

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——

青 木 人 志

目次

- I. 序
- II. 「客観説」の誕生と展開
 - 1. 「客観説」という名称の二義性
 - 2. 「厳格な客観説」
 - 3. 「絶対的不能・相対的不能説」
- III. 「客観説」の衰退
 - 1. 試金石となった判例
 - 2. 「客観説」のジレンマ
 - ① 「絶対的不能・相対的不能説」の不当性
 - ② 「厳格な客観説」の不当性
- IV. 結語

I. 序

今世紀前半フランスの刑法学を支配したのは、未遂犯の可罰性を行為者の危険性・邪悪性にもとめ、不能犯の可罰性をみとめる「主観説 (théorie subjective; doctrine subjective)」であった。そしてその代表的論者であったドンヌデュー・ド・ヴァーブルは「不能犯理論の放棄」を高らかに宣言した。⁽¹⁾ 主観説はその後、新社会防衛運動の旗手マルク・アンセルに継承され、⁽²⁾ ごく最近も有力な支持者を得ているうえに、⁽³⁾ 1928年11月9日の破棄院判決以来主観説をとる判例の潮流が強力に形成されていることも手伝って、いまだに通説の座を占めつづけている。しかし、死体に対する殺人企行に殺人未遂罪の成立をみとめた破棄院1986年1月16日判決を契機に、⁽⁵⁾ その結論の当否をめぐるにわかに不能犯論争が再

燃⁽⁶⁾してきている。この現代不能犯論争の意義を正確に把握するためには、不能犯に関する学説の変遷を理解しておかなければならない。そこで、本稿では、19世紀に隆盛をきわめていながら20世紀に入ってからは全くと言っていいほど支持者を見出しえない「客観説 (théorie objective; doctrine objective)」に焦点を合わせ、その誕生・展開・衰退という一連の過程を明らかにする。

II. 「客観説」の誕生と展開

1. 「客観説」という名称の二義性

まず、考察の前提として「客観説」という名称のもとにいかなる範囲の学説を包摂せしめるかという点を確定しておく必要がある。というのは、「客観説」の名称は、広狭二義に用いられるからである。すなわち、この名称は、狭義ではその概念内部では区分をみとめない単一の不能概念を前提として不能犯の一律不処罰をみとめる説のみを指称するが、広義ではそれに加えて、不能概念を絶対的不能と相対的不能に分ち前者のみを不可罰とする説（絶対的不能・相対的不能説⁽⁷⁾）も含んで使われる。「客観説」という名称は一般的には狭義で使われることが多いが、後述するように狭義の「客観説」と「絶対的不能・相対的不能説」はその基本的思想を共有しており、この両者を同一の名称下に併せ称することも十分に可能であるので、両者を統括する名称を用意しておくのが便利である。そこで以下では「客観説」の名称を広義に用いることにし、狭義の「客観説」のみに言及する際にはあらたにこれを名付けて「厳格な客観説」と称することにする。

2. 「厳格な客観説」

「不能犯 (délit impossible)」という特殊なジャンルの企行をみとめ、その不可罰性を正当化しようとする「不能犯理論 (la théorie du délit impossible)」は、ドイツのフォイエルバッハにより先鞭がつけられたものであるが、19世紀前半のうちにフランスにも広がった。そしてフランスでは、不能概念内部での区分をみとめず、単一の不能概念を前提として不能犯の一律不可罰を主張する「厳格な客観説」がまず現れ、⁽⁸⁾ ロッシ、⁽⁹⁾ ル・セイエ、⁽¹⁰⁾ ショーヴォー＝エリー、⁽¹¹⁾ ローテ、⁽¹²⁾ ラコワンタ、⁽¹³⁾ ブランシュ、⁽¹⁴⁾ ベルトール、⁽¹⁵⁾ トレビュシアン、⁽¹⁶⁾ ヴィレイ、⁽¹⁷⁾ ルフォール、⁽¹⁸⁾ ルネ・ガロー（後に改説）等、19世紀を通じて多数の支持者を得た。ルネ・ガローの言葉を借りれば「学説はほとんどこぞって」この説を支持

