Title	イギリスにおけるコモン・ロー上の独立教唆罪の検討
Sub Title	A study on the common law offence of incitement in England and Wales
Author	橋本, 広大 (Hashimoto, Kodai)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内 『法学政治学論究』 刊行会
Publication year	2016
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.111, (2016. 12) ,p.273- 304
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20161215-0273

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

イギリスにおけるコモン・ロー上の独立教唆罪の検討

橋 本 広 大

- 一 はじめに
- 二 イギリスにおける未完成犯罪の概要
- 三 コモン・ロー上の独立教唆罪
 - (一) 総説
 - (二) 客観的要件
 - (三) 主観的要件
 - (四) 一九八九年刑法典草案
- 四 検討
 - (一) コモン・ロー上の独立教唆罪の問題点
 - (二) コモン・ロー上の独立教唆罪と他の未完成犯罪の種類との関係
 - (三) 小括
- 五 おわりに

一 はじめに

我が国の理論刑法学においてはこれまで、もっぱら規定の緻密な解釈論に重点が置かれてきた。その重要性は今日においていささかも失われていないが、他方、これまでと異なる状況として、刑事立法の時代が到来したことが指摘されている。⁽¹⁾

近年の刑事立法の特徴を示す一例として、悪質交通事犯への一連の立法がある。最近の立法である二〇一四年五月施行の「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」に至るまでの十数年の間に、刑事法的対応を一変させるような改正が相次いだのである。⁽²⁾ この一連の立法からは、一貫して重罰化の傾向を読みとることができ⁽³⁾る。そして、無免許であったことが死傷結果と因果関係を有さない場合であっても刑を加重する旨を定める同法第六条は、もはや「行為」ではなく「行為者」の危険に着目する規定であり、刑法の基本原則にそぐわないとも指摘されている。⁽⁴⁾ もはや刑法の基本原則と相容れない程度の重罰化だとみることとも可能であろう。

そして、近年の刑事立法のもうひとつの特徴として、処罰の早期化がある。⁽⁵⁾

その一例として、二〇〇一年に新設された支払用カード電磁的記録に関する一連の罪（刑法第一八章の二）をあげることができよう。さらに、特別刑法にまで視野を広げれば、処罰の早期化の傾向はより以前から顕著にみてとれる。⁽⁶⁾ ただ、これら一連の罪は、あくまで外部的な行為を罰するものである点で、刑法の基本原則のひとつであるところの、いわゆる行為主義に違背しない。⁽⁷⁾

しかしながら、近年では「組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律」を一部改正し、いわゆる共謀罪を我が国に導入することが検討されている。⁽⁸⁾

この共謀罪は、大略、複数人による犯罪実行の合意の段階での処罰を、限定的な場面においてではあるがこれまでに比してより幅広く、可能としうるものである。

犯罪実行の合意の段階での処罰を認めるこの共謀罪が、内心における意思のみをとらえて処罰するものであるとすれば、処罰の早期化が著しく、また、我が国の理論刑法学の見地からは、行為主義に反するものとして許容することはできないであろう。

もつとも、喫緊の課題となったテロ対策とあいまって、共謀罪をまったく導入しないという選択はもはや現実的でない。どのような規定であれば受け入れられるのかを具体的に提示することが、理論刑法学に求められているといえる。

このように、理論刑法学がいわば常識ととらえてきた、いわゆるグランドセオリーと抵触しうる刑事立法が検討される時代を迎えた我が国においては、そのような常識を必ずしも有さない、異なる法体系との比較法的検討が有用であると考えられる。なぜなら、そのことは、可罰性の限界を基礎づけていると考えられるグランドセオリーを相対的にとらえ、その内実を刑事立法にとつての指針となりうる程度にまで具体化するための基礎的研究に資すると考えられるからである。それはひいては、我が国における解釈論にとつても有益な視座をもたらすものとなる。

このような観点において、イギリス刑法の議論を参照することが重要である。それは、単にイギリスには共謀罪 (conspiracy) が存在し、かつ、それを幅広く運用してきたから、ということに尽きるものではない。イギリス刑法は伝統的に主観主義を基礎とし、我が国と大きく異なる考え方を有する。実際に、我が国に比して広範かつ早期の処罰を許容しているといえる。イギリス刑法との比較法研究が我が国に少ないことも、このことと無関係ではないであろう。

もつとも、このことは、イギリス刑法の議論が我が国における理論刑法学にとつて参照に値しないことを意味しない。むしろ、その参照価値は、刑事立法の時代を迎えた我が国において、これまで以上に高まっている。そし

て、特に参照すべきと考えられるのは、イギリスにおける「未完成犯罪」(inchoate offences)に関する議論である。

先ほど共謀罪に言及したが、イギリスにおいて、共謀罪 (conspiracy) は、未完成犯罪の一類型をなす。未完成犯罪の類型としては、他に、未遂罪 (attempt)、そして二〇〇七年重大犯罪法 (Serious Crime Act 2007) (以下、「二〇〇七年法」とする) の第二編四四条ないし四六条に規定された幫助 (assist) 及び奨励 (encourage) の罪がある。

統一的な刑法典をもたないイギリスにおいては、犯罪類型ごとにコモン・ローを制定法化するための刑事立法が一九七〇年前後から盛んにみられるようになり、その作業は現在に至るまで続けられている。それらは、それまでのケースの蓄積で確立されたコモン・ロー上の法原則に大きな変更を加えるものではなく、既存の議論を整理した上で制定法化するものが多いとされる。¹⁰⁾

しかしながら、未完成犯罪については、制定法化にあたって実質的な議論が多くなされ、現在に至るまで絶えずそのあり方が議論され続けている。ここでは、判例、学説、そして法律委員会 (Law Commission) が主体となって盛んに議論が交わされ、可罰性の限界を探る上で、刑罰論、ひいてはその背後にある基本思想にまで遡った上で、そこから犯罪論、ひいては立法論へと検討を進めていくという思考過程が示されているのである。

このように、イギリスにおける未完成犯罪に関する議論には、グラントセオリーと抵触しうる刑事立法が検討されるようになった現在の我が国における議論にとり、参照すべき点が多いように思われる。実際に、我が国においても、イギリスにおける未完成犯罪に関する議論の先行研究が既に存在するのである。¹¹⁾

もっとも、先述した二〇〇七年法の第二編四四条ないし四六条に規定された幫助及び奨励の罪が未完成犯罪の一類型を担うようになるまでは、長らく、コモン・ロー上の独立教唆罪 (incitement) の類型が存在していたのであるが、同罪について検討した先行研究はほとんどみられない。

しかし、そのことは、同類型が検討に値しないことを意味しない。なぜなら、現在のイギリスにおいては、二〇〇

七年法の幫助及び奨励の罪の抱えるいくつかの問題点が、裁判所の判断における混乱と学説からの批判を招き、それは同類型の見直しの必要性を生じさせるに至っており、そこには、イギリスにおける共謀罪の抱える問題点も関わっているのだが、この錯綜した議論状況を正確に把握するためには、本稿でこれから明らかにするように、コモン・ロー上の独立教唆罪に関する理解が不可欠であると考えられるからである。

本稿は以上のような問題意識に基づき、イギリスにおけるコモン・ロー上の独立教唆罪の検討を行うことで、現在のイギリスにおける未完成犯罪の議論をより正確に理解するための視座を提供しようとするものである。その具体的方法として、本稿は以下の手順に従う。

