

# イギリスの未遂犯についての一考察

藤岡一郎

## 目次

- 一、はじめに
- 二、未遂理論の根拠
- 三、未遂規定のための判断規準
- 四、おわりに

## 一 はじめに

イギリス刑法では、未遂罪は、コモン・ロー上の犯罪であり、メンズ・レア・および、アクトス・レウスを必要とするが<sup>(1)</sup>、それぞれの内容、および、その関連は、イギリス刑法における未遂犯の歴史を通じて変遷してきた<sup>(2)</sup>。

それは、ドイツ刑法理論、および、日本刑法理論にみられる客観主義と主観主義の対立、そしてその止場への傾向に比しうると思われる。もちろん、ドイツと日本における客観主義と主観主義の対立は、犯罪論、刑罰論の全分野にわたる問題であり、

イギリスの未遂犯についての一考察

その未遂に関する論点が「実行の着手」、<sup>(3)</sup>「可罰未遂」と「不能未遂」の限界、「中止犯の問題」等となってあらわれてきた。特に既遂犯処罰を原則とした場合、なぜ既遂犯のように結果が発生しない未遂が罰せられるのかという処罰根拠の問題は、古くから新しい問題でありながら、改正刑法準備草案の不能犯規定新設を端緒に、その不能犯規定新設の是非とともに、従来より問題とされる可罰未遂の限界をめぐる判断基準が主として論議されて<sup>(4)</sup>いる。そしてこの場合未遂の処罰根拠は、結局、処罰主義か、謙抑主義か、個人を基本とするか、社会あるいは国家を中心とするか、という問題に帰着し、それはいくつもの対立する世界観、政策、国民感情等の妥協点としてのみ決定されるといわれて<sup>(5)</sup>いる。そして、こんにち実質的には、法益侵害の具体的危険性を説く見解が有力となりつつある。しかし、この危険判断にどのような内容が包含されるのかによって、可罰的未遂の限界が、つまり、具体的危険判断の対象が全く外部的、客

観的なものに限られるのか、あるいは、行為者の主観をも考慮にいれられるべきか、そうではないとするならこの両者間にとどのような関連をもたせるべきか、が問題となる。

同じように、イギリスにおいても、メンズ・レアの内容として要求されるものは何か、また、アクトス・レウスの内容と程度はどのようなものであり、アクトス・レウスは、メンズ・レアとどのような関係にあるか。そのアクトス・レウスを満足させる規準とは何か。これらは、犯罪を実現する行為の一部つまり犯罪を実現しようとする行為とは何かの認定問題として表われる。そこに可罰未遂をめぐる共通の問題が存在し、共通の解決すべき課題があるように思われる。イギリスでは、一九六八年、窃盗法の未遂規定<sup>(9)</sup>、また、一九六七年 Davey and Others v. Lee 事件<sup>(10)</sup>、一九六八年四月一日、法典編纂委員会によって公刊された作業レポート等<sup>(11)</sup>、判例法の推移とアメリカの模範刑法典に触発された論稿によって、未遂犯についても、他の刑法改正問題とならんで議論されているのである<sup>(12)</sup>。

そこでここでは、理論的、実践的にも、一つの論点たりうる可罰未遂の限界についての判断テストと、その根底に横たわる未遂の処罰根拠に限定してイギリスの未遂犯論のみ考察してみたい<sup>(13)</sup>。もちろん、英米刑法における未遂犯、不能犯については既に、わが国においても研究がなされているが、ここでは未

遂犯におけるアクトス・レウスの面から、つまり、客観的側面に焦点をあて未遂における危険判断について D. Stuart の論文<sup>(14)</sup>を手がかりに考察し、イギリス未遂犯論の一端を紹介・検討しようとするものである<sup>(15)</sup>。

- (1) この点については J. W. C. Turner, *Attempt to Commit crimes*, *The Cambridge L. J.* vol. 5 no. 2 1934 p. 232~235. Turner は、この論文で、未遂犯におけるアクトス・レウスとメンズ・レアとの関係は、通常のロモン・ロー上の犯罪では、アクトス・レウスは、人間の行為及びその結果(法によって禁じられた)であり、もしこれが証明されればそれに相応するメンズ・レアの存在が推定され、また、自由の手段によってメンズ・レアも証明が可能であるが、未遂では、それ自身が犯罪ではない行為が可罰的であるには、特別な故意が必要であるというように推定が逆転すると言う。
- (2) Wayne R. Lafave and Austin W. Scott, Jr. 1972 *Criminal Law* pp. 423 at p. 423~p. 426
- P. R. Glazebrook, *Should we have a law of attempted crime?* 1969, *The Law Quarterly Review* vol. 85, p. 29~p. 38
- 中武靖夫、*阪大法学*、七号、七八頁。

