

# オルトランの未遂犯論の基本構造

中野正剛

## まえがき

オルトランの犯罪論の全体構成についてはすでに「オルトラン（フランス新古典学派）の犯罪論」として公表した<sup>(1)</sup>。本稿では、その成果を踏まえ、オルトランの主張する未遂犯論の基本構造、とくに量刑原理を解明しようとするものである。なお、本稿でもオルトランの著書Éléments de Droit Pénal, 1855.を底本とする。本文中に示される丸括弧内の番号は本書のnuméro des paragraphesである。オルトランの犯罪論の特徴の一つは、犯罪における結果の概念である。オルトランは結果概念を2つに分割して、行為から直接惹起した直接的結果（mal direct）と、さらに、直接的結果の発生を通じて法律や国家機関による犯罪防止活動に対する公衆の信頼の喪失を間接的結果（mal indirect）として重要視する点にある。未遂犯では実害が生じていない場合も認められるため、犯罪における結果概念のうちでも間接的結果概念が重要である。

本稿では、この間接的結果概念に注目しながら、オルトランの未遂犯における量刑原理を解明したい。

## 1 犯罪の段階

オルトランは、既遂へと至る、人の動作の各発展段階に応じて、罪状（Culpabilité）を細かく分析している。すなわち、罪を犯そうとする意思（pensée）が行為者の内心に芽生えた状態、そしてこの意思が成長安定化してゆくプロセスをとらえ欲望（désir）、考案（projet）を経て特定の決

---

(1) 本誌第42号1頁以下。

意 (résolution) となり (以上、内心の動作)、第2段階として、決意が外部的活動として脅迫、謀議、共犯者となる人や犯罪の場所を探して、犯罪の準備活動をなし予備行為に至り、犯罪の実行の着手へと至る一連の動作。引き続いて、結果の発生へとつながる第3の段階までを、オルトランは分節している (n°981.)。なお、オルトランは立法者が行為者の決意の表現としての「脅迫」などを犯罪化して刑を科すのは、その後引き続いて生じるであろう悪意の決心としてではない。つまり、「脅迫」それ自身が現に生み出す世間の危惧感などを取り出して犯罪化しているのであり、必ずしも既遂へとつながりうる犯罪の1段階として構成しているのではないと強調していた (n°802,986.)。オルトランがこのような分析手法を用いるのは、その社会刑罰権論 (折衷説) と深く密接なつながりがあることに注意を払わなければならない。オルトランによれば社会刑罰権論を構成する正義と効用とはどちらかを基本とするものではなく等価のものとして位置づけている<sup>(2)</sup>。いずれか1つを欠けばそれだけで国はそれを犯罪と位置づけ、行為者に刑罰を科すことはできない。オルトランは正義 (justice absolue) を応報の論理ととらえ、効用とは社会秩序の保全を意味するものとして理解していた。このように、オルトランは多元的な犯罪観、刑の量定観をもつのである。なお、オルトランにおいてはボアソナードなどの好んで用いた道徳上の悪 (mal moral)、社会上の悪 (mal sociale) という表現を用いていない。オルトランによれば、応報の論理とは、行為者がその意思に基づいて罪を犯すことにより犯罪事実に対する刑罰の賦課 (responsabilité) を導く。そこで、こうした関係を成立させるための前提となる条件として、犯罪事実と行為者との帰責性 (imputabilité) が必要となる。この帰責関係が成立しなければ、犯罪はおよそ成立せず、行為者に刑罰を科すこともできない。そこで、オルトランは行為者の意思の問題である内心の動作から犯罪の考察を始めるのである。しかしこの関係は単に行為者が刑罰を受け入れなければならないことを示すのみで、社会が行

(2) オルトランは、その関係を空気の組成をもって証明する。すなわち、空気とは酸素だけでなく、かといって炭素だけでもない。「両者の混交物である」と。n°185.

