

Recklessness 概念の一考察（1）

——「Recklessness による共犯」の視座設定のために——

坂 本 学 史

目 次

- 一. はじめに
- 二. Recklessness を巡る議論の紹介
 1. Williams の立場
 2. Hall の立場
 3. Fletcher の立場
 4. Perkins & Boyce の立場
 5. Alexander & Ferzan の立場
- 三. 模範刑法典における Recklessness 概念・・・・・・・・以上本号
- 四. Recklessness 概念の分析
- 五. Recklessness とアメリカ共犯理論
- 六. おわりに

一. は じ め に

わが国の刑法38条1項は、故意責任を原則、過失責任を例外として規定している。では、この犯罪の主観的要件についての原則と例外の区別につき、どのように理解するべきなのであろうか。

そもそも、人には、元来、意志の自由 (liability of will) と知覚 (understanding) という2つの偉大な才能が備わっている。意志の自由またはその選択は、物事を知るための知覚という行為、または意志により選択された行為を前提とする。したがって、人の主観的な側面を考察する

場合には、思慮 (thinking) や意志という人格の根本的な要素に目を向けるべきである。そしてまた、法において人が自由なものとして擬制されている以上、その意思についても社会的に要求を理解し、それにしたがって意思を決定されることを望まれているはずである。⁽¹⁾ 換言すれば、その自由意思にしたがって社会的危害を惹起するのであれば、そのような選択に対して社会的な非難がなされることになるはずである。⁽²⁾

ところで、先述のように、わが国では、犯罪の主観的要件につき原則としての「故意」と例外としての「過失」の2種類があることを法文上規定している。この故意と過失の関係性につき、故意と過失は表裏の関係にある、すなわち、故意が成立しない場合に、はじめて過失を検討することになるとの立場を前提とすれば、故意と過失は二分されるものではなく、また中間形式も存在しないことから、互いが接している関係性にあるということになるはずである。⁽³⁾

では、どの部分で、故意と過失は接しているのであろうか。通常、故意であれ、過失であれ、それぞれに応じた幅があることに問題は無いように思われる。つまり、少なくとも犯罪事実の認識の程度によって、故意であれば「確定的故意」と「不確定的故意 (未必の故意)」⁽⁴⁾

(1) Jerome Hall, GENERAL PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 2d (1960), at 105.

(2) 佐伯千仞『刑法講義(総論)4訂』239頁

(3) 平野龍一『刑法総論I』(1972)181頁

(4) もちろん、この「不確定的故意」につき正確に言えば、「概括的故意」、「択一的故意」、そして「未必の故意」が包含されていることは言うまでもないであろう。もっとも、「概括的故意」と「択一的故意」は、いずれも確実に結果が発生する場合であるから、「未必の故意」とは問題となる領域が異なっており、独立に論じる意味があるようには思うが、それぞれ個別の客体の侵害との関係では、やはり未必的な認識しか存在しないであろう。(浅田和茂『刑法総論(補正版)』(2007)300-301頁, 井田良『講義刑法学・総論』(2008)160-161頁)したがって、本稿において用いる「不確定的故意」とは、その基本形式として考慮される「未必の故意」を意味

に、過失であれば「認識ある過失」と「認識なき過失」に分類されることになり、そして、故意は重い責任形式、過失は軽い責任形式とされていることからすれば、その非難の程度に従い「確定的故意」、「未必の故意」、「認識ある過失」、そして「認識なき過失」の順に並べることができよう。したがって、故意と過失が接している部分は、「未必の故意」と「認識ある過失」との間にあるということになる。⁽⁵⁾

一方で、アメリカ合衆国では、模範刑法典2.02条2項において犯罪の主観的要件（メンズ・レア）につき、「purpose（目的）」、「knowledge（認識）」、「recklessness（無謀）」、「negligence（過失）」の4種類がある⁽⁶⁾

し、それを前提に議論を進めることにする。なお、「概括的故意」および「択一的故意」については今後の検討課題とする。

- (5) 平野・前掲書注(3) 181頁；この「未必の故意」と「認識ある過失」との区別につき、わが国において、認識の射程に関するその程度や認容の有無などを軸として、蓋然性説や認容説あるいは動機説などの各学説が激しく対立し展開されてきたことは、指摘するまでもないであろう。この点につき検討したものを挙げれば枚挙に暇はないが、最近のものとして、関根徹「故意の概念と故意の証明」高岡法学第20巻第1＝2合併号(2009) 106頁以下、同「故意の客観化について」高岡法学第18巻1＝2合併号(2007) 195頁以下、同「故意危険の理論について」高岡法学第17巻第1＝2号合併号(2006年) 81頁以下、玄守道「故意に関する一考察—未必の故意と認識ある過失の区別をめぐって—(1)～(6)完」立命館法學第299号第1号(2005年) 181頁以下、第302号第4号(2005年) 1566頁以下、第306号2号(2006年) 351頁以下、第308号4号(2006年) 1080頁以下、第309号5号(2006年) 1416頁以下、第313号3号(2007年) 728頁以下、などがある。
- (6) 原文については、後掲注(108)を参照されたい。なお、アメリカ合衆国では、周知の通り、各州によって刑法典が異なっている。しかしながら、本稿では、アメリカ合衆国において統一的な規定を起草する目的でアメリカ法律家協会により作成され、実際にそれに従っている州も多い「アメリカ模範刑法典」を、アメリカ合衆国の刑法典として議論を展開していくこととする。
- (7) この「recklessness / reckless」という言葉には、その日本語訳として「無謀」という言葉が、従来から用いられてきた。しかしながら、本稿の

ことを法文上規定している。⁽⁸⁾そして、これらの関係性は、行為者の主観的な程度の応じ、その中で最も非難の程度が重い「purpose」をその頂点として、「knowledge」「recklessness」, 「negligence」の順に、ヒエラルキー的な構成を採るものとして、アメリカ合衆国では一般的に理解されてきた。⁽⁹⁾したがって、アメリカ合衆国の模範刑法典のほうが、わが国に比べ、行為者の主観面につきより段階的に規定されていることは法文上明らかであり、そしてわが国との対応関係で言えば、「knowledge」と「recklessness」、あるいは「recklessness」と「negligence」との区別⁽¹⁰⁾が、故意と過失の関係性を示すものと言いうるのであろう。

目的は、アメリカ合衆国における「recklessness」概念の定義づけを行うことであるため、本文中ではあえて原語をそのまま用いることにする。なお、『英米法辞典』によると、この「recklessness」につき、「未必の故意ないし認識ある過失／無謀／無思慮／（行為の結果に）全く無頓着／行為者がその行為の有害な結果の可能性または蓋然性について、全く無関心に行為する、あるいは被害を予見しながらそれを無視して行為する心理状態を指す。故意にはいたらないが、通常の過失よりも非難性が大きく、わが国の未必の故意および認識ある過失を独立にカテゴリとしたものにあたる。その情況のもとで、他人の生命、身体の安全等に危険な結果を生じることをもって配慮しないで行為すること」との説明がなされている。（田中英夫編『英米法辞典』（1991）702頁）

- (8) Model Penal Code § 2.02 (drafted at 1962)；なお、本稿では recklessness と同様に、recklessness 以外のメンズ・レアについてもあえて原語をそのまま用いることにする（前掲注（7））。また「recklessness」以外の主観的要件につき、『英米法辞典』によれば「purpose」については「意図的に／故意に犯罪を構成する結果を生じさせること、または犯罪を構成する属性の行為を行うことが意図的な目的とされる場合をいい、結果が発生するであろうこと等を認識しているにすぎない knowingly (knowledge) と区別される」とし、次に「knowingly」については「認識して／故意に／犯罪や不法行為などの構成事実について knowledge (認識) を有する状態」、そして「negligence」については「(刑法上の) 過失／注意深い通常人なら、その情況のもとでとったであろうと思われる行為をしなかったこと」との説明がなされている。（田中・前掲書注（7）686, 493, 580頁）

- (9) Wayne R. LaFave, *SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW* 2d (vol. 1, 2003) at 334.

