

◇ 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』（4）

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、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、本号)

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16章 刑の執行の具体的詳細

(§ 16 Besonderheiten der Strafvollstreckung, S. 909-915.)

最後に、刑法体系の実際の作用の比較に際しては、刑の執行の方式も見過ごすわけにはいかない。半自由拘禁、大規模な拘禁中外出休暇、または開放行刑のような実質的な宣告刑執行が緩和されることで、同じ長さの刑期が、必ずしも被宣告者に同様の負荷となるわけではないのである。すべての国々が満期前の釈放の可能性を予定しており、たいていの場合、観察のための残りの刑罰の猶予と結び付けられており、国ごとに些細とは言い難い差異が存在し得る。

以上の理由から執行の緩和に関して、とりわけ予期されるべき執行期間に関して質問された。それにより、裁判所による制裁決定の際にそのような減軽が予期され、かつ計算に入れられていたのかも明らかにすべきとされたのである。もっとも、捜査および有罪判決に従事した法律家は例外なくその後の執行判断には関与せず、それゆえ当該事例においてどのように予想され得るかについて被質問者は何ら認識していないことが即座に明らかになった。フランスのある裁判官は、陪審員が実際の執行期間に関して質問したが、しかし彼は陪審裁判所の裁判がそれによって影響されることは許されないと指摘したと説明した。

そもそも刑の執行についての回答は、推量によるものであったため、比較可能ではなかった。例外であるのは唯一、終身自由刑であり、事例1についてイングランド・ウェールズにおいて全員一致して、そしてドイツおよびスウェーデンにおいても何人かの被質問者によって、終身自由刑が予測された。ここでは少なくとも若干の被質問者が、実際の服役期間に関する確実な表象を持っていた。その理由としては、イングランド・ウェールズの裁判官は、最低服役期間を勧告しなければならず、そしてドイツでは判決を下した裁判所は、15年という最低服役期間後の時点において、責任の特別な重大性を理由として釈放が排除されるかどうかを判断する必要があるからである。イングランド・ウェールズの被質問者のほとんどは、約10年の服役期間を出発点としていたが、これは法律上の基準には合致しないものであ

た(最低服役期間についての裁判官の勧告は、12年を下回るべきではないことになっている。イングランド・ウェールズ報告書第4章Ⅱ.1.2.4.および第4章Ⅲ.1.3.1.を参照)。ドイツでは最低服役期間である15年の服役後に釈放が予期され、そしてスウェーデンの被質問者は16年ないし17年後の釈放を予測した。

その一方で企画参加者は、刑務実務での、とりわけ期限前の釈放の法律上の可能性、および部分的には刑罰執行官庁ないしは刑罰執行裁判所の実際上の運用についても一般的な指摘を行っている。すなわち拘禁期間中の実質的な執行緩和は、各国でも様々な形式で可能である。我々の提示した事例では、Tには前科がなく、再犯の危険もないので、おそらくそのような拘禁の軽減という優遇を享受することも予期され得る。その際の特徴的な違いが各国で存在するかどうかは、申告を手がかりにしてでは十分には回答できず、それに関する調査を必要とする。しかしながら制裁を科す際の裁判所の判断は、明らかにこのような執行緩和によって影響されてはいないので、我々はその点での補足を必要とは捉えなかった。

同様に、有期自由刑における期限前の拘禁からの解放は、すべての検討対象国において可能なものであった。イタリアおよびフランスではわずかな変更はあるものの、各国において最も早い時点ではおよそ宣告刑の半分において、そしてたいいてい国において宣告刑の3分の2経過後に、釈放について言及されている。このような利益獲得についてのTの実際上の見込みに関しては、すでに述べたように、被質問者はあれこれ推測するにとどまったため、各国の具体的比較は不可能であった。いずれにせよ、総じてすべての国々について3分の2の服役を出発点としていることが証明されたように見える。

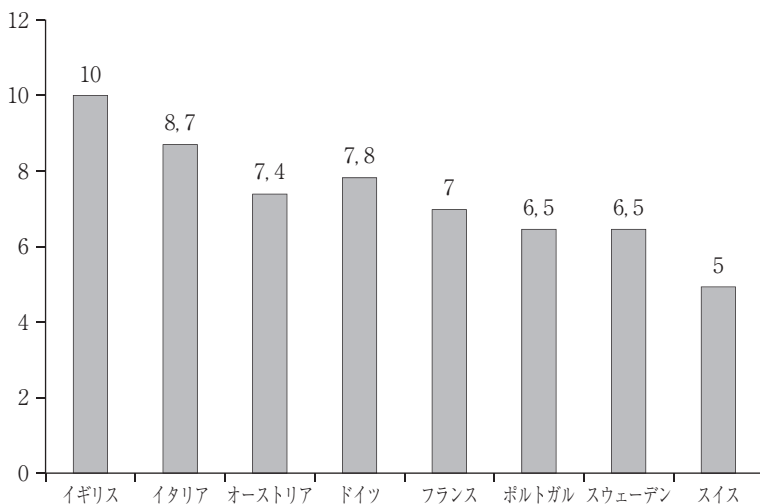
イタリアでは、再犯予測の良好な場合における「条件つき釈放」の可能性と並んで、再社会化目的での「期限前の拘禁からの解放」という追加的な可能性が存在し、それぞれ半年の間、有罪宣告を受けた者がその再社会化のための用意のあることを示した場合には、その刑から45日間を引き下げる。我々の事例でのTにはそれにより追加的な4分の1の刑罰減輕が利益としてもたらされる。さらに事例2ないし事例4においては、第15章V.で述べられた、定式化された3分の1の刑罰減輕を伴う簡略化された手続の可能性が考慮されるに違いない。その結果、比較的重い刑罰は劇的に減輕されるのである。イタリアの被質問者はこのことを以下のように説明した。すなわち、法律はさしあたりかなり重い刑罰を規定しているが、しかし具体的事例では事後的にこの重い刑罰は多くの減輕の可能性によって再び引き下げられるであろう。この事実、カトリックの考えによって裏打ちされたイタリアの法理解の帰結である。それによれば悔悟の場合には赦しの論理が存在するのであ

