰な犯罪化の最も簡潔な定義である、「多すぎる処罰、多すぎる犯罪 too much punishment, too many crimes」⁴⁾も、処罰及び犯罪化の正当な範囲の存在が想定されている。ここで、法典上にある刑罰法規の数だけに着目することは、過剰な犯罪化が何であるのか、あるいは何が問題なのかを論じるにあたってあまり意味をなさないであろう⁵⁾。それに対して、質的に正当な範囲の刑法が画定されれば、その

3) 嘉門優『法益論——刑法における意義と役割——』1-6頁（成文堂・2019年）の問題意識に対する応答でもあるということである。

なお、法益論に対する私自身の考えについては、上田正基『その行為、本当に処罰しますか——憲法的刑事立法論序説』44頁以下（弘文堂・2016年）、及び同『「合理性」とルール遵守、その刑事政策への含意について』神奈川法学 51巻1号 233頁、235頁以下（2018年）を参照。

さらに、「批判的学問としての刑法学」という自己理解に関する論攷として、Michael Kubiciel, Die Strafrechtswissenschaft als kritische Wissenschaft, Festschrift für Thomas Fischer, 2018, S. 144 ff. も参照。

4) DOUGLAS HUSAK, OVERCRIMINALIZATION - THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 4 (2008).

5) Todd Haugh, *Overcriminalization's New Harm Paradigm*, 68 (5) VAND. L. REV. 1191, 1199 (2015); Stephen Smith, *Overcoming Overcriminalization*, 102 (3) J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 537, 539-40 (2012).

範囲を超えるものという形で過剰な犯罪化を定義することが可能となる⁶⁾。そこで以下ではまず、過剰な犯罪化（あるいは、予防刑法への転回⁷⁾）という現象との関係でなされている、刑法の正当な範囲を画定しようとする試みが、どのような基本思想のもとで、どのような範囲画定を行っているのかを検討し、そのような試みの問題点も指摘する。

1 刑法の自由主義モデル

刑法の正当な範囲を画定し、それを越えるものとして過剰な犯罪化を問題視するアプローチが基礎に置く見解の中で支配的であると考えられるのは、刑法の自由主義モデルである。刑事司法の自由主義的構想とは、非難 (censure) と処罰 (punishment) を与えることにおける刑法の目的と、個人の自律及び尊厳を刑事手続において尊重する必要の両方を強調するものである⁸⁾。ここで非難とは、潜在的及び現実的な違反者に対する批判的な道徳コミュニケーションを意味する⁹⁾。このコミュニケーションを通じて国家は、当該処罰される行為が悪い (wrongful) ということを伝達し、人々に当該行為の悪性 (wrongfulness) を、行為を思いとどまる理由として考慮することを求める¹⁰⁾。このコミュニケーションにおいて、刑法の対象となる者は、自由意思を有し、道徳的熟慮 (moral reflection) の能力をもった行為主体として扱われ¹¹⁾、そのような自律的な道徳的行為主体としての地位を与えられた個人は、悪しき行為 (wrongdoing) をするという自由

6) Andrew Ashworth, *Conceptions of Overcriminalization*, 5 OHIO ST. J. CRIM. L. 407, 423 (2008).

7) HENRIQUE CARVALHO, *THE PREVENTIVE TURN IN CRIMINAL LAW* (2017).

8) Andrew Ashworth & Lucia Zedner, *Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions*, 2 CRIM LAW AND PHILOS 21, 22 (2008).

9) 刑罰とコミュニケーションの関係については、R. A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 79-88 (2001)。批判として、CARVALHO, *supra* note 7, ch. 6。も参照。

10) A. P. SIMESTER & ANDREAS VON HIRSCH, CRIMES, HARMS, AND WRONGS - ON THE PRINCIPLES OF CRIMINALISATION 12 (2011)。

11) *Id.*

で理性的な選択について公正に責任を負い、それゆえ処罰され得るとされるのである¹²⁾。

それと同時に、個人を自律的な道徳的行為主体として扱うという要請は、国家の刑罰権を限定する。自由主義モデルにおける刑法が想定する自律的かつ理性的個人は、社会においてそのような主体として相互に承認し、他者も平等に有する自由と調和する形で自らの自由を行使しなければならず¹³⁾、そのような意味での社会秩序が維持されることによって、個人は自身の自律を完全に行使することができる¹⁴⁾とされる。それゆえ、「市民社会の構成員に対して、その意思に反して、権力が正当に行使され得るための唯一の目的は、他者に対する害を防ぐことである」¹⁴⁾という他害原理 (harm principle) が、国家刑罰権の制限原理として用いられる¹⁵⁾とともに、他害原理に適合する規範は、社会において市民が遵守すべき規範となるのである。

さらに、自由主義モデルは、刑罰の意義について、過去の悪しき行為に対する非難を重視し¹⁶⁾、予防機能は二次的機能であるとする¹⁷⁾。刑法が個人を自律的な道徳的行為主体として扱うということは、個人を一般的に法に従う (例外的にしか犯罪を実行しない) ものとして信頼するということであり¹⁸⁾、犯罪化 (及び刑罰による威嚇) を通じて個人の行動の有害な帰結を先んじて予防することは、個人をそのような道徳的行為主体として認めていないということを意味する。それゆえ、理性的に行動する機会を与え、そのように行動しなかった場合にのみ処罰するという形で、個人に行

12) Ian Dennis, *The Critical Condition of Criminal Law*, 50 (1) CURRENT LEGAL PROBLEMS, 213, 237 (1997).

13) Luna, *supra* note 1, at 731-32.

14) JOHN STUART MILL, ON LIBERTY AND OTHER ESSAYS 14 (2008).

15) 制限原理としての他害原理がかかえる問題については、Bernard E. Harcourt, *The Collapse of Harm Principle*, 90 (1) J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 109 (1999).

16) ANDREW ASHWORTH & LUCIA ZEDNER, PREVENTIVE JUSTICE 96 (2014); SIMESTER & VON HIRSCH, *supra* note 10, at 10-16.

