
論 説

フランス新古典学派の未遂犯 概念に関する一考察

末 道 康 之

- I はじめに
- II 新古典学派の刑法理論の概観
 - 1 新古典学派の基本思想
 - 2 新古典学派と〈mal〉概念の評価
- III 新古典学派の未遂犯論
 - 1 新古典学派と客観的未遂概念
 - 2 オルトランの絶対的不能・相対的不能説
 - 3 ボアソナードの不能犯論
 - 4 新古典学派と主観的未遂概念の展開
 - 5 新古典学派と法律の不能・事実の不能説
 - 6 中止犯の概念
 - 7 未遂犯概念をめぐる若干の考察
- IV おわりに

I はじめに

わが国の近代未遂犯概念の発展は、ボアソナードによって当時のフランス刑法学を中心とする未遂犯概念が紹介され継受したことから始まるといってもよいであろう。私はかつてフランスの未遂犯論に関する研究をまとめて公刊した¹⁾。フランス革命後、革命期の刑法典を経て、1810年にナポレオン刑

法典が制定され、フランスではヨーロッパ諸国の中でいち早く近代未遂犯概念が確立され、未遂犯を処罰するためには、実行の着手が存在し、行為者の意思とは無関係な事情により結果が生じなかったという要件が明示されることになった。また、未遂犯は既遂犯と同一の刑で処罰されるという原則が示された。このフランスの未遂犯概念は、その後のドイツ、ベルギー、イタリア等の他国の未遂犯の規定に影響を与えたことは周知の事実である。

19世紀のフランス刑法学は、客観主義の刑法理論に支配されており、その中でも、特に、新古典主義刑法理論（新古典学派、折衷学派）が支配的な地位にあった。わが国の旧刑法典の制定に大きな寄与をしたボアソナードは、新古典学派の刑法理論をわが国に紹介し、新古典学派の刑法理論は、わが国の刑法理論の発展の基礎を作ったといつてよいであろう。わが国の旧刑法典の未遂犯概念はボアソナードの刑法理論を通して当時のフランス刑法学の影響を受けていることは明らかであり、さらに、現行刑法典のモデルとなった当時のドイツ刑法典の未遂犯規定の淵源は1810年のフランス刑法典の未遂犯規定に求めることができるので、わが国の未遂犯規定はフランスの未遂犯規定と深く結びついているといつてよいであろう。

フランス未遂犯論の研究と関連して、ボアソナードの未遂犯論についても検討を加えたことがあるが、ボアソナードの不能犯論の理解について、ボアソナードが客観説を支持しているとする私の理解について、改めて疑問が指摘されたこともあるので²⁾、この機会に、本稿において、ボアソナードの未遂犯論を含めて、19世紀のフランス刑法学を支配した新古典学派の未遂犯論の意義について不能犯論を中心に若干の検討を加えてみたい。

注

- 1) 末道康之『フランス刑法における未遂犯論』（成文堂・1998）。
- 2) 中野正剛「不能犯論・覚書——末道書評を契機として——」『理論刑法学の探求⑩』（成文堂・2017）215頁。

II 新古典学派の刑法理論の概観

1 新古典学派の基本思想

フランス新古典学派（折衷学派）の刑法理論は、その後に展開された主観主義刑法理論や新社会防衛論などの影響を受けながら、形を変えて現在のフランス刑法理論にも影響を与えていることは事実である。わが国においても、ボアソナードが伝えたフランスの新古典学派（折衷学派）刑法理論や刑法思想は、宮城浩蔵、井上正一らを通して、また、江木衷や古賀廉三を経て、牧野英一の新派刑法学にも影響を与えていると評価することもできよう³⁾。

新古典学派（折衷学派）の刑法理論については、これまでに紹介がなされているので、簡潔にその内容をまとめると、新古典学派（折衷学派）は、自由意思を前提に、刑罰権の根拠を絶対的正義（justice absolue）と社会的功利性（utilité sociale）⁴⁾に求め、犯罪とは道義的責任の違反にあり、個人や社会の利益に対して現実的に危険を実現しうる行為のみが刑法の対象となりうると説明する⁵⁾。「効用を越えて処罰しない、正義を越えて処罰しない（ni plus qu'il n'est utile ni plus qu'il n'est juste）」⁶⁾という主張に明確に表れている。したがって、個人・社会の利益に対して現実的危険を生ぜしめない行為は処罰の対象とはならない。「結果なければ刑罰なし」「責任なければ刑罰なし」という原則に従って、社会の利益が脅威にさらされ侵害されたとき（社会的悪・道徳的悪が生じたとき）に刑罰権が発動されるとして、刑罰権の行使を限界づけようとした。さらに、刑罰とは、道義的責任を充足しかつ社会の防衛を確保するものでなければならない。したがって、刑罰には受刑者の改善を図るという側面もあることを重視していた⁷⁾。

2 新古典学派と〈mal〉概念の評価

新古典学派(折衷学派)に代表される19世紀のフランス刑法学では、〈mal〉という概念が重要である。オルトランやボアソナードらの新古典学派(折衷学派)でも、〈mal social(社会的悪)〉〈mal moral(道徳的悪)〉という概念が社会刑罰権との関係で重要な意味を有している⁸⁾。この〈mal〉という文言は一般的には「悪」「害悪」「結果」等と訳出されるが、当時のフランスでは、刑法と道徳規範との区別は明確ではなく⁹⁾、〈mal〉という概念は法益侵害という「結果」を意味する概念であるが、その中には道徳的・道義的な意味での「悪」という意味が内包されていると考えられる。換言すれば、〈mal〉という概念には法益侵害という違法性と道義的責任との両面が包含されていたという理解も可能であろう。したがって、法分野の世俗性が徹底されている現在のフランスでは、結果という概念を表現する文言としては〈résultat〉という文言が用いられることが一般的であり、結果という意味で〈mal〉という概念が用いられることはなくなっている。正義と功利性を重要視する新古典学派(折衷学派)は、刑罰は効果的でなければならない、すなわち、刑罰は応報的であると同時に受刑者を矯正させるものでなければならないとする。刑罰の性格を応報刑であり矯正刑であるとするところから、新古典学派(折衷学派)は矯正的刑罰と応報的刑罰を認めるカトリック教会法思想を継承していると考えてよいであろう¹⁰⁾。したがって、〈mal〉という概念にもキリスト教に基づく道徳観念が含意されていると考えられる。新古典学派の刑罰論においても、刑罰の機能が贖罪による道徳秩序の回復であり社会防衛でもあるとされており、社会防衛という側面が後の実証主義に基づく主観主義刑法理論にもつながっていくことにもなる。新古典学派の刑法理論はボアソナードを介してわが国の刑法学に継受されたが、新古典学派の刑法理論が、その後のドイツ刑法学の影響を受けて展開されたわが国の新旧両学派の基盤となったと評価することは正しいと思われる。