る。大赦および刑罰免除というイタリアの構造は、「汝が悔いるならば、その時は私は汝を赦す偉大なる母となる」ということを意味しているのである、と。

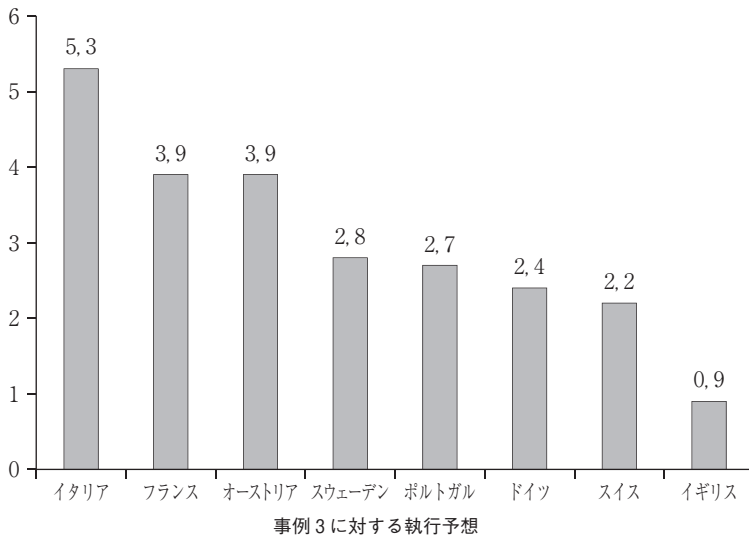
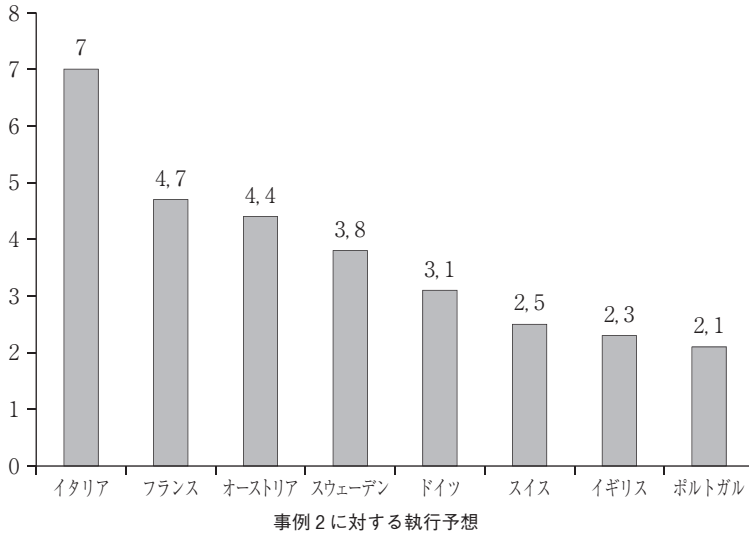
以下の図は、それに基づく予期されるべき刑期の長さを示している。終身自由刑については、関係する被質問者の申告が基礎に置かれている(イングランド・ウェールズは10年、ドイツは15年、スウェーデンは16年)。有期自由刑については、総じて、判決について予測された刑期の3分の1が差し引かれ、イタリアにおいては追加的に4分の1、および事例2ないし事例3について簡略化された手続を考慮する場合にはさらに3分の1が差し引かれている。

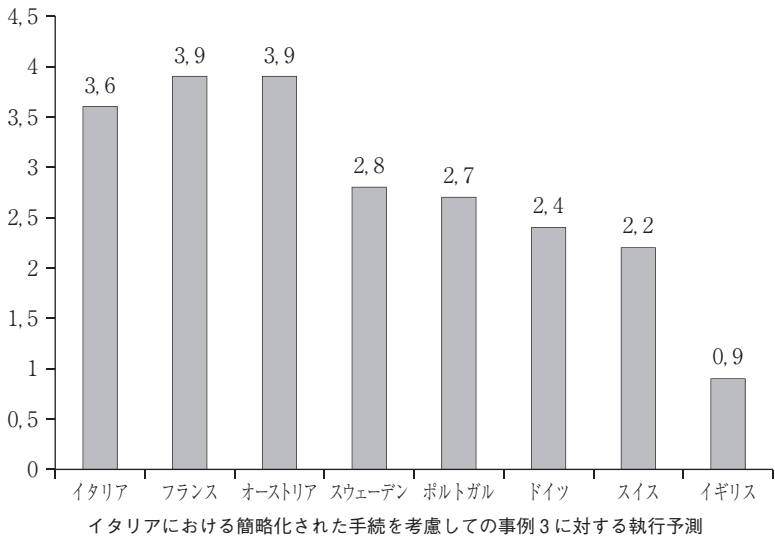
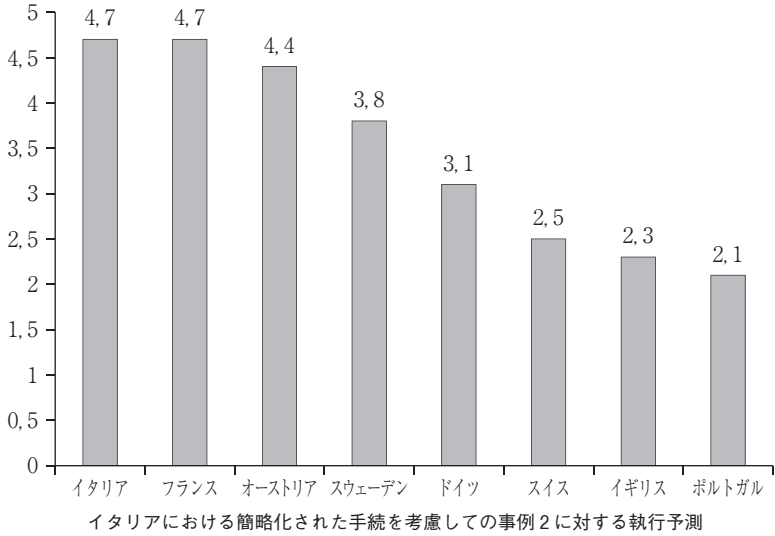
事例1においては明確に、判決予想におけるよりも各国の絶対値は互いにより近づくこととなったが、しかし順位は本質的には変わらなかった。とりわけイングランド・ウェールズならびにイタリアは上位のままである。ドイツのみがオーストリアよりも上位へと移り、そしてスウェーデンはポルトガルと肩を並べた、なぜなら自由刑については仮定的評価である「20年」の3分の2ではなくて、實際上予想された15年ないしは16年という服役期間が用いられたからである。