17) Ashworth, *supra* note 6, at 414.

18) SIMESTER & VON HIRSCH, *supra* note 10, at 16. また、この点は無罪推定とも関連する。

為主体性を行使する余地を与えるために、犯罪化は「なされた害 (harm done)」の場合に限定されなければならないとされるのである¹⁹⁾。そして、なされた害に対する非難としての刑罰は、有責的に行為した者に対して、その悪性に比例して科されなければならないとされる²⁰⁾。

このように理解される刑罰を、社会における市民相互間の承認という観点からみれば、刑罰には信頼の再確証 (reassurance) という機能も与えられる。自由主義モデルの刑法において想定される自律的な道徳的行為主体たる個人は、共同体の構成員たる市民として、共同体内の他者を相互に仲間として承認しなければならず、自分達を攻撃し、それに対して防衛しなければならないような敵とみなしてはならないとされる。他方で、個人は、互いに自らが信頼し得る者であること、すなわち、道徳的行為主体として一般的に理性的に行為し得る能力があることを確証しなければならないとされる²¹⁾。ここで刑罰は、誤った行為の結果として喪失した信頼を、将来において犯罪を行わないという形で、仲間たる市民に対して再確証するために科されるのである²²⁾。

2 自由主義モデルからみた過剰な犯罪化

刑法の自由主義モデルにおいて、犯罪化することが正当とされる実体的刑事犯罪の典型的形態は、「害プラス有責性 (harm plus culpability)」²³⁾又は「有害な悪しき行為 (harmful wrongdoing)」²⁴⁾である。すなわち、ある行為が正当に犯罪化されるためには、当該行為に関して、「なされた害」と「有責的悪行 (culpable wrongdoing)」という要件が充足されなければならない²⁵⁾。このようなモデルからは、以下のようなものが過剰な犯罪化とし

19) CARVALHO, *supra* note 7, at 5.

20) Ashworth, *supra* note 6, at 408-10.

21) R. A. Duff, *Pre-Trial Detention and the Presumption of Innocence*, in PREVENTION AND THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 113, 123-125 (Andrew Ashworth, Lucia Zedner & Patrick Tomlin eds. 2013).

22) *Id.* at 124.

23) ASHWORTH & ZEDNER, *supra* note 16, at 96.

24) SIMESTER & VON HIRSCH, *supra* note 10, chs. 2-3; HUSAK, *supra* note 4, ch. 2.

て問題視される²⁶⁾。

(1) 遠隔の害

第一に、犯罪化を正当化するために持ち出された害（終局的害）と「一定の種類 of 偶然性を伴う」という意味において遠く離れた (remote) 行為を犯罪化する場合である²⁷⁾。なぜなら、この場合には、なされた害が行為者に公正に帰責されず、犯罪化される行為は悪行 (wrongdoing) ではないとされるからである²⁸⁾。具体的には、一定の状況下又は一定の行為者による場合にのみ危険な行為であるが、そのような状況ではない又はそれ以外の行為者による場合にも処罰する抽象的危殆化 (abstract endangerment)、それ自体としては悪しき帰結を有さないが、自己又は他人による有害行為を誘発すると考えられる行為を、当該有害行為に対して一定の規範的関与がないにもかかわらず処罰する選択の介入 (intervening choice)、及び他者の類似の行為と結合した場合にしか、害が発生しないような行為を処罰する累積的害 (accumulative harms) 等が問題とされる²⁹⁾。

(2) 予防的な犯罪化

第二に、実体犯罪 (substantive offense) の遂行に向けての実質的ステップ (substantial step) と評価できる行為を、目的をもって行ったことを要件とする未遂犯処罰を超える予備的行為の犯罪化が問題とされる³⁰⁾。実質的ステップの要件は、犯罪の遂行を断固として決意していることを示す

25) 犯罪化の問題であるので、ここでの有責性はあくまでも事前的判断における有責性である。SIMESTER & VON HIRSCH, *supra* note 10, at 71-73.

26) 過剰な犯罪化の具体的な例とされるものについては、HUSAK, *supra* note 4, at 45-54; Luna, *supra* note 1, at 703-12.

27) Andrew von Hirsch, *Extending the Harm Principle: 'Remote' Harms and Fair Imputation*, in HARM AND CULPABILITY 259, 263 (A. P. Simester & A. T. H. Smith eds., 1996).

28) SIMESTER & VON HIRSCH, *supra* note 10, at 72.

29) von Hirsch, *supra* note 27, 263-71; SIMESTER & VON HIRSCH, *supra* note 10, chs. 4-5.

30) Ashworth, *supra* note 6, at 414. なお、この点は第一の点と重なり合う。

に十分なほどに、行為者が実体犯罪の遂行に向かっているということを表し、そのことを根拠として未遂犯処罰が正当化される。また、目的を備えた行為の要件が未遂犯処罰を正当化するのは、目的性が、犯罪遂行の決意が害を与えることに帰結する蓋然性が高いことを含意するからである。このような形で未遂犯処罰が正当化されているにもかかわらず、実質的ステップ要件を充たさない、より早期の行為を犯罪化すること、及び目的要件を課さずに予備的行為を処罰することは、行為者が犯罪遂行の決意を放棄しない者であるということ早期に認めることになるので³¹⁾、個人を一般的に法に従うものとして信頼するという要請と抵触するのである。ここでは、具体的に、予備的犯罪 (preparatory crime) や目的要件を不要とする所持罪が問題とされる³²⁾。

(3) 責任と比例しない処罰

第三に、なされた害について過誤 (fault) がない者にまで刑事責任を拡張する場合である。行為が悪い (wrong) ということは、当該行為者が咎められるべきであるということを含意しており³³⁾、過誤がない行為の犯罪化は、刑事責任を非難に値しない個人へと拡張することを意味するからである³⁴⁾。ここには、有責的な心的状態の要件を不要とする厳格責任犯罪、人的配慮又は不注意の証明を要しない形での他人の行為に対する代位責任、僅かな客観的行為と結びついた口頭の合意に対して、合意の内容となっている犯罪と同程度の処罰を許容する共謀 (conspiracy) のような法理論が含まれる³⁵⁾。また、このグループに関連して、行為者が意図した、又は知りながら危険を冒した害よりも大きな害を理由として刑事責任を科す擬制的責任 (constructive liability) も問題とされる³⁶⁾。さらに、行為者の

31) *Id.*

32) *Id.* at 414-416; ASHWORTH & ZEDNER, *supra* note 16, at 96-102.

