
論 説

イギリスにおける未遂法の現状と課題について (2・完)

——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 (以上119号)

III 法律委員会報告書318号

(1) 基本的構成と概要

(2) 客観的要件

(3) 主観的要件

(4) その他の関連問題

(5) 小括

IV 結語 (以上本号)

III 法律委員会報告書318号

(1) 基本的構成と概要

LC 318は、全9章と別表 (Appendix A～D) から構成されており、未遂罪については、CP 183における暫定的提案と諮問内容を確認し、これに対して寄せられた諸意見を紹介・検討したうえで、1981年法の改正に関する法律委員会の最終提案 (recommendations) を行い (第8章・第9章)、

改正草案 (Draft Conspiracy and Attempts Bill) と注釈 (Explanatory Notes) を提示している (Appendix A)。

既に本稿の冒頭でも示したように、CP 183の暫定的提案の全てがLC 318における最終提案につながっているわけではない。むしろ、その多くが断念される結果となった。とりわけ、現行の未遂罪を「未遂罪」とこれを補完する「予備罪」とに二分するという客観的要件に関する中心的提案が断念されており、そのような最終決断に至った検討の過程が注目される。

そこで、以下、LC 318の構成に基本的に即しながら、CP 183に対する意見の内容とそれに対する法律委員会の認識・回答、そこから最終提案に至る検討の経過、および最終提案の具体的な内容を紹介したうえで、簡潔な検討を加えることにしたい。

(2) 客観的要件

1. CP 183の提案に対する意見と法律委員会の認識・回答

CP 183における客観的要件に関する提案は、①未遂罪と予備罪という既遂犯と同等の刑の上限を有する2つの新たな犯罪を創設すること (提案15、提案15A)、②予備罪の意義に関する指針として例示を設けること (提案16)、③例示の具体的内容 (提案17)、④不作為による未遂が成立し得ることを明示すること (提案19) であり、諮問内容は、❶例示を報告書内でなく、制定法上に規定すべきか (諮問1)、❷現行の未遂法を維持し、制定法上の特別の予備罪によって対応すべきか (諮問2) というものであった⁽¹⁰⁷⁾。

LC 318の説明によれば、未遂罪の客観的要件に関して、「現行法が十分に適用されていない」という認識については、多数の賛同を得ることができたが、これに対処するための最善の選択肢に関する共通理解は得られな

(107) CP 183, *supra* note (1), paras 17.25-17.27, 17.33; LC 318, *supra* note (2), paras 1.88-1.98.

イギリスにおける未遂法の現状と課題について (2・完)

かった。とりわけ、提案15については、警察連盟 (Police Federation)、警察長協会 (Association of Chief Police Officers) による積極的反応を受けたが、巡回裁判官会議 (Council of Her Majesty's Circuit Judges)、刑事法律家協会 (Criminal Bar Association)、公訴局 (Crown Prosecution Service) などから多数の反対意見が寄せられた。

LC 318においては、以下のように11の異議 (objections) が挙げられ、それに対する法律委員会の認識・回答が示されている。

【異議1】

未完成の刑事責任を正当化するためには、意図された犯罪の遂行に十分近接した予備的行為を含むとする「単一の犯罪」を規定する方がよい。この新たな定義は例示規定によって補完され、狭すぎる解釈が行われないことが保障される。

【異議2】

未完成の刑事責任の基礎を分離することは、2つの新たな犯罪の区別に関する一連の無意味な裁判例に至る。

【異議3】

CP 183の提案に係る新たな未遂罪は、最終行為に限定されており、狭すぎる。

【異議4】

不確実な事案において、未遂罪でなく予備罪で訴追し、有罪判決を得ようとする誘惑が発生し得る。これは、公正な罪名づけ (fair labelling) を侵害する。

【異議5】

「未遂」という罪名により、控訴院が現行の未遂罪の過度に狭い解釈に導かれたのと同様、予備罪もその解釈方法に「言語的誘因 (linguistic pull)」が働く可能性がある。その結果、裁判所が予備罪をその立法趣旨以上に広く解釈すると、過剰な犯

論 説

罪化をもたらし、一般的予備罪と現行の状況に応じた特別法上の予備罪とが不満足な形で重複することになる。

これらの異議は、何れも C. M. V. Clarkson の見解⁽¹⁰⁸⁾ である。Clarkson の見解の詳細については後述するが、これらの異議に対して、LC 318 はそれぞれ次のような認識・回答を示している。

すなわち、まず、異議 1 について、このような方法によるためには、① 犯罪の成立範囲ないし根底にある政策的考慮を変更することなく、未遂罪に関する全く新たな文言を用いた規定を創設することを議会の立法担当官 (Parliamentary Counsel) に指示するという、前例がなく論争的な措置を採用することが必要であること、および②「未遂罪」には、「犯罪遂行を試みたが失敗した者」のみならず、「犯罪の予備的段階に到達したが、これを越えてはいない者」も含まれるが、後者は罪名の点で適切でないことから、法律委員会はこのような選択肢を採用しない⁽¹⁰⁹⁾。

次に、異議 2 について、Clarkson は「判例法がその区別を試みようとするきわめて現実的な恐れがある」⁽¹¹⁰⁾ と論じているが、行為者の行為が未遂罪と予備罪の何れを構成するかが論争となることはきわめて稀であり、その論拠が強固なものとは考えられない。また、未遂罪を補完するその他の犯罪類型がないならば別論であるが、同一の刑の上限の下で行為者の行為をより正確に反映し得る犯罪類型があることを前提とすれば、異議 3 にも強い理由があるとは思われない。異議 4 についても、異議 2 に関する説明が同様に妥当する⁽¹¹¹⁾。

これに対して、異議 5 は、正統な懸念と思われる。しかし、法律委員会

(108) Clarkson, *supra* note (105), at 30-41.

(109) LC 318, *supra* note (2), paras 8.25-8.28, 8.33-8.34. See also CP 183, *supra* note (1), paras 16.5-16.6.

(110) Clarkson, *supra* note (105), at 33.

(111) LC 318, *supra* note (2), paras 8.19, 8.35-8.41.

は、実務の解釈指針となる例示によって、そのような幅広い解釈へ至らないことが保障されとの見解を有している⁽¹¹²⁾。

【異議 6】

特定の危険かつ反社会的な意図的行為を犯罪化することには、1つの論拠がある。その一方で、一般的予備罪の正当化根拠は存在しない。

【異議 7】

異なる事案において控訴院が別の立場を採用したことを考慮すると、CP 183は、議会の立法趣旨に関してあり得る2つの解釈のうち、その一方の解釈に到達している。それゆえ、一般的予備罪は、犯罪的活動の予防・抑止、その処罰を目的とする1つの手段として、その独自の価値に基づいて考察されなければならなかった。

まず、異議 6 については、「一般原理」としてこれに同意しないわけではない。しかし、その見解は、CP 183の提案に係る予備罪の範囲がきわめて狭いものであること、およびこの種の一般的犯罪が1981年法1条1項の下で既に存在することを等閑視している。法律委員会の提案は、犯罪の「実行」の一部と適切に見なし得る行為類型を越えて犯罪の成立範囲を拡大するものではない。

次に、異議 7 は異議 6 に関連するものであるが、一般的予備罪は、現在の未遂罪の範囲に関係なく、重大犯罪に関しては実際のところ正当化される。LC 318は、1981年法の立法趣旨が我々の理解のようなものであったと信じている。その理由は、①議会は、1981年法1条1項における未遂罪の定義に関して、LC 102における刑事未遂法草案の定式（「単なる予備を越える行為」）を採用したこと、②これを支える政策とは、「その予備的段階にある行為が意図された犯罪の遂行に十分近接したものである場合、行

(112) *Id.*, paras 8.42-8.43.

論 説

為者は未遂の罪責を負わなければならない」というものであったこと、③仮に議会が意図した犯罪の遂行を「試みる」という概念やその遂行に必要な「最終行為」に限定された、より狭いテストを意図していたのであれば、異なる定式を用いたであろうこと、および④1981年法1条1項の広い解釈を支持する相当多数の判例法が存在することである⁽¹¹³⁾。

【異議8】

訴追側が未遂罪と予備罪の両罪を択一的に訴追する可能性があり、正式起訴状がより長いものとなる。

【異議9】

被告人が、量刑がより軽くなることを期待して、未遂罪でなく、予備罪について有罪の答弁をしようとする可能性がある。

異議8については、2つの犯罪が択一的に訴追されるという事案はあり得るが、法律委員会の提案する未遂罪によって捕捉される行為が狭いものであることを考えれば、そのような事態が頻発するとは思われない。2つの犯罪の創設が正式起訴状の長文化につながるものではない。犯罪遂行のつもりで行為したがこれに失敗したという事案においては、何れか1つの犯罪で訴追されることがほとんどであろう。

異議9については、とりわけ訴追側がその選択肢を提案した場合に起こり得るが、被告人は法的助言（各犯罪の刑の上限、量刑における加重要素と減輕要素に関する説明）を受けているため、それは究極の事態であると考ええる。未遂罪でなく予備罪で有罪答弁を行うことの利益は、ほとんどわずかであろう⁽¹¹⁴⁾。

(113) *Id.*, paras 8.44-8.49.

