

## 刑事判例研究

石田, 倫識  
九州大学大学院法学府

<https://doi.org/10.15017/10970>

---

出版情報 : 九大法学. 88, pp.139-156, 2004-09-15. Kyudai Hogakka i  
バージョン :  
権利関係 :

## 判例研究

### 刑事判例研究

被告人質問において被告人が黙秘し供述を拒否した態度を一個の情況証拠とし、被告人の殺意の認定に用いることは、被告人に黙秘権、供述拒否権が与えられている趣旨を実質的に没却することになり、到底受け入れることができないとしつつも、その一方で、黙秘権を行使している被告人に対し、被告人質問を実施すること自体は不当ということとはできないとした事例

札幌高裁平成一四年三月一九日判決、平一三年(う)一一九号、殺人被告事件、控訴棄却(確定)、判例タイムズ一〇九五号二八七頁、判例時報一八〇三号一四七頁  
原審札幌地裁平成一三年五月三〇日判決、平一〇(わ)九八九号、判例タイムズ一〇六八号二七七頁、判例時報一七七二号一四四頁

石田 倫 識

#### 一 事件の概要

1 被害者(当時九歳)は、昭和五九年一月一〇日午前九時三十分ころ、被害者方への電話に受話器を取って対応した後、急いで外出し、自宅から南方への道路をまっすぐに走っていた。被害者の言動に不審なものを感じた母親らは、兄(当時一二歳)にその後を追わせたものの、道の途中で被害者を見失ってしまい、その後、母親らも被害者が見えなくなった場所の周辺を探し回るなどしたが、被害者を発見することはできなかつた。母親は同日午前一〇時四〇分ころ自宅付近の交番に電話をかけ、被害者が行方不明になったことを告げ、さ

らに午後〇時三〇分ころ同交番を訪ね、まだ被害者の行方が分からない旨を伝えたため、警察官らが被害者の見えなくなつた周辺の周辺調査を行った。それにより、付近のアパート二階一号室に住む被告人から、被害者がその日の朝に被告人方居室を訪ねたことがあるとの情報が得られたものの、結局被害者の行方を明らかにすることはできなかった。

2 それから四年後の昭和六三年、被告人の嫁ぎ先で火事があり、焼失を免れた納屋の中から、偶然にビニール袋に入つた骨様のものが発見された。被告人はその居住する敷地内の納屋から人骨が発見されたことから、被害者の失踪、死亡につき深く関与しているのではないかとの捜査当局の嫌疑を受け、昭和六三年八月四日、ポリグラフ検査に続いて任意の取調べを受けた。その後、同月五日、一〇日にも取調べを受けたが、その際、担当の取調官から被害者失踪とのかかわりを聴かれ、それに関与していることをほのめかすような供述(「心を開く気持ちはある。だけど、今すぐは開けない。時期が来たら開けると思う」「気持ちの整理をする時間がほしい」「私が話したら解決します」等の供述)をしたものの、その後には取調べを一切拒否するようになり、結局事件とのかかわりを明らかにすることはなかった。

3 その後、DNA型鑑定の高度化に伴う鑑定・検査等により、人骨片と被害者との同一性が認定できたとして、殺人罪の時効成立二ヶ月前である平成一〇年一月一五日、被告人は被害者に対する殺人の被疑事実により逮捕された。被告人は、逮捕・勾留期間を通じて黙秘権を行使しており、否認の弁解調書と被告人の署名指印のない検面調書(被告人の回答部分には「黙して語らず」と記載されている)が各一通作成されたのみであった。<sup>1</sup>札幌地検は、同年一月七日、「被告人は、昭和五九年一月一〇日、札幌市豊平区所在のアパート二階一号室において、被害者に対し、殺意をもって、不詳の方法により、同人を殺害したものである」とする公訴事実のもと被告人を起訴した。

4 原審においては、①そもそも被告人の嫁ぎ先から発見された人骨片が被害者のものであるかどうか、②人骨片が被害者のものであるとしても被告人が被害者を死亡させたといえるかどうか、③死亡させたとしてもそれが殺人の故意(殺意)に基づくものといえるどうか、という三点が主として争われた。原判決は、種々の情況証拠に基づき「被告人が重大な犯罪により被害者を死亡させた疑いが強い」として、①②の事実に関してはこれを積極に解したものの、③に関しては、

「被告人が殺意をもって被害者を死亡させた」と認定するには、なお合理的な疑いが残る」として、これを否定し、被告人に無罪を言い渡している。

5 なお原審では、弁護側からの異議があったにもかかわらず二度にわたる被告人質問が実施され、約四〇〇問にわたる検察官の質問がなされており、被告人はその全ての質問に対し、沈黙するか、「お答えすることはありません」とのみ答えている。このことをもって、検察官は、「被告人が殺意をもたずに被害者を死亡させたにすぎないのにあえて自分自身が殺人罪で処罰される危険を冒してまで何らの弁解・反論もしない態度は、検察官の提示した証拠やこれに基づく推論及び判断が正しいために何ら弁解や反論ができない被告人の心境を如実に示すものであり、うかつに虚偽の弁解などをして馬脚を現すよりは沈黙して何とか自己の罪責を免れんとするものである」と主張したが、原判決は、「被告人には黙秘権、供述拒否権、自己負罪拒否の特権が認められているのであるから、被告人が公判廷において、検察官及び裁判官からの質問に対し何らの弁解や供述をしなくても、それは被告人としての権利の行使にすぎず、被告人が何らの弁解や供述をしなかつたことをもって、犯罪事実の認定に不利益に考慮するこ

とが許されないのはいうまでもない」として、殺意の認定に際し、黙秘の事実を一つの情況証拠とすることを否定している。

6 原判決に対し、検察官は、被告人の殺意を認定するに足る数多くの情況証拠が存在し、被告人が故意に被害者を殺害したことは明らかであるとして、刑法法三八二条（事実誤認）に基づき控訴している。この検察官控訴に対する札幌高裁の判決が本件である。

## 二 判旨（控訴棄却）

(一) 黙秘の事実を一個の情況証拠とすること

検察官は、①被告人が逮捕されて以来起訴されるまでの間、被害者の死亡への関与の有無、殺意の有無等に関して一切供述を拒否し、その他関連する質問に対しても何ら説明も弁明もしなかつたこと、また②第一九回公判期日において検察官から二六五回の質問を受け、被告人が犯人であり殺意をもつて被害者を死亡させたことを推認させる情況証拠に対する説明と弁明を求められたのに対して、それら全ての質問に対して沈黙するか「お答えすることはありません」と供述するだけ何の説明も弁明もしなかつたこと、さらに③第三二回公

判期日においても同様に二三回の質問を受けたのに対して、何ら説明も弁明もしなかったこと、以上の点を指摘して、「捜査・公判を通じて、自己に有利な説明や弁明をする機会があつたにもかかわらず、一切供述を拒否し説明も弁明もしなかつたことは、被告人が殺意をもつて被害者を死亡させたことを推認させるものである」と主張した。この検察官の主張に対し、裁判所は、「被告人が黙秘し供述を拒否した態度をもつて一個の情況証拠とし被告人の殺意を認定すべきであるとの趣旨が含まれているものと解さざるを得ない」とした上で、「被告人の黙秘・供述拒否の態度をそのように一個の情況証拠として扱うことは、それはまさに被告人に黙秘権、供述拒否権が与えられている趣旨を実質的に没却することになるのであり、その所論は到底受け入れることができない」と判示した。

(二) 黙秘権行使の意思が明確な被告人に対する被告人質問  
 弁護人は、被告人には黙秘権を行使する意思があるとして被告人質問を実施することに反対していた。これに対し、裁判所は、「そのような状況の下であつても、被告人質問を実施すること自体を不当ということはできないけれども、実際

に被告人質問を実施してみて被告人が明確に黙秘権を行使する意思を示しているにもかかわらず、延々と質問を続けるなどということはそれ自体被告人の黙秘権の行使を危うくするものであり疑問を感じざるを得ない」と判示した。

### 三 検討

#### (一) 問題点と分析の視座

1 本判決の意義ないし射程範囲を正確に把握するためには、最初に本事例の背景となる問題状況を確認しておく必要があるろう。

「現行刑訴法の制定に伴い、被告人には黙秘権が保障されるところにも、自白の証拠能力および証明力が制約されることになった。そのため、従前のような直接証拠たる自白依存の事実認定ではなく、情況証拠による事実認定の必要性・重要性が指摘されてきた<sup>③</sup>」と言われる。

