

資 料

「デンマーク刑法における未遂犯規定」

カリン・コーニルズ 著

松澤伸＝岡田侑大 訳

- I はじめに
- II デンマークの未遂理論の展開
- III 今日の法状況と学説の立場
- IV 他国の法秩序における未遂の可罰性
- V 国際的なコンテキストにおけるデンマークの未遂規定

I はじめに

デンマーク刑法は、21条において、「犯罪行為の遂行を促進あるいは惹起することを意図した行為」を未遂として処罰する。未遂の可罰性に関するこの規定と、その根底に横たわる理論は、国際的比較において、アウトサイダー的地位を占める。その特徴は、未遂概念が、一他国の法状況と対照的に一遠く離れた予備行為も同時に包括し、また、それによって、可罰的態度の領域を広く所為遂行(Tatausführung)の前域に拡張する、という点に存在する。デンマークの刑法学者は、くり返し他国の法秩序との相違点を指摘してきたが、改正を検討する機会はなかった。1930年現行法を制定するに際しては、意識的に既存の規定が維持された。というのは、その規定は問題ないと実証されてきたからである。こうしたデンマーク人の認識は、それ以来変わってこなかったように思われる。

そこで、以下では、デンマークの未遂規定がどのような考え方に依拠しているのか、それが内容に関してどの程度他の法秩序と異なるのか、そして、それを国際的なコンテキストにおいて、今日もなお躊躇なく提示することができる

か、検討することにしよう。

II デンマークの未遂理論の展開

1 Anders Sandøe Ørsted

デンマークの未遂理論は、19世紀初頭の Anders Sandøe Ørsted によって展開された。彼は、「刑法は、ある特定の結果を回避するために方向付けられ、その特定の結果を導くあらゆる努力は、刑法に違反するもの」⁽¹⁾である、ということを前提とした。彼の見解によると、犯罪行為の完遂の途中にあるあらゆる歩みを捕捉することによって、刑法が目的とする社会秩序の保護をもっともよく達成しえる。行為者の犯行 (Tatbegehung) に関する単なる考え、あるいは決意、といった純粋な心理的事情だけでは、なおも可罰性を基礎付けることができないであろう。というのも、Ørsted は、単なる悪しき意思ではなく、「行為において表れた悪しき意思」⁽²⁾を刑法の対象とするからである。この見解にしたがえば、それ自体最も遠回り (entferntester) な方法で、犯罪行為を実行する立場に身を置くことに向けられている行為を目論むや否や、罰せられることになる。この場合、あらゆる予備行為が可罰的であろう。すなわち、予備行為が、実行行為の前に十分離れた場合 (conatus remotus) であっても、あるいは、かなり近い場合 (conatus proximus) であっても、可罰的であることになる。

当時、啓蒙主義を起源とし、未遂犯の処罰根拠を、未遂の客観的危険性に見出す同時代の外国の強い潮流があったが、Ørsted は、主観的未遂概念により、これに反対した。この外国の潮流にしたがえば、所為遂行を開始したる行為のみを可罰的とするべきであろう⁽³⁾けれども、Ørsted は、これに対し、予備行為と犯罪実行行為との厳格な区別は困難である、と反論した⁽⁴⁾。

(1) *Anders Sandøe Ørsted*, *Strafferetlige Skrifter i Udvalg, Første afdeling* (『刑法論文選集第1部』), København 1931, S. 160. [Dieses und die nachfolgenden Zitate sind in eigener deutscher Übersetzung wiedergegeben.]

(2) A. a. o., S. 165.

(3) Siehe näher dazu unter IV. 1.

(4) A. a. o., S. 164 f.

2 Carl Torp と1930年刑法

主観説は、デンマークにおいて、新しい傾向に対して、非常に堅固で耐久力があるものである、と判明した。他のヨーロッパの法秩序における発展に惑わされることなく、主観説は、1866年刑法と1930年刑法における未遂規定の根底に置かれ、今日まで継続している。

一時、個人の保護法益との関係から、あまりに広範な刑事訴追 (Strafverfolgung) に対する懸念があった。そのため、とりわけ、Carl Torp は、20世紀初頭の改正作業の間、当時の規定⁽⁵⁾を、未遂行為に十分な客観性が要求されていない、と批判した。そして、「この規定は、必要以上に可罰性の領域を拡大しており、他国の規定よりも相当広い。人々は、このことによって過度に刑事訴追されることになり、健全に起訴されることを通じてのみ保護されることになる。とりわけ、行為が、その外見上の性質から、明らかに刑事上の故意を推認させなければならない、という意味において、可罰性の客観的な要件が欠けている」⁽⁶⁾、と主張した。1917年の草案において、Torp は、未遂行為を、「明白かつ明確に、犯罪行為の遂行を促進し、または、惹起することを意図した行為」⁽⁷⁾と定義することを提案した。この文言化によれば、その行為が「客観的な性質によって」「客観的に疑わしい」ことが明らかにならなければならないことが補足的に要求され⁽⁸⁾、したがって、遠い予備行為の場合、刑罰を科されない可能性はあることになる。

しかし、この提言は議会において認められず、そして純主観的に解された未

(5) §45 Abs. 1 strl. (1866) definierte den Versuch fast wortgleich mit der heutigen Regelung als „nogen Handling, der sigter til at fremme eller bevirke Fuldbrydelsen af en Forbrydelse“.

(6) *Carl Torp*, Den danske strafferets almindelige Del (『デンマーク刑法総論』), København 1905, S. 503 f., 508, 512, 517. Hierauf hatte bereits zuvor *Julius Lassen* in seiner Dissertation, Om Betingelserne for Forsøgets Strafbarhed (『未遂の可罰性の諸条件について』), København 1879, hingewiesen.

(7) Betænkning [...] indeholdende Udkast til Love vedrørende den borgerlige Straffelovgivning med Motiver (『刑法改正草案答申書・付理由書』), København 1917, S. 9 f., 33 ff. [Hervorhebungen nicht im Original].

(8) Vgl. auch den vorausgehenden Entwurf von 1912, Betænkning afgiven af Kommissionen nedsat til at foretage et Gennemsyn af den almindelige borgerlige Straffelovgivning (『刑法改正草案総則再審査委員会答申書』), København 1912, S. 95 ff.

