慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	criminal negligenceとrecklessnessにおける判断基準の変容及び発展の可能性の探索 (2・ 完)
Sub Title	The exploration into the possibility of the change and the progress of criminal negligence and recklessness (2. end)
Author	川原, 慶己(Kawahara, Yoshiki)
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	2025
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・ 政治・ 社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). No.146 (2025. 9) ,p.111- 144
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20250915-0111

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.

criminal negligence と recklessness における判断基準の変容及び発展の可能性の探索（2・完）

川　原　慶　己

一　はじめに
二　従来の判断枠組みとその課題
　㈠　殺人罪における「criminal negligence」の法的位置づけ
　㈡　ハンドの定式（Learned Hand formula）
　㈢　小　括
三　「通常の過失」基準から「重大な過失」基準への修正の動向
　㈠　State v. Williams と「通常の過失（ordinary negligence）」基準
　㈡　「重大な過失」基準への変容
　㈢　小　括
（以上、145号）
四　判断基準発展の可能性
　㈠　「合理的な人」基準の発展
　㈡　中間領域としての「recklessness」概念
　㈢　「belief」の概念と「過失」・「無謀」の区別
　㈣　小　括
五　おわりに
（以上、本号）

四　判断基準発展の可能性

㈠　「合理的な人」基準の発展

過失の「非難可能性」をめぐる中心的論点は、結果そのものと行為者の関係性ではなく結果を惹起する「危険」と行為者の関係性である。伝統的な学説においては、行為者の行為が他者に害を加える危険を有することを、

行為者自身に認識させるに足りる状況（the circumstances give the actor reason）が存在するのであれば、行為者がその行為の潜在的な危険を知り損ねたことは有罪である[105]と考えられていた。これは、「潜在的な危険」のある行為を選択するに際して過失が存在した場合、故意による行為と同様に有罪宣告に値することを確認するとともに、結果が生じる前に「潜在的な危険」を知っていた場合には過失が成立することを示している。

刑事過失責任が成立するためには、危険のある行為をとったのみでは十分ではなく、「客観的に見て（viewed objectively）」、「合理的な人（a reasonable person）」であればその行為をとらなかったであろうということを証明する[106]ことが求められる。もっとも、この「合理的な人」基準も、「通常の過失」基準（前章（『法学政治学論究』145号）にて前述）と同じく、現代に至るまで未解決の難点を抱えている。前述のように「通常の過失」は、「合理的な注意の欠如（want of reasonable care）」である[107]と表現されたり、「合理的な人であればその状況において遵守するであろう注意の基準からの逸脱」[108]と表現されることがある。したがって「通常の過失」基準や「合理的な人」基準、及び過失殺人における行為者の主観的側面は、相互に関連している。

「合理的な人」基準については、それまでのコモン・ロー上のアプローチを踏襲し[109]、1962年に起草されたアメリカ模範刑法典2.02条の規定をもとに、議論の進展が見られる。模範刑法典2.02条では「General Requirements of Culpability（有責性の一般的要件）」として、「Purposely」・「Knowingly」・「Recklessly」・「Negligently」という４種類が設定された。この４分類については、「コモン・ロー上および制定法上のメンズ・レア

105）George P. Fletcher, *Theory of Criminal Negligence: A Comparative Analysis,* 119 U. Pa. L. Rev. 426（1971）, 井上・前掲注41）221頁。

106）Ohlin, *supra* note 4, at 290.

107）See *Traughter*, 432 Mich. 208, Ohlin, *supra* note 4, at 349.

108）See *Hazelwood*, 946 P. 2d 875, Ohlin, *supra* note 4, at 358.

109）Dressler, *supra* note 4, at 140. もっとも、Dresslerによれば、「模範刑法典が現在の裁判所に影響を与えているのであり、その逆ではない（not vice versa）」であるとされる。

の用語に関する混乱を取り除き」、それらを「わずか４種類の用語（just four defined terms）への置き換え」[110] に成功していると高く評価され、アメリカの多くの州において模範刑法典2.02条における定義づけが実際に採用されている（脚注41）にて前述）。

この模範刑法典下の「合理的な人」基準における「最終的な（ultimate）」目標は、「合理的な人であればその行為者の状況（actor's situation）において遵守していたであろう注意」[111] の内実を埋めることにあるとされる。伝統的な法律においては、この「状況（situation）」には、行為者が「盲目」であることや、「ちょうど心臓発作を引き起こした」といった事情も当然に包含されてきたが、この「常識」は模範刑法典制定を契機として変容しつつある[112]。もっとも「盲目」や「心臓発作を引き起こしやすい」といった、行為者の努力によってコントロールできない行為者自身の生来的な特徴は、判断基準の客観性の維持を目指すとしても、切っても切り離せない要素である。したがって「模範刑法典はこの種の区別を排除する意図はない」ものの、結局のところ「この問題を裁判所にゆだねている」[113] と考えられている。この模範刑法典における過失の定義づけについては、「正当化、リスクの合理性の問題」と「リスクの不知についての非難可能性の問

110） *Id.* この４分類のうち「Purposely」の具体例として、「爆弾を製造し、V以外の乗客を死に至らしめないことを望みつつ、飛行中に爆発するように航空機に爆弾をセットした場合」（Dressler, *supra* note 4, at 119）が挙げられる。これに対し「Knowingly」は、「V以外の乗客もほぼ確実に（almost certainly）死に至らしめるであろうと認識（aware）していた」場合（Dressler, *supra* note 4, at 139）を指すと考えられている。

111） American Law Institute, *supra* note 67, at 242.

112） *Id.*

113） *Id.* 注釈書におけるこの箇所は多くの文献において参照されており（Dressler, *supra* note 20, at 341, Ohlin, *supra* note 4, at 361, 高・前掲注51）377頁など）、刑事過失における重要な議論であることが看取できる。なお、客観的基準の必要性自体は、コモン・ローの時代においても指摘されてきた（O. W. Holmes, JR., The Common Law at 53-55（1881））。この Holmes の文献は、Dressler, *supra* note 20, at 338, Fletcher, *supra* note 105, at 426などの複数の文献にて取り上げられ、Holmes は日本国内においても「アメリカの現代刑事過失論を詳細に展開」した判事（井上・前掲注41）179頁）として評価されている。

題」に区分し、過失は「違法と責任との二重構造」[114] であるという理解を示す論者も存在する。

また、「合理的な人」基準をめぐっては、「平均的（average）」と同義のものとして位置づけられるべきか、あるいは「『合理的な人』とは我々が人々にこのように振舞ってほしいという規範的な理想（a normative ideal）」[115] として位置づけられるべきかという論点が存在する。「過失の基準の曖昧さ」については20世紀から指摘されている[116] ところであり、「非故意殺の判決は結果として恥辱となるとともにおそらく刑務所に収容されることになるからこそ、『合理的な人』とは平均的と捉えられるべきかそれとも理想的と捉えられるべきか」[117] の差異は大きいがゆえに議論を詰める必要があるが、現在に至るまで解決には至っていない。「合理的で思慮分別のある人であればその状況において従っていたであろう注意の基準からの逸脱」の検討における「合理的で思慮分別のある人」の内実については、法域によって立場が分かれていると考えられている[118]。具体的には、「行為者の状況」の理解として、「その瞬間の客観的状況（objective circumstances of the moments）」を意味するか、若しくは「被告人の個人的特徴を包含するか」といった複数の解釈方法を採り得る[119]。

近年では、過失の有無は①被告人の観点から理解されるべきか、若しくは②「合理的な人」の観点から理解されるべきかという、上記の二者択一のみならず、③被告人と同様の個人的特徴を有する合理的な人に結びつけられるべきか[120] という選択肢（ハイブリッド基準（a hybrid standard））が提示されることもある。

上記のハイブリッド基準を、第３章（『法学政治学論究』145号）にて前述

114）　井上・前掲注41）222頁。
115）　Dressler, *supra* note 20, at 337.
116）　井上・前掲注41）223頁。
117）　Dressler, *supra* note 20, at 337.
118）　Ohlin, *supra* note 4, at 347.
119）　*Id.* at 361.
120）　*Id.*

の State v. Williams に適用するとするならば、被告人夫妻が「教育をほとんど受けていなかったこと」や、「ネイティブアメリカンであったこと」が考慮されるべきであろうかという論点、さらには「彼らがリスクを知覚し損ねた」ことは、「ほとんど教育を受けていない合理的な人の基準で判断されるべきであろうか」[121] といった論点が生じ得る。また、「自分たちの子供を医師のところに連れて行くことをためらった理由」として被告人夫妻に「治療費を支払う余裕がなかった」という事情も仮に存在していた場合には、「合理的な人」基準のなかに「金銭的状況」[122] が包含されるべきか否かという論点が新たに生じることとなる。

もっとも、この問題に対する前述のアメリカ模範刑法典注釈書の立場[123] に対しては批判的な立場が存在する[124] とともに、この立場を支持するにしても、上記の 3 つのうちいずれを選択するかという問題がある。この問題の難しさの 1 つの要因として、アメリカ模範刑法典制定以来、難読症や ADHD といった個人的特徴を示す病名が日に日に増加していることが挙げられることがある[125]。

一連の「模索」の動向は、故意と過失、謀殺と故殺、故意故殺と非故意殺といった、行為者の主観的側面と、それが外在的に顕出された行為によって惹起される法益侵害の「グラデーション」に、「合理的な人」基準をはじめとする 2 次基準を用いて、一定の線引きを施そうという試みである。この試みは、故意と過失の分水嶺の設定という文脈において同様の問題を抱える日本刑法の議論に対しても、示唆に富む議論である。「合理的な人」基準のほかに、日本刑法の故意・過失の分水嶺設定において参照価値を有する概念が、次節にて取り上げる「recklessness」、及び第 3 節にて取り上げる「belief」の概念である。

121） Dressler, *supra* note 20, at 337.

