

◇ 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』（7・完）

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

松 宮 孝 明* (共編)
安 達 光 治**

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, 373号)

第16章 刑の執行の具体的詳細

第17章 基本的な共通点と国を超えた構造

第18章 ヨーロッパ刑法の展望 (以上, 374号)

第4部 アルビン・エーザー 「比較刑法：展開・目的・方法」

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

** あだち・こうじ 立命館大学法学部教授

- I. 立場の規定
- II. 比較刑法の目的と役割
 - A. 理論的比較刑法
 - B. 司法的比較刑法 (以上, 378号)
 - C. 立法的比較刑法
 - D. 評価的・競争的比較刑法
- III. 比較刑法の方法
 - A. 目標と方法の連関
 - B. 研究段階——検討のステップ (以上, 379号)
 - C. 人的および制度的な枠組み条件
 - D. 比較(刑)法研究のための手引き
- IV. 展 望 (以上, 本号)

第4部 アルビン・エーザー「比較刑法：展開・目的・方法」

Teil 4 Albin Eser, Srtafrechtsvergleichung: Entwicklung-Ziele-Methoden, S. 929-1112.

III. 比較刑法の方法

C. 人的および制度的な枠組み条件

既に先において繰り返し示唆してきたように、比較法を行う際に問題となるのは、「通常の法律家 (Normaljuristen)」が行うのを常としているような法律家による活動ではない。むしろ、比較法は、それを有意義に行い、かつ活用するために、——大雑把に言えば——人的要件 (Ⅲ. C. 1.) と制度的要件 (Ⅲ. C. 2.) とに区別することができる、異なる枠組み条件に依拠することがありうる。

1. 必要とされる人材

(a) 比較法を行う関係者——協力

比較法を行う者には、どのようなことが要求されるのかという問いもまた、そのつどの比較法プロジェクトの種類及び目標設定、およびその際に想定されている役割を考慮することなしに回答することはできない。純粹に理論的な比較プロジェクトを行う場合には、当然に、学者が必要とされる。しかし、このようなプロジェクト

トからして既に様々な役割があることに気づく。二国間の、もしくは自国の文化領域に近い少数の国家間に限定した比較法の場合、個々の作業ステップの過程において課題設定を行い、質問の一覧表を作成し、対象国を選択し、国別報告書を作成し、比較を行い、場合によってはさらに提言をも行う者は、通常、同一人物であろう。しかし、純粹理論的な比較刑法において既に、複数の人物が、場合によっては互いに異なる役割を担うことが求められているかもしれないにせよ、関わり合うことがありうる。これに対して、例えば、まったく別種の法領域が含まれる多国家間の比較を行う場合、確かに、同一の学者が課題設定や比較を行うことも、評価を行うことも担当するかもしれないが、これに対して、それどころか対象国の選択とまではいかないにしても、国別報告書の作成については、多くの場合、特に言語上の理由から、さらに別の専門家が加わることになるだろう。このような領域は、文化関係的なプロジェクトにおいて法律家だけでなく、歴史家や社会学者の意見も必要となる場合に、より大規模かつ多彩なものとなりうる。

司法的比較刑法の領域においても、様々な関係者が求められることがある。双罰性の確認しか問題とならない場合であれば、権限を有する裁判官が自ら必要な証拠を探知し、評価することができるかもしれない。しかし、そのためには、関係する法源にアプローチする術があることも法律的な専門知識を有していることも必要であり、さらにそこでは言語的な障害をも克服していなければならないことも少なくない。例えば、ドイツの刑事手続でいえば、刑事訴訟法72条以下によって許容される鑑定人の参加が役に立つことがありうる。この鑑定人は、通常、学者であろう。というのは、通例、通常の裁判所図書館においては、必要な外国の素材があることはほとんどないだろうことを考慮するまでもなく、「通常の」裁判官もしくは検察官は、たいていの場合、外国法を専門的に取り扱うための初歩的な知識すら欠いているからである。このような学問の準備作業は、ときに裁判官側から感謝の念をもたれている。この意味において、比較法研究を行う学問は、法実務が外国法の素材へとアプローチすることを可能にする、あるいは少なくとも容易にすることを自認することが許される。

立法者が比較法を行うことで改正を企図することを理由づけようと欲するならば、立法者は、裁判官以上に過大な要求を受けることになるだろう。それゆえに、立法的比較法においては、たとえ国会議員を内部でサポートする法に関するスタッフという形をとるにせよ、このことを絶えず頻繁に観察しているような外部の専門家への委嘱によるにせよ、原則的に学者が起用されなければならない。

これらの例から分かるように、比較法において協力しあうことには、過小評価す

べきでない意義が認められる。そのことは、協力によらなければ比較法を行うことはできないことを意味するわけでも、それによって依然として多くの個々の研究者によって発表される比較研究に対して相応の承認を与えないままにしておくことを意味するわけでもない。比較法研究者であることを証明した者ですら、通常の場合、限られた数の外国法しか詳細な知見を持ち合わせていないであろう。それゆえに、比較法研究者は、自らがアプローチすることができる法秩序に自らを限定せざるをえず、またそのために自らの比較の言明力が苛まれることになるか、あるいは、別の専門知識を有する学者の協働に努めなければならない、つまりとりわけ我々の「構造比較プロジェクト」においても必要であったようなものに努めなければならない。これは、既に制度的に構成された、その国に固有の専門家の組織および/もしくはその先行業績を利用できれば、その分だけ容易なものとなる。さもないければ、自らの手でアドホックに自らの研究チームをリクルートしなければならない。その際、同程度に関連する領域で実績を有しており、かつ協力する意思を有する同僚であることを確認するために、特に国際刑法協会（AIDP）のような国際的な連合体に属する会員であることが有益である。