(114) *Id.*, paras 8.50-8.56.

【異議10】

現行の未遂罪で十分である。未遂罪が不当に狭く解釈されるのは稀であり、むしろ議会の立法趣旨に沿う形で広く解釈されてきた。それゆえ、法を現在よりも複雑化する新たな一般的アプローチの必要性はない。不当に狭い解釈が採用される場合、その結果として生じる悪影響に対処するためには、状況を特定した予備罪を制定することが可能である。

異議10は、「最も説得的な批判」である。1981年法の広い解釈を支える判例法が存在すること、Geddes事件後の対応（性犯罪意図による不法侵入罪（2003年性犯罪法63条）の制定）にも見られるように、狭い解釈による間隙が生まれれば議会がこれを埋める措置をとるであろうことは、法律委員会も確かに認めるところである。この点、CP 183は、一貫しない解釈によって間隙を生み出す犯罪を維持するのではなく、未遂罪と指針となる例示を伴う予備罪という正当な処罰範囲をもった2つの一般的犯罪を規定する方が「より良い」という立場であった。しかしながら、法律委員会は、異議10を受けて、「現行の未遂罪が根本的欠陥を有し」、又は「狭いアプローチを採用する裁判所によって機能不全となっている」という議論が根底から揺らいだとの結論に到達した⁽¹¹⁵⁾。

【異議11】

「2つの分割された……犯罪という構想は、潜在的にきわめて有効なもの」であるが、CP 183の構想は急進的でなく、あるいは原理的に不十分である。未遂罪は意図した目標の達成にどの程度近づいたかという点から規定されなければならない。そして、行為者の「確固たる」犯罪意図を基礎として定式化された予備罪というさらなる犯罪が存在しなければならない。従って、予備罪は、CP 183の提案よりも広いものでなければならない。予備罪の理論的根拠は犯罪実現にコミットすることに

(115) *Id.*, paras 8.57-8.60.

あるであろうから、その範囲を行為者の計画の実行に結合した行為に限定するのは不適切である。むしろ、行為者が確固たる犯罪遂行意図を有しているならば、彼が「①犯罪遂行に寄与し、かつ②確固たる意図を確証するような」行動をとっている限り、刑事責任の賦課を十分正当化し得る。なお、この予備罪はCP 183の提案よりも広いため、上記要件①・②をはじめ、複数の安全装置（safeguard）が付加的に提示される。

異議11は、J. Rogersの見解⁽¹¹⁶⁾である。Rogersの見解の詳細については、Clarksonの見解とともに後述するが、その見解を簡潔に示しておくと、彼は、未遂罪を二分化するというCP 183の構想を支持するとした場合、それぞれ「犯罪実現の合理的展望」から判断される未遂罪と、「犯罪遂行の確固たる意図を確証する行為」から判断される予備罪という形で規定し、とりわけ後者の予備罪を広く緩やかに規定することにより、その成立範囲を大きく拡大すると同時に、それがもたらす懸念・影響をいくつかの特別なルールによって解消するという方法（行為者の自宅における予備罪の成立を否定することによってプライバシー権を保障し、②悪性格証拠を制限・禁止することによって前科を有する者が予備罪の不当な危険にさらされることを回避することなど）が適切であるとしている。

このような内容をもつ異議11に対して、法律委員会は、次のように回答している。すなわち、法律委員会の目的は、1981年法の全面的な改正の検討でなく、LC 102によって定式化された政策を維持しつつ、未遂罪に関係する諸問題を修正するという点にあった。CP 183に示した諸提案、およびそれに関して我々が求めた論者の意見は、現在の未遂罪の範囲が広く正当であるという見方に基づくものであった。このような理由から、幅広い処罰範囲を有する一般的予備罪の創設という急進的提案は、実現可能な選択肢として検討し得るものではなく、支持することができない。

(116) Rogers, *supra* note (105), at 950.

この構想に対しては、特別な懸念がある。まず、Rogersの主張する予備罪は、刑法一般におけるのとは異なる意義をもった「意図の新たな定義」を必要とするであろう。未遂罪と予備罪が1つの正式起訴状の中に別々の訴因として掲げられるとすれば、これは魅力的でない展開である。

また、犯罪の性質を理由として、刑事裁判における証拠法の一部を適用しないという特別のルールも、魅力的でない。行為者の意図を証明するため、悪性格証拠を許容すべき事案もおそらく存在する。公判審理という特定の事実的状況において、証拠の証明力や陪審員の心の中に生じる不当な予断と無関係にそのような証拠の許容性を包括的に禁止することは、誤っている。

さらに、「犯罪実現の合理的展望」という点にも賛成できない。①そのような限定によれば、不能未遂に対する有罪判決を許容する諸原則に反する必要があること、②たとえこのような限定によったとしても、それは現行法と同様の不確実さを生み出す可能性があること、③その限定が、「陪審員が、行為者が非常に未熟であるためその発砲は誰にも現実的な危険を発生させていないとの証拠に共感するならば、謀殺未遂について無罪となるべきである」というような、実行可能な全ての行為を終えた者によるつまらない無罪の主張を受け入れざるを得ないことになるように思われることから、行為者が犯罪遂行の「現実的危険」を創出した場合のみ未遂の罪責を負うべきであるとの議論には納得できない⁽¹¹⁷⁾、と。

2. CP 183に対するその他の批判的検討

このように、CP 183に対しては、複数の異議が示されたようである。その中でも、ClarksonとRogersは、CP 183の提案を受けて理論的な検討を加えており、注目に値する。LC 318においても彼らの見解は挙げられていたが、なお部分的なものにとどまる。そこで、以下、両者の見解を全体

(117) LC 318, *supra* note (2), paras 8.61-8.66.

的に確認しておくことにしたい。

(i) C. M. V. Clarksonの見解

Clarksonは、CP 183の諸提案のうち、「未遂罪と予備罪という2つの犯罪の創設」と「裁判官と陪審員の役割」という2点に焦点を当て、以下のように、自己の評価・見解を展開している。

すなわち、未遂罪を二分するという提案を検討する前提として、幅広い一般的犯罪と厳格な特別の犯罪の何れを採用すべきかは、「明確で公正な罪名づけ (clear fair labelling)」や「法の伝達の価値 (communicative value of law)」といった①理性的・原理的考慮 (rational, principled considerations) と、危険運転致死罪 (causing death by dangerous driving) や法人致死罪 (corporate manslaughter) の創設の際に見られたような②実践的・法執行上の考慮 (pragmatic, law-enforcement considerations) の双方に基づくところ、未遂罪の二分化の提案の適否に関しては、(a) 道徳的伝達性が高まるか、又は (b) 現行法の適用を妨げる重大な実践的問題が存在するかが問題となる⁽¹¹⁸⁾。

①・(a) については、未遂罪における不法の本質は「犯罪遂行に十分近接し、『意図した害悪の明白な危険 (vivid danger of intentional harm)』を示す行為に伴われる行為者の道徳的な非難可能性 (moral culpability)」にあり (決定的な問題は、刑事責任を課し得る「十分な近接性」とはどの時点かであるが、これは犯罪の広さでなく、線引きの問題である)、CP 183の提案は「2つの犯罪がそれぞれ異なる不法を捕捉すること」を目指したものでないこと、②・(b) については、確かにGeddes事件やCampbell事件のように過度に狭い解釈が採られるという懸念はあるが、その対処法として未遂罪を二分化することには十分な理由がないことから、むしろその基準の再検討と再定式化 (reformulation) が必要である⁽¹¹⁹⁾。

(118) Clarkson, *supra* note (105), at 30-32.

(119) *Id.*, at 32-33.