注

- 3) 中野正剛『未遂犯論の基礎——学理と政策の史的展開——』（成文堂・2014）329頁参照。
- 4) 〈utilité〉には「功利性」「効用」「功用」等の訳語が宛てられるが、本稿では「功利性」と訳出しておく。
- 5) R. Bernardini et M. Dalloz, *Droit criminel vol. I – Eléments préliminaires* 3^e éd., Bruylant, 2017, pp.95 et s.; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel Problèmes généraux de science criminelle Droit pénal général*, 7^e éd., Cujas, 1997, pp.112 et s. 等を参照。新古典学派の刑法理論については、江口三角「フランス新古典学派の刑法思想」『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第1巻』（有斐閣・1983）50頁以下を参照。
- 6) Merle et Vitu, *op. cit.*, p.118. 江口・前掲論文70頁参照。
- 7) Bernardini et Dalloz, *Droit criminel vol. I – Eléments préliminaires préc.*, p.96.
- 8) J. Ortolan, *Elément de droit pénal* 5^e éd., T. 1, 1886, pp.434 et s.
- 9) 刑法と倫理規範との関係性については、江口・前掲論文71頁を参照。
- 10) この点については、W. Jeandidier, *Droit pénal général*, 2^e éd., 1991, p.51.

III 新古典学派の未遂犯論

1 新古典学派と客観的未遂概念

19世紀のフランス刑法学を代表する新古典学派は、行為者の意思ではなく社会に害を及ぼした行為を処罰すべきであるとして、未遂犯の処罰根拠を危険な行為によって社会の利益が脅威にさらされたことに求めた。したがって、可罰未遂を基礎づける実行の着手は、客観的な行為のみによって基礎づけられることになる。

1994年に現行刑法典が施行されるまで、フランスの未遂犯は、「実行の着手により表明された重罪の未遂は全て、行為者の意思とは無関係な事情により中断され、あるいは、結果を欠いたに過ぎない場合には、重罪そのものとしてみなす。」と規定されていた¹¹⁾。この規定から、未遂犯の成立要件として、実行の着手が存在すること、行為者の意思とは無関係な事情によって結果が発生しなかったこと、という2要件が必要となる。すなわち、「実行の

着手」と「任意による中止の不存在」である。

厳格な客観説では、犯罪構成要素または犯罪加重事由等の犯罪の一部をなす行為が行われて初めて実行の着手が認められることになる。換言すれば、現実的に結果を発生させる危険性をもつ行為が開始されたことで実行の着手が認められることになるので、結果発生の実質的危険性がない場合には可罰未遂は成立しないことになる。例えば、ロッキーは、犯罪の実現に向けられた行為が社会に対する危険 (le danger pour la société) または実質的な悪 (le mal matériel) を生ぜしめたことが未遂犯処罰の根拠としており、社会に対する危険や実質的な悪が発生しなければ未遂犯としては処罰できないことになる。換言すれば、実行の着手が認められるためには、構成要件の結果発生客観的な危険性が認められることが必要であることを示しているのであって、行為自体に結果を発生させる危険性があることが求められているのである。フランス刑法学においても、危険 (danger) という概念は存在しており¹²⁾、法益侵害の危険性の概念は実行の着手の概念とは切り離せないものと考えてよいと思われる。フランス刑法学においても、実行の着手と不能犯の概念とは表裏の関係であることは認識されている。客観説が不能犯を不可罰とする根拠として、以下のような論証がなされる。未遂犯が処罰されるためには実行の着手の存在が必要である。不能なことを実行することはできないし、その実行に着手することもできない¹³⁾。したがって、可罰的な未遂犯は存在しない。ただ、不可能であることは結果の発生であって、犯罪の実行ではないことが認識されるようになり、不能犯を一律に不可罰とする結論にも批判が加えられるようになった。そこで、不能犯を不可罰とする客観説を緩和する見解 (修正された客観説と絶対的不能・相対的不能説) が展開されることになった。修正された客観説とは、手段に関する不能について、用いた手段・方法が偶然の事情によって結果を生ぜしめなかった場合には不能犯ではなく欠効犯であり未遂犯として処罰する見解であった¹⁴⁾。

2 オルトランの絶対的不能・相対的不能説

オルトランは、19世紀のフランス刑法学（新古典学派）を代表する刑法学者である。フランス刑法学では、現在でも、犯罪論について、一般的には、法律的要素（*élément légal*）、客観的要素（*élément matériel*）、主観的要素（*élément moral*）（それぞれ法定要素、自然的要素、心理的要素という訳語が用いられることもある）の3要素に区別して論じる見解が有力である¹⁵⁾。オルトラン以前の刑法学者、例えばトレビュシアンも犯罪構成要素として客観的要素（自然的要素）と主観的要素（心理的要素）が必要であると主張していたが¹⁶⁾、オルトランは、犯罪構成要素という概念を否定して、犯罪行為論と犯罪行為者論とに区別して犯罪論を論じていた。ただ、現在のフランスにおいても、犯罪論を犯罪行為論と犯罪行為者論とに区別して論じる体系をとる有力な見解（例えば、メルル=ヴィテュ、プラデル）もあり¹⁷⁾、この見解はオルトランの学説の系譜につながるものであるといえよう。オルトランの犯罪論では、犯罪行為者論の部分で、責任能力、故意、強制、正当防衛、正当行為、共犯、犯罪被害者などを論じ、犯罪行為論の部分で、犯罪の分類、犯罪行為（犯罪事実）、犯罪の結果（*mal du délit*）、未遂犯と危害犯（*attentat*）、加重・軽減事由等を論じている。特に、犯罪行為者論において犯罪成立にとって重要な要素が論じられており、オルトランの刑法理論は行為者の有責性を中心に刑法理論を構築しているといえる¹⁸⁾。

