The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	＜翻訳＞刑法における比較法研究の意義
Author(s)	パーパ, ミケーレ; 松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2010, 59(5), p. 143-163
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55356
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

翻訳

刑法における比較法研究の意義

ミケーレ・パーパ
松田岳士／訳

一　新たな学問領域
二　比較法的感性の指標
三　刑事法における比較法研究の遅れ
四　比較の方法
五　結語

一　新たな学問領域

比較法学は、現代的な学問領域の典型例である。

このことを確認すると同時に、比較法研究が、他の（たとえば、エコロジー、生命倫理、マーケティング、情報学等の）新たな学問領域と同様に、過去、とりわけ遠い過去には、その直接的かつ明確な先祖をもたないということを強調しておかなければならない。

たしかに、法律家が外国の法律に関心をもつこと自体は、今日に始まったことではない。その意味では、（プラトンがローマの十人委員会に関心をもっていたこと、あるいは、フォーテスキューがモンテスキューに関心をもっていたこと等）過去の比較法学の先駆者を援用することも、形式的には間違いではない。しかしながら、より実質的にみれば、その「比較」研究の具体的な目的（それは、しばしば自己の哲学的ないし政治的な立場や自国の法の優越性を示すことを目的としていた）、用いられた方法の未熟さ、依拠する情報の信頼性の低さ、外国法に関する理解の偏り、そして、より一般的に、指標となる法的文化の差異からして、これらの先行研究には重要な意味は認められないのである。先行研究としては、おそらく、後に見るとおり、不明確性が残ることは避けられないとしても、一九世紀の比較研究を挙げるほうが妥当というべきであろう。

要するに、われわれが今日「比較法学」と呼んでいる学問は、ちょうど今日の「エコロジー的感性」が一七世紀末期に「アルカディア」文学運動によって提唱された田園的・牧歌的な発想と漠然とした共通性を持つに過ぎないのと同様に、過去数世紀の法律家によって行われた比較の形式とは、大まかな形でしか比較対照することはできないのである。エコロジーの直接の根が、二〇世紀の包括的な近代化に見出されるように、比較法学は、一九世紀の大法典化の時代、その後の法実証主義の理論的な展開、そして、北米の「リアリズム」によって開花した批判精神、法人類学の誕生と展開、法形式主義（およびある種の法律至上主義的発想）の危機、純粋ドグマティック思考の過剰等を経てはじめて存立しうるものなのである。

要するに、過去――とりわけ、遠い過去――の「比較法的」研究と性急かつ表面的な照合を行うことに、真の学問的意義は認めることはできない。このような対照がなされるとしても、それは、修辞的なものにとどまるのであって、そこでは、比較に関する言説は、結局、「古きものにも近代的な要素があった」、あるいは、「古きものは、

近代の血縁である」といったことを強調するだけのことである。

二　比較法的感性の指標

もっとも、前節において述べたことは、現代の比較法学が、ある種のウィルスのように、突然、出現したものであり、追跡可能な遺伝学的先祖をもたないということまでをも意味するものではない。

比較法学が歴史的背景をもつことはたしかである。しかし、――ここが重要なのであるが――これは、形式的な一致を探求することによっては発見することができない。言語分析においてみられるように、対照可能性は、歴史的形式の形態学的一致によってではなく、むしろ、しばしば外見からは明らかではない対応関係の規則性によって確保されるのである。したがって、過去の法律家が「外国法」を引用したとか、他の地の立法者によって生み出された法的概念の移植を行ったとかいうことは重要ではない。そうではなく、過去の法律家が、その思索ないし法実務への貢献において、「比較法的使命」とでも呼ぶことができるものを表現していたか否かが決定的に重要なのである。

では、このような――上述したところによれば――各時代の法的経験ごとに異なる形式をとりうる使命とは、いったい何から成り立っているのであろうか。

比較法学の概念について、歴史を超えた一般的定義を提示することはできないが、特定の法的経験における比較法学の使命は、固定的な形式の比較によっては認識することはできないものの、二つの指標によって確認することが可能であると考えられる。すなわち、今日においても、また、遠く離れた歴史的出来事においても、法の歴史の特定の段階に関する比較法学的発想およびその時代に活躍した法律家達のそれに対応する感性を把握する方法とし

て、二つの指標、二つの「マーカー」が存在するのである。

この二つの指標は、いずれも、比較法を認識する具体的な方法、そして、おそらく法一般を認識する方法を表すものでもある。比較法学内部の議論においては、この二つの指標のうちの一つを強調する見解を支持する者は、もう一つの指標を支持する者を誤ったものと考えるかもしれない。しかしながら、この学問領域の外的境界を画するためには、このような意見の対立は、いってみれば家庭内のものにとどまるといってよい。