事例2および事例3において、イタリアは当初はトップのままであった。簡略化された手続による刑罰減輕がさらに付け加わってようやく、執行期間はフランスやオーストリアの水準にまで下がった。



事例1に対する執行予想





構成要件の格付け、刑罰からの解放、制裁決定、刑事手続および刑の執行についての帰結は、これまでの章で示され、そしてそのつど考察され評価されてきた。しかし、決定的な全体的帰結は以下の章において導き出される。その際に、研究調査結果を前にして、どのような観点がヨーロッパにおける刑法の調和と統一を獲得するのかという問題も検討される。

(野澤 充)

第17章 基本的な共通点と国を超えた構造

(§ 17 Wesentliche Gemeinsamkeiten und länderübergreifende Strukturen, S. 915-923.)

I. 制裁の程度

前章で示された執行予測の概要は、ヨーロッパ法の展望にとって喜ばしい印象を与える。イタリアにおける刑の減輕に比べて、より早い時期に予測されるイングランド・ウェールズにおける終身刑からのTの釈放を考慮すると、全ての調査対象国の全体としての帰結は似通っている。もっとも、この調和のとれた様相には若干の不協和が存在する。制裁の執行期間の予測は、裁判所による刑罰の決定の予測よりも相当大きな留保が与えられている。特に、一般的な制裁の程度に関して、イングランドの制裁の他の国との近似性が疑問視される。イタリアの体系は、外部の者にとって追体験可能ではない。

そのため、制裁の程度の相違は大きくはないが、個別の国には他の国々でのばらつきの程度を超えたそれ弾が生じることが予測される。刑事手続体系の比較可能性と予測可能性において、より強固な相互の信頼を築くには、さらに個別に適応化が必要となる。

それにもかかわらず、調査結果には4つの事例の他にも驚くような一致が認められる。異なった歴史的背景、社会文化的メンタリティー、国家の立法において形成された特質にもかかわらず、その上に統一的なヨーロッパ刑法を築くことを許す適切な刑罰の程度に対するヨーロッパの共通理解が存在する。

II. 犯罪構成要件の意義

可罰的行為と不可罰的行為との区別は、我々の調査では役に立たない。どの国で

も、4つの事例においては、少なくとも傷害致死が認められることについて疑いようがない。

同様に、我々の調査の事例類型に、外見上の行為のラベリング—たとえば、故殺や謀殺—が重要な意味を持つという指摘はほとんど見られない。イタリアは、殺人行為については完全に構成要件的な区別を放棄しており、異なる外形の特徴付けもされない。ポルトガルは、明確に中立的な構成要件の標識を選択している（「Homicidio」「Homicidio qualificado」「Homicidio privilegiado」）。フランスでも、故意の殺人の基本構成要件といくつかの加重形式の相違は、異なる犯罪名称（「meutra」「assassinat」）によってのみ強調される。

他の国では、特に、故意の殺人の「通常の事例」に「謀殺」のラベリングがなされる場合に、条文レベルで宣伝的な（plakativen）行為の特徴付けを行う傾向がある（イングランド・ウェールズ、オーストリア、スウェーデン）が、この点に法適用レベルでも特別な意義が認められるという根拠は見られない。確かに、イングランド・ウェールズにおいて、故殺と謀殺との対立の上で訴訟構造が成り立っている。なぜなら、起訴は謀殺が原因とされ、故殺への格付けは、陪審員の有罪判決によってはじめて行われるからである。それにもかかわらず、行為の外形の特徴付けは、陪審員にとってそれほど重要ではない。なぜなら、それは制裁の問題と広範囲で重複するためである。謀殺を理由とする有罪判決は、終身刑の効果を伴うため、疑義が生じた事件の判断は、陪審員が被告人を一生の間獄中に送りたいかどうか左右される。

その他の国では、構成要件的な格付けを制裁の問題から事実上区別することが可能である。オーストリアとスウェーデンでは、構成要件の格付けと制裁は完全に平行である。疑義が生じた事例について重い構成要件を選択した対談相手は、確かに、重い刑罰枠を制裁の賦課の際にしばしば軽減したが、同じ事例について軽い構成要件を選択した対談相手に比べて、一貫して重い刑罰を言い渡すことに賛成した。反対に、ドイツとスイスでは、多数の対談相手は、重い構成要件をとりながらから、軽い構成要件にあたりと判断した対談相手よりも、軽い制裁予測をするように制裁予測が大部分で重なる。ドイツにおいて、この重複は、特に謀殺の構成要件の場合、厳格な法的基準に理由がある。多くの対談相手は、この厳格な法的基準のために、構成要件の格付けの段階に問題を乗り換えることはできないとしつつも、量刑段階で望ましくない帰結を修正するために尽力するのである。構成要件の格付けからの制裁予測の広範な独立は、行為無価値の内容と刑罰決定の評価を非形式的な段階で実現する一方で、公的な判決の理由づけを単なる形式的な基準へと

