

論  
説

イギリス刑法における未遂罪の客観的要件について（二）

澁谷洋平

目次

一 序

二 判例の動向

（一） コモン・ロー時代の動向

（二） 一九八一年刑事未遂法制定以後の動向

（三） 小括（以上本号）

三 学説の状況

四 結語

## 一 序

我が国の現行刑法四三条は、「実行に着手してこれを遂げなかった」場合を未遂罪として規定している。この「実行の着手」という概念は、原則として不可罰である予備行為との分水嶺として機能するという意味で、きわめて重要な意義を有する。この「実行の着手」の判断基準に関しては、客観主義が支配的見解となった現在もお、未遂犯の処罰根拠を「結果発生<sup>1</sup>の危険性<sup>2</sup>」として理解する客観説内部で見解が分かれている。

客観説は、まず、「結果発生<sup>1</sup>の危険性<sup>2</sup>」を構成要件該当行為の開始という形式的基準によって判断する形式的客観説と、それをより実質的に捉える実質的客観説に分かれる。次に、後者の見解においては、「行為の属性としての危険性<sup>3</sup>」という観点から構成要件実現の現実的危険性を基準とする立場と、「結果としての危険<sup>3</sup>」という観点から結果発生<sup>1</sup>の具体的なし切迫した危険を基準とする立場が基本的に対立しており、各説の問題点を意識し、新たな構成を試みる立場もある。また、客観説に立ちつつ、行為者の犯罪計画に照らして法益侵害の危険性を判断する折衷説も主張されている。このような諸説の対立は、「結果発生<sup>1</sup>の危険性<sup>2</sup>」に関する基本的な理解、危険性判断において主観面を考慮することの是非およびその程度などに関する考え方の相違に基づくものであり、容易に解決し得ない問題状況を提起しているのである。<sup>4</sup>

一方、未遂罪の客観的要件に関する問題状況は、法体系の異なる英米刑法においても基本的に同様である。<sup>5</sup> 例えば、英米法の始祖と言われるイギリス（イングリランドおよびウェールズ）においては、一九八一年刑事未遂法

(Criminal Attempts Act 1981——以下「一九八一年法」と略称する)の制定により、「コモン・ロー上の犯罪であった未遂罪が成文法上の犯罪となっている<sup>9)</sup>。一九八一年法一条一項は、「犯罪遂行の意図 (intent to commit an offence)」と「犯罪遂行の単なる予備を越える行為 (an act which is more than merely preparatory to the commission of the offence)」を規定しており、前者が未遂罪の主観的要件、後者が客観的要件となる。一九八一年法の未遂罪規定は、同法一条四項に規定される若干の例外を除き、イギリスにおいて正式起訴が可能な全ての犯罪に適用されるため、同法の解釈問題は可罰性の限界を画する上で重要な意味を有する。また、アメリカ合衆国においても、模範刑法典 (Model Penal Code) 五・〇一条一項により、未遂罪の客観的要件として、犯罪遂行の「実質的段階 (substantial step)」という概念が規定されており、複数の州がその指針に従っている<sup>10)</sup>。こうして、英米法系諸国においても、客観的要件の解釈および判断基準に関して、様々な見解が主張されることになる<sup>11)</sup>。

また、英米刑法においては、犯罪予防思想に基づいて未遂罪の処罰根拠を「行為者の危険性」に求める見解が支配的地位を占めてきたが<sup>12)</sup>、近時、応報的観点をも考慮しつつ客観的未遂論の展開を試みる論者も見られる<sup>13)</sup>。このような状況の下、英米刑法における不能未遂論に関しては、我が国でも多数の詳細な研究が行われてきた<sup>14)</sup>。しかし、その一方で、一九八一年法制定以後の動向を中心とした「未遂罪の成立時期」に関わる客観的要件の問題については、未だ十分な分析がなされているとは言えない状況にある<sup>15)</sup>。確かに、法体系や法制度、法理論に対する考え方や、我が国と英米法系諸国との間には容易に看過し得ない差異が存在する。しかしながら、英米法系諸国が「予備と未遂との境界の画定」という困難な問題に直面していることは紛れもない事実であり<sup>16)</sup>、この共通の問題に関して、英米刑法という従来とはやや異なる視点から検討を加えることは、決して無益でないように思われる<sup>17)</sup>。

そこで、本稿では、「未遂犯の処罰根拠」という根本的かつ重要な課題に着手するための予備的研究として、ま

ず、イギリスにおける判例の動向を概観し、次に、近時の学説を分析することにより、同国における未遂罪の客観的要件をめぐる問題状況を素描するとともに、その議論の展開や現状について検討を加えることにしたい。

- (1) この点については、例えば、大沼邦弘「未遂犯の実質的処罰根拠——不能犯論の予備的作業——」上智法学論集一八巻一号(一九七四)六三頁以下、野村稔「未遂犯の処罰根拠——実質的客観説(折衷説)の立場から——」現代刑事法二巻九号(二〇〇〇)二九頁以下、浅田和茂「未遂犯の処罰根拠——実質的・形式的客観説の立場から——」同誌三六頁以下など参照。

- (2) 小野清一郎『新訂刑法講義 総論』(増補版・一九五〇・有斐閣)一八二頁、団藤重光『刑法綱要総論』(第三版・一九九〇・創文社)三五五頁参照。また、形式的客観説の基本的な枠組を維持しつつ、行為経過の自動性や時間的近接性などの要件により修正を加える見解として、塩見淳「実行の着手について(三)・完」法学論叢二二二巻六号(一九八七)一七頁以下、井田良『刑法総論の理論構造』(二〇〇五・成文堂)二五一頁以下参照。

- (3) 例えば、佐久間修『刑法講義(総論)』(一九九七・成文堂)三二二頁、大谷實『新版刑法講義総論』(追補版・二〇〇四・成文堂)三八八頁、福田平『全訂刑法総論』(第四版・二〇〇四・有斐閣)二二六頁、大塚仁『刑法概説(総論)』(第三版増補版・二〇〇五・有斐閣)一三五頁など参照。

- (4) 例えば、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(一九七五・有斐閣)三二三頁、中山研一『刑法総論』(一九八二・成文堂)四一一頁、同『概説刑法Ⅰ』(第二版・二〇〇〇・成文堂)二二六頁以下、前田雅英『刑法総論講義』(第三版・一九九八・東京大学出版会)一四六頁、林幹人『刑法総論』(二〇〇〇・東京大学出版会)三六二頁、大越義久『刑法総論』(第三版・二〇〇一・有斐閣)一五七頁、内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ』(二〇〇二・有斐閣)二二四頁以下、松宮孝明『刑法総論講

義』（第三版・二〇〇四・成文堂）二一九頁以下、山口厚『刑法総論』（補訂版・二〇〇五・有斐閣）二二三頁など参照。

（５）その理論構成は論者によって異なるが、名和鐵郎「未遂犯の論理構造——実害犯の未遂を中心として——」福田平二大塚仁博士古稀祝賀『刑事法学の総合的検討（下）』（一九九三・有斐閣）四〇七頁、齋野彦弥「危険概念の認識論的構造——実行の着手時期の問題を契機として——」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』（一九九四・有斐閣）五五頁、山中敬一『刑法総論Ⅱ』（一九九九・成文堂）六八一頁以下、曾根威彦『刑法の重要問題（総論）』（第二版・二〇〇五・成文堂）二五七頁以下、浅田和茂『刑法総論』（二〇〇五・成文堂）三七一頁以下など参照。さらに、存在論の立場から「実在的危险」を中心とした構成を試みる見解として、梅崎進哉・宗岡嗣郎『刑法学原論』（一九九八・成文堂）三〇八頁以下をも参照。

