



Title	合衆国検察官概念の発展 - 20世紀における合衆国検察官の概念化の分析 -
Author(s)	指宿, 信; IBUSUKI, Makoto
Citation	北大法学論集, 37(6), 97-167
Issue Date	1987-03-27
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16538
Type	departmental bulletin paper
File Information	37(6)_p97-167.pdf



合衆国検察官概念の発展

——二十世紀における合衆国検察官の概念化の分析——

指宿 信

はじめに
序論 概念化とは何か

本論

第一章 合衆国検察官の概念化への歩み

第一節 "commission" の時代——一九二〇—三〇年代

- 〈一〉 司法改革の波と検察官概念
- 〈二〉 「準司法官」概念の確立

第二節 "危機" の時代——一九六〇年代

- 〈一〉 大統領委員会発足
- 〈二〉 「行政・執行官」概念の提示
- 〈三〉 裁量権問題と概念化

第三節 判例の示す検察官の概念化(1)——当事者主義問題

- 〈一〉 刺激 (insentive) の可否
- 〈二〉 調和と克服への試み

第四節 判例の示す検察官の概念化(2)——司法免責問題

- 〈一〉 ショイアー判決以前
- 〈二〉 ショイアー判決以降
- 〈三〉 概念化へのモデル

第二章 合衆国検察官の概念化の展開

第一節 近年の概念化論争

- 〈一〉 「準司法官」論
- 〈二〉 「ジレンマ／バランス」論
- 〈三〉 「擁護者 (Advocat)」論

第二節 問題と展望

- 〈一〉 「司法的行為」に関して
- 〈二〉 概念化とモデル論

結論

〈略語〉

AG = Attorney General (司法長官)
 DA = District Attorney (地区検察官)

はじめに

1 本稿が素材として取扱う対象は合衆国における検察官である。

周知のとおり、合衆国の検察官制度は大きく連邦と州、ローカルに大分されるが、その基盤は若干の相違を有している。すなわち連邦は、一七八九年、独立と同時に大統領の任命による官吏として各々の管轄に検察官を設置した。ところがローカルでは、既に十八世紀の初頭に東海岸で発生を見ていたことが明らかになつて⁽¹⁾いる。

以後、ローカルでは十九世紀のジャクソニアン・デモクラシーによって、公選制に基づく地位が確立され、司法省の監督下にある連邦の検察官制度とは異なる性格を有するとされた。例えば、独立性は高いが政治的なステップ・ストーンとしての地位、選挙のもたらす弊害、訴追裁量の偏向等⁽²⁾や、パート・タイムとしての不安定で非効果的な職務、監督のない運営の組織的な法執行の困難さ、等々であり、これらは連邦では見られない問題であつて、合衆国の二元的な検察官制度の持つ特殊性を示している。⁽²⁾

しかし、我々は、かかる複雑な制度の全面的解明を意図しているのではなく⁽³⁾、主に「合衆国ではいかに検察官が捉えられているのか」といった言わば「合衆国検察官論」の紹介を試みようとするものである。

2 我が国においては既に「検察官論」に対して様々な比較法的アプローチが試みられて来たのであるが、尚その評価をめぐつては議論の余地があると考えられる。

特に、従来の主として実務を中心として議論された「準司法官論」や「公判専従論」「二元的機能論」等に対し、比較法の立場からはドイツ⁽⁴⁾、フランス⁽⁵⁾を素材としてアプローチが為されてきた。しかしながら、我が国の刑事訴訟法が最も影響を受けた当事者主義、弾劾主義、デュープロセスといった理念的母国であるアメリカ合衆国⁽⁶⁾については不思議とその分析が試みられることなく、専ら制度や、機能の紹介に終始していたように思われるのである。⁽⁷⁾確かに、合衆国には我が法の検察庁法に当たる様な制定法が存在せず、訴訟手続きが大陪審、アレインメント制度等により異なることや、連邦、州、ローカルといった管轄毎に訴追制度があることから分析に困難を覚え、また大陸法の系譜を持つ我が国の検察官制度とは、比較の対象としても不適当であると見られてきたことは否めないことであろう。けれ

ども我々は、かかる公訴制度の相違を踏まえた上で、その本質とするところは訴訟法の有する理念としても全く同じであり、その実現の為に制度が機能しているという前提に立ちつつ、我が法にとって有益な示唆を、かの地の検察官制度を考察することから得られるのではないかと考えるものである。

(1) 三井誠「検察官(アメリカ)」比較法研究三八号(一九七七)参照

(2) 同七一頁以下参照、欧文についてはここでは省略したい。

(3) 近時、各州の検察官制度の紹介が為された。東松文雄「アメリカ主要各州における裁判、検察機構(1)―(4)―判例時報一一八九、九三、九六、一一〇〇(一九八六)

(4) ドイツについては、松尾浩也「西ドイツ刑事司法における検察官の地位」法学協会雑誌八四―十(一九六七)、内田一郎「ドイツ検察制度の成立」早稲田法学三九―二(一九六三)、同「ドイツにおける起訴法定主義」早稲田法学四〇―二(一九六四)、川崎英明「成立期におけるドイツ検察制度(1)(2)」法律雑誌三三―三、四(一九七六、七七)、同「ドイツ検察制度の史的考察―検察官論の視角から―」刑法雑誌二五―一(一九八二)、斉藤誠二「検察官(ドイツ)」比較法雑誌三八号九七頁以下(一九七七)等。

(5) フランスについては、岩井昇二「フランスにおける刑事訴訟

(1)「警察学研究三五―二(一九六四)、鈴木教司「フランスにおける検察官の職務上の独立について―ラサ教授の所説を中心にして」愛媛法学七―二(一九八一)、稲本洋之助「フランス革命初期における検察の構造」社会科学研究二四―二(一九七二)、沢登俊雄「検察官(フランス)」比較法研究三八号七七頁以下(一九七七)、沢登佳人「フランス刑事訴訟法は検察官と私訴原告人との協同による公衆訴追主義を採る」法政理論一六一(一九八三)、北村一郎「フランスにおける公的補佐(ministère public)いわゆる検察」の概念」『東西法文化の比較と交流』七〇頁以下(一九八三)、高内寿夫「フランス検察官の地位とその刑事手続き上の機能(1)―同一体の原則と独立の原則に関する考察―」国学院法研論叢一三(一九八五)等。

(6) 古くは、新法制定時にかかる記述が見られる。

―今次の新立法には、当初従来の我が検察制度の母法をなす西欧大陸系のものを修正するものとして、個人の自由と民権擁護の色彩の濃厚な、英米流のものが多大に参照せられたことは想像に難くないのであるが、ただ刑事司法制度の、なおいまだ根本的な変革をみない当面の処置態度としては、一応原則的には従来のを維持することとせられたのであった。したがって、事実として英米流のものが、形式の上において立方に採用された痕跡に至っては、多くこれを認め得ないのであるが、しかも新憲法がその精神において、その形式においても、多分に英米流のものを含んでいる限り、新憲法としても

その内実精神が多分にこの法系のものを含んでいることは、
 否み得べくもないように思われる。—安平政吉『検察庁法概
 論』四頁(一九四八)

当事者主義については、例えば、松尾浩也「当事者主義につ
 いて」中野次雄判事還暦祝賀「刑事裁判の課題」(一九七二)、
 田宮裕「当事者主義訴訟の歩みと課題」書記官研修所報二八、
 一〇五頁(一九七八)は、当事者主義と検察官に関する問題を
 アメリカ法も取上げて論じている。弾劾主義については、平野
 龍一「刑事訴訟法」二、一四頁以下(一九五六)が、訴訟の形
 式的原理として述べている。デュープロセス原理については田
 宮裕「刑事訴訟とデュープロセス」一三五頁以下(一九七二)
 等参照。合衆国の影響をマクロ的に眺めたものとして、田宮裕
 「刑事訴訟法の発展と英米法」平場博士還暦祝賀「現代の刑事
 法学(下)」一頁(一九七七)、同「刑事訴訟法に対する外国法
 の影響」ジュリスト増刊「刑事訴訟法の争点」一六頁(一九七
 九)

(7) 合衆国検察官制度の紹介は多いが、重要なものとして、川口
 光太郎「英米の検察制度について」司法研究三五—一(一九四
 九)、『アメリカにおける検察の実情』検察研究所資料一九(一
 九五〇)、『アメリカの司法制度と検察の運用状況』検察研究所
 資料三五卷(一九五一)、田村豊「アメリカにおける訴追制度(1)」
 佐賀法学二—二(一九五四)、内堀美通彦「アメリカの地区検察
 官・その制度と実務研修の現状」、『法と法学教育…広浜先生追

悼記念論文集』四三三頁以下(一九六二)、俵谷利幸「アメリカ
 の検察—ニューヨーク・カウンティ検察庁の概要と検察運用
 の実状について」法律のひろば一七・一一、一二(一九六四)
 一八・一—三(一九六五)、三井前掲註(1)等。

序論 概念化とは何か

本稿で取組むべき課題とされた合衆国検察官論への考察は、検討の対象が認識論としての諸論稿、諸学説、諸判例であり、そこでは「検察官を合衆国刑事司法上いかなるものと捉え、いかにあるべきとするか」という論題が提示せられていると言つていいだろう。

1 では一体、検察官 (prosecutor) とは何か？

「公訴提起＝訴追 (prosecution) をなす者」である。

これは正に訴追を実際に行なっている検察官の存在をそのままだ定義している。それは単に訴追を為すという機能のみを表しており、何のために、何の目的で、いかなる基準で、いかなる方法で……といった機能を規定ないし限定する言語―言わば内包的思维―は付加されておらず、また他に存在しうる機能との区別や認識―いわゆる外延的思维―も欠如している。

AとはBのことである。

かかる定義づけは、AたるものにBという表象を与える作業であり、これによつて一つの概念が形成される。概念とは人間(1)の思考の構造の基本的単位である」というのであるから、この

ような命名作用は最も基本的な概念づけをなすものと言えるだろう。(2)

しかしながら、こうした単なる命名のみから我々は対象を理解しうるであろうか。

そこには自ずと限界がある。(ある意味では、限界を設定することこそ概念の機能であると言えようが。)我々はさらに対象への考察を敷衍してゆかねばならない。

すなわち、命名作用のごとき意味論的な概念づけに止まらず、より進化した、実在への認識に―内包と外延の設定を含んで―至らなければならぬのである。まさにそれは存在論的な概念の習得を意味している。これを我々は「概念化」と呼ぶことにする。

それは、検察官をめぐる日本法において一般に「検察官論」と呼ばれているものの、思维の過程での諸々の概念形成と意味を同じくしていると言つて差支えあるまい。

2 概念化という文言自体は、一九七三年に出されたフェル

ケネス教授の著作「The Criminal Justice System」の中の「検察官をめぐるいくつかの主たる概念 (conceptions) と批判について」という小文から採られている。

——檢察官の役割をめぐる概念化 (conceptualization) はいくつかの明確な制限 (limitation) と警告 (cautions) を有している。ある程度の一一般化は為されるだろう。⁽³⁾ かくして同教授は、檢察官をめぐるいくつかの問題点につき考察を加えた後、鋭い批判を投げかけたのであった。⁽⁴⁾

我々は本稿において、視座の違いはあれフェルケネス教授と同様に、主として二〇世紀に合衆国檢察官の把握に努めた諸論稿を概念化の試みとして整理し、検討していこうとするものである。まず第一章においては、二〇世紀初頭からの概念化の歩みを時代状況と共に分析し、判例上檢察官の機能、役割等々が問題とされた議論を紹介し、それで為された概念化を取上げることにする。さらに第二章において、一章での経過を踏まえた上で近年の概念化について考察し、その中から問題点を抽出すると共に概念化の評価と展望を行いたいと考える。

また一方、論理学上概念形成については、主として弁証法的唯物論的評価と、伝統的な形式論理学による体系化があると考⁽⁵⁾えられているが、本稿では考察する諸論稿がいずれの見解に立ちつつ概念化を為しているかについてはあまり問題とせず⁽⁶⁾、そうした論理学上の認識作用よりも、むしろいかなるアプローチを概念形成の素材にしたかということに着目しつつ概念化の試

みを扱っていきいたい。

(1) ベーラ・フォガラシ (田辺振太郎訳) 「論理学 (上)」一四八頁 (一九五七)

(2) 末木剛博 「論理学概説」三二頁 (一九六九)

(3) G. T. FELKENES, 'THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM' 149 (1973)

(4) *Id.* at 153 (例えばフェルケネス教授は「文言上の偽善」として、準司法官的性質を批判した。彼によれば通常、準司法的、とされる檢察官の決定は単に個別的な好みにすぎない (傍線筆者) とされている。

(5) フォガラシ前掲註(1)一四九頁

(6) 概念形成のイデオロギー分析については、それが主に主観の問題であることから、本稿ではかかる論理学的考察を必要としないと考える。また実際に、そうした主観の認識は檢察官概念のみからは困難であり、アメリカにおける唯物論的評価の稀少さから見ても必要性は認められない。

本論

第一章 合衆国検察官の概念化への歩み

一八七〇年、連邦における司法省設置⁽¹⁾を以て成立期の歩みを終えたときられる合衆国検察官制度であるが、かかる展開を踏まえた上で刑事司法上の検察官の地位や機能等々を学問上の研究対象とするに至るのは、二〇世紀に待たねばならなかった。

グッドナウは一九世紀末に、検察官の訴追を述べるに当り私人訴追制度を紹介しているが、⁽³⁾ これなども、まだ訴追制度に公衆訴追主義⁽⁴⁾に基づいた新しいタイプを採った合衆国における訴追理念の未成熟さを見る思いがする。一九〇〇年頃では、英米の脈絡の強さが依然主張されていたと言えるだろう。グッドナウにあっては、イギリスの訴追形態と新大陸に渡った公衆訴追という形態との相違点と、新制度に残存する旧制度の⁽⁵⁾ かつすなわちDA (District Attorney) の訴追権に対する私人訴追権の存在⁽⁶⁾が意識されている。と同時にDAの独立性が強調され、継受国の独自性も指摘されたのである。

検察官がこのような評価を受けた頃、合衆国は二〇世紀に入

り新たな時代状況に直面することになる。いわゆる「黄金の二十年代」と呼ばれる頃である。著しい繁栄と工業の発展は社会の様相を一変させ、それは犯罪とそれに対応する司法制度にも無縁だというわけにはいかなかったのである。

第一節 “commissions” の時代—一九二〇—三〇年代—

へ— 司法改革の波と検察官制度

1 一九二八年、第三〇代大統領クーリッジ (Calvin Coolidge) は、現在ほど樂觀的見通しを持てる時期はこれまでになかった。⁽⁷⁾ と述べた。合衆国の国民総生産は一九二一年の八二〇億ドルから二九年の一〇四〇億ドルへと急激な成長を見せ、特に工業生産高は十年間に六四%という驚くべき増加を示した。こうした工業化の波と共に第三次産業が盛んになるにつれ、広告の時代、大量生産大量消費の時代へと突入したのであった。かかる変遷がいわゆる新中産階級⁽⁸⁾ II ホワイトカラー層を形成せしめていったのである。

このような社会現象は、直接犯罪現象にも姿を変えて現れて来ることになる。その当時、現代型の犯罪の特徴として問題とされたものは、組織的 (ギャング)、商業的 (密輸等)、集約的 (自動車犯罪等) なタイプであり、⁽⁹⁾ 犯罪件数の増大も相俟って、

料
こうした犯罪に従来の刑事司法制度では対応しきれない事態が明らかになってきた。そこでかかる事態への取組みが、委員会 (commission) の設置という形で為され、全米各地で各種の委員会が混迷した状態の解明と対処を試みたのであった。

2 まず最初にその形態を採ったものは、一九一七年のシカゴ犯罪委員会 (Chicago Crime Commission) であり、ロスコ・パウンド、フランクファーターといった論客を招いた一九二二年のクリーブランド犯罪委員会 (Cleveland Survey of Criminal Justice) がそれに続いた⁽¹²⁾。さらに一九二六年にミズーリ⁽¹³⁾、一九二二年にはイリノイで、次々に委員会が設けられていったのである。特に注目されるのは一九二二年のクリーブランド刑事司法委員会の報告であり、パウンドが以前から主張していた⁽¹⁴⁾、組織、環境への改善を訴え、刑事司法に係わる人々の資格の限定、刑事司法機関のスピード化、効率化、そして政治性の縮小と贈賄の防止を問題として、刑事手続きを一つの制度 (system) として概念づけることに成功した⁽¹⁴⁾。

また一九二六年のミズーリ犯罪委員会 (Missouri Crime Survey) は、レイモンド・モーレイによる要約として、有罪が殆ど答弁取引の結果であること、裁量による多数の訴追の取消しのあることを明らかにし、刑事実務の実体を正確に描いたのであ

る⁽¹⁵⁾。

こうした commission の検察官への期待は、概ねその政治性からの脱却と実務の効率であり、主眼はより高い機動性に置かれていたと言える。また大陪審訴追 (indictment) に代わる検察官訴追 (complaint) が促されたが、裁量権については格別問題とされず、唯一カリフォルニア犯罪委員会 (California Crime Commission) だけが一九二九年に、有罪答弁取引の、監督されない領域⁽¹⁶⁾に注意を呼びかけたに止まった⁽¹⁷⁾。

3 さらにこうした調査、報告書の必要性は連邦にまで及び、フーバー大統領 (Herbert C. Hoover) の手によって一九二九年、一般にウィッカーシャム委員会と呼ばれた連邦レベルにおける初めての包括的な調査機関が設立された (N C L O E)⁽¹⁸⁾。メンパーとして、前 A G (司法長官) であったジョージ・ウィッカーシャム、クリーブランド刑事司法委員会の委員であり、ハーバード大学の教授であったロスコー・パウンド、ノースウエスタン大学の教授、ニューマン・ペーカーらが招かれ、全米に広がる刑事司法改革の波に最終的指針を与えようとしたのであった⁽¹⁹⁾。

『Our Lawless Police, (1931)』において警察の拷問や権利の濫用、腐敗を描き、センセーションをまきおこした委員会は、⁽²⁰⁾

「Report on Prosecutions (1931) で検察官の政治的性質を非難すると共に、検察官の有罪取引について問題を提起し、限定された責任の中での、訴追における組織的統制」を提唱した。⁽²¹⁾これは以後の集権化と統制への歩みを基礎づける、検察官制度への主要な見地を開拓したものと言うことができよう。⁽²²⁾しかしながら、当時大陪審手続きにとつて代つた検察官訴追の主要な流れは犯罪の激増を背景に一般に承認されていたのである。⁽²³⁾

4 こうした一連の委員会の分析と提言と並んで、この時代の法律研究家達による検察官論はいかなるものであつたかを以下に紹介しておきたい。

直接に検察官を論じたものではなかつたが、一九〇六年、全米法律家協会(A.B.A.)の年次総会での挨拶において、「司法の執行に関する民衆の不滿の原因」という演説で人々を驚かせたロスコー・パウンドの影響を押えておかなければならない。⁽²⁴⁾当時、三〇代半ばで既にネブラスカ大学法学部長の職にあつたパウンドは、複雑化する都市工業社会のニーズに対して時代遅れで不十分なアメリカの法制度を批判し、犯罪を抑止する任務の遂行には効果を有していないことを述べ、コモン・ロー上の個人主義的なアプローチからではなく、広範な社会的目標

(broader social goal) に強調を置く集約的なアプローチを要求したのである。⁽²⁵⁾

かかるパウンドの基本的な姿勢は、刑事司法制度の概念づけを為し得たクリープランド犯罪委員会、そしてウィツカーシャム委員会のそれぞれの報告書に鋭く反映されたと言えよう。

5 他方、この頃一早く、訴追をめぐる集権化と検察官の統制を主張したのがウィロービー(W. F. Willoughby)である。一九二九年、デイン・パウンドの名著『アメリカにおける刑事司法』⁽²⁶⁾と同じく出版された『司法の執行に関する原理』⁽²⁷⁾においてウィロービーは、クリープランド及びミズーリ犯罪委員会で示された様々な検察官の素描を紹介しつつ、法的地位の脆弱さと高い政治性を批判した。法的地位をめぐる考察は深く進められることはなかつたが、政治的影響を排除し、改革を進める点についていくつかの提案が示されたのである。すなわち、

- 1…任命制
- 2…長い任期
- 3…判事に求められているものと同じ選出原理の採用
- 4…ローカルよりも州の官吏とすること
- 5…(州) 司法省の設置とその長による統制

以上の事を必要とすると述べた。さらにマテュース(J.W.

