

論 説

イギリスにおける未遂法の現状と課題について (1)

——法律委員会による立法提案と
その議論を中心として——

澁 谷 洋 平

目 次

I 序

II 法律委員会諮問書183号

- (1) 基本的立場と構成
- (2) 客観的要件
- (3) 主観的要件
- (4) その他の関連問題
- (5) 未遂罪に関連する諸原理
- (6) 小括 (以上本号)

III 法律委員会報告書318号

IV 結語

I 序

イギリス (イングランドおよびウェールズ) では、1981年刑事未遂法 (Criminal Attempts Act 1981 (以下、「1981年法」と略記する)) により、未遂罪が制定法上の犯罪となった。そして、同法制定から四半世紀近くが経過した2007年10月、法律委員会 (Law Commission) は、「共謀罪と未遂

罪」と題した『諮問書183号』⁽¹⁾（以下、「CP 183」と略記する）を公表し、いくつかの提案および諮問を行った。

CP 183は、1977年刑事法（Criminal Law Act 1977）において規定された共謀罪と、1981年法において規定された未遂罪という2つの犯罪について、包括的な検討を加えたものである。そこでは、未遂罪に関して、①客観的要件、②主観的要件、③裁判官と陪審員の役割、④未遂罪の対象犯罪という4つの点につき、法律委員会の暫定的な提案および諮問内容が示されている。

共謀罪と未遂罪がイギリス法における重要な関心事であることに加えて、以下に見るように、CP 183の提案内容も影響してか、中間報告の後、法律委員会がどのような結論を出すのか注目されていたところ、2009年12月、『報告書318号』⁽²⁾（以下、「LC 318」と略記する）が公表され、最終提案が行われるに至った。結論として、LC 318では、CP 183の「中心的提案」は断念されたが、その他の点に関する提案は維持されている。

そもそも、イギリス法において、「未遂罪」は、「独立教唆罪（incitement）」および「共謀罪」とならび「未完成犯罪（inchoate offence）」⁽³⁾の一翼を担うものとして、処罰根拠および成立要件の両面に関する議論が続けられてきた。共謀罪と未遂罪に関するCP 183およびLC 318は、「未完成犯罪

(1) Law Commission, Consultation Paper No. 183, *Conspiracy and Attempts* (2007). CP 183については、既に、清野憲一「英国刑事法務事情（8）——2007年7月下旬～10月の主要動向——」刑事法ジャーナル10号（2008）103-104頁参照。CP 183は、法律委員会のウェブサイト（http://www.lawcom.gov.uk/docs/cp183_web.pdf）において入手可能である。

(2) Law Commission No. 318, *Conspiracy and Attempts* (2009). LC 318は、法律委員会のウェブサイト（<http://www.lawcom.gov.uk/docs/lc318.pdf>）において入手可能である。

(3) これら3つの犯罪は、既遂犯（substantive offence）が遂行されなかったにもかかわらず成立するという点で「未完成犯罪」という用語が使用されている。A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (6th ed., 2009, Oxford University Press), at 437-438.

イギリスにおける未遂法の現状と課題について (1)

の再検討」という法律委員会の作業の一部であり⁽⁴⁾、両罪に関連する様々な問題を包括的に検討し、1977年刑事法および1981年法の改正・立法提案という形で具体的な解決を図ろうとするものである。

このように、イギリスにおける未遂法は、法律委員会による最終提案という段階に到達し、新たな局面を迎えつつある。こうしたイギリスの状況に鑑み、本稿では、CP 183およびLC 318における「未遂罪」の部分に焦点を当て、まずCP 183における提案・諮問に至るまでの未遂犯論の動向を簡潔に確認したうえで、CP 183における法律委員会の提案・諮問内容を紹介し、次にLC 318における法律委員会の最終的な提案内容を紹介するとともに、これに簡潔な検討を加えることにより、イギリスの未遂法が抱える現状と課題を明らかにし、日本法への示唆を探るための礎石としたい。

II 法律委員会諮問書183号

(1) 基本的立場と構成

CP 183は、①「全体として十分な一貫性・整合性 (coherence and consistency)」を保ち、②犯罪活動・刑事手続および証拠収集の現代的展開を反映しつつ、③刑法の範囲を過度に拡大しないよう「特別の注意」を払うとの姿勢に基づき、共謀罪と未遂罪の再検討を行うことを目的としている⁽⁵⁾。

(4) なお、2006年の法律委員会『報告書300号』(Law Commission No. 300, *Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime* (2006))における提案の結果、2007年重大犯罪法 (Serious Crime Act 2007) の制定により、コモン・ロー上の「独立教唆罪」は廃止され、2つの新たな制定法上の犯罪 (assisting or encouraging crime) が創設されるに至っている。この点の概要については、清野・前掲註(1) 99-100頁参照。

(5) CP 183, *supra* note (1), paras 1.2-1.7.

未遂罪については、先に示した4つの点につき、序論・導入（第12章）、歴史的背景（第13章）、現行法（第14章）の分析を行い、関連する諸原理（第15章）を示したうえで、暫定的な提案および諮問内容（第16章・第17章）を示している。

以下、CP 183の上記構成に即しつつ、その他の資料も適宜参照してその内容を補いながら⁽⁶⁾、各提案に関する問題状況を概観したうえで、CP 183による現状分析とその提案内容を紹介することにした⁽⁷⁾。

(2) 客観的要件

1. 1981年法制定以前の状況

イギリスでは、Scofield事件⁽⁸⁾において、Lord Mansfieldが「単なる意図にとどまる限り、我が法によって処罰されることはない。しかし、……ある行為が不法で悪意的な意図と結びついている場合、たとえその行為自体は罪とならないものであったとしても……犯罪であり可罰的なものとなる」と判示して以来、未遂罪がコモン・ロー上の犯罪であることが明確にされ⁽⁹⁾、その他の犯罪と同様、アクトス・レウス (actus reus) とメンズ・

(6) CP 183およびLC 318以前に、1981年法制定過程において、法律委員会はいくつかの報告書を公表し、当時のイギリス法の問題状況を幅広く検討している。本稿の中心はCP 183およびLC 318であるが、議論の経緯をより明らかにするため、それらの報告書も可能な限り参照することにした。

(7) CP 183では客観的要件に関する提案にウエイトが置かれており、イギリスにおける未遂犯論もその点を中心として展開されてきた経緯が認められるため、本稿でも紹介・検討の中心をここに置くことにしたい。なお、客観的要件に関する判例・学説の状況については、不十分ながら、拙稿「イギリス刑法における未遂罪の客観的要件について(1)(2・完)」熊本法学108号(2005)41頁、111号(2007)43頁をも参照。

(8) *R v. Scofield*, [1794] Cald 397. 放火未遂の成立を肯定した事案。

(9) 正式起訴犯罪 (indictable offence) の未遂は、その既遂犯が重罪 (felony) であるか軽罪 (misdemeanour) であるかを問わず、コモン・ロー上の軽罪として扱われたとされる。J. F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England vol. II* (1883, Macmillan), at 224.

イギリスにおける未遂法の現状と課題について (1)

レア (mens rea)がその成立要件とされた⁽¹⁰⁾。

前者に関する問題の1つとして古くから議論されてきたのが、原則不可罰である「予備」と可罰的である「未遂」との区別・限界である。この点については、Eagleton事件⁽¹¹⁾において、Parke裁判官が「軽罪を遂行する単なる意図は犯罪でない。何らかの行為が要求される。……犯罪遂行……に直接結びついた行為」を未遂と見るべきであるとの法廷意見⁽¹²⁾を示して以来、未遂行為の既遂犯への「近接性 (proximity)」を要求する見解を中心として、多様な見解が示された⁽¹³⁾。

こうして、複数の見解が対立する状況の中、法律委員会は、検討委員会 (Working Party) を設置して刑法の法典化を目指す一連の作業の中で未遂罪の検討を行い、1973年に『報告書50号』⁽¹⁴⁾ (以下、「WP 50」と略記する) を公表した。検討委員会は、まず、「警察官はきわめて早期の段階に

(10) F. B. Sayre, *Criminal Attempts*, 41 Harv. L. Rev. (1928) 821, at 834 ; J. W. C. Turner, *Attempts to Commit Crimes*, 5 Camb. L. J. (1935) 230, at 232 . See also, G. Williams, *Criminal Law the General Part* (1961, Stevens & Sons), at 614-632.

(11) *R v. Eagleton*, [1855] 6 Cox C. C. 559 ; [1843-1860] All. E. R. (Reprint) 363. 詐欺未遂 (attempt to obtain money by false pretence) の成立を肯定した事案。Eagleton事件と同年のRoberts事件([1855] Dears 539)においても、Eagleton事件が引用・確認されている。

(12) もっとも、本件ではさらに、被告人の行為は「金銭の支払いに向けられた被告人側の最後の行為であり、それゆえ未遂と見なされるべきである」とされた。これは「最後の行為」を要求するものとも解釈し得たが、CP 183はこれを「本件個別の事案に適用可能なもの」と評価するのが正当であるとしている。CP 183, *supra* note (1), paras 13.1-13.3. See also, J. W. C. Turner, *Russell on Crime* (12th ed., 1964, Stevens), at 179.

(13) R. A. Duff, *Criminal Attempts* (1996, Clarendon Press), at 33-53. 「最初の行為」テスト、「最終行為」テスト、「妨害されなければ犯罪の事実的な遂行を構成したであろうような一連の行為の一部の実行」とするもの (J. F. Stephen, *A Digest of the Criminal Law* (5th ed., 1894, Macmillan), at art. 50)、当該行為が犯意を一義的に示すものであることを要求する明確性説 (unequivocality theory) などが主張された。なお、コモン・ロー時代の裁判所は、「近接性」に従っていたものとされる。G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed., 1983, Stevens & Sons), at 410-411.

(14) Law Commission, Working Paper No. 50, *Inchoate Offences, Conspiracy, Attempt and Incitement* (1973, HMSO).

