

# 桃山法学

## 第 31 号

---

### 論 文

- 法律上の刑の減輕事由の競合 ……………江 藤 隆 之 ( 1 )  
スペイン刑法における刑の減輕処理 ……江 藤 隆 之 ( 23 )  
訴因の特定に関する序論的考察 ……………河 野 敏 也 ( 53 )

### 判例研究

- 留め置き二分論と2つの無罪判決 ……………江 藤 隆 之 ( 87 )  
公認会計士・監査審査会が、監査法人に対し、  
行政処分その他の措置を講ずるよう金融庁長官に勧告し、  
これを記者発表するなどしたことにつき、勧告の公表は  
違法な行政処分に当たり、勧告が今後も公表される  
ことによって事業経営上の回復することのできない  
損害を被るなどと主張して、勧告の公表に対する  
行政事件訴訟法3条7項所定の差止めの訴えがされた事例  
……………天 本 哲 史 ( 113 )

### 資 料

- スペインにおける終身刑の概要と  
2016年日弁連報告書の誤りについて  
……………江 藤 隆 之 ( 127 )

---

2019年10月



桃山学院大学総合研究所

# 法律上の刑の減軽事由の競合

江 藤 隆 之

- I 問題の所在と本稿の位置づけ
- II 法律上の減軽が1回であるという言明と克服すべき課題
- III 法律上の減軽事由の整理
- IV 酌量減軽の体系的地位と評価の混乱
- V 方向性の示唆

キーワード：刑の減軽，酌量減軽，制裁規範，制裁論

## I 問題の所在と本稿の位置づけ

法律上の減軽は1度まで<sup>(1)</sup>であり、やはり1度まで可能な酌量減軽と併せて、処断刑作成のための刑の減軽は最大2回まで行われうる。ところで、それは——実際的には何度も刑を減軽すると刑があまりにも軽くなりすぎる不都合があるのだとしても——理論的にどのような根拠によるものなのであろうか。

たとえば、心神耗弱者が未遂の犯行を中止した場合、法律上の減軽は——中止が刑の免除に当たらないかぎり——2回分観念できる。それが、法律上の減軽としてまとめて1回の減軽で済まされるのはなぜか。このような競合の取り扱いの説明は理論的に容易ではない。たとえば、心神耗弱者が行った身の代金目的誘拐において被拐取者解放があった場合、一般的な理解によれば、異なる根拠に基づく2つの法律上の減軽が観念される<sup>(3)</sup>。この2つの減軽は犯罪論体系において占める位置が異なるため、体系内で

の競合は起こらず、理論的には2度の減軽を肯定する方が素直である。そうでなければ、心神耗弱者や幫助者には中止未遂規定や被拐取者解放規定など刑法が政策的に行為者に与えようとしているインセンティブはまったく働かないことになる。また、減軽事由が複数あっても1度しか法律上の減軽を認めないというのであれば、減軽事由の犯罪論体系への位置づけは、中止未遂の違法性減少説に加えられている共犯への連動批判など一部を例外として、何の指針も与えない無力なものとなる。ある減軽事由が犯罪論体系上どこに位置づけられようとも、行為者にとってはどうでもいいことになってしまうからである。たとえば、心神耗弱者にとっては、過剰防衛が違法性減少事由であろうが責任減少事由であろうが、中止未遂が違法性を減少させようが責任を減少させようが政策目的であろうが、何の意味もないことなのである。

このように法律上の減軽事由が競合した際に、この減軽を1回のみとして処理する根拠を理論的に犯罪論体系内部のみに求めるのは困難を伴うだろう。というのも、減軽は未遂や過剰防衛や心神耗弱などのように犯罪論体系内部にとどまるものに限られず、自首減軽や被拐取者解放減軽などの、事後的制裁論的性質を有すると思われるものもあるからである。<sup>(4)</sup>そのため、犯罪成立上の減軽と制裁上の減軽とを競合処理するには、犯罪論体系と制裁論とを結びつけて処理する理論的カテゴリーが要求されることになりそう。その際、このことが、「そもそも、刑法68条の規定は、いかにして許容されるのだろうか」というさらに根源的な問題と関連していることを忘れてはならない。ある行為者の所為が、不法上の減軽、責任上の減軽、自首減軽など複数の減軽事由を有しているとき、これを1回で処理し、自首減軽ひとつしか持たない者と処断刑上同様に扱うべき合理性はどこにあるのか。理由なく複数の法律上の減軽事由を1回にまとめて処理するのは、複数の減軽相当の所為については量刑上考慮されるといっても、あまりにも不利益かつ不平等な——したがって憲法上の疑義を生じさせかねない——取り扱いであろう。行為規範のみならず、制裁規範もまた罪刑法定主義の対象である<sup>(5)</sup>ことに鑑みると、処断刑作成もまた理論的コントロール

を受けなければならないことは明らかであるにもかかわらず、現状において、刑の減軽（および加重）処理は、ほとんど理論によってコントロールされていないのである。

この問題は、一筋縄で解決可能なものではない。犯罪の成立と制裁にまつわるあらゆる要素を検討して考慮する必要があるからである。そこで、本稿は、法律上の減軽の競合問題について、解決策を示すのではなく、問題提起しつつその問題点の明確化を図りながら解決の方向性を示唆するにとどめたい。その主目的は、制裁論・制裁規範論研究の端緒を拓くことであり、本稿は制裁ないし制裁規範研究の序説に位置づけられる。

## II 法律上の減軽が1回であるという言明と克服すべき課題

### 1) 言明の根拠

法律上の減軽事由が複数あっても、減軽される回数は1回であるという言明は何を根拠に主張されるのか。それは、刑法68条の文言である。

この問題に明示的に触れた最判昭和24年3月29日は、複数の減軽事由があったとしても減軽が1度にとどまる根拠について「法律上刑の減軽をなすべき場合は、減軽をなすべき原因が数個ある場合においても一個の場合と同様に一回だけ減軽するものであることは、刑法第68条に『法律に依り刑を減軽す可き一個又は数個の原因あるときは左の例に依る』と規定し、各種の刑に付き減刑の例を示しているが減軽の原因が一個の場合と数個の場合とを区別していないことによつて明白である」という。ここでは、刑法68条の文言が直接的な根拠として引かれている。学説も同様に法律上の減軽が競合しても1回しか減軽されない根拠を68条に求めている<sup>(7)</sup>。

このように、判例も学説も、法律上の減軽事由が複数ある場合でも減軽が1回にとどまるという理由としては、刑法68条の文言以上のことは何もしていないのである。

## 2) 残される課題

それでは、刑法68条の文言のみから減軽の1回性を肯定する理由づけは成功しているといえるだろうか。このような説明の試みは、実定法の文言を基盤として立つ裁判においてはひとまず十分であると評する余地があるとしても、理論的には不十分である。なぜなら、68条をもってなお「複数回の減軽が可能である」と解釈する途が閉ざされていないからである。68条を「法律上刑を減軽すべき1個又は2個以上の事由があるときは、(1個の場合は1回、2個以上の場合はその数に応じて)次の例による」と行為者に有利な方向で読むことも不可能ではないのであるから、この「複数減軽可能説」を排除して「減軽一回説」を主張するためには、68条を「減軽一回説」によって解釈すべき理論的な正当化根拠が示されなければならない。換言すれば、68条をして複数の減軽事由が競合しても減軽1回のみが認められる趣旨であると解することが、行為者にとって不当に不利な解釈には当たらず、許される合理的な解釈であるということが示されなければならないのである。たとえば、心身耗弱者が中止行為を行った際、この行為者に39条2項の減軽と43条但書の減軽の両方を与えない取り扱いの根拠を68条に読み込むことが理論的に許容されなければならない。これが、「減軽一回説」の克服すべき課題として残されていることになる。

以上の問題意識を念頭に置きながら、以下に法律上の減軽事由の整理を試みる。

### Ⅲ 法律上の減軽事由の整理

## 1) 刑法典における法律上の減軽事由

刑法典における法律上の減軽事由は以下のとおりである。

	総則上の規定	各則上の規定
必要的減軽	心身耗弱 (39条2項) 中止未遂 (43条但書) 従犯 (63条)	身の代金目的被拐取者解放 (228条の2) 身の代金目的拐取予備自首 (228条の3)

任意的減輕	過剰防衛（36条2項） 過剰避難（37条1項但書） 法律の不知（38条3項但書） 自首・首服（42条） 障害未遂（43条本文）	偽証・虚偽鑑定等自白（170・171条） 虚偽告訴自白（173条）
-------	---	--------------------------------------

これらの体系的位置について議論状況を確認しておこう。

## 2) 心神耗弱

39条2項は「心神耗弱者の行為は、その刑を減輕する。」と定めている。文言から、必要的減輕の規定であることは明らかである。

心神耗弱とは、行為の違法性を認識する能力あるいはそれによって行動を制御する能力が著しく減少している場合をいう。この点、判例・学説にもおおむね見解の一致がある<sup>(8)</sup>。また、心神耗弱が犯罪論体系上、責任(有責性)カテゴリーに位置づけられることについては争いが<sup>(9)</sup>ない。

## 3) 中止未遂

43条は、「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者は、その刑を減輕することができる。ただし、自己の意思により犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する。」と定めている。但書に該当する中止未遂の場合、その効果は、必要的減免であり、最低限刑を減輕することは<sup>(10)</sup>必要的である。

中止未遂の体系的位置づけについては、激しい争いがある。中止未遂を違法性に位置づける見解<sup>(11)</sup>、責任に位置づける見解<sup>(12)</sup>、可罰的責任に位置づける見解<sup>(13)</sup>、違法性および責任に位置づける見解<sup>(14)</sup>、制裁規範に由来する可罰性減少に位置づける見解<sup>(15)</sup>、人的(一身的)刑罰阻却(消滅)事由に位置づける見解<sup>(16)</sup>、法定的量刑事由とする見解<sup>(17)</sup>などがそれぞれである。

これらの争いは、中止未遂による減輕がどのレベルで行われるのかについて学説上の一致をみていないことを表している。私見によれば、中止未遂は人的刑罰阻却減少事由である<sup>(18)</sup>。

#### 4) 従犯

63条は「従犯の刑は、正犯の刑を減輕する。」と定めている。従犯につき、必要的減輕を定めるものである。本稿の問題意識をもってこの条文を素直に読めば、正犯が減輕されているときは、重ねて減輕が行われるようにも読めるが、<sup>(19)</sup>そう解されているわけではなさそうである。<sup>(20)</sup>

本条は、制限的正犯者概念を前提に正犯構成要件に該当しない従犯を処罰範囲に入れるための処罰拡張規定として理解される<sup>(21)</sup>。それゆえ従犯は、構成要件ないし不法段階において正犯と区別されている。したがって、従犯減輕がなされることも不法段階で確定するだろう<sup>(22)</sup>。

なお、従犯による減輕事由の競合は、他の減輕事由の競合の場合よりも一層複雑な問題を生じさせる。というのも、従犯については、正犯者の減輕事由と従犯者の減輕事由の競合の場合と、従犯者単独での減輕事由の競合があり、前者においては制限従属を前提とすると、理論的には正犯者の不法までの減輕と正犯者の責任以降の減輕とに区別する必要があるからである。具体的には、違法性減少タイプの過剰防衛正犯者への従犯（正犯者の不法減輕と従犯減輕の競合：従犯者の違法性は正犯者の過剰防衛によって減少しそうだ）、心神耗弱正犯者への従犯（正犯者の責任減輕と従犯減輕の競合：正犯者減輕は従犯者に影響を与えないように思われる＝この場合は1度だけの減輕が理論的にも正当化されそうだ）、通常正犯者に対する心神耗弱者による従犯（従犯者単独での減輕事由の競合：本稿が正面から問題にしているもの）などである。

#### 5) 過剰防衛

36条2項は「防衛の程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。」と刑の任意的減免を定めている。

過剰防衛による刑の減輕については、違法性減少説<sup>(23)</sup>、責任減少説<sup>(24)</sup>、違法性・責任減少説<sup>(25)</sup>および可罰的責任減少説<sup>(26)</sup>がある。

ひとまずの私見としては、過剰防衛は少なくとも防衛として相当な部分についての違法性は阻却されており、全体として違法性の一部が残存する

という違法性減少の場面と責任非難が減少する場面とその両者が重畳する場面とがそれぞれありうるとの理解に立ち、違法性が責任のいずれかの減少であっても重畳的減少であっても過剰防衛の成立が認められるタイプの違法性・責任減少説に賛同する。

#### 6) 過剰避難

37条1項は「自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危難を避けるため、やむを得ずにした行為は、これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合に限り、罰しない。ただし、その程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。」とする。但書の過剰避難が刑の任意的減免事由となっている。

過剰避難の減免根拠については、原則として過剰防衛の減免根拠に準ずる<sup>(27)</sup>。

#### 7) 法律の不知

38条3項は、「法律を知らなかったとしても、そのことによって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない。ただし、情状により、その刑を減輕することができる。」と法律の不知について但書で情状による任意的減輕を定める。38条3項の解釈については様々な議論があるが、減輕がなされる場合については、責任の減少によるものと解される。<sup>(28)</sup>

#### 8) 自首・首服

刑法42条1項は「罪を犯した者が捜査機関に発覚する前に自首したときは、その刑を減輕することができる。」と狭義の自首を定め、2項は「告訴がなければ公訴を提起することができない罪について、告訴をすることができる者に対して自己の犯罪事実を告げ、その措置にゆだねたときも、前項と同様とする。」と首服を定めている（本稿では、これ以降狭義の自首および首服の両者をあわせて広い意味で自首と呼ぶ）。

自首は、政策的な規定であり、その法的性格は必ずしも理論学的に十分



に解明されているわけではない。<sup>(29)</sup> 一般には、自首は政策的規定として、犯罪論体系内には積極的に位置づけられていない。ただし、自首を政策的規定<sup>(30)</sup>であるとしながら、改悛の情に基づく非難減少にも言及する見解<sup>(31)</sup>、可罰的責任減少事由として位置づける見解<sup>(32)</sup>も主張されている。私見は、自首に改悛の情を求めると、条文にない要件によって不当に成立範囲を狭めることになり、中止未遂の任意性における限定的主観説と同様の問題を抱え込むと考える。したがって、自首は行為者の側の問題（行為規範の問題）ではなく、国家刑罰側の問題（制裁規範の問題）として、人的刑罰減少事由に位置づける。

#### 9) 障害未遂

刑法43条本文は、「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者は、その刑を減輕することができる。」と定め、障害未遂に対し任意的減輕を定めている。

障害未遂が既遂犯に比して任意的に軽く処罰されうる理由は、通説的見解によれば、結果の不発生に求められるだろう。どのような説明を採用するかは立場によって分かれる。おおまかに描写すれば、①危険の発生という未遂犯における結果無価値は結果の発生という既遂犯における結果無価値に比して軽い（いわゆる結果無価値論および結果無価値を重視する二元論の立場）、②既遂犯は結果無価値と行為無価値とが揃っているが、未遂犯は行為無価値しかなく結果無価値の分、既遂犯に比して不法の程度が軽い（いわゆる純粋な二元論の立場<sup>(33)</sup>）、③既遂犯は行為者が結果帰責されるべき結果惹起禁止規範に違反したが、未遂犯は結果帰責のない危険行為禁止規範に違反したものであり、違反された規範の強度は前者に比して後者は軽い（私見の規範違反説<sup>(34)</sup>の立場）、といった説明がありうるだろう。このような説明の如何にかかわらず、体系的には既遂犯と未遂犯とは不法の程度が異なり、両者は構成要件の段階で区別されるということに大きな異論はないと思われる。<sup>(35)</sup>

## 10) 身の代金目的被拐取者解放

刑法228条の2は、「第225条の2又は第227条第2項若しくは第4項の罪を犯した者が、公訴が提起される前に、略取され又は誘拐された者を安全な場所に解放したときは、その刑を減輕する」とし、身の代金目的拐取およびその関連犯罪の行為者が被拐取者を解放した場合は、必要的減輕とする旨を定めている。

本規定は、一般的には人質の安全に配慮した政策的規定であると解されており、<sup>(36)</sup>最高裁も「身代金目的の誘拐罪がはなはだ危険な犯罪であって被拐取者の殺害される事例も少なくないことにかんがみ、犯人が自発的、積極的に被拐取者を解放した場合にはその刑を必要的に減輕することにして、右のような不幸な事態の発生をできるだけ防止しようとする趣旨に出たもの<sup>(37)</sup>」であるという。

これに対し、長島敦は「被拐取者を自発的に解放することによって示された犯行後における犯人の心情がその責任を軽からしめる要素となることも考えることができる<sup>(38)</sup>」という。しかし、行為者に政策的な解放インセンティブを与えるためには、被拐取者が安全に解放されればそれで足り、行為者に努力などの過度の要求をすべきでないだろう。<sup>(39)</sup>和田俊憲は、「身の代金目的の下での拐取者と被拐取者の支配関係を解消する行為が、身の代金と対価関係におかれた被拐取者一般に認められるところの、殺害による生命侵害の抽象的危険を消滅させる行為であり、解放減輕の制度目的に合致する『違法性減少』行為である<sup>(40)</sup>」という。この見解も、行為の違法性と事後的な危険の消滅が共に作用しあう同一カテゴリーに位置づけられるかについて疑問があるため賛同しない。したがって、私見は通説・判例に従い、政策的規定と解する。

## 11) 身の代金目的予備自首

228条の3は、身の代金目的予備の規定であるが、但書として、「ただし、実行に着手する前に自首した者は、その刑を減輕し、又は免除する」との規定を持つ。総則上の自首は、任意的減輕であったが、本条の自首は必要

的減免であるところに特色がある。<sup>(41)</sup>

本条も、政策的な規定として理解される。とりわけ、共犯形態によって犯されることが珍しくない身の代金目的を予備の段階で防ぎ、実行に着手する前に共犯内における仲間割れ・裏切りのな自首をも狙った規定として解することが可能であろう。<sup>(42)</sup>

## 12) 偽証・虚偽鑑定等自首

偽証<sup>(43)</sup>につき、170条は「前条の罪を犯した者が、その証言をした事件について、その裁判が確定する前又は懲戒処分が行われる前に自首したときは、その刑を減輕し、又は免除することができる」とし、虚偽鑑定等についても同様に扱うことを定めている(171条)。

本条も、偽証や虚偽鑑定が誤った裁判や懲戒処分に結びつくことを防ぐ政策的規定であると理解される。<sup>(44)</sup>

## 13) 虚偽告訴自首

虚偽告訴についても、173条は、「前条の罪を犯した者が、その申告をした事件について、その裁判が確定する前又は懲戒処分が行われる前に自首したときは、その刑を減輕し、又は免除することができる」と定めている。

これも、偽証・虚偽鑑定等自首と同様に、虚偽告訴が誤った裁判や懲戒処分に結びつくことを防ぐ政策的規定であると解すべきである。<sup>(45)</sup>

## 14) 整理

以上から、「法律上の減輕」といっても、その体系的位置はそれぞれに異なることが明らかになった。図にして整理してみる。

【各減輕事由の体系的位置づけ：争いがある場合は私見による】

体系的位置	減輕事由
構成要件段階	障害未遂, 従犯
違法性	過剰防衛 (の一部) 過剰避難 (の一部)
責任	過剰防衛 (の一部) 過剰避難 (の一部),

	心神耗弱，法律の不知
上記以外（人的刑罰減少事由）	<sup>(46)</sup> 中止未遂，自首，身の代金目的拐取解放， 身の代金目的拐取予備自首，偽証・虚偽 鑑定自白，虚偽告訴自白

争いのないものに限ってみても、たとえば、従犯は構成要件において減輕が確定するのに対して、心神耗弱は責任段階で減輕がなされる。すると、理論的にはやはり従犯減輕と心神耗弱減輕はそれぞれ可能とすべきであるように思われてくる。それなのに、なぜ法律上の減輕は1度までに限定されるのか。換言すれば、なぜ構成要件段階で行われる減輕が責任段階における減輕を「飲み込んで」しまうのか（あるいは逆に心神耗弱減輕が従犯減輕を飲み込むのか？）、まったく明らかでない。

さらに、酌量減輕の体系的位置の問題も以下の通り指摘することができる。

#### Ⅳ 酌量減輕の体系的地位と評価の混乱

酌量減輕の体系的位置もまた、必ずしも一義的ではない。というのも、行為時に存在していた行為者の人的事情に依拠して酌量減輕を行おうとするとき、それは責任減少の性質を帯びるだろう。あるいは、過剰防衛の成立を認めることはできないものの、被害者の侵害的な落ち度を理由に過剰防衛に近い状況が認められるとして酌量するとき、それは違法性減少に類する酌量減輕といえるかもしれない。これに対して、行為時存在しなかった事後的事情によって酌量がなされるとき、それは特別予防の必要性減少等<sup>(47)</sup>を理由とする人的刑罰減少事由に位置づけられるしかないだろう。

すると、評価の混乱ともいべき奇妙な現象が生じることになる。たとえば、尊属殺人事件違憲判決最判昭和48年4月4日の原審たる東京高判昭和45年5月12日は、被告人に対して、心神耗弱の減輕と事件の経緯からして<sup>(48)</sup>情状憫諒すべきものがあるとして酌量減輕とを認めたが、ここでは心神耗弱と責任減少的な酌量とが競合している。このように、いずれも責任減

少で競合をしているにもかかわらず、法律上と酌量とで計2度の減軽が認められるのであれば、犯罪論体系内の要素と犯罪論体系外の要素との両方が減少しているタイプの法律上の減軽の競合（心神耗弱者の中止未遂）に1度の減軽しか認められないのは奇妙である。

なお、酌量減軽を、法律上の減軽をしてもなお刑が重くなりすぎる場合を救うための実際的な規定であると解し、<sup>(49)</sup>「酌量減軽の場合は筋が通らなくても仕方がないのだ」という見解も唱えうるのかもしれないが、理論刑法学はそのような言明を一度は拒否すべきだろう。たとえば、強盗致死罪のように法定刑が重すぎる犯罪類型において酌量減軽は重要な意味を持つとされることがあるが、それは「法定刑の設定ミス」をとりあえずカバーするという実際的な意味はあっても、理論的な説明にはならないだろう。端的に重すぎる法定刑の下限を見直すべきなのである。

結局のところ、現在の刑の減軽システムは、その事由が「現行刑法典に書かれた事由」であるか「現行刑法典に書かれていない事由」であるかだけに関心を払うものであるといえる。体系的考慮とは無関係に、2つの減軽すべき事由がある場合、両方とも刑法典に書かれていれば1度、同じく両方とも刑法典に書かれていなければ1度、一方が刑法典に書かれており他方が書かれていない場合は2度の減軽ができるというにすぎないのである。これでは、日本刑法の刑の減軽システムに体系的考慮は一切働いていないと評するほかないだろう。たとえば、中止未遂の規定があるから心神耗弱者の中止は1度の減軽であるが、中止未遂規定を削除して単なる酌量事情とすれば（あるいは規定は置いたままあえてこれを適用せずに犯罪を中止したことを酌むべき事情に当たるとすれば）、心神耗弱者の中止に2度の減軽が認められるというのは、到底理屈が通らないというべきである。期待可能性の減少についても、現在は条文化されていないから、その語を使うか否かは別として酌量減軽として法律上の減軽と併用可能であるが、立法化してしまえば法律上の減軽と併用不可能になるというのでは、「減軽事由を法律に書けば書くほど減軽されない」という減軽事由のパラドクスに陥りかねない。

## V 方向性の示唆

日本刑法において、刑の減輕事由を体系的に位置づけるこれまでの試みは、刑の減輕事由が競合する際には無意味である。ある減輕事由が犯罪論体系のどこに位置づけられようとも、あるいは犯罪論体系外の刑事政策的な刑罰減少事由に位置づけられようとも、その減輕事由が刑法典に明記されているかぎり、他のまったく違う理由による法律上の減輕事由が存在すると、それとまとめて1回しか減輕されないのである。

従犯も過剰防衛も心神耗弱も自首もすべてまとめて法律上の減輕を1回に限るといふならば、その理論的根拠づけは、もはや犯罪論体系の考慮のみによっては不可能である。それは、制裁論の範疇において競合の取り扱いが整理されてはじめて可能となろう。規範的には、行為規範レベルではなく、制裁規範レベルでの説明が必要である。そしてその実定法的根拠、すなわち68条の存在意義の説明は、国家刑罰権がどのような事由によりどのように減少するのかという問題意識の下でなされなければならないことになる。

さらに、酌量減輕との関係をも考慮に入れようとするなら、またもっと進んで刑の加重理由も理論的に明らかにしつつ処断刑作成をコントロールしようとするならば、いわゆる「制裁論体系」の構築が必要となるだろう。そこでは、犯罪論体系において違法性の本質が議論されているように、制裁の本質論が体系構築の中心となり、各種加重減輕事由が適切に位置づけられ、その競合等が理論的に説明されることになるだろう。また、事後的な量刑事情の位置づけも明確にされるだろう。

現行法下における刑の加重減免処理、処断刑の作成については学説にはほとんど異論がないため、このような試みは労力の割に益が少ないと思われるかもしれない。だが、制裁論体系は犯罪論にも重要な影響をもたらすだろう。たとえば、人的刑罰阻却事由（persönlicher Strafaufhebungsgrund）、可罰性（Strafbarkeit）、当罰性（Strafwürdigkeit）、要罰性（Strafb-

edürfigkeit/ Strafbedürfnis), 可罰的責任 (Verantwortlichkeit) のカテゴリーあるいは概念の明確化に資するに違いない。私の見通しによれば, 制裁論体系の構築は中止未遂や自首を位置づけるために適切なカテゴリーを提供する。発送時・利用時において行為規範違反をすでに十分犯した間接正犯・離隔犯の未遂行為者への制裁発動を到達時・被利用者行為時にまで延期する理由づけを与える。また, 罪数論にも適切な場所と理論を提供するだろう<sup>(51)</sup>。さらに, 制裁論体系は——犯罪論体系が犯罪に関する立法批判機能を担っているのと同様に——制裁に関する立法批判機能を営むだろう<sup>(52)</sup>。

かくして, 法律上の減軽の競合問題は, 本稿において未解決のまま残されつつも, その検討を通じて, 制裁論を体系的に整理することによって解決すべきであるという結論を得た。

なお, 本稿においては「複数減軽可能説」は排除されておらず, いまだ「減軽一回説」を基礎づけるには至っていない<sup>(53)</sup>。この点, 今後の検討課題となる。

(了)

#### 注

- (1) 小名木明宏「68条」浅田和茂・井田良編『新基本法コンメンタール』第2版(日本評論社, 2017年)207頁。
- (2) 小名木・前掲注(1)207頁は, 法律上の減軽事由が複数あっても減軽が1回であることの理由について, 「複数回の法律上の減軽を認めた上で, さらに情状酌量が認められると, 法定刑からあまりにもかけ離れた軽い刑罰となってしまうからである」という。しかし, 現に刑の減軽事由が複数存在する場合, 法定刑より刑がかなり軽くなったとして何の問題があるというのだろうか。むしろ, 減軽事由が複数あるのだから, 刑が軽くなって当然ではないだろうか。
- (3) 後に述べるように, 心神耗弱は責任減少事由であり, 被拐取者解放は政策的考慮に基づく人的刑罰減少事由である。
- (4) 浅田和茂「量刑基準」『量刑法の総合的検討』松岡正章先生古稀祝賀(成文堂, 2005年)30頁は, 自首減軽, 内乱等自首の免除, 身の代金拐取予備自首減免, 偽証・虚偽鑑定・虚偽告訴自首減免, 身の代金拐取被拐取者解放減軽を挙げて, 「これらは, 行為後の事情について, 刑法が,

予め類型的に刑の減免を規定したものであり、いずれも、現行法の刑事政策的立場を表明したものであって、これらを無理に犯罪の成立要件に還元するのは、議論を混乱させることになる」という。正当な指摘であろう。なお、和田俊憲「被拐取者解放減輕における『違法減少』と『違法減少阻却』」慶應法学7号(2007年)169頁以下は、被拐取者減輕を危険の減少の「違法減少」の観点から考えるが、規範的観点からは、事後的行為が犯罪成立上の違法性を減少させることはおよそ考えられないので賛同することができない。なお、「量刑違法」として制裁論の範疇で捉えることは、制裁論の組み方によってはなお可能であると思われる。