Mathews)の集権化への主張⁽²⁸⁾を採り、ローカルでの官吏の選出(いわゆる公選制)⁽²⁹⁾がローカルのコントロールに服する傾向を生じせしめている事態を改めるために、中央の執行機関へ任解免の権限を与えるべきだとした。⁽³⁰⁾かかる訴追の集権化とそのコントロールの主張は、合衆国の刑事司法をめぐって絶えず改革論者から以後も述べられることとなるが、その源はウィロビーやマテュースに求めることが出来るであろう。

かくして、クリープランド犯罪委員会がパウンドが言った「我々の大きな街のどんな官吏も…それほど大きな現実の権限を有してはいない」⁽³¹⁾のような検察官、またベットマンの表現を借りれば「刑事司法における地方大臣となるべき」⁽³²⁾検察官、そして「刑事手続きの心臓である」⁽³³⁾とミズーリ犯罪委員会が描いた検察官の実像と限界、さらにそれらに対する提案とが次第に明らかにされてきたのである。

二、「準司法官」概念の確立

1 以上に述べてきた分析と改革提案の後、三〇年代に入つて画期的な検察官研究がウィツカーシャム委員会のメンバーであつたベーカー教授によって為された。⁽³⁴⁾デ・ロングとの共作である一連の研究において彼等は、他の研究者たちが公選制に批

判的であるのに対して、検察官が彼等を選んだ人たちによってのみ支えられていること、そして公選は地方の基準がどうやって法に適用されるのかを決定することを意味している⁽³⁵⁾とし、そこでは広い裁量権の行使が許されると述べ、さらに検察官の教育、訓練の促進、有資格者の厳正さ等が主張されたのである。

そして一九三六年の論稿で、ベーカー教授はペンシルバニアの判例を引用しつつ、検察官を「準司法官」であると概念づけるに至つた。⁽³⁶⁾

——DAは準司法官 (quasi-judicial officer) である。彼はコモン・ウェルスを代表し、コモン・ウェルスは被害者を求めない。コモン・ウェルスはただ正義のみを—平等かつ公平な正義—を求めており、無実の者が害を被らないように求めることが、有罪の人間が逃れないことと同じようにDAの義務なのである。

(Commonwealth v. Nicely, 130 Pa. 261, 270, 18 Atl. 737-8 (1889))

ここで、彼は準司法官に置かれている正義を執行するという究極の目標に奉仕する二つの義務を主張しているのである。一つは、無罪の保護であり、もう一つは、有罪の獲得である。

かかる二重機能は以後の時代の検察官論の主要な概念として長く主張され続けることになる。

2 さらに多くの判例が彼等の主張を裏づけている。例えばニューヨークでは、準司法官であることと、その訴追裁量を承認してこう述べられた。

—— DA というものは訴追官吏 (Prosecuting attorney) より以上である。彼は準司法官なのである。彼は、彼の郡における全犯罪を扱う際に広範な裁量を有している。

(Pringle v. Conway, 121 Misc. Rep 620, 202 N. Y. S. 105 (1923))

また準司法官であることと、その公衆の代理性につきかかる判例が示されている。

—— 当該、またはその他の法廷において、検察官は刑事事件につき公衆 (public) を代表していること、また、有罪の者が逃れない事を求めるのと同様、無実の者が苦しまないことを求める義務を負った準司法官であることは既に確立されているのである。

(Brower v. State, 26 Okla. Cr. Rep. 49, 221 Pac. 1050 (1924))

すなわち、検察官は、迫害者 (persecutor) であるべきでは

なく、公衆の代表として「準司法」という性格を持つとされたのである。⁽³⁷⁾

3 そしてベーカー教授は検察官の法的地位をめぐってウィスコンシン州の判例を引きつつ、DA が執行官であるというのは誤りであり、犯罪について捕えられた者の訴追の為に公衆 (public) に雇われた、準司法官である。⁽³⁸⁾ とした。加えて、検察官に課された公正義務につき以下の判例が引用されている。

—— information を為す前に、事件に関する全ての事実と状況について十分な調査を為すことが DA の義務であり、彼の決定は、どんな人的偏見や過度の熱心さによって影響を受けるかもしれないと推定されるべきではない。(Application of Bentine, 181 Wis. 587, 196 NW 213 (1923))

かくして、多くの判例と、commission の分析の上に立ったベーカー教授の「準司法官」概念は以上でまとめられる。かかる概念化の方向性はその後の合衆国刑事司法上、検察官を語る際に多くの著作、論文に引用され、また法廷の理解の土台ともなっていると言いうことができる。

4 そこで次に我々は、連邦の判例がこの「準司法官」概念を採用した有名なサザランド判事 (Justice Sutherland) の言葉に目を向ける必要があるだろう。

——合衆国檢察官は、論争の当事者ではなく、平等に統治する義務が、全てにわたって統治する義務と同じ程度に強制される一つの権威 (sovereignty) の代表である。そしてそれ故、刑事訴追における彼の利益は事件に勝つべきであるということではなく、正義が為されるべき、ということにあるのだ。つまり彼は特別な非常に限定された意味での法の番人 (servant) であり、また有罪が逃されず、無罪が苦しめられない、という「重の目的 (twofold aim) を持っているのである。

(Bergar v. U. S. 78, 55 S. Ct. 629, 79 L. Ed 1314 (1935))

すなわち、連邦裁判所は檢察官を準司法官であると説明はしなかつたけれども、その二重の目的と正義の遂行という目標を確認し、基本的にベーカーのいう「準司法官」概念と発想を同じくした、ということができらるであらう。

5 サザランド判事がこの様に述べた一九三五年、モーリス・プロスコは彼の論文『ヨーロッパとアメリカにおける今日の刑事手続きの発展』において、「公訴 (public prosecution) の確立が、アメリカ、ヨーロッパ共通の歴史的発展である」と述べ、私的な訴追 (私人訴追 || private prosecution) が機能したのは両者共昔のことにすぎないとした。⁽³⁹⁾ そしてアメリカの刑

事手続きは個人主義の時代の産物であつて、刑事法の執行のためには国家権力の増大による社会の安全の強調が必要であることを説いたのである。⁽⁴⁰⁾ かかる方向性は、パウンドが既に主張していた集約的な刑事司法改革論と軸を一つにしていると言える。

プロスコによつて指摘された刑事司法における国家による社会の安全 (social security) の強調は、まず連邦の集権化という形で檢察官に反映された。前述した各地の犯罪委員会、ウィッカーシャム委員会等の主張に盛込まれた訴追の統制や集権化は、直接各州の司法制度を変化させるには至らなかつたけれども、一九世紀に見られた連邦での集権化の歴史は、一八七〇年連邦司法省設置によつて一応の区切りが付けられたにもかかわらず、二〇世紀に入つても問題が絶えることがなかつたのである。⁽⁴¹⁾

6 以上が、一九二〇年代から三〇年代に至る檢察官の概念化、及びそれを巡る刑事司法制度に関する論争のあらましである。

合衆国の歴史始まつて以来の、こうした分析や提言の波は、「準司法官」概念の提示と、実務においては「正義の執行」目標、訴追の集権化という問題の提起を為した、と要約すること

が出来るのであろう。

一八世紀の始めに、検察官が植民地アメリカに誕生し、独立と同時に連邦にも検察官制度が導入され、ローカル、連邦いずれにも検察制度が普及した二〇世紀⁽⁴²⁾、ようやく合衆国は公訴を担当する官吏である検察官の地位につき関心を払いだしたのであった。それは、アメリカ刑事司法の曲り角とも言うべき二〇世紀初頭からの社会の激動期と無縁ではなく、むしろそうした社会の情勢の中で検察官の概念というものが形成されたということに注目しなければならないし、かかる概念を提供したアプローチもまた同様に理解されるべきである。

この時代、イギリスの私人訴追主義からの影響を脱し、検察官制度を有してなお当事者主義、弾劾主義という英米法の原理を貫徹しようと試みる合衆国の改革運動は、「準司法官」という概念を始めて手にすることが出来たといえよう。

- (1) 16 Stat. 162 C 150, Act of June 22, 1870—An Act to establish the Department of Justice
- (2) アメリカ検察官制度史のついでに稿を改めて詳しく述べたい。
- (3) F. J. GOODNOW, COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW 178 ~ (1893)

(4) 公衆訴追主義についても稿を改めて論じたい。ここでは、私人訴追主義、国家訴追主義と区別され、大陪審制度と併用される検察官制度を持ち、公選制による検察官の選出方法が備えられている公衆の意思が反映されるような制度を支える思想である、と述べるに止めておく。いわゆる public prosecution の訳語として用いられる。

- (5) GOODNOW, *supra* note(3) 180
- (6) *Id.* at. 182~183
- (7) 清水 博「アメリカ史」二七六頁(一九六九)
- (8) 同、二七六~二七八頁
- (9) S. WALKER, POPULAR JUSTICE—A HISTORY OF AMERICAN CRIMINAL JUSTICE 169~(1980)
- (10) CHICAGO CRIME COMMISSION BULLETIN 1919 TO DATE. ANNUAL REPORTS 1st~5th (1919~1923)
- (11) CLEVELAND SURVEY OF CRIMINAL JUSTICE, CRIMINAL JUSTICE IN CLEVELAND (1922)
- (12) MISSOURI ASSOCIATION FOR CRIMINAL JUSTICE, MISSOURI CRIME SURVEY (1926)
- (13) ILLINOIS ASSOCIATION FOR CRIMINAL JUSTICE, ILLINOIS CRIME SURVEY (1929)
- (14) WALKER, *supra* note(9) 171
- (15) *Id.* at. 173
- (16) Raymond Moley, *The initiation of criminal prosecutions*

- by indictment or information , 26 Mich. L. Rev. 403-(1931)
- (17) J. E. JACOBY, AMERICAN PROSECUTOR 31 (1981); N. F. Baker, *The prosecutor—Initiation of prosecution*, 23 J. Crim. L. 770, 788 (1933)
- (18) National Commission on Law Observance and Enforcement (*hereinafter cited as* NCLOE) 「法秩序と執行に關する大統領委員会」 WALKER, *supra* note(9)173
- (19) JACOBY, *supra* note(17)31
- (20) WALKER, *supra* note(9)175 又は上野治男『米国の警察』三七頁(一九八一)
- (21) NCLOE, REPORT ON PROSECUTION 38 (1931)
- (22) こうした Commission の時代を支えたものは、社会情勢のみならず法学家サイトの組織的な発展と法改革への気運があつたことも指摘しておかなくてはならない。アメリカ刑事法・犯罪学協会(American Institute of Criminal Law & Criminology)が一九〇九年に誕生、一九一〇年 *Journal of Criminal Law & Criminology* を創刊。アメリカ司法協会(American Judicature Society)が一九一七年に、アメリカ法律協会(American Law Institute)が一九三三年にスタートした。
- (23) 検察官起訴については、J. Miller, *Informations or Indictments in Felony Cases*, 8 Minesota L. Rev. 379-(1924); Moley, *supra* note(16)参照
- (24) WALKER, *supra* note(9)129; PAULE SAYER, THE LIFE OF ROSCOE POUND 147-149 (1948)
- (25) *Ibid.*
- (26) ROSCOE POUND, CRIMINAL JUSTICE IN AMERICA (1929)
- (27) W. F. WILLOUGHBY, PRINCIPLES OF JUDICIAL ADMINISTRATION 122-(1929)
- (28) J. W. MATHEWS, PRINCIPLES OF AMERICAN STATE ADMINISTRATION 430-432 (1917)
- (29) 公選制については田中英夫『アメリカ法の歴史(上)』三五六頁(一九六八)参照
- (30) WILLOUGHBY, *supra* note (27) 122. また当時、公選制から任命制への移行を主張したベーンニア政府委員会の見解については、GOVERNOR'S COMMITTEE ON CONSOLIDATION AND SIMPLIFICATION OF VIRGINIA, COUNTY GOVERNMENT IN VIRGINIA (1927)
- (31) CLEVELAND SURVAY OF CRIMINAL JUSTICE, *supra* note(11)595-596
- (32) 一九二五年三月三〇日、セントルイス法律家協会での Alfred Bettman の演説。ABA *Journal*, July 1925, 455-460 (1925)
- (33) MISSOURI ASSOCIATION FOR CRIMINAL JUSTICE, *supra* note(12) 113
- (34) 例へば *supra* note(17)参照
- (35) Baker, *supra* note(17)771, 776; JACOBY, *supra* note(17)33
- (36) N. F. Baker, *The Prosecuting Attorney : Legal Aspects of*

the Office, 26 J. Crim. L. 648—(1936)

- (37) 二十世紀初頭、既に連邦の司法省における A G (司法長官) の行為を「準司法」とであると紹介した論稿が存在した。J. A. Fairlie, *The United States Department of Justice*, 3 Mich. L. Rev. 352—(1904) また一九〇八年にアメリカ法曹協会の規定がこう述べている。

——公訴に従事する法律家の主な義務は、有罪を求めることではなく、正義が為されることを求めることである。ABA, CANONS OF PROFESSIONAL ETHICS, Canon 5 (1908)

- (38) Baker, *supra* note(17)654

- (39) M. Ploscow, *The Development of Present-Day Criminal Procedures in Europe and America*, 48 Harv. L. Rev. 433, 472 (1935)

- (40) *Id.* at 471

- (41) 一九二八年当時、ワシントンには九一九もの行政部内の法律職務が存していたが、わずかその一一五を A G は統制していたにすぎなかった。そこで全訴訟を A G の監督下に移行するよう A G に勧告された結果、一九三三年ルーズベルト大統領によって「行政命令六一六六号 (Executive Order No. 6166, June 10, 1933)」が発令された。この法令によって全訴訟機能が司法省に移され、A G ないし連邦地方検察官の監督、統制が明らかにされた。

法廷もかかる A G の訴追の集権化と、D A への監督権を承認

してゐる。例えば、U. S. v. Saniacinto Tin Co. 125 U. S. 273, 278-79 (1888) では、(A G は) 合衆国に対する、又は合衆国による全ての訴訟の監督と実行の権威を有しており、またそれが彼の義務とされている。そして D A は、種々の法廷でそれを行使するのであり、A G の直接の指揮と統制の下にあるのである。と述べられている。

- (42) アメリカに検察官が誕生したのは一七〇四年のコネチカットが初めてであり、一七一一年にヴァージニアの各地に置かれ、その後各地に広まったとされる。三井誠「検察官 (アメリカ)」比較法研究三八号六四頁 (一九七七) / NCLOE, *supra* note(21) 16; Jacoby, *supra* note(17)16

第二節「危機」の時代—一九六〇年代—

一九二〇年代から三〇年代にかけて刑事司法をめぐる改革への動きが熱心に示され、検察官の概念化に一定の方向づけが与えられた。そして合衆国は、第二次世界大戦を挟んで再び劇的な時代状況に直面することとなる。

一九五四年、人種差別を憲法違反であるとしたブラウン判決をきっかけに、これまで歴史上長い間、不当な差別と偏見、そして社会的不利益を被ってきた黒人による「公民権運動」が

料 活発に展開された。特に一九六四年、ニュー・ヨークのハーレムで、一九六五年にはロスアンゼルス⁽¹⁾のウォッツ街での暴動を頂点とするラディカルな運動の盛上がりは、激しい衝撃をアメリカ社会にもたらしたのである。⁽²⁾

さらにベトナム反戦運動や学生運動に代表されるカウンターカルチャーとしての若者文化の台頭、いくつもの政治的暗殺⁽³⁾、急激な犯罪率の上昇といった社会的諸現象の前に、旧来の基本的な社会制度が奉仕しえなくなってくる状況が生まれたのであった。⁽⁴⁾

こうした時代をウォーカー教授は「危機の時代」と評しているが⁽⁵⁾、かかる状況の中にあつて刑事司法制度は全く前例のない幾多の新しい事態に直面することになる。

まず、一九六〇年から七四年の一五年間に見る全犯罪数は二〇三%という異常な増加を示し、特に強盗 (robbery) については三〇一%という高い増加率を示すに至つた。⁽⁶⁾ その背景には、第二次世界大戦後のベビーブームと工業の技術革新が失業者を増やし、彼等を犯罪予備軍へと追いやったこと、さらにドラッグ文化の蔓延といった社会問題が存する事を指摘しよう。⁽⁷⁾ この時代、法や正義、社会秩序といった従来からの遵法的な観念はまさに「危機」に瀕していたと言えるだろう。

また同じ頃、一九六一年のマップ判決に始まる一連の「デュープロセス革命」と呼ばれた刑事被告人の保護の傾向は⁽⁸⁾、刑事司法制度を担う人々 (警察、検察、弁護士、裁判官等々) に大きな影響を与えたのであつた。この様な社会の中から、人々は「法と秩序」を強く求め始め、政府はかかる危機的状況に立向かう事を迫られたのである。

我々は以上に摘んだ六〇年代の刑事司法をめぐる情勢を背景に、被告人の権利の尊重という判例の動向と犯罪抑止の必要性に差迫られた社会との狭間で、再びリバイバルを必要とした刑事司法改革運動の中から、検察官をめぐる問題を抽出する作業をはじめなければならない。

へ一 大統領委員会発足

1 一九六五年、「法と秩序」を求める国民に応えて、ジョンソン大統領は、「犯罪、及びそれに対する優越と抑止の手段」と題する教書を発して二つの主要な手段を採ることを宣言した。まず第一に、ウィッカーシャム委員会以来の大統領委員会の設置であり、第二には、刑事司法に対する連邦の補助金 (grants-in-aid) 制の導入であつた。⁽⁹⁾

こうして、いわゆる「刑事司法の運営に関する大統領委員会

(President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice) ⁽⁹⁾ が設けられることになり、二年後、『自由社会における犯罪への挑戦 (The Challenge of Crime in a Society)』と題する報告書と、九巻にわたる研究報告 (task-force report) ⁽¹⁰⁾ が公にされた。

2 委員会は、犯罪への「強靱な (get-tough)」アプローチを採ることは主張せず、調査の必要性、刑事司法関係者の高い資質と教養、そして連邦による犯罪のコントロールへの努力を強調したのである。また最も大きなインパクトを与えたのは、制度組織に対するオリエンテーション (方向づけ) であり、その包括的な司法の執行への示唆がそれを支えた。けれども刑事司法制度全体に対するアプローチは盛んになされたものの、検察官自体に対する考察は試みられることなく、制度的な関心が強く (例えば、ローカルの検察制度の州レベルでの統合、州司法省の設置、フルタイムの検察官の増加、等々) 検察官の性格や地位については論じられることが少なかったのである。

〈二〉「行政・執行官」概念の提示

1 では、二〇〜三〇年代から六〇年代に至るまでの間、いかなる検察官論が登場したかを追ってみると、一九五六年、合

衆国検察官であったセイモア (Whitney N. Seymour, Jr.) がペーカー教授らの主張した「準司法官」概念を、本質的には真実である」と述べ、我々 (訴追者) は主要な義務が、有罪を求めることでなく、正義を求めることだということには信じている」として、「正義の遂行」義務という「準司法官」概念の中核とも言うべき義務を承認した。しかしながらセイモアは、実務の第一線の生の声として、(どのように正義が執行されるかを定める) 決定は、ただ被告の有罪について我々が確信した後でのみ達成されるのだ」と述べて、現実には正義の遂行義務は有罪の確信によつてのみ担保されることを言明し、ここに検察官の「有罪獲得」義務が優位に置かれていることを表したのであった。⁽¹³⁾

2 さらに従来の「準司法官」概念をめぐって、実務家サイドからの新たなアプローチが続けられた。一九五八年、ニューヨークのキングス・カウンティの DA、エドワード・シルバー (Edward Silver) が検察官の職務を、郡 (カウンティ) の主たる法執行官吏⁽¹⁴⁾ であるとニューヨーク市警察委員会で述べ、センセーションを巻き起こした。当時の人々には法執行の中心は警察であるとの考え方が支配的であり、このシルバーの「執行官 (enforcement agent)」概念は、その後多くの実務家に支持され、刑事法関係のテキストにも頻繁に登場するようになるの

料である⁽¹⁵⁾。

かかる方向性を判例もまた裏付けていることを確認しなければならぬ。一九三五年、既に連邦裁判所は検察官の正義の遂行義務を認めていたが、一九四五年、下級審において以下のような所論が述べられたのである。

——連邦検察官は行政的資格で行動するのである。検察官は人民の代表であり、検察官に対しては、一般人民の福祉の為に行使されるようにということで、自由裁量権が委ねられているのである。

(U. S. v. Brokaw, 60F. Supp. 100 South Dist. of Ill. (1945))⁽¹⁷⁾
として、従来の「準司法官」概念を脱却し、「行政官」概念、すなわち執行官吏としての検察官への方向を明確に示したのであった。こうした傾向は、この判決でも明らかにされているように、検察官の裁量権の行使が問題になるに従い、法廷は裁量権が行政に帰属していることを明らかにしたものであつて、前出の二者の言う検察官もこうした裁量権の主体者としての意識の上になつたものであるとしなければならぬであらう。

3 すなわち、一九二〇—三〇年代に、急変する社会状況に対応するために始められた刑事司法改革の中では、効率や必要性といった点から検察官訴追 (information)、答弁取引 (pre

bargaining) が承認され、検察官に対しては規制よりもむしろ期待が先行しがちであつたと言わなければならず、六〇年代に至るまでの間に検察官はおおよそ「準司法官」であると理解され、その裁量権行使にも規範的な意味での正義の遂行という枠がはめられたに過ぎなかつたのである。ところが、かかる規範性は、実際被告を訴追し、または訴追を取消す裁量権の行使の現場にあつては、ただその判断の段階においてのみ動くようである」とセイモアによつて評されているのが現実の姿であり、「準司法官」という概念も、検察官が、政府の事件を扱う場合への批判(「公正であれ」という規範的意味から)としてよく用いられるという第一線の検察官の不満を表出させるに至つたのであらう。このように、セイモア、シルバーに言われる「有罪獲得義務」と「執行官」及び「行政官」概念が新たに概念化の内容として提起されたと言えよう。

〈三〉 裁量権問題と概念化

1 一方、六五年に出された大統領委員会報告書に触発された形で、多くの論稿が検察官の裁量権問題について問題点の提示と改革の示唆を行い始めた。この問題については、実務家や法廷よりも、研究者の手によつて展開されたと言つていいだろう。

六五年のカプラン教授 (John Kaplan)⁽¹⁹⁾ に始まる一連の研究の中で、最も関心を集めたのは六九年のデービス教授 (Kenneth C. Davis) とミラー教授 (Frank W. Miller) の著作を挙げるこ
とが出来る。⁽²⁰⁾

デービス教授は、一九四〇年のジャクソン判事の演説を紹介し、検察官の影響力の大きさを述べて、何故有罪であることが明らかの場合にも検察官は訴追しない裁量を有しているのか、という基本的な問題に立返って裁量権問題に取組み、ミラー教授は、訴追裁量への抑制と監視の為の具体的提案をまとめて注目された。⁽²¹⁾ しかしながら、かかる議論の中では検察官の概念化が深められるようなことはなく、むしろ裁量権の統制に論点が置かれていた。

2 ようやく七〇年代に入り、コックス (Sarah J. Cox) によつて、裁量問題の概観を経た後に、訴追の究極の目標とは正義 (Justice) であるとして、裁量の理由の明示と公開が検察官に「正義の目標を営むこと」を可能にさせるとしたのである。⁽²²⁾
裁量権問題は多くのこうした研究家の考察の積重ねによつて、「裁量とは何か」という機能をめぐる問題と、「裁量をいかにコントロールするか」といった統制、抑制の問題との二面において追求されるべきであると整理された。ところが、裁量の主体

者たる検察官に関しては「裁量を行う検察官はいかなる者と位置付けられるか」といった我々の言う概念化の方向ではなく、専ら「裁量行使するに際して検察官はいかなる義務を負うのか」といった裁量の抑制原理としての検察官論が見られるだけだったのである。

結局、裁量権問題をめぐつては、検察官の概念化は二〇〇〇年代に提示された「準司法官」概念の中核原理であつて、既
に実務からその規範性を批判されていた「正義の遂行」義務と同種の目標設定を得たに止まつた。

ここきて、既に裁量権者を行政官と捉えはじめた判例、実務の見地(「行政官」概念)と、裁量権の抑制原理として引出されることとなつた「正義の遂行」義務を主張する「準司法官」概念は、矛盾をこそ提示せよ、調和した概念を描くことは困難であつたと言えよう。

3 こうして一九二〇年代に始まつた検察官の概念化の歩みは、「準司法官」という一つ
の概念類型を提供したのであるが、六十年代の第二の司法改革の波の中では明確な概念化を果たしえず、「行政官」概念との二極化という方向を辿ることになるのである。

かかる概念化の作業が、様々な論争の一つの基盤となつて、
 ることをここで確認しておく必要があるだろう。何故なら、検
 察官をいかにとらえるか、という問題は単なる概念論争として
 の意味を持つばかりではなく、刑事司法手続き全体をどのよう
 に理解し、方向づけるのかといった制度論への視点に大きく係
 わつてくるのであり、また手続き上の諸問題、例えば、検察官
 の裁量権の位置付け、証拠開示の義務の問題²⁴⁾、等々の様々な論
 題と密接に結びついて、当事者主義構造の理解に欠くことの出来
 ないステップであるからだ。