33) Ashworth, *supra* note 6, at 411.

34) Luna, *supra* note 1, at 715-16.

35) *Id.*; Ashworth, *supra* note 6, at 413, 420.

36) Ashworth, *supra* note 6, at 411.

具体的な過誤（有責性）と比例しない量刑しか導き得ないような規定、例えば、義務的下限刑や、いわゆる「三振法」も問題とされる³⁷⁾。

3 自由主義モデルの問題点

上述したような自由主義モデルの刑法は、共同体の構成員である人間が、道徳的熟慮の能力を有する自律的な行為主体であり、相互に承認、信頼できる望ましいあるべき人間であることを前提とする。また、刑法においては、そのような人間によって構成される共同体が守るべき規範、あるいは、そうした人間を構成するための規範が具現化され、それが共有されていないとしないとする³⁸⁾。このような法について、共同体の構成員は道徳的行為主体として一般的に遵守することが原則とされている。そして、そのような法を個々の構成員が遵守することによって、調和した形で個々人が自由を最大限行使できる社会が実現されるのである。しかし、このような想定には様々な問題点がある。

(1) 自律の脆弱性

自律的な道徳的行為主体としての市民という構成は、相互承認と信頼を前提とする以上、その相互依存性において脆弱 (vulnerable) である³⁹⁾。また、共同体内の構成員は、自律的な道徳的行為主体として平等に取り扱われるにもかかわらず、現実には政治的及び社会経済的不平等も維持されており、また法に違反する者が存在する。しかし、法が全ての構成員を自律的な道徳的行為主体として、原則としてそうなる能力を有する者として平等に扱っているがゆえに、そこからの逸脱は自律的決定の結果であるとして個人の責任とされる。それゆえに個人が自律的であるという観念自体

37) Luna, *supra* note 1, at 715-16; Simmler, a. a. O. (Anm. 1), S. 72 f.

38) 稲谷龍彦「近代刑事司法の現代的課題 (1)」法セミ 772号 110頁、114頁 (2019年)も参照。

39) PETER RAMSEY, THE INSECURITY STATE: VULNERABLE AUTONOMY AND THE RIGHT TO SECURITY IN THE CRIMINAL LAW 84 (2012).

が、他の構成員の将来の行動について不安を生み出し、相互不信につながる。そして、相互不信は、自由が最大限行使され得るための前提条件を崩してしまうのである⁴⁰⁾。

そのような現実と、その脆弱性ゆえに、自律という観念が相互不信を助長するとすれば、個人は、道徳的行為主体であることを十分に確証されなければ、互いに信頼する（させる）ことができなくなる。そのことは、刑法の再確証機能の強化につながり、国家が個人の行動をより積極的かつ直接的に規制していく必要性が強調されるようになる⁴¹⁾。これが様々な行為が予防的に犯罪化されるときの論理であり、そのルーツはまさに自由主義モデルそのものの中にあることになる。ここで国家は、個人の自由が最大限行使できる条件を保障するために、それが適切に行使される範囲を画定しなければならないとされ、その意味で、犯罪化の主要な機能は、人間の行動を標準化（normalisation）することとなるのである。しかし、それは「自律的な道徳的行為主体」というあるべき人間像から逸脱する者にとっては、構造的暴力にほかならない⁴²⁾。そして、その逸脱さえも個人の責任としてしまう社会があるのである⁴³⁾。

(2) 普遍性の欠如

自由主義モデルの刑法は、中世から近代に至るなかで形成されてきた特定の社会政治的環境に属する構想にすぎず⁴⁴⁾、また、自律的な道徳的行為主体という観念もその制度構想に内生的なものである⁴⁵⁾。そこにおいて、

40) CARVALHO, *supra* note 7, at 35-49.

41) *Id.* at 36.

42) *Id.* at 44-48.

43) See Kevin Crow, *The Emerging Neoliberal Penalty: Rethinking Foucauldian Punishment in Profit-Driven Carceral System*, 52 (5) CRIMINAL LAW BULLETIN 1251 (2016).

44) CARVALHO, *supra* note 7, at 26-27.

45) 小坂井敏晶「主体と責任——近代のブラック・ボックス」法時 90 巻 12 号 6 頁以下 (2018 年)。責任概念については、NICOLA LACEY, IN SEARCH OF CRIMINAL RESPONSIBILITY: IDEAS, INTERESTS, AND INSTITUTIONS (2016).

個人が自律的な道徳的行為主体として行動するように期待されているとすれば、個人のアイデンティティの感覚もこの期待によって条件付けられ、このプロセスは、翻って、社会と制度がどのように想像されるかに影響を与え、それを条件付ける⁴⁶⁾。すなわち、刑法が制度として自律的な道徳的行為主体を前提とし、そのような主体が従うべき規範を定めているとすれば、それに従う主体は自己を自律的な道徳的行為主体と考えるようになり、そのような主体は当該刑法をあるべきものと認識するようになるということである⁴⁷⁾。

以上のように考えると、刑法の自由主義モデルは、普遍的な妥当性を有するものではなく、自律的な道徳的行為主体としての市民も本質化されるべきものではないのである。したがって、それに基づいて過剰な犯罪化を定義する試みも、同じく普遍性をもたないことになる。

(3) 政策論としての不十分性

自由主義モデルの刑法をあるべき刑法として、そこからの逸脱を過剰な犯罪化と定義し、問題視するのであれば、過剰な犯罪化の解決策は、自由主義モデルの刑法であるということになる⁴⁸⁾。しかし、前述したように、過剰の犯罪化を惹き起こす論理が自由主義モデルそのものと密接に関連しており、自由主義モデルが普遍的妥当性をもたないとすれば、自由主義モデルを過剰な犯罪化の解決策とすることは、政策論において解決策を論じる方法としては不十分であると考えられる⁴⁹⁾。そもそも、解決策が自由主

46) CARVALHO, *supra* note 7, at 24-25.

