

被告人の主張明示義務に関する批判的考察：被告人の黙秘権に関する一試論

石田， 倫識
九州大学大学院法学府

<https://doi.org/10.15017/10988>

出版情報：九大法学. 91, pp.1-43, 2005-09-30. Kyudai Hogakkai
バージョン：
権利関係：

被告人の主張明示義務に関する批判的考察

— 被告人の黙秘権に関する一試論 —

石 田 倫 識

はじめに

第一章 証拠調べ請求の制限を伴う主張明示義務の正当化

根拠に対する疑問

第一節 問題の所在

第二節 立法過程における議論経過

第三節 主張明示義務等をめぐる議論状況

第四節 小括

第二章 黙秘権の発祥起源に関する研究

第一節 はじめに

第二節 黙秘権の発祥起源に関する Langbein の見解の

概要

第三節 「被告人供述型」裁判を基礎づける要因

— 弁護人の関与の禁止

第四節 「被告人供述型」裁判を基礎づける要因

— 弁護側証人の制限

第五節 「被告人供述型」裁判を基礎づけるその他の諸要因

第六節 小括

第三章 黙秘権の権利内容に関する試論

第一節 黙秘権の存在理由から導かれる黙秘権の権利内容

第二節 黙秘権保障の基盤としての防御権の構造

第三節 証拠調べ請求の制限を伴う主張明示義務の問題性

第四節 一九九四年イギリス黙秘権制限法との関連

— 黙秘権告知の規定の差異

第五節 一九九四年イギリス黙秘権制限法との関連

— 検察官によるコメントの是非

第六節 小括

おわりに

はじめに

黙秘権をめぐる今日の問題状況は、極めて複雑であり、かつ深刻である。

当番弁護士制度の樹立を受けた一九九〇年代の捜査弁護の活性化^①は、被疑者の黙秘権を保障する現実的基盤を作り出す契機となる一方、これまで行使されなかった（行使させなかった）がために潜在化していた黙秘権に対する批判を顕在化させる契機ともなった。すなわち一九九〇年代半ばから、法務省によって、弁護士による黙秘権行使の積極的助言が「不適切弁護」であるとして批判されてきたし、裁判所でさえもこのような弁護活動に対して批判的態度をとるようになってきた^③。また、捜査弁護の活性化を受け、捜査・公判を通じて黙秘権を行使しえたという事例が現れた^④ことで、検察官が黙秘からの不利益推認を主張するということも現に生じている^⑤。

従来、これほどまでに黙秘権が問題とされることはなかったように思われる^⑥。しかし、それは決して、黙秘権の理念や思想が日本の刑事司法に深く根付いていたからではない。それは、被疑者・被告人が実際に黙秘権を行使することを抑制する諸要因（身体拘束を利用した被疑者取調べの手法（捜査と拘禁の末分離とそれを可能にする代用監獄の存置）、弁護人の立会いの否定、黙秘権行使の事実を罪証隠滅の口実とする勾留や保釈の拒否、黙秘権行使の事実を供述の信用性評価に際して考慮する事実認定の手法など）が存在していたために、現実に黙秘権が行使されることがなかったからにすぎない^⑦。本来想定されるべき国家権力と黙秘権との間の対立・緊張関係は、黙秘権行使を抑制する諸要因の存在によって、現実には先鋭化することはなかった。それゆえ、これまでは、国家が被疑者・被告人の黙秘権をことさらに問題とする必要がなかったというにすぎない。しかしながら、黙秘権行使を抑制するこれらの諸要因は依然として今日

の刑事司法において存在し続けてはいるものの、他方で、近年の被疑者弁護の活性化によって、徐々にではあるが、黙秘権行使の基盤も形成されつつある。かかる状況のもと、国家権力と黙秘権との対立・緊張関係が、次第に表面化してきている。