比較法的な感性の指標、「マーカー」となりうるのは、以下の二つである。

(a)　法の普遍的次元への志向、傾向、すなわち、超国家的、統一的、世界的な法、あるいは、地方ごとの制度の分化および分権主義を超越する法への渇望である。

この指標に関する具体例を挙げるとすれば、次のようなものが、様々な意味でこのような傾向の表れということができるであろう。すなわち、ヨーロッパにおいて一三世紀から一八世紀終わりにかけて支配的であった共通法（diritto comune）の経験、国家の領土的境界から解放された共同体に適用されていた教会法（diritto canonico）――本稿の関心との関係では、教会刑法（diritto penale canonico）――の経験、一八世紀終わりから支配的になり、今日においても憲法や多くの国際法規によってとりあげられている基本的人権の厳粛な宣言、様々な国家の法典を統一するための超国家的な刑法の法典化の動き、そして、国際刑事裁判所という世界で唯一の裁判所の前で万民法犯罪（crimini iure gentium）を処罰することを目的とする制度としての国際刑法の展開等である。

(b)　法の弁証法的次元への志向、傾向、すなわち、法的資料の多元性および多様性、制度の複数性、法源の不統一性を評価する傾向である。いいかえれば、様々な体制および源から生み出される諸法規、制度、そして意見の間の絶えざる対比による比較を行う傾向である。このような傾向は、二つの態様をとって現れる。すなわち、一方で、

それは、特定の法的経験（たとえば、中世法、そして、様々な点で現代の法も）の並はずれた分節および法源の多様性という客観的特徴として出現する。他方、この傾向は、論理的・演繹的あるいは法実証主義的に凝り固まったアプローチの拒絶、対比という認識方法に対する信頼、そして、微分的計測によって特徴づけられる法律家の方法論的な（ときにイデオロギー的な）態度として出現する。

要するに、ここにいう弁証法的方法においては、法的世界の異質性、多様性、断片性は、統一的、あるいは世界的な共通法の形成によって乗り越えられるべき病的な兆候としてはとらえられないのである。多様性は、正義（giustizia）の概念の実現という点でも、また、純粋に認識的な次元においても、豊かさを意味する。なぜなら、相違、差異、多様性からなる生成を考慮に入れることなく現実、ましてや法的現実を理解することは不可能だからである。

三　刑事法における比較法研究の遅れ

法学の他の分野と比べると、刑事法学は、比較への関心という意味で最も遅れた分野の一つである。その原因は、ここ七〇〇年にわたる刑法の歴史的発展を特徴づける一連の諸要素に求められる。

このような遅延の遠い過去における原因を探るためには、まず、一三世紀から一九世紀初頭の法典化に至るヨーロッパ法制史を特徴づける共通法時代が検討されなければならない。この時代には、一連の矛盾する兆候がみられる。上述の指標、すなわち、普遍的傾向と弁証法的傾向の指標を用いるならば、客観的な遅れの要因として、法の歴史における一定の経験への刑法の参加が限定されたものであることが容易にわかるであろう。すなわち、刑法は、よく知られているように、民法に特徴的にみられるような完全に普遍的な様相を呈したことはなく、このことは、

刑法においては、民法と異なり、ローマ法、より具体的にはユスティニアヌス法典に、啓蒙的で権威のある先祖を見つけることが困難であることによくあらわれている。共通法と刑法の間の一定の「構造的」距離をさらに決定的にしたのは、刑法と政治権力の間の生来的な密接な結び付きである。なぜならこの結び付きは、私人間の関係を規制することに向けられたものよりも多くの制定法を生み出す原因となるものであるからである。すなわち、刑法においては、地域独自の、そして、当該地域においてのみ適用される様々な制度によって、各地域に固有の要請から生まれたがゆえに地域によって異なる詳細かつ固有の犯罪が定められてきたのである。

もっとも、啓蒙時代以前の刑法の現実を重要な比較法的使命によって特徴づけるような一連の重要な要素があったことも看過することはできない。まず、上述の第一の指標に関して言えば、ヨーロッパレベルにおいてラテン語という共通語により議論することができた学説の展開に、普遍的側面があったことは否定することはできない。さらに、よく知られているように、教会刑法も、確実に普遍的な側面をもっていた。なぜなら、教会刑法は、適用の地域的限界がないことにより、すなわち、その妥当領域の非常な広範さによって特徴づけられるものだからである。

これに加えて、共通法の時代には、上述の第二の徴候――すなわち、弁証法的使命――が高まってもいた。

実際、共通法の経験は、特定の実定法制度に還元することのできないものであることに注意しなければならない。共通法の時代は、客観的な法制度、規範制度としてとらえられる以前に、独自の法的経験としてとらえられる。この法的経験においては、とりわけ、一方で、法の生成および認知源の非常な多様性（混乱）が認められるとともに、他方で、啓蒙時代に認められたものとはかなり様相を異にする諸原則や法則（regulae iuris）の解釈および適用方法があったことが強調されなければならない。たとえば、法典化の時代以前は、解釈（interpretatio）が、法創造に含まれる活動であったことに争いはなく、今日それに一般に認められているような単なる認識的な意味を超える

