

国際協力における双方可罰性の現代的意義について(一)

洪 恵子

- 第一章 はじめに
- 第二章 犯罪人引渡制度における双方可罰性
- 第三章 国際刑事共助における双方可罰性 (以上、本号)
- 第四章 規制当局間の直接協力
- 第五章 むすび

第一章 はじめに

本稿は、刑事分野における国際協力に関して、国際条約および国内法の多くで採用されている双方可罰性(double criminality, dual criminality, double incrimination, beiderseitige Strafbarkeit)の現代的意義について検討することを目的とする。⁽¹⁾ 伝統的に、双方可罰性は犯罪人引渡(extradition)制度の枠組みの中で発展

してきた。すなわち、国家間で犯罪の容疑者を引渡す場合、問題となっている犯罪が、引渡しの請求を受けた国の国内法でも、引渡しを請求する国の国内法でも、そのどちらでも犯罪として定められていなければならないというのが、双方可罰性の内容である。今日ではさらに、捜査協力を含む刑事分野における国際共助一般で取り入れられている原則である。わが国の国内法においても、逃亡犯罪人引渡法第二条第三号、第四号、第五号で規定されているのを始め、国際捜査共助法第二条第二項、麻薬特例法第五六条第一項第一号においても規定されている。さらに、近々日本が批准するといわれている「欧州評議会受刑者移送条約」(European Convention on the Transfer of Sentenced Prisoners (1983))⁽²⁾においても、受刑者の罪が本国でも犯罪になることという双方可罰性の規定が挿入されている(第三条第一項^(e))⁽²⁾。つまり、一定の国際協力の措置を執る場合に、対象となっている犯罪がいずれの関係国の国内法においても犯罪であることを要するというのが、双方可罰性の意味である。

このように、一見すると定着した地位を持っていると思われる双方可罰性であるが、学説上、その存在意義については当初から鋭い批判が存在し、国家実行上もその認定基準をめぐっては様々な問題点が指摘されている。さらに、九〇年代以降は、現代の国際犯罪に対処するためには必要であるのみならず、むしろ障害さえあるとして、双方可罰性の撤廃までも主張する声が高まっているのである。つまり、双方可罰性は一方では「国際法上の一般原則 (general principles of international law)⁽³⁾」という評価を与えられながらも、他方で、その適用範囲や認定基準については、学説・国家実行上、大きな違いも見いだされるのである。

確かに、交通・通信手段の急激な発展の負の側面としての国際犯罪の増加⁽⁴⁾に対処するためには、これまでの国際協力の手段が適切且つ効果的な措置でなくなることも十分考えられることである。しかし、これは単に現

代のみに特有の問題ではない。すでに今世紀の始めに、ヴァブレが、「国際犯罪の増加は犯罪の規制の国際化を緊急の課題とする」⁽⁵⁾と述べたとおり、いつの時代にあっても、新しい現象には新しい法制度が必要である。言うまでもなく、そのような新しい制度を構築するに際しては、伝統的なルールが果たしていた役割を確認する必要がある。その撤廃まで叫ばれる今、双方可罰性について、とりわけその実定法上の意義を確認する作業が重要であると思われる。

このような問題意識にたつて、本稿では、以下、まず双方可罰性の成立過程を振り返りながら、犯罪人引渡制度における双方可罰性の地位を検討する(第二章)。そのうち、国際刑事共助における双方可罰性の地位を、犯罪人引渡制度における地位に比べて軽視されているのかという視点から点検する(第三章)。続いて、現在、双方可罰性など既存の協力の原則の適用を排除している規制当局間の直接協力について、その特徴を検討する(第四章)。最後に、これらの分析を踏まえて、現在強力に主張されている双方可罰性不要論を概観した上で、双方可罰性の現代的意義を、刑事分野における国際協力における国際法上の原則の必要性という観点から考察することとする(第五章)。

第二章 犯罪人引渡制度における双方可罰性

第一節 双方可罰性の成立

双方可罰性が、犯罪人引渡の要件として規定されるようになったのは、犯罪人引渡(extradition)が法的制度として整えられるようになったのと、ほぼ同時である。最も古い多数国間条約であるとされるアミエンス条

約 (Treaty of Amiens, March 27, 1802) においてすでに、身柄を拘束している国家が自国の法に照らして、その行為がもし自国で行われたとするなら逮捕・起訴に相当する場合にのみ、引渡の対象犯罪と認められると規定している(第二〇条⁽⁶⁾)。学説においても、一八八〇年の万国国際法学会 (Institute) オックスフォード会期の決議は、次のように述べている。「庇護国の特定の社会制度ないしその地理的な状況に従えば、犯罪を構成する実際の状況が存在し得ない場合を除いて、犯罪人引渡の対象となる行為が、両国の法によって処罰可能であると言ふことが原則として (as a rule) 要件とされる。」(11項⁽⁷⁾)。学説の大半も、双方可罰性を要件とすることが犯罪人引渡制度において望ましいという見解であった。その理由としてあげられたのは「自国の法で犯罪として処罰しない行為をなしたものを他国に引き渡すことは、結局国家として罪刑を認めないものの処罰に力がかすことになり、罪刑法定主義に背くが故に、両国の法の法により解釈されるべきである⁽⁹⁾」という考え方である。この考え方はその後も維持されている⁽¹⁰⁾。

しかし当時から双方可罰性に対して批判があったことも事実である。例えばトレヴェ (Maurice Travers) は犯罪人引渡制度はあくまでも請求国の刑事管轄権の実現に対する協力なので、請求国の国内法を問題にすれば足りると考えた。したがって、被請求国が自国の国内法に照らして、例えば「時効が完成していて処罰できないので双方可罰性を欠く⁽¹¹⁾」として引渡を拒否する権限を行使するのは賢明ではないと説いた。彼は自らが作成した犯罪人引渡に関する条約草案において、双方可罰性を規定していない⁽¹²⁾。トレヴェと同様の考え方は、その後、学説・国家実行においても散見される⁽¹³⁾。しかし、双方可罰性を犯罪人引渡制度の要件として認めない見解は次第に後退し、国家実行上は一般に二国間条約ならびに多数国間条約で規定されるようになり、学説・国家実行の検討を踏まえた条約草案作成作業においても、双方可罰性が引渡の要件として規定されている (一九

三五年ハーバード研究による犯罪人引渡条約草案第二条、一九九〇年国連犯罪人引渡模範条約第二条⁽¹⁰⁾。今日では双方可罰性を要件として認めるのではなく、むしろその認定の在り方が問題となっている。

第二節 双方可罰性と相互主義

双方可罰性の問題を考える場合、しばしば双方可罰性が相互主義 (reciprocity) と同義で用いられることについて注意しなければならない。双方可罰性は、引渡に係る犯罪が、関係する二国の国内法において犯罪を構成するかどうかを判断する。双方可罰性は引渡犯罪の認定に際して用いられる基準であり、引渡を許可するかどうかの実的要件の一つとみなされる。これに対して、相互主義も犯罪人引渡の実的要件の一つとして数えられるが、その機能は異なっている⁽¹⁵⁾。つまり、犯罪人引渡条約を結んでいる国家の間の引渡においては、相互主義はすでに条約の締結時に権利・義務として具体化されている。これに対して、関係当事国の間に引渡条約が存在しない事例では、その時の関係当事国(被請求国)は、請求に応じることにより将来相手国に対する引渡請求が受け入れられることを期待する。相互主義が機能するのはこのような場合においてである。むしろ、双方可罰性の認定に際して、一定の行為を相互に刑事法的に評価するということが行われるし、双方可罰性の成立の背景には主権国家の平等を基調とする相互主義の考え方があったことは否めない。しかし、実定法の問題として、両者の区別は維持されるべきであり、この区別はスイス連邦裁判所の裁判例でも確認されている⁽¹⁶⁾。