論 説

おける介入が可能でなければならず、これは公共の利益に一致する」一方で、「重大事案において、単なる意図は社会的危険を構成するが、それが意図にとどまる場合、いかなる介入も正当化されない。公権力が介入すべきなのは、意図の中に存在する社会的危険を十分に証明する行為がなされた場合に限られ」、「個人的自由と、これと相対立する共同体の諸利益との間の調和を図ることが必要である」との基本的立場を示した⁽¹⁵⁾。そして、予備と未遂の区別に関する諸見解を検討する中で、未遂罪の成立を「否定」した裁判例として、Robinson事件⁽¹⁶⁾、Komaroni and Rogerson事件⁽¹⁷⁾、およびComer v. Bloomfield事件⁽¹⁸⁾を挙げ、その原因が不明確な「近接性」基準の適用にあるとして、未遂法の再定式化 (reformulation of the law) の必要性を主張した⁽¹⁹⁾。こうして、既遂犯の遂行に向けられた「実質的段階 (substantial step)」を未遂罪の客観的要件とするとともに、その内容を具体化する方法として8つの「例示規定 (authoritative illustrations)」を設けることを提案した⁽²⁰⁾。

(15) *Id.*, paras 65-67.

(16) *R v. Robinson*, [1915] 2 K. B. 342. 宝石商が保険金詐欺を計画し、強盗の被害を装ったが、通報を受けた警察に事実が発覚し、目的を遂げなかったという事実につき、被告人の上訴を認め、Eagleton事件判決を引用しつつ、保険会社との連絡がなかったとして詐欺未遂の成立を否定した。

(17) *R v. Komaroni and Rogerson*, (1953) 103 L. J. 97. 但し、原文を参照し得なかったため、WP 50 (para 73 (n.118)) を参照した。本件では、積荷の窃取を意図して車両を130マイルにわたって追跡したという事実につき、窃盗未遂の成立が否定された。

(18) *Comer v. Bloomfield*, (1970) 55 Cr. App. R. 305. 保険金詐欺を計画し、自動車を森林に隠して盗難を偽装したうえで、保険金支払いの可否を問い合わせるための文書を送付したという事実につき、治安判事裁判所において、「詐欺罪の未遂を構成し得る程度に、十分その遂行に近接したものでない」として詐欺未遂の成立が否定されたため、訴追側が上訴した。Divisional Courtは、本件の実事関係によれば、治安判事裁判所に詐欺未遂を否定するという結論に到達する権限がないとは言えないとして、上訴を棄却した。

(19) WP 50, *supra* note (14), para 73.

(20) *Id.*, paras 74-87. WP50では、簡潔に示すと、(a) 犯罪遂行目的による有形力行使、(b) 被害者の待伏せ、捜索、追跡、(c) 犯罪現場への誘導、(d) 犯罪現場の偵察、(e) 犯罪を予定する建造物等への不法侵入、(f) 犯罪道具の調達・所持

イギリスにおける未遂法の現状と課題について (1)

その後、Stonehouse事件⁽²¹⁾において、この問題に関する貴族院 (House of Lords) の立場が明確に示された。Lord Diplockは、被告人の上訴を棄却する中で、「未遂という未完成犯罪の構成要素は、既遂犯に十分近接する犯罪者による行為と、既遂犯を遂行するという犯罪者側の意図である」としたうえで、本件被告人の行為が「法的に……未遂罪を構成する程度に十分近接していないとは全く考えられない」とした⁽²²⁾。また、Viscount Dilhorneは、問題の核心は「犯罪遂行の予備段階」か「その実行の一部か (part of its execution)」という点にあるとした。本判決は、「近接性」概念を採用したものであり、必ずしも犯罪遂行の最終行為の実行を要しないとの立場を示すものと理解されている⁽²³⁾。

他方、アクトス・レウスに関するもう1つの重要問題である「不可能性 (impossibility)」については、とりわけHoughton v. Smith事件⁽²⁴⁾を契機と

等、(g) 詐欺目的による虚偽事実の準備、(h) 犯罪の外部的要素を構成する行為の実行の教唆が提案された。この提案は、アメリカ合衆国模範刑法典 (Model Penal Code) 5.01条にならったものである。WP 50に関する解説として、R. Buxton, *The Working Paper on Inchoate Offences : (1) Incitement and Attempt*, [1973] Crim. L. Rev. 656.

- (21) *Director of Public Prosecutions v. Stonehouse*, [1978] A. C. 55. 保険金詐欺を計画し、海外出張中に溺死したように装って数週間潜伏していたが、情を知らない妻が保険会社に保険金を請求する以前に生存の事実が発覚したため、その目的を遂げなかったという事実につき、詐欺未遂の成立が肯定された。Lord Diplockは、「例えば、本件において、保険に加入することのように、犯罪遂行の単なる予備にとどまる行為は未遂罪を構成する程に十分近接したものではない。それらは、意思に反して妨害されない限り犯罪の遂行を継続するという確固たる意図 (irrevocable intention) を示さない。……換言すれば、犯罪者はRubiconを渡り、ボートを焼き払わなければならない」とした。
- (22) Lord Diplockの他、4名 (Viscount Dilhorne, Lord Salmon, Lord Edmund-Davies, Lord Keith of Kinkel) も、本件において近接性を認めるという結論には同調した。しかし、Lord Diplockが明示的にEagleton事件判決に依拠したのに対して、Lord Edmund-Daviesはこれらの見解 (虚偽事実の到達を必要とすること、最後の行為が「十分条件」であるとする事の2点) に反対しており、近接性の判断基準という点で意見が一致していたわけではない。
- (23) CP 183, *supra* note (1), paras 13.7-13.8. See also, *Case and Comment*, [1977] Crim. L. Rev. 544, at 545.
- (24) *Houghton v. Smith*, [1975] A. C. 476. なお、Stonehouse事件以前に、本件においても、予備と未遂の限界についての言及がなされている。既に、Lord Hailsham

論 説

して、激しい論争が喚起された⁽²⁵⁾。そこで、法律委員会は、1980年に『報告書102号』⁽²⁶⁾（以下、「LC102」と略記する）を公表し、刑事未遂法草案を提示した。LC 102では、WP 50において示された「個人的利益と社会的利益との調和」の必要性が再度確認されるとともに、「重要な考察」として「『未遂 (attempt)』という言葉が日常的に使用されていることのみならず、法が処罰を目指すべき行為は、……一般人が『試みている (attempting)』と適切にみなすような行為である」とされ、「社会政策と日常的言語との望ましい一致」が要請された⁽²⁷⁾。予備と未遂の限界については、「近接性」概念が明確でなく、Robinson事件などの事案で十分機能しなかったとする点でWP 50と認識を共有する一方で、WP 50の提案を「受け入れ難い程に広範な」基準として採用しなかった⁽²⁸⁾。そして、陪審員がこの判断を行うべきと解する点からは「近接性」に基づく基準が幅広く許容さ

は、Eagleton事件判決およびDavey v. Lee事件判決（[1968] 1 Q. B. 366）を引用して、「犯罪遂行に『近接』し、『直接結びつく』関係を持たなければならない」と判示していた。また、Lord Reidは、「犯罪を實行しなければならぬ。……未遂罪の定義は害の方が多し。単なる予備を越えるか否かの決定は常識に委ねなければならない」とした。

(25) その後、Anderton v. Ryan事件（[1985] 1 A. C. 560）においてHaughton v. Smith事件判決が踏襲されたことから、議論が続いたが、Shivpri事件（[1987] A. C. 1）において先例変更の手続きがなされたことにより終結した。これら一連の事件の詳細をはじめ、イギリスにおける未遂犯論の展開については、奥村正雄『イギリス刑事法の動向』（成文堂・1995）107頁以下参照。

(26) Law Commission No. 102, *Attempt, and Impossibility in relation to Attempt, Conspiracy and Incitement* (1980, HMSO). 当時の議論状況、および本報告書の標題からも明らかのように、その最も重要な問題の1つは、不能未遂の可罰性であったが、予備と未遂の区別についても綿密な検討がなされている。なお、LC 102による提案から1981年法制定に至る過程を解説したものとして、I. Dennis, *The Law Commission Report on Attempt ... The Element of Attempt*, [1980] Crim. L. Rev. 758.

(27) LC 102, *supra* note (26), para 2.8.

(28) *Id.*, paras 2.39, 2.45. LC 102は、WP 50が提案した例示規定の中でも、「犯罪道具の所持」（例示 (f)）と「犯行場所の偵察」（例示 (d)）は単なる予備であり、未遂の罪責を負うべきでないとしてこれを拒否した。他方、その「一部」を未遂と捉え得ることを示唆していた。LC 102の提案する近接性基準によれば、Robinson事件を未遂罪として捕捉することが可能と考えていたようである。こ

イギリスにおける未遂法の現状と課題について (1)

れ得るとし、LC 102の提案ではこれに基づく現行法の「合理化 (rationalization)」にとどめるべきとしつつ、その一方で、近接性という「文言」は、「最も近い、直前・直後の」という語義を有し、未遂が最終行為のみに限られるとの解釈があり得るため適切でないとして、最終的に、「単なる予備を越えたものと言える程度に、犯罪遂行に向けて進んだ行為 (any act which goes so far towards the commission of the offence attempted as to be more than an act of mere preparation)」という文言を提案した⁽²⁹⁾。

このようなLC 102による最終報告・提案を基盤として、1981年法が制定されるに至った。CP 183およびLC 318の提案・諮問に関連する事項について、同年法は次のように規定している⁽³⁰⁾。

【第1条】 犯罪遂行の未遂

- (1) 本項の適用される犯罪を遂行する意図をもって、犯罪遂行の単なる予備を越える行為をした者は、未遂犯の罪責を負う。
- (2) たとえ諸事実が犯罪遂行を不能にする性質のものであったとしても、本項の適用される犯罪の未遂犯の罪責を負うものとする。
- (3) (a) 本項を離れては、行為者の意図が犯罪遂行の意図に達しているものとはみなされないが、しかし (b) 犯罪事実が行為者の信じたとおりのものであったならば、彼の意図が犯罪遂行の意図に達しているとみなされる場合には、本条1項の目的上、行為者はその犯罪を遂行する意図を有していたものとみなされる。

のことは、「近接性基準により、困難な事案が再検討され、その権威 (authority) が疑問視される」とのLC 102の記述 (para 2.45) から窺える。しかし、CP 183によれば、同事件は近接性基準の適用の結果なのであるから、そのような見方は楽観的過ぎるとされている。CP 183, *supra* note (1), paras 13.24-13.25.

(29) LC 102, *supra* note (26), paras 2.45-2.49, and Appendix A : Draft Criminal Attempts Bill s 1 (1) (a).

(30) 1981年法の訳出に当たっては、奥村・前掲註 (25) 107-109頁を参照した。同年法の解説として、I Dennis, *The Criminal Attempts Act 1981*, [1982] *Crim. L. Rev.* 5.

