

◇ 紹 介 ◇

A・エーザー＝W・ペロン編

『ヨーロッパにおける刑事責任および
刑事制裁の構造比較——比較刑法理論への寄与』（3）

A. Eser / W. Perron (Hrsg.), Strukturvergleich strafrechtlicher
Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa - Zugleich ein
Beitrag zur Theorie der Strafrechtsvergleichung, 2015, Duncker &
Humblot

刑 法 読 書 会
浅 田 和 茂* (共編)
松 宮 孝 明**

目 次

紹介を始めるにあたって

第1部 序

アルビン・エーザー 「第1章 本プロジェクトの発生史・作業現場報告」
ヴァルター・ペロン 「第2章 調査の目標と方法」 (以上, 368号)

第2部 国別報告(省略)

第3部 ヴァルター・ペロン 「調査結果の比較法的分析」

第11章 導 入

第12章 事例類型の構成要件上の格付け

第13章 不処罰事由 (以上, 372号)

第14章 刑の確定

第15章 刑事手続の影響 (以上, 本号)

第16章～第18章

第4部 アルビン・エーザー 「比較刑法：展開・目標・方法」

* あさだ・かずしげ 立命館大学大学院法務研究科教授

** まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

第 3 部 ヴァルター・ペロン 「調査結果の比較法的分析」

Teil 3 Walter Perron, Rechtsvergleichende Analyse der
Untersuchungs-Ergebnisse, S. 767-928.

第14章 刑の確定 (§ 14 Straffestsetzung, S. 838-898.)

I. 導 入

第 1 ないし第 3 の事例類型においては、無罪か有罪かではなく、T に対する制裁の種類と程度が問題となる。ここでは、三つの領域が共に作用し、制裁決定に標準としての影響を及ぼしうる。すなわち、罪責評価 (Tatunwertgraduierung)、特別予防および一般予防的な要罰性、制裁特有の観点である。

罪責評価では、犯行において現実化した無価値内容の重さを決定することが問題となる。これは、外的側面、とりわけ行為結果と損害の程度 (ドイツの用語では結果無価値) についても、行為者の心理的な事象、すなわち、故意や目的等による行為の統御および行為者の動機付けの状態 (ドイツの用語では行為無価値および責任) についても、当てはまる。罪責は、制裁の量定にとって中心的な基準値を表すものとなっている。これに対して、予防的な要罰性は、行為者の人格および具体的な危険性、とりわけその者の前科 (Vorstrafenbelastung) に左右される。制裁特有の観点とは、例えば、個々の制裁の種類に対する各国の傾向、刑の執行猶予の可能性、および刑の執行態様といったものであり、すでに判決裁判所による量刑判断において先取りされうるものである。最後に、制裁の決定に対する刑事手続の影響もまた、看過されてはならない。

本研究は罪責評価に焦点を当て、その際にそれ以外の要因をフェードアウトさせる、または区別して把握することを試みている。罪責の内容の判断は、それぞれの事例の段階的区別を通じて目に見えるものとなり、各国の専門家との対談の中で、体系的に浮き彫りとされることになる。以下の論述は、さしあたり、事例類型 1 ないし 3、および正当防衛による無罪が前提とされなかった場合の事例類型 4 における、犯行の重大性の段階付けのみを対象とする。

II. 罪責評価の一般的なシステム

罪責評価のシステムは、三つの領域に区分される。すなわち、犯罪構成要件上の重大性の段階的区別(これについては前述 §12を参照)、一般的な量刑規定による刑罰枠の修正、および刑罰枠を埋める事実審裁判官による量刑である。この三つの領域は、はっきりと相互に区別されるか、または、流動的に交じり合いつつ移行する。これらの領域は、予定される刑罰枠の広さ、事実審裁判官の判断および裁量の程度、および犯行の重大性の段階付けにとって決定的な評価因子により、対象国の間で区別される。

II. 1. 法的拘束と事実審裁判官の裁量

罪責評価システムの本質的メルクマールは、犯行の重大性の決定に際して、実定法および上級裁判所から事実審裁判官に委ねられた、裁量の程度である。そのスペクトルは、19世紀の「自動包摂機械」としての裁判官像を想起させる厳密な法的拘束から、極端に広い、ほとんど制御不可能な裁量までをも包括する。この相違においては、研究対象となる法秩序の間で、中道的な傾向が多く認められるものの、何とも大きな法文化的差異が明らかとなる。

II. 1. 1. 厳密な法的拘束：イタリア

イタリア法は、総則および各則上の刑罰加重・減輕規定のシステムを有している。そのため、裁判官は、ほとんど数学的な精密さで、判断されるべき事例を、幾重もの刑罰枠の等級に整理しなければならない。それゆえ、事実審裁判官の固有の量刑裁量には、ごくわずかな余地しか残されていない。

イタリアの立法者は、殺人犯罪の領域においては犯罪構成要件上の段階的区別を断念し、その代わりに、イタリア刑法典(CP-I)第59条以下の総則上の刑罰加重・減輕事由のシステムを、犯罪類型に固有の刑罰加重規定(CP-I第576条、第577条)によって補完した。これらの規定において、個々の加重・減輕事由が一覧表化されており、裁判官は、法律上のメルクマールに事例を包摂させることで、その適用を確定しなければならない。もっぱら減輕事由についてのみ、CP-I第62条の2が、それ以外の事情を、追加の列挙されざる刑罰減輕事由として援用することを許容している。このように定められた刑罰枠の内部で、次いで、固有の意味における量刑が行われる。刑罰枠の確定のためにすでに援用された諸事情は、ここではもは

や考慮できない(二重評価の禁止)。しかし、刑罰枠を修正する加重・減軽事由が多数であり、かつ往々にして本質的観点をすべて包括しているという理由から、ここでの量刑判断は、通常わずかな要因に限定される。また、犯行の重大性が決定的な標準である限度内で(CP-I 第133条)、行為者の危険性による補完が行われる。

この刑罰確定システムから導かれる刑罰枠は、幾重にもなる。ここで考慮しなければならないのは、二重評価の禁止のために、通常それぞれの刑罰枠の上限まで適用されるには至らず、実際に科される刑罰は、たいていその下限に位置するということである。これに応じて、やはり対談相手も、制裁の決定は適用されるべき刑罰枠の確定でもって決着するものと見なし、固有の意味における量刑についてほとんど述べなかった。

II. 1. 2. 事実審裁判官の広い裁量：フランス

イタリアの量刑算術と対をなすモデルは、フランス法において見出される。個々の犯罪の刑罰は、1994年の新刑法典(CP-F)各則においては上限しか確定されておらず、これに対して、下限はCP-F 第132-18条、第132-19条によりはるか下に位置する。

四つの事例では、陪審裁判所に提訴されるべき殺人犯罪が問題となる。それゆえ、広い刑罰枠(CP-F 第221-2条ないし第221-4条の加重構成要件では2年から無期の自由刑、CP-F 第221-1条の基本構成要件では1年から30年の自由刑)の充填は、素人と職業裁判官から構成される裁判体に委ねられたままである。そして、この裁判体は自らの量刑判断を理由付ける必要はない。したがって、破棄裁判所による制裁決定の統制と修正は、実践上不可能である。

II. 1. 3. 結合システム：イングランドおよびウェールズ、ドイツ

両国では、殺人犯罪について、一方の、謀殺構成要件に対する硬い法的拘束と、他方の、故殺での事実審裁判官の広い量刑裁量との組み合わせが見出される。

イングランドおよびウェールズでは、成人の謀殺について無期の自由刑が必然的なものとして定められている。裁判所は判断の裁量を持たない。これに対して、限定帰責能力や誘発といった例外事例において、構成要件は故殺に分類される。ここでは、裁判官は、1日という最下限の自由刑に対する条件付き有罪宣告(プロバーション)から無期の自由刑までの、完全な裁量を持つ。ただし、この量刑裁量の具体的な行使は、フランスとは異なり上訴審裁判所によって審査されるため、実務においては、一定の事例群について量刑相場(Straftaxen)が形成されてきた。

ドイツでは、謀殺に対して同じく無期の自由刑が自動的に科されることとなるが、イングランド法とは異なり、ドイツの謀殺構成要件は、故意の殺人の「通常事例」ではなく、「謀殺メルクマール」と呼ばれる加重事情の少なくとも一つの実現を要件としている。しかし、一方で、謀殺メルクマールは広く設定されており、他方で、事実審裁判所には判断の裁量がわずかにしか委ねられていないため、一般感情からすると最高刑に値しない数多くの事例が、事実上この構成要件に該当している。したがって、裁判所は、限定帰責能力の気前のよい認定や、例外的事例における法規外の刑罰減輕の適用を通して、この刑罰加重を修正している。この場合、刑罰枠は3年から15年の自由刑に減輕される。当然、これらすべてのステップは上告裁判所の厳格な統制に服する。それゆえ、謀殺構成要件の適用および当該行為の制裁決定に際しての事実審裁判所の判断ないし裁量の余地は、それほど小さくなく、全体として厳格な法的拘束の支配下にある。

この状況は、ドイツ刑法典 (StGB-D) 第212条に従い故殺の基本構成要件が適用されることとなる場合、劇的に変わる。この場合、刑罰枠は、まず、5年から15年の自由刑に及ぶ。量刑判断の枠内の全事情を衡量して「より重くない」または「特に重い事例」であると判明すれば、刑罰枠の全体は、アンケートの時に妥当していた法規定に応じて、6月から無期の自由刑に移行する。特定の誘発事例においては、StGB-D 第213条に従い、必要的に「故殺のより重くない事例」が認められることとなる。それ以外の場合、刑罰枠の拡大と具体的な刑罰の決定は、事実審裁判所の量刑裁量に属する。ただし、量刑判断も判決の中で立ち入って理由付けられなければならない。殺人犯罪では、連邦通常裁判所が連邦の全領域について上告裁判所として管轄を持つので、同裁判所は同種事案の統一的な制裁決定をある程度追求することができる。