47) このような視点については、CARSTEN HERRMANN - PILLATH & IVAN BOLDYREV, HEGEL, INSTITUTIONS AND ECONOMICS - PERFORMING THE SOCIAL (2014) (カールステン・ヘルマン＝ピラート＋イヴァン・ボディレフ (岡本裕一朗＋瀧澤弘和訳)『現代経済学のヘーゲルの転回——社会科学の制度論的基礎』(NTT出版・2017年))も参照。

48) Luna, *supra* note 1, at 729-42.

49) Michael Kubiciel, Kriminalpolitik und Strafrechtswissenschaft, in: Benno Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik - Über den Zusammenhang von Strafgesetzgebung, Strafrechtswissenschaft und Strafgerechtigkeit, 2018, S. 101 ff. も参照。

義モデルの刑法であり、立法者、法執行機関あるいは裁判所に、それに配慮するよう求めるとして、どのようにしてそうするのかに関する議論がないことは措くとしてもである。

刑法の自由主義モデルは、過剰な犯罪化の解決に関して、超越論的制度主義 (transcendental institutionalism)⁵⁰⁾ に属するアプローチを採るものと考えられる。しかし、このアプローチからは、理想の状態には届かない状態は全て不完全とされ、実現可能な状態間の比較を可能とする基準は提供され得ない⁵¹⁾。したがって、過剰な犯罪化状態から自由主義モデルが想定するあるべき刑法へと近づけるために実現可能な政策間で、いずれがより良い政策なのかといった選択や、そもそも当該政策による制度変化によって現状よりも事態が改善するのかといった検討が不可能となる。

また、このことは、制度が社会的インタラクションにおける均衡状態であり、人々が従うインセンティブがあるルールであると考え⁵²⁾ ならば、なお一層問題となる。すなわち、現状の制度内においてインタラクションの関与者が各々の利害を有し、それが均衡しているとすれば、理想状態からの距離を異にする諸状態を比較するとき、現状からの変化の過程における実際の参加者が担わなければならない変化することのコストも考慮しなければならないはずである⁵³⁾。すなわち、変化のコストまで包括して評価するならば、理想状態からの距離がより小さな状態への転換が、より大きなコストを生み出すことがあり、このことは政策選択においては重要な意味をもつはずなのである。

さらに、このように制度及び制度変化のコストとベネフィットを考慮す

50) AMARTYA SEN, THE IDEA OF JUSTICE 5-12 (Penguin Books 2010) (2009). (アマルティア・セン (池本幸生訳) 『正義のアイデア』 37-46 頁 (明石書店・2011 年)。

51) *Id.* at 6. (セン (池本訳)・前掲注 50) 37 頁。

52) FRANCESCO GUALA, UNDERSTANDING INSTITUTIONS: THE SCIENCE AND PHILOSOPHY OF LIVING TOGETHER ch.1 (2016). (フランチェスコ・グァラ (瀧澤弘和監訳=水野孝之訳) 『制度とは何か——社会科学のための制度論』 23 頁以下 (慶應義塾大学出版会・2018 年)。

53) HERRMANN-PILLATH & BOLDYREV, *supra* note 47, at 147-48. (ヘルマン=ピラート+ボディレフ (岡本+瀧澤訳)・前掲注 47) 187 頁。

る際にも自由主義モデルは問題を惹き起こすように思われる。自由主義モデルの刑法において個人は、自律的な道徳的行為主体として原則として法を遵守するものとして扱われている。これを前提としてしまうと、個人が法を遵守するために負担するコスト、及び個人に法を遵守させるためのコストが考慮されなくなるおそれがある。すなわち、道徳的熟慮の能力を正しく発揮すれば誰しもが法を守るということを前提として、遵守を行為者の自己責任としてしまうと、個人が法を遵守するためのコストは当然負担すべきものとして正当化され、無視されるとともに、刑罰に対して人々がどの程度敏感に反応するのか、刑罰が効果を発揮するためにどの程度のコストがかかるのかといった、政策決定においては当然考慮されるべきことを考慮することが困難となる⁵⁴⁾。しかし、これらの考慮を無視することは、社会全体としてコストを増大させる政策選択を導くかもしれない⁵⁵⁾。

4 小括

以上のような、自由主義モデルの刑法をあるべき刑法として想定し、その範囲を逸脱する現象を過剰な犯罪化と定義する試みを巡る議論は、自由主義的な国家構想を基礎に置き、市民に自由かつ平穏な共同生活を保障するという国家目的を前提する法益論⁵⁶⁾や、自由の普遍的保障を目的とし、人格の自律性を認める刑罰論⁵⁷⁾から、刑法の正当な範囲を画定する試みにもかなりの程度妥当するであろう⁵⁸⁾。すなわち、法益論や刑罰論は、刑事立法の活性化や刑罰積極主義といった状況を理解し、対処するためのアプ

54) 法の遵守は当然のことではなく、このような観点の考慮も必要であるということについては、Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 (2) JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 169 (1968) を参照。

55) 稲谷龍彦「試論：公共政策としての刑事司法」社会安全・警察学第4号99頁、100-104頁(2017年)。

56) Winfried Hassemer / Ulfrid Neumann, in: Nomos Kommentar zum StGB, 5. Aufl. 2017, Vor § 1 Rdn. 132 ff.; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl., 2006, Rdn. 7 ff.

