

## 論 説

# モラル・ラックと未遂犯についての覚書 ——ニルス・ヤーレボルィの所説を参考として——

松 澤 伸

- I はじめに
- II 主観的未遂論とモラル・ラック
- III 犯罪結果とモラル・ラック
- IV 偶然性の排除と刑法——若干の検討
- V おわりに

——我々は運というものを信じるしかない。

さもなければ、気に入らない奴らの成功をどうやって説明するのか？

ジャン・コクトー

## I はじめに

### 1 問題の所在

次のような事例を考えてみよう。「X が V1 に Y が V2 にそれぞれ顔に痣を付けようと意図して同じ強度の力で殴打するとして、X のパンチにより V1 の目の周りに痣ができた。一方、Y も V2 にパンチを食らわせたが、V2 は攻撃をかわして逃げ去った」。この場合、X については傷害罪、Y については暴行罪が成立する、ということになると思われるが、

「この場合、傷害結果が生じたかどうかは全く偶然の問題であったといえる」という理解も考えられる。そして、そうした理解を前提とすれば、「X と Y は、同じ意図で同じ行為を実行したが、V 2 が傷害を負わなかったのは『運の問題』(a matter of luck) にすぎない。この場合、X と Y の刑事責任と刑罰に関して、偶然的要素である『運』の要素を考慮して道義的非難を加えるべきであるのか」という問題が生じうる。奥村正雄は、これを、イギリス未遂犯論において議論されている「モラル・ラック」の問題として紹介している<sup>(1)</sup>。

日本の刑法学の観点からすれば、結果が生じたかどうかは不法を基礎づけるにあたって決定的な事情であり、あえて論じるまでもなく、X は傷害罪、Y は暴行罪として取り扱われると考えると思われるが、イギリス未遂犯論においてこの問題が議論されているのは、英米倫理学において、非常に活発に、モラル・ラックについての議論が行われているということによる。

## 2 モラル・ラックの意義

モラル・ラックとは、文字通り訳すと、「道徳的運」ということになる。日本でも、この訳語が一般的に用いられるほか、そのまま、「モラル・ラック」と言われることも多い(本稿では、モラル・ラックと呼ぶことにしよう)。

この議論の帰結は、行為者は自分のコントロールできない事情についてはその責任を問われない、という考え方から、その責任については、モラル・ラックを排除して考えなければならない、という形で定式化される。当該行為者に対する適切な責任の範囲を画するにはモラル・ラックを排除すべきである、という言い方をすることもできる。

元々、モラル・ラックの問題は、1980年代初頭に、倫理学者のトマス・

---

(1) この段落の引用につき、奥村正雄「イギリスにおける未遂犯の処罰根拠」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集』(2014年、成文堂) 693頁。

ネーゲル (Thomas Nagel) とバーナード・ウィリアムズ (Bernard Williams) が、それぞれ、モラル・ラックについての論文を著し、問題提起したことによって、強く意識されるようになったものである。これは、英米倫理学における議論であったため、<sup>(2)</sup> <sup>(3)</sup> <sup>(4)</sup> アングロアメリカ刑法学の議論において非常に参照され、大いに議論を巻き起こすことになった。

モラル・ラックの排除は、上記の事例からも分かるように、刑法においては、偶然の結果は行為者を非難するにあたって排除すべきである、という帰結をもたらすことになるが、このような議論が最も典型的に現れるのは、未遂犯論である。そして、この議論が影響を与えたイギリスの未遂犯論は、主観主義的傾向が強いため、その理論的根拠としても、援用されるに至っている。そのため、モラル・ラックは、現在も、未遂犯論と結び付けられて議論されることが多い。上記奥村の議論もそうであるし、近時、<sup>(5)</sup> 山田慧もそのような議論に基づく論文を公表している。

### 3 スウェーデン刑法学とモラル・ラック

上記山田論文では、アングロアメリカ刑法学におけるモラル・ラックに関する議論が、その初期から現代に至るまで、詳細に紹介・検討され、非

---

(2) 邦訳として、トマス・ネーゲル「道徳における運の問題」『コウモリであるとはどういうことか』(1989年、勁草書房) 40頁以下、バーナード・ウィリアムズ著・伊勢田哲治監訳「道徳的な運」『道徳的な運』(2019年、勁草書房) 33頁以下。

(3) この経緯につき、古田徹也「現代の英米圏の倫理学における運の問題」法と倫理32号4頁参照。古田論文では、モラル・ラックに関わる倫理学上の諸問題が提示されており参考となる。モラル・ラックの定義に関わる多様性は、この問題を論じる際に特に気をつけるべきものと思われるが、本稿では、アングロアメリカ刑法学におけるモラル・ラックの一般的理解(奥村・前掲注(1)等に現れている)を前提として議論を進めることとする。

(4) 本稿では、英米の理論刑法学を、「アングロアメリカ刑法学」と呼ぶことにする。このような表現は、Andreas von Hirsch 教授から教示されたものである。

(5) 山田慧「未遂犯を基礎づける客観面と主観面に関する一考察：英米未遂犯論と「モラル・ラック(道徳的運)」をめぐる議論を参考に」同志社法学69巻3号(2017年) 941頁以下。

常に興味深いのであるが、筆者の研究対象とする北欧刑法学においても、モラル・ラックについて、重要な論文が存在している。ウプサラ大学法学部名誉教授ニルス・ヤーレボルイ (Nils Jareborg)<sup>(6)</sup> によるものである。ヤーレボルイは、スウェーデンの刑法学者であるが、スウェーデン刑法学は、ドイツ刑法学とアングロアメリカ刑法学の両者からインスピレーションを得て、それらを整理し、元々あった北欧刑法学と統合する形で新たな理論を構成しており、その点で、ヤーレボルイのモラル・ラック論文は参照価値が高いと思われる。さらに、スウェーデン刑法の未遂犯論は、我が国と同じく、客観的未遂論に立脚しており、主観的未遂論のイギリスとは異なる観点からモラル・ラックの問題に取り組む点でも、参照価値が高い。

