

英米刑法における不能未遂の可罰性判断 (一)

——客観説の分析を中心として——

澁谷 洋平

目次

- 一 序
- 二 不能未遂の可罰性判断の構造
 - (一) 主観説の判断構造
 - (二) 客観説の判断構造
 - 1 フレッチャーの見解
 - 2 ダフの見解(以上本号)
 - 3 スチュワートの見解
 - (三) 小括
- 三 不能未遂の可罰性判断における問題点
 - (一) 可罰性判断の基礎
 - (二) 可罰性判断の基準
 - (三) 小括
- 四 結語——今後の課題と展望——

一 序

我が国の現行刑法は、基本的構成要件の修正形式として、未遂罪を規定している。未遂罪とは、「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」場合であり、「実行の着手」の有無により、原則的に不可罰である予備行為と区別される。これに対して、不能犯とは、「行為の性質上、結果発生の可能性がない」場合であり、不可罰とされる。ここでは、「結果発生の可能性ないし危険性」の有無が未遂犯と不能犯との分水嶺となる。それゆえ、「結果発生の危険性」の判断方法が重要な問題となる。しかし、現行刑法には不能犯に関する明文規定が存在していないため、不能犯における危険判断は、四三条本文の解釈に委ねられることになる。

従来、未遂犯と不能犯の区別に関しては、未遂犯の処罰根拠^①との関係から、主観主義と客観主義が厳しく対立していた^②。しかし、両者の対立が止揚され、未遂犯の処罰根拠を「行為の危険性」に求める客観的未遂論が通説となった。現在においても、違法性の本質に関する基本的な見解の相違——いわゆる行為無価値論と結果無価値論の論争^③——を対立軸として、なお錯綜した議論が展開されている。

そもそも、不能犯における危険判断の困難さは、「客観的諸事実を事後的に観察した場合、結果発生の可能性がない」という点に存するものとされ^④、「刑法上の危険概念」に関する理解方法との関係から、判断基底、判断基準という二点が議論されている。そして、周知のように、我が国においては、「行為の属性としての危険」に着目する具体的危険説と、「結果としての危険」に着目する客観的危険説とが鋭く対立しており、未だ見解の一致をみていない^⑤。

ところで、不能犯に関するこのような問題状況は、法体系の異なる英米刑法においても基本的に同様である^⑥。とり

わけ、現在のイギリスでは、一九八一年刑事未遂法 (Criminal Attempts Act 1981) の制定⁸⁾により未遂罪が成文法上の犯罪となったことから、不能未遂論は同法の解釈論として展開されており、大陸法系諸国の議論との実質的な差異はそれほど認められない⁹⁾。同法一条一項は、未遂罪の成立要件として、「犯罪遂行の意図」と「犯罪遂行の単なる予備を越える行為」を規定しており、同条二項は、「犯罪遂行を不能にする事実が存在しても、行為者は未遂犯の罪責を負うものとする」として、不能未遂の原則的な可罰性を認めている¹⁰⁾。さらに、同条三項は、犯罪意図は行為者の認識した諸事実に従って確定されるという原則を規定している。こうして、判例・通説は、未遂犯の処罰根拠を「行為者の危険性」に求める伝統的立場から、同法の解釈論として主観説を採用し、不能未遂の可罰性をきわめて広く認めるに至っている¹¹⁾。

しかし、その一方で、客観主義的見地から、何らかの形で行為の客観的性質に着目することにより、不可罰的な不能未遂の領域を維持しようとする見解も、きわめて少数説ながら主張されてきた¹²⁾。そして、さらに近時、客観的未遂論の展開を試みる論者も現れており、主観主義が圧倒的地位を占める英米刑法において、主観説からの若干の理論的変化を看取することが可能である。このような理論状況に鑑みれば、英米刑法において客観説が提唱されてきた理論的背景、そして客観説による可罰性判断の構造を分析することは、我が国の不能犯論を考察する上でも、一定の意義を有するものと考えられる。

そこで、本稿においては、危険判断の問題が判断基底、判断基準という二点から議論され得るといふ基本的理解に立ちつつ、従来から比較法研究の対象とされてきた英米刑法における不能未遂論¹³⁾、とりわけ客観説を分析の中心として¹⁴⁾、まず、不能未遂の可罰性判断の構造について考察し、次に、不能未遂の可罰性判断における問題点について検討することにした。

- (1) 大沼邦弘「未遂犯の実質的処罰根拠——不能犯論の予備的作業——」上智法学論集一八巻一号(一九七四年)六三頁以下、野村稔「未遂犯の処罰根拠——実質的客観説(折衷説)の立場から——」現代刑事法二巻九号(二〇〇〇年)二九頁以下、浅田和茂「未遂犯の処罰根拠——実質的・形式的客観説の立場から——」同誌三六頁以下、深町晋也「主観的正当化要素としての同意の認識の要否——同意の処罰阻却効果の『絶対性』との関係について——」岡山大学法学会雑誌五一巻四号(二〇〇二年)一〇三頁以下、森任信人「未遂犯の処罰根拠について——『行為の危険性』と『結果としての危険』の意味と位置づけ——」専修法研論集三〇号(二〇〇二年)四七頁以下など参照。
- (2) いわゆる学派の争いについては、大塚仁「刑法における新・旧両派の理論」(一九五七年)、内藤謙「刑法学説史(一)」中山研一「西原春夫」藤木英雄「宮澤浩一編『現代刑法講座 第一巻』(一九七七年)一二二頁以下、同「刑法理論の歴史的概観」吉川経夫「内藤謙」中山研一「小田中聰樹」三井誠編著「刑法理論史の総合的研究」(一九九四年)六八三頁以下など参照。
- (3) 例えば、内藤謙「戦後刑法学における行為無価値論と結果無価値論の展開(一)・(二)」刑法雑誌二二巻四号(一九七七年)一頁以下、二二巻一号(一九七八年)五八頁以下、平野龍一「結果無価値論と行為無価値」法学教室三七号(一九八三年)二〇頁以下、堀内捷三「曾根威彦」川端博「浅田和茂」行為無価値論と結果無価値論」法学セミナー三七九号(一九八六年)三六頁以下、井田良「結果無価値論と行為無価値」現代刑事法一号(一九九九年)八一頁以下、木村光江「結果無価値論と行為無価値論の対立の構造の意義と機能と射程——結果無価値論の立場から——」現代刑事法一卷三号(一九九九年)二七頁以下、奥村正雄「結果無価値論と行為無価値論の対立構造——行為無価値論の立場から——」同誌三五頁以下、伊東研祐「人の意思と刑事不法の特質——行為無価値と結果無価値」法学セミナー五六七号(二〇〇二年)二頁以下、塩見淳「違法性・違法性阻却の一般原理(上)・(下)」法学教室二六五号(二〇〇二年)八一頁以下、二六六号(二〇〇二年)一〇二頁以下など参照。
- (4) なお、この点につき、宗岡教授は、「実在的危険」概念を中心として、危険判断における客観的事実の抽象化が不要であるという点を論証されている。宗岡嗣郎「客観的未遂論の基本構造」(一九九〇年)一八頁以下参照。
- (5) 刑法上の危険概念については、宮内裕「危険概念について」瀧川先生還暦記念 現代刑法学の課題下(一九五五年)七三三頁以下、岡本勝「『抽象的危険犯』の問題性」法学三八巻二号(一九七四年)三四頁以下、山口厚「危険犯の研究」(一九八二年)五一頁以下、西原春夫ほか「刑法解釈の基礎・危険概念」法学セミナー三四六号(一九八三年)二六頁以下、宗岡・前掲註(4)一八七頁以下、曾根威彦ほか「刑法における危険概念をめぐる問題点」刑法雑誌三三巻二号(一九九三年)四五頁以下、振津隆行「刑事

