

# スペイン刑法における刑の減軽処理

江 藤 隆 之

- I 本稿の目的
- II 本稿が対象とするスペイン刑法における刑
- III 一般的減軽事由
- IV 減軽方法
- V 分析と図式化
- VI 結語

キーワード：スペイン刑法，刑の減軽，制裁規範，制裁論

## I 本稿の目的

日本刑法は，刑の減軽につき法律上の減軽と酌量減軽に区別し，それぞれ1度までの計2度までの減軽を認めている。その理由は理論的に未整理であり，体系的な分析の必要があることについては別稿で指摘した。<sup>(1)</sup>その体系的な分析研究の端緒として，本稿は，スペイン刑法に光を当て，その減軽規定の在り方を分析して提示することにした。その理由は，第1に，日本の刑法研究者にとって比較的なじみの薄いスペイン刑法のシステムを紹介することの意義は，すでに多くの研究者にとって既知である外国刑法，たとえばドイツ刑法のシステムを重ねて紹介するよりも学問的に意義深いものであること，第2に，スペイン刑法の減軽システムが実にユニークであり，これを広く知らしめること自体にも一定の学問的意義があること，第3に，スペイン刑法学がドイツ刑法学の流れを汲み，日本刑法学と同様

の犯罪論体系を有するため、スペイン刑法学の議論を分析することによって日本刑法学の発展に寄与することが大いに期待できるためである。

また、本稿はスペイン刑法における刑の減軽システムを描写することについて、次のような問題意識とその解決への意志を根底に有している。刑罰をめぐる議論において、「刑罰は何のためにあるのか」、「刑罰はどうあるべきか」という議論は、狭義の刑法解釈学を超えた哲学的な議論となるのが通例である。また、「刑罰は現にどうあるのか」という議論については、やはり狭義の刑法解釈学というよりも事実学たる刑事政策学などの議論対象となる。では、固有の意味における刑法解釈学は刑罰をめぐる議論にいかなる知見も加えられないのだろうか。私はそうは思わない。「現行刑法が、刑罰をどのように捉えているのか」という問いに刑法解釈から解答を導き出そうとするのは固有の意味における刑法解釈学の使命であろう。ところが、現行日本刑法典は、自らが刑罰に対してどのような態度を採っているのかについてほとんど語らない。それゆえ、日本刑法を解釈する日本刑法学は、刑罰論に対して刑法解釈学的知見を提供するに至っていない。そこで、自らが刑罰に対してどのような態度を採っているのか（のヒント）を至る所に示しているスペイン刑法典を分析することで、固有の意味における刑法解釈学が刑罰論に知見を示しうる可能性の一端を示すことができるのではないかと考えるのである。

そこで以下に、スペイン刑法における刑の——とりわけ総則における——減軽方法について紹介し、分析する。<sup>(3)</sup>

## Ⅱ 本稿が対象とするスペイン刑法における刑

### 1) 対象

本稿が対象とするスペイン刑法の刑（penas）は、減軽システムを日本と比較するという本稿の目的に鑑みて、日本刑法の刑罰と対比可能な刑である終身刑（*prisión permanente revisable*）および有期禁錮刑（*prisión temporal*）および罰金刑（*pena de multa*）とに限定してスポットライトを

当てる。自由刑として分類される期間居住地指定 (localización permanente) および罰金不納付責任 (responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa)<sup>(4)</sup> や権利剥奪刑は、日本刑法に対応するものがないため取り上げないことにする。<sup>(5)</sup>

なお、減輕事由 (および加重事由) が認められない場合の一般的な量刑基準については、行為者の人的状況および事案の重大性によることが66条6号に定められている。

## 2) 終身刑

スペイン刑法は伝統的に終身刑を持っていなかった。たとえば、森下忠は1997年の段階でスペイン刑法に死刑が存在しないことの紹介に続けて「無期刑も存在しない」と紹介していた。<sup>(6)</sup>ところが、凶悪事件に対する厳罰要求に端を発した終身刑導入キャンペーンの高まりと終身刑導入を公約に掲げる政党が2011年総選挙で過半数を制したことにより、<sup>(7)</sup> 2015年スペインにも終身刑が導入されることになった<sup>(8)</sup> (2016年時点でスペインに終身刑が存在しないとするシンポジウムや報告書が存在するが誤りである)。<sup>(9)</sup><sup>(10)</sup>

スペインにおける終身刑は、直訳すると「見直し可能な永久禁錮」(prisión permanente revisable) という名で呼ばれており、文献などではPPRと略される。「見直し可能」とは、仮釈放があることを意味しており、相対的終身刑であることがその名から明確にされている。PPRは、16歳未満の者に対する殺人、性的自由に対する罪の後にを行う殺人、組織的テロ、国家元首に対する殺人、人道に対する罪(140条1項)やジェノサイド(607条)などの重大犯罪にかぎって適用される。

収容後25年を経過すると、裁判所は92条の要件に照らして、受刑者の釈放が可能か否か、受刑者を保護観察に付すことが可能か否かを調査する。92条は、25年の経過といった形式的要件の他、実質的に受刑者の性格やその背景、犯状、受刑中の態度、社会状況、専門家による進捗状況の評価等を考慮して、裁判所が執行の停止および再社会化のために必要な措置を決定することを定めている。

この規定は、無期自由刑受刑者が仮釈放に付されるまでの期間を原則15年とするドイツ刑法や現実にははるかに長い運用がなされているものの法定的には10年経過後から仮釈放が可能であるとする日本刑法に比して、重いと評することができるだろう。また、後述するように、終身刑の減軽についても、スペインは比較的重い規定を置いている。

なお、スペイン憲法25条2項は、自由刑の目的が行為者の教育・再社会化にあることを明文で謳っているが、この刑の再社会化原理 (principio de resocialización de las penas) と PPR との整合性について、学説からは深刻な疑問 (serias dudas) が呈されている<sup>(14)</sup>。

### 3) 禁錮刑

スペイン刑法における自由刑の中心は禁錮刑 (prisión) である。刑法上の正式名称は単に prisión<sup>(15)</sup> であるが、終身刑と区別するためにあえて有期禁錮 (prisión temporal) と呼ばれることもある<sup>(16)</sup>。

禁錮刑は、原則3月以上20年以下とされている (36条2項1文)<sup>(17)</sup>。罪によっては25年 (473条1項：内乱罪の首謀者) や30年 (473条2項：武器使用内乱、大規模混乱内乱などの加重内乱罪) など特別に重い刑が予定されている場合もあり、これらが複数犯されるなど刑が加重される場合には、最長40年の禁錮が予定されている (76条)

### 4) 罰金刑

スペイン刑法は、罰金刑について、原則として日数罰金 (días-multa)<sup>(18)</sup> の制度を採用している (50条2項)。日数の最短は10日、最長は2年である (同条3項)。1日あたりの罰金額は、自然人については2ユーロ以上400ユーロ以下、法人については30ユーロ以上5000ユーロ以下である (同条4項)。なお、この計算においては、1月は30日、1年は360日として換算される (同項)。罰金の日数は、個別の犯罪に対応する効果として法定されており、そこから作成される処断刑の範囲内において、罪の重さに応じて決定される。この法定刑から処断刑をつくる際の減軽処理が本稿の論