II. 1. 4. 法的拘束と事実審裁判官の裁量の中間的方法：スウェーデン、

オーストリア、スイス、ポルトガル

これらの国々は、一方で、むしろ狭い傾向にある刑罰枠と詳細な量刑規定に量刑を拘束し、他方で、このシステム内に、個々の事例の特殊性を適切に顧慮するための柔軟な基準を定めている。特に、個別の構成要件に定められた刑罰枠は、重要な減輕事由がある場合には、そのたびごとに、総則の量刑規定にもとづき下回ることができ、その結果、事実審裁判所には往々にして数多くの刑罰枠が選択的に開示される。

スウェーデンの刑法典は、故意の殺人について二つの狭い刑罰枠を規定してい

る。すなわち、「謀殺」と名付けられる、基本構成要件に対する無期または10年の自由刑と、「故殺」と名付けられる、故意の殺人のより重くない形態に対する6年から10年の自由刑の刑罰枠である。「故殺」は、行為が、それに至った事情にかんがみて、またはその他の観点から、より重くないとみなされるべきものであるということが要件である。裁判所には、このために、犯行の無価値内容をなす全事情についての、量刑に類似する衡量が要求される。

量刑は、この刑罰枠の中で、スウェーデン刑法典(KrimGB-S)第29節第1条に従い、「刑罰価(Strafwert)」と呼ばれる具体的な罪責の内容をもとに行われる。法律は加重・減輕事由の一覧表をリストアップしており、これらが刑罰価の確定に際して特に考慮される。ただし、構成要件の段階付けのためにすでに意味を持つ事情は、これによりその重要性がなお十分に考慮されていないときを除き、量刑に際して再度援用されてはならない(二重評価の禁止)。減輕事情の重大性が特に大きい場合には、KrimGB-S第29節第3条第2項に従い、例外的に法律上定められた刑罰枠の下限を下回ることができる。

全体的に見ると、狭い刑罰枠と加重・減輕事由の具体的な一覧表は、確かに、事実審裁判官の強固な法的拘束につながっている。同じく、法律上の準則の遵守も上訴審裁判所により詳細に審査される。しかし、加重・減輕事由は限定列举ではなく、罪責の内容を決定する諸事情は裁判所により自由に相互衡量されうるため、このシステムは同時に大きな柔軟性を保証している。

オーストリアの刑法典は、各則の中で、故意の殺人について同じく二つの刑罰枠を定めている。すなわち、基本構成要件としての「謀殺」における無期または10年から20年の自由刑と、軽い事例とされる「故殺」における5年から10年の自由刑である。ただし、スウェーデンとは異なり、減輕構成要件が適用できるのは、了解可能な激しい情動がある事例のみである。

量刑の段階では、裁判所に広い裁量の余地が与えられている。量刑の基礎は、オーストリア刑法典(StGB-A)第32条第1項によれば、「有責な不法」を包括する罪責である。法律は、範囲の広い、例示列举された加重・減輕事由の一覧表をリストアップしており、裁判所はこれらを相互衡量しなければならない。減輕事由が著しく優越する場合、法律上の刑罰枠は、StGB-A第41条に従い、目に見えて下回ることができる。ここでもまた、構成要件の段階付けにとつてすでに指標となった諸事情に対して、二重評価の禁止が存在する。量刑判断は、上訴審裁判所によつて、包括的にすなわち裁量の誤りについても審査されうる。

スイスの刑法典は、三層の故意殺人の構成要件モデルを定めている。「故意殺人」

と名付けられるスイス刑法典 (StGB-CH) 第111条の基本構成要件には、5年から20年の自由刑が定められる。犯行の動機、目的または遂行が特に非難されるべきものである場合、StGB-CH 第112条に従い「謀殺」となり、刑罰は無期または10年から20年の自由刑である。これに対して、行為者が、「免責可能な激しい感情の動き」において「または重大な精神的負荷の下で」行為する場合、行為は「故殺」と擬律され、1年から10年の自由刑で処罰される。

量刑の基礎は、StGB-CH 第63条によれば、行為者の「責任 (Verschulden)」である。裁判所は、StGB-CH 第64条に限定列举された減輕事由があれば、刑罰を下回することもできる。限定帰責能力、過剰防衛または過剰避難では、StGB-CH 第66条に従った刑の任意的減輕が定められる。上訴審裁判所による量刑判断の審査はカントンごとに多様であるが、総じて、書面の判決理由が表面的であるため、強力な統制を行うことはできない。

ポルトガル法も三層構成要件モデルになっており、基本構成要件について8年から16年、故意の殺人の加重事例について12年から25年、減輕事例について1年から5年の自由刑が付されている。故意の殺人の加重形態は、ポルトガル刑法典 (CP-P) 第132条に従い、「特別な非難可能性または倒錯性 (Perversität)」を要件とする。これは、行為者の動機と意図、行為の遂行態様および被害者の特別な性質を把握する、通常例示による包括的な一覧表でもって具体化されている。これに対して、減輕事例は、CP-P第133条に従い、行為者が、了解可能な激しい興奮、同情、絶望またはその他の道徳的に高尚な動機から、行為へと決定付けられた場合に適用されることとなる。

構成要件上定められる刑罰枠は、特別な事情が行為の不法または行為者の責任を明らかに減輕する限りで、総則の量刑規定により引き下げられうる。CP-P第72条は、例示的に複数のそのような減輕事情を例示列举している。ポルトガルにおいても、構成要件の段階付けと量刑について、加重または減輕事情の二重評価の禁止が妥当している。反対に、加重事情と減輕事情が同時に存在する場合に、まず構成要件段階で加重構成要件を適用し、次いで量刑段階で加重された刑罰枠を減輕事由のために再び引き下げることは、まったく可能である。量刑判断は、事実審裁判所により判決書の中で詳細に理由付けられなければならない、それゆえ、上訴審裁判所により審査されうる。

II. 2. 該当する刑罰枠 (略)

II. 3. 標準となる事実メルクマール

前述 (§ 12 III. 1.) のとおり、設問の事例は、特定の加重・減軽事情を、異なる文脈において実現するように定式化されている。以下では、これらの諸事情が、研究対象国における刑罰枠決定のシステムに与える影響を指摘する。

加重的な要因として特に問題となるのは、事例類型1における熟慮された計画、事例類型1ないし3における就寝中の被害者の無防備、および全事例において被害者として自己の配偶者が問題となるという事実である。

減軽的な要因は、全事例においてありうる弁識・制御能力の障害、さらなる虐待の危険（緊急避難類似状況）、被害者による犯行の誘発（共同責任）、および完全に一般的なTの精神的負荷である。

これらの諸要因は、様々な態様と程度において、適用されるべき刑罰枠の確定に影響を与えうる。それらの存在は、——単独でまたはその他の要因との組み合わせで——刑罰枠を上方向または下方向に移行させたり、阻害事由として刑罰枠の引き上げまたは引き下げを阻止したりする。両形式は以下の一覧表7および8において等しく扱われている。それぞれの影響の強度は次の等級で把握される。

- ①刑罰枠の決定に作用しない。刑罰枠を埋める量刑の枠内でのみ考慮される。
- ②刑罰枠の修正を導きうる、一般条項的に記述される全体衡量に不特定の影響を与える。
- ③刑罰枠の修正を導きうる衡量に、(法律上の例示、具体的な衡量指標として) 特定の影響を与える。
- ④追加の衡量なしに、刑罰枠を直接に修正する（反対方向へと刑罰枠を修正するその他の要因によって、無効化されることもありうる）。

	熟慮された計画	無防備	婚姻関係
GB	①	①	①
S	②	③	②
A	②	③	①
D	②	④	②
CH	②	②	②
P	③	③	①
I	④	④	④
F	④	①	①

一覧表7：加重事情による刑罰枠の修正*

	限定された弁識・制御能力	さらなる虐待の危険	被害者による誘発	精神的負荷
GB	④	①	④	①
S	③	②	③	②
A	③	③	③	③
D	④	②	④	②
CH	④	③	③	③
P	③	③	③	③
I	④	②	④	②
F	①	①	①	①

一覧表 8：減輕事情による刑罰枠の修正

*以下の一覧表においては、紙面の都合上、各国の略称を用いた。なお略称は、それぞれ以下の国を表す。GB=イングランドおよびウェールズ、S=スウェーデン、A=オーストリア、D=ドイツ、CH=スイス、P=ポルトガル、I=イタリア、F=フランス。

この描写は、まず、量刑システムの一般的な構造を映し出している。もっとも強力なマーク（直接に刑罰枠を修正する影響力）は、主として、強固な法的拘束を伴う法秩序、つまりイタリアにおいて（部分的には、イングランドおよびウェールズとドイツにおいても）見られる。反対に、もっとも弱いマーク（刑罰枠を修正する影響力なし）は、広い刑罰枠を持つ諸国のすべて（フランス、イングランドおよびウェールズ）にとりわけ該当しており、これに対して、中間のマークは、両極間の中道を行く諸国（スウェーデン、オーストリア、スイス、ポルトガル）においてもっとも多く見出される。

このシステムに関連する相違を度外視しても、全般的な構造が示されている。加重事情について言えば、犯行の熟慮された計画と遂行は、ローマ法系諸国（ポルトガル、イタリア、フランス）においてのみ最重要視されている。これに対して、就寝中の被害者の無防備は、これらの国に加えて、スウェーデン、オーストリアおよびドイツにおいても、刑罰枠の修正を導きうる。減輕事情では、弁識・制御能力の減少と、被害者による犯行の直接的な誘発が決定的な影響を持っているのに対して、さらなる虐待の危険を理由とする緊急避難類似状況と一般的な精神的負荷という、あまり詳細ではない要因は、概して比較的わずかな重みしか得なかった。