（６）西原春夫『刑法総論』（一九七七・成文堂）二七九頁、野村稔『刑法総論』（補訂版・一九九八・成文堂）三三〇頁以下など参照。さらに、川端博『刑法総論講義』（一九九五・成文堂）四五二頁参照。

（７）我が国の状況については、例えば、団藤重光編『注釈刑法(2)のⅡ』（一九七三・有斐閣）四四五頁以下（香川達夫）、野村稔「実行の着手——折衷説の検討を中心として——」中山研一・西原春夫・藤木英雄・宮澤浩一編『現代刑法講座 第三卷』（一九七九・成文堂）一一三頁以下、同『未遂犯の研究』（一九八四・成文堂）二八五頁以下、大越義久「実行の着手」芝原邦爾・堀内捷三・町野朔・西田典之編『刑法理論の現代的展開 総論Ⅱ』（一九九〇・日本評論社）一四〇頁、奥村正雄「未遂犯における危険概念」刑法雑誌三三三巻二号（一九九三）八〇頁以下、植松正・川端博・曾根威彦・日高義博『現代刑法論争Ⅰ』（第二版・一九九七・勁草書房）二六五頁以下、大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀編『大コンメンタール刑法 第四卷』（第二版・一九九九・青林書院）六四頁以下（野村稔）、中山研一・浅田和茂・松宮孝明『レヴィジョン刑法２ 未遂犯論・罪数論』（二〇〇二・成文堂）三九頁以下など参照。

(8) D. Stuart, *The Actus Reus in Attempts*, [1970] *Crim. L. Rev.* 505 ; G. L. Peiris, *Liability for Inchoate Crime in Commonwealth Law*, 4 *Legal Studies* 30 (1984) .

(9) 従来、重罪 (felony) および軽罪 (misdemeanor) の未遂は、全プロモン・ロー上の軽罪として扱われていた。なお、一九八一年法の制定過程や内容については、奥村正雄『イギリス刑事法の動向』(一九九六・成文堂) 一〇七頁以下参照。See also I. Dennis, *The Criminal Attempts Act 1981*, [1982] *Crim. L. Rev.* 5.

(10) 立法例として、ニューヨーク州刑法 (New York Penal Law) 一〇・〇〇条をはじめとして、デラウェア州法 (Delaware Code) 五三・一条とミズーリ州法 (Revised Statutes of Missouri) 五六四・〇一一条などが挙げられる。

(11) 但し、一九八一年法と模範刑法典の基本理念には重要な差異が存在する。後者は「犯罪者の無害化 (neutralize)」を中心とした特別予防を基盤としているが、前者は、「個人的自由と共同体の利益との均衡」を常に念頭に置くものである。

実際に、一九八一年法では「実質的段階」概念の導入が明確に否定されている。See Law Commission Working Paper No. 50, *Inchoate Offences : Conspiracy, Attempt and Incitement* (1973, HMSO), para 65-67 ; Law Commission No. 102, *Attempt, and Impossibility in Relation to Attempt, Conspiracy and Incitement* (1980, HMSO), para 2.7, 2.30-2.37 ; A. Ashworth, *Criminal Attempts and the Role of Resulting Harm under the Code, and in the Common Law*, 19 *Rutgers L. J.* 725 (1988), at 729-733. なお、アシュワース論文については、門田成人「アメリカにおける模範刑法典二五周年シンポジウムに関する文献紹介」⑤「島大法學三四巻一号(一九九〇)一二七頁以下、奥村正雄「アシンドリユー・アシュワース『模範刑法典およびロモン・ローにおける未遂犯と侵害発生役割』」徳島文理大学研究紀要四一号(一九九二)四七頁以下参照。

(12) Stuart, *supra* note (8), at 511. イギリスにおける伝統的見解については、宗岡嗣郎『客観的未遂論の基本構造』(一

九九〇・成文堂）三九四頁以下、奥村・前掲註（9）一四〇頁以下参照。

（13）なお、不十分ながら、近時の理論状況については、拙稿「英米刑法における不能未遂の可罰性判断——客観説の分析を中心として——」（二）（二・完）広島法学二七巻三号（二〇〇四）六三頁以下、二七巻四号（二〇〇四）一六一頁以下参照。

（14）中武靖夫「英米刑法における未遂理論（二）」阪大法学八号（一九五三）六九頁以下、高窪貞人「英米法における不能犯」法学新報七四巻一号（一九六七）四九頁以下、塚本重頼『アメリカ刑事法研究』（一九七八・中央大学出版部）二三九頁以下、渡辺眞男「イギリス刑法における不能犯論」慶應義塾大学大学院法研論集二二号（一九八五）一三七頁以下、宗岡・前掲註（12）三七九頁以下、奥村・前掲註（9）一〇七頁以下など参照。

（15）中武靖夫「英米刑法における未遂理論（二）」阪大法学七号（一九五三）七八頁以下、吉田常次郎「実行着手に関する比較法的研究」日本法学二五巻一号（一九五九）一〇頁以下、藤岡一郎「イギリスの未遂犯についての一考察」同志社法学一四〇号（一九七六）一一九頁以下、奥村・前掲註（9）一六一頁以下など参照。

（16）Peiris, *supra* note (8), at 42; Ashworth, *supra* note (11), at 750-753.

（17）特に、「個人的自由と共同体の利益との均衡」という観点に基づいて議論されるイギリスの状況は、我が国と共通する部分が多いように思われる。

## 二 判例の動向

### (一) コモン・ロー時代の動向

#### 1 スコフィールド事件<sup>19)</sup>

本判例は、一般的に、英米刑法における近代的未遂概念の原点として位置づけられている。<sup>20)</sup> 本件では、被告人が放火の意図をもって室内において火薬と木くずとの間に点火された蠟燭を置いた行為に関して、放火未遂罪 (attempted arson) の成否が問題となった。

この点につき、マンスフィールド卿 (Lord Mansfield) は、「罪とならぬ行為 (innocent act) であっても、それが不法かつ悪意のある意図で行われた場合、……その行為は犯罪であり、可罰的である」として、放火未遂罪の成立を認めた。

このようなマンスフィールド卿の見解は、未遂罪の本質的要素が行為者の犯罪意図に存することを明らかにしたものである。しかし、未遂罪も通常の犯罪と同様にコモン・ロー上の犯罪である以上、その成立にはアクトス・レウス (actus reus) とメンズ・レア (mens rea) という二つの要件が必要であると理解されていた。<sup>21)</sup> それゆえ、彼の見解においても、客観的な行為の存在が要求されている。但し、ここで問題となるのは、客観的要件の意義および具体的な内容である。この点につき、本判決では、放火意思の存在により、点火された蠟燭を置く行為の可罰



性が基礎づけられている。この見解によれば、客観的要件としては何らかの「明白な行為（overt act）」で十分であり、むしろ行為者の犯罪意図こそが未遂罪の成否にとって決定的に重要なものとなる。客観的行為に犯罪意図の徴表機能のみを認めるこのような立場は、「第一行為（first act）」テストと呼ばれ、伝統的な犯罪予防思想と結びつくことにより、未遂犯の処罰をきわめて広く認め得る点において、その後の主観主義的見解の基盤を形成することになった。<sup>22)</sup>