本稿は、このヤーレボルイ論文を主たる参考として、モラル・ラックと未遂犯に関する議論について、理論刑法学の側面から、若干の分析<sup>(7)</sup>を行おうとするものである。

#### 4 本稿の概要

以下、本稿の概要を示しておきたい。まず、①イギリスにおける主観的未遂論の通説的見解とも言われる、アンドリュー・アシュワース (Andrew Ashworth) の見解を取り上げ、彼がモラル・ラックをどのように取り扱っているか、瞥見する。続いて、これに対するヤーレボルイの分析を参照する。ヤーレボルイは、モラル・ラックの排除を未遂犯論において導入することを否定するが、その論拠を検討する。その際、ヤーレボルイの分析と基本的に同一方向の分析として、ジョエル・ファインバーグ (Joel Feinberg) の見解も参照する (Ⅱ)。次に、②モラル・ラックの排除と類似する議論として、我が国でも行われた一元的行為無価値論の主張、

(6) Nils Jareborg, 'Criminal Attempts and Moral Luck' (1993) 27 Isr L Rev 213.

(7) スウェーデン刑法学から見たモラル・ラックの問題をわずかな資料から検討するに過ぎないものであって、本稿は、あくまで「覚書」である。

特に「偶然論拠」と呼ばれる議論を検討し、その類似性と相違を理論的に整理する（Ⅲ）。そして、③上記整理を通じた結論として、モラル・ラックの問題が、ひとり未遂犯に関する議論にとどまらず、刑法の各所に関わる議論であることを示し、さらに、モラル・ラックを排除しようとする思考の意味と有効性、さらに、その射程や体系的位置付け等について、検討する（Ⅳ）。最後に、④本稿によって得られた成果を簡単に要約する（Ⅴ）。

## Ⅱ 主観的未遂論とモラル・ラック

### 1 モラル・ラックの排除？

未遂犯におけるモラル・ラックの排除について確認しておこう。そもそも、結果が発生していない場合、または結果が発生しても行為との因果関係がない場合、その犯罪は、未遂犯となる。しかし、結果の発生は、行為者の行為とは無関係な偶然的結果である。偶然的結果、すなわちモラル・ラックを刑事責任から排除するためには、未遂犯と既遂犯の責任と刑罰を同じにする必要がある。——これが基本的な発想となる。

この帰結は、未遂犯と既遂犯の責任と刑罰を同じと考えるものであるから、主観主義刑法学の考え方と合致するものであり、未遂論としては、い<sup>(8)</sup>わゆる主観的未遂論の考え方と一致する。

### 2 アシュワースの見解

イギリスにおいて、モラル・ラックの排除を考慮しつつ、主観的未遂論を展開したのは、オックスフォード大学のアンドリュー・アシュワースで

---

(8) 牧野英一『刑事学の新思潮と新刑法』（1919年、有斐閣）140頁は、犯罪事実の「実現のないのは、犯人より見れば意外な原因に因るのである。……之が処罰上既遂と同視されるのは当然のことと考える」とする。

(9)  
ある。アシュワースは、以下のように述べている。

「公平性は不可欠な要素であり、……ランダムまたは偶然の要素が刑事責任の閾値や刑罰の量を決定することを認めるのは誤りである。人生の他の領域と同様に、犯罪行為においても、人が期待した通りに事が運ぶとは限らない。刑事責任においては、被告人の行為の実際の結果よりも、被告人が何をしようとしていたか、何を意図していたか、何をしていると信じていたかに重点を置くべきである。『意図の原則』と『信念の原則』ということからポイントを説明できるであろう。すなわち、『意図の原則』とは、行為者は意図して行ったことに対して刑事責任を負うべきであって実際に起こったことや起こらなかったことについて責任を負うべきではない、というものであり、『信念の原則』とは、行為者が当時知らなかった実際の事実や状況に基づいてではなく、自分が行っていると信じていたことに基づいて判断されるべきであるというものである。

………

人間の行動を判断する合理的なシステムというものは、偶然 (chance) ではなく、選択 (choice) に注意を払うべきである。完全な主観主義の原理が (他の適切な原則による阻却を条件としつつ) 刑事責任の基礎となるべきであり、危害にあらわれる偶然性の要素は、結果が二次的な役割しか持たないことを意味している<sup>(10)</sup>のである。」

### 3 ヤーレボルの視点

ヤーレボルは、以上のアシュワースの見解を批判的に検討するが、そ

---

(9) Andrew Ashworth, 'Criminal Attempts and the Role of Resulting Harm under the Code, and in the Common Law' (1988) 19 Rutgers LJ 725. なお、アシュワースの見解を紹介・分析する邦語文献として、澁谷洋平「イギリス刑法における未遂罪の客観的要件について (二・完)」熊本法学111号 (2007年) 48頁以下、奥村・前掲注 (1) 691頁以下、山田慧「未遂犯の本質に関する一考察」同志社法学68巻 5号 (2016年) 342頁以下等。

(10) Ashworth (n9) 736, 770. 以下の引用は、ヤーレボルがその論文 (前掲注 6) で引用している部分でもある。

の前提として、未遂犯論の諸問題を4つに分けている。やや遠回りになるが、正確に追っていこう。すなわち、①実行の着手時期の問題、②未遂の故意の問題、③不能犯および未遂犯の処罰根拠の問題、④未遂犯に対する刑罰の問題、である。ヤーレボルィによれば、このうち、前2者は政策的問題であるが、後2者は理論的問題である。そして、ヤーレボルィは、モラルラックと直接関わる問題として、3番目の問題を取り上げる。

