

日本と国際刑事裁判所における検察官の裁量

竹 村 仁 美

1. はじめに

公務員は裁量を有し、その権力に対する効果的な抑制の及ばないあらゆる作為又は不作為の手段について自由に選択をすることができる⁽¹⁾。中でも検察官は、弾劾主義、当事者主義を採用する刑事司法において最も強力な公務員であると評価される⁽²⁾。検察官の裁量の行使が刑事司法の行方や結果を左右するためである⁽³⁾。もっとも、裁量は刑事司法体系の優良性を証明するものであり、それなしでは、却って刑事手続において不正な決定がなされる機会も増えよう⁽⁴⁾。したがって、検察官の裁量は、濫用の危険性にもかかわらず、刑事司法体系の運用にとって不可欠である⁽⁵⁾。

国内刑事司法上の検察官の裁量権の定義を違った角度から見ると、「裁量は、ドーナツの穴のように、規制の取り巻く周辺部以外の場所にしか存在しない」⁽⁶⁾。それゆえ、公務員の裁量は、全くの行動の自由とは区別されなければならない。検察官の裁量及び検察官の独立は、法律を遵守せねばならないという義務を伴う⁽⁷⁾。自由な裁量という概念は、法の優位という唯一の規制の上に成り立っている⁽⁸⁾。

国際刑事司法の場合、検察が国際社会という国内社会と比べて未組織、民主主義の程度の低い前提の上に存在している。裁量の基本的意義について、国内刑事司法と国際刑事司法とを比べて、相違はないにせよ、社会構造の相違が検察官の裁量の検討に与える影響を常に考慮する必要がある。

常設の国際刑事裁判所（the International Criminal Court）は、オランダ・

ハーグにあり、2002年7月1日の同裁判所規程（国際刑事裁判所規程、ローマ規程、the Statute of the International Criminal Court; the Rome Statute）の発効以後に行われた、集団殺害罪（ジェノサイド罪）、人道に対する罪、戦争犯罪に対して個人の刑事責任を問う裁判所である。常設の国際刑事裁判所の前身と評価される国際軍事法廷（ニュルンベルク裁判、the International Military Tribunal）、極東国際軍事法廷（東京裁判、the International Military Tribunal for the Far East）、旧ユーゴ国際刑事法廷、ルワンダ国際刑事法廷といったアドホック（臨時の：*ad hoc*）国際刑事法廷と比べて、恒久的に存在すると想定される常設の組織である上に、取り扱う事案もアドホック国際刑事法廷と比べて広範である。国際刑事裁判所の捜査・訴追開始については、適正手続の確保という趣旨から、また広範な検察官の裁量に対するコントロールという趣旨から、国際刑事裁判所規程の規定上、裁判部による関与が見られる。

国際刑事司法自体がようやく現在繁忙期を迎え、近時までの学術的注目であった「いかにして国際社会の関心事である最も重大な犯罪に国際刑事法を適用するか」という問題から、国際刑事法実務と学問の関心は「いかにして適正に国際刑事司法を運営するか」という問題へと移行してきている。国際刑事司法における検察官の裁量の行使の問題は、国内の検察官の裁量の問題と比べてみると、より一層困難な問題であるばかりか、つい最近まで十分な検証が行われてこなかったといえる。本稿では、最初に、国内の検察官の裁量について概観することで、刑事司法における検察官の役割、その裁量の統制方法に関する問題について明らかにする。次に、国際刑事司法特有の問題としての検察官の裁量について国際刑事裁判所規程の規定上の検察官の役割・裁量と裁量に対するコントロールを紹介する。最後に、国際刑事裁判所の検察局の政策と実行について検察官の裁量の視点から評価をする。本稿は、国際刑事司法における検察の役割の全容を解明するための試論として、主に、日本の刑事司法における検察官の役割・裁量・実行と国際刑事裁判所の検察官の役割・裁量・実行につ

いての研究を中心に議論を進める。

2. 国内法における検察官の裁量の問題

2.1. 日本の検察

検察庁は、検察官の行う事務を統括する場であり、最高検察庁が1つ、高等検察庁が8つ、地方検察庁が50、区検察庁が438ある。日本の検察官は平成20年定員で2578名存在する（内、検事1679名、副検事899名）。全国の検察庁で検察官が取り扱う刑事事件の受理人員は、平成19年検察庁新規受理人員総数189万5564人で、前年より16万8842人（8.2%）減少している⁽⁹⁾。平成18年における検察庁新規受理人員は206万4406人であり、前年より5万6745人減少している⁽¹⁰⁾。平成19年検察庁終局処理人員は190万5915人であり、起訴率は全事件で39.6%となっている。平成18年の検察庁終局処理人員の起訴率は、全事件では42.4%であると報告される⁽¹¹⁾。これを見ればわかるとおり、検察は終局処理人員の半数を不起訴あるいは起訴猶予処分としているのであり、検察官には刑事事件の起訴不起訴の判断について広範な権限と裁量が付与されているといえる。不起訴のうち、訴訟条件を具備している場合であっても下で見る刑事訴訟法第248条に掲げられる事由に該当するので起訴しない、という場合を起訴猶予という。ただし、実際の運用では訴訟条件を具備していない場合であっても起訴猶予として処理される場合もあるので、結局、起訴猶予は不起訴の一種に過ぎないことに注意する必要がある。平成18年の罪種別起訴率は、一般刑法犯43.6%、交通関係業過10.3%、（道交違反を除く）特別法犯62.8%、道交違反77.4%であった⁽¹²⁾。平成19年度犯罪白書によれば、平成18年の検察庁終局処理人員の起訴猶予率（起訴人員と起訴猶予人員の合計に占める起訴猶予人員の比率）は、全事件では55.4%であり、これを罪種別に見ると、一般刑法犯40.7%、交通関係業過89.5%、（道交違反を除く）特別法犯34.1%、道交違反21.9%であった⁽¹³⁾。

2007年度検察統計年報は、平成6年から平成19年までの14年間分の被疑事件の罪名別起訴人員、不起訴人員及び起訴率の類型比較を掲載している⁽¹⁴⁾。これによると、平成9年には69.0%であった起訴率が、その後下降の一途をたどり、平成19年には39.6%にまで低下している。ただし、刑法犯の起訴率に限って見れば、平成9年が21.5%であるのに対し、平成19年は17.8%と下降幅は大きなものではない。他に、平成12年まで90%代の起訴率であった道交違反の起訴率(たとえば平成9年には93.9%)が、平成19年には72.4%にまで低下している。

検察庁受理人員のほとんどは警察などからの送致事件である。基本的な検察官の職務は検察庁法第4条・第6条に検察官の権限の規定が置かれていて、検察官は公益の代表者として、(一) 刑事について、公訴を行い、裁判所に法の適正な適用を請求し、かつ、裁判の執行を監督し、(二) 裁判所の権限に属するその他の事項についても職務上必要と認めるときは、裁判所に通知を求め、又は意見を述べ、(三) 公益の代表者として他の法令がその権限に属させた事務を行い、さらに、(四) いかなる犯罪についても捜査する権限を有している⁽¹⁵⁾。刑事事件のほとんどが送致事件であるとはいえ、検察庁法第6条は「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」と規定し、刑事訴訟法第191条1項も「検察官は、必要と認めるときは、自ら犯罪を捜査することができる」と規定しており、検察官は、自ら認知・受理した事件について捜査する権限を有している⁽¹⁶⁾。司法警察職員による捜査は刑事訴訟法第189条2項に「司法警察職員は、犯罪があると思料するときは、犯人及び証拠を捜査するものとする」と定められている。

2.2. 起訴便宜主義

捜査は検察官と司法警察職員の双方が行う権限を有しているのに対して、訴追権限は刑事訴訟法第247条で国家機関たる検察官のみに刑事訴追権が認められている⁽¹⁷⁾。こうして、中央集権的官僚組織である検察機構、検察官に訴追権限・起訴権限を独占させることを国家訴追主義・起訴独占主義と呼ぶ。第二次

大戦終戦前の旧刑事訴訟法の下では、検察官は裁判官と同じく官僚として共に司法大臣の監督下に置かれ、刑事司法を司る司法官憲とみなされた⁽¹⁸⁾。起訴状一本主義を採用しない旧刑事訴訟法の下では、糾問的捜査観が反映され、検察官は公訴提起の前手続において事件を主催し、一旦起訴が行われると裁判官が手続を主催すると考えられていた⁽¹⁹⁾。戦後のGHQ（連合国最高司令部）による刑事司法制度改革により、検察官は裁判所から独立し、また、司法的性格を失って、行政官たる地位にとどまった⁽²⁰⁾。第二次大戦以降、旧刑事訴訟法の下での、公判前段階で真実追求のため捜査活動を徹底せねばならないという糾問的捜査観及びそれを反映した検察官像は、影を潜める。第二次大戦後の刑事司法改革を経て、現行憲法及び現行刑事訴訟法により、検察官は司法から独立し、当事者主義を反映した弾劾的捜査観の下、検察官は第二次的な捜査を行うべき地位に退いた⁽²¹⁾。

第二次大戦後の刑事司法改革によって、第一に、検察が司法から独立したことと三権分立が確立され、理論上、検察官の訴訟的処分はすべて裁判所の司法審査に服することになった（たとえば、憲法第33条、35条における令状主義の強化が挙げられる）⁽²²⁾。この意味で、訴追裁量にも司法的統制が及ぶようになったと評価される⁽²³⁾。第二に、検察官の捜査権を縮小する試みがなされた。GHQは中央集権化した官僚機関である検察に捜査権限を集中させることによる人権侵害を懸念し、第一次捜査権を警察に保持させようとしたけれども、この点での改革は不十分であり、依然として検察官は強い捜査権を有していると指摘されている⁽²⁴⁾。第三に、司法の民主化・訴追機関の裁量の適正を図るための制度が設けられた⁽²⁵⁾。こうして、不起訴処分に対する不当性の追及のための制度的保障として以下の制度が設けられた。（一）民衆の司法への直接参加を実現し訴追裁量のコントロールを目的とする検察審査会、（二）従来訴追当局による訴追の例がほとんどなかった特殊な犯罪類型を対象とする不起訴の公訴措置である準起訴手続、（三）強大な検察活動のチェックを目的とする検察官適格審査会、が挙げられる⁽²⁶⁾。第四に、刑事訴訟と民事訴訟とは峻別されるべ

きというGHQの立場にしたがって、旧刑事訴訟法（大正刑事訴訟法）の採用していた私訴制度が廃止された⁽²⁷⁾。私訴とは、「被害者が刑事手続の中で民事上の請求をする制度」であった⁽²⁸⁾。他方で、「私人訴追、すなわち、起訴独占主義の例外として一部被害者等に訴追の権利を認めることの可否については、改正作業当初からかなり真剣に検討された」という⁽²⁹⁾。しかし、私人訴追制度は、私訴制度廃止の代替案として提案されたために、両制度の性質の違いの指摘や公判手続の混乱が懸念され、起草過程でも賛否両論あったことが記録されている程度にとどまり、起草者の関心の中心は不起訴処分は是正措置へと移行していった⁽³⁰⁾。

現行の刑事訴訟法第248条は、公訴を提起するに足る犯罪の嫌疑があり且つ訴訟条件が具備されている場合でも、「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の状況により訴追を必要としないときは、公訴を提起しないことができる」と定め、検察官に訴追裁量権（起訴猶予裁量権）を与えている。こうして、「起訴できるのに起訴しないことを認める主義」を起訴便宜主義と呼ぶ⁽³¹⁾。また、起訴できるのに起訴しないことは起訴猶予と呼ばれるので、起訴便宜主義は起訴猶予を認める主義ともとらえられる⁽³²⁾。起訴便宜主義の対極にあるのが、訴訟条件を満たし嫌疑・証拠が整っている限り起訴することを原則とする起訴法定主義であり、起訴できる場合には必ず起訴しなければならないことになる。起訴法定主義は、刑法理論の旧派の応報刑論に立脚するといわれ、法の権威・法的安定性・一般予防を重視し、犯罪に対しては必ず処罰がなされなければならない、という要請に応えることになる⁽³³⁾。起訴便宜主義は、刑法理論の新派の目的刑論に立脚するといわれ、社会の防衛・具体的妥当性・特別予防を重視し、行為に応じた取り扱いを可能とする⁽³⁴⁾。かくして、「起訴法定主義が法的安定性の面ですぐれているのに対し、起訴便宜主義は具体的妥当性の面ですぐれている」といわれる⁽³⁵⁾。

しかし、現在、どんな事件でも起訴できる場合には必ず起訴しなければならないとしている国はない。さらに、今日では純粋な意味での応報刑論は維

持すべきではないとの視点からも、起訴法定主義を純粋に維持することは困難であると評価される⁽³⁶⁾。したがって、現実の制度としての起訴便宜主義と起訴法定主義との違いは起訴猶予をどの程度広く認めるかの違いと考えられる。その中でも日本は起訴猶予を最も広く認める国と評価される⁽³⁷⁾。日本で起訴便宜主義が着実に発展したのは、わが国の文化的伝統や国民性によく適合し、長年にわたる検察官の健全な裁量権の行使に対する国民一般の支持が次第に大きくなっていったため、と説明されている⁽³⁸⁾。刑事政策的側面においても、起訴猶予処分は、本人に前科者という烙印を与えることなく、早期に刑事手続から解放することになるので特別予防の面での効用が多大であると高く評価されてきた⁽³⁹⁾。

起訴便宜主義の長所は、(一) 被告人の無用な手続上の負担を避け、(二) 訴訟経済にかない、(三) 刑事政策的にも有功である、と整理される⁽⁴⁰⁾。ただし、起訴便宜主義にも以下の短所があることに注意せねばならない⁽⁴¹⁾。(一) 政治的・社会的影響の受けやすさ、(二) 訴追の公益性についての検察官による判断の困難性、(三) 管轄区域の差異による刑法適用上の不平等、(四) 不当な不起訴に対する保障の不十分性、である⁽⁴²⁾。そこで、起訴便宜主義にとっては、検察官の訴追裁量権の濫用に対する抑制が必要であると説かれることになる。

2. 3. 訴追裁量に対する統制

(1) 付審判請求手続

こうして日本の検察官に認められる広範な裁量の行使、すなわち起訴猶予処分について、二つの側面から裁量のコントロールが問題となる⁽⁴³⁾。第一の側面は、起訴すべきものを起訴猶予処分にしたと批判される場合であり、検察官の裁量のうちの不起訴処分に対するコントロールが問題となる。第二の側面は、第一の側面の反対の場合であり、起訴猶予に付すべきものを起訴した場合、検察官の裁量のうちの不当な起訴に対するコントロールが問題となる。

第一の不起訴処分に対するコントロールについては、制度的措置として、不

起訴理由などの告知、付審判請求手続（準起訴手続）、検察審査会、また、不起訴処分に不服の者は当該処分をなした検察官の上司に対して行政監督権の発動を促し、その処分の是正を求めることが慣行として認められている⁽⁴⁴⁾。不起訴処分の手続として、検察官は事件を不起訴処分に付すとき「不起訴裁定書」を作成する必要がある。不起訴裁定書には、被疑事実の要旨、不起訴理由が記載される。不起訴処分の恣意的運用を防ぐため、上司の決済などを通じて第一次的な内部規制が図られている⁽⁴⁵⁾。不起訴処分の告知について、刑事訴訟法第259条によると、被疑者に対して本人の請求があるときは、速やかに不起訴処分に付したことを告げなければならない。条文上、不起訴処分にした旨通知すれば足りるとも解釈できるが、実務では、不起訴裁定書の主文程度が告知されているといわれる⁽⁴⁶⁾。さらに、刑事訴訟法第260条は、告訴、告発または請求のあった事件の場合には、告訴人、告発人又は請求人に対して、同じく速やかにその旨を通知しなければならない、と定める。刑事訴訟法第261条は、第260条により通知を受けた告訴人等からの請求があれば、「速やかに（…）その理由を」告げなければならない、とする。不起訴処分の通知及び不起訴理由の告知は、検察官の適正でない不起訴処分を抑制する意味合いを持つ⁽⁴⁷⁾。適正でない不起訴処分の抑制という観点からは、告訴人に不起訴処分の妥当性を判断させる上で、不起訴裁定書の主文程度の理由の告知は不十分である場合があり、刑事訴訟法第196条に従って被疑者など関係者のプライバシーに配慮しつつ、起訴猶予や嫌疑不十分と判断された理由の概略・骨子を示す必要がある場合もあり得る、と指摘される⁽⁴⁸⁾。

付審判請求手続は、裁判上の準起訴手続とも呼ばれ、検察審査会制度同様、戦後に設立された制度である。付審判請求とは、公務員による各種の職権濫用等の罪について告訴又は告発をした者が、不起訴処分に不服があるとき、事件を裁判所の審判に付するよう管轄地方裁判所に請求することを認める制度である⁽⁴⁹⁾。付審判請求手続は、直接的ではないにせよ、制度実現の背景に検察民主化のためのGHQの提言が一定の役割を果たしたと指摘される⁽⁵⁰⁾。他方で、付

審判請求手続は、ドイツの起訴強制手続（Klageerzwingungsverfahren）から示唆を受けて設置されたとの指摘もある⁽⁵¹⁾。ドイツの起訴強制手続は、検察官の不起訴処分を裁判所に事後審査させて、起訴法定主義を強固に守らせることを意図している⁽⁵²⁾。ドイツの起訴強制手続と日本の付審判請求手続との相違は、（一）起訴強制手続の方が付審判を求められる罪種の限定が緩やかであり、（二）理由ありとの裁判所の決定は、検察官に公訴提起を義務付けるにとどまること、（三）付審判決定後、裁判所の指定した弁護士が公訴維持のため検察官の職務を行うこと、の三点が指摘されている⁽⁵³⁾。しかし、付審判請求手続は第二次大戦後になって刑事訴訟法を改正する上でドイツに倣って急に出てきた概念ではなく、検察官の不当な不起訴処分をチェックする手段として司法権の関与を要請する声は旧刑事訴訟法の時代からあったようである⁽⁵⁴⁾。なお、フランスにも起訴強制手続が制定された時期があったけれども、「1934年に検察・司法の本来の機能に違背するとして廃止されている」し、「実際にもほとんど活用されなかった」と評価される⁽⁵⁵⁾。