まず、前提となるイギリスにおける未完成犯罪の議論状況について、その概要を述べる。次に、コモン・ロー上の独立教唆罪がいかなる犯罪類型であったのかを、具体的なケースとともに明らかにする。その上で、コモン・ロー上の独立教唆罪が、イギリスにおける未完成犯罪をめぐる問題点とどのように関連するのかを検討する。

二 イギリスにおける未完成犯罪の概要

既に言及したように、現在のイギリスにおける未完成犯罪 (inchoate offences) とは、未遂罪 (attempt)、共謀罪 (conspiracy)、そして二〇〇七年重大犯罪法第二編の四四条ないし四六条に規定された幫助 (assist) 及び奨励 (encourage) の罪のことをいう。¹²⁾ 二〇〇七年法が施行されるまでは、同法五九条が廃止したコモン・ロー上の独立教唆罪 (incitement) が、長らく未完成犯罪の一類型を担っていたこともまた、前述したとおりである。それぞれの類型について詳細に示すことは紙幅の都合上かなわないため、本稿の検討に必要と思われる限りで、以下にそれらの概要をごく簡単に示すにとどめることとしたい。

まず、未遂罪については、一九八一年刑事未遂法 (Criminal Attempts Act 1981) (以下、「一九八一年法」とする) に明文規定が存在する。同法によれば、犯罪遂行の意図をもって単なる予備を越える行為を行った者が、未遂罪に問われることとなる。

同法の立法過程においては、主に不能犯論 (impossibility) をめぐって法律委員会 (Law Commission)⁽¹⁴⁾ と裁判所との激しい対立があった。

また、未遂の成立時期についても、一九八一年法制定前から議論があり、同法制定後も、裁判所の態度に変遷がみられた。近年においては一九八一年法の改正も検討されるなどしており、⁽¹⁵⁾ 依然として、可罰性の限界をどこに認めるかという点に関する議論が盛んに行われている状況といえる。

次に、二〇〇七年法の幫助及び奨励の罪については、同法新設の背景として、二〇〇五年のロンドン地下鉄同時爆破テロ事件の発生や、二〇一二年のロンドン五輪に向けたテロ対策の強化の必要性があった。⁽¹⁶⁾ このように、テロ対策を主眼とした二〇〇七年法であるが、しかしながら、それまでの未完成犯罪のあり方に大きな変化をもたらした類型であるとされており、⁽¹⁷⁾ 理論的にも重要な立法であった。

すなわち、二〇〇七年法は、コモン・ロー上の独立教唆罪を廃止しただけでなく、同罪にかえて、正犯者の犯罪実行に従属するそれまでの共犯処罰⁽¹⁸⁾と異なり、新たに幫助行為及び奨励行為を独立した未完成犯罪として規定したのである。ここで、以下に、二〇〇七年法の規定する奨励及び幫助の罪につき、その基本類型である四四条及び四五条の規定を掲げる。⁽¹⁹⁾

第四四条 犯罪の意図的な奨励 (encourage) ないし幫助 (assist)

〔1〕 以下の者は犯罪となる。

(a) 犯罪の実行を奨励ないし幫助するに足りる行為を行い、かつ
(b) その犯罪を奨励ないし幫助する意図がある者

(2) ただし、その奨励ないし幫助が、その者の行為の予見しうる結果であるということのみで、その者が犯罪の実行の奨励ないし幫助を意図していたとみなされることはない。」

第四五条 犯罪が実行されると信じた奨励ないし幫助

「以下の者は犯罪となる。

- (a) 犯罪の実行を奨励ないし幫助するに足りる行為を行い、かつ
- (b) 以下のように信じていた者
 - (i) その犯罪が実行されること
 - (ii) 自己の行為がその実行を奨励ないし幫助するものであること」

この幫助及び奨励の罪は一般的に適用されうる規定だと解され、その規定よりは近年の立法の中でも最も複雑な部類にあり、適用範囲もまた極めて広範であるとされている。⁽²⁰⁾ 学説はこの幫助及び奨励の罪に厳しい批判を加えており、裁判所の判断においてもその適用に際して混乱が見られ⁽²¹⁾、さらには、未完成犯罪である上記幫助及び奨励の罪だけでなく、共犯処罰のあり方全体の改正を提案する報告書が法律委員会から出されるなど、イギリスにおいては二〇〇七年法の制定を契機として、未完成犯罪と共犯論が互いに関連して盛んに議論されている状況だといえることができるように思われる。

さらに、二〇〇七年法制定の背景として、社会的には前述したようにテロ対策があったが、理論的には、共謀罪の解釈がゆがめられてその適用が不当に拡大されてきており、二〇〇七年法はそれをも念頭に置いていたとする指摘が学説の側からなされていることが注目に値する。⁽²²⁾

イギリスにおける共謀罪については、現在、制定法上の共謀罪 (statutory conspiracy) とコモン・ロー上の共謀罪 (common law conspiracy) とが併存している。

当初はコモン・ロー上の共謀罪しか存在しなかったが、同罪は、たとえ犯罪の実行でなくとも、広く不法な行為の複数人による合意でもって成立していたため、そのあまりの適用範囲の広さが問題視されることとなった。⁽²⁵⁾

それを受けて制定されたのが一九七七年刑事法律法 (Criminal Law Act 1977) (以下、「一九七七年法」とする) であり、共謀罪に関する最も重要な制定法として今日に至っている。⁽²⁶⁾ 一九七七年法の一条一項によれば、共謀罪は、大略、二人以上の者が犯罪の実行を合意したときに成立する。⁽²⁷⁾

第一条 共謀罪

〔(1) 仮にその合意が彼らの意図に従って実行されたならば……〕

(a) 合意関与者の一人あるいは二人以上の者によって必然的に何らかの犯罪の遂行に達し、若しくはそれを伴うところの一連の行為について、又は

(b) 犯罪遂行を不能にする事実が存在しなかったならば、合意関与者の一人あるいは二人以上の者によって必然的に何らかの犯罪の遂行に達し、若しくはそれを伴っていたであろうところの一連の行為に従事することについて、

他人と合意した者は、当該犯罪遂行の共謀の罪責を負う。〕

共謀罪の最も重要な本質は、二人以上の者による犯罪実行の合意である。その処罰根拠は大別して二つあるとされ、⁽²⁸⁾ 第一は犯罪抑止であるとされる。すなわち、いかなる害もが生じる前の段階で、警察の早期の介入が可能になるということである。そして第二は、犯罪を実行することについて他の者との合意に達し、しかしその合意が発覚しそれを

実行できなかつた者については、その合意を実際に実行に移すことができた者と比して、非難 (blameworthy) や危険の程度で差がないとされていることである。

この共謀罪については、一九七七年法の立法過程において、正当な処罰根拠が存在しないのではないか、そもそも同罪は不要なのではないかといった見解もみられた⁽²⁰⁾。そのような見解は、一九七七年法制定に際しての法律委員会による報告書⁽²⁰⁾においても取り上げられており、共謀罪の処罰根拠にまでさかのぼった議論が行われた。

さらに、前述したように、二〇〇七年法が従属性を放棄した広範な処罰範囲を有する犯罪類型を設けた今、共謀罪が存在することの意義について改めて検討する必要があるとも指摘されている⁽³¹⁾のである。

このように、イギリスにおける未完成犯罪をめぐる議論は、コモン・ローを制定法化する動きが活発化した一九七〇年代から現在に至るまで、絶えず盛んに行われている状況だといえる。前述したように、新設された二〇〇七年法の幫助及び奨励の罪は、その処罰範囲の広範さ、不明確さが、同類型の見直しをも含めた議論を引き起こしており、今後も、イギリスにおいて可罰性の限界はどこに見出されるのか、それを基礎づける考え方はいかなるものかについて、議論が展開されることが予想される。

