

〈論説〉

検察官の「公益の代表者」としての地位と法廷外供述

——合衆国における規律からの一考察——

白井 諭

〈目次〉

- 一 はじめに
- 二 合衆国における検察官の法廷外供述に対する規律
- 三 わが国における検察官の地位と法廷外供述の在り方
- 四 おわりに

一 はじめに

1 (1) 近年、検察の在り方をめぐる議論のなかで、検察とメディアの関係の在り方が見直されている。まず、東京

高等検察庁検事長（当時）の定年延長が閣議決定され、その後に検察官の定年の引き上げを内容とする検察庁法改正案が国会に提出されたことに對する社会的な批判が高まり、かつ新型コロナウイルス（COVID-19）の感染拡大によって緊急事態宣言が出されているなか、当の東京高検検事長が報道関係者と賭けマージャンをしていたことが明らかになって法務・検察行政に対する信頼が損なわれたことから、「検察官の倫理（検察官の倫理）」の在り方が検討され、そのなかで検察とメディアの在り方についても議論の俎上に載せられている。すなわち、二〇二〇年七月に発足した『法務・検察行政刷新会議』での議論では、「メディアが公式な記者発表以外から情報を得て報道することがある」という「リーク」のありようが問題視され、とくに当の東京高検検事長が報道関係者の自宅で賭けマージャンを繰り返していたことから「検察の信頼を回復するためには、メディアとの関係について、検察官の側に一定の節度を求めざるを得ないのではないか」という意見もみられている。

(2) また他方では、訴追側当事者である検察官が記者会見の場で、事件について被疑者・被告人側の防禦活動を牽制しているかのようなコメントをするケースがあることも問題視されている。つとに、オウム真理教幹部による一連の事件について捜査が進められていたとき、東京地方検察庁次席検事（当該事件の捜査本部長）が定例記者会見の場で、「ミランダの会」に属する当番弁護士が被疑者に対して留置場からの出房や取調べを拒否するようアドヴァイスしたことを「明らかな捜査妨害で、違法な弁護士活動だ」とコメントし、報道関係者も検察側の意見を受けるかたちで、弁護士側が「個人の主義主張でこうした活動を行っているとしたら国民の安全を無視する活動として私たちは容認できない」と主張したことが問題視されたことがある。また近時では、例えば鹿児島地方検察庁検事正が着任記者会見の場で報道関係者に向けて「大崎事件の第四次再審請求では報道側の『再審請求人』への寄り添いが顕著だ。万が一、『再審請求人』が犯人でないことを証明するあまりに、具体的にこの人が犯人だという報道を

されると大変な人権侵害である」とコメントしたことに對して、弁護側からは、「報道の自由に対する重大な脅威と言わざるを得ない」とか「捜査機関が過去に誤った見立てのもとに冤罪を作り出した自らの人権侵害を省みず、人権問題を口実に大崎事件の真実を闇に葬ろうとするもので容認できない」といった批判が上がっているのである。

(3) 犯罪報道のありように対しては、かつてより、事件発生当初から捜査・訴追機関が提供する情報に基づいた「犯人視報道」が展開されることよつて被疑者・被告人の適正手続を受ける権利が危殆化されていることが問題視され、論者によつては、①個別の刑事事件や刑事手続について報道する場合には、捜査・訴追機関側の主張だけでなく、必ず被疑者・被告人側の主張も同時かつ並列的に報道する、②報道する際には、両当事者の主張はあくまで主張に過ぎず、確定した事実ではないということが明確にわかる書き方をする、③両当事者の主張を伝達する部分と報道機関自身の意見を述べる部分をはっきりと区別して報道するといったかたちで報道されるために必要な法的規制をかけることをねらいとした「両当事者対等報道モデル」が既に提唱されているところである⁹⁾。しかし、これまで例を挙げながら述べてきたように、とくに検察機関は自らの権限をじゅうぶんに行使できるようにすべく、「第四の権力」ともいわれているメディアの影響力を利用してゐる。また、近年では一般的に、ブログやSNSなどといったソーシャル・メディアの発達に伴い、社会に向けて広く発言することに對するハードルが下がつてきているように感じられる。もちろん、検察官は一般人として言論の自由を保障されており、また社会秩序の維持・実現に責任を負う官憲として、検察官が社会全般に向けて検察のメッセージを伝えることが検察の目的を実現するために有益であることも確かである。だが、もともと言論の自由には「公共の福祉」による制約が伴うところで、検察官は「公益の代表者」として「刑事事件について裁判所に法の正当な適用を請求する権限を有する」ものとされており(検察庁法四条参照)、一般市民のあらゆる権利・利益を潜在的あるいは現実的に侵害しうるだけの強い権限を

適正に行使用することを求められている。刑事手続以外の場面でも、検察官の発言が一般社会に対して強いインパクトを持ち、場合によっては刑事手続の適正な運用を阻害するおそれがあるということから、検察官の言論には「公益の代表者」という地位から導き出される内在的制約があるといえるのではないかと考えられうるのである。

2 検察官が刑事手続以外のところで事件に関する発言をすることに對しては、検察官独自の地位に鑑みて特別に倫理規程を設けるべきだという旨が主張されている。実際に、『法務・検察行政刷新会議』の場では、アメリカ合衆国「以下、合衆国」とする⁹⁾ではかつてより、検察官の権限行使に對して——法的規律のみならず——職務倫理による規律を課し、メディアとの關係についても詳細な規定が置かれているということを紹介しながら、検察独自の倫理規程の必要性を主張する意見が出されている¹⁰⁾。しかし他方では、国家公務員として職務を遂行しているわが国の検察官は国家公務員を対象とした倫理規程によつて規律されているため、そのうえに敢えて特別なルールを置く必要はないといった消極的な意見もみられている。検察官独自の倫理規程を設けることに對しても、検察官にも言論の自由が保障されていること、及び検察官の法廷外供述が社会全般にさまざまな利益をもたらしていることを論拠として検察官の法廷外供述を幅広く認めるべきだと主張する見解と、検察官の独自の地位に鑑みて厳格に法廷外供述を規律すべきであるとする見解とで対立がみられている。このような状況の下、本稿では、検察官の法廷外供述について、合衆国における法的・倫理的規律とそれをめぐる議論状況を概観することによつて、わが国でも検察官独自の倫理規程が必要であるか否かを検討していきたい。

- (1) 法務・検察行政刷新新会議『法務・検察行政刷新新会議報告書』一頁(二〇二〇年)〈<http://www.moj.go.jp/content/001337339.pdf>〉ほか参照。
- (2) さしあたり、法務・行政刷新新会議・前掲注(1)・一頁、朝日新聞二〇二〇年七月二五日付朝刊・社説、法務・検察行政刷新新会議第一回(二〇二〇年七月一六日)議事録二頁「森雅子挨拶」ほか参照。
- (3) 法務・検察行政刷新新会議第三回(二〇二〇年八月六日)議事録八頁「後藤昭発言」。
- (4) 法務・検察行政刷新新会議第四回(二〇二〇年九月一〇日)議事録一七頁「後藤昭発言」。
- (5) 産経新聞一九九五年五月二六日付朝刊・社説参照。なお、川崎英明『現代検察官論』八頁(日本評論社、一九九七年)参照。また、さしあたり、『ミランダの会』については、「『季刊・刑事弁護』ニュース」〈<http://www.jiji.com/jc/article?k=2020091701131&g=soc>〉を確立を！——ミランダの会結成——」季刊刑事弁護二号一二四頁以下(一九九五年)ほか、『ミランダの会』の活動をめぐる議論として、飯室勝彦・藤永幸治・高野隆「〈緊急対談〉捜査妨害か正当な弁護活動か——ミランダの会の弁護活動と捜査——」季刊刑事弁護三号一六頁(一九九五年)ほか参照。
- (6) 時事ドットコムニュース二〇二〇年九月一七日付〈<https://www.jiji.com/jc/article?k=2020091701131&g=soc>〉。
- (7) 西日本新聞ニュース二〇二〇年九月一八日付〈<https://www.nishinippon.co.jp/item/n/646013/>〉参照。
- (8) 例えば、日本弁護士連合会(編)『人権と報道』(日本評論社、一九七六年)、浅野健一『犯罪報道の犯罪』(学陽書房、一九八四年)、田中輝和『刑事「事件報道」の実態と刑事訴訟法——東北の三大再審無罪事件の場合——』(東北学院大学論集法律学二七号一頁以下(一九八五年)、同『刑事「事件報道」と刑法との関係——両者の関係説の提唱、または、それへの賛同——』(東北学院大学論集法律学五一―五二号四五頁以下(一九九八年)、平川宗信『犯罪報道と人権をめぐる諸問題』(名古屋大学法政論集一二三三三三三三頁以下(一九八八年)ほか参照。なお、渕野貞生『適正な刑事手続の

保障とマスメディア』二八頁以下（現代人文社、二〇〇七年）、平川宗信「捜査と犯罪報道」松尾浩也 井上正仁（編）『刑事訴訟法の争点（新版）』八八頁以下（有斐閣、一九九一年）、服部朗「捜査と犯罪報道」松尾浩也 井上正仁（編）『刑事訴訟法の争点（第三版）』八二頁以下（有斐閣、二〇〇二年）参照。

(9) 渕野・前掲注(8)・二七七頁以下。

(10) 法務・検察行政刷新会議第四回（二〇二〇年九月一〇日）議事録一六頁「篠塚力発言」。

二 合衆国における検察官の法廷外供述に対する規律

1 検察官の法廷弁論と法廷外供述

伝統的に、合衆国の検察官は「論争における通常の当事者の代理人ではなく、主権（sovereignty）の代表者」として「事件に勝つことではなく、正義が実現されること」を利益とし、それゆえに検察官は「法の番人（servant of the law）」として「犯罪者を逃さず、無辜を苦しめないという二重の目的を有している」と考えられている⁽¹¹⁾。そこでは、「検察官は、熱心かつ積極的に訴追することができるし、事実、熱心かつ積極的に訴追を行なうべきである」が、他方では「不正な攻撃を行なう自由を持たない」とされており、「あらゆる正統な手段を用いて公正な有罪をもたらすとともに、誤った有罪をもたらすものと思われる不当な方法を差し控えることもまた検察官の義務である」と考えられているのである⁽¹²⁾。もともと、合衆国における刑事訴訟の根底にある対審構造（adversary system）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廷で事実や法に関する独自の証拠と主張を偏

頗らない・公正な事実認定者（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ものであり、¹³ 真実をよりよく解明するためには両当事者が説得的に主張を突き合わせる必要があると考えられている。¹⁴ だが他方で、検察官に対しては、被疑者・被告人に対して防禦権が保障されていることとの反映として、検察官は、被告人の防禦権の行使を妨げるような言動を公判廷で展開することを禁止し、裁判所との関係でも、検察官は自分の権限を濫用して「過度に扇動的」あるいは「被告人に不利益な偏見を与える」言動を慎むという意味で「公正な裁判」を保障する義務を課している。具体的に検察官は、被告人側が自己負罪拒否権・黙秘権や弁護人の援助を受ける権利を行使したことに對してコメントをすることや弁護人を侮辱したりすること、事件の事実や証拠について個人的な意見を述べること、事実認定者の情緒や偏見に訴えかけるような主張を公判廷で展開したりすることを禁止されており、とくに「当該供述が評決に悪影響を与えるほど有害である」場合や「結果的に得られた有罪判決が適正手続を否定するほど、当該主張が不正をもって公判審理に影響している」¹⁵ あるいは「当該コメントが被告人の公正な裁判を受ける権利を剥奪した」¹⁷ といえるほどのインパクトを持つている場合には上訴審で有罪判決が破棄される可能性が生じるのである。

このような「公正な裁判を保障する義務」は、法廷内における検察官の活動を適正なものにするために課しているものであり、たとえ検察官が法廷外で事件についてコメントをしたとしても、その義務の帰結として定められたルールに違反していることにはならない。だが他方では、「熱情的な弁論は法廷のなかで起こっている出来事に限らない」¹⁸ とリベンソン（Laurie L. Levenson）教授が指摘するように、検察官が法廷外で事件についてコメントすることにより、被告人の公正かつ中立的な裁判を受ける権利や司法の公正かつ効率的な運営、一般市民の司法手続に對する信頼、被疑者・被告人や被害者、証人の社会的評価・プライバシー・安全を危殆化するという弊害が生じう

ることが問題視されている。⁽¹⁹⁾むしろ、法廷内では主張や証拠の提出について厳格なルールが定められたうえで、裁判官が当事者の主張・立証を制約することを期待しうるのに対し、法廷外の供述については、検察官は事件に専心することに向けた圧力を受けているにもかかわらず、裁判官も同僚の検察官も本人の熱意を抑えるように歯止めをかけることをほとんど期待できないことから、検察官の供述を適正なものにするためには明確な倫理規程が必要であるといわれているのである。⁽²⁰⁾

