

フランスにおける未遂規定の成立

青 木 人 志

一 はじめに

〔フランス刑法第二条〕実行の着手によって表明されたあらゆる重罪の未遂は、行為者の意思とは無関係な事情によって中断され、または、その結果を欠いたにすぎないときは、重罪とみなす。(Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même.)

〔同第三条〕軽罪の未遂は、法律が特別な規定をもつて定める場合にかぎり、軽罪とみなす(原文略)。

すべての重罪と一部の軽罪につき未遂処罰をみとめる

現行フランス刑法の未遂規定の特徴は、①「実行の着手」をもって未遂犯成立のための中核的要素としていること、②任意的中止が行われた場合には未遂犯が成立しないこと、③未遂犯の法定刑は既遂犯に準じること、という三点にある。これらの規定が現在の形になったのは一八三二年の改正によってであるが、その基本的特徴はフランス革命時の立法に起源をもつ。本稿では、革命時代、ナポレオン時代そして七月王政時代のそれぞれの立法府における審議のなかで現行の規定形式が確定していく過程のうち、その背後にある未遂犯思想を探ることにする。わたくしは、フランス刑法を素材とした不能犯論の比較法研究を企図し、これまで数篇の小論を公にしてきたが、⁽¹⁾ある国の不能犯思想はその未遂規定とその背後にある思

想を無視しては語りえないとの認識から、本稿では視野を立法過程にあらわれた未遂犯論一般に広げ、彼我の不能犯論を精密に比較するための前提となる予備的考察をさらに重ねておきたい。

二 一七九一年刑法の未遂規定

統一的な刑法典をもたなかった古法時代のフランスの未遂概念は、カノン法(1)の精神主義的傾向の影響をうけて主観主義的な色彩がつよく処罰範囲も相当広がったとされるが、このような未遂概念は革命時に大きな変容を余儀なくされる。

立憲議会によって設置された刑法制定委員会は、一七九一年五月二三日に第一次草案を議会上程し、同年九月二五日に一七九一年刑法典が可決成立する。これは、フランス初の統一的刑法典で、アンシャン・レژیームの恣意的処罰に対する反省から処罰範囲を極端に縮小するものであった。未遂処罰もきわめて限定され、国家的法益に関する独立の犯罪類型として陰謀等が処罰される場合を除くと、既遂のみならず未遂が処罰されるのは毒殺・謀殺の二罪に限られた。まず、この一七九一年刑法

の未遂規定の成立過程を追ってみよう。

立憲議会に提出された第一次草案には、「国家の外部の安全に対する罪」、「国家の内部的な安全に対する罪」あるいは「憲法に対する罪」という表題のもとに陰謀(machination)・謀議(complot)・加害企図(atentat)・共謀(conspiration)などの行為が一定の条件下で独立罪として規定されていたほか、「人に対する重罪および加害企図」の表題のもとにいくつかの未遂類型が規定されていた。⁽⁴⁾ その特徴はつぎの四点にまとめることができる。

- ① 殺人のうち予謀殺・放火殺・毒殺の三種に限り未遂処罰がみとめられた。

- ② 予謀殺については「攻撃が実行された」こと、放火殺については「住居に火が放たれた」こと、毒殺については「毒殺行為が実行され」、または、毒物が「供与され」、または、毒物が「混入された」ことが、それぞれの未遂が成立する要件とされた。

- ③ 毒殺については中止犯が不処罰とされた。

- ④ 予謀殺・放火殺・毒殺のいずれの場合も、何人の生命も失われなかった場合には刑が短縮された(つまり、未遂は必ず既遂より刑が減輕された)。

この草案が提出された五月二三日には、刑法改正委員会を代表するルベルチェ (Le Pelletier) の報告が行われたが、そのなかではこれらの未遂規定に関しては何の言及もなされていない。しかし、同年六月六日の議会において、国家の外部的安全に対する犯罪の規定を審議するなかで、実質的に未遂に関わる議論が活発に行われた。

この日、ルベルチェは、第二篇第一章「公事に対する重罪および加害企図」の第一節「国家の外部的安全に対する重罪」の第一条および第二条の草案を議会に提示した。その内容は、フランスに対する敵対行為を教唆する目的等で外国勢力と陰謀・内通した者を、敵対行為が現実化しなかった場合には一二年の暗室拘禁刑 (cachot) に処し (第一条)、敵対行為が現実化した場合には二四年の暗室拘禁刑に処す (第二条) というものであった。議論は、現実には敵対行為が行われたか否かによって刑罰に違いを設けることは是非に集中した。

まず、プリュール (Priem) が、社会全体を危険に陥れることを目的とする加害企図ほど重大な犯罪はなく、陰謀・内通が敵対行為を伴わなかったとしてもそれは陰謀・内通者のせいではないという理由を挙げて、敵対行

為の現実化の有無にかかわらず犯人を死刑にすべきだと主張した。これに対し、ガラ (Garat aine) が反論し、陰謀・内通はとがむべき行為ではあるけれども結果を惹起した場合としない場合とを同一視するのは野蛮で、無定見で、理性を欠くので、刑法に賦与せんとした人間性 (humanité) ・理性 (raison) という性格を維持するためには、委員会の草案を採用しなければならないとした。