## 2 イーグルトン事件<sup>23)</sup>

本件において、被告人は、契約に基づき、貧困者（out-door poor）にパンを配給する職務を行っていた。その契約とは、救済官から貧困者に対して配布された券と引き換えに一定の食料を配給し、数ヵ月後に、配給された食料に相当する金額が支払われるという内容であった。しかし、被告人は、不法に金銭を受領する目的をもって、契約内容よりも少ない食料しか配給していかないにもかかわらず、正規の分量の食糧を配給したように装い、回収した券を救済官に返送した。この行為により、救済官の帳簿に正規の請求額が記入され、被告人は不法な代金を受領し得る地位を得た。そこで、詐欺未遂罪（attempt to obtain money by false pretence）の成否が問題となった。<sup>24)</sup>そして、第一審では有罪判決が出されたが、「証拠上、詐欺未遂罪は成立しない」という被告人側から提起された法律問題につき、市裁判官（learned recorder）が判断を留保したため、刑事留保問題付託裁判所（Court for Consideration of Crown Cases Reserved）で審理されることになった。<sup>25)</sup>

この点に関する法廷意見の中で、パーク判事（Parke B.）は、「軽罪を犯す単なる意図は犯罪とならず、何らかの行為が必要である」としつつ、「犯罪の遂行にとって遠隔的な行為でなく、犯罪の遂行と直接的に結びつく行為

が未遂として理解されるべきである」とした。そして、「仮に本件において……支払いを受けるために、被告人の側にさらなる行為 (any further step) が必要であったならば、……その行為は金銭の獲得に十分近接 (sufficiently proximate) したものは考えられなかったであろう。しかし、……本件では彼の側に必要な行為はそれ以上存在しなかった。被告人の行為は、金銭の支払いに向けられた、彼が実行すべき最後の行為 (last act) であり、それゆえ未遂と考えるべきである」として、詐欺未遂罪の成立を認めた。

本判決においては、未遂罪の客観的要件として、犯罪遂行との直接的な結びつきが要求されている。そこでは、既遂罪への「近接性 (proximity)」という実質的な概念が基準となっている。この見解は、「客観的行為」を必要とする点でそれ以前の「第一行為」テストと同様に見えるが、その内容の捉え方からすれば、両者は相当異質のものである。特に、本判決の立場には、「近接性」概念を中心として既遂罪の方向から未遂罪の成立範囲を限定的に確定しようとする意図が看取され、注目に値するものと思われる。

なお、未遂罪の成否を具体的に論じた後半部分の判示内容に関しては理解が分かれている。この点につき、「最後の行為であり、それゆえ未遂」であるとの表現に着目し、本判決は、未遂罪の客観的要件として行為者側の全ての行為の実行を必要とする「最終行為」テストに依拠したものと理解する論者もある。<sup>26</sup> このような理解によれば、本判決は、「第一行為」テストの対極に位置づけられることになる。<sup>28</sup>

こうして、一九世紀中頃までには、未遂罪の客観的要件に関して、「第一行為」テストと「最終行為」テストという両極的な基準の存在が認識されるようになった。しかしながら、これらの基準は何れも形式的であり、処罰範囲の妥当性や合理性を欠くという問題点を有していた。<sup>27</sup> それゆえ、それ以降の諸判例においては、イーグルトン事件判決における「近接性」という実質的な概念を基軸として、個別事例の解決が図られることになった。

3 リネカー事件<sup>(28)</sup>

本件において、被告人は、自己の昇進に関する面談中に上着のポケットから拳銃を取り出そうとしたが、それに気づいて飛び掛ってきた被害者と揉み合いとなった。被告人は、拳銃を引き抜いて腕を振りほどこうとしたが、数分間にわたる格闘の末に取り押さえられた。そこで、一八六一年人身犯罪法 (Offences Against the Person Act 1861) 一八条<sup>(29)</sup>の未遂の成否が問題となった。そして、第一審において未遂罪の成立が認められたが、イーグルトン事件と同様、事件の付託がなされた。

この点につき、刑事留保問題付託裁判所のアルバーストーン主席判事 (Lord Alverstone C. J.) は、「拳銃発砲の単なる意図や予備行為では十分でない」という前提に立ちつつ、原審の有罪判決を支持した。そして、本件事実は、「妨害されなければ犯罪の事實的遂行を構成する (constitute) であろうような諸行為の一部を形成する行為」を要件とするステイーブン (J. F. Stephen) の未遂概念<sup>(30)</sup>にも合致するものと論じた。また、ケネディ判事 (Kennedy J.) も、未遂罪の客観的要件は「既遂罪の遂行に終わる (end in) であろうような諸行為の一部を形成する明白な行為 (overt act) によって証拠づけられる必要がある」として、同様の結論を示した<sup>(31)</sup>。

本判決では、判断基準としてステイーブンの定義が適用されている<sup>(32)</sup>。彼の定義は、犯罪の遂行を「構成」しない「単なる予備行為」は不可罰であるという正当な認識に基づき、形式的な基準の具体化を図ろうとするものである。そこには、従来の立場から離れ、より実質的な基準を志向するという基本姿勢が反映されているが、このような定義に対しては、未遂罪の一般的な成立時期を明確に画定し得ないという厳しい批判も向けられている<sup>(33)</sup>。その点で、本判決も不明確な部分を残すものであった。

4 ロビンソン事件<sup>34)</sup>

本件において、被告人は、保険金を騙取する目的をもって、予め保険を掛けた財産が強盗の被害に遭ったかのように装い、巡回中の警察官に助けを求めた。しかし、被告人が保険会社に連絡する前に、警察の捜査によって詐欺的な事実が発覚したため、当初の目的を遂げなかった。そこで、詐欺未遂罪 (attempt to obtain money by false pretence) の成否が問題となり、第一審において同罪の成立が認められたため、「金銭取得のために必要な被告人側の全ての行為がなされたこと」が客観的要件であるとして、被告人が上訴した。

この点につき、刑事控訴院 (Court of Criminal Appeal) のリーディング主席判事 (Lord Reading C.J.) は、「唯一の問題は……警察官に妨害されなかったならば詐欺未遂罪が遂行されていたか否かである」とした。そして、「近接性」概念に言及したイーグルトン事件判決に依拠した上で、本件において保険会社や代理人への連絡がなされなかった点を重視し、「未遂罪の成立には単なる予備を越える行為が必要であり、……当該行為は犯罪遂行の一段階 (a step in the commission) でなく予備 (preparation) である」として、原判決を破棄した。<sup>35)</sup>

本判決は、「最終行為」テストを採用したものとして理解されている。<sup>36)</sup> 前述のように、この基準には、いくつかの問題点が存する。しかし、本判決においては、保険金詐欺という犯罪意図が明確であったにもかかわらず、未遂罪の処罰範囲を広く認めることに對する懸念から、相手方への連絡という点を重視することにより、客観的見地から未遂罪の成立が否定されており、試みられた「既遂罪の本質」という側面から未遂罪の成立範囲の限定を図るというイーグルトン事件判決の論理を徹底したものと評価することが可能であり、未遂罪の本質を行為者の犯罪意思に求め、その処罰範囲を広く認めていた従来の判例と比べても、きわめて重要な意義を有するものと考えられる。

5 デイヴィ対リー事件<sup>57)</sup>

本件において、被告人らは、建造物侵入・窃盗の目的をもって、針金切りなどの道具を携行し、電気局の敷地内にある店舗への侵入を試み、外部フェンスを破壊したが、巡回中の警察官が来たため逃走し、フェンス内への侵入を遂げなかった。なお、当該店舗はそれぞれ素材の異なる四枚のフェンスで外部と遮断されていたが、被告人らはそれらを全て切断していた。そこで、被告人らは、店舗内の銅に対する窃盗未遂罪 (attempted larceny) で訴追された。そして、第一審において有罪判決が出されたため、「客体である銅に触れていない以上、既遂罪と結びつく行為を実行しておらず窃盗未遂罪は成立しない」として、被告人らが上訴した。