したのであった。なお、わが国旧刑法の産みの親であるボワソナードもこの説を支持していた。⁽¹⁹⁾

「厳格な客観説」の代表的論者のロッシによると次のような場合が不能犯となり行為者の意図した犯罪としては不可罰になる。⁽²⁰⁾ 砒素だと誤信して硝石を人に与えた場合、眠っているものと誤信して死体を殴打した場合、自分の父親であると誤信して他人に対して尊属殺を試みた場合、そうすることにより意のままにペストを流行らせることができると信じて一定の呪文・物質を用いた場合、遺言者の筆跡を真似せずに他人の自筆遺言状に自分に有利な条項を自らの筆跡で書き加えた場合、800歩（青木注・当時の銃の性能では明らかに射程距離外なのであろう）離れた人を銃で狙撃する場合等。このほかにも不能犯としてしばしば引用される例としては、非懐胎の婦女に対する墮胎企行、装填していない銃や空砲の込められた銃による狙撃企行、呪詛による殺人企行、自己所有物の窃盗企行等がある。ロッシはこれらの例を一般化して、これらは全て「事態の通常の経過として不可能なのであり、その不能性はあらかじめ経験によって知られている」場合であるとし、窃盗犯人が戸棚をこじ開ける際に鉤を壊してしまった場合や、追い剥ぎが旅人の馬車を止めようとしたがあばれた馬にひっくり返されてしまった場合などの「同じ行為を何度も繰り返せば成功するであろう」場合である「可能犯」と区別している。

この「厳格な客観説」を支える第一の理由づけは、未遂犯につき「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は、行為者の意思とは無関係な事情によって中断され（*avoir été suspendue*）、またはその結果を欠いた（*avoir manqué son effet*）にすぎないときは、重罪とみなす」と規定している刑法第2条の解釈に求められる。ロッシは次のように述べ、不能犯に犯罪の実行の着手をみとめるのは「言葉の濫用」だと断じている。

「未遂は実行の着手であるから、不可能なことを行うつもりであったりあるいは可能なことをその目的とは絶対的に不釣合な手段で行うつもりであるときには未遂はありえない。たとえ精神異常はないにせよ、そこには無知または錯誤にともなわれた精神的邪悪性（*perversité morale*）がありえる。しかし人は可能なことしか開始する（*commencer*）ことはできない。なぜならば着手（*commencement*）という概念はその手段を多少の時間適用することによって

その目的を達成できる可能性を前提としているからである。⁽²²⁾

この叙述はのちの学者達によって「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」という簡明な三段論法にまとめられ広く承認された。その背景を成しているのは、実行の着手を犯罪の実質的断片 (fragment matériel) ととらえ、それ自身目指した結果に到達しえるものでなければならないとする古典的な客観主義の思想であった。

「厳格な客観説」は、刑法第2条の文言中にもう一つの支えをみだしている。つまり、条文によると、欠効犯とは実行の着手によって表明されながら行為者の意思とは無関係な事情によって「その結果を欠いた (avoir manqué son effet)」未遂であるが、「結果を欠いた」という観念はその結果を達成する可能性があったことを必然的な前提としている。よって、結果達成の可能性が無い不能犯は欠効犯にはあたらず不可罰である、とするのである。⁽²³⁾ この論拠は、不能犯は欠効犯の特殊な場合であるというフランスでは広く行われている認識を暗黙の前提としている。

また、刑法第301条に定められた毒殺罪規定からの類推という観点からも「厳格な客観説」の正当化がはかられる。刑法第301条は「毒物の使用または供与の方法いかんを問わず、かつ、その結果のいかんを問わず、遅速のいずれを論ぜず人を殺害することのできる物質の効果により人の生命に加えた一切の危害は、毒殺とする」と定める。論者は、毒殺の手段が「遅速のいずれを論ぜず人を殺害することのできる物質」によるべきことが条文の文言に明示されていることに注目し、そこから毒殺罪が成立するためには既遂・未遂を問わず客観的に殺人力のある物質の使用が不可欠であるという解釈を導く。そしてここから、刑法典のとる一般論が「厳格な客観説」であることが類推できると結論づけている。⁽²⁴⁾

