

論説

# ICC 規程における誤想防衛による 刑事責任阻却の可能性

2020年4月入学

竹村樹人

- I. はじめに
- II. ICC 規程に定められた犯罪について誤想防衛は実際に起こり得るか
- III. 英米法及び日本法・ドイツ法, 欧州人権条約における誤想防衛の法律構成
  - 1 アメリカ・イギリスの法律構成
  - 2 日本・ドイツの法律構成
  - 3 欧州人権条約2条2項に関する欧州人権裁判所の判例
  - 4 小括
- IV. ICC 規程上の誤想防衛に関する学説の整理及び起草過程
  - 1 ICC 規程上の誤想防衛に関する学説
  - 2 ICC 規程の起草過程とその評価
    - (1) 刑法の一般原則の規定の導入
    - (2) 31条1項(c)の起草過程
    - (3) 30条の起草過程
- V. 30条の語句解釈
  - 1 ICCにおけるウィーン条約法条約の運用
  - 2 字句及び条文構造の分析による解釈等
    - (1) 「material element」の意味
    - (2) intent及びknowledgeとmaterial elementの関係
    - (3) ICCの裁判例による語句の用い方
  - 3 小括
- VI. 強行規範とICC規程の緊張関係
- VII. 結論

## I. はじめに

ICC 規程31条1項(c)は刑事責任の阻却事由として正当防衛を定める。一方ICC規程には正当防衛の要件に関し錯誤があった場合(誤想防衛)の規定が明文で存在していない。正当防衛の要件に関する錯誤は、相手方の侵害行為の存在に関する錯誤と、自己の反撃の程度に関する錯誤が考えられる。ここでは、特に区別する必要がなければ、正当防衛の要件に関する錯誤として論じる。また、誤想した状況が存在すると仮定した場合に、許容される程度を超えた防衛を行った場合(誤想過剰防衛)の処理についても問題になり得るが、議論の錯綜を避けるため、相当性の要件は満たしていることを前提として議論する。

本論文ではまず、誤想防衛がICC規程において認められていないことが法の欠缺であることを示すために、その前提としてICC規程において誤想防衛を認めるべき事態が生じ得ることを論じる。

ICC規程においては、のちに検討するように、正当防衛が成立する事態は国内法よりも限定的であり、それゆえ、誤想防衛が成立し得る事態が存在するのかがまず問題となる。本論文では、ジュネーブ条約の保護対象となる者(例えば文民)が自らに攻撃してきたと兵士が誤信して、その者に反撃するつもりでその者を殺害したという事案において誤想防衛が問題となり得ることを示す。

そして、ICC 規程の条文の構造、文言、ICC における規程の運用方法を見ていくと、条文の直接適用によっては誤想防衛を認めることができないという問題が生じている。これは法の欠缺であると言え、各国の国内法と異なり、場合によっては正当防衛の状況があると誤信して行動した者に一切免責が認められないという酷な事態が生じ得るのである。

この問題を考えるにあたっては、国際法上の強行規範と言われている規範との関係も無視できない。その点を踏まえた上で、妥当な処罰を実現するための適切な法律構成を模索する。

ICC 規程における誤想防衛につき唯一本格的な議論を展開したエーザー教授は、誤想防衛につき事実の錯誤の規定である ICC 規程 32 条 1 項の類推適用を肯定する見解を唱えた<sup>1)</sup>。本論文では、この見解には一定の合理性があるとしつつも、誤想防衛を認めるのが妥当でない場合の存在も考慮して、英米法型の誤想防衛を認める道を探るべきであるとの結論を提示する。

本論文では、II において、誤想防衛が成立し得る場合としてどのような場合があるか、ICC 規程に定められた犯罪の特質を踏まえて検証する。III においては、ICC 規程を解釈する際に参考になる、誤想防衛の法律構成として英米法、ドイツ法・日本法、国際裁判として欧州人権裁判所の判決を取り上げる。次に IV で、起草過程において、誤想防衛や、主観的な要素の規定がどのように取り上げられてきたかを明らかにし、英米法型の誤想防衛は起草段階で否定されたことを明らかにする。V においては、ドイツ法・日本法型の誤想防衛は解釈上成立し得ることを明らかにしつつ、近年の ICC の条約解釈によってドイツ法・日本法型の誤想防衛の解釈を採ることは困難になり法の欠缺が生じたことを指摘する。VI においては、ICC 規程に国際法上の強行規範が犯罪として多く掲げられていることとの関係で、どのような解決策を採るのが妥

当か検討し、VII において結論を提示する。

## ICC 規程に定められた犯罪に II. ついて誤想防衛は実際に起こり得るか

ここでは、ICC 規程上で誤想防衛が明文で定められていないことが法の欠缺であるというこの前提として、誤想防衛の事案が実際に起こり得ることを説明する。

誤想防衛が認められることの前提として、正当防衛が成立する余地がなければならない。ICC 規程において、正当防衛が成立し得るような犯罪が、管轄下にあるということは、頻繁にあることではないが今後発生し得ることである。頻繁に発生しにくい理由は一つ目に ICC の管轄権が狭いということがある。例えば、人道に対する罪 (7 条) について言えば、「文民たる住民に対する攻撃であって広範又は組織的なものの一部」という要件が満たされた場合でなければならず、この要件を満たす攻撃であって正当防衛が成立することはあまり多いとは言えない。また、「文民たる住民に対する攻撃」はそのような攻撃を行うとの政策に基づいたものでなければならず (7 条 2 項 (a))、そのような政策的な攻撃が正当防衛に当たるとは考えにくい。

一方、8 条の戦争犯罪については、正当防衛に当たる事案が発生する可能性は否定できない。戦争犯罪が ICC の管轄下にあるためには、「戦争犯罪、特に、計画若しくは政策の一部として又は大規模に行われたそのような犯罪の一部として行われるもの」(8 条 1 項柱書) である必要がある。「特に (in particular)」という文言が挿入されたことから、一回限りの行為であっても管轄権を行使することが完全には排除されないことが明らかにされていると考えられる<sup>2)</sup>。ICC の控訴審も、「計画若しくは政策の一部として又は大規模に行われたそのような犯罪の一部」というのは必要条件ではなく、裁判所のためのガイド

1) 1 ANTONIO CASSESE ET AL./Albin Eser, *The Roma Statute of the International Criminal Court: A Commentary, section 4 General Principles of International Criminal Law*. 945 (2002).

2) 2 KAI AMBOS, *TREATISE ON INTERNATIONAL CRIMINAL LAW*, ch. III, War Crimes. 119 (2d ed. 2014).

ラインとして機能するとしている<sup>3)</sup>。もっとも、一回限りの行為が無制限に管轄下にあるのではなく、計画に対応していない独立した個別の行為は、一般に ICC の管轄権下にないと考えられる。一方、犯罪の構成要件に関する文書 (elements of crimes, ICC 規程 21 条 1 項 (a)) には 8 条 2 項 (a) (b) については、行為が国際武力紛争の状況において行われかつその行為が国際武力紛争に関連していたこと (The conduct took place in the context of and was associated with an armed conflict) とあり、8 条 2 項 (c) (e) については武力紛争を非国際的武力紛争 (an armed conflict not of an international character) に置き換えたものになっている。これを受けて、ICC の判例では、犯罪行為と武力紛争との関連性 (nexus) が要求されている<sup>4)</sup>。

次に、軍事行動中の兵士が、住民が攻撃してきたと誤信して住民に反撃したという事例を考えてみよう。これは、7 条の要件はさておき、軍事行動の一環として行われている以上関連性が認められ、8 条 1 項柱書の「計画若しくは政策の一部」という要件を満たしているといえる。

8 条の保護対象であるためには、その住民はどのような地位にあればよいのか。住民に対する発砲の事例を考えてみる。国際的な武力紛争であれば (a) (i) の殺人、(b) (i) の文民たる住民に対する攻撃に当たる。国際的な性