付審判請求手続については、刑事訴訟法第262条、第269条及び刑事訴訟法規則第169条、第175条に主な関連規定が置かれている。公務員による職権乱用罪、公務員による暴行・陵虐などの場合、すなわち刑法第193条から第196条までの罪、破壊活動防止法第45条、無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律第42条もしくは第43条の罪について、不起訴処分に不服のある場合、告訴・告発人は、検察官所属の検察庁の所在地を管轄する地方裁判所に事件を裁判所の審判に付することを請求することができる、という制度である（刑事訴訟法第262条）。検察官は、再考して請求に理由があると認める場合には、公訴を提起しなければならない（刑事訴訟法第264条）⁽⁵⁶⁾。検察官は、請求を理由がないと認めるときは、請求書を裁判所に送付する（刑事訴訟法規則第171条）。送付を受けた裁判所は請求に対する審理及び裁判を合議体で行い（刑事訴訟法第265条）、請求に理由があるときは、事件を管轄裁判所の審判に付することを決定する（刑事訴訟法第266条2項）。この決定により、事件について公訴の提

起があったとみなされ(刑事訴訟法第267条)、事件は裁判所の審判に付されることになる。この場合、弁護士の中から選ばれた者が公判維持にあたり、この者が裁判の確定に至るまで検察官の職務を行う(刑事訴訟法第268条)。ただし、捜査の指揮は検察官に嘱託して行うことになっている(刑事訴訟法第268条2項但書)。

付審判請求手続の運用について、1990年代十年間の状況を見ると⁽⁵⁷⁾、「付審判請求の数に比し、付審判決定の件数はきわめて限られている」⁽⁵⁸⁾。決定件数が少ないことの背景には、第一に、公務員による人権侵害が著しく減少している、第二に、検察官の公訴権が適正に行使されている、第三に、付審判請求手続にかかる請求には濫請求があるので門前払い事例が大多数となっている、との理由が挙げられる⁽⁵⁹⁾。とはいえ、裁判所が警察や検察に親和性を持つのでこのように消極的な運営がなされているのではないか、との声も存在する⁽⁶⁰⁾。現状を総合的に評価すると、違法捜査の事例が指摘されるにもかかわらず、運用状況が芳しくないことは、付審判請求審理の手続自体に欠陥が内在するのではないか、との評価を導く⁽⁶¹⁾。

対象犯罪が職権乱用罪に限られていることから明らかな様に、付審判請求手続の趣旨は、旧憲法下において官憲による人権蹂躪が多発したため、(一) 検察官の処分に対する国民の疑念を払拭し、公務員の人権蹂躪から国民を保護する、(二) 国民の刑事司法に対する信頼を確保する、(三) 付審判請求手続を通して検察権の行使の適正化を図る、と説明される⁽⁶²⁾。この制度の運用の状況を見る限り、上に挙げた通り、これら趣旨を全うするための手続の不備、そして、この制度に対する運用者、国民の意識の低さが問題となろう。

(2) 検察審査会

昨今の犯罪被害者保護を求める国民の意見を反映し、不起訴処分に対する抑制は一層強化されることになり、検察審査会の議決に対して法的拘束力を付与する制度が2009年5月21日から施行されることになっている。検察審査会と

は、「公訴権の実行に関し民意を反映せしめてその適性を図る（検察審査会法第1条1項）」目的のため、1948年に設置され、「検察官の公訴を提起しない処分の当否の審査に関する事項（検察審査会法第2条1項1号）」及び「検察事務の改善に関する建議又は勧告に関する事項（同項2号）」について審査するための組織である。そもそも、検察審査会は戦後の民主化政策において、それまでの検察の強大な権力に強い危惧を抱いたGHQの示唆に影響を受けて誕生したものである⁽⁶³⁾。中央集権的な検察官に訴追権限を独占させないためにアメリカが大陪審制度を提唱したのに対して、日本側は陪審制度の苦い経験などから現状では起訴陪審制を採用することは不可能であると返答、検察審査会制度が妥協点、いわば「占領軍の落とし子」として案出された⁽⁶⁴⁾。

検察審査会は、政令で定められた地方裁判所および地方裁判所支部の所在地に置かれ（検察審査会法第1条）、衆議院議員の選挙権を有する者の中からクジで選ばれた11人の検察審査員により組織される（検察審査会法第4条）。検察審査員の任期は6カ月である（検察審査会法第14条）。検察審査会法の改正は、1999年7月、内閣に設置された司法制度改革審議会によって執り行われた司法制度改革の一環として、刑事司法制度改革の一部を構成するものである。検察審査会法の改正の主な内容は以下の三点に集約される。（一）検察審査会の議決に基づき公訴が提起される制度の導入、（二）検察審査会が法的な助言を得るための審査補助員を弁護士の中から委嘱することができる制度の新設、（三）検察審査会の建議・勧告に対する検事正の回答義務の法定化、の三点である⁽⁶⁵⁾。今般の検察審査会法改正の趣旨は、「検察審査会の議決に基づいて公訴が提起される制度を導入することにより、公訴権行使により直截に民意を反映させ、公訴権行使をより一層適正なものとし、ひいては、司法に対する国民の理解と信頼を深めることを図るものである」と説明される⁽⁶⁶⁾。

検察審査会法の改正に関して、検察官の裁量の統制の観点から重要なことは、一定の場合に、検察審査会の議決に拘束力が認められたことであろう。検察審査会法第41条の2第1項によって、検察審査会が起訴相当の議決をした事

件について、検察官が再び不起訴処分をした場合には、その当否が審査されることになり、さらにその結果、再び検察審査会が「起訴をすべき旨」の議決（検察審査会法第41条の6により、8人以上の多数決による）をしたときは、その議決に拘束力が生じることとされた。検察審査会は、この議決書の謄本を当該検察審査会の所在地を管轄する地方裁判所に送付し（検察審査会法第41条の7第3項）、それを受けた裁判所が公訴の提起及びその維持にあたる者を弁護士の中から指定しなければならない（検察審査会法第41条の9）。指定された弁護士は、原則として速やかに公訴を提起しなければならないとされる（検察審査会法第41条の10）。これにより、起訴独占主義（刑事訴訟法第247条）に修正が加えられたと評価される⁽⁶⁷⁾。ただし、起訴独占主義の例外を認めるにあたり、同時に検察補助員の制度も新設された。検察審査会は、審査を行うにあたり、法律的な知見を補う必要があると認めるときは、弁護士の中から事件ごとに審査補助員1人を委嘱することができる（検察審査会法第39条の2）。審査補助員の制度は、裁判官と市民との協働と並んで、「法律専門家と市民との刑事司法に関する協働システムの構築という新たな課題に挑戦するものとして望ましい方向といえよう」と評価されている⁽⁶⁸⁾。審査補助員について、この弁護士に捜査権限が認められていないとすると、「検察官の捜査は不起訴方向に偏頗したものであるため、被告人に不利な証拠の収集が十分に行われず、その結果、検察官役弁護士は被告人の有罪立証が十分にできず、付審判請求と同様に問題が生じる恐れがある」との指摘がある⁽⁶⁹⁾。

(3) 検察官適格審査会

検察官の訴追裁量に対する民主的統制の方策として、重要な意義を持っていると指摘されるのが、戦後司法改革において検事公選制に代わって設置された検察官適格審査会（検察庁法第23条）である⁽⁷⁰⁾。この制度では、「検察官が心身の故障、職務上の非能率その他の事由に因りその職務を執るに適しないときは〔…〕検察官適格審査会の議決を経て、その官を免ずることができる」（検

察庁法第23条1項) ことになっている。しかし、実際の運用を見てみるに、適格審査会制度の発足以来、適格審査会において不適格と議決された検察官はわずかに副検事1人に過ぎず、検察官適格審査会の形骸化が長年危惧されている⁽⁷¹⁾。ただし、検察官適格審査会の委員11名には、衆議院議員4名、参議院議員2名が含まれること(検察庁法第23条4項)と定められているので、「国政選挙の結果いかんによっては、この適格審査会の活動が活発化され、所期の成果をあげることも可能」とも考えられる⁽⁷²⁾。

(4) 公訴権の取消

第二の起訴すべきでないのに起訴された、という積極的方向への訴追裁量の逸脱に対するコントロールはわが国の制度上何の手立てもない⁽⁷³⁾。現行法の枠内で考えられるのは公訴の取消(刑事訴訟法第257条)⁽⁷⁴⁾を活用することであると指摘される⁽⁷⁵⁾。しかし、公訴の取消は検察官の自己抑制手段と考えられ、ほとんど活用されていないとも言われる⁽⁷⁶⁾。したがって、これによる不当な起訴処分といえば自己審査を期待することは訴追裁量の逸脱に対する統制として十分ではないだろう。

(5) 公訴権濫用論

昭和30年代から唱えられ始めた公訴権濫用論の一環として、検察官の積極的訴追裁量に対する抑制が語られるようになった。公訴権は検察官の専権であるとはいえ、検察官は国家・公益の代表者として、「裁判所に法の正当な適用を請求し」(検察庁法第4条)なければならない⁽⁷⁷⁾。そこで、起訴が客観的に見て「法の正当な適用」を求めることにならない場合には、公訴権の濫用があったとみなされると考えられる⁽⁷⁸⁾。公訴権濫用論とは、(一) 犯罪の嫌疑なき起訴、(二) 不起訴裁量を逸脱した起訴、(三) 違法捜査に基づく起訴などに対し、形式裁判による訴訟打ち切りという訴訟法上の効果を認めようとする理論である⁽⁷⁹⁾。この第二類型が起訴便宜主義の抑制手段としての公訴権濫用論である。

実際上の問題として、公訴権濫用の主張は、「公安労働事件を中心に、ほかにも戸別訪問、法廷外文書頒布などの選挙法違反事件、ピラはりなどの軽犯罪法違反事件などにおいて、一見被害軽微とみられる事実の場合に多くなされて」きた⁽⁸⁰⁾。上の(二)不起訴裁量との関係で言えば、「起訴猶予相当の事実が存在するため訴追を差し控えるべきであるのに、特定の思想的・政治的活動を弾圧する目的であえて公訴を提起するのは、検察官の独占する公訴権の濫用であって、憲法14条、19条、21条、28条、31条などに違反する、したがって、裁判所は公訴権を形式裁判でしりぞけるべきだ」という主張がなされた⁽⁸¹⁾。

憲法第14条違反を問題とする主張、つまり「同種の事件について、ある者は起訴されないが本件に限って起訴されたというのがごとき攻撃」は、「検察官の意図を推測することはできるが、その証明はむずかしい」と指摘される⁽⁸²⁾。実際、牛肉の物価統制令違反の事件で、被告人は組合の申し合わせた価格で売ったのであって、他の組合員も同価格で販売しているのに自分だけ起訴されるのは憲法第14条違反だと主張した。これに対し、最高裁昭和26年9月14日判決は「たとえ他の違反業者が検挙処罰されなかったような事情があったとしても、いやしくも起訴公判に付されてこれが審理の結果被告人等を有罪とした原判決を目して憲法第14条に違反するものと論ずることはできない」と判断している⁽⁸³⁾。

近年でも、たとえば、医師法違反被告事件では被告人から「本件公訴提起は、可罰的違法性を欠くという点からも刑事政策的見地からも起訴猶予とすべきであった本件をあえて起訴した点で検察官の訴追裁量の逸脱・濫用があり、しかも、全国の多数の病院において、歯科医師による救命救急研修が行われている実態を無視し、ことさらに被告人の行為のみを訴追の対象とした点で憲法14条に違反してなされたものであって、まさに意図的かつ恣意的な悪意の訴追で、検察官による公訴権の濫用が認められるから、原審裁判所は、刑訴法338条4号により公訴棄却の判決をすべきであったのに、これをしなかった点で同法378条2号の不法に公訴を受理した違法がある」と指摘されている⁽⁸⁴⁾。しかし、

本件の場合、札幌市が立ち入り検査をした結果として、札幌市福祉局保健所長名で札幌方面中央警察署長に告発がなされたという経緯を踏まえ、検察官が公訴を提起しているから、「検察官がことさら悪意をもって恣意的に被告人を選抜して起訴したともいえず、本件公訴提起は憲法第14条に違反しない」と判断されている⁽⁸⁵⁾。

1977年6月、チッソ川本事件控訴審判決において、初めて公訴権濫用論が高裁レベルで採用されて公訴が棄却された。この事件は、水俣病患者である被告人が、水俣病公害を惹起したとされるチッソ株式会社に対し被害の賠償を要求するため代表者との面会を求めてチッソ本社に赴こうとし、これを阻止しようとするチッソの従業員4名に対し5回にわたって、殴打、咬みつくなどし、加療約一週間ないし二週間を要する打撲傷、咬傷などを負わせたとして、起訴されたものである⁽⁸⁶⁾。東京高裁は、訴追裁量の逸脱の問題としての公訴権の濫用論を以下のとおり理論的に整理した。

「思うに、公訴の提起は検察官の専権に属し、しかも公訴を提起するかどうかは検察官の裁量にゆだねられている。検察官の起訴、不起訴の処分は、刑法二四八条が例示する諸事項を基礎に、種々の政策、理念を考慮してなされる合目的判断であるから、その権限の行使にあつては相当広範囲の裁量が予定されている。他方、右の処分は、関係者の利害と深刻に結びついた重要な訴訟行為であり、しかも国家を代表し正義の顕現につとめるべき検察官の行為であるから、そこにはおのずから一定の制約があることも否定できない。そして、裁量による権限の行使である以上、その濫用はあり得るし、場合により権限の濫用が甚だしく、とくに不当な起訴処分によつて被告人の法の下での平等の権利をはじめ基本的人権を侵害し、これを是正しなければ著るしく正義に反するとき、右の侵害が刑事事件として係属することによつて現実化している以上、裁判所としてもこの状態を黙過することは許されず、当該裁判手続内において司法による救済を図るのが妥当である。従つて、公訴権濫用の問題は、刑事司法に内在し、裁判所の権限に属する判断事項というべきで、このことは、検察官

の処分も憲法八一条の『処分』に該当し、司法による審査、抑制の対象となると解されることから肯定されよう。検察官の不起訴処分に対しては、準起訴手続や検察審査会の制度があり、これによつて不当な不起訴処分は是正されようが、起訴処分に対しては、予審や大陪審の制度もない現行刑訴法のもとでは、直接これを制御する刑事手続上の制度は存しない。従つて、公訴権濫用に対する救済の方法は、起訴処分に対する応答の形式を定めた刑訴法三二九条以下の条文に依拠して決められるが、訴追裁量を著るしく逸脱した公訴の提起は直接には起訴便宜主義を定めた刑訴法二四八条に違反するものであるから、同法三三八条四号にいう公訴提起の手続の規定に違反したものとして、同条による公訴棄却の判決がなさるべきである⁽⁸⁷⁾。

結論として、東京高裁は、不平等訴追の問題について、「被告人の罪責の有無を検討するに過ぎない当裁判所が、チツソ従業員の刑責を確定したり、訴追、不訴追の当否を論ずることが許されないことは明らかであり、当裁判所も五井工場等の事件の不訴追が不当であるというのではない。ただ、どちらの側にも理由のある行為によつて生じた事件で双方に負傷者が出ていること、そして片方は全然訴追されていないという事実は、もう一方の訴追にあたつて当然考慮すべき事情である⁽⁸⁸⁾と考えるのである。このように本件事件をみてくると、被告人に対する訴追はいかにも偏頗、不公平であり、これを是認することは法的正義に著るしく反するというべきである」と判断し、これを検察官の公訴権濫用の主観的意図の証明の際の、すなわち検察官の故意又は重大な過失を推認するひとつの客観的的外部的事情として考慮した⁽⁸⁸⁾。

これに対して上告審は、検察官の上告理由を認めなかったが、職権による判断によつて「検察官の訴追裁量権の逸脱が公訴の提起を無効ならしめる場合がありうるが、それはたとえば公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合に限られる」と判断し、本件では検察官の訴追裁量権の逸脱があったとは認められず、その逸脱があったとして公訴の提起を無効とした判断は誤りであると判示した⁽⁸⁹⁾。しかし、法令の解釈適用の誤りは刑事訴訟法第411条を

適用するべきものとは認められないとして⁽⁹⁰⁾、最初にしたとおり上告審は上告を棄却したのである。

東京高裁判決に続いて、1980年2月の赤崎町長選挙違反事件控訴審で広島高裁松江支部は、対抗関係にある被告人と候補者のうち、犯情の軽い被告人のみの刑事責任を問うことが違法手続に当たり、憲法第14条と第31条に違反するので、公訴を棄却せねばならないと判断した⁽⁹¹⁾。しかし、上告審で最高裁は、偏頗な捜査をしたと断定するには証拠上疑問無しとはいえないと判断し、原判決が憲法第14条の解釈適用を誤っていると判断した⁽⁹²⁾。

判例の消極的・否定的態度⁽⁹³⁾と対照的に、学説は公訴権濫用論を認める傾向にある⁽⁹⁴⁾。ただし、その理論構成と適用範囲基準については争いがある。現実的に、検察官の不当な裁量権の行使、不平等訴追について、検察官の差別的意図を客観的事実及び主観的意図との両側面で証明することは困難なことであり、チッソ川本事件控訴審判決が危惧したとおり、現在この理論は「画餅に帰」しているように見える。結局、同事件の上告審の最高裁は「差別的起訴を理由とする公訴権濫用論について理論的にはその存在を認めたものの、実際上はこれを否定するに近い形で結論を出した」⁽⁹⁵⁾。これを受けて、公訴権濫用論の限界を指摘する者もある。「裁判官が被告人に有利な解釈をし、被告人に有利な判決を言い渡すには相当の勇気が要る」ことに鑑みて⁽⁹⁶⁾、「どこまで、どの範囲まで裁判官に『救済』を期待できるかについては、疑問がある」とする意見が出されている⁽⁹⁷⁾。また、「公訴権濫用論は解釈論においては否定すべきであり、さらに、立法化するにおいても原則的に否定規定を置くなどしなければならぬものとする」という主張すら見られる⁽⁹⁸⁾。

