

犯罪捜査における検察官の役割と倫理

——「捜査官」の役割と「公訴官」の役割——

白井 諭

目次

はじめに

- 一 合衆国における検察官の捜査権限の拡大
- 1 合衆国の捜査手続における検察権限とその規制——分析の視角——
- 2 合衆国の捜査手続における伝統的なモデル——「警察が捜査し、検察が訴追する」——
- 3 合衆国の捜査手続における検察権限の拡大
- 4 小括
- 二 合衆国における検察官の「捜査官」の役割と「公訴官」の役割
- 1 合衆国における捜査手続の構造と検察官の役割
- 2 『検察捜査に関するABA刑事司法基準』の制定と検察官の役割
- 3 小括
- 三 わが国における検察官の「捜査官」の役割と「公訴官」の役割
- 1 検察官の捜査権限と「公判専従論」・「突き放し論」

2 「公訴官」の役割からみた検察官の捜査権限の在り方
おわりに

はじめに

1 わが国の刑事手続において、検察官は公訴の提起・追行を主たる責務とする「公訴官」の役割を担う一方で、捜査段階では、ほぼすべての事件において自ら捜査に乗り出している。とりわけわが国では、政治色を帯びた事件や高度の法律知識を必要とする経済事犯について、検察官の主導的な捜査が期待されているほか、一般の刑事事件においても、司法警察職員からの送致を受けた後で検察官が自ら被疑者の取調べを行っており、「検察官が被疑者を取り調べないで公判請求することは、どんな些細な事件でも絶対にならない」とまで指摘されている。^①

そして、検察官が捜査権限を掌握・行使することについて、檢察実務では、検察官が公訴の提起・追行権限を掌握することを論拠に、これを当然視する傾向にある。すなわち、検察官は、あらゆる犯罪について捜査をする権限を有することは「公訴権を独占する検察官がその権限行使の適正を期するため当然必要とされるものであり、検察庁法六条の『検察官はいかなる犯罪についても捜査をすることができる』という規定をまたずして、同法四条の定める『検察官は刑事について、公訴を行』う権限を有することから、この公訴権行使と密接不可分な関係にあるものとして犯罪捜査を行う権限を有するものである」と理解されているのである。^②

2 だが、あらゆる事件において、公訴の提起・追行に必要な準備活動を超えて捜査の初期段階から積極的に捜査へ乗り出す検察官のありようが「公訴官」という本来の地位と整合性を保っているのか、疑問なしとしない。得てして、「公益の代表者」という概念は、検察官の厳正公平・不偏不党の立場を表すものとして機能していると理解される傾向にあり、³⁾ 検察内部でも、「わが法制上検察官は、公益の代表者として、国家刑罰権の適正な実現を目指すため、形式的には当事者として刑事訴訟に関与しつつも、民事訴訟における被告に對立する原告の立場とは異なり、被告人の正当な利益を擁護する職責、適正手続の実現に努める職責をも有し、その意味で『司法官』的性格を併せ持つものであることは改めて言うまでもない」と考えられてきた。⁴⁾ そして、ここでいう『司法官』的性格を「民事訴訟におけるような個対個の利害の対立関係を捨象した、国民全体の奉仕者としての立場」⁵⁾ に由来するものと捉えるのであれば、「公益の代表者」としての不偏不党の立場は——被疑者・被告人の権利・利益をも含めた——社会のあらゆる利益のなかからベスト・インタレストを選び出し、それを裁判段階で熱情的に押し出す「公訴官」の役割にも合致する。しかし、その反面では、検察官が積極的に捜査へ乗り出すことによつて、権限行使が「有罪判決の獲得」あるいは「社会秩序の維持」の方向へ偏つてしまふおそれも懸念され、また現実にも、氷見事件や志布志事件のように、捜査機関とともに捜査の初期段階から有罪判決の獲得に向けて党派的に捜査権限を行使する検察官のありようがしばしば問題視されている。これらの点に関しては、検察官は「公訴官」の役割を担うなか、捜査段階においてどのような役割を担うべきかという問題に取り組まなければならないと考えるのである。

そのようななか、近時のわが国では、いわゆる厚労省元局長無罪事件（郵便不正事件）の捜査に際して大阪地検特捜部の主任検事（当時）が証拠を隠滅し、さらにはその上司であった元大阪地検特捜部長及び元特捜部副部長がそれを隠蔽するという一連の事態が社会に大きな衝撃を与えたことから、検察における捜査・公判の在り方が抜本的に見

直され、ときには地検特捜部の存廃論議にまで発展した。しかし、『検察の在り方検討会議』では、「検察官は、捜査活動を通じて真相を解明する捜査官としての権限と、起訴・不起訴を決し公判活動を行う公訴官としての権限とを併せて有しているところ、いずれの権限をも、おろそかにすることなく、公正かつ適切に行使しなければならない職責を負っている」として、⁽⁶⁾ 検察官が自ら捜査権限を掌握するありようは温存され、むしろ検察取調べの録画・録音（可視化）など適正化を図るための方策に議論が集中している。確かに、密室での取調べが被疑者に対する強制・誘導を誘発し、ひいては虚偽自白がなされる危険性を温存していることや、⁽⁷⁾ 自白の任意性・信用性を立証する際にしばしば水掛け論に陥ってきたことを考えるならば、取調べの可視化が解決策のひとつとして講じられるようになったことは理解できないことではない。しかし、一部の論者が指摘するように、⁽⁸⁾ 捜査手続の適正化は取調べの「可視化」だけではなく、基本理念のレベルから抜本的な見直しを行うことによつてはじめて実現されるものだといわなければならない。⁽⁸⁾ 検察官の役割に関しても、「公訴官」として冷静な証拠評価や法律問題の十分な検討を期待されている検察官がどこまで捜査権限を掌握すべきかを批判的に検討しつつづけていく必要があるといえよう。⁽⁹⁾

3 以上の問題関心の下、本稿は、捜査段階における検察官の役割を「公訴官」という本来的な立場に照らして考察することを目的としている。本稿では、合衆国の検察官を規律する職務倫理の現状を検討することにより、検察官が自ら捜査に乗り出す際に担うべき役割と権限行使の在り方を検討する。

(1) 佐藤博史『刑事弁護の技術と倫理―刑事弁護の心・技・体』七八頁（有斐閣、二〇〇七年）。

- (2) 司法研修所検察教官室編『検察講義案〔平成二二年版〕〕六頁（法曹会、二〇一〇年）。
- (3) 木村栄作「公訴権の運用」石原和彦ほか編『現代刑罰法大系6 刑事手続Ⅱ〕六頁（日本評論社、一九八二年）参照。
- (4) 北島敬介「公訴権の運用と検察」加護善雄編『現代の検察—日本検察の実態と理論（法学セミナー増刊）〕九八頁（日本評論社、一九八一年）。
- (5) 北島・前掲注（4）・九八頁。
- (6) 検察の在り方検討会議『検察の再生に向けて—検察の在り方検討会議提言〕六頁（二〇一二年）。
- (7) 検察の在り方検討会議・前掲注（6）・二四頁以下。
- (8) 例えば中川教授は「日本における『自白に頼る捜査』は、密室、代用監獄（刑事施設）、取調べ受忍義務の三点セットにより維持されてきた。取調べの適正化を図ろうとするならば、これら三点の全てに対し、同時に、メスを入れる必要がある」としている。中川孝博「取調べの可視化は進展したか・改善されたのか」法学セミナー六三〇号二六頁（二〇〇七年）。また、瀧野教授も「取調べ受忍義務否定および代用監獄などの身体拘束のあり方とセットで論じなければ、可視化論は、現在の取調べ、身体拘束のあり方を微調整はするが、基本枠組みは変えないという結論にお墨付きを与えかねない危うさを孕んでいるように思われる」と指摘している。瀧野貴生「被疑者取調べの課題」法律時報七九卷一二号四七頁（二〇〇七年）。
- (9) なお、最高検察庁は二〇一一年七月、特捜部に関する改革の現状と今後の取組について以下の方針を発表している。①財政経済関係事件への対応をいっそう強化し、金融証券分野をはじめとする専門委員会の活動と連携して、その専門性の向上を図るとともに、国税当局、証券取引等監視委員会、警察などの関係機関との連携をいっそう強め、そのための組織体制・編成を整えること、②同年五月より総括審査検察官制度を発足させ、大規模または複雑困難と認められる事件について特捜部以外に所属する総括審査検察官が審査し、必要な意見を述べる態勢を確立させたこと、③同年四月より、特捜部に所属する検察官が起訴した事件について、公判段階で重大な問題が生じた場合などには、公判部において特捜部長や後見の特別捜査係検事などと協議を行う態勢を確立したこと、④同年七月より最高検に査察指導部を設置し、検

察官または檢察事務官の違法・不適正な行為に適切に対処するとともに、檢察の組織運営の適正を確保するため、査察等の実施・組織運営に関する調査並びにこれらに基づく指導を充実強化すること、⑤特捜部・特別刑事部において、原則的にすべての事件の取調べにつき全過程の録画・録音を試行すること、⑥知的障がいによりコミュニケーション能力に問題がある被疑者などに対する取調べの録画・録音を試行すること。法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会第二回会議（二〇一一年七月二十八日）・配布資料「檢察改革の現状と今後の取組について」」△<http://www.moj.go.jp/content/000077653.pdf>△参照。

一 合衆国における檢察官の捜査権限の拡大

1 合衆国の捜査手続における檢察権限とその規制——分析の視角——

合衆国における檢察官は捜査段階から刑の執行に至るまで様々な権限を掌握しているが、その反面では、かつて司法長官を務めたジャクソン (Robert Jackson) 判事が連邦法執行会議のスピーチのなかで「檢察官は合衆国で他の誰よりも生命・自由・評価を支配している」と表現したように、¹⁰⁾ 檢察官が与えられた権限や裁量を濫用することにより一般民衆の自由や利益を不当に制約してしまうおそれが懸念されてきた。もとより、ジャクソン判事が「フェアプレー」とスポーツマンシップに敏感であることは、権限濫用に対する最善の保障であり、また市民の安全は、人間的親切心をもって熱意を和らげ、被害者ではなく真実を追求し、党派的目的ではなく法律に奉仕し、そして謙遜をもって職務に取り組む檢察官に懸かっているのである」と述べたとおり、¹¹⁾ 檢察官が「悪者を懲らしめたい」という熱意を和ら

げて公平に職務を遂行する在り方は捜査段階においても当てはまることであるが、とくに検察官が捜査領域で主導的な役割を果たし、検察捜査の在り方が一般民衆の関心事となっている昨今においては、¹²⁾ 検察官の捜査権限行使の在り方を倫理的観点をも含めて抜本的に検討する必要性が強く主張されている。

しかし、検察官が捜査手続に関与するようになる動きは当初からあったわけではない。社会の近代化が進む前までの合衆国では、検察官はもっぱら「刑事訴訟の代理人」として、法執行機関が捜査段階で収集した証拠に基づいて起訴・不起訴の篩い分けを行うこと、そして起訴判断を下した事件について、被告人の利益をも考慮しながら熱情的に訴追側の主張を展開することが主たる責務であると考えられてきた。そして、とくにホワイトカラー犯罪や組織犯罪のような事案の複雑な事件で検察官が主導的に捜査へ乗り出すようになってきた。そして、論者のなかには、検察官が捜査手続に関与することに対して、「公訴官」という検察官の本来的な役割から否定的な評価を下す主張もあり、また「犯罪者を有罪とし、無辜の者を苦しめない」ことを責務とする「主権の代表者」・「政府・民衆の代表者（代理人）」たる「法律家」という立場からみても、検察官が積極的に捜査へ関与することによって、無辜の者の権利・利益を無用に侵害してしまうおそれが生じないかという懸念が生じうる。現在に至っては、検察官が捜査領域で一定程度関与すること自体に疑いを差し挟む者は次第にみられなくなっているが、その一方では、検察官が自ら捜査へ乗り出すことは「法律家」の役割や「公訴官」の役割に合致するものであるのかという問題が残されているといえるのである。

そこで本章では、まず合衆国の検察官が捜査権限を掌握するに至った経緯を概観しながら、検察官の特性に照らし、検察官が自ら捜査に乗り出す必要性が生じるに至った要因を見出し、いききたい。

- (10) Robert Jackson, *The Federal Prosecutor*, 31 J. AM. INST. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 3, 3 (1940).
- (11) *Id.* at 6.
- (12) 近年、検察捜査の在り方は合衆国でも大きな議論を呼び起している。とくに一九九〇年代後半に、ケネス・スター(Kenneth W. Starr)が主導する独立諮問委員会(Independent Counsel)が当時の大統領クリントン(Bill Clinton)のスキャンダルに関して行った捜査については、①モニカ・ルインスキー(Monica S. Lewinsky)を密接且不意打ち的に取り調べたこと、②ルインスキーの性的遍歴を調査すべく、彼女の母親を大陪審に召喚したこと、③ルインスキーがクリントンに贈ったと主張する書籍の購入を証明する証拠を収集すべく、ワシントンDCの書店に対して広範囲に文書提出命令を発したことなどが二つの捜査活動が大衆メディアで批判された。See, e.g., Rory K. Little, *Proportionality as an Ethical Precept for Prosecutors in their Investigative Role*, 68 FORDHAM L. REV. 723, 729-30 (1999).
- (13) Berger v. United States, 295 U.S. (1935). See also American Bar Association, ABA Model Code of Professional Responsibility, EC7-13 (1969) [hereinafter ABA Model Code of Professional Responsibility]; American Bar Association, ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 3.8(a) (1983) [hereinafter ABA Model Rules of Professional Conduct]; American Bar Association, ABA Standards for Criminal Justice: Prosecution & Defense Function, Standard 3-1.2(c) (3rd ed. 1991) [hereinafter ABA Standards for Criminal Justice]; National District Attorney Association, National prosecution Standards, Standard 1.1 (2nd ed. 1991) [hereinafter NDAANational Prosecution Standards (2nd ed.)]; National District Attorney Association, National prosecution Standards, Standard 1-1.1 (3rd ed. 2009) [hereinafter NDAANational Prosecution Standards (3rd ed.)].

2 合衆国の捜査手続における伝統的なモデル——「警察が捜査し、検察が訴追する」——

合衆国の検察官は訴追官として、「事件の訴追について、法律を執行し、犯人を訴追し、社会を保護するという『重義務感』と『知恵と正義』をもって、権限を行使する」ものとして、犯罪から社会を保護する「行政官」のひとりとして捜査活動に一定程度関与しうると考えられている。¹⁵⁾ 先に取り上げたジャクソン判事のスピーチでも、「検察官は市民を捜査し、彼に犯罪の嫌疑がある場合には、民衆の声や隠された通告または公表された通告に合わせて捜査を行うことができる。また、検察官は…特定の市民の友人を取り調べるかもしれない。検察官は逮捕を命じ、事件を密室審理である大陪審に提出し、事実の一方的な提示を基に市民を起訴して公判に付託することもできる」としており、一九三〇年代末には既に、検察官が必要に応じて捜査権限を行使できると認識されていた。また、検察と警察との関係においても、合衆国の検察官と警察官はともに「同一の犯罪対応チームのメンバー」として、犯罪行為に対して制裁を与えるという、同一の目標に向けて互いに依存しあう関係にあるといわれる。¹⁷⁾ そして、合衆国の多くの都市では、検察官と警察官が特別チーム(ユニット)を編成することにより、例えば「職業的犯罪者」のような一定の犯罪者の摘発に向けて協働することもあるという。¹⁸⁾

しかし、検察官が捜査手続に関与するようになる動きは当初からあったというわけではなく、たとえばあったとしても、それは例外的な事案の捜査にとどまっていた。一般的に、合衆国の捜査実務では、検察官と警察官の間で役割分担が確立され、伝統的なモデルとして「検察が訴追し、警察が捜査する(Prosecutors prosecute, investigator investigate)」といわれてきた。¹⁹⁾ 実際には、ABA (American Bar Association アメリカ法律家協会) が制定するガイドライン『検察官と弁護人の役割に関するABA刑事司法基準(ABA Standards for Criminal Justice: Prosecution &

Defense Function)』[以下、『A B A 刑事司法基準』]は「検察官は通常、犯罪行為の捜査について、警察や他の捜査機関に依存している」とし、²⁰⁾連邦の捜査実務についても、「検察官は連邦裁判所の排他的なゲートキーパーである一方で、証拠収集のために捜査機関を必要とする。捜査機関は捜査のための資源を掌握するが、検察官のほかに代理人を得る自由を持たない。捜査機関は、捜査の標的 (target) に対して訴追を追求したいと思うのであれば、検察官に対して起訴するように説得しなければならない」と指摘されている。²¹⁾このような役割分担の下、合衆国の検察官は①捜査機関が収集した証拠のみに基づいて起訴・不起訴の判断を下すこと、及び②起訴判断を下した事件について、法廷で訴追側の主張を熱情的に押し出すことを主たる責務とすると考えられる一方で、自ら積極的に捜査へ乗り出すことは想定されていなかったのである。²²⁾

