

# フランス刑法における不能犯判例の変遷

青 木 人 志

## I. 序

### 1. フランス刑法における未遂規定

フランス刑法は、第1条で犯罪を重罪 (crime)・軽罪 (délit)・違警罪 (contravention) に3分し、つづく第2条・第3条で重罪および軽罪の可罰的未遂の要件と、その処罰が既遂に準じることを定めている。なお、違警罪の未遂は不可罰である。

〈第2条〉 実行の着手 (commencement d'exécution) によって表明されたあらゆる重罪の未遂 (tentative) は、行為者の意思 (volonté) と無関係な事情によって中止され、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。

〈第3条〉 軽罪の未遂は、法律が特別な規定をもって定める場合にかぎり軽罪とみなす。

### 2. 可罰的未遂の要件と不能犯問題

第2条より、重罪の未遂は、①実行の着手の存在、②任意的中止の不存在、という2つの要件が具備されていれば、明文の未遂処罰規定をまたずつねに可罰的である。また、第3条は第2条を前提としていると解されるので、軽罪の未遂は上叙①、②の要件が満たされたうえに、明文の未遂処罰規定がある場合にかぎり可罰的になる。ここで、実行の着手が存在するためには、当該行為に「結果達成の可能性」がみとめられなければならないという主張がある。それに従うと、行為者のめざした結果が客観的に実現不可能であった場合は「不能犯 (délit <sup>(1)</sup> impossible)」<sup>(1)</sup> であって、企図した犯罪の未遂としては処罰できないことになる (不能犯に関する「客観説」)。

学説上、不能犯の一律不処罰を主張する「客観説 (théorie objective)」は、1810年の刑法典制定から19世紀後半までの圧倒的通説であった。しかし、19世紀後半から19世紀末にかけて、これを修正し、不能概念を絶対的不能・相対的不能あるいは法律的不能・事実的不能に分ち、それぞれ前者のみを不可罰とする「折衷説 (théorie intermédiaire)」が現われた。さらには、19世紀末以来、不能犯の原則的可罰性をみとめる「主観説 (théorie subjective)」が急速に台頭し、今世紀前半の学界を席卷した。そのため、不能犯問題を提起した素朴な客観説を支持する者は、現在では皆無となっている。ただし、「不能犯」という呼称だけは、結果達成が不可能な企行を指す言葉として、その可罰性をみとめる論者によっても用いられている。

このような諸学説の興亡の消息は、いずれ稿をあらためて論ずることとし、本稿では、刑法典制定から現在に至るまでのフランスの不能犯関連判決をフォローすることにより、不能犯をめぐる判例理論の変遷過程を明らかにする。<sup>(2)</sup>  
(以下判決の引用は抜粋である。)

## II. 不能犯判例の変遷

### 1. はじめに

不能犯をめぐるフランスの判例理論の推移を論ずる際には、破棄院 1876年11月4日判決<sup>(3)</sup> (以下 1876年判決と略称)、同 1928年11月9日判決<sup>(4)</sup> (以下 1928年判決と略称) という2つの判決を区切りとして、①1810年の刑法典制定から1876年判決が下される前までの第1期、②1876年判決から1928年判決が下される前までの第2期、③1928年判決から現在に至るまでの第3期、という3つの時期に大別して論ずるのが便宜である。なぜならば、それぞれの時期は、相矛盾する判決例を内包しているとはいえ、第1期は不能犯の可罰性を否定する客観說的志向が看取される時期、第2期は絶対的不能・相対的不能説が優勢な時期、第3期は不能犯の可罰性を肯定する主観説が支配的な時期と、それぞれ性格づけることが可能であるからだ。

### 2. 第1期 (1810—1875)

第1期に不能犯の可罰性を否定した代表的判決としては、毒殺罪 (empoisonnement) と墮胎罪 (avortement) に関する破棄院判決と、謀殺罪 (assassinat)

に関するモンペリエ控訴院判決がある。

まず、毒殺罪に関する破棄院 1814年2月4日判決の事案は、被告人が妻を毒殺しようとして毒物をコーヒーに混入したが、その混合によって毒性が消滅してしまっただけというものであった。原判決は、被告人の行為が、「人を殺害しうる毒物の効果により人の生命に加えた一切の危害」を処罰している毒殺罪規定（第301条）に該当しない旨を判示したが、検察官が破棄申立を行なった。破棄院は、「毒殺に用いられた物質は、他の物質との混合によりもはや死を惹起しえない物質であったことが原判決により認定されている」として、その申立を棄却し、原判決を支持した。