この点につき、高等法院女王座部合議法廷 (High Court Queen's Bench Divisional Court) のパーカー主席判事 (Lord Parker C. J.) は、ステーパーンの定義を一般論としては正当であるとしながらも、「一連の諸行為の開始時期」を具体的に判断するためには、次のようなアーチボルド (J. F. Archbold) の見解<sup>58)</sup>に依拠することが有益であるとした。すなわち、未遂罪の客観的要件として、「特定の犯罪に向けられた一段階 (a step) であり、その遂行に直接結びつくような行為が実行されたこと」、および「そのような行為の実行が当該犯罪の遂行以外の目的を有するものとは合理的に理解し得ないこと」の二点を必要とする見解である。そして、パーカー主席判事は、このような見地から、被告人がフェンスを破壊した時点において、敷地内の金属を窃取する意図が明白であるとして、窃盗未遂罪の成立を認めた原判決を支持した。

本判決において基準とされたアーチボルドの見解は、「既遂罪との直接的な結びつき」を要求するものであり、表面的にはパーク判事の見解と同様のものであるようにも見える。しかし、ここで注意しなければならないのは、

その実質的な判断基準である。前者の見解によれば、「犯罪遂行以外の目的を有しているとは合理的に考えられない」場合に、未遂罪の客観的要件が充足される。従って、第一の要件として「近接性」が必要とされているものの、実際には、侵入行為と窃盗行為との関係や結果実現への過程といった要素よりも「犯罪意図の顕現」という観点が重視され、結果として客観的行為には徴表機能以上の積極的な意義が認められないことになり得る。<sup>39)</sup>この点で、本判決は、イーグルトン事件判決やロビンソン事件判決とは明らかに出発点を異にするものであり、むしろそれ以前の主観主義的な立場への回帰が窺われるのである。<sup>40)</sup>

## 6 公訴官対ストーンハウス事件<sup>41)</sup>

本件において、被告人は、情を知らない妻に保険金を取得させる目的で五社と生命保険契約を結び、マイアミへの海外出張の際に溺死を装った上、偽造パスポートでオーストラリアに渡って五週間位の間潜伏していたが、情を知らない妻が保険会社に連絡する前に生存の事実が発覚したため、当初の目的を遂げなかった。そこで、詐欺未遂罪<sup>38)</sup> (attempting to obtain money by deception) の成否が問題となった。そして、第一審において詐欺未遂罪の成立が認められ、控訴院への上訴も棄却されたため、被告人は貴族院 (House of Lords) へ上訴した。<sup>39)</sup>

この点につき、ディプロック卿 (Lord Diplock) は、「未遂罪の構成要素 (constituent element) は、既遂罪に十分近接する物理的行為および既遂罪を遂行する意図である」という一般的な成立要件を示した上で、イーグルトン事件判決に依拠しつつ、その基準を換言すれば、「ルビコンを渡り自己のボートを燃やした」と (the offender must have crossed the Rubicon and burnt his boat) が必要になるとした。<sup>42)</sup>そして、被告人は妻に保険金を獲得させるために「自己の支配可能な全ての物理的行為を行っている」として、詐欺未遂罪の成立を認め

た。また、デイルホーン子爵 (Viscount Dilhorne) も、ディプロック卿と同様の根拠から、被告人の行為は「犯罪の実行 (execution)」に当たるとして、やや簡潔に未遂罪の成立を肯定した。他方、デイヴィス卿 (Lord Edmund-Davies) は、まず、ロビンソン事件判決に代表される「最終行為」テストが被告人に対して過度に寛大な基準であること、およびステイブンの定義には処罰時期を確定し得ないという問題点が内在していることなどを改めて指摘し、真の構成要素 (true ingredient) である「近接性」を実質的に判断すべきであるとした。そして、未遂罪の成否を判断する際には「試みられた既遂罪の本質を常に念頭に置かなければならない」として、被告人本人が保険金を請求すべき人物であったロビンソン事件とそれが情を知らない妻であった本件との事実的な差異を示した上で、未遂罪の成立を認めた。これに対して、サーモン卿 (Lord Salmon) は、基本的な指針としてイーグルトン事件判決に言及しながらも、未遂罪の成立には「妨害がなければ既遂罪の事実的遂行を構成するであろうような明白な行為 (overt act) ないし一連の諸行為」が必要であるとして、ステイブンの見解に類似した立場から未遂罪の成立を肯定した。なお、キース卿 (Lord Keith of Kinkel) は、具体的な基準を示すことなく、同様の結論を示した。

本判決においては、イーグルトン事件判決における「近接性」が中心的な要素であるという共通の理解が示され、「被告人に実行可能な全ての行為」がなされた点を根拠として、詐欺未遂罪の成立が肯定された。しかし、「近接性」に関する理解は様々であり、特にその基準を示したディプロック卿の「ルビコン」概念やサーモン卿の依拠するステイブンの定義については、不明確であるという批判もある。そこには、判断基準の定式化の困難さが如実に反映されているように思われる。<sup>65</sup>

本件は、ロビンソン事件と同様、保険金詐欺の事案であり、受取人が未だ保険会社と連絡を取っていないという

点から「近接性」の有無が問題となったが、同事件とは異なった結論が導かれている。この両判決における結論の相違は、デイヴィス卿が正当に指摘するように、事実関係の差異や一九六八年セフト法一五条二項の解釈とも密接に関係しているように思われる。

なお、本判決は、我が国で議論の激しい「間接正犯」に類似する形態に関するものであり、理論的に大変興味深い。この点に関する詳しい検討は別稿に譲らざるを得ないが、若干付言しておくとするれば、貴族院の判断は「行為者の行為」の評価に尽きており、行為と別個の「客観的事態」に着目するという視座はないようである。

何れにせよ、未遂罪の客観的要件に関する貴族院の立場が初めて示されたという点で、本判決はきわめて重要な意義を有するものと言える。

## (二) 一九八一年刑事未遂法制定以後の動向

前述のように、一九八一年法の制定により、未遂罪も成文法上の犯罪となった。そして、同法制定以後暫くの間は、ストーンハウス事件貴族院判決の影響が強かった。<sup>46)</sup>しかし、一九八〇年代後半になると、不明確な先例の基準に対して疑問が呈され、同法一条一項の「犯罪遂行の単なる予備を越える行為」という文言をより重視しようとする立場が次第に形成されてきた。そのような基本的立場を示す判例の嚆矢として、次のボイル事件が挙げられる。

### 1 ボイル事件<sup>47)</sup>

この事件は、被告人二名が侵入窃盗の目的で住居のドア下部の蝶番と錠を損壊し、ドア枠が一インチ程度開いた状態となったが、警察官に発見されたため、その目的を遂げなかったというものである。そこで、不法侵入未遂罪<sup>48)</sup>



(attempted burglary) の成否が問題となり、第一審において同罪の成立が認められたため、被告人が上訴した。一九八一年法一条一項に規定される「単なる予備を越える行為」の判断につき、控訴院刑事部 (Court of Appeal Criminal Division) のジョーンズ判事 (Kenneth Jones J.) は、「一九八一年以前の法および判断基準を考慮する権限はある」とした上で、「最終行為」テストは「一九八一年法一条一項の文言と相容れない可能性がある」として疑問を留保した。しかし、本件に関する限り、「行為者に残されていたのは建造物への侵入のみであり、侵入行為により即座に既遂罪が成立する」以上、いかなる見解に従っても未遂罪が成立するとして、具体的な判断基準を提示することなく、本件上訴を退けた。