以上は刑法典の条文と関連づけられたいわば形式的な理由づけであった。ここで見られる特徴は、上の解釈が条文の字句を厳密に尊重する点である。この解釈は19世紀フランスを支配した法実証主義的な「註釈学派」の思想と無縁ではなかったものといえよう。

ところで「厳格な客観説」はこのような形式的論拠に加えて、実質的論拠も展開する。そしてそこにこそ「厳格な客観説」の真骨頂があった。再びロッシ

に耳を傾けよう。

「もし行われた行為が、企図されたと想像される特定の犯罪に向かう性向 (tendance) を実際全く有していないとすれば、どうしてその行為をその犯罪と関連づけられようか。いかにしてその行為がその犯罪を準備するものであり、その犯罪の実行の着手であるとみとめられようか。その行為それ自体は何事も語らず沈黙している。死体の傷害は殺人の企図を告げる行為ではなく、硝石の供与はそれ自体はなんら毒殺の意図を示すものではない。それゆえこれらの行為以外の証明手段をさがさねばならず、これらの行為はあたかも存在しなかったかのようにふるまわねばならない。しかしそうなるともはや良識の望むように行為の存在から犯罪的企図の存在を結論づけるのではなく、犯罪的企図の存在からその行為の犯罪性を結論づけることになろう。それでは、刑法体系の本質的原理を忘れて思想処罰にまさに伴う危険に再び陥るべきだと言うようなものだ。

そのうえ、たとえ犯罪的決意が確実だとしても、どこに社会に対する危険 (danger pour la société) があろうか。どこに実質的害悪 (mal matériel) があろうか。不可能な行為が試みられてもかまわないではないか。

人はそれらの行為が恐れるに足る邪悪性を証明しているというだろう。すると人はなんら実質的害悪も危険も道理にかなった不安も惹起していない行為を口実に、刑事司法の限界を越えて邪悪性一般を訴追処罰したいというのか。札つきの悪漢で常習的に悪事に耽る者を処罰するのはもっと理由があるのである。彼らは不可能な行為を一度行おうと試みる一種の狂人以上に恐れるに足るのである。

くわえて、それらの行為に刑罰を科すことは世論によって非難されるであろうし、法律を市民にとってひどく不快なものとするであろう。」⁽²⁵⁾

ロッシは上のように論じ、不能犯の処罰は思想処罰同様に「人間界の司法 (justice humaine)」の対象には決してならないことを説明した。ロッシによって示された思想は、19世紀フランスの刑法学者達に多大な影響を与え、「客観説」を支える強固なバックボーンを形成した。その特徴は、思想処罰の危険性を極度に警戒する結果として、刑法によって処罰するためには行為者の邪悪性だけでは足りず客観的な意味で理解した社会的危険・実質的害悪がなければならぬとする点にある。ロッシの叙述からは、このような刑法の謙抑的適用が

市民の支持を当然に得ていたことが窺われる。ここには、フランス革命によって専断的な処罰権力を排した余韻がさめやらぬ自由主義的な時代の刻印をはっきりと読みとることができる。

3. 「絶対的不能・相対的不能説」

「厳格な客観説」は19世紀を通じて多くの支持者を得たが、19世紀後半になってこれを修正する「絶対的不能・相対的不能説」が現れ、両学説は並立的に主張されるようになった。新しい学説である「絶対的不能・相対的不能説」は、パリ大学教授のオルトラン⁽²⁶⁾ならびにベルギーの刑法学者でありながらフランスでも大きな影響力をもっていたハウス⁽²⁷⁾によって主張されたもので、不能概念を更に絶対的不能と相対的不能に分ち前者のみを不可罰とするものである。その出自については二説あって、ドイツのミッターマイヤーの所説⁽²⁸⁾に倣ったものだとする説と、オルトランの創唱にかかるものだとする説がある。