第三節 双方可罰性の認定基準

- (1) 双方可罰性が犯罪人引渡制度の中で要件とされることに国家実行においてほぼ一致があるが、実際の事

件で請求に係る行為に関して双方可罰性を認定することは、関連条約・国内法の解釈問題となる。つまり、双方可罰性を判断する際に、どの基準を採用し、さらにどれほど厳格に判断するかは各国の国内裁判所に委ねられた問題である。

学説においては、バッシオウニ (M. Cherif Bassiouni) による認定方法の分類がある。彼は双方可罰性の認定方法を二つに分けている。すなわち、第一は、外観を基準として判断する (*in concreto*) (objective) アプローチであり、第二は、行為を基準として判断する (*in abstracto*) (subjective) アプローチである。前者は、犯罪にあてられた名称およびその法的要素の厳密な解釈に依拠するものである。後者は、特定の名称とは無関係に、問題となっている活動の犯罪性および関係二国の国内法におけるその要素の調和に依拠するものである。⁽¹⁷⁾ 今日では、後者の行為を基準として判断するアプローチが国家実行において主流であると言われる。

(2) 例えば、わが国においては、裁判所の認定基準は抽象的双罰性・具体的双罰性という概念で整理されている。すなわち、前者、抽象的双罰性とは、被請求国・請求国双方の国内法において、問題となっている行為が犯罪として規定されていることを要し、後者、具体的双罰性とは問題となっている行為が自国で行われたとするならば、逮捕・訴追でき(犯罪として成立し)、さらに刑罰を執行しうる程度まで求める基準である。⁽¹⁸⁾ わが国の国内法においては、犯罪人引渡制度の手続を定めた逃亡犯罪人引渡法では具体的双罰性を要件とし、国際刑事共助を目的とする国際捜査共助法では抽象的双罰性を要件としている。⁽¹⁹⁾ いずれの場合も、問題となっている行為に充てられている罪名の厳格な一致(バッシオウニの分類で言えば第一のアプローチ (*in concreto*) (objective))ではなく、構成要件の要素を捨象した社会的事実関係に着目して、その事実関係の中にわが国の法の下で犯罪行為と評価されるような行為が含まれているか否かを検討することとしている。⁽²⁰⁾

(3) 米国では、犯罪人引渡に際して条約の存在を不可欠とし、引渡は条約で定められる引渡犯罪について許可される (18 U. S. C. § 3181, 3184)。引渡条約では双方可罰性を明文で規定する場合も多いが、場合によっては、引渡犯罪とは別個に双方可罰性の規定を置くことはしない。このような枠組みにおいては、双方可罰性をことさらに問題にする必要性は低いようにも思われるが、実際に引渡の請求にかかる行為が引渡条約で規定される犯罪であるかどうかを認定しなければならないので、その際には実質的に双方可罰性の認定が行われる。他方で、「引渡(surrender)は、容疑者が発見された場所の法に従えば、そこで行われたとするならば、裁判に掛けられる必要がある程度に充分な犯罪性の証拠 (evidence of criminality) があってはじめて許可される」と規定される場合もあり、その際にも双方可罰性の認定作業が行われる²⁰⁾。

ある行為が引渡条約で規定されている引渡犯罪に該当するかを判断する際には、厳密な罪名の一致ではなく、請求にかかる行為が引渡犯罪として規定されている行為に相当するかが問題とされる。そこで用いられている基準 (test) は、戦前においては「犯罪とされている行為 (criminalized conduct)」基準と呼ばれる方法が採用されていた。裁判例では次のように述べている。「国際法の一般原則は、すべての犯罪人引渡を請求されているところの行為 (the act) が両当事国によって犯罪であるとみなされていなければならないと言ふことである。」(Wright v Henkel, 190 US 40 at 58 (1902))。また今日では「実質的に類似している (substantially analogous)」かどうかという基準も用いられている (Caplan v Vokes and Prushinowski, 574 F. Supp 1439 (1983))。いずれの基準も、犯罪人引渡請求にあげられている犯罪名と自国法における犯罪名の一致という外観ではなく、容疑者の行為 (conduct) が両国の刑事管轄権内で犯罪とされているかどうかを問うものである。

(4) フランスや英国もバッシオウニの分類で言う第二の方法、つまり請求にかかる「行為を基準として判断

する」方向にある。しかし、引渡請求にかかる行為が単に被請求国としてのフランスや英国の国内法に照らして犯罪とされている行為に当てはまることのみでは双方可罰性を充たさないとしている点が特徴的である。両国では、請求にかかる行為が、請求国の法に照らせば外国人によって国外で行われた犯罪である場合、同様な行為に対して自国（被請求国）も外国人の国外犯処罰規定を有しているかどうかを検討の対象とし、さらに、自国（被請求国）の外国人の国外犯規定を適用できる範囲にあるかどうか、換言すれば、問題となる行為が行なわれた時点で、自国の法に同様な外国人の国外犯処罰規定が存在していたかどうかまでも検討の対象にするのである。わが国の具体的双罰性の認定に際しては、当該犯罪について国外犯処罰規定を設けている否かは問われないとする立場であるので、フランスや英国の認定基準とわが国の認定基準には大きな差が見られる。

まず、フランスでは、一九二七年犯罪人引渡法が引渡の要件を定めており、双方可罰性は第四条で規定されている。さらに引渡にかかる容疑が外国人の国外犯である場合、フランス法に外国人の国外犯処罰規定が存在しているかどうかを問題にする（同法第三条）。例えば、ミュンヘンオリンピックでのテロ行為が請求目的であった、いわゆるアブダウド事件⁽²³⁾において、イスラエルからパレスチナ解放機構の要人とされる容疑者の身柄の引渡請求を受けたフランスは、請求にかかる事件が発生した時点（一九七三年九月五日）⁽²⁴⁾においては、自国の刑法には外国人の国外犯の処罰を許容する法規はなく、従って、今回の請求にかかる犯罪に関して双方可罰性を欠くとして、請求を拒否している（一九七七年一月一日、フランスパリ控訴院決定⁽²⁵⁾）。

同様に英国も、国外犯処罰規定を設けているかどうかまでも認定基準にしている。英国においては、一九八九年引渡法第二条（引渡犯罪）が双方可罰性を規定しており、認定の基準として、自国で行われたとするなら一定の刑罰（一二ヶ月ないしそれ以上の拘禁刑）に相当する犯罪であることを要している（第二条第一項(a)）。

加えて、英国法では引渡犯罪の認定に際し、引渡に係る嫌疑が国外犯の場合にはより厳格な条件を付している（第二条第一項(b)）。すなわち、同様の行為は英国の国内法においても国外犯を処罰可能としている犯罪であること（同条第二項）を要しているのである。つまり、双方可罰性の認定の際に、国内法の適用のみならず国外犯規定の有無の次元に立ち入って双方可罰性を求めるのである。この英国の立場は、チリの元国家元首ピノチェトについて、拷問禁止条約違反（国際法上の犯罪）の嫌疑に関してスペインから身柄の請求を受けた事例でも維持されている。次に節をあらためて、この事件で展開された英国法における双方可罰性の認定の問題を見てみたい。

第四節 ピノチェトの引渡事件における双方可罰性の認定

(1) 事実経過

一九九八年九月一二日、チリの元国家元首であるアウグスト・ピノチェト (August Pinochet) は、病氣治療のためロンドンへ入国した。同年一〇月一四日、国際刑事警察機構 (ICPO) は、ロンドン警視庁に対して、スペイン予審判事バルタサル・ガルソン (Baltasar Garzón) によって要請されたピノチェトの逮捕請求を伝達した。同月一六日、英国の治安判事 (Metropolitan Stipendiary Magistrate) が第一の仮逮捕状 (provisional warrant for arrest) を発行し、同日ピノチェトはロンドンの病院で逮捕された。その後、一九九九年にこの事実は英国の内務大臣に正式に伝達されている。その後、一〇月二二日、スペイン側から第二の国際逮捕請求が到着し、英国の治安判事は第二の仮逮捕状を発行した。同日午後、ピノチェト側から、司法審査と人身保護 (habeas corpus) に基づく司法審査請求が提起された。こうして、その後一年以上にわたって続けられる英国の司法機