57) 飯島暢「刑罰の目的とその現実性——自由の普遍的保障との関係——」『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』87頁(成文堂・2016年)。

58) 稲谷・前掲注38) 113-114頁及び稲谷・前掲注55) 101-103頁参照。

ローチとして不十分であるということである⁵⁹⁾。

Ⅲ 過剰な犯罪化の原因と弊害

刑法の正当な範囲を画定し、それを用いて過剰な犯罪化に対処しようとするアプローチに問題があることを考慮して、次に考えられるのは、過剰な犯罪化がどのように生じ、何をもたらしているのかという観点から議論することである。そして、過剰な犯罪化に対して否定的評価をし、それを解決されるべき課題とみるならば、論じるべきは社会において過剰な犯罪化が生じる原因と、それが社会にもたらす弊害ということになる。というのも、これらが判明すれば、原因と弊害をそれぞれ除去するためにどうすればよいのかという議論が可能になるからである。

1 何がどのような事態をもたらしているのか？

犯罪が増加し、犯罪が社会問題化し、有権者が安全や安心に関心をもっている状況においては、政治家にとって自身が犯罪に対して厳しい態度をとっているとみせることは、票につながる便利な宣伝道具である。犯罪への恐怖は、有権者を投票へと掻き立てることができるのである⁶⁰⁾。犯罪が、そこから生じる直接の害を超えて社会全体にとって害であり、それゆえにより不安を生み出すと考えるならば、犯罪はより一層、予防され、統制されなければならない社会問題と想定されることになろう⁶¹⁾。それに対して、刑事司法制度を縮小することへの政治的圧力はなく、刑罰法規の

59) そして同様のことは、現代の刑法が前提とする諸原則（行為主義や責任主義）を所与のものとして、刑法の最外枠を画定し、それを憲法によって基礎づけようとするアプローチにも妥当する。したがって、従来の私見（上田・前掲注3）『その行為』61頁以下）も、現状の刑法のあり方をどこまで前提とするかについて、批判的に検証していかなければならない。この点で、仲道祐樹「法益論・危害原理・憲法判断——刑事立法の分析枠組に関する比較法的考察——」比較法学 53 卷 1 号 25 頁（2019 年）も参照。

60) Luna, *supra* note 1, at 718.

61) CARVALHO, *supra* note 7, at 25-26.

さらなる増加に反対する個人及び組織は、たいてい、公職に当選しようとする者にとって、事実上なんの政治的コストもなく、無視され得る⁶²⁾。実体法上の犯罪化を制約する原理であると考えられてきた他害原理も、「害」を上手く主張できさえすれば、上記のようなインセンティブを有する立法者にとって歯止めとはなり得ない⁶³⁾。このような状況においては、刑罰規定の数と処罰の重さは増加する方向にしか進まず、厳罰化のための規定は一旦成立すれば、事実上廃止不可能なものとなる⁶⁴⁾。

また、立法によって過剰に犯罪化が行われる場合に、それを抑制することが期待される司法部は、アメリカにおいては、その役割を果たすことに失敗している。これは、犯罪化権力に対して課される実体的な法的制限が数少ないこと、及び民主的正統性を有する立法府に対して、その権限を制約することに謙抑的であること等を理由とする⁶⁵⁾。それに対して、「刑事手続の革命」と呼ばれるように、捜査や訴追の手続は憲法解釈によって厳格に規制されてきた。しかし、このことは、政治家が過剰に犯罪化することを促進する結果となった⁶⁶⁾。すなわち、犯罪に対して厳しく対処しているとみせることにインセンティブを有している状況において、特定の犯罪を憲法に適合した形で摘発することが困難であると判明すれば、立法者は、狙いとする行為の前兆のような、当該行為と関係はあるが、より簡単に認知し、捜査できる行為を犯罪化する制定法を可決するであろう。そしてまさにそうすることでしか手続法上の規制を回避することができなかったのである⁶⁷⁾。

以上の要因から生じたのは⁶⁸⁾、刑罰規定が「広範であるばかりでなく深い (deep as well as broad)」⁶⁹⁾ものになるという事態である。すなわち、少

62) Luna, *supra* note 1, at 718.

63) See Harcourt, *supra* note 15.

64) Luna, *supra* note 1, at 718.

65) *Id.* at 722-23.

66) See WILLIAM J. STUNTZ, THE COLLAPSE OF AMERICAN CRIMINAL JUSTICE 216-43 (2011).

67) Luna, *supra* note 1, at 724.

数の一般的犯罪規定が、より多くの犯罪を多数対象にし、当該対象とされる犯罪自体も重複して犯罪化されているという状況である⁷⁰⁾。しかも、謀殺と故殺のように包摂関係がないにもかかわらず、重複している。それゆえ、刑罰法規は同心円ではなく、多数の一連して重複する円から構成されることになり、通常用語法において一つの犯罪であるようなことしか行っていない被疑者・被告人が、多数の異なる犯罪を行ったかのように取り扱われ得るということが、通常の事態となってしまうのである⁷¹⁾。また、全ての者が犯罪者（あるいは少なくとも潜在的な法律違反者）であるといっても誇張ではないとされる⁷²⁾。

2 過剰な犯罪化の弊害

上記の原因から生じる過剰な犯罪化の弊害が有する一般的特徴として挙げられるのは、①法執行権限における審査されない過度な裁量、②類似の状況にある人の間での不可避的な不平等、③法執行権限による濫用の可能性、④他の重要な諸価値を浸食し、重要な手続的保護を回避する可能性、及び⑤希少資源の誤配分（機会費用）である⁷³⁾。そして、法典上の法（the law on the books）が、全ての者を重罪犯人にし、検察及び警察が現場の法（the law on the street）を定義するとともに、誰がそれに違反したかを決定する世界が作り出されるのである⁷⁴⁾。

68) 日本の状況については、井田良「近年における刑事立法の活性化とその評価」井田良＝松原芳博編『立法学のフロンティア 3 立法実践の変革』97頁以下（ナカニシヤ出版・2014年）、ドイツの状況については、Kubiciel, a. a. O. (Anm. 49)を参照。

69) William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 (3) Mich. L. Rev. 505, 518 (2001).

70) *Id.*

71) *Id.* at 519.

72) Erik Luna, *Prosecutorial Decriminalization*, 102 (3) J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 785, 794 (2012).

