

◇ 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』（1）

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, 本号)

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4部 アルビン・エーザー 「比較刑法：展開・目標・方法」

紹介を始めるにあたって

1 本書は、ドイツのフライブルクにあるマックス・プランク外国刑法・国際刑法研究所 (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht) が、大変な時間と労力をかけて成し遂げた比較刑法研究の成果 (1144頁に及ぶ大書) である。編者は、長く同研究所を率いてきたエーザー教授およびこの研究分野

* 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

の第一人者であるペロン教授である(ヴァルター・ペロン(高橋則夫訳)『正当化と免責—刑法の構造比較—』(1992年, 成文堂)参照)。ヨーロッパ8カ国(ドイツ, イングランドおよびウェールズ, フランス, イタリア, オーストリア, ポルトガル, スウェーデン, スイス)における刑事責任および刑事制裁について, その構造比較を行うというものであり, そのための方法に工夫が凝らされている。すなわち, 各国における関連する刑法規定, 統計, 刑事手続, 量刑と刑の執行について説明したうえで, DV 被害者である妻が加害者の夫を殺害したという事例を4つのヴァリエーションに分けて提示し, 各国の法律専門家に対する聞き取り調査に基づいて, この事例についての具体的な対応を調査している。このような規範的・経験的な手法を用いることによって, 平板な比較法ではなく, まさに構造比較を行おうとするところに特色がある。

本年(2016年)5月, 編者の1人エーザー教授から浅田宛に, 「本書を日本でぜひ紹介していただきたい」という依頼があった。ヨーロッパ8カ国の刑事法の現状を知るとともに, 比較刑法の最先端を理解し, これをわが国に当てはめた場合にどのようなになるかを考える貴重な機会になると考え, 引き受けることにした。しかし, 上記のとおり1144頁という大書であり, 一人の手には余ると考えて, 刑法読書会において相談したところ, 刑法読書会の仕事として研究会のメンバーが分担して紹介しようということになった。

2 本書の背表紙にある紹介文は, 以下のとおりである。

「本書では, 比較刑法 (Strafrechtsvergleichung) の新たな方法に対する1つの寄与が提示される。経験的・規範的な研究の手掛かりを複合することによって, 様々なヨーロッパ諸国(ドイツ, イングランドおよびウェールズ, フランス, イタリア, オーストリア, ポルトガル, スウェーデン, スイス)の刑法システムに対するより深い洞察が可能になる。以前から知られており, 調査したすべての国で今もなおきわめてアクチュアルな問題, すなわち, 虐待された妻による暴君的な夫の殺害という問題を手がかりに, 事例を用いて比較法的に, 様々な法秩序が, 難しい刑法上の比較考量および評価の諸問題に, どのように取り組んでいるかが調査されている。そのために, ある架空の事例の4つのヴァリエーションが設定され, その解決について, 調査対象国で意図的に選ばれた法律家(裁判官, 検察官, 刑事弁護士および大学教授)に質問した。その際には, 事例の実体法上の位置づけ(たとえば謀殺または故殺)のみではなく, その種の事例の法現実的な取り扱い, 予想される刑事訴訟の進行, 予期される刑の種類と重さ, ならびに刑罰執行の期間と態様もま

た、重視された。本プロジェクトから得られた知見は、比較刑法理論に対する基本的な寄与をもたらすものであり、その目標と方法は、しばしば見られる狭い遂行を超えて、様々な形で展開され、相互に依存しつつ叙述されている。終章は比較法研究の入門書となっている。」

3 本書の「編者まえがき (Vorwort der Herausgeber)」(A・エーザー=W・ペロン)の概要は次のとおりである。

比較法とりわけ比較刑法の最近の出版が増えていることからすると、新たな道を拓くものでないかぎり、もはや不要とも思えるが、本研究プロジェクトは、まさに新たな道を拓くものである。個々の刑法の規範および手続の分節的な比較ではなく、それに加えて刑法上の責任帰属の諸構造と諸次元が、ある事例を手掛かりに例証を挙げて経験的に示されているからである。そこから得られた知見は、比較刑法の歴史、目標、方法に寄与するものである。

第1部(第1章・第2章)は、本プロジェクトの発生史と目標設定を示している。

第2部(第3章～第10章)は、上記8カ国からの国別報告である。これらの報告は、同一の基本シエーマに従って構成されている。すなわち、個別規範の抽象的な対置に限定せず、できるだけ具体的に実務的な運用および制裁も調査するために、共通の前提となるある殺人事件のヴァリエーションに基づいて調査・報告が行われている。そのためにも、それぞれの国に特有の殺人犯罪およびその制裁の法現実的な背景事情が報告される。次に、実体法上の処罰根拠となる(可能であればさらに無罪や減刑の根拠となる)諸規定にはじまり、刑事手続の本質的特徴、最後に刑罰執行に至る法的枠組みが記述されている。そして、事例ヴァリエーションについての法律家に対するアンケート調査の結果が報告されている。

第3部(第11章～第18章)は、これらの各国特有の所見を分析し、横断的比較を行い、比較法的視点から評価している。ここでは、諸国家の共通点も相違点も明らかにされ、とりわけ構造的な特殊性に注意が向けられている。

第4部では、このプロジェクトから導かれた知見を、それを超えて関連づけ、比較法の歴史を回顧してその目標設定および方法のありうべき将来像を示すとともに、比較法の指針を示そうとした。

このプロジェクトの構想・遂行・終結に多大の時間を要したことは、予想していたこととはいえ、残念であった。すでにプロジェクトの目標設定に長期の熟慮を要し、その方法について繰り返し修正を要したばかりではない。編者であるエーザー

およびペロンが、他の多くの仕事に忙殺されたことや、国別報告者達の職場変更や追加の仕事も顧慮しなければならなかった。

他方、この緩慢なプロジェクトの進行には利点もあった。目標設定および方法が繰り返し熟考され豊かになったばかりでなく、近年における比較刑法の増大する意義を考慮に入れることができたのである。かくして、このプロジェクトから得られた知見の公表が、比較刑法研究の新たな目標および方法を示す、まさに適切な時期に行われたとすれば、それは歓迎すべきことである。

このプロジェクトの構想および遂行、最後に出版に至るまで、寄与された多くの方のうち、まず感謝すべきは国別報告者達である。他の多くの方々にも感謝の意を表する。

内容の責任は各執筆者に属する。ただし、国別報告に示された事実や査定が、比較法的横断面においてあるいは理論的視点において、報告者とは異なる評価に至ることを排除するものではない。同じことはわれわれ2人の編者についても当てはまる。