4 すなわち極言すれば、検察官をどうとらえるかによつて、
 その訴訟観というものが左右されることになるのである。ここ
 に、合衆国の検察官の概念化の発展を眺める意味がある、とい
 つても過言ではないだろう。特に本稿で取上げた二〇〇〜三〇年
 代、六〇年代には合衆国の刑事司法の土台を見直すような激し
 い改革運動の中で、必然的にそれに係わる検察官もまた厳しい
 自己規定の過程を経てきたのであり、かかる状況の中でリアル
 にその視座が浮きぼりにされたことがそれを裏付けているので
 ある。

ここで我々は、これまで抽出されてきた二つの概念化の矛盾
 の克服の為に、制度論的な議論から離れて、二つの問題に関す

る判例の考察方法にその指標を求めることにはしたい。一つは当
 事者主義に関して、もう一つは検察官の司法免責問題に関して
 である。両者に関する連邦裁判所の近年に至るまでの所論を追
 い、そこで展開された検察官概念をめぐる考察を分析した後、
 章を改め様々なアプローチから概念化を試みる近時の諸論稿を
 見ることにする。それは、抑制原理として展開されるに至つた
 検察官論から、再び検察官の地位・機能を合衆国刑事司法上、
 刑事手続き上いかに把握するか、という概念化の基本的出发点
 に立ち戻る作業であり、前述した裁量権問題の二面的議論と同
 様、実務行使の際の規範的な義務論と、手続き上、制度上の地
 位論とを区別して論じなければならないという理由に基づくも
 のである。

(1) Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)

(2) S. WALKER, POPULAR JUSTICE — A HISTORY OF AMERICAN
 CRIMINAL JUSTICE 223〜(1980) 一九六四年八月一六日から九二
 日間、ブルックリンまでを巻込んだハーレムの暴動は、白人警
 官による黒人少年への発砲に端を発したもので、一人が死亡、
 百人以上が負傷し、およそ五〇〇人が逮捕されその被害は百万
 ドルと言われた。一方、一九六五年八月、ロスアンジェルス
 のウォッツ暴動はさらに激しく、六日間に及ぶ暴動の結果、今日

までにおいてアメリカ史上最も悲惨なものとなった。三四人の死者、一千人の負傷者、四千人の逮捕者と三五〇〇万ドルの被害総額は全米に衝撃を与えた。が、この「長く熱い夏 (long hot summer)」は治まるどころか次々と各地へ飛び火していったのである。六七年にはデトロイト、ニューアークの暴動でそれぞれ四三人、二三人という死者を出し、全米四三都市に暴動の波及が及んだ。デトロイト暴動に関しジョンソン大統領によって設けられたカーナー委員会 (National Advisory Commission on Civil Disorder) は一九六八年の報告書で、我々の国は今、二つの方向に分離され、不平等のうちに分れて行こうとしている。それは一つは黒人、一つは白人、という様である。という有名な言葉を記したのであった。REPORT OF THE NATIONAL ADVISORY COMMISSION ON CIVIL DISORDER (1968)

- (3) 一九六二年ミシシッピ州ジャクソン市で黒人指導者メドガー・E・バースが自宅前で凶弾に倒れ、翌六三年にはケネディ大統領がダラスで、六五年にはマルコムXがニューヨークで、また六八年には黒人運動の最高指揮者マルチン・ルーサー・キング牧師がメンフィスで、ロバート・ケネディがロスアンジェルスで暗殺された。清水博『アメリカ史』三八四頁〜一九六八、上野治男『米国の警察』四四頁(一九八一)等参照。

- (4) WALKER, *supra* note(2)221
 (5) *Ibid.*
 (6) *Id.* at 227

(7) *Id.* at 228

- (8) ウォーレン・コートによって展開された「デュープロセス革命」は、一九六一年のマップ判決、六三年のギデオンの判決、六四年のエスコビート判決、六六年のミランダ判決に代表される。(Mapp v. Ohio, 367 U. S. 643 (1961); Gideon v. Wainwright, 372 U. S. 335 (1963); Escobedo v. Ill. 378 U. S. 478 (1964); Miranda v. Ariz. 384 U. S. 436 (1966)) かかる動向については ARCHIBALD COX, THE WARREN COURT — CONSTITUTIONAL DECISION AS AN INSTRUMENT OF REFORM (1968) 邦訳は吉川精一、山川洋一朗「ウォーレン・コート」(一九七〇)『S・ケイ・デイッシュ(井上正仁訳)「アメリカ刑事司法の動向」刑法雑誌二四一、一三頁(一九八〇)』田宮裕「刑事訴訟におけるデュープロセスについて」法学セミナー一九八一、二〇三(一九八一)参照。

- (9) WALKER, *supra* note(2)223
 (10) *Ibid.* Norman Abrams, PROSECUTORIAL DISCRETION: ENCYCLOPEDIA CRIME AND JUSTICE, vol. 3, 1272 (1983) 大統領委員会のメンバーは、前AGロジャース (William P. Rogers)、『エール大学学長のブリュースター (Kingman Brewster) 等』、一九人のうち一五人までが法律家であった。スタッフには多くの若手のリベラリストが揃っており、ハーバードからはポール・ネルク (James Vorenberg) が、また前合衆国検察官であったロス (Henry Roth) が任じられた。当委員会につき邦文に

する紹介として、一般的、包括的な、松尾浩也「刑事司法の運営に関する大統領諮問委員会報告書について」家裁月報三二一六二頁～(一九七二)、「長島敦「刑事司法の運営に関するアメリカの大統領委員会報告書について」警察研究三八一～一、五三頁～(一九六七)がある。特に検察官の裁量問題については、飛田清弘「アメリカにおける不起訴処分制度とその将来の方向」警察研究三九一～、六三頁～(一九六八)

- (11) WALKER, *supra* note(2)223, THE CHALLENGE OF CRIME IN A FREE SOCIETY, TASK FORCE REPORT: THE COURT, A REPORTED BY THE PRESIDENT'S COMMISSION ON LAW ENFORCEMENT AND ADMINISTRATION OF JUSTICE (PCLFEAJ) (1967)
- (12) 松尾 前掲註(1)二二頁、飛田 前掲註(1)六四～五頁参照
- (13) W. N. SEYMOUR JR. WHY PROSECUTORS ACT LIKE PROSECUTORS: RECORD OF THE ASSOCIATION OF THE BAR OF THE CITY OF NEW YORK, II 312-13 (1956); G. T. FELKENES, THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM 159 (1973) 124頁。
- (14) P. B. WESTON & K. M. WELLS, THE ADMINISTRATION OF JUSTICE 8～(1981)
- (15) かかる方向性を示していた先駆的論稿として、A. F. MACDONALD, AMERICAN STATE GOVERNMENT AND ADMINISTRATION, 3rd Ed. 405-6 (1946) がある。ブックタイトルは検察官の「無罪の保護とどうも葛藤 (conflict)」とどうも簡明な、検察官の義務が真実を明らかにするかどうかを認めつつ、検察官は無

罪の保護者 (protector of the innocent) ではないことを明確にしていたのである。

- (16) BERGER V. U. S. 295 U. S. 78, 55 S. Ct. 629, 79 L. Ed. 1314 (1935)。第一節(1)参照
 - (17) 飛田 前掲註(1)六五頁に訳出あり。
 - (18) SEYMOUR, *supra* note(13)312-3
 - (19) J. Kaplan *The Prosecutorial Discretion*. 60 Northwestern L. Rev. 174～(1965)
 - (20) K. C. DAVIS, DISCRETIONARY JUSTICE (1969); F. W. MILLER, PROSECUTION (1969)
 - (21) DAVIS, *supra* note(20)190
 - (22) MILLER, *supra* note(20)327。ミラーは訴追裁量の抑制の一手段として私人訴追制度の導入を示唆しているが、近年我が国においても私人訴追主義の提唱が見られる(例えば鮫越益弘「私人訴追主義と訴訟前手続の構造」法政理論一七四、三七頁(一九八五)他)。
- しかし、イギリスドイトといった脈絡において分析が為されており、ミラーが述べたように公衆訴追主義への抑制理論としての脈絡(すなわち合衆国における私人訴追主義—公衆訴追主義という歴史的系譜を踏まえたうえで)とはまた異なるアプローチとして扱われるべきであろう。
- (23) S. J. COX, *Prosecutorial Discretion: An Overview*, 13 Am. Crim. L. Rev. 3, 434 (1975)

(24) 例へば MURRAY L. SCHWARTZ, CASES AND MATERIALS ON PROFESSIONAL RESPONSIBILITY AND THE ADMINISTRATION OF CRIMINAL JUSTICE (1962) 収録の各論稿参照。

(25) Brady v. Maryland, 373 U. S. 83, 87 (1963)、「検察官は正義 (justice) に奉仕する義務を負っており、それ故被告人の刑事責任を否定する証拠を被告人に渡さなくてはならない。」Note, *The Duty of the Prosecutor to disclose exculpatory evidence*, 60 Col. L. Rev. 858- (1960) 参照。合衆国での議論の比較法的考察として、酒巻匡「刑事訴訟における証拠開示(1)〜(3)」法学協会雑誌一〇三・一、三、五(一九八六)が詳しい。

第三節 判例の示す検察官の概念化(1)―当事者主義問題

当事者主義ないしは当事者制 (adversary system) を採る合衆国の法廷においては、検察官は一方の代理人 (attorney) として、有る時は犯罪に対して法の効果的な執行を進めようとして、ある時は民事につき州の利益を代弁するのである。¹⁾

刑事司法制度上、かかる検察官の当事者性を強く主張する考え方が登場してきたことは前節で見たとおりである。「行政官・執行官」概念が、一方、従来多くの法廷や論者は、公益 (public policy) の一つとして検察官は単に有罪を求めるのではなく、正

義を求めなければならない⁽²⁾、と説いていた。「準司法官」概念⁽³⁾。この対立は、当事者構造をめぐる根本的な問題を鋭く反映したものであると言えよう。すなわち、対立する当事者として検察官は被告の有罪を証明すれば良いのであって、それこそが正に社会における正義の実現なのであり、検察官はそうした訴追活動を通して社会秩序を具現するものなのである、と言われる。けれども刑事手続きにおいては被告人の利益が守られ、適式な手続きがまず担保されなければならないのであり、その為検察官もまた裁判官と同様に正義を執行すべき義務(「事件に勝つことではなく、正義の実現を求める」義務)を負い、被告人に有利な証拠を開示し、その利益を尊重せねばならないのである、とも言われたのであった。³⁾ 検察官に対するこうした矛盾した要請は、すなわち検察官をいかなるものと捉えるか、という命題を解決せずして解答の与えられるものではない。我々が当事者主義問題に目を向ける時、かかる視点を有したものであることを初めに明らかにしておく必要があるであろう。

ところで、当該訴追行為が有罪を獲得するという目的を持つ以上、その際に、検察官の私的利益 (private interest) ―例えば財政的、個別的なものへの奉仕がどの程度許されるか、と

料 いう問題を長い間、合衆国は抱えざるを得なかつた。⁽⁴⁾ それは懸賞金制度を考案したプラグマティックな国民性が示しているように、

資 追の促進と活性化の為に incentive (刺激) を与える目的で、報酬等の「財政的、私的利益」が提供されていたことによる。⁽⁵⁾

勿論、合衆国においては検察官は長くパートタイムが主流を占め、その報酬形態自体が有罪獲得事件に対して支払われていた、という歴史的背景を忘れることは出来ないが、⁽⁶⁾ 時代が進みキャリアの検察官が少しずつ増え、二〇〜三〇年代を通して「準司法官」⁽⁷⁾ 「正義の遂行義務」という概念が主張されるようになる、こうした刺激は、私的利益のみに奉仕し、公的利益、すなわち正義が遂行されることに奉仕しえなくなるのではないかという批判が示されるようになったのである。⁽⁷⁾

ここに来て、当事者制の一方の attorney としての検察官は訴訟に勝つために刺激を受けるのが当然だとする説(肯定説/私的利益説)と、刺激は訴追の公正さを失わせると共に、私的利益のみを維持させ、due-processを侵害せしむるという説(否定説/公的利益説)が対峙することになった。

本節では、当事者主義をめぐって刺激 (incentive) 概念が妥当しうるかどうかという問題を扱った論稿、判例を検討することにより、検察官の概念化への一つのアプローチの道を探って

みることにする。

〈一〉 刺激 (incentive) の可否

1 刺激の概念は大きく二つに分類される。第一には、「一般的刺激概念」と呼べるもので、検察官は法の執行に当たって、熱心であることが許される⁽⁸⁾ という考え方であり、執行手続き上、熱心さ (zeal) や活力 (vigor) を強くすることを当事者主義の下で事件勝利への私的利益への奉仕として承認する、という思考を有しているのである。⁽⁹⁾

第二には、「財政的 (金銭的) 刺激概念」であり、「報酬概念 (Reward Concept)」とも呼ばれている。これは、通常有罪について定められている検察官への報酬を認めることで刺激を強めようという考え方であり、⁽¹⁰⁾ 「一般的刺激概念」に包含されている。

2 一九世紀、合衆国では一般に報酬概念は承認されていた。一八九九年、マテュース判決は先例に倣って刺激の価値を認め、⁽¹¹⁾ 精神的な公的義務の遂行に対する刺激や鼓舞 (stimulus) としての報酬の、公務員に提供する便宜性、利益性を記したのであった。ただ、私的な個人的報酬と政府当局からの報酬とを区別し、⁽¹¹⁾ 公務員 (public officer) は完全に立法と行政当局によって認め

られた報酬だけを受け取るのだ、としたのである。⁽¹²⁾ところが二〇世紀に入つて、いわゆる「準司法官」概念¹¹「正義の遂行」概念の影響も手伝つて、各州裁判所においては、報酬概念の否定を示す傾向が現れてきた。

ニュージャージー上訴裁判所は、*Boneth v. State* (1976) に関して、有罪に対する報酬は公益に反し、有罪を求めず、正義が為されることを求める¹³。検察官の義務と報酬概念は一致しないとしたのである。しかし、憲法上あるいは公益の下でかかる報酬概念は承認された判例も以然見られた。一九二九年、テキサス刑事上訴裁判所はワイアット事件において、検察官は司法機能(judicial function)を果たしえないとして真向から「準司法官」概念を否定し、報酬はテキサス憲法を侵害することは無い、と判示した。⁽¹⁴⁾さらに下つて一九七五年、イリノイ上訴裁判所は報酬制を合憲として、一件一五ドルの報酬では平等保護条項違反とするには不足であるとした。⁽¹⁵⁾

3 前者の解釈が「準司法官」概念の流れに立つものであることは言うまでもなく、前節で見た「正義の遂行」義務を引用しつつ、有罪報酬をそれへの障害として眺めている。一方、後者の解釈が司法的機能に批判的であった「行政・執行官」概念の思考に立つたものであることも明らかだろう。すなわち報酬

概念の可否の問題に反映された当事者主義問題もまた、検察官概念の視点を抜きにしては語ることの出来ないことが認められよう。

けれども、先に示された報酬概念をめぐる議論は、三四の州において既に有罪報酬が廃止(キャリア職の普及による)されて以来、概念そのものの存否よりも、むしろ報酬を刺激の一つとして効果的な訴追を為し得るとする方向(私的利益説)と、かかる報酬による財政的刺激が審理の公正さを妥協せしめるという刺激の危険性を主張する方向(公的利益説)の調和を計ることが問題とされるに至つた。⁽¹⁶⁾具体的には、刺激の便宜性と、憲法上、公益上の利益保護との対立をいかに克服するかという課題が法廷に示されたと言えるのである。また、かかる相克状態は、あるべき刑事司法をめぐる二つの主要な理念、ないしモデルを反映したものであると言ふこともできる。一つは刑事司法を社会の秩序、治安維持の手段と見てそれぞれの官吏はその目標に努力する、という「犯罪統制モデル(crime control model)」であり、もう一方は、刑事司法は被告人の権利保護を重視した手続きであるべきだとする「適正手続きモデル(due process model)」である。⁽¹⁷⁾このいわゆるモデル論を背景として眺める時、報酬概念論争が、当事者主義への理解と検察官概念

料の持つ重要性を我々に指し示すものであることが理解されるであろう。

資 我々は、かかるコンテキストから報酬概念論争¹¹当事者主義問題に檢察官の概念化への緒を求めることにはしたい。

〈二〉 調和と克服への歩み

1 まず、調和と克服を目指す主張の一つとして、刺激の便宜性を公益に反するとして承認せず、専ら檢察官に「中立性と公正さ」を要請する「準司法官」論が挙げられよう。⁽¹⁸⁾

この方向は従来いくつもの下級審で示されてきたものであるが、一九七六年、連邦最高裁判所は、インブラー事件につき檢察官に公正さという基準を適用することは、檢察官の機能が準司法的であるが故に正当であると判示し、訴追するかしないかという檢察官の裁量は、裁判官が従うのと同様の中立性の基準に従うべきであるとした。⁽²⁰⁾

こうした「中立性アプローチ」は、刺激を排除し、全州法において檢察官に対する財政的刺激を廃するよう求めた一九六七年の Ganger v. Peyton での第四控訴裁判所に做つたものと言えるが、このアプローチこそが、檢察官のみならず、公益を代表し、聴聞 (hearing) 及び審理 (trial) において正義を求める

全公務員 (public officer) に対して矛盾のない基準 (consistent standard) を提供するだろう、とされたのである。⁽²²⁾ しかしながら、当然のごとくこの「準司法官論¹¹中立性アプローチ」には以下の問題が示されよう。

2 まず第一に、実際「完全な公正さは非常に困難なもの」であり、「個人的誇りと勝利への公的圧力(例えば公選制)における選挙民への配慮等」は、どんな中立性の要請にもかかわらず檢察官を偏つたものとしてしまう。⁽²³⁾ からである。

また、かかるアプローチは、訴追を促進するのに効果的な刺激の必要性を無視してしまつており、⁽²⁴⁾ 当事者主義の下では何らかの刺激概念は檢察官に必然的であるという現場の意識を考慮していないとの批判が為されるのである。⁽²⁶⁾

3 さて、「準司法官」概念に導かれた「中立性アプローチ」が示され、右批判を受けることになれば、反対にいわゆる「執行官・行政官」概念の系譜を有するアプローチが主張されることは予想に難くないであろう。

それは、「檢察官は正義の為に骨を折る」という考え方を捨て、当事者主義の下では相対する当事者は「当事者の利益 (adversary interests)」を有する事が許されるという視点に立

ちながら、⁽²⁷⁾当事者制のジレンマと言うべき「中立性の要請」に「絶対的に拘束される事なく、熱心に」⁽²⁸⁾「党派的に(partizan)」、職務を執行することを主張した「当事者的アプローチ」と呼ばれるものである。

一九八〇年、合衆国連邦最高裁判所は、ジェリコ事件において従来の(特にインブラー事件で述べられていたような)「中立性アプローチ」の手法を放棄し、当該事件の執行官の罰則査定行為と検察官の訴追機能とを対比させながら、原告の言う準司法機能への、デュープロセスの保障する「中立性」要請を却下した。⁽²⁸⁾

4 かくして連邦最高裁判所は、⁽²⁹⁾「検察官は司法官又は準司法官ではない」と言明するに至り、半世紀以上の間続いてきた「準司法官」論争にピリオドを打ったのである。すなわち検察官は、「中立性アプローチ」を採用したターミー判決、⁽³⁰⁾ウオード判決⁽³¹⁾で示された司法官としての、「絶対的デュープロセスの中立性要請」には一般的に従うことはない」と判示したのであった。⁽³²⁾

法廷は次のように述べている。

… 検察官は完全な「中立性と公平さ(neutral and detached)」を必要としていない。… 当事者制の下では、検察官は法の執行に熱心であることを必然的に許される。民

事罰を得るのに刺激を与えられているのが検察官であり裁判官でない場合には、事実に関する注意深い探知や、法の適用、また手続きの適正かつ明白な経過を守る際の憲法上の利益は、(裁判官と)同程度には含まれていないのである。⁽³³⁾

これによつて検察官への「厳格的中立性」の要請は、裁判官と同等には求められえないこととなつた。そして、「当事者的アプローチ」を採れば、検察官が公衆を代表しているという理由から財政的の刺激を有することも許される、という方向性が与えられるとした。⁽³⁴⁾ この判決は、二〇世紀に入つてからの検察官の概念化をめぐる議論を踏まえ、それを実際の訴訟上の問題(刺激概念の承認)に、特に当事者制下において必然的に生じうる公訴提起を為す者の中立性、公平さの問題に展開させた画期的判決であると言えよう。それは、六〇年代以降活発に議論されてきた検察官の裁量権の性格づけを従来の準司法官的とらえ方ではなく、行政官として理解することで、予定される司法審査の道を開いたという点で特に注目されるのである。

5 しかしながら、かかるアプローチもやはり以下のような難点が指摘されるとしなければならぬ。

第一に、「公的利益」と「私的利益」が一致しない場合、「公

料
的「利益」に仕える論拠がなくなり、公衆の信頼を失わしめ、単なる雇われガンマン (hired gun) に墮してしまうのではないかという危惧がある。⁽³⁵⁾

また、検察官の審査されない裁量機能は民事責任から免責 (immunity) されているにもかかわらず、そこにきて有罪獲得を促す刺激が加わることは検察官の視点を不当に歪めてしまうのではないか、という懸念の存在である。⁽³⁶⁾

さらに第三点として、憲法修正第五条によるデュープロセスの中立性要請が裁判官と同等には求められえないにせよ、では検察官には如何ほどの要請が認められるのか、検察官はデュープロセスの中立性を担保する義務を負う必要はないのか等、解積上の問題も残されるのではあるまいか。

6 以上、判例が「中立性アプローチ」を排斥し、「当事者性アプローチ」を採るに至った経過を見ることができた。しかし、その刺激概念の現実的局面にはいささか問題が残ると言えよう。と言うのはジェリコ事件において裁判所は、検察官の財政的・私的利益への明確な制限を表していない(附随意見はその必要性を認めなかった)⁽³⁷⁾。

すなわち、先例を覆すに至ったこのジェリコ判決を全面的に受入れたとしても、私的利益の具体的許容性、憲法上の制限等

の明確化が必要とされるであろうし、刺激概念が報酬概念にまでわたって広く認められるにしても、かかる刺激が何故私的利益のみ結び付き、公的利益にも同時に仕えるものとはならないのか、といった点を論及する必要があるからである。⁽³⁸⁾

