

# 桃山法学

第 30 号

---

論 文

スペイン刑法のプロフィール ……………江 藤 隆 之 ( 1 )

スペイン刑法における不能未遂の可罰性  
……………江 藤 隆 之 ( 27 )

暴走運転致死事件に殺人罪を  
適用することはできないのか？  
——ベルリン暴走事件と砂川暴走事件を素材として——  
……………江 藤 隆 之 ( 55 )

判 例 研 究

訴因変更の要否について  
——最高裁平成13年4月11日決定までの判例の変遷——  
……………河 野 敏 也 ( 87 )

資 料

スペイン・日本・ドイツ刑法総論用語集  
……………江 藤 隆 之 ( 117 )

講 演 記 録

Dr. Gareth M. Thomas  
「ダウン症候群の出生前スクリーニング  
—社会的観点から」 ……………永 水 裕 子 ( 127 )

---

2019年2月



桃山学院大学総合研究所

# スペイン刑法のプロフィール

江 藤 隆 之

- I スペイン刑法参照の意義と本稿の目的
- II スペイン刑法典のプロフィール
- III スペイン刑法学のプロフィール
- IV 結語

キーワード：スペイン刑法，スペイン法，比較刑法，犯罪論体系

## I スペイン刑法参照の意義と本稿の目的

600を超える条文を有する大法典である現行スペイン刑法典（Código Penal: 1995年）<sup>(1)</sup>もその解釈学たるスペイン刑法学も，日本刑法研究者にとって比較的馴染みの薄いものである。しかし，これらの比較刑法学的探究は実に多くの学問的示唆を与えてくれる。<sup>(2)</sup>

スペインは，立憲君主国であると同時に大陸法圏に属する民主的自由主義国<sup>(3)</sup>である。周知のとおり，スペインが安定した民主的自由主義国となったのは比較的最近の歴史に属する。内戦などの歴史上の様々な苦難の末，フランコ独裁を経て，1975年からフランコの後継者であるが民主化を主導した国王フアン・カルロス1世の下で，ヨーロッパ諸国との協調を進めながら，民主制への移行が本格化した。その憲法的な結実が1978年スペイン憲法典であり，<sup>(4)</sup> 刑法的な結実が1995年スペイン刑法典である。そのため，スペインにおいて20世紀の終わりごろに行われた現行刑法典編纂は，スベ

インの法伝統はもちろんのこと、大陸法諸国における精緻な20世紀刑法学の成果も取り入れられたものになっている。スペイン刑法典のいたるところで、ヨーロッパ刑法学の叡智を看取することができる。現に、前文において、刑法典編纂において議会の意見と並んで「判例の現状と学問理論の諸見解 (el estado de la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina científica)<sup>(6)</sup>」を念頭に置いたことが宣言されている<sup>(7)</sup>。さらに、現行スペイン刑法典は1995年から現在に至るまで約30回におよぶ大きな改正が継続的に行われている<sup>(8)</sup>。したがって、現行スペイン刑法典がいかなる規定を持つのかを識ることは、大陸法圏における刑法学の成果の立法的あらわれの一端に触れることにほかならない。

ところが、日本においてスペイン刑法の議論を参照する文献は極めて少ないのが現状である<sup>(9)</sup>。そこで、本稿はスペイン刑法のプロフィールを描き出し、日本刑法学におけるスペイン刑法との比較研究の端緒を拓くことを目的とする。

## II スペイン刑法典のプロフィール

### (1) 法典化前史

スペインにおける広義の刑法の始まりは、呪術的あるいは宗教的性格 (carácter mágico o religioso) を有するものであった<sup>(10)</sup>。この点は、ヨーロッパ全般における刑法史と変わらない。近代刑法典の始まりは、1822年刑法典に始まるが、その直前から説き起こそう。

1822年刑法典制定前、刑法典の萌芽として指摘されるべきは、1808年のバイヨンヌ憲法 (Estatuto de Bayona) および1812年のカディス憲法 (Constitución de Cádiz) である。

スペインの大半の支配権を握ったホセ・ボナパルトは、1808年にバイヨンヌ憲法を制定する。バイヨンヌ憲法はスペインにおけるフランスの支配を確立しようとしたものであるが、スペイン側の要求も少なからず反映された。そのため、形式的ではあるが、バイヨンヌ憲法には、法によらなけ

れば投獄されない旨の規定や拷問の廃止が謳われることになった。ただし、異端審問は縮小されながらも維持されることになった。<sup>(11)</sup>

スペイン独立戦争が勃発すると、戦火を逃れてカデイスに移ったコルテス（議会）は、スペイン亡命政権の様を呈した。そこでコルテスは、自由主義的な色彩を持つカデイス憲法を1812年に公布した。このカデイス憲法は先進的なものであったが、後にスペインに復帰した絶対君主志向のフェルナンド7世によって反故にされてしまう<sup>(12)</sup>。このことにより、カデイス憲法は、自由主義の象徴的な旗印とみなされるようになり、後に復活、そして再び失効するなど、数奇な運命をたどることになる。

その後、1822年刑法典の制定を皮切りに、スペインでは何度も刑法の全面改正（新刑法制定）が行われることになる。具体的には1848年および1850年刑法、1870年刑法、1928年刑法、1932年刑法、1944年刑法および現行刑法典である1995年刑法の制定である。それぞれ触れておくべき特色について、以下に簡単に紹介しよう。

## (2) 1822年刑法

1822年刑法典は、1810年のフランス刑法に範をとって制定された<sup>(13)</sup>とされているが、その実体は、様々な法のつぎはぎであった。この法典は、フランスのナポレオン法典の他に、カスティーリャのフエロ・フスゴ（カステリャーノに翻訳されたローマ・西ゴート裁判法典）およびバルティダス（七部法典）の影響を受けていた。それは、制定を急いだためであり、やむをえない側面もあったが、内部的な統一性がとれておらず、安定性を欠いているとの問題を抱えることになってしまった。しかし、先進的な法であることに変わりはなく、その思想においては、ベンサム、ベッカリーア、モンテスキューなどの啓蒙思想や功利主義の影響を看取することができる。自由主義的な啓蒙思想の影響による1822年刑法の最大の功績は、罪刑法定主義を明確に導入した<sup>(14)</sup>ことである。

(3) 1848年および1850年刑法

1848年刑法は、穏健な自由主義者たちの政権と1845年憲法の折り合いによってできたものであるが、カトリックに対する罪や国家に対する罪についてはなお厳しく処罰していた。1830年ブラジル刑法や1819年ナポリ刑法の影響を受けたともいわれる。<sup>(15)</sup>

この刑法は、罪を“delito (犯罪)”と“falta (軽罪)”とに区別する二元体系を採用し、刑法典を「総則規定」,「犯罪とその処罰」,「軽罪」の3つに分ける法構造を採用した点に特色がある。この3分構造は1995年の現行刑法典に受け継がれ、2015年に犯罪と軽罪の区別が削除されるまでスペイン刑法に採用されていた。<sup>(16)</sup>

1850年には、権威主義的姿勢を強める改正が行われ、あらゆる犯罪の陰謀と(共犯としてではなく犯罪遂行段階としての)教唆が処罰されるようになり、公の秩序に対する罪などの罰則が強化された。<sup>(17)</sup>

この刑法典について、もっとも重要なことは、この刑法典が1928年刑法以外のすべての刑法典の原型となったということである。<sup>(18)</sup>

(4) 1870年刑法

イサベル2世の統治に終わりを告げる9月革命から王政復古までの6年間(1868年9月-1874年12月)、いわゆる民主主義の6年間(Sexenio Democrático)ないし革命の6年間(Sexenio Revolucionario)と呼ばれる時期に1870年刑法は制定された。これは、1869年憲法との整合性に配慮した刑法典であった。<sup>(19)</sup>

法技術的には、刑法典を3分する構造を維持している。特徴としては、憲法に認められた信仰の自由との整合性を保つため、カトリックに対する特別の保護を緩和した。また、議会に対する罪を新設し、個人の諸権利を認めた。<sup>(20)</sup>

1870年刑法は、19世紀の間に様々な改正を受けた。

(5) 1928年刑法

プリモ・デ・リベラ将軍の独裁が始まると、法典制定委員会に新法典の制定が委ねられた。

1928年刑法は、3分された刑法典の前に「刑法とその適用範囲について (De la ley penal y su esfera de aplicación)」と題された序章を有し、その序章において罪刑法定主義を謳い、類推解釈を禁じ、時間的、場所的、人的適用範囲を規定した。また、1848年刑法と同様の表現で可罰的不作為犯と因果関係を規定した。<sup>(21)</sup>

さらに、本刑法典の特徴は、矯正学派 (correccionalismo)<sup>(22)</sup> の影響の下、刑罰の他に保安処分 (medida de seguridad) を採用し、二元主義を明確にした点にもある。この二元主義は、現行刑法に受け継がれている。<sup>(23)</sup>

(6) 1932年刑法

第二共和政は、1928年刑法を廃止し、1870年刑法を復活させた<sup>(24)</sup>。それは、1932年5月に精緻化した形で公布され、同年12月に発効した。

本刑法は、1870年刑法と1931年共和国憲法の諸原則を基礎にしたものとなった。

保安処分は刑法典には規定されていなかったが、1933年8月4日の「浮浪者および悪行者に関する法律」(la Ley de Vagos y Maleantes)<sup>(25)</sup> に定められることになった。<sup>(26)</sup>

なお、本刑法は、死刑を廃止したが、フランコ時代の1938年に死刑が復活している。

(7) 1944年刑法 (旧刑法)

フランコ政権が始まると、フランコは1932年刑法をすぐに失効させ、種々の法律により新たな政治体制に適合する秩序を作ろうとした。これらの法は、国家の保護、家族や公序良俗の保護等の強化といった特徴があった。

1944年ようやく新刑法が制定されることになる。これが、いわゆる旧刑法である。この刑法は、法典を一般原則、犯罪とその刑罰、軽罪のとそ

の刑罰とに区分する伝統的な3部構成を採用した。

この刑法は、民主化にともなって、多くの改正が行われた。とりわけフランコ没後1983年の死刑廃止は特筆に値する<sup>(27)</sup>。その後も、1984年、1985年、1987年、1988年と改正が続けられた。しかし、それだけでは民主的自由主義国家の刑法としては不十分であるとして、全面改正が——並行して——模索されることになった。

#### (8) 1995年刑法（現行刑法）

1979-1980年第1草案、1983年第2草案、1991年第3草案、1992年第4草案と、現代の価値観に相応しい刑法典が模索され<sup>(28)</sup>、1995年、第4草案を基礎とした新刑法典が成立した。

現行刑法典の特色は、刑法典の前文として掲げられている「EXPOSICIÓN DE MOTIVOS」において説明されている。前文は「権力の行使をコントロールする一連の規範として法制度を定義するとしたならば、あらゆる市民社会における刑法の重要性は容易に理解可能である」と書き起こされる。旧刑法が前世紀の価値観を前提としていたため、刑法改革の必要性は論を俟たないとしたうえで、具体的に、刑罰システムの変革（自由刑に関する規則の簡素化や日数罰金制度、公益奉仕労働の導入）、新たなタイプの犯罪（社会経済・領土・天然資源に対する犯罪など）の追加、民主的な基本権保護の姿勢と名誉保護の明確化、公務員の強権的な地位の廃止と職務犯罪の明確化、性犯罪の保護法益が女性の純潔ではなく性的自由であることの明確化と差別の解消などが謳われている<sup>(29)</sup>。20世紀刑法学の叡智を詰め込んだものであるといえよう。<sup>(30)</sup>

#### (9) 1995年刑法の改正と現在

1995年刑法典は、制定以来現在まで細かいものを含めておよそ30回の改正を経ている<sup>(31)</sup>。その頻度はかなりのもので、1998年に2度改正されたのを皮切りに、1999年に2度、2000年に6度、2002年に2度、2003年に5度、2004年に1度、2005年に2度、2006年に1度、2007年に2度、2010年に2

度、2011年に1度、2012年に1度の改正を経て、2015年改正（3月30日に改正法が成立、同年7月1日施行、官報（BOE）への掲載2015年4月28日 BOE: 28/4/2015）により、現在の形となった。

このうち、特筆すべき重要な改正をいくつか取り上げてみたい。

1999年4月30日改正は、性的暴力、性的虐待、性的ハラスメントに関するものであった。1999年6月9日改正は、ドメスティック・バイオレンス被害者の保護に関して行われた。2000年12月22日改正は、テロ犯罪に対抗するための諸規定を整備した。2003年11月25日改正は、刑罰制度を見直し、いくつかの罪について自由刑の上限を引き上げた。2012年12月27日には、国家財政および社会保障に対する罪について改正を施した。

そのような中で、刑法総論の理論に最も影響を与える改正は2015年3月30日に行われた軽罪（falta）の廃止であろう。1848年刑法以来の伝統的な罪の二元的把握を廃止して、犯罪（delito）に一元化したのである。もちろん、軽い罪がなくなるわけではないから、今まで軽罪とされてきたものの一部は軽い罪（delitos leves）として、再構成されて規定されている。さらに同改正では、終身刑が創設された。

#### (10) 現行スペイン刑法典の特色

現在のスペイン刑法典の特色を、日本刑法研究者の立場からいくつか挙げるとすれば、①近代刑法の諸原則の重視、②刑罰と保安処分の二元主義、③犯罪成立阻却事由の列挙、④最近の議論を反映した各則の整備、⑤特色ある刑罰制度の5点を指摘したい。少し詳しく見てみよう。

##### ①近代刑法の諸原則の重視

スペイン刑法典は、近代刑法の諸原則を繰り返し明示的に宣言する。スペイン刑法典を読み進めると、何度も様々な原則の宣言に触れることになる。たとえば、罪刑法定主義について、スペインは憲法25条<sup>(32)</sup>1項で罪刑法定主義を定めたうえで、さらに刑法典において、第1条（罪刑法定主義の一般的宣言）、第2条<sup>(34)</sup>（1項；刑の不遡及の原則、2項；行為者に有利な遡及効の承認<sup>(35)</sup>）、第4条1項<sup>(36)</sup>（明確性の原則の宣言）、第10条<sup>(37)</sup>（犯罪をこの



法律に定められた故意または過失による作為犯および不作為犯であるとする宣言)などを置いて明文で何度も確認している。不真正不作為犯についても11条(不作為犯に義務違反, 等価性を求めつつ, 作為義務の発生根拠として法令・契約・先行行為を挙げる<sup>(38)</sup>条文)でその可罰性を具体的に規定している。

また, 10条は単なる罪刑法定主義の宣言にとどまらず, 犯罪を「作為」, 「不作為」に限るとする行為主義の宣言でもあるが, 行為主義はさらに第15条<sup>(39)</sup>(既遂と未遂が可罰的であるとする宣言)で改めて(15条は罪刑法定主義にも関係している)確認されている。もちろん, 10条は, 故意または過失がある場合しか犯罪とならないという意味における責任主義の意味も担っていると読めるが, この責任主義については, 第5条<sup>(40)</sup>(故意または過失なければ刑罰なしという宣言)が, 故意・過失がないものは処罰しないことをすでに宣言しており, 10条は責任主義の2度目の確認である。責任についてはさらに第14条<sup>(41)</sup>で, 過失処罰は例外的であることを規定し, 故意犯処罰の原則を宣言している。

このように, スペイン刑法は刑法の諸原則を何度も何度も様々な表現を用いて宣言しているのである。

## ②刑罰と保安処分の二元主義

スペイン刑法典は, 刑罰 (pena) と保安処分 (medida de seguridad) の二元主義を採用している。保安処分については, 6条1項が犯罪に示された行為者の「危険性 (peligrosidad)」を基礎にすることを宣言し, 2項でそれが適用されるべき刑罰よりも重くなることおよび行為者の危険性を防ぐために必要な程度を超えて科すことを禁止している。また, 保安処分は, 犯罪後にしかおこなうことができず, 事前の処分は不可能である。さらに, 保安処分も保安処分法定主義に服しており, 法律によって規定がある場合にのみ適用が可能である(1条2項)。

保安処分は, 96条によって, 自由を剥奪する処分 (medidas privativas de libertad) と自由を剥奪しない処分 (medidas no privativas de libertad) とに区別され, 前者については各種施設収容等が, 後者については, 資格剥

奪や観察等が定められている。

### ③犯罪成立阻却事由の列举

現行スペイン刑法典は、刑法学の理論を取り入れて立法したにもかかわらず、犯罪成立阻却事由を違法性阻却事由と責任阻却事由とに明文で区別しておらず、刑法20条にまとめて列举している。この方式は、やはり犯罪成立阻却事由を列举していた旧刑法8条を受け継いだものであるといえる。20条は、「以下の行為は罰しない<sup>(42)</sup>」としたうえで、1号に精神異常と原因において自由な行為の除外、2号に薬物・アルコールによる予期しない精神異常、3号に知覚障害、4号に正当防衛とその要件<sup>(43)</sup>、5号に緊急避難とその要件<sup>(44)</sup>、6号に克服不能な恐怖、7号に正当業務行為を定め、1号ないし3号については保安処分に附す旨を規定する。続く21条には、同様に減輕事由が列举されている。

### ④最近の議論を反映した各則の整備

各則の規定は実に多岐にわたるのですべてを紹介することは到底不可能であるが、現代的な意義を有し、日本刑法典に規定されていないあるいは日本刑法典の規定が不十分であると考えられる分野に関する罪を簡潔に列举すれば、遺伝子操作に関する罪、ドメスティック・バイオレンスに関する罪、領土・歴史遺産・環境に対する罪、国際的共同体に対する罪（元首殺害やジェノサイド等）などがあげられる。近年は、とりわけ家庭内暴力に関する罪、性的自由に対する罪、交通の安全に対する罪、領土に対する罪などが改正・整備された。

ドメスティック・バイオレンスについては、個々の暴行や脅迫等の行為がたとえ軽い行為であったとしても、通常ドメスティック・バイオレンスの場合、一定の継続的關係性および当該家庭等内における力關係の差を背景とした常習性があるのが通例であり、これを軽い罪として扱うのは不適切であると考えられるに至った。そこで、重罪 (delito) と軽罪 (falta) とが区別されていた2003年に虐待、示凶器等脅迫の軽罪を重罪とする改正が行われ（現在は前述のとおり重罪と軽罪の区別は失われており、すべて犯罪 (delito) である）、2004年末にはもっぱら妻等<sup>(45)</sup>の女性および被害者と

同居する特に傷つきやすい者 (una persona especialmente vulnerable)<sup>(46)</sup> に向けられた暴力等を厳罰化する改正が行われた。有力な学説は、この改正に批判的であった。というのも、この改正では、男性から妻等に対する一度きりの軽度の脅迫であっても、他の罪と均衡を失するほどに極めて重く処罰されることになるからである。これに対し、憲法裁判所は2008年5月14日に、これらの規定は平等を定めたスペイン憲法14条に反しないとしたが、学説からは実際の適用においての限定的な解釈が求められている。女性刑法学者であるアラストウエイ・ドボンも批判的な見解を持つひとりである。アラストウエイによれば、このような規定は行為の動機が性差別的な場合に限定的に適用されるべきであるが、スペイン刑法には差別的な動機による刑の加重規定 (22条5号) がすでに存在するため、このような改正は不要であったという<sup>(47)</sup>。

交通の安全に対する罪は、これまで行政法の問題であった交通違反行為のうち典型的に危険な速度超過や無謀運転等を犯罪としたものである。

領土に対する罪は、国内に独自の言語・文化を持つ自治州を抱え独立運動も盛んなスペインにおいて、現代的・現実的な問題であり、本稿執筆時現在 (2018年春～夏) においてもなお議論が続いており、刑法改正が政治的な争点を形成している<sup>(48)</sup>。

#### ⑤特色ある刑罰制度

死刑 (pena de muerte) については、1932年廃止、1938年復活、1978年軍刑法以外については廃止<sup>(49)</sup>、1995年軍刑法も含めて完全廃止となった<sup>(50)</sup>。

自由刑 (自由剥奪刑: penas privativas de libertad) は、「禁錮 (prisión)」、 「期間居住地指定 (localización permanente)」 および 「罰金不納付責任 (la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa)」 が35条に定められている。有期の禁錮刑は、原則20年が最長だが、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)。なお、伝統的に終身刑 (cadena perpetua)

を持たない（19世紀まで例外的に終身刑が使われてきたにすぎない）ことに特徴があったスペインであるが、2015年改正より直訳すると「見直し可能な永久禁錮」（*prisión permanente revisable*）の名で「相対的終身刑」（PPR）が制定された。これは16歳未満の者に対する殺人、性的自由に対する罪の後の殺人、組織的テロ、国家元首に対する殺人、人道に対する罪などの重大犯罪に適用されることになっている（たとえば国王等殺人罪485条1項）。「見直し可能な」とは、一定期間（25年）服役後に審査を経て仮釈放の可能性があることを意味している。このPPRの制定は、国民的な議論を呼び、廃止論も強く主張されている。期間居住地指定は、保安処分に近い性質を有する刑で、社会と隔絶していない場所に一定期間受刑者をとどめさせることにより、短期自由刑の弊害を回避しつつ更生目的を達成しようとするものである。受刑者の自宅ないし裁判官が判決で指定した場所に指定された最長6ヶ月までの期間居住するものと週末の拘束（*arresto de fin de semana*）との融合であり、様々な要件を考慮することができる。罰金刑不納付の場合は、それによって自由を剥奪される。

権利刑（権利剥奪刑：*penas privativas de derechos*）は、刑法39条a文ないしj文に列挙されている。順に、絶対的権利剥奪、特別権利剥奪（公職、職業、後見などの権利剥奪）、公職の停止、運転免許剥奪、武器所持権の剥奪、特定の場所への居住・接近禁止、被害者等への接近禁止、被害者等との連絡禁止、親権剥奪である。

罰金刑は、日数罰金制度を導入している。

スペインの刑罰制度は死刑がなく、権利剥奪刑が充実していることに特色がある。終身刑については、2015年に復活したため、スペイン刑法の特色のひとつであった「終身刑がないこと」という点は失われた。

以上の通り、スペイン刑法典には様々な特色がある。以下に、学問としてのスペイン刑法学を概観してみよう。

### Ⅲ スペイン刑法学のプロフィール

#### 1) 学派の争いと体系構築の争いと現在

スペイン刑法学にも、学派の争い (lucha de escuelas) は大きな影響を与えている。学派の争い自体を描写しても、日本刑法学にとって既知のことばかりであるので、その詳細には触れないが、スペイン刑法学の一般的教科書においてどのように古典学派 (escuela clásica) と近代学派 (escuela positiva) に触れているのかを紹介しておこう。たとえば、ランデチョ・ベラスコとモリナ・ブラスケスの教科書には、以下の表が掲げられている。<sup>(51)</sup>

学派	主唱者	方法	中心	責任	制裁	学問領域
古典学派	カッラーラ	演繹的	犯罪	有責性	刑罰	刑法学
近代学派	ロンブローゾ	帰納的	犯罪者	危険性	処分	犯罪学

このように、イタリアにおける学派の争いを表にして紹介した後、ランデチョとモリナの教科書は、フォイエルバッハやリストなどの名を挙げてドイツにおける学派の争いを紹介する。ドイツにおける争いも周知のものであるため省略し、そのスペインへの影響のみを簡潔に描写したい。

リストの最初のスペインへの影響はキンティリアノ・サルダーニャに与えたものである。<sup>(52)</sup> キンティリアノは、刑法が現実社会に与える帰結こそ重視すべきである刑事実用主義を主張し、その考えは1928年の刑法典に影響を与えた。

古典学派の立場は、イタリア古典学派およびドイツ古典学派の双方が、スペインに影響を与えた。この立場が、古典学派のいわゆる因果論的立場として、アントン・オネカ、クエリヨ・カロン、ヒメネス・デ・アスア、<sup>(53)</sup> プッチ・ペニャ、キンタノ・リポリエス、ロサル、ロドリゲス・デベサなどに受け継がれ、さらに、<sup>(54)</sup> バホ・フェルナンデス、コボ・デル・ロサル、ロドリゲス・モウルーリヨ、セラノ・ゴメスなどに継承された。

このような刑法の存在意義や目的に関する学派の争いは、日独と同様に

現在ではほぼ収束したが、犯罪論体系の構築をめぐるなお、細かくは4派、大きくは2派に区分して学説の争いを描写することが可能である。

犯罪論体系構築をめぐる4派とは、細かく見れば、古典派 (Clasicismo)<sup>(55)</sup>、新古典派 (Neoclasticismo)<sup>(56)</sup>、目的的行爲論 (Finalismo)<sup>(57)</sup>、機能主義 (Funcionalismo)<sup>(58)</sup> である。このうち、前2者が大きく区分した場合における因果論 (日本における結果無価値論) 的立場、後2者が広義の目的的行爲論 (日本における行爲無価値論) 的立場として理解される。古典派は、19世紀後半から20世紀の初頭、新古典派は20世紀初頭およびメツガーの1931年論文<sup>(58)</sup>の時代、目的的行爲論は1930年代から第二次世界大戦後、機能主義は20世紀最後の30数年に興ったと理解されている<sup>(59)</sup>。古典派は、不法を客観的・記述的にとらえようとする点に、新古典派は不法を客観的にとらえようとしつつも、規範的構成要件要素や特殊の主観的不法要素は認める点に、目的的行爲論は存在論哲学の観点から人間の行爲を目的性概念によってとらえ直し、主観的不法要素を正面から認める点に、機能主義は狭義の行爲論においては目的的行爲論に賛同しないものの、目的的行爲論と同様に主観的不法要素を正面から認める点にそれぞれ特徴がある。

このような体系構築の争いの引き金を引いたのは、目的的行爲論の登場である。目的的行爲論の登場以来、犯罪論体系の諸カテゴリーに犯罪成立要素を位置づけようとする潮流を引き起こし、現在のような議論状況を作り出した<sup>(60)</sup>。

なお、近年は広義の目的的行爲論の体系 (sistemática finalista)、すなわち目的的行爲論または機能主義にもとづく人的不法論を採用する論者が多い。狭義の目的的行爲論者として、バシガルポ、ベリスタイン・イピニャ、ブストス・ラミレス、セレス・ミール、コルドバ、スアレス・モンテスとその弟子たちがいる。これら狭義の目的的行爲論者にくわえて、主観的違法要素を認める機能主義の学者たち、たとえば、ハンブルク大学で博士号を取得したヒンベルナト・オルデイグを筆頭に、アロヨ・サパテロ、ベルドゥゴ・ゴメス・デ・ラ・トーレ、ゴメス・ベニテス、ウエルタ・トシルド、ルソン・ペニャ、ミール・プッチ、ムニョス・コンデ、オクタビオ・

デ・トレド、キンテロ・オリバレス、テラディリヨス<sup>(62)</sup>がいる。この機能主義の流れは、スペインにおけるロクシンおよびヤコブスの受容<sup>(63)</sup>にもな<sup>(64)</sup>って勢力を広げている。これらの論者が日本におけるいわゆる二元的行為無価値論者<sup>(65)</sup>のような立場をとり、スペインにおける通説を形成している。

## 2) 犯罪論体系

スペイン刑法学においても、通説的な見解によれば、犯罪とは構成要件 (tipo) に該当し、違法 (antijurídico) で有責 (culpable) <sup>(66)</sup>な行為であり、それに加えてこれらが可罰性 (punibilidad) を有するときに成立する。

それぞれの概念のアウトラインを見てみよう。<sup>(67)</sup>

構成要件該当性 (tipicidad) とは、法律によって禁圧されている行為のみを処罰するという罪刑法定主義の原則から要求される。これは、現実に行われた所為 (hecho) が法律の記述する事態 (hecho) に当てはまる性質をいう<sup>(68)</sup>。このような性質が求められるのは、一般の原理としての罪刑法定主義によるだけでなく、スペイン刑法10条が「この法律によって処罰される故意または過失による作為および不作為が犯罪である」と犯罪を定義しているため、「この法律による (por la ley)」かの定型的判断が条文上要求されていると理解されているからである。なお、行為を構成要件から独立した犯罪要素としてみない論者、すなわち裸の行為論を採用しない論者が多く<sup>(69)</sup>、通常の場合には行為は構成要件の要素であると理解されているが、ルエダ・マルティンのように、「作為または不作為」を構成要件に前置される犯罪構成第1の要素であると明示的に宣言する論者もいる。<sup>(70)</sup>

違法性 (antijuridicidad) とは、現実に行われた行為と法規範の要請とが矛盾<sup>(71)</sup>することをいう。この判断は、法益侵害または法益の危殆化に関する客観判断である。具体的には、違法性阻却事由 (正当防衛、緊急避難、正当業務行為、同意にもとづく行為) の有無が判断される。<sup>(72)</sup>なお、通説的体系からは、故意・過失といった一般的主観的不法要素が認められる。<sup>(73)</sup>

責任・有責性 (culpabilidad) は、無価値な行為を行った為者に対する非難可能性判断である。このカテゴリーを規範的に把握するか、心理的に把

握するかについては、違法性をどう理解するかに大きな影響を受ける。

可罰性 (punibilidad) は、刑罰適用の可能性・必要性を判断するものである。これを、犯罪論体系の内部に位置づけるか否かについては、学説上の争いがある。

学説上の争いの軸は、日本におけるいわゆる結果無価値論と行為無価値論との争いとほぼ同様に、故意・過失といった一般的主観的不法要素を認めるか否かにある。この争いを、結果無価値論的立場を因果論 (causalismo)、行為無価値論的立場を目的的行為論 (finalismo) と呼んで図式化することがある。したがって、「目的的行為論」と呼んでいてもいわゆるヴェルツェル流の狭義のものではないことに注意が必要である。<sup>(74)</sup>

オブレゴン・ガルシアとゴメス・ランスの教科書に掲げられている表を見てみよう。<sup>(75)</sup>

因果論	目的的行為論
行為 客観的・外部的側面 (身体的動静+結果=因果経過)	行為 客観的要素：客観的・外部的側面 (身体的動静+結果=因果経過) 主観的要素：故意または過失
責任 答責性 責任形式として：故意または過失 他行為可能性	責任 答責性 違法性の認識：行為の違法意味の意識 他行為可能性
*故意 認識： —構成要件要素の認識 —違法意味の認識 構成要件的行為実行の意思	*故意 行為の要素の認識 構成要件的行為実行の意思

この表において「行為」とされているのは、構成要件と違法性とを合わせた意味での「行為」（いわゆる「不法」の用法に近い）である。すると、この表からは、目的的行為論と名づけられているものは、主観的違法要素を認める見解と責任説の組み合わせであり、因果論と名づけられているものは、主観的違法要素を認めない見解と故意説の組み合わせであると読み



取ることができよう。

このような犯罪論の大まかな組み立て方は、細かい点や用語法については——そもそもスペイン語の修辞上の特色もあり<sup>(76)</sup>——注意すべきであるものの、日本の議論と大きくかけ離れたものではないといえるだろう。<sup>(77)</sup>

#### IV 結語

スペイン刑法のプロフィールをスケッチすることによって、様々なことが明らかになった。

日本刑法学とスペイン刑法学は、ドイツ刑法学の継受という点においてはほぼ近縁の関係にあり、用語法に一定の注意が必要であるものの、噛み合う議論を行うための土俵はすでに十分に整っている。そうであるのに、相互に参照することがほとんどない現状は学問的に残念な状況である。

法典編纂の点でいえば、条文数の少ない古い刑法を幾度かの改正を経つつ使用している日本と、条文数の多い刑法典を新しく制定したスペインとは対照的な状況にあるといえる。このような状況にあって、条文数の少なさから解釈の余地が大きい日本刑法学と、緻密な条文を持ちながら解釈学的努力にもとづいて頻繁な改正を行っているスペイン刑法学の解釈学的異同についての研究は、学問的果実をもたらすであろう。たとえば、スペインには詳細な規定があり日本にはさほど詳細な規定がないにもかかわらず同一の学問的帰結に至る論点については、その解釈には実定法の文言以外の何かの影響が強くなるのではないかと思ひ至ることができるだろう。反対に、ほぼ同一の規定を有しながらも異なった解釈に至る論点もあるかもしれない、そのような場合にはやはり実定法以外の考慮が解釈に影響していると考えることができよう。また別の論点では、異なる規定を有するがゆえに、直接異なった解釈的帰結が導かれている場合もあるだろう。その場合は、当該解釈における実定法規の「強さ」が確認されることになるだろう。このことは、おそらく刑法学の発展に資するだけでなく、「我々は何を手掛かりに解釈を行っているのか」という法学の根本問題の解明にも資する

ものとなるように思われる。

また、理論刑法学をメタに俯瞰する際、スペイン刑法学の立ち位置を知っておくことは、ドイツ刑法学と日本刑法学との関係ないし距離を相対化し、あるいは対象化する一助となるだろう。日本におけるドイツ刑法学の受容が、どの点において比較的強い受容であり、どの点において比較的弱い受容であるのか、独自の歴史・法文化を持ちながらもドイツ刑法学の影響を強く受けているスペイン刑法学はその適切な比較対象となりうるに違いない。

さらに、刑法学の各争点において、参考となりうる新たな見解をスペイン刑法学の中に見出すこともあるだろう。あるいは、日本刑法学において唱えられてきた見解に対する有効な批判を、思いもかけずスペイン刑法学の議論に発見するかもしれない。このような比較刑法の試みは、刑法学固有の争点の深化に寄与することが期待される。

くわえて、先端の改正を繰り返しているスペイン刑法から、刑事立法への示唆を直接得ることも可能である。

本稿は、スペイン刑法のアウトラインのスケッチにとどまっているが、それでも少なくない学問的果実の萌芽を含んでいると考える。それは、日本刑法学にとってほとんど未踏の大地であるスペイン刑法学<sup>(78)</sup>に多くの宝物が眠っていることの証左であるともいえよう。

(了)

- (1) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. スペインにおいて「法律」は一般的な法律である「普通法 (ley ordinaria)」と基本権や公的自由等を規制する重要な法律であり制定・改正等に普通法より厳格な手続が定められている「組織法 (ley orgánica)」とに分かれており、刑法は「組織法」として定められている。組織法は、成立・改正のために議会において成立に出席議員でなく全議員の過半数（絶対過半数）が要求され（憲法81条）、法案の議決について委員会への委任が禁止され（憲法75条3項）、立法権の内閣への委任（憲法82条1項）が禁止されている。

なお、本稿は、執筆時（2018年春～夏）に参照しているいわゆる2018年1月1日現在（最近改正2015年3月30日、最近改正官報掲載2015年4月28日、最近施行日2015年7月1日）の“Código Penal”を基に論じている。現在、分離独立問題との関係において、刑法各則のさらなる改正を主張する声もあるが、その問題については取り上げない。

- (2) スペイン刑法の術語の定訳はほとんど存在しない（ただし、山田信彦『スペイン語法律用語辞典』（信山社、2006年）参照）ため、参照の便宜のために必要に応じてその都度原語を表示する。

なお、固有名詞等を読みやすいのために、カタカナで表記することがあるが、その際は、あまりにも広範な地域で使用され、発音に地域差・世代差・個人差があるスペイン語であるため、以下の法則で統一して表記する。“ll”はジェイスモしない「リャ」の発音が標準であるため「リャ」で表記する（castellano: カステリャーノ）。語尾のdは無音化する（universidad: ウニベルシダ）。アクセントに促音は使わず長音記号を使う（González: ゴンサーレス）。が、アクセントを強調する必要がないときは、長音記号も使わない（pena: ペナ）。ただし、以上にかかわらず以下の場合を例外とする。日本語にカタカナ表記の慣行がある場合は、日本語の慣行に従う（España: スペイン、Madrid: マドリード）。カタラン（カタルーニャ語）の言葉については、カタランの発音に従う（Puig: プッチ）。人名であり、当人やその周辺がどう発音しているのかが映像や音声データ等で確認できる場合はその発音に最も近いカタカナを当てる。

姓の表記については、以下の原則に従う。スペイン人の多くは姓を父親由来のものと母親由来のものとして2つ持つが、その場合、本稿では本文・脚注のそれぞれにおいて、カタカナ・原語のそれぞれの初出の際には第1姓・第2姓を並列で表示し、2度目以降は第1姓のみで表示する。ただし、第2姓を表示する必要がある場合（たとえば第1姓が同姓である者を複数取り上げる場合や、第2姓を特に示す必要がある場合）には第1姓・第2姓を繰り返し表示する。

この規則は、本稿だけでなく、特に個別に断らない限り、今後の私のスペイン語を使用した論文のすべてに適用する。

- (3) スペイン憲法はドイツ基本法の影響を強く受けている。たとえば、スペイン憲法1条1項は、スペインを「社会的かつ民主的国家（un Estado social y democrático）」であると宣言しているが、これはドイツ基本法20条1項「ドイツ連邦共和国は、社会的かつ民主的な連邦国家である。」

(Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.)」の影響であろう (Salvador Rodríguez Artacho・池田実「憲法」日本スペイン法研究会・サラゴサ大学法学部・Nichiza 日本法研究班『現代スペイン法入門』(嵯峨野書院, 2010年) 48頁参照)。憲法1条2項は国民主権を謳っている。

- (4) 新刑法の立法者意思・議会での議論を論じたものとして, Lopez Garrido, *El Código Penal de 1995 y la voluntad de legislador*, *Comentario al texto y al debate parlamentario*, 1996. 参照。
- (5) スペイン刑法学においては, 日本刑法学と同様に, ドイツ刑法学の強い影響を看取することができる。一般的なスペイン刑法学の教科書の参考文献欄 (Carlos María Landecho Velasco/ Concepción Molina Blázquez, *Derecho Penal Español Parte General*, 10.<sup>a</sup> Edición, 2017, pp. 43s) を開けば, バウマン, ハッセマー, ヤコブス, イェシェック, リスト, マウラッハ, メツガー, ロクシン, ザウアー, シューネマン, シュトラーターンヴェルト, ヴェルトツェル, ヴェッセルスなどの名前を見ることができ, これらの文献がスペイン語に翻訳されていることを知ることができる。他の教科書の参考文献欄 (Antonio Obregón Gracia/Javier Gómez Lanz, *Derecho Penal Parte General: Elementos Básicos de Teoría del Delito*, 2.<sup>a</sup> Edición, 2015, p. 26.) でも, ヤコブス, イェシェック, ロクシンの名を見ることができる。
- (6) “jurisprudencia” には, 「法学」という意味もあるが, 「判例」という意味で使用するのが通例であり, ここでも後半に学説を表す表現が併記して使われているため「判例」と訳した。
- (7) En la “EXPOSICIÓN DE MOTIVOS” de Código Penal.
- (8) 1995年刑法は, 1998年6月15日に行われた第1回改正 (Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio) から数えて, 2015年3月30日に行われた改正 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo y Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo) まで実に29回の改正を経ている。各則規定の整備がほとんどだが, 最近改正である2015年改正では, 1848年以來のスペイン刑法において伝統的になされていた重罪 (delito) と軽罪 (falta) の区別を廃止し, 原則として犯罪 (delito) に統一するという大改正を施した。これにより, 軽罪は, その一部を軽犯罪 (delitos leves) として再構成されて規定されている。
- (9) 森下忠『海外刑法の旅』(成文堂, 2017年) 112頁以下は, スペイン刑法を紹介している。しかし, 同稿の初出が, 1997年および2006年であり,

2015年に行われた“delito”と“falta”の区別廃止や終身刑創設などの重要改正を反映していないものとなっている。また、ドイツ刑法との比較的観点から書かれたもので邦語で読める文献として、ヴァルター・ペロン [高橋則夫訳]『正当化と免責——刑法の構造比較』(成文堂, 1992年) とりわけ128頁以下があるが、これもその理論的な意義は色あせないものの、前提となっている法典は旧刑法である(原著であるペロンの博士論文は1986年8月完成である)。

- (10) Antonio Zárate Conde/Eleuterio González Campo, *Derecho Penal Parte General*, 2015, p. 55.
- (11) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 58.
- (12) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 58.
- (13) 森下・前掲注(9)112頁。
- (14) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 59.
- (15) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 59; ペロン・前掲注(9)130頁。
- (16) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 59.
- (17) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 59.
- (18) Landecho/ Molina, PG (nota 5), p. 119.
- (19) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 60.
- (20) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 60.
- (21) Zárate/ González, PG (nota 10), pp. 60s.
- (22) 「犯された罪によって罰せられるのではなく、再び罪を犯さないようにするためにである」との標語の下、刑罰を犯人の意思の不法性の改善に適切な措置とすべきであるとした学派で、フリアン・サンス・デル・リオ (1814-1869)、フランシスコ・ヒネール・デ・ロス・リオス (1839-1915)、ペドロ・ドラド・モンテロ (1861-1919) などがいる。v. Zárate/ González, PG (nota 10), p. 52.
- (23) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 61.
- (24) Landecho/ Molina, PG (nota 5), p. 121.
- (25) いわゆる反社会的な者からの社会防衛を定める秩序維持法であり、法律名に“vagos (浮浪者/怠け者)”と“Maleantes (ごろつき)”の名が冠せられている。邦訳については、ペロン・前掲注(9)131頁の高橋則夫訳がドイツ語訳からの再訳であるが適切であるのでこれによった。森下・前掲注(9)121頁は、同法を「浮浪者及び非行者法」と訳すが、こちらの訳も適切である。
- (26) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 61.

