HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	合衆国検察官制度成立史序説　ー公衆訴追主義の成立とその意義ー
Author(s)	指宿, 信
Citation	北大法学論集, 39(4), 67-174
Issue Date	1989-02-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16643
Type	departmental bulletin paper
File Information	39(4)_p67-174.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

合衆国検察官制度成立史序説

――公衆訴追主義の成立とその意義――

指宿信

目次

時代区分
地図1～3
序論
本論
第一章　成立期合衆国検察官の基本的性格
第一節　連邦とローカル
〈一〉ローカル

〈二〉 連邦
第二節 学説の展開——成立過程をめぐって
〈一〉 接合説
〈二〉 自然発生説
〈三〉 導入説
① 前期導入説
② 後期導入説
〈四〉 複合説・発達説
第三節 特徴
〈一〉 地方（地域）性
〈二〉 独立性
第二章 合衆国検察官の沿革とその要因
第一節 イギリスとその影響
〈一〉 Attorney General（法務総裁）
① 沿革
② 植民地の Attorney General
〈二〉 Justice of the Peace（治安判事）
① イギリスの治安判事
② 植民地の治安判事
〈三〉 Sheriff（執行官）

① イギリスの状況
② 植民地の状況
〈四〉 Grand Jury
① 告発陪審
② 植民地での大陪審
③ 大陪審と独立運動
第二節 フランスとその影響
〈一〉 導入説の論拠
〈二〉 導入説の検討
〈三〉 一七八九年法と連邦検察制度
第三節 オランダとその影響
〈一〉 New Netherland と Schout（シャウト・執行官）
〈二〉 検討
① Schout から Sheriff へ
② オランダ法の残存
③ 地理的連関性
④ シャウトの地域性
第四節 諸要因の帰結と独自性
〈一〉 発生期における発達（一七世紀中葉～一八世紀初頭）
〈二〉 成立期における発達（一八世紀初頭～一七八九年）

〈三〉発展期における発達――独自の歩み（一七八九年～二十世紀初頭）
第三章　合衆国検察官の理念的背景
第一節　私人訴追から公衆訴追へ
〈一〉私人訴追からの離脱原因
〈二〉公衆訴追の導入論について
第二節　公衆訴追主義の成立
〈一〉代理人性（attorneyship）の変容
〈二〉理念的発達
結論　要約と課題

〈略語〉

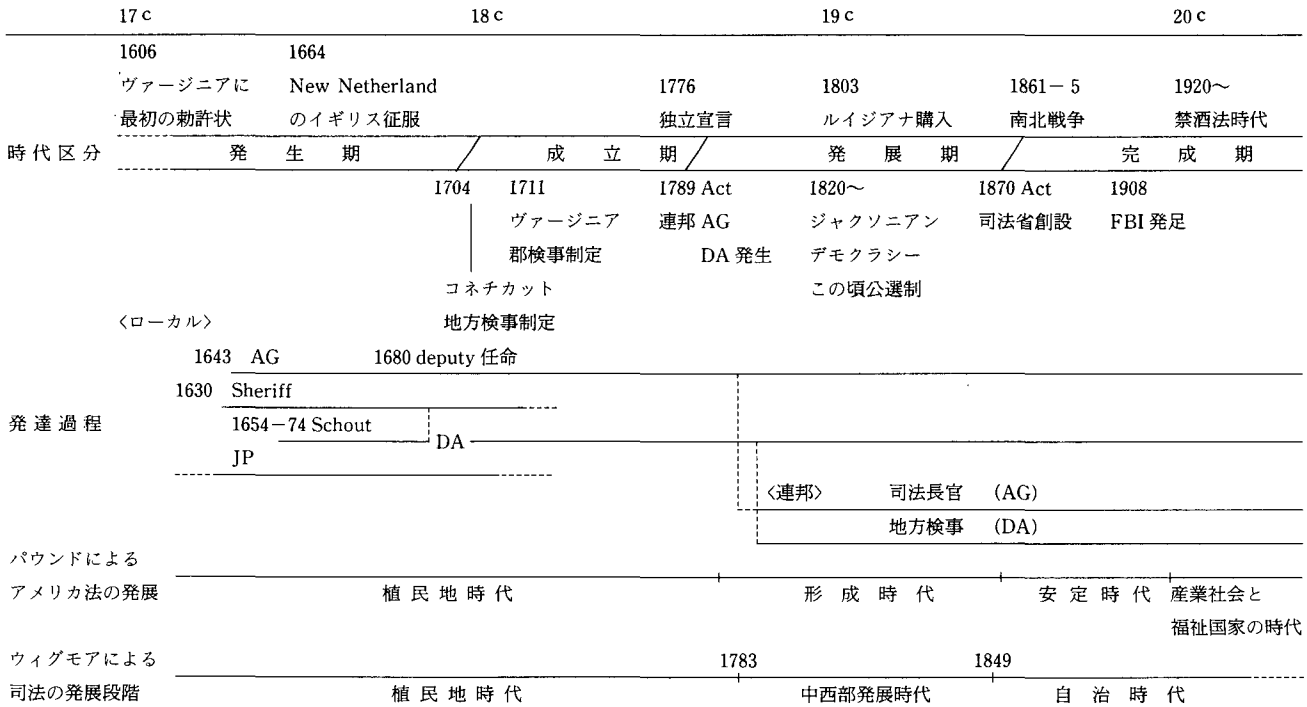
本稿における略語は以下のとおりである。

DA：District Attorney，地方検事ないしは地区検察官。

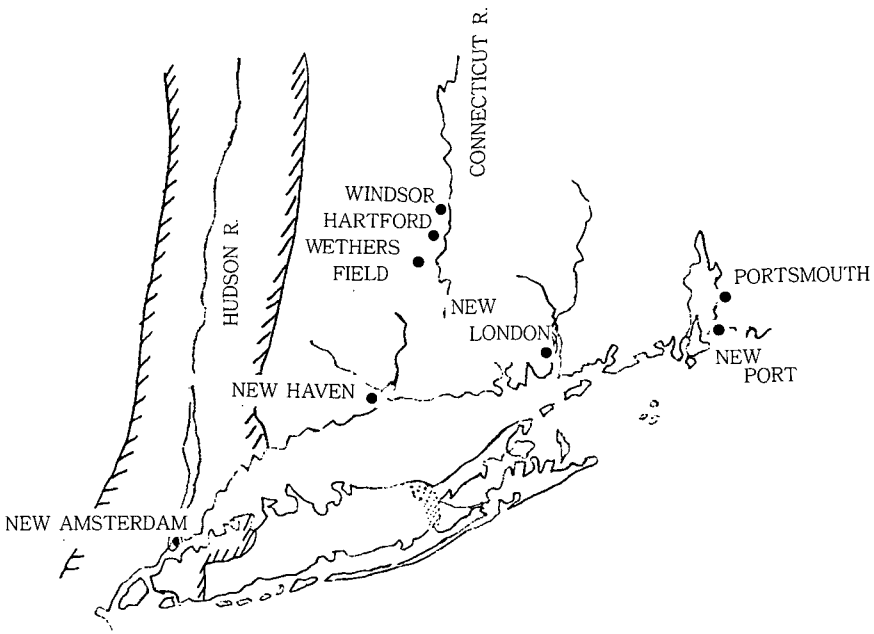
AG：Attorney General，法務総裁，連邦においては司法長官。

JP：Justice of the Peace，治安判事。

〈時代区分〉


17 c
18 c
19 c
20 c
1606
ヴァージニアに
最初の勅許状
1664
New Netherland
のイギリス征服
1776
独立宣言
1803
ルイジアナ購入
1861－5
南北戦争
1920～
禁酒法時代
時代区分
発生期
成立期
発展期
完成期
1704
1711
ヴァージニア
郡検事制定
1789 Act
連邦 AG
DA 発生
1820～
ジャクソニアン
デモクラシー
この頃公選制
1870 Act
司法省創設
1908
FBI 発足
コネチカット
地方検事制定
〈ローカル〉
1643 AG
1680 deputy 任命
1630 Sheriff
1654－74 Schout
JP
DA
発達過程
〈連邦〉 司法長官 (AG)
地方検事 (DA)
パウンドによる
アメリカ法の発展
植民地時代
形成時代
安定時代
産業社会と
福祉国家の時代
ウィグモアによる
司法の発展段階
1783
1849
植民地時代
中西部発展時代
自治時代

〈地図1〉

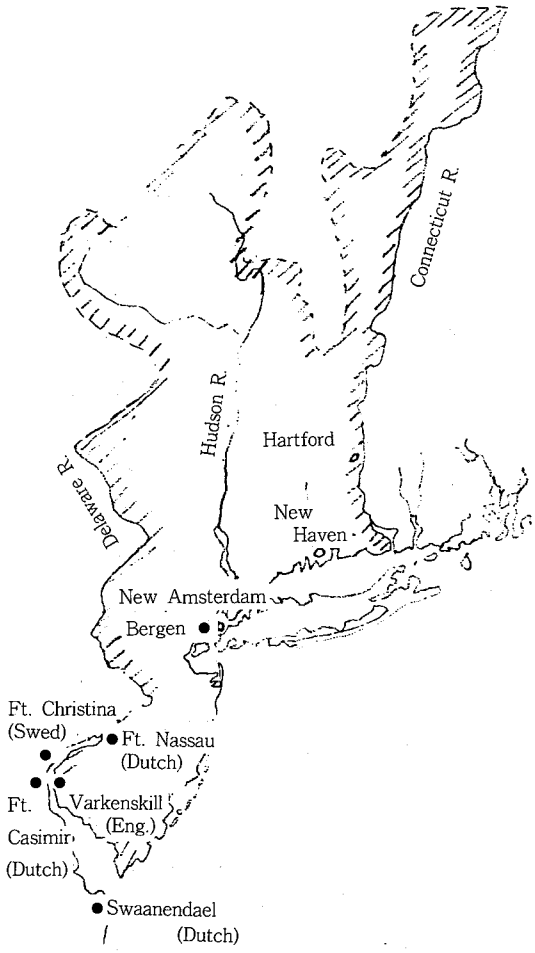


(under the charter of 1662 and 1663)

コネチカットへの勅許状（1662年）、ロードアイランドへの勅許状（1663年）発付時のハドソン河、コネチカット河周辺のコロニー

▨ オランダの領地（New Netherland）

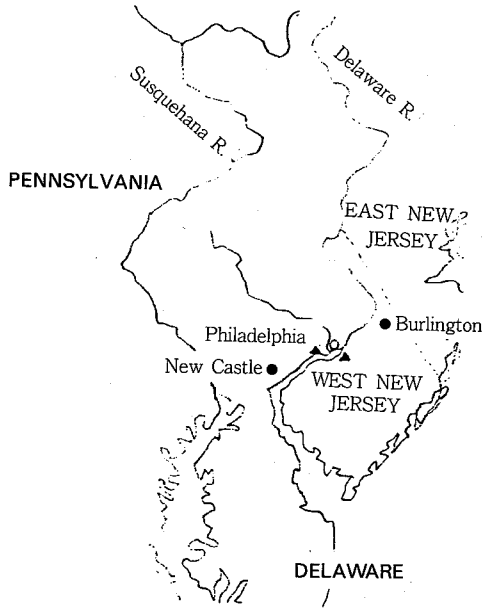
〈地図２〉



(Duke of York 1664)

イギリスと New Netherland 征服（1664年）時のコロニーと、Duke's Law の管轄（斜線内）

〈地図３〉



(under William Penn's charter of 1681)

ペンシルバニアへの勅許状発給（1681年）の頃のデラウェア河周辺のコロニー

▲ オランダのコロニー

序論

1 本稿は拙稿『合衆国検察官概念の発展―二〇世紀における合衆国検察官の概念化の分析』[1]に続く「アメリカ検察官」研究の一貫として、これを歴史的な視座から眺めようとするものである。

前稿にあっては、主に観念論的なアプローチが試みられたのであるが[2]、本稿では、まずアメリカにおける検察官制度の成立過程を描写することに主眼が置かれ、学説の分類とその分析、そして制度に内在する「訴追理念」ないし「原理」を解明する作業を行いたい。既に概念上の合衆国の検察官像をめぐっては、当事者的アプローチによる考察方法から、「行政官」としての検察官について「擁護者」論を妥当な概念とすることが確認された。本稿においては、かかる行政官としての地位論および「擁護者」論に至る歴史的な脈絡を明らかにすること、またその背後にある理念、「公衆訴追主義」の成立とその意義を考察することが求められていると言えよう。

2 そして前稿同様に、我々の問題意識を、我が法におけるデュー・プロセス、当事者主義、弾劾主義といった基本原理の実現を我が法の制度上いかに担保しうるのか、という点に置いている[3]。それは、日本の刑事司法制度に大きな影響力を有する検察官制度が、戦前からの一貫した官吏訴追、国家訴追主義の担い手として新刑訴法下においても尚「検察キングダム」[4]と評される如くに君臨する実態を覚える際に、右基本原理を実効せしむるに足る制度となっているか、という根本的な疑問から始まっていると言ってよいだろう。

すなわちこのことは、戦後多くの研究者の手によって為されてきた我が刑事訴訟法の一大転換をとらえた「何が変わったのか」という新刑訴法の意図するところの分析に加えて[5]、更に「何を変えなければならないのか」という新刑訴法に我々が付すべき内実を求める作業を意味しているのである[6]。しかしながら、勿論それは、これまでの先達の導いてこられた我が法の基本原理を実現するに相応しい内容であらねばならない。

3 検察官論をめぐる学界の所論を見る時、かかる息吹を感じることは否めないものであろう。例えば、従来の機能論的な「検察官論」から一歩進んだ「客観義務論」[7]、「準司法官論」[8]、更に制度的視座、理念的視座を含む「私人訴追主義」の主張[9]や、「市民の代理人」論[10]等々を挙げることが出来る。これらは、基本的には学界の主流を占めるに至った「デュー・プロセス」原理、弾劾主義構造の方向[11]を踏まえてはいるが、先に述べたごと

く「分析」から「内実」を保障させようと現行法制を批判的に考察するところに特徴があるとしなければならない。

我々もまた、合衆国検察官制度を取上げる時、合衆国と日本との相違や断絶のみを結論づけるのではなく、[12]「擁護者」論にみられた検察官の概念化と同様に、当事者的アプローチに立った上で問題の解決に当たるという基本的な姿勢を学ぶことが出来るのである。

4　前稿とは異なり、ここでは歴史的アプローチを採っている。本稿において学ぶ所の多かったアメリカの社会科学調査局のリサーチ・アソシエイトであるジャコビー女史は、歴史的状況のなかから法制度とその選択を理解することの重要性を説くに際して、法史学者フリードマン教授の言葉を引用されている。

法の歴史は、常に重要な部分が新しいものであり変遷するものであって、形式が機能に従い、機能が形式に従うものでないと我々が仮定する時にのみ、意味を持つのである。法の歴史は化石の調査ではない――そうあるべきではない――のだ。つまり社会の発展の研究というものは、時代を通じて(through time)説明されねばならないのである。[13]

このダイナミズムに溢れた言葉は、発達の過程に分析の対象を求めようとしたジャコビー女史の方向性を示すものでもあろう。[14]我々は先に述べられた問題意識から、日本法への提言の為にアメリカの検察官制度の歴史的沿革を辿る。そこでの制度を理解するにあたっては、この言葉が意味するごとく、形式（名称や地位）に隠された機能を探り、歴史的背景を多角的に分析することを心掛けたい。

（1）拙稿、北大法学論集三七巻六号（一九八六）。

（2）アプローチの方法については、同右、序論二参照。

（3）問題意識については、同右、「はじめに」及び結論七以下参照。

（4）「検察キングダム」なる表現を記しているのは、例えば、平場安治「検察官」岩波『現代法六巻』（一九六六）二四二頁。また、戦後検察官司法の展開に広く目を向けた論稿として、三井誠「刑事訴訟法執行三〇周年と検察官司法」別冊判例タイムズ七号『刑事訴訟法の理論と実務』（一九八〇）三七頁以下が有用である。

（5）かかる戦後刑訴法学界の総括をここで行うことは余りに荷が重いものである。田宮裕教授は戦後初期の歩みを「できあがったばかりの法はビジョンないしゾレンで語る他はなかった」と述べておられる。同「刑事訴訟法の

日本的特色」別冊判例タイムズ七号『刑事訴訟法の理論と実務』（一九八〇）八頁以下。また、同教授は近年の「精密司法」論を批判、肯定する対極的構図を示し、中庸の道を採るべく論を結んでおられるが、戦後の刑訴法学の歩みを振返るという点で示唆の多いものであると言えよう。他に、外国法、特にアメリカ法の影響を取上げたものとして、同「刑事訴訟法に対する外国法の影響」『刑事訴訟法の争点』（一九七九）一六頁以下。

(6) すなわち、ビジョンやゾレンで語られた「理論」が「制度」にどのように反映されるかを目的としており、「解釈」にともなう「判例・実務」批判とは性格を異にする。例えば、小田中聰樹「解釈論と立法論」『刑事訴訟法の争点』（一九七九）一二頁以下参照。

(7) 客観義務論については、岡部泰昌「刑事手続における検察官の客観義務(1)―(6)」金沢法学一一巻二号、一三巻一―二号、一五巻一―二号（一九六五―七〇）参照。その批判については、例えば、坂口裕英「検察官の客観義務」別冊判例タイムズ七号（一九七五）一四四頁以下参照。

(8) 準司法官論については、例えば、松尾浩也「西ドイツ刑事司法における検察官の地位」法学協会雑誌八四巻一〇号（一九六七）参照。

(9) 私人訴追主義の提唱は以下のものを参照。鯰越溢弘「私人訴追主義と国家訴追主義」法政研究四八巻一号（一九八〇）、同「私人訴追主義と起訴前手続の構造」法政理論一七巻四号（一九八五）等。

(10) 市民の代理人論については、例えば川崎英明「ドイツ検察制度の史的考察」刑法雑誌二五巻一号（一九八二）七二頁以下、特に「市民の公訴権」なる理念を提唱する。更に、同「検察官」高田・田宮編『演習刑事訴訟法』（一九八四）四〇頁以下参照。「ヴィジョンの内実化が検察官論の課題」としている点は、私見と同旨であろう。同書四六頁。

(11) かかる基本原理について一般的に述べたものとして、例えば、能勢弘之「刑事裁判の課題と構造」『講義刑事訴訟法』（一九八四）三二一頁以下。

(12) 田宮教授は「外国法の継受がオール・オア・ナッシングでないことは……我々もはっきり確認しうるであろう」と述べておられ、また「何が英米法化したのか」をつぶさに検討する必要性を言われる（田宮、前掲註(5)

「外国法の影響」参照)。

(13) J. E. JACOBY, THE AMERICAN PROSECUTOR, 5 (1980). 原典は, L. M. FRIEDMAN, A HISTORY OF AMERICAN LAW, 19 (1973) を参照。

(14) ジャコビー女史による検察官制度の分析については後述。第一章二節〈三〉参照。

本論

第一章　成立期合衆国検察官の基本的性格

1 合衆国の検察官と一口に言っても、我々はその対象を容易に把握することは困難である。古い論者は「アメリカには検事なるものは存在しない」と言ったが、あながち見当はずれと言うことは出来ない。それは日本のように、検察官として資格を有した後ほぼ終身雇用としてその任に就き、国中に転任し上席となっていく、という官僚としての図式が見られないところから来ている。(1) しかし合衆国にあっても公的な訴追者がいないわけではない。ただ、日本のような訴追制度とは異なって、(2) そこには一人の訴追を請負った法律家としての姿が浮び上って来るのである。彼は訴追側の代理人(attorney)としてその訴追権を行使しているだけであり、ここに完全な法曹一元制を貫く国の特徴が現れている。(3)

2 我々はここで再び彼我の違いを強調したり、単なる制度紹介を試みようとしているのではない。それらは本稿が目的とする合衆国検察官制度の成立史の解明に伴って、自ずから明らかにされてくるであろう。従って制度の相違は当然の前提であり、不可避な問題として理解されなければならないのである。(4)

今日、我々は多くの論稿によって合衆国の検察官制度の紹介を既に得ている。また前稿において、合衆国検察官概念について学ぶことも許された。(5) そこで、ここでは先程指摘した英米法の特質であるところの、訴追を行う者の attorney としての地位に注意を促しておくことにとどめておきたい。すなわち、国家訴追主義——その定義は様々であろうが、一般に、一国にあって統一的な国家機関としての訴追機関を有する独占的な訴追制度とそれを支える理念であると理解されよう——を採用する国々とは異なり、訴追権の行使を代理するという性格を訴追官が有している点に大きな差異がある、と言える。(6)

3 では、その訴追権は一体誰に、何に固有のものなのであろうか。これこそ本稿が、かかる制度の沿革より学ぶべき理念

上のテーマである。第三章において扱われる「公衆訴追(public prosecution)」の成立過程への考察がこの点を明らかにするであろう。

近時、日本でもこうした訴追理念に関する研究が試みられている。(7) 本稿の意図するところもまた単なる制度の成立史に止まらず、合衆国検察官制度を支えている理念が、英米法の当事者主義や弾劾主義といった構造基盤のなかでどのように機能しているか、を解明する点にあることを一言付け加えておきたい。

ここで、public prosecution の訳語の混乱につき触れざるをえないであろう。例えば、沢登教授はフランスの刑事訴追制度に「公衆訴追」の語を適用されているが(沢登佳人「フランス刑訴法は公衆訴追主義を採る」法政理論一六巻一号(一九八三)参照)、篠倉教授は我々が公衆訴追と呼ぶアメリカの訴追制度を「民衆訴追」とし、庭山教授が民衆訴追とされるイギリス(庭山英雄『民衆刑事司法の動態』(一九七八)参照)につき、「公衆訴追」とされる。(田宮裕編『ボーンブック刑事訴訟法』篠倉満執筆部分一二二頁以下(一九八一)を参照)。

沢登教授は、こうした名称はレッテルの問題であっていかなる名称でもかまわない旨述べられているが、各国の訴追制度および訴追理念をどう捉えるかについては、いまだ学界においてもコンセンサスの欠けるところがあるのではないか。

我々は合衆国で行われている public prosecution を「公衆訴追」と理解しており、その理念ないし原理を「公衆訴追主義」と呼ぶ。その論拠は三章で明らかにされる。

最後に、本稿の考察の対象となる検察官について特定しておかなくてはならない。

合衆国には、連邦、州、ローカル、それぞれの管轄に検察官が置かれていることは周知であろうが、(8) 本稿が主に発生期から成立期の検察官制度を対象にしている以上、ローカルの検察官が、それも東海岸を中心とした地域が中心となっている。

(1) 出射義夫「アメリカの法務官(アトーニー)」法曹二一号(一九五〇)、長部謹吾「米国の検察機構」衆望五巻八号(一九五〇)、もっとも比喩としての表現であって、事実を伝えたものではない。

(2) 合衆国では検察官はキャリアの職ではない。一つの政治的地位(stepping-stone)である。この点、問題化しているところでもある。三井誠「検察官:アメリカ」比較法研究三八号(一九七七)七一頁、井上正仁・山室恵・

L・M・リード『アメリカの刑事手続』（一九八七）一三三―五頁。欧文では、K. Ori, *The politicized nature of the county prosecutor's office, fact or fancy?—The case in Indiana*, 40 NOTRE DOME LAW. 289 (1965)；R. L. Engstrom, *Political ambition and the prosecutorial Office*, 33 J. P. 190 (1972)。

（3） attorney という語が訴追者の上にある時は検察官を意味するが、ここではあえて直訳して、法の代理人（attorney at law）の性格を描くためにこの様に表しておく。以前には法務官という訳も多かった。attorney とは一般的には、「依頼人の専門的な代理として働く、法廷手続やその他の法的事項に関して彼等を代理するところの、法廷の私的に雇われる代行者のことである。」32 AMERICAN JURISPRUDENCE, 702 (1982).

（4） 近時、各州の検察官制度の紹介が試みられている。東松文雄「アメリカ主要各州における裁判、検察機構(1)―(8)」判例時報一一八九・九三・九六、一二〇〇・〇四・〇八・一一・一四号（一九八六―七）参照。合衆国検察官制度を紹介した論稿は数多い。最も有用なものとして、三井前掲註(2)、井上前掲註(2)一三二頁以下参照。他に市川敏雄「アメリカの検察」法学セミナー増刊：総合特集シリーズ一六号『現代の検察』（一九八一）二七四頁。

（5） 拙稿「合衆国検察官概念の発展――二〇世紀における合衆国検察官の概念化の分析」北大論集三七巻六号（一九八七）参照。

（6） 国家訴追主義について述べたものとして、鯰越溢弘「私人訴追主義と国家訴追主義」法政研究四八巻一号（一九八〇）七〇頁以下参照。

（7） 同右。他にフランスを素材とした沢登佳人「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」法政研究一六巻一号（一九八三）、ドイツを素材とした川崎英明「ドイツ検察制度の史的考察――検察官論の視角から――」刑法雑誌二五巻一号（一九八二）特に七一頁以下参照。

（8） 合衆国の法制度の理解に欠くことの出来ない点である。邦文として、金子善次郎『米国連邦制度――州と地方団体』（一九七七）、田中英夫『英米の司法――裁判所、法律家』（一九七三）等参照。

本文において多量の引用文献が挙げられることと思われるが、欧文で一般的な合衆国の検察官を描くものとし

て例えば以下のもの。D. KARLEN, ANGLO-AMERICAN CRIMINAL JUSTICE §2, at 19 (1967), H. JACOB, JUSTICE IN AMERICA §5, at 67 (1965), G. F. COLE, THE AMERICAN SYSTEM OF CRIMINAL JUSTICE 4th Ed. §8 at 285-316 (1986). 特に連邦については, J. EISENSTEIN, COUNSEL FOR THE UNITED STATES——U. S. ATTORNEYS IN THE POLITICAL AND LEGAL SYSTEMS (1978).

第一節　連邦とローカル

前述したように、合衆国では連邦と州のそれぞれの管轄にあって、各々の地域に責任を持つ検察官は、まさに管轄の数だけ種類があると言っても過言ではない程多様である。(1)

本節ではさしあたり、連邦とローカルに区分してその歴史的背景、基盤の相違と性格の差異を明らかにすることで分析の前提を提示したい。

〈一〉ローカル

1　ローカルにおいて、検察官は一体いつごろ登場してくるのであろうか。

制定法上、地方検事として"attorney"という語を最初に用いたとされているのは、コネチカットの一七〇四年の法律である。

——それ故、全ての郡において真面目で冷静、かつ信心深い人が、全ての刑事被告人を法において訴追し、不道徳を押える為に代理人（attorney）として必要な時に適宜、諸々の事を為すことができるように、郡裁判所によって王の代理人として任じられるべきである。

(Conn. Col. Rec. 1689-1706, 468 (1868))

一七〇四年法は我々に、訴追官が法廷の任命官吏であること、そしてそれは、王の代理として法廷に立つということを教えている。すなわち新大陸における初めての成文上の検察官は、植民地という現実のなかで、母国イギリスの王の利益の為にまず定められたのであった。

2　さて、一方、制定法に拠らないものではあるが、一六八六年にはニュージャージのバーリントンで郡検察官が、(2)一六六二年にはコネチカットのハートフォードでWilliam Pittkinという人物が検察官として既に選ばれていた。

しかし、州（当時は未だコロニーであるが）の訴追担当者として、その頃イギリス本国で王の為に訴追を提起する官吏で

あったAttorney General（AG）が登場するのは、更に遡って一六四三年にヴァージニアに国王代理としてリチャード・リー（Richard Lee）が任命された時である。これが、植民地では記録上最も古い訴追官であると考えられている。[4] この他AGには一六八六年にペンシルバニアでDavid Lloydが任じられた。[5] 彼は更に自己の代理（deputy）として個々の郡に代理人を置いたが、これは後の地方検事（District Attorney＝DA）の原型として注意すべき出来事であろう。また、一六六六年にメリーランドで、[6] 一六八三年にはニューハンプシャーでAGが、[7] 一六八六年にはニュージャージーで郡検事が、それぞれ刑事事件への関与者として登場してくるのであった。

3 かかる事実から、この時期――一七世紀中葉――にコロニーは、コモン・ローの伝統である私人訴追（被害者訴追）の形態から、官吏訴追へと徐々に制度を整え始めたことが伺われるのである。但しAGと言っても当時は現在のようなDAの上に立つ検察官の長といった地位ではなく、単にコロニーにおける、植民地支配のための王の法的代理人といった性格であった。この理由として、一国に一人の代理人を置く本国とは異なり、多様な歴史を持ち、互いに独立した植民地の形成と、[8] 広大な新大陸の地理的な原因が挙げられよう。すなわち、コロニーは個々の状況に応じてAGを定め、それぞれ代理人を置くことになったと言えるだろう（〈時代区分〉を参照されたい）。

〈二〉連邦

1 一七七四年、本国の圧政に抗して集まった大陸会議（Continental Congress）を開いた諸邦[9]は一七七六年に独立宣言を出し、翌七七年には連合規約（Articles Confederation）を結び、八七年に憲法を制定するに至った。[10]

新国家の基礎を固めた合衆国は一七八九年、議会において Judicialy Act（司法制度法）を通過させ、連邦政府にAGの職を設けた。ランドルフ（Edmunt Randolph）が初代のAGに選ばれ、連邦の各下級審――一三の地区毎に置いた裁判所――には地方検察官が置かれた。[11]

一七八九年法は以下の様に定めている。

――Sec. 35 各々の地区では、法を学んだ当該地区において合衆国の代理人として働く適当な人が任じられるべきである。彼は自らの職務の誠実なる執行を宣誓すべきであり、彼の義務は、その地区にあって合衆国の権限の中にある全ての犯罪を訴追し、最高裁判所を除いて当該法廷が開かれるその地区の、合衆国が関係する全ての民事訴訟を担

当することである。

……合衆国の為にAGとして働く、法を学んだ適当な人が任じられるべきである。

彼は自らの職務への誠実な執行を宣誓すべきである。彼の義務は、合衆国が関わらなければならない場合に、最高裁判所において全ての訴訟に関与することであり、合衆国大統領の要請があった場合、また各省の長から彼等の部局にかかわる問題があって要請を受けた場合に、法に関する疑問につき助言や意見を与えることである。

(An Act to establish the Judicial Courts of the United States, Stat. 173−Sept. 24. 1789)

2 これが連邦における検察官（AG）の発生を記した法である。本法は一三の管轄、地区にそれぞれ検察官を置くこと、検事総長ともいうべきAGを中央政府に置くことを明記した。その特徴として、民事への関与、職務の監督権の不存在、起訴法定主義等が挙げられよう。しかしながら、かかる法律は一体何をモデルとして生れたのか、又は全く合衆国独自の法律として生れたのか、という問題を避けては合衆国検察官制度を論ずることはできないであろう。

3 本稿の目的が、検察官のローカルでの発生のメカニズムの解明と共に、連邦での一七八九年法がいかなる訴訟制度を新国家に予定していたのか、またそれはいずれかの国をモデルとしていたかを考察する点にあることを具体的な論題として意識されたい。

詳しくは次節において分析されるが、一七八九年法がフランスの影響をうけたものと主張する論者は上記のように官僚による訴追制度の制定にその根拠を求めている。我々は右通説につき若干の批判と共にその再考を促すことを試みるものである。

例えばここでは、前記のコネチカットの一七〇四年法との比較を喚起したい。特に一七八九年法の言う〝法を学んだ人が〟〝合衆国の代理人(attorneys)として〟〝任じられるべき〟という文言と、一七〇四年法の〝……真面目で信心深い人が〟〝王の代理人(attorney)として任じられるべき〟という文言とが非常に似通ったものであることが理解されよう。

すなわちここに、英米法の訴訟制度の核心とも言うべき法廷での「代理人(attorney)制」が明確に示されている。その代理の客体が〝王〟から〝合衆国〟へと替わったことを除いては、我々はむしろその訴訟形態に植民地時代との共通性を見て取ることができるのである。

4 けれども、連邦検察制度もその後、集権化への道を辿る

ことは否めない事実である。この点は通説論者の指摘に誤りはない。例えば、一七九一年に早くも初代AGランドルフは、大統領ワシントンに当てて連邦におけるAGの監督権拡大の提案を行った[13]。彼の希望は実際には約八〇年後、司法省の創設（一八七〇年）に至るまで適えられることはなかったが[14]、こうしたところに集権化への第一歩を見ることができよう。

また、当初AGは最高裁判所の任命官吏であり、内閣のメンバーでもなかったが、その後任命権は大統領に移り、増大する法律問題に対処する為、AGの内閣への出席が求められるようになった。そして制定法には現れていないが、AGは、訴追の代理以外に多くの司法行政上の仕事を抱えるようになっていく。例えばSolicitor of Treasury（財務次官）への助言、全領土の財産所有者の調査、損害賠償の和解、外国との条約に伴う賠償の判断、反乱において使用された財物の没収手続き、軍隊の報酬に関する法の問題点への決定、合衆国に対する賠償の認可、政府の官吏・職員の弁護、合衆国に関わる控訴審への関与、歳入法（revenue laws）の下での妥結、パシフィック鉄道の完成の為の訴訟等々である[15]。こうした職務がAGをして職員の増大、権限の拡大へと向わせたと言えよう。

5 だがこれらの現象を直ちに、大陸流の検察制度を模倣した、ないしはイギリス型の訴訟制度からフランス型の訴訟制度へと転換したと結論づけるのはいささか早急に過ぎると言わねばならない。右見解は、従来合衆国においても日本においても非常に強く意識されたものであったが、近時、歴史的な研究の積み重ねによって再考を促されるようになってきている。次節ではこうした諸説を紹介するとともに引続きその検討を行っていきたい。

（1） 例えば、アラバマではローカルの訴追官は“District Attorney”であり、カンザスでは“County Attorney”である。アラバマは各District（地区）という管轄に検察官がおり、カンザスは各County（郡）という管轄に検察官がいるのである。この様に名称は異なるが合衆国では総称してDistrict Attorney（DA・地方検察官）と呼ばれることが多い。更にこのDAは州によっては民事を兼ねていることがある。五〇州中民事のみを扱うのはわずか一三州（上訴も含む）、民刑事両方が三二州（上訴も含む）、その他の区分が三州、DAのいない所が二州（デラウェア、ロードアイランド）となっている。NATIONAL DISTRICT ATTORNEYS ASSOCIATION（NDAA）, NATIONAL

PROSECUTION STANDARD, 17 appendix 1−1 (1977).

