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

Title	国際刑法における犯罪の主観的成立要件について： 国際刑事裁判所規程三〇条における「Intent and Knowledge」の意義
Sub Title	Mental elements of a crime in international criminal law : the notion of "Intent and Knowledge" under article 30 of the ICC statute
Author	横濱, 和弥(Yokohama, Kazuya)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2016
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・ 政治・ 社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.109, (2016. 6) ,p.67- 99
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20160615-0067

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.

国際刑法における犯罪の主観的成立要件について

——国際刑事裁判所規程三〇条における「Intent and Knowledge」の意義——

横濱和弥

一　はじめに
二　三〇条の構造
(一)　総説
(二)　客観的要素
(三)　主観的要素
三　三〇条の枠組みにおける未必の故意等をめぐる議論
(一)　未必の故意等を三〇条に含めることを肯定する見解
(二)　未必の故意等を三〇条に含めることを否定する見解
(三)　小括
四　三〇条の「読み方」——「Intent and Knowledge」概念の内実——
(一)　Intent/Knowledge 概念の意義
(二)　Intent *AND* Knowledge の意義
五　おわりに

一　はじめに

犯罪が成立するためには一定の主観的要件を伴わなければならないという原則は、日本を含め、多くの国内刑法において採用されている。なぜこのような原則が認められるべきかといえば、それは、行為者が故意を有していたこと、あるいは少なくとも不注意であったことが認められない場合には、当該行為者を非難できず責任を問いえないからである、という説明が可能である（責任主義の要請）[1]。今日の国際刑法の分野においても、犯罪の成立のために一定の主観的要件が要求されるという点については、争いはない[2]。

もっとも、国際刑法においては、いわゆる刑法「総則」が長らく未整備であったこともあり、ニュルンベルク裁判および東京裁判の条例から、一九九〇年代に国際連合安全保障理事会により設置されたいわゆるアド・ホック法廷（ＩＣＴＹ・ＩＣＴＲ）の裁判所規程に至っても、主観的要件に関する一般規定が置かれたことはなかった。したがって、個々の犯罪の主観的要件をいかに解するかは、多くの場合、裁判官に委ねられていた[3]。

一九九八年に設立された国際刑事裁判所（ＩＣＣ）の規程においてようやく、一般的な主観的要件に関する条文（三〇条。以後、特に断りのない限り、条文はＩＣＣ規程のものを指す）が置かれることとなった[4]。同条一項では、犯罪が成立するためには、犯罪の客観的要素が「intent and knowledge」をもって実現されなければならないとされる。もっとも、同規定の誕生によって、国際刑法上の主観的要件をめぐる議論に終止符が打たれたわけではない。むしろ、特に近時においては、結果犯における主観的要件に関して、三〇条には大陸法でいう未必の故意（dolus eventualis）やコモン・ローでいう無謀（recklessness）が含まれるのかにつき、活発な議論が展開されている。

もっとも、この議論においては、三〇条の「intent」および「knowledge」概念の捉え方、あるいは三〇条の「読

み方」をめぐって、若干の混乱がみられる。実際、「未必の故意」や「無謀」を含めるか否かをめぐっては、その結論において対立があるだけでなく、これらが三〇条に含まれないとする見解の中でも、その論拠は論者によって若干異なる。これは、intent/knowledge の捉え方が、論者の間で異なっていることを示唆するものであるように思われる。しかし、これらの両概念が同条に基づく主観的要件の中核を成す概念である以上、同条をめぐる議論の前提として、両概念のあるべき捉え方についての検討を行うことが不可欠であるように思われる。というのも、国際刑法においては、各々の論者が国際刑法上の法概念を自国の法制度・法文化に引きつけて考察し、他の法文化を有する論者との議論が「噛み合わない」ことがままあり、そのような食い違いを回避するためにも、議論の前提となる法概念についての理解の共有がなされるべきだからである。

そこで本稿では、三〇条における未必の故意等の扱いをめぐる判例・学説等を素材として、intent/knowledge の捉え方に関してどのような見解の相違が存在するのかを明らかにし、同条をめぐる今後の議論に際しての指針を示すことを試みる。まず、第二章では、同条の基本構造を概観する。第三章では、近時活発に論じられている、「未必の故意」又は「無謀」といった概念が三〇条に含まれるか否かについて扱う判例・学説等を検討する。この検討を通じて、同条をめぐる議論において intent/knowledge の概念がいかなる内容として把握され、どのような点に見解の相違が存在するのかを示す。第四章では、前章の検討を受けて、同条における intent/knowledge 概念の把握の仕方としてどのような方向性が妥当であるのかにつき、考察する。第五章では、本稿の検討をまとめることとする。

なお、本論に先立ち、以下の二点に付言しておく。まず、本稿では、結果犯における「結果」要素に関していかなる主観的要件が要求されるかを主たる検討対象とする。裏を返せば、結果以外の客観的要素、すなわち「行為」や「状況」（第二章参照）にかかる主観的要件に関しては、検討の対象外とする。なぜなら、本稿で参照される未必の故意等をめぐる議論では、もっぱら結果要素についての主観的要件が問題となっているため、それ以外の要素について

はひとまず検討の対象外として差し支えないと思われるからである。

次に、本稿では、「intent」および「knowledge」という語を原則として英語表記する。これらの語は、日本語公定訳ではそれぞれ「故意」および「認識」と訳されている。しかし、一項で、犯罪が成立するためには犯罪の客観的要素が「故意に及び認識して」実行されなければならないと定められていることに鑑みると、この訳語には違和感を覚える。なぜなら、日本刑法では、「故意」がある場合には当然に一定の「認識」も伴うことが前提とされるからである。[5] このように、公定訳は必ずしも適切な訳語を用いているとは思われず、また先入観なく議論を展開するためにも、本稿では原語表記を用いることとする。

二　三〇条の構造

㈠　総　説

三〇条は以下のような規定となっている（なお、訳は日本語公定訳に従った。また、（　）内は筆者による）。

第三〇条　主観的な要素

1　いずれの者も、別段の定めがある場合を除くほか、故意に及び認識して（with intent and knowledge）客観的な要素（material element）を実行する場合にのみ、裁判所の管轄権の範囲内にある犯罪について刑事上の責任を有し、かつ、刑罰を科される。

2　この条の規定の適用上、次の場合には、個人に故意（intent）があるものとする。

（a）　行為（conduct）に関しては、当該個人がその行為を行うことを意図している（means to）場合。

（b）　結果（consequence）に関しては、当該個人がその結果を生じさせることを意図しており（means to）、又は通常の成り行きにおいてその結果が生ずることを意識している（is aware that it will occur in the ordinary course of events）場合。

3　この条の規定の適用上、「認識」（knowledge）とは、ある状況（circumstance）が存在し、又は通常の成り行きにおいてある結果が生ずることを意識していることをいう。「知っている」及び「知って」は、この意味に従って解釈するものとする。

一項によれば、「別段の定めがある場合を除くほか」、同条所定の主観的要件が適用される。すなわち、規程中、犯罪の主観的要件が特に定められていることがあるが[6]、そのような「別段の定め」がない場合、常に三〇条の基準が用いられる。その意味で、同条は主観的要件に関する「デフォルト・ルール」と呼ばれる[7]。また、九条に従い各則規定の解釈の補助手段として定められる「犯罪の構成要件に関する文書」（Elements of Crimes）の「総説」（General Introduction）項目二は、「掲げられている特定の行為、結果又は状況に関する主観的要素につき、本文書の中で何らの言及もなされていない場合、三〇条所定の該当する主観的要素、すなわち intent、knowledge 又はその両者が適用されると解釈される」と規定し、三〇条のデフォルト・ルールとしての性格を確認している[8]。

三〇条の全体的な構造をみると、一項では犯罪の「客観的要素」が「intent and knowledge」をもって実現されなければならないとされ、二項では「intent」の定義、そして三項では「knowledge」の定義が置かれている。以下、それぞれにつき概観する。

