

イギリスにおける不能犯論の動向

奥村正雄

- 一 はじめに
- 二 一九八一年刑事未遂法制定以前の動向
 - 一 近代的未遂概念の形成
 - 二 従来の不能犯判例と学説
 - 三 不能未遂規定立法化の動き
 - 四 ホートン対ミス事件上院判決と学説の対応
 - 五 未遂の実質的処罰根拠
 - 六 ホートン対ミス事件上院判決以後の判例と学説
- 三 一九八一年刑事未遂法の制定
 - 一 法典編纂委員会の不能未遂規定案
 - 二 政府内務省の不能未遂規定案
 - 三 不能未遂規定の成立
- 四 一九八一年刑事未遂法制定以後の動向
- 五 むすび

一 はじめに

一九六〇年代以降、西ドイツをはじめとして、刑法改正運動が一つの大きな潮流となっている。この潮流は、英米刑法にもおよんでいるが、統一刑法典をもたないイギリスでは、犯罪類型ごとの法典化や改正が行なわれている。⁽¹⁾ そのなかでも、不能未遂に関する最近の判例法を根底から覆した未遂法の法典化が注目される。従来、未遂は独立教唆罪 (incitement)、共謀罪 (conspiracy) とならんで、未完成犯罪 (inchoate crime) の一つとしてコモン・ロー上の犯罪であったが、一九八一年七月に成立した「一九八一年刑事未遂法」(Criminal Attempts Act 1981) により、⁽²⁾ 成文法上の犯罪となった。同法は全一二条から成るが、第一条は未遂の成立要件について、次のように規定している。⁽³⁾

第一条 「(一) 本条に当る罪を犯す意図をもって、犯行の単なる予備行為を越えた行為をなした者は、未遂犯の罪責を負う。

- (二) 犯罪の遂行が不能になる事実が存在しても、行為者は本条に当る罪の未遂犯の罪責を負うものとする。
- (三) (a) 行為者の意図が犯意に達しているとみなされないような場合であるが、ただし、
(b) 犯罪事実が行為者の信じたとおりのものであれば、彼の意図が犯意に達しているとみなされる場合にはつねに、
第一項について、彼は当該の罪を犯す意図があったものとみなされる。

(四) 本条に当る罪とは、既遂になれば、イングランドおよびウェールズにおいて起訴犯罪として公判に付すことができる犯罪であり、以下の犯罪を除く。

- (a) 共謀罪（コモン・ロー上、一九七七年刑事法律法第一条、その他の規定によるもの）。
- (b) 犯罪の遂行を幫助、教唆、勧告、誘導、またはそのかす罪。
- (c) 一九六七年刑事法律法第四条一項の罪（犯人に対する助勢）、または第五条一項の罪（逮捕可能な犯罪に関する情報の隠蔽による対価の受容または受容の同意）。

本条の趣旨を簡単に説明すると、一項は未遂の成立要件を、二項は不能未遂について、三項は一項の主観的要件の補足を、四項は本条の適用範囲をそれぞれ規定する。未遂の成立要件は、未遂がコモン・ロー上の犯罪であったときのそれと基本的に変わらない。未遂は、主観的要素としてのメンズ・レア（Mens Rea）と客観的要素としてのアクトス・レウス（Actus Reus）の両要件を満たすことにより成立する。第一にメンズ・レアとして、「本条に当る罪を犯す意図」の存在が必要である。四項で限定された犯罪を惹起する犯意は、単に結果に対して無謀（reckless）または無関心（indifference）な心理状態ではなく、結果の実現を決意する心理状態（特定の意図 specific intent）でなければならぬ^(a)。三項は、未遂の犯意を行為者が存在すると信じた事実に基づいて認定することを規定する。これは、一定事実の存在について誤信したような場合でも、犯意が認められるとする趣旨である。第二にアクトス・レウスとして、「犯行の単なる予備行為を越えた行為」がなければならぬ。これは、犯意を実現しようとする行為が単なる予備を越え、意図した犯罪に十分「近接した」（proximate）ものでなければならぬとする趣旨である。以上の要件を満たせば未遂が成立し、二項は「犯罪の遂行が不能になる事実が存在しても」、不可罰的不能未遂を認めないことを規定した。

以上が本条の趣旨であるが、とくに二項は最近の不能未遂に関する判例法を覆すもので、大議論の的となった規定

である。そのため、同項の制定過程は平坦ではなく、制定までに次のような経過があった。

未遂法の法典化作業を進めていた法典編纂委員会 (Law Commission) は検討委員会 (Working Party) を組織して、一九七三年六月に「ワーキング・ペーパー五〇号」⁽⁴⁾ (Working Paper No. 50) を公刊し、未遂法の具体的な立法提案を行なった。そのなかで、通説の見地から不可罰的不能未遂を認めないことを原則とする不能未遂規定が提示された。ところが同年一月、これとは真向から対立し、純客観的な可罰未遂の限界基準を設定することにより不可罰的不能未遂の範囲を大幅に認めるホートン対スミス事件上院判決⁽⁵⁾ (Haughton v. Smith 以下、スミス事件上院判決と略す。) が出たのである。同判決は、財物の他人性や盗品性など規範的要素の欠缺のほか、客体の完全な欠缺や手段、方法の完全な無害性など犯罪の遂行を不能にする事情が存在すれば、不可罰的不能未遂が認められるとする法理を展開した。上院の態度は、学界や実務に驚きを与え、不能犯論を活発化させる引金となった。多くの学説は、同判決に対する批判論を展開した。しかし、同判決の傍論にしたがい、客体の不能を不可罰とする判例⁽⁶⁾ が出るなど、上院判決の影響力は小さくなかった。

そこで、法典編纂委員会は以上の経過を踏まえ、一九八〇年六月、「ロー・コミッション一〇二号」⁽⁷⁾ (Law Commission No. 102) を公刊し、未遂法の最終法案を提出した。そのなかで、判例の態度を批判して、不可罰的不能未遂を認めないことを旨とする不能未遂規定案を提示し、これを受け入れるよう政府内務省に勧告した。しかし政府内務省は、一九八〇年一二月に下院に提出した「刑事未遂法案」 (Criminal Attempts Bill) のなかで、客体の欠缺や手段・方法の不能が未遂の成立を妨げる事由にならないことについては同委員会の勧告にしたがうが、スミス事件上院判決の事案のような規範的要素の欠缺については上院判決を維持し、これを不可罰とする不能未遂規定を設けたので

ある。内務省の態度は、再び学界や実務を驚かす結果となった。そのため、下院議会などにおいて、同法案に対する徹底した批判論が展開された。その結果、最終的に同法案は法典編纂委員会の勧告にしたがうかたちに修正された。こうして紆余曲折を経て、「一九八一年刑事未遂法」一条二項の不能未遂規定が制定され、イギリス不能犯論は一応の立法的解決をみた。

ところで、イギリス刑法とわが刑法とは法体系が異なるとはいえ、両者とも不能未遂についてどこに可罰性の限界を求めるといふ共通の課題をかかえており、問題状況はそれほど異なるものではない。また、未遂論(不能犯論)は政策的観点が反映する問題であるとしばしば指摘されるが、英米のそれは政策的観点と直結した解釈論を展開する傾向がつよい。したがって、不能未遂規定の制定過程を中心にイギリス不能犯論の動向を概観する本稿の作業は、わが国の問題解決にとっても決して意義の小さなものではないと考える⁽¹⁰⁾。

それではまず、不能犯論の歴史的過程からみることにしよう。

(1) イギリスの刑法改正について、大谷実「イギリス」平場安治∥平野龍一編・刑法改正の研究Ⅰ概論・総則(昭四七)一四〇頁以下、同・刑法改正とイギリス刑事法(昭五〇)三頁以下、スチュアート(大谷実∥熊谷蒸佑訳)・現代イギリス刑法(昭四九)のほか、木村光江「英米法における詐欺罪の考察」(一)「東京都立大学法学会雑誌二三巻二号(昭五八)二三五頁以下、二四巻一号三五七頁以下などがある。

(2) Criminal Attempts Act 1981, pp. 1-2. (Law Reports; Statutes 1981, pp. 1009-1010.)

(3) 最近の判例で、特定の意図の意義について「被告人の力の範囲内にあるかぎり、彼が犯そうとした犯罪の遂行を惹起する決意」と定義された。R. v. Mohan, [1975] 2 All E. R. 200.

(4) The Law Commission, Working Paper No. 50; Codification of the Criminal Law General Principles Inchoate Offences Conspiracy, Attempt and Incitement, 5 June 1973.

- (5) [1973] 3 All E. R. 1109.
- (9) *Parlington v. Williams*, (1975) 62 Cr. App. R. 220.
- (7) The Law Commission, Law Commission No. 102; *Criminal Law Attempt and Impossibility in relation to Attempt, Conspiracy and Incitement*, 25 June 1980.
- (8) わが国の英米未遂犯論、不能犯論の研究として、中武靖夫「英米刑法における未遂論」*阪大法学七号*(昭二八)七八頁以下、同八号六九頁以下、吉田常次郎「実行着手に関する比較法的研究」*日本法学二五卷一号*(昭三四)一〇頁以下、同「アメリカ刑法の概要」*東洋法学一三卷*(昭四四)七三頁以下、西山富夫「不能犯問題の現状とその解決」*名城法学一卷二・三・四合併号*(昭三六)二三頁以下、塚本重頼「アメリカ刑法における不能犯」*自由と正義一二卷六号*(昭三七)三〇頁以下(同・アメリカ刑事法研究(昭五三)二三九頁以下に「結果の完成の不能と実行の着手」と題して収録。)、西村克彦「アメリカ模範刑法典における未完成犯罪」*警察研究三三卷四号*(昭三七)四九頁以下、ウエックセラ(西村克彦訳)「アメリカ法律協会模範刑法典における未完成犯罪」*刑事基本法令改正資料四号*(昭三九)一頁以下、高窪貞人「英米法における不能犯」*法学新報七四卷一号*(昭四二)四九頁以下、同「*Actus Reus*の研究」*青山法学論集一二卷二・三合併号*(昭四六)一六四頁以下、スチュアート・前掲書一一九頁以下、大谷実・前掲書四七―四九頁、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*(昭五一)一一九頁以下、佐藤昌彦「中止犯」*警察研究五一卷七号*(昭五五)一〇―一一頁、宗岡嗣郎「英米不能犯論の現状」*九大法学四一号*(昭五六)一頁以下など。
- (9) 未遂論の課題を、平野龍一博士は「その国の文化の程度と社会の要求に応じてどこにバランスを求めるか」であるとされ、大谷実教授は「既遂と同程度の重い刑罰をもってのぞむことのできる行為としては、どの程度の重大性と明確性が必要となるか、処罰の要求と人権保障原則とは、わが国の捜査機関や犯罪現象にかんがみどのように調和させることができるか」であるとされる。平野龍一「刑法の基礎20」*法学セミナー一三九号*(昭四四)四二頁、大谷実「不能犯」*中義勝編・論争刑法*(昭五一)一三六―一三七頁。
- (10) 英米刑法学導入の意義について、大谷実「日本の法制度と英米法・実体刑法」*ジュリスト六〇〇号*(昭五〇)二五一頁以下(同・刑事責任論の展望(昭五八)一六一頁以下に「英米刑事法雑考・英米刑法の導入」と題して収録。)

二 一九八一年刑事未遂法制定以前の動向

一 近代的未遂概念の形成

イギリスにおいて近代的未遂概念が形成され、確立するようになるのは、一八世紀末から一九世紀にかけての時期である。⁽¹⁾ 不能未遂も、一九世紀に入ってはじめて問題となった。

そもそも未遂は、星庁裁判所時代にコモン・ロー上の軽罪とみなされるようになった。当時、「意思は行為とみなす」(voluntas reputabitur pro facto) という法原則が支配し、単なる犯意に基づく未遂処罰が行なわれたといわれる。⁽²⁾ しかし、この原則は謀殺や強盗など一部の犯罪に例外的に適用されたにすぎず、未遂処罰の一般的原理は存在しなかったとする見方が有力である。いずれにせよ、明らかに犯意とそれを顕現する「明白な行為」(overt act) の存在を理由に未遂処罰が行なわれるようになったのは、一八世紀になってからのことである。⁽⁴⁾ 一七八四年のスコフィールド事件判決⁽⁵⁾において、「意図は、それじたい無害の行為を犯罪となしうる。しかもそれじたい犯罪である行為の完成は、犯罪の成立に必要なではない。」とされ、このことが一八〇一年のヒギンズ事件判決⁽⁶⁾において再確認された。スコフィールド事件判決は、未遂の刑事責任の基礎をメンズ・レアに求め、一定の行為が未遂となるかどうかを行為者の認識した事情に基づいて判断すること、⁽⁷⁾ 行為の完成が未遂の成立にとって必要でないことを確認し、こんにちの未遂法の基礎を形成した。⁽⁸⁾ ターナーによれば、⁽⁹⁾ 法が防止する対象は既遂では有害な結果であるが、未遂ではメンズ・レアであり、アクトス・レウスは犯意を形成した者が単なる犯意だけでは処罰されないための条件であるとされた。その条件として、一八五五年のイーグルトン事件判決⁽¹⁰⁾以来、犯意だけではなく、アクトス・レウスとして単なる予備を

越え、意図した犯罪に十分近接した行為が必要とされるようになった⁽¹¹⁾。この条件を満たしてはじめて未遂が成立するのであるから、未遂のアクトス・レウスは刑法が干渉しうる段階を決定する重要な政策的機能をはたしている⁽¹²⁾。しかし、犯意があり、これを実現しようとする行為に出ようとしたが、行為者の認識しない事情により犯罪の遂行が不能になった場合、近接した行為があったとして刑法が干渉しうるのか。これが不能未遂の問題である。一九世紀に入ると、そのような場合に未遂の責任を問うかが判例上問題となるようになった。

(1) Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, vol. II, 1973, pp. 221-227, Sayre, "Criminal Attempts", (1928) 41 Harv. L. R. 835, Hall, "Criminal Attempt—A Study of Foundations of Criminal Liability", (1940) 49 Yale L. J. 807-810, and *General Principles of Criminal Law* 2ed., 1960, pp. 569-572. e. t. c. なお、中武・前掲論文阪大法学七号八三—八五頁。英米刑事法の形成の全般的考察として、木下毅「英米刑事法の形成」内田力蔵先生古稀記念現代イギリス法(昭五四)三三一頁以下。

(2) Stephen, *op. cit.*, p. 222.

