

レイモン・サレイユの不能犯論

青 木 人 志

目 次

- I. はじめに
- II. サレイユの不能犯論
 - 1. 「試論」執筆の動機とその構成
 - 2. ドイツ学説の概観
 - 3. フランスの学説・判例の概観
 - 4. サレイユの見解
 - ①未遂概念の沿革
 - ②条文の規定形式
 - ③「主観説」の社会的効果
- III. サレイユの不能犯論の意義
 - 1. 方法論上の独自性
 - 2. 「主観説」の先駆

I. はじめに

フランソワ・ジェニイとならんでフランス「科学学派 (Ecole scientifique)」の双璧とされるレイモン・サレイユが、民法学者・比較法学者・法史学者として幅広い活動をなしたことはつとに知られている。しかし、彼が刑法学の領域に残した足跡については、わが国ではあまり紹介されていないようである。

サレイユは1895年にディジョン大学からパリ大学に転じたが、当時刑法講座の正教授レヴェイエ (Léveillé) が不在であったという巡りあわせで、1895年9月26日の省令によって刑法 (Droit pénal) の講義を担当させられることになった。尊敬すべき学問的良心の持主であったサレイユは、すでに大家として

通っていた専攻領域にくわえて、あらたな専攻領域を開拓する好機をそこに見出した。ただちに、彼は監獄協会 (Société des Prisons) の熱心で活動的なメンバーとなり、実生活に即しつつ現実的な問題を議論するうちに多くの犯罪学者の教育をおこなった。同時に、不安定な健康状態にもかかわらず、監獄雑誌 (Revue Pénitentiaire) に積極的に協力した。翌1896年7月25日の省令でサレイユは比較刑事立法 (Législation pénale comparée) 講座の担当になり、1897年7月14日の省令でもその講座に再任されたため、結局、1898年に岳父でもあったビュフノアール (Bufnoir) の後を継いで民法講座の担当に変わるまでの三年間、⁽¹⁾ 刑事法を講じたことになる。

刑事法講座在任中およびその後の数年間にサレイユが発表した刑事法関係の論文・著書としては、「ドイツにおける徒刑 (La Transportation en Allemagne)」(1896), 「未遂とくに実現不能未遂についての試論 (Essai sur la tentative et plus particulièrement sur la tentative irréalisable)」(1897), 「アルコール中毒と刑罰法規についての考察 (Observation dans une discussion de la Société générale des Prisons sur l'Alcoolism et la loi pénale)」(1897), 「有罪者の兵役志願についての報告 (Rapport sur l'engagement militaire des condamnés)」(1897), 「刑罰の個別化 (L'individualisation de la peine)」(1898), 「ドイツにおける徒刑についての新研究 (Une nouvelle étude sur la transportation en Allemagne)」(1899), 「不定期刑についての考察 (Observation dans une discussion de la Société générale des prisons sur les sentences indéterminées)」(1899), 「アルジェリアの監獄制度 (Les Institutions pénitentiaires de l'Algérie)」(1899), 「刑罰による道德化 (La moralisation par la peine)」(1899), 「不定期刑についての報告 (Rapport sur les sentences indéterminées)」(1899), 「あたらしい犯罪被害者補償制度 (Un nouveau système de réparation aux victimes des délits)」(1901), 「刑法の新学派 (Les nouvelles écoles de droit pénal)」⁽²⁾ (1901) がある。

本稿では、このうち1897年に発表された「未遂とくに実現不能未遂についての試論」と題された論文⁽³⁾ (以下単に「試論」と略称) を取り上げその内容を紹介するとともに、サレイユによって提示された法解釈のフランス不能犯学説史上の意義を論じることとする。サレイユの法律学については、わが国でもこれまで多くの優れた研究がなされてきたが、⁽⁴⁾ そのほとんどは自由法論者としての

サレイユの法解釈の方法に関するもので、いわば総論的な研究であった。本稿は、わたくしのフランス不能犯論研究の一環をなすものであるが、あわせて従来あまり光をあてられなかった「刑法学者サレイユ」の不能犯論をいわば各論的に紹介することにより、わが国のサレイユ研究にも微力ながら寄与することができれば望外の幸いである。

II. サレイユの不能犯論

1. 「試論」執筆の動機とその構成

「試論」が発表された1897年は、空ポケットからのスリ企行に関する判例をめぐってフランス国内で不能犯問題が大きくクローズアップされた時期であった。この国内的要因が「試論」執筆の第一の動機となった。

この時期に不能犯問題が注目されるきっかけとなったのは、1894年10月19日のパリ控訴院判決⁽⁵⁾である。事案は、「MとFの二名がDの背広のポケットからスリを行おうとして、MがDのポケットに手を入れ、Fが見張りをしながらMの動きを隠しているところを捕らえられたが、Dのポケットは空であった」というものである。これに対してパリ控訴院は「掏られたポケットには絶対に何も入っていなかったことが確認されている。この条件下では窃盗は不可能であった。したがって、被告人らが訴追されている軽罪は、十分には成立しない」と述べ、MとFの両名を無罪とした。

