

国際協力における双方可罰性の現代的意義について(二)・完

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(以上前号)

第四章 規制当局間の直接協力

第五章 むすび

第四章 規制当局間の直接協力

第一節 直接協力の増大

今日、警察や一定の不正行為に対して規制の権限を持つ行政機関(当局)(authority)が直接に協力する体制が強く求められている。周知の通り、インターネットに代表される通信技術の発達および商取引に関する国際

市場の規模の拡大が新しい犯罪および不正行為の発生 of 土壌となり、この種の犯罪および不正行為の規制のために国際協力 of 必要性が増大した。その際に必要とされる国際協力とは、単に既存 of 国際刑事共助を示すのではない。むしろ、これらの犯罪ないし不正行為に対処するためには、既存 of 制度では十分に対応できないというところこそ、今日強く主張されることなのである。そして、このような流れの中で、双方可罰性もその存在意義が問われているのである。

具体的には、まず、いわゆる国際組織犯罪⁽¹⁾に関する問題が挙げられる。国際組織犯罪については、捜査当局が迅速に且つ連携して行動することが、その検挙に大きな意味を持つといわれる。従来の国際刑事共助は外交ルートを通じた国家間の協力であるため、手続に時間がかかることが大きな問題であり、さらに、国際組織犯罪に対する捜査は、請求国にのみに資するものではなく、自国の利益にもかなうとし、従来の共助の方法は充分ではないと指摘されている。⁽²⁾このような立場は「21世紀の犯罪に19世紀の武器では対抗できない」というスローガンで端的に表現されている。⁽³⁾つまり、国際組織犯罪に対しては、従来の国際刑事共助の手続はふさわしくなく、捜査に関与する各国警察の直接協力を一層緊密にするべきだといわれている。

次に、商取引規制当局の直接協力もまた今日積極的に模索されている。今日、国際的市場に関する不正行為はさまざまな国内法による規制の対象となっているが、必ずしも刑事的制裁の対象となっているわけではない。そのような場合には、従来の共助の要件を充たすことは困難である。しかし、一国の一企業の活動であっても、国際的に大きな影響を与え得るので、規制には一定の国際協力が必要なのである。このようなことを背景として、この分野でも、従来の共助の要件を回避した国際協力体制が求められるようになってきている。なお、このような協力体制は「法執行協力」と呼ばれる場合がある。⁽⁴⁾

以下では、現在必要とされている新しい協力体制、すなわち規制当局間の直接協力の特徴を点検する。そのような作業を経たのち、新しい協力体制における双方可罰性の意義を考えたい。

第二節 国際警察協力

(1) 国際警察協力の態様

警察が直接交流する形態に関して、最近、しばしば主張される概念として、「国際警察協力 (la coopération policière internationale, international police cooperation)」がある。国際警察協力は、国家警察権力間の警察の任務を達成するための相互援助、と定義されている。⁽⁵⁾ 今日、国際警察協力を規定している代表的な国際文書として、一九六二年犯罪人引渡と刑事分野における共助に関するベネルクス条約・一九九〇年シェンゲン協定を適用するための条約(以下、シェンゲン条約と略)・一九九五年ユーロポルの創設に関する条約等が挙げられている。これらの国際条約ではこれまでになかった警察間の協力活動が定められており、このような実定法の動きを受けて、警察間の協力の一層の進展が求められており、進展した形においては、双方可罰性など伝統的国際刑事共助の原則はもはや必要ではないと言われているのである。

国際警察協力は以下のような活動を含んでいる。⁽⁶⁾

(ア) まず第一は、情報の交換である。⁽⁷⁾ むろん情報の交換は従来から各国警察間で行われてきた。とりわけ国際刑事警察機構 (International Criminal Police Organization, I C P O、通称インターポール、以下インターポールと略) を通じた情報の交換は、外交ルートを紹介することなく、直接に各国警察(の指定する窓口 (National Central Bureau)) の間で行われてきたことはよく知られている。ただし、今日では欧州レベルで新しい組織が

誕生したことを契機としてあらためて国際警察協力の一つとして注目されている。すなわち前述の一九九五年ユーロポルの創設に関する条約で設立されたヨーロッパ警察事務局(Europol ユーロポル)である。ユーロポルは加盟国間の情報交換を促進し、加盟国の中に設立される国家ユニットによって集められた情報を分析する任務を負う組織である(ユーロポルの創設に関する条約三条)。ユーロポルはその本拠地をオランダのハーグにおき、各国から派遣された分析官と職員によって任務が達成される。加盟国によって派遣されるユーロポルの職員は捜査権限を持たないので、ユーロポルは情報の交換と分析センターと性格づけられる⁽⁸⁾。従って、ユーロポルもインターポールと同様の性質、つまり超国家的な権限をもつ組織ではないことに注意しなければならない。

ところで、情報の交換という場合、任意で行われるものと国際法的に(条約によって)情報の提供が義務づけられるものとの二種類がある。現在は任意で行われるものが主流であり、条約で義務づけられる場合は例外である(情報の提供を義務づける条約として、例、一九七〇年航空機の不法奪取に関するヘーグ条約六条⁽⁹⁾)。情報の交換については、交換すること自体よりも、むしろ協力によって入手した情報の利用に規制の関心が向けられている。例えばシェンゲン条約三九条では、警察間で交わされた文書の情報は被請求国の権限有る司法当局の同意なしには、裁判において証拠として採用されないことを定めている。つまり、正式な証拠として採用する場合の情報の収集は、国際刑事共助の手続で処理されるべきものと考えられている。