もっとも、協力を伴う比較法には難点もある。チーム内で作業を行えば行うほど、あるいはプロジェクトの協力者、国別報告書の報告者および本来の比較者ならびに評価者間の役割を割り振れば割り振るほど、より大きな調整に関する問題および評価の相違が生じうることになり、各々の責任と最終判断についての問題が提起されるという結果を伴うことになる。通常の場合、後者は、プロジェクトの協力者の管轄に属することになるだろうが、これに対して、その他のプロジェクトの関与者は、自らの寄与については責任を負わなければならない。把握されるべき比較の素材が価値中立的な資料および記述である限り、このことが問題提起されることはほとんどない。これに対して、評価を行うことも必要となるや否や、その際に判断を行う役割は誰に与えられるべきかが明確にされなければならない。かかる問題が既に課題設定および対象国の選択において提起されることは、その際に選好について判断が行われる場合、とりわけそれが最終的な評価および提言である場合に起こりうる。

立法的比較法および司法的比較法については、立法者ないし裁判官が最終判断を行わなければならないという回答が容易に思いつく。というのは、唯一の解決が必然的に示されない限り、複数の選択肢間の選択は、最終的に政治上もしくは司法上の責任を引き受けなければならない組織のもとにありつづけるからである。

したがって、学問的な比較者にとって、「評価者（Wertungsakteurs）」の役割

は、理論的に比較法を行うことに限られるようにも見える。しかし、これは、部分的にしか正しくない。確かに理論的に比較法を行うことは、学者の本来的な評価領域である。しかし、学者は、ありうる解決の代替案に関する最終判断を、それについての法的および政治的責任を負う者に委ねなければならない場合に限ったとしても、そのことは、研究者が以下のような二重の意味で判断の補助を行うことができ、共同責任を引き受けることができることを排除しない。すなわち、第一に、研究者は、自らがパイロット研究としてしか比較法を行わない場合ですら、立法的な、および司法的な「購買者 (Abnehmer)」が——通常そうであるように——素材の調査にすら関与していない限り、その者には同じ範囲かつ同じ深度では到達することができないような認識の状態へと達するという態様においてである。つまり、それによって、研究者は、自らの助言によって、不可欠な判断補助者へと昇格することができる。第二に、学者が、政治上の市民としての自らの役割において、自らの意見を表明し、それによって少なくとも間接的に政治的な判断過程に対して影響を及ぼすことを妨げることはできない。

しかしながら、比較法を行う者のこれらの各々の役割がために、ある一つのことを放棄することができない。すなわち、見かけ上、純粋に学問的であるという外観を装って個人的な政治活動を行わないために、比較法を行う者は、いつでも自らの評価が、データ収集、先入観に囚われないモデル構築および判断の選択肢を逸脱したのか、そしてその際、いかなる評価基準によって行われたのかを公にしなければならぬということである。

(b) 専門家としての適性

比較法を行う者として信用されるためには、一方で特定の能力を有していること、他方で特定の弱点を有していないことが必要である。

積極面については、関係者は、比較法を行う過程において獲得しなければならない役割に応じて、そのために必要な適性を有していなければならない。その者が国別報告者としての役割を果たす場合、その者は、調査対象国の法を熟知していなければならない、また同様に、歴史・伝統的な発生根拠、あるいは社会・文化的な背景知識も、当該法現象との相関関係において知覚する能力も持ち合わせていなければならない。このことは、国別報告者がそのような知識をあらかじめ有していなければならないことを意味するわけではない。しかし、少なくともその者は必要があればその知識を獲得することができるか、あるいは専門家を招聘することにより、その知識を伝えてもらわなければならない。課題設定、質問の一覧表ないし本来的な

比較法に関する草稿を調整することがプロジェクトの参加者の責務である場合、その者は、他国法を受容する用意があること、および異なる種類の現象に対して鋭い勘を有していることも必要である。その際、外国語の知見も重要たりうる。これらのすべてが、現在のドイツの法律家養成において未だほとんど顧みられていない要件である。

比較法に対して容易に述べられる弱点は表面的なものにならざるをえない。自国法の把握と理解は常に簡単であるわけではないし、外国法においてこれらを行うことは、さらに並はずれて難しい。というのも、たとえその源泉にたどり着くことができたとしても、それに対する解釈および評価の際の誤りが排除されるわけではないからである。このような危険は、異なる思考形式や論証形式に基づいて誤った評価へと至ることがありえればありうるほど大きなものとなる。それゆえに、齟齬を避けることは、頻繁に比較法に関する対話を行うことで初めて達せられる。比較法を最初から損なうこととなる素人芸に対する抵抗力のなさも過小評価されてはならない。このような危険を回避するためには、比較される素材に対する理解と評価について精確な精度で行うこと、さらには軽率な推論に対する自己批判的な慎重さも必要である。

同じことは、自らの仮説を最もよく立証することが期待される法秩序ないし証拠にフォーカスするという形で、比較法を行う際の身近に潜んでいる折衷主義(Eklektizismus)の危険に対しても妥当する。特に政治家は、立法的なプロジェクトにおいて、「セルフサービス店」的な態様に基づく比較法的知見から、自らの党派政治的なイメージへとすり寄るものだけを心にとどめおくことにより、そのような折衷的な「いいとこ取り(Rosinenpickerei)」の誘惑に屈してしまうことがありうる。同方向の主張を行う学者たちによる「引用カルテル(Zitierkartellen)」に対しても注意が必要である。

(c) 人的廉潔性

回避されるべき弱点について先述した際に既に想起されるように、比較者の学問的および言語的な専門知識を用いて行われるとは限らない。加えて、その者に対しては、イデオロギー的な先入観に囚われないことが期待される。同じことは、外国法を十分に尊重する形で取り扱うことについても妥当する。そのことは、比較者は、比較法に対して懐疑的な多数の者によって、いずれにせよ不可能であると説明されるような中立性の態様や程度をもって、ことを進めなければならないことを意味するわけではない。比較者がいかなる評価も放棄する必要がないのと同様に、否