ルベルチェも、より小さい害悪が行われたときはより少なく処罰するという正義の要請と、害悪が完遂されなかったときには刑を減輕し、犯人に「後悔のための戸」を開け放っておくという公共の利益の要請が一致すること理由に草案を弁護した。しかし、バルナーブ (Barnaube) がプリュールの援護にまわる。完遂された犯罪とそうでない犯罪との間に法律が区別を設けるのは正当である。しかし、国家に対する犯罪は私的な犯罪とは異なり、その完遂は外国勢力に依存しフランス市民によるものではない。それゆえ、祖国に対して武器を向けるように外国勢力を教唆するためになしうるかぎりのことをなしたときに犯罪は既遂に達しているというのである。バルナーブの雄弁は議会に多大な共感を喚起し、草案はプリュ

ールの意見に従って修正されることになる。

抽象的に言えば、この日、議会で結果が犯罪に対し
ていかなる意義をもつかという点が議論されたのである
が、それはあくまでも国家の外部的安全に対する罪との
関連で論じられたことに注意しなければならない。敵対
行為の現実化の有無にかかわらず内通者を死刑とする修
正案が採用されたことは、一見すると未遂・既遂同一刑
主義が採用されたかのようなのであるが、その議論の過程で
確認されたのはむしろ未遂刑減輕主義であるとすべきで
あろう。ガラヤルベルチェの主張は一般論を述べたもの
であり、ブリュールやバルナーブはそれに賛意を表しつ
つ、国家の外部的安全に関する犯罪は、その構造上敵対
行為の現実化をまたずに既遂となることを訴えたにすぎ
ない。後者の見解は、愛国心が高揚し、外国勢力の干渉
が現実の脅威となっていた当時のフランスの政治的・地
理的状況のなかで、大きな説得力をもつものであった。⁽⁸⁾

さて、先にもその特徴を指摘しておいた個人に対する罪
の未遂規定は、修正をくわえられたうえで六月一八日に
議会に提出される⁽⁹⁾（以下第二草案と呼ぶ）。第一草案に
比べて刑罰が重罰化し謀殺・毒殺についても死刑が規定

され、放火殺という独立の犯罪類型がなくなったことが
主な修正点であるが、第一草案同様様に、毒殺の中止犯が
不可罰とされたほか、謀殺・毒殺企行によって何人の生
命も失われなかった場合には刑罰が減輕された。この最
後の点は、六月六日の審議で未遂刑減輕主義が否定され
たわけではないという評価を裏書きする。この第二草案
の未遂規定についての審議は、六月一八日当日にもその
次に刑法改正の審議がおこなわれた六月二一日にも行わ
れず、六月二七日に持ち越された。しかし、二七日には、
ルベルチェはさらに修正をくわえた草案（以下第三草案
と呼ぶ）を準備しており、結局第二草案の未遂規定の部
分は全く議会の審議を経ることなく廃案になった。

六月二七日にルベルチェが議会に提出した第三草案は、
それ以前の草案と異なり、謀殺・毒殺につき、意図した
結果が実現しなくても一定の行為が行われれば既遂と
「みなされる (être réputé)」とした。それにより、第一
次・第二次の両草案が採用していた未遂刑減輕主義が放
棄され、かわって未遂・既遂同一刑主義が採用されたこ
とになる。一七九一年刑法は、草案段階から固定刑制度
をとり一般的な減輕事由制度を想定していなかったので、

これは実質的にかなり重大な変更である。

ここで問題となるのは、そもそも、六月六日の審議においてルベルチェ自身によって支持され、少なくとも謀殺などの個人に対する犯罪に関しては立憲議会の承認を得た未遂犯思想は、未遂・既遂同一刑主義と相容れないはずではなかったかということである。草案はいかなる理由で未遂刑減輕主義から未遂・既遂同一刑主義へと転換したのであろうか。

しかし、この日、ルベルチェは、重大な修正を含む第三草案を理由をなんら説明することなく議会に提出し、議会もその修正についてなんら議論することなく即座に採決し、これを可決している。六月一八日から六月二七日までのわずかに九日間に刑法制定委員会の立場が転換した理由は、立憲議会の議論からは知りえない。ところで、六月二〇日から翌二一日にかけて、ルイ一六世が逃亡を計ったがヴァレンヌで捕らえられ、二五日にパリに連れ戻されるといいうわゆる「ヴァレンヌ事件」が生じたため、この九日間は政治的には激動の九日間であった。未遂規定の内容にこういった政治的な事件が直接影響するとは考えにくいので、第三草案が未遂・既遂同一刑主義

を採るに至った理由は結局のところ謎であるとせざるをえないが、議会が実質的議論をせずこのような修正をみとめたのは、事件の派生的影響であったといつてよからう。二七日午前九時から始まった議会⁽¹⁾では、国王逃亡事件に呼応して各地から国民議会上に寄せられた請願・手紙等の朗読が次々に行われた。それらのうちには、愛国の至情にあふれ憲法や議会对する忠誠を熱情的に誓ったものも多く、議場はしばしば拍手に包まれ、一種の興奮状態のなかで議事は遅々として進まない。議会は、請願等の朗読のためにあらためて特別の本会議を開くことを決議してようやく先に進み、継続審議中であつた軍事委員会のデクレ草案を審議したのち、前日に国王および王妃の声明文を受け取つてきた議会代表の委員の報告をうける。国外逃亡の意図はなかったという両者の声明が朗読されると、議場には皮肉をこめた笑いやざわめきがおこつた。刑法草案の審議が行われたのは、さらにその後のことである。そしてこれはすでに述べたとおりほとんど実質的討議なしに即座に終了している。国王の逃亡という大事件の影響で、後回しにされていた刑法の審議は、その日の閉会間際にあつけなく済まされてしまつた