遂規定が踏襲された。従来の規定は、「知られている限りでは、困難な問題を」何一つ生じさせなかったというのがその理由である⁽⁹⁾。所為遂行の開始を表す、あるいはその開始に直接に先行する⁽¹⁰⁾行為の未遂としての可罰性という、他国の法秩序においては当時一般的であった制限が、既に改正草案において拒絶された。つまり、通常の前備行為と比して、そのように定義された可罰性の領域の限界づけは、恣意的なもので、法感情とは相容れないものとされた。その限界づけは、きわめて不快な無罪判決をもたらしうるであろうし、刑事訴追実務 (Strafverfolgungspraxis) を無力化するであろう。また、後者において、その他の点では、未遂の可罰性を過度に拡張するという懸念に対する根拠は、全くないことが証明されるであろう⁽¹¹⁾。

3 Alf Ross

のちに、Alf Ross は、法実務の見地を再び取り上げ、1930年～1970年において出された、デンマークの未遂に関する刑事事件の全ての判決を分析した⁽¹²⁾。彼は、デンマークの法状況において、これまで結果として不当であった判決はない、という結論に至った。というのは、検察および裁判所が、法の広い裁量の余地を利用することなく、「良識と分別を以て」実務を通じて限定してきたからである。Ross は、ただそのために、法政策的に差し迫った未遂規定の改正の必要性は、これまではっきりと表れなかったであろう、と主張した⁽¹³⁾。Ross の批判が向けられたのは、とりわけ、法律が検察に、可罰的な領域の健全な限界づけについて、そして量刑について全く示していない、という点に対してであった。この欠点へ対処するために、Ross は「試験的に」自らの改正案を示した。その中で、彼は、前備行為が「その性質に応じて、あるいはその犯行の状態に応じて、犯罪の目的に資したであろうことが推測され

(9) Vgl. *Stephan Hurwitz*, Den danske kriminalret, Almindelig del (『デンマーク刑法総論』), 4. Aufl. ved Knud Waaben, København 1971, S. 320, mit Verweis auf Landstingsudvalgs-betænkning RT 1929/30 B sp. 1849.

(10) Siehe dazu unter IV. 1.

(11) Vgl. Betænkning 1912, S. 97 ff.; Udkast 1917, S. 33.

(12) *Alf Ross*, Om forsøg (『未遂犯について』), NTfK 1971, 2-30; auch abgedruckt in: Forbrydelse og straf. Analytiske og reformatoriske bidrag til kriminalrettens almindelige del (『犯罪と刑罰—刑法総論への分析的・改革的寄与』), København 1974, S. 78-109.

(13) A. a. o., S. 2 f., 24.

うる」⁽¹⁴⁾ 場合にのみ、可罰的であると説明した。

予備行為からの更なる排除を、Ross は敢えて行わなかった。これに対して、Ross が処罰されない場合について想定したシナリオは、「犯罪計画の策定、または住居侵入や銀行強盗を犯すに有効な特殊器具を販売すること、並びに、専門的な犯罪の技巧に対して教育を行うこと等々」⁽¹⁵⁾ である。Ross の見解は、当時賛同を得たが、この改正案はあまり革新的ではないと批判され⁽¹⁶⁾、もはや注目されなくなった。

III 今日の法状況と学説の立場

現行デンマーク刑法21条の未遂規定は、およそ1866年のデンマーク刑法の未遂規定と同じ文言である。現行の未遂規定は、未遂の可罰性に対する本質的な根拠を、行為者の法敵対的意思の中にみる、現在も通説たる主観説に合致する。確かに、行為者は行為を企てたが、その行為の客観的な侵害性や危険性ではなく、もっぱら行為によって追求された目的 (*verfolgten Zweck*) が問題となる。この方法によれば、可罰性の領域は、いまだなお構成要件現実化の前域に広く拡張され、そしていかなる予備行為も、具体的な所為を目標とする限り、デンマーク刑法21条に包括される。

その点では、未遂の刑罰規定は首尾一貫している。つまり、デンマーク刑法21条2項は、原則的に既遂犯の法定刑 (*Strafrahmen*) を前提とする。というのは、行為者の法敵対的意思は、未遂犯の場合のそれに同じであるからである。とりわけ、任意的減刑は、犯罪の故意の程度や強さがより低い場合を予定している。争いのないところである主観的考察方法に基づくと、不能未遂の可罰性に対する疑念も全く存在しない。なぜならば、行為者の意思が注目されるからであり、行為者の実際の行為の危険性は注目されないからである。

デンマーク刑法21条3項は、未遂犯の処罰を、原則的に、最高刑が少なくとも4ヶ月以上の自由刑である犯罪に限定する⁽¹⁷⁾。それより刑罰が狭いいくつかの構成要件については、この些細な限定からの例外ではあるが、明文を以つ

(14) A. a. o., S. 30.

(15) A. a. o., S. 11 f.

(16) Siehe *Knud Waaben*, *Almindelige ansvarsbegreber i strafferetten* (「刑法総論における帰責概念」), UTR 1975 B, 1-26 (10 ff.).

(17) Diese Bagatellgrenze wirkt sich besonders im Nebenstrafrecht aus.

て処罰される⁽¹⁸⁾。

文献では、依然として、デンマークにおける可罰的な未遂の領域は、多くの他国の法秩序—北欧の隣国も含めて—よりも、かなり広範にわたることが示されている⁽¹⁹⁾。Vagn Greve は、デンマーク的解釈を「極端な主観主義的立場」⁽²⁰⁾と述べた。それ以外にも、Vagn Greve は、法律が実務に早期の予備行為の際の故意判断に関して、十分に確かな根拠を呈示していない、と異を唱えた⁽²¹⁾。しかし、こういった意見は別にして、デンマークの刑法理論は、法状況と折り合ってきたように思われる。遠く離れた予備行為に関しては、およそ減多に露見しない一方、通常、検察によって起訴されないことによって納得される⁽²²⁾。断固とした批判、それどころか断固とした改正の提言は、いずれにせよ、徒労に終わった Alf Ross の試み以来、主張されていない。Vagn Greve の推測によれば、21条の広い可罰的範囲を理解することができるデンマーク国民は少なくなかったはずであるが、これが主張されることはなかったのである⁽²³⁾。

IV 他国の法秩序における未遂の可罰性

以下、ヨーロッパ諸国（ドイツ、イングランド／ウェールズ、フィンランド、フランス、ギリシア、イタリア、ノルウェー、オーストリア、ポーランド、スコットランド、スウェーデン、スペイン、そしてトルコ）における法状況と対比しつつ、デンマークの未遂規定が、他国とどの程度まで異なるのかよ

(18) Beispielsweise für minder schwere Fälle von Diebstahl, Unterschlagung, Betrug, Untreue oder Erpressung, §§276-283, 287 strl.