それを正確に理解し、我が国における議論にとつて資するものとなるべく参照する上では、二〇〇七年法が廃止した類型であるコモン・ロー上の独立教唆罪を検討することが必要であると思われる。なぜなら、二〇〇七年法は同類型を廃止しているため、その立法過程においては同類型の問題点が意識されていたと考えられるし、後述するように、同類型の有した問題は、他の未完成犯罪の類型とも関連を有し、現在の議論にも影響を与えているからである。

三 コモン・ロー上の独立教唆罪

(一) 総説

かつて、イギリスにおいては、コモン・ロー上の独立教唆罪と制定法上の独立教唆罪が併存していた。二〇〇七年法が廃止したのは前者のみであつて、制定法上の独立教唆罪はなおも維持されている。⁽³²⁾ イギリスにおける未完成犯罪による処罰を考える上では、独立教唆罪の規定を有することが重要な意味をもつ制定法がいくつかあるともされているのである。⁽³³⁾

ところで、コモン・ロー上の独立教唆罪は、以下の二要件を満たしたときに成立するとされていた。

すなわち、ある者が、①人に、それが実行されれば犯罪となるような行為を実行するよう教唆 (incite) し、かつ、②その被教唆者が犯罪の主観的要素をもつて行為を実行するであろうと意図しまたは信じる場合、である。⁽³⁴⁾ ①が客観的要件、②が主観的要件にあたる。

したがって、被教唆者によって犯罪が実際に実行されたかどうかはコモン・ロー上の独立教唆罪の成否に関わりがなく、たとえば、DがPに対し、Vの殺害を依頼した場合、その時点で謀殺罪の独立教唆罪が成立しうることとなつていた。⁽³⁵⁾

もつとも、教唆内容が被教唆者に伝わることは必要である。⁽³⁶⁾ たとえば、被告人が犯罪の实行を教唆する意図を有して、犯罪を実行するよう助言 (advice) する旨記した手紙を送つたが、それが読まれずに終わつたという *Ransford* のケース⁽³⁷⁾においては、独立教唆罪は未遂にとどまるとされたのである。

コモン・ロー上の独立教唆罪の刑罰は、原則として、教唆内容たる犯罪と同等の上限の範囲内で科される。⁽³⁸⁾

コモン・ロー上の独立教唆罪については、二〇〇七年法の規定の複雑さとの対比から、主にその簡潔さに着目し評価する立場がある⁽³⁹⁾。一方で、以下に述べるように、主観的要件に関連していくつかの問題点が指摘されていた。そしてそれは、二〇〇七年法の基礎となった立法提案を行った、法律委員会による第三〇〇号報告書⁽⁴⁰⁾においても指摘されることとなる。

以下では、コモン・ロー上の独立教唆罪について、その概要を前記二要件に分けて、具体的なケースとともに概観することとする。

(二) 客観的要件

コモン・ロー上の独立教唆罪の客観的要件としては、前述したように、①人に、それが実行されれば犯罪となる行為を実行するよう教唆 (incite) したこと、が必要である。この教唆行為 (to incite) の要件につき、以下に概観するように、裁判所は緩やかな解釈を示してきた。

犯罪の実行を他人に提案 (propose) あるいは説得 (persuade) すれば問題なく教唆行為の要件は満たされるとされていた⁽⁴¹⁾が、問題となったのは、奨励 (encourage) であっても同要件を充足するかどうかである。控訴院 (Court of Appeal) は Marlow のケース⁽⁴²⁾において、犯罪実行の提案や説得とまでは至らない奨励であっても、その要件は満たされる⁽⁴³⁾とした。

また、教唆行為である奨励は、暗に示されること (to be implied) でも認められるとされた⁽⁴⁴⁾。それを示したのが Invicta Plastics のケース⁽⁴⁵⁾であり、事案は以下のとおりである。

被告人の製造するある製品についての、自動車雑誌掲載の広告が問題となった。その製品は、半径八〇〇メートル以内に、アマチュア無線、飛行機の管制に関する無線、そして警察設置のスピード違反取締レーダーに割り当てられ

た特定の周波数の電波を感知すると音で知らせるといふものであったが、実際の使用用途としてはもっぱらスピード違反取締レーダーを探知するために使われていた。そして、同製品に関する当該広告は、道路を運転中の自動車の運転席目線で、フロントガラスには当該製品が取り付けられ、目の前には速度制限の標識が迫っているというシーンの絵によるものであった。一九四九年無線通信法 (Wireless Telegraphy Act 1949) の一条一項は無線通信機器の無許可での使用を禁じており、被告人につきその独立教唆罪の成否が争われた本件につき、雑誌の読者を被教唆者とし、彼らに対して無線通信機器の無許可での使用を奨励したとして、その成立が認められたのである。

さらに、教唆行為の対象は人でなければならぬが、この *Inrica Plastics* のケースからは、その対象が特定されている必要はないことも導かれる。すなわち、この事案では、当該広告の掲載されている自動車雑誌の読者一般が被教唆者であるとされ、彼らに対する奨励が認められているからである。⁽⁴⁸⁾

また、近年では *O'Shea* のケース⁽⁴⁹⁾において、控訴院が、児童のわいせつ図画を含むサイトを購読していた被告人はその自らの購読行為によって当該サイトの運営者を奨励しているとし、独立教唆罪の成立を認めている。購読はサイトの維持・運営を容易にしており、それは奨励と同然であるというのである。

ただ、このケースについては、被告人はサイトの購読をサイト上の自動化されたシステムによってなしているのであるから、被教唆者をサイト運営者であるとするのは無理があり、裁判所が教唆行為の客体を機械にまで広げてしまったとする批判がなされている。⁽⁵⁰⁾

もつとも、これに対しては反論もある。すなわち、たとえ機械を介していたとしても、たとえばサイトの購読者からのリクエストがあれば一定期間内にサイト運営者がそれを反映してサイトを更新する関係にあったことが認められれば、人に対する教唆行為を認めてよいとするのである。⁽⁵¹⁾

以上のように、コモン・ロー上の独立教唆罪の客観的要件たる教唆行為は緩やかに認められていたといえる。

一方、次にみる主観的要件をめぐっては裁判所の判断に混乱がみられた。

(三) 主観的要件

コモン・ロー上の独立教唆罪の主観的要件は、既に概観した客観的要件と異なり、裁判所の判断に混乱がみられ、不明確な点が多いとされる⁽⁵²⁾。

前述のように、主観的要件としては、被告人自らの教唆行為によって、それが実行されれば犯罪となるような行為が被教唆者によって実行されることを被告人が意図あるいは信じていたことが証明されなければならない⁽⁵³⁾。

以下では、裁判所の判断に混乱がみられたとされるCurriのケースとShawのケースを取り上げ、コモン・ロー上の独立教唆罪の主観的要件に関する問題点を概観する。

まず、Curriのケース⁽⁵⁴⁾において、控訴院は、被教唆者が教唆された行為を実行した場合に、それが犯罪の実行となるために必要な主観的要件を、被教唆者が実際に備えていたことが要求されるとした。具体的な事案は以下のとおりである。