格下げすることに基づいている。スイスにおいても、公的な行為の格付けと実際の量刑との区別は、望ましくない法的基準の修正が必要ないにもかかわらず、議論されている。これらの国において、対談相手の回答は、決して、ある構成要件か、他の構成要件かという選択が意識的に一般公衆に——また被告人にも——警告を行う目的でなされているわけではないということを推測させる。

そのために、——少なくとも、我々の研究の範囲では——犯罪構成要件の意義は、罪責評価(Tatunwertgraduierung)の役割に収斂する。可変的な構成要件の格付けと広範に及ぶ一般的な刑罰の軽減の可能性によって、開かれた、明瞭な行為の評価と量刑を許容するオーストリア、ポルトガル、スウェーデンの体系では、評価と格付けの基本的な部分はすでに構成要件段階で行なわれている。これらの国では、より重い構成要件か、より軽い構成要件かという判断は、同時に量刑段階で修正されることのない制裁予測のスペクトルの上部と下部を決定する。

スイスの体系もそのような運用を可能にする。ただ、構成要件の格付けは、ごくわずかな意味しか認められない。4つの事例の行為無価値の内容は、事例1については加重構成要件と基本構成要件の間の評価が定まらず、事例2から4については基本構成要件と減輕構成要件の間の評価が定まらない。しかし、このそれぞれ2つないし3つの選択肢に狭められたスペクトルの範囲内では、選択された構成要件が予測される制裁の程度の振れ幅に影響を与えることはない。なぜなら、近似した刑罰から同一の刑罰までの両端が記述されるためである。重い構成要件の類型にあたると判断された者は、刑の減輕に結びつき、軽い構成要件にあたると判断された者は、刑罰枠の引き下げが一貫して拒絶される。そのために、罪責評価と制裁の全体的考察を行なった場合、大部分で一致する。

イングランド・ウェールズとドイツでは、事例類型の構成要件の格付けは、厳格な法的基準によって完全に制御されている。イングランド・ウェールズでは、故殺への行為の格下げが成功するかが問題の中心となる。その答えは陪審員の手に委ねられているため、対談相手は予測を差し控えており、量刑についてはそれぞれ別の回答をした。故殺の採用される事例について予測される制裁は、流動的な経過部分が完全に排除されるため、謀殺について強制される終身刑より相当程度軽くなっている——これは他の全ての国において予測される刑罰の水準よりも軽い——。そのため、法適用者による罪責評価は、故殺の採用される事例でのみ行われる。それに対して、謀殺の場合には、法律に従う以外に選択肢はない。

ドイツでは類似の厳格な法的基準が存在しているが、それは法適用者によって、減輕事由、特に限定責任能力によって緩和される。構成要件の区別は、第一に、被

被害者の何も知らない、あるいは、眠っている状態を理由として謀殺の基準を肯定することができるかという問題に左右され、第二に、謀殺構成要件の否定される事案については、被害者による行為の自招が責任のより軽い故殺の事例とすることを余儀無くしているかという問題に左右される。事例2、3の場合、2つの問題に、明確に答えることはできない。そのため、対談相手により、計3つの構成要件の区別があげられている。にもかかわらず、制裁予測は固まっている。事例2の場合、部分的に加重構成要件から、減輕構成要件を基礎とするよりも、より軽い制裁が予測される。それに対して、事例1の場合、全ての対談相手が一致して、謀殺によるTの有罪を出発点とする。しかし、制裁の予測は、それぞれ終身刑をとるか、刑の減輕の可能性を認めるかという点について幅がある。全体として、ドイツでは、予測される制裁の程度は、適用する犯罪構成要件の選択の影響をほとんど受けない。そのために、罪責評価としての犯罪構成要件の意義はそれほど大きくない。より正確には、ドイツでは、法律上の刑の重さの格付けの外側で、インフォーマルな裁判法の基準に依拠しているのである。

フランスにおいても、構成要件の選択は、ほとんど行為の格付けと、制裁の予測には影響しない。確かに、事例1については、加重構成要件の適用も肯定されるし、最も重い刑罰も主張されている。しかし、事例2から4の場合、構成要件的な格付けと、制裁予測は明確に乖離している。事例2と4の場合、殺人の故意が疑問視され、これらの事例の判断は、それぞれの基本構成要件と傷害致死との間を上下する。これに対して、事例3の場合、基本構成要件か加重構成要件のいずれかが支持される。それにもかかわらず、事例3の制裁予測は、正当防衛に近いものであることが指摘されている事例2と4の場合よりもさらに低い。

イタリアの立法者は、他の全ての調査対象の国よりも、より強固な独立した罪責評価の体系を構築したにもかかわらず——あるいは、そうしたから——、最終的に、構成要件的な区別を完全に放棄した。そのため、罪責評価の体系における犯罪構成要件の国を超えた一致は、確認することができない。確かに、イタリア以外では、およそ行為の重さに基づく故意の殺人の形式の区別が認められるが、この基準はいくつかの国では、実務から無視されるか修正されている。ドイツの犯罪評価の体系で構成要件該当性の段階に認められる大きな意義は、少なくとも、本調査においては証明されなかった。個別の例外を除けば、——我々の事例類型にとって桁違いに重大である——罪責評価の機能は、むしろ、はじめから刑罰枠の量定の一般基準を伴う犯罪構成要件と事実審判事の量刑との共同作用であると推定される。