(二)　客観的要素

規程中に「客観的要素」に関する定義は存在しないが、主観的要素の定義規定である三〇条二項および三項では、

intent/knowledge が要求される対象として、三つの客観的要素が挙げられている。すなわち、「行為」、「結果」および「状況」である。[9]

後述の通り、客観的要素ごとに要求される主観的要素が異なるため、各客観的要素の意義を明らかにし、相互の境界を画することが必要となる。[10] 特に、状況要素は、日本刑法からは見慣れないものといえよう。しかし、しばしば指摘される通り、[11] これらの区別に関しては混乱もみられ、[12] それぞれの内容は必ずしも自明というわけではない。

(三)　主観的要素

前述の通り、犯罪の客観的要素は「intent and knowledge」をもって実現される必要があるが、あらゆる客観的要素に関して intent/knowledge の両者が要求されるわけではなく、[13] 客観的要素ごとにそれぞれ対象が異なる。加えて、たとえば同じ「intent」であっても、どの客観的要素に関して要求されるかによって、その意味は異なる。[14]

まず、行為には intent のみが要求され、個人がその行為を行うことを「意図している」必要がある（二項（a））。次に、状況には knowledge のみが要求され、「ある状況が存在」することの「意識」が要求される（三項前段）。

結果に関しては、intent/knowledge の双方が関連づけられている。結果の intent とは、結果発生を「意図しており」、又は「通常の成り行きにおいてその結果が生ずることを意識している」ことをいう（二項（b））。他方、結果に関する knowledge とは、「通常の成り行きにおいてある結果が生ずることを意識している」ことをいう（三項前段）。この点、結果に関する intent/knowledge の双方で、通常の成り行きにおいて結果が生ずることの意識という、同一の基準が設定されていることには留意する必要がある。

このように、犯罪の客観的要素を行為・結果・状況の三つに分け、それぞれについて異なる主観的要件を付するという手法は、「要素分析アプローチ」（Elements Analysis Approach）と呼ばれ、[15] コモン・ロー法圏における制度との類似

点が指摘される。[16]

三　三〇条の枠組みにおける未必の故意等をめぐる議論

近年においては、三〇条の枠組みの中で、とりわけ結果犯の場合に、大陸法でいう「未必の故意」やコモン・ローでいう「無謀」を含めることができるかが活発に論じられている。この議論において、各々の論者による「未必の故意」あるいは「無謀」といった概念の捉え方は、必ずしも一様ではない。しかし、少なくとも、これらの概念においては、行為者が結果発生を「確実な」ものとしては意識していないが、結果が発生するかもしれないという「可能性」を意識している（にすぎない）場合を前提として、議論が展開されているように思われる。以下では、三〇条に未必の故意等を含むことを肯定する見解、否定する見解のそれぞれをみていく。

㈠　未必の故意等を三〇条に含めることを肯定する見解

1　学説の状況

未必の故意や無謀が三〇条に含まれるとする学説は、少数説に留まっている。この立場に立つ論者の多くは、三〇条の文言に未必の故意又は無謀が含まれるということを（しばしば暗黙の）前提としているようである。しかし、いかなる意味での未必の故意等が想定されているかは必ずしも明らかではなく、また三〇条から両者がいかに導かれるのかにつき、その根拠がほとんど示されないことがあり、[17] 批判されている。[18]

一方で、この見解の中には、結果発生に向けられた意思ないし「認容」が存在する場合には、未必の故意等が認められると主張するものがある。[19] このような立場は、ＩＣＣのルバンガ事件予審裁判部決定において、より具体的なか

たちで主張されている。そこで以下では、同決定の内容を概観してみることとしたい。

2　ルバンガ事件予審裁判部犯罪事実確認決定

予審裁判部第一法廷による同決定[20]では、共同正犯（二五条三項（a））の検討の中で、三〇条の要件も検討されている。ルバンガは、コンゴ民主共和国のイトゥリ地域を支配するコンゴ愛国同盟（UPC）の創設者であり、その軍事部門であるコンゴ解放愛国軍（FPLC）の司令官であった。同決定では、UPCおよびFPLCにより一五歳未満の児童の徴集・編入・使用（戦争犯罪。八条二項（b）（xxvi）および（e）（vii））が行われたことにつき、軍に若者を補充するという共通の計画を遂行することにより、一五歳未満の児童が徴集・編入・使用されることを、ルバンガが意識していたかが問題となった。

まず、同決定によれば、三〇条で「『intent』と『knowledge』に重複的に言及がなされていることにより、被疑者が意思的要素〔volitional element〕を有していることが要求される[21]」という。その上で、同決定は、意思的要素が認められる故意（dolus）の類型として、①第一類型の直接的故意（dolus directus of the first degree）、②第二類型の直接的故意（dolus directus of the second degree）、③未必の故意を挙げる[22]。

これらのうち、①第一類型の直接的故意が認められる場合とは、自身の行為が犯罪の客観的要素を惹起することを知りつつ、「犯罪の客観的要素を惹起する具体的な意図〔intent〕をもって」行為をなした場合とされる。次に、②第二類型の直接的故意が認められる場合とは、①のような具体的な意図（intent）を有してはいないが、「当該要素〔の惹起〕が自己の作為又は不作為の必然的な帰結となる〔will be the necessary outcome〕ことを意識している場合[23]」とされる。

そして、③未必の故意とは、行為者が「（a）自己の作為又は不作為から犯罪の客観的要素が生じうることの危険

を意識しており、かつ（b）当該結果を甘受し〔reconciling oneself〕又は是認すること〔consenting〕により、これを認容した〔accepts〕場合」をいうとされる。[25] 認容が存在しない場合、「客観的要素を真に intentional に実現したものとは評価されえず」、「intent and knowledge」の要件を充足しないこととなるという。[26] また、このような概念は、アド・ホック法廷でも認められていたとされる。[27]

以上のように、同決定では三〇条の基準に「未必の故意」が含まれることが示されたが、その一方で、コモン・ローにいう「無謀」概念では、「犯罪の客観的要素が自身の作為又は不作為から生じうることの危険の存在を意識していることのみが要求され、結果を甘受したことは要求されない」[28] ため、無謀概念は三〇条の基準を充足しないとされた。

最終的には、共通の計画の遂行が通常の成り行きにおいて一五歳未満の子どもの徴集・編入・使用を伴うことをルバンガが意識し、かつ認容していた、と信ずるに足りる実質的な理由を証明するために十分な証拠が存在することが認められた。[29]

以上の通り、同決定では、三〇条で「intent」と「knowledge」という二つの文言が重複的に用いられていることに依拠して、一定の認識に加えて、「意思的要素」の現れとしての「認容」が存在する場合には、未必の故意として三〇条の基準の充足が認められるとされている。

㈡　未必の故意等を三〇条に含めることを否定する見解

一方、多数説は、未必の故意および無謀は三〇条の基準を充足しないとする。

三〇条二項（b）および三項前段では、結果に関してはその発生を「意図して」いたこと又は「通常の成り行きにおいてその結果が生ずることを意識していた」ことが必要とされる。未必の故意および無謀を否定する論者によれば、

前者の「意図して」いた場合とは、結果惹起を直接の目的としていた場合、すなわち、大陸法でいう「第一類型の直接的故意」の類型に相当するとされる。つまり、この類型では、行為者の主観面を意思的要素（volitional element）と認識的要素（cognitive element）の二つに区分して考えた場合、結果惹起に向けられた意思が非常に高度な場合が想定されているという。[30] 後者の「通常の成り行きにおいて……意識していた」場合とは、結果発生が「実質的に確実」ないしは「高度に蓋然的」であること等の予見を指し、大陸法でいうところの「第二類型の直接的故意」に相当するとされる。こちらの類型では、認識的要素が高度な場合が想定されているという。[31] そして、これらに達しない未必の故意および無謀は排除されることとなる。

この見解の根拠としては、第一に三〇条二項（b）および三項前段の文言解釈、第二に三〇条の起草過程の二つが挙げられている。以下ではそれぞれの論拠を概観し、また、この見解を採用した近時の判例をもみていくこととする。