述対象である。1日あたりの罰金額は、資産、所得、負債等の経済状況に基づいて決定される（同条5項）。なお、裁判所は確定判決から2年までを限度として、罰金の分割払いを認めることができる（同条6項）。また、判決確定後に受刑者の経済状況に変化があったとき、裁判所または裁判官は、経済状況を調査の上、金額および納付期限を変更することができる（51条）。以上を原則として、法律が特に定める場合には、日数罰金ではなく比例罰金（multa proporcial<sup>(19)</sup>）を言い渡すことがある（52条1項）。たとえば、売春やポルノを営んで収益を上げた法人に対しては、その犯した罪に応じて「得た収益の3倍以上5倍以下の罰金刑」（189条の2a文）や「得た収益の2倍以上4倍以下の罰金刑」（同b文）などが定められている。ただし、その際も、被告人の経済状況は考慮され、確定判決後の受刑者の経済状況の悪化も考慮される（52条2項、3項）。さらに、このような場合に「得た収入」が不明であるような場合には、自然人に対する禁錮刑を基準として法人に対する罰金刑を換算する旨の規定が置かれている（52条4項）。

### Ⅲ 一般的減輕事由

#### 1) 21条

スペイン刑法は、未遂減輕・従犯減輕・回避可能な違法性の錯誤以外の一般的な刑の減輕事由を21条にまとめて規定している。まず条文を確認しよう。

#### 21条

減輕事由であるのは：

1. 前条に掲げる事由で、個々の事案において不処罰となるための要件のすべてが揃わなかったとき
2. 前条2号に掲げる物質の中毒作用による影響が行為者に及んでいるとき

3. 激昂, 錯乱, またはそれらと同等のその他の心的状態を惹起するあまりにも強力な原因または刺激の影響によるとき
4. 司法手続が行為者に向けて進行していることを知る前に, 行為者が当局に対して犯行を告白したとき
5. 手続のいかなる段階であろうとも公判審理前に行為者が被害者に生じた被害を回復しあるいはその軽減につとめているとき
6. 被告人の責に帰すべき事情なく, かつ事案の複雑さに相当せず, 手続が異常かつ不当に遅延したとき
7. 前掲各号と同等の意義が類推される他のあらゆる事情のあるとき

## 2) 各号の概要

刑法21条は, 減輕事情を列挙している。その各号を概観する。<sup>(20)</sup>

### ① 1号 (eximientes incompletas／不完全免責)

1号は, 前条である20条が列挙する犯罪阻却事由 (20条1号: 精神異常, 2号: 薬物・アルコールによる予期しない精神異常, 3号: 知覚障害, 4号: 正当防衛, 5号: 緊急避難, 6号: 克服不能な恐怖, 7号: 正当業務行為) の要件が完全に具備しなかった場合を減輕事由としている。条文のシンプルな表現にかかわらず, 通説・判例の立場は, 犯罪阻却事由の各要件を本質的な要件と非本質的な要件 (requisitos esenciales e inesenciales)<sup>(21)</sup>とに区別し, 本質的な要件が存在する場合にのみ同号の適用があるとする。たとえば, フローレス・メンドーサは, 正当防衛に関する不完全免責がある場合については「少なくとも, 次のような本質的な要素の存在がなければならない。すなわち, 違法な侵害と防衛の必要性 (核となる客観的要素) および防衛の意図に密接するそれらの状況の認識と意思 (主観的要素)<sup>(22)</sup>」と述べている。したがって, 過剰防衛が本号の適用対象に含まれ, 誤想防衛<sup>(23)</sup>や偶然防衛は適用範囲から外れることになる。このことは, 判例によっても一貫して承認されている。<sup>(24)</sup>なお, 後述するように, 本号の減輕につい

ては、66条が適用される本条他号と異なり、68条により1段階または2段階の減輕がなされる。<sup>(25)</sup>

②2号 (atenuante de grave adicción／重度依存による減輕)

2号は、前条2号がアルコール飲料、有毒薬物、麻薬、向精神薬、その他これらと同等の効果を生じる物質の摂取による心神喪失を規定していることを受けて、それら薬物の重大な影響下にあった場合を刑の減輕事由とする。<sup>(26)</sup>

③3号 (arrebato u obcecación／激昂または錯乱)

3号は、激昂、錯乱またはそれと同等の心的状態を惹起する原因または刺激の影響によって行為が行われたことを減輕事由とする。激昂 (arrebato) は、激しく突発的で一時的な感情であり、錯乱 (obcecación) は、持続的な過度に興奮した心的状態である。<sup>(27)</sup> 条文はこれに加えて「それらと同等のその他の心的状態 (otro estado pasional de entidad semejante)」を挙げるが、そのような心的状態は結局のところ激昂ないし錯乱に帰着するのであるから、学説はこの「心的状態」を激昂や錯乱の外側にある特別のものとして捉えておらず、行為者の心理状態の価値判断を指示するものであると解している。<sup>(28)</sup><sup>(29)</sup> そのため、本号の要件は、「激昂または錯乱とその社会倫理的評価 (arrebato u obcecación y su valoración ético-social)」であるとする見解が主張されている。<sup>(30)</sup>

本号の根拠は、知能ないし意思の障害および行為制御能力の減少による責任減少である。<sup>(31)</sup>

なお、行為者が犯罪ないし違法行為を行ったこと、たとえば自らが行ったドメスティックバイオレンスによって異常な興奮状態に至り、その後さらなる違法行為に出た場合、当該行為にも適用があるとすれば問題であるとの指摘がある。<sup>(32)</sup>

④4号 (confesión de la infracción／自首)

4号は、行為者が捜査当局に対して、自分が捜査対象になっていることを知る前に犯行を告白したことを減輕事由とする。<sup>(33)</sup> この規定は、違法性ないし責任の評価の問題ではなく、刑事政策的規定であると理解されており、<sup>(34)</sup>

判例もそう解している。<sup>(35)</sup>

#### ⑤ 5号 (reparación del daño／損害回復)

5号は、公判審理前の損害の回復を減軽事由としているが、その根拠として、判例は被害者保護のための刑事政策的規定と解している。<sup>(36)</sup>学説は、判例同様に被害者保護のための刑事政策的規定であることを承認しつつ、法秩序の再確認による一般予防および特別予防の必要性の減少が認められるから、など理論的な説明を試みている。<sup>(37)</sup>法文は、損害回復が行為者によってなされることを求めており、その根拠も被害者保護の政策規定であるともみられるからには、たとえばオーストリア刑法において認められているような第三者による損害回復は減軽事由を構成しないと解される。なお、公判審理前というタイムリミットが設定されているため、公判審理開始後の審理中に損害回復がなされた場合には本条の適用はない。仮に審理中に損害回復がなされた場合は、本条7号「類推による減軽」<sup>(39)</sup>の対象となる。

#### ⑥ 6号 (dilaciones indebidas／不当な遅延)

6号は、訴訟手続の遅延を減軽事由としている。<sup>(40)</sup>本号の適用のための要件は3つあり、第1に遅延が不当であること、第2に遅延の程度が大きいこと、第3にその原因が被告人に帰されないことである。<sup>(41)</sup>訴訟の遅延が減軽事由として実体法に定めてある点は、迅速な裁判を受ける権利を手続法上の問題として把握し、判例上免訴として扱われている日本の刑事法とはかなり異なった取り扱いであるといえるだろう。<sup>(44)</sup>

#### ⑦ 7号 (atenuantes por analogía／類推による減軽)<sup>(45)</sup>

21条の最後の号は、前号までの事情に当てはまらなくとも、各号につき類推適用可能な事情がある場合に、被告人に有利な類推 (analogía beneficiosa para el reo)<sup>(46)</sup>として減軽の効果を認めるものであると解されている。<sup>(47)</sup>最高裁も2017年判決において、「裁判所が類推状況として評価するには、法文で定義された所為と評価される所為との間に本質的な意味の類似性が存在することが不可欠である」<sup>(48)</sup>と述べ、行為が法文の適用対象との本質的に類似しているものであることを理由に刑の減軽を認める趣旨であると制限的に解している。<sup>(49)</sup>つまり、本号は、本号がなければ本号以前の各