3番目の問題について、ヤーレボルィは、まず、犯罪観に関わる問題として検討する。これに関するヤーレボルィの分析は非常に興味深いが、モラル・ラックとの直接的関連性が薄いことから、ここではスキップすることにしよう。ヤーレボルィの帰結としても、この分析が、解釈の重要な指針となるとしても、理論的に拘束力ある形では機能しないことが示されている。むしろ、理論的に拘束力があるのは、その後に展開される「道徳」に関する（形而上学的な）議論である。

その議論のための地ならしとして、ヤーレボルィは、形而上学的議論の重要性を、科学、そして事実の側面とリンクさせつつ論じる。すなわち、「世界が言語、概念のシステムを通して見られるようになった時点で、超越的、構造化された要素が追加されたのであり、全ての科学は形而上学的側面を持っている<sup>(11)</sup>」というのである。

---

(11) なお、筆者は、人間の思考自体が形而上学的な性格を持って作り出されていることについては異論がないが、そうして作り出された思考は「心理的な事実」として観察可能であると思っている（そうして、裁判官の思考を観察・記述することで、現に妥当する法（valid law）を示すことができる（松澤伸「機能的刑法解釈方法論再論」早稲田法学82巻3号（2007年）149頁参照）。この点で、全ての科学が形而上学的側面を持っている、というヤーレボルィの主張には賛同できないが、「（裁判官の）思考」を記述する際には、形而上学的な概念によって記述が可能となることも確かである。というのは、そもそも、「（裁判官の）思考」自体は、形而上学的な概念を用いて行われているからである。こうして、ヤーレボルィが、倫理的形而上学の内部の問題として道徳の問題を捉え、その性格づけを議論しようとしていることについては、その議論の位置付けについては同意できないものの、内容については、裁判官の思考内部において行われる道徳の問題についての分析という形で位置付けることで、筆者の立場からも、十分に参照可能であると思っている。

こうして、ヤーレボルリは、形而上学的倫理から議論を開始する。まず、彼は、倫理には「心情倫理」(Gesinnungsethik)と「行為倫理」(Handlungsethik)の2つがあることを指摘する。そして、心情倫理による道徳的判断を、以下のように示す。すなわち、人間は誰でも道徳的に問題ない方法で行動できる可能性を持っているべきこと、そのため、その者がコントロールできない要因は道徳的判断とは無関係であるべきこと、道徳的判断は偶然性や運の影響を受けてはならないこと、道徳的判断の対象は人の意思や信念、内的世界で起こることに限られること、である。この結果、心情倫理の考え方は、モラル・ラックを排除することになる。<sup>(12)</sup>

ヤーレボルリは、このように心情倫理を定式化した上で、しかし、未遂犯論においては、行為倫理による判断を行うのが適切であるとする。行動倫理とは、有害な結果を含む行為について、道徳的判断を行う考え方である。<sup>(13)</sup>この考え方は、我々が通常行なっている道徳実践と合致し、常識的な考え方をもたらすことになる。例えば、試験の結果、オリンピックの順位、ノーベル賞等々。ヤーレボルリによれば、心情倫理に基づく道徳的判断の意義については否定しないが、それは、刑事司法制度を構築するため<sup>(14)</sup>に——特にここでは未遂犯の刑事責任を定めるため——に適切かどうか、<sup>(15)</sup>という観点から選択されるべき問題であるということになる。

#### 4 ファインバーグの視点

同様の視点は、ファインバーグの見解にもみられる。ファインバーグ

---

(12) *Jareborg* (n6) 219

(13) *Jareborg* (n6) 220.

(14) *Jareborg* (n6) 223.

(15) なお、ヤーレボルリは、心情倫理的道德判断は、過失責任の判断において用いることが不可能であることも指摘する (*Jareborg* (n6) 223.). もともと、心情倫理的道德判断は、刑法学においては、フィナリスムスと整合する考え方であると思われるが、ヤーレボルリは、過失 (Culpa) を刑事責任のベースラインにおく理論構成を提唱している (松澤伸『スウェーデン理論刑法学の一素描』早稲田法学94巻1号 (2018年) 11頁参照)。



は、「法と道徳における問題含みの責任<sup>(16)</sup>」という論文において、道徳的責任と法的責任を対比し、「いくらかの点で似ており他の点で根本的に異なっている<sup>(17)</sup>」とし、その両者の特徴を明らかにしている（なお、ここでいう道徳的責任とは、ヤーレボルィの議論における道徳的判断と同様のものである）。

ファインバーグによれば、道徳的責任とは、「行為者の力の及ぶ範囲の内部で全面的に絶対的な責任を帰属させるような、合理性において優越し完璧に精確な判定である<sup>(18)</sup>」と位置づけ、その特徴として4つの特徴を挙げるが、本稿の問題意識、すなわちモラル・ラックとの関係で重要なのは、第4の特徴、つまり、「道徳的責任は規則的で予測可能でなければならず、何事もめぐり合わせや予測不可能な偶然性に委ねることはできない。とりわけそれは、法における責任が非常にしばしばそうであるような運の問題<sup>(19)</sup>ではありえない」というものである。すなわち、道徳的責任は、モラル・ラックを排除する。

ファインバーグは、このような道徳的責任は、法的責任とは異なるものとして位置付け、さらに、原理的にも、「法的責任が問題含みであるような事例では、道徳的責任は原則として絶対的に決定不能であり、従って適用することもできない<sup>(20)</sup>」として、法的解決が求められている場面で道徳的責任を適用することを拒否する。

ファインバーグによれば、それは「道徳的責任の観点からすると、我々が様々な目的や政策に訴えることは許されないからである」。そして、道徳的責任は、もちろん、当人の落ち度を判定することは可能であるが、法

