《研究ノート》

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——

青木人志

目次

はじめに
I 一九八六年判決
II 一九八六年判決の判例法上の意義
1 死体に対する殺人企行に関するはじめての破棄院判決
2 主観説の確認
III 一九八六年判決への学説の対応
1 肯定的評価 (J. Pradel)
2 否定的評価 (D. Mayer; C. Gazounaud)
3 考察

はじめに

一九八六年一月一六日フランス破棄院は、死体に対する殺人企行の可罰性を肯定する判決[1]（以下一九八六年判決と略称）を下した。この判決は、「不能犯 (délit impossible)」の可罰性をめぐって、ダイナミックな変遷を経験してきたフランスの判例史上、重要な意義を有すると同時に、フランスの不能犯学説にも、少なからず波紋を及ぼすと考えられる。本稿では、この一九八六年判決の内容を紹介し、若干の検討を加えることにより、フランス刑法における不能犯論の現状の一端を明らかにしたい。

I 一九八六年判決

〔事実の概要〕

本判決の判旨によれば、事案は「被告人P（破棄申立人）は、Wが既に死亡していたにもかかわらずWが生きていると誤信し、殺意をもってその頭部をピン（または鉄の棒）で殴り頸部を縄（または鉄の棒）で締めつけた」というものである。[3]

この事案につき予審を行った原審パリ控訴院重罪公訴部は、一九八五年七月一一日、故意殺人のかどで、事件をレソヌ重罪院へ移送する判決を下した。これに対し被告人Pは、破棄院に対し破棄申立を行ったが、主な申立理由はつぎの二点であった。

① 〔実体法上の理由〕 Pの行為時に、Wが既に死亡していたにもかかわらず、Pを故意殺人罪に問擬することは、「実行の着手により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り中断され、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」と規定している刑法第二条に反する。

②〔手続上の理由〕　原判決は、判決理由（motifs）においては、PはWの頭部をピンで殴り、縄で頸部を締めたと述べつつ、主文（dispositif）においては、Pは鉄の棒でWの頭部を殴り、頸部を締めたとしている。[3] これは、「重罪控訴部の決定ならびに終審としてした判決に理由を付していないとき、または、その理由が不十分であって、破棄院が統制を及ぼすこと、および、主文において法律が守られたかどうかを認識することができないときは、これを無効と宣告する」と定める刑事訴訟法第五九三条第一項にいう理由不備にあたる。

〔判旨〕

〔申立理由①について〕「Pが、Wはまだ生きていると信じて、それを死に至らしめる意図で暴行を加えたことが確証されたならば、故意殺人未遂罪の成立にとって、被害者が既に死んでいたということは重要ではない。この事情は、行為者の意思とは無関係な事情であり、上述の暴行は、刑法第二条の意味の実行の着手を構成する。よって、申立理由は、斥けられるべきである。」

〔申立理由②について〕「あらゆる判決は、その決定を正当化するために適切な判決理由を含んでいるべきであり、判決理由と主文との間の齟齬は、判決理由の欠如に等しい。（中略）重罪公訴部は矛盾したことを述べており、破棄院は統制を及ぼしえない。よって、この申立項目により、〔原判決は〕破棄される。」

このように、破棄院は、判決理由と主文の事実認定の齟齬が、刑事訴訟法第五九三条第一項の破棄事由にあたるとし、原判決を破棄したが、その際あえて不能犯に関する実体法上の判断も示し、行為時に被害者が既に死亡していたとしても、故意殺人未遂罪成立の妨げにはならないことを言明したのだった。

ここで、直接の破棄事由となった手続法上の問題点は、本判決の不能犯判例としての意義を検討しようとする本稿の関心の射程外にある。よって、以下では、死体に対する殺人企行の可罰性につき、破棄院が下した実体法上の判断に焦点をしぼって論述をすすめる。

II　一九八六年判決の判例法上の意義

1　死体に対する殺人企行に関するはじめての破棄院判決

一九八六年判決は、死体に対する殺人企行の可罰性をめぐって、破棄院がはじめて判断を示したものである。

下級審判決としては、被告人たる父子が、相前後して被害者を狙って発砲したが、被害者は一瞬早く発砲した父親の銃弾により即死し、子が発砲した瞬間には既に死亡していたという事案につき、父子ともに判決裁判に付す決定をしたパリ控訴院一九四六年四月九日判決が存在する。[4] しかしながら、この判決は、予審判決であるうえに、そもそも不能犯が問題となる事例かどうかにつき疑義が残り、[5] 先例としての価値は必ずしも大きくない。それゆえ、法解釈の統一性を保障する使命を帯びた破棄院が、死体に対する殺人企行の講壇事例を地でいくような純粋な