では、本稿で recklessness 概念を分析する意義はどこにあるのだろうか。この点につき、故意と過失の中間形式が存在しないわが国において、その両方の概念を包摂する recklessness を分析する意味は少ないのではないのかとの疑問が呈せられることが考えられる。

しかしながら、違法行為を思いとどまることもできたのに、あえて違法行為に出たことに対して道義的な非難が可能であり、これこそが責任の本質であると考えた道義的責任論を「(非難の) 枠」とし、そして、故意・過失に共通するものとして、行為に出るべきではなかったという規範的な評価が重要であるとする規範的責任論を「(非難の) メモリ」と置き換えた場合、同じ「枠」内に故意と過失が存在し、かつ、両者に共通の「メモリ」があるのであるから、故意と過失は同じ「大きさ」⁽¹¹⁾であり、そして構成要件該当事実の認識があるか否かで、故意と過失が区別されると言うのであれば、それらは表裏の関係にあると仮定することができよう。さらに、故意犯の違法と過失犯の違法との間に違いは存在せず、故意と過失は専ら責任非難に影響をもつにすぎない責任要素であることを前提とした場合、故意と過失は連続的に捉えられることになるはずである。⁽¹²⁾以上のことを比喩的に纏めれば、まさに道義的責任という大きさの「紙」を丁度中間で折ることで、故意と過失がぴったり重なり合っている状態にあると言えよう。しかし、そうであるとすれば、そこ

(10) 田中・前掲書注(7)

(11) ここで言う「同じ大きさ」とは、あくまでも「枠それ自体の大きさ(例えば、物差しそのもの)」が同じという意味であって、実質上故意と過失が同じ大きさであるということは意味していない。わが国の法文上、故意が原則、過失が例外であり、そして、犯罪事実の認識予見である故意の可能性が過失であることからすれば、過失は故意の理解によって定義づけられることは当然である(山口厚『刑法総論第二版』(2007)186頁)し、非難の程度という意味では故意と過失は大小の関係にあると言えよう。その一方で、認識予見の「可能性」という点に着目すれば、故意よりも過失のほうがその適用範囲は広いということにもなる。

(12) 高山佳奈子『故意と違法性の意識』(1999)134-138頁

には、わずかながらに故意と過失とに共通する部分が存在することになる。というのも、そこには「折り目」が存在するからである。

ここに、recklessness 概念を分析する意味があると思われる。故意と過失が区別されることを前提とするのではなく、故意と過失が表裏の関係あることを前提とした場合、より言えば、心的に連続している関係にあるということを前提とした場合、むしろ、この「折り目」のように中間形式として存在する、故意と過失という相反する概念を包含するrecklessness を、まさに両者の共通項として分析対象とすることこそが、人間の主観面の根本要素を探求すること、換言すれば、法的な非難の対象として相応しい存在たる、行為者の心的状態の本質を説明することにつながると言えるのではないかと推測するのである。

そこで、本稿では、故意と過失を心的な連続体として捉えた場合における両者の関係性を探るヒントとして、アメリカ合衆国のrecklessness 概念をその分析対象とし、わが国における故意および過失の概念的な整理、とりわけ「未必の故意」と「認識ある過失」との関係性を紐解くカギを探り出したいと思う⁽¹³⁾。

さらに、本稿では、このような原則論レベルの議論、すなわちrecklessness とそれ以外の主観的要件との関係性のみならず、例外論レベルの議論、すなわち、recklessness と共犯との関係性についても言及することで、アメリカ合衆国におけるメンズ・レアと共犯理論の整合性ととともに、原則論レベルの議論から導き出された方向性についても、合わせ

(13) Recklessness 概念の分析を基に、わが国の故意・過失概念につき再考を促すものとして、鈴木茂嗣「Recklessness と故意・過失」(『アメリカ刑事法の諸相』)441頁以下がある。もっとも、本稿では、わが国の犯罪主観的要件とアメリカ合衆国のそれとの対応関係についてまでは言及しない。というのも、わが国の刑法理論、とりわけ故意と過失との関係性については、ドイツ刑法理論を母法としていることから、この対応関係の比較については、まずドイツ法とアメリカ法の比較を前提として、慎重に検討する必要があると考えるからである。

て確認することにする。⁽¹⁴⁾

二. Recklessness を巡る議論の紹介

では、そもそも recklessness につき、アメリカ合衆国ではどのような理解されてきたのであろうか。まずは、本章で、アメリカ合衆国における recklessness を巡る伝統的な議論を紹介することにする。

1. G. Williams の立場⁽¹⁵⁾

Williams は、reckless につき、主に三つの視点から議論を展開する。すなわち、1) 結果の予見としての recklessness, 2) recklessness による negligence の包含、そして3) 結果の蓋然性の程度、という視点である。

1) 結果の予見としての reckless

Williams は、はじめに negligence には、注意を向けた (advertent) negligence と、注意を向けなかった (inadvertent) negligence の2種類があるとし、reckless は、注意を向けた negligence であるとする⁽¹⁶⁾。このように、Williams は、reckless を negligence の一類型として位置づけるが、reckless は結果に関して行為者が当該結果を意欲しないけれども、その結果発生の可能性を予見し、意識的に当該危険を引き受ける場合に

(14) 拙稿「第二次的関与者のメンズ・レア」神戸学院法学36巻1号(2006)

(15) Glanville Williams, CRIMINAL LAW, 2d (1961) at 53-64.: Williams はイギリスの刑法学者であり、本稿において Williams の見解をここでの議論に含めることは相応しくないのかもしれないが、Williams の見解は、後に紹介する見解はもちろんのこと、他のアメリカにおける刑法理論に関する著作で多数引用される見解であることから、アメリカ刑法理論をひも解く意味でも重要な見解であるとして、ここで議論の対象に含めることにした。

(16) *Id.* at 53.: したがって、「注意を向けなかった negligence」が単なる「negligence (過失)」を意味することになる。

生じるものであるとする。⁽¹⁷⁾ その一方で、注意を向けなかった negligence は、そのような予見すらない場合であると定義する。したがって、ほとんどでないにしろ、多くの法的対象にとって、reckless は intention に属することになる。⁽¹⁸⁾ ただ、その前提として、reckless は結果を予見するという点で intention と類似するが、intention は結果を意欲する、または確実な (certainty) ものとして予見する一方で、reckless は意欲ではなく、可能性または蓋然性として結果を予見するという点で異なっている。したがって、reckless の都合のよさは、このような reckless の意味を排斥しない限りで、狭義の negligence が、注意を向けなかった negligence を意味することを必要とする。それゆえに、一般的な意味において、reckless と negligence は同種のものであるけれども、reckless と negligence は区別されうるものでもある。⁽¹⁹⁾

ところが、Williams は、このような reckless の意味は、今日一般的に認められているが、以下の3つの要因がその安定性を危うくするとする。すなわち、①(英語という)言葉の語源から生じるもの、②個人に対する容認された政策のために、刑法の領域を拡張するとの恒常的な要請、そして③特に、一般的に陪審説示に用いられる定義において、他の言語上の結び付きから生じるもの⁽²¹⁾、である。まず①につき、reckless な者は、言語上、意に介さない者であり、注意しない (careless) 者と言うべき者である。したがって、論証の際、reckless と careless は、同義語となる。careless が注意しない者という第一義的な意味を持ち続けければ、問題はほとんど生じない。しかし、実際、careless は、当該行為の危害のある結果につき十分に注意するかもしれないが、その結果を防ぐ

(17) *Id. at.*(18) *Id. at.*(19) *Id. at.*(20) *Id. at* 54.(21) *Id. at* 54-55.

ことが元々できない者にも当てはまることにもなる。したがって、carelessにつき、この含意が緩和される場合に限り、reckless という言葉には影響しないことになる。⁽²²⁾

次に②につき、Williams は reckless と careless の語彙的類似性は、この第二の要因により、やっかいなものになる⁽²³⁾とする。裁判官は、場合によって、専門用語が明確な意味を持つべき公共政策のより明確な要件を顧みることなく、不適切な行為につき有責であると考えられる特定の者を処罰することを望む。つまり、reckless と careless が交換可能な言葉であることを許容することは、この2つの概念を区別する妥当な方法を発見しないままにしておくことになる。

そして③につき、Williams は、定義の必要性は reckless の立証の困難さから生じるとする。⁽²⁴⁾争点が、被告人が結果につき reckless であったか否かである場合、そこでの問題は、その結果発生の可能性を予見していたか否かとなる。しかしながら、通常そのような問題は、被告人の行為や認識の機会を調べることで解決されるべきである。加えて、行為は intention とは異なり、reckless のガイドラインにはなりえない。⁽²⁵⁾というのも、intention において、行為者は結果を確実なものにするために精を出し、態度に隠し切れないような意欲あるいは意図を示す証拠を残すであろうが、reckless はつかの間のもので、直ぐに消えるようなものである⁽²⁶⁾ことから、態度には何ら痕跡を残さないことになるからである。

(22) *Id. at.*

(23) *Id. at.*

(24) *Id. at.*

(25) *Id. at.*: つまり、被告人が結果を必要としていたということを合理的に否定し、被告人の陳述が真実であるかどうかを知るために、彼の内心に直接入り込むことは不可能であることから、ある程度外面的に判断しうる「intention」とは異なり、微妙な心理状態を必要とする「reckless」はそのガイドラインにはなりえないということである。