この判決は世論には受け入れられず、多くの新聞に報道され批判された⁽⁶⁾という。最終的には、この判決は破棄申立をうけた破棄院の翌1895年1月4日の判決⁽⁷⁾により破棄され、移送をうけたオルレアン控訴院の1895年2月19日判決⁽⁸⁾によって被告人らの有罪が確定したのだが、その過程で不能犯をめぐる学説と判例・世論の間に深刻な乖離があることが浮彫りになった。すなわち、当時の破棄院判例は、1876年11月4日判決⁽⁹⁾以来「絶対的不能・相対的不能説」をとり、窃盗罪の客体が欠けたために窃盗企行が未遂に終わった場合は可罰的であるとしていた。そのため、パリ控訴院判決が破棄されたのは当然の結果であった。また、世論も破棄院判例の結論を支持していたことは、いま述べたとおりである。問題は、学説のほとんどが破棄院の判例には批判的であって、パリ控訴院の判決こそが当時の学説上の通説である不能犯を一律不可罰とする「厳格な客観説」⁽¹⁰⁾に依拠したものであったことである。換言すると、客体が欠ける場合に

は犯罪の実行は不可能であり、不可能なことには着手することもできないので、不能犯は可罰的未遂に不可欠な実行の着手が欠けるため不可罰であるとする「厳格な客観説」は、19世紀初頭以来変わることのない通説の座を占め続けていたが、その具体的帰結はもはや19世紀末の法感情にはそぐわなくなっていたのである。現実の社会生活のなかから生きた法規範を汲み取ろうとする「科学学派」に属するサレイユがこの乖離に注目し、一般の法感情を満足させるあたらしい法解釈を提唱する余地をそこに見出したことは、極めて自然な成り行きだったと思われる。サレイユは、「試論」の冒頭でパリ控訴院判決に言及し、「スリがポケットを間違えたのは、実行時に通行人に捕えられた場合とほとんど同じ偶然の結果であるにすぎない。後者の場合は言葉の厳密な意味における未遂がある。それは確かに刑法第2条が予定している場合である。このような場合、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たにすぎない。それならばなぜ、スリが中身の入ったポケットを掏るつもりだったところそれが空だったという後者の事例に同じことが言えないのか。未遂がその結果を欠いたのは、純粹に偶然の事情によるものではないのか」と論じ、パリ控訴院判決の論理（通説の論理でもある）に対し強い疑問を呈している。

もっとも、客体が客観的に存在しなかった場合に、未遂としての可罰性を否定する通説を論理としてはなお支持していた論者たちも、その帰結の不当性は認識しており、通説を支持しつつもその一方では不能犯の一部を処罰する立法の必要性をみとめていた。しかし、立法という固定的手段により将来の進歩の道が閉ざされることを危惧し、むしろ判例の柔軟性を信頼しようとするサレイユは、この立法の提言にも反対する。そして彼は、未遂に関するフランス刑法第2条を修正することなく、客体の不存在の場合を可罰的未遂に取り込むことが可能であることを論証しようとする。その際彼は、フランス刑法第2条とはほぼ同一の規定をもつドイツにおいて、不能犯一般の可罰性をみとめる「主観説」が死産児に対する殺害企行を有罪とした1880年5月24日の帝国裁判所連合部の判例にすでに採用されていることに注目し、刑法第2条が不能犯処罰の極格とならないことをドイツの実例に即して例証しようとした。ドイツ判例の「主観説」が、いわゆる「客体に関する絶対的不能」の場合までも可罰的未遂のなかに取り込んでいる点で、フランスの学説はもちろん判例の理論をも「はるかに凌駕した (*dépasser singulièrement*)」ものであることを、該博なドイツ法の

知識をもっていち早く理解した比較法学者サレイユにとって、前述の国内的要因に加えてこの国際的要因が、「試論」執筆のもう一つの大きな動機となったのである。

さて、このような問題意識のもとに、1897年の「監獄雑誌」に二度に分けて掲載された「試論」は、合わせて70頁を越える長大なものである。その構成は三部から成り、第一部ではドイツの学説が、第二部ではフランスの学説・判例がそれぞれ概観され、最後の第三部でサレイユの見解が示される。本稿では紙幅の関係上これらすべてを詳細に紹介することはできないので、以下わたくしの理解に従い要点のみを示すことにする。

2. ドイツ学説の概観⁽¹²⁾

サレイユの理解によると、不能犯に関するドイツの学説は、フォイエルバッハの「客観説」以降ミッターマイヤーの「客観説」を出発点とした「折衷説」を経て、プーリの「主観説」へと至る発展過程をたどる。まず「客観説」から「主観説」への移行に関するサレイユの叙述を要約してみよう。

処罰するにあたり考慮すべきことは、行為 (fait) と行為者 (agent) である。行為が犯罪となるためには、被害者を害する行為を構成するか、少なくとも社会を動揺させ共同体に対する危険を構成するものでなければならない。刑罰は損害 (dommage éprouvé) ・動揺 (trouble causé) ・危険 (danger subi) を償うためにその行為の行為者に科されるものである。法に反する行為の負債 (dette) が常に問題であり、優越するのは行為の客観的側面である。正義 (justice) が侵害された度合いの尺度となるのは、行為の客観的的重大性すなわち行為が惹起した動揺や産み出された結果に応じた重大性であって、決して行為者の内心的状態ではない。このような所与から出発したフォイエルバッハは、償われるべき権利 (droit) の侵害がある場合に限って刑罰すなわち贖罪 (réparation) がありえると結論した。厳密にいうと未遂に関しては処罰 (répression) の観念は排されるべきであった。しかしながら、法秩序は、実現された損害のみならずそれが晒された危険によっても同じく侵害される。社会を脅かし、共同体の外壁たる役目を果たす法構造の基礎をなす要素のひとつを危殆化しうるあらゆる行為は、贖罪の観念を正当化する。刑罰は個人の良心に訴えかけるものではなく、社会の秩序を再建するものなので、犯罪的意図もそれが内心にとどまり秩序を乱さない限り刑罰法規の介入を受けない。この種の理論にあって