次に、破棄院 1859年1月6日判決では、妊娠していない婦女を妊娠していると誤信した被告人が、それに対して墮胎処置を試みた事案を、「妊婦 (*femme enceinte*)」に対する墮胎（未遂）を処罰する旧第317条第1項の規定によって処罰しうるか否かが問題となった。破棄院はこの判決で、「重罪自体の遂行に実質的な不能 (*impossibilité matérielle*) が存するところには、未遂の事実上の存在にも、法律上の成立にも、同じ性質の不能が存する」と述べて、墮胎未遂の成立をみとめた原判決を破棄し、妊娠していない婦女に対する墮胎企行を可罰的未遂の領域外へ放逐した。

下級裁判所の判決に目を転ずると、モンペリエ控訴院 1852年2月26日判決が注目される。事案は、被告人がJの家の一室にむけて外から発砲したが、Jもその娘のMもその時家を空けて外出していて無事だったというものである。判決は、「重罪の未遂の不可欠な要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により目的を達成する可能性があることを前提とする。したがって、もし行為者と想定上の被害者が犯罪の完遂が実質的に不可能な状況下におかれているならば、実行の着手は存在しえず、よって謀殺という重罪の未遂もありえない。手段あるいは客体の不能によって徒労に帰した企行は、なんら重罪または軽罪の法律上の未遂を構成しうるものではない。たとえそれらの行為が、根深さの程度に差はあれ行為者の邪悪さ (*perversité*) を前提としているとしても、立法の現状では、それらはまったく人間界の司法 (*justice humaine*) の管轄外であることを認識することが必要である」として、客観説の論旨を積極的に開陳した。

もっとも、第1期には、客観説とは明らかに背馳する控訴院判決も存在す

る。アジャン控訴院 1849年12月8日判決<sup>(9)</sup>である。事案は、被告人が、あらかじめ装填しておいた銃で息子に向かって発砲しようとしたが、身の危険を感じた息子が被告人の知らぬ間に弾丸だけを抜き取っておいたために、薬莖が炸裂しただけだったというものである。予審を行なったアジャン控訴院は、この場合、「未遂は実行の着手によって表明され、行為者の意思と無関係な事情によって結果を欠いたにすぎない」と述べ、事件を判決裁判所に移送した。これは不能犯につき主観説的な解決をなしたものとして、第1期では特殊な例である。

### 3. 第2期（1876—1927）

第2期は、1876年判決を嚆矢として、絶対的不能・相対的不能説を採用する一連の破棄院判決が下された時期である。また、この時期は、判例の基本潮流が客観説から主観説へと移行する過渡期にあたり、客観説に拘泥する複数の控訴院判決が破棄院によってことごとく破棄され、さらには、主観説的な判決理由を第3期以前に先取りした破棄院判決が下されるなど、不能犯をめぐる判例の思想が目に見えて方向転換していった時期でもある。

まず、1876年判決の事案は、被告人が教会に侵入し、慈善献金箱（tronc des pauvres）から金員を窃取しようとしたが、献金箱が空であったために目的を達しなかったというものである。事件を判決裁判所に移送する予審判決に対し、被告人が破棄申立を行なったが、破棄院は、「たとえ、原判決が、事実の説明のなかで、上述未遂が行なわれたとき献金箱が空であったと述べているにしても、それは行為者の意思とは無関係な事情を示しているにすぎず、同説明中に認定されている行為者の教会侵入時の目的、すなわち自白によれば窃盗という目的を達成する絶対的不能を示すものではない」として、その申立を棄却した。この判決は、判例上初めて「絶対的不能」に言及したものであった。

つづいて、翌1877年には、被告人Cが、夜10時頃、Oの寝室の窓からOのベッドに向けてピストルを発砲したが、たまたまその夜はOは就寝していなかったという事案が問題になった。予審判決たるシャムベリー控訴院1877年1月30日判決<sup>(10)</sup>は、客観説に依拠し、未遂成立のためには、「用いられた手段と客体それぞれ自体の相互関係によっても重罪遂行の可能性がみとめられなければならない」として、予審免訴を言渡した。これは、第1期のモンペリエ控訴院判決と