(26) *Id. at.*: 被告人は自分を騙すという意味で、起こる可能性のある結果

Reckless の問題で、これらの考慮が陪審員らの前に示されるかもしれない。そこで、Williams は、被告人が結果を予見したに「ちがいない (must)」かどうかを考慮するよう陪審員らに説示することに異論はないが、被告人が結果につき予見した合理的な人間 (a reasonable man) のように「すべきであった (ought)」かどうかの問題と、必然的に容易に混乱することになる⁽²⁷⁾とする。後者の問題は、合理的な人間という客観テストを事前に補完するものであり、被告人の現実の予見は重要ではないことになる。しかし、前者の問題は、被告人の現実の予見に対し専ら向けられた問題であり、合理的な人間が何を予見したであろうかとのテストは、論証における単なるステップにすぎないものとなる。したがって、不注意に向けられた negligence の判断は、被告人の行為と合理的な人間の行為との比較に依拠するが、reckless の判断は、被告人の内心で起こったことについてのガイドラインとして、あるいは行為時の被告人の内心が通常のものであったと仮定される限りで、合理的な人間概念を用いるのである⁽²⁸⁾。

そこで、Williams は、このように定義された reckless は、(法が適切に運用されるならば)⁽²⁹⁾多くの有罪を確実にする概念ではないとする。メンズ・レアのとしての reckless は、確かに intention 要件から見ると拡張されているが、それほど問題とはならない。というのも、少なくとも、

を望んではいないが故に、そのような不快な結果が起こらないであろうと判断したかもしれないのである。

(27) *Id. at*.

(28) *Id. at* : たとえば、精神状態が正常でない場合、酩酊状態、あるいは注意深く判断することができないような強制下にある場合や激情、興奮状態がある。これらの事実は「negligence」とは無関係であるが、「reckless」とは十分に関係がある。多少異なった状態にあったとしても、これらのような事実は、被告人が結果を予見しなかったと判断するよう裁判所を導くことになろう。

(29) *Id. at* 56.

行為の結果に対し reckless を用いるからである。⁽³⁰⁾しかしながら、行為の付随的状況のような事実にも、reckless が用いられている。すなわち、付随的な結果が発生する可能性があるが、それを無視して行為するという可能性を行為者が認識していれば、付随的な状況に付き reckless であると言われる。加えて、先例では reckless と gross negligence が同じ意味で用いられていたことに注意すべきである。⁽³¹⁾したがって、典型的な reckless 事例で、結果は予見されなければならないが、たとえ結果を予見していたとしても、行為者が更なる行為をしたであろうと推定されうるとすれば、結果を予見していたということが証明されなくても、reckless として有罪となるのである。⁽³²⁾

これらのことから、行為は、第一の結果につき intention であり、第二の結果につき reckless、第三の結果につき negligence、そして第四の

(30) *Id. at*

(31) *Id. at* 56-57.: Williams はこの「二つの意味」につき、Ackroyd v. Barrett 事件 ([1894] 11 T. L. R. 115) を使って説明する。それによると、乱暴で「reckless」な方法で自転車に乗り、歩行者を撥ねた者は暴行罪には問われないとされた。一見すると、当該暴行が「reckless」に実行されたことが否定されたかのように見えるかもしれないが、「reckless」という言葉は、「gross negligence (inadvertent negligence)」の意味を創出しようと企図されたものであるとの解釈も成り立ちうる。もしそうであるならば、当該暴行が、結果の予見との意味で、reckless に実行されうるということを否定しないであろう。つまり、自転車に乗っている者が自分の前を歩いている歩行者を轢く蓋然性を予見するが、それでもなおスピードを落とすことなく運転し続けるならば、それは暴行罪のメンズ・レア要件を満たすと判断されうるのである。

(32) *Id. at* 57.: たとえば、D が P に傷害を負わせようとナイフで刺そうとするが、実際は P の服を切っただけであった場合において、P を刺す際、P の服を切ることは考えていなかったと D が証言したとしても、D は P の服を切ったことにつき「maliciously (たとえば reckless)」で有罪とされうる。というのも、他者を刺そうとする者は、自分が他者の服を切ってしまうとの反対動機により刺すという行為を抑制されないとの確信があるからである。

結果につき偶発的 (accidental) とされることになる。例えば、誰かを轢く重大な危険性がある人口密集地域でスピードを出して車を運転し、その地域を通過する者は、reckless な運転という犯罪を遂行する。というもの、結果発生の危険を認識して運転するからである。しかしながら、実際にその地域で誰かを轢いた場合、運転方法が intention ではなく、また人の死につき intention ではなく、むしろ、その死は reckless に惹起されたことになるのである。⁽³³⁾

2) reckless による negligence の包含

Williams は、主観的な reckless と呼ばれる非難しうな点 (fault) の性質にさえ、客観的な側面があるとする。⁽³⁴⁾ 例えば、鉄道会社の幹部 (責任がある者) が60~80マイルで列車を運行するよう惹起することで、それよりも遅い速度で列車を運行させる場合よりも、乗客に対する危険を増加させることになる。Reckless が、可能性のある結果の予見として定義されるなら、そのような行為は reckless となるが、negligence にはならない。⁽³⁵⁾ 特に、公共の利益と比較衡量する場合、全体から見てその危険はとても小さいことから、考慮に入れることはできない。したがって、法的な対象としての reckless がそこにはないことになる。⁽³⁶⁾ また、reckless は、結果につき予見がある場合には negligence と同じ経路を辿ることになる。つまり、reckless には主観的側面と客観的側面という2つの側面があるのである。結果を予見したか否かを判断するために、被告人の内心に入り込んでみる必要があるという点では主観的であると同時

(33) *Id.* at 57-58.

(34) *Id.* at 58.

(35) *Id.* at.: たとえば、命を助けようとする外科医は、死の可能性を予見していたとしても、reckless により有罪とはならないし、根拠のある手術は negligence でもない。つまり、意図的に機会を引き受けることがあっても、必ずしも negligence とはならないのである。

(36) *Id.* at.

に、その問が肯定されれば、その問の主観面はそれで足り、次に、当該状況で予見した合理的な人間が危険であるにもかかわらず、なお行為をしたであろうかどうかという客観面の問があらためてはじまる。この後者の問も肯定されれば、法的な対象としての主観的な reckless が存在することとなり、前者の問が否定され、後者の問が肯定されたとしても、それは単に negligence を立証したにすぎない⁽³⁷⁾のである。

3) 結果発生の可能性の程度

結果は、あらゆる程度において、合理的な可能性や起こりうる (likely) こと、あるいは蓋然性を通じて、自己から離れたまたは予期しえない必然性を類型化することになる。したがって、結果が道徳的に確実なものとして予見されるならば、intention になされた⁽³⁸⁾と考慮されると証明される。そこで、Williams は、結果が、道徳的にあるいは実質的に確実なものとしてではなく、蓋然的や起こりうる、あるいは可能性のあるものとしてのみ予見される場合に、reckless となる⁽³⁹⁾とする。決定論において、あらゆる行為の結果は物理的に確実なものであるが、不確実な結果の場合には認識しかない。法的な対象にとって、可能性や起こりうることあるいは蓋然性という言葉は、この不確実な認識に言及するものとして理解される。合理的に考えうる場合は可能性であり、高度な機会 (high chance) につき先例では定義されてはいなかったが、結果が生じることにつき、幾分高度の機会があるならば、それは蓋然性あるいは起こりうる⁽⁴⁰⁾こととなる。

これらの言葉の区別につき、ほとんどの場合に数学的な確率で判断されることになるが、Williams は、行為に何らかの社会的効用がある場合

(37) *Id. at* 58-59.

(38) *Id. at* 59.

(39) *Id. at*.

(40) *Id. at*.