オルトランは未遂犯論についていわゆる客観的未遂概念をとっている。オルトランは、行為者が、犯罪を構成する行為そのものを開始したときに実行の着手を認めている¹⁹⁾。すなわち、構成要件の一部を開始したときに実行の着手を認める客観説の立場に立っていることは明白である。不能犯については、純客観説ではなく、絶対的不能・相対的不能説を展開したことにその独自性がある。この見解は、従来の客観説を緩和するものであり、19世紀末から20世紀初頭においては破毀院によっても支持されるほど影響力を有

していた²⁰⁾。現代のフランス刑法学においても、不能犯に関する絶対的不能・相対的不能説を説明する場合には、必ずオルトランの学説が引用されるが、オルトランの見解は、ベルギーの刑法学者ハウスによって支持された²¹⁾。

オルトランやハウスによって展開された絶対的不能と相対的不能の概念は次のように説明される。客体に関する絶対的不能とは、客体が存在しない場合や主要な犯罪構成要素を欠く場合であり、不能犯となり処罰できない。死体に対する殺人行為、妊婦ではない女性を墮胎する行為、他人の物だと思って自分の物を盗む行為等は不能犯に該当する。方法に関する絶対的不能とは、行為者が用いた手段が本質的に犯罪結果を発生させることができないものであった場合であり、不能犯となり処罰できない。具体的には、無害な物質を毒物だと思って毒殺しようとする場合等である。これに対して、客体に関する相対的不能とは、客体は現実には存在したが想定したところには存在しなかったような場合であり、人がいると思って部屋に向けてピストルを発砲したがそこは無人で別の部屋にいたような場合には殺人未遂罪が成立する。手段に関する相対的不能とは、用いた手段自体は結果を実現しうるものであったが適切に用いられなかったために結果が生じなかったような場合であり、ピストルの使い方を失敗したとか、金庫を開けることができずに失敗したような場合には可罰未遂として処罰される²²⁾。

オルトランによれば、未遂は犯罪結果を惹起することを目的とした行為の中に存在するのであるから、絶対的不能の場合には、犯罪の実行に着手したとはいえない。未遂犯の処罰には、危険な行為によって社会の利益が危険にさらされることが必要なのであるから、結果発生が絶対的に不可能である場合には、結果発生の現実的危険があるとはいえず、未遂犯は成立しない。一方、相対的不能の場合には、行為それ自体が結果を発生させることは可能であったので、社会の利益に対する脅威が存在しており、未遂犯として処罰が可能であると説明される²³⁾。

オルトランの見解も、構成要件的结果発生の客観的危険性という要素を重

視していることは紛れもない事実であって、「不能の内容・性質によって不能犯と未遂犯とを区別しようとする」不能論的アプローチ²⁴⁾ではなく、「犯罪実現の危険性の性質によって不能犯と未遂犯とを区別しようとする」危険論的アプローチに分類されるものと考えられる²⁵⁾。

一時は、フランス刑法学を支配した絶対的不能・相対的不能説ではあったが、その後のフランス刑法学説や判例理論において支持されることはなく、19世紀末から、フランスにおいて、ドイツ刑法学の影響を受け不能犯をすべて未遂犯として処罰すると考える主観説と、法律の不能の場合には未遂犯の成立要件を欠き不可罰であるが事実の不能の場合には未遂犯として処罰とするガローが主張した法律の不能・事実の不能説が不能犯の議論を主導することになった²⁶⁾。絶対的不能・相対的不能説への最大の批判は、区別基準が不明確であり、不能の程度に差はありえず、不可能か可能かのいずれかであるという点である。相対的不能とされる場合も、事後的に見れば結果発生は不可能であったのであり、既遂結果発生が不可能ではあっても、行為者の意思とは無関係な事情によって結果が発生しなかっただけであって、犯罪の実行に着手することが可能であり、未遂犯は成立しうることが論証されたことで、絶対的不能・相対的不能説は支持を失っていった²⁷⁾。

19世紀末においては、ヨーロッパで実証主義思想に影響された主観主義刑法理論が台頭し、当時の社会において、個人の事情を全く考慮せずただ単に行為の重さにふさわしい刑罰を科すことが応報としての刑罰にかなうものであるとする新古典主義の刑法理論が、個々の犯罪現象に適切に対応できていないとのサレイユの批判を受け、未遂犯論においても、行為者の主観面を重視する主観説が有力化することとなった。そもそも絶対的不能と相対的不能に区別すること自体が論理的な根拠に基づいているとはいえないことや、未遂犯と既遂犯との同一刑主義をとるフランス未遂規定が主観説や主観的未遂概念になじみやすいということがあったとも考えられる²⁸⁾。

3 ボアソナードの不能犯論

わが国の旧刑法が、ボアソナードの影響を強く受けて制定されたことは、周知の通りである。予備と実行の着手に関する記述から判断すれば、ボアソナードは、実行の着手を犯罪行為の一部が開始された時点で認めており²⁹⁾、非常に形式的に判断していたと考えてよいであろう。ボアソナードの提示した不能犯に関する規定（草案128条）では、「行為の性質または用いられた手段によれば、いかなる悪も惹起することができないときには、行為者の意図がいかなるものであれ、刑を免除する（1項）。行為または用いられた手段によって、行為者が想定したよりも軽い悪しか生じなかったときには、現実生じた悪に対して処罰することができる（2項）」とする。この規定からもわかるように、ボアソナードは、不能犯に関しても基本的には客観説に従っているといえるが、手段に関する相対的不能については未遂犯として処罰することを認めるいわゆる修正された客観説³⁰⁾の立場に従っていると考えてよいと思われる³¹⁾。オルトランと同じく絶対的不能・相対的不能説を支持しているかについて、明示的ではないが絶対的不能・相対的不能説に左袒していたことは確かであると主張している中野教授の見解もある³²⁾。この点について、筆者がボアソナードは（修正された）客観説を支持していると主張したことに疑問が提起されている。また、客観説と絶対的不能・相対的不能説とを厳密に区別する必要性はなく、危険性概念を用いて不能犯か否かを判断する具体的危険説に対応させて観念していることが重要であるとされる³³⁾。