(1) 現実的・実務的要因 — 捜査資源の不足 —

まず、検察官が自ら積極的に捜査へ乗り出すことを阻む現実的・実務的要因として、検察組織は捜査のための資源を持たないという点が挙げられる。実際に論者からは、現代の合衆国において、警察は犯罪捜査に関して専門知識や人材・技術・情報のネットワークを掌握しているが、検察官は捜査のための資源を持たないということを理由として、たいいていの場合に検察官が自ら捜査に乗り出すことによって犯罪の嫌疑のある事件を認知することは不可能であるという指摘がある。もとより、事件のなかには、被害者が検察官に直接事件を通報したり、あるいはニュースメディアの報道に接したりして、検察官が直接的に事件を認知するケースも存在するが、そのような例外的な場合を除けば、捜査機関が事件を送致しない限り、犯罪がなされたことをまったく認知できないというのが常であった。²³⁾

(2) 規範的・倫理的要因 — 「代理人・証人ルール」—

また他方では、社会の利益を代表する「法律家」である検察官が自ら捜査に乗り出すことは倫理的に不適切であるという考えも、検察官が自ら積極的に捜査へ乗り出せない規範的・倫理的要因として指摘することができる。

一般的に、職務倫理の領域では、訴訟で代理人の役割を担う法律家が証人として供述することを禁止する「代理人・証人ルール (advocate-witness rule)」が確立している。例えば、ABAが制定してきた『ABA職務倫理に関するモデル・コード (ABA Model Code of Professional Responsibility)』(一九六九年制定) や『ABA職務行為に関するモデル・ルール (ABA Model Rules of Professional Conduct)』(一九八三年制定) では、次のような規定が置かれている。²⁴⁾

● ABA職務倫理に関するモデル・コード

【判断に影響を及ぼす法律家の利益】

EC5-9 しばしば、法律家は特定の事件で、自分は証人となるかそれとも代理人となるかを判断することが求められる。法律家は、仮に代理人と証人を兼ねたならば、利益に対していとも容易に非難すべきところとなり (more easily impeachable)、ゆえに証人として実効的証人となりえなくなるかもしれない。逆に、当該事件で代理人としても出頭したならば、相手方の代理人は法律家の信用性を争う際に不利な立場に置かれるかもしれない。証人となった代理人は自己の信用性を主張するという不適切かつ非実効的な立場にある。代理人の役割と証人の役割は符合しない。代理人は他者の主義を推し進め、あるいはそれを主張することを役割とするが、証人は事実を客観的に述べることを役割とする。

● ABA職務行為に関するモデル・ルール

Rule 3.7 【証人としての法律家】

法律家は重要証人となる見込みのある事件の公判で代理人の役割を果たさないものとする。

なお、『ABA職務行為に関するモデル・ルール』Rule 37²⁶⁾に関連する注釈は、次のとおりである。

(1) 代理人の役割と証人の役割を兼ねることは、裁定者及び相手方当事者に偏見を与える可能性があり、かつ法律家と顧客の間で利益相反を生じうる。

(2) 法律家が代理人と証人の役割を兼ねることによって事実認定者に混乱または誤解を与える可能性があるとき、裁定者には十分な異論が存在する。二つの役割の兼務が訴訟の場で自己の権利を侵害するとき、相手方当事者には十分な異論が存在する。証人は個人的な知識に基づいて証言することを要請されるが、代理人は他者から提供された証拠に基づいて説明・コメントすることを期待されている。法律家が代理人の役割と証人の役割を兼務するとき、当該法律家の供述が証明とみなされるべきか、それとも証明の分析とみなされるべきかが不明確になるおそれがある。

『ABA職務倫理に関するモデル・コード』の規定や『ABA職務行為に関するモデル・ルール』の注釈で示されるとおり、公判審理の場では、証人は事実を証明するための証拠を提出するのに対し、代理人の役割を果たす法律家は「法律の専門家」として、有罪・無罪に関する当事者の考えにこだわることなく、中立的な見地から専門的な判断を下すというように、証人と法律家とで果たすべき役割が異なっていると考えられている。とりわけ、刑事事件で代理人として行動する法律家は「あらゆる事実や現行法を認識したうえで、訴追側が——道徳的ではなく——法的に有罪を立証しているか否かを判断する責務を負っている」ことから、被疑者・被告人はある意味で罪悪感を持っているが、有罪であるか否かという問題に関する被疑者・被告人の考えとは独立して、中立的・専門的に評価することである²⁶⁾ことが義務づけられているのであるが、そのなかでも、「代理人・証人ルール」は、証人の役割を担う者と代理人の役

割を担う法律家を峻別することによって、代理人の役割を果たす法律家が証人として供述するとき、当該供述が証拠そのものとして扱ってよいものか、それとも証拠に関する説明・コメントという趣旨のものかという点について事実認定者や他の訴訟関係人にもたらされる誤解や混乱を未然に防ぐことをねらいとしている。

ここで掲げた「代理人・証人ルール」は、一見すると公判段階において顧客の代理人の地位を引き受けた弁護士を規律するルールであるようにみえる。だが、論者によつては、このルールは捜査段階における検察官にも当てはまると考えられている。すなわち、一部の論者は「社会の代理人」である検察官が訴追側証人と同一視されるほどまで捜査手続に関与することによつて、捜査機関から収集された証拠を中立的に判断することが困難になるといふ考えから、「検察官は証人と代理人との違いを維持すべく、捜査官の役割を回避すべきである」と主張している²⁷⁾のである。

(14) 市川敬雄「アメリカの検察」加護善雄編『現代の検察—日本検察の実態と理論（法学セミナー増刊）』二七九頁（日本評論社、一九八一年）参照。

(15) 例えば、合衆国憲法第二編第三条は、「大統領は、法が忠実に執行されることに留意し、かつ合衆国のすべての官吏を任命する」としている。U.S. Constitution, Art. II, § 3. また、ABA 刑事司法基準でも、検察官の基本的な責務を定めた Standard 3-1.2 の注釈で、検察官は「犯罪者を有罪にするとともに無辜の者を保護し、公衆の法を執行するとともに被疑者・被告人の権利を保障する義務を負う」〔傍線は白井〕としている。ABA Standards for Criminal Justice, Standard 3-1.2, comment, at 5. See also L. Song Richardson, *Due Process for the Global Criminal Age*, 41 CORNELL INT'L L.J. 347, 356 (2008) 「検察官は法執行官であり、法が忠実に執行されるべく、この中に配慮することを憲法上命令されているため、積極的に犯罪者を訴追しなければならぬ」。

(16) Jackson, *supra* note 10, at 3.

- (17) DAVID W. NEUBAUER, AMERICA'S COURTS AND THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM 118 (4th ed., 1992).
- (18) See FRED A. ADLER, GERHARD O. W. MUELLER & WILLIAM S. LAUFER, CRIMINAL JUSTICE: AN INTRODUCTION 251 (2nd ed., 2000).
- (19) See e.g., [Panel Discussion], *The Expanding Prosecutorial Role from Trial Counsel to Investigator and Administrator*, 26 FORDHAM URB. L. J. 679, 680-81 (1999).
- (20) ABA Standards for Criminal Justice, Standard 3-3.1 (a).
- (21) Daniel Richman, *Prosecutors and their Agent, Agents and their Prosecutors*, 103 COLUM. L. REV. 749, 758 (2003).
- (22) なお、俵谷元検事は一九六〇年代のニューヨーク・カウンティ検察庁における事件処理の概要を紹介する際、軽罪事件や一般の重罪事件（警察が逮捕してアレインメントまで送ってくる事件）の場合は慣行的に「逮捕状請求に検事が関与しその承認が必要とされている」が、正式な「検事の事件関与は被疑者が逮捕されてアレインメントのためクリミナル・コート裁判官の面前に連れてこられた時に始まる」としている。俵谷利幸「アメリカの検察—ニューヨーク・カウンティ検察庁の概要と検察運用の実情について」(「法律のひろば」一七卷一—号四〇頁以下（一九六四年））。
- (23) Richman, *supra* note 21, at 767-68.
- (24) ABA Model Code of Professional Responsibility, EC5-9; ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 3.7 & comment[1]-[2].
- (25) ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 3.7(a) & comment (1) & (2). ただ「Rule 3.7(a)は」①当該証言が争うのない問題に関連する場合、②当該証言が事件に際して提供された法的サービスの性質または価値に関係する場合、③当該法律家の資格剥奪によって顧客に著しい困難をもたらされる場合には、例外的に、重要証人となる見込みのある法律家が代理人の役割を兼務することが許されるとしている。
- (26) ABA Standards for Criminal Justice, Standard 4-4.1, comment, at 182.
- (27) Little, *supra* note 12, at 743. ただし「ホール教授も同様の考慮から「検察官は捜査手続に関与すべきではない」としている。JOHN W. HALL JR., PROFESSIONAL RESPONSIBILITY OF THE CRIMINAL LAWYER 395 (2nd ed., 1996).

3 合衆国の捜査手続における検察権限の拡大

1 しかしながら、検察官と捜査機関の役割分担に関する伝統的なモデルも、社会の近代化が進むにつれて、現実との乖離が浮き彫りになってくる。

(1) 一九五〇年代後半以降の合衆国は、刑事司法制度にとどまらず、社会全体の情勢が大きく変容する時代のまった
だなかであった。⁽²⁸⁾

まず、合衆国では当時から、少数派に属する市民の社会的・経済的条件を改善していかうとする動きが高まっていた。とりわけ、一九五四年に連邦最高裁がブラウン (Brown v. Board of Education) 事件に関して、人種に基づいて学校施設を分離差別することがそれ自体として合衆国憲法の平等保護条項の違反にほかならない旨を判じたことを契機として、直接的・闘争的かつ自覚的な運動を通じて黒人をはじめとする少数派の権利・利益の保障を要求する「公民権運動」が各地で勃発した。このような動きのなかで、従来ならば立法や行政の領域で対処すべきと考えられていた問題が裁判で争われるケースが多くなり、一九六〇年代以降では、個人の自由や人権に関する事件で裁判所は積極的な姿勢を示すようになった。刑事司法の領域でも、ウォーレン判事 (Warren, J.) が連邦最高裁長官に任ぜられていた時期に、裁判所は活発にデュー・プロセス条項を発動するようになり、一九六一年のマップ (Mapp v. Ohio) 事件判決で違法収集証拠排除法則が確立したことを端緒として、被疑者・被告人の弁護人選任権や身体拘束下で取調べを受ける被疑者の権利を保障する判例が連邦最高裁で次々に出されるようになっていた。⁽³³⁾

しかし他方では、都市部における犯罪の増加が社会的問題と化し、民衆のなかでは「法と秩序 (Law and order)」をスローガンに、犯罪に対する厳正な対応を政府や社会に要求する意見が高まるようになる。とりわけ一九七〇年代に

は、犯罪の激増、殊に大都市における暴力犯罪の激発に対する人々の恐動は大統領選挙にさえ影響を及ぼす国民的問題となり、それまで以上に犯罪の摘発・対処が、(都市犯罪によって最も被害を受けている)人種の少数派や(性暴力犯罪に対する関心を次第に強めてきた)女性グループなどから要求されるようになった。また、組織犯罪やホワイトカラー犯罪(ウォーターゲート事件などの政治的色彩を帯びた犯罪や経済犯罪など)に対する関心が一般民衆の間で高まり、これらの犯罪に対して一般刑法犯並みに積極的な取締を要求する意見がリベラル派からも主張されるようになった。⁽³⁴⁾

そこで、一九五〇年代後半以降では、捜査段階でも検察官が一定程度まで手続に関与する必要性が認識されるようになり、現代では「検察官は犯罪捜査で主導的な地位を担っている」とまでいわれている。⁽³⁵⁾ 事実、現在における合衆国の検察官は、刑事事件で逮捕がなされた後に①起訴・不起訴の篩い分けを行ったり、②大陪審が発する「正式起訴状(indictment)」が必要な事件につき、事案を大陪審に提示して「大陪審のリーガル・アドヴァイザー」の役割を担ったり、③大陪審の審査を経ずに「通告起訴状(information)」をもって起訴できる事件で通告起訴状を発したりするほか、④証拠の収集や証人の取調べを伴う捜査活動をコーディネートすることも役割のひとつと捉えられている。⁽³⁶⁾

なお、現在の合衆国では、具体的に次の捜査活動が検察官の手によって展開されているとのことである。⁽³⁷⁾

* 大陪審を通じて証人を召喚したり、他の物証を提出する命令を下す

* 搜索差押許可状や様々な形式の電子監視(通信または会話の傍受)許可状を請求する

* 警察などが行うおとり捜査に対して許可を下し、それを監視する

* 捜査の標的や証人の監視を命令する

* 証人を取り調べるために証人の自宅や職場へスパイを送り込む

* 民衆に対して、指紋、声紋サンプルなど証言以外の物証を提出するよう命じる

* 被告人と答弁取引を行い、減刑や訴追免責を提供することにより、他の関与者に対する捜査への協力や証言を獲得する

(2) また、こうした動向は規範的な面にも反映されている。すなわち、事件によっては検察官が捜査へ関与することが望ましい場合もあるという考えは、職務倫理規程やガイドラインなどでも散見されている。

例えば、『刑事司法の基準と目標に関する全米諮問委員会 (National Advisory Committee on Goal and Administration of Criminal Justice)』は一九七三年に報告書を作成した際、検察官の捜査権限について以下のガイドラインを置き、検察官は主に「公訴官」の役割を中軸に据えつつ諸般の職務を遂行すべきであると考える一方で、事案の性質によっては検察官が捜査段階から主導的に捜査へ乗り出す場面があることを認識している。³⁸⁾

● 『刑事司法の基準と目標に関する全米諮問委員会』報告書

Standard 12.8 [検察官の捜査権限]

検察官は裁判所において国家を代表することを主たる任務とすべきである。検察官は犯罪捜査に際して、警察官を援助すべきである。また検察官は捜査活動を行う際、事件の準備を援助し、警察官に捜査資源が欠けている場合は警察捜査の結果を補充し、幾つかの状況においては、主導的に法の違反を捜査するための捜査資源を保有しておくべきである。…

なお、検察官の主導的な捜査活動が必要となる場合について、『刑事司法の基準と目標に関する全米諮問委員会』は当該ガイドラインの注釈のなかで次のように説明している。³⁹⁾

幾つかの状況下においては、検察官は主導的に捜査活動を行なうべきである。もっともこのような活動

は——例えばある種の詐欺事件のように——捜査段階で法的評価が必要となる複雑な事案を伴う事件、及び政治的便宜に鑑み、地域社会の適切な捜査を確保するために検察官の関与が有益である場合に限定されるべきである。後者の類型には、警察による重大な不正や政治組織における腐敗が含まれている。検察官はこれらの事件の捜査を開始・実行できるよう十分な資源を保有しておくべきである。

このように、警察官や他の政治組織による犯罪など、政治的理由などにより通常の法執行機関では十分に捜査を行えない場合も含め、地域社会における犯罪の捜査を十全に行える体制を確保する必要があることをもって検察官の主導的な捜査を正当化する『刑事司法の基準と目標に関する全米諮問委員会』の考えは、ABAやNDAA（全米検察官協会 National District Association）をはじめとする法律家団体によっても共有されている。例えば、『ABA刑事司法基準』は、「複雑な社会的・経済的状况によつて刑事法の領域の大規模な拡大が必要となるため：そのような事件で主導権を握ることは検察官の権利にとどまらず、その義務でもある」と述べたミズーリ州裁判所の裁判例を引用しつつ、「一定の状況下で、市民による告訴や警察活動の有無に拘らず、検察官が犯罪の嫌疑のある行為に対し捜査の主導権を握ることは重要である」としている。¹¹

もっとも、NDAAが一九九一年に作成した『全米訴追基準（National Prosecution Standard）〔第二版〕』は、『ABA刑事司法基準』と同様に「市民の告発や警察の活動とは独立に行動することは、検察官の権利のみならず義務でもある」と述べる際、その理由づけとして、「無視あるいは時間の制約を理由に、警察官が捜査しない状況が生じ得る」ことを指摘しているが、二〇〇九年に出された『全米訴追基準〔第三版〕』では、検察官による捜査の開始または継続が適切な場合として、「①通常であれば捜査を行うべき法執行機関に利益相反が生じているとき、②捜査が不適切に行われ、かつ再捜査の必要が生じているとき、③捜査を行うに当たり、検察組織が利用できる専門知識が必要であ