論 説

- (4) 本条は、以下の犯罪を除き、それが完成されればイングランドおよびウェールズにおいて正式起訴犯罪として公判に付することが可能な犯罪に適用される。
 - (a) 共謀罪（コモン・ロー上又は1977年刑事法1条その他の制定法によるもの）
 - (b) 犯罪遂行の幫助又は教唆の罪
 - (c) 1967年刑事法4条1項（犯罪者の助勢）又は5条1項（逮捕可能犯罪に関する情報不開示に対する利益受容又は受容の同意）の罪

【第4条】 未遂罪の審理・刑罰

- (1) 第1条の規定により未遂犯の罪責を負う者には、
 - (a) 試みられた犯罪が謀殺罪その他法定刑の定められたものである場合には、正式起訴状による有罪判決に基づき、終身刑が、
 - (b) 試みられた犯罪が正式起訴犯罪であるが、前号(a)に該当しないものである場合には、正式起訴状による有罪判決に基づき、その犯罪に対して科されたであろう刑罰が、
 - (c) 試みられた犯罪が正式起訴および略式起訴の双方が可能な犯罪である（*triable either way*）場合には、略式命令による有罪判決に基づき、その犯罪に対して科されたであろう刑罰が、それぞれ科され得る。
- (3) 第1条における犯罪を理由とする公判審理において、被告人が同条第1項に該当する行為を行ったとの認定を支えるに足る法的に十分な証拠が存在する場合、その行為が同条同項に該当するか否かは事実問題である。

こうして、1981年法においては、「犯罪遂行の単なる予備を越える行為」と「犯罪遂行の意図」が未遂罪の成立要件となること（1条1項）、不能未遂は「原則として可罰的である」こと（1条2項）、「犯罪遂行の意図」が「行為者の確信（*belief*）」に基づいて認定されること（1条3項）、未遂罪はイギリスにおいて正式起訴が可能な犯罪全般を対象とすること（1条4項）、未遂罪に対する刑の上限は既遂犯と同一であること（4条1項）、「被告人の行為が『単なる予備を越える行為』に該当するか否か」は陪審

イギリスにおける未遂法の現状と課題について (1)

員の判断すべき事実問題であること（4条3項）がそれぞれ規定された。

2. 1981年法制定以後の動向とCP 183による現状分析

1981年法制定直後、その解釈・適用の問題が先鋭化したのは「不能未遂」であったが、予備と未遂の区別についても、様々な事案において、「犯罪遂行の単なる予備を越える」行為という文言の解釈・適用が争われた⁽³¹⁾。

1981年法の解釈・適用の基準ないし指針を示した代表的な裁判例として、Gullefer事件⁽³²⁾がある。本件では、控訴院（Court of Appeal）のLord Lane 主席裁判官が「裁判所の第1次的任務は……1981年法の文言を諸事実に適用すること」であり、「少なくとも本件に関する限り、1981年以前の先例を検証する必要はない」としつつ、Eagleton事件判決とStephenの定義⁽³³⁾とを挙げ、1981年法の文言は「中間方向」を志向しているとして（seek to steer a midway course）、「犯罪それ自体が開始されたか（embarked on the crime proper）」という基準を示した。本判決は、その後の控訴院の指針となっている⁽³⁴⁾。

その後、謀殺や強姦、不法侵入など、多様な犯罪類型に関する未遂罪の成否が争われ、その多数において未遂罪の成立が肯定されている。その一

(31) 1981年法制定直後は、Stonehouse事件貴族院判決に従う裁判例が多かった。*R v. Ilyas*, (1983) 78 Cr. App. R. 17; *R v. Widdowson*, (1986) 82 Cr. App. R. 314; *R v. Boyle and Boyle*, (1987) 84 Cr. App. R. 270.

(32) *R v. Gullefer*, (1990) 91 Cr. App. R. 195. 賭金（18ポンド）の返還を意図してドッグレース場に侵入したが、当該レースが有効とされたため、その目的を遂げなかったという事実につき、控訴院は、自己の行為にはセフトへの十分な近接性がないとする被告人の上訴を認め、「単なる予備を越えたものと言うためには不十分な証拠しかない」としてセフト（1968年セフト法（Theft Act 1968）1条）の未遂を否定した。

(33) Stephen, *supra* note (13), at art. 50.

(34) 1981年法制定以後、1990年代前半までの裁判例の状況について、Duff, *supra* note (13), at 57-61.

方で、Gullefer事件の他、Campbell事件⁽³⁵⁾やGeddes事件⁽³⁶⁾など、控訴院において未遂罪の成立が「否定」された裁判例もある。Campbell事件は、強盗を意図し、模造拳銃等を所持して郵便局の入口に向かっていたところ、その1メートル程前で警察官に取り押さえられたという事案、Geddes事件は、不法監禁を計画し、いくつかの道具をもって学校の男子トイレに潜んでいたところ発見されたため逃走したという事案である。前者において、Watkins裁判官は「本件の諸状況の下で、被告人が犯罪を遂行し得る場所に到達していなかったのならば、未遂と適切に言えるような行為を実行したとは到底言えない」とし、後者において、Lord Bingham of Cornhill首席裁判官は「利用可能な証拠によって、被告人が当該犯罪の遂行を実際に試みたことを示すような行為をしたことが証明され得るか、それとも彼が犯罪遂行の準備段階にとどまるのかを問うことは、制定法上のテストの正確な再表現 (paraphrase) であり、かつ違法な注釈 (illegitimate gloss upon it) ではない」とし、それぞれ強盗未遂ならびに不法監禁未遂の成立を否定した⁽³⁷⁾。

こうした裁判例の状況について、CP 183は、Jones事件⁽³⁸⁾やTosti事

(35) *R v. Campbell*, (1991) 93 Cr. App. R. 350. Watkins裁判官は、答弁不要の申立て (submission of no case to answer) を退けた点に誤りがあるとの被告人の上訴を認め、「証拠に基づき……未遂がなされたと陪審員が適切に結論づけ得るとの結論に至った点で誤りがあ」り、当該申立てがなされた時点で「公判を停止すべきであった」とした。

(36) *R v. Geddes*, (1996) 160 J. P. 697 ; [1996] Crim. L. Rev. 894. 控訴院は、「裁判官による説示の正確性 (the correctness of the judge's ruling of law) に関連し」た被告人の上訴を認め、証拠上、何の説明もなければ「被告人が個室内にいたこと」が「不法監禁の遂行を実際に試みた (tried or attempted) との認定を支える法的に十分な証拠であるか否か」という「基本的な法的問題」については「十分でない」と結論づけざるを得ない」として、その有罪判決を破棄した。

(37) Gullefer事件を中心とした控訴院の立場に対しては、刑罰政策の問題として、未遂罪の限界を過度に厳格に画するものであるとの批判もある。K. J. M. Smith, *Proximity in Attempt : Lord Lane's "Midway Course"*, [1991] Crim. L. Rev. 576, at 580.

(38) *R v. Jones*, (1990) 91 Cr. App. R. 351 ; 1 W. L. R. 1057. 安全装置を解除していない状態で銃を向けた時点で謀殺未遂を肯定した事案。

イギリスにおける未遂法の現状と課題について (1)

件⁽³⁹⁾、Toothill事件⁽⁴⁰⁾、Litholetovs事件⁽⁴¹⁾、Dagnall事件⁽⁴²⁾などの未遂罪を肯定（有罪判決に対する被告人の上訴を棄却）した控訴院の裁判例を挙げて、「道徳的な非難可能性（moral culpability）」と「明白な侵害の危険（concomitant risk of harm）」に加えて、「侵害予防のため適切な時点で介入する機会を警察に与えることが望ましいこと」および「潜在的犯罪者への抑止効果（deterrent effect）」といった4つの「未遂罪の政策的根拠（policy reasons）」⁽⁴³⁾、ならびに「個人の自由と社会の諸利益との正当な調和」という点に照らし⁽⁴⁴⁾、1981年法の趣旨・文言を適切に理解・適用したと評価できる点で正当であるとしている⁽⁴⁵⁾。

その一方で、1981年法の問題性を示す裁判例として、未遂罪を否定したCampbell事件とGeddes事件を挙げて、次のように説明している。

すなわち、Geddes事件は、控訴院の厳格な解釈姿勢が顕在化した「最も懸念すべき事案」であり、「公共安全」の観点から不十分である⁽⁴⁶⁾。

(39) *R v. Tosti and Another*, [1997] Crim. L. Rev. 746. Geddes事件の説示を本件事実に適用し、不法侵入を意図して扉の金具を調べた行為は「本質的に犯罪遂行の第一段階である」として不法侵入未遂（attempted burglary）を肯定した。

(40) *R v. Toothill*, [1998] Crim. L. Rev. 876. 1981年法の基本原理について、Rowley事件（[1991] 4 All. E. R. 649）のLord Taylor裁判官の説示を、指針として、Gullefer事件のLord Lane首席裁判官の説示をそれぞれ引用し、強姦を意図して被害者宅のドアをノックした行為が「決定的な段階（crucial step）」であり、その時点で「計画を実現する（bring into effect）ための……第一段階に出た」として不法侵入未遂を肯定した。

(41) *R v. Litholetovs*, [2002] EWCA Crim. 1154. 住居のドアに灯油を散布した時点で放火未遂（attempted arson）を肯定した事案。

(42) *R v. Dagnall*, [2003] EWCA Crim. 2441. Gullefer事件を引用し、強姦の意図をもって女性に有形力行使した時点で強姦未遂（attempted rape）を肯定した。

(43) CP 183, *supra* note (1), paras 12.16, 14.8.

(44) *Id.*, para 14.15.

(45) *Id.*, paras 14.4-14.10. 「単なる予備（mere preparation）」は除外されるが、未遂罪は犯罪遂行のための「最終行為」に限られず、これに直接的に先行する（immediately preceded）予備行為は常識問題として「従事している（on the job）」と言える（未遂と評価し得る）ことは「1981年法の文言から明らかなはずである」としている。

(46) *Id.*, paras 12.17, 12.21.