(19) *Stephan Hurwitz*, Den danske kriminalret, Almindelig del, 4. Aufl., S. 321 ; *Knud Waaben*, Strafferettens almindelige del I (『刑法総論』), 4. Aufl., København 1997, S. 192 ; *Vagn Greve*, Det strafferetlige ansvar (『刑事責任』), 2. Aufl., København 2004, S. 79.

(20) Den danske strafferet i EF-perspektiv I (『EU からみたデンマーク刑法 I 』), København 1993, S. 140 ; Det strafferetlige ansvar, 2. Aufl., S. 76.

(21) So *Gorm Toftegaard Nielsen*, Strafferet I (『刑法 I 総論』), Ansvaret, København 2001, S. 164 f.

(22) So *Knud Waaben*, Strafferettens almindelige del I, S. 193.

(23) Det strafferetlige ansvar, 2. Aufl., S. 238.

り詳細に検討することにしよう。そして、未遂規定が多くの州に受け継がれているアメリカ模範刑法典も比較対象に含める⁽²⁴⁾。

1 未遂の可罰性の根拠

多くのヨーロッパ諸国の未遂理論は、啓蒙主義の自由法治国家主義的な考えから形成されている。かつては、行為者の悪しき心情が一とりわけキリスト教的道德概念のもとで一刑事罰の根拠とみなされたが、その後、18世紀末以降、所為が完了するその前域における行為は、まずもって、その行為に表れた法敵対的意思によってではなく、むしろその行為の客観的危険性に基づいて処罰されるべきである、という解釈が次第に有力となった。未遂行為は、構成要件現実化のリスクを増大させ、それで以って刑法規範を通じて保護された利益を危殆化する。可罰性を限定するこの解釈は、フランスの1810年刑法典の中に表れ、そしてそこから広くヨーロッパに広まったことが見てとれる。ドイツでは、その見解は、例えば Paul Johann Anselm Feuerbach によって主張された⁽²⁵⁾。客観的な考察方法は、北欧諸国の刑法理論および刑事立法に影響を及ぼし⁽²⁶⁾、デンマークもまた例外ではなかった。

市民階級が、社会的にそして経済的に定着した後、啓蒙時代の思想が薄れ、19世紀の間に、ヨーロッパでは、法実証主義への強い傾向が展開された。犯罪行為において、損害の惹起あるいは危険性の惹起ではなく、むしろ行為規範違反が目された。それとともに、未遂理論において、部分的に、犯罪行為者の

(24) Mit Ausnahme von Deutschland, Finnland und Norwegen stützen sich die Angaben zur ausländischen Rechtslage überwiegend auf Ergebnisse eines rechtsvergleichenden Forschungsprojekts zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, das am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg durchgeführt wird und kurz vor seinem Abschluss steht. Der Model Penal Code ist in der Fassung von 1981 berücksichtigt.

(25) Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 4. Aufl., Giessen 1808, S. 43: „[...] wenn die Handlung selbst, nach ihrer äußeren Beschaffenheit [...] mit dem beabsichtigten Verbrechen im Causalzusammenhange steht-objective gefährlich ist“.

(26) Zur Entwicklung in Finnland siehe *Suzanne Wennberg*, *Försök till brott* (『未遂犯』), Stockholm 1985, S. 77 ff.; RP 44/2002, S. 133 ff.; für Norwegen siehe *Erling Johannes Husabø*, *Straffansvarets periferi* (刑事責任の限界領域), Bergen 1999, S. 275 ff.; für Schweden siehe *Suzanne Wennberg*, *Försök till brott*, S. 53 ff., 82 ff., 91 ff.

法敵対的意思が再び重要性を増し、多くの国々の刑法学において、理論衝突するに至った。未遂の可罰性を、その客観的危険性に根拠付けたことに対し、この方法では、不能未遂の可罰性—とりわけ判例が不可欠とみなすもの—を説明できない、と異議が唱えられた。逆に、行為者の犯罪意図に焦点を合わせることに對しては、そのような主観的アプローチは、可罰性をかなり広く拡張し、心情主義刑法との非難にさらされる、と反論された。

今日、未遂の可罰性の根拠は、通常、行為の客観的な危険性と、それと共に表れた行為者の犯罪意思とを併せて判断される。この点、2つの要素の重要性には違いがある。例えば、フィンランド、フランス、ギリシア、イタリア、オーストリア、スウェーデン、スペイン、そしてトルコにおいては、客観的な観点をより重視する。むしろ、ドイツ、ノルウェー、そしてポーランドの刑法理論は、主観面に重点をおく。そのほか、はっきり表れた行為者の法敵対的意思や、保護法益に対する客観的な危険のほかに、補足的に、企図された犯罪行為を通じて、一般社会の法的信頼が動揺し、法的平穩が損なわれたことに注目する国もある⁽²⁷⁾。

また、とりわけ英米系の法秩序において強調される別の観点として、予防効果というのがある。つまり、未遂の可罰性は、保護法益への侵害にいたる前に、検察の早期介入を可能にする⁽²⁸⁾。これ以外にも、一般社会と同様に、行為者自身にも効果を及ぼしうる。この考えは、イングランド／ウェールズ、スコットランドの刑法において役割を果たしている。この性質は、アメリカ模範刑法典の基礎にもなっている。後者は、その他の点では、強度に主観主義的な未遂理論を前提とする。その未遂理論にしたがえば、行為者の意思が中心におかれ、そして行為者の行為は、その行為が所為の決意の強さを証明する—デンマークの解釈に最も近い解釈であるが—限りで意味がある。

2 未遂の刑罰と不能未遂の可罰性

それぞれの未遂概念 (Versuchskonzept) は、とりわけ既遂犯に対する刑罰

(27) So genannte Eindruckstheorie (vertreten unter anderem in Deutschland, Griechenland und Polen); siehe dazu beispielsweise *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996, S. 514.