4 以下には、第1部の第1章および第2章を紹介する。次回以降、1144頁に及ぶ大書を網羅的に紹介することは不可能なので、第2部の紹介は割愛することにし、その分析結果である第3部および比較刑法の展望を示した第4部を紹介することにしたい。

(浅田和茂)

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」

Albin Eser, § 1 Zur Genese des Projekts – ein Werkstattbericht, S. 3-25

書物は自己の運命を持つ (habent sur fata libelli!)。研究計画も同様である。本研究は、「正当化と免責」の比較法的プロジェクトに始まり、「一般的な刑法の構造比較」を鍵として、最終的に刑事責任と刑事制裁の構造の規範的・経験的研究へと至ったものである。

I. 犯罪概念の構造比較の鍵としての「正当化と免責」

出発点は、英米のコモンローにおける犯罪の理解とドイツ法におけるそれとの基本的な違いにあった。コモンローには不法と責任の区別、したがってまた正当化と免責の区別がない。社会主義国の犯罪構造も比較法を困難にするものである。ここでは犯罪の客体、行為の客観面、犯罪の主体、行為の主観面が区別されている。ドイツ法の構成要件に該当する不法と責任、その正当化と免責による阻却という構成とは大きく異なる。このことは、これらの諸要件が他の法秩序に存在しないことを意味するものではないが、同一の概念型式・評価次元にはないのである。個々の法形態や特別の犯罪構成要件の比較は可能であるが、故意・過失、不作為、未遂、共犯といった一般的な犯罪の要素や現象形態の比較となると、構造的な差異が妨げとなる。

そこで新たな道が求められる。1984年4月の第2回ドイツ・ポーランド・コロキウムにおいて私が示唆したように、積極的な犯罪の成立要件のみに目を向けるのではなく、それが阻却される諸要件に目を向けること、すなわち、異なる犯罪構造における可罰性の本質的諸要素という「正面」ではなく、無罪に導く諸事由いわば「解釈学的裏口」によって比較を行うことが有益である。

このような考えは、1984年7月のドイツ・英米・ワークショップ「犯罪論の基本問題」および1985年5月のドイツ・スカンジナビア・コロキウムにおいて具体化された。両シンポジウムでは他のテーマも扱われたが、問題の中心に位置していたのは正当化と免責および処罰阻却事由であった。そこでは、正当化と免責に集中することもできたはずであったが、そうではなく、異なる法秩序における可罰性の本質的要件を明らかにし比較することに重点が置かれた。

構成要件・違法性・責任というドイツの犯罪構成は他の法システムには存在しないので、これを前提に比較しようとしても成果は期待できない。フランス法の法定要素と心理的要素といった可罰性要件の単なる分析や、英米法の *actus reus* と *mens rea* といった可罰性要件の並置を考えると、事物論理構造の意味における犯罪「構成」について語ることに自体に疑問が生ずる。

そこで研究の戦略として他の道がないのかということが問題になる。正面において可罰性の本質的諸要件がどのように記述されようとも、全ての法秩序において、その存在が禁止規範の充足によって生じた可罰性を最終的に再び阻却する事由を見出すことができる。刑罰を根拠づける一般的な要件を問うのではなく、逆に、いか

なる要件の下で可罰性が脱落しうるか、その決定的な識別基準は何かを問うのである。

これによって、まず、異なる犯罪構造に煩わされることなく、構造の内部へと至ることができる。阻却はその対象を前提にするから、正当化と免責はそれに応じた不法と責任を明示・黙示を問わず前提とする。同じことは処罰阻却事由にも当てはまる。

さらに、正当化と免責の問題は、罪刑法定主義、裁判官の法創造、錯誤・共犯あるいは個々の犯罪構成要件の正当化と免責といった刑法の他の根本問題への道を拓く。正当化事由(たとえば正当防衛)が一定の犯罪類型に限定されているか(コモンローでは殺人と傷害に限定されている)、ドイツ法のように一般化されているかに応じて、一般犯罪論および該当する禁止・許容領域の発展段階が明らかになり、その基礎にある国家理解における共通性と相違点を示しうるような個別の識別基準が明らかになる。このような期待は、正当化と免責をテーマにすることによって、刑法解釈学の様々な問題を解く鍵を発見できるという希望へと導く。

そのためにマックス・プランク研究所(以下「研究所」という)のその後の比較法コロキウムでは、他のテーマの場合にも正当化と免責を問題にするようにしてきた。前述した1984年のドイツ・ポーランド・コロキウム、1985年のドイツ・スカンジナビア・コロキウムがそうであり、後者では北欧諸国の中での相違も明らかになった。1985年9月の第3回ドイツ・ソヴィエト・コロキウム、1986年10月の第3回ドイツ・ポーランド・コロキウムもそうであった。多国間ではなくても、1990年9月のフィンランド改革コロキウムがそうであった。上述した1984年7月のドイツ・英米・ワークショップには、アメリカ、イギリスの他、イスラエルおよび南アフリカから、1990年6月のドイツ・ロマン諸国・コロキウムには、イタリア、ポルトガル、スペインから、1993年の東アジア・ドイツ・コロキウム(東京)では日本、韓国、台湾、中国からの参加があった。シンポジウムと並んで、著作も重要である。この間に、韓国、スペイン、英米、イタリアに関して、正当化と免責に関するドイツ語のモノグラフィーが出版された。

このような研究について研究所およびその専門家諮問委員会・管理委員会が、長期に亘り全面的に支援してくれたことは、嬉しいことであった。1987年2月に行われたW・ペロンの博士号取得に伴う講演会における講演「比較法的視点における正当化と免責——とくにスペイン刑法を顧慮して」およびそれに続く討論は、刑法解釈学の基本問題として、犯罪の構造および本質的内容の問題を際立たせ、正当化と免責の問題領域は「犯罪概念に深く立ち入るためのある種の鍵」と称された。ペロ

ンによれば、ドイツ法の正当化事由および免責事由は、違法性および責任という前置された評価のカテゴリーと一定の関連を有し、最終的には特定の実体的な犯行、刑罰目的、刑罰限界の各評価に依存する特定の帰属要素であり、さらに別の評価レベルにおいて、通常は漠然と当罰性とか刑事政策と呼ばれている可罰性のその他の要件も顧慮されなければならない。討論から得られた考察として注目すべきは、正当化と免責という2分から必ずしも違法と責任という2分が帰結されるわけではないということ、正当化と免責のカテゴリーは法領域を超えて一般的評価に向けられるということ、正当化近似および免責近似という現象から、解釈学の未解決問題を量刑の領域に押しやる傾向が看取されるということであった。さらに、解決困難なのは、正当化が刑法の領域を超えてどの程度まで及ぶのか、責任の観点はどの程度まで刑事政策の観点として把握されるのかという問題であった。