---

(16) Joel Feinberg, 'Problematic Responsibility in Law and Morals' in *Doing and Deserving*, (Princeton University Press 1970) 25. 邦訳として、「法と道徳における問題含みの責任」J・ファインバーグ著／島津格・飯田亘之編集・監訳『倫理学と法学の架橋 ファインバーグ論文選』（2018年、東信堂）475頁以下〔望月由紀・訳〕。以下では、本邦訳から引用する。

(17) ファインバーグ・前掲注 (16) 475頁。

(18) ファインバーグ・前掲注 (16) 479頁。

(19) ファインバーグ・前掲注 (16) 480頁。

(20) ファインバーグ・前掲注 (16) 481頁。

的責任帰属とは異なるものである。「なぜなら責任判定には、因果性に関する要素も含まれるからである」<sup>(21)</sup>。

このように、ファインバーグの見解は、ヤーレボリイの見解と類似するものであり、基本的な発想において、同一であると言って良いであろう(論文の先後関係から見れば、ヤーレボリイがファインバーグを参考にしていると言って間違いないところである)。要するに、倫理的道德判断／道德的責任は、法的判断／法的責任は異なる。これをそのまま未遂犯論にもちこむべきではない、ということになろう。このことには、説得力があると思われる。<sup>(22)</sup>

### III 犯罪結果とモラル・ラック

#### 1 一元的行為無価値論と「偶然論拠」

ドイツや日本の刑法学においても、モラル・ラック排除的な思考が主張されることがある。いわゆる一元的行為無価値論である。一元的行為無価値は、違法性の本質を行為規範違反それ自体に求める見解であるが、この見解によれば、行為者が行為規範に違反したことのみに不法を基礎付け、結果は不法を基礎付けることはないとされる。一元的行為無価値論は、その独特の規範理解に基づいて主張されるものであるが、結論として導かれる結果の不法からの排除については、結果の発生・不発生は、行為者にとって偶然に基づくのだから、それによって不法の量が左右されることはな

---

(21) ファインバーグ・前掲注 (16) 481頁。

(22) 但し、ファインバーグは、ずっと後になって未遂犯論に関する論文を執筆しており、そこでは、モラル・ラックの排除を主張し、刑法的判断において結果が意味を持たないこと、未遂と既遂の刑罰を同じにすべきことを論じている (Feinberg 'Criminal Attempts: Equal Punishments for Failed Attempts' in *Problems at the Roots of Law* (OUP 2003) 77)。筆者は、論述の論理性においても結論においても、前掲 (16) の論文の方が、優れていると考えている。

い、と主張されることがある（このことは、「偶然論拠」と呼ばれる）。

一元的行為無価値論の「偶然論拠」は、偶然に委ねられている結果が不法を構成することは、責任主義と調和しない、というものである。すなわち、偶然の産物である結果が不法を構成すると解することは、偶然責任・<sup>(23)</sup>結果責任を認めることになる、というわけである。そして、その帰結として、一元的行為無価値論は、不法は行為者の結果を志向する意図によって基礎づけられるという結論に到達することになる。そこでは、行為者の志向無価値が不法を基礎付けるのであり、これに対しては、まさに、「心情刑法」との批判が向けられることになる。

しかし、モラル・ラックの排除を求める心情倫理に基づく（例えばアシュワースの）主観的未遂論によれば、このような批判そのものに意味がないということにもなろう。行為者主観に対する純粋に道徳的な責任判断が未遂犯の処罰を基礎づけるという立場によれば、心情倫理に基づく心情刑法であることこそが、偶然の処罰を排除する、より公平な刑法である、ということになろう。

しかしながら、我が国の通説的見解は、犯罪論において客観主義の見地に立ち、心情刑法を明確に拒否している（「心情刑法である」という批判は、我が国の刑法学において、論敵に対して行われる最も強烈かつ辛辣な批判である）。そして、我が国の通説的見解は、客観的未遂論に立ち、未遂犯の処罰根拠を、法益侵害の危険性の惹起に求めている。したがって、未遂犯規定の目的は、法益侵害の危険性の惹起の抑止・予防であり、法益侵害の危険性を惹起しないような行為は、例えば行為者がいかに道徳的に誤った心情から行為に出たとしても（例えば、丑の刻参り）、そもそも、処罰する必要

---

(23) 一元的行為無価値論による「偶然論拠」については、我が国では、増田豊によって行われているものが体系的である（増田豊『規範論による責任刑法の再構築』（2014年、勁草書房）208頁以下）。なお、これらの議論を要領よくまとめたものとして、曾根威彦『刑事違法論の展開』（2013年、成文堂）12頁参照。また、一元的行為無価値論に対する批判的検討として、松原芳博『犯罪概念と可罰性』（1997年、成文堂）178頁以下。

がないことになる。この点で、やはり、我が国の客観的未遂論は、心情倫理に基づく主観的未遂論とは相入れない。<sup>(24)</sup>

## 2 犯罪結果のコントロール

ここで問題となるのが、偶然論拠の背景として、一元的行為無価値論が指摘する、以下の点である。すなわち、規範の構造上、行為のみが禁止の対象となりうるのであり、結果は禁止の対象たりえない、というものである。換言すれば、規範が人間の態度を規制するものである以上、規範は行為の記述とそれに基づく命令を含むと同時にそれに尽きるのである、という主張である。

確かに、規範の対象は行為であり人間が意思の力で同時的・直接的にコントロールできるのは行為だけかもしれない。しかし、対象のコントロールが「及びうる」範囲は、同時的・直接的なものに限られないであろう。コントロールの「可能性」まで考慮すれば、行為に限らず、結果も規制対象に含みうると考えられる。つまり、直接的コントロールは行為にしか及びえないが、結果もコントロール「可能」である。このような見地から、筆者は、かつて、刑法による犯罪抑止（予防）について論じたことがあった。<sup>(25)</sup> それによれば、刑法の目的は犯罪抑止（予防）にある以上、刑法にとって重要なのは、「何を抑止（予防）したいか」である。客観的未遂論に