- (27) 森下・前掲注(9)14頁。Sobre la reforma de 1983 v. también, Landecho/ Molina, PG (nota 5), pp. 121s.
- (28) 草案とその年については、どの段階を採用するかによって若干前後するが、ここでは森下・前掲注(9)14頁によった。他に、1980年 (Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980), 1983年 (Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983), 1990年草稿を基にした1992年 (Proyecto de Código Penal de 1992; Borrador de Anteproyecto de la Parte General del Código Penal de 1990) に区分するものとして、Landecho/ Molina, PG (nota 5), pp. 123s.
- (29) スペイン刑法は、明文で性犯罪の保護法益は性的自由 (libertad sexual) であることを示している。たとえば、  
**Artículo 178.**  
 El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años. (178条 暴行または脅迫を用いて他者の性的自由を侵害する者は、性的攻撃の罪として1年以上5年以下の自由刑に処する。)
- (30) このような刑法の大幅な刷新は、あらゆる分野の理論家・実務家に比較的好意的に受け入れられた (Landecho/ Molina, PG (nota 5), p. 125。)
- (31) Zárate/ González, PG (nota 10), pp. 64ss.
- (32) Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. (行為時に有効な法律によって実行の時に犯罪、軽罪または行政上の違犯行為を構成しない作為または不作為は、有罪とされまたは制裁を科されない。)
- (33) **Artículo 1.**  
 1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración. (1条1項 いかなる作為も不作為も行為遂行より前の法律によってあらかじめ犯罪であると定められていなければ罰せられない。)  
 2. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley. (2項 保安処分は、法律によってあらかじめ定められた事由がある場合にかぎり、適用される。)
- (34) **Artículo 2.**

1. No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad. (2条1項 いかなる犯罪も、その行為以前に法律になかった刑罰をもって罰せられない。同様に、保安処分を定める法律も遡及効を欠く。)

(35) 憲法9条3項は、「個人の権利にとって不利または個人の権利にとって規制的な制裁条項の不遡及」を保障している。この憲法規定によって有利な効果の遡及は認められることになる。

(36) Artículo 4.

1. Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. (刑罰法規は、明確に刑罰法規に包含される事態以外には適用されない。)

(37) Artículo 10.

Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley. (10条 この法律によって処罰される故意または過失による作為および不作為が犯罪である。)

(38) Artículo 11.

Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

(11条 結果の発生を含む犯罪は、その結果を回避せず、行為者の特別な法的義務を侵害することが、法規の観点から、その結果をもたらす原因と相当する場合にかぎり不作為犯である。このため、以下の不作為は作為に同等である：

a) 特定の法律上の義務または履行すべき契約上の義務があるとき。

b) 不作為者が先行作為または先行不作為によって法的に保護すべき利益に対する危険源を作出したとき。)

(39) Artículo 15.

Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito. (15条 既遂犯および未遂犯は可罰的である。)

- (40) Artículo 5.  
 No hay pena sin dolo o imprudencia. (5条 故意または過失によらなければ刑罰はない。)
- (41) Artículo 12.  
 Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley. (12条 過失の作為または不作為は、その処分が法律に明示されている場合にかぎり罰せられる。)
- (42) “Están exentos de responsabilidad criminal” の “exentos de responsabilidad criminal” は、直訳すれば「刑事責任の免除」であるが、この「刑事責任」は犯罪論体系における行為責任を意味する「責任」ではなく、日本刑法典の条文に見られる「罰しない」という意味であると解されるため、そのように訳出した。
- (43) 正当防衛の法定の要件として、本人または他人のための防衛であることを前提に、①差し迫った不正の侵害、②手段の合理的必要性、③自招性の欠如が必要である。
- (44) 緊急避難の法定の要件として、自己または他人の権利を守るためであることを前提に、①現実の害と避けようとした害との均衡、②自招性の欠如、③特別の義務の欠如が必要である。
- (45) 妻等とは、妻およびそれと同様の感情関係で行為者に結びついている女性をいい、同居の有無を問わない。たとえば、刑法148条4号や171条4項等参照。
- (46) たとえば同居の子やパートナーの連れ子等がその例である。刑法140条。
- (47) Carmen Alastuey Dobón・稲垣清訳「刑法」『現代スペイン法入門』前掲注(3)139頁。
- (48) 2018年7月22日に野党第一党である保守系の国民党 (Partido Popular) の党首に選出されたパブロ・カサド・ブランコ (Pablo Casado Blanco) は、カタルーニャ独立の住民投票を念頭に、住民投票の違法な実施を禁じる刑法改正を目指すと宣言した (v. La Sexta TV 2018/7/26, [https://www.lasexta.com/noticias/nacional/pablo-casado-propone-penalizar-la-convocatoria-ilegal-de-referendum\\_201807265b59b8160cf2ed1bb43cb6ab.html](https://www.lasexta.com/noticias/nacional/pablo-casado-propone-penalizar-la-convocatoria-ilegal-de-referendum_201807265b59b8160cf2ed1bb43cb6ab.html) (2018年8月19日閲覧); también, Eldiario, 2018/7/26, [https://www.eldiario.es/catalunya/politica/Casado-candidaturas-constitucionalistas-Catalunya-municipales\\_0\\_796870518.html](https://www.eldiario.es/catalunya/politica/Casado-candidaturas-constitucionalistas-Catalunya-municipales_0_796870518.html) (2018年8月19日閲覧))。
- (49) 1978年憲法による廃止であり、刑法典の改正は1983年。



- (50) Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra.
- (51) Landecho/ Molina, PG (nota 5), p. 99.
- (52) Quintiliano Saldaña (1878-1938), v. Landecho/ Molina, PG (nota 5), p. 115.
- (53) ヒメネス・デ・アスアがベーリングや M・E・マイヤーに依拠して犯罪論体系を構想したと指摘するものにペロン・前掲注(9)151頁。
- (54) v. Landecho/ Molina, PG (nota 5), p. 116.
- (55) ここでいう「古典派 (clasicismo)」は刑法の目的等に関する「古典学派 (escuela clásica)」とは異なる区分であり、あくまで体系の立て方に関する区分であることに注意が必要である。古典派は、違法性における「客観主義」といったような意味合いであり、リストも含まれる。v. María Ángeles Rueda Martín, El concepto de delito, en Carlos María Romeo Casabona/ Esteban Sola Reche/ Miguel Ángel Boldova Pasamar (Coordinadores), Derecho Penal Parte General, 2.<sup>a</sup> Edición, 2016, p. 84.
- (56) Normativismo (規範主義) とも。
- (57) 行為論をめぐる争いとしては、行為の因果的理解 (concepto causal de acción), 行為の目的的理解 (concepto final de acción), 行為の社会的理解 (concepto social de acción) の3概念で争っている。v. Joaquín Cuello Contreras/ Borja Mapelli Caffarena, Curso de Derecho Penal Parte General, 3 ed, 2015, p. 67s.
- (58) ロドリゲス・ムニョスによるメツガー論文のスペイン語への翻訳が大きな影響を与えたといわれている。Edmund Mezger, Tratado de Derecho Penal, vol. I-II, Traducción y notas de Arturo Rodríguez Muñoz, 3<sup>a</sup> Edición, Revista de Derecho Privado, 1955-1957.
- (59) Obregón/Gómez, PG (nota 5), pp. 30ss.
- (60) Rueda, PG (nota 55), p. 89.
- (61) Enrique Gimbernat Ordeig, Zur Strafrechtssystematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit, Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, FS-Henkel, 1973, S. 151ff. など、ドイツ語で彼の機能主義的な構想が示されている論文に触れることができる。なお、彼はセビリャ生まれマドリード育ちのカタルーニャ人であり、彼の第2姓“Ordeig”はカタラン風に読めば「オルデチ」になると思われるが、スペインでは彼をあえてカタカナで表記すれば「ヒンベルナト・オルデイグ」と書ける呼び方で紹介する (インターネットにアップされている

シンポジウムの動画等でも確認できる)ので、本稿では「オルデイグ」のカナ表記を採用した(外国語を無理やりカタカナで書くのだからいずれにせよ不正確さは免れないが)。

- (62) v. Landecho/ Molina, PG (nota 5), p. 116.
- (63) Rueda, PG (nota 55), p. 89.
- (64) ヤコブスの教科書(第2版)のスペイン語訳が1997年、ロクシンの教科書のスペイン語訳が総論第1巻(第2版)1997年、第2巻が2014年である。また、2005年にはシュトラテンヴェルトのドイツ刑法の教科書(第4版)が翻訳されている。
- (65) 因果論の立場はかなり少数になっていると思われる。しかし、それでは各論点において客観的な見解がほとんど唱えられていないかということそうではない。目的的行為論を基礎にした2元的な体系をとりつつ、客観的要素も厳密に要求する立場から、未遂犯の危険は客観的に判断されなければならないとして、不能未遂の不可罰性を導く論者もいるのである。José Cerezo Mir, *Derecho Penal. Parte General. Introducción*, I, 4.<sup>a</sup> edición, 1994, pp. 393ss. y mismo, *La regulación del „iter criminis“ y la concepción de lo jusuto en el nuevo Código penal español*, RDPC núm. 1 (1998), pp 13ss. (20). 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年)27頁以下参照。
- (66) 「構成要件に該当し、違法で有責な人間の行動 (comportamiento humano, típico, antijurídico y culpable)」と表現するものに、Zárate/González, PG (nota 10), p. 139, 「犯罪とは、構成要件に該当し、違法で、有責な作為または不作為のすべてである (El delito es toda acción u omisión típica, antijurídica y culpable.)」と表現するものに、Rueda, PG (nota 55), p. 81, 「構成要件に該当し、正当化されない有責な行為 (acción típica, no justificada y culpable)」という表現を紹介するものに、Obregón/Gómez, PG (nota 5), p. 39; también v. Cuello/ Mapelli, PG (nota 57), p. 65s.
- (67) スペイン刑法においても、学説は激しく争っており、各犯罪成立要件の内実は、もちろん論者ごとに異なっているため、それをすべて描写することは不可能である。
- (68) P. ej. v. Rueda, PG (nota 55), p. 83.
- (69) v. Obregón/Gómez, PG (nota 5), p. 47. 同書は、「行為を独立させることに対する批判は、強固だが決定的ではない (sólidas, pero no definitivas)」として、行為論の擁護を試みる。

- (70) Rueda, PG (nota 55), p. 83. 同書は、思想・内心は処罰されないという原則および刑法10条から、作為・不作為の存在は犯罪の第一要素であるという。
- (71) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 140.
- (72) Rueda, PG (nota 55), pp. 84s.
- (73) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 140.
- (74) ペロン・前掲注(9)152頁は、「Welzelの目的的行為論は、ドイツにおけるよりもはるかに賛同者が少なかった。もっとも、そこから帰結する『人的』違法観はその後多くの教科書の基礎になっている」という。実体としてその通りであるが、現在でも causalismo (因果論) と対立する立場である「人的違法論」を指して finalismo ということがあるので注意が必要である。なお、やや古いドイツ語の文献ではあるが、Gimbernat, a.a.O. (Anm.61), S.155. は、「因果論者も目的論者も (sowohl Kausalisten als auch Finalisten)」という表現で刑法学者一般を表現している。
- (75) Obregón/ Gómez, PG (nota 5), p. 41.
- (76) スペイン語は単語の繰り返しを避けるという修辞上の特徴が強くあり、その影響は法学文献にも及んでいる。そのため、専門用語であっても似た言葉で言い換えられたり、同じ言葉を広義・狭義で使ったりすることがある。また、同じ概念を表す単語がいくつも用意されていることもある(たとえば finalismo や acción や hecho は多義的であり文脈による把握が必要になるし、culpa と imprudencia は「過失」として同義でありつつ前者については同時に「責任」の意味を持つなど多義的である)。この点について注意が必要である。山田・前掲注(2)はしがきも参照。
- (77) 日本における二元論体系にきわめて近い体系を叙述する教科書として Cuello/ Mapelli, PG (nota 57) がある。同書は、不法に結果無価値と行為無価値とを要求し、各論点において客観的要件と主観的要件とをそれぞれ検討するといった体系に基づいている。
- (78) スペインにおいては、最高裁判所が積極的に法解釈を提示することが行われており、その最高裁の判断もまた刑法学の理論的装いに充ちている。その裁判所の解釈をコンパクトにまとめた資料集として、Jerónimo Gracia San Martín, Doctrina Penal Actualizada, 2018 は有益である。同書は、刑法典の重要条文を掲げ、そこに最高裁の各判断を列挙するというコンメンタール型判例集のスタイルを採っている。

# スペイン刑法における 不能未遂の可罰性

江 藤 隆 之

- I 本稿の目的
- II スペイン語の“tentativa”と日本語の「未遂」
- III 条文の構造——客観的未遂論の条文上の採用
- IV 不能未遂をめぐる議論状況
- V 結語

キーワード：スペイン刑法，比較刑法，未遂犯，不能未遂，不能犯

## I. 本稿の目的

すでに別稿で論じたように、20世紀刑法学の成果を受けて1995年に制定され、21世紀に入っても改正を何度も行ってきたスペイン刑法典および、ドイツ刑法学の影響を受けて発展してきた日本刑法学の近縁ともいべきスペイン刑法学の議論状況を学ぶことは、日本刑法学に豊かな実りをもたらすことが期待される。就中、刑法総論における重要論点のひとつであり、犯罪論体系全体の理解にもかかわる未遂犯論を知ることは、スペインにおける未遂規定やその議論状況を学ぶことを通して、日本刑法学に多くの示唆を与えるように思われる。

そこで、本稿は、スペイン刑法における未遂犯概念およびその具体的適用場面としての不能未遂の可罰性にスポットライトを当て、それらを比較刑法学的に描き出すことを目的とする。

## Ⅱ スペイン語の“tentativa”と日本語の「未遂」

1995年現行スペイン刑法では未遂を“tentativa”と呼ぶ。ラテン語の「試みる (tentant)」に由来し、刑法用語としては、フランス刑法における未遂を意味する“tentative”と同語源・同意味であることはもちろん、「試み」や「企て」という意味でもあるこの単語は、ドイツ語の“Versuch”や英語の“attempt”とも共通する意味をもつ。ただし、“tentativa”の元となる動詞である“tentar”は「(悪い方へと) 誘惑する、手探りする、手で探す、(闘牛で若い牛の) 勇猛さを試す」というやや限定された意味に用いられがちであり、ドイツ語の“versuchen”や英語の“attempt”ほど一般的な意味での「試す」ではない<sup>(4)</sup>。むしろ、語感としてはドイツ語の“verführen”や英語の“tempt”に近く、同語源であるフランス語の形容詞“tentant (魅惑的な)”や“tentateur (心を惑わす)”に通じる“tenter”が持つもう一つの意味に近い<sup>(5)</sup>。しかしもちろん、“tentar”にも試すという意味はあり、形容詞としての“tentativo”は、——英語の“tentative”と同じく——「試験的な」といった意味である。

これに対して、日本刑法では、犯罪の実行に着手して以降、既遂に到達する以前の段階を「未遂」と呼んでいる。語の由来は、「未だ遂げざる」(旧刑法113条)であり、ヨーロッパの刑法学が未遂犯を行為にスポットライトを当てて表現しているのと対照的に、既遂に到達していないという状態<sup>(6)</sup>をとりあげて表現している点に語感上の特徴がある。

日本刑法において未遂犯は、「犯罪の実行に着手し、これを遂げなかった」(43条)とのみ書かれており、法律効果としての刑の任意的減免と結び付けた形で規定されている。また、中止未遂についても同条の但書に「自己の意思により犯罪を中止した者」とだけ書かれ、その効果としての刑の必要的減免が規定されているにすぎない。つまり、日本刑法には独立した詳細な未遂の概念規定・定義規定は存在しない。

これに対してスペイン刑法は、15条で既遂と並べて未遂の可罰性を宣言

し、つづけて16条1項で独立した詳細な未遂概念規定を置き、さらに同条2項に中止犯規定を置くという形をとっている。また、その法的効果については、概念規定とは離れた62条に詳細な規定を置いている。これは、未遂概念規定を独立させているという意味では、ドイツ刑法が22条に独立した未遂概念規定を置き、23条でその処罰を、24条で中止未遂をそれぞれ定めていること、フランス刑法121-5条が未遂概念規定を独立して置いていることと共通している<sup>(7)</sup>。スペイン刑法16条1項によって、“tentativa”というスペイン語の単語は、日常言語における“tentativa”ではなく、法律概念として明確に定義されることになるのである。

なお、このようなスペインの“tentativa”概念は、1995年の現行刑法によってようやく完成したものであることは、指摘しておくべきだろう。スペインにおいては伝統的に未遂犯は2種類に区別されており、旧刑法はその区別に従った規定を持っていた。すなわち、実行が終了しなかったため既遂に到達しなかった“tentativa（直訳：試み、意義：未終了未遂・着手未遂）”と実行は終了したものの意外の障害によって既遂に到達しなかった“frustración（直訳：障害、意義：終了未遂・実行未遂）”である。1995年刑法典は、この“tentativa”と“frustración”とをひとつにまとめ、“tentativa”の語を当てたのであり、それを宣言したものが16条である。したがって、旧刑法の“tentativa”より現刑法の“tentativa”の方が旧“frustración”を含んでいる分、概念が広い。16条が未遂の定義においてあえて「行為の全部または一部（todos o parte de los actos）」と規定しているのは、このことについての宣言の意味を持っているのである。この宣言により、未終了未遂であろうと終了未遂であろうと現行法下における未遂犯（tentativa）であることが異論なく明らかになるのである。

以下に、条文を掲げてもっと詳しく見てみよう。

### Ⅲ 条文の構造——客観的未遂論の条文上の採用

先述の通り、スペイン刑法は15条で既遂犯と並べて未遂犯の可罰性を宣

言し、続けて16条1項において未遂を定義する。それは以下のとおりである。

#### Artículo 15.

Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito.

#### 【邦訳】

既遂犯および犯罪の未遂は可罰的である。

#### Artículo 16

1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

#### 【邦訳】<sup>(8)</sup>

行為者が外形的所為により直接犯罪の実行を開始し、客観的に結果が発生すべき行為の全部または一部を行ったにもかかわらず、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。

ここで、スペイン刑法における未遂概念規定の2つの特徴を指摘することができる。

第1の特徴は、未遂の概念について客観的な定義が明確になされている点である。条文において明文で「客観的に結果が発生すべき行為 (los actos que objetivamente deberían producir el resultado)」の全部または一部の遂行 (practicando todos o parte) が要求されており、さらにそれが行為者の外形的所為により (por hechos exteriores) 直接 (directamente) 実行を開始される必要がある。スペイン刑法においては、未遂犯成立の客観的な意味における実行の着手 (principio de ejecución) が求められているのである。<sup>(9)</sup>これは、同じ直接性要件 (… unmittelbar ansetzt) を課しながらも、行為者の表象を基礎 (nach seiner Vorstellung) とすることを謳うド

ドイツ刑法<sup>(10)</sup>22条よりも客観的な未遂概念が法文上規定されているといえるだろう。

第2の特徴は、未遂の定義を「行為者の意思と独立の原因によって (por causas independientes de la voluntad del autor)」結果が発生しなかった場合とすることによって、中止 (desistimiento) を未遂概念から除外した点である。これは、中止犯を未遂の一種と解する日本刑法43条はもちろんのこと、中止犯を未遂概念の中に取り込みながらも未遂としての不処罰、すなわち例外的に未遂の可罰性を欠落させると規定するドイツ刑法24条とも異なっている。この規定方式は、いわゆる——日本旧刑法112条も採用していた——フランス型の規定<sup>(11)</sup>であるといえる。フランス刑法121-5条は、未遂 (tentative) の概念規定であるが、そこでは「行為者の意思とは独立した事情によって」犯罪が中断されまたは結果を欠いた場合が未遂であるとしている。スペイン刑法典は、このフランス刑法典の規定とほぼ同一の表現を採用している。フランス刑法は “qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur”, スペイン刑法は “por causas independientes de la voluntad del autor” であり——言語の特性による若干の表現の違いはあるものの——ほとんど同一の文言であるといえるだろう。このように中止でないことを未遂犯の消極的要素とすることは、スペインにおいても伝統的なこと<sup>(12)</sup>であった。その理由は、犯罪を減少させることを期待する刑事政策、あるいは予防の必要性の消滅に求められている<sup>(13)</sup>。なお、刑事政策的考慮は、ドイツでは「黄金の橋 (goldene Brücke)」であるが、スペインでは、「逃げる敵のための銀の橋」 (A enemigo que huye, puente de plata) と呼ばれることもある<sup>(14)</sup>。ところが、中止犯規定が本条に尽きるフランス刑法とは異なり、スペイン刑法はさらに中止犯の概念規定を置いている。それが16条2項である。

## Artículo 16

2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya



iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.

【邦訳】

自己の意思により犯罪の完成を回避した者は、すでに着手した実行を断念したのであっても、結果発生を防止したのであっても、犯された実行行為によってすでに構成される他の罪がある場合のその責任は別として、未遂犯としては罰しない。

このように、スペイン刑法は、中止犯を未遂犯から除外しながらも、さらに中止犯を定義したうえで、その不処罰を宣言する規定を置いている。この条文自体は、ドイツ刑法に類似している。しかも、以下の2点において、現行ドイツ刑法24条および(旧)ライヒ刑法46条のいずれにも似ているといえる。

第1点は、中止態様の区別である。日本刑法は中止態様を「中止した」とのみ定めているが、現行ドイツ刑法24条は、「自己の意思によりさらなる所為の遂行を断念し、またはその所為が既遂に至るのを防止した者は (wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt oder deren Vollendung verhindert)」と定めることによって断念型(不作為型)の中止と既遂防止型(作為型)の中止とを定めており、ライヒ刑法46条も2文に分けてふたつの形態の中止を規定していた。スペイン刑法も「すでに着手した実行を断念したのであっても、結果発生を防止したのであっても (bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado)」という形式でふたつの中止態様を規定している。

第2点は、中止の効果が日本のような全体としての必要的減免ではなく、中止した犯罪の未遂行為による処罰は完全になくなるが、すでに完成している別の犯罪での処罰は肯定される点である。<sup>(15)</sup>ドイツ刑法24条は、「未遂としては (wegen Versuchs)」処罰されないと規定することにより、ライヒ刑法46条は「未遂それ自体としては (der Versuch als solcher)」不処罰

と規定することにより、このことを表現していた。スペイン刑法16条2項はこれを「犯された実行行為によってすでに構成される他の罪がある場合のその責任は別として (sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito)」 「未遂犯としては罰しない (quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado)」 という言葉で表現している。とりわけ、その法的効果を宣言する冒頭部分 “quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado” という表現は、現行ドイツ刑法24条およびライヒ刑法46条と表現において強い共通性がある。というのは “por el delito intentado” は、ドイツ語に直訳すれば “wegen des versuchten Delikts” であり、これはそのまま現行ドイツ刑法24条の “wegen Versuchs” に一致する。また、“quedará exento de responsabilidad penal” という部分では、“quedar (とどまる)” という動詞が使用されており、これはライヒ刑法46条が “bleiben (とどまる)” を使用したことに重なる。上掲訳では、「罰しない」と法的効果として訳したが、ニュアンスとしては「処罰がないままにとどまる」(発生した処罰がなくなるのではなく、そもそも処罰がない領域にいる) という宣言的な規定として理解することが可能である。すると、「不処罰にとどまる (straflos bleiben)」 というライヒ刑法46条と「処罰がないままにとどまる (quedará exento de responsabilidad penal)」 というスペイン刑法16条2項とには、強い共通性があるといえるだろう。

このように、スペイン刑法の未遂規定は、未遂概念についてフランス型でありながら、中止犯概念についてはドイツの規定に類似している点があるとみることができる。そして、16条2項は16条1項を前提とするかぎり、注意規定(中止犯は処罰しないことの確認)であるとみることができる。すなわち、16条1項により中止犯を未遂犯の概念から外したうえで、2項で中止犯の定義を明確にして、その不処罰を明確にするというものである。

なお、本条で用いられている “exento de responsabilidad penal” は直訳すると「刑事責任の免除」であるがこの「刑事責任」は犯罪論体系における行為責任を意味する「責任」ではなく、日本刑法典の条文に見られる

「罰しない」という意味であると解されるため、そのように訳出したことを注記しておく。スペイン刑法の犯罪論体系でも、分析的に記述すれば行為が構成要件該当性 (tipicidad), 違法性 (antijuridicidad), 有責性 (culpabilidad) である場合に——可罰性 (punibilidad) があれば——犯罪であるとされるが、この犯罪論体系における「責任 (culpabilidad)」と本条の「刑事責任 (responsabilidad penal)」は意味しているところが異なるからである。後者の「刑事責任がない」という表現は、たとえば違法性阻却事由である正当防衛 (legítima defensa : 20条4号) によって違法性が阻却される場合にも使われる<sup>(16)</sup>。したがって、直訳すれば「刑事責任の免除」となる “exento de responsabilidad penal” は、本稿では「罰しない」と訳出することにした<sup>(17)</sup>。

未遂犯の科刑については、概念規定から離れた62条に規定がある。

#### Artículo 62.

A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.

#### 【邦訳】

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。

このように、スペイン刑法における未遂処罰は、必要的減軽である。これは、任意的減免を定める日本やドイツとは異なる取り扱いである。また、未遂犯に対して特に減軽主義を採らない現行のフランス刑法とも異なる<sup>(19)</sup>。むしろ、「重罪の未遂は、80条および81条により、重罪の刑罰より1段階を減じて処罰される (La tentative de crime est punie de la peine immédiatement inférieure à celle du crime même, conformément aux articles 80 et 81.)」

と定めるベルギー刑法52条や「罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル時ハ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス」と定めていた日本旧刑法112条に近いといえるだろう。これは、(フランスの法典には反映されなかったがフランス刑法学において伝統的で有力な見解のひとつである)客観主義未遂論による減輕主義を採用したものと考えられる<sup>(20)</sup>。なお、ここでいう実行の程度とは、未終了未遂か終了未遂かに対応する<sup>(21)</sup>。これは、前述した旧刑法における“tentativa”と“frustración”区別の伝統を——この区別は成立要件の面においては消滅したが、法的効果の面においてなお——継ぐものであるということができよう<sup>(22)</sup>。

したがって、スペイン刑法の未遂犯規定は次のように理解することができる。

- ①未遂犯は、任意に犯罪を中止したのではない障害未遂に限る。(16条1項：フランス法型、日本旧刑法とも共通)
- ②中止犯は、自己の意思によって犯罪を回避した場合は、作為中止・不作為中止ともに認められ、未遂としては不処罰にとどまる。(16条2項：ドイツ法的定義)
- ③未遂行為者には、当該未遂に固有の危険と現に実行された行為とを考慮して、既遂犯の法定刑より1段階ないし2段階減輕した刑が科される。(62条：ベルギー刑法や日本旧刑法に見られる減輕主義)

このようにみると、スペイン刑法は、ヨーロッパ刑法学の知見を踏まえたうえで、立法的に客観主義未遂論に立脚することを明確にしているように思われる。となれば、不能未遂はスペイン刑法では不処罰となるのであろうか。この点、未遂概念の理解に深く関係するので、スペインにおける議論の現状を描き出してみよう。

## Ⅳ 不能未遂をめぐる議論状況

### (1) 問題点

スペイン旧刑法は、52条において「犯罪の遂行または発生の不可能性」(la imposibilidad de la ejecución o producción del delito)の事案については旧刑法における“tentativa”すなわち未終了未遂(tentativa inacabada<sup>(23)</sup>)と同様の処罰を予定していた。そのため、不能未遂(tentativa inidónea<sup>(25)</sup>)については、それが手段が不適切であった場合(inidoneidad del medio)であろうとも客体が不適切であった場合(inidoneidad del objeto)であろうとも——法益(bien jurídico)侵害の可能性がまったく存在しない迷信犯(tentativa supersticiosa<sup>(26)</sup>)の場合は別論として——可罰的であることが承認<sup>(27)</sup>されていた。

これに対して、現行スペイン刑法の条文は、すでにみたように、客観的未遂論に立脚しており、不能未遂の取り扱いについての明文の言及を欠く。つまり、立法者は現行刑法定制に際して、客観的な未遂犯の概念規定を制定したうえで不能未遂処罰規定を削ったのである。このことから、現行刑法定制を機に、「スペイン刑法において不能未遂は依然として処罰できるのか、それともできないのか」という議論がなされることになった。この議論は、学説において一致を見ていない(no es pacífica<sup>(29)</sup>)。その議論状況を見てみよう。

### (2) 議論状況

ランデチョ・ベラスコとモリナ・ブラスケスの『スペイン刑法総論』は、不能未遂をめぐる学説を、大きく2つに、細かくは3つに分けている<sup>(30)</sup>。

第1の学説は客観説である。客観説は、未遂処罰根拠を法益の危険(peligro del bien jurídico)に求め、不能未遂処罰規定を立法者が削除したことをもって、不能未遂の処罰は否定されたと主張する<sup>(31)</sup>。第2の学説は主観説であり、第3の学説は客観的主観説である。主観説は、未遂の処罰根

拠を表面化した行為者の反刑法的意思に求め、客観的主観説は、そのより客観化された社会侵害性に処罰根拠を求めるが、どちらも行為者が外部的行為を行ったのであれば、不能未遂として処罰されるという点では一致している。

それでは、いずれの見解が通説的であろうか。刑法16条の規定を素直に読めば客観説が妥当であるようにも思われるスペインにおいて、意外なことに、<sup>(32)</sup>不能未遂の処罰を肯定する方が通説である。これは、スペインにおいて——ヴェルツェルの厳格な支持者はわずかしかないものの（*aunque los partidarios estricos de Welzel en España son pocos*）——目的行為論の体系（*sistématica finalista*）<sup>(33)</sup>を支持する学説が多数であることと無関係ではないだろう。現に、その立場に従って刑法の体系を叙述するランデチョとモリナの教科書は、犯罪を外形的に実行した行為者を処罰しないのは刑事政策的観点から正当化できないとして、不能未遂を処罰すべきであるとす<sup>(34)</sup>る。彼らによれば、1995年の新刑法は、不能未遂の処罰に関して旧刑法に何らの変更を加えていないとい<sup>(35)</sup>う。

同様に不能未遂の可罰性を肯定するミール・プッチは、<sup>(38)</sup>迷信犯の場合を除き、不能未遂はその統計的実現可能性にもとづく危険性の故に処罰可能であると主張する。彼は、以下の3つのピストル事例を挙げる。<sup>(39)</sup>第1の事例は、行為者が「どちらかひとつのピストルだけが装填されていることを知っている状況で、二つのピストルのうちひとつをランダムに選択して銃撃する場合」である。第2の事例は、ピストルが機能しなかった事例である。第3の事例は、装填されているピストルと装填されていないピストルとを取り違えた事例である。これらは、いずれも統計的に現実的結果発生の可能性のある行為であり、行為時判断によれば（事後的に可能未遂であれば具体的に、不能未遂であれば抽象的に）危険であるとミールは<sup>(41)</sup>いう。ミールは、スペイン刑法16条の求める「客観的に結果が発生すべき行為」とは、行為者と同じ立場に置かれた思慮深い者が事前判断によって結果発生がありうると判断する行為を間主観的に解釈しなければならないという趣旨を定式化したものであるとい<sup>(42)</sup>う。

もちろん、オブregon・ガルシアとゴメス・ランスが正当にも指摘するように、不能未遂の可罰性を単に刑事政策的な観点のみによって基礎づけることはできない<sup>(43)</sup>。というのも、未遂犯を処罰するためには、所為が刑法16条の解釈によって導出される要件に該当する必要があるからである<sup>(44)</sup>。刑法16条の規定と無関係に未遂犯の処罰を肯定することはおよそ不可能である。また、彼らは、法益侵害の危険発生が認められないような行為は、法益保護原則から処罰が基礎づけられないとも指摘する<sup>(45)</sup>。

オブregonとゴメスは、16条が未遂処罰のために要求する最低限の危険の判断は、ある程度曖昧にならざるをえないことを認める。しかし、彼らは結局のところ——主観的行為不法要素を認める立場から——未遂概念の中核部分は過度に緩慢であるということではなく、事前判断 (ex ante) によって結果発生を含む構成要件的行為の危険が認められるかぎり、それが抽象的危険 (peligro abstracto) であっても可罰的であるとの結論に達する。というのも「相対的に不能」ということは、同時に「相対的に可能」でもある (en tanto que relativamente inidónea, también es relativamente idónea) のだから<sup>(47)</sup>。もちろん、オブregonとゴメスは、「相対的な」不能の可罰性を主張しているものであり、彼らとその教科書で例として出している「殺意をもってコーヒーに水を入れた」というような絶対的な不能未遂の場合の可罰性は否定している<sup>(48)</sup>。

犯罪論における二元体系を構築するクエリヨ・コントララスによる不能未遂の処罰肯定説は、より16条の解釈に留意した詳細な基礎づけがなされている。クエリヨは、「未遂犯の可罰性の根本概念」と題した論文<sup>(49)</sup>の中で、その議論を展開している。そこでは、16条が定めた未遂犯概念の客観性は、未遂犯処罰範囲の拡大を防止する機能を有するとともに、予備罪との区別を可能にする等<sup>(50)</sup>が論じられ、さらには、法定された未遂概念は未遂犯成立のために客観的に結果発生に十分な因果性を要求しているともいう<sup>(51)</sup>。このように彼は未遂の概念は客観的に把握されるべきことを主張する。しかし、彼は続けて、いわゆるドイツにおける事後的客観的危険判断への古典的な批判<sup>(52)</sup>と同様の批判を事後判断説に対して加える。すなわち、事後的に見れ

ばあらゆる未遂が危険でないということになってしまうので、危険の事後判断は有効な基準を提示しないというのである。このようにして彼は事後的な客観的判断も排斥してみせる。クエリヨは、行為時判断・事前判断の対象には無価値行為 (disvalor-acción) に加えて「無価値結果 (disvalor-resultado)」、[より正確には無価値危険 (más exactamente: disvalor-peligro)] が含まれるのであって、このことが法益侵害の危険への客観的視点を提供するのであるから、行為無価値のみで未遂を基礎づけようとするタイプの目的的行為論が陥りがちな主観主義を回避することができるという<sup>(53)</sup>。彼は、事前判断によって判断された危険に対する無価値評価は、単純な主観的判断ではなく、むしろ客観的な判断であると主張するのである。続けて、彼は、あらゆる未遂が因果法則にのっとっているが、人間にはすべての事柄が予見可能ではないために結果を欠く場合があるという前提から、法則認識 (conocimiento nomológico) の欠如に基づく不能と存在認識 (conocimiento ontológico) の欠如に基づく不能とを区別し、これをいわゆる不可罰の絶対不能と可罰的な相対不能との区別に用いることを提唱する<sup>(54)</sup>。たとえば、魔術で人を殺せると考えている者は、法則認識が欠如しており絶対的不能であり、空ピストルの引き金を引いた者は、人の死に関する法則には何の誤りもなく、ただ銃弾の存在認識に欠如があるにすぎないがゆえに相対不能である。こうすることによって、クエリヨは、刑法16条の客観的規定を守りながら、事前判断による危険が認められる存在認識の欠如にもとづく相対的な不能未遂の可罰性を肯定するのである。

