

スペイン刑法法典化の沿革

江 藤 隆 之

はじめるまえに

- I スペイン刑法法典化史を描く目的と意義
- II 刑法法典化前史：独立戦争期の2つの憲法と刑法
 - 1) バイヨンヌ憲法と時代背景
 - 2) カデイス憲法と時代背景
 - 3) 法典化前の刑法
- III 1822年刑法の制定
 - 1) 時代背景
 - 2) 1822年刑法の特徴
- IV 1848年刑法制定および1850年改正
 - 1) 時代背景
 - 2) 1848年刑法の特徴
 - 3) 1850年改正
- V 1870年刑法
 - 1) 時代背景
 - 2) 1870年刑法の特徴
- VI 1928年刑法
 - 1) 時代背景
 - 2) 1928年刑法の特徴
- VII 1932年刑法
 - 1) 時代背景
 - 2) 1932年刑法の特徴
- VIII 1944年刑法および1973年改訂
 - 1) 時代背景
 - 2) 1944年刑法以前の状況
 - 3) 1944年刑法の特徴
 - 4) 各種改訂および再編の特徴
- IX 現行（1995年）刑法制定への道のり

- 1) 時代背景
 - 2) 1983 年の刑法緊急部分改正
 - 3) 諸草案
 - 4) 現行刑法典の制定
- むすびにかえて

キーワード：スペイン刑法，刑法史，法典化，刑法における普遍と特殊

はじめるまえに

自由で民主的な先進国であるといわれる任意の 2 か国を思い浮かべてみる。なぜその 2 つの国の刑法は異なるのか。政治体制も経済状況も技術の発展度も似たようなあの国とこの国とで、行政犯や国家の特殊事情に関連する罪ならまだしも、人類にとって普遍的な罪である殺人罪や窃盗罪ですら犯罪の規定方法も刑罰も異なるのはなぜだろうか。なぜ同じ刑法を採用してはいけないのか。あるいは同じでも構わないが、たまたまそうしてこなかっただけなのだろうか。法典とは人類にとって普遍的にあるいはある国にとって特殊的にどのようなものなのだろうか。この問いに直ちに答えることはできないが、そのための最初のごく小さな一歩を、歴史と文化と法典の関係を探ることによって踏み出したい。

I スペイン刑法法典化史を描く目的と意義

本稿は、スペインにおける近代刑法典の成立と概要を、その時代背景とともに描き出すものである。その時代的な対象は、19 世紀初頭から現行刑法が成立する 20 世紀末までのおよそ 200 年間である。

なぜ、日本の刑法研究者がスペイン刑法法典化の沿革を描写するのか。その目的と学術的意義はどこにあるのか。この点を簡潔に説明する。

法典は、例外なく歴史と文化の産物である。統治者であれ民衆であれ、その時代に生きる人々の生活は法典の在り方と無関係ではない。日本にお

ける西洋式の近代刑法典は旧刑法と現行刑法のわずか2法典しか存在しないが、もちろんこの両刑法とも、制定時の日本の空気をまとい、改正時の時代のニーズを反映している。それは法典の条文内容だけでなく、形式面にも表れる。たとえば、日本現行刑法は条文数が非常に少ない。個々の条文を解釈する際に、法典全体の条文の少なさに着目することはあまりないが、この条文の少なさ自体が明治時代の立法者が刑法に抱いていた意識のひとつの反映であり、それは疑いようもなく刑法解釈に影響を与える。条文が少なければ犯罪に求める法定の要件は少なくなり、法定刑は広くなり、解釈と裁判所の裁量の余地が大きくなる。解釈および裁量の余地そのものは、個別の条文解釈の場面においては所与の前提とされ、意識的に顧みられることはほとんどない。しかし、解釈の前に解釈余地の広狭にも注意が向けられなければならないはずである。「今からこの条文を解釈するが、本来ならばこれは立法に委ねられるべき事項ではなかっただろうか」という自省的解釈姿勢が解釈者に根源的には求められている。

それゆえ我々は解釈対象たる法典の特徴を理解する必要がある。ところが、ひとつの法典をじっと見ているだけでは、その特徴は浮かび上がらない。そこには比較の手法が求められる。2つ以上の法典を並べて観察するとき、両者の編纂方針の差や解釈の余地の差が浮き彫りになり、そこではじめて自らの国の法典の見逃されがちな特徴が意識的に把握される。だが、外国法典をただ横に並べれば良いというものではない。外国法典もまた客観的指標などではなく、時代状況の中で揺れ動く相対的な対象でしかない。外国の法典を研究することは、自国の法典を相対化して見るために必要だが、外国の法典もまたあたかも動かない物差しであるかのように絶対化されてはならない。

スペイン刑法は、近代法典化の時期にフランスをはじめとする西洋列強の強い影響を受けて編纂された法典とドイツ刑法学の影響を受けて発展した理論を持つ。これは、日本刑法と同様の状況である。これまで日本刑法学においてはほとんど意識されてこなかったが、スペイン刑法は日本刑法のいわば生き別れの兄弟（あるいは姉妹）である。この両者は、フランス

法とドイツ法理論という共通の両親を持ちながら、ユーラシア大陸両端の異なる風土の中で別々の道を歩んできた。その DNA の共通性と育ってきた環境の違いを考慮に入れながら、両刑法典の現代におけるアウトプットの違いを研究することは、日本刑法の特徴を浮き彫りにすることにつながる。そのためには、スペイン刑法の生い立ちを追う必要がある。日本刑法を知るために比較対象とするスペイン刑法は、どのような時代を背景としてどのように生まれ、どのようにして現在の形になったのか。そのことを知らなければ正確な比較はできないからである。

ここに、スペインにおける近代刑法の法典化の沿革を時代の流れとともに把握しておく必要性が生じる。本稿は、日本にとってほとんど知られていないスペイン刑法典の法典化の沿革を描くことを直接の目的とし、スペイン刑法と日本刑法との比較の基盤を固めることによって日本刑法と日本文化の関係への学術的な問題意識を可視化することを間接の目的とする。それは、日本刑法研究に未知の知見・視点を付け加えることにより、日本刑法研究の深化に資するものである。

Ⅱ 刑法法典化前史：独立戦争期の2つの憲法と刑法

1) バイヨンヌ憲法と時代背景

1808年6月、フランスのナポレオン・ボナパルトは、スペイン各地に駐留するフランス軍に抵抗する暴動が頻発しているその最中、強大な軍勢力を背景にスペイン前王カルロス4世とその息子である現王フェルナンド7世を王位から強引に排除して、兄ジョセフ・ボナパルトをスペイン王ホセ1世として即位させた⁽³⁾。フランス南部のバスクの都市バイヨンヌで開かれたカステイーリャ枢密議会は、ホセ1世の即位を承認するとともに、憲法の制定を採択した。かくして、スペイン近代法典の最初の幕は、混乱の中、フランス主導のバイヨンヌ憲法によって開かれた⁽⁴⁾。

バイヨンヌ憲法は、フランス憲法を下敷きに作られ、本国と植民地の平等、農工業の自由、通商の自由、税負担や公職就任の平等などを規定する

啓蒙主義的憲法であつた。⁽⁵⁾ ホセ 1 世は、外国人の王ながらスペインの改革に真剣に取り組もうとしたのであり、その姿勢は「穏健な自由主義改革」⁽⁶⁾であつたといえる。封建的特権や異端審問所を廃止し、一部の修道院を閉鎖した。国債の正常化にも努め、マドリードの都市計画も進め、政治家としての手腕を発揮しようとした。⁽⁷⁾ そのため、ホセ 1 世による啓蒙絶対主義的改革計画を支持し、フランス革命、フランスの自由主義をスペインに導入しようとするアフランセサード（afrancesado：親仏派）と呼ばれるスペイン人も存在した。彼らの多くは文化的な官僚たちであり、ナポレオンの統治に秩序立った近代法生成と統治の実践の希望を見たのだつた。⁽⁹⁾ しかし、アフランセサードは少数派にとどまり、多くのスペイン人は愛国派（frente patriótico：フレンテ・パトリオティコ）と呼ばれ、フランスと戦うことを選んだ。⁽¹⁰⁾ 結局、ホセ 1 世は独立戦争に敗北すると追われるように逃げ出し、⁽¹¹⁾ 1813 年、王位をフェルナンド 7 世に返還した。

バイヨンヌ憲法は、スペイン最初の近代憲法だが、フランスによる支配と結びついているため短命であり、戦争中という事情もあってスペイン全土に適用されたわけではなく、正統であるといいたいと評されている。⁽¹³⁾

2) カデイス憲法と時代背景

フランスに抵抗する民衆を指揮するために町村や地方に設立された評議会（Juntas）は、代表たちを集めて中央評議会（Junta Central）を結成した。1808 年 9 月 25 日にはアランフエスで中央評議会が開催され、フェルナンド 7 世を正統なスペイン王として承認し、そのスペイン帰還が実現するまでは中央評議会がその権力を代行することを決定した。中央評議会は、フランスの侵攻を避けるため南のセビーリャへと移動し、さらに 1810 年にカデイスに逃れた。⁽¹⁴⁾

独立戦争の中にあつて、スペイン南部の港町カデイスは落ち着いた自由主義的な空気が満ち溢れている例外的な都市であつた。カデイスはイギリス艦隊の援護を受けながら、フランス軍の包囲に抵抗していた。⁽¹⁵⁾ 中央評議会は、国民の代表者によって国の方針を決めるべく議会を召集した。とは

いえ、戦争中の各地で代表者を選出して議会に送ることは困難だったため、すでにカディスに避難していた各地方出身者が選ばれることになった。そのため、選出された議員の多くは、カディスの自由主義的空気を受けて自由主義の理念に親近感を持つ者たちであった。1810年に身分別代表ではなく単一議会として形成されたカディス議会は自由主義者が多数を占め、議会を通じた国民主権の原則を承認した。そして、ついにスペイン人の手による憲法が起草された。⁽¹⁶⁾

1812年3月19日、カディス憲法が公布される。この憲法は、立憲君主制の採用、拷問の廃止、男子普通選挙など自由主義的な性質を持つ反面、カトリックを国教とし信教の自由を認めないなど保守的な側面もあった。また、カディス憲法は、アンシャンレジーム (Antiguo Régimen) と決別した刑法典の制定の必要性を宣言した。⁽¹⁷⁾

1812年から1813年にかけてスペイン、イギリス、ポルトガル連合軍はフランス軍に連勝を重ねた。フランスのロシア遠征が失敗したことも影響して、1813年6月にホセ1世が退位した。同年10月にフランスがロシア、オーストリア、プロイセンにライプチヒの戦いで敗れると、スペインの勝利は決定的なものとなった。1813年12月にフェルナンド7世のスペイン王への復位がフランスにも認められると、翌年に議会はマドリードに移り、スペインに帰還したフェルナンド7世を王として迎えた。

しかし、スペイン人の大方の期待を裏切り、フェルナンド7世は帰還後すぐに絶対王政を宣言し、カディス議会およびカディス憲法を無効とする王令を発した。⁽¹⁸⁾ そのため、カディス憲法が法規範として機能したのはわずかな期間しかなかった。だが、スペイン人の手による自由主義憲法の制定という文化的なインパクトは絶大であり、後世スペインの自由主義者たちに大きな影響を与えたことは間違いない。⁽¹⁹⁾

3) 法典化前の刑法

この時代の刑法は、いまだ近代法典化されていなかった。法典化までは、1805年最新法令集 (Novísima Recopilación) および1348年のアルカラ法

