

◇ 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』（6）

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, 本号)
 - 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

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.

II. 比較刑法の目的と役割

C. 立法的比較刑法

裁判官は、法を解釈するだけでなく、外国法に目を向けて現代的に再定式化し、最適となる形で再機能化させ、調和的に同等化させ始めるやいなや、まさにすでに、法創造の限界を超え、根本において立法者の専門領域に属し、それに応じて「立法的比較刑法」と特徴づけることができる領域に入り込んでいる。この法政策上の指針においては、比較法のきわめて重要な機能が見受けられる。

立法的比較法の多様性に一定の構造を与えるために、様々な目標設定(II. C. 1.)と様々なレベルおよび射程(II. C. 2.)を、それぞれ詳細に観察することが推奨される。そこですでに示されるのは、それぞれの立法動機に応じて適用領域もそれぞれ異なったものとなりうるということである。

1. 目標設定と課題

(a) 自国の刑法の最適化と近代化

立法的比較刑法は、現存の法の最適化と近代化に向けられるのとまったく異ならないと考えることができるであろう。というのも、刑法がその改善に資するものではない場合に、変わろうとするはずはないからである。しかし、改善か改悪かの問いはその都度の法政策上の観点に依存しうることだけでなく、他国のそれ自体疑わしい法の欠缺が、自国の法における欠陥をよりよく正当化しうるために引き合いに出されることも排除されない（例えば、死刑については国際的な廃止の努力にもかかわらず、とりわけアメリカ合衆国のような進歩的と評価される国の実務を引き合いに出すことで、刑法に関するいくつかの後進的な国々は存置が許されると考えている）。この種の改悪（*reformatio in peius*）は、立法的比較刑法の標語にはまづなりえない。

➤比較刑法が最適化に寄与しうるのは、それが自国の法の批判的検証を喚起するものであり、より良い点がありうる外国の法秩序の規則に注意を払い、そこから改正プロセスへつなげることによってである。それは、自己の欠陥が国内的に認知されることによって生じることもあれば、外国における模範的な法の改善がきっかけとなることもあれば、国際的「ベンチマーキング」における可能な限り最善な法状態の追求に至ることもある。その際、例えば、アメリカを模範として強められた捜査手続における被疑者・被告人の地位のように、大規模な再編あるいは原理的な方向転換が重要となることがありうるが、そうならなければならないわけではない。むしろ、最適化は、例えば児童ポルノに対する効果的な保護やインターネットにおけるプロバイダーの責任の強化のように、法技術的改良ないしは個別的な修正においてもすでにありうる。

➤国内刑法の近代化においては、偶然に条件づけられた散発的な改良を超えて、地域的ないしは普遍的な刑事政策の発展のような、根本的な政策上の新たな方向付けによってもたらされえ、そこでは外国の模範から——ないしは抑圧の経験からも——洞察とインスピレーションが期待される改革が問題となっている。アラン・ワトソン（Alan Watson）の格言のように「法は主として借用によって発展する」ならば、このことは、刑法における改正の推進力にとってもほぼ妥当する。ドイツを例にすれば、19世紀の「リベラルな刑事訴訟」はイギリスやフランスの模範なしには考えられなかった。ドイツが輸入国から輸出国になった例として、19世紀中頃の明治維新後の日本や、20世紀初めのオスマン帝国後のケマル改革によるドイツ刑法および刑訴法の借用がある。他方、アフリカの植民地において導入されたヨーロッ

パの刑法が、あまり発展していない伝統的な部族の法に多くの点で優れていたとしても、たいていはその意思に反して無理強いされたものであるという理由からすでに、現地の人々には歓迎されなかった。法治国家的に動機づけられた刑法改正においても、政治システムの変遷によって以前の社会主義的国家において必然的なものとなったように、西ヨーロッパの刑法典および刑訴法典は模範として資することができた。しかし、これらの改正プロセスにおいても、必ずしもあらゆる比較法の要請が望まれるわけではなかった。改正の必要な国に対し外部からの圧力で、見かけ上はより良い外国の法が押し付けられた場合には、特にそうである。それは例えば、英米由来の当事者主義的手続モデルの、まったく別様なヨーロッパ大陸的な訴訟構造への問題のある導入において観察される。他方で、より大きな住民グループが、自国からその移住の際に故郷の刑法をいわば「背負って」持ち込み、改正の際にもその「母法」に広く方向づけられる場合、人口移動に条件づけられた転移過程は異なったものとなりうる。このことは、ラテンアメリカにおける展開についてよく認められる。それゆえ、任意に輸入して持ち込んだ外国法と押し付けられた外国法の間のありうる相違を意識することなしに、近代化に方向づけられた比較刑法について語ることはできないのである。

➤「解決のストック (Lösungsvorrat)」の創出についても、立法的比較刑法には重要な目標が設定される。それは、アクチュアルな立法的需要の充足であることもあれば、また場合によっては将来的な改正計画の先取りであることもありうる。そのような場合に、立法者が無策とならないように、比較法によって「体系的に整理され、実践を通じて吟味され、批判的に評価されて」利用可能な解決の選択肢に、立法者は依拠できる。そこでは当然、最終決定は立法者に委ねられなければならない。

➤もっとも、このような立法者の選択の自由は、立法者が多様なモデルの豊富な提供物の中から、自己の法政策に最も都合が良いものをつまみ食いすることによる、「セルフサービス店」であるような濫用につながることもありうる。偏見なく試食してみなければ、自分に合うものを的確に見つけることができない「ビュッフェ・ダイナー」と同様、外国のモデルの立法的選択もまた、政治的、文化的、およびその他の社会的な共通性と相違に関する考察の下で、自国の法体系への適合性が検証されることを前提としている。

(b) 越境的な適合：同化——調和——統合 (Unifizierung)

これまで述べてきた立法的比較法の目標設定が、主として、国内刑法の改善ない

しは修正についての独自のきっかけからなされるのに対し、以下では、越境的な準則が、比較法によって支えられる立法に誘因を与える諸事例が問題となる。たしかに、立法者はその際、超国家的な準則を国内刑法に委嘱するとしても、なお自律的である。それにもかかわらず、立法者は、比較法に対しても一定の方向づけを行うことがありうる特定の条件に服する。それは様々に要請され、法の同化、法の調和、法の統一の間で——滑らかな推移をもって——区別される。

➤比較法的な同化では、加盟国が当該構成要件や法効果を可能な限り広く相互に近づけることによって、共同体的な犯罪者訴追の国際的義務づけを考慮することが重要である。そのような準則は、例えば、EUの財政的利益への詐欺的侵害に対する保護のためのEU作業条約(AEUV)325条から読み取ることができる。

➤個別の訴追領域を超えて、様々な国の刑法体系が可能な限り広く相互に両立しようものとするか、可能な限り統一した最適化が目指される場合には、調和について語られている。そこでは、同質性にかかっている必要があるというよりは、むしろ獲得すべき目標にかんがみた機能的同価値性にかかっている必要がある。

➤統合は、複数の国内法秩序が完全に統一されるか、または上位に位置する法秩序に完全に服する限りで、関係する法秩序がその国内的な独立性を維持している前述の適合段階を超えている。ヨーロッパの法領域にとって、それ自体まだその機は熟していないだろう。

(c) 普遍的・超国家的刑法の発展

先に取り上げた立法的比較法形式はすでに、国境を超えて他国の立法が影響が受けるという意味で、越境的である。しかし、それは第一義的に国内法を対象にしているのに対して、ここではむしろ、超国家的な法の形態が問題となっている。それは、様々な態様においてありうるが、とりわけ以下のような過程にますます意義が認められる。

➤最初の段階は、最上位の法原理の比較法的な同一化を可能にするが、それは、すでに国内レベルでは広範囲に承認が得られており、それによって、国内的にも越境的にも、さらなる法の形成にとっての基準を提供しうる。この模範機能は、実体法レベルでは、例えば法律主義や責任原理の承認について、また訴訟法レベルでは、例えば普遍的な人権宣言に定められた公正ルール形成について意義を有する。

➤このような個別にすぎない法原理は、同時に、国際条約および協定の拡張や強化にとって重要な下準備を提供することができる。これについての著名な例は、

ジェノサイドの禁止や、さらなる具体化を必要とするが、残虐で非人道的で品位を落とす刑罰の禁止である。

➤このような努力は、国際的な刑事裁判管轄の形成に最終形を見出しうる。これは当初は、場所的・時間的に限定された国際アドホック刑事法廷の形式において旧ユーゴスラヴィア(ICTY)とルワンダ(ICTR)で行われたにすぎないが、ICCに関するローマ規程によって達成されたような、常設の国際刑事裁判所の設立は、基本的に時間の問題にすぎなかった。

その際、比較法がどのような重要な役割を果たしうるかを、アドホック法廷と国際刑事裁判所の異なる発生条件ほどよりよく明らかにするものは、ほぼありえない。ICTYやICTRが設立されることになった切迫性の下では、下準備のための時間はわずかしかなかったが、国際刑事法廷には、より長い準備の時間を与えることができた。それに応じて、ICTYの運営についての基準となる規程(ICTRの運営についてのももほぼ同内容)は、あわせて34箇条と非常に短いものとなっており、そこでは裁判管轄の規定以外に、一般的な可罰性の要件についてはわずかにすぎず、手続に関する規定はなかった。それに対して、ローマ規程は129条からなり、実体法的にも手続法的にもずっと多くの規定がある。国際法委員会のICC草案は、本質上むしろ形式的な管轄権の観点に制限しており、——故意と錯誤、未遂や共犯、正当防衛やその他の刑罰阻却事由に関するような——本質的な可罰性の要素の構築は、代案の提出を通じて学者グループの主導ではじめて行われた。

このような異なった出発条件は、規定内容にも認められる。ICTYやICTRの条文は、コモンローを法源とすることは間違いないが、ローマ規程には、ヨーロッパ大陸的な刑法の伝統からのより強い影響が確認できる。類似の重点の転移は、規程において補充された手続と証拠の規則(RPE)にも観察される。このことはすでに、裁判官の役割の相違から読み取られる。ICTYとICTRは実際上、手続的な準則なしに運営されなければならなかったので、裁判官たちは必要な手続規則を自ら定める必要があった。通常は議会に認められるこのような法創造的な任務と機会においては、可能な限り完全かつ迅速に利用可能なサマリーを審理のテーブルに置くことができた裁判官グループの法表象によって、ルールが差し当たり支配されることは否めない。そしてそれは、コモンロー由来の裁判官によって達成された。しかし、ICTYの実務では、コモンローの当事者主義的訴訟構造が、少なくとも複雑な国際刑事手続にはあまり適していないことが強調されるのに応じて、——しばしば論争的に「糺問的なもの」と貶められる——近代的ヨーロッパ大陸的な訴訟法の指導的諸要素が、裁判官法上の手続と証拠のルールにますます導入されるように

なった。

この変化プロセスを、ICC のための PRE に徹底させる必要はなかった。それは、すでに形式的な点で、それらが裁判官の協議による決定によって成立するのではなく、管轄を有するローマ規程の専門委員会による立法類似の手續において創出されたという理由から、必要なかった。他方で、すでに ICC-PRE の制定の際に、ICTY の実務の経験を考慮することができ、それは様々な法圏の委員会構成員の関与の下で比較法を基礎に行われたという限りでも、必要なかった。

2. 規制レベルと射程

立法的比較法のありうる目標設定のリスト化からすでに認識されるように、これらの目標設定はそれぞれ異なる射程を有する。この射程はまた、法改正がどのような規制レベルで行われるべきかに依拠しうる。繰り返しは避けるとしても、まずは様々なレベルと射程の多様性に関する概観を示すことが、適切であるように思われる。その際に示されるのは、立法的比較法は理論的比較法および司法的比較法と共通して、あらゆるレベルで——それは国内法的ないしは越境的性質をもつが——問われなければならないことである。これに対して、それらのそれぞれの射程に関しては、一定の相違が存在する。司法的比較刑法が一貫して個別的な問いのみに関わるのに対して、立法的比較刑法は、個別的な比較領域からグローバルな比較領域に至るまで拡張されうる。

(a) 様々な射程

➤範囲が小さなものから広範囲にわたるにつれ、すでに個々の法変更は外国の刑法ないしは国際的改正議論との比較によって影響を受けうる。ドイツ刑法177条が、以前の婚外条件の削除によって婚姻における強姦に拡張されたという例がある。この個別的な変更が、文言の構成要件上の削除や補充を通じてのみではなく、特別規定を通じても達成されうるということは、国際協定に起因する、贈収賄犯罪における外国公務員と自国の公務員の同列化が示している。すでに言及された児童ポルノとの闘い並びにインターネットにおけるプロバイダーの責任の強化も、同じカテゴリーに組み入れることができる。

➤部分的な構造変更は、アメリカの模範により刑事訴訟上の告知義務が拡張された場合、あるいは罰金がスカンディナヴィアの日数罰金制に切り替えられた場合についていうことができる。適応事由方式から期間解決方式ないしその中間のカウンセリングモデルへの妊娠中絶法の法比較上影響を与える置き換えも、この「ソフト