以上のように、スペインの多数説は、不能未遂の可罰性を肯定している。ここで、スペインの通説である不能未遂可罰説について、比較刑法的観点からひとつの示唆にスポットライトを当てておきたい。スペインの不能未遂可罰説は、事前の一般人（表現としては「思慮深い者」であったり「合理的な第三者」であったりする）による危険判断により不能未遂を可罰的であると解している。この見解は、行為者の特に認識していた事情の取り扱いについて若干の差異があるものの、基本的に日本における具体的危険説と同様の立場に立つ見解であるといえる。ところが、日本における具体



的危険説がその名のおり「具体的危険」の発生を認めるのに対し、スペインにおいては——ミールの見解やオブレゴンとゴメスの見解で見たように、そして後掲する最高裁判例に見られるように——事前の危険は「(未遂犯として可罰的であるのに十分な) 抽象的危険」として理解されているこの状況からは、事前の客観判断による危険がどのような性質を有するものであるのかについて、今一度考え直す契機が与えられよう。<sup>(56)</sup>

次に、可罰説に抗して、少数ながら唱えられている不可罰説を概観しよう。<sup>(57)</sup>

セレス・ミール<sup>(58)</sup>に連なる研究者たちは、不能未遂の定義から多数説と異なる立場をとる。彼らの見解によれば、不能未遂とは、理性的人間の客観的判断によって (*según el juicio objetivo de una persona inteligente*) 危険が認められない場合をいう。<sup>(60)</sup> この定義によれば、危険が認められる場合が不能未遂に含まれないため、不能未遂が不可罰であると考えられるのは当然であるということになろう。<sup>(61)</sup> たとえば、セレスは、「人の形に盛り上がっているベッドに人がいると誤信して銃を撃ったがそこに人は寝ていなかった。ただし、事前の観点からそこに人が寝ている可能性はあった」という典型的な空ベッドの事例を「不能未遂」ではなく、そもそも「可能未遂」であるから可罰的であるという。彼にとって、事前の観点から結果発生が可能な場合は、もとより可罰的な可能未遂なのである。セレスは、可能未遂を「事前危険未遂 (*tentativa peligrosa ex ante*)」と同視するのである。<sup>(63)</sup>

それでは、多数説とこの見解との結論の違いが定義の違い、つまり用語法のすれ違いにのみ由来するのかといえそうではない。もしそうであれば、この見解も不可罰説ではないことになってしまおう。この見解の主張者が想定している判断者は、共通の経験則も当該事案に実在した事実的諸要素をも認識している理性的人間 (*persona inteligente*)——アラストウエイ・ドボンは、その例として裁判官を挙げている——<sup>(64)</sup>であり、その判断者が判断すべきなのは、一定の量を持った危険 (*peligro*) なのである。たとえば、他人のクレジットカードを入手し、パスワードを知らない行為者が、全額を引き出すために、ATMで4つの数字をランダムで3回入力する場

合、行為者は10000分の3で正しいパスワードを当てることができるが、セレンは、10000分の3という確率は、処罰に必要な危険の量に達していないため、事前の観点から危険ではなく、不能犯である<sup>(65)</sup>と考える。彼によれば、刑法16条における未遂犯の定義は、客観的未遂論に基づくものであり、未遂犯として可罰的であるためには「行為者は客観的に結果発生すべき行為の全部または一部」を実行しなければならず、その実行は現に一定程度以上危険であることが要求されており、したがって、現行刑法は、非現実未遂だけでなく、一定量の危険を有しない不能未遂もまた不処罰としていることになるのである<sup>(66)</sup>。

不能未遂の処罰を肯定する見解と否定する見解との決定的な対立点は、もっと大きな視点で見れば、1995年の現行刑法定制を契機として、不能未遂の取り扱いに変更が加えられたと解するか否かにあるともいえる。不能未遂の処罰肯定説は、不能未遂を処罰することについて現行刑法は旧刑法の立場を引き継いだと解するのに対して、不能未遂不処罰説は、現行刑法定制を「不能未遂不処罰の立法的宣言」と捉えるのである。

判例は、当初、不能未遂を不可罰であるとする判決を下したこともあった。たとえば、最高裁1999年5月28日判決<sup>(67)</sup>は、法律に明示的に示されていない場合には刑法が適用されないと定める刑法4条1項を引き合いに出し、「現行刑法4条1項の命じるところにより、不能未遂あるいは不能犯は不処罰である」とした。しかし、現在では、判例は学説と同様に不能未遂の可罰性を肯定しており、その傾向はほぼ揺るぎないものとなっているといえるだろう<sup>(68)</sup>。就中、2012年最高裁第2法廷総会（Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo：刑事大法廷と訳すべきか？）が「事前の客観的判断により、抽象的かつ合理的に構成要件結果発生の可能性が認められる手段を用いた場合には、刑法16条は不能未遂の可罰性を排除していない」との一致意見（acuerdo）を宣言していることは特筆に値する<sup>(69)</sup>。これにより、少なくとも手段の不能の事例については、最高裁は今後とも事前判断によって不能未遂の可罰性を判断することが明確にされている。

もちろん、非現実未遂・迷信犯については、判例もまた不可罰であると

する。2003年1月20日判決は、「魔術で敵を殺害しようとするなど非現実的な絶対的な不能性がある未遂のみ処罰から除外される<sup>(70)</sup>」と判示し、相対的な不能未遂を可罰的とするのと対比させて、迷信犯の不可罰性を宣言している。

このように、客観的未遂論に立脚する規定を有するスペイン刑法においても、不能未遂の可罰性および迷信犯の不可罰性は通説および判例によって肯定されているのである。

## V 結語

以上のスケッチから、スペイン刑法の通説・判例においては——異なった定義をする者がいるものの——現実的に結果が発生した場合を不能未遂と呼び、そのうち事前の客観判断からは結果が発生可能であると判断される場合を処罰可能であると解していることが明らかになった。通説・判例が不能未遂を可罰的であるとする帰結は、刑事政策的には不能未遂の処罰が必要であると考えられていること、解釈論的には「客観的に (objetivamente)」の語は事前判断の客観性を意味していると解されていることによって支えられている。

このようなスペイン刑法の現状の描写は、日本刑法における「客観的判断」という言葉の意義を再検討するきっかけを与えるだろう。一般的に、いわゆる結果無価値論者のいう「客観的判断」は、「科学的・事実的」といった意味で使われており「事後判断」のニュアンスを含むのに対して、いわゆる行為無価値論者のいう「客観的判断」は、「一般人判断的」といった意味であり「事前判断」を前提としていられる。日本においては、それ自体は「立場の違いによる語句使用の違い」として流されてきたようにも思われるが、議論を正確に行うためには、「客観的」という言葉の意味を整理しなおす必要があるだろう。

さらに、「日本においては不能犯は不処罰であるが、ドイツにおいては処罰される」といった言説が本当に正確であるのかという疑問のきっかけ

を与える。スペインにおいて、不能未遂可罰説と不可罰説との間では、判断基準の違いもあったが、そもそもの定義の違いもあった。不可罰説は、事前の危険がなく不可罰になるものを不能未遂と呼び、可罰説は、事後の危険がないもののうち、事前の危険があるものを不能未遂と呼んで可罰性を肯定し、事前の危険すらないものを非現実未遂と呼んで可罰性を否定していたのである。この視点をそのまま日独の関係に移動させると、日本刑法学は前者の定義を採用して「不能犯は不可罰である」といい、ドイツ刑法学は後者の定義を採用して「不能未遂は可罰的である」といっているにすぎないようにも思われてくる。実際のところ、主観的規定を持つドイツ刑法学の未遂犯論の結論も、一部においては日本刑法学の具体的危険説とさほど見解が違わない面もあるのである。現に、ロクシンの近年の不能未遂に関する論稿は、スペインのミールの論稿を参照しつつ、不能未遂の可罰性を客観的に肯定するという手法をとっている<sup>(71)</sup>のである。

このような現状には、概念を示すために使用されている言葉にも原因があるように思われる。スペインにおいて不能未遂の可罰性を肯定する見解は、「不能性」に“inidoneidad”（不適切）という言葉当てており、不能未遂を不可罰であるとする見解は、“tentativa inidónea”という言葉も使いつながら“delito imposible”（不能犯）という言葉を好んで使う。「不適切性」であれば、可罰性の肯定への抵抗感は減るだろうし、「不能性」であれば処罰を躊躇したくなるだろう。思えば、ドイツ語の“Untauglichkeit”にも「不能性」の他に、「不適切性」、「不適格性」という意味があるのである。日本刑法学が「不能犯は不能性ゆえに不処罰である」というときの言語使用をもう少し分析する必要性がありそうだ。

また、日本、スペイン、ドイツの未遂犯規定が、それぞれ「概念の確定はある程度解釈に任されている」、「客観的な観察が明示されている」、「主観的基礎によることが明示されている」と3様であるにもかかわらず、不能未遂の処罰については事前判断によって危険を判断するという——細部は異なるものの——ほとんど同じ結論に至る学説が強く主張されている状況からは、不能未遂の処罰の確定には実定法規の文言以外の要素が大きな

影響を与えているのではないかと考えられもするのである。もちろん、処罰を現に肯定するには実定法の文言に該当することが必要なのではあるが、それでもなお、刑事政策的必要性、規範の妥当性確保といった前実定法的要請が解釈に強く影響を与えていると考えられる。

さらに、スペイン刑法における不能未遂論の検討は、処罰の程度に関する示唆も与える。日本においては、仮に空ピストル事例で未遂犯が成立するとしたら、その処罰は単に「減輕することができる」(43条)にすぎない。これでは不能未遂が既遂犯と同等に重く処罰される可能性も——理論的には——あり、現実的には軽く処罰されるとしてもそれは裁判官の裁量によるということになってしまう。これに対して、スペインにおいては、不能未遂が可罰的であるといっても、その処罰は旧“tentativa”に対応する形で、原則として2段階の——場合によっては1段階の<sup>(72)</sup>——必要的減輕が予定されている。そうであれば、死刑が存在しないスペインにおいて、不能未遂の刑罰が過度に重くなりすぎるといふ危険性は比較的少なく、むしろ罪が行われたことを前提に事後的な保安処分が定められていることから、犯罪認定された不能未遂の行為者に対して適切な処分を科すことが期待される。このような刑罰・処分における差もまた我々は考慮に入れるべきであろう。日本の実定法下においては、「事後的に見て不能な未遂については、未遂犯が成立したとしても必要的減輕とする」といった解釈は困難であるとしてもなお、考慮すべき示唆がスペイン刑法の検討から得られたといえるだろう。

最後に規範体系について得られた示唆を記しておきたい。本文中でも指摘したが、一般人による事前判断は日本では従来具体的危険説によって「具体的危険」として理解されてきたが、スペインにおいては未遂処罰に十分な「抽象的危険」として理解されている。では、スペイン刑法学の議論を日本刑法学に持ってくることで——あるいはスペイン刑法学者が日本刑法を解釈したと仮定して——「抽象的危険で未遂処罰に足りる」という結論が導き出されるかといわれると、おそらくそうではない。スペイン未遂犯論における抽象的危険による処罰の肯定は、前述のとおり原則として、

2段階の減軽という法的効果と結びついており、1段階の減軽しか可能ではない日本刑法においてむしろ、同様の見解は、抽象的危険による未遂処罰は法定されていないという帰結に至るであろう。ここに、「予定されている制裁が未遂犯処罰の可否に影響を与える」という視点を看取できる。すなわち、制裁規範による未遂犯処罰の制限の観点である。

このような観点が現に未遂犯論に対してどのような影響を与えるのか、たとえば高橋則夫の考えるように事後的な制裁規範の観点<sup>(73)</sup>が未遂犯の成否に決定的な影響を与えるのか、あるいは——すでに別稿で私が示したように<sup>(74)</sup>——事前の観点により未遂犯の行為規範違反性が認められるため未遂不法としては十分であると考えられるが、——これは別の機会をとらえて示すつもりであるが——未遂犯成立後も制裁規範がその「制裁発動」を制限するのであるかといった問題があることが浮き彫りになった。

(了)

- (1) 江藤隆之「スペイン刑法のプロフィール」桃山法学30号(2019年)1頁以下参照。スペイン語のカナ表記およびスペイン人名表示の方針についても同稿参照。
- (2) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. スペインにおいて「法律」は一般的な法律である「普通法 (ley ordinaria)」と基本権や公的自由等を規制する重要な法律であり制定・改正等に普通法より厳格な手続が定められている「組織法 (ley orgánica)」とに分かれており、刑法は「組織法」として定められている。  
 なお、本稿は、執筆時(2018年春～夏)に参照しているいわゆる2018年1月1日現在(最近改正2015年3月30日, 最近改正官報掲載2015年4月28日, 最近施行日2015年7月1日)の“Código Penal”を基に論じている。現在、分離独立問題との関係において、刑法各則のさらなる改正を主張する声もあるが、その問題については取り上げない。
- (3) フランス語の“tenter”にも「(悪い方へ)誘う」というような意味合いがあるが、それでも試すといった意味もあり、やはりスペイン語の“tentar”よりもフランス語の“tenter”の方がやや一般的であると思われる。

- (4) 試みるという場合は、“in”をつけた“intentar”が一般的だろうか。ただし、“intentar”の名詞形“intento”にも「未遂」の意味があり、16条2項で使用されている(“intention”に通じる語源から明らかなように「意図した」などの意味もある)。他に、tratar deなどにも試みるという意味がある。
- (5) とはいえ、近親の言語であるポルトガル語における“tentar”は一般的な「試す」の意味を持つ。スペイン語の“tentar”も他言語ほど一般的といえなくとも、「試す」の意味を持つことは間違いない。
- (6) 仲道祐樹「規範論による普遍的な刑法学の可能性——Buttenheimer Gespräche——」刑事法ジャーナル vol. 55 (2018年) 70頁において、未遂と Versuch の語感の違いによる興味深いエピソードが紹介されている。ただし、私は、未遂を「未遂」という単語のみで理解するのではなく、「犯罪の実行に着手し、これを遂げなかった」という条文の規定全体から理解すべきであると考えているので、「未遂」が状態にすぎないとは考えず、むしろ「(ある特定の) 犯罪の実行に着手するな」という行為規範の向けられる行為として把握している。なお、同稿で触れられている世界的な刑法学の可能性については、当然に確立可能であると考えている。もちろん、各刑法典や各言語の特性によって詳細は変わりうるものの、それは基本的な原理や方法に関する学問的知見が国境を越えて共有可能であるということを妨げない。言語学や(言語分析的)哲学などから、諸社会科学まで、状況は変わらないだろう。刑法典の規定から導き出される個別の具体的規範は違えど、刑法解釈によって規範が導き出されること、それが分析的手法によることは何も違わないというべきである。
- (7) 連合王国においても、Criminal Attempt Act 1981 が1条において未遂概念を定義している。
- (8) 参考として、ミール・プッチの論文に掲載されているドイツ語訳(当該論文のドイツ語訳者はドリス・エンジンガーである)も示す。  
 “Versuch liegt vor, wenn der Täter direkt mit äußeren Handlungen der Ausführung des Delikts beginnt und alle oder einen Teil der Handlungen, die objektiv den Erfolg verursachen sollen, durchführt, der Erfolg aber aus Gründen, die vom Willen des Täters unabhängig sind, ausbleibt.” Santiago Mir Puig, Untauglicher Versuch im neuen spanischen Strafgesetzbuch, in 70. FS-Roxin, 2001, S. 730 Fn 4. また、「行為者が客観的に結果を生じさせるはずである行為の全部又は一部をすることにより、外部的行為によ

り直接犯罪の実行をしたが、行為者の意図とは独立の原因によって結果を生じさせるに至らなかったときは、未遂である」とする森下忠訳も参照。森下忠『海外刑法の旅』（成文堂、2017年）117頁。なお、“hecho”は事実という意味と犯罪における「(広義の)行為」という意味があり、これはドイツ語における Tat に対応するものとして、本稿では「所為」と訳した。

- (9) Carmen Alastuey Dobón, Los grados de realización del delito, en Carlos María Romeo Casabona/ Esteban Sola Reche/ Miguel Ángel Boldova Pasamar (Coordinadores), Derecho Penal Parte General, 2.<sup>a</sup> Edición, 2016, pp. 191ss.
- (10) Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt. (所為に関するその表象によれば直接に構成要件の実現を開始した者は、未遂行為を行ったものである。)
- (11) 中止犯規定のヨーロッパにおける歴史的発展については、野澤充『中止犯の理論的構造』（成文堂、2012年）187頁以下参照。
- (12) Carlos María Landecho Velasco/ Concepción Molina Blázquez, Derecho Penal Español Parte General, 10.<sup>a</sup> Edición, 2017, p. 497. ところで、このように未遂犯の定義から中止未遂が除外されているのだとしたら、中止未遂が不処罰である理由は「構成要件該当性がない」ということになりそうであるが、スペインにおいては人的刑罰阻却事由説も強く主張されているという。この点、稿を改めて検討したい。
- (13) Landecho/ Molina, PG (nota 12), p. 497.
- (14) Landecho/ Molina, PG (nota 12), p. 497.
- (15) ドイツ刑法における中止犯の法的効果について vgl. Kristian Kühl, Strafrecht AT., 7. Aufl., §16 Rn. 88f. あわせて、江藤隆之「中止未遂の法的効果」宮崎産業経営大学研究紀要第18巻（2007年）1頁以下参照。
- (16) P. ej. María Ángeles Rueda Martín, El concepto de delito, en Carlos María Romeo Casabona/ Esteban Sola Reche/ Miguel Ángel Boldova Pasamar (Coordinadores), Derecho Penal Parte General, 2.<sup>a</sup> Edición, 2016, p. 81. “El delito es toda acción u omisión típica, antijurídica y culpable (「犯罪とは、構成要件に該当し、違法で、有責な作為または不作為のすべてである」)” ただし、構成要件該当性と違法性とを併せる体系もある。たとえば、Antonio Obregón Gracia/Javier Gómez Lanz, Derecho Penal Parte General: Elementos Básicos de Teoría del Delito, 2.<sup>a</sup> Edición, 2015, p. 41.



掲載の犯罪論体系の表では両者が *acción* (行為) としてまとめられている。なお、同書は、刑事違法性 (*antijuricidad penal*) の内部で構成要件該当性 (*tipicidad*) と正当化事由の欠如 (*falta de justificación*) を考える体系をとっている。実務的な教科書である Antonio Zárate Conde/ Euterio González Campo, *Derecho Penal Parte General*, 2015, p. 140 は、構成要件該当性 (*tipicidad*)、違法性 (*antijuricidad*)、有責性 (*culpabilidad*)、可罰性 (*punibilidad*) の4つを犯罪成立要件としている。

- (17) 20条は、“Están exentos de responsabilidad criminal;” (以下の行為は罰しない。直訳:彼らは犯罪の責任を免除されている) として、責任阻却事由も違法性阻却事由を含む各種犯罪阻却事由を定めている。なお、スペイン刑法20条4号の正当防衛規定は、要件の一つに「防衛者による侵害を誘発するに足る挑発がないこと (*Falta de provocación suficiente por parte del defensor.*)」と定めており、いわゆる自招防衛の成立が排除されていることが興味深い。緊急避難 (*estado de necesidad*) も危難が意図的に誘発された場合には成立しない (20条5号)。
- (18) この点、江藤「スペイン刑法のプロフィール」前掲注(1)1頁以下参照。
- (19) ただし、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)。
- (20) 減軽主義 (末道の用語法によれば減刑主義) について、末道康之『フランス刑法における未遂犯論』(成文堂, 1998年) 82頁以下参照。また、減軽主義を唱えたフランス人学者としてオルトランおよびボアソナードについて、中野正剛『未遂犯論の基礎』(成文堂, 2014年) 47頁, 71頁参照。
- (21) Zárate/ González. PG (nota 16), p. 357. ただし, STS 112/2015 は, この区別を否定する。
- (22) V. Alastuey, PG (nota 9), p. 198. ただし, 旧法の伝統を引き継いだのは「実行の程度」についてのみであり, 危険判断によって非常に危険であると判断された未終了未遂については, 2段階の減軽ではなく1段階の減軽にとどまることもまた予定されている。V. STS 112/2015. なお, 本稿で「段階」と訳した “grado” は, 一般名詞ではなく, 刑法学上の意味を持った術語である。これについては, 稿を改めて別の機会に記す。
- (23) Del Concepto de tentativa incabada, por ejemplo, Alastuey, *Tentativa incabada, tentativa acabada y desistimiento*, *Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPC)*, núm. 5 (2011), pp. 13ss.

- (24) 本文で述べた通り、スペインにおいては伝統的に未遂犯は“tentativa”と“frustración”に区別されていた。旧刑法は、不能未遂を、この意味における“tentativa”で処罰するとしていたのである。
- (25) いわゆる空ピストル事例や空ベッド事例などの「不能未遂・不能犯」は“tentativa inidónea”（直訳：不適切未遂）あるいは“delito imposible”（直訳：不能犯）と呼ばれる（Por ejemplo, Jorge Alberto Diegues, Tentativa inidónea, Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPC), núm. 4 (2013), pp. 51ss.）。また、相対的不能未遂 (tentativa relativamente inidónea) と絶対的不能未遂 (tentativa absolutamente inidónea) を区別することもある。Por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo de 16. de Diciembre, STS 7262/1996. y Francisco Soto Nieto, Tentativa relativamente inidónea, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 7 (2000), pp. 1498ss. 本稿においては、“tentativa inidónea”を「不能未遂」と訳す関係で、不適切性を意味する“inidóneidad”も「不能性」と訳す。本来の意味は、「結果発生に対する手段および客体の不適切性」である。もちろん、この“inidóneidad”はドイツ語の“Untauglichkeit”と互換可能である。
- (26) いわゆる「迷信犯」は“tentativa irreal”（直訳：非現実未遂）とも呼ぶ。“tentativa supersticiosa”はドイツ語の“abergläubiger Versuch”に、“tentativa irreal”はドイツ語の“irrealer Versuch”に対応する。
- (27) 議論が複雑になるのを避けるため、本稿では主体の不能は扱わない。主体の不能については、構成要件該当性がない (atípica) として不処罰と解するのが一般的である (Landecheo/ Molina, PG (nota 12), p. 501.)。主体の不能についてさらに詳しくは、Rafael Alcácer Guirao, Elementos típicos no vinculados al curso causal y la tentativa de autor inidóneo, Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPC), núm. 7 (2001), pp. 1ss.
- (28) Mir, a.a.O. (Anm. 8), S. 730. なお、ミールによる2001年 RECPC 3号掲載の「新刑法典における不能未遂の可罰性について」と題した論文 (Mir, Sobre La punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC), núm. 3, 2001, p. 2/25.) は、ロクシン70歳記念論集に掲載されたドイツ語の論文とほぼ同一の主張を展開するスペイン語論文である。彼の見解を引く場合、どちらの論文を参考にしても大差はないが、ドイツ語の方が読者の数が多いと思われるため、本稿ではドイツ語の方を参照することにした。ただし、RECPCは電子雑誌であり、すべてWeb上 (<http://criminnet>).

ugr.es) で閲覧可能なため、スペイン語の論文の方がアクセスの容易性については分がある。

- (29) Landecho/ Molina, PG (nota 12), p. 500.
- (30) Landecho/ Molina, PG (nota 12), pp. 500s. は、客観説の論者としてアントン・オネカ、ヌニェス・バルベロ、ロドリゲス・デベサらの名を、主観説の論者としてクエリヨ・カロン、セレス、スアレス・モンテスらの名を、客観的主観説の論者としてロドリゲス・モウルーリヨ、ミールらの名を挙げるが、これらの論者の議論の多くは旧刑法に関するものであり、現行刑法下においても同様の見解を維持するのかわ不明である(たとえばクエリヨ・カロンは1963年に、アントンは1981年に没しており、新刑法に関して彼らの見解を尋ねることはできない)。したがって、ランデチョ・ベラスコとモリナ・プラスケスの論者の名の挙げ方は若干不適切であるように思われる。たとえば、客観的主観説の論者として名を挙げられているモウルーリヨは、Gonzalo Rododríguez Mourullo. *Delito imposible y tentativa de delito en el Código Penal español*, *Aunario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 1971, pp. 369ss. において旧刑法を題材にしたものであるし、客観説の論者とされているヌニェスの不能犯に関するモノグラフはやはり旧刑法を題材に1963年に上梓されたもの(Ruperto Núñez Barbero, *El Delito imposible*, 1963.) であるし、主観説の論者として名を挙げられているクエリヨ・カロンに至っては刑法総論の教科書を上梓したのは旧刑法制定以前の1937年である(Eugenio Cuello Calón, *Derecho Penal I Parte General*, 1937.)。また、ランデチョとモリナが挙げる「セレス」がセレス・ミールのことであるか否かは第2姓が明記されていないので不明だが、もしセレス・ミールであれば、彼は本文中で論じるように、また後注するように、むしろ客観説に位置づけられるべきであろう。おそらく、旧刑法に対するセレスの立場を書いたまま、改訂の際に訂正がなされなかったものであると推察される(同書の初版は現行刑法制定の翌年である1996年であり、本稿が参照しているのは、2017年の第10版である。なお著者のうちのひとりランデチョは2015年に没しているため第10版の改訂はモリナによって行われている)。
- (31) 後述するが、セレスも客観説の立場である。José Cerezo Mir, *La regulación del „iter criminis“ y la concepción de lo jusuto en el nuevo Código penal español*, RDPC núm. 1 (1998), pp 13ss; セレスによれば、条文の規定から、危険は客観的・事後的に判断されるべきであり、刑法16条は不能未遂の可罰性を否定しているという。これはまた後述するが、

一部「不能未遂」の定義問題に帰着するところがある。さらに、スペイン最高裁1996年12月16日判決（適用は旧刑法）（Sentencia del Tribunal Supremo de 16. de Diciembre, STS 7262/1996）参照。

- (32) Obregón/Gómez, PG (nota 16), p. 249 は、客観説を支持しているのは「数名の論者 (algunos autores)」であると表現する。
- (33) ただし、スペインの教科書言われる「ヴェルツェルの厳格な支持者ではないが、目的的行為論の体系を支持する者」というのは、日本における「行為無価値論者」という程度の意味であり、必ずしもいわゆる狭い意味における行為論 (Handlungslehre) における目的的行為論を支持しているという意味ではないと思われる。たとえば、オブレゴン・ガルシアとゴメス・ランス (Obregón/ Gómez, PG (nota 16), pp. 40s) は、犯罪論体系における2つの流派を、一方を因果論 (Causalismo), 他方を目的的行為論 (Finalismo) として対立的に描くが、その違いの主眼は、行為 (acción, いわゆる不法) を客観的要素に限るか主観的要素も認めるかという点にかかっている。客観的要素のみで行為 (不法) を把握しようとするのが因果論, 主観的要素も加味しようとするのが目的的行為論というが、これは日本においては (理念的な) 結果無価値論と行為無価値論の対立に相当するといえるだろう。スペインにおける学派を歴史的な展開も含めて細かく分類すると、古典派 (Clasicismo), 新古典派 (Neoclasicismo), 目的的行為論 (Finalismo), 機能主義 (Funcionalismo) などに分けられる (misomo, pp. 30ss.)。ヴァルター・ペロン [高橋則夫訳] 『正当化と免責——刑法の構造比較』(成文堂, 1992年) 152頁は、「Welzel の目的的行為論は、ドイツにおけるよりもはるかに賛同者が少なかった。もっとも、そこから帰結する『人的』違法観はその後多くの教科書の基礎になっている」という。
- (34) Landecho/ Molina, PG (nota 12), p. 212.
- (35) Landecho/ Molina, PG (nota 12), p. 217.
- (36) Landecho/ Molina, PG (nota 12), p. 501.
- (37) Landecho/ Molina, PG (nota 12), p. 501.
- (38) “Puig” はカステリヤーノ (カスティーリヤ語, いわゆるスペイン語) であれば「プイグ」と発音するであろうが、カタラン (いわゆるカタルーニャ語) では「ブッチ」と発音する (「丘」という意味である)。本稿では、ミールがバルセロナの人であるため彼の第2姓についてカタラン読みである「ブッチ」を採用する。なお、ミール・ブッチ姓の刑法学者としてサンティアゴ・ミール・ブッチ (Santiago Mir Puig: バルセロナ大

学教授)の他に、カルロス・ミール・プッチ (Carlos Mir Puig: ポンベウ・ファブラ大学教授・バルセロナ地方裁判所裁判官) がいるが、本稿でミール・プッチ (ないしミール) と呼んだ場合、前者を指している。

- (39) Mir, a.a.O. (Anm. 8), S. 729ff.
- (40) Mir, a.a.O. (Anm. 8), S. 738ff.
- (41) ミールは、可能未遂と具体的危険犯の既遂との関係と不能未遂を抽象的危険犯の既遂との関係をパラレルに考えることができるという。Mir, a.a.O. (Anm. 8), S. 748.
- (42) Mir, a.a.O. (Anm. 8), S. 741.
- (43) Obregón/ Gómez, PG (nota 16), p. 249.
- (44) Obregón/ Gómez, PG (nota 16), p. 249.
- (45) Obregón/ Gómez, PG (nota 16), p. 249.
- (46) Obregón/ Gómez, PG (nota 16), p. 53.
- (47) Obregón/ Gómez, PG (nota 16), p. 249.
- (48) Obregón/ Gómez, PG (nota 16), p. 249.
- (49) Joaquín Cuello Contreras, Conceptos fundamentales de la responsabilidad por tentativa, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), 2007, pp. 39ss.
- (50) Cuello, ADPCP (nota 49), p. 40.
- (51) Cuello, ADPCP (nota 49), p. 40.
- (52) z. B. Claus Roxin, Strafrecht AT., Bd. II, 2003. §19 Rn. 11
- (53) Cuello, ADPCP (nota 49), pp. 42s.
- (54) Cuello, ADPCP (nota 49), p. 43.
- (55) Cuello, ADPCP (nota 49), p. 44.
- (56) スペインの用語法は、行為規範違反の事前的なレベルでの実行行為における危険の内容を抽象的危険と解する高橋則夫の理解と整合的であろうか。もっとも高橋は、このような危険のみでは制裁規範発動の要件を充たしていないため、可罰性を肯定しないが。高橋則夫『刑法総論』第4版(成文堂、2018年)106頁、407頁以下。
- (57) P. ej. Rafael Alcacer Guirao, La tentativa inidónea. Fundamentos de punición y configuración del injusto, 2013.
- (58) セレンは、1956年から1960年の間、ヴェルツェルの下で目的的行為論を学んだ (El País 紙2017年7月28日掲載の José Luis Díez Ripollés および Carlos María Romeo Casabona による追悼記事による)。そのため、彼自身は不法論における固い客観主義者というわけではなく、故意犯にお

ける主観的構成要件要素の存在を認め、結果は禁止・命令の対象とはならないという主張も持っていた (v. Cerezo, Curso de Derecho Penal español. Parte General II, Teoría jurídica del delito, 1998, 6.<sup>a</sup> edición. p. 96.)。ただし、結果を構成要件から放逐するのではなく、それ自体を独立した結果犯の客観的要素として不法要素に据え、未遂犯においてもその客観的要素としての危険を厳格に要求したため、不能犯において客観説に立つことになったものである。

- (59) 主に、サラゴサ大学、バスク州立大学 (パイス・バスコ大学)、ラス・パルマス・デ・グラン・カナリア大学 (ラス・パルマス大学)、ラ・ラゲーナ大学、の4大学の刑法研究者たちを指す。彼らが共同執筆した教科書の序文には、「本書は、セレス・ミール教授に学問的・科学的ルーツを持つ刑法の同一の基本概念を互いに共有していると感じているスペインの4大学の刑法教師たちの集会的仕事の結果である」と掲げられている (Carlos Mría Romeo Casabona/ Esteban Sola Reche/ Miguel Ángel Boldova Pasamar (Coordinadores), Derecho Penal Parte General, 2.<sup>a</sup> Edición, 2016, Presentación.)
- (60) P. ej. Alastuey, PG (nota. 9), p. 195.
- (61) Cerezo, Curso de Derecho Penal español. Parte General III, Teoría jurídica del delito, 2001, p. 195.
- (62) 日本において、「危険が認められない場合を不能犯とする」と定義したうえで、「不能犯は不可罰である」とするように。
- (63) Cerezo, RDPC (nota. 31), p. 22.
- (64) Alastuey PG (nota. 9), p. 195.
- (65) Cerezo, PGII (nota 58), pp. 104s. ただし、彼に連なる客観説の主張者であるソラ・レチェは、このような場合には客観的な危険があると認める。Esteban Sola Reche, La llamada 《tentativa inidónea》 de delito. Aspectos básicos, 1996, pp. 199s.
- (66) Cerezo, PG III (nota 61), pp. 201s.
- (67) STS 842/1999, de 28 de mayo.
- (68) P. ej. STS 630/2004, de 18 de mayo. v. también Landecho/ Molina, PG (nota 12), p. 501. Sobre el acuerdo de Pleno v. El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 18 de julio de 2006. y, Araceli Manjón-Cabeza Olmeda, ¿SON VINCULANTES LOS ACUERDOS DEL PLENO NO JURISDICCIONAL DE LA SALA SEGUNDA DEL TS?, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 10-02, 2008,

pp. 1ss.

ただし、不可罰説を主張する Alastuey, PG (nota. 9), p. 196. は、判例の状況について、学説に不一致があるように、裁判長による不一致があると評する。

(69) El acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 25 de Abril de 2012. “El artículo 16 del Código Penal no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados valorados objetivamente y ex ante son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico.”

(70) STS 183/ 2003.

(71) Roxin, Der Strafgrund beim untauglichen und tauglichen Versuch, GA 2017, 656ff.