2 検察官の法廷外供述に対する法的・倫理的規律

(1) 法律家の発言が犯罪報道を通じて裁判の公正を害するおそれがあることは、遅くとも二〇世紀初頭に認識されるようになっていた。実際に、全米ではじめて明文化された職務倫理規程『アラバマ州法曹協会倫理規程 (the 1887 Code of Ethics of the Alabama State Bar Association)』は第一七条で「法的問題の新聞紙上の議論を避けよ (Avoid Newspaper Discussion of Legal Matters)」と題して、「継続中の訴訟又は将来見込まれる訴訟の本案に関して代理人が新聞紙上で発言することは、議論と相手方からの反論を引き起こし、裁判所における公正な裁判を妨げる傾向があり、さもなければ司法の適正な運営を阻害する。法律家の発言は、当該発言を正当化するだけの説得的な主張である必要がある。適切である場合であっても、匿名で発言することは職務倫理に反している」としている。また、ABA (American Bar Association アメリカ法曹協会) が一九〇八年に起草した『ABA職務倫理典範 (ABA Canons of Professional Ethics)』の Canon 20 は「継続中の訴訟又は予想される訴訟に関して法律家が新聞紙上で発言することは裁判所の公正な審理を妨げ、あるいは司法の適正な運営を阻害しうる。一般的にこれらは非難されるべきである。特定事件の極限的な状況により、公衆に向けた陳述が正当化される場合があっても、匿名で陳述する

ことは職務倫理に反している。事実への一方的 (*ex parte*) な言及は、裁判所が保有する記録や書類の内容を超えるべきでない。しかし、極限的な事例であったとしても、一方的な陳述は避けた方がよい⁽²²⁾ としている。もとより、この規定については、曖昧な文言で記されており、いかなる陳述が許容され、いかなるものが禁止されるかを法律家に明確に示すものではなかったということもあり、適用されることがめつたになかったといわれている⁽²³⁾。しかし、一九五〇年代以降、マスメディアの発展に伴い、犯罪報道が被疑者・被告人の適正手続を受ける権利を侵害しているのではないかという問題が認識され、法律家の法廷外供述についても、裁判所の公正な審理を妨げるコメントを禁止するルールがつくられるようになっていのである。

(一) まず、ABAが『ABA職務倫理典範』を改定するかたちで一九六九年に起草した『ABA職務倫理に関するモデル・コード (ABA Model Code of Professional Responsibility)』[以下、『ABAモデル・コード』とする]は法律家の法廷外供述について、次のルールを定めている。

● ABA職務倫理に関するモデル・コード

DR7-107

- (A) 刑事事件の捜査に関与又は関係する法律家は、公的コミュニケーションという手段で流布されるものと合理的な人々が期待し、かつ詳細に述べることなく以下に掲げる事柄を述べることを以上のこととする法廷外の供述をするか、又はそれに関与しないものとする。
- (1) 公的記録に含まれている情報
 - (2) 捜査が進んでいること

- (B)
- (3) 犯罪の叙述及び法が許容する限りで、被害者の身許を含む、捜査の一般的な範囲
 - (4) 被疑者の逮捕に向けた援助又は他の事柄の援助及びその後に必要な情報と要請
 - (5) 民衆に対するあらゆる危険の警告

(B) 刑事事件の訴追又は弁護にかかわる法律家又は法律事務所は、告訴状、通告起訴状又は正式起訴状の提出、逮捕状の発付又は公判審理の開始若しくは公判審理を伴わない処分に至るまでの逮捕の時点から、公的コミュニケーションという手段で流布されるものと合理的な人々が期待し、かつ以下に掲げる事柄に関連する法廷外の供述をし、又はそれに関与しないものとする。

- (1) 被疑者・被告人の性格、評価又は過去の犯罪歴（逮捕、正式起訴又は他の起訴を含む）
- (2) 起訴された犯罪又はそれより軽微な犯罪について有罪答弁をする見込み
- (3) 自白、自認、被疑者・被告人による供述又は供述の拒否若しくは不供述
- (4) あらゆる審査若しくは検査の実施及びその結果、又は被疑者・被告人が審査若しくは検査を拒否したことやそれを受けなかったこと

- (5) 証人となる見込みのある者の身許、供述又は信用性
 - (6) 被疑者・被告人の有罪・無罪に関するあらゆる意見、証拠又は事件の事案
- (C) 第(B)項は当該期間、以下に掲げる事柄を告知することを妨げない。

- (1) 被疑者・被告人の氏名、年齢、住所、職業、家族構成
- (2) 被疑者・被告人が逮捕されていない場合に、少なくとも被疑者・被告人の逮捕を容易にし、又は又は被疑者・被告人がもたらす危険について民衆に警告するために必要な情報

- (3) 証拠の入手に向けた援助の要請
 - (4) 当該犯罪の被害者の身許
 - (5) 逮捕の事実、時間及び場所、住所、職業及び武器の使用
 - (6) 捜査官又は捜査機関及び逮捕者又は逮捕機関の身許並びに捜査の期間
 - (7) 捜索差押における、自白、自認又は供述以外の押収物の叙述
 - (8) 起訴事実の性質、実体又は文言
 - (9) 事件に関する裁判所の公的記録からの引用又はそれへの言及
 - (10) 裁判手続のあらゆる段階の期日又はその結果
 - (11) 被疑者・被告人が起訴事実を否認していること
- (D) 刑事事件における陪審の選任又は公判審理の期間中、刑事事件の訴追又は弁護に関連している法律家又は法律事務所は、公的コミュニケーションという手段で流布されるものと合理的な人々が期待し、かつ公判審理、当事者、公判における争点その他公正な裁判を妨げる合理的な見込みのある事柄に関係する法廷外供述をし、又はそれに關与しないものとする。ただし、事件に關して裁判所が保有する公的記録を引用し、又はコメントを付さずに言及する場合はこの限りでない。
- (E) 刑事事件における公判審理又は公判審理を伴わない処分⁽²⁵⁾の終結から刑の賦科に至るまで、訴追又は弁護にかかわる法律家又は法律事務所は、刑の賦科に影響を及ぼす合理的な見込みがあると合理的な人々が期待する法廷外供述をし、又はそれに關与しないものとする。

以上で掲げた規定は、連邦最高裁判所が検察官の法廷外供述を適正手続条項の違反と判断したことなどの影響を受けて改定されたものである。⁽²⁶⁾ 例えば、ケネディ大統領の暗殺に関する大統領委員会は暗殺事件の被疑者・被告人に関する報道について「捜査官の供述や『証拠』の詳細の公表も含めて、「被疑者・被告人」が有責であると思われることが幅広く報道されたことにより、偏頗のない陪審を構成して被疑者・被告人に公正な裁判を保障することが著しく困難となったであろう」というABAの見解などをうけて、「有罪・無罪について先入観のない二人の陪審員による公判審理を受ける…機会は彼に不利益な証拠の尚早な開披とその重要性によって著しく危殆化したであろう」ということに賛同している。⁽²⁷⁾ また、連邦最高裁判所もシェパード事件 (Sheppard v. Maxwell) で、検察官が法廷に提出されなかった証拠についての情報を何度もニュースメディアに流出させたことに対して「このようにして流布した『証拠』の殆どは許容性を持たないものである」としたうえで、「裁判所は、公判前における偏向的なニュースが公正な裁判を妨げる合理的な見込みがあるときは、「公正な裁判を害する」おそれが減少するまで事件を延期するか、又は当該記事があまり行き渡っていない他のカウンティに移送すべきである」と判断している。そしてこれらの考えが表明されるようになって下で、『ABAモデル・コード』も、報道機関が報道するものと合理的な人々が期待する法廷外供述を規制し、とりわけ公判開始以降の段階では、公正な裁判又は司法の運営を妨げる「合理的な見込み (reasonable likelihood)」がある供述を禁止しようとしているのである。

ただしその後、連邦最高裁判所はスチュアート事件 (Nebraska Press Association v. Stuart) で、社会の耳目を集めた事件を集めた謀殺事件の訴訟についてニュースメディアでの報道やコメントを禁止したネブラスカ州地方裁判所の「口止め命令 (gag order)」が言論の自由を保障した合衆国憲法第一修正「以下、第一修正」とする」に違反していると判断したことにより、公正な裁判と報道の自由との対立は再び議論の俎上に載せられるようになって

いる。そこでは、「適正手続は、被疑者・被告人が外部の影響から自由な偏頗のない陪審による公判審理を受けることを要請している。現代のコミュニケーションが広く蔓延し、内心から偏向的な公表を払拭することが困難であるため、裁判所はバランスが被告人に不利益な方向へ偏らないよう保障する強い手段を採らなければならない。：公判前の偏向的なニュースが公正な公判審理を妨げる合理的な見込みがある場合に、裁判官は公判前における偏向的なニュースが公正な裁判を妨げる合理的な見込みがあるときは、「公正な裁判を害する」おそれが減少するまで事件を延期するか、又は当該記事があまり行き渡っていない他のカウンティに移送すべきである」ということを確認したうえで「事件を公正に解決するために最終的に選ばれた陪審の能力は、報道のトーン及び範囲に影響される。その報道は部分的に——しばしば大部分は——ニュース放送をもたすために法律家、警察及び他の官憲がとった行動によって方向づけられている⁽³¹⁾」としつつも「その後の無制約な放送が陪審員候補者の考えを大きく歪めてしまい、適切な説示の下でもつばら公開の法廷で提示される証拠のみに基づいて公正な評決を下すべき宣誓上の責務を果たすことのできる一二人を見つけ出すことができない」とまでいえないと判断している⁽³²⁾。また、連邦下級審裁判所も、連邦第七巡回区控訴裁判所はチェイス事件 (Chase v. Robson) で、裁判所が被告人や弁護人の言論の自由を裁判所が制約する条件として、自由な言論が「司法の運営に対して重大かつ差し迫った脅威 (serious and imminent threat)」を構成することを示さなければならぬとし⁽³³⁾、バウアー事件 (Chicago Council of Lawyers v. Bauer) でも『ABAモデル・コード』で採り入れられている「合理的見込み」基準は広範に過ぎるがゆえに違憲であると判断するとともに⁽³⁴⁾、「司法の公正な運営を妨げる『重大かつ差し迫った脅威』を与えるコメントのみが憲法上禁止される⁽³⁵⁾」と述べてチェイス事件で示された基準を再確認しているのである。

そしてこのようにして、『ABAモデル・コード』の下で法律家の言論を制約する基準が曖昧であることに對して

批判する裁判例が現れたことにより、『ABA公正な裁判と自由な報道に関する特別調査班 (Task Force on Fair Trial and Free Press: Goodwin Committee グッドウィン委員会)』は『公正な裁判と自由な報道に関するABA刑事司法基準 (ABA Standards for Criminal Justice: Fair Trial and Free Press)』を改正するにあたって、『明確かつ現在の危険 (clear and present danger)』の存在を法律家の法廷外供述を制約する基準とすることで、より多くの供述が許容される余地が開かれるに至っている⁽³⁶⁾。そこでは、警察活動、刑事事件及び司法の運営に関する公的コメントは「純粋な言論」の範疇にあり、第一修正による保障を最も強く受けることが推定されているという考えより、『合理的見込み』基準は法律家に対して第一修正の権利を全面的に保障する最低基準としてあまりにも緩やかすぎるとして、法律家の法廷外供述について制裁を課すためには、①当該制約が政府の正当な利益を促進すること、②当該コメントが促進すべき政府の利益を大きく (seriously) 脅かすものであること、③当該脅威がすぐに (imminently) 発生する見込みがあること、④政府の利益が危険にさらされないようにするためには当該制約が必要であることといった四つの基準を満たさなければならないとしている⁽³⁷⁾。

もつとも、このように「合理的見込み」基準の適用を否定的に評価する考えは全米のあらゆるところで共有されたわけではない。例えば、連邦第四巡回控訴裁判所はハーシユコップ事件 (Hirschkop v. Snead) で、『ABAモデル・コード』と同様に公正な裁判を妨げる「合理的見込み」が存在することをもって法律家の法廷外供述を職務倫理違反とするヴァージニア州職務倫理規程 (the Virginia Code of Professional Responsibility) は「言論の排除に關係しない政府の実質的な利益」を押し進めるものであり、そこで採られている「合理的見込み」基準は憲法上許容できるものであると認定している⁽³⁸⁾。だが、連邦第四巡回控訴裁判所は、ヴァージニア州職務倫理規程のなかには曖昧又は広範に過ぎることから憲法に抵触している規定が含まれていると結論づけており、とりわけ民事事件にか