1　三〇条二項（b）および三項前段の文言

三〇条に未必の故意等を含めることを否定する論者は、結果要件に関して要求される「通常の成り行きにおいてその結果が生ずること」（三〇条二項（b）および三項前段）の意識という文言に特に着目する。論者によれば、この文言では、結果が「生ずる」（will occur）ことの意識が必要とされており、結果が「生じうる」（may/might occur）ことの意識とは定められていないのであるから、結果発生に関する高度の意識が要求され、結果発生の単なる可能性があることを意識していることでは足りないとされる。[32] この点、確かに、未必の故意および無謀の定義は各国の国内法においても必ずしも一様ではないが、両概念が結果発生の単なる可能性の意識で足りるとするというのであれば、その限りでは三〇条には含まれないということについては、多くの論者による見解の一致がある。

また、三〇条二項（b）および三項前段と同様の文言が、コモン・ロー諸国における立法にもみられることもしば

しば指摘される。[33] たとえば、一九八九年に英国のロー・コミッションにより提出された刑法典草案（Draft Criminal Code Bill、未発効）[34] の一八条（b）（ii）では、結果が「intentionally」に惹起されたことが要求され、行為者が「結果を惹起するために行動する場合又は通常の成り行きにおいて結果が生ずることを意識している［being aware that it will occur in the ordinary course of events］」場合に、この要件が充足されると定められる。[35] 同草案の注釈によれば、後者の類型は、結果発生が「ほぼ確実であること」（virtual certainty）の認識を意味するとされる。[36]

2　三〇条の起草過程

三〇条の雛形となった主観的要件に関する条文草案は、一九九六年にＩＣＣ準備委員会（Preparatory Committee）により提出された報告の中にみられる。同報告のＨ条では、主観的要件の条文に関して、三つの提案がなされており、これらのうち、第一提案がその後の起草作業において継承されていくこととなった。この第一提案は、最終的に採択された三〇条とは若干の差異があるものの、その全体的な構造において類似していた。すなわち、Ｈ条一項では、別段の定めがない場合には犯罪の客観的要素につき intent/knowledge が要求され、二項では intent の定義、三項では knowledge の定義が定められていたのである。

注目すべきは、これらに加えて、四項がブラケット付きで定められていた点である。

【4　この規程の適用上、別段の定めがある場合を除くほか、犯罪が無謀に（recklessly）行われうることが規程によって定められているときであって、次に掲げる場合には、個人が状況又は結果について無謀（reckless）であったものとする。

（a）当該状況が存在し、又は結果が生ずることの危険を当該個人が意識している場合。

（b）その危険を冒すことが高度に不合理であることを当該個人が意識している場合。【かつ】

【（c）当該状況が存在し、又は結果が生ずることの可能性について当該個人が無関心である場合。[37]】

同項では「無謀」概念が定められ、その直下の注では、「無謀および未必の故意の概念は、考慮される犯罪の重大性の観点から、さらに検討されなければならない。それゆえ、四項が定める『無謀』の定義は、特定の犯罪又は要素が無謀によって行われうることを規程が明示的に定めている場合にのみ、用いられるとすべきである[38]」とされていた。

その後、無謀および未必の故意について言及した四項と注は、若干の変更を経つつも一九九八年の準備委員会草案まで残り続けたが[39]、最終的に同年のローマ会議で削除された。その理由は、四項では「犯罪が無謀に行われうることが規程によって定められているとき」にのみ同項が適用されると定められていたものの、最終的には無謀という文言が規程中に登場していないことが指摘されたためであるとされる[40]。このように、無謀並びに未必の故意に関する条文および注が起草段階で削除されたという経緯からも、両概念が三〇条には含まれないとする見解は、有力に主張されている[41]。

3　近時の判例

(1)　ベンバ事件予審裁判部犯罪事実確認決定

このアプローチは、二〇〇九年のベンバ事件予審裁判部決定[42]でも採用された。同決定は予審裁判部第二法廷により下されており、時系列的にみると、先にみたルバンガ事件予審裁判部決定の後、かつ後述のルバンガ事件第一審裁判部判決の前に位置づけられる。

この決定でも、共同正犯の成否の検討の中で三〇条に言及がなされている。同決定では、中央アフリカ共和国における武力紛争下で活動するコンゴ解放運動（MLC）が、同国内で戦争犯罪および人道に対する犯罪としての殺人

（七条一項（a）、八条二項（c）（i））、強姦（七条一項（g）、八条二項（e）（vi））、略奪（八条二項（e）（v））を行ったところ、MLCの議長兼司令官であったベンバが、同国に展開していたMLC部隊により犯罪が行われることを意識していたかが問題となった。

同決定は、出発点として、三〇条二項および三項で言及されている「intent」と「knowledge」は、意思的要素と認識的要素を要求する故意（dolus）概念を反映するものであるとし[43]、それぞれの強さに応じて三つの故意概念が存在するとした。すなわち、①第一類型の直接的故意、②第二類型の直接的故意、③未必の故意である[44]。

しかし、同決定では、最終的には未必の故意は三〇条に含まれないとされた[45]。その理由として、予審裁判部は三〇条二項（b）および三項前段の文言解釈（「may occur」ではなく「will occur」と定められていること[46]）と、三〇条の起草過程（無謀並びに未必の故意に関する規定および注が削除されたこと[47]）を挙げている。そして、予審裁判部は、三〇条の要件を充足するためには「通常の成り行きにおいて当該犯罪が発生することが、共通の計画を遂行することのほぼ確実な帰結であること〔a virtually certain consequence〕を意識していること」が証明される必要があり、未必の故意又は無謀を認めることは、厳格解釈の原則（二二条二項）と調和しないとした[48]。

最終的に、MLCにより犯罪が行われる危険があることをベンバが予見していたかもしれず、かつこれを認容したことは証拠から推認しうるが、これは主観的要件の類型のうち、第二類型の直接的故意の基準を充足しないとして、共同正犯の成立は否定された[49]。

(2) ルバンガ事件第一審裁判部判決・上訴裁判部判決

予審裁判部では、第一法廷と第二法廷との間で、未必の故意を三〇条に含めるかどうかについて見解が分かれていたが、その後、ルバンガ事件第一審裁判部判決および上訴裁判部判決では、最終的に、後者のアプローチが採用されることとなった。

第一審裁判部判決[50]では、条文上、結果が「生じうる」（may occur）ではなく「生ずる」（will occur）と定められていること（文言解釈）、並びに起草過程で無謀および未必の故意概念が排除されたこと（起草過程）から、三〇条は未必の故意を排除しているとされ、この点に関してベンバ事件予審裁判部のアプローチを踏襲することが明言された[51]。他方で、具体的な認識の程度につき、ベンバ事件予審裁判部決定の「ほぼ確実であること」という基準が踏襲されるか否かは、明らかにされなかった[52]。この点、第一審裁判部は、「通常の成り行きにおいて結果が生ずることの意識」とは、「『リスク』〔risk〕および『危険』〔danger〕といった概念に内在する、『可能性』〔possibility〕および『蓋然性』〔probability〕という概念の考慮に関するものであ」り、この要件を充足するためには、結果発生の「低いリスク〔の意識〕では充分ではない[53]」と述べるに留まった[54]。

結論として第一審裁判部は、「FPLCが明らかに一五歳未満である児童兵を編入し、使用していたことを本件被告人は意識しており、かつこれを黙認し、また共同正犯と共に当該政策を履行するための措置をとった」として、共同正犯の成立を認めた[55]。

上訴裁判部は、三〇条二項（b）および三項前段においては、結果が「生じうる」（may/could occur）ではなく、「生ずる」（will occur）という文言が用いられており、これは将来的にある事象が生じることの「確実性」（certainty）を示すと明確に指摘した。しかし、「将来の出来事についての絶対的な確実性というのは存在しえ」ず、また、「通常の成り行きにおいて」という文言が挿入されていることから、将来的な事象についての予見可能性としては「ほぼ確実であること」（virtual certainty）という基準が用いられるとする[56]。その上で、第一審裁判部の判示は、「その法的な帰結において、三〇条二項（b）および三項の要件を逸脱していない」として、ルバンガの有罪を維持した[57]。