不法論の研究』(一九九六年)一〇三頁以下など参照。

- (6) 我が国における不能犯論の状況については、例えば、高窪貞人「不能犯の現代的課題」中山研一・西原春夫・藤木英雄・宮澤浩一編『現代刑法講座 第三巻』(一九七九年)一二九頁以下、野村稔『未遂犯の研究』(一九八四年)三三一頁以下、奥村正雄「未遂犯における危険概念」刑法雑誌三三巻二号(一九九三年)一〇七頁以下、曾根威彦『刑法における実行・危険・錯誤』(一九九一年)一二五頁以下、對馬直紀「不能犯論における危険概念について」明治大学大学院紀要三一集(一九九四年)一八五頁以下、内藤謙『刑法総論講義(下II)』(二〇〇二年)一二五〇頁以下など参照。

- (7) 渡辺眞男「イギリス刑法における不能犯論」慶應義塾大学大学院法研論集二二号(一九八四年)一三七頁以下、奥村正雄「イギリス刑事法の動向」(一九九六年)一一〇頁など参照。さらに、イギリス刑事法に関する先駆的研究として、大谷實『刑法改正とイギリス刑事法』(一九七五年)一頁以下、同『刑事責任論の展望』(一九八三年)一六一頁以下なども参照。

- (8) 同法の制定過程については、奥村・前掲註(7)一〇八頁以下が詳しい。See also R. Buxton, *The Working Paper on Inchoate Offences: Incitement and Attempt*, [1973] *Crim. L. Rev.*, at 656-73; I. Dennis, *The Criminal Attempts Act 1981*, [1982] *Crim. L. Rev.*, at 5-16.

- (9) ただし、英米刑法においては「主観的要件・客観的要件」という二分説が採用されている点で、我が国やドイツにおける犯罪論体系とは若干異なる。

- (10) ドイツ刑法二三条三項と同様、イギリスでも不能未遂は原則的に可罰的であり、不能犯を不可罰として論じる我が国とは議論の出発点が異なることに注意する必要がある。なお、このような状況は、アメリカ合衆国でも同様である。例えば、模範刑法典五〇一条一項は、行為者の意図・確信を未遂罪の中心的要素として規定し、不能未遂の不可罰性を基本的に排除している。See A. Ashworth, *Criminal Attempts and the Role of Resulting Harm under the Code, and in the Common Law*, 19 *Rutgers L. J.* 725 (1988), at 729-733; P. H. Robinson, *Criminal Law* (1997), at 686-692; G. P. Fletcher, *Basic Concept of Criminal Law* (1998), at 176-181. なお、アシュワース論文の紹介として、門田成人「アメリカにおける模範刑法典二五周年シンポジウムに関する文献紹介(五)」島大法學三四巻一号(一九九〇年)一二七頁以下、奥村正雄「アンドリュウ・アシュワース『模範刑法典およびコモン・ローにおける未遂犯と侵害発生役割』」徳島文理大学研究紀要四一号(一九九一年)四七頁以下などがある。

- (11) C. M. V. Clarkson and H. M. Keating, *Criminal Law: Text and Materials* (4th ed. 1998), at 501.

(12) J. F. Stephen, *A History of the Criminal Law in England* Vol. II (1883), at 225; F. B. Sayre, *Criminal Attempts*, 41 *Harvard L. Rev.* 821 (1928); J. Hall, *Criminal Attempts — A Study of Foundation of Criminal Liability*, 49 *Yale L. J.* 789 (1940); J. Tenkin, *Impossible Attempts — Another View*, 39 *Modern L. Rev.* 55 (1976). テムキンの所説については、井上祐司「不能犯」法学セミナー二五九号(一九七六年)一〇五頁、宗岡・前掲註(4)四〇七頁以下など参照。

(13) 英米刑法理論の分析においては判例研究が重要であるが、既に詳細な研究が存在するため、本稿では割愛する。なお、英米未遂論の研究として、中武靖夫「英米刑法における未遂理論(一)・(二)」*阪大法学七号*(一九五三年)七八頁以下、八号(一九五三年)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*(一九五九年)一〇頁以下、西山富夫「不能犯問題の現状とその解決」*名城法学二一卷二・三・四合併号*(一九六一年)二三頁以下、西村克彦「アメリカ模範刑法典における未成犯罪」*警察研究三三卷四号*(一九六二年)四九頁以下、高窪貞人「英米法における不能犯」*法学新報七四卷一号*(一九六七年)四九頁以下、藤岡一郎「イギリスの未遂犯についての一考察」*同志社法学一四〇号*(一九七六年)一一九頁以下、塚本重頼「アメリカ刑事法研究」(一九七八年)二三九頁以下など参照。