るとき、④法執行機関が捜査を行うための資源を十分に保有していないとき」を挙げている。このうち、③「捜査を行うに当たり、検察組織が利用できる専門知識が必要であるとき」は後に述べる検察官の「法律の専門家」としての特性と密接に関連しているが、他の三つの要因から窺われるとおり、近年では、本来的に通常の法執行機関による捜査が期待できない場合にとどまらず、通常の法執行機関による捜査が期待できたにも拘らず十分になされなかつた場合も検察官が積極的に捜査へ介入することが望ましいと考えられているのである。

2 それでは、捜査に関与する様々な担い手のなかでも、なぜ検察官が捜査の主導権を掌握するに値するのか。この点については、『刑事司法の基準と運営に関する全米諮問委員会』の報告書やNDAAの『全米訴追基準（第三版）』が、捜査に当たって検察組織の有する専門知識が必要となるときに検察官による積極的な関与を正当化できるとしている点が注目に値する。実際に、実務家や理論家によつては、事案が複雑な事案を摘発し、激発する犯罪から社会を防御するためには検察官が「法律家」として本来的に保有している専門知識や諸権限が必要不可欠となっているといふ指摘がところどころで散見される。⁴⁴

(1) 第一に、薬物事犯やホワイトカラー犯罪など、複雑な事案を伴う事件の証拠を収集し、事案の真相を解明していくためには、検察官が本来的に保有する権限が必要だと指摘されている。わが国でも指摘されていることだが、⁴⁵とくに薬物事犯やホワイトカラー犯罪では密行性がさわめて高く――すなわち、直接の被害者・目撃者がいないか、あるいは仮にいたとしても犯罪の発生に気づいていないケースが大半を占め――仮に直接の被害者・目撃者が犯罪の発生に気づいている場合でも、諸般の事情により供述をためらうケースもある。そのため、これらの事件の証拠を収集するに当たっては、事案が比較的単純で、かつ犯罪及び犯人の存在が明確化しやすい街頭犯罪とは異なる手法が必然的

に求められることになる。

(一) そこで、合衆国では伝統的に、ホワイトカラー犯罪の捜査では大陪審が重要な役割を果たしてきた。⁴⁷⁾ 無作為で抽出された地域住民で構成されている大陪審制度は、本来的に検察官などから送致された事件について起訴するに値するか否かを審査することを本質的な責務とするが、その過程において、地域社会の目からみて「犯罪」に値する行為について有罪立証に必要な証拠を収集することも重要な役割であると考えられている。とくにホワイトカラー犯罪など物的証拠の確保がきわめて困難な事件では、罰則付召喚令状 (subpoena) の発付をはじめ、大陪審には強制的に供述証拠を確保したり物的証拠を収集したりする手段を独自に保持し、かつ審理の非公開性と大陪審員への守秘義務の賦課という、秘密裡に犯罪の摘発・捜査を展開するための手段も保障されていることから、①協力をためらう被害者や証人の取り扱い、②大規模な業務記録をはじめとする情報の入手、③継続的な捜査手法という点において大陪審の手續にコストをかけるだけの価値があるとされている。⁴⁸⁾

だが他方では、現在の大陪審は検察官に支配されていることもたびたび指摘されている。様々な証拠を収集する点においても、大陪審に独自の捜査スタッフがいないことと、訴追判断に際しては法的援助が必要であることから、捜査を行う際には裁判官または検察官との協議が必要とされているが、とくに「リーガル・アドヴァイザー」として審理に関与する検察官は法律に関して「素人」である大陪審員に対して多大な影響力を及ぼしていることから、「検察官は大陪審の名において「強制を伴う手續を行ったり、捜査に協力してくれない証人に法廷侮辱の制裁の下で証拠を提供するように求めたりする権限」を自由に行使することができる」と指摘されている。⁵⁰⁾ このように、証拠の収集に困難が伴う事件の捜査に有益な手段として大陪審が用いられているなかでも、現在では「リーガル・アドヴァイザー」として手續に関与することができる検察官が大陪審に対して多大な影響力を及ぼしているといわれているが、

このような権限は捜査機関がとうてい持ちえないものであり、その意味において、検察官は捜査機関よりも強力な「特権」を掌握していると評価されているのである。

(二) また、大陪審の権限によって証拠や情報を収集することができない場合であっても、検察官は他の強制的な手法を用いることができる。その例として、①訴追のおそれを示すことによって証言を強制すること、②情報と引き換えに減刑や不訴追を約束すること、③刑事免責を付与したうえで証人に供述を要請する強制命令 (compulsory order) を裁判所または大陪審に請求することが挙げられる。¹¹⁾ これらの権限のうち、③強制命令の請求については連邦法の明文規定をもって検察官に権限が与えられており、¹²⁾ その他の権限については、検察官がほぼ専権的に掌握する訴追裁量に由来するものである。いずれにしても、これらの権限を捜査機関が保持することはあり得ないため、ここでもまた、証拠や情報をじゅうぶんに収集するためには検察官の強大な権限が必要とされていることが明らかになる。

(2) しかし、できる限り証拠を収集して事案の真相を解明することによって刑事責任に値する者を有罪にすることが刑事手続の目的のひとつであったとしても、適正手続原理の下では、憲法で保障されている基本的人権にも配慮しながら手続を進めていかなければならない。すなわち、現行法の下では、たとえ有罪判決を下せるだけの証拠を収集したとしても、手続に重大な瑕疵があれば有罪判決に至らないこともありうるのであり、その意味で、犯罪の減少という目的を達成するためには法で規定されたルールを遵守しなければならないのである。そこで、検察官が捜査段階でも主導的な役割を担うようになった第二の要因として、法律の専門家である検察官が捜査段階で捜査官の活動を法的観点からコントロールすることによって、各事件でとられる手続の適正を担保しようとした点を挙げることができる。

(一) ア．例えば、一九六八年に制定された『総合犯罪防止・安全市街地法 (Omnibus Crime Control and Safe Streets Acts of 1968)』では、捜査段階で通信及び口頭での会話の傍受を行うに当たって、検察官による事前の審査・承認が

要請されている⁽⁵³⁾。連邦法域では、一定犯罪の捜査に係る通信または口頭での会話の傍受について「司法長官、司法次官、司法次官補または司法次官補の職務を遂行する者、あるいは司法長官から特別に指名された刑事部または国家安全保障部の司法次官補は、適格な管轄の連邦判事に傍受命令の請求書に許可を与えることができる」としている⁽⁵⁴⁾。この立法は州の実務に対しても一定の規律を置いており、州レベルでは、殺人・誘拐など生命・身体・財産に危険をもたらす一定の重大犯罪（一年以上の自由刑に相当する犯罪）の捜査について「州の主任検事、または各部署の主任検事は、州法で通信及び口頭での会話の傍受を授權・許可する命令状の請求を適格な管轄の州判事に行う権限を与えられている場合に限り、当該判事に「命令状を」請求することができる⁽⁵⁵⁾」としている。

この立法は、従来の制度の下では、私人や官憲が訴追のおそれを伴わない電話盗聴の禁止規定を無視してしまうおそれがある一方、たとえ重大な犯罪が発生したとしても、法執行官が捜査・訴追目的で電子機器による監視を行うことができなかったという問題点が指摘されたことからなされたものである⁽⁵⁶⁾。このうち、大半の規定は、「不当な捜査・押収・抑留の禁止」を規定する合衆国憲法第四修正の理念に基づいて起草されているが、⁽⁵⁷⁾ 検察官による審査・許可の要請については、合衆国憲法第四修正における「司法官憲による令状の審査・発付」の要請よりもさらに厳格なものとなっている⁽⁵⁸⁾。その趣旨として、一般的に、傍受に用いられる機器の使用に関する法執行政策の策定を公的責任のある官憲の許へ集権化しようとしたことが挙げられているが、⁽⁵⁹⁾ いまひとつの趣旨としては、専門知識や情報を兼ね備えた検察官の慎重な判断を介在させることによって、不当な傍受の抑止という立法の目的を貫徹させようとしたことが挙げられる。実際に、連邦最高裁のホワイト判事 (White, J.) は *ジョルダーノ* (United States v. Giordano) 事件に関連し、司法長官の秘書官が通信傍受請求書の審査・許可を行った点に対して「二五一六条(1)が令状の請求権者を司法長官や司法次官に限定することを意図したものである」ことを理由に当該傍受で得られた証拠を排除する際、請求書の

審査・許可を一定の官憲にのみ認められた理由を次のように述べている。⁽⁸⁰⁾

明らかに、「総合犯罪防止・安全市街地法」は、傍受権限に対する裁判所の許可を求める法執行官による、情報に基づいた判断 (informed judgments) を事前に要求しており、捜査官は自ら盗聴 (wiretaps or eavesdrop) の権限を裁判官に求めることができない。責任のある・一定の司法省の官憲による慎重な判断 (mature judgments) が、裁判官による命令のきわめて重要な前提として介在している。

なお、一九八六年に制定された「電子通信プライバシー法」(Electronic Communications Privacy Acts of 1986)では、コンピュータやファックスを用いたコミュニケーション (電子機器での会話) も傍受の対象となり得るようになったことと併せて、通信・会話傍受許可状を請求する権限者である「政府の代理人」の範囲を「連邦検事と権限を与えられた補佐」にまで広げられている。⁽⁸¹⁾しかし、そのような改正があったとしても、検察官が情報に基づいて慎重に判断を下す責任を負う「法律の専門家」として、許可状の請求に先立ち一定程度まで介入することが重視されていること自体は現在でも変わりがない。

イ・ また、「警察機関に対して法的援助を与えるという検察官の任務」は通常の搜索差押や逮捕においても重要なものとなってきている。例えば、『刑事司法の基準と目標に関する全米諮問委員会』の報告書やNDAAの『全米訴追基準』は以下のように規定することで、電子監視 (通信及び会話の傍受) のみならず搜索差押や逮捕についても事前に検察官の審査・許可を受けるよう勧告している。⁽⁸²⁾

● 『刑事司法の基準と目標に関する全米諮問委員会』報告書

Standard 12.8 「捜査における検察官の役割」

検事局は、法執行機関が裁判所に令状を請求する前に、搜索令状・逮捕令状の請求内容を審査すべきで

ある。搜索令状・逮捕令状は検察官の承認を受けずに請求されるべきではない。

●NDAA全米訴追基準〔第二版〕

Standard 40.1 [搜索差押令状の審査]

検察組織はできる限り、管轄内における搜索差押令状の請求を審査し、これに対して許否の判断を下すべきである。

Standard 40.2 [逮捕令状の審査]

検察組織はできる限り、管轄内における逮捕令状の請求を審査し、これに対して許否の判断を下すべきである。

Standard 40.3 [電子監視の審査]

検察組織は管轄内で法執行機関が実施したあらゆる種類の電子監視を審査し、これに対して許否の判断を下すべきである。

●NDAA全米訴追基準〔第三版〕

Standard 3.2.1 [搜索令状・逮捕令状の審査]

検察組織は法執行機関に対して、搜索令状や逮捕令状の請求に関する迅速な法的審査の機会を裁判官に請求する前に提供するシステムを展開及び維持すべきである。

Standard 3.2.2 [電子監視令状の審査]

検察組織は管轄内の法執行機関による電子監視の使用を審査し、これを許可すべきである。

これらの勧告について、まず『刑事司法の基準と目標に関する全米諮問委員会』は、「逮捕・搜索差押請求の検察官による事前審査の要請は、もっぱら適切な逮捕・搜索がなされる可能性を増大し、裁判官が令状請求を審査し、その結果として却下する必要性を回避するであろう。検察官は、特定の事実が合衆国憲法の第四修正における『相当な理由 (probable cause)』基準を充足しているか否かを審査する権限をしばしば与えられている。現に A B A 刑事司法基準の注釈は、検察官は『立法者や裁判所の判断によって実現化された形で、権利章典に規定された防禦手段に従って「捜査が」行われたということを保障する意味で主導権を取るべきである』と述べている」とコメントし、⁽⁶⁵⁾ 『全米訴追基準』の当該規定について、「逮捕・搜索差押・電子監視令状の発付について、近年では司法的制約によって、警察官は法律の専門的事項を課されるようになってきているため、警察機関に対して法的援助を与えるという検察官の任務はますます決定的なものになっている。本基準は、検察官が逮捕令状・搜索差押令状を審査したうえでこれに対して許否の判断を下すこと、及び電子監視の令状請求を行うことを提言している。これらの提言は一連の官僚主義的な遵守を義務づけるものではなく、むしろ犯罪者の有罪判決をもたらし正当性を確保することをねらいとしている。できる限り令状請求の審査を行「う」……ことによって正義は増進される」とコメントしている。⁽⁶⁴⁾ 以上でみたように、合衆国では通信や会話の傍受に対しては制定法や判例で厳格な規制がなされるようになり、それだけ法律の専門家である検察官が警察機関に対して法的援助を与える必要性が増してきているが、その一環として令状を請求する前に検察官が審査するプロセスを設けることで、それだけ裁判官により令状が却下される事件の数が減少し、ひいては確実に犯罪者の処罰を確保することができると考えられているのである。

ウ・ 以上のように、一九五〇年代後半以降では、搜索差押や弁護人選任権・電子監視などの手続に対して連邦最高裁が厳格な制約を課したことに伴い、立法などでルールがこと細かに設けられるようになってきていることから、検察官

が他の法執行機関の活動の監視・抑制する役割を担うようになり、現在では「捜査の初期段階でさえも、警察は何をすべきか判断するために、つねに検察官に頼らなければならない」状況になっていくとまでいわれている。⁽⁶⁵⁾

(二) ただし、その背景事情を検討する際には、検察官が単に法律の専門知識を持つていくからというだけでどまらず——すべての者が法的素養を持つていとはいえない警察官とは異なり——一介の「法律家」として、法的規律に加えて、職務倫理による規律にも服しているという点にも着目する必要がある。実際に、合衆国で適用されている職務倫理規程のなかでは、『ABA職務倫理に関するモデル・コード』で「単に検察官の主張を害する／被告人の主張を補強すると思料したからといって、証拠の追求を意図的に回避してはならない」として、証拠を収集する際にも中立的見地に立つて権限を行使することを特別に義務づけているほか、『ABA刑事司法基準』やNDAAの『全米訴追基準』では、以下の規定を置くことで、差別的に捜査権限を行使したり、違法な手段を用いて証拠を収集したりしないようにすることを倫理的に要請している。⁽⁶⁶⁾

● ABA刑事司法基準

Standard 3-3.1 「検察官の捜査権限」

(b) 検察官は捜査・訴追裁量を行使する際、人種・宗教・性・性的嗜好または民族に基づいて、あらゆる者に有利な方向にも不利な方向にも個別的に差別すべきでない。検察官は当該裁量を行使する際に、他の不当な要因を用いるべきではない。

(c) 検察官は意図的に違法な手段を用いて証拠を収集すべきでなく、またそのような手段の利用について他者を雇用し、または他者に教示・勧告すべきでない。

(d) 検察官は証人となる見込みのある者と弁護人とのコミュニケーションを阻止・妨害すべきでない。検察

官は自己が提供する権利を持つ情報を弁護側に与えないようあらゆる者に勧告してはならず、またあらゆる者がそのように勧告されるようにするべきでない。

(e) 検察官は召喚令状の外観または性質を持つ送達手段を用いて尋問のための出頭を確保すべきでない。ただし、検察官が法的権限を与えられている場合はこの限りでない。

(f) 検察官は将来の犯罪行為で訴追しない約束をすべきでない。ただし、当該行為が公的に監視された捜査・法執行プログラムの一環としてなされる場合はこの限りでない。

(g) 検察官は、検察官自身の証言を通じた証人の尋問の際の供述の弾効を差し控えようとする場合、または弾効供述を提示するために事件からの撤退の許可を申請しようとしている場合を除き、第三者が立ち会っていないところでなされる証人となる見込みのある者の尋問を差し控えるべきである。

● N D A A 全米訴追基準〔第三版〕

Standard 3-1.2 [捜査における公正]

全部または一部において被害者または行為者の人種・民族性・宗教・性的指向または加入している政治組織に動機づけられて犯罪捜査を開始または継続してはならない。ただし、これらの要因が犯罪の要素となつているか、行為者の動機に関連する場合はこの限りでない。また、全体または重要な部分において、党派的な政治的圧力・職業的な野心または不適切な個人的要因に動機づけられてはならない。

Standard 3-1.4 [違法に収集された証拠]

検察官は意図的に違法な手段で証拠を収集してはならず、また他者に対して違法な手段で証拠を収集するよう促してはならない。

このように、合衆国では検察官による捜査権限の行使を職務倫理によっても規律しようとする動きがみられているところであるが、論者によっても、主に被疑者を発見・逮捕することを任務とし、得てして被疑者の発見・逮捕に全力を傾けがちな警察官とは別に、倫理的規律にも服する検察官が独立的に捜査手続へ関与することによって、捜査手続の適正に十全を期すことができるという期待が表明されている。