確かに、絶対的不能・相対的不能説も客観説から派生した見解であるが、相対的不能に該当する場合は未遂犯として処罰され処罰範囲が拡張されることになるため、両者を区別する意味はあると思われる。ボアソナードは、そのフランス語による著作において、絶対的不能・相対的不能という文言は用いていない。不能犯とされる事例として、ボアソナードは、①夜間人気のない場所で旅人が通行するはずであると信じて待ち伏せしていたが、風で樹々

が動くのを見て旅人が来たと思って発砲したところ灌木に発砲していた場合、② 窃盗のために夜中に家に侵入し家の番人を殺したと思っただが実は死体であった場合、③ 毒物(砒素)だと思って無害な物質(塩)を飲ませた場合、④ 弾丸が装填されていると思って発砲したところ装填されていなかった場合、⑤ 他人の所有物だと思って窃取したところ自分の所有物だった場合、⑥ 呪術を用いて人を殺そうとする場合、等を挙げているが³⁴⁾、いずれの場合も反道義性は既遂犯と同じであるとしても、社会的悪 (mal social) が全く認められないため不可罰とされる。さらに続けて、ボアソナードは、意図した結果 (mal résolu) が生じる可能性がないのであるから、危険すらないとしている³⁵⁾。この危険の概念をどのように理解するのかということが問題となるが、具体的危険ではなく、主観的な事情を排除した結果の発生に直接結びつく危険源すなわち客観的・物理的な危険ととらえていると評価することができるであろう³⁶⁾。

この点に関し、具体的危険の概念については、20世紀初頭にリストの見解がフランスで翻訳され、リストの具体的危険説を通して紹介されていた。ただ、サレイユはリスト説の結論の妥当性は認めながらも、そもそも危険性の概念が不明確であることを指摘して、具体的危険説を批判していた³⁷⁾。その後、フランスにおいて具体的危険説を支持する見解はほとんどなく、20世紀初頭からいわゆる主観説が不能犯論において有力化していった。したがって、ボアソナードが活躍していた19世紀後半の時代において、具体的危険の概念はフランスでは一般的には知られていなかった概念であり、ボアソナードは客観説に立って客観的・物理的に危険概念を理解していたと解することは妥当であると思われる。ボアソナードが不能犯としている事例(②から⑤)は、概ねオルトランのいう絶対的不能に該当するものではある。また、ボアソナードも方法に関する相対的不能の場合(薬剤を用いた場合、吹き矢を用いた場合、武器として子供のおもちゃを用いた場合)には、発生した結果に応じて処罰することを認めている。ただ、①の事案において、その道を旅人が夜間通行することがありえたとしても(客体に関する相対的不能の場合で客体は存在す

る可能性はあった場合)、ボアソナードの見解では不能犯として不可罰となると考えられる。オルトランの見解では、客体に関する相対的不能の場合には、未遂犯として処罰することになるので、この点で、両者の見解には相違があると考えてよいと思われる。中野教授は、オルトランは①の事案について一貫して絶対的不能に該当し不能犯に該当するとされる。この点について、その場に人は現在せず灌木に向けて発砲した場合に、オルトランが客体の絶対的不能であるとしている点については指摘の通りであるが、客体に関する相対的不能の場合には、例えば、会社の金庫に通常は現金があったが、犯行の行われた当日だけは何らかの事情で金庫は空であったという事案では、オルトランの絶対的不能・相対的不能説に従えば、未遂犯として処罰されることになると思われるが³⁸⁾、ボアソナードの見解では不能犯となるのではなからうか。ボアソナードは客観説に立っていたと思われるが³⁹⁾、その見解には修正された客観説との親近性も指摘できるので、実質的にはそれほど大きな相違はないかもしれないし、ボアソナードは立法論として未遂犯概念について論じているのにとどまり、まとまった未遂犯論を展開しているわけではないので、ボアソナードの見解をオルトランと対比して論じることに意義があるのかという指摘も理解できないわけではないが⁴⁰⁾、中野教授が指摘されるようにボアソナードがオルトランの見解を知っており支持していたとすれば、何故、ボアソナードは絶対的不能・相対的不能という概念に全く触れていないのか私には理解ができない。

ボアソナードは1864年に国家試験に合格しアグレジエ(教授資格者)となり、1867年にアグレジエとしてパリ大学法学部に招聘された⁴¹⁾。当時のパリ大学には、客観説を主張していたロッシェが教授として憲法の講座を担当し、オルトランは教授として比較刑法の講座を担当していた⁴²⁾。また、1869年から1873年まで毎年数週間オルトランの刑法講座を代理していたが⁴³⁾、ボアソナードは、オルトランが亡くなった後の刑法講座の後継者には選任されず、その後、日本に法律顧問として赴任することになった⁴⁴⁾。このような当時の状況を考えれば、ボアソナードがオルトランの見解を十分に認識し

ていたか認識することは可能であったと考えることは自然であろう⁴⁵⁾。ただ、知っていてオルトランの見解に言及していないとすれば、ボアソナードはオルトランの見解を積極的には支持していなかったと考えることが合理的であると思われる。

私が特に指摘しておきたかったことは、オルトランの見解とボアソナードの見解の相違という点ではなく、20世紀以降、フランスの未遂犯規定の解釈論として、新古典学派から主張された客観説や絶対的不能・相対的不能説が支持を失ったことである。