関におけるピノチェットの引渡をめぐる審理が開始されたのである。

一〇月二八日、ピノチェット側の請求を審査した英国高等法院 (High Court) は、ピノチェットは、元国家元首として、国内裁判所の刑事手続きから免除される (以下、単に「免責」されるという語を用いる) という慣習国際法上のルールおよびそれに国内的効力を与えた一九七八年英国特権免除法第二十条に基づいて、「逮捕は違法である」との決定を下した。⁽²⁷⁾これに対して、直ちにスペイン政府の代理として訴訟の当事者となっている英国検察局が上告した。なお、その後一〇月三〇日には、スペイン裁判所 (Audiencia Nacional) がピノチェットに対してスペインが裁判権を持つことを確認している。⁽²⁸⁾

英国貴族院 (House of Lords) (最高裁判所に相当する) は、上告を受けて一月四日に審理を開始した。その三日後には、スペインは正式に (外交ルートを通じて) 英国に対してピノチェットの引渡を請求した。

一月二五日、英国貴族院は、三対二でピノチェット側の請求を退けた。⁽²⁹⁾これを受けて、一二月九日には、英国内務大臣が一九八九年犯罪人引渡法 (Extradition Act 1989) に規定される正式な犯罪人引渡の手續に着手すると決定した。この時点で、チリは正式に英国に抗議している。内務大臣の決定を受けて、一二月一日、犯罪人引渡法に基づく正式な引渡審理が開始されたが、一月の英国貴族院の決定に関与した裁判官 (Law Lord) の一人が、国際人権団体と深く関与しており、彼が参加した決定には公正さに疑義があるというピノチェット側からの申立てをうけて、一二月一七日、英国貴族院上訴委員会が一月二五日の決定の無効を宣言した。⁽³⁰⁾その後、裁判官の構成をあらためて、再度審議が開始され、一九九九年二月四日に終了し、決定は、同年三月二四日に下された。決定では、六対一でピノチェット側の請求を却下し、一定の犯罪に関してピノチェットは国家元首免責を有せず、引渡手續の対象となりうると判断した。⁽³¹⁾

この決定を受け、問題はあらためて一九八九年犯罪人引渡法に基づく引渡の可否に関する審査に付された。その結果、ロンドン治安判事バートル(Ronald David Bartle)は、自分に課せられた任務は内務大臣の決定の前提となる引渡に関する諸条件を充たしているかどうか(引渡法第九節第八項)を判断することだけだった上で、貴族院第二回目の審理で詳細に議論されたとおり、ピノチェトの一定の行為は英国犯罪人引渡法が規定している引渡の要件である双方可罰性のルール(double criminality rule)を充たしており、引渡の対象となりうると決定した。⁸²⁾

しかし、この決定後、英国内務大臣は、二〇〇〇年三月二日下院で演説し、ピノチェトの健康状態が悪化しており、刑事裁判に耐えうる状態ではないと判断したと言明し、引渡手続を中断して彼の身柄を解放した。翌三日、ピノチェトはチリのサンチャゴに到着した。

(2) 英国の司法判断における双方可罰性

ピノチェトの逮捕および引渡に関しては、上記の通り、四度の機会が司法機関に与えられ、関連英国国内法および関連条約、さらに元国家元首の慣習国際法上の免責特権にいたるまで、様々な論点が議論された。⁸³⁾ただし、本稿はピノチェトの引渡の事例自体を評価することを目的としていないので、双方可罰性に関する限り、英国の司法判断を分析することにする。

まず、ピノチェトの仮逮捕の違法性が問われた高等法院の決定(九八年一〇月二八日)において、逮捕状に掲げられている犯罪は英国の犯罪人引渡法に言う「引渡犯罪」に該当しないのではないか、なぜならば、それらの行為は、それらが実行されたときには英国法においては犯罪ではなかったから、つまり双方可罰性を充た

さないのではないかという議論はあった。しかし、高等法院ではこの点を詳しく検討することはなく、主任判事が引渡犯罪として認定されるためには、実行時ではなく、請求時に両国で犯罪であれば双方可罰性を充たすと述べたに過ぎない。

次に、第一回目の貴族院の審理においても何が引渡犯罪に該当するかという問題は主とした争点ではなかった。第一回目の貴族院の結論は、国際法上の犯罪に関連してピノチエトは免責を有しないと言うことを根拠として検察側の主張を認めたのであり、関心はむしろ、元国家元首に関する免責の問題であり、引渡犯罪および双方可罰性の問題については、大きな関心は寄せられなかった。換言すれば、ピノチエトが国家元首であった期間（一九七三年九月一日から一九九〇年三月一日）に免責が与えられるかどうかを問題にしていたのであり、その間に行われた行為の双方可罰性は、免責が認められないことになってはじめて問題となるのであるから、この点について、ほとんど注意を引かなかったのである。第一回目の審理で唯一この点に言及しているのはロイド裁判官（Lord Lloyd）であるが、彼も単に双方可罰性の認定時期はいつかという点に言及しているだけである（なお、彼は、請求時に両国の法で犯罪とされていれば足りるとしている）。

これに対して、二回目の貴族院の審理においては、ピノチエト側が、検察が示した犯罪のうち、とりわけ拷問と拷問に対する共同謀議に関しては、その行為が行われた時点で英国法では犯罪ではなかったので引渡犯罪に該当しないと言う申立てを行なった。確かに、そもそも嫌疑に係る行為が引渡犯罪でないのならば、免責の問題は生じない。そこで、二回目の貴族院では双方可罰性を充たす引渡犯罪の特定が行なわれた。つまり、今回の貴族院に課せられた問題は、まずスペインにおいてピノチエトが嫌疑を掛けられている犯罪が英国の犯罪人引渡法における引渡犯罪に該当するかどうかを判断することであり、この問題が肯定されたのち、果たして

それらの嫌疑（犯罪）に関して、ピノチエトが元国家元首として免責を有するかどうかを考えなければならないと構成したのである。

第二回目の貴族院の審理の前に、検察側はスペインの請求に掲げられている嫌疑に対応するものとして三二ヶにのぼる英国刑事法違反の行為を提出した。³⁰ 貴族院は、これらの嫌疑のうち、双方可罰性を充たすのはどの行為かを詳細に検討したのである。

ところで、このような双方可罰性の認定のための前提作業として、両国の法で犯罪であると認定するための「基準時」の問題を明確にする必要があった。つまり、双方可罰性を認定すべきなのは行為の「実行時」なのか引渡の「請求時」なのか、という点である。ブラウン・ウィルキンソン裁判官 (Lord Brown-Wilkinson) は、一八七〇年引渡法は「実行時」だったのであり、その後の関連英国国内法の変遷と解釈を検討しても、この点に明確に変更を加える意図は見いだされないとし、現在において英国の双方可罰性の認定の「基準時」は行為の「実行時」であるという結論に達した。

この点を明らかにした上で、次に個々の認定は以下のように整理された。

(イ) 拷問 英国は、拷問禁止条約上の義務を一九八八年刑事法第一三四条で受けとめた。拷問禁止条約では外国人の国外犯に対する裁判権の設定を求めているが、英国において拷問禁止条約違反の行為について外国人の国外犯を処罰することが法的に可能になったのは、一九八八年九月二九日以降である。したがってそれ以前の行為については双方可罰性が認められない。そうだとすると、この犯罪に関しては嫌疑「30」にかかる行為だけが引渡犯罪に該当する。