自白偏重の事実認定が、幾多の誤判冤罪事件の最たる原因であつたことを自覚するならば、自白に頼らない客観的な事実認定こそ刑事裁判における最重要課題であることが正しく認識されよう。本来、情況証拠による事実認定は、このよう

な課題——すなわち無辜の不処罰の確保——からの要請であった。<sup>(4)</sup>

しかしながら、無辜の不処罰からの要請であった情況証拠による事実認定は、近年、捜査弁護の活性化に伴う自白獲得の困難化<sup>(5)</sup>などを口実に、自白がなくても有罪認定を可能とするための論理へと歪曲させられた面があるように思われる。とりわけ検察実務経験者は、自白の獲得が困難になったことなどを口実に、情況証拠による積極的な有罪認定を主張する傾向にある。<sup>(6)</sup>そして、このような論理は、検察の起訴運用の実務にも影響を及ぼしつつあるように思われる。すなわち、自白がなくても有罪認定を可能とするための論理は、有罪立証レベルの低下を要求すると同時に、否認事件ないし黙秘事件における検察の起訴基準のハードルをも低くさせているのである。現に本件も、「殺害の手段・方法が分からない（立証できない）場合には、検察において公判が維持できないとして公訴を見送る」<sup>(7)</sup>という従来の起訴基準が満たされないまま起訴に至った事例であった。

本件のような事例が生じてきた背景として、このような否認事件ないし黙秘事件における起訴基準の低下<sup>(8)</sup>が存在することには注意が必要であろう。

2 その上で、本評釈でとりあげる本判決の二つの問題点を簡単に整理しておこう。

本件では、被告人が捜査・公判を通じ一貫して黙秘権を行使しており、また他の直接証拠も全く存在しなかったために、殺意の認定に供しうる証拠は情況証拠のみであった。そして、この情況証拠の積み重ねによってどこまで殺意の立証が可能であるかという点が本件の焦点となっていた。<sup>(9)</sup> 検察官は、この点につき殺意を推認させる一つの情況証拠として、被告人が捜査・公判を通じて一切供述しなかったという事実を掲げたが、本判決は、この検察官の主張を、黙秘権・供述拒否権の見地から到底受け入れることができないと判示している。この点、いわゆる黙秘からの不利益推認の可否という論点として問題となる。<sup>(10)</sup>

次に本判決は、黙秘からの不利益推認を禁じる一方で、被告人に黙秘権行使の意思があるとしても、「被告人質問を實施すること自体を不当ということはできない」（刑法三二一条二項・三項を法的根拠とする）と判示している。本判決の立場にたてば、被告人に個々の質問への黙秘権行使が認められ（刑法三二一条一項）、かつその黙秘の事実からの不利益推認の禁止さえ保障されていれば、裁判長（刑法三二

一条二項)や検察官ら(同条三項)による質問自体は許容されることになる。しかしながら、このような論理を正当化する刑訴法三十一条二項・三項の解釈は、被告人に認められた黙秘権の観点から見たときに問題がないのか。この点、被告人質問を規定する刑訴法三十一条の解釈が問題となる<sup>11)</sup>。

3 ここでこれら二つの論点を検討する際の分析の視座を提示しておく。

被疑者・被告人の黙秘権は、戦後初めて憲法上の権利(憲法三十八条一項)として規定されるに至った。その背景に、個人の内心の自由を絶対的に保障し、人間としての尊厳を承認するという近代法の思想があったことは言うまでもない。この近代法の思想は、「当事者主義」という概念の中に読み込まれる<sup>12)</sup>ことによって、戦後の刑訴法学を先導してきた。したがって、刑訴法学において「当事者主義の思想」というとき、それは端的に、被疑者・被告人の「人格的主体性の承認」、すなわち「被疑者、被告人の人間らしい取扱い<sup>14)</sup>」を意味したのである。しかしながら、被疑者・被告人の人格的主体性を承認するといっても、そのことの具体的な意味内容は必ずしも明らかではなかった<sup>15)</sup>。それゆえ、「当事者主義」という指導理念から演繹的に個々の論点への解答がもたらされるわけ

ではなく、そのままでは十分な分析の視座とはなりえない。

それでは、被疑者・被告人の人格的主体性を承認するといふ「当事者主義」の意味は、どのように理解されるべきであろうか。それは、警察・検察がその捜査・立証活動において被疑者・被告人を「客体」視することを禁じ、被疑者・被告人の証拠方法としての側面を可及的に排除していくことを意味するものとの理解が可能ではなからうか。人格的主体性とは何かを積極的に定義付けるのではなく、言わば裏側からこれを捉えなおすのである。警察・検察が被疑者・被告人を「客体」として扱うことを禁ずることで、裏側から被疑者・被告人の人格主体性を確保しようというのである。

このような視座のもと、本判決の問題点を分析することとする。

4 以下では、本判決が、黙秘の事実を一個の情況証拠とすること(黙秘からの不利益推認)は許されないと判示した点についてまず検討する(二)。次に、弁護人が、被告人には黙秘権を行使する意思があるとして被告人質問の実施に反対していたにもかかわらず、本判決が「被告人質問を実施すること自体を不当ということはできない」と判示した点について、その判断の法的根拠となっている刑訴法三十一条二項及

び同条三項の解釈論を中心に検討することにする(三)。

(二) 黙秘の事実を一個の情況証拠とすること

1 本判決における不利益推認の問題について検討するにあたって、まず本件における検察官の主張を最初に確認しておこう。検察官の主張は、「推認と黙秘権の關係に触れて、抽象的に黙秘していること自体に対する制裁的效果としてこれを被告人の犯人性や殺意の認定に用いるべきことを主張しているのではなく、説得と質問がなされた具体的状況の下での説得と質問の具体的内容との關係における被告人の対応・態度の具体的あり様が与える心証形成の効果として、他の証拠によって形成された心証を維持し、一層強めるものとして用いようとしているものであり、これは被告人のもつ黙秘権を何ら侵害するものではない」というものである。さらに検察官は、同旨の判例として、札幌高裁判決昭和四七年一二月一九日<sup>(16)</sup>を引用している。この判例は、被告人らの犯罪事実を「事実上推定させる証拠が、検察官から数多く提出されており、しかも、……被告人らの行動は弁護人の被告人に対する質問の方法によつてこれを明らかにすることが容易である場合において、被告人らがあえてこれを明らかにしようとしな

いときには、右の事実上の推定がそのまま維持され、あるいは一層強められることになつたとしても、それは、心証の働きのとしてむしろ自然なこと」であるとして、このことは自由心証の分野に属する問題であると判示している<sup>(17)</sup>。また、本判決に対する評釈の中にも、「他の証拠によつて推認された事実が、被告人の供述態度によつて維持、あるいは強められることは心証形成の過程としてむしろ自然なこと」であるとするものがある<sup>(18)</sup>。

黙秘の事実によつて他の証拠から形成された心証が一層強められるとするこれらの主張は、被告人に認められた黙秘権の見地からみたとき、果たして妥当なものであるか。このような心証形成が、理論的に成り立ち得るのであるか。被告人に与えられた黙秘権という権利について、とりわけその法的効果の一つとされる不利益推認の禁止について再考してみることがあろう。

2 黙秘権とは何か。従来、黙秘権の法的効果としては、①刑罰等の制裁により供述を強要することの禁止、②黙秘権を侵害して得られた証拠の証拠能力の否定(証拠禁止)、③黙秘の事実からの不利益推認の禁止、という三つの側面が指摘されてきた<sup>(20)</sup>。そして、このような三つの法的効果を有する黙

秘権が認められる根拠ないし理由は、近代法原理の中核に位置する「人間の尊厳」ないし「人格の尊重」に求められてきたと言えよう<sup>(21)</sup>。国家権力から一方的に嫌疑をかけられ、身柄拘束等の一定の人権侵害を余儀なくされている一市民たる被疑者・被告人に対し、その「人間としての尊厳」を全うさせようというのであれば、被疑者・被告人には国家権力に対立する一当事者としての主体的地位が認められなければなるまい。この主体的地位を確保するための前提として黙秘権の存在があつた<sup>(22)</sup>ということに思い致すならば、被疑者・被告人の黙秘権の根拠が、「人間の尊厳」ないし「人格の尊重」に求められたことの正当性も理解することができよう。

3 もつとも、先に指摘した黙秘権の法的効果のうち、③の不利益推認禁止の法的効果に関しては、「人間の尊厳」という究極的価値を持ち出すまでもなく、「黙秘権」の法的効果として論じるまでもなく、別の観点からの根拠付けも可能なように思われる。すなわち、それは「検察官に挙証責任が課されている」という刑事訴訟の大原則に由来する法的効果でもあるのである。