軌を一にする判決であったが、破棄院 1877年4月12日判決<sup>(11)</sup>で破棄される。その判決理由は、「Oに向けてピストルが発砲された瞬間にOが寝室にいなかったことは、まったく偶然の事情によるものであった。Cは、Oの習慣から、Oはその時刻には就寝しているものと推測したのであり、そう推測せざるをえなかった (devait supposer) のである。したがって、Cが犯そうとした犯罪が遂行されるための絶対的不能は存在しなかった」というもので、再び絶対的不能に言及したものであった。

ところが、1895年1月4日の破棄院判決<sup>(12)</sup>は異質である。これは、空ポケットからのスリ企行の事案について、パリ控訴院が客観説に立って被告人を無罪とした判決<sup>(13)</sup>を破棄したもので、「原判決が、被告人が窃盗の意図と目的をもって行なったと認定した行為は、上述条文に規定された実行の着手を構成する。被告人がスリをはたらこうとしたポケットが空であったという原判決が述べている事実は、行為者の意思とは無関係な事情にすぎず、そのために未遂は結果を欠いたのである」と判示した。この判決理由は、さきの2つの破棄院判決と異なり、絶対的不能という言葉を用いていないのみならず、第3期に入ってから繰り返し用いられることになる主観説的な判決理由の定式を先取りしたものであった。そしてこの判示は、事件の移送を受けたオルレアン控訴院 1895年2月19日判決<sup>(14)</sup>によっても、忠実に踏襲された。

しかし、上述の破棄院 1895年判決は、判例変遷史上、主観説採用の決定的転機とはなりえなかった。というのは、上述判決後間もなく下されたシャルトル軽罪裁判所 1895年11月6日判決<sup>(15)</sup>がなお絶対的不能に言及しているし、破棄院自身も 1910年7月16日判決<sup>(16)</sup>、1919年3月20日判決<sup>(17)</sup>という2つの判決において、また絶対的不能に言及する判断定式へと回帰してしまうからである。

このうち、シャルトル軽罪裁判所の判決は、破棄院 1895年判決と同じく空ポケットからのスリ企行の可罰性が問われたものであった。判決は、「(被告人は) 通常女性が金を入れておく場所である衣服のポケットに財布があると推測したのであって、そう推測せざるをえなかったのである。したがって、遂行しようとした犯罪が既遂となりうるための絶対的不能は存在しなかった」と述べているが、この判示は 1895年判決以前の破棄院 1877年4月12日判決に酷似している。

また、1910年、1919年の2つの破棄院判決は、いずれも詐欺罪 (escroquerie)

に関して被告人から不能犯の抗弁が出されたものである。

まず、1910年の事案は、亜麻栽培の補助金詐取を企図した被告人が、作付面積の過大申告をしたというものである。客観説に立つ原判決は、申告に対しては必ず検査（*vérification*）があるために、過大申告による補助金詐取は不可能であるという被告人の抗弁を容れ、たとえ被告人に不法な意図をみとめたとしても、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構成するにすぎないという趣旨の判示を行なった。しかし破棄院は、「（原判決がそのような事情を述べているとしても）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、申告者が不法に企図した目的を達成する絶対的不能を示すものではない」とし、原判決を破棄した。

次に、1919年判決の事案は、被告人たる医師Gが、労働者Bが労働事故に遭ってGの診療をうけたとする虚偽の診断書を保険会社P社に送付し、P社から謝礼金（*honoraire*）の詐取を企てたが、Bは、P社と保険契約を結んでいる雇主には雇われていなかったというものであった。被告人は、原審有罪判決を不服として破棄申立を行なったが、破棄院は、「（原判決がそのような事情を述べているとしても）それはGの意思とは無関係な事情を示しているにすぎず、Gが不法に企図した目的を達成する絶対的不能を示すものではない」という、1910年判決と同一の理由づけでその申立を棄却した。

なお、第2期の最後に、発砲しようとした銃が故障して動かなかったという事案に関して、「その認定では、故殺未遂<sup>(18)</sup>の重罪を特徴づけるためには不十分である」とした破棄院1920年7月3日判決がある。この判決については、不能犯に関して客観説に立ったものだとする見解と、殺意の認定が不十分だとした<sup>(19)</sup>ものだとする見解がある。もし前者だとすれば、この判決は、破棄院が第2期を通じて否定してきた客観説に再び戻ったことになり、判例変遷史上特異な判決であるといえよう。