ものであった（実際、単なる実定法の意味の認識には、expositio という別の用語が用いられていた）ことを考えれば十分であろう。刑法が、その規定の多くが制定法的性格を持っていたとしても、共通法の経験とその基本的構造を共有していたことを理解するには、チェーザレ・ベッカリーア（Cesare Beccaria）が、「犯罪と刑罰」について、同名の著名なパンフレットの冒頭において示した次のような枠組みを援用すれば十分であろう。「古代の征服民族の法の残滓は、一二世紀も前にコンスタンティノーポリにおいて妥当していた原則によって集成され、その後、ランゴバルドの手続と混ざり合い、さらに、何巻もの私的で不明瞭な解釈のなかに吸収されて、ひとつの伝統を形成しており、これが、ヨーロッパの大部分において、法律の名を冠されているのである……」。

以上に概観したところからは、法源の非常な多様性および多元性によって、啓蒙時代以前の法律家は、ローマ法、注釈者、注解者、学者の著書、地方の制定法、そして、後述のように、教会法といった複数の規範制度に属するがゆえにまったく異質な法的情報や、あるいは、いずれにしても異なる情報源の間の絶えざる対比、あるいは、継続的な調整を強いられていたものと推測することができる。そして、そこでの弁証法的認識の作業は、今日の比較法学が行っているものと、まったく異なるものではなかった。

刑法のその後の展開は、おそらく、比較法的関心からすれば、真の遅れあるいは後退を意味するものということができる。すなわち、啓蒙思想は、一七八九年の人権宣言に見られるように、疑いなく普遍的な傾向をもっていたが、一八一〇年のナポレオン法典は、すでに、啓蒙哲学と皇帝の政策の間の真の意味での妥協の産物だったという意味で、このような理念に逆行するものだったのである。さらに、よく知られているように、一九世紀初頭からは、とりわけドイツ語圏をはじめとする様々なヨーロッパ諸国において、反啓蒙主義的な反動が、政治体制の権威主義的展開とともに、また、精神主義および国民国家主義的な傾向の出現とともに、あらわれるようになったのである。

しかしながら、このような歴史的・思想的な変遷に加えて、普遍主義と、刑法がその基礎をおく基本的な保障の要請の間に本質的な二律背反が存在することについても触れておく必要がある。普遍主義の要請が、不可侵の権利のカタログを作成することにとどまっている限りは、保障の要請との協力関係は完全なものである。しかし、普遍主義的使命が、合理主義・自然法主義のもとで、より詳細な規範システムを要請する場合には、事が複雑になる。近代刑法の基本的保障は、まさしく法定主義にある。この原則からは、即座に、法律の留保という論理的帰結が導かれ、これは、刑法の法源に関する「強固な」固定を意味する。すなわち、刑法は、事物の自然的な秩序に由来するものでも、また、理性の抽象的真実に由来するものでもなく、もっぱら歴史的な意味での「一般意思」の受託者としての立法者に由来するものでなければならないのである。

したがって、まさしく、法定主義、とりわけ、立法者に由来する実定法の絶対的独占の原則としての法定主義こそが、普遍主義の要請と矛盾するものとして提示されるのである。なぜなら、法源の法律性＝実定性という二項式は、刑法が、各立法者の選択、あるいは、特定の国家の実体的生産物たる法律に縛られることを意味するからである。

このような枠組みにおいて抑制されるのは、普遍主義の要請だけではない。法源の立法への集中化の結果としての法的経験の「単純化」は、現行の国内法以外のものに対する無関心を生み出すことになる。すなわち、方法論の次元における「異なるものの対比」に対する無関心や、様々な法的情報の間の比較に対する無関心は、地理的な出所（外国法）に対する無関心、所属（たとえば、教会法等の中間団体法）に対する無関心、「法源」の付帯的性格や正式な位置づけ（判例法や学説等の場合）に対する無関心を意味することになる。

それだけではない。刑罰を科す権力と個人の権利の中核の間の密接な関係からは、政治的・制度的な帰結が生ず

ることになる。すなわち、刑法に関しては、市民が、その政治的な意識が成熟すればするほど、刑罰権の特性が曖昧にならないよう求め、犯罪化の選択という政治的責任を明確にすることを要請することになるのである。そして、このような成熟の進展は、啓蒙時代以前の法律家が何世紀にもわたって行ってきた多元的法源システムの完全な否定を決定的なものとするのみならず、一九世紀後半における自然法的な普遍主義の漸次的な後退をも決定づけたのである。いいかえれば、政治的には、もはや、――啓蒙主義者がすでに主張していたように――刑法の多元的な法源が受け入れられなくなっただけでなく、普遍的な刑法という理念も、また、超国家的な刑法という理念でさえも、受け入れられなくなったのである。なぜなら、これらが、自然法または純粋理性に基づいて構成されるものであることは疑いえないからである。