4 新古典学派と主観的未遂概念の展開

19世紀末になると、新古典学派をその理論的支柱とする絶対的不能・相対的不能説や客観説がフランスにおいて支持を失い、未遂犯論・不能犯論において主観説が台頭したが、その原因には、フランス社会の構造的な変化があると思われる。これまでの新古典学派に基づく客観的な未遂概念では、増加する犯罪現象には対応できないことが認識され、社会の安全を守り、社会秩序を維持することに重点が置かれるようになるにつれて、より早い段階で犯罪行為を捕捉し処罰をすることが要求されることになる。このような状況では、客観的見解は支持を失うことは自明であろう。わが国においても、明治期において有力であった折衷学派の刑法理論が次第に退潮し、主観主義刑法理論が有力化する背景にも、ヨーロッパで起こった新旧両派の論争が影響を及ぼしていることは周知の通りである。

ところで、19世紀末からフランスで有力化していった主観説は、サレイユやガレの見解からも理解できるように、基本的には新古典学派の刑法理論を基盤として主張されたことを確認しておく必要がある。ただ、ここでいう新古典学派とは、19世紀に有力であった新古典学派ではなく、新・新古典学派 (*école néo-classique moderne ou nouvelle*) といわれる見解である。新・新古典学派とは、新古典学派の刑法理論に基本的に立脚しながら、(新)社会防

衛論の考え方を取り入れた見解である⁴⁶⁾。オルトランやボアソナードは新古典学派(折衷学派)の立場から客観的な未遂概念を支持したが、サレイユやガレは新・新古典学派に立脚しながら主観的な未遂概念を支持した。フランスにおいては、正義と功利性を重視する新古典学派刑法理論をもとに主観説が主張されたが、行為者の意思の危険性が外部的行為によって表明されれば、社会に危険を及ぼすことになるので、正義と功利性という点から処罰する必要性が認められることになる。さらに、旧刑法2条の未遂犯処罰規定の解釈が主観説の正当性を支えることになった。未遂犯の成立要件として、実行の着手が存在すること、行為者の意思とは無関係な事情によって既遂に至らなかったことが必要である。実行の着手は行為者の意思の危険性が外部に表明されたことによって認められるべきで、客観的な結果発生の危険性をもとに判断するものではない。また、既遂結果が生じなかったこと(中断したかまたは結果が発生しなかったこと)が要件とされているだけで、結果発生が不可能か否かという点は条文に記載はない。すなわち、結果発生が物理的に不可能であったとしても、行為者の意思の危険性が外部的行為によって表明されれば、処罰のための社会的功利性が認められることになる⁴⁷⁾。したがって、行為者の危険性を犯罪の本質として重視する立場と主観的な未遂概念が必然的に結びつくものではなく⁴⁸⁾、客観主義刑法理論の立場から主観的な未遂概念を採用することには理論矛盾はなく両立しうるものである。また、オルトランやボアソナードは、新古典学派(折衷学派)の立場から、旧刑法2条が未遂と既遂の同一刑主義をとっていた点を批判し未遂犯の必要的減刑主義を主張していたが、フランスで主観説が有力化した根拠の一つとして、旧刑法2条が未遂と既遂の同一刑主義を採用していた点もあると考えられる。フランスで主観説が有力化した背景には、ブーリーやコーラー等のドイツ刑法学説(主観説)やイタリア刑法思想(実証主義刑法理論)の影響があることは指摘されている通りであるが、ドイツの未遂規定とフランスの未遂規定はそもそも類似しており、条文の解釈論という点でも、主観説はフランスにおいても受け入れやすい見解であったといえるのではなかろうか。なお、主観説に従って

も、迷信犯や幻覚犯の場合にはそもそも刑法上の犯罪には該当しないのであり、罪刑法定主義の立場から処罰の対象とはされないと説明している⁴⁹⁾。わが国の旧刑法 112 条が未遂犯の刑は既遂犯の刑より 1 等または 2 等減輕されると規定されていたことは、未遂犯は既遂犯よりその刑は減輕されるべきであるとするオルトランやボアソナードの見解が旧刑法典の未遂犯規定に採用された結果である。当時のフランスの実務では、刑を酌量的に軽減することができたので、未遂犯を既遂犯より軽く処罰することは可能であったことを考慮したためであると思われる。しかしながら、立法論としてはともかく、そもそもフランス旧刑法 2 条未遂規定の解釈論としては、必要的減刑主義を主張することに無理があったといわざるを得ないであろう。

5 新古典学派と法律の不能・事実の不能説

フランスにおいて主観説が有力になるのとはほぼ同時期に、ガローによって主張された見解が法律の不能・事実の不能説であった⁵⁰⁾。ガローは、当初は不能犯に関して客観説の立場に従っていたが、空ポケット事件（パリ控訴院 1894 年 10 月 19 日判決⁵¹⁾の無罪判決に対する世論の厳しい批判を受けて、客観説を批判し、新たに法律の不能・事実の不能説を展開した。ガローは、未遂犯の処罰根拠を主観と客観の両面からとらえている。すなわち、犯罪を実行するという意思が一定の行為によって外部に表明され、その行為によって法的に保護された利益が侵害される危険を示す必要がある。法律の不能の場合、犯罪の客体が存在しない（死体に対する殺人行為）とか、用いられた手段が結果を発生させることができない（無害な物質による毒殺行為）とか、そもそも、犯罪の成立に必要な要素が存在しないため、法律的に犯罪の実現は不可能であり、既遂犯も未遂犯も成立しないことになる。一方、事実の不能の場合は、法律的には犯罪成立は可能であり、行為者の意思とは無関係な事情で結果が生じなかつたのであり、未遂犯規定に基づき、可罰的となる。例えば、教会の献金箱にはたまたま金員が入っていなかったとしても、教会のほ

かの場所には窃盗の対象となる物が存在していたとすれば、献金箱が空であったという事情は行為者の意思とは無関係な事情にすぎず、他人の財物に対する侵害の危険性は存在しており、窃盗未遂として処罰は可能となる。ガローは、行為者の犯罪意思を重視しながらも、意思の危険性のみで未遂犯を処罰するという主観説を批判して、客観的側面も重視し、客観的に法益侵害の危険が存在しなければ未遂犯としては処罰できないという見解を主張した。ガローの法律の不能・事実の不能説は、現在のフランス刑法学においても支持されている見解であり、この点で、絶対的不能・相対的不能説とは大きく異なっている。法律の不能・事実の不能説も、未遂犯の処罰根拠について法益侵害の危険という概念を重視しているが、法律の不能の場合には、犯罪構成要件要素を欠くために構成要件該当性がないことになるので、事実の欠缺の概念と共通する見解であると考えられることができる⁵²⁾。法律の不能・事実の不能説は、現在においても一部の論者において支持されている⁵³⁾。