- (3) 日本およびドイツの文献は枚挙にいとまがない程であるが、特に、中山研一・刑法の基本問題(一九七三年)六三頁以下、平野竜一・刑法総論Ⅱ(一九七五年)三〇八頁以下、西原春夫・刑法総論(一九六八年)、一七三頁以下、大塚仁・刑法における新旧両派の理論(一九六九年)など。
- ドイツに関しては vgl. H.-H. Jeschek, *Lehrbuch des Strafrechts* A. T. 2. Aufl. 1972, S. 384~S. 385.

(4) 平野竜一、前掲書、三二〇頁以下。

(5) 大谷実「予備と未遂の限界」同志社法学六七号（一九六一年）、九六頁以下参照、同著「不能犯規定新設の是非」刑法改正の諸問題・植田・竹田還暦論集（一九六七年）、最近では、大沼邦弘「未遂犯の實質的処罰根拠」上智大学論集、十八巻一号（一九七四年）など。

(6) 大沼邦弘、前掲、一一一頁以下参照。

(7) 大谷実・刑法改正とイギリス刑事法（一九七五年）四七頁以下参照。また英米法との関連については、「日本法と英米法の三十年」ジュリスト、六〇〇号掲載の論文参照。

(8) cf. P. R. Glazebrook, op. cit., p. 28, note ③

(9) cf. Davey v. Lee (1967), 1967 2 All E. R. 423 at 425.

(10) cf. P. R. Glazebrook op. cit., p. 28 note ②

(11) cf. Richard Buxton, The Working Paper on Inchoate Offences 1973 Crim. L. R. pp.656 (1) Incitement and Attempt

(12) この間の事情については、大谷実・刑法改正とイギリス刑事法（一九七五年）で詳細に紹介されているが、比較法的研究は今後に残された課題とすべきであろう。

(13) 大沼邦弘、前掲参照。なお、英米に関する未遂についての論稿は、少数である。中務靖夫、前掲、高窪貞人、「英米刑法における不能犯」法学新報七一巻八号、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、塚本重頼「アメリカ刑法における不能犯」自由と正義一一巻六号など参考になるが、その中心は不能犯に傾いている。脱稿当時の実践的要請からであろうか。

(14) cf. Donald Stuart, The Actus Reus in Attempts, 1970 Crim. L. R. pp. 505

イギリスの未遂犯についての考察

(15) 岡本勝「『抽象的危殆犯』の問題性」（一九七四年）法学三八巻二号一頁以下。未遂犯が結果を完全に実現しないのに可罰性をもつということは、単に「因果関係」の問題ではなく他に帰責限定機能が必要とされていると考えられるのであって、この観点から未遂論を考える必要があるのではなからうか。それは刑法上の因果関係の射程をめぐる問題として、今なお、未解決である。その方法の可否は別に論じねばならないが、本稿は、因果関係の射程をめぐる例外から原則への準備作業の一環に他ならない。

## 二 未遂理論の根拠

「我々は、未遂犯についての規定をもつべきなのか？」というラッツブルックの論文<sup>(1)</sup>は、一九七三年の法律編纂委員会公刊の作業レポート五〇号<sup>(2)</sup>において早速、未遂の存在の是非について、準備的な討議資料にされたようである。それ以前に、D・L・スチュアートによる批判<sup>(3)</sup>があったが、本格的な実りある成果は、生まれていないように思う。たしかに、R・バクストン<sup>(4)</sup>がいうように、未遂規定が存在し、存続するという仮定のもとでは、定式化される既遂犯の定義に関して、修正を含むであろうと思われる。しかし、今なお明確な未遂規定の存在理由は、明らかではない。