Ⅲ. 不処罰事由と罪責評価の関係

一方で事例 1 から 3 における制裁の程度、他方で事例 4 においてあり得る無罪判決に関する我々の対談相手の判断の理解は有益である。この際、T に対して特に慎重な態度をとり、我々の調査の範囲では最も高い制裁を示したイタリアとフランスの法秩序が事例 4 の正当防衛状況についても、ほとんど無罪としない傾向がある点で、明確な関連が示される。他には、イングランド・ウェールズで普及している特別な理解をとる考え方は、事例 2、3 については、——故殺への格付けができる範囲で——軽い制裁を示しており、事例 4 についても、最も高い無罪率が示されている。他の国でも、完全に明確となっているわけではないが同様の傾向が見られる。

フランス法の正当防衛への敵対性は、被告人への証明責任の転嫁と、過剰防衛の優遇の欠如という現在の法的状態によって説明できる。それに対して、イタリア法では、正当防衛への敵対性は、法適用者の制限的な態度に起因する。イギリスの対談相手の格別な正当防衛への友好性も、部分的には、寛容な法律状態と関係している。この尺度に当てはめた場合、ドイツには高い無罪の比率が予測される。

しかしながら、正当防衛について、法適用者の実際の考え方が強い影響を持つことは、不思議なことではない。この正当化事由、ならびに、それに付随する過剰防衛・誤想防衛を理由とする無罪判決の可能性は、全ての調査対象国において、類似の一般的、抽象的、形式的な評価基準（「必要な」「他に手段のない」「合理的な」）に基づく。その評価基準は、実務によるさらなる具体化を必要とし、相当程度広い判断の余地を有する。この余地を埋めることは、少なくとも我々の調査によれば、類似の実際の行為ならびに罪責評価・制裁の決定を基礎として行われる。この分野で伝統的・文化的に条件付けられた相違が存在する限り、この余地を埋めることは、個別の法規定から見て推定されるよりも広範に行われており、しかも法適用の全ての段階に及んでいる。

もちろん、それぞれの国で、無罪を認める対談相手もいれば、T の有罪を認める者、あるいは、有罪が法律上予測されているという者もいる。たとえ、異なる国々の全体的立場が大きな違いを示していたとしても、この相違は、個別の国の中で見られるばらつきを超えない。そのため、事例 4 の結果について予測される不安定さが問題となる。その不安定さは、事実の記述の不正確さに起因するだけでなく、その事実がほぼ全ての関連の法秩序の観点から、可罰性と不可罰性の境界で展開していることにも起因する。

IV. 罪責評価、事実審判事の量刑および手続体系

同様に、罪責評価、事実審判事の量刑および手続体系の相互作用において支配的な構造が認められる。裁判官の厳格な量刑や、明確に相互に区別された最低限度の刑罰を伴う刑罰枠の法的拘束は、決して説得力のある、安定した制裁実務を生み出すわけではない。我々の調査で、このようにして一致したのは、イングラン・ウェールズにおいて、事例1でTに終身刑を認めるということのみである。しかし、イギリスの対談相手によって多数の軽い制裁予測が示されたように、この帰結が妥当なものとして認められているわけではない。制裁予測は、陪審員が予測に反して、故殺と判断する場合があるために成り立たない。實際上、特に、厳格な法的基準は、不正な判断の危険をはらんでいる。なぜなら、このような方法では、個別の事例の特殊性を考慮することができないからである。

しかし、法適用者に対して、異なる狭い量刑の間から刑を選択するにあたり、ある種の自由が許されるために、多くの場合、幅のある選択を行わなければならない。イタリア（「数学的な」刑罰の算出）ならびに、事例1のドイツ（終身刑または3から15年の自由刑）、スウェーデン（終身刑または10から15年の自由刑）の結論が示すように、本書において問題となる事例については、この判断の強制は、一貫した結論を生み出すのではなく、逆に制裁予測のばらつきを生む。

それとは反対に、意外なことに判事の広範な裁量を伴う体系では大部分において一致が見られる——このことは、適合する刑罰の範囲を拡張すること（事例2、3の際のイングランド・ウェールズ）あるいは事実上の放置あるいは法的基準の相対化（事例2、3の際のドイツ、また、スイスでは一般的にこの問題が生じている）に起因しているように思われる。判事の罪責評価と量刑の基準は、立法者がそれを裁量としたのよりも、明らかに広い流動的な経過部分を可能としており、限界事例においてより良く、適切で、安定的な、予測可能な結論に配慮することができる。そのような均等性（Homogenität）の前提となっているのは、特に上級裁判所の裁判官の、量刑の一貫した運用に配慮する意思である。フランスのように、統一の意思が欠如する場合には、対談相手の判断は、それぞれ大きく相違するだけでなく、判決の予測も不透明となる。

確固とした刑罰または厳格な刑罰枠を設定しないものの、罪責評価と量刑を法的な例示によってより詳細に限定・コントロールする、中間的なシステムは、その仕組みに比例するように、中間的な数値のばらつきを示す。もっとも、このグループ

の中には、かなり均等な制裁予測になる国（ポルトガル、事例2、3の際のスウェーデン）と、あまり均等ではない制裁予測になる国（オーストリア）の間で、明確な相違が認められる。そのため、罪責評価体系・量刑体系の数値上のばらつきの直線的な関係は立証できない。