- (5) 罪刑法定主義は「刑」の法定も要求している。V. Código Penal español Artículos 2 y 3.
- (6) 裁判集刑8号455頁。あわせて大判昭和9年6月21日刑集13卷852頁も参照。
- (7) たとえば、松原芳博『刑法総論』第2版(日本評論社, 2017年)494頁は、「法律上の減輕事由が複数個存在しても、1回しか減輕されない(68条)」と表記する。
- (8) 安田拓人『刑事責任能力の本質とその判断』(弘文堂, 2006年)20頁。
- (9) 島田仁郎=島田聡一郎(大塚仁=河上和雄=中山善房=古田佑紀編)『大コンメンタール刑法』第3版(青林書院, 2015年)24頁以下および島田聡一郎=馬場嘉郎・同書427頁以下参照。Das gilt auch in Deutschland. Dazu vgl. Urs Kindhäuser, LP-Kommentar, 3. Aufl., § 21 Rn 1 ff.
- (10) 金澤真理「中止犯」西田典之=山口厚=佐伯仁志編『刑法の争点』(有斐閣, 2007年)92頁。
- (11) 平野龍一『刑法総論II』(有斐閣, 1975年)333頁以下。ただし、平野は「政策説ないし違法減少説」と呼ぶ。野村稔『未遂犯の研究』(成文堂, 1984年)452頁以下。野村は、結果防止義務違反性をその根拠とする。
- (12) 香川達夫『中止未遂の法的性格』(有斐閣, 1963年)86頁以下。
- (13) 山中敬一『中止未遂の研究』(成文堂, 2001年)24頁以下。
- (14) 金澤真理『中止未遂の本質』(成文堂, 2006年)91頁以下。なお、意識的危険消滅説を主張する山口厚は自説を「従来の用語法に従えば、違法・責任減少説と表現することができる」(山口厚『刑法総論』第3版(有斐閣, 2016年)295頁)というが、その体系的な位置づけは違法・責任減少説とはまったく異なるであろう。中止未遂規定を政策的規定といい、



過去の事実を変えることはできないことを承認しつつ、意識的な危険消滅に対する褒賞・特典として中止未遂を捉えながらこれを違法・責任減少説と呼ぶならば、体系的位置づけ論として不明瞭なものとなろう。井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣，2008年）424頁も、違法性・責任減少説を主張する。井田は、中止未遂を「マイナス犯罪」として見るという。ところが、このマイナス犯罪としての中止未遂のマイナスの違法性・マイナスの責任が、行為に対する評価としての違法・責任にどのように作用するのか（同時的・全体的なのか、事後的・別部合算なのか）いまだ明らかでない。

- (15) 高橋則夫『刑法総論』第4版（成文堂，2018年）420頁および同「中止行為の規範論的基礎づけ」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂，2016年）419頁以下。
- (16) 城下裕二「中止未遂における必要的減免について——『根拠』と『体系的な位置づけ』」北大法学論集（1986年）234頁，江藤隆之「中止未遂の法的性格について」法学研究論集20号（2003年）74頁，野澤充『中止犯の理論的構造』（成文堂，2012年）405頁。城下は，刑罰権が当初より発生しない阻却事由と刑罰権が一旦は発生したがそれが消滅する消滅事由とを区別し，中止未遂を消滅事由の方に位置づける。私見は，「人的刑罰阻却減少事由」と表現しているが，その内容は城下の見解と同様である。中止未遂は未遂犯として成立しており，行為に対する評価である違法性・責任とは何の関係も持たない刑罰権を減少ないし消滅させる事由である。
- (17) 西田典之『刑法総論』第2版（弘文堂，2010年）316頁。ただし，西田は「責任の側面からの未遂犯における量刑事情の法定化」といい「責任減少・法定量刑事事由説」ともいう。となれば中止未遂は体系上責任に位置づけられるという意味であろうか。しかし「犯罪成立要件としての責任が事後的に減少するということはない」という。その意味で，西田の量刑責任カテゴリーは依然として具体的な位置が不明のままである。鈴木一永「中止犯の根拠論について」早稲田法学会誌66巻2号（2016年）267頁以下も「本稿は中止犯を法定された量刑事事由として体系的に位置づける」というが，その根拠は「未遂犯の処罰根拠としての危険を減少させる中止行為により違法性が減少し，そのような中止行為を意識的に選択したことにより，実行行為を意識的に選択したことによる責任非難が減少する」からであるという。そうであれば，鈴木は中止未遂を違法性減少・責任減少に位置づけなければならないことになろう。ところが，

これを「法定された量刑事由」に位置づけるというのだから、違法性・責任と量刑事由との関係がよくわからなくなる。違法性および責任というカテゴリーは行為を対象にするのではなく、事後行為の量刑評価をも考慮するカテゴリーであると解するのだろうか。しかし、そうすると体系的な混乱をもたらすだけでなく、「未遂犯の処罰根拠としての危険を減少させる中止行為により違法性が減少」することを量刑事情であるといっていることになるが、（私は中止行為が未遂犯の処罰根拠＝行為規範違反を事後的に減少させることなどできないと考えるが）未遂犯の処罰根拠を減少させる行為を量刑事情と見ることの妥当性が問題になろう。中止未遂が量刑事情であるならば、その位置は違法性でも責任でもないはずだ（人的刑罰阻却事由ないし量刑責任を考慮するカテゴリーに位置づけられるだろう。もしそれが違法性・責任であるというのならば、行為の評価を問題にしていたこれまでの用語法としての違法性・責任とは異なる体系が構築されていることになる。前注(4)の浅田の叙述も参照）。この点、野澤充「中止犯規定は単なる『量刑規定』か？」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂、2016年）444頁注30の指摘は正当であるように思われる。

- (18) 私見によれば中止未遂は国家が刑罰権の行使を差し控えるあるいは減少させる事由（行為者側の事情＝行為規範レベルの事情によるのではなく、罰する側の事情＝制裁規範レベルの事情による刑の減免）であり、犯罪成立の次元ではなく制裁の次元で考慮すべき事情（制裁減少消滅事由）であると考え。そしてこの制裁規範のカテゴリーは犯罪論を問い終わった後に位置づけられると考える。この構想は私の2003年論文においてその萌芽が示されている（江藤「中止未遂の法的性格について」前掲注(16)57頁以下参照）。
- (19) スペイン刑法63条は、「既遂犯または未遂犯の従犯には、その犯罪の正犯に対して法律によって定められた刑の1段階減輕した刑を科す」と日本刑法と似たような条文を持ちながら、正犯が減輕されているときは、従犯はそこよりさらに1段階減輕されるものと解されているのである。たとえば、正犯者が1段階減輕の未遂犯であれば、従犯者は2段階減輕で処断される。V. Carlos María Landecho Velasco/ Concepción Molina Blázquez, *Derecho Penal español*, 10. ed. 2017, p. 594.
- (20) 高橋『刑法総論』前掲注(15)は、「正犯に適用されるべき刑罰法規の法定刑を減輕」（井田・前掲注(14)549頁同旨）として68条を示している（大判昭和8年7月1日刑集12卷1029頁も参照）。安達光治「63条」浅田

和茂・井田良編『新基本法コンメンタール』第2版(日本評論社, 2017年)199頁も、「従犯の刑は、正犯の法定刑を基準に、法律上の減輕事由として68条により処断された刑の範囲内で宣告さ」れるという。やはり減輕は重複して複数回行われないということだろう。多くの総論の教科書とコンメンタールおよびいくつかの従犯に関するモノグラフを見たが、いずれも従犯の刑の処理に言及する際は、「正犯の宣告刑」を基準とするものではない(したがって必ず正犯の宣告刑を下回るとは限らない)と述べ、「正犯の法定刑」を基準とすると述べるばかりで、「正犯の処断刑」との関係を記述したものは見当たらなかった。正犯の処断刑との関係こそが重要であると思うのだが。

- (21) 西田典之『共犯理論の展開』(成文堂, 2010年)22頁, 小島秀夫『幫助犯の規範構造と処罰根拠』(成文堂, 2015年)29頁以下。
- (22) 従犯構成要件に該当することが確定した段階で、正犯の刑から減輕されることが確定する。
- (23) 町野朔「誤想防衛・過剰防衛」警察研究50巻9号(1979年)52頁, 前田雅英『刑法総論講義』第6版(東京大学出版会, 2015年)280頁。
- (24) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣, 2013年)164頁。ただし、佐伯は過剰防衛の際に違法性減少が認められないという見解ではない。責任減少がなければ36条2項の適用がないという意味における責任減少説である。
- (25) 川端博『正当防衛権の再生』(成文堂, 1998年)251頁, 伊東研祐『刑法講義総論』(日本評論社, 2010年)195頁。なお、違法性・責任減少説といっても、その両方が必要であるとする重疊的併用説とそのいずれかで十分であるとする択一的併用説とがある。松原・前掲注(7)174頁参照。なお、松原は択一的併用説である。
- (26) 山中敬一『刑法総論』第3版(成文堂, 2015年)535頁。
- (27) 井田・前掲注(14)309頁。山中も過剰避難を過剰防衛と同様の可罰的責任減少事由に位置づける。山中『刑法総論』前掲注(26)576頁。松原も過剰避難を過剰防衛と同様の違法性責任減少の択一的併用説に位置づける。伊東も「過剰防衛と同様の理由で」違法性・責任減少説を採用。伊東・前掲注(25)210頁。
- (28) 川端博『正当化事情の錯誤』(成文堂, 1988年)70頁以下。
- (29) 伊東・前掲注(25)413頁参照。
- (30) たとえば、丹治初彦「自首と量刑」『量刑法の総合的検討』松岡正章先生古稀祝賀(成文堂, 2005年)321頁は、「自首が犯罪完了後の行為で

あること、改悛の情の存否が自首の成立要件でないことなどに照らすと、刑事政策説に立たない限り理由付けは困難であると考えておきたい」という。また、城下裕二『量刑基準の研究』（成文堂、2005年）147頁以下も参照。

- (31) たとえば、高橋『刑法総論』前掲注(15)548頁。「非難の減少」が責任の減少を意味するの否かについては判然としない。この点について、伊東・前掲注(25)414頁以下は、改悛の情に触れる学説についてこれらの学説も「改悛ということ自首の成立要件として直接的・積極的に構成することはしないし、むしろ、そのような実体法的理由は副次的ではあるが全く無視することはできない、とする程度であるのが近時の学説傾向である」としている。
- (32) 山中『刑法総論』前掲注(26)1111頁。
- (33) たとえば、野村・前掲注(11)の立場などを念頭に置いている。
- (34) 私見の規範に対する考え方は特に、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頁以下参照。ただし、未遂犯に対する既遂犯に比しての制裁の軽さは、単に行為規範だけでなく、制裁規範にも由来すると思われる。その点を明確化する制裁規範探究の出発点为本稿である。
- (35) ただし、増田豊『規範論による責任刑法の再構築』（勁草書房、2009年）70頁参照、vgl. auch Diethart Zielinski, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 142.
- (36) 守るべきものが被拐取者の「安全」か「生命」か「生命・身体」か「自由」という問題は別論、本規定を「政策的規定」としてみるものとして、山口厚『刑法各論』第2版（有斐閣、2010年）103頁、井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣、2016年）138頁、高橋則夫『刑法各論』第3版（成文堂、2018年）124頁以下、松宮孝明『刑法各論講義』第5版（成文堂、2018年）109頁、西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法各論』第7版（弘文堂、2018年）95頁など。
- (37) 最決昭和54年6月26日刑集33巻4号364頁。
- (38) 長島敦「みのしろ金誘拐罪の新設等に関する刑法の一部を改正する法律の逐条解説（その二・完）」法曹時報16巻8号（1964年）12頁。前田雅英『刑法各論』第6版（東京大学出版会、2015年）91頁も、「本条の減輕は、中止未遂の場合と類似して、責任減少を根拠にする面もあり、行為者が安全確保にいかなる努力を払ったかも考慮される」という。

- (39) 橋本正博『刑法各論』(新世社, 2017) 113頁参照。
- (40) 和田・前掲注(4)189頁。ただし, 和田は, このような被拐取者の生命に対する抽象的危険の消滅である解放が認められたとしても, それを上回る被害者の生命侵害危険の発生可能性がある場合は, 当規定の適用は否定されるべきであるとする。
- (41) 井田『講義刑法学・各論』前掲注(36)137頁以下。
- (42) 刑法80条の内乱暴動前自首規定と通じるものがあるろう。
- (43) 偽証罪については, 江藤隆之「偽証罪の規範的解釈について」桃山法学22号(2013年)43頁以下。
- (44) 高橋『刑法各論』前掲注(36)683頁, 井田『講義刑法学・各論』前掲注(36)571頁以下。
- (45) 高橋『刑法各論』前掲注(36)688頁, 井田『講義刑法学・各論』前掲注(36)575頁。
- (46) ただし, 構成要件段階で未遂犯として構成要件の修正がなされていることが前提である。
- (47) 実務においては, 量刑事情を羅列して「総合評価」というだけで, 厳密に何が酌量事情にあたるのかをぼやかしたままの判決がよく見られるため, 酌量減輕がどのような事情をもとに決定されているのかを断定して分析するのはほぼ不可能である。
- (48) 刑集27卷3号265頁。
- (49) 大判昭和7年6月6日刑集11卷756頁, 最判昭和40年11月2日刑集19卷8号797頁参照。
- (50) たとえば, 葛原力三「66条」浅田和茂・井田良編『新基本法コンメンタール』第2版(日本評論社, 2017年)204頁など。
- (51) 虫明満『包括一罪の研究』(成文堂, 1992年)24頁以下, 只木誠『罪数論の研究』補訂版(成文堂, 2009年)176頁以下は, 正当にも, 罪数論を構成要件・違法性・責任の犯罪成立要件検討後に位置づける。すると, 制裁論との位置関係を次に整理する必要があるだろう。たとえば, 刑法72条により併合加重は再犯加重や自首減輕より後, 酌量減輕より前に行われるが, そうすると, 罪数論はまさに制裁論体系の中にあるということになるろう。この位置をもっと分析的に検討する必要があるのである。
- (52) それは, 刑罰の本質をめぐる問題や近年の厳罰化傾向への批判的観点を与えるだけでなく, 法律上の減輕が自由刑についてその刑期を2分の1にするという形式的なもので良いのかといった疑問も浮き彫りにする

だろう。

- (53) 私自身、どちらの見解を採用すべきであるかの見通しは立っていない。理論的には複数回の減輕を認める方が正しいようには思うが、まったく異論のない実務・通説にあえて反対する実際の意義も見いだせず、むしろ、制裁規範論の研究を通じて、「減輕一回説」を理論的に説明する途を選択する方が現実的でありそうだ。しかし、本当に減輕一回説を理論立てることができるのか、どうも困難である予感がしている。この「えたいの知れない不吉な塊」ともいうべき予感に対する、書店の画集で作った城壁の頂きに檸檬を置くようなすっきりとした解決は、現段階では到底見通すことができない。

# スペイン刑法における刑の減軽処理

江 藤 隆 之

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

キーワード：スペイン刑法，刑の減軽，制裁規範，制裁論

## I 本稿の目的

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

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

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

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

## II 本稿が対象とするスペイン刑法における刑

### 1) 対象

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



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

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

## 2) 終身刑

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

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

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

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

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

### 3) 禁錮刑

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

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

### 4) 罰金刑

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

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

### Ⅲ 一般的減輕事由

#### 1) 21条

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

#### 21条

減輕事由であるのは：

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

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

## 2) 各号の概要

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

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

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

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

② 2号 (atenuante de grave adicción／重度依存による減輕)

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

③ 3号 (arrebato u obcecación／激昂または錯乱)

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

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

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

④ 4号 (confesión de la infracción／自首)

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

判例もそう解している<sup>(35)</sup>。

⑤ 5号 (reparación del daño／損害回復)

5号は、公判審理前の損害の回復を減輕事由としているが、その根拠として、判例は被害者保護のための刑事政策的規定と解している<sup>(36)</sup>。学説は、判例同様に被害者保護のための刑事政策的規定であることを承認しつつ、法秩序の再確認による一般予防および特別予防の必要性の減少が認められるから、など理論的な説明を試みている<sup>(37)</sup>。法文は、損害回復が行為者によってなされることを求めており、その根拠も被害者保護の政策規定であるとみられるからには、たとえばオーストリア刑法において認められているような第三者による損害回復<sup>(38)</sup>は減輕事由を構成しないと解される。なお、公判審理前というタイムリミットが設定されているため、公判審理開始後の審理中に損害回復がなされた場合には本条の適用はない。仮に審理中に損害回復がなされた場合は、本条7号「類推による減輕」<sup>(39)</sup>の対象となる。

⑥ 6号 (dilaciones indebidas／不当な遅延)

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

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

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

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

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

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

### 3) その他の減輕事由

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

## IV 減輕方法

### 1) 条文

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

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

#### 66条1項

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

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

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

次に、軽い罪および過失犯の加重減輕処理について定めた66条2項を確認する。

#### 66条2項

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

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

なお、先述したとおり、過剰防衛など犯罪成立阻却事由の本質的要素は



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

68条

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

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

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

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

2) 処理単位としての「段階」(grado) と「半分」(mitad)

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

「段階」(grado) とは、「法律が要求または許可する際に、当初の法定

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

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

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

### 3) 段階による減軽処理

段階による減軽については70条1項2号が定めている。

#### 70条1項2号

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

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

【pena inferior en un grado：刑の1段階減軽】

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

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

#### 4) 半分による減軽処理

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

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

あるとみることになる<sup>(70)</sup>。

以下に、計算例を表で示す。<sup>(71)</sup>

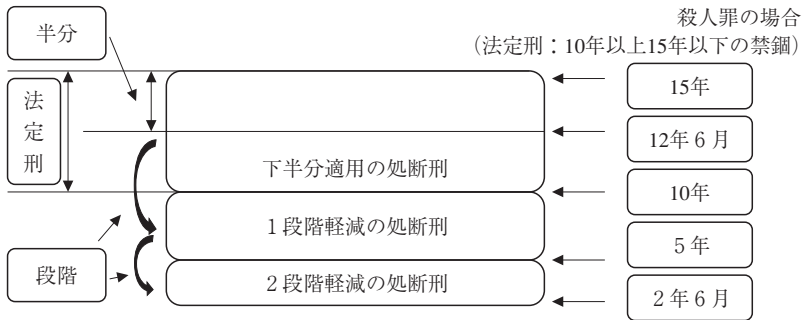
【mitad inferior de la pena：刑の下半分適用】

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

5) grado と mitad 減軽の図式化

以上のような段階と半分による減軽を図にすれば以下の通りである。

【段階減軽と半分減軽の処断刑のイメージ図】



6) 未遂犯減軽

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

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

16条1項

客観的に結果が発生すべき行為の全部または一部を行い、行為者が外形

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

この客観的未遂犯概念に基づいて、62条は、未遂犯の必要的減輕を定める。

#### 62条

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

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

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

#### 7) 回避可能な違法性の錯誤減輕

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

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

14条3項<sup>(78)</sup>

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

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

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

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

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

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

#### 8) 従犯減輕

従犯減輕について、63条は1段階減輕を定めている。

##### 63条

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

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

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

【未遂犯減輕と従犯減輕の組み合わせ表<sup>(87)</sup>】

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

\* (引用者注) 数字の単位は、段階 (grado/s)

法律に特別の規定があるときは、63条が適用されないのは未遂犯の場合

と同様である。<sup>(88)</sup>

## 9) 終身刑の減輕

終身刑の減輕については70条4項が定めている。

### 70条4項

終身刑を1段階減輕した刑は、20年以上30年以下の禁錮である。

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

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

## V 分析と図式化

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

### ①日本刑法の法律上の刑の減輕システムの単線性

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



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

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

## ②スペイン刑法の法律上の刑の減軽システムの複線性

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

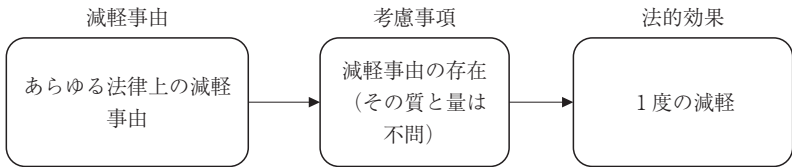
なお、スペイン刑法においては、ドイツ刑法と同様に、そしてフランス

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

③図式化

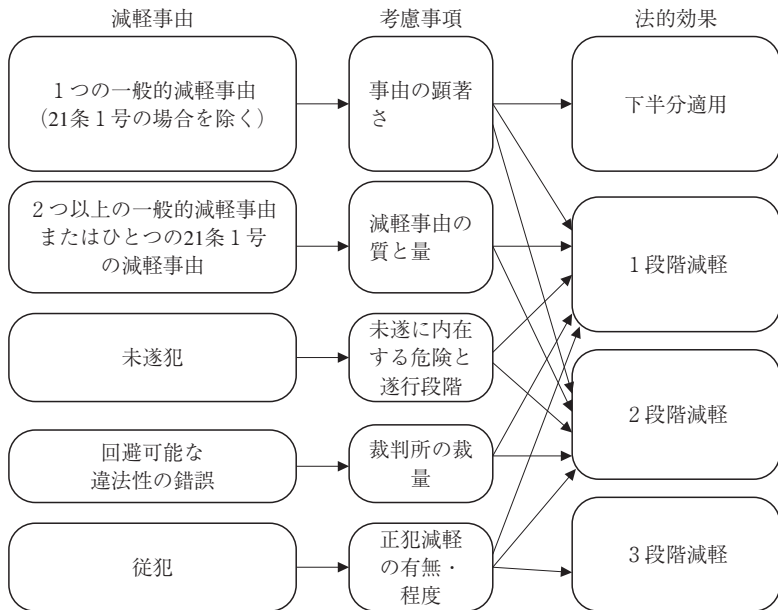
以上の描写を図式化すると以下の通りである。

【日本刑法の法律上の刑の減輕】



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

【スペイン刑法の法律上の刑の減輕（軽くない故意犯の場合）】



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

## VI 結語

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

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

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

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

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

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

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

(了)

## 注

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

- (67) この計算の表現は, Zárate/ González, PG (nota 16), p. 488 に挙げられている例によった。
- (68) この語の訳し方については注(61)参照。
- (69) Landecho/ Molina, PG (nota 18), p. 595.
- (70) ただし, スペインではこれは明確に減輕の作用として理解されている (circunstancia atenuante=減輕事由の帰結である)。
- (71) 1年以上3年以下の下半分適用の例は, Landecho/ Molina, PG (nota 18), p. 595 に, 3年以上6年以下の下半分適用の例は, Zárate/ González, PG (nota 16), p. 488 によった。
- (72) スペイン刑法における未遂概念規定の詳細は, 江藤隆之『スペイン刑法における不能未遂の可罰性』桃山法学30号(2019)27頁以下参照。
- (73) Cuello/ Mapelli, PG (nota 66), p. 154.
- (74) Artículo 64 “Las reglas anteriores no serán de aplicación en los casos en que la tentativa y la complicidad se hallen especialmente penadas por la Ley.”

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

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

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

- (76) Landecho/ Molina, PG (nota 18), p. 594. 従犯態様が構成要件に定められている場合も同様である (v. Zárate/ González, PG (nota 16), p. 491).
- (77) V. Mir, PG (nota 14), pp. 563 ss.
- (78) 森下・前掲注(6)117頁の訳は, 「罪を構成する行為の違法性についての錯誤は, 刑事責任を阻却する。錯誤が避けえるものであったときは, 1段階又は2段階下の刑を適用する」となっている。ここでは, “excluye la responsabilidad criminal” を「刑事責任を阻却する」と訳すことおよび “hecho” を「行為」と訳すことが不適切であると思われることから, 同訳を引かず, 自ら訳出した。同訳が不適切であると判断した理由は以下の通り。第1に, “excluye la responsabilidad criminal” における “responsabilidad” はいわゆる犯罪論体系における「責任」を意味する “culpabilidad” と異なり, 違法性阻却事由についても使用される

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

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

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

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

# 訴因の特定に関する序論的考察

河 野 敏 也

- I 問題の所在
- II 訴因の特定に関する議論の概要
  - 1. 旧法時代の犯罪事実の特定について
  - 2. 現行刑訴法における訴因の特定について
  - 3. 罪となるべき事実と日時等の記載の関係について
    - (1) 法律構成説
    - (2) 事実記載説
  - 4. 特定すべき程度について
- III 判例
  - 1. 最大判昭和37年11月28日（白山丸事件判決）
    - (1) 事実の概要および判旨
    - (2) 検討
  - 2. 最決昭和56年4月25日（吉田町覚せい剤使用事件決定）
    - (1) 事実の概要および決定要旨
    - (2) 原審における判旨
    - (3) 検討
  - 3. 罪となるべき事実の概括的記載について
- IV 学説
  - 1. 平野龍一説
  - 2. 田宮裕説
  - 3. 松尾浩也説
  - 4. 近時の訴因の特定に関する学説
    - (1) 構成要件該当事実の明示について言及していないもの
    - (2) 構成要件該当事実の明示について言及するもの
  - 5. 検討

## V 結論

キーワード：訴因の特定，訴因，公訴事実，構成要件該当事実，審判対象の画定

## I 問題の所在

刑訴法256条3項は、「公訴事實は，訴因を明示してこれを記載しなければならない。訴因を明示するには，できる限り日時，場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定してこれをしなければならない」と規定されている。審判対象論における公訴事実対象説対訴因対象説の議論が展開されて、訴因対象説が通説となった現在の刑事裁判は，検察官が設定した訴因記載の事実が存するか否かについて審理される<sup>(2)</sup>。刑訴法256条3項の訴因設定権限および刑訴法312条1項の訴因変更権限が検察官にあることから，裁判所は受動的に判断することが想定されており，裁判所は訴因と異なる事実を認定することは許されていないと解されている<sup>(3)</sup>。そのため，訴因が不特定である場合には，裁判長が検察官に対し訴因に対する求釈明をし（刑事訴訟規則208条1項），検察官が釈明により訴因の内容を明示・表現することができれば，有効な公訴提起として扱うことができる<sup>(4)</sup>。それでも特定されな<sup>(5)</sup>ときは，刑訴法338条4号により，公訴棄却の判決を受けることになる。そこで，訴因の特定が問題となっている。

訴因を構成している要素として，罪となるべき事実，日時，場所，方法等（以下，日時等）が含まれていると解し得ることから，共謀共同正犯と訴因の特定，包括一罪と訴因の特定といった各論的な分析をするアプローチも行われているところである<sup>(6)</sup>。さらに，近時，訴因変更の要否と訴因の特定とを結びつけて，訴因の果たす機能という観点から統合的に議論すべきとする考えが一般化したとされている<sup>(7)</sup>。

そこで，本稿では，訴因の特定の問題に対し，将来的に各論的分析あるいは手続法・実体法を架橋する形で分析することを念頭に置き，総論的な

検討を行うことにする。すなわち、まず、訴因の特定に関する議論の流れの概要を確認する（Ⅱ）、次に、訴因の特定に関する主要な判例を検討し（Ⅲ）、その後、学説を検討する（Ⅳ）。最後にこれらのまとめとして結論を述べていきたい（Ⅴ）。

## Ⅱ 訴因の特定に関する議論の概要

ここでは、判例・学説を検討する前に、訴因の特定に関する議論の概要をおさえておく。

### 1. 旧法時代の犯罪事実の特定について<sup>(8)</sup>

旧刑事訴訟法291条は、「公訴ヲ提起スルニハ被告人ヲ指定シ犯罪事実及罪名ヲ示スヘシ」と規定されており、検事は、公訴提起に際して、「犯罪事実」を特定してこれを表示することが求められていた。この規定の趣旨は、次のようなものである。「公訴物体の範囲は犯罪事実により定まる」から、「犯罪事実の表示は訴訟物体の範囲を明確にすることを要す」ことになる。「この要件を充たさ」ないために「他の犯罪事実と識別すること」ができないときは、「その表示は犯罪事実の表示であるとはされない<sup>(9)</sup>」とされていた。したがって、公訴の効力すなわち審判の対象の範囲は、「犯罪事実」から導かれるから、その元になる犯罪事実の表示も明確なものであることを要する。それゆえ、犯罪事実の表示は、他の犯罪事実との識別のために必要<sup>(10)</sup>となるとされる。

犯罪事実を表示する程度について、事件を特定するに足る表示があればよいとする見解<sup>(11)</sup>、少なくとも事実の同一性を認め得る程度に具体的であることを要する見解<sup>(12)</sup>、事実の同一性に関連して、構成要件に該当すべき行為要素は本質的なものであるが、日時、場所、行為の目的は、行為の属性に過ぎず、その変化は事実の同一性を害しないという見解が主張<sup>(13)</sup>されていた。そして犯罪事実の表示と日時、場所および方法の関係について、行為の日時、場所、結果の大小は、他の犯罪事実との異同を識別するために必要な

場合を除き、表示の必要はないとする見解<sup>(14)</sup>、そもそも被告事件については日時等を明示することを要しないとする見解が主張されていた<sup>(15)</sup>。したがって、旧法時代において日時等の表示は、犯罪事実の特定に不可欠であるとは考えられていなかったといえる。