不能犯事例につき、積極的に判断を下したことは、フランスの判例史上、きわめて大きな意義をもつことだといえよう。

2 主観説の確認

不能犯に関するフランスの学説は、不能犯を一律に不可罰だとする「客観説」、その反対に、不能犯は原則として可罰的だとする「主観説」、不能概念を絶対的不能・相対的不能に分け、前者のみを不可罰とする「絶対的不能・相対的不能説」、不能概念を法律的不能・事実的不能に分け、前者のみを不可罰とする「法律的不能・事実的不能説」の四説に大別することができる。[6]

死体に対する殺人企行という事例に、それぞれの説を適用すると、客観説によれば、それが客観的に不可能な企行であるために当然不可罰とされるほか、絶対的不能・相対的不能説によっても、法律的不能・事実的不能説によっても、それぞれ絶対的不能または法律的不能の事例とされ、不可罰となる。[7] そして、行為者の危険性を可罰性の根拠とする主観説のみが、その可罰性を肯定することになる。一九八六年判決は、伝統的な判決定式にのっとり、多くの理由づけを語るものではないが、結論からいって、主観説に依拠するものだとするのが正当であろう。

ところで、不能犯に関するフランスの判例理論の変遷を図式的にとらえると、窃盗罪につき客体の不能が問題となった破棄院一八七六年一一月四日判決、堕胎罪につき手段の不能が問題になった破棄院一九二八年一一月九日判決という二つの判決を区切りとして、①客観説的志向が看取される第一期（一八一〇年～一八七五年）、②絶対的不能・相対的不能説が優勢な第二期（一八七六年～一九二七年）、③主観説が支配的な第三期（一九二八年以降）という三つの時期に分けることができる。第三期の主観説は、今世紀前半の多数の判決に採用され、判例理論として揺るぎない地位を築いてきたが、ようやく近年になって、下級審判決ながら客観説に親和性をもつナンテール軽罪裁判所一九七九年五月四日判決があらわれた。[8] わたくしは前稿で、この判決を契機に、主観説の見直しが始まるのかどうか、今後の判決の動向が注目される旨を述べておいた。[9] これに対し、一九八六年判決は、明瞭な否定的回答をよせた。つまり、一九八六年判決によって、不能犯の可罰性が断固として確認されることにより、判例における主観説の再検討の胎動は、幻想にすぎなかったことが明らかになった。

なお、一九八六年判決が、主観説の堅持という判例の当面の方向性を明確にしたことは、裏をかえせば、主観説以外の説による判例の説明が困難になったことを意味する。特に、法律的不能・事実的不能説による判例の統一的説明が困難になったことに注意すべきである。判例の立場が、客観説→絶対的不能・相対的不能説→主観説と推移してきたとする通説的理解によらず、判例は一貫して法律的不能・事実的不能説を採っているとする見解が現在でも少数ながら存在するが、[10] 既述のとおり、一九八六年判決の結論は法律的不能・事実的不能説によっては説明することができず、今後、判例説明の論理として法律的不能・事実的不能を用いようとする際に、この判決が大きな障害

となることは必至である。

Ⅲ　一九八六年判決への学説の対応

一九八六年判決に対しては、二つの対照的な評釈が発表されている。ひとつは、ポワチエ大学のプラデル (J. Pradel) による好意的な評釈[11]、もうひとつは、パリ第十大学のマイエル (D. Mayer)、ガズノ (C. Gazounaud) 両名の連名による批判的な評釈[12]である。不能犯の可罰性については、フランスでも、新古典主義と実証主義の対抗関係を軸として一九世紀以来「激しく終わりなき論争」が続いてきた。二つの評釈は、不能犯の可罰性をめぐって、現在もなお学説上尖鋭な対立が存在することを示している。

1　肯定的評価 (J. Pradel)

プラデルは、その評釈中に、「妥当な解決 (Une solution heureuse)」という小見出しを設け、一九八六年判決は、①法律解釈、②判例、のいずれの観点からも実定法に反するものではなく、③よき刑事政策とも一致する、と論じる。以下はその要約である。