号を準用して減軽すべき場合に適用すべく用意された条文である。したがって、各号との類似性をもたないような事情は本号によって捕捉不可能であり、そのため本号は日本における酌量減軽のように裁判所に開かれた裁量的減軽事由としては理解されない。

本号は、実務では、前号までの減軽事由の要件を一部充たさないか、必要な程度に達しない場合（たとえば軽度の薬物依存の場合）を捕捉するものとして使用されており、1号が20条の免責規程に対して「不完全免責」と呼ばれるのとの対比で、本号を前号までの減軽の要件を一部充足しないときの減軽という意味でいわゆる「不完全減軽」（atenuante incompleta）<sup>(50)</sup>と呼ばれている。

なお、これら刑事責任を変更する事由の存在について、判例は、犯罪事実の立証と同等の厳格な証明が必要であると解しているが<sup>(51)</sup>、検察官が減軽を求めた場合には、裁判所は減軽しないことはできないとされている<sup>(52)</sup>。

### 3) その他の減軽事由

スペイン刑法は、21条以外に、未遂犯、回避可能な違法性の錯誤、従犯について刑の減軽があることを定めている。これらの減軽については、減軽方法を先に理解しなければ条文の意味が正確に把握できないので、まず減軽方法を紹介したい。

## Ⅳ 減軽方法

### 1) 条文

先に紹介した21条は減軽事由を列挙しているだけで、これらの減軽事由が認められる場合、具体的にどのように減軽されるのかについては言及していない。たとえば普通殺人罪（homicidio, 138条1項：10年以上15年以下の禁錮<sup>(53)</sup>）について21条4号の自首が認められる場合に処断刑はどうなるのか、また同様に殺人罪について薬物の影響により21条2号の適用があり、

かつ6号の不当な手続遅延があると認められる場合、処断刑はどうなるのかについて21条は何も語っていない。その方法に言及しているのは66条<sup>(54)</sup>である。66条は、1項で故意犯の加重減軽処理、2項で軽い罪および過失犯の処理方法を定めている。そのうち、減軽に関する規定を確認する。まずは、故意犯について66条1項1号および2号を見よう。<sup>(55)</sup>

#### 66条1項

刑罰の適用において、故意犯の場合、裁判官または裁判所は、減軽事由または加重事由の存否に応じて、以下の規則に従う。

- 1号 単にひとつの減軽事由が存在する場合、その罪に予定されている刑の下半分を適用する。
- 2号 ふたつ又はそれ以上の減軽事由が競合し、もしくはひとつ以上の非常に顕著な減軽事由が存在し、かつ加重事由と競合しない場合、当該減軽事由の数と質に応じて、法律で定められた刑を1段階又は2段階減軽して適用する。

このように、66条1項は、通常の減軽事由が1つである場合には、刑の下半分適用<sup>(56)</sup>がなされることを1号に定め、通常の減軽事由が2つ以上競合する場合または減軽事由がひとつであってもそれが「非常に顕著 (muy cualificada)<sup>(57)</sup>」である場合には、当該減軽事由の数と質に応じて1段階または2段階減軽することを定めているのである。

次に、軽い罪および過失犯の加重減軽処理について定めた66条2項を確認する。

#### 66条2項

軽い罪および過失犯に対しては、裁判官または裁判所は、前項の規定にかかわらず、慎重な裁量により刑を適用する。

このように、軽い罪および過失犯の減軽については、刑法は具体的な減軽の指示を避け、裁判官の慎重な裁量 (prudente arbitrio) に委ねている。

なお、先述したとおり、過剰防衛など犯罪成立阻却事由の本質的要素は

そろったが、非本質的要素が欠けるために犯罪成立が阻却されない不完全免責（21条1号）の減軽については、66条ではなく、以下のとおり68条が適用される。

68条

21条1号に定められた事案においては、裁判官または裁判所は、この法律の66条の適用とは別に、欠けるあるいは競合する要件の量と質および行為者の人的状況を考慮して、法律の定めるところより1段階または2段階減軽した刑を科す。

本条により、21条1号の不完全免責については、原則刑の下半分適用とされる同条他号に比して、1段階ないし2段階というより大幅な減軽がなされることになる。<sup>(58)</sup>

ここまでの概観により、スペイン刑法の減軽は、軽い罪および過失犯の場合には裁判官ないし裁判所の慎重な裁量により、故意犯の減軽については「段階」および「半分」という単位を使用して刑の減軽を行うことを定めていることが明らかになった。<sup>(59)</sup>たとえば、過失致死罪に減軽事由がある場合は裁判官ないし裁判所の慎重な裁量による減軽、故意犯である普通殺人罪について、21条の1号以外の各号のうち1つの適用が認められる場合は原則として下半分適用となり、2つの以上の適用あるいは減軽事由がひとつであってもそれが非常に顕著であると認められる場合は1段階または2段階の減軽となるのである。<sup>(60)</sup>

ここで、具体的に減軽処理を施すにあたって、処理の単位である「段階」と「半分」を理解することが極めて重要となる。以下に、段階と半分の概念を説明する。

2) 処理単位としての「段階」(grado)と「半分」(mitad)

スペイン刑法においては、刑の加重および減軽の単位(unidad)として、「段階」(grado)および「半分」(mitad)が使用される。<sup>(61)</sup>

「段階」(grado)とは、「法律が要求または許可する際に、当初の法定

刑の上限または下限を超過して加重または減軽を行う際の枠組みの範囲を限定するもの<sup>(62)</sup>」である。たとえば法律が1段階や2段階の減軽を要求するといった場合に、どのようにしてどの程度法定刑を下げるのかを決める道具となるのが、この「段階」である。「段階」による減軽には一般的に1段階 (uno grado) および2段階 (dos grados) があり、状況によってはそれ以上 (たとえば2段階減軽される未遂犯の従犯の場合については3段階<sup>(63)</sup>) の減軽が存在する。

「半分」(mitad) とは、事案に適用されるべき刑の枠を決定するために刑罰または段階を内部分割する基本単位である<sup>(64)</sup>。具体的な計算は後で述べるが、簡単に説明すれば、たとえば法定刑に5年の幅がある場合、その中間の2年6月を中心として、それより長期が上半分、短期が下半分となる。

スペイン刑法は、この「段階」と「半分」の単位を使用して、刑の加重・減軽の処理を指示している。なお、除する際には、「日」(el día) が不可分の最小限とされ、自由刑にせよ日数罰金刑にせよ、「日」より小さい単位 (たとえば時間) に分割されることはないことになっている<sup>(65)</sup>。

### 3) 段階による減軽処理

段階による減軽については70条1項2号が定めている。

#### 70条1項2号

段階によって減軽した刑は、その罪について定めた刑の短期からその半分の差し引いたものが下限となる。段階による減軽刑の上限は、その罪について定められた短期から、当該刑罰の性質に応じて1日または1日相当の罰金を引いたものとなる。

この規定によれば、1段階減軽の刑は、法定刑の短期の半分を下限とし、法定刑の短期から1日を引いたものが上限となる。したがって、1段階減軽による処断刑の形成は以下の図のようになる<sup>(66)</sup>。