Ⅲ. アンケートの結果

Ⅲ. 1. 各国の結果

法律家へのアンケートの結果は、以下では、まず、各国別に記述される。先頭をなすのはイタリアの一層構成要件モデルであり、次いでイングランドおよびウェールズ、スウェーデン、オーストリアおよびフランスの二層モデル、最後にドイツ、スイスおよびポルトガルの三層モデルが位置する。

各国の詳細な結果は、国別報告にある。以下の記述では、これらを、可能であればフローチャートの形にまとめる。該当する制裁の可能性について肯定的に判断した対談相手の数は、対応する矢印の太さによって示され、加えて直接に数字で表記される。コンマ以下の小数位（大部分は「x,0」または「y,5」）が意味するのは、一人または複数人の対談相手が二つの選択肢の間で判断できなかったために、その両方に「0,5」が加算されているということである。グラフの下の行は、予測される自由刑の期間を段階付けている（本紹介ではグラフを省略——紹介者注）。

Ⅲ. 1. 1. イタリア

前述のように、イタリア法は故意の殺人につき構成要件の段階的区別を定めておらず、適用されるべき刑罰枠は、総則および各則上の加重・減軽事由をもとに付きとめられる。加重事情と減軽事情が同時に存在する場合には、その重大性を相互に衡量しなければならないため、大きな裁量が生じる。このため、個々の加重および減軽事由の適用可能性に関する対談相手の回答には、広く一致があったものの、その相互衡量では、一部で明白な相違が明らかとなった。適用されるべき刑罰枠の確定が、罪責評価にとって重要な要素をすでに汲み尽くすために、刑罰枠を埋める固有の意味における量刑に対しては、わずかな余地しか残されていない。対談相手は、これについてほとんど発言せず、多かれ少なかれ自動的に、見出された刑罰枠の下限を出発点とした。その理由は、非常に重い法定刑にある。これは、とりわけ事例2および3において、本研究の中で群を抜いてもっとも重い制裁の予測へとつながった。ただし、刑事手続および刑罰執行の特定の形態を通じて、刑の大幅な減軽の可能性がさらにあるということを、考慮しなければならない。

すべての設問の事例において、加重事由として、被害者が自分の夫であるという事実が認められる。これに、事例類型1ないし3では就寝中の被害者の無防備が、事例類型1では同じく犯行の熟慮された計画と遂行が加わる。法律により挙げられ

る減軽事由としては、すべての事例については、被害者による誘発と、場合によってはありうる弁識・制御能力の障害が考慮されうるが、これに対し、一般的な精神的負荷と、さらなる虐待の危険は、CP-I 第62条の2の不特定の一般的減軽事由の枠組みにおいてのみ、援用されることができ。誘発は、事例類型1については対談相手の大多数により、事例類型2については多数により否定され、これに対して事例類型3については大多数により肯定された。弁識・制御能力の障害は、すべての事例について広く否定された。しかしながら、すべての事例について、重大な不特定の減軽事由が認められうるだろうという点には、完全な一致があった。加重事由が数的に同等であるまたは優越するにもかかわらず、結果的に、通常の刑罰枠の引き上げを出発点とした対談相手はいなかった。反対に、事例類型1においてさえ、スペクトルは——事例類型2においても同じであるが——同等または二つの減軽事由の優越にまで広がっている。さらに、事例類型3においては、一つから三つの減軽事由の優越までにすらスペクトルが下がっている。事例類型4においては、最終的に三分の一強が無罪を出発点としており、その他の見解は、行為を過失致死に格下げするか、故意の殺人における二つの減軽事由の優越を認めるかに分かれた。

総括すると、イタリア法は、狭い刑罰枠と、制裁決定の際の出発点において強固な法的拘束があるにもかかわらず、関連する加重・減軽事情のすべてを把握し、その重大性に従って考慮できる程度に、まったくもって柔軟であるということが明らかとなる。グラフは、大きな断絶と不一致なしに、非常に明瞭で論理的な姿を明らかにしている。ここでは、加重・減軽事情の衡量に際しても、固有の意味における量刑に際しても、明白な減軽傾向が示されている。ただし、この傾向も、法律の定める基準値のために、依然として非常に重い刑罰を帰結している。

Ⅲ. 1. 2. イングランドおよびウェールズ

イングランドおよびウェールズにおいて、制裁決定は、何よりもまず、Tが謀殺により有罪宣告を受けるのか、それとも、故殺への行為の格下げに成功するかに左右される。後者は、限定帰責能力または誘発の抗弁の主張が成功することを前提とするのだが、このためには高い法的ハードルを越えなければならない。次いで、制裁の確定は、訴訟を指揮する職業裁判官によって、陪審員の関与なしに、別個の量刑手続の中で行われる (sentencing)。この訴訟段階と判断者の厳格な区別によって、罪責評価は二つの部分に明確に切り分けられる。陪審員が謀殺と判断する場合、裁判官は無期の自由刑を宣告しなければならない。これに対して、陪審員が故殺と判断する場合には、裁判官は、自らの裁量により刑罰を確定させることがで

き、行為事情のすべてを考慮することができるのである。

この状況にかんがみて、事例類型1から3での裁判官の制裁決定の予測は、アンケートを受ける法律家により、それぞれ択一的に定式化された。すなわち、仮に陪審員が謀殺のために有罪を言い渡す場合には、無期の自由刑であり、評決が故殺とする場合には、それとは異なり上限と期間の広がりを持つ自由刑である。確かに、事例類型1では明白な多数が謀殺による有罪宣告を出発点としたが、これに対して、事例類型2と3では、ほぼ一致して、むしろ故殺による有罪宣告が予測された。事例類型4では、結果的に全員が正当防衛による無罪を認めた。

罪責問題に関する陪審員の判断の予測と、制裁問題に関する裁判官の判断の予測とをまとめて、明らかとなるのは、事例類型1については無期の自由刑が、事例類型2と3については他国と比べても軽い自由刑が認められたということである。これに対して、別のグラフが示しているのは、すべての設問事例に対して、もっぱら故殺について回答された刑罰である。これは、事例類型1では、無期自由刑の有罪宣告が予期されるために仮定的なものでしかないのだが、事例類型2および3の場合よりも大して重い位置にはない。この制裁の重さの劇的な飛躍は、相当する減輕要因の影響の強弱だけでは説明不可能である。むしろ、事例類型1に記述されたような犯行に対する必要な無期の自由刑は、現在の正義感と、もはや明らかに一致しないのである。故殺が認められた際の制裁の予測は、裁判官の広い裁量にかんがみると、奇妙なほどに狭い領域を推移している。成功した抗弁の種類は、傾向として、誘発の場合に限定帰責能力の場合と比べていくらか重い刑罰が予測されるとしても、大きな役割をそこで果しているわけではない。

総括すると、グラフは、一方の謀殺と他方の故殺に関する制裁決定の強烈な相違のために、ひどく断絶している。このことは別として、すべての事例について、法律家には明らかに広く意見の一致があり、これがおおむね一致した評価へと導いているように見える。

Ⅲ. 1. 3. スウェーデン

スウェーデン法も、故意の殺人をきわめて重い犯罪とみなし、これを「謀殺」として無期の自由刑で処罰している。より軽い刑罰は、減輕事由が入り込む場合に、三段階でその役割を果しうる。

事例類型1では、ほぼ一致して、熟慮され、事前に計画された犯行の遂行および就寝中の被害者の無防備が、重要な加重事由と、Tの精神的負荷およびひどく侮辱的な被害者の態度による誘発が、減輕事由と見なされた。ここでは、無期の自由刑

を法効果とする、減輕事由の完全な無効化、またはそれどころか一つの加重事由の優越から出発したのは、一人の対談相手のみであり、もう一人がこの帰結をありうるとした。それ以外の対談相手は、複数の形式および強度において、減輕事由の優越を認めた。この結果、数少ない例外を別とすれば、予測は6年から10年の自由刑となった。その他の事例でも同じなのだが、すべての評価の観点に開かれたシステムにもとづき、明瞭なグラフが導かれており、交差（たとえば、一方の追加の減輕を伴う謀殺と、他方の追加の減輕を伴わない故殺との重なり）は見られず、様々な評価の段階と複数の評価の可能性が浮き彫りとされている。事例類型2では、熟慮された犯行の遂行は考慮されないのに対し、ほとんどすべての対談相手の意見によれば、刑を減輕すべき弁識・制御能力の著しい障害が付け加わる。このことは、構成要件の段階付けにも、具体的な制裁の予測にも影響を及ぼす。これに対して、事例類型3では、一部では熟慮された犯行の遂行が再び認められ、弁識・制御能力の障害もそれほど一義的には肯定されなかった。それでもなお、直前に行われた重大な虐待が強度の減輕事由と見なされた結果、総じて、事例2よりもさらに軽い制裁が予測された。事例類型4では、結果的に半数余りは無罪ではなく、確かに、軽いだけの、一部ではさらに自由剥奪ではない刑罰ではあるが、有罪宣告を予期した。

Ⅲ. 1. 4. オーストリア

オーストリア法も、同様に、通常の故意殺人を特に重大な犯罪と見なし、これを「謀殺」として処罰している。「故殺」という減輕事例は具体的な情動を要件としており、刑罰が減輕される。量刑の枠組みにおいては、法律が若干の例を列挙している加重・減輕事情が、相互に衡量されることとなる。無期の自由刑が正当化されうするためには、謀殺に際しても特別な加重事由がなければならぬ。これに対して、減輕事由が顕著に優越する場合、例外的な刑の減輕にもとづき、刑罰は引き下げられることができる。