令 (Ordenamiento de Alcalá) の定めに従って用いられたフエロ (Fuero)⁽²⁰⁾ とパルティダス (Partidas) が有効であった。この時期の刑法には、①刑罰は主に威嚇 (一般予防) として使用されていた、②最も重い罪の責任は行為者の近親者にまで拡張されていた (いわゆる連座)⁽²¹⁾、③裁判官は、通常のまたは法律に定める刑に加えて、通常外のまたは裁量による刑を科すことができた、④刑は行為者の社会的地位によって不平等であったという特徴があった。刑は、裁量と裁判官の啓蒙思想の影響下で緩和化されていたが、⁽²²⁾ 裁判官によって結論の大きく異なる不公平な裁判が行われており、証拠を得る手段として拷問が使用されるなど無罪推定の原則も知られていなかった。そのため、近代的な法としての性質を有していなかったとい⁽²³⁾ ことができる。このような状況の中、フランスから啓蒙思想および革命思⁽²⁴⁾ 想が流入し、古い法への批判が急速に高まっていった。⁽²⁵⁾ また、ベッカリーア⁽²⁶⁾ の著作の影響もあり、刑事法改革の重要性も認識され始めていた。⁽²⁷⁾ 啓蒙思想および革命思想の影響を受けた欧州各国の刑法は、裁量刑から法定刑へ、罪刑の均衡、非公開裁判の廃止、捜査手段としての拷問の禁止、迅速な裁判、連座の廃止などの方向性に進んでおり、その流れはスペインにおいても例外ではなかった。⁽²⁸⁾

バイヨンヌ憲法は、刑法の法典化への第一歩となった。⁽²⁹⁾ バイヨンヌ憲法は、96条に「スペイン及びインディアスは、単一の民法及び刑法典により統治される。」⁽³⁰⁾ と定め、刑法の法典化を要求し、拷問や異端審問、刑の連座を廃止した。また、法律の厳格な定めがないかぎり逮捕されないことも⁽³¹⁾ 謳った。

カディス憲法もまた、近代的な刑法典への大きな一歩であった。バイヨンヌ憲法が行った拷問の廃止を引き継ぎ、受刑は個人にかぎるとい⁽³²⁾ う個人責任の原則を打ち立てた。また、断頭台の刑は、より評判の悪くなかった鉄環絞首刑 (garrote) に置き換えた。カディス憲法もまた、王国全土に適用される刑法の法典化を求めた。

カディス憲法は、その後の絶対王政期に廃止されるが、刑法法典化の必要性は明らかであり、フェルナンド7世もまた王国全土に適用される刑法

の編纂を、その王立評議会に命じたのである。⁽³³⁾

Ⅲ 1822 年刑法の制定

1) 時代背景

フェルナンド7世は、絶対王政を志向し、カディス憲法を破棄した。⁽³⁴⁾その治世は、1814年に始まったが、自由主義の火種が途絶えたわけではなかった。1820年1月、リエゴ大佐(Rafael del Riego y Flórez)によるクーデター宣言(プロヌンシアミエント:pronunciamiento)が行われた。リエゴ大佐はアンダルシア地方をめぐり1812年カディス憲法の復活を宣言した。⁽³⁵⁾軍隊はクーデター鎮圧に消極的であり、都市部の自由主義者は政府に抵抗し、農民は中立の立場をとったので、フェルナンド7世の絶対王政は頓挫した。フェルナンド7世は立憲君主となり、選挙が行われ、自由主義者が多数派を占める議会が誕生した。⁽³⁶⁾この立憲革命から始まる自由主義の時期をその短命の期間にちなんで「自由主義の3年間(Trienio Liberal)」と呼ぶ。この時期にスペイン最初の刑法典、1822年刑法典が編纂される。

自由主義の時代は、フェルナンド7世によって終焉を迎える。フェルナンド7世は、憲法に認められた拒否権を発動して自由主義的な議会が成立させた多くの法案を無効化し、ヨーロッパの絶対主義的列強に対してスペインに介入するように求めた。1823年4月、「聖ルイの10万人の息子たち」(Cien mil hijos de San Luís)と呼ばれるフランスの軍隊がスペインに侵攻した。⁽³⁷⁾このことをもって自由主義的な統治は終了し、フェルナンド7世は再び絶対君主へと返り咲いた。⁽³⁸⁾

フェルナンド7世はリエゴを処刑し、自由主義者の弾圧を強めた。⁽³⁹⁾この年からフェルナンド7世が死去する1833年までの絶対王政の10年間を「忌むべき10年間」(Década Ominosa)と呼ぶ。⁽⁴⁰⁾

2) 1822 年刑法の特徴

1820年、立憲革命により自由主義の3年間が始まると、議会は新刑法の

起草を開始した。これが1822年9月7日の刑法、すなわちスペイン初の⁽⁴¹⁾刑法典として結実する。同刑法は、1823年1月1日に施行された。⁽⁴²⁾

1822年刑法は、フランス刑法を継受したものだったが、部分的にはフェロフスゴやパルティダスの影響下にあり、また、ロック、ベッカリーア、ベンサム、モンテスキューなどの思想的影響もあった。⁽⁴³⁾このように各所からの影響を、立法技術が未熟なままに急いでまとめたため、1822年刑法典は一貫性を欠いていた。⁽⁴⁴⁾法典は816条におよび前章として総則（Parte General）規定が置かれ、各則（Parte Especial）の規定は「社会に対する罪」（delitos contra la sociedad）と「個人に対する罪」（delitos contra los particulares）⁽⁴⁵⁾とに分けられていた。この刑法の重要な点は、罪刑法定主義の導入である。また、場所的適用範囲の規定があることは、1928年刑法を除く他の刑法典と異なる特徴である。⁽⁴⁶⁾

この刑法は、自由主義の終焉、絶対主義の到来とともにその効力をほとんど失った。そのため施行された期間は短かった。⁽⁴⁷⁾

IV 1848年刑法制定および1850年改正

1) 時代背景

絶対王政を敷きながらなかなか後継者が生まれなかったフェルナンド7世に、死のわずか3年前に当たる1830年になってようやく長女イサベルが誕生する。フェルナンド7世は、自らの子に王位を譲るべく、1713年から遵守されてきた女子相続を否定するサリカ法の破棄を宣言した。これに対して、サリカ法を守り実弟のカルロスが王位を継ぐべきであるというカルロス主義の勢力（carlistas：カルリスタ）が台頭してきた。⁽⁴⁸⁾

1833年9月27日フェルナンド7世が死去し、翌月3歳のイサベルがイサベル2世として即位すると、その即位に反対するカルリスタたちが全国で蜂起した。カルリスタ戦争の始まりである。このカルリスタ戦争が、自由主義者にとって有利に作用することになる。

全国で蜂起したカルリスタは、伝統主義的で反自由主義的であった。そ

のため、イサベル2世の母であり摂政であるマリア・クリスティーナ (María Cristina de Borbón-Dos Sicilias) はカルリスタに抵抗する自由主義者に歩み寄らざるを得なかった。こうして自由主義者が政界に復帰し、1834年には二院制議會を擁する憲法である王国憲章 (Estatuto Real)⁽⁴⁹⁾ が制定され、立憲君主制が始まった。⁽⁵⁰⁾ また、同年に異端審問制度が完全に廃止された。⁽⁵¹⁾ ただし、自由主義者も一枚岩ではなく、その内部で穏健派 (moderados) と進歩派 (progresistas) の対立があった。この間の政治は、カルリスタ戦争や自由主義者内での争いがあり不安定ではあったが、スペインの近代化が大きく進んだ時期でもあった。カルリスタとの戦争を遂行するため、王権は自由主義者たちと協力せざるを得ず、彼らの唱える改革をある程度認めるほかなかった。⁽⁵²⁾ 1836年から1837年にかけて移動牧畜業者組合の廃止、限嗣相続財産制度の廃止、農地の囲い込み・賃貸の自由、営業の自由、出版法の制定と事前検閲の禁止、有権者の拡大、永代所有財産解放令、領主制の廃止などが行われた。⁽⁵³⁾ 1837年には、穏健派と進歩派が譲歩しあい、新憲法が制定された。それは、国王の権限は強いものの、⁽⁵⁴⁾ 国民主権、三権分立、二院制の採用など、立憲君主制を志向したものであった。また、この憲法は明文でカデイス憲法の諸規定の有効性を認めていた。つまり、カデイス憲法の復活をその基礎としつつ、⁽⁵⁵⁾ フランス1830年憲章やベルギー憲法の影響も取り入れた性質のものであった。

第1次カルリスタ戦争が一応の収束を見せると、マリア・クリスティーナは保守的姿勢を示し始めた。これに抵抗した進歩派はマリア・クリスティーナを摂政から追い払い、進歩派のエスパルテーロ (Joaquín Baldomero Fernández-Espartero Álvarez de Toro) が摂政となった。だが、エスパルテーロの政策に反対したバルセロナ市に対してエスパルテーロが砲撃を加えたことからエスパルテーロの支持も失われた。進歩派と穏健派は立憲制の正常化を目指して同盟し、1843年7月に穏健派の軍がエスパルテーロ軍に勝利した。⁽⁵⁶⁾

1843年秋、13歳になったイサベル2世は成人式を挙げ、親政を開始した。最初の10年間 (1844～1854) の政権担当者は穏健派であった。この治世

を「穏健派の10年間」(Década Moderada)と呼ぶ。穏健派は近代法典の整備に力を入れた。1843年8月19日には18人の法律家からなる法典化総委員会(Comisión General de Codificación)を設置し、民法、刑法、司法機関、訴訟法典を編纂するセクションに分けた。だが、党派的な理由から何度もメンバーが交代し、政治的な対立もあって、委員会の作業は難航した。⁽⁵⁷⁾政府は、1845年に国王の権限を強化し、カトリックを国教と定めるやや保守的な憲法を制定した。⁽⁵⁸⁾その後、1848年刑法が編纂される。

なお、1844年にグアルディア・シビル(Guardia Civil:治安警察)が創設されたことは特筆に値する。彼らは、歴史の曲折を経て、今でもスペイン各地で警察の業務に当たっている。

2) 1848年刑法の特徴

1848年刑法は、パチェコ(Joaquín Francisco Pacheco)ら自由主義穏健派が権力を握ったことおよび1845年憲法の複合的産物であった。1848年3月18日に公布され、7月1日に施行された。⁽⁶⁰⁾この刑法に影響を与えたのは、イタリア出身でフランスの刑法学者ロッシ、1830年ブラジル刑法、1819年ナポリ(両シチリア)刑法、フランス刑法、⁽⁶²⁾オーストリア刑法、⁽⁶³⁾穏健派自由主義思想であった。⁽⁶⁴⁾⁽⁶⁵⁾⁽⁶⁶⁾⁽⁶⁷⁾

この刑法は、急激な改革を望まない穏健派によるものだったので、保守的性格を持っていた。とりわけカトリックに対する罪、国家に対する罪は厳しく罰せられていた。⁽⁶⁸⁾

1848年刑法の最も特筆すべきことは、刑法典を3巻に分ける規定方式を採用し、これが現行刑法までの——1928年刑法を例外として——⁽⁶⁹⁾すべてのスペイン刑法典の構成スタイルとなったことである。⁽⁷⁰⁾すなわち、第1巻が「犯罪および違警罪の一般規定、責任を負う者および刑罰」、第2巻が「犯罪とその刑罰」、第3巻が「違警罪」である。この法典は全部で494条を有していた。刑罰の基本思想は、応報および威嚇の一般予防であった。すべての犯罪の未遂を処罰し、違警罪の未遂は処罰しなかった。現行刑法まで続く犯罪の法的定義を法典内に書き加えた。また、罪刑法定主義を重視⁽⁷¹⁾