に、困難なものとなる⁽⁴¹⁾とする。例えば、車を運転する者はどんな人でも、歩行者を轢き殺すという結果の可能性があると認識する。しかしながら、その運転行為は社会的効用により reckless ではない。つまり、単純な確率による判断とは異なり、車の運転には社会的効用があり、一般的に合理的またはその危険を引き受けることに正当性があるとされ、その危険の程度には依拠しないのである⁽⁴²⁾。したがって、蓋然性は、可能性を意味する場合もあり、単なる可能性の予見は、常に reckless と同等のものとはならないのである。

さらに、問題となる行為において、ほとんど社会的効用がない場合でも、可能性から蓋然性に問題を移すことを満たすことになる。つまり、スポーツや物理的な事象から生じる危害の可能性に対する認識は reckless となるに足りず、そこでは蓋然性と同程度の可能性の認識が必要とされることになるのである。この結論は、行為に社会的効用がない場合に、単なる可能性の認識は reckless で有罪となることを満たすが、行

(41) *Id. at 59-60.*: たとえば、Dが複数の拳銃を所持していたとする。彼は、1つの拳銃を除いて、残りの拳銃すべてに弾丸が込められていることを認識しているが、それがどれかは分らない。Pを危険にさらすという「興奮」をえるために、Dは適当に拳銃を1つだけ選び、Pに向けて発砲する。この場合、弾丸が込められていない拳銃が少なければ少ないほど、選ばれた拳銃に弾丸が込められている確率は大きくなる。そうであるとすれば、その数によって、単なる可能性であるのか、あるいは蓋然性があったのかを法律で示すべきであるが、そうはなっていない。一般的に、弾丸が込められた拳銃で殺すことは、蓋然性のある結果の予見をもって殺すこととして見なされるべきであるが、その際、多くの弾丸が込められていない拳銃がそこにはあったのである。したがって、重大な結果の確率は、選択数が少ないほど減少することになる。しかし、重大な結果をとともう生命に対する危険があるのであり、刑罰の対象の区別についてどんな明確な原則も無いように思える。

(42) *Id. at 60-61.*: 危険の程度は「100丁の拳銃の中から、弾丸が込められている拳銃1丁を選ぶ」確率と「ロンドンからエジンバラまで車を運転する間に人を轢く」確率とではほとんど変わらないであろう。

為に幾分社会的効用がある場合に、危害の蓋然性の程度や、危険と社会的効用との比較衡量にその間を導くことになろう。⁽⁴³⁾

そうであるとすれば、reckless の主観的側面は、行為が reckless であると判断される結果の蓋然性の程度を被告人は予見するべきであったことを必要とすることになる。ある出来事の蓋然性は認識や経験に依拠するのであるから、主観的テストが行われる場合、被告人の実際の認識や経験を考慮する必要がある。このような観点からすると、行為の価値が、行為者が想定する危険に近い危険を正当化するのに足りるということを前提とすれば、行為者のその機会における評価が誤っていれば、reckless ではなく negligence で有罪となる。そこで、Williams は、reckless を判断する際、蓋然性の程度は行為者の予見に依拠する主観的テストとなり、危険ある行為の社会的な願望や予見された危険との比較衡量をするか否かの問題は、合理的な人間基準により判断されることになる客観的テストとなるとする。⁽⁴⁴⁾ また、この分析は、注意を向けた negligence と注意を向けなかった negligence との区別が、その名前が示すほど明らかなものではないことを示唆する。⁽⁴⁵⁾ 普通に生活を送っている人が害悪を惹起する可能性を予見するが、思慮からかけ離れることでその可能性を忘れる場合や、(実際に合理的な人間により予見された) 害悪の蓋然性がある場合、negligence で有罪となりうるが、合理的な人間が予見しえたであろう可能性の程度を予見していなかったのであるから、reckless では有罪とならない。したがって、特定の negligence が、注意を向けたものか、あるいは注意を向けなかったものかどうかを判断するために、行為者に危害の可能性を予見していたかどうかを尋ねることは正確ではなく、どの程度の可能性を予見していたかを尋ねることが必要となるのである。⁽⁴⁶⁾

(43) *Id. at 61.*

(44) *Id. at 62.*

(45) *Id. at 62-63.*

2. Hall の立場⁽⁴⁷⁾

Hall は、intention 概念を示した上で、intention は、禁止された目的がその達成を実現する行為者の内心であるのに対し、negligence は、危害発生の危険性を実際に不合理に増加させているけれども、行為者はその行為の危険につき何ら認識していないという不注意を包含しているのであるから、intention と negligence という法的に重要な内心状態に関する2つの両極端な状態を区別するとする。また、intention と reckless⁽⁴⁸⁾

(46) *Id. at 63.*: Williams は、このことは交通事犯においてさらなる困難さを示すとする。つまり、全運転手は、車を運転することによる侵害を引き起こすかもしれないと予見するが、その危険はわずかであると思い、そのような危険はないとの想定において運転行為が正当化されうると考える場合、運転手の行為が negligence と判断されるときも、必ずしも reckless になるわけではない。結局、危険は運転手が予見した「ふり幅」の順で考慮されることになる。それは、法廷での尋問ではより難解となろう。さらに、Williams は、この主観的な reckless 分析は、故殺事例で重要とする。通常、非自発的な故殺は、gross negligence を要求する。しかし、reckless と gross negligence は同義語であるとの立場もある。その立場によれば、negligence の程度に関する尋問から解放されるようにも見えるが、いずれにせよ、negligence の程度を計る必要性は排除されえない。というのも、そこでも、合理的な人間による比較が行われるべきだからである。したがって、reckless と gross negligence は同義語ではなく、reckless は gross negligence の一種ということになりそうである (*Id. at 64.*)。

(47) Jerome Hall, *GENERAL PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW* 2d (1960), at 108-117.

(48) *Id. at 113-114.*; Hall は、「intention」につき以下の3つ意味があるとする。そこでは intention に関する Austin や Salmond の分析を検討したうえで、1) 「決定」や「決断」あるいは「選択」という言葉で定義された intention は、禁止された危害への明確な目的に関連する。2) intention は、禁止された目的に対する動作の過程での「目的探求行為 (end-seeking conduct)」から推測することが可能である。3) intention は、1) と2) の intention を包含する「purpose」である。Hall によると、3) の intention につき、purpose は場合によって感情を意味することになるから、intention の内包を表す他の言葉を用いるほうが望ましいが、これら3つの区別の説得性は、最終的に「自己反省」や「経験」によるべきである、とする

との違いにつき、人は道徳的あるいは理知的な言葉の利用のみを必要とするのであって、感情的な言葉は必要としないことから、intention では、行為者は禁止された危害をもたらす選択や決定あるいは決意をし、意識的にその目的に適う方法を用いる一方で、reckless な行為者は、そのような決定や選択あるいは決意をしない。したがって、intention と reckless あるいは negligence は、それぞれ区別しうる概念ということになる。⁽⁴⁹⁾

その上で、Hall は、intention と negligence は両極端な存在であると⁽⁵⁰⁾し、reckless はその中間に位置するとする。Reckless は、行為者が禁止された危害に気付き、危害発生危険性を増加させることを意識し、そして危険を創出する決断をすることから intention に類似するが、reckless は、行為者が危害を遂げるよう望まないがゆえに intention とは異なる。つまり、reckless な行為者は、危害を選択しないし、危害が生じるであろうことを決定あるいは決心しない代わりに、危害が生じないであろうと信じており、reckless の加重形態においても、危害が発生するかどうかに⁽⁵¹⁾つき無関心なのである。したがって、reckless な行為者が意図的に危険を増加させることは、その行為者が危害を創出することを意図していないとの本質的な事実を変えるものではなく、そして reckless と negligence は、適切な注意 (due care) を下回る危害ある危険におい

(*Id. at* 113-114.)。そして、Hall は、侵害行為 (conduct-harm) に言及する目的論的構造は、negligence を排除するともする (*Id. at*)。したがって、その外観を「行為」あるいは「態度」と「危害」との間の広義な因果的なつながりを包含するように変えることになる議論領域を広げる目的が必要となり、この目的に取り組むことにより、intention と negligence という法的に重要な内心状態に関連する2つの両極端な状態を区別することになる (*Id. at*)。

(49) *Id. at* 112.

(50) *Id. at* 115.

(51) *Id. at*.

て不合理な危険増加を包含する点で類似するのである。⁽⁵²⁾

そこで、intention と reckless は完全に異なる概念であることから、Hall は、negligence と同じ類型に属する reckless を、negligence との比較において定義づけを試みる。そもそも、reckless と negligence の区別における問題は、危険であると認識する状況における意図的な行為に係る。⁽⁵³⁾つまり、そのような状況は、いかなる行為も他者に対する危ういという意味での危険として足り、行為の本質は、そのような状況の性質との関連によって判断されることが要求される。⁽⁵⁴⁾しかし、不注意は、完全な認識の欠落を内包するがゆえに、negligence につき程度が存在することに疑問がないわけではないが、negligence における程度概念は、様々な州法において理解されており、それは、客観的に評価される危険の程度に関連することになる。⁽⁵⁵⁾例えば、弾が装填された拳銃を不注意に扱うことは、芝刈り機を不注意に扱うことよりも、より重大な negligence であるというだけであって、どんな事情があったとしても、negligence は決して reckless にはなりえないのである。したがって、reckless であるか negligence であるかを判断することは難しいことではない。要するに、negligence は認識を排斥するが、reckless は認識を包含するのであり、この区別には、強固で割り込めない壁が存在するのである。⁽⁵⁶⁾

(52) *Id. at.*

(53) *Id. at.*; 例えば、車の運転手が、交差点で急に近づいてくる他車を見る、あるいは、自車の方に向かってくる列車を見る場合、その危険な状況につき、運転手は「認識している」と言えよう。

(54) *Id. at* 116.