このように黙秘権をめぐる今日の問題状況は極めて複雑であり、かつ深刻であるが、これらの問題に加え、二〇〇四年に成立した刑事訴訟法等の一部を改正する法律（以下、単に改正法とよぶ）において創設された公判前整理手続との関係でも、黙秘権の問題が問われている。すなわち、公判前整理手続においては、検察側に加え、被告人に対しても——公判における新たな証拠調べの請求を制限するというサンクションを伴った——主張明示義務が課せられているのである⁽⁸⁾。

本稿は、この主張明示義務の問題性を黙秘権の見地から批判的に考察するものである。本稿では、まず改正法の立法過程において黙秘権がどのように理解されていたのかを確認する（第一章）。次に黙秘権の発祥起源に遡り、そもそも黙秘権とは、どこまでの内容を含んだ権利であったのか、供述を拒否できる（沈黙することができる）という消極的権利でしかなかったのかを改めて問い直し（第二章）、その上で、証拠調べ請求の制限というサンクションを伴う主張明示義務を課すことが、被告人に保障された黙秘権の見地から、果たして正当化されうるものなのかを批判的に考察することとする（第三章）。

黙秘権の発祥起源に関する考察からは、黙秘権がその発祥起源において弁護人依頼権や証拠調べ請求権（とりわけ証人喚問権）と内在的に深く結合していたという事実を明らかにするとともに、本来、黙秘権は、単に沈黙できるといふ消極的権利であるにとどまらず、沈黙していたとしてもなお防御主体としての地位にふさわしい防御活動ができるという積極的権利であったのではないかとの試論を提示する。その上で、証拠調べ請求の制限という制裁

を伴った主張明示義務を課すことは、黙秘権の積極的権利としての側面を制限する危険性があるのではないか、との試論を提示したいと思う。

第一章 証拠調べ請求の制限を伴う主張明示義務の正当化根拠に対する疑問

第一節 問題の所在

今般の刑事訴訟法改正によって創設された新たな準備手続（公判前整理手続）においては、連日的開廷の要請に応えるべく、公判審理の計画策定のため（刑事訴訟法第三一六条の三）、検察官からの証明予定事実の提示（刑事訴訟法第三一六条の一三）及び証拠開示（証明予定事実を立証する証拠および類型証拠の開示（刑事訴訟法第三一六条の一四ないし第三一六条の一五）を前提に、被告人側にも、公判において予定する主張及びそれを立証するための証拠調べ請求を事前に行なう義務が課せられることとなった（刑事訴訟法第三一六条の一七）。さらに、この主張明示義務及び証拠調べ請求義務を実効的に担保するために、「やむを得ない事由」がある場合を除き、公判において新たな証拠調べの請求をすることはできないとされている（刑事訴訟法第三一六条の三三第一項）⁹⁾。

従来の刑事手続においては、被告人側の主張とそれを立証するための証拠調べ請求は、検察官の公判立証を待った後に行なうことも可能であった¹⁰⁾。しかしながら、今般の改正において創設された公判前整理手続が行われる場合¹¹⁾、被告人側には主張明示義務および証拠調べ請求義務が課せられることとなり、従来のような検察官の公判立証を待つから被告人側の主張・立証を行なうという防御方法は、原則として許されないこととなる¹²⁾。その意味では、被告人側の防御方法に今後一定の制約がかかってくることになるが、このような制約の正当化根拠のひとつとされるの

が、今般の改正でルール化された証拠開示の制度である。公判前整理手続の段階で被告人側に主張明示義務及び証拠調べ請求義務を課す前提として、検察官請求証拠の開示に加え、請求証拠以外の証拠であっても一定の条件を満たす類型証拠が事前に開示されることになっており、何ら検察官の主張・立証が明らかにされないままに被告人側に主張明示を課すわけではなく、実質として被告人側に不当な要求をするものではない、とされる。⁽¹³⁾