(14) 宗岡・前掲註(4)三七九頁以下、奥村・前掲註(7)一〇七頁以下など、最近の研究では、主観説の分析が中心とされ、学説において展開された客観説については、必ずしも十分にフォローされていなかったように思われる。それゆえ、本稿では、客観説による可罰性判断の構造を考察の対象とすることにしたい。

二 不能未遂の可罰性判断の構造

(一) 主観説の判断構造

英米刑法、とりわけイギリス刑法においては、意図は「犯罪の本質的な構成要素(principal ingredient)⁽¹⁵⁾」であるとき、危険な犯罪意図を有する行為者の存在に着目し、行為者が自己の危険性を明白にする初期的段階を捕捉すること

により、刑法の犯罪抑止機能が効果的に促進されるものと考えられてきた⁽¹⁶⁾。そして、現在の判例・通説も、そのような伝統的立場に従って、主観説を採用している⁽¹⁷⁾。しかし、主観説の内部でも、行為者の「選択 (choice)」に着目するものや、行為者の「性格的特徴 (character trait)」に着目するものなど、異なる見解が主張されている。

例えば、アッシュワース (A. Ashworth) は、刑事責任の本質を行為者の支配不可能な事実的結果ではなく行為者の「選択の危険性」に求めるべきであるという選択説に依拠し、「意図原理 (intent principle)」と「確信原理 (belief principle)」を提示している⁽¹⁸⁾。刑法は個人的自由および自律的領域の保障という自由主義的理念を最大限に尊重すべき存在であるからこそ、刑事責任に関する判断は行為者の確信のみを基礎として行うべきである、というのである。そして、刑事責任は「邪悪な心理状態」のみを根拠とするのではなく、行為者に帰責可能な「行為」に対して課されるべきであるとして、未遂罪の可罰性判断においては、行為者の確信した諸事実のみに従って行為を記述すべきであると主張している⁽¹⁹⁾。同様に、刑法の任務を「社会的・抽象的諸価値の保護」に求めるクレムニツァー (M. Kremutzer) も、未遂犯の処罰根拠は基本的に行為者の「社会的危険性の矯正」という特別予防にあるとして、行為者の表象を基礎とした可罰性判断の必要性を主張している⁽²⁰⁾。その場合、客観説との決定的な相違は、刑事責任が課される行為の「記述方法」に存することになる。

また、行為者の危険な性格に着目するベイリス (M. D. Bayles) は、刑罰とは「望ましくない性格的特徴」を示す行為に対する特別な社会的反応であるという立場から、やはり行為者の確信を基礎として、行為がそのような特徴を顕現しているか否かが重要であると主張している⁽²¹⁾。もつとも、性格説は、「行為者の反社会的性格」というきわめて明確な概念を自説の中核に据えるため、アッシュワースやクレムニツァーの見解に比べて、可罰性判断の方法がより不明確なものとなっている。

いずれにせよ、選択説と性格説は、行為者の確信が可罰性判断の基礎となる点で一致している⁽²²⁾。したがって、有害物質であると誤信して現実には無害である物質を他人に投与する行為は、行為者の確信に従って「有害物質を投与する行為」として記述され、財物の盗品性を誤信して現実には盗品でない財物を收受する行為は、「盗品を收受する行為」として記述されることになる。現在の判例も、一九八一年刑事未遂法一条の解釈として、可罰性判断の基礎となる行為を行為者の確信に従って確定している⁽²³⁾。

そこで、次に、可罰性判断の基準が問題となる。この点につき、主観説の論者は、行為者の知識を判断基準とする方が論理的に一貫しているように思われる。なぜなら、選択説が未遂犯の処罰根拠を行為者の「選択の危険性」に見出す見解であり、性格説も行為者の「反社会的な性格の危険性」が何らかの行為に顕現されていることのみを要件とする見解である以上、処罰根拠との関係から見ても、行為の危険性を客観的基準によって判断すべき根拠は、必ずしも明らかではないからである。

その場合、魔法による殺人企行、蠟人形に釘を刺す行為による殺人企行などの「迷信犯 (superstitious attempt)」をどのように取り扱うかが問題となる。ここで、行為者の知識を判断基準とすれば、通常の未遂犯と同様、その可罰性が肯定されることになるが、主観説の論者も、自己の理論を修正することにより、そのような結論を回避している。アッシュワースは、「迷信犯の確信は一般的理解から程遠いものであり……邪悪なものともみなされない」という根拠から、迷信犯を不可罰としている⁽²⁴⁾。クレムニツァーも、行為者は「自然法則に関する不合理な確信」を有しており、再犯の可能性がないとして、迷信犯の不可罰性を導いている⁽²⁵⁾。このように、選択説に依拠する論者は、迷信犯の不可罰性を「行為者の確信の不合理性」に基礎づけている。さらに、ベイルズも、不能未遂の可罰性判断においては、望ましくない性格的特徴の存否に加えて、「そのような性格から刑事的侵害が惹起される可能性」をも考慮すべきであるとし

て、迷信犯を不可罰としている。⁽²⁶⁾ これらの見解は、可罰性判断の基礎となる行為を行為者の確信に従って記述しつつ、「合理性」といういわば客観的な判断基準の適用により未遂犯の処罰範囲に一定の制限を加えるものであり、大陸法系諸国において主張される抽象的危険説に類似した判断構造を有するものと考えられる。