7 ここにおいて我々は、当事者主義構造の中での検察官の持つ刺激概念の承認をめぐる、合衆国の判例を追って、その「当事者のアプローチ」でもっていわゆる「準司法官」論に立つ「中立性アプローチ」の否定を明らかにしたジェリコ判決までを概観し、その意義と限界性を考察することができた。これは、結局以下のようにまとめられる。

一つは、「公的利益説(否定説) ↓ (中立性アプローチ) ↓ 「正義の執行」概念 II 「準司法官」論」という道筋であり、もう一つは、「私的利益説(肯定説) ↓ (当事者的アプローチ) ↓ 「有罪獲得」概念 II 「行政・執行官」論」であると理解でき、検察官の概念化問題との脈絡を示すことに成功したと言えるだろう。こうして、一九三〇年代から六〇年代へと広く主張されていた「準司法官」概念ではあるが、当事者主義構造を採る合衆国の司法制度にあつてはもはやその規範性を維持することが出来ないことが明らかにされた。それが本節で取り扱った「刺激概

念」の判例の持つ重要な意義であると言わなければならない。

しかしながら、「絶対的中立性」否定を導いた論拠は唯一、検察官の準司法性乃至司法性の否定であつて、検察官概念論としてはその内実に乏しいとしなければならないだろう。そこで次節においては、執行官の罰則査定から検察官を論じたジェリコ判決(刺激概念論争)よりも、より直接に検察官の機能と裁判官のそれとを比較した議論である「司法免責問題」をめぐる判例に焦点を当てることにより、更に検察官概念化への道を探つてみたい。

- (一) 42 AMERICAN JURISPRUDENCE 234. (1942) ; 63 AMERICAN JURISPRUDENCE 337. (1972) , 13 WORDS AND PHRASES 53.~etc. 特に当事者制についてクラークはこう述べている。アメリカの司法制度は公正な法廷の前に当事者たち (adversaries) が事件を提示するのであつて、当事者である互いの戦士(すなわち検察官と弁護人)の等しい武器、等しい戦略を維持するところが重要な論理上の責任を負つてゐるのである。* R. S. CLARK, THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM: AN ANALYTICAL APPROACH 140 (1982)
- (二) 前節で示された Berger v. U. S. 295 U. S. 78 (1935) ; Brady v. Maryland, 373 U. S. 83, 87 (1962) などを、ABA COMMISSION ON PROFESSIONAL ETHICS OPINION, No. 150 (1936)
- (三) Mooney v. Holohan 294 U. S. 103, 112~3 (1935) は、州の行為を構成できるものである。
- 一州の為の検察官の行為(訴追)は第一四修正の範囲内での州の行為を構成できるものである。
- クラークは、当事者主義思想が長い歴史を有しているにもかかわらず、バランスの概念はまだ十分に理解されていないとして、パウフルで財力のある州と、貧しく弱い被告人とのマンバランスの修正の努力として、エスコビート、ミランダ、コールト等の一連のニュープロセス判決を指摘してゐる。CLARK, *supra* note(141)。しかしまた、理論上、当事者主義の最終目標は、証拠を示された根拠から被疑者の有無罪を決める途上において真実 (truth) を求める事である、と認見がある。J. J. SENNA & L. J. SIEGEL, INTRODUCTION TO CRIMINAL JUSTICE 99 (1978)
- (四) Comments, *Incentives vs Nonpartisanship: The Prosecutor's Dilemma in an Adversary System*, Duke L. J 1981, 311 (1981)
- (五) *Id.* at 324
- (六) 27 CORPUS JURIS SECUNDUM 690。特に「有罪推定」については at 691~692. ベーアタイム問題に引くのは NATIONAL DISTRICT ATTORNEYS ASSOCIATION, NATIONAL PROSECUTION STANDARDS 11~12 (1977) ; J. E. JACOBY, THE AMERICAN PROSE-

CUTOR 54, 57, 61 (1980) ; Notes, *The States Attorney's Dilemma: State v. Basham*, 16 S. Dakota L. Rev. 222~(1971) ; Comments, *The Part-time States Attorney in South Dakota: The Conflict between fealty to private client and service to the public*, 27 S. Dakota L. Rev. 24~(1982) 等が詳しい。

- (7) Comments, *supra* note(4)326~
- (8) *Marshall v. Jerrico Inc.* 446 U. S. 238, 248 (1980)
- (9) Comments, *supra* note(4)324
- (10) *Id.* at 325
- (11) *U. S. v. Matthews*, 173 U. S. 381 (1899)
- (12) 173 U. S. 381, 385
- (13) *Bonnet v. State*, 141 N. J. Super. 177, 357 A 2d. 772 (1976)
- (14) *Wyatt v. State*, 112 Tex. Crim. 280. 16 S. W 2d. 231 (1929)
- (15) *People v. Peters*, 32 Ill. App. 3d 1018, 337 N. E. 2d. 73 (1975)

本訴訟で弁護側は検察官の行為が平等保護条項に違反する、と主張したが、一般的に検察官の私的利益への抑制は公的利益の見地から以下の四つが主張されることが多い。

①公正な陪審を受ける権利の保障

②デュープロセス条項によって得られた基本的公正さの要請

これについては *Turney v. Ohio* 273 U. S. 510 (1927) が「司法、又は準司法官が私的利益を持った場合、被告人の憲法修正第5、第14条の権利は犯されてしまうのである。」と判示している。

③平等保護条項による公正さの要請

④コモン・ロー上の要請

一例としては *State v. Marcotte*, 229 La. 539, 86 So. 2d 186 (1956) は、「州が平等と公正な正義をただ求める際、有罪が逃れられないと同様、無実の者が苦しまないことを求めるのも検察官の義務である。」とした。

(16) Comments, *supra* note(4)329

(17) モデル論については、H. L. PACKER, *THE LIMITS OF CRIMINAL SANCTION* 149~(1968) ・その批判として A. S. Goldstein, *Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure*, 26 *Stanford L. Rev.* 1009~(1974) 等参照。邦文では鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』一一九頁以下(一九七九)が詳しい。

(18) *Ganger v. Payton*, 379 F. 2d 709, 714 (4th. Cir. 1967) は、こう述べている。「検察官は法廷の官吏であり、準司法官的地位 (quasi-judicial position) を有している。」

(19) 例えば、*Hurd v. People*, 25 Mich. 405, 415~6(1872); *Biemel v. State* 71 Wis 444, 450, 37 N. W. 244, 247 (1888) ; *Commonwealth v. Nicely*, 130 Pa. 261, 270, 18A. 737, 738 (1889) ; *Adams v. State* 202 Miss. 68, 75, 30 So 2d. 593, 596 (1947) ; *State ex rel, Latham v. Spencer Circuit Court*, 244 Ind. 552, 556, 194 N. E. 2d 606, 608 (1963) ; *State v. Boyce*, 194 Neb. 538, 540, 233 N. W. 2d 912, 913 (1976) 等。

- (20) インブラー事件の詳細については次節(二)及び註29参照。
Imbler v. Patchman, 424 U. S. 409, 422-23 (1976)
- (21) 37P. F2d. 709参照。かくしてインブラー判決は、検察官には彼等の機能が裁判官のものと同部分的に類似するとして、絶対的免責を承認したのであった。424 U. S. 409
- (22) *Comments, supra note(4)332*
- (23) *Ibid.*
- (24) 八つの州が付加的な報酬を認めている。これは、通常、弁護側か又は州政府から支払われている(アーカンソー、デラウェア、フロリダ、イリノイ、ルイジアナ、ペンシルバニア、テキサス、ワイオミング)。また手数料(*commissions*)が加えられるのはイリノイ州だけであり、有罪とされた者に訴追手数料(*fees*)が定められているのは九州である(アーカンソー、インディアナ、ジョージア、アイオワ、ミシシッピ、ミズーリ、ニュージャーシー、テネシー、ウエストバージニア)。
- (25) 当事者性の性質とは、事件の当事者が事件の結果に個人的な利害関係(*stakes*)を有することを求めることによつて保障されるものである。(下線筆者)
- Frothingham v. Mellon*, 262 U. S. 447 (1923); *Muskrat v. U. S.* 219 U. S. 346 (1911)等。また、訴追者(*prosecutor*)が公益を代表するにしても、彼等は事件の結果にある種の個人的利害関係を有するものだとした判決もある。U. S. v. *Richardson*, 418 U. S. 166 (1974); U. S. v. *SCRAP*, 412, U. S. 669 (1973)
- 等。かかる「当事者制(*adversary system*)」への解釈と、日本法において非常に多義的に用いられている「いわゆる『当事者主義』」とを混同してはならない。この点、例えば、横山晃一郎『憲法と刑事訴訟法の交錯』一〇頁以下(一九七七)参照。
- (26) ある調査では、検察官のおよそ三分の一が正義を求めることではなく有罪を求めることが目標であると答えているという。
 G. T. FELKENES, *THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM* 158 (1973)
- (27) *Wyatt v. State*, 112 Tex. Crim. 280, 16 S. W. 2d 231 (1929)
Comments, supra note(4)332
- (28) *Marshall v. Jerrico Inc.* 446 U. S. 238 (1980)。インブラー事件では、最高裁判所は、ある場合、いくつかの点で検察官は法廷官吏としてよりも、むしろ執行官として機能することは疑いがない。この機能の間に妥当な線を引くことは困難な疑問を呈することだろう。しかし、本件は我々に疑問を予知するように求めている。として準司法行為に関する判断を保留していたのであった。424 U. S. at 431 n.33
- 本事例は、アメリカ南東部でレストランチェーンを営んでいたジェリコという原告が、労働省の雇用基準局(*Employment Standard Administrative = E.S.A.*)の課した民事罰(*civil penalties*)の違憲性を争つたものである。すなわち、執行官は一五〇人以上の子供がジェリコで働いている事態につき、児童に関する労働規定(*Fair Labor Standard Act*)違反として罰金を徴収したが、原告は、当該罰金が違反の決定及び罰金の査

定の費用としてE.S.Aに償還されることは修正第五条のデュープロセス条項を侵すものであると主張し、これを定めた法(28 U.S.C.S. § 216(e))は、不法の多くの又多数の民事罰の査定を行うように執行官を鼓舞し(encouraging)、許容しえないリスクと歪み(bias)を生じさせてしまうのであり、かかる誘発(inducement)は司法決定形成過程での「中立性」に関するdue processの保障を侵害していると述べた。しかし法廷は、罰則の査定行為は「準司法」ではなく訴追官の機能に似ているとして、審査判事によって最終的な司法の中立性が担保されるのであり、単に罰則の査定に際して執行の側に偏見の可能性があると認めるだけではデュープロセスの侵害に当たらないとしたものである。

- (29) 446 U. S. at 248
- (30) *Turney v. Ohio*, 273 U. S. 510 (1927)
- (31) *Ward v. Village of Monroeville*, 409 U. S. 57 (1972)
- (32) Comments, *supra* note(4)314
- (33) 446 U. S. at 248-9
- (34) Comments, *supra* note(4)332
- (35) *Ibid.*
- (36) 424 U. S. 401, 420-30
- (37) 446 U. S. at 249, 250-52
- (38) Comments, *supra* note(4)333. ここでは、私的利益と公的利益の等化への道が模索されている。そして付加的報酬の可能性と上級官吏による執行行為への定期的審査を要請し、被告と社会

両者への正義の保障を義務づけることによってジレンマを乗り越え得るとされた。

第四節 判例の示す検察官の概念化(2) — 司法免責問題

コモン・ローにおいては、一般に司法官(裁判官)は自己の為した判決、決定等の職務行為に対する民事責任の追求に際し、責を負うことはないとする「司法免責(judicial immunity)」が認められていた。⁽¹⁾ここで司法官と言われるものは、広く裁判官と考えられていたが、裁量行為等につき裁判官的な判断を為す官吏を準司法官と呼んで、これに司法免責に準じた免責、すなわち「準司法免責(quasi-judicial immunity)」を与え民事責任から免がれうるとした解釈が為されていたのである。⁽²⁾

ところが一方で、合衆国は市民権法(Civil Rights Act)一八九三條⁽³⁾において、憲法に違反する行為から人民を保護するため立法、行政、司法のいかなる行為についても責任を負わしめ得るとして民事上の救済規定が設けられることになった。ここに至り、当該規定に基づき民事訴訟につき被告たる官吏に司法免責が適用されるかどうかといった問題が生じてきたのである。⁽⁴⁾免責問題は主として裁判官に対する司法免責と、行政機関に

許されてきた「主権免責 (sovereign immunity)」とに大別されるが、従来合衆国では、検察官はその司法過程への参与という性格から、専ら司法免責への帰属性が議論されてきた。我々は、司法免責問題を正面から論ずることを避け、本節では特に検察官に対する司法免責の準用¹¹、「準司法免責」ないし「検察官免責」を取上げることとし、その可否をめぐる判例を紹介すると共にそれらの法廷が検察官機能をいかに理解して免責を決定したか、という点に着目したい。というのも、かかる考察を行うことにより、法廷が検察官をどのように捉えているのかという分析を通して、概念化へのアプローチが一つまた可能になるのではないかと思われるからである。

へ一〇 ショイアー判決以前⁶

1 歴史的には、司法免責はイギリスにおいて一七世紀の判例にまで遡ることが出来るが、免責の概念自体は更にそれより二百年以上も前に形成されたと言われている。一八七一年に合衆国連邦最高裁判所で絶対的な司法免責が認められるようになるまで、かかる概念に本質的変化は見られない。

元来、コモン・ロー上司法免責は広く認められた考え方ではなかったが、一六〇七年、初めて絶対的司法免責への合理的根

拠が示され¹⁰、一九世紀中葉に至るまで法廷は、上位裁判所の判事に対してどのような司法行為についても訴訟行為は許されないことが法の原則である旨主張していたのである。すなわち、手続き (formality) を保護する必要性から民事の訴えについては政策的に免責が附されるべきである、という「基本的政策考慮 (basic policy consideration)」と呼ばれるものがそれである。

2 この司法免責原理は合衆国においても一八七一年のブラッドレイ判決で承認され、司法の独立の保障と濫訴 (vexatious action) からの裁判官の保護の為に、司法免責は公的利益 (public interest) に有益であると判示されたのであった。¹³

かかる司法免責原理の合衆国への導入に引続き、免責原理は公正な訴訟の担保であるとして、立法者、大陪審、証人といった者にまで拡大されることになったのである。¹⁴更に検察官についても下級審判例は、裁判官や大陪審の司法機能と検察官の機能の類似 (analogizing) によって司法官と同様の保護を認め、免責が適用されることとしたのであった。¹⁵

このように、司法官と同じ機能を果たすとされた「準司法官」についても司法免責の準用が求められる事になったのである (準司法免責) が、一般に準司法官と呼ばれる者には、クラ

料 ク (clerks of court)⁽¹⁶⁾ 量刑委員 (parole board members)⁽¹⁷⁾

刑務官 (prison officials)⁽¹⁸⁾、そして検察官が挙げられていた。⁽¹⁹⁾

資 本稿では、その「準司法免責」の適否を巡って検察官を中心
に論を進めてみたい(特にこれを「検察官免責」と称すること
もある)

3 市民権法一九八三条に基づく訴訟に対して、連邦におい
て最初に検察官の絶対的な訴追上の免責を与えたのは一九二六
年のヤセーリ判決の控訴審であった。これは

—合衆国検察官 (United States Attorney) は司法官でな
いにしても、政府の少なくとも準司法官である。彼は重要
な司法機能を行使し、法の執行に従事しているのである。⁽²⁰⁾
と判示し、この決定は連邦最高裁判所においても支持された。⁽²¹⁾
すなわち一八九六年のグリフィス判決⁽²²⁾で示された、刑事手続き
の構造は一つの「司法的決定 (judicial determination)」であ
る、という思考を採り入れ、検察官の有している義務は司法的
性質のものであり、彼自身の判断に適正な執行が依存している
という事実から「絶対(的)免責 (absolute immunity)」に相
当するとしたのである。⁽²³⁾ かかる連邦裁判所の姿勢は、以後半世
紀に渡って維持されることになった。⁽²⁴⁾

(二) ショイアー判決以降

1 一九七〇年のケント州立大学でのベトナム戦争反対紛争
による三名の学生死亡事故につき、州兵の導入を許した州知事
に対する市民権法一九八三条項に基づく申立てを、第6控訴裁
判所はコモン・ロー上の行政免責 (Executive immunity) の原
理によつて訴えは妨げられるとして却下したのであるが⁽²⁵⁾、連
邦最高裁判所が一九七四年にこの決定を取消すに至つた。⁽²⁶⁾

最高裁判所は、知事側によつて主張された絶対免責を否定し、
当該行為の免責は絶対的なものではなく、変化する範囲
(scope) によつて生じる限定免責 (qualified immunity) であ
る、と述べて州の高級官吏 (the highest executive of officer)
はかかる免責によつて保護されることを明らかにした。すなわ
ち、「絶対免責」は訴訟の冒頭での申立ての無効を意味し、「限
定免責」とは事件の状況によるものであるとして以下のような
適用原理を示した。まず(1) 役職の裁量や責任の範囲、(2) 全
体の状況、(3) 当該行為の妥当性、そして(4) 当該行為への誠
実なる信念 (good faith belief) の存在、である。⁽²⁷⁾

このショイアー判決により、今まであいまいであった行政部
に広げられていた絶対免責の合理的根拠が無くなり、一九八三
条項と免責事由との関係が一応確立されたのであるが、しかし

ながらそこにあつてもやはり「基本的政策考慮」によるという免責原理の根拠は変化することはなかつたのである。

こうして問題は、シヨイアー判決での判断基準が検察官免責 (prosecutorial immunity) にいかに展開されるかという点が目されるに至つた。

2 一九七六年、連邦最高裁判所はインブラー判決において、原告の「検察官は行政官であり、シヨイアー判決と同様に限定免責とされるべき」という主張を退け、一九八三条項への免責は「地位ではなく機能に基づくものである」として「絶対免責」を採用した。⁽²⁸⁾

本件は、ロスアンゼルスで発生した強盗殺人の罪につき第一級殺人に問われたポール・インブラーが、検察官が誤つた証拠と知りつつ用いていたこと、彼に有利な証拠を押えていたことが明らかにされた結果、連邦のヘビアス・コーパスの手段により釈放を勝ちとり、その後検察官リチャード・パッチマン、ほか数名の検察官に対し一九八三条項に基づき損害賠償を申立てたものである。⁽²⁹⁾

インブラーは先例シヨイアー判決を引用し、当該検察官の行為は行政官としてのものであり、シヨイアー判決同様に限定免責とされるべきだと主張した。ここにおいて、連邦最高裁判所

は初めて州検察官に関する免責の妥当範囲を判示する機会を得たのである。

3 パウエル裁判官他四名の多数意見は、ヤセーリ判決で示された公益論に基づく絶対免責の論旨、及び一九九六年のグリフィス事件で悪意の存在にもかかわらず地方の検察官を絶対免責としたインジアナ州最高裁判所の判決を引用しながら、司法的局面 (judicial phase) への近接性 (intimately)⁽³⁰⁾ という理由から絶対免責を承認した。⁽³¹⁾ すなわち最高裁判所は、シヨイアー判決での「行政免責」の適用要件を持ち出すことなく、従来の「準司法免責」と同様の「公益論」ないし「基本的政策考慮」によつて絶対免責を与えている。例えば本判決の引用するヤセーリケースの上訴裁判所は以下のように述べている。

——我々の意見では合衆国の司法長官の特別補佐官は、法により彼に課せられた義務の遂行に於いては、インダイトメントや訴追においての悪意の行使につき、たとえそれらが陪審により無罪の評決となつたとしても、民事責任からは免責されるのである。免責は絶対的なものであつて、公益

原理 (Principles of public policy) に根拠づけられている。⁽³²⁾ 　そして、インブラー判決は「我々は、検察官は訴追を開始するか、又は政府の事件を代理する場合には、一九八三条項に基

料 づく損害賠償請求から免責されるとだけ判示する。』という結論を示したのである。³³⁾つまり、最高裁判所は検察官の役割に、代理人 (advocate) 的なものと、それ以外—例えば、捜査官、執行官的なもの—の二種が存在することを伺わせながらも、明白な機能分析をなしたとはみられず、その点は留保されたと見るべきであろう。けれどもこの文言が以後、『インプラーのかさ』と呼ばれ、下級審の検察官免責に関する一つのメルクマールとされたのであった。特にこのかさによって検察官が保護されるかどうかを決定するためには、各裁判所は当該検察官の行為を

機能的に分析する必要に迫られた結果、これが「機能的アプローチ」と呼ばれるようになるのである。³⁴⁾

4 かくして一九八〇年、連邦第五控訴裁判所はマリーロ判決において、検察官の行為を「本件はインプラーの(判決の言う)準司法的領域に入らない」として、インプラー判決が示さなかった執行官や捜査官としての役割の領域に関する判断に立入ることにした。³⁵⁾

本件は一九七六年フロリダで起きた盗品授受の疑いを受けた被告人によって申立てられた、Hialeah市とその検察官による「willfully, knowingly な合衆国の捜索、差押えの濫用」と、修正四条の権利侵害に関する損害賠償請求事件である。

法廷は、一九七八年にブッツ判決において連邦最高裁判所が示した連邦官吏への免責のレベル分析(機能類似テスト: functional comparability)により行政官の司法への近接性が示される時、行政部にも絶対免責が妥当する³⁶⁾を州官吏にも適用しうるとして、「官吏の地位 (status) や官名 (title) ではなく当該官吏の行為 (behavior) の性質を調べることに焦点を当てる」とした。³⁷⁾その結果、絶対免責は準司法的活動以外に拡大されてはならないとし、「捜索、押収に参加する検察官は本質的に犯罪を捜査する警察のものと同じ機能を遂行し、結果的に同じ種類の決定を為す」として限定免責を言渡した。³⁸⁾

すなわち、ここでマリーロ判決はインプラー判決で答えられなかった点—擁護者 (advocate) としての検察官の絶対免責が、執行官、捜査官としての行為にまで及ぶのかどうかという点についての解決を与えようとしたのであった。

5 インプラー判決が「機能的アプローチ」を採ったかどうかは、未だ疑問の残るところであると言わねばならないであろうが、判例の流れは、検察官免責は準司法免責の絶対的適用を離れ、シヨイアー、ブッツで明らかにされた行政免責の適用基準を参考にしつつ、機能的アプローチによって分析されることとなった。その結果、準司法的な機能には「絶対免責」が、非

準司法的機能には「限定免責」が与えられるとされた。つまり、検察官によって果たされる準司法的機能は、報復的訴訟の恐れから自由な効果的決定作用を得るために可及的に絶対免責を求めるとされ、もし検察官が準司法的機能から外れる場合には、彼の行為への責任は刑事司法制度を悩ませはしないのであり、³⁹⁾ 濫訴を抑制する司法制度内の安全装置は、検察官が司法制度の外で働く場合には存在しない」とされたからである。