刑事訴訟においては、犯罪事実の存否につき、その挙証の責任はすべて検察官に課されていると考えられている。犯罪

事実の「存在」を根拠に国家が刑罰権の発動を欲する以上、刑罰権発動の根拠たる犯罪事実の「存在」については、これを請求者たる国家が合理的な疑いを越えて証明しなければならぬことは当然といえよう。そして、国家は、自己に課せられた有罪立証の責任を果たす際に、一方当事者たる被告人に協力を強制することができないことは言うまでもない。これを許せば、国家に課せられた責任は、結局被告人へと転嫁されることになるからである。国家は自己の活動によって、有罪立証を果たすことを要求されているのである。そして、刑事訴訟は、その国家の活動によって有罪立証が果たされているか否かを検証する場なのである。それゆえ、審判の対象は、あくまで検察官の具体的主張(訴因)ということになる<sup>(23)</sup>。刑事訴訟は、検察官の主張が証明されているか否かに着眼し、これを判断するものであって、被告人の弁解の真实性・有意性を判定する場では決してない<sup>(24)</sup>。したがって、検察官の主張に対してたとえ被告人が黙秘していようとも、その事実を検察官の立証活動との関係において全く関連性をもたないと言わなければならない。被告人が黙秘したからといって、検察官の主張の真实性が「高まる」ということは考えられないからである。検察官はさらなる積極証拠を提出したわけではな

いし、提出済みの証拠の証明力が、黙秘の事実によって「高まる」ということもありえない(被告人が何らの反駁もしない場合に、検察官の提出した証拠の証明力が「維持」されるということはありえても、それはあくまで「維持」にとどまり、「高まる」などということはない)。

このように考えると、不利益推認禁止の法的効果は、まさに検察官に課された挙証責任の裏面を表現していると言える<sup>(25)</sup>のであって、この法的効果は、(黙秘権の法的効果としてだけではなく)検察官に挙証責任が課されているということの純粹な理論的帰結としても、これを認めることができるのである。

4 これに対し、黙秘からの不利益推認を許容する見解は、裁判官の心証問題としてこれを論じる傾向にある。<sup>(26)</sup>しかし、被告人が黙秘しているから検察側の立証レベルが高まったとする心証形成は、そもそも理論的に成り立ちうるものであろうか。確かに、このような心証形成は、一見、「素朴な合理的な経験論<sup>(27)</sup>」のようにも思えるが、実は極めて「不自然」「不合理」な心証形成であると言える。このことは、検察官の立証に注目すれば明らかである。検察官立証(検察官が提出した積極証拠)は何ら変更されていないのであるから、その

立証レベルが高まろうはずがない。検察官の主張が、被告人により何らの反駁を受けなかったために、その証明力が維持されたというにとどまるのであって、その限りでの心証形成が可能となるにすぎないことは、先に論じたとおりである。

5 ここで検察官の主張に戻り、これを検討してみよう。仮に検察官の主張を前提としても、被告人の黙秘の態度と裁判官の心証形成との関係は、検察官による「説得と質問の具体的内容との関係」で問題とされるにすぎない。そうであれば、それは基本的に裁判官が他の証拠によって形成した心証を「維持」するにとどまるはずであろう。なぜなら、検察官の行う「説得と質問」とは、すでに証拠として裁判所に提出されている積極証拠に基づいて行う「説得と質問」にすぎないはずであり、<sup>(28)</sup>何らさらなる積極証拠を付加するものではないからである。それ故、「説得と質問の具体的内容との関係における被告人の対応・態度の具体的あり様」によって、有罪心証が一層強められるという検察官の主張は、理論的に正当な主張とは思われない。この点に関し、「被告人の黙秘・供述拒否の態度をそのように一個の情況証拠として扱うことは、それはまさに被告人に黙秘権、供述拒否権が与えられている趣旨を實質的に没却することになるのであり、その所論

は到底受け入れることができない」とした本判決は、この限りにおいて、正当なものであると評価しえよう。

6 もつとも、本判決は、黙秘権の趣旨に照らして黙秘からの不利益推認はこれを否定したものの、その一方で、弁護側の反対をおしきって被告人質問を実施したこと自体は不当とはいえない旨を判示している。①個々の質問への黙秘権行使が認められ、かつ②その黙秘の事実からの不利益推認の禁止が保障されていれば、被告人質問を実施し、検察官による質問が行われること自体は許容されるのであろうか。次にこの点を検討することにする。

### (三) 黙秘権行使の意思が明確な被告人に対する被告人質問

1 最初に、本件被告人質問が行われるに至った原審における経緯を概観しておく必要がある。なぜなら、その過程において、原審の刑法三一一条に対する法解釈が示されており、その判断は本判決においても是認されているからである。

本件において、裁判所はできるだけ早い時期に被告人質問をしたい旨を繰り返し述べていたとされるが、第一八回公判(平成二二年三月一日)において、第一回目の被告人質問が実施されることが決定<sup>30</sup>されている。その際、弁護人は、「被

告人は包括的黙秘権を保障された訴訟の主體的一方当事者でありますから、被告人、弁護人側が被告人質問を請求しない場合は、被告人が任意に供述しない場合に該当する……従って、被告人質問を実施する決定は刑事訴訟法第三二一条第一項、第二項、同法第一条、ひいては憲法第三八条第一項、第三七条第三項、第三二一条の解釈適用を誤ったものである」として異議を申し立てている。これに対し、検察官は、「被告人質問を行っても、個々の質問について被告人が答えるや否やは被告人の自由であり……被告人質問を行ったからといって被告人の黙秘権を侵害するということにはならない」とし、原審裁判所も、「法は被告人の供述を強制するものではなく、供述するかどうかは被告人の自由であるから、被告人質問を行うことにしたことに何ら違法な点はない」としている。

これを受けた第一九回公判(平成二二年三月一五日)には、第一回目の被告人質問が実施され、検察官による二六五問の質問がなされている。その被告人質問の際に、弁護人から事実に基づかない質問であるとの異議が出されているが、そのやりとりの中でも、原審裁判所は、「検察官は、原告官として訴訟追行の利益があり、それは本質的な権利であって、刑事訴訟法二九五条の趣旨にのっとり、同法三二一条三項によつ

て被告人に対して個別的に質問することが許される」と述べられている。

その後、訴訟進行に関する打合せ準備(平成一二年一月一六日)において、検察官が、「前回の被告人質問後、新たに請求し、取調べられた証拠がありますので、検察官としては、ぜひとも被告人質問を行ってほしい」と再度の被告人質問を要求し、これを受けた第三一回公判(平成一二年一月二九日)において、第二回目の被告人質問の実施が決定されている。この第三一回公判においても、第一八回公判と同内容の弁護人からの異議が申し立てられているが、原審裁判所は、「刑事訴訟法三二一条三項によれば、検察官は裁判長に告げて被告人の供述を求めることができ、供述するかどうかは被告人の自由であるから、被告人質問を行うことにしたことには何ら違法な点はない」として、この異議申立てを棄却している。

以上、二度の被告人質問が行われるに至った経緯をみるに、原審の刑訴法三二一条三項の解釈は、「被告人が包括的黙秘の意思を明確にしていたとしても、検察官には質問権がある」とするものであることは明らかであろう。

2 この点、本判決も、被告人が黙秘の意思を明確にしてい

た場合であっても「被告人質問を実施すること自体を不当とすることはできない」として、原審における刑訴法三二一条三項の解釈を是認している。もともと、本判決は、これに続けて「実際に被告人質問を実施してみて被告人が明確に黙秘権を行使する意思を示しているにもかかわらず、延々と質問を続けるなどということとはそれ自体被告人の黙秘権の行使を危うくするものであり疑問を感じざるを得ない」とも判示している。しかし、これは四〇〇問にもわたり検察官の質問がなされたことに対して疑問を呈しているにすぎず、被告人質問の「運用の仕方」についての問題を指摘したにとどまるものである。「被告人質問を実施すること自体を不当ということとはできない」という本判決は、黙秘権行使の意思が明確である被告人に対しても、刑訴法三二一条三項の解釈として検察官には質問権があるとの前提を依然として崩してはいないのである。

3 刑訴法三二一条三項のこのような解釈は正当なものと言えるであろうか。刑訴法三二一条三項の解釈を行なうにあたり、ここでは旧刑事訴訟法(以下単に、旧法という)下における「被告人訊問」の制度が廃止されるに至った経緯とその理由を確認しておく必要があるであろう。その上で、憲法三八条を

