

抑止法の後退（régression）と復原法の発達（上）

—— 道徳と法との機能的連携関係についての一試論 ——

巻口 勇一郎*

低級社会の法典を観察すると、宗教や伝統などの公共的事物に対する侵犯が犯罪類型の大部分を占めており、それらは激情的非難に値し残虐な「体刑」によって処罰されていた。しかし、近代法典を観察すると宗教や伝統に対する侵犯が姿を消しており、それに伴って激情に裏付けられた残虐刑も姿を消す（刑罰の穏和化）。だが、近代に至っても人間の人格に対する侵犯は相変わらず犯罪類型として記載されており個人相互間での侵犯が唯一、近代以降の法典（復原法）の中心的位置を占めるようになる。こうした比較法的データから、脱抑止化した近代法がもたらす諸個人の自由な活動のなかで人格に対する礼拝が唯一の義務となったということが根拠をもって導かれる。カルボニエは、近代法の抑止力の緩和＝自由化法を、道徳など他の社会規範の十全な活動により多くの場所を空けるための「自己制限」（auto-limitation）であるとしている。他方デュルケムによれば、法の脱抑止化に伴って差異化した個人間の機能交換として契約が頻繁化する。そして、近代法に対応する契約は当事者の自由な意思（の合致＝合意）による諾成契約であるが、当事者による契約交渉を含めた合意形成過程において、相手方に対する人格崇拝が実践されるがゆえに、均衡的な内容の（真の）合意が成立する。人間的共感が強まることによって、諾成契約は「客観的に衡平な契約」に至るのである。だが、抽象化を被った人格崇拝は理念の高みに上げられ、アノミックでエゴイスティックな傾向を蔓延させてしまう。このため、人格崇拝の空洞化を補う復原的法が必要である。彼は人格崇拝と復原法との関係について明確化していないが、彼が復原法の機能を「阻害された関係の正常な状態への修復」と定義していたことに鑑みれば、道徳的人格崇拝が空洞化し関係（契約）の均衡が破れ一方に損害が生じたときに、復原法は裁定（判決）を通じて事後的に損害賠償を強制し、阻害された関係を元の正常な状態に復原すると理解することが適切である。だが、近代法は、関係の事前の規制という役割を道徳的人格崇拝に委ねるために敢えて自己制限したのだから、事前・事後の規制を視野に入れた一貫した規制法と理解すべきである。

キーワード：規範間関係論，誠意契約，客観的に衡平な契約，聖俗の格差の縮減，
刑罰の穏和化，法の自己制限，復原的法，ジャン・カルボニエ

* 立命館大学大学院社会学研究科博士後期課程

はじめに

1. 刑罰進化の社会的要因

- (1) 抑止法の後退 (regression)
- (2) 『社会分業論』と『社会学講義』
- (3) 聖俗の格差の縮減と刑罰の変遷
- (4) 復原法の基礎構造 [以上本号]

2. 近現代社会における道德と法の役割 [以下次号]

- (1) 損害賠償とつくろい (face work)
- (2) 和解と裁定に欠かせない内容的均衡
- (3) 実体の回復は人格の尊厳の回復, の現代一例
- (4) 事後的な規制の意義と限界

おわりに

はじめに

道德や法といった諸々の社会規範は、それぞれパートナーである他の規範の活動状況をモニターしている。そして、道德など他の規範の十全な活動が期待できると知覚された場合には、法は「自己制限」し、敢えて道德に管轄を委譲する。反対に、道德の活動の鈍化（機能低下）が知覚された場合には、その機能低下を補うべく、法は、損害賠償の強制や規範内容の改組を通じて活動レヴェルを高め、漸次自らの管轄を拡大してゆく。法と道德は、一対 (en couple) となって規範的ハーモニーを演じており、恒常的に緊密な連携関係にあるのである。現代社会においては、人格崇拜が空洞化し、犯罪のみならず労働問題、消費者問題（薬害）のような諸問題が生じている。こうした問題が火種となって諸個人間の正常な関係が阻害され、それに反応し後退していた法が、関係の復原を目的として帰ってくるという事態が生じている。更に、

既存の法制度によって十分に関係が復原されない場合は、最終的には法は規範内容を強化し、いわば武装して帰ってくる。道德の相対的空白部分に法が流れ込んでくるとも表現できる「社会秩序の法化」は、法と道德とが常に緊密な連携関係にあるという先の原理の正当性を証明する事実であるといえる。ともあれ、諸問題を抱え法化が進行している現代社会の秩序を研究するためには、道德と法どちらか一つだけを研究するのでは不十分である。更にいえば、カルボニエが指摘するように諸規範には法、道德のみならず宗教や慣習、信頼や合理的慎重さ、同類への同情や愛など様々な種類のものがある。また、デュルケムがいうように、法にも抑止法や復原法等があり、道德にも契約道德、職業道德や市民道德などがある。そして、これら多様な諸規範間の関係は、一方から他方に単線的に交替 (relais) するというより「重層的」であり、集合意識を頂点として階層的 (hiérarchique) であるともいえる。また、法の内容的矛盾や機能亢進を非法が無効化することがあるように、諸規範のなかで一方が他方によって中和化 (neutralise) されたり、あるいは諸規範のなかでの葛藤がみられることもあろう。このように多くの規範の多様な関係を問うための前提として、全ての規範を一つの「不可分離の全体」として捉えなければならない。この視点で法と道德（非法）との「規範間関係」(le rapport entre droit et non-droit) を問わなければならない¹⁾。歴史的現実として、諸規範は、社会の容積、時代や場所、状況等によってバランス（活動の主導的立場）を変えつつも、規範間の相互関係を絶やすことなく機能的に協調しあい、「一つの全体」として規制的に働くことで最大限の規範的圧力を保持し、社会秩序を可能

としているということが分かるであろう。「規範間関係論」の立場からは、H. スペンサーがそうしたように自由主義的に理解しがちな近代社会においてさえ、法と道徳は緊密に連携しながら、最大限の規範的圧力を保とうとしていたと考えられる。そして、エミール・デュルケムこそ一世紀も以前に法、道徳と宗教を「社会の三大規制」と位置づけ、これら複数の諸社会規範の、集合意識を中心とした連携的・重層的な「規制」の態様とその変動を経験科学的に考察していたのである。しかし、今日の傾向として、法学者は法を、社会学者は道徳や宗教（法以外の社会規範）をそれぞれ扱っており、デュルケムの法、道徳と宗教との「関係性」に関する注目はほとんど全く受け継がれていない。こうしたことから、本論文では、社会秩序の法化という現実を意識しつつ、デュルケム、カルボニエ、ゴッフマンの理論を参考にしながら、抑止法と復原法との交替や、近代社会における復原法と人格崇拜（相互行為儀礼）の役割等々、規範間の原理的な相互関係を検討する。言葉をかえれば本論文は、抑止法、復原法と道徳の「諸規範間関係」(inter-normativité) に焦点を絞った考察であるといえる。

1. 刑罰進化の社会的要因

(1) 抑止法の後退 (régression)

マルセル・モースやデュルケムによれば、未開あるいは古代の社会においては、法典は、先祖の霊を語り手（主語）とした神話や詩の形式で述べられており、宗教と未分離で渾然一体であった。法規範は、未開人に没個人的で、論理的な「集合的心性」として根付き、浸透していた。しかも、法典は、献身と無私を命ずる宗

教的義務の違反、儀式上の必要事項の不履行などに極めて重い刑事罰を与えるなど、今日の刑法よりはるかに多くの犯罪類型を記載し、生活上のあらゆる場面のルール（集合的類型）からの違反を犯罪と定義し、強い感情的・懲罰的口調で禁止していた。こうして多くの犯罪類型を記載した刑事法は、今日では当然に許される行為をも重大な犯罪として禁止していた。また、社会生活の細部に及ぶ犯罪定義は相応の制裁を合わせ持っており、こうした刑法の存在は、異質性の象徴である犯罪を駆逐し犯罪が法外な数に達することを「抑止」とすると同時に、常時発生する一定率の犯罪に対して反作用を加えることによって集合意識の生命力、エネルギーと威厳を維持、回復し、共同性、愛着の源である社会的類似を確保することにもつながっていた。

『社会分業論』（以下『分業論』と略記）におけるデュルケムの比較法的観察によれば、近代社会においては、前近代的な抑止法 (droit répressif) の「衰退」(inférieurs) や「後退」(régression) に伴い、復元的制裁をもつ協同的法律（民法的体系）が発達した。近代において復原法の「優越性」(prédominance) は確かなものとなり、抑止法に対する重要度の比率は逆転するに至った²⁾。抑止法から復原法へという法類型の「交替」は、法規範に記載されている犯罪類型が減少し、刑罰 (peine)、制裁 (sanction) の重さも弱まることを意味し、刑法がかつてのような強力な抑止力を及ぼす社会生活の領域が相対的意味で相当程度減少し、それに代わって、それを除いた他の新たな領域が拡大することである³⁾。

他方、『社会学講義』によれば、古代や未開の単純な社会類型において、契約が規制の対象とならないことはなかった。これらの社会にお

いては、あらかじめ伝統と社会によって決められた形式をみたした契約にこそ、「契約内容の公正さ」が宿っていると考えられていた。だからこそ、慣習や儀礼に従った契約にのみ、社会成員による「公の承認」が与えられた。明確かつ激しい命令口調であった法的宗教的陳述による禁圧は、契約を規制対象としており、こうした意味で宗法は契約法を渾然一体に含んでいた。拙稿「契約における儀礼」で検討したように、この宗法は、物の霊に契約の諸義務を語らせ、あるいは契約当事者に複雑な儀式を要求し、契約過程に強く社会の力を及ぼした。法的宗教的圧力の下で、当事者はその意図や願望によって契約内容を自由に決定できなかった⁴⁾。複数の学者がいうように、デュルケムは「インパーソナルな規範性をもった何らかの準則によって規制された交換を契約」と定義しており、宗教的法陳述の下で、当事者の契約上の活動には、社会によって一定の枠組みが与えられていた、と考えている⁵⁾。ところで、低級社会では希であった契約は異質な諸個人の協同が必然となるにつれて頻繁化してきた。