ここでは、主観説による不能未遂の可罰性判断の構造について概観してきた。主観説においては、客観的諸事実の存在が全く重視されておらず、仮に自由主義的要請から「行為」の重要性が意識されるとしても、行為には行為者の危険性に関する証拠的・徴表的意義が認められるにすぎない。それゆえ、可罰性判断の基礎となる行為は行為者の確信のみを基礎として記述され、幻覚犯と迷信犯を除いては、その可罰性がきわめて広範に基礎づけられることになる。このような主観説による可罰性判断の構造は、未遂犯の処罰根拠から理論的に導かれており、不能未遂の原則的な可罰性を認める一九八一年刑事未遂法一条二項の文言とも整合的であるが、他方で、迷信犯の処理において看取されたように、判断基準のみを「合理性」概念に求めるべき理論的根拠は、明らかにされていないように思われる。処罰範囲の不当な拡大を阻止するという点では評価し得るが、その点については、論者自身のさらなる論証が必要であろう。また、主観説は、行為者の主観と同様に刑事責任の構成要素であるべき行為の客観的性質を軽視し、可罰性判断の前提とされるべき事実的基礎から乖離するものであり、心情刑法に至るといふ批判が妥当するとともに、個人的自由の保障という近代刑法の基本理念にも適合しないように思われる。さらに、予備と未遂との区別や未遂罪の任意的減輕などの根拠を理論的に説明し得ないという問題点もある。それゆえ、未遂犯の処罰根拠を「結果発生危険性」に求める我が国の基本的立場からは、主観説による可罰性判断の方法を採用することは、依然として困難である。⁽²⁷⁾

(15) *R v. Whybrow*, [1951] 35 Cr. App. R. 141, 147.

- (16) イギリスでは、未遂概念は星室裁判所 (Star Chamber) 時代の決闘予防政策に起源を有するものとされ、犯罪抑止の観点と強く結びついている。See J. Hall, *General Principles of Criminal Law* (2nd ed. 1960), at 568.
- (17) J. W. Turner, *Attempts to Commit Crimes*, 5 Cambridge L. J. 230 (1934); G. Williams, *Criminal Law the General Part* (2nd ed. 1961), at 633-653; A. P. Simester and G. R. Sullivan, *Criminal Law Theory and Doctrine* (2000), at 309-315; R. Card, Cross and Jones, *Criminal Law* (15th ed. 2001), at 581-583; J. C. Smith and B. Hogan, *Criminal Law* (10th ed. 2002), at 343-347; A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (4th ed. 2003), at 453-455. イギリスにおける伝統的立場については、中武・前掲註(13)六九頁以下、宗岡・前掲註(4)三八二頁以下、奥村・前掲註(7)一三三頁以下など参照。
- (18) Ashworth, *supra* note (10), at 736-737. 意図原理とは、刑事責任の基礎を行為者の意図に求めるものであり、確信原理とは、行為者の確信した諸事実に従って犯罪の成否を判断するものである。See also A. Ashworth, *Sharpening the Subjective Element in Criminal Liability*, in R. A. Duff and N. E. Simmonds (eds.), *Philosophy and the Criminal Law* (1984), at 79-89. なお、この論文の紹介として、仁科雅治「刑事責任における主観的要素の先鋭化」警察研究五九巻七号(一九八八年)七一頁以下がある。
- (19) Ashworth, *supra* note (10), at 761.
- (20) M. Krennitzer, *The Punishability of Impossible Attempts*, 19 Israel L. Rev. 340 (1984), at 345-347.
- (21) M. D. Bayles, *Character, Purpose, and Criminal Responsibility*, 1 Law and Philosophy 5 (1982), at 5-8.
- (22) ただし、主観説の論者も、行為者の確信が基礎となるのは「行為」および「行為状況」に限られ、「法」には及ばないとして、凶犯の不可罰性を認めている。Ashworth, *supra* note (10), at 761-762; Krennitzer, *supra* note (20), at 349-350; H. L. A. Hart, *The House of Lords on Attempting the Impossible*, in Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983), at 381-385; R. v. Taaffe, [1984] 1 AC 539. なお、ハート論文の翻訳として、武田誠「不能未遂に関する貴族院」矢崎光圀ほか共訳『H・L・A・ハート法学・哲学論集』(一九九〇年)四一五頁以下参照。
- (23) R. v. Shivpuri, [1987] AC 1. 560. なお、本判例については、奥村・前掲註(7)一七二頁以下参照。
- (24) Ashworth, *supra* note (10), at 764.
- (25) Krennitzer, *supra* note (20), at 350-352.
- (26) Bayles, *supra* note (21), at 11-13. しかし、ペイルズは、基本的には迷信犯の不可罰性を認めつつ、迷信的手段に訴えた行為者

がその不適切さから学習する可能性がある場合、迷信犯は可罰的であるとしている。

(27) なお、主観説の採用を否定すべき理論的・政策的根拠それ自体は、さらに検討すべき一つの問題である。

(二) 客観説の判断構造

1 フレッチャーの見解 英米刑法における客観説の可罰性判断の構造を分析する場合、まず、客観主義を標榜する代表的論者であるフレッチャー (G. P. Fletcher) の理論に注目すべきであろう。⁽²⁸⁾ 彼は、行為が予め明確に規定された客観的基準に適合していることを要請する「合法性原理 (principle of legality)」を基軸として、個人的自由および私的領域に対する過度な刑法的介入の不当性を指摘している。そして、客観的行為の意義は犯罪意図に関する証拠的・徴表的機能に止まらず、犯罪の「構成要素」であるとして、行為に対する客観的分析の必要性を主張している。⁽²⁹⁾

フレッチャーは、未遂罪の可罰性判断における基本的視座として、サーモンド (J. Salmond) の「明確性 (unequivocality)」理論⁽³⁰⁾、予備と未遂の限界を「危険の切迫性、侵害の重大性、不安感の程度」に求めたホームズ (O. W. Holmes) の見解⁽³¹⁾を基礎として、「明白な犯罪性 (manifest criminality)」理論を提唱している。⁽³²⁾ この理論によれば、客観的要件の充足性を判断する場合、行為者の主観面に関する証拠は全く考慮されず、行為のみが客観的に観察される。そして、当該行為が他人の諸利益に対する「危険かつ威嚇的な行為 (dangerous and unnerving act)」とみなされる場合、可罰未遂としての客観的要件の充足が認められる。⁽³³⁾ つまり、可罰性判断の第一段階として、明白な犯罪性という観点から、「行為者の意図から概念的に切り離された行為」⁽³⁴⁾に対する客観的な分析が行われ、さらに第二段階として、行為者の主観面に関する分析が行われるのである。フレッチャーは、このような判断方法こそが合法性原理の根本的な要請であるとして、主観的要件の分析から客観的要件の分析へと移行する伝統的な可罰性判断の構造を批判している。⁽³⁵⁾