学説・判例ともに一致するとおり、理論上、公訴権濫用論は、検察官の訴追裁量に対する法的限界を裏書きするものとして機能するものと考えられる。問題は、これが実際に主張される際の障壁にあらう⁽⁹⁹⁾。公訴権濫用論の適用上の問題点を見出し、それが克服可能なものかどうかを再検討する必要がある。あるいは、公訴権濫用論に対する裁判所の消極性が、検察官の独立及び三権分立

の必然的帰結であると考えるのであれば、公訴権濫用論に代わる不当起訴に対するコントロールの仕組みを一層積極的に議論せねばなるまい。

(6) 国際刑事司法における不平等訴追の議論

公訴権濫用について、国際刑事法の視点から若干検討を加えると、訴追と平等原則という論点は、旧ユーゴ、ルワンダといった臨時の（アドホック：*ad hoc*）国際刑事法廷においてもしばしば提起されてきた。また、国際刑事法の文脈では、不平等訴追の問題は、「勝者の裁き（victor's justice）」の問題としても知られる。常設の国際刑事裁判所までの道のりを振り返ると、国際社会は国際軍事法廷や国際刑事法廷の設置を国際平和と安全に対する脅威や破壊への事後的措置、対処策として講じてきた。それゆえ、捜査や訴追において、多分に事後的介入の側面を持っているので、これらの刑事法廷の設置自体あるいは検察の実行が勝者に与したもので、公平さを欠くのではないか、との主張がなされたのである。

旧ユーゴ国際刑事法廷のČelebići事件では、刑務官であった上訴人（Landžo）が訴追された背景には、検察局が唯一発見できたボスニア・ムスリム人（イスラム教徒）であったという事実があり、実際にその他のボスニア・セルビア人（非イスラム教徒）の刑務官が起訴されなかったのは、訴追の選択基準が外部的政策的要因に基づいて行われているからであって、こうした選択的訴追は旧ユーゴ国際刑事法廷規程第21条1項⁽¹⁰⁰⁾の定める平等原則の違反に当たると主張された⁽¹⁰¹⁾。上訴裁判部は、まず検察官の裁量の大きさを指摘し、「検察官が捜査の開始と起訴状の準備について広範な裁量を有していることは疑いない」と判示した⁽¹⁰²⁾。同時に、「このような性質の裁量が無制限でないことも明らかである。検察官に認められる裁量に対する制限は法廷の規程や手続証拠規則に示されている」と述べ、裁量に対する法的制限を示唆した⁽¹⁰³⁾。その上で、上訴裁判部は、挙証責任が検察官の訴追裁量権の不適切な行使を主張する上訴人、Landžoにあると判断した⁽¹⁰⁴⁾。それゆえ、上訴人は、

その訴追や訴追の継続が人種あるいは宗教といった許しがたい根拠に基づいていること、検察官が他の同様の容疑者を訴追していないことを証明しなくてはならない⁽¹⁰⁵⁾。上訴裁判部は、「検察官の裁量の広範性と規程上の検察官の独立性から、規程上の検察官の機能が正常に行われているという推定が働く」とする⁽¹⁰⁶⁾。このような推定は、第21条の法の前の平等の原則が侵害されていることを証明することによって覆され、そのためには、(一) 当該訴追に対する(差別的動機を含む) 不法、不適切な動機の立証、(二) 他の同様の状況にあった者が訴追されていないこと、を立証しなくてはならない⁽¹⁰⁷⁾。裁量の行使の適切性の推定、厳格な要件を上訴裁判部が打ち出していることから、検察官の独立に対する敬意と検察官の裁量に対して司法審査を下すことへの消極性がうかがえる。結論としても、Landžoが有罪とされている犯罪の明白な暴力性と極端な性質に照らして、Landžoに対する裁判の継続が、重要な責任を有する者を訴追し、極端に残酷で非常に重大な犯罪について個人的責任を有する者を訴追するという検察の政策に基づいていることは極めて明白であると、上訴裁判部は判断した⁽¹⁰⁸⁾。

ルワンダ国際刑事法廷においても、ルワンダ国際刑事法廷の被告人となっている者は皆フツ族であって、ツチ族を対象とした訴追が一件もないので、多くの被告人が検察官の訴追政策に対して異議を申し立ててきた⁽¹⁰⁹⁾。Akayesuは、裁判所がフツ族に対する殲滅の罪の犯人に対する訴追を怠り、ルワンダ紛争の「敗者」だけを訴追している、と指摘した⁽¹¹⁰⁾。しかし、Akayesu事件において、ルワンダ国際刑事法廷上訴裁判部⁽¹¹¹⁾は、Čelebići事件の認めた捜査と起訴に関する検察官の広範な裁量を再確認した⁽¹¹²⁾。その上で、フツ族に対する犯罪の不訴追が法廷の不公平性を示唆しているというAkayesuの主張は、Akayesuがこれに関する証拠を提示しなかったので聞き入れられない、と上訴裁判部は判断した⁽¹¹³⁾。同様に、ルワンダ国際刑事法廷の第一審においても、Ntakirutimanaが、ルワンダ愛国戦線の者やツチ族出身者の起訴のなされていないことは法廷の差別的意図を示しており、「勝者の裁き」を押し付けるも

のであると訴えた⁽¹¹⁴⁾。第一審裁判部はNtakirutimanaが、Čelebici事件で定められた要件の証明証拠を何ら提示していないとしてこの主張を簡単に退けた⁽¹¹⁵⁾。

このように、国際刑事法廷においても、平等原則を理由とする訴追権濫用の主張は証明のハードルが非常に高く設定されており、訴追権の適法性の推定を覆すことは理論上不可能とは言えないまでも、現実的には難しくなっているように思われる。

2. 4. 起訴不起訴基準の客観化

下で見るとおり、国際刑事司法においては、国内と比べて裁量権に対する外部的統制、民主的統制の度合いが低いので、検察官自らが検察官の裁量権行使の基準を透明化することによって、裁量権行使の正当性を確保しようとする。また、こうしたガイドラインに注目し、解析することによって、国際法違反の犯罪に対する起訴不起訴基準を明確化していこうという学術的関心も高まっている。

しかし、日本国内における検察官の裁量の議論の関心の的は、検察官の不起訴裁量に対するコントロールへと集中しがちである。とはいえ、事実上の問題として、「もし、基準ないし尺度が存在しないとすれば、検察官はそれぞれ好みに従って恣意的に起訴不起訴が決められることになり、刑事裁判に不公平と不正義をもたらすことになりかねない」⁽¹¹⁶⁾。検察官の裁量に対する批判は、起訴猶予に客観的基準が存在することを示唆し、この基準が無視されて不当に起訴又は起訴猶予処分に処せられたと主張していると評価される⁽¹¹⁷⁾。

起訴猶予の法律上の基準は刑事訴訟法第248条に求められる。起訴猶予処分の際に検討すべき要素について⁽¹¹⁸⁾、刑事訴訟法第248条は「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の情況により訴追を必要としないときは、公訴を提起しないことができる」と定めている。しかし、この規定はこれらの要素をどのような割合で斟酌すべきかについて沈黙しているので、

「実務的にみると、すべての事情を考慮せよとっているだけで、起訴猶予の基準を具体的に示したものとはいえない」⁽¹¹⁹⁾。

国内で起訴不起訴基準の客観化がなかなか行われない背景には、その基準が時代と共に変化するので不変なものでありえないということや地域差が挙げられる⁽¹²⁰⁾。たとえば、戦時中、戦後と現代社会では、窃盗の起訴不起訴の基準に変化があることは明らかだと言われ、大都市と農山村とでは窃盗の被害額に地域差が生じてくると指摘される⁽¹²¹⁾。また、犯罪の手口によって、起訴不起訴の基準の内の考慮すべき因子が異なってくるとも指摘される⁽¹²²⁾。

それでもなお、基準の客観化の肯定される理由として、検事一体の原則に基づき起訴不起訴の判断が上司の裁決を必要とするとはいえ、起訴不起訴の基準を体得するのに相当年月を要するというのは非効率であり、初心者にも起訴不起訴の篩分けを容易に行わせる必要があるということが挙げられる⁽¹²³⁾。窃盗事件の起訴不起訴の因子について岐阜地検のまとめた基準を参考に、法務総合研究所は、窃盗事件について起訴不起訴の決定に考慮される因子を10項目列挙し、さらにそれぞれの因子に2から4段階程度の区分をつけ、斟酌の度合いを点数化している⁽¹²⁴⁾。10項目は、「①住居・職業、②家庭の欠陥、③犯歴、④動機・原因、⑤手口、⑥犯罪の個数、⑦被害の程度、⑧犯罪後の情況、⑨被害者の態度、⑩身柄引請人の有無」となっている⁽¹²⁵⁾。この客観化基準は窃盗を対象としており、国際法違反の犯罪と比較すると軽微な犯罪のため、この基準の因子や因子の斟酌の程度が国際刑事司法における検察官の捜査・訴追の選定基準に対して与える意味合いには限界があると言わねばなるまい。しかし、その基準の適用の結果は、終局的に個人への刑事責任の追及如何を左右するという点で、国内刑事司法においても国際刑事司法においても、同じ意味を持つ。日本の起訴不起訴基準の設定のねらいは、刑事政策的立場に立って必要ならざる刑罰をできるだけ回避しながら、一般予防の要請にも応えるという二つの要請の狭間で適切な処置を目指すもの、と説明される⁽¹²⁶⁾。加えて、処分の公平をはかり、検察官の個人差をできるだけなくそうとするものである、との趣旨も

挙げられる⁽¹²⁷⁾。このような基準設定の趣旨、すなわち、(一) 刑事政策的考慮、(二) 一般予防、(三) 公平な処分(法の前平等)、(四) 検察官の個人差の解消、という要請は国際刑事司法においても妥当するであろう。

2. 5. 諸外国の訴追裁量

国家訴追主義を採る我が国と対置されるのが私人訴追主義であり、被害者たる私人の意向が刑事裁判に反映されるといわれる。フランスでは人民代表訴追、イギリスでは一般市民訴追が認められる。ただし、私人訴追主義には、自力で訴追することの困難性、恣意的濫用などの弊害が指摘される。私人訴追が恣意的目的で悪用されることを防ごうと、私人訴追を採用するイギリスでも、「*nolli prosequi* (不訴追宣言) というような、訴追の弊害が大きいと思料される場合に、アターニー・ジェネラルが訴追を中止させる制度などが用いられ、十分な根拠を欠く嫌がらせ目的での訴追に関しては、*malicious prosecution* (悪意の訴追) を理由とする処罰の制度が用意される」⁽¹²⁸⁾。結局、私人訴追主義を採用しているとされたイギリスにおいても、実態の多くは警察訴追であったと評価され、現在では*crown prosecution* (検察庁) の制度が導入されて、警察による訴追の審査と*crown prosecution*による訴追が行われている。しかし、イギリス検察庁 (*crown prosecution service*) の下でも、個人の私訴権は保障されているのであり⁽¹²⁹⁾、形式的には*crown prosecution service*が私訴を引き継ぐことになる。

フランスでは予審を前提とした訴追制度が採用されており、捜査機関が起訴前になしうる捜査活動の範囲は日本と比べて制限されていると指摘される⁽¹³⁰⁾。フランスの訴追制度は、検察官の不起訴処分に対するコントロールとして、私訴権を行使する被害者に直接公訴権の権利を認めている⁽¹³¹⁾。フランスの場合、私人訴追制度は被害者訴追制度として発展してきたと評価される⁽¹³²⁾。ただ、この私訴権の権利行使主体は徐々に拡大し、職業組合や消費団体、環境団体など特定の犯罪について利害関心を有する団体も私訴権を認められてきた⁽¹³³⁾。

ドイツは、起訴法定主義（Legalitätsprinzip）を主軸とした訴追方式で知られる。ドイツの他、イタリアとスペインにおいても、特定の犯罪について、事実に関する十分な根拠が存在する限り、検察官は訴追を拒否することができない⁽¹³⁴⁾。ドイツでは軽微な犯罪について私人訴追を起こすことができ⁽¹³⁵⁾、そうした私人訴追は公益のために検察官に引き継がれる⁽¹³⁶⁾。スペインでは、被害者による私人訴追が認められるだけでなく、市民の通報による私人訴追が可能とされている⁽¹³⁷⁾。

ドイツが起訴法定主義を採用している国として知られているのに対し、典型的にはコモンロー諸国そして大陸法系の国々においても、起訴便宜主義（Opportunitätsprinzip）が採用されている⁽¹³⁸⁾。

アメリカ合衆国では起訴便宜主義が採られている上、手続上、答弁取引が認められているので、日本の検察官よりも大きな裁量権を有していると見ることもできる⁽¹³⁹⁾。しかし、国家訴追主義には、アメリカ合衆国の連邦といくつかの州で認められている重罪に関する大陪審による起訴手続という形で一定の制限が加えられている⁽¹⁴⁰⁾。

アメリカ合衆国においても、検察官は起訴、不起訴の決定について伝統的に広範な裁量権を行使しているといわれる⁽¹⁴¹⁾。アメリカ合衆国の場合には、州により、検察官による起訴・不起訴の判断に先立って、警察官に被疑者の取り扱いについて一定の裁量が認められている。逮捕後の諸手続が終了すると、当該被疑者について被疑者を裁判所へ告発・起訴すべきかどうかの決定を行うことになり、「日本と同様、軽微な犯罪の場合は、警察の段階でお説教をして釈放するというも行われている」という⁽¹⁴²⁾。警察官が被疑者を裁判所に告発・起訴するかどうかの判断に当たっては、検察官の意見を求めたり、検察官の承認を受ける取扱いになっている州が多い。けれども、一定のカテゴリーの犯罪については、警察官に裁量が与えられていて、担当警察官の判断のみで裁判所に告発・起訴できる犯罪もあるとされる⁽¹⁴³⁾。

起訴・不起訴の判断に対する統制を期待できる制度として、アメリカには重

罪の場合、初回出頭 (initial appearance; initial hearing; first appearance; initial arraignment; probable case hearing などと州によって呼称が異なる⁽¹⁴⁴⁾) の後、だいたい二週間以内に予備審問 (プレリミナリー・ヒアリング: preliminary hearing) が開かれる。そして、この二週間の間に「かなりの割合の事件が、不起訴 (起訴の取下) 処分や微罪事件への変更により終結される」⁽¹⁴⁵⁾。予備審問は、被疑者の身柄拘束の後に、身柄拘束の継続を認めるに足る相当理由 (probable cause) の存否を当事者主義的に決定する手続である⁽¹⁴⁶⁾。審問の内容については、州ごとに異なる指摘されるけれども、大別して、身柄拘束の正当性の確認に主眼を置くものと、その後の手続続行の正当性確認に主眼を置くものがある⁽¹⁴⁷⁾。一方で、予備審問によって、刑事手続の可視化が図られていると評価され、嫌疑なき起訴のコントロールが期待される⁽¹⁴⁸⁾。他方で、予備審問によっては起訴裁量を逸脱した起訴に対するコントロールは期待できないことになる⁽¹⁴⁹⁾。

連邦および一部の州が採用する大陪審 (grand jury) は、予備審問と対照的に、不当な起訴に対する統制の役割が本来期待されていた⁽¹⁵⁰⁾。大陪審は通常16人から23人の市民によって構成され⁽¹⁵¹⁾、大陪審では裁判官が審理を主催することはなく、なんらの証拠法則も適用されない⁽¹⁵²⁾。今日では、客観的証拠と証人の証言を検討して起訴するだけの相当理由 (probable cause) が存在するかどうかを決定する役割を担う機関として位置づけられているため⁽¹⁵³⁾、「検察官のラバースタンプにすぎないとして批判されている」⁽¹⁵⁴⁾。本来であれば、不当な起訴・不起訴を民主的に統制する役割が期待できたけれども、このように今日ではその統制能力について懐疑的意見が多い⁽¹⁵⁵⁾。

3. 国際刑事裁判所の検察官の裁量

3.1. 国際刑事裁判所の検察官の地位

国際刑事裁判所は、規程上 (国際刑事裁判所規程前文、第1条)、国内裁判

所の管轄権を尊重し、それを補完する位置づけを与えられており、補完性の原則の下に動いている。また、国際刑事裁判所の管轄犯罪の容疑者の数はその性質上おびただしい数になると想定され、国際刑事裁判所の限られた人的資源と物的資源でこれにすべて対処することは困難である。したがって、国際刑事裁判所規程第53条1項(c)及び2項(c)は検察官に裁判所の管轄にかかる犯罪に対して捜査や訴追を開始するかどうか、選択的に決定するよう求めている。国内の裁判所は、国際刑事裁判所が取り扱えなかった重大犯罪に対処することを期待されている。斯様に、国際刑事裁判所の検察官には、起訴便宜主義が妥当している⁽¹⁵⁶⁾。

他方で、以下のとおり、国際刑事裁判所の検察官には訴追のための法律上の義務も存在する。第一に、国際刑事裁判所規程は前文で重大犯罪の不訴追の禁止を求めている。第二に、ジュネーヴ条約やジェノサイド条約に定められている一定の犯罪は締約国に訴追義務を課している上、国際刑事裁判所規程中にも犯罪として取り込まれているので、補完性の原則と一体としてみると、訴追義務を負っている締約国がこれら犯罪を訴追できなかった場合あるいは訴追しようとしなない場合に、国際刑事裁判所はこれら犯罪を訴追する義務を負っていると解釈できる⁽¹⁵⁷⁾。したがって、国際刑事裁判所の検察官は重大犯罪の訴追義務という命題と国内・国際刑事司法における起訴便宜主義の傾向という二つの命題の緊張関係の間に置かれている⁽¹⁵⁸⁾。見方を変えれば、検察官の裁量は常に国際刑事裁判所の犯罪の重大性から生ずる法律上の訴追義務によって牽制されているともいえる。

