

イギリス刑法における未遂罪の客観的要件について（二・完）

澁谷洋平

目次

一 序

二 判例の動向（以上一〇八号）

三 学説の状況

（一）主観説

（二）客観説

（三）小括

四 結語（以上本号）

三 学説の状況

(一) 主観説

1 ウィリアムズの見解

一 イギリス刑法においては、従来から、犯罪の本質を「行為者の危険な犯罪意思」に求める主観主義的な立場が通説的な地位を占めてきたとされている。⁹⁸⁾ そのような論者の一人として、通説を代表する立場にあったウィリアムズ (G. Williams) を挙げる事ができる。

彼は、刑罰目的として「犯罪的傾向をもつ意図的犯罪者の将来の犯罪を防止し、また一般市民に対しても警告を与える」という抑止刑論を中心に据えつつ、特別予防の観点をより強く意識し、⁹⁹⁾ また犯罪の一般的な成立要件に関して、「思想の不処罰」という点から行為の存在が要請されるが、その中心的な問題は「犯罪意思」であるという立場に基づき、¹⁰⁰⁾ 未遂罪がコモン・ロー上の犯罪であった時代から一九八一年法により制定法上の犯罪となった現在に至るまで、未遂法の意義・目的やその解釈方法に関する考察を続けてきた。

まず、コモン・ロー時代の判例において依拠された近接性概念について、彼は、「未遂罪の客観的要件に関する原則」としてこれが必要であることを一応認めつつ、多くの判決が「単なる予備ではなく……近接していなければならぬ」という基本原則を繰り返し返すに止まっており、近接性それ自体の内容に関する有益な定義をほとんど提示していないため、新たな状況に対する裁判所の判断が予測不可能なものになっているとする。¹⁰¹⁾

そして、彼は、近接性原則の内容に闕して、①薬だと偽って服用しよう相手方に毒物を手渡した場合、②少量の毒物を複数回に渡って投与し、その累積的な効果によって殺害する計画で「最初の一滴」を投与した場合、③毒入りの飲物を自らグラスに注ぎ、これを夫に直接手渡して飲用させる計画でウイスキーに毒物を混入しておいた場合などを具体例として挙げて、この何れの場合にも謀殺未遂が成立すると説明している。⁶³⁾ ここでは、例えば「残された行為の数」を基準とするなどの方法が考えられるが、最終行為に至るまでの継続的な行為経過の何れの部分を近接行為として抽出するかは「言葉の選択の問題 (matter of linguistic preference)」であり、有益な基準とならないとして、これを判断するための「包括的な基準 (exhaustive test)」の提示は困難であるとしている。⁶⁴⁾

次に、近接性原則の根拠については、次のような検討を加えている。まず、アメリカ合衆国において、客観主義の立場から刑法の目的を「道徳的な罪 (sin) の処罰でなく……一定の外部的結果の防止」に求め、「犯罪実現への危険な近接性 (dangerous proximity)」を要求したホームズ (O. W. Holmes) の見解⁶⁵⁾については、「不能未遂にはそれが存在しない」にもかかわらず「不能性が抗弁とならないこと」を説明できない。次に、未遂罪の本質を犯罪意思に求め、近接行為が「犯罪意思の確実性の証拠」になるとして、徹底した犯罪徴表説を主張したオースティン (J. Austin) の見解⁶⁶⁾については、近接行為の実行後に犯意を放棄した場合、イギリス法では中止犯として特別の取り扱いを受けることができないが、そのような翻意は犯罪意思の確実性に影響を与えるはずであり、疑問が残る。⁶⁷⁾ さらに、犯罪を「可罰的不法 (punishable wrong)」として捉え、近接性概念によって未遂罪の成立範囲を限定するという考え方は、刑法の目的を「抑止ないし斥報 (deterrent or retribution)」に求めるならば説明可能であったが、裁判所が広いプロバイション権限を有する現在では、むしろ意図的犯罪者を可能な限り捕捉し、その犯罪的傾向を改善させることが合理的である。⁶⁸⁾ それゆえ、近接性の根拠を説得的に説明することは困難である。⁶⁹⁾

また、彼は、裁判所によって採用ないし参照されたその他の学説についても検討を加えている。まず、「妨害されなければ犯罪の事實的遂行を構成するであろうような一連の諸行為の一部」というステイブンの定義については、(妨害されなくても事實的遂行を構成しない)不能未遂の可罰性が否定される可能性がある点、および「一連の諸行為の一部」という要素の解釈次第では「単なる予備との區別」という客觀的要件の意義が著しく相対化される点を指摘し、これは広狭極端であると同時に不明確でもあるとしている。⁹⁰⁾次に、アーチボルドの見解でもある「明確性」説については、「行為の客觀的な多義性・義性」は近接性でなく犯罪意図の証明に関わる問題であり、客觀的要件とは無関係であるとして、これを排斥している。⁹¹⁾

さらに、彼は、判例・学説における諸基準の不明確さも問題ではあるが、「未遂法の實際的機能」が果たされているかがそれ以上に重要であるとして、「警察による早期的介入の必要性」を強調する立場から、次のように主張している。すなわち、裁判所が近接性概念を比較的嚴格に解釈した結果として、犯罪を未然に防止すべき立場にある警察官が困難な状況に置かれる。それと同時にその概念が不明確であることから、「近接性の存在を誤信して逮捕行為に出た警察官が賠償責任 (liable in damages) を負う」ことになる。⁹²⁾こうして、警察官が困難な状況に置かれる結果、未遂法に期待される犯罪予防機能が著しく妨げられる点がより問題である。⁹³⁾

二 そのような状況下で、ウィリアムズは、未遂法の編纂を目的として組織された検討委員会 (Working Party) の構成員となり、⁹⁴⁾一九七三年に刊行された検討委員会報告書において、アメリカ合衆国模範刑法典 (Model Penal Code) 五・〇一条に規定される「実質的段階」テストの採用を提案した。⁹⁵⁾法律委員会 (Law

Commission) はこの提案を拒否し、これとは一定の距離をとる方向で一九八一年法が制定されたが、その後も彼は基本姿勢を維持している。¹⁸⁵

彼によれば、一九八一年法一条一項の「単なる予備を越える行為」という要件は、近接性を要件とするコモン・ロー時代と論理的に変わるものでなく、不能未遂の問題と平行して議論されてきたはずの「政策問題 (matter of policy)」が未解決のままであるため、従来と同一の批判が妥当する。むしろ、客観的要件を緩やかに解釈することにより、処罰範囲を拡大すべきである。例えば、ジョーンズ事件について、謀殺未遂の成立を認めた結論自体は評価し得るが、「銃を入手する時点から (犯行現場である) 学校へ行く段階までは……予備である」とされた点に関しては、犯罪遂行目的での「待伏せ (lying in wait)」など、それ以前の段階で未遂罪を認めるべきである。こうした判例の立場は、犯罪遂行の時点から遡り、どの段階まで認められるかという形で未遂罪の成否を検討する点や、「未遂」という罪名のもつ一般的意味に拘泥している点で疑問がある。¹⁸⁷