1987年度の活動報告は、さらにこの研究を継続すべきであるとし、1988年2月の専門家諮問委員会・管理委員会の見解によっても、プロジェクトを「刑法の全解釈学の構造比較」の方向に発展させるべきであるとされ、「刑法解釈学—国際的構造比較」と命名される(ロクシン)とされたのである。

II. 「一般的な刑法の構造比較」への拡大

以上の動きに勇気を得て、1988年の報告書は、プロジェクトを「一般的な刑法の構造比較」に拡大することを勧告した。その理由は次のとおりである。異なる法システムにおいても個々の制度は類似しており部分的な比較は可能と思われるが、ドイツ法の基礎にある正当化と免責の区別については根深い理解の困難性が、とくにコモンロー・システムの主張者によって示されてきた。したがって、正当化と免責の構造を比較法的に分析することは、異なる刑法システムの全体構造に遡ることなしには不可能である。長期にわたる研究計画は、正当化と免責の領域を超えて、刑法システムの基本構造を(どちらかといえば形式的な)法律上および裁判法上の構造物およびその実体的な評価と体系的な価値カテゴリーについて研究することに向けられなければならない。その方法は、法制史的、社会文化的、憲法のおよび法システムの基礎に関する一般的考察ならびに個々の制度の具体的分析を超えるものであるべきである。これまでの正当化と免責に関する研究は、今や、今後の全体的研究の一里塚を意味することになる。

以上の考慮の具体化は、1988年12月、ペロンの「仮案」で示された。それは3部からなる。すなわち、①基礎資料および枠組みとなる諸条件に基づき、法制史的

背景および憲法秩序内における刑法の地位、具体的な刑罰目的および法源の構造を記述すること、② 可罰性の諸要件の法律規定および区分けについて、とくに、積極的な(処罰を根拠づける)要件および消極的な(処罰を阻却する)要件ならびにその他の可罰性の要件を示すこと、③ 実体的な価値カテゴリーおよび学問的体系に関して、ドイツの犯罪構造の影響を受けてきた諸国と受けてこなかった諸国を区別することである。これを受けて同月に行われた研究グループ会議では、そのような構造比較は際限のないものになりうる、訴訟法の顧慮が少なすぎるといった疑念が示され、特定の諸制度に向けられた比較法が優先に値するとされた。

1989年1月、ベロンは、「刑法の一般的構造比較プロジェクトのコンセプトについての考察」において、正当化と免責のプロジェクトは最初から様々な国の実体刑法の構造を知るという意図に導かれたものであったこと、刑罰から解放するこれらの事由は犯罪論体系への裏口を開くにすぎないものであったことを想起させ、上記の3段階の研究の必要性を強調した。同月の研究グループ会議では、この説明によっても全ての疑念が解消されはしなかった。実践的な観点から、一方では、このように広範なテーマの設定は作業分担者の過重負担になるのではないかと、他方では、このような規模の世界的比較にとってこれまでに得えられた基礎はあまりにも狭いものではないかといった危惧と並んで、提案があまりに法実証主義的であるという苦情、ドイツ刑法の影響の有無といった整序に対する疑問が示された。まずは比較法の方法が明確にされるべきであり、構造比較という最終目標に向けて小規模な段階的目標の定式化と達成が前提になるとされた。

この議論の最終段階で、私は、多くの異議にもかかわらず議論の成果は意気阻喪させるものではないと指摘したうえで、以下のように述べた。すなわち、この種の基礎的研究に対する一般的関心が存在し、それが同時に内外国の立法作業に対する有効なサポートになりうるからであり、失敗する可能性は、学問においては新たな知見を求める努力がしばしば実りある成果へと導くのであり、少なくとも部分的な成果が得られる希望は疑いないのであるから、計画を妨げる理由にはならない。単なる制度比較に対して、一般的な構造比較は、個々の制度を分類するのに不可欠な全体像を可能にする点で優先に値する。今は、出発点を見出し、ありうる重要な問題設定についての概観を得るための最初の予備的考察の段階であり、その問題設定がもたらす害の強度は後に確定されるであろう。ドイツ法との比較という視角は、心理的に理解しうるものであり、学問的にも疑問はない。ドイツ法は、我々に、自然でもっともな比較の尺度を提供する と。

1989年2月の専門家諮問委員会・管理委員会における、私の「刑法の一般的構造

比較」への拡大についての説明についても活発な議論があった。一方では、このような刑法解釈学的な体系形成の国際的比較によって、基礎研究の重要な成果が期待されるとされたが、他方では、多大な作業量にもかかわらずきわめて抽象度の高い成果しか得られないのではないかと懸念された。それにもかかわらず、このプロジェクトはさらに追求されるべきであるとされ、少数の研究グループに作業計画を作成させることになった。

1989年11月にペロンが提示したプロジェクトの構想に従い、1989年度報告書に見られるように、代表的な諸国についての刑法の帰属システムの構造比較が、2段階で遂行されることになった。プロジェクトの第1段階では、研究所内で、後の制度比較が詳細に計画されスムーズに遂行できるように、関係する法秩序についての一般的な知識が調査される。すなわち、各国につき刑法システムの一般的な基礎および枠組みの諸条件、すなわち法制史的背景、国家刑罰に対する憲法上の効力規定および限界規定、法源の構造などを可視的にする。次に第2段階において、実定法における個々の帰属システムが分析される。各国につき、最も重要な構造が調査され、その際にはドイツで議論されてきた問題に重点が置かれるべきである。この第2段階については、第1段階の成果に依存するので、その時点ではあまり言えることはなかった。

1989年12月の研究グループ会議において、伝統的な制度比較の方が良いという異議に対し、私は、刑法制度の純粋な比較では限界があることを指摘し、ここで問題になっているのは、各国で差異があるということなのかむしろ普遍的な帰属構造が見出されえないのかについて、より深い基盤を明らかにすることであると述べた。

当時の研究理念を明瞭にするために、1990年2月の専門家諮問委員会・管理委員会における私の説明を挙げておきたい。町の多くの建物が一見同じように見えても、モルタルをはがせば全く異なる構造（木造か鉄筋か）でありうるし、逆に異なるように見えても同じ構造でありうるように、我々のプロジェクトにおいても、第1段階では、それぞれの刑法システムの一般的な基礎と枠組み条件を可視的にし、表面的な実体法上の形態を分析することによって、偶然的なものとは本質的なものを区別することにしている。第2段階ではじめて、本来の構造比較が行われる。対象国は限られた国であって代表的な国、たとえば、ドイツ、フランス、イタリアおよび／またはスペイン、イギリス、USA、スウェーデン、日本、ソ連、ポーランドを考えている。この野心的かつ魅力的と称される基礎的プロジェクトを実際に遂行するに当たっては、多大な困難が予想される、と。