「歴史の当初においては、契約関係はあったにしても希であるか、あるいはまったく欠落していたのであるが、社会的労働が分割されるにしたがって、それらはしだいに増加してきた。」（Durkheim, 『分業論』 p.184., 邦訳202ページ）

『社会学講義』によれば、契約が頻繁化するにつれて、契約の形態は革新的に変化した。すなわち、近代になるにつれて当事者の意思に外的な拘束を加える事物や言葉、儀礼が諸義務を規定する要物契約、要式契約が衰退し、契約当事者の意志（の合致＝合意）のあり方が諸義務に反映される割合の高い「諾成契約」（le

contrat consensuel）が発展した。更に、諾成契約は当事者の誠意（＝善き意志）による「誠意契約」（un contrat de bonne foi）へ漸次変化してゆくという。

「したがって、結局のところ契約された義務を規定するのは意志の状態にほかならない。（中略）それらの言葉の表現している決意なのである。（中略）諾成契約がいかなる点で法律上の革命をなすものであったかが明らかになる。意志の合致およびその宣言がそこで演ずるきわだった役割は、その結果として、制度に変化をもたらした。それは、きわだったその性格全体によって、その淵源をなした古い契約様式とことさらに対照を感じさせる。それが合意されているということだけで、契約は承認され、双務的（bilatéral）となり、誠意に発するものとなる。」（Durkheim, 『講義』 pp.226-227., 邦訳246-247ページ）

（2）『社会分業論』と『社会学講義』

以上に要約したように、デュルケムは、『分業論』のなかで「抑止法の後退に伴う復原法の発展」を指摘し、『社会学講義』のなかで「要物契約」「要式契約」に代わって意志の合致とその宣言にもとづく「諾成契約」が発展することを指摘するわけであるが、これら二つの著作の内容（法類型の変動と契約類型の変動）は重ねあわせて解釈することができる。すなわち、法の抑止力が後退することによって契約の形態が「諾成契約」という複雑な規制から解放されたより自由なものに変化し、当事者が対話や交渉を経たうえで形成する「合意」に契約内容の決定が委ねられた。このように法変動と契約変動を理論的に整合させて解釈することができるのである。すなわち、『社会学講義』とは、『分業論』における法類型と社会類型の変動という視点を、契約という現象に当てはめ、法類型と

社会類型の変動に対応しておこった契約類型の変動に焦点を当てたものであると解釈できる。

実際に、『分業論』においてデュルケムは近代社会を有機的連帯 (société organique) として捉え、有機的連帯においては、自足的でなくなる諸個人が相互に「契約」を通じて依存しあうようになるとしている。差異こそ近代社会を持続させる原理であり、そこでは一見重要でないと思われがちな器官 (organ) が、実は有機体全体の存続にとっては欠かせない。異質な諸機能相互の協同が要となる有機的連帯においては差異があっても (例えば弱者であっても)、それがかえって互いを惹きつけ、互いにひとつの社会を構成する重要な一員であるという意識を喚起させる。すなわち、差異こそがそれぞれの個性や特色に応じて「全体的労働」に参加するという動機をつくりだす契機となるのである。同時に、有機的連帯においては機能交換としての契約が必然的となるが、近代社会において契約に関わる法はもはや抑止的性格をもってはならず、よって契約の成立は諸個人の自由な意思 (の合致 = 合意) に委ねられているといえる。ゆえに、『社会学講義』は『分業論』を発展させ機械的連帯と有機的連帯においてみられる契約の構造に焦点を当てたものであるということもできる。宮島喬は、デュルケムの『社会学講義』を解説する下りで次のように述べている。

「本書 (=デュルケムの『社会学講義』*補足引用者) の第十講以下においても、法は社会生活の内奥の諸関係 - 倫理的なそれから経済的交換関係まで - をなんらかのかたちで表現するものとして考察されている。いわゆる法社会学的視点といえよう。そこで、我々も、デュルケムが所有権法や契約法の発展をつうじていかなる内奥の現

実に到達しようとしているかを、読みとっていかなければならない。」⁶⁾

デュルケムによれば、契約法の発展の帰結として誕生した近代社会における諾成契約 (=法的には契約自由の原則) は、宮島喬のいう「内奥の現実」という社会構造の客観的諸条件との関連をもっているのである。デュルケムによれば、近代社会においては、個人がますます個人的な相貌をもつようになると同時に、それぞれがお互いの人格に共通する普遍的価値を承認する。そして、この普遍的価値を個人の恣意やエゴイズムから隔離し守ってゆくために、相互の人格に礼拝するという規範がつくられ、諸個人は互いに人間であるという普遍的属性に基づいて連帯するようになる。

「個人はますます自立的になりつつあるのに、いよいよ密接に社会に依存するようになるのは、いったいどうしてであるか。個人は、なぜいよいよ個人的になると同時にますます連带的になりうるのか。というのは、この二つの動きは矛盾しているようにみえて、実は並行してあいついでいるからである。」(Durkheim, 『分業論』p.XLIII., 邦訳37ページ)

「今日可能な唯一の宗教は、個人主義的道徳をその合理的表現とする人類教であるということである。(中略)人間が共同に愛し、尊敬できるものは人間自身を除いては、何も残らなくなってきた。以上のような次第で、人間は人間に対して神になったのであり、人間は自分を欺くことなしに、別の神をつくることはもはやできないのである。われわれ各人はいかにほどか人類を具現しているから、各人の意識はその中に神的な何物かを蔵しており、それによってそれを神聖とし他者に対し不可侵とする特性を付与されるのである。」⁷⁾

こうしたデュルケムの考え方は、法の抑止力

の後退に伴って生まれた個人の自由で個性的な判断や活動を支える原理として、個人相互間の人格崇拜が存在することを示している。近代社会における個人は個性や主体性を発揮して、創意・工夫を試みるのであるが、だからといってそれは抑止法の目的に何ら相反するものではない。なぜなら、諸個人は創意の源泉、自由検討の対象を神聖なる原理（聖典）の外部に求めはしないからである。当然に、契約という経済的活動においても、当事者が交渉、対話を経て形成する合意の自由を規範的に支える道徳的原理として、相互の人格の崇拜が欠かせないということを示している（経済社会学的視点）。実際に、デュルケムは、諾成契約の進化は、人間的共感が強まり、道徳を基礎とした人格崇拜が実践され、暴利契約に代表される一方的な契約を許さず、当事者の自発的に形成する合意が「公正な、客観的に衡平な」状態に収まるという条件の発達と共に起こるといふ。

「こうして、人間的共感が強まることと結びついて出現する諾成契約は、人々を次のような思想にみちびいてゆく。契約は、当事者の一方を搾取するたんなる手段ではないという条件の下で、要するに公正なものであるという条件の下で、はじめて道徳的なものとなり、社会によって認知され、承認されなければならない、と。」（Durkheim, 『講義』p.231., 邦訳251ページ）*傍点引用者

「偏頗な契約、すなわち他方を犠牲にして一方の当事者に不利に働くような契約のすべてを、われわれは非とするであろう。」（Durkheim, 『講義』p.235., 邦訳255ページ）

個人の抽象的人格には非人格的、集合的な力が分与されており、人間的共感の強まりとともに、各々は個人の抽象化された人格の背後に実

在する人類社会（普遍性）に対して礼拝を行うようになったのである。こうして、当事者が形成する合意が自発的に正義の範疇に収められることによって、諾成契約は次第に「公正な、客観的に衡平な契約」（le contrat juste, objectivement equitable）という新たな段階の形態に発展を遂げるであろうとデュルケムは考えている。念入りの交渉や討議を経た合意さえあれば、どのような内容の契約をも締結できると考えるのは大きな誤りであり、相手方の人格を尊重するような、誠実で善良な、節度のある内容の合意のみが契約として成立することを許されるようになるのである。

「じっさい、この進化（衡平な契約への進化*引用者補足）の規定的原因である人間的共感、絶えずいっそう強まり、同時によりいっそう平等主義的な性格を帯びるであろう。」（Durkheim, 『講義』p.236., 邦訳257ページ）

デュルケムにとって抑止法の後退によって生じた自由を補正する原理は、交渉・討議や合意ではなく、道徳（的合意）であるという点（規範間関係論の視点）が極めて重要である。なお、アラン・ハントは、客観的に衡平な契約は、「正当な契約という目標に向けて実施される社会的介入の増大に対する一般的傾向」によるものであり、「法の社会化」を視野に入れた、社会法的規制立法による積極的な介入を伴った契約のことであるとしている⁸⁾。ハントは、デュルケムのいう客観的に衡平な契約とは、合意による契約ではなく法による契約であると主張しているのである。実際、デュルケムは『社会学講義』において、客観的に衡平な契約は「制度のあらたな変更」であるとし、最低賃金に関する具体的規定を設けた労働法や、暴利行為を禁

止する具体的規定を設けた利息法等による、社会法的規制を伴った契約に触れている⁹⁾。しかし、『分業論』において法の抑止力の後退を一貫して主張してきたデュルケムにとって、近代以降の社会においては、法的に強制されずとも、道徳を基礎とした自律によって達成される衡平が原則的なものとして期待されているのではなからうか。

(3) 聖俗の格差の縮減と刑罰の変遷

デュルケムは、抑止法が後退する理由として、人類社会の集合意識が、かつての氏族社会の集合意識のような超越的な権威、強度と明確さ(行為に対する命令の具体性、現実性)を保持し得なくなったというもう一つの事情が関係していると述べている。聖なるものの世俗化に伴う聖俗の格差の縮減が抑止法の後退を招いたということである。

未開人にとって社会とは自分たちとは決定的に異なり自分たちよりも優越した存在である。そこでは成員の本性に逆らうあらゆる種類の犠牲と義務が強く厳しく、そして絶対的威厳をもって強制される。断食、苦行、あれこれの肉食を断たれるなど、これら強制は我々の本性・功利性とは基体・次元を全く異にするものである。これらの命令は、功利的な目的の次元をはるかに超えており、我々の本性に対する外部からの圧力・拘束なのである。

高級種の社会において、我々が人間の人格を尊重しない行為を非難するのは、これが「人間一般」(l'homme en général)に我々が抱いている同情心を傷つけるからである。この同情はまさしく「人間一般」を対象としているから、やはり功利的ではない。しかしながら、「人間一般」という理念的存在の本質は程度の差におい