し、そのための条文を置いた。1条1項は「この法律によって処罰される故意による作為または不作為が犯罪または違警罪である」と定め、2条1項は「法律があらかじめ犯罪または違警罪であると評価している行為以外の作為または不作為は処罰されない」と定めた。⁽⁷²⁾この表現は細かい違いはあるものの後の刑法典に原則として受け継がれた。また、刑の上限と下限を限定的に設定し、裁判官にその遵守を義務づけることにより、裁判官の裁量を制限した。⁽⁷³⁾1848年刑法は、後のあらゆるスペイン刑法の原型になった⁽⁷⁴⁾という意味において、歴史的に重要な意義を有する法典である。⁽⁷⁵⁾

3) 1850年改正

1850年6月30日、保守的な改正が加えられた。あらゆる犯罪の陰謀および扇動を処罰するよう⁽⁷⁶⁾にし、公務員に対する侮辱や公的秩序を乱す罪はより重く処罰されるようになった。⁽⁷⁷⁾権威主義的な規定が盛り込まれたが、あくまでも1848年刑法の改正法であった。この時期の権威主義的な改正には、当時のスペインの混迷の中にある政治状況が大きく影響している。

V 1870年刑法

1) 時代背景

イサベル2世統治下の穏健派の政権は1868年まで続いた。⁽⁷⁸⁾この統治を支えたのが、自由主義といっても保守的権威主義的傾向を持つ穏健派が実施した著しい制限選挙と地方有力者の寡頭支配による選挙操作であった。⁽⁷⁹⁾

1866年から金融危機、工業危機、食糧危機がスペインを襲ったが、穏健派政権は解決策を見出すことができなかった。改革を求めてサン・ヒル兵営下士官が蜂起したが、これも穏健派政権に弾圧された。進歩派および民主派は、穏健派打倒の共闘を誓約し、後に自由主義連合(Union Liberal: 穏健派と進歩派の妥協組が連合したもの)⁽⁸⁰⁾もこの協定に加わった。

1868年9月17日、進歩派のプリム将軍(Juan Prim y Prats)がカディスでイサベル2世打倒を掲げてクーデター宣言(プロヌンシアミエ

ント：pronunciamiento) を発すると、各地で革命評議会が結成されていった。9月28日には自由主義連合のセラノ將軍 (Francisco Serrano y Domínguez) が政府軍を破り、イサベル2世はフランスへと亡命した。これが1868年の9月革命である。⁽⁸¹⁾ この年から1874年までを「革命の6年間」 (Sexenio Revolucionario) と呼ぶ。自由主義連合、進歩派、民主派からなる「九月連合」による臨時政府は、1869年に憲法制定議会議員選出選挙を実施した。その結果として、共和派ではなく立憲王政支持派が多数を占めると、彼らが中心となって憲法が起草された。⁽⁸²⁾ 1869年憲法である。前文と112条と2つの経過規定によって構成されるこの憲法には、表現の自由、結社の自由、25歳以上の男性普通選挙、国民主権に基づく立憲王政、二院制の採用、プレス⁽⁸⁴⁾の自由、政教分離、信教の自由など自由主義的な規定が盛り込まれた。これを当時のヨーロッパで最も進んだ民主的憲法であると評価する見解もある。⁽⁸⁵⁾ このような状況下において成立するのが1870年刑法である。その2年後の1872年には刑事訴訟法 (Ley de Enjuiciamiento Criminal) も制定された。この刑訴法は、いわゆる旧刑訴法である。

なお、スペインの政治状況はこの後も混迷を極める。憲法による立憲王政の規定に基づいて、国王選びが始まる。ボルボン (ブルボン) 朝から国王を出さないことを前提としての国王探しの結果、イタリア・サヴォイア家のアオスタ公爵アマデオに白羽の矢が立った。アマデオは、議会の信任投票で信任されたら国王となることを受諾し、議会で投票が行われた結果、⁽⁸⁶⁾ 信任が61.4%の多数であった。かくして、アマデオは、民主的に選ばれた王としてスペイン王アマデオ1世 (Amadeo I de España) として即位することになった。

しかし、アマデオ1世がマドリードに到着するより前に、彼の後ろ盾となるはずだったプリムが暗殺されたというニュースが飛び込んできた。⁽⁸⁷⁾ そのため、このイタリアから来た王にはほとんど頼る相手がいなかった。国内では非妥協派による度重なる蜂起や第3次カルリスタ戦争が起き、キューバでは独立戦争が始まった。アマデオ1世は、外国と戦っているならまだしも、スペイン人同士で戦っているのでは「何が正しくて、何が誤

りなのか、もはや分かるはずもない」⁽⁸⁸⁾と言いつつ、王位を放棄して退位した。その後、共和政、王政復古と時代は移り変わっていく。

2) 1870 年刑法の特徴

司法大臣 (Ministro de Gracia y Justicia) エウヘニオ・モンテロ・リオス (Eugenio Montero Ríos) 起草による刑法が、1870 年、憲法議会によって承認された。この刑法は、626 の条文を持つ大法典だったが、⁽⁸⁹⁾1848 年刑法の構成を引き継ぎつつ、多くの点において技術的改良を加えたものであった。⁽⁹¹⁾たとえば、現行刑法典と類似する正当防衛の定義規定を盛り込むなど、立法技術に進歩が見られた。⁽⁹²⁾法典の性質は、1868 年革命および 1869 年憲法との調和のため、これまでよりリベラルなものとなった。⁽⁹³⁾カトリック教会に対する特別の保護を廃止し、憲法上の権利を守るための規定を導入し、⁽⁹⁴⁾議会に対する新たな罪を創設した。また、刑法不遡及の原則の例外として、行為者に最も軽い刑罰法規が遡及して適用されることを規定した。⁽⁹⁵⁾

この刑法は、成立直後から頻繁に改正の提案がなされたが、とりわけ 20 世紀に入る頃から行われ始めた法の諸原則の発展に調和させるための諸改正が特筆に値する。死刑の公開の廃止 (1900)、執行猶予制度 (1908)、仮釈放 (1914)、少年事件・刑事未成年に関すること (1918, 1925) などである。⁽⁹⁶⁾なお、同刑法 29 条に 30 年を超える拘禁刑を宥恕する規定があり、⁽⁹⁷⁾これにより実務から終身刑が姿を消すことになった。

この刑法は、1928 年刑法の施行まで (1870 年 8 月 30 日から 1929 年 1 月 1 日まで) その効力を有し、その後短期間 (1931 年 4 月 15 日から 1932 年 12 月 1 日まで) 効力が復活し、また失効するという運命をたどった。⁽⁹⁸⁾

VI 1928 年刑法

1) 時代背景

アマデオ 1 世の退位後、第一共和政 (1873 ~ 1874)、イサベル 2 世の息

子アルフォンソ 12 世によるブルボン朝王政復古⁽⁹⁹⁾（1874）と政治体制は揺れ動く。この間の社会変動は激しかったが 1870 年刑法が有効であることに変わりにはなかった。王政復古後の 1876 年憲法は、立法委員会に民事と刑事のセクションを置いた。ここで完成したのが 1882 年刑事訴訟法（Ley de Enjuiciamiento Criminal）である。刑事訴訟法は、何度も改正を経てはいるものの、この 1882 年刑事訴訟法が現行法である⁽¹⁰¹⁾。

この時期の時代背景として特筆すべきことは、産業構造の変化により、階級対立構造が生じ、労働運動が激化したことである。1879 年には社会労働党（PSOE）が結成される。反体制運動がエスカレートする中でアナキストたちの行動は尖鋭化し、1879 年に国王アルフォンソ 12 世暗殺未遂事件、1897 年にはカノバス首相（Antonio Cánovas del Castillo）の暗殺事件⁽¹⁰³⁾が起きた。

19 世紀末、スペインを襲った激動の社会情勢の変化は国内に留まらなかった。19 世紀初頭からスペインの植民地では独立の流れが大きくなり、19 世紀半ばのスペインの植民地は、すぐ傍の北アフリカを除けば、キューバ、プエルトリコ、フィリピン、グアムだけになっていた。このような中、キューバ戦争が勃発した。第 2 次キューバ戦争においては、アメリカ合衆国の介入があり、スペインとアメリカが戦争状態に入った。1898 年 2 月に始まったアメリカ合衆国との戦争は、4 月にキューバ戦、5 月にフィリピン戦、6 月にグアム戦、7 月にプエルトリコ戦が行われ、すべての戦線でスペインが敗北した。12 月に講和条約が結ばれ、キューバは独立し、フィリピン、グアム、プエルトリコはアメリカに割譲された⁽¹⁰⁴⁾。

20 世紀初頭、国内での労働運動の盛り上がりと海外植民地の喪失は、スペイン社会に大きな混乱をもたらし、再生を求める声が各所で高まっていた。1902 年、アルフォンソ 13 世が成年に達して親政を開始した。

1909 年、モロッコで民族運動が勃発する。政権はモロッコへの派兵強化を決定したが、増派される兵隊たちの多くは予備兵たちであった。市民の多くはアメリカとの戦争と敗北に疲弊しており、戦争にも徴兵にも反対していた。7 月 18 日、モロッコ派遣部隊の兵隊たちがバルセロナから出港す

るために船に乗り込むとき、民衆による大規模な抗議行動が発生した。この抗議活動は1週間続いた。24日には共和主義者、社会主義者、アナキストが参画するストライキ委員会が組織され、26日のゼネストが決定した。しかし、民衆による抗議行動はゼネストの範囲を超え、暴動へと発展する。バルセロナにはバリケードが築かれ、80以上の教会が襲撃され放火され、死傷者も出た。鎮圧のために軍隊が投入され、8月2日に暴動は終結した。軍による鎮圧とその後の弾圧は激しく、多くの犠牲者が出た。数百人が逮捕され、216回の軍法会議が開かれ、1700人以上が裁かれ、17人に死刑判決が下り、5人の死刑が執行された。⁽¹⁰⁵⁾この事件を「悲劇の1週間」(Semana Trágica/ カタルーニャ語: Setmana Tràgica)と呼ぶ。

1914年に第一次世界大戦が始まると、戦争特需による経済成長がもたらされたものの、すぐに物資不足とインフレに陥り、民衆の生活水準が低下して、各地でストライキが頻発するようになった。⁽¹⁰⁶⁾1917年にはロシア革命の影響がスペインに波及し、労働運動は過激化していった。また、第一次世界大戦の終結は、ヨーロッパの国境線の引き直しと民族自決の承認という結果をもたらした。その影響は、カタルーニャやバスクの民族主義者に影響を与え、彼らがその主張を強め、運動を激化させることにつながった。⁽¹⁰⁷⁾

労働運動は激化し、「銃撃の時代」(Pistolismo)に入る。労働運動の中には雇用主や治安組織に対して直接暴力行動に出る集団もあった。これに対して雇用主たちは殺し屋を雇って抵抗した。1917年から1923年の間に800件以上の襲撃行為が発生し、226人の死者が出た。著名な企業家や労働組合指導者も殺された。⁽¹⁰⁸⁾1921年にはダト首相(Eduardo Dato e Iradier)⁽¹⁰⁹⁾が暗殺され、政府は労働運動への弾圧を強めるようになる。

このような混乱の中、さらに追い打ちをかけたのがモロッコのリフ族の住民軍にスペイン軍が大敗北を喫した事件である。その責任を軍に負わせようとする政権勢力と、それに反発する軍という対立構図が誕生した。

1923年9月13日、カタルーニャ方面軍司令官であったプリモ・デ・リベラ(Miguel Primo de Rivera y Orbaneja)は、国内で盛り上がる労働運

動および地域分離運動を鎮圧するとともにモロッコ問題を一気に解決することを企図してクーデターを起こし、カタルーニャに戒厳令を発した。クーデターに成功したプリモ・デ・リベラは、アルフォンソ 13 世の賛成も得て、マドリードに軍事政権を樹立した。