73) Sara Sun Beale, *The Many Face of Overcriminalization: From Morals and Mattress Tags to Overfederalization*, 54 AM. U. L. REV. 747, 749 (2005).

74) Stuntz, *supra* note 69, at 511.

(1) 法執行機関による法形成

第一に、刑罰法規が広範かつ深くなった結果として、法形成が裁判所から法執行機関に移る。刑法が広範なものとなり、そのため違反者が多くなりすぎたため、検察官は法を規定されているようには執行しようがなくなったのである。それゆえ、広範な刑法が意味するのは、執行される法が法典上の法とは異なるものになるということである。そして、その執行される法は、法執行機関、すなわち、訴追するという検察官の決定及び逮捕するという警察官の決定によって定められる⁷⁵⁾。その結果、伝統的な民主的統制を通じて立法者、あるいは意見を発することを通じて裁判所が法を形成するのではなく、政府の法律家 (government lawyer) 及び警官が法を形成することになるのである⁷⁶⁾。ここから生じる不可避の結果は、選択的執行と、類似の状況にある被疑者・被告人の異なる取扱いである⁷⁷⁾。

ここで問題なのは、法執行機関は、刑事司法システム内部で中立的かつ公平な存在ではないということである。警察についていえば、その仕事の効率性を測るために逮捕率が用いられ、逮捕率の上昇に利益を有している。そして、その業績指標は、逮捕の理由となっている犯罪の重大性等とは関係なく、逮捕の数を重視する。逮捕はどれでも同じ価値なのである⁷⁸⁾。そうすると、警察は簡単な事件を求めるようになるが、広範な刑罰法規の下ではそれは容易なことになっているのである。その意味で、警察の資源は逮捕しやすい事件ばかりに集中することになり⁷⁹⁾、資源の誤配分又は浪費を助長する⁸⁰⁾。

これらのことは、また、それが意図的のバイアス又は悪意によって生じているのか、統計によるプロファイリングから生じているのかに関係な

75) *Id.* at 519.

76) Haugh, *supra* note 5, at 1202.

77) Beale, *supra* note 73, at 757.

78) ジェリー・Z・ミュラー (松本裕訳) 『測りすぎ——なぜパフォーマンス評価は失敗するのか?』129-130頁 (みすず書房・2019年)。

79) ミュラー (松本訳)・前掲注78)130頁。

80) Luna, *supra* note 1, at 726.

く⁸¹⁾、人種、階級又は民族に基づく差別的執行を隠蔽するかもしれない⁸²⁾。

(2) 検察官による裁き

第二に、判決を下す (adjudicate) 権力が裁判所から検察官に移る⁸³⁾。すなわち、検察官が事実上、法を形成し、法を被訴追者に対して執行し、その者の罪責を判断し、処罰を決定するのである⁸⁴⁾。

まず、前述したように、ある犯罪の成立を証明することが困難である場合、立法者は容易に、従来の犯罪構成要件に加えて、証明困難な要件を除いた新たな犯罪構成要件を規定することができ、また、もとの犯罪構成要件と関連はするが、実質的に証明が容易な新たな犯罪構成要件を作り出すこともできる。その結果、対象としている犯罪事象が同じであるにもかかわらず、例えば ABC を構成要件とする規定、AB を構成要件とする規定及び DEF を構成要件とする規定が存在することになる。検察官は、AB 又は DEF を構成要件とする刑罰規定を執行することによって、実質上、より安価にもとの犯罪 (ABC) を執行し続けることができるのである。それを通じて検察官は、刑法を再定義するというよりむしろ、事案毎に要件が充足されている否かを決定することになり、非公式に判決に従事することになる⁸⁵⁾。検察官が事実上結果を判決しているのである⁸⁶⁾。

ここで検察官は、自身が担当する訴訟事件一覧をきれいにして、自らの仕事量を削減し、公判における恥ずべき敗北の機会を最小化することに実質的利益を有している⁸⁷⁾。それゆえ、最大の目標は、有罪という結果を伴った形で、コストをかけずに事件を処理することとなる。そのことが意味

81) 統計の利用の問題については、BERNARD E. HARCOURT, AGAINST PREDICTION: PROFILING, POLICING, AND PUNISHING IN AN ACTUARIAL AGE (2007) を参照。

82) Luna, *supra* note 1, at 725.

83) Stuntz, *supra* note 69, at 519.

84) Luna, *supra* note 72, at 795.

85) Stuntz, *supra* note 69, at 519.

86) Haugh, *supra* note 5, at 1202.

するのは、コストの高い公判を避けるために、検察官は被疑者・被告人が拒絶し得ない提案をし、有罪答弁の誘引するために有する、あらゆるレバレッジを用いるということである⁸⁸⁾。そして、一連の犯罪事象を複数の刑罰規定が包摂しており、それらを複数の犯罪として訴追できるならば、被疑者・被告人が予測する潜在的な刑罰を重くすることが可能となり、有罪答弁を引き出すことが容易になる⁸⁹⁾。しかし、それは、答弁取引を誘発する可能性がなければ、検察官が決して提示しなかったであろう処罰である。

これに対して弁護士も、効率的な事件処理と、公判において完全に敗北することを避けるというインセンティブを有しており、答弁取引に応じるインセンティブを有している⁹⁰⁾。さらには、裁判所も効率的な事件処理を目標とするならば、答弁取引によって安価に有罪を生産することに反対するものはなくなるであろう⁹¹⁾。

(3) 刑法の表出的メッセージの崩壊

(1) (2) のような事態が導くのは、刑法の表出的メッセージの崩壊である。刑法の機能のなかで最も重要なものが、威嚇ではなく、シグナルを送ることであれば、刑法は、規制された人口（及び、特に、その他の人々がみな悪い又は危険であるとみなす物事を行う傾向が最も高い一部の人口）とコミュニケーションし、それによって、善き行為規範を再確証し、悪しき行為規範を攻撃しようとするものとなる⁹²⁾。

87) Stephanos Bibas, *Restoring Democratic Moral Judgment within Bureaucratic Criminal Justice*, 111 (6) NW. U. L. REV. 1677, 1683-84 (2017).