は、法律が処罰すべきなのは犯罪行為そのものであって、それを邪悪な意図の表明としてではなく権利を実質的に侵害するものとして処罰するのである。そうであるのなら、行為の犯罪的性格はその自然的要素 (*éléments matériels*) に由来する。犯罪的意図の有無を問うまえに、犯罪的行為の有無を問わなければならない。そして行為の犯罪性は、それが共同体に対して惹起する性質をもった動揺あるいは危険の総和からくる。これが、それ自体何人に対してもなんらの損害も伴わない行為が犯罪性の第一の条件を欠く行為たる理由である。したがって、未遂は、行為の部分的実行として実行 (*exécution*) に到達可能で、実行と直接的な因果関係を有し、実現への行程である自然的要素から成る場合に限って可罰的である。確かにフォイエルバッハは、このように自説を詳細に敷衍することはなかった。それは無益なことであった。なぜならば彼の考えが通説的であったからである。彼は、未遂はそれを構成する行為が犯罪と直接的な因果関係にたち、したがってその行為が客観的に言ってそれ自体危険を構成する場合に限って可罰的であると述べているにすぎない。そして、その理由として処罰はなによりもまず実質的に権利を侵害する行為を前提とすることを付け加えている。

しかし、フォイエルバッハの時代にすでに未遂に関する「主観説」が形成されていた。それは、犯罪的意図がもはやその取り消し不可能性 (*irrévocabilité*) について疑いを残さない外部的行為によって表明されるや否やその可罰性をみとめる伝統的・直観的な理論である。この「主観説」は、二つの観点から理解することができる。まず、行為に実現し取り消し不可能となったあらゆる犯罪的意図に対しての償いという古い伝統的な観点がある。次に、社会防衛の観点というすぐれて近代的な観点がある。これによると、もはやなされてしまった行為に打撃を与えるよりも、取り消し不可能な外部的行為によって悪性 (*instincts pervers*) を露呈し将来の真の社会的危険を構成する行為者に打撃を与えなければならない。このようにして、近代実証主義学派はカノン法学者の精神主義的理論と巡りあった。打撃を与えられるべきは人間であり、治癒されるべきはその人なのである。それゆえ、カノン法学者は、罪 (*péché*) を露呈するあらゆる行為をなした人は贖罪をせねばならないと言ったであろうし、近代学派の学者は、病的な犯罪性を露呈するあらゆる行為をなした人に刑務所での治療 (*traitement pénitentiaire*) を受けさせて、社会を彼の行為から守

り、あるいは彼を社会に同化しえる一員とするよう試みなければならないと言うことであろう。いずれにせよ、実現可能なものであろうとなかろうと未遂は処罰されることになる。もっとも「主観説」も、法律は行為に実現していない犯罪的意図を処罰すべきでないとする。なぜならば、社会秩序を乱す現実的な行為以外のものに及ぼうとする公的処罰は、個々の犯罪以上に社会やその中の個人の生活条件に対する動揺・危険の要素となるからである。また処罰をもっぱら将来の予防手段であるとみる近代学派の見地からは、行動に移るほど暴力的・精力的な個人のみ危険がみとめられる。しかし、意図が行為に移行すれば処罰を正当化する事由はすべて実現される。はっきりと行為に具現化した意図は、非難され償いの責めを課せられる。人々の意識 (conscience publique) は、個人的損害の実現によって害されるのみならず、社会・法・正義に敵対するあらゆる営為によっても害される。意図が行為に移行することは、すでに社会自体を攻撃することである。社会が可能な危険を被ろうが被るまいがどうでもいい。問題なのは、攻撃行為それ自体である。あらゆる未遂は、実現可能であろうとなかろうと、それを試みる人間を法と社会の敵に組み込む。それゆえ社会は、まず法と正義を守り、次いでそれ自身を守る資格を有する。そして、刑罰を将来に対する予防手段とする者にとっては、行われた行為によって犯罪的性向をもつ悪性が示されているので刑罰が正当化されるのは言うまでもない。こうして、「客観説」の公式とは反対に、意図を表明する行為を通じて処罰・訴追されるべきは意図だということになる。そして、意図は未遂が実現可能であろうとなかろうと、同じく明白に示される。この「主観説」はドイツではティットマンによって代表される。

このように、19世紀初頭にはすでに「客観説」・「主観説」の両陣営がそろっていたが、支配的だったのは前者である。「客観説」は、次第に優勢になりつつあった科学的概念 (conceptions scientifiques) や刑罰の性格・処罰の目的について人々が抱いていた観念にみごとに呼応していた。今日「折衷説 (théorie mixte)」の援護者とみなされ、のちに絶対的不能・相対的不能という区別で呼ばれる輝かしい未来をもつべく運命づけられた区別の援護者とみなされているミッターマイヤーも、「客観説」と結びついていた。「折衷説」は、最初から明瞭なたちでミッターマイヤーによって主張されたわけではない。まず彼は、犯罪の客体が存在しない場合あるいは客体に必要な性質が欠ける場合を排除し