国内法における検察官の訴追裁量の統制を整理してみると、日本の検察官については不起訴裁量の統制に国内法上いくつかの制度が設けられその改善も図られている。他方で、起訴裁量の統制に関しては国内法上の制度を欠いており、起訴裁量の統制がいかに行われるかが長年の論点となっている。この状況に関連して、国際刑事裁判所にあっても、後述のとおり、一定の場合には不起訴裁量について裁判所によって程度の統制がなされることが法律上定められて

いる。しかしながら、多くの国際刑事法廷の検察官担当者が認める通り、国内の検察官に比べて、国際刑事司法における検察官の裁量はかなり大きいものである。国際刑事司法における検察業務と国内刑事司法における検察業務の相違の指摘として、しばしば引用されるのが、旧ユーゴ国際刑事法廷の検察官を務めた Louise Arbour の見解である。Arbour によれば、「国内の検察官は重大な犯罪について選択的であることを要求されることはほとんどない。犯罪が遂行されると、通報され、捜査され、起訴され、証拠が許す限り、検察官は全ての重要な犯罪を訴追する。対照的に、国際刑事法廷の業務において、検察官は捜査や訴追のために財源を用いる際に、非常に選択的であることを要求され、国内司法体系を補完する仕方では活動しなくてはならない」⁽¹⁵⁹⁾。ただし、国際刑事司法における検察官の裁量の程度が大きいからといって、検察官の裁量の必要性が自ずと肯定されるわけではなく、裁量権に対する外部統制の欠如が正当化されるわけでもない⁽¹⁶⁰⁾。国際刑事司法における検察官の裁量の趣旨や統制の問題は、帰納的に解決、片付けるべき問題ではなく、論理的検討を必要とする課題といえよう。

国際刑事裁判所は、裁判所長会議 (the Presidency)、上訴裁判部門、第一審裁判部門、予審裁判部門、検察局、書記局から構成され、検察局は国際刑事裁判所の一機関と位置付けられている (国際刑事裁判所規程第34条(c))。検察局は裁判所とは別個の機関として独立して行動する (国際刑事裁判所規程第42条1項)。検察局の任務は、「裁判所の管轄権の範囲内にある犯罪の付託及びその裏付けとなる情報の受理及び検討並びに捜査及び裁判所への訴追」であり、検察官はこの任務について責任を有する (国際刑事裁判所規程第42条1項)。さらに、検察官の独立について、「検察局の職員は同局外から指示を求めてはならず、また、同局外からの指示に基づいて行動してはならない」、と定められる (国際刑事裁判所規程第42条1項)。

検察局は検察局の長たる検察官と一又は二人以上の次席検察官と検察局の職員で構成される。検察官の独立にとって重要なことには、「検察官は、検察局

(職員、設備その他資産を含む。)の管理及び運営について完全な権限を有する」(国際刑事裁判所規程第42条2項)。2009年1月現在、アルゼンチン出身の検察官Luis Moreno-Ocampo氏が2003年6月16日から検察官を務め、次席検察官は2004年1月11日からガンビア出身のFatou Bensouda氏が務めている⁽¹⁶¹⁾。検察官と次席検察官の任期は、選挙の際により短い任期が決定されない限り、9年とされている⁽¹⁶²⁾。

検察官の資格について、国際刑事裁判所規程第42条3項は「検察官および次席検察官は、徳望が高く、かつ、刑事事件の訴追又は裁判について高い能力及び広範な実務上の経験を有する者とし、裁判所の常用語の少なくとも一つについて卓越した知識を有し、かつ、^{たん}堪能でなければならない」と定める。したがって、裁判官と異なり、検察官は締約国民である必要はない⁽¹⁶³⁾。検察官の選任については、国際刑事裁判所規程第42条4項に定められており、「秘密投票によって、締約国会議の構成国の絶対多数による議決で選出される」。次席検察官の選任について、同項は、検察官が提供する候補者名簿の中から同様の方法によって選出される、と定める。判事と検察官の詳しい選出方法、とりわけ指名については、国際刑事裁判所規程も手続規則も選出手続に関する定めを置かないので、国際刑事裁判所準備委員会が中心となって選出手続について起草のための議論を進めた⁽¹⁶⁴⁾。これに基づき、2002年9月9日、第一回締約国会議において「裁判官、検察官、次席検察官の指名及び選任手続(Procedure for the Nomination and Election of Judges, the Prosecutor and Deputy Prosecutors of the International Criminal Court)」が採択された⁽¹⁶⁵⁾。その24によれば、「裁判官の候補者の指名手続は、検察官の指名に準用されねばならない」。裁判官の候補者の規定は、裁判官、検察官、次席検察官の指名及び選任手続の1に定められている。それによれば、「締約国会議の事務局は国際刑事裁判所の判事の指名の案内を外交ルートを通じて配布しなければならない」から、検察官の指名の案内もこれに準じて締約国会議事務局から諸国に配布されることとなる。

検察官の独立から生ずる要請として、「検察官及び次席検察官は、その訴追上の任務を妨げ、又はその独立性についての信頼に影響を及ぼすおそれのあるいかなる活動にも従事してはならないものとし、他のいかなる職業的性質を有する業務にも従事してはならない」という義務を負っている（国際刑事裁判所規程第42条5項）。検察官あるいは次席検察官自らが特定の事件からの回避を要請するときには、「裁判所長会議は当該検察官又は次席検察官を特定の事件についての任務の遂行から回避させることができる」（国際刑事裁判所規程第42条6項）。もっとも、こうした要請が検察官自ら提起されない場合においても、国際刑事裁判所規程第42条7項の下、検察官及び次席検察官は常に「何らかの理由により自己の公平性について合理的に疑義が生じ得る事業に関与してはならない」。したがって、「検察官及び次席検察官は、特に、裁判所に継続する事件又は被疑者若しくは被告人に係る国内における関連する刑事事件に何らかの資格において既に関与したことがある場合には（…）当該事件から除斥される」（国際刑事裁判所規程第42条7項）。除斥の申し立ては、被疑者又は被告人からなされて、それを上訴裁判部が決定することになっている（国際刑事裁判所規程第42条8項(a)(b)）。検察官は独立しているといえども、性的暴力・児童に対する暴力などの特定の法律問題については、法的知見を有した顧問を任命しなくてはならない（国際刑事裁判所規程第42条9項）。2008年11月、この規定に基づいて検察官は、性的暴力の特別顧問（Special Adviser on Gender Crimes）としてミシガン大学ロースクールのCatharine A. MacKinnon教授を任命した⁽¹⁶⁶⁾。

検察官は締約国会議の議決によって解任（国際刑事裁判所規程第46条）・懲戒処分（国際刑事裁判所規程第47条、国際刑事裁判所手続証拠規則30の2、30の3）されるので、この点で締約国会議に対して明らかに責任を負う（accountable）⁽¹⁶⁷⁾。検察官の解任の対象となる重大な不正行為や重大な義務違反行為については、国際刑事裁判所手続証拠規則の規則23に規定が置かれている。懲戒処分は、解任の事由に該当する行為よりも重大でない性質の不法行

為を行った検察官、次席検察官に対してなされる処分である。懲戒処分の対象行為については、規則25, 32が規定する。

国際刑事裁判所規程第112条において、「締約国会議は、次の任務を遂行する」とされ、「(b)裁判所の運営に関して裁判所長会議、検察官及び裁判所書記に対する管理監督を行うこと」、「(d)裁判所の予算を検討し、及び決定すること」と規定されている。他方で、予算や運営管理の面でどの程度検察局の運営に対するコントロールが及ぼされるかどうかは不明といわれる⁽¹⁶⁸⁾。

検察官の不正行為に関連して、最近の国際行政裁判例が注目に値しよう。国際刑事裁判所の検察官（Moreno-Ocampo氏）の重大な不正行為について、これを裁判所規則（Regulations of the Court）⁽¹⁶⁹⁾119の1の苦情申し立て手続に基づき、2006年10月20日に内部告発した検察局のスウェーデン人広報官 Christian Palme氏が、この申し立てを機に、検察官に対して悪意で虚偽の申し立てをしたとして、2007年4月、逆に重大な不正行為を行ったことを理由に検察官から任期途中で略式解雇を言い渡された⁽¹⁷⁰⁾。Palme氏は、この決定を不服として、国際刑事裁判所職員規則⁽¹⁷¹⁾の規則110の2(c)に従って、略式解雇の見直しを求める手続を懲戒顧問委員会（Disciplinary Advisory Board）へ付託した。2007年6月18日の報告書で、この委員会は、検察官自身の解雇決定への関与を理由として、略式解雇の決定が瑕疵ある手続に基づいて下されたものであると全会一致で決定した。また、委員会は、Palme氏が明白な悪意に基づいて行動していたことは立証されていないと考え、検察官に対して略式解雇決定を取り消すよう勧告した。2007年7月13日、検察官はPalme氏に対して、委員会決定に従うことなく、略式解雇決定を確定すると伝えた。そこで、この決定の取り消しを求めて、Palme氏はILO行政裁判所に事件を付託した。ILO行政裁判所は、2008年7月9日の判決で、Palme氏の主張を認め、略式解雇決定が適正手続に則っていなかったとして、決定の取り消しと、国際刑事裁判所に対して、Palme氏の略式解雇の日から任期満了までに支払われるはずであった分の給与額支払い、2年間分の給与、二万五千ユーロの精神的損害

などの支払いを命じた⁽¹⁷²⁾。検察官の重大な不正行為の報告をした検察局職員に対して、検察官が適正手続によらずに略式解雇したことは、検察官の高潔性、信頼性を揺るがす行為であり、看過しがたい。再発防止のため、検察官は国際社会に対してはもちろん、まず検察局内部の職員に対して信頼を回復する努力をせねばなるまい。

3. 2. 裁量の趣旨・裁量のコントロールの趣旨

検察官に裁量の認められる趣旨は、国内刑事司法においては三権分立の思想に求められよう⁽¹⁷³⁾。また、アメリカでは、検察官の訴追判断の自由に対する伝統的な敬意、検察の機能は政府の行政機関が担うべきという考え方、憲法上認められている権力分立、検察官の訴追の決定が司法審査になじまない、訴追の決定を審査することは効率的な訴追に影響を及ぼすという実際の困難⁽¹⁷⁴⁾、などが検察官の訴追裁量に対する司法審査の敬遠の理由として挙げられる⁽¹⁷⁵⁾。

国際刑事裁判所の検察官についても、その裁量の趣旨は、国際刑事手続における司法機関と検察局の役割の分担に求められる⁽¹⁷⁶⁾。国際刑事司法においては、検察官の裁量が検察官の政治的機関や外部からの影響を避けて、検察官の独立を保障するために存在するというよりも、組織化の未完全な国際社会においては三権分立のそれぞれの機関相互の統制の仕組みができていないことから、検察官の裁量に対する司法審査の限界を現実的に捉え、検察官の裁量権の趣旨と捉える立場である⁽¹⁷⁷⁾。国内の三権分立体制がそのまま国際法の想定する国際社会構造に合致しない、とりわけ国連のような国際組織の構造に妥当しないことは、旧ユーゴ国際刑事法廷も認める⁽¹⁷⁸⁾ところである。

国内刑事司法、特にアメリカの刑事司法においては、検察官は犯罪行為を取り締まる社会の国家の行政官によって選ばれ任命されており、その意味で当該行政官は犯罪を追及する国内社会に対して民主的説明責任を負う体制ができています。しかし、国際刑事司法では上述のとおり政治的な機関が検察官を選出する。したがって、国際刑事裁判所の締約国会議という政治的機関の政策的優先

事項は、実際に国際社会の良心を脅かす犯罪を経験した国家の政策的優先事項に対して、民主的答責関係にないどころか緊張関係にあることも想定される⁽¹⁷⁹⁾。換言するならば、国際刑事裁判所の検察官は、あらゆる国際組織が民主主義の赤字の問題を抱えるのと同様、犯罪を経験した国の人民に対して民主的正当性を欠いているのである⁽¹⁸⁰⁾。

国際刑事裁判所の検察官の裁量の趣旨及び基本的必要性は、以下の二点に求められる。第一に、訴追対象事件数の多さから極度な選択性（selectivity）が生じていることを背景に、国際刑事司法を円滑に機能させるべく、検察官に裁量権が与えられている、と考えられる⁽¹⁸¹⁾。つまり、国際刑事司法は広範囲で組織立った武力紛争と大規模人権侵害に対する国際社会の対応のひとつと考えられるから、その訴追対象となる事件数は相当程度多いものと予想される。この該当事件数の多さと対照的に、国際刑事司法の予算には限界があり、限られた資源の中では、ほんの一握りの事件を訴追することしかできない。このような状況下では、国際刑事裁判所は常設といえども国内刑事司法と異なって管轄下にあるほぼ全ての重大犯罪を訴追することはできず、「国際的な関心事である最も重大な犯罪を行った者に対して管轄権を行使する権限を有し、及び国家の刑事裁判権を補完する」権限を持つに過ぎない⁽¹⁸²⁾。国際刑事裁判所の検察官は、国際刑事裁判所規程に基づき、大変制限的な訴追遂行を義務付けられているので、必然的にその裁量の程度も大きくなっていると考えられる。資源の限界は、国内刑事司法の検察官の裁量の趣旨のひとつとしても挙げられている⁽¹⁸³⁾。犯罪の発生数に比べて刑事司法の人的・物的資源の限界により、処理できる件数が限られてくるという現象は、大小程度の差があるとはいえ、国内刑事司法と国際刑事司法共通の課題といえる。

二点目には、検察官の独立が検察官の裁量の根底にあると指摘される⁽¹⁸⁴⁾。刑事司法にとって、裁量は検察官の独立の不可欠な要素であり、法律手続の完全性（integrity）と優良性のための不可欠な要素でもある⁽¹⁸⁵⁾。ただし、他の国際刑事法廷すなわち旧ユーゴ国際刑事法廷及びルワンダ国際刑事法廷の管轄

権が国内裁判所に対して優越性を持っているのに対して（旧ユーゴ国際刑事法廷規程第9条2項、ルワンダ国際刑事法廷規程第8条2項）、国際刑事裁判所は国内裁判所に優越しないどころか、規程上の補完性原則の要請から国内裁判所が国際刑事裁判所の管轄権に優越し、国際刑事裁判所は国内裁判管轄を補完するものであると位置づけられる。補完性の原則と国際社会、国際刑事裁判所の中に警察権力が存在しないことを重ね合わせると、国際刑事裁判所のMoreno-Ocampo検察官が指摘するように、「国際刑事裁判所は独立していると同時に（国家と）相互依存の関係にある」⁽¹⁸⁶⁾。さらに、国際刑事裁判所の検察官は、ニュルンベルク裁判、東京裁判、旧ユーゴ、ルワンダの事例と異なって、現在進行中の大規模人権侵害、武力紛争に取り組むことが多く、任務の遂行に際して、通常国内であれば検察の役割ではない政策的決定をせねばならない事態も生ずる。後述のとおり、国際刑事裁判所規程も第53条1項で、検察官が捜査を開始するに当たり、「犯罪の重大性及び被害者の利益を考慮してもなお捜査が裁判の利益に資するものではないと信ずるに足りる実質的な理由がある」場合、捜査手続を進めない決定をすることを認める。しかしながら、捜査の決定が、複雑な政策的判断を必要とする「いかなる正義が特定の事態にふさわしいか」という非常に政治的な問題に左右されるとすれば、捜査の決定を「独立した」検察官に付与している意味がなくなってしまう⁽¹⁸⁷⁾。つまり、国際刑事裁判所における検察官の独立は、国内刑事司法であれば政治機関の行う決定を検察官が行う可能性を否定しない、という点で特殊なものといえる。それでもなお、国際刑事裁判所規程上、検察官の独立は要請されているのであり、国際刑事裁判所の検察官の独立の概念をいかに解釈、保障していくかという問題が提起される。

3. 3. 国際刑事裁判所の検察官の裁量行使に当たっての法的枠組み

(1) 事態と事件の区別

国際刑事裁判所規程は検察官の裁量権の行使について、二段階での裁量権行

使を想定する。すなわち、検察官は、捜査のために事態（situations）の選定を行い、訴追のために事件（cases）の選定を行う⁽¹⁸⁸⁾。国際刑事裁判所規程は事態と事件について定義を置かないものの、事態は捜査の開始に関係する事柄であり、事件は訴追の開始に関係する事柄であると大まかな区別ができる。事態は、第13条に規定される国際刑事裁判所の管轄権発動メカニズム（いわゆるトリガー・メカニズム：trigger mechanisms）を通じて提起される。すなわち、（一）締約国が国際刑事裁判所の管轄権の範囲内にある犯罪の行われたと考えられる事態を検察官に付託する場合（国際刑事裁判所規程第13条(b)、第14条）、（二）国連憲章第七章下で行動する安全保障理事会が国際刑事裁判所の管轄権の範囲内にある犯罪の行われたと考えられる事態を検察官に付託する場合（第13条(b)）、（三）検察官が裁判所の管轄権の範囲内にある犯罪に関する情報に基づき自己の発意により捜査に着手する場合（第13条(c)、第15条）、に検察官による事態の選定、あるいは予審裁判部による捜査の開始の許可が必要となる。こうして、政治的動機付けをもった訴追を排除するために、訴追のための個人を特定できる場合でも、安全保障理事会と国際刑事裁判所の締約国は個々の「事件」ではなくて「事態」全体を付託するよう義務付けられていると考えられる⁽¹⁸⁹⁾。こうした配慮なく、検察官が外部付託による特定の事件のみを追及していたのでは、検察官に要請される公平性の義務は全うされない⁽¹⁹⁰⁾。同じく、国際刑事裁判所規程第13条(c)及び第15条の下で、検察官が、自己の発意によって（*proprio motu*）訴訟手続を開始しようとする場合には、事件ではなく事態全体について検討していることが義務付けられていると考えられる⁽¹⁹¹⁾。つまり、規程第15条3項の下で検察官が予審裁判部に対して捜査の許可を請求する場合には、特定の事件ではなくて事態に関して捜査開始の許可を請求せねばならない⁽¹⁹²⁾。