(72) STS 112/ 2015 は、未終了未遂・終了未遂の区別の基準は破棄されるとしたうえで、「未終了未遂は必ずしも2段階の減輕を正当化するとはかぎらない。なぜなら、未終了であっても、実行が進み惹起された危険が重大な場合があるからである」としている。したがって、理論的には未終了未遂が1段階減輕にとどまることはありうるといえよう。ただし、不能未遂の危険は抽象的な危険であるというのが最高裁の立場 (v. nota. 69) であるから、基本的には2段階減輕が予想されよう。STS 112/ 2015 は、未終了未遂と終了未遂との区別を減輕の程度に——62条は「現に実行された行為の程度」と並んで「その試みに内在する固有の危険」も考慮することを要求しているのだから——機械的に直結させることのみを否定したものであり、「現に実行された行為の程度」が未終了未遂と終了未遂との区別に対応することを否定したのではない。

なお、クエリヨ・コントラスとマベリ・カファレナの教科書は、「その試みに内在する固有の危険」が無価値結果、「現に実行された行為の程度」が無価値行為を意味しており、未遂処罰はこの意味でも2元的に把握されると解する (Joaquín Cuello Contreras/ Borja Mapelli Caffarena, Curso de Derecho Penal, Parte General, 3 ed, 2015, p. 154.)。

(73) 高橋・前掲注(56)410頁。

(74) 私は、江藤隆之「規範違反説における結果の体系的位置づけと規範」『市民的自由のための市民的熟議と刑事法——増田豊先生古稀祝賀論文集』(勁草書房、2018年) 29頁以下において侵害既遂犯の行為規範は結果惹起禁止規範であると述べるとともに、未遂犯の行為規範は危険行為禁止規範であることを示した。

# 暴走運転致死事件に殺人罪を 適用することはできないのか？

——ベルリン暴走事件と砂川暴走事件を素材として——

江 藤 隆 之

- I 問題の所在
- II 2つの暴走致死事件
- III 検討
- IV 結語

キーワード：暴走運転，危険運転，未必の故意，自己危殆化

## I 問題の所在

2018年7月2日，被害者の運転するバイクに追い抜かれたことに立腹した行為者が，約1キロメートルにわたり自車のクラクションを鳴らすなどあおり運転により被害者を追跡し，大阪府堺市の路上において追突して被害者を死に至らしめる事件が発生した。大阪府警は当初，行為者を危険運転致傷の被疑事実で現行犯逮捕したが，その後，故意の認定が可能であると判断して，行為者を殺人罪で逮捕した<sup>(1)</sup>。報道によれば，この殺人罪での逮捕の決め手は，行為者の車に搭載されていたドライブレコーダーの映像であり，そこには行為者によるきわめて危険な運転が録画されていたとともに，追突後に行為者が「はい，終わり」と呟いた音声であるという<sup>(2)</sup>。

自動車で他人に衝突し，他人を死に至らしめる行為については，殺人の実行行為性があることを前提に故意が証明できるのであれば，殺人罪の適



用があってしかるべきである。この場合、自動車を凶器として利用した殺人に他ならない。本件においても、殺意が証拠により認定できるのであれば、殺人罪の成立が認められうることになろう。

では、具体的に相手側を認識していない場合、たとえば猛スピードで自車を運転し、赤色信号を無視して交差点に進入したところ、青信号を守って進入してきた被害車両に衝突し被害者を死亡させたような場合はどうであろうか。この場合、危険運転の故意は認めつつも、被害者の死亡そのものについては故意が認められずとし、(特殊な)結果的加重犯としての危険運転致死罪を成立させる見解が一般的であり、実務においてもおよそそのように処理されているということが出来る。それでもなお、このような暴走による致死事件で故意を認めて殺人罪の適用をすることはできないのだろうかという問いは有効に発しうるだろう。というのも、たとえば空き地に時限爆弾を仕掛けて爆発させるような場合、もし仮に爆弾設置時に人がおらず、行為者が具体的な客体を認識していなかったとしても、爆発時に客体としての他人が当該空き地に存在し、爆弾が爆発すればその者が死亡する可能性を十分に認識しつつ、あえて時限爆弾の設置を行ったのであれば、その行為は殺人行為であるといえるように、あるいはまた高層マンションのベランダから具体的な客体の認識はなくとも下に人が通りが掛っている可能性を十分に認識しながら自転車を落とすことが殺人行為であると評価されうるように、誰かが通りがかる可能性を十分に認識しつつ、かつその通りがかった人が死亡する結果発生を認容して暴走運転をしたならば、そこに故意犯の成立を認めることは不可能ではないだろう。ところが、現にこのような暴走致死事件に殺人罪が適用されることはほとんどない。たとえば、高山佳奈子は、「どの学説も……『極めて危険な無謀運転をする』者には通常過失しかないと認める」という<sup>(4)</sup>。しかし、井田良が「酒に酔って自動車を適切に運転できない状態で、誰か人にぶつかる可能性は大きいと認識しつつ、かなり高速で運転する行為については、傷害(場合によっては殺人)の未必の故意を肯定できるだろう」というように<sup>(5)</sup>、暴走運転であれば理論的に故意が認められないというわけではない。交差

点内に歩行者が進入しつつありこのままでは衝突してしまうことを認識し、回避行動をとることが容易に可能であることの認識もあつたにもかかわらず、あえて回避行動をとることもなく衝突して歩行者を死に至らしめた場合、殺人の故意が優に認められる。では、歩行者が侵入しつつあることについて確定的な認識まではなかつたものの、人影がちらついたように見えただので歩行者が進入しつつある高度な蓋然性を認識したがあえて容易な回避行動をとらなかつたような場合はどうか。事案によっては故意を認めることが可能だろう。自動車運転による被害者死亡事件であることを理由に、自動車運転過失致死罪や危険運転致死罪のみがもつぱら問題となり、殺人罪の適用が当初より理論的に排除されるということはない。暴走運転事案に故意が認められるか過失しか認められないかは、あくまでも事案の具体的な事情によるのである。ところが、現実の交通事犯においては、明らかな故意犯（このような場合、交通事犯ではなく自動車を使った殺人のように理解されている）でない限り、ほとんど自動的に殺人罪の成否は検討の対象から外され、せいぜい危険運転行為に対する故意の有無の検討に終始しているようにも見受けられる。いったいなぜ、交通事犯においては死傷の結果に対して通常過失しか認められないのだろうか。

交通事犯の行為者は、捜査段階において「殺すつもりでした」と供述することはほとんどない。というのも、行為時に確定的故意を持っていなかったことは確かであるから、交通事犯の行為者自身は自らが故意犯であるとはたいていの場合思っていない。もちろん、捜査官もそのような自白が採れることをほとんど期待していない。となれば、故意の認定はもつぱら客観的証拠によるほかなくなるが、そこにもまた困難がある。その困難は、後に紹介するBGHが言及するように、このような事件の場合、時限爆弾事例や自転車投げ落とし事例と異なり、衝突をすれば行為者自身が怪我をし最悪の場合には死亡する可能性があるため、行為者は「事故を起こしたくない」と思っていたのだという推定が強く働くことに起因する。一般的な言葉に換言すれば、通常「誰も事故を起こしたいと思って運転しない」からであり、この事情は暴走運転者においても変わらないからである。暴

走運転者の目的は「事故を起こさずに暴走すること」、「邪魔されることなく暴走し続けること」であると想定するのが自然であるから、いくら現に危険な運転が行われたとしても、このような自然な想定が故意認定の反証になってしまって、なかなか故意を認定することができないのであると考えられる。

とはいえ、本当にこの現状が法的に妥当であるといえるのかについては疑問がある。酒に酔い、赤色信号を殊更無視し、高速度で交差点に進入する者の故意を「人を死に至らしめたくない」というものであったと評価することが妥当であろうか。むしろ、人が死亡する可能性があることを認識しつつ、これをあえて行っている故意行為であると評価する方が自然ではないだろうか。自己の対面する信号が赤であれば、交差する道の信号は通常青である。その際、交差する道路から交差点内に他車ないし他人が信号および他のドライバーを信頼して比較的無防備に進入してくることがありうるのは、日常生活者であれば誰もが経験上知っている。そのような認識を欠いていることはおよそ考えられない。ということは、人の死を惹起するに十分な行為をあえて行為者が行っているのは明らかである。そうであるにもかかわらず、暴走運転は運転であるから結果に対しては過失にとどまる（危険行為が故意で行われたことを前提に——暴行程度の故意は認めるも——危険運転致死罪にとどまる）<sup>(6)</sup> というのは妥当であろうか。

そこで、本稿では、暴走運転による死亡事件に殺人罪を適用できないのか、もっと具体的にいえば、暴走状態で赤色信号を無視して交差点に進入した結果人を死亡させる行為に、殺人の故意を認めることはできないのかについて検討する。<sup>(7)</sup> その際の、素材は、事案の概要が類似しつつも地裁での判断が分かれたドイツのベルリンと北海道の砂川市で発生した2件の暴走事件である。ベルリン暴走事件については、その事案と判決が参考になるのでどちらも取り上げ、砂川暴走事件についてはその事案のみを取り上げる。

## Ⅱ 2つの暴走致死事件

a) ベルリン暴走事件<sup>(8)</sup> (Urteil vom 1. März 2018-4-StR 399/17)

まず、暴走致死に地裁が殺人罪（謀殺罪）を適用したが、最高裁で破棄されたベルリン暴走事件を見る。

### 【事実の概要】

当時24歳と26歳の被告人は、2016年2月1日0時30分頃、ベルリンのクアフルステンダム・タウエンツィエン通りに沿って車を走らせていた。彼らは競い合い並走しながら赤色信号を無視し、時速139kmないし149kmおよび時速160kmないし170kmの速度でクアフルステンダム・タウエンツィエン通りとニュルンベルク通りの交差点内に進入した。交差点内において、右側の車線を走っていた被告人が、ニュルンベルク通りを右側から青信号で交差点に進入してきた車と衝突した。その運転者は、その場で重傷を負い死亡した。衝突の衝撃で当該被告人の車はさらに公訴参加人の女性（Nebenklägerin）<sup>(9)</sup>が助手席に乗っていた共同被告人の車に衝突した。彼女は、重傷を、被告人兩名は軽傷を負った。

ベルリン地方裁判所（Landgericht Berlin Urteil vom 27. Februar 2017）は、被告人兩名を共同正犯としてそれぞれ謀殺罪、危険な傷害罪、道路交通の故意の危殆化罪との観念的競合により（wegen Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und mit vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs）終身刑（lebenslange Freiheitsstrafe）に処し、運転許可に関する各種処分を命じた。

### 【BGHの判断】（本稿の論旨に関連するところのみ要約）

BGHは、地方裁判所の判断に誤りがあるとして破棄した。その主な理由は、以下の通りである。

第1に、地方裁判所の認定によれば、被告人らが他者に死の結果をもたらすかもしれないと認識し、その結果を認容するに至ったのは、当該交差点進入後であり、その時には被告人らにはすでに結果を回避する術はまっ

たかなくなっていたのであるから、被告人らが殺意をもって被害者を死亡させたという行為は認められない。

第2に、地方裁判所の行為者の主観面に関する証拠評価は法的に不十分である。というのも、事故は被告人自身を危険に晒すのであるから、その自己危殆化 (Eigengefährdung) が殺意の存在に対する反証になるのではないかという問いについて、地方裁判所は十分な解答をしていない。故意であるか過失であるかの認定には、とりわけ殺人または傷害の罪においては、あらゆる客観的・主観的所為状況の全体観察 (Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände) が要求される。地方裁判所は、被告人らは自己の車は安全であると感じていて、自己危殆化については小さく見積もっていたというが、そうであるならば被告人たちには被告人のうちのひとりの車の助手席に乗っていた公訴参加人の女性が怪我をすることの認識があったとした地方裁判所自身の判断と調和的ではないことになる。

第3に、上記認定も法的に適切な方法によって証明されていない。地方裁判所は、被告人のように包括的な安全装置のある自動車の運転者は一般に「戦車や城郭の中にいるように」 (wie in einem Panzer oder in einer Burg) 安全に感じるものとしたが、そのような内容の経験則は存在しない。

#### b) 砂川暴走事件<sup>(10)</sup>

次に、北海道砂川市の路上で発生した事件について地裁が危険運転致死罪の成立を肯定し、それを支持した高裁判決の事案を見る。

【事実の概要】(本稿の論旨に関係ある部分のみ)

被告人 X および Y は、平成27年6月6日午後10時34分頃、被告人 X が普通乗用自動車 (BMW・X5) を、被告人 Y が普通貨物自動車 (シボレーアストロ) をそれぞれ運転し、片側2車線道路の第1車線を被告人 X 運転車両が、同道路の第2車線のすぐ後方を被告人 Y 運転車両が追走して、信号機により交通整理が行われている交差点を2台の自動車直進するに

当たり、互いの自動車の速度を競うように高速度で走行するため、同交差点に設置された対面信号機の表示を意に介することなく、同信号機が赤色を表示していたとしてもこれを無視して進行しようと考え、共謀の上、同信号機が約32秒前から赤色を表示していたのに、いずれもこれを殊更は無視し、被告人Xが、重大な交通の危険を生じさせる速度である時速約111キロメートルで同交差点内に車両を進入させ、その直後に、被告人Yが、重大な交通の危険を生じさせる速度である時速約100キロメートルを超える速度で同交差点内に車両を進入させたことにより、折から左方道路から信号に従い進行してきた被害者A運転の普通貨物自動車に被告人Xが車両を衝突させて、被害者A運転車両同乗者B及びCを車外に放出させて路上に転倒させた上、被告人Yが車両でCをれき跨し、そのまま同車両底部で同人を引きずるなどし、よって、Aに心臓破裂、胸部大動脈裂開及び多発肋骨骨折等の傷害を、同人運転車両同乗者Dに胸部大動脈離断及び多発肋骨骨折等の傷害を、同車両同乗者Eに加療期間不明のびまん性軸索損傷及び頭蓋底骨折等の傷害を、Bに脳挫傷及び外傷性くも膜下出血等の傷害を、Cに右上腕骨骨頭部骨折、前胸部上方及び左右肩部の皮内出血並びに胸腹部前面の広範囲な表皮欠損等の傷害をそれぞれ負わせ、その頃、同所付近路上において、Aを前記心臓破裂等の傷害による外傷性ショックにより、Dを前記胸部大動脈離断等の傷害による外傷性ショックにより、北海道砂川市路上又はその周辺において、Cを胸腹部圧迫による窒息により、それぞれ死亡させたほか、同日午後11時55分頃、同市所在の病院において、Bを前記脳挫傷及び外傷性くも膜下出血の傷害により死亡させた（4名死亡、1名重傷）。

札幌地方裁判所は、被告人兩名に対して危険運転致死罪等の適用を認め、懲役23年を言い渡した。被告人兩名は、信号は見落としてあって殊更無視ではない、信号無視高速運転の共謀はない等を主張して控訴（その他、Yについて救護義務違反が問われているが、その不存在等について主張）したが、札幌高等裁判所がこれを棄却した。被告人は上告。その後Xは上告を取り下げ確定。Yについては最高裁が上告を棄却し確定。

## c) 事件現場の様子と両事案の比較および焦点

ベルリン暴走事件の現場は、西ベルリンの中心である動物園駅やカイザーヴィルヘルム記念教会に近い場所であり、かなり交通量のある交差点である。クアフルステンダムは、略してクーダムと呼ばれ、西ベルリンの目抜き通り、繁華街としても有名である。私は、2018年夏に現場を訪れたが、ショッピングモールやデパート、服飾店等大型店舗が立ち並び、地下鉄の駅も近く、車通りも歩行者も多いところであった。もちろん冬の深夜になればもっと交通量は減少すると推測されるが、それでもこの現場において暴走すれば、かなり高い確率で人の死傷がありうることが認められる場所である。このことから、ベルリン地方裁判所が本件に謀殺罪を適用したことは——その当否は別にして——「刑事政策的」にも理解できるし、具体的に被害者に死の結果が生ずることを認識・認容して繁華街を暴走するのであれば殺人罪であることに徴すると、被害者の具体的認識まではなかったもののそれに近い現場での事件にベルリン地裁が謀殺罪を適用したことは「理論的」にも——後に評するように事実認定の不味さをクリアできれば——理解可能である。

砂川暴走事件の現場は、もちろんベルリンと比較すれば人の少ないところであり周囲には空き地も広がっているが、砂川市の幹線道路である国道12号線と道道が交差するところであり、交差点付近にはガソリンスタンドやメーカーのショールーム等があるなど決して交通量の僅少なところではない（そして交差点の角にこのような建造物があることによって、やや見通しは悪くなっている）。むしろ、この国道は函館本線の線路に沿って北の滝川市（もっと行くと深川市・旭川市）と南の奈井江町・美唄市（もっと行くと岩見沢市、江別市、札幌市）を結ぶ、重要道路でありそれなりの交通量があることは一般的に認識可能な道路である。

以上のように、ベルリン暴走事件も砂川暴走事件も、現場の風景こそ違えど、2名以上の被告人が一定の交通量のある道路において互いに競い合っ  
て赤色信号を無視して交差点に進入した点において実によく似ている。そこで、両者を比較しながら、法的論点を探っていきたい。

まず注目したいのは、砂川暴走事件における検察官による訴因設定である。砂川暴走事件1審判決は、危険運転致死罪等で有罪であるが、もちろんこれは検察官が設定した訴因によっている。検察官が殺人罪で起訴していないのだから、裁判所は殺人罪の適否については当然一切述べていない（それゆえ、本稿においては事案のみを取り出し裁判所の判断を詳述しなかった）。そのため争点は、危険運転致死罪の共同正犯の成否や共犯者に対する救護義務違反の成否等に絞られている。さらに検察官は、Xに対して過失運転致死傷の、Yに対して過失運転致死の予備的訴因を設定している。これは、被告人両名の主張が、赤色信号を見落としたのであって殊更無視したのではないというものであったから、危険運転認定の事実面における予備的訴因ではあったのだが、それでもここに検察実務における消極姿勢を読み取ることができる。この様子では、現状で本件のような事案に殺人罪での起訴を期待することは難しいのではないと思われる。

これに対して、積極的な訴追が行われたのがベルリン暴走事件である。ベルリン地方裁判所は、被告人両名に謀殺罪を成立させ、謀殺罪に原則的に予定されている刑である終身刑に処した。この地裁判決をBGHは破棄するが、その理由が注目に値する。

第1にBGHは、行為者が他者の生命侵害の可能性を認識し、その結果を認容したのは、すでに事態が回避不可能になってからであるという地裁の認定を前提にすると、故意を認定できないとした。このBGHの述べるところは、法的に妥当であると評するほかないだろう。問題は、地裁の事実認定の方である。もし裁判所がある行為を故意犯で有罪にするのであれば、その前提となる事実は、少なくとも行為者が回避可能なうちに結果発生・既遂到達の可能性を認識したがその結果を認容して行為したものでなければならないのは、交通事犯に限られずあらゆる故意罪において共通である。仮に本件が、地裁の認定したようにしか証拠によって認定できないのであれば、本件に殺人罪を成立させることは不可能であろう。しかし、一定の交通量のある交差点に高速度で赤信号を無視して進入するというとき、他者の生命が失われる可能性に交差点進入後に初めて気づくというこ



とは考えづらい。たしかに、交差点進入後に具体的に被害者が存在するのを目にしてはじめて具体的な認識が備わるのはその通りであるが、人がいるかいないかわからないが、人がいる可能性の十分にある公園に、人がいるかもしれないがその人が死んでも構わないと思って手榴弾を投げて爆発させて人を死に至らしめた場合に、たとえ具体的に公園に人がいることがわかったのが手榴弾を投げた後であっても殺人罪が認められるように、交差点進入より前の認識を基底として故意を認めることは不可能ではないであろう。赤色信号無視をして運転すれば人が死ぬかもしれないし、その確率は決して低くないというのは、通常のドライバーにとって当たり前の想定であるように思われる。後述する自己危殆化の点を除けば、赤信号の交差点に車を高速度で進入させるということは、交差点内で発生しうる人の死傷の危険については、交差点内に向けて大砲を撃ち込む行為と変わらないのである。

第2に注目すべきで、そして最も重要な点は、BGHが自己危殆化 (Eigengefährdung) の丁寧な検討を要求したことである。

たとえば、赤色信号を無視して交差点に高速度で進入することが一般的に殺意のある行為であると評価できるとする。ところが、もし行為者が「でも、事故が起こったら自分だって死んでしまうかもしれないじゃないですか。そうじゃなくても痛い思いをするに違いない。自分は自殺志願者ではないのだから、決して事故なんか起こしたくなかったです」と言ったら、どのように反論できるだろうか。なるほど、彼／彼女は事故で大怪我を負うかもしれないし、死亡するかもしれない。したがって、彼／彼女が交差点内に高速度で進入したということは、被害車両と衝突して良いなどと思ってもいなかった、つまり彼／彼女は衝突に対する認容などはなかったのだということにならないだろうか。自己危殆化の存在は、故意認定に対する強い反証となりうるだろう。この問題に対して、ベルリン地裁は、安全装置を備えた車の運転者は「戦車や城郭の中にいるように」感じるものだから、自己危殆化は反証にならないとして故意を認めたが、BGHはそのような経験則はないとして退けた。ベルリン地裁にはもっと丁寧な証

拠による認定が求められていたのである。

さて、ここまでの叙述によって、次のことを検討すべきことが示唆された。それは、故意とは何であるかという一般理論を前提として、その認定において自己危殆化の存在が反証にならないか、である。そこで、以下に本稿にとって必要な程度に故意の一般理論を概観し、その後自己危殆化について論じたい。

### Ⅲ 検討

#### a) 未必の故意に関する一般理論

故意が認められるためには、構成要件該当事実の認識が必要であることについては、その範囲・程度に関する詳細な議論を除けば、見解の一致をみている。この事実の認識のみで故意を認めることができるのか、事実の認識にくわえて意思的な要素も要求されるのかについて、学説は争っている。

事実の認識のみで故意を認めることが可能であるとする見解は表象説と呼ばれる。この見解を主張する高山佳奈子は次のようにいう。

故意は犯罪事実の主観面における反映である。それは行為者の心理における「像」ないし「絵」のようなものである。未必的故意が認められるかどうか、犯罪事実が行為者の主観面において反映されたかどうかによる。そのような「絵」は、あったかなかったかのいずれかである。これに対して、激情行為・共在意識などの、意識の明確性に関する議論は、「絵」が鮮明であるかぼやけた状態であるかを問題とするものであって、程度を観念することができる。

故意と過失との区別は、この反映の有無の問題である。つまり、第一に、そもそも犯罪事実が頭をよぎらなかつた場合には「絵」は描かれておらず、犯罪事実の主観面における反映がないので、故意がない（いわゆる認識なき過失）。次に、犯罪事実が一旦頭をよぎっても、そ

れを打ち消した場合には、行為者は、犯罪事実の「絵」に代わって犯罪事実にならない「絵」を描き直したのであり、故意がない（認識ある過失）。そして、犯罪事実が頭をよぎり、どうなるかわからないと思いつつ行為に出た場合は、犯罪事実の「絵」と犯罪事実にならない「絵」との二枚が描かれたままであり、故意がある（未必の故意）。犯罪事実だけが頭をよぎり、その「絵」だけが心理において描かれた場合には、故意がある（<sup>(11)</sup>確定的故意）。

ここでの高山の主張は、当を得ていないように思われる。理由は2点ある。

第1に、「『絵』はあったかなかったかのいずれか」ではない。高橋則夫は高山の見解に対して正当にも、「どの程度の絵が描かれていれば犯罪事実の絵といえるかという法的評価がどのみち問題とならざるを得<sup>(12)</sup>ない」と指摘する。これは高山の世界観への鋭い批判となっている。たとえば、客観的事実であると思われる「人の死」ですら、単純に評価から切り離されたあったかなかったかの事実ではない。三徴候があってはじめて死と呼ぶのか、脳死の段階で死と呼ぶのかという法的評価の問題を含んでいるのである。この事実の必然的な前提となる法的評価の問題を等閑視することは不可能である。

第2に、もし仮に高山の世界観を受け入れるとしても、その世界には混乱があるように思われる。高山は、「存在するかしないか」であるはずの絵が、描き直された場合について、「犯罪事実が一旦頭をよぎっても、それを打ち消した場合には、行為者は、犯罪事実の『絵』に代わって犯罪事実にならない『絵』を描き直したのであり、故意がない（認識ある過失）」というが、「書き直された」イコール「存在しない」なのであれば、このような場合は「認識ある過失」ではなく「認識なき過失」と理解しなければならぬだろう。そうでなければ、「かつて存在した絵は書き直したとしても後に残る」ということになってしまい、「存在するかしないか」という世界観と整合しない。またもし仮に書き直された絵が後に残ることを認

めるのであれば、高山自身が続けて認めるように、2枚の絵が描かれている状態（未必の故意が認められる）となってしまうだろう。そうとなれば、結局のところ「認識ある過失」が、認識あるが故に故意があるとされてしまうという表象説への古典的な批判を回避できないことになる。

そこで、故意を認めるために表象だけではなく一定程度の蓋然性を要求する蓋然性説が唱えられるが、蓋然性によって故意と過失とを区別することはできない。周囲の状況から命中の可能性が低いとしても、他人に向けてその死を意図して拳銃を発射するような行為は、殺意に担われているというべきであるし、<sup>(13)</sup>工場の作業などにおいて人が怪我をする可能性の高い行為であったとしても、人が怪我をしないように意識的に振る舞っているような場合は、仮に人が傷害を負ったとしても傷害の故意はないものといわなければならない。そこで、認識的要素にくわえて意思的要素を要求する見解が主張されることとなる。

事実の認識にくわえて、結果発生 of 認容を意思的要素として要求する認容説は、認容という情緒的要素が違法要素たる故意の構成要素となりうるかについて大いに疑問がある。団藤は認容説を採用するとき、「故意においては犯罪事実の発生に対する積極的な人格態度がみられなければならない<sup>(14)</sup>」と説明したが、この説明に如実にあらわれているように、この見解は故意を責任要素とする場合<sup>(15)</sup>のみ採用可能な見解であるといえる。

動機説は、故意の認識的要素と意思的要素とを総合しつつ、動機形成過程に着目して未必の故意と認識ある過失とを区別しようとするが、この見解もまた故意を責任要素とする見解からのみ主張可能であるといえよう。

そこで、本稿は故意を実現意思<sup>(16)</sup>であると理解する。実現意思とは、<sup>(17)</sup>事実を認識・予見し、その認識・予見を取り込んで意思形成を行い、<sup>(18)</sup>あえて自らの行為を構成要件実現の可能性がある方向に向けてコントロールする意思である。具体的には、高橋則夫が「①認識事実の実現可能性の程度、②計画を実現する意思の存否と程度、③結果を計算に入れる意思の存否と程度、④結果の回避意思の存否と程度、⑤結果回避措置の存在と程度」を下位規範として挙げているが、<sup>(19)</sup>基本的<sup>(20)</sup>に妥当であろう。とりわけ、自らの行

為が結果惹起する蓋然性を十分に認識し、回避行為が容易であることもあわせて認識したにもかかわらず、あえて回避行為をとらなかった点(回避行為不投入)に注目すべきであるといえるだろう<sup>(21)</sup>。

なお、この結論は本稿の表現には影響を与えても、内容には影響を与えないであろうことを付言しておく。本稿は故意を実現意思であると解するがゆえに、「構成要件実現がありうることを認識・予見しつつ、その認識・予見を意思形成過程に取り込み、あえてその行為を行った」といった表現をするが、これを「構成要件的结果発生を表象し」と捉え直すことも、「構成要件的结果発生を認識・認容し」と読み替えることも可能であろう。

#### b) 自己危殆化

ベルリン暴走事件におけるベルリン地裁およびBGHの思考は、まず「その危険性と行為が軽率であったというだけで、殺意を否定することができるのだろうか」という疑問から出発し、これに否と回答するところから始まる。すなわちBGHは「所為行為の危険性と結果発生の確実性の程度は、……被告人が未必の故意をもって行為したか否かを判断するための唯一の重要な基準ではない」というのである<sup>(22)</sup>。

そこでBGHは、殺意を認定するために、詳細な検討(ausgehende Prüfung)を要求しているが、その検討の対象となっているのが、自己危殆化(Eigengefährdung)である。この概念は、同日にBGHが下したブレーメンにおける暴走事件およびフランクフルト・アム・マインにおける暴走事件に対する判断においても使用されている<sup>(23)</sup>。BGHは、故意を反証するものになりうる自己危殆化について、行為者がどのように考えていたのかを詳細に検討すべきであるとした。つまり、本判決は、地裁による殺人の判決の破棄であるが、暴走事件に原則的に殺人罪が成立しないとされたものではない<sup>(24)</sup>。

このことに対して、強い口調で異論を投げかけるのがトニオ・ヴァルターである<sup>(25)</sup>。彼は、交通事故において故意を認めることはできない——そうであれば偶然事故が起こらなかった場合に殺人未遂であるということになっ

てしまう<sup>(26)</sup>——ことを訴えつつ、故意を認めなくとも交通事故案に対しては刑法315条 d（禁止された自動車運転）や222条（過失致死）で対応可能であるし、それらの刑が軽いと人は歯ぎしりをするかもしれないが、この歯ぎしりは法の支配の法的共同体に生きるために支払い続けるべき必要なコストであるという<sup>(27)</sup>。

なるほど、ベルリン地裁判決およびBGHが丁寧な事実認定を前提とするならば殺意を認定する余地を残したこと（そして本稿の問題意識）が、もし仮に理論的に破綻した単純な嚴罰要請を基盤としているのであればそれは不当であろう。しかし、おそらく（少なくとも本稿は）そうではない。むしろ、理論的に殺意が認められる余地がなおあるにもかかわらず、交通事故犯であれば故意成否の検討をするまでもないという思考習慣の方に理論的な問題を指摘せざるをえないのである。やはり、交通事故犯において概括的故意事案のひとつとして把握可能であるような場合であっても故意の認定が行われないのは、故意認定に対する何らかの理論的障壁があるからであり、それはBGHが指摘するように、行為者による自己危殆化の認識であると考えるのが自然であろう。

そこで、いわゆる行為者による自己危殆化の認識が故意の認定にとってどのように作用するかについて若干の検討を加えたい。

まず、交通量の多く、かつ交差する道路の見通しが悪い交差点に、赤信号を無視して高速度で進入するような場合、一般に人が死亡する可能性が認められ、この可能性は特別な事情がないかぎり行為者が認識していると考えられること、およびあえてそのような行為を行う行為者には、実現意思があると認められることを確認しておきたい。反証がなければ、このような場合には原則として故意が認められるのである。人通りが多く、人の通行が現に許可されている交差点に向かって行為者が手榴弾を投げたとき、行為者がその交差点に人が登場して手榴弾により爆死する可能性を十分に認識したうえであえてその行為に出た以上、当該行為者には殺人の故意が認められる。ただし、特に当該行為について故意がなかったのではないかとと思わせるような反証がある場合は別である。このようにみると、「一般

に交通事犯においては故意が認められない」のは、それが原則だからではなく、むしろその逆であり、本来であれば故意が認められるにもかかわらず、自己危殆化の反証がある状況が一般的となっているからにすぎないといえる。すなわち「交通事犯においては、例外的状況があることが通例化している」のである。

すると、自己危殆化がないと行為者が考えていたような場合には、自己危殆化による反証がないため故意を認めることができるという結論を導くことができる。たとえば、交差する道路が歩行者専用であり、交差道路から無防備な歩行者のみが登場する可能性を認識しつつ、酒に酔った状態で10トントラックを猛スピードで見通しの悪い交差点内に進入させるような場合、自己危殆化の反証はない。したがって、このような場合故意を認めることが可能である。

#### c) 反証として考慮不可能な自己不快化

ところで、自己危殆化の他に、故意への反証となるのではないかと思われるものに「発覚して処罰される煩わしさ」がある。上手い日本語ではないが自己危殆化との対比で「自己不快化<sup>(28)</sup>」と呼ぼう。交通事犯においては、「行為者は事故を人を死傷すれば事件化することを認識しており、それを避けたいのが通例であるから、行為者は事故を起こしたくなかったに違いない」という評価がこれである。

自己不快化による故意反証の可否を考察するため、次の例を考えてみる。

#### 【例1】

学校の駐車場に止めていた教師の車のボンネットが凹んだ。それは、駐車場に面する校舎の10階の窓から落下した生徒が衝突したことによるものであった。なお、現場には監視カメラが設置されており、そのことを生徒たちは全員知っていた。

## 【例 2-a】

学校の駐車場に止めていた教師の車のボンネットが凹んだ。それは、駐車場に面する校舎の2階の窓から落下した生徒が衝突したことによるものであった。なお、現場には監視カメラが設置されており、そのことを生徒たちは全員知っていた。

## 【例 2-b】

学校の駐車場に止めていた教師の車のボンネットが凹んだ。それは、駐車場に面する校舎の2階の窓から落下した生徒が衝突したことによるものであった。なお、現場には監視カメラが設置されているが、そのことを生徒たちは知らなかった。

いずれの例においても、生徒の落下が故意（飛び降り）であったのか過失（落ちた）のであったかは確定的に明らかでないとする。この3例において、もっとも故意であろうと思われやすいのは例 2-b である。例 2-a の場合は故意である可能性はあるが、監視カメラの設置を知っている生徒があえて監視カメラのあるところで教師の車を破壊しようとすることは少ないと思われる。例 1 については、生徒が自殺志願者であるか生徒が自らは怪我しないと考えていたと認められる特殊な場合には故意であることもありうるが、通常は故意ではないと考えられる。10階からの飛び降りは、生徒自身の死傷結果を引き起こす危険性を有するものであり、生徒にとって避けたいものだからである。

この例 1 における「通常は故意ではないと考えられる」という判断が自己危殆化による故意反証例である。この場合、すでに論じたとおり、当該生徒が自己危殆化を小さく見積もっていたか自己危殆化しても構わないと考えていたかの証拠がなければ故意認定は難しい。

では、例 2-a と例 2-b はどうだろう。2階の窓から車のボンネットへの飛び降りたのであれば、生徒の自己危殆化はほとんどない。となれば、この両例においては自己危殆化による反証はない。だが、例 2-b よりも例



2-aの方が故意ではない印象を一般には受けやすい。例2-aの場合には現場に設置された監視カメラにより、生徒は所為が確実に発覚することを知っていたのであり、そうであればあえてそのような行為を行うとは考えづらいからである。

問題は、果たしてこのような自己不快化の認識を故意反証に利用することが可能かである。この問題については、2つの異なった立場を想定することができる。

想定される第1の立場：

自己を不快にする行為を避けようとするのは人の一般的な行動原理であり、不快が負のインセンティブとして働くかぎり、自己不快化は故意に対する反証として利用可能である。

想定される第2の立場：

自己不快化を故意に対する反証として利用することは規範的に許されない。なぜなら、この発覚の煩わしさという自己不快化は、規範に織り込み済みだからである。

上記第1の立場は、自然な考えに基づいている。我々の素朴な経験に根差しているといってもよいだろう。たしかに、同じ目的を達成できる複数の道があるとき、人は普通もっとも不快をもたらす道を選択しない。もし、ある者がその者に対してもっとも不快をもたらす道を歩んでいるのならば、それは彼／彼女の意思によるものではないのかもしれないと一応疑ってかかるべきであるように思われる。

だが、上記2の立場も説得的である。目撃者も監視カメラの設置も多い繁華街での犯行が故意を認めにくいということはない。たとえ犯罪者が「処罰されてしまう可能性とその煩わしさ」を十分に認識したうえで犯行に及んだとしても、その自己不快化の認識は故意の認定に際して一切の障害とならない。監視カメラが設置してあり店員も万引きに注意しているこ

とが明らかな商店でその商品の財物の所持を自己に移転した場合、たとえ隣にもっと容易に同じ商品を万引きできる商店があったとしても、その事情が窃盗の故意を否定する方向に働いたりはしない。駐車禁止の路上に駐車してある車について、そのすぐ隣に誰もが駐車可能なフリーの駐車場があるという事実を持ってきても、故意に駐車されたものであることの反証にはならない。規範は、規範が適用されること自体に対する行為者の煩わしさの認識は、考慮の外におくものなのである。

このように考えると、刑法は自己不快化による反証を許さないものであるように思われる。

だが、このような見解にもなお疑問が向けられる。自己不快化による反証を許さない見解の例として挙げた繁華街での犯行事案や万引き事案は、確定的故意の場合だから自己不快化が反証にならないのではないかと、いうものである。未必の故意のケースであれば、積極的に犯罪を行おうという意思はないのだから、もし楽に刑罰回避が可能な道があるならば、そちらを選択するのが自然であり、未必の故意のケースであるのに刑罰回避行動がまったくとられていないというのであれば、それは故意でなく行為に出たのではないかと疑念を我々に抱かせるのに十分ではないだろうか。すなわち、次の例 3-a と例 3-b の対比である。

#### 【例 3-a】

学校の駐車場に止めていた教師の車のボンネットが凹んだ。それは、駐車場に面する校舎の 2 階の窓から落下した生徒が衝突したことによるものであった。なお、現場には監視カメラが設置されており、そのことを生徒たちは全員知っていた。また、当該生徒は飛び降りる際に「教師の車を破壊してやる」と叫んでから飛び降りたという事情がある。

#### 【例 3-b】

学校の駐車場に止めていた教師の車のボンネットが凹んだ。それは、駐車場に面する校舎の 2 階の窓から落下した生徒が衝突したことによるもの

であった。なお、現場には監視カメラが設置されており、そのことを生徒たちは全員知っていた。また、当該生徒は飛び降りる際に「下には何があるかわからない。下は駐車場だからもしかしたら誰かの車があって壊してしまうかもしれないけど、とにかく急いで帰宅したいから校舎の正面玄関ではなく窓から飛び降りて帰りたいんだ」と叫んでから飛び降りたという事情がある。

例 3-a の場合、生徒は確定的故意であるので、監視カメラの有無はもはや故意の反証とはなりえない。この限りで、さきほどの「自己迷惑化は故意の反証にならない」という見解は正しい。では、例 3-b の場合はどうか。

例 3-b においては、生徒の関心の焦点は例 3-a と異なり「自らが窓から飛び降りる」ことにある。この事例では、当該生徒は下に他人の車がある可能性を認識しているが、その認識は行為の主関心を構成してはいない。下に他人の車があるかもしれないという事情の認識は、飛び降りて帰宅するという主関心に図らずも付随してきた「なければなくて良い」事情である（確定的故意の場合は、行為者にとっては下に教師の車がなければならない）。

暴走事件においても、人が死傷する可能性は認識しつつも関心は「自らが暴走する」ことにあり、確定的殺意のある事件のような「他人が死亡する」ことへの関心は薄い。「暴走中に人が出てこなければ出てこなくてよい（むしろ出てこない方がありがたい）」のである。ここに未必の故意事案の特徴があるといえる。未必の故意（の一種である概括的故意）が明らかに認められる「他人がいる可能性が十分にある公園で他人が死んでも良いやと考えつつ爆弾を爆発させる」という事例においてすら、「他人の死」への関心は「自分が爆弾を爆発させる」という行為への関心に劣後している。というのも、この行為者は「人が死ななくてもいいから爆弾を爆発させたい」と思っている<sup>(29)</sup>のであるから。公園で爆弾を爆発させる行為は、行為者にテロ的な殺人への関心があるように思わせはするものの、それでも（現場に人がいることを確認せずに）未必の故意としてこれが実行される

ときは、主関心は爆弾の爆発、従関心として人の死があるにすぎないのである。

このようなとき、未必の故意による行為者にとって自己不快化はどのように働くのだろうか。未必の故意の行為者は、自己不快化を真剣に考慮しないがゆえに、自己不快化は行動に対して有効に働いていないのである。

というのも、例3-bにおいて、生徒の関心は自らが窓から飛び降りて帰宅することであり、その際、他人の車を破壊してしまう可能性があることを認識したが、それでも自らの行為を実行したい一心から、自己の行為が後に発覚し処罰されてしまうことまでは考慮に入れることなく、窓から飛び降りたのである。この場合、行為者は自らが結果発生のある行為を行うことについての認識および意思はあるものの、その実現後に処罰される可能性については真剣に考慮せずに行為に出たものである。このように、行為時に考慮されなかった事情については、「行為時に考慮していたに違いない」とすることは到底不可能であるから、故意認定において判断資料とすることができない。それゆえ、未必の故意事案においても自己不快化は故意反証に使えないことになる。

以上の検討から、未必の故意の事案においても自己不快化による反証はできないことが結論づけられた。犯罪の故意の認定の際には、それが確定的故意事案であろうとも未必の故意事案であろうとも「犯罪行為を行うに際しては、発覚・処罰の煩わしさがあるのだから、行為者は原則として犯罪をしたくないに違いない」と考えることは許されないのである。

したがって、自動車は登録されており事件の証拠は現場に多く残るとともに自動車自体にも事件の痕跡が残され、さらに現場や現場周辺道路等には様々な種類の監視カメラ・防犯カメラが設置されている等の理由から、交通事案は行為者ないし少なくとも行為車両が特定される確率がきわめて高い（と思われている）から、交通事犯においては原則として故意が否定されるのだと考えることはできないといえる。