(2) Van Alstyne, *District Attorney —— A Histrical Puzzle*, 1952 WIS. L. R. 125, 133 (1952).

(3) *Id*. at 135 に拠る. I The Public Records of the Colony of Connecticut……388.

(4) J. J. Poserina, *Appointed Attorney General's power to supersede an elected District Attorney*, 33 TEMPLE L. Q. 78, 83 (1959) に拠る I Colonial Records, 188.

(5) L. T. David, *Councillors and the Law Officers in the Colonies in America*, 12 AM. UNIV. L. R. 23, 44 (1963) 等による。またリーは単なる法廷の助言者であり、イギリスの法の権威に一致するよう気にかけることが主要な任務であったという。尚ヴァージニアでAGが各地に代理を設定したのは一六八七年である。J. E. JACOBY, THE AMERICAN PROSECUTOR, 13 (1980).

(6) RAPHAEL SEMMES, CRIME AND PUNISHMENT IN EARY MARYLAND (1938) J. JACOBY, *supra* note 5 at 15 n. 31 に拠る。任じられた William Calvet は大陪審への起訴の提出に責任を持ち、全刑事法廷に Governor (知事) の Concil として立会った。

(7) EDWIN PAGE, JUDICIAL BEGINING IN NEW HAMPSHIRE (1959) J. JACOBY, *supra* note 5, at 15 に拠る。

(8) 植民地の形態には、王領植民地、自治植民地、領地植民地があった。早くから検察官制度を確立させたのはこのうち王領植民地であった。

(9) その主な原因として一七七四年に Coersion Acts と呼ばれるコロニーに対する劣悪な法律が定められた事が挙げられる。Quebec Act, Boston Port Act, Massachusetts Government Act, Administration of Justice Act, Quartering Act の五つの法律がそれであった。田中英夫『アメリカ法の歴史 (上)』(一九六八) 七五頁以下、SAVELLE & WAX, A HISTORY OF COLONIAL AMERICA, 672−674 (1973).

(10) 一七八七年五月、連合規約を修正するため Constitutional Convention がフィラデルフィアで開かれた。最終案が定められたのは九月であったという。*Id*. at 774−777. 連合規約との比較については田中、前掲註 (9) 一一五頁の表を参照のこと。なお権利章典は一九七一年に修正条項として付加えられた。

(11) ランドルフはヴァージニアの知事だった。彼は一七九

○年に司法長官（AG）に就任する。一七八九年法に関する論稿は数多いが、Sewall Key, *The Legal Work of the Federal Government*, 25 VIRGINIA L. R. 165, 173—4 (1938)；CALVIN COOLIDGE, ORIGIN AND DEVELOPMENT OF THE OFFICE OF THE ATTORNEY GENERAL, 8—(1929)；Charles Warren, *New Light on the History of the Federal Judiciary Act of* 1789, 37 HARV. L. R. 49, 108—9 (1923) 等に詳しい。

(12) 参考の為に条文の原文を挙げておく。

1704 Act —— attorney prosecute and implead in the law all criminal offenders, and do all things necessary or convenient as an attorney to suppress vice and immorallities (4 Colonial Records, 468) In each county there shall be one King's attorney, who shall plead and manage, in the county where such attorney is appointed, in all matters proper, in behalf of our souvereign lord, the king. (7 Colonial Records, 280)

1789 Act —— Sec. 35... That in all the courts of the United States, the parties may plead and manage their own causes personally or by the assistance of such counsel or attorneys at law as by the rules of the said courts respectively shall be permitted to manage and conduct causes therein. And there shall be appointed in each district a meet person learned in the law to act as attorney for the United States in such district, who shall be sworn of affirmed to the faithful execution of his office, whose duty it shall be to prosecute in such district all delinquents for crimes and offences, cognizable under the authority of the United States, and all civil action in which the United States shall be concerned, except before the supreme court in the district in which that court shall be holden.

(13) ラスドルフは権限の拡大なしに義務を遂行することは出来ない、と述べている。Key, *supra* note 11, at 176.

(14) COOLIDGE, *supra* note 11, at 65, An Act to establish the Department of Justice. June 22, 1870.

(15) H. CUMMINGS & C. MCFARLAND, FEDERAL JUSTICE, 153 (1937).

第二節　学説の展開——成立過程をめぐって

合衆国検察官制度の成立に関しては幾人かの論者がその考察に挑んでいる。しかしながらこのテーマは、アメリカ刑事法学界における歴史的分析という手法の、長い停滞の中で置き忘れられたものであった。ところが近年、刑事司法ないし刑事法の分野において歴史的アプローチが盛んに試みられるようになり[1]、検察官制度の研究もその範疇の一つに加えられることとなったのである。そこで我々は本節において、これまで明らかにされてきた研究の成果を、独断ではあるが「接合説」「自然発生説」「導入説」「複合・発達説」と諸説を便宜的に区別し、分析への足掛りとすることにした。

〈一〉接合説

1　日本でも最も多く見られる考え方であると言える。すなわちアメリカの検察官は、イギリスのAGとフランスのprocureur du roi（国王の代官）等の官吏が結び付いたものとして、その理由を、attorneyという言葉が用いられているのは法の代理人的性格を持つコモン・ローから来ており、イギリスではAGが政府の代理人を務めていたこと、また私人訴追を廃止し、官吏訴追を採用したのは独立期におけるフランスの影響と見られること、に求めている[2]。おそらくこの主張の先導者はパウンド（Roscoe Pound）教授であろうと思われるが、彼は合衆国検察官の持つ（イギリスの）AGに似た権限と、独立した地位、そして連邦検察官の統制的性格を示してその根拠としした[3]。

グロスマン教授も、イギリスのAGとフランスのadvocat général（検事長補佐）又は国王の代官のパターンであると述べたが、連邦の構造はフランスに似ているけれどもローカルについては独特に発展をしており、集権化から逃れていることも指摘している[4]。

2　こうした意見を支える具体的な史的資料は示されてはいないが、先のパウンド教授が加わっていた「法の遵守と執行に関する大統領委員会（ウィッカーシャム委員会・NCLOE）」が一九三一年に著した『訴追に関する報告書』の意見に多くの研究者は倣ったものと思われる。すなわち、

——アメリカの公的な訴追官（official prosecutor）は、連邦であれ州であれ、植民地の郡検察官を基盤としたイギリスのattorney generalと、フランスのadvocat généralとprocureur du roiの混合者（compound）である。

として、始めに述べた接合説の論旨を展開したのである。[5] おそらくこれが最も初期の接合説であると思われ、以後の検察官の成立史論の出発点とも言うべき重要な見解として記憶されねばならない。

3 合衆国検察官制度成立史に関する殆どの日本の研究者の記述はこの報告書に負っており、それが我が国での多数説を構成する原因となっている。[6]

これに比べて、日本の論者の中で接合説を採りいれつつも〝アメリカ的なもの〟の存在を認め、後述の導入説、発達説を伺わせるような主張があるのも興味深い。田村教授は、一九五四年にこう述べられた。

――……アメリカが職権訴追制度を採用したと言っても、連邦の場合は別として、大部分の州が大陸方式の単なる模倣と言えないところにアメリカ的なものを見出だすことができる。[7] (傍線筆者)

しかし、その〝アメリカ的なもの〟が何であるかについては言及が浅く、フランスの職権訴追制度を採用したにもかかわらず、検察官に大陸的な性格の稀薄なことのみを挙げておられる。[8]

4 けれども、まさにこの点が接合説への批判とされるのである。それは「大陸型の職権訴追制度を採用した」という前提自体への疑問であると言ってよい。すなわち、歴史的に考察すれば、地方の検察官の元祖とも言うべきコネチカットやヴァージニアのcounty attorney (郡検事) 等は、AGの性格を有しつつもイギリスのそれに見られない郡という管轄に地方の官吏として登場してくるのであって、この点に関する説明が十分でないからである。[9] 多くの論者は、NCLOEの〝植民地の郡検事を基盤とした〟という文言を見過ごしてしまっている。右に言う「地方の」とは、アメリカの代表的な政治的、社会的特質である地方分権主義によって示される法制度上の重要な要素なのである。[10] この特質を踏まえる為には、接合説に修正を加えるべきではないだろうか。

〈二〉 自然発生説

1 接合説に対して提起された疑問――地方での訴追官の発生――につき、それは新大陸で自然に生れたものである、とする主に歴史学者からの見解がある。これは〝spontaneous combustion theory〟(自然発生説) と言われるもので、[11] 一六八六年にバーリントン (Burington：ニュージャージーのクェーカーの共同体) における検察官の出現に関して、[12] リード (H. C.

Read) 教授が知事や法廷の非公式な創造であると解した見解に代表される。[13] またコネチカットについても、ファレル (J. Farrell) 教授は、「一七世紀には代理人の概念 (attorneyship) はコネチカットの法廷に馴染んだものであった。General Court (植民地裁判所)[14] に attorney が認められなければならなかったのは自然だった」[15] と述べて、植民地が自発的に訴追官を作り出したと解した。

2 しかしながらこの説は、何故当時の植民地の人々が代理人 (attorney) というコモン・ロー上の言葉を用いたか、という点について説明がつかず、またその背景も分らないまま、ただ自然に発生したとしか言い得ない、というレベルに止まっており、自ら考察の道を閉ざしているに過ぎないのではないかと思われる。

〈三〉導入説

他方、接合説以上に非慣習法の影響を主張するのが「導入説」である。すなわち、アメリカが官吏訴追制度を採って検察官を設けたのは、本国とは別のチャンネルを通して、コモン・ローにない概念を知ったからであるとする。[16] 本説は、フランスの影響を説いた「前期導入説」とそれ以外の「後期導入説」とに区分される。

① 前期導入説

1 古くはエスマン (A. Esmein) 教授によって主張されたものであるが、合衆国はアンシャン・レジーム (ancien regime) のフランスのモデル——王の代官 (procureur du roi)——から独立期に検察官 (public prosecutor) 制度を採用した、とする。[17] フランスの影響を説く点では接合説と同様に見えるが、その職権的様相や官吏という地位を強調することによってイギリスの伝統とは異なるとする立場を採っている。[18]

2 また、接合説を採るNCLOEも、〝官吏〟という概念はフランスから借用したものであるとしてエスマン教授に歩調を合せている。[19] 確かに、public prosecution (本稿では「公衆訴追 (主義)」と訳される) の概念はコモン・ローに拠るのではない、[20] また、糺問主義的な官吏訴追はコモン・ローにない、[21] という通説的見解から見れば、本説の理念的な背景をコモン・ローから離脱した証拠の一つとして挙げることが出来よう。

しかしながら、独立した検察官の地位は階級構造的なフランスの検察制度に見られないものであり、前述したコネチカットその他の検察官の発生との時代的整合も認められないことから、[22] やはり前期導入説にも明らかな限界を認めないわけにはい

かない。

② 後期導入説

1 右に見た「前期導入説」に対し、フランス以外の影響を説く論稿がある。

まず、従来の通説的な英仏の伝統に拠るとする検察官制度成立史論に新たな要素を加えようと試みたアルスタイン（M. S. Van Alstyne）の主張である。一九五二年に彼は、イギリスの植民地支配以前にオランダの植民者が独自の訴訟制度を持っており、それが公衆訴追の概念と、地域（地方）の訴追官の概念を植民地にもたらした[24]、と述べた。すなわち、オランダの影響を認めることにより従来の接合説や導入説の短所を補い、批判を回避しえるとしたのである[25]。何故なら、植民地時代に訴追官が既に存在したと主張することによって独立期におけるフランスの影響を考慮する必要がなくなり[26]、Schout（シャウト）と呼ばれる訴追官がオランダの各コロニーに存在したという事実が、地方の訴追官というアメリカ検察官の基本的性格にも合致するからである[27]。

2 ところが、public prosecutorという形の訴追官が既にコモン・ローの中に存在していたという主張が登場した。厳密に言えば、非慣習法の影響を強調するのが導入説の論旨であるから、これは新・導入説とでも呼ぶべきものであろう。一九七三年に、この提唱者であるラングバイン（J. H. Langbein）教授は、英米法における検察官の姿はチューダー王朝期（一四八五―一六〇三年）に整然と現れていたのであると説き、それは治安判事（Justice of the Peace：JP）によって担われていたと言明した[28]。そしてチューダー期の刑事手続は大陸の糺問手続の受容ではなく、メアリー王時代（一五五三年―一五五八年）に形成された治安判事（JP）の訴追機能に負うところが多いことを指摘し、従来の諸説[29]に反論を加えたのである[30]。

さらにラングバイン教授の成果を取入れた形で、接合説との整合を図ったのは、ニスマン（D. M. Nissman）である。彼は、アメリカの検察官は「訴追JPの義務とAGの権限とが結び付けられて生れた」と主張した[31]。

〈四〉複合説・発達説

1 これまで概観されたように、法制史研究の成果をある程度踏まえた論者の登場によって新たな理論構成の必要が生じ、包括的な見解を打出す学説が見られるようになる。

その一つがクレス（J. M. Kress）教授に代表される「複合説」である。同教授は、NCLOE、アルスタイン、ラングバ

イン教授、といった諸々の導入説に検討を加えた上で、アメリカの検察官はこれらの民族的複合体（ethnic conglomerate）であると結論づけたのである。[32] それは、独立期におけるフランスからの国王の代官の導入と、オランダの植民地に根付いていたSchoutという官吏訴追の概念の導入、およびコモン・ローに内在していたpublic prosecutorの影響が新大陸において結合した、と要約されよう。[33] しかし単なる結合と定義しながらも、右の様々な要素を排斥することなく受入れていった発達の過程が明確には描写されることがなかった。

2 そこでこのクレス教授の包括的な見解に立ちつつ、さらなる展開を試みたのがジャコビー女史（Joan E. Jacoby）の著作である。女史は、二十世紀に入ってからの検察官制度成立史に関する多くの論稿を分析した上で、機能的な分析に止まることなく、歴史的、社会的傾向の分析が必要なことを強く述べ、[34] アメリカの検察官は三五〇年間の発達の過程で変化したものであり、それは「社会、政治の発展の論理的帰結である」[35]と位置付けた。

すなわち、クレス教授の複合説は、要素の結合という新たな視野を提示したに止まり、アメリカ独自のものが形成されていったことにまで言及していなかったため、ジャコビー女史は、この過程に対する適切な描写は〝発達（evolution）〟[37]であるとして視座の転換を提起したのであった。

3 この発達説の登場によって、これまでの研究が凌駕され、一応の視座が完成されたように思われる。勿論この発達説にも、未だ発達過程への論究の不可欠な部分を多としなければならないであろうが、比較法的視角を含んだ法制史研究による裏付け、政治史、社会史的な論証を踏まえた非常に視野の広い考察によって立つこの「発達説」の見地は、[38] 適確な制度史分析への方法論を有しており、他の追随を許さぬものと考えられるのである。

本稿も、歴史過程の分析を行う以上、「発達説」によってまとめられた合衆国における検察官制度の成果を参考にし、その視座を同じくすることにした。

（1） アメリカには、英法でのLEON RADZINOWICZ, A HISTORY OF ENGLISH CRIMINAL LAW AND ITS ADMINISTRATION FROM 1750 (1968) に匹敵するような刑事法・刑事司法史の著作を見ることが出来ない。七〇年代以降この分野の重要性が認識されてきている。こうした状況の下で比較的有用な研究として以下のものが挙げられよ

う。

SAMUEL WALKER, POPULAR JUSTICE —— A HISTORY OF AMERICAN CRIMINAL JUSTICE (1980), BRADLEY CHAPIN, CRIMINAL JUSTICE IN COLONIAL AMERICA, 1606－1660 (1983).

(2) 川口光太郎『英米の検察制度について』司法研究三五巻一号（一九四七）五九頁以下、伊藤正己・木下毅『新版アメリカ法入門』（一九八四年）二〇四頁以下等。

(3) ROSCOE POUND, CRIMINAL JUSTICE IN AMERICA, 150－(1929).

但し、彼は検察官の政治的性格がジャクソニアン・デモクラシーの時代に生れたことを指摘している。他にイギリスからの伝承を説く初期の見解として、MISSOURI CRIME COMMISSION, MISSOURI CRIME SURVEY (1926) がある。

(4) B. A. GROSSMAN, THE PROSECUTOR, 13－15 (1969)、なお当時のフランスの訴追制度一般については、A. C. Wright, *French Criminal Procedure*, 44 L. Q. REV. 324－(1928) 参照。

(5) NATIONAL COMMISSION ON LAW OBSERVANCE AND ENFORCEMENT (here in after cited as NCLOE), REPORT ON PROSECUTION, 7 (1931). この委員会については、拙稿『合衆検察官概念の発展 —— 二〇世紀における合衆国検察官の概念化の分析』北大論集三七巻六号（一九八六）一章一節参照。

(6) 例えば、川口前掲註（2）59－60頁は、NCLOEのレポートを引用して職権訴追主義のフランスからの継受と、コモン・ローからの離脱を指摘している。

この他、三井誠「検察官 —— アメリカ」比較法研究三八巻（一九七七）六四－六五頁参照。

(7) 田村豊「アメリカに於ける訴追制度(1)」佐賀法学二巻二号（一九五四）二七－八頁。

(8) 検察研究所『アメリカの司法制度と検察の運用状況』検察研究資料三五、四二頁（一九五一）は〝アメリカ的〟なものの存在を指摘し、川口前掲論文に比判的である。

(9) 前節〈一〉1～3参照のこと。

(10) 「地方性」について詳しくは次節参照。イギリスにあってAGは、またフランスにあって国王の代官は、共に王の官吏として地方性を有することなく、地域と関係を持っていなかった。

(11) Van Alstyne, *District Attorney —— A Histrical Puzzle*, vol. 1952 WIS. L. R. 125 (1952).

(12) *Id*. at 133 n. 39本稿資料（地図3）参照。

(13) *Ibid*. n. 38による。THE BURLINGTON COURT BOOK, A RECORD OF QUAKER JURISPRUDENCE IN WEST NEW JERSEY 1680−1709, 56 (H. C. Reed & G. J. Miller) (1944).

(14) General Courtはニューイングランド地方での立法・司法権を持った地方集会である。

(15) Alstyne, *supra* note 11, at 136 n. 52による。THE SUPERIOR COURT DIARY OF WILLAM SAMUEL JOHNSON 1772−73, XXXIX (1942).

(16) *Id*. at 125.

(17) A. ESMAIN, A HISTORY OF CONTINENTAL CRIMINAL PROCEDURE, 594 n.2 (1913)；ERNST CARSTEN, DIE GESHICHTE DER STAATSANWALTSSCHAFT IN DEUTSCHLAND BIS ZUR GEGENWART (1932) s. 7ff.

(18) 次章第二節参照。

(19) NCLOE, *supra* note 5, at 7. NCLOEは以下の様に言う。

—— フランスでは、王の権力の発達の結果、訴追は公的なもの (official) となった。そして検察官 (public prosecutor) が通常の制度として一七世紀には完全に完成したのであり、「フランス精神による最高の発明の一つ」と言われる程になった。官吏訴追 (official prosecution) を採ったアメリカの制度に最終的な様式を与えたのがフランスの procureur du roi の影響であることは明らかである。

(20) イギリスは私人訴追主義 (private prosecution) であって官吏訴追はなく、公衆訴追に当たらないという見解である。例えば、検察研究所、前掲註（8）四一頁以下、川口、前掲註（2）一一頁以下参照。かかる理念的な分析は第三章で行う。

(21) 例えば、P・デプリン、児島武雄訳『検察、警察と人権』（一九六〇）一六頁参照。

(22) 前期導入説批判については、J. E. JACOBY, THE AMERICAN PROSECUTOR, 4 (1980), Alstyne, *supra* note 11 at 137.

(23) 具体的にはイギリスの New Netherland (現在の New York) 征服 —— 一六六四年 —— 以前。

(24) Alstyne, *supra* note 11 at 137. また〃ラー教授もアル

スタインやモーレィ（註（33）参照）を引いてイギリスからの分化ではないことを示した。F. W. MILLER, PROSECUTION, 54 (1969).

(25) JACOBY, *supra* note 22, at 4.

(26) Alstyne, *supra* note 11, at 135.

(27) *Id*. at 134.

(28) John H. Langbein, *The Origins of Public Prosecutor at Common Law*, 17 AM. J. OF L. HIST. 313–(1973); JOHN H. LANGBEIN, PROSECUTING CRIME IN THE RENAISSANCE, 34–45 (1974).

(29) *See generally*, HOLDSWORTH, 4 HISTORY OF ENGLISH LAW 528–9 (1956).

(30) Langbein, *supra* note 28, at 324.

(31) D. M. NISSMAN, THE PROSECUTION FUNCTION, 4 (1982).

(32) J. M. Kress, *Progress and Prosecution*, 423 ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY OF POLITICS AND SOCIAL SCIENCE, 99, 104 (1976).

(33) *Ibid*. またモーレイも検察官の大きな権限を描くに際して、その複合的な性格を表していた一人であろう。「彼は一人で警察であり、検察官であり、治安判事（magistrate）であり、大陪審であり、小陪審であり、そして判事である。」と述べている。MOLEY, POLITICS AND CRIMINAL PROSECUTION, VII (1929), MILLER, *supra* note 24, at 55 に拠る。

(34) JACOBY, *supra* note 22, at 5.

(35) *Id*, at 6. かかるアプローチの思想的背景をジャコビー女史は明らかにしていないが「ソーシャル・ダーウィニズム」の影響を感じさせる（この点、R・ホフスタター『アメリカの社会進化思想』（後藤昭次訳）（一九七三）を参照）。法思想とソーシャル・ダーウィニズムの関連については、伊藤正己・田島裕『英米法』（一九八五）四〇六頁参照。更に、「発達説」の史学的基盤としては、例えばターナーの、いわゆる「フロンティア学説」の影響が見受けられる。ロスコー・パウンドもこの影響を受けた一人と言われている。この点については中屋健一『アメリカ史研究入門』（一九六八）五一頁以下を参照されたい。

(36) 例えばジャコビー女史によれば、クレス教授の主張する要素に見当たらないもの——行政の他から監督を受けない地位、公選による地位、広い裁量権——が挙げら

れている。*Id.* at 5. 更にミラー教授によっても、「(アメリカの) 検察官の殆どの制度は、広くアメリカの発明である」とされている。MILLER, *supra* note 24, at 54.

(37) JACOBY, *supra* note 22, at 6.

(38) 同様の視座がアメリカ法研究に不可欠であることを説くものとして、伊藤・木下前掲註 (2) 二三八―九頁参照。〝[アメリカの] 法制度をその国の歴史的、政治的、経済的、社会的、文化的諸条件のなかに位置付けるとともに、他面それを一つの [生きた] 総合体として把握することを要求される〟とする。ジャコビー女史への評価については、書評が参考になろう。Book Review, *The American Prosecutor : A Search for Identity. By J.E. Jacoby*, 79 MICH. L. REV. 919 (1981)

第三節　特徴

では、独立期までに見られる合衆国検察官の特徴を指摘することによって、基本的性格の分析のまとめと代えたい。以下の特徴は、検察官の発生期から成立期にかけてほぼアメリカに固有のものとして定着した特質であり、それ以後の発展期、完成期にもその影響を弱めることなく、新たなる発展の土台となっていることが認められるのである。

〈一〉地方 (地域) 性

1　前節において学説の展開から学んだ如く、接合説がその限界を露呈したのは、AGや、フランスの国王の代官といった官吏が、ローカルの官吏である郡検察官の持つ「地方 (地域) 性」という性格を有していないところに原因があった。(1)

このことは、単にローカルの官吏であるから地方性、地域性がある、という単純な構図以上のものを意味している。勿論、第一節での歴史的事実からも理解できるように、新大陸において検察官が初めて出現したのは国家の成立時においてではなく、ローカル (各コロニー) においてであった。(2) このローカルに現われた検察官に固有の現象が地域的なものであったところからかかる特徴が引出され得ると言えよう。

2　例えば一六八六年のバーリントンに、一六六二年のハートフォードに現われた検察官は、(3) また一七〇四年に制定法上初めて定められたコネチカットの、更に一七一一年のヴァージニアの検察官は、(4) いずれも地方の官吏であり、限られた地域管轄の中でその権限を行使する者であった。(5) しかし、言うまでもな

く、イギリスの王政の支配下であるコロニーがattorneyという語を用いたのは、コネチカット成文法中に見られる如く、〝女王の代理人（attorney for the Queen）〟という概念の（イギリスのAGからの）継承を意味している。[6] 同様に一六八六年ヴァージニア各地にdeputy attorneyが置かれたのも、[7] AGの代官としてであって、AGがもともと王の代理人を意味していたことは明らかである。

しかしながら、コモン・ローを移植した新大陸では「王」といっても海の向うの抽象的な君主であり、植民地の秩序維持がそういった抽象的概念の為に保持されるべきだという様な思考は根付かなかったのである。[8] むしろ自分たちのコロニーの秩序は自分たちの為に守っていく、といった開拓時代特有の自治精神が民衆の意識に強かった。[9] 具体的には、ニューイングランド地方に多いタウンシップ制度が、タウンミーティングを中心とした街の自治意識をよく表していると言えよう。[10]

3 更にこの自治意識が発達した、地方分権主義とでも呼ぶべき地域の統治原理の発達を促し、中央集権的支配を嫌う考え方が一層検察官の地方性を押し進めたのである。[11] それはコロニーにおいて、犯罪に対する罰金を植民地政府が独自の財源の一つと見なしたことからも伺える。[12] 植民地政府は、私人訴追による私人間の解決よりも訴追官による法違反への罰金収入の途を好み、それを地方自治の基盤としたのであった。[13]

この地方性（または地方分権主義）の貫徹は、独立戦争を終えて成立期に入り、連邦検察制度の誕生の際にも各地区に置かれたDAへの統制が見られなかったこと、その階層性、組織性が現われるのも一九世紀後半に待たなければならなかったこと、[14] 等から裏付けられよう。

4 確かにアメリカは官吏訴追の途を採ったけれども、アメリカ固有の検察官制度は、AGや国王の代官といった王に任じられた官吏[15]の性格に比べて極めて地方的な色彩を濃くしたのである。州都（当時はまだ邦の首都であるが）において大陪審を開くことの地理的な困難さから、一七一一年ヴァージニアでAGの代理（deputy attorney）が、全カウンティにおいて全ての刑事事件に関与するに至ったこと[16]は地方性を象徴する出来事であったが、これは、広大な管轄を有する植民地、ひいては新大陸固有の状況が地方性を持った訴追形態を必要としていたことを意味するものであり、またかかる地理的必然性が検察官制度の選択を促し、「地方性」という特質を有する結果となった、とも言えるのである。

〈二〉独立性

1　成立期の検察官のもう一つの特徴として、その「独立性」を挙げることが出来る。この独立性とは、単にその個々の地位や権限、機能を指すのみならず、むしろ「地方性」と一体となってその職に固有の性格を与えていると言えるのである。

すなわち接合説や導入説の論者の言うところの、AGやフランスの国王の代官も皆その母国では王の任命に拠っていたのであり[17]、各職制における統制的性格は否めない事実であった。ところが植民地では、前項で見た「地方性」を指し示す事象、すなわちタウンやカウンティから個々に訴追官が選ばれていたことがあった[18]。勿論知事、裁判所ないし本国によってAGが任じられたコロニーも少なくなかったが、個々のattorneyは自らその管轄内で全事件を訴追する権限を有しており[19]、また自己の裁量によって訴追を取下げることも可能な官吏であった[20]。

2　こうした歴史的経過に加えて、独立以後もローカルでは、AGの監督、統制を受けない地方検察官（DA）が、また連邦にあっても司法長官（AG）による実質的統制を持たない各地区のDAが誕生している[21]。フランスの検察制度の導入という見解への大きな疑問の一つとなる独立性の問題――すなわち独立性ある検察制度――は、かかる非階級構造的な制度の存在を通して裏付けられるのではないか。そしてまた、一九世紀以降のジャクソニアン・デモクラシーの影響で始まった「公選制」が、これをより強化したと言えよう。

右独立性は、まさに前項で述べられた地方分権の実質的保障としての帰結である。何故なら、独立性を持たない地方官吏は、各地区に振分けられた中央派遣の名目的な官吏と同じものとなり、地方分権に由来しない独立性は、単なる専断的な法執行に止まってしまうからである。この様に地方性と独立性とを合せ持った検察官こそが、大陸法やコモン・ロー上の官吏の概念との相違を提示しうるものであり、かかる特質を認識する時に初めて合衆国の訴追制度やそれを支える理念といったものが明らかにされると言えるだろう。

（1）第二節〈一〉参照。
（2）第一節〈一〉参照。
（3）同上、並びに註（2）（3）参照。
（4）同上、並びに註（4）参照。
（5）例えば、ペンシルバニアでのAGは〝彼らの任じた代理官(deputy)を通じて個々のcountyでの犯罪の訴追を扱ったのであり（J. J. Poserina, *Appointed Attorney*

General's power to supersede an elected District Attorney, 33 TEMPLE L. Q. 78, 83 (1959).) コネチカットにおいても一七三〇年には〝個々のcountyでは一人の王の代理人がいるべきで、そうしたattorneyが、任じられるcountyで王の為に全ての事件を弁護し、取扱うのである〟と定められていた。(7 Colon. Rec. 280. W. Pickett, *The office of Prosecutor in Connecticut*, 17 J. CRIM. L. 348, 352 (1926) に拠る。) ——傍線筆者

(6) 第一節註 (11) の1704 ACT 参照。

(7) 第一節註 (4) 参照。

(8) J. E. JACOBY, THE AMERICAN PROSECUTOR, 12 (1980).

