

比較刑法に関する一考察

末 道 康 之

- 一 はじめに
- 二 比較刑法の目的と機能
 - 1 カドツビイの分析
 - 2 若干の考察
- 三 犯罪論体系に関する比較刑法的考察
 - 1 フランス犯罪論の特色
 - 2 比較刑法的視点からの考察
- 四 おわりに

一 はじめに

わが国における比較刑法学は、現在に至るまで、ドイツ刑法学との比較を中心として進められてきた。確かに、わが国の刑法理論学は、ドイツ刑法理論の影響を強く受けながら発展し、ドイツ刑法理論の研究がわが国の刑法理論の進展を支えてきたこともまた紛れもない事実であるが、ドイツの議論をわが国に持ち込み、借り物の理論

で観念的に説明を加えるという方法論がとられてきた傾向にあったという指摘もある意味では核心をついているということもできないことはない。最近では、わが国の研究者の比較刑法研究の対象もドイツにとどまらず、イギリス及びアメリカ合衆国を中心とする英米刑法や、フランス、イタリア、スイスなどのその他のヨーロッパ諸国にも広がっているが、理論刑法学の分野ではドイツ刑法の影響はいまだに大きな状況にある。そもそも、わが国の刑法の発展過程を考えると、わが国の刑法のルーツを探ろうとした場合、ドイツ法、さらに遡ればフランス法との比較を行わなければ何事も得ることはできないこともまた事実である。

ただ、法の比較はそれほど単純なものではなく、比較法あるいは比較刑法を定義することも非常に困難な問題である。比較法の定義については、例えば、アンセルは、基本的には、複数の国内法の間に存在する共通点及び相違点を確認することにより、何よりもまず、比較の過程であると定義している。⁽²⁾ プラデルはこの定義に従って、実質的な観点及び地政学的な観点から、比較刑法とは、二または複数の刑事司法の総体間の相違と類似を研究することであると定義している。⁽³⁾ 最近では、現代のフランスにおける比較刑法学の第一人者でもあるブラデルの祝賀論文集の中で、イタリア、パルマ大学のカドッピイが「Les six niveaux de la comparaison pénale (比較刑法の六段階)」という論文において、比較刑法の意義と役割について分析を加えている。そこで、本稿では、この論文を手がかりとして、ヨーロッパあるいはわが国における比較刑法研究の意義やそのあり方について考察したうえで、具体的な例として、犯罪論に関して比較刑法的視点から若干の検討を加えたいと考える。

- (1) 宮澤浩一「比較刑法研究のための基礎作業」『刑事法学の諸相(上)』(昭和五十六年)一七八頁。
- (2) M. Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé*, 1971, p. 31.
- (3) J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 2^e éd., Dalloz, 2002, p. 3.

- (4) プラデルの比較刑法に関する体系書として、J. Pradel, *Droit pénal comparé*, préc.: J. Pradel = A. Cadoppi, *Droit pénal général comparé*, Editions Cujas, 2005 年があげられる。
- (5) Alberto Cadoppi, 〈Les six niveaux de la comparaison pénale〉, in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélangers offerts à Jean Pradel*, Editions Cujas, 2006, p. 725.

二 比較刑法の目的と機能

ヨーロッパにおいて比較法研究が発展するのは一九世紀初頭からであるといわれているが、この当時は比較法ではなく、比較立法の研究に重点がおかれていた。⁽¹⁾ フランスでは、民法典起草を目的として、一八〇一年にナポレオンによって司法省に外国立法局が設置された(一八〇四年に廃止された)ことから始まり、一八三一年にコレージュ・ド・フランスに「比較立法の一般史及び哲学」の講座が設けられたこと(初代の担当者はレルミニエであった)、一八六九年にラブレールによって比較立法協会が設立されたこと⁽²⁾等が比較法研究に影響を与えたということができるであろう。⁽³⁾ また、イギリスでは、一八六九年にオックスフォード大学に法史学及び比較法の講座が設けられたり、ベルギーでは、一八六九年にアントワープにおいて国際法及び比較立法雑誌が創刊されたりした。⁽⁴⁾ 二〇世紀に入ると、一九二一年には、レビー・ウルマンの尽力によりリヨンに比較法研究所が設立され、一九三二年にはパリ大学に比較法研究所が設立された。⁽⁵⁾

比較法研究はこのようなして発展を遂げてきたが、比較法の中でも、比較刑法はどのような形で発展してきたのであろうか。カドッピイの分析によれば、歴史的に見て、比較刑法の役割は六段階の発展を遂げてきた。すなわち、第一段階とは情報及び説明の段階、第二段階とは学説的・理論学的段階、第三段階とは刑事政策または刑

法改正を目的とする段階、第四段階とは内国刑法のよりよい理解、解釈及び適用を目的とする段階、第五段階とは法の調和及び（または）統一のための段階、第六段階とは異なった刑事システムの類似と相違を理解する段階である。ただ、第一段階が第六段階より科学的には劣っているということではなく、段階が進むにしたがって、科学的な分析がより洗練されたものになっていくだけであり、各段階は、それぞれ異なった要請に対応している⁽⁶⁾ということができるのである。

それでは、カドツピイの分析に従い、それぞれの段階における比較刑法の目的と意義について、順次検討していく。

- (1) J. Pradel, *Droit pénal comparé préc.*, p. 16. なお、一九世紀の比較法研究は、比較立法の研究に重点が置かれており、一九世紀に設けられた比較法に関する講座、雑誌、研究機関のほとんどに「比較立法」の名が冠されていた。
- (2) ラブレール (Laboulave) は、一八四六年にはコレージュ・ド・フランスの「刑法及び比較刑事立法」の講座を担当者となった。
- (3) Pradel, *op. cit.*, p. 16. また、大木雅夫・前掲書五三頁参照。
- (4) Pradel, *ibid.*
- (5) Pradel, *op. cit.*, pp. 16-17.
- (6) Cadoppi, *op. cit.*, p. 725 et s.