た。この場合未遂が可罰的でないことは疑いがない。残るは手段が不十分な場合である。彼はここで、用いられた手段自体がいかなる事情のもとであろうと望んだ結果を惹起しえない場合と、それが与えられた状況下で単に不十分であった場合を区別する。前者には「客観説」が適用され、後者については「客観説」を出発点としてなおみとめつつ、危険が事案の特殊な事情によって排除されたのであれば危険それ自体は存在し、実行の着手時にア・プリオリに実現が不能であったということはできないとする。この譲歩は「客観説」の支持者のすべてに受け入れられざるをえなかったが、論理的・数学的には武器の方向がそれであり装填が不十分であったりすれば、それはやはり空砲であったりヒ素と砂糖を間違えたのと同じく根本的な不能であるはずである。しかし、この第一歩が踏み出されると、論理必然的にもう一步進まざるをえなくなる。武器の方向がそれであれば、実行の着手時の具体的状況下では危険は存在しない。危険が存在するためには、殺人者が被害者に命中するよう正確に狙いをつけるという、実際には欠けていた事情を前提としなければならない。だがこれは不能がみとめられる大部分の場合についても全く同じことである。例えば、毒殺を計った者が雑音に気を取られて毒物と無害物質を取り違えた場合や、ポケットを取り違えて空のポケットに手を入れた場合なども、武器の方向がそれであった場合と同じである。これらの場合もやはり、遡って仮定すれば (*rétroactivement hypothétique*) 危険がある。したがって、処罰する法的動機は等しく、さらに不処罰が犯罪の実現そのものと同様に人々の意識を害するとき、処罰を純粹な偶然にかからしめることは言語道断であろう。このように、古典的理論の原理を出発点にして可能な危険 (*danger possible*) を処罰基準としつつも、可罰的未遂の領域に含まれる不能未遂は次の三段階に拡大した。第一に、例えば武器の向きがそれた場合など、客体は狙った場所に存在し手段それ自体は有効であったが、実行の際の不手際で犯罪の実行が可能でなかった場合が、第二に、誤って空のポケットを探る場合など、客体それ自体は存在するが目指した場所にはなかった場合のような客体・手段に関する相対的不能の場合が、第三に、真正の毒物を準備しておきながら実行の際に誤って無害物質を用いた場合など、実行の着手時ではなく予備の段階に危険がみとめられる場合が、それぞれ可罰的未遂とされるようになった。こうなると、「客観説」の領域にとどまるとはいえ、死兇に対する嬰兒殺企行や無害物質を有毒だと誤信して用いた場合など

の極めて限定的な例外を除き、大部分の不能犯が可罰的となる。ミッターマイヤーが予備の見地から不能を評価するに至ったのは、実行の着手時に不能を評価し絶対的不能・相対的不能を区別する自説を踏み越えるものである。かくして、「客観説」の狭すぎる原理はその不十分さを露呈し、捨てられざるをえなかった。

「客観説」が自己矛盾を孕んでゆく過程について上のように論じたあとで、サレイユはブーリの「主観説」へと論を進める。サレイユはブーリを、「客観説」という科学的構成 (constructions scientifiques) が主流であった厳密性の時代 (époque de rigueur précise) に、いまだ直観の状態にとどまっていた「主観説」をみごとに法的体系の鑄型に入れた論者として、積極的に評価する。結果が実現しなかった未遂については、実行の着手とめざした結果の間の客観的因果関係はありえず、主観的因果関係があるにすぎないので危険は行為者の意思のうちにあるとするブーリの危険概念に、サレイユが全面的に賛同していたかどうかは定かではないが、犯罪的意思がその取り消し不可能性を示す行為に表出する限り不能犯も可罰的だとするその帰結は、後述するようにサレイユの認識によれば歴史的正当性を有するものであった。

彼は、さらに説き進み、任意的中止の場合にみとめられる不処罰は、実行の着手を取り消し不可能な意思の表明とすることと両立しないのではないかと、呪詛・祈禱などの迷信犯まで処罰するのは良識に反するのではないかと、といった批判が「主観説」に向けられていることを述べる。つづけて、ブーリが判事として指導的役割を果たした前述の帝国裁判所1880年判決に対してくわえられた、実行の着手は実行の可能性を前提とするという「客観説」からの批判と、行為はその内在的客観的価値 (valeur intrinsèque objective) にかかわらずその外観 (approximation apparente) によって評価すべきであるという「主観説」の反論が紹介される。

最後に、サレイユは、ドイツにおいては純粋な「客観説」は地歩を失ったものの、「主観説」も抽象的すぎるため、多くの留保つきではあるが絶対的不能・相対的不能の区別を原則として受け入れ、客観面と主観面をともに考慮する「折衷説」が支配的であるという認識を示し、その代表的論者としてリストとコーラーの新しい危険概念に言及している⁽¹³⁾が、その詳細は省略する。