オーストリアの対談相手は、全体的にいくらか厳しく判断したものの、評価は結果としておおむねスウェーデンと平行なものであった。ただし、ここで質問されたのは自身の評価のみであり、裁判所の判断の予測ではなかったため、とりわけ、一方の検察官と他方の弁護士との間で明らかに乖離があった。

総じて、グラフは、フローチャートが示しているように、明確かつ安定したものであった。事例類型1では、加重事情の重大性はそれほど大きく評価されなかった。特に、13人中10人の対談相手が、事前に熟慮された犯行の遂行について刑を加

重する作用を否定し、Oの無防備も7人だけが加重的なものとなし、これに対して、Tの精神的負荷は、全員から刑を減輕するものと認められ、弁識・制御能力の著しい毀損も5人の対談相手により肯定された。Tの具体的な情動がないため、対談相手の全員が故殺の構成要件を適用できないとしたが、約半数が例外的な減輕を肯定した。無期の自由刑は回答されなかったものの、3人の対談相手が、15年以上の自由刑を適切であると見なした。事例類型2では、刑を加重する要因は総じて少なく評価された。突発的な行為態様にもとづき、多くの対談相手が、故殺構成要件の適用を可能とする情動があるとし、一般的に精神的負荷が、7人からは限定された弁識・制御能力が、減輕事由として指摘された。事例類型3では、犯行の誘発という定式化された減輕事由が援用できない中、振り子はさらに強く故殺構成要件の方向に振れ、具体的に科されるべき刑罰も軽く評価された。事例類型4については、13人中11人の対談相手が無罪を肯定し、または少なくともありうると考えた。

Ⅲ. 1. 5. フランス

フランスの刑法典では、個々の犯罪に対する刑罰は上限のみが確定されており、総則から導かれる下限は非常に低い位置にある。四つの事例について問題となるのは、加重構成要件の謀殺、基本構成要件の故殺、そして補助的に、殺人の故意が否定される場合の死亡結果を伴う加重傷害である。加えて、5年までの自由刑には執行猶予を付すことができるため、刑罰枠の法律上の下限は、実務上重要な役割を果たしていないと言ってもよいだろう。

したがって、量刑についての回答は非常に漠然としたものであり、グラフに表現されることができない。広い間隔がほとんど常に示され、この内部で刑罰が予期されることとなる。この間隔の平均的な変動幅は、事例類型1から3では7年から5年の間で動いた。そこでは、「4年と18年の間」、「0年と10年の間」、あるいは「8年と20年の間」というような回答も珍しくなかった。事例4では、ほぼ一致して無罪が否定され、軽い刑罰が予期された。刑罰予測の平均値は他国と比べると若干重かったのだが、事例類型1(全員の中間値の平均は10.4年の自由刑)から、事例類型2(7.0年)および事例類型3(5.8年)、事例類型4(2.1年)までの下降は、他と同じく認められた。

事例類型1では、事前に計画された犯行の遂行は、すでにこれが謀殺構成要件の適用を導き、これにより考慮し尽くされているため、もはや量刑の要因とは見なされなかった。多数が被害者の無防備について刑を加重するものとした一方で、配偶

者の殺害についてはそのような影響を付与しなかった。全員一致して、Tの精神的負荷が支配的な減輕的要因と見なされたが、たとえば弁識・制御能力の減少は考慮されなかった。この態度は事例2では変化し、ここでは被害者の無防備が加重的要因と見なされ、今度は一般的な精神的負荷と並んで、しかも強化されて、限定された弁識・制御能力が対置された。事例類型3では、支配的な見解によれば、被害者による犯行の誘発が付け加わり、それゆえ予測される刑罰は事例類型2と比べてさらに引き下げられた。最後に、誘発の側面は、ここでは完全に正当防衛と近接するのだが、事例類型4では刑のさらに明らかな減輕を帰結した。

総括すると、この結果はまったく想定内だったのだが、予測はきわめて不明確なかたちで行われ、対談相手の間でも平均以上の相違があった。

Ⅲ. 1. 6. ドイツ

ドイツの刑罰枠決定システムは、一方の法律上の厳格な指図と、他方の事実審裁判官の広い裁量の余地という、部外者には追想しがたい組み合わせから成り立っている。故殺に対する刑罰枠は、単なる量刑裁量の行使により、「特に重い事例」について無期の自由刑まで引き上げたり、「より重くない事例」について、アンケート時の現行法によれば6月まで引き下げたりすることができる。行為が「謀殺」と擬律される場合には、必要的に無期の自由刑が科されることとなる。また、直接的な犯行の誘発がある場合には、刑罰はより重くない事例について定められる刑罰枠にまで下がる。これらの刑罰は、弁識・制御能力の著しい減少が加わる場合、減輕される。謀殺の事例では、これは、それ以外に、例外的な減輕事情がある場合にも可能である。

事例類型1では、対談相手全員が、裁判所は、就寝中の被害者の計画的な殺害にかんがみて「背信的に (Heimtücke)」の謀殺メルクマールを肯定し、謀殺構成要件を適用するという点を出発点とした。次いで、3人の対談相手のみが無期の自由刑を予測し、これに対して、他の9人は、——事案はこれを直ちに容易に思い起こさせるものではないのだが——限定帰責能力を認めるか、または例外的な刑の減輕を肯定した。付きとめられた刑罰枠内部での具体的な刑の確定については、わずかな観点しか言及されえなかったのだが、減輕された刑罰枠を出発点とする場合であっても、予測される刑罰は著しく異なるものとなった。事例類型2では、早くも構成要件上の段階付けが困難である。対談相手は、それぞれ約三分の一で、謀殺、故殺および故殺のより重くない事例であると表明した。謀殺においては、刑罰枠は常に減輕され、対談相手の1人からはそれぞれ二度の減輕が認められた。同じ

く、故殺の通常事例でも、限定帰責能力による減軽が一貫して認められた。これに対して、故殺のより重くない事例を認めた者は、これでもってすべての減軽の可能性を使い果たしたと見なし、追加の刑の減軽を否定した。しかし、具体的な制裁の予測となると、もっとも軽い制裁（短期の、執行猶予に付される自由刑）は、故殺のより重くない事例から出発した対談相手によっても、謀殺構成要件を肯定した者によっても、摘示された。事例類型3では、「故殺のより重くない事例」を基礎付ける誘発が加わるが、背信性の謀殺メルクマールが肯定されると、謀殺構成要件が優先され、減軽構成要件への道は遮断される。それゆえ、構成要件上の段階付けでは、約三分の一が謀殺による有罪を予測し、対してその他は故殺のより重くない事例を認めた。謀殺では、事例類型2と同じく、一回の——対談相手の1人はここでも二重の——減軽が前提とされ、故殺のより重くない事例でも、4人の対談相手が限定帰責能力によるさらなる減軽に傾いたのだが、ここでも、両見解の多くが同一の刑罰に至った。事例類型4については、13人中10人の対談相手が、正当防衛または過剰防衛による無罪を認めた。

総括すると、一つの逆説的な様相が明らかとなる。事例類型1では、事例の法的段階付けと刑罰枠の決定が客観的に前もって与えられており、事実審裁判官には狭い裁量の余地しか残されていないのだが、制裁の予測は部分的に広く拡散している。事例類型2および3では、裁判所は合計七つの異なる刑罰枠を利用可能であり、それらの大部分は適用可能でもあると思われるのだが、制裁の予測は狭くまとまって位置している。ドイツの法律家は、見たところ法律上の段階的区別にはあまり向かわないようであり、刑罰を独自の指標に従って確定している。このインフォーマルな制裁の基準については、均一な実践が達成されるほどに強い意見の一致が存在している。これに対しては、特に、連邦通常裁判所の厳格な審査統制が、決定的に寄与してきたのだろう。

Ⅲ. 1. 7. スイス

スイス法は、ドイツ法と同じように、三層構成要件モデルを出発点としているが、個々の構成要件の段階付けは、柔軟な指標にもとづき相互に区別される。加えて、限定列举される総則の減軽事由がある場合には、三つの構成要件の段階から導かれる刑罰枠は大きく引き下げられるのだが、そこには、特に深刻な苦境（精神的強制状態）、重大な脅迫（緊急避難類似状況）、または不当な刺激や中傷に対する激怒もしくは多大な心痛（誘発）が含まれる。さらに、弁識・制御能力が減少している事例では、各刑罰の下限まで、裁量による刑の減軽を行うことが許される。それ

ゆえ、設問にとって重要な要因は、刑罰枠の決定のために必要な衡量に、すべて取り込まれることができる。さらに加えて、三つの構成要件に定められる刑罰枠が大幅に重なっているために、このシステムは全体として非常に高度な柔軟性において突出しているのだが、制裁の決定は、フランスのように、事実審裁判所によるまったく構造化されていない裁量へと委ねられているわけでもない。

事例類型1では、2人の対談相手が、無防備な被害者の殺害を理由に謀殺による有罪を予想したものの、しかし、制裁の予測では、今度は総則上の刑の著しい減軽から出発した。これに対して、残りの8人の対談相手は故殺構成要件を支持し、刑罰については、当該刑罰枠の下三分の一か(6人の対談相手)、または、さらにその下限の僅かな下回りを予期した(2人の対談相手)。総則の減軽事由が肯定された限りで言えば、これらは、同数で、弁識・制御能力の限定または深刻な苦境であった。総じて、予測は近い位置に固まっている。事例類型2では、8人の対談相手がTの情動にもとづき故殺による有罪を予期したのに対し、2人は感情の動きの免責可能性が欠けるとして故意の殺人を出発点とした。しかし、後者は、次いで深刻な苦境を理由とする総則上の刑の減軽を認め、その他の対談相手の多数と同じように、軽い刑罰を予測した。奇妙なことに、もっとも重い刑罰は、軽い刑罰枠から出発したはずの、この多数派の主張者の中から予期された。それゆえ、事例の構成要件上の段階付けは、見たところ、この設問では制裁決定に影響を与えなかったようである。この所見は、事例類型3ではさらに明らかとなる。ここでは、Tがまだ突発的な情動に陥っていたか否か未決定であるため、半数のみが故殺を支持し、対して別の半数は故意の殺人のままにしつつ、しかしそれに続く総則上の刑の減軽から出発した。結果的に、すべての予測が近い位置に固まっているだけでなく、もっとも軽い個別回答ともっとも重いそれが、どちらも同じように両グループから出てきている。したがって、いかなる刑罰が適切なのかという評価は、構成要件上の段階付けとは独立した、犯行の総合評価に依拠しているのである。事例類型4では、大多数の対談相手が無罪を予期した。