(イ) 第二は、越境監視(偵察)(cross-border observation)である(例、シェンゲン条約四十条⁽¹⁰⁾)。一国の警察が、国境を越えて、他国まで容疑者を監視(observation)することができるといふものである。しかし、フランスは、この越境監視について、規制目的の犯罪が引渡犯罪ないしは条約が掲げる一三種の犯罪(例、殺人)であり、且つ相手国の事前の同意が必要という制限を課している(ただし、事態が緊急である場合や、麻薬の

不正取引ないしは有害廃棄物の投棄などの重大犯罪の場合はこの限りではない)。確かにこの形態の協力活動は国際警察協力として注目されている。しかし、越境監視の執行には被請求国の事前の許可が必要である(四〇条一項)ので、厳密には、この要請は「共助」の形態で提出されなければならない。

(ウ) 第三の形態は、越境追跡(cross-border hot pursuit)である。¹¹⁾これを規定した代表的な国際条約はシェンゲン条約四一条である。この規定が挿入された背景は、欧州連合加盟国において国境における審査が原則として撤廃されたことである。越境追跡とは、一国の警察が犯人を逮捕できる状況に至るまで、国境を越えて、容疑者を追跡することを認めることを意味する。許可されているのは追跡のみで、実際の逮捕は現地の警察官に委ねられることを基本原則としているが(四一条二項(a))、一定の場合には追跡を開始した国の側の警察官が逮捕することもできる。しかし、自ら逮捕した場合もそのまま被疑者を連れ帰ることは出来ず、あらためて犯人引渡の手続を開始しなければならない。もし、容疑者の国籍によって、引渡手続を取ることができない場合には、刑事手続の移管(Transfer of criminal proceedings)を探ることになる。このように越境追跡と犯罪人引渡は深く結びつけられており、シェンゲン条約四一条では、追跡は引渡犯罪ないしは条約が掲げる一四種の犯罪の中から締約国があらかじめ指定しておくものに限られている(四項)。

(2) 国際警察協力の特徴

前述のとおり、確かに警察が関与する国境を越えた協力活動は多様化している。しかし、個々の活動の性質を見てみると必ずしも「新しい」とは言い難い。まず、情報の交換は従来から行われていたものであり、越境監視は被請求国の事前の同意を必要とし、またその要請は国際刑事共助の手続きに従うことになっている。換言すれば、両者は、その性質上は国際刑事共助ないしは国家の裁量に属する活動というべきであり、ベネルク

ス条約（二七条）とシェンゲン条約（四一条）に規定されている越境追跡だけが、従来の範疇には収まらないことがわかる。つまり、この場合の越境追跡においては、外交関係に責任を持つ政府の意思とは別個に、（条約の目的に適用のであれば）、警察が自らの判断で権限を行使することができるのである。警察の権限に属する措置は国家の強制管轄権に属し、属地主義を原則としてきたことに鑑みると、越境追跡を定める規定はきわめて革新的である。

(3) 国際警察協力と双方可罰性

以上の検討を踏まえた上で、「国際警察協力」においては双方可罰性が存在意義を失っているのかという問題を考えなければならない。

まず、情報の交換や越境監視については、上で検討したとおり両者は国際刑事共助の一形態としてとらえるのであり、国際刑事共助に関しては双方可罰性は撤廃されていない。¹¹²⁾

そこで、最も問題となるのは越境追跡である。なぜならば、この概念は国際刑事共助では説明できないからである。しかし、越境追跡に関しては、越境追跡が許される対象犯罪に注意しなければならない。まず、ベネルクス条約においては引渡犯罪に限定されているし（二七条一項）、シェンゲン条約についても制限が課せられている。すなわち、締約国は、シェンゲン条約が掲げる一四種の犯罪か、或いは引渡犯罪のどちらを越境追跡の対象とするのかを選択しなければならないし（四一条四項(a)、(b)、しかも、その選択について事前に他の締約国と協議した上で、宣言しなければならないのである。（同条九項）。条約が掲げる一四種の犯罪は重大犯罪であり（暗殺、殺人、強姦、放火、通貨の偽造、強盗及び窃盗、恐喝、誘拐及び人質奪取、人身の売買、麻薬・向精神薬の不正取引、武器と火薬に関する法令違反、有害物質および危険物質の不正な運搬、死亡ないしは重

大な結果を引き起こした事故の後の逃走)、他方で引渡犯罪に関しては、双方可罰性が求められることはすでに検討した通りである。このように考えると、現在国家実行で行われている国際警察協力といわれる活動の展開⁽¹³⁾も、双方可罰性の否定の根拠とはなり得ないと言うべきである。

第三節 インサイダー取引規制に関する国際協力

(1) 問題の背景

上記の通り、現在、各国の警察を主体とした直接交流が進められているが、現代の国際社会が規制の対象とする行為は必ずしも警察によってのみ捜査されるのではない。とりわけ国際市場に関連する不正行為に関しては、警察以外の機関が規制の権限を持っている場合もあり、その場合に際しても強力な国際協力が求められているのである。

さて、国際市場に関する不正行為であって、双方可罰性の原則との関係で最も問題となってきたのは、インサイダー取引規制である。その発端は、米国がインサイダー取引規制に関してスイスに協力を求めたところ、スイス法にインサイダー取引を禁止する法規がなかったために、両国間の国際刑事共助条約に規定される双方可罰性の要件を充たすことができず、スイスは共助に応じなかったという事件であった(一九八一年いわゆる「サンタフェ事件」)。これを契機として、双方可罰性の存在に対して批判が向けられるようになったのである。⁽¹⁴⁾