1 カドツピイの分析

① 情報及び説明の段階

比較刑法の第一の役割は、異なった刑事システムまたは特定の規定に関する一般的な情報を与えることである。ある国の最近の刑法改正状況の情報を知らせたり、外国の文献や重要な判例の情報を提供したりすることであり、一種の司法ジャーナリズムの側面をもっている。この段階では、対象となるテーマに関して深く分析するという側面よりは情報を提供するという側面が優先されている。一九世紀においては、現代のように例えばインターネッットのような情報ツールを通して簡単に外国の情報を得ることはできなかった⁽¹⁾ので、外国の立法、学説、判例の状況を正確に伝えることは今以上に重要な役割を果たしていたことは事実である。特に、ハイデルベルク大学教授であったミッターマイヤーはドイツにおける比較刑法研究に大きな足跡を残したといっても過言ではないが、彼の研究は比較刑事立法に重点が置かれていて、理論的あるいは哲学的に比較刑法学を研究したものではなかった⁽²⁾。ただ、現在でも、外国の情報を正確に伝えることの意義は失われてはいない。特に、わが国においては、外国語の達人でもない限り、研究者といえども複数の言語を自由に使いこなすことのできる者の数は限られているので、それぞれの研究者の専門分野を活かした外国刑法の研究の意義は少なくないといえることができるであろう。

② 学説的・理論学的段階

比較刑法の第二の役割は、刑法の理論的展開に確固たる基盤を提供することである。例えば、犯罪の成立要件としての、構成要件該当性、違法性、有責性はドイツで発展した概念であるが、わが国においてもこの体系論は現在でも大きな影響を有しているし、ある程度の抽象性をもつ理論は、国家の枠を超えて適用することは可能で

ある。ヨーロッパにおいて不真正不作為犯の理論を研究しようと思えば、ドイツの学説、イタリアの学説、スペインの学説等によって深められてきた研究成果を無視することはできない⁽³⁾、未必の故意の研究に関しては、ドイツのみならず、イギリスの〈recklessness〉概念に関する研究成果や、フランスの〈mise en danger〉概念に関する研究成果も考慮する必要がある⁽⁴⁾。しかし、この種の比較研究は、実は法を比較するというよりはむしろ、国内法の多様性を無視する概念を構築するために外国の論者の見解に依拠し、単純な実体法の領域よりより高度で異なった領域に足を踏み入れるために行っているようなものである。ただ、理論的な比較もやはり比較研究を行っていることに変わりはなく、例えば、法律の錯誤の研究を行うために法律の錯誤に関するドイツの学説から学ぶとしても、本当の研究を行うためには、そこではドイツの実体法の状況、学説の発展などを研究しなければならない⁽⁵⁾。

歴史的に見れば、普通法 (jus commune) の時代には、ローマ法に起源をもつ普通法の原則の統一の名の下に、学者は他国の同僚の研究を分かち合っていた。現代でも、アングロサクソンの法体系をとる国すなわちモン・ロー諸国法においては、他国との比較ということが無視して、イギリスにおけるメンズレアに関する研究を、オーストラリア研究者がそのまま利用することは可能である⁽⁶⁾。

③ 刑事政策的または刑法改正を目的とする段階

比較刑法の第三の役割は、刑法改正を目的とする刑事政策的な領域における研究手段として存在する。刑法の全面改正あるいは一部改正、特別刑法の規定の改正にあたっては、外国においてどのような状況にあるのかを正確に調査することは現代においても非常に重要であることに変わりはない。ただ、この種の比較は、いわゆる比較刑事立法と分類されるものとそれほど異なるものではない。ある法律の起草のために、比較刑法の経験から何

かを得ようとすれば、外国における相当する法律を読むだけで満足するのではなく、犯罪学的な影響力なども考察しなければいけない。さらに、当該法律が、それが導入される社会の現実や刑事司法制度の領域に根を下ろす必要がある。すなわち、このような研究を行うためには、研究の対象国に長期間滞在して、対象となる課題を深く研究する必要がある。したがって、この種の研究は歴史的に見れば一九世紀にはそれほど見られたわけではなく、狭義の比較法学者の視点から見れば熱情を掻き立てられるわけではないが、比較される規範が非常に類似している国家間では、このような研究の有効性を無視することはできない。⁽⁷⁾

④ 解釈及び適用の段階

比較刑法の第四の役割は、内国刑法をよりよく理解し、解釈し、適用するために存在している。しかしながら、この役割は歴史的に見ると、ある一定の時期には、まったく無視されていたことがわかる。というのは、解釈・適用における比較は、比較の対象となる国との関係において、重要な類似性が存在する場合に限り適用されうるからである。イタリアの歴史を見た場合、イタリア統一当時、統一刑法典のモデルとなったのは一八一〇年のフランス刑法典であった。⁽⁸⁾したがって、この当時のイタリアの刑法解釈、学説、判例は、フランスの判例、学説の影響を強く受けていた。⁽⁹⁾このような状況は現代ではそれほど見られないとしても、いまだに、形を変えて、第四段階の比較刑法の役割はその意義を失っていない。

さらに、ヨーロッパでは、欧州連合や欧州評議会の構成国においては、内国刑法のヨーロッパ化が進み、類似した規定を制定することが増えている状況にあっては、また、ヨーロッパ人権裁判所の判例において判例拘束性が認められる基本的人権の保障の分野においては、第四段階の比較刑法の役割はますます重要になっているといえることができるであろう。⁽¹⁰⁾欧州連合構成国内で類似した規定が多くなれば、ある国における刑法解釈をそのまま

他国の刑法解釈に持ち込むことは可能であるし、今後ますますこの傾向は強まる可能性もある。また、外国における法解釈は、何ら拘束力を持たず、自由に参照することが許されているのであるから、同一法圏に属する諸外国法のみならず、異なった法圏からも独創的で最良の解釈を発見する可能性がありうる。⁽¹¹⁾⁽¹²⁾