ウェア式の」変更」に数えることができる。

➤「ハードウェア式の」システム変更については、例えば、刑事手続が伝統的な「糺問的」訴訟体系から英米の「当事者主義」体系へと置き換えられる場合についていうことができる（イタリアがその例である）。他国の模範により導入されたドイツ刑事手続の迅速化についての準則も、ここに位置づけることができる。

➤このような拡張は、最終的には、伝統的な刑法秩序ないしはこれの本質的な部分の大規模なシステム交換にまで至りうる。この「法的移植」の形式において、例えば日本では実体刑法がドイツ刑法を模倣し、トルコではドイツ刑事訴訟法が受け継がれている。

➤多面的基盤を基礎にした新たな法典編纂も考えられる。例えば、コモンローの領域にとつてのアメリカの「模範刑法典」のように、特に法比較上機能している模範刑法典の継受によってである。ラテンアメリカでは、1971年の「ラテンアメリカ刑法典」や、1988年の「イベロアメリカの模範刑事訴訟法大綱」がその例である。より最近では、「EUの財政的利益の保護のための刑法上の規制についてのコルプス・ユリス」ならびに「ポストコンフリクト刑事司法模範法典」もそうである。

➤近年、様々な国際的そして越境的刑事法廷によって生じているように、裁判管轄の新たな設立も垂直的に広範囲のものとみなすことができる。

(b) 様々な規制レベル

すでに前述したことから示されるように、立法的比較刑法の射程は、最初から一定の規制レベルに固定されるわけではない。それどころか、比較法的に補強されるべき改正を必要とする規制のレベルが深くなればなるほど、射程は広がりうるし、逆もまたしかりである。そこでは、なだらかな推移は存在するものの、立法的に方向づけられる比較刑法の4つのレベルを区別することができる。その際、——逆のように観察されるべき経験に反して——国家レベルから地域や全世界的レベルを経て超国家的レベルへと下から上に登っていくのを認めることができる。

➤はっきりしている限りでは、まず国家レベルにおいて、立法者による改革の際に、外国の模範や経験への方向づけが行われた。これについては、ギリシャ・ローマの古典期からイギリスの「商取引法 (Law Merchant)」を経て、ドイツにおける20世紀初頭の改正政策的に動機づけられる外国刑法の調査に至るまでの弧を描くことができる。このレベルではまた、法比較上補強される——あるいはまた阻止される——自国の刑法の変更のスペクトラムは極めて幅広いものである。例えば、婚姻関係における強姦のような個別の刑罰構成要件に始まり、罰金方式や訴訟システ

ムのような構造変更を経て、日本におけるドイツ刑法やトルコにおけるドイツ刑法のように——多かれ少なかれ修正された——外国法秩序の総輸入へと至っている。その際、——模範刑法典の継受による場合のように——多くの国での平行的な改正に至る場合でさえ、少なくともそれが何らかの拘束力のある準則から自由に行われる限りでは、純国内レベルでの動きである。

➤ 複数の国々による様々な協力協定や連合によって意義が増大するような、地域レベルでの立法的比較刑法が、国内レベルでの比較刑法から際立っている。これは、EU の場合のように、特に隣国間では容易に想定される。そこでは特に、欧州逮捕状やすでに言及した財政的利益の保護のための「コルプス・ユリス」が考えられる。その際、とりわけ処罰阻却事由の同化も報告されるべきであった。さらなる地域的規制の領域として、いわゆる「シェンゲン圏」があり、そこでは、まずシェンゲン圏についてのみ国境を越えた「二重訴訟禁止」が導入され、その後 EU 全体に拡張された。むしろここでも、——ヨーロッパ評議会の枠組みにおけるように——ヨーロッパ人権条約の形式において一定の権利および自由の保護について、ないしは——OECD の枠内におけるように——調和がはかられた腐敗対策について義務付け、あるいは少なくとも宣明した諸国家の協働を考慮することができる。このことは越境的比較法なしにはほとんど達成されないだろう。

➤ 立法上の意図が国家的・地域的領域を超えて広くなればなるほど、いっそう普遍的なレベルに移行する。けれども、このレベルは超国家的レベルにあっさりと同置されうるわけではない。前者においては、国内的に上位で、たしかに単に国内的かつ地域的なもの以上のものである法が問題となるが、それは、後者において上から拘束的に賦課されることなしに、グローバルな妥当と尊重を狙いとする法の発展が言われることにより超国家的なものであるもの以下であるからである。これについては、特に上位の法原理の比較法的な同一化と呼ぶことができる。このような国内刑法への国際刑法の「反映」に、ローマ規程に依拠した2002年のドイツ国際刑法典 (VStGB) の形成も数えられることになるだろう。

➤ 超国家的レベルについては、二種類のものが特徴的である。一方では、義務的性格によって上位に位置づけられる審級により創出ないし課される、あるいは義務的国际的な協定に基づいて適用されるところの法の発展が問題となっている。他方では、その領域的射程に関して、無制限に普遍的である必要はなく、むしろ両面的ないし多面的に地域的な基礎において効力を発揮しうる。後者については、特に EU 加盟国にとって義務的な刑法および刑訴法を引き合いに出すことができる。そこでは、実体刑法としては EU の財政的利益の保護が、訴訟法としては基本権憲

章の司法上の諸権利が考えられる。国際刑事法廷についてのローマ規程は、普遍的な要求と呼んでよいであろう。

すでにわずかな例から認識されるように、犯罪も国境をあまり知らなくなるグローバル化の進展に伴い、立法的比較刑法にも広範な領域が開かれる。

D. 評価的・競争的比較刑法

比較刑法のさらなる次元として、これまでまだ独立の扱いがされてこなかった現象が把握される。他の比較法の文献においても多かれ少なかれ付随的に言及されるような、比較刑法の「評価的」機能や方法である。このような評価的観点は、理論的、司法的、および立法的な比較刑法という三つの伝統的な種類のそれぞれにおいて役割を果たしうるだけでなく、むしろそこには競争的な契機が混じることもありうる。したがって、三つの「古典的」種類の比較法を完徹するのと同様に、それを超え出ることもある課題を「評価的・競争的比較刑法」として独自に構築し、それによってこれまでの「三大要素」を「四大要素」に拡張することは、適切であるように思われる。

1. 概念史について

比較的新しい——あるいは少なくとも最近になってはじめて独自のものと認識されるようになった——比較法の課題として、比較法の評価機能が、その起源の点でも概念的把握の点でも争われている。

「評価的比較法」という概念の「考案者」としてコンラート・ツヴァイゲルト (Konrad Zweigert) が挙げられる。もともと、このような評価は、実質的な点においてのみ、すなわち、ツヴァイゲルトが同時代の他の先駆的思想家の中で実際に最初の者であったと言える限りでのみ適切なのである。彼はすでに1950年代の終わりには、「批判的比較法」や「より良い法」と言っており、これに対し——明確ではないにせよ——単なる外国法の記述を超えた評価的機能を認めていた。

「評価的比較法」概念の命名者としては、エルンスト・ヴェルナー・フス (Ernst Werner Fuß) が挙げられる。「評価的比較法」に対して同じ概念が用いられるやいなや、ツヴァイゲルトが一般的法原理の内容規定のために、それが「比較法の今日的方法論によってのみ獲得され(るのであり)、その方法論とは評価的比較法(である)」ことを確定したことにより、「評価的比較法」には彼によって、これまで到達したことのない高い意義が認められた。

このようなわずかな証拠からすでに認識されるように、評価的比較法の起源は私

法、および公法に境を接するヨーロッパ共同体法や他の国際法に見出される。刑法学においては、当初この概念は不在通知という手段で、あるいはせいぜい暗示的に現れたにすぎない。すなわち、他の法領域における評価的比較法の有意義な役割が強調され、同様のことが刑法についても妥当するか検討されることによってである。これは、刑法においてもすでに以前に、比較法との関連において評価が語られなかったということの意味しない。しかし、それは当初はもっと抑制的に行われた。たしかに、とりわけイエシェック (Jescheck) は、立法計画と比較法との協働について、そこでは「実定的な外国法の素材の描出だけでなく、それぞれの帰結を比較して結びつけること、それどころかその法政策的評価が」重要であると確認した。しかし、彼が方法論を示す際に強調したように、見出された解決策の法政策上の評価は、そのために取られた方法を結局教示することができなかつたので、すでに明らかに比較法の一部とはいえない。もちろん、イエシェックは、その20年後に「刑事訴訟改革の基礎としての比較法」に関する論文を、確信をもって次のように締めくくった。すなわち、比較法は「改革の必要的かつ給付能力のある方法」であると。しかし、その際、これによって示唆された法政策的モメントは、同時に、この種の比較法においては「その限界も意識され」なければならないという形で相対化される。それはここでも、「方法」と呼ばれており、批判的・評価的機能としては理解されていない。

2. 様々な評価の観点

刑法の領域でも、評価の観点を比較法に持ち込むことへの躊躇が減ってきてはいるが、一致と統一についてはまだ語るができない。一方では、それどころか以前よりもより強固に、——フォイエルバッハ (Feuerbach) に依拠して——比較法の正統な目標は「素材と様々な観点を提供」し、「比較された法体系を可能な限り中立に記述できる」道具を用いて操作することでしかありえず、評価は包括的な「正義論」へ組み込まれるとする見解がみられる。しかし、このような評価排除的な純粹主義が主張されない場合であっても、評価は一部では異なる意味で理解され、かつ／または異なる種類の役割と結びつけられている。

すでに民法およびヨーロッパ法の領域で示唆されたように、評価的比較法の課題設定は拡張されてきた。当初は、ほとんど「より良い解決」の探求だけが言われたのに対して、調和されるべき法秩序の間での創造的な間隙の埋め合わせないしは摩擦の除去のために、まずもって適した規則が創出されねばならないが、しかしそれは一定の評価がなければ行いえない。そこから、刑法の領域においても、——特に

ジーバー (Sieber) におけるように——「評価的」, 「評価比較的」, および「評価に基づく」比較刑法や, さらには「評価を必要とする概括的援用 (Querverweisung)」が言われることが説明される。その際, 機能関係の評価と方法指向的评价の間でそれぞれ明確には区別されないとしても, 詳細な考察はさらなる明確化に寄与するだろう。

例えば「評価的比較刑法」が——最も広く用いられている概念から始めるために——, 何らかの評価がかかわる, あらゆる種類の比較法についての上位概念としてのみ理解されるならば, 「評価的比較刑法」はあらゆる独自の意義を容易に失うことがあるが, しかし, 単なる類型形成からして, 規範的先行理解なしには獲得しえない区別基準を必要とする。その際, 見かけ上純粹に非政治的・解釈学的な類型化が問題になっている場合であっても, 隠された先行評価に対する抵抗力はない。例えば, 犯行関与の比較において正犯と共犯に沿って区別され, あるいは, 不能未遂の比較において独自の事例群が形成される場合, 前者では, 正犯は犯行関与のより重い形式であるという想定に導かれるし, それに類似して後者でも, ——それがどのように理解されるべきとしても——未遂の不能性は処罰の放棄か, ないしは少なくともより軽い処罰を想定させる。そこに含まれる先行評価は比較法をすでに「評価的」ものにしていないとするなら, そのために, 評価についてより多くのことが要求されている。

この「剰余価値」は, すでに比較法の機能から生じうる。そこでは, ありうる目標設定の変動幅も, 司法的な法適用や立法的な法政策に性急に固着する場合に予期されるものより, ずっと大きくなりうる。

理論的比較刑法のレベルにおいてすでに, 一定の刑法体系ないし個別の規制領域を比較的に並置することだけでなく, むしろ, 内的安定性の程度がより高いことから, 構造的な合目的性の程度ないしは正義の内容の次元を相互に比較し, それらそれぞれの評価に従って段階づけることが問題となりうる。しかし, すでにこのことは, あらかじめ与えられあるいは自ら設定した評価基準なしには獲得することはできないのである。

このような必要性は, 司法的および立法的な比較法の領域に移行すればするほど, いっそうなしで済ませられるものとなる。もっとも, そこでは, 複数の評価準則の中での一定のウェイトの移行が確認される。理論的比較法においては, 通常, 法比較者がその比較基準や類型化基準を選択して決定するのに対し, 例えば, ある規範を他国の法に立ち戻って解釈しなければならない裁判官は, 自己の評価表象よりも, むしろ当該の制定法目的を前提としなければならない。同様に, 立法的比較

法においても、「より良い解決」の追求のために、政策的な目標の表象が設定される。しかし、——自ら設定したにせよ所与のものにせよ——何らかの評価基準なしには、「より良い解決」が提示されることはないであろう。単にありうる規制の選択肢を追求する場合さえ、選択基準の選択には、「最良の解決」の比較法的探求が問題であるという事実によってまったく沈黙するという規範的な先行理解に基づいた評価がすでに存在しうる。

もちろん、「評価を必要とする」概括的援用がいわれるところでは、評価の必要性はさらに明白である。このような、特に超国家的レベルで見出されるべき参照は、一般的な法原則が導出される、多数の法秩序と関連を有することによって特徴づけられるべきである。しかし、この種の概括的援用は、前で述べた他の種類の「評価的な」司法的および立法的な比較刑法から区別されるが、それは形式的な点においてのみ、すなわち、参照規範を通じて補充要求が制定法上課され、かつ必要な評価のために一定の関連点が設定される限りでのみである。