英国における未遂の存在理由<sup>(5)</sup>については、未遂それ自体で、有罪とされていたにもかかわらず、未遂行為それ自体が、公共

に危険であるという点に可罰根拠を求めたのは比較的新しい。スター・チェンバー時代および、十七世紀において、未遂を処罰する主な理由は、予防であり、十八世紀には、それが公式化された。D・スチュアートがいうごとく現代においても前述したように、未遂の存在理由に関しては、司法的な指導が欠如している以上、推測にとどまるのである。D・スチュアートは、予防は治療に優るといふ格言を用いて、未遂の存在目的は予防にあるとする。もちろん現代の刑事学用語では、予防とはいっても、大略、一般予防と特別予防を含んでいる。刑罰の功利主義的立場からいえば、「未遂の規定は、犯罪をすでに犯してしまった人よりも、犯罪が不成功ではあっても試みたりあるいは犯罪を犯そうと試みる人、立止まらせ、引きとどまらせ、改善する必要があるからである。」<sup>(6)</sup>それ故、社会に対する侵害がより軽微である故に、既遂犯よりも軽く罰する司法的、立法的傾向、つまり応報的見解を拒絶することになるのである。D・スチュアートは、功利主義的見解をとっている。いうまでもなく、H・L・A・ハートは、一九六七年発表の「故意と刑罰」<sup>(7)</sup>において、障害未遂がなぜ罰せられるのか、という問題にアプローチしている。そこで、H・L・A・ハートは、大略次のように述べている。従来予防説からは、未遂を罰しても刑罰の威嚇力は増大しないから、未遂の処罰は不必要であると説明されてきた。

予防には、犯罪の誘惑にかられているものすべてに対する抑制である一般予防と、犯人の再犯の抑制である個別的予防の二面があり、個別的予防の面から見ると、未遂を罰することは、犯人に対し刑罰の威嚇力を一層意識させることになるから再犯の予防に役立ち、一方、一般的予防の面から見ると、未遂の規定がないのなら、あわよくばと処罰の危険を犯そうとするものがあるのだから、それに対する予防になるし、また、反逆罪等は未遂でも、罰せられるので、いづれにしても未遂を罰することは、犯罪の予防に役立つのである。と。また、H・L・A・ハートは、その註記で、次のようにも述べている。イギリス法においては、法令に規定された未遂の最高の刑罰は、ほとんどの場合既遂犯よりも軽いのであるけれども、コモニーロー上の軽罪の未遂は、通常、裁判所の自由裁量で実刑になりうる。犯罪に対して許される最高刑以上の判決は課せられないけれども、既遂犯よりも軽く罰することが要求されてはいないと。

このH・L・A・ハートの記述においても、未遂規定の存在理由は、有益な予防機能をなしていることがわかる。未遂規定が現代的意味において、右のような有益な予防機能をなしているという見解は、未遂のアクトス・レウスの要件に関し、適切な定式の問題に二つのコロラリーをもたらずとD・スチュアートはいう。<sup>(9)</sup>

⑧ 予防が効果的であるとしたら、あまりに狭く定義する必要はない。

⑨ 定義の際には、行為と同じく、行為者にも目を向けなければならぬ。

そこで、次に、アクトス・レウスの定義に向うことになる。

D・スチュアートは次のようにいう。<sup>(10)</sup>

イギリス法においては、多くの異常とも思えるほどの厳しい判決から⑩のコロラリーは、「近接した原因」に関して実際には保持せられない。特に、一九一五年の Robinson 事件における周知の判決で明らかである。「近接した原因」ルールの同様に厳格な解釈は、南アフリカ、アメリカ等にも見いだされる。

実際に法執行者、特に警察官にとっては、この状況は、耐えられないものとなっている。彼らは、次のようなジレンマにおかれていますのである。つまり、一方では、嫌疑をかけただけで、逃亡したり、犯罪が既遂となることを予防するために、速やかに介入したいと思ひ、他方では犯罪人が無罪になるのをおそれ、嫌疑をかけるのが遅すぎてほとんどの場合犯罪を見のがすというジレンマである。この状態は、未遂の、アクトス・レウスの定義は、予備 (preparation) の行為を含むように拡張すべきだという見解に立つ G・ウイリアムズを勇気づけたのである。G・ウイリアムズは、次のように述べている。<sup>(11)</sup>「裁判所は、現