①未遂 (tentative) に関する刑法第二条は、結果達成の可否に影響されない。なぜならば、「死体を攻撃することによって殺そうとすることはできる (pouvoir tenter de tuer) し、空の自動車に侵入して盗もうとすることはできる (pouvoir tenter de voler)。定義により、未遂の理論は、既遂では処罰されえない場合の処罰を可能ならしめている」(Prothais) からである。一九八六年判決の、「故意殺人未遂罪の成立にとって、被害者が既に死んでいたということは重要ではない。この事情は行為者の意思とは無関係な事情である」という判示は、この考え方にもとづいている。刑法第二条を単純に文字どおり読めば、被害者の事前死亡を含め、結果の不能一般は、未遂成立の妨げにならないことになり、被害者の事前死亡は、実行の着手時に警官が不意に出現した場合などと同様に、「行為者の意思とは無関係な事情」のうちに数えられる。

くわえて、不能犯は、欠効犯 (infraction manqée) と同視され、欠効犯の特殊な場合である[13]。そして、刑法第二条により、欠効犯は着手未遂 (tentative dont la tentative est interrompue) と同視されている[14]。よって、着手未遂と不能犯は、同一平面上に位置づけられる。

②従来の不能犯に関する判例も、処罰の原則を保持している。例えば、空ポケットからの窃盗企行、不適当な手段による堕胎企行、窃取すべき財物が存在しない自動車からの窃盗企行などは、いずれも可罰的だとされた[15]。さらに判例は、妊娠していると想像される婦女 (femme supposée enceinte) が、一九三九年七月二九日のデクレ・ロワにより、妊婦 (femme enceinte) と同視されるようになる前から、非懐胎の婦女にたいし堕胎の指示 (instruction) を与えた医師を、堕胎未遂罪で処罰していた[16]。

また、判例によれば、複数の者により行われた身体に対する犯罪で、最も重大な攻撃 (例えば致命傷) を与えた者を特定す

ることができない場合は、全犯行参加者に不可分に、この結果を含んだ罪名（qualification）が適用される。[17] この判例は、一九八六年判決とはもちろん事案を異にするが、死体に対する故意の殺人企行の可罰性を、公準として仮定（postuler）しているのである。

③一般的利益（intérêt général）の見地からは、死体に対する殺人企行の処罰が必要である。なぜならば、「社会的必要の見地からは、あらゆる不能犯の処罰が要請される。正義と平等の理念が同じく処罰を命じ、世論もそれを要求する」（Saleilles）からである。現代の論者（特にドイツの論者）には、特定の行為が共同体（collectivité）に与える印象（impression）、すなわち、法秩序の実効性（vigueur）に対する共同体の信頼を動揺せしめる危険性に、不能犯の可罰性の基礎をおくものもいる。この基準は少々曖昧であるが、死者に対する殺人企行という明白な危険性を示す行為の可罰性を肯定することを可能にする。

個人（individu）の観点から、犯罪的意思（intention criminelle）に認められる重要性が、同一の結果をみちびく。行為者は、被害者が生きていると信じていたというのに、「たまたま」死体を攻撃したからといって、不処罰という恩恵をこうむることなど、どうしてみとめられようか。（不可罰とする）法律的不能の理論は、わが実定法全体に浸透している主観主義的潮流に反している。

以上のように、プラデルは一九八六年判決の妥当性を論じたが、「迷信犯（infraction surnaturelle）」や「幻覚犯（infraction putative）」[18] の可罰性までは肯定していない。プラデルは次のように続ける。

④わが実定法中に、いまだ不能犯のオアシスが存在しているという反論があろう。しかし、それは、不能犯概念に訴える以外の方法により不可罰が説明されうるばあいなので、正確な反論ではない。

迷信犯が処罰を免れるのは、単に行為者の精神異常のゆえにであるか、あるいは、実行の着手が存在しないからである。幻覚犯が処罰されないのは、罪刑の法定原則（le principe de légalité）のゆえにである。

幻覚犯の不処罰と、実現不能犯（infraction irréalisable）の処罰を同時に認めることは、矛盾していない。幻覚犯においては、刑法によって保護されている権利（droit）の侵害が存在せず、その行為は、立法者が、公の秩序にとって危険であると評価しているものではなく、繰り返し行われても、決して社会を動揺させるものではない。反対に、不能犯においては、行為者は危険であり、社会の利益が侵害されなかったのは、たまたま結果が不能であったというひたすら例外的な理由による。生きている人間を攻撃すると信じて、死体に暴行をくわえる者は、今度は生きている人を攻撃する危険のある者なのだ。