てしか、実際の我々の本質とは異ならない。」デュルケムの記述にしたがえば、人間一般がどれほど普遍的であろうと、このような目標は我々の利己的な性向が目指す目標(本性)と緊密な関係にある。人間一般と我々が実際にそうである具体的な人間との違いは、人間と神との間に存在する決定的な違いとは異なるといわざるを得ない。「人間一般にわれわれを結びつけている感情は、部分的にはわれわれをわれわれ自身に結びつけている感情の延長である。」¹⁰⁾「自分は同類から同等に扱ってもらいたい、自分がされたくないことは人にするなという常套句が表しているのは、このことである。」我々は、自分たちが人間であると感じている経験的、具体的な事実から自ずと人間一般に対する尊敬の念を抱くのであり、これは我々の感情の自然の性向によりよく合致しているのである。

しかしながらデュルケムは「この共同信仰 foi commune は、その社会に我々を結びつけるのではない。我々どうしを結びつけるだけなのである。したがって、それは真の社会的紐帯をつくりあげはしない」と指摘する¹¹⁾。人間一般という理念は、本性と緊密な関係にある同情心や、我々が人間であると感じている具体的な事実などに根ざし、極めて身近であり日常的なのである。人間一般はかつての氏族社会がもっていたような、人類よりはるかに優れ情念に強く働きかける超越的な権威をもはや保持し得ないのであり、したがってその命令は厳しさ、激しさを脱ぎ捨て、ゆるやかにならざるを得ない。「同じ類である他者の生命や財産を尊重せよ」という命令は利己主義とは別の源泉から生じているのであるが、「人間的悲惨さに対する憐憫」「同情心」や「自発性」という極めて日常的なものに委ねざるを得ない¹²⁾。常に諸個人の意識

に情熱的にはたらくあの超越的な權威を保持しえない人間一般という宗教性は、熱狂的あるいは莊嚴（solennel）な儀式を用意し、人々に重大な一撃として義務を教え込むことができず、理念の高みにとどまってしまう。佐々木嬉代三が指摘するように、人間一般は「天上」に祭り上げられ¹³⁾、人々を情熱的に、強く、持続的に社会と結びつけるには至らない（道德の機能低下）。ここに、道德を基礎とした人格崇拜の困難があり、更にこれによって枠が与えられる（契約における）合意の困難もあるのだが、それでもなお人格の侵害は、事後的に信者がその偶像を冒瀆されるのをみるときに抱くのと同じ恐怖心と憤慨を我々に相当程度引き起こす。ゆえに、やはり、人間一般こそが今日、唯一残された集合的目標であり、新たな時代の道德なのである。

「このような道德はたんに生存上の衛生的な規律とか賢明なやりくりだけではなく、人間を信徒とし、同時に神ともする宗教ですらあるのだ。」¹⁴⁾

低級社会の刑法典においては、伝統や宗教に対する侵犯など、集合的事物に向けられる行為が犯罪とされ、個人に対する侵犯はそれに比して重要ではなかった。それに対して、近現代社会の刑法典においては集合的事物に対する犯罪類型がほぼ姿を消し、「殺人など人間個人に関わる犯罪」が中心的位置を占めている。

「未開民族にとって、犯罪とはほとんど例外なく宗教的慣行を行わないこと、儀礼的禁止を侵すこと、祖先の習俗から遠ざかること、十分強い權威が成立しているところでこの權威に従わないことである。これと反対に現代のヨーロッパ人にとって、犯罪の本質は、人間の何らかの利益を侵害することである。」¹⁵⁾

氏族という意味（トーテム）の形が表面に刻まれた装飾であるチュリンガ（*tjurunga*）やトーテム動植物は、それ自体の内在的特性からは尊敬に値するほどの存在ではない。しかし、それらは氏族と祖先のみならず、宇宙を含めた事物の全体的存在の宗教的表象を「象徴」する徽章・標識であるがゆえに比類無き価値を有する「聖物」であるとされていた。各成員はトーテムの属性（たとえば血）を分有すると信じていた。氏族成員は、常に自分自身が人間であると同時にトーテム動物であると考えていたのである。

聖なる事物の頂点に位置すると定義されたチュリンガやトーテムは、伝播性、伝染性（*contagiosité*）の強い力を帯有していた。これらは、洞窟などの特別な場所に収められていたが、俗（*profane*）なるものとの周期性（*périodicité*）のある交渉、接触によって不断に活性化された。未開社会の成員は、日常的にはそれぞれ孤立し狩猟や漁獵をしながら平凡で退屈な散居生活を送るが、雨期においては集中・凝集し、相互に作用しあい、我を忘れ、共に一体となって暴れ、叫び、踊り、感情的に融合し、異常なまでに激しく高揚した状態（コロボリー *corrobori*）での集合生活を形成する。この周期的、「非日常的」な「沸騰」（*effervescence*）状態において、人々は聖なる外的な力・エネルギーと接触、交信し、日常生活からは考えられない程度にまで高められ、活気づけられ、自らの力以上にもちあげられ、犠牲的行為を行いやすくなると感ずる。人々は熱狂的な宗教儀式のなかに投げ込まれ、そのなかで義務を教えられ、深く刻み込まれる。熱狂的あるいは莊嚴な緒々の宗教的儀式こそが重大な一撃となって、人々の情念と義務とを強く結びつけるのであ

る。作田啓一が指摘するように、このとき「個人の中で感覚や欲求の水準を超えて考え感じ意志しているのは全体であり、個体ではない」のである¹⁶⁾。この外的な力＝義務は、絶対的のものとして感じられ、人々に宗教的観念を生じさせる。そして、人々は、集会の中において生ずるこの外的な力＝義務をトーテムの形として表象する¹⁷⁾。このような積極的祭祀、そして構成員がトーテムから流出する力を保持するためにトーテム動物を食すコミュニオン(聖体拝領)や、神から授かる水牛、切除された歯、割礼された青春の初穂など「生命」(の象徴)を献供する「供儀」(sacrifice)、あるいは祈禱、祓い¹⁸⁾などの「積極的儀礼」(rites positifs)によって、聖物が帯有する力は衰えずに保持され、絶えず非常に強い緊張状態にあった。言葉をかえていえば、積極的儀礼によって、その儀礼がなければ次第に弱まってしまふ神の生活と生命は維持されたのである。このような周期的な交渉によって、聖物の力は強く聖物内に充満しており、電気のようにちょっとした「接触」(contact)で聖物から抜け出そうとする。この力は非常に強いので、世俗的存在である成員は相当な期間の宗教生活に入信するなどの準備をし、世俗性を軽減させ聖性を高めるか、あるいは首長や祭司などの仲介者に緩衝してもらい、直接この力を受けないようにし、媒介的・間接的に自分に伝わるようにする。社会の象徴である聖物に宿る力は極めて強く、しかも伝播性、感染性の危険な力であったから、聖物に対して距離をおくこと、すなわち多くの「禁忌」(interdits)、禁止(prohibition)が存在していたのであり、禁止を破ることは極めて強く非難され極刑をもって迎えられたのである。

他方で、低級社会においては、個人の肉体は

俗のカテゴリーに分類されていたが¹⁹⁾、個人の精神に輪廻を繰り返す祖先の靈魂が宿ると考えられており、個人の精神は聖のカテゴリーに分類されていた。個人の精神と肉体は、分類の上では聖と俗とに引き裂かれているのであるが、個人それ自体としては聖なるカテゴリーに属するがゆえに、個人に対する諸々の禁止も存在し、その侵犯も贖聖として反作用を被ることにつながるのである。宮島喬がいうように、未開社会における集合生活とトーテム信仰が、日常生活においても「それに帰依する諸個人のあいだに聖なるものによって結ばれた moral な共同体を生じさせ、集団に凝集性をもたらす」のである²⁰⁾。こうして低級社会においては、成員は思考、感情、行為において集合的類型に合致し埋没した生活をおくっていたのであるが、デュルケムによれば個人が全ての言語を習得し得ないのと同様に、個人の精神に集合意識の全てが宿ることはありえない。したがって、個人それ自体は、聖なるカテゴリーの中でも俗のカテゴリーに近い部分に位置するのであり、未開や古代の社会において、個人それ自体に向けられた犯罪は、比類無き価値の聖物に対する侵犯(神を汚す行為 sacrilège)の場合のような、激情的で重い非難＝極刑をもっては迎えられなかった。

「個人をかくも高いところから超えているこの威力と比較すれば、個人の苦しみはその相対的な意味を失って、無視してもさしつかえないほどに、個人というものは卑小になる。神をなだめることが問題であるとき、個人の苦痛などはなにものでもないのである。」²¹⁾

むしろ、先の理由でチュリングやトーテムなどの聖物と俗なるものとの間に存在するとされ

る論理上、認識上の空白、断絶を侵害し、聖俗二つのカテゴリーを不当に混濁させることこそ極刑をもって強く非難される²²⁾。すなわち、女性、若者、極秘伝授を受けない者、世俗的環境から隔離された環境下で断食、祈祷、禁欲等の宗教生活に入信しない者による聖物に対する物的な接触（私的所有）のみならず「視覚による接触」や「言葉による接触」（沈黙の破り）、そして時間による聖俗混合こそ、集合意識＝神への冒瀆である。このような宗教や各種儀礼の侵犯に対する反作用こそ「激情的」な性質であり、侵害者には常に「急激で強烈」な非難、すなわち刑事罰である「極刑」が加えられた²³⁾。

ただ、聖物に対する禁止には「例外」が不可避免的に存在していた。例えば、聖物を家長などの特定の人格に占有させることによって、聖物から特定の人格に聖性が伝播し、事物と彼が共にタブーとなる。事物から伝播した力によって自ら聖なる人物となった彼は、他者に尊敬を強い性質を帯びると同時に、他者の接近を排除し他者を寄せ付けけないまま聖なる事物を自由に処分することが出来る。すなわち、彼は聖なる事物に対する「排他的な所有」を許されることになる（Durkheim, 『講義』 pp.176-177., 邦訳188ページ）。デュルケムは、他者に尊敬を強い、他者を寄せ付けけない神聖な力をもつに至った人間こそが、はじめての所有権者であり、これが所有権の起源であると主張する。また、トーテムが水であった場合で、水を必要とする場合は、水をトーテムとしない他の氏族の成員から水を譲り受けることが必要である。契約とは神聖な所有物の交換であるから、聖物に対する禁止の例外事項に属するものと考えられる。このように、信徒が神的な事物の恩恵を授かるために、何らかの仕方で聖物と接触しなければな