---

(24) この点で、ヤーレボルイが、未遂犯の処罰根拠と不能犯の問題を同じ局面の問題として取り扱っているのは正当である（*Jareborg* (n6) 213.）。そして、そのような意味で、未遂犯の処罰根拠論は、不能犯をどこまで認めるかという問題と直結しているが、主観的未遂論によれば、心情倫理に基づく道徳的責任判断が未遂犯の処罰を基礎付けるのであるから、丑の刻参り等のいわゆる迷信犯も、未遂犯を構成することになるのが論理的である。というよりも、これを処罰しないとする論理的根拠は、心情倫理からは引き出しえない。通常、どのような国の法制度であっても、迷信犯を処罰しようとはならないであろうから、現実的に言って、モラル・ラック排除と心情倫理に基づく主観的未遂犯論には、大きな欠陥があると思われる。

(25) 松澤伸「違法性の判断形式と犯罪抑止」早稲田法学78巻3号（2003年）235頁以下、本文との関連で、特に、239頁参照。

よれば、抑止したいのは、法益侵害の危険性を生じさせるような行為であり、結果を生じさせるような行為である。逆に言えば、結果を生じさせる危険性をもたないような行為は、禁止する必要はない。そもそも、結果発生「の」危険性を持った行為というのは、結果発生「の」可能性を持った行為であり、それは、行為が結果をコントロールできる「可能性」があることを論理的に前提としている。このように考えてゆけば、結果の発生は、完全な偶然ではない。偶然には、程度が存在するのである。<sup>(26)</sup> 一元的行為無価値論は、偶然を排除しようとする過程において、程度を問わずにあらゆる偶然を排除しようと試みたところに問題があったとも言えよう。<sup>(27)</sup> こうして、偶然論拠は、妥当ではないのである。

### 3 「偶然の結果は帰責しえない」問題

モラル・ラックは、上記のように、未遂犯論でもつばら展開されてきたが、因果関係論においても問題とされることがある。例えば、ファインバーグは、我々にとってはおなじみの事例を挙げ、この問題を論じる。

「被告人が殺人罪で有罪とされた有名な刑法の事例がある。そこでは犠牲者は、予想外のことに血友病患者であり、被告人が犠牲者の顔を平手打ちした際にできた口内の小さな切り傷から制御できないほど出血したことが原因で、死亡した。血友病患者を平手打ちした人物は、犠牲者が有していた思いも寄らない異常な敏感さが原因の死に対しても、責任があるとされた。毎日千人もの人が不当に殴られても刑事責任の問題になっていないのに、<sup>(28)</sup>である」。

(26) 山田・前掲注(5) 278頁は、モラル・ラックの問題について、「運の介在をどれほど許容するかという程度問題に過ぎない」とする。

(27) 結果発生が偶然ではないことについて、松原・前掲注(23) 197頁が、一元的行為無価値論が、結果を客観的処罰条件と位置づけ、これに不法を徴憑する機能を認める点について、結果が偶然の産物なのであればそこにかなる意味でも不法を徴表することはありえないとの批判を向けていることを想起されたい。一元的行為無価値論をとったとしてもなお、結果を完全な偶然と見ることは、実際上できないのである。

いわゆる血友病事例として刑法の講義や教科書で昔から登場する事例であるが、この事案について、刑法を勉強し始めたばかりの学部学生に尋ねてみると、被告人は被害者の死亡結果について責任を負わないと考えるべきだ、と答える者が多いであろう。そして、我が国では、この場合について、被害者の死亡結果の行為者への帰属を否定する理論として、折衷的相当因果関係説が主張され、長い間、通説的地位にあった。

折衷的相当因果関係説は、周知のように、その行為から結果が発生するのが経験則上通常である場合に因果関係を認める見解であるが、そのうち、どの範囲の事情を基礎として考えるかという点について、「行為の時(行為者の立場)に立って、通常人が知りまたは予見することができたであろう一般的事情、および行為者が現に知りまたは予見していた特別の事情を基礎と」<sup>(29)</sup>として相当性を判断する、という見解である。この見解によれば、上記血友病事例では、被害者が血友病患者であるという特殊事情は、行為の当時、通常人も行為者も知りえなかった事情であるから、相当性判断の基礎から除かれ、平手打ち行為と被害者の死亡結果との間には因果関係がなく、死亡結果の行為者への帰属は否定される、という結論となる。

こうした折衷的相当因果関係説の結論や、そもそもの問題意識は——多くの学生たちが支持を表明するであろうように——我々の常識に一致するからこそ、通説的地位にあったといえる。そして、そもそも、相当因果関係説は、「偶然的な結果……を刑法上因果関係がないとして排除しようとするもの」<sup>(30)</sup>として主張されたわけであるから、その考え方の背景には、モラル・ラック排除と同様の問題意識が存在していたのである。

しかし、現在の我が国の通説は、このレベルではモラル・ラックは排除しないと考えている。折衷的相当因果関係説は、通説の地位を追われ、現在は、行為時に特殊事情があった場合、被害者に特殊な事情があった場合

---

(28) ファインバーグ・前掲注 (16) 480頁。

(29) 団藤重光『刑法綱要総論』(第3版、1992年、創文社) 177頁。

(30) 曾根威彦『刑法原論』(2016年、成文堂) 137頁。

には、それが一般人に知りえなかったとしても、行為者に発生結果を帰属させるという結論が、一般的に認められている。今、刑法の学習の進んだ法科大学院の学生に尋ねれば、血友病事例については因果関係が肯定できる、すなわち、死亡結果は行為者に帰属できる、と答える者がほとんどであろう。

一方、かつて折衷の相当因果関係説が主張された背景には、被害者に特殊事情があり、それが原因で加重結果が発生した場合、結果的加重犯における加重結果に予見可能性が要求されないという判例・実務における結論を、妥当なものに修正しようという意図があったということが指摘されているが、折衷の相当因果関係説を取らず、結果的加重犯の加重結果について予見可能性は不要と解すると、上記のモラル・ラックの排除と同様の問題意識は、解消されないことになる。