## d) 小括

以上の検討から、暴走致死事件には、殺人罪を適用する余地があることが明らかになった。その際、必須になるのは故意の認定であり、その認定のポイントは行為者が自己危殆化をどのように考えていたかの立証である。すなわち、高速度で赤色信号を無視して交差点内に進入したのであれば、原則として、人の生命を侵害する可能性を十分に認識しているといえ、人の生命を侵害する可能性のある行為をあえて行っているといえるが、同時に行為者が自らが死傷する可能性もまた認識しており、かつ行為者が自らの死傷結果を真剣に避けたいと意思しているときは、故意の意思的要素の存在を反証するあるいはその程度を減少させるため、故意の成立が認めづらくなるのである。そこで、このような暴走事件に対して殺人罪を適用するためのポイントは、①行為者が自らが死傷する可能性を認識していなかったあるいはほとんど気にも留めていなかったこと（自己危殆化の不認識）を立証するか、②行為者が自らの死傷結果を認容していたこと、または自己の死傷結果の認識はあるものの、それが殺意の存在を反証しないほどに行為者によって小さく見積もられていたということ（自己危殆化回避意思の規範的不存在）<sup>(30)</sup>を立証することにある。この立証は、①の場合、たとえば被告人が暴走させている車が大型で頑丈なものであり、エアバッグ等の運転者保護装置もついていたような場合、不可能ではないだろう。たとえば、運転者保護装置を搭載した大型トラックの運転者が、同等の大きさのトラックの通行量が少なく歩行者や二輪車や軽自動車の多いと認識している道で暴走した場合、自己危殆化の危険性をほとんど考慮に入れていないと評価できるだろう。反対に、暴走した行為者が二輪車に乗っていたような場合、衝突による自己危殆化の認識を否定するのは困難であるように思われる。<sup>(31)</sup>②の立証は、自殺意思・自傷意思の立証のほか、たとえばこれまで度重なる自己危殆化の警告を受けいるにも関わらず飲酒等したうえで同様の暴走を繰り返したという事実の立証などが考えられるだろう。このような場合、行為者は自己危殆化を認識しながらもそれを真剣に考慮に入れなかったということになるからである。また、暴走中にシートベルトを

着用していないような場合の評価も——その他の状況の丁寧な立証が必要であるが原則として——自己危殆化による反証を制限する方向に働くと考えられる。<sup>(32)</sup>シートベルトをしていなかったということは「自分が死傷してもかまわない」という意思の表れであるか、「自分は事故を起こさない」という過信の表れであるか、「何も考えていない」かのいずれかである。もし、「自分が死傷してもかまわない」の場合であれば自己危殆化による反証はなくなるので故意犯の成立が認められる。「自分は事故を起こさない」と思っていた場合であれば、故意反証方向に働きそうであるが、理論的にはそうではない。故意自体は、赤色信号を無視して高速度で突入する時点における行為状況の認識とありうる結果の認識およびそのあえてその行為を選択する実現意思があることで認められるので、この「根拠のない不合理な内心状況」はせいぜい故意反証の材料になるにすぎない。暴走事案においては、「自己危殆化の認識とそれを避けようとする意思」がある場合に故意反証がなされるのであるから、このような「過信」が「自己危殆化の不認識」か「自己危殆化回避意思の不存在」を意味するものである以上、殺意を認めることが可能であるといえる。「何も考えていない」場合は、自己危殆化を小さく見積もっているのであるから、自己危殆化は反証として働かない。

もちろん、このような認定は、所為状況全体の丁寧な観察によってなされるべきである。<sup>(33)</sup>したがって、本稿の立場からも、シートベルトをせずに赤色信号を無視したからといって必ずしも故意が認められるわけではないことに注意を要する。たとえば、現場が交差点ではなく信号機および歩行者横断歩道のみがある場合、当該現場が見通しが良く、人がいないことを確信（誤信）して赤色信号を無視したような場合は、殺人の故意を認めることはできない。また、交差点であったとしても周囲に建造物などがなく、見通しが良く、人がいないことを確信（誤信）して進入した場合も、死亡結果に対して過失が認められるにすぎない。このような場合には、過失運転致死傷や危険運転を前提とした赤色信号殊更無視運転致死傷罪の成立余地が認められる。

ここで結論を提示しておこう。一般的な事案については①結果が回避可能な状態で人の死亡結果発生がありうることを十分に認識し、②その認識があるにもかかわらず人の死亡結果発生がありうる行為を意図的に行った場合、③故意の存在を反証する事情がないかぎり殺人罪の故意が認められる。これ自体は穏当な結論であると思われる。これを交通事犯に当てはめて箇条書きとして提示すると、

衝突発生前の暴走運転段階において：

- ①周囲の状況から車両の進行地点に他人が存在ないし登場する一定以上の蓋然性がある。
  - ②暴走運転を続けたならば、車両の進行地点に他人が存在ないし登場したとしても衝突を回避することが不可能になる。
  - ③上記①および②を行為者が認識している（人影がないことを確認して、他人の存在ないし登場の蓋然性の表象を打ち消したりしていない）。
  - ④上記③の認識が生じた時点で、安全な運転態様に変更して結果を回避することが行為者にとって十分に可能である。
  - ⑤上記④を行為者が認識している。
  - ⑥行為者には、上記③および④の認識を意識に取り込んだうえで人を死に至らしめる危険な運転を継続するかしないかを判断する機会があったが、その機会においてあえて当該運転を継続することを選択したことが認められる。
  - ⑦上記⑥の時点において、行為者が自らが死傷する可能性を認識していなかったあるいはほとんど気にも留めていなかったことが認められる。
- 以上の①～⑦が証拠上認定できる場合には、殺人の故意がある。

ということになる。

## IV 結語

### a) 結論の明確化

本稿の基本的な主張は、以上のとおりである。なお残された課題は、「人を死亡させる蓋然性のある運転行為」はどのようなものであるかについてである。というのも、自動車の運転は、どのようなものであっても人を死亡させる可能性を有するものであり、一定の行為は許された危険であると考えられるからである。換言すれば、許されない危険な運転行為はどの程度のものなのだろうか。

まず、この危険を否定すべき事案群から考えよう。交通法規を守った運転行為はこれに当たらないのは当然のことである。また、単に交通法規を破っただけであり、他者の生命・身体におよそ関連しない行為についても同様である。では、重大な違反であり、一般的には危険であると考えられる飲酒運転はどうだろうか。飲酒運転というだけでは判断不能であるといわざるをえない。飲酒したうえでどのような場所でのどのような運転をするのかによらなければ判断できない。飲酒運転であっても人も車もほとんど通らない見通しの良い道であれば典型的に危険であるとはいえないからである。

では、飲酒の上高速度で運転をしていたところ、<sup>(34)</sup> 図らずもセンターラインをはみ出して事故を起こしたような場合はどうだろうか。故意を認めることは困難だろう。センターラインをはみ出す行為自体が故意ではないからである。この場合、仮に自らの行為が危険であるという認識があったとしても、実現意思がない。赤色信号を無視して交差点へ進入する行為が故意に担われているのと対照的である。そうであるから、対向車がありうることを十分に認識しつつ、あえてにセンターラインをはみ出して対向車に向かっていくような場合であれば、行為者が自殺志願者であった場合や行為者が安全な大型トラックを運転しており対向車が原動機付自転車であるような場合など自己危殆化による反証を退けられることを前提に、故意を



認めることが可能である。なお、これと関連して高速道路等における逆走が問題となるが、私見によれば、逆走によって人が死亡する可能性を十分に認識しつつ、あえてこれを行って人を死に至らしめた以上、やはり理論的原則としては、危険運転致死（通行禁止道路運転致死）罪ではなく、殺人の故意を認めることが可能であると思われる。ただし、現実的には、逆走運転は自己危殆化の程度が極めて高いため、その反証を退けるのはかなりの困難が伴うと予想されるが。

b) 本稿の結論は何でないか

本稿は、

①交通事犯の立法論上の厳罰化を主張するものではない。

——本稿は立法論について触れていない。

②交通事犯の解釈論上の厳罰化を主張するものでもない。

——本稿は処罰範囲を広げるように解釈しようとしたものではなく、一般的に承認されている解釈の射程にすでに一部の交通事犯が含まれていることを主張するものである。

③すべての暴走運転に殺人の故意を認めるものではない。

——事実認定によって故意が認められない場合は当然故意犯の成立は否定される。そして故意が否定される場合の方が明らかに多い（ほとんどの暴走運転は死亡結果に対して過失にとどまる）。本稿は、ごく一部の場合にのみ故意犯成立の可能性があることを指摘するものである。

c) 現実的に残された課題

理論的にクリアにしてもなお現実的な課題が残されている。それは、検察官による訴因設定である。

殺意の認定は、もし仮に本稿の立場を採るにしても、具体的事案における立証、とりわけ自己危殆化に関する立証はやはり困難だろう。裁判員裁判において、どのように行為者が自己危殆化を小さく見積もったことを立証するのか、慎重な作業が求められることは想像に難くない。殺人罪で起

訴したものの危険運転致死罪しか認められないということは十分に考えうる。そうであれば、検察官はより確実な危険運転致死罪あるいは場合によっては自動車運転過失致死罪で起訴したいと考えるだろう。

ネックになるのは立証の困難さだけではない。逆に、殺人罪の成立が認められることが実務的に不都合な場面も考えられる。むしろこちらの方が現実的には問題を惹き起こすかもしれない。殺人罪を適用すると、死刑が選択される可能性がある。とりわけ、砂川暴走事件のように被害者が5名いる場合、4件の殺人既遂と1件の殺人未遂となれば、たとえそれらが観念的競合の関係に立つとしても、死刑選択が現実味を帯びてくるだろう。少なくとも、検察官による死刑求刑はほとんど回避できないように思われる。しかし、きわめて悪質で厳罰もやむをえないと思われる事案であったとしても、交通事案に対して死刑判決を下すことについてはなお躊躇するというのが法実務の現実であろう（もちろん私も死刑が妥当であるとは考えない）。となれば、検察官があえて死刑求刑を避ける意味合いで殺人罪ではなく危険運転致死罪で起訴するのは、現実的な観点からはやむを得ないといえるのかもしれない。これに対して、死刑が廃止されているドイツにおいては、ベルリン地裁がそうしたように、暴走事件に殺人罪を適用し、終身刑に処すことは——丁寧な事実認定を前提として——現実によりうる選択であったのであろう。

#### d) 当てはめ

では、本稿の立場からベルリン暴走事件および砂川暴走事件において殺意が認定可能であるかといえ、いずれの場合にも自己危殆化に関する検討が不十分であるため、裁判所の事実認定を前提にした場合には殺意認定は不可能であったといわざるをえない。殺人罪の成立を認めるためには審理不尽のきらいがある。もし殺人罪とするのであれば、自己危殆化に関する検討を丁寧に行わなければならないといえよう。

本稿のように暴走事件に対して殺人罪を適用する理論的可能性を認める立場からも、やはり殺人罪の適用はきわめて謙抑的に運用されることにな

る。

e) 結び

闇雲な厳罰化の要求にはまったく賛同することができず、与することも無いが、自己の行為が他者の生命に危険を発生させることを認識しつつ、あえてそのような行為を行った者に対して、その事実が証明されるのであれば、殺人罪を適用することには理論的な問題がない<sup>(35)</sup>。それは交通事犯においても例外ではない。あとは、現実的な立証および量刑の問題が課題として残される。

(了)

- (1) 2018年7月4日付讀賣新聞大阪夕刊社会面13頁, 2018年7月5日付朝日新聞朝刊31頁第1社会面。その後, 殺人罪で起訴。
- (2) 2018年7月6日付朝日新聞朝刊31頁第1社会面。
- (3) ここでいう「認容」は, 認容説による認容にかぎらず, 「意思的要素をもって」という意味で使用している。
- (4) 高山佳奈子『故意と違法性の意識』(有斐閣, 1999年) 141頁。
- (5) 井田良『講義・刑法学総論』第2版(有斐閣, 2018年) 179頁。なお, 同『刑法総論の理論構造』(有斐閣, 2005年) 78頁にも同趣旨のことが書かれている。
- (6) 現在では特別法となった危険運転致死傷罪も制定当初は刑法典における「傷害の罪」の章に置かれていた。基本行為たる危険行為に暴行程度の故意を認める趣旨であろう。暴行の故意ありとされたいわゆる「幅寄せ」が取り込まれていることから明らかである。ただし, 傷害の故意までは含んでいるとはいえない(内田博文「危険運転致死傷罪と結果的加重犯論」現代刑事法48号(2003年)73頁参照)。制定時の論評として, 井田良「危険運転致死傷罪の立法論的・立法論的検討」法律時報75巻2号(2003年)31頁以下, 井上宏「刑法の一部を改正する法律等について一危険運転致死傷罪の新設等」現代刑事法36号(2002年)91頁以下等参照。また, 自動車の運転について暴行の未必の故意を認めた判例として, 広島高判昭和36年8月25日高刑集14巻5号333頁参照。なお, 本件事案は, 飲酒酩酊のうえ無灯火で多数の歩行者に車を衝突させる可能性を十分に認識しつつあえて自動車を運転したというものである(しかも,

事件現場は人の多く歩行する盆踊り大会からの帰り道であった) から、丁寧な認定をすれば本稿の立場からは殺人の故意を認めることも不可能ではなかったように思われる。

- (7) 被害者の数が特定されていない未必の故意，すなわち概括的故意の認定問題であるが，概括的故意は（択一的故意と並んで）未必の故意のヴァリエーションのひとつであるので，本稿においては「未必の故意」と表現する。
- (8) BGH Urteil vom 1. März 2018-4-StR 399/17; NStZ 7/2018 S, 409. NJW-Spezial, 2018 heft 9, S. 280. 本事件については，桃山法学29号においても紹介した（江藤隆之「2018年3月1日ドイツ連邦通常裁判所第4刑事部による3つの判決」桃山法学29号（2018年）165頁以下参照）。
- (9) いわゆる被害者参加であるが，ここでは“Nebenklage”を「公訴参加」と訳した。
- (10) 札幌高判平成29年4月14日判時2373号104頁，D1-Law 判例ID28251370。  
なお，本件は執筆時点で上告中である（初稿校正時に上告が棄却された）。
- (11) 高山・前掲注(4)148頁。
- (12) 高橋則夫『刑法総論』第4版（成文堂，2018年）179頁注22。
- (13) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣，2013年）241頁。
- (14) 団藤重光『刑法綱要総論』第3版（創文社，1990年）295頁。
- (15) 高橋・前掲注(12)180頁。
- (16) 私は，違法論における規範違反説を基礎に，故意を不法要素とする。
- (17) スペインの学説においても，意思的要素を「犯罪実現の意思」（voluntad de realizar el delito）と解する見解が近年主張されている（v. Antonio Zárate Conde, Eleuterio González Campo, Derecho Penal Parte General, 2015, P. 195.）。また，スペイン最高裁は2017年の裁判決において，「行為者の行為が故意であったというためには，知識的あるいは認識的要素（elemento intelectual o cognoscitivo）にくわえてさらに意思的要素（y otro volitivo）が認められなければならない」としたうえで，「意思的要素は，行為者が可罰的な行為が構成する客観的要素を知っているだけでなく，犯罪構成要件が予定する要件を実現したい（quiere realizarla）ときに認められる」（STS 566/2017）とした。これは，実現意思説を採用するものといえよう。
- (18) 「あえて」という語はしばしば認容説における認容として理解される（たとえば団藤・前掲注(14)296頁は，判例が「あえて」と表現したことをもって判例の立場は「実質的には認容説だといってよいとおもわれる」

とする)が、本稿における「あえて」は「実現意思をもって」の意味である。

- (19) 高橋・前掲注(12)181頁。
- (20) 私は、故意における意思的要素は、結果の実現も構成要件該当事実の実現そのものでもなく、構成要件該当事実を実現する可能性のある行為に向けられていると解する。「人の死を実現する意思」ではなく、「人の死を惹起する可能性のある行為を、認識・予見しながら、意識的に実行する意思」である(未必の故意は結果ではなく、危険な行為に向けられている)。その際、構成要件実現の蓋然性の程度と回避行為の可能性・容易性の認識・予見はきわめて重要な基準となる。回避が困難であるような場合は実現意思は否定される方向に働き、回避が容易であるにもかかわらず回避行為をとらなかった場合、実現意思は肯定される方向に働くのである。
- (21) 山中敬一『刑法総論』第3版(成文堂、2015年)331頁以下は「回避意思不投入」という。だが、私は回避意思ではなく回避行為の問題であると考えてるので、本稿では回避行為不投入と表現した。
- (22) 本判決は認識説、蓋然性説の否定も含意していよう。
- (23) Urteil vom 1. März 2018-4-StR 311/17; Urteil vom 1. März 2018-4-StR 158/17. 詳細は、江藤・前掲注(8)165頁以下参照。
- (24) Vgl. Klaus Leipold/Stephan Beukelmann, Praxishinweis, NJW-Spezial, 2018 heft 9, S. 280.
- (25) Tonio Walter, NStZ, 7/2018, S. 412f.
- (26) Walter, a.a.O. (Anm.25), S. 413.
- (27) Walter, a.a.O. (Anm.25), S. 413.
- (28) 侵害・危殆に対する概念である不快(侵害原理に対する不快原理の不快)を意識した。
- (29) この意味で、注(20)に、「(未必の故意は結果ではなく、危険な行為に向けられている)」と書いたのである。行為者が抱いている実現意思は、結果を発生させるという意味における「結果の実現意思」ではなく、「結果発生のありうる行為をあえて現に行う」という意味における「結果惹起危険行為の実現意思」なのである。この見解に対して、結果を実現する意思でなくてはならない、という反論がありうるが、そうであれば、未必の故意は細かく事案を検討すればいずれにせよ認められないことになろう。
- (30) 自己危殆化を小さく見積もっていたのであれば、自己危殆化の十分な

認識を欠いていたか、自己危殆化の認識をしたうえでそれでもかまわな  
いと思っていたということになるからである。

- (31) プレーメン二輪暴走事件参照。BGH Urteil vom 1. März 2018-4-StR 311/17
- (32) ただし、フランクフルト・アム・マイン暴走事件（BGH Urteil vom 1. März 2018-4-StR 158/17）において BGH は、被告人がシートベルトをしていなかったことから被告人が自己の死を容認していたと認定した地裁の認定は、それだけでは不十分であるとした。
- (33) 伊東研祐『刑法総論』（日本評論社、2010年）107頁は、認識説に立ちつつ飲酒運転について「飲酒の後、全く何も考えずに漫然と運転を再開し、歩行者に自動車を接触させて負傷事故を起こした場合」は過失であり、「飲酒後、その状態で運転すると事故を起こして人を死傷させると一旦は認識したが、時間も経ち、アルコールも少しは飛んだし、自分は運転が巧いから危なくなっても事故は避けられる、事故は起きないと考えて運転行為に出て、事故を起こした場合」も過失であるが、「犯罪事実の認識を最終的に否定せず、それが保持されて存在するまま、アルコールも少しは飛んだし、事故になる確率など低いから、と考えると漫然と運転行為に出て、事故を起こす場合」には「故意行為に他ならない」とするが、故意か過失かの認定は、飲酒時でも飲酒運転開始時でもなく、事故直前の行為者が行為コントロール可能な時点での具体的事情によるべきであるから、このような大雑把な判断は失当であろう。現にどのような道路で（交通量如何、見通しの如何など）どのような運転態様を選択していたかを認定しなければならない。第3の場合であっても、見通しの良く交通量の少ない直線道路をまっすぐ運転していたところ、思わぬ横断者の出現により当該横断者を死傷させた場合は、過失であろう。また、第1の場合であっても、交通量の多い交差点に差し掛かることを認識しながら猛スピードで赤信号を無視して交差点内に入進入して接触事故を起こせば——本稿の主張するように——故意であるといえる場合があるであろう。
- (34) 最決平成25年4月15日刑集67巻4号437頁。
- (35) もしかしたら本稿は、一般的交通事犯において行われている故意反証を言語化して説明しただけなのかもしれないが、それはそれで言語化する学問的な意義はあるといえるだろう。

## ＜判例研究＞

## 訴因変更の要否について

——最高裁平成13年4月11日決定までの判例の変遷——

河野敏也

## 目次

【事実の概要】

【決定要旨】

【検討】

## I 序論

## II 平成13年決定前の学説および判例の概況

## 1. 法律構成説と事実記載説

- (1) 法律構成説
- (2) 事実記載説
- (3) 判例の立場

## 2. 具体的防御説と抽象的防御説

- (1) 具体的防御説
- (2) 抽象的防御説
- (3) 具体的防御説から抽象的防御説への変遷について
- (4) 抽象的防御説への批判と二段階防禦説

## III 平成13年決定の意義と従前の判例との関係

## 1. 平成13年決定の意義

## 2. 平成13年決定以前の判例との関係

- (1) 概要
- (2) 検討

## 3. 平成13年決定の影響

## IV 結論

キーワード：訴因，具体的防御説，抽象的防御説，審判対象の画定，被告人の  
防御

最小平成13年4月11日決定

殺人，死体遺棄，現住建造物等放火，詐欺被告事件

平成11年（あ）423号

上告棄却

出典：刑集55巻3号127頁等

### 【事実の概要】

本件の殺人事件について，当初，その公訴事實は，「被告人は，Aと共謀の上，昭和63年7月24日ころ，青森市大字合子沢所在の産業廃棄物最終処分場付近道路に停車中の普通乗用自動車内において，Bに対し，殺意をもってその頸部をベルト様のもので絞めつけ，そのころ窒息死させて殺害した」というものであったが，被告人は，Aとの共謀の存在と実行行為への関与を否定し，無罪を主張した。そこで，その点に関する証拠調べが実施されたところ，検察官が第1審（青森地判平成7年11月30日）係属中に訴因変更を請求し，「被告人は，Aと共謀の上，前同日午後8時ころから午後9時30分ころまでの間，青森市安方2丁目所在の共済会館付近から前記最終処分場に至るまでの間の道路に停車中の普通乗用自動車内において，殺意をもって，被告人が，Bの頸部を絞めつけるなどし，同所付近で窒息死させて殺害した」旨の事実に変更された。これを受けて，第1審の青森地方裁判所は，「被告人は，Aと共謀の上，前同日午後8時ころから翌25日未明までの間に，青森市内又はその周辺に停車中の自動車内において，A又は被告人あるいはその両名において，扼殺，絞殺又はこれに類する方法でBを殺害した」旨の事実を認定し，これを罪となるべき事実として判示した。

被告人側は，訴因において実行行為者が被告人であると明示されていたにもかかわらず訴因変更を経ることなく「A又は被告人あるいはその両名」という認定をしたことが法令違反にあたるとして控訴したが，原審は，原々審のような「認定がなされた場合には，被告人として，殺人及び死体遺棄について，共謀者としての刑事責任を免れないが，同時にその限度で責任



を負うにすぎない。要するに、自分が実行行為を担当したか否かについては、防禦が功を奏したのである。そして、その結果として原判示のような択一的な認定がなされたとしても、そのことにより被告人が格別の不利益つまり不意打ちを受けたことにはならないはずである。従って、本件の場合には、訴因変更を要しないと解するのが相当であるから、原審の訴訟手続には所論のような法令違反はない」としてこれを棄却した。そこで、被告側が訴因変更義務違反であり、憲法31条に違反するなどとして上告した。

### 【決定要旨】

最高裁は、上告趣意は、いずれも上告理由にあたらぬとして上告を棄却したが、職権で次のように判断した。

「実行行為者につき第1審判決が訴因変更手続を経ずに訴因と異なる認定をしたことに違法はないかについて検討する。訴因と認定事実とを対比すると、前記のとおり、犯行の態様と結果に実質的な差異がない上、共謀をした共犯者の範囲にも変わりはなく、そのうちのだれが実行行為者であるかという点が異なるのみである。そもそも、殺人罪の共同正犯の訴因としては、その実行行為者がだれであるかが明示されていないからといって、それだけで直ちに訴因の記載として罪となるべき事実の特定に欠けるものとはいえないと考えられるから、訴因において実行行為者が明示された場合にそれと異なる認定をすることも、審判対象の画定という見地からは、訴因変更が必要となるとはいえないものと解される。とはいえ、実行行為者がだれであるかは、一般的に、被告人の防御にとって重要な事項であるから、当該訴因の成否について争いがある場合等においては、争点の明確化などのため、検察官において実行行為者を明示するのが望ましいということができ、検察官が訴因においてその実行行為者の明示をした以上、判決においてそれと実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要するものと解するのが相当である。しかしながら、実行行為者の明示は、前記のとおり訴因の記載として不可欠な事項ではないから、少なくとも、被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に

不意打ちを与えるものではないと認められ、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益であるとはいえない場合には、例外的に、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる実行行為者を認定することも違法ではないものと解すべきである。

そこで、本件について検討すると、記録によれば、次のことが認められる。第1審公判においては、当初から、被告人とAとの間で被害者を殺害する旨の共謀が事前に成立していたか、両名のうち殺害行為を行った者がだれかという点が主要な争点となり、多数回の公判を重ねて証拠調べが行われた。その間、被告人は、Aとの共謀も実行行為への関与も否定したが、Aは、被告人との共謀を認めて被告人が実行行為を担当した旨証言し、被告人とAの両名で実行行為を行った旨の被告人の捜査段階における自白調書も取り調べられた。弁護人は、Aの証言及び被告人の自白調書の信用性等を争い、特に、Aの証言については、自己の責任を被告人に転嫁しようとするものであるなどと主張した。審理の結果、第1審裁判所は、被告人とAとの間で事前に共謀が成立していたと認め、その点では被告人の主張を排斥したものの、実行行為者については、被告人の主張を一部容れ、検察官の主張した被告人のみが実行行為者である旨を認定するに足りないとし、その結果、実行行為者がAのみである可能性を含む前記のような択一的認定をするにとどめた。以上によれば、第1審判決の認定は、被告人に不意打ちを与えるものとはいえず、かつ、訴因に比べて被告人にとってより不利益なものとはいえないから、実行行為者につき変更後の訴因で特定された者と異なる認定をするに当たって、更に訴因変更手続を経なかったことが違法であるとはいえない。」

## 【検討】

### I 序 論

刑訴法312条1項は訴因変更の制度を規定している。検察官の主張と、

裁判所が認定しようとする事実とがくい違い、ずれが生じているときに、「いかなる場合に、この事実をそのまま認定することができるか、いかなる場合には訴因を変更しなければこの事実を認定できないか」というものが訴因変更の要否の問題である。訴因変更の要否に関しては多様な見解が存するが、教科書的な記述の概要は、次のようなものである。公訴事実対象説から法律構成説が唱えられ、訴因対象説から事実記載説唱えられ、この両者が対立し、現在、具体的な事実が一定の限度を超えてずれている場合に訴因変更の必要性を認める事実記載説が判例・多数説である。一定の限度を超えたか否かの判断につき、具体的防御説と抽象的防御説が対立しており、判例はこの二つの見解で変遷していたところ、最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁（以下、平成13年決定）によって新たな展開が示された。<sup>(2)</sup>平成13年決定は、<sup>(3)</sup>訴因変更の要否についての従前の議論とは異なる新たな枠組みを示したことで、訴因変更の要否に関する重要な判例であり、かつ基本的な判例とされる。そこで、平成13年決定がそれまでの議論とどのような関係にあるのかを検討していくことにする。

## II 平成13年決定前の学説および判例の概況

### 1. 法律構成説と事実記載説

#### (1) 法律構成説

法律構成説とは、「訴因をもって、社会的事実としての犯罪事実を各罰則の構成要件に当てはめた形において法律的に構成したものをいうと定義づけ、訴因の拘束力は、その法律構成の点について生じる」<sup>(4)</sup>見解であるとされる。法律構成説においても変遷が存在している。

この立場は、訴因が各罰条の構成要件に当てはめた形において法律的に構成した具体的犯罪事実であることを前提とする。訴因を明示する方法は、公訴犯罪事実を特定できる程度にできる限り日時、場所、方法の明示により適用すべき罰条の構成要件上の特徴を明らかにすることだという。訴因に示された行為の態様、行為の客体などに差が生じたとしても、依然とし

て同一罰条に該当するものと認められるときは、訴因の同一性の範囲に属しており、訴因の追加または変更を要しないとされる。<sup>(5)</sup>未遂犯・共犯においては、構成要件の修正形式であることと、訴因概念を取り入れたことから、未遂として起訴された場合に既遂と認定すること、教唆として起訴された場合に正犯と認定する場合は、訴因の追加または変更を要することになる。ただし、単独犯として起訴された者を共同正犯と認定することについては訴因の追加または変更を要しないと解されている。<sup>(6)</sup>

罰条同一説によれば、同一構成要件に該当していれば、たとえ行為態様が大幅に異なっていたとしても訴因の変更は不要であることになる。そうすると、「被告人はかなりの範囲を持つ一個の社会的事実のなかから、ある構成要件にあてはまる、あらゆる可能なくみあわせを予想して、そのすべてに対して防禦方法を講じなければならない<sup>(7)</sup>」のである。これは、「作為犯としての殺人罪として起訴されたものを裁判所が不作為の殺人と認定する場合でも、同一の刑法第199条を適用するから訴因の変更は必要でないということになり、不意打ちにより被告人の防禦に不利益をあたえることとなる<sup>(8)</sup>」と批判されることになる。

そこで、事実記載説に対しては、「実質的なとか著しいとか重要とかいうことを判断する明確な基準は到底示され」得ず、そうすると、「結局裁判官の裁量によって左右」されることになり妥当ではないと批判しながらも、「類別的に区別」できる場合には事実関係の変更を訴因の変更として取り扱うという立場も主張される。<sup>(9)</sup>例えば、強盗罪は、その手段行為として暴行と脅迫を区別して規定しており、それが典型的に区別して観念できることから、事実関係の変更を訴因の変更として取り扱うことになる。この類型性は、条文上の記載に限定されない。横領罪における償却横領・拐帯横領・費消横領などのような類型化して観念できるものも訴因変更を要すると解されている。<sup>(10)</sup>

## (2) 事実記載説

事実記載説は、訴因が構成要件にあてはめて法的に構成された事実の記

載であり、法的構成そのものではなく、法的に構成された事実だとしたうえで、訴因の拘束力が事実の記載そのものについて認められるとする見解である<sup>(11)</sup>。この立場を徹底すれば、事実が変われば訴因が変わることになるので、訴因変更の必要があると解するのが自然となる。しかし、あらゆる食い違いの場合に必ず変更が必要だとするのは、到底煩にたえないので、必然的に何らかの限界が必要となってくる<sup>(12)</sup>。すなわち、事実の食い違いが「どの程度から意味を持つか、重要であるかという問題である」<sup>(13)</sup>ことになるので、「事実の『重要な』、『実質的な』側面にずれが生じたかが基準」<sup>(14)</sup>となり、訴因変更の要否が判断されることになる。そうすると、事実の重要なずれとは何かという問題に逢着する。この問題については、訴因の機能が攻撃防御の焦点を明らかにするものであることから、被告人の実質的な防御の保障という見地から目的論的に限界を設定すべきことになる<sup>(15)</sup>。そこで次の問題は、「どういう場合に防御上の不利益となるか」<sup>(16)</sup>であり、この点につき、抽象的防御説と具体的防御説に分かれている<sup>(17)</sup>。

なお、審判対象論と関連して議論されることがある。公訴事実対象説からは、罰条同一説・法律構成説が主張され、訴因対象説からは、事実記載説が主張されたとして審判対象論との結びつきがあると指摘されている<sup>(18)</sup>。確かに、事実記載説は、公訴事実対象説と結びついて主張されていたが<sup>(19)</sup>、事実記載説は、訴因対象説のみならず公訴事実対象説からも主張されている<sup>(20)</sup>ことから、関連性はあれ、必然的な結びつきがあるとはまでは言うことができない。

### (3) 判例の立場

仙台高判昭和24年6月7日高刑集2巻1号12頁は、窃盗の共同正犯の訴因であるところ、訴因変更を経ることなく窃盗の幫助を認めた事案で、「訴因とは公訴事実を法律的に構成したものをいい、ことに法律的に構成するとは、刑罰法令の各本條に定める犯罪構成要件にあてはめて叙述するというに外ならないから、訴因と判決の認定事実との間に若干の相違があつてもその間に公訴事実としての同一性が失われず、同時に、そのあ

てはめられた構成要件の同一性もまた失われていないならば、両者は同一性を保っているものというべきで、判決の事実認定において、訴因をこの程度に変更するには、固より刑事訴訟法第三百十二條の措置を執るの要がない。ところで、前記本件訴因の窃盜の共同正犯と原判決認定の窃盜の幫助とでは、両者の基本的事実関係は同一で單に犯行の態様を異にするに過ぎぬものであるから、両者が公訴事実に於いて同一性を有するものというべきことは、従来における大審院幾多の判例に徴して疑なく、又共犯の觀念は講学上犯罪構成要件の修正形式とか刑罰擴張原因などと呼ばれるところのもので、それ自体が別個の犯罪構成要件を成立せしめる要素ではないから、ある罪の共同正犯とせられているものをその罪の幫助に変更したからとて、それによつて犯罪構成要件の同一性を失わしめたということではできないのである」として、窃盜の共同正犯と窃盜の幫助が少なくとも罪名を同じくする以上、訴因の変更が不要であると判示したのである。このように、「比較的初期の高裁判例の中には、法律構成説ないしこれに近い考えに依拠したものと推察されるものが、かなり見受けられた<sup>(21)</sup>」と評価されている。

これに対して、名古屋高判昭和24年5月2日特報1号6頁も窃盜の共同正犯の訴因であるところ、窃盜の幫助を認定した事案であるが、訴因の変更が必要であるとする述べている。すなわち、訴因変更の規定は、「仮令公訴事実の同一性を害さぬ場合でも法定の手續による追加、撤回、変更がなされぬ限り起訴状に訴因を以て明示されていない事實はそれが被告人に實質的に不利益を與えると否とを問わず審判の対象とすることを禁止し当事者に対して不測の事實認定を受けないことを保障し当事者をして安じて起訴状の又はその後の法定の手續によつて審判の対象とされている当該訴因に攻撃防禦を集中せしめる趣旨であつて訴因の異別は副一的に且嚴格に判定すべき」とした上で、「窃盜行爲自体とその窃盜の幫助行爲とはその基本的関係を同一にするものでその認定の変更は事實の同一性を害さぬとはいひ得るが被告人が窃盜をしたのではなく單に他人の窃盜行爲を幫助したものだといふのでわ被告人に窃取行爲が存せず他人の窃取行爲に便宜

を與えたというのであるからその犯罪構成の事実に異同があり所謂訴因を異にすること明かで従つて当事者としてもその何れかによつて攻撃防禦の方法乃至資料の使用において差異を生ぜざるを得ないので窃盜行爲自体の存否に弁論を集中させながら突如として法定の手續によらず窃盜幫助を認定するが如きは当事者としては不測の事實認定を受けたもので当事者特に被告人特に被告人側の防禦権を不当に奪つたものに外ならぬ。原審が前掲説示のように起訴状の訴因を以て明示された事實が被告人に窃盜行爲ありとなすのに法定の手續を経ることなくこれと訴因を別にする被告人が他人の窃盜行爲を幫助したと認定したのは同法第三百七十八條第三号に該当する不法を敢えてしたとする前掲控訴趣意はその理由あるもの」と判示した。このように「比較的初期の高裁判例」においては、事實記載説に依拠したと解されるものもあり、法律構成説と事實記載説の意見対立が見られた。

最高裁判所は、最決昭和40年12月24日刑集19卷9号827頁において、「記録によれば、第一審判決は、本件遁脱所得の内容として、檢察官の主張しなかつた仮払金一七五万円、貸付金五万円を新たに認定し、また、檢察官の主張した借入金七五万円を削除して認定しており、原判決は、訴因変更手續を経由することなく右のごとく認定した第一審判決が違法であるとはいえないと判示しているが、かような認定は、被告人側の防禦に実質的な不利益を与えることもありうるのであるから、訴因変更の手續を要する」と判示している。このように、最高裁は、法律構成に変化がなくとも事實の変動がある場合には訴因変更が必要としている<sup>(22)</sup>。加えて、最判昭和28年5月8日刑集7卷5号965頁は、「第一審判決が本件起訴状に基いて背任の事案を認定しこれに対して背任罪の規定を適用してもそれは詐欺の事實が確定されているものといわねばならない。従つて第一審判決は詐欺の事實を認定しながら背任の法条を適用した誤があるものといわねばならないから原審が第一審判決を破棄した上適条の誤を正したのは正当であり、右のような場合には訴因の変更を必要とするものではない」と判示した。したがって、最高裁は、事實関係に変動がなければ、法律構成・罰条適用が異なつていても訴因変更を要しないとしている<sup>(23)</sup>。以上のことから、判例は、

事実記載説の立場にあると<sup>(24)</sup>いってよい。

## 2. 具体的防御説と抽象的防御説

事実記載説は、通説・判例といえる状況にあるが、その中でも抽象的防御説と具体的防御説のいずれを採るべきか議論が分かれている。抽象的防御説は、「被告人の防御上の不利益を、抽象的ないし一般的な見地から判定すべきである立場<sup>(25)</sup>」あるいは「訴因事実と認定事実を一般的、類型的に<sup>(26)</sup>対比することにより判定<sup>(26)</sup>」する立場であるとされる。これは、「防御の抽象的保障でよいとする説のようにきこえるが……、そうではなく、訴因変更の不要な場合を一般に防御活動が及びうる範囲に<sup>(27)</sup>限定」するものである。具体的防御説は、「被告人の防御活動等具体的な審理の経過状況にかんがみ個々の事件ごとに<sup>(28)</sup>個別的に判定<sup>(28)</sup>」する立場であるとされる。これは、「具体的な防御の保障を要求する説のようにきこえるが……、そうではなく、たまたま防御活動をしていれば訴因変更の要はないという免責の論理を認める考え方<sup>(29)</sup>」だとされている。この両説は、「もともと判例の分類・解説を試みた際の道具概念<sup>(30)</sup>」であつた。そこで、この両説に該当し得る判例を概観する。

