

Title	フランス不能犯論の歴史的変遷
Sub Title	L'Évolution Historique de La Théorie de L'Infraction Impossible en Droit Pénal Français
Author	末道, 康之(Suemichi, Yasuyuki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1996
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.69, No.2 (1996. 2) ,p.425- 466
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	宮澤浩一教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19960228-0425

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

フランス不能犯論の歴史の変遷

末 道 康 之

I はじめに

II 一九世紀の不能犯論——客観説の発展と展開

(1) 客観説の起源

A 純客観説

B 客観説の修正

C 判 例

(2) 客観説の緩和——絶対的不能・相対的不能説

A 絶対的不能・相対的不能説

B 判 例

C 客観説の限界

III 二〇世紀の不能犯論——主観説と法律の不能・事実の不能説

(1) 主観説の展開

A 主観説の論拠

B 判 例

(2) 法律の不能・事実の不能説

A ガローの法律の不能・事実の不能説

B 判例にみる法律の不能の概念

VI おわりに

I はじめに

フランス不能犯論における特徴は、不能犯という概念がそもそも可罰未遂を確定するためには不要な概念であると

する見解が圧倒的に支配的であった。今世紀初頭に学説・判例において主観説が支配的となって以来、不能犯論を独自に議論する必要がないとされ、一九世紀以来、学説、判例において激しく論争されてきた不能犯に関する議論は急速に収束してしまった。それ以来、不能犯については、ごく近年に至るまで新しい研究が発表されることはなかった。近年、不能犯論が再び論争の対象となるについては、破毀院一九八六年一月一六日判決⁽¹⁾において死体に對する殺人未遂罪が肯定されたことが大きく影響している。この判決を巡って、フランスにおける不能犯論の現状が非常に明確にされたように思われる。更に、一九八一年に発表され(一九八五年に出版され)たプロテの学位論文《*Tentative et Attempta*》⁽²⁾が未遂犯論についての研究として学界に大きな貢献をしたといってもよいであろう。

一九八〇年代以降のフランス不能犯論の現状については、「フランス不能犯論再考」と題する小論⁽³⁾の中で既に論じた。不能犯論は不要であるとする見解(主観説)が依然として支配的ではあるが、主観説の理論的問題点が十分に認識され、可罰未遂の限界を如何に確定するかが最近の議論の中心となっている。ここでは、プロテのように主観的要件(故意)からの限定を考えるか、あるいは客観的要件からの限定をとるのか、更には、法律の不能の概念を依然として採用するののか、といった点についてより詳細に議論が展開されている。最近の議論から明らかになったことは、現在でも依然として法律の不能の概念が根強く支持され、援用されていることであつた。これは、法律の不能・事実の不能説を支持する学説だけではなく、主観説の論者からも主観説を限定するために法律の不能の概念が援用されていることから理解できる⁽⁴⁾。

このように、不能犯に関する議論はもはや決着したとは必ずしもいえないような状況にあるという評価もできるのである。さて、現在のフランス不能犯に関する議論を理解する上で、これまで様々な学説がどのように展開され、発展してきたのか、その歴史的展開を理解することは非常に重要であると考える。また、一九世紀フランスの不能犯論を支配した客観説、絶対的不能・相対的不能説は今世紀に入りその支持を全く失ってしまい、全く再評価されていない

い。これはいかなる原因によるものであるのか。我が国の不能犯論の現状と比較しても非常に興味深い点があるように思われる。

本稿では、フランスの不能犯に関する学説・判例の変遷を歴史的に検討していきたいと考える⁽⁵⁾。検討の対象は一九世紀から一九七〇年代までに限定したい(一九八〇年代以降については既に私自身既に検討を加えているので重複をさけるためである)。学説の発展を歴史的に考察することは、フランスの不能犯論、未遂犯論についての特性をよりよく理解するうえで重要である。フランスの不能犯論はそもそもドイツの不能犯論にその起源を求めることができる。また、学説の発展においてもドイツやイタリヤの理論の影響がないわけではない。そこで、フランスにおける不能犯論の発展過程をたどることで、比較法的な視点からも、フランス不能犯論の特性がより明確に表されるように思われる。ドイツ的な思考とは異なるフランス的思考を明らかにすることは、ドイツ刑法理論の非常に大きな影響を受けて形成されてきた我が国の刑法理論に不足しているものを自覚するうえでも、何らかの貢献をしうるようにも思われるのである。特に、危険概念を中心に構成されている我が国の不能犯論と比較すれば、フランスの学説の展開は違った意味で我が国の理論に示唆するところが多いのではないだろうか。

なお、客観説(純客観説と絶対的不能・相対的不能説)は一九世紀のフランスの判例、学説を支配していた。また、主観説は二〇世紀の判例、学説を支配し、法律の不能・事実の不能説も今世紀において主張され、少数ながら支持されてきた。そこで、一九世紀、二〇世紀の不能犯論という形で分類し、検討を加えていきたい。

II 一九世紀の不能犯論——客観説の発展と展開

(1) 客観説の起源

A 純客観説

不能犯理論はドイツの刑法学者フォイエルバッハの見解にその起源を有するとされている。フランスにおいてもフォイエルバッハの見解が取り入れられることによって不能犯論の誕生をみるようになった。

フォイエルバッハの見解は周知の如く、カロリナ刑法典以降のドイツ普通法が主観的傾向にあったのに対し、権利侵害説を確立し未遂の本質を結果発生⁽⁶⁾の客観的危険に求めるものであった。フォイエルバッハの客観説では、行為それ自体が結果発生と客観的に因果関係を有するものでなければならず、客体の不能や方法の不能は、行為の客体や手段に瑕疵があれば当初から因果関係の存在を欠き結果発生⁽⁶⁾の物理的可能性が存在しないが故に全て不可罰とされるという結論が導かれる。すなわち、実行行為がそれ自体が結果発生(すなわち権利侵害)を惹起することができる客観的物理的能力を有するものでなければならぬことになる。

フランスにおける客観説とはいかなるものであったのか。フランスにおいてはそれ以前に不能犯という概念自体は存在しなかったといわれており、フランス不能犯論もフォイエルバッハの理論に負うところが大きい。一九世紀におけるフランス刑法理論は客観主義刑法理論をその理論的背景としていたため、未遂・不能犯論においても客観説が支配的であった。未遂論における客観説とは、行為者の故意が法益を侵害し侵害する危険のある客観的行為によって具現化されることにより、社会的に処罰する必要があると考えるものであった。なし遂げられた行為の客観的物理的重大性のみが処罰の根拠となるのである。未遂犯は損害の発生が欠如しているにもかかわらず、既遂犯と同様社会の安定にある動揺をもたらしている。確かに、未遂犯は実質的な損害の発生、すなわち権利・法益を侵害してはいな

いが、権利・法益に対する攻撃行為であり、そこには権利・法益に対する危険(Danger)が含まれているのである。未遂犯処罰には、行為者が他者の権利・法益を侵害するという意思を持っているだけでは十分ではなく、権利・法益に対する実質的・物理的危険の発生が必要不可欠であるとされる。行為者の犯罪意思が確実に打消不可能な程度に表明されたり、犯罪意図が単に明らかにされたり、目的とした犯罪の実現に実際に向けられたある行為がなし遂げられただけでは、未遂犯を処罰するには不十分であるということになる。なし遂げられた行為が実質的に法益を危険に陥れる、法益侵害を惹起せしめる行為でなければならない。ここから、刑法的な評価の対象となりうる実質的な侵害行為とそうでない刑法上の評価とは無関係な行為とに区別できるのである。ガレは客観説のこの基本的原理を説明するために、ドイツの学説を援用して原因(Cause)と条件(Condition)を区別する。原因とはそれ自体で意図した結果を惹起しうる力を持つものだが、条件とはそれ自体では意図した結果を惹起することはできず、結果発生に寄与しうるにすぎない。種をまいてそれが実を結ぶには、日光や水といった諸条件が必要であるが、種をまかなければ草木は実を結ぶことはあり得ない。種という原因がなければ、日光や水という条件のみでは実を結ぶという結果を生ぜしめることはできないのである。人間の行為もこれと全く同じである。すなわち行為自体に結果を惹起しうる能力がなければ、いかに条件が具備されても結果を惹起することはできないのである。武器や毒物を殺人の目的で購入する行為は確かに主観的には非難されうる行為ではあり、犯罪的結果に向けられた行為でもある。しかし、その行為だけでは目的とした結果(人の死)を発生させることはできないのである。⁽⁷⁾

このようにある行為自体が客観的に結果を発生させる能力を持つものでなければならぬとするのが客観説の第一の特色である。従って、ここから死体に対する殺人行為、無害物質による毒殺行為、自己所有物の窃取行為等はそれぞれ結果発生の実質的危険を生じ得ない行為であり、未遂犯としては処罰し得ないという結論に至るのである。

これが未遂論における客観説の基本的原理である。一九世紀の客観主義刑法理論はフランスでは新古典主義刑法理

論に代表されるといえるであろう。新古典主義刑法理論では刑罰権の根拠を正義(Justice)と功用(utility)に求めた。未遂犯の処罰根拠も先程述べたように、個人・社会の利益に対して現実的に危険を実現しうる行為のみが刑法の対象となりうるのであり、そのような危険を生ぜしめない行為は刑法の処罰の対象とはなり得ないのである。例えば、ロッシは犯罪の主観的現実性とそれを処罰するための社会的利益が存在する場合に限り社会は刑罰権を發動することができるということを根本的な刑法理念としていた。彼は犯罪の発展段階を三段階——内的行為と外的・物理的行為。単なる予備的的行為と実行行為。中断された実行行為(exécution suspendue)と結果を生じなかった実行行為(exécution manquée)——に区別する。内的行為すなわち犯罪的決意(resolution criminelle)が刑法上処罰の対象とはならないのは、その決意によってもたらされる悪(mal)が社会秩序を乱すまでには至っていないし、何らの法益をも侵害していないからである。次に予備行為も刑法上の処罰の対象にはならない。それは、侵害しようとした権利に対して実質的かつ直接的な被害が生じていないからである。換言すれば、予備行為の段階では法益を侵害するような危険な行為が存在しないと考えられるからである。また予備行為を処罰しないのは刑事政策的にも犯罪実行を中断させるための機会を与えることにも繋がるのである。ただ予備行為はそれが社会にとって危険な行為であり、処罰の必要性が認められる場合には処罰されることも肯定されていた。未遂の処罰根拠は従って犯罪の実現に向けられた行為が社会に対する危険(Le danger pour la société)または実質的な悪(Le mal matériel)を発生させたことに求められるのである。このような危険あるいは悪の発生が未遂の処罰の根拠であるとすれば、このような危険・悪が発生しないかぎりは未遂犯として処罰できないことになる。⁽⁸⁾例えば、ロッシは、砒素だと思ってニットルを飲ませた場合、ニットルを砒素だと思って飲ませた場合、寝ていると思って既に死んでいる人に攻撃を加えた場合、父親だと思って他人に尊属殺の未遂行為を行った場合、の四例を挙げ、これらの場合には未遂行為として処罰できない(不能犯である)とするのである。⁽⁹⁾