先述の通り、我々の調査の結果は、上訴審後の裁判官の量刑のコントロールが刑事訴訟システムの結果の予測可能性に根本的な影響を有しているということを想起させる。職業裁判官による量刑判断の詳細な根拠付けが、ドイツ、イングランド・ウェールズ、イタリア、ポルトガル、スウェーデンにおいては必要となる。制裁予測の際に、これらの国（イタリア、事例1の際のドイツ、スウェーデン）から大きなばらつきがみられる範囲内では、ばらつきは、異なる側面のある事例の明確な類別を行うことができないのに、法的に定められたかなり幅のある選択の間に判断が拘束されることに起因する。しかしながら、その他の点では、これらの国の制裁予測はかなり均等である。

その点では、オーストリア、スイスにおいては、より緩やかなコントロールの可能性・コントロールの強度しかない。オーストリアにおいては、量刑は、故意の殺人の場合、職業裁判官と素人から構成される陪審裁判所によって行われる。陪審裁判所は判決を基礎付けるのではなく、ただ適用される刑罰枠を関連する構成要件と、個別の減輕事由・加重事由に関する具体的な問題の解決を通じて限定するにすぎない。スイスでは、確かに、連邦憲法が裁判官の量刑の根拠付けについて、最低限の要求を行っている。しかし、この要求は、実務上、地裁の主任裁判官の個人的な経験に基づく、表面的なものにすぎない。それにもかかわらず、オーストリアの制裁予測は過度なばらつきがあったのに対して、スイスの制裁予測はかなり均等であった。

実務における量刑の上訴審によるコントロールは、フランスでは行われていない。ここでも、陪審裁判所は、その制裁の決定に理由を与えるのではなく、個別の問題に答えるにすぎない。オーストリアとは反対に、これは、量刑についての基本的な加重的・軽減的な情状に該当するのではなく、適用される構成要件および選択可能な無罪判決に制限される。しかし、刑罰の範囲が極度に広く、法律がどのような基準も与えないために、上訴審裁判所による制裁の決定のコントロールは、基礎を欠く。そのため、対談相手の回答は、異なった結論となった。

おそらく軽い傾向は、手続体系と制裁予測の一貫性との関係の中で認められる。均等な制裁実務は、素人裁判官よりも、職業裁判官によってより容易に保障される。それによって、もっぱら職業裁判官が量刑について決定する調査対象国（ポル

トガル、イングランド・ウェールズ）においては、制裁予測のばらつきは、比較的軽微である。それに対して、スイスの各州では、もっぱら素人が刑罰の問題について判断するが、我々の調査は、その点について有効な結果を有していない。その他の国では、量刑は職業裁判官と素人から構成される合議体によって行われる。その際、大きなばらつきのある制裁予測（フランス、イタリア、オーストリア）と、かなり均等な制裁予測（ドイツ、スウェーデン）が同程度に存在している。反対に、証拠調べが判決を下す裁判所より前に、真实性の調査のための義務を負わされた職業裁判官または検察官・弁護人の行う代理によって実行されるかは制裁の決定に影響しない；手続体系と予測される制裁の程度との間には、どのような関係性も認識できない。

（吉川友規）

第18章 ヨーロッパ刑法の展望

（§ 18 Perspektiven eines europäischen Strafrechts, S. 923-928.）

I. 現行法秩序の調和

少なくとも、EU 内の刑法秩序の部分的な調和には、今日ほとんど疑いなく実際の必要性がある。たとえ、AEUV（EU における作業方法に関する条約）82条1項が法的判断の相互の信頼と加盟国の条文の統一化を、刑事事件における司法権の協力の基礎と見ているとしても、両者の間には根本的な内在的関係が存在する：異なる国の訴追当局が効率的に協力し、他の加盟国からの判断を自国での検討なしに、是認して執行する場合には、相互の信頼が必要となる。しかし、そのような信頼は、体系間の相違が大きくない場合にものみ可能である。他の EU 加盟国への自国民の欧州逮捕状に基づく引き渡し、または外国判決の再検討を経ない承認・執行は、実務的には、関連の機関が、その都度の他の国において、類似の判断を類似の規定によって、類似の帰結で自国におけるのと同じように行われていることを前提とする場合にのみ支障なく行うことができる。我々の調査は、刑事訴追の際の、EU 内の共同と矛盾しているという問題を認識させる。スイスを調査対象国に参入することは、この視点からも正当化される。なぜなら、スイスは EU 参加についての不安定性にもかかわらず、刑事訴追の分野で、ヨーロッパのシステムにおける統一を目指しており、シェンゲン条約ですでに基本的な歩みを始めているからである。

もちろん、調和は画一化ではない。対談相手の回答が示しているように、実際の事例の解決にあたっては、個々の国の法秩序枠内でも、少なからず相違が存在している。そのため、国の違いと特性は、その結論がそれほど乖離しておらず、判断の尺度・基準がある程度明瞭で、それぞれの異なる面について追体験可能である場合には、容易に許容できる。

この基準を基礎とする場合、我々の調査は、奨励されている合意も、個別の気がかりな相違も明らかにしている。刑事手続の特殊性、特に刑罰の執行方法も考慮に入れた場合、個別の事例に対する全体としての帰結は、驚くほど狭い範囲に集中している。もっとも、この調和は、個別の国では、かなりの不安定さを有している。イタリアで科される刑罰は、一般に非常に重い。海外での合意手続と相当早期の拘留からの釈放による修正の可能性が、自国民を信頼のおけるイタリアの司法に委ねるために、十分な釣り合いを図る事情とみることができるとは、不確かであるように思われる。事例1でイングランド・ウェールズにおいて不可避であると思われる終身刑は、他の国においては是認されない。それはイングランド・ウェールズの比較的短い執行期間によっても、完全に説明することはできない。同様に、事例4では、正当防衛に敵対的なイタリアとフランスの態度は、他の国の不信を招く。それに対して、一般に比較的ゆるやかなスイス司法の考え方、イギリスの事例2、3における考え方は、問題が少ないように思われる。なぜなら、Tに対する寛容な態度は、全ての調査対象国の法秩序の中であり得るもので、実際に、個々の対談相手によっても、支持されているからである。