#### 4. 第3期（1928—現在）

第3期は、1928年判決から現在に至るまでである。この時期には、主観説に依拠して不能犯の可罰性をみとめた判決が多数存在する。特に、第2次世界大戦中の墮胎取締の強化を反映して、墮胎罪に関する判決が豊富である。そこで以下の叙述では、まず墮胎罪と不能犯に関する判決を整理し、つづいて金の不

法取引罪、殺人罪、窃盗罪、詐欺罪という順で不能犯関連の判決を紹介する。第3期には、犯罪類型のいずれを問わず主観説が支配的な傾向がみとめられるので、この分類は、単に叙述の繁雑化を回避するためのものである。

### (1) 墮胎罪と不能犯

墮胎罪について不能犯が問題となった判決は、①手段の不能が問題となった判決と、②自己墮胎罪について客体の不能が問題となった判決とに分けることができる。

#### ①墮胎罪と手段の不能

判例変遷史上、第3期の到来を告げたのは、墮胎罪に関して手段の不能が問題となった1928年判決であった。その事案は、被告人が、妊娠した女中を墮胎させようとして、純粋なオーデコロンまたはそれに酢とブランデーを混ぜたものを注入したが、この物質には墮胎惹起力がなかったというものである。被告人は、墮胎未遂罪の成立をみとめた原判決を不服とし破棄申立を行ったが、破棄院は、「墮胎惹起の意図と目的で行なわれた被告人の上述の処置は、上記条文に規定された実行の着手を構成する。処置それ自体が、めざした結果を惹起するのに不十分であったという事実は、被告人の意思とは無関係な事情にすぎず、そのために未遂は結果を欠いたのである」として、その申立を棄却した。

この判決の趣旨は、従来判例が依拠していた絶対的不能か否かという判断定式と訣別し、すでに1895年の破棄院判決によって先取りされていた主観説に立つものであった。そして、この判例理論は、同様の事案に対する破棄院1939年12月21日判決<sup>(20)</sup>でも確認され、一層強固なものとなった。

これらの2判決が、下級裁判所にも影響を及ぼしたことは、ラ・ロシュル軽罪裁判所1941年10月23日判決<sup>(21)</sup>をみれば明らかである。事案は、被告人たる婦女が墮胎を図り、情を知った医師から薬剤の処方を受けたが、この薬剤の成分は、いずれも墮胎惹起力のない物質であったというものである。判決は、1928年、1939年の2つの破棄院判決が先例として存在することを明言したうえで、「本件の場合、犯罪的意図に一連の実質的行為が伴っており、それは十分に未遂の要件を構成し、公の秩序 (ordre public) を侵害する行為を行なう者の邪悪さを示している」と述べ、主観説をとる立場をさらに鮮明に表明した。

その後、主観説をとる判決は相次ぐ。まず、被告人Nが、妊婦Fの求めに応じ、Fの腔内にゾンデを挿入して墮胎を試みたが、そのゾンデは柔軟なもので、補助器具なしには子宮内に挿入しえないものであったという事案について、破棄院 1942年1月21日判決は、<sup>(22)</sup>「申立人は罪に問われている処置を施すにあたり、Fの墮胎を惹起する目的で行為し、その意思とは無関係な事情によりその処置はなんら結果を達成しえなかった」のであり、「Nの処置に墮胎惹起力がなかったことは問題にならない」と判示し、被告人の破棄申立を棄却した。

その数か月後に下されたりモージュ控訴院 1942年5月23日判決は、被告人たる婦女が、「サボレックス」という名のセッケン製品を混ぜた水を、みずから腔内に注入して墮胎を図ったが、注入に用いられた直腸用のカニューレは大きすぎて子宮頸管に入るものではなかったという事案につき、<sup>(23)</sup>「カニューレが子宮頸管に挿入できないものであったことは重要ではなく、婦女自身が妊娠していると思って、墮胎を可能ならしめると考える手段を用い、上述の実行の着手を構成する処置が、分娩を惹起する意図と目的で遂行されるや否や、その軽罪は遂行されている」とした。

第2次大戦後も、判例は主観説を堅持している。破棄院 1950年3月28日判決は、<sup>(24)</sup>被告人たる医師が、婦女を墮胎させる目的で、キニーネを処方したという事案に対し、「(被告人が) 墮胎惹起の意図と目的をもって、目的を達成すると信じる処置を容易にしたり実施したりすれば、たとえその処置自体が、めざした結果惹起に不十分なものであるとしても」犯罪が成立するとして、墮胎薬としてのキニーネの有効性の証明を求める被告人の破棄申立を棄却した。