また、ある行為を訴追するか犯人を他国に引き渡すかを決定する権限があることを前提とすれば、双罰主義の原則からして、比較刑法には刑法の適用の役割があることも明らかであろう。⁽¹³⁾

⑤ 調和及び（または）統一の段階

比較刑法の第五の役割は、法の調和及び（または）統一に関する役割である。連邦国家であるアメリカ合衆国では、模範刑法典が制定されたことによって、各州がそれぞれの州の刑法典を近づけることで、刑法の調和が図られることになった。あるいは、最近の欧州連合における刑事法の分野において法の調和が進められており、法の調和を行うにあたっては、構成国の比較刑法研究が重要な意義をもつことになる。⁽¹⁴⁾ さらに、刑法の調和が進めば、その先には刑法の統一という形態も視野に入ることになる。例えば、コルプス・ユリスは、欧州共同体の財政的利益保護という領域における一種の刑法典・刑事訴訟法典として起草された刑罰法規集であり、コルプス・ユリス起草にあたり、構成国の刑法・刑事訴訟法に関する比較研究が行われた。⁽¹⁵⁾

調和や統一を目的としたこの種の比較は、高度なレベルの比較研究である。複数の異なった法を調和させ統一するためには、調和または統一させるべき法の完璧な理解が必要であり、コルプス・ユリスの起草にあっても、それぞれの構成国の刑事法の専門家が刑法総論、刑法各論、刑事訴訟法の三グループに分かれて、各国の状況の調査を踏まえて、刑法・刑事訴訟法全般に及ぶ規定が設けられるに至った。⁽¹⁶⁾

法の調和や統一を旨指した比較刑法は、単純に法典を比較するというのではなく、法体系の異なった国の刑事

法制度そのものの比較を行うことにもつながるのである。

⑥ 刑事比較法

比較刑法の第六の役割は、類似した外観に隠された相違をより深く理解し、反対に、異なった外観に隠された類似性を発見する目的で、異なった刑事法制度の骨組を理解することにある。この段階では、刑法学者という側面より比較法学者としての側面が優先し、比較刑法の分野で通常行っている他の制度の研究を通して視野を拡大するというよりはむしろ、比較法学者としての衣装を身にまとわなければならない⁽¹⁷⁾。法制度全体の研究を行うためには、社会学や法史学とも緊密な関係を維持することが必要である。この点ではフォイエルバッハの見解が非常に参考になる。すなわち、「何故、法学者は法の比較科学を実行しないのであろうか。あらゆる経験科学の発見の中で最も豊富な源泉は比較であり組合せである。様々な対比からのみしか対立も完全に明らかにならないし、類似と相違の観察とそれぞれの理由からのみしか、徹底的な方法でその特異性と固有性を認識することはできない。異なる言語を比較することから言語哲学または言語科学が生じるように、多様な国家の法及び法的慣習を、法系が近くとも遠くとも、比較することから普遍的な法学が生じるのである⁽¹⁸⁾」。すなわち、比較法学とは、フランス法学、ドイツ法学、イタリア法学とは離れた、普遍的な学問である。このような比較法学は内国刑事法学と交差し、刑法学者が自国の刑法をよりよく理解することに貢献することは明らかである。

比較研究を行わなければ、先例拘束力のような力は、隠された類型、すなわち、法律家が必然的に共存し認識している国の法制度の現実の周辺の中に閉じ込められ続けてしまう。先例拘束力は生きた法であるが、法律家はそれを考慮することはない。なぜなら、それは制度の中に隠されており、逆説的にいえば、特別な科学的考察の対象とするにはあまりにも明白で習慣的なものであるからである⁽¹⁹⁾。

第六段階の比較刑法は、歴史学に接近する。なぜなら、第一に、比較とは、厳密には、同時代の複数の場所を考慮にいれるものであり、歴史はひとつの場所の通時的な比較を行うものであるからである。第二に、比較法学と歴史学とは、その主たる目的として、現実の資料（データ）を考察することにあるからである。法規の解釈というよりはむしろ、事実と資料（データ）を研究し、たとえ法規と関連していたとしても、法規だけではなく社会学的な資料（データ）によって構成される現実を認識する義務がある⁽²⁰⁾。

(1) 例えば、フィレンツェの Panattoni 兄弟による *Temi* などの雑誌において、諸外国の立法状況などが紹介されている。Cadoppi, op. cit., p. 727.

(2) 例えば、Mittermaier は一九二九年に *Kritische Zeitschrift* (外国法学・立法評論) を公刊して、ドイツの法学者が隣国の刑事立法を研究するための素材を提供し続けた。Pradel, op. cit., pp. 17-18; Cadoppi, op. cit., p. 727. また、ドイツ以外に、フランスやイタリアにおいても、比較刑事立法に関心をもっていた論者は数多い。ロッシー (Rossi) は、その『刑法概説 (Traité de droit pénal)』(一八二九)で、スイス、ドイツ、イギリスに限定されていたが、外国の刑事立法の現状を考察していた。また、オルトラン (Ortolan) は、一八三九年と一八四一年に出版された『比較刑事立法講義 (Cours de législation pénale comparée)』全二巻において、既に狭義の比較刑法を取り扱っていた。トークビル (Toqueville) とボーモン (Beaumont) は、フランス政府から矯正制度の改正のために依頼されて調査した結果を一八三三年に『アメリカ合衆国の矯正制度とフランスにおける適用 (Système pénitentiaire des Etats-Unis et son application en France)』として公刊し、その後一八三六年、一八四五年と改訂され、英語とドイツ語に翻訳された。ボンビル・ト・マルサニー (Bonneville de Marsangy) の『刑法法規の改善 (De l'amélioration de la loi criminelle)』(1844) ベルトラン (Bertrand) の『フランスとイギリスの刑事手続における未決勾留と迅速手続 (La détention préventive et la célérité dans les procédures criminelles en France et en Angleterre)』(一八六二) ズッペタ (Zappeta) の『比較刑事立法講義 (Corso completo di legislazione penale comparata)』(一八五二) においても比較刑事立法の研究が行われている。詳細は、Pradel, op. cit., pp.