質を有しない武力紛争であれば、(c) (i) の生命及び身体に対する加害、(e) (i) の文民に対する故意の攻撃に当たる。ここで注意すべきは、正当防衛が成立するためには、その者はジュネーヴ諸条約における文民である必要があることである。その住民がジュネーヴ諸条約における文民の地位を失っていると誤信して兵士が攻撃した場合は、戦闘員に対する攻撃であると思っただけではなかったという事例であり、事実の錯誤 (ICC 規程 32 条) の問題となる。よって、誤想防衛の事例が存在するためには、攻撃を加えてきたと見られた住民が、兵士が信じた外観上、文民としての地位を失っていない必要があるのである。住民が攻撃しているのに文民としての地位を失っていないという事例は存在するであろうか。ジュネーヴ条約第一追加議定書 51 条 3 項及び第二追加議定書 13 条 3 項 (1) は、敵対行為に直接参加 (take a direct part) していないことが文民たるためには必要であるとしている。またジュネーヴ条約共通 3 条 (1) は「敵対行為に直接参加しない者」を保護の対象としている。英語版では「taking no active part in the hostilities」となっており、「direct」という言葉が使われていないが、「direct」と「active」の間に差はないと考えられている<sup>5)</sup>。ICC は、国際的な性質を有しない武力紛争についての (c) (i) の解釈においても、直接的な参加があったかどうかという判

3) Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges No ICC-01/05-01/08, Pre Trial Chamber II, 15 June 2009. para. 211, ここでは OTTO TRIFFTERER ET AL/MICHAEL COTTIER, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*. 299-300 (2d ed. 2008) が引用されている。

4) 1 ANTONIO CASSESE ET AL./ MICHAEL BOTHE, *supra* note. 1, section 3 Jurisdiction. 380-1. The Prosecutor v. Tomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, Case No. ICC-01/04-01/06, Pre-Trial Chamber I, 29 January 2007, para 286-288 は犯罪の構成要件に関する文書の検討を踏まえて、武力紛争においてと犯罪行為の関連性 (nexus) が必要であるとし、ICTY の判例に従い、行為は紛争の当事者の支配する地域における敵対行為と密接に関連している必要があるが、武力紛争は犯罪行為の最終的な理由である必要はなく、紛争の最中に行われる必要はないが、武力紛争は行為者の決定において重要な役割を果たしている必要があるとする。そして、犯罪行為と武力紛争の間には明確で十分なつながりがあることを立証しなければならないとしている。一方、非国際的武力紛争において武装集団が支配した町で文化施設の破壊行為がおこなわれた事案 (The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Judgment and Sentence, Case No. ICC-01/12-01/15, Trial Chamber VIII, 27 September 2016, para 18) においては「特定の敵対行為とのつながりでなく、より一般的に非国際的武力紛争との関連性」があれば足りるとされている。

5) Nils Melzer, *Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law*. 43 (2009). 同ページで言及されているが、フランス語版では共通 3 条で「ne participant pas directement aux hostilités」とされており、日本語訳と同様、直接に (directement) という言葉が使われていることも、この見解を基礎付ける。

断片組みを採用している<sup>6)</sup>。また (a) についても、文民として保護の対象となるかの判断に当たっては、被害者が直接敵対行為に参加していないことという条件が明示されている (b)(i)・(e)(i) や第一追加議定書 51 条 3 項や第二追加議定書 13 条 3 項と解釈を変える理由はないことから、同様の定義が妥当すると思われる。「直接参加」をさらに定義することを ICC は行っていないが、ICC は、「敵対行為」とは「敵の武装勢力の人員や‘物資’をその性質若しくは目的において攻撃する戦争行為である」とするコメントリーの記述を引用している<sup>7)</sup>。また、ICRC のガイドライン<sup>8)</sup>では、その者が文民としての地位を失うためには、その者の行為が戦闘に加わっている団体の行為を支援するものでなければならないとされている。これらから言えることは、「直接参加」と言うためには、その者の行為が敵対行為に加担するものでなければならない、敵対行為とは関係のない理由（例えば酒に酔っていた、けんかになった）によって攻撃を加えただけであれば、直ちに文民としての地位を失うことにはならないということである。

このように、文民とそうでない者の区別は難しいが、（そうであるからこそ狭い定義がなされている場合に比べればより一層、）その者が文民であったという主張が検察官によってなされることはあり得るのであり、これに対し正当防衛ないし誤想防衛の主張がなされることもあり得るのである。それゆえ、ICC 規程において誤想防衛が成立するかについて論じる必要がある。

### 英米法及び日本法・ドイツ III. 法, 欧州人権条約における誤 想防衛の法律構成

#### 1 アメリカ・イギリスの法律構成

英米法においては、日本法とは異なった刑法の体系が成立している。英米法では、犯罪が成立するためには、犯罪 (offence) が成立することと、抗弁 (defense) が成立しないことが必要である。

「犯罪」は、おおまかには「actus reus」及び「mens rea」から構成される。「actus reus」は自発的な行為であって、これによって、社会的害悪を引き起こすものであると定義される<sup>9)</sup>。「actus reus」は（完全にその性質をとらえきれぬわけではないが）、攻撃から「mens rea」を差し引いたものであると定義される場合もある<sup>10)</sup>。

「mens rea」は、「actus reus」<sup>11)</sup>に対応する主観的な要素であり、「actus reus」という行為の外形的側面に対する認識である。「mens rea」はさらに細かく類型化がなされており、どの種類の「mens rea」が必要なのかは、犯罪ごとに定まっている。類型化の様子は国によってさまざまだが、アメリカの各州の刑法のモデルとしてアメリカ法律協会が編纂した模範刑法典 (Model Penal Code) においては、目的 (purposely)、認識 (knowingly)、過失 (negligently)、無謀性 (recklessly)、厳格責任 (strict liability) の 5 つがあげられている<sup>12)</sup>。例えば、殺人 (murder)

6) Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, Trial Chamber II, Case No. ICC-01/04-01/07, 7 March 2014. para. 788-789.

7) Prosecutor v. Abu Garda, Decision on the Confirmation of Charges Case No ICC-02/05-02/09 8 February 2010. para. 80 は Yves Sandoz et al./Sylvie-Stoyanka Junod, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. 1453. para. 4787 (1987). を引用する。このコメントリーは Summary record of the second meeting held on Tuesday, 12 March 1974, at 10.15 a.m. (CDDH/III/SR.8) (Official Record of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts Geneva 1974-1977 volume XIV.14) における Mirimanoff-Chilikine の発言を引用している。

8) MELZER, *supra* note 5, 58.

9) JOSHUA DRESSLER, *Understanding criminal law*. 83 (8th ed. 2018).

10) MICHAEL JEFFERSON, *Criminal Law*. 45. (9th ed. 2009).

11) *Id.* 87.

12) American Law Institute, *Model penal code and commentaries*, pt.1 §§1.01 to 2.13, §2.02.

であれば、模範刑法典の § 210.2 に要件が示されており、人を殺すことを「目的」とすること、または「認識」すること、そして一定の状況においては人を殺すことを未必的に認識している「無謀性」という「mens rea」の存在が要求される。これに加え、実際の人を殺すという行為、即ち「actus reus」があれば、「犯罪」が成立する<sup>13)</sup>。

これに対して、「抗弁」は、犯罪が成立したとしても、これが認められれば、刑事責任の成立が認められないというものである。抗弁は、正当化 (justification) と免責 (excuse) という2つの類型から構成される。ここで論ずべき正当防衛は正当化に分類される。上記の殺人の事例でたとえ「犯罪」が成立していたとしても、相手方がピストルで撃ってきたので自己の生命を守るために相手を殺したというような事情があれば、正当防衛が成立する可能性がある。この場合は正当防衛という「正当化」の要件が充足され、「抗弁」が成立し、「犯罪」がいったん成立していたとしても刑事責任を免れることができるということになる。

アメリカ法においては、正当防衛の成立条件として、相手方の攻撃があることについて、合理的に信じること (reasonably believe) が必要とされており、相手方による侵害行為の有無は主観面を基準に判断される<sup>14)</sup>。そして、伝統的には、信じたことに合理性がなかった場合には、正当防衛が成立せず、抗弁は不成立となり、刑事責任を認めることができる<sup>15)</sup>。もっとも、かかる正当防衛の要件を満たさなかった場合に、犯罪をそのまま成立させるのではなく、過失犯の限度で犯罪を成立させるという考え方もある。それが模範刑法典において定められている方法である。そこでは、反撃行為が