イギリスの未遂犯についての一考察

在巾広いプロベクション行使の権限を持っているのだから、責任について、より拡張した基準を言明すべきである。犯罪を犯すに充分である意図をもってなされる行為は、その為の準備の段階であろうと、犯罪から離れて (remote) いようとも、犯罪人として取扱われるであろう。合理的な方向は、できるかぎり意図的な犯罪者をとらえることにあり、彼らの悪い性向 (evil tendencies) を治療することにとりかかるべきであろう。つまり、彼らの行為が、単なる予備段階であるとの理由だけで、彼らを解放してはならないのである。」一見すると、この見解は魅力的であると D・スチュアートはいうけれども、はたしてこのように可罰範囲を拡げることが妥当であるかどうかは、検討を要するところである。警察実務の現状分析からの G・ウイリアムズの見解ではあるけれども、予備行為にアクトス・レウスの要件を拡張することの G・ウイリアムズの提案は、犯罪を犯すことに失敗 (挫折) した犯罪人は、犯罪を成功させた人間より軽く罰せられるべきであるという応報刑論の立場から批判されてきた。より重要な事実は、一九五二年の Gordner v. Akeroyd 事件<sup>(12)</sup>において Lord Goddard C. J. が、戦時の一九三九年防衛

一般条令 (Defence General Regulations of 1939)<sup>(13)</sup> の規定が継続している方が望ましいのかと疑問を呈した。その条令は、犯罪がそれ自体あいまいで不充分であると認められながら、その

行為を罰したのである。G・ウイリアムズは、予備の犯罪を正当化する反駁をしたけれども Lord Goddard の付随的意見は、関連する条文の廃止にまもなく導かれた。それ以来、特別に予備行為を罰する法令は存在しないのである。放火を犯す予備行為を多くの州で罰しているのをのぞき、アメリカでもそのパターンは同じである。

なぜ裁判所は、未遂のアクトス・レウスの概念を拡張することを嫌うのであろうか？ 意思は、これを行為とみるべし (Voluntas reputabitur pro facto) という格言が、コモン・ローに、決して受け入れられなかったのはなぜか。より拡張された定義が結局は、離れた行為 (remote act) をも罰するということが刑事上の汚点となるかもしれない、というのは少々疑問である。D・スチュアート<sup>(14)</sup>はいうのである。もちろん、H・L・A ハートがいうように、メンズ・レアや自由意思のようなコモン・ロー上の諸概念が刑罰の純粋に功利主義的な体系に対する自由の砦として、保持されるべきと指摘しているのは、D・スチュアートも正しいとしている。そこで、D・スチュアートは、ここでのポイントが犯罪の予防、犯罪の抑止、改善の視点からの未遂犯の刑罰を、個人的自由に対する不当な干渉として構成している点にあるのである。リュウ教授 (Ryu) は次のように指摘する。<sup>(15)</sup> 自由社会のイデオロギーは、必要な最少限

度をこえて、人は罰せられるべきではないということである。つまり、未遂においては、社会的侵害 (social harm) が他人に対してなされなかったという事実が、できるかぎり極限まで、人の安寧を保護するために考慮されねばならないという。これは、力強い議論ではあるけれども、度を過すべきではないと、D・スチュアートはいうのである。裁判所は、事実、被告人を守るために未遂の要件であるアクトス・レウスの非常に厳格な定義をできるかぎり適用していることは明らかである。よりまさらった処理は、犯罪予防と犯罪闘争のために、アクトス・レウスの定義を拡張する必要と、個人の権利を守るための必要との間に受け入れられる調和にあると思われる。裁判所は、暗黙の内に「近接した原因」テストに、この自由主義的な処理を基礎づけているといっても言過ぎではない。それは、次のごとくである。①「遠隔さ (remoteness)」、最後の行為 (last act)、「危険な近接原因 (dangerous proximity) をして」、「必須要素テスト (indispensable element)」、<sup>(16)</sup> においては、「これらの概念は、もしも嫌疑のある行為が社会的侵害 (social harm) を密接に (close) ひきおこした場合に、ただ社会が干渉するということである。

②「不確定 (equivocally)」、<sup>(17)</sup> 蓋然的な (probable)、「そして「正常な思い」とつまり、「(normal desistance) 理論におい

ては、理論は最初、オースティン<sup>(16)</sup>によってヒントがあたえられ、つまり、G・ウィリアムズによって苦心して作りあげられた。それは、未遂規定が意図を罰し、アクトス・レウスは、被告人が唯、十分な「目的の不変性」(constancy of purpose)がある故に、有罪とされるということを保証するための証拠としてのみに要求されるのである。それ故、自由主義的処理は、行為の危険性を強調する処理方法と行為者の危険性を主張する処理方法が生じると思われる。後者は現代の功利主義にとって、正しい適応であると思われる。このようにして、予防の論拠の最初のコロラリーのもつ調和は、オースティン理論を意中において構成されねばならない。個人に立つその主張はまた、第二のコロラリーとも一致する。つまり、その強調は、行為と同じく行為者に基礎づけられねばならない。「目的の不変性」(constancy of purpose)の概念は、行為者が犯意(criminal intent)をもつ全ての未遂に適用されうる状態だけを処理するのである。