受けた刑訴法三二一条一項が被告人に包括的な黙秘権を認め  
ていることの趣旨を徹底したあるべき刑訴法三二一条三項の  
解釈が模索されなければならない。

最初に、被告人質問の前身とされる旧法下における「被告  
人質問」の手續(旧法一三三条以下、同三三八条)について  
概観しておこう。旧法下においては、検察官の公訴事実の陳  
述があつた後、直ちに裁判官が被告人を詳細にわたり尋問し、  
その後に証拠調べをするという被告人質問の制度が存在した。<sup>(31)</sup>  
もつとも、被告人質問を規定する旧法一三四条の立法趣旨は、  
「之ヲ證據調ノ見地ヨリ規定シ被告人ヲ以テ單ニ取調ノ目的  
ニ過キサルモノト爲スハ失當ナリ被告人ハ訴訟ノ當事者ニシ  
テ防禦ノ主體ナリ其ノ陳述ハ防禦權ノ行使ニ屬シ義務トシテ  
爲スヘキモノニ非サルカ故ニ證據ニ供スルノ目的ヲ以テ其ノ  
陳述を強要スヘキニ非スヤ事件ニ付辯解ヲ爲サシムルコ  
トヲ本旨トセサルヘカラス<sup>(32)</sup>」とされていた。旧法下において  
も、建前の上では被告人の当事者性が認められており、被告  
人質問の制度も、あくまで被告人に弁解・防禦の機会を付与  
することを目的とするものであつて、証拠に供する目的で供  
述を強要するものではないとされていたのである。しかしな  
がら、実際の裁判においては、被告人質問に際し、被告人が

何ら供述することはないと述べたからといって、訊問者がそ  
れで訊問を打切るなどということではなく、事実の真相が供述  
されることを要求して訊問がなされていたと言われる。<sup>(33)</sup>

また学説の上でも、「被告人質問は一面においては、當事  
者としての地位において被告人にその主張を陳述する機会を  
與へるものであると同時に、他面においては證據方法として  
のその供述を聴く證據調たる本質をもつものである」とされ  
ていた。被告人質問は、「當事者としての被告人の陳述を聴  
く」という側面に加え、「證據方法としての被告人に供述を  
爲さしめる」という「證據調」としての側面をも有するもの  
であり、その意味で「二重の意味をもつ」ものであるとの理  
解がなされていたのである。<sup>(34)</sup>つまり、被告人質問は、被告人  
の當事者たる地位に鑑み、被告人の弁解を聴くための制度で  
あることが前提とされてはいたものの、他方で、実体的眞実  
主義の見地から、被告人の証拠方法たる側面を重視した解釈  
論が展開されていたと言えよう。それゆえ、一般的に、被告  
人に不利益な事実の供述を促すことも禁じられていないと考  
えられていたのである。<sup>(35)</sup>

4 現行法は、被告人の黙秘権を規定(刑訴法三二一条一項)  
するとともに「被告人質問」を廃止し、<sup>(36)</sup>「被告人が任意に供

述をする場合には、裁判長は、何時でも必要とする事項につき被告人の供述を求めることができる」(刑訴法三一一条二項)とする被告人質問の手續を設けた。旧法の被告人訊問が被告人を専ら証拠調べの対象とみる面が強かったことを反省し、被告人の当事者としての地位を高めるとというのが、その立法趣旨とされている<sup>(37)</sup>。

しかしながら、新刑訴が施行された当初こそ——旧法的な被告人質問の運用がなされたこともあつて——現行法の精神に沿った被告人質問の在り方が活発に議論されたことがあつたものの<sup>(39)</sup>、その後は、①実務の上で旧法的な被告人質問の運用がなされることが事実上ほとんどなくなったということに<sup>(40)</sup>加え、②被告人質問は、むしろ弁護側にとつてより重要な手段として用いられてきた<sup>(41)</sup>ということもあつて、被告人質問が有する本質的・根本的な問題性、すなわち、「被告人質問は、被告人を証拠方法として扱うものである」という問題性が、十分に議論されることもないまま、今日に至っている。その結果、被告人が弁解の機会を放棄し被告人質問の実施そのものを拒否するというケース(被告人が証拠方法となることを完全に拒否するというケース)をも射程に入れた刑訴法三一一条の解釈論は、十分に行なわれてこなかった。

それゆえ、現在においても、刑訴法三一一条の通説的理解としては、「本条は、……被告人に対し任意の供述を求めることができることを明らかにしたもの」とされている。同条二項の冒頭にいう「任意に供述をする場合」とは、被告人が自発的に発言の機会を求める場合のみならず、裁判長の求めに応じて発言する場合も含むとされ、裁判長(同条二項)や検察官ら(同条三項)には質問権があるという解釈がなされている<sup>(42)</sup>。個々の質問をするに先だつて被告人に任意に供述する意思があるかどうかを確かめる必要もない<sup>(43)</sup>という。しかしながら、被告人に任意に供述する意思がないにもかかわらず、裁判長らに質問権があることを認める解釈をとるのであれば、それは旧法下における被告人訊問と何らかわるところがないであろう<sup>(44)</sup>。刑訴法三一一条は旧法との断絶を意図したものであり、その立法趣旨は被告人の当事者性を高めることにあつたというのであれば、本条の法解釈としては、旧法との断絶こそ重視されなければならないはずである。

5 被告人訊問の制度との断絶を強調し、通説を最初に批判したのは平野博士であつた。博士は次のように主張される。「任意に供述する場合には供述を求めることができるという法の趣旨は、必ずしも明らかではない。まず供述するかどう

かを確かめた上、欲するときには供述させる趣旨であるのか、それとも、はじめから具体的な質問を発することができ、被告人はただ供述しないことが許されるだけの趣旨であろうか。後者だとすれば、旧法下の被告人尋問との差異は、ほとんどなくなってしまう。したがって、一定の事項について、まず供述するかどうかを問い、供述する旨を述べたとき、はじめ具体的な質問を発しうると解すべきである」と<sup>45</sup>。

また、渡辺修教授も、刑訴法三二一条の法解釈として、「一項が被告人の黙秘権を確認する一方、二項冒頭で……

『被告人が任意に供述をする』権利があることを前提にした上で、その限度で裁判長が被告人を問い質す反射的な権限を認めるのに留まる」として、裁判長らの質問権を否定する。

具体的な手続としては、「被告人が、黙秘権を行使する場合、裁判所は一般的な訴訟指揮権に基づき、再度黙秘権について注意を喚起した上、『任意に供述する意思はあるか』確認すべき」ことになる。その上で、「意思確認ができなければ、裁判長にはそもそも発問権はなく、三項が機能する余地もない」とされる<sup>46</sup>。

6 平野博士や渡辺教授の主張は、被告人を証拠方法として扱い「客体」視した旧法下における被告人訊問との断絶を自

覚的・意識的に論じており、刑訴法三二一条の解釈の方向性として基本的に正しいものを有していると言えよう。

しかしながら、これに対しては次のような批判も考えられよう。すなわち、これらの説においては、被告人に任意に供述する意思があるか否かを最初に確認し、この確認に対し被告人が単に沈黙する場合(包括的黙秘権を行使することを明確にはしない場合)には、そもそも裁判長らに質問権はないとする<sup>47</sup>が、そのような解釈は、被告人の供述権の保障という観点からみた場合に果たして妥当なものと言えるのであろうか、逆にこのような解釈が、被告人に十分な弁解を尽くさせる(供述権を保障する)という被告人質問の本来の趣旨<sup>48</sup>を没却してしまうことにならないか、という批判である<sup>49</sup>。

この点、高田昭正教授による次の記述は興味深い。「刑事訴訟法は、公判で被告人が終始『沈黙』するという形で黙秘権を行使することを認める(三二一条①)。質問にさらされながら沈黙を続けるわけである。それは、裁判官が主宰し弁護人も立ち会う公開の法廷で、質問によっては任意に『供述する権利』を被告人に保障しつつ、『黙秘する権利』もあわせて保障したためである。もちろん、被告人としては被告人質問そのものを拒否するという形で黙秘権を行使することもでき

る。黙秘権行使の態様としては、それが本来の形であろう。

『沈黙』は、公判で供述権を行使する具体的機会がないまま、個々の質問に対し黙秘権を行使し続けた『不本意な結果』であった。その『不本意な結果』をあえて被告人が選択することがあってもよい、と刑事訴訟法はいう。供述権を保障するため被告人の選択の幅を広げたのである」とするのである。<sup>(50)</sup>