## ② 自己墮胎罪と客体の不能

墮胎罪を規定する刑法第317条は、1939年7月29日のデクレ・ロワ (Code de la Famille)によって改正された。具体的には、自己以外の非医療関係者による墮胎(未遂)を処罰している第1項の客体として、それまでの「妊婦 (femme enceinte)」に加えて、「妊娠していると想像される婦女 (femme supposée enceinte)」があらたに規定された。判例は、従来、妊娠が証明されないかぎり第1項の墮胎(未遂)罪は成立しないという立場をとっていたので、この改正によって可罰範囲が意識的に拡大されたのであった。また、自己墮胎罪を規定する第3項も改正され、旧規定が明記していた「墮胎結果の発生」



という可罰性の要件が削除され、自己墮胎の未遂もあらたに処罰されることになった。しかし、その際、自己墮胎罪の主体(=客体)は、従来どおり単に「婦女(femme)」と規定されたので、第1項の客体の拡大に伴って第3項の客体も拡大されるか否かが問題となった。換言すると、改正前は、自己墮胎罪は既遂のみが処罰されていたので、旧第3項の「婦女」は必然的に「妊婦」にかぎられ、これは旧第1項の客体と一致していたのだが、改正後もなお両項の客体が一致し、第3項の「婦女」に、第1項同様に「妊娠していると想像される婦女」が含まれるか否かが問われたのである。

1939年の改正直後は、第1項の改正の趣旨は第317条全体に及ぶことを理由とし、妊娠が証明されえない婦女の自己墮胎企行を処罰する下級裁判所の判決が相次いた。<sup>(25)</sup>ところが、1940年11月12日のエクス控訴院判決が、<sup>(26)</sup>刑法の厳格解釈を標榜し、第1項に挿入された「妊娠していると想像される婦女」という文言は第3項には明示的に挿入されていないので、自己墮胎罪に関しては、従来どおり妊娠の証明がなされなければならないと判示して以来、下級裁判所の判決は動揺しはじめる。<sup>(27)</sup>

妊娠が証明されえない婦女の自己墮胎企行を処罰しうるか否かという問題が<sup>(28)</sup>決着をみたのは、破棄院1943年7月8日判決があらわれたからであった。法解釈の統一を使命とする破棄院は、この判決によって、第317条第1項の規定は、第317条全体の一般規定をなし、第1項と第3項の客体は統一的に解釈されるべきであるとし、自己墮胎未遂罪は、婦女の妊娠が証明されなくても成立すると宣言した。

この問題は、直接的には本来の不能犯の問題ではないが、条文の論理構造につき形式論理上複数の理解が成り立つ場合は、自己墮胎罪につき客体の不能の場合を処罰すべきか否かという実質的考慮が働くと思われる。そして、破棄院の解釈は、不能犯をめぐる主観説の思想に支えられていると考えても、あながち不当な推論ではあるまい。

## (2) 金の不法取引罪と不能犯

第2次大戦中には、戦時経済統制法規により、フランス銀行の許可なき金の取引が処罰された。この金の不法取引(未遂)罪については、被告人が裁判で不能犯を主張し、それによって無罪判決をひきだそうとした一連の控訴院判決

が存在する。

まず、最初に現れたのは、エクス控訴院 1941年 2月12日判決<sup>(29)</sup>である。事案は、被告人が、フランス銀行の許可なく自己保有の金を売却しようとして、Rにその売却をもちかけたところ、Rは買手方（実際には存在しない）に案内すると称して被告人を誘い出し、途中で金が入った被告人の鞆を奪取したというものである。金の不法取引未遂罪で起訴された被告人は、自分はRにペテンにかけられたのであり、実際には買手は存在しなかったのだから、自分の行為は不可罰な不能犯だと主張した。しかし、判決は、「(その事情は) 行為者の犯罪的意思 (volonté criminelle) になんの影響も及ばさない事実的不能(impossibilité de fait)<sup>(30)</sup>にすぎない」とし、その抗弁を斥けた。