被告人は、家族手当 (family allowance)⁽⁵⁵⁾ の売買を行っていた。すなわち、被告人は、国から本来受けられる手当の給付額よりも少ない金額でもって、手当を受ける権利を持つ者から手当を受けるための書類を買い受けた。国からの給付は書類を有する被告人が受けられることとなり、差額分を儲けることができるというわけである。ただ、手当は本来、母親すなわち女性しか受け取ることができなかったため、国からの給付は被告人自らが受け取るのではなく、被告人とはまた別の女性に行わせていた、という事案である。被告人は、一九四五年家族手当法 (Family Allowance Act 1945) の九条bの規定する犯罪の独立教唆罪に問われた。九条bは、家族手当の給付を受ける正当な権利を有しないことを認識しつつ給付を受けることを禁止する規定であった⁽⁵⁶⁾。

これを本件についてみると、実際に給付を受けていた女性については、自身が給付を受ける正当な権利を有しないことを認識していたという主観的要件が満たされるときにのみ同条の規定する罪に問われうるということになる。本件では、その女性が自ら正当な権利を有しないことを認識していたことが立証されなかったため、被教唆者の主観的要件が欠けることとなり、ひいては、被告人について九条bの規定する犯罪の独立教唆罪の成立も否定されたのである。

Curtiのケースにおける控訴院のこの判示に対しては否定的な見解が多い。それは、独立教唆罪の成否は被告人についての問題であるのに、あまりに被教唆者の主観面を重視しすぎている、被教唆者の主観的要件は被教唆者につき犯罪が成立するかどうかにとつては重要であるが、それが実際に満たされていたことを独立教唆罪の要件ともすることは、同罪は実際に犯罪が実行されなくても成立する未完成犯罪であることを軽視しており、裁判所は教唆の内容である犯罪と未完成犯罪とを混同している、といったものである。

そして、Shawのケースもまた、コモン・ロー上の独立教唆罪の主観的要件についての問題のある判示がなされたケースであるとされる。事案は以下のとおりである。

被告人は、同僚のKに対して、偽造インボイスを用いて雇用主である自動車リース会社から経費を落とすよう奨励した。これは、一九六八年セフト法 (Theft Act 1968) の一五条が規定する詐欺取財罪 (obtaining property by deception) に該当しうる行為であり、被告人はその独立教唆罪に問われた。被告人は、たしかにKに対して偽造インボイスを使って経費を落とすことを奨励したが、それはもっぱら会社の経理部門に欠陥があることを示したかったがためにそうしたのであり、一九六八年セフト法一五条の規定する詐欺取財罪の成立に必要な不誠実性 (dishonesty) は有していなかったと主張した。

控訴院は、被告人を独立教唆罪で有罪とした原審を破棄した上で、以下のように判示し、被告人を無罪とした。す

なわち、詐欺取財罪の独立教唆罪が成立するには、詐欺取財罪を実行する者、つまり被教唆者に必要な主観的要件につき、教唆者もそれをすべて満たしていなければならず、したがって本件については、権利者を永久的に排除し自らの利得とすることを意図していたという不誠実性が教唆者である被告人にも備わっていたことが必要だとしたのである。

控訴院のこの判示に対しても、Cuthbertのケースと同様に多くの批判がなされている。その内容としては、裁判所はコモン・ロー上の独立教唆罪の主観的要件と教唆の内容である犯罪の主観的要件とを混同してしまっている、というものが多く、これは既にみたCuthbertのケースについても当てはまるものである。⁽⁶²⁾

前述のように、コモン・ロー上の独立教唆罪の主観的要件として、実行されれば犯罪となるような行為が他人によって実行されることを被告人は意図し、あるいは信じていなければならない。したがって、詐欺取財罪は不誠実性がその要件であるから、Starkのケースにおいて、被告人は、被教唆者であるKが権利者を永久的に排除することを意図して行爲に出ることを意図し、あるいは信じていなければならない。しかし、被告人自身が詐欺取財罪（すなわち被教唆者の実行するであろう犯罪）の成立を基礎づける不誠実な意図を有している必要はないのである。

(四) 一九八九年刑法典草案

以上のような、コモン・ロー上の独立教唆罪の主観的要件に関する混乱は、立法による解決が試みられたことがある。すなわち、イギリスにおいて制定法化の動きが一九七〇年前後より盛んになったことは既に述べたとおりであるが、それが一九八〇年代に入ると、統一的な刑法典の立法が目指されるようになり、そのための刑法典草案が法律委員会により公表されるようになったのである。⁽⁶³⁾

そして、一九八九年に法律委員会の第一七七号報告書⁽⁶⁴⁾が示した一九八九年刑法典草案には、コモン・ロー上の独立

教唆罪を明文化した規定が含まれていた。すなわち、その第四七条一項が、独立教唆罪について以下のように規定したのである。⁽⁶⁶⁾

第四七条

「(1) 以下の場合に当る者は、独立教唆罪の責めを負う。

- (a) 人に犯罪となる行為を実行または惹起するよう教唆し、かつ
- (b) その者が被教唆者は犯罪の主観的要素をもって実行するであろうと意図しまたは信じる場合。」

この規定については以下のことがいえるであろう。

まず、Cuiのケースと異なり、教唆の内容である犯罪の成立に必要な主観的要件が被教唆者に実際に備わっていないことまでは要求されていない。

また、Shawのケースにおいてみられた、教唆の内容である犯罪の主観的要件と未完成犯罪（ここでは独立教唆罪）のそれとの混同の問題も、独立教唆罪をこの規定に基づいて解釈するとすれば、生じ得ない問題であったように思われる。

なお、イギリスにおける統一刑法典の立法に関して付言すれば、この一九八九年草案に続き、一九九二年、そして一九九三年にも草案が法律委員会より出され、イギリスにおける統一刑法典完成の機運が高まったように思われたが、現在においてもそれは結局実現されていない。⁽⁶⁶⁾

また、これ以降、コモン・ロー上の独立教唆罪の制定法化に向けた議論もみられない。コモン・ロー上の独立教唆罪は、その問題点が解決されることなく、二〇〇七年法によって、廃止されることとなったのである。

四 検 討

(一) コモン・ロー上の独立教唆罪の問題点

二〇〇六年に出された法律委員会第三〇〇号報告書は、二〇〇七年法制定の基礎となった報告書であった。⁽⁶⁷⁾ 同報告書は、その当時の未完成犯罪をとりまく状況に関する法律委員会の立場を示しており、その中で、コモン・ロー上の独立教唆罪の問題点を指摘している。⁽⁶⁸⁾

1 いわゆる「独立幫助罪」類型の不存在による処罰の間隙

同報告書は、まず、いわゆる「独立幫助罪」類型の不存在による処罰の間隙を問題視し、その問題意識を事例とともに示している。

すなわち、被告人がPに対して犯罪の実行を奨励 (encourage) した場合には、Pが犯罪を実行しなかったとしても被告人をコモン・ロー上の独立教唆罪で処罰することが可能であった。しかし、被告人がPに対して犯罪の実行を幫助 (assist) したにすぎない場合には、Pが犯罪を実行しなかったとき、コモン・ロー上の独立教唆罪は成立せず、処罰の間隙が生じうる状況であったとするのである。⁽⁶⁹⁾

その上で、より具体的に、たとえば、被告人が金銭の見返りを条件にPにワゴン車を貸し与えたのであるが、その際、Pはそのワゴン車を銀行強盗の実行のために用いるであろうことを被告人が信じていたとする。だが、結局Pは銀行強盗を実行しなかった、という事例を用いて、コモン・ロー上の独立教唆罪の問題点を指摘している。すなわち、それまでのコモン・ロー上の独立教唆罪の実務における運用からすれば、前記事例の被告人につき、Pにワゴン車を