(55) *Id. at.*

(56) *Id. at.*; Hall によれば、reckless な者は、積極的な (drastic) 決定をしない一方で、消極的な (ominous) 決定はするとする。つまり、禁止された危害が生じることになる既存の機会を増やすように決定するのである。その意味において、intention と reckless は似通った概念となるのである。

また, reckless は, 誰もが処罰対象として適切なものであると理解することから, reckless においても, negligence と同様に, その程度概念を定義することが重要であり, それは意識的に引き受けられた危険の程度をもって判断することができよう。⁽⁵⁷⁾ もちろん, 十分に危険がある行為であっても, intention な行為とは区別される必要がある。つまり, 危害を創出するよう意図するしないいずれにせよ, reckless であったとの事実は, intention を包含しないのである。⁽⁵⁸⁾

3. G. Fletcherの立場⁽⁵⁹⁾

Fletcher は, Hall と同様に, intention と reckless あるいは negligence との根本的な違いにつき示す。刑法で用いられている内心状態での限界点は, 行為者の目標 (willfulness/intention/purposefulness) と, 行為することで増加させた危険 (recklessness/negligence) との間にあり, すべての法体系において対立する困難な問題は, この2つの内心状態についての典型的に明確な境界線を引くことである。⁽⁶⁰⁾ 加えて, ある範囲において異なった制定法案を論議することは, 混乱をきたす。というのも, 再構築されたアメリカ制定法は, 現在, 犯罪を knowingly に実行するとの中間的類型を許容する傾向にあり, 大陸法にはそれと比較可能な形態がないからである。⁽⁶¹⁾ したがって, Fletcher は, dolus (intention) と culpa (negligence) との古典的な区別に焦点を当てることから議論を始める。そこでは, reckless は culpa 類型に属し, それはドイツ刑法学者が言う

(57) *Id.* at 116-117.; 例えば, 「故殺罪 (manslaughter)」と「第二級謀殺罪 (second-degree murder)」という規定上の違いがある。

(58) *Id.* at 117.; したがって, これら3つの概念は, 「主観的な」または行為者の内心という「メンズ・レア」についての個人的な側面に関する問題に関連する, 基本的な心理的概念となるのである。

(59) George P. Fletcher, *RETHINKING CRIMINAL LAW* (1978), at 442-449.

(60) *Id.* at 442.

(61) *Id.* at 442-443.

ところの認識ある過失 (conscious negligence) と同等のものであるが、intention と reckless の区別につき問題が生じるとする。というのも、両概念において、行為者は自己の行為が特定の結果 (specific result) を惹起することに認識があるからである。⁽⁶²⁾

では、そもそも、intention と reckless を区別する場合の問題点はど

(62) *Id.* at 443-444.; この区別につき、Fletcher は以下 2 つの前提的な注意点があるとする。すなわち、1) 「intention」が、通常の言葉の意味で intention として用いないであろう多くの状況を包含する手段についての用語ではない場合に、「intention」と「recklessness」との区別につき幾分、議論があり、2) 「intention」と「recklessness」の境界の問題は、責任に関するいくつかのパターンで生じるという点である。まず、1) につき、例えば、夜に窓を閉めるために親が起きて、静かに窓を閉めたが、そばで寝ていた赤ちゃんがその音で起きてしまった場合、その親が intentionally に赤ちゃんを起こしたとは言わないであろう。あるいは、脱獄を企む受刑者が、刑務官のうちの誰かが爆発で死ぬとの knowledge をもって、刑務所の壁を爆発した場合、その受刑者が intentionally に刑務官を殺したとは言わないであろう。しかし、西側の法制度で、intention 概念が intentional な行為の副次的な蓋然性 (probable side-effect) を包含するよう、広義に intention を考慮する。要するに、副次的な蓋然性にまで及ぶ意欲 (willingness) は、recklessness に関連する境界の問題を生み出すのである。副次性が十分でない場合には、例えば、人を殺すことは、intention というよりむしろ recklessness として考慮されるかもしれないのである。また、2) につき、法はこの点で異なっているかもしれないが、主観的な責任のパターンで要求される intention は、本来の intention であると確知するに十分な合理性がある。ここで、Fletcher は、窃盗や未遂などを例に挙げ、法は、通常理解されている言葉としての単純な intention とは違う用語を典型的に用いているとする。つまり、窃盗においては、行為者の行為につき副次的というよりもむしろ目的的でない限り、財産の所有を永久に剥奪しようとする intention を想像することは困難である。また、未完成犯罪では、犯罪を完成しようとする狭義の intention を要求する。例えば、目的的な遂行に対する模範刑法典の定義は、これらの事例を扱う。また、ドイツでは intention (Vorsatz) と purpose (Absicht) を区別し、窃盗や詐欺あるいは未完性犯罪で intention 要件に言及するために、purpose を用いる。(*Id.* at 444.)

ここにあるのであろうか。⁽⁶³⁾ Fletcher によれば、危害ある結果のパターンにあるとする。⁽⁶⁴⁾ すなわち、特定の明白な結果は犯罪の条件であり、問題は、行為者が結果を惹起するに足りる高度な危険を引き受ける場合に、行為者がまるで結果を意図したかのように責任が問われるかどうかということである。換言すれば、制定法が、犯罪の intentional な遂行のみを禁止する、あるいは intentional な遂行がより峻厳に処罰されるならば、実質的な問題が表面化することになる。

そこで、Fletcher は以下 2 つの事例を用いて、「intentional に結果を惹起すること」と「reckless に結果を惹起すること」を区別するためには、「結果が生じるであろう危険の程度」と「危険に対する行為者の態様」⁽⁶⁵⁾ という 2 つの異なった視点が肝要であるとする。

- 1) 収監者が脱獄するために刑務所の壁を爆破し、それにより監視員が死亡または傷害を負った場合に、収監者に intentional な殺人あるいは殴打につき責任があるかどうか。
- 2) ハイジャックされた飛行機の添乗員が、有名で皆から恐れられているテロリストたるハイジャック犯がパラシュート使用するであろうと予見して、そのパラシュートを破る。案の定、ハイジャック犯はそのパラシュートを使用したか、破れていたためにハイジャック犯が死亡または傷害を負った場合。

これらの 2 つの事例につき、Fletcher はドイツ刑法理論の視点を用いて検討する。ドイツ刑法体系は、特定の行為に対する意図という枠の中に *dolus eventualis* を包含することで、intentional な行為と negligent な行為を区別する。この *dolus eventualis* は、結果に対する特定の主観的

(63) *Id. at 444.*

(64) *Id. at.*

(65) *Id. at 444-445.*

な状態につき定義したものであり、このテストは状況に応じて変化することになる。⁽⁶⁶⁾すなわち、可能性は、結果から不注意まで、あるいは、目的達成から、それに伴う犠牲たる妥協の産物という結果までのあらゆることを包含し、そして、このことは、reckless が副次的な危害に対する積極的な不快感を必要とするということを暗示する。⁽⁶⁷⁾

この点につき模範刑法典によれば、2) 事例に模範刑法典の定義を当てはめると、「purposely に殺すこと」にある問題は、添乗員の意識的な目的がハイジャック犯の死を惹起することにあるかどうかによって判断されるが、「knowingly に殺すこと」にある問題は、ハイジャック犯が欠陥のあるパラシュートを使用し死亡するであろうとの相当な確信が添乗員にあったかどうかによって判断されることになる。したがって、意識的な目的や死の惹起について特定の解釈があるならば、これらの定義により、purposely または knowingly に殺すことにつき判断しうるかもしれないが、dolus eventualis は、intentional に殺すことに対する責任をより明確にすることになる。要するに、dolus eventualis は、殺すことに対する主観的な感情（状態）をコントロールしているのである。⁽⁶⁸⁾

もっとも、Fletcher によれば、模範刑法典と dolus eventualis の違いは、1) 事例においてより明確になるとする。⁽⁶⁹⁾殺すことへの行為者の意識的な対象、あるいは、行為者に死が生じるであろうとの相当な確信がなければ、模範刑法典は、purpose または knowingly に殺したとはしないけれども、行為者の主観的な状態はまさに責任を問われるものであるのかもしれない。1) 事例で、収監者は爆破によって人々を侵害するこ

(66) *Id. at* 445.

(67) *Id. at* 445-446.