「評価的」比較法のヴァリエーションは、執行的比較刑法のレベルでも見出すことができる。そこでは、司法的比較刑法の新たな種類の適用領域が問題となっているにすぎないにもかかわらず、外国の司法判断の承認と執行の枠内では、自己の法の検証が前面には出ず、むしろ司法を通じて他国の法を、それに依拠する司法判断が承認可能でかつ国内で執行可能か、あるいはどの範囲で可能かについて評価する限りで、「執行的比較刑事訴訟法」が司法的比較刑法から際立つ。それゆえ、——それぞれの「最善の解決」を求める「評価的」比較刑法の場合とは異なり——ここでは一種の「他国法の評価」だけが問題である。

何が相互に比較されるか、どのような態様でそれが評価されるかに関しても、異なるレベルや着手の態様が確認できる。これは、例えばジバーにおける「評価比較的」比較刑法と「評価的比較刑法」との対置に認識される。ジバーは、これについて——「(1)対象となる規則の比較可能性」、(2)評価基準の比較可能性、(3)規則とその評価基準の比較、(4)規則に関する価値決定」という——四つの問題設定を区別することを提案したが、この区別は確かに適切で重要である。しかし、精確には、ここで探求されるべき評価的比較刑法の目標設定ではなく、むしろどちらかといえば、設定された目標の達成のために必要となりうる評価の段階のステップが問題とされるにすぎない。これには、方法論の箇所でも立ち戻ることになろう。

3. 比較法の部分としての評価

ありうる評価目標が確認される前に、評価をそもそも比較法の正統な部分として

よいか、またそれはどの範囲でかという、これまで開かれたままの根本問題に立ち入ることとする。これに関して、今日でさえまだ完全には一致していない。その際、議論において、比較法的な評価そのものと評価の専門用語的・専門領域関係的な分類との間の区別にほとんど注意が払われていない。

原理的な理由からすでに、グスタフ・ラートブルフ (Gustav Radbruch) にとって比較法的評価への道のりは閉ざされていたようにみえる。なぜなら、「存在すべき者 (Sein-Sollend) は [……] けっして存在する者 (Seiend) から導か [れる] ことはなく、多くの現行法の考察は [……] 我々に正しい法について教えることは [でき] ない。それは経験的ではなく、先験的に [与えられる]」。しかし、このような明確な拒絶は、ラートブルフが同時に比較法の価値を称賛する場合には、彼自身によって——意識のないしは無意識に——相対化される。このことは、たしかに論理必然的に、選択を立法的な可能性の一つに向けうるものではないが、いくつかの比較法的にはじめて媒介されるものが、可能な限り包括的な法の現実の意味で思考可能なものとして想定される。

それに対して、エルンスト・ラーベル (Ernst Rabel) の好んで引用される確認により、様々な解決の評価は「異なる種類の活動」として本来の比較法から区別されるとする場合、それは、原則的に距離を置くこととして理解されるというより、むしろ実践的で専門分野的な根拠から説明される。それは、「純粋な比較法は」、実践的な立法者の問いのための価値判断と帰結の際について言えるよりも、「より高い基準の一般的妥当性を」要求してよいとしても、それは、明らかに法比較者の法批判の放棄として理解されるべきではないが、そこでは法比較者は法政策のレベルで活動しているからである。これと類似してイエシュックにとっても、かつて指摘していたように、法政策的評価は本来の比較法を超えるものであるが、しかし、彼はこのような評価を原理的に排除してはいないであろう。

ジーバーも当初は、「評価の比較」と「解決策の評価」との間を区別し、後者を「狭義の比較法」には数えられないとする限りで、この見解に倣っていた。しかし、この位置づけの問題は、後に彼が同意したように、実質上本質的な役割を果たさない。比較刑法には、その記述的役割と並んで、「良き統治」の決定を導く道具としての増大する機能のために、様々な規制に関する評価決定においても増大する意義が認められるからである。様々な根拠からコンスタンティネスコ (Constantinesco) も、法比較的獲得される解決の完結した評価をなお比較法として把握することを躊躇している。

このような排除的な意見にラディカルに反対する立場は、刑法ではすでに19世紀

の終わりにフランツ・フォン・リスト (Franz v. Liszt) によって前提とされていた。リストにとって「二ないし複数の諸法の並置」は比較法としては妥当せず、「共通点ならびに相違点の強調」でも足りず、そもそも比較法は、「起草者が、その入念な探究によって補強され、一定かつ明確な刑事政策的な基本思想から出発し、我々に、それ以外ではなくまさにそのように基本思想が行われるべきと言う」場合に「始まる」ものとされた。他の法領域において、これと類似して評価を比較法に組み入れることに賛同を得るまで、なお数十年を要した。「実際に [……] 評価は、比較法という活動の必要的な構成要素である」として、ツヴァイゲルトによってはじめて評価が比較法それ自体に適合させられるようになったが、それはもっぱら「批判的比較法」の意味であった。特にツヴァイゲルト/ケッツは、他国の法秩序の解決を注釈抜きで対置することは「まだ比較法ではなく、それはその後が始まる」と理解している。

しかし、その際、比較法という活動の「必要的構成要素」として評価を理解する限りで、同時に留保がもたらされる。評価は、いずれにせよ比較法の本質的機能でありうる。しかし、それは、比較法が評価なしにはまったく考えられないことを意味する必要はない。というのも、立法的ないし司法的な法創造の目標設定に視線が固定されたままではなく、むしろ、幅広く多くの比較法的な機能に目を向ける限りで、とりわけ、共通点と相違点の強調の下での様々な法の描写だけを問題とする必要がある、純粹に理論的な比較刑法の領域におけるような研究領域が存在しているからである。この種類の比較法においては、評価はほとんど「構成要素」とはならず、「必要な」ものとして特徴づけられえない。これに対して、比較法を手段として、「より良い」あるいは「最善の」解決が探究される限りでは、最終的に本質的な目標の証明とそのために必要な評価段階を法比較の概念から除外し、どのように理解されるべきとしても、研究批判ないしは法政策に配分することは、あまり意味がないであろう。

そこから明らかになるのは、評価と比較法は、一方では原理的に排他的ではないが、他方では必然的に一貫して相互補完的に一体のものであるわけでもないことである。むしろ、評価は比較法のいくつかの形式にとって本質的となりうるが、それは他の領域にとってもそうでなければならないわけではない。たとえ前者がとりわけ司法的および立法的な比較法にとって適切であるとしても、後者が直ちに理論的比較法にとって典型的となりうる必要はない。もちろん、これについても一貫した評価が要請される。付言すれば、後述のように、それぞれの評価目標と評価の方法は適切に区別されるのであり、評価の必要性ないし不要性は直ちに——理論的、

司法的ないしは立法的な)比較法の、ある種類ないしは別の種類に配置されうるのである。

このような所見は、次のことによって最善に考慮されうる。すなわち、司法的、立法的および理論的な比較刑法という伝統的な「三大要素」がいわば束ねられた形式における比較法の評価の諸要素は、「四大要素」への拡張を通じて、援助されるということである。その際、目標設定は中立的価値から利益に向けられた競争に到達しうるので、「評価的・競争的な比較刑法」として特徴づけることが適切であるように思われる。

4. 評価的比較法から競争的比較法へ

上で示してきたように、「評価的」と呼ばれる比較法については、目標設定と方法に応じてまさしく異なったものが考えられうる。しかし、あらゆる解釈には、少なくとも一つ共通することがある。それは、単なる記述的なものに対する規範的・評価的なものの付加価値である。しかし、それ以外に、これにしばしば欠けているものは、比較法を行うための目標の一義的な明確化である。目標が不明確である限りでは、適用されるべき方法も的確に規定できないのであり、評価方法の種類は最終的に獲得されるべき評価目標にも依拠している。

つまり、まず明らかにしておく必要があるのは、評価的比較刑法の目標設定の多様さである。特にこのような機能の問題は、評価的比較法を単なる方法の問題とする通俗的理解のために、しばしば露にならないままである。その際、「より良い解決の探求」という一括した答えで簡単に満足しようとするのではなく、むしろそれとは異なるやり方で、評価的比較刑法が何について有益となりうるのかを問おうとするならば、評価的比較刑法が挑戦を受けるものにみえる、量的並びに質的な意味での増大が考慮されうる。

より初期の時代には、比較刑法は供給市場の一種であったが、現在では需要市場になっており、そこでは、大きな法改正は比較法的な眺望なしにはまだほとんど着手されえない。特に、一連のヨーロッパ化と国際化の前進に際して、国内法秩序の同化ないし調和を必要とする、あるいは、何らかの種類の越境的法原理が展開されるところでは、すべての課題は、比較されるべきものの評価なしには達成することはできない。

継受された法を現代の必要性に適合させ、将来の予期されるべき課題に向けることが、国内的のみ問題となっている限りでも、自国の法を比較法上の試験台に立てることは適切でありうる。それは、他国との比較において確認され、それによつ

で引き続き正統であると理解するためであっても、あるいはむしろ、前進する形でより良い解決を探究し、場合によっては他国との最適化の競争に入るためであってもである。

このような純粋国内的な、また越境的に広がる改革がいつそう要請されるのは、特に学問的な、また電信上のネットワーク化、あるいは国境を超える観光や犯罪の領域におけるように、法的歩調も現代の発展に合わせる事が妥当である場合である。その際、単なる評価の調整をすることどまるのではなく、むしろその都度より良いものの探求に向かえば向かうほど、よりいつそう評価的比較刑法が競争的比較刑法へと発展しうる。このことは、広がり異なる目標に至りうる。これについて、本書では最重要に思われる目標だけが挙げられるが、そこでは、ありうる形で異なる評価基準への問いが次の方法論の章に残されている。

(a) 統制機能と警告機能

すでに一種の統制機能と警告機能を通じて、評価的比較法には過小評価されるべきではない意義が付与される。国内法が外国の法と対置され、これと比較されることで、自国の法がどの程度時代の高みにあるのかを知ることができる。その限りで、他国の法は、自国の法の整理にとっての一種の「ベンチマーク」として理解することができる。

例えば刑事訴訟の領域については、被疑者・被告人のために認められた諸権利が、人権上の基準をどの程度満たしているか、あるいは、被害者になお、他国の法ではすでに保障されている諸権利がどの程度認められないかを検証するために、立法が想起されるかもしれない。例えば特に傷つきやすい証人の尋問のためのオーディオビジュアル技術の投入の場合のように、より実践的な見地からも、外国の手法を見ることで自国の不足が意識されうる。

しかし、判例についても、不明確な概念の解釈や世界観に条件づけられた異なる諸見解の間での選択の際に、限界に関して目を向けることは役立つ。例えば、連邦通常裁判所がすでに判例集の第1巻において、当時まだ可罰的であった男性同士の同性愛行為における「わいせつの傾向」の限定的な解釈のために、特に外国の展開に方向づけられたとき、あるいは、連邦憲法裁判所が、兄弟姉妹間の近親相姦の維持のために、比較法的助言も取り入れたとき、そこでは同様の評価が要求される。

理論的比較刑法においてさえ、統制機能には重要な役割が与えられうる。統制機能は、理論の正しさの検証についての基準を提供し、あるいは、ありうる誤った展開に警告的に自らを対置できるだけではない。むしろ、犯罪論上のないしは刑事訴

訟上の多くの個別問題において、疑念と不安のきっかけとなることもありうるし、また、新たな支えを与えることもありうる。しかし、とりわけ理論的比較刑法は、それが単なる記述で満足するのではなく、むしろ眼前に見出されたものの評価に対する勇気をもたらすならば、司法的比較刑法および立法的比較刑法にとって、計り知れないほど貴重な準備作業を提供することができる。

(b) 正統化機能

統制は警告的に作用する必要があるだけではなく、むしろ、——積極的な点で——正統性を与える力についても強化することができる。それは特に、議論される自国の法の法的位置づけが、外国法における比較可能な水準により裏付けられるという経験を通じてである。

理論的比較刑法にとって、このことは一見してあまり有意義にはみえないであろう。しかし、すでにこのレベルでは、例えば、不法と責任の区別や、構成要件該当性、違法性および責任へのさらなる三段階の細分化のような犯罪体系は、次のことによって確認されるのを見ることができ。すなわち、それが外国の刑法学においても承認されており、例えば客観的犯罪要素と主観的犯罪要素の間での上辺だけの区別よりも、よりよく様々な段階に適合するものとなりうることによってである。

ヨーロッパ化と国際化の進展によって、同じ価値の法秩序に支えを見出すこと、あるいは国際的な法原理を可能な限り広範囲に守ることが問題となればなるほど、司法的および立法的なレベルでの評価的比較法の正統化機能に、より大きな意義が認められる。前者については、すでに上述した連邦憲法裁判所の近親相姦判決を想起させうるし、後者については、比較法のディスコース媒介的な役割を国際刑法の正統化のために参照することができる。