## 2. 現行刑訴法における訴因の特定について

現行刑訴法256条3項は、「公訴事實は、訴因を明示してこれを記載しなければならない。訴因を明示するには、できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定してこれをしなければならない」と規定されている。公訴事實の記載が、何ら罪となるべき事実を包含していないとき、または公訴事實が全く罪となるべき事実を特定していないときは、刑訴法339条1項2号、338条4号により、公訴棄却の決定または判決を受けることになる<sup>(16)</sup>。256条3項の趣旨は、「可能な限り罪となるべき事実を特定して訴因を明示することにより、裁判所に対し審判対象を限定するとともに、被告人に対し防御の範囲を示すことを所期したものと解される…。そればかりでなく、公訴提起の効果の及ぶ範囲、すなわち時効停止、再訴禁止の範囲や一事不再理効の及ぶ範囲を明確にする見地からみても、できる限り訴因として構成される公訴事實の内容が特定明確化される必要がある<sup>(17)</sup>」とされる。特定について、法は、「できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定して」訴因を明示することを要求している。そこで、罪となるべき事実と日時等の記載の関係がどのようなものであるのかが問われることになる。この点につき、「法律構成説」と「事実記載説」との対立の反映が指摘されて<sup>(18)</sup>いた。そこで、まず、法律構成説と事実記載説の対立と罪となるべき事実と日時等の記載の関係について<sup>(19)</sup>みることにする。

## 3. 罪となるべき事実と日時等の記載の関係について

### (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>(20)</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が、法律構成説の中でも「罰条同一説」と称される見解に立つと、日時等は、罪となるべき事実には含まれないことになる<sup>(21)</sup>と解されている。

罰条同一説は、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>(22)</sup>。

この立場は、審判対象が公訴事実であり、訴因がその法的評価と考える公訴事実対象説を前提としている。訴因制度は、裁判官による法的評価に対する被告人への不意打ちを防ぐための制度であり、訴因の本質は、法的評価すなわち法律構成にある。そうすると、起訴状に記載する日時・場所・方法といったものは、それが犯罪構成要素となっていない場合には、訴因の本質的要素ではない。そうすると、日時等の特定については、刑訴法256条3項における「できる限り」の解釈との関係で、できればこれらを特定するほうが望ましいという程度で考えることになる<sup>(23)</sup>と指摘されている。

## (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>(24)</sup>。訴因対象説・事実記載説の代表的な見解である平野説は、「罪となるべき事実は、現実の事実であると共に具体的な事実である。したがって日時、場所もまたその要素をなすと言わざるを得ない。方法に至ってはなおさらそうである。罪となるべき事実から方法を抜き去ってしまったのでは、罪となるべき事実は全く抽象的な事実となってしまう<sup>(25)</sup>」と主張し、

罪となるべき事実が日時等を含んだものと解する理解と事実記載説との結びつきを指摘していた。

しかし、事実記載説の立場にあっても、罪となるべき事実とは、刑罰を科せられるべき犯罪構成要件に該当する事実であり、刑罰法令の各条に規定された特別構成要件とその修正形式の未遂・共犯の要件に該当する事実を指すと考え、日時・場所・方法は、罪となるべき事実に含まれず、刑訴法253条の解釈として、罪となるべき事実と日時・場所・方法を別のもの<sup>(26)</sup>と考える見解が存在する。この見解に対しては、「事実記載説を採りつつ、訴因の変更なしに訴因の記載と一部食い違う事実を認定できる範囲、すなわち訴因の拘束性ないし訴因の同一性の問題については法律構成説をとろうとするものである。しかし、日時、場所、方法等から切り離された罪となるべき事実とは、ひっきょう抽象的な構成要件への当てはまりをいうにすぎなくなり、法律構成説と実質的な違いはない<sup>(27)</sup>」と批判されている。

事実記載説の立場にあっても、日時等が罪となるべき事実に含まれないという考えがあることから、審判対象論に基づいて、公訴事実対象説は法律構成説をとり日時等が罪となるべき事実に含まれなく、訴因対象説は事実記載説をとり日時等が罪となるべき事実に含まれる、というように一元的に解釈される問題ではない。

#### 4. 特定すべき程度について

訴因の特定が要求されているとはいえ、実際には、被害者が死亡、目撃者が確保できないかつ被疑者が否認あるいは黙秘している場合など、種々の制約によって「捜査の結果によって明らかにし得る事実にはおのずから限界があり、起訴状の訴因に犯罪事実すべての詳細を明らかにする記載を行うことは不可能に近い<sup>(28)</sup>」ので、「訴因の特定も『できる限り』とされている」のである。ここでいう「できる限り」の意義については、「法律的に最低限必要な特定の程度については訴因を特定する意義、目的から合目的に解釈されるべき<sup>(29)</sup>」ことになる。

特定すべき程度は、上記のような「収集された証拠によって明らかにし

うる事実に限界があるために犯罪事実を概括的にしか表示できない場合に、どの程度の概括的な表示であれば許容されるのかという場面<sup>(30)</sup>だけでなく、「検察官が証拠に基づいて犯罪事実を比較的詳細に示すことができる場合に、どの程度の事実を表示すれば足りるのかという場面<sup>(31)</sup>」に分かれる<sup>(32)</sup>。ここでは、識別説と防御権説の争いが持ち出されている。

訴因の特定においては、できる限りの解釈に関する議論と識別説・防御権説の議論が存する。この両者の関係については次のような説明がなされる。訴因は、「検察官において捜査の結果収集された証拠に基づいて得られた心証形成の所産としての歴史的・社会的事実である犯罪事実の表象を刑罰法規の構成要件に当てはめて厳密に法律的に構成し具体的事実として記述したもの」であるので、「事実的側面と法律的側面」をもつ。一方で、法律的側面においては、ある訴因が他の訴因と明確に識別され得るだけでなく、その訴因自体において、歴史的・社会的事実である犯罪事実がいかなる構成要件に該当するかが明らかにされなければならない。他方で、事実的側面においては、訴因の形式で掲記される公訴事実の内容をなす罪となるべき事実は、歴史的具體性を明らかにする趣旨で、できる限り日時等をもって特定することが要求される<sup>(33)</sup>。したがって、訴因のもつ性質から、争われる内容が異なっていることになる。

訴因の特定における、刑訴法256条3項の趣旨、罪となるべき事実と日時等の関係、特定の程度の問題については、判例によって展開されてきたので、以下では、それを確認していくことにする。

### Ⅲ 判例

ここでは、日時等の概括的記載が問題になった、最大判昭和37年11月28日刑集16巻11巻1633頁と、最決昭和56年4月25日刑集35巻3号116頁をそれぞれ検討した後に、罪となるべき事実それ自体の概括的記載に関する最決平成14年7月18日刑集56巻6号307頁および最決平成26年3月17日刑集68巻3号368頁の概要を見ていく。

## 1. 最大判昭和37年11月28日(白山丸事件判決)

### (1) 事実の概要および判旨

訴因の特定のリーディングケースとされているのが<sup>(34)</sup>、最大判昭和37年11月28日の白山丸事件判決である。本件は、被告人が、当時国交のなかった中国への密出国者として、「被告人は、昭和二七年四月頃より同三三年六月下旬までの間に、有効な旅券に出国の証印を受けないで、本邦より本邦外の地域たる中国に出国したものである」とする公訴事実で起訴されたというものである。この起訴状の記載においては、「犯罪の日時を表示するに六年余の期間内とし、場所を単に本邦よりとし、その方法につき具体的な表示をしていない」ことになる。そこで、被告人側が、本件公訴事実の記載について刑法256条3項に違反し、公訴提起が無効であると主張した。

これに対し、本判決は、「刑法二五六条三項において、公訴事実を訴因を明示してこれを記載しなければならない、訴因を明示するには、できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定してこれをしなければならないと規定する所以のものは、裁判所に対し審判の対象を限定するとともに、被告人に対し防禦の範囲を示すことを目的とするものと解されるころ、犯罪の日時、場所及び方法は、これら事項が、犯罪を構成する要素になつている場合を除き、本来は、罪となるべき事実そのものではなく、ただ訴因を特定する一手段として、できる限り具体的に表示すべきことを要請されているのであるから、犯罪の種類、性質等の如何により、これを詳らかにすることができない特殊事情がある場合には、前記法の目的を害さないかぎりの幅のある表示をしても、その一事のみを以て、罪となるべき事実を特定しない違法があるということではできない」とした。これを本件にあてはめ、「検察官は、本件第一審第一回公判においての冒頭陳述において、証拠により証明すべき事実として、(一)昭和三三年七月八日被告人は中国からA丸に乗船し、同月一三日日本邦に帰国した事実、(二)同二七年四月頃まで被告人は水俣市に居住していたが、その後所在が分からなくなった事実及び(三)被告人は出国の証印を受けていなかった

事実を挙げており、これによれば検察官は、被告人が昭和二七年四月頃までは本邦に在住していたが、その後所在不明となつてから、日時は詳らかでないが中国に向けて不法に出国し、引き続いて本邦外にあり、同三三年七月八日A丸に乗船して帰国したものであるとして、右不法出国の事実を起訴したものとみるべきである」と審判対象および防御範囲が示されていると解した。その上で、日時に関する「詳らかにすることができない特殊事情」の存在につき、「本件密出国のように、本邦をひそかに出国してわが国と未だ国交を回復せず、外交関係を維持していない国に赴いた場合は、その出国の具体的顛末についてこれを確認することが極めて困難であつて、まさに上述の特殊事情のある場合に当るものというべく、たとえその出国の日時、場所及び方法を詳しく具体的に表示しなくても、起訴状及び右第一審第一回公判の冒頭陳述によつて本件公訴が裁判所に対し審判を求めようとする対象は、おのずから明らかであり、被告人の防禦の範囲もおのずから限定されているというべきであるから、被告人の防禦に実質的の障碍を与えるおそれはない」として、被告人側の主張を退けた。

## (2) 検討

本判決は、「六つの判断から成り立っている」とされる。すなわち、第一に、刑訴法256条3項の規定の趣旨であり、第二に、罪となるべき事実と日時等の関係であり、第三に、特殊事情についてであり、第四に、起訴状と冒頭陳述と併せて本件における審判対象を画定している点についてであり、第五に、本件における特殊事情についてのあてはめであり、第六に、結論についてである<sup>(35)</sup>。

刑訴法256条3項の趣旨として「裁判所に対し審判の対象を限定するとともに、被告人に対し防禦の範囲を示すことを目的とする」としているのは、「訴因は審判対象であり必ず検察官によって提示されることを要し、単なる防禦保護の制度ではない<sup>(36)</sup>」という訴因の果たす機能からの説明と解することができる。

罪となるべき事実と日時等の関係について、本判決は、「犯罪の日時、

場所及び方法は、これら事項が、犯罪を構成する要素になつている場合を除き、本来は、罪となるべき事実そのものではなく、ただ訴因を特定する一手段」として、罪となるべき事実と日時等を別のものと解している。これに対して、「罪となるべき事実は、現実の事実であると共に具体的な事実である。したがって日時、場所もまたその要素をなすと言わざるを得ない。方法に至ってはなおさらそうである。罪となるべき事実から方法を抜き去ってしまったのでは、罪となるべき事実は全く抽象的な事実となってしまう<sup>(37)</sup>」とする理解も存する。

本判決は、日時等が訴因を特定する一手段であるがゆえに、「犯罪の種類、性質等の如何により、これを詳らかにすることができない特殊事情」がある場合には、概括的な記載を許容するとしている。ただし、この概括的な記述によって、識別機能と防御機能を喪失しない場合に限られている<sup>(38)</sup>。

本判決における多数意見は、密出国の日時は不明であるが、その密出国後、「引き続き本邦外に」いた中で、「同三三年七月八日A丸に乗船して帰国した」と認定しており、これは、「訴因に記載された約六年間の期間中にただ一回のみの密出国があった<sup>(39)</sup>」と解している。これに対して、奥野裁判官の補足意見は、本件の入国に対応している出国のみが審判対象であつて、複数回の密出国があつてもそれは本件の審判対象ではないと解されている。すなわち、「本件公訴事実は、本件起訴状の記載と検察官の冒頭陳述による釈明とを綜合考察するときは、被告人が昭和三三年七月八日中国からA丸に乗船し同月一三日に本邦に帰国した事実に対応する出国の事実、すなわち右帰国に最も接着、直結する日時における出国の事実を起訴したものと解すべきである」とされる。その理由として、「右帰国に対応する出国の事実は理論上ただ一回あるのみであつて、二回以上あることは許されないのであるから、本件公訴事実たる出国の行為は特定されており、その日時、場所、方法について明確を欠くといえども、なお犯罪事実は特定されていると言い得べく、本件起訴を以つて、不特定の犯罪事実の起訴であつて刑訴二五六条に違反する不適法なものということとはできない」ということを挙げている。これは、起訴状の記載と冒頭陳述による釈明を併せ

た結果であり、「何れの出国行為を指すかを釈明できない場合において本件起訴状記載の如き公訴事実とすれば、二重起訴の虞を招き、判決の既判力の範囲が不明確であり、被告人の防禦権に著しい不利益を及ぼすものであつて、刑訴二五六条に違反し、公訴事実の特定を欠く不適法な起訴たるを免れない」ことになるとされる。<sup>(40)</sup>

本判決は、当時外交関係がなかった国への密出国であることから、そもそも「密出国した事実は確認できても、密出国をした日時・場所を具体的に特定することが類型的に困難であり」、国交のない国への密出国においては「出国について具体的に把握することは一層困難だった」であろうことから、「『特殊事情』があるとして特定の程度を緩和したのには、理由があったともいえ」ると評価されている。<sup>(41)</sup>この特殊事情に対しては、結局のところ「捜査が困難であるという点に尽きる」にすぎず、あくまで当時の政治・社会状況の特殊性を理由として訴追側の便宜を考慮した結果であるともされている。<sup>(42)</sup>それは、「その後最高裁判所は『特殊事情』という表現を用いていない」<sup>(43)</sup>という点からも見出し得る。このような特殊事情について、「今後同種の事件が頻発することは想定できない」<sup>(44)</sup>ともされている。

本件においては、起訴状および冒頭陳述によって審判対象が画定されたことにより、防禦範囲が設定されており、防禦に対する実質的な障害がないことから、幅のある記載を許容している。これは、審判対象が画定された場合、その裏返しとして防禦範囲が画定されると裁判所が解していることを意味する。<sup>(45)</sup>幅のある記載を記載が許容されるのは、訴因の特定から導かれる識別機能・防禦機能を越えた基準としての「特殊事情」がある場合に限定されている。これは、刑訴法256条3項が「できる限り」と規定していることから求められる。審判対象が画定しているとしても「裁判所が実際に審理をし、被告人が防御を行うという観点からは、その対象ができる限り具体化されることが望ましいという考え方に基づいて」<sup>(46)</sup>いと解されている。

## 2. 最決昭和56年4月25日(吉田町覚せい剤使用事件決定)

## (1) 事実の概要および決定要旨

本件は、原審の認定した事実によると、被告人は、昭和54年10月3日に暴力行為等処罰に関する法律違反の罪で逮捕されて引続き勾留され、同日に、右事件の兇器である鉈を差押えるため被告人経営の会社の飯場および自動車の捜索を行ったところ注射器二個が発見され、その任意提出を受けてこれを領置し、翌4日被告人の同意を得てその右腕の写真撮影を行い、同月5日被告人の尿の任意提出を受けて領置し、鑑定の結果、前記の尿と発見領置された注射器より覚せい剤が検出された。被告人は、覚せい剤使用の事実につき、「終始否認しているか、供述があいまいであり」、さらに「目撃者もないため」、起訴状における公訴事実を、「被告人は、法定の除外事由がないのに、昭和五四年九月二六日ころから同年一〇月三日までの間、広島県高田郡a町内及びその周辺において、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩類を含有するもの若干量を自己の身体に注射又は服用して施用し、もつて覚せい剤を使用したものである。」として起訴されたというものである。被告人側は、本件公訴事実によっては犯行の日時等が特定されていないとして上告した。

これに対して、本決定は、「本件公訴事実の記載は、日時、場所の表示にある程度の幅があり、かつ、使用量、使用方法の表示にも明確を欠くところがあるとしても、検察官において起訴当時の証拠に基づきできる限り特定したものである以上、覚せい剤使用罪の訴因の特定に欠けるところはないというべきである」との職権判断を示して、上告を棄却した。

## (2) 原審における判旨

原審である広島高判昭和55年9月4日<sup>(47)</sup>においては、被告人側が「本件起訴状記載の公訴事実によつては犯行の日時、場所、方法、覚せい剤の使用量の特定は不十分で、審判の対象を特定したことにならず、被告人の防禦権の行使に重大な支障を来たすものであるから、かかる公訴の提起は違法であ」と主張したのに対し、前記白山丸事件判決を引用したうえで次の



ように主張した。「検察官は原審第一回公判における冒頭陳述として、被告人は公訴事実記載の日時の間は、前記吉田町及び賀茂郡豊栄町内におり、その間に覚せい剤を自己使用し、一〇月五日尿を警察官に任意提出し、鑑定の結果覚せい剤が検出された事実を立証する旨陳述していること、本件犯行の日時、覚せい剤使用量、使用方法につき具体的表示がされない理由は、被告人が終始否認しているか、供述があいまいであり、目撃者もいないためであることが推認できること、覚せい剤の自己使用は犯行の具体的内容についての捜査が通常極めて困難であることを合わせ考えると、本件はまさに上述の特殊の事情がある場合に当るものというべく、また、本件は、被告人が一〇月五日に警察官に任意提出した尿から検出された覚せい剤を自己の体内に摂取したその使用行為の有無が争点となるものであるから、本件の審判の対象と被告人の防禦の範囲はおのずから限定されているというべきであり、被告人の防禦に実質的な障害を与えるおそれも存しない」として被告人側の主張を退けた。

### (3) 検討

訴因の特定は、覚せい剤使用事件において特に問題となる。その背景には、覚せい剤使用事件がもつ特殊性がある。覚せい剤使用は、尿から覚せい剤成分が検出されれば明らかとなるが、覚せい剤の自己使用は、通例、秘密裏に行わるものであるから、目撃者がいなければ、使用者本人が供述しない限り、使用の日時・場所・方法、使用量を特定することが困難である<sup>(48)</sup>。実務上は、「一応真実と認められる被疑者の自白が存在する場合にはそれに基づいて訴因を構成するが」、そうではなく「黙秘とか否認の場合は、覚せい剤の体内残留期間が最大約二週間であること…を根拠に、右期間内の被疑者の行動を可能な限り解明したうえ、犯行日時を右期間内の相当範囲の広い時間帯とし、その間の画定することができた被告人の行動範囲内の場所を使用場所とし、使用方法及び使用量については特段の記載をしないまま起訴する」とされている<sup>(49)</sup>。したがって、「例えば、東京都内といった幅のある表示をし、方法も、注射又は吸引といったかたちの表示を

する」<sup>(50)</sup>かたちで運用されている。そして、覚せい剤の自己使用は、それが常態化されていることが多々あり、幅のある記載をした場合に、その期間内に複数回自己使用をしている場合がある。その際、尿検査によって判明した覚せい剤使用は、複数回の場合があり得るが、通説および判例によれば、覚せい剤の使用は、複数回の使用行為が連続的に行われた場合であっても、一回の使用ごとに一罪の併合罪と解されている<sup>(51)</sup>。したがって、日時等につき幅のある記載をした場合、「検出結果に対応するどの使用行為を起訴しているのかが定まらず、他の使用行為との識別ができていないから、審判の対象が特定されていないのではないかという疑問が生じる」<sup>(52)</sup>ことになる。

覚せい剤使用に関しては、上述のような性質をもっていることから、訴因の特定について裁判例があったところ、本決定は「この問題につき指導的意義」を有するものであるとされる<sup>(53)(54)</sup>。本決定の原審は、それまでの覚せい剤使用事件の高裁判例<sup>(55)</sup>が白山丸事件判決の法理を援用して訴因の特定に欠けることがないとしていたものを踏襲し、まさに本件が「特殊の事情がある場合」としており、これは原々審である広島地判昭和55年3月12日も同様である。これに対して、本決定は、訴因の特定に欠けるところはないとしている理由として、「検察官において起訴当時の証拠に基づきできる限り特定したもの」であることを挙げているだけであり、白山丸事件判決がいう特殊事情につき、明示的には述べていない。この点につき、覚せい剤の自己使用罪は、一般的な犯罪と構造を異にしており、尿検査によって覚せい剤が検出されれば、通常覚せい剤を使用したと認められるもので、この構造が白山丸事件判決と類似の構造を持っているところから、幅のある記載が許されている<sup>(57)</sup>、あるいは、覚せい剤の自己使用罪の性質上、「検察官において起訴当時の証拠に基づきできる限り特定した」という判示は、特殊事情が存在していることを含めていると解されている<sup>(58)</sup>。これに対して、特殊事情があることにつき「明言しない本判例は、このような訴因が許容されるのは、必ずしも特殊な類型の犯罪には限られないという立場を示唆したようにも見える」<sup>(59)</sup>とも指摘される<sup>(60)</sup>。

尿から検出された覚せい剤と対応関係のある使用行為が複数あり得るところ、「裁判所に対し審判の対象を限定」しているとは言えない点については、本決定からは読み取ることができないと評価されている。訴因として表示した期間内に複数回の使用の可能性があった場合の処理については、「通常問題とされるような二週間程度の期間内に、しかも覚せい剤体内保有中に、重ねてこれを使用する行為は、連統一罪として包括一罪の関係にある<sup>(61)</sup>」として罪数の問題として解決を図る見解<sup>(62)</sup>が存する。しかし、前述の通り、通説および判例によれば、覚せい剤の使用は、複数回の使用行為が連続的に行われた場合であっても、一回の使用ごとに一罪の併合罪と解されている<sup>(63)</sup>。したがって、実務上は、併合罪であることを前提に、訴訟法的な解決として大きく最終行為説と最低一行為説に分かれている<sup>(64)</sup>。

最終行為説は、「少なくとも尿中に覚せい剤が存在することは使用の直接の反映であり、複数回の使用が窺われる場合にも、鑑定結果に対応する最終の直近使用を起訴したものと特定する<sup>(65)</sup>」見解である<sup>(66)</sup>。これに対して、最低一行為説は、「記載された一定期間中に少なくとも一回の使用があった<sup>(67)</sup>」として特定されていると見る見解である。最低一行為説から最終行為説に対する批判としては、「①尿および覚せい剤の排泄メカニズムはまだまだ十分には解明されていないから、尿中から検出された覚せい剤が最後に使用した分であることを確定することは極めて困難であり…、したがって、尿検査の結果のみに基づいて最後に使用した事実を認定することは、はなはだ困難である、②最終使用行為によるとして有罪判決が画定したのち、尿が採取された前で、かつ、確定判決の使用日時後にも覚せい剤を使用していることが判明した場合は、再審をしなければならないという不合理な結論になる<sup>(68)</sup>」というものが挙げられている。これに対して、最終行為説による審判対象は、「鑑定の対象になった尿中に検出された覚せい剤（すなわち鑑定結果）に対する最終の使用行為であって、鑑定結果と関連させずに、尿を採取したときに最も近い使用行為を意味するものではない<sup>(69)</sup>」ことから、上述の批判は当たらないとされる。最終行為説から最低一行為説に対する批判としては、「公訴事実の同一性を有しない事実間において択一<sup>(70)</sup>

的認定を行うことを許容する結果になるのではないかとの疑問があるし、一事不再理効について、最低一行為説が、覚せい剤が尿中に検出される期間内の全ての使用におよぶとする見解をとるのであれば、実質的に、その間の使用を包括一罪として扱っていることになり不当<sup>(71)</sup>であるというものがある。

### 3. 罪となるべき事実の概括的記載について

白山丸事件判決は、「犯罪の日時、場所及び方法は、これら事項が、犯罪を構成する要素になつている場合を除き、本来は、罪となるべき事実そのものではなく、ただ訴因を特定する一手段として、できる限り具体的に表示すべきことを要請されている」にすぎず、「特殊事情がある場合には、前記法の目的を害さないかぎりの幅のある表示をしても、その一事のみを以て、罪となるべき事実を特定しない違法があるということとはできない」ということを前提としている。すなわち、日時等が罪となるべき事実ではないからこそ幅のある記載が許されるとしているのである。しかし、明示的に白山丸事件判決を援用していない吉田町覚せい剤使用事件決定は、特殊事情があることにつき「明言しない本判例は、このような訴因が許容されるのは、必ずしも特殊な類型の犯罪には限られないという立場を示唆したようにも見える<sup>(72)</sup>」とも指摘されており、これ以後、罪となるべき事実それ自体の概括的記載が問題となる判例が登場するようになる。

それが、最決平成14年7月18日<sup>(74)</sup>（前原遺体白骨化事件）<sup>(75)</sup>である。本決定は、『被告人は、単独又はA及びBと共謀の上、平成9年9月30日午後8時30分ころ、福岡市中央区所在のビジネス旅館あさひ2階7号室において、被害者に対し、その頭部等に手段不明の暴行を加え、頭蓋冠、頭蓋底骨折等の傷害を負わせ、よって、そのころ、同所において、頭蓋冠、頭蓋底骨折に基づく外傷性脳障害又は何らかの傷害により死亡させた。』という傷害致死の訴因<sup>(76)</sup>（第1次予備的訴因）の特定が問題となった事案である。これに対して、「第1次予備的訴因は、暴行態様、傷害の内容、死因等の表示が概括的なものであるにとどまるが、検察官において、当時の証拠に

基づき、できる限り日時、場所、方法等をもって傷害致死の罪となるべき事実を特定して訴因を明示したものと認められるから、訴因の特定に欠けるところはない」と判示した。

本件訴因における「暴行態様、傷害の内容、死因等の表示が概括的なもの」であることは確かであるが、人の死亡は1回しかあり得ないので、特定の被害者が暴行を受けて死亡したという事実は、理論上1回しか起こり得ない以上、他の犯罪事実との識別（訴因の識別機能）という観点からは、被害者さえ特定できれば訴因の特定として欠けるところがないことになる。それでもなお、訴因の特定が問題となるのは、他の犯罪事実との識別を越えて、『罪となるべき事実』として具体的な記載が求められるという考え方を前提とし<sup>(76)</sup>ているからであり、そこでは、「概括的記載部分が、傷害致死罪の構成要件に該当する具体的な事実を記載したものか否か」<sup>(77)</sup>が求められている。

その後、最決平成26年3月17日<sup>(78)</sup>は、「Aを被害者とする傷害被告事件（以下『A事件』という。）の訴因は、『被告人は、かねて知人のA（当時32年）を威迫して自己の指示に従わせた上、同人に対し支給された失業保険金も自ら管理・費消するなどしていたものであるが、同人に対し、（1）平成14年1月頃から同年2月上旬頃までの間、大阪府阪南市（中略）のB荘C号室の当時のA方等において、多数回にわたり、その両手を点火している石油ストーブの上に押し付けるなどの暴行を加え、よって、同人に全治不詳の右手皮膚剥離、左手創部感染の傷害を負わせ、（2）Dと共謀の上、平成14年1月頃から同年4月上旬頃までの間、上記A方等において、多数回にわたり、その下半身を金属製バットで殴打するなどの暴行を加え、よって、同人に全治不詳の左臀部挫創、左大転子部挫創の傷害を負わせたものである。』というものである。また、Eを被害者とする傷害被告事件（以下『E事件』という。）の訴因は、『被告人は、F、G及びHと共謀の上、かねてE（当時45年）に自己の自動車の運転等をさせていたものであるが、平成18年9月中旬頃から同年10月18日頃までの間、大阪市西成区（中略）付近路上と堺市堺区（中略）付近路上の間を走行中の普通乗用自動車内、

同所に駐車中の普通乗用自動車内及びその付近の路上等において、同人に対し、頭部や左耳を手拳やスプレー缶で殴打し、下半身に燃料をかけ、ライターで点火して燃上させ、頭部を足蹴にし、顔面をプラスチック製の角材で殴打するなどの暴行を多数回にわたり繰り返し、よって、同人に入院加療約4か月間を要する左耳挫・裂創、頭部打撲・裂創、三叉神経痛、臀部から両下肢熱傷、両膝部癍痕拘縮等の傷害を負わせたものである。』というものであった。この訴因の特定が問題となり、「いずれの事件も、上記…の訴因における罪となるべき事実は、その共犯者、被害者、期間、場所、暴行の態様及び傷害結果の記載により、他の犯罪事実との区別が可能であり、また、それが傷害罪の構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかにされているから、訴因の特定に欠けるところはないというべきである」と判示した。