(68) *Id. at* 446.; これによれば、「添乗員がハイジャック犯に欠陥のあるパラシュートを使ってもらいたくはなかった場合に、なぜその添乗員はそのパラシュートを渡したのか」という主観的な感情を分析できることになる。

(69) *Id. at*.

とにつき、不注意または妥協があったかもしれないし、またそのような人的被害の可能性につき低いものであると考えていたとしても、収監者は *dolus eventualis* をもって行為したことに変わりはないのである。

また、Fletcher は、*dolus eventualis* の比較法的な分析は非常に微妙なものであると指摘しつつも、⁽⁷⁰⁾ コモン・ローにおける intentional な殺害行為は、刑法における殺人のもっともひどい形態の唯一のものとはならない⁽⁷¹⁾ ということを思い出すべきであるとする。行為者の内面ではなく、現実の危険に対して向けられるアングロ・アメリカン法における謀殺は、*dolus eventualis* に類似する危険の引き受けを示唆する。例えば、模範刑法典は「purposely あるいは knowingly に殺すこと」と同程度のものとして、「生命の価値に対する無関心として reckless に殺すこと」を扱う。このような生命の無関心についての要素は、謀殺法に基づく実際の判断が同じであれば、⁽⁷²⁾ intention の定義に依拠する必要はない。そして、行為者の態度についての基本的な問題は、行為者の態度のみが、その創出された危険によって確認されるというよりも、有責性というより高度なレベルでの分類を保証しうるかどうかということにある。死に対する熱望が危害の低い危険を補うるのであろうか。そこでのポイントは、模範刑法典が無関心の問題をはめ込む⁽⁷³⁾ ということにある。つまり、negligent に殺すことが、intentional に殺すことに包含されない⁽⁷⁴⁾ ことは、アメリカとドイツの法体系の構造的な違いを示すが、それはあらゆるドイツの事例の精密な分析によって確認されるべきものなのである。

(70) *Id. at* 447.; つまり、その概念が英米法にないことが、「重罪—謀殺ルール」のような概念を探求するよう、我々を刺激することになるのである。

(71) *Id. at*.

(72) *Id. at* 447-448.

(73) *Id. at* 448.; 対照的に、ドイツでは、行為者が蓋然性のある死を認識し、*dolus eventualis* をもって行為する場合、たとえ死の危険が「negligent な殺害」で要求されたのと同等の重大性がなくても、その殺害行為は「intentional な殺害」となる。

4. Perkins & Boyceの立場⁽⁷⁵⁾

Perkins / Boyce は、はじめに伝統的な reckless 概念に言及した後に、現代における reckless 概念を検討する。⁽⁷⁶⁾ Perkins / Boyce は、アメリカ法律家協会が reckless と negligence との区別において Hall の相互的排他性 (mutually-exclusive) を用いるけれども、模範刑法典では reckless が、実質的で正当化されえない危険を意識的に無視することと定義され⁽⁷⁷⁾ ていると指摘する。

そこで、彼らは、現代における reckless と negligence の区別は、異なるメンズ・レア概念を示すとする。⁽⁷⁸⁾ 要するに、negligence につき (reckless とは) 異なる定義が要求されることを意味することになるのである。negligence は、他者の利益につき intentional なまたは recklessly な無視であるような行為以外の、すべての行為であって、そして害悪についての不合理な危険に対し、他者の保護のために法により保障された基準に従属することになる。⁽⁷⁹⁾

(74) *Id. at.*; さらに、Fletcher は、この「*dolus eventualis*」が付随的な状況に関する目的的な行為についての模範刑法典の規定においても有用であるとして、「*dolus eventualis*」は、模範刑法典の原則とも両立しうるとする。例えば、誰もいないと思われるテントに火をつける際に、まだ敵がテントにいることを願う行為者がいる場合に、たとえテントにあった危険が最小のものであり、そして negligence 要件を下回る危険しかなかったとしても、行為者の願望は、その火をつける行為が、現住建造物放火として分類されるのに十分となろう。(*Id. at* 448-449.)

(75) Rollin M. Perkins & Ronald N. Boyce, *CRIMINAL LAW* 3d (1982), at 849-851.

(76) *Id. at* 849.; 伝統的な解釈として、Perkins / Boyce は、Hall と Williams の見解を紹介する。

(77) *Id. at* 849-850.; この模範刑法典の定義は、民事不法行為法でも用いられている。そして、knowledge 要件がその定義に包摂されていないことも指摘する。

(78) *Id. at.*

(79) *Id. at.*

もっとも、Perkins / Boyce は、reckless と negligence には共通の要素もあるとする。⁽⁸⁰⁾ というのも、いずれも、合理的な人間の注意基準からの重大な逸脱ある行為を必要とするからである。そこでは、行為者が自己の創出する危険につき認識し、その危険を意識的に無視するけれども、その者がそのような危害が生じてほしくない⁽⁸¹⁾と心から願っているとした場合、その行為者は、reckless には行為していないことになる。その一方で、そのような危険は認識していないが、その状況下で、そのような行為者は当該危険に気付くべきであるとすれば、その行為者は、negligence に行為していたことになる。⁽⁸¹⁾ 換言すれば、reckless と negligence は、認識はあるが意識的にそれを無視する場合と、気付いてはいなかったが、気付くべきであった場合とによって判断されることになるのである。

さらに、Perkins / Boyce は、reckless は、negligence が包含しない認識という重要な要素を含むが故に、これら二つの概念は相互に排他的である⁽⁸²⁾ということになるとする。したがって、Hall は、たとえどんな negligence でも、reckless には決してなりえないとするが、negligence のメンズ・レアを伴う犯罪は、recklessly に遂行された同じアクタス・レウスを要件とする犯罪に対する責任を含む被包括犯罪 (lesser offence)⁽⁸³⁾であることに注意するべきであるとする。

(80) *Id. at.*

(81) *Id. at.*; Perkins / Boyce は、ユタ州の判例を引用する。そこでは、「recklessness と negligence の違いは、単純に、被告人には認識があったが、結果が生じるであろう実質的な危険を意識的に無視したかどうか、その危険に気付いてはいなかったが、その危険に気付くべきであったかにある」としている。また、negligence で言う危険は、「一般人が当該行為者の立場に立って、あらゆる状況において経験したであろう注意基準からの重大な逸脱となる危険を認識しそこなう程度についてでなければならない」としている。(See, *State v. Howard*, 597 P. 2d 878, 880-881 (1979))

(82) *Id. at* 851.

(83) *Id. at.*

そして、Perkins / Boyce は、今日まで、客観的な非難すべき点を根拠とした有罪概念を排除しようとする試みは否定されてきたが、どんな犯罪も、非難すべき点という主観的な内心を要求するということを主張する時代が来るかもしれないとする。⁽⁸⁴⁾つまり、刑法上の有責性は、実際に行為者の内心に「あること」に依拠するのであり、行為者の内心に「あるかもしれないこと」には依拠しない。したがって、そのような時代が来たら、negligence から生じる生命侵害罪 (homicide) は、犯罪ではない (non-criminal offence) として理解されることになるのかもしれない。⁽⁸⁵⁾

5. Alexander & Ferzan の立場⁽⁸⁶⁾

Alexander / Ferzan の立場は、ここまで紹介してきたものとは一線を画すことになる。すなわち、ここまで紹介してきた立場は、行為者に対する非難として要求されるメンズ・レアを、模範刑法典に倣い、purpose を頂点として、knowledge, recklessness, そして negligence の順に非難の程度が減少するとのヒエラルキー的構成を暗黙の前提として、reckless 概念につき検討してきた。ところが、Alexander / Ferzan は、模範刑法典がコモン・ローにより採用された無数の非難概念よりも分かりやすい概念を採っていることは認めつつも、なおそれを進展させることが可能であるとする。⁽⁸⁷⁾そこで、彼らは、このヒエラルキー的な非難概念の再構成を、reckless の分析からはじめる。

模範刑法典の reckless 公式は、reckless であると推定される被告人が、以下2つの別々の基準を満たす危険 (risk) を意識的に無視する必

(84) *Id. at.*

(85) *Id. at.*

(86) Larry Alexander & Kimberly Kessler Ferzan, CRIME AND CULPABILITY - A THEORY OF CRIMINAL LAW - (2009), at 23-68.

(87) *Id. at* 24.