122） *Id.* at 338.

123） American Law Institute, *supra* note 67, at 242.

124） Fletcher, *supra* note 105, at 401, Ohlin, *supra* note 4, at 361.

125） Ohlin, *supra* note 4, at 361.

㈡　中間領域としての「recklessness」概念

1　「recklessness」概念の法的位置づけ

英米法圏における故意と過失の「中間領域」としての「recklessness」の存在自体は、日本国内においても度々指摘されてきた[126]。日本国内において「recklessness」は、「故意にはいたらないが、通常の過失よりも非難性は大きく、わが国の未必の故意および認識ある過失を独立のカテゴリとしたものにあたる」[127]と説明されることがある。もっとも、「故意」でも「認識なき過失」でもない、「未必の故意」若しくは「認識ある過失」に相当する概念にあたるという、極めて抽象的な法的位置づけに過ぎず、「recklessness」は日本においては、依然として厚いベールに包まれた概念であるといえる。「無謀殺人（reckless killing）」は、徐々に「謀殺（murder）」と「非故意殺（involuntary manslaughter）」の２種類に分類されるようになる[128]ものの、「recklessness」と「criminal negligence」の使い分けは比較的近年に至るまで明確ではない[129]との指摘が存するように、アメリカ模範刑法典の「無謀」規定については、複数のアプローチが存在する。

具体的には、「非故意殺」としての「無謀殺人」は、「誰かの死をもたらす実質的かつ不当な危険を構成する行為に従事している場合に適用」される[130]と解釈されたり、「謀殺」の一種として、「邪悪な心（depraved heart）」

126）　大塚仁『刑法概説』（有斐閣、1963）166頁、藤木英雄『刑法講義 総論』（弘文堂、1975）141頁、花井哲也『過失犯の基本構造』（信山社、1992）145-148頁、鈴木茂嗣『犯罪論の基本構造』（成文堂、2012）287頁など。大塚裕史「アメリカ刑法における過失責任論と刑事制裁の限界」鈴木義男先生古稀祝賀『アメリカ刑事法の諸相』45頁（成文堂、1996）では、「『未必の故意』ないし『認識ある過失』に相当するもの」として位置づけられている。

127）　田中・前掲注４）702頁、鈴木・前掲注126）270頁。

128）　Ohlin, *supra* note 4, at 289.

129）　Dressler, *supra* note 4, at 501. 第２章第１節（『法学政治学論究』145号）においても前述。したがって「recklessness」が「謀殺（murder）」を指し示す場合には、「『極端に（extremely）』という副詞」を「補足」することが有用であると考えられている。

130）　*Id.* この文献ではその例として、高速道路から下を通る車に向けて10ポン

と呼ばれる概念を用いて説明されることもある。

このうち「邪悪な心」概念は、「有用」な概念である[131]として、実際の裁判例においても用いられてきた。たとえば、カリフォルニア州刑法の「勝手気ままで邪悪な心（abandoned and malignant heart）」に代表される一部の法域は、コモン・ロー上において「邪悪な心」による謀殺と呼ばれていた程度にまで行為者のリスクが達することを要求[132]しており、「Phillips 基準（the Philips test）」と呼称されることのある事例[133]においては、「『他

ドの重い石を大量に落とした場合、そのうちの１つが車のフロントガラスを割って人を殺してしまう「実質的かつ不当な危険」が存在することが挙げられている。

131） Joshua Dressler, *Rethinking Criminal Homicide Statutes: Giving Juries More Discretion*, 47 Tex. Tech L. Rev. 96（2014）.

132） Dressler, *supra* note 20, at 324.

133） People v. Phillips, 64 Cal. 2d 574, 51 Cal. Rptr, 225, 414 P. 2d 353（1966）. たとえば、Dressler, *supra* note 20, at 329. において「the Philips test」と呼称されている。また、カリフォルニア州刑法における「criminal negligence」及び「recklessness」の規定は以下の通りである。

「§7(2)『neglect』、『negligence』、『negligent』、及び『negligently』といった用語は、作為若しくは不作為（act or omission）の当然ないしは蓋然性のある結果に対して、慎重な者であれば自身の関心事において（in his own concerns）通常施すような注意を欠如していた際に用いられる。」

このほか「§192. Manslaughter; voluntary, involuntary, and vehicular」において、「Gross negligence」の規定（e）が存する。

「§190. 2.（d）第（c）項の規定にかかわらず、現実の殺人犯以外の者であって、人間の生命に対する無謀な無関心（reckless indifference）により、かつ主要な関与者として、他者の死を引き起こす第（a）項第17号に規定される重罪（felony）の実行の教唆、幇助、助言、命令、動機づけ、そそのかし、要求若しくは補助を行い、かつ第１級の謀殺（murder）により有罪と判断された者は、……保護観察の可能性なく、死刑若しくは無期懲役に処せられる。」（下線部は本論文の筆者による）

以上のように、「無謀（reckless）」という用語は、カリフォルニア州の立法上においては、「謀殺（murder）」の文脈にて用いられている。なお、「aid and abet」は「教唆・幇助」を意味する（田中・前掲注４）38頁）。Inducement に「動機」（同442頁）という定訳が存することから、「induce」を「動機づけ」と訳出した。

者の生命を危険にさらすことを認識し、かつ生命を意識的に無視して行動する者によって、当然の結果として生命に対する危険が生ずる行為が故意に（deliberately）』引き起こされ、そのことによって死亡結果が直接的に引き起こされた場合に、犯意が示唆される」という判断基準が提示された。

もっとも上記のカリフォルニア州法の規定や判決に対しては否定的な見解も存在[134]し、「Phillips基準」よりも、ニューヨーク州刑法のもとで示された[135]ように、他者の生命に対する「邪悪な無関心」を要する基準のほうが好ましいという立場も採り得る[136]。

このように多様な解釈や判断基準の存在する「無謀」事案の処理を容易にするために、一部の法域では機械的に処理する方法が適用されている。すなわち、「軽罪故殺ルール」（「不法行為ドクトリン」）と呼ばれる、「死を引き起こす潜在的な軽罪を犯していた場合には非故意殺に対する有罪判決を認める」[137]ルールである。具体的には、「必要とされる精神状態は潜在的な軽罪に対するメンズ・レアであり、そのドクトリンは死を引き起こした点に関して無謀により行動したことを立証する必要はなく、その代わりに、軽罪を犯したことによって被告人の無謀が法令によって前提とされる」というものである。このルールは、被告人が常習軽罪を犯している状況において、無謀を証明することなく故殺罪を追及できるがゆえに検察に支持された処理方法である[138]と考えられている。

134）　カリフォルニア州刑法の「勝手気ままで悪意のある心」は、「陪審員に対して、行為者の創出した危険に関する認識に焦点を当てる代わりに、邪悪な性質や卑劣な性格を伴う悪意に満ちた心と同視させてしまうおそれ」がある点において、誤解を招く用語であることが指摘されている（Dressler, *supra* note 20, at 328.）。もっとも「邪悪な心（depraved heart）」は、「recklessness」におけるメンズ・レアの一種として最新の事案（United States v. Kepler, United States Court of Appeals, Tenth Circuit., 74 F. 4th 1292 (2023)）においても正面から問われ、現在に至るまで裁判例において行為者の主観的側面を表す概念の一つとして残存し続けている。

135）　People v. Suarez, 844 N. E. 2d 721 (N. Y. 2005).

136）　Dressler, *supra* note 20, at 331.

137）　Ohlin, *supra* note 4, at 291.