さて「絶対的不能・相対的不能説」は、不能の原因により「客体に関する不能」と「手段に関する不能」を分ち、それぞれにつき根本的な不能である「絶対的不能」と不確実な不能である「相対的不能」という程度の違う不能をみとめるため、結局、①客体に関する絶対的不能、②客体に関する相対的不能、③手段に関する絶対的不能、④手段に関する相対的不能、という4種の不能を区別する。そして①と③を不可罰とし、②と④は可罰的であるとする。これが本説につき広くみとめられてきた理解であるが、実は②の客体に関する相対的不能については、オルトランとハウスの所説に微妙な違いがみられる。すなわち、ハウスがこの種類の不能の存在をみとめていることは疑いないのであるが、オルトランがその存在をみとめているか否かは判然としない。むしろオルトランは、客体に関する不能は全て絶対的不能であると考えていたようにも見受けられるのだが、ここでは疑問を呈示するにとどめ、一般的理解にしたがっておく。

それでは、具体的にいかなる場合が上述の①ないし④に分類されているのか、オルトランおよびハウスの例示をみてみよう。

まず、①客体に関する絶対的不能の例は、睡眠中であると誤信して（直前に脳卒中で死んだ人の）死体を短剣で刺突した場合、暗闇で人だと誤信し狙撃したところ木の幹であった場合、非懐胎の婦女が自ら墮胎剤を用いたり非懐胎の婦女に墮胎剤を供与した場合、死産の嬰兒を生きっていると誤信し窒息させよう

とした場合、遺贈によって自己の所有に帰している森林を他人のものだと誤信し伐採したり自己所有の財物を他人の物と誤信し窃取しようとした場合など。

次に、②客体に関する相対的不能の例は、部屋の中に人がいると誤信し発砲したがたまたまその人は他の場所にいた場合、ある家の家財を奪おうとした盗人がその家に入ったところ知らぬ間に以前あった家財が取り去られていた場合、前日に車掌が空にしておいた料金箱を奪おうとした場合、有価証券 (valeurs) を奪おうとした強盗がこれを輸送していると誤信しある車を止めたが有価証券は別の方法で発送されていた場合、スリが財布を盗もうとして他人のポケットに手を入れたがその人は財布を別のポケットに入れていたかまたは家に置いてきていた場合など。

さらに、③手段に関する絶対的不能の例は、呪詛や祈禱により人を殺そうとする場合、毒物を供与するつもりで無害な物質を供与した場合、空砲であったり火薬の代わりに炭粉が詰められた銃によって狙撃した場合、1キロメートルも2キロメートルも離れた場所にいる人を狙撃した場合など。

最後に、④手段に関する相対的不能の例は、行為者が銃や武器の使い方を知らない場合、攻撃対象とされた人が逃げたり身をかわしたり武器を奪ったりした場合、犯人が住居の囲いを壊せなかった場合、金庫の錠前をこじ開けられなかったり金庫を持ち去れなかった場合、銃の弾丸がはずれたり梯子や鉤が壊れたりした場合などが挙げられている。

このように「絶対的不能・相対的不能説」の論者は、新しく導入した絶対的不能・相対的不能の区別を豊富な例示をもって説明した。けれども、この説が従来の「厳格な客観説」と比べて全く革新的な視点に立ったものであったかというそうではない。二つの学説は明らかにその基本思想を共有していたのである。その証拠にオルトランは次のように述べている。

「未遂は犯罪の着手である。それでは〔絶対的不能の場合は〕犯罪の着手があったといえるだろうか。人は可能なことでなければこれに着手することはできない。着手した (avoir commencé) とはその一部の行為を行ったということである。どうしてあらゆる点において不可能なことについてその一部を行うことができようか。——そもそも未遂は犯罪の害悪 (mal) を惹起せしめる性向をもった行為のうち存する。すなわち、もしこの害悪が起りえないのであれば、それを惹起せしめる行為があるといえようか。——最終段階の未