この二つの見解の異同はどこにあるのであろうか。平野博士や渡辺教授は、被告人を証拠方法としうるのは唯一被告人自身であるとの見地から、任意に供述をするという被告人の意思が確認できた場合にのみ裁判長らに質問する権限が認められるにすぎないと考える。これに対し、高田教授は、被告人が被告人質問自体を拒否するような場合でなければ、黙秘権と供述権とを同時に保障するという趣旨のもと、裁判長らによる質問も認める。両説ともに、被告人が包括的黙秘権を行使し被告人質問自体を拒否するような場合に、裁判長らに質問する権限はないとする点では同様の立場に立つ。しかしながら、被告人が任意に供述する意思があるか否かを確認できないような場合、前者は質問を認めないのに対し、後者はこれを認めるもののように思われる。

このような相違は、前者が、被告人自身が望まない限り彼

ないし彼女が証拠方法とされることはないとの立場を堅守するのに対し、後者は、被告人の包括的黙秘権行使の意思が明確でない以上、個々の質問に対する黙秘権と同時に、被告人の供述権をもあわせ保障していく方が望ましいと考えるところから生じているように思われる。

7 このような見解の相違を踏まえた上で、刑訴法三二一条はどのように理解されるべきであらうか。この点、①刑訴法三二一条二項が、「被告人が任意に供述をする場合には、裁判長は、何時でも必要とする事項につき被告人の供述を求めることができる」として、その冒頭に「任意に供述をする場合には」と条件を付しこれを限定していること、そして、②戦前の被告人質問からの断絶と被告人の当事者性の確保ということが被告人質問の制度趣旨であったことに照らせば、質問者はまず被告人に一定の事項について任意に供述する意思があるか否かを確認しなければならぬと解する。そこで、被告人が包括的黙秘権行使の意思を明確にし、被告人質問を拒否するような場合には、裁判長（刑訴法三二一条二項）ないし検察官ら（同条三項）に固有の質問権があるとは解されないであらう。

これとは逆に、被告人が質問によっては任意に供述する意

思があると答えた場合には、そのことの反射的效果として裁判長らによる質問も認められることとなる。もちろん、この場合においても、被告人が個々の質問に答えることを拒否することができるのは当然である（刑訴法三二一条一項）。

問題は、被告人が包括的に黙秘権を行使する意思を明確にしないものの、任意に供述する意思があることもまた明確にしない場合の処理である。先の渡辺教授らの見解に従えば、被告人の意思が確認できない以上、裁判長ないし検察官らには質問する権限はないということになる（同条二項・三項が機能する余地はないと解される）。このような理解に対しては、個々の質問によっては被告人が弁解することも考えられるのであって、被告人の防御の機会を制限してしまうことになりかねないのではないかと、との批判もありえよう。しかしながら、被告人の供述権は弁護人による主質問によってこれを保障することが十分に可能であるし、本来的にはむしろそうあるべきものであろう。<sup>(1)</sup> 証拠方法となる意思があるかどうかを確認できない被告人に対し、供述権の保障を理由に、あえて裁判長らの主質問ないし反対質問にさらさせるまでの必要はないように思われる。また先の高田教授の見解には、仮に追及的な質問が行われた場合には、いつでも弁護人が介入

し被告人質問を中止させることもできるとの前提があるように思われる。だからこそ、質問にさらされながらも、供述の機会を待つということが戦術としてありうると考えるのである。しかしながら、被告人質問の実施を当然と考える現行實務において、検察官らによる不適切な追及的質問に対し、必ずしも弁護人が適切な異議を申し立てることができるとは言えないのではなからうか。

このように考えるならば、あえて裁判官や検察官らに質問を許しておく必要はないであろう。弁護人の対応しだいでは、旧法における被告人質問を再現させることにもなりかねないからである。それゆえ、被告人に任意に供述する意思があるか否かを確認できない場合には、「被告人を証拠方法とするのは被告人だけである」との原理を堅守するべきであって、刑訴法三二一条二項・三項を根拠とした裁判長ないし検察官らの質問は認められないと解すべきであろう。

8 以上の考察をもとに、本判決の刑訴法三二一条に関する解釈の是非について検討するに、本件においては被告人の包括的黙秘権行使の意思が明確であって、これを受けた弁護人も被告人質問を行うことに強く反対していたにもかかわらず、本判決は、「そのような状況の下であっても、被告人質問を

実施すること自体を不当ということはできない」と判示している。これは、刑法法三一一条二項・三項の解釈適用を誤ったものと言わざるを得ないであろう。

9 さらに本件被告人質問の実施に関しては、刑法法三一一条の解釈適用を誤ったというにとどまらない、さらなる問題が潜在していることを指摘しなければならない。それは次のような問題である。

本件において、検察官が、合理的疑いを超えた有罪立証はすでになされたと考えたのであれば、黙秘権を行使している被告人に対し被告人質問を実施することに、どのような意味があるというのであろうか。有罪立証がすでに終了している以上、ことさらに被告人質問において被告人の供述を求め、これを有罪証拠の一部とする必要はないであろう。<sup>(52)</sup> 仮に合理的疑いを超えて有罪立証を終えたのであれば、黙秘の意思を表明し被告人質問を希望しない被告人に対し、検察官が質問することを認めるべき必要性も全くないはずである。<sup>(53)</sup> にもかかわらず、検察官が二度にわたる被告人質問を求めたのは、さらなる有罪証拠を欲したからであり、このことは被告人質問の実施前においては、合理的疑いを超えて有罪を立証することが困難な状況にあったこと、つまり、未だ検察側

の有罪立証が果たされていないことを、検察官自身、暗に認めていたものとの評価もあながち不当ではなからう。<sup>(54)</sup>

このような状況のもとで行われた被告人質問において、原審裁判所は「検察官は、原告官として訴訟追行の利益があり、それは本質的な権利であって、……同法三一一条三項によって被告人に対して個別的に質問することが許される」との法解釈を示しているが、有罪立証(有罪証拠の提出)が十分に果たされないままに、検察官に被告人へ質問する権利を認めることは、被告人を立証方法として用いることに他ならないのではないか。

本判決も黙秘権を行使している被告人に対し、「被告人質問を実施すること自体を不当ということはできない」としているが、これは検察官に課された挙証の責任を実質的に形骸化させるものでもあり、ひいては被告人の黙秘権を侵害するものであって、この点からも本件被告人質問は問題の多いものであったと言えよう。<sup>(55)</sup>

#### 四 おわりに

1 最後に、本判決の検討によって確認しえたことを簡単に

まとめておこう。第一に、被告人が任意に供述をする意思があることを明らかにしない限り、被告人質問を実施して、裁判長や検察官らが質問する権利など、そもそも存在しないということである。刑訴法三二二条二項・三項の解釈としては、被告人質問との断絶こそ重視し、被告人に認められた主体としての地位、黙秘権の存在を前提とした解釈がなされるべきであろう。

2 第二に、本件被告人質問には、旧法における「被告人質問」との連続性が看取されるということである。被告人には黙秘権行使の意思があるとして弁護人が被告人質問に反対していた(「任意に供述をする場合」に当たらない)にもかかわらず、検察官の質問を認めるといふ法解釈は、被告人の証拠方法としての地位を重視し被告人に対する訊問権を認めていた旧法下における被告人質問と同様の発想に基づく解釈と言えよう。

3 さらに、本件被告人質問においては、検察官が犯罪立証のために被告人を証拠方法として用いようとしたところがあった。このような被告人質問の運用は、弾劾主義原理のもと検察官に課せられた挙証責任を実質的に無にするものであって、決して許されるものではない。

4 最後に、「証拠方法」としての被告人の地位をどのように理解すべきかについて触れておく。

従来、被告人は、「当事者」としての地位に加え、「証拠方法」としての地位をも有するとされてきた。しかし、それは、被告人が自ら任意に供述する場合に、その供述が有利にも不利にも証拠となりうるという限りにおいて、被告人の「証拠方法」としての側面が許容されていたというにすぎない<sup>(56)</sup>。その意味において、被告人質問も「広義の証拠調べ」であると理解されてきたのである。

しかしながら、被告人が黙秘権を行使し、任意に供述することを一切拒否した場合、そもそも「被告人の供述」というものが一切存在しないわけであるから、「被告人の供述が有利にも不利にも証拠となりうる」などということは想定しえない。それゆえ、包括的黙秘権を行使する被告人に対し被告人質問を実施することは、もはや「広義の証拠調べ」とさえ呼べないはずなのである。このように考えるならば、黙秘権を行使する被告人に「証拠方法」としての側面はないことが確認されよう。このことは十分に認識されなければならない。