138）　*Id.* なお、「軽罪故殺ルール」は「軽殺＝故殺原理」として、井上・前掲注

上記の方法は、日本刑法においても「故意」・「過失」の判断に窮する事例において効率的に結論を導出する際に、有用な手段となり得るかもしれない。もっとも本論文の主眼は、「故意」・「過失」に二分する日本刑法の建付けを維持したまま、その厳密な分水嶺の設定に資する概念として、「involuntary manslaughter」としての「過失」や「無謀」といった概念の解釈法上の判断基準を探究することにあるから、埋蔵された理論を抽出するべく、裁判例や学説の探索を次項以降も推し進めていくこととする。次項では、「recklessness」をめぐる学説上の理解に関する先行研究を端的に概観する。

2 「recklessness」をめぐる学説上の理解

「recklessness」は「negligence」とは異なり、その処罰自体は伝統的に認められてきた[139]ものの、その理論構成は論者によって見解が分かれている[140]。たとえばHall及びPerkins & Boyceは、「recklessness」を「意図に類似するあるいはそれに近い」[141]概念として位置づける点で共通する一方で、Hallは「recklessnessが結果発生たる害悪を求めていない点」において害悪を「意図」したのではなく「無関心」であると解釈するのに対し、

4）165頁においても言及されている。

139） たとえば「negligence」に対する処罰には否定的な前述のHallも、「recklessness」は処罰可能であることを前提として議論を進めている（Jerome Hall, General Principles of Criminal Law 108-117（2nd ed, 1960））。なお、Hallが過失処罰に否定的であることは、日本国内においても度々言及（井上・前掲注4）226頁、青柳文雄「英米刑法による故意・過失」『法學研究』第26巻第9號（1953）30頁）され、「recklessness」の議論において広く知られている。

140） 坂本（2010）・前掲注3）382頁以下、Rollin M. Perkins & Ronald N. Boyce, Criminal Law, 849-851（3rd ed. 1982）, Larry Alexander & Kimberly Kessler Ferzan, Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law, 23-68（2009）.

141） 坂本（2014）・前掲注3）203頁。コモン・ローにおいて「recklessness」と「negligence」は「同一類型」として捉えられ、とりわけ「gross negligence」は「recklessness」と同義であったという、第2章第1節・本章第2節第1項にて前述の視点がここでも指摘されている（坂本（2014）・前掲注3）385頁、Perkins & Boyce, *supra* note 140, at 850）。

Perkins & Boyce は「recklessness を negligence に包含することで、本来的な意味での negligence を刑事処罰の範疇から除外する」[142] という差異が存在する。

このように「recklessness」を「意図によらない」法益侵害として捉える立場は現在に至るまで有力である[143] 一方で、「involuntary manslaughter」の文脈における「recklessness」・「negligence」の区別については、近年に至るまで、その難しさが指摘されている[144]。両者の「区別が認識基準によってもなお概念的に不明確な場合があるとすれば、客観的な区別基準」たる「危険の程度」によって両概念の区別が図られている[145] との仮説に基づき、「recklessness」における「危険」においては「危険の引き受け（risk-taking）」[146] が問題となるとしたうえで、危険を「３段階」に区分[147] することにより、recklessness 成立の有無の判断基準を試みる理論が存在する。すなわち「具体的な危険に勝る利益を生み出すがゆえに、その多くの危険は引き受けるのに十分な価値がある」とする「第一段階」、「必ずしも有益ではないが、非難もしえない程度」の「第二段階」、「犯罪として判断される」水準の「第三段階」である。

142） 坂本（2014）・前掲注３）205頁、Hall, *supra* note 139, at 115.

143） 近年においては、「recklessness」が「involuntary manslaughter」の一つとして位置づけられている（たとえば、Ohlin, *supra* note 4, at 151）。

144） Dressler, *supra* note 20, at 351.

145） 坂本（2014）・前掲注３）206頁。

146） 坂本（2014）・前掲注３）207頁によれば、Paul H. Robinson, Criminal Law, 246 (1997). なお、「危険引き受け（risk-taking）」という発想は、同著者の近年の文献（Robinson, *supra* note 20, at 116）においても言及され、無謀ないしは過失双方の認定において最低限の基準（minimum standard）であることが確認されている。このほか、Ohlin, *supra* note 4, at 151 においては、「行為者の行動が禁じられた結果（a prohibited result）を引き起こすであろう可能性（possibility）の認識を伴う」ものであって、換言すれば「危険引き受けの行動」であると説明され、「recklessness」の重要な考慮要素として位置づけられている。

また、坂本論文にて参照されている Robinson は、別の著書（Robinson, *supra* note 20, at 132–133）においても Alexander & Ferzan の議論を参照しており、彼らの議論の参照価値の高さが看取できる。

147） Robinson, *supra* note 146, 坂本（2014）・前掲注145）。

このうち「第三段階」は、日本の論者によって「前意識（すぐに呼び起こすことが可能な意識）」[148] と呼称されることがある。「前意識」は「無意識」とは異なり、「日常的でありすぎるために、特別に個々の動作に注意を払う必要がない場合」[149] に生じる意識の動きを指し、車の運転行為における「ハンドル操作する方法やタイヤを回転させる方法などの個々の動き」[150] を行うための意識が「前意識」の具体例として挙げられる。

この「前意識」と呼ばれる概念を用いて「recklessness」と「negligence」を区別することで、「recklessness」が「非意図」ではなく「意図類型に属することになる理論的な根拠」[151] が導かれ得る。すなわち、「recklessness」が「１）合理的な人間を基準とした社会的効用による比較衡量」から「結果発生の危険の程度」を検討することにより、「当該危険がまず処罰に値する実質性を備えた危険であるかどうかを判断」し、そして「２）その危険を引き受けることにつきそれが危険なことであると意識している場合」及び「正当化されえない危険であるとの理由につき、少なくとも前意識的なレベルにおいて正確に理解していたと判断」[152] されれば、「非意図」ではなく「意識」的な行為としての「recklessness」が認められるとする見解である。この見解に基づくと、「危険の正確な程度や危険にさらされることになる正確な利益を分かっていないような、いわゆる不明瞭（opaque）な reckless」[153] であっても、「行為の理由が、前意識的なレベルでその危険の程度を上回っている」場合には、「不明瞭な recklessness」の場合も、非

148） 坂本（2014）・前掲注３）224頁。
149） Alexander & Ferzan, *supra* note 140, at 52, 坂本（2014）・前掲注３）211頁。
150） 坂本・前掲注149）。
151） 坂本（2014）・前掲注３）218頁。
152） 坂本（2014）・前掲注３）217-218頁。このように「社会的な効用との比較衡量」に着目する見解は、Glanville L. Williams, Criminal Law: The General Part 61（2nd ed. 1961）をもとに構築されている（坂本（2014）・前掲注３）208頁）。「比較衡量」のアプローチを採用する点は、「ハンドの定式」（第２章第２節にて前述）と発想を一にしているといえる。
153） 坂本（2014）・前掲注３）211-212頁。

難の対象となるという結論が導かれる[154]。

上記の試論は、「行為の理由」と「危険の程度」とを比較する点において、故意と過失の分水嶺において比較衡量を用いる藤木英雄の学説[155]と整合性を有する。また、危険の対象そのものよりもむしろ、危険と対峙する行為者の「感覚」[156]に着目するアプローチは、日本の過失犯論における近年の有力説[157]と同様の着眼点を有しており、日本の学説の潮流とも矛盾しないとも思われる。

もっとも、上記の見解における「危険『感』」を突き詰めて検討すると、危険『感』が「前意識的なレベル」で「その危険の程度を上回っている」場合には、「recklessness」が「不明瞭」なものであっても有責性が認められるという結論が導かれ得る。このとき、日本の過失犯論において長らく批判の対象となってきた、結果回避義務を強引に認定する概念としての「危惧感」[158]と近接し得る可能性がある。

他方で、英米法圏の最新の論文では、上記の理論を含む従来の学説の潮流とは大きく異なる視点からのアプローチも登場し、さらなる学説発展の兆しが見られる。具体的には、「意識（awareness）」の内実に「recklessness」と「negligence」の区別基準を求めてきたこれまでの多くの学説の潮流からの抜本的な転換を試みるDuffの理論を素材としつつ、新たな理論を展

154）　坂本（2014）・前掲注3）217頁。この理解は、「代表的なコモン・ローにおいてrecklessがgross negligenceと同じ意味として理解されていた」（同209頁）という古典的な学説の動向に依拠し、recklessとnegligenceを「危険性の程度によるとの前提が誤りであった」という解釈を出発点として、アメリカ模範刑法典の定義規定のうち、1）「実質的（substantial）」要件ではなく、2）「不当（unjustifiable）」要件における「意識」にどのように適用するか（同210頁）という点に、理論構築の力点が置かれている。

155）　藤木・前掲注126）143頁。

156）　坂本（2014）・前掲注3）213頁では、「感じ（sense）」という表現が用いられている。

157）　古川伸彦『刑事過失論序説――過失犯における注意義務の内容――』（成文堂、2007）19、263頁等にて展開される、「合義務的代替交態」がその具体例として挙げられる。