6 しかしながら、こうしたアプローチについて、かかる準司法機能と非準司法機能との区別がいまいであること、また司法制度の内とか、外という概念がいかに規定されるかという問題が残ると言わねばならない。例えば後者について見れば、仮にそれを内側＝司法官 (judicial officer) 的機能と外側＝執行官 (administrator) 的機能とに区別した場合であっても、内側(ないし外側)の擁護者である検察官が法廷に密接でない行為(非準司法的機能)を果たす時はいかに説明されるであろう⁴⁰⁾か。然し、多くの決定作用において検察官は疑いなく法廷の官吏よりもむしろ執行官として機能することが多いことは六〇年代以降の検察官の概念論争の中で指摘されてきた事から明らかであるからだ。

第一点目のガイドラインについては、マリーロ判決以降、各

控訴裁判所がそれぞれアプローチを繰返しているところでもあり、最高裁判所の判断が待たれるものである。

さらに市民権法一九八三条項の言う民事救済の目的と、訴追者への保護のバランスがいかに担保されるかといった視点も必要ではないかと思われる。⁴¹⁾

以上、マリーロ判決で、絶対的免責への制限が明らかにされることとなった検察官の免責問題であるが、依然その適用に関しては議論の余地があるとしなければならないだろう(この点、後述〈三〉6のグレイ判決参照)。

〈三〉 概念化へのモデル

それでは最後に、前節当事者主義問題で示された刺激概念論争と、本節で述べた準司法免責問題とがいかに検察官の概念化と有機的に結びついているのかをまとめてみたい。

1 一〜二節で考察されてきた検察官の概念化論争は、裁量権の抑制原理として期待された「正義の遂行」を目標とする「準司法官」概念と、⁴²⁾ 現実の法執行機能に着目する「行政官」概念⁴³⁾との対立構造を提示するに至ったと理解される。

しかしながら、六〇年代を通じて展開された「準司法官」概

料 念は、二節で述べたとおり実務行使に向けた規範的義務論が中心と言わねばならず、二〇〜三〇年代に展開された同じ概念の延長とは言え、その強調するところは専ら「疑似的司法性 (quasi-judicial nature)」よりも司法が有するのと同じ義務を

果たすべきという点にあった。

一方、「行政・執行官」概念は極めて現実的な機能理解に基づいていたのであり、目標論的アプローチを為す前者と、機能的アプローチを為す後者の視点の相違を明らかにしておかねばならないだろう。例えば前者はアメリカ法曹協会の『職務責任に関する規範 (Code of Professional Responsibility)』に明確に現われている。

—… 検察官の責任 (responsibility) は通常の advocat (弁護士) … 但し本稿では attorney との混同を避け擁護者と認す場合が多い (の) のとは異なっている。彼の義務 (duty) は正義を求める事であり (seek justice) 単に有罪を獲得することではない。 * 傍線筆者⁽⁴⁴⁾

この規範はまさに responsibility や duty を扱ったものであって function (機能) というような文言は一切使われていない。ところが同じアメリカ法曹協会による文献であっても、『訴追機能と弁護機能に関する基準 (Standard Relating to the Prose-

cution Function and the Defence Function)』では検察官を「彼
の管轄の主たる法執行官」であり、「行政部の官吏 (agency)」
と呼んでいるのである。⁽⁴⁵⁾ ここにおいては、はっきりと訴追側と
弁護側といった当事者構造上、機能 (function) するそれぞれの
役割 (role) が述べられていると言えよう、(但し、「正義を求め
る義務」を負うものという限定が加えられていることが、注意
されねばならない)

2 さて、では我々にかかる視点の異なる概念化を二つの類
型として理解しえるであろうか？ それは否、と言わざるを得な
い。やはり目標論的アプローチにはその職務機能を配慮するこ
とを求めねばならず、機能論的アプローチにはかかる機能の奉
仕する意味づけを求めなければならないからである。

仮に目標論的アプローチを機能論的アプローチが補充すると
しても、導かれる検察官の概念に矛盾を呈しているのであるか
ら、こうしたアプローチを同じ指標に並べることは困難である
と考えられる。

3 かくして我々は次に、当事者主義論争に端を発した検察
官の有する刺激概念をめぐる判例の分析から、二つの図式がそ
れぞれ従来の検察官概念に結つく事を確認した。⁽⁴⁶⁾

すなわち、刺激概念を肯定した「私的利益説」⁽⁴⁷⁾ が、当事者的

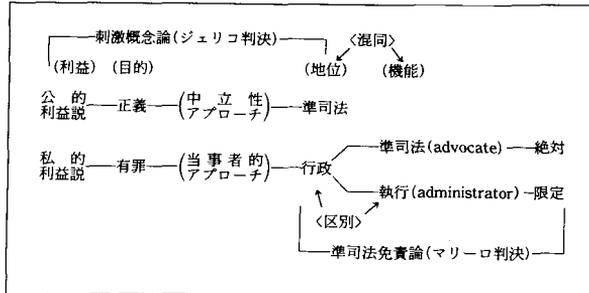
地位に基づいて有罪獲得という機能をなすとする当事者的アプローチを通して、「行政・執行官」概念へと至り、否定的であった「公的利益説」が裁判官と同様の中立・公正の義務を負うという正義の遂行を目標にした中立性アプローチを採ることによって「準司法官」概念へと達したのであった。ようやくこの時点で、刺激概念の当否といった観点から、困難とされた検察官概念の対立状況の同次元的な議論が可能となったと言えるのではあるまいか。

しかし、この刺激概念論争においては、機能的分析が一つの対立構造を導き出しており、「行政官」概念が当事者的執行機能に帰属され、「準司法官」概念が準司法的機能（裁判官の裁量行為と同じものと認める）に帰属されていたのである。—司法免責問題につき、ヤセーリ判決も同旨。⁽⁴⁹⁾

4 だが、こうした機能的対立は、むしろ地位論—行政官と準司法官—と、機能論—裁量行為と執行機能—とを混同していると言わねばならず、これを明快に説明したのが、準司法免責問題で一つの解釈論を打ち立てた一九八〇年の第五控訴裁判所のマリ—ロ判決であったのだ。⁽⁵⁰⁾

マリ—ロ判決は、検察官が行政官であることを前提にその機能を二面的に捉え、検察官の準司法的機能を絶対免責の根拠と

し、それ以外の機能（執行機能）を限定免責の根拠にしたのである。すなわち、刺激概念論争で連邦最高裁判所の採った当事者的アプローチに基づく行政官的地位の確認に引続き⁽⁵¹⁾、先に述べた「準司法官—行政官」という視点の異なる概念化論争の枠を越えて、その本質を機能の二元化と捉えるに至ったのである。



ここにおいて検察官の概念化から初めて「準司法官」という言葉が放棄されることになったと言えよう。それは、概念化論争の一つのピリオドを示しているものであり、争点は検察官の果たす機能分析に移されたことをまた示しているのではあるまいか。

5 しかしながら、未だマリ—ロ判決の行なった機能の分析も不十分であることを指摘しなくてはならないだろう。それは「準司法的機能について、「擁護者(advocate)」の果たす機能の内

内容である。マリーロ判決はその裁量行為の司法手続きへの近接性、及び報復的訴訟からの保護、訴訟の効率という観点から司法に準ずる免責（準司法免責）が検察官に与えられるとして絶対的な免責を承認したのであった。⁽⁵²⁾ところが、従来の「行政官」概念に拠れば、かかる裁量行為は行政に帰属するものであるとされ、準司法機能ではなく執行機能として理解されていたのである。⁽⁵³⁾この点、マリーロ判決の分析と「行政官」概念の関連は論理的な整合性に疑問を抱かざるをえない。

6 他方、インブラー判決以降、いわゆる「インブラーのかさ」をめぐってその解釈を迫られていた下級審であるが、一九八三年、コロンビア特別区控訴裁判所はグレイ判決において新たな絶対免責適用の法理を考案した。⁽⁵⁴⁾法廷は、「多くの決定が、刑事手続きの司法的局面と密着しない（検察官の）活動は絶対免責とすべきでない」と判示しているにもかかわらず、検察官の行為の全ての様々な形態の適当な性格づけをいかにするかという明確なコンセンサスが存在しない」と述べて、機能分析のプローチの困難さを表し、マリーロ判決でいともあっさりとしたと割切られた機能分析について本法廷はいささか躊躇を覚え、そして「インブラーのかさ」の保護を、当該行為が「advocacy」か否か」という判断に求めた。

本件は司法省の捜査、及び大陪審への提訴に重大な過失と悪意が存在したとして、合衆国、前司法長官と検察官らについて Federal Tort Claim Act (FTCA)（連邦不法行為請求権法）に基づく申立てを原告グレイがなしたものである。

7 しかし裁判所は、グレイの主張する当法廷が一九七七年に出したブリッグス判決と同じ判断——大陪審に先立つ司法審問 (judicial hearing) の偽証が non-advocacy であるとして限定免責を認定した⁽⁵⁶⁾—を為さず、絶対免責を言渡した。その理由として、「大陪審でのどんな検察官の行為も、審理での彼の役割へ検察官の役割が近接しているように formal な手続きを引き起こして」おり、「ブリッグス判決も不法行為が formal な司法手続きに乗っていることは確実であるが、まだ adversarial な地位にいない」⁽⁵⁷⁾だけであったと説明したのである。（国については、FTCA の例外規定（二六八〇条 a 項）により「裁量免責」に該当すると判示した）

つまり、グレイ判決では、advocacy という基準に加えてその formal な訴訟当事者の地位を要求しており、マリーロ判決のいう単純な機能分析では複雑な検察官の行為類型を把握することは困難であると考えたと思われる。このように検察官免責をめぐっては今なおその絶対免責の保護領域について解釈上の

争いが残されていることを付加しておかねばならないだろう。

8 以上、検察官の概念化をめぐって、二〇〜三〇年代、六十年代の学説、及び二つの判例上の争点から分析を試みてきたようやくここにきて概念化のモデルとして一定の図式化に成功したとは言え、その内実については今見てきたように検討の余地の多いことを認めなくてはならない。

我々は、次章において、近年の研究者サイドからの概念化の取組みを再び眺めることにより、検察官概念の発展史のおおよその素描を終え、現段階における問題点の抽出と展望を示すことにしたい。

- (1) 歴史的沿革については Comment: *Quasi-Judicial Immunity: its scope and limitations in section 1983 Actions*, Duke, L. J. vol. 1975, 95, 112〜(1975) 邦文では西迪雄「司法免責権—英法における Judicial Immunity をめぐって」裁判法の諸問題(十) 兼子博士還暦記念 一〇七頁以下(一九六九)
- (2) 27 CORPUS JURIS SECUNDUM § 16, 680-; Comment, *supra* note(1)96〜
- (3) Civil Rights Act, 42 U. S. C. § 1983 もともと本法は一八七一年の法律に基づいた。Act of Apr. 20, 1871 ch. 22 § 1, 17

Stat. 13 は以下の様に定める。

いかなる州又は領土において、いかなる制定法、条例、統制慣習又は慣例への違背の下での憲法や法によって保障されたいかなる権利、特権ないし免責の剝奪につき、管轄内のいかなる合衆国の私人ないし他人に被らせるか、又はその原因となった全ての者は、法律上の訴え、エクイティ上の訴え、ないし救済のためのその他の適当な手続きにおいて被害当事者に責を負わねばならない。

- (4) Notes: *The Civil Liability of a District Attorney for Quasi-Judicial Acts*, 73 Univ. of Pennsylvania L. Rev. 300 (1924-25)

日本法では、現行の国家責任法体系の下では検察官個人に対し賠償請求は出来ないとされている。(個人責任全面否定説)。

但し、少数説として個人責任を肯定した判例もある(大阪高裁判昭七・五・一七高裁民集一五巻六号四〇三頁、札幌地判昭四六・三・二四判例時報六五三三二頁一頁別事件一審)。検察官の不法行為については、伊東勝「検察庁法精義」九三頁以下(一九五五)、伊藤栄樹「新版検察庁法逐条解説」一六五頁以下(一九八六)、検察官の不法行為を松川事件を例にとり描いた、中田直人「検察官の不法行為による国家賠償」法律のひろば二二七、一一頁以下(一九六九)参照。

- (5) 司法免責については前掲註(1)西一〇七頁以下、欧文では枚挙に暇がない。検察官に関するものだけで、さしあたり、P. J.

- Boyer, *Civil Liability for prejudicial pretrial Statements by Prosecutors*, 15 Am. Crim. L. Rev. 23~(1978); Comments: *District and Prosecuting Attorneys; Absolute Immunity Granted to Prosecutors is Limited to Quasi-Judicial Acts*, 20 Washburn L. J. 630~(1981); Comments: *Section 1983 and Prosecutorial Immunity; Marrero v. City of Hialeah* (1980), 19 Am. Cr. L. Rev. 81~(1981)
- 主権免責については L. L. Jaffe, *Suits against Government and Officers: Sovereign Immunity*, 77 Harv. L. Rev 1~(1963); HART & WECHSLER, *THE FEDERAL COURTS AND THE FEDERAL SYSTEM* 1339 (1973)『憲法権「裁判不行爲請求権法」における裁量免責条項—アメリカ國家責任法の—考察』名古屋大学法政論集九六・一四七頁~(一九八二)
- (6) Scheuer v. Rhodes, 416 U. S. 232 (1974)
- (7) Floyd v. Barker, 77 Eng. Rep. 1305 (K. B. 1607)
- (8) W. HOLDSWORTH, A HISTORY OF ENGLISH LAW vol. 6, 235~236 (1927)
- (9) Bradley v. Fisher, 80 U. S. (13. Wall) 335 (1871)
- (10) 77 Eng. Rep. 1305
- (11) Hamond v. Howell, 86 Eng. Rep. 1035 (K. B. 1677) めいど Flay v. Blackburn, 122 Eng. Rep. 217~(K. B. 1863); Scott v. Stansfield, L. R. 3Ex. 220 (1868); Calder v. Halket, 13 Eng. Rep. 12, 15 n(a) (P. C. 1840) 註°
- (12) 80 U. S. 335 (1871)
- (13) *Id.* 349
- (14) 例えは、立法者については Kilbourn v. Thompson, 103 U. S. 168 (1880) 大陪審については Turpen v. Booth, 56 Cal. 65 (1880); Sidener v. Russell, 34 Ill. App. 446 (1890); Hunter v. Mathis, 40 Ind. 356 (1872)
- (15) 例えは、Griffith v. Skinkard, 146 Ind. 117, 44 E. N. 1001 (1896); Smith v. Parma, 101 Kan. 115, 165 Pac. 663 (1917) 等°
- (16) クラークについては Denman v. Leedy, 479 F. 2d 1097(6th. Cir 1973); Smith v. Rosenbaum, 460 F. 2d 1019(3d Cir. 1972) 等°
- (17) 量刑委員にきき U. S. *ex rel.* Smith v. Heil, 308 F. Supp. 1063(E. D. Pa. 1970); Silver v. Dickson, 403 F. 2d 642(9th Cir. 1968), *cert. denied*, 94 U. S. 990(1969)註°
- (18) 刑務官については Ransom Philadelphia, 311 F. Supp. 973(E. D. Pa. 1970)等を参照°
- (19) 検察官については、前述のケリトマス判決(前掲註四)の他、Carpenter v. Sibley, 153 Cal. 215, 94 P. 879(1908); Arnord v. Hubble, 18 Ky. L. Rptr. 947, 38 S. W. 1041(1897); Schneider v. Shepherd, 192 Mich. 82, 158 N. W. 182(1916); Smith v. Parman, 101 Kan. 115, 165 P. 663(1917); Kittler v. Kelsch, 56 N. D. 227, 216 N. W. 898(1927); Watts v. Gerking, 111 Ore. 641,

- 228 P. 135(1924)等参照。ワッツ判決に至る判例の足跡を追ったものとして、Note, *supra* note(4)がある。
- (20) *Yaselli v. Goff*, 12 F. 2d 396(2d Cir. 1926)
- (21) 275 U. S. 503(1927)
- (22) 146 Ind. 117, 44 N. E. 1001(1896)グリフィス判決は、政策的根拠 (grounds of policy) から故意や、合理的根拠の欠如にも拘らず検察官は免責される、と判令していた。
- (23) 12 F. 2d at 399, 404
- (24) *Gregoire v. Biddle*, 177 F. 2d 579, 580(2d Cir. 1949)cert. denied 339 U. S. 949(1950)以来、他に *Link v. Greyhound Corp.* 288 F. Supp. 898(E. D. Mich. 1968); *Zellner v. Wallace*, 233 F. Supp. 874(M. D. Ala. 1964); *Tyler v. Witkowskei*, 511 F. 2d 449(7th Cir. 1975); *Duba v. McIntyre*, 501 F. 2d 590(8th Cir. 1974)等参照。
- (25) *Scheuer v. Rhodes*, 471 F. 2d 430(1972)
- (26) 416 U. S. 232
- (27) *Id.* at 247-8; Comments: *District and Prosecuting Attorneys; Absolute Immunity Granted to Prosecutors is limited to Quasi-Judicial Acts*, 20 Washburn L. J. 630, 632 n. 33(1981)
- (28) *Imbler v. Pachtman*, 424 U. S. 409(1976)
- (29) 事件は、一九六一年一月ロスアンジェルスで発生した。一九六二年、有罪判決を受けるが (*People v. Imbler*, 371 P. 2d 304(1962))、一九六七年から六八年にかけて連邦裁判所にくじ

アス・コーパスを申立てた。その結果、カリフォルニア州に再審理 (retrial) を命じた (*Imbler v. Craven*, 298 F. Supp. 795(CD Cal 1968) が州は上訴、連邦控訴裁判所は上訴を棄却した (424 F. 2d 631, *cerciorari was denied*, 400 U. S. 865(1970))。結局、カリフォルニア州は再審理を行わなかったものである。そしてイングラブは合衆国法典四二巻一九八三条項に基づいて損害賠償を求めたのである。しかし一番は棄却、二番も原判決を維持した (500 F. 2d 1301(1974))。

- (30) *Supra* note,(15) 146 Ind. 117, 44 E. N. 1001
- (31) 424 U. S. 421但し、ホワイト、ブレナン、マーシャルの三人は判旨には賛成しながらも、絶対免責は証拠に対する違憲的な抑圧を訴える訴訟にまで拡張すべきでないという少数意見を表した。スチーブンは本決定に関与しなかった。
- (32) 12 F. 2d 396, 399
- (33) 424 U. S. 430-1
- (34) 下級審においては既にこうしたアプローチは見られていた。例えば、ブリッグス判決 (一九七四年) は遂行された行為の性質の分析によって連司法免責を認めようとした。すなわち当該行為が司法に接近しているところでは絶対免責の保護に含まれるとしたのである。 (*Briggs v. Goodwin*, 384 F. Supp. 1218, 1230(D. D. C. 1974)

機能的アプローチについては、Comments: *Supplementing the Functional Test of Prosecutorial Immunity*, 34 Stanford

- L. Rev. 487(1982); Note, *Delimiting the scope of the Prosecutorial Immunity from section 1983 Damage Suits*, N. Y. Univ. L. Rev. 173(1977)が詳しく各控訴裁判所のアプローチを紹介、分類している。
- (35) *Marrero v. City of Hialeah*, 625 F. 2d 499(5th. Cir. 1980)
- (36) *Buts v. Economou*, 438 U. S. 478(1978)本判決以降の連司法免責につき、Comments, *Quasi-judicial Immunity of State Officials; Buts v. Economou's distorted legacy*, Vol. 1985 U. Ill. L. Rev. 401(1985)参照。但し、本論稿は「公益論」に基づく政策的論拠が忘れ去られ、免責の濫用状態が生じているとして司法性の判断に再考を求めている。
- (37) 625 F. 2d at 505
- (38) *Id.* at 510 本判決については *Supra* note (5) Comments, 19 Am. Cr. L. Rev. 81-等参照。
- (39) 625 F. 2d at 508-10
- (40) Comments, *supra* note (5) 20 Washburn L. J. 630, at. 637
- (41) Comments, *supra* note (5) 19 Am. Cr. L. Rev. 81, 93(1981)
- (42) 一節<一>及び二節<三>参照
- (43) 一節<一>参照。
- (44) AMERICAN BAR ASSOCIATION, CODE OF PROFESSIONAL RESPONSIBILITY, ETHICAL CONSIDERATION 7-13(1970)
- (45) AMERICAN BAR ASSOCIATION, STANDARDS RELATING TO THE PROSECUTION FUNCTION AND THE DEFENCE FUNCTION (1974)⑥

一般基準の「検察官の機能」の項は以下。

- 一、一 (a) 検察官の職務は、彼の管轄における主たる法執行官として、法が規範の維持の為に正しく運用、執行されるよう取計らう義務を負った政府の行政部門の官吏である。
- (b) 検察官は司法の執行官であり、かつ擁護者の両方である。彼は自らの機能において、正しい裁量を行せねばならない。
- (c) 検察官の義務 (duty) は正義を求めることであり、単に有罪を求めることではない。
- (46) 本章三節<二>参照
- (47) 同<一>参照
- (48) 同右参照
- (49) 275 U. S. 503
- (50) 625 F. 2d 499
- (51) *Marshall v. Jerico Inc.* 446. U. S. 238(1980)
- (52) 625 F. 2d 499 at. 507-8
- (53) 一節<一>及び<三>。検察官の訴追裁量と一九八三年の訴訟を扱ったものに、S. J. Cox, *Prosecutorial Discretion; an Overview*, 13-3 Am. Crim. L. Rev. 383(1975-6)特に四〇八頁以下を参照
- (54) *Gray v. Bell*, 712 F. 2d 490(D. C. 1983)
- (55) *Id.* at. 499

- (56) Briggs v. Goodwin, 569 F. 2d 21(D. C. 1977)
(57) 712 F. 2d at. 504

第二章 合衆国検察官の概念化の展開

第一節 近年の概念化論争

前章において我々は、刺激概念をめぐって検察官に関する二つの概念類型を認め、更に免責問題につき機能的な対立概念をも抽出するに至ったのである。ここでは地位論と機能論の分離が明確にされ、一定のモデルが図式化されることとなったのであるが、未だ機能分析における概念形成には問題が残されていることが指摘されていた。⁽¹⁾

そこで本章では、近年の検察官論に見られる概念化のパターンをおおよそ三つのタイプに分類し、それぞれ一章において示された概念化の歩みとの関連を探りつつ現段階において概念化の直面している問題を明らかにし、また今後の展望を記してみたいと考える。

〈一〉「準司法官」論

1 一九三〇年代の「Commission」の時代にベーカー教授らによって始められた「準司法官」(quasi-judicial officer)の概念化は、元来訴追官吏より以上の動き、すなわち疑似司法官たるの期待を表しており、更にサザランド判事によって述べられ