2　否定的評価（D. Mayer; C. Gazounaud）

プラデルと反対に、一九八六年判決を厳しく批判するのが、マイエル＝ガズノの評釈である。両名は、①判例の用いている

実行の着手概念に照らせば、一九八六年判決の事案は実行の着手が欠け、不可罰になるべきであったのに、破棄院が可罰性をみとめたことは、不当な意思処罰である、と論難し、②幻覚犯概念の欺瞞を衝いて、個人の自由の保障という刑法の役割を強調する。その説くところを要約してみよう。

①実行の着手概念に関する判例は微妙で、分析が容易ではないが、少なくとも、実行の着手概念を統制している破棄院は、実行の着手と、既遂犯罪（infraction consommée）との間の因果関係を要求している。換言すると、可罰的であるためには、実行の着手がはっきりと、既遂への行程のうえに位置づけられていなければならないことを要求している。[19]

ところが、死体に対する攻撃と殺人の間には、何の連関も（間接的連関さえ）存在しない。なぜならば、実質的な行為は、もはや生命が存在しない瞬間に行われたからである。したがって、定義をいかに拡げようとも、その攻撃は、決して殺人の実行の着手とは評価されえない。それ以外の結論をみとめるのは、死体が生き返りうることを前提とするものである。

実行の着手の定義における最小限の厳密さと客観主義的配慮は、それによって単なる意思処罰を避けうるがゆえに、基本的な保障になっている。破棄院は、一九八六年判決で、死体に対する攻撃を殺人未遂の罪名で処罰することにより、犯罪的意思を処罰することを欲したのである。

②ところで、不能犯の処罰をみとめる学説も、単なる意思処罰を避けるために、幻覚犯という特殊なカテゴリーを創出し、自説を修正している。「行為者の想像（imagination）のうちにしか存在しない犯罪」という幻覚犯の定義は、死体に対する殺人企行にもあてはまるはずだが、不可罰な幻覚殺人犯の適用領域は、魔術行為（sorcellerie）のみに制限されている。したがって、その可罰性の基準は、なんら客観的な要素に立脚するものではなく、訴追された人の危険性（état dangereux）の分析に立脚するものなのである。つまり、死体に対し攻撃を加えた者も、生きている人に呪いをかけた者も、ともに幻覚殺人犯であるはずなのに、前者のみが現実の危険性を示しているために、一九八六年判決において可罰的であると宣言されたのだ。

しかし、これでは裁判官が、立法者によって定義された刑法上の概念を過度に拡張することにつながる。刑法上の概念は、基本的自由の保護を保障するという配慮のもとに定義されているので、それを尊重することは、単に法律上の技術の問題なのではなく、むしろ、個人の自由の問題なのである。

破棄院は、民主主義的刑法の特質が、個人の保障に対するあらゆる侵害を避けるために、処罰の空隙を甘受すべきことにあることを、想起せしめる好機を逸してしまった。

3　考察

プラデル、マイエル＝ガズノの評釈に対し、若干の考察を加えてまとめに代える。

行為者の危険性に不能犯の処罰根拠をみいだすプラデルは、従来の通説である主観説を維持しつつも、「迷信犯」は心神喪失や実行の着手の欠如を理由として不可罰になるとし、同時に、

不可罰な「幻覚犯」の概念を導入して、処罰範囲の限定を試みている。

しかし、幻覚犯については、「その可罰性の基準は、なんら客観的要素に立脚するものではない」とするマイエル＝ガズノの批判が正当であると思われる。さらに、不能犯と実行の着手を同一平面上で論ずるマイエル＝ガズノの議論は、両者が別個の次元のものであることを黙示的前提とするプラデル（そして多くのフランスの刑法学者）の議論の枠組み自体に、根本的な反省を迫るものである。けだし、不能犯の問題を実行の着手の問題に融合あるいは解消してしまうとすれば、プラデルのように、不能犯を欠効犯の特別な場合であるとのみ考えたり、「不能犯論以外の実行の着手論」により迷信犯の不可罰性を基礎づけたりすることは、論理的に不可能になるはずだからである。

主観説の学説上の消長は、今後、右のようなマイエル＝ガズノの批判に対し、どこまで有効な反駁を加えうるかという点にかかっていると言ってもよいと思われる。もし主観説がなんらかの変容を余儀なくされることがあるとしたら、いわゆる「新しい客観説」へと接近して行くことも考えられる。プラデルが、ドイツの「印象説」を好意的に紹介していることは、その可能性を示唆するものではなかろうか。

一九八六年判決を契機に、不能犯をめぐる学説の混乱が浮彫りにされた感があるが、これからの議論の展開により、どのような見解が優位に立って行くのか、おおいに注目される。

(1) Cass. crim., 16 janvier 1986, D. S. 1986, Jurisprudence, 256; G. P. 1986. 1. 377.