3. フランスの学説・判例の概観⁽¹⁴⁾

第一部のドイツ学説の分析に「試論」の約半分の紙幅を費やしたサレイユは、つづいてフランスの学説・判例の簡単な説明に移り、不能犯の一律不可罰をみとめる「厳格な客観説」(サレイユはこれを「古典理論」と呼んでいる)をこぞって支持している学説と前述の1895年1月4日の破棄院判決に代表される判例との間の対立関係を明らかにする。ここでは、サレイユが判例の帰結を支持する立場は鮮明である。学説がほとんどすべて「厳格な客観説」を支持していることを述べたあとで、彼はフランスの学者が「厳格な客観説」を擁護する際に援用する刑法第301条からの類推という論拠を批判する。その論拠とは毒殺罪を規定する刑法第301条が手段として「人を殺害することのできる物質」を用いるべきことを規定していることに着目し、毒殺未遂罪の成立には客観的に殺人力のある物質の使用が不可欠であるとするにより、刑法典が予定しているのは「厳格な客観説」であると結論するものである。これに対しサレイユは、第301条は単に既遂の条件を規定したものであって毒殺罪そのものについてさえ不能未遂の問題を解決するものではないとし、不能犯論にこれを持ち込むことの不当性を指摘した。また彼は、不法侵入 (effraction extérieure) 行為があっただけで窃盗未遂罪の成立をみとめる論者が「厳格な客観説」を支持していることの矛盾を衝いて、窃盗犯が家屋に侵入したところで捕まれば窃盗未遂で、家具をこじ開けてそれが空であればもはや未遂ではないことになると論じた。一方、純粹に偶然な不能を考慮せず後者の場合も窃盗未遂として刑を科す判例の結論からはなんら矛盾は生じず、判例は絶対的に法律の精神のなかにある (être dans l'esprit de la loi) とサレイユは評価する。

そして、学問が実務と対立することは嘆かわしくかつ危険であるとするサレイユは、法学は抽象的体系を構築する技術ではなく、実務によって生じた法現象に焦点を合わせ、実務を観察し実務に影響を与えようとするものであるとする。そのうえで彼は、実生活に即した判例が与えた諸解決を配列しそこから理にかなった実際の体系を作ることが学説の任務であると論じ、「実行の着手たる性質を有する行為によって表明されたあらゆる未遂は、それが実現可能であろうとなかろうと、そして不可能なときはその不能がいかなるものであろうと可罰的である」という学説を提示しようとしていることを述べ、第二部を結んでいる。

4. サレイユの見解⁽¹⁵⁾

第二部の終わりで自説の結論を示したサレイユは、第三部ではその根拠づけを試みる。この第三部はさらに三節に分かれ、第一節では未遂概念の沿革という法制史的視点から、第二節では条文の規定形式からそれぞれ「主観説」の正当性が説明され、第三節では「主観説」の社会的効果が検証される。

① 未遂概念の沿革

サレイユが、未遂概念の沿革という視点から「主観説」の歴史的正当性を論じる第一節は、「試論」のなかで重要なウェイトを占めているので、本来ならばかなりの紙幅を割くべきところである。ところが、その内容は本節を参照した江口三角教授の研究にすでに要領よく述べられている⁽¹⁶⁾。そこで、詳細は江口教授の論稿にゆずることとし、本稿ではごく簡単に要点のみを紹介するにとどめる。

註釈学派 (Glossateurs) を通じたローマ法の未遂概念は主観主義的なもので、意図が重視され刑罰も原則として既遂と同一であった。これに対してゲルマンのロンバルディア法では、未遂においては客観的な実質的行為 (fait matériel) のみが問題とされその刑罰は既遂に較べて減輕された。中世初頭におけるこれらの対照的な二大潮流にさらにカノン法が合流した。これは、刑罰は罪ある意思に向けられるべきであるとし、未遂にも既遂と同一の刑罰を科す精神主義的な「主観説」であった。これらの法思想をうけてとりわけイタリアの後期註釈学派 (post-glossateurs) やバルトルス (Bartole) の後継者たちによって明確にされた未遂概念では、残虐犯罪 (crimina atrociora) についてはカノン法によってもみとめられたローマ法の原則が妥当し、未遂刑と既遂刑は同一とされ、軽い犯罪については未遂刑を減輕するゲルマン的原則が妥当した。フランス古法においては、罪ある内心状態が行為に移行した際にその内心状態を重視し実現可能未遂と実現不能未遂の区別をしない「主観説」が、カノン法の影響で次第に強固になり、この原理は古法時代の判例に処罰はどうかあれ争いなくみとめられていた。また、古法時代の学者であるロワゼル (Loysel)、ミュイヤール・ド・ヴーグラン (Muyart de Vouglans)、ジュールス (Jousse)、ルソー・ド・ラ・コンブ (Rousseau de la Combe) も「主観説」論者であった。中間法の時代に入り1791年刑法を経て革命暦4年牧月22日の法律で、「外部的行為によって表明された未遂」が処罰されるようになったが、

これは思想の領域から出て行為として表明された意図を指すもので、古法以来みとめられてきた「主観説」に立つものである。この定義を受け継いだ1810年の刑法典第2条にも伝統的な未遂に関する「主観説」の思想が受け継がれている。

サレイユは以上のような歴史認識に立って、立法者意思⁽¹⁷⁾という観点から「主観説」が正当であることを示している。

② 条文の規定形式

前節で未遂処罰を規定する刑法第2条が「主観説」を具現していることを歴史的に論証したサレイユは、「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」とする第2条の規定形式からさらに「主観説」を根拠づける。その説くところを要約してみよう。

まず主要な点は、着手未遂 (*délit tenté*) と欠効犯 (*délit manqué*) が同視され、ともに可罰的未遂とされていることである。しかしながら欠効犯はほとんどが不能犯なのである。被害者を狙って発砲した弾丸が外れたという欠効犯の古典的設例の場合も、そもそも客観的に実現不能なのである。致命傷を負わされて放置された被害者が、通りがかりの人が呼んだ外科医によってたまたま救われた場合などの、不能犯とはいえない欠効犯もあるが、欠効犯がこのような稀有な事例に限定されないことは確かである。したがって、法律は欠効犯のなかに不能犯も予想しているのである。くわえて、不能はあるかないかであって半不能はありえないので、絶対的不能・相対的不能の区別は理由がない。さらにいえることは、条文が未遂と既遂の同一刑の原理をとっていることは、主観的観点を未遂の基礎としてはじめて説明可能になる。よって条文の検討によっても、法律は未遂において行為にあらわれた意思を処罰しており、問題は意思の取り消し不可能性を示す行為を明確にすることのみであるという、歴史によって明らかにされた原理がやはり確認される。