(9) *Id*. at 16. この点ジャコビー女史の見解は〝自治と独立の精神は、植民地の生活を支配していた〟のであり、〝より以上の自治と独立の欲求が、地方の法廷の概念を強める領地の拡張によって強いられ、特に地方検察官の形態を支えた〟としている。

(10) ニューイングランドのタウンシップの優れた点を指摘しているのは、田中英夫『アメリカ法の歴史(上)』一九頁以下(一九六八)、田中教授の表現では〝自治の最良の学校〟であった。タウンシップ制については、邦語によるものとして、その土地所有制度につき、平出宣道「タウン・システムの研究(1—5)」明治学院論叢三八—四〇、四四、四六巻(一九五五—五七)、政治学的視点から渋谷浩「初期ニューイングランド植民地の政治社会論(上)」法学研究(明治学院)二八巻(一九八二)、一般的なものでは中村勝己「一七世紀末ニューイングランドの一タウンについて」三田学会雑誌五二巻一〇号(一九五二)、同「植民地ニューイングランドの一タウンについて」同六二巻一〇、一一号(一九六九)を参照。欧文では、例えばロード・アイランドのタウンシップを取扱った、A. M. Eaton, *The Development of the Judicial System in Rhode Island*, 14 YALE L. J. 148 (1904) 参照。

(11) 地方分権的性格は、例えばアメリカ独立の際に邦(コロニー)の連合といった意味合いを有していたことにも現れていよう。一七七六年の連合規約(Articles of Confederation)という名称にも見られるように、邦の主体性を失うことなく一つの連邦国家を形成したのであり、この規約では各邦の主権、自由、独立を尊重しなが

ら、中央政府の徴税権、通商規制権、常備軍の保持等を禁止したのである。連合規約は、一七八一年、メリーランドの批准をもって発効に至った。清水博編『アメリカ史』七五―七六頁（一九六九）、田中前掲註（10）九五頁以下参照。

(12) JACOBY, *supra* note 8, at 18.

(13) *Ibid.* またジャコビー女史は、現在でもローカルの検察官の地方性を支えているものとして、公選制（二章四節〈三〉参照）と、ローカルの行政による検察官の財政的基盤を挙げている。こうした収入・支出のベースが地方に置かれていることが地方性を実効せしめる要因であると言えよう。*Id.* at XXI. 但し、近時、私人訴追主義はそれほど容易に姿を消さなかったという主張も見られる。A. Steinberg, *From Private Prosecution to Plea Bargaining : Criminal Prosecution, the District Attorney, and American Legal History*, 30 CRIME & DELINQUENCY 4 (1984).

(14) 連邦司法省という連邦検察官を組織化する試みが成功したのは一八七〇年のことである。An Act to establish the Department of Justice, June 22, 1870. 特に Sec. 16 参照。

司法省については、J. S. EASBY-SMITH, THE DEPARTMENT OF JUSTICE ITS HISTORY AND FUNCTIONS, 19- (1904), H. CUMMINGS & C. MCFARLAND, FEDERAL JUSTICE, 218-(1937) 等を参照。

(15) AGについては二章一節〈一〉、フランスの Procureur du roi については二章二節参照。

(16) 本章一節〈一〉2。参照。

(17) この点、註（15）に同じ。

(18) DAの任名権者は地方によってまちまちであった。ペンシルバニアでは知事が任命権者であり、北カロライナではAG、コネチカットではローカルの判事、ヴァージニアに至っては陪審であった（JACOBY, *supra* note 8, at 20)。それ故統一的な組織性は示されていなかったと言える。DAの任命権を統治の道具とするには独立期の各邦の統治形態はまだ余りに多種多様であり過ぎたのだろう。

(19) この点を、フランスの国王の代官との類似点と指摘する説もある。一七〇四年、コネチカットの attorney について定められた〝全ての刑事犯を法において訴追し〟と

いう文言はそれを表しているし（Pikett, *supra* note 5, at 352）、一六六六年に任じられたメリーランドのAG、William Calvet は刑事訴追に際し、全刑事事件に政府の代理として出席したという（RAPHAEL SAMMES, CRIME AND PUNISHMENT IN EARLY MARYLAND (1938), JACOBY, *supra* note 8, at 15 に拠る）。

(20) この点につきイギリスのAGと類似していると指摘する説もある。一七世紀初頭、イギリスにおいてAGは王の法手続の主導者としての地位を固め、訴追の提示に完全な裁量権を持つに至るが（Sewall Key, *The Legal Work of the Federal Government*, 25 VIRGINIA L. R. 165, 167 (1938) によれば、AGは King's Serjeant（王の弁護人）との主導権争いに勝ち、一六〇四年からその地位を得るに至ったという）、植民地でもこれらコロニーのAGの権限はコモンローに基づく、と多くの法廷が述べていたからであった。Poserina, *supra* note 5, at 83. 当時のイギリスのAGについては主に WILLIAM BRACKSTON, 4 COMMENTARIES OF THE LAWS OF ENGLAND, Facsimile 1761, 304 (1979) 及び本稿二章一節〈一〉参照。

(21) 植民地時代のローカルの検察官については、一節〈一〉参照。また、連邦においても初期には個々の法廷がDAを任命していた。Key, *supra* note 20, at 175.

邦文による合衆国の植民地法研究は数少ない。特に刑事法、刑事司法関係では非常に限られている。一般的なものでは田中英夫『アメリカ法の歴史（上）』前掲註(10)、同『英米法総論（上、下）』（一九八〇）一八七頁以下、伊藤正己、木下毅『新版・アメリカ法入門』四三頁以下（一九八四）があり、刑事についてはロスコー・パウンド、法務府検察研究所編『アメリカにおける刑事裁判』（検察研究所資料二九）（一九五一）が唯一のものではないか。刑事法のみならず法制史の分野においても空白な部分が多い。

See generally, LAWRENCE FRIEDMAN, A HISTORY OF AMERICAN LAW, 31— (1793) ; SAMUEL WALKER, POPULAR JUSTICE : A HISTORY OF AMERICAN CRIMINAL JUSTICE, 11— (1980) ; B. CHAPIN, CRIMINAL JUSTICE IN COLONIAL AMERICA, 1606—1660 (1983).

第二章　合衆国検察官の沿革とその要因

本章においては合衆国の検察官が植民地時代に、いかなる過程で、いかなる影響の下にその姿を現し、地位を確立し、その特質を形成したかという点につき、第一章で主張された諸説の言う具体的根拠を検証しつつ、解明する。

第一節　イギリスとその影響

アメリカの植民地時代の法制度に最も影響を有した国は、言うまでもなくイギリスである。コモン・ローの採用は広い範囲で行われ、司法制度もその例外ではなかったことから、検察官制度にも影響を与えないはずはなかった。(1)

イギリスは一七世紀後半までに、ジョージアへの一七三二年という例を除いて他の全ての植民地にcharter(勅許状)を発していた。(2)けれども後述するように、当時の植民地の法制度は、イギリスの支配にもかかわらず各々開拓時代の植民者の設定した法制度や司法制度を少なからず残していたのである。(3)そうは言うものの、コモン・ロー体系と共に司法制度の定着はイギリス法の影響であると断定せざるを得ない。(4)それは「植民地は王制の前任者を再置した」(5)と評されたAGの設置からも伺われる。本国において王を手続上代理していたAGを、コロニーにおいて知事(Governor)の法的補佐として置くことにより、植民地政府が法的な統制を見習うことを容易にしたと言えるだろう。(6)

それ故、従来のアメリカ検察官の片われは、こうした司法制度の母国たるイギリスのAGとされていたのであるが、(7)果してAGは植民地で検察官制度成立に当って、どのような布石となり得たのであろうか。その他、学説で指摘された諸要因を以下に検討したい。

〈一〉Attorney General(法務総裁：AG)

①　沿革

AGは元来イギリス(本論文中のイギリスとは法制上のイギリス、すなわちイングランド及びウェールズの範囲を言う(8))で生れた官吏である。歴史上最も最初にAGの語が登場してくるのは一三九八年の"the Duke of Norfork"によって示された*attornies generals*ではないかと言われている。(9)但し、王の代理人という概念としては一二五四年から六八年にかけてLaurence de Brokという人物が*sequitur pro rege*(王の為の訴追者)

として事件に関与していたことが指摘されている。(10)

植民地時代の本国イギリス――一六～一七世紀――では、AGは王の為の法手続に主導権を有しており、また裁量権を持ち、全ての国の機関に助言をし、議会に対しても助言をしていたと言われている。(11)もちろんAGも私人訴追制度の下(12)では、単に王個人の代理として訴追権を行使するに止まり、重大な犯罪に対しては王の関心事として訴追を行っていたのである。すなわちそこに、一般的な公訴権者、public prosecutor としての性格及び、地方性を持ち地方の管轄に対して訴追を行う官吏としての性格をAGに見出だすことは出来ない。確かに官吏による訴追に該当するのであるが、あくまで王個人の代理人であることが強調されねばならないだろう。

② 植民地の Attorney General

1 初期のコロニーにおいては、三権分立といった原理やそれに基づく制度も見られず、全く原始的、糺問的な法廷であり、(14)私人による訴追であったことも法曹の不存在から容易に推察しうる。(15)かかる原初的形態は、(16)徐々に王政の支配の結果イギリスの制度の実施へと至る。前述したように、植民地に司法制度を与えたイギリスは、その執行権も植民地に与えていくことになる。(17)

記録上最初のAGは、一六四三年、ヴァージニアに国王の代理人として現れた。(18)だが当時はさほど重要な地位を担ってはおらず、助言者的役割に止まり、珍しいことではあるけれども王の権利が侵害された時に法廷に立った。(19)これが性質上はイギリスのAGと同様の義務と権利を持っていたAGの実態であった。また、ヴァージニアにおいてAGに首都での居住を義務付けるようになったのは一六七〇年になってからであり、(20)遠隔地において彼の代理官 (deputy) が必要とされ始めるのは一六八七年以降のことである。(21)

つまり、その頃になるまでAGの公訴への関与が求められなかったということになろうか。その必要性がなかったということは、マサチューセッツのAGであった Anthony Checkley の悲嘆にも現れている。

――何が私の義務であるか分らないし、私の為すべきことについても他の官吏が法によって為し、王の代理人について法は沈黙している。(22)

これは一七〇一年の記録であるが、明らかにAGの無価値さと、他の官吏による公訴の遂行を示している。このAGの性格は、未だイギリス本国と同様、私人訴追制度上の概念であった。(23)それは多くの裁判所が〝AGの権限はコモン・ローに基づく〟

と述べていることからもはっきり認められる。[24] けれども本国とは異って植民地では彼等の出番は少なかったのである。[25]

2 ところが成立期の最後の時期にあたる連邦検察制度の成立が見られた時に、AGは合衆国連邦政府の官吏として姿を現した。その機能はもはや王の代理人としてではなく、独立を勝得た新しい国家の政府の法的代理人としてであった。

一七八九年のJudiciary Act(裁判に関する法)[26]は、政府の為の法的助言者の役割と、政府に対する全ての訴訟に代理人として出席する事をAG(司法長官)に求めていた。たしかに一見、クーリー教授の言うように「合衆国は本国での前任者[27]を再び置いた」ようではあるが、この視点は機能上の重要な点を見逃しているように思われる。既にアメリカにおいて、ローカル、諸邦はその訴追形態を私人訴追から検察官(官吏)訴追へと移行せしめており、連邦でもこうした実状を踏まえて、AGは連邦政府にその代理の客体を置くに至ったのである。[28] この点で、イギリスのAGのprivate(私的)な側面と、アメリカにおける連邦AG及びローカルのDA(地方検察官)のpublic(公的)な側面とが対比されねばならない。それ故、合衆国の訴追制度はpublic prosecution(公衆訴追)と呼ばれるのである。

3 たしかにAGという名称の示すとおり、コモン・ローの継承を否定することは出来ないが、[29] 連邦のAGは州とは異なり、合衆国に官吏訴追の定着した時期に生れている。そこで、執行権限が大きいことや[30]内閣の構成員であることから、表面上はむしろフランスのAdvocat général(検察長補佐)やProcureur général(検事総長)に似ていることが導入説論者によって指摘されていた。[32] それ故、コモン・ロー上のAGが、public的要素を連邦にもたらしたと考えることは少し無理があるように思われるのである。

ではアメリカの検察官にpublic的性格を与え、その地方性、独立性を形成せしめたのは導入説の言うフランスの影響に待たなければならないのであろうか。また、コモン・ローにない地方の訴追官の出現をいかに理解すべきであろうか。

引続き各説の論者の根拠につき検討を加えたい。

〈二〉 Justice of the Peace(治安判事)

訴追制度に関して、一般にイギリスは私人訴追でありいわゆる検察官制度は存在しないと言われてきた。[31] 近代に入ってからは警察訴追の形態が定着し、[34] 訴追の多くが警察の手によって開始されていることも知られている。しかし一八七九年、公訴局長(the Director of Public Prosecutor : DPP)の設置以降、[35]

公訴局による公訴提起も行われてきた。[36] 更に、一九八六年全国的な公訴制度の実施にむけてCrown Prosecutor（公訴官）が置かれ、統一的な検察制度の整備に踏み出している。[37]

前項で見たようにAGは植民地時代にイギリスで王の代理人としてその地位を固めていたのであるが、特に地方において重要な司法官吏は治安判事（JP）であった。元来イギリスではノルマンの征服以後、ヘンリー一世の時代に大陪審（告発陪審）が導入され、Angevin時代（プランタジネット朝時代・一一五四―一三九九年）には官吏を求めない陪審制度が確立し、私人訴追による陪審＝self informing juryが一般的になったが、[38] この制度が一六世紀には崩れ去ってしまうのである。ラングバイン教授はこれをイギリス法史上最大のミステリーと呼んでいるけれども、[39] この告発陪審に代わって訴追機能を担ったのが、治安判事（JP）だったのである。[40]

① イギリスの治安判事[41]

1 JPの沿革はエドワード二世時代（一三〇七―七二年）の各州で選ばれたcustodes peis（平和の擁護者）に遡るが、[42] JPが実質的に司法機能を与えられるのは一三四四年であり、[43] Justice of the Peaceという名称は一三六〇年の制定法から始まったものである。[44] 任務の管轄領域は、司法的なものと行政的なものとに大きく分けられ、前者としては逮捕、拘留、捜索、紛争解決等である、後者としては、河川や道路の監督、税の賦課、旅券の交付が主なものであった。[45]

もともと王の為の治安維持を目的として設けられたJPの制度であったが、広い権能を備えてゆくにつれ次第に重要な地方の官吏として君臨するようになった。[46] このJPは、地方のジェントルマン（紳士）[47]の中から王によって任じられていたが、ナイト（騎士）や貴族が多かった。しかし、その広い職務を担える者は多くはなく次第に裕福な領主等が中心となっていったのである。[48]

2 一方、一四世紀に入り証人と陪審との分離が求められるようになったのに伴って、一五三五―六年の制定法で陪審は彼等が告発した犯罪に関与することが出来なくなった。その為、他の機関がその機能を受け継ぐ必要が生じた。[50] ここでその機能、すなわち被告を告発するという機能をもつことの出来た唯一の地方の官吏がJPであったのだ。[51]

当時も私人訴追への公的見地からの抑制は考慮されていたようであり、特にいわれのない訴追を防止する為に公的要素を私人訴追の中に組入れようとしていた。その一つが告発陪審であって、もう一つは、逆に犯罪に対する不起訴を回避する為の

試みである。メアリー王時代の二つの制定法[52]がこれを示している。

それは、重罪につきJPに訴追官の役目を与え、従来の治安に加え、拘留、保釈の権限をあたえるものであった。こうしてJPは、keeper（治安維持者）からprosecutor（訴追官）へと自らの機能を広げたのである。また同時にこのことが私人訴追を選択から義務への転換に導いたのである。これは、メアリーの法が、私人訴追が為されない時にはJPに捜査を、証人に証言義務を課そうと意図していたことから伺える。[53]

3 つまり、スティーブンによっても、「治安判事たちは、他の国々においては公訴官に課している任務を、数世紀に渡り多少とも能率的、かつ完全に果してきたと見て差支えないのである」[54]とされ、またメイトランド教授も、メアリー王制の二つの法がJPに告訴人と被告人とを調べるように仕向けたことを指摘し、「治安判事は、ここにおいて判事の役割よりもむしろ検事の役割を担っている」[55]と述べていたのである。

ここに原始的self-informing jury制度は崩れ、チューダー、スチュアート王朝期にはJPが訴追機能を負い、一九世紀初めの警察訴追の台頭まで三百年に渡ってその姿を保つことになるのである。

4 この地方性に由来したJPの機能については一般に余り知られることなく、特に訴追に関しては見過されてきたと言える。しかしながら近時の研究は、イギリスの私人訴追に関する定説の変更を促している。ラングバイン教授が新導入説の中で示したこのJPの再評価、すなわちコモン・ローに内在していた訴追官（検察官＝public prosecutor）の承認もこれに含まれよう。[56]もっともJPの訴追にあっても私人訴追の原理上の出来事であり、建前としてJPは――今世紀では警察官がそうであったように――あくまで一人の私人の訴追者として機能していたことを覚えておく必要もあろう。

② 植民地の治安判事

1 前述したように多くの植民地の司法制度は本国を模倣したものが多かった。例えば、マサチューセッツ・ベイの植民地では一六三六年に裁判所が設置され[57]、彼等が本国で知っていた地方の治安判事裁判所を模してmagistrate（治安判事）[58]を置いた。[59]これは一六九二年にJPの法廷となったが、依然その職責は変わることなく、民事では訴額四〇シリング以下の事件、刑事では伝統的に軽微事件を扱っていた。このJPは広い裁量権を有していたが、このことは結果的に統治や法の機能についての指導者の考えに合致し、小さい共同体であった植民地ではう

まく機能したと言われている。(60)

マサチューセッツに限らず、植民地時代、コロニー、特に中・南部において最も重要な法廷はJPの法廷であり、(61)唯一の司法官吏はJPであった。(62)これらの任に当たる者は法的訓練を受けていない田舎の紳士であり、(63)財産や影響力のある人物で、知事によって任命されていた。(64)

2　このようにして、本国から移入されたJPは訴追機能を有しつつ、植民地に根付いていったと主張される。この背景には、現実問題として植民地に法曹が少なかった為に、必然的に素人裁判官のJPを採用せざるを得なかったこと、また地方性に由来したJPが植民地人の自治、独立の傾向と合致していたことが考えられるのである。(65)アメリカ検察官の特質の一つ〝地方性〟は検察官のみに現れたものではなく、こうした植民地の司法制度からも概観しうるように広く法制度全般に反中央集権的性格を繁栄させていると言えよう。(66)

しかしながら、ラングバイン教授らの述べるとおり訴追機能を負ったJPがイギリスで活躍したことが提示されても、植民地においてかかる機能が実際に働いたという史的事実が示されていない。ただ「公訴官」や「官吏訴追」の概念がコモン・ロー上珍しいものでなかった、というイギリス法への分析に止まっているのであり、新大陸の訴追JPが、検察官制度にいくらか影響を及ぼしたという論証には未だ至っていないと見るべきではないだろうか。

〈三〉Sheriff（執行官）とConstable（巡査）

①　イギリスの状況

1　一四世紀頃イギリスで生れたシェリフは、(67)地方で選任され、多くの機能を有し、JPと並ぶ地方の執行官として大きな権限を持っていたようである。(68)特に陪審員の選任、招集や、被告人の引致等私人訴追制度に欠くことの出来ない法廷官吏としての役割を担っていた。また、王の財政的な利益保護の為に、Shire（今のカウンティ）での軍事、治安の責任も負っていたという。(69)しかし、経済的な社会の発展と都市の拡大は警察組織の台頭を促すことになり、シェリフは徐々にその重要性を失い、一七世紀には名誉職的な地位に落着くのであった。(70)

2　一方、コンスタブル(constable)(71)と呼ばれる官吏がシェリフの下に位置する形で働いていた。コンスタブルはシェリフの属するShireの中にあるParishと呼ばれる行政区画に一人ずつ配され、領地や荘園の官吏として人民の中から選ばれていたが、一四世紀、JPの発展に伴って、その依拠していた十人

組の相互保障制度（mutual-pledge system）[72]の瓦解と共にJPの配下へと移り、JPの任命による法執行官吏として命脈を保ち、その後の自治体警察の誕生まで活躍した。[73]

② 植民地の状況

1 初期のコロニーでは、自己の共同体の平和や治安を維持する制度・組織として、イギリスの植民者は、一三世紀に本国の自治都市（Borough）で発達し、後の各地方の警察組織の先駆けとなったwatch（監視人）制度を用いようとした。

一六三一年、ボストンでまずこのwatch制度が発足し、一六四三年にはオランダの統治下にあったニューアムステルダム（後のニューヨーク）にオランダ式のwatch制度が登場した。[75]しかしながらしばらくして一六三四年にボストンに、一六六四年イギリス統治下に移ったニューヨークに、それぞれコンスタブルが置かれることとなる。[76]このことはイギリスの王領植民地への支配強化と時を同じくしており、そのコモン・ローの適用と共にイギリス法制の支配を示しているのである。

かくして一般に各植民地ではタウンにコンスタブルが、後にはカウンティにシェリフが置かれ、知事やcouncil（補佐機関）の任命の下で法執行官吏の地位を得るに至った。[77]特にニューイングランド地方ではタウンミーティングによってコンスタブルを選出していたという。[78]植民地は本国と同様、シェリフ、コンスタブルの設置を見たわけであるが、シェリフについて本国がその機能を縮小しJPや警察に司法、治安維持の任務を移行させていくのに反して、「郡保安官」としてカウンティの法執行官吏の役割を担わせたのである。[79]

2 しかしながら、初期の原始的形態はともかく、イギリスの法制度が導入された時期では、コモン・ローと同様にコンスタブルは私人と並んで訴追（presentment）の権利を有していた。[80]とは言うもののやはり第一の訴追機関は大陪審であって、特に直接民主制の色彩の強かったニューイングランドは別として、多少のバリエーションを持ちつつも概ね本国のシステムと変わるところがなかったと言えよう。[81]

例えば、マサチューセッツを例に採ると、実体法についての規定は多いが手続法については管轄のみが記されていただけであった。[82]実際の手続の執行については各管轄に委ねられていたのである。そして郡法廷（county court）に記録上現れた告訴制度では、まず私人の告訴（complaint）か告発（presentment）があり、続いてコンスタブルかwatchの告訴、告発、タウンのselectman（行政委員）の告訴、告発、十人組（tithingman）、大陪審の告発、等の順となっている。[83]こうして、一六九二年、

Second Charter によってシェリフに権限が移行されるまでコンスタブルは私人訴追に次いで重要な役割を果たしていたのである。(84)

3　一方で、前述した watch 制度は、独立後の day patrole と night watch との区分を経て警察組織の形成へと発展し、他方で、シェリフは、ローカルの官吏として徐々に訴追機能を検察に移していったようである。しかしながら、この明確な区分は、一九世紀初めの検察官の公選化による制度確立まで待たなくてはならないと見られている。(85)すなわち、成立期の地方の訴追官吏としては、シェリフやコンスタブルの方が主役であったと言えるだろう。それは、公選化の波が検察官に及ぶ発展期以前においては、シェリフが限られた州ではあるけれども公選による地位を得ていたこと、(86)当時、まだDA（地方検事）は司法条項に含まれており、(87)その行政官的地位と訴追の権限をシェリフに代わって持つに至るのは発展期以後に譲ること、等からも裏付けられよう。

4　しかし、シェリフが訴追官吏として検察制度成立にあたって重要な役割を果たしたことはこれらの点からのみ言及されるのではない。むしろその重要性は、第三節のオランダの影響との関係から論じられるのである。ここでは新大陸へのシェリフの継承の事実とその働きだけを確認しておくに止どめておきたい。

〈四〉Grand Jury（大陪審）

〈二〉において見たように、植民地時代に本国でJPに訴追機能を取って代られた大陪審（告発陪審）制度が、(88)何故新大陸において受け入れられることとなったのであろうか。また王領植民地、自治植民地において検察官による官吏訴追制度が採用されてきていたにもかかわらず、何故大陪審が重要な権利として合衆国においても存続したのであろうか。

我々は本項で、訴追機関としての陪審の機能を検察官制度との関係から考察することによってこれらの問いに答えると共に、なおかつ植民地時代から独立期に至るまでのアメリカの訴追機関の発達について見ておきたい。

①　告発陪審の登場

ヘンリー一世の時代に出現し始めたとされる告発陪審は、制定法上はヘンリー二世の治下、一一六六年の Assige of Clarendon と一一七六年の Assige of Northampton によって確立する。(89)

当初は、犯罪の発見、逮捕、訴追の義務を負い、同時に国王

の財源の確保を図った秩序の維持を目的とした行政的機関であった。(90)

しかしヘンリー四世の治下に登場する審理陪審(91)の機能を同じ陪審員が兼ねることによって、司法的な機関へとその姿を変えることとなる。ところが一四世紀に入り、証人と陪審の分離が為され、(92)陪審は告発陪審（大陪審）と、審理陪審（小陪審）に分かれた。当時、大陪審は当初からの訴追機能と、告訴に対する審査機能とを兼備えた機関であったが、(93)JPの項で見たように次第に訴追機能をJPに譲ることとなり、一六世紀以降はその性格を私人訴追に対する抑制的機能としていったのである。(94)

② 植民地における大陪審

1 植民地に渡った人々は、他の司法機関と同様に陪審制度ももたらした。一六三五年にはまずマサチューセッツ・ベイに大陪審が置かれている。(95)それ以後、植民地ではニューイングランドを中心に陪審制が維持され、(96)それぞれのタウンで陪審員が選ばれた。しかしながらイギリスが東部全域を支配する頃、一七世紀後半から彼等はコモン・ロー上の権利として国王に陪審を受ける権利を要求した。(97)これは審理陪審の問題であるが、訴追機関としての大陪審についても、西マサチューセッツでは一六六八年法に「二一歳以上の何人も、いかなる犯罪をも大陪審もしくは法廷に告知できる」ことが定められている。(98)しかし最も大きな役割を担っていたのは前項で取上げたコンスタブルの告訴、告発であって、一般の私人訴追よりもコロニーでは官吏の告発が当初から多用されていたようである。また一方で、王領植民地などでは大陪審が許されなかったということも明らかになっている。(99)パウンドは「コモン・ローからの離脱理由は、イギリスの制度への嫌悪からである」と述べたが、(100)何故植民地人はイギリスに反発を覚えつつ、このコモン・ロー上の大陪審制度を望み、官吏訴追（検察官制度）のみの採用、すなわち大陸型訴追制度を実施しなかったのであろうか。