かわる法律家が調査又は訴訟の段階で幅広くコメントをすることを禁じた規定は広範に過ぎるものである⁽¹¹⁾。

(二) そのようななか、ABAは一九八三年に起草した『ABA職務行為に関するモデル・ルール (ABA Model Rules of Professional Conduct)』[以下『ABAモデル・ルール』とする]で以下に掲げる規定を置いて、「裁判手続を著しく偏向させる実質的な見込み (a substantial likelihood of materially prejudicing a adjudicative proceeding)」がある法律家の法廷外供述を禁止している「傍線は白井」。

● ABA職務行為に関するモデル・ルール (一九八三年)

Rule 3.6 [事件の公表]

(a) 法律家は、裁判手続を著しく偏向させる実質的な見込みがあると認識するか、又は認識すべきであった場合に、公的コミュニケーションという手段で流布されるものと合理的な人々が期待する法廷外供述をしないものとする。

(b) 第(a)項で言及した供述は、通常の場合、陪審裁判で審理しうる民事事件、刑事事件又は拘禁に至りうるその他の手続に言及するときに当該効果を持っている。当該供述は以下に掲げる事柄に関係している。

(1) 当事者・犯罪捜査の被疑者・証人の性格、信用性、評価若しくは犯罪歴、証人の身許、又は証人の若しくは証人の期待された供述

(2) 刑事事件又は拘禁に至りうる手続で、有罪答弁に至る見込み、被疑者・被告人による自白・自認若しくは供述の存在若しくはその内容、当人が供述を拒否した若しくは供述しなかったこと

(3) 審査若しくは検査の実施若しくはその結果、ある者が審査若しくは検査を拒否するか若しくは受けなかったこと、又は提出されることが期待される物証の身元若しくはその性質

- (4) 刑事事件又は拘禁に至りうる手続における被疑者・被告人の有罪・無罪に関する意見
- (5) 公判における証拠として許容されない傾向にあり、かつ開披された場合に中立的な公判審理を著しく偏向させる実質的なおそれをつくり出すであろうと法律家が認識しているか又は合理的に認識すべきである情報
- (6) 起訴が単なる告発にすぎず、被告人は有罪が証明されるまで無実として考えられることを説明する供述が含まれていない限りで、被告人が犯罪で起訴されているという事実
- (c) 第(a)項及び第(b)項(1)号ないし(5)号にかかわらず、事件の捜査又は訴訟にかかわっている法律家は、詳細を述べない限り、以下に掲げる事柄を述べることができる。
 - (1) 主張又は抗弁の一般的な性質
 - (2) 公的記録に含まれている情報
 - (3) 事件の捜査が進んでいること、捜査、犯罪若しくは主張・抗弁の一般的な範囲、法で禁止されている場合を除いて、関与している人物の身許
 - (4) 訴訟のあらゆる段階のスケジュール又はその結果
 - (5) それ以降に必要な証拠及び情報を得るための遠所の要請
 - (6) 個人若しくは公益に実質的な害悪の見込みが存在すると思料する理由がある場合に、関与している人物の行動に關する危険の警告
- (7) 刑事事件における、以下に掲げる事柄
 - (i) 被疑者・被告人の身許、住所、職業、家族構成
 - (ii) 被疑者・被告人が逮捕されていない場合は、当人を容易に逮捕しやすくなるために必要な情報

(iii) 逮捕の事実、時間又は場所

(iv) 捜査官及び逮捕者又は捜査・逮捕機関の身許及び捜査の期間⁽⁴²⁾

以上で掲げた『ABAモデル・ルール』の規定は、手続のあらゆる段階で「裁判手続を著しく偏向させる実質的な見込み」のある法廷外供述を法律家に対して禁止するものである。もとより、『ABAモデル・コード』が公正な裁判を妨げる「合理的な見込み」のある法廷外供述を禁止しているのに対し、『ABAモデル・ルール』は「裁判手続を著しく偏向させる実質的な見込みがあると認識する：場合に」法廷外供述を禁止するにとどまっているように見える。だが、『ABAモデル・ルール』は、「裁判手続を著しく偏向させる実質的な見込みがあると：合理的に認識すべきであった場合」でも法廷外供述を禁止しており、必ずしも法律家が意図的に法廷外供述をした場合に限定しているわけではない。

しかしながら、『ABAモデル・ルール』の規定に対しても、文言に曖昧さが残らないかという点が問題となり、とくに倫理規定が第一修正で保障される言論の自由を過度に侵害することになりはしないかが議論されている。例えば、ケメリンスキー (Erwin Chemerinsky) 教授は『ABAモデル・ルール』の下で、法律家は、言論が訴訟手続のなかで著しく偏向させる実質的な見込みを持っているか否かについて懲戒組織がいかにして事後的に推測するかをあらかじめ考えなければならぬ。言論を保護する点で明らかにすぐれている『明確かつ現在の危険』という基準の下にあっても、法律家は自分の言論が事後的にどう評価されるかを思索しなければならぬ。「当該規定に」内在する曖昧さと不確かさが言論を硬直させることは事実上必至とみられている⁽⁴³⁾と指摘している。

また、連邦最高裁判所もジェンタイル事件 (Gentile v. State Bar of Nevada) ⁽⁴⁴⁾、コカインとトラベラーズチェ

ックを窃取した被告人の弁護士が起訴直後に記者会見を開いて①被告人が無実であるにも拘らずスケープゴートに仕立て上げられている、②おとり捜査官が窃盗の真犯人であることが証拠上明らかであること、③おとり捜査官がコカインの使用を暗示しているかのような身体的状態にあることを示すビデオテープを弁護士側が持っていること、④金庫を窃取したと主張する他の客は、その殆どが薬物取引やマネーロンダリングの関与者であり、警察からの圧力に対して被告人が犯人だと述べているため、信用性を持たないという旨を述べたことに対し、ネバダ州の懲戒委員会が職務倫理違反を認定したことについて、「著しく偏向させる実質的なおそれ」基準が第一修正の要請をみたしているか否かを判断している。職務倫理違反を認定する際の手がかりとなったネバダ州職務倫理規程 Rule17N は——『ABAモデル・ルール』やそれを採り入れていく多くの州と同様に——第(1)項で法律家は訴訟手続を「著しく偏向させる実質的なおそれ」があると認識しているか、あるいは合理的に認識すべきであった法廷外供述を禁止し、第(2)項で著しい偏向をもたらす「見込みが通常の場合に存在する」供述をいくつか列挙しつつも、第(3)項では「第(1)項及び第(2)項にかかわらず」法律家は「詳細に述べない限り (without elaboration)、弁護の…一般的な (general) 性質を…述べるべきである」と定めている。

このうち、第(1)項で定められている「著しく偏向させる実質的なおそれ」基準について、ケネディ判事 (Kennedy, J.) らは『ABAモデル・ルール』の Rule36 で「著しく偏向させる実質的なおそれ」を要求していることは必ずしも欠陥を抱えているわけではない。例えば、陪審員の選任という観点からみて大きく偏向している情報を代理人が発することを『ABAモデル・ルール』防ぐべく適切に狭く解釈したとしても、『著しく偏向させる実質的なおそれ』という文言は差し迫った実質的な害悪をもたらす言論のみを罰するかもしれない。言論を規律する規定は、たとえ十分な憲法上の保護を与えられる言論であったとしても、憲法上の歯止めを通過するために「明確かつ現在の危険」

という文言を用いる必要はない」とし、レンクイスト判事 (Rehnquist, J.) も「継続中の事件に関する法律家の言論は、実際の訴訟における『明確かつ現実的な危険』よりも緩やかな基準を用いて規制することができる」ということを確認したうえで「著しく偏向させる実質的なおそれ」基準が継続中の事件に関する代理人の第一修正上権利と公正な公判審理に関する国家の利益とのあいだで憲法上許されるバランスを構成している」という殆どの州で採られている考えに賛同している。⁽⁴⁶⁾

しかしながら、「第(1)項及び第(2)項にかかわらず」法律家は「詳細に述べない限り (without elaboration)、弁護の…一般的な (general) 性質を…述べる」ことができる」と定めた第(3)項について、ケネディ判事らは「曖昧であるゆえに無効である」と判断している。すなわち、ケネディ判事らは、「防波堤となる規定である Rule77 第(3)項は申立人が誤解して懲戒のおそれを伴わずに記者会見をすることができらうと考えている。…文法上の構造からして、州裁判所による明確な解釈のないところで当該規定は『名宛人に対して』公正な告知を与えていない。Rule77 第(3)項による保護を手に入れようとする法律家はその内容を施策しなければならぬ。『詳細に述べる』こと」なく抗弁の『一般的な』性質を説明する権利は方向付けとして不十分である。なぜなら、『一般的』とか『詳細に述べる』こと』という文言はいずれも古典的な程度に關することばである。われわれが置かれている状況では、これらの文言は法律上解釈について定着した用法も伝統も存在しない。法律家はいつ自分の発言が『一般的』という防波堤から『詳細に述べられた』という禁じられた海へと渡るのかを判断する原則を持たない」というのである。また、オコナー判事 (O'Connor, J.) も「国家は依頼者を代理する法律家の言論に対して、報道機関に対する規制よりも厳格に規制することができる」ことから「著しく偏向させる実質的なおそれ」は憲法上の基準をみたしているというレンクイスト判事の意見に賛成する⁽⁴⁶⁾。一方で、ケネディ判事らと同様に、「曖昧な法律は差別的な執行のおそれを防ぐことを

意図していることを公正に告知せず、むしろそのおそれをつくり出して「⁽³⁰⁾憲法に違反している」と述べ、Rule177 第(3)項は曖昧であるゆえに無効であると判断しているのである。

(三) そこで、A B A は一九九四年に Rule36 の見直しに着手して当該規定を次に掲げるように修正するに至っている「傍線は白井」。

● A B A 職務行為に関するモデル・ルール（一九九四年改正）

Rule36 [事件の公表]

(a) 法律家は、裁判手続を著しく偏向させる実質的な見込みがあると認識するか、又は認識すべきであった場合に、公的コミュニケーションという手段で流布されるものと合理的な人々が期待する法廷外供述をしないものとする。

(b) 第(a)項にかかわらず、法律家は以下に掲げる事柄を述べることができる。

- (1) かかわっている主張、攻撃又は抗弁、及び法が許容する場合を除いて、かかわっている人々の身許
- (2) 公的記録に含まれている情報
- (3) 事件の捜査が進んでいること、捜査、犯罪若しくは主張・抗弁の一般的な範囲、法で禁止されている場合を除いて、関与している人物の身許
- (4) 訴訟のあらゆる段階のスケジュール又はその結果
- (5) それ以降に必要な証拠及び情報を得るための遠所の要請
- (6) 個人若しくは公益に実質的な害悪の見込みが存在すると思料する理由がある場合に、関与している人物の行動に関する危険の警告

- (7) 刑事事件における、以下に掲げる事柄
- (i) 被疑者・被告人の身許、住所、職業、家族構成
 - (ii) 被疑者・被告人が逮捕されていない場合は、当人を容易に逮捕しやすくなるために必要な情報
 - (iii) 逮捕の事実、時間又は場所
 - (iv) 捜査官及び逮捕者又は捜査・逮捕機関の身許及び捜査の期間
- (c) 第(a)項にかかわらず、法律家は、法律家又はその依頼者によって開始しない近時の公表の実質的に不当な効果から依頼者を保護するために必要と合理的な法律家であれば思料するであろう供述をすることができる。
- (d) 第(a)項の規律を受ける法律家にかかわる法律事務所又は政府機関の法律家は、第(a)項で禁止された供述をしてはならない。
- 【注釈】
- (5) …とくに陪審で審理可能な民事事件、刑事事件又は拘禁に至りうる他のあらゆる手続に言及するとき、どちらかといえば手続に対して著しく有害な効果を持つ一定の課題が存在する。これらの課題は以下に掲げる事柄に関係している。
- (1) 当事者・犯罪捜査の被疑者・証人の性格、信用性、評価若しくは犯罪歴、証人の身許、又は証人の若しくは証人の期待された供述
 - (2) 刑事事件又は拘禁に至りうる手続で、有罪答弁に至る見込み、被疑者・被告人による自白・自認若しくは供述の存在若しくはその内容、当人が供述を拒否した若しくは供述しなかったこと
 - (3) 審査若しくは検査の実施若しくはその結果、ある者が審査若しくは検査を拒否するか若しくは受けなかったこと、又は提出されることが期待される物証の身元若しくはその性質