158）「危惧感」の適切な理解については、川原・前掲注1）346頁以下にて詳述。

開する論者[159]も現れている。

ここでの「Duffの理論」とは、「不注意」の有無を判断する過程で設定される「標準による説明（standard account）」に対して異議を唱え、行為者の「実践的な態度（practical attitude）」、すなわち、リスクを「受容（acceptance）」、若しくは「是認する（endorse）」といった類の態度が「recklessness」を「特徴づける（characterise）」とする理論である。最新の論文の著者によれば、Duff理論そのものは、従来の学説と同じく「規範的な重大性（normative significance）」を考慮に容れている点において失敗に終わっているものの、従来の学説よりも「規範的な重大性」という概念をより良く理解するうえで有意義であると評価[160]され、「選択（choice）」の重要性に着目する「Findlay Stark」（本章第3節にて詳述）の見解よりも、「動機に対する反応（responding to reasons）」に光を当てる点において優れているとされる。

すなわち、一連の行動を推し進めない「動機」を行為者に構築させるような「リスク」が、行為者の目前に存在するという意義においては、「recklessness」・「negligence」のいずれの場面においても共通して問題となるところ、両者の差異の核心は、よりリスクのある行為を行為者が「選択」したかどうかという点ではなく、当該リスクに対する「動機に対する反応」という点にあると説明される。換言すれば、「reckless」な行為者は、「negligent」な行為者に比して、当該危険に反応することに関して「より良い位置（a better position）」、すなわち、当該動機に適切に反応する「機会（an opportunity）」を有していた[161]ということとなる。

上記の「動機に対する反応」という視点は、「recklessness」は「故意」ではない以上、危険のある行為をわざわざ「選択」しているのではないという点においては「negligence」と同様であり、したがって「選択」の観

159） Alexander Greenberg, *Awareness and the Recklessness Negligence Distinction,* 18 CRIM. L. & PHIL. 352（2024）, R. A. Duff, *Two Models of Criminal Fault,* 13 CRIM. L. & PHIL. 643, 659（2019）.

160） Greenberg, *supra* note 159, at 352.

161） *Id.* at 362–63.

点から両者を峻別することはできないため、「reckless」な行為者は「negligent」な行為者に比して「当初から法益侵害結果を発生させる危険に近接した状況にある」という点を、両者の区別基準として据える理論構成であるといえる。法益侵害を発生させないための「規範」と直面する点において、日本刑法の「未必の故意」の議論における「動機」説[162]とも共通点を有しており、参照価値の高い観点である。

もっとも、後述のSTARKによる「belief」理論は、必ずしも行為者の主観的な「選択」のみに着目しているわけではなく、また、近年に至るまでSTARK自身や他の論者によって批評と発展が積み重ねられており、上述の批判を踏まえてもなお、「recklessness」・「negligence」の成立基準及び両者の区別基準の議論において、示唆に富む理論であると考える。

したがって「recklessness」における危険の認識の内実、及び「gross negligence」との関係性については、近年の学説や裁判例の動向に基づいた、更なる議論の余地が存在するといえる。次項では、「recklessness」のみならず「negligence」の判断基準の発展にも寄与し得る理論の探索という問題意識のもと発見された理論の１つとして、コロラド州刑法における無謀の「４要件」をめぐる議論を概観することとする。

３　コロラド州刑法における「４要件」と「実質的かつ不当な危険」

コロラド州刑法のもと判示され、「無謀（recklessness）」のみならず「過失（criminal negligence）」概念発展にも寄与し得る判断基準を提供した事例の１つといえるのが、People v. Hall[163]である。本事例は、この「無謀」に関する具体的な判断基準が示されたのみならず、「危険」と行為者の主観的側面との関連性を幅広く検討する１つの指針が示された点において、「involuntary manslaughter」ひいては刑事過失をめぐる議論に示唆を与え

162）　動機説の内実については、川原・前掲注２）271、284-285頁にて詳述。

163）　People of the State of Colorado v. Nathan Hall, Supreme Court of Colorado 999 P. 2d 207（2000）. この事例は、OHLIN, *supra* note 4, at 359, KENNEDY, *supra* note 43, at 371など、複数の文献において紹介されている。

得る。また、近年の事例[164]において「無謀」や「過失」といった「精神状態（mental states）間の差異を有責性の程度（degree of culpability）の問題として」評価した事例として言及されるなど、この分野において存在感を見せつつある事案である。事案の具体的経緯は以下の通りである。

「スキーシーズンの最後の日であった1997年4月20日、被告人Hallは Vail Mountainでスキーリフトオペレーターとして勤務していた。自分のシフトを終えリフトが閉じた後、彼は山のふもとに向かってスキーで降った。斜面は混雑していなかった。Hallは、バランスを保つために腕を両側に出しながら、非常に速く降り、スキー板の先端を空中に上げ、スキー板の後部に体重をかけていた。彼は小さな円丘を飛び上がり後方にいる人々を見たが、止まることができなくなりコントロールを失ってしまった。そのときHallの下の斜面を斜めに降っていたCobbに衝突した。その衝突がCobbに対して重大な頭部及び脳の傷害を引き起こし、死に至らしめた」という事例である。

予備審問（preliminary hearing）においてはまず、「複数のmountain townの裁判官を務め、Vailに居住するBuck Allen判事」から、以下のような証言が得られた。すなわち、①Hallは「プロのスキーヤーでありVailに精通していた」こと、及び②「彼が斜面にいるHallを最初に認識した」際、「Allenはコースのゴール地点までまっすぐの直線で見渡すことができて」おり、「そのコースのその地点における盲点はなかった」こと、さらには、③HallはAllenの約3倍の速度で滑降し、「Hallはスキー板に『深く座ってもたれかかり』、バランスを保つために腕を両側に出しながら、先端を空中に上げていた」こと、④Hallは傾斜のあるコースを「左右に方向転換したり斜めに滑り降りたりすることなく、山の斜面をまっすぐ滑り降りて」いき、「Hallは『でこぼこを飛び跳ね』、『地形が彼を逆の方向にコン

164） State v. Rodriguez, 390 P. 3d 903（Kan. 2017）at 913. また、People v. Rieger, 436 P. 3d 610（Colo. App. 2019）では、予備審問における「裁量権の濫用（abuse of discretion）（田中・前掲注4）7頁）」に関して、事実審が「相当な理由（probable cause）（同668頁）」があると判断したことを踏襲するという文脈において言及されている。

トロールした』」結果、Hallの「スキーの実力にしては速すぎる速度で滑った」点が指摘された。そのうえで、「コントロールを失った状態（out of control）」を「止まったり人を避けたりすることができなくなる状態」であると定義づけるのであれば、彼はまさにそのような状態であった[165]ことなどが、Allenによって証言された。

県裁判所[166]においては、以下の（1）（2）の事実が認定され、検察の主張の不備が指摘された。すなわち、（1）スキーヤーの死亡結果を引き起こした衝突事故は他にも存在するが、Vail Mountainにおける本件のような「衝突による死は稀である」[167]とするMcWilliam刑事の証言や、（2）「Hallの高校時代のスキーのコーチであるMark Haynesと話し」たところ、「Hallはそのチームのトップの２、３人のうちの一人であり、Hallは『才能があるとともに攻撃的であった』」ため、「Haynesは安全に滑降し制御するように教え子たちに教えていた」[168]という「地区検事（district attorney）からの捜査員Sandberg」による証言から、「その状況にしては速すぎる」スキーとみなされた「Hallの行為は、死に関する実質的かつ不当なリスクを伴っていないため、検察はHallが無謀に行動したという十分な証拠を提示し損ねた」[169]と結論づけた。

地方裁判所（district court）においても、「検察が相当な理由を構築し損ねたとする県裁判所」の結論は引き継がれ、「Hallにより創出されたいかなる危険も、他者の死を引き起こす可能性が50パーセントを下回るため、Hallの行為は、実質的な死の危険を伴っていない」[170]ことが認定された。

165）See *Hall*, 999 P. 2d 212, Kennedy, *supra* note 43, at 371.（　）内、及び①～④の数字は筆者による補足。

166）田中・前掲注４）207頁「county court」。

167）See *Hall*, 999 P. 2d 212.

168）*Id.* このように行為者の行為を結果から遡って検討する視点は、日本国内の過失犯論においても、近年指摘され始めている（たとえば、杉本一敏「第１講 過失犯」高橋則夫＝杉本一敏＝仲道祐樹『理論刑法学入門：刑法理論の味わい方』12-13頁（日本評論社、2014）。

169）See *Hall*, 999 P. 2d 213.「district attorney」は田中・前掲注４）264頁。

170）See *Hall*, 999 P. 2d 214.