18-20を参照。

- (3) Cadoppi, op. cit., p. 728.
- (4) Cadoppi, *ibid.*
- (5) Cadoppi, op. cit., p. 729.
- (6) Cadoppi, op. cit., p. 729.
- (7) Cadoppi, op. cit., pp. 730-732.
- (8) Cadoppi, op. cit., p. 732.
- (9) Cadoppi, *ibid.*
- (10) Cadoppi, op. cit., p. 733.
- (11) Cadoppi, op. cit., p. 734. 例えば、カナダの裁判所は、英国法やそれと同等の原則を適用しているし、普通法の時代には、ヨーロッパ大陸においても、ホローニャの裁判所がローマ法王庁控訴院や外国の裁判所の判決に依拠して判断するということは通常行なわれていた。
- (12) 大木・前掲書八二頁以下参照。
- (13) Cadoppi, op. cit., p. 734.
- (14) Cadoppi, op. cit., p. 735.
- (15) Cadoppi, *ibid.* コルプス・ユリスに関しては、末道康之「ヨーロッパ刑事法の動向―フランス法から見たコルプス・ユリス（１）（２・完）」南山法学二七巻一号（二〇〇三）六七頁、二号（二〇〇三）二七頁を参照。
- (16) コルプス・ユリス第一案については、Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union Européenne sous la direction de M. Delmas-Marty, Ed. economica, 1997を「第一案に関する各国の評価」第二案については、M. Delmas-Marty et J. A. E. Vervaele (eds), La mise en œuvre du Corpus Juris dans les États Membres. Dispositions pénales pour la protection des Finances de l'Europe, Intersentia, vol. I, 2000; vol. II-III, rapports nationaux, 2001; vol. IV, Coopération horizontale et verticale: analyse des difficultés, 2001を参照。

- (17) Cadoppi, op. cit., p. 736.
- (18) Cadoppi, op. cit., p. 737.
- (19) Cadoppi, op. cit., pp. 737-738.
- (20) Cadoppi, op. cit., p. 738.

2 若干の考察

カドッピイの分析では、比較刑法の六段階の目的は突き詰めれば、三類型に区別することができることになる。第一段階と第二段階の比較研究は、狭義の比較刑法学の領域には入らないことになるが、広義の比較刑法学として常に意義をもつことになる。第三段階、第四段階、第五段階の比較研究は、狭義の比較刑法学の領域に属している。ただ、この三つの段階の比較研究においては、刑法研究に重点が置かれており、比較法研究は実験的なものであるとしても、刑法学者が、比較刑法の手段を目的達成の手段として利用することを妨げるものは何もない。第六段階の比較研究が、まさに比較刑法学であり、この段階では比較法学者としての側面が刑法学者としての側面よりも優先することになる。

第一段階の比較研究では、外国の刑事立法、判例、学説などを紹介するという側面に重点が置かれているので、カドッピイが指摘するように、情報の紹介すなわちジャーナリスティックな側面が強調されることは否めないと思われる。しかし、外国語の達人でもないかぎり、複数の言語に精通した刑法学者の数は多くないし、体系書や基本的なモノグラフだけにあたるというのではなく、関連する論文や判例、立法の動向等をしっかりとフォローし紹介するという作業の重要性は失われることはないと思われる。また、比較刑法研究と外国刑法研究との関係が問題になると思われる。外国刑法の研究は、ある特定の国家の刑法の研究に特化されており、研究者の態

度も統一的であり受動的である。これに対して、比較刑法とは、複数の国の刑法を対比しながら、共通点を引き出すために、それぞれを異ならせているものと接近させているものを探求することにある。したがって、比較刑法学者の視点は複眼的で積極的である。ただ、比較刑法と外国刑法との接近は明らかであり、両者の境界を画定させることは難しい。外国刑法の研究から出発するとしても、研究者は、特に自国法と外国法とがかなり異なっているような場合、自国法と外国法とを比較することにもつながっていくであろう。また、比較刑法の前提としては、外国刑法の研究が必要不可欠であり、外国刑法の研究は比較刑法の第一の素材であることは否めない。

第二段階の比較研究は理論学的側面の研究であるが、これは第四段階の法の解釈・適用に関する比較研究と関連すると考えてもよいであろう。理論的な研究を行う際には、例えば、法律の錯誤を研究する場合、ドイツではこの分野に関する浩瀚な研究成果があるとすれば、その研究成果を正確に理解するという作業が必要になるので、それだけを見れば比較法的な研究とはいい得ないようにも思われるが、ドイツ法を研究することによって、自国の法解釈の参考にするという目的があるとすれば、そこには比較法的な視点はおのずから含まれているはずである。第四段階の比較研究に関しては、わが国の刑法の歴史的な発展過程を見ても、旧刑法下ではフランス刑法の影響が、現行刑法下ではドイツ刑法の影響が非常に強く見られ、現代に至るまで、刑法理論の発展にはドイツ刑法学の影響が非常に強うかがえることから明らかであろう。

第三段階の比較研究は、第一段階の比較研究の延長線上にあると考えられる。現在でも、刑事立法制定の準備作業として、諸外国の法制度の研究を行うことは日常的に行われていることであり、そのための資料として、諸外国の立法、判例、学説の紹介を怠らずに進めておくことが必要になると思われる。

第五段階の比較研究は、近年ますます重要性を帯びているといえよう。特に、ヨーロッパでは欧州連合において司法の分野でも統合が進められており、刑事法の分野でも、手続法の分野ではE.U.逮捕状や相互承認の原則な

どが認められ、実体法の分野でもヨーロッパレベルでの立法の調和が進められている。⁽²⁾ 法の調和や統一を前提として、各国の状況を正確に把握し理解することが求められるので、その意味で、法の調和や法の統一を目的とした比較研究は必要不可欠であるといえよう。