そもそもインサイダー取引の概念とその規制のあり方は各国の国内法に委ねられた問題である。国際条約が先行して一定の定義を定めているのではない。したがって、各国の国内法に相違があるのは当然である。⁽¹⁵⁾ 他方で、すでに述べたとおり、情報化によって一層進展している国際市場の成立によって、一国の一企業の活動で

あっても、国境を超えて他国に大きな影響を及ぼすようになっていく。したがって、規制に関する国際協力の必要性も高まっているのである。¹⁰⁶

(2) インサイダー取引規制に関する国際協力の特徴

インサイダー取引規制に関する国際協力に関して、もっとも注目すべき国際実行は一九八二年の米国とスイスとの間の了解書 Memorandum of Understanding (MOU)¹⁰⁷ の締結であるといわれる。すでに述べたとおり、インサイダー取引規制に関する米国ならびにスイス両国の法制度に相違があり、とりわけ、米国で規制の対象となるインサイダー行為が、スイス法では規制の対象とはなっていないかったため、一九七三年米国・スイス共助条約(一九七七年発効)の双方可罰性の要件(四条二項a)を充たすことができず、両国の間には、長らくこの点に関して紛争があったのである。¹⁰⁸ 両国は、米国・スイス共助条約のもとで交渉を行い、一九八二年に了解書(MOU)の締結に至った。この了解書(MOU)では、まず米国証券取引規制委員会(Securities and Exchange Commission、以下SECと略)による捜査は、米国・スイス間の共助条約の対象となる捜査であること(II 3 (a))、共助条約が要件とする双方可罰性に関しては「開示されていない重要な非公開情報を持っているもの (persons in possession of material non-public information) によって行われる取引は、スイス刑法典一四八条(fraud 詐欺)、一五九条(unfaithful management 不忠実な事務執行)、或いは一六二条(violation of business secrets 業務上の秘密侵害)に該当すると理解する。」と規定した(II 3 (b))。その結果、それまでの二国間の共助の根本的な障害が取り除かれた。

ところで、米国のインサイダー取引の規制の当局であるSECはその後も積極的に了解書(MOU)という形式で米国の証券市場に影響力を持つ国々と合意を取り付けてきた(例、一九八八年カナダ当局(Ontario

Securities Commission, Commission des Valeurs Mobilières du Québec, British Columbia Securities Commission) と合意 (Memorandum of Understanding on Administration and Enforcement of Securities Laws) 一九八九年オランダと合意 (Agreement Between the United States and the Netherlands on Mutual Administrative Assistance in the Exchange of Information in Securities Matters) 一九八九年フランス共和国 (Republique Française Commission des Opérations de Bourse) と合意 (Administrative Agreement on Mutual Assistance) 一九九一年イギリス当局 (Department of Trade and Industry and Securities and Investments Board) と合意 (Memorandum of Understanding on Mutual Assistance and the Exchange of Information)。ここで注意すべきは、SEC が用いた手法が了解書という非公式・非拘束的な国際文書の取り交わしであったことである。さらに、この分野における協力の発展の特徴として、多数国の関係当局が集まる交渉によるルールの醸成というのではなく、二国間の合意によって一定の約束が取り交わされるという点が挙げられる⁽⁹⁾。

非公式文書 (MOU) による協力の利点は次のように説明されている。つまり、それは条約による協力に比して、簡潔さ、迅速さ、柔軟性、機密性において優位している。また、合意に至るまでの交渉で関係当事者に、それぞれの国での規制体制や市場の在り方の相違に関する理解を深めさせるとい⁽¹⁰⁾う。

上に挙げた了解書の中で実際に許容されている具体的な措置は、カナダとの合意を例に取るならば①被請求当局のファイルにある情報に対するアクセス②人の証言聴取③人から書面の提出を得ることであり(二条)、それら入手した情報の利用については請求時の目的にかなえば、民事執行を行うためや刑事裁判の遂行を助けるためにも用いることができるし、被請求当局が同意すれば、当初の請求目的以外でもその利用が認められて

いる(六条)。また協力の拒否事由については特に制限がなく、各当事者の裁量で判断できるとされている(五条(b))。このように了解覚書で取ることができる措置は多様であり、規制当局は大幅な裁量を持ちながら、自分の活動を進めることができる。

以上見たとおり、規制当局間の協力は国際刑事共助に見られるような「国家間」の協力の強調からより柔軟な体制を用意しており、むしろ、双方可罰性の要件が求められることもない。そこで、了解覚書において双方可罰性が規定されていないことが、双方可罰性の実定法上の意義について、どのような効果を持っているかを考えてみなければならない。

まず、そもそも国際協力のあり方として、非公式文書による体制自体の欠点が指摘されている。すなわち、第一に、非公式文書は、条約ではないので国連によって登録される必要がない(国連憲章一〇二条)。同様に、国内法上も非公式文書は公刊される必要がないので、国際的にも国内的にも透明性という観点からは問題を残す。さらに、法的観点から最も重要な点は、了解覚書は新しい法的義務を生じさせることを意図していないと言うことである。換言すれば、了解覚書はこれまで規制当局が裁量で行っていた措置を明確にし、請求当局・被請求当局の利便性を高めたに過ぎないのであって、従前の国際刑事共助の手続を改廃してはいないのである(例、上記SECとカナダとの合意一条)。