People v. Hall はその後サーシオレイライが認められ、以下の点が充たされることが必要であることが示された。すなわち、「(1) 他者の死を無謀に引き起こしたという相当な理由の認定のために、被告人が無視したに違いない実質的な死の危険の水準として、『ないよりはありそうである（*"more like than not"*）』要件を提示することが、不正確であったかどうか、そして（2）地方裁判所は予備審問において、故殺責任に関する県裁判所による棄却（dismissal）を維持する際に、誤った基準を再び参照し、この事例に具体的に関連する証拠を怠ったかどうか」[171] という点を充足することが求められた。

具体的には、コロラド州は1971年における「刑事法改正の一部として、一般的な規定は模範刑法典に従い、『intentionally』、『knowingly』、『recklessly』及び『criminal negligence』という、４つの有責的な精神状態を具体的に定義づける規定を採用」したため、現在では「①（以下の②～④を）意識的に無視したこと」、「②（行為者の引き起こす危険が）実質的であること」、「③不当な危険であること」、「④他者の死を引き起こしうること（Risk of Death）」[172] の４要件を検討する必要がある。

上記の「４つの有責的な精神状態」のうち、「recklessly」及び「criminal negligence」の差異は、後者が「危険（risk）を認識すべきであったがしなかった」ことで足りるのに対して、前者は「被告人が実際に危険を認識したがそれを無視したことを要する」[173] という点にある。したがって「無謀」においては、安全性の問題を認識したことに加えてそれを無視した点において「有責性」の程度が「過失」よりも著しい[174] といえる。もっと

171） *Id.*

172） Kennedy, *supra* note 43, at 375. コロラド州刑法の関連規定については、第３章第２節第１項（『法学政治学論究』145号）にて前述。（　）内は本稿の筆者による補足。また、判決文の具体的検討のなかで、「合理的な人（a reasonable person）」基準（第１節にて前述）を論ずる箇所が存在する（See *Hall*, 999 P. 2d 223）。

173） See *Hall*, 999 P. 2d 216.

174） 「非故意殺」における「実質的かつ不当」の程度が著しい事例として、食料品店がピーナッツバターにサルモネラ菌が付着しているかもしれないことを

も、「実質的な危険」が存在する場合であって、かつ適切な予防措置が存在し、事故前にその措置を施していれば事故を回避できたという場合に初めて、その危険は「不当」であるということになる[175]ため、「実質的かつ不当な危険」の有無の認定においては、「実質的」ではあるが「不当」ではないという場面を観念することができる。これらの要件を一度に処理しようとすると、判断に窮する場面が生じ得る。

People v. Hallにおいては、上述の4要件を踏まえつつ、以下の2次基準が示された。すなわち、「危険が実質的で不当かどうかは害の発生する可能性（likelihood）、及びそれが発生した場合の害の大きさ（magnitude）によって決定づけられる」[176]べきであるという基準である。具体的には、「危険が不当かどうかは、その危険がどの程度実質的であるかに関する行為者の行為の性質（nature）及び目的（purpose）を評価することによって決定づけられなければなら」ず、「最終的に、行為が無謀であるためには、危険が非常に大きな性質のものであるがゆえにそれを無視することが、合理的な人であれば遂行するであろう注意の基準からの著しい逸脱を構成しなければならない」[177]という判断基準が示された。

ここで注目すべき点は、「危険が実質的であるためには『ないよりもありそうであること』若しくは『ありそうなこと』である必要はない」[178]という点である。なぜなら「一部の危険は、害の大きさが潜在的に大きいことを理由に」、「害が発生する確率が50パーセントを優に下回る場合であっ

知っていたにもかかわらず、従業員に対して「とにかく店頭に出すように」伝えていた場合が挙げられる（Ohlin, *supra* note 4, at 290）。

175）　たとえば、ある芸術家が雪の彫刻を作成する際に、その「彫刻が崩れて子供に重大な傷害を引き起こし得る実質的な危険があることを認識している」場合であって、彫刻を監視するための「安全視野計（safety perimeter）」のような適切な「予防措置（precaution）が存在し、それが致命的な事故を防げたかもしれない」という場合には、この状況における危険は「不当」であるということになる（Ohlin, *supra* note 4, at 290）。

176）　See *Hall*, 999 P. 2d 217.

177）　*Id.*

178）　*Id.*

ても」、「実質的であるかもしれない」[179] し、裏を返せば、「比較的高い蓋然性を有しているが、非常に小さな害を生じさせるであろうという場合には、『実質的な』危険を有していない」[180] という場合が存在するからである。

また、危険が「不当」であるかどうかは、「行為により創出された危険に対する行為者の行為の性質及び目的に重きを置くことによって決定づけ」られ、「人が意識的に実質的な死の危険を無視したがそのような危険を正当化する利益を促進するためにそうしたという場合には、その行為は無謀ではない」[181] と考えられている。

本件の具体的な事実に即して検討すると、「『その状況にしては速すぎるスキー』というのは必ずしも高い程度の危険を構成する行動であると考えられているわけではなく」、スキーという行為自体が他者に及ぼす危険は、「通常は非常に低いものである一方で、コントロールを失うことや不適切な技術」は、とりわけ被害者が認識していない場合において「衝突が発生する可能性および衝突による傷害の程度を著しく高める」[182] こと、及び「Hallは自身の享楽以外の直接的な利益に尽くして」おらず、「合理的な人（a reasonable person）であれば、スキーによる享楽というのはHallが示したようなスピード及びコントロールを失ったスキーを正当化するものではないと決定づけることができる」ことから、「合理的な人であればHallによる実質的な危険は不当である」[183]、すなわち「実質的（②）」かつ「不

179） *Id.* その例として、「銃の薬室にひとつの銃弾しか込められていないレボルバーを持ち、銃を他者の頭に向け引き金を引く場合には、たとえ死の結果を引き起こす確率が6分の1にすぎなくとも、死の危険（risk）は実質的なのである」ことが挙げられている。この例はDRESSLER, *supra* note 20, at 330においても用いられている。

180） See *Hall*, 999 P. 2d 218.

181） *Id.* その例として、「外科医が患者に対して、75パーセントの確率で患者を死なせてしまう手術を行うが、その手術なしではその患者は確実に死んでしまうであろうという場合には、危険（risk）が実質的であってもその行為は正当化され、それゆえに無謀ではない」ことが挙げられている。この例も、上述の銃の仮想事例と同じく、DRESSLER, *supra* note 20, at 330において用いられている。

182） See *Hall*, 999 P. 2d 222.

183） *Id.* at 223.「合理的な人」基準（本章第1節にて前述）がここでも論じら

当（③）」の双方の要件を充足するという結論が導かれている。

「実質的かつ不当な危険」要件を検討したのち、行為者が危険を「意識的に無視した」こと（要件①）の検討に入る。この「意識的な無視」とは、行為により創出される危険を認識しているにもかかわらずその行為を選択（choose）する[184]ことを意味する。本件においては、スキーのような「スポーツの性質上、高速となる瞬間や一時的にコントロールを失うことも伴う」とも思われる。しかし、州議会（the General Assembly）はスキーヤーに対して滑降時に人や物との衝突を避ける義務を課していることから、「Hallの行為が、合理的な法を遵守する人であればそのような状況において遵守したであろう『著しい逸脱』を構成する」からこそ、当該行為を選択することは危険の「意識的な無視」（要件①）に該当すると、認定された[185]。

People v. Hallは、「involuntary manslaughter」の判断基準構築に示唆を与える事例であった一方で、行為者の主観的側面をつぶさに描写するためにはさらなる検討を要する。次節では、行為者の主観的側面に関する近年提唱された概念であり、無謀と過失の区別にとって有用な「belief」について論じることとする。

㈢ 「belief」の概念と「過失」・「無謀」の区別

「belief」とは、刑事過失における「危険に対する認識」に関する、2016

れている。

184） *Id.* at 219.

185） *Id.* at 223.「州議会（the General Assembly）」の規定とは、「Section 33-44-109（2）」である。もっとも、この規定は「刑事（criminal）過失」よりも「民事（civil）過失」に親和性の高い規定であると評価されている。また、People v. Hallに即した「合理的な人」の具体例として、「訓練を受けたスキー選手やリゾートの従業員」が挙げられる。

なお、残りの要件である「④死の危険（Risk of Death）」については、Hall事例においては、「実質的かつ不当な危険（②・③）」の要件の検討にて「害の可能性（likelihood）」や「害の大きさ（magnitude）」が既に検討されているため、いかなる「死の危険」であっても要件を充たすと認定された。

年に提唱されたばかりの新しい概念である[186]。もっとも「belief」の先駆けとなる議論は、1990年代や、2000年代の議論にも見られる。たとえば、「belief」と「recklessness」の関係性については、「一部の状況においては、危険（risk）が存在しないという誤ったbeliefは、当該beliefが『合理的（reasonable）』といえる場合にのみ、recklessnessの帰属を妨げるべきである」[187]と指摘されることがある。

また、アメリカ模範刑法典の注釈書と比較して、「belief」の形成の失敗に着目する見解も存在する。具体的には、「死を引き起こす危険を創出するがその危険を認識していない行為者は、その危険の存在に関して意図的でなく無知である若しくは自己欺瞞に陥っていた場合、及び当該無知若しくは自己欺瞞が、コントロールすべきであった行為者の願望に起因する影響によるものであった場合に、公正に応報的刑罰に処せられる」のであり、この場面における「当該行為者の有責性は、誤った選択をした点にあるのではなく、むしろ有責性のある信念的（doxastic）[188]自己コントロール、すなわち行為者のbeliefの構成及び認識に影響を及ぼす願望のコントロールを遂行し損ねた点にある」[189]という見解である。

すなわち、「行為者に対して適用可能な証拠が当該beliefの構成を根拠づける場合に、意図的でなく無知である行為者は、死の危険を（他者に）負わせているというbeliefの形成を自身の願望が妨げたということができ、他方で自己欺瞞に陥っている行為者は、当該beliefを形成するもののそれを認識させることを自身の願望が妨げたということができる」[190]と説明される。「いずれの場合においても、勝手気ままな（wayward）願望をコントロールすることができた若しくはすべきであった結果、関連するbeliefを

186） Stark, *supra* note 41, at 228.