なお、「実質的段階」テストに対しては、概念自体が不明確であり、処罰範囲の不当な拡大をもたらすという批判がなされるが、この点については、「犯罪目的を強く確証する行為」という限定も可能であり、また「例示列举 (authoritative illustration)」によって不明確さが一定程度解消されるとする。¹⁸⁸ さらに、彼は、未遂罪と同様、「未完成犯罪 (inchoate offense)」の一種である共謀罪 (conspiracy) を引き合いに出し、後者が「明白な行為 (overt act)」の存在のみで足りるのに対して、関与者の数という点で相違があるにすぎない両者の客観的要件に差を設けることは適切でないとする。¹⁸⁹

もつとも、彼は、予備と未遂の区別を完全に放棄すべきであると主張するのではない。その判断基準および結論において、未遂罪の成立範囲を狭く画定しようとする判例の動向に対しては、賛同できないとするのである。¹⁹⁰

三 こうして、ウィリアムズは、未遂罪の中心的要素を「犯罪意思」と捉え、特別予防論を中心とする犯罪予防の見地から、例示列挙を伴った「実質的段階」テストを採用し、未遂処罰の対象となる行為を拡大すべきであると主張している。彼の見解は、未遂罪の成立範囲を幅広く認めることにより、「警察による犯罪予防機能」を可能な限り確保しようとするものである。これは、客観的要件の解釈問題において常に対立する「個人的自由と共同体の安全」という利益のうち、後者の最大限の保障を意図するものである。ここでは、その目的の実効性を十分に担保するため、比喩的に言えば、「警察的な行動の自由」に多大な優越性が与えられている。これがウィリアムズの言う「政策問題」であるとすれば、まずはその点について検討しなければならぬが、これは警察機構・実務のあり方とも関連するため、その可否を判断することは必ずしも容易でない。しかし、逮捕行為をはじめとする警察の強制処分と未遂罪の成立時期をそのまま直結させることの理論的な正当性・合理性や、補足的に提示された「未遂罪」と「共謀罪」との類推的考察について考えてみたとき、その論証過程にはなお飛躍があることを否定できないと思われる。また、こうした見解においては、客観的要件には「思想処罰の排除」という最低限の消極的意義が付与されるに止まり、その結果、「個人的自由の保障との調整が必要である」との論者の認識とは異なり、予備と未遂との客観的な区別が担うべき重要な機能が著しく形骸化することになる⁹¹⁾。しかしながら、特別予防論に基づく見解は、当時有力な支持を得たのである⁹²⁾。

2 アッシュワースの見解

一 アッシュワース (A. Ashworth) は、刑法の存在意義を「犯罪行為を抑止するために必要な制度 (institution to deter)」として理解する⁹³⁾ため、刑罰を「非難可能な犯罪行為に相応する反作用 (deserved response)」⁹⁴⁾

捉え、その根拠を「被害者の尊厳の否定 (denial for the victim's integrity)」に求めよう。⁽⁸³⁾

このような基本的立場から、アシユワースは、共謀罪や独立教唆罪 (incitement) とならば未遂犯罪の一つである未遂罪について、「侵害結果 (resulting harm)」と「非難可能性 (culpability)」という一般的な刑事責任モデルのうち前者が欠けている点で、これは「侵害原理 (harm principle) の例外」であるが、国家が侵害結果を犯罪化しているとき、その予防を試みないのは社会的に不合理であるとして、その存在意義を予防に求めている。⁽⁸⁴⁾

従って、予防の観点からは、逮捕行為などの「法執行機関の事前的介入」が必要であるが、それは「刑罰 (punishment)」の正当化とは異なり、後者の説明には「不法 (wrong)」が必要であるとする。そして、この問題に対する答えは刑罰論に依存するとして、次のように主張している。すなわち、「犯罪によって破壊された公平な秩序を修復 (restore) するために必要な限度において、行為者がこれを選択したことを理由として刑罰を科す」という一般的な「相応の刑罰 (just desert)」論⁽⁸⁵⁾は、適用可能な程度に明確なものでない。そこで、その基礎を「侵害」又は「意図」の何れかに置くことによつて、この理論を展開することが可能である。このうち、前者の立場によれば、未遂罪における侵害概念を「不安感・危惧感 (apprehension)」という形で拡張することにより、侵害結果の存在が肯定される。これは、「侵害を基礎に置く応報論 (harm-based form of retributivism)」と呼び得るものであるが、未遂罪にそのような結果が常に伴われるわけではなく、また刑罰と賠償 (compensation) とを混同している疑いがあり適切でない。⁽⁸⁶⁾ こうして、彼は、後者の「意図に基礎を置く応報論 (intent-based form of retributivism)」を展開し、「意図原理 (intent principle)」と「確信原理 (belief principle)」を提示する。

これは、「刑事責任は行為者が実行しようとしたこと、実行を意図したこと、実行していると信じていたこと」に基づくという純主観主義的な原理であり、侵害結果には第二次的な機能が認められるにすぎない。⁽⁸⁷⁾ そして、未遂罪

を「着手未遂 (incomplete attempt)」と「実行未遂 (complete attempt)」という二つの態様に区別し、後者においては、行為者が全ての行為を終了しており、結果発生・不発生は「偶然」の事象であるため、既遂犯と「非難可能性の点で道徳的に異ならない」として、それらを同等に処罰すべきであるとしている。¹⁰⁸⁾

なお、彼は、未遂罪の本質的要素を「行為者の選択・自己抑制義務の違反」という主観的事情に求める一方で、警察官の権限強化によって個人的自由が脅かされる可能性があること、および未遂罪の成立範囲の拡大により、任意に中止する余地が不十分なものとなり得ることに配慮して、録音等による取調べの可視化といった手続法的な対処方法を提案するとともに、実体法上の要件としても「明白な行為」という最低限の客観的要件では不十分であるとしている。¹⁰⁹⁾そして、「個人的自由と共同体の利益」との関係に留意し、許容可能な調整を行うためには、未遂法の運用経験に基づき、特定の事例に関して具体的な議論を行う必要があるが、一九八一年法の文言が不明確であり裁判所の立場が一貫しておらず、その緩やかな展開 (gradual development) を待つことは適切でないとして、例示列举を伴った「実質的段階」テストの採用が必要であると結論づけている。¹¹⁰⁾