必要であると信じた場合には正当化を構成するとされており、この点は従来の法律構成と同様である。しかし、正当防衛の要件を充足していることを信じたことについて無謀性 (reckless) または過失 (negligent) という主観的な要素の存在が認められる場合であって、無謀性または過失という主観的な要素の存在が要求される犯罪、即ち過失犯を犯したとして起訴された場合には、過失犯が成立するとされているのである<sup>16)</sup>。

イギリス法においても、正当防衛の成否はその者が認識した状況に従って主観的に判断される<sup>17)</sup>。判例法理を明文化した<sup>18)</sup>、刑事司法及び入国法 (筆者による訳) (The Criminal Justice and Immigration Act) の76条4項は、(a) その者がある状況の存在を真に信じたこと、及び (b) 錯誤があった場合にはその錯誤が合理的であることを求めており、主観面に基づいた法律構成を採っている。

## 2 日本・ドイツの法律構成

日本法においては、犯罪の成立には構成要件該当性、違法性、責任の存在が必要である。正当防衛は違法性阻却事由であるが、誤想防衛の場合には、正当防衛の要件に関する錯誤があったものとして故意がなかったものとなるので責任が阻却され、誤信したことに過失がある場合には過失犯が成立するとするのが判例通説である<sup>19)</sup>。これに対し、違法性の錯誤説は、故意は構成要件の認識に尽きるとして、正当防衛は違法性阻却事由であって構成要件でない以上、刑法38条3項の法律の錯誤であるとして故意を阻却しないと<sup>20)</sup>する。

ドイツ法でも犯罪の成立には構成要件該当性、違法性、責任の存在が必要とされている。

13) *Id.* 120, §210.2.

14) DRESSLER, *supra* note 9, 211.

15) *Id.* 222-3.

16) *Id.* 59-60, §3.09.

17) JEFFERSON *supra* note 8, 334.

18) *Id.* 332.

19) 山口厚『刑法総論 (第三版)』211-213頁 (有斐閣, 2016)。

20) 西田典之 (橋爪隆補訂)『刑法総論 (第三版)』194-195頁 (有斐閣, 2019)。

構成要件に該当する行為の違法性を阻却する事實は、正当化事由とよばれる。正当防衛もこの正当化事由に分類される。

正当化事由の前提となる事実の存在につき錯誤があった場合、すなわち、正当化事由の錯誤に対する対処としては、筆者が分類するところでは多く分けて2つの法律構成がある。1つ目は正当防衛の要件に該当する事実は構成要件に含まれるものと考え、構成要件に対する故意を阻却し犯罪の成立を否定するものである。2つ目は、正当防衛の要件に該当する事実の錯誤は責任を阻却又は減少させるとするものである。1つ目は消極的構成要件要素の理論とよばれるものであり、正当化事由については、消極的要件事実として構成要件の一部としてとらえた上で<sup>21)</sup>、正当防衛のような正当化事由についての錯誤を構成要件の錯誤としてとらえるものである。2つ目は責任を阻却又は減少させるという構成である。これはさらにさまざまな説に分類される<sup>22)</sup>が、ここではドイツにおける判例通説のみを紹介する。判例通説は、ドイツ刑法16条1項は犯罪の「法律上の構成要件」に関する事実に対する認識を欠いていた場合には故意が阻却されるとしている。具体的には、「法律上の構成要件」は、刑法典の各則に示された犯罪類型のみに限定され、正当化事由は含まれないと解しつつも、正当化事由は「法律上の構成要件」に準じたものとしてとらえ、正当化事由に錯誤があった場合には、16条1項を類推適用するとしている（制限責任説）<sup>23)</sup>。

### 3 欧州人権条約2条2項に関する 欧州人権裁判所の判例

ICCは、ICTYなど他の国際刑事裁判所の判決をしばしば援用しているから、ここでは他の国際裁判における誤想防衛に関する判例

を分析し、ICCにおいて誤想防衛が認められる根拠とすることができないか検討する。

欧州人権条約2条1項は、故意に生命を奪う行為を禁止し、2条2項(a)はその例外として不法な暴力から人を守る目的において、絶対的に必要である場合を挙げる。この条文は、警察官や兵士が締約国の国民の生命を侵害した場合であり、かつ国家がその行為が正当防衛であったと主張して正当化を図った場合にしばしば問題になる。すなわち、警察官や兵士のような国家機関の行為が、国内法上正当防衛として適法であったと主張される場合に、2条2項に照らしても適法かということが問題となり、その判断が欧州人権裁判所(ECHR)においてなされている。

国家機関が、正当防衛の前提状況たる相手方の侵害行為が実際はなかったのにあったと誤信し、その者を殺害したという事例のリーディングケースが *MacCann and others v. The United Kingdom*<sup>24)</sup> である。この事例は、イギリスの兵士がジブラルタルにおいて、爆弾テロを企てている者がいるという情報に基づき出動し、相手方の動作を見て爆弾の起爆装置を作動させようとしているものと考え発砲し相手方を死亡させたが、実際は爆弾も起爆装置も存在しなかったという事例である。

ECHRは、国家機関が、行為時において、正当な理由により (for good reason) 妥当であると考えた誠実な認識 (honest belief) に基づいて2条2項に掲げられた目的を達成するために武力を行使した場合には、2条2項によって正当化されるとした<sup>25)</sup>。

本件では、兵士の武力の行使単体を見れば、上記の基準によって2条2項に反しないが、作戦を全体的に見て、被疑者(相手方)をより早く逮捕することができたのにしなかったこと、情報分析において誤りが生じることを斟酌しなかったことを考慮すると、絶対的に必要(2条2項柱書)の要件を満たさ

21) クラウス・ロクシン(藤沢牧子、佐伯和也共訳)『刑法総論第1巻[基礎・犯罪論の構造](第四版)』35頁(信山社、2009)。

22) *See, Id.* 35-8.

23) *Id.* 35-6.

24) *MacCann and others v. The United Kingdom*, Application no. 18984/91, September, 1995. 27.

25) *Id.* para. 200.

ないとして、2条2項違反が認定された<sup>26)</sup>。

ECHRの判断は、個人の主観面にに基づいて、正当化の可否を判断する点で、英米法における正当防衛の法理類似のものである。しかし、ECHRの判断は、あくまで国家機関の行為が欧州人権条約に適合するかどうかを判断したものであって、個人の刑事責任を問うICCにおいてなされる判断とは性質が異なることに注意すべきである。よって、ICC規程における誤想防衛を考えると、ECHRの判断の先例としての意義はかなり限定して考えるべきであろう<sup>27)</sup>。なぜなら、ECHRの判決では、2条2項という条文があり、その下位規範として誤想防衛が論じられているのであって、同様な条文がないICC規程の解釈にこの先例を取り込むのは困難であるからである。実際に裁判で誤想防衛が問題になった場合には、この判例が参照される可能性が高いため参照したが、誤想防衛を認める根拠としての説得力はそれほどないと思われる。ただし、ICC規程21条1項(c)は、裁判所が各国の国内法の法の一般原則を適用する際に、国際法並びに国際的に認められる規範及び基準に適合するものであることを求めている。ECHRにおいて国家の行為につき誤想防衛が認められていることは、VIIの結論において述べるように誤想防衛をICCで認めても、国際法上の規範および基準に反しないことの証拠となると考える。

#### 4 小括

IIIでは、英米法、ドイツ法・日本法、ECHRにおける誤想防衛についての議論を概観した。それによって、大まかには、行為者の主観面を基準に正当防衛の成立を判断する英米法型と、客観的に正当防衛の成立を判断

し、正当防衛の要件につき錯誤があった場合には故意を阻却するドイツ法・日本法型があることが明らかになった。

この2つの類型の対立はICC規程の起草過程においても表れている。また、ドイツ法・日本法型の理論については、Vにおいて主観的な要素について規定した30条の規定を解釈する際に重要となるものである。

### IV. ICC 規程上の誤想防衛に関する学説の整理及び起草過程

#### 1 ICC 規程上の誤想防衛に関する学説

学説は、ICC規程上における誤想防衛の成立をおおむね肯定的に解しているようである。正当防衛の要件に関し錯誤があった場合にはICC規程32条1項の事実の錯誤の条文が適用され、刑事責任が阻却されると考えるものがある<sup>28)</sup>。一方、32条1項の直接適用を否定し、32条1項の類推適用を認めるものもある<sup>29)</sup>。

類推適用説が、32条1項の直接適用ができないと考える理由は以下のとおりである。

まず、32条1項は「事実の錯誤は、犯罪の要件となる主観的な要素を否定する場合にのみ、刑事責任の阻却事由となる」(‘A mistake of fact shall be a ground for excluding criminal responsibility only if it negates the mental element required by the crime’)としており、事実の錯誤が主観的な要素(mental element)を否定するものである必要があることを明らかにしている。

そして、主観的な要素の内容は30条1項において明らかにされている。

30条1項は以下の通りである。

26) *Id.* para. 213.