Geddes事件では、実行未遂 (completed attempt) を越えて未遂罪を拡大することへの躊躇が見られるが、そもそも1981年法の文言は、犯罪遂行を「試みる (trying)」者に加えて、より前段階の (実行未遂に十分近接した) 予備的行為をも対象とするものと解される。Geddes事件によれば、「待伏せ (lying in wait)」や「被害者の追跡 (pursue or stalk)」、ひいては「ナイフを掲げた」場合さえ「単なる予備」にとどまり、制定法による特別の処罰規定がなければ不可罰となり得るが、1981年法の趣旨・文言に照らすと疑問である⁽⁴⁷⁾。

また、Campbell事件やGeddes事件は、模造拳銃所持罪 (1968年火器法 (Firearms Act 1968) 18条1項) や性犯罪意図による不法侵入罪 (2003年性犯罪法 (Sexual Offence Act 2003) 63条1項) など、制定法上の特別な予備罪による処罰が可能である (従って、必ずしも「未遂罪による処罰」を要しない) との見解もあり得るが、それらの犯罪は諸状況 (目的・客体など) が限定されており、これら2つの事件と僅かに異なる事案への幅広い活用が可能でないこと、制定法上の予備罪と未遂罪では量刑に差があることなどから、当該行為の道徳的非難可能性と社会に対する現実の危険を適切に反映する「未遂罪」の適用を確保すべきである⁽⁴⁸⁾。

さらに、警察的介入という点と関連して、1984年警察および刑事証拠法 (Police and Criminal Evidence Act 1984) 24条1項 (c) の存在⁽⁴⁹⁾により、実行未遂に該当しない潜在的な違反行為 (potentially offending conduct) を阻止するための公権力による介入権限が認められることから、Campbell事件やGeddes事件において未遂罪の成立を認めなくても「公共の適切な保護は図られる」との見解も予想し得るが、警察が未遂罪の有罪判決を確実

(47) *Id.*, paras 14.16-14.17.

(48) *Id.*, paras 12.20-12.23.

(49) 2005年重大組織犯罪および警察法 (Serious Organised Crime and Police Act 2005) 110条1項により修正されたこの規定は、「まさに犯罪を遂行していると疑うに足る合理的理由のある者」に対する無令状の身柄拘束 (arrest without a warrant) を認めている。

イギリスにおける未遂法の現状と課題について (1)

に獲得するため、公共の危険が存在するにもかかわらず、より遅い時点まで介入を遅らせる誘惑に駆られる可能性があり、正当でない。Campbell事件やGeddes事件のような行為を捕捉する犯罪類型が存在しなければ、刑法の抑止効は減少させられる。上記の身柄拘束権限には抑止効がほとんどない⁽⁵⁰⁾。

こうして、Campbell事件やGeddes事件では、未遂罪の成立を肯定すべきであった。控訴院の厳格な解釈の背景には、1981年法の定式に関する明確で一貫した「指針 (guidance)」が存在しないことから、それが裁判所にとって漠然とした不確実な基礎となっていること、および控訴院が予備と未遂との限界を判断しなければならない状況にあり、時として「未遂 (attempt)」という罪名、「試みる」という観念が過度に強調され、その他の基本的な正当化根拠が軽視される場合があることなどの事情が存在する。1981年法の規定は、刑事責任を決定するメカニズムとして不十分であり、立法的介入を通じたアプローチの変更が必要である⁽⁵¹⁾。

最後に、客観的要件に関しては、「不作為による未遂 (attempt by omission)」の成否も問題となる。LC 102がこれに「何らかの意義を与えるのは困難である」として「作為」に限定した⁽⁵²⁾。一方で、1981年法制定過程における議会はこれを可能と考えた⁽⁵³⁾。しかし、不作為を含むとする文言の追加は見送られ、同法1条1項が「行為 (act)」と規定していることから、不作為を含むものと解釈することは困難である。しかしながら、意図的に幼児を餓死させた者が謀殺罪となり、偶然第三者に救助された場合に謀殺未遂の罪責を免れるという取り扱いに正当な理由は見出し難い。従って、不作為による未遂があり得ることを明確にする必要がある、と⁽⁵⁴⁾。

(50) CP 183, *supra* note (1), paras 14.12-14.14.

(51) *Id.*, paras 12.13-12.15.

(52) LC 102, *supra* note (26), para 2.105.

(53) 議会における議論の経緯については、Dennis, *supra* note (30), at 7-8.

(54) CP 183 *supra* note (1), paras 14.18-14.19, 16.84-16.88.

3. CP 183による提案・諮問内容

【提案15】⁽⁵⁵⁾ 2つの新たな犯罪の創設

- (1) 犯罪遂行に必要な最後の行為 (last acts) に限定された「未遂罪 (offence of criminal attempt)」、および
- (2) 犯罪遂行計画の実行の一部と適切にみなされるような予備行為に限定された「予備罪 (offence of criminal preparation)」を創設すること

【提案15A】 未遂罪と予備罪の刑

未遂罪および予備罪に対する刑を同一とし、現行法と同様、既遂犯に対する刑と同等の刑を科し得るものとする

【提案16】 予備罪の意義に関する指針

予備罪の指針として、犯罪遂行の最終行為の前段階となる一連の行為に関する「例示 (illustrations)」を最終報告書内に示すこと

【提案17】 例示の具体的内容

- (1) その場所でその際に (there and then)、又は機会があれば直ちに意図した犯罪を遂行する目的をもって、建造物等、乗物、又は囲い地 (enclosure) に侵入した (又は退去しなかった) 場合
- (2) 意図した犯罪を遂行するため、その場所でその際に、建造物等又は乗物に不法に侵入する目的をもって、扉、窓、施錠若しくは警報を検査又は妨害し、若しくは梯子その他これに類するものを設置した場合
- (3) その場所でその際に意図した犯罪を遂行する目的をもって、ある犯罪を遂行し、又は注意を逸らさせ、若しくは欺罔行為を行った場合

(55) 本稿では、CP 183における共謀罪に関する提案からの通し番号をそのまま引用する。

イギリスにおける未遂法の現状と課題について (1)

- (4) その場所でその際に、又は機会があれば直ちに意図した犯罪を遂行する目的をもって、
- (a) 意図した被害者又はその客体に接近した (approach) 場合
 - (b) 意図した被害者を待ち伏せした場合
 - (c) 意図したその被害者を追跡した (follow) 場合

【提案19】 不作為による未遂

法律問題としてその既遂犯が不作為によって遂行可能なものである場合には、未遂罪および予備罪も不作為を含むものとする

【諮問1】 提案16とは異なり、指針としての例示は、制定法上に規定した方がよいか

【諮問2】 提案15、16とは異なり、現行の未遂法をそのまま維持し、制定法上の特別の予備罪の改正によって対処すべきか

4. CP 183による提案内容の解説

まず、CP 183は、提案の前提として、未遂罪および予備罪という一般的な未完成犯罪の刑事責任は「現在捕捉されている範囲を越えるべきでない」とし、一連の提案が1981年法の処罰範囲の拡大を目指すものでないこと⁽⁵⁶⁾、および「未遂罪」という一般的犯罪を維持すべきこと⁽⁵⁷⁾を強調している。

(56) 既遂犯に至る過程には、①初期的な予備段階 (preliminary preparatory steps) ②犯罪遂行に従事する予備段階 ('on the job' preparatory steps)、ならびに③②を越えて犯罪遂行を試みている段階の3つが存在するが、「一般的未完成犯罪」は後2者のみを対象とし、①は制定法上の予備罪で対処すべきであるとする。
CP 183, *supra* note (1), paras 12.27, 12.30, 12.30, 16.19.

(57) *Id.*, paras 12.34, 16.4-16.10.

次に、改正提案の選択肢として、①詳細な規定をもたない2つの犯罪(提案15の犯罪類型)の創設(例示は報告書内にとどめる)、②制定法上の例示規定をもつ2つの犯罪の創設、③現行法における単一の未遂罪の維持という3つを挙げ⁽⁵⁸⁾、それぞれについて、以下のような説明・検討を行っている。

すなわち、選択肢③は、CP 183およびLC318の存在に促されて、Tosti事件のような政策的考慮に合致した解釈がなされることを期待するという最小限主義的な立場(minimalist approach)であるが、我々の期待に反し、上級審はGeddes事件に従う可能性が高い。そうすると、制定法上の未完成犯罪に見られる恣意的な間隙および欠陥が際立つことになり、これを除去するため、多様な予備罪の再検討が必要となる⁽⁵⁹⁾。選択肢③は、予備行為に対する議会の姿勢に合致し、比較的論争が少ないという利点があるが、制定法上の予備罪が「断片的で複雑」であるのに対して、一般的な犯罪類型はその創設および理解がより単純であるうえ、より柔軟で包括的であることから、これを支持しない⁽⁶⁰⁾。

他方、選択肢①および②は、例示の規定場所以外の点において共通している。まず、両選択肢に共通する「未遂罪」と「予備罪」という2つの犯罪の創設という提案のうち、未遂罪(提案15(1))に関しては、既に示した

(58) *Id.*, paras 12.35-12.41.

(59) *Id.*, paras 16.59-16.61. そこでは、1968年セフト法9条1項の拡大(セフト・身体傷害・器物損壊を遂行する意図で侵入した場合を不法侵入罪として処罰する現行規定を誘拐、殺人などにも拡大し、又は不退去者にも本罪を適用する)、2003年性犯罪法63条1項(性犯罪の意図で建造物に不法侵入した場合を処罰する現行規定を「待伏せ」や「追跡」を含むように拡大し、また性犯罪法以外の関連する予備罪も同様に拡大する)、1981年法9条1項(セフトや積荷の領得(taking)を行う意図で自動車等を妨害した場合を処罰する現行法を扉・窓・施錠・警報器の妨害などのその他の状況にも拡大する)、1971年器物損壊法3条、1968年セフト法25条1項などの多数の「所持罪(possession offence)」の一般的適用を可能にするため、「単一の犯罪」に統合することなどが挙げられている。

(60) *Id.*, paras 16.62-16.67.

イギリスにおける未遂法の現状と課題について (1)

ように、その罪名が行為者の「道徳的な非難可能性」および「社会に対する危険の切迫性」に関する多くの情報を提供する重要なものであり、なお維持し続けるべきである。最後の行為をしたが失敗した者は「未遂犯」として非難され、既遂犯と同じ法定刑に直面するというのがCP 183の基本原理である。従って、未遂罪を限定的に捉えること⁽⁶¹⁾は適切であり、LC 102が示した「社会政策と一般的言語の望ましい一致」⁽⁶²⁾にも適うものである⁽⁶³⁾。

次に、予備罪（提案15 (2)）は、近接しない予備的行為を対象としない⁽⁶⁴⁾。1981年法にいう「単なる予備を越えた行為」が予備罪として可罰的である。また、道徳的な非難可能性および侵害の危険の点において、未遂罪と予備罪とで刑に差を設ける十分な理由はない⁽⁶⁵⁾。さらに、予備罪については、Gullefer事件に類する基準を確立すべきであるが、十分な指針が存在しなければ、①同一の事実が異なる方法で判断される、②予備罪

(61) もっとも、未遂罪を限定的に捉えるとはいえ、その文言からも示唆されるように、「まさに最後の行為 (the very last act)」にのみ及ぶものと理解されてはならず、「最後の諸行為 (acts)」の1つに従事していれば足りるとされる。例えば、窃盗のために金槌を使って住居に侵入しようとしている場合、侵入のためにはさらに何回か叩かなければならないとしてもその時点で不法侵入未遂であり、また拳銃を構え、発砲するために安全装置を外した場合も謀殺未遂であるとされる。Id., para 16.17.