(2) 原審は、判決理由中で、本判決の事案は「CがWの頭部を鉄の棒で殴り頸部を締めつけて殺した直後に、Wはまだ生きていると誤信したPがとどめを刺そうとして、Wの頭部をピンで殴り頸部を縄で締めた」ものだとしつつ、主文中では、Pに対し「鉄の棒により頭部を殴り頸部を締めた」ことによる実行の着手をみとめている (Ibid., p. 377; R. S. C. 1986, chroniques, p. 839 (A. Vitu) et p. 849 (G. Levasseur))。

(3) フランスの判決の主文 (dispositif) は、罪となるべき事実の認定も含む。

(4) Paris, 9 avril 1946, R. S. C. 1948, p. 147, obs. P. Gulphe. なお、わが国では、団藤重光博士がこの判決に言及し、「フランスでは殺人の不能犯とされている」（刑法綱要・改訂版〔一九八五〕三六六頁）と述べている。もし、これが、本判決が不可罰（予審免訴）を宣言したものだという意味であれば、事実に反するし、「不能犯が問題になった」事例であると述べたにすぎないのであれば、少々ミスリーディングな叙述である。フランスにおける「不能犯 (délit impossible)」概念には、必ずしも不可罰という評価は含まれておらず、「可罰的な不能犯」をみとめる論者も多いことに注意すべきである。

(5) 破棄院は、一九七二年一〇月五日判決 (G. P. 1973. 1. 25) で、相前後して発砲した二人の被告人のうち、どち

らの弾丸によって被害者が死亡したのか不明な事例につき、「一体となり共働して（ensemble et de concert）」被害者を死に至らしめた場合は、二人とも故意殺人罪の責を負うことをみとめている。

(6) A. Prothais, Tentative et Attentat, 1985, pp. 89—95 参照。なお、フランスでは、いわゆる「新しい客観説」は、少なくとも明示的には主張されていない。

(7) わが国では、死体に対する殺人企行は事実的不能であって可罰的であるとする誤った紹介がされていることがあるが（滝川幸辰・新版刑法講話〔一九八七〕二一五頁）、これは、法律的不能の典型例である（R. Garraud, Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français, 2ᵉéd., 1898, tome1, p. 400）。

(8) 一九八六判決以前の不能犯判例については、拙稿「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）を参照。

(9) 前掲拙稿・二九頁。

(10) R. Merle et A. Vitu, Traité de droit criminel, 3ᵉéd., 1978, pp. 267—270.

(11) J. Pradel, Note sous cass. crim., 16 janvier 1986, D. S. 1986, pp. 267—270.

(12) D. Mayer et C. Cazounaud, Note sous cass. crim., 16 janvier 1986, ibid., pp. 265—267.

(13) 理論的には、欠効犯（実行未遂）・着手未遂ともに不能犯が問題になりうるはずであるが、フランスでは、不能犯を欠効犯との対比でのみ論ずる傾向がある（Merle et Vitu, op. cit., p. 580）。

(14) フランスでは、任意的中止がみとめられる場合にはそもそも未遂にならないので、ここでいう「欠効犯」「着手未遂」には、わが国でいう「中止未遂」は含まれていない。

(15) 前掲拙稿参照。

(16) Cass. crim., 12 mai 1934, S. 1935. 1. 319.

(17) 注（5）参照。

(18) 幻覚犯（infraction putative; délit putatif）は、「行為者の想像（imagination）のうちにしか存在しない犯罪」と定義され、具体例としては、金の取引が禁じられていると誤信しつつ金を売却する場合、未成年の婦女を誘拐するつもりで成人を誘拐した場合、独身者が重婚罪を犯すつもりで婚姻を結ぶ場合などが挙げられている（J. Pradel, Droit Pénal, 3ᵉéd., 1981, tome1, p. 356）。

(19) フランスの判例においては、実行の着手を、「犯罪（infraction）に直接向かっていく、犯罪を犯す意図で行われた行為」と定義するのが普通である（J. Dévèze, "Le commencement d'exécution de l'infration en jurisprudence" R. S. C. 1981, pp. 777—778）

一九八七年六月一六日脱稿

（一橋大学大学院博士課程）