ところで、法典編纂委員会作業レポート五〇号は、次のように述べている。<sup>(17)</sup>「意図において、当面の社会的な危険の存在を十分に徴表するある行為がなされる時にのみ、当局が干渉すべきである。公共の利益を無効にすること、個人の自由との間に関してバランスをとることが必要である。」と述べ、個人の自由と公共の利益とのバランスをとった新しい規定を生みだす

イギリスの未遂犯についての一考察

ことにより、アクトス・レウスとメンズ・レアの調和をも意図しているのである。R・バクストンが語るように、<sup>(18)</sup>作業部会の業績は、実に未遂の予防的機能を認識する計画を生み出したことにある。つまり、被告人の意図に主眼が与えられ、一方では、思想だけで有罪とすること、他方ではその予防的機能の大部分を法から失わせる段階までアクトス・レウスの要件を強調することの間には、もうすでになしとげられた最善のバランスが同時にとられているという。この作業レポートの規定は、現在のイギリスにおける未遂規定の集約的産物であろうと思われる。<sup>(19)</sup>イギリスにおける未遂理論の根拠は予防理論をもつて、その代表としなければならぬが、それは結局、ドイツおよび、日本において客観主義、主観主義の立場から議論されてきた内容と同様である<sup>(20)</sup>と言ってもさしつかえないと思われる。しかれば、全て、広い意味での刑法の果すべき社会的機能をいかに規定すべきかという問題について相対立する刑法思想に依存していることになる。イギリスにおいても、この対立は底流<sup>(21)</sup>としては続き、今後、先の作業レポートが一つの論議の素材となることは予想されるところである。

- (1) cf. P. H. Glazebrook, *supra* note (2)
- (2) cf. Richard Buxton, *supra* note (11)
- (3) cf. Donald Stuart, *supra* note (14)

- (4) cf. Richard Buxton, op. cit., pp. 659
- (5) cf. Donald Stuart, op. cit., pp. 511 中務靖夫、前掲、七八頁以下
- cf. P. H. Glazebrook, op. cit., pp. 29
- 尚、マインの議論については、大沼邦夫、前掲、六三頁以下を参照。
- (9) cf. Donald Stuart, op. cit., pp. 51
- (7) cf. H. L. A. Hart, Punishment and Responsibility, 1968, 「Intention and Punishment」 pp. 113, at p. 128～p. 131
- (8) cf. H. L. A. Hart, op. cit., p. 258～p. 259
- (6) cf. Donald Stuart, op. cit., pp. 515.
- (9) cf. Donald Stuart, op. cit., pp. 515
- (11) cf. G. Williams, Criminal Law (The General Part), 2nd ed. (1961), p. 632 (D. Stuart op. cit., p. 517.)
- (12) cf. (1952) 2 Q. B. 734 at p. 751
- (13) cf. (1959) 2 All E. R. 92
- (14) cf. H. L. A. Hart, op. cit., p. 182, p. 206
- (15) cf. Paul. K. Ryu, (1957) 32 N. Y. L. R. 1170 at p. 1174
- (9) cf. Donald Stuart, op. cit., p. 519. note ②
- (17) cf. Working Paper, No. 50, para 65
- cf. Richard Buxton, op. cit., p. 660, p. 661
- (18) cf. Richard Buxton, op. cit., p. 661
- (19) 現在も継続しているイギリスの法典化の故に歴史的遺産が結晶することはあるいは当然のことにも思えるが、しかし、法典編纂委員会がこのレポートが、すぐに今後、全ての実務を支配していくとは考えられない。
- (20) これは少々、粗雑で早計な表現であり、真意は、各国とも、共

通の課題を控えているのであり、その法体系、あるいは、方法論の相違が全てを決定するのではないということである。いずれにしても、共通の課題を各国（特にこの場合、日本、ドイツ、イギリスについてだが）とも、保持しているのである。尚、大沼邦弘、前掲、一一〇頁以下参照。