【pena inferior en un grado：刑の1段階減軽】

法定刑（いずれも禁錮）	1段階減軽（いずれも禁錮）
1年以上3年以下 （たとえば235条：加重窃盗罪）	6月以上1年-1日以下（1年未満）
3年以上6年以下 （たとえば368条：違法薬物販売目的等所持罪）	1年6月以上3年-1日以下（3年未満）
10年以上15年以下 （たとえば138条1項：殺人罪）	5年以上10年-1日以下（10年未満）

2段階減軽は、1段階減軽からさらにもう1段階減軽の作業をすればよい。すなわち、1段階減軽によって作成された刑の枠を元に（1段階減軽後の枠を1段階減軽時の「法定刑」の部分に代入して）もう1段階減軽を行えばよいのである。たとえば、上記表の中段にある3年以上6年以下の刑を法定刑とすれば、1段階減軽は表の通り「1年6月以上3年-1日以下」となり<sup>(67)</sup>2段階減軽は、「9月以上1年5月29日以下」となる。3段階減軽の場合は、2段階減軽にもう1度1段階減軽を行えばよい。

#### 4) 半分による減軽処理

半分の計算は、次の通りである。まず、自由刑の長期から短期を引く。次に、その解を2で割る。この計算によって求められた期間が半分である。つまり、半分とは、「法定刑の定める期間の半分」を意味している<sup>(68)</sup>。たとえば、3年以上6年以下の罪であれば、6年から3年を引き、導かれた3年を2で割った1年6月が半分となり、1年以上3年以下の罪であれば、3年から1年を引き、それを2で割った1年が半分となる。殺人罪であれば、10年以上15年以下の禁錮であるから、半分は2年6月である。

処断刑は、下半分適用の場合は、半분을法定刑の長期から引いたものを長期とすることにより、加重の場合は短期に半분을加えたものを短期とすることにより作り出される<sup>(69)</sup>。すなわち、下半分適用減軽とは文字通り「法定刑の下半分の刑を科す」という意味であり、上半分適用とは「法定刑の上半分の刑を科す」という意味である。この点、日本刑法学の理解からすれば、下半分適用は、減軽であるというよりも、法定刑内での量刑指示で

あるとみることになる。<sup>(70)</sup>

以下に、計算例を表で示す。<sup>(71)</sup>

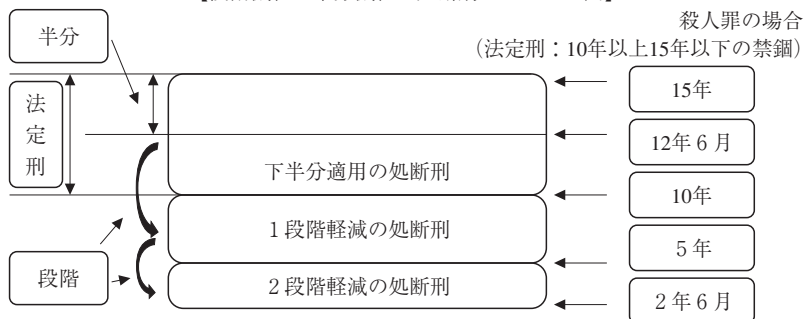
【mitad inferior de la pena：刑の下半分適用】

法定刑（いずれも禁錮）	下半分適用（いずれも禁錮）
1年以上3年以下 （たとえば235条：加重窃盗）	1年以上2年以下
3年以上6年以下 （たとえば368条：薬物販売目的等所持）	3年以上4年6月以下
10年以上15年以下 （たとえば138条1項：殺人）	10年以上12年6月以下

## 5) grado と mitad 減軽の図式化

以上のような段階と半分による減軽を図にすれば以下の通りである。

【段階減軽と半分減軽の処断刑のイメージ図】



## 6) 未遂犯減軽

段階と半分の使用方法が理解できたところで、21条以外の特別な減軽事由を概観したい。まずは未遂犯減軽から見よう。

スペイン刑法は、未遂犯概念について以下のような客観的規定を持つ。<sup>(72)</sup>

### 16条1項

客観的に結果が発生すべき行為の全部または一部を行い、行為者が外形

的所為により直接犯罪の実行を開始したにもかかわらず、行為者の意思と独立の原因によって結果が生じなかったときは未遂である。

この客観的未遂犯概念に基づいて、62条は、未遂犯の必要的減輕を定める。

#### 62条

未遂犯の行為者には、その試みに内在する固有の危険と現に実行された行為の程度を考慮して、既遂犯の刑としてこの法律に定めているものより1段階あるいは2段階軽い刑を科す。

したがって、未遂犯が成立する際には、66条を経由せず、62条によって1段階ないし2段階の減輕がなされることになる。その際、考慮されるのは「その試みに内在する固有の危険と現に実行された行為の程度」である。この考慮要素が理論的にどのような意味を持つのかについては条文上明らかにされていないが、クエリョ・コントレラスとマペリ・カファレナは、「その試みに内在する固有の危険」を無価値結果（disvalor-resultado）、「現に実行された行為の程度」を無価値行為（disvalor-acción）として捉え<sup>(73)</sup>る。彼らの理解によれば、未遂犯の刑が必要的に減輕されるのは、未遂犯の不法が既遂犯に比して常に軽いからであるということになる。

ただし、法律に特別の規定があるときは、62条は適用されない。<sup>(74)</sup>たとえば、王族等殺害罪等（485条1項2項）の未遂は、485条3項により、<sup>(75)</sup>1段階の任意的減輕として処断されるため、62条を適用して2段階減輕する余地はないものとされる。<sup>(76)</sup>

#### 7) 回避可能な違法性の錯誤減輕

スペイン刑法は、日本刑法に比して、錯誤についてかなり緩和的な取り扱いをする。14条1項は、事実の錯誤について避けられない錯誤の場合は不処罰とすること、避けられる事実の錯誤は過失犯として扱うことを規定し、2項で刑の加重事情について錯誤がある場合には、刑を加重しないこ

とを定めている。続けて3項は、違法性の錯誤（学説は条文の規定やその性格にかかわらずこれを「禁止の錯誤（error de prohibición）」と呼ぶのが通例である）<sup>(77)</sup>について次のように定める。

14条3項<sup>(78)</sup>

犯罪を構成する所為の違法性についての避けられない錯誤は罰しない。  
錯誤が避けられる場合には、1段階または2段階の減輕刑を適用する。

学説においては、禁止の錯誤が回避不能である場合に、——条文が明文で認める通り回避できない事実の錯誤と同様に——<sup>(79)</sup>完全に不可罰となることについては合意がある。ところが、違法性の錯誤が回避可能である場合には、その説明の仕方は論者の犯罪論体系の組み立て方によって、学説は、厳格故意説（teoría estricta del dolo）、制限故意説（teoría limitada del dolo）、厳格責任説（teoría estricta de la culpabilidad）、制限責任説（teoría restringida de la culpabilidad）の4説に分かれる<sup>(81)</sup>。条文はこの4説のうちのいずれの立場を採っているのかは明らかではないが、<sup>(82)</sup>いずれの説明を採るにせよ、回避可能な違法性の錯誤については、実定法上、1段階ないし2段階の減輕処理を施さなければならない。

では、どのような場合に1段階減輕であり、どのような場合に2段階減輕になるのだろうか。この基準については、——未遂犯減輕の規定と異なり——法は明文で規定していない。クエリョとマペリは、その教科書において、“(¿preceptivo el primero y facultativo el segundo?)”「前者（訳者注：1段階減輕）は必要的、そして後者（訳者注：2段階減輕）は任意的であろうか？」と疑問をカッコ書きで挿入した上で、この1段階と2段階の減輕の基準は裁判所の裁量に委ねられているとしている。<sup>(83)</sup>