(3) Sayre, *supra*, p. 821, Holdsworth, *A History of English Law*, vol. III, 1923, p. 373 n. 4, Pollock & Maitland, *History of English Law*, vol. II, 1895, p. 477, n. 5, Hall, *supra*, p. 792, *op. cit.*, pp. 560-561.

(4) Sayre, *supra*, pp. 826-833. ホーヤーに引かれ、一七三六年のサットン事件判決(R. v. Sutton)では、「犯罪意因に結びつく「明白な行為」に基づく未遂が処罰され、一七六九年のボーン事件判決(R. v. Vaughan)では、「意思は行為とみなす」とする古い原理ではなく、役人に贈賄しようとしたというかなり明白な公共的侵害の未遂行為が処罰されたという。

(5) R. v. Scofield, (1984) *Cald Mag Cas* 397. cf. Sayre, *supra*, p. 835.

(6) R. v. Higgins, (1801) 102 E. R. 269-272.

(7) Cross & Jones, *Introduction to Criminal Law*, 9ed., 1980, p. 359, 362.

(8) Sayre, *supra*, p. 835, Hall, *supra*, p. 810; *op. cit.*, p. 836.

(9) Turner, "Attempts to Commit Crimes", (1934) 2 *Camb. L. J.* 235.

(9) R. v. Eagleton, (1855) 169 E. R. 835.

(11) ステューヴンは、未遂の定義について「犯意をともなう行為が、妨げられないかぎり、既遂となるような行為の一部となるもの」とする。Stephen, Digest of the Criminal Law, 6ed., 1904, art. 50. けれどもしたがう判例として R. v. Linnaker, [1906] 2 K. B. 101, Davey v. Lee, [1967] 2 All E. R. 423, e. t. c.

(12) この段階で刑法が干渉しうるかは、「公共政策の問題」(a matter of public policy)とされる。G. Williams, Criminal Law, 1ed., 1953, p. 478, 2ed., 1962, 625, Stuart, "The Actus Reus in Attempt", [1970] Crim. L. R. 511, Cross & Jones, op. cit., p. 362. なお、大谷・刑法改正とイギリス刑事法四八頁、藤岡・前掲論文二二六頁参照。

二 従来の不能犯判例と学説

英米刑法では、しばしば不能未遂を事実的不能 (factual impossibility) と法律的不能 (legal impossibility) とに分類して、未遂成立の有無が論じられる。前者は、客体の不能や手段・方法の不能を指す。後者は、たとえば窃盗の意図で他人の傘と信じて持ち帰ったが、後に自分の物であることが判明したというように、行為は完成したが、行為者の錯誤により当該犯罪の成立に必要な一定の構成要素を欠くため、法律上犯罪にならない場合を指し、我々の構成要件の欠缺に相当する。しかし、後述するように、こうした分類を認めず、法律的不能を幻覚犯 (imaginary crimes) の意味に限定する学説がむしろ有力になっていることに留意する必要がある。本節では、便宜上、右の分類にしたがい、スミス事件上院判決以前の判例の態度をみる。

(1) 事実的不能のなかで客体の不能は、一八九二年のリング事件判決⁽¹⁾以来、不可罰的事由とならなくなった。同判決は、窃盗の意図で、列車に乗り込もうとしている婦人の服のポケットのなかを手探りしたが、何も窃取されなかったという事案につき窃盗未遂を認め、客体の不能に関する従来の判例の態度を変更したものである。そもそも、客体

の不能が問題となりはじめたのは一九世紀に入ってからであるが、⁽²⁾未遂との関連が問われるようになるのは、一八五七年のマックファーソン事件判決以来のことである。⁽³⁾同判決は、窃取しようとした特定物が存在しなかったという事案につき、「未遂は、成功すれば起訴犯罪が成立する行為を実行するものでなければならぬ」から、特定物が存在しなければ犯行は決して成功しえないと判示して、窃盗未遂を認めなかったものである。次いで、一八六四年のコリズ事件判決は、⁽⁴⁾リング事件判決と類似の空ポケットのスリの事案につき、マックファーソン事件判決にしたがい、「未遂は、妨げられないかぎり、既遂にいたる行為の着手がある場合にのみ成立する。」ので、ポケットに何もなければ窃盗未遂は成立しないと判示した。両判決とも、事後的に判明する客体の存否を問い、未遂は現実に犯罪の遂行が可能なる状態でのみ成立するという論理を示した。まさに、客体の絶対的不能 (absolute impossibility) を認めただけである。⁽⁵⁾しかし、未遂のアクトス・レウスを純客観的に認定する方法は、スコフィールド事件判決以来の未遂法の伝統に反するものであった。

やがて、右の論理は覆されることになる。一八八九年のブラウン事件判決は、⁽⁶⁾客体の不能の事例ではなかったが、コリズ事件判決の適用が主張されたことに対し、十分な説明を加えることなく、同判決の結論は満足しえず誤っていると判示した。さらに三年後のリング事件判決が、ブラウン事件判決においてコリズ事件判決が変更されたことを理由に、既述のように空ポケットのスリを窃盗未遂としたのであった。こうして、客体の不能は不可罰的事由でなくなったが、ここで留意すべきことは、⁽⁷⁾リング事件判決が積極的な可罰根拠を示したわけではないことである。客体の不能の可罰根拠は、むしろ後から学説が示したといつてよい。⁽⁸⁾しかしリング事件判決は、常識に適った判例であるという理由で、スミス事件上院判決までの約八〇年間、リーディング・ケースとなったのである。

なお、特定物の不存在の事例について、財物を物色するだけでは窃盗罪の成立に必要な他人の財物を「永続的に領得する意図」を示したことになる⁽⁹⁾として、窃盗未遂も認めなかった判例が一九七一年に出て、リング事件判決との関連で注目されたことを付記しておく。

(1) R. v. Ring and Others, (1892) 17 Cox's C. C. 491.

(2) R. v. Lovel, (1837) 174 E. R. 206. (相手がいると誤信して空部屋に発砲した行為を、射程範囲内にいなかったことを理由に「悪意に発砲する罪にあたらなかつた事例」) R. v. Goodchild, (1846) 175 E. R. 121. (非懐胎の婦人に墮胎薬を投与した行為について、墮胎罪(墮胎目的で器具または有害物を使用する罪)の成立に「婦人が現実に懐胎しているかどうかは重要でない」として、同罪の成立を認めた事例)。わが国では、グッドチャイルド事件判決を墮胎未遂を認めた事例として紹介されているが(高窪・前掲論文五二頁、宗岡・前掲論文五頁)、未遂の成立は問われていない。なお、同事件以前の旧法下では、類似の事案について、婦人が懐胎していることが犯罪の成立条件だったので、非懐胎の場合は不可罰とされた。R. v. Annon, (1811) 170 E. R. 1310, R. v. Scudder, (1828) 173 E. R. 565.

(3) R. v. M'Pherson, (1859) 169 E. R. 975.

(4) R. v. Collins and Others, (1864) 168 E. R. 1477.

(5) Turner, "Attempts to Commit Crimes", (1934) 5 Camb. L. J. 242. ステューヴンは「道徳的な罪は大きいが、社会的危険性がなくかつ」ロリンズ事件判決を評価しつつ、Stephen, A History of the Criminal Law of England, vol. II, p. 225.

(6) R. v. Brown, [1889] 24 Q. B. 357.

(7) Turner, *supra*, p. 246.

(8) たとえばホールは「ポケットが空だったのは偶然であり、結果発生⁽¹⁰⁾の客観的危険性 (objective risk) が高いことを可罰理由とする」Hall, General Principles, pp. 591-592.

(9) R. v. Easom, [1971] 2 All E. R. 945, G. Williams, "Intent to Steal and Impossibility Rule", (1979) New L. J. 1169.

(2) 手段・方法の不能は、一般に未遂の成立を妨げないとするのが、判例の立場である。

典型例として毒物投与の事例をみると、判例は、それじたい有害物であることが証明されなければならないとした⁽¹⁾が、有害物であれば致死量不足でも未遂を認める。一九一〇年のホワイト事件判決は、母親殺害の意図で致死量と誤信したシアン化物をワイングラスに入れて同女の枕元に置いておいた行為について、それは謀殺のために意図した行為の完成であり、他の行為をとみなわなければ結果を惹起しえなくても、謀殺未遂が成立するとした。本件では、同女がそれを飲用しなくても、致死量と信じた毒物を入れた行為じたいが、謀殺に近接していると認定された。同判決は、単なる手段・方法の不適切な事案につき未遂を認めたと事例として、こんにちでも一般に支持されている。⁽³⁾

次に、被害者側が容易に見抜けるほど犯行計画が稚拙な場合でも、未遂が認められる。一八七〇年のヘンスラー事件判決では、詐欺の意図で虚偽内容の手紙を送付し、その相手方から金銭を騙取しようとしたが、相手が虚偽と見抜きつつ郵便為替を送付したという事案について、欺罔されていないから詐欺に当たらないという主張に対し、裁判所は手紙が投函された時点で犯行が終了していると判示して、詐欺未遂を認めた。同事件は、犯人が意図した行為をすべて終了しており、相手が虚偽だと見抜いたのは犯人の支配外の事情であるという理由から、当然の未遂事例と評価されている。⁽⁵⁾

(1) R. v. Powles, (1831) 172 E. R. 830, R. v. Hennah, (1877) 13 Cox's C. C. 547.

(2) R. v. White, [1908-10] All E. R. 340.

(3) cf. Haughton v. Smith, [1973] 3 All E. R. 1115, 1117.

(4) R. v. Hensler, (1870) 22 L. T. 691. ヘンスラー事件判決にしたがった判例として、R. v. Light, (1915) 11 Cr. App. R. 111. があげられる。

(5) cf. [1973] 3 All E. R. 1116.