6 中止犯の概念

わが国の未遂規定に関して、旧刑法と現行刑法とで規定の仕方が大きく異なる点が中止犯に関する部分である。旧刑法では、フランス刑法にならい自らの意思によって犯罪を中止した中止犯の場合には未遂犯は成立しないとしていたが、現行刑法では、ドイツ刑法にならい中止犯を犯罪化して未遂犯と位置づけている。明治後期においては、ドイツ刑法の影響が大きくなっていることが証明されている。ただ、フランス型の中止犯規定をとっても、自ら中止する以前に既に何らかの犯罪行為に該当する行為が行われていれば、その限りにおいては処罰することは可能ではあるが（例えば、殺人の実行に着手して人を刺したが、自ら結果を発生させないようにした場合、殺人未遂にはならないとしても、傷害罪で処罰することは可能である）、わが国においては、このようなフランス流の考え方は支持を失うことになった。

フランスでは、1810年刑法定制から現在に至るまで、中止犯に関する

基本的な考え方は維持されており、自らの意思で犯罪を中止した場合には、「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の発生を欠いた（結果が生じなかった）」という要件を充足しないことになり、未遂犯とはならないとされる。中止犯が未遂犯として処罰されない根拠を、新古典学派の理論では、社会的功利性という点から正当化する。すなわち、自ら犯罪行為を中止することで結果を発生させなかったことは社会の利益に合致するため処罰の必要性が認められないことになるのである。中止の任意性の判断基準については、中止の動機の如何にかかわらず、内部的原因と外部的原因とを比較して、内部的原因が優越している場合には中止の任意性を肯定するのが通説的な見解であるが、判例実務では任意性の判断においては後悔・悔悟等の倫理的な動機が認められる場合には任意性を肯定している⁵⁴⁾。ドイツでは、19世紀初頭においてはドイツ型の中止犯規定が採用されたが、1851年プロイセン刑法の頃からフランス型の未遂犯・中止犯規定が採用され、その後、1871年ライヒ刑法典では再びドイツ型の中止犯規定を採用するという変遷をたどっている⁵⁵⁾。フランスでは旧刑法においても現行刑法においても、重罪の未遂は常に処罰され、軽罪の未遂は法律に定める場合にのみ処罰されることになるので、重罪の未遂については、陪審員の参加する重罪院において、実行の着手があったか、行為者の意思とは無関係な事情によって中断されたかまたは結果の発生を欠いたか、が立証される必要がある。未遂犯が成立するためには、検察官は行為者が任意に中止したのではないこと（任意の中止の不存在）を立証する責任があり、陪審員裁判を前提とするフランス刑事実務に整合した考え方であったのかもしれない。

7 未遂犯概念をめぐる若干の考察

フランスやドイツでは、19世紀末から主観的未遂概念が有力となり、現在でも通説的な見解として支持されている。一方、同様の未遂規定をもつわが国では、現在でも客観的未遂概念に基づき客観的な見解が支持されている

が、フランス刑法学、ドイツ刑法学を継受したわが国の未遂概念において客観的色彩の強い見解が支持されている理由の一つとして、明治前期のポアンナードを起点とする客観主義的未遂論の影響が底流にあることも否定できないと思われる。ただ、比較法的な視点から考えると、原則として予備罪は処罰しないフランス等とは異なり、わが国においては重大な犯罪について広く予備罪が処罰されているので、フランス等と比較して未遂犯の成立時期を早める必要性はそれほど大きくはなかったことが、現在においても客観的未遂概念が通説としての地位を占めている最大の理由ではないかと考えられる。

オルトランが19世紀のフランス新古典学派を代表する刑法学者であることは紛れもない事実である。しかしながら、オルトランの刑法理論特に未遂犯理論を現代において再評価する意義はあるのであろうか。19世紀において、フランス破毀院の判例にも影響を及ぼしたオルトランの絶対的不能・相対的不能説は、20世紀初頭以降、支持を失い、過去の学説として紹介されることはあるものの、現在のフランス刑法学では支持されてはいない。破毀院1986年1月16日判決⁵⁶⁾において、死体に対する殺人行為について殺人未遂罪の成立を正面から肯定したことは、破毀院が従来の主観説を支持していることを再度明確にしたという点で意義があった。不能を絶対的不能と相対的不能に区別する基準そのものが明確性を欠くという点が致命的であったことは一般に承認されているところである。不能犯に関して通説的な主観説と対峙する見解として現在支持されている見解は、ガローによって展開された法律の不能・事実の不能説である。その間、フランスの未遂犯規定が大きく変わったということもない。わが国の未遂犯規定の母法でもあり、実行の着手概念を生み出したフランスの未遂犯の解釈論において、客観説や絶対的不能・相対的不能説が未遂犯規定の文言の解釈という観点から支持を失ったことには大きな意味があるように思われる。

「未遂 (tentative)」という文言は、「意思 (intention)」という文言と同一の語源をもち、目的へと向けられた方向・傾向を意味している。未遂という概