Ⅲ. 1. 8. ポルトガル

ポルトガルのシステムはスイスに似ており、構成要件の領域では三つの段階が柔軟な指標によって相互に区別されている。これに次いで、三つの刑罰枠すべては、法律上の例示によって具体化される総則上の刑の減軽規定にもとづき、大きく下回ることができる。

事例類型1では、半数余りが、計画された、就寝中のOの無防備につけ込んだ犯

行態様を理由として、加重構成要件を肯定したのに対し、残りの対談相手は基本構成要件を支持した。両グループにおいて、次いで、それぞれの多数が、複数の減輕要因をひとまとめの理由とするか、またはOによる誘発を特定の理由として、総則上の刑の減輕を肯定した。事例類型2では、明確な多数がTの情動を理由として減輕構成要件を支持した。それでも、減輕構成要件と総則上の刑の減輕を結びつけたのは2人の対談相手であり、それ以外の7人は、刑の減輕を伴わない減輕構成要件か、刑の減輕を伴う基本構成要件を、予想されるべき判断とみなした。ただし、その際、制裁の予測は、一つの例外を除き、3年の自由刑という低い値で収束したことから、刑罰枠の選択は結果に影響を与えなかった。これに対して、事例類型3に対する制裁の予測は、再び明らかに分散しており、刑罰枠の選択の影響を明確に受けている。およそ半分ずつで、刑の減輕を伴う基本構成要件か、刑の減輕を伴わない減輕構成要件であると判断された。事例類型4では、多数が最終的に無罪を予測したため、制裁予測のグラフ表現は意味を持たなかった。

Ⅲ. 2. 結果の比較とその評価

Ⅲ. 2. 1. 制裁の予測

各国の対談相手による制裁予測の比較を可能とするためには、平均値を算出する必要がある。まず、各国について、言及された上限および下限に関して、それぞれ平均値を算出した。上限または下限のみ示し、他方の側については未回答のものに関して、開かれた側は考慮していない。細かい刑期が言及された場合、上限と下限は同一である。無期自由刑は20年と査定した。これにより、無期自由刑は、イタリア以外の国で回答されたすべての有期自由刑よりも重いものの、結果が上方向に大きくずれすぎるほどには重くはないところに位置付けられる。事例類型4についてのみ問題となる無罪は、「0」の値で置き換える。次いで、上限または下限の平均値から、各国について算術平均を出し、全体の平均値として以下で示すグラフに組み入れた。この値は、それぞれの評価水準の確定に対しては、少なくとも説得力のある参照値となる。全平均値の比較は以下のグラフを導き出す（本紹介ではグラフを省略——紹介者注）。

まず人目を引くのは、各設問の相互関係における広い一致である。ポルトガル以外の国においては、事例類型1でのもっとも重い刑罰の予期で始まり、事例類型2と3を経由して、連続的に事例類型4まで下降するという、明確な段階が導かれる。大多数の国においては、近い位置に固まっている事例類型2と3の水準を、事例類型1では明らかに上回り、事例4では明らかに下回っている。この例外をなす

イタリアでは、事例類型1から3への曲線はむしろ平坦に延び、事例類型4で初めて急激に下降している。非常に顕著であるのは、イングランドおよびウェールズにおける、一方の事例類型1と他方のそれ以外の事例との間の相違である。この調査結果は、刑罰の水準が、刑事手続の特別な形態（特にイタリア）および刑の執行の短縮によって、さらに大幅に引き下げられうるという留保の下にある。

制裁予測の平均値を事例ごとに分けて比較してみると、多くの国が近い位置に固まっているということが示される。事例類型1では、20と設定した無期の自由刑のイングランドおよびウェールズと、17.4の平均値のイタリアが先頭となっている。群を抜いてもっとも低い値をスイスが示し、それら以外のすべての国は近い位置に固まっている。注目すべきであるのは、スウェーデンとドイツでは、少数の対談相手により無期の自由刑が予測され、これが平均値を大きく上方向に押し上げているという点である。この「逸れ弾」がなければ、当地の値は相当に低いところに位置したことだろう。これに対して、イタリア、オーストリア、フランスおよびスイスでは、確かに、イングランド、ドイツおよびスウェーデンと同様に、故意の殺人の加重形態に対する刑罰として、無期の自由刑も予定されている。しかし、これは、前者の国々においては、対談相手から支持ないし予測されなかった。最後に、ポルトガル法はこの特別な刑罰を完全に廃止しており、もっとも重い予測はこの値のはるか下にとどまった。

事例類型2と3では、無期の自由刑はどの対談相手からも予期されなかった。両事例ともに、イタリアが大きく離れて先頭に位置しており、これにフランス、オーストリア、スウェーデンが続き、下半分でドイツ、スイス、イングランドおよびウェールズそしてポルトガルが、事例類型2と事例類型3で位置を換えつつ、続いている。

次の表が示しているのは、各国における刑罰の水準の順位である。まず、事例類型1から3については、それぞれ、もっとも高い平均値の1からもっとも低い値の8までの順位表が作成された。事例類型4については、無罪の予期された割合をもとに順位が決められており、無罪を予測した割合がもっとも少ない国が1、もっとも多い国が8に位置している。引き続き、全事例を通した平均の順位値が算出され、これにより全体として次の順位表が導かれる。

	事例1	事例2	事例3	事例4	順位平均	総合順位
I	2	1	1	2	1,50	1
F	5	2	2	1	2,50	2
A	3	3	2	5	3,25	3
S	7	4	4	4	4,75	4
D	4	5	6	6	5,25	5
P	6	8	5	3	5,50	6
GB	1	7	8	8	6,00	7
CH	8	6	7	7	7,00	8

平均的に予期される刑罰の重さの順位

これによると、もっとも重い刑罰はイタリアにおいて、もっとも軽い刑罰はスイスにおいて予期されることとなる。人目を引くのは、イングランドおよびウェールズが、事例類型1については一致して無期の自由刑を見積もったにもかかわらず、最後から2番目ということである。同じく言及すべきは、事例類型4での順位が事例1から3までの順位と本質的には異ならないということである。イタリアとフランスのように重い刑罰の予測を行った国は、正当防衛に際してもほとんど無罪を認めない傾向にあるのに対して、イングランドおよびウェールズとスイスはTに寛大さを示しているのである。見たところ、ある特定の法圏に属しているということは、刑罰の水準には影響を与えないようである。

制裁予測の高低に加えて、個別の制裁予測の精度ないし不精確性を測るために、それぞれの国について上限の平均値と下限の平均値との間の差が算出された。ここでは、フランスの対談相手は、刑罰をある程度精確に予測することについて、はるかに不首尾であるということが示される。当地では、予測の範囲は、対談相手によっては14年にすら及んだ(!)。それ以外のすべての国では、予測はもっと精確である。平均的な間隔が2年を大きく超えるところはない。ここでは見たところ、あらかじめ定められる刑罰枠の広狭も、事実審裁判官の裁量の大きさも、役割を果たしていないように思われる。個々の刑罰予測の精度が、インタビュー実施者の具体的な質問技法に少なくない影響を与えられるということ、それゆえ参照値は若干の歪みを免れえないということを考慮するとしても、それでも、この結果は、実際に説得的であるし、それぞれのシステムの特性により説明可能である。もっぱらフ

ランスにおいてのみ、広い刑罰枠が、事実審裁判官の量刑裁量を少なくとも大雑把に制御するような、上訴審裁判所の拒絶と組み合わせられているのである。

予測の精度を区別されるべきは、一国内の回答の一致ないし拡散の程度である。この程度を付きとめるために、上限と下限の間の算術平均の標準偏差、つまり、制裁予測の該当国の全体からの逸脱が算出された。高い値は高い拡散を、低い値は高い一致を意味する。

6年以上の標準偏差というもっとも高い個別の値は、事例類型1に対するドイツの対談相手の回答に見出される。この原因は、一方の、謀殺に定められる無期の自由刑に減輕の可能性を認めなかった、3人の対談相手と、他方の、限定帰責能力によるまたは例外的事情にもとづく減輕を肯定し、中間の値において多くが10年を大きく下回る自由刑を予期した、その他9人の対談相手の間の対立にある。まったく類似の様相はスウェーデンにおいても呈され、ここでは、事例類型1では、1人の対談相手によって肯定された無期の自由刑のために、同じく高い標準偏差が目立っている。一般的に非常に高い値、つまり複数の対談相手間の大きな相違は、イタリアとオーストリアに見られる。イタリアにおいてはこの結果は不思議なものではない。なぜなら、対談相手は、ここでは、加重および減輕事情を衡量して、数学的に互いに重なり合って配置される多くの刑罰枠の中から、決定を行わなければならないからである。同じように分岐された様相は、オーストリアについても、ここでは本質的に大幅な一様化が可能であったにもかかわらず、明らかとなる。もっとも、後者の想定外の高い拡散は、資料のありかたからも説明されるべきなのかもしれない。最後に、イングランドおよびウェールズとスイスでの大きな一致が明らかとなった。無期の自由刑以外は不可能なイングランド法の事例1を除き、両システムは、制裁の決定について、事実審裁判官にもっとも大きな裁量と判断の余地を認めている。それゆえ、拡散の小ささは、厳密な法的準則でもって説明されず、時の経過の中で形成されてきた、裁判所のインフォーマルな慣習に、見たところ依拠している。