第1段階終了前の1991年1月、ペロンは、第2段階についての考察を提示した。

それによれば、認識の目標は、様々な法秩序の比較を通じて刑法システムのより良い理解を得ることにある。作業仮説として、実務で用いられるすべての刑法システムは、同一の基本的・形式的構造を有しており、広範に同一ないし類似の事実問題に対処してきたこと、他方において、具体的な規制や有力な学問体系は様々であること、しかもそれは個々の法秩序の間の関係においてのみならず国内の議論においてもそうであることが、採用されている。分析に当たっては、実定法の規定のレベル、すなわち具体的な帰属の要件（構成要件、正当化事由、免責事由など）と、有力な評価のレベル（行動規範の存在、行為者の規範違反的態度およびその処罰）とを厳密に区別しなければならない。

1991年2月の専門家諮問委員会・管理委員会に提出されたこの考察によって、このプロジェクトは、長期にわたる最も重要な研究所のプロジェクトとして再び魅力あるものと受け止められたが、同時に、正当化と免責から一般的構造比較へ、最終的には「構造研究」へと拡大することについて、実現可能性の限界に突き当たることが懸念された。

Ⅲ. 事例志向的な規範的・経験的構造分析というさらなる前進

続く数年におけるプロジェクトの進行は、1991～1993年度の報告書にあるとおり、様々な理由で減速した。本プロジェクトの主たる世話人であるベロンの教授資格獲得論文の計画を顧慮したことや、延期できない他の研究プロジェクトの優先などである。もっとも、この強制的休暇から、当初の計画およびそのために多くの国から収集された豊富な資料を熟考する時間的余裕が生じた。

これまでは不法と責任の区別の点で諸構造の共通点と相違点とを探究することが正しいとされてきたが、その区別は、必ずしもすべての刑法システムに通用するものではなく比較にとって重要でもない。そこで、刑罰を阻却する諸事由という消極的側面から共通点と相違点とを問うことにしたが、それも限界に直面した。すなわち純粋な制度比較と結びついた問題である。たとえば正当防衛や責任無能力といった「古典的な」刑罰阻却事由以外の刑罰阻却事由について、それが存在しない国や別の形態をとっている国があるという問題であり、これも調査に値する。緊急避難について免責の効果しか付与しない国があり、禁止の錯誤を顧慮することを拒否する国があり、犯罪の概念そのものへの遡及や、人間的な拒絶を顧慮した正義および公正への遡及が導かれている国もある。他方、純粋に規範的な制度比較では、次の2点で完全な解明には至り得ない。

第1は、異なる法秩序の帰属規範が同一の意味に解され実務上も取り扱われているか、逆に、異なる文言が最終的には同一の解釈・適用に導いているかという問題である。たとえば正当防衛について、コモンローで要求される防衛の「合理性(reasonableness)」はドイツ法には見当たらないが、「比例性の要求」を規範に取り入れあるいは「濫用」の場合に正当防衛を否定することによって、実務上同一の結論に至りうる。表面的な見かけを超えようとするならば、規範の比較では不十分であり、むしろ比較の対象になる事例を手掛かりとして、はたしてまたどの程度に、規範の同一性が同一の帰結にあるいは異なる帰結に導くのか、あるいは規範の違いにもかかわらず同一の帰結に至るのかを明らかにしなければならない。その際いかなる根拠および解釈上のテクニックが役割を果たしているかということが、ある刑法秩序の自己理解に光を当てることになる。規範体系から演繹的ではなく、むしろ特定の事例から帰納的に検討されなければならないのである。これが、事例志向的・経験的な出発点である。

第2に、表面的に見ても、刑罰阻却事由に関する多くの国の資料から、正当化事由または免責事由の肯定または否定によって、刑事責任の帰属ないし形式について最終的な解答が与えられるわけではなく、別の次元で、同じ実体刑法上の出発点にも関わらず異なる結論に導くような決定に至りうること、あるいは異なる道を通して同じ場所に至ることを見て取ることができる。たとえば挑発防衛の場合、ある国では正当化が認められ、他の国では否定されるが、後者の場合でさえ必ずしもそのまま処罰に至るわけではなく、免責事由によって処罰は阻却されうる。ある国では、罪責そのものは否定されず、刑罰システムは責任の帰属を何ら削減しないが、量刑のレベルで減刑の余地が残されている。ある国では、罪責と科刑に当たっては一身的な刑罰阻却ないし減刑の要因を顧慮する点で柔軟性に欠けているが、場合によっては行刑の枠内で考慮に入れられる。さらに訴訟法的要因、たとえば特定の証拠法則や素人関与の作用が、可罰性の要件や制裁の肯定・否定に役割を及ぼすことも看過できない。かくして我々のプロジェクトの第2段階では、規範的・経験的比較の対象となる事例が、刑事帰属および制裁の様々な段階について検討され、静的ではなくプロセスとして判定されることになる。

ペロンは、この間、コンスタンツ大学およびマインツ大学で教授の職を得たが、続けてこのプロジェクトの世話をし、これまでの構想を練り直し、1995年1月の私の還暦記念コロキウムでその考察を提示した。それに先立つ1994年の上半期活動報告では、当初予定されていた第1段階を省略して直ちに個々の問題領域の構造分析を開始すること、その際、行為の主観面を顧慮することが示唆されただけであっ

た。1994年11月の研究グループ会議では、基本となる事例について議論され (古典的な殺人が現代的な環境犯罪か)、訴訟法的側面の顧慮が強調され、構造概念の二面性が話題になった。そして1994/1995年度活動報告書で提示されたように、方法二元論的、規範的・経験的な構造分析の構想が作成された。1995年6月の研究グループ会議では、演繹的方法から帰納的方法への転換が歓迎され、プロジェクトの最初の段階の事例を殺人罪に限定することが決定された。上記の活動報告書では、道路交通事故、強盗 (致死結果を伴い主観面の段階づけを有する)、葛藤状態の殺人 (挑発の段階を伴う) の3者が挙げられた。各国の刑事訴追システムによるこれらの設例のいわば輸出に適した研究に際しては、殺人罪の諸構成要件、ありうべき正当化事由および免責事由、量刑および制裁が吟味され、その際に刑事手続法の影響が顧慮されるべきであるとされた。

1995年7月の研究グループ会議では、一種のパイロット・スタディーにおいて研究対象となる事例を適切に設定するために、先行報告を行う小グループが作られた。事例の理論的・実務的解決の精確な検討こそが、本研究の主要部分だからである。その後、法律実務および法学研究者から選んだ専門家に対する経験的な質問について正しいインタビューの指針を得るために、この小グループに刑事政策の教授キュルツィンガーを加えた。1995年10月の会議で未遂および危殆化の要素は除外することにし、同年11月の会議では、実務上重要と思われる正当化事由および免責事由が議論され、量刑および手続法の側面が強調された。調査対象国の選択については、研究所の所員が処理でき、容易に訪問できる国に限定することとされた。