まず、捜査段階における検察官の裁量行使については、フラワーズ (Robert K. Flowers) 教授が「捜査段階において検察官は被疑者の権利を保護するに最も適した地位にある」旨を論じたニューヨーク南区連邦地方裁判所の判断を援用しつつ、「検察官の関与がなければ、捜査段階の判断は、法的規律以外に倫理的規律を受けない法執行官のみに委ねられるであろう」として、検察官が中立的な見地に立って犯罪がなされたかどうかを判断することで、不適切な捜査戦略を抑制することができる旨を述べているほか、リトル (Roy K. Little) 教授も、検察官が多く時間を捜査上の判断に費やしている現状に対して肯定的な評価を下す際に、その論拠として、訓練・経験を積み、節制もある検察官は法律家でない法執行官に歯止めを与える可能性がある点と、法律家として検察官は、通常の法執行機関では行なえない裁量に関して、倫理的規制・職務上の懲戒・チェックに服している点を挙げている。⁽²⁾

また、それ以外の手法についても、他の法執行官の活動を抑制するとともに、一つひとつの手続が慎重に手続が行われるようになるためには、検察官が主導的な役割を果たすべきではないかという旨の主張がなされている。例えば、ゴールドストック (Ronald Goldstock) 教授は、犯罪対応に向けた活動において検察官が主導的な役割を担うべき理由として「検察官はおそらく非伝統的な改善策に取り組むことを認められている他者よりも慎重に行動するであろう」という点を挙げる際に、「制度的に、職務質問を遅らせ、さもなければ偏見を縮減させる手法で職務質問を行うことを保障するのは、公判前の評判や偏見に配慮し、職務倫理規範という倫理規程に拘束されている検察官である」と指摘

している。⁽⁷³⁾

(3) 最後に、捜査過程で収集された証拠を吟味しながら事件の全容を把握する過程においても、検察官の専門的な知識や権限は必要だという指摘もなされている。

(二) まず、検察官の専門的な知識や権限の必要性はホワイトカラー犯罪の捜査に関して指摘されている。一般的に、ホワイトカラー犯罪は街頭で発生する典型的な犯罪よりもはるかに事案が複雑で、たいていは長期間にわたって繰り返される一連の行為によって構成されることが常である。また、取引行為（とくに資金の流れや決定のタイミング）を詳細に示した文書や、事件の経過に関する関与者の供述へのアクセスが極めて重要となるが、ホワイトカラー犯罪の関与者が通常の適法な業務という外観を保ちながら、犯罪の存在を示す痕跡を隠蔽していることがしばしばあり、そのような意味でホワイトカラー犯罪は「ある事象に対する法的評価を経て初めて犯罪となるのであり、事件は、発掘されない限り存在しない」のである。⁽⁷⁴⁾ それゆえ、捜査に当たっては、一見したところ違法にはみえない（場合によってはむしろ社会的に望ましくみえる）一連の出来事の中から、適法な行為と違法な行為を識別するために、法律の専門家である知識が必要となるのである。

また、街頭で発生した犯罪事件においても、犯罪を減少させるという刑事司法の目的を達成するためには、関係諸機関が連携し合うことによって根本的に問題に対応する必要があるともいわれている。グレイザー (Elizabeth Glazer) 元検事が指摘するように、とりわけ暴力犯罪への対応に際しては、「連邦にせよ地方にせよ——捜査官がギャングによる事件を完全な形で検察官に『送致』することはまずあり得ない。…ギャングによる事件が証拠または手続上の理由により州が訴追できない単純な謀殺事件から出発することは比較的にあり得ることである」ということから、当該犯罪のあらゆる側面を解明していくためには、事件の全容とインパクトを把握できるよう俯瞰的な視点を持つことが必

要となる。

合衆国ではかつてから、檢察組織内で組織犯罪やホワイトカラー犯罪など事案の複雑な犯罪の捜査に際して警察官と檢察官が協働していく必要性が認識されていた。⁷⁶⁾ だが、一九七〇年代以降に犯罪の規制が刑事司法の目的として強調されるにつれて、広範囲で展開された暴力犯罪などでも檢察官と他の法執行機関が結束・連携したうえで犯罪の規制に向けた活動に取り組むべきだという主張が強まり、実際にも全米のいたるところで犯罪の防止・対応に向けたユニットが結成されるようになっていく。

(二) このような取組のなかで檢察官が果たすべき役割について、例えば一九七〇年代にコロンビア自治区の連邦検事の職に就いていたシルバート (Earl J. Silbert) 元検事は、檢察官が犯罪から地域社会を防衛することに向けた調整者になるべきだと主張している。シルバート元検事は、犯罪の規制は檢察官を含む法執行機関の明白な目的・目標だが、「本質的に異なる手続の要素の不可欠な調整者としての役割を果たそうとすることは、檢察官の責務である。檢察官は警察と協働し、起訴を提起して法廷で主張し、大陪審と捜査を行い、パロール委員会やプロベーション局と接触して処分取消を請求し、量刑段階で情報や勧告を提供している」として、檢察官が捜査―公訴―裁判・量刑―矯正・保護という各手続段階で一定の役割を担っていることから、各機関の調整者という重要な責務を果たし、犯罪の規制に向けて従前よりも包括的な観点・アプローチを調整しうる者は檢察官だけであるとするのである。⁷⁹⁾

また、グレイザー元検事は、暴力犯罪への対応に際して連邦の檢察官が他の法執行機関を調整する地位にふさわしい理由として、次の要因を挙げている。⁸⁰⁾

- ① 檢察官は捜査情報の精巧な「コーディネーター」に資源を費やす必要がない。檢察官は既に一連の捜査機関から捜査情報を受け取っているからである。

② 検察官は機関の党派というフィルターを経ずに捜査情報を吟味している。検察官はときとして対立する機関・管轄を有意に架橋できる立場にある。

③ 検察官は地方のイニシアティブ・戦略において決定的な補完的役割を果たしうるが、検察官はまた、それ自体として犯罪に多大なインパクトを及ぼす包括的な連邦法を強力かつ独自に適用する能力を持っている。

④ 検察官は犯罪件数の長期的な減少を維持するメカニズムを考案するために連邦の諸機関（そして場合によっては連邦と地方の機関）を招集する際に中立的な議長となり得る。検察官は中立的な視点と法的メカニズムに関する知識を持っているからである。

ここで取り上げたシルバート元検事やグレイザー元検事の主張の論拠として、まず警察などの法執行機関においては管轄や職分の制約が厳しいという事情が挙げられる。とりわけ、グレイザー元検事は「連邦の法執行機関は犯罪に對するアプローチについて、高度に細分化されている」が、「検察官は、いまだツールと役割を掌握していない場合であつても、連邦・州・地方の機関と同一の組織的分断に従わない街頭における多くの担い手の連関を形成する機会を得ている」という構造的な利点を指摘している。^⑤ただし、シルバート元検事もグレイザー元検事も、それだけをもつて検察官が調整者にふさわしいと言っているわけではなく、検察官が法律の専門家として法を適用する能力を持っていることや検察官が他の機関よりも俯瞰的な視点を持ちやすい傾向にあることをも考慮している。この点に関しては、グレイザー元検事の主張について、検察官が法律の知識を駆使しつつも組織内の利害に縛られることなく俯瞰的かつ中立的な見地から捜査の方向性を判断できる立場にあることが主たる論拠となっている点は注目に値しよう。

- (28) 当時の合衆国の情勢について、有賀貞二大下尚一編「新版 概説アメリカ史」一四八頁以下（有斐閣、一九九〇年）「有賀貞」，サンフォード・H・ケイディッシュ「井上正仁訳」「アメリカ刑事司法の動向」刑法雑誌二四卷一号一頁以下（一九八〇年）、田宮裕「刑事訴訟におけるニュー・プロセスについて」法学セミナー三二二二号一〇頁以下（一九八一年）、同三二二二号一〇頁以下（一九八一年）参照。
- (29) *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).
- (30) このような運動は概ね非暴力的な形態をとっていたが、ときには暴力的色彩を帯びる活動も繰り広げられた。とくに、ロサンジェルスの人街・ウォッツ地区で発生した「ウォッツ暴動」は、死者三四名・負傷者一〇〇〇人・被逮捕者四〇〇〇人・被害総額四〇〇〇万ドルという歴史上最も悲惨な結果をもたらした。一般民衆にも強い衝撃を与えたものであった。ケイディッシュ・前掲注(28)・二頁以下参照。
- (31) *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).
- (32) *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).
- (33) *Escobeto v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964) ; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).
- (34) ケイディッシュ・前掲注(28)・一六頁参照。
- (35) *Bennett L. Gershan, The New Prosecutors*, 53 U. PITT. L. REV. 393, 395 (1992).
- (36) See *ADLER ET AL.*, *supra* note 18, at 245.
- (37) See *Little*, *supra* note 12, at 737. See also *Gershan*, *supra* note 35, at 395-96.
- (38) NATIONAL ADVISORY COMMITTEE ON GOAL AND ADMINISTRATION OF CRIMINAL JUSTICE, COURTS, Standard 12.8.
- (39) *Id.* Standard 12.8, comment, at 245-46.
- (40) *State ex rel. McKittrick v. Graves*, 346 Mo. 990, 144 S.W.2d 91, 98 (1940).
- (41) ABA Standards for Criminal Justice, Standard 3-3.1, at 48-49.

- (42) NDAA National Prosecution Standards (2nd ed.) , Standard 39.1-39.2, comment, at 120-21.
- (43) NDAA National Prosecution Standards (3rd ed.) , Standard 3-1.1, comment, at 45.
- (44) なお、俄谷元検事はニューヨーク・カウンティ検察庁の実務について、軽罪事件や一般の重罪事件のように警察が逮捕してアレイメントまで送致する事件で検事が当初から捜査に関与することはないとする一方で、被疑者の逮捕の後に大陪審の審理が行われる事件の捜査については、①大陪審や重要証人の抑留制度の運用がその中核となり、その運用が検事によって行われること、②事案が重要であることから特別に扱われ、その事件では検事が当初から捜査に関与しているという。俄谷・前掲注(22)・四二頁以下。
- (45) ホワイトカラー犯罪の特質について、さしあたり加藤久雄＝瀬川晃(編)『刑事政策』三二二頁(青林書院、一九九八年)ほか参照。
- (46) See Ronald Goldstock, *The Prosecutor as Problem-Solver*, 7(3) *Criminal Justice* 3, 3 (1992).
- (47) 大陪審の捜査権限について、白井論「刑事訴訟における市民参加の現代的意義と問題点—大陪審制度・検察審査会制度の再検討」法学〔東北大学〕七三巻二号二二〇頁以下(二〇〇九年)参照。
- (48) See WAYNE R. LAFAYE, JEROLD H. ISRAEL & NANCY J. KING, *CRIMINAL PROCEDURE* 405-06 (3rd ed., 2000).
- (49) THE ADMINISTRATIVE OFFICE OF THE UNITED STATES COURTS, *THE HANDBOOK FOR FEDERAL GRAND JURORS* 5 <available at <http://www.uscourts.gov/jury/grandhandbook.pdf>>.
- (50) Richman, *supra* note 21, at 779.
- (51) See *Id.* at 780.
- (52) 一九七〇年に制定された「組織犯罪規制法 (Organized Crime Control Act of 1970)」では、供述から得られた証拠に基づいて供述者の刑事責任を追及しないという、いわゆる「使用免責」を付与して証言または他の情報の提供を強制する制度につき法整備を行うなか、同法二〇一条 a 項で次のように規定している。
- 連邦地方裁判所は、管轄内の連邦裁判所又は大陪審の面前で、若しくはそれに付随して行われる手続で証言又は

他の情報を提供するために召喚されている若しくは召喚されようとしている個人について…当該管轄の連邦検事の請求に基づき、自己負罪拒否特権を用いて提供を拒否している証言又は他の情報を提供することを当該個人に要求する命令を発するものとす。

- Organized Crime Control Act of 1970, Pub. L. No.91-452, title II, § 201 (a), 84 Stat. 927, 18 U.S.C. § 6003 (a) (1970).
- (23) Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968, Pub. L. No.90-351, 82 Stat. 21, 218 U.S.C. §§ 2510-20 (1968). See also Little, *supra* note 12, at 735-36; Richman, *supra* note 21, at 781.
- (24) 18 U.S.C. § 2516 (1).
- (25) 18 U.S.C. § 2516 (2).
- (26) See LAFAYE ET AL., *supra* note 48, at 261.
- (27) U.S. Constitution, Amendment IV. 条文の邦訳は次のとおりである。
- 不合理な搜索及び押収または抑留に対し、身体、家屋、書類及び所有物の安全を保障されるという人民の権利は侵害されてはならない。令状は、宣誓または確約によって根拠つけられた、相当な理由に基づいてのみ発せられるべきであり、かつ、搜索されるべき場所及び抑留されるべき人または押収されるべき物件を特定して明示してあるものとならなければならない。
- なお、カッツ事件判決では、あらゆる電子機器による盗聴が合衆国憲法第四修正の禁止の対象に含まれる旨の判断がなされている。Katz v. United States, 389 U.S. 247 (1967).
- (28) See U.S. Department of Justice, United States Attorneys' Manual, USAM 9-7.100.
- (29) See LAFAYE ET AL., *supra* note 48, at 277.
- (30) United States v. Giordano, 416 U.S. 505, 515-16 (1974).
- (31) Electronic Communications Privacy Acts of 1986, Pub. L. No.99-508, 100 Stat. 1848, 18 U.S.C. § 2516 (3) (1986). なお、「電気通信プライバシー法」では「政府の代理人」の範囲については、連邦刑事手続規則五四条（現行では一条に組み入れ

- らせいふる」に準拠する形を採いしる。 Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 1(b) (1).
- (62) NATIONAL ADVISORY COMMITTEE ON GOAL AND ADMINISTRATION OF CRIMINAL JUSTICE, *supra* note 38, Standard 12.8; NDAA National Prosecution Standards (2nd ed.), Standard 40.1-40.3; NDAA National Prosecution Standards (3rd ed.), Standard 3-2.1 & 3-2.2.
- (63) NATIONAL ADVISORY COMMITTEE ON GOAL AND ADMINISTRATION OF CRIMINAL JUSTICE, *supra* note 38, Standard 12.8, comment, at 245-46.
- (64) NDAA National Prosecution Standards (2nd ed.), comment, at 122.
- (65) Goldstock, *supra* note 46, at 3. 他は「リッチマン教授も「連邦の捜査機関の職務遂行に際しては、意図的に、彼らが法律家」に依存するものに轉染せしむる」と指摘している。 Richman, *supra* note 21, at 784.
- (66) NEUBAUER, *supra* note 17, at 120.
- (67) ABA Model Code of Professional Responsibility, EC7-13.
- (68) ABA Standards for Criminal Justice, Standard 3-3.1 (b) - (g); NDAA National Prosecution Standards (3rd ed.), Standard 3-1.2 & 3-1.4.
- (69) この点において、ノイバウアー教授は「警察官は主に被疑者を発見し、逮捕することを任務とする。検察官は主に有罪判決の獲得に関心を持っている。警察官にとっては、犯罪現場が最も重要である。検察官にとっては、法廷が最も重要である」と指摘している。 NEUBAUER, *supra* note 17, at 120.
- (70) United States v. Guerrerio, 675 F. Supp. 1430, 1435 (S.D.N.Y. 1987).
- (71) Roberta K. Flowers, *The Code of their Own: Updating the Ethic Code to Include the Non-adversarial Role of Federal Prosecutors*, 37 B.C. L. REV. 923, 936-37 (1996).
- (72) Little, *supra* note 12, at 729.
- (73) Goldstock, *supra* note 46, at 9.

- (74) See Peter J. Henning, *Testing the Limits of Investigating and Prosecuting White Collar Crime*, 54 U. PITT. L. REV. 405, 406 (1993).
- (75) See *Id.* at 406.
- (76) 佐藤・前掲注(一)・一二七頁参照。
- (77) Elizabeth Glazer, *Thinking Strategically: How Federal Prosecutors Can Reduce Violent Crime*, 26 *FORDHAM URB. L. J.* 573, 582 (1999).
- (78) See Goldstock, *supra* note 46, at 3.
- (79) Earl J. Silbert, *The Role of the Prosecutor in the Process of Criminal Justice*, 63 *A. B. A. J.* 1717, 1720 (1977).
- (80) Glazer, *supra* note 77, at 595.
- (81) *Id.* at 585.