このことの意味は、問題となる不正行為・違法行為にまつわる問題を刑事裁判という形で決着させることを目指す時、一層明らかにになる。なぜならば、法的拘束力を持つ規定がない限り、特に関係当事者が協力を拒む場合、強制的に書面を提出させたり、証言を録取することは許されない。そのような場合はこの種の新しい協力体制のみでは問題が解決しないのである。逆に、上記の了解覚書のうち、オランダとの合意は法的拘束力を

有すると判断されており、この了解覚書では、了解覚書に規定された協力によって入手した情報は被請求国が事前に合意していない限り、刑事裁判で使用することはできない(六条(a))。つまり、法的拘束力を有する合意は国際刑事共助の枠組みを踏襲しているのである。この他にも、例えば、一九八九年ヨーロッパ評議会のインサイダー取引条約とその議定書(Council of Europe Convention on Insider Trading, 1989, and its Protocol)があげられる。²²⁾ この条約は、締約国間の情報の交換を推進することを目的としている。共助の主体として、各締約国は一ないしそれ以上の当局(authority)を指定し、そこに現実の共助の請求・受理に関して責任を与えることとしている(四条)。しかし、この条約では共助の執行に関してはそれぞれの締約国の国内法に規定されたルールと手続に従うとしている(六条一項)。当局は請求した理由以外の目的で、入手した情報を利用してはならず(七条一項)、とりわけ、刑事裁判で利用する場合は、同条約三章(一二条)で規定する正式な共助手続を経なければならない(七条四項)と規定する。

このように考えると、規制当局が中心となる新しい協力体制は、国際刑事共助の法制度を補完するものではあっても、それに取って代わるような性質ではないことが明らかとなる。さらに、当初この分野において双方可罰性の存在意義が厳しく問われた前述の米国とスイスの紛争が、まずは双方可罰性の解釈で、後にはスイスがインサイダー取引に関する法律(一九八八年七月一日)を制定することによって解決されていることは、双方可罰性の意義という観点からは重視すべきである。実際、国家実行を見ても、共助の必要性が高い分野については急速に国内法の調和(ハーモニゼーション)が進められている。²³⁾ 関係国内法が調和されれば、双方可罰性が協力の「障害」にはなり得ない。したがって、規制当局の直接協力に際して、確かに双方可罰性は協力の実施の要件として課されていないが、それが国家間の協力に際して、双方可罰性の存在自体の意義を相対化さ

せるかどうかは慎重に判断されなければならないのである。

第五章 むすび

第一節 双方可罰性不要論

これまでの分析を踏まえて、今日、強力に展開されている双方可罰性不要論（刑事分野における国際協力においては双方可罰性は放棄すべきだという考え方）について、あらためて検討を加えたい。

さて、双方可罰性不要論の代表的な論者であるエーザー（Albin Eser）は、次のような見解を表明している。すなわち、犯罪人引渡制度において容疑者個人は単に手続の客体に過ぎず、主体ではない。この体制を变革して容疑者個人が法主体として行動する手続に変質させなければならない。このように転換された制度においては二つのことが可能になる。第一は犯罪人引渡手続において容疑者の基本的人権により多くの考慮がなされるだろうと言うことと、第二に、国際刑事共助にとっての伝統的な障害、とりわけ「双方可罰性」の原則を取り除くことができると説く。²⁰ 国際犯罪という国際社会の共通の関心に対して、国家は国際社会の一員としてその規制に協力すべきであるという理念を前提とし、他方で国際人権条約等で発展してきた犯罪容疑者の人権を確保しようと求めている。その二つの要請に応じるために、規制を求める国家間の手続を簡略化し、その代わりに関係当事者の人権を保護するために基本的人権を守るルールを設定しようというのである。またスワルト（Bert A. H. J. Swart）は「人権と伝統的原則の撤廃」と題する論文の中で、双方可罰性の慣習国際法としての機能を否定している。彼によれば、双方可罰性の要件は国家が裁量で決定できるので、「一定の行為がある国

で犯罪とされていない」理由を考慮しながら、個別の事例で双方可罰性の要件性を判断すべきだという。双方可罰性が充たされない場合(自国では当該行為は犯罪ではないとき)、仮にも請求にかかる行為を犯罪と考えるのは自国の「公序 (ordre public)」に反するなら引渡は拒否されるべきである。ただし何を犯罪とするか、何を正義と考えるかは各国で異なっているので、それは最大限尊重して、むやみに引渡を拒否すべきではないという。⁽²⁵⁾

この他、現在の双方可罰性不要論の根拠として、すでに繰り返し述べたとおり、捜査の迅速性の確保等、実務上の利益が挙げられている。双方可罰性の存在は国家間の捜査協力のスビードを落とす障害となっており、とりわけ国際組織犯罪に対抗するためには不要とすべきであるというのである。⁽²⁶⁾ 双方可罰性はいわば前世紀の犯罪現象に対応するために考案されたのであり、現代の犯罪現象に対応できない。この場合も、双方可罰性の原則が慣習国際法の原則ではないことを出発点とし、国際社会における越境・国際犯罪の増加を受けて、その規制のための手続を整備するために、規制する側にとって障害となるものを排除しようという考えにたっている。