なお、この規定の法的性格は、実際に禁止の錯誤が認められるのはほとんどの場合が「禁止の間接錯誤（error de prohibición indirecto）」<sup>(84)</sup>と呼ばれる正当化事情の錯誤のケースであることから、21条1号の不完全免責から外れた誤想防衛などを捕捉するための、21条1号類似のものと解されている。<sup>(85)</sup>すなわち、正当化事情の全要素が揃った場合は20条により無罪とな



り、正当化事情の本質的要素は揃ったものの、非本質的要素が揃わなかったときは21条1項により1段階ないし2段階の減軽、正当化事情の本質的要素に揃わないものがあつたものの、行為者が自らの行為が正当であると誤信していた場合は、本項によりその誤信が避けられないなら責任を阻却して無罪、避けられるなら1段階ないし2段階の減軽とすると理解されているのである。

つまり、スペイン刑法においては、正当防衛は20条4号により無罪、過剰防衛は21条1号により1段階または2段階の減軽、誤想防衛は14条3項により誤想が避けられないときは無罪、誤想が避けられるときには1段階または2段階の減軽となるのである。

#### 8) 従犯減軽

従犯減軽について、63条は1段階減軽を定めている。

##### 63条

既遂犯または未遂犯の従犯には、その犯罪の正犯に対して法律によって定められた刑の1段階減軽した刑を科す。

この条文から、正犯が既遂犯であれば、従犯の1段階減軽が、正犯が未遂犯であれば、2段階ないし3段階減軽が帰結される。

未遂犯減軽と従犯減軽が競合したときの減軽の程度を、ランデチョ・ベラスコとモリナ・プラスケスの教科書の表を引用して示そう。ここでは、従犯減軽は、他の減軽と競合したときでも、さらなる1段階減軽として作用するという点が——日本刑法との比較で——重要である。<sup>(86)</sup>

【未遂犯減軽と従犯減軽の組み合わせ表<sup>(87)</sup>】

	既遂	未遂
正犯者	基本刑	－1 または －2
従犯	－1	－2 または －3

\* (引用者注) 数字の単位は、段階 (grado/s)

法律に特別の規定があるときは、63条が適用されないのは未遂犯の場合

と同様である。<sup>(88)</sup>

## 9) 終身刑の減軽

終身刑の減軽については70条4項が定めている。

### 70条4項

終身刑を1段階減軽した刑は、20年以上30年以下の禁錮である。

したがって、たとえば終身刑を2段階減軽すると、10年以上20年マイナス1日以下（10年以上20年未満）となる。

刑法典全体を通じて法定刑が軽い傾向があり、終身刑を最近になってようやく導入したスペインであるが、日本の無期刑の減軽が7年以上の有期刑となり、ドイツの無期自由刑の減軽が3年以上の自由刑となる点と比較<sup>(89)</sup>すると、終身刑を1段階減軽しても20年以上、2段階減軽しても10年以上の禁錮であるというのは、かなり重い規定であるといえよう。<sup>(90)</sup>

## V 分析と図式化

ここまでの叙述を元に、以下に日本刑法とスペイン刑法の法律上の減軽の取り扱いを目に見える形で図式化して示したい。そのために、次のことを確認しておこう。

### ①日本刑法の法律上の刑の減軽システムの単線性

日本刑法においては、法律上の刑の減軽事由の存在は、その質や量にかかわらず、1度の刑の減軽のみを導く。つまり、日本刑法においては、法律上の刑の減軽事由は、「あるかないか」だけが重要であり、その質や量には——裁判官の裁量たる刑の量定への影響はともかく——法律上の意味がなく、「法律上の減軽事由が（少なくともひとつ）存在するか否か」が「（1度）減軽されるか否か」に直結している。もちろん、任意的減軽規定の場合は、具体的な事実の質が任意的減軽事由として認められるに値する

か否かという意味での質の考慮はあり、心神耗弱の場合には、認定の際に、完全責任能力ではないのか、あるいは心神喪失ではないのかという意味での質の考慮はあるが、これは減軽事由の存否を確定するための質の考慮であり、減軽事由があると認められた後に考慮されるという意味における質の考慮ではない。

なお、法律上の減軽を1度してもなお刑が重いという場合、一般的裁量的な酌量減軽があるが、これは法律上の刑の減軽システムの外側に、もう1本単線的な減軽システムが追加されているというだけであり、酌量減軽が法律上の減軽事由の質や量から影響を受けることもなければ、その逆もない。酌量減軽は、単に刑が重いと裁判所・裁判官が判断する際に、刑を減軽する、理論なきブラックボックス的減軽システムとなっているにすぎない。<sup>(91)</sup>

## ②スペイン刑法の法律上の刑の減軽システムの複線性

これに対して、スペイン刑法は、法律上の刑の減軽事由を不完全免責以外の一般的減軽事由、不完全免責、未遂減軽、回避可能な違法性の錯誤減軽、従犯減軽に区別して規定し、その質および量によって異なった法的効果を生じさせることにしている。その点で、減軽事由がどのような質のものであるのか、いくつ認められるかが重要となる。たとえば、被害者に対する損害回復（21条5号）があると認められる場合、単にその存在が認められるというだけであれば下半分適用（66条1項1号）、その程度が非常に顕著であれば1段階ないし2段階減軽（66条1項2号）になるのであるから、減軽事由の存在だけでなく質の考慮が重要となる。また、一般的な減軽事由が存在する場合でも、それがひとつであれば下半分適用（66条1項1号）、複数競合していれば1段階ないし2段階減軽となるのであるから、減軽事由の数も重要である。スペイン刑法は、単に減軽事由といっても、どれがどの程度重要であるか、あるいはその重要性を何を基準に判断するかについて一定程度語っているのである。

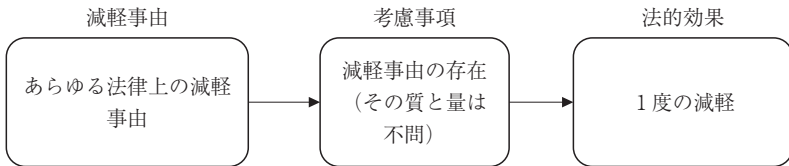
なお、スペイン刑法においては、ドイツ刑法と同様に、そしてフランス

刑法と対照的に、裁判所・裁判官に開かれた裁量的な酌量減輕の規定は存在しない。<sup>(92)</sup>

### ③図式化

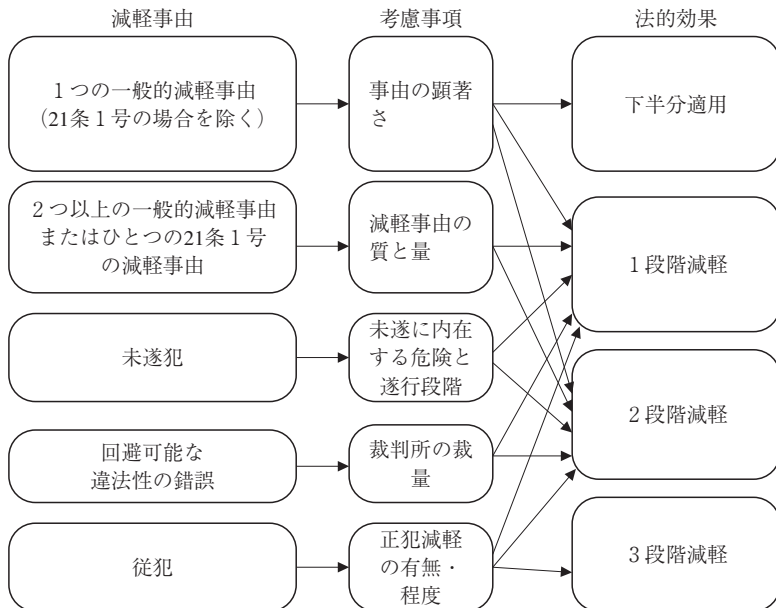
以上の描写を図式化すると以下の通りである。

#### 【日本刑法の法律上の刑の減輕】



\* この単線の外側に並行して酌量減輕が存在する。ただし、その酌量減輕もまた（あるいは法律上の減輕以上に）単線的であり、何がどう考慮されているかは不明のままである。