プリモ・デ・リベラ独裁政権は、モロッコを降伏させてモロッコ問題を解決し、国家主導の経済政策によってインフラの整備を行うなど、一面においてスペインに一定の安定をもたらしたといえる。だがその反面、共産党や地域主義的運動を激しく弾圧し、社会への国家介入を強化し、国民主権の否定を志向するなど、苛烈な国家主義的独裁政権の性質を強く持っていた。1930 年、プリモ・デ・リベラは、経済界、大学生、軍から見放されて辞職する。このプリモ・デ・リベラ独裁期に制定されたのが 1928 年刑法⁽¹¹⁰⁾である。⁽¹¹¹⁾

2) 1928 年刑法の特徴

1928 年刑法は、フアン・デ・ラ・シエルバ (Juan de la Cierva y Codorníu) を委員長とする委員会において、主に総則はキンティリアーノ・サルダーニャ (Quintiliano Saldaña y Gracia-Rubio)、各論はエウヘニオ・クエリョ・カロ⁽¹¹²⁾ン (Eugenio Cuello Calón) によって起草された。サルダーニャは深い教養のある人物だったが、彼によって起草された条文は具体性に欠けていた。そのため、総則には数多くの理論的な宣言規定が盛り込まれたが、⁽¹¹³⁾実務における具体的適用についての定めはほとんどなかった。

この刑法は、前章「刑法およびその適用範囲について」、第 1 章「犯行およびその禁圧について」、第 2 章「犯罪およびその刑罰」、第 3 章「違警罪およびその刑罰」の 4 章によって構成される。⁽¹¹⁴⁾前章には、罪刑法定主義、類推解釈の禁止、刑法の適用範囲などが規定されていた。⁽¹¹⁵⁾その構成や効力を有していた期間の短さ、条文の長さなどから、しばしば 1822 年刑法との外形的類似性が指摘される。しかし、その内容はまったく異なっている。⁽¹¹⁶⁾

この刑法の拠って立つ思想は、スペインにおける矯正主義であり、危険

に対する社会防衛の原則であった。スペインで初めて刑罰と保安処分の二元主義を採用したことは特筆に値する。さらに、判例実務を考慮に入れ、⁽¹¹⁷⁾裁判所の裁量を拡大するなどの改革も加えられた。この刑法は、終身刑規定を持たない刑法として制定され、その伝統は1995年現行刑法制定時にも受け継がれ、2015年に終身刑が復活するまでスペイン刑法は規定内に終身刑を持たないことになった。⁽¹¹⁸⁾

VII 1932 年刑法

1) 時代背景

プリモ・デ・リベラ独裁が終了した後、国王はベレンゲール (Dámaso Berenguer y Fusté) 将軍を首相に任命して体制の立て直しを試みた。しかし、立憲王政への復帰は困難であった。独裁中から市民の間では共和派が一定の支持を得ており、アルフォンソ 13 世がプリモ・デ・リベラのクーデターを容認していたことへの反感もあって、王政打倒の声はすでに抑えきれないほどに高まっていた。著名な哲学者であるオルテガ・イ・ガセ (José Ortega y Gasset) やミゲル・デ・ウナムノ (Miguel de Unamuno y Jugo) ⁽¹¹⁹⁾ なども共和政を要求した。

1931 年 4 月の選挙で都市部を中心に共和派が勝利し、まずバスク地方の都市エイバルで、次いでバルセロナやマドリードで共和国の樹立が宣言された。⁽¹²⁰⁾これによりアルフォンソ 13 世が退位を決意し、無血革命が成立して第二共和政が始まる。⁽¹²¹⁾12 月 9 日には国民主権を宣言し、一院制、男女普通選挙、社会権、経済的権利、労働権などを規定する新憲法 (1931 年憲法) ⁽¹²²⁾ が制定された。また、この憲法によってスペイン史上初めて違憲審査のための機関である憲法保障裁判所が設置された。⁽¹²³⁾大統領にサモラ (Niceto Alcalá-Zamora y Torres)、首相にアサーニャ (Manuel Azaña Díaz) ⁽¹²⁴⁾ が就任し、左派連合内閣であったアサーニャ内閣は 2 年間で諸問題を解決しようと改革に取り組んだ。⁽¹²⁵⁾しかし、開始当初から、教育、宗教、地方自治などについて解決困難な問題が山積しており、政情は不安定で、右派と左派

の対立が激化していった。⁽¹²⁶⁾アサーニャはその後大統領になったが、保守派⁽¹²⁷⁾の反発は大きかった。

2) 1932 年刑法の特徴

第二共和政は、1928 年刑法を廃止し、1870 年刑法を復活させたが、すぐに新法典の編纂に着手した。新刑法は 1932 年 11 月 5 日に公布され、同年の 12 月 1 日に施行された。⁽¹²⁸⁾これが 1932 年刑法である。

1932 年刑法は、その基礎を 1870 年刑法に置きつつ、1931 年憲法に適合するものとして制定された。1931 年憲法の憲法起草委員会委員長であり⁽¹²⁹⁾1932 年刑法制定者のひとりである刑法学者ヒメネス・デ・アスア（Luis Jiménez de Asúa）⁽¹³⁰⁾は、1932 年刑法は 1870 年刑法をより人道的かつ柔軟にする改正であったと述べている。⁽¹³¹⁾この刑法は、600 の条文を持ち、第 1 巻「犯罪および違警罪の一般規定、責任を負う者および刑罰」、第 2 巻「犯罪とその刑罰」、第 3 巻「違警罪とその刑罰」の 3 巻構成を採った。⁽¹³²⁾

この刑法は、制定当時には死刑を廃止したが、1934 年にテロリズムの罪と誘拐を伴う強盗についての⁽¹³³⁾み死刑が復活した。刑を宥恕する精神障害に、⁽¹³⁴⁾酩酊等による一時的⁽¹³⁵⁾精神障害を含めた定義を導入するなどの立法技術の進歩も見られた。また、実務上しばしば問題となっていた重罪、軽罪、違警罪の犯罪の三分を廃止した。ただし、これは 1995 年刑法において復活する。⁽¹³⁶⁾

なお、保安処分については刑法典からは削られたが、1933 年 8 月 4 日の「浮浪者および悪行者法」⁽¹³⁷⁾（Ley de Vagos y Maleantes）にまとめられ、社会的に危険であると見られていた者たちを排除するためのリストとなった。

VIII 1944 年刑法および 1973 年改訂

1) 時代背景

1937 年 7 月 17 日モロッコでモラ（Emilio Mola y Vidal）⁽¹³⁸⁾将軍を指導者とする軍による反乱が勃発した。この反乱を足掛かりにカナリア諸島に左

遷されていたフランシスコ・フランコ (Francisco Franco Bahamonde) は、モロッコ反乱軍を率いてスペイン本土に攻め込んだ。軍の当初の狙いは、共和国政府の投降によるスムーズな権力掌握であり、全面的な戦争ではなかったが軍の目論見は外れた。共和政府はほとんど何もできなかったが、左派勢力、労働者、自由主義者たちが各地で反軍の行動を起こしたのである。マドリードおよびバルセロナの市民たちは、軍の反乱を鎮圧し、バレンシア市民もそれに続いた。さらに、マラガ、ビルバオの市民たちが軍の反乱を鎮圧した。このように、市民の抵抗は軍を鎮圧するほどの強さであった。⁽¹³⁹⁾ さらに海軍は反乱に賛同しなかったため、反乱軍は当初モロッコおよびスペインの一部に封じ込められていた。フランコはドイツのヒトラーとイタリアのムッソリーニに密使を送り、大量の援助を引き出した。これによって反乱軍は力を取り戻し、スペインへと本格的な侵攻を再開した。これに対して、イギリスをはじめとする自由主義諸国は不干渉を決定した。⁽¹⁴⁰⁾ 市民側には世界各国から6万人以上にものぼる義勇兵 (国際旅団) の参戦があったが、⁽¹⁴¹⁾ ドイツ・イタリアの支援を受けるフランコ軍に勝るほどのものではなかった。スペイン社会を深く傷つけ、現在も痛みの記憶とともに語られるスペイン内戦 (市民戦争: guerra civil) の始まりである。⁽¹⁴²⁾ 内戦の犠牲者は、スペインの高校の歴史教科書の概算によれば、共和国陣営で43万6900人、反乱軍陣営で22万1000人で、⁽¹⁴³⁾ スペイン全土で65万7900人におよび、⁽¹⁴⁴⁾ 亡命者が43万人にのぼったという。亡命者の中には、1932年刑法起草者のヒメネス・デ・アスアも含まれている。⁽¹⁴⁵⁾

本稿は、スペイン内戦の経過を詳細に描き出すことはできない。⁽¹⁴⁵⁾ 本稿にとって、スペイン内戦は、1939年にイタリアのムッソリーニ政権、ドイツのヒトラー政権から支援を受けていた右派ナショナリスト陣営の勝利で終わり、⁽¹⁴⁶⁾ 権威主義体制の苛烈なフランコ独裁が1975年まで続くことを確認しておけば足りよう。フランコ独裁は、反对者に対し徹底的な弾圧を加えた。とりわけ独自の文化を持つ地方への弾圧は苛烈を極めた。カタルーニャでは、「1939年5月の第1週だけで266人が死刑判決を受け、59人が30年の禁固刑、⁽¹⁴⁷⁾ 20人が15年の禁固刑を言い渡された」という。独自の文化

も禁止され、「民族舞踊サルダナは禁止され、公の場でカタルーニャ語を使用することもできなくなった。『帝国の言語、スペイン語を話せ!』⁽¹⁴⁸⁾という標語のもと、通りや広場の名前も変えられた」。

2) 1944 年刑法以前の状況

フランコ政権は、内戦中に何度か刑法改正を行った——たとえば謀殺罪および強盗殺人罪について死刑を復活させた⁽¹⁴⁹⁾——ものの、権力掌握後すぐに刑法典を全面改正することはなく、1932 年刑法を継続して有効であるとした。とはいえ、政治責任法（1939）やフリーメイソンおよび共産主義弾圧法（1940）や国家保安法（1941）といった個別の諸法が制定され、厳格な統治体制が確立していった。これらの諸法は、総じて国家、家族、良俗⁽¹⁵⁰⁾の保護の強化に向けられていた。たとえば、政治責任法は、1934 年 10 月以降の左翼活動について特別裁判所を設置して裁くものであった。⁽¹⁵¹⁾1944 年まで新刑法典の制定は行われなかった。

3) 1944 年刑法の特徴

1944 年、フェデリコ・カステホン（Federico Castéjon y Martínez de Arizala）に率いられた委員会が新刑法典の編纂作業を行った。全 604 条からなるこの刑法の構成は、第 1 巻「犯罪および違警罪の一般規定、責任を負う者および刑罰」、第 2 巻「犯罪とその刑罰」、第 3 巻「違警罪とその刑罰」の 3 巻構成である。⁽¹⁵²⁾この構成からも明らかなように、1944 年刑法典は過去の刑法を原則として引き継いだものであり、新刑法というよりも旧刑法の再編としての性格が強い。そのため、スペインにおいて正式には「1944 年再編テキスト」⁽¹⁵³⁾（texto refundido de 1944）と呼ばれている。

この法典は、過去の刑法から引き継いだ罪刑法定主義などの原則を持つてはいたものの、新たに再編された各則⁽¹⁵⁴⁾における罪は主に新体制のシステムやその拠って立つ政治的、宗教的、社会的理念を保護することに向けられていた。すなわち、家族や公序良俗⁽¹⁵⁵⁾の保護が強調された。刑罰は、これまでのどの法典よりも重いものであった。⁽¹⁵⁶⁾

4) 各種改訂および再編の特徴

1963年に1944年刑法のいくつかの罪について改訂⁽¹⁵⁷⁾が行われる。この見直しにより、未成年者の淫行、売春などについて改正が行われ、姦通した妻を殺害する特例が廃止された⁽¹⁵⁸⁾。全体で56の条文が改められた⁽¹⁵⁹⁾。