このように論じてサレイユは、「実行行為の性質を示すあらゆる未遂は、それを構成する行為の実質的有効性、実行の可能性の有無、不能だとしてそれが絶対的か相対的かといったことを問わず、可罰的未遂である」という単純明瞭な帰結に到達する。

③ 「主観説」の社会的効果

歴史および条文の規定形式という二つの側面から正当化された「主観説」は、その社会的効果という観点からも妥当であることが最後に示される。

まずサレイユは、いわゆる相対的不能の事例の処罰が絶対的に必要であることは議論の余地がないとし、問題はいわゆる絶対的不能の場合にまで処罰を拡大することの当否であるとする。そして、危険 (*danger couru*)、惹起された動揺 (*trouble causé*) および表明された意図 (*intention manifestée*) という三つの観点からその正当性を評価しようとする。その内容はおよそ次の通りである。

絶対的不能の場合に危険が存在しないといわれるが、それは十中八九間違っている。一回失敗したからといって、二度と犯罪が行われないという保証はない。例えば、復讐や激情で被害者を殺し、もはや他の誰も殺すおそれのない者を不処罰にしておくほうが、被害者を殺し損ねて復讐を諦めていない者を放置しておくより危険が少ないだろう。客体が絶対的に存在しない場合でも、特定人に対する危険はなくとも他の人に対する危険はある。次に、惹起された動揺が社会の介入を正当化する。弾丸が抜き取られたり空砲が込められた銃で狙撃した場合が、実際に装填された銃で狙いを付けているところを捕らえられた場合より惹起する動揺が小さいということとはできない。最後に、客体が欠ける場合まで未遂として処罰するのは意思処罰であるという反論がありえる。意思が処罰されない理由は三つある。第一は、内心的な意思は取り消し不可能とは考えられないということである。しかし、実行の着手により表明された意思はそうではない。第二は、内心的意思は社会が償いを必要とする動揺を惹起しないことである。しかし、人々の意識を憤激させる破廉恥な行為に意思が客観化しているときはこれはあてはまらない。第三は、証明が困難だということである。しかし、犯人が実行に移行していればその困難は取り除かれる。このような理由から、古法以来の基本思想である「主観説」はなお妥当である。社会的必要の観点からあらゆる不能未遂の処罰を要請し、正義と平等の理念が等しくそれを強いる。世論もそれを要求する。われわれを躊躇させるべきものはなにもない。

サレイユは、いつの日かフランスの判例がこの結論に論理的に到達することを予言し、その進歩を妨げるような区別を未遂の法的定義に導入すべきでないとして述べて「試論」を閉じている。

Ⅲ. サレイユの不能犯論の意義

これまで紹介してきた「試論」で示されたサレイユの不能犯論の意義について、少しく検討をくわえ、本稿のまとめとしたい。その際、まず「試論」の方法論上の独自性に言及し、次いで不能犯学説史におけるサレイユ理論の意義を論じるのが便宜であろう。

1. 方法論上の独自性

あやまつことのない一般意思を体現した法律 (loi) の条文 (text) はすなわち法 (droit) であるとして、所与の実定法規範の論理的操作にのみ心を砕いていた註釈学派 (Ecole exégétique) の法律観にあきたらず、⁽¹⁸⁾ 実生活のなかから生ける法を汲み出そうとしたサレイユは、法は不断に進化するものでありながら歴史的・客観的なものに内在する (自然法の客観的実現) と考え、それを立法的類推 (analogie législative) ・社会的法意識 (conscience juridique collective) ・比較法 (droit comparé) という経験的・実証的認識の三つの領域において見出そうとした。⁽¹⁹⁾ そしてサレイユの自由法論は、ジェニーのそれとは違って法源についてはあくまで成文法一元主義であり、類推解釈も排したので、⁽²⁰⁾ 罪刑法定主義が支配する刑法の領域にまで応用できる普遍性を備えていた。実生活から乖離した学説への疑問から出発し、深い学識に裏づけられた比較法および法制史研究から得た知見を取り入れつつ、現実の法感情に合致する刑法第2条の解釈をあらたに提示して見せた「試論」には、彼の法思想・法学方法論がきわめて典型的なかたちで表れている。まさにサレイユの面目躍如たる観がある。

ところで、当時刑法の領域では民法などの法分野と同様に法実証主義的な註釈学派の思想が強かった。むしろ、フランス革命以来刑罰法規の恣意的解釈が徹底的に排撃され、刑罰法規の解釈は法律がもつ自然で一定の意味を宣言することにある (interprétation déclarative) とされていた刑法の分野では、この傾向はいっそう強くみとめられたと推測できる。⁽²¹⁾ 不能犯論を例にとっても、当時は「未遂は実行の着手を要求している。ところで人は不可能なことを実行することもできなければその実行に着手することもできない。よって可罰的未遂はありえない」という形式的三段論法から導出された「厳格な客観説」が通説であった。⁽²²⁾ さらにその補強的論拠として好んで挙げられた既述の刑法第301条からの類推という論拠も、刑罰法規の解釈に法律外の要素を持ち込むことなく