さて、第一のエーザーに代表される考え方であるが、このような主張の背景にはゼーリング事件⁽²⁷⁾以来、典型的に「国家のため」の手続と考えられてきた犯罪人引渡制度において、国際的人権保障条約(ゼーリング事件の場合はヨーロッパ人権条約)によって保護される容疑者の権利を保障するための何らかの制度的変更がなければならぬという問題意識がある。確かに、犯罪人引渡制度に人権保障に関する法規を挿入しようという試みは望ましいが、そのプロセスの中で双方可罰性を撤廃することが合理的かどうかは疑わしい。換言すれば、もしこのような主張を受け入れるのであれば、そもそも双方可罰性の存在が人権擁護に関して何らの役割も

負っていないと言うに等しい。しかし、双方可罰性の成立背景を見ると、そこにはすでに述べたとおり、自国で犯罪とならない行為で引き渡すことは、結局国家として罪刑を認めないものの処罰に力をかすことになり、罪刑法定主義に背くという考え方があった。⁽²⁹⁾このような考え方は今日でも支持されている。したがって、人権保障の強化と双方可罰性の存否を関連させて論じることが、合理性を欠くと思われる。

またスワルトの考え方は、一見双方可罰性の原則を否定しているようではあるが、各国の国内法制度が異なっていることを重視しているのであり、むしろ、双方可罰性の解釈基準に関する提言であると捉えられる。実はこの種の議論は、すでにわが国の国際捜査共助法制定時にも考慮された問題である。⁽³⁰⁾スワルトの考え方とわが国の立法趣旨と違いがあるとすれば、スワルトは協力の形態にかかわりなく（つまり、犯罪人引渡制度であろうと国際刑事共助であろうと）、協力の対象となる行為（犯罪）を基準として、協力するかどうかの対応が決定されると考えるのに対して、わが国の立法趣旨では、協力の形態を重視して、双方可罰性の程度を決定する（犯罪人引渡制度（逃亡犯罪人引渡法）には具体的双罰性を、国際刑事共助（国際捜査共助法）には抽象的雙罰性を求める）。

最後に実務上の要請に基づく国際刑事共助に関する双方可罰性不要論については、すでに前章での検討で明らか通り、刑事分野における国際協力の最も現代的な形として積極的に評価し、双方可罰性の意義を否定できるかどうかには慎重であるべきである。その理由を繰り返すならば、まず国際警察協力や規制当局間の協力では国際刑事共助に特有の手続を踏まないで迅速に協力が進められる一方で、このような手続を通じて得られた証拠は、国内裁判において証拠として採用されないことが承知されている。⁽³¹⁾次に、実際に行なわれている協力の内容は現在のところ情報の提供が中心である。ベネルクス条約（二七条）やシェンゲン条約（四一条）に

においては越境追跡までも認められているが、それは重大犯罪ないしは引渡犯罪に限られているのであり、引渡犯罪の認定では双方可罰性は要件とされているのである。

第二節 おわりに

これまで確認した通り、犯罪人引渡制度においては双方可罰性は国家実行上確立しているといえる。他方で、国際刑事共助においては、強制措置を伴う一定の措置について多くの国家は双方可罰性を求めている。つまり国家実行においては、刑事分野で国家が協力する場合に、協力に係る措置が両国で犯罪とされていることに関連していなければならないということが、幅広く受け入れられている。しかし、他方で、学説においては慣習国際法上の効力を認めない見解が有力であるという状況が続いている。

確かに、国内法制が類似している諸国家間における協力では双方可罰性の要件をことさら主張することは現実的に意義が薄いかも知れない。しかし、国内法制が異なる国家間の協力においてはいまだに双方可罰性の要件が保護する一定の利益が認められるのではないだろうか。³³³ 今日でもほとんどの論者が、国内法制度の相違を意識しており、それは同質性がしばしば指摘されるヨーロッパにおいてもそうである。³³⁴ 双方可罰性の認定という作業を経ることによって、逮捕地では犯罪とされない行為について容疑者を引き渡したり、関連する刑事裁判に関与しないということは、請求に係る容疑者の人権保護にも一定の役割を担っている。さらに、自国の法に照らせばなんらの違法も生じていない段階で、関係当事者（私人）に協力に応じるように説得することが困難であることは想像に難くない。そうだとすれば、実際の協力の実効性を高めるといふ観点からも、双方可罰性が充たされる状況（自国でも法令違反が生じ得る）の必要性は高いはずである。

ところで、犯罪人引渡に限らず、国家間が「協力」を行う場合、関係国間に協力するという意思の合致があれば、あえて条約ないし慣習国際法上のルールが登場する必要性はない。自ら進んで任意で行うことができるのであれば、国際法による義務付けは無用である。これまで確かに国家間の協力に関する手続については、国家（行政機関）の裁量に委ねる傾向が強く、国際法のルールは未発達であったともいえる。しかし、法的規制の及ばない手続に協力をゆだねることは、重大な人権侵害・私的権利の侵害・主権の侵害を招く土壌となることはすでに指摘されている。⁽⁸⁵⁾

刑事分野における国際協力の手続は、今日、単に主権国家の相互互恵的な目的のために必要とされているばかりではなく、国際法上の犯罪の審理・処罰に関しても利用されることが予定されている。⁽⁸⁶⁾ また今後、刑事分野における国際協力はその対象分野を拡大してさらに進められていくことは疑いない。⁽⁸⁷⁾ このように考えると、これまでのように慣習国際法上の義務の有無を重視して国家の裁量に委ねるのではなく、協力手続に関する国際的なルール整備を一層望むべきであろう。そのような新しい整備がなされるまでの間は、双方可罰性はその固有の役割を果たし続けられると思われる。⁽⁸⁸⁾