二 以上のようなアシユワースの見解は、偶然的な結果の影響を排除するため、「相応の刑罰」論を發展させ、未遂罪の処罰根拠を行為者の「選択」に対する応報として理解する立場から、客観的要件の問題にアプローチするものである。彼の見解は、主観面を重視する点での基本線を維持しているが、特別予防論の立場から社会的に危険な犯罪者の改善を図ろうとするウィリアムズの見解とは明らかに一線を画する。ここでは、「警察的介入」と「未遂処罰」の正当化根拠が区別され、未遂不法につき刑罰論の観点から慎重な考察が加えられているほか、過剰な警察的予防や自白偏重の危険性といった主観説に対する常套的な批判を回避するため、実体法・手続法の両面から説

明が試みられている。彼の見解は、伝統的な主観説と同様の結論に至りつつも、その積極的な根拠づけを行うとともに、問題点を回避するという点において、従来の見解よりも理論的に洗練されたものと言えるであろう。また、功利主義的立場に基づく過度の犯罪予防思想では処罰範囲の拡大という強い要請から等閑視されかねない「個人的自由」の重要性を意識し、相互調整という観点からその現実的な保障が志向されている点でも評価できるものである。他方で、彼の理論の前提である「結果の偶然性」や「非難可能性」の取り扱い、「実質的段階」テストの下で個人的自由が行為要件という外在的制約によつて十分に保障され得るか、制約原理として有効に機能し得るかといった問題など、必ずしも明らかでない部分もある。しかし、彼の見解は、現在のイギリスにおける通説的立場にあるとされている。¹⁰⁾

(二) 客観説

一 イギリス刑法における客観説の有力な論者として、ダフ (R. A. Duff) を挙げる事ができる。彼は、未遂罪の諸問題を主観主義と客観主義との対立という構図で捉えた上で、客観的未遂論を標榜する立場から、個々の問題について詳細な研究を行っている。¹¹⁾

彼は、客観的要件の問題を①最終行為から第一行為に至る連続した直線上において、どこまで「処罰を拡張」するべきかという実質的な問題と、②法適用の明確性・確実性・整合性を担保するために、いかなる基準を提示し、これをどのような形で適用することが可能かという立法形式および手続に関わる問題とに区別しつつ、¹²⁾特に前者の問題に関する状況について、次のような検討を加えている。

まず、第一行為テストは、客観的行為を犯罪意図の徴表として理解し、警察による早期介入の必要性を強調す

る立場と整合的であるが、第一行為を越えて犯罪計画を進める前に「任意に中止」する可能性のあった行為者をも処罰の対象とし、「思ふとどまる機会 (locus poenitentiae)」がほとんど確保されない点で適切でない⁹⁸。また、これと対極に位置する最終行為テストは、既遂犯を犯罪の基本的な類型と考え、これに接近した行為のみを未遂処罰の対象とするものであり、行為要件を不法の「構成要素」として理解する立場と整合的である。これは、行為者に最大限の行動の自由を保障する点に大きな魅力があるが、処罰範囲に厳しい限定を設けるものであり、その厳格な適用は困難である。最終行為は客観的要件にとつて十分条件であるが必要条件ではなく、裁判所もこのような基準を採用していたわけではない⁹⁹。

次に、コモン・ロー時代の近接性概念は、不明確で基準として役立たない。なぜなら、「明確な根拠」を示しながら基準を提示しない限り、論者によって正反対の結論に到達する可能性があり、「結論の説明」以上の意味を有しないからである⁹⁸。そして、近接性概念と密接な関係を有するホームズの見解は、個人的自由の保障という処罰範囲の限定化の視点を提供した点において注目すべきものであり、これは「個人的自由と共同体の利益」の意識へとつながるものであったが、同時に「調和 (Balance)」という概念は不明確でもある。従つて、その調和が見出されるべき「地点」とその「根拠」を示す必要がある⁹⁹。

最後に、一九八一年法については、「自然的意味」に着目して「犯罪それ自体の開始」や「犯罪遂行の過程」を基準として判断するという判例の立場はコモン・ロー時代の中心的要素を維持しているが、これを「中間方向」と表現するだけでは不十分である。そして、この問題の困難さは、「未遂」という言葉それ自体の一般的意味が不明確であるためでなく、むしろ「予備と未遂との区別」という観点が我々の日常用語において必要でない点にある⁹⁸。

二 ダフは、以上の検討を前提としつつ、①の問題においては未遂罪の処罰根拠ないし行為要件の理論的地位に関する理解が重要であるとして、その解釈の方向性とこれを基礎づけるための根拠を探索している。

彼は、まず、未遂罪の本質に関連して、刑事責任の本質・処罰対象を行為者の主観面のみによって構成する「主観主義」は、三つの理論的前提に依拠しているが、それらは何れも適切でないとする。⁶²⁾ しかし、その一方で、一連の諸事象を純客観的に描写することも、刑事責任の基礎となる「行動記述 (action-description)」とならない点で妥当でない。⁶³⁾ 刑事責任において、主観的事実が重要な意義を有することは否定できないが、客観的事実もこれに影響を及ぼすと考えられる。従って、刑事責任の対象が主観面と客観面によって構成されるという理解に立つ客観主義が支持されるべきであるとしている。⁶⁴⁾

次に、彼は、客観主義を支持すべき根拠を示すため、刑法の存在意義および刑罰目的に言及している。そこで、彼は、「侵害予防 (prevention)」概念をそこから完全に排除するのでなく、これをより正確に捉えておく必要があるとして、刑法の存在意義は「社会生活に必要な公正な最小限度の行動準則を提示し、その遵守を要請することによって、様々な権利・利益を侵害から保護する」という点にあるが、それは「行為統制のための単なる強制的システム (merely coercive systems of behaviour-control)」ではないこと、また刑罰は「犯罪予防のための効率的な手段 (efficient technique)」でなく、第一次的には「犯罪に対する非難的反応」として理解されるべきであることを主張している。⁶⁵⁾ そして、有罪判決や科刑は、行為者に対する「不法の伝達」という意味で、「共同体と被告人とのコミュニケーション過程 (process of communication)」という観点から理解すべきであるとす。⁶⁶⁾ さらに、こうした立場を支える根本的な考え方として、刑法は個人を「理性的で責任ある行為者 (rational and responsible agent)」として尊重すべきであり、それは何らかの犯罪的行動に出ようとする潜在的犯罪者に

についても同様であること、そして「実際（直接又は間接に）相互に影響を及ぼし得るところの、行為者と他者との外部的……実際の関係（practical relationship）」にのみ関心を有するべきであるという刑法規範の性格論が提示されている。⁽¹⁸⁾ このような基本的視座に基づき、彼は、「社会との現実的な関わり合い」という客観的事実が未遂罪の構成要素であることを改めて確認し、未遂不法を行為の主観面と客観面からなる「攻撃（attack）」と捉える立場から、さらに次のように論じている。