(ロ) 人質奪取 嫌疑「3」にあげられる人質奪取は、英国法における人質奪取の構成要件には該当しないの

で、双方可罰性は認められない。

(ハ) 殺人 嫌疑「9」にあげられているスペインにおける殺人を行うためのスペインにおける共同謀議および嫌疑「4」の一部にあげられているスペインにおける拷問を行うために一九八八年一月八日以前にスペインで行われた殺人の共同謀議は引渡犯罪に該当する。

つまり、(イ)で特定された一九八八年九月二十九日以降の拷問および拷問に関する共同謀議と(ハ)で特定された殺人および殺人に関する共同謀議だけが双方可罰性を充たし、したがって、これらについてののみ、果たしてビノチェトが免責を有するかどうかを検討しなければならないとした。

このような判断を踏まえて、貴族院の審理においては、慣習国際法上の国家元首の特権免除および英国一九七八年主権免除法を含む関連国内法ならびに国際法を分析して、上記(イ)にあげられている殺人および殺人に関する共同謀議に関しては、通常の免責に関する国内法および国際法上のルールに従ってビノチェトは免責を有するが、他方、拷問禁止条約に英国が加盟した一九八八年一月八日以降、英国・チリ・スペインのすべての関係国に対して拷問禁止条約は拘束力を持つのであり、その日以来、これらの国では、公的な行為としての拷問に関して、元国家元首に対する事項的免責特権 (*immunity ratione materiae*) を主張できないことに合意したと認定し、嫌疑「30」に特定されている拷問事件を含めて、拷問の共同謀議および拷問の嫌疑については、引渡手続は許可されるべきであるという上告を認めた。⁸⁰⁾

(3) 国際法上の犯罪に関する双方可罰性の認定

この事件では双方可罰性の認定の際に、イギリスの裁判所が自国の法律に同種の犯罪に対する国外犯処罰規

定が（犯行が行われたとされる時点で）存在していたかどうかを求めたことにより、引渡可能と判断された嫌疑は、スペインが請求した数より著しく減じた。貴族院決定では、この減少を引渡の是非の判断に際して考慮すべきであるとも指摘した。つまり、この決定は、ピノチエトの引渡を是とする立場にとつては不利な決定だったのである。これに対して、今回の引渡請求にかかる嫌疑は、単なる国内法上の犯罪ではなく、国際法上の犯罪であるので、従来の国内法上の犯罪の引渡における双方可罰性の認定基準は妥当しないのではないかという強い批判がなされている。³⁸⁾

確かに、国内法上の犯罪と国際法上の犯罪が侵害する保護法益は本来は別のものである。しかし、この場合の国際法上の犯罪すなわち拷問禁止条約違反の行為は、各国の国内法として処罰される。拷問禁止条約の枠組みは、他の諸国の共通利益を害する犯罪(*delicta juris gentium*)と同様、一定の行為を国内法上の犯罪として、（国際法を直接適用するのではなく）、国内法を介在させて処罰する点に特徴がある。もとより、国際法上の犯罪については、その規制・処罰に関して、国家は国際社会の一員として協力することを義務づけられるが、先にも述べたとおり、犯罪人引渡と国際刑事共助については、既存の法制度の利用が予定されている。この点を変更するには、条約によって新たなルールを作ることが必要なのであり、現行法の解釈として、英国の裁判所の決定には十分な法的根拠があるといわざるを得ない。³⁹⁾

第五節 犯罪人引渡制度における双方可罰性の法的性質

双方可罰性が、犯罪人引渡条約で規定されている場合、その規定が当事国に拘束力を持つことは言うまでもない。他方、双方可罰性が犯罪人引渡の手続を定める国内法で規定されている場合、それが関係国内機関（裁

判所)を拘束することも自明である。したがって、双方可罰性の国際法上の法的性質を議論する意義があるのは、引渡の事件に際して、関係国間に引渡条約がなく、被請求国の国内法でも、双方可罰性の認定を命じる法規がない場合である。このような場合に、果たして被請求国は双方可罰性の認定を行うべきかという問題が双方可罰性の法的性質の検討を要請するのである。

さて、多くの二国間条約で一定の規定が挿入されている場合、その規定に対して、どのような法的効力を認めるかは、学説・国家実行上、これまでも問題とされてきた。⁽⁴¹⁾とりわけ、同じく犯罪人引渡制度上の「政治犯不引渡の原則」に関して、多くの議論がなされてきたのは周知の通りである。わが国の裁判例(尹秀吉事件)⁽⁴²⁾では、政治犯不引渡の原則の慣習国際法上の効力を否定したが(但し、一審は肯定)、この論理をそのまま双方可罰性にも当てはめるべきであろうか。各国の裁判例で、双方可罰性を条約上の規定ないし国内法上の規定がない場合であっても、犯罪人引渡制度に内在する要請として認定してきたことに照らして考えれば、双方可罰性の慣習国際法上の効力を積極的に認める素地があると思われる。⁽⁴⁴⁾ただし犯罪人引渡制度において、双方可罰性が慣習国際法上の原則かという問題は、現在は相対的な意義しか有していない。なぜならば双方可罰性は実定法上、ほとんどの場合で認められるからである。むしろ問題は従来の犯罪人引渡制度のもとでは双方可罰性の原則が認められるということを、刑事分野における国際協力一般を対象とする観点に立った場合に、どのように評価するかである。そこで、この点を、次章では、証拠収集に関わる捜査共助も含めて、国際刑事共助において点検することにした。

第三章 国際刑事共助における双方可罰性

第一節 国際刑事共助の発展

今世紀に入って、犯罪人引渡制度以外の形態に関する国際協力も発達必要性が高まった。一国が他国に対して、刑事的犯罪の捜査と訴追について援助を与える手続は、通常、「国際（刑事）共助・法律上の相互援助（international mutual assistance, legal assistance between States, internationale Rechtshilfe in Strafsachen, l'entraide répressive internationale）」と呼ばれる⁴⁵⁾。伝統的にこの種の協力は「国際司法共助（international judicial assistance, coopération judiciaire internationale）」と呼ばれてきた。国際共助は民事における国際協力の手続としても用いられ、実定法上も戦前までは両者を区別しない実行が見られるが、一九五九年刑事分野におけるヨーロッパ共助条約をはじめとして、両者の区別を重視するようになっていく。さらに刑事分野に見られる共助の内容は必ずしも裁判所を主体とする協力手続ではないので、誤解を避けるため本稿では「国際刑事共助」という用語を用いることにする。⁴⁶⁾

第二節 国際刑事共助の対象と法的枠組み

「国際刑事共助」の内容に関しては、刑事手続きの全側面に関わる国際協力を示すため、例えば、情報の交換から外国の訴訟で使用する文書や証拠の提出、外国の代理として訴状や裁判書類を送達すること、裁判に出頭させるための証人の手配、訴訟で用いられる証拠物の捜索や差押えなど多岐にわたる。さらに今日では、国際組織犯罪の犯罪活動から生じる犯罪利益の捜索、凍結、没収までもこの概念に含める場合がある。⁴⁸⁾ いずれ

の場合も、共助に係る措置が国家間の枠組みの中で処理されることに特徴がある。すなわち、共助を求める端緒は、国内の捜査機関であるとしても、共助の請求や処理は、条約や関連国内法に定める手続に従って、外交ルートを通じて「国家と国家の間の」共助として行われるのである。なお、刑事裁判に用いるための証拠の収集活動を国内法上「捜査」と呼ぶことから、国際刑事共助の一部を「国際捜査共助」と呼ぶ場合もある。わが国は、刑事手続に関する国際協力について「国際捜査共助法」を制定している。すなわち、「この法律は、外国事件の捜査に関し、外国が必要とする証拠を収集してこれを提供するための手続および国際刑事警察機構……からの協力要請について所要の調査を行うための手続を定めることを目的とするものである」⁽⁴⁴⁾。これも国際刑事共助の一種であり、第四章で述べるような捜査機関が直接に権限を持つ協力体制ではない（国際捜査共助法第三条）。