注

- (1) いわゆる国際組織犯罪とは、本来国際社会に固有の法益を害する国際法上の犯罪として観念されたものではなく、「薬物犯罪、金融犯罪、テロリズムなど、多大の惨禍をもたらす組織的犯罪が国際的関心を集めるようになり、その鎮圧のための協力が求められている。」（松尾浩也『刑事訴訟法上新版』（弘文堂・一九九九）一七頁）ものであり、今日、国際条約による規制の対象となっている。麻薬関連犯罪その他個別に国際条約の規制の対象となっているほか、包括的に規制する国際条約が国連によっ

て作成中である。国連による国際条約作成の動きについては、後述注(13)参照。なお、国連国際組織犯罪条約草案の英語名は *Draft Convention Against Transnational Organized Crime* であり(従って、厳密には国際組織犯罪ではなく「越境」組織犯罪)、この名称からも、国際法上の犯罪(*delicta juris gentium*)から区別されていることがわかる。しかし、条約草案で採用されている規制方法は、航空機不法奪取規制に関するヘーグ条約など国際法上の犯罪に対する規制方法から大きな影響を受けている。

- (2) 小野次郎「国際法執行協力(上)」ジュリスト一一三八号(一九九八・七・一五)七八頁。
- (3) 小野・前掲注(2)七八頁(国際組織犯罪対策に関するG8の会合におけるリノ米国司法長官の言葉)。
- (4) 例えば小野・前掲注(2)七九一八一頁。
- (5) Julian Schutte, *Police Cooperation*, Bert Swart / Andre Klip(eds.), *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW IN THE NETHERLANDS*, Freiburg im Breisgau, 1997, p.147.
- (6) このほかの活動も国際警察協力だと言われることがある。例えば、派遣職員の交換である。通常、領事は自国民に関する刑事事件に関して援助を行うが、領事以外、つまり警察職員も積極的に交換が行なわれている。場合によっては大使館ではなく、相手国の警察に直接派遣することも行なわれている。派遣警察官が自国民の容疑者に関する事件に立ち会うことの利点は大きいといわれる。とりわけ嘱託状の執行の際に立会いを認める条約もある。そのほか、複数の国から事件を捜査するために捜査チームを組むという方式や情報の収集・分析の手法など、さらに警察官の共同訓練も国際警察協力だと言われる場合がある。国際刑事共助と国際警察協力を概念上区別する立場に立てば、これらの活動は国際刑事共助ないしは国家が裁量で行う活動と分類すべきであるが、国際刑事共助と国際警察協力はしばしば境目なく用いられており、警察が関与する活動であれば網羅的に国際警察協力ととらえる論者が多い。例えば、André Potocki, *Coopération Policière, Coopération Judiciaire, QUELLE POLITIQUE PÉNALE POUR L'EUROPE ?*, 1993, pp.187-193. 大塚尚・木島雄一「欧州警察協力について(上)」警察学論集第五三巻第二号(二〇〇〇)一四三—一四四頁。
- (7) André Huet / Renée Koering-Joulin, *DROIT PÉNAL INTERNATIONAL*, Presses Universitaires de France, 1993, pp.301-

304.

- (8) 今後ユーロポールとインターポール両者の任務の重複が予想され、立法論としてその重複の整理が求められている。Constance Chevallier-Govers, *De la nécessité de créer une police européenne intégrée*, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, (1) Jan-Mars 1999, pp.77-85. ユーロポールの性格とEU法上の位置づけについては、上智大学欧州警察協力研究会「欧州警察協力の展開」近刊。
- (9) 条約上の義務として情報の提供が行われる場合であっても、それについて特別な手続きが定められているのではなく、通常の共助手続に則って行われる。国際法上の犯罪であっても、国内法上の犯罪として処罰される (*delicta juris gentium*) からである。
- (10) Swart / Klip, *supra* note 5, pp.165-166.
- (11) *Ibid.*, pp.166-167.
- (12) 拙稿「国際協力における双方可罰性の現代的意義について(一)」法経論叢第一八巻一号(二〇〇〇)一七一―二三頁。
- (13) はじめにも述べたとおり、警察の直接協力が強く求められている具体的な理由としては、国際組織犯罪の増加が挙げられる。この問題に対処するために、国連犯罪防止刑事司法委員会が今年度中の採択を目指して、「国連国際組織犯罪対策条約」ならびに三種(銃器、不法移民、人の不正売買)の付属議定書を作成中である。この条約草案では双方可罰性に関する規定を置いている(第一四条第六項)。そこでは「締約国は、共助が強制措置の適用を含むものでない限り、双方可罰性を理由として共助を拒むことはできない」と規定されている。わが国のように国内法において共助に際し双方可罰性を要件とする国もあり、他方で、撤廃すべきだという理由から変更も求める動きもある。したがって、今後採択に向けて変更が生じる可能性はいなめないが、現時点で確認しておくべき点として、「二世紀の犯罪に一九世紀の武器では対抗できない」と言った政治的スローガンとは違って、必ずしも双方可罰性の原則が否定されているわけではないことが挙げられる。この条約の起草過程について、青木五郎「国連国際組織犯罪対策条約」警察学論集第五二巻第九号(一九九九)一六一―四〇頁、今井勝典「国連国際組織犯罪条約の実質採択について」警察学論集第五三巻第九号一六一―一〇二頁。