(3) 法律的不能について、判例は、主体の不能⁽¹⁾や手段・方法が特定されている場合にこれを欠けば⁽²⁾、未遂の成立も認めていない。

しかし、規範的な構成要素の欠缺の事例では、判例の立場が大きくわかれた。注目すべき判例として、一九四九年のパーシー・ダルトン会社事件判決⁽³⁾がある。事案は、不正な利益を得る意図で、箱詰西洋なしを統制価格内の重量しか詰まっていないと誤信し、それを越える価格で販売したが、後に適正な重量であることが判明したため、一九四六年輸入西洋なし規則 (Imported Pears Order 1946) 二条一項 a の最高許容価格を越えて西洋なしを販売する罪の既遂にはならないが、未遂になるかが問われたものである。裁判所は、「それ以上完成しないが、たとえ完成しても犯罪とならない所為にいたる一步は、未遂とみなされえない」と判示して、完成した販売行為が客観的に同規則に違反したことになる以上、未遂も成立しないと⁽⁴⁾⁽⁵⁾した。同判決の法理は、同規則を厳格に解釈し、行為を完成しても犯罪でないことを遂行する試みは未遂としないと⁽⁶⁾した点で、罪刑法定主義の原則に適うといえよう。同判決は、後にスミス事件上院判決の典拠となり、その結論を決定づけることになる。

これに対し、一九六五年のミラー⁽⁷⁾ページ事件判決は、窃盗行為につき偶然所有者の同意があったために窃盗既遂とならない場合に、未遂となるかが問われた事案で、事情により窃盗の遂行が不能であるという事実は、一九一六年窃盗法 (Larceny Act 1916) 一条の窃盗罪の未遂の成立を妨げないとした。続いて、一九七〇年のカーヴィシュリー⁽⁸⁾リックリスピン事件判決も、盗品の運搬目的でそれが保留されている場所に到着したが、すでに警察により押収されていたため、運搬不能となった事例につき、当該の場所に到着したことが盗品の移転に十分近接しているとして、一

九六八年窃盜法 (Theft Act 1968) 111条一項の盜品関与罪の未遂を認めた。犯行時点において、前者は財物の他人性、後者は盜品性と、各罰条に記載された規範的な構成要素を欠くため、行為を完成しても既遂となりえないが、兩判決とも同要素の存在を未遂の構成要件とはみなさなかつた。

次に、規範的な構成要素の欠缺というより、むしろ手段・方法の欠缺といえる場合であるが、墮胎罪に関する判例の態度が注目される。一八六一年人身に対する犯罪法⁽⁹⁾ (Offences against the Person Act 1861) 五八条は、墮胎目的をもつた懷胎の婦女またはその他の者による薬物の投与、器具の不正使用を禁止していた。アクトス・レウスは、それらの行為により成立する⁽¹⁰⁾。問題は、当該薬物または器具が墮胎効果の全くない無害なものであることを認識せず使用したため、同罪のアクトス・レウスを満たさない場合に未遂が成立するかである。一九二〇年のオズボーン事件⁽¹¹⁾判決では、懷胎の婦女を墮胎させる意図で薬物と誤信して同女に無害物を投与した行為が五八条の未遂に当るかが問われたが、裁判所は、道徳的には非難できるが、法的には行為者は犯行を「働いて」(on the job) おらず、「行為者が薬物だと考えたにせよ、それが薬物でなければ、彼は無害物の投与によって薬物の投与を企てることはできない。」と説示し、被告人は無罪となつた⁽¹³⁾。同判決は、未遂のアクトス・レウスを客観的に認定し、犯意を顕現する行為がおよそ無害であれば、行為者は犯行を「働いた」ことにならず、そのような行為は道徳的非難の対象にしなければならないとした⁽¹⁴⁾。しかし、こうした行為者の主観的事情を無視する解釈態度は、スコフィールド事件判決以来の伝統からの逸脱を意味する。そのため、通説からの批判を受けることになった⁽¹⁵⁾。もっとも、判例の立場は、現実に犯罪の遂行が不能でも行為者が墮胎効果があると信じれば足りるとか、行為者が当該薬物は「目的に適う」(do the trick) と考えれば足りるなど、主観的テストによるものが一般的であつたといえるだろう⁽¹⁸⁾。しかし、それらはオズボーン事件判決を変

更するまでにはいたらなかったのである。⁽⁹⁾

- (1) 主体の不能は行為を完成しても法律上犯罪にならないから未遂も成立しない。R. v. Phillips, (1828) 173 E. R. 695, R. v. Eldershaw, (1828) 172 E. R. 472, Q. v. Williams, [1893] 2 Q. B. 320.
- (2) 「装てんされた」銃の発砲行為が罪とされた場合、判例は意図した危害が実行可能なように装てんされていないなければならないとして、未装てんの場合は不可罰とした。R. v. Carr, (1819) 168 E. R. 854, R. v. James, (1844) 174 E. R. 924, R. v. Gamble, (1867) 10 Cox's C. C. 545. なお、連発銃で引鉄を引いた箇所だけに弾丸が入っていない場合は装てんされず不可罰である。R. v. Jackson, (1890) 17 Cox's C. C. 104.
- (3) R. v. Percy Dalton Ltd., (1949) 33 Cr. App. R. 102.
- (4) 同事件と同様の法理で法律的不能を不可罰とした著名なアメリカの判例がある。People v. Jaffe, (1906) 18 N. Y. 497. cf. Paulsen & Kadish, Criminal Law and Its Processes, 1962, p. 474.
- (5) ペーシー・ダルトン会社事件の法理を支持したものとして R. v. McDonough, (1962) 47 Cr. App. R. 41. ただし、独立教唆罪の事例のため、右法理の適用はなかった。
- (6) 罪刑法定主義について Hall, op. cit., p. 586. 木村亀二「英米刑法と罪刑法定主義」刑法雑誌二卷三号(昭二六)四〇一頁以下、大野真義・罪刑法定主義(昭五五)一六一頁以下等参照。
- (7) R. v. Miller and Page, (1965) 49 Cr. App. R. 241.
- (8) R. v. Curbishley and Crispin, (1970) 55 Cr. App. R. 310.
- (9) 現在は、一九六七年堕胎法 (Abortion Act 1967) に改正。cf. Smith & Hogan, Criminal Law, 5 ed., 1983, pp. 345-349. 改正経過について、大谷・刑法改正とイギリス刑事法五七頁参照。
- (10) したがって、胎児を母体から排出、分離するとは要求されない。Cross & Jones, Introduction to Criminal Law, 8ed., p. 193. なお、胎児殺 (Child Destruction) は一九二九年胎児生命 (保護) 法 (Infant Life (Preservation) Act 1929) 一条に規定されていた。cf. Cross & Jones, op. cit., p. 175. スチャーマート・前掲書一九三頁参照。
- (11) R. v. Isaacs, (1862) 169 E. R. 1371, R. v. Cramp, [1880] 5 Q. B. 307.

- (12) R. v. Osborn, (1919) 84 J. P. 63.
- (13) 同事件では、さらに懐胎の婦女の墮胎企行の教唆についても、無罪とされた。
- (14) G・ウィリアムズは、同判決を事実的不能の事案とみなし、手段・方法の絶対的不能を認めたと評価した。G. Williams, *Criminal Law*, led., p. 501, 2ed., p. 651.
- (15) G. Williams, *op. cit.*, 1ed., p. 441, 2ed., p. 638.
- (16) R. v. Brown and Others, (1899) 63 J. P. 790. 同判決は懐胎の婦女の墮胎未遂と墮胎企行を教唆したブラウンに五八条の教唆罪を認めたもの。なお、元来、独立教唆罪は教唆された犯罪が遂行されなくても成立すると解されていた。(See *Digest of the Criminal Law*, 6ed., 1904, art. 48.)
- (17) R. v. Rowse (unreported). cf. [1970] *Crim. L. R.* 18-19.
- (18) cf. English, "Did he think it would do the trick?", [1970] *Crim. L. R.* 18, n. 24, G. Williams, *Textbook of Criminal Law*, led., 1978, p. 402.
- (19) ローゼル事件判決は、オズボーン事件判決を変更するねらいがあったと思われるが、成功しなかった。なお、ローゼル事件判決の陪審員は、被告人に無罪評決を行なった。cf. [1970] *Crim. L. R.* 19.

(4) 以上のように、判例は、事実的不能については一般に可罰的態度を示し、法律的不能については態度がわかれただ。では、このような判例法の形成に、学説はどのように対応したのであるか。未遂のアクトス・レウスを客観的に認定し、不能未遂について不可罰的態度をとる判例は、くりかえし指摘するように、スコフィールド事件判決以来の未遂法の伝統を破るものであった。そのため、概ね学説からの批判を受けざるをえなかった。しかし一方、法律的不能の場合にまで可罰性を拡大することに疑義が投げられるようになり、一つの論争へと発展した。そこで、この論争をおして学説の対応をみてみよう。

論争は、一九六二年の THE CRIMINAL LAW REVIEW 誌⁽¹⁾上で、通説を代表する G・ウィリアムズの見解に J・

C・スミスが批判を加え、さらにG・ウィリアムズがこれに反批判を加えるかたちで行なわれた。

G・ウィリアムズの見解を要約すると、彼は、行為者の「社会的危険性」(social danger)を抑止すべきだとする観点から、メンズ・レアが存在すれば、法的、道徳的、社会的に無害な行為を未遂のアクトス・レウスとみなしうるとし（それゆえ、犯罪の遂行は可能である必要がない）、未遂のテストを、メンズ・レアに基づき、事実が行為者の信じたとおりのものであれば犯罪となる行為に着手したかどうかに求めた。G・ウィリアムズは、この主観的テストにより、社会的危険性のない迷信犯や幻覚犯などを除いて、不可罰的不能未遂は認められないとした⁽³⁾。したがって、法律的不能も可罰対象となる。というよりもむしろ、彼は、法律的不能といわれるものが実は一定の行為事情に関して錯誤し、意図の達成に失敗した点で、事実的不能にほかならないと考え、両者の区別を否定するのである⁽⁴⁾。彼によれば、真の意味での法律的不能は幻覚犯に限定されなければならない⁽⁵⁾。こうしたG・ウィリアムズの説が、こんにち通説化している⁽⁶⁾。

これに対し、J・C・スミスは、未遂においても刑法によって「それじたいにおいて禁止された」(forbidden in itself)アクトス・レウスがなければならないとする基本的視座から、G・ウィリアムズが完成した行為が完全にイノセントな場合にまで、犯意を顕現する行為が存在すれば未遂を認めてよいとするのは、不当な未遂法の拡大であると主張した。そうして彼は、可罰未遂と不可罰的不能未遂の新たな限界設定を試みた⁽⁷⁾。それは、すでに論争の五年前の論文⁽⁸⁾においても披瀝されていた。彼の見解を要約すると、不能未遂は二つの類型に分れる。第一に、行為者が行為を完成し「目的」⁽⁹⁾(purpose)を達成したが、帰責条件として犯罪の定義により要求される行為事情（真の行為事情 pure circumstances）が欠缺したため、達成した「目的」が犯罪とならない場合には、未遂の成立余地はない。第二

に、結果の発生に必要であり、それなくして犯罪のアクトス・レウスの基本的構成要素たる結果が発生しない行為事情（結果的行為事情 *consequential circumstances*）が欠缺したため、行為者が「目的」の達成に失敗した類型では、達成されれば犯罪が成立するから未遂となる。たとえば自分の傘に対する窃取の事例では、他人の傘と信じた当該の傘を持ち帰った点で行為者は目的を達成したが、窃盗罪に明記された「他人の財物」という真の行為事情が欠缺したため、達成した目的が犯罪とならないから第一の類型に該当し未遂は成立しない。一方、空ポケットに対するスリの事例では、財物が欠缺したため窃盗目的の達成に失敗したが、達成されれば窃盗罪が成立するから第二の類型に該当し、窃盗未遂となるというわけである。こうして彼は、法律的不能の場合を不可罰とし、不可罰判例に理論的根拠を与えた⁽¹⁰⁾ほか、客体の不能や手段・方法の不能の場合を可罰未遂とし、リング事件判決以来の判例の態度を支持した⁽¹¹⁾のである。

しかし、G・ウィリアムズは、分類のポイントとなる「目的」は一つの意義だけに限定しえないことを指摘し、分類の理論的欠陥をついた⁽¹²⁾。なぜなら、自分の傘を窃取した者の目的は他人の傘の不法取得であるので、彼は目的の達成に失敗したともいえるし、反対に既述のヘンスラー事件判決の犯人は、J・C・スマイスによれば相手⁽¹³⁾を欺罔できなかった点で目的の達成に失敗したというが、彼の目的は欺罔による金銭の取得であるので、金銭を取得した点で目的の達成に成功したともいえるからである。

以上の論争は、結局、自分の傘を窃取したような者を行為者の反社会的危険性の観点から処罰すべきか、それとも彼を不可罰としても未遂法の厳格解釈を守るべきかの問題に集約できよう。J・C・スマイスの未遂法の厳格解釈の努力は、罪刑法定主義を維持するうえで評価でき、不能未遂規定の政府原案に影響したが、犯罪予防政策の観点から未