さて、犯罪人引渡制度と同様、国際刑事共助も基本的には二国間の条約の締結によって推進されてきた分野である。自国での刑事手続き（裁判）に必要な証拠や証人が外国にある場合は、大きく分けて、①自国の捜査機関を派遣する⁽⁴⁵⁾、或いは②相手国に要請して、相手国の機関に行ってもらおうという二種類の方法が考えられるが、国際刑事共助は、後者②の形態、すなわち、一定の措置をとってもらおうことを望む国が相手国に請求をなし、被請求国がその請求に対して、共助を与えるという構造になっている。前者①の捜査機関が直接相手国で活動をする場合もないわけではないが、それは極めて限定した場合に限られる。その理由は、周知の通り、共助の対象となるような行為（証拠の収集活動）は刑罰権の行使に付随する行為であると観念され、国家主権の発現とも捉えられてきたからである。つまり、これらの活動は主権国家の強制管轄権に属している。国家の強制管轄権は、領域内で排他的に行使する権限であるとされている（一九二六年常設国際司法裁判所ローチュス

号事件判決⁶¹⁾ため、国外での証拠の収集活動やそれに付随する行為は、それが行なわれる国から見れば、同意なしには重大な主権侵害を構成すると考えられて来たのである。

このように自国の捜査機関を派遣することには厳しい制限があるものの、国家は自国の要請を実現するために相手国と交渉して合意を確保することについては、非常に関心を抱いてきたといえるのであり、実際、国家実行を概観すれば、国家はさまざまな方法を用いて、国際協力を確保しようと努めてきた。

ところで、国際刑事共助は、その法的根拠を基準として分類すれば、①国内法に基づく協力②国際法(条約)に基づく協力(a)領事による協力(b)二国間条約に基づく協力(c)多数国間条約に基づく協力として発展している。ヨーロッパ諸国を中心として、多数国間条約に基づく協力が推進されているが、他方で、英米法系の国は国内法に基づく協力を重視し、国際条約には消極的であるといわれている。しかし、これももはや確定した傾向とは言いがたく、英国については一九九〇年に、国際刑事共助に関する包括的国内法を設けると同時に、欧州共助条約も批准している。米国についても、国内法に基づく協力を推進する一方で、スイスとの共助条約の成功をきっかけとして、国際合意による協力も模索されている⁶²⁾。

さらに、国際刑事共助における双方可罰性の特徴として挙げておくべきことは認定の主体である。つまり、犯罪人引渡制度における双方可罰性の認定が司法機関に委ねられているのに対して、国際刑事共助については、行政機関が行うという点である。その理由として、わが国の国際捜査共助法の立法趣旨は次のように説明される。すなわち、「共助は、行政事務であるから、要件審査を含めて審査を行うか否かは、本来行政機関において決定すべきことである。ところで、逃亡犯罪人引渡法は、引渡制度事由の存否の最終的審査を裁判所にゆだねているが、これは、引渡が逃亡犯罪人の身柄を捜査、裁判又は刑の執行のため強制的に外国に送るもので

あり、本人に対し、極めて重大な不利益を与えるものであることにかんがみ、慎重を期する観点から、特に、行政権から独立した第三者機関である裁判所の審査を経ることにしたものである。しかしながら、共助は、証拠を収集しこれを外国に提供することを内容としており、関係者に与える不利益も比較的軽く、しかも、共助の実施は多くの場合緊急を要するものであることをも考え合わせると、あえて、裁判所の審査を経るまでもなく、行政機関（法務大臣）の健全な判断に委ねることをもって足りると考えられる。」

このように認定する主体は異なるものの、国際刑事共助においても、双方可罰性を共助の要件とする国家実行は広く存在する。また犯罪人引渡制度の発展に見られたのと同様、この分野についても、協力は二国間条約によって推進されて来たものの、後述の欧州共助条約の成立を契機として、(二国間条約に挿入すべき)国際法上のルールが整理され始めたのである。

第三節 欧州共助条約における双方可罰性

双方可罰性との関連で最も重要な国際条約は、ヨーロッパ評議会 (Council of Europe) の主導の下で締結された一九五九年刑事分野におけるヨーロッパ共助条約 (European Convention of Mutual Assistance in Criminal Matters) (以下、欧州共助条約と略) であるといえよう。とりわけ、この条約の起草過程で、国際刑事共助に関するルールは、一定の措置については、犯罪人引渡制度の法規と実行の文脈の中で発展してきたものとは別に考案されるべきだと認められ、実際に採択された条約文で双方可罰性の規定が削除されたことは、後述する刑事分野における国際協力に関しては双方可罰性を撤廃すべきという考え方 (以下、本稿では、このような考え方を「双方可罰性不要論」と呼ぶ) に強い影響を与えたのである。そのもたらした影響の大きさに

鑑みると、欧州共助条約の正確な理解は不可欠である。そこで、まず欧州共助条約の基本的構造を確認してきたい。

欧州共助条約の基本構造は以下の通りである。すなわち、①前文第一章 一般規定②第二章 嘱託状③第三章 令状と司法的決定の送達・承認、鑑定人、被告人の出頭④第四章 裁判記録⑤第五章 手続⑥第六章 訴訟に關係する情報の提供⑦第七章 裁判記録からの情報の交換⑧第八章 最終規定である。

双方可罰性との関連では、第一章一般規定第二条、第二章嘱託状に關する第五条および最終規定に關する第二十六条が重要である。まず第一章一般規定第二条では共助の拒否事由が規定されている。すなわち、共助(assistance)は、それが政治犯罪、政治犯罪に關連する⁵⁴⁾ないしは財政的犯罪に關するものであると被請求国が判断する場合(同条(a))、または請求を執行することが、被請求国の主權、安全、公序、ないしはその国のその他の本質的な利益に侵害を与え得ると被請求国が判断する場合(同条(b))に、拒否される。この二つが欧州共助条約の規定する正式な共助拒否事由である。ここでは双方可罰性(の欠如)は共助の拒否事由には挙げられていない。この点について、ヨーロッパ評議会による当該条約の説明報告(一九六九)は、「犯罪人引渡(extradition)が拒否される事例においても、共助は許可されるという言う意味において、条約が規定する共助というのは犯罪人引渡とは別個のものであると決定された」と説明している。つまり、この一般規定において、まず共助は犯罪人引渡制度とはその性質を異にするという前提に立ったのである。

しかし、このことからただちに、欧州共助条約において、双方可罰性が放棄されたということとはできない。なぜならば、欧州共助条約は、一定の規定には双方可罰性を残しているからである。

すなわち、嘱託状⁵⁵⁾に關する規定である第五条では、当該条約の署名ないしは批准に際して、財産の搜索ない

しは差押えに関する嘱託状の執行に関しては、次の三つの条件の一つまたはそれ以上を求める権利を留保することが認められている。それらの条件とは「その嘱託状の請求にかかる犯罪が、請求国の法でも被請求国の法でも処罰可能であること」(第五条第一項(a))「嘱託状の請求にかかる犯罪が、被請求国において引渡犯罪であること」(同条同項(b))「嘱託状の執行が被請求国の法に適合していること」である。つまり、財産の搜索または差押えに関する共助(嘱託状による共助)においては、双方可罰性は、条約上、留保する権利を認められているのであり、実際、この点(第五条第一項)について、スウェーデン(b)について)と英国(a)について)が留保を付している。(c)に関しては、スウェーデン、英国、ルクセンブルグが留保を付している。さらに、両国に加えてオーストリアが、双方可罰性が拒否事由としてあげられていない点に関連して、留保を付している。⁶⁵⁾