さらに、翌 1942年 3月13日には、トゥールーズ控訴院において、特筆に値する判決<sup>(31)</sup>が下された。事案は、アジャン・プロヴォカトゥール（陥穽巡査）によって金の売却をもちかけられた被告人が、それを不法に買受けようとしたというものであったが、被告人は、相手方が真に金の売却する意思をもたないアジャン・プロヴォカトゥールであったことを理由に、不能犯であると主張した。これに対して判決は、不能犯に関する客観説、絶対的不能・相対的不能説、法律的不能・事実的不能説の3説は、いずれも採用しえないことを明言したうえで、「犯罪的決意 (résolution criminelle)」や「犯罪的意思」を重視する主観説に従って被告人を有罪とした。

なお、これと類似の事案に関する判決として、グルノーブル控訴院 1943年 7月 1日判決<sup>(32)</sup>があるが、この判決も、「刑法が制裁を加えているのは、外部的な行為によって示され、社会に対する邪悪性・危険性を表明している、行為者の犯罪的態度 (attitude délictueuse) なのである」として、主観説を採用している。

### (3) 殺人罪と不能犯

1946年 4月 9日にパリ控訴院は、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、被害者は先に発砲した父親の銃弾によって即死しており、子が発砲したときにはすでに死んでいたという事案につき、父子ともに判決裁判に付す予審判決<sup>(33)</sup>を下した。この判決文および事件の移送を受けた判決裁判所の判決内容は不明であるが、移送判決の結論自体は、主観説の考え方とよく馴染む

ものである。

#### (4) 窃盗罪と不能犯

窃盗罪につき、不能犯が問題となった例としては、ホテルの部屋で窃盗を行なおうとした被告人が、窃取しうる財物の不存在を主張した破棄院 1949年5月19日判決<sup>(34)</sup>や、駐車中の自動車から窃盗を行なおうとした被告人が同様の主張をした破棄院 1961年6月14日判決<sup>(35)</sup>、同 1969年7月23日判決<sup>(36)</sup>が存在する。

破棄院は、1949年判決においては、「ホテルの部屋のなかに窃取しうる財物が存在したか否かは、H（被告人）が窃盗の意図で行動したことを自白しているかぎり、問題とならない」とし、1961年、1969年の2判決においては、「（財物の不存在は）申立人の意思とは無関係な事情にすぎない」として、いずれも被告人の破棄申立を棄却した。

#### (5) 詐欺罪と不能犯

最近は、詐欺罪について不能犯が問題となった事例が存在する。

破棄院 1980年1月7日判決<sup>(37)</sup>は、強盗の被害を偽装した被告人が、保険会社に虚偽の申告をし、保険金詐取を企てたという事案に関するものである。被告人は、保険契約の条項（その内容は詳らかではない）により、保険金の入手は不可能であったために、自分の行為は不可罰な不能犯であると主張したが、破棄院は、「（保険契約の条項が障害となりえたとしても）それは被告人の意思とは無関係な事情にすぎない」という常套句で、その破棄申立を棄却した。

しかし、これに先立つナンテール軽罪裁判所 1979年5月4日判決<sup>(38)</sup>は、下級審判決ではあるが、第3期にあって異彩を放っている。事案は、被告人T女が、フランス国鉄の駅の改札口で、有効期限が切れた磁気クーポンが付いた内縁の夫所有の乗車カード（carte orange）を呈示し発覚したが、国鉄の駅には磁気クーポン用の自動改札機は設置されておらず、そのクーポンはパリ市交通公社の駅でのみ使用できるものであったうえに、カードには内縁の夫のひげを生やした顔写真が貼付されていた、というものであった。判決は、「国鉄には、磁気クーポンの入鉄のための自動改札機が設置されていないので、被告人はプラットフォームに入場して列車に近づくこともなければ、そうすることもできなかった。したがって、不能犯に直面させられる」と述べたうえで、犯意が確

証されていない、詐欺罪成立のためにはカードになんらかの改ざんがなされなければならない、といった別の理由も併記して、被告人を無罪にした。この事例は、不能犯以外の観点からも無罪となりうるものであったが、1928年判決以来、主観説をとる判決が積み重ねられてきたことを考えると、「不能犯」という言葉が無罪判決中に用いられたことは、やはり注目に値する。

### Ⅲ. 考察

以上で、不能犯関連判例の基調をなす思想が、客観説から出発し、絶対的不能・相対的不能説を経て、最後は主観説へと収束してきた様子を明らかにしたと思うので、若干の考察を加えて、本稿のまとめとする。