本判決においては、何れの基準に従っても結論は同じであるという消極的な理由から、一九八一年法の解釈の基準ないし指針を示すことなく未遂罪の成立が肯定されている。確かに、一九八一年法の解釈とそれ以前の先例における基準との関係につき不分明な点を残すものであるが、本判決が窃盗目的での不法侵入罪の性質に着目し、「侵入行為の直前に位置する行為」であることを根拠として未遂罪の成立を認めた点は、客観的要件の判断方法に関する基本的な方向性を示すものと言えるであろう。<sup>57)</sup>

## 2 ギュルファー事件<sup>58)</sup>

この事件において、被告人は、グレイハウンド・レースで自分の賭けていた犬が負けそうになったため、レースを無効にして賭金の払戻しを受ける目的でコース内に侵入した。そして、両手を振ってレースの妨害を試みたが、主催者が当該レースを有効としたため、その目的を遂げなかった。そこで、セフトの未遂<sup>59)</sup> (attempted theft) の成否が問題となり、第一審において未遂罪の成立が認められたため、被告人が上訴した。

この点につき、控訴院刑事部のレーン主席判事 (Lord Lane C. J.) は、「裁判所の第一次的任務は……一九八一年法の文言を諸事実に適用することである」として、一九八一年法以前の基準に拘束される必要がないことを示した。<sup>(85)</sup>そして、「犯罪それ自体の開始 (embark on the crime proper)」という概念を提示し、自己の見解をイーグルトン事件判決とスティープンの定義の「中間方向 (midway course)」に位置づけた上で、「被告人が犯罪遂行の過程 (process of committing) にあったとは言えない」として、未遂罪の成立を否定した。

本判決においては、「犯罪それ自体の開始」や「犯罪遂行の過程」という観点から、一九八一年法の文言に関するより具体的な検討が加えられている。そこでは、一九八一年法以前の様々な見解から離れ、同法の文言に合致する新たな基準を探索するという姿勢が看取される。<sup>(86)</sup>本判決は、「中間方向」の意味や射程につき、不明確な部分を残すものであるが、ボイル事件判決と同様の方向性を示したものとと言えるであろう。

### 3 ジョーンズ事件<sup>(86)</sup>

この事件は謀殺未遂罪 (attempted murder) の成否に関するものであり、事案は以下のようであった。被告人は、不倫相手の女性が別の男性と次第に親しくなり、何度も復縁を追ったが拒否されたため、男性の殺害を決意し、被害者の自動車の後部座席に侵入して、二五センチ程の至近距離でショットガンの銃口を向けた。そこで、両者は揉み合いとなり、被害者がショットガンを奪取して窓から投げ捨て、自らも車外に脱出して逃走したため、被告人は殺害の目的を遂げなかった。なお、ショットガンの安全装置は外されておらず、被告人が引金に指をかけていたかは不明であった。被告人は、謀殺未遂罪で訴追され、第一審において有罪判決が出されたため、一九八一年法はコモン・ロー時代の相対立する諸基準の何れが妥当であるかを示しておらず、「最終行為」テストが適用さ

れるべきであるとして上訴した。

この点につき、控訴院刑事部のタイラー判事 (Taylor L. J.) は、まず、「従来の判例法や判断基準を……考慮するのでなく、第一に一九八一年法の本来の意味 (natural meaning) に着目すべきである」という立場から、一九八一年法制定過程における議論<sup>57)</sup>を参照しつつ、同法一条一項が「最終行為」テストを採用したものでないことを明示した。そして、被告人の諸行為を段階毎に考察し、自動車への侵入以前の行為は予備であるが、「その後部座席に侵入し、シヨットガンを取り出し、殺人の意図で銃を向ける行為は、謀殺未遂罪の十分な証拠となる」として、謀殺未遂罪の成立を認めた。

本判決は、一九八一年法以前の先例と決別を意識し、「最終行為」テストの適用を排除するとともに、一九八一年法の文言に着目するという同法に対する裁判所の解釈指針を明示したものである。<sup>58)</sup>

#### 4 キャンベル事件<sup>59)</sup>

この事件では、強盗未遂罪<sup>60)</sup> (attempted robbery) の成否が問題となった。事実の概要は、以下のとおりである。強盗に関する情報を事前に得ていた警察官が犯行予定現場である郵便局付近で見張っていたところ、挙動不審な被告人が現れた。被告人は一度現場付近から姿を消したが、三〇分後に再び現れ、周囲を見回しながら郵便局に近づいていったため、入口の一メートル程手前で取り押さえられた。なお、逮捕時、被告人は、モデルガン、サングラス、脅迫状を所持していた。

被告人は、模造拳銃所持罪<sup>61)</sup>および強盗未遂罪で訴追され、中央刑事裁判所 (Central Criminal Court) において、前者につき有罪の答弁をする一方で、後者につき「郵便局員を脅迫して金銭を強奪するつもりであったが……

犯行の中止を決意して現場から離れようとするところを逮捕された」と主張したが、後者の罪の成立も認められたため、上訴した。<sup>62)</sup>

強盗未遂罪の成否につき、控訴院刑事部のワトキンス判事 (Watkins L. J.) は、「犯罪それ自体の開始」を基準とするギュルファー事件判決に依拠し、「強盗罪の実現にとつて郵便局への侵入や局員への脅迫などが必要であることは明白であり……たとえ被告人が強盗の意図を有していたとしても、その一連の行動は単なる予備行為である」と判示した。そして、「被告人が犯罪を遂行し得る場所に侵入していない以上……未遂行為を行ったとは言えない」として、原審の有罪判決を破棄した。

本判決も、ボイル事件判決以降の基本的立場を踏襲するものと言える。本判決では、犯罪現場への侵入以前の段階では未遂罪が成立しない点が判示されているが、その場合の実質的な基準や未遂罪の具体的な成立時期に関しては明らかにされていない。<sup>63)</sup> その一方で、本判決は、「強盗の意図を有していたとしても」としながらさらなる行為を要求しており、行為者の主観を判断の資料としつつ、客観的要件を別個・独立して判断するという基本的な立場を窺い知ることができる。

なお本判決に対しては、未遂法を「犯罪抑止の道具」として理解し、警察による早期の介入を促進する伝統的立場からの強い批判が予想され得る。<sup>64)</sup> しかし、「未遂罪の成否」の問題と「逮捕行為の正当性」の問題とは一応切り離して論じるべきであり、<sup>65)</sup> 本判決の決定的な問題点とはなり得ないように思われる。

## 5 法務総裁付託事件 (一九九二年一号)<sup>66)</sup>

この事件において、被告人は、強姦の意図をもって、一緒に帰宅していた女性を生垣の後ろに引きずり込み、地

面に押し倒して脅迫した。そして、被告人は自己のズボンを足首まで下げ、被害者の着衣を脱がせて陰部に触れたが、住民の通報により警察官が現場に到着したため、その目的を遂げなかった。そこで、強姦未遂罪（attempted rape）の成否が問題となった。

第一審においては、事実に・身体的な挿入行為の試み（actual physical attempt at penetration）が必要であることを根拠として、無罪判決が出された。<sup>(68)</sup>そこで、一九七二年刑事司法法（Criminal Justice Act 1972）に基づき、「強姦未遂罪の成立には男性器の女性器への挿入行為の開始が必要か」という法律問題に関して、法務総裁の付託（Attorney General's reference）がなされたため、この点に関する控訴院刑事部の見解が示されることになった。<sup>(69)</sup>