以上のうちいずれの付託形態によって国際刑事裁判所の管轄権が発生しようとも、一旦この引き金（trigger）が引かれ、事態が特定されると、国際刑事裁判所の検察官は事件について広範な裁量権を持つ⁽¹⁹³⁾。国際刑事裁判所の検

察局は、事態と事件の選定を、独立性、公平性、客観性、無差別性、という四つの原則に則り遂行している⁽¹⁹⁴⁾。

(2) 事態の選定

事態の選定、捜査開始の決定に当たっては、国際刑事裁判所規程第53条1項が検察官に対して、法的制約を課している。第53条1項によれば、「検察官は、入手することのできた情報を評価した後、この規程に従って、手続を進める合理的な起訴がないと決定しない限り、捜査を開始する。検察官は、捜査を開始するか否かを決定するに当たり、次の事項を検討する」⁽¹⁹⁵⁾としている。すなわち、国際刑事裁判所の検察官は事態の選定、捜査の開始に当たり、以下の三つの法律上の要件を満たしているかどうか検討する。第一に、「利用可能な情報により、裁判所の管轄権の範囲内にある犯罪が行われた又は行われていると信ずるに足りる合理的な基礎が認められるか否か」(第53条1項(a))、第二に、「事件について第17条に規定する受理許容性があるか否か又は受理許容性があり得るか否か」(第53条1項(b))、第三に、「犯罪の重大性及び被害者の利益を考慮してもなお捜査が裁判の利益 (interests of justice) に資するものでないと信ずるに足りる実質的な理由があるか否か」(第53条1項(c))、という三要件を検討しなくてはならない。三つの要件は、(一) 合理的な理由、(二) 受理許容性(重大性と補完性)、(三) 「正義の利益⁽¹⁹⁶⁾(公定訳では、上に引いたとおり『裁判の利益』: interests of justice)」の考慮、とまとめられる⁽¹⁹⁷⁾。

(3) 事件の選定

事件の選定、訴追の開始に当たっては、国際刑事裁判所規程第53条2項が事態の選定に関する第53条1項の要件とほぼ同様の検討項目を掲げている。第53条2項は、「検察官は、捜査に基づき、次のことを理由として訴追のための十分な根拠がないと結論する場合には、予審裁判部及び第14条の規定に基づいて付託を行った国又は第13条(b)に規定するときは安全保障理事会に対し、そ

の結論及びその理由を通報する」と定める。したがって、検察官は、訴追を行うか否かの決定に際して、捜査の開始とほぼ同様の次の三つの項目を検討するよう義務付けられている。第一に「第58条の規定に基づく令状又は召喚状を求めるための法的な又は事実に係る根拠が十分でない」(第53条2項(a))かどう
か、第二に「事件について第17条に規定する受理許容性がない」(第53条2項(b))かどう
か、第三に「すべての事情(犯罪の重大性、被害者の利益、被疑者の年齢又は心身障害及び被疑者が行ったとされる犯罪における当該者の役割を含む。)を考慮して、訴追が裁判の利益のためにならない」(第53条2項(c))かどう
か、が法律上検察官に課された訴追開始のための検討事項である。第三の検討事項では、捜査開始の際の検討事項とは違って、第53条2項(c)で「すべての事情」という記述がなされている上に、「被疑者の年齢又は心身障害及び被疑者が行ったとされる犯罪における当該者の役割」の検討が第53条1項(c)の「犯罪の重大性及び被害者の利益」の検討事項に加えて記述されている。第53条2項の検討課題が「すべての事情」を考慮することを求めているということは、第53条2項の検討事項は網羅的ではないということになり、第53条2項の検討事項は例示列举であると解釈することができる⁽¹⁹⁸⁾。

(4) 第一基準——裁判所の管轄権内の犯罪の存在——

捜査及び訴追の開始に当たっての検討事項は、(一)裁判所の管轄権内の犯罪が行われていると信じるに足る合理的な基礎が存在するかどうか、(二)主に重大性(国際刑事裁判所規程第17条1項(d))に関して、受理許容性(受理可能性)が肯定されるかどうか、(三)正義の利益(interests of justice: 裁判の利益)に適うかどうか、の三つに集約される。捜査の開始と第一の管轄権内の犯罪の発生の合理的な基礎の要件について、国際刑事裁判所検察局は、「合理的な基礎のテストは単なる疑い(suspicion)以上の確実性を要請する」と第52条1項(a)を解釈している⁽¹⁹⁹⁾。管轄権内の犯罪が行われたという合理的な基礎の証明には、(a)問題となっている出来事が起こったこと、(b)その出

来事が国際刑事裁判所規程第5条に定められた犯罪を構成すること、(c) 当該犯罪が裁判所の時間的、人的、場所的管轄権内にある、と信じることができる合理的な基礎が存在しなくてはならない⁽²⁰⁰⁾。これに対して、訴追開始のための第52条2項(a)の「十分な根拠」の要件は、第52条1項(a)の「合理的な基礎」よりも高度な特定性を要求していると解釈されている⁽²⁰¹⁾。

(5) 第二基準——受理許容性——

第二に、受理許容性の帰結として導かれる重大性の要件について、国際刑事裁判所の管轄権内にある犯罪は全て重大な犯罪といえるけれども（前文、規程第1条）、規程第53条1項(b)、第53条2項(b)、第17条1項(d)から、検察官は対象犯罪の重大性についての特段の考慮が必要とされていると考えられる⁽²⁰²⁾。訴追の開始に当たり、国際刑事裁判所検察局は、(一) 犯罪の規模 (the scale of the crimes)、(二) 犯罪の性質 (the nature of the crimes)、(三) 犯罪の実行方法 (the manner of the commission of the crimes)、(四) 犯罪の与えた影響 (the impact of the crimes) の四要素を犯罪の重大性の評価として考慮する⁽²⁰³⁾。これらの四要素全てを考慮に入れて「事態」の選定が行われる。

事態の選定の重大性の一基準としての「犯罪の規模」に関して、検察局は主に被害者の数を検討する⁽²⁰⁴⁾。同時に、犯罪の地理的及び時間的分布も考慮に入れられる⁽²⁰⁵⁾。検察局が事態の選定に当たり特に重大性の要件を重視していることは検察局自らが折に触れて明らかにしている⁽²⁰⁶⁾。こうした検察局の実行について、検察局がある事態の不選定に当たって、犯罪の重大性を根拠に正当化しておらず、むしろ被害者の数を根拠にしているという傾向を指摘する者もある⁽²⁰⁷⁾。だが、検察局の立場自体が被害者の数を犯罪の重大性の検討の一重要要素と位置づけている以上⁽²⁰⁸⁾、検察局が犯罪の被害者の数を根拠に事態の選定を正当化している現在までの実行は、検察局の政策の理論的帰結とも捉えられる。実際に、イラクの事態を捜査の対象として選定しなかったことにつ

いて、検察局は、たとえ締約国の国民によって非締約国イラクで管轄権内の犯罪が行われていたとしても、その戦争犯罪の被害者は4-12人程度であって、現在国際刑事裁判所が実際に捜査を開始しているウガンダ、コンゴ民主共和国、スーダンの事態の被害者が何千人規模であることと比べると、重大性の要件を満たさない、と示唆している⁽²⁰⁹⁾。

事態の選定の重大性の一基準としての「犯罪の性質」について、検察局はほとんどの国内体系で個人に対する最も重大な罪と捉えられている故殺、殺人を最も重大な犯罪と捉える⁽²¹⁰⁾。殺人に準じて、強姦も最も重大な犯罪と捉えられる⁽²¹¹⁾。事態の選定の重大性の一基準としての「犯罪の実行方法」においては、当該犯行がどの程度体系的、組織的、計画的な方法で遂行されたか、残虐性の要素、弱い立場にある被害者を狙った犯罪、規程第21条3項に列挙されるような差別に基づく犯罪、法律上のあるいは事実上の権力の濫用（たとえば保護する責任）といった要素の考慮が求められる⁽²¹²⁾。事態の選定の重大性の一基準としての「犯罪の与えた影響」の検討に当たっては、長期的な社会、経済、環境への影響を含めて、共同体（コミュニティ）、地域的平和と安全に対する犯罪の大きな影響を考察する⁽²¹³⁾。したがって、人道的援助活動や平和維持活動を行う者に対する攻撃、司法に対する妨害、とりわけ国際刑事裁判所の証人や職員に対する攻撃、恐怖を広める目的で行われた犯罪、といったことが検討項目となる⁽²¹⁴⁾。

重大性の要件は、事件の選定の段階では、問題となっている特定の「事件」の重大性を考慮するものとなる。ただし、重大性の検討に当たって、考慮すべき要素は、上に挙げた事態と同じ要素とされる⁽²¹⁵⁾。

受理許容性の判断の一部となっている国内刑事管轄権の補完性の要件について、まず事態の選定との関連では、第53条1項(b)が「事件について第17条に規定する受理許容性があり得るか否か又は受理許容性があり得るか否か（傍点筆者）」と規定していることから、事態について補完性の見当が求められるかどうかの問題となる⁽²¹⁶⁾。検察局は、捜査の開始段階では、一般的な意味での

受理許容性の判断、つまり事態の捜査の結果生じうる事件の考察が求められていると考える⁽²¹⁷⁾。補完性の原則の考察は以下の二項目について行われる。第一には、国際刑事裁判所の管轄権の対象となりそうな事件について国内の訴訟手続が行われたか、行われているか、という経験的な問題がある⁽²¹⁸⁾。これに関して、たとえば、重要でないレベルの犯罪人（いわゆる小物）の訴追は、最も重要な犯罪人を裁く国際刑事裁判所の管轄権の障害とはならないと考えられる。第二に、国内で訴訟手続の存在が確認された場合には、次に規範的問題が検討されなければならない。すなわち、その訴訟手続が訴訟を真に行う意思又は能力の欠如によって侵害されて無効なものとなさせられていないかどうか、である⁽²¹⁹⁾。検察局は、「意思の欠如」と「能力の欠如」について、第17条2項及び同条3項の要素を検討する。それらの諸要素は補完性に関する専門家集団による非公式報告書に詳しい⁽²²⁰⁾。事件となる前の捜査段階での事態に関する受理許容性についての異議申し立ては第18条に基づいて行われることになる。

検察局によれば、事件に関する補完性原則の検討は、逮捕状の発行などを通じて「事件」が明確になるまで意味を持たない⁽²²¹⁾。一旦、事件が確定すれば、受理許容性について考慮する要素は上で述べた事態で考察されることと同様であり、事件段階では対象事件、すなわち犯行や犯人が特定されているという相違があるに過ぎない⁽²²²⁾。

(6) 正義の利益 (interests of justice : 裁判の利益)

正義の利益は、国際刑事裁判所の管轄権と受理許容性が肯定された場合に、最後に考慮される事項である。検察局は、正義の利益の解釈に関して、2007年9月にポリシーペーパー (policy paper) を発表している。検察局の見解では、検察局の任務と規程の目的に照らして、捜査と訴追が正義の利益に適うという強い推定が存在し、正義の利益を理由として捜査や訴追を行わないという決定は非常に例外的となる⁽²²³⁾。

正義の利益は漠然とした概念であるため、この概念の解釈こそが検察官の裁

量の範囲を輪郭付けるとも考えられる。国際刑事裁判所規程は、検察官による正義の利益の理由のみに基づく捜査・訴追を行わないという決定について、司法的統制を設けている。規程第53条1項(c)後段は、「検察官は、手続を進める合理的な基礎がないと決定し、及びその決定が専ら(c)の規定に基づく場合には、予審裁判部に通知する」と定める。したがって、事態について捜査を開始しないという決定がもたら「正義の利益」に基づく場合には、検察官は予審裁判部に通知をする義務を負っている。捜査を開始しないという決定が第53条1項(a)の裁判所の管轄権、同条1項(b)の受理許容性に基づく場合には、規程上、検察官に予審裁判部への通知義務は存在しない。他方、捜査に基づき事件について訴追のための十分な理由がないと判断する場合には、第53条2項は、その判断が同条2項(a)、(b)、(c)のいずれの理由に基づく場合であっても、予審裁判部に通報する義務を検察官に負わせている。第53条3項(b)によれば、検察官の通報を受けた予審裁判部は、職権によって、第53条1項(c)又は同条2項(c)に基づく決定を検討(review)することができる(may)。この検察官の決定に対する予審裁判部の職権による司法審査が行われると、検察官の決定は予審裁判部が追認するときのみ効力を有する(第53条3項(b))。

検察局によれば、管轄権と受理許容性のテストは、捜査と訴追の開始に当たって必ず満たされないといけない積極的テストであるのに対して、正義の利益のテストは、管轄権と受理許容性が満たされている場合であっても、訴訟手続を遂行しないことを認める理由を提供するような相殺要素となりうる検討事項(potential countervailing consideration)である⁽²²⁴⁾。それゆえ、検察官は、捜査や訴追が正義の利益に適うことを証明する必要はないと考えられる⁽²²⁵⁾。その時点で正義の利益に適わないことを信じるに足る実質的理由を提供するような特殊事情が存在しない限り、検察官は捜査を進めなくてはならない⁽²²⁶⁾。「正義の利益」の解釈と適用の権限は第一義的には検察官にあれども、予審裁判部による司法審査と法的決定の対象となる(規程第53条3項(c))。

検察局はこれまで捜査や訴追をしないという決定について、正義の利益を理

由として決定を下したことはない。しかし、現在遂行中の事態の捜査においては、令状や召喚状の請求に当たり、正義の利益を検討する必要があった⁽²²⁷⁾。法律上の要請として、検察局が正義の利益を検討するに当たっては、規程第53条1項(c)及び同条2項(c)に明文で示された要素が検討される。第一に、犯罪の重大性が挙げられる⁽²²⁸⁾。これは、正義の利益を考慮する前の段階での受理許容性での検討要素としての重大性の検討を再確認したものと捉えられる。第二に、被害者の利益が挙げられる⁽²²⁹⁾。規程は、被害者の利益が訴追に好意的であることを示唆しているともいえるけれども、検察局は被害者だけではなく、すべての当事者の意見を聞く⁽²³⁰⁾。さらに、検察局は被害者の中にも多様な意見が存在することを自覚し、被害者の様々な意見に耳を傾けるとしている⁽²³¹⁾。検察局は、「被害者の利益」の概念には被害者が正義の行われることについて利益を有するというだけでなく、規程第68条1項の定めるような被害者保護も重要な一利益として含まれると解釈する⁽²³²⁾。

第三に、第53条2項(c)に基づいて、検察官には「被疑者の年齢又は心身障害及び被疑者が行ったとされる犯罪における当該者の役割」といった被疑者の特殊事情を考慮することが求められている。このうち、当該者の役割については、検察局は既に訴追戦略として重大な責任を担う者を捜査の対象とすることを明らかにしているので、被疑者の地位や階層レベル、犯罪の遂行における被疑者の役割、被疑者の関与の程度が問題とされる⁽²³³⁾。とはいえ、重大な責任を有すると検察局が認定しても、その者を正義の利益のために訴追しないことがありうる⁽²³⁴⁾。たとえば、末期の病人や重大な人権侵害に匹敵する虐待にさらされた者を訴追しても国際的正義に適わないと考えられる⁽²³⁵⁾。

第53条1項(c)又は同条2項(c)に基づく「正義の利益」の検討に当たっての黙示的検討項目としては、その他の司法（正義）メカニズム（other justice mechanisms）、和平プロセス（peace process）が掲げられる⁽²³⁶⁾。前者について、検察局は国際刑事訴追以外のあらゆる国内的正義メカニズムを調和させる必要があり、重大犯罪に対するいずれの国内的取り組みも相互に補完的なも

のでありうると解釈する⁽²³⁷⁾。すなわち、検察局はその捜査と訴追の限界を踏まえ、国内的訴追、真実究明、賠償プログラム、制度改革、広い意味における正義の追及のための伝統的司法（正義）メカニズムの果たしうる補完的役割を支持する⁽²³⁸⁾。こうした取り組みは、犯罪の多数の加害者に対する不訴追の隙間（impunity gap：インピュニティギャップ）を埋める良い方策である、と検察局によって捉えられているのである⁽²³⁹⁾。

「正義の利益」を検討する際、和平プロセスが検察局にとってどの程度重要であるかについて、検察局の報告書は明白な回答を提示しているとは言いがたい。検察局は、ある事態について人道、安全保障、政治、発展といった他の分野に従事している者の任務と協調し、それを尊重するけれども、検察局の司法的任務を独立して追及する、としている⁽²⁴⁰⁾。

「正義の利益」の解釈として最も制限的立場を採用していると思われるのが、人権に関する民間非政府組織（NGO）である。Human Rights Watchは2005年6月に「ポリシーペーパー：ローマ規程の第53条の『正義の利益』の意味」を発表している⁽²⁴¹⁾。そこでは、「検察官は、捜査の開始や捜査を受けての訴追への決定について、真実究明委員会、国内の恩赦（アムネスティ amnesty）、伝統的和解方法の履行といった国内レベルでの進展、あるいは進行中の和平プロセスに関する懸念を理由として断念することはできないだろう。なぜならば、そうすることはローマ規程の目的及び趣旨に反することになるからだ」と解説され、検察官が国内での進行中の和平プロセスのために「正義の利益」概念を用いることは原則として否定されている⁽²⁴²⁾。Amnesty Internationalは、国際法上の犯罪に対する国内の恩赦（アムネスティ amnesty）を否定する立場から、有罪無罪の司法判断を妨げるような国内の恩赦（アムネスティ amnesty）、真実究明、被害者への完全な賠償などは国際法に反し、容疑者が利益を受けるようなこれらの手段を根拠として検察官が訴追を断念することは正義の利益に適わない、と考える⁽²⁴³⁾。

4. 国際刑事裁判所の検察官の実行

国際刑事裁判所の検察官は重大な犯罪に対して広範な裁量を有していると考えられる一方で、その裁量権は一定の法的枠組みに従って行使することが求められているとわかった。では、国際刑事裁判所の検察官の実際の政策、訴追戦略及び裁量の行使のされ方は実際どうなっているのか。