(c) 間隙補填機能

価値比較的に統制することや基礎づけることよりもはるかに多くのものが、間隙補填機能にとっては必要となる。特にヨーロッパ刑法の領域において、いわゆる「評価を必要とする概括的援用」の際に不明確な概念や規制を埋めることが必要である場面や、あるいは、特に国際刑法の領域におけるように、普遍的な法原理を展開すべき場面では、司法および立法に対して法創造的活動が要求されるが、その際、比較法的な準備作業は法学によって提供される。同様のことは、比較法に対して常に期待されるような、「解決のストック」を注意深く作り出すことについても妥当する。

(d) 批判的な主導機能と革新機能

評価的比較刑法には、単に統制、正統化、ないしは間隙補填に資する役割以上のものが期待される。むしろ、その批判的な主導的機能と革新機能が、ずっと重要となる。ツィテルマンが比較法の「批判喚起的な」機能について指摘した後、特にツヴァイゲルトとイエシェックによって「批判的比較法」について述べられ、ないしは、比較法学者に——法哲学者と類似して——「現行法の形式的な秩序の背後で社会問題をより明確に認識し、自国の法の解決の外側に、自国のものより優れているかもしれない他国の法的解決が存在することを常に意識する力が〔認められた〕」。法の相対性と可変性に目を開くことには、比較法を通じて最も明確に到達することができる。

この批判的機能が持続的効果を獲得すべきなら、それは表面的な修正で満足されるのではないだろう。この機能は「批判的精神」の涵養のために、すでに法律家養成において発揮されており、「自らの法体系への批判的アプローチ」を保持せねばならず、誤った自己理解に対する先入観にとらわれた信頼から生じる、プロフェッショナル的な変形の矯正やイデオロギー的な凝り固まりの解体に、寄与しなければならぬ。その際、この機能には、近年まさに攻撃的な態様で要求されているような、ある種の「転覆的」役割が認められる。その場合、批判的機能は、そこに期待される主導的機能と革新的機能も発揮しうる。

(e) 最適化機能と修正機能

革新に対して、多くの点で最適化機能と修正機能も向けられる。それは、革新的な研究の需要があることをまず証明する必要があるとしても、また法技術的な定式化の援助が問題となるにすぎないとしても、あるいは「よき統治」についての国際水準が満たされるとしてもである。

ここでは大筋において、しばしば包括的な一般化において「評価的比較法」と結びつけられる「より良い解決と最善の解決の探究」が整理される領域が問題となっている。そこでは、たとえ第一義的に——国内レベル、国際レベルを問わず——立法的な最適化措置と修正措置について考えられるとしても、司法も、最適化的な法の自己形成のために呼び出されることがある。法律により「より良い解決」の探究が裁判官に委ねられている、あるいは義務付けられている場合には特にそうである。

同様に、刑法学も、自己の犯罪論を外国の展開と比較し、必要な場合に訂正するという職分を自覚しうるが、刑事政策の領域では、それどころか、外国における展開と歩調を合わせるものが、ずっと重要でありうる。

(f) 調和機能

比較法的に方向づけられた最適化が国内的な改革を超える場合、国境を超える形で調和機能が役割を果たす。進展する一連のヨーロッパ化と国際化により、その意義が増大している。その際、個別の刑罰構成要件ないしは制裁形式の散發的な同化だけでなく、多かれ少なかれ包括的な法の統一に至る訴追措置の相互承認も重要であればあるほど、比較刑法にはよりいっそう高次で包括的な要求がなされなければならない。そこでは、比較刑法は、単なる異なる国の法の対置で十分とされてはならず、むしろ基礎にある国民性や文化的伝統も共に考慮しなければならない。それは、その都度のより良い法の評価や選択のための開放性なしには行われえない。

(g) 優先機能 (Präferenzfunktion)

考量と評価への勇気などではなく、抑制的な防御的適応を超えて、特定の法が攻撃的な態様で完徹されるべきとされ、それによって評価的比較法が競争的比較法へと進展する場合、この種の用意がなお一層求められる。

それによって、ある国に他国の刑法が押し付けられ、その際に——場合によっては支配を固定化するような動機から——疑わしい抑圧手段さえ恐れられないところの処置が語られるべきではない。この種の移植においては、まさに比較法的な想像力の欠如——文化的土台と社会的環境の恐るべき無視についてまったく沈黙すること——が嘆かれることになる。

しかし、私には、伝統的にむしろ防御的な比較刑法の基本的態度を超えて、根本的すでに最適化機能に基礎づけられた競争的諸要素に、機能的な独自の意義を与える時代が来ているように思われる。それも、比較法が「法システムのランキング」を前に躊躇する必要があるという意味においてではなく、むしろ、ある種の法政策的競争において、最善と思われる法の探求と優先のために投入されるのがよいという意味においてである。

このような比較法学者が「競争精神」においてその中立的役割を失うことは、彼が自己の評価基準を公開し、その際にこの基準が自由で公正な競争において自ら有効なものとして証明されなければならない限りでは、危惧されるべきではない。このことは、近時ヒルゲンドルフ (Hilgendorf) によって要請とされるような、「法の対外的学問政策 (Außenwissenschaftspolitik)」において、自国の法が国粋主義的理由から優遇されるのではない限りでも危惧はない。類似の留保は、「道具主義的比較刑法」に対してもなされうるだろう。これは、すでにフォーゲル (Vogel) によって警告的な暗示的調子なしには記述されなかったように、政治的あるいは別

の何らか点で先入観にとらわれた目標を目指すものとされる。例えばヴェルサイユ条約を巡る周知の解釈論争において観察されたように、比較法がこのような事前にプログラム化された召使いになってしまうならば、生の政策のためのルビコンを確実に渡ってしまっている。濫用させないためには、比較刑法学者に批判的な用心深さと抵抗の用意がある独立性が要求されることになる。そのような危険源を取り除こうとしないならば、それにもかかわらず、「評価のモメントが完全な研究プロセスにおいて最善である」ことが、ギリシア系オランダ人比較法学者デミトラ・コッキニ＝イアトリドウ（Dimitra Kokkini-Iatridou）の批判的検討による評価によって強化されるのに気付くことになる。

（中村悠人）

Ⅲ. 比較刑法の方法

A. 目標と方法の連関

1. 方法の目標設定への依存性——方法の開放性

比較刑法の目標設定と機能の多様性にかがみると、それがいつも同じ方法で達成されうるということは、ほとんど期待できない。加えて、比較法のモデルをリストアップする際に、機能のみまたは方法のみをそこで問題とすべきなのか、あるいは、両者を問題とすべきなのかは、少しも明らかとならないのが大抵である。そうであれば、あらゆる比較法の目標を単独で、同程度に、適切かつ完全なかたちで達成させるような方法はないということが、基本的に出発点となる。むしろ、多様な目標設定と、それによって調整された方法との間には、きわめて強い相互依存関係がある。そのため、比較法——このことは当然に比較刑法にも当てはまる——は、唯一特定の方法に限定されうるものではなく、その結果として、方法の開放性が要請されるのである。

事の次第がそうであるなら、つまり、比較法の方法一般というものはなく、方法はその都度の課題設定に応じて定められ、その結果として、異なる多彩な目標設定が多様な方法を必要とするということであれば、方法論における数多くの対決と絶対化は、見せかけの争いであることが明らかになる。異なる出発点を競い合わせたり、それどころかある特定の方法を唯一正しいものとして構築しようとしたりするのではなく、多様な方法のうち、——単独であれ、たいていはむしろそうなのだが、その他のものとの組み合わせにおいてであれ——どれが所定の比較の目標を達成するのに最も適していると思われるかを問題とすることが、有意義である。ここ

では、様々な方法を逐一それ自体として考察せずに、これらを、比較法研究の段階において役割を果たす場所に、目的に適うように整理していく。

2. 指導原理——進め方

様々な研究段階の方針にも、比較法の方法論について提言したように、数多くの原理のカタログと「青写真」が妥当する。例えば、ジョン・C・ライツ (John. C. Reitz) によれば、比較法の方法は九つの原理に支配される。すなわち、(1)はっきりとした比較を行い、様々な法システムの単なる記述で満足しないこと、(2)類似性と相違に焦点を当てること、そこでは相違の意義について機能的に等価である可能性を考慮しなければならない、(3)個々の法システムの識別作用のあるメルクマールおよび／またはシステムの共通性についての結論を導くこと、(4)広範囲に及ぶ抽象的レベルにおいて、機能的等価性の検討から比較法的分析を導くこと、(5)類似性と相違の意義を根拠付け、これを文化的な意義の観点から分析すること、(6)法律家の標準的なものの見方を記述すること、そこでは、根拠となるあらゆる資料を考慮し、「書物の中の法 (law in the books)」と「行動の中の法 (law in action)」との間の隔たりに注意すること、(7)必ず言語的な、できればさらに社会科学的能力を持つこと、またはこれらを協力者から調達すること、(8)すべての研究段階を、はっきりとした比較の重点と統合すること、(9)他者を尊重する精神の下で比較法を実施すること。これらの原理は、確かに重要かつ尊重に値するものである。しかしながら、これらは、あらゆる態様の比較法に対するものではなく、特定の研究段階または作業の必要条件に対するものでしかない。

この点において、エーシン・エルジュ (Esin Örüçü) による「方法論の青写真」は、学問的な比較法の大部分についての五つのステップを提唱することで、本質的に前進している。(1)「概念化」と名付けられた導入段階では、構想上の抽象的なレベルで、内 (intra)・文化的比較と超 (trans)・文化的比較との間のシステムの選択が行われ、そこではさらにマクロ、ミクロまたはメゾ比較の間で選択される。(2)これに続く「記述的」段階においては、当該法システムの規範、概念および制度の記述が主題となる。そこでは、これらのデータ収集は分類のための図式を基礎に行われ、事情によっては社会・経済的問題をも共に考慮しなければならない。(3)「同定」または「分類」とも名付けられる段階では、相違と類似性を相互に対置させ、両者を比較することにより、それらを同定し識別することが問題となる。(4)これに続く「説明」と名付けられる段階になって、ようやく、本来の比較が始まり、様々な相違と類似性が評価されることとなる。ここでは、政治的、経済的、文化的

およびその他の社会的な現象を同じく仮説として考慮しなければならないことが多く、事情によっては、他分野の専門家の協力が必要となる。(5)最後の段階は、「確証」と名付けられ、テストを受ける仮説の検証と基本的な立場の承認によって、研究結果が、総合的な態度決定からなる一つの命題にまとめられる。これに対して、「評価」は、比較素材の記述、分析と説明以上のものを含むために、もはやこの比較法の「青写真」に属さない。この比較的詳細な、構造化されている研究計画では、確かに重要な検討段階のすべてが言及されている。ただし、多くの個別の点について別の整理を想定することが可能であるだけでなく、さらに、そこでは、様々な目標設定の多様性が十分に考慮に入れられていないように思われる。

同じく、似たように見込みがあり、さらなる区別を要するのは、「四段階モデル」と名付けられるイエシュックの「比較刑法研究の精神的手法」である。それによれば、(1)まず、基本的な作業仮説として、自らの解釈学および刑事政策的立場が定められ、(2)これに外国法についての解釈作業が連結されなければならない、(3)題材の体系的整理と記述がこれ続き、(4)見出された解決策の法政策的評価で締めくくられる。

依然として、「誤謬がありえないことを請け負いうる、論理的に導出可能な、完結した比較法方法論がおよそ提示されるのか否か」は、疑わしいように思われる。そうであるとしても、比較法の作業のための基本モデルを、一方で、可能な限り多数かつ多様な目標設定を組入れうるものとなるのに十分に可変的で、しかし他方で同じく、通常の事例についての方法の手引きとして最も重要な作業段階に用いるのに十分に具体的なものとして展開することは、妨げられない。このことを、以下では、——私自身の比較法の経験に依拠して——とりわけ刑法の領域を視野に試みることとなる。そのためには、まず、もっとも本質的な研究段階が先に検討される(Ⅲ. B.)。続いて、効率的な比較刑法のための特別な人的要請および必要な補助手段が明らかにされる(Ⅲ. C.)。

B. 研究段階——検討のステップ

前もって述べておくと、理論的争点へ抽象的なかたちで立ち入ることに対し、以下では意識的に距離を置いている。方法上の出発点について特定の学派に整理することはせずに、それぞれの問題設定と検討の必要性を、可能な限り先入観なく、そして、相当する研究プロセスの関連箇所が付された「ラベル」にとらわれることなく、論じることとする。

作業の流れについては、原則として五つの主要なステップが推奨されることとな

る。はじめに、課題設定の明確化と定式化が、質問の一覧表の形式における作業仮説の形成とともになされなければならない(Ⅲ. B. 1.)。これに、比較法に取り入れることとなる国の選択が続く(Ⅲ. B. 2.)。これらの所与にもとづき、国別報告が作成される(Ⅲ. B. 3.)。これを使って、固有の比較法およびモデルを形成する横断的評価のための基礎が作り出される(Ⅲ. B. 4.)。最後に、目標設定に応じて、解釈学的または法政策的評価と、これに対応する提言を定立することができる。