客観主義の立場からは、既遂犯が犯罪の典型であり、これに接近する行為のみが未遂罪を構成すると解すべきである。なぜなら、こうして全ての行為者に自律的な行動の余地を認め、個人的自由を可能な限り保障することによって始めて、全ての市民を理性的人物として尊重するという「法それ自体に対する要請」が満たされるからである。⁽¹⁹⁾ しかし、その場合、「個人的自由」の捉え方にも注意する必要がある。ここで、「自由」とは、功利主義的な比較衡量によって最大化されるべき結果的利益でなく、尊重されるべき「絶対的限界（categorical limit）」である。⁽²⁰⁾ そして、刑罰が「公的非難（public censure）」としての性質を伴うとすれば、その賦課の根拠として「公的領域に現れた行為」や「結果」などの客観的要素を刑事責任の基礎とすることにより、それに対する「我々の道徳的理解・反応」を適切に反映させることが可能になる。⁽²¹⁾

それでは、先に示した②の問題に関連して、彼の立場からは、具体的にいかなる基準が妥当とされるのであろうか。彼は、自説の妥当性を説明する際、未遂処罰と正当防衛とを類推的に考察している。すなわち、正当防衛において、将来の侵害を予防するための「先制攻撃」が許されないのと同様、未遂の場合も、行為者の行為を「先取り（pre-empt）」する形でこれを処罰するのは適切でなく、危険な行為によってまさに攻撃を加えようとする者に対してのみ、有形力による反撃（逮捕・有罪判決・刑罰）が許されると考えられる。これにより、理性的人物として

の尊重が可能となる。¹³¹ こうして、彼の最終的な結論としては、現在の裁判所の立場である「犯罪それ自体の開始」ないし「犯罪遂行の過程」という基準が支持されているが、これを適用する際には、これまで示されてきた一連の立場が念頭に置かれることになる。なお、こうした基準が法的安定性の保障に寄与し得るかという一般的基準としての存在意義・機能については、「必ずしも不明確とは言えない」としつつ、例示列挙によってこれを部分的に補完することが有効であるとしている。¹³²

三 以上のようなタフの見解は、自由主義的共同体における刑法というものを根底に据えつつ、そこから導かれる「行為者に対する共同体のメッセージの伝達」という刑罰論に基づき、客観的行為を「未遂不法の構成要素」として理解し、予備と未遂との客観的な区別を試みようとするものであった。彼は、「個人的自由と共同体の利益」という相対立する利益の「功利主義的な比較衡量」に疑問を示し、刑法規範のあり方という観点から、「理性的人物としての尊重」の根本的な重要性を強調している。それにより、未遂罪の処罰範囲を客観的に限定すべき根拠が説明されている。もともと、この点に関して、予防効果の減少に伴う犯罪の増加がその代償であると断言することには、論者自身の躊躇も示されている。¹³³ しかし、そのような価値を「調整」という時として流動的なバランス論に完全に解消させることなく、個人的自由の保障の真の防波堤として位置づけることで、自由主義の有する積極的な意義を示しつつ、「あるべき未遂法」を展開するというのが論者の基本的姿勢である。¹³⁴

確かに、現在のイギリスにおいて、こうした立場が多数の支持を得ているとはいえない状況にある。しかし、彼の見解が与えた影響は、決して少なくない。なぜなら、ここでは、刑罰論と未遂罪の判断基準との間に存在する主観主義と客観主義という従来必ずしも十分に議論されることのなかった「犯罪の本質」をめぐる対立構造を明らか

にすることで、刑罰論から個々の解釈問題へと飛躍することなく検討を進めていくための枠組みが提供され、それによって主観説と客観説との相互議論の可能性がより深まったと考えられるからである。¹³⁸ また、刑罰論とその背後にある刑法観・政治哲学をも提示することにより、これまで刑事政策的観点というやや不透明な言葉で語られていた「実質的考慮」の内容とその一つの捉え方が明らかにされている点も、積極的に評価することができると思われる。

彼の見解は、明確かつ一般的な基準を提示するというよりも、むしろ解釈の際に指針とされるべき根本的な視点とその根拠づけに重点をおくものと見ることができようであろう。一九八一年法および判例の立場に正面から対抗する形で展開された主観説とは異なり、客観的要素を考慮することにより未遂犯の成立範囲を限定しようとする姿勢が看取される近時の裁判所の立場と整合的である点も含め、注目に値するものと思われる。¹³⁹

(三) 小括

本章では、イギリスにおける学説の状況について、三人の代表的論者の見解に焦点を当てて検討してきた。それらの見解は、依拠する刑罰論および判断基準の点から、次のように整理することができる。まず、ウィリアムズの見解は、特別予防論に基づく主観主義の立場から警察的予防の必要性を強調し、「実質的段階」テストの採用によって未遂犯の処罰範囲をきわめて広範に認めようとするものであり、伝統的な立場であった。そこでは、個人的自由の保障という客観的要件の意義は大きく形骸化される傾向にあった。次に、アシユワースの見解は、犯罪予防の見地でなく、行為者の選択に対する相応の刑罰という形で刑罰論を展開し、ウィリアムズと同様に「実質的段階」テストの採用を主張するとともに、主観説を徹底することに起因する問題点を客観的要件によっていわば外在的に制

約し、実体・手続の両面において個人的自由の適度な保障を指そうとする見解であった。最後に、ダフの見解は、共同体の非難の伝達という新たな刑罰論に基づく客観主義の立場から、客観的要件を未遂罪の構成要素に内在化させ、個人的自由を功利主義的な犯罪予防思想によって侵食されることのない基底的な価値・利益として理解することで、判断基準の明確化というよりもむしろ一つの解釈指針ないし実質的根拠を明らかにしようとする見解であり、前二者の見解とは対極的なものであった。

以上のような学説における議論の特徴として、予備と未遂の区別という客観的要件の問題に関して、犯罪遂行の意図という主観的要件の存在が判断の前提であるという共通理解を確認することができる。しかし、その両者の関係など、具体的な判断方法・基準をめぐるそれ以上の詳細な議論はなされていないのが現状である。未遂罪の成立時期を画一的に確定することは不可能であるとの指摘は以前から存在したが⁵⁶⁾、両者の区別を完全に放棄するのでなく、判断の明確さについては例示列挙にこれを委ねつつ、むしろその際に拠って立つべき方針とも言うべきものを刑罰論の見地から基礎づけるといふ議論の方向性が看取された。この点は、主観説の伝統を有し、政策的観点が重視されてきたと言われるイギリスにおける特徴である⁵⁷⁾。それと同時に、客観的要件の解釈問題と密接な関係にある刑罰論それ自体について、従来のイギリスでは犯罪予防思想に基づく主観説が支配的であるとされてきたが、例えばアシユワースやダフのように、刑罰論の新たな動向を反映させる形でそれぞれの未遂犯論が展開されており、その状況には変化が窺われる⁵⁸⁾。

これに対して、我が国では、本稿の冒頭で示したように、客観説内部における学説の厳しい対立があり、これは違法性の本質に関する理解の相違に基づくものとして、容易に解決し得ない状況を呈している。この点については、刑罰論を背景としたイギリスの議論から一定の示唆が得られるように思われる。仮に違法性論が、最終的には刑罰