2003年6月16日、規程第45条及び手続証拠規則の規則5に従ってMoreno-Ocampo検察官は宣誓を行い、職務に就いた。この直後、検察官は、2003年6月17日から18日の2日間にかけてハーグで公聴会を開き、先立って配布されていた「政策文書案（ドラフト・ポリシー・ペーパー）」に対する意見を求めた⁽²⁴⁴⁾。公聴会でのコメントを受けて、2003年9月に公表されたのが、「検察局における政策問題に関する文書（ポリシー・ペーパー）」である⁽²⁴⁵⁾。

そこでは、主要且つ具体的な訴追戦略として、犯罪に責任のある国家や組織のリーダーといった「最も責任のある者」の訴追に努力を集中すべきであることが書かれている⁽²⁴⁶⁾。そして、政策文書では補完性の原則が強調されている。検察局によれば、「国際刑事裁判所の有効性は、裁判所が取り扱っている事件の数のみで判断されるべきではない。それどころか、国際刑事裁判所による訴追のないことは、国内体制が効果的に機能している結果として大きな成功と考えられうる」⁽²⁴⁷⁾。こうして検察官は、国家に犯罪を訴追する義務があることを強調し、重大犯罪の訴追は第一義的には国家の役割であって、国際刑事裁判所はそれを補完するためのものに過ぎないという受け皿的性格を政策として打ち出した。

補完性の原則は、国際刑事裁判所規程第17条に、裁判所の事件の受理許容性の問題として現われている。そして、国際刑事裁判所規程第17条1項(a)は、ローマ会議（国際刑事裁判所規程を起草した外交会議）において「国内裁判所が被疑者を捜査・訴追する意思と能力を有していると認められる限り、国際刑事裁判所は、管轄権を行使することができない」と理解されていた⁽²⁴⁸⁾。これ

に対して、検察官は、2003年の政策文書で「国家が何もしないことが適切な行動計画に則っている場合もありうる。たとえば、裁判所と大量の犯罪によって無能力となった犯行地国が、合意のもとでの役割分担を行うことが、最も論理的かつ実効的なアプローチであると合意することもありうる」との解釈を明らかにした⁽²⁴⁹⁾。この政策文書には「付託とコミュニケーション：検察局における政策問題に関する文書に対する付属書」が付されており、そこにおいてこの役割分担の意図が一層明確にされている⁽²⁵⁰⁾。付属書は、犯罪の行われた国家による裁判所への付託について以下の通り述べている。「検察官が犯罪の行為地国から付託を受領する場合、検察官は、国家がその国家内において、規程上求められるあらゆる協力を検察局に提供する政治的意図を持っていると知ることができる利点がある。なぜならば、国家が自発的に裁判所の管轄権行使を要請しているので、検察官は、国家当局が捜査に協力し、捜査に必要な特権免除を付与し、可能で適切な場合には捜査官と証人に必要な保護を提供しようとする」と確信できるからである⁽²⁵¹⁾。

この検察官の政策は、国際刑事裁判所における自己付託（self-referral）と呼ばれる実行へとつながっていった。自己付託とは、事態が自国領域内で発生した締約国、つまり刑事管轄権を持つ国家自身によって国際刑事裁判所へ付託されることを言う。2009年1月末時点で、国際刑事裁判所が捜査開始の決定を下した事態は四件に上る。そのうちの一つは、2005年3月31日に、国連の安全保障理事会が決議1593に基づいて付託をし、残りの三つの事態は自己付託によるものである。2004年1月29日にウガンダが、2004年4月19日にコンゴ民主共和国が、2005年1月7日には中央アフリカ共和国がそれぞれ自国領域内で行われた犯罪について国際刑事裁判所検察局に自己付託をした⁽²⁵²⁾。捜査を踏まえた検察官の要請に基づいて、現在までに、予審裁判部によって12の逮捕状が発行されている⁽²⁵³⁾。

この自己付託の実行を支え、これを生み出す原動力となったと考えられるのが、国際刑事裁判所の検察官の打ち出した訴追政策の中の「積極的補完性（ポ

ジティブ・コンプリメンタリティー：Positive Complementarity)』と呼ばれる原則である。国際刑事裁判所のMoreno-Ocampo検察官が着任して3年を経た2006年9月14日、国際刑事裁判所検察局は、その訴追政策を明らかにするため「訴追政策の報告書(レポート・オン・プロセキュートリアル・ストラテジー：Report on Prosecutorial Strategy)」を公表した⁽²⁵⁴⁾。それによれば、検察局が稼働後の三年間で築き上げてきた三つの原則は、(一) 積極的補完性、(二) 集中的捜査及び訴追、(三) 効果(インパクト)の最大化、の三点であり、この三原則が訴追政策の中核をなす⁽²⁵⁵⁾。2006年9月の訴追政策の報告書において、積極的補完性は「可能な場合には、国家の真正な(genuine)訴追を奨励し、国家的及び国際的ネットワークに依存し、国際協力のシステムに参加する」ものであると説明されている⁽²⁵⁶⁾。

言うまでもなく国際社会は法執行のための国際的警察を持たず、捜査、証拠収集、逮捕状執行、容疑者の身柄確保、など捜査から訴追にいたるまで国家の協力は必須である。この意味で、国際刑事裁判所は「独立していると同時に(国家と)相互依存」の関係にある⁽²⁵⁷⁾。したがって、検察官は国家、関係政府からの協力を得ながら、検察官としての独立性及び公平性を保たねばならないという非常に難しい立場に置かれている。この立場を背景として、検察官が補完性原則を解釈した結果、国家との役割分担の思想及び積極的補完性が導かれたのであろう。現在、国際刑事裁判所検察局が捜査・訴追の対象としている四つの事態のうち、唯一自己付託ではなく国連安全保障理事会の付託によるスーダン・ダルフルの事態においては政府の要人の訴追が試みられ、2007年4月27日に予審裁判部Iによって現役人道問題担当大臣Ahmad Muhammad Harunに対して逮捕状が発行されており⁽²⁵⁸⁾、2008年7月14日に検察官がスーダンのOmar Hassan Ahmad Al-Bashir大統領への逮捕状発行を予審裁判部に要請するに至っている⁽²⁵⁹⁾。しかし、たとえ逮捕状が発行されたとしても、スーダン政府側は国際刑事裁判所への協力を一切拒んでいるため、執行の困難が予想される⁽²⁶⁰⁾。こうして、確かに、自己付託形式でない場合、旧ユーゴ国際刑事

法廷が経験したように、関係諸国の協力の度合いによっては、逮捕状の執行に至るまでに紆余曲折を経ることになる。他方で、積極的補完性を採用した結果として、自己付託の慣行は国際刑事裁判所の検察官の公平性を損なうとも指摘されており、検察官がいかにしてその独立と公平を保ち、規程上求められる「正義の要請」をどのように解釈して現在進行中の紛争にかかわっていくのかが注目される。また、自己付託の場合であっても、国際刑事裁判所が直接的な法執行機能を欠く以上、それ以外の場合と同程度に逮捕状の執行が難しい場合も十分にありうる。ウガンダで起きているように、国際刑事裁判所の逮捕状の取り下げを和平交渉の際の取引の道具として使おうとする紛争当事者もいる⁽²⁶¹⁾。これを受けて、自己付託をしたウガンダ政府自身も、今や国際刑事裁判所の検察局に対して国内の伝統的正義を用いて犯罪と向き合うので逮捕状を取り下げしてほしいと懇願に行ったと伝えられる⁽²⁶²⁾。

自己付託の実行が決して締約国の純粋な「自発」的付託ではないことは、多数の学者が指摘している⁽²⁶³⁾。つまり、2003年以来の検察局の訴追戦略が自己付託を奨励し⁽²⁶⁴⁾、一見して政府側よりの偏った訴追を生み出しているのではないか、という批判を生んでいる。こうした紛争の一方当事者だけの訴追は、検察局の採用した補完性の解釈すなわち積極的補完性の払うべき対価ではないかとも指摘される⁽²⁶⁵⁾。国家の協力を求め、自己付託を奨励するという検察局の要請に応える政府としては、政府側が訴追の対象となるとは思ってもいないのであり、一旦、政府側が訴追の対象となるとわかれば国際刑事裁判所への捜査・訴追協力の意欲を失うだろう。国際刑事裁判所の検察局は、積極的補完性と公平性が両立すると主張する。だが、国家からしてみれば、そうした自己付託の制度は、国際刑事裁判所の「罨」あるいは「トロイの木馬」に過ぎない⁽²⁶⁶⁾。

自己付託の正当性については、国際刑事裁判所の裁判部も、締約国が訴追する能力を欠き、犯罪が裁判所の管轄権内にある限り、自己付託は補完性の制度の究極的目的と合致すると判断している⁽²⁶⁷⁾。しかし、国際刑事裁判所規程第17条1項(a)「当該国にその捜査又は訴追を真に行う意思又は能力がない場合」

との文言に照らして、自己付託をする国の実際の意思又は能力との審査を厳格に行わないと、本来予定されていた補完性原則が歪められ、国際刑事裁判所の貴重な資源が優先されるべき事態や事件に行かず、検察局にとって国家の協力を得やすかった事件が優先されてしまう状況に陥る危険性がある。

無論、検察局の採用する積極的補完性とそれに伴う自己付託という制度及び実行が、国際刑事裁判所の検察局と検察官の独立性及び公平性を脅かすことになってはならない。自己付託されたウガンダの事態において、国際刑事裁判所の予審裁判部によって発行された逮捕状は反政府軍であるLRAの指導者五名に対するものとなっている⁽²⁶⁸⁾。その際、検察官は声明を発表し、「我々は、ウガンダに、付託が北部ウガンダで行われたすべての犯罪に関するものであり、我々の捜査は公平である、と告げた。ウガンダ政府は国会への2004年7月の報告書でこの解釈に対する理解を示した」と述べ、捜査及び訴追の公平性を強調した⁽²⁶⁹⁾。

自己付託の実行は、一見して国際刑事裁判所の検察局が「えこひいき」をしているとも主張されかねない状況を生み出してしまったわけである。では、国際刑事裁判所の検察官は、公平性を一体どのように解釈しているのか。検察官自ら認めるとおり、「公平性、とりわけ捜査の公平性は、国際刑事裁判所の検察官の正当性の維持にとって、重要である」⁽²⁷⁰⁾。したがって、公平性が検察官の裁量の正当性を支える大事な柱となっていることは明らかである。検察局にとって、「公平性は、所与の事態において、すべての集団を訴追せねばならないことを意味しているわけではない。公平性は、規程中に定められた厳格な要件に合致しているかどうか及び最も重大な責任を有する者を訴追するという検察官の政策に合致しているかどうかを決定するため、同一の基準を全ての者に客観的に適用することを意味する」⁽²⁷¹⁾。つまり、検察局にとって、公平性は受理許容性と訴追政策を公平に適用するための原理と理解されている。すると、公平性は、ある事態の事件の選定に対する基準の適用に関して絶対的に判断されるものであると考えられ、事態及び事件選定基準の適用の結果に対しての相

対的な公平性の判断は必要がないと主張されているように思われる。この解釈は、検察官の裁量の行使の正当性の確保という観点からは、狭きに失するであろう。少なくとも、検察官の裁量の行使の結果について、相対的な公平性の判断を行う者からは、検察官の公平性に対して批判がなされ、これに対して検察局が常に公平性を訴追政策の適用の公平性として捉える、と答えることによって議論は平行線を辿ることになる。ただし、先に公訴権濫用論のところでも少し検討したとおり、実際に被告人によって訴追の不公平性が認識されたとしても、検察官の公平性の欠如、不平等訴追を国際刑事司法の場で証明することは非常に困難でもある。国際刑事裁判所検察局が将来的に公平性の概念を今よりも広く理解し、適用していくことによって、国際刑事裁判所とその検察局の国際的信頼性も一層高まると考えられる。

いずれにせよ、自己付託の制度は、検察官が事態を「選定する」のではなしに、事態が国家によって国際刑事裁判所に持ち込まれることを意味しており⁽²⁷²⁾、国際刑事裁判所の検察官の裁量の検討は事態の選定に関する限り、裁量権の行使よりも不行使が問題となっているといえる。自己付託の実行は、検察官の職権による (*proprio motu*) 捜査の開始への消極的態度ともとらえられ、検察官が事態の選定という任務を軽視しているようにも考えられる。もっとも、検察官はこれまでにコロンビア、アフガニスタン、チャド、コートジボワール共和国、グルジア、ケニア共和国、パレスチナについて、事態の予備審査を行っていると明らかにしている。

最後に、コンゴ民主共和国の事態に関する Lubanga 事件において、予審裁判部による起訴事実の確認 (confirmation of charges) の過程で、予審裁判部が検察官の挙げた条文とは異なる条文へと言わば職権で根拠条文変更を命じたため、検察官の裁量との抵触が問題となった⁽²⁷³⁾。Lubanga に容疑の掛けられている行為は、「十五歳未満の児童を自国の軍隊に強制的に徴集し若しくは志願に基づいて編入すること又は敵対行為に積極的に参加させるために使用すること」であり、この犯罪行為については、国際刑事裁判所規程第 8 条 2

項(b)(xxvi)と2項(e)(vii)が同じ文言で規定する。第8条2項(b)(xxvi)と2項(e)(vii)とで何が異なるかといえば、その犯罪行為が国際的武力紛争において行われたのか、非国際的武力紛争において行われたのか、という紛争の性質によって、この条文の適用される対象行為が異なるという違いがある。そもそも、Lubangaの逮捕状では、国際的武力紛争で行われた犯罪と非国際的武力紛争で行われた犯罪とが択一的に記載されていた⁽²⁷⁴⁾。だが、2006年8月、検察官が実際に起訴事実を含んだ文書を作成した時には、検察官は第8条2項(b)(xxvi)に書かれる国際的武力紛争において行われた児童の徴兵についての罪を取り上げず、第8条2項(e)(vii)の非国際的武力紛争において行われた児童の徴兵の罪についてLubangaを起訴した⁽²⁷⁵⁾。起訴事実の確認で、予審裁判部はコンゴ民主共和国のイツリ (Ituri) 地域で起こった武力紛争の性質について、2002年7月から2003年6月までの間は国際的武力紛争であり、それ以降2003年6月2日から2003年12月までの間は非国際的武力紛争が存在したと判断した⁽²⁷⁶⁾。そこで、予審裁判部は、Lubangaの起訴にかかる犯罪について、適用条文を第8条2項(b)(xxvi)から第8条2項(e)(vii)へと変更するよう要請した⁽²⁷⁷⁾。その際、予審裁判部は、規程第61条7項(c)に書かれた「検察官に犯罪事実の改訂を要請する場合には審理を延期する」という趣旨の定めにかかわらず、ここでは条文の違いは紛争いわば文脈の性質に関わるものであって、犯罪行為の性質に関わるものではないから審理の延期を命ずる必要はないとした⁽²⁷⁸⁾。この予審裁判部の決定に対して、検察官は中間上訴の申請をした。中間上訴申し立ての理由のひとつとして、検察官は、予審裁判部が起訴事実の確認において、第61条7項の趣旨を越え、どの犯罪を起訴事実の書かれる文書に含め、どの犯罪を公判で訴追するか、という検察官の専門的判断に基づき自由に決定することが認められている領域に立ち入った、と指摘した⁽²⁷⁹⁾。

予審裁判部は、第一に、逮捕状中に国際的武力紛争において行われた犯罪の記載があったこと、第二に、犯罪事実の確認手続においてすべての当事者がこの点について意見を述べる機会を与えられていたこと、第三に、裁判所規則

(Regulations of the Court) 55に従って、弁護側も検察官も第一審裁判部に事実の法的性質の再検討を求められること、を理由に検察局の上訴の申し立てを却下した⁽²⁸⁰⁾。この決定は、確かに一面で検察官の職務に対する司法による侵食とも考えられるけれども、予審裁判部は、この決定が第61条7項の定める手続によらず行われたことは極めて例外的に許されるという理解に立っているのである。また、實際上、このような起訴事実変更の指示が判決の結果を左右する可能性は非常に低いと指摘される⁽²⁸¹⁾。

ここでは、検察官の事件の選定の実行について、検討が行えなかった。検察官の事件の選定の考察を今後の課題としたい。

5. むすびにかえて

我が国刑事司法にとって、2009年は裁判員制度、検察審査会の改革を通じ、司法の民主化へと前進する記念すべき年といえる。と同時に、国際刑事裁判所への参加二年目を迎える今年、同規程の内容についての国民への周知が求められ、国際刑事裁判所への日本の積極的関与が期待される。日本を含め、国際社会は、国内刑事司法とともに、国際刑事司法が大規模人権侵害に対する社会からの制裁制度として実効的であることを確保していく必要がある。検察官の任務は刑事訴追の実効性を確保する刑事司法の要と言わなければならない。国内レベルでも国際レベルにおいても、検察官の裁量の適切・公正な運用が期待されている。

もともと、国内社会と国際社会、国内刑事司法と国際刑事司法との構造的差異によって、国内刑事司法からの類推のみでは、国際刑事裁判所の検察官の裁量権に対して意味のある批判検討や統制をできないことも自覚せねばならない。国内刑事手続においては、国内社会において保護すべき法益というものが何であるのかは非常に明確に定められているという前提条件に加え、その国内法益を保護するため、公正・独立な検察制度が国家統治権能の一部として制度

化されている⁽²⁸²⁾。しかし、国際刑事裁判所は、正義の実現という願望換言すれば国際社会の社会法益を持ちながらも、国内社会と比べて未組織な国際社会の上に成り立っているため、それを保護し実現する包括的国際社会の上に成立したわけではなく、国際刑事裁判所規程という条約によって作られている創設的制度である⁽²⁸³⁾。ゆえに、「検察官制度がこの条約において創設されたからといって、検察官が国内の検察官と全く同じように機能しなければならないし、また機能するのが当然であると結論するわけには必ずしもいかない」⁽²⁸⁴⁾。国際刑事裁判所の検察官は、進行中の紛争に関わることも多く、国際政治から全く切り離された存在となるべきか、なりうるのか、という問題もある。今後、国際刑事法の特質としての検察官の裁量の問題を追及していきたい。

