

科学研究費助成事業（科学研究費補助金）研究成果報告書

平成 25 年 6 月 11 日現在

機関番号：12611
 研究種目：基盤研究(C)
 研究期間：2010～2012
 課題番号：22530003
 研究課題名(和文) 近代イタリアにおける刑事法文化と社会構造との史的相互連関に関する基礎的研究
 研究課題名(英文) Criminal Legal Culture and Social Structure in Modern Italy
 研究代表者
 小谷 眞男 (KOTANI MASAO)
 お茶の水女子大学・大学院人間文化創成科学研究科・准教授
 研究者番号：30234777

研究成果の概要(和文):18世紀から19世紀にかけてのイタリアにおける刑事法文化(法思想、裁判実務、司法統計、法典編纂、犯罪動向、法意識等を含む)と背景をなす社会・経済・政治構造とのあいだの史的相互連関についての基礎的な研究を遂行し、ベッカリーア『犯罪と刑罰』の翻訳、リソルジメント期から統一後にかけての司法統計編纂事業史と国家形成の関連性の解明、統一刑典編纂過程の分析、“文化としての法”という古典的な法概念の吟味、法の実質を担うべき市民社会の理念についての理論的検討結果等、関連する研究成果数点を公表した。

研究成果の概要(英文): During these three years, I have studied on criminal legal culture and social structure in modern Italy, from 18th to 19th century, with some publications (the translation of Beccaria's "Dei delitti e delle pene", the history of judicial statistics in modern Italy, the codification of Italian criminal code, the classical concept of law as culture, law and civil society in Beccaria, ecc.).

交付決定額

(金額単位:円)

	直接経費	間接経費	合計
2010年度	1,200,000	360,000	1,560,000
2011年度	1,100,000	330,000	1,430,000
2012年度	500,000	150,000	650,000
総計	2,800,000	840,000	3,640,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学、基礎法学

キーワード：刑事法学、思想史、イタリア、法文化、ベッカリーア、司法統計、刑典

1. 研究開始当初の背景

イタリア刑事法史に関する日本の研究蓄積は手薄である。従来、日本の刑事法学は著しくドイツ偏重であり、フランス刑事法すら十分には研究されていない。一方、ベッカリーアの『犯罪と刑罰』にせよ、フィランジェ

ーリの『立法の科学』にせよ、ロンブローゾの『犯罪人論』にしても、刑事法思想史上重要な意義を有するものとして言及のみはされてきた。本研究は、法思想史のみならず、広く刑事法文化全体を研究対象にして、この空洞を埋めようともくろむものである。

2. 研究の目的

イタリアの刑事法文化に関する国際的な研究水準にキャッチアップし、近代イタリア刑事法文化史のアウトラインを掌握することを第一段階での目標とする。さらに、同時代の社会・経済・政治構造と、刑事法文化との相互関連の史的展開を明らかにするための基礎作業を、第二段階での目的とする。

本研究は、広い意味での「法文化」概念に基づき、文化の全体構造と関連づけながら、近代イタリア刑事法文化の解明に取り組む。

3. 研究の方法

イタリア刑事法思想の原典テキスト、制定法等の基本法史料を収集・分析する。また、同時代の裁判史料を、各地の古文書館で探索、閲覧、転写、分析する。さらに刑事司法統計、犯罪統計のデータを収集し、法行動や犯罪動向を探り、法文化と社会構造との相互関連構造を解明する。全体のアウトラインとしてはイタリア全域を視野に入れるが、とくにロンバルディアとナポリに焦点を当てる。

4. 研究成果

(1) 刑罰権の理論的根拠とはいったい何であろうか？これが、ベッカリーア『犯罪と刑罰』が放つ最初の問いかけである。そのためには、社会の設立という原点にまで立ち戻らねばならない。「一人ひとりばらばらに独立した人間たちが、ひとつに統合して社会を形成するための条件、それが法律である」(『犯罪と刑罰』§1「刑罰の起源」)。人々は、「自由の一部分を犠牲として差し出す代わりに、手元に残る自由の持ち分をもっと安全かつ平穩に確保することにした。このように各人の善のために差し出された自由の一部分の総和が、一国の主権を形づくる」「主権者とは、この各人が差し出した部分的自由の、正統な受寄者であり、管理者である」(同)。ここから刑罰権の根拠が導き出される。