1973年には刑法が再編⁽¹⁶⁰⁾される。1967年の信教の自由法の帰結として、宗教に対する罪が改訂された。

Ⅷ 現行(1995年)刑法制定への道のり

1) 時代背景

戦後、連合国は、軍事力による参戦はしなかったが実質的には枢軸国であったスペインに対して厳しい態度をとった。国際連合から排除され、1946年にはフランスがスペイン国境を封鎖した。スペインは孤立し、物資不足に陥った。とりわけ食糧不足は深刻であった⁽¹⁶¹⁾。しかし、西側諸国における反共の機運の高まりは、スペインを「反共の砦」として陣営に取り込む必要性を生じさせた。とりわけ、アメリカは大西洋と地中海を結ぶ位置にあるスペインの重要性への配慮もあり、態度を変化させた⁽¹⁶²⁾。1947年、国連総会におけるソ連提案のスペインに対する制裁措置の提案がアメリカなどの反対により否決された。1948年にはフランスが国境を開放し、1950年には、ソ連やメキシコが反対し、イギリスとフランスが棄権する中、アメリカの働きかけにより国連総会でスペイン排斥決議が撤回された⁽¹⁶³⁾。

スペインと西ヨーロッパの歩み寄りが決定的となったのは1953年にスペインと教皇庁との間で締結された政教協約である。カトリックは歴史的にもフランコを支持してきたが、この政教協約は、教皇庁がフランコ政権のスペインが正式な国家であると公認した意味を持つ。これにより、西ヨーロッパのキリスト教民主主義政権がスペインへの歩み寄りを始めた。ついに1955年、スペインは国連⁽¹⁶⁴⁾に加盟する。こうしてスペインは国際社会に復帰した。この間、国際社会はフランコ体制の変革を強く求めなかった。そのため、スペインは原則としてフランコ独裁政権を維持したまま国際社

会に復帰することが可能となった。とはいえ、1962年のヨーロッパ経済共同体（EEC）への加盟申請は民主主義国家ではないという理由で却下されており、⁽¹⁶⁵⁾完全に西欧の仲間入りが果たせたわけではなかった。

1975年11月20日、独裁者フランコが死去する。⁽¹⁶⁶⁾フランコは自らの後継者として、アルフォンソ13世の孫であるブルボン家のファン・カルロス⁽¹⁶⁷⁾を1969年に「王太子」として指名していた。ファン・カルロス1世はフランコの死後、葬儀の前日である11月22日に国王として即位し、ブルボン朝の王政復古が成立してスペインは再び王国となった。⁽¹⁶⁸⁾フランコの後継者となるはずであったファン・カルロス1世の即位宣言には、フランコ主義者たちの期待を裏切るように、「国民の協調による真の合意」、「立憲制度」など民主化への意欲が明確に表れていた。⁽¹⁶⁹⁾

ファン・カルロス1世の後見役としてフランコが生前に指名していたルイス・カレーロ・ブランコ（Luis Carrero Blanco）は、フランコが死ぬ前にバスク主義者によって暗殺されていた。その後継として、首相になったのはカルロス・アリアス・ナバーロ（Carlos Arias Navarro）であったが、経済危機への無策や強権的に行った死刑執行などが国内外の批判を招き、⁽¹⁷⁰⁾辞任を余儀なくされた。そこで、アドルフォ・スアレス（Adolfo Suárez González）が首相となる。⁽¹⁷¹⁾スアレスは保守派であると考えられていたが、その内心は民主派であった。ここから、国王ファン・カルロス1世と首相スアレスが舵を取る民主化プロセスが進んでいく。⁽¹⁷²⁾

スアレスは、組閣するとすぐに政治犯の恩赦を行い、政治改革法（Ley para la Reforma Política）⁽¹⁷³⁾を制定した。政治改革法では、二院制の議会と新憲法の制定が決められた。⁽¹⁷⁴⁾その後、政治改革法に関する国民投票で圧倒的支持（投票率77%、賛成94%）を得ると、総選挙を行った。民主化を求める市民やメディアの支持を背景に、スアレスは次々とフランコ体制の構造を解体していった。⁽¹⁷⁵⁾また、経済政策を多く含む政策パッケージとしてモンクロア協定を結んだが、この経済協定については下院の全会派代表が署名したため、⁽¹⁷⁶⁾和解の象徴としてみられるようになった。

1977年7月、議会に憲法委員会が設置される。彼らは何度も会合を開き、

憲法を起草した。1978年1月、憲法草案が公開されると、各会派がそれに対する修正案を提案した。その後、幾度もの審議を経て秋によりやく憲法最終草案が確定した。草案は、1978年12月6日国民投票にかけられ、成立した。⁽¹⁷⁷⁾立憲政治に基づいた民主スペインの誕生(あるいは再生)である。この憲法でスペインは「社会的・民主的な法治国家」とであると定義され、議会君主制国家として編成され、政教分離を認め、死刑を廃止し、⁽¹⁷⁸⁾国民の諸権利を保障した。⁽¹⁷⁹⁾また、民族と地域の自治を認め、カタルーニャ語やその他の言語を公用語として認めた。⁽¹⁸⁰⁾

民主化の危機は、その後も訪れる。1981年2月23日、ハイメ・ミランズ・デル・ボッシュ大将(Jaime Milans del Bosch y Ussia)などの軍の右派グループが画策したクーデターを、アントニオ・テヘーロ中佐(Antonio Tejero Molona)が中心となり実行に移した。テヘーロは約200人の治安警備隊を率いて下院に押し入り、300名を超える議員を人質にとった。同時にミランズ・デル・ボッシュの戦車部隊がバレンシア市内に展開し、⁽¹⁸¹⁾国営テレビ局も軍によって占拠された。彼らの狙いは国王を中心とする軍政権の復活であった。彼らは、「国王の名の下に」、「国王の指令を拝命する」などと主張していた。⁽¹⁸²⁾しかし、当の国王フアン・カルロス1世がただちに「民主化を武力で妨害しようとする者の行動もしくは態度を、いかなる形であれ容認しない。この民主化のプロセスは、国民投票でスペイン国民に承認された憲法によって決められたものだ」と⁽¹⁸³⁾テレビで演説したため、⁽¹⁸⁴⁾クーデターは成功しなかった。この出来事がかえって、軍部によるクーデターというスペインの悪しき伝統を打ち破り、また国王がスペインにおいて強い求心力を有するきっかけとなり、立憲民主王制路線は確固たるものとなった。その後、バスクやカタルーニャなどの独立問題や経済情勢などを中心にスペイン国内での混乱は続くものの、独裁へ後戻りする心配はないという程度にまで、民主国家としての基盤は固まった。その後のEU加盟は、そのひとつの証左であるといえる。

2) 1983 年の刑法緊急部分改正

王政復古、民主制への移行、1977 年モンクロア協定、1978 年新憲法制定といった一連の民主化改革により、刑法の改正は不可避の事業となった。たとえば、拷問の犯罪化、姦通やストライキの非犯罪化は喫緊の課題となつた。⁽¹⁸⁵⁾

そこで、1983 年議会は「刑法の緊急部分改正法」(Ley de Reforma Urgente y Parcial del CP) を可決した。この改正は、単に刑法を現代化するだけでなく、刑法理論の発展を受けたものでもあった。たとえば、総則規定に構成要件の錯誤および禁止の錯誤の取り扱いが規定された。⁽¹⁸⁶⁾その後、刑法典に関する議論の中心は新刑法典制定に向かうが、その議論の最中も旧刑法は何度か改正されており、新刑法典が制定される 1995 年にも旧刑法改正は行われていた。⁽¹⁸⁷⁾

3) 諸草案

民主国家として再スタートしたスペインは、当面の応急措置的な部分改正だけでなく、全面的な刑法改正すなわち新刑法典制定を並行して進めていた。改正の目的は、1848 年刑法を 1978 年憲法に適合させ、責任主義などの諸原則を適切に法典に盛り込むことにあった。現行刑法制定までいくつかの草案が提案されたので簡潔に見ておく。

まず 1980 年草案が提案されたが、政治状況によって議会の多数の賛同を得ることが困難であり、可決されるに至らなかった。⁽¹⁸⁸⁾その後、当時の法務大臣フェルナンド・レデスマ (Fernando Ledesma Bartret) は、1980 年草案の見直しを進める委員会を任命した。その結果として 1983 年に、大臣は「新刑法典の予備草案の提案」(Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal: PANCP) を行った。その狙いは、1980 年草案のときから加えられていた秘密主義であるとの批判を回避し、議論を公開と公の評価の段階へと進ませようとしたものである。⁽¹⁸⁹⁾この予備草案では、予備・陰謀等の例外的な処罰や日数罰金制度の導入などが提案されている。⁽¹⁹⁰⁾これらは後に現行刑法に取り入れられ実現した。

さらに、1990年に「刑法総論の予備草案原案」(Borrador de Anteproyecto de la Parte General del Código Penal: BAPG)、1992年に「刑法典予備草案」(Anteproyecto de Código Penal: ACP)が起草された。この予備草案は草案となり、同年の議会に提出されたが、議会の解散および総選挙が宣言されたことによって、議会で議論には至らなかった。⁽¹⁹¹⁾⁽¹⁹²⁾

4) 現行刑法典の制定

1992年の草案の基本ラインはその後受け継がれた。1994年には、1992年草案を大幅に変更するものではない草案が刑法典組織法草案として議会に提出された。1994年草案は、1995年11月8日に下院本会議で承認され、1995年11月23日組織法第10号として公布された。これが現行刑法である。施行されたのは1996年5月25日であるが、1995年刑法典と呼ばれている。⁽¹⁹³⁾

現行刑法の詳細については、これまでの私の種々の論稿⁽¹⁹⁴⁾によって詳細に明らかにしており、今後も分析的に検討するつもりであるから、ここで個々の規定について詳述しないが、立法者による刑法典の「理由説明」を引用しながらその基本的な性格を理解しておこう。⁽¹⁹⁵⁾

法秩序を、権力の行使を制限する一連の規範の集合であると定義すれば、あらゆる市民社会における刑法典の重要性は容易に理解することができる。刑法典は、国家の強制権力による究極の形式、すなわち刑事罰の適用条件たる重罪および違警罪を規定する。結果として、刑法典は秩序全体において卓越した地位を占めることになり、この点からすれば、刑法が一種の「消極的憲法」として考えられてきたことは理由のないことでない。刑法典は、社会的共生の諸価値とその基本原則を守らなければならない。これらの諸価値や原則が変化すれば刑法典もまた変わるべきである。しかし、我が国においては、社会的、経済的、政治的基盤が大きく変化したにもかかわらず、現行法典はその中核と称する部分において前世紀のものである。その改正の必要性は、つまり、論をまたない。

理由説明の最初の段落では、刑法典の重要性を述べ、全面改正の必要性を宣言している。この部分は、スペインの歴史を見れば容易に理解可能である。

この後、「理由説明」は、この法典が憲法に適合するように編纂されたことを述べた後、5つのポイントを重要なものとして説明する。

第1に、憲法が刑罰に求める再社会化の目的を可能な限り達成するため、現行刑罰制度の全面的な改正がなされることになる。提案されている制度は、一方で、自由刑の規定を単純化するとともに、より基本的でない法益への影響を持つ別の措置に代替する手段を拡張し、他方で、日数罰金制度を導入することで財産刑を変更し、公共利益労働を追加する。

スペインの民主憲法は、自由刑の目的を強制労働としてはならず、罪を犯した者の再教育および再社会化にあると宣言した⁽¹⁹⁶⁾。それを受けて、1995年刑法は、刑罰を懲罰的なものから教育的なものへと変更した。また、刑罰と保安処分の二元主義を導入したうえで、保安処分法定主義を規定し、保安処分に限界を定めた点も重要である⁽¹⁹⁷⁾。