このような状況においても、一九世紀が、外国の制度において成立した法や立法的解決に対する学説の関心を呼び起こした時代であったことは疑いない。もっとも、すでに述べたように、このような認識は、かならずしも、――今日の方法論的自覚のもとでは――真の実り多い比較法的分析として評価されうるということまでを意味するわけではない。一九世紀の刑法学は、最後の一〇年間をとってみても、多くの見解の乱立を見ており、概括的な評価を困難なものとしているが、この時代の比較法的研究の問題は、次の二点にあったということができるように思われる。すなわち、当時の刑法学が、第一に、純粋に情報提供的な意義を持つにとどまった点と、第二に、異なる実定法間の形式的で、外部的な比較を行うにとどまった点である。

一九世紀の刑法学者によって行われた比較法的研究の実際の価値がいかなるものであるにせよ、二〇世紀初頭が、少なくともイタリアにおいて、他の法的経験との比較に対する関心を消し去ってしまったという事実に変わりはない。決定的なのは、いわゆる法技術主義の肯定であり、その誕生は、一般に、一九一〇年にアルトゥーロ・ロッコ

（Arturo Rocco）がサッサリ大学（Universita di Sassari）において行った開講講義にさかのぼるものとされている。アルトゥーロ・ロッコは、（古典学派（Scuola classica）と実証学派（Scuola positiva）の間の論争に悩まされた）二〇世紀初頭の刑事法学の――方法論的な――混迷のなかに秩序を打ち立てるために、実定された法律以外の基礎に関する問題を刑事法学の対象から排除すべきことを断固として説いたのである。刑法は、したがって、一定の情報の集合として認識される国家の実定法に解消されるのであり、これに関する研究は、論理的・形式的な方法によってのみ行われなければならないのである。このような文化的環境においては、比較法の発展はもちろん、他の国の法的経験に対する関心ですら、完全に枯れてしまうことになるのは、明らかであろう。

最近では、ヨーロッパにおける刑法学、とりわけイタリアにおける刑法学は、法学の他の分野との距離を埋め、これまでの遅れを取り戻しつつある。比較法学は、こうして、徐々に刑事法学の一分野として完全に確立するようになり、最近では、刑事制度の分析に比較法学的方法を用いた業績の数もますます増加し、深化されつつあることは否定できない。

そして、もちろん、本稿の冒頭で表明した確信に照らして、このことは非常に重要な意味を持つのであるが、今日においても、一般に比較法的なものとして分類される（あるいは、自動的に分類される）業績が、真に比較法的なものであるか否かが問われなければならない。たしかに、誰も、真の比較法学を構成するものに「品質保証」または「認証」を与える権利をもつものでないことは明らかであるが、国内法の解釈法学的な研究および希薄な理論的考察の補完として行われる表面的で即興的な外国の実定法の照会は、真に比較法的でないという以前に、かなり理論的価値に乏しいものである。もっとも、この点については、後に、方法論との関係で改めて検討することにする。

とりあえずここでは、最近の刑法における比較法の開花が、戦後、とりわけイタリア刑法学においては、一九七〇年代に成熟をみた法形式主義および国内法的な法実証主義の危機なしには考えられないということに注意する必要がある。

今日の比較法の使命は、国内の立法者によって生み出された文言についてのみ行われた研究の限界と混乱を認識することから生まれたのである。このような認識が獲得されたことにより、法律家の精神がまとうマヤの仮面は破壊され、実りの多い生命の躍動が生ずるのである。それは、法的経験の摂理による復興を生み出すのみならず、制御困難であるだけに興味深い動揺と緊張をも生み出すのである。

この復興の現象のうち、比較法学の発展に積極的な影響を与えたものとしては、次のものが挙げられよう。すなわち、単なる実定法規の解釈から目的論的、そして、原理・原則による解釈への移行というかたちでの解釈法の変容、刑事法改革の国際的動向の出現と肯定、ヨーロッパレベルでの、そして、国際的なレベルでの刑法の調整・統一に向けた動きである。また、より破壊的な効果としては、法は、（単なる）規定された文言の体系としてというよりも、むしろ、社会的事実および歴史的事実として（も）検討されなければならないという認識の強まりによる、法現象に対する「現実主義的な」アプローチの再発見（または発見）が挙げられなければならない。クリティカル・リーガル・スタディーズ、法人類学、フェミニスト法学、そして、より革新的な比較法学的研究等がこれに属する。