要があるように見える。すなわち、1) その危険は実質的で (substantial) ある必要がある、2) その危険は正当化されえない (unjustifiable) ものである必要がある、との基準である。⁽⁸⁸⁾これに対し、Alexander / Ferzan は、この現象は、その公式を背景とする purpose という点、および recklessness を通じて示された規範的な非難概念という点で誤り⁽⁸⁹⁾であるとする。つまり、彼らの立場によると、1) の実質性基準は排除されることになるのである。

この点につき、Alexander / Ferzan は以下 4 つの事例を用いて説明する。

事例 1) (車の) 運転手が、突然心臓発作の兆候を示した乗客を乗せている。運転手は乗客の命を救うのに間に合うよう、乗客を病院へ連れて行くために、街中を疾走する。そうすることで、運転手はそこに居合わせた人の生命や身体、あるいは財産につき R⁽⁹⁰⁾程度の危険を創出する。

事例 2) ダニエルは、ダイナマイトの爆発を見るというスリルのために、街の道路でダイナマイトを爆発させるのが好きである。そうすることで、彼は、そこに居合わせた人の生命や身体、あるいは財産につき R / 100 程度の危険を創出する。

事例 3) デボラは日曜日に運転するのが好きである。彼女はとても慎重な運転手であるけれども、日曜日に運転することで、彼女はそこに居合わせた人の生命や身体、あるいは財産につき R /

(88) Model Penal Code § 2.02(c) (drafted at 1962)

(89) Alexander & Ferzan, *supra* note 80, at 25.

(90) なお、この R という危険の程度は、危害が生じるであろうとの相対頻度という行為者の主観的な評価をほのめかしていると言えよう。この点については、本稿 (神戸学院法学第39巻第3・4号) 386頁以下を参照されたい。

10,000程度の危険を創出する。

事例 4) デイメンティッドは他人を危険にさらすことが好きである。

彼は、彼自身オリジナルのロシアルーレットもどきを作った。

それは、彼がスイッチを押すと、 $R / 100,000$ 程度で無辜の人が死亡するまたは重傷を負う危険を創出するものである。

そこで、実質性基準が真に非正当化基準と区別されるとするならば、行為者が reckless とはなりえない危険負荷の程度があるはずである。⁽⁹¹⁾ 仮にその程度を $R / 100$ とすると、事例1) の運転手は実質性基準を満たしてはいるが、非正当性基準を満たしていないことで、recklessness と判断されえない。換言すれば、その運転手の目的は乗客の命を救うことであつたがゆえに、運転手は正当に、そこに居合わせた人に対し R の危険を負わせたのである。また事例3) のデボラも、 $R / 10,000$ の危険は前提とした危険負荷の程度を下回るため、recklessness と判断されえない。⁽⁹²⁾

ところが、この2つの基準アプローチにある問題は、事例2) および4) で表面化する。ダニエルとデイメンティッドは実質性基準を欠く危険を負わせたが、彼らは傍観者に対し recklessly に行為しているとの直感に間違いはないであろう。デイメンティッドは単純に楽しむためだけに、他者を危険にさらし、同意なしにロシアルーレットを他者にやらせることは、非難ある行為であることは明らかであろう。また、非正当性基準は、スリルを味わうためのダイナマイトの爆発が、他者にとって些細な危険以上の危険を負わせることを正当化しないという、事例2) のダニエルに対する直感を説明するであろう。⁽⁹³⁾

これらの事例の検討から見てきたことは、許容されうる他者への危

(91) Alexander & Ferzan, *supra* note 80, at 26.

(92) *Id. at*.

(93) *Id. at* 26-27.

危険荷の程度という前提が、その危険を負わせる人にある理由 (reasons) に依拠しているということである。したがって、我々は、事例1)の運転手が、その場に居合わせた人に対し、事例3)のデボラが負わせた以上のより高度な危険を負わせることを許容するが、爆発のスリルという事例2)のダニエルの理由は、デボラの危険より小さなものであっても正当化しないし、自分のために他者を危険にさらすという事例4)のディメンティッドの理由も、たとえわずかにしか危険を増加させなかったとしても、正当化されえないのである。⁽⁹⁴⁾

これらの事例から得られる結論は、recklessness は他者に対し正当化されえない危険を負わせることから成り立っている、というものである。⁽⁹⁵⁾ 負わせた危険の程度はその正当性に影響するが、それ自体 recklessness から独立した基準ではない。たとえ本当に些細な危険負荷であっても、十分な理由のないものであれば、非難されうる。確かに、とても些細なものであるために、その行為または行為者を犯罪化する重要な資料となるにふさわしくない危険の程度がある場合もありうる。しかし、Alexander / Ferzan によると、このプラクティカルな立場は、行為者の非難が完全に危険の非正当性にかかっているとの概念的な主張を侵食しないと⁽⁹⁶⁾する。正当化されえない危険を他者の法的に守られた利益に負わせることは、他者の利益に対する不十分な関心を示すがゆえに、非難ある態度となるのである。

さらに、Alexander / Ferzan によると、recklessness に関する次の問題は、「危険」が主観的に評価されるべきか、客観的に評価されるべきかどうかにあるとする。⁽⁹⁷⁾ 例えば、デーヴィットがテレビの時間に間に合うように家に帰りたいとする。彼は、スピードメーターが90マイルを指

(94) *Id. at 27.*

(95) *Id. at.*

(96) *Id. at.*

(97) *Id. at.*

すところまでアクセルを踏んだ。そのスピードは、彼が、他者の死や重傷または財産侵害への十分に実質的な危険を創出していると確知するスピードである。ところが、実際は、そのスピードメーターは壊れており、適切な速度である55マイルで運転していた。この場合に、デーヴィットは recklessly に行為していたのか。

Alexander / Ferzan によると、この場合に採りうる2つのアプローチがあるとする。⁽⁹⁸⁾まず、客観的アプローチによると、我々は、「負わされた危険」と「行為者が負わせていると確知する危険」を区別しうる。この負わされた危険は、アクタス・レウスとして役立つ一方で、行為者が負わせていると確知する危険はその行為者の非難を示す。したがって、この立場によれば、デーヴィットは、負わされた現実の危険がその程度にないがゆえに、reckless とはならないであろう。

対照的に、主観的アプローチでは、行為者が負わせている現実の危険とは無関係に、正当化されえない危険の程度を負わせていると行為者が確知する場合に、その行為者は reckless となる。このアプローチによると、デーヴィットは、90マイルで運転していると確知しているために、⁽⁹⁹⁾recklessly に55マイルで運転していることになる。

そこで、Alexander / Ferzan は、未遂と既遂は同等の非難があると見なされるべきであり、同等の非難があるがゆえに、処罰についても同等に評価するべきであるとする。⁽¹⁰⁰⁾この点につき、いずれのアプローチによっても、デーヴィットには同等の非難があり、したがって、同等の非難可能性と処罰があることになる。それ故に、彼らは、どちらのアプローチを選ぶべきかどうかはほとんど問題としないとするが、未遂における recklessness と既遂における recklessness を区別するべきではないとの前提からすれば、reckless の評価については主観的アプローチを採

(98) *Id. at* 27-28.

(99) *Id. at* 28.

(100) *Id. at*.

るのが妥当であるとする。⁽¹⁰¹⁾ というのも、客観的アプローチが依拠する客観的な危険で生じる問題を回避するからである。危険はその本質上、認識論的な概念である。危険は、確実な情報に基づき示された人の見方に常に関係するのである。例えば、Xが発生する危険性があると言う場合、その相対頻度 (relative frequency) という意味で「危険」という言葉を用いる。すなわち、何らかの所与の指標は、出来事の発生の相対頻度を明らかにするのである。ところが、人は広義または狭義にその指標を公式化しうるから、その相対頻度を変えることができるのである。例えば、人が雷に打たれる危険につき問うとすれば、我々は、様々な状況における確率 (一般的な人に雷が落ちる確率や、日頃からよく雷が落ちる場所など) によって正確に答える。⁽¹⁰²⁾ これらの確率のすべては所与の指標の範囲内では正しい。その反対に、すべての情報をもって、ある確率に頼る必要はない。全知全能の神にとって危険は存在しない。神にとって、あらゆる出来事は、あるかないかしかないのである。⁽¹⁰³⁾

したがって、Alexander / Ferzan は、(そうすると) 客観的アプローチは困難に直面することになる⁽¹⁰⁴⁾とする。つまり、行為者が考えるあるいは

(101) *Id. at.*

(102) *Id. at* 29.; 例えば、ジョンが雷に打たれる危険はどの程度あるのかに對し、人が雷に打たれる機会は10億回に1回あり、ジョンが住んでいる地域で人が雷に打たれる機会は100万回に1回あり、ジョンが住んでいる地域にあるゴルフ場で人が雷に打たれる機会は1000回に1回あり、ジョンが住んでいる地域で嵐の間にゴルフ場で雷に打たれる機会は100回に1回あり、そしてジョンが住んでいる地域でこの火曜日の嵐の間にゴルフ場で雷に打たれる機会は1回あったというような正確な解答を示しうるのである。