目的・機能に関する実質的な価値判断と無関係でなく、むしろそれを反映させるものとして理解されるべきものであるとすれば、刑罰論の新たな変化をまさに基礎としながら議論が展開されているイギリスの状況はその参考になり得ると考えられるからである。⁽⁸¹⁾ また、未遂犯は「既遂犯処罰の例外」として処罰拡張を指すという意味で政策的な性格を強く帯びるものであるから、そこで問われる「政策」の内容とその捉え方を明らかにし、予備と未遂との区別の基準に規範的な根拠を提示することも必要である。この点については、とりわけダフの議論にみられるように、刑罰論の背景にある「刑法規範の性格」、あるいはそれを規定する「自由主義」という基本思想にまで遡った上で、そこから未遂犯論へと検討を進めていくという一つの思考過程が示されていた。このような姿勢は、右のような我が国の未遂犯論はもとより、刑罰論と犯罪論との相互関係というより基本的な問題にとっても、参考に値するものと思われる。⁽⁸²⁾

(79) 例えば、宗岡・前掲註(12)三二二頁、奥村・前掲註(9)一一三頁など参照。

(80) Williams, *supra* note (21), at 632.

(81) *Id.*, at 1-2. なお、ウィリアムズは、個人の思想は刑事責任にとって十分なものでなく「犯罪には行為が必要である」という原則 (rule) の根拠について、「意図は審理の対象となり得ない」という点を退け、むしろ犯罪に向けられた行動 (behaviour) がなければ「願望 (day-dream) と確固たる犯罪意図 (fixed intention) とを区別すること」が困難である点、および決意を行動に移せず躊躇している者をも処罰の対象とするような「刑法の拡大」が望ましいものでない点を挙げている。

(82) G. Williams, *Police Control of Intending Criminals*, [1955] Crim. L. Rev. 67, at 68.

- (83) ウィリアムズが挙げている事例のうち、①は、我が国でも見解が対立する「間接正犯」態様の事例である。これについては、公訴官対ストーンハウス事件貴族院判決と同様に、「行為者に実行可能な全ての行為」が行われた以上、その時点で未遂罪が成立するとされており、我が国で主張される「利用者・発送時基準説」に類似した思考方法・結論が示されている。また、②・③は、最終行為以前のどの段階で未遂罪が成立するかを説明する際に示された事例である。そこでの近接性につき、彼は、錯誤論にも言及しつつ、次のように言う。この場合、「予備に止まるように見える」が、「自己の犯罪計画と異なり、帰宅した夫がそれを勝手に飲んで死亡した」と仮定した場合、「犯罪が実現された場合、その実現態様が行為者の意図したものと異なるといふ事実は重要でない」という原則からすれば、行為者は謀殺罪となる(もつとも、例えば毒殺の意図で被害者に毒薬である錠剤を手渡したところ、同人がこれを気管に詰まらせて窒息死してしまったように、「意図した態様とあまりにもかけ離れている」場合には、因果連鎖が切断されて未遂になるとされている)。従って、「意図した結果が発生すれば法的に既遂罪の罪責を負うような行為を行った」場合には近接性が認められ、未遂罪が成立する。こうして、彼は、毒入りの飲物を準備した時点で未遂罪の成立を認めている。Williams, *supra* note (21), at 125, 623-624.
- (84) *Id.*, at 622. See also G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983, London : Stevens), at 411.
- (85) O. W. Holmes, *The Common Law* (1881, Boston : Little Brown), at 68-69 ; *Massachusetts v. Kennedy*, 48 N. E. 770 (1897) .
- (86) J. Austin, *Lectures on Jurisprudence* (5th ed. 1885, London : J. Murray), at 441.
- (87) Williams, *supra* note (21), at 632.
- (88) *Ibid.* 但し、当時のウィリアムズの記述によれば、こうした「特別予防」を前面に出した立場は「法律家の間で受け入

「いられていない」という留保が付されていた。なお、その後の記述では、処遇による再犯率の改善はみられないとして、犯罪予防の唯一の一般的手段は「刑罰威嚇」であるとされている。Williams, *supra* note (84), at 41. 彼の見解については、藤岡・前掲註(15) 一三三頁を参照。

(8) Williams, *supra* note (21), at 632.

(9) Williams, *supra* note (82), at 67-68.

(10) Williams, *supra* note (21), at 629-631.

(92) Williams, *supra* note (82), at 68-69. 当時のウィリアムズの記述によれば、逮捕の許容性は「法律問題」として扱われているため、近接性に関する誤信に基づいて逮捕に出た場合、「法の不知は恕さず」という原則が適用され、警察官が特別に困難な状況に置かれるとされている。

(93) Williams, *supra* note (58), at 416.

(94) なお、検討委員会は、「実質的段階」テストの採用に至る過程において、「警察的介入による犯罪予防」という公共の利益が重要であるが、他方で「社会的危険性」それ自体によって未遂罪の成立時期を適切に判断することもできず、これを十分に示すような行為がなされた場合にはじめて国家権力の介入が許されるとして、「個人的自由と共同体の利益」の調和の必要性を一応は指摘している。Law Commission Working Paper No. 50, *supra* note (11), para 65, 74-87. See also R. Buxton, *The Working Paper on Inchoate Offences (1) Inchoate and Attempt*, [1973] Crim. L. Rev. 656.

(95) Law Commission No. 102, *supra* note (11), para 2.30-2.37. 法律委員会によれば、「実質的段階」概念の導入は、「未遂法それ自体に根本的な欠陥が存在する場合」、又は「その社会的目的 (social purpose) に矛盾するような判決が多数存在する場合」に正当化可能であるが、著しい処罰拡大をもたらすという理由に加えて、①検討委員会報告書の刊行後、

判例に若干の変化が見られること、②未遂行為の判断は陪審員の判断すべき事実問題と解すべきこと、③「実質的」という内容が不明確であるために「例示列挙」を必要とするのであれば、そのような「例示列挙」は「実質的段階」の自然的意味の範囲内に包摂されるか、これに当てはまらない「高度に技術的な概念」であることになり、有効に機能しないことなどの理由からこれを退けている。そして、「社会政策と日常用語との望ましい一致」のためには未遂概念を維持することが適切であるとしつつ、「近接性」という文言は「最も近い、隣の」という意味を有しており、「最終行為」のみがその対象になるものと解釈される余地があるため、コモン・ローを廃止し、新たに「単なる予備を越える行為」という形で一九八一年法の立法化に至った。See also Dennis, *supra* note (9), at 7-11.

(96) Williams, *supra* note (58), at 420.