四　比較の方法

方法論に関しては、比較法学は、――意地の悪い憶測をする論者によれば――そうでもしなければ、その存在理

由および有用性が否定されるような学問領域の生命維持のための点滴を行うために、大量のインクを注ぎ込んできたとされる。しかし、これは、不当な批判である。

実際、比較法的分析の方法および目的の問題は、無意味なものでは決してない。それは、その実際的で直接的な有用性の特許によって、比較法学の信用性を高める必要があるからではない。ロドルフォ・サッコ（Rodolfo Sacco）が指摘したように、人文科学の多くの分野は、何世紀にもわたって実際的な正当化事由を提示することを義務づけられることなく展開されてきたのである。重要なのは、むしろこれとは異なる点である。比較法的な分析は、（たとえば、ある特定の一制度のみを、そして、存在する多くの法制度のうちの二つの対比のみを行うという意味で）「一定の方向に向けられた」、あるいは、「選択的」な性格を持つために、その受け取り手を、研究の方法および目的から派生する条件設定を検討できる状態に置く必要があるのである。重要なのは、教育または情報提供という目的のために比較することや、刑事制度の具体的な改革の必要を説くために、あるいは、国内の各制度の間の調整の方法を提示するために比較することである。さらに付け加えるとすれば、比較法的分析は、各制度がいかに機能しているかをよりよく理解するために行われるのである。

もっとも、これらの目的の設定は、方法論的に正しい研究の基礎づけをするための条件でもある。社会科学において成し遂げられてきた理論の展開によって示唆されるように、研究対象および研究者の客観的認識を明確にすることによってのみ、当該研究領域の限定、事例の選択、その特性の同価値性等について、方法論的に厳格な規則に従うことが可能となるのである。

⑴　**純粋に情報提供目的の比較**　この方法には、二つの型の研究が含まれる。その一つは、もっぱら外国法の認識を目的とする研究である。もう一つは、かなり普及している方法であり、特定の国の立法に関して、多かれ少なか

れ対象者を絞って行われる「概説」あるいは「概観」である。これは、外国人の読者（ないし聴衆）のために当該立法が行われた国の法律家によって行われるものである。

いずれの場合も、分析は、外国の制度か国内の制度のいずれかを対象として行われるものであるから、もっぱら法制度に関するものである。そのため、このような研究においては、多元システム的な次元での考察は存在しない。すなわち、ここでは、対比あるいは比較の基礎にある二重の両極性は存在しないのである。また、そこからは、批判的判断しか生じえない。純粋に情報提供的な比較は、外国法に関するものであれ、国内法に関するものであれ、近代的な刑事制度に関する多面的な問題提起の深化を生み出すことはまれである。

もっとも、高い価値を持つ科学的業績においては、これら二つの方法に属するものであっても、これまで説明してきた枠組みとの関係でも、相当程度興味深く、また、有益な結果を生じうるということは留保しておく必要があろう。実際、このような方法論においても、非常に洗練され、かつ実りのおおい研究を行う可能性は存在するのである。たとえば、外国法の説明は、必然的に、当初は知らなかった制度への接近の重要な過程に対する当該論者の感受性を強めることになる。この場合には、研究は、新たな知識の習得の過程での情報と研究者のもともとの法的知識の間の絶えざる対比を通じて行われることになる。これもまた、特殊なものであるとはいえ、真の比較であるということができる。実際、比較には二つの対象がある。一つは、認識され、理解されるべき外国法であり、もう一つは、研究をおこなう者自身がそのなかで育った法的経験であり、これは、同人の認識能力のみならず範疇化能力をも条件づけるほどに深く内在化されているものである。要するに、ここでの比較とは、まさしく、特定の法制度の説明が、その制度の外部にいる研究者によって行われるという事実にあるということができるのである。このような状況によって、対象となる制度の国の法律家も気がつかなかったような側面や力学を理解し、解明すること

が可能になるのである。

同様の評価は、外国人のために行われる国内法の「概観」あるいは「概説」についても妥当しうる。優れた業績においては、概説は、単なる法文の朗読、すなわち国内実定法の文字通りの報告または単なる説明には終わらない。なぜなら、制度の文脈および特定の既定の現実的状況に影響を与える数多くの要素（判例、学説だけでなく、実務、文体、思考様式等）を知らない外国人の読者にとっては、単なる法文の説明ではほとんど何も理解できないからである。たとえば、イタリア刑法における因果関係について、外国人に、刑法四一条および四二条を朗読するだけで、基本枠組みを示したということができるであろうか。

要するに、この場合においても、すぐれた分析研究は、単にその見かけ上、「一次元」にとどまるように見えるにすぎない。より注意深く見るならば、研究者は常にかつ継続的に自己の法制度および法文化と、それを伝達する相手の制度および文化の間での比較対照を行わざるをえないため、このような研究は、常に対話的なものとなるのである。