しかしながら、仮にそのような証拠開示が先行されるとしても、被告人側に証拠調べ請求の制限を伴う主張明示義務を課すことには、被告人に保障された黙秘権・自己負罪拒否特権や無罪推定原則の見地から、原理的な問題があるとの指摘も依然としてなされている。⁽¹⁴⁾そこで、まず立法過程（司法制度改革推進本部の裁判員制度・刑事検討会、以下では単に検討会という）における議論経過を概観し、証拠調べ請求の制限を伴う主張明示義務を課すことが黙秘権・自己負罪拒否特権と抵触しないとされた理論的根拠を確認しておこう。

第二節 立法過程における議論経過

まず第七回検討会で行われた関係者ヒアリングにおいて、被告人側にも争点明示を義務づけるべきとの最高裁および法務省からの意見を受け、⁽¹⁵⁾第八回検討会において、被告人に争点明示の義務を課すことが、黙秘権・自己負罪拒否特権の見地から果たして許容されうるのかを検討しなければならないことが確認されている。⁽¹⁶⁾その後、第二〇・二一回検討会における、「刑事裁判の充実・迅速化について（その一）」⁽¹⁷⁾をたたき台とした議論と、同たたき台をもとにした第二六回検討会における「おさらい」の議論において、被告人側に主張明示義務・証拠調べ請求義務を課すことが許されるのか、またかかる義務に違反した場合に、公判廷での主張制限や証拠調べ請求の制限をかけることが許されるのかが議論され、その上で、第二九回検討会において、これまでの検討会における議論を踏まえた座

長試案⁽¹⁸⁾が示された。

この座長試案においては、準備手続における争点整理を実効化するために、被告人と弁護人の両者に主張明示義務および証拠調べ請求義務を課すとの案が採用された。被告人の自己負罪拒否特権や黙秘権との関係については、「検察官が公判で証明しようとする事実とその証明に用いる証拠が被告人側に示された上で、被告人側として自らの判断により公判で明らかにしようとする主張を、時期を前倒しして、あらかじめ準備手続で明らかにしてもらおう求めるだけのもの」にすぎず、「自己に不利なことを認めるよう求めるものではないばかりか……(中略)そもそも当の主張をするということ自体を強要するもの」ではなく、「憲法上の自己負罪拒否特権には抵触せず、刑事訴訟法上の黙秘権の趣旨にも反しない」との説明がなされた⁽¹⁹⁾。

次に準備手続終了後の主張制限については、「被告人が公判廷における被告人質問において新たな主張をし始めたときに、その発言を禁止して主張を止めさせるというのは適当ではない」との理由から、被告人については主張を制限する制度は設けないとされたが、「争点整理の実効性を確保するという観点からは、被告人が公判廷において新たな主張をし始めたときも、弁護人が、それに対応して、新たな主張を組み立てることが許されるのは、やむを得ない事由により準備手続ではその主張をすることができなかった場合など正当な理由のある場合に限るべき」として、弁護人には主張制限を課すとの案が示された⁽²⁰⁾。

準備手続終了後の証拠調べ請求の制限に関しても、「公判段階において、無制約に新たな証拠調べ請求をすることができる」とすると、「計画的・集中的に実質的な争点を中心とした公判審理を行なうことが困難」となることに加え、「真に新たな証拠を調べる必要があると認められるときには、職権による証拠調べという途も開かれており、被告人側に不当な不利益を課すことにはならない」との理由から、被告人・弁護人の両者に証拠調べ請求の制

限を設けるとの案が示された。⁽²¹⁾

この座長試案を受けた第三〇回検討会では、とりわけ弁護人のみ主張制限を課すことで、被告人と弁護人の主張に齟齬が生じてしまうことの問題性が指摘され、⁽²²⁾この点が骨格案に反映され、⁽²³⁾弁護人に対しても主張制限は課せられないこととなった(なお同時に検察官に対しても主張制限は課さないとされている)。