さらに、フレッチャーは、不能未遂の可罰性判断における問題点は「行為者の行為がいかなる人物にとっても危険ではない⁽³⁶⁾」という点にあるとして、二つの理論を導出している。まず、第一の理論は、「適切性 (aptness)」理論である。この理論によれば、たとえ「当該」諸情況の下では結果を惹起し得ない行為であったとしても、最終的にその行為が侵害惹起の可能性を有するものである場合には、「行為の危険性」が認められる⁽³⁷⁾。そして、行為の適切性を判断する場合、客観的観察者の視点による事実の「抽象化」が必要であるとされる⁽³⁸⁾。例えば、空ベッドに向けて拳銃を発砲するという「客体の不能」の事例においては、誰の目から見ても木であることが明白な客体に向けて拳銃を発砲する場合とは全く異なり、客観的観察者の視点から、意図された被害者の存在が認識されるのであれば、その行為は人が就寝している可能性のあるベッドに向けて拳銃を発砲する行為として記述される。そして、そのような行為は結果発生の可能性を有する明白な犯罪的行為であるから、可罰的な不能未遂としての客観的要件が充足される⁽³⁹⁾。同様に、鹿の剥製に向けて猟銃を発砲する行為⁽⁴⁰⁾、既に死亡した女性を強姦する行為⁽⁴¹⁾についても、行為の適切性は、客観的観察者の視点に従って判断されることになる⁽⁴²⁾。もともと、その場合、客観的観察者に付与される事実の程度が問題となり得るが、彼は、プライバシー保護の観点から、行為の開始時点の事実限定している⁽⁴³⁾。したがって、砂糖を砒素であると誤信して飲物に混入したという事例においては、行為者が砒素と砂糖を取り違えた具体的過程などは考慮されず、「砂糖を混入する行為」が適切性判断の対象となり、客観的要件の充足性が否定されることになる。この理論は、行為時における客観的観察者の視点から「行為の外観的・典型的危険性」を判断するものと言えるであろう⁽⁴⁴⁾。

次に、フレッチャーは、殺人罪や窃盗罪などの「主要犯罪 (offence-in-chief)」ではなく、盗品関与罪のような「派生的犯罪 (derivative offence)」の未遂が問題となる場合⁽⁴⁵⁾、適切性理論によっては妥当な結論が得られないという理由から、第二の理論として、「理性的動機づけ (rational motivation)」理論を提示している⁽⁴⁶⁾。すなわち、窃盗罪が財物の

保護を目的とするのに対して、盗品関与罪は窃盜行為を防止するための「間接的な犯罪類型」であり、両者には本質的な差異が認められるため、「侵害」の可能性という観点を基礎とする適切性理論は、可罰性判断の基準として有効に機能し得ない、というのである。この理論によれば、「錯誤的事実が行為者の動機づけに与えた影響」⁴⁷、「錯誤的事実と行為者の動機との因果的な関連」⁴⁸が分析される。そして、その事実が行為者の動機の一部とみなされる場合には、その錯誤的事実を基礎として未遂行為が記述されるのである。例えば、盗品であると錯誤して現実には盗品でない財物に関与したという事例において、その行為者が当該財物の非盗品性を知ったとしてもなお取引行為を継続したであろう場合には、財物の盗品性は行為者の動機づけの一部ではなく、その行為は盗品関与の「未遂」としては記述されないことになる。⁴⁹

以上のように、フレッチャーは、不能未遂の可罰性判断の方法として、適切性理論と理性的動機づけ理論という二つの理論を提示している。彼の見解は、具体的には、まず、理性的動機づけ理論によって当該行為が「未遂」と言えるか否かが判断され、次に、適切性理論によって行為の類型的危険性が判断されるという判断構造を有する。このような不能未遂の可罰性判断の方法は、一定の明確性を有しており、刑法の謙抑性を確保し得るものでもある。さらに、侵害性が軽微な派生的犯罪においては、当罰性との関係から、明白な犯罪性の判断が困難な場合も予想されるであろう。その意味では、彼の見解を積極的に評価することが可能である。しかし、そこにはいくつかの問題点もある。まず、適切性理論の中心的概念となる「行為の外観的・類型的危険性」の判断方法が不明確であり、その理論が行為の「性質」の客観的分析にとって有効な方法であるか否かは疑問である。⁵⁰さらに、理性的動機づけ理論に関しては、行為の客観的判断において主観面の考慮を完全に排除するという論者自身の基本構想との整合性が問題となる。⁵¹この問題点はきわめて重要である。なぜなら、錯誤的事実と行為者の動機との因果的な関連を分析するためには、その前提

として、意図・目的といった行為者の主観面を何らかの形で考慮せざるを得ないものと考えられるからである。この点につき、フレッチャーは、「理性的動機づけに関する分析は、単に行為者の心理状態ではなく、反事実的仮定法 (counterfactual conditional) に着目するものである⁽⁵²⁾」として、その理論の必要性を強調しているが、それほど説得力を有するものとは思われない⁽⁵³⁾。合法性原理の厳格な解釈を基軸として、行為に対する客観的分析の重要性を説くのであれば、犯罪類型の差異とは関係なく、明白な犯罪性理論および適切性理論に従って、客観的観察者の視点から行為の性質を分析すべきであろう。

2 ダフの見解 ダフ (R. A. Duff) は、未遂論における様々な理論的対立を主観主義と客観主義との見解の相違として位置づけ、刑事未遂に関する包括的な研究を行っている⁽⁵⁴⁾。彼は、刑法の任務は「社会生活に必要な公正な最小限度の行動準則 (fairly minimal standards of behaviour) を明らかにし、そのような行動準則の遵守を要請すること、および重要な諸利益を法的に保護すること」であり、刑罰の本質は第一次的には「過去の犯罪行為に対して相当な非難的反作用 (censuring response) を賦課すること」であるという基本的視座⁽⁵⁵⁾に基づき、客観的未遂論の理論的展開を試みている⁽⁵⁶⁾。そして、客観主義の見地から、可罰的な未遂行為は「法的に保護された諸利益に対する攻撃 (attack)」であるとして、刑事責任の「構成要素」としての行為の客観的性質に着目した可罰性判断の必要性を強調するのである⁽⁵⁸⁾。こうして、未遂罪の客観的要件を判断する場合には、「社会的現象 (social phenomena) としての行為」に対する客観的評価、社会的・物質的世界 (social and material world) と行為との客観的関係を分析すべきであるとされる⁽⁵⁹⁾。