27) この判例においては正当防衛という言葉が、2条2項適合性についての法廷による法解釈を述べた部分では登場していないが、のちの判例(GÜLEN v. TURKEY, Application no. 28226/02 October, 2008. 14 para. 38)では正当防衛という言葉が法解釈に言及する部分で使っている。しかし、あくまで正当防衛行為が2条2項に適合するというような言い回しになっており、個人の行為に正当防衛が成立するかどうかを論じているのではなく、国家機関の行為の2条2項適合性を論じているものである。

28) CASSESE, ET AL./ KAI AMBOS, *supra* note 1, section 4 *General Principles of International Criminal Law*.1032.

29) CASSESE, ET AL./ALBIN ESER, section 4 *General Principles of International Criminal Law*. *supra* note 1, 945.

「いずれの者も、別段の定めがある場合を除くほか、故意及び認識して客観的な要素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。」(‘Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.’)

刑事責任が認められるには、客観的な要素(material elements)が故意(intent)及び認識(knowledge)を伴って行われなければならないのである。

すると、客観的な要素の内容に正当防衛成立のための要件も含まれていなければ、正当防衛の要件に該当する事実の存在に錯誤があったという誤想防衛の場合において刑事責任を阻却することができないということになる。そこで、客観的な要素の内容が何なのかということが問題となるところ、ICC規程の起草者の頭の中には、客観的な要素とは「actus reus」のことであるという考えがあったはずであること、客観的な要素のフランス語訳は「*élément matériel*」となっており、この意味は、犯罪意思の外部的発露であると解されていることなどから、客観的な要素とは正当防衛のような正当化の要素は含まないと解するべきであるということになる<sup>30)</sup>。その上で32条1項に戻ると、事実の錯誤には構成要件の要素に関する錯誤しか含まれないことになるから、誤想防衛に対してはこの条文を直接適用することができず、類推適用するしかないということになる。

しかし、この説には疑問点が残る。この点はV 2(2)において詳述するが、端的に言うと、故意及び認識の対象はどうして客観的な要素に限られるのかという点である。認識の対象として正当防衛の要件に当たる事実が含

まれると解すれば、それにつき錯誤がある場合は、まさに主観的な要素を欠いているということができ、32条1項の直接適用が可能になるのに、そのような解釈を採らず、なぜ類推適用説を採るのかという点が問題になるのである。

以上、ここでは学説の議論を見てきた。次は、起草過程の議論を分析し、誤想防衛につき起草者の意思を明らかにすることを試みて、英米法型の誤想防衛及びドイツ法・日本法型の誤想防衛を果たして起草者が想定していたのかという点を明らかにする。

## 2 ICC規程の起草過程とその評価

### (1) 刑法の一般原則の規定の導入

国際法委員会(ILC)の草案の段階では、正当防衛を含む刑法の一般規定に関する原則は含まれていなかった<sup>31)</sup>。

その後、国際刑事裁判所の設立のためのアドホック委員会において、刑法の一般原則に関する規定を置くべきであるという意見が出され、一般原則に関する規定を起草するための作業部会が設置された<sup>32)</sup>。刑法の一般原則に関する起草は、以後その作業部会において行われることになる。

### (2) 31条1項(c)の起草過程

ここでは、起草過程において条文がどのような変遷をたどったのか明らかにする。その上で、そこから起草者の意思として何を読み取ることができるのか検討する。その検討に当たっては、ICCにおける起草過程の議論の解釈の方法を適宜参照する。

現在の31条1項(c)の下地となったと思われる規定は、作業部会の枠外で学者らが集まって起草された、*up-dated siracusa draft*<sup>33)</sup>(以下「改訂シラクサ草案」という。)の33-15において表れている。1項は主観面を基準とした正当防衛の条文にはなっていない

30) *Id.* 910.

31) ILC, *Draft statute for an international criminal court, Yearbook of the International Law Commission volume II (Part Two)*. (1994).

32) A/50/22, General Assembly Official Records · Fiftieth Session Supplement No. 22, 2.

33) Meeting of Expert on the Establishment of a Permanent International Criminal Court, Siracusa, Italy, 10-14 July 1996, available at [www.legal-tools.org/doc/c0734b/](http://www.legal-tools.org/doc/c0734b/).

かったが、2項は

「A person acts in self-defence, or in defence of others, if the person acts [reasonably and as necessary]” [with the reasonable belief that force is necessary] to defend himself or herself, or another person, against a[n] [reasonable apprehension of] [imminent]” [present] unlawful force or threatened unlawful force, [in a manner which is reasonably proportionate to the threat or use of force.]」

とされており、合理的確信 (reasonable belief) に基づいて武力行使が必要だと信じ場合には正当防衛が成立することを [ ] 内でオプションとして示していた。

この改訂シラクサ草案の考えは、作業部会にも受け継がれ、そこでなされた提案においても武力が必要であるという合理的確信 (reasonable belief that force is necessary) という主観的な判断に基づいて正当防衛の成立を認める、改訂シラクサ草案と同じ文言が表れている<sup>34)</sup>。

その後、起草委員会の会期間会議が開かれ、作業部会の内容を踏まえて、ICC 規程の起草作業が行われ、そこでも同様の提案がなされている<sup>35)</sup>。同様の表現は1998年のICC 規程の総会における採択に向けた外交会議のたたき台においても維持されていた<sup>36)</sup>。

しかし、6月29日の作業部会の提案以降、武力が必要であるという合理的確信という文言は削除され、現行法と同様の文言となった<sup>37)</sup>。削除がされた経緯は不明である。そ

して、7月2日の作業部会の報告においては、この条文は激しい議論の結果妥協の産物としてできたものである旨の注釈が、正当防衛の条文に付された<sup>38)</sup>。

この経緯を踏まえると、英米法における、主観面を基準として正当防衛の成立を認める解釈を採ることはできないだろう。ICCにおけるウィーン条約法条約 (VCLT) の適用方法に鑑みると、理論としてはあり得たとしてもそのような起草者意思の解釈はICCによって認められることはないだろう。ICCのトライアルは、起草段階において検討されていた条文が成文において削除された場合に、その削除された条文から生じる効果をもたらすような法解釈をするかどうか、たとえ解釈をする者にゆだねられている旨が明記されていたとしても、削除されたという事実を重んじて、そのような法解釈をすることはできないとしている<sup>39)</sup>。

これに従うと、少なくとも武力が必要であるという合理的確信という部分が削除された以上、英米法の主観面に従い正当防衛の成否を判断する方法を採ることは起草者意思に反すると言える。

そうだとすると、次のような議論が可能かもしれない。現行のICC 規程31条(d)に定められている、緊急避難の条文の起草過程と比較すると、次の点に気が付く。中間会議の報告においても<sup>40)</sup>、外交会議のたたき台においても<sup>41)</sup>、緊急避難の条文には

「[the person reasonably believes that] there is a threat of [imminent] death or serious bodily harm against that person or another

34) A/AC.249/1997/WG.2/CRP.7\*, 2.

35) A/AC.249/1998/L.13, 62.

36) A/CONF.183/2/Add.1, 58.

37) A/CONF.183/C.1/WGPP/L.4/Add.1, 4.

38) A/CONF.183/C.1/WGPP/L.4/Add.1/Rev.1, 4.

39) Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, Case No. ICC-01/05-01/08, Pre-trial Chamber II June 15, 2009. para. 336-7 においては起草過程には現在の30条の主観的な要素の内容として未必の故意 (dolus eventualis) を含めるかどうか議論されていたが、最終的に、過失 (reckless) 及び未必の故意は条文に盛り込まれず、それらについてはさらなる議論が必要であるとする注釈が起草委員会の最終提案において付されたという経緯があった場合に、そのような注があったという事実を考慮しても、条項が削除された事実を重んじて、未必の故意は犯罪成立のための主観的な要素とすることはできないと判断された。

40) *supra* note 35, 62.

41) *supra* note 36, 58.

person…」というように、主観面を基準に危険の有無を判断する条文が含まれていた。その者が合理的に信じた (the person reasonably believes that) という部分には注釈で、この条文は事実の錯誤の条文と併せて読まなければならないと記されていた。ここから、主観面を基準に緊急避難を認める条文がない場合であっても、事実の錯誤の条文によって刑事責任が阻却される余地を起草者が認めていたということにならないか。そして、誤想避難について事実の錯誤の条文の適用による処理が予定されていたのだから、それと同じく誤想防衛についても錯誤の条文によって刑事責任が阻却される余地を起草者が認めていたと解することはできないのだろうか。

あくまで正当防衛の条文には上記のような注が付いていなかった以上、誤想防衛につき事実の錯誤の条文を適用すべしという積極的な起草者意思が表れているということではできないだろう。しかし、理論上、緊急避難に誤想避難が認められるのであれば、正当防衛についても誤想防衛は認められることを否定する理由は見出しがたい。すると、正当防衛について同様の注釈を付けなかったことを以て、正当防衛については、事実の錯誤を適用しないという意味が積極的に表現されていたとは言えないだろう。

すると、どれほど積極的な意味付けをここから読み取ることができるかは議論があり得るところであるが、少なくとも、起草者は正当防衛についても事実の錯誤による処理を否定してはいなかったということが言えるだろう。

### (3) 30条の起草過程

Ⅲ 1 で見たように、30条1項の客観的な要素という文言の解釈は、誤想防衛の成立の可否を論じる上で重要である。そこで、「material elements」という文言に着目して起草過程の議論を整理する。

現在の30条1項の原型は改訂シラクサ草案33-6<sup>42)</sup>に表れている。

「Unless otherwise provided, a person is only criminally responsible and liable for punishment for a crime under this Statute if the physical elements are committed with intent or knowledge [whether general or specific or as the substantive crime in question may specify]」

この段階では、「material elements」という語句は使われておらず、「the physical elements」という語句になっている。これを字義通りに解釈すると物理的要素となり、これは犯罪行為の外形的側面たる「actus reus」を想起させるものと言える。

中間会議の報告においては、この条文はオプションであった[ ]内を削除し、「mens rea (mental element)」という表題付きで掲載されている<sup>43)</sup>。

その後、この条文は、変更を加えられることなく、国連総会直前における起草委員会まで存続した<sup>44)</sup>。しかし、「the physical elements」という語句は起草委員会において現在の条文である「material elements」に置き換えられた<sup>45)</sup>。

以上を総括すると、客観的な要素とは「physical elements」を置き換えた語句であり、30条はもともと「mens rea」についての条項であるという理解が一定程度広がっていたが、「mental element」という特定の国の刑法の体系を想起させない語句に変化したということが言える。

ここから、起草者の意思を読み取ることができるであろう。「mens rea (mental elements)」とカッコ書きになっていた事実に鑑みれば、「mens rea=mental elements」であると考えられていたとするのが素直であろう。最終的に客観的な要素が採用されたという事実から、「mens rea」という表現を「mental element」に置き換えることによって英米法における主観的要素の枠組みにしばらくられない解釈を可能にするというほどの積極的な起草者の意思は、それが明確に表明され

42) *supra* note 33, 5.

43) *supra* note 35, 59.

44) A/CONF.183/C.1/L.58, 13.

45) A/CONF/C.1/L.65, 6.

ていない以上、ここから読み取することは困難であろう。

次に、「material elements」という語句に関して何か起草者意思が読み取れるのだろうか。「physical elements」よりも「material elements」という広い意味を持ち得る語句を用いることで、誤想防衛のような場合に、事実の錯誤の条文を介して、刑事責任を阻却する余地を残したものであるということがもしかしらのできるかもしれない。

しかし、起草者がそのような意思を持っていたと考えるのは無理があるだろう。客観的な要素という語句の導入の背景には、不作為犯の条文を ICC 規程に盛り込むかについて最後まで対立があったことが指摘されている。外交会議のたたき台の段階では「Actus reus (act and/or omission)」という条項があり、不作為犯も犯罪行為に含まれるものとして、ICC 規程に盛り込まれようとしていた<sup>46)</sup>。不作為犯をどのように定義するかで意見が一致せず、この規定は最終的に削除されるに至った<sup>47)</sup>。「actus reus」をどのように定めるかという問題と、「physical elements」という語句が客観的な要素に変更された点は関連している可能性があり、誤想防衛の余地を残すためというよりは、「actus reus」の条項を削除することとの調整であったという可能性も否定できない。

すると、客観的な要素という語句の導入に、刑事責任の阻却事由も含めるといような積極的な意味を見出すことは必ずしもできないと考えられる。

## V. 30 条の語句解釈

### 1 ICC におけるウィーン条約法条約の運用

上記の起草過程の議論からは、誤想防衛の成立可能性について確固たる起草者意思の表明というようなものを見出すことはできなかった。そこで、ここでは条約解釈の最も基本的な方法であるとされる文言解釈を行ってみたい。VCLT31 条 1 項は、条約解釈に当たっては、用語の通常の意味の解釈を最も重んじている。起草過程は解釈の補助手段にすぎず、用語の通常の意味に解したときに不合理になる場合や、意味が明らかにならない場合に限って、参照することができるのである。

ICC も ICC 規程の解釈においては、VCLT をたびたび参照している<sup>48)</sup>。ICC のトライアルにおいては、具体的なウィーン条約法条約の運用方法が示されている。条約解釈に当たっては「誠実に、通常の意味に従って、文脈及び条約の趣旨及び目的を考慮して使用されている用語を解釈しなければならない」のが基本であることを宣明<sup>49)</sup>している。そして、解釈の補足的手段たる起草過程の議論の参照については文言解釈ほど重んじられてはおらず、起草過程の議論を斟酌することは VCLT によって裁判所に許容されているだけであって、それを行うかどうかは自由であるとする判決もある<sup>50)</sup>。ICC の裁判例の中には、第一に語句の意味の解釈を行い、そのときに辞書を引用するものもある<sup>51)</sup>。

46) *supra* note 36, 54-55.

47) *supra* note 38.3 See, William A Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 630 (2d ed. 2008).

48) *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, Decision on counsel for Mr Gbagbo's request for reconsideration of the 'Judgment on the Prosecutor's appeal against the oral decision of Trial Chamber I pursuant to article 81(3)(c)(i) of the Statute' and on the review of the conditions on the release of Mr Gbagbo and Mr Blé Goudé, Case No, ICC-02/11-01/15, Appeals Chamber, 28 May 2020, para. 70 のように VCLT に触れることなく法解釈を導き出している例もあり VCLT の用い方は流動性があることに注意が必要である。

49) See, *The Prosecutor v. Germain Katanga*, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, Case No, ICC-01/04-01/07, Trial Chamber II, 7 March 2014, para 47.

50) *The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta*, Decision on Defence Request for Conditional Excusal from Continuous Presence at Trial, Case No ICC-01/09-02/11, Trial Chamber V(B), 18 October 2013, para. 77.

51) *supra* note 39, para 362.