らないのであるが、接近は一定の儀礼的方法によって可能だったのである。そして、接近の際に必要なこうした儀礼を執り行わないことも、十分強い権威に対する不敬・挑戦のあらわれとみなされ、強い非難・反作用に結びつくのである。

デュルケムによれば、低級社会において聖なる公共物、権威、宗教や儀礼に対する侵犯の反作用として用意された「極刑」とは単なる死刑ではない。死刑を更に恐ろしいものとする極端な効果をもった苛酷な「体刑」（身体刑、残虐刑）である。古代エジプトの聖典には、体刑として絞首刑と斬首刑以外に火刑、灰の刑、磔が記載されている。火刑とは、罪人が執行人によって切り目をいれられた後、茨のたき火の上に横たえられ、生きながら焼かれることである。灰の刑では、受刑者に灰の山をかぶせて窒息させた。そのほか、犯罪人のあばらと内臓を松明で焼いたり、犯罪人を串刺しにし、象の足に踏みつぶさせたり、耳と口に煮えたぎった油を注いだり、広場で犬に咬み裂かせるなどの極端に残虐な体刑が存在した。ハフトは、プロセインでの車裂きの刑を付け加えている²⁴⁾。アジア民族は、体刑として厳しい残虐刑をさらに押し進めたようである²⁵⁾。また、死刑の下にはみせしめのための「不具刑」が存在し、エジプト以外にもマヌ法典にみられたように、東洋民族では広く一般化していた。たとえば、エジプトの聖典によると偽金作りや公文書偽造の罪を犯したものはみせしめとして両手を切断され、自由人女性への姦淫は生殖器の切除によって罰せられ、スパイは舌を抜かれた。阿部謹也によれば、残虐刑においては、司祭の聖別された手が、神を汚す者の生命を贖罪の擬制として捧げたのであり、当時の人々にとっては不合理なものでは

なく、毀損された秩序を再生させるために「全く神聖かつ高貴なもの」として認識されていた²⁶⁾。拙稿「近代社会における法と個人」で論じたが、この点、デュルケムも、犯罪者に加えられる刑事制裁は、その発動過程において人々の高潔な良心を結びつけ、強化させ、人々を直接に社会ととり結び、同質性の秩序の維持・回復の機能をもつ儀礼的刑罰であるとしている。

しかも、社会が未開であればあるほど、刑罰を裏付ける怒りの感情は顕著に激しく、したがってとどまるすべを知らず、やみくもであり、今日の人間からみれば無目的で不合理なものとなっていた。低級社会においては刑罰が罪人以外の妻や子供、そして隣人など罪のない人々にまで及んだ。また、低級社会の刑罰は、非難されるべき行為を侵した動物や、犯罪の道具として使われたに過ぎない無生物にまで及んだ。デュルケムは、「刑罰の命ともいうべき激情が、燃え尽きるまで止まないからであり、だからこの激情は、それを最も直接的にまねいた者を破壊したのちも、まだ余力があれば、全く機械的にはるか遠くまでぶちまけられる」と述べている²⁷⁾。こうした制裁の激しさは、未開社会において十分な権威が存在していたことの証明(データ)である。こうした権威は人々に深く根づいており、犯罪は全ての人々に対する攻撃であるから、社会は全ての成員に対して共に嘆き悲しみ、うめき、怒り、異質性の象徴である犯罪を取りのぞく義務を課す。それゆえに異質性は排除、抑圧され、成員の同質性が保たれた。

これに対し、今日のように、人間にかかわる犯罪が領域を拡大し、宗教的犯罪が後退していくにつれて「命令は人間の本性に近い同情心や自発性に委ねられ、しかも侵犯対象と被侵犯者を隔てる距離はいっそう接近している」²⁸⁾。今

日の人間の精神にも、未開や古代の人間と同じように確かに社会が宿っているのであるが、今日の人間の精神に宿る普遍的な人類社会は権威をもって具体的現実的な行為準則を示せないでいるために、合理性の力を借りたとしても、集合的類型から解放された人間の精神自体がアノミックでエゴイスティックな傾向に多少なりとも押し流されてしまう可能性は不可避免的にある。ゆえに、今日の個人はその神聖性を相対的の意味で幾分か減じざるを得ない(=聖なるものの世俗化)。こうした現代的潮流の中では、侵害者と被侵害者との価値的な距離が次第に接近し、犯罪者もそうでない人間も互いに、価値的にさほどの格差のない存在となってしまう。価値的な格差が小さい事物相互間における侵犯は、「穏やかな、熟慮された感情、憤慨」に見あった程度の反作用しか引き起こさない。したがって、近代になるにつれ、かつてみられたような激情に起因する極刑、「体刑」はなくなり、刑罰は平均的に穏和化され、刑事法が優勢性を失うという。17世紀のフランスなど絶対君主制の社会においては、絶対君主が神として崇拜されたために、神と民衆との価値的な距離が大きくなり、君主に対する不敬は、拷問など恐ろしい刑罰によって対応されたという例外があった。しかしこの唯一の例外を除き、高級種の社会の法においては、残虐刑は姿を消し、死刑が極刑となり、しかも死刑は次第に例外的にしか適用されないようになり、また罰金刑しか課せられない場合も増えてくるという。

「したがって、歴史が進むにつれて、宗教的形態の犯罪が退化していく一方、犯罪はますます人間への侵害に関するものだけに限られていくから、刑罰が平均して軽くなっていくのは不可避である。刑罰の弱化は習俗の穏和化によるのではなく、刑

法および刑法の基盤だった集合感情に初めは深い影響を及ぼしていた宗教感情がしだいに弱まっていくことに原因がある。」²⁹⁾

近代になるにつれて「激情は、めくら滅法にひろがるようなことはなくなる。ところかまわずにみずからを満たそうとして、罪のない者たちにほこ先を向けるようなことは、もはやみられない」のである。こうして、刑罰において、合理性ともいえよう「予見の精神」が生まれ、この予見の精神が激情の盲目的で無目的な活動を更に抑制し、刑罰を犯罪者個人のみに向けるようになった³⁰⁾。そして、デュルケムによれば近代の刑罰は犯罪者張本人だけを処罰対象とするために、近代に至って、犯罪者個人を「特定」しつつ「拘禁」する必要性が生じ、「牢獄」が誕生したのである。

「未決拘留用の牢獄が未開社会にない理由を理解するのは困難ではない。その必要がなかったからである。そこでは責任は集合的だからであり、罪が犯された場合、刑罰ないし償いの義務を負うのは罪人だけではなく、彼の属しているクランが彼とともに、あるいは罪人が欠けたときには彼に代わって、その義務を負うからである。後にクランが血縁的な性格を失うに至っても、その責任はあいかわらずかなり大きな血縁集団に帰せられた。このような状況においては、犯行の張本人と目される者を捕え、監視下に置く理由はなにもない。彼がなんらかの原因でいなくなったとしても、保証人を残しているからである。さらに、そこでは道徳と司法に関する自主独立性がおのおのの血縁集団に認められており、この自主性のために、たんなる容疑により血縁集団にその成員の一人の引き渡しを要求することは困難なのである。しかし社会が一つにまとまってきて、これらの要素的集団が自立性を失い、大衆全体の中に融合するにつれて、責任は個人的になる。これ以後、刑罰を課せられるべき者が逃亡し、刑罰をうまく免れるこ

とのないような措置が必要となり、またこの種の措置は以前ほど一般の道徳感情を傷つけなくなっているのです、ここに牢獄が出現する。」³¹⁾

ともあれ、加害者と被害対象との聖俗という価値の格差が刑罰の軽重に反映されている。そして、伝統、宗教や習俗など独立した集合性が弱化し、集合意識がかつてのような明確さと強度を保持し得ず、不確定な様式となっていくにつれて、比類無き価値をもつ宗教的事物に対する犯罪の種類が姿を消し、唯一残された集合的事物（人格）と侵害者との価値的な距離は接近するようになるために、公憤も限定的かつ相対的にゆるやかなものとなり、刑罰は全体として穏和化に向かう（＝刑罰の平均的重さが軽減する）。

「そうだとすると、集合感情を犯し、この特殊な義務に背くことに存する犯罪はほんとうはこの超越的存在を傷つけるので、超越的存在に対して向けられているとしか思えない。だから、このような犯罪はわれわれにはとくに忌まわしく感じられるのである。というのは、侵犯されたものの性質の品位が侵犯者より高位にあるとき、この侵犯はよりいっそうの憤激を引き起こすからである。敬わなければならない義務が強ければ強いほど、尊敬の欠如は憎むべきものとなる。同じ行為でも、同等者に向けられたときはたんに非難すべき行為であったのが、高位の者を傷つけた場合には不敬虔となるので、これがよびおこす憤慨は激しい弾圧によってしか静められないのである。」³²⁾

だが、個人的人格の侵害に対する刑罰だけはいっこうに弱まらず、かつても今も一定の強度を保持したまま残されているので（とはいえ元来激情的反作用に相当しなかった）、全体として弱まりつつある刑罰の中では唯一、際だってくる。

「われわれは今日、以前よりもあらゆる犯罪に無差別的に甘くなったのではなく、ただそのうちのいくつかに対してだけそうなったのだ。その反対に、われわれがより厳しい態度をとるようになった犯罪もいくつかある。ただし、われわれがしだいに寛大さを示すようになっている犯罪はもっとも激しい弾圧をよび起こしやすい犯罪であり、逆にあいかわらず厳しく接しているのは、控え目な刑罰にしか相当しない犯罪である。その結果として、前者が犯罪として扱われなくなり、刑法から姿を消し、他の犯罪に場所を譲るにつれて、必然的に刑罰の平均的重さは軽減する。しかし、この軽減作用はそのような置き換え現象が続いている期間しか持続しない。この置き換え現象が完遂され、人間に対する侵害が刑法のすべてを占め、それ以外の犯罪で残っているものでさえも人間的犯罪の付属物としかみなされなくなるような瞬間が来るはずである - というより、ほとんどすでに来ている。(中略) すべての兆候はむしろ、人間的犯罪はますます肥大し、この犯罪に分類される行為のリストは長くなっていき、それらの犯罪的性格はより顕著になっていくだろうことを示している。昨日まではたいてい無関心に見逃されていた詐欺、不正が今日では公共意識を憤激させる。そして、このような敏感さは時がたつとともに激しくなるばかりだろう。」³³⁾