この問題につき、タイラー首席判事（Lord Taylor C. J.）は、挿入行為は「不要」という見解を示した。そして、本件に関しては、「被害者の精神状態、両者の着衣の状況や体勢」といった客観的事情を考慮すれば、被告人の行為は「単なる予備を越える行為」であり、「強姦罪それ自体を開始した」ものであるとして、強姦未遂罪の成立を認めた。

本判決は、被害者を押し倒して脅迫し、衣類を剥いで陰部に触れるという「挿入行為以前の段階」で強姦未遂罪の成立を認めており、同罪の成立に関してではあるが、「犯罪それ自体の開始」という概念の下で判断される諸事情の一部が明らかにされた。<sup>(70)</sup>

## 6 ゲッツズ事件<sup>(71)</sup>

この事件は、学校関係者でない被告人が包丁やロープ、マスキングテープなどを携帯して学校の男子トイレの個

室内に潜んでいたというものであり、特に不法監禁未遂罪(attempted false imprisonment)の成否が問題となった。そして、刑事法院において、「被告人が現実男子トイレの個室にいたこと」を根拠として未遂罪の成立が認められたため、被告人が上訴した。

この点につき、控訴院刑事部のビンガム主席判事(Lord Bingham C. J.)は、予備と未遂を区別するための明確な基準は存在せず、個別事例ごとに判断せざるを得ないということを正面から認めつつ、「被告人が現実犯罪の遂行を試みたか(tried to commit the offence)」を問うというのが一九八一年法の正確な解釈であるとされた。そして、不法監禁罪を遂行する意図や予備行為の存在について疑う余地はほとんどないしながらも、「学校内への侵入は事実であるが、被告人は生徒と全く接触・対面しておらず……不法監禁罪の遂行を試みたことを法的に十分証明し得る証拠は存在しない」として、被告人の上訴を認め、原審の有罪判決を破棄した。

本件では、キャンベル事件との事実的相違を意識し、「犯罪それ自体の開始」を基準とするギュルファー事件以降の諸判例と同じ立場に立ちつつも、「犯罪現場にいたこと」を決定的な要素と捉えて未遂罪の成立を認めた刑事法院と、「(潜在的)被害者との事実的接触・対面」というさらなる事実を要求することにより同罪の成立を否定した控訴院とで結論が分かれた。<sup>75</sup>その結論の当否を安易に判断することは適切でないが、特に後者の見解は、犯罪意図の存在を明確に認めながらも、さらなる客観的行為の存否を基準として予備と未遂を区別し、犯罪現場での「待伏せ」に対して未遂罪の成立を否定するものであり、成立範囲がより限定的になる点からも注目される。<sup>76</sup>

## 7 トスティールホワイト事件<sup>77</sup>

この事件は、深夜、被告人二名が農場の納屋に侵入する目的で酸素アセチレン切断機を準備し、最善の侵入方法

を検討するためドアの施錠を調べていたところ、家主に発見されたため逃走したというものであり、前述のボイル事件と同様、不法侵入未遂罪 (attempted burglary) の成否が問題となった。そして、刑事法院において、未遂罪の成立が認められたため、被告人が上訴した。

この点につき、控訴院刑事部のベルダム判事 (Beldam L. J.) は、原審のプライス判事 (Price J.) の見解に同調し、本質的なことは「当該行為と既遂罪の遂行との近接性および必要性 (how close to, and necessary for, the commission of the offences) の程度の問題である」とした上で、施錠の有無を調べる行為は「予備行為であるが……単なる予備行為ではなく、本質的に犯罪遂行の第一段階 (first steps in the commission of the offence) である」として、被告人の上訴を棄却した。

本判決では、既遂罪の前段階にある全ての行為は予備であるという理解から、一九八一年法一条一項の「単なる (merely)」という文言を重視し、様々な予備行為を「不可罰的な単なる予備行為」と「未遂罪として可罰的な予備行為」とに区別している。そこでは、両者の区別の基準として、「犯罪遂行の第一段階」という基準が提示されており、犯罪の基本類型である既遂罪の方向から未遂罪の処罰範囲を確定しようとする基本的な考え方が理解される。その点で、本判決は、表現的にはコモン・ロー時代の「第一行為 (first act)」テストを想起させるものであるが、むしろ全く異なる立場を示したものと言えるであろう。

### (三) 小 括

本章では、未遂罪の客観的要件に関するイギリスの動向について、代表的な判例を中心として概観してきた。本章においては、以下の諸点が明らかになった。

第一に、コモン・ロー時代には、いわば近代的未遂概念の黎明期において、「第一行為」と「最終行為」という二つの形式的な基準が提示された。そして、それらの基準を議論の両極としながらも、既遂罪への「近接性」という実質的な概念を考察の端緒として、様々な判例において、未遂罪の処罰範囲の確定が試みられることになった。そこでは、未遂罪の本質的要素に関する理解の相違から、「近接性」概念の内容および判断基準につき、裁判所の立場自体が流動的であったが、ストーンハウス事件貴族院判決を契機として、同概念を比較的厳格に捉える立場が定着し、必然的に未遂罪の成立範囲は限定的なものとなった。しかしながら、コモン・ロー時代には、一般的な判断基準の確立は実現しなかった。<sup>17)</sup>

第二に、一九八一年法制定以後の状況としては、ボイル事件判決を契機としてコモン・ロー時代との「決別」が意識されるようになり、ジョーンズ事件判決において、同法の文言それ自体を重視するという新たな方向性が決定づけられた。<sup>18)</sup> また、ギュルファア事件判決においては、既遂罪への「近接性」を要求するという一九八一年法以前の基本思想を実質的に維持しつつも、「犯罪それ自体の開始」という概念が提示され、同法一条一項の解釈の基礎が形成された。もともと、レーン判事の見解は、従来の基準の「中間」という形で、その方向性に言及したものに止まり、その内容については明確でない部分もある。また、時として、事案の性質に応じた個別・具体的判断という点が強調され、一般的な基準の定式化は不可能であると主張されることもあった。それゆえ、一九八一年法制定以後の諸判例についても、それらを完全に統一的に理解することは困難である。しかし、キャンベル事件判決やゲッツ事件判決など、未遂罪の成立を「否定」した判例の分析から、少なくとも次の点が導かれるように思われる。すなわち、一九八一年法の「単なる予備を越える行為」の有無を判断するに当たり、「犯罪それ自体の開始」といういわば抽象的な概念の下で、「犯罪現場への現在性」や「被害者との接触・対面」などの客観的要素が重視されて



いるという点である。そこでは、犯罪実現のための予備から犯罪遂行に至るまでの「行為の発展段階」が客観的に検討されている。従って、犯罪意図や犯罪計画といった主観的事情は、客観的要件を判断する際の「資料」とはなり得ても、判断の「対象」という意味で客観的要件と直接的な関係を有し得ないことになる。このような立場は、「近接性」概念を主観的に理解する立場とは明らかに異なる。なぜなら、既遂罪を犯罪の基本類型として理解しつつ、未遂罪の成否を既遂罪の方向から制限的に判断するという考え方は、主観主義的な発想にはおそらく内在しないからである。この点で、特に一九八一年法制定以後の判例の動向は、主観説を純粹に徹底することの理論上・実務上の限界を反映しているように思われるのである。このような動向の背景として、「個人的自由と共同体の利益との均衡」という未遂処罰における「実質的考慮」が存在することは明らかであるが、その一方で、検討の対象とした判例における具体的な犯罪類型も多様であったため、未遂犯の本質に関する裁判所の理解の変化を正確に抽出することも困難である。

そこで、次章においては、以上の判例の動向を踏まえつつ、客観的要件の判断基準に関するより理論的な検討を可能にするため、近時の学説の状況を分析することにした。

(81) *R v. Scofield*, [1784] *Cald* 397. 但し、原文は入手困難であったため、事実概要や判示事項については以下の文献を参照した。F. B. Sayre, *Criminal Attempts*, 41 *Harvard L. Rev.* 821 (1928), at 834-835; J. W. C. Turner, *Attempts to Commit Crimes*, 5 *Cambridge L. J.* 230 (1935), at 230.