何故これらの場合が処罰されないのか、その実定法上の根拠は先ず旧刑法第二条未遂規定の「実行の着手」の解釈に求められる。すなわち「未遂は実行の着手を要求している。ところで、不可能であることを実行することも実行に着手することもできない。故に、可罰未遂は成立しない。」とする三段論法が明快に示しているように「実行の着手」概念自体が犯罪の実質的断片であり、結果を発生せしめうる客観的能力を有していなければならぬと解されていた。⁽¹⁰⁾

また、旧刑法第三〇一条毒殺罪規定が客観説の論拠を補強するものとして援用された。すなわち、旧第三〇一条は「死を惹起しうる物質 (substances qui peuvent donner la mort)」を使用、供与する行為を処罰しており、客観的に死を惹起し得ない物質を使用した場合、犯罪成立要件を欠き不可罰とされる。従って、現実的に死の結果を惹起し得ないような物質を利用する行為は、因果的に結果を発生させ得ないのであるから、不能犯であり不可罰とされることは旧第三〇一条からも明らかにしうるとするものであった。⁽¹¹⁾

以上のように客観説の論拠はそれ自体理論一貫している。しかし、未遂そのものが結果発生が現実的に不可能であった場合を意味するものであって、客観説に従えば全ての未遂が不可罰とされてしまいかねないことにもなりうる。このように不処罰の範囲を無制限に広く認めることについての不利益が客観説の論者の中でも認識され、客観説を修正する見解が示されることになった。

B 客観説の修正

フォイエルバッハの見解に対しては、当時のドイツにおいても主観主義に基づいた学説から直ちに批判が加えられた。ティットマンは行為と結果の間の客観的現実的因果関係の生むにかかわらず、行為者の主観において因果関係があり、結果発生が可能であると意図されれば既に因果関係は存在し結果発生の可能性も肯定されるとし、不可罰とされる不能犯の成立の余地を全く認めない立場を採った。あるいは、マイスターは未遂犯の本質を主観説により説明しながら、不能犯の場合を未遂犯の中で軽い処罰の範疇にあると説いたのであった。⁽¹²⁾

このような批判を受けてフォイエルバッハの後継者達は客観説を修正する見解を示した。ミッテルマイヤーは「意図した犯罪実現と因果関係のない行為は不可罰であるとする原則は全ての場合に妥当とは限らない」として手段に關する不能について、その手段がそれ自体根本的に犯罪結果の発生を惹起し得なかった場合とただ単にその時の具体的事情によってその手段が結果を発生させるには不適切であった場合を区別し、前者(抽象的不能)では何ら法益侵害の危険は存在せず不可罰とする一方、後者(具体的不能)では具体的事情によって結果は発生しなかったとしても、用いられた手段それ自体には結果を発生させる能力はあったのであり、行為当時には結果発生 of 具体的現実的危険は存在していたとして、未遂犯としての処罰を認めるに至った。⁽¹³⁾

フランスにおいてもミッテルマイヤーと同様の修正が試みられた。フランスの客観説の支持者はフォイエルバッハ流の厳格な客観説の不都合を排除するため、客観説の根本的な性質を維持しながらも、いわゆる手段に關する不能について、用いた手段・方法が偶然の事情によって結果を生ぜしめなかった場合には不能犯ではなく欠効犯とすることによって未遂犯の成立を肯定するに至った。⁽¹⁴⁾ 例えば、経験不十分の窃盜犯人が金庫を開けることができなかった場合や、殺人の目的でピストルを発砲したが狙い損ねて失敗したというような場合には、偶然の事情によって結果が生じなかっただけであって未遂犯として処罰されるべきであるとする。何故ならば、権利が危険にさらされ、客観的に実質的な危険が存在しているからである。⁽¹⁵⁾

このように、手段・方法が不十分であった場合を不能犯とするのではなく、旧刑法第二条の解釈に基づき欠効犯として処罰することは、既に純客観説の妥当性に疑問を呈し、不能犯処罰に向けて第一歩を踏み出したことになる。

この見解の利点は、犯人が狙い損ねたり、犯人の不手際で実行を遂げなかった場合に処罰を可能とすることによって、社会の法感情にもある意味では合致しうる解釈を導く点にある。また、旧第二条を解釈して欠効犯とすることも条文上の根拠を示し得ていると考えることができる。

しかし、これはあくまで形式的な説明にすぎない。何故ならば、行為者の用いた手段が不十分であった場合には危険が存在していたとはいえないからである。例えば、ピストルの方向が正しい方向を向いていなかった場合には、現実的には結果発生のお客様の危険は存在していないといわざるを得ないからである。従って、手段の不能についてのみ不能犯ではなく欠効犯として処罰する可能性を認めることは合理的ではないということになろう。⁽¹⁶⁾

一度、不能犯処罰に向けて一步踏み出せば理論的には手段の不能のみならず客体についても処罰を拡大することは可能となりうるのである。ここに、既に絶対的不能・相対的不能説の萌芽をみることができ。

C 判例

判例においては一九世紀前半には客観説に依拠したと思われる事例が存在する。モンペリエ控訴院一八五二年二月二六日判決⁽¹⁷⁾が先ず挙げられよう。事案は以下の通りである。被告人はジャックとその娘マリアンを殺害する目的でその二人がいると思われた部屋に向けてピストルを発砲したが、二人はそこにはおらず、その時その二人は自宅には不在であった。控訴院は被告に対する謀殺未遂罪の成立を次のような理由で否定した。「重罪の未遂の成立に必要な不可欠な条件である実行の着手は、重罪を実現するために用いられた手段を利用して目的を達成することのできる可能性を暗示している。行為者と被害者が重罪の既遂の成立が現実的に不可能であるような状況に置かれていたとすれば、そこには実行の着手は存在することはできず、従って、謀殺未遂は法的には存在し得ない。手段・目的の不能のため効果のない未遂はいかなる重罪・軽罪の未遂をも法的に成立させ得ない。このような行為が多かれ少なかれ行為者の中に悪しき意思の存在を前提としているとしても、現行法においては裁判所の権限内には入らないことを認識すべきである。被害者宅に向けて発砲した行為は被害者兩名の生命を侵害するものではないことは明らかである。何故ならば、兩名はその部屋にもまた自宅にもいなかったからである。その行為を導いた行為者の犯罪的意思がいかなるものであれ、その意思の中には実行の着手を見いだすことはできず、犯罪それ自体が不可能であったのである。従って、

被告人に対する重罪未遂の訴追は無効とされるべきである」。

判例集未搭載でブランシュが引用している毒殺罪についての判例として次のような事例が存在する。妻を毒殺する計画を立てた夫がその計画を医師に打ち明け、毒殺実行のために毒物を与えてくれるよう依頼した。医師はその夫(被告人)に全く無害な物質を与え、その事実を検察官に通報した。被告は与えられた物質を毒物だと信じて、毒殺の意思で妻にその物質を与えた。被告人は毒殺未遂罪で訴追されたが、ルーアン控訴院は毒殺未遂罪の成立を認めたと予審判決に対して、毒殺罪は遅速の如何に関わらず死を惹起しうる物質の効果による生命に対する侵害行為であって、毒殺の故意は存在しても客観的な死を惹起せしめうる物質という要件が満たされていないとして、毒殺未遂罪の成立を否定し、被告人を重罪院に送致することを否定した。⁽¹⁸⁾

あるいは、一八五五年四月二五日リコム控訴院判決は、毒殺の意思で使用人が主人の家族が食することになっているパン生地にすりガラスを混ぜたという行為に対して、被告に対する毒殺未遂罪による訴追について、毒殺未遂罪ではなく謀殺未遂罪として重罪院に送致する決定を下した。⁽¹⁹⁾

しかし、この時期にあっても客観説に従っていないと思われる裁判例も存在する。例えば、一八四九年二月八日アジャン控訴院判決は次の通りである。親子間で争いが絶えることなく、遂に父親が息子を殺害する決心をしピストルに弾丸を二発込めておいた。息子は父親の知らない間にその弾丸を抜いておいた。数日後、再び喧嘩が始まり、父親はそのピストルをとって息子に発砲したが息子は無事であった。この事案につき、控訴院は検察官の意見(無罪)に對して、予審判事の判決に従い被告を謀殺未遂罪でジュール重罪院に送致する決定を下した。控訴院は、被告の行為は「実行の着手によって表明され、行為者の意思とは独立した事情によって結果を欠いたにすぎない」として、謀殺未遂罪の成立を肯定した。ジュール重罪院は被告を五年の懲役に処したが、この判決に対する被告側からの上告に対して、破毀院は上告を棄却している。しかし、この上告棄却判決については、破毀院が客観説を否定したのではなく、

被告に対する量刑を考慮したものと評価され、従って、この破毀院の上告棄却は判例として意味を持つものではないとブランシュは評価している。⁽²¹⁾

なる程、破毀院はその後一八五八年一月六日判決⁽²²⁾で現実には妊娠していない女性に対して墮胎行為を実行した被告に対して、墮胎は不可能であるからその行為は墮胎未遂を構成しないとした。

このように、フランスでは一九世紀前半では客観説が学説・判例において支配的であったということができよう。

(2) 客観説の緩和——絶対的不能・相対的不能説

A 絶対的不能・相対的不能説

客観説が余りにも幅広く不能犯として処罰されない領域を認めることは、当時の社会的法感情にも必ずしも合致するものではないことについては、客観説を支持する論者自身にも認識されていた。そこでフォイエルバッハの主張した純客観説を修正緩和するものとして、フランスでは一九世紀の後半に主張された見解がいわゆる絶対的不能・相対的不能説であった。この学説は、ドイツ、イタリヤ、ベルギー等のヨーロッパ諸国においてもほぼ同時期に展開された。⁽²³⁾ フランスではオルトランによってこの学説が支持され、⁽²⁴⁾ ベルギーではハウスによって本説が展開された。⁽²⁵⁾ フランスでは一九世紀後半から二〇世紀初頭にかけて破毀院の判例理論として確立し、大きな影響を及ぼした学説であった。一九世紀フランス新古典学派を代表するオルトランやハウスによって展開された絶対的不能・相対的不能説は、絶対的不能と相対的不能を以下のように区別している。

(i) 客体に対する絶対的不能とは、客体が存在しない、あるいは、犯罪を構成する主たる要素を欠く場合をいう。

例えば、睡眠中と誤信して死体を刺す行為、死産児を殺害しようとする行為、妊娠していると信じている女性に墮胎を行う行為、他者の物だと信じて自己の物を盗む行為、等が挙げられる。⁽²⁶⁾