【旧刑事訴訟法・関連条文】

第十章 被告人訊問

第一三三條 被告人ニ對シテハ先ツ其ノ人違ナキコトヲ確ム

ルニ足ルヘキ事項ヲ訊問スヘシ

第一三四條 被告人ニ對シテハ被告事件ヲ告ケ其ノ事件ニ付

陳述スヘキコトアリヤ否ヲ問フヘシ

第一三五條 被告人ニ對シテハ丁寧深切ヲ旨トシ其ノ利益ト

爲ルヘキ事實ヲ陳述スル機會を與フヘシ

第一三六條 被告人ヲ訊問スルトキハ裁判所書記ヲシテ立會

ハシムヘシ

第一三七條 事實發見ノ爲必要アルトキハ被告人ト他ノ被告

人又ハ證人ト對質セシムルコトヲ得

第一三八條 被告人聾ナルトキハ書面ヲ以テ問ヒ、啞ナルト

キハ書面ヲ以テ答ヘシムルコトヲ得

第一三九條 本章ノ規定ハ被疑者ヲ訊問スル場合ニ之ヲ準用

ス但シ司法警察官訊問ヲ爲ス場合ニ於テハ司法

警察吏ヲシテ立會ハシムヘシ

第一三八條 被告人訊問及證據調ハ裁判長之ヲ爲スヘシ

陪席判事ハ裁判長ニ告ケ被告人、證人、鑑定人、

通事又ハ翻譯人ヲ訊問スルコトヲ得

注

檢事又ハ辯護人ハ裁判長ノ許可ヲ受ケ被告人、

證人、鑑定人、通事又ハ翻譯人ヲ訊問スルコト

ヲ得

被告人ハ必要トスル事項に付共同被告人、證人、

鑑定人、通事又ハ翻譯人ヲ訊問スヘキコトヲ裁

判長ニ請求スルコトヲ得

(1) 笹森学「お答えすることはありません」自由と正義五

三卷八号一頁(二〇〇二) 参照。

(2) 原判決のいう「重大な犯罪」が、何を意味するのかは明らかではない。檢察官は殺害方法さえ特定できていないのであるから、傷害致死罪を認定しうるかも疑問である。なお、傷害致死罪については、すでに七年の公訴時効期間が経過していた。

(3) 田宮裕Ⅱ多田辰也『セミナー刑事手続 証拠編』八二頁(啓正社、一九九七)。

(4) 再審無罪判決を契機とした「事実認定の適正化」の一環として、「情況証拠による事実認定」においても、その注意則の提示等の議論が盛んに行われてきた。情況証拠論に関する論稿については、枚挙に遑がないが、さしあたり川崎英明Ⅱ水谷規男Ⅱ石塚章夫「論争・刑事訴訟法〔7〕情況証拠による事実認定」法学セミナー四七卷三号

- 九二頁(二〇〇二)、川崎英明「情況証拠による事実認定」  
 刑法雑誌四〇巻三号四一八頁(二〇〇一)、同「情況証拠による事実認定」光藤景皎(編)『事実誤認と救済』五三頁(成文堂、一九九七)、光藤景皎「情況証拠論研究ノート(1)——ミッターマイヤーと彼の注意則——」『転換期の刑事法学』三〇九頁(現代人文社、一九九九)など。
- (5) 当番弁護士制度を契機として、一定程度、捜査弁護の活性化が果たされたことは間違いない。しかし、このような動向は、必ずしも刑事事件全体にまで広く行きわたっておらず、あくまで一部の個別事例における弁護の活性化にとどまっているように思われる。刑事事件全体における自白事件及び否認事件の割合自体にも有意な変動はみられない。最高裁判所事務総局刑事局「平成一四年における刑事事件の概況(上)」法曹時報五六巻二八九頁(二〇〇四)参照。
- (6) たとえば、河上和雄『刑事訴訟の課題とその展開』三八一頁(立花書房、一九八三)は、覚せい剤事犯における否認事件を念頭においた上で、「従来の自白に頼り勝ちだった裁判所の事実認定の習慣に変革を与え、客観的証拠、情況証拠からの有罪の事実認定への道を、他の犯罪に先鞭をつけて、切り開いていくように思われる」とする。また、土本武司『刑事訴訟法要義』三二五頁以下(有斐閣、一九九三)は、自白事件の少ないアメリカでは情況証拠による有罪認定が頻繁に行われていることを指摘しつつ、「被疑者・被告人に黙秘権を認めた現行法のものにあつては、間接証拠による積極認定をより強力に推進すべきもののように思われる」とする。
- (7) 警察大学校重要判例研究会「被告人が、その手段や方法は特定できないものの、被害者の死亡につながる行為に及んだものと合理的に認定することができるが、殺意をもって被害者を死亡させた」と認定するには、なお合理的な疑いが残るといふべきであるとして、無罪とした原判決を是認した事例「捜査研究六〇九号三一頁以下(二〇〇二)、二七頁参照。
- (8) 勝丸充啓「犯罪増加社会と我が国の刑事司法」『河上和雄先生古稀祝賀論文集』五一九頁以下(青林書院、二〇〇三)は、起訴の条件として相当高度の嫌疑の存在が要求されることは基本的に変わらないとしつつも、犯罪の増加とそれに対応する人員の不足が原因となつて、「今後は、事実認定上も情状面でもいわば生煮えの事件が、そのまま公判に流れていく例が、ある程度は増えるであろう」(同五三八頁)という。起訴基準の低下(スクリーニング機能の低下)を招いている原因を犯罪の増加と人員不足に求める点など、疑問もないわけではないが、檢察実務家の中にも、起訴基準の低下が生じているとの現状認識を有する者は存在する。
- (9) この点に関する本件の評釈としては、白取祐司「原判決が被告人が殺意をもって被害者を死亡させた」と認定するにはなお合理的な疑いが残るとされた事件」判例評論五三八号四八頁(二〇〇三)、小早川義則「情況証拠に

よる殺意の認定」ジュリスト一二四六号一八四頁(二〇〇三)、中川孝博「状況証拠による事実認定」法学セミナー五七〇号一一二頁(二〇〇二)、松田岳士「殺人罪で起訴された被告人について、殺意をもって被害者を死亡させた」と認定するには合理的な疑いが残るとして、無罪が言い渡された事例——札幌児童殺害事件第一審判決——現代刑事法四卷一〇号九七頁(二〇〇二)。

(10) この点に関する本件の評釈としては、岡田悦典「黙秘権の行使と状況証拠」法学セミナー五七八号一一二頁(二〇〇三)、梅林啓「新判例解説(三一七)被告人が黙秘し供述を拒否した態度をもって一個の情況証拠とし、被告人の殺意を認定することは、被告人に黙秘権、供述拒否権が与えられている趣旨を實質的に没却するとした事例」研修六五七号二七頁(二〇〇三)。なお、被告人が完全に黙秘している場合といろいろと説明・弁解している場合とは、事実認定の仕方も異なるとした上で、完全黙秘の場合については、「被告人の供述が有力な証拠となる犯行の目的・動機の不明、殺害方法の不特定について、疑わしきは被告人に有利にの原則を適用すべきではない」とする論稿として、萩原昌三郎「無罪判決か免訴判決か」判例タイムズ一一二七号四七頁(二〇〇三)がある。萩原教授は、不利益推認禁止にいう「不利益」とは、「あくまでも法的な不利益であって、事実上生じ得る不利益までいうのではない」とする。つまり、「黙秘権を行使した結果、自己の弁解・説明の機会を失したため、

事実認定において裁判官の心証の面で事実上の差異が生じても、それは黙秘権行使の結果、法的に不利に取り扱われたことにはならない」というのである。不利益推認と心証の問題については、後述三(二)4参照。

(11) この点に関する論稿として、渡辺修「被告人質問と黙秘権」寺崎嘉博||白取祐司(編)『激動期の刑事法学』九七頁(信山社、二〇〇三)。

(12) もっとも、井戸田侃「刑事訴訟における当事者主義概念」立命館法学二〇一号八三七頁以下(一九八八)は、「当事者主義という概念は、本来、裁判所と両当事者の間における関係を示すことば」(同八三八頁)であり、それは「当事者に訴訟における主導的な地位を認める」(同八四〇頁)ということを意味するにすぎないのであって、論理の前提としての当事者主義概念は、「没価値的な存在概念」(同八四一頁)であるべきとする。

(13) 田宮裕「手続モデル論による分析」『日本の刑事訴追』一頁以下(有斐閣、一九九〇)。田宮博士は、被疑者・被告人の人格的主体性の承認こそが、「当事者主義論の残された——しかしもっとも重要な——領域である」(同八頁)とする。