③ 大陪審と独立運動

1 ヤンガー教授は、この原因を検察官（Attorney General等）による訴追を抑圧的なものととらえた独立運動と、(101)大陪審が本国寄りの訴追官に対してしばしば植民地人の立場を代弁したことに求めている。(102)

例えば、一七三四年の「ゼンガー事件」のように、ニューヨーク大陪審が二度にわたって起訴を拒否したにもかかわらず、AGが略式起訴（information）するという植民地人感情に反した訴追が行われた。Weekly Journalの発行者であるゼンガー氏は植民地の行政官のウィリアム・コスビーを手厳しく攻撃して

おり、コスビーは彼を誹毀罪で訴追しようと考えたのである。[103]

2 たしかに重商主義政策[104]を遂行することによって植民地支配を強化しようとした本国と植民地人との反目は、一八世紀に入り次第に強まっていた。その際にも、植民地人によって構成された大陪審が本国によって課せられた法の違反者を不起訴にすることは、しばしば見られたようである。[105]その代表的な例が右のゼンガー事件であったと言えよう。

本国政府は王の歳入を補償する目的で、Navigation Act 1969を制定し、その確実な執行の為に海事に関するvice-Admiralty Court（植民地海事裁判所）を設け[106]、非陪審で法の執行に務めたのであった。これらは本国政府の圧政と考えられ、植民地人がコモン・ロー上の権利として大陪審を要求したのも当然のことと言えるだろう。[107]

また、これを裏付けるような思想的な系譜が植民地にあったことも見逃せない。それはロックに代表される自然法思想である。[108]この影響は、フランスで革命が始まるまだ以前にマサチューセッツの決議に既に現われている。これはイギリスの憲法上の権利は神と自然との法に反することなしには奪いえないものである、と定めていた。[109]植民地の人々のコモン・ロー上の権利要求は、[110]こうした思想的背景を持ちつつ独立運動へと結実していったのであり、[111]コモン・ローからの離脱はコモン・ローの権利放棄を意味しはしないのである。

3 しかし、ヤンガー教授らの大陪審を法制史上積極的に評価する論に対して、むしろその役割を消極的に解する論もある。例えば、ジャコビー女史は、大陪審というコモン・ローの制度による告発の濫用への抑制の為に法律専門職である検察官の必要性が増大した、として大陪審の広がりと検察官制度との相関性をこの立場から解釈したのであった。[112]

つまり、積極的評価論者が「検察抑制機能としての大陪審」という位置付けをしているのとは反対に、[113]「大陪審（告発陪審）抑制機能としての検察官」を示しているのである。これは、初期の司法制度の時代の、私人訴追の濫訴をコントロールする必要から官吏訴追を採用するに至ったという発達過程の分析から引出されていると言えよう。[114]ジャコビー女史はこの「大陪審抑制機能の検察官」を発生期、すなわち私人訴追から官吏訴追への移行期において分析していると見られ、ヤンガー教授は本国との緊張関係に高まった成立期においてその分析対象を求めたようである。[115]

4 かかる視点の相違が異なった評価の原因となっていると考えられる。もっとも、前者は検察官がアメリカの法制度上に

発達した公衆を代表する訴追機関であると主張しているのに対して、後者は大陪審こそが公衆（地方・地域）に根差した訴追機関であると結論づけている。[117] これを検察官制度史の見地から見ると、アルスタインが導入説を唱える中で、検察制度をコモン・ロー上（すなわち大陪審）への接木である、[118]と主張したのに対して、ジャコビー女史が発達説の立場からそれを比判し、大陪審を検察官制度発展の一要因と見なし、検察官制度の発達的性格を強調したことが注目される。

しかし、この見解を押進めるとアメリカ固有の訴追の公衆性[119]と官吏訴追という複合的特質の分離を促してしまい、公衆の為の訴追理念から結果的に遊離してしまうことにならないであろうか。現実的には、広大な管轄という地理的な、また犯罪の増加への対抗という必要性から、略式起訴（検察官起訴）に訴追の主流が移ったにせよ、[120]あくまで合衆国は人民の権利としての大陪審を放棄することはなかった。それはたとえ二〇世紀に入って、すなわち発展期において略式起訴が主流となった時代でも変わることはなかったのである。[121]

5 結局、発生期の「大陪審代替機能」というべき検察官、成立期の「検察抑制機能」としての大陪審、そして発展期の「必要的機能」としての検察官、どれを見るにせよ、大陪審への権利要求は決して検察官制度の創設を否定するものではなく、[122]検察官を共同体の秩序維持者とした地方性に同じく起因するところの「公衆性」、すなわち植民地共同体利益の保障[123]を本国法に要求する手段[124]として位置付けられ、少なくともアメリカ検察官に流れる地方分権の思想と矛盾することはないと考えられて良いだろう。

(1) 田中英夫『アメリカ法の歴史（上）』（一九六八）四一頁以下、同『英米法総論（上）』（一九八〇）一八七頁以下、伊藤正己・田島裕『英米法』（一九八五）四〇頁以下、以藤正己・木下毅『新版・アメリカ法入門』（一九八四）四三頁以下、特にコモン・ローの継受については五八頁以下参照。他にパウンドの翻訳として、内田力蔵訳『アメリカ法の発展とそのイギリス法からの離脱点（1、2）』社会科学研究三巻二号（一九五一―二）参照。

(2) 前掲田中『アメリカ法の歴史（上）』三頁。

(3) コロニーの法制度の研究で困難を覚えることは、必ずしも各植民地が同じような制度の発展、展開をしていないという点である。しかし、植民地全体の本国からの離脱傾向にもかかわらず、司法制度は徐々にイギリスの制

度を模倣するようになっていった。この点、E. Surrency, *The Courts in the American Colonies*, 11 AM. J. OF LEGAL HIST. 253－(1967)；L. M. FRIEDMAN, A HISTORY OF AMERICAN LAW, 37－(1973).

(4) 裁判所制度については Surrency, *supra* note 3 at 254－；R. G. THWAITES, THE COLONIES 1492－1750 (1895)；B. CHAPIN, CRIMINAL JUSTICE IN COLONIAL AMERICA 1606－1660, at 65－(1983).

(5) R. W. Cooley, *Predecessors of the Federal Attorney General*：*The Attorney General in England and the American Colonies*, 2 AM. J. OF LEGAL HIST. 304, 312 (1958).

(6) *Id*. at 310－311.

(7) どの邦文のアメリカ検察官制度の紹介もほぼこの形を採っている。古くは川口光太郎「英米の検察制度について」司法研究報告三五巻一号（一九四七）八七頁以下、一一二頁以下、最近では三井誠「検察官――アメリカ」比較法研究三八号（一九七七）六四―五頁。

(8) スコットランドは Lord Advocate（検事総長）の一般監督権限の下での prosecutor fiscal の訴追であり、アイルランドも同様である。田村壹『英国刑事裁判の研究』（一九三九）一六〇頁註（2）。前者については、J. A. Smith, *A Scottish Survey*, 1956 CRIM. L. R. 104－(1956)、後者については J.J. Edwards, *The Administration of Criminal Justice in Northeren Ireland*, 1956 CRIM. L. R. 466 (1956) 参照。

(9) Sewall Key, *The Legal Work of the Federal Government*, 25 VIRGINIA L. R. 165 (1938). H.L. Bellot, The origin of the Attorney-General, L.Q.R. 400 (1909); 6 W. Holdsworth, A History of English Law 458－9 (1924).

(10) Cooley, *supra* note 5, at 304. 一三世紀には、この他 *attornati regis* や *narratores pro rege* といった様々の名前の王の代理人が見られた。しかしながらAGとしての外見を備えたものとしては一四世紀に待たねばならなかった。Holdsworth, *supra* note 9, at 458.

(11) Key, *supra* note 9, at 167.

(12) 私人訴追については三章で詳述。

(13) Cooley, *supra* note 5, at 305. 又は Key, *supra* note 9 at 167.

(14) Surrency, *supra* note 3, at 253.

(15) J. E. JACOBY, THE AMERICAN PROSECUTOR, 12 (1980) 田中前掲註（1）三四—五頁参照。

(16) ジャコビー女史によれば、〝これらの単純な裁判所は政府を代表し、訴追を行なう官吏のないことを求めた。裁判所自体が政府を代表した〟のであり、General Court（植民地裁判所）がそれに当った。

(17) JACOBY, *supra* note 15, at 23；Surrency, *supra* note 3, at 253. 例えばGeneral Courtは知事やCouncil（補佐機関）によって構成されていたが、二、三審制度の導入によって上級審となり、代わって治安判事によるCounty court等が下級審とされた。しかし、この形態も邦によってまちまちであり一概には言えない。

(18) Leon T. David, *Councillors and the Law Officers in the Colonies in America*, 12 AM. U. L. R. 23, 44 (1963). ヴァージニア以外には、ペンシルバニアに一六八六年、カロライナに一六九四年、マサチューセッツに一六八〇年、メリーランドには一六六六年、それぞれAGが登場した。

(19) JACOBY, *supra* note 15, at 13.

(20) この点、ジャコビー女史によるが、デービッド（前掲註(18)）論文では、首都居住が求められるのは一七〇三年だとしている。（どちらにせよ遅い時期には違いない）

(21) JACOBY, *supra* note 15, at 15. 既にAccomack Countyには一六六五年から検察官が居たという。この形態を一七一一年にSpottswood知事が全郡に広げる布告を出している（David, *supra* note 18, at 44）。この事実はAGの系譜としてよりもむしろ、DAの発生の沿革として理解されるべきだろう。第一章一節〈一〉参照。

(22) Key, *supra* note 9, at 171 n. 19. 更に、一六八〇年に任じられたCheckleyは、〝王の代理を司るべき法について無知であった〟と植民地裁判所に対して一七〇一年に報告したという。David, *supra* note 18, at 40.

(23) 英米のAGの相違を簡潔に描いたものとして、Kramer & Siegel, *The Attorney General of England and the Attorney General of the United States*, vol. 1980 DUKE L. J. 524 (1960).

(24) J. Poserina, *Appointed Attorney General's power to supersede an elected District Attorney*, 33 TEMPLE L. Q. 78, 83 (1959).

(25) 一七六一年にもニュージャージーの知事がAGの無用なことを嘆いている。Key, *supra* note 9, at 171−2.

(26) C. Warren, *New Light on the History of Federal Judiciary Act of* 1789, 37 HARV. L. R. 49, 108−(1923). および田中前掲註（1）一六八頁以下を参照。

(27) Cooley, supra note 5, at 312.

(28) 代理性を個人に置いたのではなく、政府という人民から統治を付託された機関に置いたことが示されるべきであろう。これが訴追における public 性である。Warren, *supra* note 26, at 109.

(29) Krammer & Siegel, *supra* note 23, at 525.

(30) クレス教授による分析。但しこれは批判材料として提示された。一章二節註（32）参照。

(31) AGが連邦に設けられた当時は、最高裁判所の任命による官吏であった。一章一節〈二〉4参照。

(32) 例えばグロスマン教授の指摘（一章二節〈一〉）参照。

(33) イギリスの私人訴追一般については、田村豊『英国刑事裁判の研究』（一九三九）一一八頁以下。J・ベイカー（小山貞夫訳）『イングランド法制史概説』（一九七五）四六九頁以下参照。

(34) 警察訴追については、田村、同右二四九頁以下参照。

(35) Prosecution Offenses Act 1879, J. DEVLIN, CRIMINAL COURTS AND PROCEDURE, 108− (1967).

(36) 邦文では内田力蔵「検察官：イギリス」比較法研究三八号（一九七七）、P・デブリン（児島武雄訳）『検察、警察と人権』（一九五〇）、深山晴三「イングランド及びウェイルズにおける職権訴追権の研究」警察学論集七巻六、八号（一九五四）、土屋正三「イギリスにおける刑事訴追（一−四）」警察研究三一巻二号（一九六〇）、堀田牧太郎「イギリスの検察制度序説」早稲田法学会誌二六号（一九七五）。但し深山氏は私人訴追でなく「市民訴追」とされる。

(37) 一九八五年、イギリスは長い間の懸案となっていた検察制度の全面的導入に踏切り（Prosecution of Offences Act 1985）、一九八六年四月より段階的に実施された。本法については、F. Bennion, *The New Prosecution Arrangements* (1) *The Crown Prosecution Service*, CRIM. L. R. Jan. 1986 (1986) を参照。イギリスの刑事訴追全般については、C. HAMPTON, CRIMINAL PROCEDURE, 3rd Ed. (1982) が詳しい。

(38) P. DEVLIN, TRIAL BY JURY, 7— (1956) HOLDSWORTH, A HISTORY OF ENGLISH LAW 312—27 (3d ed. 1922) 他。邦文では、沢登佳人他『刑事訴訟法史』(一九六八) 一三〇頁以下、詳しくは本章一節〈四〉参照。

(39) J. Langbein, *The Origin of Public Prosecutor at Common Law*, 17 AM. J. LEGAL HIST. 313 (1973).

(40) ここで言うJP＝治安判事は地方の治安判事を指す。JPは一般に都市のJPと、地方JPに分けられる (田村、前掲註 (33) 七六頁以下)。しかし各市 (borough) にJPが設けられるのは地方よりも後のことで、一八三五年からであり、訴追の役割への関与は見られない。(Municipal Corporation Act 1835, DEVLIN, *supra* note 35, at 1)

(41) 治安判事に関する研究は既に我が国でも数多く為されている。成立史を取上げたものとしては小山貞夫「治安判事成立史試論 (一—三)」法学二七巻一、三、四号 (一九六三)、同「一四世紀における治安判事裁判所」法学二八巻三号 (一九六四) が詳細かつ代表的なものであろう。

(42) 田村、前掲註 (33) 七一頁。

(43) DEVLIN, *supra* note 35, at 1, 18 Edw. 3 stat. 2. C. 2.

(44) *Ibid*. 又は *Id* at 171, 34 Edw. 3 c. 1. Justice of the Peace Act 1360.

(45) 当時のJPの任務については、荒井政治「チューダー朝の治安判事」社会経済史学二〇巻 (一九五四) 三、三六頁を参照。

(46) JPの権限の拡大については、田村浩一「初期における治安判事制度の展開」法学雑誌六巻一号 (一九五九) 参照。

(47) ジェントルマンは郷士 (yeoman) より以上のもの全てを言う。

(48) 小山、前掲註 (41)「試論 (三)」四四八頁以下。

(49) 27 Hen VIII c. 4 1535—36.

(50) Langbein, *supra* note 39, at 315.

(51) シュリフからJPへの権限の移行については、田村浩一「治安判事の研究序説」法学雑誌五巻三号 (一九五九) 七八頁以下参照。当時シェリフはカウンティ裁判所の代理としての地位を得るに止まり、JPに治安維持機能を譲るようになった。また直江真一「一二世紀イングランドの権力機構と刑事法序説(2)」東北法学四五巻五号 (一

九八二）参照。

(52) Marian bail statute 1554−55, Marian commital statute 1555. 以下の文献を参照されたい。J. H. LANGBEIN, PROSECUTING CRIME IN THE RENAISSANCE, 21〜54 (1974).

(53) Langbein, *supra* note 39, at 317−323.

(54) 内田前掲註（36）一八頁による、J. STEPHEN, A HISTORY OF THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND (1883).

(55) F. W. MAITLAND, THE CONSTITUTIONAL HISTORY OF ENGLAND, 232−3 (1908).

またデブリン卿もこの二法がJPの訴追機能の職責をもたらしたものであると描いている（デブリン、前掲註（36）八−九頁）。ウィリアムズ教授によってもこの点は指摘されているが、むしろ予審的機能としてフランスのjude d'instruction（予審判事）に似て働いたとしている。G. Williams, *The power to prosecute*, CRIM. L. R. 596, 601 (1955).

(56) ウィリアムズ教授やその他の新しい論者の分析は「私人訴追」を虚構であるとしている（詳しくは三章一、二節）が、ラングバイン教授は、それに関して具体的事例によって官吏訴追の歴史的根拠を示そうとしたのであった。すなわち、メアリー法の二つの制定法とチューダー王朝の時代資料から六つの事件を取上げ、法廷記録や法廷公文書のなかった当時のJPの訴追機能を探り、〝一五六〇年頃には既にJPは私人訴追が為されない時の事件を取上げる人だった〟と結論づけている。Langbein, *supra* note 39. また同教授は、現在までこうした機能が注目されなかった理由として、ビアードと、ホルズワースの過ちを指摘している。ビアードの著作はJPの沿革を知る上で貴重なものだが、law reportsのないところではJPのかかる機能は把握されにくかったし、ホルズワースはチューダー王朝のJPの捜査機能を外国の継ぎ木ととらえて、その重要な役割を描くことを怠ったとする。*See*, C. BEARD, THE OFFICE OF JUSTICE OF THE PEACE IN ENGLAND IN ITS ORIGIN AND DEVELOPMENT (1904)；HOLDSWORTH, A HISTORY OF ENGLISH LAW, v. 4 pp. 528−29 (1956).

(57) 田中前掲註（1）一九頁以下。Surrency, *supra* note 3, at 367.

(58) 同、二三頁。マジストレイトとはマサチューセッツで

は、JPの前身とされる。

(59) JACOBY, *supra* note 15, at 13.

(60) *Ibid.*

(61) Surrency, *supra* note 3 at 348−9.

(62) *Ibid*. 例えば、免状の発行や、犯罪捜査をし、あるコロニーでは税の収集も行っていたという。

(63) 新大陸におけるジェントルマンの定義は定かではない。

(64) SAVELLE & WAX, A HISTORY OF COLONIAL AMERICA, 501 (1973).

(65) J. Kress, *Progress and Prosecution*, 423 ANNUALS OF THE AMERICAN ACADEMY OF POLITICS AND SOCIAL SCIENCE 99, 102 (1976) によれば、〝訴追JP〟はしっかりとアメリカに根付いたとラングバイン、ウィリアムズ教授らの論稿から導き出している。シューレンシー教授は、この結果はコロニーの唯一の論理的選択であるとする。

(66) 反中央集権的性格という地方の自治精神は、急にコロニーで芽生えたのではなく、イギリスの地方にもその精神は生きづいていた、という見解が示されている。例えば、イギリスの近代警察に見られるような中央の正規の統制に服さない、「地方的自主性」の貫徹を内田教授は指摘しておられるし（前掲註（36）五八頁）、田村教授も、治安判事を「アングロサクソンの頑強な地方主義と、ノルマンの中央集権的傾向との調和である」とした。前掲註（51）七七頁。

(67) ブラックストンに拠れば、エドワード二世から三世の時代（一三〇七−一三七七年）に、人民の中から選ばれるようになったという。4 W. BLACKSTONE, COMMENTARIES OF THE LAWS OF ENGLAND, 421 (A. Facsimile of the First Ed. of 1765−69, 1979) イギリス法の分野では、「州長官」とも訳されるようであるが、ここではコロニーにおける意味を重視して「執行官」とした。

(68) この点、WALLCE NOTESTEIN, THE ENGLISH PEOPLE ON THE EVE OF COLONIZATION 1603−1630, 202−210 (1954) が詳しい。J・ベイカー、小山貞夫訳『イングランド法制史概説』二二一−二四頁（一九七五）、田村、前掲註（33）二五〇頁参照。

(69) A. T. CARTER, A HISTORY OF ENGLISH COURT, 14 (1944).

(70) NOTESTEIN, *supra* note 68, at 209. 田村' 前掲註(33) 二五〇頁参照。ブラックストンによっても' 拘留権限は広くコンスタブルに移っており' シェリフに関する記述は少ない。BLACKSTONE, *supra* note 67, at 289.

(71) コンスタブルについては' NOTESTEIN, *supra* note 68, at 228－39.

(72) mutual－pledge system. 十人組 (Frankpledges. 行政区画としては tithing とも言われる)を形成し' 治安維持の連帯の責任を負わせる制度。池田栄『英国刑事公民政治史序説』(一九四四) 一二五頁以下' 上野治男『米国の警察』(一九八一) 一一三頁参照。

(73) 同右' JACOBY, *supra* note 15, at 109. 一六世紀以降のコンスタブルについて' 詳しくは' J. R. KENT, THE ENGLISH VILLAGE CONSTABLE 1580－1642 (1986) を参照。

(74) 同右。JACOBY, *ibid*. なお watch はコモン・ロー上 police と同義語である。*See*, J. SWATON & L. MORGAN, ADMINISTRATION OF JUSTICE, 3rd Ed. 15 (1984).

(75) 同右。*ibid*. 両者共に輪番制の夜警制度であった。

(76) 同右。*ibid*.

(77) 上野' 前掲註 (72) 一四八頁以下参照。

(78) 田中前掲註 (1) 一九頁以下' B. CHAPIN, CRIMINAL JUSTICE IN COLONIAL AMERICA, 1606－1660, 96 (1983).

(79) 上野' 前掲註 (72) 七頁。東部においてはシェリフはそれ程重要な地位とならず' 南部では地方政府の官吏として発展した。当初は知事の任命であったが' 後に公選制が一般的となる。シェリフについては前出の著作の他' J. KELLY, THE HISTORY AND ADMINISTRATION OF CRIMINAL JUSTICE IN ENGLAND (with some American Comparative) A DISSERTATION PRESENTED TO THE FACULTY OF THE GRADUATE SCHOOL OF PUBLIC ADMINISTRATION, New York University, (1973) 99－100.

(80) CHAPIN, *supra* note 78, at 34.

(81) *Ibid*.

(82) J. H. SMITH. COLONIAL JUSTICE IN WEST MASSACHUSETTS (1639－1702) The Pynchon Court Records, 129 (1961).

(83) *Ibid*.

(84) *Id*. at 131, n.5 による Col. Laws Mass., 1672 31.

And See, G. L. HASKINS, LAW AND AUTHORITY IN EARLY MASSACHUSETTS, 75 (1960).

(85) JACOBY, *supra* note 15, at 110.

(86) *Id*. at 21. 例えば、ニュージャージーとペンシルバニアは郡シェリフと coroner（検屍官）が公選であり、メリーランドもシェリフを公選にしていた。

(87) *Id*. st 23.

(88) 本稿〈二〉及び註（72）、（73）及び、篠倉満「大陪審の機能と動揺(2)」熊本法学一八号七七頁以下（一九七一）参照。

(89) 大陪審、すなわち告発陪審制度の歴史と沿革については、一般的なものとして、斎藤敏「アメリカの陪審制度」日大法学三二巻一号（一九六六）五二頁以下、篠倉満「英米の小陪審制度と大陪審制度」法学セミナー二一一号一六一頁以下（一九七三）、平場安治「陪審裁判の歴史的意義――その起源について」法律学大系第二部法学理論篇一三八号（一九五三）を参照。

欧文では、*See generally*, A. T. CARTER, A HISTORY OF THE ENGLISH COURT, 129－(1944); P. DEVLIN, TRIAL BY JURY, 7－(1956); H. Kennedy & J. Briggs, *Historical and Legal Aspects of the California Grand Jury System*, CAL. L. R. 43, 251－(1955).

法制史の分野におけるイギリスの陪審の起源をめぐる議論については、小山貞夫「陪審制と職権的糾問手続への史的岐路――英米法と大陸法についての一つの覚え書き」『広中先生還暦記念：法と法過程』（一九八六）五三頁以下が参考になろう。また近時、アメリカの陪審制に関する詳細な研究が得られた。丸田隆『アメリカ陪審制度研究――ジュリー・ナリフィケーションを中心に――』（一九八八）。

(90) 篠倉、前掲註（88）九二頁以下。

(91) 同右、一〇四頁以下参照。審理陪審の登場は一二一五年、ローマ法王インノセント三世が神判を禁じたことに因ると言う。

(92) 同右、一〇五頁参照。Langbein, *supra* note 39, at 313.

(93) 同右、篠倉教授はこの二つの機能を糺問的調査機能（訴追機能）、保護的選別機能（抑制機能）というように分けている。

(94) 同右、一〇八頁。近時、陪審制度に関する詳細な歴史研究が公にされた。*See*, T. A. GREEN, VERDICT

ACCORDING TO CONSCIENCE : PERSPECTIVES ON THE ENGLISH CRIMINAL TRIAL JURY, 1200–1800 (1985). 特に一〇五～一五二頁参照。

(95) 篠倉満「大陪審の機能と動揺(3)」熊本法学二二巻一〇三頁註(1)(一九七四)による、YOUNGER, THE PEOPLE'S PANEL, THE GRAND JURY IN THE UNITED STATES 1634–1941, 6– (1965) を参照。以下、ヤンガー教授の諸説はこれに拠る。アメリカの植民地における陪審の状況を描いたものとして、丸田、前掲註(89)三七頁以下参照。また大陪審による起訴と、治安判事(JP)、コンスタブル等の官吏による略式起訴の並存を示した文献として、B. CHAPIN, *supra* note 78, at 33～. を参照。

一七世紀、イギリス植民地に大陪審が存したことについては、様々の事実が証明している。例えば、ヴァージニアでは大陪審に捜査機能が有り、一六四二年にそれが用いられたことを示す事件が紹介されている(*The Grand Jury as an investigatory body* ・HARV・L・R・74－1, 590 (1961))し、植民地の状況について大陪審が報告書を出していることが、ニューヨークで一六八八年、ニュージャージーでも一六八〇年頃にあったといわれる(R. H. Kuh, *The Grand Jury "Presentment" : Foul Blow or Fair Play?*, 55 COLUM. L. R. 8, 1103, 1110 (1955))

(96) 篠倉、前掲註(95)一一三頁参照。

(97) 田中、前掲註(1)二七頁参照。

(98) COLONIAL JUSTICE IN WESTERN MASSACHUSETTS (1639–1702) THE PINCHON COURT RECORD, 129 (J. H. Smith ed. 1961).

(99) メリーランドでは一六三八年、大陪審による正式起訴(indictment)を定めた法令を通過させているが、知事の承認が得られず、むしろ官吏訴追が一般とされた。ニューヨークでも一六三八年、正式起訴の保障を含む権利章典(The Charter of Liberty and Priviledges granded by his Royal Highness to the Inhabitants of New York and its Dependencies)を定めたが、これを認めなかった。それぞれ、3 C. M. ANDREWS, THE COLONIAL PERIOD OF AMERICAN HISTORY, 115 – 119 (1934) 参照。

(100) R. Pound, *The Influence of French Law in America*, 3 ILLINOIS L. R. 354, 357–8 (1908).

(101) 独立に反対したグループ(ロイヤリスト)には法律家

が多く、独立派の反イギリス感情の中に反本国法の意識が強かったことを図式化している。田中、前掲註（97）八三頁。

(102) 陪審は独立期には本国との抗争の武器でもあった、という。篠倉、前掲註（95）一二〇頁。

(103) Kuh, *supra* note 95, at 1108−9；R. G. Johnston, *The Grand Jury−Prosecutorial Abuse of the Indictment Process*, 65 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY, 157, 158, n. 20 (1974)；邦文では、丸田、前掲註（2）四二頁以下に詳しい。更に一七七二年、マサチューセッツ知事やcouncilがIsaich Thomasをスパイとして起訴するようにAGに命じたが、大陪審がこれを拒否している (Johnston, *id*. at 158)。

(104) 特に一七六〇年代に入ってから、それまでそれ程厳格でなかった支配が、イギリスが七年戦争（French and Indian War, 1756−1763）においてフランスに勝利した後に強まったと言われている。アメリカ学会編『原典アメリカ史(1)』四五頁以下（一九五〇）参照。

(105) 「イギリス当局は、コロニーの陪審が有罪判決を拒否していると見たし、裁判官も陪審もコモン・ローの法廷で犯罪者を放免するのに乏しい弁解で認め過ぎると感じていた」のであった。*See*, ANDREWS, *supra* note 99, at 225.

ランドルフ（Edward Randolph, 一六八七年植民地のcustoms commissionerに任じられた）の弁によれば、「その同情故に陪審は彼等自身が法の違反者だった」のである。SAVELL & WAX, *supra* note 64, at 474−5.

(106) イギリスの海外領土で海事裁判権を持った裁判所のこと。

(107) 一七七四年本国の制定したQuebec Act（フランスからの譲渡地域の統治に関する法）において、当該地域においてはそれまでの慣習、すなわちフランス治下と同じく陪審を受けずとも良い、と定めていた。これに対する植民地人の反発が大きく、Intolerable Actsの一つとされ、独立運動への引金となった。田中、前掲註（1）七五頁。*See*, SAVELL & WAX, *supra* note 64, at 658−661.；C. P. NETTELS, THE ROOTS OF AMERICAN CIVILIZATION, 642−5 (1963) ケベック法の管轄領域は、ミシシッピ、オハイオ河に挟まれたウィスコンシン、イリノイ、インディアナ、ミシガン、オハイオ、そしてカ

ナダ（ケベック）という広大なものであった。

(108) E. Allemend, *Two European Influences on the American Revolution : Puritanism and John Locke*, 25 DEPAUL L. R. 805 (1976) 酒井吉栄「アメリカ初期州憲法研究序説」愛大法経論集二六巻（一九五九）四一頁以下。特に八二―六頁参照。

(109) 田中、前掲註（1）六五頁参照。

(110) 陪審のみならず、税の公平、人身保護令状の保障等、諸々のものを植民地は望んだ。

(111) 例えば、イギリスの重商主義政策に対抗して集まった「The Stamp Act Congress 1766, 10」の決議Ⅶには陪審審理は貴重な権利である、と記してある。同右、六〇頁参照。

篠倉、前掲註（95）一一九頁によれば、アメリカ植民地の自由獲得闘争の歴史は、刑事法の分野では、小陪審、大陪審を受ける権利の為の闘争史であったとしている。

またブラウン氏は「大陪審制度はつまるところ、苦労して勝ちとられた市民の自由なのである」と述べている（篠倉満「アメリカの大陪審とわが国の検察審査会制度」法学セミナー一九九号三四頁（一九七二）し、キャンベル判事も「大陪審は訴追官と被告人との間に立って不確かな犯罪の訴追から市民を守る個人の守護者となった」と積極的評価を与えている（W. J. Campbell. *Eliminate the Grand Jury*, 64 J. C. L. & CRIMINOLOGY 2, 174, 175 (1973)）ように、「陪審審理は植民地におけるイギリス臣民の全てに固有の権利であり、非常に貴重な権利であること」という The Stamp Act Congress の決議が独立期に合衆国憲法修正第五条につながっているのである。この点、イギリス人としての権利要求の存在を指摘するものとして、伊藤正己・田島裕・前掲註（1）四四頁参照。

(112) JACOBY, *supra* note 15, 18―9.