そして、CP 183に対する批判として、①提案に係る未遂罪が狭すぎる
こと（異議3（Jones事件を予備罪として捕捉しようとする法律委員会と
異なり、謀殺未遂と考えるべきである））、②未遂罪と予備罪の区別が困難
であり、明確でない事案を訴追側が後者で訴追する傾向が生じること（異
議4）、③反対に予備罪が広くなり、過剰な犯罪化につながる（異議
5）、④混乱した罪名が導入され、本来の未遂罪が有する不法内容が歪め
られる恐れがあること（異議2）、ならびに⑤「不能予備（impossible pre
paration）」の可罰性という高度に論争的な問題、および⑥提案に係る予備
罪とその他の「制定法上の予備罪」との関係という問題を検討すべきこと
を指摘し得る。

⑤・⑥は、CP 183においては検討されていない問題であるが、⑤につ
いては、既遂犯から離れれば離れるほど犯罪不遂行が「単なる偶然」であ
るとの論拠は弱まり、「それ以外の理由」による可能性が強まるから、予
備罪では、未遂罪以上に「不能性」が問題になる。⑥については、「一般
的危険犯（general endangerment offence）」の導入の場合と同様、一般的
予備罪の導入に際して、特別法上の予備罪の廃止・維持を決定する基盤が
不明確であるとともに、一般的予備罪と特別法上の予備罪が同時に存在す
る場合に、刑の上限が高いという理由で前者による訴追が行われ、誤った
罪名づけの結果が生じ得ることから、慎重な検討が必要である⁽¹²⁰⁾、と。

こうして、Clarksonは、未遂罪の二分化に反対し、現行の未遂罪の客観
的要件を再定義するとともに例示規定によってこれを支えるという選択肢
を支持しつつ（異議1）、次のように論じている。

すなわち、このような選択肢を採用する場合、未遂法の目的と未遂罪の
重大性という問題に取り組まなければならないが、そこには客観主義
（objectivism）と主観主義（subjectivism）との対立が控えている。客観主
義によれば、図式的に言えば、未遂罪には「犯罪意図」と「近接行為」に

(120) *Id.*, at 33-36.

より行為者が道徳的限界 (moral threshold) を越えた点で既遂犯と同等の非難可能性が存在し、その行為が「切迫した危険」、「害悪の明確な脅威」を示し、「安全権の侵害 (infringement of his security rights)」という『第2次的害悪 (secondary-order harm)』が認められる。これが「犯罪遂行への近接性」が要求される根拠である。他方、主観主義によれば、主として「犯罪意図」という主観的要件が強調され、行為者の拘禁・矯正と犯罪予防が目指される。その結果、きわめて早い時点で刑事責任が課されるとともに、警察的介入を促進し得る形で法が構築されるべきことになる⁽¹²¹⁾。

これらの立場の理論的根拠の調和を図る際には、「自由という個人的利益」と「社会の利益」がその尺度の中に配置されなければならない、これらの諸利益の比較衡量は「未遂罪の重大性」に依存する。これを既遂犯と同等程度に重大であると考えるならば、既遂犯と同じところでその調和を図るべきである一方、既遂犯よりも軽いものと考えるならば、行為者の危険性と警察的介入の必要性が強調され、相対的に既遂犯より前の段階で刑事責任を課すことになる。

そこで、この点について見ると、謀殺未遂や強姦未遂はきわめて重大な犯罪として社会に強い影響を与えること、両者は同一の（又は既遂犯を越える）メンズ・レアを有していること、両者の刑の上限が同一であることなど、それが既遂犯に匹敵する程度と考える強い理由が存在する。それと同時に、「近接性」を要求する立場には、行為者に「犯罪計画を放棄する機会」を与えることにより、彼を「原理的には、理性的説得を受容し得る」責任ある人間 (responsible agent 'who is in principle susceptible to rational persuasion') として尊重し得るという論拠もある。

最後に、処罰の早期化は、刑法の不当な拡大につながる。「全ての犯罪化理論」は、「最後の手段原理 (last resort principle)」を受け入れなければならない。この原理は、新たな犯罪の創設のみならず、現行の犯罪を拡

(121) *Id.*, at 36-37.

大する際にも妥当するのである⁽¹²²⁾。

以上のように考えると、未遂罪の第1次的根拠は「広い意味で既遂犯に匹敵する道徳的非難可能性」であり、客観主義的立場から「犯罪遂行への近接性」が要求される。そこでは、道徳的限界を越え、既遂犯の切迫した危険が示されたことを捉える基準が必要となるが、そのような漠然とした概念によって制定法を枠づけることはできない。その際に重要となるのは、例示規定の採用である。例示規定がなければ、制定法上の文言が過度に厳格又は緩やかに解釈される可能性がある。こうして、現行法の問題を解決するための1つの選択肢として、「時間、場所、ならびに行為者の支配下にある残された行為という観点から、犯罪遂行の単なる予備を越えてこれに近接する行為をした者」に未遂罪の刑事責任を課するという線で再定式化し、これを例示規定によって補完するという方法が導かれる。なお、上記の方法を採用し、未遂法が矛盾なく展開・適用されるためには、被告人の行為が未遂罪のアクトス・レウスに到達したか否かを法律問題とすることが決定的に重要であり、現在の1981年法4条3項は大きく疑問である⁽¹²³⁾、と。

(ii) J. Rogersの見解

Rogersは、CP 183の提案内容を検討する中で、①法律委員会の目的に照らすと、予備罪の成立範囲が狭く、現行法を拡張する最善の方法であるか疑問であること、および②未遂罪の二分化という構想が原理的に見て潜在的な可能性を有することの2点について、以下のように論じている。

すなわち、①に関して、法律委員会は、Geddes事件などの「待伏せ」の対処に苦慮した結果、これを予備罪として捕捉するため一連の例示規定を提案しており、これが1981年法の立法趣旨を越えないことを指摘している。

(122) *Id.*, at 37-38.

(123) *Id.*, at 39-41.

そして、予備罪と例示規定の創設により、警察官が現在よりも適切な時点で（訴追の期待をもって）身柄拘束することが可能になると考えている。しかし、例えば、武器使用の犯罪計画を事前に探知した場合、警察官が行為者の犯罪現場での待伏せの時点までこれを容認するとは思われない。武器所持や共謀罪の容疑での対応を考えるであろう。例外的に、警察官がその状況を支配下に収めている場合に限り、危険な犯罪者を自由に行動させ得るにすぎない。このような警察官の行動は、未遂罪に関する実体法がいかなるものであったとしても、何ら変わりがない。

さらに、法律委員会は、自己の提案する事例について、「予定時刻10分前時点で予備罪が成立する」としている⁽¹²⁴⁾。行為者が1時間前に到着して待機していても、十分な近接性は存在しない。そうすると、警察官が現場で1時間前から行為者を観察している場合、やはり10分前まで待機することが求められなければならない。その際、1時間前から10分前に至る待機時間の中で、予備罪の段階に進む時点について、裁判官が陪審員に対してどのように説示するのか疑問である。陪審員も、実際に少年が近づいてきた際に行行為者がどのような行動に出るかを観察するために待機するのではないというのであれば、結局のところ、「警察官が待機すべき理由」について疑問を抱くことになる。有罪判決を確保するという見地からは、行為者が現れた少年に向かって動き出すまで待機する方がよい。しかし、その段階では、現行法の下で未遂罪として刑事責任を課することができる。その意味において、法律委員会の提案は穏当すぎるのである⁽¹²⁵⁾。

ここで、法律委員会が処罰範囲の拡大について「本質的な異議」を示しているわけではないように見える点を強調しなければならない。制定法上の特別の予備罪は、それが略式犯罪でない限り、未遂罪の対象となる。その意味で、近接性の要件は「最後の1点」にまで押し戻されているが、法

(124) CP 183, *supra* note (1), paras 16.56-16.57 [Continuum 2] (*supra* note (71)).

(125) Rogers, *supra* note (105), at 937-943.

律委員会がそのような予備罪の創設を「過度の犯罪化」と論じるわけではない。そうすると、CP 183の提案に係る一般的予備罪は、より早い段階にまで拡張されるべきである。

もっとも、処罰範囲の拡大に慎重な姿勢を採る背景には、(a) 犯罪遂行の意図が典型的にそのように早い段階で証明されることにに対する疑問、および (b) 行為者の自宅内で予備罪が認められるとなると、プライバシー権および公的機関の強制捜査からの自由という、訴追による公共の利益に対する切り札が危険に晒されとの懸念が存在する。

しかし、(a) については、確かに早い段階で意図が証明される事案が少ないとしても、それが存在しないというわけではない。予備罪の範囲の拡大によって、被告人の犯罪傾向を証明するための「悪性格証拠」の適用⁽¹²⁶⁾により、前科者の全く無害な行為が予備罪を理由とする身柄拘束の対象とされかねないという実質的な懸念も想定し得るが、これには証拠法則の厳格化で対処することが可能である。(b) については、自宅における遂行が意図されていない限り、行為者の自宅内での予備罪は成立しないとの特別ルールを設けることが可能である。

こうして、現行法の拡大が実践的であるならば、その動機が指し示すところに従い、幅広い基準を定めたうえで、特定の懸念・影響を払拭するルールを設けることによってこれを制限すべきである。CP 183の提案は、穏当すぎるうえ、決断力に欠ける間接的な解決策である⁽¹²⁷⁾。

次に、②について、未遂罪の二分化の適否を検討する前提として、客観主義と主観主義の対立がある。客観主義は、目標実現への近接性の程度に着目することにより未遂罪の成立時期を遅い段階に求め、不能性の抗弁を一定の限度で受け入れるとともに、行為・結果に関する意図を要求する一

(126) 2003年刑事司法法 (Criminal Justice Act 2003) 101条1項 (c) は、「重要な説明的証拠 (important explanatory evidence)」である場合に、被告人の悪性格に関する証拠の提出を許容している。

(127) Rogers, *supra* note (105), at 943-945.