以上の点を考慮すると、欧州共助条約においては、確かにその理念として、国際刑事共助を犯罪人引渡制度と区別した上で、犯罪人引渡制度にはほぼ共通して見られる双方可罰性を排除しようとしたと言えるが、個別の規定では、双方可罰性を確保することを明文で権利として締約国に与えていることは注意すべきものと思われる。さらに、欧州共助条約が、既存の条約の規定によって締約国が負っている義務に影響を与えるものではないと規定している(第二十六条)ことを併せて解釈すれば、欧州共助条約をもって、双方可罰性の実定法上の意義が減少したと判断することには大きな疑問がある。⁶⁶⁾

以上検討したとおり、犯罪人引渡のみならず国際刑事共助の分野においても、国際協力に関して国家間で尊重される原則として、なお双方可罰性は維持されていると言える。しかし、国際刑事共助の発展の過程で、従来の共助の枠組みには入らない協力形態が出現し、注目を浴びるようになってきている。すなわち、共助は「国家間」の協力であるので、その手続も国家間の問題として処理されるべく、共助の窓口を一つのチャンネル(外

務大臣または法務大臣を通じる)に特定するという特徴を持っている(例、欧州共助条約第一五条第一項)。これに對して、実際に個別の事件に直接かわりを持つ当局(authority)が協力に関しても主導的立場に立つべきだという考え方が強く主張されるようになっていいる。ここでは従来の刑事分野における国際協力の枠組み自体を変更しようという試みが行われているのである。そこで、そのような新しい制度において、双方可罰性かどうかのような意義を有し、ないしは有していないかが、今日における双方可罰性の意義を確認する上では不可欠である。そこで、次章では出現しつつある新しい協力体制と双方可罰性の問題を検討することにする。

注

- (1) なお、双方可罰性の原則は、国家の刑事管轄権の行使の基準として、代理処罰を行うべきかどうかを判断する際の基準として用いられる場合があるが(Arne-Marie la Rosa, Dictionnaire de droit international pénal, Presses Universitaires de France, 1998, p. 35.)、その場合の「双方可罰性」は、本稿の検討の対象となる国際協力における双方可罰性とは意味を異にするので(この意味における双方可罰性に関する最近の論考として、例えば、堀内捷三「国際協調主義と刑法の適用」研修(平一・八)第六一四号三頁以下)、本稿では、この意味での双方可罰性の原則については検討しない。

- (2) Helmut Epp, The European Convention, M. Cherif Bassiouni (ed.), INTERNATIONAL CRIMINAL LAW VOLUME II PROCEDURE, Transnational Pub., 1986, p. 288.

- (3) Ian Brownlie, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, Fifth Edition, Oxford University Press, 1998, p. 319. どのように判示した裁判例を挙げている。その他にも、例えば南アフリカからの請求を審理したスイス邦裁判所は双方可罰性について、関連の引渡条約に明文の規定がなくても、その普遍的有効性という理由で、黙示的条件とみなすべきであると判示している。M. v. Federal Department of Justice and Police, 75 ILR 107.

- (4) 「国際犯罪」という言葉自体は、国際法上の犯罪ないしは国内法上の犯罪（外国性を持つ犯罪）の双方について多義的に用いられる。両者の区別は重要であるが、国際法上の犯罪（多数国間条約で規制される犯罪「諸国の共通利益を害する犯罪」(delicta juris gentium)）は、それが国内法上の犯罪として国内法で受容されているかぎり、本稿の検討対象に関しては、国内法上の犯罪と区別せず取り扱うことが可能であると思われる。国際法上の犯罪を規制の対象とする多数国間条約においても、犯罪人引渡と国際刑事共助に関しては既存の法を用いることを前提としている場合がほとんどだからである（例、一九七一年航空機の不法な奪取の防止に関する条約第八条・第十条）（ただし、例外として、一九四九年戦争犠牲者の保護に関するジュネーヴ四条約では、条約の重大な違反の容疑者を「捜査する義務」を負わせている（第一条約第四九条、第二条約第五〇条、第三条約第一二九条、第四条約第一四六条）。山本草二『国際刑事法』（三省堂・一九九〇）一一八頁。また一九九〇年麻薬および向精神薬の不正取引の防止に関する国際連合条約では、法律上の相互援助（第七条）、その他の形態の協力および訓練（第九条）、通過国のための国際協力および援助（第一〇条）について規定を設け、対象となる多様な措置と締約国の義務の内容を明確にしている。なお、国際法上の犯罪の中には国際刑事裁判所の管轄権の対象となっているものもあるが、国際刑事裁判所に対する協力は、国家間の協力とは性質を異にするので、本稿では検討しない。（参照、ユーゴ国際刑事裁判所に対する協力について、古谷修一「旧ユーゴ国際刑事裁判所に対する協力義務の性格——国内実施立法の検討を中心に——」早稲田法学第七四巻第三号（一九九九）一八九—二〇九頁。拙稿「国際司法協力としての「引渡」の法的性質（二・完）」上智法学論集第四二巻第三・四号合併号（平一一）三五—三七〇頁。
- (5) H. Donnedieu de Vabres, *LE PRINCIPE MODERNES DU DROIT PÉNAL INTERNAL*, Recueil Sirey, 1928, p. 1.
- (6) Charles K. Burdick (reporter), *Research in International Law, Extradition, AJIL Supplement* vol. 29 (1935), Appendix, p. 274.
- (7) *Ibid.*, p. 300
- (8) Whiteman, 6 *DIGEST OF INTERNATIONAL LAW*, 1968, pp. 773-774. Burdick, *Research in International Law*, *supra* note 6, pp. 80-86.

- (9) 嘉納孔「犯罪人引渡」国際法学会『国際法講座第二巻』(有斐閣・昭二八)六四頁。ただし、ここで言う罪刑法定主義の保証が、実体法の次元で求められる罪刑法定主義と同一視できるか、或いは、単に政策的に求められているに過ぎないかどうかは、その後の判例でも問題になっている。後掲注⑤を参照。
- (10) 古田佑紀「国際共助における双罰性の考え方」研修五三三三号(平四)一三一二頁。相澤恵「逃亡犯罪人引渡しにおける双罰性」平野龍一・松尾浩也編『新実例刑事訴訟法』[I]捜査(青林書院・一九九九)三三三—三三四頁。
- (11) Maurice Travers, LE DROIT PÉNAL INTERNATIONAL ET SA MISE EN ŒUVRE EN TEMPS DE PAIX ET EN TEMPS DE GUERRE, Recueil Sirey, 1921, Tome IV, pp. 647-652.
- (12) Burdick, Research in International Law, supra note 6, pp. 305-307.
- (13) Geoff Gilbert, ASPECTS OF EXTRADITION LAW, Martinus Nijhoff, 1991, p. 48.
- (14) なお、国際連盟法律専門家委員会の作業においては、犯罪人引渡制度(extradition)自体は、一般条約の形式で法典化するには時期尚早という結論に達したが、その検討の中で、双方可罰性に関連して、「現在の条約は一般にこれを要請(generally require)しない」と述べた。Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law, Report on Extradition, *AJIL Supplement* Vol. 20 (1926), p. 246.
- (15) M. Cherif Bassiouni, INTERNATIONAL EXTRADITION: UNITED STATES LAW AND PRACTICE, Oceana, 1996, pp. 384-385.
- (16) 例えば、スイス連邦裁判所がイランからの請求を審査した事件がある。スイスとイラン間には引渡条約がないため、イランは相互主義の保証を行った。これに対して、裁判所は「相互主義の宣言の効果は、宣言において言及された引渡を義務とすることである」と述べた上で引渡を認めたが、しかし、一部の犯罪に関しては、イラン法では犯罪でないものであり、双方可罰性を欠くとして、引渡犯罪とは認めなかった。In re Zahaban, 32 ILR 290.なお学説においては双方可罰性を相互主義の典型としてみる見解が根強い。松井芳郎「国家管轄権の制約における相互主義の変容」村瀬信也・奥脇直也編集代表『山本草二先生古稀記念 国家管轄権—国際法と国内法—』(勁草書房・一九九八)四七—四九頁。