比較法を念頭において研究するとすれば、現在という一時点の法規などの比較を行うだけではなく、過去の承継・発展の上に現在があることを認識することが必要となる。したがって、カドツピーが指摘するように、比較法は法学としての側面をもつことになる。さらに、法の生きた現実を把握しようとすれば、立法過程のみならず、立法と判例の動向に関連した学説の動向、実務と学説の推移に影響を及ぼした学者・実務家の寄与を踏まえ、比較法研究を行う必要があり、その意味では法社会学的な視点から分析も重要となる。⁽³⁾

- (1) この点については、末道康之「ヨーロッパ刑事法の現状―刑事実体法の調和の動向(1) (2・完)」南山法学二八巻一号(二〇〇四)七三頁、二号(二〇〇四)二三頁を参照。
- (2) 末道康之・前掲「ヨーロッパ刑事法の現状―刑事実体法の調和の動向(2・完)」四三頁以下参照。
- (3) この点については、宮澤浩一・前掲論文一七九頁以下において詳細に分析されている。

三 犯罪論の体系に関する比較刑法的考察

これまで、比較刑法の概念について検討してきたが、比較刑法学の中心は、複数の国の刑法間における類似と相違を明確にすることにあることについては異論がないと思われる。

私はこれまでフランスを中心としたフランス語圏の刑法理論を中心に研究を進めてきたが、フランスの刑法理

論、特に犯罪論の体系はわが国やドイツのそれとは異なっているように思われる。⁽¹⁾ 論理性を突き詰め、抽象的で緻密な理論を構築していくドイツ刑法理論に親しんでいるわが国の刑法研究者にとっては、実用性、明晰性、わかりやすさ等を重視するフランス流の思考は何か物足りないという印象を与えるのかもしれない。ただ、フランスとドイツは隣国であり相互に情報を交換することはそれほど難しいわけではないのにもかかわらず、さらに、ドイツ刑法理論はその他のヨーロッパ諸国に大きな影響を与えたといわれているにもかかわらず、フランスにおいては、ドイツ刑法とは異なった犯罪論体系が構築され、現在に至っている。そこで、犯罪論を素材として、わが国の犯罪論体系にも大きな影響を与えているドイツ的な思考と独自の発展を遂げたフランス的な思考とを比較刑法の視点から検討してみたいと考える。

(1) フランスの犯罪論体系については、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二巻』一五一頁以下を参照。

1 フランスの犯罪論の特色

わが国の犯罪体系論は、行為、構成要件該当性、違法性、責任という概念をはじめとして、ドイツの犯罪体系論に大きな影響を受けながら発展してきたが、歴史的に見れば、自然主義に基づく古典的刑法理論、存在論的アプローチに基づく刑法理論、機能主義・機能的アプローチに基づく刑法理論などを受容してきた。⁽¹⁾ これらの理論は、わが国だけではなく、その他の諸国の刑事立法にも影響を与えたといわれているが、隣国であるフランスでは、ドイツにおける犯罪体系論はまったく影響を与えず、フランス独自の犯罪体系論が発展してきた。このような独自性の背景には、フランスでは、犯罪体系論の構築は刑法理論の主眼ではなかったこと、哲学的な思考より

は実用的な思考が優先されていることなどが影響していると思われる。フランス刑法学説は、ドイツとは異なり、非常に緻密な解釈を着想し、その解釈を犯罪に関する諸問題をよりよく説明し解決する機能をもつ理論として提示することに熱中することはなかったのである。⁽²⁾

ただ、このような状況を見て、フランス刑法学説が、犯罪論に関して考察を行っていないとか、ドイツ刑法学説だけが理論であると評価することは正しい理解であるとは思われない。理論が、法規の意味を探索し、概念を練り上げ、その概念の適用について一貫性があり公平で効果的なものとするために、ある制度下においてそれを機能させる活動を意味するとすれば、フランスの刑法学者も同じくこの知的な活動を実現していることは明らかである。⁽³⁾ それでは、フランスで発展してきた犯罪論とはどのようなものであったのであろうか。

一九世紀において展開された理論は、デカルト哲学に影響を受けた二元的な犯罪論であった。すなわち、処罰の対象となる行動の客観性を構成する行為と、その行為に先行し主観的要件を決定する意思の二つの要素が犯罪を構成するものであった。犯罪の成立要件として、最初に客観的要素 (élément matériel) と主観的要素 (élément moral) とを区別することを明示したのはモリニエであった。⁽⁴⁾ その後、この二つの要素に、法律的要素 (élément légal) すなわち刑罰法規に違反することという第三の要件が追加され、犯罪の成立要件としては、法律的要素、客観的要素、主観的要素という三分体系がとられることになった。⁽⁵⁾ さらに、ガローは不法要素を犯罪成立要件の一つとする四分体系を主張したが、不法要素については正当化事情の不存在という形で問題となるので、不法要素は法律的要素の消極的側面に過ぎないとされ四分体系をとる見解は少数説にとどまった。⁽⁶⁾ この三分体系はフランスでは伝統的な見解として支持され、現在でも基本的にはこの枠組みを維持しつつ犯罪論を構成する見解も主張されている、例えばラサーは、犯罪行為の構成要素としては、客観的要素 (既遂と未遂)、主観的要素 (故意・過失とその不存在)、不法要素 (正当化事情) という観点から分析するが、犯罪行為者論の部分で、一般

的犯罪行為者として、共犯論と他人の行為の刑事責任を、特別な犯罪行為者として、強制下にある者、未成年、法人などを検討している。⁽⁹⁾あるいは、コントリメストル・ド・シャンホン⁽⁹⁾は、犯罪行為の定義として犯罪論を展開しているが、犯罪論を、犯罪の法源（刑罰法規）と犯罪の内容に区別し、前者では、刑罰法規の必要性と刑罰法規の中和（正当化事情等）を、後者では、犯罪の客観的要件と犯罪の主観的要件を検討している。⁽¹⁰⁾犯罪の法源の部分は、従来の法律的要素と不法要素の内容を取り込んだものである。基本的には伝統的な見解の延長線上にあると評価できるであろう。しかし、最近ではこの三分体系とは別の概念を用いて犯罪論体系を構築する見解が有力になりつつある。代表的な論者の見解は以下のようなものである。