㈢ 小括

これまでみてきた通り、未必の故意が三〇条に含まれるとする見解と、これを否定する見解との間では、三〇条の「読み方」に関して置かれている重点が異なる。

まず、前者の立場をとるルバンガ事件予審裁判部決定は、三〇条で用いられている「intent」および「knowledge」という文言をそれぞれ「意思的要素」および「認識的要素」という意味で捉えているように思われる。そして、これらの双方が存在する場合には、結果発生の確実性までは意識していない場合であっても、「未必の故意」として主観的要件の充足が認められている。他方、同決定では、二項および三項前段所定の intent/knowledge の定義に関して、立ち入った検討はなされていない。その意味で、同決定に従うと、intent/knowledge という文言が重複的に用いられていることそれ自体――換言すれば、三〇条一項の「intent and knowledge」という文言のみから、その帰結を導きうる。(38)

これに対して、多数説および近時の判例においては、三〇条の起草過程と、二項および三項前段における、結果が「生ずる」（will occur）ことの意識という文言に依拠して、未必の故意等が排除された。そこでは、三〇条二項および三項前段所定の、結果にかかる intent/knowledge の定義の方から、主観的要件の基準が導かれているように思われる。

このように、前者の立場と後者の立場とは、主観的要件の基準を intent/knowledge の文言自体から導くのか、あるいは三〇条二項および三項から導くのか、という点で異なる。しかし、学説の中には、最終的に後者の見解を採用して、intent/knowledge の定義に依拠して未必の故意を排除するとしつつも、三〇条一項の「intent and knowledge」という文言は「意思的要素と認識的要素」に対応する、という前者の前提を維持しているかのような見

解も散見される。[59] 実際に、未必の故意が否定されたベンバ事件予審裁判部決定においても、intent/knowledge がそれぞれ意思的要素と認識的要素に対応するかのような判示がなされていた。また、アンボスは、三〇条から無謀を排除する文脈では、無謀概念には意思的要素が欠如していることを指摘する一方で、未必の故意を排除するにあたっては、三〇条二項（b）の文言では結果発生の確実性の意識が要求されていること（intent の定義）を強調しており、双方の視点が保持されているように思われる。[60]

このように、三〇条の「読み方」に関しては、後者の見解の内部においても若干の差異がみられる。そこで次章では、三〇条の「読み方」に焦点を当て、分析を試みる。

四　三〇条の「読み方」――「Intent and Knowledge」概念の内実――

㈠　Intent/Knowledge 概念の意義

1　三〇条の枠組みで未必の故意を肯定する見解への疑問

特にルバンガ事件予審裁判部決定により示された、intent/knowledge という文言が意思的要素と認識的要素にそれぞれ対応し、双方が充足される場合には少なくとも未必の故意が認められるというアプローチは、ドイツや日本等における未必の故意をめぐる議論を想起させるものである。

ドイツや日本では故意犯処罰が原則であり、過失犯は例外にすぎない（ドイツ刑法一五条、日本刑法三八条）。また、たとえば人の死を惹起する犯罪類型であっても、故意犯はより重く処罰される（ドイツ刑法二一一条、二一二条および二二二条、日本刑法一九九条および二一〇条等）。したがって、未必の故意と認識ある過失の限界を画する必要がある。

故意と過失の区別に関する学説は多岐にわたるが、大まかに、故意の内容が認識に尽きるとする認識説（表象説）を基礎とする見解と、故意が認められるためには認識に加えて一定の意思も要求されるとする意思説を基礎とする見解の二つに分かれる。独日いずれにおいても伝統的には後者が通説とされ、たとえば日本では、故意が認められるためには結果発生の「認容」という意思的要素が必要であるとする見解が主張された（認容説）[61]。

このような、特に認容説の考え方は、前述のルバンガ事件予審裁判部の判示と、大枠において共通するように思われる。その意味で、ルバンガ事件予審裁判部のアプローチは、ドイツや日本の刑法学の立場からも「受け入れやすい」ものではあるかもしれない。

しかし、ＩＣＣ規程三〇条の解釈という観点からは、この見解には、以下のような批判を提起しうる。まず、ルバンガ事件予審裁判部は、客観的要素に関して「intent and knowledge」が要求されると一般的に定めているにすぎない三〇条一項にもっぱら依拠し、三〇条に「未必の故意」を含めようとしているようにも見受けられる。他方、その検討の中では、同予審裁判部の主張するところの「未必の故意」が、同条二項および三項に基づくintent/knowledgeの定義と両立するのか否かはほとんど検討されていない。しかしながら、intent/knowledgeの定義規定がわざわざ設けられているにもかかわらず、その定義の枠内に未必の故意が含まれるか否かが正面から検討されていないということ自体が、方法論として妥当でないように思われる[62]。ＩＣＣ規程において罪刑法定主義およびその派生原則たる厳格解釈の原則が明文で定められている（二二条二項）ことに鑑みれば、主観的要件の下限を定めるにあたっても、intent/knowledgeの定義規定たる三〇条二項および三項が、正面から検討されなければならないように思われる。

また、intent/knowledgeが意思的要素と認識的要素に対応するという前提自体にも疑問がある。たとえば、結果について要求される「intent」の定義（二項（b））には、結果発生を「意図して」いた場合という、結果惹起の意思・意欲を示す内容のみならず、結果発生を「意識している」場合という、明らかに認識の方に重きが置かれている内容

も含められている。したがって、「intent」は、意思的要素に尽きるものではない。

さらに、ルバンガ事件予審裁判部決定では、アド・ホック法廷の判例で未必の故意が認められていたことが指摘されているが、そのこと自体は三〇条の解釈にあたってintent/knowledgeの定義の検討を省くことの論拠とはならない。なぜなら、（両裁判所がそれぞれ独立した裁判所であることに加えて）、アド・ホック法廷の規程には主観的要件に関する一般規定が存在せず、かつ、同法廷は慣習国際法上の規則に依拠することが許容されている[63]からである。仮にアド・ホック法廷の判例を参考とするとしても、その基準がＩＣＣ規程で許容されるのかについては、別個の検討を要するはずである[64]。

以上の観点からは、三〇条でintent/knowledgeに重複的に言及されていることに依拠して未必の故意を肯定する見解には疑問がある。その意味で、近時の判例・多数説が、結果について要求されるintent/knowledgeの定義の方に着目していることは、方向性として妥当である。

2　Intent/Knowledgeの定義に着目する見解の帰結

近時の多数説および判例によれば、三〇条二項（b）および三項前段に定められる、結果に関して要求されるintent/knowledgeの定義そのものから、直接的に主観的要件が導出されることとなる。前述の通り、この見解によれば、結果に関して要求される主観的要件のうち、結果発生を「意図して」いる（二項（b））ことは、結果惹起を直接の目的としている場合をいい、他方で「通常の成り行きにおいてその結果が生ずることを意識している」（二項（b）および三項前段）ことは、近時の判例上の基準で言えば、結果発生が「ほぼ確実であること」の意識をいうとされている。そして、これらの基準を下回る限りで、未必の故意等は三〇条には含まれないこととなる。

このようなアプローチからは、intent/knowledge概念は、「意思的要素」および「認識的要素」という、「故意」の

単なる一側面に尽きるものではないということとなる。なぜなら、この見解によれば、intent/knowledge の両概念は、結果要件に関して「高度の」意思的要素又は認識的要素が備わっていることまでをも含意していることとなるからである。このような意味で、intent/knowledge は、単なる意思的要素又は認識的要素を指すものではなく、それ自体として三〇条に基づく主観的要件の基準をなす、法的なテクニカルタームということとなろう。[65] したがって、intent/knowledge の定義そのものから主観的要件の下限を画するアプローチをとりつつ、intent/knowledge が意思的要素・認識的要素に対応するかのような説明を行う一部の学説やベンバ事件予審裁判部決定の言い回しは、ミスリーディングであるようにも思われる。