1. 課題設定——作業仮説——質問の一覧表

「何を比較するか」という、比較法の分析において最初に答えられるべき問いを確定させることは、確かに正当である。しかし、その際に「自己の解釈学および刑事政策的立場」が作業仮説として基礎に置かれなければならないのか否かは、早くもそれほど確かではなく、このことにより、視角が最初から狭められ、得られるべき洞察に対する予断が結果的に生じるおそれがある。そのような事前のプログラミングを予防するためには、まず、研究されるべき問題領域の目標と範囲について、できるだけ予断のない明確性がもたらされるべきである((a))。他方、そこから展開されるべき質問の一覧表では((b))、自国法は、最初に指針となる点として供されることはまったく可能であるが、それが限界線としてはたらくことは許されない。むしろ、課題設定の明確化では、開かれた視野が重要なのである。

(a) 何が、いかなる目的で、どのようなレベルで比較されるべきか

この入り口の問題には、すでに三つの異なる要素が含まれている。これについては、行われることとなる比較法の目標設定に関する問題に、まず答えなければならない。なぜなら、これにより初めて、研究の対象と射程が定められ、その輪郭が示されるからである。

比較研究計画の目標設定が、Ⅱ. で示したように非常に多様でありえ、そこでは変更や重複がありうるとしても、計画がいかなる種類の比較法を念頭においているのかは、その都度最初の基本方針において明確化されなければならない。すなわち、司法的比較刑法の意味で、例えば、一国または複数の国の法における比較可能な刑法規範の照会だけが問題となるのか、立法的比較刑法の意味で、改正のために他国法からの洞察を得ることとなるのか、理論的比較刑法の意味で、特定の法概念がその構成と規制内容から吟味されることとなるのか、一次的な理論的問題設定が、二次的に立法的方法をも切り開くこととなるのか。

目標を設定するこの出発点の問いに対する答えに応じて、比較のレベルと射程が

ら選択されるべき法秩序までについて、異なる帰結が生じることがある。例えば、司法的な比較刑法の分野について、単に、国外犯の国内処罰のために、比較可能な犯罪構成要件が行為地にあるか否かを探究するのであれば、比較は限られたマイクロレベルで行われ、その上、比較可能な行為地の規範の具体的な同定に限られていてもよい。他方で、立法的目標設定を持って、例えば EU 内における一事不再理 (ne bis in idem) の調和の見込みを探ることとするのであれば、そのためには、加盟国に限ったメゾ比較で足りるとしうる。これに対して、EU 内の調整を超えて、他の大陸および法システムの関連する経験を改革の吟味に含める場合、できるだけ普遍的なマクロ比較が行われることとなる。

これらの例からもわかるように、追求される目的の考慮なしに原則として必要であるかのような複数の比較手法の提示は、そのような一般性において、維持することができない。これについて、規範的・制度的、機能的および構造的といった、手法の選択肢のための前提を明確化するために、まず、以下の出発点を相対化させるべきである。

➤このことは、何よりもまず、特に広範囲にわたる普遍性の要求に当てはまる。この意味において、とりわけツヴァイゲルトは、私法の領域について、「自国法の解釈を比較法研究により吟味する、つまり、比較法を自国法の解釈のために実り豊かなものとする、比較法システムに至る時代が来た」と考えた。しかし、この比較法の批判的機能が重要であるとしても、すべての解釈問題について限界への展望が必要であるわけではない。

ジーバーが自らの七つの部からなる方法リストの中で最初に言及する「普遍的比較刑法」もまた、それが果しうる以上の期待を呼び起こすものである。このような比較刑法は、研究の準則がマクロ・普遍的な、または少なくともメゾ・地域的な要求をする場合にしか、そもそも必要ではない。すべての比較法について普遍的な方向付けを期待することは、その目標を超え出ているだけでなく、たちまち実現不可能であることが明らかとなるおそれがある。特に、比較法プロジェクトを全部断念すべきと考えてしまう、場合によっては、特定の国々に限定することで、それが「真正の」比較法と認められないと危惧することもあることを考えると、やる気を失わせる効果を過小評価すべきではない。「普遍的」ということ、せいぜい国境に限定されない社会的問題がそこに含意されるのであって、その解決のために常にグローバルな比較法が必要であるということでは決してないのである。

➤同じく、択一的に「あれかこれか」で定められた方法に対しても、注意が必要である。このことは、特に、「法内在的方法比較 (rechtsinterner Methodenvergleich)」

と「文化関係の比較法 (kulturbezogene Rechtsvergleichung)」との対置について当てはまる。その際、後者が一方的に前者に対して長所を認められるべきとされる限りで、ここでは以下のことが早くも反論される。すなわち、一方で、例えば予備または既遂との関係における未遂のような、特定の諸概念の比較のためには、それを概念自体から解釈することで十分としてよいのであって、文化的背景を説明する必要はないというのは、正しい。他方で、そのような視野の拡大は、例えば前述した概念の間の異なる区別が刑法上の別の帰結を生じさせる場合、すでに必要となる。すなわち、まだ処罰されない予備について、比較的広い理解が偶然にとられているのか、それとも、世界観的・政策的に条件付けられた自由の理解により説明されるのか、あるいは、他の法秩序における単なる予備から可罰的未遂への早期の移行の背景に、高度の安全の要請があるのかといった点を、究明しなければならない。それに応じて、これらの方法についても、一方が他方に対して原則的に優先に値するのではなく、その都度の目標設定に依存する、また場合によっては相補的となるのである。

➤比較法を「問題主導的」あるいは「理論主導的」に進める試みも、「あれかこれか」の意味において理解するのは困難であり、せいぜい、結局またもや、プロジェクトの目標設定に左右される選択肢として理解されることとなる。それでも、「問題主導的」と「理論主導的」の対置は、一方の(現実から遊離して理論化されたそれに代わる)明確な問題設定と、他方の(皮相的な現象に満足するのではなく)その理論的背景の探究について、よく考えるきっかけを与えはする。

ところで、比較の本来の対象は何になるのだろうか。この比較のための第三者 (tertium comparationis) に関する問いは、法律主義、機能主義および構造主義の対立する論争領域へと至る。しかし、いかなる観点において相互に比較すべきかを設定する、これらの異なる流儀は、多くの論争がその印象を与えうるよう、相互に排他的な選択肢として理解されるべきではない。むしろ、目標設定に応じて、これら比較の方法それぞれに、その本来の位置付けが与えられるべきである。

➤古い時代の比較法研究においてとられた方法は、主として、またはもっぱら法概念と制度に焦点が当てられたがゆえに、そしてその限りで、規範的・制度的という意味において立法的であると性格付けられる。同じく「概念解釈学的」、「制度関係の」、「類型学的」または「規範的比較刑法」とも特徴付けられるこれらの変種は、その本質において、自国法の問題、概念、制度、区分またはその例外の構成が、他の法秩序にも見出されるか、あるとして、どの程度同じ、似たまたは異なった意味において理解されているか、といった問いに専念する。

これらの比較研究の態様は、規範的に法へと方向付けられ、社会の現実にはあまり方向付けられておらず、差し当たり不十分であると指摘されてきたとしても、それらの固有の価値のすべてが否定されることにはならない。例えば、刑法の領域については、特定の概念、例として構成要件該当性が、同種のない固有のものであるのか、それとも、他の犯罪体系において何らかの類例を持つのか、訴訟法の領域において、上訴が被告人から有罪判決に対してのみ認められ、検察の側から無罪判決に対しては申し立てられることができないのか否かといった点につき、まったくもって有意義に解明されることがありうる。

しかし、この例からもすでに予感されるように、視野を法概念または孤立的に考察される制度に限定する場合、洞察の価値は、まさしく断片的な、そしてしばしば同じく皮相なものにとどまる。また、単なる法概念の対置では、たいてい、より大きな規範連関への一瞥しか得ることができない。これは容易に誤った帰結へと至る可能性があり、例えば、外国法における対応する法概念の欠如から、対応する規定の不足を結論付けたが、そのような事態は実際には他の法概念によってカバーされているということがありうるのである。法制度の意義も、通常は、その実践的機能と理論的基礎の深い究明なくして、把握されることはできない。このような制限により、規範的・制度的出発点は、確かに無価値とはならないにせよ、その説得力が限定的であることは意識されなければならない。

➤それゆえ、さらなる比較の方法の探究では、機能性原理が、そうこうするうちに支配的なものとして価値を認められてきた。その基本思想は、イエーリング(Jehring)の目的論に遡り、比較私法についてはラーベルおよびツヴァイゲルトの学派において標準的なものへとさらに発展し、比較刑法においてもイェシエックによっておそく初めて導入された。これに従い、様々な変種において見出される機能主義には、共通の核が読み取られる。すなわち、法においては、同じ機能を持つもののみが比較可能であるということ、そして、この目的は特定の社会的問題の規制に向けられているということを出発点に、比較の基点として、特定の法概念または制度を第一に考慮するのではなく、むしろ、比較のための第三者として、比較は、概念的、制度的または解釈学的な予断をできるだけ入れずに、法的規制の基礎にある事実問題に——および、そこでは同時に、その「現実生活における位置付け」に——照準を合わせられなければならない。この「現実生活における事実問題(Sachproblem der Lebenswirklichkeit)」が、それぞれの社会秩序において大なり小なり等しく見出されるのに対して、その法的処理と解決は、法システムの全く異なる場所で、そして異なる形式で規制されているということがありうる。それゆ

え、本来の比較対象は、規範では——いずれにせよ、唯一でも第一にでも——なく、規制を要する社会的秩序問題としての、規範の所与となる現実生活の実態 (Lebenssachverhalt) である。

しかし、より詳しく考察すると、この基本思想は、とりわけ英語の比較研究において、二つの異なる特徴を持つことがわかる。「機能的・制度的アプローチ」では、システムBにおけるいかなる制度が、考察の行われるシステムAにおけるのと同等の機能を果しているのか問われるべきであるとされる。ここでは、法秩序が依然として決定的な基点となる。これに対して、「問題・解決的アプローチ」では、比較されることとなる社会に存在する特殊社会的または法的问题が、いかにして解決されるべきかが問われなければならないとされる。この主として社会学的な出発点では、人間的にも社会的にも同時に普遍的であるとされる、事実的な規制の要請が中心を占めるのに対し、問題の解決に必要な法的規制には、二次的・道具的意義しか付与されない。

これらの力点の相違を無視しようというのではないが、一方の発想に他方に対する原則的な優先順位を認める根拠はない。というのも、いかなる方途をたどるべきかは、またもや、それぞれのプロジェクトの目標設定に決定的に左右されるからである。例えば、「故意」の法的射程が解明されることとなる場合、このためには、確かに一方で、——法律的・概念的発想においてそうでありうるように——同種の概念を同定し、共通性と相違を調べるだけでは不十分である。むしろ、その場合には、少なくとも、これらの概念の犯罪体系内部での位置付けと機能も、明確にされなければならないだろう。これに対して、刑事責任についていかなる主観的要件が——理論的比較刑法の意味において——求められているのか、または——立法的比較刑法の意味において——求められるべきかを探究するのであれば、答責性の記述を左右しうる、想定可能な心理的および感情的変種から始めて、次いで、これらの心理的変種のどれが刑法的に把握され、いかなる法概念でもって表現されているのかを問うこととなるだろう。同様に、訴訟法の領域においても、著名被疑者の公衆による事前有罪判決 (Vorverurteilung) の回避に関する比較法的问题是、まったく異なった帰結となりうる。例えば、より政治・社会学的になるのは、いかなる程度で、そしてどのような手段で、法秩序がそのような事件に対応するのを常としているのか、場合によってはまったく不処罰なのか、単なる刑の減輕なのか、さらには手続打切りによってなのか、を探究する場合である。これに対して、比較をより法律的・制度的な領域において行うことも可能であり、その場合は単に、刑事訴追の放棄が法的にどのように——例えば、大なり小なり強行的な訴訟障害や、実体的

な刑罰阻却事由として——構成されているのか、そして、これらが、いかにしてそれぞれ根拠付けられているのが問題となる。

➤しかし、機能的原理でもって洗練が達成されることになるにもかかわらず、この方法も依然として批判を免れるわけではない。この批判については、より広範囲に及ぶ要請によって、比較法とは別の、あるいはいずれにせよそれを超える目的が追求されている限りでは、大目に見てよい。それが特に当てはまるのは、「文化的転回 (cultural turn)」から示唆を受けた比較文化論である。主として文化の異同の解明が問題となるのであれば、いずれにせよ、単なる比較法だけでよしとすることはできないだろう。しかし、少なくとも、機能的比較法の方法が不首尾と断罪される必要はない。

➤よりいっそう深刻に受け取らなければならないのは、従来の「機能的等価性」の理解に対して提起されている異議である。すなわち、類似の推定 (praesumptio similitudinis) という意味において比較可能な法概念が一見すると存在しない場合に、機能的に等価な法形象に出くわす限りで探究が行われる、加えて、これが比較不可能に見える法秩序を最初から排除したままにすることによって容易にされているのであれば、疑わしい道に迷い込んでいる。そのようなやり方をするのは、確かに実践的な理由から不可避であったり、計画のふさわしい目標設定次第では有意味ですらあったりするのだが、原則に適するものでは決してない。というのも、そのような予断の排除は、一般的に、不完全で歪曲された結果をもたらすだけでなく、むしろこのために、場合によっては、計画の本質的な目的までも損なわれるからである。「複数の解決可能性の機能的等価値性」や「機能的・等価的解決」という言い回しが想起させるのとは異なり、等価性の問題は、(当該社会問題のために見出されるまたは見出されるべき) 解決ではなく、(その社会問題に用いられる) 規制の目的に方向付けられている。後者は、それが同じ社会問題の規制を目的としている限りで等価であればよく、そのために見出される解決は、同じであったり違ったりしうるのである。