- (17) M. Cherif Bassiouni, INTERNATIONAL EXTRADITION AND WORLD PUBLIC ORDER, A. W. Sijthoff, 1974, p. 322.
- (18) 古田・前掲注(10)一三頁。
- (19) 古田・同上、一三一—一四頁。相澤・前掲注(10)三〇九—三一一頁。
- (20) 東京高裁平成元年三月三〇日決定。古田・前掲注(10)一五—一七頁。山本・前掲注(4)二〇四頁。
- (21) Bassiouni, *supra* note 17, pp. 394-395. Whiteman, *supra* note 8, p. 774.
- (22) 相澤・前掲注(10)三〇九頁。
- (23) 山本・前掲注(4)三五—三九頁。
- (24) フランスが受動的属人主義に基づいて外国人の国外犯の処罰を認めたのは一九七五年七月一日である。なお、イスラエルは一九七二年三月二八に外国人の国外犯を受動的属人主義に基づいて処罰する規定を制定していた。
- (25) このフランスの判断には批判もある。例えば、罪刑法定主義(この場合は遡及効の禁止)は、刑法の実体的法規にかかわるものであり、外国人の国外犯処罰規定は刑事訴訟法で定められているのであるから、このような手続的規則にまで、厳格に罪刑法定主義を求めるべきではない(山本草二・前掲注(4)三七頁)。またツェラー(S. E. Zeller)は次のような批判を展開している。双方可罰性は「両国の法で犯罪であること」を求めるものであるが、「犯罪であること」の意味は請求国と被請求国では異なっている。請求国では「現実(effective)」犯罪でなければならないが、被請求国では「仮定のうえで(hypothétique)」犯罪であればよい。フランスの裁判所は、外国人の国外犯処罰の規定の適用に関しては、請求にかかる事件の被害者がイスラエル人であって、フランス人ではないにもかかわらず、自国でも受動的属人主義に基づいて国外犯処罰を許容するという観点から問題にせず、しかし、事件の発生時には自国法は存在していなかったとして、犯行の「時」に関しては、厳格に解釈した。このような解釈は仮定的であるべき被請求国の裁判所の判断としては妥当ではない。むしろ、両国とも受動的属人主義に基づく国外犯処罰規定を有しているのであれば、仮定の上で犯罪を認定する双方可罰性が充たされたと判断すべきであった、と云ふ。S. E. Zeller, *La double incrimination dans le droit extraditionnel à propos de l'affaire Abou-Daoud* (un point de vue différent), *Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, 1979, pp. 797-818.

- (26) 犯罪人引渡制度があくまでも相手国の刑事管轄権の実現のための援助の手續と捉える立場からは、双方可罰性の認定に際し、国外処罰規定の有無をも要件とする点に対しては批判が向けられつつある。Gilbert, *supra* note 13, p. 53.
- (27) *R. v. Evans*; *R. v. Bartle and Others, ex parte Pinochet Ugarte* <<http://woodccta.gov.uk/courts/judgements.nsf/>> の評決を採否をめぐり、María del Carmen Marques Carrasco and Joaquín Alcaide Fernández *In Re Pinochet*, Spanish National Court, Criminal Division (Plenary Session), *AJIL* vol. 93 (1999) pp. 690-696.
- (28) *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 1) [1998] 3 WLR 1456 (連合 Pinochet I)
- (29) *R. v. Bow St. Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 2) [1999] 2 WLR 272 (連合 Pinochet II)
- (30) *Regina v. Bow St. Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3) [1999] 2 WLR 827 (連合 Pinochet III)
- (31) In the Bow Street Magistrates' Court, *The Kingdom of Spain v. Augusto Pinochet Ugarte* <<http://www.open.gov.uk/lcd/magist/pinochet.htm>>
- (32) 上記 Pinochet I, Pinochet II, Pinochet III は次の文献に再録されている。Diana Woodhouse (ed. by), *THE PINOCHET CASE: A LEGAL AND CONSTITUTIONAL ANALYSIS*, Hart Publishing, 2000, Annex. 447. この事件に関する議論を凝縮したもの。島田征夫「ユンケネーター元首の罪は裁かぬか」法政教壇(一九九九年二月)二二二-二二五。Frederic L. Kirgis, *The Pinochet Arrest and Possible Extradition to Spain, ASIL Insight* (October 1998) <<http://www/asil.org/insight27.htm>>, Michel Constand, *Quelques Observations sur les Décisions de la Chambre des Lords du 25 Novembre 1998 et du 24 Mars 1999 dans l'Affaire Pinochet, RCJIP* n. 2 (1999), pp. 309-328. Christine M. Chinkin, *In re Pinochet, AJIL* vol. 93 (1999), pp. 703-711. Andrea Bianchi, *Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case, EJIL* vol. 10 (1999), pp. 237-277. William J. Aceves, *Liberalism and International Legal Scholarship: The Pinochet Case and the Move*

Toward a Universal System of Transnational Law Litigation, *HILJ* vol. 41 (2000), pp. 127-183.

(34) 正式には、ビノチェットがクーデターに成功した日である。

(35) 一九八九年英国犯罪人引渡法第二条第一項、第三項は次のように定めている。

第一項 スケジュールで別の定めがない限り、この法においては、「引渡犯罪」は次のことを意味する。

(a) 外国、指定された英連邦国ないしは植民地の領域で行われた行為(conduct)であって、もし英国で行われたとしたら、12ヶ月の禁錮或いはそれ以上の刑罰によって処罰されるものであり、外国、英連邦国ないしは植民地の法にどのように規定されているかどうかを問わず、その国の法で処罰可能とされているべきもの

(b) 外国、指定された英連邦国ないしは植民地の法に対する域外犯罪(extra-territorial offence)であって、12ヶ月の禁錮刑或いはそれ以上の刑罰によって処罰可能とされているものであって、次の要件を充たすもの

(i) 以下の区分(2)によって特定される条件或いは
(ii) 以下の区分(3)に特定されている条件のすべて

(2) 上記の区分(1)(b)(i)に言う条件とは、対応する状況であれば、同様な行為が、イギリス法において、12ヶ月の禁錮刑或いはそれ以上の刑罰を科される域外犯罪を構成すること。

(3) 上記の区分(1)(b)(ii)に言う条件とは、

(a) 外国、英連邦国ないしは植民地が、その裁判権の根拠を犯人の国籍におく場合

(b) 犯罪を構成する行為がイギリスの領域外で行われ、且つ

(c) もしイギリスで行われたとしたら、イギリス法において、12ヶ月の禁錮刑或いはそれ以上の刑罰を課される犯罪を構成する

(36) Hope of Craighead 裁判官の分析によると、スペインからの嫌疑(charge)はイギリス法に照らすと以下のように要約できるといふ。

(1) 嫌疑[1][2][5]…一九七二年一月一日から一九七三年九月二〇日の間ならびに一九七三年八月一日から一九九〇年一

月一日の間に行われた拷問の共同謀議。

(2) 嫌疑「3」…一九七三年八月一日から一九九〇年一月一日の間に行われた人質奪取の共同謀議。

(3) 嫌疑「4」…一九七二年一月一日から一九九〇年一月一日の間にイタリア、フランス、スペイン、そしてポルトガルを含む様々な国で行われた殺人にまで進んだ拷問の共同謀議。

(4) 嫌疑「6」「8」…一九七三年八月一日から…一九七三年八月八日の間ならびに…一九七三年九月一日に行われた拷問。

(5) 嫌疑「9」「12」…一九七五年一月一日から一九七六年二月三十一日の間にスペインで、ならびに一九七五年一〇月六日にイタリアで行われた殺人の共同謀議。

(6) 嫌疑「10」「11」…一九七五年一〇月六日にイタリアで行われた殺人未遂。

(7) 嫌疑「13」29」ならびに「31」32」…一九七三年九月一日から一九七七年五月の間のような時に行われた拷問。

(8) 嫌疑「30」…一九八九年六月二十四日に行われた拷問。(なお嫌疑「7」は存在しない)。

(37) 英国において拷問禁止条約の実施規定である刑事法第一三四節が発効したのは一九八八年九月二九日であり、その後の日付に行われたと特定されたスペインからの嫌疑は嫌疑「30」であるが、嫌疑「2」「4」(拷問の共同謀議)「3」(人質禁止の共同謀議)においても、この日付の後に行われた行為が示されている。

(38) 例えば、Consnard, *supra* note 33, pp. 324-328.