(28) Dieser Gesichtspunkt wird heute im Zusammenhang mit der Terrorismusbekämpfung besonders betont.

の威嚇と比較した未遂所為に対する刑罰の威嚇、並びに不能未遂の扱いに影響を及ぼしうる。

刑法において、未遂についてより必要的に軽い法定刑に限定するよう規定し(なぜなら、法益を侵害するに至っていないからである)、そして不能未遂を無罪(なぜなら、一度も現実の侵害危険が存在しないからである)とすることによって、未遂の可罰性の根拠を、主に保護された利益の客観的な危殆化に見て取る国々では、フィンランド、イタリア、そしてトルコが、首尾一貫した方針を採っている。それに反して、スウェーデンは、犯罪法典(Brottsbalken)の導入以来、所為既遂(Tatvollendung)と同様に、未遂も厳しく処罰する余地を残している(なぜなら、個々の事案においては、未遂行為は既遂行為に等しく重大でありうるからである)。イングランド／ウェールズ、オーストリア、そしてスコットランドもまた、未遂の場合、通常の法定刑を前提とする。フランスとスペインにおいては、とりわけ客観的危険性に方向付けられた基本理解であるにもかかわらず、裁判所は不能未遂の処罰を固持し、そしてギリシアにおいては、不能であることは単に刑罰を半減する。

未遂の当罰性について、むしろ主観的に形成された見解の国々の中で、ドイツ、ポーランド、そしてアメリカ模範刑法典を継承したアメリカの諸州は、首尾一貫して、不能未遂を可罰的とみなしている。なぜなら、このような事例における行為者は、未遂犯と同様に、法敵対的態度を示しているからである。行為者の意思が変わらないことを顧慮して、これらの国々でも当然に、未遂犯の場合に、原則的に既遂事例のように同一の法定刑が適用される。ノルウェーの立法者は、今後の立法を後者の形で行おうとしている⁽²⁹⁾。現行法が、原則的な処罰減刑を命じているにもかかわらずである⁽³⁰⁾。それゆえ、これらの国々においては、未遂の刑罰と不能未遂の扱いに関して、デンマークと類似している。

(29) §80 b nstrl. (2005). Die Änderung wird damit begründet, dass die geltende Regelung zu viel Gewicht auf die Handlung lege und nicht hinreichend den kriminellen Willen berücksichtige; NOU 1992: 23, Ny straffelov-alminnelige bestemmelser, Straffelovkommisjonens delutredning V (『新刑法典—総則規定, 刑法講義全集V』), Oslo 1992, S. 85.

(30) §51 Abs. 1 nstrl.

3 予備行為と未遂の境界

しかし、デンマーク刑法21条は、あらゆる予備行為をも処罰範囲に含める点で、他国の法秩序との対応がまったくみられない。今回比較対象としている全ての国において、所為既遂の前域にある行為は、無限定なものではなく、未遂としての構成要件現実化にある程度接近してからはじめて処罰される。その際、予備行為は大幅に除外される。つまり、予備行為は無罪となるか、あるいは、明確に規定されていれば、特別に犯罪とみなされることになる⁽³¹⁾。未遂と予備行為の境界は、様々な法秩序において様々に捉えられている。

行為者が、所為既遂を惹起するために、自らにとって重要なあらゆる行為にとりかかったときには、常に未遂の可罰性が存在する、というのが支配的である⁽³²⁾。境界設定の問題は、まだ行為の歩みに少したりとも着手していないような事案において問題となる⁽³³⁾。ここで先の支配的な見解によれば、行為者が、既に、少なくとも法定構成要件メルクマールが実現したという意味での所為の実行 (der Ausführung der Tat) にとりかかったか否かが注目される。この狭い観察方法は、今日では、対象国においてもはや主張されていない。なぜなら、刑罰の必要性は、本来なら所為実行の前段階に存在する行為に対してもまた存在する、という解釈が広く受け入れられているからである。しかし、立法者と同様に、理論もまた、可罰性の際限のない拡張を防ぐために、未遂行為の領域 (Kreis) をしっかり制限することができるよう努力している。

これに対し、多くの刑法典においては、直接的な構成要件現実化に着手するというメルクマール (ドイツ、オーストリア、スペイン、トルコ)⁽³⁴⁾、あるいは所為既遂に直接向けられた行為というメルクマール (ノルウェー、ポーランド)⁽³⁵⁾ が用いられる。他の法秩序においては、法律では「実行の開始」という文言を用いている (フィンランド、フランス、ギリシア、スウェーデン)⁽³⁶⁾ が、このことは、構成要件の実現について直接的な関連を必要としているものとして理解されている。直接性は、外部的に現れた状況をもとにして判断され

(31) Siehe dazu unter IV. 4.

(32) So genannter beendeter Versuch ; complete-but-imperfect attempt.

(33) So genannter unbeeideter Versuch ; incomplete attempt.

(34) §22 dStGB ; §15 Abs. 2 öStGB ; Art. 16 Abs. 1 CP ; Art. 35 (1) TCK.

(35) §16 Abs. 1 nstrl. (2005) ; Art. 13 §1 k. k.

(36) Kap. 5 §1 Abs. 2 SL ; Art. 121-5 C. P. ; Art. 42 Abs. 1 PK ; Kap. 23 §1 Abs. 1 BrB.

ることもあるし、また、行為者の個人的な視点をもとにして判断されることもある。その際、客観的基準および主観的基準の比重が、たびたび議論される。多くの国々では、通説は、両者を結びつけた複合的アプローチを選択する。イタリア刑法は、法律が所為既遂の近接性ではなく、客観的な行為の明白性と結びつける点に特徴がある⁽³⁷⁾。そして、構成要件の実現に直接に前置しない場合であっても、予備行為に含められうるとされる。しかし同時に、可罰性は、行為者の犯罪意思がはっきりと表れた行為に制限される。この境界メルクマールは、Carl Torp の提言を思い起こさせる⁽³⁸⁾。

イングランドとウェールズにおける1981年刑事未遂法は、未遂を「犯罪遂行の単なる予備を超える行為」⁽³⁹⁾と定義した。判例は、今日まで、行為がいつ次の段階に移行したのか、つまり、いつ予備の段階から所為遂行に移行するのか、を判断する一貫した諸基準を全く明らかにしなかったのである。スコットランドでは、同様の法実務が現に妥当している。スコットランドの検察は未遂に関して、「単なる予備から所為遂行に移行した」⁽⁴⁰⁾ことを前提とする。そして、未遂の開始の問題は、—イングランドとウェールズと同様に—事実認定の問題として判断される。つまりは、陪審がこの問題について判断する。