(113) 例えば篠倉、前掲註（95）一三三頁に拠れば、アメリカの大陪審の本来的機能は「保護的」であるとしている。

(114) JACOBY, *supra* note 15, at 18―9.

(115) すなわち、ジャコビー女史によれば、発生期の検察官というのは、コロニーにおける私人訴追制度克服の為の産物となる。これに対し、ヤンガー教授らのいう大陪審の活躍は、成立期の官吏訴追の克服として捉えることが出来るだろう。

(116) JACOBY, *supra* note 15, at 17.

(117) 「大陪審は、民衆と法を結びつける接点である」というブラウン氏の主張がこのことを明言している。篠倉、前掲註(111)三四―五頁。

(118) Van Alstyne, *District Attorney ―― A Historical Puzzle*, 1952 WIS. L. R. 125, 127 (1952).

(119) 公衆性については第三章三節以下を参照。

(120) 拙稿『合衆国検察官概念の発展――二〇世紀における合衆国検察官の概念化の分析』北大法学論集三七巻六号(一九八七)、第一章第一節〈一〉2～3参照。

(121) 検察官制度の発達に伴って、大陪審の存続、廃止をめぐる論争が激しくなった。大陪審は「統治と法執行の官吏が民衆のコントロールの下にあるのだから(検察官の公選制を意味すると思われる)、訴追者を守る為に必要ではない(*The Grand Jury as an Investigatory Body*, 74 HARV. L. R. 590, 591 (1961))」という主張がある一方、「(大陪審は)実際には検察官の捜査の場となり、証人尋問においては有効に機能しうるし、地域内での犯罪捜査を担っているのだ(Champbell, *supra* note 111, at 175)」といった主張も存するのである。

特に成立期、一九三〇年代以降の近代的犯罪の増加が州の略式起訴(information――必ずしも適訳とは言えない。むしろ検察官起訴とでも言うべきか)への傾向に拍車をかけた。当時の論者は、検察官の大陪審支配を積極的に認め、略式起訴を推進したのである。ミラー教授の略式起訴への評価は、「便宜性」「安価」「有効性」そして「安全」である(Justine Miller, *Information or Indictment in Criminal Cases*, 8 MINNESOTA L. R. 379, 408 (1924).)。

ここにおいては、ブラウン氏らの言う大陪審の防御機能よりも、訴追機能が重視されているようである。ジャコビー女史が「多くの検察官が大陪審の維持を求めている」ことに官吏訴追制度との併用の根拠を求めているのも同じ方向であろう。*See*, JACOBY, *supra* note 15, at 33.

(122) 両者の理念的同一性については三章二節参照。

(123) 例えば、ニューイングランドではタウンミーティングで陪審員が選ばれ、本国とその選出方法を異にし、植民地の利益に気を配ったという。篠倉、前掲註(95)一一三頁参照。

(124) このことは本国との鋭い緊張関係を有した東部の州が現在も大陪審制度を維持しているのに対し、中西部の州が早くから略式起訴を主にしたことからも伺える。これら東部諸州がコロニーでタウンを持っていた地域であり、伝統的にも大陪審への信頼が強かったのであろう。また、伝統の問題ばかりでなく、中西部の広大な管轄を持つ地域では大陪審の開催が地理的にも時間的にも困難であって、それに代わる訴追制度＝シェリフや検察官の訴追が定着した為であろう。

第二節　フランスとその影響

フランスの影響を説く論者は、パウンド教授らによるイギリスのAG (Attorney General) とフランスの procureur du roi (国王の代官) との接合説[1]、そしてエスマン教授やNCLOEによる、フランスの影響を強く示唆した前期導入説[2]の二つに分けられよう。

しかし既に第一節〈一〉で論じられたように、接合説の足場であるAGに関しては、その地方性に由来しない性格や、公衆(public)性の稀薄なことが指摘されたのである。では、もう一方のエスマン教授らの言うフランスの影響の強さについてはどうであろうか。

我々は、本節において接合説、導入説の「合衆国はフランスから検察官制度を学んだ」という主張につき検討を加えることにしたい。

〈一〉　導入説の論拠

1　一九三一年、ウィッカーシャム委員会（NCLOE）は、訴追に関する報告書の中で合衆国検察官に関する考察を試み、イギリスの伝統やコモン・ローのものと異なる訴追官を〝フランスから借用した官吏の概念〟として位置づけたのであった[3]。すなわち、私人訴追の原理に拠るコモン・ローの継受国である合衆国が、官吏訴追の概念を持つに至ったのは、フランスの影響以外の何ものでもない、としたのである。特にパウンド教授などは、独立期の民衆のイギリスへの不満、フランスへの熱狂的支持をその背景として根拠づけているが[4]、これは合衆国の訴追制度に関する本国からの制度的、理念的離脱点を、他の法制度と同様に独立期に置いたことに由来すると見られる[5]。つまり、地方で個々の非統一的な形態を採っていたコロニーの訴追制度には目を向けずに、建国後の連邦地方検察官をアメリカの

モデルとして、[6] フランスのアンシャンレジーム期の国王の代官[7]と対置しているのである。

2　確かに憲法史の上でも、独立期にフランスが大きな影響を与えたことはつとに知られている。[8] 例えば、アメリカに重要な思想的概念、権利概念をもたらしたフランス啓蒙思想は、早くて一八世紀初頭に大陸に伝わったと考えられている。[9] しかし、その頃には既に各地に制定法上の官吏による訴追制度が植民地に存在していた。[10] この点、官吏訴追の概念をフランスの影響と即断してしまうのは無理があろうと思われる。

これを考慮してであろうか、NCLOEは、以下のようにのべた。

――アメリカの公的な検察官（official prosecutor）は連邦であっても、州であっても、植民地の郡検察官（county attorney）を基礎としたイギリスの attorney general と、フランスの advocat général 及び procureur du roi の一つの混合物（compound）なのである。[11]（傍線筆者）

しかしながら、アメリカの官吏訴追の制度に最終的な影響を与えたのはフランスの procureur du roi である、という主張が強く打ち出され、複合説とも合い通じるような表現を取りながら導入説の立場を守っている。[12]

〈二〉　導入説の検討

1　まず初めに指摘しておきたい点は、エスマン教授らの見解に合致しない歴史的事実が一七世紀後半から現われていることである。アメリカにおける近代的な意味での検察官は、一六八五年のフィラデルフィア議会の郡検察官の設置に遡り、[13] 制定法上は一七〇四年、コネチカット州の郡裁判所に attorney を置いたことである。[14] こうした地方の検察官（当時は county attorney や deputy attorney と呼ばれた）制度に対して、フランスが影響を与えた、ないしはフランスから訴追の概念がもたらされたということが考えられるであろうか。[15]

2　一七〇〇年前後のコロニーは、プリマスとマサチューセッツ・ベイの併合[16]を最後に、全て本国との正式な法律関係を持つに至り、[17] この時期に独立期にフランスが与えた程の強い影響を見出だすのは困難であると思われる。もし、可能性があるとすれば、それは大西洋岸植民地以外の地域に限られよう。

その一つは、New France[18] と呼ばれる地域の影響の有無である。一六世紀の Acadia（アメリカ、カナダにわたる新大陸北東部）の植民に始まり、一六八三年ミシシッピ河に沿ってメキシコ湾にまで至った広大なフランス領 La Louisiana（ミシシッピ流域フランス領）[19] がそれである。しかしながら、この地域は

一七一二年まで軍政がひかれており、勅許状が本国から発せられたのも一七一七年と遅く、[20]本国の訴追制度を移植したという確たる事実が見られず、原始的な宗教と法が一体となった司法手続が存在していたようである。[21]その後、パリ慣習法[22]が導入され、今のルイジアナ州の民事法におけるフランス法残存のいとぐちになったのであるが、[23]刑事法の分野においては、一七八七年の北西領地条例(Northwest Ordinance)[24]によりコモン・ローへの転換が――例えば陪審制の導入、人身保護令状の適用が――行われたことにより、フランス法の系譜を許すことはなかったのである。

すなわち、New France からの司法・訴追制度の影響は一七〇〇年頃であっても、独立期であっても考えられないと言わざるをえないだろう。

〈三〉 一七八九年法と連邦検察官制度

1 以上見てきた如く、アメリカ検察官の萌芽は独立期よりもまだ以前のことであり、そこにはフランスからの影響はなく、接合説、導入説共にこの点においても足場を失ってしまうのである。しかしながら、導入説論者の言うもう一つの根拠たるフランスの国王の代官 (procureur du roi) 及び advocat général と、連邦検察官制度との類似性をどのように説明することが出来るであろうか。

2 独立後、合衆国は一七八九年に Judiciary Act(司法制度法――以下一七八九年法と呼ぶ)を定め、AGと連邦地方検事を置いた。[25]けれども地方検事は当初は行政(連邦政府)の代理人であり、全犯罪を訴追するという機能を持ちつつも、「植民地アメリカで発展した地方の検事の土着の形態に近かった」[26]のであり、かかる状態は南北戦争後の中央集権化現象によって生みだされた一八七〇年の司法省創設[27]による組織化に至るまで続いたようである。

この連邦検察制度の行政の代理性、官吏訴追制、民事手続への関与に見られる機能は確かに国王の代官の機能を思い起こさせる。[28]

従って、ここで検討すべきは、フランスから新大陸への検察官の機能的な継受(導入)の問題であろう。例えば、advocat général は「社会の利益の公の代理人」という機能を果たしていたという解釈がある。[29]また、アンシャンレジームの公的補佐職(advocat général を含む ministère public)の中心的役割は刑事よりもむしろ民事事件の法律的議論にあった、という見方も示されている。[30]

3　この民刑事の二元化が、なぜ合衆国ではAG一人に集中してしまったのか、という疑問がここで生じよう。初代AGランドルフが「一人で為しうる職」とAGを考えていたように、[31] 連邦の法律問題はそれ程多いとは予想されなかったに違いない。しかし、民事機能がフランスからの導入であると捉えることに躊躇を覚えるのは、植民地時代からのAGの機能を思いださせるからである。

主として刑事の義務を負っていたAGであるが、コモン・ローにおいても国王の財産に対する不法行為への賠償請求、没収財産の取得手続といった民事の義務を有していたのであり、[32] 植民地のAGもコモン・ローにその職を学んでいたことから、民事の任務も共に連邦AGに継受されたものと考えられ、一人が機能したという点では（その名称の同一性と共に）連邦のAGとの関連性を強く有している。

そしてフランスで一般代理官（procureur général）[33]が国王の目となっていたというような中央集権的構造もまた独立期の合衆国には見出だすことが出来ない。もちろん、そうした改革への動きは前述した如く存在していたのであるが、連邦地方検察官（DA）への実質的な集権化が始まったのは一八六〇年代以降に待たなければならないのである。

例えば、一八六一年に議会はようやくAGのDAに対する指揮監督権を明確にしたが、[34] この時ランドルフの提案から実に七〇年が経過していた。[35] こうした遅い集権化から見ても、パウンド教授らが指摘しているように、いかにフランスへの熱狂的支持があったにせよ、[36] 連邦AGとその機能とが直接にadvocat général からの導入であると断言することは出来ず、また一七八九年法の草案者達が、当時どの程度フランスの訴追制度に――イギリスのAGやコロニーの制度以上に――シンパシーを感じていたのかを史的資料から見出だすことが出来ないのである。

4　接合説の立場を採るグロスマン教授は、国王の代官の発展した共和国検事（procureur do la Republic）の訴追行為だけでなく、訴追の開始、警察への指揮といった点に着目しつつも、「DAとの相似性は、その機能に関連している」[37]として、歴史的な関連については言及していないし、複合説に立つクレス教授も「フランスの影響の証拠は、直接的なつながりよりもむしろ制度の相似性にある」[38]としていた。

また発達説を説くジャコビー女史の見解によっても、「フランスの検察官は厳しい階層性と中央集権制の一部であったが、アメリカの連邦検事は、まず殆ど制限されない独立性を有してい

た」のである。(39)

かかる導入説批判は、前述した「時代的不整合性」「民刑二元的機能の継受への疑問」「非集権性」「一七八九年法との関連性」等によって支持されたのではあるまいか。

5 すなわち連邦検察官制度は、既に植民地に根付いていた地方での訴追官の制度の上に連邦として訴追制度を導入するに際し、フランスの制度に似たものとなった、と捉えることが正しい評価と言えよう。

先に述べたコロニーからの連続性、新大陸自体の訴追制度の内在性、こうした事実が確認されている以上、フランスの継受論もこれ以上の脈絡を示さずしては発達過程における確たる地位を得ることは出来ないと考えられるのである。

(1) 接合説については、一章二節〈一〉参照。*See*, ROSCOE POUND, CRIMINAL JUSTICE IN AMERICA, 150 (1929).

(2) 前期導入説については、一章一節〈二〉①参照。

(3) NATIONAL COMMISSION ON LAW OBSERVANCE AND ENFORCEMENT (Hereinafter, cited as NCLOE), REPORT ON PROSECUTION, 7 (1931).

(4) Roscoe Pound, *The Influence of French Law in America*, 3 ILLINOIS L. R. 354, 357－8 (1908). 植民地におけるイギリスへの不満、反発については、ROSCOE POUND, THE FORMATIVE ERA OF AMERICAN LAW, 7 n. 5 (1938).

(5) Pound, *The Influence*, *supra* note 4, at 335.

(6) POUND, *supra* note 1, at 150.

(7) 一四世紀、procureur du roi（国王の代官）が公訴を支配し、一六七〇年にほぼ糺問訴訟を固めるに至り、後の ministère public（検察官）への発展の道を開いた。そして、一七九一年、procureur public による訴追が全事件を負うこととなった。共和制下でこれが、procureur de la Republic（共和国検事）となる。後掲註（28）の諸文献参照。

(8) 酒井吉栄「アメリカ初期州憲法研究序説」愛大法経論集二六巻七八頁以下（一九五九）、ハロルド・J・バーマン「アメリカ法入門(1)アメリカ法の歴史的背景」司法研修所報二七巻（一九六一）参照。

(9) 一七七六－八〇年にかけて各州憲法は、モンテスキューの三権分立主義を採用する。モンテスキューの著作『法の精神』がアメリカに現れたのは、一七四八年と

いう比較的早い時期であったという。

(10) 一章一節〈一〉で各地の検察官の誕生が紹介された。又、次項参照。

(11) NCLOE, *supra* note 3, at 7.

(12) *Ibid*.

(13) アルスタインは sheriff と prosecutor と明確に区分したフィラデルフィアのこの一件を合衆国における近代検察官の第一歩として評価している。*See*, Van Alstyne, *District Attorney — A Historical Puzzle*, 1952 Wis. L. R. 125, 134 n. 43 (1952).

(14) 一章一節〈一〉参照。

(15) 川口氏は地方検事のコネチカットでの出現をその進歩的気風の故としているが、明確な根拠が見出しえない。川口光太郎「英米の検察制度について」司法研究三五巻一号（一九四七）一一二頁以下。

(16) プリマスのマサチューセッツへの併合は一六九一年である。

(17) 田中英夫『アメリカ法の歴史（上）』（一九六八）六頁参照。

(18) New France とは、Canada, Acadia, Louisiana の総称である。

(19) この Louisiana は、後のルイジアナ州のみならず、アーカンソー、ミズーリ、アイオワ、オクラホマ、ネブラスカ、ダコタ、モンタナ、コロラド、ワイオミング、ミネソタの各州にまたがる。New France 一般については、C. P. NETTELS, THE ROOTS OF AMERICAN CIVILIZATION, 358－(1963) 参照。特に三六一頁の地図参照。

(20) ミシシッピ流域の法制度一般については、水田義雄「アメリカにおける大陸法的遺跡」比較法研究九・一〇号（一九五五）二〇頁以下参照。

(21) SAVELLE & WAX, A HISTORY OF COLONIAL AMERICA, 323－(1973) に拠れば、その統治は干渉主義であり、Bishop（宗教事項を扱っていた人）Court が主たる法執行機関であり、また法律も現地で作られることはなく、代議制もなく、minister（総督）の専制的な統治形態を有していたようである。

(22) Prevote du Paris. 一五八〇年改訂編纂による成文法。水田前掲註(20) 三六頁参照。

(23) 同右、二五頁。

(24) 正式名称は、An Ordinance for the Government of

the Territory of the United States Northwest of the River Ohio と言い、オハイオ河北西部の統治の基本方針を定めた。田中、前掲註（17）一〇二頁以下、水田、前掲註（20）三三頁以下。*See*, SAVELLE & WAX, *supra* note 21, at 764－等参照。

(25) 一七八九年法については田中、前掲註（17）一六八頁以下。他に、*See*, C. Warren, *New Light on the History of the Federal Judiciary Act of* 1789, 37 HARV. L. R. 49 (1923).

AG、検察官については、Kramer & Siegel, *The Attorney General of England and the Attorney General of the United States*, 1960 DUKE L. J. 524－(1960) が詳しい。

(26) J. E. JACOBY, THE AMERICAN PROSECUTOR, 19－20 (1980).

(27) 司法省（Department of Justice）の設置は、Act of June, 22, 1870, c 150, 16 Stat. 162 に拠る。司法省の成立については、J. EASBY－SMITH, THE DEPARTMENT OF JUSTICE : ITS HISTORY AND FUNCTIONS (1904) ; CALVIN COOLIDGE, ORIGIN OF DEVELOPMENT OF THE OFFICE OF THE ATTORNEY GENERAL, 65 (1929) ; H. CUMMINGS & C. MCFARLAND, FEDERAL JUSTICE : CHAPTER IN THE HISTORY OF JUSTICE AND THE FEDERAL EXECUTIVE, 218－ (1937) 等。また Sewall Key, *The Legal Work of the Federal Government*, 25 VIRGINIA L. R. 165, 180－ (1938) が南北戦争前後の集権化現象を描くと共にその分析を行なっている。キーは本法により議会が、司法省の設置を通じて全ての合衆国の官吏への司法長官（AG）の完全な監督権限を与えようとしたことは明らかであるとしている。

(28) フランスの刑事訴追の発達、及び検察官制度については、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）、A. C. Wright, *French Criminal Procedure*, 44 L. Q. R. 324－(1928) が、私人訴追、官吏訴追から糺問訴追へと至る過程を描いている。また法制史的側面からは、沢登佳人他『刑事訴訟法史』（一九六八）一〇〇頁以下がある。更に、フランス検察官制度への再評価を促すものとして、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」法政理論一六巻一号（一九八三）九六

頁以下。また従来の検察官概念がフランスには直接当てはまらないことに注意を促しているのが、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』（一九八三）七〇一頁以下。革命期までの検察官制度史を詳細に追ったものとして、高内寿夫「フランス検察官の地位とその刑事手続上の機能(1)(2)」国学院法研論叢一三・一四号（一九八五・六）がある。

(29) 稲本洋之助「フランス革命初期における検察の構造」社会科学研究二四巻二号、三五頁（一九七二）参照。

(30) 北村、前掲註（28）七〇九頁。

(31) CUMMINGS, *supra* note 27, at 159.

(32) E. H. DeLong, *Powers and Duties of the State Attorney General in Criminal Prosecution*, 25 J. C. L. & CRIM. 358, 363－(1934). しかし、植民地ではAGは実際には歳入に関する事項等には勤勉でなかったようである。それはAGが法的訓練を受けていなかった為であるとされる。この点、L. T. David, *Councillors and the Law Officers in the Colonies in America*, 12 AM. UNIV. L. R. 23, 27 (1963).

(33) 北村、前掲註(28)七〇五頁以下。一般代理官（procureur général）は国王代理官（advocat général）の下、各地方で働いた。

(34) 12 Stat. 285. この時点においてようやく、連邦との機能的相似性も生じてくると言えよう。本法は以下の様に定める。

――合衆国の司法長官（AG）は、ここで言われるように、合衆国及びその領土の全ての地域において、検察官（attorney）とマーシャルの個々の義務の遂行の状態に関して一般的な監督（superintendence）と指揮（direction）につき責任を負っている。そして、ここで言われる地方検察官とマーシャルは、彼等の公務につき、また個々の職務の状態につき、AGが求める時期と方法において彼に報告をすることを求められる。

この点につき、B. A. GROSSMAN, THE PROSECUTOR, 15 (1969) 参照。

(35) 初代AGランドルフは就任当初からDAへの監督権の強化を望んでいた。*See*, CUMMINGS, *supra* note 27, at 21, ; Warren, *supra* note 25, at 109.

(36) Pound, *supra* note 4, at 357－8.

なお、フランス刑事手続自体が、革命期（すなわち合衆国独立期）に、イギリス法をモデルとしていたことが注目されるべきである。当時、フランスは糺問訴訟から抜け出す道をイギリスに求めていたのであった。この点、沢登俊雄、前掲註（28）八一―八二頁。

(37) 接合説を採りつつもグロスマン教授は、フランスの影響については謙虚である。GROSSMAN, *supra* note 34, at 15. 但し、共和国検事との比較をなしているのは明らかに時代的に整合しない。またDAが一八〇〇年代に公選職となったのはフランスの影響からではない。この点につき、本章四節〈三〉を参照。

(38) J. M. Kress, *Progress and Prosecution*, 423 ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY OF POLITICS AND SOCIAL SCIENCE, 99, 103 (1976).

(39) JACOBY, *supra* note 26, at 20. これら複合説、発達説の立場を説く論者の指摘は、単にフランスの影響を否定することではなく、複合的な要素の一つに過ぎないことを強調することに主眼を置いていた。例えばジャコビー女史の「（アメリカ検察官の発達史の分析へのカギは）検察官がいつか、どこかで、ある特定の制度から伝わったのではないということに賛成することである」という言葉がそれを示している。（傍線筆者）*Id.* at 6.

第三節　オランダとその影響

一九五二年、アルスタインは、従来の検察官制度の成立に関する諸説を、英仏各々の影響を説く接合的見解と、植民地に自然に芽生えたとする見解とに区別し、それらに対する試論として、第三の仮説＝植民地の人々は、他の回路を通じて非コモン・ロー的制度、すなわち検察官制度を採用した、という見解を打出した。(1)

我々は、このアルスタインの所論を学説の整理上「導入説」の一つとして位置付けたのであるが、彼は前節で見たパウンド教授らの言うフランスの影響には触れずに、オランダの影響に目を向けていた。その論拠として、ニュー・アムステルダム（現在のニューヨーク）を中心としたオランダ植民地（New Netherland）での訴追官が、イギリスの支配以前から、また支配後も存続したこと、そして一七〇四年のコネチカットでの制定法上の検察官（attorney）発生及び一六八五年のフィラデルフィアでの郡検事の誕生とオランダ植民地との地理的、性格的連関性と

いう二点を挙げたのである。[2] 以下、彼の主張につき検討を加えたい。

〈一〉 New Netherland と Schout（シャウト：執行官）

一 一般に法制史の分野では、オランダがアメリカの司法制度・法制度に影響を与えたとはされていない。[3] しかしながら、オランダは一七世紀初めに新大陸に進出、[4] 一六二三年にニュー・アムステルダム（今のニューヨーク）を建設し、一六二九年には Patroonship という領主制度をひき、[6] ハドソン河を中心に独自の領域（New Netherland）を形成し、英蘭戦争後の一六六四年のイギリス征服までこれを維持したのである。はたしてかかる史的事実は、一切の影響をイギリスの植民地となったニューヨークに与えることがなかったのであろうか。

2 オランダの統治を行っていたのはオランダ西インド会社（Dutch West India Company）である。[7] この会社の統治組織において刑事上の訴追を担っていたのが Schout（シャウト）と呼ばれた官吏であった。[8] オランダは当時、母国での司法制度や、組織で用いられていた官吏を、[9] 植民地においてもその統治組織へ適用しようとしたのである。[10]

オランダ支配の記録はアメリカの研究者にとっても乏しいようであるが、いくつかの史料から Schout（シャウト）について学んでみたい。

一六六〇年、四月九日のオランダ西インド会社に関するアムステルダム勅令の法令には、シャウトの権限と義務がこう示されている。

――三、彼（シャウト）は既に作られ公布されているいかなる布告・法律・制定法・法令についても全ての違反者、搾取者を職権で訴追すべきであり……

四、そして、シェリフ（後年の資料なのでシャウトが訳されている）は訴追を始めるか、誰かある者を拘留する以前に、犯罪が現行犯でない場合は拘留権限が与えられることはなく、訴えるべき犯罪について被告人に速やかに告知すべきである。

五、彼（シャウト）は事件が起訴されるべき場合は、市長（Burgomaster）と長老（Schepence）の委員会のメンバーによる立会いの下で、あるいは秘書か彼の代理と共に二人の賢明な（discreet）人物の立会いの下で全ての起訴を為すべきである。

六、略……

七、彼（シャウト）は、起訴状を作製し準備する際に、

公平に働き、その訴追の目的の為には、考慮に値し、事件に属する全ての状況を明白かつ明瞭な程度に示しうる事実をどんな方法によってでも提示するよう配慮すべきである。(11)

――――――――（　）は筆者による註。

3　以上から、シャウトは一応私人訴追を原則としながらも(四、参照)、訴追義務、それも起訴法定主義(12)に近い形態を有しており(五)、客観義務が課されていること(七)(13)等が認められ、いわゆる大陸型の検察官の系譜(14)を持っていると理解されよう。

また当時の法廷は民主的要素もなく、糺問的な形態であったことも伺わせているのである。(15)

〈二〉　検討

シャウトというオランダの制度の植民地への移植はこうして確認されたと言えるが、シャウトの影響を論じる最大の根拠はおそらくその機能の残存であろう。

一六五三年（新大陸において資料上最も古いシャウト）の記録では、Cornelius Van Tienhoven がニュー・アムステルダムの法廷に schout-fiscal として登場し、検察官の役割を果たしている。(16)その後、ニュー・アムステルダムでは一六六四年までこの職が維持されたが、イギリス征服によって就任したニコル(Richard Nichols)知事は、オランダ法に代って Duke's Law（勅令を発した Duke of York にちなんで名付けられた法）を定め、コモン・ローの導入を計ろうとした。(17)例えば、オランダ治下の裁判所 Court of Schout, Burgomaster and Schepence は Court of Mayor and Aldarman と名を変え、シャウトに代ってシェリフが任じられたのであった。

一見オランダの影響はこれでその法廷や官吏の名と共に新大陸から姿を消したかのようであった。一般的にもまたその様に理解されているようである。しかし、実際はそうではなかった。それは統治機構としての schout から、sheriff への役割・機能の移行と、法制度としてオランダ法のコモン・ローへの継受として現れてくるのである。

①　Schout から Sheriff へ

一六六四年九月八日、ニュー・アムステルダムを占領することとなったイギリスは、初代知事にニコルを任命し、(19)知事は翌年六月一二日、ニューヨークと名を改めた元のニュー・アムステルダムのシャウト Piter Tonneman を解任、シェリフとして Allard Anthony を任じた。(20)早くも六月二七日にはシェリフは訴追官として法廷に登場している。(21)以後、一六七二年からのオランダ一六カ月征服期を経て、一六七四年のイギリスの再

征服[22]となるまでこのシェリフの機能の残存が確認されているのである。[23]

またニューキャッスル（現デラウェア州、地図3参照）では当時の High-Sheriff, Edmond Cantwell[24] が知事 Francis Lovelace から次のような文言の入った書簡を受取っている。

――……High-Sheriff は Schout の役得と特権全てを職務上享受すべきである。[25]

このニューキャッスルでは一六七五年の法廷記録でもシェリフが訴追官として登場しているのである。[26]更に一六七三年から七四年にかけてニューヨークにほど近いニュージャージーのベルゲン（地図2）でも Claes Arestise という人物がシャウトを務めていた。[27]

2　こうした一連の事実から、かなり広範囲にわたってオランダの植民地がイギリスの植民地となった後も、シェリフが訴追官として用いられていたことが明らかになった。すなわち、シャウトの訴追機能は Duke's Law によって断絶されることはなく、一節〈三〉で見たイギリスの法執行官吏で、植民地に移入されたシェリフへと継受されたと言うことが出来よう。

しかしかかる継受は、訴追機能に限られたものではなく、法制度上様々な点から認められるところである。検察官制度とは若干離れるが、次項ではニューヨーク周辺地域へのオランダ法の残存を指摘し、オランダ法継受について側面的に触れておきたい。

② オランダ法の残存

ｲ　ニコル知事は、各タウンに一人のコンスタブル（Constable）と八人の監督官（Overseers）を選ばせ、立法・司法機能を担わせ、又これらいくつかのタウンをまとめて riding（後の county）と呼ばれる司法管轄を形成し、そこにシェリフを置いた。[28]更にＪＰの法廷が導入され、[29]前述したように司法・行政職の官名が変えられたのであった。

しかしながらニコル知事の統治には地域的な格差が生じていたのである。その原因は、一つにはオランダの統治下においても他のニューイングランドのタウン以上の自治を有していたイギリス人のコロニーがあったこと、[30]また、ニューヨークはオランダ支配にも関わらず、オランダ人も少なく、当時からコスモポリタン的色彩を持っていたので、[31]こうした自治意識の強い都市は新領主イギリスに対し様々な要求を出して、その自治の特権を維持しようとしたことが挙げられよう。[32]

こうしてイギリス治下でも、当初においては各地は様々な状況で対応せざるを得なかったのである。例えばデラウェアでは

イギリス法への移行はゆっくりとした経過を辿ったと言われており、そのローカルの Whorekill(元オランダのコロニー)の裁判所ではシャウトが維持され、一六七六年になってようやくJPが全ての法廷に任じられている。[33] また一方でハドソン河上流では軍事力を背景にした軍制が敷かれていたのであった。

そしてこれら旧 New Netherland 地域では、オランダ法体系の中から仲裁裁判所制度[34]や官吏の partial retirement(部分的交替制)[35]等の制度が残存したと言われている。[36]

2 右残存についての明確な理由は明らかにされていないが、まずイギリス自体の怠慢が指摘され得る。[37] そしてオランダ法の慣習性や個々のタウンの多様性[38]が考えられるであろう。またコスモポリタン都市ニューヨークに代表される Duke's Law. 地域の人種的、制度的に多様な状況が、画一的で急激な変革を阻害したとも言えよう。執政者たるニコル知事がイギリス法の適用に慎重であったのもこうした事情によると思われる。[39]