遂・最後まで至った未遂は、行為者の行った行為の結果が欠けたという観念のうち存する。しかし結果が欠けたという観念は、その結果が惹起されるチャンスがあったという観念を必然的に伴う。すなわち、もしその結果が不可能ならば、どうしてそれが欠けたといえようか。

このような論理で、犯罪の存在に絶対的で乗り越え難い不能がある場合には、行為者の行為がいかなるものであろうと、そこには着手未遂も欠効未遂もありえない。あるのは犯罪やその未遂の幻影だけであり、人間界の司法ではこれらを現実の犯罪やその未遂として処罰することはできない。⁽²⁹⁾

このようなオルトランの説明が、先にみた「厳格な客観説」の正当化根拠とほぼ同一であることはもはや多言を要しないだろう。「厳格な客観説」も「絶対的不能・相対的不能説」も、ともに問題を実行の着手の局面でとらえ、客観的な実質的害悪を重視し、人間界の刑法の謙抑性を強調する点では全く「客観説」の共通の基盤に乗っていた。

ただし、両説は具体的帰結においてはその袂を分かった。すなわち、絶対的不能とされる事例および手段に関する相対的不能とされる事例については、「厳格な客観説」も前者を不能犯後者を可能犯としていたので、両説の帰結は一致していたが、客体に関する相対的不能については、「厳格な客観説」はその当罰性について明確な判断を下していなかった。ところが、客体に関する相対的不能の事例が現実の判例に複数現れるにおよび、「厳格な客観説」はその可罰性を否定することを宣言せざるをえなくなった。そしてこれらの判決がいわば試金石となって、それを契機に二つの「客観説」の衰退が始まる。

Ⅲ. 「客観説」の衰退

1. 試金石となった判例

19世紀後半の判例に現れた客体に関する相対的不能の事例には次のようなものが存在する。

まず、1876年11月4日破棄院判決⁽³⁰⁾の事案は、被告人が教会に侵入し慈善献金箱から金員を窃盗しようとしたが、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おこなったが、破棄院は、献金箱が空であっても窃盗は絶対的に不可能なわけではないという理由でその申立を棄却した。この判決は、判例が初めて

「絶対的不能・相対的不能説」を採用したものであった。

つづいて、翌1877年には、被告人が夜10時頃ある人の寝室の窓からベッドにむけてピストルを発砲したが、その人はたまたまその夜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31日判決は、「厳格な客観説」に依拠してその可罰性を否定し、予審免訴を言渡した。しかし破棄院は再び「絶対的不能・相対的不能説」をとる1877年4月12日判決⁽³¹⁾でこれを破棄し、犯罪は絶対的に不能なわけではなかったとした。

さらに破棄院は、空ポケットからのスリ企行につき、これを無罪としたパリ控訴院1894年10月19日判決を破棄し、「主観説」にたつてその可罰性を肯定する1895年1月4日判決⁽³²⁾を下すに至った。

これらの判決の結論の当否をめぐる議論が行われるうちに、「客観説」が重大なジレンマに陥ることが次第に明らかになってきた。

2. 「客観説」のジレンマ

① 「絶対的不能・相対的不能説」の不当性

上に挙げたように、破棄院は1876年、1877年の二度にわたって「絶対的不能・相対的不能説」を採用する判決を下した。しかしこれらの判決については、「厳格な客観説」の陣営に属するヴィレイ、ルフォールから早速強い批判が浴びせられた。