念は行為の危険性を意味し、未遂概念には結果の発生や結果への到達という観念は含まれていないのである。したがって、実行された行為が行為者の意図した結果に向けられたことが証明されれば、その行為が現実結果を発生させることができなかつたとしても、未遂犯として可罰的になると解釈することは未遂犯規定の合理的で整合的な解釈と考えることができる。そもそも、フランスの旧未遂犯規定では、未遂犯を既遂犯と同一刑で処罰するとしており、未遂犯を既遂犯より軽く処罰しているわけではない。結果が発生した既遂犯の場合と発生しなかつた未遂犯の場合とを同様に処罰していることは、結果の大小で行為の違法性や責任の程度が異なるとは考えていないのである。フランスの旧未遂犯規定は、行為者の意思を重視する革命以前の注釈学派や教会法の伝統も継承していると考えられており⁵⁷⁾、重大な犯罪の未遂については既遂犯と同一刑主義をとっていた点も承継している。現行刑法121-4条は未遂犯（重罪の未遂犯及び法律が定める場合には軽罪の未遂犯）の行為者も既遂犯の行為者と同じく正犯と規定するので、未遂犯と既遂犯の同一刑主義を形式上採用しているわけではないが、未遂犯の行為者も既遂犯の行為者も正犯であれば、その法定刑は同一であることには変わりはない。現行の未遂犯規定（121-5条）も可罰未遂の成立要件として、実行の着手が存在すること、任意の中止が存在しないこと、という2要件が必要であるとしていることから、その根幹には旧未遂犯規定を継承しており、主観的には犯罪意思（故意）が存在すること、客観的にはその意思（故意）に支配された行為が犯罪の実現に向けて外部に表明されることが必要であり、未遂犯の成立においては、犯罪結果が現実発生可能であったかという点（物理的・客観的な結果発生）は重要ではなく、行為者の意思という主観的要件の重要性に変化はないと考えられる。現在のフランスの通説的な考え方に従えば、行為者の意思（故意）が具体的な行為によって外部に表明され客観化され、その行為が社会一般の立場から危険であると判断されることが未遂犯の処罰根拠であると考えられるのである。すなわち、行為時における行為自体の危険性が重要であり問題とされるのであって、結果発生客観的危険性は未遂犯の成

立要件としては重要ではない。このような考え方は、フランスの裁判実務からも支持されていると思われる⁵⁸⁾。重罪事件については陪審員裁判が行われることになるので、一般の国民を代表する陪審員が未遂犯の成否を検討することになる。陪審制度を前提とすれば、一般国民の立場から未遂犯として処罰すべきか、ということが重視されることは当然であって、犯罪結果を実現しようとする行為者の意思が犯罪結果に向けられた外部的行為によって表明されれば、一般国民の立場から見れば、未遂犯として処罰する必要性があることになる。ここでいう一般国民とは、フランスで「善良な家父 (bon père de famille)」「思慮・分別のある人 (personne raisonnable)」という文言に表される「通常一般の注意能力を備えた合理的な人」であり通常一般人ということになろう。行為が犯罪結果発生の実質的危険性を有するかどうかということは、未遂犯の成否において陪審員が検討する問題としては提起されることはない。このような裁判制度を前提とすれば、フランスでは、ドイツやわが国とは異なり、陪審員には判断が難しい危険概念が実務的にも問題とはされなかったことの一つの根拠にもなりうると思われる⁵⁹⁾。

注

- 11) 末道・前掲『フランス刑法における未遂犯論』52頁参照。
- 12) 例えば、最近の文献として、Bernardini et Dalloz, *Droit criminel vol. II – L’infraction et la responsabilité*, 3^e éd., Bruylant, 2017, p. 123 を参照。
- 13) A. Prothais, *Tentative et Attentat*, L.G.D.J., 1985, p. 89.
- 14) フランスでこのような見解を支持していた論者としては、ブランシュとヴィレイを挙げることができる。詳細については、末道・前掲『フランス刑法における未遂犯論』174頁を参照。
- 15) 末道康之『フランス刑法の現状と欧州刑法の展望』（成文堂・2012）17頁参照。フランスの犯罪論については、末道康之「フランス犯罪論体系の素描」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 第2巻 刑法理論の現代的展開』（成文堂・2000）159頁参照、末道・前掲『フランス刑法の現状と欧州刑法の展望』18頁及び18頁注(24)参照。フランス犯罪論に関する仏文の文献としては、J.-H. Robert, *L’histoire des éléments de l’infraction*, R.S.C., 1977, p. 269; S. Monacorda, *La théorie générale de l’infraction pénale en France: lacune ou spécificité de la science pénale?*, R.D.P.C., 1999, p. 35; R. Berardini, *Droit criminel, V. II – L’infraction et la responsabilité préc.*, pp. 48 et

s. 等を参照。

- 16) 末道・前掲『フランス刑法の現状と欧州刑法の展望』16頁参照。
- 17) 同上19頁以下参照。
- 18) 中野・前掲書58頁参照。
- 19) Ortolan, *op. cit.*, p. 459. 末道・前掲『フランス刑法における未遂犯論』93頁参照。
- 20) この点については、末道・同上179頁以下を参照。
- 21) J.-J. Haus, *Principes généraux du droit pénal belge 3^e éd., T. 1, 1879, réimpression*, Swinnen, 1977, pp. 346 et s.
- 22) 末道・前掲『フランス刑法における未遂犯論』179頁以下参照。
- 23) 同上180頁以下参照。
- 24) 中野教授は、オルトランの見解を不能論的アプローチに位置づけられているようである。中野・前掲論文221頁参照。
- 25) 私は、オルトランの見解もボアソナードの見解も危険論的アプローチに位置づけるべきであると考えている。
- 26) フランス不能犯論の歴史的な展開については、末道・前掲『フランス刑法における未遂犯論』165頁以下参照。
- 27) Bernardini et Dalloz, *Droit criminel vol. II – L'infraction et la responsabilité, préc.*, pp. 126 et s.
- 28) 末道・前掲『フランス刑法における未遂犯論』184頁以下参照。
- 29) *Projet révisé de code pénal pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire par Gve. Boissonade, 1886, n° 262, pp. 411 et s.*
- 30) 末道・前掲『フランス刑法における未遂犯論』184頁以下参照。
- 31) この点については、末道・同上184頁参照。
- 32) 中野・前掲書85頁
- 33) 同上89頁注(120)参照。
- 34) *Projet révisé de code pénal préc.*, n° 266, pp. 416 et s.
- 35) *Projet révisé de code pénal préc.*, n° 267, p. 417.
- 36) 中野・前掲書82頁以下参照。
- 37) 末道・前掲『フランス刑法における未遂犯論』189頁以下参照。
- 38) Prothais, *op. cit.*, p. 90.
- 39) 佐藤教授は、ボアソナードの見解は、厳格な客観的危険説に該当すると評価している。佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』（慶應義塾大学出版会・2016）42頁参照。
- 40) 中野・前掲論文222頁参照。
- 41) ボアソナードの経歴等については、大久保泰甫「ボワソナードにかんする若干の新資料——フランスにおける調査の報告を中心として——」『野田良之先生古稀記念東西法文化の比較と交流』（有斐閣・1983）188頁以下参照。