最後に注目すべきは、アメリカ模範刑法典の規定であるが、これはデンマーク法と比較したときに、特に興味深いものである。なぜなら、アメリカ模範刑法典は、先述のとおり、強度に主観主義的な未遂理論を根底においているからである。未遂の定義は、「犯罪を犯す意図をもって、その犯罪遂行に向けられた重要な段階にあたる作為あるいは不作為」⁽⁴¹⁾というものである。この定義は、アメリカのほとんどの州に受け継がれている。この定義を補うため、「重要な段階」のメルクマールを満たしていない予備行為が、法律に列挙されている（例えば、被害者を待ち伏せする、おびき寄せる、つきまとう、または場所を探し出す、あるいは所為を犯すために建物に不法侵入する）⁽⁴²⁾。このことから、アメリカ模範刑法典もまた、単に可罰的な未遂である、構成要件現実化に

(37) Art. 56 Abs. 1 c. p.

(38) Siehe oben II. 2.

(39) Sec. 1 (1) Criminal Attempts Act 1981.

(40) *H. M. Advocate v. Camerons* (1911, 6 Adem 456); *Guthrie v. Friel* (1993 SLT 899 at 901C).

(41) §5. 01 (1) (c) MPC.

(42) §5. 01 (2) MPC.

直接的な近接性を有するような行為のみを取り扱っていることが判明するのである。

4 予備行為の可罰性

デンマークの法秩序とは対照的に、今回比較対象としている全ての国の法秩序は、予備行為を未遂の概念から広く取り除くが、このことは、それらの国々で予備行為が常に無罪であることを意味しない。それらの刑法典では、いくつかの犯罪（例えば、国防に対する罪）、あるいは一般的に特に重要な犯罪行為に関して、犯罪行為に先立つ早い段階での陰謀や予備が、独立して犯罪とされている⁽⁴³⁾。英米法圏内では、共謀（conspiracy）または煽動（incitement）あるいは教唆（solicitation）が、未遂のほかに独立して処罰される。そのうえ、一国際法上の一部の協定の範囲内ならびに EU 法上の圧力のもとで一大抵の法秩序において、犯罪団体を形成するという犯罪構成要件や犯罪団体の会員であるという犯罪構成要件、並びにテロ組織へ融資したり援助したりするという犯罪構成要件が採択された。ドイツにおいて、テロの形成（Ausbildung）に参加したあらゆる人を処罰するという草案が存在する。全体として、一般的な可罰性の早期化傾向を、団体形成の構成要件と陰謀の構成要件および抽象的危険犯の創設を通じて見て取ることができる⁽⁴⁴⁾。

それゆえ、今回比較対象としている全ての国においても、犯罪行為を促進する特定の予備行為は、犯罪とみなされているのである。もちろん、これらの法秩序においては、具体的な選出・境界付けが行われているのに対し、デンマークの法秩序では、法益侵害の前段階にある全ての行為を可罰的と捉える点が異なっている⁽⁴⁵⁾。

デンマーク法にも、既遂時期を前倒しする規定がある⁽⁴⁶⁾。しかし、立法者

(43) Beispielsweise *Deutschland* : §30 Abs. 2 StGB ; *Finnland* : Kap. 11 §7, Kap. 17, §5 SL ; *Frankreich* : Art. 412-1 c. p.; *Greichenland* : Art. 135 Abs. 2, 4, Art. 138 Abs. 2 PK ; *Italien* : Art. 304, 461 C. P.; *Norwegen* : §§161, 174, 186 nstrl.; *Polen* : Art. 16 k. k.; *Schweden* : Kap. 23 §2 BrB; *Spanien* : Art. 17 CP; *Türkei* : Art. 316 TCK.

(44) Vgl. *Ulrich Sieber*, Grenzen des Strafrechts, ZStW 119 (2007), S. 1-68 (27 ff.).

(45) *Nils Jareborg*, Allmän kriminalrätt (『犯罪法総論』), Uppsala 2001, S. 380 f., ist der Ansicht, dass jegliche Versuchsstrafbarkeit durch besondere Gefährdungstatbestände ersetzt werden sollte.

は、所為実行の前域にあるあらゆる当罰的な行動方式を、個別的な規定を通じては、完全に捕捉することができないことを危惧しており⁽⁴⁷⁾、それゆえに、軽微な犯罪を含めたあらゆる予備行為を、包括的に犯罪としている。

5 未遂への関与

デンマークの統一的正犯理論との関係から、未遂の可罰性が、デンマーク刑法21条にしたがって補足的に拡大されることが判明する。それは、犯罪行為に関与したあらゆる者は、各々対応した禁止に違反したとする解釈を根底に置く。そこから導かれるのは、未遂の可罰性が、未遂に関与した(にすぎない)人にも向けられている、つまり、仮にその未遂が予備の段階を超えていないとしても向けられている、ということである。

今回比較対象としている国もまた、未遂への関与を処罰する。しかし、これら全ての国々における未遂への関与の可罰性は、行為者が参加した出来事が少なくとも未遂として処罰される、つまりは、それぞれの境界に応じて単なる予備行為の範囲を超えていることを前提とする⁽⁴⁸⁾。この限りでは、トルコ刑法は、「誰かを犯罪行為に関与させたことを理由に、答責性を問うためには、当該犯罪行為が、未遂の段階に達していなければならない」⁽⁴⁹⁾と明確に規定している。これと比較して、デンマーク法では、自身の所為行為にとつての予備行為だけでなく、関与者の予備行為をも、極端な場合には、他人の予備行為の予備をも捕捉することによって、本質的に可罰性をより拡大する。

デンマークの刑事訴追が、異常に広い法の余地を有効に利用していることは、確かに深刻な問題ではない⁽⁵⁰⁾。だが、立法者自身が可罰的な領域の境界

(46) Beispielsweise §191 Abs. 2 strl. (Vorbereitung von Drogenhandel) und § 114 Abs. 2 strl. (Transport von Waffen und Sprengstoff in terroristischer Absicht).

(47) Vgl. Alf Ross, NTfK 1971, S. 26 f.; Knud Waaben, UfR 1975 B, S. 12.