それどころか、そのような最終的な提言を行うことは必要であることがありうる。むしろ、そこで問題とされているのは、以下のような意味での中立性である。すなわち、比較法に取り入れられている法秩序と文化のうち、いずれかの法秩序および文化について、はじめから特別待遇が認められている、あるいは同様に他方が軽視されるといったことがないよう、最大限客観的であり、かつ偏見にとらわれない措置をとるという意味での中立性である。このことは、とりわけ、プロジェクトの目標に依存する研究上の仮説に方向づけられる対象国の選択に対して、さらには予断にとらわれることなく執筆されるべき国別報告書に対しても妥当する。そこでは、法的ルールもしくは解釈学的な構成の適切性もしくは合理性についての態度決定を行うことも期待される場合にはじめて、報告者は自らの判断を明らかにし、そしてその際に基礎に置かれている自らの判断基準を明確にすることが許される。その際、比較者は、多くの評価を行うことができる作業ステップ、例えば、考えるモデルの算出を伴う本来的な比較法、および当然ながら最終的な査定において、先入観に囚われないよう注意すべきであることを意識しつづけなければならない。

このような学問的な廉潔性の原則が注意を喚起するのは、とりわけ調査が依頼されたものであり、かつ依頼主によって一定の成果が期待されている場合である。残念ながら繰り返し観測されるように、調査依頼が依頼主による公表の留保に従わされることを通じて、望ましくない比較結果を隠匿することが試みられる。それに巻き込まれることは、私見によれば、自らに許された研究の自由を、調査されたものを公表する責任としても理解する学者の自己理解と一致しえない。そのことによって、例えば、その比較法的知見を公表することが政治的に強いインパクトをもちうる場合、場合によっては、必要な安全措置を講じるまで公表を行うことを待つことが排除されるべきではない。ただし、このような待機期間によって、比較法プロジェクトの公表は恐らく延期されることになるが、完全に断念されるわけではない。このことは、プロジェクトのために公的手段が投入される場合には、公共の利益のために、よりいっそう妥当する。

2. 制度に基づく補助手段

課題の多様性およびその際に用いられた方法の相違に鑑みれば、比較刑法を行う研究がそれに対応する補助手段なしには有意義な活動を行うことができないということは驚くべきことではない。この補助手段には、これから調査を行う国の法秩序を解明することができるような外国法の蔵書が所蔵されている図書館へと立ち入ることも、——とりわけ経験的な事前作業、もしくは付随的な調査の場合のように

——既に手元にある、あるいはこれから集められるべきデータへとアプローチすることも含まれる。

「書誌学的な知識」に関していえば、礎石として、比較法についての基本書、および一般的な入門書も、頻繁に引用される、比較法調査の「対象国候補(Länderkandidaten)」についての外国法に関する文献も持ち合わせておくべきである。さらに、関連する諸雑誌も欠かすことはできないだろう。——法律および判例集、国際会議の資料、モノグラフィーもしくは論説のような——特定のプロジェクトのために必要な個別の著作がない場合には、かかる著作を作成するか、あるいは他の方法で媒介されうるようにしておかなければならない。

データの調査およびその利用可能性が問題となる場合、コンピューターを使った、現代的な情報システムにより、常に多大な補助が期待される。この点について、アクセシビリティ(Zugangsmöglichkeiten)は、それが1986年の外国法の情報に関する欧州条約(Europäisches Übereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht)によって裁判所に開設されたように²⁾、比較法的調査にも利用することができる。この間、多くの法律集および判決集、さらには多数の雑誌に収録されている論文や多くの書籍もオンラインで閲覧することができるようになったことも、外国の刑法へのアクセスをきわめて容易にした。

しかし、十分に所蔵されている私立図書館でさえ、——もしかすると、より小規模なプロジェクトは除外されるかもしれないが——恐らく例外的にしか比較法研究を遂行するために必要であるものを提供できない。大学図書館や法律学ゼミナールによったとしても、容易に必要なものが全て手に入ることを期待することはできないだろう——ただし、外国法部門のために十分な資金源がある場合は別であるが。しかし、たとえヨーロッパ法の意義が日増しに大きくなっていることにより、これらの国の国内的な文献も書誌学的に利益として手に入れることが幸いにも認められているとしても、いかなる場合においてもそうであるというわけではない。当然のことながら、マックスプランク外国刑法および国際刑法研究所がこのことを目標としているように、どちらかといえば、刑法に関する文献やそのほかの関連資料を可能な限りグローバルに把握することを目指す機関の設立はなお目的適合的である。現在のところ、マックスプランク外国刑法および国際刑法研究所は、全部で455000巻を超える蔵書と約1500の——大多数が外国に関する——雑誌と定期刊行物をス

2) 原文では1986年と記載されているため、本文中でもそのように記した。しかし、同条約は、実際には1968年に締結されているため、原文中の記述は誤りでないと思われる。

トックしているが、そのストックを用いて、——より小規模な個人的な研究の遂行と並んで——より大きな全体のプロジェクトも行われている。このような作業可能性を、研究所に所属している者だけでなく、外国の客員研究者にも開いているので、マックスプランク外国刑法および国際刑法研究所は、特に内部でのアイデア交換および国境を超えた協力のために研究会も行っている。

D. 比較(刑)法研究のための手引き

前述のところから明らかにされた、比較法的作業の目標設定が異なることに関わる複雑性、少なからぬ数の方法論がある中で定説が存在しないこと、さらにはそのつと必要な諸前提が、幾人かをひるませ、一般に比較刑法に思い切って取りかかることを断念させることがありうるとしても、不思議ではない。しかし、それは性急であろうし、誤りであろう。たとえ、一方で、外国法との関わり合いに際し、表面的な理解を行わないよう繰り返し警告され、またその調査および評価を徹底的に行うことが強く主張されるとしても、そのことから生じる要求が、大規模な人員と機関を用いることでしか比較刑法を行うことができず、それゆえに個々の研究者には實際上それを行うことが閉ざされるとされるほど過大なものであるとは理解されない。事情は原則的にはそうではない。というのは、比較刑法の成否は、プロジェクトの規模に関わらず、何を達成しようとするか、そのためにどのような方法が必要かつ適切であるか、そのために人材がどの程度必要とされるのか、さらには、例えば、制度的補助手段を利用することが必要となるのかを事前に明らかにすること(それから研究を進展させる際に、これに対応させる形で適応すること)にかかっているからである。この点については、先に理論的に展開してきたことが多岐にわたることから、以下では、比較法研究を実践するためのエッセンスをまとめておく。