まず、第1期の客観説を支えたものは、19世紀の自然主義的・客観主義的思惟と、フランス革命の自由主義的・個人主義的遺風であろう。これらの傾向の法学的顕現が、所与の実定法規範<sup>(39)</sup>の論理的操作を最重視する、法実証主義的な「註釈学派 (Ecole exégétique)」の思想であった。すでにみてきたように、客観説が、「結果達成がそもそも不可能な不能犯には着手することもできず、『実行の着手』はありえない」とし、また、毒殺罪や墮胎罪について条文の字句を重視し、「人の死を惹起しうる物質」以外の物質による毒殺企行や、「妊婦」でない婦女に対する墮胎企行を不可罰としたのは、この思想の刑法における具現化にほかなるまい。

次に、第2期の絶対的不能・相対的不能説が登場したのは、直接的には当時の有力学説の影響であろうが、その背後には、客観説の論理では、未遂犯の成立範囲が不当に狭められざるをえないという認識の高まりがあった<sup>(40)</sup>。もっとも、判例が絶対的不能・相対的不能説をとるといっても、絶対的不能という言葉のみが一度も定義されずに使われている（相対的不能に言及する判決は存在しない）うえに、結論として絶対的不能をみとめた事例は皆無であることに注意すべきである。また、フランスでは、いわゆる「危険説（新しい客観説）」に類する理論は明示的に主張されたことがないが、破棄院1877年4月12日判決や、シャルトル軽罪裁判所1895年11月6日判決が、被告人は犯罪実行が可能であったと「推測せざるをえなかった」点をとらえて、絶対的不能ではないとする結論を導いているのは、絶対的不能の限界を画する実質的判断に際して、危険説的な考慮が働いていると考えられよう。

最後に、第3期の主観説は、制定法の自由な解釈を唱導したサレイユらによって理論的基礎がおかれたところ<sup>(41)</sup>に、今世紀前半の2度の大战に伴う社会的・国家的な処罰欲求の高まりが重疊的に作用して、一気に判例上の地歩を固めたものである。現在でも、主観説の優位は続いているものの、ナンテール軽罪裁判所1979年5月4日判決のように、異色の判決もでてきたことは注意を要する。この判決については、「主観主義の刑法理論が忘れていた実害の重要性を浮き彫りにした」判決<sup>(42)</sup>だとして、積極的な評価を下す学者もいる。しかし、判例上、これを契機に主観説の見直しが始まるのかどうかは、まだ予断を許さない。今後の判決の動向が注目されるところである。(1986年7月30日脱稿)

## (注)

- (1) délitという言葉は、狭義では軽罪を指し、広義では犯罪一般を指す。ここでは広義に用いられており重罪も含まれる。
- (2) このテーマに関しては、江口三角教授の先駆的な論稿が存在する(江口「フランス刑法における不能犯」『愛媛大学紀要(社会科学)』,第5巻第4号第1分冊,1966,19頁。同「不能犯」『フランス判例百選(別冊ジュリスト)』,1969,215頁)。本稿は、これらの論稿に教示を受けつつ、それをさらに充実させ、かつ、アップ・ツー・デートなものにすることを意図している。
- (3) Cass. crim., 4 novembre 1876, *Recueil Sirey* (以下 *S.*) 1877. 1. 48.
- (4) Cass. crim., 9 novembre 1928, *Recueil Dalloz* (以下 *D.*) 1929. 1. 97, note A. Henry; *Juris-classeur Périodique* (以下 *J. C. P.*) 1929. I. 239, obs. P. Garraud.
- (5) Cass. crim., 4 février 1814, cité par H. Gallet, *La notion de la tentative punissable*, thèse, Paris, 1898, P. 241, note (12). なお、類似の判決として破棄院1812年11月20日判決が存在したようである(A. Besson, "Le délit impossible", *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1929, pp. 349-350)。
- (6) Cass. crim., 6 janvier 1859, *D.* 1859. 1. 336.
- (7) 墮胎罪は現在は軽罪であるが、当時は重罪であった。
- (8) Montpellier, 26 février 1852, *S.* 1852. 2. 464.
- (9) Agen, 8 décembre 1849, *S.* 1852. 2. 66., note L.-M. Devill.
- (10) Chambéry, 30 janvier 1877, *S.* 1877. 1. 329, note E. Villey.
- (11) Cass. crim., 12 avril 1877, *ibid.*
- (12) Cass. crim., 4 janvier 1895, *D.* 1896. 1. 22, note R. Garraud; *S.* 1895. 1. 108.
- (13) Paris, 19 octobre 1894, *D.* 1896. 1. 21.
- (14) Orléans, 19 février 1895, *D.* 1896. 2. 10.