訴因の特定において、白山丸事件判決によって指摘された識別機能という観点に加えて、有罪判決の記載に関する従前の最高裁判例の基準を明示的に取り入れたとされる<sup>(79)</sup>。それは、刑訴法335条1項によって有罪判決に記載されるべきものと規定される罪となるべき事実のことである。この点につき、最判昭和24年2月10日刑集3巻2号155頁が、「罪となるべき事実とは、刑罰法令各本条における犯罪の構成要件に該当する具体的事実をいうものであるから、該事実を判決書に判示するには、その各本条の構成要件に該当すべき具体的事実を該構成要件に該当するか否かを判定するに足る程度に具体的に明白にし、かくしてその各本条を適用する事実上の根拠を確認し得られるようにするを以て足る」と判示した基準を訴因の特定の場面においても取り入れたものといつてよい。

## IV 学説

### 1. 平野龍一説

平野説は、記述に変遷が見られる。「起訴状には訴因として、いかなる程度の記載が必要であろうか。…この訴因を明示する、とはいかなる意味

であろうか」として、「わが法が、英米の通常の起訴状と同じく、検察官の申立の内容を、換言すれば検察官が審判の対象たらしめようとしている事柄を、裁判所および被告人に提示することを要求したものに外ならない」と訴因の持つ意義に言及している。そこでは、「訴因は防禦の対象にすぎないと即断してはならない」とも述べている。さらに続けて「しかしながらこの審判の対象の内容を訴因として明らかにさせる建前を、わが法は徹底させていない。…わが法はある程度訴因の不確定性を許容している。『訴因を明示するには、できる限り日時、場所、方法を以て罪となるべき事実を特定しなければならない』としたのがそれである。この場合できる限りとはもちろんできる限り厳格に、の意味であって、場合によっては全然特定しなくともよいという意味ではない」としている。<sup>(80)</sup>

その後、「日時・場所・方法などは、あらかじめ厳格に特定することが困難な場合もある。したがって、『できる限り』特定すれば足りる…。勿論、できなければ全く特定しなくともよいというわけではなく、その個別性を明らかにし、被告人の防禦に支障のない程度には特定していなければならない」とした。<sup>(81)</sup>

そして、「公訴提起の段階ではまだ事実がはっきりしていないので、検察官としては細かな点まで特定させることがむずかしい場合もあるが、それでも、他の犯罪事実と区別できる程度には特定しなければならず、また被告人として防禦の対象がおおむね明確になる程度には特定したものでなければならない。しかし訴因は、もっぱら防禦の対象を明らかにするためものではないから、細かな点まで示す必要はない」とされた。<sup>(82)</sup>

当初、識別機能と防禦機能について意識的に主張されていないのは、時代背景が存すると思われる。すなわち、当事者主義化を推し進めて、訴因が審判対象であると主張することが当時の最大の目的であって、その分として防禦機能に関する観点が後退している。しかし、「訴因は防禦の対象にすぎないと即断してはならない」というのは、専ら防禦の対象あるということを否定しているだけであり、防禦の対象になることは否定していない。白山丸事件判決において、訴因が持つ識別機能と防禦機能が示された

が、萌芽的な主張はすでに平野説の中に見られ得るのである。

## 2. 田宮裕説

田宮説は、訴因の特定について次のように述べる。公訴事実の記載方法は、まず、罪となるべき事実、つまり構成要件に該当する事実を書き、次に、犯行の態様について、六何の原則に従って記述するというものである。訴因の明示・事実の特定の程度について、刑訴法256条3項が「できる限り」特定することを要求している。この「できる限り」の意味は、as far as known の意味であって、確認されていないければ書かなくてもよいという趣旨ではなく、「裁判所に対する審判対象の明示＝被告人に対する防御目標の設定」という趣旨に照らして「できる限り厳格に」の精神で運用すべきであるとされている。<sup>(83)</sup>

## 3. 松尾浩也説

松尾説は、訴因の特定について「できる限り」については明示せず次のように述べる。罪となるべき事実を特定して訴因を明示するのは、裁判所との関係においては審判の対象を明らかにし、被告人との関係においては防御の目標を提示するためである。無限の具体性を持つ現実の事象に対して、訴因が言語によって観念を表示するものである以上、訴因は一定の抽象性を帯びることになるが、具体性の程度を観念することはできる。訴因を防御の観点から見れば、具体性に富む詳細な記載であるほどすぐれていることになるが、それには捜査の長期化、裁判官の予断、公判審理の硬直化などの弊害が考えられる。そこで、審判対象としての訴因を考えると、ある程度簡潔なものであっても特定の要求を充足し得ることから、起訴状の記載は、罪となるべき事実の特定に必要なかつ十分な程度にとどめ、防御の利益は、事前準備、起訴状に対する釈明、冒頭陳述などの起訴状提出以後の手続過程で保障に遺憾なきを期するべきであるとされる。<sup>(84)</sup>



#### 4. 近時の訴因の特定に関する学説

##### (1) 構成要件該当事実の明示について言及していないもの

近時の学説においても、白山丸事件判決の判断基準を前提として説明をしているものがある。すなわち、刑訴法256条3項の趣旨として識別機能・防御機能があり、罪となるべき事実と日時等を区別して、日時等に関する概括的記載について「できる限り」の問題としているのである。

例えば、事実記載説を前提として、「問題となるのは、いかなる事実が訴因として記載されるべきかである」として、六何の原則をあげて、罪となるべき事実と日時等の関係を整理する。そして、「つぎに問題となるのは、訴因事実はどの程度まで特定されるべきかである。法律は、『できる限り』(256条3項)としたが、これを「知れる限り (as far as known) と解するか、「できるだけ正確に」と解するか」を取り上げている。そこでは、「ある程度のゆるやかな訴因記載も認めなければならない」とされて<sup>(85)</sup>いる。その後、本文では、訴因の特定が程度問題であることから、判例の基準を検討し、ゆるやかな訴因記載をみとめるべきとの主張の注として、「必要な訴因記載の基準としては、これまで訴因の区別機能を基準とする『識別説』と訴因の防御機能を重視する『防御権説』の対立があった」と述べて<sup>(86)</sup>いる。そして、訴因とは、犯罪の構成要件にあてはめて法律的に<sup>(87)</sup>構成された具体的事実とされている。

また、罪となるべき事実が「犯罪の構成要件に該当する事実」であり、日時等によって特定したものが訴因としての審判の対象である。そして、訴因は、訴因と訴因外事実とを区別することによって審判対象画定機能と防御機能とを併せ持っている<sup>(88)</sup>とされる。256条3項における「できる限り」とは、「できる限り正確に」を意味し、日時等がわからないときは、その記載を欠いてよいわけではない。訴因の特定の程度について、識別説と防御権説の対立がある<sup>(88)</sup>とされている。

あるいは、事実記載説を前提として、「訴因が特定されることで審判対象が限定され、被告人の側からすれば防御の範囲が明確になる。そのような観点からすると、訴因の特定とは、検察官が何を訴追しているのか、が

わかる程度に明示されていることを意味する。被告人の側からすれば、罪状認否…ができる程度に明確になっている必要がある。つまり、構成要件を基準にして、起訴された行為が他の行為と区別すれば、特定されていると言える<sup>(89)</sup>とする。そして、「犯罪の日時・場所・方法は訴因を特定する1手段に過ぎないという理解が重要である」とされる<sup>(90)</sup>。そして、できる限りの解釈については脚注において、「知れる限り」と「できる限り厳格に」の二つの解釈があるが、「できなければ、全く特定しなくともよいというわけではな<sup>(91)</sup>」いとす指摘から、「両者に実質的な違いはない」と主張されている<sup>(92)</sup>。

さらに、「起訴状一本主義の精神から、犯罪事実の記載は必要最小限にとどめるべきことになるが、訴因は、審判対象の範囲を画定するとともに被告人の防禦の範囲を明らかにする機能を有するから、それを十分に特定するだけの記載が必要である<sup>(93)</sup>」とする。そして、具体的事実の記載が容易ではない場合について、256条3項が「できる限り日時、場所及び方法をもって特定しなければならないとして、犯罪の種類、性質等により詳細な記載ができない場合には、幅のある表示をすることを許している<sup>(94)</sup>」とされる。さらに、「刑訴法は訴因の特定を要求しているが、日時、場所、方法等は特定するための1つの手段に過ぎないとしたうえで、訴因が「特定されているか否かは必ずしも行為の時間や場所の具体性のみで判断されるわけではなく、①被告人の防御への支障の有無・程度に加え、②犯罪の種類・性質、③特定が困難な特段の事情の有無等が考慮される」と解されている<sup>(95)</sup>。

識別説・防御権説の対立が「できる限り」の解釈に影響を与えるとする見解も存する<sup>(96)</sup>。「検察官に審判の対象たる犯罪事実(訴因)の提示を命じた。裁判所は、この審判の対象＝訴因をもとに訴訟条件の有無などを判断し(訴因の識別機能)、被告人はこの訴因を対象に防御活動を行うのである(訴因の防御機能)」として、「訴因の特定や訴因変更の要否についてどちらの立場にたつかで結論が違ってくる」と訴因の機能から説明をしている。そして、「訴因は、『できる限り』特定していなければならない(256

条3項)」が、一方で「一義的に明確になっていないと、審判および防御の対象が定まらず」、他方で厳格に求めると弊害があるとしている。この点につき、防御権説に立つと、「一般刑法犯の犯行の日時・場所、犯行の方法といった基本的な事実関係は、具体的に明示・特定する必要がある」ことになり、「法の要求である『できる限り』というのは、できなければ構わないという趣旨ではなく、可能な限り日時、場所、方法等の特定につとめることを要求するとともに、それができないときは、訴因不特定を理由に起訴状が無効になることまで含意しているというべき」とする。識別説に立つと、「訴因を審判対象と解しながらも、日時、場所、方法等は訴因特定のための一手段ではあるが、必ずしも訴因たる罪となるべき事実そのものではなく、これらの記載に多少不備があっても他の訴因と区別できる程度の記載があれば特定性は肯定できる」ことになるとされている。<sup>(98)</sup>

(2) 構成要件該当事実の明示について言及するもの

従来の識別説・防御権説の観点のみではなく、罪となるべき事実の観点から構成要件該当事実の明示について言及する見解がある。

訴因が「罪となるべき事実」を特定して記載しなければならないということから、罪となるべき事実について検討を加える。「罪となるべき事実」は、有罪判決においてどの程度具体的なものでなければならないかという観点から論じられていた。しかし、審判対象は、検察官が訴因として設定した犯罪事実の存否であり、それを裁判所が認定した場合に「罪となるべき事実」として判決に記載されることから、訴因をどの程度具体的に記載するかという問題と対応関係にあるとされる。<sup>(99)</sup>そして、「罪となるべき事実」とは、特定の構成要件に該当する具体的事実を指すところ、その記載は、少なくとも、裁判所が訴因に記載された事実が特定の構成要件に該当することを判定するに足る程度に具体的なものでなければならないと解されている。<sup>(100)</sup>「罪となるべき事実」として、特定の構成要件に該当する具体的事実の記載が要求される実質的な理由は、「それが有罪判決の根拠となる事実であるにもかかわらず、特定の構成要件に該当する具体的事実が明

らかにされていない場合には、犯罪が成立したことにつき合理的な疑いを超える証明がなされているということが通常ありえないからであろう。例えば、日時、場所、方法等が全く不明なままに、被告人が被害者を殺害したという認定をすることは通常は不可能だと考えられる<sup>(101)</sup>とされる。これに加え、「罪となるべき事実」の記載は、「その事実がどの構成要件に該当するのかが明らかになるものでなくてはならない」上に、「特定の構成要件を充足する事実を洩れなく示すものでなければならない。逆に、そこに記載された事実では、構成要件該当事実がすべて示されていない場合には、その記載は不十分」であるとされている<sup>(102)</sup>。

事実の適示を越えて、罪となるべき事実の日時を「できる限り」具体化して記載することが求められる理由が、防御権を「できる限り」保障することにある。日時が具体化されればされるほど、防御にとっては便宜となるが、防御権保障のために果てしなく具体化を要求することは無理であり捜査の限界も考慮される。「識別」に必要な事実や、確信に抱かせるに足る（最低限の）事実を越えて、「できる限り」罪となるべき事実の日時等を具体化する、すなわち絞り込むことが、単に防御権の保障の観点からのみならず、審判対象の見地からも、訴因の明示の方法として要求されるとする見解も存する<sup>(103)</sup>。

また、請求原因事実としての「罪となるべき事実」という理解から、実体法上の構成要件要素が欠落することなく、具体的に記述されなければならないとする理解もある<sup>(104)</sup>。

## 5. 検討

白山丸事件判決が罪となるべき事実と日時等を分けたことには、条文上の規定から次のような考えが生じるからであると解される。訴因の明示にとって「罪となるべき事実」の特定は絶対的な要件であり、それゆえ、「罪となるべき事実」それ自体の幅のある特定は、原則的に認められていない。しかし、現実問題として、被害者が死亡、目撃者が確保できない、かつ被疑者が否認あるいは黙秘している場合など、種々の制約によって

「捜査の結果によって明らかにし得る事実にはおのずから限界があり、起訴状の訴因に犯罪事実すべての詳細を明らかにする記載を行うことは不可能に近い」ことがあるので、日時等を訴因の特定の一手段と解し、日時等に限って幅のある特定を認めていると解されるのである。<sup>(105)</sup>

この理解を前提として、「できる限り」の解釈問題については、「知る限り」と解する見解も「できるだけ正確または厳密に」とする見解もいずれも見られた。それは、幅のある概括的記載を認めている以上、ゆるやかな記載を認めながらも、できなければ、全く特定しなくともよいというわけではなく、行い得る限りでの記載が必要であるところから、実質的な違いがなく、いずれの見解も主張されていると解し得る。さらにこの立場は、最決平成14年7月18日および最決平成26年3月17日が、「罪となるべき事実」につき幅のある記載を認めていることに対しては、例外的に「罪となるべき事実」に対する幅のある記載を認める根拠が必要になろう。

これに対して、「罪となるべき事実」の特定の要求として、構成要件該当事実の明示についての言及をする見解が認められた。この背景には、最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁の訴因変更の要否と訴因の特定との関連性が指摘されている。<sup>(106)</sup> 本決定では、訴因変更の要否につき、2段階枠組みを設けた。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」訴因の記載として不可欠な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。それは、訴因の特定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。第2段階の判断枠組みは、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。この場合、訴因変更手続きを必要とすることが原則で、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とい

うものである。<sup>(108)</sup>ここでは、他の行為と識別が付いたとしても、審判対象が画定されていなければ「罪となるべき事実」が特定されているとは言えないことから、構成要件該当事実の適示が要求されている。

構成要件該当事実の明示について言及する見解については、平野説の影響を見ることができる。平野は次のように述べている。訴因は、「検察官の申立の内容を、換言すれば検察官が審判の対象たらしめようとしている事柄を、裁判所および被告人に提示することを要求したものに外ならない。訴因が右のようなものである結果、それはその存在が確定されれば直に有罪を認定し得るような事実の記載でなければならない。換言すれば、いずれかの構成要件を充足する事実が掲げられてなければならない」と<sup>(109)</sup>されている。構成要件該当事実の明示について言及しない見解から、「起訴状の公訴事実の記載から当該行為が当該犯罪の構成要件に該当するか否かを判定することができることを求めているものであれば、当然のことであるとともに、識別説の考え方を出るものではない<sup>(110)</sup>」とされているのも、現行刑法において訴因対象説を定着させた平野説が述べていることから、「当然」と指摘されているのであると思われる。

訴因の記載が構成要件に該当するか否かを判定するに足る程度に具体的事実を明らかにしていることは、従来の識別説と防御権説においても「当然の基本」<sup>(111)</sup>であると解されている。しかし、構成要件該当事実の明示について言及する見解は、従来の識別説と防御権説との対立を越えて、他の犯罪事実との識別可能性がある記載があれば訴因の特定として足りるのではなく、構成要件該当性を充足し得る程度に具体的な事実の記載を明示的に要求しており、識別可能性がある（そして防御に十分な）記載でも、訴因の特定として足りない場合があることを指摘している点に従来の見解を越えた意義がある。私見においては、日時等は、構成要件該当事実として訴因を構成し、罪となるべき事実と解すべきであるとした。この立場からは、裁判所が訴因に記載された事実が特定の構成要件に該当することを判定するに足る程度に具体的な事実でなければならず、また、他の犯罪事実と識別可能であっても、構成要件該当性を充足し得ない程度の実事<sup>(112)</sup>の記載

では訴因が特定されていないと解すべきことになる。

## V 結論

本稿で得られた結論は次のようなものである。まず、判例は、罪となるべき事実と日時等を区別し、当初は、日時等について特殊事情がある場合に幅のある記載を認めていた。その後、特殊事情に言及されなくなったことも相まって、罪となるべき事実であっても幅のある記載を認める判例が登場することになった。次に、学説は、罪となるべき事実については幅のある記載を認めず、罪となるべき事実を特定する手段としての日時等において幅のある記載を認めた。これに対して、最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁が、「審判対象を画定する見地」を挙げたことにより、訴因の特定においても「審判対象の限定」が意識されるようになり、識別説・防衛権説という問題の前に、構成要件該当事実の特定が要求されていることになる。<sup>(12)</sup> 今後、この理解を基に、訴因の特定に関する各論的な分析をおこなっていく必要がある。

### 注

- (1) この点についての概要は、拙稿「刑事訴訟法における審判対象論と刑法における構成要件論の関係について」桃山法学第29号（2018）103頁以下。
- (2) 川出敏裕「訴因の構造と機能」曹時66巻1号（2014）1頁。
- (3) 緑大輔『刑事訴訟法入門』（日本評論社、第2版、2017）198頁。
- (4) 酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣、2015）275頁。
- (5) 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法』（弘文堂、第4版増補版、2016）622頁。
- (6) 例えば、亀井源太郎「共謀概念と刑事手続」研修766号（2012）3頁以下など。
- (7) 笹倉宏紀『「訴因の特定」に関する試論』研修830号（2017）3頁。
- (8) 山田道郎『新釈刑事訴訟法』（成文堂、2013）72-4頁を参考にした。
- (9) 平沼騏一郎『新刑事訴訟法要論』（日本大学、1923）446頁。国立国会

図書館デジタルコレクション (<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/971284>)より2019年6月17日最終アクセス。引用においては旧漢字および仮名遣いを改めた。以下同じ。

- (10) 山田・前掲注(8)72頁。
- (11) 小野清一郎『刑事訴訟法講義』(有斐閣, 全訂第3版, 1937) 368頁。
- (12) 団藤重光『刑事訴訟法綱要』(弘文堂, 1943) 531頁。
- (13) 島方武夫『刑事判決書の研究』(司法研究所, 1939) 138頁, 同書の巖松堂書店, 1941年版は168頁。
- (14) 平沼・前掲注(9)446頁。
- (15) 宮本英修『宮本英修著作集 第5巻 刑事訴訟法大綱』(成文堂, 1986) 151頁, 牧野英一『重訂刑事訴訟法』(有斐閣, 重訂第16版, 1928) 93頁。
- (16) 松尾・前掲注(5)622頁。
- (17) 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) 462頁。
- (18) 福井厚『刑事訴訟法講義』(法律文化社, 第5版, 2012) 222-3頁参照。
- (19) この点についての概要は, 拙稿・前掲注(1)124-127頁, また, 法律構成説と事実記載説については, 拙稿「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」桃山法学第30号(2019)91-93頁にてすでに述べた。
- (20) 白井・前掲注(17)429頁。
- (21) 白井・前掲注(17)429頁。
- (22) 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。
- (23) 小田中聰樹『ゼミナール刑事訴訟法(上)』(有斐閣, 1987) 135-6頁。
- (24) 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。
- (25) 平野龍一『訴因と証拠』(有斐閣, 1981) 104頁。
- (26) 熊谷弘ほか編『公判法体系 第1巻』〔土本武司〕(日本評論社, 1975) 126-8頁。
- (27) 平場安治ほか『注解刑事訴訟法 中巻』〔平場安治〕(青林書院, 全訂新版, 1982) 308頁。
- (28) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 第5巻』〔河村博〕(青林書院, 第2版, 2013) 171頁。
- (29) 河村・前掲注(28)171-2頁。
- (30) 川出敏裕「訴因の機能」刑ジャ6(2007) 121頁。



- (31) 伊丹俊彦=合田悦三(編)『逐条実務刑事訴訟法』〔中村功一〕(立花書房, 2018) 548頁。
- (32) 平木正洋「判解」最判解説平成14年度(2005) 147-8頁。
- (33) 白井・前掲注(17)463頁。
- (34) 白井・前掲注(17)475頁。
- (35) 山田・前掲注(8)82頁。
- (36) 平野・前掲注(25)93頁。
- (37) 平野・前掲注(25)104頁。
- (38) 酒巻・前掲注(4)278-9頁, 山田・前掲注(8)83頁。
- (39) 山田・前掲注(8)83頁。
- (40) 冒頭陳述における釈明がなく、「若し本件起訴の事実が、起訴状記載の如く単に、昭和二七年四月頃より同三三年六月下旬までの間における被告人のした中国への出国の事実というだけであるとすれば、その期間内における被告人の中国への出国の行為は、理論上ただ一回のみであると断定することはできないことは明白である。従つてその期間内に二回以上の出国行為があつたとすれば各出国行為は各独立の犯罪であり、併合罪の関係に立つのであるから、右起訴状の記載だけでは、そのうち何れの出国の事実が起訴になつたのか、将またその間のすべての出国行為について起訴があつたのか不明確であり、かかる起訴に対し仮令有罪の判決があつたとしても、判決の確定力が何れの出国行為について生ずるのか、また全部の各出国行為に及ぶのか不明である(かかる場合に、全部の出国行為につき確定判決を経たものと解することは到底できない)。また、被告人の防禦も何れの出国の事実についてなすべきか、その間のすべての出国行為についてなすべきかも全く不明であり防禦権の範囲に関し被告人は不利益な地位に置かれることになる」とされる。
- (41) 緑・前掲注(3)202-3頁。なお、辻本典央『刑事手続における審判対象』(成文堂, 2015) 12頁は、「入出国管理令(当時)による制限の合憲性が激しく議論されていたという点からみても特殊な事例である」とされる。
- (42) 山田・前掲注(8)88頁。
- (43) 酒巻・前掲注(4)279頁。
- (44) 辻本・前掲注(41)12頁。
- (45) 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) 48頁。
- (46) 川出・前掲注(45)49頁。

- (47) 刑集35卷3号129頁。
- (48) 金築誠志「判解」最判解説昭和56年度(1985)106頁, 白井・前掲注(17)475頁, 川出・前掲注(45)49頁。
- (49) 白井・前掲注(17)475頁。
- (50) 川出・前掲注(45)49頁。
- (51) 白井・前掲注(17)475頁, 川出・前掲注(45)49頁。
- (52) 川出・前掲注(45)49-50頁。
- (53) 白井・前掲注(17)476頁。
- (54) 本決定の評釈として, 例えば, 渡辺脩「判批」判評275号(1982)207頁以下, 高田昭正「判批」重判解説昭和56年度(1982)195頁以下, 金築・前掲注(48)103頁以下, 神垣英郎「判批」刑事訴訟法判例百選第5版(1986)82頁以下, 古田佑紀・「判批」刑事訴訟法判例百選第6版(1992)84頁以下, 松宮孝明・「判批」刑事訴訟法判例百選第7版(1998)98頁以下, 後藤昭「判批」刑事訴訟法判例百選第8版(2005)100頁以下, 甲斐行夫「判批」刑事訴訟法判例百選第9版(2011)96頁以下, 植村立郎「判批」刑事訴訟法判例百選第10版(2017)98頁以下など。
- (55) 名古屋高判昭和54年2月1日判時939号128頁, 東京高判昭和54年10月24日刑月11卷10号1141頁, 東京高判昭和55年2月28日刑集33卷1号72頁。この点につき金築・前掲注(48)106頁を参照。
- (56) 刑集35卷3号124頁。「本件は覚せい剤の自己使用の事案であり, 被告人が任意提出した被告人の尿を検査した結果覚せい剤が検出されたことは明らかであるところ, 尿中から覚せい剤が検出された以上, 特段の事情のない限り被告人が自己の体内に覚せい剤を摂取したものと認められるが, 他に目撃者が存せず, かつ被告人の自供もない本件において, 覚せい剤施用の日時, 場所及び方法について公訴事実記載以上に具体的に特定することができず, 結局, 本件鑑定に供された尿の採取日, 『鑑定結果について(回答)』と題する書面によつて認められる覚せい剤の検出結果などを総合して, 施用後尿中から覚せい剤が検出される時間的な限度を考え, 相当と認められる一定の幅をもつて日時を特定するほかなく, 場所については, 被告人が本件捜査中一貫して, 公訴事実記載の日時の間広島県高田郡吉田町及び同県賀茂郡豊栄町以外に出たことはない旨供述していることが認められるがそれ以上具体的に特定することが困難な事情にある」として, 特殊事情に言及する。
- (57) 古田・前掲注(54)84-5頁。

- (58) 川出・前掲注(45)51頁。
- (59) 後藤・前掲注(54)101頁。
- (60) 甲斐・前掲注(54)97頁は、本決定が特殊事情に言及することなく訴因の特定に欠けるところがないとしたことについて、「被告人が犯罪を犯したことは明らかであるとしてもその詳細が不明なケースは、特殊な犯罪に限定されるのではなく、証拠構造に基づくのではないと思われる」とされる。
- (61) 川出・前掲注(45)51頁。
- (62) 鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造』（成文堂，1996）285頁。
- (63) 継続犯として処理するものとして、荒木伸怡『覚せい剤使用罪における訴因』警研54巻7号（1983）56頁以下。
- (64) 白井・前掲注(17)475頁，川出・前掲注(45)49頁。
- (65) 稗田雅洋「訴因の特定」井上正仁＝酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣，2013）118頁。
- (66) 中山隆夫「訴因の特定——裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅱ』（悠々社，2002）191-2頁。
- (67) なお、稗田・前掲注(65)118頁によれば、「最終行為説の中でも、特定の日時・場所を明示して起訴したものの検出可能期間に複数回の使用の疑いが生じた場合の訴因の理解については見解が分かれており、Ⅰ検察官は、訴因は特定の日時・場所における具体的使用行為を起訴したものである旨釈明することも、訴因は採尿前の最終の使用行為または押収された尿乳の覚せい剤使用の最終の使用分を起訴したものと解釈することもでき、この釈明内容に従い訴因が特定されるとの見解…と、Ⅱ最終行為説は、複数の使用の具体的可能性がある場合で日時等による訴因の特定が困難であるときに最終使用という基準を補完的に考慮すべきとの趣旨に理解すべきであり、日時等による訴因の特定が可能であるときにまで、最終使用ということを一義的に考慮すべきとの趣旨に理解すべきではないとの見解」にわかれている。
- (68) 香城敏磨『刑事訴訟法の構造 香城敏磨著作集Ⅱ』（信山社，2005）284頁〔初出「訴因制度の構造」判時1236，1238，1240（1987）〕。
- (69) 中山・前掲注(66)192頁。
- (70) 中山・前掲注(66)192頁。
- (71) 中山・前掲注(66)192-3頁。
- (72) 後藤・前掲注(54)101頁。
- (73) 井上和治「訴因の特定」法教460（2019）24頁は、その脚注において、

白山丸事件判決は、「『犯罪の日時、場所及び方法は…本来は、罪となるべき事実そのものではなく、ただ訴因を特定する一手段として、できる限り具体的に表示すべきことを要請されている』と述べたうえで、あくまでも「日時、場所及び方法」の概括的記載が許容されるための要件として「特殊事情」に言及しているのであるから、その射程は、『罪となるべき事実』それ自体の概括的記載については（少なくとも直接的には）及ばないと解されよう」とされている。

- (74) 本決定の評釈については、例えば、佐藤隆之「判批」重判解平成14年度（2003）181頁以下、井上和治「判批」ジュリ1299号（2005）175頁以下、平木・前掲注(32)141頁以下など。
- (75) 辻本・前掲注(41)17頁。
- (76) 川出・前掲注(45)54頁。
- (77) 井上・前掲注(73)25頁。
- (78) 本決定の評釈については、例えば、中島宏「判批」法学セミ59巻7号（2014）134頁以下、西山卓爾「判批」研修800号（2015）77頁以下、吉川崇「判批」警論68巻3号（2015）177頁以下、高倉新喜「判批」セレクト2014〔Ⅱ〕（2015）39頁以下、松澤伸「判批」判評679号（2015）246頁以下、岡田志乃布「判批」捜査研究64巻9号（2015）2頁以下、宮木康博「判批」重判解平成26年度（2015）184頁以下、辻川靖夫「判解」最判解説平成26年度（2017）75頁以下など。
- (79) 辻川・前掲注(78)105頁。
- (80) 以上の記述は、平野・前掲注(25)102-4頁。
- (81) 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958）133頁。
- (82) 平野龍一『刑事訴訟法概説』（東京大学出版会、1968）89頁。
- (83) 田宮裕『刑事訴訟法』（有斐閣、新版、1996）178頁。
- (84) 松尾浩也『刑事訴訟法（上）』（弘文堂、新版、1999）175頁。
- (85) 田口守一『刑事訴訟法』（弘文堂、第7版、2017）224頁。
- (86) 田口・前掲注(85)226頁。
- (87) 田口・前掲注(85)220-1頁。
- (88) 渡辺直行『刑事訴訟法』（成文堂、第2版、2013）324-5頁。
- (89) 寺崎嘉博『刑事訴訟法』（成文堂、第3版、2013）318頁。
- (90) 寺崎・前掲注(89)319頁。
- (91) 平野・前掲注(25)133頁。
- (92) 寺崎・前掲注(89)317頁。
- (93) 池田修＝前田雅英『刑事訴訟法』（東京大学出版会、第6版、2018年）