この具体的な帰結については、ここではいったん置いておこう。<sup>(32)</sup>問題とすべきなのは、このように思考を進めた場合、モラル・ラック排除の問題は、未遂犯や因果関係の問題だけではなく、さらに、結果的加重犯（より端的には過失犯）との関連でも考えなければならない、ということである（「予見可能性なき結果は帰責しえない」問題）。

そして、未遂犯や因果関係の問題と、結果的加重犯（過失犯）における予見可能性の問題は、体系的に異なる問題である。前者は不法結果の帰属、後者は責任帰属の問題であり、すなわち、体系上異なる段階で、モラル・ラックは問題となりうるということである。以下、こうした認識に基づいて、モラル・ラックの問題を、刑法全体に広げて考察する。

(31) 内藤謙『刑法講義総論（上）』（1983年、有斐閣）273頁が指摘するように、折衷の相当因果関係説は、不当な結論を避けようとするものとして理解されてきた。

(32) 判例の立場によれば、結果的加重犯の加重結果について過失は不要であるから、結論は修正されない。つまり、行為者に死亡結果は帰属されることになる。

## IV 偶然の排除と刑法——若干の検討

### 1 総説

ここでの問いは、以下ようになる。すなわち、刑法において、「偶然」の排除について議論すべき場面は複数あるが、それぞれの場面を、犯罪論の体系に照らして、いかに範疇化するか、というものである。

この問題に回答するにあたって、前提として重要なのは、我が国の犯罪論は、違法と責任を区別している、ということである。すなわち、モラル・ラックが問題となると思われる各場面が、犯罪論におけるどちらの問題となるのかを、まず範疇化することが重要になってくる、ということである。Ⅲで論じた問題を中心に、これを考えていこう。

### 2 違法に関連する範疇化

まず、因果関係（条件関係、あるいはやや狭めて危険の現実化）が及ぶ範囲の結果は、全て行為者に帰属可能と解される。これについて、行為者や一般の知りえない偶然の結果を排除しようとする論理がかつては存在したが（折衷的相当因果関係説）、すでにこれに対する支持は（ほぼ）失われた。現在の通説的見解は、判例の示しているいわゆる「危険の現実化論」であるが、この理論の趣旨は、「偶然の結果の排除」ではなく、規範的に見て結果帰属が事実上不当と見られる場合について、結果帰属を否定するための理論枠組みであろう。<sup>(33)</sup>そして、結果が行為者に帰属されない場合とされる場合とがあるということになれば、未遂と既遂では、結果帰属の範囲が異なる。すなわち、不法が異なるということになる。

---

(33) 実際上は、ほぼ機能していない枠組みであり、判例や実務の結論は条件関係があるところ因果関係を認めるという古くからの考え方に従っているように思われる。



確かに、法益侵害の危険や法益侵害それ自体の発生については、行為者の行為が完了した後に、一定の因果経過を辿ってから生じるものであり、その過程において生ずる様々な事象の影響を受けるものであって、その発生に関わる偶然性は完全には排除できない。しかし、そうであったとしても、そもそも、その発生に関しては、行為者による「コントロール可能性」が存在したのである。行為者が手放したあとは、いわば、同時的なコントロールはできないが、それまでは、コントロールができた、すなわち、事前的なコントロール可能性が存在したのである。故に、偶然が介入する可能性があったとしても、その結果を、行為者に結果を帰属させても構わない。ヤーレボルイは、このことについて、以下のように述べている。「誰が罰せられるべきかどうか、また罰せられる場合にどのように罰せられるべきかについては、偶然性（運）がある程度影響する。しかし、刑事責任を認めるために、犯罪意思（*dolus*）以上のものが必要とされる以上、これは避けられないのである。犯罪の対象となる境界に入るかどうかは、多くの場合、偶然の問題である<sup>(34)</sup>」と。よって、違法として範疇化される場面においては、モラル・ラックは排除できないことになる。

もちろん、何らかの価値判断により、モラル・ラックの範囲を限定化することは可能である。その理論的可能性は排除されない。しかし、それは、刑法における「偶然性」の排除とは異なるコンセプトに基づく思考の結果といえることができる。すなわち、この場合には、単に、行為者にとって偶然な結果を帰属させることはできないという理論的・形而上学的な問題を超えて、「刑法によって国家が何を抑止したいか」という政策<sup>(35)</sup>（politics）に関わる問題となる。

---

(34) Jarebotg (n6) 226.

(35) なお、この問題の解答としては、日本の刑法学（実務）は、これをほぼ最大限（因果性の及ぶ範囲）まで広げているのが現状である。

### 3 責任に関連する範疇化

上記の結論だけみると——実際にそうであるとしても、それでもなお——過酷に見えるかもしれない。しかし、刑法は、処罰範囲の行き過ぎた拡大を制御する装置を用意している。それが規範的責任、すなわち非難可能性であり、責任能力である。

ここで再びヤーレボルリの言葉を参照しよう。「刑法は、様々な危害を予防するために作られている。そのため、行為倫理的道德判断——有害な結果を含めた行為に対する判断——によるアプローチが自然である。重要なのは、誰もが、自分がコントロールできない、あるいはコントロール可能性がないことで処罰されないようにすることである。これは、責任能力を責任の前提条件とし、責任能力の欠如を抗弁とすることで実現されるのである<sup>(36)</sup>」。

ヤーレボルリがここで述べているのは、以下のようなことであろう。モラル・ラックは、違法レベルにおいては排除されない。しかし、責任レベルにおいては、違法レベルよりも厳格な形で、自己のコントロールが及ぶ範囲においてしか責任は問えないという考え方をとることで、偶然による処罰を限界づける必要がある——と。

確かに、モラル・ラックは——ヤーレボルリが述べるように——刑事責任が心情無価値のみで構成されるものではない以上、實際上刑法から排除すべきでないし、また——ファインバーグが述べるように——もって生まれた能力や避けがたい環境等によって行為者が受ける影響がモラル・ラックの要素でもある以上、論理的に刑法から排除することもできない。しかし、同時に、自己のコントロール不可能な事情により処罰されることは、あつてはならない<sup>(37)</sup>。例えば、責任能力で考えてみれば、通説は、——原因

---

(36) Jareborg (n6) 226.