⑵ **「モデル論」による比較**　これも、広く普及した方法論である。この方法は、一般的なモデルの構築に至るために比較を利用しようとする。すなわち、実定法規を出発点として、法制度を経て、その後、抽象化および一般化へと至るのである。たとえば、有名かつ伝統的な「弾劾主義」と「糾問主義」という手続法のモデルの区別もこの方法の成果である。実体刑法においては、未遂犯に関する法規範についての、準備行為と実行行為の区別に基礎を置くモデルと、行為の相当性と明確性の概念を用いるモデルの例の間の古典的な対置を挙げることができる。

この比較方法は、法制度の「大家族」による範疇化を、一貫して、丹念に行うものであり、実り多く、確立した方法であることは間違いない。しかしながら、この方法を実施するに当たっては、――方法論的に――まず抽象的

なモデルがあり、その後、歴史的に存在した諸制度のそれへの帰属の有無が問題となるのか、それとも、歴史的に存在した諸制度がまずあって、それを考察することによって、その一般化によってモデルを構築することができるのかが確実には判別できないという事実から生ずる矛盾からは逃れられないのも事実である。要するに、この方法については帰納的なものなのか演繹的なものなのかが、常に明確であるとは限らないのである。たとえば、手続法に関する弾劾的モデルと糾問的モデルの区別を考えてみても、この二つの分類のそれぞれの重要な特徴が何処に求められるかを確実に先験的に決定せずに、この二つの「家族」を分類することができるであろうか（陪審制を採らない制度、または伝聞証拠排除の原則を採用しない制度、裁判官と検察官の役割および組織法上の明確な区別のない制度を「弾劾的」ということができるであろうか？）。

(3) **いわゆる形成要素（formanti）の特定および分離による比較**　これは、民事法学者ロドルフォ・サッコ（Rodolfo Sacco）、そして、アントニオ・ガンバロ（Antonio Gambaro）、ピエル・ジュセッペ・モナテーリ（Pier Giuseppe Monateri）、ウーゴ・マティ（Ugo Mattei）および同学派に属する他の法律家たちによって発展させられてきた方法論である。この説の内容を要約することは容易ではない。なぜなら、その内容は時期によっても変化しており、また、当然のことながら、論者によっても異なっているからである。さらに、この方法論がそのなかに位置づけられるべきより広い理論枠組みが、社会学的な（あるいは、人類学的な、すなわち、「法は事実に如かず」といった）「リアリズム」のそれなのか、それとも、歴史主義のそれなのかも、必ずしも明らかではない。この見解は、数多くの論稿において提示されてきたが、その考案者自身によって、一九八七年に、トレント大学法学部において提示された五つの「理論」に要約されたことから、「トレント理論（Tesi di Trento）」と呼ばれている。

この理論に関する詳細な分析は比較法の概説書に委ねるとして、ここでは、とりわけ、同理論においては、決定的に、比較法学が歴史学の一つとして位置づけられていることに注目しよう。すなわち、同理論においては、比較法学は、「現実に起こったもののみを実在したものとみる」という基準によって、過去または現在において具体的に実現された法現象を対象とする研究として位置づけられているのである。

このような「生ける」法制度の観察によって、二つの帰結が提示されることになる。すなわち、一方で、一見、異なる内容をもつ法規定が、異なる制度のなかでは、「作用則（regola operazionale）」、すなわち、一定の現象に対する実際上同一内容の規律を提示することがある。他方で、同じ法規範であっても、場合によっては、まったく異質な「作用則」を提示することもある。

このような考え方は、第一に、実定法の外部的比較、あるいは、様々な立法者によって用いられた言語的な表現の比較に依拠する法学研究、とりわけ、そのような比較法研究に対する根本的な挑戦を意味することになる。上述のように、文言の認識だけでは、一定の法現象の実際の規律がいかなるものかを完全に理解することはできない。そのためには、たとえば、もっぱら「判示」に基づく判例分析のような、実務に対する臆病な研究でも充分ではない。

実際、法律家にとっては（ましてや比較法学者にとっては）、現に実践されている「作用則」の形成に貢献するものを考察することが重要なのである。この理論は、真の「作用則」、すなわち、法現象を実際に規律する法則と、そのような法則の「言語化（verbalizzazione）」、すなわち、この法則を考察し、明示し、動機づけ、唱えるために、一定の社会によって用いられる様々な命題とを区別する。比較法学は、碩学フォン・ハイエク（Von Hayek）の言葉を借りれば、「一定の法則によって支配されていること」と「法則を認識すること」の区別を明確にすること