(62) LC 102, *supra* note (26), para 2.8.

(63) CP 183, *supra* note (1), paras 16.1-16.10. なお、CP 183によれば、未遂罪の解釈が適切な範囲に及ぶことを確実にするための別の方法として、新たな罪名を付与することも考えられるが、これは、最終行為をした者を「強姦未遂」「謀殺未遂」で有罪とし続けるべきであるとの基本原理に反する。未遂行為の性質と非難可能性を適切に説明し得ない新たな罪名を付与すべきではない。さらに、1981年法に多数の例示規定を設けることも考えられるが、既に制定法となり30年間近く控訴院によって解釈されてきた犯罪について、制定法上の新たな指針を設けるというのは前例がなく、ほとんど確実に実行不可能なものであるため、これも可能な解決策ではない、とされている。

(64) Id., paras 16.19-16.20. 刑事責任を認めるために必要な意図は、ほとんどの事案において、行為者が犯罪の遂行に接近した場合にのみ証明可能であるとされる。

(65) Id., paras 16.23-16.25.

論 説

が広狭極端に解釈される、③警察的介入の可否が不明確となるなどの問題が生じる。その点で、LC 102がWP 50の「実質的段階」の提案を拒否した点は正当であるが、例示による補完を十分に考慮しなかった点は批判されるべきである。例示規定は「窮余の一策 (counsel of despair) でなく、実践的推論 (practical reasoning) の適切な制定法上の裏づけとして理解すべき」⁽⁶⁶⁾ である。LC 102は、法執行機関に対する付加価値をも見落していた。従って、指針としての例示は必要である⁽⁶⁷⁾。なお、選択肢②のように制定法上に例示規定を設けることに原理的批判はないが、①予備罪は1つの基礎を有し、罪名と定義が意図された範囲と一致しているため、誤った解釈の危険性が生じないこと、②制定法上の例示規定は、犯罪定義それ自体の支配的な重要性を弱め、その文言よりも例示が重視される可能性があること、ならびに③選択肢②はイギリスにおいて前例がなく、裁判所に「例示規定の解釈」という新たな負担を課すことになることから、例示は最終報告書に「指針」として記載するにとどめるべきである⁽⁶⁸⁾。こうして、暫定的な見解として選択肢①が支持される。これによれば、新たな予備罪の定義を通じて、幅広い解釈の正当性が明確に宣言され、報告書内の例示により裁判所の付加的指針 (additional guidance) が与えられる⁽⁶⁹⁾。

最後に、例示の具体的内容 (提案17) について、例示 (1) は、身体に害悪を加える意図で寝室の窓から侵入する場合や、謀殺の意図で住居に侵入する場合、閉店後に清掃員を強姦する意図で店内に留まる場合などを対象とする。Geddes事件も例示 (1) に該当する。例示 (2) の既逮捕は不法侵入罪 (1968年セフト法 9条 2項) である。例示(3)は、WP 50の提案 (例示

(66) Duff, *supra* note (13), at 65-66.

(67) CP 183, *supra* note (1), paras 16.29-16.36.

(68) *Id.*, paras 12.42, 16.37-16.46.

(69) *Id.*, para 12.42.

イギリスにおける未遂法の現状と課題について (1)

(a) と重なる⁽⁷⁰⁾が、本例示は暴行の他、詐欺的行為 (act of distraction or deception) も含み、児童を抵抗なく拘束するためその母親を連れ出す場合や万引き・スリのため相手の注意を逸らせる場合などが該当する。例示(4)は、接近、待伏せならびに追跡を対象とするものであり、Komaroni and Rogerson事件やCampbell事件、Jones事件などがこれに該当する⁽⁷¹⁾。

(3) 主観的要件

1. 1981年法制定前後の状況

未遂罪の主観的要件については、Whybrow事件⁽⁷²⁾において、Lord Goddard首席裁判官が、「ある者が、一般的・合理的な人間が少なくとも重大な身体的害悪が生じるものと認識するに違いないような方法で傷害を負わせ、死亡結果が生じた場合には、謀殺罪の訴追を支えるに十分な予謀の悪意 (malice aforethought) が存在する。しかし、謀殺未遂罪の訴追の場合、その意図がその犯罪の第1次的な構成要素 (principal ingredient) となる。……重大な身体的害悪を加える意図で人を攻撃したが、死亡結果が生じな

(70) WP 50, *supra* note (14), para 79. WP 50は、誘拐罪の遂行のため子どもの母親に暴行を加えた場合、誘拐未遂罪とすべきであるとしていた。

(71) CP 183, *supra* note (1), paras 16.48-16.53. さらに、CP 183 (paras 16.56-16.57) によれば、次のような例示も可能であるとされる。

【Continuum 1】行為者が犯罪に使用する縄・テープを購入し、木曜日に遂行する意図で火曜日・水曜日に学校へ赴き、木曜日、それらの道具を所持して学校へ向かった時点は「単なる予備」であり、学校に侵入し犯罪に適した場所を探している時点、および子ども用トイレを見つけ、次に現れた少年に攻撃を加えようと準備している時点は「予備罪」、そして行為者が罪のない少年に向けて飛びかかった時点は「未遂罪」である。

【Continuum 2】行為者が虐待の意図で新聞配達の子を観察し、1人の少年にメモ書きを渡すためノートを購入し、翌日の16時に公園内のトイレで会おうと誘うメモを書き、玄関の牛乳入れにそのメモを置き、当日15時半、公園の入口に自動車を停めて待っている時点は「単なる予備」であり、15時50分、自動車を離れて便所へと向かい、誰もいないため15分間待ち、その後少年と対面した時点は何れも「予備罪」、そして少年と性的行為を行おうとした時点は「未遂罪」である。

(72) *R v. Whybrow*, (1951) 35 Cr. App. R. 141. 被告人が、自ら製作した電気装置を使用して、入浴中の妻を感電させたという事実につき、謀殺未遂の成立が

論 説

かった場合は謀殺未遂でなく、重傷害 (wounding with intent to do grievous bodily harm) となる……ことは非論理的でない」と判示したことにより、謀殺未遂には「殺害の意図 (intent to kill)」が必要であること、ならびに未遂罪の第 1 次的要素が「犯罪意図 (intent)」であることが明らかにされた⁽⁷³⁾。

さらに、Mohan事件⁽⁷⁴⁾において、James裁判官は、「犯罪遂行の未遂はそれ自体犯罪である。未遂罪はしばしば重大である。未遂罪はしばしば、試みられたが遂行されなかった既遂犯と同程度の道徳的な非難可能性をもつこともある。それにもかかわらず、未遂罪は、犯罪遂行の予備的行為の段階にとどまり、試みられた犯罪から一歩手前のものである。裁判所は、十分に確立された犯罪の範囲内にはない行為を未遂罪の中に無理して持ち込むことをしてはならない。反対に、議会の権限によるのは別として、それらの犯罪の限界の拡大を防止しなければならない。その限界は、現在のところ、特別な意図 (specific intent)、すなわち犯罪の遂行が被告人に可能な限りにおいて、当該犯罪の遂行をもたらそうとする決断 (a decision)

認められた事案。本件では、謀殺未遂の主観的要件に関する裁判官の説示の内容が争われた。被告人は、陪審員が「被告人が妻を殺害する意図又は同人に重大な身体的害悪を加える意図であったこと」を確信したならば、被告人は謀殺未遂で有罪であるとしたParker裁判官の説示に誤りがあったとして、本件上訴に及んだ。控訴院は、要約に誤りがあったことを認めながらも、5名の裁判官全員一致の判決により、上訴を棄却した。

(73) Whybrow事件以前に、Scofield事件もこのような立場・理解を示すものであった。なお、主観的要件は陪審員の判断すべき「事実問題 (matter of fact)」であり、それゆえに客観的要件ほど困難な問題は生じないとされていた。Turner, *supra* note (10), at 232 ; R. Cross and P. A. Jones, *An Introduction to Criminal Law* (5th ed., 1964, Butterworth), at 115.

(74) *R v. Mohan*, [1976] Q. B. 1. 速度超過の疑いで警察官から停止を求められた被告人が、警察官との距離が10ヤード程度のところから速度を上げ、警察官に向けて直進したが、警察官がこれを避けたという事実につき、公共に対する危険な自動車運転の罪、および危険運転 (wanton driving) による傷害 (1861年人身犯罪法 (Offences Against a Person Act 1861) 35条) の未遂の成否が問題となった。訴追側が、未遂はその既遂犯と同じメンズ・レアで足りると主張したのに対して、被告人側は、「結果に対する意図」が必要であるとして無罪を主張した。控訴院は、被告人の上訴を認め、未遂罪の点については無罪とした。

イギリスにおける未遂法の現状と課題について (1)

であり、彼が行為の結果を意欲していた (desired) か否かとは無関係なものに関する証明を要求することによって設定されている」と判示した。こうして、コモン・ロー上、未遂罪が少なくとも「既遂結果を惹起する意図」を要件とすることが確立された。

その一方で、犯罪の構成要素に関する学説の展開⁽⁷⁵⁾とともに、Hussey 事件⁽⁷⁶⁾ および Attorney-General's Reference (Nos 1 and 2 of 1979) 事件⁽⁷⁷⁾ において「条件付意図 (conditional intent)」の適用の問題が争われ

(75) 例えば、J. C. Smith and B. Hogan, *Criminal Law* (4th ed. 1978, Butterworth), at 249. 犯罪の外部的要素は、行為 (conduct)、結果 (consequence)、および行為状況 (circumstances) からなるものとされた。