(48) Teilweise geht dies bereits aus dem Gesetz hervor, so beispielsweise in Finnland: Kap. 5 §§5, 6 Abs. 1 SL; Frankreich: Art. 121-6, 121-7 C. P.; Österreich: §§12, 15 Abs. 1 öStGB; Polen: Art22 Abs. 1 k. k.; Spanien: Art. 63 CP; Türkei: Art. 40 (3) TCK.

(49) Art. 40 (3) TCK.

(50) Vgl. Vagn Greve, Det strafferetlige ansvar, 2. Aufl., S. 75. Insoweit herrscht einhelliges Vertrauen in die zurückhaltende Praxis von Anklagebehörden und Gerichten; Siehe dazu oben II. 2-3 und III.

を設定しなければならないにもかかわらず、立法者がもっぱら慎重な検察実務を信頼していることは、法治国家的観点のもとでは、憂慮されるべきであろう。

V 国際的なコンテキストにおけるデンマークの未遂規定

1930年に刑法が改正された際に、デンマークの国会は、広範に捉えられた未遂規定を、問題がないものと認めたのだが、それ以降⁽⁵¹⁾、国際的な法状況は変化した。デンマークは、今日、ずっとより高度な程度で、共同体としても、国際（刑）法的にも、義務を負っている。そして、越境者の犯罪が1930年当時よりも相当増えたために、デンマークの裁判所は、外国に関連した多くの刑事事件に従事してきた。

1 EU 刑法

EUにおける立法（EU-Rechtsakt）を実用化する際に問題が生ずる。Vagn Greveは、長い間、明確にこの問題点を指摘してきた⁽⁵²⁾。例えば、構成国には、特定の行動様式を、未遂も含めて処罰するよう義務付けられている。しかし、その際に、これまでのところ、義務付けの要請はわずかなものでしかない。未遂規定のより詳細な形整（die nähere Ausgestaltung der Versuchsbestimmung）や、とりわけ未遂の可罰性の定義は、各国家の立法者に委ねられたままである⁽⁵³⁾。構成国に規定された境界を禁じるような完全な調和（Vollharmonisierung）が、刑法の領域になお存在しないので、特に広範なデンマークの未遂の可罰性も、やはり問題ないのである。デンマークの観点からは、立法技術的には、広範なデンマークの未遂の可罰性が、しばしば有利であることすら判明する。つまり、デンマーク以外の国々では、先の義務付けに応じ

(51) Siehe dazu oben II. 2.

(52) Den danske strafferet i EF-perspektiv I, S. 144 f.; Det strafferetlige ansvar, 2. Aufl., S. 79.

(53) Vgl. Thomas Elholm, EU-svig (『EU 詐欺』), Kopenhagen 2002, S. 60 f. Eine über Mindestvorschriften hinausgehende inhaltliche Festlegung wäre von der Harmonisierungsbefugnis nach Art. 31 lit. e EUV nicht gedeckt; Vgl. Bernd Hecker, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2007, S. 394 f.

て、特定の犯罪の未遂については、自国の刑法を拡張しなければならないが、デンマークでは、多くのケースにおいて、修正する必要性が全くないのである。なぜなら、試みられた犯罪は、そのつど、デンマーク刑法21条を通じて処罰されるからである⁽⁵⁴⁾。もちろん、デンマーク法によれば、EU法に従えば刑罰を科す必要が全くない行為が処罰されうる。

ヨーロッパにおいて統一的な刑法規範を創ろうとした場合、デンマークのアウトサイダー的地位は、障害となる。すなわち、「急進的で主観的」と表されるデンマークの未遂規定は、総論を調和させる際に障害となる⁽⁵⁵⁾。客観的な観察方法と主観的な観察方法のどちらが統一的な規定として支持されるのかは、いまだはっきりとは分らない。EU諸国のために提言された *Corpus Juris* の骨子において、未遂規定は、「(行為者の) 計画や意図にしたがって犯罪を犯す予備以上である行為」⁽⁵⁶⁾と定義された。これに対して、純客観的に「所為の実行を開始したという意味を有する」⁽⁵⁷⁾行為に注目する構想もある。しかし、これらは、文言化に際して、予備行為を広く未遂規定から除外しようとする点で一致している。

2 国際刑法

他の問題は、国際刑法に対して極端なデンマークの未遂の可罰性の理解である。これについても、Vagn Greveが、すでに指摘したところである⁽⁵⁸⁾。この

(54) Siehe die Beispiel von *Thomas Elholm*, EU's strafferetlige samarbejde-er lig med øget repression i Norden?, *Juristen* 2006, 134-142.

(55) Vgl. *Manuel Cancio*, Überlegungen zu einer gemeineuropäischen Regelung des Versuchs, in: Klaus Tiedemann (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, Köln/Berlin/Bonn/München 2002, S. 169-183 (182 f.), 461. Kritisch dazu *Thomas Weigend*, Bemerkungen zum „Allgemeiner Teil“ der „Europa-Delikte“, a. a. O., S. 407-426 (423).

(56) Art. 12 (3), abgedruckt in: *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Vol. I, Paris 2000, S. 271 f.

(57) Tatbestandsvorschläge „Europa-Delikte“ Art. 18 (1): „Ein Versuch liegt vor, wenn der Täter vorsätzlich Handlungen vornimmt, die den Beginn der Ausführung der Tat bedeuten.“, abgedruckt in: *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, S. 461.

(58) *Folkedrab i dansk ret* (『デンマーク法におけるジェノサイド』), in: Lars Plum/Andreas Laursen (Hrsg.), *Enhver Stats pligt ...* (『各国の義務とは…』), København 2007, S. 313-330 (321 f.).