第2に、謙抑性の原則とますます複雑化する社会における保護要請の高まりという二律背反に直面し、新たな態様の犯罪を慎重に制定し、しかしまた同時に存在意義を失った犯罪類型を削除した。

スペインは自由への渴望と安定の要求というどの国にでもある当然の要求のバランスが、歴史的な経緯から特に重視される。刑法は、人を縛る凶器でありかつ人を守る防具でもある。その2面性を1995年刑法は自覚的に宣言している。

第3に、基本権の保護を特に重視し、基本権が行使される場面では懲罰的な手段の設定を特別な節度をもってするよう努めた。たとえば、一

方では、精神的完全性の保護であり、他方では名誉に対する罪の新たな規制である。精神的完全性を保護することで、市民は拷問に対するより強力な保護を与えられる。そして、提案されている方法で名誉に対する罪を構成することで、表現の自由は、民主体制において認めることができ、かつ認めるべきあらゆる重要性を獲得する。

歴史の中で個人の基本的権利を制限する強圧的な手段が何度もとられてきた。それを反省し、1995年刑法は、基本権に関する場面での刑罰使用を可能な限り控え、個人の内心と名誉を保護することにした。ここで「拷問」にスポットライトが当てられているのはスペイン史を知れば十分に理解可能である。

第4に、保護目的と基本権尊重の観点に調和して、これまでほしいまにされてきた公務員による市民の権利および自由の領域に対する違法な介入の特権体制を廃止した。したがって、法律の許可なく公権力機関や公務員によって行われる逮捕、住居への立入りおよび捜索は、対応する一般犯罪の加重類型として扱われ、これまでのような不可解かつ不当に特別な減軽をされる扱いにはならない。

権威主義体制の排除がスペインの課題であるとする、この段落の言わんとすることは明らかである。刑法を弾圧の道具としないという決意を読み取ることができる。

第5に、憲法が公権力に課した平等の実現という課題を遂行し、真に現実的な平等の道を歩むことにした。たしかに、刑法はこの課題を達成するのに最も重要な手段ではない。しかしながら、刑法は、その実現の障壁となっている規制を取り除くことや、差別的状況に抗する保護措置を導入することで、これに寄与することができる。差別的な活動に抗する保護を提供する規範に加えて、性的自由に対する罪に関する新規定に

ついてここで言及しなければならない。これらについて、犯罪構成要件を、歴史的にそうであったような、女性の貞淑ではない万人の性的自由としての保護法益と適合させることを目指した。女性の貞淑の保護の名の下で、耐え難い不正な状況が生じたが、本法案の規定はそれを完全に排除する。

平等の実現を求める民主憲法に呼応して、刑法は性差別に対抗する措置をとった。この規程は、1995年以降も何度も改正され、2022年の大改正にまでつながっている。刑法の前文は次の言葉で締められている。

共存と憲法が宣言する権利と自由を享受する平和のため、誇張しても誇張しすぎることの無い重要性ある目標は、我々がより良い刑法を持ちたいと願い、その実現に貢献してはじめて達成されるのである。

これは空虚な願いではなく、歴史の経験が詰まった極めて重い言葉である。

このようにして、スペインの現行刑法典は制定された。

むすびにかえて

1995年の制定以降も、刑法は何度も改正されてきた。この原稿を執筆している2022年9月16日現在、すでに44回改正されている。その中には、全面改正ともいうべき2015年改正もある。いくつかの代表的な改正を列挙する。

1999年4月、性犯罪に関する規定が改正された。同年6月にはDVの被害者保護の規定が盛り込まれた。2000年にはテロリズムに関して刑法の改正があった。2003年にはDV規定の改正などが行われた。2004年にはジェンダー暴力に対する包括的保護措置が盛り込まれた。2010年にはリプロダクティブライツを守り、人工妊娠中絶に関する改正が行われた。

2015年には、大改正が行われた。刑法典全体にまたがる大改正であるが、特に2点に触れておく。第1に、違警罪が廃止され第3巻の条文がすべて削除された。これにより1848年以來の3巻構成は廃止された。第2に、終身刑が導入された。これにより、1870年刑法の時代に実務から姿を消し、1928年刑法において法典から姿を消した終身刑が再びスペインの刑罰として使用されることになった。

2015年改正以降もコンスタントに改正されている。2021年には安楽死が合法化されて自殺幫助罪の規定に修正が加えられた。2022年には、性犯罪の構成要件要素から暴行・脅迫が削除され、意に反する性行為全般を強制性交等(violación)としつつ、自発的かつ明白な同意がなければ性的同意ではない旨の解釈規定も導入された。

スペインの歴史と法典化史および現行刑法の在り方を観察すれば、それらの間に有機的なつながりがあることがわかる。より良い刑法を持ちたいという願い、安定した社会への渴望、弾圧の道具となりうる刑法への警戒、スペインとしてのアイデンティティと多民族国家における民族のアイデンティティのせめぎ合い、これらの諸要素がスペイン刑法の法典の、そして理論と実務の根底に流れている。

では、翻って日本刑法を日本刑法たらしめているのは日本の歴史や文化のどのような要素であろうか。日本刑法のどの部分が人類に普遍的な部分であり、どこに日本独自の歴史的・文化的な性質があるのだろうか。スペイン刑法法典化史を跡づけた結果として、日本刑法へのこの問いが学術的な意義を持って浮かび上がってきたならば、本稿の探究はひとまず成功である。

(了)

注

- (1) 私はかつてスペイン刑法を紹介する原稿において、簡潔に法典化の流れに触れたことがある(江藤隆之「スペイン刑法のプロフィール」桃山法学30号(2019)1頁以下)。そこでは、時代背景を扱わず、法典の説明もきわめて簡素なものにとどまった。本稿はそれをさらに深めるもの

- である。なお、本稿は、法典化史に特化し、理論史については扱わない。
- (2) 1808年3月17日、親フランス政策をとるゴドイに反発した民衆がアラランフェスで蜂起した。これを制圧するためフランス遠征軍は3月23日にマドリードを占拠する。5月2日に、マドリード市民がフランス軍に対して蜂起、翌3日にも大きな暴動が発生した。ゴヤの名画「1808年5月2日」および「1808年5月3日」にその様子が描かれている。スペイン人による対フランス独立戦争の幕開けである（ただし、ゴヤ自身が5月の事件を目撃したものを描いたのか、目撃者から聞いた様子を描いたものであるのかは明らかではない。また、絵が完成したのは1814年のことであり、時間の経過による変容も考えられるため、これらの絵がそのまま史実の一場面を描いていると断言するのは難しい。Marina Linares, Goya, Paris, 2017, p.113.）。これ以降、各地で反フランス闘争が展開された。スペイン人たちは、ゲリラと籠城戦によって抵抗し、フランス軍を消耗させた。川成洋『スペイン通史』（丸善出版、2020）113頁以下およびJ. アロステギ・サンチェス, M. ガルシア・セバスティアン, C. ガテル・アリモント, J. パラフォクス・ガミル, M. リスケス・コルベリャ〔立石博高監訳、竹下和亮、内村俊太、久木正雄訳〕『世界の教科書シリーズ41 スペインの歴史 スペイン高校歴史教科書』（明石書店、2014）141頁参照。
- (3) Cf. Raymond Carr, Spain, Oxford, 1966, pp.81-92; v. Dieter Nohlen/Mario Kölling, Spanien, 3. Aufl., Wiesbaden, 2020, S. 36.
- (4) バイヨンヌ憲法の意義について、池田実「スペイン立憲主義の曙——1808年バイヨンヌ憲法——」社会科学討究44巻2号（1999）371頁以下参照。池田は、これまでスペイン憲法研究においてバイヨンヌ憲法がほとんど無視されてきたことに疑問を呈し、そのスペイン立憲史における意義を説く。条文については、池田実「（邦訳）スペイン1808年憲法・1834年王国憲章」山梨大学教育人間科学部紀要1巻2号（2000）132頁以下参照。
- (5) José Agustín González-Ares, Historia constitucional de la España contemporánea (1808-1975), A Coruña, 2022, pp.41ss; Antonio Torres del Moral, Constitucionalismo Histórico Español, 7. ed., Madrid, 2012, p.51ss; 川成・前掲注（2）116頁、アロステギ他・前掲注（2）141頁参照、池田「スペイン立憲主義の曙——1808年バイヨンヌ憲法——」前掲注（4）121頁。
- (6) 立石博高編『スペイン・ポルトガル史』（山川出版社、2000）212頁〔立

石博高執筆〕。

- (7) マリア・ピラル・ケラルト・デル・イエロ〔青砥尚子・吉田恵訳〕『スペイン王家の歴史』（原書房，2016）240 頁以下。
- (8) Javier Alvarado, Estudios de Historia de Derecho Penal, Madrid, 2021, p.36.
- (9) Carr, op. cit., pp.112-113.
- (10) アロステギ他・前掲注 (2) 142 頁。
- (11) アロステギ他・前掲注 (2) 146 頁。
- (12) バイヨンス憲法は施行されなかったと見る向きもあるが、一部は実際に機能していたようである（池田「スペイン立憲主義の曙——1808 年バイヨンス憲法——」前掲注 (4) 131 頁）。
- (13) ただし、注 (4) にも記した池田による評価がある。
- (14) アロステギ他・前掲注 (2) 144 頁。
- (15) アロステギ他・前掲注 (2) 144 頁。
- (16) Torres, nota 5, p.54ss; アロステギ他・前掲注 (2) 144 頁。
- (17) Santiago Mir Puig, Derecho Penal Parte General, 10. ed., Barcelona, 2016, p.55; véase también, Alvarado, nota 8, pp.75ss.
- (18) Hans Hattenhauser, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl., Heidelberg, 1999, Rn. 1669.
- (19) Torres, nota 5, s.81s; Salvador Rodríguez Artacho〔池田実訳〕「憲法」日本スペイン法研究会，サラゴサ大学法学部，Niiza 日本法研究班共編『現代スペイン法入門』（嵯峨野書院，2010）24 頁。
- (20) Carlos María Landecho Velasco y Concepción Molina Blázquez, Derecho Penal español, 11. ed., pp.123ss；なお、本稿の執筆中に同書のアップデート版ともいうべき Concepción Molina Blázquez, Derecho Penal Parte General, Madrid, 2022 を入手した。これは、故ランデチョの教科書を補訂していたモリナが単独名義で発表した体系書である。しかし、その前書き（presentación, p.41）にも断りがあるように、内容の基礎となっているのはランデチョの体系書であり、本稿が引用するスペイン刑法法典化史についての記述はランデチョとモリナの共同名義時代のものがほぼそのまま変更なく掲載されている。したがって、本稿においては、モリナ単独名義ではなくランデチョとモリナの共同名義の第 11 版を参照・引用することにした。
- (21) Alvarado, nota 8, p.98.
- (22) Landecho y Molina, nota 20, p.124.