(ii) 方法・手段に関する絶対的不能とは、行為者が用いた手段が本質的に犯罪の結果を生ぜしめることができないものであった場合をいう。例えば、毒だと信じて全く無害な物質を用いて毒殺を行おうとする行為、あるいは、毒物が行為者の知らない間に中和され毒性が無くなっていった場合、墮胎をさせる能力のない物質を用いて墮胎を行う行為、盗みを働こうとして用いた梯子が余りに短すぎて梯子の役割をはたさなかった場合、等が挙げられる。更に、ハウスは死を惹起させるには余りにも微量の毒物を用いた場合も方法の絶対的不能に該当するとしている⁽²⁷⁾。

(iii) 客体に関する相対的不能とは、客体は現実存在するが行為者があると思っていたところには存在しなかったか、または、もはや存在していない場合である。例えば、復讐しようとした人物(客体)を見たと思った部屋に向けてピストルを発砲したところ、偶然その人は他の部屋にいた。あるいは、強盗集団がある家から家具を盗み出すとうとしたところ彼らの知らない間に既に家具が運び出されていた。財布をすろうとしたら、そこには財布が無かったとか、その人は財布を忘れ一銭も持っていなかった場合である⁽²⁸⁾。

(iv) 手段・方法に関する相対的不能とは、用いた手段それ自体は犯罪計画を実現しうるものであったが、その手段が十分に作用されなかったため、行為者の意思にかかわらず犯罪計画を遂げなかったという場合である。例えば、ピストルを十分に使いこなせなかったため殺人の目的を遂げなかったとか、窃盗犯人が金庫を開けることができず目的を達しえなかったような場合が挙げられる⁽²⁹⁾。

前述したように、ドイツではフォイエルバッハの見解を修正緩和するものとして、ミッテルマイヤーやベルナーの見解がある。ミッテルマイヤーは手段・方法の不能において抽象的不能と具体的不能を区別し、前者のみが不能犯になると論じたが、ベルナーは客体の不能にもこの区別を適用し、更に修正を加えた。ベルナーは客体の不能、手段・方法の不能について絶対的不能と相対的不能に区別し、絶対的不能の場合「絶対的に不能な行為は制定法上で要求している実行行為には該当せず、実行の着手が認められないから」不可罰となるのであった⁽³⁰⁾。このような論拠は

オルトランの見解とほぼ一致するといつてよいであろう。オルトランによれば、未遂は犯罪結果を惹起することを目的とした行為の中に存在するのであるから、絶対的不能の場合犯罪の実行に着手したとはいえない。未遂が成立するためには、危険な行為によって社会の利益が脅威にさらされることが必要なのであるから、客観的には結果発生が絶対的に不可能な場合——例えば、犯罪そのものを成立させる要件が存在しない場合や行為自体が絶対的に結果を発生させることができないような場合には、結果発生の実害的危険が存在するとはいえず——未遂は成立し得ないことになる。反対に相対的不能の場合には、犯罪成立要件を欠いているわけではないし、行為それ自体が結果を発生させることが不可能であったわけでもない。被害者は死んでいるわけではなく生きているし、ピストルには弾が込められているのである。結果が発生しなかったのはまさに偶然の事情によるものであって、結果発生の実害的危険性は存在し、法益に対する脅威は存在しているのである。従つて、未遂犯として処罰することができるという結論になる。⁽³¹⁾

このような絶対的不能・相対的不能説は純客観説をかなり緩和することにより、結果が発生しない場合を全てを不能犯として不可罰とすることなく、社会の法感情、処罰感情にも合致しうるものであったことは疑いない。実務上、破毀院は本説に依拠したと思われる判例を蓄積し、本説は一時判例理論として確立されるに至った。破毀院が本説を採用するにあたっては、オルトランの見解が大きく影響を及ぼしたと評価することができよう。⁽³²⁾

B 判例

破毀院が絶対的不能・相対的不能説を採用したと思われる最初の判例は一八七六年一月四日判決である。⁽³³⁾ 教会の献金箱から金員を盗もうとして教会に入ったが献金箱が空であり盗みの目的を達成することができなかったという事案について、原審バリ控訴院は被告を不法侵入による窃盗未遂罪で重罪院に送致する判決を下した。この上告審で破毀院は、行為当時献金箱が空であったということは行為者の意思とは無関係な事情にすぎず、その事情が窃盗の目的を達するためには絶対的不能を構成しないととして、原審の判断を肯定し上告棄却の判決を下した。

続いて、破毀院一八七七年四月一二日判決⁽³⁴⁾では、前述したモンペリエ控訴院判決の事例と同様に、殺人の目的で被害者がいると思つた部屋に向けてピストルを発砲したが、偶然被害者はその時隣の部屋に移動したばかりで狙われた部屋には不在であり、行為者は目的を達することができなかったという事案が問題となった。原審シャンペリー控訴院は殺人未遂罪の成立を否定した。破毀院は、被告がピストルを打ち込んだ部屋は通常被害者が寝室として使つてゐる部屋であり、被害者が不在であつたのは全く偶然の事情である。従つて、被告が実行しようとした犯罪は既遂に達しうるはずのものであり、絶対的な不能が存在したといふことはできない。このような事情から、行為者の行為は実行の着手により表明され行為者の意思とは無関係な事情により結果の発生を欠いたにすぎないとして、殺人未遂罪の成立を認め、事件を重罪院に送致する判決を下した。

パリ控訴院一八九四年一〇月一九日判決⁽³⁵⁾は、窃盜の目的でポケットに手を入れたがポケットには財布はなく目的を達し得なかつたという事例について、ポケットに財布がなかつたのであるから盜罪の成立は絶対的に不可能であつたとして盜罪の成立を否定し、被告を無罪とした。しかし、檢察官の上告による上告審で、破毀院は一八九五年一月四日判決⁽³⁶⁾で絶対的不能・相対的不能という區別を用いずに、窃盜の目的でポケットに手を入れたがポケットは空であつたという事情は行為者の意思とは無関係な事情にすぎず、被告の行為は盜罪の実行の着手を構成し、その行為は行為者の意思とは無関係な事情によつて結果を欠いたにすぎないとして盜罪の成立を認め、原審を破棄しオルレアン控訴院へ差し戻した。その後オルレアン控訴院は破毀院の判断を肯定する判決を下した⁽³⁷⁾。この破毀院判決をめぐつては、絶対的不能・相対的不能説を放棄したものであると解釈できないわけではないが、同様の事例で破毀院は一八七六年判決で教会の献金箱が空であつたため窃盜の目的を達し得なかつた事例について盜罪の未遂を肯定してゐるのであつて、絶対的不能といふ文言は用いていないものの従來の判例を変更したと評価するのは行き過ぎであると思われ。

それを証明するように、破毀院は一九一〇年七月一六日判決⁽³⁸⁾、一九一九年三月二〇日判決⁽³⁹⁾では再び絶対的不能・相

対的不能説に従ったと思われる判決を下している。一九一〇年判決の事案は、麻栽培の補助金詐欺を計画した被告人が、作付面積の過大申告や虚偽申告をし、その結果一九〇四年三月三十一日に法に違反したものである。原審バステイヤ控訴院は、申告に対しては必ず一八九八年七月八日法第五条に予定されている検査があるため、過大申告や虚偽申告による補助金詐欺は不可能である。従って、たとえ被告人に不法な意図を認め得たとしても、被告人が罪に問われている行為は不可罰な不能犯の未遂を肯定するにすぎないという判決を下した。これに対して、破毀院は「被告人によってなされた不法な申告は、一九〇四年法第一条が予定する詐欺の未遂を構成する。他方、検査が規定通りに行われ、それによって被告人が補助金を騙取することが妨げられたとしても、それは申告者の意思とは無関係な事情を示しているにすぎず、申告者が不法に意図した目的を達成する絶対的不能を示しているものではない。なされた申告を検査することが可能であり、また確実であったとしても、それによって犯罪を消滅させることにはできない。」として原審を破棄した。一九一九年判決では、保険会社の査定官は被告人医師Gを罫に掛けるために、労働者Bがその保険会社と保険契約を結んでいる雇い主には雇われてはいないことを知りながら、労働者Bを医師Gのもとに送り込み虚偽の診断書を発行させようとした。医師Gは労働者Bが労働事故に遭い被告人の診断を受けたとする虚偽の診断書を保険会社に送付し、その保険会社から謝礼金の詐欺を企てた。医師Gは詐欺未遂罪に問われ、リヨン輕罪裁判所で有罪判決を受け、続いて、リヨン控訴院は原判決を肯定した。破毀院は「原審の認める事実によれば、被告人の欺罔行為は詐欺の実行の着手を構成する。労働者Bが保険契約を結んでいた雇い主には雇われていなかったという事情は、被告人の意思とは無関係な事情にすぎず、被告人が不法に意図した目的を達成する絶対的不能を示すものではない」と判断し、破棄申立を棄却した。

C 客観説の限界

フランスのみならず当時のヨーロッパで大きな影響を及ぼした絶対的不能・相対的不能説ではあるが、フランスで

はオルトランによって展開され、破毀院の判例理論として採用されたにもかかわらず、学界においてはオルトラン以外の有力な支持者を得ることなく、逆に、客観説を支持する論者や一九世紀末にフランスにおいても展開されてきた主観説の論者から厳しい批判が加えられた。

絶対的不能・相対的不能説に対する最大の批判は、不能を絶対的不能と相対的不能に区別することが何の根拠にも基づいていないとするものであった。不能の程度を付しうる概念ではなく、存在するかしないかのいずれかである。犯罪の客体が存在しないために、あるいは、犯罪が成立するために不可欠の要件欠いていたために、犯罪を実行することができない場合と、犯罪の客体は現実には存在するが行為者が思った場所には存在しないとかあるいはもはや存在していなかったために犯罪が完成され得なかった場合とは現実には何らの区別も存在しない。前者を絶対的不能として不可罰とすることは論理的でない。何故ならば、両者ともに行為者の意思は実現されなかったのである⁴⁹。仮に、不能の原因が犯罪行為の対象や用いられた手段に応じて変化するとしても、その変化は不能の本質に何ら影響を及ぼすものではない。それが仮定であるとしても、一度不能であることが明らかにされれば、犯罪の実行は結果を生ぜしめないかあるいは失敗かのいずれかにならざるを得ない。絶対的不能と相対的不能のそれぞれの本質が同じであれば、その効果も同じであるはずで、いずれも犯罪を完成させることはできないのである。

確かに、純客観的にみれば、死体に対して発砲する行為と狙った人物が偶然その場所にはいなかった場合とを比較すれば、両者とも犯罪の完成は客観的には不可能であったといわざるを得ない。すなわち、純客観的には、結果の発生が不可能であった以上、法益侵害の危険は存在しなかったことには異論の余地はなく、行為者の意思を考慮することなく客観的に危険判断を行えば、絶対的不能、相対的不能のいずれについても危険は存在しなかったのである。