Ⅲ. 2. 2. 犯行の重さの段階付け

どのシステムが、犯行の重さの段階付け、および、平等、予測可能で、実態に即した制裁決定の保障をもっともよく達成するのかということについて、はっきりとした言明を行うことはできない。ほとんどすべてのシステムの態様には、積極的な例も消極的な例も見出されるのである。

たとえば、イタリアのシステムは、標準となる評価の透明性が高い、厳格な法的

拘束でもって説明される。事例の評価にとって重要な観点全体が、複数の加重・減輕事由を通して把握されるのである。相互衡量の強制と、加重・減輕事由の重さのまさに数学的な決定によって、罪責評価は公にされ、刑法解釈学的な働きかけが可能となる。したがって、イタリアの対談相手の衡量プロセスは十分に追想可能かつ一貫したものであり、個々の対談相手間の評価の相違も理解できるものであった。それでもなお、重い法定刑が顕著な段階的区別に至っており、たとえば、制裁の過度に大きな飛躍は、事例類型2で減輕事由が一つ優越するのか、二つ優越するのかといった答えにくい問題に左右されている。

事実審裁判所の法的拘束が総じて不整合をきたしている例は、イングランドおよびウェールズとドイツである。明らかに、事例1において、硬直的すぎる標準で無期の自由刑に固執しているシステムが、不十分なものとなっている。イングランドおよびウェールズでは、対談相手は総じて無期の自由刑を科すことを出発点としたが、陪審員によって行為が故殺に格下げされた場合——絶対にありえないとは思われない——については、その他の国と比較しても非常に軽い刑罰を予測したのである。ドイツにおいては、背信性の謀殺メルクマルに明らかに多大な重みが与えられているために、減輕的要因は刑罰の加重を相殺しうるにすぎない。それでもなお、対談相手の大部分は刑の減輕の道を進んだため、制裁の予測は、大きく離れた二つのグループ（一方の無期の自由刑と、他方の10年以下の自由刑）に分けられたのである。他方で、ドイツのシステムは、事例類型2と3でも、その真価を發揮しているわけではない。これらでは、硬直的な準則（各則上の謀殺構成要件と総則上の限定帰責能力にもとづく刑罰枠の引き下げにおいて）が広い量刑裁量（故殺において）と競合している。その結果が、一方の、構成要件上の段階付け（謀殺—故殺—故殺のより重くない事例）での著しい断絶と、他方の、その選択とはまったく無関係となるほどの刑罰枠の大幅な修正である。ここでは、制裁決定のための本来的な標準は法律の外にあり、法律の準則は、行われた決定の表面的な理由付けのためのみ役割を果たしているという印象を、明らかに受ける。

分裂的な印象を残したのは、事実審裁判官の広い裁量を備えたシステムである。フランスにおいては、極端に広い刑罰枠が、判決を言い渡す陪審裁判所の統制を受けない判断の裁量と結びついて、著しい不安定さ、したがって同じく制裁の大きな不平等を懸念させる。これに対して、事例類型2と3についてのイングランドおよびウェールズからの対談相手および全事例についてのスイスの対談相手は、個々の予測の精確さに関しても、対談相手間の一致に関しても、同質の発言を行った。両国においては、見たところ、インフォーマルな量刑相場が形成されてきたのであ

り、これが、広い裁量の余地にもかかわらず、制裁の予測可能性と平等性をもたらしめているものと思われる。

最後に、スウェーデン、オーストリアおよびポルトガルのシステムは、法的構造についても、対談相手の実際の回答についても、どちらかといえば中間に位置している。罪責評価の法的システムは、一方で、明確な構成要件上の段階的区別を予定しているものの、他方で、広く柔軟な標準にもとづき適用されることとなっており、とりわけ総則上の刑の減輕によって修正される。これらの国々における罪責評価のシステムは、関連する評価の対立と、開かれた、透明性のある処理を促進し、法適用者に、制裁の確定に際して十分な柔軟性を与えている。その結果、量刑相場に相当するものは成立していない。

これらの全体評価に応じて、予測される刑罰に対する、設問事例の構成要件上の段階付けの重要性も、著しく変動する。すべての国について、制裁決定への構成要件上の段階付けの統一的な影響は、見受けられない。むしろ決定的であるのは、それぞれの国ごとの罪責評価と量刑システムなのであり、その内部で構成要件段階に対して非常に様々な意味が付与されるのである。

言及されるべきは、4つの事例相互の重さの段階的区別がほぼ完全に一致していることである。事例類型1について、制裁予測で大きな拡散が生じるところでは、それは、その国特有の法的準則というよりも、対談相手個人の評価の相違に——ドイツを除き——むしろ起因している。同じく、すべての国において、事例類型4は重大性の等級の下限に位置している。ここでは一致して、正当防衛状況の存在が前提とされており、これが不処罰への道を原則として開いている。

むしろ予想外であったのは、事例類型2と3における大きな一致であった。アンケートを行う前は、一方の、急激な情動にもとづく、熟慮されていない突発的な犯行と、他方の、具体的な、直近の誘発の重視が、その国固有の関連規定の形態に応じて、段階的区別において異なる序列を導くことになるだろうと想定された。しかし、実際には、ポルトガルを除き、事例類型3は事例類型2よりも平均的に明らかに軽く段階付けられた。原則的に、すべてのシステムにおいて、限定帰責能力と犯行の具体的な誘発が、大幅な刑の減輕を導いている。確かに、その際、限定帰責能力が認められるための要求は、外部的事情から容易に立証しうる誘発よりも、一貫して厳格である。しかし、他方では、事例類型2における情動は、計画された犯行の遂行および被害者の無防備の意識的な利用という加重的要因を、情動が限定帰責能力に必要な強度に達しなかった場合ですら、無効化するのである。

それゆえ、むしろ予想されたのは、一国内および各国間での、両事例間の調和の

とれた関係であった。確かに、実際にはどの国にも、事例類型3よりも事例類型2について重い刑罰が正当であると見なした、または、そう予想した対談相手もいれば、反対の関係から出発した、または、両事例間に違いを出そうとはしなかった対談相手もいた。しかし、ポルトガルを除けば、どの国でも、事例類型2のほうに重い刑罰を肯定ないし予測した者の数が明らかに優越したのである。この結果が奇妙であるように思われるのは、とりわけ、どちらかという事例2を優遇する法効果または制裁の実務を持つ国々である。たとえば、イングランドおよびウェールズについて総じて強調され、事例2では対談相手からも選択的な刑罰予測の中で表明されたところによれば、限定帰責能力の抗弁にもとづく謀殺構成要件の格下げは、誘発の抗弁による格下げよりも、低い刑罰を結果としてもたらすということである。しかしながら、事例類型3に対する刑罰の予測は、事例類型2よりも全体として見るからに低い位置にあり、これは、前者では全員が誘発の抗弁から出発し、後者では約半数が限定帰責能力に傾いたにもかかわらず、そうなのである。同様のことはフランスについても当てはまり、ここでは、事例類型2に対しては多くの対談相手から死亡結果を伴う傷害への構成要件の格下げが肯定されたのに対して、事例3ではほとんど全員が故意の殺人の基本構成要件から出発したにもかかわらず、このことは、重さの段階付けの順序に影響を与えなかったのである。減輕構成要件を明文上具体的な情動に関連づける、それゆえ同じく事例類型2が事例類型3よりもむしろ軽く判断されるはずの国々において、対談相手がこのような結論に至ったのは、実際には、ポルトガルのみであった。スイスにおいては、この法状況が、事例類型3よりも事例類型2に対して、減輕構成要件を明らかに頻繁に肯定することを確かに導いている。それにもかかわらず、量刑の段階では、事例3のほうに概して軽い刑罰を肯定ないし予測しているのである。オーストリアでは、この帰結は、さらに、構成要件上の段階付けに際してすでに見られ、量刑ではますますって確認される。最後に、ドイツの対談相手の回答においては、世論の姿が明らかである。すなわち、ドイツの対談相手は、誘発事例の優遇では、少なくとも減輕構成要件の文言に依拠できるということである。ほとんどすべての国において、現代の関心事であり、裁判所で証拠により再現の容易な誘発に対して、理解困難であり、「被虐待女性症候群 (battered woman syndrome)」の認定による多額の鑑定費用なしには認められない限定帰責能力よりも、強力な減輕事情としての重大性が付与されるという傾向が、まったく明らかに存在する。

以上より、制裁決定への全体的な印象は、安定し、一貫した、異なる国々を超えて広く統一的な罪責の段階的区別があるということである。大きな相違が明らかと

なったのは、制裁の重さ、および、事例類型1での無期の自由刑の適用と、事例類型4で無罪を言い渡す傾向である。

しかし、この統一的な、あるいは、少なくとも統一的な線に沿った結果には、多層的で、非常に様々なかたちで構造化されるところの、国の個性に強く影響される罪責評価のシステムのもたらす、分裂的な像が対立している。これに対して最終的な評価が可能となるには、刑事手続と行刑の比較が待たれることとなる。

(徳永 元)

第15章 刑事手続の影響

(§ 15 Einflüsse des Strafverfahrens, S. 899-909.)