233頁。

- (94) 池田＝前田・前掲注(93)234頁。
- (95) 池田＝前田・前掲注(93)235頁。
- (96) 池田＝前田・前掲注(93)235頁。
- (97) この点につき、宇藤崇ほか『刑事訴訟法』〔松田岳士〕(有斐閣、第2版、2018)229頁によれば、識別説・防御権説の対立は、特に共謀共同正犯の訴因の記載方法に影響を与えるもので、識別説によれば実行行為さえ日時等で特定されていれば「共謀の上」との記載で足り、防御権説によれば実行行為のみならず共謀の事実についても日時等をもって特定すべきことになる。
- (98) 白取祐司『刑事訴訟法』(日本評論社、第9版、2017)256頁。
- (99) 川出・前掲注(30)124頁。
- (100) 川出・前掲注(30)124頁。最決昭和58年5月6日刑集37巻4号375頁。
- (101) 川出・前掲注(30)124頁。
- (102) 川出・前掲注(2)9頁。
- (103) 堀江慎司「訴因の明示・特定について」研修737号(2014)11-4頁。
- (104) 辻本・前掲注(41)36頁。
- (105) 田口守一「訴因論の展望」村井敏邦ほか編『刑事司法改革と刑事訴訟法 下巻』(日本評論社、2007)623-5頁。
- (106) 本件の事実の概要は、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バ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というものである。

- (107) 井上・前掲注(74)176頁, 堀江・前掲注(103)3頁, 笹倉・前掲注(7)3頁。
- (108) 拙稿・前掲注(19)101-2頁。
- (109) 平野・前掲注(25)102頁。
- (110) 稗田・前掲注(65)117頁。
- (111) 古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』(有斐閣, 第2版, 2015)203頁。
- (112) 平野・前掲注(25)104頁, 拙稿・前掲注(1)127頁。
- (113) 川出・前掲注(30)124頁, 古江・前掲注(111)202-3頁。

# 留め置き二分論と2つの無罪判決

江 藤 隆 之

- I 問題の所在
- II 大阪高等裁判所平成30年8月30日判決
- III 広島地方裁判所平成30年6月14日判決
- IV 傍論的問題提起
- V 結語

キーワード：留め置き，任意捜査，強制捜査

## I 問題の所在

捜査機関が行う捜査は、しばしば捜査対象者やその周辺にいる人々の諸権利を侵害する。そのため、捜査は原則として捜査対象者の承諾を得た任意によって行われなければならないが、強制的処分を用いる際は、その処分が法律にあらかじめ明文の定めがあるものに限り、裁判官の令状の発付をもって例外的に行うことができる。この、任意捜査の原則、強制処分法定主義、令状主義は、刑事訴訟における重要原則であり、このこと自体、学説・実務において異論はない。

ところが、具体的な事案においては、何が任意捜査であり何が法定と令状が必要な強制捜査にあたるのかの線引きは、必ずしも容易ではない。捜査機関はしばしば、任意の名目で強制捜査ではないかと思われる手法を採

用することがある。そのような事案にあつては、法廷において当該捜査が適法な任意捜査であつたか、違法な強制捜査であつたかが争点となることも珍しくない。とりわけ、任意であることが原則でありながら実際においては強制的な側面もないではない職務質問において、職務質問対象者とのコミュニケーションの中で捜査官が嫌疑の度合いを高めていく場合、捜査官は無令状で所持品検査などの違法な強制捜査に入っていくやすい<sup>(2)</sup>。その嫌疑が薬物の自己使用であるなら、捜査官はなおその誘惑に駆られるといえるだろう。たとえば、職務質問対象者が挙動不審であり、かつその腕に複数の新しい注射痕があると認められる場合、捜査官が、対象者の所持品を検査し薬物の現物を発見したいと思つたり、対象者の尿を検査したいと考えるのは無理もないことである。また、小さな包みに入っている薬物は隙を見てトイレに流すなどの隠滅をされかねず、尿からの薬物反応は時間とともに検出されにくくなることに鑑みると、捜査官が対象者から一時も目を離したくないと思ひ、また時間との戦いであると考えられるのも理解できないではない。

だが、そのような捜査官の想ひが理解可能であるからといつて、捜査官に所持品検査や尿検査やその他強制捜査の実施を無令状で認めるわけにはいかなひ。それは、刑事訴訟法に反するばかりでなく、憲法にも反してお<sup>(3)</sup>り、強制権力による市民生活の不当な抑圧を認めることにつながりかねないからである。

このような中、近時「留め置き二分論」と呼ばれる理論が判例において散見されるようになっていひ。留め置き二分論とは、捜査の段階を任意と強制との段階に分けるだけでなく、任意捜査を、純粋に任意捜査の段階と強制令状請求の準備に入つた段階（強制への移行段階）とに二分し、後者においては「相当程度強くその場に止まるよう被疑者に求めることも許される」とする理論をいひ。

この理論の萌芽は、東京高裁平成20年9月25日判決の傍論部分に見られる。同判決の傍論は、「被告人を本件現場に留め置いた点を一応違法とせざるを得ないと判断するものであるが、このように覚せい剤使用の嫌疑が<sup>(6)</sup>



濃厚な被告人らにつき、警察官が令状請求の手續をとり、その発付を受けるまでの間、自動車による自由な移動をも容認せざるを得ないとすれば、令状の発付を受けてもその意義が失われてしまう事態も頻発するであろう。本件のような留め置きについては、裁判所の違法宣言の積み重ねにより、その抑止を期待するよりは、令状請求手續をとる間における一時的な身柄確保を可能ならしめるような立法措置を講ずることの方が望ましい」と述べた。ここでは、任意捜査における強度の留め置き行為を適法であると評価するまでには至っていないが、任意捜査に純粹に任意の段階と区別される「令状請求の手續をとり、その発付を受けるまでの」段階を想定し、その段階において強度の留め置き行為を行う必要性を是認する点で、留め置き二分論の萌芽として評することができよう。もちろん、本判決は「立法措置」に期待している点で、現行法下において許されるとする「留め置き二分論」それ自体とは区別して理解されることになる。

東京高裁平成21年7月1日判決<sup>(7)</sup>は、「本件留め置きの任意捜査としての適法性を判断するに当たっては、本件留め置きが、純粹に任意捜査として行われている段階と、強制採尿令状の執行に向けて行われた段階（以下、便宜「強制手續への移行段階」という。）とからなっていることに留意する必要がある、両者を一括して判断するのは相当でないと解される」といい、任意捜査を二分して異なる基準によって評価することを正面から認めた。その上で、同判決は「強制採尿令状の請求が検討されるほどに嫌疑が濃い対象者については、強制採尿令状発付後、速やかに同令状が執行されなければ、捜査上著しい支障が生じることも予想され得ることといえるから、対象者の所在確保の必要性は高く、令状請求によって留め置きの必要性・緊急性が当然に失われることにはならない。」として、令状請求準備行為から同令状執行まで約2時間58分かかっている留め置きを適法であるとした。

東京高裁平成22年11月8日判決<sup>(8)</sup>は、留め置き二分論をさらに進める。被疑者の約4時間にわたる留め置きについて、「このような留め置きの適法性を判断するに当たっては……B 巡査部長が、被告人から任意で尿の提出

を受けることを断念し、捜索差押許可状……請求の手續に取りかかっていることに留意しなければならない」とし、「強制採尿令状の請求に取りかかったということは、捜査機関において同令状の請求が可能であると判断し得る程度に犯罪の嫌疑が濃くなったことを物語るものであり、その判断に誤りがなければ、いずれ同令状が発付されることになるのであって、いわばその時点を分水嶺として、強制手續への移行段階に至ったと見るべきものである。したがって、依然として任意捜査であることに変わりはないけれども、そこには、それ以前の純粹に任意捜査として行われている段階とは、性質的に異なるものがあるとしなければならない」といったのである。ここでは、平成20年判決段階ではまだ抑制的であった明確に留め置き二分論が、明確に、それも強く断言する形で採られている。

それでは、この留め置き二分論は、それ以降の下級審判決においてどの程度採用されているのだろうか。すでに留め置き二分論を明確に否定する判決<sup>(9)</sup>があることも知られているところ、本稿では、近年の2つの無罪判決を取り上げ、それらの留め置き二分論に対する距離を測りたい。また、最後に2つの判決から推察される問題の指摘を傍論的に行いたい。

## II 大阪高等裁判所平成30年8月30日判決<sup>(10)</sup>

まず、一審の有罪判決を破棄し、無罪を自判した大阪高等裁判所の判決を見てみよう（後の分析の際に引用ないし参照する部分について下線を引く）。

### (1) 事実の概要

- a) 「大阪府警警察官Aは、平成29年6月7日午前3時58分頃、(略) 警ら中、大阪府東大阪市内の交差点の角に立つ被告人を発見し、その様子に不審を抱き、(略) 被告人への職務質問を開始した。」
- b) 「被告人は、Aからの所持品検査の求めに応じ、ポケット内の物品や手提げかばん(本件所持品)を差し出した。それらの中には、(略) 軍手、ドライバー、レンチ、先が丸く曲がった細長い鉄製の棒等が入っており、

被告人は、(略)その用途等について明らかにしなかった。Aは、被告人の拳動や肌の色等から覚せい剤使用の嫌疑を抱き、被告人を説得して両肘内側を見分したところ、真新しい注射痕が複数あった。被告人は、これについて点滴の痕だと述べて覚せい剤等の使用を否定する一方、警察署への任意同行や尿の任意提出の求めを拒否し、携帯電話機で何者かに連絡をとり、同日午前4時24分頃、被告人が呼んだと思われる(略)甲(略)がやってきた。被告人は、Aに対し、本件所持品を甲に渡すよう求めたが、Aは、すべてが終わってから被告人に返すことしかできないなどと説明した。同日午前4時43分頃、Aらの応援要請に基づいて臨場した警察官が被告人に令状請求手続に移行する旨を告げた。]

c)「被告人は、令状の取得には2、3時間かかるだろうから自宅に帰って寝ると言って歩き出したため、Aの要請で応援臨場していたBら5名の警察官がこれに追従し、そのうちの1名が本件所持品を携行していた。さらにパトカー数台が赤色灯を点けたまま、歩調に合わせて同じ経路を走行し、交差点ではサイレンを吹鳴させた。」

d)「同日午前6時21分頃、被告人は、その頃居住していた本件建物に到着し、正面入口(略)横の無施錠のドアから建物内に入った。Bら大勢の警察官がこれに続いたことから、被告人が「捜査権がないのに入ってこれんの。」と尋ねると、Bらは、「うん、入れる入れる。」などと答え、そのまま被告人の居室である311号室前まで付いて行った。」

e)「被告人は、居室に入ってドアを閉めようとしたが、Bらは、居室の外からドアを手や足で押さえ、閉められると何をされるか分からない、預かっている所持品もある、などと口々に述べてドアを開けたままにするよう求めた。被告人は、今から寝るのでドアを閉めたい、任意のはずだ、説得には応じない、などと怒声を上げて訴えたが、10分間ほどの押し問答の末、自らビニール傘を差し込み、ドアが完全に閉まらない状態にした上で就寝した。警察官は、被告人が床に就いた後、ドアの隙間に更に物干し竿様の棒を差し込んで施錠されないようにした上、居室前で待機した。」

f)「同日午前7時頃、警察官らは大阪地方裁判所に被告人の強制採尿を実

施するための搜索差押許可状や居室の搜索差押許可状等の発付を請求し、同日午前7時55分頃、これらの令状が発付された。その後、被告人は、令状の呈示を受けて、同日午前8時46分に尿を提出し、覚せい剤成分が検出されたため、緊急逮捕された。」

g) 「本件建物は6階建ての共同住宅であり、建物の入り口で靴を脱ぎ、建物内の廊下や階段を通過して各居室に行くようになっていた。(略) 共用部分には風呂やトイレのほか談話室もあり、管理人がいる平日午前8時頃から午後6時頃までの間は住人が他人をそこに上げることができるが、管理人が不在の間は外部の人間の立入りは禁止されていた。」

h) 原判決は、要旨次のように述べて、尿鑑定の鑑定書を証拠採用し、被告人を有罪に処した。

i) 捜査手続の適法性について、「Aらは、被告人から本件所持品の返還を求められたが、泥棒工具だから返せないなどと説明して応じず、被告人も、最終的には本件所持品をAらが預かることを消極的に容認したと認められる。本件所持品の内容や被告人がこれを所持していた時間帯等に照らせば、Aらが被告人に対して窃盗犯の疑いを抱いたことには相応の理由があるし、レンチについては武器として使用される可能性も否定できない。そうすると、Aらが、被告人に対して理由を告げて説得し、消極的にせよ被告人の了承を得て、本件所持品を職務質問等が完了するまでの間預かっていたことは、職務質問に付随する措置として許容される範囲内であり、違法とはいえない。被告人に対し、覚せい剤使用の相応に高度の嫌疑があった上に、強制採尿令状の執行に備えてその所在を把握しておく必要があったところ、万一被告人が逃走を図った場合にも確実に対応するため、相応の人員やパトカーを配備するのはやむを得ない措置であり、警察官らが被告人を本件建物まで追隨した行為は、任意捜査として許容される範囲内というべきであるから、違法とはいえない。本件建物の共用部分は、住人の居住スペースの延長ともいえる場所で、管理者は、管理人が不在の間は、住人以外の者が本件建物内に立ち入ることを許していなかったものであり、Bらが、本件建物の管理者の承諾を得ることなく、その共用部分に立ち入ることは、

違法というべきである。Bは、被告人から許可を得ていると解釈していた旨証言するが、被告人とのやりとりに照らすと、その証言自体、疑わしい。閉めさせなかった行為については、被告人の逃走を防止したり、強制採尿令状が発付された場合の執行に備える必要性があるとしても、Bらが管理者の承諾なく本件建物の共用部分に立ち入ったことが、そもそも違法というべきであるから、約10分間にわたり、有形力を行使しつつ、被告人と押し問答をしたことで、結果的に、被告人を含む本件建物内の住人らの平穩を害したことは、その違法の程度をより強めるものというべきである。」

j) 本件鑑定書等の証拠能力について、「次の事情からすると、警察官らが管理者の承諾なく本件建物内に立ち入った行為等の違法性の程度は、いまだ令状主義の精神を没却するような重大なものとはいえない。警察官らが本件建物内に立ち入った時点において、被告人には覚せい剤使用の相応に高度な嫌疑があり、既に強制採尿令状の請求手続に入っていたのであるから、近くその令状の発付が見込まれていたといえるところ、強制採尿令状の執行のためには、被告人と共に本件建物内に立ち入り、その居室の場所や被告人の所在を把握しておく必要性が高かったことは否定できない。警察官らが被告人を職務質問現場に留め置かずに、本件建物内の自室に戻ることを容認したのは、令状によらずに被告人の移動の自由を制約することをなるべく回避しようとしたためと解されるのであって、その点では警察官らに令状主義を潜脱しようという意図は見られない。警察官らは、住人である被告人と共に、無施錠のドアを通して本件建物内に立ち入ったものであり、立ち入った場所も共用部分にとどまっている。Bらは、共用部分であれば、令状無くして立ち入っても問題はないと安易に考えていた節があり、それ自体戒められるべきであるが、管理人が不在の間は、たとえ共用部分であっても、本件建物内への立入りが禁止されていることを明確に認識しながら、あえてこれを無視して本件建物内に立ち入ったとまでは認められない。」

## (2) 判旨

大阪高等裁判所は、尿鑑定を証拠排除し、原判決を破棄して被告人に対して無罪を言い渡した。その理由は以下の通り。

a) 「原判決が捜査手続の適法性について説示する事項のうち①本件所持品の不返還、②警察官らの追隨行為について述べる部分は概ね正当として是認できるが、③本件建物への立入り、④自室のドアを閉めさせなかった行為について述べる部分には検討不十分な点がある。まず、原判決は、③本件建物への立入りに関して、管理者の管理権を侵害したとの点で違法としているが、本件にあっては、違法の内実はそれに止まるものではない。原判決も述べるように、本件建物の共用部分は、住人の居住スペースの延長で、住居に準ずる私的領域としての性質を有する空間と解される。管理人が存在する間は、管理人に住人らとの契約に基づく包括的な管理権限があるといえるから、その承諾を得ることで住人の許可なしに本件建物の共用部分に立ち入ることは許容され得るとしても、管理人不在の間に共用部分に立ち入る行為は、管理権侵害にとどまらず、被告人を含む住人のプライバシーを侵害するもので、それ相応の法的根拠がなければ許されないはずである。本件にあっては、警察官らは、まだ裁判所への令状請求にも至っていない時点で本件建物に立ち入っており、その態様も被告人や住人らに断りもなく、大勢で次々に入るというもので、後記のとおり、正当性も認めがたい以上、建造物侵入に問われかねない行為といえる。」

b) 「また、原判決は、被告人に自室のドアを閉めさせなかった行為について、結果的に、被告人を含む本件建物内の住人らの平穩を害したことで、本件建物への立入りに関する違法の程度をより強めるとのみ述べるが、そうした評価はいかにも皮相で、本件においてはそれに止まらない違法があるというべきである。すなわち、ドアの内側は被告人の住居であって、そこは個人のプライバシーが強く保護されなければならない領域であり、居住者が自らの意思によりドアの開閉や施錠を決定すべきことは、その保護の要請からの当然の帰結である。ドアを開けておくよう説得することは、合理的な限度であればもとより許容されるところであるが、本件では、被

告人が明確かつ強固に説得を拒む意思を表明した後も、警察官らは約10分間にわたって押し問答を続け、しかも、ドアを手足で押さえるとの有形力行使とともに、警察官らが預かっている本件所持品について、これを返すわけにはいかないが、その状態を被告人に終始確認してもらわなければならないなどといった、およそ詭弁というほかない発言を繰り返してまでドアを開けさせることに固執しており、これらは説得の域を超えている。被告人が最終的には自ら傘をドアに差し入れたのは、警察官らによってドアを閉めることを断念せざるを得ない状況に追いこまれたからで、承諾があったなどとは到底いえず、警察官らの行為は、被告人の意思を制圧するものであったと評価できる。しかも、当時、被告人にドアを閉めさせないことについて、必要性・緊急性があったともいえない。この点、検察官は、被告人が逃走を図る可能性があり、その場合には負傷するおそれがあった、ドアが施錠されると令状執行に多大な支障が生じた、などとして、高度の必要性・緊急性があったという。しかしながら、被告人は、渋々とはいえ、自身の住居が明らかになることを当然に分かりながら、本件建物までの警察官らによる追隨を受け入れていて、移動の間に逃走を図ったり、衝動的な行為に出たりする素振りをみせておらず、ドアを閉める理由についても就寝するためと述べていたのであるから、逃走に及ぶことを懸念すべき具体的事情は認められない。そもそも、逃走に備えるのであれば本件建物の周辺に待機等することで足りるはずである。令状執行の支障の点については、令状が発付されれば、その執行に必要な処分として開錠ができると解されるから、その手間を省くために施錠させないというのは、捜査側の都合を過度に優先させるものであって、必要性・緊急性を基礎づけるものではない。このように、④については何らの必要性・緊急性も認められないのに、被告人の意思を制圧して住居についてのプライバシーを侵害したものに他ならないから、原判決が説示するように平穩を害したことで違法の程度をより強めるのみならず、住居そのものへの侵入と比肩するほどの違法性があるというべきである。]

c) 「以上を前提に、一連の捜査手続の違法性の程度等について検討すると、

それは、令状主義の精神を没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ない。本件では、本件建物への立入りや自室のドアを閉めさせなかった行為は、強制処分に当たるものと解され、既に強制採尿令状の請求準備に入っており、近く令状発付が見込まれていたことは、強制処分に当たらない程度の留め置き等を正当化する根拠になり得るとしても、そのことは、およそ令状なくしては許されない強制処分に及ぶことを正当化する事由になるはずはない。しかも、警察官らは、被告人から疑義を呈されながら「入れる入れる。」などと軽く受け流すだけで何ら再考の姿勢を示すことなく違法な行為を継続し、のみならず、必要性・緊急性も認められないのに、単に令状の執行を容易にするため、被告人の意思を制圧して自室のドアを閉めさせず、令状が発付されるまでの1時間半ほどにわたって本件建物内に留まり、被告人方居室内の様子をうかがっていたもので、これによって被告人の住居についてのプライバシーが大きく侵害されたといえる。警察官らが意図的に令状主義を潜脱しようとしたとまではいえなくても、住居についてのプライバシーの重要性や、警察官らの無配慮な態度等に照らすと、その違法の程度は令状主義の精神を没却する重大なものといわれてもやむを得ない。そして、このような行為の後に請求をして発付された強制採尿令状を居室内の被告人に示し、これを受けて被告人が排出した尿を押収したものであるから、被告人の尿は、上記のような違法な行為を直接利用して得られたものというべきで、違法行為が尿の押収を目的としたことも明らかである。このような違法な手続により押収された尿の鑑定に関する本件鑑定書等の証拠を許容することは、その違法が警察官らの確信的な侵害行為によってもたらされたものであることをも考慮すると、将来における同様の捜査を抑制するとの見地からも相当でないと認められるから、その証拠能力を否定すべきである。」

d) 「被告人の居室がその住居であることはもとより、本件建物の共用部分についても、原判決が指摘するとおり、居住スペースの延長ともいえる場所であったと解されるから、その住人や管理者の許可なく立ち入るためには令状が必要であることは明白で、これが任意捜査として許容できるとは



およそ解し得ない。そして、被告人の居室のドアを閉めさせなかった点についても、被告人の意思を制圧して住居についてのプライバシーを侵害したのであるから、やはり任意捜査として許容できるものではない。本件においては、令状の執行に備えるために、本件建物に深く立ち入り、被告人方居室のドアに隙間を空けさせ、長時間にわたり様子をうかがう必要性及び緊急性がなかったことは、前述のとおりである。憲法35条で住居の不可侵が保障されているにもかかわらず、警察官らがこの点への配慮を欠き、令状なく、確信的にこの保障と密接に関係する利益を侵害した本件の違法の程度は大きく、令状主義の精神にもとり、将来の違法捜査の抑制の見地からもこれを放置できるものではない。」

### (3) 検討

本判決は、留め置き二分論との関係で興味深い判断をしている。原審は、「既に強制採尿令状の請求手続に入っていたのであるから、近くその令状の発付が見込まれていたといえるところ、強制採尿令状の執行のためには、被告人と共に本件建物内に立ち入り、その居室の場所や被告人の所在を把握しておく必要性が高かったことは否定できない」と述べて、留め置き二分論を明確に採用している。これに対して、本判決は「既に強制採尿令状の請求準備に入っており、近く令状発付が見込まれていたことは、強制処分に当たらない程度の留め置き等を正当化する根拠になり得るとしても、そのことは、およそ令状なくしては許されない強制処分に及ぶことを正当化する事由になるはずはない」と判断している。本判決は、「近く令状発付が見込まれていたことは、強制処分に当たらない程度の留め置き等を正当化する根拠になり得るとしても」と留め置き二分論に対して一定の理解を示しながらも、「およそ令状なくしては許されない強制処分に及ぶことを正当化する事由になるはずはない」と本件捜査手法を斬ってみせる。この部分は、留め置き二分論を仮に採用したとしても、それはあくまで任意処分にとどまる範囲においてのみ正当化されるということを明確にした点で、注目に値する。思うに、処分が任意にとどまるのであれば、純粹の任意捜

査においてもそれは認められるであろうから、純粹の任意捜査の段階と強制への移行段階とで異なった判断がなされるとは思われないため、共用部分への立入り自体を許さず、本件建物の周辺等への待機程度しか認めないという本判決は、留め置き二分論を実質的に否定したものと評することができる。

本判決と原判決とで決定的に異なるのは警察官が本件建物の共用部分に立ち入ったことおよび被告人宅のドアを開けさせておいたことへの評価である。原判決は、共用部分への立入りを一応違法と評価し、ドアを閉めさせなかった行為については「その違法性の程度をより強めるものというべき」であるとしたが、その違法性を留め置き二分論の観点から重大なものとして評価しなかった。本判決はそのような原審の判断を「そうした評価はいかにも皮相」とまでいって否定する。それどころか、捜査官が共用部分に本件態様で立ち入ったことについて「建造物侵入に問われかねない行為」とまで断罪する。本判決は、住居共用部分のプライバシーも自室のプライバシーも強く保護に値するものと解した上で、捜査が強制への移行段階に入っていたとしても、任意の範囲でしか捜査できない旨述べて、捜査の違法性を認めたものと評することができる。

### Ⅲ 広島地方裁判所平成30年6月14日判決<sup>(11)</sup>

次に、一審段階で違法捜査を理由に無罪を出した広島地方裁判所の判決を見てみよう（後の分析の際に引用する部分について下線を引く）。

#### (1) 事実の概要

- a) 「A警察官、B警察官及びC警察官は、警ら中の平成28年12月6日午前3時頃、広島市所在のビル南側において、自転車で行中の被告人を認め、職務質問を開始した。その際、(略)薬物前科があるかと尋ねたところ、被告人は、ある旨回答した。」
- b) 「B警察官が被告人に所持品の提示を求めたところ、被告人は、財布、携帯 電話機、自宅の鍵、 実際相手であったD (略) の家の鍵、自転車の

鍵が付いたキーケース及びたばこを、同警察官が持っていた所持品検査用のネットに入れた。その直後、被告人が、数日前に覚せい剤を使用していたことが発覚するのを免れるべく、その場から全速力で走り出し（略）たため、A警察官及びC警察官が被告人を追跡した。他方、B警察官は、上記被告人の所持品を持って（略）その場に留まった。被告人は、（略）車道に出た後、左に進路を変えようとしたところ、車道上に転倒した。被告人が更に起き上がって逃げようとした直後、被告人に追いついたA警察官は、「なんで逃げたのか、じっとしている。」などと言いながら、被告人の両脇を後ろから抱え込み、その付近の歩道まで被告人を5、6メートル程度引きずった。そして、歩道上でA警察官が手を放した直後、被告人がなお左右に動こうとしたが、A警察官は、被告人の目の前に回り込み、「動くな、これ以上やったら公妨とるぞ。」などと言うとともに、被告人の両肩を両手でつかみ、（略）階段下の金網（略）の前まで押し込んだ上、被告人の両肩を強く押さえつけて本件金網の前に被告人を座らせた。」

c) 「その後、その場に合流したB警察官が被告人の所持品検査や身体検査を行ったが、その際、被告人は、B警察官が被告人の靴下を脱がせて足の裏を確認した後に、再度A警察官が被告人の靴下を脱がせたことや、警察官らが懐中電灯を被告人の顔の前で照らしたことに立腹した。また、被告人は、警察署で採尿に応じてほしい、腕の注射痕を確認したいという警察官らからの申出を拒否し、強制採尿の令状を持ってきてくれと言った。そうすると、警察官らは、尿を出したら帰れるが、出すまでは帰れないという趣旨の発言をした。また、所持品検査が終わった後も、被告人の所持品は、蓋のついていない所持品検査箱（略）の中に入れられたままであり、本件所持品検査箱の近くには常時2名の警察官がいた。被告人が本件金網の前に座らされてから約20分後、本件所持品検査箱の中に入っていた被告人の携帯電話機からLINEの着信音が鳴った際、被告人がA警察官に対し、LINEに出させてほしい旨述べたが、A警察官は、LINEは文字だからだめである旨述べて、被告人に携帯電話機を使用させなかった。その後、Dからその携帯電話機に着信があったときには、A警察官は、被告人に携帯