0. 一貫した指導原理：比較法の目標設定に即した方法および個別の作業ステップの導出

ある方法を他の方法と対立させ、いずれかの方法が唯一正しい方法であると説明されるような、しばしば見られる方法をめぐる争いに対しては、原則的に注意が必要である。いかなる点で比較法が役立つとされるのかがあらかじめ問われるか、もしくは少なくとも暗示的に明らかにされるかしなければ、特定の方法を確定することができない場合、このような方法をめぐる争いは、その分だけ誤りへと導く恐れが生じる。というのは、以下に述べるような異なる種類の要求全てを、たった一つの方法によって克服することができるわけではないからである。すなわち、概念の

比較で足りるのか、それとも特定の制度の機能に注意を向けるべきなのか、ミクロな比較で十分であるのか、それともマクロな比較を目指して努力がなされるべきなのか、文化的な背景が調査されるべきなのか、されるところの程度調査されるべきなのか、あるいははじめから比較文化として比較法が構想されるのか、そうでないとするれば、理論的、法実務的、もしくは立法的・政策的な目標設定によって調査を行うべきなのか、である。むしろ、そのつど用いられるべき方法は、あらかじめ定められているべき目標設定によって決定されるのである。スローガ的に要約すれば、一貫して考慮されるべき指針は、以下に述べる三つである。

0.1. これから行われる比較の目標設定を決定する (1)。

0.2. この目標設定に即して、方法を導き出す。その際、方法の開放性という意味において、最も適していると思われる比較方法をそのつど選択し、必要な場合には複数の方法を組み合わせる。

0.3. 完全に方法論的なものとしての比較法がその目標設定に依存する場合、個々の作業ステップもそれに方向づけられ、また必要な場合には変更される。例えば、可能な限り包括的な概観に関心がある場合には、マクロな基準に基づいて、質問の一覧表 (1.2.) を作成すること、さらには対象国の選択 (2.) を行うことが指示されるが、事情によっては、国別報告書の作成の際に得られた知見 (3.) に基づいて、モデル構築 (4.)、さらには法政策的な評価 (5.) のためには、ミクロな比較の意味において、相互に近い、あるいはこれとは反対に、極端に対立する法秩序に限定することで足りる。端的に言えば、いかなる方法論で、またいかなる補助手段を用いれば、得ようと努めている目標が最もよく達成されるかは、各作業段階でそのつど検討されなければならない。

1. 作業ステップ：目標設定

いかなる目的で、そしていかなる範囲で比較法を行うことによって、何が調査されるのか。研究は、このような問いから始められなければならない。この問いに対する回答が容易に行いうるのは、例えば、解釈学的な論考、あるいは刑事手続の過程において、何かしらの特徴づけの下で特定の犯罪要素が外国刑法の体系においても役割を演じているか、あるいはドイツ国籍保持者によって行われた犯罪と同様に、犯罪が行われた場所が外国であるときでもドイツ法に基づいて処罰することが

できるかといった個別問題が立てられている場合である。確かに、そのような場合においては、後続のステップも、対象国の選択(2.)の際に想定可能な発見地を探すことになるか、あるいは二重の可罰性の問題の場合には同価値性を比較することが必要である(4.)限り、全く不必要であるということにはならないだろう。しかし、簡単に概観することができるような比較のケースは、むしろ例外であろう。そのため、これ以降の作業ステップを必然的に帰結するために、さらには一方で不完全な問題把握を、他方で不必要な回り道を回避するために、調査目標および比較目標を可能な限り明確に規定することが重要である。もっとも、その際、過剰要求を行わないために、確かに突き止めることが望ましいが、それを行うことは困難であるような調査結果の実現可能性をよく考えること、そしてこれに対応させる形で作業プランを設定することが、目標の再設定の際に推奨される。

課題設定の具体化のためには、スローガンのように、以下の二つが必要である。

1.1. 原則的な目標の方向づけの選択および確定

そのためには、特に以下のことが明確にされるべきである。

- 比較が、その原則的な方向づけからして、もっぱら、もしくは主として理論的、司法的もしくは立法的な目的(あるいは、場合によっては異なる目的にも一定の関係で一緒に)に資するかどうか、
- その基礎についていえば、単なる規範ないし制度の比較なのか、それともより深い構造分析なのか、
- その範囲についていえば、特定の法形象、もしくは個別の制度に関する(また、これすらその概念性及び適用可能性に限られるような)ミクロな比較しか行わないのか、それとも犯罪体系もしくは制裁体系全体に関するマクロな比較を行おうとするのか、
- 焦点深度に関していえば、特定の規範もしくは制度の規範的・法的な性質しか確認しなくてもよいのか、それとも歴史的・文化的な背景、倫理的な含意、および経験的な作用要因も考慮されるべきなのか、されるとしてどの程度か、
- 厳格な認識関心についていえば、文化によって形成された法の比較ではなく、むしろ逆に法によって形成された文化の比較が問題とされるか、
- 同一性ないし異質性に目を向ける場合、その探究が、可能な限り近いルールを探し出すのか、あるいはむしろ正反対の択一的なルールを見つけ出すことを望むのか、

—あるいは、そのほかの比較目的が達成されるか。

1.2. 作業仮説に基づく質問の一覧表の展開

到達目標の態様と相違の程度に応じて、可能な限り具体的な作業仮説を展開し、また、これに対応する形で作成された質問の一覧表については、回答可能な表現様式に落とし込まなければならない。その際、以下のことが注意されなければならない。