問題は、国内との関係では全く指摘されない、外国での外国人の所為に関する管轄権との関係で、特に明白に存在するものである。しかし、デンマークでは、条約によって、その訴追が義務付けられている（普遍主義）⁽⁵⁹⁾。そのようなケースにおいては、自国の刑罰権の行使は、他国の主権と衝突する可能性があるのであって、それゆえ、国際法上受け入れられた程度を超えてはならないのである⁽⁶⁰⁾。許容性の限界は不鮮明である。手がかりは、条約並びに様々な国際法上の法秩序から看取できる、一般に認められている法原理から、判明しうる。

確かに、大抵の条約は、協定国に特定の構成要件を処罰することを、未遂犯も含めて、義務付けているが、一致して未遂を解釈するまで固まっているわけではない。この点、例外として、国際刑事裁判所に関するローマ規程が存在する。ローマ規程は、未遂の定義を含んでおり、それは確かに国内の法秩序へそれを転用することを直接に義務付けるものではないが、しかし、その内容は100を超える国々が批准することによって、認められている。それによれば、未遂の定義は、「実質的な段階における犯罪の実行を開始する行為」⁽⁶¹⁾である。このように文言化されたことから、フランス法から影響を受けたり、英米法から影響を受けたりしている様々な構想から、どのように譲歩するかが問題となる。最終的な理解は、行為者の主観的な心情だけではなく、少なくとも、形式的な構成要件現実化に直接の近接性を有する状態になければならない、客観的な所為行為にも、注目するというものになるであろう。更に、その際、予備行為は除かれるであろう。

先述の比較法や、他の様々な比較研究から判明するように、予備行為を広く処罰範囲から除くことは、一般に認められている法原理として、多くの国の法秩序から導かれるものである⁽⁶²⁾。これに対して、デンマーク刑法21条に従う

(59) §8 Nr. 4 und 5 strl.

(60) Vgl. auch §12 strl.

(61) Art. 25 (3) (f) Satz 1 Rom-Statut.

(62) Vgl. *Hans-Heinrich Jescheck*, Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer Personen an der Straftat. Generalbericht zum XII. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung 1986 in Sydney und Melbourne, ZStW 99 (1987), 111-151 (112 ff.); *Kai Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Berlin 2002, S. 707-756; *Jean Pradel*, Droit pénal général comparé, Paris 2005, S. 71-127. In diesen Untersuchungen findet sich kein anderes Land mit einem so weitreichenden Versuchsbegriff wie Dänemark.

場合、いかなる予備行為にも処罰が及ぶことは、この原理と矛盾している。それゆえ、普遍原理にしたがって、デンマークが刑罰権を行使するケース(国外の所為の予備として国外で外国人によって行われた行為の訴追)においては、案ずるに足りないものではないのである。

3 管轄に関する法

犯罪行為の訴追が外国との関係で問題となるのだとすれば、デンマーク法による極端に広い未遂の可罰性は、他の問題をも提起する。デンマークの管轄に関する法の改正の枠内について、最近行われた議論がこれである。法務省の指名による専門委員会は、2007年に、他国でなされた未遂行為は、その所為がその国において既遂に到りうるものであり、そしてその国では可罰的ではない場合に、デンマーク法にしたがって処罰されうる、との所見を強く打ち出した。もし、その未遂行為が、デンマーク国内の刑罰権にしか抵触しないのであれば、このことは、国際法上の抑制的な命令とは、相容れないものであろう。例として、デンマークに短期滞在中の2人の外国人が、他国への出国した後、その国では適法であるが、デンマークでは可罰的である特定の行為にとりかかることを共謀する、といった状況が考えられよう⁽⁶³⁾。先の所見を示した者のうちの大多数の者は、このような事例は、一あるべき法と同様に現行法でも一主権の原則にしたがって(nach dem Territorialprinzip)国内の刑罰権のもとで把握されるのであって⁽⁶⁴⁾、処罰されるには、未遂行為として国内で一部分でも犯罪行為がなされただけで十分である、と考えた⁽⁶⁵⁾。これによれば、2人の外国人は、他国においてその行為が犯罪とされているかどうかにかかわらず、デンマーク法にしたがって、当該犯罪の未遂を理由として、訴追されることになる。これに対し、少数意見においては、この帰結は国際刑法的に支持できないとして拒絶され、そして国内の未遂行為と外国の未遂行為を区別することを提案する。ただ前者のみが、国内で開始された、外国では無罪である所為の未遂を理由として、処罰することができると主張する⁽⁶⁶⁾。

(63) Dansk straffemyndighed, betænkning nr. 1488 (『デンマーク検察機構についての答申案』), afgivet af Justitsministeriets Jurisdiktionsudvalg (司法省管轄権検討委員会), København 2007, S. 183 f.

(64) §6 Nr. 1 strl.

(65) Bet. nr. 1488/2007, S. 327 ff.

(66) Und zwar nach dem aktiven Personalprinzip, Vgl. bet. nr. 1488/2007, S.

他国では、当該事態が未遂として評価されず、そして単に処罰の必要性がない予備行為にとどまるような場合—ある別個の構成要件が、犯罪行為の共謀を、独立に犯罪として処罰しない限り—、このような議論が、デンマークでは起こりうるのである。これ以外の事例（例えば、外国で、そこでは合法的な行為に取り組むために航空券を予約するといった行為⁽⁶⁷⁾、あるいは、電話を通じて、外国の新聞と、その出版場所では合法的な内容である出版物に関して取り決めるといった行為⁽⁶⁸⁾）、それは、改正の所見において、並びに部分的にデンマークの理論にもあらわれているものであるが、デンマーク法にしたがえば、未遂として処罰される範囲に含まれる予備行為にあたる。ある所為がある国の国内で試みられた場合、確かに、その国の法秩序では相応した裁判規範があり、それにしたがえば、国内犯としてその所為を訴追するに十分であっても、常に、予備行為と構成要件実現化との密接な関連性が要求されている⁽⁶⁹⁾。デンマークのこのような諸事例は、様々な議論を呼んでいる。そこでは、ある国の国内で行われた行為が、単に予備の性質しか有しておらず、海外で計画された所為既遂から遠く離れたものである場合、刑事訴追すべきかどうかという国内の関心が、国際刑法的な観点のもとで、曖昧ながら姿を見せるのであるが、実際には、デンマーク以外の国では、議論されない。なぜならば、それは、可罰的な（未遂）行為が欠けているからである。つまり、真の問題は、デンマークの管轄権にあるのではなく、デンマーク刑法21条にしたがって根拠付けられた異常に広く捉えられた未遂の可罰性にあるのである。長い間、デンマークが特別な方法に固執しているため、法治国家的な方法や、EU 法的方法と比べると、国際刑法的な異議が生じることが予期されるのである。

*

デンマークの未遂規定は、今日において、もはや問題のないものということ

336 ff.

(67) Bet. nr. 1488/2007, S. 329, 336; *Vagn Greve*, *Det strafferetlige ansvar*, 2. Aufl., S. 117.