習俗や宗教などの聖性が漸次衰退してゆく中で、唯一残された聖性は、やはり人類社会の普遍性を背景とし、個人の抽象的な人格に宿った聖性なのである。その聖性の侵犯が、かつての宗教侵犯のように、元来、不合理なまでに激しい弾圧を必要としないものであり、控えめな刑罰にしか相当しないものであっても、今日の社会においては、人間の精神、人格こそ唯一残された聖性なのである。だからこそ今日、人格は多くの禁止 (* 人身売買や殺人の禁止) によって取り囲まれ (禁止が多いほどその事物は清浄で神聖である)、その侵犯に我々は最も注目し、

最も怒りを覚えるようになるのである。今日の殺人は、かつてのチュリングに対する侵犯と同程度の公憤を惹起し激情的反作用をひきおこすわけではない。しかし、確かに殺人は人間の精神に宿った人類社会という神聖なる原理に対する加害、冒瀆であり、聖なるものと俗なるものとの接触による不当な混濁なのであり、神聖物のマナに汚染された犯罪者は、やはり「相当程度」の集会的反作用を被るのである。

以上で検討してきたように、抑止法 (刑事法) の後退は、時系列的比較法的根拠 (経験的データ) に裏付けられており、質的にみた「集会的事物そのものに対する犯罪から個人そのものに向けられた犯罪へという犯罪類型の交替」(法の歴史の上での法の世俗化) という側面、量的にみた「残虐刑の廃止」(刑罰の量 = 重さの減少) という側面をもっていた。近代社会においては、隅々にまで及んでいた複雑な宗教的儀礼が廃れ、人間の意識・行為に常に重くのしかかっていた抑止法の力が後退し、契約の場面を含めた社会生活の領域に個人の創意や自由が生まれた。差異による有機的連帯も、異質な諸機能の相互利用に転落しかねない構造であるために、諸個人相互の接触と機能交換 (= 分業) を道徳的に基礎づける人格崇拜という宗教が必要なのであるが、この新たな宗教 (教典) は理念の高みにとどまり、情熱的で具体的現実的な力を持ち得ないために、「神の栄光はますます地上から天上に棚上げされ」てしまう事態が生じてしまう³⁴⁾。そして、アノミックでエゴイスティックな潮流が諸個人を包み込む状況が生まれる。崇拜の対象を集会的なものから物神や自身自身に移してしまう現代人の聖性は、未開人の聖性に比して相対的意味で幾分か弱まってしまう。ここに、欲望に流され、他者に人格の聖性

を見いださない人間による不公正で一方的な契約や（残虐な）犯罪が増加する一つの要因がある。

しかし、宮島喬が指摘するように、デュルケムは特に『分業論』で、分化のすすんだ社会では、かつての集合意識が衰退し社会意識の一部に局限されていくとしているが、『方法の基準』以降では必ずしもそうではない³⁵⁾。集合意識は、高級種の社会においても社会生活の自由な潮流、世論の潮流として存在し、時に社会生活の表層に現出し、人々に直接に体験され、社会のなかに熱狂、興奮などをもたらす。集合意識は、時に目的意識性を帯びて活性化され、犯罪や不公正な契約を契機として、闘争や葛藤の中で、事後的にであれ現実性を帯び動的にそして情熱的に展開されるものとして残されているのである。「事後的」に地上に降りてくる神、これこそ、後悔の念や憤慨であると同時に復原的制裁（道德の機能低下を知覚した法）であると思われる。

また、拙稿「近代社会における法と個人」において検討したように、機械的連帯は有機的連帯のなかにおいても下位集団として存続しており、全体社会の普遍性の道德が、下位集団の個別的で多様な（＝具体的）道德相互の緊張や葛藤を緩和するということをデュルケム自身は想定していた。こうしたことから彼は、本稿で考察してきたような刑罰の変遷という事実を通じて、集合意識の普遍化、抽象化に伴う一定の傾向として、明確さと強度がある程度弱まるということを描いているのであって、かつての宗教、伝統の権威が今日においては無に帰したと主張しているのではない。更に、法社会学の面からいえばデュルケムほど近代、現代の法や契約に、かつての宗法にみられる規制的な要素を

見いだした学者はいないと思われる。こうしたことからデュルケムは、近現代社会を含めたあらゆる社会を、宗教、道德、法という諸規制が重層的に働く「一つの道德的な社会」と認識していたのである。ただ、彼は、ある社会においては個別的・具体的な神を崇拜する信仰と儀礼（抑止法）が行為準則として主導的立場で働いており、ある社会では合理性の力を借りた普遍的道德が行為準則として主導的に働くというように、「規範間関係論」の立場から、社会類型によって三大規制のはたらく「優越性」（prédominance）、「重要度」（importance）、「比率」に差異が認められることを主張したのである。

（４）復原法の基礎構造

近代法の条文を詳細に観察すると、残虐刑や社会的地位引き下げを謙抑・廃止している。このため、近代法はもはや集合的類型からの逸脱に対して、常に抑止的・抑圧的に働くということはない。近代法の「脱抑止的性格」こそ、近代社会に対応する法類型が「抑止法」（刑事法）ではなく「復原法」（droit restitutif）である大きな理由である。そして、個人の意識と行為に対する外的抑止力を弱め、個人の自由で個性的な相貌の活動（契約の自由を含む）の領域を広めるという法変動が進んだのは、常に具体的現実的であったあの集合意識が限局し、個人的判断が集合的類型から解放され、自由で個性的な相貌の活動が許されるようになったという単一の社会的条件によるのではない。なぜならばかつての集合意識の後退（契約自由）が道德を基礎とした人格崇拜という、新たな形態の宗教によって補完されるという条件が存在したからである。復原法が承認した、諸個人の誠意によ

る諾成契約は、近代法が認める諾成契約は以下で示す構造的条件下で生まれた。すなわちかつての氏族社会の集合意識の権威的抑制から解放された諸個人の意思が、下級の欲望に押し潰され、「進歩の思想」を背景にスポンサー的自由を謳歌し、功利的な打算に行き着くのではなく、合理性の力を借りつつ、人格崇拜という教典を自由検討 (libre examen) の対象として、内面からの作用力によって自主的に正義 (客観的衡平) の範疇に収まってゆくという社会的条件である。諸個人の自由と創意は何ら抑止法の目的に相反するものではないのである。この客観的諸条件こそ、宮島喬のいう「契約法の変遷の背後にある社会構造の内奥の現実」であると考えられる。

抑止法の後退に伴う道徳的人格崇拜という連携関係に関して、フランスの法社会学者、ジャン・カルボニエ³⁶⁾は、『柔軟な法』(*Flexible Droit*)³⁷⁾ (1969)における論文「非法の仮説」(*L'hypothèse du Non-droit*)で法と道徳との間の「規範間関係」(inter-normativité)として論じている。「規制緩和」、「自由化」や「非犯罪化」が進められるとき、「法は、道徳に諸義務の十全な実現を委ねるために、自らを制限するのである、il se borne à créer les conditions qui permettront aux devoirs moraux de s'accomplir et de s'accomplir dans leur plénitude.³⁸⁾カルボニエの理解にしたがえば、「法は、もはや自己完結的な閉じた体系³⁹⁾とはみなされず、習俗、倫理、宗教等に相当な管轄委譲を行う。それが、許容的ないし自由化法律の真の謂である」⁴⁰⁾。法が抑止的制裁を撤退 (évacue) させるのは、法以外の社会規範である道徳 (市民道徳だけでなく職業道徳⁴¹⁾) や慣習、「誠実さ」や「人間的やさしさ」(certaine

tendresse humaine), 「同類に対するある種の同情」(certaine sympathie pour le semblable) や「愛」⁴²⁾といった「法以外の諸社会規範」に社会の持続的な安定、諸義務の十全な実現を委ねるという規範的目的のために、敢えて自らを制限するためである。カルボニエはこの現象を法の「自己制限」(auto-limitation) と命名する。原理的に、法は、諸規範と交替し、リレー (relais)するのである⁴³⁾。

「それは、法が、自らを制限し、逆説的にいわゆる非法の法制度 (*institutions juridiques de non droit*) を組織することである。すなわち、社会統制の連続体のなかに政策による緑地帯 (aménagement) や休憩日 (temps de repos) を配分する現象である。(中略) 論理的に整然とした法律の蓄積に反して、法的圧力の強度は密度や長さにおいて等しいというわけではないことを知らなければならない。人は、法を連続して用意するすべを知らないし、法の空白は、社会衛生の必要上 (l'hygiène sociale) 好まれる。」⁴⁴⁾

その他、カルボニエの見解は諸規範の内容及び解釈の「柔軟さ」(Flexibilité) の差異など多岐に渡っており、別途考察を必要とするが、北村一郎の解釈によれば、カルボニエは、法が規律していた状況または規律してしかるべき状況において、法が規律を放棄し、法的でない他の社会行為規範 - 倫理・習俗・宗教など - に管轄を移転するような現象に注目している。そして、カルボニエは、法の撤退ないし退役 (retrait ou retraite du droit) のメカニズムを念頭においた「法以外の規範によって規律された・法なしに自律可能な領域」のことを「非法」(non-droit) と定義している⁴⁵⁾。法なしの安定を可能とするのは、功利主義的利益の一致、打算や妥協ではなく、道徳や風習、習俗や宗教と

いった法以外の諸規範による階層的な規制である。カルボニエによれば、非犯罪化、非刑罰化、規制緩和や自由化に際して、法は外的強制の「撤退」(evacue)を進めるが、このとき法はアノミックな自由主義的経済発展を目的とするのではなく、法以外の社会規範によって律せられた秩序である「非法」(non-droit)の形成を目的とする⁴⁶⁾。カルボニエによれば道徳は内的であり、また本能的に感じられることがあっても、本質的には法と同様の外在的強制であるからこそ秩序を可能とする。