- (4) 刑事事件又は拘禁に至りうる手続における被疑者・被告人の有罪・無罪に関する意見
- (5) 公判における証拠として許容されない傾向にあり、かつ開披された場合に中立的な公判審理を害する実質的なおそれをつくり出すであろうと法律家が認識しているか又は合理的に認識すべきである情報
- (6) 起訴が単なる告発にすぎず、被告人は有罪が証明されるまで無実として考えられることを説明する供述が含まれていない限りで、被告人が犯罪で起訴されているという事実

(6) 有害か否かを判断する際に関連するいま一つの要因は、かかわっている手続の性質である。刑事陪審は最も法廷外の言論の影響を受けやすいが、民事裁判は比較的法廷外言論の影響を受けにくいかもしれない。陪審によらない審理や調停手続はさらに影響が小さいかもしれない。本条はこれらの領域における法廷外のコメントに制約を置くものとなるが、偏向の見込みは手続の種類によってまちまちとなるかもしれない。⁽³²⁾

なお、このときには、検察官独自の職務倫理を規律する Rule 38 のなかに、「Rule 36 の下における自己の責務に加え、刑事訴訟における検察官又は政府のための法律家は、捜査官、法執行機関、被用者又は刑事事件で検察官を援助する他の人々が Rule 36 で禁止されている法廷外供述を行わないよう合理的に配慮するものとする」と定める第(c)項を追加し、事件の手続にかかわっていないながら法律家の範疇に属していない者に対して Rule 36 で禁止されている法廷外供述を行わないように配慮する責務を検察官に課しているのである。

このように、一九九四年の改正では、①あらゆる法律家のコメントに対して適用できた従来の規定を改めて、事件の捜査又は訴訟に関与しているか又は関与していた法律家のみ適用するものとする、②「詳細を述べない限り」とか「…にかかわらず」といった文言を削除し、「法律家が裁判手続を著しく偏向させる実質的な見込みがあ

ると認識するか、又は合理的に認識すべきであった」コメントに関して第(a)項の規定にかかわらず「かかわっている主張、攻撃又は抗弁」を法律家が述べることができると規定を置くこと(第(b)項)、③あまりにも否定的な内容から自分の依頼者を保護するために代理人が必要に応じて反論する権利を明記すること(第(c)項)、④懲戒に至る可能性のある供述の類型を列挙した第(b)項を削除して注釈で示すこと(注釈(5))、⑤有害か否かを判断する際には手続の種類を考慮に入れるべきであることを注釈で明記すること(注釈(6))をおこなっている。だが、これらの改正点のなかでも、一九八三年の時点では明文規定のなかに置かれていた許されない法廷外供述のリストを削除したことに對しては、いくらか批判が向けられている。例えば、ブラウン(Christopher J. Brown)教授は「当該修正は当ルールの文言から条文を削除して当ルールの公式注釈に文言を入れている。これは当ルールの実効的な文言のなかに空白をつくり出すものである。…不適切であると推定される供述の輪郭を描くガイドラインをなくしたことは当ルールの実効性を減少させたことにはかならない」と評価している⁽³⁾のである。

(四) そして、ABAは二〇〇二年にも『ABAモデル・ルール』を改正するなかで、Rule36を次のように改正をしている「傍線は白井」。

● ABA職務行為に関するモデル・ルール(二〇〇二年改正)

Rule3.6 [事件の公表]

- (a) 法律家は、公的コミュニケーションという手段で流布され、かつ裁判手続を著しく偏向させる実質的な見込みがある⁽⁴⁾と当該法律家が認識するか、又は認識すべきである場合に、法廷外供述をしないものとする。
- (b) 第(a)項にかかわらず、法律家は以下に掲げる事柄を述べることができる。

- (1) かかわっている主張、攻撃又は抗弁、及び法が許容する場合を除いて、かかわっている人々の身許
 - (2) 公的記録に含まれている情報
 - (3) 事件の捜査が進んでいること、捜査、犯罪若しくは主張・抗弁の一般的な範囲、法で禁止されている場合を除いて、関与している人物の身許
 - (4) 訴訟のあらゆる段階のスケジュール又はその結果
 - (5) それ以降に必要なとなる証拠及び情報を得るための遠所の要請
 - (6) 個人若しくは公益に実質的な害悪の見込みが存在すると思料する理由がある場合に、関与している人物の行動に
関する危険の警告
 - (7) 刑事事件における、以下に掲げる事柄
 - (i) 被疑者・被告人の身許、住所、職業、家族構成
 - (ii) 被疑者・被告人が逮捕されていない場合は、当人を容易に逮捕しやすくなるために必要な情報
 - (iii) 逮捕の事実、時間又は場所
 - (iv) 捜査官及び逮捕者又は捜査・逮捕機関の身許及び捜査の期間
- 第(a)項にかかわらず、法律家は、法律家又はその依頼者によって開始しない近時の公表の実質的に不当な効果から依頼者を保護するために必要と合理的な法律家であれば思料するであろう供述をすることができ、本項に従ってなされる供述は、近時の不利益な公表を軽減するために必要な情報に限るものとする。
- (d) 第(a)項の規律を受ける法律家にかかわる法律事務所又は政府機関の法律家は、第(a)項で禁止された供述をしてはならない。⁽⁵⁾

二〇〇二年の改正では、①「法律家が合理的に認識すべきである」法廷外供述に対して、それが公表されるおそれとそれによって手続の公正が害されるおそれの両方を判断するようにすること、及び②『ABAモデル・ルール』のRule10(f)で用いられている故意(scienter)概念に合わせることをねらうとして、「…と合理的な人々が期待する」というところを「…と当該法律家が認識するか、又は認識すべきである」という文言に修正している。ただし、これらの修正はもっぱら文言の変更にとどまるものであり、実質的には一九九四年に改正されたルールを変更するものではないと考えられている。⁽⁵⁶⁾すなわち、『ABAモデル・ルール』は、全米のあらゆる法域で法律家の職務倫理規程を制定する際の「モデル」として幅広く活用されている反面で、ジェンタイル事件判決や『ABAモデル・ルール』の一九九四年改正の際に指摘されていた「文言の「曖昧さ」という問題はなお残されているのである。

(2) もっとも、連邦法域では『連邦規則集(Code of Federal Regulations)』の五〇・二条のなかに連邦の官憲が情報公開をする際に遵守すべき規定が設けられている。この規定は「刑事事件及び民事事件で情報がニュースメディアにとって利用可能となっていることは司法を運営するなかでますます関心の高いテーマとなっている」という問題意識の下で「連邦司法省の職員が当該情報を公開するための特別なガイドラインを定式化すること」を目的としている。⁽⁵⁷⁾そこでは、「いうまでもなく、公判審理に影響を与える目的で情報を公開することはつねに不適切であるが、法の運営についての情報を民衆が入手できるようにすることは正当な理由がある。犯罪の嫌疑で告発された個人や連邦政府と関連する民事手続に関与する個人を保護することと犯罪の抑止及び政府の運営という問題を公衆が理解することとで公正な均衡をはかるという任務は、法を運営する責任を負う者と出版その他のメディアの代表者による健全な裁量の行使に依存するところが大きい」という考えの下で、検察官を含む連邦司法省の職員が情報を公開する際に留意すべき事柄を具体的に明文化しているのである。

刑事事件に関する情報について、『連邦規則集』では次に掲げる規定が置かれている。

●連邦規則集・第二八編(裁判所の運営)

§50.2 [連邦司法省の職員による刑事手続及び民事手続に関する情報の公開]

- (b) 刑事訴訟に向けたガイドライン
- (1) 当ガイドラインは、ある者が犯罪捜査の対象となった時点から当該捜査の結果としておこなわれるあらゆる手続が公判審理又はその他の手段によって終結するまで、情報のニュースメディアへの公開に適用されるものとする。
- (2) 連邦司法省の職員は、いかなるときも、被告人の公判審理の結果に影響を与える目的であらゆる供述又は情報を持たないものとし、また、当該供述又は情報が継続中又は将来の公判審理の結果に影響を与えると合理的に期待される場合に、公的コミュニケーションという手段で流布されると合理的に期待されるあらゆる供述又は情報を持たないものとする。
- (3) 法律又は裁判所の判断若しくは命令によって課された特別な制約を受ける連邦司法省の職員は、次に掲げる情報を公開することができる。
 - (i) 被告人の氏名、年齢、住居、職業、婚姻状態及びそれらに類する背景にかかわる情報
 - (ii) 告訴状、正式起訴状又は通告起訴状のような起訴の実体又はその文言
 - (iii) 捜査機関や逮捕機関の身許及び捜査の期間又は範囲
 - (iv) 逮捕の時間及び場所、抵抗、追跡、武器の所持及び使用及び逮捕の時点で押収した証拠物件の描写を含む、逮捕に直接かかわる情報

公開は、議論の余地がない事実問題のみを含めるべきであり、主観的所見を含めるべきでない。加えて、背景情報又は逮捕若しくは捜査の状況に関する情報が高度に偏向的である場合、あるいはそのリリースが法執行機能に資さない場合に当該情報は公開すべきでない。

- (4) 連邦司法省の職員は被告人の過去の犯罪歴に関するあらゆる情報を流布しないものとする。
- (5) 公判審理の直前及び公判審理中における供述にはとくに偏向の危険が生じるため、当該期間に供述することは慎重に避けなければならない。当該供述又は情報のリリースは状況により情報公開が絶対に必要となる限定的な場合にのみなされるものとし、かつ明らかに偏向的ではない情報のみを含むものとする。
- (6) 一般的に、一定種類の情報のリリースは重要な法執行機能に資することなく偏向の危険をつくり出す傾向がある。そのため、連邦司法省の職員は次に掲げる情報の公表を控えなければならない。
 - (i) 被告人の性格についての所見
 - (ii) 被告人に帰すべき供述、自認、自白若しくはアリバイ、又は被告人の供述拒否若しくは不供述
 - (iii) 指紋鑑定、ポリグラフ検査、条痕検査若しくは臨床検査等捜査手続への言及、又は被告人の当該検査への拒否若しくは不実施
 - (iv) 証人となる見込みのある者の身許、証言又は信用性に関する供述
 - (v) 当該証拠が公判廷で提出されるか否かに拘らず、事件の証拠又は議論に関する供述
 - (vi) 被疑者・被告人の有罪に関する意見、起訴された犯罪について有罪答弁をする見込み、又は起訴事実よりも軽微な犯罪について答弁をする見込みに関する意見
- (7) 連邦司法省の職員は連邦管轄のなかで拘禁又は移送された被疑者・被告人の写真撮影又はテレビ放映について

ニューズメディアを援助する行動を取らないものとする。法執行機能に資さない限り、連邦司法省の代表者は被告人の写真を手すすべきでない。

- (8) この政策綱領は、司法機関から逃走した被告人に関する情報のリリースを制限することを意図するものではない。²⁹⁾

このように、『連邦規則集』では、「当該供述又は情報が継続中又は将来の公判審理の結果に影響を与えると合理的に期待されうる場合に、公的コミュニケーションという手段で流布されると合理的に期待されうるあらゆる供述又は情報を持たない」という基本方針の下で規定が設けられており、その部分は『ABAモデル・コード』と変わりがないように見受けられる。しかし他方、『ABAモデル・コード』では公表すべきでない情報の具体例が注釈で列挙されるにとどまっていたのに対して、『連邦規則集』では明文規定のなかで、事件に関する情報のなかでもいかなるものを公開してよいか、いかなる場面で法廷外供述をすることができるといついて、『ABAモデル・ルール』よりも具体的かつ詳細な方針を与えている点が特徴的である。しかもここでは、「被告人の公判審理の結果に影響を与える目的であらゆる供述又は情報」や「当該供述又は情報が継続中又は将来の公判審理の結果に影響を与えると合理的に期待されうる場合に、公的コミュニケーションという手段で流布されると合理的に期待されうるあらゆる供述又は情報」について公表するのみならず所持することも禁止し、通常であれば公表できるものであっても、それが「高度に偏向的である」か、あるいは「法執行機能」に資さない場合にはそれを公表することができないと考えられているのである。