(21) G. Williams が『犯罪を犯そうとする一定の意図をもってなすどの様な行為も、また、いかに犯罪から離れていようとも犯罪の為の準備のつもりでなした行為はどんなものでも、犯罪として多分取り扱われる。』と述べ、予備段階を未遂に含めようとする立場である故に、そしてまた P. H. Glazebrook の今後の見解にも注目しなければならぬ。

### 三 未遂規定のための判断規準

G・ウイリアムズが言うように<sup>(1)</sup>、未遂のアクトス・レウスの問題は、公共政策の問題 (a matter of public policy) であるとして、種々のものが現われてきた。そこで、そのテストの概観をなしておこうと思う。従来から言われているように、主観的基準によるものが多いと言うことであるが、「近接した原因」テストも現われており、一方、G・ウイリアムズは、不確定説をとっている。

未遂規定が公共政策として、有意義な予防の役割を演ずると



いう事実が逆にグラツツブルックの見解に人を接近させるかも知れない。未遂理論は、互いに関連する多くの仮説のもとで用心して放棄されるべきだといふのであるから。彼は大略、次のように述べる。<sup>(2)</sup>

① 未遂規定の重要さは直接に実質犯の定義における欠陥に關係する。

② 未遂のためのアクトス・レウスに關する『意味の広い文字』は、裁判所が自ら設定するあいまいで不確かな問題に起因しているのである。といふのは全然異なる犯罪を犯す試みをカバーするのに、単一の公式は工夫できないからである。<sup>(3)</sup>

③ 未遂規定のルールは、アクトス・レウスを定義づけることにもつぱら關係し、条文の一般項目においてでなく、特別の項目や他の統制立法のもとで処理される。

④ 内包する全ての原理の機械的適用は立法に際し予見できない状況において有罪となり、望ましくない不確実さをもたらすように思われる。

⑤ 一般的未遂理論は意図した犯罪人に対し、不十分な保護を規定し、模範刑法典でさえ一般原理に付加して予備犯(preliminary offences)を含むことを示している。

⑥ 未遂と既遂の間に引かれた区別は、非常に広い部分に偶

イギリスの未遂犯についての一考察

然が演ずるのを許し、裁判における遅延と苦難をひきおこすのであり、未遂が罰せられるときは、いささかも既遂犯との相違がない故に不必要だと思われる。

⑦ メンズ・レアの要件は、被告人が法令犯(a statutory crime)やコモン・ロー上の未遂で告訴されるかどうかにかゝり依存しているのではない。

⑧ 指定された意図でもってなされる、ある行為の形式は近接した原因のルールの不確実さと“挫折”を回避する。

⑨ “試みる”(attempt)という動詞は、多分、その辞書の意味があまりに、不正確であるので、判事が不能犯を処理する際に經驗する困難さの原因となる。

概略、以上のような点について論述し、未遂概念が、極めて不安定・不正確である故に、それを廃棄すべきだとするのである。もともと、既遂概念の不備が、未遂概念の不備を生み出すのであるといふのであるから、たとえば殺人未遂の犯罪が殺す意図での暴行罪に置換されるということは論理的に正当としても、しかし、置換後も同様の問題、つまり、暴行に当る“行為”とは何か、“犯意”との関連はどうか等に、直面せざるを得ない。とすれば、未遂が、簡単に廃棄され得ない以上、未遂規定の明確な判断規程を求めるイギリスの判例、学説の動向は当然のことであろう。

同志社法学 二八卷一号 一二七(一二七)

ピーター・イングリッシュは、「その人間が目的を達すると考えていたか」という判断規準を力説するが、未遂規定のため<sup>(5)</sup>の受け入れることのできる論理的判断規準の探究は従来よりイギリスの刑事法関係者を引きつけてきたのである。つまり、未遂規定で、最も知られ、魅力的な問題は、アクトス・レウスの満足すべき判断規準を手に入れることであつたことはいうまでもない。その判断規準を採求する歴史は、一八五五年に逆上る。

① 種々の判断規準

① the test of remoteness. 近接した(直接の)(immediate)行為と遠い(関係のうすい)(remote)行為との區別。Baron Parke による見解である。これは、後に予備行為(acts of preparation)と実行行為(acts of perpetration)を区する規準となつた。<sup>(6)</sup>しかし、それはたとえば、「近接」とはなれた」といった概念が時間(time)距離(distance)速度(speed)等につかわれたために、非常に不正確となつたのである。