しかしながら、次第にイギリスは官吏の任命権を強化し、その統治をニューイングランドに近づけ、[40] コモン・ロー体系への同化を進めていった。だがアルスタインの言うように、オランダ法は(その制度も含めて)イギリス法の補完的役割を担い、決して消しさられることはなかったのである。[41] 以上の考察から、オランダ法の影響がイギリスの征服によって潰えたのではないこと、すなわち官吏の機能が New Netherland から継受されたという指摘も不自然でないことが理解されるであろう。

③ 地理的連関性

1 更に、アルスタインによるシャウトの継受論を支えるもう一つの重要な根拠が展開される。それは本稿冒頭で指摘されたように、一七〇四年に制定法上初めての検察官を定め一六六二年には既にハートフォード(Hartford:地図2参照)で郡検事を置いていたコネチカット及び一六八五年に郡検事を設けたフィラデルフィアと、New Netherland との地理的、また時代的な連関である。[42]

アルスタインは西コネチカット(Hartford を含む)が、一六五〇年以降オランダの治下と主張されたことと、フィラデルフィアの近くに二つのオランダのコロニーのあったことを根拠に、歴史上検察官という官吏が新大陸において出現したのは、これら二つの地域でのオランダ法の影響の結果であったと推論しているのである。[43]

2 また彼の述べるところではないが、一六八六年クェーカーの共同体であるバーリントン(Burlington:現ニュージャージー、地図3参照)に検察官が置かれた。[44] ここはオラン

ダの入植地であったFort Nassau（地図2参照）[45]と近接しており、更にデラウェアのニューキャッスル（New Castle：地図3参照、イギリスの治下でシャウトが少なくとも一六七四年まで維持されていた）は、一六六四年までオランダ、スウェーデンのコロニーであったのである。[46]

果たしてこれらの事実からアルスタインの言う導入説が論証可能であろうか。

3　個々の例について検討してみたい。

コネチカットのハートフォードに検察官William Pitkinが任じられたのは、一六六二年である。この周辺、コネチカット河渓谷はオランダの領地として主張されていた、というのがアルスタインの論旨の一つであった。[47]しかし、イギリスのコネチカットへの勅許状の発給も同じ年に為されている。[48]それまでのコネチカットは、オランダ、スウェーデン、イギリスの各コロニーが独立した非統制的な形で点在していたのである。[49]

ファレル教授は、このハートフォードの検察官を評して「一七世紀には代訴人制（attorneyship）の概念は、コネチカットの法廷に馴染んだものだった」[50]（すなわちニューヨークでシェリフが訴追官となったように）と述べているが、勅許状の発給と同時にイギリス人が突然ハートフォードの裁判所に検察官を置いた、とは考えにくい。[51]従って、一六五三年のこの地の入植以来オランダの影響を受けた可能性がある、という限りにおいてファレル教授の指摘が意味を持つのではないだろうか。たしかに、コネチカット河以西（Hartfordを含む）がイギリスのNew Netherland征服後のDuke's Lawの管轄とされたことを考えると、[52]この地域がアルスタインの言うようにオランダの影響下にあったと推測することもあながち不当とは言えないであろう。

4　しかし、それ以上に興味深いのは、デラウェア河流域のコロニーでの検察官の発生であると思われる（地図3参照）。フィラデルフィアは、一六八五年に郡検事Samuel Hersantを任じたが、[53]フィラデルフィアの下流三〇マイルにはニューキャッスル（一六七四年までシャウトが存在していた）が、[54]また上流二〇マイルにはバーリントン（検察官を一六八六年に設置）[55]がそれぞれ位置しており、Fort Nassau, Fort Beversredeという二つのオランダのコロニーが近辺に存していたことが一つの手掛りを与えている。[56]

更に、このバーリントンは、ハートフォード同様、Duke's Lawの治下に入る（デラウェア河以東）が、ここもそれ以前はオランダの領土であったとされている。[57]以上、二つの河川の周辺地

域が地理的連関性を示す根拠となるのである。

④ シャウトの地域性

ー 更に、シャウトからの機能の継受を裏付ける第三の論拠として、個々のコロニーが設置していった訴追官と、シャウトに共通の「地域性」が挙げられる。

例えば一六五三年に、オランダ治下において知事スタイバサン(Peter Stuyvesant)[58]は、各タウンの代表者との集会の席上、個々のタウンからのシャウトの選出を約束した[59]。この制度は、ニューイングランドのタウンシップ制とも合い通じるものであり、後にイギリス治下でもシェリフがその地域性を受継ぎ、訴追を行ったことは前述のとおりである[60]。

すなわち、地域性を持ったシャウトの機能が、オランダの統治を通してコロニーに知られていたことは確かであろうと思われる。(故に、そうした状況において一六七七年に建設されたバーリントンが訴追官を持ったことが[61]、あたかも「自然発生的」に見えたのであろう。)

しかるにここで、ジャコビー女史がイギリスのAG、フランスの国王の代官のどちらもシャウトのような地域性を有しないことから、接合説と導入説に批判を加えたことが注目されねばならない[62]。それ故に、女史は、地方の訴追官の出現に最終的に影響を与えたのはオランダであった、という結論に至ったのである[63][64]。

2 この点を裏付けるように、フィラデルフィア(一六八二年に建設)が検察官を設けた翌年、一六八六年、ペンシルバニアは[65]、コモン・ロー上のAGを置き、David Loyd を任命し[66]、各地にその代理者としてdeputy を設置したが、このdeputy はAGと同じ権限と義務を持って働いたのである[67]。これは、コモン・ローには見られないことであり、その時既に地域の訴追官の概念がデラウェア河流域の各タウンに、当然フィラデルフィアを筆頭に、存在していたことを伺わせている。

以上、地理的なオランダの影響の限界内においても、シャウトの地域性が、何等かの影響をイギリス治下に移ったコロニーにおける地方検察官の発生に与えたことを推測させる事実が抽出されたのである。

3 我々は右に見てきたように、シャウトをめぐる機能的な連関性、地理的連関性、そして「地域性」という性格の相似性、の三点からアルスタインが仮説として打ち出した導入説を検証することが出来た。すなわち、ここにおいては、アルスタインの言うところのイギリス治下における訴追官の New Netherland からの実務継受を断言するところまでには至らなかった

が[68]、地方の検察官の成立過程につきシャウトという官吏が従来全く意識されていなかった影響を与えていた、という主張に一定程度の確証を得たと言えるだろう。

また近年、アルスタインらの法制史的研究を採りいれ、合衆国検察官の成立にシャウトを不可欠の要素として明記している論者が少なくないことも忘れられてはならない[69]。

シャウトに関してはアメリカにおいても法制史的に未だ解明されていない部分が多いが、本稿においてシャウトの性格がアメリカの検察官にいくらかでも注入されていたことを指摘しておくことは、クレス教授の言葉にあるように複合的な性格を理解する上で重要であると思われる。またジャコビー女史が述べた「発達過程にその考察の対象を求める」[70]という発達的視座の有効性を確認することの一助ともなるであろう。

(1) Van Alstyne, *District Attorney — Historical Puzzle*, 1952 Wis. L. Rev. 125—(1952).

(2) *Id.* at 132—

(3) 水田義雄「アメリカ法における大陸法の遺跡」比較法研究九・一〇巻三二頁以下（一九五五）。特にフランス、スペイン法の残存を示しているが、現在のニューヨーク（旧オランダ植民地）にはオランダ法の残存はないと指摘する。この点、後述。

(4) アメリカ学会編訳『原典アメリカ史(1)』三二頁（一九五〇）、R. G. Thwaites, The Colonies 1492—1750, 196—(1895) によれば、一六〇九年、英国人の Hendrick Hudson を雇ってこの地を得たという。ハドソン河の由来はこの英国人から来ている。

(5) 同右。

(6) 領主は、オランダ西インド会社から商取引の義務や税などの一時的免除を与えられた。小作人は、余剰分の先買い権を領主に与え、荘園の裁判所（manorial court）に従ったのである。C. P. Nettels, The Roots of American Civilization, 202—(1963) による。*See also*, John Fiske, The Dutch and Quaker Colonies in America, 133—5 (1899); Thwaites, *supra* note 4, at 198—9.

(7) 初期の New Netherland は、Director general（総督）を中心に五人の council（補佐機関）によって三権を掌握した封建的な形態を採っていた。Fiske によれば、この統治は、「人民の、Director と Council による、西インド会

社のための政府」であった。また、法は全て本国のアムステルダムで作られ、死刑囚は本国に送られたという。*See*, FISKE, *supra* note 6, at 131−2.

(8) Schout（シャウト）を紹介した日本の文献は殆ど見当たらない。藤原守胤『アメリカ建国史論（上）』（一九四〇）一八七頁が唯一ではないか。同書によれば「執行官」という訳語がついている。アメリカでは"sheriff"と訳されるのが一般的である。

"Schout 法廷当事者の為に判事を招集し、正義を要求する法廷の官吏。通常 Sheriff と訳される。schout-fiscal は New Netherland における重要な官吏であった。彼の義務はシェリフやAGによってわれわれの間で遂行されているものと同じであった。" BOURIER'S LAW DICTIONARY, Baldwin's Century Ed. (1948)

オランダ西インド会社の当時の重要な官吏には、Fiske によれば「会社の簿記係りである koopman」と、「シェリフの義務や税の徴収を請負った schout」がいたとされ、他の論者に拠れば、「取引に関する秘書の supercargo」と「秩序維持の為の schout-fiscal」であったという。*See*, FISKE, *supra* note 6, at 132; SAVELLE & WAX, A HISTORY OF COLONIAL AMERICA, 208 (1973). この様に米国での紹介においても、シャウト、及び New Netherland の官吏の組織については明確でないが、訴追機能を持った schout、ないしは schout-fiscal の存在は明らかである。

(9) 当時のオランダの司法の状況を示す資料は入手しえなかった。刑事手続については、A. ESMEIN, A HISTORY OF CONTINENTAL CRIMINAL PROCEDURE, 312−(1968)。現行法、法制史及びオランダ法一般については、D. C. Fokkem a Ed. INTRODUCTION TO DUTCH LAW FOR FOREIGN LAWYERS, § 1−4 (1978)。特に訴追制度、検察官制度については p. 307−12 参照。*See also*, PAUL GRAULICH, GUIDE TO FOREIGN LEGAL MATERIALS — BELGIUM, LUXEMBOURG, NETHERLANDS, 145 − (1968); INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW 1−N/O, N−11; H. Beerling, *An Outline of Dutch Criminal Procedure*, 5 ANGLO・AMERICAN L. REV. 50− (1976).

邦文としては、細川清「オランダの司法見聞記」法の支配五二号（一九八二）を参照。これによれば、一八一

○年、ナポレオン征服後、オランダの統一的な司法制度はフランス法を範としたという。検事総長等の procureur-général は、明らかにフランスからの移入であろうが、下級検事は verkersshouten（直訳すれば「交通係り検事」）という。この"schouten"はおそらくオランダ固有の名称として"schout"が残ったものではないかと思われる。同書、六○頁参照。*See generally*, COUNCIL OF EUROPE, JUDICIAL ORGANIZATION IN EUROPE, 99－(1975).

(10) schout-fiscal の"fiscal"に関しては、アルスタインは以下の様に述べている。

――彼はオランダにおける検察官や保安官のように働くべきだったが、植民地では付加的な義務を見出だした。彼は fiscal のように働こうとした。fiscal は法的権限を与えられた一種の財政的職員としてオランダ西インド会社を代表していた。(*See*, Alsyne, *supra* note 1, at 130)

という。この財政的職責とは税の徴収であった（*See*, FISKE, *supra* note 6, at 131)。

すなわち、訴追官吏シャウトに財政官吏フィスカルの機能が植民地において合体したと考えられる。このことは、言語的にオランダは低地ドイツ語の一種に属するのであるが、おそらく一五世紀頃、ドイツ（ブランデンブルグ＝プロイセン）で王の代理人として財政的な責任を負っていたフィスカラー(Fiskalat)に由来するのではないかと思われる。歴史的にも一六八四年までオランダは、ドイツ皇帝ハプスブルグ家の支配下にあったことから、オランダ西インド会社が fiscal の名称を一七世紀、新大陸で用いたことも説明できるであろう。以上、細川、前掲註（9）五五頁参照。フィスカラーについては内田一郎「ドイツ検察制度の成立」早稲田法学三九巻二号、一○頁（一九六三)、*See also*, ERNST CARSTEN, DIE GESCHICHTE DER STAATSANWALTSCHAFT IN DEUTSCHLAND BIS ZUR GEGENWART, 2－5 (1932).

(11) Laws and Ordinances of New Netherland 374－5 (1868) *See*, Alstyne, *supra* note 1, at 130 n. 18.

(12) 起訴強制主義とも呼ばれる。この点、松尾浩也・三井誠「西ドイツ刑事司法における起訴法定主義」ジュリスト三八九号（一九六八）五五頁、内田一郎「ドイツにおける起訴法定主義」早稲田法学四○巻二号（一九六四）

二一頁以下、等を参照。

(13) 特に西ドイツにおける客観義務を紹介したものとして、岡部泰昌「刑事手続きにおける検察官の客観義務(1)」金沢法学一一巻二号（一九六六）四七頁以下参照。

(14) 大陸型検察官については内田力蔵「検察官――自由主義国の総括」比較法研究三八号（一九七七）一二七頁以下。横山晃一郎「ソビエト型検察官と大陸型検察官」九大法政研究四三巻二号（一九七六）一八〇頁以下参照。

(15) この点、註（7）参照。

(16) Alstyne, *supra* note 1, at 130 n. 20 に拠る THE RECORDS OF NEW-AMSTERDAM FROM 1653 TO 1674, 7 vols. (1897).

(17) SAVELLE & WAX, *supra* note 8, at 246－9；THWAITES, *supra* note 4, at 203.

(18) Alstyne, *supra* note 1, at 132 n. 29.

(19) 勅許状（charter）の発給は一六六四年であり、ニコルス知事は着任後、各官吏に王への服従の宣誓を要求し、一六六五年から制度の改革に取掛かった。ニューヨークでは、六月一二日、市長（Mayor）にイギリス人 Thomas Willet を任じ、五人の alderman（参事会）には二人のイギリス人を、そしてシェリフにもイギリス人を任命した。この統治形態は機能的には以前と殆ど変わることなく、「西インド会社のため」の統治形態が、「イギリス（王）のため」の統治へと変わった程度であったという。*See generally*, A. E. McKinley, *The Transaction from Dutch to English rule in New York*, VI AM. HIST. R. 695, 697－9 (1901)；HERSHKOWITZ & KLEIN, COURTS AND LAW IN EARY NEW YORK, 19－ (1978).

(20) Alstyne, *supra* note 1, at 132.

(21) *Ibid*. n. 29 に拠る V. THE RECORD OF NEW AMSTERDAM 311 (1897).

(22) ウェストミンスター条約による終戦。*See generally*, FISKE, *supra* note 6, at 204－5.

(23) Alstyne, *supra* note 1, at 133 に拠る VI, VII. RECORDS OF NEW AMSTERDAM (1897).

(24) シェリフの長。代理（deputy-sheriff）、補佐（assistant-sheriff）、等に分れる。BLACK'S LAW DICTIONARY 4 ed. (1943).

(25) Alstyne, *supra* note 1, at 135 n. 47 に拠る XII DOS. REL. HIST. ST. N. Y. 497.

(26) *Ibid.*

(27) *Id.* at 133 n. 25 に拠る。I NEW JERSEY ARCHIVES FIRST SERIES 125 (1880－1949).

(28) THWAITES, *supra* note 4, at 203－4. シェリフ、コンスタブルについては、本章一節〈三〉参照。

(29) McKinley, *supra* note 19, at 719.

(30) 例えば、ロングアイランドの Oyster Bay より西のコロニーには、イギリス人のタウン (New Town, Hempstead, Flushing, Gravesend, Jamaica) があった。これらの街は一六六三年から六四年にかけて独立宣言をし、大統領 John Scott を選んだという。

(31) この点から逆に、オランダ法の影響は強くないのではないかと、ジャコビー女史がアルスタインの導入説を批判しているが、オランダ法残存について全く触れていないのは片手落ちの感がする。

(32) 例えば、ニューヨークでは代議制、官吏の公選制、市長の plural nomination (複数任命方式：六人の alderman から知事が一人を選びだすという方法。オランダの方法であった) 等を要求したのであった。McKinley, *supra* note 19, at 702.

(33) Id. at 721 Whorekill は元オランダのコロニーの Swaanendael のことである。*See*, W. SHEPHERD, HISTORICAL ATLAS, 192 (1959).

(34) オランダの重要な法制度の一つであり、陪審が開始されるまで使われた。McKinley, *supra* note 19, at 699－713.

(35) 例えば、監督官 (Overseers) は八人のうち毎年四人づつ交替した。またこの方法は後に陪審員の選出の際にも用いられた。*Id.* at 712.

(36) 継受として断言できないが、重要なものとして「信教の自由」がある。オランダ治下で定着していたこの権利を認めることによって、Duke's Law も New Netherland に根付きえたのではないか、という見解がある。*Id.* at 711.

(37) *Id.* at 705.

(38) *Id.* at 711. ロングアイランドではタウンミーティングが、Duke's Law によって認められなかったにもかかわらず存続し、広い権限を有し、官吏を公選していた。

(39) *Id.* at 695. ニコル知事の同化制策の遅れにイギリス人達が反発し、母国と同様の権利や待遇を求めた。

(40) *Id*. at 700. 例えば陪審制の導入などがそれに当たる。

(41) Alstyne, *supra* note 1, at 136.

(42) *Ibid*.

(43) *Ibid*. おそらく Ft. Beversrede と、Ft. Nassou を指すものと思われる。地図2参照。

(44) *Id*. at 133.

(45) NETTELS, *supra* note 6, at 199 Map.

(46) Alstyne, *supra* note 1, at 135 地図2、3、参照。また、ニューキャッスルは、一六五一年 Ft. Casimir としてオランダの植民地に、さらに一六五四年にはスウェーデン領 Ft. Trinity となり、再び一六五三年に New Amstel としてオランダの手に戻り、最終的には一六六四年にイギリスが New Castle と名付けた。

(47) Alstyne, *supra* note 1, at 135; NETTELS, *supra* note 6, at 199 の地図に拠っても、ハートフォード周辺は Ft. Good Hope としてオランダのコロニーとされている。しかし、SAVELLE & WAX, *supra* note 8, at 187 Map 又は HISTORICAL ATLAS, *supra* note 33 によればオランダのコロニーとはされていない (Hartford を含む Windsor, Westherfield' の三つのタウンはマサチューセッツからの移住によって一六三五―七年に生れた)。この点、法制史上の解明を待ちたい。コネチカット河へのオランダの進出がイギリスとの敵対関係を形成していったことを指摘する論者もいる。*See*, G. L. BEER, THE ORIGINS OF THE BRITISH COLONIAL SYSTEM 1578―1660, 23 (1959).

(48) 田中英夫『アメリカ法の歴史 (上)』三頁 (一九六八)

(49) SAVELLE & WAX, *supra* note 8, at 186―7.

(50) Alstyne, *supra* note 1, at 136 n. 52 に拠る、THE SUPERIOR COURT DIARY OF WILLIAM SAMUEL JOHNSON, 1772―73 (1942).

(51) 例えば、一六三九年のコネチカット基本法には、magistrate の選任については表わされているが、その他の司法官吏については記述がない。つまりこの当時、イギリスのコロニーに地方の訴追官の芽を見ることは難しい。このことは一七〇四年のコネチカット法における検察官の登場に一体何が決定的影響を与えたかという問題を提示しているのではないか。前掲註(4)『原典アメリカ史(1)』一六八頁以下参照。

(52) SAVELLE & WAX, *supra* note 8, at 247 Map. 又は本稿、地図2参照。

(53) Alstyne, *supra* note 1, at 134 n. 43に拠る。I MINUTES OF THE PROVINCIAL COUNCIL OF PENNSILVANIA 167 (1854−53). これによれば、Councilの会議において、一六八六年シェリフを司っていたHersentが検察官の任を兼ねることに異議が出て、その後この二つの職が分けられた。アルスタインはこれを近代的検察官の始まりであると評しているが、おそらく検察官の発生の時点を、シェリフという警察官吏と、訴追官との分離時にこれを認める為であろう。

(54) *Id*. at 135.

(55) *Id*. at 133.

(56) SHEPARD, *supra* note 33, at 192. 又は本稿、地図2、3参照。

(57) NETTELS, *supra* note 6, at 199 Map又は本稿、地図2参照。

(58) SAVELLE & WAX, *supra* note 8, at 207. 一六四七年に着任した準軍人。しかし、専制的な統治を嫌い、各タウンの代表者との合議を望んだという。

(59) *Ibid*.

(60) 第一節〈三〉で見たように、元来Sheriffにもその地域性は多少認められる。しかし本国イギリスではここで言うタウンに基づくものではなく、かなり広い地域(shire＝今のcounty)を担っていた。

(61) Alstyne, *supra* note 1, at 134 n. 38.

(62) J. E. JACOBY, THE AMERICAN PROSECUTOR, 3−5 (1980). しかし、同時にジャコビー女史は、シャウトが基本的には西インド会社の為に働いたこと、AGや国王の代官も王の為に働いたことに共通性を見出だし、合衆国検察官の基本的性格たる「独立性」に反するとしている。

(63) 第一章三節〈一〉参照。

(64) JACOBY, *supra* note 62, at 14. ジャコビー女史の表現を借りれば、「schoutからsheriffへの進化はうまくいった」のである。

(65) ペンシルバニアは一六八一年、William Pennへの勅許によって開拓された。

(66) J. J. Poserina, *Appointed Attornet General's power to supersede an elected District Attorney*, 33 TEMPLE L. Q. 78, 83− (1959).

(67) *Ibid*.

(68) その理由はやはり"attorney"という語の使用にある

のだろう。しかし、今まで見てきたように単に名称の上でスポイルするのではなく、性格的な要素をシャウトが注入したことについてさらなる解明を試みるべきではないか。

(69) 例えば比較的新しい文献として、ゴールドシュタイン教授が検察官の歴史的発展を描写したものがあるが、おおよそジャコビー女史の分析に賛同している。またシャウトについても明示されており、アルスタインが導入説で唱えたオランダの影響は複合説・発達説という濾過を経て、通説的見地を占めるに至ったと言えるのではないか。*See*, Goldstein, *History of the Public Prosecutor*, in ENCYCROPEDIA OF CRIMINAL AND JUSTICE v. 3 1286 (S. H. Kadish ed. 1983) ; J. SWATON & L. MORGAN, ADMINISTRATION OF JUSTICE : AN INTRODUCTION, 19—(1975).

また、法史学者フリードマン教授もアメリカ法の複雑な要素を指摘する際に、DAがオランダに基礎を持つことを示唆している。*See*, L. M. FRIEDMAN, A HISTORY OF AMERICAN LAW 2nd, 19 (1985).

(70) JACOBY, *supra* note 62, at 5—6.

第四節　諸要因の帰結と独自の発達

以上、第一章で紹介された合衆国検察官制度の成立過程をめぐる各説の論拠を検証する為に、イギリス、フランス、オランダの有する諸要因を、機能的見地、歴史的見地、性格的見地そして地理的見地といった様々の角度から分析、検討してきた。

本節では発生期、成立期、そして発展期に渡って、以上の諸要因の帰結をまとめ、「(検察官制度は)社会、政治の発展の論理的帰結である」という発達説の立場から、発達過程全体にわたる考察を試みてみたい。(〈時代区分〉を参照)

〈一〉　発生期における発達(一七世紀中葉から一八世紀初頭)

―　イギリスというコモン・ローの母国から伝わったAG・JP、シェリフ、フランスの国王の代官、そしてオランダのシャウト、といった種々の因子として提示されたもののなかで、発生期に明らかに影響力を持ちえないものは、国王の代官程度に限定されることが、各節での検討から示されたと言い得るだろう。

すなわち、国王の代官については成立期における連邦検察官との機能的類似性にとどまることが明らかにされた。(1) 一方シャ

ウトについては、シェリフという掛け橋によって成立期にまでその影響が及んでいたのであり、[2]またJPはコモン・ロー上の最も古い公的な訴追官であることが理解され、[3]AGはその姿を発生期には邦（州）に、成立期には連邦に現していたのであった。[4]

2　また各々の歴史的背景に応じて生れた官吏の機能は、コロニーの状況の変化に伴い変遷していたようである。例えば、シャウトはイギリスのNew Netherland征服によってその名称が消滅し、[5]シェリフは本国での治安維持の官吏以上の責任を負うに至った。[6]またAGは初期には名目上の官吏であって、実際的な権限は本国の「王の代理官」に遠く及ばなかった。[7]JPは自己の管轄領域をコモン・ローにおけるより以上に広げたかのように見えた。[8]

更にまたこれらのどの官吏を主に用いるかということが、個々のコロニーによってまちまちであることも成立過程での分析の前提とされよう。グリーンベルクは一八世紀のニューヨーク（シャウトの継受をめぐって我々が検討を重ねた地域であることを念頭に置く必要がある）の刑事訴追のパターンを描くにあたってこう述べている。

――一八世紀ニューヨークにおける刑事訴追は、植民地それ自体がそうであったように、多面的(multifaced)なものであった。訴追のパターンは植民地のある場所と別の場所とでは全くかけ離れていた。[9]

我々は既に一七世紀でのマサチューセッツの法廷がはなはだ統一性のないものであったことを学んでいたが、[10]一八世紀のイギリスの統治下に移ったニューヨークでさえこのような状況であったことは驚くべきことと言わねばならないだろう。

（シューレンシー教授は植民地の、特に一七世紀の司法制度の特徴を、①権力分立の不足と、②議会による司法権の執行の二点に集約されている。すなわち検察官が現在のように行政部の官吏として位置づけられるにはまだ時間を要するのであって、三権分立の原理が検察官制度の成立とどのように関連づけられるかが成立期以降の分析の課題とされねばならない。[11]）

3　こうした多様な状況の中で、成立期に見るDAの出現の潜在的な、地方の訴追官への歩みはゆるやかながら進んでいたのであり、一朝一夕に生れたとは考えられないのである。いくつもの経路による外的要因が、コロニー個々の状況である内的要因と結びつき、DAという実体が形成されていく過程がこの時期であると言えるだろう。

ある場所では、州AGの代理人（deputy attorney general）を地域で選ぶことによって、[12] ある場所では、知事やcouncilに任命されたJPに訴追機能を認めることによって、[13] またあるコロニーでは法廷にコロニーの全犯罪を訴追する官吏を設置することによって、[14] それぞれ検察官制度発展の歩みが展開されたのであり、その中で、地域性、独立性といった合衆国検察官の根幹となる基本的な性格が形成されていったと言わねばならない。

まさしくこれは、「発生期における発達」として位置付けられるのではないだろうか。この発達こそが、次期において「特殊アメリカ的」[15]と言われるDAの出現への萌芽なのであり、特定の国のスタイルを直接アメリカに取入れ、その姿が保たれたのではなく、コロニーという環境の中で止揚されていったことを物語っていると言えるのではないだろうか。

もちろん、各要因の影響力を描写したにせよ、各邦（独立時一三）全てに渡ってDAの出現過程を把握することは困難である。ただ少なくとも、我々は米国で最も早く訴追官が現れた中部大西洋岸コロニーの周辺状況と、その歴史的発達過程への分析を通して、ある程度の道標を辿ることができたのである。[16] そして今、三百年後の今日再生しつつあるこの道標の手引きとなるものが発達的視座＝発達説であると言えるだろう。

〈二〉 成立期における発達（一八世紀初頭～一七八九年）

I 発生期に見られた諸要因の結実は、一七〇四年のコネチカット成文法によるattorneyの設置、という形で我々の前に提示された。[17] しかし、コネチカットはその結実を先取りしたコロニーであったのではなく、地方検事（DA）という形態を制定法上に表した初めての事例であると考えられるのである。

多かれ少なかれ諸要因の歴史的結実は、その他の植民地にも見られるところである。例えば、フィラデルフィアやバージニアでの検察官の出現はコネチカットで創成されたものが他の地方に受入れられたことを意味しはしないのである。[18] それは、各地において発生期の間に熟した検察官訴追への歩みが、制定法の中に初めて表されたコネチカットや、地域毎に訴追官を置いたペンシルバニアの歩みと同様の発達過程を辿りえる内的要因を含有していたことを意味し、理念的にもコロニーに相応しいものであったということではないだろうか。[19] これはまた、各地の発達の論理的帰結として、諸要因が地方検察官という制度に結び付いたことを物語っている。[20] しかし、その結び付きは、単に合同や集合体的な意味においてではないことも理解されねば

ならないであろう。[21]

2　すなわち、DAの出現は、中部大西洋岸のコロニーにおいては、AGとその代理(deputy)、シャウトから地域の訴追官たる地位を譲り受けたシェリフ等、早くから独自に設けられた訴追官(attorney)をその背景に持った為に、中南部のコロニーでは新大陸に移入され地方の司法官吏として権限を広く持つに至ったJPと、地方の治安維持機能を担ったシェリフの存在が地域の訴追官の採用を阻害することがなかったであろう為に、成立期に各地で容易に実現されたと言えるのである。

またDAは、一章三節で考察された特徴――独立性と地方性――を、それらどの要因から直接摂取したということも出来ないのであるし、[22]逆に各諸要因の官吏の持つ中央集権的性格＝非独立性を有しはしなかった。[23]この諸要因との矛盾こそがアメリカの検察官の独自性であり、発達の帰結であると言わざるを得ない。またこの矛盾を認めることが発達過程分析への出発点であると思われるのである。これが、ジャコビー女史の強調した、「合衆国検察官制度の発展の解明へのカギは、(制度が)どこからか伝わったものではないことに賛成することである」[24]という言葉の意味するところではないであろうか。

3　かかる考察を踏まえれば、クレス教授の指摘した複合的性格とは、[25]検察官制度の発達過程に対する各要因の持つ性格の投影であると理解されるのであり、進化の度合いの指標以上の性格を有するものではないと言わなければならないだろう。