本章では、そのような判断枠組みに倣い、誤想防衛が認められるかどうか判断するため、まず30条の条文の語句解釈を行い、次に近年のICCの裁判例における用語法を確認して、それを前提にした場合に導き出される法解釈について説明する。その上で、必要かつ可能であれば起草過程の議論に着目して語句の意味を確定する。これを踏まえて、ドイツ法及び日本法の観点からすれば誤想防衛を事実の錯誤の条文の直接適用により認めることは可能であったということを主張する。その上でICCの規程の運用によって法の欠缺が生まれたことを指摘し、結論として法の一般原則として英米法の法理を導入する必要性を指摘する。

## 2 字句及び条文構造の分析による解釈等

### (1) 「material element」の意味

まず、英米法型の主観面によって正当防衛の成否を判断する方法を採用することは、31条2項(c)の字句を解釈した場合は、主観的判断に基づいて正当防衛の成立を判断することを表明した語句がない以上、認められないだろう。

次に30条1項の文言解釈を行う。30条1項は

「Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.」

となっている。

「客観的な要素」の意味を解釈するにあたり、「material」の意味が問題となる。「material」の意味としてありえるのは、①物質的な・肉体的(上)の、②物質的・有形の、③(主に法律用語として、判決に影響を及ぼすほど)重要な、重大な、④(哲学用語として)物質的、となっている<sup>52)</sup>。①②の意味を採用した場合には外形的な要素という意味となり、客観的な要素とは行為の外形的側面たる

「actus reus」のことでありという解釈と親和的であろう。この場合は客観的な要素に正当防衛の要件に該当する事実の存在を含めることはできない。一方③の解釈を採用すると、客観的な要素とは重要な要素ということになる。この解釈を採用すると、何が重要な要素なのかにつき広範な解釈が可能である。構成要件要素に限られるという解釈も可能であるし、正当防衛の要件に該当する事実の存在についても含まれるという解釈も可能である。③の意味を採用した場合は、次に説明する、「故意」及び「認識」の対象が「客観的な要素」に限られるという解釈を採用したとしても、誤想防衛を認める余地があるのである。しかし、このような解釈は採れないということを近年のICCの語句の用法を参照して、(3)において明らかにする。

### (2) intent 及び knowledge と material element の関係

「material elements are committed with intent and knowledge」とはどういうことか。「with intent」の部分が「故意に」であり、「with knowledge」の意味が「認識して」であれば、この部分は、故意に／認識して客観的な要素を行ったということになり、「intent」及び「knowledge」の対象として考慮できるのは、客観的な要素のみということになる。一方、何らかの故意・認識をもって客観的な要素を行うという意味に解すると、その故意及び認識の対象は必ずしも客観的な要素に限られないということになる。後者の理解を採用した上で、故意及び認識の対象に正当防衛の要件に該当する事実が含まれると解する場合には、客観的な要素に刑事責任を阻却する事由が含まれるか否かにかかわらず、誤想防衛を32条1項の直接適用によって認めることが可能になるのである。

よって、故意と認識の対象に刑事責任を阻却する事由が含まれるのか探る必要がある。故意は、30条2項(a)において「行為に関しては、当該個人がその行為を行うことを意図している場合」、(b)において「結果に関しては、当該個人がその結果を生じさせること

52) 井上永幸・赤野一郎編『ウィズダム英和辞典(第三版)』1186頁(三省堂, 2013)。

を意図しており、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場合」であるとされている。一方、「認識」については3項において、「ある状況 (circumstance) が存在し、また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」とされている。

ここで、「状況」に正当防衛の前提状況及び均衡性を基礎付ける相手方の攻撃という要件、即ち正当防衛の要件に該当する事実の存在が含まれると解釈できないか問題となる。なぜなら、客観的な要素に正当防衛の要件が含まれないという見解（上述の(1)の①②の意味をとる見解）を採ったとしても、認識の対象に含まれるのは客観的な要素に限られず、正当防衛の要件に該当する事実も含むと解する見解を採った場合には、認識の対象となる事実に錯誤が生じていた場合に、32条1項の規定する主観的な要素の一つである「認識」が否定される結果、32条1項によって刑事責任が阻却され、誤想防衛が認められるということになるからである。

「状況」という語句を素直に解する限り、相手方の攻撃やその程度については状況という語句に含まれるという解釈はそれほど不自然ではないだろう<sup>53)</sup>。また、アメリカの模範刑法典は、「a person is not guilty of an offence unless he acted purposefully, knowingly, recklessly or negligently, as the law may require, with respect to each material element of the offense」としており、「with respect to」という語句を用いることで、「purpose」、「knowledge」等の主観的な要件における認識の対象は「material element」に限られることを明確化している<sup>54)</sup>。一方、ICC 規程においてはこのような認識の対象の明確化がなされていない以上、認識の対象に客観的な要素以外の事情を含める解釈は可能であると思われる。

念のため、「状況」という語句の意味が不明確であると考えて、起草過程の議論を参照

してみる。この場合、上述の通り、「その者が合理的に信じた」という語句の挿入が見送られたという経緯があるが、これは英米法型の主観面を基準に判断される正当防衛の条文化を見送っただけであって、日本法やドイツ法で採られているような、誤想防衛において故意のような主観面を否定する法律構成をする余地は残されていると言える。よって、このことをもって「認識」の対象として客観的な要素以外の事由も含める解釈をすることは起草者の意思に反するとは言えない。

一方、起草段階において30条の規定が「mens rea (mental elements)」という題を付されていたことに着目すると、結果は異なるかもしれない。英米法においては、「mens rea」とは「actus reus」に対応する心理的要素であり、刑事責任の阻却事由に当たる事実を対象として含まない。「actus reus」は犯罪の行為そのものであるから、上記のような正当防衛の要件のような刑事責任を阻却する事由に関する事実は「actus reus」に含まれない。すると、主観的な要素の対象になるのは「actus reus」のみである以上、正当防衛の要件に対応する事実は含まれないということになり、そして、主観的な要素に包含される「状況」という語句にも正当防衛の要件に該当する事実は含まれないという結論になるだろう。

文言解釈によった場合に可能な、主観的な要素の対象に正当防衛の要件に対応する事実を含める考え方は、主観的な要素という語句の起草過程における用法を参照し、それを重んじた場合には、採用することが難しいと言わざるを得ない。

しかし、起草過程の議論の参照はICCがしばしば述べる通り任意的なものであるから、「状況」に刑事責任の阻却事由の要件に該当する事実を含める方法は適切な解釈として存立し得るものである。すると、ドイツ法・日本法型の誤想防衛を32条1項の直接適用によって認めることも可能なはずである。エーザー教授は、「状況」に刑事責任の

53) CASSESE ET AL./ALBIN ESER, *supra* note 1, 919 は「状況」に犯罪の成立を否定する要件が含まれる可能性を肯定する。

54) American Law Institute, *supra* note 12, 21, §2.02.

阻却事由のような消極な要素が含まれる可能性を肯定しながら<sup>55)</sup>、直接適用説を採らずに類推適用説を採っている。おそらく、主観的な要素が英米法の「mens rea」に該当することを前提としたためこのような結論になったのであると思われる。そうだとすれば、エーザー教授の説とは異なって、起草過程の議論の参照は任意的であることに鑑みてこのような理解をとらず、「状況」に刑事責任の阻却事由に当たる事実が含まれると解釈し、誤想防衛について、32条1項を直接適用する余地も残されていると言える。しかし、次に見るように、近年のICCの裁判例を見ると、直接適用説を採ることは困難であり、類推適用説を採るべきであることが明らかになる。

### (3) ICCの裁判例による語句の用い方

まず、客観的な要素という語句を裁判例がどのように用いているか確認する。

近年のICCの判例における客観的な要素という用語の用い方を見ると、主観的な要素は「mens rea」に対応し、客観的な要素は「actus reus」に対応するものであるという解釈を採っている。

というのも、ICCが判決において扱っている犯罪の構成要件の物理的側面及び心理的側面が何かを明らかにする際に、それについて論じた部分に見出しを付けているのだが、その見出しが「material elements (actus reus)」、「mental elements (mens rea)」となっているのである<sup>56)</sup>。さらに、ICCは、「mens rea」とは「故意」と「認識」から構成されるとも述べている<sup>57)</sup>。

また、ICCは主観的な要素に未必の故意(dolus eventualis)が含まれるかという問題の検討の文脈において、注釈で、客観的な要素は30条2項及び3項において行為(conduct)、結果(consequence)、状況(circumstance)として列挙されていると述べており<sup>58)</sup>、これによると、「状況」は「客観的な