法典に内在しつつある条文の意味を見出そうとする傾向の表れだと考えられよう。このように法規の字句に拘泥し形式論理的な推論と抽象的・哲学的な演繹を中心とする刑法学の隆盛の背後には、それが形式的・抽象的であるがゆえに、司法権力の恣意的法解釈から市民の安全を守るというフランス革命以来の要請によりよく奉仕しえたという実質的理由があったと思われる。

当時の刑法学のこのような状況のなかでは、実証的・経験的知見を基礎として、あらたに不能犯に関する新解釈を提示する「試論」は、方法論的にも画期的なものであった。もちろん、それ以前の論策のなかで法制史や比較法が全く無視されていたわけではないが、サレイユほど徹底的に実証研究を行ったうえで多角的に考察された不能犯論を展開した論者は見当たらない。サレイユ以降の論者が、不能犯問題を論じる際に積極的に法制史的研究を行い外国の事情にも目を配っていることに鑑みると、「試論」が果たした方法論上の先駆的役割は大きかったと評価できよう。

2. 「主観説」の先駆

では、「試論」で明らかにされたサレイユの不能犯論は、フランスにおける不能犯学説史上どのような意義をもっていただろうか。

まずいえることは、「試論」が、学説上の通説が「厳格な客観説」から「主観説」へと転換するターニング・ポイントとなったことである。既述の通り、19世紀フランスにおいては不能犯の可罰性を否定する「厳格な客観説」が圧倒的通説であった。しかし、「試論」が登場して不能犯を原則的に可罰的だとする「主観説」が提示されるや否や、学説の様相は一変する。「主観説」はまたたく間にガレ⁽²³⁾、ギャルソン⁽²⁴⁾、ヴィダル⁽²⁵⁾、ベルナル⁽²⁶⁾といった有力な支持者を得たのであった。実際、「試論」が当時の学者たちに及ぼした影響力は甚大なものであったらしい。1902年にベルナルは書いている。「サレイユ氏の未遂に関する傑出した研究が現れたとき、刑法における主観主義的学説の勝利と、不能犯に関する主観説が、理性的見地からのみならずわが実定法の解釈に関しても、間もなく決定的な大勝利をおさめるであろうことが確信されえた⁽²⁷⁾」と。「主観説」はその後も続々と支持者を増やし、今世紀前半の学説はガロー父子、ルー等のわずかな例外を除き、あたかも「主観説」一色の観を呈する。さきに挙げたガレ⁽²⁸⁾、ギャルソン⁽²⁹⁾、ヴィダル⁽³⁰⁾、ベルナル⁽³¹⁾のほかにも、アンリ⁽³²⁾、キュッシュ⁽³³⁾、マニョル、フォーシェ、プロシヨ、ドンヌデュー・ド・ヴァーブルといった学

者が「主観説」の陣営に加わった。今世紀後半になってからは不能犯学説はかなり多様化したとはいえ、「主観説」の優位はなお現在も続いており、アンセル、プラデル、プロテといった学者に受け継がれている。

次にいえることは、判例理論が将来「主観説」に行き着くというサレイユの予言が的中したということである。「試論」執筆当時の破棄院の判例は、ポケットや空献金箱からの窃盗企行を可罰的としていた点ではサレイユの「主観説」と具体的帰結をともにしていたものの、その理由づけとなった判例理論はいわゆる「絶対的不能・相対的不能説」であった。ところが、約30年後の1928年11月9日、破棄院は墮胎罪に関して手段の不能が問題となった事案につき、絶対的不能（相対的不能）であるか否かに言及することなくその可罰性を肯定した。⁽³⁷⁾この判決によって判例理論は「主観説」に移行する。そしてその後も、「主観説」をとる判例が多数現れ、判例理論としての「主観説」は堅牢化の一途をたどる。ごく最近の破棄院1986年1月16日判決⁽³⁸⁾においては、死体に対する攻撃も殺人未遂となりえることまで宣言されるに至っている。プラデルがこの判決⁽³⁹⁾に対する好意的な評釈のなかで、「試論」の一節をそのまま引用していることは、サレイユの思想がなお判例のなかに脈々と息づいていることを示唆している。

こうしてみるとサレイユの「試論」は、不能犯学説史上に燦然と輝く業績として衰えることのない光を放っていることが解る。「主観説」の当否は別として、「刑法学者サレイユ」の時代の要請を鋭敏に察知した先見の明と、いまなお生命を失っていないほど強固な理論を磨きあげた広く深い学識に、わたくしは驚嘆しないではいられない。

注

- (1) E.Gaudemet, "Raymond Saleilles", *Revue Burguignonne*, 1912, p.187.
- (2) *L'Oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, 1914, 所収のBibliographieによる。このうち、刑罰の個別化(1898)はサレイユの刑法の分野における代表的著作で、刑罰は犯罪の客観的重大性によらず犯罪者の邪悪性・悔悟可能性といった主観面を考慮して決定されるべきことを説く。この結論は本稿で取り上げる不能犯論とも平仄が合う。
- (3) Saleilles, "Essai sur la tentative et plus particulièrement sur la tentative irréalisable", *R.P.*, 1897, p.53 et p.321. (以下Essaiと略)。