プラデルは、犯罪論で重要な要件は、犯罪行為と犯罪行為者であるとし、法律によって規定される犯罪行為の記述は「法律的要素」として考慮されるべきではなく、行為者に関係する精神的な側面は、行為者の責任の一部をなすかぎりにおいては、「主観的要素」として理解されるべきではないとして、従来の三分体系を批判する。⁽¹¹⁾

このような観点から、プラデルは、犯罪を構成する概念を分析して、法律的要素は犯罪の法律上の前提（事実の法的性格決定）として考察し、客観的要素は犯罪構成要素の視点から分析すべきであり、主観的要素は「犯罪の主役（*protagonistes de l'infraction*）」（すなわち犯罪行為者（刑事責任の研究）と被害者）にかかわるものとして考えるべきであるとする見解を示した。⁽¹²⁾プラデルの犯罪概念は客観的要素によってのみ構成されるとする見解ととらえることができるが、この見解は、オルトランやメルルヴィテュによって展開されたものであった。⁽¹³⁾プラデルの見解では、「犯罪の罪名決定（*qualification de l'infraction*）」（すなわち具体的事実⁽¹⁴⁾に法律を適用すること）と「罪名決定を妨げるもの」（すなわち正当化事情、特定の規定に基づき与えられる許可、恩赦）は、犯罪との関係では前提を構成するものである。また、犯罪の概念から、「犯罪の主役」に関連する側面を除外した。したがって、行為者すなわち正犯と共犯の概念は犯罪行為者の決定の一部をなすが、故意・過失とその態様は犯罪行為者の心

理状態を構成するものとして理解されることになる。また、被害者の同意と関連して被害者をここで取り扱っている。⁽¹⁴⁾ 犯罪構成要素としては客観的要素のみが問題となり、行為と結果が分析の中心となり、作為と不作為、因果関係、未遂と既遂などが検討される。

ブラデルとは異なった視点から犯罪論を構成している論者として、デスポルト・ギュネックをあげることができる。両名とも刑事立法法の制定に関与してきた司法官であり実務家であるが、その刑法総論の体系書では、「第二編・刑事責任」の部分で犯罪論が展開されている。第一に、刑法違反が存在すること、すなわち、犯罪が実行されたこと、第二に、刑事責任を負う行為者を特定することによって、誰が刑法違反を犯した者であるのかを探求すること、第三に、刑事責任を阻却するまたは緩和する事由が存在するかを検討すること、の三段階に区別して分析が行われる。⁽¹⁵⁾ 第一段階は、刑事責任を惹起させる事実が存在すること、すなわち、犯罪の実行が存在することであり、犯罪構成要素として必要なものは客観的要素と主観的要素の二つである。法律的要素とは、そもそも、前提となる刑法規範のことであり、法律的要素の検討は刑罰法規の解釈と重なるのであって、犯罪論の前提として検討すればよく、不法要素は正当化事情が存在しないこと以外の何者でもないことから、犯罪阻却事由(刑事責任阻却事由)として検討すればよいことになる。⁽¹⁶⁾ 客観的要素として、作為と不作為、結果、因果関係、未遂と既遂、主観的要素として、故意と過失が検討されることになる。第二段階は、刑事責任を負う者の特定であり、自然人については正犯と共犯が検討され、法人の刑事責任が検討される。第三段階は、犯罪阻却事由について、主観的刑事責任阻却事由(減輕事由)と客観的刑事責任阻却事由に区別して検討される。主観的刑事責任阻却事由としては、責任無能力、刑事未成年、強制、法律の錯誤が検討される。客観刑事責任阻却事由とはいわゆる違法性阻却事由のことを意味し、法令行為・正当行為、正当防衛、緊急避難が検討される。⁽¹⁷⁾

マイヨは、犯罪論については、刑罰法規違反を犯罪行為として、犯罪行為の客観面と主観面(故意・過失)

とを区別して分析し、犯罪行為の答責性として責任を検討するという体系をとっている。責任の段階では、客観的阻却事由として正当化事情が問題となり、主観的阻却事由（いわゆるわが国における責任阻却事由）として弁識能力の欠如（責任無能力、刑事未成年）、制御能力の欠如（強制、法律の錯誤）を検討している。¹⁸⁾

ロベールは、刑事判決の対象という部分で犯罪論を検討しているが、犯罪行為の客観性、刑法によって保護される法益の存在（正当化事情はここで検討される）、答責性（答責性の主観的条件（無答責性事由としての弁識能力の欠如・制御能力の欠如・法律の錯誤、答責性の多様な条件としての故意と過失）と刑事責任を負う者の特定（共犯、正犯・共同正犯、法人の刑事責任）という体系をとる。¹⁹⁾

ジャンディディエは、従来の法律的要素、客観的要素、主観的要素という三分体系をまったくらず、犯罪論を、犯罪行為論と犯罪行為者論とに区別し、犯罪行為論では、犯罪の種類、未遂と既遂、犯罪阻却事由（いわゆる違法性阻却事由）を扱い、犯罪行為者論では、犯罪者の分類、犯罪者の有責性（故意と過失、責任阻却事由（弁識能力の欠如としての責任能力と刑事未成年、制御能力の欠如としての物理的強制と心理的強制、有責性の欠如としての錯誤）を検討している。²⁰⁾