要素」に対応したもの、即ち客観的な要素に包含されるものとなるのである。客観的な要素は上の段落で述べたように、「actus reus」という、刑事責任を阻却する事由を含まない、犯罪の外形的な行為に対応するものであるとICCにより理解されているのであるから、「認識」の対象には刑事責任を阻却する事由は含まれないということになる。よって、結果的に(2)で述べたような認識の対象に刑事責任の阻却事由を含める解釈は、ICCのトライアルによって否定されたのである。

ただし、これは誤想防衛が問題になった事案の判断ではない。また判決書の見出しを根拠に「material elements」と「mental elements」の内容を確定するというのは説得力に欠けるという指摘もあり得よう。よって、今後異なる判断がなされる可能性はあるが、ICCのこれまでの運用を踏まえるとその可能性は低いと考えられる。

## 3 小括

ここではここまでの議論を整理した上で、英米法的な条文の運用によって法の欠缺が生じていることを示し、これに対する対処法を論じるべきことを主張する。

上で見てきた議論には二つの対立軸があった。①客観的な要素に刑事責任の阻却事由にあたる事実を含めるかどうかという問題と、②犯罪を行うときに要求される故意及び認識の対象は何かという二点である。

①の対立軸は、ドイツ法及び日本法でいうところの構成要件要素に何を含めるかという対立軸と類似する。ICC規程における、主観的な要素の対象である客観的な要素を広く解してそこに刑事責任の阻却事由を読み込むことで客観的な要素に対応する事実につき錯誤があった場合に事実の錯誤を認める解釈と、客観的な要素を行為の外形的側面に限定する解釈の対立は、ドイツ法や日本法でも議論さ

55) 前掲注53)参照。

56) The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Case No. ICC-01/05-01/08, Trial Chamber III, 21, March, 2016, 50-59.

57) *supra* note 39, para. 149.

58) *Id.* para. 353, note 444.

れた消極的構成要件の議論と構成要件に正当化事由ないし違法性阻却事由を含まないと解する議論の対立に類似する。

②の対立軸は、日本法における犯罪成立に必要な主観面である「故意」の対象に何を含めるかという対立軸と類似する。ICC 規程における主観的な要素の対象として正当防衛の要件に当たる事実を含めるか否かという対立は、日本法における、故意という主観面を広くとらえ犯罪成立を妨げる違法性阻却事由に対応する事実を故意の対象ととらえる事実の錯誤説と違法性阻却事由に対応する事実が故意の対象として観念しない違法性の錯誤説の対立と類似しているのである。

英米法の観点から見れば、主観的な要素とは「mens rea」のことであり、「mens rea」は「actus reus」に対応するものである以上、故意と認識を伴って客観的な要素を実行するという条文を見たときに、故意と認識は主観的な要素である「mens rea」であり客観的な要素とはそれに対応した「actus reus」であると解釈される。よって、「mens rea」の対象に刑事責任の阻却事由に当たる事実は含まれず、したがって、明文のない誤想防衛につき解釈によっても認めることができないのは極めて自然である。英米法の見方をすると、誤想防衛が認められず、法の欠缺が生じていると言わざるを得ないのである。

しかし、ドイツ法・日本法的観点から見た場合には、客観的な要素に刑事責任の阻却事由が含まれると解釈することにより、刑事責任の阻却事由に当たる事実につき錯誤があったとき刑事責任を阻却する解釈があり得る。また、客観的な要素が犯罪として列举された行為にとどまり刑事責任の阻却事由に当たる事実は含まれないとした場合にも、故意または認識の対象として刑事責任の阻却事由に当たる事実を含むと解することによって、刑事責任の阻却事由に関する錯誤を認め刑事責任を阻却する解釈を採ることができる。このように 30 条は、ドイツ法・日本法的観点から見たときは、誤想防衛を認める可能性が大いに残されたものだったのである。すなわち、ドイツ法・日本法的観点、特に日本法の判例通説的観点から見れば、事実の錯誤の条文の

類推でなく直接適用が可能であるから、誤想防衛が認められないという法の欠缺は生じていないのである。

しかし、ICC は、英米法的観点からこの条文を解釈し「mental element=mens rea, material elements=actus reus」であるとしたために、直接適用によって誤想防衛を認める方法はそのような理解を変えない限り採り得なくなった。すると、II で述べたように、真に生命の保護のために行為をすることが必要であると信じて行動した者がいかなる場合も免責されないという結果がもたらされる。このような結果につきどのような対応を取るべきか、VI 及び VII において論じる。

## VI. 強行規範と ICC 規程の緊張関係

以上の考察により、英米法的に条文を解釈するのでなくドイツ法・日本法的に条文を解釈することで、事実の錯誤の条文を直接適用して誤想防衛を認めるという余地が、条文の運用方法を変えない限りはなくなったことが明らかになった。

英米法型の正当防衛は起草段階で排除されたため、事実の錯誤の条文の利用によって認められる、ドイツ法・日本法型の誤想防衛のみが残されたのであるが、ICC は条文を英米法の観点のみから見ることによって、おそらく無自覚に、誤想防衛が条文をそのまま適用したのでは認められないという法の欠缺を生んでしまったのである。

では、この法の欠缺は誤想防衛を認めることによって埋めるべきものであるのか。ここでは国際法の強行規範とそれに違反した者の刑事法上の免責の関係を論じる。

ICC 規程に列举された犯罪の中で正当防衛及び誤想防衛が成立し得るものとして、本稿では兵士による文民の誤射を取り上げた。国際法上何を強行規範とするかについては争いがあるところであるが、人道法の基本的規則については、少なくとも ILC の強行規範に関する国際法の条文化の試みの草案においては国際法上の強行規範であるとされているものである<sup>59)</sup>。文民に対する攻撃の禁止は

ジュネーヴ条約第一追加議定書 51 条 2 項に定められているところ、アメリカという大国が未加盟という問題はあがあるが、第一追加議定書の締約国数は 174 か国であり、加盟国の多さに鑑みれば、人道法の基本的規則にあたり、強行規範と言って問題ないのではないか。

このことを踏まえると、誤想防衛により文民等に対する誤射を行ったものを免責することは強行規範に抵触するのではないかという問題が生じ得る。

戦争犯罪が強行規範であることの意味は単に戦争犯罪をしてはならないということだけでなく、戦争犯罪を行った者を処罰しなければならないということをも意味すると考えられている<sup>60)</sup>。ゆえに、誤想防衛を認めて免責を広く認めることは、実質的には重大な違反を犯した者が処罰されないという状態をもたらす、履行確保を大きく損なうことになり、強行規範に実質的に反する状態をもたらすため許されないとと思われる。さらに、ICC 規程においても、21 条 3 項の「国際的に認められる人権に適合した」とは強行規範に反しないことを言うところ、強行規範に反した解釈を採ることはできないという理論が考えられる。

しかし、このような見解に対しては、ジュネーヴ第一条約 49 条は重大な違反につき処罰することを求めているが、裁判の方法、いかなる抗弁 (defense) を法律上認めるかなどの国内実施の方法は、加盟国にゆだねられている<sup>61)</sup>。ゆえに処罰すべきことは強行規範であっても、いかなる抗弁を許容するかについてまでは強行規範に含まれず、ICC において広く抗弁を認めたとしても強行規範に違反するとは言えないという反論が考えられ

る。このような見地に立つと、処罰の実体的な適正という観点から、自分に向けられた攻撃があったと信じた者の責任を問うのは酷であるという点を重視して誤想防衛の成立を認めてもよいのではないかと思える。

もっとも、いかなる抗弁を認めるか考えるにあたっては以下のような見解があることに留意すべきである。前述のような、戦争犯罪を抑止するための規範と処罰を要請する規範を分離する考え方に対しては、かかる考え方は人工的なものであるし、処罰の要請をないがしろにすることは戦争犯罪の禁止規範を損なうものであるから、そもそも戦争犯罪につき抗弁を認めるべきでないという考え方が存在するのである<sup>62)</sup>。

このように、抗弁があまりに広範に認められれば、実質的には処罰の要請が損なわれると言え、戦争犯罪の禁止と処罰の要請という強行規範が損なわれてしまう事態が発生し得るという点は、筆者としても憂慮するところである。

よって、以上の議論を踏まえると処罰の適正と強行規範という二つの考慮要素から、誤想防衛の事案に対しいかなる対処をすべきかを検討する必要がある。これを踏まえていかなる法律構成を採るべきか、VII の結論において論じる。

## VII. 結論

以上の議論を踏まえ、ICC 規程上誤想防衛を認めるべきであるのかという問に対し一応の結論を示す。

強行規範の履行確保という観点からは、あまりに広範に誤想防衛を認めること、すなわち過失によって正当防衛を基礎づける状況が

59) A/CN.4/L.936, ILC, Peremptory norms of general international law (jus cogens) Text of the draft conclusions and draft annex provisionally adopted by the Drafting Committee on first reading, 6.