(14) 横山晃一郎「戦後の刑事手続における当事者主義思想の展開」法律時報三九卷一一号八四頁以下(一九六七)、八五頁参照。「横山晃一郎の当事者主義思想」については、大久保哲「刑事手続における当事者主義」久留米法学二八||二九号一四七頁以下(一九九六)の分析が参考にな

る。

(15) 「当事者主義」という同一概念を前提としつつも、論者によって個々の論点ごとに異なる解釈論が展開されることは、この間の事情をよく示すものと言えよう。これは、「人格主体性」の内容が論者によって異なるからに他ならない。

(16) 刑事裁判月報四卷二二号一九四七頁(一九七二)。

(17) 同上一九六二頁参照。

(18) 梅林啓・前掲論文註(10)三五頁。評釈者は、ここで被告人の「供述態度」という言葉を用いている。確かに、被告人が供述するときの表情や仕種等の被告人の「供述態度」が、心証形成の資料となることはありえよう。その限りでは、他の証拠によって推認された事実が被告人の「供述態度」によって強められることがある、という評釈者の指摘は誤っていない。しかしながら、本件における被告人の「供述態度」とは、被告人の「黙秘権行使の態度」に他ならない。ここではそのような黙秘権行使の態度が心証形成の基盤となりうるかが問題となっているのであるから、「被告人の供述態度」と「被告人の黙秘権行使の態度」とは、明確に区別して論じる必要がある。

(19) なお、梅林評釈は、最後に「その他」の項目を掲げ、いわゆるイギリスの黙秘権制限法にも言及している。論者は、「陪審裁判を採用するイギリスでは、この制度は既に定着しており、黙秘権制度を検討する上で参考になる」(三五頁)とする。しかしながら、イギリスの黙秘権制限

法が現実にインパクトを持ちえたのかについては疑問がある。この点については、石田倫識「被疑者の黙秘権に関する一考察—イギリス黙秘権制限立法を手がかりに—」九大法学八六号一〇七頁以下(二〇〇三)参照。これに対し、黙秘権制限法の問題性はさらに深化しているとするものとして、三島聡「イングランド・ウェールズにおける黙秘からの不利益推認判例の進展に伴って問題性は薄れたのか」季刊刑事弁護三八号五八頁以下(二〇〇四)、同『刑事法への招待』五〇頁以下(現代人文社、二〇〇四)参照。なお、アメリカにおける不利益推認の問題については、小早川義則「黙秘権行使と不利益推認の禁止—アメリカ法を中心に—」浅田和茂他(編)『転換期の刑事法学』四三五頁以下(現代人文社、一九九九)参照。

(20) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』三四一頁(有斐閣、一九九六)、福井厚『刑事訴訟法〔第二版〕』四三三頁(法律文化社、二〇〇三)、白取祐司『刑事訴訟法〔第二版〕』一七八頁(日本評論社、二〇〇一)など。

(21) 平野龍一「黙秘権」『捜査と人権』八三頁以下(有斐閣、一九八一)、九四頁は「黙秘権の本質は、個人の人格の尊厳に対する刑事訴訟の譲歩にある」とされる。また、村井敏邦(編)『現代刑事訴訟法〔第二版〕』一四三頁以下(高田昭正・執筆部分)(三省堂、一九九八)、高田昭正「黙秘権について 歴史的意義と現代的意義」季刊刑事弁護三八号六四頁以下(二〇〇四)参照。

(22) 鴨良弼『刑事証拠法』一七四頁(日本評論社、一九六

(二)は、次のように言う。「黙秘権をみとめられたことは、被告人の訴訟での表現の自由権が確保されたことであり、これによってはじめて、被告人の人格権が保障されたわけである。被告人の訴訟での主体性の問題や(手続の主体性)、防禦権ないし当事者の地位の問題は、なによりもこの黙秘権の容認が出发点となることを知らなければならぬ」と。

- (23) 平野龍一『刑事訴訟法』一三二頁以下(有斐閣、一九五八)、田宮裕・前掲書註(20)一八五頁以下、福井厚・前掲書註(20)一九四頁、三井誠『刑事手続法Ⅱ』一七三頁以下(有斐閣、二〇〇三)参照。

- (24) See, Langbein, *The Historical Origins of the Privilege against self-incrimination at Common Law*, 92 Mich. L. Rev. 1047, at 1066 (1994). 刑事訴訟は「被疑者・被告人が話さなければならぬ」裁判(the “accused speaks” trial)から、近代的な「訴追を検証する」裁判(the modern “testing the prosecution” trial)へと変革したとされる。このLangbeinの論稿を紹介する文献として、吉村弘「ジョン・H・ラングバイン『コモン・ロー上の自己負罪拒否の特権の歴史的起源』」北九州大学法政論集第二三巻第一―二号四五三頁(一九九五)、小川佳樹「自己負罪拒否の特権の形成過程」早稲田法学七七卷一号一二二頁(二〇〇一)、特に一三二頁以下、伊藤博路「自己負罪拒否の特権の確立期についての一考察」帝塚山法学五号一三五頁(二〇〇一)、特に一

三九頁以下。また、このような当事者主義訴訟の起源をさぐるものとして、John. H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial* (Oxford University Press, 2003).

- (25) このことを示唆する論稿として、大出良知「黙秘権は機能しているか」月刊司法書士三八一号五二頁(二〇〇三)。大出教授は、「刑事裁判においては、被疑者・被告人の弁明は不要であり、それなくしても有罪が証明できなくてはならないのであり、黙秘権はこの鉄則と表裏の関係にある」とされる。

- (26) 前掲札幌高裁もこれを「自由心証の問題」とした。またかつて田宮博士も、被告人の黙秘からの不利益推認を許容し、「不利益推認は、黙秘権の問題よりは、心証の問題になる」とされた。田宮裕「被告人・被疑者の黙秘権」『変革のなかの刑事法』一八〇頁(有斐閣、二〇〇〇)参照、同『刑事訴訟法講義案(増訂第四版)』一一九頁(宗文館、一九八九)。

- (27) 田宮裕・前掲論文註(26)一七九頁参照。

- (28) 証拠に基づかない「説得と質問」を行うというのであれば、それはまさしく不利益供述の強要に他ならないはずである。

- (29) 笹森学「語られなければ真実にたどり着かないこともある」季刊刑事弁護三八号四四頁(二〇〇四)、四六頁参照。

- (30) 被告人の任意の供述は証拠資料となりうるという意味

において、被告人質問は広義の証拠調べとされているが、狭義の証拠調べではないので、これを行なうについての取調請求の手續も証拠決定も必要ではないとされている。松尾浩也（監修）『条解 刑事訴訟法（第三版）』六一六頁（弘文堂、二〇〇三）。

(31) 周知の通り、旧法下では、起訴にあたって起訴状だけでなく一切の証拠物、証拠資料が裁判所に送られていたため、裁判官はこれを手がかりにあらかじめ事件の概要を把握することができた。このことにより、裁判官は、検察官の嫌疑をそのまま引き継ぐこととなり、公判のはじめに起訴事実の確認・補充のための追及的な訊問を行う第二の検察官となりはてたのである。

(32) 法曹會（編）『刑事訴訟法案理由書』九四頁以下（法曹會、一九二二）。

(33) 安平政吉「被告人訊問の本質に就て—刑事訴訟法精神の展開—」『團體主義の刑法理論』三二九頁（巖松堂、一九三五）、とりわけ三八〇頁、三八三頁参照。

(34) 團藤重光『刑事訴訟法綱要』四一四頁以下（弘文堂書房、一九四三）、とりわけ、四一七頁参照。

(35) 團藤重光・前掲書註（34）四一八頁、小野清一郎『刑事訴訟法講義全（全訂第三版）』三三〇頁（有斐閣、一九三六）など。

(36) 鴨良弼・前掲書註（22）一七五頁は、「尋問権を予定した被告人の黙秘権ということとはあり得ない」とする。

(37) 野木新一・宮下明義・横井大三『新刑事訴訟法概説』

二〇四頁（立花書房、一九四八）、三井誠『刑事手続法Ⅲ』二八五頁（有斐閣、二〇〇四）参照。

(38) 冒頭手續の段階において、証拠調べに入る前に裁判長が詳細な被告人質問を行ったとしても、必ずしも違法ではない（最高裁判所判決昭和二五年二月二〇日・最高裁判所刑事判例集四卷一三三—二八七〇頁）とされるなど、旧法下における被告人質問にひきつけた解釈・運用がなされた。戦前の被告人質問の制度のもとにあった裁判官の多くが戦後もそのまま残ったことなど、人的連続性が維持されたことに起因するところが強かったと言えよう。現行法施行当初の判例ないし実務に関しては、田中輝和「被告人の地位」熊谷弘他（編）『公判法体系Ⅱ 公判・裁判（1）』一五四頁（日本評論社、一九七五）、特に一六〇頁以下、環直也「被告人質問」『証拠法体系Ⅳ』七〇頁以下（日本評論社、一九七〇）に詳しい。