(37) なお、ヤーレボルリは、上記の引用において、責任能力の欠如を挙げているが、規範的責任論の見地からすれば、ここでは、より広い形、すなわち、非難可能

において自由な行為の理論でそうであるように——同時的コントロールを求めている（このこと自体は検討の余地があるかもしれないが、いずれにせよ、コントロール可能性は必須とされている）。それによって、コントロール不可能な偶然責任を行為者に負わせないという原則を満たすのである。

#### 4 モラル・ラックと「コントロール原則」

こうしたコントロールへの着目は、しばしば、「コントロール原則」と呼ばれることがある（「行為者がコントロールを及ぼしていた事象に対してのみ非難を加えることができる」という原則<sup>(38)</sup>）。そして、この「コントロール原則」とモラル・ラックの排除は、しばしば、同一平面で論じられる。しかし、上述のように、両者は、異なるフェイズの問題であると考えられる。

重要なのは、処罰に値する行為を決定する場面では「運」の要素がある（刑法的責任においてモラル・ラックは排除できない）ということと、行為者がコントロールを及ぼしていた事象に対してのみ非難を加えることができる、すなわち、行為者がコントロールできない事象は処罰できない（コントロール原則）ということとは、矛盾しない、ということである。

このことは、理論刑法学においては、違法と責任の区別に（ほぼ）対応するものと推測される。一方、倫理学上の議論においては、刑法学におけるような両者の厳密な区別は存在しないため、モラル・ラックの排除とコントロール原則は同一の平面で論じられてきたのではなかろうか。すなわち、上記の帰結を導くことのできる違法と責任の区別は、理論刑法学においては、決定的に重要であると理解されるのである。筆者の考えでは、アシュワース等によるアングロアメリカ刑法学における議論において、主観的未遂論が生じてしまう理由は、この点にもあるように思われる。<sup>(39)</sup>

---

性の欠如という形で、同様のことを実現することが考えられる。それにより、ドイツや我が国でいう責任原理／責任主義と、より合致した形で議論が可能となる。

(38) 山田・前掲注（5）250頁。

(39) アングロアメリカ刑法学でも、客観的未遂論については、フレッチャー

ロアメリカ刑法学は、その刑罰論において極めて高度の発展を遂げていると考えられ、それを反映した犯罪化論も緻密に構成されているが、ドイツ刑法学流の、違法と責任の理論化・区別についての意識が薄いため、<sup>(40)</sup>アングロアメリカ刑法学をリードするアシュワースでさえ、(我が国ではすでに克服された) 主観的未遂論から逃れられなくなってしまうのであろう。

## 5 「コントロール原則」と責任主義

なお、近時、ドイツでは、モラル・ラックの研究を通じて、<sup>(41)</sup>「コントロール原則」を責任主義に置き換えようとする主張が現れている。B・ブルクハルトは、責任概念を用いることに反対し、責任主義／責任原理を、コントロール原則——ある行動に対する規範的な価値づけは行為主体による統制の範囲内にある事実とのみ相関するという原則——に置き換えようとする。<sup>(42)</sup>ブルクハルトの考えによれば、責任概念を用いることは、罪が犯されたがゆえに不利益賦課としての刑罰を科すことが正統である、という主張を導くことになるが、それは、古い応報概念に基づくものである。<sup>(43)</sup>それゆえ、古い応報概念に基づく責任概念は放棄しなければならない、<sup>(44)</sup>というのである。

確かに、責任概念は、様々な手垢がついた洗練された概念ではないかも

---

(George Fletcher) やダフ (Antony Duff) 等の有力な論者が存在している。また、主観的未遂論にも、犯罪概念の理解とも関連して (本稿Ⅱ 3 でも言及したようにヤーレポリはこれについて論じているが、本稿ではスキップした)、様々な根拠に基づく様々な理論的バリエーションがありえ、それらを整理することは、理論刑法学において、重要な課題であると思われるが、これについては、別に検討することにする。

(40) 例えば、アングロアメリカ刑法学における犯罪化論の頂点ともいえるべき Andrew Simester & Andreas von Hirsch *Crimes Harms and Wrongs* (Hart 2011) の議論は、緻密を極めているが、それでも、違法と責任の区別の意識は薄い。

(41) Boris Burghardt *Zufall und Kontrolle* (Mohr Siebeck 2018) .

(42) Burghardt (n41) 311.

(43) Burghardt (n41) 214.

(44) Burghardt (n41) 325.

しれない。しかし、責任主義を全てコントロール原則で置き換えてしまうことには、なお疑問があるように思われるし、また、ブルクハルトの主張<sup>(45)</sup>の前提、すなわち、刑法において責任概念を用いることへの批判それ自体にも、疑問がある。その点で、ブルクハルトの主張に従うには、なお慎重でなければならないと思われるが、ただ、責任主義とコントロール原則には、類似した側面があることも確かである。責任主義が、行為者個人の生理的能力や知識を前提として、犯すことを回避しえなかった不法については非難不可能であるとする原則と定義され、コントロール原則が、行為者がコントロールを及ぼしていた事象に対してのみ非難を加えることができるという原則（山田慧）／ある行動に対する規範的な価値づけは行為主体による統制の範囲内にある事実とのみ相関しうるという原則（ブルクハルト<sup>(47)</sup>）と定義されるならば、その両者の相違は、簡単に答えられるものではない。それゆえ、この両原則の関係や内容の対比については、なお詳細な検討の余地があるように思われる。

## V おわりに

最後に、本稿で得られた成果、さらにそこから導出できる帰結を、簡単にまとめておくことにしよう。

（１）まず、前節の最後に述べたように、重要なのは、処罰に値する行為を決定する場面では「運」の要素がある（刑法的責任においてモラル・ラックは排除できない）ということと、行為者がコントロールを及ぼしていた事象に対してのみ非難を加えることができる、すなわち、行為者がコントロールできない事象は処罰できない（コントロール原則）ということと

---

(45) Claus Roxin/Luis Greco *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I* (2020 C.H.Beck) 996.