(103) *Id. at.*; 例えば、アルバートが上記ジョンと一緒にゴルフをしていた (したがって、最後を除き、すべての相対頻度があてはまることになる) が、実際にアルバートが雷に打たれなかったとしたら、アルバートは指標に依拠する種々の程度で危険化されたけれども、危害は全く存在しなかったのである。

(104) *Id. at.*

神が考えるどの危険とも異なる危険を行動に割り振ることができるはずである。それ故に、客観的アプローチは、我々がすべての情報ではなく、いくつかの情報を包含する技巧的な見方を構成することを必要とすることになる。異なった危険を生み出すそのような見方には、際限がない。どの程度の狭義または広義にその指標を明確にするかに依拠することで、相対頻度は変化することになろう。しかし、単に、我々がその指標を選択する非任意的方法はないのである。また、行為者の非難は、行為者の認識していることまたは神が認識しているであろうことではなく、ある他の個々人の見方にかかっているとの理由は我々には分からない。例えば、自分自身で重力を測定するため、あるいは、下の人々を非常に危ない状態にしていると確知してビルの屋上からボーリングの玉を落とす者は、reckless である。その仲間が（その者が確知するよりも）より大きな危険を確知しているとの事実にもかかわらず、このことは妥当するのである。⁽¹⁰⁵⁾

以上のことから、Alexander / Ferzan は、危険に対する行為者の主観

(105) *Id. at* 29-30.; また、例えば、A と B のそれぞれが 2 車線の高速道路で車を運転しており、先の見えないカーブに近づく。両者は、右車線で止まれば、そのカーブに進んだ場合に傷害または死を惹起する確率がかなり小さいと確知する。同様に、カーブに進んだ場合に左側の車線に入れば、(対向車に衝突することで) 傷害または死を惹起する確率がかなり高いと確知する。実際の指標も彼らの確知を支持するであろう。ところが、その場にいた C が、この時、反対車線で向かってくる車はいなかったが、右車線のカーブに幼児がいるのが見た。したがって、C は、左車線に変更することでの傷害または死の危険がゼロであるが、そのまま右車線に留まることでの危険が事実上あったと評価する。A が右車線に留まったとしても、彼は有責であるように思われない。一方で、B が左に車線を変更したとしたら、彼は reckless であると思われる。しかしながら、C からすれば、A は重大な危険を創出することになるが、B は何ら創出していないであろう。危険が「客観的」であるとするのであれば、C が評価する危険がその危険となるはずである。しかしながら、神と同じように、C の評価は重要視されるべきではないのである。(*Id. at* 30.)

的な評価と「本来の」または「客観的」な危険の間にギャップは存在しないとする。⁽¹⁰⁶⁾ というのも、後者の危険は架空のまたは任意のものであるからである。要するに、recklessness は、被告人の危険に対する評価と合致する主観的な概念であるということである。より言えば、行為が reckless であるかどうかの評価はその正当性にかかっているということになるのである。また、そうであるとすれば、negligence は刑事責任の適切な根拠ではないということにもなる。⁽¹⁰⁷⁾

以上のように、Alexander/Ferzan は recklessness 概念につき説明し、上述のようにrecklessness概念を再公式化した上で、彼らは、次に purpose と knowledge に目を向け、purpose と knowledge は単なる recklessness の一形式に過ぎないものになるとする。⁽¹⁰⁸⁾ つまり、purpose と knowledge も、法律上守られた他者の利益に対し行為者が示す不十分な関心という非難であるとするのである。そこでは、まず、recklessness を 2 つの軸に分ける。すなわち、1) 行為者が他者の利益を危険にさらしていると確知する危険の程度と、2) そうすることの理由である。このように、Alexander/Ferzan は、recklessness をこの 2 つの軸に分け、knowledge は1) の極端な状態を示し、purpose は2) の極端な状態に似かよるものとして位置づけた上で、(negligence を除く) recklessness を軸としたメンズ・レア概念を構築するのである。⁽¹⁰⁹⁾

(106) *Id. at 31.*

(107) *Id. at.*

(108) *Id. at 24.*

(109) *Id. at 31-32.*; 彼らは、purpose な行為が常に正当化されえないというわけではないので、purpose が knowledge や recklessness よりも非難がある必要はなくなるとして、recklessness を中心としたメンズ・レア概念を構築するのである。なお、このような recklessness とそれ以外のメンズ・レアの関係性については、本稿第 4 章で詳細な検討を試みることにする。

三. 模範刑法典における *recklessness* 概念

ところで、模範刑法典は2.02条で *reckless* を以下のように規定する。:

犯罪の基本的要件が存在しまたは自己の行為から生ずることにつき、許容されえない高度の危険があるのに、これらを意識的に無視して行為した者は、犯罪の基本的要件に関し *recklessness* に行為したものとす。その危険は、行為の性質および目的と行為者が知っていた事情とで考慮し、これを無視することが、行為者の立場に置かれた法を守る一般市民の遵守すべき行動の基準から著しく逸脱すると認められる性質および程度のものでなければならない。⁽¹¹⁰⁾

アメリカ法律家協会のコメントリーによると、まず、重要なポイントは、*purpose* あるいは *knowledge* に行為することと、*reckless* に行為することの区別にあるとする。⁽¹¹¹⁾ 要するに、*reckless* が「意識的な危険の創出」を包含していることからすれば *knowledge* と類似した概念である

(110) 原文を以下に示しておく。なお、日本語訳については、法務省刑事局作成「刑事基本法令改正資料第8号『アメリカ法律協会 模範刑法典』(1964年)によった。

MPC § 2.02(2)(c) *recklessly*

A person acts *recklessly* with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation.

(111) American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries (Part I) (1985), at 236.

と言いうるけれども、reckless で言う認識は、危険に対する認識であり、そしてその危険は、相当な確知 (substantial certainty) よりも低い確率の危険ということになる⁽¹¹²⁾。したがって、問題は偶発性の扱いとなる。逆にいえば、reckless で言う危険が行為の本質やその要件とされる付随的状況 (attendant circumstance) の存在、あるいは生じるかもしれない結果に関連するかどうかは重要ではないということになる。というのも、概念が同じであり、どんな要素にも適用できるように定義されているからである⁽¹¹³⁾。

もちろん、行為者の認識ある危険が reckless と判断されるためには、実質的で正当化されえないものである必要がある。したがって、ある原則は、すべてのことが評価された後に為される最終的な判断という性質を示すために妥協する必要がある。明らかに実質的な危険がある場合も、reckless とは無関係に創出される可能性があるのであるから、「実質的で正当化されえない危険」と規定することは有用ではあるが、それだけでは十分でないということになる⁽¹¹⁴⁾。要するに、これは危険の程度を示す言葉であり、様々な事例における危険の許容性は、様々な事情に依拠するということである。ある基準は、どの程度の実質的なあるいは正当化されえない危険が有責認定を保障するために必要であるかを判断するために要求される。問題を回避しないこの価値判断を維持する方策はない。つまり、ポイントは、陪審員が行為者の行為を評価し、その行為が非難されるべきかどうかを判断する必要があるということである⁽¹¹⁵⁾。

したがって、模範刑法典は、行為者の知覚を前提とした危険の無視が、

(112) *Id. at.*

(113) *Id. at* 236-237.

(114) *Id. at* 237.; 例えば、外科医が「命にかかわることにつき十分に認識するが、他に助かる道がないために、必要性があると思う」手術を行う場合などがある。

(115) *Id. at.*

(116) *Id. at.*

当該行為者の立場に立つ、法を遵守する者（a law-abiding person）が気付いたであろうとの行為基準からの重大な逸脱に関連するかどうかにつき問うことで、陪審員が実質的で正当化されえない危険を評価するように要求する。⁽¹¹⁷⁾ その際、陪審員は1) どの程度実質的であったか、そして、その危険を引き受けることの正当性に関連する危険とその要因を検討し、⁽¹¹⁸⁾ 2) 被告人の意識的な危険の無視が非難を正当化するかどうかという点で、有責性判断をするのである。⁽¹¹⁹⁾

(117) *Id. at* 238.

(118) *Id. at.*; それぞれの場合に、問題は行為者の「知覚」から問われることになる。例えば、行為者が認識していた「危険」や「危険の実質性」あるいは「危険の正当性」につき、それがどの程度のものであった問われることになるのである。

(119) *Id. at.*; 行為の本質や目的、あるいは行為者が認識していた状況を分析する場合、そこでの問題は、行為者による危険の無視が、法遵守者がその行為者の立場に立っていた場合に気付いたであろう行為基準からの重大な逸脱を包摂するかどうかにある。