を要求するのである。法や判例は、真の「作用則」の総体にではなく、むしろ、法則の「言語化」の領域に属するものなのである。

要するに、一般に法律家が行うように、一定の社会を支配する法的規則を定めるのは、（法律、政令等の）法的文書に含まれる諸規定であると考えることによって、――上述の立場からすれば――我々は、大きな間違いを犯すことになるのである。実際、法的経験においても、まさしく歴史的事実において起こっていることと同様に、一連の諸現象を支配する「真の規則」の内容は、第一次的には明示されておらず、したがって、認識されていないものなのである。世界の（歴史的あるいは科学的）認識においては、我々は、このことをよく知っており、一定の現象がどのように起こるのか、あるいは、一連の現象の背後にいかなる規則があるのかを理解しようとするときには、「仮説」（これは、たとえば、重力の法則のように、検証との対象となるものである）を立てる。ところが、法においては、伝統的には、――周知のように――これとは異なるやり方がとられてきた。すなわち、意識的に規則を作りだすのはまさしく人間であり、このような「創造」は、（法律、政令等の）法的文書の作成によって具体化されるものと考えることによって、法律家たちは、研究対象をこのような文書（および判例）に限定してきたのである。こうして、法が、あるいは、「法源」としての意義を認められた文書一般が、しばしば、「規則を言語化したもの」、すなわち、単なる宣言にすぎないことが忘れ去られるのである。そして、そうであるとすれば、実体法に定められたものが、真に法的現象を生み出している「作用則」とかならずしも対応しない可能性も考慮に入れておく必要があろう。

法的現象の真の「作用則」は、直接的には認識できないものの、徐々に解明されていくのであり、まさしくこのようにして、比較という方法が重要な意味をもってくることになるのである。作用則、すなわち、一定の現象を支

配する具体的な規則に影響を与える可能性のある様々な要素を特定するために、この理論は、言語学を援用し、「形成要素」という語を用いる。形成要素の探求は、――当然ながら――法的経験およびその規制の機構を真に理解するための重要な前提となる。

形成要素は、明示されている（すなわち、法や判決という形で言語化されている）こともあれば、明示されていないこともある。黙示の形成要素（あるいは、隠された型）は、その存在について認識されないまま通用している法則である。たとえば、「心性」または一定の法的環境において支配的な実務の形成に貢献している要素の多くは、この黙示の形成要素である。

しかしながら、この理論は、自然界へのアプローチと法の世界へのアプローチの間を完全に等値におくものではない。規則の言語化（法律、政令、判決等）を構成する命題も、真の形成要素と評価されるのである。それは、単なる詩の朗読ではなく、「真の規則」、すなわち、法の世界を支配する認識されざる作用則との相互作用状態にあるものなのである。要するに、国家法の存在が、（ときに、最小限度であるにせよ）実際に、一連の現象を支える作用則の射程を変えていくことになるのである。

形成要素、とりわけ明示的な形成要素は、法制度を明確に差異化するものである。これは、一方で、その高度な抽象化によって特徴付けられるが、他方で、当該地域に固有の社会的・文化的な要素の産物を構成するものでもある。

刑事法に関して例を挙げるならば、未遂犯に関する規範は、法制度によってかなりその内容を異にする。すなわち、未遂については、（たとえば、フランス法のように）未遂の準備行為と実行行為を分類し、後者のみが可罰的であるとするものと、（たとえば、イタリア法のように）行為の明確性および相当性を重視するものもある。しか

し、実務においては、このような法的形成要素の差異は判例によって埋め合わされることになる。すなわち、判例は、このように異なる法規範であっても、その解釈によって、最終的には、刑事責任を認める現実の要件を接近させる結果となるのである。

このような考え方においては、法学の領域において、比較には、真に中心的な役割が与えられていることに気がつくであろう。比較法的分析によって、異なる経験の対比を通じて、「形成要素の分離」が可能となるのである。すなわち、複数の制度における形成要素間の対応または対抗関係の欠如を考察することは、一方で、各形成要素の射程範囲を認識することを可能にし、他方で、少しずつではあるが、いわゆる「隠された型」、すなわち、各制度の内部で明示されていない、黙示の法則を発見することを可能にするのである。そして、幸運な場合には、ある場所ではまったく明示されていなかった形成要素が、それとは異なる法制度のもとで、完全に言語化されていることを発見することもある。そうでない場合にも、形成要素の類似および差異を検討することは、いずれにしても、当該制度に現に妥当している「作用則」に関して立てられた仮説の直接的な経験的確認を実現するのである。

最後につけくわえるとすれば、以上のみてきたところからも明らかなように、モデル論による比較が、上述の普遍主義的な発想に近いのと対照的に、形成要素の分離は、もう一つの「比較法的な感性の指標」に適合するものであるということができる。なぜなら、形成要素の分離は、まさしく、方法論的に法制度の多様性を評価する方法であるからである。