以上、立法過程における議論経過から確認される、証拠調べ請求の制限を伴う主張明示義務を被告人側に課すこととの理論的な正当化根拠(許容性)を纏めれば、次のようになる。まず、①憲法上の自己負罪拒否特権(第三八条第一項)と刑事訴訟法上の黙秘権(第三二一条一項)とは区別され、前者は、自己に「不利益」な供述を「強要」されないことの保障にとどまることが確認される。その上で、②今回の主張明示義務は、公判において予定する主張を前倒しにして主張するよう求めているに過ぎず、「不利益」な供述を求めるものではないし、③何ら自己に有利な主張をしない場合にまで、被告人側に主張を義務づけるものではなく、主張をするかどうかは被告人の全くの自由なので、供述の「強要」にもあたらない。④したがって、憲法上の自己負罪拒否特権には抵触しないし、刑事訴訟法上の黙秘権の趣旨にも実質的には反しない。また、証拠調べ請求の制限に関しても、⑤真に新たな証拠調べが必要な場合には例外的に職権による証拠調べの途を残しており、被告人に不当な不利益を課すものではない、と。⁽²⁴⁾

公判前整理手続の目的が、「充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行う」ことにあり(刑事訴訟法第三一六条の三)、そのための争点整理手続である、ということを強調するならば、その実効性を担保せんがために、検察側証拠開示に対する被告人側の主張明示・証拠調べ請求を義務づけ、後の公判における新たな証拠調べ請求を禁止する、という制度が構想されること自体は理解できよう。しかし、このような制度構想の前提となる十分な正当化根拠は存在しているのか、これまでの議論において示された正当化根拠が十分な論拠たりえているのかという

問題はなお検討されなければなるまい。⁽²⁵⁾ なぜなら、結論として許容されるか否かに関わらず、被告人側に主張明示義務・証拠調べ請求義務及びその実効性を担保する証拠調べ請求の制限を課すことは、刑事司法における諸原理との間で緊張関係を生じさせるものであること自体は否定しえない上に、究極的には「無事の不処罰」という理念を徐々に侵蝕していく危険性を秘めているからである。

第三節 主張明示義務等をめぐる議論状況

立法過程における議論状況を踏まえた上で、ここでは検討会での議論とは別に、主張明示義務・証拠調べ請求義務及び証拠調べ請求の制限に対する実務家や研究者の評価を概観しておこう。

まず研究者による評価であるが、公刊された論稿を見る限り、検討会の議論において示されてきた理論的根拠(上述①ないし⑤)は基本的に支持されてきたともいえる。⁽²⁶⁾ しかし他方で、黙秘権・自己負罪拒否特権および無罪推定法理の見地から疑問を提起する論稿も存在する。⁽²⁷⁾

論者の主張はこうである。被告人側に前倒しの主張明示を義務づけることによって、検察官には、自らの主張の弱点を修正・克服した上で公判に望む機会が与えられることとなる。その結果、被告人側は増強された検察官の主張・立証を突き崩しうる高度の主張・立証を行わなければならない。これは、単に疑いを投げかけること以上の積極的な無罪立証の負担を被告人側に負わせることに他ならない。このような意味において、いつ主張するかということとは、まさに「負罪」に直結しているのである(前倒しで主張することで、被告人側はより高度な立証を要求されることとなり、その結果、負罪へと帰結する危険を負わされる)。それゆえ、被告人側に主張の前倒しを要求することは、黙秘権・自己負罪拒否特権や無罪推定法理と抵触する危険性がある、⁽²⁸⁾と。このような主張を踏まえるなら