方で、——これは完全に明確とは言えないが——行為状況に関しては無謀で足りるとする。他方、主観主義は、行為者の心理状態に焦点を当てるため、行為・結果、行為状況の全てに関して意図（又は確信）を要求する一方で、未遂罪の成立時期をきわめて早い段階で認めるとともに、可能性の抗弁の余地はない。

1981年法制定当時の法律委員会は、可能性の抗弁を廃止する点で主観主義の側に、近接性を志向する点で客観主義の側に、それぞれ異なる立場が擁護する利益を分け与えることによって、客観主義と主観主義の思考様式（tradition）を1つの犯罪の中で調和させようとした。しかし、このような方法は、これらが同時に適用される局面で「何れの陣営も」望まないような帰結へと至り得る。例えば、客観的には17歳であることが明白であるが、相手が16歳であるかもしれないと心配しながら現実には17歳の女性と同意に基づいて性交渉を行ったという場合、行為状況に関する無謀で足り、既遂犯実現が不可能であるという事実は重要でないという立場によれば、行為者は強制わいせつ未遂で有罪となり得る。このように、「無謀による不能未遂」が可罰的となるのは、客観主義と主観主義の理論的根拠を混在させていることによるのであり、これは両陣営の妥協による自然な副次的影響である。何れかの立場で一貫して理論化されていれば、行為者は不可罰である。

こうして、客観主義と主観主義を未遂罪という単一の犯罪の枠内で調和させることが複雑な状況をもたらすとすれば、未遂罪と予備罪という2つの異なる犯罪を創設し、前者においては客観主義、後者においては主観主義という形で、それぞれの思考様式を理論的に一貫させるという構想が導かれる⁽¹²⁸⁾。

そこで問題となるのは、2つの犯罪の定義方法である。第1に、「主観主義に基づく予備罪」は、保護法益に対する攻撃にコミットすることに基

(128) *Id.*, at 945-947.

礎づけられるため、行為・結果、ならびに行為状況の存在に関する「確固たる意図 (settled intention)」が必要である。客観的要件は広いものであるが、「その行為が確固たる犯罪遂行意図を確証し得る性質のもの」でなければならない。不能性は抗弁とならない。このような予備罪が広範すぎるのであれば、先に示した特別ルールを導入によって対応することが可能である⁽¹²⁹⁾。

第2に、「客観主義に基づく未遂罪」は、保護法益に対する危険の発生という点に非難の根拠がある。それは、「『実行』行為 (‘executory’ actions)」ならびに「その時その場所で犯罪を遂行する準備」を客観的要件とし、主観的要件としては、行為状況に関する無謀で足りる。さらに、そこでは「犯罪の試みが実現するある程度合理的な展望」の存在が必要である。これは、事実認定者が合理的・仮定的な観察者 (reasonable, hypothetical bystander) を想定したうえで行う展望的判断であり、結果的に失敗したという理由から単純に「犯罪実現の合理的展望はなかった」という結論を下すことには十分慎重でなければならないが、そうした判断に基づき、犯罪実現が明白に不能であり、又はきわめて非蓋然的であるとされる場合には、未遂罪は成立しない⁽¹³⁰⁾。

最終的に、このような未遂罪の二分化という構想は、主観主義と客観主義の不満足な妥協から解放されるとともに、法執行者に対して、予備罪の刑事責任が十分に早い段階で課されることの原理的基礎を提示し得るという点で、とりわけ予備罪がより急進的な内容を付与された場合に、その妥当性が認められるのである⁽¹³¹⁾、と。

3. 法律委員会の検討結果・最終提案

客観的要件に関する以上の議論を踏まえ、LC 318は、以下のように結論づけている。

(129) *Id.*, at 947-950.

(130) *Id.*, at 950-951.

(131) *Id.*, at 951-954.

(i) 未遂罪と予備罪の創設（提案15、15A、16、17）について

法律委員会は、異議10を除き、その他の異議が特別に説得的であるとは考えていない。その大部分は、CP 183の暫定的提案を示す際に既に検討した問題である。それにもかかわらず、①異議10はCP 183に示した政策・方針の有力な批判であり、法律委員会は、未遂法を改善し得ると信じる一方で、その差し迫った必要性の存在について語ることができず、②CP 183の構想に対して、巡回裁判官会議、公訴局、刑事法律家協会、治安判事補佐官協会、ならびに公訴局長官が反対し、ほとんど支持を得られなかったという「2つの事実」が存在しており、CP 183の提案に沿う形で未遂法の改正を提案することは適切でない。こうして、LC 318においては、提案15～17を断念するとの最終的な結論に達した。

また、異議1のように、現在の未遂罪の定義を変更し、法律委員会の提案した基盤を単一の犯罪の枠内とすることは可能であるかもしれない。また、厳格すぎる解釈がなされないことを担保する指針の例示によって、新たに定義された未遂罪がよい形で支えられ得ることも認められる。しかし、そこには、以下のような独自の問題がある。

第1に、「指針となる例示規定を伴う単一の未遂罪」が現在の未遂法の問題に対する正しい対応であること、および例示を設けるべき場所について、共通理解はない。また、提案に係る例示中の状況が一般的犯罪によって捕捉されるべきであるという見方に対しても、十分明確ないし広い支持を得られていない。前者について、刑事法律家協会は例示規定の有用性に疑問を示している。巡回裁判官会議は制定法以外の場所に例示を置くことを、Calvert-Smith裁判官（Mr Justice Calvert-Smith）は制定法上に例示規定を置くことをそれぞれ支持している。後者について、巡回裁判官会議、警察連盟、治安判事補佐官協会、および公訴局は、提案に係る諸状況において刑事責任を課すべきことに広く同意するが、後2者は、それらの幾つかが刑法を過度に拡張し、1981年法の立法趣旨を越える恐れがあるとの懸念を付している。

第2に、「未遂」という言葉の言語的意味を考えると、このような選択肢は、公正な罪名づけの原理を侵害し続ける。試みる以前の予備的段階で有罪となる者が、有罪判決に基づき、現在と同様、試みたが遂行に失敗した者と同様の罪名を付されることになる。

こうして、異議1に従う形で提案を行うことも適切でなく、1981年法1条1項は現行のまま維持されるべきである。法律委員会は、多くの裁判例が現行の未遂罪を幅広く解釈すべきことを認めているという事実に着目している。広い支持を得られなかったことを心に留めつつ、議会が予備罪の創設によって将来的問題に対処するかもしれないことを考慮すると、CP 183の提案を正当化するには重大さの面で不十分である。

最後に、未遂罪に内在する柔軟さは、「各裁判所が異なる形で害悪の性質に依拠しながら単なる予備（不可罰）と未遂との区別を行う権限を有している」ことを意味する。現行法において、未遂と予備の限界線をどこに引くかは、犯罪の重大さ（seriousness）、侵害性（damaging）、ならびに反社会性（anti-social nature）の程度に依存し得る。それらの程度に応じて、未遂罪の限界線が犯罪遂行から離れた時点に引かれる場合も想定される。意識的にせよ無意識的にせよ、これが裁判所の採用する姿勢であるならば、指針となる例示規定の十分な必要性はない。現行の未完成犯罪の本質的な柔軟さは、それがいかなる罪名を有するものであれ、全般的に、犯罪類型に応じて正当な判断を得ようとする努力がなされるであろうことを意味する。このような理解によれば、Geddes事件判決は、妥当なアプローチから逸脱したものであり、必要な場合には、制定法上の予備罪の創設による対処がなされるべきである⁽¹³²⁾。

(ii) 不作為による未遂（提案19）について

これに対して、提案19については広い支持が得られた。この点に関する

(132) LC 318, *supra* note (2), paras 8.67-8.82.