電話機で通話させたが、通話を終えた被告人が携帯電話機をポケットにしまおうとすると、被告人に逃げるからこっちに入れるようになどと言い、被告人の携帯電話機を本件所持品検査箱の中に戻させた。その後も、被告人は、警察官らに対し、携帯電話機を返してほしい旨を4、5回求めたものの、警察官らは、逃げるから返すわけにはいかない旨述べ、被告人に携帯電話機を返さなかった。」

d) 「職務質問の開始から1時間程度経過した頃、警察官らは、強制採尿令状を請求する準備に着手し、A警察官がその旨を被告人に告げたところ、被告人は、家に帰っているから令状を家に持ってきてほしい旨述べ、帰宅するために立ち上がろうとした。そうすると、A警察官は、「じっとしてろ。公妨とるぞ。」などと言って、被告人の両肩をつかんで押さえつけ、再び被告人を座らせた。そのため、被告人は、もはやじっとしておくしかないと思念し、その場に留まらざるを得ないと思った。」

e) 「それから約20分後、被告人が寒いので交番へ行きたい旨述べたことから、被告人は、C警察官、職務質問中に合流したF警察官及びG警察官とともに、交番へ移動を開始した。その際、被告人の所持品は本件所持品検査箱に入ったままであり、G警察官がこれを持っていた。その途中で、被告人らはDが勤務するkに立ち寄り、被告人は、Dからたばこやコーヒー等を受け取った。その際、被告人は、精算をしようとしてG警察官が持っていた本件所持品検査箱から財布を取り出したが、Dが精算を済ませていたため、財布を自分のポケットにしまおうとしたところ、G警察官から「逃げるから箱の中に入れてください。」と言われたため、財布を本件所持品検査箱の中に戻した。」

f) 「それから、被告人らは交番に歩いて行ったが、同交番では、被告人が座っていた椅子の真後ろのカウンターに本件所持品検査箱が置かれ、常時警察官がその近くにいた。また、被告人と出入口の間には、警察官が2人立っていた。同交番にいた間も、被告人は、女が心配しているから帰らせてほしい旨述べたが、警察官らは帰すわけにはいかない旨述べ、これを拒んだ。また、同交番に滞在していた間、被告人の携帯電話機に、複数回

にわたり、Dから着信及びLINEメッセージの受信があったが、被告人は、LINEを使用することはなく、Dと通話のみしていた」

g)「裁判官は、警察官らの請求に基づき、被告人に対する強制採尿令状及び身体検査令状を発付した。そして、同日午前7時12分頃、交番において、被告人に対する強制採尿令状が執行され、被告人は、(略)警察官とともに病院へ移動した。同病院において採尿の準備が整うまでの間、同病院の駐車場において身体検査令状が執行され、警察官らは、被告人の左腕に注射痕様のものがある様子を写真撮影した。その後、同病院において強制採尿が実施され、同病院の看護師及び医師は、合計3回カテーテルを被告人の尿道に挿入したが、被告人がその痛みに耐えかねて体を曲げるなどしたため、採尿することができなかった。そして、最終的には被告人が自ら排尿したため、警察官らは、その尿を強制採尿令状により差し押さえた。」

## (2) 判旨

広島地裁は、尿の鑑定書および鑑定人の証言を証拠排除し、犯罪の証明がないとして、被告人に無罪を言い渡した。その理由は次のとおり。

a)「被告人が薬物の前科がある旨自認し、所持品検査の最中にその場から全速力で逃げ出した時点で、被告人には覚せい剤を含む違法薬物使用の嫌疑が高まっていたのであるから、警察官らが被告人に対する職務質問を継続したこと自体は警察官職務執行法2条1項に基づく適法な行為であったといえる。殊に、被告人が所持品を警察官の手元に残したまま、いきなり全力疾走して逃走を試みたことなどから、被告人には相当高い嫌疑が認められ、職務質問を継続する必要が認められた。」

b)「しかしながら、A警察官は、車道上で転倒した被告人の両脇を後ろから抱え込んで歩道まで引きずり、続いてその両肩をつかんで被告人を本件金網付近まで押し込み、その両肩を押さえつけてその場に座らせるという直接的かつ強度な有形力を行行使っている。このようなA警察官の行為態様に鑑みると、A警察官の行為のうち転倒した被告人を歩道上まで引きずった部分には、交通事故の防止のためという面はあったにしても、その後の

行為を含め考えると交通事故防止の目的とはいいい難く、A警察官の行為は、被告人の逃走を防止して職務質問を継続する目的でなされたものと推認される。被告人の逃走意思が強いと考えられることを踏まえても、飽くまで任意手段である職務質問であるから、その目的に照らして最小限度の有形力の行使でなければならないが、A警察官の行為は、最小限度の有形力の行使であるとはいえず、職務質問に付随する有形力の行使の限度を超えて違法というべきである。また、A警察官は、被告人が立ち上がろうとした際、それがA警察官の職務の執行を妨害するものではなく、被告人を公務執行妨害で現行犯人逮捕できる要件がないにもかかわらず、「公妨とるぞ。」と同罪で現行犯人逮捕するという趣旨の発言をしながら有形力を行使してその場に留めているが、そのような発言は職務行為として正当化されるものではなく、罪を犯していないのに逮捕するという被告人に対する威迫となる行為であって、違法である。また、警察官らは、被告人の所持品検査が終了した後も、所持品を被告人に返還することなく、被告人の承諾を得ないで本件所持品検査箱の中に入れたまま引き続き管理し、それらの所持品を返してほしい旨の度重なる被告人からの求めにも応じていない。被告人は(略)所持品(略)の所有権等を放棄したわけではなく、(略)所持品の返還を再三求めており、それにもかかわらず警察官らが被告人の承諾を得ずにその所持品を管理した行為は、実質的には無令状で被告人の所持品の占有を取得したに等しいものというほかない。殊に、警察官らは、被告人の家の鍵や財布、携帯電話機等、通常生活に欠かせない携行品を管理しており、これにより被告人を留め置く効果は一般に高かったといえ、明らかに違法である。以上のとおり、本件強制採尿令状の発付前の先行手続には、A警察官が前記のとおり被告人に強度の有形力を行使し、威迫的な行為を行った違法と、警察官らが被告人の承諾なくその所持品を占有した違法があると認められる。」

c) 「A警察官が車道上で転倒した被告人の両脇を後ろから抱え込んで歩道まで引きずり、続いてその両肩をつかんで被告人を本件金網付近まで押し込み、その両肩を押さえつけてその場に座らせた行為については、交通事

故防止の面も否定できないことに加えて、職務質問を継続する必要性が高く、有形力の行使自体は短時間にとどまったことなどの事情に照らし、その違法の程度が大きかったとまではいえない。しかしながら、A警察官が「公妨とるぞ。」と言って被告人を威迫した違法行為及び警察官らが被告人の承諾なく被告人の所持品を占有した違法行為は、法規からの逸脱の度合いが大きい上、それらの違法行為によってその場に留まらざるを得ないと被告人に思わせ、4時間程度の長時間にわたり被告人を留め置いたもので、被告人の移動の自由を大きく侵害している。警察官らとしては、被告人が逃走を試みた後であっても、まずは職務質問に応じるよう被告人を説得し、職務質問に応じない場合には被告人を放還すべきであり、令状を請求する場合でも、その執行の実効性を確保する手段は任意処分範囲内で検討すべきであったのに、それをした形跡がみられないことも考慮すると、違法は重大というべきである。また、本件においては、警察官らがそれらの重大な違法行為をして違法に被告人を留め置いた結果、(略)被告人の尿の鑑定書及び(略)鑑定人の証言を得ることが可能となったのであるから、それらの違法行為と被告人の尿の鑑定書等及び鑑定人の証言との間には密接な関連性がある。さらに、警察官らがそれらの重大な違法行為をしたのは、被告人を留め置くためであったと認められるから、警察官らには無令状で被告人の意思を制圧してその移動を制限しようとする令状主義潜脱の意図があったと認められる上、本件金網の前で所持品を被告人に返還した旨のA警察官の証言も、被告人の承諾なくその所持品を占有していたことを隠蔽する目的でなされた虚偽のものと解される。以上のような被告人の尿の鑑定書等及び鑑定人の証言の収集過程における違法の重大性、違法行為との関連性、警察官らの意図及びA警察官の証言態度を総合考慮すると、その収集過程には令状主義の精神を没却する重大な違法があったというべきである。そして、(略)被告人の尿の鑑定書及び鑑定人の証言を証拠として許容することは、将来における同様の違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められるから、少なくともこれらを違法収集証拠として証拠能力を否定し、証拠から排除するのが相当である」

## (3) 検討

本判決は、警察官について2つの違法を認定している。ひとつが「強度の有形力を行使し、威迫的な行為を行った違法」であり、もうひとつが「承諾なくその所持品を占有した違法」である。

「強度の有形力を行使し、威迫的な行為を行った違法」は、2つの事実から構成されている。それは、①「車道上で転倒した被告人の両脇を後ろから抱え込んで歩道まで引きずり、続いてその両肩をつかんで被告人を本件金網付近まで押し込み、その両肩を押さえつけてその場に座らせる」という有形力の行使と、②A警察官が「被告人の目の前に回り込み、「動くな、これ以上やったら公妨とるぞ」と言い、また職務質問開始から1時間程度経過した後に被告人が帰るために立ち上がろうとしたときにA警察官が「じっとしてろ。公妨とるぞ」と言った行為である。

「承諾なくその所持品を占有した違法」として認定されている事実は、③職務質問直後に被告人が「財布、携帯電話機、自宅の鍵、交際相手であったD(略)の家の鍵、自転車の鍵が付いたキーケース及びたばこを、同警察官が持っていた所持品検査用のネットに入れた」ところから続く、警察官による被告人の所持品の使用制限ないし不返還である。具体的には、「所持品検査が終わった後も、被告人の所持品は、蓋のついていない所持品検査箱(略)の中に入れられたままであり、本件所持品検査箱の近くには常時2名の警察官がいた」ことや「LINEは文字だからだめである旨述べて、被告人に携帯電話機を使用させなかった」こと、「通話を終えた被告人が携帯電話機をポケットにしまおうとすると、被告人に逃げるからこっちに入れるようになどと言い、被告人の携帯電話機を本件所持品検査箱の中に戻させた」ことや、その後に被告人に携帯電話を返さなかったこと、被告人が「財布を自分のポケットにしまおうとしたところ、G警察官から「逃げるから箱の中に入れてください」と言われたため、財布を本件所持品検査箱の中に戻した」こと、交番では「被告人が座っていた椅子の真後ろのカウンターに本件所持品検査箱が置かれ、常時警察官がその近くにいた」こと等の一連の事実である。



裁判所は、有形力の行使にあたる①については、「交通事故防止の面も否定できないことに加えて、職務質問を継続する必要性が高く、有形力の行使自体は短時間にとどまったことなどの事情に照らし、その違法の程度が大きかったとまではいえない」という。もし、警察官の行為が①だけであり②と③がなければ本件尿鑑定は証拠採用された可能性が高い。

裁判所が重大な違法であると評価したのは、②と③である。裁判所は事実認定の際には②と③を区別しているが、違法評価の段階では両者を統一的に判断対象として、「A警察官が「公妨とるぞ。」と言って被告人を威迫した違法行為及び警察官らが被告人の承諾なく被告人の所持品を占有した違法行為は、法規からの逸脱の度合いが大きい上、それらの違法行為によってその場に留まらざるを得ないと被告人に思わせ、4時間程度の長時間にわたり被告人を留め置いたもので、被告人の移動の自由を大きく侵害している」と述べる。裁判所は、このような場合に警察官は「まずは職務質問に応じるよう被告人を説得し、職務質問に応じない場合には被告人を放還すべきであり、令状を請求する場合でも、その執行の実効性を確保する手段は任意処分範囲内で検討すべきであった」といい、その違法性の重大性を認定する。そして、「警察官らには無令状で被告人の意思を制圧してその移動を制限しようとする令状主義潜脱の意図があったと認められる」とまでいったのである。

すなわち、本件の行為と裁判所の判断は図にすると次の通りである。

行為	行為の性質	裁判所の評価
引きずり肩をつかんで押さえつけて座らせる (①)	有形力の行使	違法の程度が大きかったとまではいえない
「公妨とるぞ」と言う (②)	威迫	重大な違法行為
所持品を返さない (③)	所有権侵害	

この構造分析にもとづいて留め置き二分論との関係について検討を加える。本判決は、留め置き二分論をほとんど意識していない判決であるように思われる。本判決は、「令状を請求する場合でも、その執行の実効性を

確保する手段は任意処分<sup>(12)</sup>の範囲内で検討すべき」とだけ述べており、令状を請求した段階とそうでない任意処分の段階とで判断基準の相違が生ずる旨は述べていない。したがって、留め置き二分論は本判決には採用されていないものといえることができる<sup>(12)</sup>。その理由については、2通りの可能性を考えることができる。1つは、裁判所がそもそも留め置き二分論を——当事者からの主張もなかったため——意識しなかった可能性である。もう1つは、本件においては、所持品に関する違法な処分および1度目の「公妨とるぞ」の発言は、強制採尿令状請求準備前に行われているため、仮に留め置き二分論を前提にしても、その純粹に任意の段階によって行われた違法捜査の故に、本件証拠排除はなされるので、留め置き二分論を論じる実益がないと考えた可能性である。本判決は、留め置き二分論に殊更に触れることがなかったものと評することができる。

ただし、令状請求に入りそのことを被告人に告げた段階から、警察官の処分が強制の度合いを強めていることが認定事実から伺える。この点、広島県警の警察官が東京高裁の判決を意識していた可能性もないではないが、それよりもむしろ現場において令状請求後に強制の度合いが強まるのは自然な流れであると見る方が実情に合致しよう。現場の捜査官が、令状を請求した段階から被疑者を絶対に逃せないという心理になるのは想像に難くない。

となれば、留め置き二分論は、現場の要請に応える理論であるとともに、濫用されれば現場の捜査のエスカレーションを追認するための理論となりうる危険性を孕んでいるといえるのかもしれない。

## VI 傍論的問題提起

ここで、留め置き二分論から少し離れて、傍論的に付言したい推察を以下に書き進めたい。

両判決は、法的に見れば、決して奇抜な判断ではない。むしろ、プライバシー侵害や威迫や所有権侵害を重大な違法行為であると捉えるのは、法

的な観点の下においては十分に首肯しうるものであろう。ここで私は、法的な観点ではない別のライトを照射して、これら行為の異なる側面を浮かび上がらせてみたい。

大阪高裁の事案において、警察官は不要であるのに徒歩の被告人一人に対して赤色灯を点けたままのバトカー数台で走行し、交差点ではサイレンを吹鳴させるなどしている。また、被告人から「捜査権がないのに入ってこれんの」と問いかげられたのに対して、「うん、入れる入れる」などと答え、住宅の共用部分に立ち入り、被告人の居室前にまでついて行き、居室のドアを閉めるのを妨害している。これら行為における警察官の権利軽視の態度は甚だしいものといえる。しかし、警察官は被告人の身体に対して暴力を振るう等の有形力の行使はしていない。大阪高裁の事案において、問題となるのは身体的に対して不法な有形力を行使したというような物理的な違法行為ではなく、法的な権利の侵害である。そして、いみじくも原審が指摘するように、警察官自身はそのことが違法であると認識していたのではなさそうである。原審は、「Bらは、共用部分であれば、令状無くして立ち入っても問題はないと安易に考えていた節があり、それ自体戒められるべきであるが、管理人が不在の間は、たとえ共用部分であっても、本件建物内への立入りが禁止されていることを明確に認識しながら、あえてこれを無視して本件建物内に立ち入ったとまでは認められない」と認定しているのである。

広島地裁が違法認定した3つの行為のうち、警察官が被告人の身体に接触した行為は①および②である。③は被告人の身体への接触とは無関係な行為である。②については、たしかに2度の「公妨とるぞ」の際にはいずれも警察官は被告人の肩を押さえつけているという点では、身体の接触がある。ところが、裁判所はこの②の「公妨とるぞ」について、肩の押さえつけをさほど重視していない。というのも、裁判所は、1度目の「公妨とるぞ」の際に、警察官が被告人の肩をつかんで金網に押し込んだこと自体については、①の被告人を引きずり肩をつかんで押さえつけて座らせた有形力の行使の中に含めて評価しており、それについては「違法の程度が大

きかったとまではいえない」としているのである。すると、②の「公妨とるぞ」については、その肩をつかんで押さえつける行為よりも「公妨とるぞ」という発言による威迫自体の違法性を裁判所は問題視したといえる。したがって、広島的事案においても問題とされているのは、捜査における有形力の行使ではなく、目に見えない権利侵害なのであるといえる。

そこで、これらの各行為を事実的な観点あるいは非法律家（法学非学習者）の一般的観点から見るとどう映るのかをひとつの思考実験として考えてみたい。法学を学んでいない者に、たとえば広島地裁事案の①「引きずり、肩をつかみ、押さえつけて座らせる行為」と②「公妨とるぞと申し向ける行為」と③「職務質問の際に預かった所持品を返さない行為」とでどれが一番問題があるかと考えるかと問うたとしよう。するとおそらく、一般的には有形力の行使である①こそが問題行為であるとの返答が得られるだろう。②はちょっとした駆け引きのようなもの、③は警察官が被告人の傍にいて、携帯での通話も支払いのための財布の取り出しも認めているのだから、尿検査の結論が出るまでしばらく警察官が預かっておくくらいは問題がない行為であると考えのではないだろうか。警察官が、覚せい剤使用の疑いのある者を、引きずったり、押さえつけたりするのはさすがに良くないが、現に公務執行妨害罪で検挙するわけではないのだから「公妨とるぞ」という程度の言葉で駆け引きをしたり、所持品を返さなかったりする程度であれば許されると考える一般人は少なくないように思われる。また、大阪高裁事案において、警察官は暴力を振るわなかった、ただ住居の共用部分に立ち入り住居のドアを閉めるのを妨害しただけだ、といったとき、非法律家の観点からすれば、「その程度」のことであれば許されると考えることもあるのではないだろうか。

となれば、ここで警察官の非法律家としての側面に目を向けるべきだろう。もちろん、警察官は警察学校をはじめ様々な場面で法律を学ぶ。その意味で、警察官を一般的な人々に比して法律に疎いと評するわけにはいかない。しかし、警察官一般が法の専門家でないことは確かである。たとえば、刑事訴訟法を学び、任意捜査においては有形力の行使が一般に許され

ないことは理解しながら、プライバシー侵害や所有権侵害の法的重大性については理解が十分に及んでいない可能性がある。職務質問における無令状の所持品検査について学びながら、それが単に（たとえば鞆を開けて手を突っ込むなど）有形力の行使のようであるから許されないとだけ理解してしまい、プライバシーや所有権といった目に見えないが法的に強い保護に値する権利に頓着することなく、所持品を得た後の不返還の問題点に思いが至らないという可能性は十分に考えられる。「公妨とるぞ」と申し向けてその場に留まらせることが、許される駆け引きの域を超えて、強制権力を背景とした脅迫・強要と評価されうることへの思い至りがないことはありうるだろう。現に、大阪高裁事件の原審は、「Bらは、共用部分であれば、令状無くして立ち入っても問題はないと安易に考えていた節があり、それ自体戒められるべきであるが、管理人が不在の間は、たとえ共用部分であっても、本件建物内への立入りが禁止されていることを明確に認識しながら、あえてこれを無視して本件建物内に立ち入ったとまでは認められない」といっているのである。

そうであれば、広島地裁判決は「警察官らには無令状で被告人の意思を制圧してその移動を制限しようとする令状主義潜脱の意図があったと認められる」とまでいったが、警察官（とりわけA警察官）には、そこまでの意識はなかったのではないかとすら思われてくる。A警察官は、①、②、③の各行為のうち、もっとも重大なのは①の有形力の行使であり、それが許容される程度であれば、②と③は①を超えない程度であって許されるというような気軽な気持ちであったのではないか。というのも、A警察官は職務質問に付随して令状のないうちに「公妨とるぞ」と2回も申し向けているのだから、日常的にこのようなことを口にしてきた可能性は想像に難くなく、他の警察官らも所持品を「逃げるから返さない」などと繰り返し言い、複数人で所持品を監視するなど、令状なき被疑者留め置きの違法性に何ら気を配っている様子が微塵もないのである。

もちろん、以上のことは、資料から誤りなく確実に読み取れる事実ではなく、想像にすぎない。しかし、可能性としてはありうるだろう。すると、

この事件は、警察官があえて違法捜査を行ったというより、各行為に対する法的評価が、裁判所と警察官とで食い違った結果であると評する余地がありそうだ。いうまでもないことだが、このような評価は、警察官を免責する方向に働くわけではない。それどころか、短時間のうちに複数の警察官が法律を理解していないような振る舞いを何度もする事件が複数起きているのだから、以上の推測が仮に的を射ているとすれば、警察の「組織的な法教育の不備」を指摘せざるをえないことになる。もちろん、この指摘は警察を責めているのでもない。むしろ、現場の警察官が文字通り懸命に捜査したにもかかわらず、思わぬ点が違法捜査であると評価されて証拠排除されてしまうのでは、警察官にとっても不利益であろう。裁判所の判断と警察官の判断とを近づけるような法教育は、警察官にとっても思わぬ違法捜査を回避するという点で利益であるといえるのではないであろうか。そうであるならば、警察官への一層の法教育の充実が求められることになる。

少しばかり推測が過ぎたようでもあるが、ありうる推測からの問題点の指摘として、警察の法教育の問題を付言しておいた。これは少なくとも実務家の実感とも合致するように思われる。

## V 結語

留め置き二分論は、高裁段階で採用した例がいくつか見られるものの、本稿にて検討した二つの判決には必ずしも強い影響を与えているわけではなさそうである。留め置き二分論は、当初の平成20年判決が、その当否はさておき立法措置に期待したことから伺えるように、現行法に根拠がある理論ではない<sup>(13)</sup>。なるほど、たしかに、捜査の目的によってその判断基準が変わるといっても理論的にありうる立場ではあるのかもしれない<sup>(14)</sup>。しかし、仮に現実の捜査官において法学的素養が十分でないのならば、そのような捜査官の設定する捜査目的によって、被疑者の受ける処分の性質が変わってくることを認めることは、被疑者の現実の権利保護の観点から問題

があるということができよう。それゆえ、このような理論の導入については、本来任意であるべき捜査に対して捜査官が令状請求を準備したことを理由に、その範疇を踏み越えることを実質的に許容するものとして悪用されるおそれ拭えないため、慎重であるべきであろう。その意味において、留め置き二分論が他の下級審判決にさほど強い影響を与えていないように見られることは積極的に評価することができる。ただし、それは留め置き二分論がどの裁判所においても採用されないことを保障するものではないため、今後も——とりわけ最高裁の動向を含めて<sup>(15)</sup>——注視が必要である。

(了)

#### 注

- (1) 酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣，2015年）19頁以下，寺崎嘉博『刑事訴訟法』第3番（成文堂，2013年）60頁以下。
- (2) たとえば，最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁，最決平成7年5月30日刑集49巻5号703頁など。
- (3) 刑訴197条1項，199条1項，218条1項など。
- (4) 憲法31条，33条，35条1項など。
- (5) 東京高判平成20年9月25日東高刑59巻1～12号83頁，東京高判平成21年7月1日判タ1314号302頁，東京高判平成22年11月8日高刑集63巻3号4頁など，いずれも覚せい剤取締法違反事件についての留め置きである。留め置きについて，大久保隆志「任意と強制の狭間——留め置きにおける「二分論」について——」広島法科大学院論集11号（2015年）153頁以下，高橋省吾「職務質問に伴う被疑者の「留め置き」の適法性」山梨学院ロー・ジャーナル10号（2015年）27頁以下参照，金子章「被疑者の留め置きについて——その適法性判断のあり方に焦点をあてて——」横浜法学27巻2号（2018年）27頁以下参照。
- (6) 東高刑59巻1～12号83頁。白取祐司「判批」刑事法ジャーナル17号（2009年）104頁も参照。
- (7) 判タ1314号302頁。前田雅英「判研」警察学論集64巻5号（2011年）145頁以下，川出敏裕「判研」警察学論集71巻8号（2018年）140頁以下も参照。
- (8) 東京高判平成22年11月8日高刑集63巻3号4頁。川出・前掲注（7）

140頁以下参照。

- (9) 札幌高判平成26年12月18日判タ1416号129頁は、検察官の「留め置きが純粹に任意捜査として行われている段階と、採尿令状の請求準備に取り掛かってから執行までの段階（以下「強制手続への移行段階」という。）とに分けた上、それぞれの段階に応じて適法性を検討すべきであ」との主張を、「犯罪の嫌疑の程度は、採尿令状の請求準備を開始するか否かという警察官の判断により直ちに左右されるものでない上、本件において、その段階で、嫌疑を深めるべき新たな証拠や事実が発見されてもいないから、上記のような警察官の判断時点を境界として、許容される留め置きの程度に有意な違いが生じるものと解することは、必ずしも説得力のある立論ではないというべきであり、所論のような判断枠組みによって留め置きの適法性を判断すべきであるとは考えられない」と退けている。前田雅英「判研」捜査研究65巻3号（2016年）10頁以下も参照。
- (10) 裁判所ウェブサイト登載。判例研究として、白井美果「判研」警察学論集71巻12号（2018年）177頁以下。
- (11) 裁判所ウェブサイト登載。
- (12) 市木政昭「判例紹介」研修845号（2018年）は、本判決は留め置き二分論を念頭に置いているとしつつ、二分論を採用したとしても、純粹に任意の段階から違法という結論になると評する。
- (13) 留め置き二分論の前提とする捜査観に否定的な論稿として、小川佳樹「被疑者の『留め置き』について」研修839号（2018年）3頁以下参照。
- (14) 処分の目的にも注目してその強制性を判断すべきであるという立場から、留め置き二分論の理論を原則として肯定する論稿として、金子・前掲注(5)27頁以下参照。
- (15) 留め置きの適法性について判断した最判平成6年9月16日刑集48巻6号480頁は、捜査官の行為の態様と状況の衡量、捜査官の意図を勘案して、違法ではあるが令状主義の精神を没却するほどの重大な違法ではないとした。ここでは、令状請求が適法であるか否かという検討や強制採尿令状発付後の一定程度の有形力の行使についての判断はあるが、留め置き二分論の判断枠組みは採用されていないといえる。



<判例研究>

公認会計士・監査審査会が、監査法人に対し、行政処分その他の措置を講ずるよう金融庁長官に勧告し、これを記者発表するなどしたことにつき、勧告の公表は違法な行政処分に当たり、勧告が今後も公表されることによって事業経営上の回復することのできない損害を被るなどと主張して、勧告の公表に対する行政事件訴訟法3条7項所定の差止めの訴えがされた事例

天 本 哲 史

キーワード：公表，勧告，行政事件訴訟法，差止めの訴え，処分性

東京高判平成30年6月28日  
勧告処分等差止請求控訴事件  
平成29年（行コ）第380号

原審・東京地判平成29年11月21日 LEX/DB（文献番号25550793）

出典 東京高判平成30年6月28日 LEX/DB (文献番号25449971)

東京高判平成30年6月28日 D1-Law (28263985)

東京高判平成30年6月28日裁判所ウェブサイト

## 【事実の概要】

公認会計士・監査審査会（以下「審査会」という。）は、平成29年6月8日付けで、監査法人である控訴人（第一審の原告と同じ。）に対し、公認会計士法（以下「法」という。）41条の2に基づき、行政処分その他の措置を講ずるよう金融庁長官に勧告し（以下「本件勧告」という。）、これを同日記者発表するとともに、審査会のホームページに公表文を掲載し、本件勧告の公表を継続している（以下、上記掲載の方法による公表とその他の方法による公表を区別せずに「公表」ということがある。）ところ、本件は、控訴人が、被控訴人（第一審の被告と同じ。）である国に対し、本件勧告の公表は違法な行政処分に当たり、本件勧告が今後も公表されることによって控訴人において事業経営上の回復することのできない損害を被るなどと主張して、行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）3条7項所定の差止めの訴えとして、本件勧告の公表（上記掲載の方法によるものと、その他の方法によるもの）の差止めを求める事案である。

本件勧告の公表の内容は、検査の結果、監査リスクの高い複数の上場会社の監査業務を新規に受嘱しているところ、(1) 監査業務の新規受嘱時の対応において複数の不備が認められ、その業務の実施について残高確認により入手した回答を検討しないなど、監査の基本的な手続における不備が認められること、(2) 審査において、大会社等の監査経験のない者を専任の審査担当者として選任し、また、定期的な検証においても、経験のある検証責任者が十分に関与していないなど、品質管理の実施体制が適切に整備されていないこと、(3) 今回の検査においても、前回の検査におけるのと同様の不備が複数認められ、前回の検査以降の改善に向けた取組は実効性があるものとは認められないことなどから、その品質管理体制は著しく

不十分なものであり、運営は著しく不当なものと認められた。そこで、審査会は、金融庁長官に対して、法41条の2に基づき、行政処分その他の措置を講ずるよう勧告した、というものである。