ば、立法過程において提示されてきた、被告人側に主張明示義務を課すことの正当化根拠には、なお理論的異論の余地が残されているといえよう。

理論上の問題もさることながら、より実際的な問題は、被告人とともに主張明示の義務を負うことになる弁護士層からも、主張明示義務・証拠調べ請求の義務や証拠調べ請求の制限に対する強い疑問が提起されていることである。⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾ このような弁護士層からの疑問提起の背景には、法曹三者間の公判前整理手続に対するイメージの違い（とりわけ証拠開示の範囲や「争点」の理解に関する違い）から生じる弁護士層の懸念（被告人の防御権の制約になるという懸念）があるのではないだろうか。

法曹三者各々の内部においても見解の統一が図られているわけではないであろうが、各々の公判前整理手続に対する基本的なイメージに関しては、おおよそ次のような構図で把握することができるであろう。すなわち、公判前整理手続において、「争点の明確化はかなりの程度証拠関係とは独立に可能なはず」⁽³¹⁾との見地から、弁護士側に対し具体的な争点の明確化ないし絞込みを求め、⁽³²⁾それとの関係で証拠開示にも柔軟に対応しようとする検察、とりわけ裁判員裁判における訴訟経済上の見地から「争点の絞り込み」を強調するとともに、⁽³⁴⁾新たな証拠調べを認める例外規定を厳格に運用しようとする⁽³⁵⁾裁判所、あくまで主張明示の「前提」としての証拠開示を求めるとともに、⁽³⁶⁾主張明示は審理計画策定に必要な程度に争点を明確にすれば足りるとする⁽³⁷⁾弁護士、という構図である。法曹三者による公判前整理手続のイメージが共有されていない現状、とりわけ検察・裁判所側と弁護士側の公判前整理手続に対するイメージに隔たりがある⁽³⁸⁾現状に加え、新たな手続が「運用」に依存するところが大きいということも相まって、検察・裁判所側の想定する方向で事態が収斂し今後の実務を定着させるのではないか、との危惧を弁護士側に抱かせているように思われる。

このような弁護士層の懸念、端的に言えば、主張明示の「前提」としての証拠開示が不十分なまま、公判前整理手続において具体的な争点明示と争点の絞込みを強いられる一方、公判での新たな証拠調べ請求には厳しい制限が課されることへの懸念には、相応の理由があるし、その懸念が被告人の防御権制約に対する懸念であることに鑑みれば、決して無視しえない問題であるといえよう。

第四節 小括

これまで概観してきたように、証拠調べ請求の制限を伴う主張明示義務を被告人側に課すことについては、そもそも黙秘権などの原理上の見地からの批判があるだけでなく、とりわけ弁護士の間に根強い懸念があることに鑑みれば、かかる制約を課すことのできる正当化根拠については、なお検討が必要であろう。そして、より根本的な検討を行うためには、今般の立法過程において前提とされてきた黙秘権・自己負罪拒否特権に関する理解そのものについても、改めて検討しなおす必要があるであろう。立法過程における議論経過から確認できるように、そこで想定されていた黙秘権・自己負罪拒否特権の内容とは、不利益供述の強要禁止という意味であった。被告人側に証拠調べ請求の制限を伴う主張明示を義務付けることも、「不利益」な供述を「強要」しているわけではないからこそ、正当化されると考えられている。すなわち、不利益な供述を強要されないという意味での黙秘権は従来通り維持されているということが、端的な正当化根拠であった。³⁹しかしながら、そもそも黙秘権とは、不利益な供述を拒否できる権利にとどまるものなのであるか。黙秘権の内容として単に沈黙する権利と理解することが、果たして十分な権利保障の内容といえるのであろうか。黙秘権とは、本来的に、沈黙できるといふ消極的権利でしかありえないのだろうか。