遂法を拡張解釈する通説に対抗する力をもたなかった。

- (1) J. C. Smith, "Two Problems in Criminal Attempts, Re-Examined-II", [1962] *Crim. L. R.* 212, G. Williams, "Criminal Attempts-A Reply", [1962] *Crim. L. R.* 300.
- (2) G. Williams, *Criminal Law*, 1ed, 1953, pp. 487-503, 2ed., 1962, pp. 633-653.
- (3) ちひだ' G・ウィリアムズは、' 刑罰法規が可能性の程度を要求しているときに、' それを満たさなければ不可罰とする。G. Williams, *op. cit.*, 1ed., p. 490, 2ed., p. 637. これは、' 従来の見方からすれば法律的不能となる。本稿七二頁注(2)参照。
- (4) たとえば、パーシー・ダルトン会社事件判決では、' 被告会社が当該西洋なしを重量以下と信じた事実に基づけば、' 彼等は犯罪の既遂にいたる一步を踏み出したことになり、' 既遂にいたらなかったのは、' 当該西洋なしが適正重量詰まっているという行為事情について錯誤したからであるという。G. Williams, *op. cit.*, 2ed., p. 649.
- (5) G. Williams, *op. cit.*, 1ed., p. 491, 2ed., p. 633. なお、' 一版では、' Legal Impossibility と表現しているが、' 二版では Attempting a non-existent Crime という表現に改められている。ちひだ一九七八年のテキストブックでは、' abstract legal impossibility と表現している。Textbook of Criminal Law, 1978, p. 398.
- (6) H. L. A. Hart, "The House of Lords on attempting the impossible", *Crime, Proof and Punishment; Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, 1981, p. 1, Brett, *An Inquiry into Criminal Guilt*, 1963, p. 124, Hall, *General Principles of Criminal Law*, 2ed., 1960, p. 598, e. t. c.
- (7) J. C. Smith, *supra*, p. 222.
- (8) J. C. Smith, "Two Problems in Criminal Attempts", (1957) 70 *Harv. L. R.* 424. なお、' 宗岡・前掲論文九頁以下。
- (9) 「目的」の意義については、' 「目的と意図とは同じものであるが、' 決して必然的に同じではない。未遂は本質的に目的と関係している。』と説明する。J. C. Smith, *supra*, [1962] *Crim. L. R.* 217. しかし、' この説明だけでは「目的」と「意図」との違いが不明瞭である。
- (10) パーシー・ダルトン会社事件判決は、' 販売目的を達成したが最高許容価格を越えて販売するという「真の行為事情」が欠缺する事例、' オズボーン事件判決は投与しようとしたまさにその物を投与した時点で目的を達成したが、' なんら犯罪を犯した

ことにならない事例とみなされる。

- (11) なお、J・C・スミスは自説を教科書の四版までは踏襲していたが (Smith & Hogan, Criminal Law, 4ed., 1978, p. 256.)、五版で変更した (5ed., 1983, p. 263.)。理由は、本稿一〇二頁参照。
- (12) G. Williams, supra, [1962] Crim. L. R. 301. 同頁、宗岡・前掲論文一三頁。
- (13) J. C. Smith, supra, [1962] Crim. L. R. 215.

三 不能未遂規定立法化の動き

一九六五年法典編纂委員会法 (Law Commission Act 1965) により法改革のための機構として、法典編纂委員会⁽¹⁾が設立されて以来、未完成犯罪の一般原則化を行なう目的で、未遂罪は、共謀罪、独立教唆罪とともに、コモン・ロー上の犯罪から成文法上の犯罪となるための法改革の対象となった。そこで同委員会は、以上の不能未遂に関する判例・学説の動きに対応して、不能犯論の立法的解決をはかろうとした。一九七三年六月五日、同委員会が組織する検討委員会⁽²⁾は、未完成犯罪の一般原則に関するワーキング・ペーパー五〇号⁽³⁾を公刊した。

そのなかで、同委員会は不能未遂に関する従来の判例・学説を論評し、客観説は主に「法益の危殆化」(danger to the interest) を問題とし、主観説は行為者の「道徳的な罪」(moral guilt) を重視するが、後説を採用すべきだとす⁽⁴⁾る。その理由は、犯罪目的の達成に向けて全力を尽した者は、再犯防止の観点から処罰に値するからであるとする⁽⁵⁾。これに対し、客観説を採用しない理由は、客観説を厳格に適用してしまうと、およそ結果が不能である場合には未遂犯を適用できなくなることに、アメリカを含むコモン・ローの諸国やヨーロッパの通説・判例の流れと合わないこと、絶対的不能と相対的不能との区別は不十分で、適切な基準でないことの三点に求められる⁽⁶⁾。

そこで、検討委員会は、主観説の立場から詳細な判例分析も理論研究も的確な法的ルールを決定する目的をはたし

えないとし、⁽⁷⁾ 従来の判例や仮設事例を利用して、次のような規定を提示した。

(i) 使用された手段が、犯罪の遂行に事実上不適切であっても、行為者は未遂犯の罪責を負うものとする。

(ii) 次の事情が存在しても、行為者は未遂犯の罪責を負うものとする。

(a) 犯罪の対象となる人がすでに死亡し、または存在せず、もしくは備えていると信じる（犯罪に必要な）性質を欠く場合、

(b) 犯罪の対象となる財物が存在せず、もしくは備えていると信じる（犯罪に必要な）性質を欠く場合。

(iii) 以上を除いて、当該犯罪につき法律上要求された要素の不存在のために計画した犯罪を犯しえない場合、行為者は未遂犯の罪責を負わない。

(iv) 前三項で述べられた原則は、独立教唆罪、共謀罪にも適用される。

同規定の趣旨を簡単に説明すると、(i)は無害物の投与も含め、およそ手段・方法の不能が不可罰的事由にならないとする。⁽⁸⁾ (ii)の(a)、(b)はそれぞれ客体たる人ないし財物の欠缺、もしくは贈賄の相手方が公務員でなかったとか收受した財物が盗品でなかったなど犯罪の成立に必要な「性質」(characteristic)の欠缺は、未遂の成立を妨げないとする。⁽⁹⁾ (iii)は強姦犯人が自分を一五歳と誤信したが、犯罪能力のない一三歳であったなど、主体の不能の不可罰性を規定する。⁽¹⁰⁾ (iv)は、不能未遂に関する以上の原則が、犯罪の遂行が不能な事案に関わる独立教唆罪や共謀罪にも適用されるとする。このように検討委員会は、従来可罰性に関して争いのあった規範的な要素の欠缺や無害物投与の事例を可罰的とする規定を提示することなどにより、不能犯論の立法的解決をはかろうとした。

しかし、検討委員会が自認するように、右の規定は十分な理論的検討をへて設定されたものではないため、曖昧な

点をのこした。そのため、同規定の犯罪事実に関する理論的分析が実務上適用困難であり、不確実な判定をもたらす危険があるとする批判が出た。⁽¹¹⁾たとえばパーシー・ダルトン会社事件判決の事実(ii)の(b)に当るが、同委員会はこれを有罪とするために、「財物の量は財物の性質とみなしうる」⁽¹²⁾と説明する。しかし、これは「裁判所に受け入れられる前に、立法府により支持されることが必要な分析」である⁽¹³⁾と。「性質」という抽象的表現になることは立法技術上避けがたいであろうが、それが内包する意味の範囲を明確にしておかなければ、具体的事案において困難な解釈問題が生じることになろう。

このように、同規定は理論的に不明確な部分を残したものの、これがいったん採用されれば不可罰的不能未遂を認めない原則が確立するのであるから、不能未遂に関する諸説を不要にする力をもつことになったであろう。⁽¹⁴⁾しかし、以上の立法提案が出された矢先、それと真向から対立するスミス事件上院判決が出たのである。

- (1) 法典編纂委員会の構成や機能については、下山瑛二「イギリスにおける最近の法典化」比較法研究三二号(昭四五)一八〇頁以下、堀部政男「法改革の歴史と展望」比較法研究三七号(昭五〇)九八頁以下、大谷・前掲書一一一―一五頁、新井正男・イギリス刑法の基礎(昭五六)三五七頁以下参照。
- (2) 大谷・前掲書一四頁参照。
- (3) The Law Commission, Working Paper No. 50; Codification of the Criminal Law General Principles Inchoate Offences Conspiracy, Attempt and Incitement, 1973.
- (4) Para. 128.
- (5) Para. 129. 当局が干渉するのは、犯意にあらわれた社会的危険性を示す行為が行なわれたときであるとする。Para. 68.
- (6) Para. 128.
- (7) para. 130.

- (8) para. 131, c.
- (9) para. 131, a, b, d, e, f, g, h.
- (10) cf. Temkin, "Impossible Attempts-Another View", (1976) 39 M. L. R. 57, 59-60.
- (11) Buxton, "The Working Paper on Inchoate Offences: (1) Incitement and Attempt", [1973] Crim. L. R. 672. 他
ニテムキンの批判がある。Temkin, supra 60, Temkin & Zellick, "Attempts in English Criminal Law" (1974) 1 Dal-
housie. L. J. 594-595.
- (12) Working Paper, p. 97, n. 216.
- (13) Buxton, supra, p. 672.
- (14) Buxton, supra, p. 673.

四 ホートン対スミス事件上院判決と学説の対応

(1) 最初に、スミス事件⁽¹⁾そのものを紹介しよう。起訴犯罪事実は、以下のとおりである。

事件は、一九七一年九月に発生した。被告人ロジャー・ダニエル・スミス (Roger Daniel Smith) は、リヴァプール
の某商店から盗まれた大量のコインビーフをロンドン地区において売却処分する意図をもって、それがロンドン
に搬送されてくるのを待っていた。しかし、搬送車が途中で積載過剰の疑いで検問を受けた際、本件犯行計画が露見
してしまった。警察官は右盗品を押収したうえで、被告人をワナにかけて逮捕するために、運送人に変装するなどし
てロンドンへ向かった。そして、予定どおり到着したと信じた被告人が荷解行為に着手したところを逮捕したという
事案である。

右の事実に対し、ホートン警察署長 (J. Haughton, Chief Constable) は、被告人を一九六八年窃盜法二二条一項
の盗品関与罪⁽²⁾ (handling stolen goods) の未遂および運送人との盗品関与の共謀の罪で起訴した。しかし、共謀罪

の点につき運送人が有罪にならなかったことなどから、スミスにも無罪評決が出た。⁽³⁾したがって、もっぱら盗品関与罪の未遂の成立の有無が問題となった。ところで、同法二四条三項前段は、「いかなる財物も、それが元の所有者に返還されるか、または第三者の合法的な占有ないし管理下に置かれた後は盗品とはみなされない。」と規定する。本件では、当該財物は犯行時点ですでに警察の法的管理下にあるため、盗品性を欠く。しかし、同法二二条一項は「人は（窃盗を働いている場合を除いて）それが盗品であることを認識しまたは信じて不正に財物を収受し、もしくは他人の利益をはかり、不正にその保管、移動、処分、現金化を引き受けないし援助し、またはこれらを手配すれば、盗品に関与したものとみなされる。」と規定する。それゆえ、盗品と誤信して不正に売却処分しようとした本件行為は、盗品関与罪の未遂になるかが問題となる。

一九七二年九月二八日、リヴァプール刑事裁判所は、問題を積極に解し、有罪評決により、被告人に一年の拘禁刑を言渡した。⁽⁴⁾これに対し、被告人側は、犯罪事情が法律上、既遂犯を遂行しえないような場合には未遂も成立しないこと、当該財物がすでに法的管理下におかれているため、盗品関与罪の未遂は成立しないことを理由に控訴した。

一九七三年三月二九日、控訴裁判所刑事部のウィジェリー首席裁判官 (Lord Widgery CJ) 他二名は、控訴を認めて次のように判示した。

「所為が犯罪であると信じて計画し、実行する者は、所為が法律上全く犯罪にならないことが明らかになれば、未遂犯の罪責を負わない。したがって、財物に関与した時点でそれが実際に盗品性を欠いてしまっている以上、被告人は盗品関与罪の未遂の罪責を負わない。」

ウィジェリー首席裁判官は、本判決にパーシー・ダルトン会社事件判決の法理を適用した。⁽⁵⁾彼は、必ずしも明確な

根拠づけをしていないが、可罰的な事実的不能と不可罰的な法律的不能との区別を認め、後者を可罰的とみなす最近の判例の流れをかえる端緒を開いたのである。このことは、本判決の直後に発表されたワーキング・ペーパーの原則と対立する。しかし、検討委員会は、本判決が同原則と異なる結論を示し、上告されたと簡単に言及するにとどめた。⁽⁶⁾ 最近の判例や立法提案の傾向から、本判決は上告審で覆されると考えられたからであろうか。

- (1) R. v. Smith, [1973] 2 All E. R. 896, Haughton v. Smith, [1973] 3 All E. R. 1109.
- (2) cf. J. C. Smith, *The Law of Theft*, 3ed, 1977, paras. 362-379. スチュアート・前掲書一五六頁以下、土屋正三「イギリスの新『盗法』(一)(二)」警察研究四〇巻九号(昭四四)三頁以下、同一〇号四五頁以下。
- (3) [1973] 3 All E. R. 1112, 1124.
- (4) なお、スミスは一九六九年七月二日、バーケンヘッド四季裁判所で受けた窃盗罪による拘禁刑一年執行猶予三年の言渡を取り消された。
- (5) 控訴審判決は、さらに本件と類似の事案について、パーシー・ダルトン会社事件判決の法理にしたがった一九七〇年のニージーランドのドネリー事件判決 (R. v. Donnelly, [1970] N. Z. L. R. 980.) を適用している。
- (6) Working Paper, No. 50, p. 95, n. 213.