(97) *Id.*, at 419-421. ウィリアムズは、このような未遂法の限定という実務は、文言のもつ一般的意味を可能な限り拡張解釈する通常の実務と正反対の傾向であるとしている。

(98) Williams, *supra* note (58), at 421. ウィリアムズは、例示列挙に規定されるべき行為として、模範刑法典五・〇一条二項に規定される七つの例示のうち、①被害者の待伏せ・捜索・追跡、②被害者の犯罪現場への誘導又はその試み、③犯罪予定現場の偵察、④犯罪遂行予定の建造物・乗物等への侵入、⑤不法使用のために作られた特別な物、又はその状況下で適法目的に資さないような物の所持、⑥犯罪要素となる行為を開始するよう情を知らない第三者を唆すことという六つの類型に加えて、⑦犯罪目的で人を欺罔すること、⑧詐欺に関わる犯罪目的で虚偽の事実 (a deception) を準備することが挙げられている。なお、模範刑法典五・〇一条については、西村克彦「アメリカ模範刑法典における未完成犯罪」警察研究三三巻四号(一九六七)49頁以下参照。

(99) *Ibid.*

(100) *Id.*, at 416.

(101) 何れの批判についても、宗岡・前掲註(12)四〇三頁以下参照。また、ウィリアムズの初期の見解(G. Williams, *Criminal Law the General Part* (1st ed. 1953, London: Stevens))に「*レウキ*」単なる予備とされた行為は、*レウキ*処罰範囲を拡大するに反対して、*レウキ*から批判もあつた。R. E. Megarry, *Reviews and Notices*, 70 *Law Quarterly Review* 556 (1954), at 558-559.

(102) 例えば、スチュアートは、「予防は治療に優る」というゴードンの表現を引用し、予防が刑罰の機能であるとして、抑止(stop and deter)と改善(reform)の重要性を強調している。同様に、ペイリスも、「応報から改善(reformation)」へという刑罰論の動向を捉え、特別予防論・犯罪徴表説の立場から「実質的段階」テストの採用を主張している。但し、ペイリスは、客観的行為を犯罪意思の単なる証拠とのみ捉えるオースティンの見解は「極端である」として、留保を付している。Stuart, *supra* note (8), at 511-512, 524-525. Peiris, *supra* note (8), at 47-48. なお、藤岡・前掲註(15)一三四頁以下、宗岡・前掲註(12)三九四頁以下をも参照。

(103) A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (5th ed. 2006, Oxford: Oxford University Press), at 15-16. なお、その下は、「許容可能な道徳的内容(acceptable moral content)」を有していること、および「十分に民主主義的な政治過程の所産であること」の二点が適用可能な刑法の前提になるとされている。また、彼は、このような二元的な正当化根拠に基づき、抑止目的追及のための嚴罰化を否定している。

(104) Ashworth, *supra* note (11), at 725, 733-734.

(105) *Id.*, at 735. なお、その適用場面は異なるものの、本理論の具体的な展開については、中村秀次「緊急状態の法理と英米におけるジャストデザート理論」熊本法学八九号(一九九七)一八九頁以下、同「挑発と責任——英米における均衡

刑論と減軽事由——熊本法学九二号(一九九八)三九頁以下、同「犯罪行為の侵害性について——英米等における均衡刑論の検討——」熊本法学九五号(一九九九)二六一頁以下などの一連の論稿をも参照。

(9) *Ibid.* See also A. Ashworth, *Taking the Consequences*, in S. Shute, J. Gardner and J. Horder (eds.), *Action and Value in Criminal Law* (1993, Oxford: Oxford University Press), at 107.

(10) Ashworth, *supra* note (11), at 735-736, 748. マンフォースは「結果の偶然性 (outcome-luck)」の影響が排除され、「相応な刑罰」論における最も重要な要素である「公平性 (fairness)」が担保されるとする。彼によれば、侵害結果は刑事責任の基礎となる「道徳的判断」にとって重要ななく、それはむしろ刑事責任とは無関係の「日常生活における情緒的反應 (emotional reaction)」に影響を与えらるものであるとして、その両者の異質性が指摘されている。また、その理論における刑罰目的とは、象徴的に言えば、「自己抑制の義務を放棄し……自己の意思でルールを破った者に対するカウンターバランス」であると知られている。See also A. Ashworth, *Belief, Intent and Criminal Liability*, in J. Eeklaar and J. Bell (eds.), *Oxford Essays in Jurisprudence: Third Series* (1987, Oxford: Oxford University Press), at 1-31.

(10) なお、着手未遂については、「任意的な中止の可能性が奪われる」ということを一つの理由として、減軽処罰を認めよう。*Id.*, at 739-741. この点については、確かに一九八一年法四条一項は同等処罰の「可能性」を残しているが、未遂減軽を認めてきたイギリスの裁判所の基本的な態度と矛盾するとの指摘がある。例えば、被告人が傷害の意図で被害者に硫酸をかけたが、傷害結果が生じなかったという実行未遂の事案において、刑が減軽されている。*R. v. Carmichael*, [1930] 22 Cr. App. R. 142. また、未遂罪の分析視座として、判断の対象を内面的事実を求める「心情倫理 (mental ethics)」と、外部的結果を含む所為をも対象とする「行動倫理 (conduct ethics)」を提示した上で、マンフォースの見

解を前者の立場に依拠するものと位置づけつつ、着手未遂の減輕根拠を「選択」以外の要素に認めることに疑問を呈する論者がある。N. Jareborg, *Criminal Attempts and Moral Luck*, 27 *Israel L. Rev.* 213 (1993), at 223-224.

(9) Ashworth, *supra* note (11), at 750-751. See also Ashworth, *supra* note (103), at 16-17.

(10) Ashworth, *supra* note (11), at 750-751. より具体的には、前者は「中止の抗弁」を認めず、(Law Commission No. 102, *supra* note (11), para 2.131-2.133)「もしやむを得ない理由を量刑段階での裁判官の裁量に委ねる」イギリス刑法の問題点が指摘されている。

(11) *Id.*, at 752-753, 768. See also Ashworth, *supra* note (103), at 452. これによつて、市民への公正な警告が与えられ、行動の予測可能性が保障されることも、最大限の確実性と裁判所による一般原理の解釈・適用の余地の双方が担保されること。

(12) Jareborg, *supra* note (103), at 221-222. なお、マシュー・スミスは、「侵害結果」の機能を二次的なものとして、「全ての犯罪を未遂の形で規定すること」については、日常用語との関係、発生した事象を誤って示すことになること、実行未遂と着手未遂との区別をえなくなることなどを指摘し、これを否定している。

(13) 奥村・前掲註(11)四七頁参照。

(14) Duff, *supra* note (26).

(15) *Id.*, at 33-35.

(16) タフによれば、確かにこのような法が許容される局面も存在するが、それは例えば一九五三年犯罪予防法 (Prevention of Crime Act 1953) 一条における「攻撃的武器の所持」や、一九七一年毀棄罪法 (Criminal Damage Act 1971) 三条における「器物損壊意図での道具の所持」など、例外的な場合に限るとされている。*Id.*, at 36-37.