為者に刑罰を科す理由を説明したことにはならない。そこで、社会は刑罰を行為者に科すことで自己を保存する、つまり社会秩序を保全することをはかるために効用 (l'intérêt de conservation ou de bien-être sociale) という視点が導かれてくる。オルトランの依拠する折衷説の立場からは正義と効用という2つの物差しを用いて罪状や量刑を決めるので、正義と効用のいずれもが揃わないと犯罪として処罰することができないからである。意思に始まる『内心の動作』そのものが社会刑罰権の及ぶ犯罪と評価されない理由は、『正義』(justice absolue) に違反するに止まり、さらに『効用』の観点から何ら社会に影響を及ぼさないのが犯罪とする必要がないからである<sup>(3)</sup>。そこで、オルトランが注目するのが『結果』という概念である。オルトランは、未遂犯論を犯罪事実の要素の章 (éléments de fait du délit) の下で論じている。ここでは所為事実 (faits)、結果 (mal) などがその要素であると詳述されている。これらの要素は、いずれも絶対的・個別的有責性の評価と刑の量定において考慮されるものである。オルトランが特に『効用』の観点から重要視したのは犯罪の「結果」の概念であった。オルトランは『結果』の概念を2種類に分割し直接的結果 (mal direct) と間接的結果 (mal indirect) とに分類をしていた (n°957 et s.)。直接的結果とは犯罪被害者らが直接被る損害を意味するが未遂犯のケースではそれが生じていない。その意味で犯罪としては不完全な犯罪に当たる。しかし、未遂犯を全く不問に付してしまえばそれでよいかといえば決してそうではなく、直接的結果発生の可能性の残されている以上は、これを取り締るべき間接的結果 (公衆の抱く恐怖心、すなわち法律や官憲に対する信用、再犯や模倣犯の予防) を無視するわけにはいかないと述べている (n°962)。こうした考えの一つの表れとして、オルトランは未遂犯の処罰に関して、実行未遂 (la tentative achevée ou délit manqué) は既遂よりも軽減され、また実行行為の終了前に犯罪を遂げずに終わった着手未遂 (la tentative inachevée) は実行未遂よりも軽減されて処罰されなけれ

(3) さらに、オルトランは社会の裁判権は内心の事情について証拠に基づいて事実認定を行うことができないからという点も不処罰の根拠として添えている。n°570。

ばならないと説明を与えた (n°996)。これは、直接的結果という視点から見れば、行為者を実際にまだ行っていない犯罪事実について処罰し、また実際にまだ発生していない結果（直接的結果）の生じた場合と同様に処罰すること、言い換えれば、全体と部分の関係にある既遂と未遂（実行未遂・着手未遂）とを処罰の上で同一視することは、人間の行う裁判では許されず、さらに間接的結果の視点から実行行為が終了していない着手未遂を実行未遂よりも減輕処罰するべきであるという理由に基づいている (n°965,1000)。既遂犯と未遂犯との刑に差を設ける点については、行為者の主観面に重点を置く宗教的犯罪と実社会に生じた害悪に注目する世俗法としての刑法の機能の違いに着眼したものであろう。それゆえ、正義の立場からは、もっぱら犯罪的意思を問題にする以上、未遂を既遂と同視することになるが、この考え方は社会が科する刑罰の性質・根拠と相容れないものと位置づけられるわけである (n°992 et s.)<sup>(4)</sup>。この考え方は、当時のフランス刑法が未遂の処罰に関して同一刑主義をとっていたので（オルトランの体系書が著された当時（その初版は1855年）の刑法典（1832年）によれば、その第2条で未遂犯とは「実行の着手によって表明されたすべての重罪の未遂は、行為者の意思から独立した事情によってのみ中断され、またはその結果が欠けた場合には、重罪そのものと見なされる」(Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même.) と規定されていた)、酌量的減輕事由 *circonstances atténuantes* の適用（1832年改正刑法）というかたちで裁判官や陪審員らが個別の事件ごと具体的に刑の量定をする上での指針の1つを提供したに過ぎず (n°1009)、オルトランの狙いはもっぱら立法論であり、この見解を実際に立法の上で結実させたのはボアソナードの影響の下で起草された我が旧刑法典第112条であった<sup>(5)</sup>。なお、オルトランも

(4) ほぼ同様な整理をされる論者として、江口三角「オルトランの刑法学」『森下忠先生古稀祝賀・変動期の刑事法学（上）』〔平成7年、成文堂〕84頁。

(5) この間の事情については、野村稔『未遂犯の研究』〔昭和59年、成文堂〕47頁以下参照。

犯罪の準備行為を予備罪として処罰することを認めていたが、未遂犯を構成する実行の着手前の行為に当たるので、その刑は着手未遂に当てる刑よりも軽減された特別の刑を立法者は定めるべきであると主張していた(n<sup>os</sup> 987,1009.)。

## 2 未遂犯

当時の刑法典第2条によると、未遂犯が成立するためには、実行の着手の存在すること、さらに意図した既遂結果の不発生が行為者の任意による中止ではないことが必要であるとされた。