3 検察官の本来的地位と法廷外供述

(1) 第一修正で保障される言論の自由は、法律家であっても保障されると一般的に考えられている。実際に、連邦最高裁判所のブラック判事 (Black, J.) は、ロニクスバーグ事件 (Königsberg v. State Bar of California) で共産党に属する者がカリフォルニア州弁護士会への加入を拒否されたことを憲法違反と判じた際に、法廷意見のなかで、「われわれは、国家が自由に法曹を選ぶ自由に残すことの重要性を認識するが、国家が恣意的または差別的な方法でこの権力を行使しないことも、政治的表現や結社の自由を妨げるようにしないことも同様に重要である。良い性格の弁護士で構成された法曹は価値のある目的だが、その目標を達成するために重要な自由を犠牲にする必要はない。また、社会にとっても法曹自体にとっても、弁護士が及び腰になることなく、自由に考え、話し、独立した法曹のメンバーとして行動することが重要である」と述べている。また、スペバック事件 (Spevack v. Klein) では、合衆国憲法第五修正で保障されている自己負罪拒否権が法律家にも保障されている旨を宣言するにあたって、ダグラス判事 (Douglas, J.) が法廷意見のなかで「われわれは、一部の者に対して否定し、他の者に対して保障するために、自己負罪拒否権に関して人々を分類する余地を持たない。法律家は『何人も…あらゆる刑事事件で自己に不利な証人となることを強制されないものとする』という文言から除外されないし、われわれはその文言に例外がないことを示しうる。学校の教師や警察官と同様に、法律家も最高級の市民権 (First-class citizenship) を享受している」と述べ、ブラック判事やブレナン判事 (Brennan, J.) もこれに賛同しているのである。

(2) とりわけ法律家は、訴訟手続などで事件の当事者の主張や利益を擁護する責務を負っていることから、言論の自由を一定程度保障される必要があるともいわれている。論者のなかでも、ケメリンスキー教授は「代理人の言論はしばしば依頼者の利益と社会の利益の両方を推し進める役割を果たしている。前者は代理人の言論がときどき

熱情的に代理する義務の一部となっている理由を説明している。後者は代理人の言論が第一修正によって保護されている理由を説明するために有益である」としている。すなわち、ケメリンスキー教授は具体的に、①相手方当事者のメディアにおける発言に対抗するためにはしばしばメディアに対して発言する必要があること、②代理人のメディアに向けた言論は決定的な証拠を収集するために有益であり、警察及び検察は証人や他の証拠を見つげるにあたって公衆の援助を得るために報道機関に話をしたいと考えているかもしれない、弁護士であってもしばしばメディアでの発言に対して民衆が名乗り出ることから利益を得ていること、③代理人が相手方当事者の主張の弱点を指摘した場合に紛争は解決しやすくなることから、代理人がメディアに向けて発言することは紛争の解決を促すためにも有益となるかもしれないこと、④社会を変えるために法システムを用いようとしたときに、代理人の言論が重要な社会的論点に関する公的な議論を促進したりそれを方向づけたりする可能性があり、その点で代理人の発言は依頼者の利益と公衆の利益の両方を推し進めるために有益であること、⑤民衆の精査によって裁判官が慎重かつ公正に判断するようになることを望んで、代理人はときとして事件についてメディアの関心を惹くために発言すべきであること⁽⁶⁷⁾を指摘している。また、フリードマン (Monroe H. Freedman) 教授とスターウッド (Janet Starwood) 教授は「代理人は専門的な代弁者として、事件に巻き込まれた洗練されておらず物をはつきりといえない依頼者よりも実効的に依頼者の観点から主張をする傾向にある」ことから法律家の発言が有益であることを指摘している。すなわち、「依頼者は報道機関と個人的にやり取りすることを強制されたとき、自分の発言によって重大なダメージを受けるかもしれない。さらに、実際に被告人は報道機関とやり取りをする機会を与えられないかもしれない。社会の耳目をかなり集めている事件の被告人はしばしば保釈を受けることなく身体を拘束され、あるいは本人の手の届かないところでまとめて保釈が設定されているかもしれない。これらの状態で、被告人は『外部の』者に頼らな

ければならない⁽⁶⁹⁾ということから「報道機関とやり取りをする論理必然的な選択肢は代理人に頼ることであろう⁽⁷⁰⁾と指摘しているのである。

(三) 検察官の公的コミュニケーションについては、①公官庁のために選挙活動をする者 (campaigner)、②公的に重要な問題について民衆を啓蒙したり情報を提供したりする官憲、③代弁者という三つの役割に関して有益であるといわれている⁽⁷¹⁾。

まず、「公官庁のために選挙活動をする者」という立場について、合衆国では——連邦法域でも地方レベルでも——殆どの検察官は有権者の投票によって選ばれており、選挙活動における検察官の言論は第一修正による保護を最も手厚く受けるものであるといわれている⁽⁷²⁾。とりわけ、検察官は自分がゆだねられている公的義務をいかにして果たしているかを有権者に知らせる「受託者 (fiduciary)」としての責務を負っていることから、検察官の法廷外供述は「公共の奉仕者 (public servants)」として重要であると考えられている⁽⁷³⁾。

次に、社会秩序の維持に責任を負う官憲としても、検察官は公衆に対して発言することが必要かつ有益であるといわれている。例えば、検察官のメディアに向けたコメントは、公衆に対して、地域社会で危険が生じつつげていることを警告したり、とくに脆弱な活動について注意を促したりすることによって公共の安全を促進しうること、他の目撃者又は被害者に情報を促すことによって遂行中の捜査を援助しうること、起訴や有罪判決について公衆に知らせることによって一般市民に犯罪行動に着手しないように説得するという点で刑罰法規の行為抑止効果を実現するために必要であることが指摘されている⁽⁷⁴⁾。

最後に、検察官は——弁護士とは異なり、私人のためのスポークスマンとして行動するわけではないとはいえ——政府の代理人として法の外見の下で行動していることから、公衆に向けて発言する必要があるともいわれ

ている。すなわち、検察官は起訴という形式で——被告人の家族、友人、隣人や仕事仲間も含めて——一般社会に向けて最も有害で本人の評価を損ないうる起訴事実を公表する権限を与えられており、そのことはもとと公衆の精査を受ける性質を持つているとか、弁護士は検察官の主張に対して反論しなければならぬときがあるということと同様に、検察官も事件について法や職務倫理に違反していると弁護士が非難したときに公然と反論をする権限が与えられてしかるべきであるともいわれているのである。⁽²⁶⁾

(2) (一) だが他方では、法律家は——報道機関を含む——一般市民よりも強い権限を持っており、その権限の行使によって一般市民や社会全体の権利・利益を不当に害さないようにするためには、その行使の適正に努める必要があるとされている。つとに、連邦最高裁判所のスチュワート判事 (Stewart, J.) はソーヤー事件 (In re Sawyer) の賛同意見のなかで「もしも法律家が非倫理的行為に対する均等な規律から免れるために言論の自由という憲法上の権利を主張することができるとするならば、私はその通告に賛同しない。法律家は適切さと名誉という継承された基準を持つ専門職に属しており、その経験は正義の実現に奉仕する職業に関して必要であることを示している。その職業に従う者はこの基準に適さなければならぬ。倫理的な観念に従うことは他の状況であれば憲法上保護される言論を慎むことを要求するかもしれない」と述べているほか、ブレナン判事はスチュアート事件の法廷意見のなかで「裁判所の職員と代理人は裁判所の官憲として、被疑者・被告人に害悪をもたらさし、あるいは司法の公正な運営を妨げる公的議論に着手しない受託者としての責務を負っている」とし、オコナー判事もジェンタイル事件の賛同意見のなかで「とりわけ、国家は報道機関よりもすばやく、継続中の事件で依頼者を代理する法律家による言論を規制するかもしれないという点に私は同意する。法律家は裁判所の官憲であり、それゆえに、さもなければ憲法上保護された言論に着手しないようにする倫理上の訓示を正当に受けうる」としているのである。⁽²⁷⁾

この点については、法律家が一般市民よりも優れた地位や権限を持っているという説明もみられている。例えば、フランクフアーター判事(Frankfurter, J.)はソーヤー事件の反対意見のなかで「司法の運営に積極的に従事している代理人は単なる他の市民ではない。彼は、正義のしくみの親密で信頼できる不可欠な部分であり、最も説得力ある意味での『裁判所の役人』である。彼は不公平又は法の原則に従わなかったという告発をするフォーラムを持っていないわけではない。彼は訴訟を起こした裁判所にそのような主張をする機会を有しているのである。私たちの法的な伝統の基本、究極的には当裁判所に備わっている裁判体が依然として司法権を行使している限り、彼の主張は聴き入れてもらったうえで心に留めておいてもらえるのである」と述べ、レンクイスト判事もジェンタイル事件の法廷意見のなかで「継続中の事件で依頼者を代理する法律家は刑事司法システムにおける重要な関与者であり、国家は法律家の言論と行動を規制するに当たって当該システムの勧告にいくらか従うことを求められている。∴法律家は「相手方からの」開示や依頼者とのコミュニケーションを通じて特別な情報へのアクセス手段を持っているため、法律家の法廷外供述は、それがとくに権威的なものと捉えられやすいことから、継続中の手続の公正を脅かすものである」と指摘している。その他、地方レベルでも「事件に関連する記録を持つ代理人の供述は、代理人が情報に対して特別にアクセスしていることから、知識に富んでいて信頼でき、なおかつ真正なものであると考えられる傾向にある」とか「代理人の代弁者としての役割により、代理人は刑事司法システムの効率性を覆し、またはそれを破壊する特別な権限を持っている」という考えが表明されているのである。

(二) このようにして、法律家は強い権限を持っているゆえに一般市民よりも厳格な規律に服するべきであるとする考えは、とくに検察官に当てはまるものであるとも考えられている。もともと、合衆国の検察官が訴追者ないし追側代理人として有責の被告人の有罪判決を獲得するだけでなく、無実の者が誤って有罪判決を受けないようにす

ること、被疑者・被告人に対して公正な手続を保障することに配慮する。準司法官 (quasi-judicial) あるいは、正義の召使 (minister of justice) としての責務を与えられていることの根拠として、①捜査段階から刑の執行に至るまで、検察官は国家の官憲あるいは代理人として強い権限を与えられていること、及び②検察官は政府の官憲ないし代理人という地位に立つだけでなく、一般社会のあらゆる利益を手続のなかで推し進めて実現するという「主権の代表者」という地位も与えられていることが挙げられている。検察官の法廷外供述についても、検察官がこれらの地位にあることから一般市民や弁護士以上に厳格な規律に服することを正当化する見解が存在するのである。

ア まず、検察官の権限行使が弁護士以上に厳格な規律を受けるものと考えられてきた一つの要因として、捜査段階から刑の執行に至るまで、国家の官憲あるいは代理人として強い権限を与えられていることが挙げられている。つとに、ジャクソン (Robert Jackson) 元判事は司法長官時代に、「検察官が他の誰よりも市民の生命・自由・評価を支配し：彼が悪意や他の卑しい動機をもって行動した場合には、最悪の結果をもたらす権力となる」という考えから「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防禦手段であり、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検察官に懸かっている」と主張し、ザカライアス (Fred C. Zacharias) 教授も「拘束のない検察権限に関する懸念は特別な倫理上の義務の原動力である」という認識の下で「起草者は、公正な刑事司法の象徴として、検察官は内在する資源を不当に活用すべきでないということを期待している。濫用を行った検察官は『自己の』職務だけでなく、政府、そしてまさに正義の理念そのものに対する信頼』を覆している」と指摘しているのである。

法廷外供述についても、例えばフリードマン (Monroe H. Freedman) 教授とスミス (Abbe Smith) 教授は、法

執行機能に資するために検察官が公衆に向けて情報を伝達したり、弁護人の検察官に対する非難に対抗したりするために法廷外供述が正当化されることがある点を認める一方で、「政府の代理人として、被疑者・被告人の公的非難を高める法廷外の広報活動に着手する正統な理由は存在しない。もちろん、被告人は実際問題として公正な公判審理を剥奪されうる。また、公判前の段階で被疑者・被告人を非難する検察官の広報活動は適正手続を伴わない処罰の過酷な形式である」⁽⁸⁸⁾とも指摘している。また、ガーシュマン (Bennett I. Gershan) 教授も、①「検察官は刑事司法システムのなかで最も強い権限を持つものとして、人々の自由を剥奪し、評価を破壊し、当人の死さえもたらしうる『政府の最も恐ろしい道具』を適法に使う権限を持っている」⁽⁸⁹⁾、②「検察官は私人である依頼者や自身の個人的又は政治的利益ではなく正義の利益に奉仕する法的及び倫理的義務を負っている」⁽⁹⁰⁾、③「検察官はつねにメディアとときわめて密接な関係を楽しんでいるゆえに、公的なフォーラムを実効的に用いることができる」⁽⁹¹⁾、④「検察官の言論の影響力はきわめて大きなものである」といった理由より、「継続中の事件に関する発言について、検察官は沈黙する義務を負っている」と主張している。とりわけ、ガーシュマン教授は「検察官は、法を擁護して悪者を処罰することを任務とする『正義の推進者 (champion)』として公衆に尊敬されていることから、犯罪への闘争及び捜査及び訴追の対象者となっている特定個人についての公衆の意見を形成する能力を独自に持っている。また、公衆に対してメディアは事件に関するニュースを多方面に反復して、しばしば扇動的に伝える能力を持っていることから、殆どの場合、検察官の公的供述は当該事件に関する将来の陪審員を偏向させ、ひいては被疑者・被告人に対する先入観を与えるおそれを持っている」⁽⁹²⁾ということを認識したうえで「検察官の言説は検察官を称賛し、検察官を法に違反したものに對して地域社会と法の支配を保護する者及び真実の特別な監視者・保護者とみなし、それゆえに検察官の事件や被疑者・被告人についての主張・判断・意見を信頼する文化のなかで考慮される必要がある」⁽⁹³⁾