本判決の第一審である東京地裁平成29年11月21日判決は、上記のような行訴法3条7項所定の差止めの訴えに対し、「法41条の2に基づく審査会の勧告がされた事実を公表する行為は、審査会の保有する情報を投資者の保護等の目的から公開するという事実上の行為であって、これを行うことについて法令上の制約が設けられているものではない。(改行) また、その効果についてみても、法41条の2に基づく審査会の勧告がされた事実を公表することにより、対象監査法人につき権利がはく奪され又は義務が課せられるものではなく、公表により対象監査法人につき信用の低下等が生ずることがあるとしても、それは事実上の不利益にとどまるものというほかない(なお、このことは、公表の方法が審査会のホームページへの公表文の掲載による場合でも、異なるものではない。)(改行) ……法41条の2に基づく審査会の勧告がされた事実を公表する行為は、公権力の行使として行うその行為によって直接対象監査法人の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているものに当たるとはいえず、行訴法3条7項に定める『処分』に当たらないものというべきである。」等として、本件勧告の公表の差止めの訴えを却下したため、控訴人は控訴した。

## 【判旨】

「……控訴人は、本件勧告の公表により、その会計専門家としての職業上の中核的利益の部分において名誉・信用の法益を著しく侵害され、業務上の著しい被害を受けており、一般人にとって『勧告』と『処分』の区別はなく、本件勧告の公表により、控訴人に重大な被害が発生し、その受忍を強いられている以上、公表行為が対象監査法人の名誉・信用棄損を『直接の』目的としてされたものではないとしても、司法的救済が必要である

と主張する。(改行)しかし、行訴法3条7項所定の差止めの訴えは、国又は地方公共団体が公権力の行使として行う行為のうち、その行為によって直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているものを対象とするものと解すべきであること、法41条の2に基づく審査会の勧告がされた事実を公表する行為は、審査会の保有する情報を投資者の保護等の目的から公開するという事実上の行為であり、その効果についても、対象監査法人につき権利がはく奪され又は義務が課せられるものではなく、公表により対象監査法人につき信用の低下等が生ずることがあるとしても、それは事実上の不利益にとどまるものというほかないこと、審査会の勧告は、審査会から金融庁長官に対してされる行政機関相互間の行為であって、これと金融庁長官の行政処分とを一体のものとして捉えることはできず、本件勧告を公表する行為をこれらと一体のものとしてその処分性を肯定することもできない……。本件勧告の公表により、控訴人について信用の低下等が生ずるとしても、それは、公表内容が勧告の対象となった監査法人等の顧客層に評価された上での反射的・間接的なものというべきであって、上記の判断を左右するものではない。控訴人の主張は採用することができない。」(下線は筆者による加筆。)

よって、控訴人の本件訴えをいずれも却下した原判決は相当であり、本件控訴は理由がないから棄却することとして、主文のとおり判決する。

## 【評釈】

### (1) 公認会計法等の仕組み

公認会計士法の仕組みについて本件に関係する部分を概観するならば、内閣総理大臣は、法34条の21等に基づく指示や改善命令等の法による権限(審査会の会長や委員の任免等の公認会計士法施行令32条で定めるものを除く。)を金融庁長官に委任する(法49条の4第1項)ところ、金融庁長官は、当該委任された権限のうち、法49条の3第2項の規定による立入検査等に係る権限を審査会に委任するとしている(法49条の4第2項)。か

かる審査会は、金融庁に設置された合議制の行政機関であるが（法35条1項、金融庁設置法6条2項）、審査会は法に基づく権限を行使した場合において、必要があると認めるときは、その結果に基づき、公認会計士、外国公認会計士若しくは監査法人の法2条1項の業務、外国監査法人等の同項の業務に相当すると認められる業務又は日本公認会計士協会の事務の適正な運営を確保するため行うべき行政処分その他の措置について金融庁長官に勧告することができる（法41条の2）。そして、審査会は、独自に策定した内部指針たる「公認会計士・監査審査会の実施する検査に関する基本指針」（平成27年4月に改訂された後のもの<sup>(1)</sup>。）及び「審査及び検査の基本方針」（策定日である平成25年4月26日から平成28年3月までのもの<sup>(2)</sup>。）において（併せて、以下「内部指針」という。）、法41条の2に基づく金融庁長官に対し行政処分その他の措置（以下「行政処分等」という。）について勧告及びその旨の原則として公表する等を定めている。

このように、本件勧告に関連する公認会計士法等の仕組みは、①本件勧告は、「勧告」と規定されていても、審査会による行政庁の行政処分等をする旨の意見を具申する行政庁に対する内部行為としての勧告であって、対国民的な外部に対するいわゆる行政指導ではないこと<sup>(3)</sup>、②本件勧告の公表は、審査会の内部指針に規定されており、それに対する法令上の根拠は存在せず、また、その公表自体には法的効果は存在しないこと、③本件勧告は、行政庁の行政処分等の誘因となるもののそれが行政処分等の実施を義務付けるものとなっていない、ということを挙げることができる。

## （2）本件勧告の公表の処分性

### ① 本件勧告の公表に対する処分性判断

行訴訟3条7項所定の差止めの訴えは、「行政庁が一定の処分又は裁決をすべきでないにかかわらずこれがされようとしている場合において、行政庁がその処分又は裁決をしてはならない旨を命ずることを求める訴訟」と定義されるところ、かかる訴訟における差止めの対象たる「処分」とは、行訴訟3条2項所定の取消訴訟における「行政庁の処分その他公権力の行

使にあたる行為」と同じ行為である。そして、本判決では、第一審と同様に、本件勧告の公表が「処分」に該当するか否かが争点となった。

本判決は、「法41条の2に基づく審査会の勧告がされた事実を公表する行為は、審査会の保有する情報を投資者の保護等の目的から公開するという事実上の行為であり、その効果についても、対象監査法人につき権利がはく奪され又は義務が課せられるものではなく、公表により対象監査法人につき信用の低下等が生ずることがあるとしても、それは事実上の不利益にとどまるものというほかない」として、本件勧告の公表の処分性を否定した。これは、抗告訴訟における処分性判断のリーディング・ケースたる昭和39年の「ごみ焼却場設置行為事件」最高裁判決が、処分性が認められる行政庁の処分とは「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」と解し、抗告訴訟の対象を個々の行政の行為の公権力性と法的効果の直接具体性によって実体的判断するという基準、いわゆる「従来の公式」と称されるものがあるが、本判決はこれと同様の基準から処分性の有無を判断したものである。かかる従来の公式によって示された行政庁の「処分」の定義は、伝統的・通説的な見解とされてきた行政行為の定義とは異なる表現ではあるが、その内容からして行政行為に該当する行政の行為とほぼ同様のものを対象としていると思われる<sup>(6)</sup>。そのため、本件勧告の公表の如き法的根拠なく一定の情報を公表するに止まるような非権力的事実行為は、当該行為に処分性は認められ難いことになる。

また、本判決は、「本件勧告の公表により、控訴人について信用の低下等が生ずるとしても、それは、公表内容が勧告の対象となった監査法人等の顧客層に評価された上での反射的・間接的なものというべき」として本件勧告の公表の法的効果を否定した。行政の行為によって名誉、信用等を害するような場合であっても、最高裁は「行政処分といい得るためには、当該処分がそれ自体において直接の法的効果を生ずるものでなければならぬ<sup>(7)</sup>」としており、行政による行為によって名誉・信用等への侵害は事実

上の効果が認められるような場合であっても、それだけでは当該行為に法的効果を認められずに処分性は存しない旨の立場にあり、行政による公表の如き名誉・信用等を害するに止まる行為は処分性が認められ難く、その点から観たとしても、本件公表に処分性が認められ難いことになる。

加えて、本判決は、「審査会の勧告は、審査会から金融庁長官に対してされる行政機関相互間の行為であって、これと金融庁長官の行政処分とを一体のものとして捉えることはできず、本件勧告を公表する行為をこれらと一体のものとしてその処分性を肯定することもできない」とし、本件勧告の公表の処分性を否定する。これは、公認会計士法等の仕組みから見て、本件勧告が行政機関相互間の行為であるか否かを起点とし、それに連関する行政処分及び本件公表の処分性を検討したものである<sup>(8)</sup>。そして、本判決は、本件勧告は、審査会より金融庁長官に対する助言に近い行為であって、本件勧告が行政処分等の切掛となるとしても行政処分等を義務付けるものではない。そのため、本件勧告、行政処分等と本件勧告の公表は行為として「一体」のものではなくなるから、法の仕組みから処分性を検討したとしても、本件勧告の公表には処分性は存しないと解したものである<sup>(9)</sup>。

次に、行政による公表の処分性に対する研究者等の見解を見るならば、行政による公表の処分性の存在に否定的なものとしては、例えば、「勧告、公表制度の場合も、それ自体としては法効果を有しないし、事実上の強制力もないところから、取消訴訟を利用することはできない」とするものがある<sup>(10)</sup>。管見によるならば、公表の目的・機能を「制裁」ないし「情報提供」であるかの区別にかかわらず、公表の法的性質が非権力的事実行為であるためか、公表の処分性を否定ないし処分性の存在に懐疑的なものが、有力であるように思われる。一方で、行政による公表の処分性を肯定する旨の見解も幾つか散見することができる。例えば、名誉・信用等の侵害が社会的受忍限度を越える場合には、処分の直接の効果と考えるべきとして「公表の結果社会的心理的に当然生ずるであろう不利益の受忍義務を考えれば公表にも法効果があることになる」とするものがあるように<sup>(11)</sup>、<sup>(12)</sup>、実質的な公表の侵害的な効果の存在に着目するとか、あるいはもっぱら公表される者

の救済の観点から行政の行為に処分性を認めるというような、公表に処分性を肯定する見解は少数であるが幾つか存在している<sup>(13)</sup>。そして、行政による公表の処分性を争点とした下級審判決・決定も見れば、公正取引委員会による独占禁止法の法令解釈についての見解の公表<sup>(14)</sup>、川崎市中高層建築物等の建築及び開発行為に係る紛争の調整等に関する条例に基づく調停受諾勧告に正当な理由なく応じないことの公表<sup>(15)</sup>、介護保険法に基づく勧告に従わなかった旨の公表<sup>(16)</sup>、特定商取引法に基づく業務停止命令の公表<sup>(17)</sup>、といった事例が存在するが、これらの裁判例はいずれも公表の目的・機能を「制裁」か「情報提供」であるかを問わずに、行政による公表の処分性を否定する、というものであった。

これらのように、個々の行政の行為に着目してその処分性を否定する最高裁判例や、これまでの行政による公表の処分性を否定する研究者等の多くの見解や下級審判決・決定の傾向を鑑みるならば、本件勧告の公表の処分性は認められ難いように思われる。すなわち、行政による公表は、名誉・信用を侵害することが認められるような場合であっても、それ自体が公表される者に対して非権力的事実行為として直接的に具体的な法的効果を有するものではない以上、それ自体によって直接的に国民の権利義務に影響を及ぼすとははいえないことから、行政による公表が抗告訴訟の対象たる処分性を有する行為と解するのは困難であるからである。一方で、行政庁に対して行政処分等をする旨を具申するような本件勧告の如き勧告の対象となっている事業者等にとっては、本件勧告が行政処分の前提ないし契機となると思料することは、市民感覚からすればあり得る反応であるように思われるから、ともすれば、本件勧告が公表されたとすれば、名誉・信用等が毀損されるから、その行為の法的効果を認めさせるためにも行政処分等と「一体」であると主張することには理解できる。しかしながら、本件勧告の公表に関連する公認会計士法等の仕組みを概観するならば、「本件勧告（法41条の2）→本件勧告の公表（内部指針）」となっているのみであり、本件勧告の公表には法令上の根拠があるわけではなく、また、本件勧告は監督行政庁の行政処分等の切掛となるものの、行政処分等を行政



庁に義務付けるものではない、ということからすれば、法の仕組みの観点から処分性の有無を検討したとしても、本件勧告そのもの自体にも処分性は認められ難いように思われる。また、本件勧告の公表は行政庁による行政処分等の前提となっていないことから、本件勧告の公表にも処分性は認められないと解される。

以上のように、本件において、本件勧告の公表からの司法的救済として、抗告訴訟を選択することは、最高裁が示す「従来の公式」からは本件勧告の公表に処分性は認められ難く、また、公認会計士法等の仕組みから見ても本件勧告の公表に処分性は認められ難かったように思われる。

### (3) 本判決の評価等

本判決は、行政庁の処分とは「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」とする<sup>(18)</sup>ような、これまでの最高裁判例等で示されてきた抗告訴訟における処分性の判断基準を踏襲するものであり、その意味では目新しい点は乏しいように思われる事例であった。しかしながら、本判決は行政による公表の処分性の有無を争点とした事例であり、また、近年散見されるようになった行政による公表に処分性が認められ難いとする先例に連なるものであり、その意味では行政による公表の処分性の有無に対する判例の蓄積としての価値を見出すことができる。そして、近年、国・地方公共団体の多くの行政部面において導入・実施されつつある、今後の行政による公表の処分性判断の際において参考になる事例である。本判決が行政による公表の処分性を否定するように、今後も行政による公表の処分性が否定される傾向は続くように思われる。

また、本判決は、本件勧告のような審議会等による行政庁に対する行政処分等をする旨を具申する勧告を行政機関相互間の行為と位置付けて、本件勧告の公表の処分性を否定したものである。本件の公認会計士・監査審査会による金融庁長官に対する行政処分等を求める勧告（公認会計士法41

条の2)以外にも、審議会等による行政庁に対する行政処分等を求める法の仕組みが採られる例が幾つかあり、例えば、公害等調整委員会(鉱業法15条2項)、証券取引等監視委員会(金融庁設置法20条1項)、運輸審議会(国土交通省設置法15条4項)によるものがあり、このような勧告は、公認会計士法によるもの<sup>(19)</sup>だけではない。そのため、本判決は、審議会等による行政処分等をする旨を行政庁に具申する勧告の公表の処分性が否定される可能性を示す先例となるものとなる。

最後に、行政による公表は、非権力的事実行為として処分性を否定されるとしても、社会的評価を低下させる等の公表される者への不利益を与えるものであり、事実上の効果として、名誉・信用等に対する実質的な侵害的な効果を有するものであるから、安易な行政による公表を看過すべきものではない。そして、本件勧告の公表のように、侵害的な効果が存するであろう行為であるにもかかわらず、公認会計士法上の法的根拠がない状態下での公表であり、このような公表が実施されあるいは実施されようとするのであれば、公表される者の権利利益の保障の観点からは疑問を感じざるを得ない。そこで、本件勧告の公表によって公表される事業者に対する抗告訴訟以外の司法的救済を考える必要があるが、行政による公表に対する処分性が否定される傾向からすれば、抗告訴訟以外の方法としては、人格権に基づく差止めの訴えといった民事訴訟や実質的当事者訴訟による方途の選択肢も検討に値するように思われる<sup>(20)</sup>。但し、この場合であっても、公表の無効確認については事実行為に関する無効確認を求めるもので確認の利益を欠くとして却下される可能性があることに留意する必要がある<sup>(21)</sup>。

## 注

- (1) 公認会計士・監査審査会「公認会計士・監査審査会の実施する検査に関する基本指針」(平成27年4月)(<https://www.fsa.go.jp/cpaaoob/shinsakensa/kouhyou/20150417/01.pdf>) (2019年5月26日閲覧) 10~11頁には、「審査会は、公益又は投資者保護に資するため、法第41条の2の規定に基づき、監査事務所の法第2条第1項の業務又は協会の事務の適正な運営を確保するため行うべき行政処分その他の措置について金融

庁長官に勧告した事案について、勧告後、原則として、公表するものとする。(改行)なお、公益又は投資者等への影響等から、審査会が公表することを不適当と判断した事案については、公表を控える等の措置を講じるものとする。」と定められている。

- (2) 公認会計士・監査審査会「審査及び検査の基本方針—より実効性のある監査の実施に向けて—」(平成25年4月26日)(<https://www.fsa.go.jp/cpaaob/shinsakensa/houshin/20130426/01.pdf>) (2019年5月25日閲覧) 4頁には、「検査の結果、審査会は、必要があると認めるときは金融庁長官に対し行政処分その他の措置について勧告を行うなど適切な対応を行うこととする。」と定められている。
- (3) 行政指導の定義として、例えば、山内一夫『行政指導の理論と実際』(ぎょうせい, 1984) 4頁は、「一定の行政上の目的を実現するために、行政機関が国民に対して行う指導であって、事実上の強制を伴うものをいう。」と定義し、また、行政手続法2条6号は「行政機関がその任務又は所掌事務の範囲内において一定の行政目的を実現するため特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勧告、助言その他の行為であって処分に該当しないものをいう。」と規定する。
- (4) 最一判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁〔1810頁〕。同旨としては、最一判昭和30年2月24日民集9巻2号217頁、最大判昭和36年3月15日民集15巻3号467頁のそれぞれを参照。
- (5) 最三判平成17年10月25日判時1920号32頁〔34頁〕の藤田宙靖裁判官の補足意見での「……これまで当審の先例が示して来た一般的な考え方、すなわち、『行政庁の処分とは……行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの』であって『正当な権限を有する機関により取り消されるまでは、一応適法性の推定を受け有効として取り扱われるもの』でなければならず、『その無効が正当な権限のある機関により確認されるまでは事実上有効なものとして取り扱われている場合』でなければならないとする考え方(参照、最高裁昭和三十七年(オ)第二九六号同三十九年一〇月二九日第一小法廷判決・民集一八巻八号一八〇九頁他。以下この考え方を、「従来の公式」と称する。)とする。
- (6) 代表的な行政行為の定義としては、田中二郎『行政法総論』(有斐閣, 1957) 262頁は「行政庁が、法に基づき、公権力の行使として、人民に

対し、具体的な事実に関し法律的規制をなす行為」とする。

- (7) 最三判昭和38年6月4日民集17巻5号670頁〔673頁〕。なお、当該判決に対しては、山村恒年「§3〔抗告訴訟〕」南博方編『注釈行政事件訴訟法』(有斐閣、復刊版、2000)27頁は、「知事が社会保険医療費担当者監査要綱(通達)に定めた戒告事由にあたるとして保険医に対してなした戒告は何ら法律上の効果を生じないから行政処分でないとする最高裁判決(昭38・6・4民集17・5・670……)がある。しかし、この戒告は県公報に公表されるのであり、医師の名誉、営業上の信用を侵害する点から考えて法の根拠を必要とすると解すべきであろうし、それを法規の根拠がないということだけで何らの法的効果が生じないとして行政処分性を否定すべきではあるまい」とする。
- (8) なお、最一判昭和34年1月29日民集13巻1号32頁は、「抗告訴訟の対象となるべき行政庁の行為は、対国民との直接の関係において、その権利義務に関係あるものたることを必要とし、行政機関相互間における行為は、その行為が、国民に対する直接の関係において、その権利義務を形成し、又はその範囲を確定する効果を伴うものでない限りは、抗告訴訟の対象とならない」(同34頁)としているように、内部行為として対国民への外部効果が無い行政の行為の場合には、そのような行為の処分性を否定されるから、本件勧告に対する抗告訴訟が提起されたとしても処分性が否定されて却下される可能性が高い。
- (9) 法の仕組みの観点から行政による事実行為に処分性を認めた最高裁判例としては、関税込率法に基づき税関長の行う輸入禁制品に該当する旨の通知(最三判昭和54年12月25日民集33巻7号753頁)、税務署長の行う納税の告知(最一判昭和45年12月24日判時616号28頁)、食品衛生法に基づき食品等の輸入の届出をした者に対して検疫所長が行う同法違反の旨の通知(最一判平成16年4月26日民集58巻4号989頁)、医療法に基づく病院開設中止勧告(最二判平成17年7月15日民集59巻6号1661頁)が存する。これらのように、行政法規の解釈に際し、当該法律の奉仕する価値・目的を明らかにし、その上に立って、具体の条文についてどのような解釈方法を採用するのが適格的であるかを考慮しつつ、法的仕組みを明らかにするというものがあり、これを「仕組み解釈」と称されることがある。かかる「仕組み解釈」については、塩野宏『行政法Ⅰ』(有斐閣、第6版、2015)66頁、橋本博之『行政判例と仕組み解釈』(弘文堂、2009)5頁のそれぞれを参照。
- (10) 塩野宏『行政法Ⅱ』(有斐閣、第4版、2005)104頁。

- (11) 川神裕「法律の留保」藤山雅行＝村田斉志編『行政争訟』新・裁判実務大系第25巻（青林書院，改訂版，2012）20～21頁，原田尚彦『行政法要論』（学陽書房，全訂第7版補訂2版，2012）240頁，池村正道編『行政法』（弘文堂，第3版，2017）197頁のそれぞれを参照。
- (12) 高野修「履行済ポスト・ノータイス命令に対する取消の訴えの利益」『人間・文化・社会』編集委員会編『人間・文化・社会』（岩手大学人文社会科学部地域文化基礎研究講座，1997）509頁。
- (13) 阿部泰隆『行政法再入門（下）』（信山社，第2版，2016）96頁，宇賀克也『行政法概説Ⅰ』（有斐閣，第6版，2017）268頁，雄川一郎ほか『行政強制』ジュリ増刊（有斐閣，1977）114～115頁〔雄川発言〕・116頁〔塩野発言〕，雄川一郎『行政の法理』（有斐閣，1986）230頁，畠山武道「サンクションの現代的形態」芦部信喜ほか編『岩波講座 基本法学8—紛争』（岩波書店，1983）385頁のそれぞれを参照。
- (14) 東京高判平成6年4月18日判時1536号33頁参照。
- (15) 東京高判平成21年11月19日D1-Law（28162417）参照。
- (16) 東京高決平成19年11月13日裁判所ウェブサイト参照。
- (17) 名古屋地決平成18年9月25日D1-Law（28112501）参照。
- (18) 最一判昭和39年10月29日・前掲注（4）〔1810頁〕。
- (19) なお，勧告が行政自身のウェブサイト上に公表されている例としては，証券取引等監視委員会「報道発表（平成31年/令和元年（2019年）—不正取引関係」（<https://www.fsa.go.jp/sesc/houdou/2019hukousei.htm>）（2019年6月18日閲覧），公認会計士・監査審査会「勧告」（<https://www.fsa.go.jp/cpaob/shinsakensa/kankoku/index.html>）（2019年6月18日閲覧）のそれぞれを参照。
- (20) 東京地判平成28年2月19日LEX/DB（文献番号25534006）は，いわゆる「迷惑メール」への法規制を内容とする特定電子メールの送信の適正化等に関する法律7条に基づく同法3条1項の規定を遵守せよとの措置命令をした旨の行政処分事実の公表を内容とする記事が総務省及び消費者庁のホームページに掲載が続けられていることによって名誉権を侵害されているとして（なお，特定電子メールの送信の適正化等に関する法律には，行政処分事実の公表が定められている訳ではない），経営者である個人が，人格権としての名誉権に基づく妨害排除請求権に基づき，当該記事の削除を求めた事案において，「本件措置命令のような不利益処分に関する事実の公表が継続されている場合に，人格権としての名誉権に基づきその差止めを求めることができるかどうかを判断するに当たっ

ては、公表された事実の内容や性質、公表の方法、態様等を踏まえて、公表を続けることによる利益とそれによってもたらされる不利益とを比較衡量し、公表の継続によって、被害者が重大で、かつ、回復を図るのが著しく困難な損害を現に被り又は被るおそれがあるかどうかを検討する必要があるというべきである。」とする。

- (21) 東京高判平成29年6月29日 D1-Law (28253042) は、東京都司法書士会が会員たる司法書士に対する注意勧告を東京司法書士会懲戒処分等の公表に関する規則（以下「公表規則」という。）に基づき公表した事例につき、「法61条に基づく注意勧告は、会員に対する懲戒を目的とするものではなく、会員に対する指導方法の一つと位置づけられるものと解される上、公表規則3条は、公表の目的につき、当該事案による被害の拡大の防止である旨を明示しているものであり、注意勧告及びその公表が、会員に対する制裁を目的とするものとはいえない。これに加え、本件公表は、本件注意勧告の存在を前提として、これを公表する行為に過ぎないことを併せ考えると、本件公表は、控訴人と被控訴人との間の法律関係や法的地位を左右するものではなく、事実行為にとどまることは明らかである。」として、本件公表の無効確認を求める部分は、本件公表という事実行為に関する無効確認を求めるものであって、権利又は法律関係の存在又は不存在を確定するためのものではないから、確認の利益を欠くものといわざるを得ないとする。

[資 料]

# スペインにおける終身刑の概要と 2016年日弁連報告書の誤りについて

江 藤 隆 之

- I 何が問題か
- II 両報告書およびチラシの誤り
- III スペインにおける終身刑概要
- IV 何が問題だったのか

キーワード：スペイン刑法，終身刑

## I 何が問題か

2016年，日本弁護士連合会は，「死刑廃止と拘禁刑の改革を考える～寛容と強制の社会をめざして～」と題した基調報告書<sup>(1)</sup>（以下，「基調報告書」という。）と海外調査報告書<sup>(2)</sup>（以下，「海外報告書」という。）また，基調報告書と海外報告書をまとめて「両報告書」という。）をまとめた。これは，同年10月6日に福井市で行われた第59回人権擁護大会シンポジウム第3分科会のためのものであり，両報告書の表紙に日本弁護士連合会と第59回人権擁護大会シンポジウム第3分科会実行委員会とが名義人として併記されている。スペインには，同年5月17日から21日（日本着は22日）までの間，複数の法務大臣経験者を含む23名の弁護士からなる現地調査団が入り，現地を調査している。海外報告書では，スペインには終身刑がない旨報告されており，基調報告書においてもスペインに「無期刑」（10頁），「終身刑」

(75頁)がない旨記されている。

現地調査後、両報告書の発行に先立つ同年7月4日、第二東京弁護士会は、「死刑も終身刑もない国スペインの刑罰制度にまなぶ」というシンポジウムを開いた。そのチラシはインターネットで確認できる<sup>(3)</sup>。ここでも、そのタイトルから明らかなように、スペインには終身刑がないことになっている。

ところが、スペインには現地調査当時から終身刑が存在する<sup>(4)</sup>。終身刑は、2012年10月11日の終身刑を導入する刑法改正の閣議決定を経て、2015年3月30日の刑法改正によって創設されている<sup>(5)</sup>。したがって、両報告書は、終身刑を有する国を調査したものの、終身刑の存在に気づかずに作成されたということになる。これは、本稿で後に指摘するように、当時の刑法典の条文を一読するか、当時出版されていた刑法の教科書を読むか、新聞記事（これも最後に指摘するように、当時すでにスペイン語の他、英語でもドイツ語でもフランス語でもスペインの終身刑情報に触れることができた）を読むか、ネット検索するか、あるいは関係者に正確な聞き取りをするかすれば防げた誤りであった。

とはいえ、調査の精度を批判するのは本稿の直接の目的ではない。報告書を読んだ者や人権擁護大会シンポジウムおよび第二東京弁護士会シンポジウムの参加者の中にはスペインに終身刑がないものと誤解したままの者もいるであろうし、海外報告書・基調報告書および第二東京弁護士会シンポジウムのチラシは、現在でもインターネットで閲覧することができるため、スペインの刑罰制度を調べようと検索した学生などが誤った情報に触れてしまうことも危惧される。それゆえ、本稿の主眼はその間違いを指摘して情報を正すことにある。

そこで、本稿は両報告書および第二東京弁護士会シンポジウムのチラシの誤りを指摘するとともに、スペインにおける終身刑の概要をきわめて簡潔に描写し、スペインには——少なくとも2015年3月30日（施行は2015年7月1日）から本稿執筆時の2019年3月までの間につき——終身刑がある<sup>(6)</sup>ということを示し、スペインに終身刑がないという誤りを解消することを



目的とする。

本稿は、特別新しい知見を示すわけではなく、情報を伝えるものにすぎないので、論文ではなく資料の形式をとる。

なお、参考資料は、読者の確認の便宜のために、新聞記事等についてはインターネット上のアドレスを明記することで表示することにした。ただし、一定の専門的な解説については刑法の教科書等の出版物によることにした。

## II 両報告書およびチラシの誤り

### a) 報告書の誤り

ここでは、両報告書の記述を取り上げて、その誤りを指摘する。誤り箇所1～3は海外報告書71頁からの、誤り箇所4は基調報告書71頁（冊子版105頁）からの引用である。

（誤り箇所1）

「②『恒常的刑の見直しの可能性』の制度について

テロリスト、幼児虐待等、例外的に危険性が高い場合につき、刑期の終了前（ある一定の期間＝25年経過後）に、刑期について見直しをすることができる（更に延長することができる。）とする法律が2015年7月1日に成立した。」