わけである。第三草案が議会を無修正で通過した背景に、このような歴史の偶然が大きく作用しているとすれば、六月六日には未遂刑減輕主義を支持していた議会が六月二十七日にはその未遂犯思想を放棄し、あらたに未遂・既遂同一刑主義に賛意を表したと断言するのはためらわれ⁽¹²⁾る。

右のような経過を経て一七九一年九月二十五日に可決された一七九一年刑法の最終的な規定は、未遂に関して次のような特徴をもっていた。⁽¹³⁾

①個人に対する犯罪のうちでは、謀殺・毒殺という二つの犯罪類型に限って未遂処罰がみとめられる。

②未遂犯が成立する要件としては、故意の存在および結果の不発生はもちろんのこととして、謀殺については「攻撃が実行された」こと、毒殺については「毒殺行為が実行された」こと、または、毒物が「供与された」こと、または、毒物が一定の飲食物に「混入された」ことがそれぞれ必要とされる。

③未遂犯の処罰は既遂犯に準じる。

④毒殺の中止犯は不可罰とされる。

このように、一七九一年刑法の未遂処罰範囲とその規

定形式は、現行規定とはかなり趣を異にしているが、実質的な外部的行為を未遂成立の要件として規定している点、未遂・既遂同一刑主義が採られている点、中止犯が限定的ながら不可罰とされている点は、それぞれ現行規定と一定の共通性をもつ。つまり、本稿の冒頭に掲げた現行刑法第二条の諸特徴は、その萌芽を一七九一年刑法のうちにすでにみいだすことができるわけである。

三 共和暦四年牧月二二日の法律

一七九一年刑法が未遂に関する総則規定をもたず、未遂の大部分を刑法上不処罰としていることは間もなく不都合と感ぜられるようになり、フランスで最初の未遂に関する総則規定である共和暦四年牧月二二日(グレゴリオ暦では一七九六年六月一〇日)の法律(以下牧月法と略称)の成立をみる。これにより可罰未遂の範囲は一挙に全重罪にまで拡大されることになった。

〔牧月法〕外部的行為によって表明され、実行の着手をとともなうあらゆる重罪の未遂は、被告人の意思とは無関係な偶然的事情によって中断されたにすぎないときは、重罪同様に処罰される(Toute tentative de crime,

manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, sera punie comme le crime même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu.)。

この規定形式が、現行規定の直接の原形をなしていることは一目瞭然である。では、牧月法はいかなる未遂犯思想に支えられて成立したものであろうか。この法律の草案が共和暦四年花月五日に当時の二院制の立法院のひとつである五百人会 (Conseil des Cinq-Cens) に提出された際、草案を起草した委員会を代表してバストレ (Pastoret) が報告を行つてゐる。⁽¹⁴⁾ 草案は翌月の牧月一日に五百人会を通過し、元老会 (Conseil des Anciens) に送られる。法律の発案権も修正権ももたない元老会でも、法案は可決され、牧月法が成立するわけであるが、それに先立ち委員会を代表してトロンシヨ (Tronchet) が五百人会の法律決議案に賛成する報告を行つてゐる。⁽¹⁵⁾ 以下バストレおよびトロンシヨの報告に基づき、同法が具現している未遂犯思想を整理してみよう。

まず、第一の特徴である「実行の着手」概念の登場に

つゞ。

バストレ報告によると、一七九一年刑法の未遂処罰の範囲が狭すぎることはすでに立法議會・国民公会時代に認識され、委員会は実際に立法作業に着手していたという。その背後には、革命体制下の治安維持という緊急の要請が強く働いていたことがうかがわれる。「不処罰は犯罪を大胆ならしめています。いまや法律の剣があびせられてもよいときがまいりました。他人の家屋のなかで合鍵を持つて発見される者がおります。夜間、梯子をかけたままわたくしの中庭や庭園に侵入し、気が付くと携えている道具で戸をこじあけたり窓の錠を壊し始めている者がおります。こっそり武装して室内に忍び込み、家具の後ろや衣装戸棚の中やベッドの下に潜んでいる者があります。そのうち誰も盗みを犯してはいないのです。犯人がその重罪を完全にやり遂げる時間がなかつたからといって、これらの多かれ少なかれ進行した犯罪はあらゆる法律の処罰を免れるというのでしょうか。……夜間、国家の所有地や住居地の市役所に侵入し、保管されている公文書を燃やそうとする者がおります。彼らは、あらゆる手段を、あらゆる放火の手段を携えています。今ま

さに火がつくというときに取り押さえられ、捕らえられたのです。彼らも同じく処罰されないのでしょうか。⁽¹⁷⁾」このパストレの訴えは、五百人会を動かし、元老会の容れるところとなった。その結果、未遂処罰を謀殺・毒殺二罪に限りそれぞれの犯罪類型に応じた具体的行為を要件として規定していた一七九一年刑法の規定形式に代えて、「外部的行為によって表明され、実行の着手をとまなう」すべての重罪の未遂を処罰する規定形式があらたに採用された。

ここで法文上初めて明確に登場した「実行の着手」概念には、二面的な性質が看取されうる。すなわち、巨視的にみると、それは旧体制下の不当な意思処罰の反省のうえに立って、処罰限定のためのいわば「人權の防波堤」として案出されたと規定することが可能である。単なる意思処罰と訣別し外部的行為を処罰の対象とすることが、人間界の司法の限界を正しく認識するものであるとする思想はパストレ報告においても自覚的に言及されている。⁽¹⁸⁾しかし、一方、微視的にみると、この概念は、一七九一年刑法の未遂処罰範囲が狭いことの反省のうえに立って、全重罪に対して未遂処罰を拡大するために案出された技