た二重目的（有罪の獲得と無罪の保護）と正義の遂行といった目標設定を伴うものとなつていたのである。³⁾

ところが、六〇年代においてその刑事司法改革の波の中で議論された「裁量問題」は、その抑制ないし適正行使という面から、執行者たる検察官に正義・公益への奉仕を求める「目標論的（規範的）アプローチ」による「準司法官」論を導入した。

この議論の中心は、検察官は中立で公正であれという規範を司法官に準じて尊重すべし、とする規範性にあつたと言えよう。⁴⁾

また、かかる規範的なアプローチからではなく、もつと単純に「行政」でも「司法」でも分類しえない地位として司法手続きに関与する官吏を「準司法官」とする論もしばしば以前から見られていた。法廷官吏 (court officer) としての検察官を強く主張するこの論は、先に指摘した「準司法官」論とはいささか視点の相違を感じざるを得ない。その論の中心は、分析困難な対象への「疑似性」の描写にあつたと言える（地位的な二元論ないし疑似性質論）。

今、後者の「準司法官」論を伝統的な、古いタイプとして、前者の規範的なアプローチをなす「準司法官」論を新しいタイプとして分析してみることにする。

2 まず、古いタイプの「準司法官」論の特徴は、検察官の

有する司法的性質を重視することにより、三権分立の言わば例外としての地位を認めることにあつたと言ふことが出来る。例えばアブラハム教授は州の Attorney General (AG) について、この様に述べている。

— AG は、権力分立原理によつて描かれる骨組みには馴染まないものである。というのは、彼は行政、司法の両者の機能を行使するからである。⁵⁾

そして特に、AG の意見書がいかにか裁判所に対し重要な役割を果たしているかという視点から AG の働きを分析したのであつた。

— この司法機能 (judicial function) は、AG が最高裁判所の判事によつて任命されているテネシー州において率直に認められている。しかし、AG の独立した選出が職務の司法的局面を強調しようとするやうな場合、AG に附随している司法的性質による義務と権限は重要なものなのである。⁶⁾

この様に述べたのであるが、現在かかる見地（疑似性質論）から、「準司法官」論を展開する論者は少ないと言わざるを得ない。⁷⁾ というのも、アブラハム教授の表現から看取し得るように、

彼は権力分立の保障する各部（司法・行政）の官吏の地位と、

その官吏の果たす機能とを混同させているからである。

もともと行政法の分野において裁量権行使に当たる諸部門の機能が、権力分立に抵触する恐れを有していたことから「準／疑似」たる文言を冠して論理の破綻を救っていたのであり、その機能の疑似性から「司法官」へ方向づけることは、地位・機能の理解にとつて妥当性を欠くのではあるまいか。⁽⁸⁾

3 従つて、むしろ新しいタイプとして、規範性を強く求めた「準司法官」論が多く主張されているように見受けられるのである。

その視点は何度も指摘してきた如く、二〇〜三〇年代の準司法官論の影響を受けつつ檢察官の目標として「正義の遂行」を義務付けようとするものであった。⁽⁹⁾ 仮にこれを「正義目標（優位）論」としておくが、この論旨は、刺激概念の否定説として展開された「公的利益説」→「中立性アプローチ」→「正義の遂行概念」の論理構成と軸を同じにしていると言えるだろう。⁽¹⁰⁾ つまり檢察官は公共の利益に奉仕する義務を有しているものであり、その職務行使に当たっては「中立性」「公平さ」が要求されるという考え方である。

更にこの概念化は、司法免責問題においてマリーロー判決⁽¹¹⁾で明確な「機能的アプローチ」が示されるまで、通説的な免責原理

の合理的根拠となつていた「公益論 (public policy)」⁽¹²⁾ にも通じるものであると言えよう。というのは、裁量権を行使する檢察官も裁判官と同じ公益に奉仕するのであるから、同じ正義の遂行義務を負っているのであつて、同様の免責（絶対免責）が保障されるべきだとされてきたからである。⁽¹³⁾

例えば、コックスは明確に訴追の目標とは正義であると正面から捉えていたし、⁽¹⁴⁾ シーナ教授は檢察官には正義を求める基本的義務があると見た。⁽¹⁵⁾ またカーパー、イスラエル教授らは以下のように「正義目標」の優位を説いている。

— 刑事司法手続きにおいて、檢察官の広範な権威の行使に際して、彼は単に弁護士のような当事者 (adversary) ではない。弁護士とは異なつて、彼の義務とは、法の枠内でその様に出来る時でさえも「勝つこと」ではないのである。彼はある事件において到達した結果が正しいものであり、政府が不正に被告を取扱わなかつたことに満足しなければならぬのである。彼の依頼人—すなわち州—の利益と、被告の狭い自己利益とは一致しないのだ。檢察官の一般的 (overall) 目的は法の中において「正義を求める (seek justice)」ことである。⁽¹⁶⁾

そしてスワーン、モーガンらに依れば、かかる「正義がなき

料 されることを求める」ことこそが職務の役割を理解するカギ (Key) となる概念であるとされた。¹⁷⁾

4 しかしながら、こうした新しいタイプの「準司法官」論を構成するカギとなる概念は、「目標」や「義務」そして「目的」といった視点によって檢察官を眺めているのであり(目標論的アプローチ)、¹⁸⁾古いタイプと同様「地位的評価」が与えられているとは考えられない。特に六〇年代を中心に主張され、近年またイスラエル教授らによって述べられている「正義目標論」に欠けている地位的評価は、実際に地位をめぐる準司法官論への関心がなかつたためか、または「地位論」の必要性を認めなかつた為か、どちらかであるとしなければならない。

5 前者については、当時の裁量問題の論争が、裁量の在り方についての議論よりも、いかに濫用を抑制し、適正に行使していくかといった議論に傾いていたことを見ても、「地位論」よりも「規範論(義務ないし目標)」に焦点が当てられていたと言¹⁹⁾うことが出来よう。また後者については、既に「行政・執行官」たるの地位に関して充分踏まえられており、それについて格別述べる必要がなく、規範性を強く帯びた姿、準司法官としての行政官への期待が地位論を必要としなかつたのだと言い替えることができるかもしれない。しかしながら、実際に地位論を踏

まえた「正義目標論」であつたかという点、イスラエル教授らの論調に示される如く当事者性よりも正義の遂行を優位に置いている事から、当事者主義に基づいた地位論(例えば刺激概念の分析で用いられた当事者的アプローチ等)²⁰⁾のステツプを確認することは困難であると言わざるを得ない。

従つて、やはり新しいタイプの「準司法官」=「正義目標(優位)論」も少なからず規範的でありすぎるとせねばならず、「地位論」の展開を補足すべきであろう。

そこで次に、「行政・執行官」概念と「正義の遂行」概念とを併記した「ジレンマ／バランス論」を吟味する必要があると考²¹⁾えられる。

〈二〉「ジレンマ／バランス」論

1 一項で考察された「準司法官」論による檢察官の司法的性質と、その執行官たる「行政官」概念との二つの概念をジレンマと捉えて、両者の均衡を計るバランスの要請を考えるのがこの「ジレンマ／バランス」論であると言える。

すなわち、「準司法官」論において抜け落ちていた行政官たるの地位の強調を檢察官の概念化に採り入れる一方で、「正義を遂行する」という規範を同時に全うさせようとする考え方である。

ここでは、当事者主義問題や概念化に関して摘出されてきた二極化する対立構造⁽²¹⁾「準司法官」概念と「行政官」概念¹を作り出したアプローチを共存させているが故にジレンマが生ぜざるを得ないと言える。そこで各論者とも矛盾の克服の為に、主として両概念のバランス付けに解決の道を求めようとしているのが特徴である。というのは、この解決手段として、もし「正義が遂行されること」を上位理念として置くならば、正にそれは中立性アプローチ²「準司法官」論へと展開することになってしまふからである。

2 それでは論者はいかなる概念をジレンマとして描いているのだろうか。「準司法官」的な機能と、擁護者(advocate)のジレンマをラバトラ教授は次の様に述べている。

— 検察官の機能をモデル化するに当たっては、この準司法的役割(role)によって検察官の決定が影響されている範囲を知ることが非情に難しい。明らかに司法的機能を遂行し、かつまた法執行の為に擁護者であるという動態性(dynamics)は大変複雑なのである。⁽²²⁾

また、プバニー、スキーラン両教授は、執行官吏としての作用を確認した上で、判決的機能(adjudication function)と統制的機能(regulatory function)とを遂行する機能的二元論を

展開することによってジレンマを示している。⁽²³⁾

こうしたジレンマへのバランスを真正面から取上げたのは、マティアス教授等であろう。彼等は検察官を行政局(executive branch)の官吏であると認めた上で、「法が正しく執行される」という目標に加えて、「正義を求めること」そして「有罪を得ること」という目標を併置し、検察官はこのバランスをとる義務を負っているとしたのである。⁽²⁴⁾

3 更にこのバランス論を、訴追の目標よりもより具体的に個々の被告の主張と、公益との間の利益衡量というバランスへと展開したのがモーラン、クーパー両教授であろう。⁽²⁵⁾ 但し、彼等はその衡量に際して、個々の利益が全てあまりにも頻繁に社会的利益に一致してしまっている²⁶事実を問題として、検察官のそうした決定は、彼個人の利益によって支配されていることを批判した。

またヴェッター、シモンセン両教授は、検察官の責任として被告の「権利と特権(rights and privileges)」を否定することなく、「正義(Justice)」の最高の利益を同時に確保すべきことを指摘し、モーラン教授等の述べた利益衡量説に加えてその法執行官としての地位を描いたのである。⁽²⁷⁾

4 いずれにせよここにおいて示されてきた「ジレンマ/パ

料ランス」論には、言葉は異なっているながらも「行政・執行官」

概念が念頭に置かれていることを理解すべきであろう。その上で、機能的二元論（フバニー教授）²⁹や利益衡量論（モーラン教授）²⁹がバランス付けへの道として提示せられていたのであった。

かくして「準司法官」論の中で主張された「正義目標論」による「正義の遂行」の優位に対して、「ジレンマ／バランス」論は、かかる優位性を否定し、正義についても有罪についても等しく配慮するという視点を提供しようとしたのである。

しかしながら、バランスの配慮というアプローチも結局、「中立性アプローチ」と同様規範的過ぎるきらいがあると言える。何故なら、モーラン教授等が述べた様に、³⁰個々の利益と社会的利益があまりに一致しすぎているからであり、かかる利益衡量ないしバランスの指標が明確にされない限りは、検察官の裁量、決定の追認としての効果しか果たしえず、バランス配慮というアプローチの持つ目的そのものが空洞化してしまうことは避けられないと懸念されるからである。

そこで、こうした「準司法官」論、「バランス」論の規範性を批判し、手続きの現実的局面から検察官を理解しようとした「擁護者（advocat）」論を続いて見ていくことにしたい。

〈三〉「擁護者（Advocat）」論

1 前項で述べられた「バランス」論は、行政官としての検察官をその前提として、担うべき目標や機能、そして利益衡量といった矛盾した要素のバランス付けを義務とする考え方であったが、ここで示される「擁護者」論とは、当事者主義下での政府・州の *advocat*（擁護、主張する者、の意）という法執行に携わる者としての検察官の働きを強調し、「正義の遂行」概念よりも、むしろ「有罪を得る」機能こそが訴追官たる検察官に相応しいとする思考である。

すなわち、「準司法官」論³¹に対して「当事者の利益」³²「私的利益」の優先をより妥当としており、「バランス」論の持つあいまいさ、つまりバランスの指標の欠如といった点を克服する為に「法執行官吏」としての役割を全面に押出そうとしている。

かかるアプローチは、刺激概念について肯定の立場を採った「私的利益説」と同じ方向性を持つものであり、我々はこうした概念化の傾向を既に第一章二節で、セイモアを始めとする実務サイドからの分析でも確認していたので、その理論的系譜を詳しく述べる必要もないであろう。³³

2 まず、検察官の訴追官、法執行官としての地位と共にそ

の機能を第一義的に認めた論者として、アルパート、クラーク⁽³⁵⁾、そしてライト教授らが挙げられる。アルパート教授は、検察官の最も重要な機能は犯人の訴追である⁽³⁶⁾と述べ、「バランス」論で言われた機能的二元論からの脱皮を試みた。また、クラーク教授は、検察官を「主たる法執行の官吏とすることは當事者制に合致したものである⁽³⁷⁾」として、當事者的アプローチの妥当性を確認したのであった⁽³⁹⁾。

こうした「行政・執行官」概念の強調に際して非常にユニークな分析を行なったのが、フェルケネス教授の研究であろう⁽⁴⁰⁾。彼は一般概念を説くよりもまず、倫理的に検察官が「正義の遂行」を求められているにも拘らず、何故自らの職務を「有罪獲得」機能と見るようになっていくのかという疑問を解こうと試みたのである。教授は、結論的には「検察官は二つの異なった役割を果たす」として「擁護者」と「司法官」という調和が自己概念をあいまいにさせていると考え、二重機能論を採りつつ同時にジレンマを描いていたので、本項の「擁護者」論に含まれることは適当でないと見えるが、その分析方法—Conviction Psychology (加罰心理)⁽⁴²⁾—が「擁護者」論の考察に極めて秀れていると考えられるので、本項で紹介することにした。

3 まず彼は「検察官の決定に関する支配的性格」は準司法

官的であるとしたが、その決定作用(裁量行為)は無意識の個別的な好み(Direction)ではないかと批判し、容易なラベリングに警告を発している⁽⁴³⁾。そしてその根拠を検察官の「加罰心理」にあるとした。

では「加罰心理(Conviction Psychology)」とは何なのか—それは検察官が現実には被告を有罪と考えており、裁判制度を有罪者が適当な刑罰を受けるために検察官の働く手段であると見ており、自らを「公共の保護者(protector of the public)」であるとして、有罪が宣告されるよう求めることが自らの義務と考えている⁽⁴⁴⁾—そうした検察官の自己規定に基づく心理であると説明されている。

かかる心理を引起すものとして、フェルケネス教授は様々な圧力を指摘している。

検察官が公選制であり政治的な踏み台(step stone)となっていることはつとに述べられてきているが⁽⁴⁵⁾、こうした公衆の目にさらされる検察官は、自らの成功を犯罪に対する有罪の数(又は率)によって量られているのである。右原因から検察官は①割当てられた予算を正当化し、②更に多くの予算を獲得する為、③公的サービスが優れている事を示さねばならず、④職務の効果の証明の為に有罪率を引上げねばならない、という状況に至

料るのである。そしてこの加罰心理は、pre-bargaining(司法取引)

という形で端的に現れてくる、とされている。⁽⁴⁶⁾

資 それはまた、「有罪の推定」という觀念にも現れている。例え

ば、カプラン教授の「実際に檢察官が被告の有罪を信じなかつたら、彼は訴追業務を行なうことが出来ない。これは単に訴追政策の疑問以上のものである。大多数の檢察官が、有罪と確信せず訴追することは道徳的に悪であると感じているからだ。⁽⁴⁷⁾」という言葉を引用しつつ、檢察官は被告の有罪について判断を下してしまっている状態を説明し、檢察官には「無罪推定の原則」が妥当しないことを明らかにし、その準司法的性質を否定したのである。⁽⁴⁸⁾

4 ところがフェルケネス教授は、証拠開示をめぐる問題について以下のような見解を示した。つまり、檢察官は一当事者(advocate)の戦略として、被疑者に有利となる証拠を示そうとしない⁽⁴⁹⁾が、public officer(公務員)として、檢察官は全証拠の提示を要求される⁽⁵⁰⁾のであって職務上の矛盾が引起こされるが、それは共同体の「無実が守られる事を求め」、また「犯罪が重ねられないように求める」という相反するニーズに起因するものであり、二重機能のジレンマが生じる。⁽⁴⁹⁾しかし、檢察官はこの役割の葛藤の解決の為に、「準司法的性質」を無視してお

り、訴追決定時にのみこの役割を果たしているのである、と。そして、彼はこのようにも述べた。

—加罰心理の出現は、檢察官が準司法官と代理人の両方として審理手続きで働かなくてはならない同時的(concurrent)な役割の一部に沿ったものだろう。法廷の準司法官として、彼は公正であることが求められ、被告が訴えられた犯罪につき有罪か無罪かを決定するように試みなければならぬ。⁽⁵⁰⁾

結局彼は、加罰心理の優位への制限として証拠の提示の際の公正さを述べ、それに勝る熱意を許されないとした。⁽⁵¹⁾つまり彼は「加罰心理」というアプローチを採りつつも、その加罰心理への制限という形で結論を導き、いわゆる「正義目標(優位)論」と同様の方向性を表したのであった。

5 一方、加罰心理と同じ指向を有しつつ、それを全面的に承認したのがゴールドシュタイン教授である。⁽⁵²⁾彼は犯罪を捜索し、事件を訴追する当事者的情熱(partisan zeal)と、単なる当事者とは異なって公共の利益を保護する(protect the public interests)という矛盾する役割を調和させることは出来ないとした近時の連邦最高裁判所の二つの判例を引きつつ、⁽⁵³⁾「中立性」「公平さ」といった概念を保持しうるのは裁判官だけであり、

検察官は本来的に当事者的なものだとして以下の様に述べている。

―要するに、検察官は裁判所の役割 (Judicial role) を果たしているものとは見ることが出来ない。何故なら、検察官が個人的に当事者的 (partisan) であるためではなく、検察官がその役割の故に当事者的になるのは避けられないからである。⁽⁵⁴⁾

すなわち、フェルケネス教授が描いた有罪獲得への加罰心理をゴールドシュタイン教授は当事者的情熱と解し、それを検察官の役割に固有のものとして承認して「裁判官的役割 (Judicial role) 司法官的性格」を排斥するに至ったのである。彼は、検察官の有罪答弁取引、ひいては訴追裁量への裁判所の介入の現れの一步としてこうした検察官の当事者的理解を採っていたのであるが、我々が前章三節で見た如く、刺激概念論争の一つの帰結として同様の論旨がジェリコ判決でも示されていたのであり、⁽⁵⁵⁾ 検察官の当事者的地位、執行官としての機能が既に確認されている。⁽⁵⁶⁾

6 おおよそ以上三つのタイプに、現在の検察官の概念化類型を示してきたわけであるが、勿論それぞれ突然現代において

主張されたわけではなく、個々に理論的系譜が存していることは各項で指摘されてきたとおりであった。現在合衆国において最も支持されている概念化の方向が何であるかは即断できないが、恐らく、「ジレンマ/バランス」論を経て「擁護者」論⁽⁵⁷⁾「行政・執行官」概念が今後通説的位置を占めるのではないかと思われる。それは当事者主義/刺激概念論争で示された「私的利益益説↓当事者的アプローチ↓行政官概念」という思考と軸を一つにするものと言えよう。かかる立場からマリロ判決では司法免責問題に関し「準司法機能↓絶対免責」「行政機能↓限定免責」という区分が為され、検察官の準司法官たる地位に基づく免責の保証という考え方は放棄されるに至ったのであった。⁽⁵⁸⁾

しかしながら、右判例の支持を受けた「擁護者」論も、その司法審査の道を開く為の手段化してしまい、検察官自体の行為目的が有罪獲得に走りすぎては司法の適正さが損なわれるのではないかという危惧や、政府の擁護に終始する余り権力の濫用の恐れがあるという批判が当然為されよう。これはヴェストン教授らによって示される「Advocac」の概念設定に関する異説にも見られる。つまり、検察官は Advocate であるが「人民の代理」としての役割であり、その依頼人は特定の個人ではなく、州の人民である。そこでは、検察官には、被告が公正な審理を有す

料
る”ことを保障する義務があるのだ、というものである。⁽⁵⁹⁾

すなわち、刑事司法制度の究極の目標である「正義」を檢察官にいかにも担保させようかといった問いかけが—まさにこれが「準司法官」論の言わんとするところであるのだが—為されてくるのである。裁量の妥当性の問題、証拠開示の義務の問題、違法な捜査とそれに基づく訴追の抑止の問題等々、手続きの様々な段階において、こうした諸問題に対する視座の基盤としてかかる批判に答えることの出来る概念化が望まれるところである。⁽⁶⁰⁾

7 以上において、本稿の目的とする二〇世紀の合衆国の檢察官をめぐる概念化の歩みを概観することが出来たと見えよう。そこで最後に次節において、現段階で記しておくべき問題点をいくつか挙げ、更なる檢察官の概念化の展望を示しておきたい。

(1) 一章四節〈三〉5参照

(2) 一章一節〈二〉参照。N. F. Baker, *The Prosecuting Attorney Legal Aspects of the office*, J. C. L. 26, 648(1936)以下、*「ウイスコンシン州最高裁判所は district attorney(地区檢察官)は執行官である」ということは間違っていると指摘する機会を利した。檢察官は準司法官なのであり、犯罪について訴えられ*

た人の訴追に対して公民(public)によって雇われ、有無罪を明確か又は疑わしい程の有罪なのかを決定する正当な裁量を行はする。」のである。at. 658

(3) 一章一節〈二〉4参照。Berger v. U. S. 295 U. S. 78, 55 S. Ct. 629, 76 L. Ed. 1314(1935)

(4) 一章二節〈二〉1及び〈三〉2参照

(5) H. J. Abraham & R. R. Benedicti, *The State Attorney General: A Friend of the Court* 177 U. Pa. L. Rev. 795, 797(1969)

(6) *Id.* at. 798

(7) 例えば「スコールニックは準マジストレイト機能として檢察官を把握した。

J. H. Skolnick, *Social Control in the Adversary System*, *Raugh Justice* 91, 93~(1974)

(8) 「準司法機関に関する研究」司法研究報告三一一、尚ドウィットにおける判検事の等質性(Richtergleichheit)に関して、松尾浩也『西ドイツ刑事司法における檢察官の地位』法学協会雑誌 八四—一〇(一九六七)参照

(9) 一章一節〈二〉4以下参照

(10) 一章三節〈二〉1、2参照

(11) *Marrero v. City of Heialeah*, 625 F. 2d 499(5th. Cir. 1980)