罪責評価と法律上の制裁の決定に関しては、広範な一致が存在する。異なる事例の理解はいたるところで、ほとんど一致した方法で決定されており、実際の標準的な評価の視点も、本質的には同じである。それに対して、構成要件の区別の法的体系、刑罰枠の決定、裁判官の量刑については、明確に違いがある。そのために、法技術的な過程は、最終結果に向かって、その都度、異なる推移をする。ヨーロッパの刑法の調和の目標は、すべての体系に適合し、本質的に合致した結論に行き着くことであって、同じ性質の事案の、国内のあまりに大きな制裁のばらつきは、避けられなければならない。その都度の結論に至る法技術的な道のりが透明かつ理解可能なものでなければならない。それによって、判断は外部からも追体験可能であり、事案に適合したものとして受容される。

この基準に基づいた場合には、複数の調査対象国で問題が生じる。ドイツでは、かなり硬直的な謀殺メルクマールと強制的な終身刑の組み合わせは、不公正な判断の危険性をその中に含んでいるだけでなく、体系全体が、一方で、犯罪構成要件

の厳密な格付け・軽減付与のメルクマールによって、他方で、量刑の際の広い判断の余地の存在によって、外部からみて非常に不透明である。仮に、結論が均等であり、内部の者にとって予測可能である場合でも、外国の司法が具体的な判断方法を追体験することは困難である。何故なら、実際の罪責評価と量刑は、非公開の裁判官のそれと並行した世界でなされているからである。

イングランド・ウェールズでは、特に、故殺と謀殺の犯罪構成要件の区別は、事案に適合しておらず、その上、その区別は陪審手続の不安定性によって謀殺の方に傾く。事例1の場合には、明らかに過酷な結論に至り、他の場合でも、事例の判断は、「オール・オア・ナッシング」の問題となってしまう。この障害が克服された場合には、確かに、硬い量刑相場の裁判体系は、制裁の判断の広範な予測可能性を実現できるが、大部分の他の国の視点から、最低限度よりもさらに詳細に刑罰枠を限定することによる立法者の慎重さが習慣化される必要がある。

特にフランスについては、あまりに広い裁判官の自由裁量に対して信頼を置けない。そこでは、実務上、事実審裁判官の極端に広い刑罰枠における職務遂行は、上告審によってコントロールされていない。そのため、対談相手の予測は、部分的には広い範囲に拡散しており、判断の透明性と予測可能性が保障されない。フランス司法にとって、この状況は受容可能である。判断の正当性は、まず第一に、多数の素人から構成される参審裁判所の主権に委ねられているからである。しかしながら、ヨーロッパの共同の枠組みにおいては、透明性の欠如が問題となる。

ヨーロッパ的観点からは、すでに示されたように、特にイタリアの体系は受容可能ではない。その重い刑罰、広い刑罰枠の選択肢の間からの判断の持続的な強制と、それに起因した制裁の決定、ならびに、特に刑事手続・訴追において受忍可能な水準への刑罰の高さの回帰の不透明な手段・方法のために、実務上、あらゆる近代的な適合性の要求と矛盾する。

これに比べて、オーストリア、ポルトガル、スウェーデン、スイスの4つの「小さな」国が模範として考えられる。たとえ、構成要件的な区別と量刑が個別的には少なからず、異なっていたとしても（オーストリア、スウェーデンの制裁予測は、明らかにポルトガル、スイスよりも大きくばらついている）、法適用者に対して、一方でより良い方向付けをして、他方で必要な可変性が残された、明確に構造化された、罪責評価と量刑の法体系を用いることができる。その結論は、一貫し一般的に受容可能な範囲であり、判断のための法技術的手段は、透明性があり、外部からも追体験可能である。

正当防衛、誤想防衛、過剰防衛によって、事例4でTに対する無罪の判断があり

得ることについては多くの一致がみられる。全ての国で、事実上の生命・身体への違法な侵害も、過失なしに誤想した生命・身体への現在の違法な侵害も無罪の根拠となり得る。防衛行為への要求は、確かに、個別の法秩序によって、異なった厳格さで表現されるが、この相違は我々の事例類型では、作用しないか、またはそれが家庭内暴力に対する正当防衛への実際上の国家司法の立場と重なる。防衛行為が必要な程度を超過した場合、フランス以外では、過剰防衛を根拠とする無罪が考慮される。その際、大部分の国では、過失がないことを要件に免責される可能性がある。フランスにおいてのみ、その他に、一少なくとも、理論的には一正当防衛の可能性の説得的な説明で十分であるにもかかわらず、被告人に正当防衛の要件についての立証責任が転嫁される。事例4の判断の国家間での相違は、フランスとイタリアの例によって、他の法秩序の考え方が受容されないということが強調されるものではない。それゆえ、大部分の国では、我々の調査の結論によれば、この点に具体的な調和を図る必要は存在しない。それに対して、調和を図るために、イタリアでは、実務の立場の変更のみが必要とされ、フランスでは、立証責任の転嫁を放棄し、意図しない過剰防衛を理由とする無罪が他の国の水準に近づけられることが必要とされる。