もっとも、近時の判例・多数説の見解に従う場合、三〇条に基づく主観的要件の敷居は非常に高いものとなる。特に、近時の判例によれば、結果発生を目的的に意図していたか、結果発生がほぼ確実であると意識していなければ、規程上の犯罪の大部分が成立しないこととなる。実際に、この見解をとる論者自身からも、三〇条の敷居が高すぎるとの批判がしばしば提起されている。[66] この点に関して、ＩＣＣが「国際社会全体の関心事たる最も重大な犯罪」[67]に対してのみ管轄権を行使するという目的からは、主観的要件の敷居が高く設定されていることは正当化される、との指摘もなされている。[68] しかし、その一方で、近時においては、主観的要件の敷居を低めるための試みもみられる。[69]

このような、主観的要件の敷居が過度に高いものとなるという懸念は、もっともであるように思われる。今後の議論では、結果要素のみならず、行為要素・状況要素に関して要求される主観的要件をめぐる議論とも連動しつつ、三〇条の文言（特に「will occur」という文言）の範囲内で、「主観的要件の敷居を低めることがどこまで許容されるか」という観点からの検討を行うことも必要となろう。

(二)　Intent *AND* Knowledge の意義

1　両者が「and」で繋がれることの問題性

前節までの検討により、近時の多数説および判例のアプローチによれば、結果に関して要求されるintent/knowledgeの両概念は、「高度の」意思的要素又は認識的要素を含むということまで含意している、と捉えられることが示された。もっとも、このように解した場合、三〇条一項の文言の意義が改めて問題となりうる。

ここで問題となるのは、同項において、intentとknowledgeが「and」（「および」）という接続詞で結ばれていることである。この点、三〇条二項（b）および三項前段において「結果に関するintent」と「結果に関するknowledge」の双方が定義され、かつ、三〇条一項でintentとknowledgeが「and」で結ばれていることに鑑みると、結果要件に関しては、「常に」intentとknowledgeの双方が存在しなければならないとも解しうる。

しかしながら、結果に関するintent/knowledgeの意義に関して近時の判例により示された基準を採用し、さらに結果要件に関しては常にintent/knowledgeの双方が要求されるとした場合、ただでさえ高い主観的要件の敷居がますます高まってしまうこととなる。まず、実際に結果発生がほぼ確実であることを行為者が意識していた場合には、問題はない。というのも、そのような認識の存在をもって、intent/knowledgeの双方に共通する定義としての「通常の成り行きにおいてその結果が生ずることの意識」を有しているといえ、intent/knowledgeの要件が同時に充足されるからである。しかしながら、他方で、被告人がある結果の発生を目的的に意図している場合、intentの要件（「意図していたこと」）は充足するものの、knowledgeの要件は充足しないこととなる。したがって、「intent *AND* knowledge」を厳密に解した場合、このような第一類型の直接的故意の類型であっても、それに加えて結果発生がほぼ確実であることの認識が「常に」要求されることとなる（第一類型および第二類型の直接的故意の「組み合わせ」[70]）。

この点に関し、ＩＣＣの各裁判部がどのように考えているのかは明らかではない。ただし、ルバンガ事件およびベンバ事件の両予審裁判部決定においては、第一類型の直接的故意の定義として、犯罪の客観的要素を惹起する具体的な意図に加えて、「自己の作為又は不作為が犯罪の客観的要素を惹起することを知っていること」（knows that his or her actions or omissions *will* bring about...）が要求されている。[71] この判示を、第一類型の直接的故意でも高度の認識を要求するものと読むことも、不可能ではない。[72]

しかしながら、結果に関して intent/knowledge の双方を要求することで、「常に」結果発生がほぼ確実であることの意識まで要求することは、主観的要件の敷居を過度に高め、かつ intent における第一類型の直接的故意の類型の意義を消失させるものであるため、可能であれば回避すべきである。そこで以下では、三〇条一項の起草過程を概観し、「and」という接続詞がどのような経緯で盛り込まれたのかについてみていく。

2　起草過程の議論

三〇条一項の起草過程における議論を紐解いてみると、intent と knowledge を繋ぐ接続詞として、「and」と「or」のいずれを採用すべきかについては対立があったとされる。具体的には、一九九六年準備委員会報告の時点[73]では、ブラケット付きで「and」と「or」の双方が記載されていたが、同委員会による一九九七年二月のセッションで最終的に「and」が採用されたとされる。[74] 起草過程の議論においては、コモン・ロー圏の出席者は択一的な接続詞である「or」が妥当であると考えていたが、大陸法圏出身の出席者、特にフランスの代表が「and」で繋ぐことを主張したとされる。[75]

「and」が主張された根拠に関する記述は一定しない。ピラゴフ＝ロビンソンによれば、この立場は、「一般的に、行為又は結果が犯された状況についての knowledge がなければ、intentionally に行為をなし又は結果を生じさせるこ

とはできない」[76]ことに基づいていたとされる。つまり、「and」を主張する見解は、状況要素が含まれる犯罪では、状況要素に関して必ずknowledgeが要求されなければならないということを特に意識しており、そのことから（行為・結果に関する）intentと（状況に関する）knowledgeは重複的に要求されなければならないとの主張がなされた、ということであると思われる。[77]

仮にこの説明が真実であるとすれば、起草会議参加者は、とりわけ結果要素に関して、intentとknowledgeの両者の要件が必ず充足されなければならないと考えていたわけではないようにも見受けられる。というのも、ここで懸念されていたのは、「or」が用いられることで、「状況」要素にknowledgeが要求されない場合が生じてしまう、ということであったように思われるからである。裏を返せば、状況要素に関してknowledgeが常に要求されることが重要なのであって、結果要件に関しても常にknowledgeが要求されるべきということは、必ずしも主張されていないように思われる。このことからは、犯罪の行為・結果・状況に全体としてintentおよびknowledgeの両者が充足されればよく、結果要件に関しては結局のところintentとしてのいずれかの要件（結果発生を「意図していた」こと又は「通常の成り行きにおいてその結果が生ずることを意識していたこと」）が充足されれば十分である、ということも可能ではないだろうか。

他方で、クラークの説明は若干異なる。クラークは、「and」と「or」のいずれを選択するかの議論にあたって、大陸法圏の出席者とそれ以外の出身の出席者との間で法的な分析の方法が異なったことから、対話が上手くいっていなかったことを指摘している。クラークによれば、大陸法圏の出席者の一部は、より広いカテゴリでの「intent」というものを想定し、その中に「意思的要素」と「認識的要素」という構成要素が含まれる、との考えを持っていたとされる。[78]つまり、前述の通り、ドイツや日本でいうところの意思説を基礎とするアプローチでいえば、故意は認識的要素と意思的要素の二つの構成要素からなり、それぞれの強弱に従って第一類型の直接的故意、第二類型の直接的故意

あるいは未必の故意といった形態として現れることとなる。しかしながら、クラークによれば、意思と認識という二つの構成要素を組み合わせて複数の故意概念を観念するという手法を、大陸法圏以外の出席者は理解しなかったとされている。[79]

このような指摘から何を導くことができるかは、必ずしも明らかではない。この点、「and」を用いることを主張した大陸法圏の出席者達が、intent/knowledge という文言を意思的要素と認識的要素に対応するものと考え、それゆえに「and」で繋ぐことを提案したのではないかとみることも不可能ではないかもしれないが、推測の域を出るものではない。いずれにせよ、クラークの指摘に鑑みても、特に結果要件に関して、三〇条二項および三項に定義されている意味での intent と knowledge の双方が、常に要求されなければならない、ということが意識的に主張されていたわけではないように思われる。

3　結果にかかる Intent/Knowledge の択一的関係

以上のような背景からは、起草会議参加者は、特に結果要件に関して、行為者が結果発生を「意図していた」場合であっても、同時に「通常の成り行きにおいてその結果が生ずることを意識していた」といえなければならない、とまでは自覚的には論じていなかったように思われる。それゆえ、三〇条一項の「intent *AND* knowledge」という文言を厳格に解するアプローチを回避したとしても、同条の趣旨に反することにはならないと思われる。