裁判例は未だ存在しないが、裁判所が不作為を除外する限定的解釈を採用する可能性はある⁽¹³³⁾。1989年刑法草案49条1項に関する注釈によれば、1981年法は不作為を含まないものと「一般に信じられている」⁽¹³⁴⁾。確かに、

(133) LC 318において、裁判所が不作為を除外した事例として、Lowe事件（[1973] Q. B. 702.）とAhmad事件（(1987) 84 Cr. App. R. 64.）が挙げられている。

Lowe事件は、生後9週程度の娘を病院に連れて行かなかったところ、約10日間の脱水状態と重大な麻痺病によって死亡したという事実につき、両親が①故殺罪と②児童虐待（悪意の放置による健康への不要な侵害（1933年未成年者法（Children and Young Persons Act 1933）1条1項）で訴追され、両罪について有罪判決を受けたため、被告人が①「②について有罪判決を出したならば、死亡結果が虐待行為を原因とし（resulted from）、又はそれによって促進された（accelerated）と認定することができるときには①の故殺罪についても有罪判決を出さなければならない」との事実審裁判官の説示に法的な誤りがあること、②法的に何が「悪意の放置」を構成するかという問題について裁判官が陪審員を誤導したことを理由に上訴した事案である。

控訴院は、②悪意の放置については「その不作為が（a）熟慮された意図的なものであり、（b）健康への不要な侵害の原因であったか」が問題であるとして②の有罪判決を支持する一方、①たとえそれが意図的であり、死亡の原因であったとしても、被告人がその放置の結果を予見していなかった場合には、単なる放置が必然的に故殺罪を構成するわけではなく、作為と不作為との間には明確な区別があるとして、①の有罪判決を破棄している。

Ahmad事件は、建造物の大規模な改築工事により居住者の日常生活に害が生じ、所有者と居住者との間で見解の行き違いがあったことからその工事が中断され、その害が除去されなかったという事実につき、所有者が1977年占有剥奪保護法（Protection from Eviction Act 1977）1条3項違反の罪（「（a）その建物若しくはその一部の占有を断念させ、又は（b）その建物若しくはその一部に関する権利の行使・補修の訴えを差控えさせる意図をもって、建物の居住者に対して、その居住者の平穏若しくは快適さを害する行為をし（does acts）、又は合理的に要求されるサービスを継続的に差控えた者は、……有罪である」と規定している）で訴追され、有罪判決を受けたため、放置は本罪の「行為」に含まれないとして被告人が上訴した事案である。

控訴院は、「所有者が自己の意思によりその建物を居住不可能な状態にし、その状態を放置した事実があると認定する場合には、建物を放置したことは……居住者の平穏又は快適さを害する行為をしたものと評価し得る」としてその判断を陪審員に委ねた事実審裁判官の説示につき、新たな犯罪を創設する制定法は厳格に解釈しなければならず、1977年法1条3項は所定の意図なく既に発生させた害を除去する責任を課すものでないとし、工事を完成させないという被告人の放置は本罪にいう「行為をし」たものでないと結論づけ、有罪判決を破棄している。

(134) Law Commission No. 177, *A Criminal Code for England and Wales, Report and Draft Criminal Code Bill* (1989, HMSO), vol. 2 para 13.46.

「犯罪遂行の単なる予備を越える不作為」を特定することは概念的に困難であり、不作為による未遂の訴追も稀かもしれない。しかし、Gibbins and Proctor事件⁽¹³⁵⁾を例にとって説明したように、第三者による偶然の介入によって生命が救助されたということを理由として、謀殺未遂の罪責を免れるのは、刑法の一般原理に反し、正義の要請に適わない点で妥当でない。

しかしながら、LC 318では、より狭い改正が正当化されるにとどまるとの結論に到達した。それは、①謀殺未遂以外の犯罪類型に関する説得的な筋書きが十分でないこと、②一般的な不作為の規定が未遂法にさらなる複雑さをもたらすこと、③「識別可能な欠陥を修正するために厳密に必要な限度でのみ、刑法の範囲を広げるべきである」というきわめて重要な原理が存在することを理由とする。現状では、被告人の意図が殺人であり、陪審員が証拠上合理的な疑いを超えてこれを認定し得るとしても、不作為による謀殺未遂が成立しない可能性がある。この法的間隙を塞ぐ必要があるが、「一般的」に不作為を含むという形で未遂法を拡大することが必要

(135) *R v. Gibbins and Proctor*, (1918) 13 Cr. App. R. 134. 本件は、Gibbinsが事実婚の関係にあるProctorに相当の生活費を渡したうえで、家事・育児等を全面的に任せていたところ、ProctorがGibbinsの娘（7歳）を自宅2階に隔離し、十分な食事等を与えないまま長期間放置して餓死させたという事実につき、Gibbins、Proctorの両名が謀殺罪で訴追され有罪（死刑）判決を受けたため、①公判審理を分離しなかった点に裁判の誤り（miscarriage of justice）があること、②謀殺罪に関する裁判官の説示に法的誤りがあることなどを理由に上訴した事案である。

刑事上訴院（Court of Criminal Appeal）は、①審理を併合するか分離するかは裁判官の裁量に属しており、②事実審裁判官による謀殺罪の説示は正しいものであったとして、上訴を棄却した。なお、Proctorについて、「子の世話をし、同居する法的義務（obligation）はなかったが、実際に世話をし、食事を与えるために金銭を受け取っていた同人には、子の食事、状態の確認、および医療上の注意をする義務（duty）があり、その放置は少なくとも故殺罪を構成するとし、陪審員が「Proctorは悪意の放置を越え、熟慮に基づいて食事を与えなかったとして、故殺罪にとどまらず、謀殺罪の有罪評決を出した点は正当である」と判示した。Gibbinsについても、娘と同居していながら、同人を放置しており、その状況を確認したならば娘がどのような健康状態にあるか認識していたに違いなく、重大な身体的傷害が発生することを意欲し、家庭内で起きている事柄に干渉しなかったとして、謀殺罪の有罪判決を支持した。

論 説

であり、又は望ましいものとは考えられない⁽¹³⁶⁾。従って、LC 318では、以下のような最終提案を行う。

【最終提案20】⁽¹³⁷⁾

被告人が（殺害の意図をもって）被害者に対する法的義務を懈怠した場合（その不作為が妨害・阻止されなければ被害者が死亡していたであろう場合）に「謀殺」未遂の有罪判決を受け得るよう、1981年法を改正すべきである。

【改正草案 第6条】⁽¹³⁸⁾

(1) 1981年刑事未遂法を以下のように改正する。

(a) 1981年法1条（犯罪遂行の未遂）中、4項以下に次の5項を追加する。

(5) 1項は、謀殺未遂への適用において、行為した（doing of an act）という文言が行為しないこと（failure to act）を含む効果を有する。

(b) 1981年法4条（審理・刑罰）中、3項以下に次の3A項を追加する。

（3A）謀殺未遂に関しては、3項は1条5項に従って解釈されなければならない。

(2) 本条は、本法施行前になされた不作為に対しては適用されない。

(3) 主観的要件

1. CP 183における提案・諮問内容

CP 183における主観的要件に関する提案は、①犯罪遂行の意図には間接的意図および条件付意図の双方が含まれること（提案18）、②犯罪遂行の意図は行為および結果の要素を対象とすること（提案18A）、③行為状況に関して、既遂犯が（a）主観的無謀を規定している場合、未遂罪もそ

(136) LC 318, *supra* note (2), paras 8.142-8.150.

(137) *Id.*, paras 8.151-8.153, 9.20. なお、CP 183と同様、LC 318についても、共謀罪に関する最終提案からの通し番号をそのまま引用する。

(138) *Id.*, Appendix A — Draft Conspiracy and Attempts Bill s. 6.

れで足りるが、(b) 客観的無謀、過失、無過失を規定している場合、未遂罪には主観的無謀が必要であるとする事 (提案18B)、(c) 「認識」など、より高度の要件を規定している場合、未遂罪も同様とする事 (提案18C)、諮問内容は、提案18Bに関連して、未遂罪も既遂犯と同一の要件で足りるとすべきか (諮問3) というものであった。

2. CP 183に対する意見とそれに対する法律委員会の認識・回答

(i) 意図の意義について (提案18)

LC 318の説明によれば、まず、「間接的意図」については、多くの広い同意が得られた。1981年法の中に、その他の犯罪に適用されるものとは異なる「特別の基準」を挿入することは不適切であることから、1981年法における「意図」は一般的立場に沿う形で直接的意図 (目的) と間接的意図の双方を包含すべきであるとの見解を採る⁽¹³⁹⁾。

次に、「条件付意図」に関する提案は、Saik事件貴族院判決⁽¹⁴⁰⁾にお

(139) *Id.*, paras 8.87-8.95.