### (1) 具体的防御説

具体的防御説に立ったと評価されているものとして、最判昭和29年1月21日刑集8巻1号71頁が挙げられている。これは、窃盗の共同正犯の訴因につき、訴因変更の手続を経ることなく、訴因に記載されていない窃盗幫助の事実を認定した事案である。本判決は、「法が訴因及びその変更手続を定めた趣旨は、原判決説示のごとく、審理の対象、範囲を明確にして、被告人の防禦に不利益を与えないためであると認められるから、裁判所は、審理の経過に鑑み被告人の防禦に実質的な不利益を生ずる虞れがないものと認めるときは、公訴事実の同一性を害しない限度において、訴因変更手続をしないうで、訴因と異なる事実を認定しても差支えない」とした上で、「第一審公判廷で、窃盗共同正犯の訴因に対し、これを否認し、第一審判



決認定の窃盗幫助の事実を以て弁解しており、本件公訴事実の範囲内に属するものと認められる窃盗幫助の防禦に実質的な不利益を生ずる虞はない」と判示した。すなわち、被告人が「相被告人Bと共謀の上昭和25年10月8日……C方牛小屋で同人所有の二才雌牛一頭を窃取した」という訴因に対し、被告人が「司法警察員の取調にも亦原審公判廷に於ても自分は牛の所在をBに教えてやりその牛を処分してやつた旨主張している」という具体的な審理経過を基に被告人の防禦に実質的な不利益が生じる恐れがあったか否かを判断しており、本判決は具体的防禦説を採っているといつてよい。<sup>(32)</sup>

具体的防禦説に対しては次のような批判が存する。個別判断であることから、客観的基準が立てにくく訴因変更の要否の基準として曖昧である。加えて、「たまたま防禦活動をしていれば訴因変更の要はないという免責の論理」であることから、多くの場合、防禦が尽くされているがゆえに訴因変更が不要という結論に至り、訴因制度を設けた趣旨が没却されてしまふ。<sup>(33)</sup>このような批判が出たことで、判例は具体的防禦説から抽象的防禦説へと転じたという見方がなされるようになった。<sup>(34)</sup>

## (2) 抽象的防禦説

抽象的防禦説に立ったと評価されているものとして、最判昭和36年6月13日刑集15巻6号961頁が挙げられている。これは、収賄の共同正犯の訴因に対し、訴因罰条を変更することなく贈賄の共同正犯を認定した事案である。<sup>(35)</sup>本判決は、「本件公訴事実と原判決認定の事実とは、基本的事実関係においては、同一であると認められるけれども、もともと収賄と贈賄とは、犯罪構成要件を異にするばかりでなく、一方は賄賂の收受であり、他方は賄賂の供与であつて、行為の態様が全く相反する犯罪であるから、収賄の犯行に加功したという訴因に対し、訴因罰条の変更手続を履まずに、贈賄の犯行に加功したという事実を認定することは、被告人に不当な不意打を加え、その防禦に実質的な不利益を与える虞がある」と判示し、訴因変更が必要であるとした。

また、最判昭和41年7月26日刑集20巻6号711頁は、業務上横領の訴因をもって起訴されたが、特別背任の訴因に変更されていたところ、起訴状に記載された事実および業務上横領を認定したという事案である。本判決は、「一審で当初起訴にかかる業務上横領の訴因につき被告人に防禦の機会が与えられていたとしても、既に特別背任の訴因に変更されている以上、爾後における被告人側の防禦は専ら同訴因についてなされていたものとみるべきであるから、これを再び業務上横領と認定するためには、更に訴因罰条の変更ないし追加手続をとり、改めて業務上横領の訴因につき防禦の機会を与える必要がある」と判示した。これらの判例は、「具体的な訴訟経過を離れて訴因と認定事実とを比較し、訴因変更を行わないことが抽象的・類型的に被告人の防禦に不利益を所持させるおそれがあるか否かの観点から判断する<sup>(36)</sup>」抽象的防禦説を採っていると評価されている。

以上の具体的防禦説と抽象的防禦説の判例の流れは、1950年代においては、縮小理論を活用する場合と、具体的防禦説に立脚する場合の二つに分かれていたところ、1960年代においては、後者の場合は、具体的防禦説に立脚する流れが抽象的防禦説へと方向転換したと解されている<sup>(37)</sup>。学説上も、抽象的防禦説が通説となったことで、「訴因変更の要否をめぐる従来の議論は、事実記載説を前提とした抽象的防禦説の立場を到達点とすると総括<sup>(38)</sup>」<sup>(39)</sup>されている。

### (3) 具体的防禦説から抽象的防禦説への変遷について

抽象的防禦説が一つの到達点となったとしても、それをもって具体的防禦説の見地が学説・判例から姿を消したわけではない<sup>(40)</sup>。例えば、最決昭和55年3月4日刑集34巻3号89頁が挙げられている<sup>(41)</sup>。これは、酒酔い運転の罪で起訴されたのに対し、訴因変更の手続を経ることなく酒気帯び運転を認定したという事案である<sup>(42)</sup>。最高裁は、「道路交通法一一七条の二第一号の酒酔い運転も同法一九条一項七号の二の酒気帯び運転も基本的には同法六五条一項違反の行為である点で共通し、前者に対する被告人の防禦は通常の場合後者のそれを包含し、もとよりその法定刑も後者は前者より軽

く、しかも本件においては運転開始前の飲酒量、飲酒の状況等ひいて運転当時の身体内のアルコール保有量の点につき被告人の防禦は尽されていることが記録上明らかであるから、前者の訴因に対し原判決が訴因変更の手続を経ずに後者の罪を認定したからといつて、これにより被告人の実質的防禦権を不当に制限したものと認められ」ないと判示した。

この決定は、①酒酔い運転と酒気帯び運転が道路交通法65条違反で共通しており、酒酔い運転に対する被告人の防御が通常は酒気帯び運転の防御を含み、法定刑も後者は前者よりも軽いという点、②本件において運転当時の身体内のアルコール保有量についての被告人の防御が尽くされているという点の二つの論点がある。①の点は、縮小認定の問題とされている。酒酔い運転の構成要件は、身体内のアルコール保有量のいかんを問わず「酒に酔った状態」にあったこと、すなわち「アルコールの影響により正常な運転ができないおそれがある状態」にあったことである。これに対して酒気帯び運転は、「身体に政令で定める程度以上にアルコールを保有する状態」にあったことである。そうすると、酒に弱い体質の者がアルコールを摂取した場合、酒酔い運転には当たるが、酒気帯び運転には当たらないという状態が論理的には生じ得る<sup>(43)</sup>。しかし、実務上、酒気帯び運転に当たらないアルコール保有量の者を酒酔い運転で起訴することがまれであることから、酒酔い運転の訴因には、通常、政令に定める以上に身体内のアルコール保有量がある旨の主張が黙示的に含まれていると解することも可能となり、酒酔い運転と酒気帯び運転は、「大は小を兼ねる」の関係<sup>(44)</sup>（あるいはそれに準ずる類型）となり、縮小認定が適用可能であるとされる。②の点は、具体的審理経過の点に言及していることから、具体的防御説の見地が取り入れられていると解されている。本決定は、酒酔い運転と酒気帯び運転が例外的な場合に「大は小を兼ねる」の関係にないが、このような場合でも訴因変更が不要であることを基礎づけるために、具体的な審理経過から被告人の防御が尽くされているかを検討したとされているのである。この立場からは、「本決定により、具体的防禦説の見地がまったく捨象されあるいは克服されているとはいえない<sup>(46)</sup>」ということになる。

しかし、「訴因の特定に不可欠な事項が変動している場合には審判対象画定の見地から訴因変更が必要」なのは、「検察官の訴追意思が及んでいるか否か」が問題となるからであって、「縮小認定の場合」は、「検察官の訴追意思が及んでいる……範囲内といえるわけで、少なくとも審判対象の見地から訴因変更が必要となることはない理由は、そのように説明できる」とされる<sup>(47)</sup>。本決定は、「検察官が酒酔い運転の訴因で起訴したときに、酒気帯び運転の訴追意思があるのかないのかという点こそが問題」となっており、「酒気帯び運転にも検察官の訴追意思が及んでいる」ことから縮小認定が可能となるが、「検察官の訴追意思が及んでいる範囲内にあっても、なお争点の明確化による不意打ち防止については十分な配慮を要するという……考え方に立って、酒気帯び運転の認定が不意打ちではなかったことを念のために示した」と評価することもできる<sup>(48)</sup>。この理解によれば、本決定は、具体的防御説の見地を取り入れたものではなく、不意打ち防止の観点から検討されたのであって、「具体的防御説の復権」とはいえないことになる<sup>(49)</sup>。ただし、この立場に依ったとしても、「不意打ち防止機能」は、審判対象画定の見地とその反射効である抽象的防御の見地からの判断とは性質を異にするとされている<sup>(50)</sup>ことから、「具体的防御説に立脚する流れが抽象的防御説へと方向転換」した流れそのものと評価することはできない。

#### (4) 抽象的防御説への批判と二段階防禦説

抽象的防御説には、審判対象論・訴因の機能論との整合性から批判がなされている。審判対象論については、訴因対象説が通説となり、訴因の機能としては、第一に審判対象の設定が挙げられているのである。訴因を事実と捉え、訴因対象説から事実記載説を採り、事実の変化と訴因変更の要否とを結びつけることに矛盾はない。しかし、訴因変更の要否の検討に際して、防御の利益のみを考慮して、訴因の審判対象設定の機能に言及しないことは、訴因の機能論と関係で不十分であると批判されている<sup>(51)(52)</sup>。

また、抽象的防御説から訴因変更が不要とされる場合であっても、現実の事案を前提にすると、具体的な防御の観点から訴因の変更が必要になる

ケースがあると指摘されている。例えば、犯罪の日時についてのわずかな変更について、抽象的防御説にたてば訴因変更が不要であるが、被告人側がアリバイを主張している場合である。この場合には具体的な防御の不利益の有無を考慮すべきであるとして批判されることになる<sup>(53)</sup>。そこで、この立場から、①第一次的に抽象的な見地から防御に支障を生じないか検討し、②第二次的に個別の具体的な防御上の不利益を考慮する、という「二段構えの防禦説」が主張されている<sup>(54)</sup>。このような状況にある中で「訴因変更の要否に関する新たな判断枠組みを示した」<sup>(55)</sup>のが本平成13年決定である。

### Ⅲ 平成13年決定の意義と従前の判例との関係

#### 1. 平成13年決定の意義

本決定は、訴因変更の要否につき、2段階の判断枠組みを示したこと、審判対象の画定という見地が求められると判示したことに意義があるとされている<sup>(56)</sup>。そこで、それぞれの段階ごとの判断枠組みとその意義を確認していくことにする。

2段階枠組みにおける第1段階の枠組みについては、次のように述べている。「訴因において実行行為者が明示された場合にそれと異なる認定をすとしても、審判対象の画定という見地からは、訴因変更が必要となるとはいえない」のである。それは、「殺人罪の共同正犯の訴因としては、その実行行為者がだれであるかが明示されていないからといって、それだけで直ちに訴因の記載として罪となるべき事実の特定に欠けるものとはいえない」ことを根拠とする。すなわち、「訴因として明示された事項が審判対象の画定に必要な事項であれば、訴因変更が必要であることを前提として……、一般的に、訴因変更の要否を判断する場合には、まずその事項が審判対象を画定するのに必要な事項か否かを検討」<sup>(57)</sup>することになるのである。第1段階の判断枠組みにおいては、「審判対象を画定する見地から」<sup>(58)</sup>訴因の記載として不可欠な事項（絶対的要訴因変更事項）の変動については、例外なく訴因変更が必要とされることになる<sup>(59)</sup>。それは、訴因の特定に

において識別説を採ることを前提として、訴因の特定に必要な記載事項が他の犯罪事実との区別をすることで審判対象を画定させるものである以上、当該事項の変更は、審判対象の変更を意味するからである。そうすると、訴因変更を経ずに訴因と異なる事実を認定することは、検察官が主張していない審判対象以外の犯罪事実を裁判所が認定することにほかならず、まさに検察官に審判対象の設定権を付与した現行刑訴法に違反していることになる。<sup>(60)</sup>

第2段階の判断枠組みは次のようなものである。「実行行為者の明示」は、「訴因の記載として不可欠な事項ではない」が、「一般的に、被告人の防御にとって重要な事項」であって、これに争いがある場合には、検察官が明示することが望ましいことになる。そこで、「検察官が訴因においてその実行行為者の明示をした以上、判決においてそれと実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要する」としている。すなわち、訴因の特定には必要ではない記載事項について訴因における記載事項と異なる認定をする場合が問題となっているのである。この場合、訴因変更手続を必要とすることが原則となる。それは、訴因に記載することが不可欠ではない事項であっても、訴因として明示された場合には審理の対象となり、審理の結果として、争った事実と異なる事実を裁判所が当然に認定できてしまうと被告人への不意打ちになってしまうから、訴因変更が必要であることを原則としているのである。<sup>(61)</sup>ただし、「被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではないと認められ、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益であるとはいえない場合には、例外的に、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる」事実を「認定することも違法ではない」とした。この例外判断の場面においては、原則で「不意打ち防止」の観点によって訴因変更が要請されることの裏側として、公判審理の過程で被告人に防御の機会が付与されていれば、不意打ちとはならないことから、訴因変更を経ることなく、訴因と異なる事実を認定することが許されることになる。<sup>(62)</sup>

## 2. 平成13年決定以前の判例との関係

### (1) 概要

平成13年決定における第1段階の判断枠組みは、それまでの判例に対して、防御の利益のみを考慮して、訴因の審判対象設定の機能に言及していないという批判が向けられていた中で呈示された新たな枠組みと評価されている<sup>(63)</sup>。そうすると、この枠組みが従前の議論、すなわち、抽象的防御説と具体的防御説とはどのような関係にあるのかが問題となる。

この点につき、平成13年決定における第1段階の判断枠組みが、従前の「抽象的防御説の観点と実質的に異ならない」とする理解と<sup>(64)</sup>、従前の抽象的防御説では「訴因の記載として不可欠な事項」の観点が欠落している以上、「抽象的防禦に必要な事項を二分」していることになり<sup>(65)</sup>、従来の抽象的防御説は、平成13年決定の第一段階の枠組みよりも広いものであるとの理解に分かれる。

平成13年決定における第2段階の判断枠組みは、抽象的防御説から訴因変更が不要とされる場合であっても、現実の事案を前提にすると、具体的な防御の観点から訴因の変更が必要になるケースがあると批判されていた点への対応と見ることができる。そうすると、「具体的防禦説による処理が、例外的・補充的に許される場合」であるとして<sup>(66)</sup>、具体的防御説の見地が取り入れられていると解する理解がある<sup>(67)</sup>。これに対しては、第2段階の判断枠組みは、訴因の機能とは関係のない「争点明確化による不意打ち防止」を基礎にしていることから、抽象的防御説とも具体的防御説とも異なるものであるという理解もある。

### (2) 検討

平成13年決定の2段階の判断枠組みは、これまで確認した判例の流れとどのような関係にあるのだろうか。まず、第1段階の判断枠組みから検討したい。平成13年決定は、「審判対象の画定」の見地から検討を加えるものであり、これをうけて「従来の議論が、専ら被告人の防御に対する不利益に焦点をあてていたことには」、「訴因の果たすべき機能から理論的反省」

を迫られることになったと評価されているが<sup>(68)</sup>、これは、平成13年決定以前の訴因変更の要否に関する学説において訴因の機能論が捨象されていたことを意味しない<sup>(69)</sup>。たとえば、「訴因……を審判の対象とみるならば、審判対象としての同一性いかんという観点から具体的な訴訟の進行とは一応独立に、客観的に訴因変更要否の限界を定めるべき<sup>(70)</sup>」とする見解がある。さらに、被告人の防御と審判対象の画定の関係については、次のような見解が存する。すなわち、起訴状に記載される事項のうち、その内容がとくに重要なのは、訴因の明示が法で求められている「公訴事実」であり、これは、「検察官からみれば公訴提起の対象であり、裁判所からみれば審理判決の対象であるところの犯罪事実である。被告人からみれば、むしろこれが防禦の対象と」いうことになる。「職権主義が後退し、当事者の立証活動が重視されることになると、被告人に対してつねに審判の対象を明示しておくことは、十分な防禦の機会を保障するための不可欠の前提というべきであろう。したがって、当事者主義化した現行法において、まず公訴事実の具体的表示の要請、および、公訴事実が変動する場合の告知の要請を生ずるのは、被告人の防禦の必要という観点からみて、当然のことであった<sup>(71)</sup>」とされている。そもそも訴因の機能は、審判対象の画定と被告人の防御範囲の限定にある。抽象的防禦説は、訴因の後者の機能に着目した見解である。では、「最高裁こそが、審判対象論ないし訴因の機能論と訴因変更要否論との間に『不整合』を来していた<sup>(73)</sup>」のであろうか。すなわち、最高裁は、平成13年決定まで、審判対象の画定の見地を取り入れていなかったのであろうか。この点については、最判昭和41年7月26日刑集20巻6号711頁が、業務上横領の点についてすでに審理が尽くされていたにもかかわらず、特別背任の訴因に対し業務上横領の事実を認定してはならないとしているのは、「業務上横領の事実が検察官の主張するところの審理の対象になっていなかったからにほかならない」のであって、「訴因変更の要否の問題も、第一次的には、訴因はそもそも審判の対象であり、検察官の主張であるということを基本に据え、一般的な防御の視点はそれといわば裏腹の関係にあるものとして、併せて取り上げるのが相当である」と評価



されている。<sup>(74)</sup> そうすると、最高裁は、審判対象の画定の見地は、被告人の防御範囲の限定の裏返しとしてすでに扱っていたのであって、平成13年決定においてはじめて取り入れられたものではないことになる。<sup>(75)</sup>

次に、第2段階の判断枠組みについて検討する。こちらの判断枠組みは、抽象的防御説・具体的防御説とどのような関係にあるのだろうか。第2段階における原則の判断枠組みは、「一般的に、被告人の防御にとって重要な事項」が「原則として、訴因変更手続を要する」としていることから、「被告人の防御上の不利益を、抽象的ないし一般的な見地から判定」する抽象的防御説に依っているようにも見える。しかし、この場面では、「訴訟の実態を離れては判断できない」<sup>(76)</sup> のであり、そうすると、具体的な審理経過と防御上の具体的な不利益の有無が考慮される必要がある。これは、審判対象の画定の見地そしてその反射効である抽象的防御の見地からの判断とは性質が異なる。<sup>(77)</sup> 第2段階の例外の判断枠組みは、「被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではないと認められ、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益であるとはいえない場合」に訴因変更が不要であるというものであり、この判断基準は、「具体防御説とは似て非なる基準」<sup>(78)</sup> だとする指摘と、そのように「断言することはできない」という指摘がある。<sup>(79)</sup> 第2段階の判断枠組みにおいて、「審判対象の策定にとって不可欠ではないが、被告人の具体的な防禦活動にとって重要な事実が訴因に明示されているとき、これと実質的に異なる事実を認定するには、原則として訴因の変更が必要である」とし、「しかし、具体的な審理状況と被告人の防禦の具体的状況に照らし、防禦上の実質的不利益がないと認められる場合には、例外的に訴因変更の必要はない」が、これは「例外的な事後救済の説明とみられるので、これを事実認定を行う裁判所及びそれに向けた活動をする検察官の一般的行動準則とみるのは適切ではな」いとす理解がある。<sup>(80)</sup> 従来の具体的防御説が具体的な審理経過を訴因変更の不要性を根拠づける事情としていた点で、例外との近接が認められ、具体的防御内容を訴因変更の必要性を根拠づける事情として考慮する「具体的防御の

「<sup>(81)</sup>観点」は、第2段階の原則判断との近接性が認められる。この限度において、具体的な判断が取り込まれている。

以上から、平成13年決定の2段階枠組みの構造は、従前の議論の批判を克服するものである。すなわち、第1段階では抽象的防御説に基づきかつ審判対象の画定の見地を前面に出して検討を加え、第2段階で具体的防御の観点から検討を加えている。これは、訴因の機能論の視点を欠いていたこと、抽象的防御説に立っても具体的判断が必要なケースがあることの批判に應えるものとなっている。また、このような2段階の判断は、平成13年決定の前に学説からもいくつか提示されていた。たとえば、起訴状の「罪となるべき事実」の記載を、①審判の対象を特定するために必要不可欠な部分と、②その他の部分とに分けて考えて、①の変動はつねに訴因変更を必要とするが、②の変動は被告人の防御にとって重要であったかを判断して重要でない場合には訴因変更を必要としないというものである。<sup>(82)</sup>

### 3. 平成13年決定の影響

平成13年決定の後も、例えば東京高判平成15年5月14日判時1857号145頁は、「起訴状記載の公訴事実を、これを素直に読む限り、廉価売却、販売委託、高値買戻しという一連の本件取引がAにとって一方的に不利益で、損害を与える不要なものであるのに、敢えてその取引をしてAに損害を生じさせたという、本件取引全体の任務違背性を問題とし、廉価売却を含む一連の本件取引行為を背任の実行行為として」いるのに対し、「原判決は、一連の取引は全てAの資産を私的に流用するためにした架空のものであると断じ、債務を負担していないのに手形を振り出し、決済したという行為を背任行為ととらえ、AとBとの本件取引は、その背任行為を取引行為に偽装するためにした架空のものであるとし、いわば犯罪行為を隠蔽するためにした偽装工作にすぎない」として訴因と異なる態様の背任行為を認定した事案につき、「起訴状記載の公訴事実と原判決の認定した罪となるべき事実を比較すると、その事実の社会的、法律の意味合いを大きく異にする重要な事実の変更があり、その各事実を一般的、典型的に比較すると、

明らかに被告人の防禦に実質的な不利益が生じる事実の変更であり、本件のような場合、訴因変更の経緯を経ないで、原判決のような認定をすることは原則として許されず、「具体的な訴訟の経緯をみても、原判決の認定した罪となるべき事実については、被告人側の防禦が尽くされているとは認め難く、不意打ちの認定であるといわざるを得ない」と判示した。これは、「審判対象の画定という見地」は存せず、もっぱら被告人の防禦の見地から訴因変更の要否が判断<sup>(83)</sup>されていた。

これに対し、最決平成24年2月29日刑集66巻4号589頁は、平成13年決定の「判断枠組みを具体的に適用した最初の最高裁判例<sup>(84)</sup>」であるとされている。本件公訴事実は、要旨、「被告人は、借金苦等からガス自殺をしようとして、平成20年12月27日午後6時10分頃から同日午後7時30分頃までの間、長崎市内に所在するAらが現に住居に使用する木造スレート葺2階建ての当時の被告人方（総床面積約88.2m<sup>2</sup>）1階台所において、戸を閉めて同台所を密閉させた上、同台所に設置されたガス元栓とグリル付ガステーブル（以下『本件ガスコンロ』という。）を接続しているガスホースを取り外し、同元栓を開栓して可燃性混合気体であるP13A都市ガスを流出させて同台所に同ガスを充満させたが、同ガスに一酸化炭素が含まれておらず自殺できなかったため、同台所に充満した同ガスに引火、爆発させて爆死しようとして企て、同日午後7時30分頃、同ガスに引火させれば爆発し、同被告人方が焼損するとともにその周辺の居宅に延焼し得ることを認識しながら、本件ガスコンロの点火スイッチを作動させて点火し、同ガスに引火、爆発させて火を放ち、よって、上記Aらが現に住居に使用する同被告人方を全焼させて焼損させるとともに、Bらが現に住居として使用する木造スレート葺2階建て居宅（総床面積約84.93m<sup>2</sup>）の軒桁等約8.6m<sup>2</sup>等を焼損させたものである」というものである。第1審判決は、被告人が上記ガスに引火、爆発させた方法について、訴因の範囲内で、被告人が点火スイッチを頭部で押し込み、作動させて点火したと認定した。しかし、原判決は、このような被告人の行為を認定することはできないとして第1審判決を破棄し、訴因変更手続を経ずに、上記ガスに引火、爆発させた方

法を特定することなく、被告人が「何らかの方法により」上記ガスに引火、爆発させたと認定した。

被告人側は、原判決が訴因変更手続を経ずに上記ガスに引火、爆発させた方法について訴因と異なる認定をしたことは違法であると主張して上告した。これに対して最高裁は以下のように判示した。

「被告人が上記ガスに引火、爆発させた方法は、本件現住建造物等放火罪の実行行為の内容をなすものであって、一般的に被告人の防御にとって重要な事項であるから、判決において訴因と実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要するが、例外的に、被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えず、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益であるとはいえない場合には、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる実行行為を認定することも違法ではないと解される」としたうえで、「原審において訴因変更手続が行われていないことは前記のとおりであるから、本件が上記の例外的に訴因と異なる実行行為を認定し得る場合であるか否かについて検討する。第1審及び原審において、検察官は、上記ガスに引火、爆発した原因が本件ガスコンロの点火スイッチの作動による点火にあるとした上で、被告人が同スイッチを作動させて点火し、上記ガスに引火、爆発させたと主張し、これに対して被告人は、故意に同スイッチを作動させて点火したことはなく、また、上記ガスに引火、爆発した原因は、上記台所に置かれていた冷蔵庫の部品から出る火花その他の火源にある可能性がある」と主張していた。そして、検察官は、上記ガスに引火、爆発した原因が同スイッチを作動させた行為以外の行為であるとした場合の被告人の刑事責任に関する予備的な主張は行っておらず、裁判所も、そのような行為の具体的可能性やその場合の被告人の刑事責任の有無、内容に関し、求釈明や証拠調べにおける発問等はしていなかったものである。このような審理の経過に照らせば、原判決が、同スイッチを作動させた行為以外の行為により引火、爆発させた具体的可能性等について何ら審理することなく『何らかの方法により』引火、爆発させたと認定したことは、

引火、爆発させた行為についての本件審理における攻防の範囲を越えて無限定な認定をした点において被告人に不意打ちを与えるものといわざるを得ない。そうすると、原判決が訴因変更手続を経ずに上記認定をしたことには違法」であるとした。

本決定は、平成13年決定の第2段階の判断枠組みの問題と位置づけ、例外判断の枠内に至り、不意打ちを与えていることから訴因変更を経ない事実認定を違法とした。平成13年決定の判断枠組みが使用されたことから、下級審でもこの枠組みを用いた判決が出てくるものと思われる。

#### IV 結 論

本稿は、平成13年決定を、それ以前の学説・判例の流れから検討を加えた。2段階枠組み構造の第1段階では、具体的防御説から抽象的防御説への転換の継続であり、ここでの「審判対象の画定の見地」による判断枠組みは、「裏返しの抽象的防御説」ということができる。それは、検察官の審判対象の画定がその反射効として被告人の防御範囲の画定を意味するからである。「審判対象の画定の見地」が求められたのは、従前の抽象的防御説が、防御の利益のみに焦点を当てて審判対象論・訴因の機能からのアプローチを欠いていたという批判を克服するためである。

2段階枠組み構造の第2段階では、抽象的防御説が事実記載説の到達点だとしても、具体的な防御の観点から訴因変更が必要な場合への対策が求められていたことへの対応とみることができる。そこでは、従来の具体的防御説ではない具体的防御の観点が取り入れられている。すなわち、従前の具体的防御説は具体的審理過程を訴因変更の不要性を基礎づけるものとしていたのに対し、具体的防御の観点は、具体的防御内容を訴因変更の不要性を基礎づけるものとして考慮している点に違いがある。

これらの観点は、平成13年決定に至る前にその萌芽が判例・学説に存しており、その流れの中で変化してきたものといつてよい。この判断枠組みが平成24年決定で用いられていることから、今後も訴因変更の要否判断は

この2段階枠組みで判断されていくことになろう。

### 注

- (1) 平野龍一『訴因と証拠』(有斐閣, 1981) 112頁。
- (2) たとえば, 上口裕『刑事訴訟法』(成文堂, 第4版, 2015) 358-60頁, 池田修「判解」最判解説平13年度(2004) 66-7頁。
- (3) 本件の判例評釈として, 池田修「判批」ジュリ1220号(2002) 112頁, 同「判批」曹時56巻7号(2004) 237頁, 井上弘通「判批」刑事訴訟法判例百選第8版(2005) 102頁, 上田信太郎「判批」刑事訴訟法判例百選第10版(2017) 102頁, 大澤裕「判批」法教256号(2002) 28頁, 鈴木茂嗣「判批」平13重判解(2002) 195頁, 三井誠「判批」刑事訴訟法判例百選第9版(2011) 98頁など。
- (4) 伊藤栄樹ほか『新版注釈刑事訴訟法 第三巻』〔白井滋夫〕(立花書房, 1996) 429頁。
- (5) 宮下明義『新刑事訴訟法逐條解説Ⅱ』(司法警察研究会公安発行所, 1949) 162頁。
- (6) 宮下・前掲注(5)163頁。
- (7) 平野・前掲注(1)95頁。
- (8) 岸盛一『刑事訴訟法要義』(廣文堂, 新版9版, 1978) 54頁。
- (9) 伊達秋雄「訴因に於ける事実関係と法律関係」判タ3号(1958) 31頁。  
なお引用においては旧漢字を改めた。
- (10) 伊達・前掲注(9)31頁。
- (11) 団藤重光「訴因についての試論」小野博士還暦記念『刑事法の理論と現実(二)』(有斐閣, 1951) 18, 21頁。
- (12) 平野・前掲注(1)113頁。
- (13) 平野・前掲注(1)153頁。
- (14) 三井誠『刑事手続法Ⅱ』(有斐閣, 2003) 198頁。
- (15) 団藤・前掲注(11)19頁, 平野・前掲注(1)113頁。
- (16) 田宮裕『刑事訴訟法』(有斐閣, 新版, 1996) 198頁。
- (17) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 第六巻』〔高橋省吾〕(青林書院, 第2版, 2011) 412頁。
- (18) たとえば, 加藤克佳「訴因変更の要否と判例法理」鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集下巻(成文堂, 2007) 339頁。
- (19) 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法』(弘文堂, 第3版増補版, 2006) 622頁。

- (20) たとえば、青柳文雄『五訂刑事訴訟法通論 上』（立花書房、1976）471頁は、公訴事実対象説を採りながらも、「法律構成説は、……事実の認定をめぐってなされる攻撃・防禦を軽視しすぎる嫌いがあ」として事実記載説にも理解を示している。
- (21) 白井・前掲注(4)430頁。
- (22) 白井・前掲注(4)430頁、平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958）133頁。
- (23) 白井・前掲注(4)430頁、酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣、2015）292頁。
- (24) 田宮裕『刑事訴訟法Ⅰ』（有斐閣、1975）583頁、白井・前掲注(4)430頁、平野・前掲注(22)133頁、酒巻・前掲注(23)292頁。
- (25) 松尾・前掲注(19)622頁。
- (26) 高橋・前掲注(17)412頁、伊藤栄樹ほか『新版注釈刑事訴訟法 第四卷』（小林充）（立花書房、1997）374頁。
- (27) 田宮・前掲注(16)198頁。
- (28) 田宮・前掲注(16)198頁。
- (29) 田宮・前掲注(16)198頁。
- (30) 田宮・前掲注(16)199頁。辻本典典『刑事手続における審判対象』（成文堂、2015）157頁参照。
- (31) 田宮・前掲注(24)583頁において、「被告人の利益を考慮するしかたに2つの類型があることは前述のとおりであるが、この点判例には若干の変遷がある」とし、「判例も具体的に利益を害していなければよいというゆるやかな構成から、一般的・抽象的に不利益を論定するという厳格な方法に変貌しつつある」（584頁）と指摘されている。被告人の利益について前述したところでは、「訴訟物の同一性の問題と考えるか、判決（有罪判決）への拘束力の問題と考えるかで、訴因の基準には基本的なちがいが生ずる。前説では、同一事実たる識別可能性と被告人の防御のための告知機能が基準になるのに対して、後説では、被告人の手続的な防御の利益が基準になる。」前説は「結局は被告人の防御の利益ということに帰着するが、現に不利益を与えなければよい（actual prejudice）のではなく、一般的にそのおそれがあるとはならない。その意味で一般的・抽象的なかたちでの防御権を保障することになる……。これに対して、後説では、もっぱら具体的な被告人の防御の利益ということを考慮する。……後説は結局、法律的側面を重視する考え方（法律説ないし実体法説）に帰着する」（581-2頁）とされている。この理解によれば、

具体的防御説は、もともと法律構成説からの主張ということになる。

- (32) 大澤・前掲注(3)29頁, 高田昭正「訴因変更の要否」三井誠先生古稀祝賀論文集(有斐閣, 2012) 567頁。
- (33) 毛利晴光「訴因変更の要否」平野龍一=松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅱ』(青林書院, 1998) 53頁。
- (34) 加藤・前掲注(18)340頁。なおこの理解に対する異論については, 高田・前掲注(32)569頁。
- (35) なお, 「本件起訴状記載の訴因は, 被告人が今町々長Aと共謀の上, 同町長の職務に関し, 二回に亘つて賄賂金合計六〇万円を收受したという収賄の事実」であり, 「原判決認定の事実は, 被告人がDと共謀の上, 今町々長Aに対し, 同町長の職務に関し, 二回に亘つて賄賂金合計六〇万円を供与したという贈賄の事実」である。
- (36) 加藤・前掲注(18)341頁。
- (37) 小泉祐康「訴因の変更」熊谷弘ほか編『公判法大系Ⅱ』(日本評論社, 1975) 258頁。
- (38) 大澤・前掲注(3)29頁。
- (39) 加藤・前掲注(18)341頁, 古江頼隆「訴因の変更」法教364号(2011) 23頁。
- (40) 石井一正「判批」刑事訴訟法判例百選第5版(1986) 87頁, 高田卓爾=鈴木茂嗣編『新・判例コンメンタール刑事訴訟法3 第一審(1)』[鈴木茂嗣](三省堂, 1995) 590頁, 高田・前掲注(32)567頁。
- (41) 川出敏裕『判例講座刑事訴訟法〔公訴提起・公判・裁判篇〕』(立花書房, 2018) 83頁, 高田・前掲注(32)567頁。
- (42) 道路交通法65条1項 何人も, 酒気を帯びて車両等を運転してはならない。

117条の2 次の各号のいずれかに該当する者は, 五年以下の懲役又は百万円以下の罰金に処する。

一 第六十五条(酒気帯び運転等の禁止)第一項の規定に違反して車両等を運転した者で, その運転をした場合において酒に酔つた状態(アルコールの影響により正常な運転ができないおそれがある状態をいう。以下同じ。)にあつたもの

117条の2の2 次の各号のいずれかに該当する者は, 三年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。

三 第六十五条(酒気帯び運転等の禁止)第一項の規定に違反して車両等(軽車両を除く。次号において同じ。)を運転した者で, その運転を



した場合において身体に政令で定める程度以上にアルコールを保有する状態にあつたもの（旧119条1項7号の2）

- (43) 岩瀬徹「判批」刑事訴訟法判例百選第6版（1992）88頁。
- (44) 反町宏「判解」最判解説昭和55年度（1985）64-5頁，石井・前掲注（40）87頁，岩瀬・前掲注（43）88頁。
- (45) 反町・前掲注（44）64-5頁，石井・前掲注（40）87頁，岩瀬・前掲注（43）88頁。
- (46) 石井・前掲注（40）87頁。
- (47) 大澤裕＝植村一郎郎「共同正犯の訴因と訴因変更の要否」法教324号（2007）97頁〔大澤発言〕。
- (48) 大澤＝植村・前掲注（47）97-8頁〔大澤発言〕。
- (49) 大澤＝植村・前掲注（47）97頁〔大澤発言〕。
- (50) 酒巻・前掲注（23）292頁，川出・前掲注（41）83頁を参照。
- (51) 堀江慎司「訴因変更の要否について」三井誠先生古稀祝賀論文集（有斐閣，2012）592頁，佐々木正輝『訴因変更〔I〕』（信山社，2009）130頁，川出・前掲注（41）84頁。
- (52) 三井・前掲注（14）179-80頁によれば，「訴因説の真の意義は，訴因の設定によって被告人側に対して防禦対象を事前に告知し，公判審理においてこの訴因に防禦を集中していればその範囲を越えて不利益を与えることはない点にこそある」とされている。この立場によれば，この批判は妥当しないといえる。しかし，堀江・前掲注（51）593頁は，「検察官の示す訴因に（裁判所に対する）審判対象設定（限定）の機能を認めることは，現行法が訴因制度を採用することによって『主張吟味型』訴訟への転換をはかったという理解の根幹をなす」ことから，上述の「見解は，訴因制度採用の真の意義を見誤らせるおそれがある。訴因の第一次的機能は，やはり審判対象設定の点にあると解すべきである」と批判されている。なお，平野・前掲注（1）113頁は，「英米法では……形式的な喰い違いにすぎないときは，そのまま判決をすることを許している。そうして実質的であるか，形式的であるかは，主として被告人の防禦に影響を及ぼすか否かによって決定すべきものとされている。このような考え方は，基本的にはわが法においても採用できるであろう。特にわが法は，訴因が審判の対象であるという立場を完全に貫いてはいないので，訴因の持つ，被告人防禦の便宜というその機能的側面は，より重視されなければならない」と指摘している。そうすると，英米法の count の制度自体に由来するものであるのか，現行刑訴法が，法規定上，訴因説を徹底

していないことに由来するものであるのかは検討される必要がある。仮に後者だとすれば、平野が訴因対象説を採ることの意義を当事者主義化を進めることにあると主張していたこととの関連性が見出され得る。