(39) たとえば、判事・検事・弁護士らによる被告人質問についての研究会「岐路に立つ刑事裁判へ第七回」被告人質問について「判例タイムズ六九号二七頁以下（一九五七）など。

(40) たとえば、石井二正『刑事実務証拠法（第三版）』三五二頁以下（判例タイムズ社、二〇〇四）は「現在、冒頭手續で詳細な被告人質問が実施されるといような運用は姿を消している」（三五四頁）、「旧法時代のような裁判長による詳細な『被告人尋問』はなされていない」（三五七頁）とする。また三井誠・前掲書註（37）二八六頁も、

旧法下の被告人訊問におけるような冒頭手続における被告人への詳細な尋問は、現在ではほとんどみられないとする。もつとも、証拠調べの最終段階で行なわれる被告人質問においては、なお旧法的な運用が行なわれているとの弁護士らによる指摘もある。飯田泰啓「被告人質問はどのように行うか」竹澤哲夫・渡部保夫・村井敏邦(編)『刑事弁護の技術』六五八頁以下(第一法規出版、一九九四)、六六〇頁は「否認事件においては、裁判所の被告人質問の場面の全部とはいわれないが、ほとんどの裁判長(裁判官)からの質問が執ようをきわめているとの認識は、刑事事件を担当する弁護士の共通のものである」という。また、刑事弁護研究会(編)『新版 刑事弁護マニュアル下』二五〇頁(ぎょうせい、一九九七)も「検察官よりも数段厳しく被告人を追及する裁判官がいる」と指摘する。

(41) 刑事弁護の実践書の多くが、被告人質問を弁護側の有力な証拠方法と位置づけている。たとえば北山六郎(監修)『実務刑事弁護』三四八頁(高木甫・執筆部分)(三省堂、一九九二)は、「弁護人にとって、被告人の他に有力な証拠方法のないケースが大半であり、被告人質問は公判廷における弁護活動の重要な柱の一つである」という。これは、検察側に対する弁護側の武器の絶対的不足を象徴しているように思われる。「証拠開示の不十分性」は、ここにも影を落としているように思われてならない。

(42) 代表的な注釈書のほとんどが、このような理解を前提

としている。たとえば、平場安治他『注解 刑事訴訟法 中巻(全訂新版)』六一一頁(高田卓爾・執筆部分)(青林書院新社、一九八二)は、「被告人が任意に供述する場合」とは、「被告人が自発的に発言する場合だけでなく、裁判長のさそいによって発言する場合も含まれる(そうでないと、本項末尾は働く余地がなくなってしまう)」という。また、いくつかの論稿においても、なお被告人の証拠方法としての地位を重視する見解が散見される。たとえば、荻原昌三郎「公判期日外・公判準備における被告人質問」判例タイムズ五八三号二六頁(一九八六)は、「被告人は公訴事実の有無についての最も有力な証拠方法であることは否定できない」といい、さらに、中野次雄「公判手続において被告人の供述を求める範囲・程度・時期及び質問者」平野龍一・松尾浩也(編)『実例法学全集 刑事訴訟法(新版)』二八一頁以下(青林書院新社、一九七七)は、「法が被告人質問の制度を認めたのは、被告人の証拠方法としての価値の大であることにかんがみ、真実発見のため、当事者としての地位を多少犠牲にしてもやむをえないと考えたもの」とし、「最もはっきりとそれを認めたのは被告人質問に関する法三二一条二項・三項であって、この制度は公判手続における被告人の証拠方法たる面を纯粹にとらえたもの」とする。

(43) 平場安治他・前掲書註(42)六一一頁、石井一正・前掲書註(40)三五四頁。

(44) 通説の立場にたてば、公判廷でさえ、被告人には、あ

たかも取調受忍義務があるかのような情況を生じさせることとなる。本件はまさにそのような事例であった。検察官の質問に対し、「お答えすることはありません」とだけ延々と記されている公判調書は、異様であると言いか言いがたい。

- (45) 平野龍一・前掲書註(23)二五五頁。光藤景皎『口述刑事訴訟法 中』八四頁(成文堂、一九九五)、小田中聰樹『大出良知』川崎英明『刑事弁護コンメンタール1 刑事訴訟法』二七七頁(梅田豊・執筆部分)(現代人文社、一九九八)もこの見解を支持する。

- (46) 渡辺修・前掲論文註(11)一〇三頁以下参照。渡辺教授は、三二一条二項を「被告人が自己を証拠方法とする権利」であるとし、その限度で裁判長には被告人を問い質す反射的な権限があるにすぎないと解するならば、もはや「被告人質問」の用語は妥当ではなく、「被告人陳述」とすべきである、と主張する。

- (47) 渡辺・同上二〇三頁。

- (48) 佐々木哲蔵「被告人質問」『生きている刑事訴訟法』二〇一頁(一九六五)、二〇六頁は、「被告人質問の本質的機能は、理論上も、実務上も、被告人に意見と弁解を尽くさせる点にこれを求むべきものと考えられる」とする。

- (49) これに対し、渡辺教授は「被告人が弁解の機会を放棄した以上、裁判所が介入する必要はない」とする。渡辺修・前掲論文註(11)一〇一頁参照。

- (50) その上で、高田教授は、被告人の供述権が及ぶ公判は

憲法三七条一項の「裁判を受ける権利」の内容でもあるとする。村井敏邦(編)・前掲書註(20)一四五頁(高田昭正・執筆部分)参照。

- (51) 被告人の弁解をよりよく引き出せるのは、裁判官や検察官ではなく、被告人の弁護人であろう。

- (52) 本判決は、検察官がこのような被告人質問を続行したねらいを、「被告人の答えを期待したというよりは、被告人に対して次々と質問を行いその結果被告人がその質問項目に対して一切説明も弁明もしないという黙秘の態度が顕著になったとして、それを被告人に不利益な事実の認定に供しようとしたからである」と推察している。かりに検察官のねらいを本判決のように解したとしても、検察官がすでに挙証の責任を果たしていると考えるのであれば、被告人に不利益な事実の認定に供するための証拠はもはや必要ないはずであろう。

- (53) 裁判所には、後見的地から、被告人が十分な弁解を尽くせるよう配慮する責務があるということ根拠に、被告人が黙秘権行使の意思を表明しても、質問する権利はあるとする見解もありえようが、そもそもそのような責務は第一義的には弁護人に課されているのであるから、この点に関しては、弁護人の判断が優先されるべきであろう。

- (54) 笹森学・前掲論文註(29)四六頁によれば「被告人だけが最後の立証方法」であったとされる。

- (55) なお、検察官が犯罪事実そのものの直接的な立証方法

として被告人質問を利用するということはあまり見られないものの、被告人が供述調書（自白調書）の任意性や信憑性を争っているような場合には、その調書の任意性などの立証のために、検察官から被告人質問が求められることも多い、と言われる。松尾浩也（編）『刑事訴訟法Ⅱ』二一四頁（松本時夫・執筆部分）（有斐閣、一九九二）。しかしながら、被告人の自白調書の任意性についても、その拳証責任は検察官にある（平野龍一・前掲書註（23）一三九頁）のであって、このことに照らせば、その任意性立証のために被告人質問を行なうということは、被告人の同意がない限り、許されるべきではない。被告人を立証方法として用いることに他ならないからである。そもそも任意性の立証は、被告人質問によらずとも、これを可能とする方法は考えられよう。立法論としては、取調べの録音・録画等が求められる。

(56) 被告人の任意の供述が証拠となるということは、被告人の主体的防御権に付随するものであり、これはむしろ被告人の当事者としての地位に随伴するものであると言えよう。田中輝和・前掲論文註（38）一五六頁も、被告人の供述が証拠となりうるということは、「当事者としての地位に伴う地位」にすぎず、被告人の当事者性と矛盾しないとす。また、毛利與一『刑事訴訟法序説』二七八頁（法律文化社、一九五九）参照。

#### 【付記】

本稿執筆にあたっては、本件の主任弁護士である札幌弁護士会の笹森学弁護士から、公判調書の資料提供等、多大なご協力を頂きました。この場を借りて厚く御礼申し上げます。