オルトランは、実行の着手を未遂罪と予備罪とを区別するものと位置づけ、その定義についてこう述べている。行為者が犯行の手段や機械を準備し、実際に使用するかどうかの自由の残されている間は予備罪に当たる。行為者が法律上犯罪を構成する行為として定義されている行為、つまり、それ自体で、他の間接的な挙動を挟まずに、直接に、犯罪の有害な結果（直接的結果）を発生させる性質を伴った行為の開始をもって、実行の着手であるとする。逆に、予備行為はこの直接性を具備していない性質の行為と位置づける(n<sup>o</sup> 1010)。たとえば、窃盗罪では、実際に窃取しようとする財物に触れ、殺人罪については、被害者に一撃を加えたり発砲したり、放火罪については、焼損させようとする物に実際に火を放ったりする時点のことをいうとしている(n<sup>o</sup> 1010)。ところが、オルトランは、この定義がすべてのケースに当てはまるほど完全ではないことを自ら認めていた。彼は、そのためのさまざまな事例を挙げている(n<sup>os</sup> 1011 et 1012)。たとえば、窃盗の故意を持ち、銀行券のしまつてある戸棚の抽斗の鍵を壊した段階で逮捕された場合のように、窃盗罪を直接構成する行為には当たらないが、これと一体となった行為であるから、人々は誰でも窃盗罪の実行の着手と認めうるものが存在する。したがって、オルトラン自身こうした事例を引きながら、実行の着手に関する一応の定義は明示したものの、結局は裁判官らの事実認定の問題であると位置づけることにより、この定義は裁判官の指針に過ぎないとし、実際のところは、すでになされた犯罪事実の性質

と状況とを勘案したうえで、裁判官らの判断にゆだねられるべきであると  
した (n°1013)。

### 3 中止犯

当時の刑法典では、その第2条で中止犯ではないことを可罰的な未遂犯の要件に位置づけていたことは周知の通りである。中止犯が成立すれば、その犯罪は、すでに生じていた結果は別に評価されるにしても、意図された犯罪は成立せず無罪とされる<sup>(6)</sup>。今日の我が国の刑法典のように未遂犯の1種に数え、中止犯を『中止未遂』と呼称し、刑の減免事由にされているわけではないことを確認しておかなければならない。

オルトランは、中止犯が行為者が犯行を継続しないよう既遂に至る途中で放棄することを懲罰する政策的な配慮を怠らなかつた。オルトランは中止犯を着手未遂に当たる場合にも、欠効犯の場合、いずれの段階にも認めていた (n°991)。彼はこれをその折衷説の要目の1つである功利主義という視点、すなわち社会的効用 (l'utilité sociale) の観点から分析を加え、犯罪が既遂に至るまでの間いつでも行為者に犯行を中止する可能性があるのだから、これを促すため刑法は行為者に利益になるよう配慮すべき事を求めているとしている (n°991)。不処罰の根拠につき、あえて刑罰威嚇を制御することにより犯行の中止を誘引しようとする刑事政策説による趣旨である。ここでは、あくまでも行為者が意図していた犯罪が既遂に至らないよう政策的に配慮を施していたに過ぎないので、中止に至る途上で何らかの結果が生じていた場合にはその限りでその結果について既遂犯としての刑事責任を負担すると注意を与えている。つまり、殺人のための犯行の途中で相手に一撃を加えたのみで中止したものの被害者に傷害を与え、あるいは殺意を持った犯行の結果として相手に傷害を与えた後に相手を救助したが傷害結果が残された場合、いずれも生じた傷害の程度で傷害罪として処罰されると説明を加えた (n°991)。絶対正義説に基づけば、現に

---

(6) 詳しくは、野澤充『中止犯の理論的構造』〔平成24年 成文堂〕353頁以下参照。

生じた結果についても、中止の動機が行為者の道徳的悔悟の結果によるものであれば、すべからず犯罪とは評価され得ないものであるが、オルトランはこのような考え方を否定して、犯行の中止を誘導する社会的効用による点を強調した（n°991）。