(91) Sayre, *supra* note (18), at 821. Cf. J. Hall, *Criminal Attempts—A Study of Foundation of Criminal Liability*, 49 *Yale L. J.* 789 (1940), at 807. ㊦㊧㊨㊩ 重罪の未遂が可罰的であるという点は、本件以前から確立されていた。

これに対して、本件では「軽罪の未遂の可罰性」が問題となった。

- (20) Turner, *supra* note (18), at 232 ; C. S. Kenny, *Outlines of Criminal Law* (19th ed. 1966, Cambridge : Cambridge University Press), at 103. その意味で「単なる意思」が処罰されることはなかった。なお、中武・前掲註(15) 八三頁以下、奥村・前掲註(9) 一一三頁以下参照。

- (21) *R v. Higgins*, [1801] 2 East 5 ; *R v. Whybrow*, [1951] 35 Cr. App. R. 141 ; Turner, *supra* note (18), at 235 ; G. Williams, *Criminal Law the General Part* (2nd ed. 1961, London : Stevens), at 633-653.

- (22) *R v. Eagleton*, [1855] 6 Cox C. C. 559 ; [1843-1860] All. E. R. Rep. 363.

- (23) なお、英米刑法における財産罪の歴史的展開やその詳細については、木村光江『財産犯論の研究』(一九八八・日本評論社) 九七頁以下参照。

- (24) 同裁判所の構成や機能については、田中英夫編『英米法辞典』(一九九九・東京大学出版会) 二〇九頁参照。

- (25) Stuart, *supra* note (8), at 506 ; A. P. Simester and G. R. Sullivan, *Criminal Law Theory and Doctrine* (2nd ed. 2004, Oxford : Hart Publishing), at 298.

- (26) もっとも、このような理解は正確でないう指摘もある。その理由として、一八五五年のロバーツ事件においてパーク判事自身が明言しているように、「最終行為」テストを一般的な基準として提示する意図ではなかった点が挙げられている。*R v. Roberts*, [1855] Dears 539. 但し、原文は入手困難であったため、事実概要や判事事項については以下の文献を参照した。R. A. Duff, *Criminal Attempts* (1996, Oxford : Oxford University Press), at 38.

- (27) 前者に対しては、自由偏重や行為者の自律性の軽視、処罰範囲の広範さなどの批判が向けられ、後者に対しては、特に着手未遂の処罰が不可能になるという批判が可能であった。

- (28) *King v. Linneker*, [1906] 2 KB 99.
- (29) 一八六一年人身犯罪法一八条（一九六七年刑事法（Criminal Law Act 1967）による改正以前のもの）は、本件との関係で言えば、「重大な傷害を惹起する意図で拳銃を発射する行為」を処罰している。
- (30) J. F. Stephen, *A Digest of Criminal Law* (1991, Littleton, Colorado : Fred B. Rothman), at 33-34. xvii, スティーブンの定義については、奥村・前掲註（9）一一五頁も参照。
- (31) 本法廷を構成するその他三名の判事（Ridley J., Darling J., Walton J.）も、アルバーストン判事やケネディ判事の見解に同調し、有罪判決を支持した。
- (32) なお、厳密に言えば、スティーブンの定義とケネディ判事の見解は、若干異なる。後者の見解において、「構成する（constitute）」ではなく「終わる」という表現が使用されている点を考慮すれば、後者の方がより早い段階で未遂罪の成立を認める傾向があると考えられるからである。See, Duff, *supra* note (26), at 43-44.
- (33) Stuart, *supra* note (8), at 505-506.
- (34) *King v. Robinson*, [1915] 2 KB 342.
- (35) なお、本件では、詐欺未遂罪の個別的な成立要件も問題となった。この点については、保険約款に基づく財産的被害の報告は必要となく、保険会社への何らかの詐欺行為（communication of false pretence）で足りるものとされた。
- (36) Law Commission No. 102, *supra* note (11), para 2.24.
- (37) *Dauey and others v. Lee*, [1968] 1 QB 366.
- (38) J.F. Archbold, *Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases* (36th ed. 1966, London : Sweet & Maxwell), at 1489-1490.

(39) このように、犯罪徴表機能を客観的要件の判断に直接反映させる見解は、「明確性 (unequivocality)」テストと呼ばれている。同説は、主観面の考慮を完全に排除することにより自由偏重の危険性を払拭し得るという点で一定の支持を受けたが、現在では過去の学説となっている（なお、同説が最初に提唱されたニュージーランドでも、一九六一年犯罪法 (Crimes Act) 七二条三項によって廃止されている）。See *King v. Barker*, [1924] N. Z. L. R. 865 ; J. Salmond, *Jurisprudence* (10th ed. 1947, London : Sweet & Maxwell), at 389-390.

(40) 本判決に対しては、明確性テストの恣意性、基準と結論との矛盾点などの批判も向けられている。G. Hull, *Case and Comment*, [1967] Crim. L. Rev. 357. なお、本判決以前には、窃盗目的で店の屋根に上り天窓を破壊したという本件類似の事案につき、窃盗に向けられた行為がなされていないとして未遂罪の成立を否定したものの存在する。Carey v. Martin, [1954] Crim. L. Rev. 139.

(41) *Director of Public Prosecutions v. Stonehouse*, [1978] AC 55.

(42) 詐欺罪は、一九六八年セフト法一五条において、次のように規定されている。

一項：何らかの欺罔により、永続的に奪う意図をもって、他人に属する財物を不誠実に取得した者は、一〇年以下の拘禁刑に処する。

二項：本条の目的上、その財物の所有権 (ownership)、占有 (possession) 又は支配 (control) を取得した者は、財物を取得したものとし、「取得 (obtain)」には、他人のために取得すること又は他人に取得させることを含む。

なお、詐欺罪については、木村・前掲註 (23) 一一五頁以下参照。

(43) なお、本件では、死亡を偽装するための一連の行為が全て海外で行われたという特殊な事情が存在するため、裁判権 (jurisdiction) の問題や判事による陪審への説示方法なども問題とされたが、本稿では未遂罪の成否にのみ焦点を当てて

検討することにした。

(44) 但し、ディプロック卿は、その直後に、「単なる予備行為は……非任意的に妨害されない限り既遂罪の遂行を継続する」という強固で撤回不能な意図 (fixed irrevocable intention) を示さな」とも論じている。この点のみを強調すれば、彼の見解は犯罪徴表説の一種として解釈され得ることになる。他方で、この点を未遂罪の主観的要件に関する判示内容として理解する論者もある。G. R. Sullivan, *Crossing the Rubicon in Miami*, 41 Modern L. Rev. 215 (1978) .

(45) *Id.*, at 218.

(46) *R v. Iyas*, [1983] 78 Cr. App. R. 17 ; *R v. Widdowson*, [1986] 82 Cr. App. R. 314.