(140) *R v. Saik*, [2007] 1 A. C. 18. 本件は、両替商経営者 (sole proprietor of a bureau de change) が他人の犯罪利益の移転・洗浄 (1988年刑事司法法 (Criminal Justice Act 1988) 93C条第2項) の共謀罪で訴追された事案である。

被告人の有罪答弁により、事実審において有罪判決が下され、控訴院への上訴も棄却されたが、貴族院は、共謀罪を規定する1977年刑事法1条2項が「行為状況の認識」を必要としていることを確認し、①その金銭が犯罪収益であったこと、②被告人が犯罪収益であると疑っていたと供述していること、③被告人が犯罪収益であることを「認識していた」とは供述していないことをそれぞれ摘示し、有罪判決を破棄している。

その中で、Lord Nichollsは、条件付意図について、「禁止された行為をする意図は、たとえその意図が特定の事象の発生又は不発生に条件づけられているとしても、[共謀罪の] 枠内にある。……明日、銀行に到着した際に危険がないならば強盗に入るといふ共謀は、このような条件を理由として、強盗罪の共謀と言えないわけではない。……空想的な事案は別として、合意の条件的性質は、その共謀を1977年刑事法1条1項の枠外に置くために十分なものではない」としている。

本件は、CP 183・LC 318を通じて、1977年刑事法改正に向けた法律委員会の姿勢に少なからず重要な影響を与えている (CP 183, *supra* note (1), paras 1.20-1.24; LC 318, *supra* note (2), paras 1.33-1.46.) が、本稿の検討課題を越えるため、他稿において別途紹介・検討することにしたい。

ける「確固たるアプローチ (robust approach)」を反映したものである。確かに、被告人の行為が「単なる予備を越える」ことを要件とすることは、条件付意図が未遂罪の実務上の主要な問題として提起される機会を限定するが、例えば、価値のある物を見つけた場合にのみその住居内から財物を盗もうと意図し、開いた窓から侵入する場合や、刺青をしていない場合にのみ強姦しようと意図し、女性をベッドに押し倒す場合、宗教的又は政治的団体への所属・加入に関する質問に一定の回答をした場合にのみ殺害しようと意図し、相手方の頭部に拳銃を突きつける場合など、一定の状況においては問題となり得る。

Attorney General's Reference (Nos 1 and 2 of 1979) 事件において、控訴院は、行為者が必要な物がある場合にのみ窃取する意図をもってバッグを開けたならば、領得する物が何もなくとも窃盗未遂で有罪判決を受け得るが、それは「起訴状に、被告人は『その内容物の一部又は全部』を窃取する意図であった」との記載がある場合に限られるという「手続的解決」を定式化し、LC 102もこれを支持した⁽¹⁴¹⁾。しかし、実際の内容物「以外の物」の窃取を意図している場合もあれば、実際には内容物が「空」のこともあり得る以上、現在の解決策では不十分である⁽¹⁴²⁾。

こうして、控訴院の手続的解決を放棄し、共謀罪に対する裁判所および法律委員会の立場を一貫させ、「何か価値のある物を認めた場合にのみ窃取しようと意図し、自動車に侵入しているところを発見された場合には、それにもかかわらず、被告人は窃盗の意図をもって行為していたものと言わなければならない」という見解を提示した。実行が一定の事柄に条件づけられていることは、1981年法1条1項の目的に照らし、「犯罪意図を有する」と見ることの妨げにならない。この点については、幅広い同意が得られた⁽¹⁴³⁾。

(141) LC 102, *supra* note (26), Appendix E para 10.

(142) LC 318, *supra* note (2), paras 8.96-8.102.

(143) *Id.*, paras 8.103-8.105.

(ii) 意図の対象について (提案18A-C)

まず、「行為」と「結果」は、犯罪遂行の意図の対象となる。例えば、謀殺未遂において「重大な身体的傷害を惹起する意図」で足りるとされる謀殺既遂と異なり、①謀殺行為、②その行為から死亡結果が発生することの2点を意図していなければならない。

次に、「行為状況」について、CP 183は、その存在を意図、認識又は確信する必要はなく、既遂犯が行為状況に関する主観的無謀を要件としている場合には未遂罪もそれで足りるとする Attorney-General's Reference (No 3 of 1992) 事件における控訴院の立場を支持した。その一方で、その立場が厳格責任犯罪や無過失犯罪の未遂に拡張されたとき、行為状況に関する被告人側の非難可能な心理状態が一切不要となり、結果を要件としない犯罪類型の場合、当該行為を遂行する意図以外に主観的要素が不要となってしまうことから、その立場を単純に拡張し、未遂罪の主観的要件を既遂犯と完全に同一とすることには反対した。

このような提案18A、18Bについては、裁判所の構成員を除き、大多数の支持を得ることができた。その一方で、巡回裁判官会議は、「被告人が既遂と未遂とで択一的に審理された場合、陪審員に対する説示が難しく、彼らを混乱させてしまう」という懸念を表明した。確かに、その場合には異なる説示が必要になるが、そのような公判審理は稀であり、またこのような理由から、その議論がそれ自体としてCP 183の提案を断念させるほど十分に説得的であるとは言えない。

その他、単純化された立場が厳格責任犯罪・無過失責任犯罪について不公平な結論を生み出す理由は「既遂犯の規定方法」によるものであり、未遂法の改正でなく、むしろ既遂犯それ自体の改正が必要であるとの意見や、犯罪は個人の自律・自己決定 (individual autonomy) を保護しているものであるから、その重要性が非難可能な心理状態を要件としない形で定義されている場合には、未遂罪に対しても同様の立場が正当化され得るとの意見もあった。

確かに、前者の意見には利点があるかもしれないが、その立場が「既遂犯に内在する諸問題を……未遂罪に拡大すべきでない」という重要な原理の問題から導かれる訳ではない。無過失犯罪それ自体には非常に正しい理由があるかもしれないが、それは未遂罪に適用する際の「正当化根拠」としては相当に弱いものと思われる。後者の意見についても、個人の自律・自己決定を第1次的に保護する既遂犯類型は存在するものの、予備的行為を基礎として刑事責任が課され得ることを認めるとき、未遂罪にも既遂犯と同一の立場が正当に適用され得るとの議論は弱められる。さらに、無過失又は過失に基づく未遂罪という概念が、「犯罪遂行の意図をもって」なされた行為という未遂罪の成立要件と容易に同居しないことも再度指摘しなければならない⁽¹⁴⁴⁾。

最後に、提案18Cについては、完全な同意が得られた。これは、既遂犯を「遂行する意図」を有する場合にのみ未遂の罪責を負うという観念と完全に整合する。しかし、共謀罪に関する提案⁽¹⁴⁵⁾と同様、より高度の主観的要件に言及する必要性を避けるため、その内容に僅かな修正を加えた⁽¹⁴⁶⁾。

3. 法律委員会の検討結果・最終提案

【最終提案17】⁽¹⁴⁷⁾

1981年法1条1項の諸目的に照らし、犯罪遂行の「条件付意図」を含むよう同法を改正すべきである。

【最終提案18】⁽¹⁴⁸⁾

行為状況の要件を有するが、それに対応する主観的要件を規定していない既遂犯、

(144) *Id.*, paras 8.108-8.131.

(145) *Id.*, paras 2.146, 9.4.

(146) *Id.*, paras 8.135-8.136.

(147) *Id.*, paras 8.106, 9.17.

(148) *Id.*, paras 8.132-8.134, 9.18.

又はそれに対応する主観的要件を規定しているが、それが客観的なものである既遂犯に関しては、被告人が行為時においてその状況に関して主観的に無謀であった場合に限り、その未遂罪として有罪判決を下すことが可能でなければならない。

【最終提案19】⁽¹⁴⁹⁾

ある事実又は状況に関連する過失（又はそれに相当するもの）を越える主観的要件を規定している既遂犯に関しては、被告人が行為時において既遂犯と同一の主観的要件を有していた場合、その未遂罪として有罪判決を下すことが可能でなければならない。

【改正草案 第7条】⁽¹⁵⁰⁾ 未遂罪の主観的要件

(1) 1981年刑事未遂法3条以下に、次の3A条を追加する。

(3A)

- (1) 被告人は、本条2項および4項の諸要件が充足されない限り、本法1条に照らし、又は制定法上の特別規定の下で有罪とされない。
- (2) 被告人は、(a) 犯罪の成立要件となる作為、不作為その他の行為、および (b) 犯罪の成立要件となり、又は主観面の証明が要求されるところの結果を惹起することを意図していなければならない。
- (3) 本条4項（一定の場合には5項と併せて読まなければならない）は、ある事実又は状況の存在が犯罪の成立要件であり、又はその存在について主観面の証明が要求される場合に適用される。
- (4) 本項が適用される場合、被告人は、主観面の証明という犯罪の成立要件を充足するところの事実又は状況の存在について、一定の心理状態を有していなければならない。
- (5) 前条の目的に照らすと、(a) 過失、合理的確信の不存在その他これに相

(149) *Id.*, paras 8.137, 9.19.

(150) *Id.*, Appendix A — Draft Conspiracy and Attempts Bill s. 7.