それゆえ、ここで問題となる比較法的プロジェクトの課題設定にとって重要なのは、ある共通の社会問題に関する規制を同定し、相互に対置させることだけであり、そこでは、同一性、類似性または相違性の大小に関する議論も重要性を失う。両者が比較法のものでその都度の目標設定に再び方向付けられるのは、モデル形成と重要性の判定が問題となる段階である。

機能的な方法に対して補充の必要性が目に見えることとなり、それが体系的・機能的な説得力の欠如と描写される点が、さらに一つある。機能的な出発点では、基

本的に、問いの立てられる事実問題を比較対象の国々にとって同種のものと同定し、それがあれば関連する規範を解明すること以上のことは要請されない。ここでは、いかなる規制が考慮に入れられるべきであり、それによりいかなる知見が最終的に得られることとなるか、そのためにはどの程度深く様々な規制の層に立ち入るべきか、いかなる背景の資料の把握が重要なのか、これらの点について、機能的な方法自体は回答を与えない。これらすべては、むしろ、計画のふさわしい目標設定の下で、機能の比較が構造の比較により拡大され深化されて初めて、目的に対応するかたちで答えられることとなるのである。

➤この目標に役立つ方法は、構造比較と名付けられることができる。確かに、ここでは説明を要する概念が選ばれている。というのも、すでに「機能」でもそうであったように、「構造」においても、理解と用語が統一性を欠く、つかみどころのない概念が問題となっているからである。とはいえ、構造比較は特性を示すものであり、それにより、三つの観点——すなわち、広さ、深さ、長さ——において単なる機能比較から際立つものとなり、それを超え行くのである。

広さについては、すでに、理論的比較法のありうる目標設定としての「体系的比較刑法」および「構造比較」の説明に際して、その目標は、法秩序全体の解明と対置であることも、あるいはその本質部分のそれであることも、可能であるということが示された。これに応じるように、方法もまた調整されることとなる。例えば、どちらかといえば大局的に、法秩序全体がどのように構造化されているのか、特定の法領域がどのように分類されているのか、または禁止と命令の違反にいかなる対応がなされるのかといった点を問題とするのであれば、方法の観点では、一方で、検討領域の内部において、個々の規定の機能を問うだけで満足することはできない。むしろ、その場合には、それぞれの法システムが、その都度全体として視野に収められなければならない。他方で、それは必ずしもシステムの下部構造の研究を要請するものではない。むしろ、そのためには、上部構造の記述だけで十分とする。しかし、「より良いシステム」の比較法的探究において、例えば法族のグループ分けや一般的な法原理の発展が問題となる限りでは、上部にとどまる広範囲の比較の説得力は限られているということを、意識しておく必要がある。

構造比較の深さの次元にとっては、問いが立てられることとなるある法秩序における、社会秩序問題のために見出されるべき規制の態様とレベルを定めるだけでなく、むしろ、その現実性のレベルをも考慮することが、本質的に重要である。そこには、成文化された規制と同様に、不文の規制も含められる。それは、一方で、裁判所の判断、書式や運営管理の指針の形式においてであり、これをもって、法規

制は翻訳され、解釈され、発展されまたは補完され、あるいは法適用者にとっての準則とされるのである。他方で、「第二の法典 (second codes)」の形式においてであり、それにより、「書物の中の法」が「行動の中の法」に、そして本来の「生きた法 (droit vivant)」になるのである。同じく、そこでは、下部構造の完全な把握のために、三つの領域とレベルが定められ、分析されなければならない。すなわち、比較のために問いが立てられるべき現実生活の実態、そのために見出されるべき規制とその機能、実際の適用、および、それぞれの規制がどのような帰結をもたらしているかである。例えば、死亡結果を伴う正当防衛への複数の国の刑法的対応が比較されることとなる場合、まず、考えうる事実関係の選択肢が記述されなければならない。次いで、法律上の正当防衛規定がその解釈を含めて解明されるのだが、後者はそれとして、国家の実力独占と個人の防衛権の関係に関する基本的態度の相違に左右される可能性がある。そして、そこでは加えて、訴訟上の要因、例えば証拠法則の相違や手続への素人参加の有無が影響を及ぼしうる。その限りで、厳密に見ると、問題となるのは、「行動の中の法」だけでなく、さらに「行動としての法 (law as action)」なのである。

このような下部の探究を超えて、縦断面で構造比較を行うことも可能である。その中で、特定の個々の諸部分がより大きな統一体へと互いに結合され、それぞれが固有の機能を果す組織を「構造」の下に理解するのであれば、視線は、個々の部分に限定されたままであってはならず、むしろ、相互作用と連続作用にも及ばなければならない。そこでは特に、個々の部分の短所が、その他の部分の特別な長所によって緩和されているか否か、それとも、あるレベルでの欠点が、他のレベルでの利点により相殺されているか否かに、留意しなければならない。比較法にとって重要であるのは、歴史的、世界観的およびその他の国民的・文化的背景を含めてそれらの諸要素を記述するだけでなく、啓発的に見える実体刑法と手続刑法との連関および相互作用を顧慮し、必要とあれば他の法分野にまで追究すべきであるということである。

このような縦段階 (Längsschritt) と縦断面 (Längsschnitt) は、特に、手続過程の比較が重要となる場合に要請される。例えば、被疑者・被告人の法的地位については、ある国では、それが最初の嫌疑の発生の際にすでに、あまり確固としたものではないように見えるのに対して、別の国では、被疑者・被告人は、形式的な捜査手続の開始で初めて、不都合な事柄を危惧しなければならないということがありうる。にもかかわらず、そこから、「より良い」手続法に関して、まだ手続過程全体に探りを入れていない限りでは、結論を導くことはできない。最初の手続段階に

おける短所が、公判手続段階におけるより強固な法的地位によって、また場合によっては同じくより寛大な上訴段階において、埋め合わされているということ——そして、その逆——もありうるのである。このようなものは、まさしく、ここで提示されたマックス・プランクの研究所プロジェクトにおいて追求されたような種類の構造比較である。すなわち、殺人犯罪の複数の変種について、まず、その犯罪構成要件の整理が、付されうる各国固有の刑罰阻却または刑罰減輕事由を考慮して判断され、次いで、量刑にとって本質的な標準が、それぞれの手続態様の特別性を考慮して把握され、最後に、事例とその複数の変種の処置が、刑罰執行の様々な態様に至るまで、各国のアンケートを受けた裁判官、弁護士、検察官および法学者の観点から、追究されている。

➤最初の研究段階で決められるべき比較法的プロジェクトの課題設定についての要約として、どのようなことを確かめなければならないか。プロジェクトの——理論的、司法的、立法的、評価的なまたは相互に結び付けられた——目標設定に応じて、ミクロ比較だけで十分であるということも、メゾまたはマクロ比較が必要であるということもありうる。後者が指示されるほど、研究領域はより広範囲に、——二国間のレベルを超えて——多国間から普遍的なものへと調整されることとなる。比較対象を個々の法規範、法概念または制度に限定することは、確かに原則として排除されるわけではないが、それで足りるのは、通常は、単にその存在または不在の調査のみを問題とする場合に限られる。それ以上に、規制または制度の本来の機能および社会的役割を解明するためには、それらが解決のために供されることとなるところの、生活の現実における事実問題の比較可能性に注意を向けなければならない。比較対象国がそこでどのように対処しているのかは、通常は、歴史的、文化的、政治的またはその他の世界観的・社会的背景の考慮なしに理解することはできない。このことが構造比較を必要なものとしうるのであり、それはプロジェクトの目標設定に応じて、異なる広さ、深さおよび長さで設計されなければならない。

(b) 作業仮説——質問の一覧表

前述の標準に従って行われるべき課題設定と対象の記述に応じて、可能な限り具体的な作業仮説が展開され、これに即して構造化された質問の一覧表の中で、この仮説が回答可能な表現形式に移されることとなる。しかし、これを行うのは言うほど簡単ではない。なぜなら、そこでは、主題を捉え損ねたり、主観的な先入観に影響されたりする可能性があるからである。

➤主題の観点では、一方で、国別報告からその後に予想される回答が、相互に比

較するにはあまりにもあいまいな、またはとりとめのない結果となるようなかたちで、作業仮説が広範かつ一般的に定式化される危険を冒す可能性がある。他方で、一見して些細なことが周知のものと認識されることなく、それにより、多くの本質的なことが話題に上らないようなかたちで、問いが狭くかつ特定されて定式化されることもありうる。これらから生じる比較調査結果の欠陥と歪みをあらかじめ防止するためには、一方で、作業仮説が、同一内容ですべての国別報告の作成者にとって基準となりうるものであり、他方では、場合によってはありうる一国の特性をあわせて把握するのに十分なほど、柔軟でなければならない。

これら二つの関心事は、以下の方法で考慮される。まず、一般的な分類の図式が作られる。そして、これは、国別報告の作成者により、ある国固有の特性を加味して補完されることがありうる。その際、このような国別報告における基本図式からの逸脱は、比較法的な横断的評価において必要であれば考慮できるように、あらかじめ識別できるようにされなければならない。例えば、マックス・プランク研究所のプロジェクト「妊娠中絶の国際比較」では、一般的な「国別報告の分類図式」があらかじめ作成された。そこでは、おおまかな主要分類点が、早くも三つのレベル——枠組みを条件付ける事項と歴史的展開について (I.), 現行の妊娠中絶法制について (II.), 法事実的資料について (III.) ——にまで分けられた。加えて、一国の特性を考慮できるように、これらのレベルが部分的に五つにまで拡大される。例えば、ドイツの国別報告では、現行法 (II.) に関して、許容される妊娠中絶 (3) では、さらに、実体的要件 (3.1) について、要件事由 (3.1.1), 医学的・社会的要件 (3.1.1.3), これが生命の危険 (3.1.1.3.1), 健康の危険 (3.1.1.3.2) および社会的要因 (3.1.1.3.3) にまで区分された。他の国でも同様の下位区分を加えた後、最終的な比較法的な横断的評価のための包括的な基礎が作成された。

しかしながら、質問の一覧表は、等しく明瞭、確実かつ柔軟であるだけでなく、可能な限りの確で、予断のないものでなければならない。これらの要請を充たさないことは、比較されるべき事実問題が完全に把握されていないか、または、視野の狭窄や予断のために、本質的な問題が知るところとならなかった、無視できるものとみなされた場合には、容易に起こりうる。

ありうる目標設定と、様々な現実生活の実態および法分野の多彩さにかんがみると、質問の一覧表の設定のための普遍妥当なレシピを提示することはできない。それでも、以下の方針は有益かもしれない。

➤質問の一覧表がそこから展開されることとなる視角に関しては、まず一度、自国の規定と制度から出発するのが、通常は自然だろう。しかし、自国法が役割を果

たすのは、既知の枠組みとしてのみである。この場面ですでに、問いを立てられる現実生活の実態について、他の解決の変種を考慮に入れること、それゆえ同時に、自国法で予定されているのとは別のいかなるやり方で、事実問題を規制することができるのかを前もって考えることが、決定的に重要となりうる。例えば、減輕事情のある故殺の場合に、どのような刑種と刑期が予想されるかという問いについて、視角をドイツ法に限った場合、比較対象国において、焦点を実体法上の可罰性と量刑のみに、または少なくとも主としてそれらに当てることは、容易に考えうる。しかしながら、本プロジェクトの構想で早くも予感されたように、ありうる有罪判決と刑の言い渡しの厳しさが、その他の法秩序においてはすでに判決段階で認められた緩和を、執行段階で受ける可能性はある。したがって、早くも、とられるべき視角について目を開いて、自国法による事前の設定から自らを解放することが重要なのであり、クリエイティブな想像力をもって、既知のものとは異なるどのような選択肢が、報告される事実問題の解決のために存在しうるのかを予感することが大事である。

➤このように「網を広く張ること (cast the net wide)」は、比較の広さの次元および深さの次元に対する質問の一覧表についても要請される。これが特にあてはまるのは、プロジェクトの課題設定から予想されるべき、実体刑法と手続刑法との、さらに場合によってはそれ以外の関係法分野との間の関連と相互作用についてである。同じく、問いが立てられる規制を制約するその国特有の伝統およびそれ以外の文化的背景を含めた、その規制の歴史的な成立および発展の基礎についても考慮しなければならない。したがって、早くも、殺人事例についての段階的に異なる制裁が問題となる「構造比較プロジェクト」のためには、実体法と手続法の共同作用についての問題だけで満足することはできない。むしろ、それに加えて、多様な手続のスタイルと異なる専門家による評価についても探らなければならない。最後の点ではそのために事例に対応したインタビューの手法が用意された。