4 小括

本章で概観したように、合衆国の検察官は伝統的に、公判段階で訴追側の主張を熱情的に推し進める「公訴官」としての地位を役割の中軸に据え、初期の段階から積極的に捜査へ乗り出すことは想定されなかった。しかし、二〇世紀に入ってから社会的・経済的な変化、及び合衆国の刑事司法における適正手続原理の徹底化に伴い、被疑者などの人権を保障しながら犯罪事件の真相を解明することを通じて、犯罪のさらなる激発を食い止めようとしたことから、法執行に責任を持つ官憲でありながら「法律家」の地位をも兼ね備えている検察官が捜査手続へ関与する必要性が認識されるようになり、とくに近年では、薬物事犯やホワイトカラー犯罪などといった事案の複雑な犯罪にとどまらず、

あらゆる犯罪領域の捜査において検察官が主導的な役割を担うようになってきている。ただし、検察官が捜査段階で主導的な役割を期待されるようになった要因としては、検察官があらゆる手続段階において他の関与者と接触できる地位にあることや「法律の専門家」として各捜査手続において法律の知識を駆使することができることのほかに、職務倫理の規律に服する一介の「法律家」として、捜査手続にかかわる目先の利害にとらわれることなく俯瞰的かつ中立的に権限を行使することが期待されていることをも考慮されていたという点は強調に値しよう。

ただし、検察官が捜査段階においても活動の幅を広げてきている現状に対しては、そのような「捜査官」の役割が伝統的に検察官の役割の中核とされてきた「公訴官」の役割と調和しうるかという問題が生じうる。次章でみるとおり、ABAでは近年、検察官が積極的に捜査へ乗り出すようになってきているにも拘らず、従来の職務倫理規程では捜査段階における検察官の活動の在り方にあまり言及してこなかったという認識を踏まえ、検察捜査に特化した基準を新たに作成しているが、ここでは検察官を「正義の追求」を主たる責務とする「一般民衆の代理人」と捉える従来の職務倫理規程の考えを踏襲しながら、様々な捜査手続における検察官の関与の在り方を具体的かつ詳細に規定している。以下では、ABAが作成した検察捜査に関する基準の根底にある基本理念を概観しながら、検察官の「捜査官」の役割と「公訴官」の役割との関係をさらに検討していくことにしたい。

二 合衆国における検察官の「捜査官」の役割と「公訴官」の役割

1 合衆国における捜査手続の構造と検察官の役割

1 (1) 伝統的に合衆国の刑事公判手続では、当事者主義 (adversary system) が基本的な原理・原則のひとつとされてきた。当事者主義は、訴追側 (検察官) と弁護側 (被告人・弁護人) という両当事者がそれぞれ公判手続において事実や法に関する主張・考えを中立的かつ受動的な事実認定者 (裁判官及び陪審) に提出することによって紛争を解決することを旨とする原則であり、両当事者は互いに対等な担い手として行動することを期待されており、とりわけ訴追側当事者の有罪立証に対して防禦を強制され、権限・能力のうえでも圧倒的劣位に立つ被告人に対しては——個人の自律・実効的な弁護を受ける権利・法の下の平等、陪審による裁判を受ける権利、証人を召喚したり対質したりする権利、自己負罪拒否特権・合理的疑いを超える程度の有罪立証を訴追側に求める権利などといった——個人の尊厳と適正手続上の権利が保障されることになる。それゆえ、当事者主義は「正義が個人の尊厳に対する尊重と理由に基づく啓蒙された自治能力に基づく法の支配を根拠とする」という概念の認識⁽⁸²⁾に根拠づけられた法律は、そのような法律を通じて個人の尊厳が達成・保障されるがゆえに、正義の実現を可能とする⁽⁸³⁾という考えの下で、「個人の人權を中核に置く自由社会を維持することを本質的な機能」とするものと捉えられているが、他方では、「両当事者が説得的に主張を突き合わせることによって真実が最もよく発見される」という考えによっても成り立っているのである⁽⁸⁴⁾。

(2) しかし他方、合衆国では、当事者主義が刑事手続の基本的な原理・原則のひとつである点に疑いを差し挟む余地がないとしても、それは「正式の刑事手続が開始される」段階に入ってからのものであり、それ以前の段階で行われ

る捜査手続に当事者主義が適用されることはないと考えられている。⁽⁸⁶⁾ このことは連邦最高裁においても支持されており、例えば合衆国憲法第六修正で規定される弁護士選任権が被告人に保障されるようになる時期を論じる際に、起訴後に弁護人のいないところで秘密裡に取調べを行うことは「刑事訴訟の公正と犯罪で起訴された者の基本的な権利という基礎的な規定に違反する」として、第六修正の弁護士選任権が起訴後の段階で被告人に保障される点を宣言する一方で、捜査段階においては、警察による取調べの段階で第六修正の弁護士選任権が被疑者に保障されることによつて「多くの場合で「警察の」事実を発見する能力を阻害する」として、当事者主義が適用されない旨を判断している。⁽⁸⁹⁾ これら一連の判断のなかでも、スチュワート判事 (Stewart, J.) は、カーギー (Kirby v. Illinois) 事件で第六修正の弁護士選任権が保障される範囲が「刑事訴追」に限定される旨を述べる際、その理由を次のように述べている。⁽⁹²⁾

裁判所における刑事手続の開始は決して形式主義的ではない。それは対審的な刑事司法制度全体の出発点である。なぜならば、そのときからようやく、政府は訴追に傾注し、政府と被告人の相対立する地位が定着するからである。

また、オコナー判事 (O'Connor, J.) もモラン (Moran v. Burbine) 事件で、「第六修正は『正式な起訴や予備審問・正式起訴・通告起訴・アレインメントのいかなる形式を採つて』訴追が開始されていても、代理人と顧客の關係の廉潔性を保護するものであるから、弁護士と被疑者・被告人とのやり取りに対して干渉を受けない権利は弁護士と被疑者・被告人との關係が構築されたとき、少なくとも身体拘束中の取調べを受けているときに発生する」という旨の弁護士側主張に反論する際、第六修正における弁護士選任権を次のように説明している。⁽⁹⁴⁾

第六修正の意図された機能は、代理人と顧客の關係を保護用のマントで覆い隠すところはないということ、率直に話したことの帰結から被疑者を保護するところのないことと同様である。むしろその目的は、あらゆる

「刑事訴追」において、被疑者・被告人が「組織化された社会の訴追権力」に直面したときに孤立しないようにするところにある。本質的に、第六修正は政府の役割が捜査から告発へと変容したときにはじめて適用されるようになる。なぜならば、そのときになってこそ、訴追側主張が「有意義な対審型の吟味」にさらされるようになるために「複雑な…法」を熟知している者の援助が必要となるからである。

こうして、一連の最高裁判例は、第六修正で保障される弁護人選任権は「組織化された社会の訴追権力」と直面したときに被告人が孤立無援の状態に陥らないようにするとともに、被告人側の独自の観点をも含めて訴追側主張を有意に吟味できるようにするために保障されるものであるから、その権利は「刑事訴追」が開始されたとき、すなわち「政府の役割が捜査から告発へと変容したときにはじめて適用されるようになる」と解している。そして、それとは逆に、政府の役割が訴追ではなく捜査にとどまっている場合には、訴追側主張に対する対審型の吟味を保障するよりも、むしろ事案の真相解明の方を優先しているのである。

(3) さらに、論者のなかには、捜査段階においては当事者主義が適用されないという考えを踏まえたうえで、捜査段階における検察官の役割を考察しようとする者もいる。

(二) 例えば、フラワーズ教授は、当事者主義に基づいた刑事手続を構成する要素として①相対立する当事者・②熱情的な代理人・③中立的な判断者の三つを挙げつつ、大要、以下のように述べることで、捜査段階では当事者主義が適用されないことを確認する。⁸⁵

まず、当事者主義の第一の基礎的前提は、少なくとも二人の当事者が互いに反目しあう論争に関与していることである。各当事者は事実に関する自己の見解が正当であると考え、彼らの見解を調整することはできないことが前提となり、このことにより、対審制度が機能するようにすべく、個人に対しては、「どちら側につくかを選ぶ」こと、すな

わちひとつの見解を探ることが要請される。だが、捜査開始の時点で、必ずしも訴追される者が明確になっているわけではない。検察官はどちらの側も擁護する立場にない。政府は「訴追に傾注して」いないからである。捜査が完遂する前に「どちらの側につくかを選ぶ」ことは時期尚早であり、政府にとっても無辜の被疑者にとっても否定的な影響を及ぼす。

また、当事者主義によると、各当事者は、自己の考えが正しいと確信したうえで、最終的に自己の主張を判断者に提示する責任を負い、各当事者は——自分で、あるいは法的代理を受けて——「自己の主張を前面に押し出」そうとする。そして、判断者は——裁判官であれ陪審であれ——中立的であることを前提とし、自分で証拠を収集・提示することなく、もっぱら当事者が選択・提示した証拠に基づいて判断することを求められている。だが、捜査手続において、両当事者も受動的な判断者も存在しない。それゆえに検察官はたいてい、公訴を提起するか否かを判断すべく、事実や法を判断しようとする役割を担っている。捜査が完遂する前に、検察官が一方当事者を代理することを尚早に義務づけられて対審手続に巻き込まれるはずはない。

かくしてここでは、事件の捜査段階で当事者主義を適用することによって、検察官が党派的な論争の当事者として、犯罪や犯罪者が訴追に値するか否かを考慮することなく起訴・訴追するようになるとともに、真実の発見よりも「闘争」の公正が重視される結果として、犯罪または犯罪者を識別するために必要な情報の収集が困難になってしまおうという点で、「真相の究明」が危殆化されてしまうことを懸念しているのであるが、⁹⁶ フラワーズ教授はその対案として、「真相の究明」が主要な目的となる捜査手続に関与している検察官に対して「中立的な事実認定者」の役割を求めている。すなわち、「捜査段階における検察官は対審手続のメンバーとは根本的に異なる役割を果たさなければならない。当事者制度やその防御手段が明確化されない捜査段階において、検察官は準司法官的役割を果たさなければならない。

捜査段階における検察官は、一方当事者の代理人としてではなく中立的な事実認定者の役割を果たしているのである⁽⁹⁷⁾。フラワーズ教授はこのように述べて、検察官には、①捜査段階において提案された法執行官の行動に対して法を適用すること、②提案された手法が適法であるのか、収集された証拠に証拠能力が付与されるかを判断すること、③市民の権利の保護を援助すること、④「正義の召使 (minister of justice)」として、証拠を収集する際に手続における他者の権利をも擁護すること、⑤どのような事件で誰について捜査するかを決定するための裁量を行使する際に、公衆の関心を中立的に評価すること、⑥事実認定者として、収集した証拠を中立的に吟味することが義務づけられているとするのである⁽⁹⁸⁾。

(二) フラワーズ教授が述べるような、検察官は当事者主義を適用しえない場合に中立的な見地に立つて権限を行使すべきだという見解は他の論者によっても主張されている。例えば、フィッシャー (Stanley Z. Fisher) 教授は、検察官が本来的に有している「準司法官」の役割と「熱情的な代理人」の役割との関係について、「合理的に実効性を持つ対審制度の防御手段によって特徴づけられた状況では、熱情的な代理人の役割が最も適切である。これらの防御手段が欠如している場合は、準司法官の義務が重要なものとなる」と理解し、ザカライアス (Fred C. Zacharias) 教授も、ほぼ同様に、刑事手続において検察官は社会の利益を熱情的に擁護することを基本的に要請されているとしながらも、当事者主義を貫くことによつて裁判の公正が確保できない場合には、「準司法官」として手続の破綻を抑制すべきだとしている⁽⁹⁹⁾。このような見地に立つとするならば、当事者主義が適用されない捜査段階では、熱情的に有罪判決を獲得することに執心することなく、「準司法官」として被疑者の権利・利益をも保護することが検察官に求められることとなる。事実、ザカライアス教授においては、「起訴・答弁取引・量刑段階において、正義を実現せよという規定の核心は明確である」としたうえで、検察官は中立的な観点から有罪判決を得られる見込みを予測し、有罪であると心から

思料した者のみを訴追するように裁量を行使すべきであると主張しているのである。⁽⁸⁾

(三) もっとも、これらの見解に対しては、果たして捜査段階における検察官は——「司法官」と同じような——中立的見地をつねに維持できるかという疑問が生じうる。実際に、フィッシャー教授は、当事者主義に則って被告人に主体的な防禦が与えられていない状況下で検察官に中立的な権限行使を求めながらも、捜査段階における検察官の権限行使については次のように指摘している。すなわち、「公判前（または起訴前）における検察官の役割がもつばら準司法官的であると考えるべきでない。例えば、逮捕令状の申請を根拠づける相当な理由が存在するか否かの判断は中立性が求められている。だが、供述調書に記載すべき情報に関する判断は戦略的な弁論を要求するかもしれない。同様に、潜在的被疑者を捜査するか否か、どのように捜査するか、相当な理由の判断の際にどの証拠を提出するか、どの被告人をどの犯罪で起訴するかという判断について、検察官は代理人としての義務を無視することができない」と。⁽⁹⁾確かに、被疑者の身体を拘束したり、物証を収集したりする処分は、それ自体として被疑者や参考人など市民に対して不利益な効果をもたらし、ひいては（収集された証拠の許容性・信用性次第で）有罪判決につながる可能性を伴うものである。すなわち、捜査手続に関与している検察官は「代理人」の立場をもつて有罪判決の獲得に向けた活動の一翼を担っているといえるわけであり、その点を考えるならば、「司法官」のようにまったく中立的な見地から権限を行使しているとはいえないように思われるかもしれない。

(8) See, e.g., JOSHUA DRESSLER, UNDERSTANDING CRIMINAL PROCEDURE 32 (3rd. 2002) ; MONROE H. FREDMAN & ABBE SMITH, UNDERSTANDING LAWYERS' ETHICS 13 (3rd ed. 2004).

- (83) ABA Model Code of Professional Responsibility, Preamble.
- (84) FREDMAN & SMITH, *supra* note 82, at 13.
- (85) See, e.g., Lord Eldon in Kaufman, *Does the Judge Have a Right to Qualified Counsel?*, 61 A.B.A.J. 569, 569(1975); United States v. Cronin, 466 U.S. 648, 655 (1984); DRESSLER, *supra* note 82, at 33; FRANK SCHMALLLEGGER, CRIMINAL JUSTICE TODAY: AN INTRODUCTORY TEXT FOR THE 21ST CENTURY 381 (2007).
- (86) See Flowers, *supra* note 71, at 947-52. なお、わが国においても「当事者」という概念は公訴提起後の概念であり、公判審理の準備段階である捜査手続に当事者主義がそのまま適用されるわけではないという点は多くの論者によって認識されている。例えば、團藤重光『新刑事訴訟法綱要〔第七版〕』九〇頁（創文社、一九六七年）、平野龍一『刑事訴訟法』四頁以下（有斐閣、一九五八年）、渥美東洋『全訂刑事訴訟法』一一頁以下（有斐閣、二〇〇六年）ほか参照。
- (87) U.S. Constitution, Amendment VI. 条文の邦訳は次のとおりである〔傍線は白井〕。
 すべての刑事上の訴追において、被告人は、犯罪が行われた州及び地区の公平な陪審によって行われる迅速な公開裁判を受け、かつ事件の性質と原因について告知を受ける権利、自己に不利益な証人との対質を求める権利、強制的手続により自己に有利な証人を得る権利、並びに自己の防禦のために弁護人の援助を受ける権利を有する。
- (88) *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201, 205 (1964).
- (89) なお、起訴後の段階で第六修正の弁護人選任権が保障される旨を述べた判例として、*Spano v. New York*, 360 U.S. 315 (1959).
- (90) *Cicenia v. LaGay*, 357 U.S. 504, 509 (1958).
- (91) なお、起訴前の段階で第六修正の弁護人選任権が保障されない旨を述べた判例として、例えばカービー事件判決では、公訴提起の六週間前に弁護人のいないところで行われた面通しは第六修正の弁護人選任権を侵害していない旨を判じている。Kirby v. Illinois, 406 U.S. 682 (1991). また、モラン事件も、別件（窃盗事件）の取調べでミランダ警告を受けた後に、

取調べの事実を弁護人に知らせず、被告人にも弁護人の存在を告げないまま行われた本件（謀殺事件）の取調べは第六修正の弁護人選任権を侵害している」としている。Moran v. Burbine, 475 U.S. 412 (1986).