- 42) ロッシーは刑法学者から憲法学者に、オルトランは憲法学者から刑法学者に転身した。この点については、G. Antonetti, *La faculté de droit de Paris à l'époque où Boissonnade y faisait ses études, R.I.D.C.*, 1991, p. 354 を参照。
- 43) この点については、大久保・前掲論文 190 頁, 194 頁, Antonetti, *op. cit.*, p. 354 参照。Antonetti の論文では、ボアソナードが法学部で研究していた当時のパリ大学の教授ポストに関する詳細が説明されている (Antonetti, *op. cit.*, pp. 333 et s.)。
- 44) この間の事情については、Antonetti, *op. cit.*, pp. 354 et s. を参照。
- 45) 私は、ボアソナードがオルトランの絶対的不能・相対的不能説を知らなかったと考えるのが合理的ではないかと思っていたが (末道康之「中野正剛『未遂犯論の基礎——学理と政策の史的展開——』(成文堂・2014) を読んで」『理論刑法学の探求 ⑨』[2016] 251 頁), Antonetti の論文を前提にすれば、知りうる立場にはあったと思われるので、この点は見解を改める。
- 46) Bernardini et Dalloz, *Droit criminel vol. I – Eléments préliminaires préc.*, p. 104; Merle et Vitu, *op. cit.*, pp. 138 et s.
- 47) 主観説の概要については、末道・前掲『フランス刑法における未遂犯論』187 頁以下を参照。
- 48) この点については、佐藤・前掲書 45 頁を参照。
- 49) F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général 6^e éd.*, Economica, 2009, p. 417.
- 50) R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français 3^e éd., t. 1*, Recueil Sirey, 1913, pp. 84 et s.
- 51) 末道・前掲『フランス刑法における未遂犯論』197 頁を参照。
- 52) この点については、大塚仁『刑法概説 (総論) (第 3 版)』(有斐閣・1997) 250 頁以下 (注 3・4) を参照。
- 53) 末道・前掲『フランス刑法における未遂犯論』232 頁以下参照。法律の不能・事実の不能説は、メルル, マイエ=ガズノー, ラサー, コント等の刑法学者によって支持されている。
- 54) この点については、末道・前掲『フランス刑法における未遂犯論』149 頁以下を参照。
- 55) この点については、野沢充「中止犯論の問題点」『理論刑法学の探求 7』(成文堂・2014 年) 215 頁を参照。
- 56) Crim. 16 janvier 1986, *B.C.*, n° 25. この判例の詳細については、末道・前掲『フランス刑法における未遂犯論』211 頁以下を参照。
- 57) この点については、末道・前掲『フランス刑法における未遂犯論』49 頁以下を参照。
- 58) ブーロックは、判例実務では結果発生の可能性は未遂犯の成立要件ではない、と明確に示している (B. Bouloc, *Droit pénal général 24^e éd.*, Dalloz, 2015, p. 237)。こ

の点については、末道・前掲『フランス刑法における未遂犯論』255頁を参照。

59) フランス未遂犯論における危険概念については、末道・同上248頁以下を参照。

IV おわりに

19世紀におけるフランス新古典学派の未遂犯論について客観的未遂概念から主観的未遂概念への変遷を概観してきたが、フランスの未遂犯規定の解釈論において、主観的未遂概念が、行為者の危険性を重視する主観主義刑法理論の立場ではなく、新古典学派という客観主義刑法理論の立場から展開され、その後、主観的未遂概念は現在に至るまで通説的な地位を占めるに至っている。

20世紀のフランス刑法学では、新古典学派以降、新社会防衛論の思想が大きな影響を与え支配的な立場にあった。20世紀末頃から、応報刑論の復権とともに新古典学派の刑法理論は再評価されるに至っているが⁶⁰⁾、未遂犯論においては、19世紀に支配的であった客観的未遂概念が再評価されるという状況にはない。前述したように、現在の主観的未遂概念は新古典学派の刑法理論をもとに展開されたのであり、客観主義刑法理論と主観的未遂概念は矛盾するものではない。

未遂犯とは、結果が発生する以前の段階で処罰を加えることを可能にする立法形式であり、社会を動揺させるような法益に対する侵害を未然に防ぐためには、行為時において一般人に危険だと思われる行為を処罰する必要性は認められるはずである⁶¹⁾。予備罪を広く処罰しているわが国においては、主観的未遂概念をとって未遂犯の成立時期を早める必然性はなく、客観的未遂概念が実務及び学説において一貫して支持されているが、フランスの未遂規定をその淵源にもつわが国の未遂犯の構造を考えるうえでも、未遂行為を基礎づける要素は行為者の故意すなわち主観的違法要素としての故意であることを確認し、主観的違法要素である故意が客観的行為（実行行為）によつ

て外部に表明され構成要件の結果発生の現実的危険性を有することによって未遂犯としての可罰性を帯びると考えることが合理的な解釈ではないかと考える。実行行為が構成要件の結果発生の現実的危険性を有するかの判断に際しては、行為時における一般人の判断が重視されることは、裁判員裁判が導入されたわが国においても整合的な解釈であると思われる⁶²⁾。

注

- 60) Bernardini et Dalloz, *Droit criminel vol. II – L’infraction et la responsabilité, préc.*, p. 128.
- 61) 刑法の行為規範性を重視する立場から具体的危険説の正当性を論証するものとして、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣・2008）412頁を参照。
- 62) 一般人が認識しうる事情または行為者が認識していた事情をもとに一般人の立場から結果発生の現実的危険性を判断する具体的危険説の考え方が基本的には妥当であると考ええる。