ここでも、前述のように、犯罪の行為・結果・状況に全体として intent および knowledge の両者が充足されれば足りるとすることが妥当であるように思われる。つまり、三〇条二項および三項に従い、「行為」要素については常に intent が要求され、構成要件上「状況」要素が存在する場合には、当該要素に関して常に knowledge が要求される。そして、三〇条一項において「and」という接続詞が用いられていることは、このように構成要件上「行為」と

「状況」が存在する場合に、intent/knowledge のいずれかで足りるのではなく、常に両者が充足される必要があることを明示するという点で、独自の意義を獲得することとなる。他方で、結果に関しては、intent/knowledge のいずれか（より端的にいえば、intent のみ）で足りる。したがって、行為者が結果発生を目的的に意図していた場合には、さらに結果発生の確実性の認識までは必要ない[80]。このような解釈は、厳格解釈の原則（二二条二項）の観点からも許容されるように思われる。

五　おわりに

以上、本稿では、ＩＣＣ規程三〇条における「intent and knowledge」概念の内実を明らかにするため、近時の国際刑法上の判例・学説が検討されてきた。

第二章では、三〇条の全体構造を概観した。同条では、犯罪の客観的要素が「intent and knowledge」をもって行われなければならないと定められること（一項）、また、二項および三項では客観的要素としての行為・結果・状況が区別され、特に結果については intent と knowledge の双方が関連づけられていることを確認した（二項（b））。

第三章では、同条に未必の故意等が含まれるのかをめぐる議論において、肯定説・否定説それぞれの中で、「intent」および「knowledge」概念の捉え方が異なることを示した。ルバンガ事件予審裁判部決定では intent/knowledge に重複的に言及されていることから、「intent and knowledge」が「意思的要素」と「認識的要素」に対応するとされ、両者が存在する限りで未必の故意が認められた。一方、近時の判例・多数説では、「通常の成り行きにおいて結果が生ずること」という intent/knowledge の定義（二項（b）および三項前段）が重視され、これは結果発生が「ほぼ確実であること」の意識を意味し、これに達しない未必の故意等は排除された。

第四章では、前章の検討を受け、三〇条の読み方としてどちらのアプローチが妥当であるかを検討した。この点、前者の見解では、「未必の故意」が intent/knowledge の定義の枠内に収まるかという検討がなされておらず、また、そもそも intent/knowledge が意思的要素と認識的要素に対応するという前提自体に疑問がある。他方、後者の見解は、intent/knowledge の定義に依拠して主観的要件の基準を定めている点で、方法論的に前者のアプローチに勝る。この見解では、intent/knowledge は、結果要件に関して「高度の」意思的要素又は認識的要素が備わっていることをも含意することとなる。ただし、このように解した場合、主観的要件の敷居が高いものとなることは避けられない。

また、近時においては、後者のアプローチをとりつつ、三〇条一項で intent と knowledge が「and」で連結されていることを理由に、結果要件に「常に」intent/knowledge の両者がかかるとして、結果発生を目的的に意図していた場合にも、結果発生の確実性の意識を要求する見解がある。この見解は主観的要件の敷居を過度に高めるものであり、また、起草過程でも、結果要件に常に intent/knowledge の両者を関連づけなければならないという認識が持たれていたわけではない。このことから、本稿では、結果要件に関しては intent か knowledge のいずれかが認められれば足りると示した。

本稿の検討は、もっぱら結果要件に関して要求される intent/knowledge 概念を対象としたものであった。他方で、行為および状況に関して要求される主観的要件に関しては触れることができなかったが、三〇条における intent/knowledge 概念の全体像を明らかにするためには、この点に関する検討も不可欠である。しかし、現時点では、そもそも行為・結果・状況という三つの客観的要件が相互にどのような関係にあるのかについて、十分な議論の蓄積があるとは言い難い。したがって、今後の議論においては、三〇条の成立に際して大きな影響を与えたと思われるコモン・ロー圏の法制度を含めた比較法的検討も交えながら、客観的要素の内容と、それに妥当する主観的要素の基準を、連動的に検討することが必要となろう。この点に関しては、今後の課題としたい。

（1）　井田良『講義刑法学・総論』有斐閣（二〇〇八年）四〇頁参照。

（2）　*Antonio Cassese et al.,* Cassese's International Criminal Law, 3rd ed. (2013), p. 39 参照。

（3）　*Mohamed Elewa Badar,* The Concept of Mens Rea in International Criminal Law (2013), p. 287 参照。

（4）　また、主観的要件に関しては、事実の錯誤および法律の錯誤（三二条）の規定もある。

（5）　ドイツにおいても、「with intent and knowledge」は「vorsätzlich und wissentlich」と訳され、日本とほぼ同一の文言選択がなされており、同様の批判を受けている。*Kai Ambos,* Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts (2002), S. 760 ff.; *Gerhard Werle,* Völkerstrafrecht, 3. Aufl. (2012), Rn. 430; *Helmut Satzger,* Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. (2016), Rn. 22 参照。なお、愛知正博「国際刑事裁判所の刑法総則規定――刑事法の視点から――」国際法外交雑誌九八巻五号（一九九九年）では、「意図」および「認識」という訳語が用いられている。

（6）　たとえば二八条に基づく上官責任では、軍の指揮官は部下による犯罪を「知っているべきであった」ことで足りるとされる（同条（a））。上官責任に関して詳しくは、横濱和弥「国際刑法における『上官責任』に関する一考察――日本刑法上の諸概念との対比を中心に――」法学政治学論究九二号（二〇一二年）三六五頁以下を参照。

（7）　*Maria Kelt/Herman von Hebel,* General Principles of Criminal Law and the Elements of Crimes, in: Roy S. Lee (ed.), The International Criminal Court - Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence (2001), p. 29 参照。

（8）　なお、規程には主観的要件に関する別段の定めがないにもかかわらず、同文書の中で別段の定めがある場合に、これを三〇条一項にいう別段の定めとして扱うことができるかについては、争いがある。*William A. Schabas,* The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute (2010), p. 475 などを参照。

（9）　*Donald K. Piragoff/Darryl Robinson,* Article 30, in: Otto Triffterer/Kai Ambos (eds.), Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary, 3rd ed. (2016), mn. 6 参照。

（10）　*Sarah Finnin,* Mental Elements under Article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court: a Comparative Analysis, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 61 (2012), p. 338 参照。

（11）　*Finnin, supra* note 10, pp. 338 *et seq.* 参照。

（12）　典型的な「状況」要素としては、いわゆる犯罪の「文脈的要素」(contextual element) が挙げられる。たとえば、人道に対する犯罪（七条）における、文民たる住民に対する広範又は組織的な攻撃の存在や、戦争犯罪（八条）における武力紛争

の存在がこれに当たるとされる。加えて、論者によっては、戦争犯罪の客体である「ジュネーヴ条約に基づいて保護される人」（八条二項（a））のような、客体等の一定の属性を基礎づける事情・要素も、「状況」の例として挙げられることがある。詳しくは、*Björn Jesse,* Der Verbrechensbegriff des Römischen Statuts - Ein Beitrag zu einer statusimmanenten Strukturanalyse des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (2009), S. 191 ff; *Gerhard Werle/Florian Jessberger,* Principles of International Criminal Law, 3rd ed. (2014), mn. 457 *et seq.* などを参照。

(13) 前述の「犯罪の構成要件に関する文書」の「総説」項目二も参照。

(14) *Werle/Jessberger, supra* note 12 , mn. 471 参照。

(15) *Finnin, supra* note 10, p. 337; *Badar, supra* note 3, pp. 384 *et seq.* 参照。

(16) *Badar, supra* note 3, p. 385 参照。また、*Albin Eser,* Mental Elements, Mistake of Fact and Mistake of Law, in: Antonio Cassese et al. (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Vol. 1 (2002), p. 911 も参照。