➤驚くべきことではないが、既知の法概念と規制——通常は自国のそれらだろう——から当然のごとく出発する、このような比較法プロジェクトのための最初の準備作業に際して、どの程度多様な問いと関連付けが生じうるのかについて、すべての範囲を見通すことはいまだできない。それゆえ、最初の起案が問題の暫定的な素描でしかないということは、しばしばありうる。さらなる明確性を得るためには、事前テストをとおして、視角を広げ、想定可能な規制の選択肢に目を付けておくことが有益だろう。そこでは、それぞれの新しい知見を考慮し、それに応じて分類の図式を更新することにより、研究構想の徹底的な再構成が必要となりうる。このよ

うな、おそらく心地良くはない驚きは、それにもかかわらず、比較法を絶えず学習能力があり世界に開かれた分野であると理解しようとするのであれば、質問の一覧表のふさわしい適合と洗練によって、考慮されなければならないのである。

2. 比較対象国の選択

(a) 課題設定についての調整——選択の基準

質問の一覧表がそうであったように、比較法に取り入れる国の選択もまた、それに先立って決められるべき課題設定に大きく左右される。このことを真面目に考えれば、それだけで、数多くの争点が誇張であるということが明らかとなる。

➤基本的な観点において問題となるのは、とりわけ、二つの対立する両極端である。一方で、「より良い法」の探究では、支配的である機能的手法から必要となる比較可能性の帰結として、比較は、最初から同種の法秩序に限定されなければならない。他方で、これと対立するのが、「ポストモダン」を自認する比較法である。この立場にとっては、文化的理解に制約される比較法的知見の相対性にかんがみ、複数の法システムを結びつけるものよりも、それらの相違が問題となる。そこでは、不変のものと発展してきたものよりも、むしろ、同時代的なものに移ろいゆくものが求められることとなる。

ところで、一方では、比較法において考慮することとなる国の選択に際して、最初から、実際にまたは推定上同種の法秩序に限定することは、あまり正しいとは言えない。「より良い法」の探究では、まさしく異質な規制から、予期しなかった観点およびこれによる新種の選択肢が開かれたり、反対に、自国法の疑わしくなった立場が、そうは言っても尊重に値すると確かめられたりすることがありうる。他方で、同じように、新しいものの探究において、伝統的なものを軽視することは許されない。なぜなら、生成してきたもの、最初からあったわけではないものとして発展してきた法は、原則として変化しうるものなのであり、それゆえ、起こりうる過去への回帰に対して、それが優れていることが事後的に明らかとなった場合には、閉ざされていないからである。その他の点では、同質的な国々か、それともむしろ異質な国々かという対立に関する論争は、対象国の選択についても、結局のところその都度の課題設定が重要であるという限りで、すでに無益である。

したがって、対象国の選択についてもまた、「普遍的比較刑法」という第一位に据えられる準則は、一つの目標に左右される要求であることが明らかとなる。このことは、実際上の理由だけではなく、その都度の課題設定に従って、比較法は特定の国々にすでに限定されるという理由からも是認される。

➤しかし、かくして必要となる、特定の国々の包摂または排除に利用可能な選択基準とは、どのようなものでありうるのだろうか。対象国の選択については、一般的に「賢明な限定の原則」が妥当することとなる。それは、全面的把握が實際上困難であるためだけでなく、特に型を構成する「母秩序 (Mutterordnung)」の比較だけから洞察が得られる可能性があり、模倣する「娘法 (Tochterrechte)」のさらなる研究が不要であるような場合、費用と効果の不均衡が生じることがあるためである。その都度の課題設定にとって最大の収穫性を期待できる国については、取り入れる必要があるが、それ以外の国々は看過しうる。ただし、後者についても、不在の範囲が重要となりうる場合には、依然として言及に値する。例えば、ある法原理について、推定上積極的な資料を持つ法秩序に考慮を最初から限定する場合には、その法原理が拙速に誤って実証されたかのように見えることがあるありうる。

この留保からすでに示唆されるように、「推定上最大の収穫性 (präsumtiv größten Ergiebigkeit)」の基準は、最初から互いに比較可能な国々のみに限定されるべきであるという意味で、一面的に理解されては決してならない。というのも、比較可能でなければならないのは、生活の現実における事実問題だけであり、その解決は複数の法秩序において異なりうるからである。新たな種類の解決の選択肢を開拓する、または、まさしく法システムの多様性を提示することとなる場合には、互いに似た法秩序からよりも、できるだけ別の種類の法秩序から、それらを期待できる。

➤きわめてステレオタイプ化された大まかな規則に対するこのような注意は、とりわけ、特定の法圏の優先または対照では適切である。すなわち、比較が、例えばドイツ的、ロマン的または英米的といった標準に則して選択された法族に限定される、あるいは、単にシビルローとコモンローとが対置される場合や、一般的な法原理の発展について「世界の主要な法体系」へと向かう場合がそうである。法システムの多様性をグループの作成により見通しのきくものにすること、そこでは共通の起源、言語、国家形態、法形式、手続きのタイプなどが区別の要因として容易に思いつくのだが、それが高い見地からは意味をなすことについては、決して根本的に争われていない。それにもかかわらず、この方途では、本来の比較法のためのおおまかな事前の選択が達成されるだけである。すでにマクロレベルで、法族の定式化は、それが最初に行われたのが民法的な視点からか、刑法的な、あるいは国法的なそれかに左右されうる。例えば、ローマ法圏に整理されるイタリアやスペインといった国は、刑法解釈学的観点においては、むしろドイツ法圏に近い位置にある。あるいは、実体刑法と手続構造のいずれかに強い注意を向ける場合、日本は、前者

ではドイツ法族に整理されるのに対し、後者では当事者主義的手続システムの継受にもとづきコモンローと親密な関係にある。ここに示されるように、異なる法族の間だけで相違を予想すべきではない。むしろ、一つの法圏内部であっさりと全面的な共通性を前提とすることは、決してできないのである。法族へのおおまかな方向付けによる推論のすべてが放棄される必要はないが、究極の照準は、その都度の課題設定でなければならない。

(b) プロジェクトによる例証

対象国の選択がどのように行われうのか、われわれの比較刑法プロジェクトで手短かに例証しよう。1990年代、刑事手続の長期化に対する世論の批判が強まる中、連邦司法省は、ドイツ法で採用すれば刑事手続の迅速化がもたらされう規定が外国法秩序に見出されないか、マックス・プランク研究所に調査させた方がよいと考えた。この課題設定は広く捉えられすぎているように思われ、加えて最大の欠点が公判手続に見込まれることから、課題設定の焦点は、証拠調べ、特に直接性の要請に合わせられた。ドイツの刑事手続を迅速化するための選択肢を探究するという点を顧慮して、比較されることとなる法秩序の選択については、ドイツにおいて一般的に認められた、効率的であると同時に法治国家的な、つまり被告人の基本権を保障する刑事手続への要請が充足される、その限りで安定した手続実務が発展してきた国々のみが考慮に入れられた。そこでは、糺問主義的な伝統を持つ国々に最初から限定するのではなく、当事者主義的な実践も考慮に入れたため、フランス、オランダ、オーストリア、ポルトガルと並んで、コモンローからイングランドやアメリカも取り入れられ、同じく、裁判官による指揮の原則と当事者主義的な証明過程の混合形態として、イタリア、日本、スウェーデンが考慮に入れられた。そこで明らかとなったように、ほとんどすべての国々においては、公判手続における証拠調べは、ドイツと比べて労力のかからないかたちとなっていた。そこで相違は、本質的には異なる手続構造によるものであったが、部分的には、ドイツでは憲法的に甘受できないであろう、法治国家的な欠陥にもとづいていた。

本書で行われている「構造比較プロジェクト」の選択基準に関しては、一方の、そこから一般化可能な研究成果が期待できる国々と、他方の、国別報告作成者に作業技術上の非常に高度な要請が求められる国々との把握の間で、バランスをとらなければならなかった。さらに、このプロジェクトには、経験から学ぶことのできる模範がなく、そのことによって先駆者としての性格も加わったため、対象国の選択は、ドイツ、イングランド・ウェールズ、フランス、イタリア、オーストリア、ポ

ルトガル、スウェーデンおよびスイスに限定された。

(c) 事前テスト——パイロット研究——事後的改良

➤報告作成者が過大な要求をされる、あるいは非常に多量の余計な「データのごみ (Datenmüll)」が産み出されるといったことなく、選択されるべき国々からきわめて大きな成果が期待される場合、拙速な確定に対して注意が求められる。これが当てはまる状況においては、いかなる種類の国々から、設定された問題について実りの多い回答がなるべく期待できるか、事前テストにより確認することが有益である可能性がある。それどころか、事情によっては、およそ、パイロット研究から得られることとなる知見にもとづいてはじめて、意味のある課題設定および展開されるべき質問の一覧表が可能となる。

パイロット研究について問題となる事前の選択もまた、もはや推定上のもではありえない。前段階での吟味のために、暫定の課題設定にとって有望となりうる法秩序がおおよそ存在するか、存在するとすればどの法秩序においてかについて、おぼろげに把握しようとしなければならないのである。次いで、事前テストがどのような結果となるかに応じて、作成されるべき国別報告が選択されることとなる。同様のことは、課題設定および国別報告の基礎に置かれる質問の一覧表についても当てはまる。しかし、この時点ですら、質問の一覧表も対象国の選択も、すでに最終的なものである必要はない。とりわけ、パイロット研究で可能であったよりも深く題材に入り込まなければならない国別報告の作成に際して、本質的な問題が展望されること、または、それまで考慮されなかった国々に実りの多い比較資料が見出されることを強調する場合には、それに応じて質問の一覧表が修正され、対象国の選択が補完されなければならない。

3. 国別報告の仕上げ

質問の一覧表および対象国の選択のステップとして作成されることとなる、国別報告もまた、課題設定に方向付けられなければならない。このことは、とられるべき視角 (Ⅲ. B. 3. (a)), 考慮されるべき資料 (Ⅲ. B. 3. (b)-(d)) およびそのために使用されるべき補助手段 (Ⅲ. B. 3. (e)-(f)) について、詳しい言及が必要であるということの意味する。

(a) 出発点——視角——全体的考察

国別報告の仕上げは特定の立場から行われるべきなのか、そして、そうである場

合に、どのような立場からなのかという問題からして、多くの手引書が思わせるほど一義的かつ一般的に答えられうるものではない。というのも、「自国の解釈学および刑事政策的立場」が基礎に置かれるべきか否か、法文の解釈は「それぞれの解釈者の理解により」導かれるのか否か、あるいは、「ドイツ法における当該問題の規制からも、報告作成者に理想的解決として無意識に思い浮かびうる、およそ特定の法律学的解決からも」出発してはならないのか否かは、問題設定と報告作成者の役割に左右されるからである。自国法の皿の縁を超えて外に目を向ける態度が国別報告に欠け、その結果、事実問題が完全に把握されない場合には、プロジェクトコーディネーターにより事後的修正が加えられなければならない。

このような無偏見性 (Aufgeschlossenheit) は、関連する法への視座において求められるだけでない。むしろ、「全体的考察」が必要なのであり、そこでは、実際に影響力を持つすべての要因を正当に評価に入れるように努め、とりわけ、歴史的、文化のおよびそれ以外の社会的背景にも注意を払うのである。このために普遍的に妥当するチェックリストが作成されることはないにせよ、若干の指針は挙げられる。

(b) 関連する法の把握

課題設定に関連する法の記述は、国別報告において最初に位置するのか、あるいは後になって初めて話題となるのかにかかわらず、決定的に重要である。プロジェクトの目標設定に応じて、それは簡潔に行われたり、包括的な解明と説明を必要としたりする。通常は、規範の名前を単に挙げるだけでは不十分であり、問題設定に対する関連性および重要性も明らかにしなければならない。

これについては、「書物の中の法」の記述だけで済ますことはできず、むしろ「行動の中の法」をも把握することとなる。このためには、法源として、引き合いに出される秩序を形成するまたは共に形成するものすべてを、それが書かれた規定の形式であれ、書かれざる裁判官法、法慣行またはその他の慣習法の形式であれ、考慮しなければならない。通常は、それについて、学説による法解釈も実務による法適用も考慮されるべきである。個別規定または実務の対置だけでなく、構造比較という目標設定をもって、複数の法領域を、とりわけ実体刑法と手続刑法の相互作用を問題とするのであれば、それに応じて、「統合的考察手法 (integrierende Betrachtungsweise)」が必要となるだろう。

問題設定のために引き合いに出されるべき法的素材については、比較者は原則として同じ法源を用い、当該法秩序出身の法律家が関連すると見込むと予想されるよ

うに、重要度を定めるべきである。ここでも、法技術的な一致または相違の確認で満足することは許されず、それ以上に、どの程度において、法規制が同一または異種の法および正義の観念に依拠しているのかを、解明する必要がある。そこでは特に、様々な解釈および理由付けのスタイルに注目すべきである。