(47) *R v. Boyle and Boyle*, [1987] 84 Cr. App. R. 270.

(48) 不法侵入罪は、一九六八年セフト法九条において、次のように規定されている。

一項 (a) : 二項に規定された犯罪を遂行する意図をもって、不法侵入者 (trespasser) として他人の建造物に侵入した者は、不法侵入罪の罪責を負うものとする。

二項 : 一項 (a) に規定される犯罪とは、建造物内の財物を窃取すること、建造物内の他人に重大な傷害を負わせること、および建造物ないしその中の物を不法に損壊することを言う。

(49) J. C. Smith, *Case and Comment*, [1987] Crim. L. Rev. 111.

(50) なお、強姦意図による不法侵入未遂罪 (attempted burglary with intent to rape) の成否が問題となった本件類似の事案でも、凶器を所持して人の住居の庭に侵入し、ドアをノックした行為につき、「不法侵入罪の決定的段階 (crucial step) であり……犯罪計画の実行段階 (executory stage) である」として未遂罪の成立が認められている。 *R v. Tothhill*, [1998] Crim. L. Rev. 876.

(15) *R v. Gullefer*, [1990] 91 Cr. App. R. 195.

(52) セフトは、一九六八年セフト法一条において、次のように規定されている。

一項・他人から財物を永続的に奪う意思をもって、他人に属する財物を不誠実に領得した者は、セフトの罪責を負うものとする。

さらに、同法は、セフトにおける各概念（「不誠実」（二条）、「領得」（三条）、「財物」（四条）、「他人性」（五条）、「永続的に奪う意思」（六条））につき、定義規定を置いている。セフトの概念については、木村・前掲註（23）一九二頁以下参照。

(53) 但し、レーン判事は、「少なくとも本件に関する限りにおいては、先例を参照する必要はない」と判示しており、一定の場合にそれが許容されることを示唆している。

(45) J. C. Smith, *Case and Comment*, [1987] Crim. L. Rev. 195.

(46) K. J. M. Smith, *Proximity in Attempt: Lord Lane's "midway course"*, [1991] Crim. L. Rev. 576, at 578. See also C. M. V. Clarkson and H. M. Keating, *Criminal Law: Text and Materials* (5th ed. 2003, London: Sweet & Maxwell), at 485.

(49) *R v. Kenneth Henry Jones*, [1990] 91 Cr. App. R. 351.

(49) Law Commission No. 102, *supra* note (11), para 2.47-2.48.

(48) J. C. Smith, *Case and Comment*, [1990] Crim. L. Rev. 800; Simester and Sullivan, *supra* note (25), at 299.

See also G. Williams, *Wrong Turnings on Law of Attempt*, [1991] Crim. L. Rev. 416, at 417-419; K. J. M. Smith, *supra* note (55), at 577.

- (55) *R v. Campbell*, [1991] 93 Cr. App. R. 350.
- (60) 本罪は、我が国の強盗罪とは同様の犯罪類型である。一九六八年セフト法八条参照。
- (61) 一九六八年火器法 (Firearms Act 1968) 一八条一項参照。
- (62) 被告人の上訴理由は、事実審判事が「答弁不要の申立」(the submission of no case to answer)を排斥し、十分な証拠に基づいて未遂罪成否の判断を陪審員に委ねたという点にあった。なお、この点に関連して、一九八一年法四条三項は、「本法一条の犯罪に関する訴訟手続において、被告人が同条一項に当たる行為を行ったことを認めるに足りる法的に十分な証拠が存在する場合、その行為が同項に該当するかどうかは事実問題である」と規定している。
- (63) *R. Card, Cross and Jones, Criminal Law* (16th ed. 2004, London : LexisNexis UK), at 708. けれど、*この点について*、本判決の基準を「侵入時点で未遂罪を認める」といって、ギェルファー事件判決よりも柔軟なものと評価する論者もある。*cf.* *Clarkson and Keating, supra note* (55), at 488.
- (64) *Williams, supra note* (21), at 632 ; *K. J. M. Smith, supra note* (55), at 581 ; *J. C. Smith and B. Hogan, Criminal Law* (10th ed. 2002, London : Butterworth), at 337. 本件では「逮捕行為の正当性」と「未遂罪の成否」とが直接絡んだため、この問題が特に顕在化した。*J. C. Smith, Case and Comment*, [1991] Crim. L. Rev. 268.
- (65) 前者は一九八一年法に規定される実体法上の問題であり、後者は一九八四年警察および刑事証拠法 (Police and Criminal Evidence Act 1984) 一四七条七項に規定される手続法上の問題でもある。*cf.* *Ashworth, supra note* (11), at 735.
- (66) *Attorney General's Reference (No 1 of 1992)*, [1993] 96 Cr. App. R. 298.
- (67) 一九五六年性犯罪法 (Sexual Offences Act 1956) 一条以下参照。なお、強姦罪は、一九九四年刑事司法および公共秩序法 (Criminal Justice and Public Order Act 1994) 一四二条による一九五六年法の部分改正を経て、現在では新

たに二〇〇三年性犯罪法 (Sexual Offences Act 2003) によって規定されている。

(68) さらに、本件では、被告人が相当な酩酊状態にあったため、性交自体が「肉体的に」不可能であったという特殊な事実が存在した。

(69) 一九七二年刑事司法法三六条一項は、「正式起訴状 (indictment) に基づいて審理された者が (起訴事実の全部・一部とに関わらず) 無罪判決を受けた場合、法務総裁は、その事件で提起された法律問題 (a point of law) に関する控訴院の意見を必要とする時、その問題点を裁判所に照会することができる。裁判所は、本条の規定に従い、その問題点について考察し、意見を提示しなければならない」と規定していた。

(70) 本判決は、特に結論の妥当性という点から、学説においても積極的に評価されている。J. C. Smith, *Case and Comment*, [1993] Crim. L. Rev. 274, at 276 ; Clarkson and Keating, *supra* note (55), at 488-489.

(71) *R v. Geddes*, 160 JP 697.

(72) 不法監禁罪はロモン・ロー上の犯罪であり、「人の身体の自由を不法に制限する」犯罪類型である。D. Ormerod, Smith and Hogan, *Criminal Law* (11th ed. 2005, Oxford: Oxford University Press), at 567-575.

(73) Smith and Hogan, *supra* note (64), at 337 ; Card, Cross and Jones, *supra* note (63), at 709-710 ; Ashworth, *supra* note (11), at 452. Cf. *R v. Griffin*, [1993] Crim. L. Rev. 515 ; Clarkson and Keating, *supra* note (55), at 489.

(74) J. C. Smith, *Case and Comment*, [1996] Crim. L. Rev. 894 ; Simester and Sullivan, *supra* note (25), at 299. なお、シヨーンズ事件や本件など、犯罪遂行の意図で被害者を待伏せする行為について未遂罪の成立を認めない判例の立場に対しては、学説からの批判もある。例えば、ウィリアムズ (G. Williams) は、模範刑法典の「実質的段階」テスト



を支持する立場なら「未遂 (attempt)」という言葉は必要以上に拘泥するものとして判例を厳しく批判している。

Williams, *supra* note (58), at 419-422.

(5) *R v. Tosti and White*, [1997] Crim. L. Rev. 746.

(6) Smith and Hogan, *supra* note (64), at 334-336.

(7) K. J. M. Smith, *supra* note (55), at 576 ; Clarkson and Keating, *supra* note (55), at 490.

(8) Simester and Sullivan, *supra* note (25), at 299 ; Clarkson and Keating, *supra* note (55), at 490.