- (82) Kirby v. Illinois, 406 U.S. at 689.
- (83) See Moran v. Burbine, 475 U.S. at 428-29.
- (84) *Id.* at 430.
- (85) Flowers, *supra* note 71, at 940-42.
- (86) *Id.* at 943-47.
- (87) *Id.* at 934.
- (88) *Id.* at 937-39.
- (89) Stanley Z. Fisher, *In Search of the Virtuous Prosecutor: A Conceptual Framework*, 15 AM. J. CRIM. L. 197, 226 (1988).
- (90) Fred C. Zacharias, *Structuring the Ethics of Prosecutorial Trial Practice: Can Prosecutors Do Justice?*, 44 VAND. L. REV. 45, 110 (1992).
- (91) *Id.* at 50 & n.19.
- (92) Fisher, *supra* note 99, at 225.

2 『検察捜査に関するABA刑事司法基準』の制定と検察官の役割

1) しかしそれでも、ABAが二〇〇八年に起草した『検察捜査に関するABA刑事司法基準 (ABA Standards for Criminal Justice: Prosecutorial Investigation)』[以下、『ABA検察捜査基準』]では、捜査段階においても検察官は

——公訴以降の段階と同様に——「一般民衆の代理人」として、有罪方向にも無罪方向にも偏ることなく中立的に捜査権限を行使すべきだとしている。この基準は、職務上の懲戒の根拠とすることや、被疑者・被告人または有罪確定者の実体的・手続的権利を創造すること、あるいは賠償責任に関する基準や証拠排除・手続打ち切りを申し立てる際の基準となりえないとはいえ、⁽¹⁶⁾他方では従来適用されてきた『ABA刑事司法基準』を補完するものとして、法的に義務づけられた捜査の責務を遂行する検察官（犯罪捜査に積極的に関与する検察官や、捜査を行う大陪審のリーガル・アドヴァイザー、通信傍受令状の請求者の役割を果たす者など）の行動指針として活用されることをねらいとしたものである。⁽¹⁷⁾

(2) 『ABA検察捜査基準』が起草されるに至った要因としては、時代の変容に伴い検察官が捜査段階でも積極的な役割を果たすようになった一方で、捜査段階における検察官の行動を倫理的に規律するだけのガイドラインが明確な形で行われていなかったという点を挙げることができる。『ABA検察捜査基準に関する特別調査班(ABA's Task Force on Prosecutorial Investigative Standards)』のメンバーとして基準の作成に当たったポーブ(Peter B. Pope)検事は、検察官が持つ捜査権限の影響力とそれに対する職務倫理規定の問題点を次のように理解する。⁽¹⁸⁾

捜査を規律するルールが複雑になればなるほど、検察官は捜査手続で重要な役割を担うようになっていく。また、刑事司法にかかわる者であれば誰もが知っているように、犯罪捜査の存在そのものが破壊をもたらしてしまうものである。犯罪捜査は評価を傷つけ、経歴を破壊し、ビジネスを機能不全とし、家族との隔離をもたらす、健康に損害を与える。これらはすべて犯罪で起訴される前にもたらされるものである。そしてたとえ捜査が憲法や手続法を遵守してなされたとしても、これらはすべて発生する。多数の事件が示すように、不適切な捜査によって犯罪者が逮捕されたり有罪になったりしなくなってしまう。

そうであるにも拘らず、検察官がよりよい実務を行い、弁護人が過誤を指摘しようとし、裁判官が限界を設定しようとすることを望んでいたとしても、参照すべきところは極めて限られている。倫理規定は公訴が提起された後に発生することに限定されている。ここでは、「検察官は正義の召使である」というありふれた考えが想起されるかもしれないが、それは捜査段階において職業的・倫理的になすべき行動について具体的な支援を殆ど与えていない。

このように、ABA刑事司法部は——先挙げたジャクソン判事の演説と同様に——検察官が掌握している捜査権限が本来的に一般民衆の様々な利益を侵害しうる、いわば強制的な性質を持っている一方で、それを用いて無辜の者が捜査・訴追の対象とならないように配慮する義務を検察官に課そうとしているのであるが、『ABA検察捜査基準』では「検察官の捜査に関する役割・責務・潜在的責任は、法廷における代理人としての役割・責務とは異なっている」としながらも、次のような基本原理を規定することにより、当事者主義の理念が適用されない捜査段階においても、検察官は「正義の追求」を主たる責務とする「一般民衆の代理人」として、有責の者の有罪判決を獲得・維持し、訴追を正当化できるだけの、法的に許容される証拠を顕出しながら、無辜の者が訴追されることのないように配慮する義務をも負うとしているのである。⁽¹⁰⁾

● ABA 検察捜査基準

Standard 1.2 「一般原理」

(a) 個々の検察官は、独立した機関ではなく、正義の追求を主たる責務とする独立的な組織のメンバーである。

(b) 検察官の顧客は、特定の政府機関や被害者ではなく、一般民衆である。

(c) 犯罪捜査は、次に掲げることを目的とする。

(1) 検察官が起訴を提起するか、提起するとしてどのような事実を提起するかについて公正かつ客観的な決定を行い、無辜の者を訴追から保護できるようにすべく、十分な事実の情報を顕出すること

(2) 有責の者の有罪判決を獲得・維持し、訴追を正当化できるだけの、法的に許容される証拠を顕出する

● A-10 こと

(d) 検察官は、以下に掲げることを行なうべきである。

(1) 犯罪捜査が有罪・無罪に関する早まった (premature) 信念・結論ではなく、事実によって方向づけられていることを保障すること

(2) 犯罪捜査が党派的、あるいは他の不適切な政治的・個人的要因に基づいていないことを保証し、また人種、民族的特徴、宗教、性、性的嗜好、政治的信念、年齢または社会的・経済的境遇を根拠に、人々に対して不快を感じさせるほどに差別し、または誤って有利に扱わないことを保証すること

(3) 調査が公益に適っているかどうか、そして、犯罪捜査が対象者・標的・証人に及ぼすインパクトはどのようなものを考慮すること

(4) 殆どの場合において、犯罪捜査の秘密と機密性を維持しようとする事

(e) 一般的に、犯罪捜査を行う検察官は、当該捜査から生じた問題を訴追する判断について、唯一の決定者となるべきではない。

(f) 検察官は、捜査段階における検察官の行動に関する現行の倫理規程など法的基準を認識し、それらを遵守すべきである。

(g) 検察官は、法律で許容され、捜査や刑事司法の他の目的と抵触しない場合に、当該当局が正統な関心を
持つ事柄について他の政府機関と協働すべきである。

(h) 検事局は、メンバーの捜査活動を方向づける組織体制を提供すべきである。

2(1) 合衆国では伝統的に、(a)項で掲げられている「正義を追求する」義務は、検察官に特有の職責を示す常套句として援用されてきた。例えば、連邦最高裁では、サザーランド判事 (Sutherland, J.) がバーガー (Berger v. United States) 事件判決のなかで、合衆国の検察官は「主権 (sovereignty) の代表者」として「犯罪者を逃さず、無辜を苦しめない」という「正義が実現される」ように配慮しなければならないことを宣言しており、職務倫理規程でも、バーガー事件判決と同様に、検察官には「正義を追求する」義務が課されているという旨が規定されているのである。⁽¹⁰⁾

また、『ABA 検察捜査基準』に関しても、このような義務が捜査段階でも当てはまるとしていることについて、当時 ABA 刑事司法部を主宰していたザルツバーグ (Stephen A. Saltzburg) 教授は、無辜の者が誤って有罪判決を受けるといふ不正義を回避し、司法が平等かつ公正に運営されるよう、捜査段階においても検察官が独自に責任をもって手続に関与する必要がある旨を説明している。すなわち、ザルツバーグ教授は基準の原案を ABA 上院 (ABA House of Delegates) に提出する際に、基準の趣旨のなかで「究極的に当基準は、『正義が実現される』ことに配慮するところ、刑事司法手続における検察官の唯一の役割に関するサザーランド判事の主張を補強する基準を展開しようとする ABA の努力を促進することをねらいとしている。この努力は、ABA が以前から無辜の者の有罪判決を回避・是正する義務を補強してきたことに反映されている。当基準はこの努力を補強するであろう。これらの新しい基準によつ

て、A B Aは、犯罪捜査における司法の平等・公正な運営に対する自己の独立・責任を明確化するように検察官を支援・奨励する点で、重要な役割を果たしうるであろう」と述べている。⁽¹¹⁾この点に関しては、とりわけ「顧客——つまり一般民衆——は民事事件の顧客とは異なっている。一般民衆は単一の意見を述べることができなければ、それを法律家に命じることもできない」という考えに従い、⁽¹²⁾検察官を「一般民衆」という顧客を擁する法律家と捉えることをもって、その権限行使が特定の政府機関や被害者の利益の方向へ偏らないように警告を与えているのである。(b)項。

(2) さらに、『A B A 検察捜査基準』では、捜査権限を行使する際の指針となる包括的な原理・原則に加えて、個々の捜査手続において検察官が考慮すべき要因を詳細に挙げているが、そのなかでも、あらゆる捜査手続を貫く最も重要な原理・原則としては、以下の点を挙げている。

(一) 第一に、(c)項で掲げられているように、検察官は有責の者の有罪判決を獲得・維持し、訴追を正当化できるだけの、法的に許容される証拠を発見する一方で、起訴を提起するか、提起するとしてどのような事実を提起するかについて公正かつ客観的な決定を行い、無辜の者を訴追から保護できるように配慮する義務を負っているとされる。

この点に関して、A B A 刑事司法部は「捜査の過程で検察官は事実を完全に独立した見地から事実を吟味する」義務を重要視している。⁽¹³⁾もとより、検察官は捜査に当たって党派のないしは他の不適切な政治的・個人的要因に基づいて権限を行使したり、また「人種、民族的特徴、宗教、性、性的嗜好、政治的信念、年齢または社会的・経済的境遇」を根拠として不当に対象者を差別したりしてはならないという、(d)項(2)号で挙げられている原則は、かつてから繰り返し強調されてきたものであるが、『A B A 検察捜査基準』はそれを超えて、⁽¹⁴⁾検察官が初期段階から予断・偏見を抱くことにより、偏った捜査活動が展開されることを警戒している。事実、ポーブ検事は「捜査を遂行する際に発生する最も大きな捜査を遂行する際に発生する最も大きな危険のひとつに、自分の活動に陶醉する傾向がある点を挙げる

ことができる。…科学者が自分の仮説の正しさを確信しすぎて調査結果を誤ってしまふことがあり得るように、検察官も自分が真実と信じることに早くからとらわれてしまい、それに合致しない事実を排除することがあり得る。継続的に再検討しないことや、自分の仕事をチェックあるいは再チェックする規律の欠如は多大な不正義をもたらす」という⁽¹⁰⁾。もつとも、それ以前より、捜査官や検察官が捜査・訴追の過程で「こいつが犯人だ」と尚早に確信する結果として、その確信を裏付けられる証拠ばかりが収集されることになり、他方でそれとは相反する結論を導出しうる証拠の収集がおろそかにされやすいということは、二〇〇二年に取りまとめられたイリノイ州の『死刑に関する州知事委員会報告書 (Report of Governor's Commission on Capital Punishment)』をはじめとして、折に触れて問題視されているところであるが、『A B A 検察捜査基準』でも、その弊害によって誤判・冤罪が生じてしまふことを回避すべく、検察官はつねに職業上懐疑的でなければならぬとしたり⁽¹¹⁾、例えば被害者・目撃者・標的に関して、事実の進展に伴い、「被害者」が加害者であることが突然明らかになったり、「標的」が本当は証人や被害者、あるいはまったく関係のない者であることが明らかになったりするかもしれないことを想起するよう検察官に命じているのである⁽¹²⁾。

(二) 第二に、検察官は当該事件で個々の捜査手段を採るべきか否かを判断する際に、当該捜査手段を採用すること
 で人々にもたらされる付随的な害悪にも考慮を致したうえで、必要性に照らして適切な捜査手法を用いるべきだとされている。これは、①公訴が提起されるべきか否かを判断するに十分な事実を発見すること、②無辜を訴追から保護すること、③犯人を有罪にできるだけの許容性ある証拠を発見することといった『A B A 検察捜査基準』で明示された捜査の目的 (c 項) と密接に関連するものである⁽¹³⁾。A B A 刑事司法部の認識によれば、多くの検察官が——例えば被告人をその家族の面前で逮捕する以前に、任意で自首することを認めるように——潜在的に付随的な害悪の査定を行っているのであるが、『A B A 検察捜査基準』では、あらゆる捜査段階において「検察官は捜査が与える付随的害悪

の程度を認識し、それを軽減・除去するように努めなければならない」とするとともに、各捜査段階で存在する意図せぬ害悪を列挙することにより、多くの検察官が直感的に行っている考慮を体系的に示している。¹¹¹ このような基準の下では、例えばおとり捜査の場面において、検察官は当該捜査に当たる警察官の身体に及ぼされる危険、当該捜査が意図せずして犯罪行為を助長する可能性、標的をわなにかける可能性などといったリスクと、当該捜査によって強力な証拠を入手したり、さもなければ解決できない犯罪を解決できたりする可能性などといった利益を検討することになるのである。¹¹²

なお、ABA刑事司法部はとりわけ、個々の捜査手法を採るか否かを判断する際に用いられるべきものとして、「比例性 (proportionality)」の概念を挙げている。これは、「大陪審への召喚令状を発するか否か、搜索令状を請求するか否か、あるいは他の捜査手法を採るかどうかを判断する際に検察官が均衡性に関する良心的な分析を行なうよう、ABAは明確な倫理基準を採用すべきだ」というリトル教授の主張に倣ったものである。¹¹³ リトル教授は、所定の事件でどのような捜査手法を採るかを決定する際に検察官は、(a) 検察組織や捜査機関の要求に従うべき証人にとっての財政上のコスト、(b) 非財政上のコスト (例えばプライバシーや無辜の第三者に与えられうる害悪、暴力的・破壊的害悪の可能性、検察組織に対する信頼や地域社会の存立に対するダメージ、証人の現在の生活への不必要な介入など)、(c) の可能性、捜査手法にもたらされうる利益、(d) その利益が他の手段によってもたらされる可能性といった諸般の要因と、捜査の対象とされる犯罪の重大性や当該手法を用いる緊急の必要性とを良心的に比較衡量しなければならないとしている¹¹⁴ が、『ABA検査捜査基準』の下でも、検察官は所定の捜査手法を採るべきか否かを判断する際に、① 眞実発見に対するリスク (無辜の者がわなにかかること、犯人が証拠を破壊すること)、② 法執行に対するリスク (身体的危険や法的責任)、③ 法的価値に対するリスク (憲法上の権利の侵害)、④ 付随的ダメージというリスク (経済的なダメージと評

価に対するダメージ)を分析しなければならないことになる。⁽¹²⁾

リトル教授によれば、ここでいう「比例性」の概念は合衆国憲法第四修正の規定に従って捜索差押や被疑者の身体拘束の合理性を判断する際に既に重要なものとなっているという。⁽¹³⁾ すなわち、直感的に考えるならば、第四修正の下では、法律の専門家とはいえない通常の警察官であっても、どこを捜索するかとか、何を差し押さえるか、被疑者を逮捕すべきであるかといった問題に対処するに当たって「比例性」の有無を判断することが求められているといえなくもない。しかし、他方でリトル教授は、比例性の概念を中核的な倫理上の概念、すなわちすべての法律家が公職の代表として十分に実務を遂行するための「主要な公民道徳」のひとつとみなすアーロンソン (Mark N. Aronson) 教授の考えや、「客観性」——すなわち「顧客・第三者・法システムの潜在的な行動の影響力を評価するために距離を取る能力」——を「中核的な」倫理上のテーゼとみなすザカライアス教授の考えを引き合いに出しながら、「比例性」が法律家の職務倫理の領域においても重要な概念になっていることを指摘し、⁽¹⁴⁾ 所定の捜査手法を採る際に当該手法の必要性と利益侵害の程度の両方を偏りなく考慮されるために、検察官は「法律家」として、両者を比較衡量したうえで捜査上の判断を下すべきであるという旨を主張している。

また、リトル教授は、捜査手続に関与する検察官を規律する職務倫理として「比例性」の概念を導入することにより、例えば大陪審から文書提出命令が下されることによって有罪立証に不必要な文書までもが押収されたり、犯罪捜査の円滑というメリットに釣り合わない訴追免責や減刑または報酬を与えて共犯者や参考人と取引を行ったり、無辜の第三者の邸宅が捜索の対象になったりすることが抑止されるだろうという旨を述べている。⁽¹⁵⁾ 既に述べたように、これらの場面で用いられる手法は現在の刑事司法において検察官がほぼ排他的に掌握しているか、あるいは圧倒的に支配しているものであり、検察官がそれらの手法を用いるか否かを慎重に判断することによって、無辜の第三者が不当