当する心理状態の証明の要件は、無謀の証明を要求するものとして、(b) 事実又は状況の存在に関する主観面の証明を要求していない犯罪は、その存在に関する無謀の証明を要求するものとして、それぞれ取り扱われなければならない。

- (6) 作為、不作為その他の行為又は結果の発生・惹起を意図していることを証明しなければならないという本条の規定は、行為者が、特定の条件が揃った場合にのみ、作為、不作為その他の行為又は結果が発生し、又は惹起されると意図していたことを証明すれば足りる。

- (2) 本条は、本法施行前になされた作為又は不作為に対しては適用されない。

4. 最終提案の帰結・影響について

これらの提案は意図された既遂犯の多種多様な外部的要素を区別するものであるが、実際に裁判所がこうした区別を行っていること、および多くの既遂犯規定が容易に確認され得る 1、2 の要件を越える証明を要求していないことなどを考えると、新たな問題や複雑さが必然的に生じるわけではない。例えば、謀殺罪の未遂で有罪判決を下すためには、被告人がその行為と結果を意図していたことの証明が必要となる。また、所定の犯罪を遂行する意図をもって不法侵入者として建造物又はその一部に立ち入ったことの証明を要求する不法侵入罪（1968年セフト法 9 条 1 項 (a)）の未遂の場合、訴追側が、①被告人の行為が「単なる予備を越える」ものであることに加えて、②当該行為（建造物又はその一部への立ち入り）を意図していたこと、③当該状況（不法侵入者であること）に関して主観的に無謀であり、又はこれを認識していたこと、ならびに④ 9 条 2 項所定の犯罪を遂行する意図を有していたことの 4 点を証明する必要があることになる⁽¹⁵¹⁾。

(151) *Id.*, paras 8.139-8.141.

(4) その他の関連問題

1. 未遂罪の対象犯罪

1981年法1条1項、4項によれば、略式犯罪の未遂の訴追は不可能である。CP 183では、LC 102の提案に従い、これを可能とすべきであるという提案を行った(提案21)。

これに対しては、警察連盟、公訴局、Calvert-Smith裁判官、治安判事補佐官協会の賛成が寄せられた。しかし、刑事法律家協会がこれに反対し、巡回裁判官会議が略式犯罪の未遂という刑事責任の基礎に疑問を提起し、状況を特定した予備罪の創設で対応すべきことを示したことが重要である。

提案21の内容は、未遂罪の刑事責任を略式犯罪にまで拡大することであり、それが1981年法の立法趣旨に反し、実体刑法の範囲の拡大となることを考えると、きわめて広い共通理解が得られた場合に限りこれを改正提案に結びつけることが可能である。こうして、法律委員会は、提案21を断念し、特定の状況において刑事責任を拡大すべき明白な必要性がある際には、巡回裁判官会議の提案に従うことにした⁽¹⁵²⁾。

2. 裁判官と陪審員の役割

「被告人の行為が単なる予備を越えたか否か」の判断に関する裁判官と陪審員の役割について、1981年法4条3項はこれを事実問題としている。しかし、CP 183はこの議論に必ずしも説得されず、裁判官は①刑事手続における法的判断者(tribunal of law)として、未遂罪と単なる予備を区別する限界線・基準を法律問題として自ら決定し、②事実認定者(tribunal of fact)に対して、提示された証拠に照らし、そのような基礎に基づき、被告人が未遂罪で有罪か否かを決定するよう導かなければならないと提案した(提案20)。

その根拠は、「不誠実(dishonesty)」や「重大な過失(gross negligence)」

(152) *Id.*, paras 8.154-8.161.

のように、共通の行為基準を反映する諸価値によって十分に情報が与えられる概念は、司法的指針を与えられた陪審員の総合的判断および一般常識に委ねるのが適切と考えられるが、裁判官が法的権限に照らして既に同一の争点について決定を下している場合に、陪審員に「単なる予備はいつ終わるのか」の決定を求めるべきではない点、公共政策についてあらゆる適切な考察を行ったうえで、その基準が適切に検討・適用されることを担保するためには、その問題は法律判断を行う者のみに向けられなければならない、決定的に重要な政策的理由を適切に理解していない一般の陪審員に未遂罪と単なる予備の区別を委ねることは適切でない点にあった。

提案20について、公訴局、治安判事補佐官協会、警察連盟、ならびに Calvert-Smith 裁判官などの多数が同意した。しかし、巡回裁判官会議はこれを説得的なものと受け止めず、現在の立場から離れる正当な理由を見出し得なかった。刑事法律家協会も、①陪審員の判断すべき事実問題である「重大な身体的傷害」を例に挙げ、未遂罪に対する立場は刑法のその他の領域に対するものと異ならないという理由から反対し、②犯罪が遂行されたか否かを裁判官が判断し、陪審員の役割が「証拠に基づき、被告人がこれを遂行したか否か」を決定することに限定されることを意味する点に対して懸念を示した。

確かに、①「重大な身体的傷害」について、「限界事例」では事実審裁

(153) *R v. Hicks*, [2007] EWCA Crim. 1500. 本件は、被告人が被害者を殴って気絶させ、その他数名の者が路上に倒れた同人にさらなる暴行を加え、頭蓋骨折等の傷害を負わせたという事実につき、重傷害罪 (1861年人身犯罪法 (Offence Against the Person Act 1861) 20条) の有罪判決を受けたため、被告人が上訴した事案である。

被告人の主たる上訴理由は、殴打の事実のみで被告人を有罪とすることはできず、同人がその後全ての傷害結果を惹起したところの共同計画 (joint enterprise) の一員であると認められるに場合にのみ、有罪と結論づけ得るとの説示を行うべきであったというものであるが、控訴院は、重傷害の意義や因果関係に関する事実審裁判官の説示に重大な法的誤りはなく、その有罪判決を不当なものとする見てもできないとして、上訴を棄却した。

判官が陪審員にこれを判断するよう指示する⁽¹⁵³⁾。しかし、未遂罪は、傷害の事案のように単純な事実問題でない。すなわち、「重大な身体的傷害」の事案においては、陪審員がこれは「重大でない」が、「重大であったならば訴追された犯罪の罪責を負うことになっていたであろう」と結論づけた場合には、事実的な身体的傷害の惹起という別の犯罪が成立し得る。そこには、被告人が惹起し得る多種多様な傷害に沿って一連の連続的な刑事責任が存在する。これに対して、未遂罪の問題は、刑事責任を賦課する可否かというきわめて核心的・基底的争点につながっており、その判断には複雑な政策的考慮が必要となる。重要な政策的考慮を認識し、控訴院の裁判例による支持・援助を受ける事実審裁判官こそ、この問題を最もよく判断し得る。

また、②提案20によると「裁判官が犯罪遂行の有無を決定することになる」との指摘は、提案内容の完全に正確な理解とは言えない。犯罪が遂行されたか否か、被告人がこれを遂行したか否かの2点は、何れも陪審員が決定することになる。

最終的に、提案20は2つのきわめて重要な組織に支持されなかったという事実が残る。十分な賛成がある場合に限り刑法を改正すべきものと考えられ、刑事法律家協会の反対意見も、全く理由のないものではない。そこで、1981年法4条3項を改正する方向でこの提案を進めることは誤りであると判断し、最終提案を行わないという結論に達した⁽¹⁵⁴⁾。

(5) 小括

以上、本章では、LC 318に焦点を当て、CP 183における諸提案に対する意見の内容とそれに対する法律委員会の認識・回答から最終提案に至る検討の過程、ならびに最終提案の内容を紹介してきた。

LC 318の内容の中で、何よりもまず注目されるのは、未遂罪と予備罪

(154) LC 318, *supra* note (2), paras 8.162-8.184.

という「2つの新たな犯罪の創設」(提案15)が断念された点である。提案15は、未遂罪の客観的要件という重要問題について、未遂罪という類型を維持し、処罰範囲を拡大することなく、かつCampbell事件やGeddes事件を一般的犯罪として捕捉するために、慎重な配慮、周到的検討を踏まえつつ提示された選択肢であり、CP 183のまさに「中心的存在」であった。しかし、この提案に対しては、処罰範囲の広狭の問題、未遂罪の定式・文言、例示の要否・内容・記載場所といった規定方法の問題から、択一的訴追や有罪答弁に関連する問題、裁判官による説示方法という陪審制に特有の問題に至るまで、実体・手続双方の観点から様々な異議が示され、結果的に広い支持を得ることができなかった。

法律委員会はその大多数を「説得的と考えない」にもかかわらず、異議10に集約されるように、差し迫った必要性があると断言できないこと、および多数の反対を受けたという事実を理由として、最終的にこれを断念すると同時に、「未遂罪を維持・修正しつつ例示規定によって不明確さを補う」という選択肢⁽¹⁵⁵⁾も採用せず、現行の未遂罪を維持することを決断した。

CP 183 公表後に示された消極的反応からも予測されたように、現時点において「未遂罪の二分化」という立法提案を差控えるとの法律委員会の最終決断は、やはり「賢明な」⁽¹⁵⁶⁾選択と言わざるを得ないように思われる。

その一方で、主観的要件については、CP 183の提案に僅かな修正を加える形で最終提案が示された。すなわち、既遂犯と同様、「意図」には直接的意図のみならず、間接的意図ならびに条件付意図も含まれ(最終提案17)、行為・結果については意図を、行為状況については主観的無謀を最低限の要件としつつ(最終提案18)、既遂犯が主観的無謀を越える高度の要件を規定する場合には未遂罪も同様のものを要件とする(最終提案19)

(155) Clarkson, *supra* note(105), at 36-41. See also Editorial, *supra* note(105), at 2.