(117) *Id.*, at 41. そのでは、最終行為の措定の仕方次第で、窃盗 (theft) や強姦 (rape) の未遂罪がほとんど存在し得なくなる点、警察的介入の根拠を必ずしも排除しないが、明らかに抑止効 (deterrent efficacy) が減少する点などが指摘されている。もともと、後述するように、刑罰の第一次的な目的を「予防」に求めないタフの立場からすれば、後者は決定的な問題とならないようにも思われる。

(118) *Id.*, at 42-43.

(119) *Id.*, at 47-48. そのでは、犯罪予防と個人的自由とのより具体的な関係が問われることになる。

(120) 従って、未遂という言葉のもつ「一般的意味」を基準として予備と未遂の限界を画定することはできないとされている。
Id., at 61.

(121) タフは、主観主義者の理論的前提である三つの二分法 (①行為の構造が「主観面」と「客観面」のうち、「試みる」という前者のみに存在するという点、②結果は全て「偶然」であり、人の「支配」の及ばない事象であるという点、③「非難可能性 (culpability)」は結果の重大性に影響を受ける「情緒的反応」とは区別されるべきであるという点) の何れもが反駁可能であるとしている。タフの見解の当否も含め、この点については、別稿において改めて検討することにした。

(122) Duff, *supra* note (26), at 193-194.

(123) このような立場は「本質的な客観主義 (intrinsic objectivism)」と表現される。これに対して、刑事責任の対象が「主観的事実によって構成されること」を認めつつ、不当に獲得された自由や過去の犯罪歴などに基いて有罪となる危険性があるという「外在的根拠」からこれに客観的な制限を加えようとする立場は、「非本質的な客観主義 (extrinsic objectivism)」と表現されている。*Id.*, at 196-197. See also G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (2000, Oxford : Oxford University Press), at 170-174.

- (124) Duff, *supra* note (26), at 200-201. その点では、副次的に（非難以上の意味を含む限りにおける）応報（retribution）や法遵守の動機付与、行為者の改善といった側面をも有するといわれている。
- (125) Duff, *supra* note (26), at 350-354. See also R. A. Duff, *Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment*, 20 *Crime and Justice* 1 (1995), at 31-35.
- (126) Duff, *supra* note (26) at 201. タフは、自由主義・共同体主義の立場に基づく刑法規範の性格論や刑罰論をその後の文献におおむね具体的に展開している。R. A. Duff, *Punishment, Communication, and Community* (2001, Oxford: Oxford University Press). この点については本稿で詳しく立ち入ることはできないが、タフの基本的立場に関しては、宿谷見弘「英米における自由主義的刑罰論への批判の本意と『批判後』の刑罰論に関する一考察——タフ (Duff) の政治理論・刑罰論の検討——」比較法学三九巻一号（二〇〇五）六七頁以下、高橋直哉「刑法理論と政治哲学——自由主義刑罰論の再検討——」刑法雑誌四四巻二号（二〇〇六）四五頁以下などにおいて既に検討が加えられている。
- (127) *Id.*, at 193-194, 348. 未遂犯を「このように理解する」ことにより、単なる危険犯（endangerment offence）との差異が強調されている。
- (128) 市民は、法による説得・働きかけを理解し、これに応答し得る人物として取り扱われなければならないとされる。これは、タフの死刑廃止論の根拠にも端的に表現されていると思われる。彼の死刑廃止の論理については、宿谷・前掲註（126）一〇一頁参照。
- (129) Duff, *supra* note (26) at 388. タフによれば、「単なる予備を犯罪化するような広範な未遂法に対する批判とは、全ての事柄を考慮してみると自由が減少するというのではなく、……そのような法が犯罪化される者の自由・自律を尊重しないことによって彼らを不適切に侵害することにある」となっている。

(130) この点については、先に示したように、刑事責任の判断が道徳的内容を有するとしても、それは偶然の結果に左右される我々の「情緒的反応」とは異なるとの主観主義者の批判がある。Ashworth, *supra* note (11), at 748. これに対して、ダフは、(結果が重大であるという形で示される) 不合理な反応でなく、むしろ「社会生活における自然な反応」であるとしている。

(131) *Id.*, at 389-390. もともと、ダフが正当防衛の前提状況と未遂の成立問題を完全に一致させるべきことを主張しているか否かについては、必ずしも明らかでない。なお、正当防衛論とのアナロジー、とりわけ一般予防論者による刑罰の正当化の試みとそれに対するダフの批判については、次の文献を参照。Duff, *supra* note (125), at 12-16.

(132) Duff, *supra* note (26) at 389-390.

(133) *Id.*, at 393-395. イギリス刑事司法の重要な特徴の一つである陪審制度との関係から、一九八一年法四三項が未遂罪の成否を「陪審員が判断すべき事実問題」としている点について、ダフは、「共同体の法」という視点から、次のように論じている。すなわち、何ら裁判所の指針を参考とせず、全ての判断を「陪審員に委ねる」ことで問題解決を図るという方法が許されるのは、①制定法の文言それ自身が一定程度に明確な一般的意味を有しており、法がそれを保護している場合(例えば「意図(intention)」など)、および②「共同体の代表者としての陪審員が決定すべき規範的判断(normative judgment)」がその適用に伴われる場合(例えば、セフトにおける「不誠実(dishonesty)」など)の何れかである。そして、「予備と未遂の区別」という客観的要件の問題は、日常用語にない特別な概念であり、また陪審員に規範的判断を求めるに足りる程度の「未遂犯の処罰根拠」という法原理・法政策に関する「共同体の真のコンセンサス」も存在しないため、そのような一見単純かつ明快な解決方法も十分なものではない。*Id.*, at 61-62. 一方、ウィリアムズは、これを「法律問題」と位置づけ *legal problem* とする。Williams, *supra* note (58), at 422.

(134) Duff, *supra* note (26), at 392.

(135) なお、タフの着想を手掛かりとして、「自由主義」が刑法理論に与え得る積極的な意味を示すものとして、高橋・前掲註(126)五〇頁以下参照。さらに、共同体主義の概念については、高橋直哉「共同体主義と刑罰論」法律時報七八巻三号(二〇〇六)三二頁以下参照。

(136) 厳密にはイギリスの論者ではないが、タフの分析枠組みを受けつつ、未遂犯論の検討を試みるものと見て、Stephen Mathis, *Criminal Attempts and the Subjectivism / Objectivism Debate*, 17 Ratio Juris 328 (2004) .

(137) なお、タフ自身は、理論の存在意義は「実務の現状の追認」ではなく、その評価のための批判的基準を提供する点にあると述べている。この点については、宿谷・前掲註(126)一〇三頁以下参照。さらに、刑法理論の意義については、「基礎理論 (grand theory)」との関係から簡潔に論じたものと見て、R. A. Duff, *Theorizing Criminal Law : a 25th Anniversary Essay*, 25 O. J. L. S. 353 (2005) .