② first stage 理論

『障害がなかつたなら現実に犯罪を犯す一連の行為の一部を形成する(fornings)行為』。Sir James Fitzjames Stephen の見解である。これは、着手時期の不定と一般に受けいられている不能未遂の有罪の排除が任意的であ

る。

① Last act test 『被告人がなそうと思つている全てを行ふなら有罪とされる。』なすべき行為がもつと先に残つているのだけでも有罪とされるべきだとする。重大な場面では、一般的判断規準としては誤つてゐる。<sup>(7)</sup>

② 不確定説

『その行為が特別な犯罪を犯す以外、どんな他の目的も合理的にもつてゐるとみなされない行為である。』

Turner がすてた見解。後の Archbold の見解。不確定説は、英国における有力な見解であると D・スチュアートはいうのであるが、近時、一九六一年、ニュージールランド自治領の一九六一年、犯罪法七二条で、不確定説は否定され、イギリスのコモン・ローの原則に還つた故に、「近接した原因」が有用となる。確かに Archbold の言うように未遂の規定は、裁判官や暗審が自分の常識を使うことを許される領域の一つという意味では、確かにそうであるが、なぜ他はそうではないのであろうか。この説に対しての批判は次のようである。つまり、他の面からの証拠の言及なしに、行為の側面から確実な(unequivocal)目的を示すために行為を要求するとあまりにすぎのない仕切(区画)に、アクトス・レウスを置くことになる。アクトス・レウスは

メンズ・レアが何であるかとは独立的に成立しなくてはならないという、ニュージーランドにおいて逢着したときまぐれな結論へと、どのようなルールも導くように思われるという点、第二に、メンズ・レアを直接的な意思に限定するという点である。『行為が行為の面において不確定であるとき、意図の自由のような他の面からの証拠の導きに求めねばならず、それ故、他の明確でない近接した原因テストをまだ適用しなければならぬ。……裁判のもっとも賢明な道は、誤りをみとめ不確定テストから完全に分かれることだ。』とするD・スチュアートの見解がある。つまり問題となる行為が意図された犯罪の既遂にどの程度近接すれば未遂の責任を生じさせることになるのかという疑問を提起した。その解決のために、一九六七年のデイビリ等対リ―事件は、近接した原因テストを有用であるとしたのであるが、不確定説では現実の結果発生の可能性よりも決意の方がより重視されているわけである。たしかに行為および、一定の外部的情況を証明することによって、ある人が犯罪目的を達成しようとする意図があったことは、明らかになるであろうが、たとえば、地理的にみてそれを完成させる状態にないこともある。

③ 『近接した原因』テスト<sup>(8)</sup>

イギリスの未遂犯についての一考察

『近接した原因』のテストの中で、『近接して危険な原因』説はホームズ判事によって工夫され適用された。法は“罪”を罰するのではなく、一定の外部的結果を保護するためにあり、なされた行為は法が適用されるためには、その結果をやりとげる非常に近接したものとなっていなければならず、危険の発生程度の近接さ、侵害の重大さ、不安感の程度による、とするものである。

D・スチュアートは現代刑法刑事学では、行為者自身への言及なしに行為の結果についての排他的な強調は受けられず、『成功への危険な近接さ』は、拒絶された『最後の行為』テストよりも一層限定的に作用し不能犯処罰へと向うとする。

④ 『思いとどまることの蓋然性』説 (the probable desistance test) もし、ある外部 (outside) の原因が邪魔をしなかったなら犯罪が完成する “通常の自然な事象の過程” であるなら未遂に問うというものである。これは被告人が自分で自己の目的を思いとどまるかどうかの評価が含まれているように思われる。むしろ問題なのは、犯罪遂行している合理的な人間なら誰でもが短い最後の段階限りで立止まるかどうかである。これは、高度の技術的な工夫によって定義され、主観的な精神状態よりむしろ、客観的な標準

の行為でもって処理しようとするケースにおいては判断規  
準に適用しているとす。しかし犯罪への方向に (on the  
path) あって合理的人間が自らを見出すかどうかは、ま  
た難問題である。その困難さが、スキルトンの同じような  
「正常な思いとどまり」のテスト (normal desistance test)  
つまり、被告人がもっているような意図をもちながら、た  
いての人間は、自分の行為をより良く考え、思いとどまる  
段階 (point) を被告人は通過するのだという見解が受け入  
れられない主な障害なのである。