術的概念であったということもできる。「実行の着手」概念は、その発生において、意思処罰の排除という自由主義的要請をその正当化根拠としつつも、未遂処罰拡大による治安維持という要請に奉仕する現実的機能をもった概念であったわけである。なお、牧月法にいう「外部的行為」と「実行の着手」の関係は判然とせず、のちに議論を呼ぶことになるがそれについては後述する。

次に、第二の特徴である中止犯の不処罰について。

牧月法は、外部的行為によって表明され、実行の着手をとまなう重罪の未遂を、それが「被告人の意思とは無関係な偶然的事情によって中断されたにすぎない」とき、重罪同様に処罰する。行為者が自らの意思で任意的に中止したときには未遂犯は成立しない。一七九一年刑法が毒殺罪についてのみ中止犯の不処罰を規定していたのに対し、牧月法は一律に中止犯を不可罰とする。

パストレはこの点につき、「個人の財産に対して既に開始された侵害が、悔悟や羞恥、または、良心の呵責によって中止されたのであれば、その公的有害性 (*bien public*) の一部が失われることもありえます」と⁽¹⁹⁾言う。「公的有害性」という概念の意味するところは必

ずしも明確ではないが、パストレ自身が言うように、任意的中止によって失われるのがその「一部」にすぎないのであれば、中止犯の一律不処罰を説明するためにはさうになんらかの補足的理由が必要となる。パストレは続けて言う。「思想を実行の着手とみなしてそれを既遂として処罰するのがばかしく残忍なことであるのならば、悔悟にいたることを一切許さないことも同じでありましょう。ああ！悔悟があることを信じようではありませんか。そして、徳 (Virtute) への回帰を拒絶せぬようにしようではありませんか。」⁽²⁰⁾ わたくしは、この叫びのうちに、人間の徳性に対する信頼とともに、不処罰を規定することによって犯人に悔悟・中止を奨励するという政策的意図を聞く。そしてこの政策的理由が、公的有害性の減少という前述の理由とあいまって、中止犯の一律不処罰が正当化されていると考えてよからう。

最後に、未遂・既遂同一刑主義を採用したことについて。この点は、パストレ報告においてもトロンシヨ報告においても、もっとも中心的なテーマとして扱われている観がある。

まず、パストレは、未遂・既遂同一刑主義を採る理由

として、立法議会の委員会の思想や古代ローマの例なども挙げるが、一七九一年刑法の諸規定を中心となる根拠として援用する。第一に、一七九一年刑法は謀殺・毒殺につき未遂・既遂同一刑主義を採っている。第二に、一七九一年刑法は単なる放火の脅迫に対してさえ重い刑罰を規定しているのであるから、実行に着手した未遂の場合にはなおさら厳しく対処してよい。第三に、一七九一年刑法は教唆者・幫助者・武器提供者・準備者・事後従犯者などを共犯として、正犯(既遂犯)と同一の刑を科しているのだから、自らの忠告者・提供者・幫助者・教唆者であり、揺るぎない意思でたくわえた手段を実行に移した者も同一の処罰に値する。この三点がパストレの理由づけの主眼であった。

一七九一年刑法の規定を所与の前提とし、それとの整合性に配慮するばかりで、背後の未遂犯思想自体を批判の対象としない彼の報告からみるかぎり、牧月法は、一七九一年刑法の未遂犯思想を受け継いで未遂・既遂同一刑主義を採用したと評価するのが適当であろう。しかし、既述のように、立憲議会における一七九一年刑法の審議過程において未遂・既遂同一刑主義が採用された経緯か

らは、その背後にある思想がそもそも明確になつておらず、パストレ報告だけではなお牧月法が未遂・既遂同一刑主義を採つた理由を十分に明らかにすることはできない。

そこで、トロンシヨ報告に耳を傾けてみよう。「公共の安全に対するのと同様の重要性を、個人の安全に対しても、個人の財産の保障に対しても与えることができず。そして、重罪を処罰する法律の目的は、それが惹起した損害の賠償にあるのではなく、犯罪者を処罰の恐怖によつて威嚇することによつて社会と市民を犯罪行為から保護することにあるので、外部的な企行によつて確認されたあらゆる重罪の意図 (*Préention criminelle*) が、法律によつて既遂重罪と同一の観点のもとに考慮されるべきことは明白であります。さもなければ、法律は不処罰という希望を与えることによつて犯罪者たちを勇気づけることになりましようし、誤つた人道性 (*humanité*) の原理によつて人類 (*humanité*) 自体に対するもつとも有害な犯罪を増大させることになるでしよう。」⁽²¹⁾

公共の安全と個人 (財産) の安全に同一の重要性を与え、刑法の目的は刑罰の威嚇で市民を犯罪からまもるこ

とにあるとするこの思想は、国家的法益に関する犯罪と個人的法益に関する犯罪とを慎重に区別しつつ、未遂刑減輕主義を構想していた一七九一年刑法第二草案以前の未遂犯思想と比べると、はっきりと市民的社會防衛の要請に彩られている。さらに、外部的企行によつて確認された「重罪の意図」を既遂と同視すべきであるとしている点は、のちに顕在化してくる未遂に関する「主観説」へと連なる思想潮流の濫觴としてよからう。

牧月法の未遂・既遂同一刑主義は、当時市民の間で高まっていた社會防衛という政策的要請に應えるべく刑罰による威嚇を重視し、犯罪意図が外部に確実に現れた時点で既遂と同視する思想に支えられていたのである。