とも主張しているのである。

イ また、検察官が政府の官憲ないし代理人という地位にあるだけでなく、一般社会のあらゆる利益を手続のなかで推し進めて実現するという「主権の代表者」という地位も与えられていることから、検察官の権限行使には謙抑さが求められ、法廷外供述に關しても「場合によっては弁護士以上に」厳格な規律を受けているとも考えられている。つまり、検察官が「主権の代表者」として「犯罪者を逃さず、無辜を苦しめない」という二重の目的の実現を期待されている要因として、依頼者の利益を熱情的に推し進めることを期待されている通常の代理人とは異なり、検察官は社会全体の利益を代表する「主権の代表者」として共同財を代表し、そのなかには犯罪の発見や公共の安全という利益とともに社会のあらゆるメンバーが公正に扱われ、圧政からの保護を受けることを保障する利益をも含まれているがゆえに、公正と中立という特別の義務を課されているとも説明され、「とりわけ刑事法の領域では、憲法・法律上の制度のなかに暗示されているさまざまな目標を目指して『正義を実現する』ことが主権の目標のひとつとして挙げられるところで、これらの目標のなかには、①犯罪者の有罪・処罰を通じて刑事法を執行すること、②無辜の処罰を避けること、③被告人などに対して適法かつ公正な手続を与えること、④均衡をもって個人を取り扱うこと——しかるべき刑よりも厳格に個人を罰しないことを保証すること——、⑤犯罪者を概ね平等に扱うこと——等しきものを等しく扱うこと——が含まれており、検察官は主権の目標を実現するに当たって個々の事件で発生している葛藤を解消することが任務として求められていることになる」と考えられているのである。⁽⁹⁶⁾

検察官の法廷外供述についても、ガーシユマン教授は「候補者としての言論や民衆が関心を持つ問題に関する言論は必要かつ正統な目的を持っているという考えに基づいている」ことを認めつつも、「継続中の事件や被疑者・被告人に關する供述のような、検察の正統な利益に資さない法廷外供述にそのことは当てはまらない。これらの事件

に関する発言について検察官が持っている利益やこれらの事件について検察から教えてもらうことについて民衆が持っている利益は、中立な陪審による公正な裁判を受ける被疑者・被告人の憲法上の権利に劣っている」と指摘している。つとに、連邦最高裁判所のレンクイスト判事はジェンタイル事件の法廷意見のなかで「刑事事件における公判審理の結果は、事件の可能性を殆ど知らず、裁判所の手続のなかで面前に提出された証拠として許容された物件に基づいて判断を下す中立的な陪審員によって決せられるべきである。決して公判審理で許容されない証拠に基づく法定外のコメントやそれに関する議論、事実に関する自身の意見を伝える代理人の供述は、明らかにこの基本的な信条を覆すものである」という考えを表明しているところであるが、ガーシユマン教授も検察官の法廷外供述について、「刑事事件の公判審理は、メディアのなかではなく、法廷で開かれるべきである。刑事被告人は中立的な陪審による公正な公判審理を保障されている。実際、公正な公判審理を受ける権利は『あらゆる自由のなかで最も基本的な「権利」』である。さらに、検察官が許容される見込みのない証拠や許容されない自白についての無責任な公的供述、被告人の性格についてのコメント及び被告人の有罪についての意見によって検察官が前もって手続きを汚染したならば、必然的に公正な公判審理を構成する要素は公正な公判審理を保障しなくなる」と述べているのである。

(三) もっとも、検察官をはじめとする法律家の法廷外供述を厳格に規制する考えに対しては、当該法廷外供述があったからといって必ずしも陪審の判断が偏るわけではないということがいわれている。すなわち、連邦最高裁判所のケネディ判事がジェンタイル事件における法廷意見のなかで、「公判前の発言から偶然に偏向が生じるケースはごくまれである。実証的な研究によれば、陪審員が大規模かつ偏向的な発言を見聞きしたわずかな事件であっても、陪審員はそれを無視したうえで、裁判所で提出された証拠に基づいて評決を下すことができる。予備尋問 (voir

(*lit. e*) は陪審員に対して法廷外の情報を排除することや公判で提出された証拠に基づいて事件を判断させることを想起させる重要な役割を果たしている。これらの要因はすべて、継続中の事件について代理人が言論をする方向に作用している」と述べているところで、ケメリンスキー教授は「メディアにおける報道が陪審に影響を与えるか否かは不確かで、恐らく知りえないものである。第一修正の観点からいえば、規制を正当化することに対してはあまりにも不確実なところが多すぎる」と主張しているのである。

だが本来的に、合衆国における刑事手続の基調となつて適正手続の原則は、結果的に事案の真相が公正かつ中立的に解明されればそれでよいとしているわけではない。実際に連邦最高裁判所のフランクファーター判事 (Frankfurter, J.) はオフト事件 (*Offutt v. United States*) の法廷意見のなかで「正義は正義の外観を具備していなければならぬ」と主張し、ブレナン判事もヤング事件 (*Young v. United States ex rel. Vuitton*) の法廷意見のなかで、「利害のある検察官の選任は不適切の外観を作り出し、ひいては刑事司法制度全体の公正に対する信頼を減少させることになる」ということを論拠に挙げて、レイヴィトン社の製品を模倣した物品の製造・販売・頒布の差止め命令の違反という法廷侮辱の刑事訴訟で地方裁判所がレイヴィトン社の顧問弁護士らを検察官役に任命したことを違法としている。検察官の公的供述についても、ガーシユマン教授は、たとえ最終的に有罪とならなかったとしても「被疑者・被告人の評価を貶めたり、公正な公判審理を受ける権利を侵害したり、刑罰法規が運用される方法に対する民衆の敬意を覆しうる」とか「最も悲劇的なこととして、無実の者の有罪判決をもたらす可能性を持つている」と指摘している。そもそも、一般的にひとたび事件について予断・偏見を抱いた場合にそれを払しょくすることはきわめて困難なことであり、そのことによって不当に有罪判決が下されるおそれが生じることはもちろん、たとえ裁判所で正当な判断が下されたとしても、一般社会で当該事件や被疑者・被告人についての先入観が幅広く

蔓延しつづけることによって、被疑者・被告人であった者の社会復帰に支障が生じてしまうことも懸念されうる。検察官の法廷外供述については、その他の者よりも謙抑を求めことによって、当該供述の悪影響を最小限にとどめるとともに、不正の外観がづくり出されることを抑止することで司法制度の運営を円滑なものにすることが期待されうるのである。

4 知見と検討

以上で概観したとおり、合衆国ではかつてより、法律家の法廷外供述が裁判手続の公正を妨げるおそれを孕んでいることが認識され、とりわけ国家権力として強い権限を掌握し、かつメディアとのあいだでも密接な関係を構築している検察官が公衆に向けて情報を開示したり発言をしたりすることについては強い警戒が向けられている。確かに、検察官は一方で、社会秩序の維持など重要な社会的利益をはかるために、公衆に向けて供述をすることが職務上必要となってくる場面が存在することは否めないところである。しかし他方では、検察官が公開する情報によっては、公判審理の公正を歪めることになったり、被疑者・被告人の個人的利益を過度に侵害したりすることによって法執行機能を果たすうえでも却ってマイナスに作用するおそれがあることにも留意する必要がある。そこで、検察官の法廷外供述に対しては、「国家の官憲・代理人」ないし「主権の代表者」として、法執行の利益と公判審理の公正という社会的利益及び被疑者・被告人の権利・利益とのあいだで調整をはかることが検察官に求められているのである。

もとより、検察官が裁判手続以外のところで供述すべきか否かについては、検察官などが健全な裁量を行使せざるを得ないところで、従前の法的・倫理的規制に対しては、文言が曖昧なものにとどまっており、第一修正で保障

される言論の自由との関係で、検察官の発言に対して萎縮効果をもたらされてしまうのではないかと懸念も示されている。しかしそれでも、論者によって「良心的な検察官は公判前の段階で広報活動をする必要性を感じない。：明らかに、検察官の行動に関する受入られる基準に反する行動をして、それに従わない者は被告人の公的困難を高めることによって自身を称賛する比較的少数の検察官である⁽¹¹⁾」と指摘されている。規定の内容について議論の余地が残されているとはいえ、検察官の本来的な責務に照らして特別に倫理的な規律を定めている合衆国の制度はわが国でも参考に値するものであろう。

- (11) Berger v. United States, 295 U.S. 78, 88(1935).
- (12) *Id.* at 88.
- (13) See, e.g., JOSHUA DRESSLER, UNDERSTANDING CRIMINAL PROCEDURE 32(3rd, 2002); MONROE H. FRIEDMAN & ABBE SMITH, UNDERSTANDING LAWYERS ETHICS 13(4th Ed. 2010).; Ellen F. Sward, *Value, Ideology and the Evolution of the Adversary System*, INDIANA L. J. 301 (1989).
- (14) 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 13, at 33; FRANK SCHMALLEGER, CRIMINAL JUSTICE TODAY: AN INTRODUCTORY TEXT FOR THE 21ST CENTURY 381 (2007).
- (15) See, e.g., James W. Rawlings, *Prosecutors Forensic Misconduct: "Harmless Error"?*, 6 UTAH L. REV. 108, 115(1958).
- (16) Donnelly v. DeChristoforo, 416 U.S. 637, 643(1974).
- (17) See Darden v. Wainwright, 477 U.S. 168, 181 (1983).

- (18) Laurie L. Levenson, *Prosecutorial Sound Bites: When Do They Cross the Line?*, 44 GA. L. REV. 1021, 1029 (2010).
- (19) *See Generally*, Scott M. Matheson, Jr., *The Prosecutor, the Press, and the Free Speech*, 58 FORDHAM L. REV. 865, 881-85 (1990).
- (20) Levenson, *supra* note 18, at 1029.
- (21) THE 1887 CODE OF ETHICS OF THE ALABAMA STATE BAR ASSOCIATION, Section 17 (1887).
- (22) AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA CANONS OF PROFESSIONAL ETHICS, Canon 20 (1908).
- (23) *See Matheson, supra* note 19, at 873.
- (24) 合衆国における犯罪報道が適正手続の原則に及ぼす影響について、ちしめたり、 湖野・前掲注(8)・四二頁以下ほか参照。
- (25) AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA MODEL CODE OF PROFESSIONAL RESPONSIBILITY, DR7-107 (A)-(E).
- (26) *See Matheson, supra* note 19, at 873-74.
- (27) THE PRESIDENT'S COMMISSION ON THE ASSASSINATION OF PRESIDENT JOHN F. KENNEDY, REPORT OF THE PRESIDENT'S COMMISSION ON THE ASSASSINATION OF PRESIDENT JOHN F. KENNEDY 239 (1964) <<https://www.archives.gov/research/jfk/warren-commission-report/chapter-5.html>>.
- (28) Sheppard v. Maxwell, 384 U.S. 333, 360 (1966).
- (29) *Id.* at 363.
- (30) Nebraska Press Association v. Stuart, 427 U.S. 453, 553 (1976).
- (31) *Id.* at 554-55.

- (32) *Id.* at 569–70.
- (33) Chase v. Robson, 435 F.2d 1059, 1061 (7th Cir. 1970).
- (34) Chicago Council of Lawyers v. Bauer, 522 F.2d 242, 249 (7th Cir. 1975).
- (35) *Id.* at 249.
- (36) ABA STANDARDS RELATING TO THE ADMINISTRATION OF CRIMINAL JUSTICE, FAIR TRIAL AND FREE PRESS I (2nd Tent. Draft 1978) [hereinafter Goodwin Report]. See also, e.g., Lynn Weisberg, *On a Constitutional Collision Course: Attorney No-Comment Rules and the Right to Access to Information*, 83 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 644, 650–51 (1992).
- (37) Goodwin Report, *supra* note 36, at 2–3. See also Weisberg, *supra* note 36, at 651.
- (38) Hirschkop v. Snead, 594 F.2d 356, 364 (4th Cir. 1979).
- (39) *Id.* at 370.
- (40) See *Id.* at 371–74.
- (41) *Id.* at 373.
- (42) AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT, Rule 3.6 (1983).
- (43) Erwin Chemerinsky, *Silence is Not Golden: Protecting Lawyer Speech under the First Amendment*, 47 EMORY L. J. 859, 884–85 (1998).
- (44) Gentile v. State Bar of Nevada, 501 U.S. 1030, 1036 (1991) [Kennedy, J. joining by Marshall, J., Blackman, J. & Stevens, J.].
- (45) *Id.* at 1074 [Rehnquist, J. joining by White, J., Scalia, J. & Souter, J.].
- (46) *Id.* at 1075 [Rehnquist, J. joining by White, J., Scalia, J. & Souter, J.].