貸し与える際に銀行強盗の実行を奨励する何らかの言葉をかけていたことが認められればコモン・ロー上の独立教唆罪が成立するが、認められなければ奨励ではなく幫助となり、同罪は成立せず不可罰となるであろうと分析している。⁽⁷¹⁾ その上で、このような、行為 (deeds) よりも言葉 (words) を重視する傾向には十分な理由がなく、また、技術の進歩によって犯罪実行のための道具を貸し与えるだけの行為、すなわち幫助の危険性、そしてそれに比例して警察の早期介入の必要性も高まっているが、これらの事情を、コモン・ロー上の独立教唆罪は十分に反映できていないと指摘する。⁽⁷²⁾

2 不能犯論との関係

さらに、コモン・ロー上の独立教唆罪の抱える問題点として、本稿でも既に取り上げた *Curr* のケースと *Shaw* のケースにおいてみられた、教唆者と被教唆者それぞれの主観的要件についての裁判所の判断における混乱についても指摘した上で、⁽⁷³⁾ いわゆる不能犯論との関連についても指摘がなされている。

すなわち、未完成犯罪の他の二類型である未遂罪と制定法上の共謀罪については、それぞれ一九八一年法的一条三項、一九七七年法的一条一項 (及びそれを修正する一九八一年法五条) が、犯罪に関する不能 (impossibility) は犯罪 (未遂罪、制定法上の共謀罪) の成立を妨げないことを明らかにしているが、コモン・ロー上の独立教唆罪については同様の明文規定が存在しないため、不能が犯罪の成立を妨げる抗弁 (defense) とされる可能性があり、未遂罪及び共謀罪との整合がとれていないと指摘するのである。⁽⁷⁴⁾

(二) コモン・ロー上の独立教唆罪と他の未完成犯罪の類型との関係

第三〇〇号報告書は、コモン・ロー上の独立教唆罪が抱えていた前述の問題点に起因する処罰の間隙を埋めるため、

共謀罪の適用が不当に広範に及んだケースがあったことを指摘している。⁽⁷⁵⁾

そのケースとは一九八六年の Anderson のケースであり、制定法上の共謀罪を規定する一九七七年法的一条一項の主観的要件についての重要な先例である。⁽⁷⁶⁾ 事案は以下のとおりである。⁽⁷⁷⁾

被告人は、刑務所から A を逃走させることを他の者と合意したとして、その共謀罪で起訴された。被告人は、刑務所の鉄格子切断のための器具を用意した上でそれを他の当事者に渡すことが自らの役割であり、その遂行を意図していたことは認めた。もつとも、被告人は約束されていた報酬を受け取った後に自動車事故で負傷したため、その後の逃走計画の実行には参加しなかつたのであるが、当初から報酬にしか関心がなかつたし、そもそも逃走計画が実現されることを意図していなかつた（さらには、実現可能だとも思っていなかつた）として、共謀罪の成立に必要な主観的要件が欠けていると主張した、という事案である。

被告人の主張に対して、貴族院 (House of Lords) は以下の二点を判示して被告人を有罪とした。それは第一に、合意（の内容である犯罪）が実行されることを意図していなくても、共謀罪は成立するということ。第二に、合意された行為において何らかの役割を担うことを意図していたことが立証されなければ、被告人は共謀罪で有罪とされることはない、ということである。

以上の貴族院の判示に対しては、そのどちらにも対して、それぞれ以下のような指摘が学説の側からなされている。第一の点について、もし合意した犯罪が実行されることを意図していなかつたとしてもその犯罪についての共謀罪が成立するというのであれば、それはすなわち、合意の当事者のうち、誰一人として犯罪の実行を意図していなくとも共謀罪が成立するという不合理な帰結を導いてしまう、というものである。⁽⁷⁸⁾

次に、第二の点についても以下のような指摘がなされている。すなわち、犯罪の実行を計画こそするが実行には関与しない、いわゆる黒幕的な人物 (godfathers) に対して刑罰を科しうることもまた、共謀罪の存在意義ともなりうる

ところ、第二の点についての判示は、合意された犯罪における何らかの行為の実行を要求していると読めることから、その意義に反しているというものである。⁽⁷⁹⁾

イギリスにおける学説の代表者の一人である Ashworth は、Anderson のケースにつき、「当時、幫助行為が〔独立した〕未完成犯罪として存在していたならば、Anderson はほぼ間違いなくその罪で有罪となっていたであろう。しかし実際にはそのような罪は当時存在していなかったためであり、そのような行為を捕捉するために、共謀罪が想定された限界を超えて拡張されて適用されることとなったのである」とする。⁽⁸⁰⁾ すなわち、二〇〇七年法が新たに規定した幫助の罪が存在していたならば、共謀罪ではなく、幫助の罪が適用されていたであろうとの指摘である。⁽⁸¹⁾ 二〇〇七年法が制定された今となつては共謀罪の存在意義があらためて問われる必要があるとも指摘している。⁽⁸²⁾

もっとも、第三〇〇号報告書は、異なる見解をとっているようである。すなわち、Anderson のケースにおいて、被告人は鉄格子切断のための器具を他の関与者に渡す前に自動車事故に遭つていて、何らの幫助及び奨励もなしていないのであるから、その当時に二〇〇七年法の規定する幫助及び奨励の罪が仮に存在していたとしても、それらは適用できず、被告人を何らかの形で有罪とするためには、結局のところ、共謀罪の適用を歪める (distort) しかなかったのだとしているのである。⁽⁸³⁾

(三) 小括

以上、コモン・ロー上の独立教唆罪が抱えていた問題点を法律委員会がどのようにとらえていたかをふまえた上で、同罪と、二〇〇七年法の幫助及び奨励の罪との関係、さらには、共謀罪との関係についての法律委員会の立場を確認した。

まず、法律委員会は、コモン・ロー上の独立教唆罪に関するケースにおいてみられた主観的要件についての混乱を、

同罪の抱える問題点の一つとしてとらえていた。しかし、法律委員会は、ある者Pによって犯罪が結局実行されなかった場合を念頭に、そのPに犯罪実行のための道具を単に提供したにすぎない、つまり幫助(assistance)したと評価されるにすぎない者については、コモン・ロー上の独立教唆罪が成立せず不可罰となり、処罰の間隙が生じうるであろうことをより重要な問題点として強調していた。もつとも、法律委員会は報告書において、この点が争点となったケースをあげていないことから、コモン・ロー上の独立教唆罪の運用において実際にこの点が問題となったことはないと考えられる。

実際のケースにおいて問題となっていたのはむしろ同罪の主観的要件の解釈であったのであり、それについては一九八九年の刑法典草案がその四七条一項において、コモン・ロー上の独立教唆罪を明文化した規定を設けることで立法的解決を試みたことは既に述べたとおりである。

また、同報告書は、教唆の内容が不能犯の場合、コモン・ロー上の独立教唆罪の成立が妨げられる可能性をも問題点として指摘していた。しかしこの点も、未遂罪や、制定法上の共謀罪のように、不能は犯罪の成立を妨げる抗弁とはならない旨の明文規定を設ければ解決可能であったと思われる。