最大の非難は、絶対的不能・相対的不能という区別の理論的な不当性にむけられる。ルフォールはこう論じる。「この区別は根拠が無いように思われる。確かに不能には程度をみとめることができない。不能は存在するかしないかのどちらかであり、妄想上の目的の実現がより不可能であるとかより不可能ではないとかいうことはできない。また、実際のところ、犯罪の客体が全く存在しないか犯罪の存在に不可欠の性質を欠いていたために犯罪が遂行されえない場合と、客体は現実存在しているが行為者がそこにあると思った場所にはそもそもあるいはもはや存在しなかったため犯罪が行われえなかった場合とでは、全く違いはない。前者の場合は絶対的不能があって、後者の場合は相対的不能のみがあると主張することは非論理的である。なぜならば、結局のところ犯罪的意図は実現されえないからである。」⁽³³⁾ またヴィレイは、ハウスが挙げている絶対的不能・相対的不能の例をひとつひとつ取り上げて、その区別の曖昧さを指摘した。一例を挙げると、ヴィレイは、ハウスが前日空にされた料金箱の窃

盗は相対的不能であるとしているのとらえ、大切なのは、犯罪が任意の時期に可能であったかではなく、行為者が犯罪を犯そうとした瞬間に可能であったか否かを知ることであり、この場合犯罪は絶対的に不能であるとしている。⁽³⁴⁾

「厳格な客観説」から上の批判が加えられたとき、オルトラン（1873年死去）ハウス（1881年死去）につづく支持者が現れていなかった「絶対的不能・相対的不能説」からは、なんら反駁がなされなかった。そしてこの批判が、「絶対的不能・相対的不能説」に致命的打撃を与えたのであった。

② 「厳格な客観説」の不当性

絶対的不能・相対的不能の区別を拒否した「厳格な客観説」は、その論理的帰結として客体に関する相対的不能の事例も不能犯であるとし、可罰性を否定した。例えば、1876年の判例や1877年の判例の事案についていえば、金が入っていない献金箱から盗むことなど不可能であるし、殺人の客体となりうるものが何もない部屋のベッドに発砲しても殺人は不可能なので、これらの行為を窃盗や殺人の実行の着手とすることはできず不可罰となるべきことを主張した。また、スリが空のポケットに手を入れた場合も同様である。

かつて「厳格な客観説」の理論構成とこのような具体的帰結の妥当性を担保していたひとつの重要な要素として、すでにみたように自由主義的な市民の支持があった。しかし19世紀も終りに近づいて、工業化・都市化に伴う財産犯の激増を経験してきたフランスでは、もはや「厳格な客観説」は広い支持を得つづけることはできなかつた。19世紀末にそれまで支持していた「厳格な客観説」を捨て、あらたに「法律的不能・事実的不能説」を創始したルネ・ガローは、自ら改説の事情を次のように語っている。

「この書物 (Traité théorique et pratique du droit pénal français) の初版では、わたくしは一般的にみとめられた理論に従っていた。しかしこの問題をより注意深く研究し、そしてとりわけ大衆の意識 (conscience populaire) が法学者にこの点で従うことに嫌悪を覚えていることに鑑みて、わたくしは結果として本当に言語道断な (vraiment scandaleuse) 不処罰をもたらす見解を修正するにいたった。1894年10月19日の判決でパリ控訴院は、さぐったポケットに何もなかったスリを不能という理由で放免した。この解決はそれを報道し批判したあらゆるジャンルの日刊紙にとっては少なくとも奇妙で予想外におもえるものだった。確かに、その解決は本能的・自然発生的な一般感情 (sentiment

publique) によって追認されなかった。そしてこの一般感情の動向は決して見誤ったり無視したりしてはならないものである。なるほど、スリが上着の空の右ポケットに手を入れたら訴追を免れ、同じ動作を財布や他のものが入っている左ポケットに行くと窃盗未遂で有罪を宣せられるというのは奇妙ではないだろうか。これは大衆の意識と衝突する法律の煩わしさ (subtilités) のひとつではないだろうか。そして同じようにとがむべき二つの行為の扱いのこの違いは正当化できるだろうか、あるいは少なくとも弁明できるだろうか。⁽³⁵⁾