「集合的現象 (phénomène collectif) としての道徳は、非常に法に近いものがある。道徳は、義務や制裁を伴わないものであると仮定すること、即ち外在的な強制 (coercition extérieure) を欠いているとすることは誤りである。重要な点は、道徳というものが強制、すなわち社会的な圧力、全体社会あるいは特定の集団による非難として現れると主張するデュルケム以来の社会学の古典の中にある。法と道徳との相違点は、強制の性質であり、道徳の場合は内発的に、そして拡散的 (instinctive et diffuse) に制裁が課され、法については組織的に制裁が課されるということである。(中略)(内発的という点に関して) なぜならば、道徳というものは、(法のように定式 formule ではなく) 不明瞭な言葉によってではあるけれども、人間に実際に語りかけるからである。道徳というものは人間が彼自身のなかでのみ聞くことができるささやき (chuchotement) なのである。」⁴⁷⁾

法は、道徳が自らと同様の外的規制であるがゆえに敢えて自己制限したのである。このように、法も道徳も「一つの全体的規制」であり、互いに協調しあい、時には一方が後退し、他方が前進し、管轄を委譲し、取り戻し、常にダイナミックに関係を変化させつつ、効果的に力を及ぼそうとしている。したがって近代法が、抑

止的・懲罰的ではなくなり、諸成契約を承認し、自由で個性的な相貌の活動を許容したとはいえ、契約を含む諸個人の活動を事前に規制する要素を見失っていたのではない。近代法は、道徳(非法)を通じて、遠くから諸個人を規制していたのである。デュルケムの近代法理論に関して、この点(法的規制緩和の道徳に対する作用)を見逃し、復原法が、諸個人の意識に常にのしかかる懲罰的・抑圧的・抑止的な外的拘束・規制をなくしたがゆえに、復原法は集合意識と切り離された「脱規範的存在」となったと理解してしまうことが、最も陥りやすい大きな誤解である。この誤解は、たとえば、近代法を「無規制的自由」という「近代市民社会のイデオロギーの法理的結晶」であるなどと定義する法学者の見解とよく合致する⁴⁸⁾。ゆえに、なおさら慎重に、近代法的「自由」と「平等」の意味を検討しなければならないように思われる。この部分の検討は稿を改めて行うとして、デュルケムやカルボニエにとって、近代社会において一般化する復原法(による誠意の契約)は、諸個人の本性に逆らって外部から常に抑止的にはたらく事前の規制がなくとも、人間的共感の高まりと共に、自ずと客観的に衡平な状態へ向かうことを目指したのである。

そして先に検討したようにデュルケムは、集合的事物そのものから人格そのものへ向けられた犯罪類型の比率の増大という法の質的変動を特に強調しており、このことから、彼は近現代社会に優勢な復原法を、個人と社会(の象徴的事物)との間の儀礼・規範というより、主として個人相互間の関係における互いの人格そのものに向けられた儀礼・規範と理解していた。復原法は、個人相互の規範的な関係に注目し、それらの「均衡の正常な諸条件」(les conditions

normales de l'équilibre) の確立をはかるのである。そして復原法は、個人相互間で頻繁化する契約においても「客観的に衡平な契約」(le contrat juste, objectivement équitable) の確立を目的とする (Durkheim, 『講義』 p.232, 邦訳 252 ページ)。ただ、法は、人格に向けられた侵害の重い罰による抑止 (事前の規制) を自己制限しており、個人間の均衡の維持を、人格崇拜、ゴッフマンのいう相互行為儀礼、カルボニエのいう非法を实践する個人の合理性、自発性に委ねている。

では、デュルケムは、近代法のもつ「事後的」な規制についてどのように考えていたのであろうか。デュルケムは自らの著作の中で、人格崇拜と復原法との相互関係について必ずしも理論的に明確化していない。しかし、デュルケムが復原法の機能を「阻害された諸関係の、賠償による過去の正常な状態 = 均衡への回帰」と定義していたことに鑑みれば、道徳を基礎とした人格崇拜の空洞化 (鈍化・機能低下) が知覚されたときに、復原法は規制を発動し「事後的」に混乱した関係を復原すると理解することが適切である。

「それは、ただ過去をできるだけ正常な形で復原させるために、過去にたちかえる一手段である。」
(Durkheim, 『分業論』 p.79., 邦訳 111 ページ)

不公正な行為 (契約) によって、社会関係の均衡が破られ、損害が発生し、一方の人格の尊厳が傷つけられる。すると当事者の間で、「葛藤・紛争」(conflict) が生じ、社会関係は混乱し阻害される。復原法は関係の「不均衡」がいったん生じたあとに、この秩序の危機に刺激され反応し、「事後的」に、毀損された人格の尊

厳を修復し、阻害された諸関係を元の正常な状態に「修復、復原」するべく、裁定・判決を通じて、契約の無効、取消、損害賠償などによる「原状回復的義務」を課し、我々の関係に介入するのである⁴⁹⁾。なお、低級社会において、俗 (profane) なるものとの周期性 (périodicité) のある交渉、接触によって聖物の力が不断に刺激され活性化されたように、今日でも犯罪や契約の不正という俗なるものと交流することによって、社会はあらためてその存在意義を確認し、天上に棚上げされ理念の高みにとどまっていた人間一般を日常世界に呼び戻し、最終的には、法を通じて人類一般の正当性を主張するといえよう (規範間関係論の視点)。

だが、こうした復元的制裁は、損害賠償による限られた二当事者間の関係の消極的な修復であって、異質性の象徴として侵害者を激しく集合的に非難し排除し、犯罪抑止力をもって、全体社会の秩序の積極的な維持 (連帯の強化・逸脱の予防) に寄与するものではない。デュルケムの記述にしたがえば、復原法は個人相互を分離しない程度に結びつけるだけであって、諸個人を社会と直接結びつけるのではない。それは積極的に紐帯を強めたり、作りだしたりはしない。なぜなら、「復原法に反したり、これを無視する者には、この悪行・違反に相当した苦痛が加えられるというのではない」からであり、「裁判官は、法を語るが、刑罰については語らない」からである。「損害賠償は刑罰という性質をもつものではない」のである⁵⁰⁾。アラン・ハントによれば「復原法は債務不履行に対する抑圧的サンクションの一般的廃止」を意味している⁵¹⁾。また、インヴァラリティによれば「復原法は、賠償によって集合的非難・地位引き下げを回避する機能をもつ。」⁵²⁾

「金銭的な裁定が被告に実質的な剥奪を科しているが、復原的制裁は被害者が損害賠償を受け取るという点において抑圧的制裁と異なっている。損害賠償を支払うことにより、金銭的にはそうでもないとしても、法律的には、加害者は彼の本来の地位に戻るのだ。（中略）復原と同様に、矯正の目的は犯罪者をアウトサイダーとして排除するのではなく、彼らの本来の地位に社会関係を回復することにある。」⁵³⁾

「聖俗の格差と刑罰の変遷」で検討したように、加害者と被害対象との聖俗という価値の「格差」が刑罰の軽重に反映されている。局地的・具体的であったがゆえに、あの集合的沸騰によって周期的に活性化され、卓越した権威を保持していた低級社会の集合性は、社会圏の拡大と共に抽象化を被り、全体社会を包摂する「全般的沸騰」の機会によって周期的に強化、活性化されることが困難となり、一般的（générales）で不確定（indéterminées）な様式となってゆく⁵⁴⁾。伝統や宗教という独立した集合性は廃れ、比類無き価値をもつ社会の象徴に対する犯罪の類型が姿を消し、個人の人格に宿った人間一般に対する犯罪の類型が唯一中心的位置を占めるようになる。元来、人間の聖性は卓越したものではなかったのだが、アノミックでエゴイスティックな傾向の増大とともに、唯一残された集合的事物である人格と侵害者との価値的な距離はますます接近するようになる。ゆえに、人格の侵害に対してはもはや、体刑などの重罰を科すことはできない。物神と自分自身を崇拜する傾向を強める人間の聖性は、未開人の聖性に比して相対的意味で相当に低下しているために、人格に対する儀礼の不履行に対しては、人々はかつてほどの激しい持続

的な公憤に駆られず、今日、重い抑止的な制裁を科すための契機となる「分散的な集合的原動力」が弱まるという皮肉な傾向が強まっている。こうして、あの激情の裏付けを失った近代法は体刑を廃止し、死刑を例外的に適用されるものとし、死刑を廃止することさえある。非犯罪化、非刑罰化⁵⁵⁾、自由刑の回避（罰金刑の活用）、規制緩和（契約法領域における）等々の脱抑止的＝復原的傾向は、今日では、刑事司法の各段階での「ダイバージョンプログラム」（通常の刑事司法手続きを経ず、自由な社会内で侵害者を処遇する手続き）としても現れている。ダイバージョンプログラムによって侵害者に対する地位引き下げ＝犯罪者というラベリングを回避するとともに、侵害者の発奮を促し、侵害者を本来の生活に復帰させるのである。個人主義哲学を根拠とする応報主義が破綻し、あるいは合理的思考の下で侵害者の矯正・教育という目的が重要度を増し、非犯罪化やダイバージョンプログラム等が発展したともいえるが、侵害対象の聖性がチュリングに比して相当に低いということ（聖なるものの世俗化に伴う聖俗の格差の縮減）が刑罰穏和化の社会的条件なのである⁵⁶⁾。こうして近代以降の社会において刑事法は、我々の日常生活からますます後退し、それに代わって復原法が前進（progress）し、我々の日常生活に関わる頻度が高くなった。近代法は人格そのものに向けられた侵害に関する諸規定によって占められ、個人対社会との関係における儀礼ではなく、個人対個人の関係の儀礼的均衡を念頭におくがゆえに、刑事法の比率を相対的に減らし、加害者を異質性の象徴として非難し排除することなく、「彼ら本来の地位に社会関係を回復・復原」する復原的制裁を一般化させることができた。今日、相手方の人格に対して

礼拝を怠ることが、あのやみくもな怒りに対応する体刑や地位引き下げと結びつけられるならば、当事者の関係は彼らの本来の状態に戻らないからである。

確かに、復原法は広く分散した集合的非難(排除や地位引き下げ)を要する全体社会レベルの権威に関わるのではなく、「社会の限られた特定の当事者同士の関係」の維持に関わる。しかしながら、デュルケムによれば、特定の個人間の関係といえども、それは友人関係のように私生活の単純な出来事ではない。特定の個人相互の限定された関係といえども、「そこで社会が欠落しているわけではない」のである⁵⁷⁾。なぜなら、相手方の人格に人類社会を背景とした聖性が付与されているからである。