(156) Editorial, *Reforming Inchoate Offences*, [2010] Crim. L. Rev. 343.

というものである。

これらは、次第に確立されつつある裁判所の立場を基本的に踏襲しつつ、これを一般化しようとするものである。とりわけ、最終提案18、19は、非難可能な心理状態という観点から、「行為状況」に関する既遂犯類型の規定に応じて未遂罪の主観的要件を明確化するものであり、「意図」から「厳格責任」・「無過失犯罪」に至るまで多様な主観的要件が存在するイギリス法の特色を反映し、独自の内容を伴ったものとなっている⁽¹⁵⁷⁾。

また、未遂罪の対象犯罪について、CP 183では略式犯罪への拡大の可能性とその根拠が提示されたが、LC 318ではその提案が断念され、正式起訴可能犯罪に限定するというコモン・ロー時代以来の原則が堅持されることになった。

同様に、裁判官と陪審員の役割について、「単なる予備を越えるか」を「裁判官の判断する法律問題」とするCP 183の提案も、これを支持する見解が複数存在するにもかかわらず⁽¹⁵⁸⁾、最終的に断念され、「陪審員の判断する事実問題」とするCook事件以降の裁判所の立場が維持されることになった。これは、「幅広い共通理解が得られた場合にのみ最終的な立法提案に踏み切る」という法律委員会の基本姿勢に拠るところが大きいが、それと同時に、現行法の処罰範囲の拡大に慎重な姿勢が採られている点も、看過してはならないであろう。未遂罪が「『侵害予防のための効果的介入』と『非難可能性』との衡量の所産」であるとの理解⁽¹⁵⁹⁾を想起するとき、法律委員会の姿勢には十分な理由があるものと思われる。

こうして、LC 318においては、最終的に、「犯罪遂行の意図」の意義と

(157) イギリス法において、主観的要件は、一般的に、「意図 (intention)」、「認識 (knowledge)」、「無謀 (recklessness)」、「過失 (negligence)」、「無過失・厳格責任 (strict or absolute liability)」などに区別して論じられている。R. Card, *Cross and Jones Criminal Law* (19th ed., 2010, Oxford University Press), at 76-110, 141-169.

(158) Editorial, *supra* note (105), at 2 ; Clarkson, *supra* note (105), at 41.

(159) CP 183, *supra* note (1), paras 15.6-15.7.

対象という主観的要件に関する提案（最終提案17～19）、および「不作為による謀殺未遂」に関する提案（最終提案20）が示される一方、その他の提案は断念されることになり、その内容はいわば必要最小限の改正を提案するものとどまるものとなった。

もっとも、本稿において、法律委員会の最終決断の可否、最終提案の内容をこれ以上立ち入って評価・分析することはできない。CP 183・LC 318を通して、法律委員会の検討作業の目的は、未遂罪と共謀罪に焦点を当て、それらの現行法上の問題点を抽出し、未完成犯罪である両罪の「統一的・整合的理解を図る」という点にあった。実際に、LC 318の最終提案17～19は、共謀罪に関する提案内容と平仄を合わせる形で行われている。その意味で、共謀罪に関する部分についても本稿と同様の作業を行い、法律委員会の立場、その検討・提案内容を明らかにしておくことが、適切な評価・分析を加えるための前提になるものと考えられるからである。

しかし、何れにせよ、今回の法律委員会の最終的な決断の結果、「予備と未遂の区別」に関しては、未遂法における最重要課題の1つとして、今後も従来と同様の問題状況が継続することになるものと予想される。そして、この点が問題となる際には、CP 183やLC 318の議論に促され、様々な政策的考慮に合致する緩やかな解釈を採ることが裁判所に「期待される」⁽¹⁶⁰⁾ ことになろう。従って、法律委員会の改正提案の動機づけとなった「待伏せ」の事案をはじめ、Geddes事件に類似する事案に直面した際、裁判所がこれをどのように取り扱うのか、「単なる予備を越える行為」という1981年法1条1項の文言を裁判所がどのように解釈・適用していくのか、まずは今後の裁判例の動向を注意深く観察する必要がある⁽¹⁶¹⁾。それ

(160) CP 183, *supra* note (1), para 16.58.

(161) なお、「不能性」は今回の検討作業の対象外に置かれていたが、未遂罪における重要問題の1つである。LC 318との関連で言えば、「行為状況」に関する最終提案18、19が実現し、1981年法が改正された場合に、不能未遂を「原則可罰的」とする同法1条2項の下で「無謀による不能未遂」がどのように取り扱われるのかは、今後の1つの課題となるであろう。Rogers, *supra* note (105), at

と同時に、Geddes事件判決のように厳格な解釈が採用され、無罪判決が出された場合に議会がどのような対応を見せるのかという点も、看過することはできない。また、LC 318の文書としての性格や、政権交代などの諸事情に鑑みれば、今回の最終提案がそのままの形で立法化される保障もない。今後の議論の展開にも併せて注目しておかなければならないであろう。

IV 結 語

本稿では、CP 183およびLC 318という法律委員会の2つの文書を手掛かりとして、共謀罪と未遂罪に関する一連の改正提案のうち、後者に係る1981年法改正提案に焦点を当て、その内容を紹介するとともに、簡潔な検討を加えることにより、イギリスにおける未遂法の現状と課題を明らかにすることに専心してきた。

そこでは、①「予備と未遂の区別」という問題、「単なる予備を越える行為」という文言の解釈問題が、コモン・ロー時代以降、現在に至るまで連綿として存在し続け、無罪判決を出した2、3の控訴院判決を重要な契機として、その文言の不明確さを補う手段として、例示規定の必要性が主張されるとともに、最終提案には到達しなかったものの未遂罪の二分化という立法論が展開される状況に至っていること、②「犯罪遂行の意図」という文言について、既遂犯と同様の意義を与えるべきか否か、意図の対象は全ての客観的要件に及ぶのかといった点が問題となっており、とりわけ行為状況に関する提案内容に現れているように、既遂犯の主観的要件が多様な形で規定されていることを反映して、イギリス法特有の議論が展開されていること、③陪審制を擁するイギリス法の伝統的な問題として、複雑

946-947. See also G. Williams, *The Problem of Reckless Attempts*, [1983] Crim. L. Rev. 365 ; R. A. Duff, *Recklessness in Attempts (Again)*, 15 O. J. L. S. (1995) 309.

な政策的根拠を十分理解したうえで①の判断をより適切に行い得るのは何れかという形で、裁判官と陪審員の役割が常に議論されていること、④未遂罪の対象犯罪を略式犯罪にまで拡張することには根強い批判があり、慎重な姿勢が採られていることなどの諸点が明らかとなった。

さらに、法律委員会の検討作業は、未遂罪の解釈論にとどまらない具体的な立法論であることから、一連の議論の中で、上記の実体的・手続的問題に加えて、これらを規定する政策的根拠、未遂罪の不法内容、処罰範囲の拡大に対する規制原理など、未遂罪の根底にある原理的問題が少なからず示されていることも確認しておかなければならない。それと同時に、Clarkson, Rogers両者の見解に見られたように、客観主義・主観主義という枠組みに基づく分析がなされている点も注目される。イギリスでは、G. Williams⁽¹⁶²⁾やA. Ashworth⁽¹⁶³⁾などに代表される主観主義的諸理論が伝統的に支持されてきたが、G. Fletcherが客観主義的理論を導入し⁽¹⁶⁴⁾、Duffが客観的未遂論を展開して以降⁽¹⁶⁵⁾、このような分析手法、ならびに客観主義的理論は、未遂罪の文脈を起点として、少しずつ浸透しつつあるように見受けられる。

もっとも、本稿は、ここから直截に日本法への示唆を得ることを目的とするものではない。そうした示唆を導き出すためには、日本における未遂犯論を綿密に検討することはもとより、イギリス法全体における未遂罪の意義・機能を的確に析出することが必要である。そして、後者の作業を行うためには、制定法上の予備罪その他処罰ないし法執行機関による介入の早期化を正当化する多様な制定法など、未遂法と同様の役割を担う犯罪類

(162) G. Williams, *The Lords and Impossible Attempts, or Quis Custodiet Ipsos Custodes*?, 45 Cambridge L. J. (1986) 33.

(163) A. Ashworth, *Criminal Attempts and the Role of Resulting Harm under the Code, and in the Common Law*, 19 Rutgers L. J. (1988) 725.

(164) G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Reprint, 2000, Oxford University Press), at 157-184.

(165) Duff, *supra* note (13), at 145-236, 348-400.

イギリスにおける未遂法の現状と課題について（2・完）

型との相互関係を明らかにするとともに、未遂罪と同じ未完成犯罪である共謀罪に関する十分な研究をも踏まえておくことが望まれるであろう。しかしながら、本稿にそのような準備・能力はない。

本稿において得られた内容を研究の基礎としつつ、新たな課題に今後も取り組んでいくことにしたい。