なお、その後共和暦八年霜月二五日の法律第一七条によつて牧月法の規定の適用範圍が拡大され、一定の輕罪についても牧月法の規定する要件のもとで未遂が可罰的とされるようになった。⁽²²⁾

四 一八一〇年刑法の未遂規定

革命が急速に終息にむかうなかで台頭著しかったナポレオンは、共和暦八年 (一七九九年) のブリュメール一

八日のクーデタで第一統領の座にすわり、五百人会・元老会に代えて國務院 (Conseil d'Etat)・護民院 (Tribunat)・立法院 (Corps législatif)・元老院 (Sénat conservateur) という四つの立法機関を設置し、あらゆる立法作業に着手した。政府原案は國務院において諮問審議されたが、治罪法典 (一八〇八年制定)・刑法典 (一八〇一年制定) という二つの刑事立法の審議は二期に分かれ、第一期の審議は一八〇四年五月二日から同年二月二〇日までの間になされ、第二期の審議は一八〇八年一月二三日から一八一〇年一月一八日の間に行われている⁽²³⁾。

一八一〇年刑法の未遂規定である第二条・第三条の草案が初めて國務院の審議に付されたのは、一八〇八年一〇月四日のことであつた⁽²⁴⁾。そして、この日のうちに未遂規定の骨格がほぼ確定する。帝国大法官カンバセレス (Cambacères) が議長をとめるこの日の審議において、トレヤール (Treillard) が提出した第二条・第三条の第一草案は左のようなものであつた⁽²⁵⁾。

〔第一条第一草案〕 実行の着手によって表明されたあらゆる重罪の未遂は、行為者の意思とは無関係な事情に

よつて中断されたにすぎないときは、重罪とみなす。
(Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le crime même.)

〔第三条第一草案〕 軽罪の未遂は、法律が特別の規定をもつて定める場合にかぎり、軽罪とみなす (原文略)。
この第一草案に対して、コルベット (Corvetto) は、重罪についてはすべての未遂を処罰し軽罪については法律の規定がある場合に限つて未遂を処罰するという扱いの違いは正当化されるのか、また、国家の安全が危殆化される場合などはさておき、激情や錯誤で犯罪に赴いたが中断した者までを既遂と同様に処罰するのは行き過ぎではないか、という二つの疑問を呈し、重罪についても未遂が既遂と同一に処罰される場合は法律で特別に規定することを提案した。ペランジェ (Berenger) も、予謀がある未遂は既遂同様に処罰してもよいが、予謀がない重罪の未遂を既遂同様に処罰するのは正義に反するとして、この提案に賛成した。また、この点に関連してドゥ

フェルモン (Deferron) が、未遂の擬律および量刑については裁判官に広い選択の幅を与えることを提案した。

これらの意見に対するトレヤールの反論の趣旨は次のようなものであった。法律が後悔のための道を閉ざさず、行為者の意思により中断された未遂を不処罰とすることは正義および社会の利益に合致している。なぜならば中止者と続行者を同一に遇することは犯罪を促進することになるからである。しかし、行為者の意思とは無関係な事情によって中断された場合、行為者はみずからなしかるかぎり重罪を實行しているので、完遂した場合と同程度に罪ある (coupable) 者であって、刑罰の減輕は不可能である。また、未遂処罰を法律の特別な規定がある場合に限るのは、未遂が処罰されない重罪があることを宣言することになって不都合である。ただし、軽罪については、未遂が十分特徴的な事実によって表明されない場合があるので法律の規定による限定が必要である。さらに、裁判官の選択の幅について言えは、法定刑に上限と下限があるので既にそれは与えられている。

国務院は、トレヤールの説明を聞いて原案の基本的構想を承認することになるが、議長のカンパセレスによつ

て、牧月法の規定形式を法典に採用することが提案された。トレヤールも、国務院立法部は牧月法にいう「外部的行為」と「実行の着手」は同一の要件であつて併せて規定するのは無益であると考へて第一草案には前者を用いなかつたことを明らかにしつつも、この提案にはあえて異を唱えなかつた。そのため、この日の決定内容をふまえて翌一八〇九年二月二日に国務院に提出された第二草案の第二条は、表現上のわずかな違いはあれ牧月法の規定内容を忠実に踏襲し、次のようなものとなつた。⁽²⁵⁾

(なお、第三条は、一八一〇年刑法の規定まで第一草案がそのまま引き継がれることになる)。

〔第二条第二草案〕 外部的行為によつて表明され、実行の着手をともなうあらゆる重罪の未遂は、行為者の意思とは無関係な偶然的事情によつて中断されたにすぎないときは、重罪とみなす。(Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites et indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le crime même.)

この規定形式は、その後一八〇九年七月二二日および同年一〇月三日にそれぞれ国務院本會議に提出された第三草案および最終草案にそのまま引き継がれる。そして、第二草案提出から最終草案提出までの間に国務院において第二条に関する議論が行われた形跡はない。

最終草案が立法府の立法委員会に公式に伝達された後、一八〇九年一二月二九日に謀殺罪規定との関連で第二条の修正が委員会から要請される。その内容は、草案の文言では他人の殺害を予謀した者がピストルで狙撃したが命中しなかったような場合（いわゆる欠効犯の場合）が第二条の適用を受けない疑いがあるので、処罰の間隙をなくしておくために「中断された」場合のみならず「結果を欠いた」場合も明文で処罰を規定しておくべきであるというものであった。⁽²⁸⁾この委員会見解が翌一八一〇年一月一八日の国務院本會議において採用され、さらに一部文言の修正を経て、第二条の草案は次のように確定する。⁽²⁹⁾

〔第二条確定草案〕 外部的行為によって表明され、実行の着手をともしなうあらゆる重罪の未遂は、偶然の、または、行為者の意思とは無関係な事情によって中断され、

または、結果を欠いたにすぎないときは、重罪とみなす。
(Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs es suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le crime même.)