#### 【スペイン刑法の法律上の刑の減輕（軽くない故意犯の場合）】



以上に図示したように、日本刑法の法律上の減軽は単線的であるのに対し、スペイン刑法の法律上の減軽は、その事由ごとに取り扱いや考慮すべき事項が異なり、帰結についても複線的であることが明らかになった。

## VI 結語

スペイン刑法典は制裁に対する自身の態度をある程度示している<sup>(93)</sup>。たとえば、スペイン刑法は同じ減軽事由といっても非常に顕著ではない心神耗弱（21条2号ないし3号：下半分適用）よりも過剰防衛（21条1号：1段階ないし2段階減軽）の方をより宥恕する態度を示し、複数の減軽事由が競合した際は、ひとつの減軽事由しか認められないときよりも大きく減軽する姿勢を見せている（66条1項1号ないし2号）。

ひるがえって日本刑法は、自身が刑罰に対してどのような態度を採用しているのかを示していない。減軽事由があると認められれば、それはすべて共通に機械的に1回の減軽を導くのであって、その質や数をどのように考慮すべきなのかについては黙したままである。

これまで、刑罰論といえば、現行刑法典の規定を一旦脇に置いた法哲学的な議論が中心であり、あるいは刑罰の現状を調査する刑事政策学的議論が中心であった。いわゆる現行刑法の解釈を取り扱う刑法解釈学が刑罰の意義を明らかにするといったアプローチは採られてこなかった。それは日本刑法が刑罰に対してほとんど何も言っていないように見られることとも無関係ではないだろう。しかし、スペイン刑法の刑の減軽システムを見ると、刑法典自身が、刑罰に対してどのような態度を採るのかを一定程度表明しており、それを解釈学が明らかにできると思われる<sup>(94)</sup>。つまり、スペイン刑法の減軽システムを概観したことで、刑法解釈学が刑罰論に寄与する場所があることの示唆を得たのである。

もちろん、日本刑法は、スペイン刑法のように雄弁ではない。そのため、日本刑法が刑罰に対してどのような態度を採用しているのかを余すところなく明らかにすることは容易ではない。とはいえ、日本刑法を解釈する際

にも、減軽事由を犯罪論体系に並べるだけでなく、その減軽の際に考慮すべき事情を明らかにすることで、もう少し日本刑法の刑罰に対する態度を明るみに出すことができるだろう。そして、日本刑法解釈学は、減軽事由が競合・交錯する場合、その取扱いについてただ日本刑法68条の条文を挙げて説明を終えるのではなく、法律上の減軽が1回のみになる理論的な理由を提示するように努めるべきであろう。

私は、制裁に関する議論のスタート地点を実定刑法に置くアプローチもありうるのではないかと考えた。<sup>(95)</sup>そこで、本稿において、スペイン刑法の刑の減軽システムを描写することで、刑法解釈学が刑罰論に一定の知見を与えることを示しつつ、日本刑法解釈へのドアノブを探ることを目的とした。

いまだ視界不良ではあるものの、<sup>(96)</sup>途は拓けつつある。

(了)

## 注

- (1) 江藤隆之「法律上の刑の減軽事由の競合」桃山法学31号（2019年）1頁以下。
- (2) 本稿執筆時（2018年11月～12月）において参照しているのは、Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.（最近改正2015年3月30日，最近改正官報掲載2015年4月28日，BOE: 28/4/2015，最近施行日2015年7月1日）である。執筆終了後，原稿提出の最終的なチェックの段階（2019年6月1日）で，スペイン刑法はさらに2度の改正を経た（2019年2月20日改正および2019年3月1日改正）。これらの改正は本稿の論述に影響を与えないことを付記しておく。
- (3) 各則における個別の犯罪に対する減軽事由（たとえば，殺人や加重殺人の煽動，陰謀，教唆に対する減軽を定める141条）などは，本稿では取り扱わない。
- (4) 35条前段“Son penas privativas de libertad la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.”（自由を剥奪する刑罰は，見直し可能な永久禁錮，禁錮，期間居住指定および罰金不納付責任である）。V. También, Francisco Muños Conde/ Mercedes García Arán, Derecho Penal

PG, 9. ed., 2015, p. 539.

- (5) 日本刑法における労役場留置は罰金不納付責任とまったく対比不能というわけではないが、自由刑の減軽対象ではないため本稿の対象とする自由刑に含まない。
- (6) 森下忠『海外刑法の旅』（成文堂，2017年）119頁〔初出：判例時報1584号1997年〕。
- (7) Muñoz/ García, PG (nota 4), p. 547. は、セビリヤ少女行方不明・殺人事件のような事件に対する行為者隔離要求の高まりが終身刑導入につながったという。
- (8) Ley Orgánica 1/2015.
- (9) 公式の立法理由として改正法の前文（Preámbulo de Ley Orgánica 1/2015）においては、国際公約の実現のため、欧州諸国の水準にあわせて終身刑を導入する旨が謳われ、終身刑は受刑者に対する「最終的な刑」ではなく、犯罪の重さとのバランスを取りながらも、行為者の再教育の目的に適合するものであるとされている。「欧州諸国の水準にあわせる」という点では、同時に性交同意年齢が欧州最低水準であった13歳から欧州の一般的水準である16歳に引き上げられており、たしかに「欧州諸国の水準にあわせる」という公式の目的はそれなりに理にかなっているように思われる。しかし、「欧州水準にあわせる」ことが、スペインにおいてはしばしば厳罰化の正当化に用いられる点に注意すべきである。
- (10) この点、江藤隆之「スペインにおける終身刑の概要と2016年日弁連報告書の誤りについて」桃山法学31号（2019年）127頁以下参照。
- (11) ドイツの場合は、57条aによって、法定の要件が認められれば15年で残余刑の執行が猶予される。
- (12) 28条。ただし、現実には平成19年から平成28年の間に25年以内に仮釈放された無期受刑者はいない。平成28年には、7人の無期受刑者が仮釈放されたが、うち6名が30年以上35年以内の間、1名は35年以上の間受刑していた者である。『犯罪白書』平成29年版第2編第5章第1節2-5-1-4表参照。
- (13) もちろん、終身刑の導入が2015年であり、そこから25年経過するのは2040年であるから、スペイン刑法における終身刑の仮釈放の運用の現実についてはまったくデータがない（25年経過する前に再び終身刑が廃止される可能性すらある）。
- (14) V. Santiago Mir Puig, Derecho Penal PG, 10. ed., 2016, p. 720s; también v. Muños/ García, PG (nota 4), p. 547.