未遂を純客観的な危険という概念を中心に構成する理論が、そもそも未遂概念とは相いれないということが主観説の論者によって主張され、故意を考慮することなく、純客観的に未遂を理解することの不合理が認識されることによ

り、不能犯論においても客観的な見解がその支持を失った最大の原因であると考えられるのである。

ただ、フランスの刑法理論と深い関係にあるベルギーの刑法理論においては、絶対的不能・相対的不能説がたどった経緯はフランスと同様ではない。ハウス以降もコンスタンのように絶対的不能・相対的不能説を支持している学者も見られる。コンスタンはその体系書第五版（一九五三年）では、学説・判例は絶対的不能と相対的不能とを区別しているとして、ベルギーにおいては絶対的不能の場合（死体を刺し殺そうとする行為。懐胎していない女性に墮胎を行う行為。毒だと思つて無害な物質を食べ物に混入する行為。自己所有物の窃盗行為）は処罰されないとしている⁽⁴¹⁾。

このように、絶対的不能・相対的不能説がフランスにおいて今世紀初頭以降支持を失った背景にはやはりフランス独自の原因があるのではないか。そこには、一八九〇年後半に相次いで主張された主観説がフランスの学説・判例を支配していったこと、また、そもそもフランスの未遂規定自体が主観説になじみやすい規定であつたということも挙げられるのではないだろうか。

Ⅲ 二〇世紀の不能犯論——主観説と法律の不能・事実の不能説

(1) 主観説の展開

A 主観説の論拠

フランスにおいて主観説は一九世紀の終末、客観説、絶対的不能説・相対的不能説を批判する意図の下に学説上展開されていった。一八九七年にサレイユが初めて主観説の正当性を主張し⁽⁴³⁾、その翌年の一八九八年にガレの「可罰未遂の概念——批判的検討」と題する博士論文において主観説の正当性が論じられ、その後急速に学説の支持を集め⁽⁴⁴⁾、遂には、破毀院が判例として採用するに至つた。そして、現在に至るまで判例理論として確立したものとして、フラ

ンスにおける通説的な地位を占めている。

フランスにおける主観説の展開の背景には、サレイユやガレあるいはカロンの見解にもみられるように、一方ではドイツ帝国裁判所の判例とその判例に影響を及ぼしたブリーリーの主観説の学説的な影響と、他方ではイタリヤに端を発した実証主義刑法理論、すなわち、主観主義刑法理論の影響があったことを見逃してはいけない。その当時の外国の学説の影響の他に、主観説を主張する論者は革命以前の旧制度下におけるフランスの学説の伝統をも主観説を正当化する論拠の一として援用しているのである。

サレイユがドイツ刑法における不能犯理論を比較法的に詳細に検討している背景には、当時のドイツ一八七一年刑法典第四三条の未遂規定とフランスの未遂規定(旧第二条)との関係を無視することができないと思われる。当時のドイツ刑法第四三条は「実行の着手を構成する性質の行為によって、重罪または軽罪を実行する意思を表明した者の行為は、その実行行為が最終的に既遂に達しない場合には未遂として処罰する」と未遂犯を規定しており、フランスの未遂規定(旧第二条)、より厳密には革命暦四年法の未遂規定(一八三三年改正前の一八一〇年刑法典成立当時の第二条に直接継受された)とほぼ同様であると考えられていたのであった。

サレイユは当時のフランスでは通説であった客観説、絶対的不能・相対的不能説を批判する根拠として、ドイツにおける不能犯理論の変遷を検討し、ブリーリーの主観説、あるいは、コーラー説の正当性を指摘しつつ、フランスにおいても主観説は未遂規定の解釈と最も整合することを証明しようとした。

ブリーリーの主観説は、周知の通り、次のように要約することができる。一定の作為は目的とした結果惹起に対して可能か不可能かのどちらかである。つまり、原因であるか原因でないかのどちらかであって、多分に原因があったり、少ししかなかったりという区分は存在しない。未遂を客観的・事実的因果関係に求めようとするならば、未遂は常に結果が発生しないのであるから、未遂という概念そのものが無くなってしまふ。そこで、未遂の本質は違法な意思の

実証に求められることになる。⁽⁴⁵⁾ ブーリーは未遂の処罰根拠を単なる犯罪的意思ではなく、行為によって表明された意思に求めている。すなわち、外部的行為によって犯罪意思が表明されれば、法秩序への危険の存在が認められ、現実的な結果発生危険性の存否にかかわらず当罰性が肯定されることになるのである。

主観説が未遂の処罰根拠を行為者の犯罪的意思に求めるとしても、少なくともその意思が外部的行為によって表明されること、すなわち、実行の着手が必要であることには異論はない。しかし、実行の着手概念自体が、従来の客観説が前提としていたような、実行行為それ自体が最終結果を惹起させうる現実的な能力を有していなければならぬとするのではなく、行為者の意思が結果の発生に向けられていることが具体化されること、取消不可能な意思の方向性が明確に示されればそれで十分であるとされる。サレイユはロッシーが主張した三段論法を批判し、結果発生の可能性をその前提としているのは実行行為ではなく既遂それ自体であって、実行行為それ自体が結果発生現実的可能性を暗示している必要は必ずしもないと主張した。⁽⁴⁶⁾ サレイユ自身はブーリーの主観説、それに影響を受けたとされる一八八〇年ライヒ裁判所の判例の正当性を認めつつも、ブーリーの見解については余りにも抽象的で急進的、断定的であるとの評価も加えている。⁽⁴⁷⁾

サレイユやガレは、基本的には正義と社会的功用を刑罰権の根拠に求める折衷主義刑法理論の立場を採っており、この不能犯の問題についても、社会正義にかなない、実務上の必要性に応じた解決を探ろうとしていたと考えられる。この点で、サレイユがリストの新しい客観説(具体的危険説)について検討していることが興味深い。

客観説のドグマである危険性という概念を維持しながらも、リストの見解は従来の客観説と異なり、未遂の本質を意思の傾向(意思活動の方向)に求める。そして、そのような意思の傾向は、主観的には行為者の故意の中に、客観的には行為に内在する結果発生具体的な危険の中に存在する点からも明らかなように、抽象的、因果論的な危険性を問題とするのではなく、個々具体的に評価された行為に内在する結果発生危険性を問題としている。この

ようなリストの見解では、危険判断の資料として行為者のみが認識した事情を一般人が認識し得た事情に加味することによって危険性を拡大する点に大きな特色がある。リストによれば、行為当時に現実存在した事情、あるいは一般に認識できた事情および行為者が特に知っていた事情の下での、結果発生の可能性(蓋然性)が「危険」とされる。⁽⁴⁸⁾

リスト説では危険性の概念が大幅に拡張され、死体に対する殺人企図、非懐胎の女性に対する墮胎企図、自己所有物に対する窃盗等は可罰未遂とされ、一八八〇年のライヒ裁判所の判例の結論についてもリスト説からは肯定される。このようなリストの見解では、絶対的不能と相対的不能に区別することなく、行為それ自体に内在した危険を判断基準とすることによって、結論としても社会的に見て十分に納得のいくものであることをサレイユ自身も認めている。ただ、サレイユがリスト説に対して加えている批判はリストの見解が余りにも経験主義的であるということである。

リストの見解では何らの法則、基準もなく、唯一存在するのは「危険性」の概念であるがこれも理論的に幾つもの解釈や評価が可能であり確定的ではないとするのである。⁽⁴⁹⁾

サレイユはブリーの見解の過度な抽象性を緩和し、より明快で納得のいく見解があるかを問い、そこでコーラーの見解を評価する。刑法が単に行為者の悪しき意思を処罰するものではなく社会秩序を保護するものであるとすれば、社会秩序が侵害され危険にさらされる初めて刑罰権が発動する。従って、社会秩序に対する客観的危険が刑罰権を正当化するために要求される。しかし、その危険の概念は個々の法益に対する危険ではなく、社会的(社会秩序に対する)危険でなければならぬ。個々の権利・法益が侵害されることは必要ではなく、一度社会に対する侵害行為が開始されればそれを防禦する必要性が生じるのである。結局、現実的に個々の法益が侵害されなくとも、犯罪的意思が外部的に表明された行為によって惹起された社会に対する動揺(trouble social)と将来への危険の両面から刑罰権の発動が正当化されることになる。そして、これによって社会正義を実現し、社会的功用的観点にも合致することに繋がるのである。このように、未遂の処罰根拠を単に主観的にとらえるのではなく、客観的な見地からも社会に対する危険

という概念を用いて理解することによって、行為者の意思のみを処罰するということを回避することができるのである。⁽⁵⁰⁾

サレイユやガレはドイツ不能犯理論の比較法的検討を行った後、フランスにおいて主観的見解(主観説)は刑法旧第二条の文言の解釈から合理的に導くことができることを証明しようとした。フランス革命以前の刑法理論、特に一八世紀後半にはミュイヤール・ド・ブーランやジュスによって示された「何らかの近い行為によって表明された意思 (la volonté manifestée par quelque acte prochain)」外部に示された兆候によって表示された意図・計画 (le dessin manifesté par des indices extérieurs)」「すなわち「外部的行為により表明された未遂」という見解は革命暦四年法に初めて規定された未遂の一般規定に継受されていると評価できる。実行の着手概念は革命以前の理論に示されていた「近い行為(未遂)」と同一視でき、重要であるのは行為者の主観的側面、すなわち、行為者の意思であって、必ずしも行為の客観的側面ではないとサレイユやガレは説いた。「実行の着手」は実行行為の客観的な結果発生の可能性ではなく、行為の形式的で純粹に内的な特性をその対象としている。つまり、未遂規定は開始された実行行為に影響を与えうる「不能」について何もふれてはいないのである。更に、未遂と既遂の同一刑主義を採っている刑法旧第二条の規定からも、未遂の処罰根拠として主観面に重点を置く見解(主観説)が正当化される。⁽⁵¹⁾

行為者の意思のみを処罰することにならないためにとるべき手段は行為者の意思が外部的行為によって表明され、取消不可能な程度に意思が明確に表示され、かつ社会的にも処罰の必要性を感じるものでなければならぬ。実行の着手がこのような基準によって決定されるなら、それ以上に実行行為の現実的結果惹起の可能性は実行の着手の判断には必要ないといわざるを得ない。不能未遂の処罰についても、社会的必要性の観点から処罰は要求され、正義と平等を実現するためにも処罰は正当化される。刑法旧第二条の規定の解釈からも不能未遂と一般の未遂とを区別する理由は何もない。⁽⁵²⁾