この間に提示された先行報告では、ペロンが1996年2月の「暫定的印象」で確認したように、このプロジェクトの基礎として次の仮説が正しいとされた。すなわち、経験的所見からすれば殺人の大多数の事件は家庭内ないし社会的近接領域で発生しており、しばしば被害者の挑発が先行しているが、これは完全な正当化や免責に導くには不十分であり、減刑を可能にしている。したがってこの事例グループからより成果の多い認識が期待できるので、交通事故および強盗は外すのが適切である。規範的観点では、行為の客観面および主観面における構成要件の区別と段階づけが重要である。以上のことは、刑事政策的に重要な事例グループを刑法解釈学的に興味深い段階づけと結びつけ、分析能力のある比較のコンセプトをもたらすという、成果の約束された結論を許容するものであった。

1996年2月の専門家諮問委員・管理委員の助言には、方法の変更について完全な同意が見られる。対立したのは事例グループの選択であった。たしかに最初の一步を殺人に限定することには意味があるが、それでは刑法解釈学の古典的領域が完全

にはカバーされない。たとえば窃盗や詐欺の場合、未遂、錯誤、共犯といった別
法的な思考のカテゴリーが明らかになりうる。後には環境犯罪や経済犯罪を加える
ことも考慮されるべきである。

これに対して、1996年4月のグループ会議では、本プロジェクトは、当面、殺人
に限定することで一致した。正犯と共犯の問題は除外することにした。さらに1996
年6月の会議では、家庭内殺人の4つのヴァリエーションが選択された。1997年9
月の数日の会議を含むその後の会議では、専門家アンケートのためのインタビュー
の指針がさらに精密化された。国別報告の目次も同様である。1996/1997年度報告
書にあるように、最後に作業プランが提示されたが、その詳細は第2章のペロン論
文に譲る。

専門家諮問委員・管理委員の側では、2004年3月の会議などにおいて、「夫の殺
害」は狭すぎるとしてそれを拡大する議論が行われたが、プロジェクトの基本的な
目標設定および方法は問題とはされなかった。

全面的に受け入れられる研究計画を策定するまでに多くの時間を要したが、その
後の遂行段階、すなわち、専門家に対するアンケートに始まり、国別報告を作成
し、横断的な比較法的分析を行い、最終的に刑事政策的考察を行うためには、当初
予定していたよりも長期間を要した。しかし、この新たな比較法的コンセプトが有
する期待された価値は決して期限切れを怖れなければならないようなものではない
ので、本書の発刊はたしかに遅くなったが、将来の比較刑法という点から見れば遅
すぎるものではない。この点については、私が執筆した第4部を参照されたい。

(浅田和茂)

ヴァルター・ペロン

〔第2章 調査の目標と方法〕

Walter Perron, §2 Ziel und Methode der Untersuchung, S. 27-46

I. 調査の目標と対象

I. 1. 目標設定の総論的記述

調査の目標は、殺人罪が問題となる具体的事例に基づいて、ヨーロッパの様々な
法秩序における規範の規制と実務上の法適用の特有の結びつきを調査することであ
る。この方法により、刑法上の規制が実際にどのように機能しているのかについて

の比較法的知見が獲得され、ヨーロッパの法文化間の異同が明らかになる。重視するのは、個々の規制の内容ではなく、成文法とその実際の適用の間の構造的な関係である。

刑法の実際の作用は、ほぼ普遍的な「法律なければ犯罪なし」の原則に基づいて、第一に、適用されるべき法律の文言に左右される。しかしながら、それ以外に、法適用の諸条件（手続法のデザイン、裁判所の組織、手続関係者の態度、刑事訴追機関の資金面等々）も刑法の実際の作用に大きく影響する。また、このような法適用の諸条件は、刑法の内容に逆方向の作用を及ぼす。すなわち、立法者や裁判所は、少なくとも、無意識のうちに、法の実際の運用における実状を顧慮する。

したがって、刑罰法規の規範的内容と実務上の法適用は、相互に依存関係にあり、その協働作用によってはじめて、具体的な法体系の固有性といったものが形成される。そのため、自国の法だけを検討する場合はともかく、様々な法秩序の比較の際には、法現実的 (rechtstatsächlich) 側面が、明示的に、分析に組み込まれなければならない。実際、すでにヨーロッパのレベルにおいて、各国家において同内容の実体法上の規制が、手続の実施条件の違いによって、全く異なる実際上の意味を獲得し得る。しかも、このような手続上の実施条件は、上述のように、法的規制の内容に逆方向の作用を及ぼすため、伝統的な刑法解釈学に制限された考察方法では、様々な国家の規制の規範的意味内容を完全に把握することはできない。そのため、本調査の主要な関心事は、規範的内容と実際の法適用の相互関係を調査し公開するということであった。

I. 2. 規範の出発点：暴君的な夫の殺害

調査の基盤となるのは、特別な価値の葛藤を含む殺人の事例である。この選択は、方法論的諸問題によっても著しく影響されたものである。法的規制の実際の運用についての研究は、刑法の領域においては非常に稀であり、また、比較法の領域においても、各国の実際の状況の顧慮は行われても、規範的規制と実際の適用の相互関係が強調されることは滅多にない。研究グループにとって、本研究は、見込まれる結果のイメージも方法論的な困難に関する知見も存在しない、新規開拓的な内容であった。

したがって、調査内容は、広範囲の規制領域の包括的な分析ではなく、小規模で概観可能な領域に限定されなければならなかった。選ばれたのは、帰納的な具体的事例の解決を用いる方法である。この方法によって得られる比較法に関する洞察は点描的なものでしかないが、代表的なある程度の訴求力を持った領域を対象とすれ

ば、一般化可能な結論が引き出される。

そのために選ばれたのは、妻による暴君的な夫の殺害という事例であった。同事例は、深刻な刑法上の評価の問題に関連し、調査の対象となる全ての国において、十分な実務上の重要性を持つものである。すなわち、殺人罪自体が、刑法学において重要な考察の対象であるほか、刑事訴訟実務においても、集中的に調査され判決が下される。加えて、肉体的精神的虐待を繰り返し受けた者が、他の逃げ道を見い出せずに殺人を犯す場合、我々の同情や理解を引き起こす。行為者に有利または不利な観点は、それゆえ、大きな重要性を持ち、具体的な事例状況や関連する価値の側面の法的位置付け次第で、重い刑から無罪—例えば正当防衛を理由に一まで、ほぼすべての結果が想定可能である。また、社会、夫婦、家族における女性の役割についての変遷に鑑み、各国の法律上の基準を不公正と感じ、判断の際に迂回を試みる蓋然性も少なくない。配偶者殺害という事例状況は、それゆえ、特定の価値構想や法秩序の実務上のメカニズムにおけるより深い洞察を可能にする。