187） R. A. Duff, Intention, Agency And Criminal Liability: Philosophy of Action and The Criminal Law 157（1990）.

188）「doxastic」を「信念的」と訳出する例として、野本和幸「様相論理のモデル理論と存在および同一性の問題」科学哲学9号（1976）37頁。

189） Stephen P. Garvey, *What's Wrong with Involuntary Manslaughter?* 85 Tex. L. Rev. 333, 337-38（2006）, Lafave, *supra* note 54, at 333.

190） Garvey, *supra* note 189, at 337.

形成させかつ認識（awareness）へと表面化させた」[191] といえるからである。この見解に依拠した場合、最終的に行為者が「選択」した行為そのものではなく、「選択」に至るまでの意思決定過程（「願望」の段階）において、適切な「belief」の形成に努め、結果を回避できるような選択を導く「認識」に至ることができたかどうかという点の判断に重きが置かれているといえる。

以上のように、行為者の危険との関係性を「belief」概念を用いて説明する論者は、2016年以前も存在する。もっとも、「recklessness」と「negligence」の分水嶺を設定するうえでの重要な判断材料としての「belief」を正面から論じたのは、Stark の先駆的功績であると評価できる。この「belief」概念を紐解くことにより、「危険に対する認識」を得るための前提としての注意義務の設定に対する示唆が得られる。

「belief」を理由に刑事過失が成立するケースとしては、「被告人が関連する危険の程度について誤ったbeliefを形成し、危険は全く存在しないと（誤って）結論づける事例」と「被告人が行為の危険について単に何らbeliefを持っていない事例」[192] の２種類のケースが挙げられる。これらの場合においては「beliefの失敗としての過失（negligence as failure of belief）」が問題となる。「beliefの失敗としての過失」とは、「関連する背景のbelief を持つ人が、自身が存在する状況についての知覚の観点から、行為に関して特定の法益に対する危険（その状況においては採ることが相当ではない危険（risk））が付与されたという更なるbeliefを形成し損ねた」[193] 場合に成立する。「背景のbelief（background belief(s)）」と「知覚（perception）」が相俟ってbeliefを形成するといえる。

この理論は、「ガスの匂いが充満した部屋で火をつけてしまった」という事例[194] にたとえて具体的に説明することができる。この事例の場合、「ガスの匂いに気づくこと」が「知覚」であり、「ガスが充満している所で

191）Garvey, *supra* note 189, at 338.
192）Stark, *supra* note 41, at 228.
193）*Id.* at 229.
194）*Id.* at 229-231.

火をつけると火災の恐れがある」という「情報（information）」が「背景のbelief」である。したがって「ガスが充満している所で火をつけると火災の恐れがある」という「背景のbelief」を有しているとともに、「ガスの匂いに気づいていた」（「知覚」があった）にもかかわらず、火をつけて火災を生じさせた際に「negligence（過失）」があるという結論が導かれる。

「beliefの失敗としての過失」を構成する2本の柱である「『知覚』と『背景のbelief』は、beliefの失敗としての過失に関して（十分ではないが）必要な条件」[195]であると考えられている。前述のガスの事例に置き換えて説明すると、たとえば、鼻が詰まっていたためにガスの匂いに気づかなかったという場合には、「知覚」が存在せず、「negligence」が成立しないということになり、「ガスが充満している所で火をつけると火災の恐れがある」ことを知らなかった場合は、「背景のbelief」を有しておらず、「negligence」が成立しないということになる。

「beliefの失敗としての過失」には例外も存在する。具体的には、「特定の背景のbelief若しくは一連の背景のbeliefを欠いていることにつき被告人に責任がある」場合である。このような場合には、「議論は、関連する危険に気づかないことを避けるための適切な機会が被告人にあったか、という論点に移行」し、「行為に存在する危険についての関連するbeliefの欠如につき有罪」とされ得ると考えられている。ガスの事例を用いると、「鼻が詰まっていた」原因が、「前日に寒い日であるにもかかわらず髪の毛を乾かさずに歩いた」からであった場合には、行為者がbeliefを欠いていたことにつき責任があったと評価されるのである[196]。

このように「belief」の概念に注目することによって、「危険に対する認識」を生じさせるまでの過程を、順を追って整理しながら検討することができる。そして分水嶺の設定が困難な「recklessness」と「negligence」は、この概念を用いることによって区別が可能となると考えられている。すなわち、「具体的で実質的な危険が行為に存在するというbeliefが（原因であ

195） *Id.* at 230.
196） *Id.* at 231.

ると）帰属させるに値する十分に多くの『性質』を『無謀な』被告人は示して」いるのに対し、「『過失のある』被告人による思考や行動に表れる性質は、そのような危険が存在するというbeliefが（原因であると）帰するには値しないが、beliefを『形作る』ことに失敗するときに、その状況に関する他のbeliefや知覚の観点から、他者の利益に対する不十分な関心を立証する」と説明される。beliefの内実の差異によって、「recklessness」と「negligence」を区別することができるといえる[197]。

もっとも、行為者のbeliefの欠如につき過失があったかどうかを検討するために、行為者の行動をどの時点まで遡るかという問題が存在する。たとえば「ガスが充満している所で火をつけると火災の恐れがある」という情報を知らなかった原因が、「学校に通っていなかった」からであった場合、学生時代の行動にまで遡って過失の認定をすることは、処罰範囲の過度な拡大となってしまう。したがって運用可能な形にするために「被告人が『することができた』あるいは『するべきであった』というよりもむしろ、不当な危険に従事していたときに」実際に「『有していた』『背景のbelief』や『知覚』に、焦点」[198]を当てることが重要であると考えられている。前述の事例に即して検討すると、ガスの匂いが充満する所で火をつけるという「不当な危険」に密接に関連する「背景のbelief」や「知覚」が、考慮要素となる。

「recklessness」と「negligence」の判断基準をめぐる一連の理論は「丹念かつ熟慮」が施されており、過失処罰の議論に対して「貢献を果たした」との評価が与えられ、とりわけ「beliefの失敗としての過失」は、論

197）　別の箇所において、「recklessness」の核心は「リスクが存在すると被告人が『信じる（believe）』ときに被告人はリスクを『認識（aware）』している」点にあるのであって、「あるリスクが存在することが実質的に確実であると信じる必要はない」（*Id.* at 140）と説明される。beliefとはリスクの「認識」そのものではなく、「認識」していたと結論づけるに値する性質を被告人が示していた場合の被告人と、「危険」との距離の近さを表現するものであり、Stark は、「belief」を「knowledge（認識）」（田中・前掲注４）493頁）とは明確に区別して議論を進めていることが看取できる。

198）　*Id.* at 232.

者独自の学説[199]として位置づけられている。すなわち「刑事法における recklessness と negligence の教義的かつ理論的側面に関する包括的概観が示されるのみならず、これらの議論に既に没頭している学者に対しても斬新な識見が提供」[200]されたと考えられている。

「belief の失敗としての過失」提唱者による議論は、他の論者による整理も試みられている。主に①「recklessness と negligence が性質上（dispositionally）のものとして理解されている belief（若しくはその欠如）に関するものである」という点、及び②「過失の要点は、belief を形成し損ねて行動することである」という２点が、中心的な主張[201]として構成され、「belief の失敗としての過失」は、以下の「３つの構成要素」に整理できると考えられている。すなわち、「(i) 被告人の計画した行動に伴う危険（risk）に関する背景の belief(s)、(ii) 被告人の計画した行動に伴う危険に関する状況の特徴の知覚、(iii) 関連する具体的な危険が、他者の法益に関する被告人の不十分な関心を証明する状況において存在するという belief の形成を妨げる性格に関して一般に認められている局面」[202]の３点である。

もっとも、上記の整理を施す論者からは、「belief の失敗としての過失」提唱者の見解に対して、複数の指摘も向けられている[203]。１点目は、「実現可能性を理由として、必要な背景の belief を欠いている場合には、行為者に過失があったとはなり得ない」という議論は、「過失がいかなるものであるかという理論というよりもむしろ、刑事法における公正かつ正当な限界に関する議論に過ぎない」という指摘、２点目は、「belief の形成を妨げる性格（character）に関して一般に認められている性格上の特徴を原因とする belief の形成の失敗は、他者の法益に関する不十分な関心を指し示

199） Kimberly Kessler Ferzan, *Culpable Carelessness: Recklessness and Negligence in the Criminal Law*, 81 Mod. L. Rev. 1092 (2018).