この確定草案は、一八一〇年二月一日の立法府本會議において、国務院代表の政府側弁士であるトレヤールによって理由を付して提案される。その提案理由は言う。「犯人はその重罪をみずからなしうるかぎり遂行したのであるがゆえに、法律が重罪に対して規定している刑罰を科せられるのです。すでに公共の安全の要請でこの規定は生ぜしめられており、それはこの文言のままが法律の一つに書かれております〔引用者注・牧月法を指す〕。この規定は、謀殺と毒殺の未遂に既遂と同一の刑を科していた一七九一年刑法の必然的な発展であるということさえできます。」⁽³⁰⁾

また、同年二月一二日に行われた立法委員會議長ドベルザール(Daubersart)による可決勧告(vœu d'adop-

tion)は第二条に触れてこう述べる。「重罪の未遂もまた規定されねばなりません。外部的行為によって、実行の着手をともなつて重罪の意思 (volonté d'un crime)を示した者は、偶然の事情がその遂行を妨げたのであれば、それを完遂しなかつたからといってそれだけ罪が軽いわけではありません。」立法府はこの勧告を聞いて、第二条を含む刑法典の通則ならびに第一部を同日中に可決したのであつた(公布は一〇日後の二月二二日)。

以上、一八一〇年刑法の未遂規定が成立する経緯をみた。ここでその成立過程にあらわれた未遂犯思想を簡単に整理しておこう。

まず、「実行の着手」概念について。

牧月法制定時には積極的にその意義が論じられたこの概念については、一八一〇年刑法の審議過程ではほとんど議論されていない。牧月法をふまえて「実行の着手」概念を第一草案から一貫して採用した一八一〇年刑法の審議においては、その必要性・正当性については出発点において共通の了解が存在していたからであろう。一八〇八年一〇月四日の國務院における審議で「実行の着

手」と「外部的行為」の異同がわずかに問題になったが、その關係は曖昧にされたままであつた。

次に中止犯の不可罰について。

この点については、一八〇八年一〇月四日の國務院におけるトレヤール発言がその理由を述べている。すなわち、中止犯を不可罰とするのは正義にかない、後悔を奨励し犯罪を抑止することが社会の利益にもなるという理由である。牧月法制定過程でもあらわれていた理由が、ここではより明確なたちで述べられている。

最後に未遂・既遂同一刑主義を採ることについて。

これについてはトレヤールが國務院と立法府で繰り返し理由を述べている。すなわち、行為者はみずからなしうるかぎり犯罪を遂行したのであるから既遂と同一の刑を科されるといふのである。(ちなみに、すでに一七九一年刑法の審議において、外国との内通者に対し、敵対行為の現実化の有無を問わず同一の刑罰を科すために、類似の理由が援用されたことがあつた。しかし、そこでは敵対行為という結果が外国勢力という第三者の関与があつて初めて現実のものとなることが前提とされていたのであつて、結果発生に第三者の関与を必要としない犯

罪についても行為者がなしうるかぎり犯罪を遂行すれば既遂と同視してよいとするこの見解との間には径庭がある。この見解は、行為者の意思の悪性や将来の危険性に直接言及するものではないが、客観的な結果を度外視して主体 (subject) に着目している点で「主観主義的な (subjective)」見解であると言える。この評価は、外部的行為や実行の着手によって「重罪の意思」が示されたことを重視するドベルザールの見解にもあてはまる。一八一〇年刑法は、一七九一年刑法のように硬直した固定刑制度を採らず法定刑に幅をもたせていたので、第二条で未遂・既遂同一刑主義を採ってもそれは宣告刑の同一を意味するわけではないという事情もあって、これらの主観主義の見解が国務院・立法院において容易に受け容れられたものと考えられる。

五 一八三二年四月二八日の法律による改正

一八一〇年刑法の公布後間もなく、可罰的未遂の成立要件としての「外部的行為」と「実行の着手」の関係をめぐって実務に混乱が生じた。破棄院一八一三年七月一日判決は、未遂が実行の着手をともなつたと陪審が宣言し

たときには、必然的に外部的行為によって表明されたことになると判示した。しかし、この判例は必ずしも下級審には受け容れられず、たとえばトゥールーズ控訴院一八二五年八月一日判決は、これらの二要件はそれぞれ独立して、ある行為が外部的行為とみなされる場合でも、それが同時に実行の着手とはみなされえないとしていた。⁽³²⁾ この混乱は、一八三二年四月二八日の法律による刑法の大幅改正の際に、立法的に解決されることになる。

一八三一年八月三十一日の代議院 (Chambre des Deputés) 本会議に提出された刑法改正政府草案の第一七条は、同年一月一日提出の委員会草案第二〇条になり、同年二月七日に代議院を通過する。貴族院 (Chambre des Pairs) に審議が移ってから、一八三二年一月九日提出の政府草案第二二条、同年三月八日提出の委員会草案第一二条がともに代議院で維持された政府草案を踏襲した。同年三月一六日に貴族院が無修正でこれを可決した結果、一八三二年四月二八日法のなかに入ったのが、本稿の冒頭に掲げた現行刑法第二条の規定であった。具体的にはこの改正により、一八一〇年刑法第二条にあった「外部的行為」という要件が削除され「実行の着手」