(c) 犯罪学およびその他の経験科学の活用

生活の現実における事実問題へと、機能的に比較法の視野を拡大し、調整することにより、比較刑法が、規範の対置に限定されることは許されず、社会の基礎と現実的作用をも共に考慮しなければならないということは、すでにほとんど決まり文句となってきた。ただし、これは普遍的に妥当するドグマと理解されてはならない。というのも、一体どの程度、実際に犯罪学的基礎付けまたはその他の社会科学の視野の拡大が必要であるのかは、ここでも、その都度の課題設定と、これに従った質問の一覧表に左右されるからである。

他方で、純粹に規範的な観点で満足せず、視線を法形象または理論の実務的な作用にも目線を向けることが適切となる可能性はある。例えば、(故意、過失または錯誤のような)主観的な犯罪要素の比較または(正当防衛または責任無能力のような)不処罰事由の射程が問題となる場合、どの程度の頻度でそしてどのような基準で、例えば故意が肯定されるのか、または正当化事由が認められるのかを、関連する判例または対応する仮説事例を用いて検証しなければ、的を射た規範の理解はまったく獲得されえない。

(d) 文化関係性

この専門用語でもって、引き合いに出されるべき法規範とこれについて考慮に入れられるべき経験的要因を超えた、歴史的、伝統的、イデオロギー的、社会学的、政治的ないしその他の社会的背景に関して国別報告に取り入れられるべき事柄を、十分によく把握することができる。しかし、一般的な「文化比較」とは異なり、ここで問題となるのは、法の「文化を特徴付ける」役割というよりも、むしろ法の「文化により特徴付けられる」役割である。というのも、それについて比較可能性と異種性の観点から関連付けられる法規範および制度は、基礎にある、伝統、気質、正義観、共同体の有様または同じような価値および秩序の基準の形態における国家的特性を明らかにせずして、完全に把握されることはできないからである。このことは、刑法においては、それが歴史的・文化的な固着や制約にとりわけ強く影響されるだけに、いっそう要求されるのである。

この「イデオロギーの精神的現実性」は、法秩序、様々な役割分担および行為様式の特長なスタイルや、特定の法律家共同体の価値評価および行動態様の中に表現されるように、一般的な文化においてのみならず、それとは区別可能な国固有の「法文化」においてすでに表れうる。例えば、合理的な理由を詮索することなく道徳的秩序に適応するほどに儒教の道徳理論が強く内面化されていけば、ドイツではむしろ問題があると感じられる「社会倫理」またはその他の一般条項の参照には、異なる位置価値が与えられる。法律用語の特別性も過小評価されてはならない。また、——ギリシャと日本で長い間そうだったように——わかりやすい日常用語で利用できないという理由から、刑法典が第一に法適用者に宛てられ、市民には宛てられてない場合、このことは司法制度にも刑法解釈学にも影響を与えうる。このような法内在的な文化的要因を超えて、さらに大きな重点が、比較されるべき法の歴史的、公共的・イデオロギー的およびその他の社会的背景および制約に与えられうる。このことは、刑法の領域にとっては、「妊娠中絶プロジェクト」において特に強いかたちで経験されることとなった。

(e) 事例に依拠した比較手法

比較法について、法規範と制度の対置にもはや満足せず、機能的なかたちで、問題設定を解決されるべき生の現実における事実問題へと調整する場合であっても、——実際上または推定上——関連する構成要件と法概念の参照のみによって共通の比較の基礎が与えられたという確信が、持てないこともありうる。というのも、一見すると類似または別種に見えるものも、事例を用いて検証するなら、より近いまたはより遠いものであることが明らかとなる可能性があるからである。例えば、殺人の可罰性についてどの程度心理的要素を要求するか、そしてその段階付けに応じて異なる刑罰効果が考慮されるかということが問題となる場合、ドイツでは、故意のみならず、過失だけでも可罰性のために十分であるとするのに対して、例えば英米のような別の法秩序では、原則として「意図 (intent)」または「無謀 (recklessness)」のみであり、「怠慢 (negligence)」では足りないとするということの確認だけでは、それほど多くのことは獲得されない。というのも、いかなる程度において、一方で、未必の故意が「意図」にあたるのか「無謀」としてのみ把握できるのか、しかし他方で、後者が認識ある過失まで及びうるのかは、結局のところ、事例を用いることでしか、確かなかたちで輪郭をつけることができないからである。

このような事例に依拠した比較手法は、複数の法秩序における個別の事実問題とその解決を比較することが問題となるだけでなく、構造の相違に関する経過が追究

されるべきである場合には、いっそう適切である。それゆえ、この手法は、「構造比較プロジェクト」についても選択されたのであった。

(f) コンピューターを用いた比較

比較法プロジェクトがより複雑であり、そのためにより多くのデータが蓄積するほど、それに応じて、これらを——書面でのリストアップ、図表その他のような——従来の手段を用いて把握することは、より困難となる。このような集計や構造化の問題は、特にコンピューターのような新手のテクノロジーの投入によって、より容易に解決される。本「構造比較プロジェクト」でも、一定程度までこれを利用することができた。

4. 比較——横断的評価——モデル作成

国別報告の作成に続くこととなるものは、通例「比較法的な横断的評価」と呼ばれる。このようなものは、あらゆる種類の比較法に必ずしも求められるわけではないが、いずれにせよ、この検討のレベルで初めて固有の比較法が始まるということはおよそ共通である。しかし、それは「あらゆる比較法的作業の最も困難な部分として[……]それを原則において把握する試みから、ほぼ完全に(逃れる)」。それにもかかわらず、これについても、目標設定および解明されるべき比較の素材の種類に応じて、一定の指針は示される。

(a) 二国間の比較

単に二つの(または選び出された少数の)法秩序を互いに比較する場合、共通性と相違の確認が容易な事柄であるという、ありがちな想定が的を射ているのは、せいぜいのところ、例えば両国に特定の犯罪構成要件、関与形態または不処罰事由があるのかだけを調査する場合である。——例えば「双罰性」の司法上の要請のように——特定の一つの行為非難であるにもかかわらず異なる名称の犯罪構成要件により把握される、あるいは反対に、同じ名前の犯罪が異なる適用領域を持つといったことが、同じく問題となるや否や、広さと深さのある比較が要請されうる。特に、早くも個々の刑法規範に関する二国間比較では、文化に関係する背景を共に取り入れることが必要となりうる。

このような拡大と深化は、二つの刑法システムが全体としてまたはその本質的部分において互いに比較されなければならない、または一方の法秩序から他方への移行が議論となる場合には、いっそう必要なものとなる。

(b) 多国間の横断的評価

二つ（または若干の少数）以上の国々を相互に比較する場合には、通常は比較法的な横断的評価を作成することとなる。その構造化は、質問の一覧表にそこで調整できるほど、より容易となる。しかし、ずっと頻繁に起こることとして、国別報告の処理に際し、質問の一覧表の展開の時点ではまだ予見されなかったものの、——散発的にのみ現れるとしても——横断的評価に取り入れるのに十分重要であるように思われる、その国固有の特性が強調されうるという場合がある。

把握と記述の態様については、一方で、国別報告に集められた個々のデータの完全な再現となっても、他方で、それらの概括的な繰り返しに尽きてもならない。むしろ、データをプロファイリングで目印をつけた共通性と相違に方向付け、可能な限りグループ化と類型の定立を導くべきである。

そこでどのような指標を目印と見なすべきかは、またしても、特に当該プロジェクトの目標設定に左右される。それが、例えば、一見すると選択肢のない規制のモデルに他国の多様な解決の端緒を対置する、または「解決のストック」の類のもの、の構築を目標とするのであれば、一定の別種性を表現しうるのは、すべて注目すべきものまたは記録を要するものとみなされることとなる。これに対して、手付かずの多様な意見に一定の道を開くことが重要なのであれば、むしろ、大きな網を使って、なお何らかの点で機能的に似ているように見えるものを、できるだけ多くまとめ上げるべきである。われわれの「構造比較プロジェクト」のように、平面的な概観よりも、むしろ構造的な経過の比較が問題となるのであれば、とりわけ、有罪宣告を受ける者の最終的な運命にとって本質的な段階と、路線変更をする枕木を相互に対置することとなる。

(c) モデル形成

体系化と類型化からいかにして選択的なモデルを展開するか、その態様と方法についても、普遍的に妥当する準則は作られない。

主として問題となるのが、自国の刑法秩序や解釈学を他国の法システムから際立たせることであれば、前者を標準的な指導モデルとして中心に据え、次いでこれに多かれ少なかれ異なったモデルを対置することとなる。同様に、自国法にできるだけ似ている、それにもかかわらず優れた規制を立法的に探究する場合、焦点は、別種ではなく、むしろ同種に見えるモデルへと向けられることとなる。これに対して、新たな地平を切り開くのであれば、モデル形成は、できる限り別種で将来を指導する選択肢へと方向付けられることとなる。

調和プロジェクト——例えば、ヨーロッパの共同体法の発展または多国間刑事裁判所の創設——では、事情が異なる。そこでは、一方で、特定の法秩序や刑法解釈学に指導的役割をそもそも付与すべきではない。しかし、他方で、類型化の指標は、分断するようなモデル要素ではなく、より容易に統一するような要素が際立つように設定されることとなる。

5. 評価——提言

(a) 目標設定への従属性——評価段階

比較法には、結論としての態度決定が通常期待され、そこでは往々にして一定の評価なしに間に合わせることはできない。このことが意味するのは、比較法が評価抜きにはおよそ考えられえないということでも、評価が特定の研究段階に残されているということでもない。むしろ、それが比較の目標に従って、あるところでは必要不可欠となり、あるところでは偶然的な条件となりうるということである。

それゆえ、評価の必要性和範囲もその都度の目標設定に左右されるのであるが、厳密に見ると、それは、比較法的项目の最終段階にまで残されているのではなく、先行する研究段階ですでに役割を果しうるのである。例えば、立法的に方向付けられた妊娠中絶改革のためのプロジェクトのように、研究目標にとって重要となる認識上の関心が問題となるときには、世界観の基本的な立場や出生規制の状況も質問の一覧表に含められうる。したがって、最初の段階で定式化される作業仮説(上述Ⅲ. B. I (b))からして、評価は避けられないものとなりうる。しかし、この研究段階で問題となるのは、そのような大なり小なり内在的な評価ではなく、明確な評価査定である。すなわち、付きとめられた多数の理論、規制モデルまたはその他の選択肢について、優先順位を付ける、何らかの方法で段階付ける、競争という意味で推奨を述べる、あるいは、それどころか仕上げられた規制の提言を示すといったやり方で、それは行われる。

(b) 評価基準

査定、推奨または規制の提言と結び付けられた評価が、恣意的に見えるものであってはならず、第三者にとっても追証可能でなければならないとすると、それは、特定の基準に方向付けられ、それ自体で公開されることとなる。とりわけ選択肢やより良い解決の探求については、一般的なパラメーターとして、主に「目的性」と「正当性」が引き合いに出される。主として実践的指標を超えて、解釈学的観点においては、内的一貫性と実践的関連性のような価値カテゴリーについても考

えなければならない。同様に、選択肢が優先に値するかにとっては、導入と実現可能性の展望もまた役割を果しうる。

しかし、そのようなパラメーターがいかに注目すべきものであっても、その際に考えるべきことがまだ一つある。すなわち、パラメーターは、互いに衝突する位置にありうるということである。そのため——もっとも正義に適うものが、無条件にもっとも合目的的であるとは限らず、逆もまた然りであるという理由で——、それらは、当該比較法の態様におよそ適切である場合には、慎重を期して、並行的に適用できるということである。加えて、正義と合目的性は、それとしてさらなる定義と評価を要する。誰にとっての正義か。何のために有用なのか。何に対して維持または導入の価値があるのか。そして、そもそも、どのような視角から、これらすべてをそれぞれ判断すべきなのか。これらの問いから明らかとなる要請についてもまた、普遍的に妥当する準則を作ることはできない。決定的であるのは、むしろ、次の二つである。評価査定について一般的・抽象的なパラメーターで足りるとせず、それを当該比較法の目標設定に方向付ける、つまり、これについて、領域およびプロジェクトに特有なものとしてその都度具体化しなければならない。加えて、この評価の基準はその都度公開されなければならない。

(c) 比較の前提

ここで問題となるのは、有意義な評価のための当然の要請、すなわち、比較法の意図の機能目標に応じて、解明され、評価されるべき(原理、規則、理論といった)対象の基礎に、等しい問題設定があり、これに関連する評価の指標のすべてが考慮され、それに際して等しい評価基準があてがわれる場合のみ、評価は信頼できる命題を導くことができるということである。

このことは、事実的な所与および社会的な目標観念の点で等しい基礎から出発する法秩序のみが、そもそも相互に比較されることができるということを、意味しなければならないわけではない。そうではあるものの、社会的現実の相違が、すでに比較可能な問題設定をまったく成立させない、あるいは、特定の予想される解決の方途が、最初から克服しがたい法的障害と対峙しているところでは、比較法は限界に突き当たる、または、いずれにせよ有益なものを期待させないこととなる。刑法秩序の大規模な移植、根本的な新方針または大平面の法統一が問題となるほど、異なる法の比較可能性と受容可能性の根本的な吟味が、いっそう必要となる。

(徳永 元)