(2) ホブズの場合、他人を処罰する各自の自然権は社会契約によっても本来は各自に留保されたままであり、ただその行使が差し控えられることによって、主権者による処罰権の行使が実現するに過ぎない。ロックは、各自の自然権を、社会契約によって結成された政治社会の単純多数に信託することにした。ルソーは、ホブズを批判し、各人は自らの権利を「一般意思に無条件で全面的に譲渡する」という構成をとる。以上のような互いに相異なる立論の布置連関(イングランドとフランスの系譜)を明確に意識していたはずの本書の著者は、刑罰権の根拠に関して、むしろエルヴェシウス『精神論』(1758)の系

譜のもとに身を置くことを選び、右に見たような構成を取ったように思われる。第五版に至って冒頭に差し挟まれた「この本を読む人へ」という前書きにおいて反省的に確認されているように、各人は、元々有していた自由の大部分を「社会状態」においてもなお自らの手許に留保しており、あえて犠牲に差し出すことにした小さな部分ですら主権者に「寄託」しているにすぎないのであって、逆に主権者は、「社会を設立するという人為的な協約」によって各人から寄託されたこの小さな自由のたかだか「受寄者」でしかないというのである。この立場に立てば、(再)定義された刑罰権は、寄託関係の本旨を逸脱して濫用されることのないよう正しく制御された「力」でなくてはならないだろう。このような意味で制御された力、あるいは刑罰権力の制御それじたい、が、つまり法であり、それに関する条件のポジティブな確定が法律だということである。

(3) このパースペクティブが『犯罪と刑罰』の生命線をなす、と言っても決して間違っていない。本書を構成する肝要な論点――拷問批判(§16)にせよ、寛刑論(§27)にせよ、死刑廃止論(§28)にせよ、陪審制擁護(§14)にせよ、教会権力の否定(§35、§39)にせよ、第5版で結論のひとつ手前に挿入された恩赦消極論(§46)にせよ――は、すべてその回りに配置することができる。それにしても、誰が実際に、死刑を止めうるのか。全体の見取り図を大きく捉え返せば、それは「市民社会」以外ではありえない。すなわち、合意と信頼とによって刑罰権を再設定すると同時に、その発動を制御する、という肝腎かなめの役割を担うべきものとしての、「市民的結合」(「この本を読む人へ」)である。それは一体どのようなものなのだろうか。『犯罪と刑罰』によれば、「市民社会」とは、猜疑や裏切りの余地を残さないほど「明るい光でひとつの国を照らし出す」相互の信頼、または「私的打算に従うように人間を屈服させてきた虚偽の公道徳」を凌駕しようと志向する「公共の信義」によって、“信義誠実と渾然一体となった真正の政治”(§36「懸賞金について」)を成り立たしめるものである。

(4) では、その「市民社会」によって基礎づけられるであろう経済社会はどのような原理を持つのであろうか。所有権を自然権として肯定することは何故できないのか(cfr. §22「窃盗」、§34「債務者について」)。あるいは「市民社会」に関わる諸々の事柄をエレガントに言い表すための文体の美やレトリックが、正義の概念や公共精神とどのような関係に立つのか。次から次へと立ち現れて

くるこういった一連のテーマは、しかし当面は議論の周縁部に留保され、『犯罪と刑罰』の著者（として一般に世に知られる人物）による後の本格的な主題化を待つことになる。たとえ、そのいずれもが結果として混乱と未完に終わる運命だったように見受けられるとしても…。その一方で、「真正の政治」が「市民社会」をどのように損なわずして守り、むしろ発展させるのか、そのディティールについての考察は、ほとんど本書のメイン・ボディそのものである。