「だが、これらの準則が、多かれ少なかれ集合意識の外にあるとはいっても、それらは諸個人だけにかかわりがあるのではない。」(Durkheim, 『分業論』p.81., 邦訳113ページ)

復原法がたちかえる「過去の正常な状態」とは、「当事者が、人類社会の普遍性を背景として互いの人格を尊重しあう」ことによって実現される「均衡の正常な諸条件」(les conditions normales de l'équilibre)の確立した状態である。そしてデュルケムは、復原法が過去にたちかえるための手段として「損害賠償」(dommages-intérêts)を強制すると定義している。ここで、損害賠償は、私人間における単なる財の移転ではなく、いったんは傷つけられた人格(の背後にある人類社会)の尊厳・権威の回復・再生を目指すための「贖罪の手続き」として理解されていることに注目したい。すなわち、法的に強制される「諸事物の原状への回復」(la remise

des choses en état)は⁵⁸⁾、経済交換における財の等価的均衡化に属するのではなく、毀損された人格に宿る人類社会の権威を修復することによって、「混乱した関係の回復」(le rapport troublé est rétabli)⁵⁹⁾をはかるための手続きなのである。契約においては、損害賠償は、互酬的・均衡的な内容の交換(=客観的に衡平な契約)への回帰を事後的に目指す再均衡化の手続きであるといえるが、この場合でも、賠償は経済的要因に還元されるのではなく、いったん失われた相手方の人格の尊厳を回復するために必要な手続きであると考えなければならない。デュルケムは、賠償としての財物の移転を、相手方個人の請求によるものとは定義しておらず、復原法(社会)によって強制されるものとしている。賠償は、社会秩序に関わる事項であり個人と社会をとり結ぶ儀礼的色彩を多分に帯びているのである。

実際、民事も低い違法性を有すると考えられる。ゆえに、民事的損害賠償は弱いながらも社会的非難に相当するといえる。また、民事責任は刑事責任と重なりあうところがある。例えば詐欺にもとづく契約が取り消された場合、不当利得の返還という原状回復義務=民事債務が生じるだけでなく、詐欺罪として刑事責任を追求することが可能である。近代社会において宗教的権威が消滅したわけではないのであり、したがって刑法も決して無に帰したわけではなく、民法と連携して機能するものとして残されている。民法と刑法が連携する場合、民事賠償そのものも相手方への単なる財の移転であると言い切ることは困難であり、違法性のある悪い行為に対する弱い刑罰の性格をもち、相手の人格の背後にある社会への償いとしての意味を持つと理解すべきである。この際、人格そのものに向

けられた犯罪において「損害賠償」が「贖罪的儀礼」(rites piaculaire)としてはたらくがゆえに、被害者の失われた人格に対する尊厳、侵害された人類社会の権威を修復し、それが多少なりとも厳しい刑罰を回避し緩和しているという点に注意を払うことが重要である。

前近代社会において成員の飢餓という理由からトーテム動物を食すことに対して、「贖罪的儀礼」が行われ、この場合には冒瀆が償われ、刑罰（地位引き下げ）の発動が回避された⁶⁰⁾。贖罪的儀礼は、激情的反作用の発動を回避するための手続きであった。神聖な農地を世俗的な用途に役立てるためには、あらかじめ農地一面に拡散している畏怖すべき力を除去し、周辺部のある別の場所に集中させ移し替えるという段取りが必要である。この目的のために、氏族の成員は動物に農地の宗教性を吸収させ、その動物を別の場所で引き回しその土地に宗教性を移し入れ、最後にその動物を生贄にして捧げ、更にその血を土地に流すという複雑な贖罪的儀礼を用いるのである。生命の象徴を生贄として捧げる同様の儀礼は、家を建てる前にも行われ、この儀礼によって、家を建てるという冒瀆を償い、怒り狂う土地の悪霊を守護神に変えるのである。あるいは、契約においては、受領した対象物を独り占めせず気前よく分け与えることで、対象物に宿った霊（人格）に対する冒瀆を償い、物の霊を神饌に変え、霊が悪霊と化すことを防ぐのである。あらかじめ冒瀆に対して贖罪的儀礼をとり行い世俗的利用に対する償いをしておくことが、慎重で用心深いやり方であるといえるが、その場合でも、この儀礼はいったんは毀損した神の尊厳（罪）を事後的に回復する（贖う）という働き方をする⁶¹⁾。阿部謹也は、前近代社会において賠償が刑罰に該当したと述

べている。前近代社会においては、加害者が生命の代わりに一定額の貨幣を「賠償」として支払う場合ですら、それは刑罰であり、失われた秩序＝社会への償いであった。それは決して不合理なものではなく、「秩序の毀損を再建・回復・治癒するために必要不可欠の手続き」であると認識されていた⁶²⁾。

かつては生贄や複雑な方式の贖罪的儀礼によって、毀損された神の尊厳は修復され、成員は共同体の外部に排除されずにすんだのであり、今日では、賠償としての物の移転によって、毀損された相手方の人格の尊厳、人類社会の権威が修復され、このことによって地位引き下げの制裁（刑事罰）が多少なりとも軽減され、当事者は正常な関係を持続させることが出来るということになる。復元的制裁は、集会的類型からの逸脱をある程度認め、集会的非難と結びつけることを一定程度緩和し諸個人の個性的で自由な活動を創出する。しかし同時に復元的制裁は、刑事制裁と連携し、あるいは贖罪としての賠償を課すことによって、抽象的人格という最低限の同質性を確保することを目指しているのである。すなわち、創出された自由な活動とは、人間一般の道徳に基づいた人格崇拜（まじめな生活）なのである。なお、今日、損害賠償が贖罪的に機能した結果として軽減されうる制裁は、情状酌量の際の、法機関によって行われる組織的制裁だけでなく、冷笑や無視、村八分や白眼視、あるいはラドクリフ・ブラウンがいうような「否認」(disapproval)⁶³⁾など諸個人によって表される「分散的」(diffuse)な制裁である。

後半（下巻・次号）では、近代社会において抑止法に代わって秩序を担うようになった原理が道徳へのコミットメントを欠いた討議や合意

ではなく、道徳的人格崇拝であること、そして損害賠償が他者の面子(体面)を維持するための儀礼的行為の一部を構成することについて、E. ゴッフマンの相互行為儀礼論を手がかりに考察する。そのうえで、穏和化した復原的制裁が抱える困難・限界について検討してみたい。

註

- 1) Carbonnier, Jean 'L'hypothese du Non-droit', texte paru dans les Archives de philosophie du droit, 1963, et reproduit dans son *Flexible droit: textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9^e éd., Paris, L.G.D.J., 1998, pp.23-48.
- 2) E.Durkheim, *De la Division du Travail Social.*, Quordrige., P.U.F., 1930., p.133, 田原音和訳『社会分業論』青木書店 1971年(以下Durkheim, 『分業論』と省略)156ページ *別の箇所では, 「抑止法の優越性のおとろえ moindre」(p.116., 邦訳141ページ), 「抑止法の相対的な重要度の喪失」(p.115., 邦訳140ページ)「法の比率の逆転」(p.103., 邦訳131ページ)。
- 3) Durkheim, 『分業論』p.125., 邦訳151ページ
- 4) É.Durkheim, *Leçons de Sociologie.*, B.P.C., Psysique des mœurs et du droit, P.U.F., 1950, p.236, 『社会学講義』宮島喬, 川喜多喬共訳 みすず書房 1974年 244ページ。(以下Durkheim, 『講義』と省略・本文中引用箇所にも略記を使用)
- 5) Persons T, Durkheim's contribution to the theory of integration of social system, in Wolff, K.(ed.) *Emile Durkheim*, Ohio State Univ. Press, 1960, p.119., 宮島喬『デュルケム理論と現代』東京大学出版会 1987年 37ページ, 作田啓一編『人類の知的遺産 デュルケム』講談社 1983年 未開人や未開社会の契約という野蛮で強制と暴力に満ちたものとみられやすい。だが, そうした理解は一方的な偏見であるということをも未開法の存在が証明するのである。
- 6) Durkheim, 『講義』281ページ(宮島喬氏による訳者あとがき)
- 7) E.Durkheim, 「個人主義と知識人」小関藤一郎編・訳『デュルケム宗教社会学論集』行路社 1983年 45-46ページ
- 8) Hunt, Alan, j., 『法社会学』及川伸訳 法律文化社 1985年 144ページ
- 9) Durkheim, 『講義』pp.231-236., 邦訳251-257ページ
- 10) E.Durkheim, 「刑罰進化の二法則」作田啓一編『人類の知的遺産 デュルケム』講談社 1983年 317ページ
- 11) Durkheim, 『分業論』p.147., 邦訳167ページ
- 12) E.Durkheim, 「刑罰進化の二法則」作田啓一編『人類の知的遺産 デュルケム』講談社 1983年 317ページ
- 13) 佐々木嬋代三「現代の病と教育の課題」『社会病理学と社会的現実』1998年 学文社 88-91ページ
- 14) E.Durkheim, 「個人主義と知識人」『デュルケム宗教社会学論集』39ページ
- 15) E.Durkheim, 「刑罰進化の二法則」作田啓一編『人類の知的遺産 デュルケム』講談社 1983年 314ページ
- 16) 作田啓一「社会本質論としての^{ホーリズム}総体主義」『人類の知的遺産 デュルケム』講談社 1983年 17ページ
- 17) E.Durkheim, 「宗教生活の起源についての講義」『デュルケム宗教社会学論集』126-129ページ, *Les Formes élémentaires de la Vie religieuse*, Le Système totémique en Australie, Paris, 1912, Librairie Générale Française, pour la présente édition et la Présentation de Michel Maffesoli, 1991 古野清人訳『宗教生活の原初形態』上・下 岩波文庫 1941-1942年
- 18) E.Durkheim, 「宗教現象の定義」『デュルケム宗教社会学論集』89ページ
- 19) 肉体は欲望よりの存在であった。肉体は俗と精神は聖に分類されるのだが, 聖俗の間の距離, すなわち欲望と精神, この両者の距離を保つことが健全なる社会成員としての自覚につながるのである。
- 20) 宮島喬『デュルケム理論と現代』東京大学出版会 1987年 157ページ