(39) 前掲注(4)

(40) なお、このような前提にたてば、協力に関する実体法のみならず、手続法に関しても国際法上のルールが成立することの必要性は一層明らかであり、この点については、本稿の最後であらためて検討する。

(41) 代表的なものとして、村瀬信也「条約規定の慣習法的効力―慣習国際法の証拠としての条約規定の援用について―」寺沢一・山本草二・波多野里望・筒井若水・大沼保昭編『高野雄一先生還暦記念 国際法学の再構築上』(東京大学出版会・一九七七)

三一四〇頁。

(42) 退去強制令書付処分取消請求控訴事件昭和四四(行コ)五(訴訟月報第一八卷九三〇頁) 祖川武夫・小田滋編『日本の裁判所

による『国際法判例』(三省堂・一九九一)二七四—二七六頁。

- (43) Whiteman, *supra* note 8, p. 773. においては、条約や国内法に特定の規定がない場合であっても双方可罰性の原則を守ることが要請される、という。また双方可罰性を慣習国際法上の法規と認める見解として、Passiouni, *supra* note 15, p. 384.

- (44) 上記尹秀吉事件において、同人が政治犯罪人に該当するか否かという点については疑義をはさみつつも、政治犯不引渡し原則の慣習国際法上の効力という点については、これを積極的に認めるべきであったとする見解もある。村瀬信也『国内裁判所における慣習国際法の適用』広部和也・田中忠編『国際法と国内法 山本草二先生還暦記念』(勁草書房・一九九一)一五二—一五三頁。

むしろ、犯罪人引渡自体が一般国際法上、国家に義務付けられていないのであるから、引渡を行うことは国家の裁量であり、その裁量の中に、慣習国際法上の義務が存在するということは矛盾であるという反論もありうるだろう。つまり、国家が裁量によって、自国では犯罪とならない行為のについて、容疑者を請求国へ移送した場合、国家は国際法違反の行為をしたとして、国家責任を追及されるということはありえないという反論である。これに対しては、次のように考えられる。犯罪人引渡制度(extradition)の枠組み内で問題が処理される限り、双方可罰性はほぼ普遍的に維持されているのであり、次章で検討する通り、犯罪人引渡制度以外の国際協力にも、双方可罰性はとり入れられているのである。確かに犯罪人引渡制度によらない犯罪人の移送(例、入国管理法違反で追放する、誘拐する等)は実務上、頻繁に行なわれている。しかしこれらは、法規によらない引渡(irregular forms of rendition)と総称される。つまり、犯罪人引渡制度の枠組みの外で行なわれる引渡は、そもそも国際法上の法規の遵守を旨としたものではない。従って、これらの活動の存在が、犯罪人引渡制度における双方可罰性の慣習国際法上の効力を否定するとは言いがたい。

- (45) 国際刑事共助という概念にいかなる措置を含むかは、論者によって異なる。例えば、フランスの国際刑事法のテキストでは、国際共助を大きく四つに分ける。すなわち第一が国際警察協力、第二が公訴の提起に関する協力、第三が手続的行為の告知、第四が証拠の収集である。André Huet / Renée Koering-Joulin, *DROIT PÉNAL INTERNATIONAL*, Presses Universitaires de France, 1993, pp. 299-336.

- (46) 国内法上「司法共助」とは裁判所間の協力を示し(裁判法第七九条)、「国際司法共助」も「裁判所が外国裁判所との間で裁判事務について互いに必要な補助をすること」と説明される場合がある。金子宏・新堂幸司・平井宜雄編集代表『法律学小辞典(第三版)』(有斐閣・一九九〇)三六五—三六六、四九九頁。しかし、従来から刑事分野における国際司法共助の主体が裁判所に限られないことは指摘されていた。古田佑紀「刑事分野における国際協力」石原一彦・佐々木史朗・西原春夫・松尾浩也編『現代刑罰大系—現代社会における刑罰の理論』(日本評論社・一九八四)三七—三八三頁。
- (47) James Grafton Rogers, A. H. Feller (reporters), *Research in International Law, Judicial Assistance, AJIL Supplement* vol. 33 (1939), pp. 91-93.
- (48) これに対して、犯罪人引渡・外国人受刑者の移送・刑事手続きの移管(没収を除く)外国刑罰の執行は、国際刑事共助の概念には含まない場合が多い。W. C. Gilmore (ed.), *MUTUAL ASSISTANCE IN CRIMINAL AND BUSINESS REGULATORY MATTERS*, Cambridge Univ. Press, 1995, p. xii
- (49) 松田昇・馬場俊行・古田佑紀「国際捜査共助法の解説(一)法曹時報第三三卷二号(一九八一)五二頁。
- (50) この形式の協力に関して、わが国の法制度との関係の問題点は、杉山治樹「国外における捜査活動の限界」平野・松尾前掲注(10)五〇—六四頁。
- (51) *Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A-No. 10* (September 7th, 1927), p. 18.
- (52) 松田弥生「国際証拠収集手続(一)——米国会衆国における状況を中心として」警察研究第五八巻第七号(一九八七)四三頁。
- (53) 松田昇・馬場俊行・古田佑紀「国際捜査共助法の解説(二)法曹時報第三三卷三号(一九八一)五〇頁。
- (54) 嘱託とは、外国の権限ある当局が証拠を収集して、その捜査の結果を伝達してくる手続きのことである。この場合、請求国が要請している証拠に関する証拠調べは嘱託を受けた外国の権限ある当局(多くは裁判所)が行う。これに対して、請求国の裁判所が外国の当局に請求して、一定の事物や文書を送付してもらい、その証拠調べ自体は自国で行うという場合がある。この両者を厳密に区別するかどうかは国内法によって異なる。なおフランス法では両者を厳密に区別する。Huet/Joulin, *supra* note 45, pp. 327-332. 国内法の次元では、嘱託を通じて得られた証拠に関して裁判における証拠能力という問題がある。この点につい

て川出敏裕「犯罪の国際化と刑事法」『岩波講座現代の法6現代社会と刑事法』（岩波書店・一九九八）一一—一三頁。宮崎礼壹「国外における捜査（証拠の収集）」河上和雄編集『刑事裁判実務大系第一一巻犯罪捜査』（青林書林・一九九二）六四四—六四八頁。

(55) 但し厳密にはオーストリアは第一条一項に留保を付した。

(56) 国連において進められている「刑事における相互援助に関するモデル条約」の改訂作業において、双方可罰性については、国内法で要件とする国と緩和を求める国の主張が対立している。双方可罰性を不要とすべき見解は強いものの、少なくとも強制処分を伴う共助については、双方可罰性の要件を残そうという意見も主張されている。国連の作業について今井勝典「国連による『刑事における相互援助に関するモデル条約』の改訂について(上)——実務家の視点から」『警察学論集第五二巻第六号（一九九九）四九—六六頁。