このような見地から、ダフは、不可罰的な不能未遂の領域を導くために提唱された「明白な能力 (apparent abilities)」理論⁽⁶⁰⁾、「被害者・客体の欠缺」理論⁽⁶¹⁾などの伝統的理論に検討を加えている。そして、その分析結果から、客観的観察者

の視点の導入や行為記述の方法、行為客体の存在などの必要性を確認した上で、不能未遂における可罰性判断の方法について言及している。⁽⁶²⁾

ダフによれば、可罰性判断においては、「客観性(objectivity)」が重要である。ここで、刑法における客観性には、現実に発生した客観的諸事実のみを問題にする客観性と、「合理的人物」の視点から認識されるであろう事実を問題にする客観性とが存在しており、不能未遂の可罰性判断においては、後者の記述方法に従って客観的事実を抽象化することが必要であるとされる。⁽⁶³⁾ なぜなら、不能未遂とは客観的諸事実を事後的に観察すれば結果発生危険性が存在しない場合であり、「(人の身体的動作と事実的諸情況、そして諸結果という)諸事象の連関に関する純客観的な記述は……未だ刑事責任を基礎づけ得るような行為記述(action-description)ではない」⁽⁶⁴⁾からである。それゆえ、個別事例における客観的諸事実を可罰性判断の重要な基礎としながらも、一定の事実を仮定して考察する必要がある。こうして、彼は、「客体の不能」に関する諸事例を挙げて、攻撃概念と関連づけながら、客観的事実の抽象化について、以下のように論じている。⁽⁶⁵⁾

- (a) ショーは、重篤な精神病を患っており、見えない宿敵から迫害されているという躁鬱的な妄想を抱いていた。彼は、現実には木であることが明白な客体を宿敵であると誤信して、その客体に向けて拳銃を発砲した。
- (b) ショーは、鹿を狩猟するために、人里離れた森の中に入った。彼は、目撃した客体を人であると(十分な根拠なく)誤信して、その客体の殺害を決断した。
- (c) ショーは、ベイカーの殺害を意図して、彼女を発見することを期待しながら森の中に入った。彼は、ベイカーであると考えられる客体に向けて拳銃を発砲したが、その客体は木であった。

(d) ショーは、ベイカーの殺害を意図しており、彼女がその場所を定期的に散歩していることを知りながら森の中に入った。彼は、遠くに彼女の姿を認め、追跡した。しかし、森の薄暗い場所で、珍しい形の木を彼女であると(合理的に)誤信して、その客体に向けて拳銃を発砲した。あるいは、藪の中で動くものを見て、彼女がそこに存在すると誤って(しかし合理的に)確信して、それに向けて拳銃を発砲した。

まず、事例(a)においては、行為者の責任能力に関する刑法的評価は措くとして、仮に行為者がそのような精神状態になかった場合であっても、行為者の行為が現実世界と結びつけられていない。次に、事例(b)においても、目撃した人を殺害するというショーの決断それ自体は確かに邪悪なものであるが、その意図が現実世界と全く関わり合っていない。それゆえ、事例(a)・(b)における客体は「木」として記述され、その行為は「人」に対する攻撃とはみなされない。さらに、事例(c)においても、客体の事実的存在を攻撃概念の中心的要素と捉え、その森の中に人が存在しなかったという客観的事実を考慮するならば、事例(a)・(b)と同様に、その行為は攻撃とみなされない⁶⁶。これは、「被害者・客体の欠缺」理論から導かれる一つの論理的帰結である。しかし、ダフは、事例(d)の分析において、その理論の厳格な適用を否定し、合理的人物の視点に従った事実の抽象化の必要性を示している。すなわち、事例(d)において、行為者が被害者の存在を誤信したことには「合理的根拠」が認められるため、「ショーはベイカーを容易に射殺し得たであろう」という客観的評価が可能である⁶⁷。つまり、その森林の散歩が被害者の日課であることを行為者が認識していたという具体的事情を考慮すれば、そこに被害者が存在するという行為者の錯誤的事実は合理的人物にも等しく認識され得るものと考えられるから、当該客体が被害者である可能性は合理的に認められる。したがって、事例(d)における行為は、「被害者の可能性がある客体に向けて拳銃を発砲する行為」として記述され、そのような行為が可罰性判断

の基礎とされるのである。

ここで、「被害者・客体の欠缺」理論においては、行為客体の事実的存在が重視されるのに対して、ダフの見解においては、当該行為に先行する具体的諸事情をも考慮に入れた上で行為者の錯誤の合理性が判断されている、という点に注意すべきである。⁽⁶⁸⁾つまり、たとえ被害者が行為時に存在していなかったとしても、合理的人物の視点から観察して、その存在を確信すべき「合理的根拠」が認められる場合には、そのような錯誤的事実に従って行為が記述されるのである。このように、行為者の誤信した事実は、合理的根拠が存在するという意味での「客観性」に裏づけられることによつてはじめて、可罰性判断の基礎とされることになる。この点に、ダフの見解の特徴が見られる。

もつとも、その場合、合理的人物という概念の内容が問題となる。この点につき、ダフは、「行為者の意図を認識し、行為者に対して利用され得る経験的証拠に一般的な認識能力 (ordinary cognitive skills) を適用する」人物⁽⁶⁹⁾、換言すれば、行為者と同じの諸事実を認識し、かつ行為者と同じの状況におかれた一般人を合理的人物として想定している。こうして、行為者の認識のみを基礎とした客観的事実の無制限な抽象化が回避されるのである。このような見解は、刑法の任務を「行動準則の確立による諸利益の保護」に見出し、刑事責任を客観と主観の統一体としての行為に基礎づけようとする彼の基本的見地⁽⁷⁰⁾とも整合的であり、過去の犯罪行為に対する非難的反作用の賦課という応報的観点のみならず、類似の状況におかれた一般人の将来的行為を抑止するという一般予防的観点をも考慮するという立場から見ても、なお妥当なものと考えられる。