事例類型の実体法上の判断と予測される制裁の程度および同一性は、手続体系によってほとんど損なわれることはない。このことは、手続に関して、調和を図る必要がないということの意味するわけではない。批判的な証明状況のある複雑な事例、ならびに、特に国を超えた捜査・証拠の評価においては、手続に存在している相違が、相互の信頼の成立を相当程度妨げ、強い摩擦を生む。それでもなお、我々の調査基盤の上では、実体刑法の形式と内容については、補足なしに、証明手続の両立を越えて双方向の統一が必要であるということを出発点とすることができる。イギリスの陪審裁判の際には、陪審員が他の国におけるように、具体的な問題に答える義務を負うべきか、そのために、陪審員の判断に強固な構造が与えられ、上訴審裁判所によっても、より詳細に審査され得るのかだけが検討される。それと平行した実体法と、特に刑罰権の決定・罪責評価の独立なしには、フランスの例で示されたような措置は無益である。

II. 超国家的なヨーロッパ刑法の創出

AEUV86条にもかかわらず欧州検事局の導入は、すでに疑わしいものであるが、進展中の政治的な統合は、超国家的なヨーロッパの刑罰権の創出を長期的な目で見

れば、容易に想起させる。それは、一アメリカ合衆国の法律と同じように一最小限の部分で、それぞれの国家の体系と競合する。ヨーロッパの刑事訴追機関の活動のためには、ヨーロッパ刑法・刑事訴訟法が必要となる。それらは、調和のとれた国家の刑法秩序の上に築かれるのではなくて、それ自体が個別の国の体系と明らかに相違する可能性のある規定となる。

たとえ、将来の超国家的なヨーロッパ刑法の具体的な姿について、目下のところ、推測することしかできないにしても、我々の調査は、その点についても、若干の説明を加えることができる。ヨーロッパ法の立法者は、極端な立場を避けて、全ての国から受容可能な妥協点を見つけないといけない。個々の規定の範囲に関係しているものが(たとえば、殺人の行為の構成要件の理解、正当防衛規定、責任能力など)、そのような妥協を可能にするように思われる。確かに、現在のそれぞれの国家のモデルは、部分的には当然に異なるが、我々の調査は、法適用者の実際の考慮が我々の事例類型の位置付けと判断の際に、基本的に、相互に異なるものでないことと、およそ法適用者の考慮、あるいは、少なくとも類似の評価の観点を標準的なものとみなしているということを示した。この事実上の実態を考慮したヨーロッパ法は、一般的に受容可能である。

我々の事例類型に関係する領域にとって、これは次のことを意味している：構成要件段階では、殺人行為のヨーロッパ規定のための模範としては、基本構成要件よりも重い場合を規定するスウェーデン、オーストリアの2段階モデルも、刑罰の範囲を中間の領域から最も高い刑まで拡張するスイス・ポルトガルの3段階モデルも考えられる。それに対して、硬直的な終身刑と結びついているドイツ、イギリスの規定、減輕構成要件を放棄するフランスの規定、構成要件的区別を否定するイタリアの規定は、模範として適していない。

正当防衛については、大部分の法秩序は、少なくとも、暴力的な夫による直接的な現実の侵害が問題とされる点で、それほどばらつきがない。防衛行為の均衡性がより厳格に強調されるか、あるいは、単に極端な事例の修正要素としてみなされるにすぎないかどうか、および、過剰防衛が大まかな裁量によって無罪を導くか、具体的な免責可能性のある場合にのみ無罪を導くかは、確かに、法政策的な議論の対象となる。それにもかかわらず、実際の調和という観点からは、ヨーロッパ刑法がこの問題に踏み込むことはほとんど想定できない。

同様に、およそ全ての調査対象国の法秩序は、強い精神的な負担または暴力的な夫の殺害において爆発した具体的な情動が相当程度責任を減少させるとしており、そのために、刑の減少する事情と認識している。このことは、全ての国別報告書で

述べられている、Tの精神的な状態が我々の事例類型では、法医学的あるいは心理学的な検査によって解明されるという予想にあらわれている。それに対して、法律上の答責性の完全な排除は、およそ過度な要求である。そのため、それはすべての事例について一致してありえないと考えられる。責任無能力・限定責任能力の当該規定についての一般的な協調はそのために、現実的であるように思われる。

異なる体系の強固で、根深い歴史的、法文化的な根底は、それとは反対に、罪責評価と裁判官の量刑の際に現れる。ほとんど制約のないフランスの裁判官の量刑の自由、イギリスの裁判官の法律上の量刑システム、イタリアの重い量刑と重い制裁を伴う法律上の罪責評価の数学的なシステム、そして、可変的な、法的基準によって行われるものの、狭い範囲に拘束されないオーストリア、ポルトガル、スウェーデンの間には大きな乖離がある。法律によるドイツとスイスの裁判官の交流は、他の国では奇異な感じを抱かせる。相互の類似に基づく妥協は、ここでは、ほとんど可能ではない。そのために、ヨーロッパの立法者は、必要な大部分の一致を見込める、具体的な道筋を決定する必要がある。しかし、そのような多数派が実際に存在するかどうかは、意見の相違の大きさから疑わしい。

全体として、超国家的なヨーロッパ刑法の展望は、依然として相当疑わしいと考えられる。基本的な評価、ならびに実務の帰結において、基本的には一致するにもかかわらず、重要な部分における非常に重大な法文化の相違は、慎重に段階的に調和することも、これが狭い限定的な領域を超え、全体系を包括することを試みる点で、非現実的であることを示している。国民の多い、経済的、政治的に強い「大きな」国であるドイツや、イングランド、フランスは、特に大幅にその中心線から離れて、大きく変化しなければならない。しかし、他の面として、我々の調査は、場合によっては、多くの双方向的な信任とヨーロッパ刑法を統合するのに役立つ気風が起こることに寄与し得る。全ての国の個別の歩み、独自性、法文化上の相違にもかかわらず、基本的な評価の問題において、合意が存在することが認識できる場合、外国の裁判所の判決の、留保なしの承認が容易になされることがあっても、前進的な調和の受容が増加することがあってもよいだろう。

(吉川友規)