プエツシュは、犯罪論を犯罪行為（infraction）と答責性（imputation）とに区別する。犯罪行為（刑罰によって禁止される行為）を犯罪定型論（théorie de l'incrimination）すなわち犯罪を定義するために権限機関はいかなる法規を適用するのかを検討すること、犯罪の罪名決定論（théorie de la qualification）すなわち犯罪を特徴付けるために権限機関はいかなる法規を適用するのかを検討すること、とに区別して論ずる。犯罪定型論では、犯罪行為を客観面と主観面から分析している。犯罪の罪名決定論では、〈qualification légale（法律上のあてはめ・性格決定）〉と〈qualification judiciaire（裁判上のあてはめ・性格決定）〉とに区別する。〈qualification légale〉については、〈qualification des infractions（犯罪行為のあてはめ・性格決定）〉と〈qualification des

faits justificatifs (正当化事情のあてはめ・性格決定)とに区別する。〈qualification judiciaire (裁判上のあてはめ・性格決定)〉の部分では、罪数論が取り扱われることになる。⁽²⁾

- (1) J. H. Pozo, 〈Théorie de l'infraction, négligence, rapport de causalité et participation〉, in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélangers offerts à Jean Pradel*, Editions Cujas, 2006, pp. 787 et s. なお、Pozo はスイスのフライブルク大学教授である。ドイツの犯罪論体系については、井田良『変革の時代における理論刑法学』(慶應義塾大学出版会・二〇〇七) 八頁以下、宮澤浩一「犯罪論体系の意義」『現代刑法講座第一巻』(成文堂・一九七八) 一八九頁以下等を参照。
- (2) Pozo. op. cit., p. 789
- (3) Pozo. ibid.
- (4) 末道・前掲論文一五六頁以下、Pozo. op. cit., pp. 789-790 参照。なお、従来、〈élément matériel〉には物理的要素あるいは事実的要素、〈élément moral〉には心理的要素あるいは精神的要素などという訳語が当てられてきたが、実体面を考慮すれば、前者は客観面に関する、後者は主観面に関する問題を扱っているのび、〈élément matériel〉には客観的要素、〈élément moral〉には主観的要素という訳語をあてることが適切であると思われる。
- (5) この体系を最初に採用したのは、レネであり (Traité élémentaire de droit criminel, 1879) 、ガローもこれを支持した。なお、ガローはこの他に不法要素という要件を追加し、四分体系をとっていた。詳細については、末道・前掲論文一五八頁参照。
- (6) R. Garraud, Précis de droit criminel, 9^e ed, 1907, pp. 212 et s. 末道・前掲論文一五三頁、一五八頁参照。なお、大塚仁博士は、ガローの犯罪論体系は、犯罪の構成要素を、行為、構成要件該当性ないし侵害性、違法性及び責任に四分して理解する体系に類似していると評価している (大塚仁『刑法概説 (総論) 第3版増補版』(有斐閣・二〇〇五) 一〇七頁参照)。
- (7) 末道・前掲論文一五八頁参照。
- (8) M. -L. Rassat, Droit pénal général, Ellipses, 2004, pp. 304 et s.

- (9) Rassat, op. cit., p.
- (10) Ph. Conte et P. Maistre de Chambon, Droit pénal général, 5^e éd., Armand Colin, 2000, pp. 117 et s.
- (11) Pradel, Droit pénal général, 16^e éd., Editions Cujas, 2006, pp. 276-277.
- (12) Pradel, op. cit., p. 277, pp. 278 et s., pp. 381.
- (13) R. Merle = A. Vitu, Traité de droit criminel, T. 1, Problème généraux de la science criminelle, Droit pénal général, 7^e éd., pp. 506 et s. なお、メルローヴィチュェの見解では、法律的要素と客観的要素が犯罪構成要素と認められる。
- (14) Pradel, op. cit., pp. 507 et s. なお、ブラデルは、被害者論のところで、安楽死、決闘、不妊措置、正当化事由についての被害者の同意を検討している。
- (15) F. Desportes = F. Le Gunehec, Droit pénal général, 13^e éd., Economica, 2006, pp. 405 et s.
- (16) Desportes = Le Gunehec, op. cit., p. 409.
- (17) Desportes = Le Gunehec, op. cit., pp. 631 et s.
- (18) Y. Mayaud, Droit pénal général, pp. 129 et s.
- (19) J.-H. Robert, Droit pénal général, pp. 187 et s.
- (20) W. Jeandrier, Droit pénal général, 2^e éd., Monchrestien, 1991, pp. 213 et s.
- (21) M. Puech, Droit pénal general, Litec, 1998, pp. 163 et s.

2 比較刑法的視点からの考察

フランスの犯罪論に関して伝統的に支持されていた三分体系（法律的要素、客観的要素、主観的要素）あるいは四分体系は（法律的要素、客観的要素、主観的要素、不法要素）は現在では批判の対象となり、最近では、犯罪行為と犯罪行為者、あるいは、犯罪行為と責任とに区別し、犯罪行為については客観的要素と主観的要素の二要件を中心として構成する見解が有力になりつつあると思われる。いわゆる構成要件の概念そのものについてはフラ

ンスでは存在しないが、構成要件論で扱われる問題については、客観的要素あるいは法律的要素において検討されることになる。なお、構成要件該当性という概念と類似したものとして〈qualification〉(事実の法的な性格づけ)という概念が用いられることがある。⁽²⁾これに対して、ドイツやわが国では、可罰性を基礎づける条件に関して、事実的な分析よりも規範的な分析により重点がおかれているといえるであろう。ただ、どのような犯罪体系論をとるにかかわらず、基本的には、第一に、行動が法的事実を記載して規定される犯罪(すなわち刑罰法規)の記述に一致しているか、いわゆる構成要件に該当するか、第二に、この行動が法秩序に反するものとして(罪名)決定されるか、すなわち違法であるか、第三に、他行為可能性を有しながら、法秩序に違反したとして行為者を非難するという判断形式をとるか、すなわち非難可能性があるか、という分析については、フランスもドイツも一致しているという評価が可能であるという指摘がある。⁽³⁾犯罪論の基本が違法性と有责性にあるとすれば、犯罪行為と犯罪行為者(責任)という区別は、概ね、違法性判断と責任判断に対応しているものと考えることが可能であろう。⁽⁴⁾