(17) たとえば、*Ferrando Mantovani,* The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer, Journal of International Criminal Justice (JICJ) Vol. 1 (2003), p. 32; *Hans-Heinrich Jescheck,* The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute, JICJ Vol. 2 (2004), p. 45 を参照。

(18) *Gerhard Werle/Florian Jessberger,* 'Unless otherwise provided': Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law, JICJ Vol. 3 (2005), p. 41 note 36 参照。

(19) たとえば、*Bader, supra* note 3, pp. 396 *et seq.*, 425; *Otto Triffterer,* The New International Criminal Law - Its General Principles Establishing Individual Criminal Responsibility, in: Kalliopi Koufa (ed.), The New International Criminal Law (2003), p. 706; *Héctor Olásolo,* Unlawful Attacks in Combat Situations (2008), p. 208 を参照。また、*Geert-Jan Alexander Knoops,* Defenses in Contemporary International Criminal Law, 2nd ed. (2008), p. 5 も参照。

(20) *Thomas Lubanga Dyilo,* ICC (PTC), Decision on the Confirmation of Charges, 29 January 2007, ICC-01/04-01/06-803 (hereinafter: *Lubanga* PTC).

(21) *Lubanga* PTC, para. 351. なお、亀甲括弧部分は筆者による。以下も同様とする。

(22) *Lubanga* PTC, paras. 351–352 参照。

(23) *Lubanga* PTC, paras. 351–352. なお、ここでは「第一類型の直接的故意」を表す語として intent の語が用いられているた

め、「意図」と訳して差し支えないように思われる。

（24）*Lubanga* PTC, para. 352.

（25）同決定によれば、未必の故意の内部でも、犯罪の客観的要素を惹起する危険が高度のものである場合には、そのような事情を認識していたにもかかわらず行為の遂行を決意したことから認容が推認され、他方で当該危険が低い場合には、明示的な認容が要求されるという。*Lubanga* PTC, para. 354 参照。

（26）*Lubanga* PTC, para. 355 参照。

（27）*Lubanga* PTC, para. 352 参照。

（28）*Lubanga* PTC, para. 355 note 438.

（29）*Lubanga* PTC, para. 404 参照。

（30）*Eser, supra* note 16, p. 914; *Finnin, supra* note 10, p. 341 などを参照。

（31）*Eser, supra* note 16, p. 915; *Finnin, supra* note 10, p. 344 などを参照

（32）*Eser, supra* note 16, pp. 915, 933; *Schabas, supra* note 8, p. 477; *Finnin, supra* note 10, pp. 346 *et seq.*; *Werle/Jessberger, supra* note 12, mn. 476 note 89; *War Crimes Research Office,* Modes of Liability and the Mental Element Analyzing the Early Jurisprudence of the International Criminal Court (2010), p. 70; *Kevin Jon Heller,* The Rome Statute of the International Criminal Court, in: Kevin Jon Heller/Markus D. Dubber (eds.), The Handbook of Comparative Criminal Law (2011), pp. 603–604 参照。また、*Satzger,* a.a.O. (Fn. 5), §15 Rn. 25; *Kai Ambos,* General Principles of Criminal Law in the Rome Statute, Criminal Law Forum (CLF), Vol. 10 (1999), pp. 21 *et seq.*; *Elies van Sliedregt,* The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law (2003), pp. 51–52; *Johan D. Van der Vyver,* The International Criminal Court and the Concept of Mens Rea in International Criminal Law, University of Miami International and Comparative Law Review, Vol. 12 (2004), p. 66; *Thomas Weigend,* Intent, Mistake of Law, and Co-Perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges, JICJ Vol. 6 (2008), p. 484; *Christoph Safferling,* Internationales Strafrecht (2011), §5 Rn. 25 も参照。

（33）たとえば、*Werle/Jessberger, supra* note 12, mn. 476, Fn. 89 を参照。

（34）同草案とＩＣＣ規程の比較検討につき、*Ulrich Roßkopf,* Die innere Tatseite des Völkerrechtsverbrechens, Ein Beitrag zur

Auslegung des Art. 30 IStGH-Statut（2008）, S. 21 ff. 参照。同草案に関して、奥村正雄「イギリスにおける統一刑法典立法化の動き」刑法雑誌三十一巻二号（一九九〇年）二五六頁以下、同「イギリス刑法の動向――刑法典立法化の動きを中心に――」刑法雑誌三三巻三号（一九九四年）四五八頁以下、木村光江『主観的犯罪要素の研究』東京大学出版会（一九九二年）四二頁以下も参照。

(35) The Law Commission, A Criminal Code for England and Wales, Vol. 1: Report and Draft Criminal Code Bill（1989）, p. 51.

(36) *Ibid*, p. 192. また、他にも、アメリカ模範刑法典（Model Penal Code）とＩＣＣ規程の比較検討を行う論考も注目を集めている。*Roßkopf*, a.a.O.（Fn. 34）, S. 28 ff.; *Finnin, supra* note 10, pp. 328 *et seq.*; *Bader, supra* note 3, pp. 98 *et seq.* を参照。模範刑法典における主観的要件に関しては、ヨシュア・ドレスラー〔著〕＝星周一郎〔訳〕『アメリカ刑法』雄松堂出版（二〇〇八年）一九九頁以下を参照。

(37) Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, General Assembly Official Records, Fifty-first Session Supplement No. 22A, UN Doc. A/51/22, Vol. 2（1996）, pp. 92–93. なお、【　】で囲まれた部分はブラケット付きであることを意味する。

(38) *Ibid.*

(39) 条文草案の変遷に関しては、*M. Cherif Bassiouni*, The Legislative History of the International Criminal Court, Vol. 2, An Article-by-Article Evolution of the Statute from 1994–1998（2005）, pp. 222 *et seq.* 参照。なお、これ以降の草案の注の中では、もっぱら無謀に関してのみ言及がなされ、未必の故意という文言は削除された。

(40) *Per Saland*, International Criminal Law Principles, in: Roy S. Lee（ed.）, The International Criminal Court - The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results（1999）, p. 205 参照。また、ローマ会議における三〇条をめぐる議論に関しては、*Roger S. Clark*, The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the Elements of Offences, CLF Vol. 12（2001）, pp. 291 *et seq.* も参照。

(41) *Ambos, supra* note 32, p. 21; *War Crimes Research Office, supra* note 32, pp. 71 *et seq.*; *Clark*, Drafting a General Part to a Penal Code: Some Thoughts Inspired by the Negotiations on the Rome Statute of the International Criminal Court and by the Court's First Substantive Law Discussion in the Lubanga Dyilo Confirmation Proceedings, CLF Vol. 19（2008）, p. 529; *Jens David Ohlin*, Targeting and the Concept of Intent, Michigan Journal of International Law, Vol. 35（2013）, pp. 100 *et seq.* 参照。

(42) *Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC (PTC), Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009, ICC-01/05-01/08-424 (hereinafter: *Bemba* PTC).

(43) *Bemba* PTC, para. 357 参照。

(44) *Bemba* PTC, paras. 357 *et seq.* 参照。

(45) *Bemba* PTC, para. 360 参照。

(46) *Bemba* PTC, paras. 361–363 参照。

(47) *Bemba* PTC, paras. 366–368 参照。

(48) *Bemba* PTC, para. 369 参照。

(49) *Bemba* PTC, para. 400 参照。ただし、上官責任に関する嫌疑が認められて第一審が開始され、二〇一六年三月二一日に有罪判決が下された。*Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC (TC), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 21 March 2016, ICC-01/05-01/08-3343.