したがって、二〇〇七年法はコモン・ロー上の独立教唆罪を廃止し、それに代えて実行従属性を要しない幫助及び奨励の罪を新設し、イギリスにおける未完成犯罪のあり方を大きく変えたが、コモン・ロー上の独立教唆罪についてそれまでのケースの蓄積が明らかにした問題点が、二〇〇七年法の制定に際してどれほど意識されていたかは慎重に考えざるを得ず、コモン・ロー上の独立教唆罪の問題点を解消するための新たな類型だとは位置づけられないように思われる。

ここで、コモン・ロー上の独立教唆罪の抱える問題点が共謀罪の不当に広範な適用を実際にもたらしていたのだから、二〇〇七年法の幫助及び奨励の罪を新設する理由には、その不当な適用の解消のためという理由をあげることが

できるようにも考えられる。前述したように、この点をとらえて、Ashworthは二〇〇七年法の新たな類型を肯定的に評価しているようにも読める。

もっとも、これも既に見たように、法律委員会は、Andersonのケースにおいて二〇〇七年法の幫助及び奨励の罪は適用できず、有罪を導くには結局のところ共謀罪の適用を歪めるしかなかったとする見解を示しているのであるから、法律委員会が二〇〇七年法の幫助及び奨励の罪の新設によって共謀罪の不当に広範な適用の解消を意図していたとするのは困難であろう。ただ、コモン・ロー上の独立教唆罪の処罰の間隙が共謀罪の不当な適用を招いたという認識では、Ashworthも法律委員会も一致していると考えられる。

二〇〇七年法制定時に法律委員会が前記のような認識を示していたことに加え、現在、二〇〇七年法の幫助及び奨励の罪の有する広範な処罰範囲とその規定ぶりの複雑さを主な理由として、学説からの批判だけでなく、実務における混乱をも生じさせたとする指摘⁹⁴がなされていることをも考慮すれば、新たな未完成犯罪の類型を設けるのではなく、コモン・ロー上の独立教唆罪を、一九八九年刑法典草案において示されたように、実際のケースにおいてみられた問題を解消するような制定法化を行い、独立教唆罪と共謀罪という類型を維持することの方が、問題が少なかったとも考えられるのである。

五 おわりに

以上、本稿では、イギリスにおけるコモン・ロー上の独立教唆罪の概要を明らかにし、同罪が抱えていた問題点と、それが他の未完成犯罪の類型とどのような関連を有していたかを明らかにした。ここで、今一度それを確認すれば、以下のようなになる。

すなわち、コモン・ロー上の独立教唆罪は、教唆者が、他の者（被教唆者）に犯罪の実行を教唆し、かつ、その被教唆者が教唆の内容たる犯罪行為をその主観的要件を備えて実行するであろうと意図しまたは信じる場合に、成立する犯罪であった。

裁判所は、同罪の客観的要件たる教唆行為を緩やかに認めていた。他方、同罪の主観的要件に関しては、被教唆者が実際に犯罪の主観的要件を備えていたことまでを要求するケースがみられ、学説はこれについて、コモン・ロー上の独立教唆罪が未完成犯罪の一類型であることと相容れない程度の制限的な解釈だと批判したのである。この問題点については、一九八九年に法律委員会によって出された一九八九年刑法典草案が、その四七条一項において同罪の明文規定を設けることで、その解決をみたように思われたが、同草案が刑法典として結実することはなかった。

この問題点についてその後ほとんど議論の動きがみられないまま、コモン・ロー上の独立教唆罪は二〇〇七年法によって廃止されることとなる。同法の立法過程においては、コモン・ロー上の独立教唆罪の問題点として、前記の主観的要件に関する裁判所の不当に制限的な解釈が意識されていた。もともと、法律委員会が二〇〇七年法の立法にあたってより重視した問題点は、犯罪実行のための道具を単に提供したにすぎない、つまり幫助したと評価されるにすぎない者について、実際には犯罪が実行されなかった場合に、コモン・ロー上の独立教唆罪が成立せず不可罰となり、処罰の間隙が生じかねない状況にあるということだったのである。

この、独立幫助罪ともいうべき類型の不存在による処罰の間隙の可能性は、共謀罪の不当に広範な適用にもつながつたとする指摘が、具体的なケースを念頭に、学説と法律委員会の双方からなされている。代表的な学説に、そのケースの当時に現在の二〇〇七年法の幫助の罪が存在していれば、共謀罪の不当に広範な適用は生じ得なかったとするものがある。もともと、このケースについて、法律委員会は異なる認識を示していた。すなわち、同ケースは、たとえ二〇〇七年法の幫助の罪が存在していたとしても同罪を適用不可能であったのであり、共謀罪でもって対処する

しかなかったのだとするのである。

よって、コモン・ロー上の独立教唆罪では独立幫助のような場合を処罰不可能であったということが、共謀罪の適用に影響を与えたということについては一致した認識を示している学説と法律委員会とであるが、そのような共謀罪の不当な適用が、二〇〇七年法の幫助及び奨励の罪で解消可能かどうかについては、認識を異にしているといえる。

本稿による検討を通じて以上のことが明らかとなった。このことは、今後イギリスにおける未完成犯罪の議論を検討する上で有益な視座を提供するものと考えられる。

イギリスにおける未完成犯罪の議論が、我が国における理論刑法学にとって、とりわけ、グラントセオリーとの抵触さえ問題となりうる刑事立法が行われる時代を迎えた我が国にとっては、参照する価値の大きいものであることは本稿の冒頭で述べたとおりであるが、本稿で扱いきれなかった更なる検討課題は多く残されている。

本稿でも述べたように、二〇〇七年重大犯罪法の規定する幫助及び奨励の罪は、学説側からの批判と、裁判所における混乱を生じさせ、その見直しが進められている。そして、それに関する報告書が近いうちに出される予定となっているのである。⁽⁸⁵⁾ イギリスにおける未完成犯罪による可罰性の限界を正確に把握するためにも、二〇〇七年法に関する見直しの報告書をふまえた上で、あらためて詳細な検討を加える必要がある。ここでは、本稿が明らかにしたことのひとつである、二〇〇七年法と共謀罪との関係についての学説と法律委員会との認識の不一致という問題にも、さらに踏み込んだ検討を加えたい。

また、イギリスにおける共謀罪は手続法上の例外が認められており、共謀罪が多用される理由の一つともなっているところ、学説の側からはそれが共謀罪の有する問題点のひとつであるとも指摘されている。イギリスにおける共謀罪は、理論的には広範な処罰範囲を有する類型であることが実体法の見地から既に明らかであるが、その可罰性の限界を正確に明らかにするためには、手続法の見地からも検討を行う必要があると考えている。⁽⁸⁶⁾

さらに、共謀罪に限られず、イギリスにおいて可罰性の限界はどこに見出されるのかを正確に明らかにするために、各類型が実際の運用上どのように適用されているのかもまた、重要な関心事となる。理論的には広範な処罰範囲を有する未完成犯罪の類型であっても、それが実際の運用上何らかの考慮に基づき制限された範囲でのみ適用されているのだとしたら、その「何らかの考慮」の内実を探ること、より正確に可罰性の限界を理解すること、ならびに、可罰性の限界を基礎づける考え方の内実の具体化に資するからである。

イギリスにおける未完成犯罪の議論を参照することで、イギリスにおける可罰性の限界、及びそれを基礎づける考え方の内実を明らかにし、我が国とイギリスとの可罰性の限界の比較と、可罰性を限定づけていると考えられるグラウンドセオリーの相違を照らし合わせ、グラウンドセオリーに関するどのような考え方の違いが、具体的な処罰範囲にどのように反映されているのかをうかがい知ることができるであろう。その上で、我が国におけるグラウンドセオリー、すなわち刑法の基本原則及び刑罰論の具体化を試みることを長期的な課題と見据え、本稿を閉じることとしたい。