(12) 一章四節〈一〉1及び2参照

(13) 同3又同註参照

- (14) S. J. Cox, *Prosecutorial Discretion: An Overview*, 13 Am. Cr. L. Rev. 383, 434(1975)
- (15) J. J. SENNA&L. J. SIEGL, INTRODUCTION TO CRIMINAL JUSTICE, 221(1978)
- (16) H. B. KERPER&J. H. ISRAEL, INTRODUCTION TO THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM, 242-43(1973)
- (17) J. N. SWATON&L. MORGAN, ADMINISTRATION OF JUSTICE: AN INTRODUCTION, 69(1975)
- (18) 一章四節<1> 1以上参照
- (19) 一章二節<1> 2参照
- (20) 一章三節<1> 2参照
- (21) 一章三節<1> 6参照
- (22) J. W. LAPATRA, ANALYZING THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM, 129~(1973)
- (23) C. P. Bubany & F. F. Skillern, *Taming the Dragon: An Administrative Law for Prosecutorial Decision Making*, 13 Am. Cr. L. Rev. 476, 490(1976)
- (24) W. MATHIAS&E. STEPHENS, FOUNDATIONS OF CRIMINAL JUSTICE, 272-(1980)
- (25) K. MORAN&J. L. COOPER, DISCRETION AND THE CRIMINAL JUSTICE PROCESS, 52(1983)
- (26) *Id.* at 66
- (27) H. J. VETTER&C. E. SIMONSEN, CRIMINAL JUSTICE IN AMERICA, 184(1976)またコンクレスも正義を目標としつつもそれは「被告の権利」と「公的利益」のバランスによって得られることを認じている。Cox, *supra* note(14)433-4
- (28) Bubany & Skillern, *supra* note(23)490
- (29) MORAN & COOPER, *supra* note(25)52
- (30) *Id.* at 66
- (31) 本節<1> 2及び3参照
- (32) 一章二節<1> 一項参照 W. N. SEYMOUR JR., WHY PROSECUTORS ACT LIKE PROSECUTORS; RECORD OF THE ASSOCIATION OF THE BAR OF THE CITY OF NEW YORK II (June 1956)312-3
- (33) 一章三節<1> 5, 6参照
- (34) G. P. ALPERT, THE AMERICAN SYSTEM OF CRIMINAL JUSTICE (1984)
- (35) R. S. CLARK, THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM: AN ANALYTICAL APPROACH(1982)
- (36) J. WRIGHT&P. W. LEWIS, MODERN CRIMINAL JUSTICE (1978)
- (37) ALPERT, *supra* note(34)64
- (38) 本節<1> 2参照
- (39) CLARK, *supra* note(35)142
- (40) G. T. FELKENES, THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM, 143-(1973)
- (41) *Id.* at 153
- (42) *Id.* at 158
- (43) *Id.* at 154 但し、正義が為られるようにする責任は有しては

るとする。しかし、その理由付けを司法性に求めず、全ての public officer (公務員) に課せられている責任であるとして、そうした限界内で弁護士よりも強く理論上の拘束を受けるとした。

- (44) G. T. Felkenes, *The Prosecutor: A Look of Reality*, 7 S. W. U. L. Rev. 109-(1975)
- (45) 公選制の批判については差当り、W. F. WILLOUGHBY, PRINCIPLE OF JUDICIAL ADMINISTRATION, 130-(1929); Kan Ori, *Politicized Nature of the County Prosecutor's office, fact or fancy—The case in Indiana*, 40 Notre Dame Lawyer 289-(1965); R. L. Engstrom, *Political Ambitions and Prosecutorial Office*, 33 Journal of Politics 190-(1972)等参照
- (46) FELKENES, *supra* note(40)158
- (47) John Kaplan, *The Prosecutorial Discretion-A Comment*, 60 N. W. U. L. Rev. 174, 178(1965)
- (48) Felkenes, *supra* note(44)113, (40)153. 彼の表現によれば、これは「文宣上の偽善 (sentencing hypocrisy)、なのである。」
- (49) *Id.* at 117
- (50) FELKENES, *supra* note(40)158-9
- (51) FELKENES, *supra* note(44)119. この問題に関して近時、詳細な研究が為された。酒巻 匡『刑事訴訟における証拠開示(1,3)』法学協会雑誌一〇三一一、三、五(一九八六)特に(四)五三三頁以下はA B Aのスタンダードを紹介しながら、当事者主義と検

- 察官による証拠開示の必要性との関連について述べられている。
- (52) A. S. GOLDSTEIN, THE PASSIVE JUDICIALY(1981)邦訳として瀧美東洋監修、権橋隆幸他訳『控え目な裁判所』(一九八五)
- (53) *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U. S. 443(1971); *Gerstein v. Pugh*, 420 U. S. 103(1975)。一法廷は以下の様に判示した。法執行への検察官の責任は、中立で公平であるマシストレイトの憲法上の役割とは一致しないのである。と。420 U. S. 103, 117
- (54) GOLDSTEIN, *supra* note(52)7 n. 9, 10
- (55) *Marshall v. Jerrico Inc.* 446 U. S. 238(1980)
- (56) 一章三節<一> 2以降参照
- (57) 同 6参照
- (58) 一章四節<三> 4及び図表参照
- (59) P. B. WESTON&K. M. WELLS, THE ADMINISTRATION AND JUSTICE 56-(1981)
- (60) 例えば、検察官はこれらの刑事手続きにあつていかなる憲法上の義務を負うのかといった憲法的考察の必要性を筆者は考えているが、この点について、例えば、R. B. McNAMARA, CONSTITUTIONAL LIMITATIONS ON CRIMINAL PROCEDURE, 142-(1982)等が参考になろう。

第二節 問題と展望

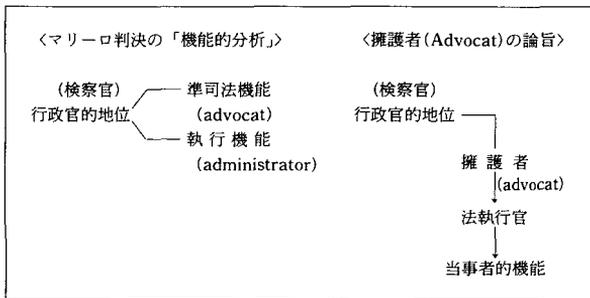
へ1) 司法的行為に關して

1 第一章四節で示された概念化のモデルの図式は準司法官の地位の否定と、準司法機能、行政機能の二元的把握という結論を得るに至った。⁽¹⁾

しかしその一方で、免責問題と刺激概念論争の脈絡において行政官概念と準司法機能論との関連には疑問が提せられ、⁽²⁾「advocat」を準司法機能とするマリロー判決と、⁽³⁾前節で示された「擁護者」論⁽⁴⁾行政官概念とは論理的に整合し得ないのではないかと指摘されていたのである。⁽⁴⁾

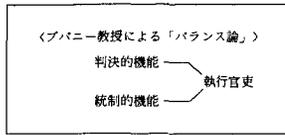
現段階でかかる混迷した概念が交錯しているのは、恐らく検察官の機能分類に端を發していると思ななければならぬ。というのは、既に近代の論争状況の考察からも見られるように「検察官は行政(執行)官」という地位論に關する定義はもはや動かしがたいものとされていると言わねばならず、地位論と機能論の分離が為されて来たからである。ただし、「シレンマ/パランス論」においても、「行政・執行官たるの地位は確認され」、「準司法官論」の古いタイプである「疑似性質論」も論争の上では過去のものになっており、⁽⁶⁾かかる準司法官たるの地位はマリ

ロ、⁽⁷⁾ジェリコ、⁽⁸⁾両判決で否定されるという法廷の考え方がそれを支えているのである。かくして地位論と機能論は個別議論される事となったが、機能論の分析に關して未だ問題点の在ることを指摘しておかなければならないだろう。



2 まずマリロー判決が絶対免責と限定免責の区別の為を用いた「機能的分析」は、⁽⁹⁾検察官の機能を準司法(法廷手続きに密接な)機能と執行機能とに分類した上でそれぞれに絶対免責(裁判官と同様)、限定免責を与えたものであった。⁽¹⁰⁾ところが、いわゆる「擁護者論」というのは、その当事者的性質を強く主張し、法執行としての主な機能を描いていたのである。⁽¹¹⁾

前の図で示されているように、マリロー判決の二元的な機能理解は「擁護者論」では展開されることはなかった。むしろその「準司法的機能」という捉え方を排斥することによってまず執行官としての地位と機能を強調したのである。ここに、「同じ「行政官」概念に立ちながらも矛盾の生じている事を押えておく必要がある。」



しかしながら、マリロー判決の二元的機能論に近いものはむしろ「ジレンマ／バランス論」の中から見出される。プバニー教授らは、司法でもなく立法でもない政府の執行官吏として検察官を示しながら、その機能を判決的 (ad-judicatory) なものと、統制的 (regulatory) なものとの二つに分け (上図参照) 、判決と法形成への係わりを述べていたのである。¹²⁾ このプバニー教授らの二元的機能理解はマリロー判決と相通するものだということが出来よう。

3 では一体、かかる機能理解の混迷は何に原因があるのであろうか。

地位論争を既に終えた検察官の概念化に残された課題は、こ

の機能論の整理であろうと思われるが、結局は検察官の行為(機能)の中に「司法性」を認めるか否か、という問題に帰着しうると思われる。例えば「ジレンマ論」を述べたラパトラ教授は「検察官は明らかに司法的機能 (judicial function) を遂行している」としたが、「擁護者論」に立つゴールドシュタイン教授は「検察官は司法的役割 (judicial role) を果たしている」と見ることは出来ない。」と主張したのであり、ここに問題の根源を見ることが出来るであろう。

前者は、マリロー判決の言う「(州) 検察官は準司法的な行為¹⁵⁾ に対してのみ絶対免責を与えられる」という文言に支えられており、後者は「検察官の起案した起訴状は「司法的な行為 (judicial act)」ともはや見なされない。というのは検察官は、本来的に当事者的 (partizan) なものだからである。」というガルス¹⁶⁾ タイン判決 (一九七五年) に基づいている。

しかし、前者の準司法 (又は検察官) 免責をめぐる判決の機能的分析では—例えばインプラー判決—何が準司法的行為であるのかが明示されておらず、行政的行為 (執行行為) との限界¹⁷⁾ についても下級審の解釈に委ねられた形となっているのである。

こうした機能分析の混迷は、その確立されない検察官の機能

をめぐる概念化の姿であり、前述された「司法的行為」の承認・不承認問題は未だ解決されないまま残されていると言えよう。連邦最高裁判所が今後、ガルスタイン判決で示した見解―検察官は司法的行為を果たさない。―を、司法免責問題にどう展開するかが注目される所である。

4 さて「準司法官論」の一タイプとして説明された「正義目標（優位）論」についてであるが、「地位的二元論」とは異なり職務の「中立性」「公平さ」を内容とする「中立性アプローチ」により司法官に準ずるとの捉え方が為されていた。¹⁸かかるアプローチは、余りに規範的過ぎるとの批判を受けていたが、我々はこの中で、先述した機能的分析とこの規範的分析を明確に区分しなければならぬと考える。

というのは、検察官は私的利益より公的利益を優先し、訴追の熱心さから有罪を獲得することよりも正義の遂行を優先すべきであるという義務的・目的的要請は、機能を特定（概念化）することよりもその目標を定めることに重点が存しており、いかなる機能を果たしていくのかといった視点が欠落、乃至副次的にされてしまっているからである。

近年の「正義目標論」が殆ど地位論を展開しなかったことも、

既に行政官としての地位を確立した検察官概念を侵すことは出来ないという点において、より明白に規範性を有していると言えるであろう。しかるに、どのような行政官、執行官であれば、正義が為されるのを妨げることは憲法上許されないことからみても、¹⁹一般的な「正義の遂行」を目標とすることは当然であつて、それが為に執行官固有の機能（例えば被疑者の取調べ、公訴提起、証拠の提出、等々）の分析を概念化へのアプローチの視座から除外してしまうことは妥当とは言えないと考えられる。

従来、判例で展開された「中立性アプローチ」や「公益論拠」による「正義目標論」は専ら司法官との類似性（中立義務の類似乃至は公益尊重義務の類似）をアプローチの材料としていた。²⁰しかし、免責問題がこうした公益論から具体的行為についての機能分析へと争点を移し、当事者主義問題で私的利益説が承認されるに至った現在では、かかる「司法類似性」といったアプローチを規範論の素材として採ることは果たして妥当と言えるだろうか。

むしろ、より一般的な「公益論」（三権の全てに内在するよう²¹な）すなわち、官吏として遵守すべき適正手続きの中でのみ正義目標は示されると解すべきではないか―憲法的要請が、正義を「目標」とするのではなく手続き上でのその具体的「実現」

料を求めている—と思われる。

5 こうして、アプローチの手段から「司法類似性」を取除く事が出来れば、機能論においても司法的行為を檢察官の固有な機能であると概念づける根拠が失われ、更に特定困難な—インプラー判決とマリーロ判決の論理的不整合を生ぜしめたような—機能分類の必要に直面することなく、論理的な一貫性も確保しようと考えられるからである。⁽²²⁾

ここでは取敢えず、「正義目標論」のアプローチの修正と、機能論としての概念化の中への規範論の解消を示唆することを一つの展望として提示しておくことにしたい。

〈二〉 概念化とモデル論

1 前節において我々は、三つに類型化された檢察官の概念化を学んできた。殆どの檢察官論はこの範疇に含まれると言うことが出来よう。しかしこれらの概念化とは別に、ある檢察官乃至檢察制度をめぐるモデルが示されるようになって来ている。本項では、こうしたモデルを二つ取上げてみたい。

モデル論が何故始められる様になったのか、という問いに一定の解答を与えることは難しい。既に刑事手続きに関してモデ

ル論争が盛んに為されてきた今日、あるべき檢察官像をめぐつてモデル化が試みられるようになったのも当然と言えるかもしれない。⁽²³⁾

「擁護者論」で論じられた概念化は、檢察官の現実の機能を肯定し、その執行官としての働きを有罪獲得に在るとして司法的機能を排斥していた。かかる方向は、裁判所が最終判断を下す場として手続きに登場することをもって、檢察官（行政官）の行為への審査の道を切開こうとするものであったが、モデル論はかかる司法審査を前提とした議論を避け、檢察官のあるべき姿を一つのモデル論の中に具現しようとしたものだと言えよう。

「倫理的モデル (ethical model)」

2 クラーク教授は、ABA (アメリカ法曹協会) が檢察官を「主たる法執行官吏」と呼んだことを引用し、更に檢察官は「当事者の争いにおける選挙によつて選ばれた闘士 (champion)」として被告の為の闘士と向合う」と述べ、檢察官を当事者主義の下での弁護人との相対的な力関係の中で捉えようと試みた。⁽²⁴⁾ すなわち、公正であるためには当事者の行為は両者(檢察側と弁護側)についての妥当な行為の厳格な規則 (rule) の下

で営まなければならない⁽²⁵⁾として、いわゆる「中立性アプローチ」流の公正さの要求ではなく、あくまで当事者制のシステムにおける平等、対等を説いたのであった。更に続けてクラーク教授はこう述べている。

—当事者制 (adversary system) の真の理念は、二当事者が完全に一致することはなくても、少なくとも大きな不平等を示すべきではない、ということの意味しているのである⁽²⁶⁾。

3 ここで、検察官と弁護人を対等とさせる彼の方向が明らかにされ、「倫理的モデル」と呼ばれたのである⁽²⁷⁾。これはいわゆる検察官論というよりも、当事者論的色彩が強く、必ずしも検察官のみを描いたということは出来ない。しかし、「公正さ」の担保に向けて一当事者たる検察官に対し新たなアプローチが為されたことは評価しうるとしなくてはならないだろう。何故なら従来の検察官の概念化は、あまりにその大きな権限を有する官吏の姿に目を奪われ、当事者制という英米法の根本原理を担う一当事者としての検察官像が忘れられていたくらいに在るからである。

そうした意味で、クラーク教授の「倫理的モデル」は、検察官の概念化にとって示唆に富むものと言わなければならない。

更に、このクラーク教授の指摘した「厳格な規制」の必要性を強く主張したのがラパトラ教授である。

「訴追官吏モデル (Prosecutorial Management Model)」

4 ラパトラ教授は、訴追の機能をはっきりと政策決定者 (policy maker) が把握しなければならないとして、それが為の分析の価値を説いた⁽²⁸⁾。そして彼は、グリーンウッドらによってまとめられたロスアンジェルス郡でのデータから刑事司法制度の中に執行基準の合理的形式のないことを指摘し、グリーンウッドらが「厳格モデル (Rigorous model)」と呼んだ⁽³⁰⁾、一つの「訴追管理モデル」の必要性を主張したのであった。すなわち、クラーク教授が公正さの為に必要であるとした規則を、職務執行の上での効率、合理性等と共に、ある一定の基準 (standards) の中に解消させようとしたのである。

ラパトラ教授はここで、一九六九年に開発され七一年より稼動し始めた検察情報管理制度 (PROMIS-Prosecutor's Management Information System) を紹介して、検察官の職務の管理 (management) について述べている⁽³²⁾。かかるアプローチは、専らシステム管理の重要性が語られ、検察官そのものを議論するものではなかったが、こうしたモデル論が登場する背景

料には、従来の観念論的、規範論的な検察官論に不足していた実際の職務運営、職務機能の分析という実証性のある概念化の必要性が存していると言わざるを得ない。その意味で、これまで厳格な機能論を基盤とした検察官概念論を我々は学んで来たのだが、更に規範論としていかなる内実を持つものが必要とされているのかを考えるべきであろう。

こうした新たな「モデル論」というアプローチを踏まえ、今後の検察官の概念化の作業は一層実証的な手法が要求されてくるであろうし、従来の機能的分析との兼合いが考慮され、新しい検察官論の登場が待たれるのである。

- (1) 一章四節〈三〉4 以下参照
- (2) 同の参照
- (3) *Martero v. City Haleah*, 625 F. 2d 498 (1980)
- (4) 一章四節〈三〉5 以下参照
- (5) 二章一節〈二〉4 参照
- (6) 二章一節〈一〉2 参照
- (7) 625 F. 2d 498
- (8) *Marshall v. Jerrico Inc.* 446 U. S. 238 (1980)
- (9) 625 F. 2d 498 at 505 特に機能分析を詳しく言及したものと

2) Note, *Delimiting the scope of prosecutorial immunity*

from section 1983 damage suits, 52 N. Y. U. L. Rev. 173, 187-197(1977); J. C. Flosa, *Prosecutorial immunity: no place for absolutes*, vol. 1983 U. Ill. L. Rev. 977, 985-988(1983)等。

- (10) 一章四節〈一〉2 参照。A. J. Lupino, *Supplementing the Functional Test of prosecutorial immunity*, 34 Stanford L. Rev. 487(1982)
- (11) 二章一節〈三〉1 及び5 参照

(12) C. P. Bubany & F. F. Skilleen, *Taming the Dragon: An administrative law for prosecutorial decision making*, 13 Am. Cr. L. Rev. 476,490(1976)

- (13) J. W. LAPATRA, *ANALIZING THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM* 129.(1973)

(14) A. S. GOLDSTEIN, *THE PASSIVE JUDICIARY: PROSECUTORIAL DISCRETION AND THE GUILTY PLEA* 7.(1981)

- (15) 625 F. 2d at 507

(16) GOLDSTEIN, *supra* note(14)7; Gerstein v. Pugh, 420 U. S. 103(1975)

本件は、フロリダ法の下で、令状なく逮捕され、訴追された者は、その後の公判前の拘束につき probable cause に関する裁判所の決定を求める権利を有するか否か、フロリダ州法はかか否 probable cause に関するフロリダの規定を持たなかった、というクラス・アクションがなされたものである。最高裁判所は、部分的には原判決を支持し、一部破棄、差戻した。パウ

エル裁判官が多数意見を代表し、以下のように述べた。すなわち、修正第4条は、令状なく逮捕された被疑者に、中立なマジストレイトによる (probable cause に関する) timely な決定を受ける権利を与えている。しかし、州法がこれらの手続きを定めなければならないという憲法上の要請はしなないとして本件は破棄されたのである。

(17) 一章四節へ二〇四三六、7参照

マリロー判決、グレイ判決等の控訴裁判所判例を参照のこと。
625 F. 2d 498; Gray v. Bell, 712 F. 2d 490 (D. C. 1983)

(18) 二章一節へ一三三参照

(19) これらは、修正第四条「不合理な押収、搜索、逮捕の禁止」、修正第五、六条の「裁判に関する諸権利」及び修正第八条「残酷な刑罰の禁止」、修正第一四条「法の平等な保護」等の憲法上の要請によって実質的に実現されるべきものである。今後、稿を改めて検察官の「憲法上の義務」について論及したいと考える。

(20) 例えば、免責問題において、ブッツ判決の示した functional compulative tests、にこうした思考が代表されているように見られる。ブッツ・ケースとは、商品先物契約 (futures) 委員会による商人としての登録の取消し、ないし中止に関する手続きにつき、某会社によって農務省の様々な官史 (大臣、次官、主任審問官) に対して憲法上の権利侵害を理由に為された一九八三条項に基づく損害賠償の申立てである。

連邦最高裁判所は、限定免責を与えた第二控訴裁判所の判断を支持したが、司法的行為との機能的類似性が示された時には、当該官史の行為は「準司法免責」として絶対免責に該当すると判示、絶対免責の適用に新たな法理を設けたのであった。Buts v. Economou, 438 U. S. 478(1978)

(21) 当事者主義論争において、刺激概念の承認をめぐりその公的利便への違背について検察官を無資格とする要件が示されている。(二章三節 註(15)参照) その第三項目で、デュープロセスによって得られた「基本的公正さ」が要求されていたことから鑑みて、かかる制限が検察官の行為への規範的メルクマールとしうるのではないか。

Comments, *Incentives vs Nonpartisanship: The Prosecutorial Dilemma in an Adversary System*, vol. 1981 Duke L. J. 311, 317 (1981)

(22) もっとも、司法的行為を承認するものは、多くが「裁量行為」について司法性を認めているものであり、検察官の機能から司法的機能を除外してしまうことには反対が多いであろう。しかし、「裁量行為」と「司法手続き」の近接性については未だ問題があるとしなければならない。何故なら「裁量」は法廷を離れた所で行われており、マリロー判決の機能的分類をもつても、それは警察官の裁量にも通じるのであるから司法性の論拠とはしえないであろうし(連邦最高裁判所は一九八六年、警察官の不法行為については限定免責のみである旨判示した。Mal-

ley v. Briggs, 106 S. Ct. 1092(1986) / インブラー、ハットン判決の分析をもつて、裁量行為と司法行為との関連は必ずしも明確でないからである。(この点、ハットン判決と免責原理の本来の根拠たる「公的 public policy を軽視すること」への批判が相当する)。Comments, *Quasi-judicial Immunity of State Officials: Bats v. Economist's Distorted Legacy*, vol. 1985 U. Ill. L. R. 401(1985)参照。また、起訴後の手続においては、advocacy な機能を有することと絶対免責を檢察官に付与して、インブラー判決に解釈を加えたグレイト判決(ロビンズ特別区控訴裁判所)の方が明確であると言えよう。しかし、むしろ advocacy とあるからといって「司法的機能→絶対免責」という図式については問題が残る。一章四節〈三〉の Gray v. Bell, 712 F. 2d 490(D. C. 1983) の点、J. C. Filosa, *Prosecutorial Immunity: No Place for Absolutes*, vol. 1983 U. Ill. L. Rev. 977(1983)参照。