さらに、ダフは、可罰性判断の基準についても言及している。彼は、「明白な能力」理論を参考として、行為記述の場合と同様に、合理的人物の有する「一般的知能、および外界に関する基本的知識」を判断基準として提示している。⁽⁷¹⁾そして、①支払限度額一〇ドルの小切手の金額を二ドル五〇セントから一二ドル五〇セントに書き換えて銀行窓口に

呈示した場合⁽⁷²⁾、②小切手の金額を九ポンド四シリングから六九七〇〇〇九〇ポンド四シリングに書き換えて銀行窓口呈示した場合という二つの事例を挙げて、合理的人物の知識を基準とした可罰性判断を展開している⁽⁷³⁾。まず、事例②においては、最低限の知識を有する合理的人物の視点によれば、詐欺目的を実現するための手段として全く不適切なものであることが認識され得るから、その行為は詐欺の危険性を有するものではなく、詐欺未遂罪としての可罰性は認められない。これに対して、事例①においては、小切手の呈示を受けた銀行が非常に多忙であった場合や、その呈示を受けた銀行員が不注意・無能な人物であった場合などを想定すれば、(不適切なものではあるが)現金化の「可能性」が認められるであろうから、その行為は詐欺未遂罪としての可罰性を有する⁽⁷⁴⁾。

ダフの判断基準によれば、事例②のように、著しく不適切な方法による未遂犯の可罰性は、結果発生の可能性という観点から明確に否定され得る。彼が二つの事例を対比しながら分析を行った根拠は、行為に対する客観的分析の導入により、迷信的手段による未遂犯の不可罰性を理論的に導くという点に存するのかもしれない。その限りでは、彼の見解は妥当なものと考えられる。しかし、それが行為の危険性を判断するための「基準」として有効に機能し得るか否かは、必ずしも明らかではないように思われる。たしかに、人の枢要部に向けて拳銃を発砲する行為のように、その危険性が明確である場合には何ら問題とならないが、例えばコカイン精製行為の危険性を判断する場合に、合理的人物の客観的判断という方法によって一定の結論が導かれるであろうか。専門的知識をもたない合理的人物は、当該行為の危険性ないし結果発生の可能性を十分に判断し得るのであるか。このように、ダフの見解に対しては、合理的人物の有する法則的知識の内容が不明確であるとの批判が向けられている⁽⁷⁵⁾。

他方で、事例①の分析において、銀行ないし銀行員の「状態」に関する一定の抽象化が行われている点にも注目すべきである。そこでは、行為の可罰性を判断するにあたり、行為客体である人物の能力を相対的に低く想定すること

により、結果発生の可能性が肯定されているのである。ダフが「行為客体の状態・性質の抽象化」という点を意識的に論じているかは明らかではないが、この着想は不能未遂の可罰性判断の方法を考察する上で示唆的なものと考えられる。それゆえ、この点については、章を改めて検討することにしたい。

ここでは、ダフの見解について検討してきた。彼は、主観説に対して批判的考察⁽²⁶⁾を加えるとともに、不能未遂の不可罰性を導く伝統的理論に示唆を得ながら、行為記述の方法と判断基準の両方を合理的人物の視点に求めていた。彼の見解は、個別事例の客観的諸事実可能な限り依拠しつつ、不能未遂の可罰性判断にとって不可欠となる「事実の抽象化」の方法を明らかにするものであり、基本的に妥当なものであったように思われる。しかし、その反面、判断基準としての明確性という点で、合理的人物の有する法則的知識の問題性も認められた。その点については論者も自認するところであり、⁽²⁷⁾概念の明確化は一つの課題としてなお残るであろう。いずれにせよ、主観説が圧倒的地位を占める英米刑法において、客観的未遂論の構築を標榜し、不能未遂の可罰性判断の客観性を導いたという点に、ダフの研究の重要な意義を認めることが可能である。

- (28) G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978), at 131-197. For criticism of Fletcher's theory, see D. Galloway, *Patterns of Trying: A Critique of Fletcher on Criminal Attempts*, 7 *Queen's L. J.* 232 (1982); Krennitzer, *supra* note (20), at 372-380.
- (29) Fletcher, *supra* note (28), at 139-146.
- (30) *King v. Barker*, [1924] N. Z. L. R. 865, 872-880; J. Salmond, *Jurisprudence* (10th ed. 1947), at 389-390. この理論は、行為が「外見上、犯罪意図を一義的に顕現している (*Res ipsa loquitur*)」場合にのみ、未遂行為の可罰性を認めるといっている。ただし、フレッチャーは、この理論が行為の証拠的機能のみを強調する点には問題があるとしている。 *Id.*, at 143.
- (31) O. W. Holmes, *The Common Law* (1881), at 68.

- (32) Fletcher, *supra* note (28), at 146.
- (33) *Id.*, at 158.
- (34) *Id.*, at 163.
- (35) もっとも、このような合法性原理の解釈方法に関しては批判もある。See Galloway, *supra* note (28), at 241.
- (36) *Id.*, at 146.
- (37) *Id.*, at 150-154.
- (38) *Ibid.*
- (39) *Ibid.*
- (40) *Missouri v. Guffey*, 262 S. W. 2d 152 (1953). ちなみに、英米刑法における不能未遂判例の形成については、高窪・前掲註(13)五〇頁以下参照。
- (41) *United States v. Thomas*, 13 U. S. C. M. A. 278 (1962).
- (42) Fletcher, *supra* note (28), at 150-152.
- (43) G. P. Fletcher, *Constructing a Theory of Impossible Attempts*, in P. Fitzgerald (ed.), *Crime, Justice and Codification* (1986), at 110. なお、大陸法的視点からこの論文を分析したものととして、中山研一『刑法の論争問題』(一九九一年)一六六頁以下参照。
- (44) Fletcher, *supra* note (43), at 106-111.
- (45) *People v. Jaffe*, 78 N. E. 169 (1906); *United States v. Berrigan*, 482 F. 2d 171 (1973).
- (46) Fletcher, *supra* note (28), at 154-166.
- (47) *Id.*, at 163.
- (48) Fletcher, *supra* note (43), at 103-106.
- (49) Fletcher, *supra* note (28), at 162. 対照的に、この理論によれば、魔法による殺人企行のような迷信犯も「未遂」として記述されることになる(もっとも、行為の適切性判断の段階で可罰性が否定される)。
- (50) 例えば、「飲物に毒物を混入する行為」と「砂糖を混入する行為」は、いずれも外観的に平穏な行為であり、両者の明確な区別は困難であるという点が指摘されている。この点については、中山・前掲註(43)一七七頁以下参照。