I. はじめに

本書の研究は刑法秩序が実際に機能することに向けられているため、刑事訴訟システムという領域を無視することはできず、刑事手続のそれぞれの特長性によって、事例類型の解決がいかなる影響を受けるのかについても気にかける必要がある。本章では、調査協力者に対して、様々な事例類型における刑事手続の考えられる経過について質問がなされ、各国でどのように処理されているのが概観される。

ただし、話し合いの時間が限られていたことから、すべての重要な観点を把握できたのではない。ここでは、背景となる情報として、プロジェクトの仲間達からは様々な訴訟システムの本質的特徴が示されたのであるが、その際には、2つの観点が重要であるとされた。つまり、一つには、職業裁判官が行なうよりも、素人による方がTに対する大きな減免が期待されるということから、素人が判断に参加する方法と範囲という観点が重要とされ、もう一つには、事実追求の正しさと完全さについて誰が責任を負うのか、すなわち、裁判官が責任を追うのか、それとも検察や弁護側が責任を負うのかという観点(職権探知手続VS当事者主義)が重要とされるのである。さらに、これに基づいて、Tの帰属能力や正当防衛、緊急避難あるいは挑発防衛に関する証拠の提出という問題、防御の主張における法的小説および事実に立証負担の分配の問題、下された判断の事実審による根拠づけと上訴コントロールの種類や強度という問題や、検察および弁護人の戦略的手続が手続きの結果に与える影響という問題が挙げられた。本章では、これらの問題の帰結を述べることにする。

II. 素人の関与と一般的な訴訟システム

研究対象の諸国においては、様々なシステムという広範な多様性が存在している。ただし、4つの事例類型の解決は、各々の訴訟類型から引き出されるものではなく、逆に、広い非関連性が明らかとなる。

裁判所の判断への素人の参加は、故意の殺人の場合には、研究対象の全ての国で規定されている。ただしポルトガルでは、これについて、検察官あるいは弁護人による特別な請求が必要であるとされているが、この請求がなされるのは非常に稀で、その結果、通常は職業裁判官だけが従事することになっている。これに対して、イングランドやウェールズ、オーストリアでは、罪責を、職業裁判官の協力なしに素人が判断するとされている。一方で他の諸国では、素人や職業裁判官から構成された合議会が罪責の判断を協議するとされるが、この場合、素人は少数阻止勢力を有している。量刑問題に関する判断では、イングランド、ウェールズ、オーストリアでは、罪責の問題と切り離されており、イングランドとウェールズでは職業裁判官だけが管轄を有するとされるが、オーストリアでは職業裁判官と素人が共同して判断することになっている。

イングランドでは、事実追求の正しさと完全さについての責任は、罪責の問題に関して言えば、弁護人や検察官に存在し、それぞれが自らの立証を行ない、一方当事者の立証を覆すように試みる。これに対して、そのような当事者主義的手続ではなく、略式の手続においては、職業裁判官が事実追求に対する責任を有するとされている。ドイツ、オーストリア、スイス、フランスでは、職権探知主義が妥当しているため、その結果、事実追求は職業裁判官に責任があり、証拠調べについても大部分を職業裁判官が行ない、検察官には、それを補充することだけが許されることになっている。イタリア、ポルトガル、スウェーデンは、混合したシステムを採用しており、立証は検察官や弁護人によって行なわれるが、職業裁判官が事実追求についての責任を完全に免れることにはならず、職業裁判官は、その補充や完全さについて義務づけられているとされる。

一覧表9および10では、両方の要素の関係が、罪責問題と量刑問題に分けて示されている。

	職業裁判官なしで 素人が判断する	職業裁判官と素人 が共に判断する	職業裁判官のみが 判断する
裁判所による職権 追行	A	CH, D, F	
混合システム		I, S	P
当事者による証拠 提示	GB		

一覧表9：罪責問題に関する判断においての素人の参加と事実追求に対する責任

	職業裁判官なしで 素人が判断する	職業裁判官と素人 が共に判断する	職業裁判官のみが 判断する
裁判所による職権 追行		A, CH, D, F	GB
混合システム		I, S	P
当事者による証拠 提示			

一覧表10：量刑問題に関する判断においての素人の参加と事実追求に対する責任

ただし、4つの事例類型の帰結と訴訟システムの種類の間の関係は、これらの概観からは分からない。確かに多くの調査協力者は、イングランドやウェールズ、フランスでは、陪審員の判断が、Tへの同情から、法により要求されているよりも緩やかに下されうことを主張し、それどころか、イタリアでは、素人による大きな減軽を期待するがゆえに、弁護人は陪審裁判所での係争手続を好んで選択するとされている。それにもかかわらず、システムの概観からは、素人の関与と職業裁判官が証拠調べにあまり影響を及ぼさないことが緩やかな帰結へと導くということは、認識されえないのである。

そのため、イタリアでは、素人が判断に強く参加するよう規定され、伝統的な職権探知手続が廃止されているにもかかわらず、最も高い刑が予測されている。スウェーデンでも、素人の関与が顕著であり、当事者主義に強く志向された証拠調べであるにもかかわらず、刑は比較的重くなっている。逆に、事例類型2および3の場合におけるイングランドやウェールズでの非常に軽い刑は、当事者主義的でない手続きにおける職業裁判官の予測される判断に基づいており、ポルトガルについて予測される刑も、そこでは素人の参加が普通ではないにもかかわらず、下半分に属

している。ドイツ、フランス、スイスのような外見上類似するシステムの間では、刑の重さに大きな違いが生じており、その際、フランスにおける権威主義的な職権探知手続は、素人が強く参加するにもかかわらず、最も高い制裁を提示するのである。

職業裁判官の優位および、より強度に尋問するよう構成された手続きが、より軽い帰結へと導くとする逆の推論にも理由がない。実務上完全に素人裁判官を放棄しているポルトガルは、中間的地位を占めるに「すぎず」、一方で素人の明確な参加は、「重い」イタリアやフランス、「軽い」スイスでも見られるのである。

所与の裁量の余地を利用し尽くすという方針が、訴訟システムの種類の影響を受けているように見えるのですらない。行為の不法にグラデーションをつけることと量刑における広い裁量の余地は、「軽い」スイスにおいても、「重い」フランスにおいても存在している。同様のことは事例類型4における「無罪判決への親和性(Freispruchfreundlichkeit)」にも妥当する。つまり、フランスやイタリアの陪審裁判所は、ポルトガルの職業裁判官と同じように冷淡であるが、一方で、素人だけで構成されているイングランドの陪審員も職業裁判官によって支配されているドイツの参審裁判所も、寛大な傾向にある。

Ⅲ. 個別の立証の問題

多くの刑事手続において、立証の問題は中心的な役割を果たし、関与者からは、告訴された行為の実体法上の評価よりも多くの関心を向けるよう要求される。それゆえ、原則的には、ここに研究の中心が存在しなければならないということが期待されていたであろう。しかし他方で、我々が調査協力者に提示した4つの事例類型は、単純であり、本質的な観点においては、予め確立した事実を含んでいる。インタビューの際に、事例の実体法的評価が要求する範囲に鑑みると、我々は初めから、個別の立証の問題をヴァリエーションの定式化の中に組み込むことを放棄していた。それゆえ、せいぜいのところ、調査協力者には立証の問題に関して非常に一般的、むしろ抽象的に述べるきっかけが与えられたにすぎず、そのために、ここでは、あまり役に立たないような認識が明らかにできたにすぎなかったのである。それにもかかわらず、幾つかの僅かな結果を確認することができる。

例えば、全ての国において、どの立証の問題が裁判所にとって4つの事例類型で優位に立つのかということが、広く評価されたのである。事例類型1から3では、とりわけ洞察能力と制御能力の侵害がありうることを顧慮して、しかしまた他のこ

とも顧慮して、Tの心理的状态が全面に出てきている。なぜなら、一般的な精神的負担や行為における具体的な心理状態は、その他の多くの法的問題にとって重要な意味を持つからである。それゆえ、大部分の国で、殺人罪の場合には、型どおりに職権で、精神病あるいは心理学の専門家を関与させることになる。このことは、調査協力者によって、我々の事例類型についても、その都度具体的に確認されている。確かに、イングランドやウェールズでは、この措置について弁護人に義務があり、弁護人が制限帰責能力あるいは帰責無能力を弁護の抗弁として主張し、これについて自らの負担で専門家に依頼し、公判において証人として召喚しなければならない。イタリアでは事例類型1について、ポルトガルでは全ての事例類型について、そもそも専門家を協力させるのが疑問となる。ただし両方の諸国では、Tの精神的な負担は、行為無価値をグラデーション付けする場合に、一致して、減輕へと強く作用する要素とみなされており、専門家の介入に対する慎重さがTの立場を悪化するよう作用してはならないとされている。

さらに明白だったのは、事例類型4における国をまたぐ形での一致であり、それによれば、証拠調べは、第一に正当防衛の問題が中心となる。ただし、これについて、いかなる措置が細部でなされているのかは、時間の制約上聞き出すことはできなかった。

その限りで示唆に富んでいるのは、制限帰責能力や正当防衛の場合の立証負担の事実的な分配に対する回答である。ドイツ、ポルトガル、スウェーデンやスイスでは、この場合の立証負担は法的に検察にのみ存在しているのではなく、弁護人は、事実に、当該の抗弁を説得的になし、裁判所において具体的な疑問が惹き起こされるようにしなければならないとされる。その一方で、イングランドやウェールズ、フランス、イタリアやオーストリアの多くの調査協力者は異なる見解を採っている。

イングランドやウェールズでは、弁護人は、制限帰責能力や帰責無能力を弁護の抗弁として主張・立証するが、一方で正当防衛は、抗弁を形式的にすることなく、非形式的な形で、弁護の主張の中に認められ、その場合には、立証責任の転換はないとされる。事例類型1の場合に、ドイツでは、数人の調査協力者は、謀殺の構成要件が肯定されるにもかかわらず、責任能力の減少を理由に終身刑が回避されうると見ているが、その一方で、イングランドやウェールズでは、故殺に相当するような格下げは、全ての調査協力者によって拒否されている。これに対して、正当防衛の場合には、イングランドやウェールズは無罪判決に親和的な国となっているのである。