- (15) 35条（前掲注4）参照。
- (16) Antonio Zárate Conde/ Eleuterio González Campo, Derecho Penal PG, 2015, P. 444.
- (17) Artículo 36-2-1 “La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código.”（36条2項1文：禁錮刑は、この法律の他の条項に特別の定めがある場合を除いて、3月以上20年以下とする。）
- (18) Carlos María Landecho Velasco/ Concepción Molina Blázquez, Derecho Penal español, 10. ed. 2017, p. 582.
- (19) Landecho/ Molina, PG (nota 18), p. 584.
- (20) 本文中の各号の横にカッコでつけたスペイン語の見出しは、Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro, Las circunstancias atenuantes y agravantes del delito, en Carlos María Romeo Casanoba, Esteban Sola Reche, Miguel Ángel Boldova Pasamar (coordinadores), Derecho Penal PG, 2016, P. 316ss. に依った。その邦訳は私が訳したものである。
- (21) V. Sánchez, PG (nota 20), P. 317.
- (22) Fátima Flores Mendoza, La antijuridicidad. Las causas de justificación, en Carlos María Romeo Casanoba, Esteban Sola Reche, Miguel Ángel Boldova Pasamar (coordinadores), Derecho Penal PG, 2016, p. 218.
- (23) ただし、後述するように、誤想防衛は14条3号に取り込まれて減輕事由となる。V. Zárate/ González, PG (nota 16), p. 320.
- (24) P. ej. STS 2275/2004.
- (25) V. Antonio Obregón García/ Javier Gómez Lanz, Derecho Penal PG, 2.ed., 2015, p. 205.
- (26) V. Carlos Suárez Rododríguez, La circunstancia atenuante de adicción, Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 1998, n. 2, pp. 583ss.
- (27) Zárate/ González, PG (nota 16), p. 323.
- (28) V. Zárate/ González, PG (nota 16), p. 323.
- (29) V. Sánchez, PG (nota 20), P. 318.
- (30) V. Sánchez, PG (nota 20), P. 318.
- (31) V. Zárate/ González, PG (nota 16), p. 323.
- (32) この問題を取り扱った論文として、especialmente, José Carlos Cotillas Moya, La circunstancia atenuante de arrebató, obcecación u otro estado



- pasional semejante, La ley penal revista de derecho penal, procesal y penitenciario, n. 27, 2006, pp. 105 ss.
- (33) Esteban Solaz Solaz, La circunstancia atenuante de confesión, La ley penal revista de derecho penal, procesal y penitenciario, n. 14, 2005, pp. 80 ss.
- (34) V. Landecho/ Molina, PG (nota 18), p. 467; Sánchez, PG (nota 20), P. 318.
- (35) STS 416/2016.
- (36) STS 7681/2003.
- (37) V. Sánchez, PG (nota 20), P. 319.
- (38) öStGB § 34 Abs 1 Z 14; Stefan Seiler, Strafrecht AT II, 8. Aufl., 2017, S. 66. は、損害回復が行為者によって行われようとも、第三者によって行われようとも、所為の無価値 (Unwert der Tat) が軽くなることを理由として挙げている。これは、刑事政策的理由というよりも、違法性 (事後的な結果価値?) の考慮に基づくものと評することができよう。
- (39) Zárate/ González, PG (nota 16), p. 325.
- (40) Mir, PG (nota 14), pp. 641 ss.
- (41) V. Sánchez, PG (nota 20), P. 319.
- (42) 日本国憲法37条1項, 日本刑事訴訟法1条, 日本刑事訴訟規則1条1項。
- (43) 最大判昭47・12・20刑集26巻10号631頁 (いわゆる高田事件)。学説上は、手続の打ち切りについて、免訴説, 日本刑訴338条4号を使う公訴棄却説, 日本刑訴338条1号を使う裁判権説がある。
- (44) なお、高田事件以降、裁判所は手続の遅延による打ち切りを事実上認めなくなり、その理由として「事案が複雑であること」や「被告人が訴訟に協力的でなかったこと」を挙げることがあるが、この理由はスペイン刑法21条6号の要件と同様の要件を要求しているものと評することができるだろう。
- (45) 本号の “análoga” およびその名詞形 “analogía” を単に「類似的の」や「同視し得る」, 「同等の」と訳すか、解釈学上の固定的意味のある術語である「類推」と訳すかについて悩んだが、サンチェス・ラサロが、罪刑法定主義における行為者に対する有利な類推の許容との関連を説明している (V. Sánchez, PG (nota 20), P. 320.) ので、見出しについては単なる「類似的の」を超える「類推」であると解し、「類推」と訳出することにした。したがって、21条7号の条文においては、回りくどさは否め

ないが“de análoga significación”を「同等の意義が類推される」と訳した。ストレートな日本語にするのであれば「類似的の重要性のある」あるいはもっと簡潔に「等価の」となろう。

- (46) Muñoz/ García, PG (nota 4), p. 520.
- (47) V. Sánchez, PG (nota 20), P. 320.
- (48) STS 744/2017
- (49) このことを指摘するものとして, Mir, PG (nota 14), p. 645.
- (50) Muñoz/ García, PG (nota 4), p. 521.
- (51) STS 467/2015
- (52) STS 795/2015
- (53) Artículo 138-1: El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.  
 138条1項：他人を殺した者は、殺人の罪とし、10年以上15年以下の禁錮に処する。  
 なお、139条は重い殺人罪（謀殺罪：裏切りによる場合、報酬を得る場合、残忍な場合や他の犯罪を容易にしたり発覚を防ぐための殺人などは、15年～25年の禁錮）、140条にはさらに重い殺人罪（若年者・弱者の殺害、性犯罪後の殺害、組織犯罪としての殺害や複数人の殺害などは、終身刑）が規定されている。
- (54) 66条は、2003年に現在の形になった。LO 11/2003
- (55) 3号以下は加重に関する規定なので省略する。
- (56) 「下半分適用」という言葉は，“aplicación de la pena en la mitad inferior”の訳語として本稿における術語として使用する。
- (57) どのような場合が「非常に顕著」であるかについて刑法は定義しておらず、解釈に開かれている。判例による蓄積が期待される。この点, v. Josefa Muñoz Ruiz, Las circunstancias atenuantes muy cualificadas, régimen jurídico y análisis de los criterios jurisprudenciales para su estimación, 2016, p. 1 ss. 同書は、1章において本号の歴史的な展開も検討しており、大変興味深い。
- (58) 同条の減軽事由の競合（たとえば、心神耗弱者の過剰防衛）の場合、本条は「法律の定めるところより」の「1段階または2段階減軽」であるから、基準刑はあくまで法定刑であり、——後述する未遂犯の従犯の場合と異なり——減軽された刑の範囲からさらに減軽するのではなく、競合の場合であっても法定刑からの1段階または2段階減軽となる（v. Mir, PG (nota 14), p. 767.）。法定刑からの減軽であっても、2段階