(138) Law Commission No. 102, *supra* note (11), para 2.45.

(139) 未遂罪の諸問題について政策的観点のなる「法理学的な真空状態」の中で解答するとはできないこととされている。Clarkson and Keating, *supra* note (55), at 481. なお、その一方で、最近二五〇年の間、刑法における論争の背景は「刑罰観念 (punishment ideologies)」に関するものであり、「犯罪観念 (crime ideologies)」が明確に認識されなかつたことから、多くの刑法理論が恣意的なものであるという意識が浸透したとの指摘もある。Jareborg, *supra* note (108), at 214.

(140) もっとも、未遂法の存在意義を「犯罪の時宜的予防」として「社会防衛 (social protection)」と捉える見解もなお有力である。Simester and Sullivan, *supra* note (25), at 297. 但し、そこで彼らが、近時のゲッツ事件における無罪判

決を例に挙げ、社会防衛を効果的に達成するための「方法」として、「未遂法の緩やかな適用」や「犯罪道具の調達という包括的な犯罪類型の創設」でなく、むしろ「不法侵入罪の要件の修正」を提案している点は注目される。

(141) Duff, *supra* note (125) .

(142) 大沼・前掲註(一) 一一一頁参照。

(143) 「刑法規範の性格論」や「犯罪論と刑罰論の関係」を検討した近時の文献として、松宮孝明「今日の日本刑法学とその課題」立命館法学三〇四号(二〇〇五)二九五頁以下、高橋・前掲註(126)四五頁以下、川口浩一「敵に対する刑法と刑罰論」法律時報七八巻三号(二〇〇六)一二頁以下、松宮孝明〓松原芳博〓高山佳奈子〓岡上雅美「特集 犯罪論と刑罰論」刑法雑誌四六巻二号(二〇〇七)四六頁以下など参照。

四 結 語

本稿では、未遂罪の客観的要件について、イギリスにおける理論状況を概観してきた。判例においては、不明確であるとの批判を常に受けつつ、近接性概念を中心として、あるいは「犯罪それ自体の開始」という基準の下で、主観的要件とは別個・独立した形で客観的要件の存否が判断されており、未遂罪の処罰範囲の限定が試みられていた。これに対し、学説においては、処罰範囲の拡大を意図する主観説が有力な状況にあり、判例の不明確さを批判し、あるいはこれを補うため、例示列挙の導入を提案するとともに、刑罰論の観点から解決の方向性が探求されており、その刑罰論自体にも新たな変化が見られた。そして、これらの検討から、「個人的自由と共同体の安全の均

「衡」という観点で語られる内容につき、自由主義的立場を基礎として、客観説の判断方法を具体的に根拠づけるといふ一つの議論の方向性が認識された。⁶⁴⁾

もつとも、本稿は、我が国における客観説の判断基準の重要な意義を否定するものではない。そうではなく、違法性論の対立の背景と結びつき得る刑罰論の観点から未遂犯論へとアプローチする可能性を探ることによって、未遂犯に関する諸問題の解決指針を提示するための実質的な視点・根拠を探求するという将来的課題への手掛かりを得ようとするものである。⁶⁵⁾ 犯罪論に関する豊かな議論の蓄積を有する我が国の理論とイギリスにおける実質的な未遂犯論とを有機的に結合することができれば、我が国の議論にさらなる内容を付与することが可能になるとと思われる。その点において、イギリスの動向については、今後もお注目しておく必要がある。⁶⁶⁾

しかしながら、本稿では、イギリスにおける未遂犯論の一部を検討したに止まる。ここでは、未遂犯の個々の解釈問題と処罰根拠論が理論的に切り離し得ない関係にあり、客観的要件の問題を考えるに当たっても、未遂犯の処罰根拠という根本問題に降下していかざるを得ないことが改めて自覚されたのである。そして、刑罰論と犯罪論の具体的な相互関係を視野に入れ、未遂犯の処罰根拠を実質的観点から構成し、それを個々の解釈論に具体的に展開していくためには、刑罰論や刑法規範の性格論、あるいはその理論的前提となっている政治哲学それ自体を検討する必要があると同時に、⁶⁷⁾ 我が国における客観主義刑法学の意義をも正確に捕捉した上で、処罰根拠と成立要件の結びつきについて慎重な考察を加えるという作業が不可欠である。当然ながら、本稿にはそのような準備はない。これらは今後に残された大きな課題である。

また、イギリスでは、主観的要件の問題に関しても、本稿の課題と同等又はそれ以上に重要視され、議論が積み重ねられていることが認められる。未遂犯の処罰根拠やその存在意義を検証するためには、これらの点も含め、同

国における未遂罪の全体像を正確に理解しておく必要がある。本稿に残された課題は多い。以上の諸点を今後の重要な研究課題としつつ、ひとまず本稿を閉じることにはしたい。

(144) この点は、我が国の刑法学が「刑法理論を展開する前提を自由主義に置いている」ことから導かれ得るであろう。高橋・前掲註(126)四五頁参照。

(145) 従って、本稿では、私見の方向性を示すに止まる。現在のところ、客観的要件としては、「未遂行為」と「未遂結果」の両者が必要であり、これを判断する際には、行為者の故意および犯罪計画の両者を考慮するという考え方を支持している。これは、そのような主観的事情の存在が客観的要件の「内容」を基礎づけるのでなく、行為者が目指した最終的な結果を前提とした上で、当該行為が犯罪計画の中どこに位置づけられるのかを正しく記述し、これを評価するために必要な資料として理解される。そして、このような立場をより積極的に説明するためには、未遂行為・未遂結果と刑罰論との関係、結果の意義などについて検討を加えなければならないと考えている。この点に関しては、ダフの議論を手掛かりとして、今後取り組むべき課題としたい。

(146) イギリスでは、ダフの問題提起を一つの契機として、犯罪の本質論や刑法規範の構造についても、議論が深まりつつある。本稿の対象とすることはできないが、伝統的に議論されてきた刑罰論との関係において、そのような問題がどのように取り扱われるのかなど、注目に値する点は少なくないと思われる。

(147) 自由主義的刑罰論に対する批判的検討として、宿谷・前掲註(126)八一頁以下参照。さらに、宿谷晃弘「刑罰・コミュニティ・フェミニズム——Nicola Laceyの政治理論・刑罰論の検討——」比較法学三九巻三号(二〇〇六)一一七頁以下をも参照。

説

論

本稿の一部（熊本法学一〇八号（二〇〇五）六六頁）に誤記がありました。このお詫をこし訂正いたしました。

註 (2) R. A. Duff, *Criminal Attempts* (1996, Oxford : Oxford University Press), at 38.

註 (2) R. A. Duff, *Criminal Attempts* (1996, Oxford ; New York : Clarendon Press), at 38.