—調査対象の法秩序から比較可能な回答が期待できる場合、質問は、一方で、あまりにもあいまいな、もしくはとりとめのない言明を事前に防ぐために十分に具体的でなければならない、他方で、誤ったことを述べるのを事前に防ぐためにあまりにも特殊なものであってはならない。

—規範ないし制度の比較が問題となる限り、自国の法秩序が、質問の態様および細分化のための指針を提示する。ただし、その際、自国法によってあらかじめ設定されているものに囚われてはならず、また豊かな想像力を駆使して、どのような選択肢が、自国法で知られているものとは異なるものとして、他国の法秩序の中に見出されるのかを感じ取ろうと試みなければならない。

—そのような異なる法概念、制度および区分についての公平性は、全く異なると思われる法秩序、もしくはより多数の法秩序を比較対象に算入すればするほど必要である。

—同種の刑罰規範、法概念もしくは制度である以上のことが問題となる場合、課題設定に応じて、文化的次元および経験的事実も質問の一覧表に取り上げなければならない。

2. 作業ステップ：比較対象国の選択

質問の一覧表がそうであったように、比較法に取り入れられる国の選択も、事前に決定されるべき課題設定(1.1.)によって決定される。その際、本質的には以下のことが考慮される。

2.1. 基本的な方向づけ

この観点においては、一面的に方向づけられた格率に対して慎重であることが要求される。

—選択は、一方で、原則的に地理学的、文化歴史学的、法解釈学的、法政策学、あるいはその他の何らかの態様で近い国に限定されるわけでもなければ、他方で、

原則的に可能な限り異なる種類、もしくは遠く離れている法秩序の出現を見張るわけではない。例えば、刑法解釈学的な比較の場合に、特定の犯罪理論の創始者がどの法秩序の中にその理論を見出したのかを見つけ出すことが肝要である場合、最初から、良く知られている類似の法体系に限定することができるだろうし、またもしかすると、試験的に別種の法秩序を取り入れることもできるかもしれない。これに対して、立法的な比較プロジェクトにおいて、使い慣れたルールを放棄し、新種の選択肢を見つけ出すことが問題とされる場合、同種の法秩序よりも別種の法秩序を調査対象とすることが有益であろう。

一同様のことは、「より良い法」の探究に対しても妥当する。たとえ、「より良い法」を探究することが通常のことであるとしても、比較法プロジェクトにおいて、誤った道を回避するために「悪しき法」を明確にしておくこと、あるいは無用な理論であるものを確認しておくこともできる。

2.2. 取り入れられる国の総数

この点についても、普遍的に拘束する基準を述べることはできない。

—例えば、双罰性に関する司法的な調整が問題となる場合、対象国の選択は、当然、当該法秩序に限定される。しかもその法秩序が自国法から遠いものであるか近いものであるか、あるいは伝統的な形で打ち出すか新機軸を打ち出すかはどちらでもよい。

—例えば、立法的な調和プロジェクトにおいて、可能な限り高度な共同体となることを目指す場合、対象国の選択は、目的に合った態様で、同種であるように思われる法秩序にフォーカスすることになろう。これに対して、新種のルールという選択肢が見つけ出すことが肝要になればなるほど、それだけ国の網が張られることになるだろう。

—マクロな比較において、犯罪ないし制裁の体系の多様性が調査される場合、比較から除外される国はほとんどないことになるだろう。

—より多数の国を比較対象に取り入れる場合であっても、実践的な理由から、「賢明な限定の原則」に注意が払われなければならない。その際、そのつどの課題にとって「推定上最大の収穫性」の基準が、指針として役立つ。

—一方で、類似性を調査するためには、「近い法族」に限定することは有意義であるが、他方で、多様性を調査するためには、対象国の拡大、および可能な限り異質な法体系との対照が推奨される。

—これに対応して、「普遍的な比較刑法」の要請も、そのつどの課題設定に合わせ

て行われる。一般に実現可能な限り、普遍性要求は、比較刑法がどちらかといえはグローバルに開かれていなければならない、それに従い、特定の刑法領域がはじめから排除されるべきではない以上のことを意味する必要はない。

2.3. 事前テスト——事後の改良

課題設定が既にそれ自体、例えば、双罰性についての問題の場合のように、特定の国について詳述するものではない場合、あるいは目標を決定することそれ自体が、そのために調査可能な国を見つけることができるか、できるとしてどの程度かに依存する場合、対象国の選択は、場合によっては、一度に行われなくてもいい。この種の困難は、以下に述べる二つの態様で取り除かれる。

一第一に、パイロット研究の形式で、以下のような観点から、適切であるように思われる数の、異なる種類の国をテストすることによってである。すなわち、その問題設定にとって有益な回答を期待することができるか、できるとしてどの程度か、および／あるいは、どのような点で、意味のある態様で、これ以外の国を比較法に取り込むことができるかという観点からである。そのようなパイロット研究は、課題設定そのものの定式化のためにも役立つ。

一第二に、対象国が最終的に確定されているように思われる場合ですら、改良が必要になることがある。例えば、推敲段階(3)においてはじめて、最初に選択された法秩序が何ら有益なものをもたらさなかったが、これに対して、これまで考慮されてこなかった国が有益な比較素材であると期待できることが明らかになった場合がそれである。これに応じて、場合によっては、既に課題設定がそうであったように、対象国の一覧表も事後的に修正および補充される。

3. 作業ステップ：国別報告

課題設定(1)と対象国の選択(2)については、通常、プロジェクトの責任者が管轄を有する。これに対して、国別報告書の作成は、——個人プロジェクトの場合がそうであるように——プロジェクトの責任者自身の手によって行われなければならない、そのために選ばれた国別報告書の報告者の手によって行う。国別報告書の作成は、比較可能な素材を提供できるようにするため、統一的な規準で行わなければならない。このような統一的な規準は、課題設定それ自体において既に一緒に整理されていない場合には、遅くとも作成の開始時点までに利用できるようにしなければならない。