- (53) 三井・前掲注(14)199頁。
- (54) 三井・前掲注(14)199頁(初出は、同「訴因の変更〔2〕」法教174号(1995)66-7頁)。白取祐司『刑事訴訟法』(日本評論社、第9版、2017)301頁は、抽象的防御説と具体的防御説の「2つの防御説はレベルの違う問題であって、対立するようなものではない」と指摘している。
- (55) 川出・前掲注(41)84頁。
- (56) 川出・前掲注(41)86-7頁。大澤・前掲注(3)30頁、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』(有斐閣、第2版、2015)206頁。
- (57) 池田・前掲注(2)70頁。
- (58) 加藤・前掲注(18)356頁。
- (59) 堀江・前掲注(51)593頁。
- (60) 川出・前掲注(41)87-8頁。そこでは、刑訴法378条3号が、「審判の請求を受けた事件について判決をせず、又は審判の請求を受けない事件について判決をしたこと」を絶対的控訴理由としていることが根拠として挙げられている。
- (61) 大澤・前掲注(3)32頁、古江・前掲注(56)208頁。
- (62) 川出・前掲注(41)90頁。
- (63) 川出・前掲注(41)87頁。
- (64) 古江・前掲注(56)206頁。
- (65) 小林充「訴因変更の要否の基準——平成13年判例との関係において——」曹時63巻4号(2011)10頁。
- (66) 高田・前掲注(32)574頁。
- (67) たとえば、上田・前掲注(3)103頁は、第2段階の例外判断の枠組みを「具体的防禦説の論理を用い」るものであるとされている。
- (68) 大澤・前掲注(3)29-30頁。
- (69) 堀江・前掲注(51)595頁。なお、訴因の機能論との不整合性の「指摘が意識的になされるようになったのは、ほとんどが13年決定の登場以降」(594頁)であるとされる。
- (70) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法』(青林書院、1980)103-4頁。
- (71) 松尾浩也『刑事訴訟法(上)』(弘文堂、新版、1999)172-4頁。
- (72) 古江・前掲注(56)206-7頁。
- (73) 堀江・前掲注(51)596頁。

- (74) 岩瀬・前掲注(43)88頁。
- (75) 堀江・前掲注(51)594頁は、このように判例を理解したとしても従来  
の抽象的防御説は、「主に『防御』の観点からの基準設定という関心にとどまっていたがゆえに、理論的説明としては不十分あるいは不整合」  
であるとされている。
- (76) 大澤＝植村・前掲注(47)89頁〔植村発言〕。
- (77) 酒巻・前掲注(23)295頁。
- (78) 古江・前掲注(56)208頁。
- (79) 緑大輔『刑事訴訟法入門』（日本評論社，第2版，2017）256頁。
- (80) 酒巻・前掲注(23)296頁。
- (81) 宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（松田岳士）〔有斐閣，第2版，2018〕253  
頁。
- (82) 松尾・前掲注(71)262頁。また、香城敏磨『刑事訴訟法の構造 香城  
敏磨著作集Ⅱ』（信山社，2005）302-3頁。
- (83) 「一般的、類型的」観点から被告人の防御に実質的な不利益が生じる  
かを検討し、「具体的な訴訟の経緯」も検討している点は、「二段構えの  
防禦」とも言い得る。
- (84) 上田・前掲注(3)103頁。

〔資料〕

# スペイン・日本・ドイツ 刑法総論用語集

江 藤 隆 之

## 序

スペイン刑法の研究を始めてすぐ、スペイン刑法学の専門用語が日本語にほとんど未訳であり定訳がないことに気づかされた<sup>(1)</sup>。そこで、今後の比較法研究の便宜のために、スペイン刑法学の専門用語を日本刑法学のそれに対応する部分について翻訳して掲載することにした。この用語集は、自分のためのものでもあり、また今後スペイン刑法を研究する者のためのものでもある。

用語の並び方は、基本用語に続けてスペインにおいて一般的な犯罪論体系の順序に従って分類し、同一分類内においてはアルファベット順とした。本格的な辞典ではないので、術語数を絞り、スペイン刑法の教科書の目次に登場するものを中心に用語を選択して採録した。また、各論の用語を採録するとあまりにも膨大な量になるので、用語の採録範囲を刑法の基礎と総論部分に限定した。必要と思われる範囲で派生語を載せたが、その際は基本語の次の項目にダッシュを入れ、基本語を省略せずに繰り返して示すことにした。

また、ドイツ刑法学用語も併せて掲載することにした。それは、日本刑法学用語にせよ、スペイン刑法学用語にせよ、ドイツ刑法学用語に由来する場合が多く、ドイツ語を併せて掲載した方が理解の助けになるからで

<sup>(2)</sup>ある。ただし、スペイン刑法特有の用語であり、日本でもドイツでも専門用語として適切な訳語がない場合は、一般用語をもってこれに当てた。

なお、ここに掲載されているのはスペイン刑法の用語であって、スペイン語圏刑法の用語でないことに注意が必要である。本用語集作成にあたってはラテンアメリカの刑法文献をまったく参照していない。

#### 基本的法制度・刑法の基礎

スペイン語	日本語	ドイツ語	備考
bien jurídico	法益	Rechtsgut	
causalismo	因果論	Kausalismus	「結果無価値論」に近い用法の場合も。
código penal	刑法典	Strafgesetzbuch	CP と略される 特定の刑法典を指すときは大文字で書き起こす。 例：Código Penal español (スペイン刑法典)
criminología	犯罪学	Kriminologie	
defensa social	社会防衛	Sozialverteidigung	
delito	犯罪	Delikt/Verbrechen	2015年までは「軽罪」と区別された「重罪」という意味でもあった。参照) falta
—delito consumado	既遂犯	Vollendungsdelikt/ Vollendung	
—delito especial	身分犯	Sonderdelikt	
—delito de lesión	侵害犯	Verletzungsdelikt	
—delito de peligro	危険犯	Gefährdungsdelikt	後ろに“abstracto”をつけると抽象的危険犯，“concreto”をつけると具体的危険犯。
derecho	法・権利	Recht	法という意味も、権利という意味も。もちろん右という意味も。
derechos humanos	人権	Menschenrechte	
derecho penal	刑法	Strafrecht	DP と略す。

derecho procesal penal	刑事訴訟法	Strafprozessrecht/ Strafprozessordnung	
doctrina	学説	Lehre/ Doktrin	
—doctrina dominante	通説	herrschende Lehre	
dogmática	解釈学・教義学	Dogmatik	
elemento	要素	Element/Merkmal	
escuela	学派	Schule	
—escuela clásica	古典学派・旧派	klassische Schule	
—escuela positiva	近代学派・新派	moderne Schule	直訳すれば実証学派
falta	①軽罪 ②欠落	①Vergehen ②Fehlen/Mangel	①現在、重罪・軽罪の二元主義は廃止され、犯罪はすべて delito になった。ただし、軽い罪については、現在でもなお delitos leves (軽い罪) が規定されている。 参照) delito ②要件が欠ける場合などに類出。
finalismo	目的的行為論/ 目的主義	Finalismus	広義には「行為無価値論」に近い用法も
funcionalismo	機能主義	Funktionalismus	
hecho	①所為 ②事実	①Tat ②Tatsache	(犯罪) 事実という意味も (広義の) 行為という意味も。
injusto	不法	Unrecht	
jurisprudencia	①判例・司法 ②法学	①Rechtssprechung/ Judikatur ②Rechtswissenschaft	学説理論と対比された「判例」の意味で使用されることが多い。
ley	法律	Gesetz	
ley orgánica	法律／組織法	Gesetz	基本的権利・公的自由・自治州憲章・選挙区制度等に関する重要な法律は、組織法と呼ばれ、成立のための議会の絶対的過半数の要求、委員会への委任の禁止、

			内閣への委任の禁止などが憲法によって定められている。
libertad	自由	Freiheit	
naturaleza	性質	Natur	
—naturaleza jurídica	法的性格	Rechtsnatur	
norma	規範	Norm	
—norma de valoración	評価規範	Bewertungsnorm	
—norma de determinación	決定規範	Bestimmungsnorm	
parte general	総論	allgemeiner Teil	引用文献が『刑法総論』の教科書である場合 PG と略される
parte especial	各論	besonderer Teil	引用文献が『刑法各論』の教科書である場合 PE と略される
persona jurídica	法人	juristische Person	
presunción de inocencia	無罪推定	Unschuldsvermutung	
politica criminal	刑事政策	Kriminalpolitik	
principio de culpabilidad	責任主義／責任原理	Schuldprinzip	
principio de legalidad	罪刑法定主義	Gesetzlichkeitsprinzip	
requisito	要件	Erfordernis	
sentencia	判決	Entscheidung/Unrteil	
teoría	学説	Theorie	
teoría del delito	犯罪論	Verbrecheslehre	
tribunal	裁判所	Gericht	
—Tribunal Supremo	最高裁判所	Oberster Gerichtshof	TS と略す。最高裁判決は STS (Sentencia de Tribunal Supremo) と表記する。
voluntad	意思	Wille	

構成要件該当性（主観的要素を含む）

スペイン語	日本語	ドイツ語	備考
acción	行為・作為	Handlung	不作為を含む場合も、不作為と対比する場合も。
autor	①行為者 ②論者	①Täter ②Autor/ Verfasser	両方の意味で類出する。
causalidad	因果関係	Kausalität	
—causalidad hipotética	仮定的因果経過	hypothetischer Kausalverlauf	
conducta	行動・行態	Verhalten	特に作為と不作為の上位概念として。
culpa	過失	Fahrlässigkeit	学説上使用されることがあるが、条文上は使用されていない。 imprudencia 参照。
dolo	故意	Vorsatz	⇔imprudencia
—delito doloso	故意犯	Vorsatzdelikt	
error	錯誤	Irrtum	
—error de tipo	構成要件の錯誤	Tatbestandsirrtum	
—error de prohibición	禁止の錯誤	Verbotsirrtum	
imprudencia	過失	Fahrlässigkeit	⇔dolo imprudencia と culpa はまったく同じ意味であり、学説上も同一に用いられるが、現行刑法は「責任 (culpabilidad)」との区別の容易さもあって条文に imprudencia の方を採用している。
—delito imprudente	過失犯	Fahrlässigkeitsdelikt	
objeto	客体、対象	Objekt/ Gegenstand	
omisión	不作為	Unterlassung	
—omisión impropio	不真正不作為犯	unechtes Unterlassungsdelikt	
—omisión propio	真正不作為犯	echtes Unterlassungsdelikt	omisión pura あるいは simple omisión と



peligro	危険, (法益の) 危殆化	Gefahr/ Gefährdung	
peligrosidad	危険性	Gefährlichkeit	
riesgo	危険	Risiko	
—riesgo permitido	許された危険	erlaubtes Risiko	
resultado	結果	Erfolg	
sujeto	主体	Subjekt	行為主体という意味における「犯人」の意も。
tipicidad	構成要件該当性	Tatbestandsmäßigkeit	
tipo	構成要件	Tatbestand	原意としては「定型」である。形容詞は típico -a。

## 違法性

スペイン語	日本語	ドイツ語	備考
adecuación social	社会的相当性	soziale Adäquanz	
colisión de deberes	義務の衝突	Pflichtenkollision	
antijuridicidad	違法性	Rechtswidrigkeit	
consentimiento	同意	Einwilligung/ Zustimmung	
disvalor	無価値	Unwert	desvalor とも。
—disvalor de acción	行為無価値	Handlungsunwert	disvalor-acción (無価値行為) との表現でその実体を表現することも。
—disvalor de resultado	結果無価値	Erfolgsunwert	disvalor-resultado (無価値結果) との表現でその実体を表現することも。
inminencia	急迫性, 現在性	Gegenwärtigkeit	actualidad (現在性) とも。
justificación	正当化	Rechtfertigung	
legítima defensa	正当防衛	Notwehr	語感としては, ドイツ語の Notwehr (緊急防衛) ではなく, 日本語の「正当防衛」。

estado de necesidad	緊急避難	Notstand	直訳すれば「不可避の状態」あるいは「窮乏状態」であり、ドイツ語 Notstand と同一語感。
---------------------	------	----------	---

責任

スペイン語	日本語	ドイツ語	備考
actio libera in causa (ラテン語)	原因において自由な行為	actio libera in causa (ラテン語)	actio libera in sua causa と同。
alteración psíquica	精神錯乱	seelische Abartigkeit	20条1号による責任阻却事由
anomalía psíquica	精神異常	seelische Störung	20条1号による責任阻却事由
conciencia de antijuridicidad	違法性の認識	Unrechtsbewusstsein	
culpabilidad	有責性・責任	Schuld	通常は責任という意味で使うが、責任能力はあるものの責任を問えないという意味で inculpabilidad を使うことがある。この場合は、責任能力そのものがない場合を示す inimputabilidad と対比される。
imputabilidad	①責任 ②答責性	①Schuld ②Verantwortlichkeit	通常は答責性の意味で使用するが、責任阻却事由のうち責任無能力である場合の「責任無能力」に inimputabilidad を使用する、
miedo insuperable	克服不能な恐怖	unvermeidbare Frucht	20条6号による責任阻却事由

犯罪の完成段階

スペイン語	日本語	ドイツ語	備考
actos preparatorios	予備	Vorbereitung	

conspiración	陰謀	Konspiration	
consumación	既遂	Vollendung	
delito putativo	幻覚犯	Wahnverbrechen	
delito imposible	不能犯	untauglicher Versuch	
desistimiento	中止・中止行為	Rücktritt	
—desistimiento en la tentativa	中止犯	Rücktritt vom Versuch	
ejecución	実行	Ausführung	
—comienzo de la ejecución	実行の着手	Ansetzen der Ausführung	
—principio de ejecución	実行の着手	Ansetzen der Ausführung	principioは「原則」の他に「開始」の意味も
frustración	実行未遂	beendeter Versuch	旧刑法における tentativa と既遂の間。現行刑法では廃止。
provocación	挑発	Provokation	18条1項
tentativa	未遂犯	Versuch	旧刑法では「着手未遂」の意味。
—tentativa acabada	終了未遂／実行未遂	beendeter Versuch	
—tentativa inacabada	未終了未遂／着手未遂	unbeendeter Versuch	
—tentativa inidónea	不能未遂	untauglicher Versuch	直訳すると不適切未遂。ドイツ語の untauglich にも「不適切」の意味がある。
—tentativa supersticiosa	迷信犯	abergläubiger Versuch	
—tentativa irreal	非現実未遂・迷信犯	irrealer Versuch	

## 共犯

スペイン語	日本語	ドイツ語	備考
accesoriedad	従属性	Akzessorietät	
autoría	正犯(性)	Täterschaft	
—autoía directa	直接正犯	unmittelbare Täterschaft	

—autoría conjunta	共同正犯	Mittäterschaft	→coautoría
—autoría mediata	間接正犯	mittelbare Täterschaft	
coautoría	共犯（性）	Mittäterschaft	→autoría conjunta
cómplice	従犯	Teilnehmer/ Beteiligter	
participación	共犯	Teilnahme/ Beteiligung	

罪数

スペイン語	日本語	ドイツ語	備考
absorción	吸収	Absorption	
alternatividad	択一関係	Alternativität	
concurso de delitos	犯罪の競合	Konkurrenz	
concurso ideal	観念的競合	Idealkonkurrenz	
concurso real	実在的競合	Realkonkurrenz	
especialidad	特別関係	Spezialität	
subsidiariedad	補充関係	Subsidiarität	

制裁

スペイン語	日本語	ドイツ語	備考
medida de seguridad	保安処分	Maßregel	
multa	罰金	Geldstrafe	
—días-multa	日数罰金	Tagessatzgeldstrafe	
punibilidad	可罰性・要罰性	Strafbarkeit/ Strafbedürfnis	それぞれの犯罪成立要素の刑罰妥当の質的ないし量的性質を指す用法と犯罪成立確定後の刑罰必要性を指す用法がある。
pena	刑罰	Strafe	
—pena de muerte	死刑	Todesstrafe	現在は廃止。
—pena de trabajos en beneficio de la comunidad	社会奉仕刑	gemeinnützige Arbeit als Strafe	

—pena privativas de libertad	自由刑・自由剥奪刑	Freiheitsstrafe	
—penas privativas de derechos	権利刑・権利剥奪刑	Aberkennung von Rechten als Strafe	
prescripción	時効	Verjährung	
prisión	禁錮	Freiheitsstrafe	
—prisión permanente	終身刑	lebenslange Freiheitsstrafe	2015年の刑法改正により新設。
suspensión de la pena	執行猶予	Strafaufsetzung	

- (1) 法律用語辞典としては、山田信彦『スペイン語法律用語辞典』（信山社、2006年）がある。同書は広い分野について西日・日西の用語が掲載されており、優れた辞典であるが、刑法用語辞典として使うのにはやや難点がある。たとえば、同書には日本刑法学においてはすでに定着している「構成要件」の語がない（tipoは「犯罪類型」と訳出されている）。
- (2) その際、独・西の簡易な法律用語辞典である Gerhard Köbler, Rechtsspanisch Deutsch-Spanisch Spanisch-Deutsch, 3. Aufl., 2012. を参照したが、同書はきわめて簡易なものであるため（ベルリンのウンターデンリンデンからフリードリヒ通り駅に向かったところにあるドゥスマン書店で、ドイツ語で書かれたスペイン語学習の参考書を探していた際に偶然見つけて購入したものであり、必ずしもこれが優れた法律用語辞典であると主張するわけではない）参考程度にとどめた。ドイツ語訳語の選択は、基本的にスペインの刑法教科書とドイツ（一部オーストリア）の刑法教科書とを突き合わせながら訳語を選択したものである。

## &lt;講演記録&gt;

Dr. Gareth M. Thomas  
「ダウン症候群の出生前スクリーニング  
—社会学的観点から (Prenatal  
Screening for Down's Syndrome:  
A Sociological Perspective)」

永 水 裕 子

本稿は、2017年に刊行された 'Down's Syndrome Screening and Reproductive Politics: Care, Choice, and Disability in the Prenatal Clinic (Routledge Studies in the Sociology of Health and Illness)<sup>(1)</sup>' の著者であり、カーディフ大学社会科学部の講師である Dr. Gareth M. Thomas による「ダウン症候群の出生前スクリーニング—社会学的観点から」と題する来日講演記録である。第1回目の講演は慶應義塾大学において2018年9月17日に、第2回目の講演は、桃山学院大学において2018年9月23日に行われ、永水がスライドの翻訳及び講演・質疑応答の通訳を行ったが、いずれの会場においても質疑応答が熱心に行われたことを記しておきたい。本稿では、まずスライドを提示し、その下に当該スライド投影中になされた話を記載した。

## 1. 序章

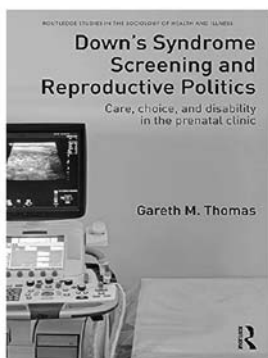
皆さん、こんにちは。私の名前は Gareth Thomas です。カーディフ大学において社会学の講師をしております。私は社会学者として多くのこと

## 「ダウン症候群の出生前スクリーニング— 社会学的観点から」

Dr Gareth M. Thomas  
Cardiff University School of Social Sciences  
(日本語訳：永水裕子 (桃山学院大学法学部))

に興味を持っておりまして、その中には医学、障害、生殖、およびスティグマが含まれます。本日はお越し下さりありがとうございます。私の研究について議論をするために、日本にお招き下さり玉井真理子先生と永水裕子先生に大変感謝しております。<sup>(2)</sup> 私の研究テーマは大まかに言って三つあります。1つ目はダウン症の出生前スクリーニング、2つ目はイギリスにおいて貧困地区に住んでいる人々にとっての場所というスティグマ、3つ目は妊婦さんや新しくお父さんお母さんになった人へ提供される携帯のアプリです。本日はお話するのは、第1の研究テーマ、すなわち、社会学的観点から見たダウン症の出生前スクリーニングについてです。

### Book (14 March 2017)



#### 講演内容

1. イギリスにおける出生前スクリーニング
2. ダウン症スクリーニングの「ルーティン化」
3. 障がいと出生前スクリーニング
4. 世間におけるダウン症
5. 無侵襲的出生前遺伝学的検査 (NIPT)

(なお、時間の関係上、講演において4は少ししか取り上げられなかった。)

私は、この研究に関する本である ‘Down’s Syndrome Screening and Reproductive Politics: Care, Choice, and Disability in the Prenatal Clinic’ を執筆し、2017年3月14日に同書が刊行されました。本日は5つの節に分けて講演を行います。まず第1節では、イギリスにおける出生前スクリーニングの前提となる知識についてお話し、第2節において、私の研究についてお話いたします。私の研究は、1年間にわたる2つの病院の観察、出生前スクリーニングのパンフレットや病院のポリシーを含む文書の解析、および、医師や助産師などの医療従事者、ダウン症のスクリーニングを受ける親、そしてダウン症の子どもの親たちへの53件のインタビューに基づいています。まず、私が明らかにしていくのは、ダウン症のスクリーニングがどのように「通常の」処置としてルーティーン化されてきたか、および、その過程において、それが出生前医療の中でつまらない、問題のない処置として「格下げ (downgraded)」されているかです。すなわち、まず、出生前スクリーニングを行う仕事がどのようにして最高専門医から助産師や超音波検査技師に委ねられているかを捉え、次に、医療従事者がどのようにダウン症スクリーニングをルーティーンだと定義づけているかについて説明します。

第3節では、助産師や超音波検査技師がスクリーニングに当たったのコンサルテーションを、繰り返しの多い、価値のない作業であり、プロとしての自己価値を感じられる他の仕事を優先したいと位置付けていることについて述べます。スクリーニングには価値がないとされることから、それはルーティーン化された臨床上の仕事に格下げされるのです。この部分で、ダウン症のスクリーニングを妊娠の「通常の」過程であるとしてルーティーン化することが、2つの異なる方法で達成されていることを明らかにしていきます。1つ目は、医療従事者がダウン症スクリーニングのすべての責任を親となる者に負担させるために使っている「インフォームド・チョイ



ス」と「非指示的ケア」というレトリックです。このレトリックにより、個人的な偏見のない、医学的に正確な情報を与えることにより、「良いケア」を行うこと、距離を置くことにより意思決定に関する説明責任を回避すること、そして彼ら自身が有しているスクリーニングに関する（語られることのない）懸念や不安を抑制することが医療従事者にとって可能となるのです。2つ目は、超音波検査が、例えば、胎児の医学的問題を検知するという「医学的」側面よりも、「社会的」側面で利用促進されていることです。医療従事者は、消費者にやさしいやり方で、医学的情報を伝えることにより、スクリーニングを軽視し、医療としての価値を格下げしているのです。そのようなことから、ダウン症スクリーニングは、通常であり、かつ親が当然すべきことであると考えられるようになってきました。これは、出生前ケアにおけるスクリーニングの存在が疑問の余地なく受け入れられたことを意味します。この節において、ダウン症スクリーニングがスクリーニングに当たってのコンサルテーションや出生前ケア全般においてどのように扱われているかについて述べます。医療従事者は、ダウン症スクリーニングについて、相反する気持ちを有していることが多く、それに対する不安を述べていますが、例えば、私とのインタビューにおいてはダウン症そのものに対して肯定的に捉えていることが多かったです。しかし、スクリーニングのコンサルテーションにおいて、ダウン症に対する肯定的な解釈というものはなく、「リスク」「問題」「異常」という、より広く普及している否定的な言説に吸収されてしまっていました。ダウン症を否定的に捉えることは依然として変わらず、それが出生前ケアにおけるスクリーニングの存続の一因となっています。

第4節においては、私が現在行っている研究である、公共の場においてダウン症がどのように語られているのか、生殖医学において考えられているダウン症のイメージと肯定的な世間でのイメージがどのように衝突するのか、そして、イギリス社会において、障害を持っている人々全般がどのように扱われているのかについて検討します。（なお、残念なことであるが、時間の関係上、講演において4は大幅に省略されたが、スライドは配

布された。)

最後に、イギリスおよび日本における無侵襲的出生前遺伝学的検査(NIPT)の導入についてお話し、私が社会学者としてどのような問題があるかと考えるかについて述べます。

## 2. イギリスにおける出生前スクリーニング

### Down's Syndrome (ダウン症候群)

- ・ ダウン症候群 (trisomy 21)
- ・ イギリスにおける染色体異常の40.6%
- ・ イングランドとウェールズで生まれる子1000人に1-2人の割合
- ・ 学習障害、短い手足、筋肉の緊張度が低い、発達が遅い、顔の起伏が乏しい、長く突き出た舌  
一しかし、個人により様々
- ・ 「致命的」でないことが多く、60歳を超えても生きられる。

私の研究について述べる前に、ダウン症に関する簡単な背景を説明することが有益であると考えます。ダウン症は、21トリソミーとしても知られますが、イギリスにおける染色体異常の40.6%を占めており、イングランドとウェールズで生まれる子どもの1000人に1-2人の割合で誕生します。ダウン症の子には、学習障害、短い手足、筋肉の緊張度が低い、発達が遅い、顔の起伏が乏しい、長く突き出た舌などの症状が共通してみられますが、認識しておかなければならない重要なこととして、症状は人により異なるということです。ダウン症のある人には深刻な健康上の問題があるかもしれませんが、健康上の問題がほとんどなく独立した生活を送る人もいます。ダウン症の症状は「致命的」でないことが多く、イギリスにおけるダウン症の人々の平均寿命は大体60歳です。しかし、イギリスにおい

## ダウン症の出生前スクリーニング (1)

1. スクリーニングの提案(オプトイン)。
2. 提案が受けいられると実施され、結果が返されるが、「低リスク」か「高リスク」(基準は 1:150)であり、診断ではない。
3. 「高リスク」であれば、診断テストが提案される(羊水検査や絨毛検査(CVS)。流産などの問題があるため、最初の段階では提案されない)。
4. 診断テストが受け入れられた場合、それが実施され、親たちには、子どもに遺伝学的問題があるかが伝えられる。
5. そのような診断が下された場合、親に対して、妊娠を続けるか、胎児を中絶するかを選択肢が提案される。

では、ダウン症に対する出生前スクリーニングが提供されており、25年以上にわたって提供されてきているのです。

ダウン症のスクリーニングの過程は少々複雑です。まずは、女性がスクリーニングの提案を受けます。この提案が受け入れられると、スクリーニングが実施され、女性に対して結果が返されますが、それは「低リスク(lower-risk)」か「高リスク(higher-risk)」という形で返されます。基準となっているのは、1:150、すなわち、ダウン症を持つ子の生まれる確率が150に1というものです。もし結果が150よりも小さければ(例えば、100に1の割合でダウン症の可能性があれば)、結果は「高リスク」となります。ここで強調しておきたいのは、スクリーニングは診断ではないということです。それは、単にダウン症の子を持つ可能性を親に提供することができるだけなのです。結果が「低リスク」であれば、ダウン症に関するさらなる検査は提供されません。結果が「高リスク」であれば、診断テストが提案されます。これは、羊水検査や絨毛検査(CVS)です。どちらの検査が提供されるかは妊娠期間により異なります。診断テストには流産やその他の問題があるため、最初の段階において提案されることはありません。もし、診断テストが受け入れられた場合、それが実施され、ラボ

において結果の分析が行われます。そして、親たちは2-3日後に子どもの遺伝的状態について伝えられます。なお、すべての結果を分析するには2週間かかりますが、ダウン症や、パトー症候群、エドワード症候群などについては、分析を始めてから数日で見つけることができます。診断の結果が出た場合、親に対して、妊娠を続けるか、胎児を中絶するかの選択肢が提案されます。

## ダウン症の出生前スクリーニング(2)

- ・ イングランドとウェールズにおいて、2011年に、542,312人の妊婦がダウン症のスクリーニングを受けた(実施率は74%)。
- ・ 2013年: 出生前診断によるダウン症の診断1,232件
- ・ そのうち90% (N = 925)が中絶の結果 (20年以上、この割合は変わらず、88%から94%。)
- ・ 他のヨーロッパ諸国においても同様の割合
- ・ しかし、ダウン症の人々は「生きていける」のに、どうしてこうなるのだろうか？

2011年には、イングランドとウェールズにおいて、54万2312人の妊婦がダウン症のスクリーニングを受けています(実施率に換算すると74%)。これらはイギリスにおけるスクリーニング実施に関する最新の公式な統計です。2013年における、出生前診断におけるダウン症の診断は1232件でしたが、そのうち、90%(数にして925件)で中絶が行われています。イギリスにおける中絶の割合は20年以上変わらず、88%から94%です。この割合は他のヨーロッパ諸国においても同様です。しかし、ダウン症は、「致命的」ではないし、法律用語を使うならば、「生命に適合しない」わけでもありません。それなのに、イギリスにおいて中絶率が90%前後なのはどのようにしてでしょうか。ここで、そのような複雑にお答えすることはできませんが、出生前ケアにおける毎日のやり取りやケアに深くしみ込んでいる黙

示的な理想というものが、ダウン症を気づかないうちに否定的な妊娠の結果と位置付けているように感じます。そして、そのことは、障害を持っている人が歴史的に烙印を押され虐待されてきたことと併せ、これらの中絶率の高さの一つの理由といえるかもしれません。

### 3. ダウン症スクリーニングのルーティーン化

#### 私の研究

- ・ 今までほとんどの人がプロフェッショナルを見てこなかった。
- ・ テクノロジーが、どのようにルーティーン化され、「普通」のものとして、「受け入れ」られるか。
- ・ ダウン症のスクリーニングは、つまらない、優先されない任務としてルーティーン化された。
  - i)  他のスタッフへの委託
  - ii) ルーティーン (使用される言葉).
  - iii) プロとしての存在意義にとって重要ではない。
  - iv)  親に責任を割り当て
  - v)  超音波検査は「社会的」かつ「医学的」イベント

医療従事者（プロフェッショナル）を観察することにより、私はダウン症のスクリーニングがどのようにして出生前ケアにおいてルーティーン化され、「通常」のこととして受け入れられたかを発見しました。ルーティーン化され、つまらない、優先順位の低い仕事と考えられるのにはいくつかの理由があります。スクリーニングが医師から助産師や超音波検査技師に投げられたこと、プロとしての自己価値には関係のない重要でない仕事として医療従事者に語られていること、親となる者に責任を負担させたこと、そして超音波検査を「社会的」かつ「医学的」イベントとして構築したことです。これらについて順を追って説明していきます。

## i) 他のスタッフへの委託(フィールドノートより)

G: 誰が[スクリーニングを]するかどのように決めるのですか。

D: 超音波技師の誰かというだけです。

H: その日に働いている人なら誰でもいいのですが、その人がするのです。

D: でも、私たちは、通常カーマン医師が来ない金曜日から土曜日に行います。

J: みんな[スクリーニングに]カーマン医師がいたらいいと思いますが、[スクリーニング]だとかの簡単なことでカーマン医師の仕事を手一杯に(=邪魔)したくないのです。



### (1) 他のスタッフへの委託

まずは、ダウン症のスクリーニングが最高専門医から助産師や超音波検査技師に委託されていることについて述べます。ダウン症のスクリーニングは、最高専門医の技術的な世界を汚していると考えられていることから、この仕事は、資格が下の者へ与えられ、最高専門医でない者、例えば助産師や超音波検査技師のように正式な訓練を受けていない者に割り当てられます。上記のスライドにおいて、私はフィールドノートからの抜き書きを示しています。これは、事務職員の事務所における会話なのですが、どの医療従事者がどの役割を担うのかを決定している場面です。私 (G) が「誰がスクリーニングを行うかどのように決めるのか」を聞いたところ、超音波検査技師の誰かが行うという回答でした。それは、簡単なことで医師の仕事を手一杯にたくないという理由です。ここで、ダウン症のスクリーニングは簡単でシンプルなものだと考えられています。「手一杯」というのは、大まかに言うと「邪魔」と言い換えることができますので、彼らは医師に見合わない低いレベルの仕事で邪魔されたり、そのような仕事をしなければならないことを望んでいないのです。ここだけでなく他の場面においても、ダウン症のスクリーニングは、要望があれば行われるだけ

## i) 他のスタッフへの委託(フィールドノートより)

イブ、リタ、カミーラ(助産師)はオフィスで書類を書いている。カミーラは、「授乳専門クリニックの予約に随分遅れてしまう」と私に話す。

カミーラ: 私はこれからとても忙しいです。[DSスクリーニング]できる暇はないと思います。書類作成が終わると、カミーラは他の仕事をするためにオフィスを出ていく。ジェニファーがフォルダーをもって登場する。

ジェニファー: [DSスクリーニングを待つ患者]がいるのだけれど、現在誰がスクリーニングを担当していますか。呼ばれるのを待っている患者が数人います。

イブ: [不愛想に] 今日は私の番ではありません。

リタ: 誰がやる予定だか実際のところ分らないです。

ジェニファーは怒って部屋を出ていき、フォルダーを箱に戻す。彼女は、コンサルテーションをすることができる助産師を探しに出ていく。イブとリタは、トニがやるべきだと示唆し、事務仕事に戻る。その後10分間、フォルダーの処理は行われない。

## i) 他のスタッフへの委託(トレーニング)

- 「一度人がやっているのを見れば、できる」(高リスクの結果について)
- ダウン症や遺伝学に対する知識のなさや自白



の、取るに足らない処置であると位置づけられていました。(その一例として以下のスライドが示されたが、時間の関係上説明はなされなかった。)

さて、このようにダウン症のスクリーニングが格下げされていることについては、助産師や超音波検査技師がこの仕事をどのように行うかを教えられる方法にも反映されています。興味深いことに、ダウン症のスクリーニングをどのように行うかについての学びは、ほとんどが正式な構築され

た訓練を通じてではなく、素人による教育に過ぎないことが分かりました。これは、多くのプロフェッショナルにより、「人がやっているのを一度見れば、できる」と言われているのですが、その意味は、一度でもコンサルテーションの様子を見ていれば、その後プロフェッショナルには、自分だけで行う十分な資格があるというものです。正式な訓練がないということは、私に言わせれば、医学的処置としてのスクリーニングの重要性が格下げされていることです。もう一つの問題は、プロフェッショナルの中には、正式な訓練を受けていないことから、親となる者とダウン症や遺伝学について話し合うための十分な準備ができていないと感じているにもかかわらず、そのようなケアをするよう求められている者がいるということです。

## (2) ルーティーン

### ii) ルーティーン：「ちょっとしたおしゃべり」(フィールドノート)

ロイス:今日は、ダウン症のテストについてお話ししましょう。前にダウン症のスクリーニングを受けたことがありますか。

パテル夫人:はい。

ロイス:それなら理解していますね？

パテル夫人:前回受けただけで、何も知りませんでした。スクリーニングについては何も知らされず、ただ何もないのいいニュースだとだけ聞きました。

ロイス:なるほど。では、ダウン症とその影響について良く知っていますか？

パテル夫人:はい。

ロイス:さて、これは赤ちゃんには影響のない血液検査です。結果は「低リスク」または「高リスク」という形で知られます。「低リスク」の場合、それ以上の検査はしませんが、赤ちゃんが絶対にダウン症ではないということではありません。スクリーニングの検知率は70%で、低リスクなら、その旨の手紙を休日を除く10日以内に受け取ります。「低リスク」の結果とは、200のうち1とか1000に1とかです。基準は150に1です。ですから、それ以上は「高リスク」であり、結果は休日を除く5日以内に届きます。とても迅速になされます。24時間以内に予約を勧められ、赤ちゃんの周りの液体をチェックする羊水検査が提案されるでしょう。その流産の割合は100に1です。でも、高リスクの結果であれば、あなたをお呼びしてどうしたいかについてお話ししましょう。そのときどうしたいか考えられていますか。高リスクか低リスクかについて知りたいですか。

パテル夫人:はい、知りたいです。

ダウン症のスクリーニングがルーティーン化されているもう一つの道筋は、親となる者に対して、例えば、スクリーニングを「ルーティーン」であり、コンサルテーションを「簡単な血液検査」についての「ちょっとしたおしゃべり」と表現する助産師や超音波検査技師がいることに表れています。実際の言葉は上記のスライドに示した通りですが、助産師は、彼らがこれからダウン症のスクリーニングについてお話をしましょうと言って



います。妊婦は、「前回の妊娠のときにただ受けただけでも、何も知りませんでした。それを受けるように言われました。」と述べています。おそらく、スクリーニングのコンサルテーションを「簡単な」とか「おしゃべり」と表現してしまうことが、スクリーニングを何の問題もない実務として格下げしているのでしょう。ですから、親となる者がスクリーニングに同意する理由も分かります。このように、オプトインであるはずのものがオプトアウトとなってしまっていることが通常になっているのです。

(3) プロとしての存在意義

**iii) 存在価値：簡単な仕事 (Hands-Off Work) (フィールドノートより)**

エステル: 何度も同じことを繰り返し言うのに飽きてしまいました。毎回違って面白く聞かえるように努力しないと。まるで演技のよう [...]ルーティーンと化してしまいました。そして、スキャンをしている女性にそれがばれないようにとても気を付けなければいけません。

ジャッキー: もしよければもう少し一緒にいてもいいですよ。仕舞には何度も同じことを聞くのに飽きてしまうでしょう。暫くすれば繰り返しが多く退屈になります。ダウン症スクリーニングをしていると、脳が停止して口が勝手に動いているようです!

これまで、私はプロフェッショナルがダウン症のスクリーニングを日常業務において常に優先しているわけではないことを述べてきました。ここで、彼らがどのような仕事を好み、ダウン症のスクリーニングよりも優先しているかについて検討したいと思います。まずは、プロフェッショナルがどのようにスクリーニングのコンサルテーションをうんざりする退屈な義務であるかを見ているかを示します。助産師や超音波検査技師は、「手をかける仕事 (一生懸命やる仕事)」と彼らが考えている、専門家としてのケアや長い時間をかけて患者を知っていくような機会がある仕事にやりがいを感じていると話していました。しかし、ダウン症のスクリーニン

グはこれには当てはまりません。上記のスライドの通り、それは、彼らが医学的情報をオウム返しに言うだけの繰り返しの多い仕事と捉えられています。エステルはこのとき、「何度も同じことを繰り返し言うのに飽きてしまいました。毎回違って面白く聞こえるように努力しないと。まるで演技のようです。ルーティーンと化してしまいました。スキャンをしている女性にそれがばれないようにとても気を付けなければいけません。」とっています。もう一人の助産師であるジャッキーは、私に対してこのように言いました。「もしよければもう少し一緒にいてもいいですよ。仕舞には何度も同じことを聞くのに飽きてしまうでしょう。暫くすれば繰り返しが多く退屈になってきます。ダウン症スクリーニングをしていると、脳が停止して口が勝手に動いているようです！」ジャッキーやエステルのようなプロフェッショナルは、自分たちが、役割の一環として女性たちにメッセージを繰り返すだけのオウムや自動応答電話機であるかのように表現していました。

### iii) 存在価値：簡単な仕事 (Hands-Off Work) (感情)

フランシーヌ：私たちはみな興味のある分野があります。私は腎臓は嫌いです。あまり興味がわきません。でも、それ以外は好きです。それらは、ひどく聞こえるけど、ちょっと普通でありきたりです。私は、家族が何らかのベネフィットを得るために、支援や助言をしていると実際に感じることのできる症例が好きです。彼らが下す決定がどんなにつらいものであったとしても、[妊娠を]継続するか継続しないかに関しても、彼らは誰か頼れる人がいると感ずることが出来ます。そのようなことができるのはとても良い気分です。このような大きな満足は、異常がなければ多くの女性が妊娠期間中に特に支援が必要ないので、通常の助産業務では得られないものです。自分が役に立っていることをもっと感じたいんです [...]