- (1) 亀井源太郎『刑事立法と刑事法学』（弘文堂、二〇一〇年）七頁、大越義久『刑罰論序説』（有斐閣、二〇〇八年）二頁以下。
- (2) 悪質交通事犯への一連の刑事立法を検討したものととして、今井猛嘉「自動車運転致死傷事故等処罰法の新設…危険運転致死傷罪等の改正（特集 自動車運転致死傷行為等処罰法の成立）」刑事法ジャーナル四一号（二〇一四年）四頁以下、橋爪隆「危険運転致死傷罪をめぐる諸問題（特集 交通事故をめぐる法的論点と法整備）」法律のひろば六七巻一〇号（二〇一四年）二頁以下などがある。
- (3) 重罰化以外のあり得た選択肢を検討したものととして、和田俊憲「被拐取者解放減輕における『違法減少』と『違法減少阻却』」慶應法学七号（二〇〇七年）二〇二頁、亀井・前掲注（一）・八〇頁が重要である。
- (4) 自動車運転致死傷行為処罰法を包括的に、かつ、批判的に検討したものととして、古川伸彦「自動車運転致死傷行為処罰法について——新設犯罪類型の批判的検討」名古屋大学法政論集二六四号（二〇一五年）一頁以下がある。

- 〇一〇年)一七八頁以下、同「イギリスにおける未遂法の現状と課題について(二・完)：法律委員会による立法提案とその議論を中心として」熊本法学一二二号(二〇一〇年)一二四頁以下、同「イギリス法における共謀罪の主観的要件について——Sark事件貴族院判決を中心として」熊本ロージャーナル五号(二〇一一年)四三頁以下。
- (12) A. Ashworth & J. Horder, *Principles of Criminal Law* (7th ed. 2013, Oxford University Press), at 454-455; D. Ormerod & K. Laird, *Smith and Hogan's Criminal Law* (14th ed. 2015, Oxford University Press), at 457.
- (13) 一八〇一年の Higgins のケースにまじりかゝるものがある。A.P. Simester & G.R. Sullivan, *Criminal Law Theory and Doctrine* (2nd ed. 2003, Hart Publishing), at 264.
- (14) Law Commission Act 1965 によって設置された、イギリスにおける立法準備委員会である。学術的業績をもった裁判官、法学部教授、弁護士等からなる五名の専門家が委員となり、一〇名ほどの補助者をとめないながら、法案作成にあたる。任期は通常五年である。田島裕『英米の裁判所と法律家』(信山社、二〇〇九年)九三頁以下を参照。
- (15) 法律委員会による Law Commission Consultation Paper No. 183, *Conspiracy and Attempts* (2007) に詳しい。我が国における解説として、澁谷・前掲注(11)・熊本法学二一九号(二〇一〇年)一七八頁以下、同・前掲注(11)・熊本法学一二二号(二〇一〇年)一二四頁以下を参照。
- (16) 木村・前掲注(11)・二四〇頁。
- (17) A. Ashworth & J. Horder, *supra* note 12, at 477; D. Ormerod & K. Laird, *supra* note 12, at 529.
- (18) イギリスにおける共犯処罰に関する我が国の近時の先行研究として、木村光江「イギリスにおける共犯の従属性に関する一考察」『東京都立大学法学会雑誌三五巻二号(一九九四年)六七頁以下、同・前掲注(11)・二二九頁以下、十河太朗「イギリスにおける『共犯と身分』に関する一考察」『同志社法学四七巻六号(一九九六年)二二八頁以下、同「イギリスにおける共犯関係からの離脱」『同志社法学五八巻七号(二〇〇七年)九六頁以下がある。
- (19) この点では、木村・前掲注(11)・二二九頁以下の訳に従った。規定の原文は、(<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/27/contents> (二〇一六年八月一〇日最終閲覧)) を参照。
- (20) A. Ashworth & J. Horder, *supra* note 12, at 477; D. Ormerod & K. Laird, *supra* note 12, at 527-529.
- (21) 木村・前掲注(11)・二五七頁以下。
- (22) The Law Commission No. 305, *Participating in Crime* (2007). 以下、注にそらって Law Com. No. 305 を表記する。

- (23) A. Ashworth & J. Horder, *supra* note 12, at 476; Law Com. No. 305, paras. 1.8-1.9.
- (24) Card, Cross & Jones *Criminal Law* (20th ed. 2012, Oxford University Press), at 554.
- (25) A. Ashworth & J. Horder, *supra* note 12, at 466.
- (26) これ以降、特にことわらないうり、本稿では、イギリスにおける共謀罪につき、制定法上の共謀罪を指すこととする。
- (27) こゝでは、澁谷・前掲注(11)・熊本ロージャーナル五号(二〇一一年)六〇頁の訳を参照し、筆者が適宜変更を加えた。規定の原文は、(<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/45> (二〇一六年八月一〇日最終閲覧))を参照。
- (28) A. Ashworth & J. Horder, *supra* note 12, at 467.
- (29) I.H. Dennis, 'The Rationale of Criminal Conspiracy' (1977) 93 L. Q. R. 40-41.
- (30) Law Commission No. 76, *Conspiracy and Criminal Law Reform* (1976).
以下、注におおむね Law Com. No. 76 を表記する。
- (31) A. Ashworth & J. Horder, *supra* note 12, at 471.
- (32) 制定法上の独立教唆罪をこゝで、近年では、二〇〇六年テロリズム法 (Terrorism Act 2006) の第一編一条 (Encouragement of Terrorism) が重要であるとされる。そこでは、テロリズムの実行、準備又は扇動を、直接的又は間接的に奨励する (encourage) 主張 (statement) の公表に対して、最高七年の拘禁刑及び罰金の併科が予定されている。そして、主張の公表が奨励に該当するかどうか判断するに際して、その実際の効力又は影響等は考慮されないというものである。我が国における解説として、岡久慶「英国二〇〇六年テロリズム法——「邪悪な思想」との闘い(特集 テロリズム対策)」外国の立法二二八号(二〇〇六年)八二頁以下、同「翻訳・解説 英国二〇〇六年テロリズム法」外国の立法二二九号(二〇〇六年)四頁以下を参照。なお、我が国における独立教唆罪を共犯従属性説との関係で論じたものとして、佐伯仁志「教唆の未遂」阿部純二ほか編『刑法基本講座〈第四巻〉——未遂、共犯、罪教論』(法学書院、一九九二年)二〇七頁以下を参照。
- (33) A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (5th ed. 2006, Oxford University Press), at 464.
- (34) D. Ormerod & K. Laird, *Smith and Hogan's Text, Cases, and Materials on Criminal Law* (11th ed. 2014, Oxford University Press) at 441.
- (35) その後、PがDの依頼に応じることとなった場合、DとPに謀殺罪の共謀罪が成立しうることとなる。
- (36) A. Reed & B. Fitzpatrick, *Sweet & Maxwell's Textbook Series Criminal Law* (3rd ed. 2006, Sweet & Maxwell), at 288 fn. 3;