- (47) *Id.* at 1048–49 [Kennedy, J. joining by Marshall, J., Blackman, J. & Stevens, J.].
- (48) *Id.* at 1081 [O'Connor, J., Concurring].
- (49) *Id.* at 1082 [O'Connor, J., Concurring].
- (50) *Id.* at 1082 [O'Connor, J., Concurring].
- (51) See Catherine Cupp Theisen, *The New Model Rule 3.6: An Old Pair of Shoes*, 44 U. KAN. L. REV. 837, 853 (1996);
Mattei Radu, *The Difficult Task of Model Rule of Professional Conduct 3.6: Balancing the Free Speech Rights of
Lawyers, the Sixth Amendment Rights of Criminal Defendants, and Society's Right to the Fair Administration of Justice*,
29 CAMPBELL L. REV. 497, 519–20 (2007).
- (52) AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT, Rule 3.6 (1983).
- (53) *Id.* Rule 3.8 (c).
- (54) Christopher J. Brown, *The Worsening Problem of Trial Publicity: Is "New" Model Rule 3.6 Solution or Surrender?*,
29 IND. L. REV. 379, 386 (1995).
- (55) AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT, Rule 3.6 (2002).
- (56) See Radu, *supra* note 51, at 521.
- (57) 28 C.F.R. §502 (a)(1).
- (58) *Id.* §502 (a)(2).
- (59) *Id.* §502 (b)(1) – (8).
- (60) *Konigsberg v. State Bar of California*, 353 U.S. 252, 273 (1957) [Black, J.].

- (19) Spevack v. Klein, 385 U.S. 511, 516(1967) [Douglas, J. concurring Black, J. & Brennan, J.J.]
- (20) Chernerinsky, *supra* note 43, at 871.
- (63) *Id.* at 868.
- (64) *Id.* at 869.
- (65) *Id.* at 870.
- (66) *Id.* at 870.
- (67) *Id.* at 871.
- (68) Monroe H. Freedman & Janet Starwood, *Prior Restraints on Freedom of Expression by Defendants and Defense Attorneys, Ration Decidendi v. Obiter Dictum*, 29 STAN. L. REV. 607, 614(1977).
- (69) *Id.* at 614.
- (70) *Id.* at 614.
- (71) *See generally*, Matheson, *supra* note 43, at 885-88; Bennett L. Gershman, *The Prosecutor's Duty of Silence*, 79 ALBANY L. REV. 1183, 1188(2016).
- (72) *See* Gershman, *supra* note 71, at 1189.
- (73) *See* R. Michael Cassidy, *The Prosecutor and the Press: Lessons (Not) Learned from the Mike Nifong Debacle*, 71 L. & CONTEMP. PROB. 67, 73(2008).
- (74) *Id.* at 73.
- (75) FREEDMAN & SMITH, *supra* note 13, at 302.

- (76) *Id.* at 302.
- (77) *In re Sawyer*, 360 U.S. 622, 646–47 (1959) [Stewart, J., concurring].
- (78) *Nebraska Press Association v. Stuart*, 427 U.S. at 601, n.27 [Brennan, J., concurring, joined by Stewart, J. & Marshall, J.].
- (79) *Gentile v. State Bar of Nevada*, 501 U.S. at 1081–82 [O'Connor, J., concurring].
- (80) *In re Sawyer*, 360 U.S. at 668 [Frankfurter, J., dissenting, joined by Clark, J. & Whitaker, J.].
- (81) *Gentile v. State Bar of Nevada*, 501 U.S. at 1074 [Rehnquist, J.].
- (82) *In re Hinds*, 449 A.2d 483, 496 (1982).
- (83) *In re Rachmiel*, 449 A.2d 505, 511 (1982).
- (84) *See generally* R. MICHAEL CASSIDY, *PROSECUTORIAL ETHICS* 3–6 (2nd Ed. 2013).
- (85) Robert Jackson, *The Prosecutor*, 31 J. AM. INST. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 3, 3 (1940).
- (86) *Id.* at 6.
- (87) Fred C. Zacharias, *Structuring the Ethics of Prosecutorial Trial Practice: Can Prosecutors Do Justice?*, 44 VAND. L. REV. 45, 58 (1991).
- (88) *Id.* at 59–60.
- (89) FREDMAN & SMITH, *supra* note 13, at 302.
- (90) Gershman, *supra* note 71, at 1214.
- (91) *Id.* at 1214.
- (92) *Id.* at 1216.

- (63) *Id.* at 1217.
- (64) *Id.* at 1213.
- (65) *Id.* at 1183-84.
- (66) *Id.* at 1215.
- (67) *See* CASSIDY, *supra* note 84, at 3-4.
- (68) Brice A. Green, *Why Should Prosecutors "Seek Justice"?*, 26 FORDHAM URB. L. J. 607, 634 (1999).
- (69) Gershman, *supra* note 71, at 1213.
- (70) *Id.* at 1213.
- (71) Gentile v. State Bar of Nevada, 501 U.S. at 1070 [Rehnquist, J.].
- (72) Gershman, *supra* note 71, at 1217-18 (quoting *Estes v. Texas*, 381 U.S. 532, 559 (1965)).
- (73) Gentile v. State Bar of Nevada, 501 U.S. at 1054-55 [Kennedy, J.].
- (74) Chernerinsky, *supra* note 43, at 868 [Frankfurter, J.].
- (75) Offutt v. United States, 348 U.S. 11, 14 (1954).
- (76) Young v. United States ex rel. Vuitton, 481 U.S. 787, 811 (1987).
- (77) *Id.* at 806.
- (78) Gershman, *supra* note 71, at 1184.
- (79) *Id.* at 1184.
- (80) FREEDMAN & SMITH, *supra* note 13, at 304.

三 わが国における検察官の地位と法廷外供述の在り方

1 検察官の法廷外供述に対する倫理的規律の必要性

(1) 近時の検察制度改革に向けた議論では、検察の綱紀肅正の在り方を検討する際に検察とメディアとの関係が問題となり、それに対する方策として特別な倫理規定を設けるべきではないかということが提言されたことがある。すなわち、『法務・検察行政刷新会議』の場では、それまで検察の在り方をめぐる倫理規定として策定されていた『検察の理念』について「弁護士職の職務基本規程だとか諸外国の倫理規程に比較するとかなり少ない、一〇項目しか挙がっていないので、その分やはり、かなり抽象的ではないかという感じがしました。そういう意味で具体性がなくて、本当にこれで懲戒の規定になるのかなという疑問がまずありました」という批判が挙げられ、それに関しては「第七番目のところで、秘密を厳格に保持せよとあるわけですけれども、逆に、報道機関に情報を出すときにどういうことに気をつけないと、そういう規範が必要ではないかと思うのですが、それも全くなくて、行為の基準が示されていません。そのために、言わば社会と検察の対話の基盤ができていないという問題があると思います」といった問題意識の下で、とりわけ「今回の『元東京高等検察庁検事長』の行動については、賭けマージャンもさることながら、新聞記者の自宅でするということが重要だと思います。ですから、これも行為規範の具体例の一つですけれども、マスメディアと検察官の関係について、一定の規範が必要ではないかと思えます」といった意見が挙げられている。また、他の論者からは、警察の倫理規程と対比で「警察官は、金銭の使途、交際相手、旅行先等一定の私生活上の報告義務を有しているから、捜査機関が国民の信頼の下で倫理的に業務を遂行すること

を担保する観点から、同じく捜査機関に当たる検察官についても同様に、反社会的勢力との関係排除、情報漏洩の防止等に関する一定の職務外の規律を設けるべきではないか⁽¹⁶⁾という意見があるほか、公判審理の公正を確保する観点からも、「裁判の結果について先入観を持たせることを控えるのが当局の義務であり、報道機関は無罪推定を損なうような報道を回避すべきである」ことから被告人に対する報道について検察官の倫理規範・職務基本規程が必要であると主張されているのである。⁽¹⁷⁾

しかし、マスメディアと検察の関係や検察官の法廷外供述について特別に倫理規程を設けることに対しては、なぜ検察官のみに特別な職務倫理規程を必要とするのかという点で疑問が呈されている。つまり、『法務・検察行政刷新会議』の場では、「我が国の場合ですと、刑訴法四七条もありませんし、国家公務員法もありますし、制度的には：法的な手当てがなされているという意味では、『アメリカよりも』我が国の方がよほど進んでいると言えるのであります。：逆に情報漏えいのような事実があるのであれば、その事実に基づいて、直罰ですから告発もできますし、苦情の申立制度もありますし、そういう是正措置まで制度的には完備しているというのが我が国の現状ではないか⁽¹⁸⁾などということを思いました」という意見もあるほか、検察実務経験者からも「一般職の国家公務員である検察官としては、どうしても現行の公務員法制の中で、その倫理の規律の中で生きなければいけないので、大変何か、どういふ風に対応していけばいいのかなと、非常に困惑している⁽¹⁹⁾」といった指摘もなされている。そして、この点については、民間人であるオブザーバーからも「私は個人的には、検察官の方々だけ特別視して、今ある以上に、今ある規程を超えて、何か加えて追加的に明文化して、職務外の行動を縛るような必要というのには、あまりないのではないかなという風に感じます⁽²⁰⁾」といった意見が表明されているのである。

(2) 確かに、わが国の検察権は「刑罰権の行使という国家目的を追求する一つの行政作用を営むもので、本質上行

政権に属する⁽¹⁹⁾」もので、その行使は内閣が国会に対して責任を負うべき事項であると考えられている⁽²⁰⁾。また、そのような権限を掌握する検察官についても、一部では法曹に属するものとして捉えられつつ、むしろ社会秩序の維持・実現に責任を負う「行政官」としての側面が前面に表れているように見受けられる。そもそも、国家公務員法は国家公務員に対して「職務上知ることのできた秘密を漏らしてはならない」(一〇〇条一項)とし、その違反に対しては「一年以下の懲役又は三万円以下の罰金に処する」(一〇九条二号)とすることで「公務の公正・民主的かつ効率的運営の確保」と「行政の収集する個人に関する情報の保護」をはかろうとしているのである⁽²¹⁾。

また、刑法四七条は「訴訟に関する書類は、公判の開廷前には、これを公にしてはならない。但し、公益上の必要その他の事由があつて、相当と認められる場合は、この限りでない」として、刑事事件に関する書類に関する非公開原則を定めている。その趣旨については、判例のなかで「訴訟に関する書類が公判開廷前に公開されることによつて、訴訟関係人の名譽を毀損し公序良俗を害しまたは裁判に対する不当な影響を引き起こすことを防止する趣旨⁽²²⁾」とか「それが公にされることにより、被告人、被疑者及び関係者の名譽、プライバシーが侵害されたり、公序良俗が害されることになったり、又は捜査、刑事裁判が不当な影響を受けたりするなどの弊害が発生するのを防止する⁽²³⁾」などと説明されているところである。

これらで定められている守秘義務は「国家公務員」あるいは「訴訟に関わる者」であれば幅広く課されるものであり、検察官であってもその適用が除外されるものではない。だがその一方で、義務の対象者であるなかでも、検察官は捜査段階から刑の執行に至るまで幅広く権限を掌握し、その行使のありようによつては一般市民の権利・利益を著しく侵害するおそれがあるという点は、まずもつて留意すべきである。とりわけ、検察官は専権として起訴・不起訴を判断し、起訴処分を下した事件については公判段階で被告人の有罪を立証する責務を負っていることから、

他の担い手と比べて幅広く情報を掌握しているとみることが出来る。また、検察官は社会秩序の維持・実現という社会的利益を実現するために、ときとして密接な関係を結んでおり、検察官の側では一般市民に対して特定犯罪などの情報を伝えることで社会秩序の維持・実現を果たしていると考えるときがあり、一般市民の側でも検察官からのメッセージを権力者からのものとして高い信用性を与える可能性を持っているといえる。このように、刑事手続のなかでも一般市民に対しても高い影響力を有する権限を行使するに当たっては、検察官は自身の権限行使によって社会的・個人的な利益が不当に損なわれることがないよう、他の官憲以上に慎重さが求められているということが出来るのではないかと考えうる。