I. 3. 調査の基盤となる事例類型

事例に関して、一つの統一的な状況を基本に、犯行の評価が異なる四つのヴァリエーションが作成された。第一類型が、犯行の事情から、最も重い刑が科される可能性があるもので、第四類型が、正当防衛に基づいて無罪になる可能性がある類型、第二、第三類型は、それらの中間に位置する。全ての類型において殺人罪の構成要件が実現されていることに疑いはない。未解決なのは、各事情の重要性に基づく犯行の不法内容の評価である。

したがって、研究の中心に位置するのは、犯行の不法の段階付けに関する様々な体系であり、加重・減輕構成要件への位置付けから、事実審の量刑にまで至る。正当化事由や責任阻却事由については部分的に言及があるものの、刑法上の帰属の一般的要件や、犯罪実行の特別の現象形態、並びに、行為者の人格の量刑への影響は、意図的に取り除かれている。また、殺害について故意があることは確定しており、証明の問題は、行為者の責任能力や、正当防衛に関してのみ問題になる。

基盤となった事例は以下の通りである。

- 基本状況：OとTの夫婦生活は、Oが失業し毎日大量のアルコールを飲むようになって以来破たんしていた。夫婦は常に諍いになり、その際、Oは、Tを繰り返し激しく殴打していた。
- 類型1：Tは、虐待をもはや甘受しようとせず、Oを殺すための有利な瞬間をひたすら待っていた。ある晩、Tは、Oが眠り込んでいるのを見

て、用意していた手斧で、彼を殺害した。

—類型2：Tは、荒んだ状況から完全に自暴自棄になっており、そのため、ある晩、大量のアルコールによって眠り込んだOを見て、突然、鈍器を掴み、彼を撲殺した。

—類型3：Tは、ある晩、Oから繰り返しひどく虐待されていた。30分後、就寝したOを見て、Tは、Oをナイフで刺殺した。

—類型4：激しい諍いの際に、Oが、Tに近づき、彼女を殴ると脅迫した。Tは、台所に逃げ、ナイフをつかみ、後を急いで追いかけてきたOを刺殺した。

I. 4. 法現実的な出発点：第一審判決の予測

実体刑法上の規制の実務上の実施は、とりわけ、刑事手続において行われる。刑法の作用は、それ以外に、立法、判例、行刑のメディアにおける流布によっても発揮されるが、この効果は間接的であって経験的に測定することが困難であるため、時間的財政的観点から、これらは今回の調査から取り除かれる。刑事手続自身は、複雑で動的な事象であり、その結果と帰結は、判決の形態によってのみ読み取られるわけではない。例えば、強制処分やメディアへの公開が被疑者に負担を与えるほか、手続が予定より以前に打ち切られることもある。しかし、これらの点も捨象されている。

したがって、研究の法現実的な出発点は、罪責と量刑についての判決手続による訴訟の終了である。判決宣告前後の手続（判決宣告に先行する捜査や、後の上訴及び行刑手続）は、副次的にのみ、顧慮されている。

II. 調査方法

II. 1. 実行方法の総論的記述と基礎付け

調査方法の確定は、著しく困難であった。先行研究が欠如していたところ、具体的な調査方法だけでなく、予期される結果も不確実であったため、個々のステップそれぞれについて詳細に議論され、しばしば修正されなければならなかった。また、方法論は、各国で非常に異なる結果を相互に比較可能にできるようにオープンなものにする必要があった。

この困難性に基づき、本研究の実施に際して以下のことが明らかになった。まず、規範的側面としては、一つの狭い犯罪領域を点描的にのみ把握し、次に、法現

実的側面からは、研究結果の不確実性を顧慮した可能な限り簡明な方法を選択しなければならなかった。最後に、二つの領域を円滑に結びつけることも必要であった。それゆえ、選択されたのは、架空の事例の解決という方法であった。I. 3において挙げられた事例について、最初に、各国を担当する研究分担者が、自身で、各国の法に照らした解決を考えた。その後、各国の法律家に対して、当該事例の取扱いに関してアンケートが行われた。このアンケートは、作為的に選ばれた専門家への半公式的な集中的インタビューの形式で実施された。本アンケートは、研究分担者による規範的分析の点検としてだけでなく、法現実的側面の問題、すなわち、当該事例において裁判所はどのような判断を下すか、あるいは、アンケート回答者がどのような判決を適切と評価するのかという問題の解明にも役立った。

具体的な事例に基づく異なった法秩序の分析は、少なくとも、規範的レベルにおいては、比較的わずかな労力で、個々の国家の法における比較的深い洞察を得ることを可能にさせる。法現実的観点においては、架空の事例は、たしかに、法律家の意見や態度を尋ねるための一つの手段でしかなく、彼らの実際の行動は、現実の刑事手続の観察や事後的な分析によってはじめて確定され得る。しかしながら、見込まれる結果についての不確実性に鑑みれば、そのような分析は現実的に困難である。また、実際の事件を十分な数調査する場合、たいてい、重要なニュアンスにおいて異なっているため、比較可能性に疑わしさが残る。

最後に、本研究が選択した、問題や回答可能性があらかじめ精密に決定されていない、意識的に選別された少数の回答者に対する集中的アンケートは、偶然に選別された大多数に対する平準化されたアンケートに比べれば、確かに比較に適さない一般化可能性が困難なデータしか提供しない。にもかかわらず、本研究の開拓的特徴に基づき、このようなアンケート形式しか選択できなかった。平準化されたアンケートでは、過度に多くの質問が設定され、回答可能性は非常に広範囲に散らばることになっていたであろう。それに対して、本研究の集中アンケートは、インタビューを行う研究者が個々のアンケート回答者の回答に柔軟に対応することで、長時間の浪費なしに本質的な観点を聞き知ることができるという利点を持っていた。

ただし、それに伴い、回答は一部でかなり異なった結果となり、目標とした比較が著しく困難になったという損失を甘受しなければならなかった。たしかに、重要と評価された問題や基準は、あらかじめ、すべての国で取り上げられることになっていた。しかしながら、時間的制約により、インタビューによっては予定の質問を全て終えることができず、また、本質的なものとされていた観点の意味も、国ごとに異なってあらわれた。それゆえ、アンケートの評価の際には、一部で、著しい間