このように述べてガローは、引用したパリ控訴院の判決が世論の抵抗にあって破棄されざるをえなかったことをみとめている。ここから読み取れるように、19世紀末のフランスにはもはや「厳格な客観説」を支える自由主義的な世論を見出すことはできなくなっていた。かつては熱い血が通っていた理論であった「厳格な客観説」は、いつの間にか人々の意識から遊離し煩わしい法律の理屈へと墮してしまっていたのである。

IV. 結語

かくして「絶対的不能・相対的不能説」を理論的に窮地に追込んだ「厳格な客観説」も、その具体的帰結においてやはり暗礁に乗り上げてしまった。ここに「客観説」衰退の素地は十分に準備された。

しかし、その決定的な衰亡は、19世紀末にはほぼ時をおなじくして登場した「法律的不能・事實的不能説」と「主観説」をまたねばならなかった。前者は「厳格な客観説」を捨てたルネ・ガローによって創始されたもので、あらたに不能に法律的不能・事實的不能という区別を導入し法律的不能のみを不可罰とすることにより、「絶対的不能・相対的不能説」がもつ理論的難点と「厳格な客観説」の帰結の不当性を同時に回避しようと試みる。⁽³⁶⁾そして後者はサレイユ、⁽³⁷⁾ガレによって主張されたもので、社会防衛を重視する見地から、未遂犯の処罰根拠を行為の危険性から行為者の危険性へと思い切って転換して不能犯の原則的可罰性をみとめる実質的な不能犯否定論である。

「客観説」がどうしても抜け出せなかった「実行の着手」の呪縛を解いて、不能犯問題をあらたな角度から眺め直すこれらの新しい学説の登場によって、19世紀のフランス刑法学を彩った「客観説」は克服され、20世紀への移行とともに不能犯論も新しい局面を迎えることになるのだが、その詳細を論ずるのは

次稿以降の課題としたい。

註

- (1) H.Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3éd., 1947, n. 252, pp. 142-144.
- (2) M.Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3éd., 1981, pp. 209-210.
- (3) A.Prothais, *Tentative et Attentat*, 1985, pp. 88-108.
- (4) Cass.crim., 9 novembre 1928, *D.* 1929.1.97; *J.C.P.* 1929.1.239.
- (5) Cass.crim., 16 janvier 1986, *D.* 1986, *Jurisprudence*, 265: *G.P.*, 15-17 juin 1986, 377.
- (6) J.pradel, note sous cass.crim., 16 janvier 1986, *D.* 1986, *Jurisprudence*, 267-270; D.Mayer et C.Gazouaud, note sous le même arrêt, *ibid.*, pp.264-267. この二つの評釈は好対照をなし、前者が判旨に賛成し後者は反対している。
- (7) G.Vidal et J.Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 9éd., 1949, tome 1, n.101, p.157. は、「客観説」を広義に用いている一例である。
- (8) P.Rossi, *Traité de droit pénal*, 3éd., 1863, p.152 et suiv. ただし、この版の見出しの一箇所だけ「相対的不能」という言葉が使われている (p.156)。これがオルトランに先立つ用例であるかどうかは確認できなかった。
- (9) Le Seyller, *Traité de droit criminel*, tome 1, n.18, cité par Devill., note sous cass.crim., 14 février 1850, *S.* 1853.2.66.
- (10) A.Chauveau et F.Hélie, *Théorie du Code Pénal*, 6éd., 1887, pp.400-401.
- (11) Rauter, *Traité de droit criminel*, tome 1, n.94 et suiv., cité par Lefort, note sous cass.crim., 4 novembre 1876, *D.* 1878.1.33.
- (12) J.Lacointa, “De la tentative et méfait manqué”, *R.C.L.J.*, tome 23, 1863, p.475.
- (13) Blanche, *Etudes pratiques sur le Code pénal*, tome 1, n.8, p.8, cité par Lefort note précitée p.33.
- (14) Bertauld, *Cours de Code pénal*, 4éd., 1873, 10 leçon, p.202, cité par Villey, note sous cass.crim., 12 avril 1877, *S.* 1877.1.329. ベルトールのこの書は未見だが、ちょうど同一の版が明治13年に「佛國刑法詳説」(司法省蔵版)としてわが国で翻訳・出版されている。その邦訳では335頁に不能犯の不可罰を説いたくだりがある。
- (15) E.Trébutian, *Cours de droit criminel*, 2éd., tome 1, cité par Roux, note sous cass.crim., 20 mars 1919, *S.* 1921.1.233.
- (16) E.Villey, note précitée.
- (17) Lefort, note précitée.
- (18) R.Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 2éd., 1898, tome 1, p.394.