このような理論展開から、絶対的不能・相対的不能を区別している判例の立場を批判しつつ、不能未遂処罰の一般化へ向けて第一歩を示したといえることができる。

B 判例

サレイユ、ガレによって相次いで展開された主観説は一九二八年一月九日破毀院判決において明確に確認されることとなった。この判例は従来の判例理論(絶対的不能・相対的不能説)を変更し、以後主観説が判例理論とされる最初の判例として著名である。事案は以下の通りである。被告人がその使用人を墮胎させようとして、オーデコロンと酔を混ぜた溶液を供与したとして墮胎未遂罪で訴追された。被告を有罪とする原審判決に対して刑法旧第二条、第三条、第三一七条の適用違反と一八一〇年四月二日法第七条違反を理由として被告人が破棄を申し立てた。その理由は、処罰の対象とされている行為は用いられた手段それ自体の性質から由来する絶対的不能の結果、結果発生を欠いたのであり、何ら処罰の対象とはなり得ないというものである。これに対して破毀院は以下のように判示して破棄申立を棄却し、原判決を肯定した。「原判決が認定する事実によれば、被告人は墮胎を行う目的で懐胎している使用人にオーデコロンに酔を混ぜた溶液を供与した。前判決の陳述するところによれば、このような行為によって目的とした墮胎を惹起することはできず、第三一七条一項に予定されている軽罪を完成させることは絶対的に不可能であって、従って未遂は完全には成立し得ないと主張することは意味がない。刑法旧第二条、第三条によれば、軽罪の未遂は特別な規定がある場合に限り、実行の着手によって表明され、行為者の意思とは無関係な事情により結果の発生を欠いた場合に軽罪そのものとして処罰される。墮胎を惹起する意思・目的で被告人により実行された行為は前記未遂規定に予定されている実行の着手を構成する。原判決によって認定された事実、すなわち実行された行為がそれ自体が目的として結果を惹起するためには不十分であったことは行為者の意思とは無関係な事情であったに過ぎず、その結果、未遂行為は結果の発生を欠いたのである。従って、被告人は墮胎未遂罪の責を負う。原判決には何の法令違反も認められな

い。

本件で破毀院は、オーデコロンに酢を混ぜた溶液を供与することによって墮胎を試みた行為を——その行為自体では墮胎を惹起することが絶対に不可能であったとしても——墮胎罪の実行行為として認め、その行為は行為者の意思とは無関係な事情で結果の発生を欠いたに過ぎないとして、墮胎未遂罪の成立を認めたのであった。破毀院は絶対的不能・相対的不能を理由とした破棄申立を明確に否定した。

その後、一九三四年五月一二日判決⁽⁵⁴⁾では、懐胎していな女性に墮胎を試みた行為、すなわち客体の絶対的不能の場合にも墮胎未遂罪の成立を認めた。

墮胎罪に関しては、一九三九年七月二九日法により第三一七条一項が改正され、現実に妊娠している女性のみならず、妊娠していると思われる女性に対しても墮胎罪が処罰されることになり、主観説が立法上も追認される形となった。

破毀院は一九四三年七月八日判決⁽⁵⁵⁾では、間違つて妊娠したと信じた女性の自己墮胎行為について、無罪とした原判決を破棄して墮胎未遂罪として処罰すること認めた。自己墮胎については、第三一七条三項では現実に妊娠していない女性について適用されるのが明確ではなかったことにより、当時それを否定する見解が下級審判決や学説で示される一方、控訴院判決や多数説は肯定説を採っていた。本判決については、現実に妊娠していない女性の自己墮胎行為も墮胎未遂罪として処罰されることを破毀院が初めて示した点で意義がある。破毀院一九四四年三月三〇日判決⁽⁵⁶⁾は、同様の事例につき墮胎未遂罪の成立を認めた。

また、破毀院一九五〇年三月二八日判決⁽⁵⁷⁾では、医師が妊娠していると思われる女性に対してアスピリン錠を用いて墮胎を試みたが、アスピリン錠では墮胎の結果を生ぜしめることは不可能であったという事案について、第三一七条四項を適用して医師に対して墮胎未遂罪の成立を肯定した。

ただ、歴史的に見た場合、墮胎罪についてこのように厳しい処罰が加えられるようになった背景には、第二次世界大戦前・戦時中という時代にあつて、出生率を確保することが国家の至上命題であつたということも忘れてはならないように思われる。

墮胎罪に端を發して認められていった不能犯処罰は、盜罪、詐欺罪についても、判例で認められていった。盜罪に關しては、先ず破毀院一九四九年五月一九日判決⁽⁵⁸⁾で、被告人はホテルの一室にある金庫を偽造した鍵を用いて開けようとしたところを捕まつたが、実はその金庫には何も無かつたという事例について、盜罪の未遂の成立を肯定した。破毀院一九六一年六月一四日判決⁽⁵⁹⁾では、金目の物を盜む目的で自動車の中に忍び込んだが実はその自動車の中には金目の物は何も無かつたという事例について、破毀院は、自動車の中に物が無かつたという事実は不能犯を成立させるのではなく、行為者の意思とは無關係な事情に過ぎないとして盜罪の未遂の成立を肯定した。同様の事例について、破毀院一九六九年七月二三日判決⁽⁶⁰⁾でも破毀院は盜罪の未遂の成立を肯定している。盜罪と不能犯との關係が問題とされた事例として、破毀院一九九四年三月一五日判決⁽⁶¹⁾がある。被告人は窃盜の目的で某氏宅に侵入し、その際錠戸をこじ開けたり、ガラス窓を壊す等の被害を加えた。盜罪の未遂を肯定したカーン控訴院の判決を支持して、破毀院は、当該住宅に盜む価値あるものが何もなかつたとしても、その事情は行為者の意思とは独立した事情に過ぎず、その結果、犯罪結果を欠いたに過ぎないと判断し、窃盜の目的で不法に住宅に侵入する行為は盜罪の実行の着手を構成するとした。

殺人罪と不能犯の問題については、それが正面から論じられた破毀院の判例はなかつたが、一九八六年一月一六日判決⁽⁶²⁾で破毀院は殺人罪に關して、死体に対する殺人未遂罪の成立を肯定する判決を下した。この判例は不能犯論に關して再び議論を再燃させる契機となつた。

主観説はこのように判例理論の採用するところとなり、二〇世紀のフランス不能犯論を支配することになつた。も

とも主観説はサレイユやガレといった新古典主義、折衷主義刑法理論に依拠する学者によって主張されたのであったが、その後フランスの刑法思想に大きな影響を与えた新社会防衛論の立場からも主観説の妥当性が支持されたのであった。新社会防衛論を展開したアンセルは新古典主義の法律万能主義を批判し、その典型例として不能犯論における絶対的不能・相対的不能区別説を厳しく批判したのであった。

主観説が判例・通説となつて以来、フランスでは不能犯論についての論争も決着したとして、近年に至るまで主観説に対する批判はほとんど加えられてこなかったといえる状況にあった。しかしながら、主観説に対しては、法律の不能・事実の不能説の立場から常に批判が加えられてきたことは事実であり、一九八六年判決においても、法律の不能・事実の不能説の立場から、判例を批判する見解が主張されたこともそれを証明している。

それでは、法律の不能・事実の不能説とはいかなる内容をもつ学説であるのかについて次に検討を加えたい。

(2) 法律の不能・事実の不能説

A ガローの法律の不能・事実の不能説

今世紀初頭より不能犯論について主観説が有力となつていく一方で、ほぼ同時期にガローによって展開された学説が法律の不能・事実の不能説であり、ガローの体系書第三版において明らかにされた。⁽⁶⁴⁾ ガローは第三版で改説する以前は当時の多数説であつた客観説を支持していた。

ガローは体系書第一版では不能犯が処罰されない理由を次のように説明している。不能犯を未遂犯・欠効犯と比較した場合、行為者の望んだ結果が生じなかつたという点では同じである。従つて、「行為者の意思とは独立した事情によつて結果を欠いた」未遂として不能犯を処罰しうるのではないか。しかしその答えは否である。一見して不能犯と未遂犯・欠効犯とは類似したように見えるが、両者の間には根本的な差異がある。すなわち、行為者によつて望ま

れた結果は生じ得なかったという点で、不能犯は未遂犯・欠缺犯と区別される。その点で不能犯の場合に行為者によってなされた行為は可罰未遂を構成する実行行為とは評価され得ないのである。もし、不能犯を未遂犯・欠缺犯として処罰しようとすれば、法が犯罪を執行しようとした決意を処罰することである。何故なら、不能犯の実行とはある意味では幻覚的なものであり、そこには行為者の犯罪実行の決意しか存在していないのである。おそらく行為者によってなされた行為は行為者の悪しき意思を表明しているとはいえるであろうが、社会正義の観点からは行為者の意思がいくら確かなものであり悪しきものであっても行為者の意思のみを処罰することは未遂規定の解釈からは不可能である。このようにして不能犯は現行法上不可罰であり、これは旧刑法第三〇一条毒殺罪規定によっても補強されている⁽⁶⁵⁾。

続いてガローはその当時破毀院が判例理論として採用していた絶対的不能・相対的不能説を説明した後で本説に対する批判的評価を加えている。不能犯を考える上で見失ってはいけない基準とは一体何か。不能犯といわれる事例に未遂犯の適用を排除するためには、行為者によって望まれた違法な結果が行為者にとって実現不可能であったばかりでなく、全ての者にとっても実現不可能であったことが必要かつ十分な条件である。とするならば、不能犯とは一体何を意味するのであろうか。不能犯とはすなわち、犯罪を実行するために用いられた手段では法によって定義されている犯罪行為の実行できなかった場合である。従って、絶対的不能、相対的不能の区別にとらわれることなく、全ての者が同じ条件下で犯罪を執行することができなかったであろう場合、それが客体の不能であれ、手段の不能であれ、不能犯に該当するとすべきである。しかし、その不能が偶然であった場合、例えば行為者の経験不足等で結果が生じなかったような場合は、未遂規定の精神から行為者の意思とは独立した事情によって結果を欠いたとして未遂犯として処罰されることにならう。犯罪が実行可能であったのか不可能であったのかを評価するのは下級審裁判所であるが、認定された事実に基づいて、未遂規定の条件の下で実行の着手があったか否かを判断するのは破毀院である。

従って、破毀院は犯罪行為が実行可能であったか否かについての下級審判断を統制する役割を担っているのである。⁽⁶⁶⁾
 このように客観説を支持していたガローが、パリ控訴院一八九四年一月一九日判決⁽⁶⁷⁾がいわゆる空パケット事件について無罪としたことに対して、社会感情に反するとして世論の厳しい批判が加えられたことを踏まえて、客観説からは当然の帰結とされた本判決を批判するに至った。客観説を改説したガローが新たに展開したのが法律の不能・事実の不能説であった。