オルトランは、行為者がその行為を中止するに至った原因動機、すなわち中止犯における中止の任意性を広く理解していた。たとえば、オルトランは、社会的効用という観点から、犯行の中止に至る行為者の内面の動機を広く認め、悔悟（repentir）や深慮（bien prudence）によることのほか、ある程度の危険への不安（appréhension）、処罰に対する畏怖（crainte）なども含ませている（n°991）。重要であるのは、中止の動機の内容をまったく考慮することなく、行為者が自分の意思で止めたか否かという点に尽きると評価できる<sup>(7)</sup>。これは当時の刑法典第2条が未遂犯の成立要件として中止犯でないことを、はじめから条文上掲げていたため、今日の我々の認識する所から述べれば『法律説』に法解釈論的前提を置くとする評価もあり得ないわけでないかと思われるが、立法の所産である条文がそうしたことを導く構成となっていたので、あえて法律説と評価する理由はこと当時のフランス刑法についていえば存しないであろう。なぜであるかといえ、『法律説』は未遂犯として成立した犯罪について、中止行為により事後的（遡及的）に未遂犯としての犯罪評価を阻却するべく導かれてきた所論である（未遂犯の成立を前提にした中止犯論）。ところが、当時のフランス刑法典第2条では、はじめから中止犯でないことを未遂犯の成立要素に数えていたのだから立法で解決済みであるべき問題にいまさら『法律説』というレッテルを添付して分類する理由が存在しないと考えることもできるのではあるまいか。

---

(7) 同旨、末道康之『フランス刑法における未遂犯論』〔平成10年 成文堂〕137頁。

#### 4 不能犯

オルトランの与えた不能犯の定義は、『行為者がその目的とした犯罪の害悪を生じ得なかった場合、その理由が不能にあった場合を不能犯』（n° 1001）とするもので、その不能の理由が行為の客体にある場合と方法にある場合について不能犯を論じているが、主体の不能については何も語るところがない。オルトランは、自然界に存する物理法則に従って、不能の程度を分け「絶対的」（absolue, radicale etc.）である場合と「相対的」（relative, accidentelle, éventuelle, problématique etc.）である場合を論じ、前者にあたる場合を不能犯、後者にあたる場合を未遂犯と位置づけている（n° 1002 et 1003）。

オルトランは、初版以来、明示的に絶対的不能相対的不能説を採用し続け、不能犯にあたる場合に、オルトランは必ず絶対的—absolue—という修飾語を冠している（n° 1002 et s.）<sup>(8)</sup>。

オルトランの明示する不能犯の事例についてみてみよう。

客体の不能にあたる事例については、被殺者が睡眠中と誤解して死体を刺す行為、人を射殺しようとして銃撃したが、その場に人そのものがおらず、樹幹に銃撃を加えていた場合、妊婦と誤解している女性が自己墮胎術を施す行為、他人の所有地で樹木を伐採したものの実際にはその所有地は贈与によりすでに自分の所有地に移転していた場合、他人の財物と誤解して自分の所有物を盗む行為などをあげている（n° 1002）。他方、豚舎から豚を盗もうとしたところ、たまたま熊と入れ替えられており豚を盗むことができなかった例を挙げて客体について相対的不能のある場合も肯定している（n° 1002）。この場合には行為の客体はたまたま別の場所に存在していたに過ぎず、結果の発生につながる原因はなお実在していたと評価するのであろう。植物の栽培における種子と水との関係に置き換えて考えてみると理解が容易になるであろう。たとえていえば、行為の中に植物の発芽

(8) ところが、西山富夫「黎明期の不能犯判例史」『名城大学創立二十周年記念論文集法学編』（昭和41年 法律文化社）57頁によると、オルトランが絶対的不能相対的不能説を採用したのは第4版（1875年）以降であり、それまでは客観的危険説を採用していたとされるが、私が初版以降の版に実際にあたったところ指摘された改説を示す記述を見いだすことはできなかった。