本研究においては、検討対象を日本の検察と常設の国際刑事裁判所の検察に限定したことで、他の国際刑事法廷の検察局の実行については言及できなかった。この点、カンボジア特別法廷の最近の動向は、検察の裁量という視点から特に注目すべきであろう。カンボジア特別法廷はいわゆる混合^{ハイブリッドトライビュナール}法廷として知られ、ここにいう混合とは一般的に法廷の人事や適用法が国内と国際の混合となることを指す。

クメール・ルージュ (Khmer Rouge) 裁判に関する国連とカンボジア政府の間の合意文書第6条1項において、カンボジアの検察官と国際的検察官が共同検察官として法廷に立つ能力を有することが規定されている⁽²⁸⁵⁾。現在、国内共同検察官は、司法官職最高評議会 (the Supreme Council of the Magistracy) によって任命された Chea Leang が務め、国際共同検察官は、国連事務総長により指名され、カンボジアの司法官職最高評議会によって任命された Robert Petit が務めている。合意文書第6条1項により、共同検察官はともに訴追について責任を持つ。そして、共同検察官は訴追に関する共通のアプローチに達するため協力する義務を負っている (合意文書第6条4項第1文)。だが、共同検察官という仕組みを採用し、二人の検察官を置く以上、いくら協力義務を課していても、二人の検察官の間での意見の不一致が生ずるこ

とが予見される。そこで、合意文書は第6条4項第2文で、「訴追の開始について検察官が合意に達せない場合には、共同検察官二人あるいはどちらか一方が第7条に基づいて意見の相違の解決を30日以内に請求しない限り、訴追を開始しなくてはならない」と規定する。第7条の手續に係る場合、共同検察官の意見の相違は5人の判事で構成される予審裁判部によって解決される。第7条4項によれば、予審裁判部の決定は少なくとも4人の判事の賛成票を必要とし、この決定に対する上訴はできない。もしも、判事の間で多数意見が形成されなかった場合には、捜査や訴追は開始されなければならない（合意文書第7条4項、内部規則⁽²⁸⁶⁾第71条4項(c)）。

2008年12月1日、内部規則第71条2項に基づいて、国際共同検察官が共同検察官同士の不一致について、予審裁判部の裁定に委ねるため、文書を行政局（the Office of Administration）に提出した⁽²⁸⁷⁾。この不一致は、クメール・ルージュ政権の重要な指導者あるいはクメール・ルージュ政権下での犯罪に対して重大な責任を負っていると考えられる者によってカンボジアの各地で行われた犯罪について新たな捜査を始めることの妥当性について、共同検察官の意見が分かれたものである⁽²⁸⁸⁾。国際共同検察官は捜査の開始を求め、カンボジアの共同検察官はこれを認めなかった。これに関して、検察官によって執り行われた予備調査や予審裁判部の決定は、無罪推定の原則や被害者・証人保護の見地、捜査の保全のために非公開とされている。2008年12月29日に、国内共同検察官は国際共同検察官の提出した文書に対する反応の文書を予審裁判部へ提出した⁽²⁸⁹⁾。国際共同検察官は、この新たな捜査と事件の訴追によって、1975年から79年にかけて民主カンプチアで行われた犯罪の包括的な説明を行うことができるだろう、と考える⁽²⁹⁰⁾。また、この訴追がカンボジアの平和と安全を脅かすとは考えていない⁽²⁹¹⁾。これに対して、国内共同検察官はカンボジアの過去の不安定と国民の和解の継続的必要性、予算への懸念から新たな捜査に反対していた⁽²⁹²⁾。この不一致に対する予審裁判部の決定は既述の通り、秘密、非公開のため、2009年1月5日時点でこの不一致に対して共同検察官たちが予

審裁判部の裁定を待っているということしか明らかにされていない。

国際刑事司法では犯罪の発生数に比べて刑事司法制度の人的・物的資源が非常に少ないため、検察官の裁量の幅が非常に大きくなる。これを踏まえ、カンボジアの混合法廷は国内的に指名された者と国際的に指名された者との二人の共同検察官を置いており、国際刑事司法における検察官の裁量の行使に一定の民主的正当性を持たせようとする試みとして興味深い。そして、その二人の間に捜査・訴追の開始について不一致のある場合には、最終的な捜査開始の決定権を予審裁判部という司法が担っている点も、注目に値しよう。

今回の研究は、論点整理及び文献整理にとどまり、研究のための研究となってしまう。もとより、国内刑事司法における検察官の裁量権の統制の問題と国際刑事裁判所における検察官の裁量権の統制の問題を十分対照的に検討することができなかった。この反省から、今後は文献整理に留まらず、検察官の裁量の問題について国内刑事司法及び国際刑事司法の実際の活動を踏まえた視点を提供できるよう一層の研究に励みたい。

謝辞

本研究は科学研究費補助金(20830133)の助成を受けたものである。研究へのご支援及びご厚意に心より感謝する。

法学部 国際法 助教

- (1) KC Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry* (University of Illinois Press, Urbana 1971) 4.
- (2) See AJ Davis, *Arbitrary Justice: the Power of American Prosecutor* (Oxford University Press, New York 2007) 5.
- (3) *ibid.*
- (4) *ibid.*
- (5) *ibid.*
- (6) R Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, Cambridge, MA

- 1977) 31.
- (7) HB Jallow, 'Prosecutorial Discretion and International Criminal Justice' (2003) 3 JICJ 145, 146, fn. 1.
- (8) *ibid* 146-147, fn.1.
- (9) 法務省法務総合研究所編『平成20年版 犯罪白書』(太平印刷社、2008年) 9 ページ。
- (10) 法務省法務総合研究所編『平成19年版 犯罪白書』(佐伯印刷、2007年) 10 ページ。
- (11) 同上、11 ページ。
- (12) 同上。
- (13) 同上。
- (14) 検察統計につき、法務省ホームページ、<<http://www.moj.go.jp/TOUKEI/ichiran/kensatsu.html>> (last visited, 31 January 2009) 参照。
- (15) 宗像紀夫「検察官の責務」松尾浩也・井上正仁『ジュリスト増刊 刑事訴訟法の争点』(有斐閣、第三版、2002年) 26 ページ。
- (16) 同上、26 ページ。
- (17) 刑事訴訟法第247条「公訴は、検察官がこれを行う」。
- (18) 太田幸四郎「公訴権の行使と検察審査会」名古屋大学法政論集第69巻(1976年) 25 ページ。
- (19) 同上、25 ページ。
- (20) 同上。
- (21) 同上、26-27 ページ。
- (22) 同上、42 ページ。
- (23) 「刑事司法制度民主化の第一歩として、裁判所と検察庁の分離独立を図り、前者のみが司法機関であり、後者は行政機関たる地位に退いたからである。この措置によって検察官の訴訟的処分はすべて裁判所の司法審査に服することになった。令状主義の強化(憲法第三三条、第三五条)もその一つであるが、当然、訴追裁量も司法的抑制の下でなされることになった」。同上。
- (24) 同上。
- (25) 同上。
- (26) 同上。
- (27) 渡辺咲子「制定過程から見た現行刑事訴訟法の意義と問題点」ジュリスト第1370号(2009年) 40-41 ページ。
- (28) 同上、注38。
- (29) 同上、40 ページ。
- (30) 同上、40-41 ページ。
- (31) 横井大三「起訴便宜主義」『公判法体系 I 第1編 公訴』(日本評論社、1974年) 79 ページ。
- (32) 同上。
- (33) 吉村弘「起訴便宜主義の評価」松尾浩也『ジュリスト 増刊 刑事訴訟法の争点』(有斐閣、第一版、1979年) 96 ページ。

- (34) 同上。
- (35) 小山雅亀「起訴便宜主義の意味」松尾浩也・井上正仁『ジュリスト増刊 刑事訴訟法の争点』(有斐閣、第三版、2002年) 98ページ。
- (36) 前掲、脚注33、吉村、96ページ。
- (37) 前掲、脚注31、横井、79ページ。
- (38) 坪内利彦「起訴便宜主義の功罪」『ジュリスト増刊 刑事訴訟法の争点(新版)』(有斐閣、第二版、1991年) 110ページ。
- (39) 同上。
- (40) 前掲、脚注35、小山、98ページ。
- (41) 前掲、脚注33、吉村、96ページ。
- (42) これらの起訴便宜主義の内在的危険性は、1909年のドイツ刑事訴訟法改正草案準備委員会の指摘した四点である。前掲、脚注33、吉村、96ページ。
- (43) 本田正義「起訴猶予の基準」ジュリスト第389号(1968年) 40ページ。
- (44) 前掲、脚注33、吉村、96ページ。
- (45) 三井誠『刑事手続法Ⅱ』(有斐閣、2003年) 7ページ。
- (46) 同上、8ページ。
- (47) 同上、8ページ。
- (48) 同上、8-9ページ。
- (49) 前掲、脚注10、『平成19年版 犯罪白書』193ページ。
- (50) 三井誠「準起訴手続」ジュリスト第439号(1969年) 51ページ；前掲、脚注45、三井、63ページ。
- (51) 同上、三井(1969年)、51ページ。
- (52) 同上、52ページ。
- (53) 同上。
- (54) 同上、51-52ページ。
- (55) 同上、52ページ。
- (56) 以下の付審判請求手続について、片山直之「検察審査会の議決に対する法的拘束力について」龍谷大学大学院法学研究第8号(2006年) 64ページ参照。
- (57) 平成6年に1件の付審判決定があった(法務省法務総合研究所編『平成16年版 犯罪白書』(国立印刷局、2004年) 188ページ)。しかし、平成7年から平成16年までの付審判決定件数は0である(法務省法務総合研究所編『平成17年版 犯罪白書』(国立印刷局、2005年) 177ページ)。近年の犯罪白書も「平成17年の付審判請求の受理人員は460人、処理人員は347人であり、付審判決定件数は0件」(法務省法務総合研究所編『平成18年版 犯罪白書』(国立印刷局、2006年) 192ページ)、「平成18年の付審判請求の受理人員は243人、処理人員は476人であり、付審判決定件数は0件であった(司法統計年報及び最高裁事務総局の資料による)」(前掲、脚注10、『平成19年版 犯罪白書』193ページ)という数字を挙げている。

- (58) 前掲、脚注45、三井、65ページ。
- (59) 同上、67ページ。
- (60) 同上。
- (61) 同上。
- (62) 同上、58ページ。
- (63) 三井誠「検察官の起訴猶予裁量（一）」神戸法学雑誌第21巻第1・2号（1971年）44ページ；三井誠「検察審査会制度の今後」現代刑事法第7巻1号（2005年）80-81ページ。
- (64) 判例タイムズ第208号（1967年）「あとがき」；同上、三井（1971年）44ページ。
- (65) 辻裕教『司法制度改革概説6 裁判員法／刑事訴訟法』（有斐閣、2005年）54-55ページ。
- (66) 同上、55ページ。
- (67) 前掲、脚注63、三井（2005年）85ページ；田口守一『刑事訴訟法』（弘文堂、第四版、2005年）172ページ、福井厚『刑事訴訟法』（有斐閣、第五版、2006年）178ページ。
- (68) 同上、田口、172ページ。
- (69) 前掲、脚注56、片山、65ページ。
- (70) 前掲、脚注67、福井、181ページ。
- (71) 同上。井嶋一友「検察官適格審査会制度の運用状況」ジュリスト第384号（1967年）53-55ページは、「今日までに適格審査会において不適格と議決された検察官はいない」と指摘する。
- (72) 前掲、脚注67、福井、181ページ。
- (73) 前掲、脚注33、吉村、96ページ。
- (74) 刑事訴訟法第257条「公訴は、第一審の判決があるまでこれを取り消すことができる」。
- (75) 篠倉満「不当起訴および不当不起訴の抑制制度」『刑事訴訟法の理論と実務』別冊判例タイムズ第7号（1980年）151ページ。
- (76) 同上。
- (77) 森長英三郎「ピラはり取締りと公訴権の濫用」ジュリスト第389号（1968年）46ページ。
- (78) 同上。
- (79) 半谷恭一「公訴権濫用論」松尾浩也『ジュリスト 増刊 刑事訴訟法の争点』（第一版、有斐閣、1979年）106ページ。
- (80) 田宮裕「訴追裁量のコントロール——公訴権の乱用について——」立教法学第11号（1969年）126ページ。
- (81) 同上、127ページ。
- (82) 井上正治「公訴権の濫用」ジュリスト第389号（1968年）24ページ。
- (83) 最判昭和26年9月14日刑集5巻10号1933頁。同上、井上、27ページ；前掲、脚注80、田宮、133ページ参照。
- (84) 札幌高判平成20年3月6日。
- (85) 同上。
- (86) 渡部保夫「公訴権濫用論に関する最高裁決定について——チッソ水俣病補償請求関連

- 傷害事件——」ジュリスト第737号 (1981年) 56ページ。
- (87) 東京高判昭和52年6月14日高刑集30巻3号341頁 (判時853号3頁)。
- (88) 同上。
- (89) 最決昭55年12月17日刑集34巻7号672頁 (判時984号37頁)。
- (90) 加藤康榮「公訴権濫用論の再検討について」日本大学法科大学院法務研究第4号 (2008年) 15ページ。
- (91) 広島高 (松江支部) 判昭55年2月4日 (判時963号3頁)。
- (92) 最判昭56年6月26日刑集35巻4号426頁。前掲、脚注90、加藤、17ページ。
- (93) 「最高裁が公訴権濫用論を肯定した事件はない」とされる。前掲、脚注90、加藤、12ページ参照。
- (94) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』(有斐閣、新版、1996年) 227ページ。
- (95) 河上和雄「公訴権濫用論の終焉」ジュリスト第428号 (1981年) 9ページ。
- (96) 前掲、脚注75、篠倉、153ページ、脚注9。
- (97) 同上、151ページ。
- (98) 前掲、脚注90、加藤、18ページ。
- (99) たとえば、「判例は、厳格にすぎるので、裁量権逸脱が『顕著・明白』な場合という程度にゆるめて、裁判所のエクイティ的救済機能を認めてよいであろう」との指摘がある。前掲、脚注94、田宮、227ページ。
- (100) 「第21条 (被告人の権利) 1. すべての者は、国際法廷において平等である」。原文は、“All persons shall be equal before the International Tribunal” となっている。
- (101) *The Prosecutor v. Delalići, Mucići, Delići and Landžo* (aka. *Čelebici*), Appeals Chamber Judgment, Case No. IT-96-21-A, Appeals Chamber (20 February 2001) paras. 596-598. See *Jallow* (n 7) 159; L Côté, ‘Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law’ (2005) 3 JICJ 162, 173.
- (102) *ibid* para. 602.
- (103) *ibid*.
- (104) *ibid* para. 607.
- (105) *ibid*.
- (106) *ibid* para. 611.
- (107) *ibid*.
- (108) *ibid* para. 614.
- (109) *Jallow* (n 7) 156-157.
- (110) *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* (hereinafter, Akayesu Appeals Judgment), Case No. ICTR-96-4-A, Appeals Chamber (1 June 2001) para. 93.
- (111) 旧ユーゴ国際刑事法廷の上訴裁判部と同じ裁判官で構成される。
- (112) *Akayesu Appeals Judgment* (n 110) para. 94.
- (113) *ibid* para. 95.

- (114) *The Prosecutor v. Elizaphan and Gérard Ntakirutimana*, Trial Judgment, Case No. ICTR-96-10 & ICTR-96-17-T, Trial Chamber I (21 February 2003) para. 870.
- (115) *ibid* para. 871.
- (116) 前掲、脚注43、本田、40ページ。
- (117) 同上。
- (118) 同上。
- (119) 同上。
- (120) 同上。
- (121) 同上。
- (122) 同上。
- (123) 同上、41ページ。
- (124) 同上。
- (125) 同上。
- (126) 同上、44ページ。
- (127) 同上。
- (128) 中野目義則「検察官の訴追裁量」現代刑事法第16号（2000年）92ページ。
- (129) Section 6(1) of the Prosecution of Offences Act (POA), 1985.
- (130) 水谷規男「検察官の不起訴裁量と集団的利害——フランスの団体私訴（action collective）の発達を素材として——」一橋論叢第101巻（1989年）81ページ。
- (131) 同上。
- (132) 水谷規男「フランス刑事訴訟法における公訴権と私訴権の史的展開（一）、（二・完）」一橋研究第12巻1号（1987年）145ページ以下、第12巻3号61ページ以下。
- (133) 前掲、脚注130、水谷、83–84ページ。
- (134) イタリア刑事訴訟法第50条；ドイツ刑事訴訟法第150条2項、第160条。See C Stahn, 'Judicial Review of Prosecutorial Discretion: Five Years on' in C Stahn & G. Sluiter, *The Emerging Practice of the International Criminal Court* (Brill Academic Publishers/Martinus Nijhoff, 2008) 254.
- (135) ドイツ刑訴法第374条。 *ibid* 254.
- (136) ドイツ刑訴法第377条、第378条。 *ibid* 254.
- (137) スペイン憲法第125条。 *ibid* 254.
- (138) 大陸法系の国々で、程度の差こそあれ、起訴便宜主義を採用すると考えられる国について、フランス、ベルギー、オーストリア、フィンランド、ブラジル、チリ、コスタリカが挙げられている。G Turone, 'Powers and Duties of the Prosecutor' in A Casese, P Gaeta & JRWD Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 2 (Oxford University Press, New York 2002) 1137, 1174, fn 80; P Webb, 'The ICC Prosecutor's Discretion Not to Proceed in the 'Interests of Justice'' (2005) 50(3) C.L.Q. 305, 311-312.他に、オランダも検察官に起訴便宜主義と類似す

- る程度の裁量を認めているとの指摘もある。See CJM Suffering, *Towards an International Criminal Procedure* (Oxford University Press, New York 2001) 172.
- (139) 小山雅亀「不当な訴追裁量をコントロールするための手段」法と民主主義第248号(1990年)10ページ。
- (140) 三井誠・酒巻匡『入門刑事手続法』(第4版、有斐閣、2006年)86ページ。
- (141) 小山雅亀「検察官の訴追裁量に対するコントロール——近年におけるアメリカ合衆国の理論を中心に——」阪大法学第130号(1984)121ページ。
- (142) 日本弁護士連合会刑事弁護センター編『アメリカの刑事弁護制度』(現代人文社、1998年)19ページ。
- (143) 同上。
- (144) 同上、20ページ。被疑者を告発・起訴するとなると、裁判所へ被疑者の身柄を移すことになり、この裁判官の面前への引致が初回出頭と呼ばれている。初回出頭では、下級判事(治安判事: magistrate)の下で審理がなされて被告人に容疑事実の周知と憲法的権利の説明がなされ、無令状逮捕の場合、ここで相当理由の有無が判断される。
- (145) 同上、22ページ。
- (146) 前掲、脚注139、小山、10ページ。
- (147) 同上。
- (148) 同上。
- (149) 同上。
- (150) 同上、11ページ;前掲、脚注142、日本弁護士連合会刑事弁護センター、24ページ。
- (151) 「陪審裁判の陪審員は12名以下であることから、陪審裁判の陪審を小陪審、こちらを大陪審と呼ぶようになった」と指摘される。同上。
- (152) 同上。
- (153) 同上。
- (154) 前掲、脚注139、小山、11ページ。
- (155) 同上、11ページ。
- (156) See *Turone* (n 138) 1174.
- (157) *Webb* (n 138) 308.なお、Webbはこの他にも訴追の要請を特徴付けるものとして以下の二点を挙げている。第一に、安全保障理事会が国際の平和と安全に対する脅威を認定、事態を付託する場合、あるいは国家が捜査をする意思をもたないか捜査できない場合、捜査を始めることになるので、このような強制的な指令を前にして、国際刑事裁判所は訴追の要請を否定しがたくなる、と指摘する。第二に、犯罪の重大性を指摘する。ibid 308-309.
- (158) ibid 308.
- (159) L Arbour, 'Progress and Challenges in International Criminal Justice' (1997) 21 *Fordham Int'l L. J.* 531, 534.
- (160) See *Stahn* (n 134) 256.