以上<sup>(9)</sup>の見解を考えてみると、アクトス・レウスに関する未遂  
規定は不確かで、多くの判断が任意的であり整理されたもの  
はいいがたく、それゆえにその判断も、常識の問題にかえてし  
まうのが現実的であり、全てのケースに適用できるとする。つ  
まり、判断規準についての理論やテストはないという一般的見  
解は、正しいのかもしれないのである。

しかし『犯罪のアクトス・レウスを定義するとき政策問題は  
常に重要である。結局、単純にある精神状態と推定される特別  
の行為の型を罰するために刑法が介入する段階 (point) の言明  
がアクトス・レウスである<sup>(10)</sup>』とするのである。未遂規定のアク  
トス・レウスの展望に関する論争の歴史は、刑事上の「試み」  
は目的的行為 (purposeful conduct) を内包するという伝統的

見解にさえ真実があり、また、たいていの犯罪においてはメン  
ズ・レアがアクトス・レウスの補助となるが、未遂においては、  
アクトス・レウスがメンズ・レアの補助となるというターナー  
見解を誤って導いているのかもしれない。一世記は遅延として  
は十分に長い。そこでスチュアートは政策問題として、まとも  
に問題に直面し、コモン・ロー上の未遂は、別の不完全なアク  
トス・レウスをほねおって処罰することで、何がなしとげられ  
るのかを問う時期だとしている。

- (1) 大谷実・刑法改正とイギリス刑事法(一九七五年)四八頁。  
なお cf. Richard Buxton, op. cit., p. 673
- (2) cf. P. R. Glazebrook, op. cit., p. 37~p. 46  
なお cf. D. Stuart, op. cit., p. 512-515. 特に以下の叙述は、こ  
れに従っている。
- (3) cf. D. Stuart, op. cit., p. 513.
- (4) この点は単に、置換問題に留まらないのであるが、処罰根拠の  
否定の議論としては、不十分であると指摘するに留めたい。
- (5) cf. Peter English, 1970 Crim. L. R. p. 15.
- (6) たとえ<sup>11)</sup> Hope v. Brown, (1954) 1 All E. R. 330  
Miskell, (1954) 1 All E. R. 137
- (7) S. W. Stewart 著、大谷・熊谷訳、現代イギリス刑法(一九七  
四)一二四頁。なお、大谷実・刑法改正とイギリス刑事法(一九七  
五年)五三頁註記(6)参照。
- (8) cf. Hart and Honore, Causation in the Law, 1959 p.353

ここでは、「近接した原因」テストの不明確性について分析し、「既遂と未遂の区別の理論的根拠は明らかであることから程遠い」としている。

(9) 衆知のように、アメリカの模範刑法草案(一九六〇年)は、その第五・〇一条で、未遂とは犯罪の遂行を完成させるための一種の行為のうちの重要な段階(a substantial step)をなす、作為、不作為をいうとされてきた。この the substantial step test は、判断の中に、常に内包されたものであるかもしれないが、蓋然性を含むという意味で他の刑法理論の分野にも有効であるかもしれない。

尚、cf. Richard Buxton, op. cit., p. 665 at p. 673

(10) cf. Donald Stuart, op. cit., p. 511

#### 四 おわりに

本稿では、可罰未遂の限界については、意識的に避けて論述してきたが、なお可罰根拠と可罰限界とが完全に方法論的に分離できていない。可罰根拠を論じるその論拠を、可罰限界に求めんとする思考が、当然のこととして前提にされているからである。また、それは、実践的要求からは当然の前提ではある。しかしながら、方法的には一応、その二つを分け、しかる後に、可罰未遂の限界に着手するのが当を得たものではないかと思っ

ている。

イギリスの、未遂論のほんの一端を扱ったに過ぎないが、

イギリスの未遂犯についての一考察

この展開から前述したように、同じ問題に同じ内容で悩んでいることが、明らかになったと思われる。

イギリスにおいては、可罰根拠は、やはり、予防説を基礎にしたものであり、アクトス・レウスの可罰性の判断規準は、区々であることも見た通りである。特に、判断規準については、「蓋然性」概念が今後重要な意味を、ますますもってくるように思われる。まさに、具体的危険説における危険性概念のように。ここに未遂の可罰限界のカギは秘められている。果して、どのような可罰根拠を担保にして、可罰性の判断規準の内容を豊かにしてゆくかは、関心の尽きないところである。