のみが規定されることにより、前述の破棄院判例の立場にそつた解決がはかられた。同時に、「偶然の、または、行為者の意思と無関係な事情」という部分から「偶然の、または」という文言が削除され、未遂成立要件の整理が行われた。

では、この改正の審議過程ではいかなる未遂思想があらわれているであろうか。

まず、代議院における審議をみてみよう。

政府草案提出の際の国聖尚書バルト (Barthe) による提案理由説明のなかでは、未遂規定の改正については触れられていない。⁽³⁴⁾しかし、委員会草案提出の際にデュモン (Dumon) が行った報告のなかでは、わずかな言及がある。⁽³⁵⁾その趣旨は、陪審があらたに一般的な軽減事由の存在認定権限を得ることにより、未遂を軽減事由とすることが可能になるので、犯罪の重さには惹起された損害の大きさに依存する部分があるとしても、法律上は一律に未遂と既遂を同視しておいてかまわないというものであった。これに対し、未遂は既遂に比べて刑一等を減ずるべきだとする修正案が、ペルシ (Parsi)、ガエタイン・ド・ラ・ロッシュブロー (Gaétin de La Rochefou-

cauld) の二名によって提案された。そして後者は、一八三一年二月二日の本会議においてかなり長い演説を行っている。その言わんとすることは要するに、犯罪の重さをはかる学説に三説あって、それぞれ、犯人の意思の悪性、社会に対して惹起された損害の大きさ、国民の習俗・感情に反する度合といった基準を措定するが、いずれの立場をとっても未遂は既遂よりも罪質が軽い、というものであった。⁽³⁶⁾結局、この修正案は採決の結果否決され未遂・既遂同一刑主義が維持されることになるのだが、代議院がいかなる未遂犯思想に基づいてこの決定をなしたかは、明確ではない。

審議が貴族院に移ってからも、バルトの政府案説明のなかには未遂に関する言及はない。⁽³⁷⁾しかし、委員会草案提出の際に報告者バスタード (Bastard) は次のような注目すべき見解を述べている。「わが法律が重罪と同一の刑罰で処罰している重罪の未遂については、より単純でより明確な定義が与えられました。重罪の未遂には、重罪に科される刑罰より軽い刑罰のみが科されるべきであると考へた方もありますが、委員会はこの見解には与しません。二つの場合とも悪性 (perverse) は同一で

あり、あらたに付与される権限によって、陪審が、既遂に達した重罪と単なる未遂の間にみいだされうる道徳上の相違をみとめることができるようになったからです。⁽³⁸⁾この見解は、未遂刑減輕主義を明示的に排したうえで、未遂も既遂も「悪性」の違ひはないとする。ここで言う「悪性」は、定義こそされていないが、結果が度外視されていることは確かだ、おそらくは行為者(意思)の邪悪性を指していると思われる。そうだとすると、この見解はきわめて主観主義的な見解である。その後、貴族院ではなんら実質的な議論をせずにバスタールの提案を可決しているところから、一九三二年四月二八日の法律による改正の際には、未遂に関する「主観説」が貴族院によって確認されたと評価してよからう。

六 不能犯論との関連

以上でフランス刑法の未遂規定成立過程にあらわれた思想の概要を明らかにしえたとおもう。最後に、わたしが課題としている日仏不能犯論の比較研究との関連において、本稿で明らかにした内容がいかなる意味をもちうるかにつき簡単に展望し、まとめとする。

まず、注目されるのは、一七九一年刑法の審議過程から一八三二年の改正にいたるまで、不能犯の問題が立法過程で議論されたことは一度もないということである。そもそも「不能犯」概念を知らなかった立法者にとって、その立法化などは思いもよらなかったに違ひない。ところで、わが国では、最終的には成文化されなかったものの、ボアソナード起草にかかる旧刑法の草案にすでに不能犯の不可罰がうたわれていた。不可罰な不能犯をみとめる思想が、立法者意思として未遂規定に内在していたわが国とそうでないフランスとは、不能犯論の出発点において著しい差異があるのみならず、その後の発展のための土壌が異なっていたと言わなければならない。⁽⁴⁰⁾第二に、現行第二条の成立にいたるまでに、未遂犯について主体である行為者に着目する「主観説」が立法院内で徐々に顕在化している事実が注目される。フランス不能犯論における近代的「主観説」の登場は、フランス刑法が古法以来一貫して未遂犯(不能犯)について「主観説」を採ってきたとする一九世紀末のサレイユ論稿をまたねばならぬが、この事実はサレイユの主張の正当性を裏づける。⁽⁴¹⁾不能犯に関する「主観説」は今世紀に入って続々と支持

者を増やし、現在もなおフランス刑法学の通説たりえている。学説の客観主義化が目立つわが国不能犯論の現状とは好対照をなすこの現象を理解するためには、他の複雑な諸要因とともに、これらの事実をつねに念頭におかなければなるまい。

- (1) 青木人志「フランス刑法における不能犯判例の変遷」一橋研究第一一巻第三号(一九八六)一七頁、同「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—」一橋研究一二巻第三号(一九八七)三三頁、同「フランス不能犯判例のあたらしい動き—破棄院一九八六年一月一六日判決について—」一橋論叢第九八巻第五号(一九八七)一五九頁、同「レイモン・サレイユの不能犯論」一橋研究第一三巻第一号(一九八八)二二頁、同「ガローの不能犯論と富井政章の不能犯論—小林好信教授への疑問を契機として(上・下)」法律時報第六〇巻第一二号(一九八八)七五頁、第六一巻第二号(一九八九)八四頁以下。
- (2) 本稿のテーマに直接関連する従来の業績として、江口三角「フランス刑法における未遂犯」愛媛大学紀要(社会科学)第五巻第三号第一分冊(一九六六)一頁がある。
- (3) H. Gallet, *La notion de la tentative punissable*, Paris, 1898, pp. 71—76.
- (4) Archives Parlementaires de 1787 à 1860 (以下A.