(2) 一九七三年一月二日、上院のヘルシヤム大法官 (Lord Hailsham of St Marylebone LC) リード裁判官 (Lord Reid) 他三裁判官は、全員一致の意見で上告を棄却して、次のように判示した。

「人は、犯罪を犯す目的で踏み出した一歩が、成功裏に達成されれば当該犯罪の既遂となる状況においてのみ未遂犯の罪責を負うにすぎない。一定の行為をこれが犯罪になると誤信して実行した者は、既遂にいたる一歩を踏み出していないから、未遂犯の罪責を負わない。

一九六八年窃盗法二二条該当の犯罪が成立するためには、当該財物はそれに関与する時点で盗品でなければならな

い。被告人がそれを盗品であると信じたことは関係がない。それゆえ、被告人が関与した財物が盗品でなければ、盗品関与罪の未遂の罪責を負わない。」

本判決は、不能未遂に関するはじめての上院判決であるとともに、行為時点で盗品関与罪の成立に必要な財物の盗品性が欠缺すれば、被告人が盗品と誤信して関与行為におよんでも、「既遂にいたる一步を踏み出していないから」未遂も成立しないという法理を展開して、法律的不能の可罰性に関する従来の判例の争いを解決した点で重要な意義を有する。しかし、本判決の意義はこれにとどまらない。上院は、法廷意見のなかで、右の結論を導き出すために不能未遂の類型全般に検討を加え、客観主義的観点に基づく未遂のテストを設定し、傍論ながら無害物の投与や客体の完全な欠缺に絶対的不能を認めるなど、未遂の成立を限定する法理を展開した。とくに客体の不能は、リング事件判決により解決済みとされてきた領域だけに、上院の見解が注目される。主観主義的観点に基づく不能未遂規定の立法化作業が進展するなかで本判決が登場したことは、学界や法典編纂委員会に驚きを与え、不能未遂に関する論議を高める契機となったのである。

では、いったい上院はどのような法理を展開したのであろうか。次に、その具体的内容と批判論をみてみよう。

(3) ヘルシャム大法官は、従来の客観主義的な立場をとった判例や学説に依拠しつつ、⁽¹⁾第一に未遂成立の基本原則として、次の三つのテストをたてた。⁽²⁾

① 犯罪遂行の意図だけでは未遂にならない。

② 意図またはメンズ・レアに加えて、妨げられなければ既遂となるような行為の一部となるよう意図され、実際にその一部となる明白な行為が存在しなければならぬ。

③ 未遂となる行為は、単なる予備を越え、既遂に近接していなければならぬ。

以上のテストの趣旨を説明すると、①は「意思は行為とみなす」という既述の古い原則のアンチ・テーゼである。本件では、盗品関与の意図だけで未遂としない。もっとも、従来から未遂の成立には犯意をとまなう明白な行為の存在が要求されるので、①は不適切な警告であると批判されるように、^③犯意だけで未遂としないということは、自明の理となっている。②はステイヴンが行なった未遂の定義を借用するもので、未遂の成立条件として、犯意と「妨げられなければ」すなわち、結果の発生を妨げる外部的要因がなければ既遂となるような行為の一部が必要であるとすゝる趣旨である。客観的なアクトス・レウスを必要とする点で、通説と異なる。本件行為は、関与時点で当該財物が盗品性を欠いているため、既遂となるような行為の一部と認められないというわけである。最後に、③は近接性の要件である。ただし、同要件は、近接の事実や程度の難解な問題が生じるという理由で、本件の解決に適用されなかった。^⑤

ヘルシャム大法官は、第二に、右の三つの基本テストから未遂類型を次の六つに分けた。^⑥

(1) 行為時点において犯意を翻したので、メンズ・レアが欠け、行為が予備の段階のため既遂と直結しない場合、未遂は成立しない。

(2) メンズ・レアおよび犯罪と直結した行為がある場合、未遂が成立する。

(3) 既遂に必要な行為がなんらかの外部的な力により妨げられる場合、未遂が成立する。

(4) 手段が不適切、不十分のため、犯罪を完成しえない場合、未遂が成立する。

(5) 意図した行為を完成しても、未遂犯の訴追に対応する類型の犯罪がなんら犯されたことにならない場合、未遂は

成立しない。

(6) それ以上完成しないが、たとえ完成しても犯罪とならない所為にいたる一步は、当該犯罪の未遂とみなされない。各類型の趣旨を説明すると、(1)から(3)は争う余地のない未遂成立の基本原則である。(4)から(6)が、不能未遂に関する類型である。(4)は単なる手段の不適切、不十分さは未遂の成立を妨げないとする。(5)は客体の完全な欠缺や、手段が全く無害な場合に絶対的不能を認める。空ポケットのスリや、砂糖による殺人企行などが不可罰となる。(6)は各罰条に明記された犯罪の成立に必要な構成要素が欠缺する場合に、法律的不能として不可罰とする趣旨であり、パーシ
ー・ダルトン会社事件判決の法理に倣ったものである。このように、彼は我々の純客観説ないし構成要件欠缺論に類似した可罰未遂の限界基準を設定し、未遂の成立範囲を限定した。彼の設定したテストは、他の裁判官からも支持され、上院の見解となった。

しかし、上院のテストは、通説の側から徹底的に批判されることになった。批判は、およそ次の三点に集約できる。第一に、上院のテストは「妨げられ」たことだけを原因に失敗する未遂にしか適用できず、不適切であるとする。⁽⁷⁾ 批判の趣旨は、次のとおりである。未遂の成立条件として上院が設定した②のテストは、「妨げられなければ」という要件が必要なので、誤った角度に向けて発砲したため相手を撃ちそこなったとか、致死量不足の毒物投与など手段の誤りや不十分さの事例には適用しえない。なぜなら、このような事例は妨害が原因ではなく、最初から失敗するよう運命づけられている一步にすぎないものだからである。上院は未遂を認めるが、それならば同事例が妨害を原因に失敗する形態のものであるということ⁽⁸⁾を証明しなければならぬ。この批判は、結局、右のような事例は客観的には無害なのであるから、未遂の可罰理由を、「犯人が犯行の一部となるよう意図し、信じた」ことに求めるしかないとする

るわけである。上院がこのような主観的テストを採用しない立場をとるのであれば、(4)のテストによって単に手段の不適切、不十分さは未遂の成立を妨げないとするだけではなく、より積極的な可罰理由をあげるべきであったように思われる。

第二に、絶対的不能の基準となる(5)のテストは、基準が広すぎる⁽⁸⁾こと、「意図した行為を完成し」たかとの問いはつねに反対の解答が可能であり、いずれも等しく真実であるからルールとなりえない⁽⁹⁾ことが指摘された。前者の批判によれば、(5)のテストをたとえば射程外への発砲行為の事例に適用すると、意図した行為を完成しても謀殺や傷害の結果を実現しえないのであるから、可罰未遂を認めるのはおかしい。射程外への発砲行為も無害物による殺人企行も、意図した行為を完成しても結果が発生しない点で両者を区別しえないのであるから、前者を未遂、後者を不可罰的不能未遂とするのは恣意的であるというわけである。もっとも、前者について、上院は被害者が「危機一発、ちょうど射程外のところ」⁽¹⁰⁾にいたというように、時間的空間的な可能性を問題にしているから、必ずしも恣意的な区別であるとはいえないように思われる。次に、二つめの批判は、たとえば死体に対する殺人企行では、一方で被害者の身体に弾丸を撃ち込んだという点で意図した行為を完成したといえるが、他方で被害者の死を惹起することに失敗したという点で意図した行為を完成したことにならないともいえ、結局、両者の表現が可能である以上、真実の半分しか述べないルールであり不適切であるとする。しかし上院のように、意図した行為の完成の意味を、意図した犯罪結果ではなく、行為者の達成した目的（たとえば被害者の身体に弾丸を撃ち込んだこと）に限定することじたい、一義的限定の合理的な根拠づけが必要であるにせよ、必ずしも不当ではないだろう。

第三の批判は、事實的（物理的）不能と法律的不能との区別は不適切であるとするものである⁽¹¹⁾。批判の根拠は二つ

ある。一つは、事後的不能を絶対的不能と相対的不能に区別するのは恣意的であるという点である。たとえば発砲した弾丸が被害者の胸ポケットのシガレットケースで止まるのは、殺害に対して事後的または因果的に不能であるが相対的不能とされ、他方、空ポケットのスリは絶対的不能とされるが、金銭が入っておれば成功しえた点で相対的不能ともいえるから、両者の区別は恣意的である。この批判は以前から繰り返されて⁽¹²⁾おり、条件のおき方が確立されていないため生ずる。その二は、たとえば空ポケットのスリも自分の傘の窃取も、「他人の財物」が欠缺する点で実質的に同じだから、事後的不能と法律的不能との区別が不能の実質的同一性を隠蔽すると批判する。しかし、後者は取得した財物の他人性を問うのであるから、行為態様の相違の点で、前者との区別は可能であろう。

以上のように、上院は従来の事後的不能と法律的不能との区別に関する議論を陵駕しえなかったが、かつて否定された絶対的不能の抗弁、また最近否定される傾向にあった不可罰的法律的不能の抗弁を再興しようとした。では、それらを再興しようとする根拠は、いったい何に求められるのであろうか。

- (1) ヘルシャム大法官が依拠した判例・学説は、[1973] 3 All E. R. 1111-1119. を参照されたい。
- (2) [1973] 3 All E. R. 1114.
- (3) H. L. A. Hart, *op. cit.*, p. 8.
- (4) 本稿六六頁注(11)参照。
- (5) これに対し、リード裁判官は「事情により犯罪が不能になれば、行為は決して犯罪に近接しない。」として、近接性テストを適用した。[1973] 3 All E. R. 1121. 反論として、H. L. A. Hart, *op. cit.*, p. 15.
- (6) [1973] 3 All E. R. 1115-1118. 六つの分類に分ける方法は、ニュージールランドのドネリー事件判決におけるターナー裁判官のそれに依拠している。[1970] N. Z. L. R. 990-991.
- (7) H. L. A. Hart, *op. cit.*, pp. 4-6.

- (8) H. L. A. Hart, *op. cit.*, p. 6.
- (9) G. Williams, *Textbook of Criminal Law*, 1978, p. 395, Dennis, "Preliminary Crimes and Impossibility," (1978) 31 C. L. P. 35.
- (10) [1973] 3 All E. R. 1115.
- (11) G. Williams, *op. cit.*, p. 395, H. L. A. Hart, *op. cit.*, pp. 12-14.
- (12) G. Williams, *Criminal Law*, 1 ed., p. 501, 2ed. p. 651, Turner, "Attempts to Commit Crimes", (1934) 5 Camb. L. J. 246.