- (4) 例えば、中田薫「佛蘭西ニ於ケル自由法説」法学協会雑誌第31巻1号、1913、40頁；牧野英一「サレイユの進化的解釈論」民法の基本問題、1924、300頁その他一連の論稿；福井勇二郎「十九世紀における佛国民法学の発達」佛蘭西法学の諸相、1943、1頁；野田良之「サレイユに於ける自然法の客観的実現(一)(二)」法学協会雑誌第61巻9号1943、1頁および第62巻1号、1944、40頁；石崎政一郎「サレイユ」宮沢他・法律思想家評伝、1950、231頁；飛沢謙一「フランスの自由法論」恒藤古希・法解釈の理論、1960、115頁；大木雅夫訳(サレイユ)「比較法学の概念及び対象」立教法学、1961、129頁などが挙げられよう。
- (5) Paris, 19 octobre 1894, *G.P.* 1894.2.600.
- (6) R.Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 2éd., 1898, tome 1, p.394, note 3.
- (7) Cass. crim., 4 janvier 1895, *D.* 1896.1.22; *S.* 1895.1.108.
- (8) Orléans, 19 février 1895, *D.* 1896.2.10.
- (9) Cass. crim., 4 novembre 1876, *S.* 1877.1.48.なお、この判決の意義につき拙稿「フランス刑法における不能犯判例の変遷」一橋研究第11巻第3号、1986、17頁を参照。
- (10) この学説は単に「客観説」として言及されることが多いが、「客観説」という呼称は「絶対的不能・相対的不能説」を含んで使われることもあるので、混乱を避けるためわたくしはこのフランスの学説を「厳格な客観説」と呼ぶことにしている。拙稿「19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―」一橋研究第12巻第3号、1987、33頁参照。
- (11) Saleilles, *Essai*, pp.53—54.
- (12) Saleilles, *Essai*, pp.58—88.
- (13) サレイユがリストの学説の大きな欠点としてその経験主義、すなわち、評価の対象は危険という単一の観念であるのにその基準は多様であるという点を挙げていたのが注目される。明晰性 (clarté) を重んじるとされるフランスでいまだに「あたらしい客観説」が根づかない理由の一端は、あるいはこんなところにあるのかもしれない。
- (14) Saleilles, *Essai*, pp.321—331.
- (15) Saleilles, *Essai*, pp.331—357.
- (16) 江口三角「フランスにおける未遂犯」愛媛大学紀要(社会科学)第5巻第3号第1分冊、1967、1頁。
- (17) サレイユの想定する「立法者」は、「一種の想像的、神秘的、永久的人物 (une sorte de personnalité imaginaire, mythique et permanente)」である。Saleilles, Préface au livre de : F.Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, X VI.
- (18) この法律については、G.Burdeau, “Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français”, *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique*, 1939, p.7に詳しく論じられており、その要点は野田良之「註釈学派と自由法」法哲学講座第三巻、1955、199頁にも紹介されている。
- (19) Saleilles, “Ecole historique et droit naturel”, *Revue trimestrielle*

- de Droit Civil*, 1902, p.106 ; 野田前掲「サレイユに於ける自然法の客観的実現」とくに41頁以下。
- (20) 中田前掲論文71頁, 74頁による。
- (21) F.Hélie, “De l’interprétation de la loi pénal”, *R.C.L.J.*, 1854, p.112.
- (22) P.Rossi, *Traité de droit pénal*, 3éd., 1863, pp.152—153.
- (23) H.Gallet, *La notion de la tentative punissable*, Paris, 1899.
- (24) E.Garçon, *Code pénal annoté*, nouvelle éd., 1956, sous l’art.2, n. 106—n.131.
- (25) G.Vidal, *Cours de droit criminel*, 2éd., 1901, pp.138—139.
- (26) M. Bernard, “Notes sur le crime impossible”, *R. P.*, 1902, p. 1017.
- (27) Bernard, *ibid.*, p.1006.
- (28) A.Henry, note sous cass. crim., 9 novembre 1928, *D.1929.1.97*.
- (29) P.Cuche, *Précis de droit criminel*, 5éd., 1934, n.70, pp.63—64.
- (30) J.Magnol, obs. sur Aix, 12 février 1941, *J.C.P.1941.2.1661*.
- (31) H.Faucher, obs. sur Limoges, 13 décembre 1941, *J.C.P.1942.2.1853*.
- (32) J.Brochot, note sous cass. crim., 8 juillet 1943, *S.1944.1.39*.
- (33) H.Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3éd., 1947, n.252, pp.142—143.
- (34) M.Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3éd., 1981, pp.209—210.
- (35) J.Pradel, note sous cass. crim., 16 janvier 1986, *D.S.Jurisprudence* pp.267—270. なおブラデルは教科書 (*Droit Pénal*, 3éd., 1981, tome 1.n. 342, pp.356—357) においては「法律的不能・事実的不能説」を支持しているように見える。改説したのであろうか。
- (36) A.Prothais, *Tentative et Attentat*, 1985, pp.88—108.
- (37) Cass.crim., 9 novembre 1928, *D.1929.1.97* ; *J.C.P.1929.1.239*. この判決については別冊ジュリスト・フランス判例百選, 1969, 215頁に江口三角教授による紹介がある。なお, 前掲拙稿「フランス刑法における不能犯判例の変遷」23頁参照。
- (38) Cass.crim., 16 janvier 1986, *D.S.loc.cit.* この判例の意義につき, 拙稿「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98巻第5号, 1987, 159頁を参照。
- (39) Pradel, *op.cit.*, p.269.