P. と略), Première Série, 1887, tome XXVI, pp. 340—341.

- (5) A. P., op. cit., pp. 319—332. なおこの報告の全訳と解説として、沢登佳人・藤尾彰「フランス一七九一年刑法草案に関するル・マルテュ報告」法政理論第一八巻四号(一九八六)一五〇頁がある。

- (6) A. P., Première Série, tome XXVII, pp. 7—10.
- (7) 「暗室拘禁刑」という訳語は沢登・藤尾両教授の前掲論文(一八四頁)にしたがった。

- (8) 一七九一年八月二七日にはオーストリアのレオポルド二世とプロシヤのウイルヘルム二世が、フランス革命阻止のためフランスへの武力干渉を示唆するビルニッツ宣言を発してゐる。

- (9) A. P., Première Série, tome XXVII, pp. 305—306.
- (10) A. P., Première Série, tome XXVII, p. 554.
- (11) A. P., Première Série, tome XXVII, pp. 54—554.
- (12) 未遂・既遂同一刑主義が議会の意思と完全に矛盾すると断言する見解として、エム・イサエフ(中山研一訳)「一七九一年のフランス刑法典」法学論叢第八〇巻四号(一九六七)一一一頁がある。
- (13) 本稿では紙幅の関係上一七九一年刑法の具体的な条文の掲載は割愛せざるをえなかったが、立命館法学第九六号(一九七二)六五頁以下に当該諸規定の翻訳がある(内田博文・中村義孝共訳「フランス一七九一年刑法典」)。

- (4) Gazette Nationale ou Le Monteur Universel (西 1 G. N. 4 卷) n. 219 (Nondi, 9 floral, l'an 4), p. 876 et n. 220 (Décadi, 10 floral, l'an 4), p. 878; E. Eisenmann, "Die Grenzen des strafbaren Versuchs", Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, 1893, pp. 517—520.
- (5) G. N., n. 260 (Décadi, 20 prairial, l'an 4), p. 1040.
- (9) G. N., n. 268 (Octodi, 28 prairial, l'an 4), p. 1071.
- (17) G. N., n. 219, p. 876.
- (31) 「犯罪の頭のなかで密かに起るべき法律の停止を認めざるは、思想を人間の神との関係にたかなるべし」といふ語句の語句に「(ibid.)」
- (51) G. N., n. 220, p. 878.
- (52) Ibid.
- (53) G. N., n. 268, p. 1071.
- (22) Gallot, op. cit., p. 83, note (6).
- (23) Sabatier, "Napoléon et les Codes criminels", Revue Pénitentiaire (西 1 R. P. 4 卷), 1910, pp. 905—906.
- (24) 西 1 國 法 學 報 の 著 者 氏 Loaré, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, tome XXIX, 1831, pp. 103—107 2 記 載 の 下 2 行 。
- (52) Loaré, op. cit., tome XXIX, p. 94.
- (29) Loaré, op. cit., tome XXIX, p. 127.
- (27) Loaré, op. cit., tome XXIX, p. 152 et p. 170.
- (38) Loaré, op. cit., tome XXX 1832, pp. 447—448.
- (52) Loaré, op. cit., tome XXIX, p. 192 et tome XXX, p. 462.
- (33) G. N., n. 38 (7 février 1810), p. 158.
- (15) Loaré, op. cit., tome XXIX, pp. 215—216; G. N., n. 50 (19 février 1810), p. 201.
- (25) E. Garyon, Code Penal Annoté, nouvelle éd., 1956, tome 1, p. 22.
- (33) 西 1 法 律 學 報 殘 虐 刑 を 廢 止 する 法 定 刑 を 全 般 に 輕 減 する 多 くの 重 罪 を 輕 罪 化 する 議 決 事 由 (circumstances atténuantes) の 存 在 確 認 権 限 を 著 者 氏 に 移 した 事 1810 年 刑 法 の 刑 罰 を 大 體 に 緩 和 する 事 を 并 列 して 記 載 した 事 。
- (45) A. P., Deuxième Série, tome LXIX, 1888, pp. 434—438.
- (55) A. P., Deuxième Série, tome LXXI, 1889, p. 478.
- (36) A. P., Deuxième Série, tome LXXII, 1889, pp. 212—213.
- (45) A. P., Deuxième Série, tome LXXIII, 1890, pp. 691—695.
- (38) A. P., Deuxième Série, tome LXXVI, 1890, p. 157.
- (38) A. P., Deuxième Série, tome LXXVI, p. 444.
- (44) 著 者 氏 ・ 未 遂 犯 の 研 究 (一 九 八 四) 四 十 頁 以下 參 照 。

わめて客観主義的な見解から出発したことにつき、前掲拙稿「ガローの不能犯論と富井政章の不能犯論—小林好信教授への疑問を契機として・下」を参照。

(41) R. Saleilles, "Essai sur la tentative et plus particulièrement sur la tentative irréalisable", R. P., 1897, p. 53 et p. 321. サレイユ説の詳細とその不能犯学説史上の

位置づけについては、前掲拙稿「レイモン・サレイユの不能犯論」を参照。

* 本稿は、文部省科学研究費補助金(奨励研究A)による研究成果の一部である。

(日本学術振興会特別研究員)