減軽が定めてあることにより、減軽事由の競合は十分に考慮可能であるといえるだろう。

- (59) ここでいう裁量は、恣意的なものを意味しないため、裁判所は判決理由に判断の根拠を明示する必要がある。v. Zárate/ González, PG (nota 16), p. 495.
- (60) なお、共同正犯については、ある事情が加重ないし減軽の事由に当たるとき、その効果は関与者全員に及ぶするのが判例の立場である (STS 419/2016)。
- (61) “grado” は「段階」や「程度」を表すスペイン語 (英語の “grade”, ドイツ語の “Grad” ないし “Stufe”) であり, “mitad” は「半分」や「中間」を表すスペイン語 (英語の “half” ないし “middle”, ドイツ語の “Hälfte” ないし “Mitte”) である。これらをどう訳すかがひとつの問題である。“grado” については、日本刑法に伝統的な「等」(旧刑法 3 章以下) を使用することも考えたが, “grado” と「等」は厳密に対応するわけではなく, “mitad” の訳にも困るので, 「等」を避け「段階」と訳した (同様に「段階」と訳すものに、森下・前掲注 (6) 117頁)。また, “mitad” については、単位として (たとえば「半段階」などの) 独自の訳語を当てて取り扱うか, それとも「下半分の刑を科す」(もともと法定刑の定める期間の下半分を処断刑にするという意味である) といったように、修飾的に訳すかというところから迷ったが, “mitad” が重要な概念であり, および Zárate/ González, PG (nota 16), p. 478 の記述が, “grado” との対比で単位として “mitad” を取り上げていることから, 単位として把握する方向は守りつつ, ニュアンスが伝わるように「半分」という名の単位として訳し, これが適用されるときには「下半分適用」と表現することにした。ただし, これが最善の訳であると主張するつもりはない。
- (62) V. Zárate/ González, PG (nota 16), p. 487.
- (63) 通常の正犯については 2 段階減軽までが定められているが, 従犯は既遂ないし未遂正犯から 1 段階減軽が定められている (63 条) ので, 2 段階減軽となる未遂犯の従犯は 3 段階減軽となりうる。Landeche/ Molina, PG (nota 18), p. 594.
- (64) V. Zárate/ González, PG (nota 16), p. 487.
- (65) 70 条 2 項。
- (66) 3 年以上 6 年以下の 1 段階減軽の例は, Zárate/ González, PG (nota 16), p. 488 に, 10 年以上 15 年以下の 1 段階減軽の例は, Joaquín Cuello

Contreras/ Borja Mapelli Caffarena, Curso de Derecho Penal PG, 3. ed. 2015, p. 342. によった。

(67) この計算の表現は, Zárate/ González, PG (nota 16), p. 488 に挙げられている例によった。

(68) この語の訳し方については注(61)参照。

(69) Landecho/ Molina, PG (nota 18), p. 595.

(70) ただし, スペインではこれは明確に減輕の作用として理解されている (circunstancia atenuante=減輕事由の帰結である)。

(71) 1年以上3年以下の下半分適用の例は, Landecho/ Molina, PG (nota 18), p. 595 に, 3年以上6年以下の下半分適用の例は, Zárate/ González, PG (nota 16), p. 488 によった。

(72) スペイン刑法における未遂概念規定の詳細は, 江藤隆之『スペイン刑法における不能未遂の可罰性』桃山法学30号(2019)27頁以下参照。

(73) Cuello/ Mapelli, PG (nota 66), p. 154.

(74) Artículo 64 “Las reglas anteriores no serán de aplicación en los casos en que la tentativa y la complicidad se hallen especialmente penadas por la Ley.”

64条「前に掲げた諸規定は, 法律により未遂および共犯が特別に処罰される場合には適用しない」

(75) Artículo 485-3 “En el caso de tentativa de estos delitos podrá imponerse la pena inferior en un grado.”

485条3号「これらの罪の未遂の場合においては, 1段階減輕刑を科すことができる」

(76) Landecho/ Molina, PG (nota 18), p. 594. 従犯態様が構成要件に定められている場合も同様である (v. Zárate/ González, PG (nota 16), p. 491).

(77) V. Mir, PG (nota 14), pp. 563ss.

(78) 森下・前掲注(6)117頁の訳は, 「罪を構成する行為の違法性についての錯誤は, 刑事責任を阻却する。錯誤が避けえるものであったときは, 1段階又は2段階下の刑を適用する」となっている。ここでは, “excluye la responsabilidad criminal” を「刑事責任を阻却する」と訳すことおよび “hecho” を「行為」と訳すことが不適切であると思われることから, 同訳を引かず, 自ら訳出した。同訳が不適切であると判断した理由は以下の通り。第1に, “excluye la responsabilidad criminal” における “responsabilidad” はいわゆる犯罪論体系における「責任」を意味する “culpabilidad” と異なり, 違法性阻却事由についても使用される

(たとえば20条) 言葉であり、「責任」という言葉を避け「罰しない」とするのが適切である。第2に, “hecho” はいわゆる実行行為 “acción” たる「行為」とは区別され, もっと広く事実的なものを意味するのであって, ドイツ語の “Tat” ないし “Tatsache” に対応するところ, 本条の “hecho” は構成要件の事実および構成要件の行為といった意味で使用されており, これを一語で表すには「行為」より「所為」の方が適切であると思われる。もちろん, 同訳が誤訳であるというわけではない。あくまでニュアンスの問題である。

- (79) ただし, Landecho/ Molina, PG (nota 18), p. 418 は, 構成要件の錯誤は構成要件該当性を阻却するものだが, 禁止の錯誤は責任を阻却するものにすぎないとして, 両者の体系的位置を異なって理解している。
- (80) Zárate/ González, PG (nota 16), p. 290.
- (81) V. Zárate/ González, PG (nota 16), p. 291. あるいは, この4説に加えて消極的構成要件の理論 (teoría de los elementos negativos del tipo) を加えることがある。V. Mir, PG (nota 14), pp. 568s.
- (82) 過失犯として処罰するのではないという点では, 故意説ではなく責任説に立っているように見えるが (v. Landecho/ Molina, PG (nota 18), p. 420)。
- (83) Cuello/ Mapelli, PG (nota 66), p. 143.
- (84) 禁止の錯誤は, 禁止の直接錯誤 (error de prohibición directo) と禁止の間接錯誤 (error de prohibición indirecto) とに区別される。前者は, 行為の単純な法的評価あるいは禁止規範・命令規範の錯誤であり, 後者が不法阻却事由に関するいわゆる正当化事情の錯誤である (v. María Ángeles Rueda Martín y Asier Urruela Mora, Las causas de irreprochabilidad, en Carlos María Romeo Casanoba, Esteban Sola Reche, Miguel Ángel Boldova Pasamar (coordinadores), Derecho Penal PG, 2016, p. 294.; también v. Zárate/ González, PG (nota 16), p. 292.)。
- (85) Landecho/ Molina, PG (nota 18), p. 420.
- (86) この問題意識につき, 江藤・前掲注(1) 1頁以下。
- (87) Landecho/ Molina, PG (nota 18), p. 594.
- (88) 64条につき, 注(74)参照。
- (89) 68条2号。
- (90) StGB § 49 Abs. 1 Nr. 1 “An die Stelle von lebenslanger Freiheitsstrafe tritt Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.”
- (91) 江藤・前掲注(1) 1頁以下においても指摘したが, 実務では, 酌量減

軽する際にも量刑事情を列挙するだけで、どのような情状が単なる量刑事情を超えて処断刑の減軽を導いたのかをはっきりさせない判決が多い。

- (92) フランス刑法は裁判所に広範な裁量減軽が認められている(フランス刑法132-18条, 132-19条参照)。
- (93) 刑罰の目的自体は、スペイン憲法25条が明確に定めている。
- (94) 本稿では触れなかったが、同じくスペイン刑法典に定められている保安処分 (medida de seguridad) との対比からも、「スペイン刑法が刑罰に何を担わせようとしているのか(そして何を刑罰ではなく保安処分に担わせようとしているのか)」を考察することが可能であろう。
- (95) とはいえ、法哲学的な議論が不要であるとは思われない。法哲学的な議論は、「何を刑罰と呼ぶか」という根本的な疑問に答えるために必要である。その必要性についてはまた別稿で具体的に示す。
- (96) それでもなお、風車や羊の群れに立ち向かっているのではないかとの不安がないわけではないが。