また、戦後の刑事司法制度改革を通じて検察官は組織・地位の面で裁判官から独立したものとなっているとはいえ、検察権は依然として裁判所の司法権と密着して司法的性質がきわめて強いものと理解されている⁽¹⁵⁾。そもそも、検察官は「公益の代表者」として法の正当な運用を請求することをも任務としている(検察庁法四条参照)。実際に、このような「公益の代表者」という独自の地位からは、被告人の有罪判決を獲得するために党派的な権限行使をするだけで満足することなく、例えば無罪判決の請求を論告等で主張するなど、被疑者・被告人に有利な権限行使をすることも事件によっては期待されているのである。刑事司法で実現すべき社会的利益のなかには、犯罪者を処罰することによって社会秩序を維持・実現していくことのほか、誤って無実の者が有罪とされないようにすること、そして真犯人に対しても、訴訟手続の結果が中立的かつ公正な審理によってもたらされること、被疑者・被告人にとっても公正と思われる手続を確保することなどが含まれているといえる。検察官の法廷外供述が裁判手続の公正を害するおそれがあるという点があるとするならば、検察官が刑事手続の公正を著しく害するおそれがある情報を開示しないでおくことは、検察官の社会的利益の代表者としての地位にも適合しているということができ

よう。

(3) さらに、これらの規定で公表されることが禁止されるものは、国家公務員が「一般に了知されていない事実であつて、それを一般に了知せしめることが一定の利益の侵害になると客観的に考えられるもの」⁽¹⁰⁾、あるいは「被疑事件又は被告事件に関して作成された書類」⁽¹¹⁾であり、事件に関する検察官の個人的意見が必ずしも含まれるわけではない。だが、公判審理のなかで披露される意見と同様に、捜査過程であらゆる事実にあくセスしたうえで「公益の代表者」として披露される検察官の意見は——たとえそれが本質的に事実認定者の感情をかき立てるものではなく、たととしても——事実認定者の判断を不当にゆがめてしまふ傾向を持つているといえる。実際、合衆国における法律家は「公判廷で、法律家自身が関連性ありと合理的に思料しえない事柄もしくは許容性ある証拠によつて裏付けられていない事柄についてほめめかすこと、証人として証言する場合を除き、争点に関する事実について個人的な知識を述べること、又は訴えの正当性、証人の信用性：もしくは刑事被告人の有罪・無罪について個人的な意見を述べること」⁽¹²⁾をしないものとされ、わが国でも当該事件の事実認定と関連性を有しない検察官の主張は「事件に関係のない事項にわたる」として制約を受けることがありうるのである（刑訴法二九五条一項参照）。少なくとも、検察官の言論が持つ影響力を考へるならば、公判審理で披露することが許されない事件に関する意見は法廷外でも述べてはならないことになるが、むしろ、本来的に刑事事件の真相は偏頗のない・公正な事実認定者が解明すべきであるという建前からいうならば、あたかも事実認定者の判断を先取りあるいは牽制するかのような意見を検察官が法廷外で述べることは厳に慎まなければならないともいえよう。

2 検察官の法廷外供述と言論の自由

(1) もっとも、憲法二一条一項は「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する」として言論の自由を保障している。この権利は「他者とのコミュニケーションを通じて自己自身や自己を取り巻く環境についての理解を深め、その過程のなかで自己を自律的に規定し、規定した自己を実現していく」とともに「個人の尊厳を原理とする社会は、共同決定への個人の参加を保障しなければならぬが、共同決定への参加、すなわち、自己統治は、表現の自由なくしては実効性をもちえない」という点における「個人の自己実現と自己統治」として不可欠なもの^⑩と捉えられているが、むしろ主権者である国民が検察官からマスメディアを通じて刑事事件にかかわる情報を受け取ったり、報道機関が検察官に対して国民の知る権利を国民に代わって主張し、そこで得た情報を一般市民に伝えたりしているという実情を考えるならば、検察官の言論の自由は国民の知る権利や報道機関の取材の自由とも密接にかかわっていると理解することができる^⑪。その点、『法務・検察行政刷新会議』では、検察官とメディアとの関係を規律する倫理規程を策定する必要性が主張された際に、「マスコミとの関係の倫理の問題については…やはり取材の自由とか国民の知る権利と関係する、かなり困難な問題^⑫」であるという意見がみられているのである。

また、検察官の言論の自由は検察官が本来的に任されている職務を遂行していくうえでも必要不可欠なものであるとも考えられる。本来的に、検察官は社会秩序の維持・実現を任務とする国家機関の一員であるとともに、犯罪者の訴追と有罪判決の獲得という「公益」を代表する法律家でもある。そのようななか、検察官が刑事事件について一般社会に広くメッセージを伝えることによって、一般市民は刑事事件にかかわる情報を的確に受け取り、ひいては当該事件によってもたらされた不安を払拭することも期待できる。また、検察官は「公訴官」として刑事事件

の公訴を提起して被告人の有罪を公判審理のなかで立証すること（刑訴法二四七条・二四八条ほか参照）を職責とし、その一環として、公訴の提起や事件の立証に必要な証拠・情報を収集する権限も与えられている（刑訴法一九一条二項・検察庁法六条参照）が、検察官がマスメディアを介して刑事事件にかかわる情報の提供を一般市民に要請することによって、刑事事件における実体的真実の解明につながることも期待できるのである。

(2) しかし他方、検察官が刑事事件にかかわる情報を公判審理以外のところ公表することにより、公判審理の公正を害することになるほか、無罪推定の原則や被疑者・被告人等の防禦権・名誉・プライバシーなどの基本的人権を侵害してしまうおそれも生じうる。一般的に、言論の自由に対しては、①事前抑制の場合に判断が抽象的で憶測に基づくものにならざるを得ず、多少とも問題を感じずるものは安全を期して不許可にしようという考えに傾きがちになること、②事前抑制は、判断が抽象的・憶測的となる分、許可権者の主観的・恣意的判断の余地が広くなり、公権力にとって不都合な表現が妨害されがちになること、③事前抑制の場合は、不許可処分が裁判で取り消されるまでのあいだは表現が停止されることになり、時宜性を要する表現にとって致命的なものになりうることから、事前抑制は好ましくないものと考えられている⁽¹³⁾。だが、検察官の言論については、ひとたび発せられた言論によって公判審理の公正が害された場合にその弊害を取り除くことはたやすいものではないということにも注意が必要である。そもそも、言論の自由は内心の思想等を外部に表現し伝達するという点で思想・良心の自由（憲法一九条）と結びつくものである一方で、思想・良心の内容を外部に向かって表明する「外形的な行為」が問題となる以上、他者との調整をはかる観点から、公共の福祉による制約を受けることになる⁽¹⁴⁾。法廷外における検察官の言論は、まずは比例原則の例に従い、言論の必要性とそれによって生じうる弊害の程度とを比較衡量して相当と認められる場合に限って許容されることになろう。

ただし、言論の自由が問題となる際には他者との調整をはかる必要があるといっても、言論を規制する規律が曖昧であれば、言論に際して当該言論が許されるものであるか否かの判断を検察官に強いることになり、本来であれば必要性も許容性も認められる言論に対しても委縮効果をもたらされうる。一般的に、言論の自由の規制立法について用いられる厳格審査基準のひとつとして、精神的自由の規制立法の内容は漠然とした不明確なものであってはならないという「明確性の原則」があり、法令の文言が漠然不明確な場合は「漠然性のゆえに無効」とされてきた。⁽¹³⁾ 実際には、合衆国における検察官の法廷外供述に対する規律についても、伝統的な法的・倫理的規律に曖昧さが残されていることが批判され、そのことから検察官の言論に対する委縮効果が懸念されているのである。このことを考えるのであれば、検察官の言論に対する規律は検察官の具体的な職務に即して明確な基準を設けたものにするのが望ましいといえよう。

- (11) 法務・検察行政刷新会議第三回 (二〇二〇年八月六日) 議事録二二頁「篠塚力発言」。
- (12) 法務・検察行政刷新会議第三回 (二〇二〇年八月六日) 議事録二三頁「後藤昭発言」。
- (13) 法務・検察行政刷新会議第一回 (二〇二〇年七月一六日) 議事録一八頁「後藤昭発言」。
- (14) 法務・行政刷新会議・前掲注(1)・四頁参照。
- (15) 法務・行政刷新会議・前掲注(1)・四頁参照。
- (16) 法務・検察行政刷新会議第四回 (二〇二〇年九月一〇日) 議事録一八頁以下「太田誠発言」。
- (17) 法務・検察行政刷新会議第四回 (二〇二〇年九月一〇日) 議事録二五頁「井上宏発言」。
- (18) 法務・検察行政刷新会議第四回 (二〇二〇年九月一〇日) 議事録二三頁「小林りん発言」。

- (119) 司法研修所検察教官室(編)『檢察講義案〔平成三〇年版〕』八頁(法曹会、二〇二〇年)。
- (120) 司法研修所検察教官室(編)・前掲注(119)・一三三頁参照。
- (121) 国家公務員に守秘義務が課される趣旨について、さしあたり、佐藤英善「公務員の守秘義務論」早稲田法学六三卷三三頁一頁(一九八八年)ほか参照。
- (122) 最高裁昭和二八年七月一日判決・刑集七卷七号一五四七頁。
- (123) 最高裁平成一六年五月二五日決定・民集五八卷五号一三三五頁。
- (124) 司法研修所検察教官室(編)・前掲注(119)・八頁参照。
- (125) 司法研修所検察教官室(編)・前掲注(119)・一〇頁参照。
- (126) 佐藤・前掲注(121)・一三三頁参照。
- (127) 伊丹俊彦Ⅱ合田悦三(編集代表)『逐条実務刑事訴訟法』九六頁(立花書房、二〇一八年)参照。
- (128) AMERICAN BAR ASSOCIATION, ABA MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT, Rule 3.4(e)(1983).
- (129) さしあたり、高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第五版〕』二一八頁(有斐閣、二〇二〇年)参照。
- (130) 高橋・前掲注(129)・二二〇頁参照。
- (131) 法務・検察行政刷新会議第四回(二〇二〇年九月一〇日)議事録二二頁「山本隆司発言」。
- (132) 高橋・前掲注(129)・二二三頁参照。なお、憲法二二条二項は明確に「検閲」を禁止している。
- (133) 澤野義一Ⅱ小林直三(編)『テキストブック憲法〔第二版〕』一〇四頁(法律文化社、二〇一七年)「橋本一雄執筆」参照。
- (134) 澤野Ⅱ小林(編)・前掲注(133)・一一九頁参照。

四 おわりに

1 伝統的に、わが国の検察官は法曹に含まれているとされながらも、合衆国のように「法律家 (lawyer)」としての側面が強調されることはあまりなく、むしろ国家刑罰権の行使を通じて社会秩序の維持・実現を果たすという行政作用を担う行政官としての側面が前面に出ていたように見受けられる。しかし、刑事司法のなかでは、検察官は情報収集の面でも発言力の面でも他の担い手よりも強い影響力を持っているといえる。また、検察官は訴追側の当事者又は代理人として有罪判決を獲得すべく党派的に権限を行使するだけでなく、「公益の代表者」として一般社会のあらゆる利益をも考慮しなければならぬとされており、そこで、裁判手続の公正を確保することや——刑事訴訟の相手方当事者である——被疑者・被告人の権利・利益を尊重することも検察官が代表すべき「公益」に含まれていると考えられる。このように、検察官は刑事事件に関して他の国家公務員よりも強い権限と影響力を持っているということ、及びその置かれている地位についても純然たる国家公務員とは異なる側面を併せ持っていることを考えるならば、倫理規程についても、検察官の地位の特質に照らした特別な規定を設けることが検討されるべきであろう。

2 もっとも、検察官は言論の自由を保障されており、むしろそれを享受することによって社会秩序の維持・実現を達成できる場合があることも否定できない。だが他方では、検察官が不当な言論を展開することによって裁判手続の公正や被疑者・被告人の権利・利益が大きく損なわれることも考慮して、検察官の言論の自由は謙抑的に行使

されなければならないものであるといえる。もともと、検察官の権限行使の当否はその必要性とそれによって生じる権利・利益侵害の度合いを比較衡量して判断されるものであり、検察官が法廷外で言論を展開する際には健全な裁量行使しなければならないといえるが、本人がこれから展開しようとする言論の当否をその場で素早く判断することはたやすいものではなく、仮に不当な言論が展開されてしまった場合にその悪影響を払拭することも並大抵のものではない。検察官が必要な時機に適切な言論を展開できるようにするためには、できる限り明確な基準を策定しておくことが必要かつ有益であるといえよう。