次章では、黙秘権の権利内容を再考するために、黙秘権の発祥起源に遡って黙秘権の歴史的な存在意義を確認することとする。

第二章 黙秘権の発祥起源に関する研究

第一節 はじめに

本章では、黙秘権の権利内容を再考するための準備作業として、黙秘権発祥の地イギリス⁽⁴⁰⁾における黙秘権の発祥起源について考察する。ここでは、近年、有力に主張されているLangbeinの見解を採り上げることとする。というのは、黙秘権の発祥起源を、一七世紀中頃の星室裁判所や高等宗務官裁判所の廃止（職権宣誓の廃止）へと帰結したピューリタンら反国教徒による一連の闘争の余波に求める従来の伝統的見解⁽⁴¹⁾に対し、弁護人の関与に伴う当事者対抗的訴訟の形成過程の中に黙秘権の発祥起源を見いだす彼の見解は、すでに今日の通説的な理解となっているように思われる⁽⁴²⁾ことに加え、彼の黙秘権の発祥起源についての説明は、黙秘権に内在する種々の防御権の構造を示唆する興味深い内容を秘めているからである⁽⁴³⁾。

もつとも、従来の伝統的見解を含め、英米における黙秘権の歴史研究の成果は、すでに日本においてもかなりの程度紹介されているところである⁽⁴⁴⁾。それゆえ、本章での歴史研究の紹介は、これらの研究成果を前提に、あくまで本稿における議論との関係で必要な限りの記述にとどめることにしたい。

第二節 黙秘権の発祥起源に関する Langbein の見解の概要

黙秘権の発祥起源を一七世紀後期に位置づける従来の伝統的見解に対し、Langbein は、当時のロンドンにおける膨大な公判記録に依拠しつつ、弁護人の関与が禁止されていた一七世紀後期には、事実上、被告人に黙秘する権利は存在しえなかったことを論証する。彼の主張の概要は、次の通りである。⁽⁴⁵⁾

一六世紀中ごろから一八世紀後期にかけてのコモン・ロー刑事手続における被告人に対する基本的な権利保障の方法は、黙秘の権利を付与することではなく、むしろ供述の機会を提供することにあった。当時の刑事裁判の本質的目的は、告発事実について被告人自らに直接の応答を求めること⁽⁴⁶⁾にあったのである。このような目的を効果的に達成しえたのには理由がある。そこには当時の刑事手続上の諸要因が関連しているのである。⁽⁴⁷⁾なかでも最も根本的要因となっていたのが、重大犯罪について、被告人に弁護人をつけることを禁止していた規則である。⁽⁴⁸⁾弁護人をつけることが禁じられたために、もし被告人が防御活動を行なおうとするならば、彼に残された防御方法とは、被告人自らによる供述という方法でしかありえなかった。⁽⁴⁹⁾

しかし、弁護人の禁止は、その後、一七世紀末から一九世紀にかけて、裁判官の裁量により（反逆罪に関しては制定法⁽⁵⁰⁾により）、徐々に緩和されていくことになる。⁽⁵¹⁾⁽⁵²⁾ 弁護人が刑事裁判に関与するようになり、刑事裁判は、被告人に対し直接に告発事実に対する弁解を求める場から、弁護人が訴追側の主張・立証を吟味・検証する場へと変化していく。黙秘権は、この変遷過程のなかで生じた権利である、というのが彼の主張である。⁽⁵³⁾⁽⁵⁴⁾

彼は、告発事実に対する被告人の弁解を求めることを目的とした従来の刑事裁判を「被告人供述型 (accused speaks)」裁判、訴追側の主張・立証の吟味・検証を目的とする近代的な刑事裁判を「訴追検証型 (testing the prosecution)」裁判とモデル化する。⁽⁵⁵⁾ その上で、「被告人供述型」裁判においては、被告人が自己に不利な証拠に対