につながりうる種子に相当する結果発生の直接的危険源が含まれていなければ不能犯と評価するわけである。

これに対し、方法の不能にあたる事例については、次のようにオルトランは考えている。呪術を用い人を殺そうとした迷信犯については不能犯とする。しかし、次にあげる行為者が実際に用いた方法によって結果が発生しなかった場合、ケースに応じて絶対的不能に当たる場合と未遂犯に当たる場合があると評価している。①事情に通じた薬剤師が夫殺害のため毒物を求めに来店した女性に無毒の薬品を与えこれを毒薬と誤信して夫に与え毒殺を試みた行為、②行為者のあずかり知らないうちに弾薬すべて抜かれていた火器や行為者の知らないうちに火薬の代わりに粉炭を挿入された火器を使用して銃殺を試みた行為、③弾丸のみが抜かれていた火器の中に火薬が残存して発火した場合などの事例をあげている (n°1003)。①の事例についてオルトランは不能犯に当たるか否かを述べていないが、②の事例については明示的にはないが不能犯を肯定する (n°1003)。③の事例については仮に被害者との間の距離が2キロや1キロ離れていればともかくとして被害者に接近して発砲したり精巧に製造された火器である場合があることを述べ未遂犯を認める趣旨のことを述べている (n°1003)。さいごに、方法手段の「用い方」に関する不能の場合を紹介しているが、オルトランはこれらについてはすべて不能犯に当たらず未遂犯であると述べている。たとえば、オルトランは、行為者が毒物の調合を理解していないために解毒作用のある飲料に毒物を混ぜてしまった場合や、拳銃の取り扱いに不慣れであったため殺人の目的を達成できなかった場合などをあげている。これらの場合、行為者がもし仮に別の食物に毒物を混ぜた場合、偶然当日拳銃の扱いが巧妙であった場合には、人を殺害するに足る危険が存在するので条件次第で能不能が変化するに過ぎず不能犯にはあたらないとする (n°1004)。

オルトランは、不能犯を位置づけて、「実体のない想像上の犯罪 (un délit imaginaire) であり、行為者の思考上でのみ存在する罪であるから、社会の刑罰は果たして科すことが可能であろうか。絶対正義説に従えば、

その行為者は道徳上の犯罪者に当たり処罰することができる。だが、我々はすでに絶対正義は人間社会の正義ではあり得ないことを知っている。・・・(不能犯を処罰しなくても) 人や社会はともに自然の物理法則によって保護されている。人や社会は充分安全を維持しどのような点において害悪(mal)の及ぶ危険(danger)があろうか。(不能犯に当たる) 事実や状況のみしかない場合には行為者による再犯の危険も他の人々による模倣の危険も存在していない。未遂犯とは犯罪の開始(commencement)である。すなわち、開始というには犯罪の遂行が可能(possible)であることを前提とする。開始したとはすでに行為(fait)を一部なしたことをいう。未遂犯とは犯罪の結果(mal)を生じさせる動作によって成立する。だが、もしこの結果(mal)を発生させることができない場合には結果を発生させる動作もあったとはいえない。・・・絶対的不能の場合には着手未遂(tentative suspendue)も実行未遂(tentative achevée)も成立し得ないことを証明している。この場合、人間界の正義によれば通常の罪や未遂犯としては処罰できない罪や未遂犯の幻影(simulacre)がただあるにすぎない。」(n°1006)、続けて不能犯を放置しておくことやがて後日行為者は再び犯行を繰り返す危険性があると評価することもできないわけではないがこの場合には「その推理はどこまでいえるのか。・・・将来についての再犯の危険はそれだけで刑を科すには足りない。・・・刑を適用されるべき事実については不能犯とされており、再犯の危険が懸念されるのは当該事実(faits)ではなく、将来生じるであろう類似した犯罪についてであるから、もしこのような場合にまで刑罰を科そうとするのならば人間界の刑罰の根本原理(base)に違反すること甚だしい」と断じている(n°1007)。ただ、オルトランも全く不能犯を放置しておくことには一抹のためらいを感じたようで、社会刑罰権論の支配を受ける刑罰制度とは別の保安処分制度を勧めていた(n°1008)。

結局、オルトランは不能犯の概念を、犯罪結果を発生させる行為(fait)のなかに設定するので、絶対的不能の範疇に行為が置かれているかぎり未遂犯は成立し得ないとすることになる。なぜならば、このような場合に

は実定法上未遂犯を成立させる実行行為（l'exécution）の開始も成立し得ないからである。ゆえに、客体がはじめから実在してはいなかった場合には不能犯となり実行行為は成り立ちえず無罪となる。他方で、行為者の技術不足に基づいて被殺者を射殺し損なった場合には犯罪結果を発生させる行為は存在していると評価でき殺人未遂犯として処罰可能に至るのである。すなわち、オルトランがその不能犯論で示した発想は、因果関係における条件説的な発想に等しく、結果発生につながる直接的危険源（原因）が行為の中に存在していたか否かを中心において、オルトランは不能犯か未遂犯かを評価していたといつてよいであろう。この関係は植物の栽培における種子（原因）と水分や気温（条件）との関係にたとえると理解し易いであろう。種子がはじめから存在している場合と異なり、発芽すべき種子が存在していなければ土壌から芽は生じえず、そこにいくら水分や適温が確保されていても絶対に発芽という現象は生じ得ない、という関係である。