(46) 小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』（2018年、判例時報社）79頁。

(47) Burghardt (n41) 257.

は、矛盾しない、ということである。

モラル・ラックの排除とコントロール原則はそれぞれ別の問題と理解し、かつ、刑法理論上現れる様々な「偶然の結果を帰属させてよいか」という問題について、それぞれ、違法性と責任のどちらの問題であるかを意識しつつ、分析する必要がある(48)（至極当たり前に聞こえると思われるが、その前提たる違法と責任の区別は、理論刑法学の成果として、決定的に重要であることは、前に述べたとおりである）。さらに、コントロール原則については、責任主義との異同が問題となる。これは相当な難問であると予想されるが、将来の検討に委ねるほかない。

(2) 次に、心情的倫理的判断と刑法的倫理的判断は異なるものであり、刑法学においては、後者の判断がなされる必要がある、ということである。

ヤーレボリが言うように、刑事責任が成立するために行為者主観以上の客観的要件が必要とされる以上、偶然の介入は避けられない。ヤーレボリによれば「偶然性が完全に中和されていないことは、中和されるべきであることを前提とする形而上学的立場からのみ奇妙に見える」(49)のである。

(3) 上記の帰結を未遂論に当てはめた場合、そこで得られる帰結は、客観的未遂論と整合する。すなわち、刑法的判断として、行為倫理的判断の立場（有害な結果を含む行為に対する判断）をとることが必要であると

---

(48) これらの問題は、多数にのぼるが、いくつか例を上げておくと、違法に関連する範疇に含まれる問題としては、上記で論じた「偶然の結果は帰責しえない問題」（因果関係、未遂犯。さらには共犯も含まれる）のほか、「制御不能な偶然の原因の結果は帰責しえない問題」（行為概念）、さらにその特殊な場合として、「不可能な作為は義務付けられない問題」（不作為犯）、等、が考えられる。一方、責任に関連する範疇に含まれる問題としては、「予見不可能な結果は帰責できない問題」（過失犯。結果的加重犯を含む）、「(同時的) コントロール問題」（責任能力。特に原因において自由な行為の解釈論）、「偶然の外部的事情により生じた結果については帰責できない問題」（期待可能性）等、が考えられる。

(49) *Jareborg* (n6) 226.

解するのであれば、客観的未遂論が帰結され、そうすると、不能犯については、「有害な結果（が生じる可能性）」を考慮して判断する客観的危険説（あるいは、広げて具体的な危険説）が帰結することになる。また、行為によってもたらされる結果（危害）は刑法的判断の重要な対象となる結果、未遂犯の刑罰は、必要的減刑が望ましい、という帰結が導かれることになる（確かに日本刑法の規定は刑の任意的減輕であるが、実務は實際上必要的減輕となっていると考えられる）。

しかし、そうであっても、実行の着手時期については、主観主義的な立場をとることは不可能ではない。つまり、行為者主観に重心を移して、実行の着手時期を前倒していくことは、理論的には不可能ではないのである。ここで、あらためてヤーレボリィの議論を参照してみよう。ヤーレボリィは、未遂犯の問題を4つに分けた。①実行の着手時期の問題、②未遂の故意の問題、③不能犯および未遂犯の処罰根拠の問題、④未遂犯に対する刑罰の問題、である。ヤーレボリィによれば、このうち、前2者は政策的問題であるが、後2者は理論的問題である。すなわち、実行の着手時期については、規範的な議論では決着がつかない問題であるということになる。実行の着手時期は、法益侵害の現実的危険が生じたとき、というのが通説的理解であり、その定義自体に問題はないが、法益侵害の現実的危険というのは、相当に幅のある概念である。そして、実際の当てはめの段階については、近時、様々な見解が提出されるようになっている。ここで重要なのは、これらの見解の当否は、純粹に政策的なものであるから、理論に基づいた規範的な観点からは優劣はつけがたい、ということである。では、どのように考えるべきなのか。ここでは、「現在そのようなものであるから正当化される」という、事実的正当化を考えるべきであると思われる。事実的正当化は、これまで、ほぼ議論されたことがないが、今後の刑法<sup>(50)</sup>解釈学の方法を考える際には、重要な意味を持つてくるであろう。

(50) 事実的正当化について、詳細は、松澤伸「裁判員制度のもとでの刑法—総論的考察—」松澤伸ほか著『裁判員裁判と刑法』（2017年、成文堂）25頁以下。

(4) 最後に、刑法学と倫理学の関係は密接であるが、倫理学の議論をそのまま刑法に持ち込むことには慎重であるべきであるということを述べておきたい。刑法学と倫理学の議論は、しばしば、一直線にはつながらない。例えば、故意責任と過失責任のどちらが刑事責任の基本形かという問題（フィナリスムスか客観的帰属論か）について、心情倫理的道德判断を刑法に導入すれば、故意責任であるという結論（フィナリスムス）が導かれると思われるが、そこには、刑法理論としての必然性はない。倫理学の議論を援用する場合には、刑法の目的を踏まえ、刑法学との整合性に意を用いる必要があるのである。