フランスでは学位論文をはじめとして法律論文では、基本的には二分法をとる(場合によっては三分法をとることも可能ではある)という伝統が現在でも強く維持され、教科書や体系書を含んで学術書では基本的には二分法に従った構成がとられている。⁽⁵⁾論者は、この枠組みの中で、いかに自分なりの構成(フランスではプラン(plan)といわれ重視されている)を打ち出すのかに工夫を凝らすことになるので、犯罪体系論についても、個々の論者によって細部は微妙に異なるというのが実情ではないかと思われる。もともと、犯罪行為については、その客観面と主観面とを区別するという体系が主流になりつつあるように思われる。⁽⁶⁾ただ、すべての論者に共通していることは、手続法との関係を踏まえて、犯罪論についても認定論を重視し刑事訴訟法的機能を重視した体系がとられているという点であろう。⁽⁷⁾フランス刑法典では、第二編・刑事責任で、犯罪の成立要件に関する一般的

な規定がおかれているが、犯罪行為に関する部分と、犯罪の成立を阻却・軽減する事情に関する部分とに区別して規定されており、審判の対象となる犯罪事実と犯罪の成立を妨げる事情を前提とした犯罪論がとられているということができないのではないかと思われる。

(1) この点については、江口三角「構成要件とフランス刑法学」法学教室一六六号（一九九四）二六頁以下参照。

(2) プエッシュは、犯罪論を「犯罪定型・罪刑の決定 (incrimination)」、「犯罪の罪名決定 (qualification)」、「答責性 (imputation)」に区別して論ずる。特に、犯罪の罪名決定については、「qualification légale (法律上のあてはめ・性格決定)」と「qualification judiciaire (裁判上のあてはめ・性格決定)」とに区別する。「qualification légale」については「qualification des infractions (犯罪行為のあてはめ・性格決定)」と「qualification des faits justificatifs (正当化事情のあてはめ・性格決定)」とに区別する。「qualification judiciaire (裁判上のあてはめ・性格決定)」の部分では、罪数論が取り扱われることになる。M. Puech, Droit pénal general, Litec, 1998, pp. 245 et s.

(3) Pozo, op. cit., p. 791-792.

(4) なお、構成要件概念が発展したのは、ドイツ刑法の影響を受けて刑法理論を展開した国のみであり、ヨーロッパ大陸においても一部にとどまっており、フランス法の影響下にある諸国、イギリスなどのコモン・ローの諸国や、北欧の諸国では構成要件という概念は発展していない。この点については、宮澤浩一・前掲「犯罪論体系の意義」一九六頁以下参照。

(5) フランスの法学教育の伝統は、最終的には教授資格試験 (Concours d'agrégation) につながるものとして把握されているので、学部の一学年の段階から、法律論文作成の方法の基本を叩き込まれることになる。フランスの法学教育については、大村敦志『法源・解釈・民法学』(有斐閣・一九九五)一〇四頁以下が詳しい。

(6) 例えば、ブラデルは、『比較刑法』という著作においては、比較法的な視点から犯罪論を分析し、そこでは、犯罪行為と犯罪行為者に区別したうえで、犯罪行為は客観的要素と主観的要素とから構成されるという見解を示してい

2°. Pradel, *Droit pénal comparé, préc.*, pp. 232 et s.

(7) この点については、江口・前掲論文二六頁参照。

四 おわりに

ヨーロッパでは刑事法の分野でも統一作業が進められており、刑事立法の調和が順次進められている。ヨーロッパレベルでの枠組決定やコルプス・ユリスの規定を見ても、大枠のところで一致できる範囲で規定の統一を図る努力を日々惜しまずに進めている状況にある。統一的な規定を設定するためには、EU構成国の刑法を比較検討しながら、必要最小限度の規定を設定し、各国にはその規定に合わせる努力目標が設定されることになる。犯罪論の体系を異にするEU構成諸国間においても、共通点と相違点を比較検討するという作業を行うことにより、個々の問題の処理については共通の規定を設けることが可能になるし、現実にコルプス・ユリスにおいては、ヨーロッパ共同体の財政的利益を保護するという限られた範囲内において、刑法各則の規定や刑法総則の犯罪成立要件については、断片的に統一された規定が提示された。確かに、コルプス・ユリス第二案でも、未必の故意に関する一般規定、違法性阻却事由や法律の錯誤以外の責任阻却事由に関する規定がおかれていないことなどまだまだ不十分なところはあるが、できる範囲内で必要最小限の最低基準を設けるという目的は達成されているということは可能であるし、ヨーロッパ共同体の財政的利益の保護を超えて、刑法統一に向けた第一歩であると評価することは可能である。刑事訴訟法の分野では、コルプス・ユリスで提案された欧州逮捕状は現実にEUの枠組決定で実現されているし、相互承認の原則も広く認められるようになってきている。このように、ヨーロッパにおいては、刑事法の分野でも統一に向けた動きは進展しており、その際には、各構成国の刑法や刑事訴訟

法を比較し接近させ調和させるという作業は必要不可欠である。比較刑法の方法論は、この場面でも重要な役割を果たしているといえるであろう。

個人的なレベルで行える比較刑法の研究にはある程度の制約があることはやむをえないが、それでも、本格的な比較刑法研究には、時間をかけて、対象とする国などの立法・学説・実務などの動向に常に目を配る必要がある。短期的な視点で、功利主義的な見地から比較刑法を考えるのではなく、長期的な視点にたった比較刑法研究が何よりも求められているではないか。わが国においても、刑法の国際化の動向を踏まえて、国際社会で生起する問題への対応を考える際には、普遍的な問題の処理を考える必要があると思われる。普遍的な理論を構築するための基礎資料を提供するという点においても、比較刑法研究には重要性和意義があるといえるのではなかろうか。