(5) だが、その前にひとつ根本的疑問がある。かかる信義と合意に依って立つ「市民社会」において、ではいったい誰が犯罪になど手を染めうるというのであろうか…。私見では、これこそ、ホプズのコモンウェルスが正面衝突したアポリアであり、人間を「法に従順な被造物」と楽観するロックの予定調和が避けるようにして通り過ぎた障害物であり、「一般意思」に自己を全面譲渡しようとするルソーを激怒させた当の問題ではなかったか？ 同時代のミラーノ青年貴族たちが、パヴィーア大学法学部を出たばかりで右も左も分からぬ弱冠 25 歳のチェーザレ・ベッカリアを盛んにけしかけて、手取り足取り面倒を見ながらも何とか真っ正面から対決させようとした問題の核心は、まさにこの未決の課題――すなわち犯罪論――にほかならなかったのである。

(6) 『犯罪と刑罰』が提出した答えは、ありていに言えば、「市民 (cittadino) と人 (uomo) の二元論」ということになる。雄弁も崇高な真理もお手上げだという、恒常的犯罪リスク（「各人の横暴な魂」）が現にそこにあるというのであれば、これを社会的にどうしても統御しなければなるまい。この課題が浮上したとき、話がにわかに刑事政策的な色合いを強め、ゲーム理論よろしく“インセンティブ構造の組替え”が露骨に焦点化されることになるのも仕方がないことだった。それどころか、ベッカリアの才能は、あたかもその方面においてこそ発揮されるのを待っていたかのようなのである。後に J. A. シュンペーターに絶賛された、「法と経済学」の例解（§ 33「密輸」）はその典型であろう。まさにエルヴェシウス譲りの「実験物理学」であり、いわゆる「政治算術」にほかならない。この文脈で際立ってくるのは、もはや公共の信義で輝く《市民》（たちによって設立された市民社会）でも“真正の政治”でもなく、単なる社会工学的政策誘導の対象物と化した「人」、極言すればパブロフの犬たちである。「人は犬ではない！」とカントを憤激させた所以である。

(7) 確かにこれはどう考えても市民社会の話ではあるまい。もちろんカトリック教会の権力を呼び戻すというようなアナクロニクな構想ではありえないとしても、市民社会を包囲する上方ないし下方のエリアの話題に違いない。人間機械論的な、あるいは功利主義的な、時代精神を彷彿とさせるパッセージであり、この要素を積極的に継承したベンサムとともに、はるかのちの生権力論（フーコー、等々）への遠い導火線となる。しかし、公共の信義に基づく市民社会と真正の政治という正統的なパースペクティブに立脚する『犯罪と刑罰』にあつては、このような「人間的な自然」（§ 30「訴訟と時効」）をめぐる考察は、反転して刑罰権行使の内在的限界を画す批判的回路を構成すべき役割を負う。近代刑事法の原則樹立を標榜する書物としては、まさにこの点に話の筋を引き戻せるかどうか勝負所である。議論の運びは必然的に二元論な緊張感をともなうものになる。

(8) 確かに、目の前の現実から眼を逸らさなければ、現にそこに在る人間をただ単に理念的な《市民》に還元することはナンセンスに感じられたらう。現存在は、何よりもまず、死すべき運命にある生きられた身体だからである。情念、憐憫、恐怖、信仰、欲求、性、生殖、家族、ネーション等、人間の「自然的」条件、そういった実存論的視角を欠いた、言わば「純粹市民」のあいだの刑法論は、画に描いた餅でしかない。『犯罪と刑罰』においては、犯罪現象は「自然状態への回帰」（§ 27「柔和な刑罰」）をすら意味している。それゆえ問題は、以下のように立て直される：市民社会は、市民社会であり続けつつ、市民社会の外で「人」がなす犯罪にいかに対峙できるか。こうしてわれわれは、著者とともに〈人の権利〉の保障というアイディアの発生現場にいつの間にか立ち会っている。

(9) § 19 が示す「迅速な処罰」というテーゼは確かにちょうど都合の良い解答（市民にとっては正しく、人にとっては有益…）のひとつである。しかし、体系的に見ればこれは矛盾に満ちた難問であろう。少し年長の盟友たちにそそのかされた若きベッカリアが、本書の元原稿執筆に日夜悪戦苦闘する羽目に陥ったのも無理はない。しかし、このように考えれば、§ 31「立証が難しい犯罪」（姦通、同性愛、嬰兒殺）や § 32「自殺」といった章がその点を主題的に論じていることが明確になってくるばかりではなく、いかにも脱線的に見える § 26「家族の精神について」もまた、市民と人と二股をかける家長というスキャンダルを、同時代に生きる新しい世代の眼で容赦なき批判の場に引きずり出そうとした章であることが理解できよう。