(50) *Thomas Lubanga Dyilo*, ICC (TC), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012, ICC-01/04-01/06-2842 (hereinafter: *Lubanga* TC). 本判決に関しては、稲角光恵「国際刑事裁判所初のルバンガ事件判決の意義と課題」金沢法学五五巻一号（二〇一二年）六三頁以下、東澤靖『国際刑事裁判所と人権保障』（二〇一三年）一五頁以下、石井由梨佳「国際刑事裁判所と戦争犯罪――ルバンガ事件判決の評価を中心に――」国際法研究二号（二〇一四年）一〇七頁以下、フィリップ・オステン「国際刑法における行為支配論と正犯概念の新展開」井田良ほか〔編〕『川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕』成文堂（二〇一四年）所収四六九頁以下、同「正犯概念再考」法学研究八七巻五号（二〇一四年）一頁以下などを参照。

(51) *Lubanga* TC, para. 1011 参照。

(52) *Steffen Wirth*, Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment, JICJ Vol. 10 (2012), p. 990; *Thomas Liefländer*, The Lubanga Judgment of the ICC: More Than Just the First Step?, Cambridge Journal of International and Comparative Law, Vol. 1 (2012), 206 参照。その後、カタンガ事件第一審判決においては、結果発生が「ほぼ確実であるとの意識」という基準が踏襲され、第一審のレベルでもこの基準が採用された。*Germain Katanga*, ICC (TC), Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, 7 March 2014, ICC-01/04-01/07-3436, para. 776 参照。

(53) *Lubanga* TC, para. 1012.

(54) このように、結果発生の（「確実性」ではなく）「リスク」「可能性」等の言葉が用いられたことに対しては、弁護側から、排除されたはずの未必の故意を三〇条に取り入れるものであるとの批判が提起された。*Thomas Lubanga Dyilo*, ICC（AC), Mr Thomas Lubanga's Appellate Brief against the 14 March 2012 Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 3 December 2012, ICC-01/04-01/06-2948, paras. 383 *et seq.* 参照。また、*Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC（TC), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, 18 December 2012, ICC-01/04-02/12-4, para. 38 も参照。

(55) *Lubanga* TC, para. 1278. また、paras. 1346 *et seq.*, 1357 なども参照。

(56) *Thomas Lubanga Dyilo*, ICC（AC), Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his Conviction, 1 December 2014, ICC-01/04-01/06-3121（hereinafter: *Lubanga* AC), para. 447 参照。本判決を扱った邦文献としては、後藤啓介「国際刑事法における行為支配論と共同正犯（一）（二）二〇一四年一二月一日の国際刑事裁判所上訴裁判部ルバンガ事件判決を契機として」亜細亜法学五〇巻一号（二〇一五年）一九〇頁以下、五〇巻二号（二〇一六年）二六六頁以下等がある。

(57) *Lubanga* AC, para. 450 参照。

(58) *Lubanga* PTC, para. 355 の言い回しも参照。

(59) たとえば、*Werle/Jeßberger, supra* note 12, mn. 470 は、「（intent/knowledge が）『又は』で繋がれていたとすれば、それは二つの択一的な主観的要素の基準であることを示したであろう一方で、『および』で繋がれていることは、シヴィル・ロー体系で認められる intent および knowledge の概念を示しているように思われる。すなわち、意思的要素と認識的要素の区別である」と述べる。また、*Finnin, supra* note 10, p. 346 も参照。

(60) *Kai Ambos*, Treatise on International Criminal Law, Vol. 1: Foundations and General Part（2013), pp. 276 *et seq.* 参照。

(61) 認容説の代表的な見解として、団藤重光『刑法綱要総論〔第三版〕』創文社（一九九〇年）二九三頁参照。ドイツの故意概念に関しては、*Rudolf Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl.（2015), S. 100 ff. 参照。また、ドイツと日本の故意概念を比較検討する近時の論稿として、玄守道「故意に関する一考察（五）――未必の故意と認識ある過失の区別をめぐって――」立命館法学三〇九号（二〇〇六年）六〇頁以下等を参照。なお、フランスでも、未必の故意と認識ある過失の区分という文脈とは異なるものの、結果犯に関しては「結果を意欲したことが故意の要素とされている」という。井上宜裕「フ

ランス刑法における未必の故意」法政研究七六巻四号（二〇一〇年）五五五頁。

(62) *Safferling*, a.a.O.（Fn. 32）, §5 Rn. 27 参照。

(63) ＩＣＴＹに関して、Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808, 3 May 1993, UN Doc. S/25704, para. 34 参照。

(64) *Safferling*, a.a.O.（Fn. 32）, §5 Rn. 27; *Ambos, supra* note 60, p. 278 参照。

(65) *Finnin, supra* note 10, p. 337 note 57 参照。また、*Jesse*, a.a.O.（Fn. 12）, S. 204 も参照。

(66) *Antonio Cassese*, The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections, European Journal of International Law, Vol. 10（1999）, pp. 153 *et seq.*; *Werle/Jessberger, supra* note 12, mn. 479; *Robert Cryer et al.*, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 3rd ed.（2013）, p. 383 参照。

(67) ＩＣＣ規程前文および五条一項を参照。

(68) *Van der Vyver, supra* note 32, p. 65; *War Crimes Research Office, supra* note 32, p. 73 参照。

(69) 学説では、三〇条一項の「別段の定め」を広く解し、慣習国際法上の規則も「別段の定め」にあたりうるとして、犯罪類型によってはＩＣＣにおいても慣習国際法上の規則に依拠して未必の故意を適用できるとする見解も提起されている。*Werle/Jessberger, supra* note 12, mn. 482 *et seq.*; *Roßkopf*, a.a.O.（Fn. 34）, S. 105 ff.; *Finnin, supra* note 10, 351 *et seq.*; *Wirth, supra* note 52, pp. 992 *et seq.* などを参照。

(70) 「組み合わせ」を支持するものとして、*Finnin, supra* note 10, pp. 342 *et seq.*; *Ambos, supra* note 60, p. 275; *Satzger*, a.a.O.（Fn. 5）, § 15 Rn. 25; *Sara Porro*, Risk and Mental Element, An Analysis of National and International Law on Core Crimes（2014）, p. 191; *Mohamed Elewa Badar/Sara Porro*, Rethinking the Mental Elements in the Jurisprudence of the ICC, in: Carsten Stahn（ed.）, The Law and Practice of the International Criminal Court（2015）, p. 653 参照。

(71) *Lubanga* PTC, para. 351; *Bemba* PTC, para. 358. イタリックは筆者による。

(72) そのように解するものとして、*Finnin, supra* note 10, p. 343 参照。

(73) Report of the Preparatory Committee, *supra* note 35, p. 92 参照。

(74) Decisions taken by the Preparatory Committee at its Session held from 11 to 21 February 1997, UN Doc. A/AC.249/1997/L.5（1997）, pp. 24-25; *Piragoff/Robinson, supra* note 9, p. 854, mn. 10 参照。

(75) *Clark, supra* note 40, p. 302; *Clark, supra* note 41, p. 526 note 20 参照。

(76) *Piragoff/Robinson, supra* note 9, mn. 10.

(77) ピラゴフ＝ロビンソンは、状況要素が含まれる犯罪として、八条二項（b）（v）の罪を例にあげている。すなわち、この犯罪類型では攻撃される都市等が「防衛されておらず、かつ、軍事目標でない」ことが要求されており（状況）、このことを基礎づける事実を認識していない場合には、攻撃を intentionally に行ったということはできないとされる。

(78) *Clark, supra* note 40, p. 302 note 37 参照。

(79) *Ibid.* また、*Stephan Meseke,* Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes（2004）, S. 158 ff も参照。

(80) *Safferling,* a.a.O.（Fn. 32）, § 5 Rn. 23; *Meseke,* a.a.O.（Fn. 79）, S. 159 参照。また、*Werle/Jessberger, supra* note 12, mn. 475 も結論において同旨。

横濱　和弥（よこはま　かずや）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
最終学歷　慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程
所属学会　日本刑法学会
専攻領域　刑法、国際刑法
主要著作　「国際刑法における『上官責任』に関する一考察――日本刑法上の諸概念との対比を中心に」『法学政治学論究』第九二号（二〇一二年）
「国際刑法における『上官責任』とその国内法化の態様に関する一考察――ドイツ『国際刑法典』を素材として」『法学政治学論究』第九七号（二〇一三年）