- (19) G.Boissonade, *Projet révisé de Code Pénal pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, 1886, pp.416-418. ボワソナードは「絶対的不能・相対的不能説」の創始者とされるオルトランを師と仰いでいたが、不能犯に関しては「厳格な客観説」をとっていた。そしてわが国刑法の草案中に次のような明文の不能犯不処罰規定を設けていたが、この規定はついにわが国刑法典には入れられなかった。
- 「行為の性質により、または、用いた手段によりなんらの害悪 (mal) をも生ぜしめることが不可能であるときは、行為者はその意図の何たるかを問わず刑を科されない。もしその行為または用いられた手段が、行為者が企図した害悪より小さい害悪しか惹起しえないときは、行為者はその実際に生じた害悪についてのみ処罰される (128条)。」
- (20) Rossi, op. cit., p.152 et p.157.
- (21) この設例は不能犯の例としてしばしば引用されるが、1939年7月29日のデクレ・ロワによって墮胎罪の客体が妊婦のみならず「妊娠していると想像される婦女 (femme supposée enceinte)」にまで拡大されて以来、フランスにおいては現実的な設例ではなくなっている。
- (22) Rossi, op. cit., pp.152-153.
- (23) Lefort, note précitée p.33.
- (24) R.Garraud, op. cit., pp.395-396.
- (25) Rossi, op. cit., pp.154-155.
- (26) J.Ortolan, *Eléments de droit pénal*, 5éd., 1886, tome 1, n.1001 et suiv., p.453 et suiv. オルトランの基本思想はボワソナードによってわが国に広められたほか、「東洋のオルトラン」と称された宮城浩蔵によっても祖述された。不能犯に関しても、宮城はオルトランに倣って、絶対的不能・関係的不能 (=相対的不能) の区別をみとめている (『刑法正義』〔明治大学創立百周年記念学術叢書第四巻〕1984, 352-355頁)。
- (27) Haus, *Principes généraux du droit pénal belge*, tome 1, n.422, cité par Villey, note précitée. なお、ハウスについては米田泰邦博士がかつて論文中で「オー」として言及されたが (米田「フランスにおける未遂理論」『司法研修所報』第24号, 1960, 27頁。のち「犯罪と可罰的評価」171頁以下に補正のうえ再録), ドイツ系なので少なくともベルギー本国では「ハウス」と発音されているようである。
- (28) Prothais, op. cit., p.90, note 129—(1).
- (29) Ortolan, op. cit., n.1006, p.456.
- (30) Cass.crim., 4 novembre 1876, S.1877.1.48.
- (31) Cass.crim., 12 avril 1877, S.1877.1.329.
- (32) Cass.crim., 4 janvier 1895, D.1896.1.22; S.1895.1.108. なお、註(30)―(32)の判例の判例変遷史上の位置づけにつき、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, 参照。
- (33) Lefort, note précitée, p.33.
- (34) Villey, note précitée, p.329.

- (35) R.Garraud, op.cit., p.394, note 3.
- (36) R.Garraud, *ibid.*, n.209, pp.399-401; du même auteur, *Précis de droit criminel*, 12^{éd.}, 1921, n.70, pp.172-173.
- (37) R.Saleilles, "Essai sur la tentative", *R.P.D.P.*, 1897, p.53 et p.365.
- (38) H.Gallet, *La notion de la tentative punissable*, thèse, Paris, 1898.
(筆者の住所 = 〒211 川崎市中原区上平間1254 RB-11)