- (14) サンタフェ事件とは、証券取引規制委員会(SEC)が、一九八一年サンタフェ国際会社(Santa Fe International Corporation)とクウェート石油公社(Kuwait Petroleum Corporation, KPC)の合併の際に、スイスの銀行の米当局には明らかにされていない顧客達によって、米証券取引法違反の行為が行われたと申立てた事件である(SEC v. Certain Unknown Purchasers, No. 81 Civ. 6553 (WCC) (S. D. N. Y. filed Oct. 26, 1981))。この事件に関連して、米国(SEC)はスイスの諸銀行に対して、問題となっている株式売買の情報(顧客の氏名等)を公開するように求めた。この要請は米国・スイス間の司法共助条約にしたがって行われたが(一九八二年三月二二日)、その際に米国側は問題となる行為がスイス刑法第一四六条の詐欺罪に相当すると主張していた。当初スイス当局は米国の要請に応じる方向であったが、スイス連邦裁判所は、援助(assistance)はSECが被告が“tippees”であったこと、すなわち違法に未公開の情報を受けた者であり、且つ関連の会社のインサイダーではなかったと言明した場合にのみ許可されると裁定し、この請求を却下した(一九八三年一月二六日)。この判断を受けて米国は再度請求を行い、この場合にも問題となっている行為が米国法およびスイス法双方の違反を構成し、米国・スイス司法共助条約が規定する双方可罰性の条件を満たすと主張した。結局、一九八四年になってスイス連邦裁判所も米国側の主張を認め(五月一六日)、これをうけて、翌日スイス連邦司法省は請求にかかる氏名を米国側に伝えたのである。その後、スイスが米国に情報を提供することがスイスの利益を侵害するという申立ても被告側から行われたが、スイス政府は米国に対する共助の提供はスイスの利益を侵害するとは認められないと正式に米国側に伝え、一九八五年二月二〇日には、SECはその他の情報の提供を得ることができたのである。Marian Nash Leich, *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law*, *AJIL* vol. 79, 1985, pp. 722-728. 神田秀樹監修『注解証券取引法』(有斐閣・一九九七)一三二六—一三二九頁。関俊彦「インサイダー取引規制の国際化」証券研究一〇二号(一九九二)一五九頁。
- (15) わが国においては、インサイダー取引とは、投資判断に影響を及ぼすような会社の未公開情報を一定の立場のゆえに知った者が、その会社の証券の取引を、その情報を知り得ない者を行うこと」と理解されており、一九八八年証券取引法一部改正によって処罰されるようになった(第一六六条・一六七条)。佐伯仁志「インサイダー取引」西田典之編『金融業務と刑事法』(有斐閣・一九九七)二二〇頁。芝原邦爾「インサイダー取引」法学教室二二八号(一九九九・九)四七一五〇頁。井田良「イン

サイダー取引」法学教室二四〇号（二〇〇〇・九）一一一―一五頁。

- (16) W. C. Gilmore, *MUTUAL ASSISTANCE IN CRIMINAL AND BUSINESS REGULATORY MATTERS*, Cambridge U. P, 1995, p. xxiv.

- (17) Memorandum of Understanding to Establish Mutually Acceptable Means for Improving International Law Enforcement Cooperation in the Field of Insider Trading, 22 *International Legal Materials*, 1983, pp.1-12.

- (18) 関・前掲注(14)一五九頁。

- (19) 二者間の合意の集積による国家実行のばらつき (fragmentation) を回避するために、証券監督者国際機構 (International Organization of Securities Commissions, 略称 IOSCO) が情報交換を促進して調整する事に努めつつある。Gilmore, *supra* note 16, p.xxvi.

- (20) 「非公式」文書であっても拘束力を持たせることを意図した文書もある。例えば、一九八九年米国―オランダ間の合意は国際法上の二国間条約として扱われている。同様に、一九八九年―二月―十四日のSECとフランス証券取引所 (Commission des Operation) との間の合意も拘束的であるとを意図しつつある。Ibid., pp.xxxv-xxxvi.

- (21) 非公式合意と正式な合意との相違やそれにまつわる問題点については、O. Schachter, *Twilight Existence of Nonbinding International Agreements*, *AJIL* vol. 71, 1977, pp.296-304.

- (22) Council of Europe Convention on Insider Trading, 1989, and its Protocol, *supra* note 16, pp.339-348.

- (23) 他の経済的分野に関しても規制当局間の協力は進められており、国内法のハーモニゼーションが進められている。中川淳司「国際企業活動に対する国家管轄権の競合と調整」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）三八―三九二、三八五―三八六頁。同「条約に基づく国内法のハーモニゼーション―貿易関連知の財産権協力を素材に」柳原正治編集代表『国際社会の組織化と法―内田久司先生古稀記念論文集』（信山社・一九九六）一七五―一九九頁。

- (24) Albin Eser, *Basic Issues of Transnational Cooperation in Criminal Cases*, Edward M. Wise (ed.), *CRIMINAL SCIENCE*