隙がある。調査を可能な限り完全なものとするために、各国を担当する研究分担者が、共通のアンケート評価シート及びそこに挙げられた質問について、当該国について自身が有する知識と実施されたアンケートから、規範的に適切な、あるいは、実際に見込まれるであろう解決を再現している。

この方法によって得られた結果は、たしかに、統計的な方法によって一般化されるようなものではないが、部分的に注目すべき程度には説得的なように思われる。少なくとも、その後の研究にとっての基盤を形成することができたであろう。とりわけ、目標としていた規範的考察と経験的考察の結びつきを確立することができた。本事例の主題である規制領域が規範的レベルにおいて適切に捉えられただけではなく、全ての本質的な規範的な問題設定にとって、少なくともある程度の訴求力を持った法現実の足跡を得ることができた。

II. 2. 調査対象国の選択

調査対象国も、方法論的な必要に応じて選択された。研究の困難性から、本研究の対象が比較的少数の国々に限定され、その際、見込まれる結果が概観可能な範囲にとどまる必要があった。それ以外に、研究分担者が実務家へのアンケートを現実的に実施可能で、短いスパンで行われる打ち合わせに参加できるような場所にある国々でなければならなかった。他方で、研究結果の一般化のために、法体系や法文化のある程度広範な多様性がカバーされなければならなかった。それゆえ、選択は、以下の国々となった。ドイツ、イングランドおよびウェールズ、フランス、イタリア、オーストリア、ポルトガル、スウェーデン、スイスである。これら国々は、全てヨーロッパにあり、旧社会主義国も含んでいないが、非常に異なった歴史的、法的、犯罪政策的流れを辿ってきた。上記国家の間で、本事例に対して類似の社会評価が期待され得たことも、利点であった。なぜなら、各国における事例解決の相違は、社会文化的背景ではなく、法体系における違いに還元されることになるからである。

II. 3. 事例類型の定式化

本研究で用いた事例は、すでに I. 3 において記述されているが、その決定には比較的長時間を要した。計画されたインタビューの数が少なかったのも、プレテストなどは行われていない(本研究自体が、今後行われる研究の試行として役立つものとなる)。にもかかわらず、事例類型の確定に至るまでに、非常に労力が費やされた。最初に、殺人犯の領域が、I. 2 で挙げられた理由から、本研究にとつ

て、特に適したものとしてはっきりと示されたあとで、適切な事例を発見するために、研究対象国家全ての文献が調査された。結果として、以下のような事例が案として示された。

- 被害者による行為者の挑発の様々な段階を伴う人間関係の葛藤からの殺人。
- 例えば強盗などの他の犯罪行為と結びついた殺人で、様々な段階の主観的側面と組み合わせられたもの。
- 様々な段階の主観的側面と組み合わせられた死亡結果を伴う交通事故事例。

しかしながら、約90分の対談の形で予定されている専門家のアンケートには、最大でも、少数のヴァリエーションを伴う一つの事例しか取まらないであろうということになった。そのため、人間関係葛藤からの殺人が、もっとも結果を約束する事例ということになり、同事例が選択された。事例のテキストは、I. 3に挙げた通りであり、必要な限りで、研究グループによって、各国の言葉に翻訳された。

II. 4. アンケートの経過

II. 4. 1. アンケート対象の選択

集中アンケートは、各国の少数の法律家に対してのみ実施されたことから、最初から、統計的手法による結果は期待されていなかったため、無作為抽出検査の方式は行われず、それぞれの国において、様々な職業グループの実務家からの選択的な抽出が行われた。一般的な基準として、一定の職業経験を有する、裁判官、検察官、刑事弁護人、大学教授の職業群から、それぞれ2～3人が選択される。選択は、各国を担当する研究分担者が行い、その際には、外国において実施される研究計画であることに基づく対談相手を確保することの困難性から、個人的な人脈や推薦も利用された。アンケートが実施された法律家の数は、各国で様々で、9人（ポルトガル）から17人（フランス）の間である（平均は12.6人）。ただし、全ての国で、異なった職業群は、十分に代表されている。

II. 4. 2. インタビュー手引きの決定

インタビュー手引きの確定は、本研究においてももっとも重要であると同時に最も困難な課題の一つであった。各国の独自性が全て捕捉されるべきである一方で、結果を比較可能なものにするために、アンケートの内容と形式において、全ての国である程度に統一的でなければならなかった。そのため、最初に、研究グループが、全ての国について、各類型において法的・事実に問題となるであろう全ての点を素描した。続いて、全ての国にとって妥当する基準のカatalogueが確定された。この

基準は、仮に国によっては問題にならないものであったとしても、アンケートで尋ねられるか、少なくとも、当該国を担当する研究分担者が確認する必要がある。最後に、対談の際の実際の問題、とりわけ、時間的制約も計算に入れられなければならなかった。各国にとって統一的な基準カタログは、以下の観点を含んでいる。

- 犯行の実体法上の格付け：適用され得る犯罪構成要件，正当化事情，責任阻却事由，その他の処罰阻却理由，明文不文の加重軽減事由。
- 量刑：重要なファクター，具体的な予測，執行方式の影響。
- 以下の評価上の観点の具体的な重要性：計画的（類型1の場合），熟慮された実行方法，眠っている被害者の防衛不可能性の利用，夫の殺害，犯行の予防的な目標（さらなる虐待の回避），行為者の精神的負荷，被害者による犯行の誘発，行為者の差し迫った苦境（類型4の場合）。
- 刑事手続：裁判体と手続の種類，判断理由の要求と上訴による統制，様々な弁護の抗弁の際の証拠・証明の問題（行為者の精神状態についての専門家の鑑定書，とりわけ正当防衛の際の証明負担），司法取引や判決合意，弁護戦略，検察官や裁判所のあり得る反対戦略。
- 刑の執行：予期される実際の服役期間，実質的な行刑の緩和（開放処遇など）。

II. 4. 3. 対談の実施

対談は、各国の報告書の著者によって実施された。対談相手には、前もって事例が渡されていた。共同研究者は、基本的に手引きに基づいてインタビューを行ったが、場合によっては、手引きにない質問も行った。回答に関する基準は設けていなかったもので、対談相手の回答は自由に行われたが、いくつかの点、例えば、行為者に対して科される刑の見込みなどについては、研究分担者が、可能な限り具体的な回答を要求することが取り決められていた。対談時間は、平均して約90分であり、最短は約60分、最長で二時間を超えた。全ての対談は、テーブルコーダーによって録音された。対談相手は、我々の研究プロジェクトに対して、一貫して協力的で、進んで回答してくれた。