(4) 上院が客観的テストを設定する根拠は、三つある。本件のような事例について、未遂のアクトス・レウスを客観的ではなく、行為者の認識した事情に基づいて判断し可罰未遂を認めると、第一に、裁判所が立法府により認可されていらない新しい犯罪類型を作り出す結果となり、第二に、その処罰は行為者の犯意に向けられたものとなる。⁽²⁾第三に、反対に客観的な判断により不可罰的不能未遂を一定限度認めたとせよ、それによって少なくとも理論上、多くの悪党がのがれることは事実だが、通常、他の犯罪で適切に訴追できる。⁽³⁾

以上の根拠を説明すると、財物の盗品性などアクトス・レウスの重要な要素が欠缺したにもかかわらず、主観的テストにより未遂を認めると、立法府が未遂まで処罰することを決定していたかどうか明らかなない行為を処罰することになる。それは罪刑法定主義の原則に反し、法的非難と道徳的非難を混同する結果となる。また、その場合未遂を認めると、行為者の犯意に基づいて処罰することになってしまう。一方、客観的テストによる不可罰的不能未遂の拡大は、通常、他の犯罪が同時に成立するのであるから、処罰の必要性という刑事政策的要求にも合致していると趣旨である。

しかし、以上の各根拠は、学説の批判対象となった。まず、第一の根拠はいわゆる幻覚犯には妥当するが、偶然に法的構成要素が欠缺した類型には妥当しないとす批判がある。⁽⁴⁾ コモン・ローたる未遂法は長い伝統により確立され、客体の欠缺など法的構成要素の偶然の欠缺は未遂の成立を妨げず（たとえば、リング事件判決）、立法府もその伝統に基づいて犯罪規定を制定しているのであるから、幻覚犯の場合を除き、未遂処罰は罪刑法定主義に反しないというわけである。しかし、少なくとも法律的不能についてはこれを不可罰とし、罪刑法定主義を維持した先例が存在するのであるから、右の批判は必ずしも適当でない。

次に、未遂は単なる犯意だけではなく、明白な行為の存在を要求するから、第二の根拠は誤っているとす批判がある。⁽⁵⁾ 主観的テストも、犯人が結果発生に必要なだと信じた行為におよばないかぎり未遂を認めないので、犯意だけを処罰するわけではないからである。さらに第二の根拠は、アクトス・レウスとメンズ・レアとの内部関係を正しく評価したものでないと批判される。⁽⁶⁾ 通説によれば、未遂のアクトス・レウスは、既遂と異なり外部的行為が直接確認できず、間接的に犯人の意図を知ることにより確認できるのであるから、上院が主観的事情を未遂のアクトス・レウスの決定要素とはみなしていないことが批判されるのである。上院のテストは「意図した行為」を問題とするから、未遂行為がどのような意図でなされたかを考慮してはいる。しかし、行為が結果発生に適したものでどうかは、行為者の認識だけではなく、事後的、客観的に判断するため、意図が軽視される結果になる。このように、未遂の意図に関する問題は、我々と共通している。

最後に、第三の根拠は、イギリスの訴追機関の資質について、余りにも楽観的な見方に基づいていると批判される。⁽⁷⁾ その理由は、他の犯罪で有罪となる可能性を求めるのは偶然に頼ることであって、多くの場合その可能性はないから

であるとする。もっとも、スミス事件上院判決では、一審で共謀罪が不問に付されたことを疑問視する法廷意見が出たことなど、⁽⁸⁾他の犯罪の成立可能性を認める見解もみられる。⁽⁹⁾

以上のことから、上院と通説の対立内容が明らかとなった。次に、それぞれの見解の基礎となる未遂の実質的処罰根拠をみてみよう。

- (1) [1973] 3 All E. R. 1112 (Hailsham), 1119 (Reid). なお、木村(亀)・前掲論文一八頁は、イギリス刑法では、「裁判による犯罪の創造を排斥する」という精神が強く確立」されていると指摘する。
- (2) *supra*, p. 1121 (Reid), 1122 (Morris).
- (3) *supra*, p. 1119 (Hailsham).
- (4) G. Williams, *Textbook of Criminal Law*, 1978, pp. 398-399.
- (5) H. L. A. Hart, *op. cit.*, p. 17.
- (6) H. L. A. Hart, *ibid.*
- (7) H. L. A. Hart, *op. cit.*, p. 19.
- (8) [1973] 3 All E. R. 1112 (Hailsham), 1124 (Dilhorne).
- (9) ブラジリーによれば、たとえば死体に対する銃殺行為では銃砲不法所持罪、建造物侵入窃盗で目的物が存在しない場合には建造物侵入罪が成立するなど多くの事例で他の犯罪が成立するとする。Brazier, "Reformation of Criminal Attempts", [1974] 37 M. L. R. 334.

五 未遂の実質的処罰根拠

通説が原則的に不可罰的不能未遂を認めない理由は、主として二つある。⁽¹⁾第一に、偶然の事情によりアクトス・レウス⁽²⁾の重要な要素が欠缺した場合に処罰されない幸運者が出ることに對する嫌悪感があるからである。第二に、抑止

の観点からは、「犯意を実現するために全力を尽した不能な行為者は、明らかに可罰未遂が認められる行為者と同程度の処罰に値する。」⁽³⁾からである。この観点によれば、両者に対する一般的ないし個別的抑止効果は等しい。なぜなら、予防機能は、一方で現実の未遂処罰によって一般人に威嚇を与え（一般予防）、他方で不能なことを行なう者の再犯を防ぐこと（特別予防）に働くからである。⁽⁴⁾

このように、未遂論の目的が予防にあるとする見方は従来から有力であり、⁽⁵⁾犯人が犯意を近接した行為によって顕現すれば、法は個別的抑止に基づく犯罪予防のために干渉すべきだとする。⁽⁶⁾したがって、通説は犯意がもつ社会的危険性の顕現に未遂の処罰根拠を求め、抑止の観点に適用するように未遂法解釈を行なうのである。不能なことを試みた犯人が、成功の期待をもって行なう再犯は抑止されねばならないという理由で、⁽⁸⁾不能は決して無罪の抗弁にならないと解釈されている。

これに対し、上院は抑止の観点に基づく未遂法の解釈規制に反対する。リード裁判官は、「死体に対する殺人企行犯人やミスミスの事件の被告人は処罰に値するかもしれない。しかし、ラディカルな法原則の変革（犯意に対する処罰）は、たとえ望ましくても導入されるべきでない。」（カッコ内筆者）と主張する。⁽⁹⁾彼は、抑止の観点から不能な行為者も処罰に値するにせよ、未遂法を抑止の道具として用いるべきではないと主張するのである。⁽¹⁰⁾上院は、未遂法は被告人の悪意や社会的危険性ではなく、過去の違法な行為に関わるべきことを強調する。⁽¹¹⁾基本的に、未遂の処罰目的は応報に求められている。⁽¹²⁾すなわち、上院は、未遂の刑事責任を再犯可能な将来の行為ではなく、過去の違法行為について問い、犯意を実現する行為が客観的に結果発生に近接したことに未遂の処罰根拠を求めるのである。抑止の観点から未遂法を拡張解釈しなくても、既述したように犯人は一般に同時に成立する他の犯罪で処罰されるから、未遂法

の限定解釈は犯罪予防政策にも適うとみるのが、上院の見解となっている。⁽¹³⁾

次に、このような上院の見解が、スミス事件判決以後の判例・学説に与えた影響をみてみよう。

- (1) 英米未遂法の実質的処罰根拠について、宗岡・前掲論文一七頁以下が詳しい。
- (2) Temkin, "Attempts-Another View", [1976] 39 M. L. R. 66. コーデンは「邪悪な者が『幸運にも』邪悪な意図の達成に成功しなかったからといって刑罰をのがれるのは間違っている。」と述べる。Gordon, *The Criminal Law of Scotland*, 1967, p. 149.
- (3) H. L. A. Hart, *op. cit.*, p. 18.
- (4) H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, 1968, pp. 126-131, A. Ross, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, 1975, p. 47.
- (5) Stuart, "The Actus Reus in Attempts", [1970] *Crim. L. R.* 519.
- (6) cf. Dennis, "Preliminary Crimes and Impossibility", (1978) 31 *C. L. P.* 41.
- (7) Working Paper, No. 50, para. 65.
- (8) cf. Dennis, *ibid.*
- (9) [1973] 3 *All E. R.* 1121.
- (10) Dennis, *supra*, pp. 42-43.
- (11) Dennis, *supra*, p. 43.
- (12) Temkin & Zelic, "Attempts in English Criminal Law", (1974) 1 *Dalhousie L. J.* 596.
- (13) [1973] 3 *All E. R.* 1119, Temkin & Zelic, *supra*, pp. 595-596.

六 ホートン対スミス事件上院判決以後の判例と学説

- (1) スミス事件上院判決が、それ以後の判決におよぼした影響を、類型ごとにみておこう。

第一に、法律的不能に関しては、上院判決が先例となった。一九七五年のミールラス対リース事件判決⁽¹⁾では、統制薬品の幻覚剤だと信じて人に供給したが、一九七一年薬物不正使用法 (Misuse of Drugs Act 1971) にいう幻覚剤でないことが後に明らかになったという事案につき、統制薬品供給の罪⁽²⁾の未遂の成立が問題となった。裁判所は、ミス事件上院判決にしたがい、メンズ・レアはあるがアクトス・レウスが欠けるとして、不可罰とした。しかし、翌年のハッガード対メイソン事件判決⁽³⁾では、類似の事案であるが供給の申し出が問題となった場合につき、申し出た時点で犯罪が完成するから、供給物が統制薬品であるか否かは申し出の罪の成立に関係がないとされた。供給の申し出じたいが同罪のアクトス・レウスだからである。

第二に、客体の不能につき、ミス事件上院判決の傍論で行なわれたリング事件判決の変更が現実のものとなった。一九七五年のパーティントン対ウィリアムズ事件判決⁽⁴⁾は、社員が社長の机のなかにある財布から金銭を盗もうとしたが、財布のなか为空であったという事案について、右傍論にしたがい、犯罪の遂行が事実上不能であるから窃盗未遂でないと判示した。まさに客体の絶対的不能を認めただけである。リング事件判決の変更が現実となったことに、学界や訴追機関は落胆した。通説をはじめ、スミス⁽⁵⁾・ホーガンも、ウィリアムズ事件判決が不必要な法の変更を行なったと激しく批判した⁽⁶⁾。上院のディプロック裁判官 (Lord Diplock) は、落胆した訴追機関を安心させるために、一九七八年の公訴官対ノック事件判決⁽⁷⁾の傍論のなかで、ウィリアムズ事件判決はミス事件上院判決の解釈を誤ったと批判し、さらに客体の不能の可罰理由をあげた。それによれば⁽⁸⁾、スリは窃取の対象を特定の人、ポケット、財物に限定せず、しかも最初の被害者について失敗すれば、第二の被害者から窃取するであろうことは容易に推測できるから窃盗未遂が認められるという。しかし、通説の側からも、この見解は犯行が行なわれることが確実でない将来の被害者

に対して未遂を認めることになる点で、近接性の要件を無視する結果になると批判され、説得力をもたなかった。こうしてウィリアムズ事件判決を変更するためには、新たな立法をまつしか方法がなくなった。⁽¹⁰⁾

第三に、手段・方法の不能については、とくに注目すべき動きはないが、一九七七年のファーランス事件判決⁽¹¹⁾において、クラッチ板が焼けてしまっているのに気付かず、飲酒酩酊した被告人が自車を発進させようとした行為につき、飲酒運転の罪の未遂にあたるかが問われた。裁判所は、事実上発進不能だからスミス事件上院判決にしたがえば同罪の未遂は成立しないとする被告人側の主張を退け、クラッチ板が焼けるという事情が介入しなければ企ては成功していたであろうとして、同罪の未遂の成立を認めた。⁽¹³⁾ 本判決は、スミス事件上院判決にしたがっても単なる手段・方法の不適切な事例にすぎないとみなされたのである。⁽¹⁴⁾

最後に、不能未遂と共犯との関係では、前掲の公訴官対ノック事件上院判決⁽¹⁵⁾が、共謀して製造した物が統制薬品でなかったという事例につき、実行すれば既遂となる行為の実行の合意がなかったとして無罪を言い渡した。こうして、スミス事件の法理が二人以上の目的達成の合意だけで成立するコモン・ロー上の共謀罪にまで拡大適用されることになった。

- (1) *Mieras v. Rees*, [1975] *Crim. L. R.* 224.
- (2) *Misuse of Drugs Act 1971*, ss. 19 and 4 (3).
- (3) *Haggard v. Mason*, [1978] 1 *All E. R.* 337.
- (4) *Partington v. Williams*, (1975) 62 *Cr. App. R.* 220.
- (5) *Smith & Hogan, Criminal Law*, 4 ed., 1978, pp. 258-259. スミス・ホーガンは、「空の右ポケットに手を入れたときは

無罪で、金銭の入った左ポケットに入れたときは有罪とするのは馬鹿げている。」と批判する。

- (9) H. L. A. Hart, "The House of Lords on attempting the impossible"; *Crime, Proof and Punishment* (Cross), p. 3.
- (7) D. P. P. v. Nock, [1978] 2 All E. R. 654.
- (8) [1978] 2 All E. R. 657.
- (6) G. Williams, "Intent to Steal and Impossibility Rule", (1979) 29 New L. J. 1167, and "Compounding the Confusion in Inchoate Offences", (1978) New L. J. 725.
- (10) Smith & Hogan, *op. cit.*, p. 259
- (11) R. v. Farrance, (1977) 67 Cr. App. R. 136.
- (12) Traffic Act 1972, s. 6 (1).
- (13) これと比較すべき判例として一九七七年のネルソン事件判決がある。R. v. Neilson, [1978] R. T. R. 232. *cf.* [1978] *Crim. L. R.* 477.
- (14) 本判決に対する批判として G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (supplement to the first edition), 1979, para. 400.
- (15) D. P. P. v. Nock, [1978] 2 All E. R. 654. なお、不能未遂が共謀罪の成立に無関係であるとしたものとして R. v. Green, [1976] 1 Q. B. 985.