III. 1. 一章三節〈一〉とにおいて当事者主義論争の背景にある刑事司法をめぐるモデル論争の存在が指摘されていた。こうしたモデル論の紹介については、鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』(一九七九)一一九頁以下、及び福井厚『いわゆるモデル論の意義』ジュリスト増刊『刑事訴訟法の争点』二〇頁以下(一九七九)これらの他、M. M. Feeley, *Two Models of the Criminal Justice System: An Organizational Perspective*, 7 Law Society Review 407(1973) 以下、"Rational Goal Model"と"Func-

tional System Model"が挙げられた。

- (24) ROBERT S. CLARK, THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM, AN ANALYTICAL APPROACH 140-60(1982)
- (25) *Id.* at 141
- (26) *Id.* at 141-2
- (27) *Id.* at 142
- (28) J. W. LAPATRA, ANALYZING THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM 131-(1973)
- (29) P. W. GREENWOOD ET AL., PROSECUTION OF ADULT FELONY DEFENDANT IN LOS ANGELES COUNTY: A POLICY PERSPECTIVE Report no. R-1127 DOJ(1973) *Id.* at 138 以下。
- (30) *Id.* at 133
- (31) R. O. MOYERS は、このあたり、法務総合研究所・研究部資料三三三『アメリカの検察情報管理制度』(一九七九)。カプラー (G. M. Caplan—National Institute of Law Enforcement Criminal Justice / 連邦法執行・刑事司法協会会長) の序言は、この述べている。刑事司法に関する研究は、刑事政策がより少ない直観でより多くの事実に基づいて決定される為に、決定的に必要とされる情報を提供することが出来る。
- (32) LAPATRA, *supra* note(28)134-

結 論

1 我々はこれで、合衆国検察官に関する概念化の試みの素描を終えることになる。本稿のテーマである、合衆国検察官概念はいかなるものであるか¹という論題に対して我々は、いささか観念論的ではあるにせよ、主に一九二〇〜三〇年代と六〇年代の刑事司法改革運動に伴う検察官概念をめぐる議論、及び当事者制に関する問題―刺激概念論争―と司法免責問題の二点の判例の動向から、これを概念化への歩みとして提示し、更に近年の概念化の類型化と、それに関する若干の問題点を抽出する事も出来た。かかる考察によつて、二〇世紀の合衆国検察官像を描きだそうとする序論の示した目的の、一応の達成を見たのではないかと思われる。

いわゆる合衆国の検察官論―日本の「検察官論」という表現に従えば―というものについて、言わば検察官概念論争史のよきなスタイルでもつて、筆者の入手、検討しうる限りの文献等から「概念化」の展開を整理したものと言えよう。

2 かかる概念化の整理作業から認められた所論は、まず検察官に対して公平さ、中立性等を要求した「準司法官論」というものであった。もつともこれは、裁判官との等質性を説いた

古いタイプと、訴追裁量の抑制原理として機能することを旨とした新しいタイプのあることが理解された。¹

こうした「概念化」を受けた法廷は、手続き上、訴訟上の問題に関して検察官をいかに定義するかという事態においてそれらの影響を少なからず受けることになったのである。一つは、刺激概念論争で見られた「行政・執行官」概念と、『準司法官』概念の対立である。後者は、上記の理論的系譜を持つものとして、検察官は中立で、公正であるべき²であり、「正義」という目標に奉仕する官吏であることを強調し、公的利益のみに奉仕することを検察官に求めていた。²ところが前者は「当事者的アプローチ」によつて執行官の行政上の地位を概念化の柱として、私的利益への奉仕を承認したのであった。³一方、準司法(検察官)免責問題においては、後者の概念化の方向が機能的分析という手法に基づいて更に展開された。⁴その結果、地位上の「準司法官」論はもはや妥当性の根拠を失ふことになり、機能的な「準司法性」といふべきものが分析の対象とされるに至つたのである。⁵

具体的には、検察官の捜査、取調べ、証拠の収集といった裁判前の活動は、行政・執行官としての働きであると理解されたが(例えば、グレイ判決参照)、⁶起訴・不起訴の判断や公判廷で

資料の活動についてはその裁量の「司法的」判断に鑑みて、「準司法」的機能という認識が与えられたのであった。(例えば、インブラー、マリロー判決を見よ)⁽⁷⁾

3 この様に地位論から機能論へと焦点が移された検察官の概念化は、現時点でおおよそ三つに類型化が為されることになった。一つは前述した、「準司法官論」の流れを組むもの、一つは「行政・執行官」概念と準司法的機能の折衷を試みた「ジレンマ／バランス論」、そして政府の代理人としての責務を強調した「擁護者論」である。⁽⁸⁾

我々は、これらの中で、先に述べた判例のアプローチの指向及び諸々の問題から、今後「擁護者論」が最も妥当かつ通説的見解というべき概念化の道筋であることを結論づけるに至ったのである。

つまり、二〇世紀初頭にベーカー教授らによって普及された「準司法官論」であったのだが、概念化論争の中で次第にその概念化の手段であった「正義目標アプローチ」が「当事者的アプローチ」に取って代られたのであり、判例もまた同じ理論的考察によって刺激概念の問題や準司法免責問題を扱うようになったこともこのことを裏付けているのである。

4 では我々日本法の研究者は、かかる合衆国検察官の概念化からいかなる示唆を得ることが出来るか？

既に「公判専従論」⁽¹⁰⁾や「司法官論」⁽¹¹⁾といった形で、我が法に於いても検察官の概念が様々に模索されてきたが、それは多くの実務家や研究者の手によって、敗戦後、大きな転換を迎えた我が国の司法制度に対する検察官の在るべき姿を描こうとする活発な議論となつて展開されたものであった。

それはまるで、合衆国が急激な社会の変化に対応する組織として検察官を求めた20年代や60年代の司法改革運動の熱気と共通するものがある。

犯罪の増加に伴う手続きの迅速化、数量化、犯罪者の処遇をめぐる裁量権の強化、そうした諸々のシステムの改良と同時に、概念一単に目標論的、目的的な期待である場合が多いが、もまた少なからず変遷を余儀なくされたのであった。

だが、合衆国の検察官制度についてジャコビー女史が一九八〇年に行なつた興味深い分析によれば、ヨーロッパに見られないこの国の検察官制度は、以下の四つの要件によって決定されたというのである。⁽¹²⁾第一に、公衆訴追 (public prosecution) の採用である。これについては、本稿では深く触れる余裕を持たないが、州、乃至ローカルそして連邦の訴追制度が、Publicを

基盤とするものであることを明らかにしている。第二に、「地方行政制度」ローカリズムの具現」である。このことは民主主義を地方分権に基礎づける合衆国の風土から検察官制度も例外ではないことを示しており、公選制によってローカルの検察官が選ばれていることもこれを裏付けている。第三点はこの公選制を生んだジャクソニアン・デモクラシーの影響である。最後に「権力分立原理」の採用であり、連邦憲法のこの原理によって検察官は行政官としての地位を得るに至ったとされている。⁽¹³⁾

ジャコビー女史は以上の見解を、検察官制度の歴史的発達から導き出したのであるが、今日の合衆国の判例、論争状況を鑑みるに、上記第四点の三権分立の確立、すなわち行政部としての訴追官の理解が強く求められている様に思われる。

5 この点、同じ様に歴史的な視座から検察官の司法手続き上に持つ役割の変遷に着目「支配 (domin) 理論」によって検察官がいかに機能を増大させてきたかを眺めたマクドナルド教授の見解が注目される。教授は犯罪の端緒から矯正までの「刑事司法産業」の流れの中で行政官たる検察官と、司法官(裁判官)を結ぶ帯状の支配図にある境界線が時代と共に次第に裁判官の方へと押し進められていることを指摘したのであった。⁽¹⁵⁾

しかしながら教授は、エマリー判事の言葉を引用し、検察官

の地位と機能の限界を三権分立の立場から明言し、司法官は訴追されるべきか否かを言えないとした。

— 刑事訴追が最終判断まで至るべきか、落とされるべきかどうかという疑問は、明らかに司法の問題ではなく、純粹に、法が正しく執行されることに注意を払う義務を負った部局、特に行政部の官吏によって決せられるのが妥当であり、好ましいことである。⁽¹⁶⁾

ここに「行政・執行官」概念、「当事者的アプローチ」の憲法上のバックグラウンド及び歴史的系譜が描かれていると言えるのではあるまいか。

6 我が法においても検察官制度は旧法(大日本帝国)時代から定立を見ていたが、敗戦後こうした天皇制下の官僚組織は瓦解し、新たに新憲法に基づいて三権分立に則り裁判所とは切り離された検察官制度が誕生したはずであった。

前述した日本法における検察官制度の概念化もこうした脈絡を抜きにして語ることが出来ないであろうし、当時の論者もかかる変遷を強く意識したことと思われる。

しかしながら現実には、解体されたはずの旧制度の温存と共に、新しい司法制度、刑事手続きの併用が選択せられた事は言

うまでもないことであり、制度運営をめぐる、検察の理念とアメリカの影響を受けた新刑事訴訟法とのギャップが如実に示される結果となったのである。⁽¹⁸⁾

今や戦後四〇年を経過して、右論争の経緯を概観する論稿が登場する時代となり、⁽¹⁹⁾また様々なアプローチによる新しい検察官の概念が提唱される様になってきた。「市民の代理人」論⁽²⁰⁾、「デュープロセスの擁護者」論⁽²¹⁾そして「客観義務」論等々がその代表とされよう。

7 他方、実務サイドは常に日本の検察の特質を意識しながら、自己規定を繰返してきた。例えば、起訴事件の有罪率の高さや精密司法と呼ばれる取調べから起訴へと至るシステム、行政部と警察との質的相違、また日本人の裁判観等が主な独自性の理由として挙げられていた。⁽²³⁾それら全てを仮に妥当な分析であると認めたとせよ、我々は検察官の概念化を試みる上で尚原点到立ち戻る作業を求めざるを得ない。

何故なら、合衆国検察官の概念化の考察から学ばれた如く、二〇年代の「速く、安く、強い検察官」や、六〇年代の「正しく、中立な検察官」と言ったニーズを越えた概念が今日、公衆訴追（主義）——すなわち合衆国の訴追制度たる検察官制度——の要件であった権力分立原理に基づいていることを我々が知った

とき、我が検察官制度を批判的に眺めざるをえない歴史的脈絡の存することが明らかになるからである。

すなわち、行政官概念という思考が生んだ「当事者主義的アプローチ」によって種々の問題の解決が求められるようになったことは、いままでの考察から学ばれたとおりであり、検察官の概念化には「中立性アプローチ」により勝っていることが理解されたのであるから、我々は以上の合衆国の「検察官論」の展開を一つのモデルとして眺めれば、我が法における「検察官論」にもかかるアプローチの必要性を認めるところである。

つまり、その地位を「疑似」当事者である、ないしは「疑似」司法官であるとする諸説には訴訟行為の当事者的アプローチによる理解を求めるべきであろうし、地位的な二元論についてはまさに「行政官」概念の再考を求めなくてはならないのである。

近年、戦前の検察制度との断絶よりも継受が、弾劾主義、当事者主義、デュープロセス理念よりも職権主義、実体的真実主義が、英米法の継受よりも独自性が、語られるようになってきた我が法にとって、⁽²⁴⁾こうしたステップを踏まずして新憲法、新刑事訴訟法の予定した理念を実現することは困難であり、むしろその遊離を助長することとなるであろうと思われる。

我々は残念ながら本稿においては日本法での検察官の概念化

を深く学ぶ余裕をもたなかったが、今後右視点に立ちながら、更に日本の検察官概念の考察へと進んでゆかなければならぬであろう。

8 しかし、本稿での考察に付加えれば、未だ課題とすべきものの多いことを思わざるを得ない。例えば第二章で示された問題（司法行為に関して）は単なる機能分析の問題に止まらず、司法とは何か？、裁判とはいかなる機能を言うのか？といった根源的問題にまで広がるテーマであり、検察官概念のみならず、刑事司法制度の持つ本質的テーマがそこに秘められていることが理解されよう。また、具体的事例では、一章三、四節の刺激概念論争と司法免責問題という判例の分析について更に詳細な理論的分析と判例分析が加えられるべきであるし、これら以外にも概念化の資料となるその他の裁判上の問題を加味する必要もあるう。

そして、本稿で試みられた観念論的考察が今後、制度的、機能論的に裏付けを得る必要があることも記しておくべきだろう。⁽²⁵⁾

八〇年代、合衆国は連邦刑事法典の改正を踏まえ、本稿でも述べられたような検察制度のモデル化、管理化が進んできている。⁽²⁷⁾そこではいわゆるローカル、州における検察制度の集権化

の問題⁽²⁸⁾、検察官の裁量のコントロールの問題⁽²⁹⁾、証拠開示義務の問題⁽³⁰⁾、また特別検察官制度に見られる適正な法執行に関する問題等々、尚検察官論の広がる裾野を意識せずにはおれない。先に掲げた課題を負いつつ、かかる問題領域への研究を比較法研究の素材として将来に予定していることを記して拙い論稿を閉じることにしたい。

- (1) 二章一節へ〈参照
 - (2) 一章三節へ〈3〉〈1〉参照
 - (3) 同節へ〈2〉参照
 - (4) 一章四節へ〈3〉以下参照
 - (5) 同節へ〈3〉4 参照
 - (6) 同6 参照 Gray v. Bell, 712 F.2d 490 (D. C. 1983)
 - (7) 同2 以下参照。Imbler v. Pachtman, 424 U. S. 409 (1976)
 - (8) 同2 以下参照。Marrero v. City of Hialeah, 625 F.2d 499 (5th. Cir. 1980)
 - (9) それぞれ二章一節参照
 - (10) 一章一節へ〈1〉以下参照
- 例えば、佐々木史郎「刑事裁判の当面する課題―検察官よ、法廷にかえれ―」判例タイムズ一五〇、一七五頁（一九六三）、谷口正孝「裁判官から見た検察官」ジュリスト二六五、一〇五頁（一九六三）。これに対し、『公判二元論』なるものが主張された。出射義夫「検察の実践的説得機能」ジュリスト二二三（一

九六一) 同「檢察機能論について—佐々木判事に答える」ジュリスト二八八(一九六三)、同「檢察の進路についての試案」研修一八七(一九六四)等。特に「檢察機能論について」は公判専従論を全面的に批判し、我が国の独自性を強調する。

- (11) 二元的機能として「準司法官」を述べたものが多い。平田胤明「新しい檢察官の方向」②「法律のひろば」一七一—一九(一九六四)、松尾浩也「司法と檢察」、『裁判法の諸問題(中)』兼子博士還暦記念、一四三頁(一九六九)、出射義夫「檢察、裁判、弁護」八七頁以下(一九七三)、數田 稔「日本における檢察官の権限及び裁量」法の支配四九(一九八〇)等。「準司法官」と並んで「疑似当事者」を説くのが、龜山継夫「檢察の機能」現代刑罰法大系五卷(刑事手続きI)二三頁(一九八三)である。松尾教授はかかる「準司法官」的性格理解につき「行政官」を前提とする。同『刑事訴訟の原理』三五四頁(一九七四)
- 当事者の立場と「公的」な立場との有機的結合を説くのが、柏木千秋「檢察官の訴訟法上の地位」『刑事訴訟法基本問題四六講』八七頁(一九六五)
- (12) J. E. JACOBY, 'THE AMERICAN PROSECUTOR—A SEARCH FOR IDENTITY' (1980)
- (13) *Id.* at 6-7
- (14) W. McDONALD, Ed. 'THE PROSECUTOR 15' (1979)
- (15) *Id.* at 20-21
- (16) *Id.* at 27; L. A. Emery, 'The nolle prosequi in criminal cases,

6 Main L. Rev. 199 (1913)

- (17) 例えば、横山晃一郎「明治初年における檢察制度の導入過程—比較法的視点から」鴨先生古稀記念『刑事裁判の理論』二二五頁(一九七九)参照

(18) 例えば、平場安治「檢察官」『現代法』第六卷、二三七頁(一九六六)、佐伯千仞「檢察官論」『法曹と人権感覚』三八頁(一九七〇)、田宮裕「檢察官」『岩波講座座基本法学 第一卷』二一九頁(一九八三)、特に三三九頁参照

- (19) 主要要約として三井誠「戦後の檢察—「研修」誌を素材として」ジュリスト七〇〇号二一四頁以下(一九七九)、同「刑事訴訟法施行三〇年と「檢察官司法」」『刑事訴訟法の理論と実務』別冊判例タイムズ七卷、三七頁以下(一九八〇)が、時代区分諸説の整理共に分り易く主に実務の檢察官論をまとめている。他に川崎英明「檢察官—刑事手続きにおける檢察官の地位及び役割」高田・田宮編「演習 刑事訴訟法」四〇頁以下(一九八四)が戦後の、主に学界の檢察官論を概観する。
- (20) 川崎前掲註(19)四四頁以下、同「ドイツ檢察制度の史的考察—檢察官論の視角から」刑法雑誌二五—一七三頁(一九八二)
- (21) 松尾浩也「西ドイツ刑事司法における檢察官の地位」法学協会雑誌八四—一〇、二八頁(一九六七)
- (22) 岡部泰昌「刑事手続きにおける檢察官の客観義務(1)」『金沢法学—一巻以下(一九六七一〇)、鈴木茂嗣「刑事訴訟法」三六頁以下(一九八〇)

- (23) 実務による検察官論は枚挙に暇がない。その流れについては、三井前掲註(19)参照。主なものとして、差当り、出射義夫「検察の実践的説得機能」ジュリスト二二三号、一〇頁(一九六一)、佐藤欣子「戦後刑事司法におけるアメリカ法継受論」の再検討(上)(下)「警察学論集三三二—一〇〇—一(一九七九)等。
- (24) 同右。他に例えば弾劾主義批判として、亀山前掲註(1)四〇頁
- (25) 制度史については近い将来、詳細な論稿を著したいと考えている。
- (26) Comprehensive Crime Control Act of 1984, 本法の紹介として、岡部泰昌「アメリカ連邦刑事法改正の概要」判例タイムズ五四一—五五〇号(一九八五)、「佐藤興次郎」アメリカ連邦刑事法改正と責任能力、保安処分」判例タイムズ五五〇号(一九八五)等参照
- (27) 二章二節(一)参照。また刑事訴訟の統一的基準の制定に関しては、岡部泰昌「合衆国司法省連邦刑事訴訟基準の原則(1)——(3)」判例タイムズ四七四—七六号(一九八二)
- (28) この点 Comments, The Relationship between the Attorney General and the State's Attorney in Illinois, 1949 Ill. L. Forum, 507(1949); R. M. Pitler, Superseding the District Attorney in New York City — The Constitutionality and Legality of Executive Order No. 55, 41 Fordham L. Rev. 517(1973)等参照
- (29) 岡部前掲註(27)、俵谷利幸「アメリカにおける公訴権の運用」ジュリスト三八九号(一九六八)、書上由紀夫「公訴権の濫用——アメリカ法との比較」法の支配四七(一九八一)に加えて、18 Am. J. of Comparative L. (1970)に各国の要約が紹介されている。なお書上氏の論稿は「ROLE OF PUBLIC PROSECUTORS IN CRIMINAL JUSTICE: PROSECUTORIAL DISCRETION IN JAPAN AND THE UNITED STATES (Japan Society, Inc.) (1980)の邦文である。
- (30) この点、酒巻 匡「刑事訴訟における証拠開示(2)——(3)」法学協会雑誌一〇三—三、五(一九八六)にアメリカの動向が詳しくい。
- (31) Mark Bertozzi, *Separating politics from the administration of justice: the role of the federal Special Prosecutor*, 67 *Judicature* 10, 486(1984), 及び Comments, *The Proposed Court-Appointed Special Prosecutor: In Quest of a Constitutional Justification*, 87 *Yale L. J.* 1692(1978), 後者は「三権分立原理と特別検察官の法廷による任命が抵触するのではないか」という問題に取組んでいる。

The Developing Concept of American Prosecutor
— A Conceptual Analysis of the American Prosecutor
in the 20th Century —

Makoto IBUSUKI*

Preface

Introduction — What is “Conceptualization”?

Part One

The way of Conceptualizing the American Prosecutor

- I. The Time of “Commission” — 1920-30’s
 1. A Wave of Judicial Reform and the Concept of Prosecutor
 2. Establishment of the “Judicial Officer” Concept
- II. The Time of “Crisis” — 1960’s
 1. Establishment of President’s Commission
 2. Presentation of the Concept of “Administrator and Executive Officer”
 3. A Problem of Discretionary Power and Conceptualization
- III. Cases illustrating the Concept of a Prosecutor (1)
— Controversy about Adversary System
 1. Propriety of Incentive
 2. Attempt to Harmonize and Conquer
- IV. Cases illustrating the Concept of a Prosecutor (2)
— Controversy regarding Judicial Immunity
 1. Before Scheuer Case
 2. After Scheuer Case
 3. Model for Conceptualization

Part Two

The Developing of Concept of the American Prosecutor

- I. Current Controversies
 1. Theory of “Quasi-Judicial Officer”
 2. Theory of “Dilemma and Balance”
 3. Theory of “Advocat”

*Student of Doctor Course, Faculty of Law, University of Hokkaido

II. Problems and A View

1. On "Judicial Behavior"

2. Conceptualization and the Model Theory

Conclusion

The purpose of this article is clear explaining the concept of the Prosecutor in America. The reason why I choice the American Prosecutor as a topic is due to the fact that our law of criminal procedure was affected very much by United States after World War II, that much of principles of our procedure was adopted from American Constitution, and that until now many our prosecutor have used European models.

Since it has been said that our system was adopted from a European model, it is necessary for us to examine our prosecutorial system and the principles on which it is based.

Difference in procedure, the legal system and tradition, will make it difficult to attain our object. Nevertheless I think it may be the best way of suggesting ideas in order to protect this principles from isolation. The best system is one of which is consistent with principles and realize them.

We are using the term "conceptualization" which was used by Prof. G. T. Felkenes in his article. He analyzed prosecutors by using this term in 1973.

In part one, we analyzed concepts of prosecutor in two ages and examined, by using cases, two points of controversy regarding the prosecutor. As a result, we can see the position of prosecutor in relation to its function. Until now there was a tendency to observe the position of prosecutor as a quasi-judicial officer. We may wish to reconsider this notion.

In part two, we presented three current theories about the role and function of prosecutor. We also were able to study why we have confusion about how to conceptualize the prosecutor. It depends on how we categorize his "judiciality" or judicial function.

In short, we see "the theory of Advocate" as the most reasonable role for a prosecutor and the adversarial approach the most competent. Finally, I believed that my position is a sound one and should be considered by our legal community.