II. 5. 結果の評価

II. 5. 1. 実行方法の総論的記述

アンケート結果の評価の目標は、調査内容を、重要な情報を失わない限度で、可能な限り同じ形式で、したがって、比較可能な方法で評価するということであっ

た。そのため、評価は、複数の段階をとった。最初に、録音記録が原語で書き起こされ、続いて、その内容を、各分担者が箇条書き風にまとめて、各国ごとに並べた。これに基づき、全ての国に統一的な評価シートが作成され、対談相手の回答を数値で把握し、電子データ化した。それ以外に、各研究分担者に対して、担当する国に関する知見とインタビューの経験に基づいて、評価シートに適切と思う値を記入することが要求された。

続いて、対談記録と上記電子データに基づいて、国別報告書が作成された。そこには、各国の法の解説、及び、アンケート経過に関する記述以外に、対談相手の回答が詳しく記載され、解説されている。

最後に、国別報告書と電子データに基づき、各国の比較評価が行われた。全ての結果とその解釈は、誤謬を可能な限り排除するために、研究グループ内で詳細に議論された。研究結果の比較記述も、グループ全員の共同作業である。

II. 5. 2. 評価のための基盤としての電子データベースの作成

したがって、評価の本質的部分は、全ての国にとって統一的な電子データベースにおける対談結果の評価に基づく。最も困難であったのは、対談記録を、記述的統計的分析が可能な一つの形式に移行させることであった。このためには、個々の質問に対して以下のような順序尺度が用いられた。

- 1 = 明白に肯定
- 2 = どちらかといえば肯定
- 3 = どちらともいえない
- 4 = どちらかといえば否定
- 5 = 明白に否定

上記尺度以外に、以下の選択肢も用意された

- 6 = 質問は、先行する質問への回答に基づき不要である
- 7 = 法的理由から問題にならない
- 8 = 質問は（十分には）回答されない
- 9 = 記録に回答がない

続いて、個々の対談において出てきた全ての本質的な観点を、上記の尺度が使えるような質問の形式に仕上げた。評価シートの質問が、そのままの形で、実際に相手に行われたとは限らない。各質問は、むしろ、対談相手の意見表明をどのように解釈するのかという、研究分担者に対する問いとして理解されるものである。

ここで二つの例を挙げる。

(1) 事例の第四類型、及び、場合によっては第三類型においては、各国で行為者に正当防衛が認められるのかということが問題になった。しかし、正当防衛に関する様々な観点がどの程度詳細に説明されたのかということは、国ごとに著しく異なった。そのため、評価シートは、考えられる全てのヴァリエーションを、一つの統一的な形式にまとめた。それは、正当防衛について以下のように記述されている(過剰防衛と誤想防衛についても、類似の質問が記述されている)。

3.1.1 正当防衛が問題になるか?

3.1.2 不処罰の要求を満たしているか

——全体として?

——正当防衛状況に関しては?

——防衛行為の強度に関しては?

——特別な正当防衛限定の不存在に関しては?

3.1.3 訴追機関は、正当防衛を理由としてそもそも公訴提起を断念するか?

3.1.4 裁判所は、正当防衛を理由に、行為者に無罪判決を下すか?

例えば、第三類型に関して、正当防衛の可能性が厳格に否定された場合、質問3.1.1については、「5」(明白に否定)と記入され、その後の質問全てについて、「6」(先行する回答に基づき不要)が記入されなければならない。これに対して、対談相手が、正当防衛の可能性に言及する場合、少なくとも3.1.2の最初の部分(本来は残りの部分も)については「1」~「5」の回答が記入されなければならない。これに対して、検察庁の起訴に関する判断(3.1.3)および裁判所の判断(3.1.4)についての予測まで回答されるのかということは、各国の法の独自性、個々の共同研究者の質問技術、対談相手の表現などに左右された。これらの点は、インタビュー手引きにおいて言及されていないため、多くの対談では語られておらず、そのため、評価シート上は、「9」と記入されている。にもかかわらずこれらの質問が挙げられているのは、当該情報を評価に供するためである。

(2) 事例の文章によれば、Tは、全ての類型において、殺人の故意を有していた。共同研究者に対しては、必要であれば、あらためてこの事実を指摘することが促されていた。にもかかわらず、複数の国の多くの対談相手が、第四の類型において、殺人の故意に疑いを抱いていた。殺人の故意に関する質問は、インタビュー手引きでは予定されていなかったため、アンケート結果はその限りで一般化し辛いですが、以下の質問が、評価シートにおいて記録された。

「2.3 主観的構成要件：殺人の故意が、対談相手によって問題とされたか」

例えば、事例に関し、故意についての詳細な認定が間違いなく必要であるという発言は、「1」（明白に肯定）と記入される。その一方で、例えば、故意はおそらく問題にされるが、狙って刺したということで問題にならない可能性もあるという表現は、「3」（どちらともいえない）と記入される。故意が欠ける可能性にそもそも言及がない場合、これに対して、「9」（回答なし）と記入される。

したがって、対談相手の発言を評価シートのどこに位置付けるのかということについては、時には、少なくない解釈の作業を要した。この際、統一性を可能な限り確保するために、疑問のある質問すべては、研究グループ内で詳細に議論された。

常に繰り返された重要な問題は、全てのインタビューにおいて、対談相手が正当と評価する事例の解決と、裁判所の判断の予測との間が、十分に区別されて述べられているわけではないということであった。それゆえ、当該回答が、そもそも比較可能なものは疑わしいが、対談状況の比較的長時間の分析によって、次のことには一致がある。すなわち、対談相手が、同人が予期する裁判所の判断と明らかに距離をとろうとしている場合にのみ、両者の食い違いに意味があるということである。このような違いは、一般的には出ることは少なく、陪審手続のような特別な事例や、検察庁や裁判所の一般的な評価に承諾しない弁護人のような場合においてのみ、比較的重要な点となる。自己の評価や裁判所の判断の予測のみが問われており、対談相手自身も相応する差異化を行っていなかった場合は、そのため、対談相手の評価は、裁判所の判断の予測と同一視された。

ただし、評価シートを仕上げる際に明らかになったのは、インタビュー手引きは重要なすべてのポイントを把握していたが、同時に、研究分担者と対談相手には、回答に際し大きな裁量が与えられていたということであった。それゆえ、全ての国に対応するためには、一部の国、一部の対談に際してのみ重要であった多くの観点が評価シートに収容されなければならない、そのような問題に対しては、他の大部分の対談では評価シートに「9」（回答なし）と記入されてしまうこととなった。しかしながら、このことは、研究の開拓的方法に鑑みれば、回避不可能であり、誤謬とはいえない。また、回答の間隙を埋めるために、上述のように、各研究分担者自身も、自身の回答を評価シートに記入しており、この記録も、全体の比較評価の際に、同様に顧慮されている。

（品田智史）