既に質問の一覧表と対象国の選択がそうであったように、国別報告書についての

指針も——既に質問の一覧表から明らかになっているか、それとも別途作成するかは重要ではないが——課題設定に応じたものでなければならない。その際、関連する素材を突き止めるためであっても、その記述のためであっても、例外なく、以下のことは忘れられてはならない。

3.1. 出発点——視角——前理解

この点で問題となるのは、国別報告書の作成は特定の観点から行われなければならないのか、そうであるとしてどの程度かという、ともすれば看過されがちな問題を意識的に行うことである。すなわち、課題設定の確定および質問の一覧表の展開の際に前提とされていた法の観点から行われなければならないのか、それとも、場合によっては、回答されるべき問いに対して、異なる前理解を前提としているかもしれない国別報告書の報告者の観点から行われなければならないのかである。たとえば問題とされている法概念、制度およびこれらの異なる諸要素、相違点および特殊性を意識的もしくは無意識的に自らの法に関する通常の観点から解釈すること、およびこれに対応して——場合によっては目標を誤った形で——回答することが自然であるとしても、——まさしくそのことを理由に——国内的な知見の比較可能性は保障されたままである。このことは、異なる態様で行われうる。

——最も簡単に統一性と比較可能性が担保されるのは、質問作成者と国別報告書の報告者が同じである場合である。というのは、たとえ、——個人プロジェクトの場合には通常そうであるように——質問の一覧表を作成した者が、複数の他国の法について報告を行わなければならないとしても、その者は、そのつど同一の前理解から出発しているからである。さもないければ、食い違いが露呈してしまうだろう。

——質問設定者と国別報告書の報告者が——より大きなプロジェクトの場合にはほとんどそうであるように——同一ではない場合、統一性と比較可能性が担保されるのは、国別報告書の報告者が自身にとって認識可能な質問設定の前理解に従い、このような観点から報告を行うことによってか、あるいは国別報告書の報告者が他の前理解を前提とする場合には、それを明らかにすることによってかのいずれかである。

——ただし、誤解されないように述べておくと、国別報告書の報告者には、自らの前理解に自覚的になること、および自分自身の観点を認識可能にすることが期待されるとしても、そのことは、外国法が当該法の自己理解からも把握されないし、記述されないであろうということを意味するわけではない(3.2.)。むしろ、ここでは、

法に対する自らのイメージによってあらかじめ形成された理解をもって外国法にアプローチし、それによって誤った問題設定によって誤った回答を獲得し、その結果そこでは所見の比較可能性が損なわれてしまうという危険を冒さないよう警告される。

3.2. 関連する法素材の把握および説明

このような中核的な作業ステップも、その範囲およびその詳細さについては課題設定に従って決定される。通常、特に以下のことが確認され、説明されることになる。

一問題設定と関連する、記述されている、あるいは記述されていない法規範および法実務。

一必要であると思われる限りで、そのつどの法源。その際、引用されている秩序の法生活を共に形成する全てのことが考慮される。

一問題になっている規範と制度の機能および解釈。その際、先入観に囚われた観点から誤解しないようにするために、第一に、問題とされている法の自己理解から確認し、かつ説明することが必要である。

一法実務における適用。

3.3. 他の学問もしくは関連を取り込むこと

問題設定に応じて、関連する法の説明を超えて、さらに法以外の現象を考慮することも必要である。とりわけ、以下のようなものである。

一犯罪学的な観点、あるいはその他の経験的な要因。

一文化史的、政治的、もしくはその他の世界観的な背景。プロジェクトにおいて、比較法よりもむしろ比較文化が重要である場合、第一義的には、その点についての問題と解答が行われることになる。

3.4. 調査方法

比較法が規範的概念もしくは制度の比較に限定される限り、通常、関連する法的素材は、官報、判決集、法律学的文献もしくはその他の文献的な源泉から明らかにすることで十分である。それを越えて、あるいはそれに代えて、法システムの構造および経験的要因も調査しようとする場合には、異なる確認方法も用いられる。このことが特に妥当するのは、

一事例に基づいた比較方法および

—コンピューターを用いた比較法である。

3.5. 事後的改良

対象国の選択(2.3.)と同様に、個別の国別報告書の作成の過程においても、ある法秩序が、質問の一覧表(1.2.)において未だ考慮されていないが、全体の評価のために有意義であることが考えうるような特殊性を示していることを明示することがありうる。

—その際、それが当該国の例外的な特徴にすぎない場合には、国別報告書で、そのことを指摘することで足りるかもしれない。

—ただし、そのような現象が他の国々にとっても重要であるといえるほどの重要性を有すると考えられる場合、必要に応じて、プロジェクトの責任者は、あらゆる国別報告書向けの質問の一覧表をそれに対応させる形で改良するために、適宜そのことへの注意を喚起しなければならない。

4. 作業ステップ：比較

国別報告書は、いわば外国に関する研究を行う上での素材集めに役立つが、本来的な比較刑法は、様々な国から得られる知見を評価し、対比することによって開始される。

4.1. 基準の一覧表

—例えば、後述するようなオプションを見分けるためといったように—何のために比較が役立つとするのかに応じて、まずもって、複数の国家間の共通点もしくは相違点を確認するために、重要となりうる基準のリストが作成されるべきである。このリストは、国別報告書の基礎にある質問の一覧表に即して作成されるのが目的適合的であり、また必要に応じて、国別報告書からはじめて明らかとなった変数を通じて補充ないし修正を行う。

4.2. 二国間の比較

二つの(もしくは少数の)国家の比較にすぎない限り、比較は、容易に行うことができる。その際、個別の規範ないし制度を略述すること以上のものもたらされるや否や、共通点もしくは相違点の確認は、これに対応する、より大きな評価コストを割くよう要求することができる。