- (161) 「検察官と次席検察官とは、それぞれ異なる国籍を有する者とする」(国際刑事裁判所規程第42条2項)。
- (162) 国際刑事裁判所規程第42条4項。
- (163) WA Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court* (3rd ed. Cambridge University Press, Cambridge 2007) 352.
- (164) UN Doc. PCNICC/2002/WGASP-PD/L.1 (26 February 2002).
- (165) ICC-ASP/1/Res. 2 (9 September 2002).
- (166) ICC-OTP-20081126-PR377_Eng (26 November 2008).
- (167) *Turone* (n 138) 1140.
- (168) M Bergsmo, C Cissé, C Staker, “The Prosecutors of the International Tribunals: The Case of the Nuremberg and Tokyo Tribunals, the ICTY and ICTR, and the ICC Compared”, in Louise Arbour, Albin Eser, Kai Ambos, Andrew Sanders eds., *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court* (Beitrage und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau 2000) 133.
- (169) Regulations of the Court, adopted by the judges of the Court on 26 May 2004, ICC-BD/01-01-04, available at <http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/Regulations_of_the_Court_170604-EN.pdf> (last visited, 31 January 2009).
- (170) 詳しくは、ILO行政裁判所判決参照。 *Palme v. ICC*, the Administrative Tribunal of the International Labour Organization, 105th Session, Judgment No. 2757, (9 July 2008) available at <<http://www.ilo.org/public/english/tribunal/fulltext/2757.htm>> (last visited, 31 January 2009).
- (171) Staff Rules of the International Criminal Court (Annex to ICC/AI/2005/03) ICC-ASP/4/3 (25 August 2005) available at <http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/ICC-ASP-4-3_English.pdf> (last visited, 31 January 2009).
- (172) *ibid.*
- (173) *Stahn* (n 134) 253.
- (174) *Wayte v. United States*, 470 US 598, 607-08 (1985).
- (175) 前掲、脚注141、小山、122ページ。P Krug, ‘Prosecutorial Discretion and its Limits’ (2002) 50 *Am J Comp Law* 643, 645-646.
- (176) *Stahn* (n 134) 255.
- (177) *ibid.*
- (178) *The Prosecutor v. Dusko Tadić*, ‘Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal for Jurisdiction’ Case No. IT-94-1-AR72, Appeals Chamber (2 October 1995) para. 43.
- (179) AKA Greenawalt, ‘Justice without Politics? Prosecutorial Discretion and the International Criminal Court’ (2007) 39 *NYU Journal of International Law and*

- Politics 583, 657-658.
- (180) *ibid* 657; *Stahn* (n 134) 254.
- (181) MR Brubacher, 'Prosecutorial Discretion within the International Criminal Court' (2004) 2 JICJ 71, 75.
- (182) 国際刑事裁判所規程第1条。
- (183) *Davis* (n 2) 14.
- (184) *Brubacher* (n 181) 76.
- (185) *Jallow* (n 7) 146.
- (186) Statement by Moreno-Ocampo on 16 June 2003, available at <<http://www.iccnw.org/documents/statements>> (last visited 20 January 2009).
- (187) *Greenawalt* (n 179) 650.
- (188) The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, 'Criteria for Selection of Situations and Cases', an annex to the policy paper, unpublished draft of the Office of the Prosecutor, made available for the author, June 2006 (2006) 1. 「事態と事件の区別」について、「ローマ規程においては、犯罪が含まれる特定の単位を示す用語として、事態 (situation) と事件 (case) とが区別されている。たとえば、捜査の端緒として締約国や安全保障理事会から検察官に付託されるのは事態であるが (規程13条)、検察官が自己の発意に基づいて捜査に着手する場合に予審裁判部に捜査の開始の許可を求める対象 (同15条4項)、あるいは管轄権や受理許容性の判断の対象となる (同17条、19条) のは事件である。」との説明もなされている、東澤靖『国際刑事裁判所 法と実務』(明石書店、2007年) 142ページ。ただし、この説明のうち、「検察官が自己の発意に基づいて捜査に着手する場合に予審裁判部に捜査の開始の許可を求める対象 (同15条4項)」も事態に含めて考えるべきであろう。確かに、第15条4項は「予審裁判部は、3に規定する請求及び裏づけとなる資料の検討に基づき、捜査を進める合理的な起訴があり、かつ事件が裁判所の管轄権の範囲内にあるものと認める場合には、捜査の開始を許可する」と規定し、「事件」という用語を用いている。しかし、規程第13条(c)に、「検察官が第15条の規定に従いこれらの犯罪に関する捜査を着手すること」は、トリガー・メカニズム (国際刑事裁判所の管轄権行使発動に関するルールの一部) の一部として、安全保障理事会による事態の付託、締約国による事態の付託、と並んで規定されている。さらに、第15条6項は、第15条1項2項の規定での予備的検討の後に新事実や証拠が出てきた場合について、「事態」という語を用いて、同一の事態の追加的情報の検討を妨げないとしている。また、規程第18条1項は「検察官は、事態が第13条(a)の規定に従って裁判所に付託されており、かつ、捜査を開始する合理的な起訴が有ると決定している場合又は同条(c)及び第15条の規定に従って捜査に着手する場合には (…) 問題となる犯罪について裁判権を通常行使し得る国に通報する」と定め、締約国による事態の付託と検察官の職権による捜査の開始を並記して同じ段階と取り扱っているようにも見える。したがって、第15条の段階は、第15条4項を含めて事態と評価すべきではないか。

- (189) F Razesberger, *The International Criminal Court: The Principle of Complementarity* (Peter Lang, Frankfurt am Mein 2006) 31.
- (190) *ibid.*
- (191) *ibid.* 32.
- (192) *ibid.* See also H Olasolo, 'The Prosecutor of the ICC before the Initiation of Investigations: A Quasi-judicial or Political Body?' (2003) 3 ICLR 87, 122.
- (193) WA Schabas 'Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court' (2008) 6 JICJ 731, 734.
- (194) *The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court*, (n 188) 1.
- (195) 「情報 (information)」とは、国際刑事裁判所規程第53条 1 項の捜査開始に当たっての「事態」の手続過程で使用される用語である。第53条 2 項の下で訴追のための「事件」の根拠の検討の段階では、「証拠 (evidence)」に基づいて事件の選定を行う、というように用語が区別されている。*The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court*, (n 188) 2, fn. 3.
- (196) 'Interests of justice' を「正義の要請」と訳している例があり、この訳の方が、より原文の意味に近いと思われる。名取俊也「国際刑事裁判所規程における刑事手続の概要」ジュリスト第1146号 (1998年) 55ページ。本稿では、条文を引く場合には公定訳を、それ以外の場合には、公定訳「裁判の利益」と、「正義の要請」の間をとって「正義の利益」という訳を用いることとした。
- (197) *The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court*, (n 188) 1.
- (198) See M Bergsmo, K Helvig, I Utmelidze and G Žagovec, 'Some Remarks on the Handling of the Backlog of Core International Crimes Cases in Bosnia and Herzegovina', unpublished, made available to the author through the courtesy of Mr Bergsmo (2008) 60.
- (199) *The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court*, (n 188) 4.
- (200) *ibid.*
- (201) *ibid.*
- (202) *ibid.* 5.
- (203) *ibid.*
- (204) *ibid.*
- (205) *ibid.*
- (206) The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, 'Statement by Luis Moreno-Ocampo, Prosecutor of the International Criminal Court, Informal meeting of Legal Advisors of Ministries of Foreign Affairs', New York (24 October 2005) 6.
- (207) *Schabas* (n 193) 740.
- (208) The Office of the Prosecutor, 'Update on Communications Received by the Of-

- office of the Prosecutor of the ICC' 4.
- (209) The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, 'Statement on communications concerning Iraq', 9 February 2006, at 8-9.
- (210) *The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court*, (n 188) 6.
- (211) *ibid.*
- (212) *ibid.*
- (213) *ibid.*
- (214) *ibid.*
- (215) *ibid.*
- (216) 単に「不正確な起草の良い証拠」と見る者もいる。*Razesberger* (n 189) 32.
- (217) The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, 'Statement on communications concerning Iraq', 9 February 2006, at 8-9.
- (217) *The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court*, (n 188) 6.
- (218) *ibid.* 7.
- (219) *ibid.*
- (220) *ibid.* The outcomes of the expert consultations are available at <<http://www.icc-cpi.int/otp/complementarity.html>> (last visited, 31 January 2009).
- (221) *The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court*, (n 188)7.
- (222) *ibid.*
- (223) *ibid.* 8.
- (224) The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, 'The Interests of Justice' (September 2007) 2-3.
- (225) *ibid.* 3.
- (226) *ibid.*
- (227) *ibid.* 4.
- (228) *ibid.* 4-5.
- (229) *ibid.* 5.
- (230) *ibid.*
- (231) *ibid.*
- (232) *ibid.*
- (233) *ibid.* 7.
- (234) *ibid.*
- (235) *ibid.*
- (236) *ibid.* 7-8.
- (237) *ibid.* 7.
- (238) *ibid.* 8.
- (239) *ibid.*

- (240) *ibid.*
- (241) Human Rights Watch, 'Policy Paper: The Meaning of 'the Interests of Justice' in article 53 of the Rome Statute' (June 2005).
- (242) *ibid* 2, 5, 6, 8, 15.
- (243) CK Hall, 'Suggestions concerning International Criminal Court Prosecutorial Policy and Strategy and External Relations' (28 March 2003) Expert Consultation Process on General Issues relevant to the ICC Office of the Prosecutor. Available at the Office of the Prosecutor website < <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/hall.pdf> > (last visited, 27 January 2009) 28-29.
- (244) The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, 'Draft Paper on Some Policy Issues before the Office of the Prosecutor, for Discussion at the Public Hearing in the Hague on 17 and 18 June 2003', available at <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/draft_policy_paper.pdf> (last visited, 31 January 2009); *See Schabas* (n 163) 33.
- (245) The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, 'Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor' (September 2003) available at <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/030905_Policy_Paper.pdf> (last visited, 31 January 2009). この文書の題名の和訳は古谷修一「稼働を始めた国際刑事裁判所の課題——外からの抵抗と内なる挑戦」法律時報第79巻4号（2007年）21ページに従った。
- (246) *ibid* 7, para. 2.1.同上、古谷、21-22ページ。
- (247) *ibid.*, *the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court*, 4.
- (248) 洪恵子「国際刑事裁判所の常設性の意義と課題」国際人権第19号（2008年）38ページ。
- (249) *The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court* (n 245) 5; 前掲、脚注245、古谷、22ページ参照。
- (250) The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, 'Annexe to the 'Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor'', Referrals and Communications', available at <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/policy_an nex_final_210404.pdf> (last visited, 31 January 2009).
- (251) *ibid* 5.
- (252) 前掲、脚注248、洪、40ページ。
- (253) *See* <<http://www.icc-cpi.int/cases.html>> (last visited, 31 January 2009).
- (254) The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, 'Report on Prosecutorial Strategy', (14 September 2006) available at <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/OTP_Prosecutorial-Strategy-20060914_English.pdf> (last visited, 31 January 2009).
- (255) *ibid* 4.
- (256) *The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court* (n 254) 5.

- (257) 'Statement made by Mr. Luis Moreno-Ocampo' Ceremony for the Solemn Undertaking of the Chief Prosecutor of the International Criminal Court (16 June 2003) available at < http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/030616_moreno_ocampo_english_final.pdf> (last visited, 31 January 2009).
- (258) *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb")*, 'Warrant of Arrest for Ahmad Harun' Case No. ICC-02/05-01/07, Pre-Trial Chamber I (27 April 2007).
- (259) See the Office of the Prosecutor, 'Summary of Prosecutor's Application under Article 58' Situation in Darfur, the Sudan, No. ICC-02/05 (14 July 2008).
- (260) See O McDoom, 'Sudan's Bashir Vows No Cooperation With Court' Reuters (3 August 2008).
- (261) See eg C McGreal, 'African Search for Peace Throws Court into Crisis' *The Guardian* (9 January 2007).
- (262) See eg C McGreal, 'Museveni Refuses to Hand Over Rebel Leaders to War Crimes Court' *The Guardian* (13 March 2008).
- (263) コンゴ民主共和国の付託について、P Gaeta, 'Is the Practice of 'Self-Referrals' a Sound Start for the ICC?' (2004) 2(4) JICJ 949, 949; ウガンダの付託について、WA Schabas, 'First Prosecution at the International Criminal Court' (2006) 27(1-4) HRLJ 25, 31.
- (264) The Office of the Prosecutor, 'Report on the Activities Performed During the First Three Years (June 2003-June 2006)', 12 September 2006, at 7; see *Schabas* (n 193) 752.
- (265) *Schabas* (n 193) 753.
- (266) *ibid.*
- (267) *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, 'Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Article 58' Case No. ICC-01/04-01/06, Pre-Trial Chamber I (10 February 2006) para. 35.
- (268) 'Warrant of Arrest for Joseph Kony Issued on 8 July 2005 as Amended on 27 September 2005' Pre-Trial Chamber II, Doc. No. ICC-02/04-01/05 (27 September 2005); 'Warrant of Arrest for Vincent Otti' Pre-Trial Chamber II, Doc. No. ICC-02/04 (8 July 2005); 'Warrant of Arrest for Okot Odhiambo' Pre-Trial Chamber II, Doc. No. ICC-02/04 (8 July 2005); 'Warrant of Arrest for Dominic Ongwen' Pre-Trial Chamber II, Doc. No. ICC-02/04 (8 July 2005); 'Warrant of Arrest for Laska Lukwiyi' Pre-Trial Chamber II, Doc. No. ICC-02/04 (8 July 2005).
- (269) 'Statement by Luis Moreno Ocampo, Prosecutor of the International Criminal Court, Statement by the Chief prosecutor on the Uganda Arrest Warrants' (14 October 2005) 2.

- (270) *The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court*, (n 206) 6.
- (271) *ibid.*
- (272) *See Schabas* (n 193) 740-741.
- (273) *ibid* 753-755.
- (274) *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (n 267) 63.
- (275) *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, 'Document Containing the Charges', International Criminal Court, Doc. No. ICC-01/04-01/06 (28 August 2006).
- (276) *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, 'Décision sur la confirmation des charges, Cour Pénale Internationale' Doc. No. ICC-01/04-01/06, Chambre Préliminaire I (29 Janvier 2007) paras. 205-237.
- (277) *ibid* 204.
- (278) *ibid.*
- (279) *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, 'Application for Leave to Appeal Pre-Trial Chamber I's 29 January 2007 << Décision sur la confirmation des charges >>', Doc. No. ICC-01/04-01/06 (5 February 2007) 7, para. 11.
- (280) *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, 'Decision on the Prosecution and Defence Applications for Leave to Appeal the Decision of the Confirmation of Charges' Doc. No. ICC-01/04-01/06, 13-14, Trial Chamber I (24 May 2007) paras. 43-44.
- (281) *Schabas* (n 193) 755.
- (282) 小和田恒・芝原邦爾「[対談] ローマ会議を振り返って——国際刑事裁判所設立に関する外交会議」ジュリスト第1146号(1998年)16ページ。
- (283) 同上。
- (284) 同上。
- (285) Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia Concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes, Committed during the Period of Democratic Kampuchea, entered into force on 29 April 2005, UN Doc. A/RES57/228B (Annexe) (13 May 2003).
- (286) Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Internal Rules (Rev. 2) as revised on 5 September 2008.
- (287) Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Office of the Co-Prosecutors, 'Statement of the Co-Prosecutors' (8 December 2008).
- (288) *ibid.*
- (289) Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Office of the Co-Prosecutors, 'Statement of the Co-Prosecutors' (5 January 2009).
- (290) *ibid.*
- (291) *ibid.*
- (292) *ibid.*