その指標によって、連邦検察官制度にフランスとの類似性が示されていたことが認められたのであり、[26]また同時に、地方検察官（DA）の成立に至った発生期の歩みを経ることなく、連邦の制度が官吏訴追を採用したと考えることは、歴史への誤った仮定に過ぎず、その発達過程はあくまで新大陸に固有の変遷として理解すべきことも示されたのではないか。[27]

ここにおいて、未だ発達過程への分析が充分とは言えないまでも、指標に表されたDAと連邦検察官、すなわち合衆国検察制度におけるローカルと連邦という二極の発展は、発生期から成立期にかけて、諸要因の帰結として出現した、との結論に至ることも許されよう。

〈三〉　発展期における発達――独自の歩み(一七八九年～二〇世紀初頭)

1　本稿の目的とするところは、植民地時代から独立期に至る歩みを見ることであり、それは成立期におおよその姿を現した合衆国検察官制度の屋台骨を描くことであった。しかしなが

ら、この合衆国検察官をよりアメリカ的な、独自性あるものに発展させた歩みは以後の時代にその完全な描写を待つことを認めなければならない。何故なら合衆国検察官制度は、この発展期を経て初めて完成されるものだからである。ここでは、簡単に発展期の重要な要素を取出し、制度の特質を決定づけた要因を紹介するに止どめ、完成期を含めてその発達過程の分析は他日に期すことにしたい。(また今世紀における検察官制度の素描については、前稿「合衆国検察官概念の発展――二〇世紀における合衆国検察官の概念化の分析」北大法学論集三七巻六号(一九八七)を参照下されば大方の理解は得られよう。)

2　発展期において最も注目すべきポイントは、まず地方における検察官の公選制度であり、続いて連邦における集権化、すなわち合衆国司法省の設立であろう。

ローカルの訴追制度において、合衆国検察官の特質とされた地方性と独立性とを支えるに足る制度的保障はこの公選制において他にはない、と思われる。[28]

この制度がもたらされたのは、アメリカ民主主義の歴史に欠かすことの出来ないジャクソニアン・デモクラシーによるものである。[29]一八〇〇年代に入り、新国家の誕生間もない合衆国にあっては、未だ選挙権は一般的なものとされておらず、厳しい制限があった。[30]また被公選職も限られていたので、[31]一つの運動が公選職の拡大と、選挙権の拡大に結付いたのである。この思想こそ、タウンシップを支えた直接民主制への人々の強い欲求であり、ジャクソン大統領の就任の結果というよりも彼の就任がこの激しい変革への動きの一つの結果と言ったほうが相応しいと言えるだろう。[32]

このように、この時代に知事はもとより裁判官やシェリフ、検屍官(coroner)[33]と並び検察官の公選制[34]も確立されたのである。発展期において増大するDAの地位と権限は、人々＝公衆によって選ばれるという制度に支えられることとなった。[35]

3　第二点目は、一八七〇年の司法省創設による連邦における制度の確立である(An Act to establish the Department of Justice. June 22, 1870. 16 Stat. 162)。[36]これによって、連邦司法長官(AG)の地位と権限が明確にされた。Solicitor of Treasury(財務省法務官)との行政内部での主導権争いはこの法律により優位が決定づけられ、[37]DAへの統制、助言を定めると共に、連邦検察制度を集権的性格へと発達させるものとなった。連邦制度に見る大統領～AG～DAという階層性[38]も発展期において出現したものであり、それは広大な国土を治める連邦政府の必要性に由来したものであったが、実際には地方検事の職務

上の独立が確保されていて、最終的に統制を行おうとする場合には大統領による解任に待つのみであったという。[39] この点においても導入説論者の言うフランス検察官制度との類似も表面的であることが理解される。連邦の検察制度も合衆国検察官制度の一部としてその基本的性格を同様に負っているのであり、発達過程から切り離して考えることは出来ないのである。しかし同時に、ローカルとは明らかに異なる連邦検察官制度の歩みがこの一八七〇年法にあることも明らかである。

4　ローカル、連邦それぞれに重要な発展期の特徴を指摘したのであるが、成立期において見出だされた検察官像が、合衆国の特質と言われるもの――独立性、地域性――を具現するにはかかる発展期の過程が必要であったことは言うまでもない。

ジャコビー女史は、その発達説を述べるにあたって、合衆国の検察官制度の特徴として次の四点を挙げている。

1　公衆訴追の採用：州（人民）を代表する訴追官の必要

2　地方行政制度：権力の非集中と民主主義の遂行（地方官吏としての検察官）

3　ジャクソニアン・デモクラシーによる公選制

4　権力分立原理の採用：政府の一行政機関としての地位[40]

今我々が学んだローカルの公選制は上記第三の特徴であり、またそれが第二の地方性とも重なりあっていると言える。連邦の集権化は、行政部における統制と理解されるので第四の特徴となるであろう。このようにジャコビー女史の分析を前提とした場合、かかる合衆国検察官制度の特質は、発展期の特徴と重なりあうところが多いことがわかるだろう。と同時に、制度の特質が発達の過程の中で形成され完成されたということを物語っているのではないか。

5　では、ジャコビー女史が言う第一の点、「公衆訴追(public prosecution)」とは何か。州を代表する訴追官の必要性を指し示すのであれば、一体それは何時形成されたものであろうか。今、三百年にわたる発生期から成立期、発展期という歴史の流れを追ってきた我々に残された課題は、この官吏による訴追の必要を合衆国に生ぜしめた「理念」ないし「原理」を明らかにすることであろう。というのも、これが明らかにされた時に初めて、諸要因が何故かかる歴史の上で「発達」を遂げたのかという問題が解決されるからである。

（1）　この点を指摘するのは、クレス教授（二章二節〈三〉

及び註（38）参照）、グロスマン教授（同註（37）参照）らである。

（2）二章三節〈二〉①参照。

（3）二章一節〈二〉①参照。

（4）二章一節〈一〉②参照。

（5）二章二節〈一〉参照。

（6）二章一節〈三〉参照。

（7）二章一節〈一〉参照。

（8）二章一節〈一〉参照。

（9）DOUGLAS GREENBURG, PATTERNS OF CRIMINAL PROSECUTION IN EIGHTEENTH－CENTURY NEW YORK IN COURTS AND LAW IN EARLY NEW YORK 62 (L. Hershkowitz & M. Klein ed.) (1978).

（10）二章一節〈三〉②参照。*See*, J. H. SMITH, COLONIAL JUSTICE IN WEST MASSACHUSETTS (1639－1702) The Pynchon Court Records, 129－ (1961).

（11）E. C. Surrency, *The Court in the American Colonies*, 11 AM. J. L. HIST. 253, 260 (1967).

（12）一章一節〈一〉1参照。

（13）二章一節〈一〉②参照。

（14）一章一節〈一〉参照。

（15）F. W. MILLER, PROSECUTION, 55 (1969).

（16）但し、未だ中南部における発達過程の検討は不十分と言わざるをえない。*See generally*, D. T. Konig, "*Dale's Law*" and the Non Common Law Origins of Criminal Justice in Virginia, 26 AM. J. L. HIST. 354 (1982).

（17）一章一節〈一〉1参照。

（18）一七〇四年以前に制定法によらない検察官がこれらの地方で見られているからである。同右参照。

（19）理念的な展開については、三章二節を参照のこと。

（20）成文法に検察官やAGを定めるかどうかは各コロニーで異なっていたし、任命方法も異なっていた。しかし、それにもかかわらず、特質を共有していたことは、コロニー全体が公衆訴追と言われる合衆国の訴追制度に向けて多かれ少なかれ歩みを一つにしていたと言うことが出来よう。

（21）ジャコビー女史の複合説批判の指摘である。J. E. JACOBY, THE AMERICAN PROSECUTOR, 5 (1980).

（22）*Ibid*.

（23）*Ibid*.

(24) *Id*. at 6.

(25) J. M. Kress, *Progress and Prosecution*, 423 Annals of the American Academy of Politics and Social Sciences, 99, 104 (1976).

(26) 二章二節〈三〉5参照。

(27) 同右。

(28) Jacoby, *supra* note 21, at 7. また、ジャコビー女史は、訴追制度の地方性を支えているのは、この公選制と、訴追についての支出の殆ど（九〇%以上）をローカルで負担している点にあるとしている。*Id*. at xxi.

(29) ジャクソニアン・デモクラシー一般については、田中英夫『アメリカ法の歴史（上）』（一九六八）三〇七頁以下、藤原守胤「ジャクソニアン・デモクラシー」法学研究三八巻一号（一九五五）、同「アメリカにおける政治過程の民主化とその現代的慣行の成立（一八一〇―一八四〇）」法学研究二七巻六号（一九五四）、A. M. Schleisinger, The Age of Jackson, 322― (1945).

(30) Jacoby, *supra* note 21, at 21.

(31) *Ibid*. 例えば、知事の公選制は当時一三州中六州（マサチューセッツ、ロードアイランド、コネチカット、ペンシルバニア、デラウェア、メリーランド）であったし、他の公選職にしてもシェリフとコロナーだけというのが、ニュージャージー、ペンシルバニア州で、またメリーランドでは、シェリフだけが公選制であった。

(32) 論者はシンボルとしてのジャクソンを説き、思想的指導者としてのジャクソンを述べていない。田中、前掲註(29)三〇九頁。

(33) 選挙権一般については、小川晃一「アメリカ合衆国における選挙権拡大の歴史過程」北大法学論集三十四巻一号（一九八三）四三頁以下を参照。また小川教授は、植民地時代からのタウンミーティングの自治精神がこうした運動につながっていることを強調される。

(34) 検察官の公選制については、田中、前掲註(29)三五六頁以下、各州の制定法、及び憲法条項が挙げられている。具体的には、例えばニューヨーク州は一七九六年に地区裁判所にAG補佐を置いたが、一八〇一年にDAと名称を変え、一八二八年にAGを公選とした。ミシシッピー、アラバマはそれぞれ一八〇七年、一八一九年にDAを間接選挙で選出し、ジョージアは一八三九年に個々の郡で検事の公選を定め、アイオワは、一八四六年に裁

判官、検察官の公選を定めた。*See*, JACOBY, *supra* note 21, at 25.

(35) こうして、一九一二年のニューメキシコ、アリゾナ承認時には、四八州中地方検察官が公選でないのはコネチカット、ニュージャージー、デラウェア、フロリダ、ローアイランドの五州だけであった。*See*, *id*. at 26.

(36) *See generally*, Sewall key, *The Legal Work of the Federal Government*, 25 VIRGINIA L. R. 165, 181 (1938); H. CUMMINGS & C. MCFARLAND, FEDERAL JUSTICE, 218-(1937); J. S. EASBY-SMITH, THE DEPARTMENT OF JUSTICE (1904).

(37) Solicitor of Treasuryは、全Treasury（財務省）の訴訟を負うべく設けられ、AGとの管轄争い、権限争いを演じた。この背景には、David Webster（当時上院議員）とジャクソン大統領との政治的対立があった。ジャクソンの集権化案に対し、ウェブスターはAGを嫌い、反対に回ったという。*See*, CUMMINGS & MCFARLAND, *supra* note 36, at 177-9.

(38) ジャクソン大統領は基本的にAGのDAへの監督権限を強めようとした。例えば、一八三〇年、法案（ウェブスターの反対にあって妥協案として、Solicitor of Treasury に全 Treasury の訴訟を担わせることにした）可決時に「……AGは、様々の政府の法官吏の一般的監督、民事であれ刑事であれ、全ての監督を与えられる……と確信する」と述べているが、折衷的な政策の為に一八七〇年法が出来るまで他の省は自ら法律のスタッフを求め、彼等自身で訴訟を営むことを余儀無くされたのである。*Id*. at 179.

念のために付加えておくと、全ての行政部の法官吏を統轄させようという議会の目的は完全には達成されなかった（*Id*. at 183-4.）。しかし一方で、裁判所もAGへの集権化に一役買っていた。すなわち、AGの裁量権限を法廷で広く承認することによって、それは果たされることとなったのである。*See*, *id*. at 185-8.

(39) R. POUND, CRIMINAL JUSTICE IN AMERICA, 151 (1929).

(40) JACOBY, *supra* note 21, at 6-7.

第三章　合衆国検察官制度の理念的背景

第一節　私人訴追から公衆訴追へ

Ⅰ

合衆国検察官制度は、第一章三節で見たように地方性と、独立性とをその特質として持ちつつ新大陸の訴追制度の中に定着するに至ったのである。すなわち、植民地時代に各邦は、官吏による訴追を開始した(1)。この地域の訴追官の登場は明らかにコモン・ローで見られないものであった。また第二章一節で学ばれたように、たとえJPが訴追の機能を有していたといっても(2)、成立期の検察官、例えば一七〇四年のコネチカット制定法によるDA(3)のように王の代理として法廷に立つことを明確に定められたものではなかったし、それはあくまで私人訴追が為されない時の、補助的な位置付けしか与えられないものと理解されるのであり、かかる点でもイギリスの制度を継受したとの見方を支持することはできない。

2　クレス教授は、この地方検察官は「特殊アメリカ的寄与であり……今日まで私人訴追の主要な国であるイギリスの制度を実質上知らない姿なのである」と述べて(4)、コモン・ローに見られないDAの出現を、それからの分化現象として示唆している。すなわち、植民地は第二章で考察された諸要因の影響から、コモン・ローに存していた「私人訴追（private prosecution）」を捨て、官吏による訴追、それも地域に根差した官吏を持つ訴追制度を指向する（ジャコビー女史の合衆国検察官制度成立の四要件の第一のものであるところの(15)）「公衆訴追（public prosecution）」を選択したと言えるであろう。

3　ここで注意しなければならないことは、特質のもう一方、「独立性」についてである(6)。前章四節の最後において指摘されたごとく、発生期・成立期においては未だかかる特質は完成されていない。それは、ジャコビー女史の指摘した要件の第三、ジャクソニアン・デモクラシーによって一九世紀において検察官制度に付与されたものと言わなければならないからである。しかし、このことも地域の訴追官を有した上で初めて実現したものであって、一七八九年以降の「発展期」と呼ばれる時代において合衆国検察官制度の特質として制度を支えるに至ったのである。

そこで我々は、公衆訴追という制度を支える「公衆訴追主義」の内実を明らかにするために、まず私人訴追を放棄するに至ったコロニーの原因を解明しておきたい。

〈一〉私人訴追からの離脱原因

1　まず第一に考えられることは、法制度を新大陸に移入するにしても、既に王権の下で長い歴史を経てきたイギリス固有の制度は、新しい生活領域を形成しつつある植民地には不向きな点が多かったという現実的な問題である。刑事司法制度のみならず他の法律上の分野でも同様に、新大陸固有の状況による必然性に従い、コモン・ローの制度は変更を余儀無くされたのであった。(7)

特に、私人訴追制度を営むには最もイギリス的な特権階級たる法曹（法律家集団）(8)が欠如していたことが考えられる。私人訴追制度を貫徹ならしめる法律の専門家の不十分なところでは、法廷に立つ者を見出だすことができないのであるから、この制度もその姿を維持することが困難であったのである。またジャコビー女史は、この新大陸の実際的な状況からくるものとして「環境の征服の必要性」(9)を挙げているが、私人訴追主義では植民地社会を矯正するには無理があったり、むしろ生存、秩序維持のためには私的利益の保護よりも、公的防御の思想が発達したのであろうとされている。(10)そして、こうした公的防御の必要性とその思想および植民地に特有の自治と独立への欲求が結び付いたのではないかと考えられる。すなわち、コロニーの人々は個々で法律家を雇うよりも、共同体で雇う道を選んだのである。(11)

2　更に、たとえ大陪審制によって訴追を維持しようとしても、上で述べた法曹の不足に加えて地理的にも大陪審開催に無理が生じる程、コロニーには広い管轄が多かったのである。(12)ニューイングランド地方は別として一般の自治植民地、領主植民地(13)は広大な土地を抱え、そのなかで治安を維持し、司法を営むには本国の制度そのものでは役に立たなかったと言えるであろう。

3　第二点目は、当時、植民者らは本国で私人訴追の弊害が大きくなっていたことを知っていたのではないか、ということである。(14)私人訴追制度は「金持ちによる、金持ちのための政府の組織の一部」(15)であったと歴史学者が酷評したごとく、(16)理念的な理想、つまり権利を侵害された者がその権利を回復する手続を開始させる、という原則が実効しなくなっていたのである。もう少し客観的な表現で言えば、「私人訴追制度の欠点において重要なことは、不満を持つ者が訴訟を起こす際、彼が弱すぎるか貧しすぎる場合には多くの犯罪が罰されない点である」の(17)だ。当然、本国の事情を目のあたりにしていたコロニーの人々は、植民地特有の自治意識と相俟って新しい理念＝地域に訴追

官吏を置く「公衆訴追主義」を導入することに躊躇を覚えなかったのではないであろうか。[18]

4　第三点目は、イギリス以外の影響の可能性である。まさにアルスタインをはじめ導入説論者の発想の源はここにある。すなわち、「地方検察官というコモン・ローに知られない制度を採り入れたことは、理念的にも非コモン・ロー系の諸国の影響からである」という仮定である。[19]諸々の影響の可能性は既に前章で分析されたが、それを参考にここでは「理念的」側面から、公衆訴追主義は果たして導入されたものであるのかという点につき検討を加えておきたい。

〈二〉公衆訴追主義の導入論

1　まず始めに、フランスからの導入説について考えてみたい。要素としてはその具体的な根拠に疑問があることは第二章二節で指摘されたとおりであるが、フランスの訴追官に public を現わす語が冠されるのは、一七九〇年代の革命期の法に待たなくてはならず、[20]この時点でアメリカにおいては既に地方の訴追官が現れていたのであり、共和制下での検察官制度との関連はまず整合性を見ない。従って、やはりその可能性はパウンド教授らの言うアンシャンレジウムの国王の代官（procureur du roi）に限定されるだろう。[21]

しかしながら、この職権主義的、糺問的な訴追官の負っていた理念は、[22]国王の代理として働く足場が広くなれ狭くなれ公衆の名において機能するには遠かった。[23]すなわち、この時代のフランスの訴追官＝国王の代官からは、革命期の糺問主義訴訟[24]から共和制下の訴追制度[25]に至る変遷の道筋を整えた官吏訴追の担い手としての性格以上のものは何等看取することが出来ないのである。まさに国王の代官は「公衆訴追」を感じさせることはなかったと言えよう。

もっとも近時、フランスの訴追制度を「公衆訴追」と呼ばれる沢登教授の見解が明らかにされているが、我々は既述のとおり地域に根差した訴追制度を指向する原理を「公衆訴追主義」と見なしており、かかる見地からはフランスを公衆訴追と位置付けることは出来ない。これは公的訴追と私訴との協同の訴追を公衆訴追と呼ばれる教授の相違によるものである。しかし、公衆（public）に基礎を置く訴追制度を取込む点では共通した理念が認められる。[26]

2　では、本国イギリスからの導入の可能性はどうであろうか。

また新導入説を唱えたラングバイン教授はJPに訴追機能を

認める上でコモン・ロー上に検察官＝公衆訴追の出現を指摘していた。[27] すなわちコモン・ローに内包されていた公衆訴追が新大陸に渡り、検察官の発生を引出し、一つの完成を見た、とするものである。これに同調してクレス教授は、イギリスの法史の中に公衆訴追の源を認め、私人訴追の虚構性を指摘しつつ、英米の理念的一貫性をほのめかしていた。[28]

しかしながら、前項で二点にわたって提示されたイギリスからの離反傾向、及びアメリカの固有性と、この導入説の論旨は論理的にも一致を見ない。例えば、ラングバイン教授の内包的関連性の主張も、JPが国王の任命官吏であったこととDAの地域の訴追官という性格との差異を埋めることが困難であり、またクレス教授の論旨には、イギリスにおける訴追の基本的理念である私人訴追主義との明確な関連が示されていないことが批判されるからである。またニスマンの新接合説も英米法体系という視点からみるとき一貫性を有するようではあるが、植民地における史的事実（DAの発生）を無視してしまっている。[29]

3　むしろこの差異を埋めることができるのはアルスタインの主張したシャウトというオランダ治下の訴追官の存在である。もちろん第二章三節で明らかにされたように、その性格はやはり糺問的であり、訴追形式も職権主義的であることが導入の要因の最大の障壁となっている。ただシャウトも官吏訴追の因子として植民地に影響を与え得た、という限りにおいて捉えられるべきであろう。

4　以上の検討の結果、決定的な「公衆訴追主義」導入を示す要因を見出だすことは出来ず、かえってそれら諸要因との矛盾を摘出することとなった。さて、かかる矛盾の意味するところは何であろうか。

我々は、ここでまた「発達説」で主張された言葉を思い返してみたい。

すなわち合衆国検察官制度は「いつかどこからか伝えられたのではない」[30]という言葉が、官吏訴追という形式のみならず理念的にも妥当するのではないかということである。

いま、内的要因、外的要因の全てにわたって考察された「公衆訴追主義」なる理念は、制度と同様「発達（evolution）」という観点から再考される必要があるのではないか。そこで次節においては、発達説の立場から理念的な解明を試みることとし、まずpublicな訴追へと私人訴追が変容した経緯を明らかにしておき、最終的に合衆国検察官制度の発達過程における「公衆訴追主義」の意義を考えてみたい。

(1) 第一章一節〈一〉参照。
(2) 第二章一節〈二〉参照。
(3) 第一章一節〈一〉参照。
(4) L. M. Kress, *Progress and Prosecution*, 423 Annals of the American Academy of Politics and Social Sciences, 99, 100 (1976).
(5) 第二章四節〈三〉参照。J. E. Jacoby, The American Prosecutor, 6-7 (1980).
(6) 第一章一節〈一〉参照。
(7) 例えば、田中英夫『アメリカ法の歴史（上）』（一九六八）四二—三頁によれば、イングランドの長子単独制の不採用、また譲渡証書・抵当権設定証書の登録制不採用等、コモン・ロー、エクイティよりも地方の慣行が重きをなしていたという。民事法についてフランスの影響を述べたものとして、*See*, R. Pound, *The Influences of French Law in America*, 3 Ill. L. Rev. 354—(1908)；G. L. Haskins, *A Problem in the Reception of the Common Law in the Colonial Period*, 97 U. Pa. L. Rev. 842—(1949).

またイギリス法の部分的継承を説くものとして、伊藤正己・田島裕『英米法』四二—三頁（一九八五）が注目されよう。

(8) 内田力蔵「検察官——イギリス」比較法研究三八巻（一九七七）六〇頁以下では、法律専門職の存在がイギリスの訴追制度の条件として挙げられる。
(9) Jacoby, *supra* note 5, at 17.
(10) *Ibid*.
(11) 例えば、自治意識の高かったニューイングランドにおけるタウンでの訴追官吏の選出、発生期の各地の（特にNew Netherland地方）のattorneyの出現に代表される。
(12) 第二章一節註（124）参照。
(13) 自治植民地には、ヴァージニア、初期のマサチューセッツ・ベイ、コネチカット、ロードアイランドがある。領主植民地にはノースキャロライナ、サウスキャロライナ、ニューヨーク、デラウェア、ペンシルバニア等がある。
(14) Jacoby, *supra* note 5, at 8；三井誠「検察官——アメリカ」比較法研究三八号（一九七七）六四頁以下参照。
(15) Douglass Campbell, The Pulitan in Holland, England and America (1899)；Jacoby, *supra* note

5, at 4 n, 4 による。

(16) キャンベルはこういった比喩を用いて私人訴追を非難している。

——イギリスではウサギよりも人を殺すほうがいいとしばしば言われた。ウサギはおそらく当然犯罪者を追いつめるようなどこかの貴族のものであるからだ。人々に対する少数の犯罪はその国ではいつも熱心に訴追されない……苦しむ人は普通、犯罪者を訴追することの出来ない貧しい人や女性であった。(*See, id.* at 17 n. 37)

(17) A. C. Wright, *French Criminal Procedure*, 44 L. Q. Rev. 324, 329 (1928).

(18) しかしながら、本国において私人訴追主義への改革の動向がなかった訳ではない。

例えば、一八〇五年にコルクホーン氏の論文は、多すぎる犯罪が技術性の故に刑罰をまぬがれ、常習犯罪者が制度の中でえこひいきされ、潔白な人が守られず、重罪が示談にされ、法律家や証人が買収され、偽証がそそのかされていることに不満を表している。Leon Radzinowiez, A History of English Criminal Law, 132-(1948) による P. Colquhoun の弁。

(19) Van Alstyne, *District Attorney —— A Historical Puzzle*, 1952 Wis. L. Rev. 125-(1952).

(20) 一七九〇年八月一六—二四日の「司法組織に関するデクレ」が国王委員 (commissire du roi) と公訴官 (accusateur public) を定めた。この公訴官は人民により選挙された。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」愛媛法学七巻二号 (一九八一) 二四頁以下、稲本洋之助「フランスの革命初期における検察の構造」社会科学研究二四巻二号 (一九七二) 四九頁以下、を参照。

(21) R. Pound, Criminal Justice in America, 150 (1929) 及び第二章二節 〈二〉 参照。

(22) かかる糺問的という定義を否定する見解として沢登佳人「フランス刑訴法は公衆訴追主義を採る」法政理論一六巻一号 (一九八三) がある。いわゆる「筆は不自由でも口は自由」という法諺からもその独立性を説く。しかしこの見解には異論もある。「筆」というのは訴訟書類(調書)を作成していた procureur du roi (刑事の代理官)で、「口」というのは民事訴訟で法廷弁論をなした advocat du roi (民事代理官) を指しているとする。野

田良之『フランス法概論（上―2）』（一九五五）四三頁註（1）によるChenonの意見。

(23) public prosecutionについては評価の相違がある。例えば、沢登教授はフランスの刑事訴訟制度に「公衆訴追」を適用されている（沢登、前掲註（22）参照）。筆者の見解については、後掲註（26）及び序論3を参照されたい。

(24) 国家による関心事として、la poursuite d'office（訴追官）によってなされるl'accusation publique. 沢登、前掲註（22）一一〇頁以下。*See*, B. A. GROSSMAN, THE PROSECUTOR, 15 (1969).

(25) 国家に任じられた（一時は選挙で選ばれた）官吏が事件を訴追するl'accusation publique. *Ibid*.

(26) 沢登、前掲註（22）九七―一〇三頁参照。特に教授は、一七九一年以降の検察官を、公衆への奉仕者として位置付けている。この時代に「公衆訴追主義」がフランスで誕生したのであれば、むしろフランスがイギリスに内在していた公衆訴追を採り入れた、と言えよう。このことは沢登教授の指摘する、イギリスJPのフランスへの移植という事実によっても確認されるのである。同書一一九頁以下。すなわち、フランスも、アメリカも、それぞれ革命期、独立期にイギリスの訴訟制度のある部分を取入れ、その結果、公衆に基礎付けられる訴訟制度を完成させたと言えるのではあるまいか。

(27) J. H. Langbein, *The Origins of Public Prosecution at Common Law*, 17 AM. J. OF LEGAL HIST. 313―(1973).

(28) Kress, *supra* note 4, at 101. 例えば、一五三四年のヘンリー八世の訴追官設置要請が議会によって拒否され、一八七九年公訴局長（Director of Public Prosecution）の出現まで公的な訴追官が日の目を見ることがなかったが、潜在的にその指向を持っていたとする。

(29) D. M. NISSMAN, THE PROSECUTION FUNCTION, 4 (1982)、第一章二節〈三〉②を参照。

(30) JACOBY, *supra* note 5, at 6.