不謹慎なことを言うつもりはありませんが、私は赤ちゃんが正常で健康で私たちの出番がないよりも、問題があつて彼らを助けることができる場合の方が好きと言ってもいいです。

この研究の文脈において、ダウン症のスクリーニングが退屈でルーティーンであると考えられている一つの理由として、それが意義のあるプロとしての存在価値を示せる、価値の高い、助産師として一生懸命やるべき仕事

であると捉えられていないことが挙げられます。評価が十分になされず、資源の足りていない職場において、彼らは、意味のある仕事、例えば女性たちと長い間過ごすことができたり、役に立っている感覚を味わえたり、自分たちの医学的興味を追いかけられたり、新しい課題に出会うといったことをすることに、肯定的な自己認識を見出しているのです。彼らは、それをしばしば感情的な仕事 (emotional work) と呼んでいます。それは、母親に対して多くをつぎ込むことができ、(上記スライドの) 助産師のフランシーヌが述べているように、忘れ去られることのないものです。ダウン症のスクリーニングはそのような機会を提供してくれません。女性たちには特に問題はないし、コンサルテーションに割り当てられる時間は非常に短く、書類書きをたくさんしなければいけないからです。ですから、それは退屈で繰り返しの多く、手をかけたくない仕事であると考えられるプロフェッショナルもいるわけです。彼らは、自分の職業の理想や象徴的な仕事に一番近い仕事とは何かについて明確な概念を有しています。そして、どのような仕事が迷惑で押し付けられたものというレッテルを貼られるかについても。ダウン症のスクリーニングは、ですから、格下げされ価値がないものとされ、それによりさらにルーティーン化が加速するのです。

#### (4) 親への責任割り当て

ダウン症のスクリーニングを出生前ケアにおいてルーティーンと位置付けるもう一つの道筋として、親に対して責任を割り当てることが挙げられます。「インフォームド・チョイス」や「非指示的ケア」という言葉は、出生前ケアにおいて普及し良く使われていますが、それにより、医療従事者はダウン症のスクリーニングを処理し、親となる者に意思決定に関するすべての責任を割り当てることができるのです。彼らは親たちに向かって、「ダウン症のスクリーニングは彼らの選択でなければならない」と言います。この言葉は、プロフェッショナルが有している、スクリーニングに対する自らの懸念や不安を鎮めるためにも使われるのです。上記のスライドに示すとおり、ロイスのような助産師たちは、ダウン症のスクリーニング

## iv) 親への責任割り当て

- 「あなたの選択でなければいけないのです。」

「全く典型的なのは、検査を受けることができるから受けるという親です。利用可能であるのだからというだけで、『受けてみようかな』という感じです。そして、のちに結果を受け取ったときにどうなるかについては考えていないのです。彼らは、羊水検査を受けたいかについて考えたり、高リスクかもしれないことを考えません。本当に厄介な問題 (can of worms) です。風疹、梅毒なんかの検査と同じなんです。『とりあえず、そうしようかな』という感じです。でも、とりあえず、そうしようかなでは済まないんです！これらの検査には大きな影響があるのです。そして、羊水検査という完全な検査を受けてダウン症以外の他のことを発見する可能性もあります。まさに地雷原です。他のことを検知した場合、あなたは彼らに伝えますか？先週、ダウン症の疑いが13対1の割合である女性がいました。私たちが、13に1の確率ですと伝えると、彼女は「低リスクだだけ思っていたのに。さてどうしたらいいか見当が付きません」と言いました。検査を受けるならば、後の結果に対してどうするかをおそらく知っているべきでしょう。」(ロイス、助産師)

をしばしば「厄介な問題」と述べ、正確な情報を提供するわけではないし、女性たちに不必要な不安を与える可能性があり、道徳的にも問題がある（優生学という言葉を使う助産師もいます。）と主張しています。そこには、プロフェッショナルが「インフォームド・チョイス」を提供しなければならないということと、ダウン症が健康状態として重大なのか、親となる者にリスク要因を告げることによる否定的な含意、親となる者がどの程度本当の「インフォームド・チョイス」を実現できるのか、そして出生前スクリーニングが優生学的な性質を有しているのではないかに関して個人的に抱えている不安を隠すこととの間の奇妙な緊張があります。彼らはこれらの問題を、偏見や介入なしに医学的に正確な情報を提供し、親にすべての責任を割り当てることにより解決しています。親となる者は、臨床上正しい情報を与えられれば、様々な選択肢から選ぶことができるような合理的な意思決定者であると考えられています。しかし、親となる者は、他方で、これから迫りくる可能性のある困難な状況について適切に考慮することなく、無批判にスクリーニングを受けているとプロフェッショナルに非難されているのです。ただし、親たちが「スクリーニングは受けなければならないものである、なぜならば、そうでないのならどうして提供されるのか？」と捉えているのが現実なのです。そこでプロフェッショナルが自らの懸念

を親たちに伝えなければ、スクリーニングは問題のないものと捉えられ、医学的処置としてさらにルーティーン化が加速することになるでしょう。

(5) 「社会的」そして「医学的」イベントとしての超音波検査

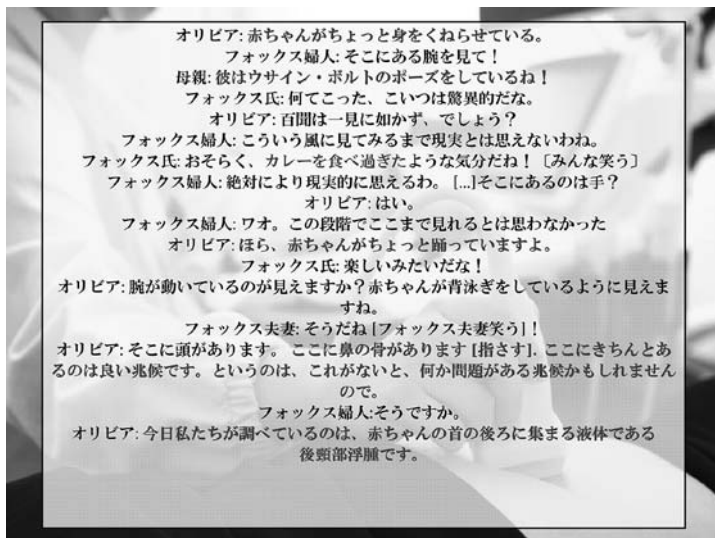
### v) 超音波検査：「社会的」そして「医学的」イベント

**超音波検査は、時折、医学的処置というよりも、「赤ちゃんに会うための「お出かけ」と位置付けられる。それによりルーティーン化がなされる。**

最後に、ダウン症のスクリーニングが、超音波検査の「医学的」というよりは「社会的」側面に焦点を当てることにより、親およびプロフェッショナルからルーティーン化されたことについて述べます。超音波検査は、医学的処置というよりは、むしろ「赤ちゃんに会うためのお出かけ」として位置づけられることが多いのです。

それは、以下のスライド、すなわち、超音波検査に関する観察ノートに反映されています。この場面では、胎児ではなく「赤ちゃん」が、身をくねらせたり、踊ったり、祝福したり、泳いでいるといった、人間らしい性質を示していると表現されています。その後、ダウン症の赤ちゃんが生まれる可能性が低いことを示すための医学的な情報が提供されています。写真を撮影したり、家族や友達を招いて赤ちゃんに会いに行ったり、フェイスブックに写真を載せたり、家族の物語（例えば、大きな鼻や動きの多さなどの家族の特徴を認識したり）で盛り上がったりするという、超音波検査を行う際の社会的儀式は、ダウン症のスクリーニングをルーティーンであり、親になる者が当然行うべきものであると位置づけています。それに加えて、医療従事者が、医学的情報を伝える際に消費者にやさしい方法で行う必要があると考えることにより、ダウン症のスクリーニングは重要ではないものとされ、医学的処置としての価値を下げていくのです。医学的処置としての超音波検査を矮小化することは、例えば、商業的な4Dエ

コーが利用可能となったことなど他の場面においても反映されています。



#### 4. 障碍と出生前スクリーニング

### ダウン症について話し 合っている？

ダウン症はコンサルテーションにおいてほとんど話し合えない。  
何故か？

- 1) ダウン症が良く知られていること
- 2) ケアの組織
- 3) プロとしての知識 (の欠如)

「[ダウン症]について特に沢山教えてもらっていないことを認めなければなりません。これに関する検査についてはたくさん知っていますが、実際の状態について多くを知っているわけではありません。そのような人を知っているかどうかの問題だと思います。そして彼らの25%に心臓の問題があるなどの統計は教わります。でも、トレーニングの時などに特に教わることはありません。」  
(ソフィー、超音波検査技師—インタビュー)

以上より、ダウン症のスクリーニングが「通常」で「当然行われるべき」医学的処置であるとされてきたことが、明らかになってきました。ここから先は、スクリーニングではなく、ダウン症そのものが、出生前ケアにおいてどのように表現され、対処されているのかについて探求をしていきたいと思います。プロフェッショナルは、インタビューのときや、事務所など親となる者がいない場面では、ダウン症について、主に肯定的な言葉で表現しています。そのような位置づけは、特に、ダウン症が「生命に適合する」ものであることから、スクリーニングが「優生学」につながる可能性があるという彼らの多くの懸念と関連しています。しかし、そのような価値観や解釈、そしてダウン症に関する話し合いは、スクリーニングのコンサルテーションでは回避され、なされていません。そのような沈黙が支持されるのは、以下の3つの理由によるものと思われる。

第1に、イギリスの人々は、ダウン症が何かを知っていると考えられていることです。プロフェッショナルはダウン症について人々が知っている傾向があると述べていますが、その知識とは多くのダウン症の人々に共通している身体の構造上の特徴に関するものに過ぎません。また、プロフェッショナルは、英語を母語としない母親に対してダウン症とは何かを翻訳することに困難をおぼえるとしばしば述べています。ダウン症は良く知られていると考えられているので、プロフェッショナルは親となる者に詳細に説明する必要はないと感じています。また、ジnkスのようなものもあります。要するに、ダウン症に言及することにより、それが現れるかもしれないということです。恐怖は、両当事者が障害という話題を避ける結果を引き起こします。これは患者の不安を軽減させるというプロフェッショナルの戦術かもしれませんが、ダウン症に対する否定的なイメージはその結果、そのまま残るのです。

第2に、私が調査をした病院組織のいずれもが、ダウン症について話し合うことを意図していないということです。コンサルテーションは制限された時間内で行われるため、ダウン症について話すよりもっと親と話しておかなければならない重要なことがあると医療従事者は感じていました。

プロフェッショナルは、ケアを行うにあたってチェックリストや台本を利用していましたが、ダウン症の説明はこれらの書類のどちらにも含まれていません。

第3に、プロフェッショナルが、彼らにはダウン症に関する知識がないので親たちとそれについて話し合うことに居心地の悪さを感じていたり、それをしたがいなかったりすることを示唆していたことです。例えば、上記のスライドに登場する超音波検査技師のソフィーは、インタビューの中で、ダウン症についてあまり教えてもらったことがないと述べ、多少の知識を披露しましたが、それは医学的に不正確なものでした。スクリーニングに関与しているプロフェッショナルが、ダウン症について持っている知識は様々で、低いレベルのものであるということ、そして、医学的訓練の中には、発達障害のある人々の直接の接触はほとんどないとする主張は他の研究においても示されている通りです。ここで重要なポイントは、これが正式な訓練を受けたことがほとんどないことの結果であるということと、ダウン症についてきちんと理解していない可能性のある助産師や超音波検査技師へスクリーニングが格下げされているということです。これが意味するところは、ダウン症について話されることはなく、したがって、ダウン症に対する否定的なイメージは変わらないということです。

ダウン症について語られていないとするならば、それに対してどのような言葉が伴っているのでしょうか。コンサルテーションにおいて、ダウン症の代わりに使われる言葉のうち、最も多いのが、「リスク」やそれに関連するカテゴリーに含まれる「問題」や「悪い知らせ」です。ダウン症をリスクと定義づけることは、否定的な意味を含みます。つまり、何かがりスクであるならば、恐れられ回避されることになるのです。これは、ダウン症というものを否定的な妊娠の結果であると創設、支持することの一助になっています。興味深いことに、「リスク」という言葉を「可能性」という言葉に置き換えるべきであると述べている助産師もいます。つまり、母親には、ダウン症の子を産む「リスク」ではなく「可能性」があるというのです。それは、上記のスライドにおいて、エイミーとゲイルが説明し



## 「リスク」としてのダウン症 (フィールドノートより)

- ・ リスクとは、危険、害、避けるべき何かの同義語である。
- ・ 「問題」、「悪い知らせ」、「悪いシナリオ」
- ・ この症状の多様性と複雑さを覆い隠す。
- ・ 「疾患/病気」のスクリーニングとして提供されるダウン症スクリーニング



エイミーとゲイルがオフィスにて「リスク」と「可能性」という言葉について話し合っている。

エイミー: リスクと可能性には違う意味があります。リスクはネガティブ過ぎます。私はいつも可能性と言っています。

ゲイル: ええ、私もです。私はいつでもリスクではなく可能性というように気を付けています。でも、私たちは、ダウン症の高リスクというのに慣れてしまっていますね？

エイミー: ええ。それに、リスクではないですね、本当は？ダウン症の子どもを持つ可能性があるということです。それが起こる可能性というだけです。リスクではありません。そして、それは全く不確実です、実際のところ。

ていることでありますけれども、リスクという言葉は否定的すぎるのです。しかし、このことは病院のポリシーとして推奨されていることでもあるのですが、病院において「リスク」、および「悪い知らせ」、「問題」、「異常」という言葉は普遍的に使われています。そのような言説は、ダウン症を否定的な妊娠の結果であると位置づけ、ダウン症の大きな複雑さと多様性を覆い隠しています。これは、親となる者が、例えば、風疹、HIV、梅毒、胎児赤芽球症、鎌型赤血球性貧血、サラセミア（地中海性貧血）、B型肝炎、C型肝炎、そしてダウン症と、いくつかの症状や病気と同時にスクリーニングを提供されることから明らかです。B型肝炎やC型肝炎のような病気と同じカテゴリーにダウン症を入れてしまうことにより、一つの大きなカテゴリーとしての「異常」の一部とみなされてしまったのです。ダウン症のスクリーニングをまず提供するというのが、まさにその性質により、早期発見および撲滅する可能性に値するものであるとして、それを否定的なものと同型化することなのだ、という主張もそれほど信じがたいものであるとはいえません。レイノルズによれば、「ダウン症の子どもは多くの親となる可能性のある者にとって災難と考えられている」ため、スクリーニングは続く<sup>(3)</sup>とされています。私が研究を行った施設において、出

生前ケアの初期の段階では、ダウン症は、黙示的かつ間違いなく非意図的に、ほとんどの場合否定的な表現をされていました。

## 5. 世間におけるダウン症

### 世間におけるダウン症

- ・ イギリスやその他の国において、ダウン症は(例えば、テレビや新聞などの)公の場でしばしば肯定的に捉えられている一見える存在として。
- ・ 障がいはいは気の毒とかスティグマであるという考えから移行している。—それは家族に肯定的な影響を与えうると考えられる。
- ・ [Wakai et al. \(2018\)](#):ダウン症の日本人の自己認識について調査—ほとんどの人(97%)が自分自身/人生について肯定的に捉えている。
- ・ 遺伝カウンセラーや親は、ダウン症の人の生が肯定的であることを認識すべきであると提案

しかし...

ただし、このスライドの通り、ダウン症の人々に対する世間のイメージは肯定的なものとなっていますが、時間の関係上、詳しい説明は省略いたします。<sup>(4)</sup>

## 6. イギリスと日本における無侵襲的出生前医学的検査(NIPT)の導入

しかし、同時に、私たちはNIPTの導入を目撃しました。NIPTとは、妊娠約10週の妊婦の血液のセルフリーDNA分析を行う新しい血液検査です。企業の宣伝によれば、NIPTを使えば、胎児にダウン症のあるすべての妊娠のうち少なくとも99%を検知できるといいます。これは、他の出生前スクリーニング技術では80-90%だったものをさらに高めたものです。さらに、妊娠初期の段階、すなわち大体妊娠10週において行うことができます。

## 日本におけるNIPT (1)

Kai, K., Sato, Y. and Nagamizu, Y. 2017. *Medical Law in Japan*. 2nd edition. Netherlands: Kluwer Law International B.V.

- ・ 日本において墮胎は刑法で禁止されている。(それを行った医師、助産師や薬剤師には懲役刑を受ける可能性がある。)
- ・ 特別法により違法性なし。優生保護法 (1948) は、妊娠が「身体的又は経済的理由」により母体の健康を著しく害するおそれがある場合や拒絶することができない間に姦淫された場合には人工妊娠中絶を提供することを認める。
- ・ この規定は現行法である母体保護法に引き継がれる。
- ・ 届出がなされた中絶は20万件 (100万人の出生)。
- ・ 中絶実施は妊娠22週未満でなければならない。
- ・ 先天性障がい理由とする規定はないが、女性が中絶の理由を聞かれることはほとんどないことから、胎児異常を理由とする墮胎も可能である。

講演の終わりに、イギリスと日本における NIPT の背景について述べたいと思います。多くの方々がおそらくご存知の通り、ですから、私がここで繰り返すのも申し訳ないのですが、日本において墮胎は刑法で禁止されており、それを行った医師、助産師や薬剤師は懲役刑を受ける可能性があります。ところが、墮胎は特別法により違法性を阻却されます。優生保護法 (1948) は、妊娠が「身体的または経済的理由」により母体の健康を著しく害するおそれがある場合や拒絶することができない間に姦淫された場合には、人工妊娠中絶を提供することを認めています。そして、この規定は現行法である母体保護法に引き継がれています。100万人が出生する国において、約20万件の中絶が行われています。中絶は妊娠22週未満でなければ実施できません。現在、先天性障がい理由とする中絶を認める規定はありませんが、女性が中絶の理由を聞かれることはほとんどないことから、胎児異常を理由とする墮胎が可能となっています。

日本におけるダウン症のスクリーニング率は、イギリスや他のヨーロッパ諸国に比べて伝統的に低くなっています。スクリーニングに関する情報が今まで与えられていなかったこと、および診断検査である絨毛検査や羊水検査に伴うリスク (流産など) に関する懸念があったことがその理由で

## 日本におけるNIPT (2)

- 日本におけるダウン症のスクリーニング率は、イギリスや他のヨーロッパ諸国と比べて伝統的に低い。一スクリーニングに関する情報は今までは与えられていなかったし、絨毛検査や羊水検査に伴うリスク(流産など)に関する懸念があった (Akaishi et al. 2015)。
- NIPTは臨床研究の段階を終え、女性に対して提供されるようになる。
- 2018年5月: 要件が緩和され、より多くの医療施設においてNIPTが実施できるようになった。日本医学会の認可を得ずにNIPTを実施していた施設があった。(The Mainichi 2018, [here](#)).
- 条件: 高齢妊婦/遺伝病の子を産んだ経歴(日本では、女性が妊娠を遅らせることに関する懸念も)
- 日本、オーストラリア、インド、中国はNIPTの重要な市場と考えられる。

あるとする専門家もいます。<sup>(5)</sup>日本においては、NIPTが臨床研究の段階を終え、女性に対して提供されるようになります。2018年5月、NIPTを行うための要件が緩和され、より多くの医療機関においてNIPTができるようになりました。日本医学会の許可を得ずにNIPTを実施していた施設もあったという報道がありました。<sup>(6)</sup>NIPTを実施するにあたって、医療従事者には一定の資格が必要であり、NIPTの提供を受ける女性は、高齢(35歳以上)、あるいは遺伝病の子を産んだ経歴があるなどの要件が必要です。日本では、ダウン症の子が生まれる可能性が増加する高齢出産についての懸念もあります。日本は、オーストラリア、インド、中国とともに、NIPTの重要な市場と考えられてきました。

(下記のスライド(日本におけるNIPT(3))については、時間の関係上投影のみがなされたうえ、「時期の異なる報告を示した二つのNIPT実施後の中絶率が96.5%、94%とほぼ同様であった」<sup>(7)(8)</sup>ことが述べられた。)

Akaishiらによれば、以前からあるダウン症のスクリーニング検査に比べて、ある病院のNIPT受診率が劇的に上昇しているという。<sup>(9)</sup>どうやら、日本やその他の国において、NIPTはダウン症やその他の遺伝的症狀について侵襲的処置の数を減らせるため良いことであると考えられているようである。しかし、十分なカウンセリングがなされていないことや、他の染

## 日本におけるNIPT (3)

### NIPT コンソーシアム (see [here](#))

- ダウン症候群 (21トリソミー)、パトウ症候群 (13トリソミー)、およびエドワーズ症候群 (18トリソミー) に対してNIPTを行う44病院のグループ
- NIPT実施の増加: 3年間で 27,696人の女性がNIPTを受ける。
- 上記の症状の少なくとも一つについて陽性とされたのは469人。
- 確定診断を得るためにすべての事例について羊水検査の提案; 35人の胎児は、これらの症状のどれにも該当せず。73人は流産又は死産、15件の結果については不明
- NIPTを受けたのち、「染色体異常」と診断された346人の胎児のうち334人がこの期間に中絶された (96.5%)。
- 12人は出生前診断後も妊娠継続

### Kai et al. 2017 (see [here](#))

- 75病院で37,506人の女性が3年半で NIPTを受けた。
- 3つの症状のうち少なくとも一つについて陽性だったのが763件
- 羊水検査/確定診断を受けた508人の女性のうち476人が中絶 (94%)

## 日本におけるNIPT (4)

- [Akaishi et al. \(2015\)](#): 以前のダウン症スクリーニング検査に比べて、ある病院のNIPT受診率は劇的に上昇している。
- NIPTは、ダウン症やその他の症状について「侵襲的処置」の数を減らせることから良いことであると考えられている。

しかし....

- 十分なカウンセリングがなされていないことや、他の染色体異常について検査がなされているという問題 (*The Mainichi* 2018, [here](#)). NIPTについて「女性がインフォームド・チョイスができるような」カウンセリング体制構築が求められる ([Samura et al. 2017](#)).
- 日本ダウン症協会の懸念: NIPTは簡便で他の検査 (例えば羊水検査) と比較してより利用しやすいことから、中絶がより多く、偏見も増えることにつながるのではないか。

染色体異常について検査がなされているという証拠も挙げられていることから、日本では、NIPT について「インフォームド・チョイス」ができるようなカウンセリング体制の構築が求められている。また、日本ダウン症協会には以下のような懸念がある。すなわち、彼らは、NIPTは簡便で他の検査 (例えば羊水検査) と比較してより利用しやすいことから、中絶がよ

り多くなり、偏見も増えることにつながる問題の多い検査であると考えている。イギリスにおいても、例えば、‘Don’t Screen Us Out’ や ‘Saving Down’s Syndrome’ といった障害者グループから同様の懸念が表明されている。

## 6. 終わりに— NIPT に対する懸念

### NIPTについての懸念

- ・ 親やプロフェッショナルの経験についてあまり知られていないこと
  - ・ 政治家、慈善団体、一般市民による関与がほとんどないこと
- ・ 公聴会が開かれないこと (関沢明彦教授「きちんとした目的を持たず臨床試験」)
- ・ 現場における倫理的問題が見過されている。例)障がいについての態度、どのような症状がスクリーニングの対象になるのか、誰が決定するのか。
  - ・ トレーニングはどのようなものか?ガイドラインなし
    - ・ 中絶の議論とは別扱い
- ・ 多くの疑問が残っている。例)トレーニング、診断なしの中絶、「低リスク」とルーティーン/通常と認識されること、予期しない結果、他の目的で利用されること[例えば、性別による選択]、不安をおおること、広告、優生学

最後に、NIPTの導入に対するいくつかの懸念を述べておきたいと思います。あまりにも多くの問題があるのですが、私が見つけ出した問題点は以下の通りです。

第1に、この技術の利用に関する親や医療従事者の経験についてほとんど知られていないことです。NIPTは、親や医療従事者にとってのベネフィットや隠れた危険についての重要な証拠もなく登場してきたのです。

第2に、NIPTをめぐる社会的および倫理的諸問題について、医療機関側からの政治家、慈善団体、一般市民に対する呼びかけがなく、彼らがほとんど関与してきていないことです。私が見る限り、ダウン症のスクリーニングをめぐる社会的、倫理的、および実際上の討議はすでに尽くされたので、NIPTを臨床に取り入れるのはそれほど問題がないという信念があ

るようですが、私は、NIPTの導入こそが、古くからある問題及び新しい問題を引き起こすものであり、単に現存しているプログラムの当然の延長ではないのだと考えます。

第3に、これは第2の点と関連しているのですが、イギリスにおいては、NIPTについて公聴会が開かれておりません。イギリスと日本を含む、世界の多くの国々において、ダウン症のスクリーニングのルーティーン化が進んでいることが、NIPTが、障害者団体のキャンペーン以外の世間の厳しい目にさらされることのない地位を得ることにつながったのではないのでしょうか。ですから、NIPTに関する論争は抑制されたのです。これは、私がこの講演や本で述べたとおり、スクリーニングがあまりにルーティーン化し、当然受けるものとされてしまったことが原因ではないかと疑っております。ダウン症のスクリーニングについての経験から得られた詳細な洞察、および、医療従事者、親となる者、政策立案者、慈善団体、学者、そしてダウン症やその他の障害について個人的な経験を有している人々を含む、鍵となる利害関係者間の継続的な対話を通じて、私たちは、NIPTがいかにつまらない、単純なアップグレードではないことを明らかにすることができます。昭和大学産婦人科の教授である関沢明彦氏が正しく認識されている通り、「きちんとした目的を持たずに臨床試験」<sup>(11)</sup>がなされていることに対する批判があります。NIPTは、不安となるような新しい問題を引き起こしかねず、政策立案者や医学界、科学界を安心させるよりも、むしろ奮起させるであろう目的について広範な公共における審議が必要なのです。

第4に、証拠によれば、NIPTに関するケアについて十分な準備ができていないと感じる医療従事者もいるようです。ダウン症以外の症状も検知することができる技術である、NIPT導入には十分な訓練が必要であると感じている医療従事者もいることが報道されています。しかし、それはまだ正式に行われていません。

第5に、実際の倫理的諸問題がしばしば見落とされていることです。出生前ケアは親やプロフェッショナルが障害に対する自らの信念に気付く機

会をほとんど与えていません。これは、極めて重要なことです。なぜならば、NIPTの一部としてスクリーンされる症状、および誰がそれを決定するのかについていまだ不確定な状態であるからです。

第6に、実務においてNIPTがどのように行われるかについての正式なガイドラインがないことです。これが意味するのは、私たちは科学技術に対してのみ資金やエネルギーを投資するのではなく、バランスの取れた情報やカウンセリングを提供する一助となるような、その技術に伴う訓練やサポートにも投資すべきだということです。この中には、必要ならば障害慈善団体やその他の利害関係者を含めるべきでしょう。

第7に、NIPTに関する議論が、しばしば妊娠中絶と切り離してなされていることです。「選択的」あるいは「治療的」妊娠中絶という実際の状況に関する公の議論が明らかに欠けているのですが、それはNIPTのような出生前技術と密接に結びついているのです。すでに秘密と恥という文脈に位置づけされている、中絶とその障害及び医学との関係性は、難しい話題ではありますが、「インフォームド・コンセント」や「生殖に関する自律」だけの問題として捉えられるよりは、むしろ、出生前スクリーニングに関する議論の最前線に置かれる必要があります。

NIPTをめぐる多くの懸念は、この他にも、例えば、性別による選択、診断結果ではなく、スクリーニングの結果に基づいて妊娠中絶が行われること、医学的に予期していない結果が分かった場合、およびこの技術がどのように宣伝されるべきかなど多岐にわたります。しかし、それらの懸念に取り組むことが、すべての問題が解決されないとしても、この講演で述べてまいりましたダウン症のスクリーニングのルーティーン化に立ち向かう一助となることを望んでいます。私は現在の実務を変えたり改善するためのポリシーを提案するつもりはありません。より控えめに、私の主張が、より正直で内省的な、多元的な対話のきっかけとなること、および、ダウン症やその他の遺伝学的症状のスクリーニングをめぐる医療従事者、親となる者、および世間一般の間でのより良いコミュニケーションにつながる



ことを希望しております。

## Contact Information (お気軽にご連絡下さい)



Gareth M. Thomas



thomasg23@cf.ac.uk

私の研究についてもっと知りたい方は、どうぞお気軽にお問い合わせください。本日は私の講演に来て下さり、本当にありがとうございました。ご質問がございましたら喜んでお答えいたします。どうもありがとうございました。

### 注

- (1) 同書の日本語による書評として、永水裕子「文献紹介 Gareth M. Thomas, Down's Syndrome Screening and Reproductive Politics: Care, Choice and Disability in the Prenatal Clinic」(2018年8月)年報医事法学33号273-279頁がある。
- (2) なお、慶應義塾大学における講演では、講演の場所を提供して下さった山本龍彦教授へのお礼も述べられたことを記録しておく。
- (3) Reynolds TM, 'Down's syndrome screening: a controversial test, with more controversy to come!', *Journal of Clinical Pathology* volume 53 issue 12, <https://jcp.bmj.com/content/53/12/893> (accessed 1 Dec 2018).
- (4) スライド中の Wakai et al. については、Wakai et al., 'Self-perceptions from people with Down syndrome in Japan', *Journal of Human Genetics* volume 63, 669-672 (2018) を参照。
- (5) Akaishi et al. 2015, 'Uptake of non-invasive prenatal testing by Japanese women' (letter), *Ultrasound Obstet Gynecol* 2015; 45: 113-114, <https://obgyn.onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1002/uog.14676> (accessed 1 Dec 2018).

- (6) Japanese original by Norikazu Chiba, 'Japan ob-gyn society considering looser requirements for new prenatal genetic test', The Mainichi May 15, 2018 <https://mainichi.jp/english/articles/20180515/p2a/00m/0na/005000c> (accessed 1 Dec 2018).
- (7) スライド中の NIPT コンソーシアム部分につき, '96.5% of pregnant women who found abnormalities in new prenatal test aborted', The Mainichi, April 25, 2016 <https://mainichi.jp/english/articles/20160425/p2a/00m/0na/025000c> (accessed 1 Dec 2018) を参照。
- (8) スライド中の Kai et al. については, Kai, K., Sato, Y. and Nagamizu, Y. 2017. *Medical Law in Japan*. 2nd edition. Netherlands: Kluwer Law International B. V., 59-61 を参照。
- (9) Akaishi et al 2015, *supra* note 5.
- (10) Samura et al., 'Current status of non-invasive prenatal testing in Japan', J Obstet Gynaecol Res. 2017 Aug; 43(8): 1245-255, <https://obgyn.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/jog.13373> (accessed 1 Dec 2018).
- (11) 関沢明彦氏の発言について, The Mainichi, *supra* note 7 を参照。

## 桃山学院大学法学会会則

(名 称)

第1条 本学会は、桃山学院大学法学会 (St. Andrew's University Law Studies Association) と称する。

(目 的)

第2条 本学会は、桃山学院大学における法学およびその関連領域の研究を行うとともに、国内外の学术交流を図ることを目的とする。

(事務所)

第3条 本学会の事務所は、桃山学院大学内に置く。

(事 業)

第4条 本学会は第2条に定める目的を達成するため、次の事業を行う。

1. 機関誌の編集
2. 研究会の開催
3. 講演会の開催
4. その他、本学会の目的達成に必要な事業

(会 員)

第5条 本学会は、桃山学院大学の専任教員または名誉教授で、本学会の目的に賛同する者をもって会員とする。

- 2 会員は年額3,000円を会費として納入する。
- 3 会員は機関誌並びに法学会の出版物の配布を受けることができる。

(機関誌)

第6条 本学会の機関誌の名称は、『桃山法学』(St. Andrew's University Law Review) とする。

- 2 機関誌の編集は、本学会の責任において行い、桃山学院大学総合研究所がこれを発行する。
- 3 機関誌への投稿規程は別に定める。

(役 員)

第7条 本学会に次の役員を置く。

1. 会長 1名
2. 理事 若干名
3. 監事 1名
- 2 役員は会員の互選により総会において選出する。
- 3 役員の任期は1年とする。ただし、再任を妨げない。
- 4 会長は本学会を代表し、会務を統括する。
- 5 理事は会長を補佐し、会務を運営する。
- 6 監事は本学会の会計を監査する。
- 7 会長に事故あるときは、会長の委任を受けた理事が職務を代行する。

(総 会)

第8条 本学会は毎年度1回、定期総会を開催する。ただし、会長は、必要があると認められるときに、臨時に総会を招集することができる。

- 2 総会の定足数は、会員の2分の1とする。
- 3 総会の議長は、会長がこれを務める。
- 4 総会は役員を選出、新会員の入会承認、予算案の承認、会計監査の承認、本会

則の改正，投稿規程の改訂，その他本学会の運営に必要な事項を審議・決定する。

- 5 総会の決定は，会則の改正を除き，出席しかつ投票する会員の2分の1によって行われる。ただし，可否同数の場合は，議長がこれを決する。

(監査)

第9条 本学会の会計年度は，4月1日に始まり翌年の3月31日に終了する。

(会則の改正)

第10条 本会則の改正は，総会の出席会員の3分の2の同意を要する。

付則 この会則は，2002年6月19日より施行する。

この会則は，2011年9月20日より一部改訂施行する。

この会則は，2011年10月17日より一部改訂施行する。

## 『桃山法学』投稿規程

1. 『桃山法学』（以下「機関誌」と略す。）は，定期刊行物であり，年2回発行する。
2. 編集委員会は，桃山学院大学法学会（以下「本学会」と略す。）会長および編集担当理事2名によって構成する。編集委員長は会長とする。
3. 編集委員会は，投稿された原稿を審査するため，本学会の会員からレフリーを若干名指名することができる。
4. 本誌に投稿できる者は，本学会の会員とする。ただし，編集委員会は，非会員の投稿を認めることができる。
5. 投稿は，「論文」，「判例研究」，「研究ノート」，「資料」，「翻訳」，「書評」，「その他」に類別する。ただし，編集委員会は類別を変更することができる。
6. 投稿の分量は，原則として「論文」が28,000字（欧文の場合は14,000語），それ以外の分類は14,000字（欧文の場合は7,000語）を基準とする。
7. 機関誌への投稿は，法学およびその関連領域に関するもので，未発表の原稿とする。
8. 投稿の掲載の可否は，編集委員会およびレフリーの合議で決定する。
9. 投稿は原則として横書きとし，完成原稿を提出しなければならない。
10. 英語その他の外国語による原稿は，タイプ打ちまたは活字体で提出しなければならない。
11. 投稿原稿には欧文タイトルを別記する。「論文」には400語以内の欧文抄録を添付することができる。
12. 「論文」，「判例研究」，「研究ノート」には，和文または欧文によるキーワードを5語以内で記す。
13. 投稿者による校正は三校までとし，定められた期日までに校正原稿を編集責任者へ返却しなければならない。
14. 本誌に掲載された論文等の著作権のうち「複製権」と「公衆送信権」の行使は，桃山学院大学総合研究所に委託する。
15. 本誌に掲載された論文等については，桃山学院大学学術機関リポジトリに公開することを原則とする。

付則

この規程は，2002年6月19日より施行する。

この規程は，2003年10月22日より一部改訂施行する。

この規程は，2011年10月1日より一部改訂施行する。

執筆者紹介(掲載順)

江藤隆之	法学部教授
河野敏也	法学部講師
永水裕子	法学部教授

2019年2月21日 発行

**桃山法学** 第30号

編集 桃山学院大学法学会

発行 桃山学院大学総合研究所

〒594-1198 和泉市まなび野1-1

TEL. 0725-54-3131(代)

印刷 株式会社 天理時報社

〒632-0083 天理市稲葉町80

TEL. 0743-64-1411

# St. Andrew's University Law Review

## Issue No. 30

(February 2019)

---

### Articles

- El perfil del Derecho Penal español .....ETO Takahiro ( 1 )  
La punibilidad de la tentativa inidónea  
en el Derecho Penal español .....ETO Takahiro ( 27 )  
Kann kein Raser-Fall wegen Mordes verurteilt werden?:  
Berliner-Rasaer-Fall und Sunagawater-Raser-Fall  
.....ETO Takahiro ( 55 )

### Case Study

- Zur Notwendigkeit der Umgestaltung  
des Urteilsgegenstandes.....KAWANO Toshiya ( 87 )

### Material

- El Glosario del Derecho Penal español, japonés y alemán:  
Parte General .....ETO Takahiro ( 117 )

### Lecture Record

- Lecture record: Dr. Gareth M. Thomas,  
'Prenatal Screening for Down's Syndrome:  
A Sociological Perspective' (translation by Yuko Nagamizu)  
.....NAGAMIZU Yuko ( 127 )

---

Edited by

St. Andrew's University Law Studies Association  
St. Andrew's (Momoyama Gakuin) University  
1-1 Manabino, Izumi, Osaka 594-1198, Japan