4.3. 多国間の横断的評価

これは、通常、多国間の比較の際に必要なである。その際、個別の規範もしくは制度をリスト化し、対比を行う以上のことが問題となる限り、叙述の詳細さに関していえば、一方で、国別報告書において蒐集された個別データの完全な再現も、他方でその要約的な繰り返しも必要ではない。むしろ特徴的な共通点と相違点のプロファイリングを行った上で、評価と記述が行われるべきであり、またそれによって考えうるグループ化および類型の形成へと至るべきである。

4.4. モデル形成——基本構造と一般的な法命題の調査

横断的評価が類型化を目標としていればいるほど、共通する、もしくは異なる基本構造の解明、一般的な法命題の展開、あるいはルールに関するモデル形成は容易なものとなる。その方向づけも、既に知られていたことを確認することを目的とするのか、それとも異なる選択肢を明らかにすることを目的にするのかによって変わりうる。

5. 作業ステップ：評価——提言

モデル構築(4.4.)の中に評価が含まれていない場合、課題設定次第では、最後の作業ステップにおいて評価を行うことが必要となることがありうる。このことは、比較法が常に提言によって終えなければならないことを必ずしも意味するわけではない。しかし、「評価的・競争的な比較刑法」には、——評価を行うのであれば、それはもはや比較法ではない、あるいは比較法を行う者は、可能な限り評価を差し控えるべきであるという見解に反して——正当な機能が認められる。

5.1. 評価オプション

プロジェクトの課題設定次第で、評価と提言の態様は異なる。具体的には、以下の通りである。

—理論的な比較プロジェクトの場合、異なる刑法理論から特定の根拠づけが承認されるか、あるいは拒絶されるかを確認する。

—法政策的に志向されたプロジェクトの場合、一方の制裁モデルに対して他方の制裁モデルの方が優れていることを提言する。

—立法的な比較を行うことが課題である場合には、ルールの提言をまとめ上げることが行われる。そこでは、解決のための異なる選択肢間の評価が不可避免に行われる。

5.2. 評価基準

当該研究の仮説の定式化へ向けた課題設定を行う際に(1.2.), さらには比較を行うモデル形成の際に(4.4.), 既に評価的な前理解が入り込むことがありうる以上, 最終的な評価および提言を行う際に, さらにそのような前理解を排除することはさほど多くない。その分だけ, 以下のことが要請される。

一判断ないし提言と結びつけられる評価が恣意的なものにならないようにする。さらに第三者にとって事後的な検証ができるようにするために, 基礎にある評価基準, 特に以下のような評価基準が示されなければならない。

一「より良い法」, もしくは実践可能な解決策の探究を行う場合, 当然ながら, 「正義」および「目的適合性」が背景にあるが, その際, これらの基準そのものによって標準となるパラメーターが明示されなければならない。

一人権が害される恐れがあるルールの代替案が問題となる場合, 提言を行う際には, 特に人権に注意を払う必要がある。

一刑法解釈学的な比較プロジェクトの場合, 内在的な一貫性や実際上の重要性のような評価カタログにも特別な意義が認められる。

5.3. 比較および提言の前提

このことは自明であると思われるかもしれないが, 比較, およびそれに従って提言も, 想定しうる選択肢を比較することができるような問題設定を基礎にしており, かつ受容の妨げとなる克服しがたい障害が存在しない場合に限り, 有意義なものとなる。それゆえに, このことも, そのつど検討および基礎づけを要する。

IV. 展 望

本稿は, 当初意図していたことよりもきわめて広範囲にわたるものとなったにもかかわらず, 比較刑法について述べることを全て論じることはできなかった。通常の「比較法」に関する論文とは異なり, 本稿では, 外国法に関する学問的な素材の蒐集が求められていたわけではなく, また同様に, 特定の刑法の法族が詳細に示されたわけでも, 個別の刑法上の現象が相互に比較されたわけでもない。

そのような別の期待に対応するつもりが全くなかったことは, 本稿では, 比較されるべき法に関する特定の対象もしくは内容よりもむしろ, 比較刑法の目標および方法としてどのようなものが想定できるかということが問題となっていたということから説明することができる。その際, 異なる法領域の共通点と相違点に繰り返し

言及してきた、あるいは個別の刑法上のルールおよび法形象を比較ないし対置してきたが、これらにしても、主として、特定の目標設定もしくは方法を比較法的に具体的に説明するための具体例として用いられたものであった。そのことから分かるように、本稿の主たる目標は、原則的にその分析と説明にあったのであり、そこでは、特に「構造比較プロジェクト」の現在地と特殊性も認識可能なものにしたつもりである。

有意義であり、かつ成功の見込みのある比較刑法のありうる目標設定、方法および要件についてのこのような反省の基本的傾向が、しばしば疑わしいものと感じられる、つまりは疑わしさを超えたものとは全く感じられない場合、このことは別に不思議なことではないであろうし、また多くの遠大な目標設定、あるいは皮相的な方法の裏では批判的な疑問符が投げかけられてきた。しかしながら、このような留保および批判が、比較刑法は非構成的である、あるいはきわめて大雑把であると非難することを意味するのだとすれば、それは根本からして誤りであろう。これとは全く反対に、まさしくこのことを構成的に強化するためには、最初からあまりにも実現不可能な期待へと誘惑されないこと、期待された立場のために軽率な推論や党派的な独占が行われぬように備えておくこと、さらには方法的に浅薄なもの、および素人芸になる危険に屈しないことが肝要なのである。

この意味において達成可能な諸目標に限定し、かつ適切な方法を用いている場合であっても、比較刑法の価値は十分に高く評価されているとはいえず、しかも比較法が伝統的に好んできた領域と比べてすらそうなのである。このことは、刑法が他の法領域よりもはるかに特異であり、国家的・文化的にあらかじめ形成されたものとみなし、かつそれゆえに共通点以上に相違点を考慮に入れた後では、驚くべきことなのかもしれない。確かに、その結果として、刑法が強く比較および統一化に反対することは、立法的な調和を図ることのためには適切であるかもしれない。しかしながら、このようなレベルですら、比較刑法は、際立った芸術のための芸術(L'art pour l'art)にも、先入観にとらわれた自己正当化にも汲みつくされる必要はない。これとは反対に、まさしく刑法の領域においては、国内の特殊性および無比性への特異体質的な依拠を通じて、外へと隔絶させ、そしてそれにより、とりわけ望まない改正の試みを阻止するという、特に軽薄な危険が冒されているという理由から、国内的・自己陶酔的な自己満足に対して、外国法という鏡を突きつけることは、より一層重要である。そして、逆に異なる種類の構想及びモデルと対決させて、そのような優位性を繰り返し確認することは、普遍的に妥当するとしてよく理解されている刑法解釈学にとってもよいのである。