こうした犯罪結果発生 of 直接的危険源の存否にフォーカスを合わせることは、オルトランが観念していた犯罪結果の概念ともよく適合する。オルトランは犯罪結果を2つに分けていた。直接的結果と間接的結果とである。直接的結果とは、被害者が直接に被る個別的損害である。これに対し、間接的結果とは直接的結果とは区別されるが、直接的結果を通して社会の安全もしくは保全を損なう結果を生じることがを意味する。つまり、オルトランは官憲が犯罪を摘発することによつてもたらされる国民の治安感情の高まりと逆に犯罪が放置されることによつて醸し出される官憲に対する不信感とを比較考量し、犯罪の放置が社会を崩壊せしめる結果をもたらさうる危険も犯罪結果に含めている。オルトラン自身はこの結果（直接的結果と間接的結果）と絶対的不能の概念とを比較して明示的に論じたことはないが、オルトランの掲げる絶対的不能に該当するとされる場合には、その行為を摘発せず放置し続けても社会が崩壊するに至ることにつながることは難しく、逆に、犯罪結果発生 of 危険源が社会に存在していた場合にはやがてその危険源が犯罪結果（直接的結果）に結実し、その結果として一定の間接的結果に結びつけられると考えることができよう。

## おわりに

以上、取り上げてきたオルトランの態度からどのようなことが読み取れるであろうか。

オルトランは新古典学派の中でも折衷説の立場に立ち社会刑罰権論を完成させた当時のフランスを代表すべき刑法学者である。彼の刑法論、すなわち罪と罰とを論じる際の端々に正義と効用との2重の限界 (la double limite du juste et de l'utile) に関わる議論が出てくるのが特徴である。このうち、正義に関わる部分のちにボアソナードが道徳上の悪 (mal moral) と紹介し、効用に関わる部分を社会上の悪 (mal social) と紹介することにつながってゆく。オルトランは効用から導かれる結果 (mal) を2つに分割して、直接的結果と間接的結果とに分類した。直接的結果とは個別具体的な権利の侵害であり、殺人罪や窃盗罪など犯罪を区別するために用いられる。間接的結果とは犯罪を防止できなかったことによる法律や国家機関の活動に対する人々の信頼の喪失等である。オルトランによれば、未遂犯の処罰で重要であるのはこうした犯罪の結果 (間接的結果) であった<sup>(9)</sup>。

着手未遂から実行未遂へと至る未遂犯の刑が既遂犯の刑よりも軽減される根拠がこの折衷説から導き出され、やがてボアソナードの努力を通じ我が国の最初の近代的刑法典の立法事業へとつながっていったことは今更言を俟たない。正義の視点からは既遂犯も未遂犯も区別する必要を生じないが、効用、すなわち社会に及ぼした結果 (直接的結果、間接的結果) の視点から未遂減輕主義が見事に導き出されたわけである。他方、当時のフランス刑法典第2条によれば未遂犯の成立するためには実行の着手の存在することに加え、中止犯でないということの2点が明文上要求されていた。まず、オルトランは実行の着手については直接犯罪の有害な結果を発生させる性質を伴った行為の開始であると位置づけて、直接的結果の概念が重要であると位置づけた。さらに、中止犯論では折衷説における効用の観点

---

(9) なお、江口・前出註 (4) 84頁参照。

から、行為者の既遂へとつながる犯行の中止を誘引しようとする政策的配慮にその特徴が認められた。その際我が刑法との違いで注目しなければならぬのは中止の任意性を道徳的要素つまり悔悟などに限定せず広く処罰に対する畏怖のごときも含めて認めていた点にある。さいごに不能犯論ではそれを「実体のない想像上の犯罪」と位置づけて社会刑罰権論における折衷説の立場から刑罰の対象となる犯罪のリストから外した。また不能犯の評価基準では、物理法則の観点をを用い、規範的観点を強調せず、事実在即して考察する態度に徹していた。

オルトランは、江口博士も指摘されるように<sup>(10)</sup>、行為者の有責性概念を中心にして刑法理論を構築しているが、その前提となる「犯罪の概念そのもの」はきわめて客観主義的、謙抑的であり、その事情は未遂犯論でもよく当てはまるということが明らかにされたといつてよいであろう。

[本稿は、沖縄国際大学特別研究費による研究成果の一部である]

本稿と、さらに関連する論説を併せ、拙著『未遂犯論の基礎—学理と政策の史的展開』(仮題)として成文堂から近刊予定。

---

(10) 江口・前出註(4)83～84頁。