(76) *R v. Hussey*, (1978) 67 Cr. App. R. 131. 被告人は、路上駐車中の自動車の後部ドアを開けようとしたところ警報器が作動し、警察官に発見されたため、逃走したという事実につき、セフトの未遂で訴追された。当該自動車の車内には大型の鞆が積んであり、中にはいくらか価値のある潜水用具が入っていた。事実審裁判官は、被告人がまさに大型鞆の中を調べようとしていたこと、および仮にその中身が価値のある物であったならばそれを窃取しようとしていたことを推定する (infer) ことができるとした。控訴院は、「およそセフトの事案においては全て、領得行為は、所有者の財産を永続的に奪う意図に随伴されなければならない。『条件的』領得として緩やかに (loosely) 記述され得るものでは足りない」とした *Easom* 事件 ((1971) 55 Cr. App. R. 410) における Edmund-Davies 裁判官の意見に従い、「価値のある物を見つけた場合にのみこれを窃取しようとする意図している者が、現在の (present) 意図を有しているとは言え」ず、事実審裁判官の説示は本質的な部分に関する誤りがあったとして、被告人の上訴を認め、有罪判決を破棄した。

(77) *Attorney-General's Reference (Nos 1 and 2 of 1979)*, [1980] Q. B. 180. ①店舗兼住宅に侵入したが、通報を受けた警察官に逮捕されたという事実、ならびに②住居のフランス窓のハンドルを回し、窓枠の隙間から細長い棒を差し込んでいたところ、通報を受けた警察官に逮捕されたという事実につき、事実審裁判官が何れも無罪評決を出すよう説示した。各事案において、起訴状には、「被告人は、『その中にある物を窃取する意図をもって』不法侵入者として食料雑貨店に侵入した」(事案①)、「被告人は、『その中にある物を窃取する意図をもって』当該住居への侵入を試みていた」(事案②)と記載されていた。そこで、1972年刑事司法法 (Criminal Justice Act 1972) 36条に基づき、控訴院に対して、以下の2点について、法務総裁による付託がなされたのが本件である。

(1) 「その中にある金銭を窃取する意図をもって不法侵入者として住居に侵入した者が、窃取の意図が住居内での金銭の発見に条件づけられているという理由により、1968年セフト法9条1項 (a) の罪につき、無罪判決を受ける権利を有する (entitled to be acquitted of an offence) か否か。」

たことなどから、犯罪意図の具体的な内容（意図の対象、意義・内容）の問題が認識されるようになった。

意図の問題について、WP 50は、原理的には「当該既遂犯に妥当する主観的要件をその未遂罪に適用すべきとするのが正当と思われる」としつつ、それ以上の検討を加えることなく、主観的要件が犯罪の「結果」又は「行為状況」の何れかと関連する場合があるとして、前者については「意図」が、後者については「認識 (knowledge)」又は（既遂犯がそう規定している場合には）「無謀 (recklessness)」で足りるとの簡潔な提案を行った⁽⁷⁸⁾。これに対して、LC 102は、結果と行為状況の区別が相対的であること、未遂罪の対象が単純な謀殺罪や窃盗罪にとどまらず、幅広い犯罪類型にわたることなどから、WP 50の提案は「不当に複雑である」としてこれを採用せず、Mohan事件の中に「主観的要件の最も適切な表現方法の示唆がある」としつつ、それを「試みられた犯罪の全ての構成要素を惹起する意図」として表現すべきであるとした⁽⁷⁹⁾。他方、1981年法施行直前、Pigg事件⁽⁸⁰⁾

(2)「その中で発見し得る価値のある物を窃取する意図をもって不法侵入者として住居に侵入した者が、その試みの時点において1968年セフト法9条の有罪評決 (conviction) に必要な『何かを窃取する意図 (stealing anything)』に十分到達していなかったという理由により、侵入未遂に対する無罪判決を受ける権利を有するか否か。」

控訴院は、(1)不法侵入罪は「窃取の意図をもって不法侵入者として建造物に侵入した」場合に成立すること、「特定の客体の窃取を意図していなかったこと」の証明は抗弁とならず、従って窃取の意図が金銭発見に条件づけられていたという事実は無罪判決の権利を与えるものではないこと、(2)訴追罪名が不法侵入罪、同未遂罪、セフト、同未遂罪等の何れであっても、原理的および論理的に「同一の答え」が求められることを判示し、上記何れの点についても消極的に解した。なお、「条件付意図」をめぐる問題は、Hussey事件判決の決定的な部分 (crucial sentences) が誤解されたことにあり、本来これは「特定の客体の窃取を試みたこと」を起訴状に掲げた「当該事案の文脈で読まなければならないもの」とされた。

(78) WP 50, *supra* note (14), paras 88-89.

(79) LC 102, *supra* note (26), paras 2.11-2.15.

(80) *R v. Pigg*, (1982) 74 Cr. App. R. 352. 性行為に同意していない17歳の少女に対する強姦 (1976年性犯罪 (改正) 法 (Sexual Offences (Amendment) Act 1976) 1条1項) 未遂で追訴され、有罪判決を受けたため、事実審裁判官が陪審員に対して「被告人が女性の不同意を認識していたか、又は同意の有無につ

イギリスにおける未遂法の現状と課題について (1)

において、控訴院は、「女性の不同意の可能性に無関心であり、一切考慮しなかった (indifferent and gave no thought) 場合、又はその可能性に気づいたにもかかわらず、女性の同意の有無を問わず、性行為をすることに固執した場合……は無謀である」とし、「陪審員に対する裁判官の説示は、その状況において被告人に有利なものであった」として、この点に関する上訴を棄却した。そこでは、強姦未遂罪における「女性の同意の有無」に関しては無謀で足りるとの立場が示唆された。しかしながら、1981年法は、「犯罪遂行の意図」と簡潔に規定するに止まったため、同法制定以後も、その文言の解釈・適用が依然として問題となった。

1981年法制定以後、まず結果に対する意図の意義に関する判断が示された。Pearman事件⁽⁸¹⁾において、控訴院は、1981年法は「意図」の内容を変更するものでなく、同法制定以前の先例に拘束されない理由はないとしてMohan事件判決に従ったうえで、同判決における「その結果を意欲したか否かとは無関係」との表現は保険金取得目的による航空機爆破や逃走目的による自動車の暴走運転などの事例において結果に対する意図が否定されないように付されたものであるとの理解を示し、未遂罪における意図には

いて無謀であったことが証明されなければならない。……無謀を証明するには……、彼が不同意の可能性に気づいていたが、それにもかかわらず先に進んだことを証明しなければならない」と説示した点に誤りがあるとして被告人が上訴した事案である。同法は、強姦罪の要件として、(a) 同意のない女性と不法に性行為 (sexual intercourse) をすること、および (b) 行為当時、女性の不同意を認識し、又は同意の有無について無謀であることを規定していた。

- (81) *R v. Pearman*, (1984) 80 Cr. App. R. 259. 被告人は、自動車運転中、警察官に停止を求められたが、これを暴走させて警察車両に衝突させたうえ、警察官を同車両のボンネット上にはね上げるなどしたという事実につき、重傷害の未遂 (attempt to cause grievous bodily harm with intent (1861年人身犯罪法18条、1981年法1条1項)) 等で訴追された。事実審裁判官は、「……意図の証明にとって必要な……は、被告人が実際の重傷害の発生を意欲していたこと、又は自己の行為からそのような結果が蓋然的に生じるであろうことを予見しながら意思に基づく行為 (did a voluntary act) をしたことであり」とし、続けて、未遂に関しては「第1に、被告人が当該犯罪の遂行を意図していたこと、第2に、単なる予備を越える行為をしたこと」が必要であると説示した。

「直接的意図 (direct intent)」ないし「目的 (purpose)」のみならず、結果発生の実質的な確実性 (virtual certainty) の認識・予見を意味する「間接的意図 (indirect intent)」も含まれることを示唆した⁽⁸²⁾。また、Attorney-General's Reference (No 3 of 1992) 事件⁽⁸³⁾では、加重放火未遂罪における意図の内容について、被告人が当該既遂犯の「心理状態で、財産を損壊する意図をもって、その犯罪遂行の単なる予備を越える行為をしたこと」の証明が必要であり、「被告人が欠缺した物理的要素 (the missing physical element) の充足を意図したこと」が証明され得たことを前提とすれば、「既遂犯を越える高度の心理状態を証明することは必要でない」とされ、

(82) 本判決は、裁判官は陪審員に対して「訴追側が、重傷害を惹起するという被告人側の意図を証明しなければならない」と伝えれば十分であり、先のように「蓋然的結果の予見と意図を同等とする」表現は未遂の問題に関する誤った説示であるとして、結論としては被告人の上訴を認め、この点に関する有罪判決を破棄している。なお、本判決は、その後のWalker and Hayles事件 ((1989) 90 Cr. App. R. 226 (謀殺未遂の成立を肯定した事案))でも支持されている。また、間接的意図は、既遂犯の領域でも、Woolin事件貴族院判決 ([1999] 1 A. C. 82)によって認められている。

(83) *Attorney-General's Reference (No 3 of 1992)*, [1994] 2 All. E. R. 121 ; 1 W. L. R. 409. 被告人数名が路上停車中の自動車 (数名がこれに乗車し、路上の者と話をしていた) に向かって火炎瓶を投げつけたところ、隣接する庭の壁に命中したという事実につき、加重放火 (1971年器物損壊法 (Criminal Damage Act 1971) 1条2項) の未遂で訴追された事案である。加重放火罪は、「正当な理由なく、(a) 財産を損壊する意図又は損壊に関する無謀な状態で、かつ (b) その損壊によって人の生命を危殆化する意図又は危殆化に関する無謀な状態で、火力によって財産を損壊した場合」に成立する。事実審裁判官は、①「人の生命を危殆化する意図を認定し得る証拠がなく」、同法の真の構造によれば、②「生命に対する危険は、その意図された財産的損壊 (damage) の結果 (a consequence) であり、特定の意図が必要とされるため、無謀では不十分である」とし、無罪評決を説示した。事実審における無罪判決を受け、本罪の訴追において、「火力による損壊に関する特別な意図に加えて、人の生命の危殆化に関する無謀の証明で足りるか」という点について、法務総裁による付託がなされた。なお、競技場の木壁の損壊を意図し、又は損壊に関する無謀な状態で、これを損壊しようとした点につき、単純な器物損壊の未遂で訴追され、控訴院において「その犯罪が実現した場合に達成される結果は観客席の損壊であり……訴追側は……被告人がその事態の惹起を決断したことを証明しなければなら」ず、単なる無謀では足りないとして有罪判決が破棄された事案として、Millard and Vernon事件 ([1987] Crim. L. Rev.393) 参照。