(2) 次に、スミス事件上院判決が、学説におよぼした影響をみてみよう。

上院判決の法理は、既述のように、通説による徹底した批判対象となった。しかし、同法理を継承し発展させる論者はほとんど現われなかったもの⁽¹⁾、一方、通説による過度の未遂処罰は避けるべきであるとする認識がうまれるようになった。すなわち、通説も上院判決も不能犯論の極端な解決を導くとする観点から、両者の折衷的な解決を目ざし、各犯罪類型ごとの保護法益 (protected interest) の相違に応じた基準を設定すべきだとするテムキン⁽²⁾、ローウェル⁽³⁾、デニス⁽⁴⁾の各説が抬頭しはじめた。

各説の詳しい紹介は省略するが、とくにテムキン説は、生命や身体の安全が保護法益である場合には、犯罪予防の必要性が高いという理由から、不能の要素を無視して、犯人が犯罪目的達成の危険性があるまで犯意を追求したかという主観的テストを、それ以外の法益の場合には、犯人が犯罪目的達成の間際まで近接したかという客観的テストを採用すべきだと主張した。彼は、法益の相違により両テストを使い分けるといった従来にはみられない折衷説を提唱した点で注目される。

各説ともテストの内容が異なり、可罰性の範囲も異なるが、⁽⁵⁾スミス事件と同様な類型の不能未遂を不可罰とする点では一致している。しかし、これらの学説の抬頭は、通説や立法化作業に影響を与えるまでにはいたらなかった。

(1) 上院判決の法理を論理的であると評価したものと⁽⁶⁾ Brazier, *supra* p. 335, A. Gold, "To dream the impossible Dream: A Problem in Criminal Attempts (and Conspiracy) Revisited", (1979) 21 *Crim. L. Q.* 218. ホールドに対する反論として G. Williams, "Attempting the impossible-A Reply", (1979) 22 *Crim. L. Q.* 49. など、クロス・ジョーンズの教科書は上院判決にしたがい、不能未遂を分類する。 Cross & Jones, *Introduction to Criminal Law*, 8 ed., 1976, pp. 356-357, 9 ed., 1980, pp. 368-390.

(2) Temkin, "Impossible Attempts-Another View", [1976] 39 *M. L. R.* 69. なお、テムキン説については、井上祐司「不能犯」法学セミナー二五九号(昭五一)一〇五頁のほか、宗岡・前掲論文三〇頁以下に詳しい紹介がある。

(3) ローウェルは、テムキンに影響を受け、個々の犯罪類型の相違を考慮しないテストは適用困難だとし、各犯罪類型ごとに固有の罪質を考慮して刑法によって防げべき侵害 (mischief) は何かを決定して個別的に犯行が侵害にあたるかどうかを判断しなければならぬと主張する。 Rowell, "Impossible Attempts-An Alternative Solution", (1978) *New L. J.* 719.

(4) デニスは、未遂のテストを犯行が当該法益の時間的・空間的領域に侵入し危殆化したとみなされるかどうかに求め、保護法益が事実上危殆化されたことが必要であると主張し、未遂のアクトス・レウスは有害でなければならぬとした。 Dennis, "Preliminary Crimes and Impossibility", (1978) 31 *C. L. P.* 45.

(5) たとえば空ポケットのスリでは、テムキンを除いて可罰未遂、無害物による毒殺行為では、デニスを除いて可罰未遂を認めている。

三 一九八一年刑事未遂法の制定

一 法典編纂委員会の不能未遂規定案

ワーキング・ペーパー五〇号の公刊後に登場したスミス事件上院判決により、不能犯論の状況に変化が生じ、判例が立法提案と異なる方向を歩みはじめた。そこで、このような現状に新たな対応をせまられた法典編纂委員会は、一九八〇年六月二五日に発表したロー・コミッション一〇二号⁽¹⁾ (Law Commission No. 102) のなかで、他の未完成犯罪に関する提案とともに、同判決のような事案を再び不可罰と認めることのない不能未遂規定を最終法案として提示した。

報告書のなかで、同委員会は法案の立場を基礎づけるため、主要な欧米諸国の制度にふれ、欧米では一般に不能未遂は不可罰事由になっていないことを指摘し⁽²⁾、これと異なるイギリス現行法の態度をスミス事件上院判決を中心に批判した⁽³⁾。批判は通説からのものと同様で、判例が罪刑法定主義の原則を強調して、犯人の物理的行為にだけ目を向け、意図を無視する結果、不可罰的な未遂の範囲が広がりすぎることに、上院のテストが分析過剰で適用不確実であることなどがあげられた。そうして、犯行の不能がある程度社会的危険性を減少させるにせよ、なお一定の社会的危険性が疑う余地なく残っていることに留意すべきであると強調し、スミス事件やノック事件のような被告人が処罰されなければ、彼等は次の機会にうまく事を運ぶよう勇気づけられるであろうと主張した⁽⁴⁾。

イギリスにけおる不能犯論の動向

同志社法学 三六卷一・二号

九七 (九七)

こうして、同委員会は正義の觀念に適う明快で確實な解決策として、犯意が認められ、事実が被告人の信じたとおりのものであれば、既遂のアクトス・レウスに達したであろう、または未遂に十分近接したであろうと認められる場合に未遂が成立するとし、⁽⁵⁾ 犯罪の遂行を不能にする事實は未遂の成立を妨げないとする結論をとった。⁽⁶⁾ 以上の趣旨に基づいた不能未遂規定の法案が、次のように提示された。⁽⁷⁾

第一条

「(一) 当該犯罪を犯す意図をもって、

(a) 単なる予備行為を越えて犯罪の遂行にいたる行為を行なう者、または、

(b) 犯罪の遂行を不能にする事實または行為事情が存在しなければ、(a)に該当するであろう行為を行なう者は未遂犯の罪責を負う。

(二) 第一項にいう当該犯罪を犯す意図には、犯罪事實または行為事情を被告人が存在すると信じれば、当該犯罪を犯す意図と等しくなる所為の意図を含む。」

第一項bと第二項が不能未遂に関する規定であるが、その趣旨を説明すると、第一項bは、意図した犯罪の遂行を不能にする事實または事情が存在しなければ、未遂のアクトス・レウスになることを実行する者を処罰する。したがって、たとえば窃盜の意図で空ポケットに手を入れる行為は、ポケットのなか为空でなければ窃盜未遂（または窃盜既遂）のアクトス・レウスになる行為の実行であるから、窃盜未遂となる。第二項は、行為者が存在すると信じた各事件の事實または事情に基づいて当該意図を有するとみなされれば、未遂の成立に必要な意図があると規定する。したがって、スミス事件のように被告人が、関与した当該コーンビーフが盜品性を欠いている事實を認識しなかった場

合でも、本項によれば盗品関与の意図が認められる。

もっとも、同規定の表現は技巧的で、不可罰的不能未遂を認めない原則が一読して判明しにくい憾みがある。そこで、同規定が不十分でまわりくどいから、「事情によって犯罪の遂行が不能であることは、重要でない。」と明示すべきだとする批判⁽⁸⁾もある。しかし、同規定の表現は概ね支持され、最終勧告案として、政府内務省に提示された。

なお、同委員会は、共謀罪との関係につき、上掲のノック事件上院判決のような事例に可罰性を認めるため、不能未遂の一般原則が共謀罪にもおよびることを、共謀罪に関する規定のなかに設けている⁽⁹⁾（第四項b）。

(1) Law Commission No. 102; Attempt, and Impossibility in relation to Attempt, Conspiracy and Incitement, 1980.

(2) paras. 2. 66-2. 84.

(3) paras. 2. 85-2. 93.

(4) para. 2. 96.

(5) paras. 2. 94-2. 96. 迷信犯も理論的には未遂となりうる。 para. 2. 97.

(6) para. 2. 99.

(7) op. cit., pp. 86-87.

(8) Bennion, "Framing the Crime of Attempt", (1980) New L. J. 726.

(9) Cohen, "Questions of Impossibility", [1980] Crim. L. R. 773. また未遂の要素一般について、Dennis, "The Elements of Attempt", [1980] Crim. L. R. 758. 以下を参照。

(10) Law Commission No. 102, paras. 3. 1-3. 8, and pp. 92-93. なお、独立教唆罪との関係については、現行法が不能未遂は同罪の成立に、影響しないこととなつてゐることを理由に、勧告提案を示さなかった。 paras. 4. 1-4. 4.

二 政府内務省の不能未遂規定案

一九八〇年一二月、政府内務省は、法典編纂委員会のロー・コミッション一〇二号による勧告を受け、「刑事未遂

イギリスにおける不能犯論の動向

同志社法学 三六卷一・二号

九九（九九）

「法案」⁽¹⁾をまとめ、下院に提出した。不能未遂に関する条項は、第一条の二項と三項に規定された⁽²⁾。

「(二) 犯罪の遂行が不能になる事実が存在しても、行為者は本条に該当する犯罪の未遂犯の罪責を負うものとする。

(三) 行為によって達成しようとして意図する結果を達成しても、なんら犯罪が犯されたことにならない場合には、行為者は本条に当る罪の未遂犯の罪責を負わない。」

一九八一年一月一九日開催の下院の第二読会 (Second Reading) で、右条項の趣旨が説明された⁽³⁾。それによると、二項は、客体の欠缺や手段・方法の不適切さ、不十分さなど事実的不能は未遂の成立を妨げないことを規定する。同項により、リング事件判決などスミス事件上院判決以前の判例の立場が復活する。三項は、いわゆる法律的不能を不可罰とする趣旨である。設置理由は、「各罰条に明記された一定の本質的要素が欠缺する」ため、たとえば盗品関与罪において、財物の盗品性が欠缺するために関与行為を完成しても同罪の既遂が成立しない場合に未遂が成立するというのは、立法府が当該犯罪規定の制定時に可罰対象に包括しようとして意図したか明らかでない行為にまで未遂法を拡大適用することになり、真の未遂概念を崩壊させるからである。政府内務省が、このように事実的不能については法典編纂委員会の勧告にしたがうが、法律的不能についてはこれにしたがわず、スミス事件上院判決を維持する態度を示したことが注目される。

ところが、こうした内務省の態度は、ただちに批判的となった。G・ウィリアムズやJ・C・スミス等八名の刑事法学者は連名で、一九八一年一月二八日付のザ・タイムズ⁽⁴⁾に投稿し、政府法案の不能未遂規定は最小限の明確性の基準すら満たしていないから、法典編纂委員会の法案や政策を選択すべきであると世論に訴えた。次いで、刑事未遂法案は下院の特別常任委員会 (Special Standing Committee) において具体的に検討される段階となった⁽⁵⁾。そこで

も内務省の不能未遂規定は批判的となった。同委員会は、一九八一年二月三日の第一開期 (First Sitting) から、同二四日の第六開期まで計六回開かれたが、不能未遂規定については、とくに第一と同月五日の第二開期で中心的に検討された。

第一開期では、政府側⁽⁶⁾と法典編纂委員会⁽⁷⁾の覚え書について、第二開期では、参考人として喚問されたG・ウィリアムズ⁽⁸⁾とJ・C・スミス⁽⁹⁾の覚え書について、それぞれ質疑応答が交わされた。政府側の覚え書には、第二読会におけるのと同様の立法趣旨が説明されたが、ここで問われるべきことは、スミス事件上院判決が空ポケットのスリなどに認められた絶対的不能の法理を否定してこれを可罰未遂とし、一方、法律的不能については同判決を維持する政策的根拠は何かであろう。これについて政府側は、事実的不能の可罰理由はたとえば空ポケットのスリにつき、ポケットのなかに手を入れる行為というのは明らかに予備行為を越えるものだからであると説明する⁽¹⁰⁾。一方、法律的不能の不可罰理由⁽¹¹⁾は、この種の行為を行なう者を処罰すべきではないからというのではなく(その行為は明らかに非難に値する態度である)、立法趣旨で述べられたように、それに未遂を認めると真の未遂概念が崩壊するからであると説明する⁽¹²⁾。このように、政府側は法律的不能を不可罰とすることにより、罪刑法定主義の原則を堅持しようとした。

これに対し、他の覚え書は次のような批判をあげた。それは、とくに法律的不能に関するものであるが、およそ三点に集約されよう。第一に、「各罰条に明記された一定の本質的要素が欠缺する」かどうかというテストは、事実的不能にもあてはまるものである⁽¹³⁾。たとえば空ポケットのスリでは、窃盗罪に明記された「他人の財物」が欠缺する点で、法律的不能ともいえるのである。第二に、法律的不能における錯誤も、刑法の内容についてではなく、事実について錯誤する場合であり、事実的不能のそれと異ならない⁽¹⁴⁾。たとえば法律的不能とされる一七歳の少女を一五歳と