（指摘1－1）PPRの訳について

報告書にあらわれる「恒常的刑の見直しの可能性」というのが本来「相対的終身刑（見直し可能な永久禁錮）」と訳すべき“*prisión permanente revisable*”（以下、本稿では固有名詞としては「PPR」と呼ぶ。）の誤訳であろう。この訳では、PPRが刑罰ではなく「可能性」の制度とされており、<sup>(7)</sup>「恒常的」が「見直し」にかかってしまっている。また、「見直し」が本質であるように訳されている。正しくは、スペイン語の文献においてしばしば“*prisión permanente*”ないし“*prisión perpetua*”として“*revis-*

able” 抜きで使用されることから明らかなように<sup>(8)</sup>，“revisable” はあくまで形容であって<sup>(9)</sup>，PPR の本体は “prisión” すなわち禁錮である。したがって、「可能性の制度」ではなく、「revisable な permanente 禁錮の制度」である。英語にそのまま直訳すれば，“revisable permanent prison” となる。現に、ヨーロッパ各地のニュースを報じる英字デジタル紙 “The Local” は、2015年1月25日の PPR 成立直前の段階で，“permanent prison” との見出しを打ったうえで、その内容を “a form of life imprisonment”（終身刑の一形態）<sup>(10)</sup> と紹介している。

なお、世論調査においても「prisión permanente」に賛同するかという質問に対する項目に「sí（イエス）」と「sí, siempre que sea revisable（それが revisable であるならばイエス）」<sup>(11)</sup> との答えが設けられていることから、この revisable が本質ではなく形容であることが伺える。

（指摘1-2）適用対象犯罪について

報告書は「見直し可能性」が「幼児虐待等」に適用されるとしているが、PPR は、幼児虐待に適用されない。おそらく、16歳未満の者やそれに類する病者などの弱者の「謀殺罪」への適用（140条1項1号）と取り違えたのであろう。幼児虐待は重大な罪であるが、それだけでただちに PPR が適用されることはありえない。

（指摘1-3）

海外報告書の説明では25年経過後に刑期を延長する制度であるように読めるが、PPR は、原則25年経過後に一定の条件下で刑の執行を停止する制度である（92条）。すなわち「見直し可能（revisable）」とは、PPR が「相対的」終身刑であることのマークである。

（指摘1-4）

PPR が成立したのは2015年3月30日<sup>(12)</sup>であるから、「2015年7月1日に成立した」との記述は誤りである。7月1日は施行日である。

（誤り箇所2）

「イ ただし、終身刑を認めるものではない。」

(指摘2)

PPR は終身刑である。<sup>(13)</sup>

ミール・プッチは「2015年組織法1号まで、我々の刑法はいかなる終身刑の形式も持たなかった」と書き出して、現行 PPR が終身刑であり、自由刑および保安処分の目的は再教育と再社会化であって強制労働ではないと明文で宣言している憲法25条2項の理念と抵触する疑義があることを指摘しており<sup>(14)</sup>、ランデーチョ・ベラスコとモリーナ・ブラスケスは、PPR を「終身刑を我々の法制度に再導入するもの」という<sup>(15)</sup>。El País は記事の中で「PPR は終身刑の一種である」と明言する<sup>(16)</sup>。さらに PPR は、後述するとおり英語でも、ドイツ語でも、フランス語でも、いずれも終身刑を意味する単語で紹介されている。これを「終身刑を認めるものではない」とするのは、——仮に「何を終身刑と呼ぶか」という問題に留意したとしても——無理があるだろう。

(誤り箇所3)

「ウ この『刑の見直し可能性』の制度については、弁護士等から反対の意見が上がっており、廃止を主張する政党もあり、今後の政治状況如何によって、施行の見通しは不明である。」

(指摘3)

反対の声が上がっているのは事実であり、100名を超える刑法学者も廃止を求める署名に賛同している<sup>(18)</sup>。また、廃止を主張する政党があるのも事実である。しかし、「施行の見通しは不明である」というのは誤りである。前述のとおり、PPR の施行は2015年7月1日であり、本調査時には、すでに施行されていた。

なお、PPR の適用範囲を広げようとする勢力と廃止しようとする勢力との激しい議論が国会を舞台に行われており、どちらにも決しきれない状況があらわれている。適用例は下級審ですすでにあるが、最高裁では1件審議されたものの原審の PPR 判決が破棄されたため、最高裁レベルで PPR が確定した事案はまだない (2019年3月6日執筆時点)。これについては

後述する。

(誤り箇所4)

「無期刑についても、1975年のフランコ独裁終了から、20年の討議の結果1995年に全面的に改正されたスペイン刑法によって、廃止されている。」

(指摘4)

これでは1995年に無期刑(終身刑)が廃止されたことになってしまうが、終身刑は旧刑法から存在しなかったのであり、1995年の刑法によって廃止されたものではない。なお、海外報告書39頁には「もともと、スペインには無期刑・終身刑はなく、死刑廃止のときにも無期刑・終身刑は導入されなかった」、71頁には「フランコ独裁体制時代に、死刑はあったものの、もともと、終身刑というものはなかった」と正確な記述がなされている。同一報告書内に矛盾する記述があるが、この矛盾は調査団にはどう理解されているのであろうか。

b) 第二東京弁護士会シンポジウムチラシの誤り

ここでは、第二東京弁護士会シンポジウムチラシの誤りを指摘する。1枚ものなので、ページ数はなく、指摘は以下の1点である。

(誤り箇所1)

「スペイン刑法は、1975年のフランコ独裁終了から、20年の討議の結果1995年に全面的に改正され、刑罰は自由刑と代替手段、罰金とされ、死刑は廃止、無期刑も廃止されました。」

(指摘1)

上述の誤り箇所4と同様、無期刑(終身刑)の廃止は、1995年ではない。

### Ⅲ スペインにおける終身刑概要

a) 導入前史

スペインは伝統的に終身刑をあまり使用しない国であり、19世紀に至る

まで、終身刑は例外的に適用されるにとどまっていた。しかし、1822年刑法においては、死刑の代わりに終身刑が使用可能になり、それ以降の1848年刑法、1870年刑法も終身刑の使用を可能としていた。しかしそれも、1928年刑法によって廃止された<sup>(19)</sup>。この伝統は、1995年の現行刑法典制定時にも受け継がれ、現行刑法典は成立当時終身刑を持たなかった。2015年復活までの約90年弱の間、スペインは終身刑を持たない国であったのである。

## b) 導入の経緯

2015年の終身刑創設は、国民による厳罰化要求と激動する政治情勢の産物であると評することができる。

サンドラ・パロ事件<sup>(20)</sup>、マリ・ルス・コルテス事件<sup>(21)</sup>、マルタ・デル・カステイーリョ事件、ホセ・ブレントン事件<sup>(22)</sup>など、社会の耳目を集める殺人事件がスペインで起こったことに起因し、人々の間には厳罰を求める動きが高まっていた。とりわけ、マルタ・デル・カステイーリョ事件は特筆に値する<sup>(23)</sup>。

マルタ・デル・カステイーリョ事件は、2009年1月に発生した事件である。当時17歳のセビリャの少女マルタ・デル・カステイーリョが行方不明になりその安否にスペイン中の注目が集まった。少女の無事を祈るため、SNSを通じて数千人を超えるデモが複数回発生し、メディア報道が過熱する<sup>(24)</sup>などした。デモでは「私たちみんなマルタだ (Todos somos Marta)」のプラカードが掲げられた。それどころか、2010年には彼女のために複数のアーティストが楽曲を発表し、2011年には彼女に捧げる音楽アルバムが発表されるまでに至った<sup>(25)</sup>。少女の遺体は発見されないものの、各種証拠から少女がすでに殺害されて遺棄されているものと考えられ、複数の被疑者が逮捕された。ところが被疑者の供述は死体の遺棄場所や誰が主犯であったかについて二転三転し、当初の死体遺棄場所とみられるグアダルキビール川でスペイン史上最大規模の捜索を行ったが、遺体は発見されなかった。被害者の父親は当時の首相であったホセ・ロドリゲス・ルイス・サパテロに対して終身刑導入を要求した。一般市民による終身刑導入要求キャンペー

ンも発生し、このキャンペーンは終身刑導入に賛同する大量の署名を集め、マドリードで終身刑を求めるデモ行進も行った。当時のサパテロ首相は、スペインでの終身刑導入は不可能であるとしたが、欧州債務危機などの経済運営で苦境に立たされたサパテロ率いる社会労働党 (PSOE) は2011年の総選挙で下野し、かわりに終身刑導入を公約に掲げた国民党 (PP) が<sup>(26)</sup> 圧勝した。その結果として、2015年にスペイン刑法に終身刑が導入されることになった。<sup>(27)</sup>

### c) 制度概要

ここで、PPR の概要を条文に依拠して紹介する。

スペイン刑法33条は、刑を重刑 (penas graves)、非重刑 (penas menos graves)、軽刑 (penas leves) とに区別し、同条2項a文においてPPRを重刑に位置づける。35条は、PPRを、禁錮刑、居住指定、罰金不納付責任と並べて自由刑と定義し、その執行等につき法律に基づくことを宣言する。36条は、自由刑受刑者の進級に関する規定であるが、同条1項においてPPRの執行停止については92条の規定による旨が定められている。

PPRの執行停止につき、92条1項本文は、「裁判所は、以下の要件が充たされたとき、相対的終身刑の執行の停止を決定する」と定め、その要件として、①受刑期間が25年を経過したこと、②収容施設における進級が第3級であること、③受刑者の人間性や犯行の状況、受刑状況、社会的事情等を勘案し、執行停止とそれにかわる保安処分によって得られる利益を考慮し、専門家の報告を精査しつつ、受刑者が社会復帰することが好ましいと判断できること、の3つを挙げている。ただし、78条の2は、その例外を定めている。受刑者が2個以上のPPRに処されている場合、または1個のPPRと25年以上の禁錮に処されている場合、刑の執行停止のために必要な受刑期間を30年と定め、さらにその受刑者がテロ組織等の組織犯罪として行為した罪で刑に処されているときには、刑の執行停止のために必要な受刑期間を1個のPPRと5年以上25年未満の禁錮に処されている場合は28年、2個以上のPPRまたは1個のPPRと25年以上の禁錮に処され

ている場合は35年と定めている。

法定刑として PPR が予定されている罪は以下の10の罪である。すなわち、16歳未満の者または年齢、疾病、傷害のために特に傷つきやすい者に対する謀殺の罪（140条1項1号）、性犯罪の直後に行為者が被害者を殺害する罪（140条1項2号）、グループまたは組織による殺人罪（140条1項3号）、被害者が2人以上の殺人罪（140条2項）、国王、女王、王位継承者たる王子、姫を殺害する罪（485条1項）およびその罪の未遂罪（485条3項）<sup>(28)</sup>、外国国家元首またはスペインに居住する条約によって保護されるべき人物を殺害する罪（605条1項）、国家、民族、宗教、構成員の障害による特定の集団の全部または一部を破壊することを目的として殺人をする罪（607条1項1号）、国家、民族、宗教、構成員の障害による特定の集団の全部または一部を破壊することを目的として性的攻撃を行いまたは重傷害をする罪（607条1項2号）、政治、人種、民族、国籍、文化、宗教、性別、障害に属していること、または国際法で認められていないと普遍的に認識されている動機によって、あるいはある人種が他の人種を抑圧する制度の維持を目的として、一般市民に対して総攻撃または体系的攻撃を行い、人の死を惹起する罪（605条の2第2項1号）である。

なお、相対的終身刑を一段階減輕した刑は、20年以上30年以下の禁錮である（70条4項）。

#### d) 現在および動き

PPR が施行されたまさにその2015年7月に4歳と9歳の娘2人を殺害したダビ・オウベルに対し、2017年7月 PPR の判決が下された。これが下級審における PPR 適用第1号である。その後、交際相手の祖父を殺害したセルヒオ・ディアス・グティエレスに対して PPR の判決が下された<sup>(30)</sup>。これが下級審における PPR 適用第2号である。このセルヒオ・ディアス・グティエレス事件は、最高裁まで上訴され、初の PPR をめぐる最高裁係属事件となった（2019年3月6日現在、これが唯一の最高裁まで到達した PPR 事件である）。最高裁の判断が注目される中、2019年1月24日最高裁

は、彼に対する PPR を破棄し、禁錮24年とした。その理由は、下級審が被害者の特性（脆弱性<sup>(31)</sup>）を2重に評価した2重評価の禁止に反するというものであった。したがって、本稿を執筆している2019年3月6日現在、下級審で PPR 判決は出ているものの、最高裁レベルで確定した終身刑は存在しない。

PPR については、議会を舞台にした論戦も行われている。終身刑に賛同する当時の与党国民党（PP）は、PPR の適用範囲を広げようとしているが、その目的は達成されていない<sup>(34)</sup>。他方、PPR に反対の方針を明確に掲げる野党バスク民族主義党（PNV）およびそれに賛同する諸党は、PPR の廃止を提案しているが、これもまたうまくいっていない。100名を超える刑法学者が、PPR の廃止に賛同する署名をしていることもまた特筆に値しよう<sup>(35)</sup>。政治家や専門家を中心に終身刑廃止を求める声が強いの、導入時の世論調査によれば67%（無条件賛成：20%、仮釈放があるならば賛成：47%）が PPR に賛成しており、いかなる場合でも反対と答えた者はわずか18%であったため、ただちに廃止されうかは依然不透明である<sup>(37)</sup>。

#### IV 何が問題だったのか

ここまで、報告書がまとめられた当時、すでにスペイン刑法には終身刑が存在したことを明らかにし、PPR の概要をまとめた。

報告書がまとめられた当時、スペインに PPR という終身刑があることは容易に入手可能な情報であった。というよりも、通常は開かれた国の刑法の条文に触れることにはまったく困難を伴わないものである。スペイン刑法の条文を読めば、終身刑があることに気づいたはずである。条文を読まずとも、調査当時発売されていた刑法の教科書にも PPR の説明はすでに記載されていた。2015年に発売されたサーラテ・コンデとゴンサーレス・カンポの刑法総論教科書では、刑法典の歴史を要約する箇所でも簡潔に PPR の導入について触れ<sup>(38)</sup>、刑罰制度に関するページで3頁強にわたって PPR の解説をしている<sup>(39)</sup>。この教科書は、PPR に対して（その後に出たい



くつかの代表的な教科書に比して) 淡々とした姿勢を見せているが、それでも、その説明においては「永遠の禁錮」を意味する “*prisión perpetua*” という語や、スペイン語圏で伝統的かつ明確に終身刑を表す “*cadena perpetua*” という言葉が使われている<sup>(40)</sup>。また、同じく2015年出版のムニョス・コンデとガルシア・アランの教科書の第9版は、PPR 導入の経緯を紹介し、問題点を指摘している。そのうえで同書は「PPR は、受刑者が死亡するまで拘禁するものではなく、見直しの対象となることで早期釈放される可能性があるものの、他のヨーロッパ諸国の終身刑と同様に、現に終身刑 (*cadena perpetua*) である<sup>(41)</sup>」と明確に述べている。

また、たとえば報道における代表的なものだけでも、スペインで発行部数1位の *El País* 紙は導入前の2015年2月9日には “*cadena perpetua*” の名で行われた国民アンケートの結果記事を掲載しており<sup>(42)</sup>、2015年4月4日にはスペインで発行部数2位の *El Mundo* 紙が司法欄に「終身刑は“誤り”である<sup>(43)</sup>」とする専門家へのインタビューを含む記事を掲載している。これらは、注で表示しているように、インターネットで簡単に確認することができる。

となれば、調査団は、条文も刑法の教科書も代表的な新聞記事も読まず、インターネットで “*prisión permanente revisable*” を検索することもなく、現地調査だけで調査報告書をまとめ、その現地調査が不正確であったことになりそうだが、現にそうであったのかは判断がつかない。そもそも、この調査においてスペイン語を使用可能なメンバーがいたのか、調査がスペイン語で行われたのか英語で行われたのか通訳を介したのかもわからない<sup>(44)</sup>。報告書の専門用語がすべてスペイン語ではなく英語で記載されていることからすれば、英語で調査が行われたようにも推測できるが断定できない。しかし仮に調査が英語で行われたとしても、条文を眺めさえすれば “*prisión permanente*” が “*permanent prison*” であると気づいたのではないかと思われる。また、PPR はその導入以前からヨーロッパ中で話題になっており、英語でもドイツ語でもフランス語でもその概要に触れることは可能であった。PPR は英語記事では、“*permanent prison*” ないし “*life*

imprisonment<sup>(45)</sup>”という言葉で紹介されており、ドイツ語記事では“revidierbare lebenslange Freiheitsstrafe”<sup>(46)</sup>あるいは“lebenslange Haftstrafe”<sup>(47)</sup>と紹介され、フランス語では“prison à vie”<sup>(48)</sup>とされている。いずれも終身刑を意味する言葉である。

もちろん、私は、調査団や調査そのものを批判するつもりはない。というのも、誰にも誤りはいりえ、私のスペイン刑法研究にも誤読の可能性は大いにありうるからだ<sup>(49)</sup>。とはいえ、スペインに2015年から終身刑が存在することに気づくのは、条文にも教科書にも新聞記事にも書いてあるのだから極めて容易であり<sup>(50)</sup>、23名で終身刑のある国を現地調査をしてその存在に気づかなかったというのは不思議な気もするが<sup>(51)</sup>、誰にも誤りがあるのでそれは仕方がないものとする。

ただし、不正確な情報が広がることについては大きな問題であるため、本稿を資料として発表する。

(了)

## 注

- (1) [https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/jfba\\_info/organization/data/59th\\_keynote\\_report3\\_1.pdf](https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/jfba_info/organization/data/59th_keynote_report3_1.pdf) (2019年3月6日参照)  
これは、2017年に『死刑廃止と拘禁刑の改革を考える～寛容と強制の社会をめざして～ 第59回人権擁護大会シンポジウム第3分科会基調報告書』(緑風出版・2017年)として出版された冊子にも収録されている。本稿でこの冊子を取り上げるときは、「冊子版」と呼ぶ。
- (2) [https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/jfba\\_info/organization/data/59th\\_keynote\\_report3\\_3.pdf](https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/jfba_info/organization/data/59th_keynote_report3_3.pdf) (2019年3月6日参照)
- (3) [http://niben.jp/news/news\\_pdf/oshirase-20160704.pdf](http://niben.jp/news/news_pdf/oshirase-20160704.pdf) (2019年3月6日参照)
- (4) 現行刑法典はスペインの公式官報サイトである <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>を参照。2015年3月30日成立の終身刑を導入する改正組織法の官報は <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-3439-consolidado.pdf>で確認可能。
- (5) V. Emilio Sáez Malceñido, Sobre la prisión permanente, Diario la ley, N. 8082, 2013.

- (6) 詳細な描写は、論文として正式に発表するスペインにおける刑罰制度を論じる原稿のためにとっておくこととし、ここではあくまで日弁連報告書とチラシの誤りを指摘し、その程度で正しい情報を提供する資料としての簡潔な描写にとどめたい。
- (7) 「可能性の制度」という概念自体理解しづらく報告書作成者がどのように理解（誤解）して記述したのかよくわからない。
- (8) 前掲注(5)参照。
- (9) “revisable”の語について、刑罰の永続性を中断する可能性を表現するためのものであると説明するものに、Joaquín Cuello Contreras/ Borja Mapelli Caffarena, *Curso de Derecho Penal PG*, 3.ed. 2015, pp. 268s.
- (10) <https://www.thelocal.es/20150121/spains-new-penal-code-a-guide>
- (11) [https://elpais.com/politica/2015/02/08/actualidad/1423425189\\_291517.html](https://elpais.com/politica/2015/02/08/actualidad/1423425189_291517.html)
- (12) LO 1/2015, de 30 de marzo.
- (13) ただし、絶対的終身刑のみを終身刑と呼ぶ用語法を採用するのならこの限りでない。ただし、そのような用語法を採用すると、終身刑を持っている国が極々少数ということになるであろうし、日弁連の報告書もそういう趣旨ではないと思われる。ただし、PPRを終身刑(cadena perpetua)ではないという記事もないではない。たとえば、<https://www.20minutos.es/noticia/3441487/0/prision-permanente-revisable-claves-cuando-aplica-estado-encuentra-derogar/>（2019年3月6日参照）
- (14) Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 10ª Edición, 2016, pp. 720 ss,
- (15) Carlos María Landecho Velasco/ Concepción Molina Blázquez, *Derecho Penal Español Parte General*, 10ª Edición, 2017, p. 571.
- (16) [https://elpais.com/politica/2018/03/15/actualidad/1521102133\\_850601.html](https://elpais.com/politica/2018/03/15/actualidad/1521102133_850601.html)（2019年3月6日参照）
- (17) それぞれ注(45)ないし(48)参照。
- (18) [https://elpais.com/politica/2018/03/14/actualidad/1521025566\\_886445.html](https://elpais.com/politica/2018/03/14/actualidad/1521025566_886445.html)（2019年3月6日閲覧）
- (19) Cfr. Francisco Muños Conde/ Mercedes García Arán, *Derecho Penal PG*, 9ª ed., 2015, p. 546。ただし、1870年刑法も、収容後30年経過すると釈放の手続をとることで、事実上終身刑の停止をしていたと評することも可能である。
- (20) 3名の少年を含む4名に強姦され殺害されたサンドラ・パロ事件にお

いて犯人の厳罰を求める被害者サンドラ・パロの両親の声を報じた記事  
 として、<https://gaceta.es/noticias/sandra-palo-maria-mar-bermudez-13-anos-13052016-1149/> (2019年3月6日閲覧) 参照。

- (21) 5歳の少女マリ・ルス・コルテスが小児性愛者に殺害された事件で、  
 彼女の父親が刑法改正を求めていることを報じる記事として、<https://www.20minutos.es/noticia/3233884/0/una-decada-sin-mari-luz-cortes/>  
 (2019年3月6日閲覧) 参照。
- (22) ホセ・ブレントンが6歳と2歳の子供を殺害した事件の捜査について  
 報じる記事として、[https://elpais.com/diario/2011/10/22/sociedad/1319234406\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2011/10/22/sociedad/1319234406_850215.html) (2019年3月6日閲覧) 参照。
- (23) Muñoz/ García, PG (nota 19), p. 547. は、この事件 (ムニョス・コン  
 デ自身はこの事件を「セビリヤ少女行方不明・殺人事件」と呼んでいる)  
 をあげ、このような事件に対する行為者隔離要求の高まりが終身刑導入  
 につながったと指摘する。
- (24) このときの報道に関するソーシャル・ネットワークとメディアの関係  
 を分析したものとして、Eva Herrero Curiel, Fuentes periodísticas y redes  
 sociales en las noticias de Marta del Castillo, Estudios sobre el Mensaje  
 Periodístico, vol 19, n. 1, 2013, pp. 453ss. 参照
- (25) “Canciones Para Marta” (2011)
- (26) 2011年11月20日から2018年6月2日まで国民党が政権を担っていたが、  
 2018年6月2日からふたたび社会労働党が政権を担っている。
- (27) マルタ・デル・カスティーリョ事件を時系列にまとめた記事として、  
<https://www.20minutos.es/noticia/458093/0/marta-del-castillo-cronologia/>  
 (2019年3月6日閲覧) 参照。また、マルタ・デル・カスティーリョや  
 他の被害者の遺族が終身刑を維持するように求めていることを紹介する  
 (と同時に専門家による問題点の指摘も紹介する) 記事として、<https://www.publico.es/sociedad/prision-permanente-revisable-marta-castillo-nueve-anos-crimen-cadaver-conmocion-opinion-publica.html> (2019年3月  
 6日閲覧) 参照。
- (28) 未遂処罰は必要的減輕が原則だが、国王等殺害罪の未遂は任意的減輕  
 となり、終身刑が選択可能になる。
- (29) ダビ・オウベル関連ニュースの特集ページとしてたとえば <https://www.farodevigo.es/tags/david-oubel.html> (2019年3月6日閲覧) 参照。
- (30) <https://www.elmundo.es/espana/2018/04/09/5aca5cf6ca474139698b4638.html> (2019年3月6日閲覧)

- (31) スペイン刑法は、弱者に対する攻撃である場合刑を加重する。
- (32) [https://elpais.com/politica/2019/01/24/actualidad/1548339267\\_600510.html](https://elpais.com/politica/2019/01/24/actualidad/1548339267_600510.html) (2019年3月6日閲覧)
- (33) 本稿執筆に一区切りつけた2019年3月6日翌日の3月7日のニュースで、バルセロナの殺人事件につき PPR の判決が出たことが報じられた。  
<https://www.lavanguardia.com/local/barcelona/20190307/46905197035/prision-permanente-revisable-por-abusar-y-asesinar-a-una-mujer-en-la-provincia-de-barcelona.html> (2019年3月8日閲覧)。急ぎ追記しておく。
- (34) [https://elpais.com/politica/2018/03/15/actualidad/1521108530\\_826113.html](https://elpais.com/politica/2018/03/15/actualidad/1521108530_826113.html) (2019年3月6日閲覧)
- (35) [https://elpais.com/politica/2018/03/14/actualidad/1521025566\\_886445.html](https://elpais.com/politica/2018/03/14/actualidad/1521025566_886445.html) (2019年3月6日閲覧)
- (36) [https://elpais.com/politica/2015/02/08/actualidad/1423425189\\_291517.html](https://elpais.com/politica/2015/02/08/actualidad/1423425189_291517.html) (2019年3月6日閲覧)
- (37) スペイン憲法25条2項は、「自由刑および保安処分は、再教育および再社会化を目指す者であって、強制労働によって構成されるものではない」と定めている。この規定との関連で PPR の合憲性が問題になる。これについて PPR の廃止を論じたものとして、Alfonso Serrano Gómez, Isabel Serrano Mañillo, *Constitutionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, 2016, pp 13 ss.
- (38) Antonio Zárate Conde/ Eleuterio González Campo, *Derecho Penal PG*, 2015, P. 69.
- (39) Zárate/González, *PG* (nota 38) P. 439 ss.
- (40) Zárate/González, *PG* (nota 38) P. 440 y p. 441.
- (41) Muñoz/ García, *PG* (nota 19), p. 547.
- (42) [https://elpais.com/politica/2015/02/08/actualidad/1423425189\\_291517.html](https://elpais.com/politica/2015/02/08/actualidad/1423425189_291517.html) (2019年3月6日閲覧)
- (43) <https://www.elmundo.es/espana/2015/04/04/551eea5eca4741ab798b457c.html> (2019年3月6日閲覧)
- (44) 同じ報告書にあるイギリス調査については、通訳に従事した研究者の名が明記されている。
- (45) <https://www.thelocal.es/20150121/spains-new-penal-code-a-guide> (2019年3月6日閲覧)
- (46) <https://info.arte.tv/de/spanien-es-droht-wieder-lebenslaenglich> (2019年3月6日閲覧)

- (47) <https://www.merkur.de/politik/spanien-fuehrt-lebenslange-haftstrafe-zr-4857728.html> (2019年3月6日閲覧)
- (48) <https://info.arte.tv/fr/espagne-le-retour-de-la-perpetuite> (2019年3月6日閲覧)
- (49) 私も、スペイン語の文献を読むことは可能であるが、現地で誤りなく調査するほどのスペイン語会話能力への自信はない。
- (50) 実は、私もスペイン刑法の研究に本格的に着手するまでスペインには終身刑はないものと思い込んでいた(森下忠『海外刑法の旅』(成文堂, 2017年) 119頁 [初出: 判例時報1584号1997年] の影響による。同書は初出時点では終身刑導入以前のもので、間違いであるとはいえない)。しかし、研究開始のまさに初日、最初にスペイン刑法典を通読した際に終身刑の存在に気づき、すぐに複数の教科書で確認して認識を改めたのである。
- (51) 調査団に有利な事情を付記しておけば、PPRを「相対的」であることを理由として頑なに終身刑であると認めない立場があることはあるので、そのような者や文献ばかりを調査すれば報告書のような混乱が起こりうるといえるかもしれない。しかし、「相対的」であるから終身刑でないという用語法は——注(13)で指摘したように——もともと報告書も前提とするところでないであろうから、やはり、本資料の趣旨に変更はない。

## 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
天本哲史	法学部准教授

2019年10月7日 発行

**桃山法学** 第31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.31

(October 2019)

---

### Articles

- Die Konkurrenz mehrerer  
gesetzlichen Strafmilderungsgründe .....ETO Takahiro ( 1 )
- La aplicación de la pena inferior  
en el Código Penal español .....ETO Takahiro ( 23 )
- An Introductory Study on Specificity of Count  
.....KAWANO Toshiya ( 53 )

### Case Studies

- Zwei Freisprüche von Obergericht Osaka und  
Landgericht Hiroshima .....ETO Takahiro ( 87 )
- Case Study on an Action for an Injunctive order  
against the Administrative Publicity issued  
by the Certified Public Accountants and  
Auditing Oversight Board .....AMAMOTO Satoshi ( 113 )

### Material

- El bosquejo de Prisión Permanente Revisable  
de España y sobre los errores en los informes de 2016  
del Colegio de Abogados de Japón .....ETO Takahiro ( 127 )

---

Edited by

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