(68) Bet. nr. 1488/2007, S. 338; siehe dazu auch *Ole Spiermann*, *Dansk straf-femyndighed i folkeretlig belysning* (『国際法的観点から見たデンマーク検察機構』), UfR 2007 B, 219–228 (221).

(69) Siehe dazu oben IV. 3.

はできない。それに加えて、刑法理論それ自体からみて、デンマーク刑法21条の射程範囲が非常に広範であると考えられるとすれば、限定的な刑事訴追実務を信用するのではなく、その代わりに、規定の改正の必要性を新たに検討するのが自然である。比較法的に概観することにより、未遂の可罰性を主観的に解釈し、予備行為を犯罪とする枠組みをとりつつ、これを制限するための様々な可能性が示されたといえよう。

〔解題〕

一 本稿は、Karin Cornils “Straffelovens §21—Rechtsvergleichende Überlegungen zur Versuchsstrafbarkeit im dänischen Recht” Thomas Elholm, Petter Asp, Flemming Balvig, Birgit Feldtmann, Kimmo Nuotio og Asbjørn Standbakken “Ikke kun straf — Festskrift til Vagn Greve” Jurist - og Økonomforbundets Forlag 2008 (Thomas Elholm ほか編『Vagn Greve 教授古稀祝賀論文集—刑罰だけではなく…』所収)を全訳したものである。注については、ドイツ語の部分についてはそのままとし、北欧語で書かれている部分については、日本語訳を付した。なお、翻訳にあたっては、Cornils 博士ご本人より、ご快諾いただいた。

Cornils 博士は、長年にわたりマックス＝プランク外国・国際刑法研究所の北欧刑法担当責任者として活躍してきた刑法学者であり、先年同研究所を定年でご退職されたが、ドイツにおける北欧刑法研究の第一人者であるのは、衆目の一致するところである。博士は、幼少時にスウェーデンで過ごした経験から、非常に流暢なスウェーデン語を話し、他の北欧諸国語も十分に読解される。デンマーク刑法の未遂理論を詳細に分析しつつ他のヨーロッパ諸国刑法と比較する本研究は、北欧刑法を長年研究対象としつつ、マックス＝プランク研究所で多数の比較法プロジェクトに参加してきた博士以外にはなし得ない、貴重な研究といえる。

二 論文では、主として、デンマークにおける未遂理論が論じられている。論文中において示されているように、デンマークの未遂規定は、欧米諸国のそれと比較しても際立った特徴を有するものであり、無論、日本の未遂理論とも大きく異なっている。では、なぜデンマークの未遂理論を紹介したのか、という疑問が生じうるのであろう。その理由は、日本刑法の母法がドイツ刑法であるように、デンマーク刑法もまたドイツ刑法の影響を受け継いでいるところにあ

る。従来、日本の刑法学は母法であるドイツ刑法学との比較法に勤しんできたが、同じドイツ刑法を母法とする他の諸国との比較法もまた有用であるように思われるのである。また、本論文では、欧州諸国の未遂規定がごく簡単ではあるが紹介されており、諸外国の未遂理論研究の端緒としての知見をもたらす意味もあると思われる（IV参照）。

三 さて、このデンマークの未遂理論は日本のそれと大きく異なる。例えば、日本の未遂犯成立時期は、法益侵害への差し迫った危険が発生した時点とする見解が通説である。このような判断を裁判所もまた行っている。すなわち、日本においては、できるだけ客観的に考えようとして、実務も学説も動いている。

対し、このような日本の未遂犯成立時期よりも早い段階で未遂犯の成立を認める傾向が欧米においては存在する。ドイツの未遂理論もそうである。だが、デンマークの未遂理論は、日本から見ると、極端に早い段階で未遂犯の成立を認めようとするものであると評価できる。というのも、デンマークの未遂理論は、いわゆる予備行為をも未遂犯として処罰することを認めているものであるからである。このデンマーク未遂理論は、ヨーロッパ諸国内でも特徴的であり、それゆえに EU 刑法や国際的見地から批判を向けられていることが指摘されている（V参照）。

実際に、このようなデンマーク未遂理論のような主観的未遂理論に対しては、法益侵害性について考慮がされていない、あるいはどこまでが許された行為であるのかが判別しにくい、といった批判が日本においてなされてきた。この批判を前提とすれば、デンマーク国内において、その余りに広範と見ることができうる未遂犯成立時期に対する批判ないし不満が起ころうものである。

しかし、Alf Ross の分析において、検察や裁判所の「良識と分別による」実務運営によって、不当な判決がないことが証明されており、また、Vagn Greve の推測によれば、デンマーク国民も特に不満を抱いていないことが示されている（II・III参照）。これらの事情をみるかぎり、デンマーク未遂規定は、未遂犯の成立を広く認める規定方法とは裏腹に、実際のところは懸念しなければならないほどの極端な法状況ではないようにも思われる。この点については、本論文においても若干の検討がなされており、我が国にも多少の検討があるが（松澤伸『機能主義刑法学の理論』（信山社、2001年）185-191頁）、デン

マークの実務が、どのような段階で未遂犯の成立を認めているのかどうかについては、さらに精査する必要があるように思われる。なるほど、条文の文言においては、デンマーク未遂規定は極端なものである。しかし、実際の法状況もまた然り、ということには決してならない。このことが、暗に示唆されているように思われる。

四 一方、不能犯については、例えばドイツもまたそうであるが、デンマークにおいても可罰的である。したがって、不能犯の可罰性については、デンマークは他欧米諸国の立法状況と大きく異なるものではない。ゆえに、EU 刑法等にて不能犯について検討する際に、デンマークの特殊性のようなものは出てこない。もっとも、デンマークにおいては不能犯に関する条文が存在しなせず、この点はドイツ刑法と異なるところである。

したがって、この不能犯における学説状況もまた日本のそれとは異なることになる。なぜなら、日本において不能犯にあたるかどうかの判断が非常に客観的になされており、また、不能犯と評価されれば未遂犯として処罰されることは無いからである。もっとも、日本においては不能犯かどうか争われた事案に乏しく、デンマークの不能犯理論と日本のそれが実務レベルでどう異なるのか、この点についてはドイツの議論も参考にしながら、なお検討を行うことができるように思われる。

(岡田侑大)