(10) 本書が取り上げるひとつひとつの問題は、市民と人の二元論という角度から解が追究される。それゆえ本書は、単なる観念論的な「市民の刑法学」にとどまるものではない。そうではなく、言ってみれば「市民と人の刑法学」なのである。錯綜と混乱を恐れず（本書の名を高めた死刑廃止論もその例外ではない）、矛盾に満ちた緊張関係を内側に張り巡らせたうえでの、いわゆる「敵-味方刑法」に陥らないための市民社会による刑罰権行使の制御、すなわち市民状態にある国家における〈人権〉保障が、ここでは大きく問題にされているのだ。

(11) こうした市民と人の二元論から弾け出てくるさまざまな矛盾を一身に凝縮しているかのようなトポス、それが「名誉」論である。犯罪現象が市民社会を外側から限界づけているとすれば、名誉の掟は市民社会を内側から限界づける。簡単な追跡の結果、少なくとも§9で発せられた問いかけは、結局十分満足な答を得ることができなかったように見える。しかし、この問いそれじたいは、市民社会存立のための最も基礎的な条件に関わる根本的な問いのひとつだったはずであり、その問題意識の共有が、その後の市民社会形成にとって必須の契機のひとつになりえたはずである。そのような問いを発したという点にこそ、『犯罪と刑罰』における名誉論の意義を認めることができる。

(12) 現代日本の刑事法は、果たして『犯罪と刑罰』が立てた問いによく答えるのだろうか？日本の市民社会は、その問いが立てられた地平にすらまだ到達していない「可能態」にすぎないのではないか？かくして刑罰権力の制御はますます無力化しつつあるのではないか？この切実すぎる問いの群れに性急に答えようとする前に、『犯罪と刑罰』の同時代状況を、丹念に探索してみるという仕事が、まだわれわれには残されている。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計2件)

- ① 小谷眞男「イタリア人にとって法とは何か---法律としての法と文化としての法---」(『星美学園短期大学 日伊総合研究所報』9、2013年3月、4-36頁) [依頼原稿のため査読なし]

- ② 小谷眞男「ピノッキオの法文化 - 『人間の子ども』になる条件-」(『星美学園短期大学 日伊総合研究所報』7、2011年3月、57-61頁) [依頼原稿のため査読なし]

[学会発表] (計2件)

- ① 小谷眞男「ベッカリーアの家族論」(比較家族史学会、2010年6月12日、於・佛教大学)
- ② 小谷眞男「イタリアの司法統計の歴史、〈イタリア法〉の生成---19世紀イタリアにおける司法統計・国家形成・法学---」(日本法社会学会、2010年5月8日、於・同志社大学)

[図書] (計4件)

- ① 杉田孝夫ほか編『市民社会論』おうふう、近刊予定 (小谷分担執筆：第六章「ベッカリーア『犯罪と刑罰』における市民・人・名誉-イタリアにおける市民社会論のために」) (初校ゲラ校正済み、印刷中)
- ② 北村暁夫・伊藤武編『近代イタリアの歴史---16世紀から現代まで---』ミネルヴァ書房、2012年10月、270頁 (小谷分担執筆：第三章「リソルジメント」45-72頁)。
- ③ チェーザレ・ベッカリーア (小谷眞男訳)『犯罪と刑罰』東京大学出版会、2011年2月、215頁。
- ④ 北村暁夫・小谷眞男編『イタリア国民国家の形成：自由主義期の国家と社会』日本経済評論社、2010年12月、305頁 (小谷分担執筆：第四章「未完のプロジェクトとしての〈イタリア法〉---統一刑法典編纂過程の分析から」97-128頁、巻末資料「サルデーニャ王国憲章」(翻訳・解説)293-302頁)。

6. 研究組織

(1) 研究代表者

小谷 眞男 (KOTANI MASAO)

お茶の水女子大学・大学院人間文化創成科学研究科・准教授

研究者番号：30234777

(2) 研究分担者

なし

(3) 連携研究者

なし