- (23) Alvarado, nota 8, p.97.
- (24) Alvarado, nota 8, p.99.
- (25) ボルボン（ブルボン）朝スペインにとって、ブルボン朝ルイ 16 世の隣国における処刑は他人事ではなかった。
- (26) Manuel Torres Aguilar (Coordinador), María José Collantes de Terán de la Hera, Miguel Pino Abad y María Jesús Torquemada Sánchez, Manual de Historia del Derecho, Madrid, 2015, pp.262s.
- (27) Manuel Quintanar Díez (Director), José Francisco Ortiz Navarro y Carlos Zabala López-Gómez, Elementos de Derecho Penal Parte General, 3. ed., Valencia, 2020, p.54.
- (28) Alvarado, nota 8, p.272.
- (29) Antonio Zárate Conde y Eleuterio González Campo, Derecho Penal Parte General, Madrid, 2015, p.58.
- (30) 条文は、池田「(邦訳) スペイン 1808 年憲法・1834 年王国憲章」前掲注 (4) から引いた。
- (31) Landecho y Molina, nota 20, p.124.
- (32) Landecho y Molina, nota 20, p.124; Torres y otros, nota 26, p.263 : カディス憲法 258 条は王国統一の法典を求め、286 条は刑事裁判の手続については法律で定めるとした。条文について池田実「(邦訳) スペイン 1812 年憲法(カディス憲法)」山梨大学教育人間科学部紀要 1 巻 1 号(1999) 87 頁以下参照。
- (33) Landecho y Molina, nota 20, p.124.
- (34) この時代の簡潔な流れとして、フアン・ソペーニャ『スペインを解く鍵』（平凡社選書、1986）157 頁以下も参照。
- (35) Carr, op. cit., pp.128-129.
- (36) アロステギ他・前掲注 (2) 146 頁。
- (37) なお、このフランス軍は退却にあたり、1827 年までバルセロナに居座った (M・ジンマーマン, M=C・ジンマーマン [田澤耕訳]『カタルーニャの歴史と文化』（白水社、2006）59 頁）。
- (38) アロステギ他・前掲注 (2) 146 頁、立石・前掲注 (6) 223 頁〔立石博高執筆〕、ピエール・ヴィラルール〔藤田一成訳〕『スペイン史』文庫クセジュ（白水社、1992）83 頁；Nohlen/ Kölling, a.a.O. (Anm. 3), S. 37.
- (39) スペインの自由主義者は、リエゴの功績を讃えて「リエゴ賛歌」を作り、1931 年第二共和制においてはリエゴ賛歌が国歌となった。川成・前掲注 (2) 122 頁。

- (40) 立石・前掲注 (6) 224 頁〔立石博高執筆〕; Carr, op. cit., pp.146-154.
- (41) Quintanar y otros, nota 27, p.54; Zárata y González, nota 29, p.58.
- (42) Zárata y González, nota 29, p.58.
- (43) Quintanar y otros, nota 27, p.54; Alvarado, nota 8, p.36.
- (44) Zárata y González, nota 29, p.59.
- (45) Quintanar y otros, nota 27, p.54.
- (46) Zárata y González, nota 29, p.59; 現行スペイン刑法も刑法の適用範囲に関する規定を持っていない。刑法の適用範囲は司法権組織法 (LOPJ) 23 条に定められている。
- (47) Julián Valle Rivas, La codificación penal en su contexto histórico, Isagogé 6, 2009, p.14.
- (48) 川成・前掲注 (2) 123 頁。
- (49) V. González-Ares, nota 5, p.95ss; Rodríguez〔池田訳〕・前掲注 (19) 38 頁は、王国憲章が政府による起草、権力分立や基本的自由の不規定、議会の自律性の否認等の理由から「真正な憲法とはいえない」と評する。
- (50) Torres, nota 5, p.90; 川成・前掲注 (2) 125 頁。
- (51) 立石・前掲注 (6) 228 頁〔立石博高執筆〕。
- (52) アロステギ他・前掲注 (2) 160 頁。
- (53) 立石・前掲注 (6) 229 頁以下〔立石博高執筆〕。
- (54) González-Ares, nota 5, p.109ss; Carr, op. cit., p.162.
- (55) Rodríguez〔池田訳〕・前掲注 (19) 38 頁。
- (56) Carr, op. cit., pp.168-184.
- (57) Torres y otros, nota 26, p.264.
- (58) González-Ares, nota 5, p.126ss; Rodríguez〔池田訳〕・前掲注 (19) 39 頁。
- (59) 1848 年刑法については、Emilia Iñesta Pastor, El Código Penal Español de 1848, 2011, Valencia が研究書として決定版であるといえる。同書は、1848 年刑法の成立過程、総則、各則、影響をそれぞれ詳細に研究した 900 頁を超える大著である。
- (60) 刑法学者で穏健派の政治家であったパチェコと 1848 年刑法の関係について、Manuel Lopez-Rey y Arrojo, Criterios y perspectivas de la Codificación penal, Scción Doctrinal, Núm 3, 1979, p.553; José Antón Oneca, El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco, Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo 18, 1965; ただし、主たる起草者をパチェコであるとして、1848 年刑法典の特性のほとんどをパチェコに帰する伝統的な見解に対する批判・異論も近年有力化している。も

ちろん、当時の有力な刑法学者で政治家のパチェコが刑法に影響与えたことは間違いない。パチェコの刑法に関する 1839 年および 1840 年のアテネオ・デ・マドリードでの講演録として、Joaquín Francisco Pacheco, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1854. この中でパチェコはフランス刑法の理論を引いている。また、ヴァルター・ペロン〔高橋則夫訳〕『正当化と免責』（成文堂, 1992）130 頁では、1848 年刑法の成立について「フランス国籍のイタリア人 Pellegrino Rossi が、Beccaria, Bentham 及び Feuerbach の功利主義理論と、とくに Kant のドイツ絶対主義的刑法理論との統合として展開し、Joaquín Francisco Pacheco によって受け入れられ、スペインで流布したものである」と述べ、この刑法典のスペインでの成立をパチェコの名に拠らせている。

- (61) Zárate y González, nota 29, p.59.
- (62) ロッシについては、v. Antonio Sólón Rudá, *Breve historia del Derecho penal y de la criminología*, Lisboa, 2018, pp.262ss.
- (63) ブラジル刑法は、ポルトガル刑法、フランス刑法、バイエルン刑法の影響を受けたものであった Sólón, nota 62, p.208.
- (64) V. Carlos Pérez del Valle, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 5. ed., Madrid, 2021, p.68.
- (65) V. Landecho y Molina, nota 20, p.125.
- (66) パチェコが行った 1839 年および 1840 年の刑法に関するアテネオ・デ・マドリードでの公演が記録されている。
- (67) Zárate y González, nota 29, p.59.
- (68) Valle, nota 47, p.14.
- (69) Landecho y Molina, nota 20, p.125.
- (70) Mir, nota 17, p.55；ペロン・前掲注（60）130 頁は、「刑罰阻却的な帰属要素についての現在の体系は、1848 年ス刑法典に遡るものである」と述べている（ただし、ペロンの同論文執筆当時の「現在」は 1995 年刑法制定以前であり、1983 年緊急部分改正までに限定された記述であることに注意が必要である）。
- (71) Zárate y González, nota 29, p.59.
- (72) Iñesta, nota 59, pp.315s.
- (73) Zárate y González, nota 29, p.60; Landecho y Molina, nota 20, p.125.
- (74) スペイン刑法だけでなく、ラテンアメリカ刑法に与えた影響として v. Iñesta, nota 59, pp.912ss.
- (75) 当時のパチェコの注釈書は、20 世紀の刑法学者も参照していたほどで

ある (Antón, nota 60, p.495.)。

(76) Pérez, nota 64, p.68.

(77) Quintanar y otros, nota 27, p.54.

(78) V. Arturo Pérez-Reverte, Una historia de España, Barcelona, 2019, pp.143ss.

(79) 立石博高・内村俊太編著『スペインの歴史を知るための50章』(明石書店, 2016) 193頁〔菊池信彦執筆〕。

(80) 立石・内村・前掲注(79) 196頁〔菊池信彦執筆〕。

(81) Carr, op. cit., pp.305-309.

(82) 立石・前掲注(6) 243頁〔中塚次郎執筆〕。

(83) González-Ares, nota 5, p.158ss; 立石・内村・前掲注(79) 194頁〔菊池信彦執筆〕。

(84) González-Ares, nota 5, p.158ss; Torres y otros, nota 26, p.243; 立石・内村・前掲注(79) 194頁以下〔菊池信彦執筆〕, 川成・前掲注(2) 129頁。

(85) 川成・前掲注(2) 129頁, Rodríguez〔池田訳〕・前掲注(19) 40頁によれば, この憲法は, カディス憲法の他に自由および権利に関してアメリカ憲法の, 王権の規制に関してベルギー憲法などの影響を受けているという。

(86) 川成・前掲注(2) 130頁。

(87) Carr, op. cit., p.319.

(88) 立石・内村・前掲注(79) 199頁〔菊池信彦執筆〕。

(89) Pérez, nota 64, p.68.

(90) Zárate y González, nota 29, p.60.

(91) フランシスコ・ムニョス・コンデ〔斉藤誠二監訳〕「スペイン刑法の改正」比較法雑誌30巻2号(1996) 33頁〔原口伸夫翻訳分担〕は, 1870年刑法を「1810年フランスのコード・ペナルに基づくものであった」という。

(92) Pérez, nota 64, p.68.

(93) Mir, nota 17, p.56.

(94) Zárate y González, nota 29, p.60.

(95) Zárate y González, nota 29, p.60.

(96) Pérez, nota 64, p.68; Mir, nota 17, p.56.

(97) José Luis Diez Ripollés, Derecho Penal Español Parte General, 4. ed., Valencia, 2016, p.611; Quintanar y otros, nota 27, p.55.

(98) Landecho y Molina, nota 20, p.126.

(99) 王政復古 (restauración) またはブルボン復古 (restauración)

- borbónica) と呼ばれるが、古い体制の復活ではなく、新体制であったといえる (cf. Jose Álvarez Junco, History, politics, and culture, 1875-1936, in *The Cambridge Companion to Modern Spanish Culture*, David T. Gies (ed.), Cambridge, 1999, pp.67-85.)。
- (100) Torres y otros, nota 26, p.265.
- (101) 民事訴訟法は、刑事訴訟法の 1 年前に制定されたがそれは旧法であり、現在では 2000 年民事訴訟法が現行法である。
- (102) この時期の労働運動について cf. Carr, op. cit., pp.439-455.
- (103) ただし、実行犯はスペイン人ではなくイタリア人であった。立石・前掲注 (6) 253 頁 [中塚次郎執筆]。
- (104) 立石・内村・前掲注 (79) 216 頁以下 [久木正雄執筆部分]、立石・前掲注 (6) 254 頁 [中塚次郎執筆]。
- (105) アロステギ他・前掲注 (2) 253 頁、立石・内村・前掲注 (79) 229 頁 [武藤祥執筆]。
- (106) アロステギ他・前掲注 (2) 256 頁。
- (107) アロステギ他・前掲注 (2) 256 頁。
- (108) アロステギ他・前掲注 (2) 262 頁。
- (109) 立石・内村・前掲注 (79) 230 頁 [武藤祥執筆]。
- (110) Carr, op. cit., pp.564-602.
- (111) 立石・内村・前掲注 (79) 232 頁以下 [武藤祥執筆]。
- (112) Landecho y Molina, nota 20, p.126.
- (113) Landecho y Molina, nota 20, p.126.
- (114) Zárate y González, nota 29, p.61.
- (115) Zárate y González, nota 29, p.61.
- (116) Landecho y Molina, nota 20, p.126.
- (117) Zárate y González, nota 29, p.61.
- (118) Díez, nota 97, pp.610s: スペインの終身刑の歴史と 2015 年刑法改正による終身刑再導入については、江藤隆之「スペインにおける刑事制裁制度の現状と 2 つの潮流」佐伯仁志・高橋則夫・只木誠・松宮孝明編『刑事法の理論と実務 3』(成文堂, 2021) 240 頁以下参照。
- (119) Nohlen/Kölling, a.a.O. (Anm. 3), S. 39.
- (120) 川成・前掲注 (2) 158 頁。
- (121) 立石・内村・前掲注 (79) 240 頁 [武藤祥執筆]。
- (122) Torres y otros, nota 26, p.246; Torres, nota 5, p.201ss; アロステギ他・前掲注 (2) 277 頁。