- IN A GLOBAL SOCIETY : ESSAYS IN HONOR OF GERHARD O. W. MUELLER, Littleton, 1994, pp.14-15, Common Goals and Different Ways in International Criminal Law : Reflection from an European Perspective, *HLJ* vol.31, 1990, pp.117-123. また Dugard と van den Wyngaert も双方可罰性が、罪刑法定主義の保障の観点から一定の役割を果たしていることは評価しつつも、原則はあくまでも関係国家間に対して尊重を求める性質のものであり、容疑者本人がこの原則違反を根拠に裁判所に訴え出る途は開かれてはいないことを問題視する。つまり犯罪人引渡制度においては引渡の可否が行政府によって専ら決定される制度であり、このような制度においては容疑者の人権が侵害されるおそれが強いと考え、容疑者の人権に配慮した制度に変革すべきだと主張している。John Dugard / Christine Van den Wyngaert, Reconciling Extradition with Human Rights, *AJIL* vol.92, 1998, pp.187-212.
- (25) Bert (A. H. J.) Swart, Human Rights and the Abolition of Traditional Principles, John Dugard / Christine van den Wyngaert (eds.), *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND PROCEDURE*, Dartmouth, 1996, pp.235-264.
- (26) 小野・前掲注(2)七八一八〇頁。
- (27) *Eur. Court H. R. Soering case, decision of 26 January 1989, Series A no. 161*. 北村泰三「国際人権法判例研究(二)——ヨーロッパ人権裁判所ゾーリング事件判決——」熊本法学六四号(一九九〇)七九一—一〇四頁。小畑郁「不引渡事由としての死刑 Aゼーリング事件」田畑茂二郎・竹本正幸・松井芳郎編集代表『判例国際法』(東信堂・二〇〇〇)二二五—二二七頁。
- (28) 人権と犯罪人引渡の関連性を検討する論考として、例えば、北村泰三「犯罪人引渡しと人権基準の要請——人権規範の優位性に関する序論的考察」国際法外交雑誌第九八巻第一・二合併号(一九九九)一五六—一九三頁。古谷修一「犯罪人引渡と請求国の人権保障状況に対する評価(一)(二・完)」香川法学第一五巻四号(一九九六)三三—三八〇頁、第一六巻三・四合併号(一九九七)四九—一〇九頁。
- (29) 拙稿・前掲注(12)三—五頁。
- (30) 松田昇・馬場俊行・古田佑紀「国際捜査共助法の解説(二)」法曹時報三三巻三号(一九八一)四二—四三頁。

- (31) 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) 一四—一五頁。小野次郎「国際法執行協力(下)」『ジュリスト』一四〇号(一九九八・九・一)一〇八頁。
- (32) 拙稿・前掲注(2)二三、二五頁で挙げたように、たとえ引渡条約に規定はなくても、引渡の実行においては双方可罰性は充たされていなければならないとする裁判例がある。これに対して、引渡条約に規定はないが犯罪人引渡制度における基本原則であるとして逃亡犯罪人側から主張された原則に一事不再理があるが、これについては否定されている。Re Hartmann and Pude, 71 *ILR* 232, E. v. Police Inspectorate of Basle, 75 *ILR* 106.
- (33) Geoff Gilbert, *ASPECTS OF EXTRADITION LAW*, Martinus Nijhoff, 1991, pp.47-54.
- (34) Esert, *supra* note 25 (Basic Issues), pp.4-6.
- (35) M. Cherif Bassiouni, *Policy Considerations on Inter-State Cooperation in Criminal Matters*, M. Cherif Bassiouni, *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 2nd ed. PROCEDURAL AND ENFORCEMENT MECHANISMS*, Transnational Pub., 1998, p. 4.
- (36) 今日、国家は自らの刑事管轄権の実現のみを目指せば足りるのではなく、国際法上の犯罪の規制のための責任を負うようになっている。換言すれば、犯罪の規制に関する国家間の協力に関する手続は、各国の刑事管轄権に対する相互協力という側面と同時に、国際法上の犯罪(*delicta juris gentium*)の規制に関する重要な役割をも負っている。拙稿(前掲注(2)九—一五頁)で検討した通り、ビノチェットの引渡事件は、国際法上の犯罪に関する双方可罰性の認定は、従前の互恵的な制度における認定基準と果たして同じで良いのかという問題を現実提起するものとなった。英国の裁判所は実定法の枠組みの中で従来の基準を適用して判断を下したが、この点については国際法上の犯罪が国際法と国内法との交錯場面に成立することを重視して、国際法上の犯罪を規制する条約の成立時をもって双方可罰性が締約国間では充たされたとする解釈をとるべきだとの考え方も主張されている。なぜならばこの時点で国際法上の犯罪は成立しているものであり、この種の国際法上の犯罪の規制においては国内法の役割はあくまでもその審理・処罰の履行を担保するためのもので、それがなくても犯罪が成立していないことにはならないからである。Frederic Kirgis, *Possible Indictment of Pinochet in the United States*, *ASIL Insight* <<http://www.asil.org>

/ insights>。今後、このような解釈が国際法と国内法との関係について変型理論を採る国においてどのように受け止められるかが注目される。

(37) 例えば次の諸条約にも双方可罰性の原則が規定されている。刑事手続の移管に関する条約 (European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters, 1972) 七条、刑事判決の国際的有効性に関する条約 (European Convention on the International Validity of Criminal Judgements, 1970) 四条。

(38) なおこの点に関連して、ドイツにおいては従来の犯罪人引渡制度における双方可罰性には批判もあり、その行方が関心を集めていたが(この議論に関して、森下忠「ドイツ犯罪人引渡法における刑事司法共助」『国際刑事司法共助の研究(国際刑法研究第二巻)(成文堂・一九八一)一七七一—一八〇頁)、その後の改正を経てなお、刑事分野における国際刑事共助法第三条一項において双方可罰性を維持した。Wolfgang Schomburg / Otto Lagodny (eds.), INTERNATIONALE RECHTSHILFE IN STRAFSACHEN, C. H. Bech, 1998, S. 48 ff.

本稿は平成一二年度文部省科学研究費補助金の研究成果の一部である。