88) *Id.* at 1684.

89) Stuntz, *supra* note 69, at 519-20.

90) とりわけ、低所得の被告人の弁護士は、早期に彼らの事件を解決することに利益を有している。

91) See Bibas, *supra* note 87, at 1683-84. さらに、過剰な犯罪化と答弁取引の関係については、Lucian E. Dervan, *Overcriminalization 2.0: The Symbiotic Relationship Between Plea Bargaining and Overcriminalization*, 7 (4) J. L. ECON. & POL'Y. 645 (2011) も参照。

92) Stuntz, *supra* note 69, at 520-21.

このような機能は、シグナル（送られるメッセージ）が一貫していなければ果たされないであろう。しかし、広範かつ深い刑罰法規が不可避免的に選択的執行をもたらすとすれば、それは確実に、一貫しないシグナリングとなる⁹³⁾。社会が、選挙されたその代表者に刑法を制定させることによって送ろうと意図するコミュニケーションが、選択的で一貫しない適用によって歪曲されたものとなるのである⁹⁴⁾。例えば、ある行為を対象とする厳しい法を可決することによって立法者は、違反者となるであろう者に、社会は当該犯罪を深刻に受け取っているというメッセージを送ることを予定している。それにもかかわらず、警察又は検察によって僅かにしか執行されない、あるいは一貫しない執行がなされれば、その行為を減少させることは、政治的道具にすぎないか、法執行職員にとっては取るに足りないものであるという、逆のメッセージが伝達されるかもしれない⁹⁵⁾。

また、刑法の意図された表出的シグナルは、その意図された聴衆に到達しさえしないかもしれない⁹⁶⁾。数多くの重複する法が広範に存在すると、実際にはどの法が執行され、どの程度重大なものとして執行されているのかを知る者がいなくなってしまう。そうなると、法が伝えようとしているシグナルを見ることは不可能になる。法のメッセージは、地域間の差異、識別困難な逮捕パターン、可視性の低い有罪答弁、及びさらに可視性の低い不起訴の決定に圧倒されることによって、葬り去られてしまうのである⁹⁷⁾。

(4) 刑法の正統性の減弱

刑法の一貫しない執行及び過酷な刑罰、並びにそれに伴う表出的メッセージの崩壊は、刑事司法システムを、より体系的でなく、非論理的なもの

93) *Id.* at 521.

94) Haugh, *supra* note 5, at 1204.

95) Stuntz, *supra* note 69, at 521; Haugh, *supra* note 5, at 1204.

96) Haugh, *supra* note 5, at 1205.

97) Stuntz, *supra* note 69, at 523.

にし、それによって刑法の正統性 (legitimacy) が浸食される⁹⁸⁾。

このことは、不道徳あるいは犯罪的行為に着手する前の犯罪者の心理的プロセスに影響を与える形で、さらなる弊害をもたらす。すなわち、過剰な犯罪化は、刑法の正統性を失わせることによって、犯罪者が利用する合理化 (中和) を助長し、それは自らの悪しき行為を継続することを可能にする⁹⁹⁾。逸脱行為に先立つ合理化 (中和) とは、支配的な規範と価値のシステムにコミットし続けているが、その禁止 (要請) に違反しようとする者が有する、罪悪感や羞恥心を中和するために行われるものである¹⁰⁰⁾。

例えば、選択的執行と類似の状況での異なる取扱いは、自らの犯罪行為を非難する刑事司法システムへの非難につながり (非難者の非難 the condemnation of the condemner¹⁰¹⁾)、行為者が注意の焦点を自らの逸脱行為から、当該逸脱を非とする者の動機や行動へと移すことにより自らの行為を合理化することを助長する¹⁰²⁾。また、選択的執行は、あまり執行されていない法は重要ではなく、その違反は甘受されるとの想定を助長したり、訴追されていない他の違反者の行為との比較による合理化を助長したりする (相対的許容性/通常性の主張 claim of relative acceptability / normality)¹⁰³⁾。さらに、不平等な取扱いは、刑事司法システムを、全体的にあるいは自らと結び付けられた集団に対して、不正に操作されているものとみなすという反応を生み出し、「私が真の被害者である」といった合理化を助長する¹⁰⁴⁾ (被害者の否定 the denial of victim¹⁰⁵⁾ ¹⁰⁶⁾。

98) Haugh, *supra* note 5, at 1225.

99) *Id.* at 1214.

100) Gresham M. Sykes & David Matza, *Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency*, 22 (6) AMERICAN SOCIOLOGICAL REVIEW 664, 666-67 (1957).

中和の技術がどのようにして規範違反行為を可能にするかについて、詳細は、上田・前掲注3)「合理性」251頁以下を参照。

101) Sykes & Matza, *supra* note 100, at 668.

102) Shadd Maruna & Heith Copes, *What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research?*, 32 CRIME AND JUSTICE 221, 233 (2005).

103) Haugh, *supra* note 5, at 1226.

104) *Id.*

105) Sykes & Matza, *supra* note 100, at 668.