「自動車の損壊の意図」と「人の生命の危殆化に関する無謀」の証明で足りるとの控訴院の見解が示された。

次に、行為状況に関しては、Kahn事件⁽⁸⁴⁾において、一定の判断が示された。そこでは、強姦罪の原理がその未遂罪にも適用されるのかという点が争われたが、控訴院は、「強姦および強姦未遂における無謀は、貫通行為の実現又は失敗という身体的行為ではなく、性行為を行い、又はこれを行おうとする活動を開始した際にその心理状態に関連して生じるもの」であり、「強姦未遂は強姦既遂に必要とされる被告人側の意図と異なるものを要求しておらず」、1981年法の文言を強姦罪に適用すれば、「同意の不存在を認識し、又はこれを少しも気にかけない (could not care less) 状況下で、性行為をする意図」と解されるとし、「裁判官が陪審員に対して行った説示に誤りはない」と結論づけた。

このように、1981年法制定以後、主観的要件の解釈・適用に関する裁判所の立場は次第に確立されつつある⁽⁸⁵⁾。このような状況を受け、CP 183は、簡潔な文言にとどまり明確性を欠く1981年法1条1項の規定について、以下のような提案および諮問を行った。

2. CP 183による提案・諮問内容

【提案18】 意図の意義

未遂罪および予備罪の目的上、犯罪遂行の意図には、

(a) Woolin事件貴族院判決において認められた意図 (Woolin intent)、および

(84) *R v. Kahn*, [1990] 1 W. L. R. 813被告人は、同意のない16歳の少女と性行為を試みたが失敗したという事実につき、Pigg事件と同様、強姦（1976年性犯罪（改正）法1条1項）の未遂で訴追された。事実審裁判官は、陪審員に対して、強姦罪の訴追においては「被告人が少女の不同意を認識していたかを決定する必要があり……その点が不確実である場合、被告人が少女の同意の有無につき無謀であったかを問う必要がある」としたうえで、強姦未遂の訴追に関してもその原理が全く同一の形で適用されると説示した。

(85) 裁判例の動向については、Duff, *supra* note (13), at 5-32.

論 説

(b) 条件付意図 (a conditional intent) が含まれること

【提案18A】

既遂犯を遂行する意図は、その犯罪の行為又は結果の要素を対象とすべきこと

【提案18B】

既遂犯の行為状況の要素に関する限り、既遂犯が主観的無謀 (subjective recklessness) で足りると規定する場合、未遂罪もこれで足り、既遂犯が客観的無謀 (objective recklessness)、過失 (negligence) 若しくは無過失 (no fault) で足りると規定する場合、未遂罪には主観的無謀が要求されるべきこと

【提案18C】

行為状況に関して、既遂犯がより高度の主観的要件 (例えば認識) を規定している場合、未遂罪にもそれが要求されるべきこと

【諮問3】

提案18Bに関連し、既遂犯が行為状況に関して主観的無謀よりも低い主観的要件 (又は無過失) を規定する場合、未遂罪および予備罪も同一の主観的要件 (又は無過失) で足りるとすべきか否か

3. CP 183による提案内容の解説

まず、意図の意義 (提案18) について、刑法の一般的な目的上、①結果発生が行為者の目的である場合 (直接的意図) に加えて、Woolin事件貴族院判決において示されたように、②結果発生の実質的な確実性を予見するような状況下で、結果発生を意図しているものと推定される場合 (間接的意図) にも意図が認められている。このような「2つに分岐した基準 (two-prong test)」は、Pearman事件をはじめ、コモン・ロー時代から1981年法制定以後に至るまで、未遂法の領域でも支持されている。未遂罪の意

イギリスにおける未遂法の現状と課題について (1)

図を①に限定する立場は、同罪を「試み (trying)」と捉える見解と結びつくが、行為要件に関するCP 183の基本的理解⁽⁸⁶⁾とは相容れないため、これを採用しない。保険金取得の目的で飛行機に爆弾を仕掛けた場合、乗客がほぼ確実に死亡することを認識していたにもかかわらず謀殺未遂として有罪とし得ないのは誤りである⁽⁸⁷⁾。さらに、条件付意図も含むものと考えべきである⁽⁸⁸⁾。

次に、意図の対象 (提案18A-C) について、1981年法1条1項の文言によれば、「既遂犯の主観的要件とは無関係に、未遂罪には『行為および結果に対する意図』、ならびに『行為状況に関する認識 (又は確信)』が必要である」とも考えられ得る。これは、前者に関しては正しい理解である (提案18A)。しかし、後者に関しては、認識・確信が常に必要とされるわけではない。第1に、強姦罪のように行為状況に関する「無謀」を定める犯罪類型について、一連の裁判例の中で控訴院は「同意の不存在に関する無謀で足りる」との立場を示している。Kahn事件判決によれば、①行為要件および②結果要件の意図を有していれば、③既遂犯において行為状況に関する無謀で足りる場合、未遂罪もこれで足りるとの結論となる。それが「常識に合致し、制定法の文言に抵触するものでない」としたAttorney-General's Reference (No 3 of 1992) 事件判決を支持し、「既遂犯が行為状況に関する主観的無謀で足りると規定されている場合、未遂罪も同様」とすべきことを提案する⁽⁸⁹⁾ (提案18B)。

また、既遂犯が正式起訴可能な犯罪である限り、過失犯や厳格責任犯罪 (strict liability offence) の未遂もあり得る。これらの罪の未遂については、問題がある。Attorney-General's Reference (No 3 of 1992) 事件において、

(86) 例えば、反抗抑圧に止まる行為 (強姦未遂) など、予備的行為の中にも未遂 (ないしCP 183の提案する予備) となるものがあり得るとする理解と一致しない。CP 183, *supra* note (1), paras 14.29-14.30.

(87) *Id.*, paras 14.27-14.32, 16.68-16.71.

(88) *Id.*, paras 16.73-16.74.

(89) *Id.*, paras 14.33-14.44, 16.76-16.78.

控訴院は、傍論として「その既遂犯の遂行に必要とされる心理状態の1つになければならない」とした。これを「論理的ないし純粹に解釈する立場」は、「既遂犯の主観的要件」を基準とする。これによれば、単なる予備を越える行為に取りかかる意図以外、厳格責任犯罪の未遂には不要となる。そうすると、14歳の被告人が（16歳であると合理的に確信していた）13歳未満の少女に対する強姦（2003年性犯罪法5条における（事実上の）厳格責任犯罪である）未遂で訴追された場合、有罪となり得る。しかし、相手方の年齢という状況に関連した「非難可能な心理状態」がない点で不適切であり、その結論は、正義の要請および自由保障に反する。行為状況又は結果に関する過失を定めた強姦罪についても同様である。そこで、Kahn事件判決を一般原則として展開し、「未遂罪には少なくとも行為状況に関する（主観的）無謀が必要である」とすることが可能である。これによれば、上記設例においては、被告人が「女性が13歳未満かもしれないという危険を認識していること」が要件となる。CP 183は、このような理解が「公共の保護の要請と個人的自由の尊重との調和」をよりよく図るものとする⁽⁹⁰⁾（提案18B）。

最後に、行為状況に関する認識又は確信を要する犯罪類型（例えば、盗品性の認識・確信を要件とする盗品関与罪（1968年セフト法22条1項）など）では、未遂罪にも同程度の主観的要件が課されるべきである。既遂犯よりも未遂罪の方が主観的要件の証明が緩やかとなるのは妥当でない⁽⁹¹⁾（提案18C）。

(4) その他の関連問題

【提案20】 裁判官と陪審員の役割

被告人の行為が、仮に証明されたならば、予備罪又は未遂罪に達しているか否か

(90) *Id.*, paras 14.45-14.52.

(91) *Id.*, paras 14.54-14.55.

イギリスにおける未遂法の現状と課題について (1)

は、裁判官の判断すべき法律問題とする。それゆえ、陪審員の役割は、被告人がその主観的要件をもって当該行為を遂行したことを訴追側が刑事裁判の基準に達する程度にまで証明しているか否かを決定することに限定されるべきこと

【提案21】 未遂罪の対象犯罪

未遂罪又は予備罪の訴追は、意図された略式犯罪 (intended summary offence) についても許容されるべきこと

【諮問4】 訴追における公訴官の同意

略式犯罪の未遂又は予備に関連する訴追について、公訴官の同意を必要とすべきか否か

まず、予備と未遂の限界 (CP 183の提案によれば、単純な予備と、予備罪および未遂罪との区別) に関する裁判官と陪審員の役割 (提案20) については、先例の立場が一致していなかったが、Cook事件⁽⁹²⁾において、Lord Parker首席裁判官が「未遂罪を構成する能力のある証拠が存在するか否かについて説明を行うのは裁判官であり、それが未遂に達していることを認めるか否かを語るのは陪審員である」とし、その後のStonehouse事件貴族院判決においてもこれが支持されたことにより⁽⁹³⁾、当該行為が未遂に該当するか否かは陪審員の事実問題であるとするコモン・ロー上の手

(92) *R v. Cook*, (1963) 48 Cr. App. R. 98. 自動車の無断運転の未遂 (attempt to take and drive away a motor-vehicle) で訴追された事案。Deputy-Chairmanは、法律問題として「自動車を奪取し、これを運転する意図をもって、これに乗り込むことは……その犯罪遂行の未遂を構成する」と説明した。これに対して、被告人側は、「その行為が未遂に達している」ことを「法律問題」として説明した点に誤りがあるとして、本件上訴に及んだ。控訴院は、当該問題に関する一般論として上記法廷意見を示したうえで、陪審員が適切な説示を受けたとしても同様の結論に達していたに違いないことはきわめて明確であるとして、この点に関する上訴を棄却した。

(93) Stonehouse事件判決における貴族院の多数意見 (Lord Salmon, Lord Edmund-Davies, Lord Keith of Kinkel) は、「事実審裁判官が、法律問題として、『被告

統的原則が確立された。

この点について、WP 50は、「特定の行為が実質的段階を構成するか否か、およびその行為が証明されたと認める場合、さらに陪審員を有罪評決へと導くのは裁判官である」とし、これを法律問題と見ていた⁽⁹⁴⁾。他方、LC 102は、WP 50の提案は現行法の大幅な拡大と「裁判官と陪審員の役割の実質的変更」によって実現されることになるため適切でないとし、モン・ロー上の原則を維持すべきことを主張した⁽⁹⁵⁾。

1981年法4条3項は、「被告人の行為が単なる予備を越えるとの認定を支えるに足る法的に十分な証拠が存在する場合、その行為が本法1条1項に該当するか否かは事実問題である」と規定し、従来原則を維持している⁽⁹⁶⁾。

この規定によれば、第1に、法律問題として、被告人の行為が証明された場合、単なる予備を越えるものか否かを裁判官が判断し、そのような結論に至れば、事実問題として、被告人の行為は何かを検討し、そしてそれに基づいて裁判官の説明を諸事実に適用するという陪審員の職務が期待されることになる。しかし、第2に、裁判官が既に法律問題として検討した事柄を陪審員が事実問題として検討することが求められる。特定の行為が単なる予備を越えたか否かは、陪審員の決定事項であるからである。例えば、謀殺未遂で訴追され、被告人が被害者を殺害する意図で猟銃を発砲したが命中しなかったことが訴追側により立証された場合、裁判官は、①被告人が訴追されている行為を実際に行ったか否か、および②実際に行った

人の行為が、仮に証明されたならば、未遂の範囲内にある」という判断を行った場合、同一の問題が事実問題として陪審員の前に提示されなければならない」とした。

(94) WP 50, *supra* note (14), para 78. 検討委員会のメンバーとして実質的段階テストと例示規定の導入を主張したWilliamsは、これを法律問題とすべきことを改めて強調している。G. Williams, *Wrong Turnings on the Law of Attempts*, [1991] Crim. L. Rev. 416, at 422-425.