- (15) Trib. corr. de Chartres, 6 novembre 1895, *ibid.*
- (16) Cass. crim., 16 juillet 1910, *Bulletin Criminelle de la Cour de Cassation* (以下 *B. C.*) 1910, n° 389.
- (17) Cass. crim., 20 mars 1919, *S.* 1921. 1. 233, note J.-A. Roux.
- (18) Cass. crim., 3 juillet 1920, *Gazette du Palais* (以下 *G. P.*) 1920. 2. 409.
- (19) 例えば, A. Henry, note sous cass. crim., 9 novembre 1928, *D.* 1929. 1. 97 は, 本判決は殺意を問題にしたものだとし, 逆に, 前注判例集の注釈者(匿名)は, 不能犯を問題にしたものと解している。なお, 江口前掲「フランス刑法における不能犯」は, 「この判例は, 犯罪的意思が完全に立証されないという理由をも挙げている」(24頁)とするが, 判決文にはそのような叙述は見当たらない。
- (20) Cass. crim., 21 décembre 1939, *J. C. P.* 1942. II. 1406.
- (21) Trib. corr. de la Rochelle, 23 octobre 1941, *G. P.* 1941. 2. 554.
- (22) Cass. crim., 21 janvier 1942, *J. C. P.* 1942. II. 1821.
- (23) Limoges, 23 mai 1942, *J. C. P.* 1942. II. 2003, obs. H. Faucher.
- (24) Cass. crim., 28 mars 1950, *B. C.* 1950, n° 117.
- (25) 例えば, Toulouse, 16 mars 1940, *J. C. P.* 1941. II. 1631 ; Riom, 30 août 1940, *J. C. P.* 1940. II. 1530 など。
- (26) Aix, 12 novembre 1940, *J. C. P.* 1940. II. 1570., obs. J. Magnol.
- (27) 例えば, 可罰的であるためには妊娠が必要だとする判決として, Limoges, 13 décembre 1941, *J. C. P.* 1942. I. 1853, obs. H. Faucher ; Besançon 9 septembre 1942, *Recueil critique Dalloz* (以下 *D. C.*) 1944. 5 などがあり, 不要とするものとして, Paris, 21 février 1942, *J. C. P.* 1942. II. 2030 ; Limoges, 27 mars 1942, *J. C. P.* 1942. I. 1853 などがある。
- (28) Cass. crim., 8 juillet 1943, *S.* 1944. 1. 37, note J. Brochot ; *D. C.* 1944. 5, note B. Perreau.
- (29) Aix, 12 février 1941, *J. C. P.* 1941. II. 1661, obs. J. Magnol.
- (30) この判決は「事実的不能」という言葉を用いているが, 法律的不能・事実的不能説をとるものではないと考える。
- (31) Toulouse, 13 mars 1942, *J. C. P.* 1942. I. 1835, obs. J. Magnol ; *D. C.* 1943. 94, note H. Donnedieu de Vabres.
- (32) Grenoble, 1 juillet 1943, *S.* 1943. 2. 61.
- (33) Paris, 9 avril 1946, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* (以下 *R. S. C.*) 1948, p. 147, obs. P. Gulphe.
- (34) Cass. crim., 19 mai 1949, *B. C.* 1949, n° 181.
- (35) Cass. crim., 14 juin 1961, *B. C.* 1961, n° 299.
- (36) Cass. crim., 23 juillet 1969, *D.* 1970. 1. 361, note G. Roujou de Boubée.
- (37) Cass. crim., 7 janvier 1980, *B. C.* 1980, n° 8.
- (38) Trib. corr. de Nanterre, 4 mai 1979, *G. P.* 1979. 2. 567 ; *R. S. C.*

1980, P. 849, obs. P. Bouzat.

- (39) 野田良之「註釈学派と自由法」『法哲学講座』, 第3巻, 1956, 199頁。
- (40) R. Garraud, note sous cass. crim., 4 janvier 1895, *D.* 1896. 1. 21 ;  
同 *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 2 éd.,  
1898, tome I, p. 394, note 3.
- (41) R. Saleilles, "Essai sur la tentative," *Revue pénitentiaire*, 1897,  
p. 53 et p. 321.
- (42) J. Larguier, *R. S. C.* 1981, p. 365.

〔筆者の住所：〒211 川崎市中原区上平間1254 川崎住宅R B 11〕