第二節　公衆訴追主義の成立

―　メイトランド教授はイギリスの訴追制度を描くに当たって、その「私人訴追主義」の虚構を指摘してこのように述べている。

――イギリスの制度を、私人(private)訴追の制度と評することは、人を誤りに導くものである。公的(public)訴追を有するのは我々なのである。けだし、公衆(public)の誰も訴追することが出来るのであるから。(1)

またウィリアムズ教授も〝私人訴追として描くことは非現実的〟であるとして、(2)警察官や他の官吏による訴追が実際に機能していることを理由に「私人訴追主義」を否定している。たしかに、一七世紀に訴追機能は大陪審(告発陪審)からJPへと移行しており、(3)一九世紀には警察組織がそれに代わっていった。(4)そこでは事実上、「官吏訴追(official prosecution)」の形態が現れていた、と言えるだろう。ところが、メイトランド教授は、「公衆訴追」としてイギリスの制度をとらえつつ、こうも述べている。

――しかし、我々は、誰もがどんな犯罪についても他人を訴える為にその人に対して告訴状を発しうるという根本原理(general principles)にまだ広い侵害を与えてはいなかった。(5)

まさにこの「根本原理」こそイギリスが長い歴史のなかで培ってきた「私人訴追主義」そのものではないだろうか。(6)すなわち、実態として官吏訴追への移行を指摘されつつも、(7)イギリスは伝統的な訴追の原理を放棄することはなかった、と理解して間違いはないであろう。

2 では、一七～一八世紀において植民地にイギリスの支配が行きわたった頃、刑事訴追はどのように為されていたのであろうか。既に、コンスタブル、シェリフ等の項で学ばれたように、(8)一般的には私人の提訴による大陪審の訴追が行われていた。ところがそれぞれのコロニーにおいて官吏訴追が始められたことは言うに待たないことである。かかる私人訴追制度から官吏訴追に至る歩みは、そこになんらかの理念的変容を必要としたのであろうか。「いかなる人も訴えを起こすことが出来る」という原理が、(9)新大陸においてはどのように変遷したのであろうか。本節の目的はこの新大陸における訴追理念の解明にあると言ってよいだろう。

〈一〉代理人概念(attorneyship)の変容

1 イギリスにおいては、人々は訴訟に際して個人の資格で――公職者も一般人も――行為しえたのであるが、実際に法廷に立つ者は専門的法律家集団(ソリシター)であり、国王についてはAGやSolicitor Generalであった。(10)

ここで注意したいことは、植民地での一七〇四年のコネチ

カット成文法における郡検事に関する表現も[11]、また一七世紀の各コロニーに見られたAGに関する表現も[12]、いずれも「王」の代理としてコロニーの犯罪を訴追するとされており、その代理の客体を王に置いていたことである。

しかしながら、コロニーの官吏が本国のAGと同様に機能しなかったことは第二章一節で学ばれたとおりであり、植民地においてはDAの創設に始まり官吏訴追の実行を通してその独自性が強められていた。その中で地域の訴追官としての機能が生じた（発生期の旧オランダ領とその周辺地域）のであって、合衆国は独立時には既に官吏訴追を当然の制度として持ちえたとすべきである。そしてまた成立期には、連邦では「合衆国政府の代理」として検察官が位置付けられていた[13]。かかる代理人の概念は私人訴追の範囲を越えたものと理解されよう。新大陸にあって訴追官は、個人の代理（王）ではなく、地域共同体、政府の代理として位置付けられたのである。何故なら、コモン・ローに訴追JP等の官吏訴追の源を認めたにせよ[14]、そこに公衆に基礎づけられた制度を認めることはできないし、また地域の訴追官（シャウト、コンスタブル等）を諸要因の中に確認したとしても[15]、その訴追に王や会社以外の代理性を認めることも出来ないからである。やはり我々は、新大陸に固有の訴追理念が生じたことを承認せねばならないのではあるまいか。

2　こうした新たな訴追理念を完成期において制度的に確立させたのはジャクソニアン・デモクラシーに拠る公選制であり[16]、そして、原理的には、一八七〇年法が明確にした行政部としての検察官の地位である[17]。すなわち、ジャコビー女史の指摘した合衆国検察官制度成立の第四の要件たる「三権分立の原理」[18]こそが、右に記した、地域に基礎を置く「代理人概念（attorneyship）」を支える柱と言えよう。

このように発達の過程の中に「公衆訴追主義」の成立の理念的基礎を見出すことが出来るならば、前節で解決されなかった「公衆訴追」の導入問題に答えを与えることが可能となるのである。まさしく、「公衆訴追主義」は新大陸固有の理念として「私人訴追主義」に取ってかわったと言えるのではないだろうか。

〈二〉理念的発達

1　前項により、合衆国検察官制度の官吏という機能＝実体が、理念的にも、導入や継承より以上に独立の存在であるとして理解されたと言えるだろう。しかしながら、検察官制度が「公衆訴追主義」を生み出したのではなく、私人訴追主義からの分化が生じるその過程において、古い制度と機能を淘汰する必要

が生じたと解すべきであろう。すなわち、理念の変遷こそが、検察官を生み出した、または必要としたと言いうるのではないか。

具体的には、合衆国は連邦にあっては大陪審という地域の訴追制度を使用することによって[19]、またローカルにあっては公選制によるDAを選出することによって[20]、その公衆訴追という制度を維持し、「地域に基礎を置いた訴追」理念を具現していったのである。

このことは、私人訴追から公衆訴追への分化という事象が、これまで摘示されてきた社会的、歴史的、政治的、環境上の所産であって、単に検察官制度を有したから大陸法に倣ったといった導入説の見地[21]は理念的にも批判されるということを意味しているのである[22]。

2　すなわち、同じ官吏訴追を採用しているにせよ、大陸法とは「概念的な骨組み」[23]が明らかに異なっており、「公衆訴追主義」は、私人訴追への不満、法曹の不足、新しい環境の克服の必要性といった植民地固有の内在的要因から誕生したとしなければならない。かかる内在的要因につきジャコビー女史は、私人訴追主義からの分化を発展的に眺めることによってこう述べている。

――公衆訴追は、より民主的な社会に委ねられた全住民の為に使用可能な進歩的な救済手段（avaiable and progressive remedy）であった[24]。

植民地時代、オランダ人は国家訴追主義を知っていたであろうし[25]、フランス人はルイジアナにおいて糺問訴訟を行っていたし[26]、イギリス人は私人訴追主義を知っていたのである[27]。しかし、そこから生れたDAは、実質上コモン・ローの知らない地域の訴追官であり、また大陸の訴追官に見られない独立性を有することとなったのである。

これら諸国の影響――外在的要因――と植民地の内在的要因とが結実してうまれたものが「公衆訴追主義」という理念と考えられよう。また、発達説の登場前の諸学説は、こうした外在的要因に目を奪われるあまり、新大陸にある内在的要因を見過ごしてきた、ということができよう。

3　かかる変遷を認める時、訴追理念の成立過程は「分化」というよりも「進化」したものと捉える方が妥当ではないだろうか。何故なら訴追の「代理人概念」を私人から公衆へと変えるに至った訴追理念も、コモン・ローの当事者主義、弾劾主義構造[28]を変えることなくその訴訟制度に取入れたのであり、糺問的な訴訟観に立つ官吏訴追を導入することはなかったからであ

る。この点に、コモン・ローの刑事訴追制度に検察官制度を位置づけ得た重要なポイントがあると見なければならないであろう。

言うなれば、「公衆訴追主義」の持つ「公衆性（public character）」[29]ともいうべきものが当事者主義構造の中で検察官制度を有しえた唯一の担保であり、検察官を地域の権力者へと堕する道からとどめておく抑止力ともなっているからである。しかるに、ここまで描かれてきた諸要因への批判点たる合衆国検察官制度の特質は、実体的、機能的特徴のみならず、理念そのものの内容として理解されなければならない。すなわち、我々の言う「公衆訴追主義」とは地域に基礎を持つ訴追理念であり、「地方性」を大陪審制度や検察官公選制により具現する。また検察官一体の原則を第一に置く訴追機関の設定ではなく、nolle prosequi（公訴の取下げ）に代表される統制を受けない、独立した官吏の存在を自明とする訴追理念である。もっとも、発展期以降[30]にローカルの大陪審は検察官（略式）訴追にとって代わられ、連邦の国家的な訴追制度（司法省）が設立され、集権化が進む現代の検察官制度を合衆国も有するようになっている。けれどもそこには、訴追を国民の手から遊離させない理念の存在があることを見過すべきではないだろう。

4　以上、代理人概念を変遷せしむるに至った新大陸の訴追理念は、制度の実体面ともども「発達過程」の中で分析された。その「公衆訴追主義」は、導入によるものではなく、固有の発展として英米法の枠組みの中で機能していることが確認されたと言える。まさしく、新大陸は新たな訴追理念を創出したと、また、当事者主義、弾劾主義構造の中においてその訴追制度は「理念的発達」を遂げたと、結論づけることが出来るのではないだろうか。

（1）F. W. MAITLAND, JUSTICE AND POLICE (1885 reis. 1972) 内田力蔵「検察官――イギリス」比較法研究三八号（一九七七）一四頁註（13）の訳出参照。

（2）G. Williams, *The Power to Prosecute*, 1955 CRIM. L. REV. 596－(1955) これに対して、ジャクソン氏による「王」の名において訴追されていたことの強調を内田教授が紹介されている。内田、前掲註（1）七頁。

（3）第二章一節〈二〉①参照。

（4）同上。警察訴追については、内田、前掲註（1）三四頁以下参照。

（5）F. W. MAITLAND, THE CONSTITUTIONAL HISTORY

OF ENGLAND, 481 (1908, Rep. 1955). 一八七九年法犯罪訴追法においても、「何等かの刑事手続を開始させ、引受け、または継続する何人の権利」が確認されている。内田、前掲註（1）三六頁以下参照。

（6）「私人訴追主義原理」について論じたものとして鯰越溢弘「私人訴追主義と国家訴追主義」法政研究一八巻一号（一九八〇）参照。

（7）第一章一節〈四〉①参照。

（8）同〈三〉②参照。

（9）近時、国家訴追主義への抑制の見地から、かかる訴追原理を導入しようという提言も見られる。既にミラー教授は一九六〇年代にこうしたタイプの分類を行った。それに拠れば、類型は以下のようにまとめられる。

——1　一つの目的の為に雇われた私的代理（private attorney）によって訴追を開始し、実行すること。

——2　正規の検察官を補佐し、補助するために私的代理を雇うこと。

——3　やる気のない検察官に訴追を為さしめるように裁判所に職務執行令状（writ of mandamus）を求めること。

そして、いかなる私人訴追の主張者も全面的な回帰を指向しているわけではないことを示唆している。*See*, F. W. MILLER, PROSECUTION, 327 (1969). なお、Note, *Private Prosecution: A Remedy for district attorney's unwarranted inaction*, 65 YALE L. J. 209－(1955) は、訴追裁量への抑制として私人訴追を主張する。

（10）内田、前掲註（1）六二頁以下参照。

（11）第一章一節〈一〉1。及び註（11）参照。

（12）同2参照。

（13）同節〈二〉3及び第二章一節〈一〉2。参照。

（14）第一章二節〈三〉②、及び第二章一節〈二〉①によるラングバイン教授の説を参照。

（15）第二章四節〈二〉及び一節〈三〉、三節〈二〉①参照。

（16）第二章四節〈三〉2及び註（29）参照。

（17）同3及び註（36）参照。

（18）同4、J. E. JACOBY, THE AMERICAN PROSECUTOR, 6－7 (1980).

（19）第二章一節〈四〉③参照。

（20）同章四節〈三〉2参照。

（21）第一章二節〈三〉参照。

(22) コモン・ローからアメリカ法への継受の問題を、ジャコビー女史と同様に発達的視座から捉えたものとして、伊藤正己・田島裕『英米法』(一九八五)五二頁参照。

(23) JACOBY, *supra* note 18, at 7.

(24) *Id.* at 17.

(25) オランダについては第二章三節参照。

(26) フランスについては第二章二節参照。

(27) イギリスのコロニーについては第二章一節〈二〉参照。

(28) コモン・ローの当事者主義構造については佐藤正滋「英国の刑事訴訟構造に関する若干の考察」内田力蔵先生古稀記念『現代イギリス法』(一九七九)三六一頁以下を参照。

(29) 何をもってpublicとするのか、は非常に困難な問題であろう。しかし、本稿で触れられたように、公衆訴追というレッテルが「私人訴追主義」のイギリスに付されるのはいささか奇異な感じがする。やはり地域性のある訴追官の存在ないしは公衆に具体的に基礎づけられた訴追でなければ無理があろう。

(30) 発展期については、第二章四節〈三〉を参照。

結論　要約と課題

〈要約〉

1　以上、第一章の基本的性格の描写から第二章の各要因の検討を経て、第三章の理念的な分析まで合衆国検察官制度の成立過程をめぐって考察を進めてきた。

第一章二節の「学説の展開」で見た如く、考察の視座はその歴史的な進化の過程を通して行うという「発達性」に着目することに置かれた。(1) かかる「発達説」を踏襲することにより、第二章での各諸要因の検討への行程が準備されたのである。また、成立期の検察官が「独立性」「地方(地域)性」という表裏一体となった特質を有しており、これが大陸法諸国との本質的相違となっていることが指摘されるにおよび、(2) 第二章における検討の方向性も確認されたと言えるだろう。またこの基本的性格である「地方性」とは、植民地の自治に対する熱意と制度が一致していたことを示しているのであり、「独立性」は、地方性を支える実質的保障が中央からの官吏の独立を前提としていることを明らかにしていると考えられたのである。

2　第二章では、従来の接合説、導入説の論拠となった諸要因を、機能的側面、時代的な整合性、地理的連関性、思想的系

譜、機構上の地位等の様々な視点から検討を加えることにより、評価と批判を与えていく作業を行った。特に、従来全く日本の研究者によっては知られることのなかったオランダのシャウト(schout)の影響に多く言及することにより、要素の多様性と、コロニーの歴史的な発達過程に目を向けることの重要性が認識されたとも言えるだろう。(3)

ここにおいて、発生期から成立期にかけて諸国の制度からもたらされた外的要因と、植民地固有の内在的要因とが結び付き、合衆国検察官がその複合的性格を有するようになった発達過程が具体的事実となって示されたのである。そして、発生期、成立期さらに発展期、完成期を通じて「地方性」「独立性」といった特質が単にどこかで生れたとか、作られ完成されたものでなく、発達の過程においてその特徴を強くしていったということが明らかになった。それは言うまでもなく「社会や政治の発展の性質的、論理的結果」(4)なのであって、発達説の視座の確認となったとも言えよう。

3　更に、第三章の分析において、合衆国検察官の成立の背景に新たな理念がそこに生れたことが認識されるにいたった。コモン・ローを支えていた私人訴追主義に代わる「公衆訴追主義」の登場が植民地での刑事司法体系を決定づけたのであったが、この新しい理念も制度＝実体と同じく、歴史的な発達の過程の中でその特徴を貫徹せしむる原理として姿を持つのであり、その意味で「理念的発達」を遂げたことが理解された。(5)それは新しい状況に「不適当な概念」(6)が「適当な概念」に進化した姿に他ならないのである。(7)

4　かかる理念形態は、成立期に完成を迎えたというものではなく、発展期に入り大陪審と公選制という制度的、手続的にその公衆性を保障された検察官制度の上に開花していく。(8)したがってその過程は、機能や制度と同様「進化」であって、特殊アメリカ的と評されるものは、その過程の時々において形成されていったものなのである。

しかしながら、合衆国においてコモン・ローの持つ当事者主義と弾劾主義の構造は何等の変更なく受入れられ、訴訟手続の根幹をなしているのであり、公衆訴追主義という理念も当事者主義の構造故に妥当したと言いうるであろう。(9)逆説的に言えば、検察官制度に「公衆性」を注入する理念の存在がなければ新大陸における当事者主義構造は破綻したであろうし、この「公衆性」が大陸型検察官との決定的な相違であるとも言えるだろう。

（――例えば、革命時の公衆性を一七九五年の罪刑法典以降

失っていった、フランスの検察官制度が比較されよう。[10]

アメリカの検察官が、連邦においてもローカルにおいても糺問主義、職権主義の訴訟構造を負う大陸型のそれを模したのではないことは文中幾度も指摘されてきたのだが、[11]かかる英米法の原理的構造を貫徹させるためにも、公衆訴追主義は必然的な発達過程における選択であったのではないだろうか。それはまさにジャコビー女史が語った「進歩的な救済手段（progressive remedy）」[12]であったのである。

5　我々は、既に前稿『合衆国検察官概念の発達』[13]において主に二〇世紀のアメリカの検察官の概念につき考察をする機会を得た。それは検察官制度成立史上の完成期に当たる時期に、検察官がいかに訴訟上、司法制度上把握されたのか、という概念的枠組みを描いたものであった。本稿は、その制度完成までの歩みを解きあかすことに目的があったわけであるが、右「概念化」も、かかる成立過程の理解を通して、歴史的にも、観念的にもより明確に地位、機能の座標を決定しえるのではないだろうか。

特に「公衆訴追主義」が果たした役割は、「概念化」を行う中でそのアプローチの適非の判断に有効であろう。すなわち、合衆国にあって検察官は「公衆性」を担保しつつその発達を成し得たのであって、それは権力分立原理によって確立した制度でもあった。従って「概念化」の際にこの原理を阻害するアプローチによることは、合衆国検察官制度の理解に欠けるばかりでなく、司法制度上の検察官の位置付けを誤るものであると言わねばならない。

我々は前稿において「擁護者（advocate）」論[14]という概念化を、当事者的アプローチ等[15]の視座から果たしえたのであるが、右の観点から言ってこれこそが歴史的にも、正しい制度理解の上に立った概念分析であったと言うことが出来るのではないかと思われる。

6　では、我々は以上に要約された合衆国検察官制度成立史から何を得、何を学び得るだろうか。既に前稿の「展望」の中で示唆された点を繰返すまでもないので、[16]ここでは成立過程の研究より適示された「公衆訴追主義」の視角から若干の提言を示してみたい。

我が法が戦後、検察官制度を有して四〇年、また訴追機関としての歴史は戦前に始まること百年以上にわたる。[17]その源がフランス法に拠ることは多く知られるところであり、[18]戦後の民主化の波の中にあっても中央集権的構造を失うことなく、いわゆる起訴独占、国家訴追主義と呼ばれる訴追原理[19]に則って、刑事

手続における英米法化現象から距離を有していたことも論者の述べられた如くであった。[20]

今、この国家訴追主義の弊害を挙げると、まずその一つはその訴追権の行使が独占された結果、起訴に対する民主的なコントロールのチャンネルが用意されていないことであろう。[21] わが法は、不起訴の救済については検察審査会や付審判請求といった（実効しているかどうかは別問題として）制度を置いているが、起訴については英米法式のアレインメント、陪審といった制度上、手続上の権力抑制機能の働く場所が提供されていない。[22] 特に大陪審のように、また検察官の公選制に見られるように「地方性」を貫徹せしむる要素や、地方に訴追官を持つといった訴追の非中央集権性、すなわち公訴官の「独立性」といった要素は、合衆国のように連邦（国家）＝ローカルの二元性を持たず専ら官僚による訴追の歴史しか有しない我が国には全く見ることの出来ない特質であろう。[23]

英米の刑事訴訟の叡智を受継いだ我が法と、それを担う制度、機関のギャップについては今更指摘するまでもないが、「擁護者（advocate）論」[24]によって当事者的指向の再確認と、中立性アプローチの限界の指摘を果たした我々は、その理念を我が国の検察官制度に展開しうるか否かを考えざるを得ない。

7　今ここでかの国と同様の特質を主張することは易しい。しかしながら、地方分権も、法曹一元に支えられた職務の「独立」もない我が法に、かかる特質を早急に期待するのはいささか的はずれであろう。が、そうだからといって現状に甘んじ、いたずらに「日本的」、「精密」司法論を追認することは許されないと言わねばならない。[25] 既に政策議論の枠を超えて「公訴権濫用論」という司法的コントロールの視角から訴追権への規制が解釈され、[26] 更に「私人訴追主義」原理[27]からの抑制という見地が説かれているが、我々もまたこの強大な国家訴追機関に対し、当事者主義の視角から、「公衆性（public character）」という要素を加味する必要を強調しておきたい。[28] 勿論、我が国は合衆国のような植民地時代からの自治の歴史もなく、分権的、非中央集権的土壌も少ないことは否めない事実である。しかし、その中にあってなお国家刑罰権の行使に対し国民の関与と、民主的コントロールの必要を感じることは、歴史の証明する訴追権者と国民との不断の闘いに説明を求めるまでもないであろう。

8　強調しておきたいことは、刑事手続における「公衆性」とは、決して「公共の福祉」という観点から検察官のみが判断する性質のものではないということであり、国民一人一人が、訴追や、刑罰権について、自らの関心事とすること、そしてそ

れを実質的に担保する制度を有することである。従来、我が法で「検察官」が論じられる場合、往々にして「公益の代表者」という概念が持出され「公益」を国家的見地から検察官が判断するものとされていた。しかし、かかる「公益」の保障という見地が公訴の公正な運用を実質化させうるものなのであろうか。我が国の「検察官」論にはこの「公益」は真実発見にあるという誤解が為されているように思われる。それは特に手続優先を説く学界への批判として取上げられているようである。しかしながら、「公益」とは手続が適式に為されること、訴訟当事者同士が訴訟において争われている訴因をめぐって論を十分に尽くすことをも求めているのであって、真実発見とは訴訟法が予定する目的の一つではあっても決して公益の全部ではないことを踏まえるべきであろう(29)。

9　現行の制度には国民の側からの実効的な参与（公衆性）の道は閉ざされている。かような状況にあって、ただ検察官の「公益の代表者であれ」という良心にのみ訴追制度の公正さを委ねることは、結局実質的な「公益」性をチェックする手段が失われていることを物語るものでしかない。

かかる制度的批判を踏まえた上で、我々は前稿『概念化』論でとらえられた検察官の概念を、訴訟法上の解釈へと適用し、当事者主義訴訟、弾劾主義訴訟の実現に努める必要があるのではないか(30)。

〈課題〉

最後に、本稿における合衆国検察官制度の成立過程の考察に未だ足らざるものと思われるところを二、三指摘して稿を閉じたい。

まず第一に、コロニーの原資料による実証的な研究が、各諸要因の変遷過程の分析に不可欠であることである。この点は本論文の限界以上のものであったが、今後、法制史の分野からの解明を待ちたい。

第二に、「成立期」以降の発達過程への考察である。それも、前稿で概念化論争のきっかけの一つとなった「独立性」に伴う「裁量権」の問題、公選制に伴う「政治的」性格の問題、近時の訴追の集権化の問題、キャリアとパートタイムの検察官の問題、連邦の優位性の問題等々、その地位と機能をめぐって議論の尽きるところがない。こうした種々の問題が、公衆訴追主義という理念とどういったコンテクストで結びあうかを考察すると共に、発達過程の分析という本稿で試みられた方法論が、その際に実効しうるかどうかがまた確認されるべきである。

更に、第三の課題として理念的な訴追制度への考察、特にい

わゆる国家訴追主義との対置を踏まえた比較法的考察が望まれるところであろう。

以上の点を本稿の課題としつつ、今後の研究の視野の中でとらえなおしていきたいと考えている次第である。

最後に、この歴史的考察方法によった拙い本稿を閉じるに当たって、「歴史本位的方法」の優れた点を指摘されていたカードーゾ教授と、イギリスの高名な法史学者メイトランド教授の言葉を引用させていただき結びとしたい。

――歴史は、過去を照明することによって現在を照明し、現在を照明することによって未来を照明するものである。

（ベンジャミン・カードーゾ）

――歴史研究の使命は、過去が現在に対して必然的に及ぼす圧力と、現在が未来に対して必然的に及ぼす圧力とを解明し、従って、それを軽減することにある、と考えて差支えない。今日、われわれは一昨日のことを研究する。それは、昨日が今日をまひさせないようにするためであり、今日が明日をまひさせないようにするがためである。

（F・W・メイトランド）[31]

（1） 第一章二節〈四〉参照。

（2） 第一章三節〈一〉、第二章四節〈二〉参照。

（3） 第二章三節前文参照。

（4） J. E. JACOBY, THE AMERICAN PROSECUTOR, 6 (1980).

（5） 第三章二節〈二〉参照。

（6） JACOBY, *supra* note 4, at 273.

（7） *Id. at.* 6. 原語では“evolution”である。

（8） 第二章四節〈三〉参照。

（9） 第三章二節〈三〉参照。

（10） 革命時、フランスでも検察官は公選制とされた。革命後のフランスの訴追制度の紛問化傾向については、沢登俊雄「検察官――フランス」比較法研究三八号（一九七七）八二頁以下を参照。

（11） 例えば、第一章二節〈三〉①、第二章二節〈三〉3・4参照。

（12） JACOBY, *supra* note 4, at 17.

（13） 拙稿「合衆国検察官概念の発展――二〇世紀における合衆国検察官の概念化の分析」北大法学論集三七巻六号（一九八六）。

（14） 同、第二章一節〈三〉6参照。

(15) 同、第一章四節〈三〉3参照。

(16) 同、結論7参照。

(17) 我が国にはじめて訴追官としての検察官が登場するのは、明治五年八月の司法職務定制第六章検事職制、第七章検事章程に大検事、権大検事、中検事等々が定められたのが始めとされる。更に現在の検事、検事補制度に近くなるのは、明治一三年の治罪法の改正による。伊藤栄樹『新版検察庁法逐条解説』(一九八六)二頁参照。

(18) 同右、ほかに安平政吉『検察庁法概論』(一九四八)一五頁、横山晃一郎「明治初年における検察制度の導入過程——比較法的視点から——」鴨先生古稀祝賀『刑事裁判の理論』(一九七九)一二五頁以下。特に一三四頁以下で、明治七年の法改正によって、フランス型からドイツ型への脱却が見られるとする。

(19) 国家訴追主義の内容についてはここで詳しく触れる余裕を持たない。概念的な定義に関しては、鯰越溢弘「私人訴追主義と国家訴追主義」法政研究四八巻一号(一九八〇)七〇頁以下及び、田宮裕「検察官」『岩波基本法学一』(一九八三)二二九頁以下参照。

(20) かかる指摘を行うものとして、例えば、三井誠「刑事訴訟法施行三〇年と「検察官司法」」別冊判例タイムズ七号(一九八〇)三七頁以下、小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的分析』(一九七六)一八六頁以下、潮見俊隆「検察官」『現代法六巻』(一九六六)一〇六頁以下等参照。

(21) この点を記したものとして、小田中聰樹「検察官」『法社会学講座八巻』(一九七三)四三四頁、同「検察の民主化と検察官の良心」法学セミナー増刊『現代の検察』(一九八一)三七頁以下、田宮、前掲註(19)二三〇頁、等参照。

(22) 不当起訴への抑制の欠如の問題につき、例えば、篠倉満「不当起訴及び不当不起訴の抑制制度」別冊判例タイムズ七号『刑事訴訟の理論と実務』(一九八〇)一五〇頁以下参照。

(23) 一方、B・J・ジョージ教授はアメリカを度を過ぎた地方分権であると捉え、日本の中央集権的構造が魅力的である、と言う。(「刑事司法における検察官の役割」法の支配四九号(一九八一)一四頁)。しかし、本稿で指摘したような歴史的、理念的な比較、検討を行うことなく、効率性や有罪率等から容易に結論づけることは避けるべきではないか。

(24) 拙稿、前掲註（13）第二章一節〈三〉6参照。

(25) 例えば、亀山継夫「検察の機能」『現代刑罰法体系・五巻』（一九八三）四三頁、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）」警察学論集三三巻一〇、一一号（一九七九）等参照。

(26) 今更「公訴権濫用論」の文献を列挙するまでもない。ただここで注意しておきたいことは、我が国では「公訴（public prosecution）」＝「国家訴追主義」というように捉えられ易いことである。本稿から学ばれたように、合衆国にあってはかかる図式の成立ちえないことは明らかであり、公訴は「公衆訴追主義」の原理で把握されるべきものである。それは、連邦において indictment が現在も大陪審によると定められているごとく、公訴は検察官訴追（information）と並んで重罪については公衆訴追が原則なのである。FED. R. CRIM. R. 7 (a)

(27) 私人訴追主義の提唱については、例えば鯰越溢弘「私人訴追主義と国家訴追主義」法政研究四八巻一号（一九八〇）、同「私人訴追主義と起訴前手続の構造」法政理論一七巻四号（一九八五）参照。

(28) 亀山、前掲註（25）三六頁、平田胤明「新しい検察官の方向(2)」法律のひろば一七巻九号（一九六四）参照。また「「公益の代表者」としての役割を果たしうる真の保障は現在のところは皆無であることに嘱目しなければならない」と強調する論稿として、西村泰親「検察官の「公益の代表者」性」刑政八六号六号（一九七五）九三頁。

(29) 例えば、イギリスにおける訴追の際の「公益」の考慮について触れた文献として、アンドリュー・アッシュワース（拙訳）「訴追における「公益」要素」北大法学論集三九巻三号（一九八八）を参照。

(30) 拙稿、前掲註（13）結論6、7、参照。

かかる視点から、現在筆者は「公訴権濫用論」の再検討を行うため、アメリカにおける「訴追の打切り（Dismiss）制度」の研究を進めている。

(31) いずれも、ベンジャミン・カードーゾ、守屋善輝『司法過程の性質』（一九六六）五一頁による訳出である。

History of Foundation Concering American Prosecutor System
— Completion and Significance of Public Prosecution —

Makoto IBUSUKI*

Abbreviation
Chronological Table
Map 1. 2. 3.
Preface
Part One A Basic Idea of Ameriacn Prosecutor in the Stage of Foundation
I. Federal and Local Prosecutor
1. Local Prosecutor
2. Federal Prosecutor
II. Development of Theories
1. "Joint" Theory
2. "Spontaneous Combustion" Theory
3. "Introduction" Theory
a) the first "Introduction" Theory
b) the second "Introduction" Theory
4. "Conglomarate" Theory and "Evolutional" Theory
III. Charactaristics
1. Locality (Regionality)
2. Independency
Part Two Development of American Prosecutor and its Function
I. England and its Effects
1. Attorney General
2. Justice of the Peace
3. Sheriff
4. Grand Jury
II. France and its Effects
1. The Basis of "Introduction" Theory
2. Study of "Introduction" Theory

---

*Candidate for Ph. D, Hokkaido University

3. 1789 Act and Federal Prosecutor System
III. the Netherland and its Effects
1. New Netherland and Schout
2. Study
IV. Results of these Factors, and Chrateristics
1. Evolution in the Growing Stage
2. Evolution in the Organizing Stage
3. Evolution in the Evolutional Stage
Part Three Ideal Background of American Prosecutor System
I. From Private Prosecution to Public Prosecution
1. Causes for Separation from Private Prosecution
2. "Introduction" Theory in regard to Public Prosecution
II. Significance of Public Prosecution Principle
1. Change of "Attorneyship" Concept
2. Evolution on Idea
Conclusion
Summary and Problems

The theme of this aticle is to clarify the history of American Prosecutor System. The focus is on a period between its colonial age and the age of independence in which the American Prosecutor System was formed.

The principle or the basic idea of American Criminal Procedure is a model of Japanese criminal procedure. However, our prosecutorial system differs from that of America's. Many problems lie in our justice system since our prosecutor may not embody procedural ideas, such as adversarial system, due process and popular justice. Studying the history of American Prosecutor System will hopefully Suggest some solutions to these problems.

There have been many assumptions concerning how American Prosecutor was formed. In Part 1, the characteristics of all the present theories were analized, and it led us to the conclusion that the "evolutional" theory by J. E. Jacoby is the most convincing one.

In Part 2, to indicate the adequacy of "Evolutional" Theory, the factors, which have been long concidered by scholars, to have effected American Prosecutor, were analyzed. The result reveals that France, England, and the Netherland did not influence the foundation of the American Prosecutor directly.

In Part 3, the principles which the American Prosecutor was based are brought to light. The principles were peculiar to America, and no such ideas were existed anywhere els in the world. Therefore they were not subject to being

introduced from other countries. It was a new system both in substance and in ideas.

In the colonial period, the prosecutor was an attorney for Crown and his duty was to protect Crown's interests, but this concept was changed in the United States. The first reason is that, since colonial time Americans have had a tradition of self-government. Second reason would be that they had some need to change their idea and system of criminal justice in order to adjust to a new environment. Lastly Jacksonian Democracy had the strongest influence on criminal justice. In the era of Jacksonian Democracy, all American adults were able to have the right to vote, and the position of local prosecutor became elective.

United States changed the "Crown attorney" for the "public attorney". This is one of the fruits of the American democratic history. In local districts the prosecutor is elected by vote and in federal, trial defendants must be prosecuted through a Grand Jury which is made up of defendant's peers. These aspects give the American proseccutorial system the name "Public Prosecution" .

In our Japanese criminal justice system the public is unable to participate in the prosecutorial system since our prosecutors and judges are all bureaucrats. The writer thinks that in modern democratic society, we need public participation in criminal justice.

Justice is ours, not professional's. This idea should be what we call Public Prosecution.