(95) LC 102, *supra* note (26), paras 2.30, 2.33, 2.37, 2.50-2.52.

(96) CP 183, *supra* note (1), paras 13.26, 14.20.

イギリスにおける未遂法の現状と課題について (1)

と判断される場合、立証された当該行為が1981年法の目的に照らし「謀殺未遂」であるか否かという2つの点を決定するよう、陪審員を導かなければならない。確かに、この規定は、訴追側の挙証責任が果たされた場合にのみ、その段階を越えて当該事案の手續を進めることが許されるとの刑事裁判の一般原則に合致するが、さらにその先を行くものである⁽⁹⁷⁾。

CP 183の理解によれば、陪審員が司法的指針を奪われ、また控訴院が特定の見解を提示することに消極的である状況の中、この問題に関するテストが、関連する全ての政策的考慮に照らして適切に考察・適用されることを確保するためには、これを陪審員でなく裁判官に委ねなければならない。端的に言えば、基本的な政策的考慮を理解していない陪審員には、この問題を適切に決定する能力又は準備がないものと考えられる。さらに、同一事実に対する異なった評決が出される可能性がある点、および「証拠に反する無罪評決 (perverse verdict of acquittal)」の機会が陪審員に与えられる点でも、現行法は十分でない。従って、この点に関する改正が必要である⁽⁹⁸⁾。

次に、未遂罪の対象犯罪 (提案21) については、コモン・ロー時代より一貫して、略式犯罪は対象外とされてきた。他方、WP 50およびLC 102はこれを対象とすべきことを示唆ないし提案した⁽⁹⁹⁾が、そのような拡大を要する証拠がないこと、および略式犯罪の未遂という複雑な問題を治安判事裁判所が担当するにはまだ時間がかかることから、1981年法制定過程において、その提案は採用されなかった⁽¹⁰⁰⁾。

この点について、CP 183は、現在、正式起訴犯罪と略式犯罪の区別が規制的犯罪 (regulatory offence) とその他の犯罪との区別を必ずしも反映

(97) *Id.*, paras 14.21-14.23, 16.90.

(98) *Id.*, paras 14.24-14.25, 16.92-16.95.

(99) WP 50, *supra* note (14), paras 103-110, LC 102 *supra* note (26), paras 2.102-2.105.

(100) CP 183, *supra* note (1), para 16.97.

していないこと、略式犯罪の中にも比較的重大なものがあることから、共謀罪に対する提案に沿う形で、略式犯罪に対する未遂罪又は予備罪による訴追を許容すべきことを提案するとともに、公訴官の同意の要否について諮問している⁽¹⁰¹⁾。

(5) 未遂罪に関連する諸原理

CP 183は、未遂罪を支える諸原理についても言及している。そこで、最後に、この点に関するCP 183の内容を確認しておきたい。

既に、各提案の内容解説においても断片的に示されたが、CP 183によれば、未完成犯罪の刑事責任の正当化原理は、①道徳的非難可能性、②侵害の明白な危険の存在、③警察的介入の必要性、④潜在的犯罪者の抑止の4点である。そして、未遂罪の成立要件（意図および近接性（さらには侵害の明白な危険））は、未遂罪に対する刑事責任に伴われる高度の道徳的非難可能性（①）、およびそれゆえ既遂犯と同等の刑が科され得るという事実に支えられている。しかし、近接性要件は③の機能を減少させ、④をほとんど評価しないものである。議会は、「単なる予備」は除外するという定義によって③を基礎としたが、その根底には、「犯罪遂行に十分近接した予備的行為は、未遂処罰を正当化し得る程度の非難可能性および侵害の危険（①・②）を有している」との想定があった。これにより、警察は、行為者が「未遂犯（attemptor）」としての処罰および罪名を正当化し得る程度に十分非難可能な状況において、既遂犯の遂行を阻止するため介入することが可能となる。それと同時に、通常、意図に関する状況証拠も十分存在することになる。現行の未遂罪は、「侵害予防のための効果的介入」と「未遂犯としての非難可能性」との慎重な衡量の所産である。未遂罪は、犯罪の遂行に近接する行為に限定されており、また限定されなければなら

(101) *Id.*, paras 16.96, 16.99-16.100.

ない⁽¹⁰²⁾。

他方、制定法上には、非難可能な一連の行為を相当早期化し、「単なる予備」を処罰する特別の予備罪が多数存在する。しかし、それらは、特定の状況に限定されたものであり、その存在によって未遂罪の存在意義が弱められると考えるべきではない。未遂とは、「近接性と非難可能性の両面についての特定のメッセージを伝達する罪名をもった特有の（特別の予備罪とは異なる）不法（distinctive wrong）」であり、両者の正当化根拠は異なる。特別な予備罪では③・④が明確である反面、①・②は十分でないうえ、意図の合法的な推定（legitimate inference）が不可能な場合もある。

制定法上の予備罪の多くには、「既遂犯の遂行から遠ざかるにつれて、単なる予備に伴われる道徳的非難可能性および害悪の明白な危険は、刑事責任を正当化するに十分でなくなる可能性がある」という重要な原理を反映して、独自の遮断点（cut-off point）が存在する。プライバシー権、行動の自由その他の市民的自由を尊重する自由で民主的な社会において、自宅寝室における武器や窃盗道具の所持のように、刑事訴追と対立する様々な考慮がより重要なものと考えられる場合には、これら様々な考慮の調和が刑事責任の賦課に固く対抗することがある。こうした市民的権利・自由は、刑事訴追によって得られる公共の利益に対する切り札となるのである。「単なる予備」の犯罪化は、①道徳的な非難可能性の程度、②犯罪の性質・重大性、③社会に対する危険、④意図の証明の困難さ、⑤個人の権利および自由、⑥「単なる予備」者に対して、翻意する機会をどの程度認めるべきかという6点に依存する。結論として、単なる予備をも捕捉する一般的犯罪を規定すべきではなく、これらについては、議会による断片的な対処が支持される⁽¹⁰³⁾。

(102) *Id.*, paras 15.1-15.7.

(103) *Id.*, paras 15.9-15.16.

(6) 小括

以上、本章では、CP 183による提案と諮問の内容を中心に紹介してきた。CP 183は、100年以上の歴史を有する近代的未遂法が「確固たる基盤を有していない」との問題意識に基づき、客観的要件、主観的要件、手続的規定、対象犯罪と多岐にわたる重要な問題について具体的な提案・諮問を行うものである。

CP 183の扱った問題はどれもその重要性を失わないと思われるが、その中でも「最も重要な提案」⁽¹⁰⁴⁾と位置づけられるのが、客観的要件に関するものである(提案15、16、17)。そこでは、Campbell事件やGeddes事件に代表される控訴院の厳格な解釈・適用を1981年法本来の趣旨に合致させるための方策として、最終行為の遂行に限定された未遂罪、およびこれに十分近接する予備行為を対象とする予備罪という「2つの一般的犯罪の創設」、ならびに「予備罪に関する指針としての例示」が提案されている。

この提案は、例示という「方法」の点でWP 50の提案と形式的に一致し、また「一般的予備罪の創設」という点で一見すると急進的である。しかし、例示の「内容」の点ではWP 50の提案と一致せず(所持・偵察は除外されている)、「処罰範囲」の点ではLC 102の趣旨と合致する。このように、形式的には急進的に見えるが、実質的には保守的な内容にとどまることが意図された提案は、法律委員会の検討の末の「苦肉の策」とも言えるであろう。しかし、この点に関しては、未遂罪における最も重要な問題であるだけに、その公表直後から様々な意見が示されるとともに⁽¹⁰⁵⁾、その必要性および実効性の両面において、厳しい評価もなされていた⁽¹⁰⁶⁾。同様に、

(104) *Id.*, para 12.5.

(105) Editorial, *The Law Commission and Inchoate Offences*, [2008] *Crim. L. Rev.* 1 ; J. Rogers, *The Codification of Attempts and the Case for "Preparation"*, [2008] *Crim. L. Rev.* 937 ; C. M. V. Clarkson, *Attempt : The Conduct Requirement*, 29 *O. J. L. S.* (2009) 25.

(106) R. Card, Cross and Jones, *Criminal Law* (18th ed., 2008, Oxford University Press), at 625-626 ; Ashworth, *supra* note (3), at 448.

イギリスにおける未遂法の現状と課題について (1)

イギリス法特有の手続的問題である裁判官と陪審員の役割分担（提案20）についても、様々な議論が存在するであろう。

また、主観的要件（提案18）については、既遂犯が「無謀」という主観的要素を伴っている場合、「犯罪遂行の意図」との関係で解釈・適用上の問題が喚起されるどころ、次第に示されていった控訴院の立場・見解に即しながら、その内容の一般化および明確化を図ろうとするものであり、注目に値する。

このように、CP 183は、それ自体重要な内容を含むものではあるが、法律委員会による暫定的な提案にとどまる。従って、法律委員会が、LC 318において、これらの問題に対するいかなる解決策を示したのか、LC 318の最終提案の具体的な内容およびその帰趨はもとより、その結論に至る過程での様々な議論にも注目しなければならない。そこで、次章では、それらの点に関する紹介および簡潔な検討を行うことにしたい。