誤信して性交する事例では、行為者が少女の年齢が一七歳であるという事実について誤信する場合であるから、その錯誤は財物の存在について誤信する事実的不能のそれと異ならない。第三に、第三項の「行為によって達成しよう」と意図する結果」という表現は、文字どおり解せば、犯罪結果を意味することになるから、法律的不能を不可罰とする政策に適さない⁽¹⁵⁾。たとえば盗品関与罪では、「意図する結果」は「盗品に関与する」ことを意味し、それを達成すれば同罪が成立することになる。「意図する結果」を、政府側のように「当該財物に関与する」という意味に解釈すれば、当該財物が盗品性を欠いている以上、同項の「なんら犯罪が犯されたことにならない場合」に該当するが、そのような意味に限定できる根拠が示されていない。

ところで、以上の批判のなかで、とくに第三点をJ・C・スミスが指摘したことが注目される。彼は、既述のように不能未遂を二つの類型に分け、法律的不能に対応する「真の行為事情の欠缺」の場合に不可罰的不能未遂を認め⁽¹⁶⁾た。その立場からすれば、政府の不能未遂規定案は支持されるはずであった⁽¹⁷⁾。しかし彼は、「不能未遂の二分類はコモン・ロー上の未遂法のもとでは合理的で有効な区別であった」が、同分類を成文法に導入することは、右の批判から明らかのように両者の区別を一般的用語で正確に表わすことは不可能であるから、断念せざるをえないと結論づけた⁽¹⁸⁾。こうして、法律的不能と事実的不能を正確に区別することは困難であるという理由から、第三項の削除が求められた。もっとも、法典編纂委員会は覚え書のなかで、法律的不能の事例は可罰未遂を認めるべきであるが、そのような事例は少数であり、事件として実務にあがることはほとんどなく、たとえあがっても、手続上常識的な裁量を加えられるであろうとして、第三項を削除しても不当な帰結にいたらないことを付け加えた⁽¹⁹⁾。

政府側は、事実的不能と法律的不能との明確な区別は困難であるとする批判に抗し切れず、結局、原案を修正し、

第三項を削除せざるをえなくなった。⁽⁸⁾

- (1) Criminal Attempts Bill, 1980.
- (2) *op. cit.*, p. 1.
- (3) Hansard; House of Commons, 19 January 1981, cols. 24-26, 62-63.
- (4) Criminal Attempts at the Impossible (J. A. Andrews, D. W. Elliott, E. Giew, B. Hogan, S. Prevezzer, J. C. Smith, D. Thompson, G. Williams), *The Times*, January 28, 1981.
- (5) 法案の立法過程については、前田英昭・世界の議会①イギリス(昭五七)一一二頁以下が参照に便利である。
- (6) Parliamentary Debates, House of Commons, Official Report: Special Standing Committee; Criminal Attempts Bill, 1981. (hereafter referred to as "SSC"), cols. 3-6.
- (7) SSC, cols. 27-36.
- (8) SSC, cols. 61-66, 67-85. (以下 cols. 67-85. のことだが(1981) *New L. J.* 80-81, 104-106, 128-130. の分を掲載。)
- (9) SSC, cols. 85-88.
- (10) SSC, col. 14.
- (11) 政府側は、法律的不能の行為者もたとえバミス事件のような事例では、盗品関与罪の共謀罪が成立するべきであると、処罰の必要性の観点をも満たさうとする。
- (12) SSC, col. 15.
- (13) SSC, cols. 30-31. (Law Commission), col. 63. (G. Williams)
- (14) SSC, cols. 31-32, 45-46. (Law Commission), col. 63. (G. Williams)
- (15) SSC, cols. 32-33. (Law Commission), cols. 74-75. (G. Williams), col. 86. (J. C. Smith)
- (16) J. C. Smith, *supra*, (1957) 90 *Harv. L. R.* 422, (1962) *Crim. L. R.* 134, 212, Smith & Hogan, *Criminal Law*, 3ed., pp. 198-205.
- (17) 政府側が不能未遂を二分類したことは、T. C. Mismisの影響によると思われる。cf. SSC, col. 95. (Mr. Mayhew)

(18) SSC, col. 86, 90.

(19) SSC, col. 34.

(20) SSC, cols. 216-217. なお、二月一〇日の第三開期でソリシタ協会 (Law Society) が法律的不能を不可罰とする修正案を示したが、効果がなかった。SSC, col. 178.

三 不能未遂規定の成立

一九八一年二月一七日、特別常任委員会の第四開期に不能未遂規定の修正案が出された。⁽¹⁾

「(一) 犯罪の遂行が不能になる事実が存在しても、行為者は本条に当る罪の未遂犯の罪責を負うものとする。

(二) (a) 行為者の意図が犯意に達していると認められないような場合であるが、ただし、

(b) 犯罪事実が行為者の信じたとおりのものであれば、彼の意図が犯意に達しているとみなされる場合にはつねに、
第一項について、彼は当該の罪を犯す意図があったものとみなされる。」

各項の趣旨は冒頭に示したとおりであるが、第二項で法律的不能も事實的不能も未遂の成立を妨げる事由にならないことが規定された。第三項は、法典編纂委員会法案一条二項に対応するもので、未遂の成立に必要な意図は客観的な事実ではなく、行為者が存在すると信じた事実を考慮して決定する旨を規定した。⁽²⁾ したがって、ミス事件上院判決のような事例では、行為者の意図は当該財物に關与することであるから、それが盗品でない以上、盗品關与の意図が欠けるというような主張は認められず、⁽³⁾ 彼が当該財物を盗品と信じているかぎり、現実に盗品でないという事実は盗品關与の意図の決定に無関係となる。こうして修正案は、条項の表現形式の相違があるにせよ、法典編纂委員会と

同様の政策を実現するものとなった。なお、修正案の趣旨は、制定法上の共謀罪の規定にも適用された⁽⁴⁾。

修正案は、他の修正を受けた条項とともに下院で可決された。「刑事未遂法案」⁽⁵⁾は、次いで上院における審議の段階に移ったが、不能未遂規定は修正案どおり可決された⁽⁶⁾。上院で可決された同法案は、七月二十七日、「一九八一年刑事未遂法」⁽⁷⁾として成立した。これにより、不能は決して未遂の成立を妨げる事由にならないとする原則が成文化されたのである。

(1) SSC, cols. 211-212.

(2) SSC, col. 217.

(3) スミス・ローガンは、三項は本文記載にみられる誤った主張に対抗しうる以外の役割はないと評価する。Smith & Hogan, *Criminal Law*, 5ed., 1983, p. 264.

(4) 政府原案五条(一B)は、法律的不能に関する共謀は有罪でないとしたが、修正案では削除された。しかし、コモン・ロー上の共謀罪について、政府法案は改革していないので、スミス事件上院判決を同罪に適用したノック事件上院判決の法理は効力があり、手段・方法の不適切な場合を除いて、不能は一般に同罪の訴追に対する抗弁となる。もっとも、コモン・ロー上の共謀罪は詐欺共謀の罪 (*conspiracy to defraud*) だけであるので(一九七七年刑事法律法一条二項)、その場合にのみ問題となる。

(5) *Criminal Attempts Bill* (as amended on Report), 1981.

(6) Hansard: House of Lords, 13 April 1981, cols. 763-876, 21 May 1981, cols. 1021-1047.

(7) *Criminal Attempts Act 1981*, pp. 1-9. (*Law Reports; Statutes 1981*, pp. 1009-1015.)

四 一九八一年刑事未遂法制定以後の動向

「一九八一年刑事未遂法」は、同年八月二十七日から施行されている。同法施行後の動きをみると、翌年、二件の不

能犯判例が出た。ただし、一つは同法施行前の犯行であるため、同法の適用はなく、スミス事件上院判決の法理を適用した単なる手段・方法の不適切な行為に関する事例である⁽¹⁾。もう一つは、犯罪の遂行が不能であることを認識しないで教唆した行為につき、独立教唆罪を認めた事例である⁽²⁾。同罪は、一九八一年法で成文化されることなく、コモン・ロー上の犯罪としてのことっている。それゆえ、教唆された犯罪の遂行が不能な場合に、同罪の不可罰性を論じる余地がある。しかし裁判所は、不能未遂の教唆について、従来どおり⁽³⁾、不能は同罪の成立に影響がないとする態度をとった。

このように、不能未遂規定の適用例はいまだ現われておらず、同規定に関する解釈論上 問題点の指摘もほとんどみられない⁽⁴⁾。

- (1) Kelly v. Hogan, [1982] Crim. L. R. 507. 事案は、飲酒した被告人が自転車を発進させる目的で、キーを携帯していなかったため他のキーを点火装置にさし込もうとしていた行為につき、飲酒運転の罪 (Road Traffic Act 1972, s. 5 (1)) の未遂を認めたものである。
- (2) R. v. Fitzmaurice, [1983] 1 All E. R. 189, [1982] Crim. L. R. 677.
- (3) cf. R. v. McDonough, (1962) 47 Cr. App. R. 37.
- (4) もっとも、デニス⁽⁵⁾は、不能未遂規定の第二項が未遂犯の責を「負うものとする」(may be guilty)と規定しているので不可罰的不能未遂の主張を全く認めない趣旨に適用かが問題であるとする。Dennis, "The Criminal Attempts Act 1981", [1982] Crim. L. R. 10. デニスに対する批判として Smith & Hogan, Criminal Law, 5 ed., 1983, p. 265.

五 五 五 五 五

以上、イギリスにおける不能犯論の動向を概観した。イギリスは、可罰未遂と不可罰的不能未遂との限界を画定す

る基準について、激しい論争を経験した。そして、不能犯論はつねに抑止の観点と密接に絡んで展開された。通説は、明確な基準の設定が困難であるとする理由よりも、むしろ実質的には一般予防、特別予防という抑止の観点に基づき、犯意を実現するために全力を尽した不能な行為者は、明らかに可罰未遂が認められる行為者と同程度の処罰に値するという理由から、不可罰的不能未遂を認めないとする論法をとる。これに対し、客観主義的不能犯論を集大成したミス事件上院判決は、未遂法を抑止の道具として用いることに反対する。同判決は、罪刑法定主義を堅持する観点から未遂法の厳格な解釈を行ない、犯罪のアクトス・レウスを構成する要素のうち、因果関係の部分を除く法的構成要素が欠缺すれば、行為者の認識に関係なく未遂は成立しないと、上記のテストを設定したのであった。一方、未遂法の限定解釈と抑止の観点との関係を軽視したわけではなく、不可罰的不能未遂を認めても通常同時に他の犯罪が成立しうるとして、未遂法の限定解釈が犯罪予防政策にも応えうるものであることを強調した。しかし、同判決の法理は、テストの基準が明確でないこと、他の犯罪の同時成立の可能性が小さいので抑止の観点からも適切でないこと、欧米諸国の不能未遂規定、判例、学説の一般的傾向と一致しないことを理由に否定されるにいたった。結局、スミス事件上院判決は、一時的な客観主義への逸脱ということになってしまった。

こうして、一九八一年刑事未遂法の不能未遂規定の成立により、幻覚犯を除き、犯意を顕現する行為が単なる予備を越えれば、「犯罪の遂行が不能になる事実が存在しても」未遂が成立することになって、イギリス不能犯論は一応の立法的解決をみた。しかし、こうした立法的解決は、行為者が結果の不発生を認識していないかぎり、犯意を顕現する行為におよべば、人が危険を感じないような行為まで未遂を認めることになり、心情刑法に陥るおそれがあるようにも思われる。もっとも、そのような行為すべてが実際に可罰対象となるかは疑問であろう。なぜなら、たとえば

従来法律的不能とされた一五歳の少女と信じて姦淫したが、実は同女が同意があれば処罰されない一七歳であったというケースは、一般に発覚することが少ないであろうし、たとえ発覚しても実際に抑止対象となるのか疑わしいからである。しかし、行為を完成しても犯罪でないこのような行為にまで未遂を認めることじたい、不当な未遂概念の拡大であろう。

それゆえ、我々はイギリスのような立法的解決をとるべきでなく、明確な不能未遂のテストを設定する困難な課題に立ち向かう必要がある。ただし、その際、抑止の観点も配慮する必要があることを、イギリスの経験は教えている。

（一九八三・一一・三〇）

〔付記〕 校正段階で、いわゆる法律的不能の事例について、一九八一年刑事未遂法の不能未遂規定が適用された判例に接した。Anderton v. Ryan, [1984] Crim. L. R. 483-484. また、不能未遂規定の解釈論上の問題を指摘した論文を得た。B. Hogan, "The Criminal Attempts Act and Attempting the Impossible", [1984] Crim. L. R. 584.