に害悪を受ける事態は回避されると考えられているのである。

(三) 最後に、A B A 刑事司法部は、予断・偏見に基づいて誤った判断を下したり、不適切な捜査ツールを用いたりすることによってもたらされる弊害を避けるべく、「検察官は一匹狼ではなく、組織と伝統のメンバーである」という点を重視したうえで、必要に応じて捜査の方向性を組織内で協議したり、上司に捜査上の判断を報告して指示・監督を仰いだりするように検察官に命じている。これは、つとにリトル教授が「熟練した検察官が特定の検察官の未熟さや訓練・知識の欠如から生じた行き過ぎを抑制できる。また同様に、当該検察官が特定の事柄に関して近視眼的な熱意を展開しているのであれば、上司の審査が健全な警告——少なくとも競合する懸念の幅広い検討——を与えることができる」という考えから、「検察組織が「一〇人以上の構成員で展開される組織」よりも大規模である場合に：重要な捜査上の判断を行う検察官が回顧的にアドヴァイスや審査を上司に求める義務を負っている」と主張してきたことでもある⁽¹³⁾。

ただし、このような検察組織内でのコントロールに対しては、一九七〇年代半ばにフェルケネス (George T. Felkenes) 教授が行った検察組織の実態調査のなかで指摘されているように、⁽¹⁴⁾ 検察官は実務経験を積み積むほど「正義の追求」という非党派的な目標よりも「有罪判決の獲得」という党派的な目標を追求するようになりやすく、また若手の検察官にとっても、こうした有罪至上主義的心理状態 (conviction psychology) が上司の模倣によってもたらされうるという点には注意する必要がある。事実、リトル教授も「現実的に、殆どの検察組織の運用につきまとう時問と資源の制約と捜査上の判断の恒常的性質のゆえ：たとえあらゆる捜査上の判断の回顧的審査が可能であったとしても、一般的に刑事司法システムにはあらゆる事件を回顧的に審査する余裕がない」ということを考えると「回顧的な監督があらゆる捜査手法に適用されるわけではないことも強調されなければならない」ということに加えて、とく

に検察組織全体が地域社会や競合する視点から隔離されていたりする場合に集団での検討が必ずしも公正な判断をもたらすわけではないとも認識している。⁽¹⁰⁾つまり、逆をいえば、組織内でのコントロールによって判断の公正を確保するためには、地域社会や競合する視点をいかにして確保するかが重要だといえる。

しかしそれでも、リトル教授は、ひとりの検察官が単独で権限を行使することを考えるならば、むしろ上司や同僚からチェックを受ける方が権限濫用のおそれは少ないとしているのであり、またABA刑事司法部も次のように考えられている。「個々の検察官ではなく組織の判断が質のコントロールを保障するメカニズムである。(無視の結果であれ感情移入の結果であれ)誤りはストップされるか是正されるであろう。同様の事案は同様に扱われるであろう。思慮に富んだ政策は重要であるが、それに従って行動する文化はさらに重要である。それは、仲間の協力や強力な上司、上司による正当な許可、実践マニュアルと形式的な訓練がなければ実現できないものである」と。⁽¹¹⁾このことは起訴・不起訴の判断に関してもあてはまるものであり、(e)項では、起訴・不起訴の判断の中立性を担保すべく、当該事件の捜査手続に参与した検察官が他の検察官の関与やチェックを受けずして単独で裁量を行使することを禁止しているのである。

(10) American Bar Association, ABA Standards for Criminal Justice: Prosecutorial Investigation, Standard 1.2(b) (2008)

[hereinafter ABA Prosecutorial Investigation Standards].

(11) *Id.* Preamble.

(12) Peter B. Pope, *Prosecutorial Investigation Standards: Guidance through the Thorny Thicket That Precedes Charging*, 26

(1) CRIMINAL JUSTICE 4, 4 (2011).

- (10) ABA Prosecutorial Investigation Standards, Preamble.
- (17) *Id.* Standard 1.2(a)-(h).
- (8) Berger v. United States, 295 U.S. 85, 88 (1935).
- (9) ABA Model Code of Professional Responsibility, ECR-13; ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 3.8(a); ABA Standards for Criminal Justice, Standard 3-1.2 (c) ; NDAA National prosecution Standard (2nd ed.), Standard 1.1; Standards for Criminal Justice, Standard 3-1.2 (c) ; NDAA National prosecution Standard (2nd ed.), Standard 1.1; NDAA National prosecution Standard (3rd ed.) , Standard 1-1.1.
- (10) Stephen A. Saltzburg, *Report*, in RECOMMENDATION: ADOPTED BY THE HOUSE OF DELEGATES 48 (American Bar Association, Feb. 11, 2008) <available at http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/death_penalty_moratorium/adopt_aba_standards_prosecutorial_investigation_authcheckedam.pdf>.
- (11) See Pope, *supra* note 105, at 9.
- (17) See *Id.* at 5.
- (18) *Id.* at 5.
- (17) THE ILLINOIS GOVERNOR 'S COMMISSION ON CAPITAL PUNISHMENT, REPORT OF THE GOVERNOR 'S COMMISSION ON CAPITAL PUNISHMENT (2002). なお、邦訳として、田中輝和＝高倉新喜訳「死刑に関するトネリコ州知事委員会報告書（二〇〇二年）第二章 警察及び公判前の捜査」東北学統法学六四号二四二頁以下（二〇〇六年）参照。See also, e.g., Randolph N. Jonakait, *The Ethical Prosecutor's Misconduct*, 23 CRIM. L. BULL. 550, 552 (1987) ; Susan A. Bandes, *Loyalty to One's Convictions: The Prosecutors and Tunnel Vision*, 49 HOWARD L. J. 475 (2006) ; Alafair Burke, *Improving Prosecutorial Decision Making: Some Lessons of Cognitive Science*, 47 WM. & MARY L. REV. 1587, 1602-14 (2006) .
- (15) See Pope, *supra* note 105, at 5-6.
- (19) See *Id.* at 6.

- (17) See *Id.* at 6.
- (18) See *Id.* at 6.
- (19) Little, *supra* note 12, at 727.
- (20) See Pope, *supra* note 105, at 6.
- (21) Little, *supra* note 12, at 752.
- (22) See Pope, *supra* note 105, at 6-9.
- (23) U.S. Constitution, Amendment IV.
- (24) Little, *supra* note 12, at 753.
- (25) Mark N. Aaronson, *Be Just One Another: Preliminary Thoughts on Civility, Moral Character, and Professionalism*, 8 ST. THOMAS L. REV. 113, 117 & n.14 (1995).
- (26) Fred C. Zacharias, *Reconciling Professionalism and Client Interests*, 36 WM. & MARY L. REV. 1303, 1307 (1995).
- (27) Little, *supra* note 12, at 753-54.
- (28) *Id.* at 759-60.
- (29) See Pope, *supra* note 105, at 9.
- (30) See Little, *supra* note 12, at 764-65.
- (31) George T. Felkenes, *The Prosecutor: A Look at Reality*, 7 SW. U. L. REV. 98, 111-12 (1975).
- (32) See Little, *supra* note 12, at 764.
- (33) See Pope, *supra* note 105, at 9.

3 小括

合衆国では、検察官の「準司法官」的義務と「公訴官」の役割の関係について、つとにグリーン (Bruce A. Green) 教授は、検察官を「政府の代表者」の地位に立つ「法律家」と捉えることによって両者は調和しようと主張していた。すなわち、グリーン教授によれば、検察官は国家の代表者として、①犯罪者の有罪判決を獲得してこれを処罰することを通じて刑罰法規を執行すること、②無辜の処罰を回避すること、③被告人などに適正手続を保障すること、④犯罪者が実行した犯罪に適った刑を科すこと、⑤同じ境遇にある被告人をおおむね平等に扱うことといった、政府が実現しなければならぬ目標の間で生じる対立を回避して所定の事件にふさわしい取扱いを保障すべく、本来であれば顧客 (政府機関や一般民衆) に委ねられる判断を独自に行わなければならないことになる。¹³⁾ このようなグリーン教授の主張の根底にある考えは『ABA 検察捜査基準』でも採り入れられているとことができ、ここでは、検察官は「一般民衆の代理人」として、捜査段階においても被疑者を含めたあらゆる市民の利益に配慮しながら独自に権限や裁量を行使しなければならないという旨が勧告されているのである。

もつとも、現在の合衆国では検察官が積極的・主導的に捜査へ乗り出すようになってはいえ、検察官による捜査権限の行使を職務倫理の観点から規律しようとする動きはまだ緒についたところである。とりわけ『ABA 検察捜査基準』に対する評価と課題は、今後の議論と運用の蓄積を通じて、さらに明らかになっていくであろう。しかし少なくとも、たとえ公判段階で有罪を立証する「公訴官」の役割を捜査段階でも貫いたとしても、検察官は一般民衆の利益を擁護する法律家として、被疑者に有利・不利を問わず中立的な見地から権限を行使しなければならぬと考えられている点は、検察官が捜査の初期段階から積極的に手続へ関与したうえで、有罪判決の獲得に向けて党派的に

権限を行使する事件もみられたわが国の状況に鑑みるならば、きわめて示唆的といえよう。

(註) Bruce A. Green, *Why Should Prosecutors "Seek Justice"?*, 26 FORDHAM URB. L. J. 607, 634 (1999).

三 わが国における検察官の「捜査官」の役割と「公訴官」の役割

1 検察官の捜査権限と「公判専従論」・「突き放し論」

1 翻って、わが国における戦後の刑事司法制度改革は従前の「糺問主義的検察官司法」から刑事事件の究極的な真相を中立かつ公正な公判審理によって解明するシステム（公判中心主義）への移行を目指したものであった。戦前の刑事手続では、第一次的捜査権限を掌握していた検察官が被疑者の取調べを機軸とした独自の真相究明活動を行ない、その後に行われた公判審理はいわば検察と裁判所の間での「嫌疑の引継ぎ」の様相を示していた。⁽¹³⁾しかし、戦後の刑事手続では、①起訴状一本主義（刑法二五六条六項）による裁判所と訴追機能の分断、②訴因制度（刑法二五六条三項）による不告不理制度の徹底、③交互尋問制度の定着による当事者追行主義の確立などにより、裁判所―検察官―被告人の三面構造が明確化され、そのなかでも検察官は刑事裁判における審判の対象を設定して被告人の有罪を立証する訴追側当事者（公訴官）と捉えられるようになった。⁽¹⁴⁾また、捜査段階についても、検察官が依然として捜査権限を掌握していたとはいえ、司法警察職員を第一次的捜査機関としたうえで、検察官は補助的・副次的に捜査を

行うにとどまるといふシステムに改められた⁽¹⁸⁾。かくして、戦後の刑事手続では、公判中心主義・当事者主義を基軸とするシステムの導入に伴い、検察官の本来的な役割・職責に変容が生じたのであるが、とりわけ一九五〇年代以降では、捜査段階における検察官の本来的な役割・職責の在り方という問題が議論の俎上に載せられ、検察官の役割・職責の重点を「捜査官」としてのものから「公訴官」としてのものへシフトさせるべきだといふ考えが主張されるようになって⁽¹⁹⁾いる。

(1) 捜査領域における検察官の役割については、まず、いわゆる「公判専従論」が主張されている⁽²⁰⁾。この主張は、それまでの刑事手続において検察官は捜査段階に重点を置きがちであり、公判段階における弁論はわりあい等閑視されがちであったという理解の下で、検察官は各手続段階のなかでも公判段階における活動に重点を置き、捜査からはできるだけ手を引くべきであるとするものである。この主張は、集中審理方式を推進しようとしていた裁判官を中心として提唱されたものであるが、その後、検察事務の合理化の要請などと相俟って、検察官のなかでも支持を集めるようになった。例えば、伊藤栄樹元検事は対警察捜査との関係のなかで、「わたくしは、将来の検察官としては、警察で検挙、捜査した事件については、原則として、一切の証拠収集を警察の手に委ねることとし、警察の捜査の結果を信用してかかるところから出発すべきであると考ええる。その結果、過渡的には、警察の捜査能力の不足から、本来起訴されるべき事件が証拠不十分の故に起訴されないこととなったり、あるいは、警察の取調べ技術の拙劣さまたは強引さから、本来有罪となるべき者が無罪となったり、あるいは、無罪となるべき者が起訴されてしまうことがあるかもしれない。しかし、それを恐れては、百年河清をまつようなもので、警察の能力は、ついに向上をみないで終わるのである⁽²¹⁾」と述べている。また、その他にも、検察官のなかには、「検察官はもって公判に重点を置かなければならないのじゃないか、好むと好まざるとに拘わらず、公判に重点が移行するのは必然の道ではないかと思えます⁽²²⁾」とか、

「むしろ捜査にかけているわれわれの精力を公判の方に廻す、端的にいえば、公判の過程で、段階の進展によって事件が形成されていくのであるというようないった方面に持っていかれていいのではないかと思うのです」という意見を表明する者も現われている。⁽¹⁸⁾ これらの主張は、①捜査領域についてはほぼ全面的に警察官に権限を委ねることによって、警察官に責任のある捜査活動を期待することと、②それに対して検察官については、それまで捜査活動に向けられていた時間やエネルギーを公判段階における活動に傾ける必要があることを念頭に置いており、いわば究極的な事案の真相解明は公判審理の役目であるという公判中心主義と検察官の「公訴官」としての役割への純化を忠実に反映した考え方であったと評価することができる。

(2) また、検察実務では一時期、重要事件（強盗殺人、贈収賄事件など送致前に現在でも協議がある事件）と一般事件に分け、後者について、検察官は起訴・不起訴の判断に必要な限りの捜査（取調べ）を行い、自ら補充捜査することとせず（刑法法三三二条一項二号書面の作成もやめ）、その結果、警察に指示した補充捜査が不十分であった場合には、当該事件を不起訴処分とする、いわゆる「突き放し論」が主張されたこともある。⁽¹⁹⁾ この主張は、現行法の建前は、無辜を罰せず、処罰すべき者を適正に起訴するため、被疑者の弁解に耳を傾け、情状関係をも含めた証拠を収集しようとする「公訴官」としての判断者の立場が中心的地位を占めるべきであるとしているのに対して、現実の検察官の捜査は自ら被疑者・参考人の取調べをする「捜査官」としての役割が前面に出ているという警察送致事件における検察官の役割についての現状認識を背景として、検察官のなかで出されたものであった。

(3) 「公判専従論」も「突き放し論」も、検察官はそれまで掌握していた捜査権限を完全に手放し、もっぱら公判段階における弁論活動に専念すべきだということまで述べているわけではない。実際に伊藤元検事も、たとえ「公判専従論」を採ったとしても、「検察官が公訴官として、公訴維持の観点から、警察に対して、必要に応じ適切な捜査補充

を命じる等、十分な指揮監督を尽くすべきこと」や、「捜査にあたり高度な法律知識を必要とするような事案や、検査処理の公正を担保し、または、その公正に対する疑いを容れしめないようにするために警察で捜査することが適当でない」と認められる事案、さらには、何らかの事情で警察において捜査に着手しないような事案について、これを摘発し、国民の法秩序に対する信頼をつなぐためには、検察官みずから徹底した捜査を行なう必要があること」はいうまでもないとしている⁽¹⁶⁾。しかしながら、検察官の捜査権限の縮減を提言するこれらの主張に対しては、検察内部から「良心的に事件処理が出来るだけの捜査力を持ち、捜査の過程で予想されなかった反対証拠が公判にあらわれない限り、その認定と評価を良心的に主張し、説得に努力する検察官であってこそ、一国の刑事司法は健在であり、国民の信頼を得ることができる」という批判が挙がり、刑事手続における実体的真実の発見を重視する検察実務によつて有力な支持を集めるには至らなかつたのである。

2 かくして、わが国の検察実務では、現在でもなお「捜査護持」の立場を堅持しているのであるが、現在までに、検察官が自ら捜査に関与する正当化理由として、以下の点が指摘されている⁽¹⁶⁾。

(1) まず、検察官は公訴の提起・追行を職責とする「公訴官」であるということに鑑み、検察官は補正的ないしは補充的に司法警察職員の捜査活動をコントロールする必要があるともいわれている。すなわち、司法警察職員の捜査では捜査の事実的・技術的・合目的側面（すなわち犯罪の嫌疑の有無を確かめるとともに犯人を特定する目的で、自ら心証形成のために証拠を発見・収集するという側面）が強く出るのに対し、検察官の捜査では「公訴官」としての職責上、捜査の法律的・規範的・規制側面（すなわち公訴提起の要否を判断するとともに、公訴の提起・追行に備えて、自分の心証を公判で裁判官に証明するために、証拠を収集・発見・保全するという側面）が前面に出るとい

う各々の性質の違いから、検察官には、司法警察職員の見解の不備・欠陥、とくに法律的な構成や証拠の評価における不完全な点を積極的に補正して適正な処分を行い、かつ、公訴の追行を十分ならしめる責務があり、さらには、司法警察職員の見解の行き過ぎや偏向を抑制する機能も課せられていると考えられているのである。