200） *Id.*

201） *Id.* at 1093.

202） *Id.* at 1095.

203） *Id.*

すという状況においては、beliefの失敗としての過失を立証する」とする理論は、換言すれば、特定の性格の特徴において受け入れられている若しくは知られていない、すなわち「柄にもない（out of character）」選択をした場合には、有責性が認められなくなるという指摘、３点目は、「recklessnessとnegligenceの区別」をめぐり、「性質上のbeliefs（dispositional beliefs）」と「信じる性質（dispositions to believe）」の差異を区別できていないという指摘[204]である。

とりわけ３点目に関しては、「最も大きな当惑（The biggest puzzle）」を残したとの評価が加えられている。すなわち、「我々は『327＋327＝654』であると信じるのではなく、『327＋327＝654』であると信じる性質（dispositions）を有している」のであり、換言すれば、「性質」から事実上の「belief」に到達するためには、「調停者（mediator）」となるような、両者を連結する思考過程の設定を要するという評価である。具体的には、２人の行為者が「ともに赤信号を無視し歩行者を轢いた場合」であって、自身の冒した「危険」に関して、同じ「背景のbelief」や「知覚」を有し、同じ行動及び意識的な思考の欠如を示していたとしても、一方の行為者は「reckless」で、他方の行為者は単に「negligent」であるという結論が導かれ得るため、「意識的に（consciously）」若しくは「前意識的に（preconsciously）」[205]といった、個々の行為者の「性質」と「belief」構築とを連結する「調停者」的存在となる、思考回路の補塡を要するという趣旨の指摘であるといえる。

以上のように、「背景のbelief」・「知覚（perception）」という、わずか２本の柱によって構成される「beliefの失敗としての過失」理論は、とりわけ「recklessness」と「negligence」の区別に関する具体的な判断基準の設定においては課題が残るものの、前述のように、この分野に通暁する学者にとって「斬新」な理論である点自体は、問題点を提示する論者によって

204）*Id.* ３点目の指摘は、Ferzanによれば、R. Audi, *Dispositional Beliefs and Dispositions to Believe,* 28 Noûs. 419（1994）における議論に基づいている。

205）Ferzan, *supra* note 199, at 1096.

も認められている。したがって、両者の具体的判断基準の設定という、19世紀から続く未解決の課題に対して一石を投じた挑戦がその価値を高めるためには、「調停者（mediator）」をはじめとする「中間項」の内実を詳らかにしていくことが今後求められているといえる。

「beliefの失敗としての過失」に対して問題点を指摘する論者の見解を踏まえたうえで、「主観的belief（subjective belief）」の重要性に改めて着目する見解も現れた。すなわち、Kimberley Kessler Ferzanが「刑事無謀（criminal recklessness）における危険（risk）は、その行為が評価される者の主観的beliefによって構成されるべきである、換言すれば、当該危険が及ぼし得る害の大きさと結果の蓋然性とは、行為者が信じていたことに依拠するのであって、実際にどのようであったかではない」[206]と主張していた点を捉え、「主観的belief」が有用であることを指摘する。具体的には、Ferzanの指摘は「recklessnessがいかなる『現実的』危険が存在しない状態で判断されることができることを意味」し、「非主観的（non-subjectively）に危険を判断する際の恣意（arbitrariness）を誇張し、間主観的（intersubjectively）に構築された実用的な概念としての危険を十分に承認しない」おそれが存在するものの、「それでもなお未確定の刑事責任にとって有用である」[207]ことを主張する。

「過失は、非難要素の欠如という観点において、より高い有責性の水準と実際に異なるかどうか」という視点から、Starkの理論は「何が非難要素となり得るかという点について制約を課している」[208]と分析する論者も存在する。この論者によれば、Starkの理論は、H. L. A. Hartによる過失の理解と対比することができる。すなわちHartは「過失は不注意として

206） David Prendergast, *Recklessness without the Risk*, 14 Crim. L. & Phil. 31（2020）. Alexander & Ferzan, *supra* note 140, at 27-28.

207） Prendergast, *supra* note 206, at 32. なお、MPCにおける「recklessness」規定、及びEngland and Walesにおける「recklessness」規定の定義づけの関係性については、at 33-34.

208） Marcia Baron, *Negligence, Mens Rea, and What We Want the Element of Mens Rea to Provide*, 14 Crim. L. & Phil. 85（2020）.

理解されるべきではなく、注意を向ける能力」、具体的には「行為者の行為及びそのリスクについて考え、管理する能力」を「発揮することの失敗として理解されるべきであることを強調する」のに対し、Stark理論に基づけば、このように「行為を基礎に（conduct-based）」検討する思考方法は、「それだけでは刑事責任を追及するには十分ではない（過失に対して刑事責任を追及すること自体は認められるが、それは行為を基礎に判断しなかった場合である）」[209]と説明できるとしたうえで、後者に対して否定的な議論を展開する。

具体的には、メンズ・レアは「行為」そのものではなく、「行為のようなものには及ばない何か他のもの（something else, less action-like）」を要求しているのであるから、過失を単に行為者のなすべき行動をし損ねたと捉えた場合には欠陥があるものの、それは決して行為をメンズ・レアの種類の一つから締め出すものではないという見解[210]である。

他方でStark自身は、「被告人が他の（仮説的）行為者がしたであろう方法と同じように行動しなかったことを理由に非難される」のであれば、刑事責任の追及は「反個別化（anti-individualised）」し、「被告人に彼ら自身のことや、他者の法益に関して示し損ねたという関心事についてほとんど伝えることができなく」なり、「有罪宣告（condemnation）のコミュニケーション的側面が欠如してしまう」ことを理由に、「行為を基礎に（conduct-based）」置いた検討方法に否定的である[211]。すなわちStarkは、「刑事的な判決（及び、いくつかの刑罰）」は、「誤った行為を非難するのみならず、誤った行為に従事してきた市民を非難することをねらいとして、個別的かつ意図的に恥辱的な有罪判決のメッセージを伴う」という、「コミュニケーション的側面」を有しており、「そのことが被告人に対してそのような個別的有罪宣告が正当であることを適切に考えさせることになるのであ

209）Hart, *supra* note 63, at 157. Baron, *supra* note 208.

210）Baron, *supra* note 208.

211）Stark, *supra* note 41, at 180. Baron, *supra* note 208. なお、「condemnation」は、「罪という社会倫理に反することを犯したことの確認ないし倫理的非難」に「力点」が置かれた表現であると考えられている（田中・前掲注４）178頁）。

る」[212] という、近年議論が盛んとなりつつある「表出的刑罰論」[213] の立場から、「行為」ではなく「belief」に依拠した過失犯論を展開する。

上記のように「行為を基礎に（conduct-based）」置くことに否定的なStarkの立場に対しては、過失行為に「コミュニケーション的側面」を見出すことに消極的な論者による疑問[214] が向けられることがある。具体的には、「beliefの失敗としての過失」理論に対して、「合理的な人基準（a reasonable person standard）を参照することにより過失を理解しようとする」取り組みには問題点が存在すること自体は認めたうえで、「合理的な人」基準を放棄し「認識上の失敗（an epistemic failure）」としての「belief」概念に完全に移行する[215] ことに対しては、消極的な姿勢を見せる見解である。具体的には、行為者を「単に法益侵害結果を及ぼす行為」をした者と直ちにみなすのではなく、「非難されるべき行為をしてしまったと判断する」ことによって行為者は「過失により行動した」ことを認定するのであれば、「認識」の側面を重視するStark理論よりもむしろ、「行為」に重きを置くHartの議論の方が望ましいという見解[216] である。

「belief」の概念は、提唱者の最新の論文にてさらなる修正が図られている。すなわち、「行為によって負うことになる危険に関する被告人のbeliefが不合理（unreasonable）である場合には、その行為者は『reckless』と判断されるべきではない」[217] という点が補足された。この場合、「recklessness」とは、「（ｉ）関連する危険が自身の行為に関連していると

212） Stark, *supra* note 41, at 1–2.

213） 刑罰の「コミュニケーション的」側面に着目する「表出的刑罰論」については、近年日本国内においても議論が盛んとなりつつある（中村悠人「表出的刑罰論についての覚書」立命館法学405・406巻（2023））。刑罰論と過失犯論の関連性をめぐる検討については、別稿に委ねることとする。

214） Baron, *supra* note 208. BaronはStark理論を全面的に否定しているわけではなく、Stark理論を契機とする更なる発展の必要性を提言している。

215） Baron, *supra* note 208, at 86.