- A. Ashworth, *supra* note 33, at 465; A.P. Simester & G.R. Sullivan, *supra* note 13, at 269.
- (37) (1374) 13 Cox C. C. 9.
- (38) G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (1st ed. 1978, Stevens & Sons), at 385.
- (39) D. Ormerod & K. Laird, *supra* note 12, at 527.
- (40) The Law Commission No. 300, *Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime* (2006). 以下、注に於ては Law Com. No. 300 と表記する。
- (41) Law Com. No. 300 para. 3.19; A. Ashworth, *supra* note 33, at 464-465; A. Reed & B. Fitzpatrick, *supra* note 36, at 288.
- (42) [1997] Crim. L. R. 897.
- (43) 事案は以下のとおりである。被告人は大麻 (cannabis) の栽培及び製造に関する書籍を執筆した。同書籍は五〇〇部ほど売れ、購入者の一部はその書籍で紹介されていた方法を実践した。被告人について、一九七一年薬物乱用法 (Misuse of Drugs Act 1971) の一九条が規定する独立教唆罪の成否が問題となった本件につき、控訴院は、問題となった書籍は他人を犯罪の実行へと奨励するに足りるものであり、したがって独立教唆罪の成立が認められるとした。
- (44) A. Reed & B. Fitzpatrick, *supra* note 36, at 288; A.P. Simester & G. R. Sullivan, *supra* note 13, at 265.
- (45) [1976] Crim. L. R. 131.
- (46) 規定の原文は '<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/12-13-14/54/section/1> [二〇一六年八月一〇日最終閲覧] を参照。
- (47) Law Com. No. 300 para. 3.22.
- (48) なお、奨励の対象が特定されしる必要がなかったことは Most のケースにおいても示されていた。[1881] 7 Q. B. D. 244; G. Williams, *supra* note 38, at 384.
- (49) [2004] Crim. L. R. 948.
- (50) Law Com. No. 300 para. 3.23 fn. 24.
- (51) J.C. Smith & B. Hogan, *Criminal Law* (11th ed. 2005, Oxford University Press), at 352; Law Com. No. 300 para. 3.23 fn. 24.
- (52) A. Ashworth, *supra* note 33, at 465; A. Reed & B. Fitzpatrick, *supra* note 36, at 288; G. Williams, *supra* note 38, at 384-385.

- (53) Law Com. No. 300 para. 3.44; A. Ashworth, *supra* note 33, at 465; A. Reed & B. Fitzpatrick, *supra* note 36, at 289-290.
- (54) [1968] 2 Q. B. 944.
- (55) 一九四五年家族手当法 (Family Allowance Act 1945) に基づく家族手当は、二人以上の扶養児童を抱える家庭を対象とし、その第二子以降の児童について直接現金を給付するというものであった。ここでいう児童とは当時は一六歳までを指していた。所道彦「子どもの貧困対策と現金給付：イギリスと日本」季刊社会保障研究四八巻一号(二〇一二年)六二頁以下を参照。
- (56) 規定の原文にあたることなまびきなかつたため、ついでに J.C. Smith & B. Hogan, *Criminal Law Cases and Materials* (3rd ed.1986, Butterworths), at 246-247 を参照した。
- (57) Law Com. No. 300 para. 3.46.
- (58) A. Ashworth, *supra* note 33, at 465-466.
- (59) [1994] Crim. L. R. 365.
- (60) Law Com. No. 300 para. 3.47.
- (61) わが国における一項詐欺罪に相当するとされる。木村光江「イギリス二〇〇六年詐欺罪法と詐欺処罰の限界」井田良ほか編「川端博先生古稀記念論文集 下巻」(成文堂、二〇一四年)二二五頁以下を参照。
- (62) Commentary [1994] Crim. L. R. 366.
- (63) イギリスにおける統一刑法典に向けた議論の動向に関する先行研究として、奥村前掲注(10)・一頁以下が重要である。
- (64) The Law Commission No. 177, *A Criminal Code for England and Wales* (1989). Note 注におおむね Law Com. No. 177 と表記する。
- (65) ここで、奥村・前掲注(10)・六六頁の訳に従った。原文は、Law Com. No. 177 at 63 を参照。なお、村井敏邦ほか「一九八九年イギリス刑法典草案——条文訳出と解説」法学志林八九巻二号(一九九二年)一〇八頁以下は、イギリスにおける独立教唆罪を、(我が国における教唆との違いを表すためであろうか)「あおり罪」とするが、国家公務員法一一〇条一項一七号において既に「あおり」の文言は使われているため、同じ文言をイギリスの *incitement* にあててもよいかどうか、慎重な検討を要するよう思うられる。
- (66) 田島・前掲注(14)・九四頁は、統一的な刑法典の立法がイギリスにおいて結局成功しなかった大きな理由の一つとして、

- その中心人物であった G. Williams が一九九七年に亡くなったことを指摘する。
- (67) 法律委員会が提案した法律案はほぼ確実に法律として成立してきており、国会における審理もほとんどの場合一〇分程度であると考えられる。田島・前掲注(14)・九四頁を参照。
- (68) Law Com. No. 300 paras. 3.1-3.54.
- (69) Law Com. No. 300 para. 1.3. 同様の例をあげて説明するのと同じく R. Forston, *Blackstone's Guide to the Serious Crime Act 2007* (2008, Oxford University Press), para. 6.02.
- (70) Law Com. No. 300 Example 1A.
- (71) 報告書はこの点にこのの先例をあげていながら、実際はこの点が問題となったケースはないと思われる。
- (72) Law Com. No. 300 para. 1.4.
- (73) Law Com. No. 300 paras. 1.5, 3.46-3.48.
- (74) Law Com. No. 300 para. 1.5.
- (75) Law Com. No. 300 paras. 3.9-3.14. 同様の証拠を作るのと同じく A. Ashworth & J. Horder, *supra* note 12, at 476; D. Ormerod & K. Laird, *supra* note 12, at 528; J.R. Spencer, 'Trying to help another person commit a crime', at 148 in *Criminal Law, Essays in Honour of J.C. Smith* (1987).
- (76) Anderson [1986] A. C. 27.
- (77) Anderson [1986] A. C. 27; Anderson [1985] 2 All E. R. 961; D. Ormerod & K. Laird, *supra* note 34, at 473-476; Law Com. No. 300 paras. 3.12-3.13.
- (78) A. Ashworth & J. Horder, *supra* note 12, at 476; D. Ormerod & K. Laird, *supra* note 12, at 503-504.
- (79) A. Ashworth & J. Horder, *supra* note 12, at 476.
- (80) *Ibid.*
- (81) この点については一〇〇七年法の補助及び奨励の罪のどの類型を念頭に置いているのかについては述べない。
- (82) A. Ashworth & J. Horder, *supra* note 12, at 471.
- (83) Law Com. No. 300 para. 3.14.
- (84) D. Ormerod & R. Forston, 'Serious Crime Act 2007: The Part 2 Offences' [2009] Crim. L. R. 389; D. Ormerod & K. Laird,

supra note 12, at 527.

(85) The House of Commons Justice Committee, 'Post-legislative scrutiny of Part 2 (Encouraging or assisting crime) of the Serious Crime Act 2007' (<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201314/conselect/cmjust/639/63904.htm> [二〇一六年八月一〇日最終閲覧]).

(86) アメリカにおける議論との比較法研究からそのような指摘をするものとして、亀井・前掲注(1)・八四頁以下がある。

橋本 広大 (はしもと こうだい)

所属・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

最終学歴 慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

所属学会 日本刑法学会

専攻領域 刑法

主要著作 フランツ・シュトレング (小池信太郎監訳・藪中悠) 濱田新 荒木泰貴

|| 山田雄大 || 橋本広大訳) 「ドイツにおける刑事制裁——経験的視点を交えた概観——」『慶應法学』三四卷 (二〇一六年)