- (51) Kremnitzer, *supra* note (20), at 374-378.
- (52) Fletcher, *supra* note (28), at 183.
- (53) おじろ「事実的基礎を有している」という批判が加えられている。Kremnitzer, *supra* note (20), at 377.
- (54) R. A. Duff, *Criminal Attempts* (1996). なお、書評として以下の文献がある。D. Husak, *Attempts and Philosophical Foundations of Criminal Liability*, 8 *Crim. L. F.* 293 (1997); P. R. Glazebrook, *Book Review: Criminal Attempts*, 56 *Cambridge L. J.* 206 (1998); K. J. M. Smith, *An Objectivist's Account of Criminal Attempts*, 61 *Modern L. Rev.* 438 (1998); C. Finkelstein, *No Harm No Foul? Objectivism and The Law of Attempts*, 18 *Law and Philosophy* 69 (1999).
- (55) Duff, *supra* note (54), at 201.
- (56) ダフが標榜する客観的未遂論の要諦は、①既遂罪と未遂罪の主観的要件を同一視し、可罰未遂の範囲をきわめて広く認める「未完成犯罪法 (law of inchoate offence)」ではなく、「犯罪遂行の意図」を主観的要件とする「一般的未遂法 (general law of attempt)」を維持すること。②一定類型の不能未遂の不可罰性を理論的に基礎づけること。③未遂罪の任意的減輕を認めることの三点に集約される。 *Id.*, at 348.
- (57) ダフによれば、「行為要件」の重要性を認める客観主義にも、警察の抑圧的捜査や冤罪の防止といった外部的根拠に基づく「非本質的な客観主義 (extrinsic objectivism)」と、刑事責任の本質から導かれる内部的根拠に基づく「本質的な客観主義 (intrinsic objectivism)」とふたつの様式が存在している。当然ながら、彼自身は、本質的な客観主義の立場から客観的未遂論の展開を試みてみる。 *Id.*, at 196-200.
- (58) *Id.*, at 89-92, 221-222. 可罰未遂を「攻撃」と捉えるダフの着想は、主観的要件の解釈にも及んでいる。ここでは、未遂罪の主観的要件である「犯罪遂行の意図」は「直接的意図」として解釈され、潜在的な侵害行為である「危殆化行為 (endangerment)」と、本質的な侵害行為である「攻撃」が主観的要件の段階で明確に区別される。そして、後者のみが未遂行為として客観的分析の俎上に載せられることになる。 *Id.*, pp. 362-366.
- (59) *Id.*, at 348, 381. ただし、ダフの見解は、主観的要件の分析から客観的要件の分析へと移行する点で、なお伝統的である。彼の研究では主観的要件の解釈にも重点がおかれているが、本稿では客観的要件の分析方法のみを考察の対象とし、主観的要件に関する彼の具体的見解については、他稿で改めて検討することにした。

- (60) *Id.*, at 80-83.
- (61) *Id.*, at 85-89.
- (62) *Id.*, at 80-92, 228-232.
- (63) *Id.*, at 194-196. 前者の客観性は未遂減軽という実務に現れ、後者の客観性はきわめて不適切な未遂犯の不可罰性を主張する見解に現れているとされる。
- (64) *Ibid.*
- (65) *Id.*, at 232-230. ここで、ダフは、行為者の意図の存在を前提として、「意図の個別化・詳述化 (particularization)」という独自の視点から、行為と現実世界との客観的関係を分析している。
- (66) *Id.*, at 222-227.
- (67) *Id.*, at 226.
- (68) *Id.*, at 226-227.
- (69) *Ibid.*
- (70) *Id.*, at 193, 348.
- (71) *Id.*, at 232.
- (72) *Wilson v. Mississippi*, 38 So. 46 (1904).
- (73) Duff, *supra* note (54), at 231.
- (74) *Id.*, at 230-232. ただし、ダフは「刑の減軽 (mitigation of sentence)」の可能性を認めている。
- (75) K. J. M. Smith, *supra* note (54), at 447-448. なお、ダフも、大陸法系諸国における印象説と同様に、合理的人物の「不安感」について言及している。しかし、この点につき、彼が、(不適切な未遂は)「社会的動揺 (social volatility)・不安感 (apprehension) を引き起こさないがゆえに刑事未遂とされるべきではない」と主張することは誤りであり、「より正確には、その行為が真の未遂 (real attempts) として理解されないために、不安感が引き起こされない」と論じている点は示唆的であるように思われる。 *Id.*, at 381.
- (76) ダフは、主観説の一つの問題点として、迷信犯の不可罰性を基礎づけることが困難である点を指摘している。さらに、彼は、主

観主義者が主観的諸原理の論理的帰結を積極的に認めようとしなない点を挙げて、主観説の限界を示唆している。例えば、主観説による過酷な帰結は「検察の起訴裁量 (prosecutorial discretion)」によって回避されるというG・ウィリアムズの見解に対して、ダフは、自説の問題性を手続的問題 (不起訴) によって隠蔽するのではなく、あくまでも実体的問題 (不可罰) として対応すべきであると反論している。つまり、検察の起訴裁量に対する「効果的な国民審査 (effective public scrutiny)」が存在しない点に鑑みても、実体法上の諸要件を明確化することにより不可罰という結論を理論的に導くべきであると主張するのである。Duff, *supra* note (54), at 235, 383-384; G. Williams, *The Lords and Impossible Attempts, or Quis Custodiet Ipsos Custodes?*, 45 Cambridge L. J. 33 (1986), at 42. なお、奥村・前掲註(7)一九四頁参照。

(77) Duff, *supra* note (54), at 234.

(未完)