法律の不能・事実の不能説の検討に入る以前に、先ずガローの可罰未遂の処罰根拠についての記述を分析することが有益であろう。ガローは次のように説明する。法律で処罰される未遂とは犯罪的結果の実現に向かう意思に基づく行為 (un acte volontaire tendant à réaliser un résultat criminel) を意味している。その行為と結果との関係は主観的には故意の中にすなわち行為者によって欲された悪しき兆候の中に、客観的には実行行為の中にすなわち意思の徴表によって示された危険の中に存在する (Subjectivement, dans l'intention, c'est-à-dire dans la menace voulue par l'auteur, objectivement, dans le commencement d'exécution, c'est-à-dire dans le danger présenté par la manifestation de volonté)⁽⁶⁸⁾。未遂犯も全ての犯罪と同様二つの主たる要件によって構成されている。すなわち客観的要件としての実行の着手と主観的要件としての故意である。ただ法は今一つの可罰未遂の成立要件として行為者の任意による中止が存在しないことを設けているのである。

ガローは犯罪行為を主観・客観の両面からとらえようとしている。主観的には犯罪を実行するという確かな意思が表明されることにより、客観的にはその意思がある行為によって明確に外部へ表明されることが必要である。これはそれぞれ行為者と行為に該当するといえる。そしてこの両者は犯罪行為の処罰について切り離して考慮することはできない。ある行為が法的に保護された他者の権利(法益)を侵害したり、危険に陥れたという形で社会秩序を混乱させたことにより処罰の必要性が正当化される。故意にある法益を侵害しようとする意思の中に既に犯罪的傾向が示さ

れているが、刑法が考慮するのは法益の安全性を破壊しようとする行為のみである。行為者の内心的要素(思考、決意、計画)あるいは実行を準備する行為も刑法上処罰の対象とはならないのは、それらが法益の保護という側面に何らの侵害をも加えていないからである。未遂とは法益に対して開始された侵害行為であって、法益の侵害が犯罪を構成するのであり、法益侵害の危険が生じることにより処罰の端緒となるのである。確かに未遂犯の場合、法益に対して開始された侵害あるいはその危険が犯罪を構成するが、侵害が何時開始されたかの判断する場合には、生じた結果や用いた手段ではなく、行為者の意思すなわち主観的要素が最も重要な役割を果たすのである。既遂犯の場合生じた結果は行為者の故意と対応関係にあるのに対して、未遂犯の場合結果は故意とは一致しない。また未遂犯の場合、行為は故意の投影としてしか重要性を持ち得ないのである。従って、未遂処罰にとって法益に対する多義的ではない(二義を許さない)侵害行為によって故意が明らかにされ、そしてその故意が危険なものであるかどうかという二点が検討されなければならない。未遂処罰にとっては、犯罪行為そのものよりも犯罪意思(故意)がより重要なのである。⁽⁶⁹⁾

ガローのこのような見解を分析すれば、未遂処罰にとっては主観・客観の両面からの考察が重要ではあるが、主観的要素としての故意が行為を支配するという関係が明確に示されているように思われる。客観的要件として重要視されているのが法益に対する侵害の危険という概念である。しかしこの法益侵害の危険という概念はそれ自体客観的に判断されるというよりは、故意が投影された行為が法が保護している法益を危険に曝し、それにより法秩序に動揺を与えるという点でのみ意義を持ちうるものと評価することができるであろう。このような未遂の基本概念に立脚して、ガローは不能犯論について、第一版で示した客観説を改説して、第三版では法律の不能・事実の不能説を展開するに至った。

ガローは第一版においても当時破毀院が採用しているとされていた絶対的不能・相対的不能説を批判していた。不能に絶対的不能と相対的不能という区別は存在せず、不能は存在するか存在しないかのいずれかであるとして、空ポ

ケット事件についてパリ控訴院の判決を破棄した破毀院一八九五年一月四日判決の理論構成の正当性を指摘するに至った。一八九五年判決では破毀院は絶対的不能・相対的不能の区別にふれることなく、未遂規定の文言に立ち戻り、未遂処罰に必要な条件が具備されているかのみを問題とした。ガローはこの一八九五年判決を次の二点から正当化している。第一に、未遂そのものの本質からして、未遂犯においては行為よりも行為者に法は重点を置いているのである。未遂規定では未遂を既遂と同一の刑に処していることから裏付けられている。第二に、法は未遂犯と欠効犯とを同視している。欠効犯といわれる事例の多くが実は不能犯に該当しているのである。例えば、弾丸が入っていないと知らずにピストルを用いて人を殺害しようとする行為や、人がいると思いついで込んで全く人のいない方向へピストルを発砲する行為と狙い損ねたり、射程距離を測り損ねたりして殺害するに至らなかったという行為とは、結果の実現が不可能であったという点では全くかわりがない。このような矛盾を回避するために、客観説の論者は錯誤や経験不足に基づく場合を欠効犯として処理し、未遂犯として処罰しようとするが、実行行為が開始された段階において、この場合でも結果の発生は根本的に不可能であったことにはかわりなく、手段の相対的不能の場合のみを区別して取り扱う理由は存在しない。⁽⁷⁰⁾

このようなガローの批判は一見して主観説のそれと同様であるように思われ、不能犯理論を放棄しているかのようにある。確かに、ガローは従来の客観説が提示してきた不能犯という概念を放棄したと考えられるが、彼は法律の不能という新たな概念を提示し、未遂犯の成立を限定する原理を示したのであった。⁽⁷¹⁾

いわゆる事実の不能の場合、行為者の意思とは独立した事情によって結果の発生を欠いたに過ぎないのであって、特にそれを考慮する必要はない。しかし、法律の不能の場合にはそもそも未遂犯が存在しないのである。可罰的未遂犯においては、行為者の努力はそれ自体犯罪的結果の発生に向けられており、その結果が実現不可能な場合や、犯罪の対象が存在していない場合には効果のない無力な行動のみが残されることになることを判例は見過ごしてはいない。

個々の犯罪はある数の犯罪成立に不可欠な要素を含んでおり、その要素が欠ければ犯罪それ自体が存在し得ない。自分の物を盗んでも盗罪は成立しないし、妊娠していない女性に墮胎行為を行っても墮胎罪は成立し得ない。用いた物質に全く毒性がなければ毒殺罪は成立しない。殺そうと狙った人が既に死亡していれば殺人罪は成立しない。殺そうとした嬰兒が既に死亡していれば嬰兒殺(一九九四年新刑法典では嬰兒殺人罪の規定は存在していない)は成立しない。これらの場合、犯罪を犯そうとして試みられた努力は決して最終結果に到達することはなく、そこには法的に実現可能な故意のみが存在しているに過ぎない。犯罪は法的に実現不可能である。何故ならば、犯罪を構成する要素が存在せず、あるいは存在し得ないからであって、これは未遂犯でも同様である(法律の不能の場合)。しかし、犯罪者の意思が通常の条件の下で表明され結果の実現を法的に導きうるものである場合においては、その意思を効果のないものとしたとしても行為者に彼とは全く関係のない事情の恩典を与えることは正義と理性に反するのである(事実の不能の場合)⁽⁷²⁾。

このような法律の不能・事実の不能説は、結局のところ既に放棄した不能犯論を別の形で復活させているのではないかと、との批判を想定してガローは次のように説明するのである。

第一に未遂は《危険》を意味している。意思の表明によって示された危険が、未遂という犯罪類型の構成要素なのである。全く無害な行為は可罰的な行為を構成することはできない。何故なら、そこには危険を生ぜしめる可能性すら存在しないからである。錯誤や無知によって危険が存在しないとしてもそれは法的には問題とはされない。生きていると信じて死体を刺した者や他人の物と信じて自分の物を盗んだ者は、殺人罪や盗罪の未遂の責を負うことにはない。殺人罪とは故意に人を殺すことであり、盗罪とは他人の物の領得である。存在するであろうと信じていたある種の行為事情が現実には存在しない場合には、犯罪(既遂犯)それ自体が存在し得ない。犯罪構成要素については、既遂犯と未遂犯とを区別することは全く認めることができない。犯罪計画を現実には達成することができないのに、

何故、行為者は単にその計画を実行しようとすることができるか。例えば、甥が叔父の財産を相続することを熱望していた。そこで、叔父が所有すると思っていた財産を不法に領得しようとした時、あるいは、領得した後で、運悪く逮捕された。この事例の場合、起訴されたとすれば、前者では盗罪の未遂、後者では盗罪が成立すると考えられる。しかし、財産を領得しようとした（領得した）その日に叔父は死亡していたことがわかり、叔父は財産全てを行為者に残していた。行為者はこの事実を全く知らなかった。この事例では、行為者は叔父の死によってその財産の所有者となっており、結局、自分の物を盗もうとした（盗んだ）ことになる。このような場合、財物の他人性という要件は既遂犯の成立には必要不可欠であるとされるのに、未遂犯ではその成立には全く関係がないとされるのであろうか。自分の物を盗むことにより法的には盗罪を実現することができるのに、自分の物を盗もうとすることにより盗罪の未遂を実行することができるというのは矛盾ではないか。⁽⁷³⁾

未遂とは法的に保護された権利（法益）に対して開始された侵害行為以外の何物でもない。未遂という概念には、犯罪の実行が実現可能であるという概念は含まれてはいない。侵害行為とは侵害の完成を意味しているわけではない。しかし、未遂概念には、法益が侵害され危険に曝されているという概念が含まれているのである。法が保護している法益が存在しないところには未遂犯も存在し得ないのである。ここでは既遂犯が成立し得ないからである。これは罪刑法定主義の原則からも正当化されるのである。なるほど、未遂犯において処罰されるのは、法が可罰的であるとする行動を実行すること（実行行為）により表明された犯罪的意思ではあるが、犯罪を構成している法的な要件を無視することはできないのである。

第二に、犯罪の手段・方法については問題とはならない。犯罪に向けられた行為により犯罪意思が表明された段階で未遂は可罰性をおびるのであるから、用いられた手段・方法が行為者の目的に合致しているか否かは全く問題ではない。このように手段についての錯誤や無知は行為者の意思とは無関係な事情とされるのである。一方、犯罪の客体

に關して犯罪を實行するために必要な法的要件(例えば、墮胎罪の未遂には妊娠、盜罪の未遂には他人の物)が要求されているとしても、法的に犯罪の實現を可能とするような条件の下で故意が表明されれば、たとえその事情が行為者の意思を意味のないものとしても、行為者とは全く関係のない客觀的事情の不存在という恩恵を行為者に与えることは正義と理性に反している。例えば、行為者が教会の献金箱から金員を盗もうとしたが、その献金箱は空であったという場合を例に挙げれば、確かに物の存在、窃盜の客体の存在は、既遂・未遂にかかわらず盜罪の犯罪構成要素には違いない。しかし、献金箱に金員が存在しておらず空であったという事情は客觀的な事情であって、行為者が知らなかった事情である。教会の他の場所には盜罪の対象となる物は存在していたかもしれないし、他人の財産に対する危険を消滅させることはできない。このように、たまたま献金箱には何もなかったという偶然的な事情の恩恵を行為者に与えることは奇妙であるし、法はこのような行為を処罰するために介入すべきである。ただし、全く不十分な手段、例えば迷信やばかげた手段を用いるような場合、その行為は未遂としては処罰されないことは認めなければならない。未遂の処罰を危険(Danger crime)に求めるとすれば、このような手段を選択したことは危険の不存在、行為者の不適正(無知)を示しているといえる。このような場合、行為も行為者も全く社会に害を与えるものではなく、処罰する必要性は存在しない。⁽⁷⁴⁾