(2) だが、他方では、第一次的かつ本来的な捜査機関である司法警察職員の見解だけでは実体的真実が十分に解明しえない（あるいは実体的真実の解明が期待できない）場合に、「事案の真相を明らかに」するという刑事訴訟法の本来の目的を真に実現すべく、検察官が見解に着手しなければならぬ事件もあるということも指摘されている。例えば、汚職・脱税など政治色を帯びた事件では、国民全体が被害者の立場にあるとはいえず、身分保障の弱い警察官では捜査に万全を期することができないことから、事案をくまなく解明するためには、裁判官に準じた身分を保障されている検察官が見解に着手する必要がある、また高度かつ専門的な法律知識と捜査技術が必要とする特殊な知能犯罪や経済事犯、その他民商事と交錯する刑事事件などでも、法律の専門知識や捜査技術を本来的に具備している検察官が主導的に活動する必要があるといわれている。また、その他にも、警察は司法警察以外にも行政警察を所掌しているのみならず、市民の日常生活に密着した極めて広い守備範囲を受け持つものであるため、どちらかといえば被害申告のあった事件や凶悪事件等の検挙・捜査に追われがちであるということから、警察官が十分に対応していない事件で検察官が補充的に捜査へ乗り出す必要があるともいわれているのである。

(3) そして、さらに近年では、無罪の不処罰と適正手続の保障という観点から、検察官が見解の初期段階から積極的に手続へ関与していく必要性があるともいわれている。とりわけ水見事件や志布志事件の捜査・訴追機関の対応を受けて、最高検察庁が二〇〇七年八月に公表した調査報告書『いわゆる水見事件及び志布志事件における捜査・公判活動の問題点等について』⁽¹⁶⁾では、「いうまでもなく、捜査の目標は、事案の真相を解明し、被疑者が犯罪を犯したか否か

を見極めることにある。事案の真相を解明する上では、徹底的に証拠を収集し、収集した証拠を慎重に吟味する必要があることは言うまでもない。また、証拠の吟味に際しては、当該被疑者の弁解等をも踏まえ、消極証拠が存在しないかという観点をも含めた多面的な検討が必要であるし、本来収集されているはずの証拠が収集されていなかった場合には、その理由についても検討する必要がある」という考えに基づき、「事実認定は、証拠の慎重な総合評価によってなされるべきものであり、かつ、その総合評価は、消極証拠についての検討も含めた多面的なものであることに留意し、適正な捜査の実現に尽力すべきである」としたうえで、警察捜査とのかかわりのあり方については、「警察送致事件についても、早い段階から積極的に関与し、送致前の段階であったとしても、必要に応じて、自ら直接関係者を取り調べるなどして心証を形成し、適切に警察との連携を図る」ことを各検察官に勧告しているのである。⁽¹³⁶⁾

(135) もっとも、旧法時代までのわが国刑事手続では予審制度が存在し、「被告事件罪ト為ラス又ハ公判ニ付スルニ足ルヘキ犯罪ノ嫌疑ナキトキ」に予審判事が免訴の決定を下したほか、捜査上の強制処分も現行犯の例外を除き、原則的に予審判事が行うとされていた。だが、一八九〇年ごろから次第に、①軽微な事件で裁判を受ける者があまりにも多いこと、及び②起訴した事件で無罪の言い渡しを受ける者があまりにも多いことが問題視され、それ以降は、無実の者が起訴されたり有責の者が処罰を免れたりすることを避けるべく、検察官が次第に捜査権限を掌握し、検察自らが積極的に捜査へ乗り出すようになったといわれている。出射義夫『檢察・裁判・弁護』八一頁（有斐閣、一九七三年）、司法研修所検察教官室編・前掲注（2）、四頁参照。

(136) 田宮裕「訴追裁量のコントロール」立教法学一〇一頁—一三〇頁（一九七二年）参照。

(137) 田宮裕「当事者主義訴訟のあゆみと課題」書研所報二八号—三三頁（一九七八年）参照。なお、刑事訴訟法改正でも、法文上、職権尋問が原則とされている。しかし、実務のなかで当事者主義の思想が浸透したことにより、次第に交互尋

- 問が定着するようになっていった。白取祐司『刑事訴訟法（第六版）』三四二頁以下（日本評論社、二〇一〇年）参照。
- (138) もっとも、警察と検察の主従関係は明文規定によって根拠づけられているわけではない。しかし、一般的には、司法警察職員は犯罪があると思料するときに犯人および証拠を「捜査するものとする」とされているのに対し、検察官は必要と認めるときに自ら犯罪を「捜査することができる」とされていることを主たる理由として、現行法は司法警察職員に第一次的捜査権限を与えていると理解されている。森際康友編『法曹の倫理（第二版）』三三四頁（名古屋大学出版会、二〇一一年）「水谷規男」、渡辺直行『刑事訴訟法（補訂版）』二〇七頁（成文堂、二〇一一年）参照。
- (139) 「公判専従論」について、例えば佐々木史朗「刑事裁判の直面する課題―検察官よ法廷にかえれ」判例タイムズ一五〇号一七五頁以下（一九六一年）、安部治夫「検察官論」中央公論一九六三年五月号一六二頁以下、谷口正孝「裁判官からみた検察官」ジュリスト二六五号一〇八頁（一九六三年）参照。
- (140) 伊藤栄樹「検察官論」ジュリスト二六五号二一九頁（一九六三年）。
- (141) 本田正義ほか「座談会」検察の諸問題（二）法曹時報一三卷七号八六七頁（一九六一年）「本田正義発言」。
- (142) 本田ほか・前掲注（141）・八六九頁「中川一発言」。
- (143) 「突き放し論」については、高野利雄「捜査における検察と警察の関係」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争点（新版）』二二六頁以下（有斐閣、一九九一年）参照。なお「突き放し論」によっても、その結果として起訴事件に若干無罪が増えたとしても、その限りではやむを得ないということになる。
- (144) 伊藤・前掲注（140）・一一九頁。
- (145) 出射・前掲注（135）・一〇七頁。
- (146) 検察官が自ら捜査に關与する正当化理由について、さしあたり、平良木登規男『捜査法（第二版）』一八頁以下（成文堂、二〇〇〇年）、同『刑事訴訟法Ⅰ』九〇頁以下（成文堂、二〇〇九年）、司法研修所検察教官室編・前掲注（2）・一八頁ほか参照。
- (147) 警察捜査と検察捜査の性質上の違いについて、白井滋夫「捜査における検察と警察の関係」松尾浩也編『刑事訴訟法の

争点〔初版〕三〇頁（有斐閣、一九七九年）参照。

なお、平出元検事も「検察官は、いわゆる公訴官として、捜査の結果に基づいて公訴を提起すべきか否かの判断を下さなければならない。それは裁判官によって有罪の判決を得られるか否か、被告人側の防禦活動にさらされてなおかつ有罪判決をするように裁判所の納得をさせようかの判断であり、検察官の捜査は、その可能性ないし確実性があるか否かを判断するための資料の収集である。それは警察捜査を踏まえて、これをテストし、補正すべきものは補正し（いわゆる「補充捜査」）た上で、起訴できるか、また起訴すべきか否かを検討するもので「公訴の提起・遂行の準備」といわれる性格を持っている点で、警察捜査と異なる面をもっている」と指摘している。平出元「検察官と捜査」熊谷弘編『公判法大系Ⅰ 公訴』二三頁（日本評論社、一九七四年）。

(148) 最高検察庁『いわゆる氷見事件及び志布志事件における捜査・公判活動の問題点等について』（二〇〇七年）。なお、報告書の本文は、季刊刑事弁護五四号一八二頁以下（二〇〇七年）に掲載されているものを参照した。この報告書に関する本稿脚注の頁は季刊刑事弁護五四号のものである。

(149) 最高検察庁・前掲注（148）・一九〇頁。

2 「公訴官」の役割からみた検察官の捜査権限の在り方

1 だが、事案の真相がおおむね解明されている段階であればともかく、それが明らかになっていない初期段階から検察官が積極的に捜査へ乗り出すことによって、果たして検察官が本来的に持っている特性を十分に活かすことができるか、疑問の余地がある。

確かに、政治色を帯びた事件や経済事犯など事案が複雑な事件について、捜査に対して第一次的責任を負っている

司法警察職員がこれらの事案に着手できないからといって、一般民衆に少なからぬ影響を及ぼしている事件の追及が野放しにされてしまうことは社会的正義にも反する事態である。これらの事件については、合衆国でも、事案の真相を解明しながら被疑者などの人権を保障していくためには「法律家」である検察官が主導的に捜査へ関与する必要があると考えられている。しかし、合衆国の議論では、それにとどまらず、検察官が捜査段階で手続に関与することを正当化する根拠のひとつに、検察官であれば——管轄などによる制約がつきまとう他の機関と比べて——俯瞰的に事案を吟味することができるという点が指摘されてきたことを想起すべきである。そもそも、合衆国とわが国とは捜査に当たって採りうる手法の多寡に違いがあるとはいっても、これらの事件の特質に大きな差異があるわけではなく、それゆえ、わが国で発生した事件であれば近視眼的な捜査をもつて事案の真相解明と被疑者などの人権の保障の両方が実現できるとはとうてい考えられない。そこで、被疑者などの人権の保障はもちろんのこと、事案の真相をくまなく解明していくためにも、検察組織や個々の検察官の側で、いかにして俯瞰的かつ中立的な見地を維持していくかが問題となってくる。

また、俯瞰的かつ中立的な見地をもつて権限を行使することは、検察官の「公訴官」としての役割を捜査段階で貫いたとしても正当化されうる。検察官の「公訴官」としての役割との関連では、合衆国の検察官が被疑者・被告人も含めた「一般民衆」の代表者として、有罪判決の獲得の方向のみならず、被疑者・被告人の利益をも考慮しながら権限を行使することで、無辜の者が不当に訴追されないように配慮する義務を捜査段階でも負っている点が確認されるべきである。この点については、わが国の検察官においても、公訴の提起・追行・維持をはかつていくなかで、無辜の者や刑罰を科す必要がない犯罪者が公判審理以降の手続を通じて不当に不利益を受けることがないように配慮しながら権限を行使することが伝統的に求められ、かつこのことは起訴に伴う社会的ステイグマが大きく、刑事事件でさ

え必ずしも法律的解決が望まれなかったわが国の風土ないし市民感情にも適合するとも考えられてきた。⁽⁸⁾しかし、有責の者を有罪とし、無辜の者を苦しめないためにも検察官が積極的に捜査へ関与する必要があるとする主張に対しては、必要以上に有罪判決の獲得に向けた活動に傾倒することにより、「無辜の者を苦しめない」ように配慮するという「公訴官」に期待された職責に反する権限行使がなされてしまうことにならないかが懸念されるのである。

2 (1) その点、厚生労働省元局長無罪事件における大阪地検特捜部元検事の証拠改ざんが問題視されたことを踏まえて組織された『検察の在り方検討会議』は、二〇一二年三月に取りまとめた報告書『検察の再生に向けて』のなかで、検察官は国民全体を代表する「公益の代表者」として、「捜査段階においては、被疑者にとって有利であるか不利であるかを問わず、真実を発見するための証拠を広く収集し、被疑者の弁解にも十分に耳を傾けるべきであるし、公判段階においても、有罪判決の獲得のみを目的とする悪しき一方当事者となることなく、公正な裁判の実現に努めなければならぬことを肝に銘じるべきである」とし、とりわけ特捜部が行う独自捜査事件に関しては、決裁制度を通じて「縦のチェック」のほかにも「横のチェック」体制を構築し、具体的には、公訴官的な視点から批判的チェックを行うなどの仕組みを構築するとともに、専門的知見や「経験知」を活用する体制を整備することを提言している。⁽⁹⁾確かに、『検察の在り方検討会議』で認識されていることではあるが、従来の特捜部の独自捜査のように捜査のはじめから有罪判決の獲得に至るまでのあらゆる任務を一部の検察官が排他的に請け負うシステムは改められるべきである。だが、そうだとしても、単に協議・監督体制を整えるだけでは、不十分であるどころか、「無辜の者を苦しめない」という一部の検察官が抱く非党派的な理念が有罪至上主義的風潮に押しつぶされてしまうおそれが懸念される。そこで、『検察の在り方検討会議』の報告書で提言されている「公訴官的な視点から批判的チェックを行う」という趣旨を実現する

ためには、地域社会や一般民衆の様々な意見を探り入れるなど、検察組織と地域社会・一般民衆との接点を確保することや、組織に所属する検察官一人ひとりが独自の視点から事案を吟味できる風潮を確保することのほか、捜査に当たる検察官と公訴の提起・追行に当たる検察官とで役割を分担することも必要となろう。

(2) また他方で、論者のなかでは、「検察官が捜査権を保持していることが、その捜査官意識を醸成し、検察権の必罰主義的、糾問的行使を招いているように思われてならない」という問題意識から——「公判専従論」で主張されたように——検察官は「公判で立証活動を行う法律家 (lawyer)」として、捜査から手を引き、公判活動に専念すべきだという主張がなされている⁽¹⁵⁰⁾。もとより、川崎英明教授が認めるように、完全に実現するためには数多くの課題を克服しなければならず、⁽¹⁵¹⁾少なくとも当面は、検察官が自ら積極的に捜査へ乗り出す必要性は失われまいであろう。だが、本来的に検察官は「国民全体を代表する」法律家として被疑者・被告人をも含めた社会全体の利益に配慮することを期待されていると考えたならば、やはり必要以上に有罪判決の獲得に向けた試みに関与することはできる限り避けるべきであろう。

- (150) 起訴猶予制度がわが国に根付いた要因のひとつに「わが国の風土・国民の感情」を挙げる見解として、三井誠「検察官の起訴猶予裁量—その歴史のおよび実証的研究(二)」法学協会雑誌九一卷九号(一九七四年)、同『刑事手続法Ⅱ』三二二頁以下(有斐閣、二〇〇三年)参照。
- (151) 検察の在り方検討会議・前掲注(6)・五頁以下。
- (152) 検察の在り方検討会議・前掲注(6)・一九頁以下。
- (153) 川崎英明「日本検察の特質と検察改革の視点」法と民主主義四五四号九頁(二〇一〇年)。
- (154) 川崎教授は、検察官が捜査から手を引く結果として警察が捜査権限を独占することになることから、「警察司法化」の防

止策が検討されなければならないとするが、これに対して、検察官が法律家の視点から警察活動をチェックすることは権力分散であり、マイナスにはならないとする一方で、警察を公正な捜査機関へと改革する重要な課題が残ることを忘れてはならないと主張している。川崎・前掲注(153)・九頁。

おわりに

私は前稿にて起訴の基準の在り方を論じた際に、『捜査官』の役割が公判段階における「公訴官」の役割と整合するか否かは、別途、検討すべき問題である」とも述べていた。⁽¹⁵⁾改めて考えるに、わが国刑事司法の伝統的な特色である「精密司法」は、「公訴官」の役割を期待されているはずの検察官が終局的な「判断者」と化しているながら、捜査段階では「捜査官」の役割をも担っていることよって、手続全体が紕問的な様相を示すようになっていくという点に問題性が潜んでいた。しかし、そのような状況に対して、本稿の分析では、たとえ公判段階で有罪を立証する「公訴官」の役割を捜査段階でも貫いたとしても、検察官は有罪判決の獲得に向けて党派的に権限を行使することが許されるわけではなく、むしろ一般民衆の利益を擁護する法律家として、被疑者に有利・不利を問わず中立的な見地から権限を行使しなければならない責務を負っているという考えを見出すことができたのではないかと考えている。

例えば、当事者主義に代表される戦後の刑事司法制度改革は、あらゆる権力・権限を国家機関に集中させてきた従前のシステムを改め、様々な担い手の間で権力・権限を分散させることを指向したものであった。⁽¹⁶⁾そして、当事者主義が適用されないといわれる捜査段階においても、検察官を公訴の提起・追行・維持を職責とする「公訴官」と捉え

たうえ、警察と検察との関係ないし検察組織内において権限の分散がはかれることにより、有責の者を有罪としながら無辜の者を苦しめない体制が真に実現できるものと考えるのである。

(155) 白井論「公訴提起における犯罪の嫌疑と検察官の倫理——起訴の基準をめぐる合衆国の議論を中心に」大阪経済法科大学法学論集七〇号一九三頁(二〇一一年)。

(156) 田口教授は、「刑事司法の日本の特色」の問題点を「国家の側における権限分配をしない方式」に見出し、「当事者主義の本旨は、国家権力の分配すなわち民主主義にある。当事者主義は権力分配主義に移行する必要がある」と主張している。

田口守一『刑事訴訟法〔第六版〕』三五頁以下(弘文堂、二〇一二年)。