60) M. Cherif Bassiouni, *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, 59(4), LAW&CONTEMP. PROBS, 63, 63,74 (1996)

61) ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, para. 2856, (2d ed. 2016). available at <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=3ED0B7D33BF425F3C1257F7D00589C84#91>, last visited September 10, 2021.

62) ÉRIC, *Principes de droit des conflits armés*, 1123 (6th ed, 2019).

あることを信じた者に対してまで誤想防衛の成立を認めるべきではないということが言え、ドイツ法・日本法における法律構成をとることは適切でないであろう。ドイツ法・日本法では誤想防衛が成立しても、信じたことに過失があれば、過失犯の規定がある場合には過失犯を成立させられるのであるが、ICC 規程には過失犯の定めがなく、過失ある者が不可罰になってしまうからである。

この問題を解決するには、法の一般原則(21条1項(c))として英米法型の誤想防衛の規定を導入すべきであろう。すなわち、「合理的に」正当防衛を基礎づける状況の存在を信じた場合にのみ正当防衛の成立を認めるという法理を法の一般原則として導入するのである。

以下では21条1項に照らしてこのような法律構成が導入できる可能性があることを論じる。

21条1項は、ICCが依拠することができる法源についてヒエラルキーを構成している。すなわち、第1に1項(a)の「規程、犯罪の構成要件に関する文書及び手続及び証拠に関する規則」が適用され、第2に、(b)の適用される条約並びに国際法の原則及び規則が適用される。そして、第3に(c)の法の一般原則が適用される。ICCは法の一般原則が適用されるのは、法に欠缺があった場合であると述べている<sup>63)</sup>。この点については、裁判所の客観的要素と主観的要素に関する理解及び32条の運用によって誤想防衛を認めることができなくなっている点を踏まえれば、法の欠缺があると言えるから、条件を充足していると言える。

次に、法の一般原則とは何かという問題がここで生じる。21条1項(c)の法の一般原則はICJ規程38条1項cの「文明国が認めた法の一般原則」とは異なり、比較刑法的な考

え方を導入したものであるという見解がある<sup>64)</sup>。比較刑法的な方法とはどのようなものなのか、どの範囲の国の国内法において認められていけばいいのかが問題となる。ICCのトライアルにおいては、「witness proofing」(証人が法廷で証言する前に当事者を交えて証言の準備をすること)が認められるかが問題となった。検察官は、21条1項(c)に基づき証言の準備は法の一般原則として認められていると主張したが、これに対して、ICCは、検察官はコモンローの国々において認められているとする証拠しか提出しておらず、ドイツ・ローマ法系において認められていることが証明されていないとして、法の一般原則の存在は認められないとした<sup>65)</sup>。このことに鑑みると、ある法体系においてのみ認められているのでは不十分で、少なくとも英米法、大陸法において認められている必要があるといえる。

一方、控訴審においては、控訴審がトライアルの判決に対して、控訴を許可することができるか争われた事案において、検察官は大陸法、英米法、イスラム法の国々の多くにおいて控訴審が控訴を許可する制度があることを主張し、21条(c)の法の一般原則が存在すると主張した<sup>66)</sup>。これに対して、控訴審は、大陸法やイスラム法の国の中に控訴の許可制度を持たない国があることや、ICCのトライアルと控訴審の関係はイギリスにおける下級裁判所と上級裁判所の関係とは異なり、イギリスの制度を参考にできないことをあげて、法の一般原則は存在しないとした<sup>67)</sup>。一方、加盟国に証人の召喚を義務付けることができるかの判断においては、特に複数の国の法体系の比較を行うことはなく、21条1項(c)に言及し、そのような義務付けを行うことができる根拠として法の一般原則に依拠している<sup>68)</sup>。

63) Judgement on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I, 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal Case No. ICC-01/04, 13 July 2006, para. 5.

64) Schabas, *supra* note 47, 525.

65) The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo Decision Regarding the Practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial, Case No. ICC-01/04-01/06, Trial Chamber I, 30 November 2007, para. 41.

66) *supra* note 63, para. 25.

67) *Id.*, para. 28-32.

では、比較法的方法とは、前者の控訴審のように各国の国内法を参照して矛盾する国内法がないことを確認することを要求するものなのか。

21条1項(c)のフランス語正文を見ると「les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde」(直訳すると、「世界の異なる法体系を代表する国内法から裁判所によって見いだされた法の一般原則」)となっている。英語版には「representant」に相当する語句はないが、フランス語版を見るとその一般原則があくまで世界の異なる複数の法体系を代表していればよく、各国のそれぞれの国内法に合致している必要はないということが読み取れる。学説においても、各国の国内法と厳密に一致していることまでは求めない見解が通説であると言ってよい<sup>69)</sup>。

本稿では、日本法・ドイツ法及びアメリカ法・イギリス法において誤想防衛が認められていることを明らかにした。そして、攻撃があると誤信したことに非があるものは、正当防衛の成立を認めないか、事実の錯誤として処理した上で過失犯の成立を認めるという法律構成がとられていることを明らかにした。信じたことに非がある者は免責しないという点で、日本法・ドイツ法及びアメリカ法・イギリス法で共通している。よって、攻撃の存在を合理的に信じた場合のみ免責するという原理は、大陸法・英米法という世界の法体系を代表するものであると言える。

また、21条1項(c)の条件として「国際法並びに国際的に認められる規範及び基準に反しないこと」とある。これまで論じたとおり、英米法の法律構成を採ることによってIII 3で論じたとおり、重大な違反に対する処罰要請という強行規範の履行確保を損なわないようにすることができる。また、III 3で論じたように、ECHRにおいては誤想防衛が認め

られているのであり、誤想防衛を認めることが21条1項(c)国際法並びに国際的に認められる規範や基準に反するとは言えないだろう。

本稿ではイスラム法における誤想防衛を検討することができなかった。イスラム法において誤想防衛が否定されている場合には、誤想防衛は世界の法体系から導かれる一般原則とは言えないかもしれない。しかし、世界の法体系としては英米法、大陸法、イスラム法が想起される場所、これらすべてから導くことができなければならないのか、そのうち二つで足りるのかはICCの実務からは不明である。イスラム法の解釈およびそこから導かれる結論については、イスラム法の研究及び実務、学説の発展を要するところであり、今後の課題とさせていただきます。

## 謝辞

この論文は、森肇志先生にご指導いただいたことで、書き上げることができた。論文の書き方を知らなかった私に、何回ものメールのやり取りと面談を通じて手厚い指導をしてくださった教授にはこの場をお借りして深く感謝申し上げます。また日頃法律をはじめさまざまな面白い話をしてくれた若林祐希氏、島田裕平氏そして新井謙士朗氏に深く感謝を申し上げます。また、ロースクール卒業まで面倒を見てくれた両親にも深く感謝申し上げます。そして最後に、非常に詳細な査読をし、粘り強く補正提案をくださったローレビュー編集委員会の皆様に深く感謝を申し上げます。

(たけむら・みきと)

68) The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Decision on Prosecutor's Application for Witness Summonses and resulting Request for State Party Cooperation, Case no. ICC-01/09-01/11, 17 April 2014, para 91.

69) See, 2 CASSESE ET AL./ ALAIN PELLET, *The Roma Statute of the International Criminal Court, s.5 The Statute and General International Law*.1073 (2002). Gerhard Werle&Florian Jeßberger, *Principles of International Criminal Law, Ch. 1 Foundations*. 91(4th ed. 2020).