して弁解をしないことは自殺行為であったと指摘する。なぜなら、弁護人の関与が否定され、被告人自身による供述によってしか防御が認められないという状況において供述を拒否するということは、正に防御の放棄に等しかつたからである。⁽⁵⁶⁾ このような状況では、被告人に黙秘するという選択肢は事実上存在しないといえよう。⁽⁵⁷⁾ 被告人にとつて、防御するということは、自身によって告発事実の詳細に対し逐一応答していくということではしかなかったのである。⁽⁵⁸⁾ さらにその一方で、防御のために被告人自身が供述したこと(供述内容にとどまらず供述の仕方や態度も含めて)は、同時に重要な証拠資料とされたのである。⁽⁵⁹⁾ むしろ証拠資料とするためにこそ、弁護人の関与を否定して、被告人自身の口から直接に告発事実に対する弁解を供述させていたのである。⁽⁶⁰⁾ こうして「被告人供述型」裁判においては、被告人の証拠方法としての地位と防御主体としての地位とは分かち難く結び付けられていたのである。⁽⁶¹⁾

以下では、この「被告人供述型」裁判を基礎づけていたとされる諸要因を確認していくことにする。被告人の沈黙を阻止していた諸要因を明らかにすることは、裏を返せば、黙秘権保障の地盤を確認することに他ならず、黙秘権の権利内容を再考する上で重要な示唆を与えうるものだからである。

第三節 「被告人供述型」裁判を基礎づける要因——弁護人の関与の禁止

Langbein は、「被告人が価値のある黙秘の権利 (a right to remain silent that is of any value) を有しうるためには、自己の防御活動 (the conduct of his defense) を他者に委ねることができなければならない」と指摘する。⁽⁶²⁾ なぜなら、他者に防御活動を委ねられない状況においては、沈黙することが全ての防御方法の喪失を意味することになり、そのような沈黙が「価値のある黙秘の権利」とは、到底言えないと考えるからであろう。被告人にこの「価値のある黙秘の権利」を行使させないために、つまり、告発事実自らに回答させるために、当時(一六世紀中頃

から一八世紀後期頃)のコモン・ロー刑事手続は、弁護人の使用を禁止ないし制限していたのである。

この制限の正当化根拠の一つとして言われていたのが、「*弁護人としての裁判所 (Court as Counsel)*」の存在である。⁽⁶³⁾ 裁判所が弁護人的な見地から被告人を保護しているのが、*「弁護人としての裁判所 (Court as Counsel)」*の存在である。⁽⁶⁴⁾ 一六、一七世紀の政治犯罪事件の裁判をみれば明らかのように、裁判所は決して被告人の弁護人ではありえなかった。⁽⁶⁵⁾ 非政治犯罪事件では、裁判所が弁護人的立場にあることもあったようであるが、それとて十分なものではなかった。⁽⁶⁶⁾ というのは、*「弁護人としての裁判所」*の役割はあくまで法律上の問題に限定されており、*「裁判官が違法な手続から被告人を保護する」という意味でしかなかったからである。*⁽⁶⁶⁾

弁護人としての役割を法律上の問題に限定するということの背景には、事実問題に関しては、あくまで被告人自身に供述させなければ真実を明らかにすることができないとの発想があるであろう。このような考えを如実に表現しているのが、*Hawkins* による次の記述である。すなわち、通常の理解力を有する全て者は、事実問題に関しては、まるで彼自身が最高の弁護人であるかの如く、適切に供述することができるであろうし、逆に、もし被告人が有罪なのであれば、彼が自分自身のために供述するときの話しぶり、身振り、表情、弁明の仕方、まさにこれらが真実を発見するのにしばしば役に立ちうるものであって、そのような真実は、他者によって被告人のために構成された抗弁 (*artificial Defense*) からでは、おそらく明らかになりえない真実なのである、と。⁽⁶⁷⁾ 要するに、事実を提示していく過程に弁護人の干渉を許すことで、真実発見のために被告人自身から供述を聞くという「*被告人供述型*」裁判の根本的前提が崩されていくことが懸念されているのであるが、⁽⁶⁸⁾ ここからは、被告人こそが最も効率的な証人であり、最良の証拠方法なのであるとの当時の認識が垣間見えよう。⁽⁶⁹⁾ このように、当時の裁判においては、被告人自身が弁明・弁解することによってしか防御活動を認めないことで、被告人の主体としての防御活動に、常に証拠