- 21) E. Durkheim, 「刑罰進化の二法則」作田啓一編『人類の知的遺産 デュルケーム』講談社 1983年 316ページ
- 22) E. Durkheim, 「宗教生活の起源についての講義」『デュルケーム宗教社会学論集』102ページ
- 23) E. Durkheim, 『宗教生活の原初形態（下）』岩波文庫 1942年 pp.509-550. 邦訳117-164ページ だが、聖なるものはその内在的特性と無関係であるがゆえに可変的であるともいえる。例えば浄と不浄は状況によって容易に逆転しうる。
- 24) フリチョフ・ハフト『正義の女神の秤から』平田公夫訳 木鐸社 1995年 118-119ページ
- 25) E. Durkheim, 「刑罰進化の二法則」作田啓一編『人類の知的遺産 デュルケーム』講談社 1983年 299-300ページ その他の極刑とは古代アッシリアでは、犯罪人を青銅鍋に入れ、とろ火で焼くこと。目をえぐること。今日ではこうした刑罰は野蛮で残酷なものとして廃止されている。だが、十分強い権威が成立しているところでは、権威に対する不敬には残酷と思われる程の重い刑罰を課さなければその権威が保たれなかったのである。
- 26) 阿部謹也『刑事の社会史』中公新書 1978年 29-30ページ
- 27) Durkheim, 『分業論』p.52., 邦訳86ページ
- 28) E. Durkheim, 「刑罰進化の二法則」作田啓一編『人類の知的遺産 デュルケーム』講談社 1983年 318ページ
- 29) E. Durkheim, 同上書 319ページ
- 30) Durkheim, 『分業論』p.57., 邦訳90ページ
- 31) E. Durkheim, 「刑罰進化の二法則」作田啓一編『人類の知的遺産 デュルケーム』講談社 1983年 308-309ページ
- 32) E. Durkheim, 同上書 316ページ
- 33) E. Durkheim, 同上書 323-324ページ
- 34) 佐々木蟠代三「現代の病と教育の課題」『社会病理学と社会的現実』1998年 学文社 88-91ページ
- 35) 宮島喬『デュルケーム理論と現代』東京大学出版会 1987年 243-247ページ
- 36) ジャン・カルボニエ (Jean Carbonnier: 1906年生まれ) は、フランス法社会学会の会長を歴任し、フランスにおける法社会学の第一人者といわれるが、彼はその著作のほとんどを民法学の概説書 (Code Civil) に割いていることから、デュルケームの法社会学的発想を受け継いだカルボニエの法理論に関しては、デュルケームについて学ぶ社会学者の間でも知られてはいない。だが昨今、法学者、北村一郎はカルボニエの発想を、「すべての社会的事実を物 (モノ) として観察するというデュルケーム以来のフランス的な法社会学的態度をもっとも徹底させた思考である」と評している。
- 37) Carbonnier, Jean 'L'hypothese du Non-droit', texte paru dans les Archives de philosophie du droit, 1963, et reproduit dans son *Flexible droit: textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9^e éd., Paris, L.G.D.J., 1998, pp.23-48. カルボニエは「法の自己制限を主張する際に、犯罪や非行、家族や福祉領域の法化について視野に入れているだけではなく、経済の領域における統制の態様についても視野に入れている。なお、カルボニエの規範関係論をレギュレーション理論と対比させることは興味深い、双方の相違点が目立つようである。
- 38) Carbonnier, Jean 'L'hypothèse du Non-droit' *Flexible droit*., p.97.
- 39) カルボニエは、グンダー・トイブナーとニクラス・ルーマンの唱える、法のオートポイエシス理論を念頭においている。
- 40) 北村一郎「Carbonnier, Essais sur les lois., Paris1979紹介」『国家学会雑誌97巻3号』
- 41) デュルケームは職業集団の活性化をといっているが、それは、集団内で結晶化する職業道徳の活動に期待するからである。
- 42) Carbonnier, Jean 'L'hypothèse du Non-droit' *Flexible droit*., p.38. 愛にもアガペーやエロスなど様々な種類がある。
- 43) Carbonnier, Jean 'L'hypothèse du Non-droit' *Flexible droit*., p.37. 法的規制が撤退したところには、すかさず他の社会的規制が流れ込んでくる。従って、原則的には、規範的真空状態では生じない。

- 44) Carbonnier, Jean 'L'hypothèse du Non-droit' *Flexible droit*, p.26.
- 45) 北村一郎 「非法の仮説をめぐって」中川良延, 星野英一共編『星野英一先生古希祝賀 日本民法学の形成と課題 上』有斐閣 1996年 5-6ページ
- 46) Carbonnier, Jean 'L'hypothèse du Non-droit' *Flexible droit*, p.93.
- 47) Carbonnier, Jean 'L'hypothèse du Non-droit' *Flexible droit*, p.93.
- 48) 星野英一『民法のすすめ』岩波新書 1998年 100ページ
- 49) Hunt, Alan, j., 『法社会学』及川伸訳 法律文化社 1985年 115ページ
- 50) Durkheim, 『分業論』p.79., 邦訳111ページ
- 51) Hunt, Alan, j., 『法社会学』及川伸訳 法律文化社 1985年 120ページ
- 52) Invararity, J.M. 『刑事法の法社会学 マルクス・ヴェーバー・デュルケム』松村良之, 宮澤節生 川本哲郎, 土井隆義共訳 東信堂 1994年 165ページ
- 53) Invararity, J.M. 同上書 165-166ページ
- 54) Durkheim, 『分業論』pp.146-147., 邦訳167ページ
- 55) ある行為に対して刑事罰を科さなくなることが非犯罪化である。ある行為に対して刑事制裁を科すが, 刑罰を軽減したり刑罰に代わる非刑罰的措置 (行政処分, 補導処分や改善処分) をとる場合を非刑罰化という。
- 56) ダイバージョンとは刑事事件処理の流れを通常の司法手続きから (divert) 「そらす」こと。交通反則金制度, 家庭裁判所における少年の保護手続き, 起訴猶予, 執行猶予, 仮釈放などである。実際, 交通反則金制度は, 犯罪者のステイグマをもたらないように働いている復元的司法の一例である。規範間関係論の立場から注意しなければならないのは, ダイバージョンにおいて刑事制裁を後退させたのは, ステイグマ付与 (地位引き下げ) を回避する目的だけでなく, 犯罪者の内面規範の自覚と活性化, 発奮を期待する目的のためであるという点である。通常, ダイバージョンの生まれた歴史的経緯については次のように理解されている。貧富の差 (社会的矛盾) の拡大に伴い, 犯罪数が爆発的に増加し, 再犯率が急増すると, 応報主義が破綻し, 個人に対する責任非難として厳しい制裁を科せない事態が生まれた。犯罪には貧困などの原因があり, その原因に応じた適切な処遇を行うことで, 犯罪者の社会復帰を目指す目的刑 (ダイバージョンを含む) が現れた。だが, 近代社会以前からの, 法からの宗教的要素の分離による残虐刑の衰退が, 目的刑を可能としたのである。人格は, 確かに聖物であるが, 人格がチュリングのような比類なき価値であれば, 人格の聖性への接触に対する厳罰を望む激しい集合的世論が起こり, ダイバージョンは社会的に許容されないであろう。
- 57) Durkheim, 『分業論』p.83., 邦訳115ページ
- 58) Durkheim, 『分業論』p.79., 邦訳111ページ
- 59) Durkheim, 『分業論』p.82., 邦訳114ページ
- 60) E.Durkheim, 「宗教生活の起源についての講義」『デュルケム宗教社会学論集』159ページ
- 61) Durkheim, 『講義』pp.184-185., 邦訳197-198ページ また『宗教生活の原初形態』によれば, 贖罪的儀礼には喪 (deuil) の儀礼が含まれ, この儀礼は成員の死などの惨事を癒す効果をもつ。E. Durkheim, 『宗教生活の原初形態 (下)』岩波文庫 1942年 pp.573-574. 邦訳296-297ページ
- 62) 阿部謹也『刑事の社会史』中公新書1978年 29-30ページ
- 63) A.R. Radcliffe-Brown, Sanction, Encyclopedia

The Regression of Repressive Law and the Development of Restitutory Law (1)

Yuichiro MAKIGUCHI *

Abstract: This paper discusses the internormative relationship between the law and nonlegal social norms, such as morals, religion, customs, love for humanity and social roles. According to Emile Durkheim, crime is an action that shocks the collective consciousness by violating some widely held social norm. Criminal law, which prohibits and represses such action, is a crystallization or expression of the collective consciousness. In primitive or ancient societies, law is almost exclusively of a penal and repressive nature, because the greater the intensity of the collective consciousness is, the less civilized a society is. In more primitive societies, every action of people's lives is regulated by numerous repressive rules. They don't have freedom under the *repressive law*. But in a modern society, penal law is no longer dominant over the *restitutory or co-operative law* in terms of relative importance. The balance between these two kinds of law has been upset. The present law is no longer hard or repressive. Damages done by restitutory law don't have any penal character: they are simply a means of turning back the clock so as to restore the past as much as possible. According to the French legal sociologist Jean Carbonnier, the regression of repressive law (= *autolimitation of law*), including decriminalization and delegalization in the contract, doesn't result in a absence or a vacuum of the social norms (absolute free contract or exchange), but the development of worship of the dignity for the human person based on the nonlegal social norms like morals of humanity. The law limits itself to alternate with the nonlegal social norms. As almost all beliefs and issues lose their religious character, the human person becomes in part a ceremonial thing, a sacred object which must be treated with proper ritual care. In a modern society, we regulate our behavior (content of *consensus in the contract*) not by following legal regulation but by carrying on worship of the human person based on the morals of humanity. Social norms, including the law, function by relays.

key words: Emile Durkheim, Jean Carbonnier, mechanical solidarity, organic solidarity, non contractual element of the contract, consensual contract, morals of humanity.

* Graduate Student, Graduate School of Sociology, Ritsumeikan University