ガローのこのような見解は、未遂の本質についての客觀説への批判に基づき、未遂犯における故意の重要性を十分に認識しながら、同時に主觀説とは異なり、行為の客觀的側面すなわち法益侵害の危険という概念をも重視することにより、従来の不能犯理論という概念は否定しながらも、未遂の処罰根拠について一定の限定原理を示していると同値することができる。ガローのように未遂の本質を故意という主觀的要件と危険という客觀的要件によって理解しようとする思考は、ある意味ではリストの提示した未遂概念と類似していることができるかもしれない。しかし、ガローの説く「危険」概念はリストのそれとは異なっている。ガロー説では、犯罪を構成するのに必要不可欠な法的

要件が存在しない場合、既遂も未遂も成立しないとされるのであるから、死体に対して殺人未遂、自己所有物に対する窃盗未遂は成立しないとされる。従って、これらの場合、未遂の成立を肯定するリスト説とは異なり、危険性を判断する時点が異なっているといえるであろう。

このガローの見解は、主観説が判例・通説となった後も、常に主観説に対するアンチテーゼとしての役割を担い続けてきた。特に、レガリストといわれる法律主義的な見解をとる論者により支持され（メルルは法律の不能・事実の不能説をそのまま支持している）、また、法律の不能の概念は現在でも主観説を修正する原理として主観説を支持する学者からも支持されているのである。⁽⁷⁵⁾

法律の不能・事実の不能説は、結果の発生しなかった理由を、法律的な原因と事実的な原因に区別した点にその学説的な意義がある。というのは、フランスの裁判制度では、破毀院は法律に関する問題についてのみ判断を下す法律審としての性格を原則としてっており、犯罪の事実に関しては、原則として下級審の権限に属するものである。ここでも、問題が事実に関するものか、法律（法解釈）に関するものかの区別は非常に重要となる。このように、不能の問題を法的なものとするものに区別するというアプローチは日常 *droit* と *fait* とを区別する習慣がある法律関係者にとっては非常に親しみやすいものであったといえることができるであろう。この点で、絶対的不能・相対的不能説と異なり、少数説とはいえず、有力な学者の支持を得ることができたのではないだろうか。

法律の不能の概念が、ガローの死後も以前として根強い支持を得てきたのは、個々の構成要件の解釈論との関係で、少なくとも法律の不能の概念が適用される可能性を排除することができなかった点にもあるのではないだろうか。法律の不能・事実の不能説をそのままの形で支持するというよりは、むしろ法律の不能の概念をいわゆる構成要件欠缺の理論と同様な役割を持つものとして適用しようとする見解もある。この見解では、不能の問題は刑法総論の問題ではなく刑法各論の問題であるとし、未遂理論一般とは切り離れた形で法律の不能の概念を援用するのである。⁽⁷⁶⁾ それで

はいかなる場合に法律の不能の概念が適用されるのであろうか。

B 判例にみる法律の不能の概念

判例上、明確な形で法律の不能・事実の不能説を採用したとされるものはないといってよいであろう。また一九八六年判決で死体に対する殺人未遂罪の成立が肯定されたことにより、客体に対する不能の問題については、破毀院は法律の不能・事実の不能説をとってはいないことが明らかになった。ただ、自己所有物の窃盗に盗罪の未遂の成立を肯定できるか、死体への強姦行為が強姦未遂罪を構成するかについては現在においても議論の別れるところである。

またよく問題にされるのが不救助罪(旧六三條)の事例である。救助すべき危険な状態にある者が救助される以前に既に死亡していた場合、行為者がその事実を知らずに救助すべき行為をしなかったとしても不救助罪は成立し得ないとする破毀院の判例(Crim. Tar. ev. 1955)⁽⁷⁷⁾がある。この判例は法律の不能を正当化する事例としてしばしば引用される。ただ、不救助罪には未遂を処罰する規定が存在しなかったので、従って一九八六年判決とは矛盾するものではないものとも評価できる。その他、客体の不能の事例については、差押物件の横領罪、担保物件の横領罪の場合が挙げられる。⁽⁷⁸⁾

手段の不能の場合、法律の不能の概念が問題とされるのは、毒殺罪の事例である。旧三〇一條が「死を惹起しうる物質」と規定していた(現行二二―五條は「死を惹起する性質の物質」と規定している)ことから、全く無害な物質を用いた場合、毒殺罪の構成要件を充足しないことになるので毒殺罪が成立せず、従って未遂も成立しないと考えることもできる。このような見解をとれば、法律の不能の概念を認めることができる。⁽⁷⁹⁾

主体の不能の事例としては、破毀院一九五八年一月二九日判決が注目される。一九五二年五月八日三年間兵役に服することを誓約した者が、同年一〇月六日許可なくスイスに赴き一九五四年二月一五日までその地に留まり、その後自発的に連隊に出頭したという事例である。原判決(メッス軍事裁判所一九五四年一〇月三日判決)は被告人を平時国外

脱走罪で有罪とした（また、被告人が兵役に志願することを許可されるようにするために父親の同意について父親の署名を模倣したことによる虚偽の証明書を作成したことにより、被告人は一九五六年二月二日判決で有罪とされた）。破毀院は原判決を次のような理由で破棄した。脱走は軍規に対する犯罪というだけではなく、兵役に服する契約の違反と法に規定された兵役の義務に違反することである。この犯罪の主たる要件は軍隊への編入が適法であることと、義務としての性格である。被告人は適法に軍隊に編入されたのではない以上、脱走者として訴追され有罪とされることはない。

先ず、脱走罪は重罪にもなりうる犯罪であるため、その未遂は処罰される。従って、不救助罪のように未遂規定のない犯罪とは異なる。破毀院は被告人が適法に兵隊として軍隊に編入されているかを犯罪の主たる要件として考慮しているから、その要件を欠いた場合には既遂犯も未遂犯も成立しないと解釈することが可能であろう。本判決の理論はその後一九八〇年一〇月六日破毀院判決（D. 1981, p. 146）においても採用されている。

このように、法律の不能の概念が適用されていると考えることのできる判例も少なからずあり、法律の不能の概念を完全に否定してしまうことはできないのである。

VI おわりに

以上、一九世紀以降フランス不能犯論を形成してきた学説について順次検討を加えてきた。現在の不能犯論についての議論も、今世紀初頭までに主張された学説の大きな影響を受けているといっても過言ではない。ただ、フランス不能犯論においては、一九世紀に大きな影響を及ぼした客観説、絶対的不能・相対的不能説が今世紀においては全く支持されてこなかったという点に大きな特色がある。未遂犯の構造を故意という主観的要件を中心に考える今世紀のフランスの学説や判例においては、客観的な危険という概念を未遂の処罰根拠とする客観説や絶対的不能・相対的不能

説が支持されてなかったことも理解できる。ただ、前述したように、ベルギーにおいては少なくとも一九五〇年代においても絶対的不能・相対的不能説が判例、学説上支持されていたことは明らかである。従って、フランス以外のフランス法系の国においては絶対的不能・相対的不能説はその存在意義を失ってはいなかったと評価できる。フランスの場合、破毀院が主観説を採用した後、学説において絶対的不能・相対的不能説が全く支持されなかったことは何か、比較法的にも、学説史的にも興味深い問題であると思われる。確かに、絶対的不能・相対的不能説の区別基準自体の理論的不明確性が本説に對する最大の批判であると思われるが、少なくとも、一時は破毀院の判例理論とされていたわけであって、その点だけで説明しきれるものではない。主観説の台頭が当時の時代思潮とよく符合したということもあるであろうが、未遂規定そのものが未遂概念について主観説になじみやすいものであった(未遂・既遂同一刑主義の採用)ということも大きく影響していると考えられる。また、そもそも未遂概念そのものが結果発生に向けられた意思の方向性を表現したものであるとすれば、主観的要件すなわち故意の考慮なくして、未遂概念を構成できないという本質的な問題もあると思われる。

また、学説の歴史の変遷をみてわかるように、フランスにおいては危険概念を中核とする危険説が全く展開されなかったことである。フランスの学者も、ドイツ刑法理論との比較研究のなかで、例えばリストの具体的危険説を検討の対象としていた。しかしながらリスト説の結論の妥当性は認めながらも、現実的にはリスト説は支持されることはなかった。また、危険概念を純客観的、事後的に考える客観説が主観説によって否定されたこともあり、行為の危険性を巡る議論はフランスにおいては自覚的に展開されることはなかった。これは、未遂概念を考える場合に、故意がその議論の中心に置かれたためである。更に、未遂の本質論以外にも、フランスの裁判制度にもその原因があるようにも思われる。というのは、フランスにおいては、重罪については未遂は常に処罰されるが、軽罪においては特別に規定が存在する場合のみである。とすれば、未遂処罰が問題とされる大半は重罪事件であるといつてよい。重罪事

件については軽罪事件とは異なり、予審についても二度の予審が義務づけられている他、重罪事件は重罪院の管轄にある。予審は職業裁判官により審理が進められるが、重罪院は職業裁判官の他に陪審員が審理に参加する。そこで未遂犯について、危険性の概念が未遂規定に内在する問題であるとすれば、陪審員は危険概念についても審理を尽くさなければならぬ。法律家ではない陪審員に複雑な内容をもつ危険性の概念が果してなじむかといえはかなり難しいと考えられる。また、重罪院ではただ単に、行為が未遂規定に該当するかのみが陪審員に問われるのであって、その行為が結果を発生させる危険性をもつものであるか否かという問題は問われることはないのである。このような側面も危険概念が重要視されてこなかった原因としても指摘できるのではなからうか。

二〇世紀において、フランスの不能犯論は、主観説の圧倒的支配の下で、次第に議論も収束していった。ただ、一方で、法律の不能・事実の不能説は現在に至るまで学説により支持されてきた。一九八六年判決は再び不能犯論を今日的な問題としたが、不能犯理論についての対立の構図は一九八〇年以降も変わることはない。最近では、学説はより理論的な側面から不能犯の問題を解決しようとしているように思える。最近の学説では、従来の主観説が置き去りにしてきた理論的な問題を認識しながら、従来の不能犯学説にとらわれず、可罰未遂の限界という観点から理論的な検討を加えているものが多く見られる状況にある⁽⁸⁾。フランスの不能犯論は改正刑法典で従来の未遂規定が継承され、判例に見られるように不能犯概念が否定されるという流れがある一方で、法律の不能の概念は依然として支持されている。フランスにおいて、不能犯概念は放棄されたといわれて久しいが、不能犯概念はその現代的な意義を失っていないのである。

(一) *Crim.* 16 janv. 1986, *D.* 86, 265, note D. MAYER et Cl. GAZOUNAUD, et note J. PRADEL, *Gaz. Pal.* 86, 377, note J.-P. DOUCET; *J. C. P.* 87, 2, 20774, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE; *R. S. C.* 86, 839, obs. A. VITU; *R. S. C.* 86, 849 et 87, 199, obs. G. LEVASSEUR.