216） *Id.* 原文においては、行為者が「S」、法益侵害を及ぼす行為が「X」と表記されている。

217） Findlay Stark, *The Reasonableness in Recklessness,* 14 Crim. L. & Phil. 9（2020）.

（合理的に（resonably））信じた（believed）ものの、（ii）自身の行動を変更し損ね、このことが他者の法益に関する不十分な関心を証明する状況において、ある種の行為を伴い、結果が生じ、あるいは状況（関連する危険）が生じるであろう危険に関与している場合」[218] を指し示すこととなる。「belief」の有無という観点において「recklessness」は「negligence」とは異なることが改めて確認されるとともに、「recklessness」の有無の判断に際しては、「belief」を有していればその内容は問われないわけではなく、当該「belief」が「合理的」[219] であることが求められるという点が看取できる。

㈣　小　括

本章においては、近年の裁判例や学説を参照し、判断基準発展の可能性について論じた。第１節にて取り上げた伝統的な判断基準である「合理的な人（a reasonable person）」基準に関しては、「In-between」基準や「ハイブリッド」基準（a hybrid standard）といった新たな基準の構築の試みが進められているものの、難読症やADHDといった個人的特徴を示す病名が日に日に増加していること等を理由として、行為者個人の特徴をどの程度考慮に容れるかという点については、依然として困難を極めている。そこで、日本刑法にはない行為者の主観的側面における「中間領域」を示す概念であって、犯罪行為に結びつく主観的側面のグラデーションの全体像の描写に大いに資する「recklessness」及び「belief」の概念をめぐる最新の議論に着目することとした。

「recklessness」概念をめぐる学説の対立をもとに、「すぐに呼び起こすことが可能な意識」としての「前意識」の議論を展開し、「アメリカにおけるreckless概念とわが国の過失概念の重なり合い」[220] を見出す見解は、英米法と日本法の架橋を構築し、行為者の主観的側面が実定法上「故意」・

218）　*Id.* at 84.

219）　beliefが「合理的」であるか否かが、「recklessness」の判断に影響を及ぼし得る点については、R. A. Duffの議論（本節冒頭にて前述）と共通点を有する。

220）　坂本（2014）・前掲注３）223頁。

「過失」の2種類の建付けとなっている日本刑法において両者の「中間領域」の精密化の「契機」を提供する有益な議論である。本論文においては、この貴重な「契機」をさらに発展させる「バトン」を構築すべく、学説のみならず具体的事案に調査対象を広げ、より具体的な判断基準の素材となり得る理論を探索してきた。

第4章第2節第3項にて取り上げたPeople v. Hallは、「危険」と行為者の主観的側面との関連性を幅広く検討する1つの指針、具体的には、コロラド州刑法における「無謀」の規定に基づき、具体的な判断基準（4要件）が示された点が示唆的である。すなわち、「実質的」かつ「不当」な危険が存在すること、及びそれが注意の基準から「著しく逸脱」するかどうかの要件を検討した後に、合理的で慎重な人であればその事件の行為者が「意識的に」その危険を「無視」したという確信を抱くことができたかどうかについての検討を、客観的側面及び主観的側面の双方から行うという、1つの具体的な判断枠組みが示された。このとき危険の「可能性（likelihood）」と害の「大きさ（magnitude）」が甚大であるからこそ、それらを無視することが「著しく不当」であるという結論を導くことが容易になるのであり、この視点は「recklessness」のみならず「criminal negligence」の判断枠組み構築に際しても有用な視点である。

「背景のbelief」と「知覚」を必要条件とする「beliefの失敗としての過失（negligence as failure of belief）」という思考もまた、日本の論者が展開した「前意識」の概念と同様に、「具体的予見」に至るまでの行為者の意思決定過程や行動に着目する理論であるとともに、長らく批判の的とされてきた結果回避義務を認定するための「危惧感」説ではなく、具体的予見に至るための前段階としての「危惧感」に再注目させ、危惧感から具体的予見に至るまでの注意義務の設定に大いに資する理論である。たとえば、「予見前」段階の被告人の行動に着目する契機となる点において、日本の過失犯論において盛んに議論となりつつある「情報収集義務」のうち、「予見可能性を基礎づける情報収集義務」[221]の論理構成を高めるうえで一

221） 詳細は、川原・前掲注1）359頁以下。私見としては、「危惧感」から「具

つの材料となり得る。

もっとも2016年提唱当初の「belief」は粗削りの理論であり、複数の英米法圏の論者による批判や指摘が見受けられた。これらの活発な議論は、「合理的な人」基準の「個別化」の必要性や、「行為者」と「行為」とを結びつける中間項（調停者（mediator））の役割をはじめとする、「過失」及び「無謀」の判断基準をめぐる検討課題の「洗い出し」の契機を提供することにもなった。これらの「洗い出し」に対しては、「belief」提唱者自身の最新の論文によって、「合理的に（resonably）信じた」ことを要するという「中間項」が示されるとともに、伝統的判断手法である「合理的な人」基準との結び付けがなされるなど、応答が試みられている点においても注目に値する。

五　おわりに

本論文においては、英米法圏における「刑事過失（criminal negligence）」の法的位置づけや、「通常の過失（ordinary negligence）」から「重大な過失（gross negligence）」基準への変容をはじめとする従来の判断枠組みの変遷を概観したのち、「過失」と同じく行為者の主観的側面を表す概念のうち、隣接する「recklessness」の概念及び近年の裁判例にて示された判断基準、さらには、それらの分水嶺の設定に寄与する最新の「belief」概念をめぐる議論についても取り扱い、今後の判断基準発展の可能性について検討を行ってきた。

これらの議論は、行為者の主観的側面を示す概念が、実定法上は「故意」と「過失」の２種類となっている日本刑法の議論に対しても、多大な

体的予見」に至るための注意義務は、必ずしも「情報収集義務」に限らず、行為者の「行為」から「結果」に至るまでの過失責任の有無を判断するための、より一般的な注意義務の設定を要するのではないかと考える、具体的には、20世紀後半から度々議論されてきたいわゆる「危惧感」を契機として、「具体的予見」に至るためのより一般的な注意義務である、「予見促進義務」の構築を模索している。

る示唆を与え得る。なぜなら、「recklessness」や「belief」といった、故意と過失の「中間領域」を示す概念は、両者の分水嶺の設定をめぐる議論に新たな視点ないしは2次基準を提供し、行為者の創出する「危険」とそれに対峙する行為者が選択する「行為」との関係性のよりつぶさな検討を促すこととなるからである。

とりわけ「belief」理論は、日本刑法の「未必の故意」のボーダーラインをめぐる議論における有力説である「動機説」[222]と矛盾しない。たとえば「belief」を説明するにあたり用いられた「傘と風邪」事例においては、「雨が降っている場合には傘をさすべきである」という規範、及び「傘をささなかった場合には身体に悪い影響を及ぼすかもしれない」という反対動機を定立することができるからである。また、「雨」という、それ自体としては直ちに身体に対する危害を及ぼす可能性の少ない対象に対して「危険」を見出す点において、結果を発生させる前の段階に生ずる「危険」に予見可能性を見出し具体的予見に至るための注意義務の遂行を促す、近年の日本国内の議論を補填する可能性を秘めている。

もっとも「recklessness」と「negligence」は分水嶺の不明瞭なものの典型例[223]であるという指摘が存するように、「中間領域」の視点を日本刑法における「故意」・「過失」の分水嶺をめぐる議論に採り入れたとしてもなお、両者の分水嶺を厳格に設定することは依然として困難な作業である。行為者の創出した危険や、「故意」・「過失」の分水嶺に対する問題意識は、英米法圏のみならずドイツ刑法における議論にも見受けられる。また、英米法圏の論者が参照[224]している点に鑑みても、ドイツ刑法の過失犯論は参照価値の高い比較対象であることが看取できる。したがってドイツ刑法における過失犯や刑事製造物責任の議論は、別稿にて取り上げることとする。

222） 川原・前掲注2）271, 284-285頁にて詳述。

223） Dressler, *supra* note 20, at 351.

224） たとえばGeorge P. Fletcher, *supra* note 105, at 406.

〔追記〕 本研究は、JST次世代研究者挑戦的研究プログラムJPMJSP2123の支援を受けたものです。

川原　慶己（かわはら　よしき）
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、日本法哲学会、法文化学会、情報法制学会
専攻領域　刑事法
主要著作　「『危険の予見可能性』及び『情報収集義務』概念登場に至る過失犯論史の探究」『法学政治学論究』第139号（2023年）
「故意犯と過失犯の分水嶺をめぐる理論的変遷の探究」『法学政治学論究』第141号（2024年）
「レベル３・レベル４自動運転と刑事責任」『法律学研究』（慶應義塾大学）第63号（2020年）