これに加えて、刑事司法制度が大衆の感じる正統性に依拠しているとなれば、それが正義に関心をもっていないと思われるようになれば、刑事司法は、市民の自発的な協力を得られなくなる¹⁰⁷⁾。市民が、誰も見ていない場合に、任意に法を遵守する可能性は小さくなり、犯罪の報告や、それ以外の警察及び検察への協力をしようとすることもなくなるのである¹⁰⁸⁾。そして、経済的に恵まれない人々や人種のマイノリティが不均衡に逮捕され、訴追されている状況においては、それらの集団において刑事司法システムへの不信は増大するであろう。

3 解決策と 2 つの方向性

上記のような原因と弊害に鑑みれば、第一に考えられる解決策は、法執行機関の裁量を抑制することである。そのためには、警察及び検察の裁量行使の透明性を高め、民衆又は裁判所による実効的な審査・監視を制度化すること¹⁰⁹⁾、及び法執行機関が事前対策的 (proactive) に逮捕・訴追する者を見つけなければならない被害者なき犯罪を脱犯罪化することが主張されている¹¹⁰⁾。これと合わせて、警察及び検察の自己理解及びインセンティブを変化させるために、逮捕・有罪の量だけではなく質をも反映する業績指標の導入も考えられる¹¹¹⁾。しかし、制度内の各アクターのインセンティブが制度に内生的なものであって、その自己理解も制度に影響を受けているとなれば、より良い業績指標を考えるにあたっては、制度に影響を受けている諸個人が業績指標とアイデンティティのインタラクション

106) 具体的事案との関係での説明は、Haugh, *supra* note 5, at 1225-41. そこで紹介されている判例 (Yates v. United States, 135 S. Ct. 1074 (2015)) については、松本圭史「司法妨害罪における魚の『有体物』該当性」比較法学 50 巻 3 号 87 頁 (2017 年) に紹介がある。また、過剰な犯罪化と関連する裁判例については、Michael Pierce, *The Court and Overcriminalization*, 68 STAN. L. REV. ONLINE 50 (2015) も参照。

107) Bibas, *supra* note 87, at 1685.

108) これについては、TOM R. TYLER, WHY PEOPLE OBEY THE LAW (2006) も参照。

109) Stuntz, *supra* note 69, at 579-81; Bibas, *supra* note 87, at 1687, 1691.

110) Stuntz, *supra* note 69, at 581-82.

111) Bibas, *supra* note 87, at 1689-90.

について反省することができるようなメカニズムが必要となろう¹¹²⁾。

第二に考えられるのは、刑法の脱政治化、あるいは実体刑法を憲法の制限の下におくことである¹¹³⁾。すなわち、法執行機関の強大な裁量が多すぎる刑罰規定から生じているとすれば、その裁量を抑制するためには、立法者の権力を抑制すればよい。その方法として、一つには、犯罪を規定する権力を選挙された立法者から、選挙に服さない専門家又は官僚へ移すこと、もう一つには、立法者から裁判所に移すことが考えられる¹¹⁴⁾。もっとも、刑事司法は、民衆が大きな関心を有する主題であり、そこには深く道徳的な内容があるとすれば、民衆を隔離した形での刑事司法の専門化は、刑事司法システムへの不信を生み、その正統性を浸食するかもしれない。そうだとすれば、刑事司法システムへ民衆が参加する機会を増やすべきであると主張されることになる¹¹⁵⁾。

このように様々な解決策が主張されているが、対処すべき弊害と解決の方向性に関して二つの大きな立場が存在しているとされる。それが、官僚的専門化 (bureaucratic professionalization) と民主化 (democratization) の対立である¹¹⁶⁾。過剰な犯罪化を含むアメリカ刑事司法の機能不全¹¹⁷⁾の原因が、暴力的、報復的で、愚かで知識がなく、人種差別的といった判断を誤る民衆の大きな影響にあると考えれば、刑事司法に対する統制を当局及び専門家に委ねることが解決になる (官僚的専門化)。それに対して、機能不全の原因が民衆の関心及び正義の感覚から切り離された、官僚的態度、構造及びインセンティブにあると考えれば、解決するためには、刑事司法をよりコミュニティに焦点を合わせた、素人の影響により応答するも

112) 経営者のインセンティブ・システムについてであるが、HERRMANN-PILLATH & BOLDYREV, *supra* note 47, ch. 5. (ヘルマン=ピラート+ボディレフ (岡本+瀧澤訳)・前掲注 47) 223 頁以下。)

113) Stuntz, *supra* note 69, at 582-96.

114) *Id.* at 582.

115) Bibas, *supra* note 87, at 1687-88, 1692.

116) Joshua Kleinfeld, *Manifesto of Democratic Criminal Justice*, 111 (6) NW. U. L. REV. 1367, 1376.

117) *Id.* at 1370-74.

のにしなければならない(民主化)¹¹⁸⁾。しかし、いずれの立場に関しても、二者択一ではなく、多い少ないを問題とし得る構想であるとすれば、解決策は適切なバランスを探ることのなかにあるのであろう¹¹⁹⁾。

IV おわりに——今後の展望

ここまで検討してきたのは、過剰な犯罪化(overcriminalization)に関して、主にアメリカにおいて行われている議論である(刑法の自由主義モデルについてはイギリスの議論も参照した)。それゆえ、これらが日本の刑事司法の現状及び課題にどの程度妥当するのかは今後検証していかなければならない。しかし、本稿で検討した様々な議論からは、過剰な犯罪化現象を含む刑事司法制度の機能不全を論じるためには、法益論や刑罰論といったこれまで刑法学が使用してきた議論枠組だけでは不十分であることは明らかになったと思われる。すなわち、刑事司法制度に何が起こり、それをどうするのか理解し、議論するためには、そこに関係している各アクターがどのようなインセンティブを有しているのか、そのインセンティブに制度のあり方がどのような影響を与えているのか、制度がどのような人間像を前提としているのか、誰にどのような不利益が生じているのか、機能不全を解決するためにどのような手段があるのか、その解決手段が制度の各アクターにどのような影響を与えるのか等の様々なことを検討しなければならない。そうだとすれば、現状に批判的な態度をとり、刑法に関する言明及び現実社会の刑事政策に関する言明をしようとするならば、刑法学は、一見時を超えて妥当する理念、理論又は法概念を、その考慮の出発点として選択することはできないのである¹²⁰⁾。

それを踏まえれば、より良き刑事司法とは、開かれた討議の場において、より良き刑事司法を志向し続ける永続的な営為のなかにしかない¹²¹⁾。そ

118) *Id.* at 1376.

119) *Id.* at 1399.

120) *Kubiciel*, a. a. O. (Anm. 49), S. 115.

の討議の場で刑法学（者）は、特殊な地位を有する参加者として、その主張が承認されるよう努力していかなければならないのである。