オーストリアでも、各調査協力者は、制限帰責能力の場合には、正当防衛の場合のように、事実上弁護人が立証責任の一部を負担し、一応の説明以上のものを提出しなければならないとしている。しかし、これによって、オーストリアでの事例類型1から3における比較的高い制裁水準や、事例類型4における無罪判決の割合が中間的であることが根拠づけられるのかは疑問であろう。

いずれにせよ、本質的により明確なのは、フランスやイタリアで、事例類型4の場合に、立証責任の転換と無罪判決の割合が僅かであることの間に関係があるということである。フランスでは、判例によると、被告人が、正当防衛の場合には立証責任を負うことが前提とされている。これに応じて、無罪判決が圧倒的に拒否されることになる。一方で、その他の諸国では、無罪判決は多数の者によって肯定されているのである。

IV. 判決理由に対する要求と上訴コントロールの強度

事例類型の実体法的な格付けと制裁の確定に対しては、様々な法秩序が法適用者に、多くの判断の余地と裁量の余地を認めている。この余地は、部分的には、非常に個人的に形成されており、それにより非常に様々な予想および制裁予測に役立てられているが、しかし奇妙なことに、部分的に結論は一致している。この余地の運用の均一性を促進しうる一つの重要な要因は、上訴裁判所を通じた事実審裁判官の裁量決定のコントロールである。上訴裁判所は、それが有する管轄が広いことから、統一的な裁量行使について、第一審で従事する裁判官よりも配慮しやすい。

ただし、上訴裁判所が事実審裁判官の裁量をコントロールすることの手がかりは、訴訟システムごとに非常に異なっている。イングランドの陪審手続きでは、陪審員の行なう罪責判断は言い渡されるにすぎず、理由はない。そのため、再審査の基準は、公判の調査から上訴裁判所に分かる立証状況に鑑みて、この決定が支持できるものか否か、あるいは、この決定が形式的に下されてはならないものであったかどうかというものでしかありえない。さらに、有罪判決のみが上訴の申し立てを許すから、我々の事例類型では、審判の取消しは、陪審員が謀殺で有罪とするが、上訴裁判所が弁護人の主張（制限的帰属能力など）を無視することが許されないと考えるような、ほとんどありえないケースだけで問題となる。その一方で、陪審員の寛大な態度は、上級審では修正されえない。したがって、陪審員には、コントロール不可能な大きな決定の余地が残されているのである。

イングランドの職業裁判官の刑に関する決定も、通常は詳しく理由づけられてい

ない。大抵は、通常の刑罰が問題になるという指摘だけで十分で、このことすら、裁判官によって文書化されるわけではなく、口頭による説明にすぎず、調書作成者によって記録されるのである。ただし、上訴裁判所は、あらゆる裁判上の審理に関する調書を含む手続き方法を手がかりにして、量刑判断の実際上の基礎を再構成し、その適切さを再検討できる。それゆえ、量刑不当を理由とした制裁決定の破棄はよくあることなのである。そのため、イングランドの調査協力者の制裁予測に関する大きな一致は、均衡性に配慮する上級裁判所の罪責実務の影響なのかもしれない。

フランスの陪審員システムでは、陪審員は、適用されるべき構成要件、正当化事由、免責事由、ならびに加重や減軽に関する問いについて「はい」か「いいえ」で答える必要がある。これは、罪責の問題と、量刑の問題について妥当する。しかし、フランスにおいては、極端に広い刑罰枠が存在し、その結果、制裁の限定に関する質問については答える必要が無いし、加えて、量刑は事実審裁判官の任務であって、上級裁判所による再検討が不可能なものとされているから、上訴のコントロールはほとんどないか、僅かにしかないことになる。制裁に関するフランスの調査協力者の不正確さは、制裁実務の統一化に関する上訴裁判所の努力がないことにも基づいているのである。

オーストリアでは、同様に、具体的な質問に応えることによって、罪責問題に関する陪審員の判断が下される。しかし、刑罰枠はフランスよりも明らかに狭く、例外的である減軽を認めるには、別の質問に答える必要があることから、量刑に関する余地が制限され、上訴裁判所によって再検討されやすい。さらに刑の問題に関する決定は、陪審員と職業裁判官で共同して下され、職業裁判官によって文面にて基礎づけられる。刑の言い渡しに対して上訴が許容されており、控訴した場合には、量刑は記録から読み取られうる証拠状況を手がかりとして裏づけられるか、新たな証拠があった場合には修正されうることから、上訴裁判所による集中的な検討が行なわれることになる。上訴裁判所の介入があるにもかかわらず、オーストリアでは、制裁の重さについては、バラバラの回答が得られたのである。

スイスでは、州ごとの刑事手続法の多様さから、統一的な言明は得られない。文書による判決理由は、憲法上の理由から、法律の具体的な適用が連邦裁判所によって再検討可能でなければならない限りで必要である。その他では、強力な形で形成された素人裁判制 (Leienrichtertum) を理由に、判決理由は、裁判官自身によってではなく、裁判所書記官によって作成される。証拠評価や法的評価は、裁判官によって詳細に基礎づけられるが、事実や量刑に関する説明は行なわれない。そうだ

とすると、上訴裁判所による量刑のコントロールが難しくなりそうであるが、スイスの調査協力者の回答は非常に類似していた。

ドイツ、イタリア、ポルトガル、スウェーデンでは、罪責の問題と量刑の問題は、職業裁判官によって、文書によって基礎づけられ、上訴裁判所によって再検討可能な形で行なわれる。この事実審裁判官への介入がどの程度強いものなのか、事実審裁判官の判断の基礎づけに対して、いかなる要求が個別的になされるのかは、本研究の枠内では詳細には分からない。いずれにせよ、これらの諸国においては、法的規定を通じた制裁予測のコントロールは認識可能だとされている。事実審裁判官が純粋な量刑裁量を行なうということが一致した形で予測されていることから、上訴のコントロールに賛成する者もいる。

ここで見てきたことからすると、上訴のコントロールと刑罰賦課には一定の関係があるように見える。しかし、コントロールが可能であるのに、制裁に大きなバラつきのあるオーストリアや、コントロールが難しいのに、制裁のバラつきが少ないスイスを考えてみると、詳細な検討をしないことには、意味のある結論を述べることはできない。

V. 訴訟当事者の戦略的手続と手続結果に関する事前の合意

刑事手続は、あらゆる陣営が、高度に介入することで行なわれる戦いである。それゆえ、戦略的な措置や、様々な手続きの関与者間での連合、結論を先取りするような申し合わせが、多くの国で日々行われている。実践的な事例解決に関わる考察は、この次元を疎かにしてはならない。そこで、この部分についても調査協力者に質問がなされたのである。

しかし、この研究のために選ばれた事例類型は、そういった現象にとって適切でないことが分かった。それゆえ、例えば、故意の殺人罪に関する決定にふさわしい裁判体の管轄は、全ての国において厳しく指定されており、原告が起訴の提起を操作することで、陪審裁判所を回避するということができないようになっている。逆に、基礎になる事実について、量刑について裁判所が寛大に対応してくれることから、軽い刑をもぎ取ることができるというような弁護人の対決戦略も、あまり意味はない。むしろ、弁護人は、Tに起こりうる有利なムードを作り出して、Tの行為に対しての理解を得られるように、裁判所と協力するよう努めようとする。したがって、手続き結果に関する申し合わせについては、国をまたぐような一致した観点は存在しない。イングランドやウェールズで時々可能だとみなされているのは、

Tの公判が申し合わせに基づいて省略され、判断の問題を陪審員に委ねることなく、検察官や裁判所が故殺を理由とする有罪の自白に関係したということである。

その限りで、唯一の例外を示すのはイタリアである。イタリアでは、刑事手続が非常に長期間行なわれることから、この長期間の訴訟経過と消滅時効が対立することになり、弁護人や被疑者の多くは、訴訟を引き延ばすように努める。立法者は簡略化された手続を導入してこれに対策したが、これには被告人の同意が必要であるとされる。賛同を簡単に得るために、第三者による刑の減軽が認められている。弁護人と被告人は、時間を引き延ばすか、特赦を得ようとするから、全てを認めるか全てを否定するかという戦略(Alles-oder-nichts-Strategie)を好むのである。簡略化された手続では、公判は、素人により構成された陪審裁判所で行なわれない。したがって、本研究の基礎となっている事例のような場合には、弁護人は、簡略化された手続による形式的な刑の減軽は放棄して、素人裁判官の構成員に訴えかけるようにするのである。なお、アンケートの時点では、事例類型1では、計画的な犯罪遂行を理由に終身刑が科されうることから、簡略化された手続と、それによる刑の減軽は適用されなかった。

それにもかかわらず、多くの調査協力者は、事例2と4では、簡略化された手続の適用が可能であるとみなしており、それによる刑の減軽を制裁予測に加えていた。結論をより良く比較できることを保証するために、我々は、14章での概観と叙述に際して、この減軽を繰り返し考慮していたのである—その結果は、イタリアでは、はるかに重い制裁水準が示されているというものであった。このやり方は、実践的経験と数人の調査協力者の発言によると、簡略化された手続の適用が全体的に不明確なものであるということを理由に、すでに正当化されているように思われる。それにもかかわらず、刑の減軽の効果を示すためには、代替的な計算が行なわれうべきなのである。しかし、刑を執行する場合に、さらなる一般的な減軽が認められ、両者が合目的な形で一緒に考慮されると言われているがゆえに、ここで訂正することはせずに、次の章で行なうことにする。

(山下 裕樹)