したがって、——理論的、司法的、立法的および評価的・競争的な——比較刑法に関する様々な態様を提供することができる多様な任務をここでは繰り返すことをせず、将来を展望して、三つの領域についてのみ言及することとする。これらの領域は、確かに繰り返し例示的に述べてきたが、その内容について論じることは、本書が設定した枠組みを超えることになってしまう。それゆえに、これらに関する網羅的な記述は、将来の比較刑法に委ねることとする。

第一に、従来、比較法が依拠してきた法族の伝統的な様相に関していえば、比較刑法は、そこから際立たなければならぬのであり、また特殊刑法的な基準に適合しなければならない。いずれにせよほとんどの場合、民法的に方向づけられた、ローマ的ないしゲルマン的な起源の法源に基づいて、(例えば、社会主義的に打ち立てられた法秩序のような)新たな法政策的な展開、もしくは(例えば、アジア法やイスラム法に基礎を置く条項のような)これまでなおざりにされてきた法文化を取り込むならば、一般に行われている区別および区分はもはや適切ではないということだけではない。むしろ、民法上、公法上、そして刑法上の法族にとって決定的な基準が全く異なることがありうるのである。それゆえに、刑法上の法領域論は、それが比較刑法一般にとって重要たりうるものであり、かつ対象国の選択が、いずれにせよ、そのつどのプロジェクトの個別的な目標設定によらない限り、一般市民がもっている先行イメージにとらわれてはならないのであり、またその独自の目標設定および法源から構想しなければならないのである。

しかし、比較刑法内部においても——そして、これが第二の欠陥であるが——、統一的な法領域を前提とすることは容易ではなく、むしろ、実体法もしくは手続法に応じて区別のあるグループ化が要請されうる。これに対応して、異なる刑法上の犯罪要素、もしくは手続法上の制度の比較も、統一的なシエマに従って容易に行うことはできず、むしろ国内的な特殊性、さらには全体のつながり、および効果の影響力が異なることが考慮されなければならない。それゆえに、一定のルール、もしくは法形象の単なる並置を超える比較刑法に期待されるのは、その領域特有の全体のつながりの中で比較されるべき現象を観察すること、およびそれに従って、可能な限り考慮に入れられるべき国家も選択することである。

第三の領域は、国際的な刑事裁判である。これまで、特定のルールの起源を探究する際に、あまりにも、アングロアメリカ的なコモンローに由来するのか、それとも大陸的・ヨーロッパ的な伝統に由来するのかといったことにとらわれつつけてきた。これに代えて、普遍的に受容可能な法の諸原則を調査し、超国家的な刑法秩序および刑事裁判を展開する際に、その考えうる目標に合わせて、いかなる国の法秩

序から目標へと導く諸原理および諸制度は獲得されるのか、またそのためには、どの程度、可能な限り広範かつ国際的な受容が予想されるかという上位の出発点から探究すべきときが来たのである。たとえ、その際、国際的な刑事司法の様々な個別性を考慮することが行われるとしても、そこで得られた知見は、国内的な改正作業においても、模範刑法典という形式で見本として活用することができるであろう。

最後に第二の欠陥に関していえば、また一定の態様で第三の欠陥についてもいえば、とりわけ「構造比較プロジェクト」から理論が導かれている。このプロジェクトは、本書の第一部で描かれており、またそこから比較刑法の理論と実務についてのこのような一般的な研究も発展した。新しい種類のパイロット研究に基づく本プロジェクトの自己理解としていえば、「構造比較プロジェクト」は、対象に関しても、取り入れられた国に関しても制限を受けたものであった。しかし、その際に用いられた方法論が確証された後では、かかる方法論は、いまや、以下に述べる二つの点で他の領域へと転用することができる。すなわち、第一に、これまで把握されてきたレベル、しかも超国家的なレベルも含めて、異なる法族および刑法秩序へと拡張することによって、第二に、異なる犯罪要素および構成要件のグループの比較によってである。

このような構造比較の方法を強調したことは、決して、この方法が唯一考える方法であるということの意味するわけではない。というのも、比較法において用いられている方法は、そのつどの目標設定に依存するからである。このことが考慮される場合に限り、過剰要求に対する抵抗力を有することができ、また他方で、比較刑法を素人のようにあまりにも軽く考えすぎる試み、もしくは信用を失わせるような道具化を行う試みに抵抗できるのである。

比較法にとって典型的な調査を行う際に、多数の試みのうちの一つの試みに従って、正しいバランスを見つけだすことに成功する者には、多くの報酬が与えられる。比較法の魅力は、まさしく思想および現象の多様さの中にある共通しているもの、場合によってはそれどころか普遍的なものを見つけ出し、またその際に、普遍的なものの中に個別的なものを埋没させることがないようにする点に存する。慣れ親しんだものを超えること、他のことに対して目を見開くこと、共通点を見つけ出すこと、個々の特色を尊重すること、特に（ほとんどの場合、自国）法、もしくは特定の法的確信の正しさのような絶対的真理への盲信に対する懐疑、理解に満ちた寛容さを備えること、受け入れがたい変種に対する警戒心を備えること、およびより対決的でなく、かつより均一的な法的世界への道へと前進すること。これらのすべてが、目的意識を有しており、かつ方法的に適切な比較刑法のために、投入に値

A・エーザ＝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』（7・完）（松宮・安達）

するのである。

（山本和輝）