ここでは、比較は、――対比を通じて――各法制度がどのように機能しているのかを理解するのに役立つことになる。いいかえれば、差異および様々な形成要素が果たす役割を明確にすることによって、各制度が、まずそれ自体、どのように機能するかを理解することになるのである。そうであるからといって、このことは、もちろん、制

度間の調和または超国家的な制度の構築を目指すにあたって、このような知見が役立つ可能性を否定することまでをも意味するものではない。

五　結　語

以上、比較法学に関する主要な方法論を概観してきたところからは、われわれは、刑法に関して、比較の役割がどこにあるかを検討することができよう。基本的問題はすでに示されている。すなわち、刑法は、実定法の規範的システムであり、厳格な法定主義のもとにおかれる。比較法的検討への関心がいかに強くとも、このような構造的な前提を忘れてはならない。なぜなら、その背後には、基本的かつ不可侵の人権保障の要請があるからである。

そうであるとすれば、刑事法に関しては、比較が、もっぱら、現行刑法のありうる改正、あるいは、外国の制度との調整および超国家的な刑法の構築にしか結び付かない成果をもたらすものなのか、それとも、より直接的な作用的役割を果たしうるものなのかを検討することが重要な意味をもつことになる。この問題については、もちろん、ここで詳しく扱うことはできない。本稿においては、第一の目的（刑法の改正、外国の制度との調整、超国家的刑法の構築）が、――規範的解決の普及および移植に関する表面的で粗野な選択を助長するおそれがあることは否定できないとしても――刑事法研究者の比較法的関心にとって非常に重要かつ正当なものであるということを強調するにとどめよう。

しかしながら、比較は、より多くのものを提供してくれるものである。実際、比較は、規範や制度の機能的側面をよりよく確認するだけでなく、とりわけ、――実体法が定めるところを超えて――考察対象となる法現象を現実に支配する「作用則」がいかなるものであるかをよりよく理解することを可能にしてくれるのである。

したがって、比較法的アプローチは、刑事法のように、実定法および厳格な法定主義によって支配される場においても、関心を呼ぶものである。刑事法研究者にとっても、「ことが実際にいかなる状態にあるかを知ること」は、重要な意味をもつ。それどころか、法定主義の選択の基礎にある人権保障の配慮は、刑法の「真の規則」が法によって定められたのとは異なる場合があるという事実に目を閉ざすことを許してはくれないのである。こうして、啓蒙時代以降の制度が立法以外の法源を排除してきたその厳格な態度は、その起源が明示されていない一連の隠された形成要素が、法源と適用の際に働く法の生理的な実現の受け入れ可能な統合の限界を超えた規制の基礎を条件づけうるのである。

比較法的研究においては理論が主役を演じているが、このことは、理論がこれを独占しているということまでをも意味するものではない。比較法的方法は、今日では、実務家にも共有されている。その原因は、今日、裁判官、検察官および弁護士が、超国家的な法領域および超国家的裁判所における訴訟領域の漸次的な拡大によって外国法および超国家的法を使用する機会が増えてきたことにだけでなく、実務家こそが、真の比較法的な感性の習得から最大限の利益を引き出すことに求められるというべきである。単なる注釈者としてのうわべを取り払うことを受け入れるならば、実務家は、比較法的研究がかけがえのない知識であることに気がつくであろう。比較研究の役割は、上述のように、法規範および現行法制度の機能的力学を――「差異」に着目することによって――明らかにし、形成要素の分離によって、実定法により明示された規範の背後に隠された規則を発見することもできるのである。これらの知見が、実定法の意味および個々の立法によって示された規定の趣旨に対する新たな、そしてより豊かな接近の道を開くであろうことは想像に難くない。

このような法解釈の豊かな展開および諸原則に関する成熟した理解に加えて、比較は、弁護士にとっても重要な

知見を提供する。様々な法制度との比較を通じて、制度の具体的機能を支配する法則のいくつかを発見する可能性は、この法律家＝比較法研究者にとって、疑いなく有利な地位の創出を意味する。外国の経験を知ること、そして隠された形成要素を発見することは、一方で、隠されたしくみを最大限に利用することによって訴訟戦略を完全なものとし、他方では、価値論的に同質な外国の制度によって採用された法規範によって提供された、真の説得力と合理性を備えた一連の卓越した理論を用いることを可能にするのである。

＊　本稿は、Michele Papa, *La comparazione nel diritto penale* を翻訳したものである。ミケーレ・パーパ（Michele Papa）教授は、フィレンツェ大学で比較刑法を担当しており、主張な著書（共著）として、Palazzo-Papa, *Lezioni di Diritto penale comparato*, Giappichelli, 2005 がある。本論文には、刑事法における比較法的研究の意義および方法論を考える上で示唆に富む指摘が数多く含まれているように思われる。

＊　本稿は、科学研究費補助金・基盤研究（C）「司法取引に関する日欧間の比較研究」（平成一九年～二二年）の研究成果の一部である。