- (123) ペドロサ・ルイス「スペイン憲法裁判所」曾我部真裕・田近肇編『憲法裁判所の比較研究』（信山社，2016）48 頁。
- (124) 1936 年 4 月にサモラ大統領が解任されると，5 月にアサーニャが大統領となる。
- (125) 川成・前掲注（2）160 頁。
- (126) 立石・前掲注（6）278 頁以下参照〔中塚次郎執筆〕。
- (127) アロステギ他・前掲注（2）290 頁。
- (128) Zárate y González, nota 29, p.61.
- (129) ポール・プレストン〔宮下嶺夫訳〕『スペイン内戦』（明石書店，2009）69 頁。
- (130) この刑法制定に関与した刑法学者としてヒメネス・デ・アスアの他に名が挙げられる者として，アントン・オネカ（José Antón Oneca）やロドリゲス・ムニョス（José Arturo Rodríguez Muñoz）がいる。なお，ロドリゲス・ムニョスはメツガーの教科書をスペイン語に翻訳したこと（1935）でも有名である。
- (131) ルイス・ヒメネス・デ・アスアは，刑法史，スペイン史において極めて重要な人物であるが，日本語文献において言及されることは少ない。彼は第二共和憲法起草者であり，著名な刑法学者であり，アルゼンチンにおいてスペイン亡命政府大統領を務めた政治家でもあった。彼のスペイン刑法学における著名な功績は，サルダーニャの後を継いでリストの教科書のスペイン語訳（1917）を完成させたこと，1931 年の講演においてドイツ理論，イタリア理論を紹介したこと，その犯罪論にベーリングや M.E. マイヤーの理論を導入したことなどである（彼の伝記として Enrique Roldán Cañizares, Luis Jiménez de Asúa, Madrid, 2019 が詳しい）。なお，1936 年にプリモ・デ・リベラの息子のホセ・アントニオが創設したファランヘ党が共和政府によって非合法とされたのは，ファランヘ党武装メンバーが，ヒメネス・デ・アスア暗殺未遂事件を起こしたことがきっかけであった（バーネット・ボロテン〔渡利三郎訳〕『スペイン内戦（上・下）』（晶文社，2008）54 頁）。Antony Beevor, *The Battle for Spain*, 2006, London, p.46, 〔本稿執筆にはそのドイツ語版 Antony Beevor *Der Spanische Bürgerkrieg*, 2016, München, S. 64 もあわせて参照した〕も参照。
- (132) Pérez, nota 64, p.69.
- (133) Pérez, nota 64, p.69.
- (134) Pérez, nota 64, p.69.

- (135) Landecho y Molina, nota 20, p.127.
- (136) Valle, nota 47, p.15.
- (137) Luis Romero Santos, Medidas de seguridad: previsión legal, fundamentos y tipología, Actualidad Penal 2019, Valencia, 2019, p.170.
- (138) 反乱軍の中にはモロッコ人兵士もいた。モロッコ史の一部としてスペイン内戦を簡潔に描写したものとして私市正年・佐藤健太郎編著『モロッコを知るための65章』（明石書店，2007）85頁以下〔佐藤健太郎執筆〕。
- (139) 川成・前掲注（2）169頁。
- (140) アロステギ他・前掲注（2）300頁；文豪ヘミングウェイが義勇兵として参加していたことは有名である。
- (141) 川成・前掲注（2）170頁以下。アロステギ他・前掲注（2）301頁。
- (142) Carr, op. cit., pp.652-694.
- (143) アロステギ他・前掲注（2）312頁。
- (144) Roldán, nota 131, pp.57ss.
- (145) スペイン内戦については，ポロテン・前掲注（131）やプレストン・前掲注（129），George R. Esenwein, The Spanish Civil War, New York, 2005; Beevor, op. cit., など参照。
- (146) ドイツ空軍によるスペイン空爆は，ピカソの「ゲルニカ」に描かれている。ゲルニカ空爆は1937年4月26日午後4時半から7時45分までの3時間15分にわたってドイツ軍によって行われた（狩野美智子『バスクとスペイン内戦』（彩流社，2003）107頁参照）。
- (147) ジンマーマン・前掲注（37）77頁。
- (148) ジンマーマン・前掲注（37）77頁。
- (149) Pérez, nota 64, p.69.
- (150) Zárate y González, nota 29, p.62.
- (151) 立石・前掲注（6）307頁〔中塚次郎執筆〕。
- (152) Zárate y González, nota 29, p.62.
- (153) Mir, nota 17, p.56.
- (154) Zárate y González, nota 29, p.62.
- (155) Valle, nota 47, p.15.
- (156) Landecho y Molina, nota 20, p.127.
- (157) 「改正」は“reforma/reformar”に当てる訳であるが，スペインにおいては1963年は“revisión/revisar”と呼ばれているため「改訂」とした。原語の意味は，見直し，点検，再検討である。
- (158) Pérez, nota 64, p.70.

- (159) Zárata y González, nota 29, p.62.
- (160) 注(157)のとおりに、「改正」は“reforma/reformar”であるが、1973年の作業はスペインにおいては“refundación/refundir”と呼ばれているため「再編」と訳した。原語の意味は、改鑄、改作である。
- (161) 立石・前掲注(6) 313頁以下〔中塚次郎執筆〕。
- (162) アロステギ他・前掲注(2) 332頁。
- (163) 立石・内村・前掲注(79) 270頁以下〔武藤祥執筆〕、立石・前掲注(6) 315頁〔中塚次郎執筆〕。
- (164) 立石・内村・前掲注(79) 272頁〔武藤祥執筆〕。
- (165) 立石・内村・前掲注(79) 273頁〔武藤祥執筆〕。
- (166) 川成・前掲注(2) 205頁。
- (167) Rodríguez〔池田訳〕・前掲注(19) 43頁; アロステギ他・前掲注(2) 360頁。
- (168) 川成・前掲注(2) 265頁。
- (169) 川成・前掲注(2) 265頁。
- (170) アロステギ他・前掲注(2) 360頁。
- (171) 現在、マドリードの国際空港にアドルフォ・スアレス・マドリード＝バラハス空港としてその名が残っている。
- (172) 立石・前掲注(6) 336頁〔中塚次郎執筆〕。
- (173) アロステギ他・前掲注(2) 360頁。
- (174) 川成・前掲注(2) 207頁。
- (175) Nohlen/Kölling, a.a.O. (Anm. 3), S. 45.
- (176) Nohlen/Kölling, a.a.O. (Anm. 3), S. 46.
- (177) 立石・内村・前掲注(79) 290頁以下〔加藤伸吾執筆〕。
- (178) 正確には軍刑法における戦時中の行為についてののみ死刑は存置可能のまま残ったが、それは後の1995年組織法によって廃止されることになる。詳しくは江藤「スペインにおける刑事制裁制度の現状と2つの潮流」前掲注(118) 237頁以下参照。
- (179) アロステギ他・前掲注(2) 362頁。
- (180) アロステギ他・前掲注(2) 362頁。
- (181) アロステギ他・前掲注(2) 368頁。
- (182) 川成・前掲注(2) 211頁以下。
- (183) アロステギ他・前掲注(2) 369頁。
- (184) 立石・内村・前掲注(79) 299頁〔加藤伸吾執筆〕。
- (185) Valle, nota 47, p.15.

- (186) Pérez, nota 64, p.70; ムニョス・前掲注 (91) 34 頁〔原口伸夫翻訳分担〕。
- (187) Zárate y González, nota 29, p.64.
- (188) 本稿では“proyecto”を「草案」、その前段階の文書を意味する“anteproyecto”を「予備草案」と訳出する。
- (189) Landecho y Molina, nota 20, p.130.
- (190) Zárate y González, nota 29, p.64.
- (191) ムニョス・前掲注 (91) 34 頁〔原口伸夫翻訳分担〕は、「草案が議会によって最終的に可決される前に、いつも新たな選挙を要求するというのがスペインの政治状況であった」という。
- (192) Landecho y Molina, nota 20, p.130; Pérez, nota 64, p.71.
- (193) Landecho y Molina, nota 20, pp.130s.
- (194) これまでの私のスペイン刑法に関する文章として、「スペイン刑法のプロフィール」前掲注 (1) 1 頁以下、「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、資料「スペイン・日本・ドイツ刑法総論用語集」桃山法学 30 号 (2019) 117 頁以下、「スペイン刑法における刑の減軽処理」桃山法学 31 号 (2019) 23 頁以下、資料「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) 127 頁以下、「スペインにおける実行の着手」刑事法ジャーナル Vol.63. (2020) 27 頁以下、「スペイン刑法における性犯罪規定の構造」桃山法学 32 号 (2020) 55 頁以下、「スペインにおける危険運転の刑事規制」桃山法学 32 号 (2020) 93 頁以下、資料「スペイン刑法典（総則）」桃山法学 33 号 (2020) 243 頁以下、翻訳「ホアキン・フランシスコ・パチェコ『法典：その編纂と議論』（1836）」桃山法学 34 号 (2021) 311 頁以下、資料「スペイン刑法典（各則 1）」桃山法学 34 号 (2021) 265 頁以下、「DV に対する刑事制裁の課題：スペインとの比較によって」ジェンダー研究 23 号 (2021) 33 頁以下、資料「スペイン刑法の最近の改正と訳語の変更」桃山法学 35 号 (2021) 129 頁以下、「スペインにおける刑事制裁制度の現状と 2 つの潮流」前掲注 (118) 237 頁以下、エッセー「ジェンダー暴力に対するスペインの取り組み」Libra No.73 (2021) など。その他、刑法解釈学上の論稿においてもしばしばスペインでの議論を紹介し参照している。
- (195) 1978 年憲法は、国民の権利を制限する法律や地方自治に関する法律を特別に厳しい要件で成立する「組織法」(Ley Orgánica) の形で制定することを要求している。この組織法には前文として立法の理由説明“Exposición de Motivos”が付される。このような制度になっているのも、

スペインの歴史を見れば理解できるだろう。

(196) 江藤「スペインにおける刑事制裁制度の現状と2つの潮流」前掲注(118) 239頁以下。

(197) 保安処分については、江藤「スペインにおける刑事制裁制度の現状と2つの潮流」前掲注(118) 250頁以下。

(198) 日本が19世紀の後半に入ってから西洋化の道を歩んだことは幸運であったと思われる。歴史にifはない。だが、もしもっと早く江戸中期頃に急速な近代化が始まっていたら、あるいはもっと遅く20世紀に入る頃まで近代化が始まらなかったら、現実の日本近代化ほど事がスムーズに進んだとは思われない。また、西欧を手本にしようと決めた明治期の立法担当者たちが、「教師」の言葉に真摯に耳を傾けたことも幸運であった。もちろん、日本も近代化の時期に戊辰戦争や西南戦争という内戦や反乱、テロの横行する不安定な社会を経験した。だが、比較的近代化がスムーズに進んだことについては、先人たちの努力はもちろんのこと、幸運な時代状況があったといえるであろう。そのような状況にあって、日本が歴史の中で積み重ねてきた文化のうち、刑法の中に盛り込んだものの、反対に、盛り込み損ねたものがきつとあるはずである。日本刑法は、近代時に西洋からやってきた日本の要素がまったく捨象された「いわゆる無国籍」の刑法ではないだろう。もし日本刑法が無国籍の刑法であるなら、外国刑法をすべてそのまま導入しても良いことになる(スペインも、民主化後の刑法典制定において独裁政権を終えて民主刑法を制定したドイツ刑法を大いに参考にしたが、そのまま輸入したのではない)。もし日本刑法が無国籍の刑法でないならば、その日本らしさはどこに現れているのか、それは国家刑法が国家刑法であることの意義と直結する根源的かつ重要な問いである。