なお、本判決の紹介として、青木人志「フランス不能犯論の新しい動き―破毀院一九八六年一月二六日判決について」一橋論叢九八巻五号(一九八七年)一五九頁、末道康之「フランス不能犯論の現状」法学政治学論究六号(一九九〇年)一六五頁参照。

(2) A. PROTHAIS, *Tentative et Attentat*, L. G. D. J. 1985. なお、プロテの学説については、末道康之「フランス不能犯論再考」清和法学一卷一号(一九九四年)一五〇頁以下参照。また青木人志「フランスにおける不能犯概念不要論」関東学院法学一卷一号がある。

(3) 末道康之「フランス不能犯論再考」清和法学一卷一号(一九九四年)一四七頁。

(4) 末道・前掲「フランス不能犯論再考」一五九頁以下。

(5) なお、フランス不能犯論については青木人志助教教授の一連の研究がある。最近の研究として、青木人志「不能犯論の日仏比較」刑法雑誌三四巻三号三五〇頁がある。青木氏の一連の研究については、「不能犯論の日仏比較」注一(三三五頁以下)に引用されている論文を参照のこと。特に、本稿と関係のある論文として、「フランス刑法における不能犯判例の変遷」一橋研究一卷三号(一九八六年)一七頁、「一九世紀フランスにおける不能犯学説の展開―『客観説』の盛衰を中心に」一橋研究一二巻三号(一九八七年)三三三頁、「レイモン・サレイユの不能犯論」一橋研究一三巻一号(一九八八年)二二頁、「法律的不能・事実的不能説に関する覚書」関東学院法学二巻一・二号(一九九三年)五五頁がある。

(6) 西山富夫「ドイツ刑法思想の発展と末遂・不能犯(二)」名城法学四巻三・四号(昭和一九年)二九頁以下、宗岡嗣郎『客観的未遂論の基本構造』(平成二年)六八頁以下、渡辺真男「不能犯における危険性の概念―ドイツにおける学説の概観」法学政治学論究九号(一九九一年)一六九頁以下参照。

(7) H. GALLEY, *La notion de la tentative punissable*, thèse Caen, 1898, pp. 7 et s.

(8) P. ROSSI, *Traité de droit pénal, avec une introduction par F. HELIE*, 3e éd., t. 2., 1863, pp. 106 et s.

(9) ROSSI, op. cit., p. 152.

(10) E. VILLEY, notes sous Crim. 17 déc. 1874, S, 751, 385 et sous Crim. 1er mai 1879, S, 80, 1, 233.

(11) ROSSI, op. cit., pp. 152 et s.; BLANCHE, *Etudes pratiques sur le code pénal*, t. 1., 1861, n° 8, pp. 8-16; CHAMPCOMMUNAL, *Etude critique de législation comparée sur la tentative*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, vol. 24, 1895, p. 96; VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, 3e éd., 1884, pp. 106-107.

なお、毒殺罪と不能犯との関係については、末道康之「フランス刑法における毒殺罪規定に関する一考察」法学政治学論究一八号一六五頁以下参照。

- (12) 西山・前掲論文三〇頁以下、宗岡嗣郎・前掲書七三頁参照。
- (13) SALEILLE, "Essai sur la tentative et plus particulièrement sur la tentative irréalisable", Rev. pénit., 1897, pp. 64 et s.; GALLET, op. cit., n° 116, pp. 259 et s.
- (14) BLANCHE, op. cit., n° 8; VILLEY, note au Sirey 77, 1, 329.
- (15) A. BESSON, "Le délit impossible" Rev. cri., 1929, p. 338.
- (16) SALEILLE, op. cit., p. 66; GALLET, thèse précitée, pp. 260 et s.
- (17) Montpellier 26 fév. 1852, S. 52. 2. 464; BLANCHE, op. cit., pp. 11 et s.
- (18) BLANCHE, op. cit., pp. 10-11. トルナンサンの事件を検察官として担当した毒殺罪の未遂の成立を否定する見解を支持した彼の意見が裁判所により採用された。
- (19) BLANCHE, op. cit., p. 13.
- (20) Agen 8 déc. 1849, S. 53. 2. 66. note DEVILLE; BLANCHE, op. cit., pp. 9-10.
- (21) BLANCHE, op. cit., p. 15.
- (22) Crim. 6 janv. 1859, D. P. 59. 1. 336; S. 59. 1. 362.
- (23) エンシマンの著述について GALLET, thèse précitée, pp. 239 et s.; CALON, thèse précitée, p. 31.
- (24) J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, 5e éd., par A. DESJARDINS, 1886.
- (25) J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, 3e éd., t. 1., 1879, pp. 346 et s.
- (26) ORTOLAN, op. cit., n° 1002, pp. 453 et s.; HAUS, op. cit., n° 461, p. 347.
- (27) ORTOLAN, op. cit., n° 1003, pp. 454 et s.; Haus, op. cit., n° 462, p. 348.
- (28) HAUS, op. cit., n° 461, p. 347.
- (29) ORTOLAN, op. cit., p. 455; HAUS, op. cit., n° 462 p. 348.
- (30) 西山・前掲論文三三頁以下、渡辺・前掲論文一七一頁参照。
- (31) ORTOLAN, op. cit., pp. 456 et s.

- (32) フランスにおいてこの絶対的不能・相対的不能説はオルトランにより展開された。がその後、オルトラン以外に本説を支持したフランスの学者は見あたらない。
- (33) Crim. 4 nov. 1876, D. P. 78, 1, 33, note LEFORT; S. 77, 1, 48.
- (34) Crim. 12 avril. 1877, D. 77, 1, 33, note LEFORT; S. 77, 1, 329.
- (35) Paris 19 oct 1894, Gaz. Pal. 1894, 2, 108, D. 96, 1, 21.
- (36) Crim. 4 Janv. 1895, B. 108; D. 96, 1, 21.
- (37) Orléans 19 fév. 1895, S. 95, 2, 85; D. 96, 2, 10.
- (38) Crim. 16 juli. 1910, B. 389.
- (39) Crim. 20 mars 1919, S. 21, 1, 233.
- (40) Lefort, note précitée, p. 5.
- (41) J. CONSTANT, Manuel de droit pénal, Livre 1er, 1953, n° 98, pp. 127 et s.
- (42) SALEILLE, article précité.
- (43) GALLEY, thèse précitée.
- (44) M. BERNARD, "notes sur le crime impossible" Rev. pénit. 1902, p. 1006; P. CALON, Etude sur la tentative des crimes impossibles, thèse, Aix-en-Provence, 1907; E. GARÇON, Code pénal annoté, 2e éd., par Rousselet, Patin et Ancel, t. 1., 1952, n° 111-112; BESSON, op. cit., p. 332; DONNEDIEU DE VABRE, Traité de droit criminel et de législation comparée, 3e éd., 1947, n° 252, p. 147.
- (45) SALEILLE, op. cit., pp. 71 et s.
- (46) SALEILLE, op. cit., p. 80.
- (47) SALEILLE, op. cit., p. 81.
- (48) F. VON LISZT, Traité de droit pénal allemand, 17e éd., 1908, traduit par René LOBSTEIN, t. 1. 1911, pp. 297-298 et 308 et s.
- (49) SALEILLE, op. cit., p. 86; GALLEY, op. cit., n° 117, pp. 263 et s.; CALON, op. cit., pp. 41-42.
- (50) SALEILLE, op. cit., p. 86 et s.

- (15) SALELLE, op. cit., pp. 331 et s; GALLEY, op. cit., pp. 282 et s; CALON, op. cit., pp. 77 et s.
- (16) SALELLE, op. cit., pp. 355 et s.
- (17) Crim. 9 nov. 1928, D. P. 1, 97, note HENRY; J. C. P. 29, 239, note GARRAUD.
- (18) Crim. 12 mai 1934, S. 35, 1, 319.
- (19) Crim. 8 juil. 1943, S. 44, 1, 37, note BROUCHOT; D. C. 44, 5, note PERREAU; R. S. C. 45, 260, obs. MAGNOL; R. S. C. 45, 277, obs. HUGUENY.
- (20) Crim. 30 mars 1944, D. A. 44, 89.
- (21) Crim. 28 mars 1950, B. 117; R. S. C. 50, 592, obs. HUGUENY.
- (22) Crim. 19 mai 1949, B. 181.
- (23) Crim. 14 juin 1961, B. 299; R. S. C. 62, 89, obs. LEGAL.
- (24) Crim. 23 juil. 1969, D. 70, 36, 1, note ROUJOU DE BOUBEE.
- (25) 柴 (一) 参照。
- (26) Crim. 15 mars 1994, Droit pénal, juillet, n° 53, p. 7, note M. YERON.
- (27) MAYER et GAZOUNAUD, note précitée.
- (28) R. GARRAUD, Traité théorique et pratique du droit pénal français, 3e éd., t. 1, 1913, n° 237 et s., pp. 84 et s.
- (29) R. GARRAUD, Traité théorique et pratique du droit pénal français, 1er éd., t. 1, 1888, p. 300.
- (30) GARRAUD, op. cit., 1er éd., pp. 303-304.
- (31) GARRAUD, op. cit., 3e éd., pp. 509-510, note 3.
- (32) GARRAUD, op. cit., 3e éd., n° 230, p. 480.
- (33) GARRAUD, op. cit., 3e éd., n° 224, pp. 474-476.
- (34) GARRAUD, op. cit., 3e éd., n° 241, p. 514.
- (35) GARRAUD, op. cit., 3e éd., p. 516.
- (36) GARRAUD, op. cit., 3e éd., n° 242, pp. 515 et s.
- (37) GARRAUD, op. cit., 3e éd., p. 516 et s.

- (74) GARRAUD, op. cit., 3e éd., p. 518 et s.
- (75) 法律の不能概念を肯定する見解について、末道康之・前掲「フランス不能犯論再考」一五九頁以下参照。
- (76) J. -B. DENIS, La distinction du droit pénal général et du droit pénal spécial, L. G. D. J., 1977, pp. 52 et s.
- (77) D. 55, 384; J. C. P. 55, 2, 8582, note PAGEAUD.
- (78) Crim. 18 juil. 1895, D. P. 1896, 1, 56. Voir Ph. CONTE et P. MAISTRE DE CHAMBON, Droit pénal général, 1990, p. 183.
- (79) 末道康之・前掲「フランス刑法における毒殺罪規定に関する一考察」一六五頁以下参照。
- (80) Crim. 29 janv. 1958, B. 103.
- (81) 最近のフランス不能犯論の理論状況については、末道康之・前掲「フランス不能犯論再考」一四九頁以下参照。