方法たる側面を抱き併せていたのである。⁽⁷⁰⁾

当時の裁判のこのような性質は、一八世紀中頃に入り、裁判官の裁量によって、弁護人の関与が徐々に認められ始めた後も基本的に維持されることになる。というのも、裁判官は、弁護人の関与を認め始めた後も、事実問題に關してはあくまで被告人自身に供述させるために、弁護人の役割を限定したからである。弁護人が証人の尋問ないし反対尋問を行なうことは許されたものの、陪審に対し弁論することは依然認められなかったのである。⁽⁷¹⁾結局、被告人は証拠方法であり、最も効率的な証人と考えられていたのであって、このような発想と黙秘権とはおよそ相容れないものであったといえる。

第四節 「被告人供述型」裁判を基礎づける要因——弁護側証人の制限

これまでの記述からも分かるとおり、「被告人供述型」裁判においては、被告人以外の第三者による防御方法を禁止し、防御方法を被告人自らが供述するという方法に限定することで、被告人の防御主体としての地位に、密接不可分な形で証拠方法としての役割を併せ持たせていたのである。先に論じた弁護人の禁止ないし制限も、被告人以外の第三者による防御方法を排斥することによって、被告人自身が自らの口で話すしか他に防御の方法がないという状態に彼を置くことに主眼があった。そのために、告発事実に対して沈黙することは、事実上、全ての防御を喪失するという自己破壊的な行為でしかなかったのである。

このように、沈黙する権利を、事実上、自己破壊的な権利でしかありえないものにし続けるには、弁護人に限らず、被告人以外の第三者による防御方法は、徹底して排斥する必要がある。⁽⁷²⁾現に、一七世紀を通じて、被告人には証人を強制的に喚問することは認められていなかったのである。⁽⁷³⁾それどころか、一六世紀においては、現に裁判所

に在廷し、証言することを厭わない証人であっても、裁判所が証人尋問を行なうことを拒否するケースさえあったのである。⁽⁷⁴⁾ さらに証人が許容された場合であっても、彼らは宣誓の上で証言することは許されなかったのである。⁽⁷⁵⁾ これらは、弁護側証人の使用を禁止ないし制限することで、被告人が自身によって防御することを余偽なくさせることにその主眼があった、とみてよいであろう。⁽⁷⁶⁾ その意味では、弁護人の禁止ないし制限と証人のそれとは、被告人自身が自らの口で話す（自らを証拠方法とする）しか他に防御の方法がないという状態を作り出すという同一の目的をもった二大要素であり、「被告人供述型」裁判を支える根本的要素であったのである。

第五節 「被告人供述型」裁判を基礎づけるその他の諸要因

弁護人や証人の使用を禁止ないし制限することで被告人の防御方法を奪うということ以外にも、被告人に供述するよう圧力をかける事実上の種々の要因が存在した。そのような要素のひとつが、当時の裁判における立証基準の不明確性である。⁽⁷⁷⁾ 「合理的疑いを超える証明」の基準が確立されていない裁判においては、被告人は、訴追側立証が成功しているのかどうかに関わらず、常に反論する必要に迫られていたといえよう。訴追側立証が不十分であるため防御の必要はないとして沈黙することには相当のリスクを伴うからである（沈黙して防御しなかった結果、有罪の立証があったと判断されるリスクがある）。その結果、事実上、沈黙することは許されなくなるのである。⁽⁷⁸⁾

さらに、「被告人供述型」裁判を支えたその他の諸要因として、Langbein が指摘する要因は、未決拘禁に伴う防御準備の阻害という要素である。重罪で告発を受けたほとんどの被告人が、公判を通じて未決拘禁に付されていたのであり、公判前の拘禁によって、被告人は防御の準備をする機会を奪われていたのである。また、防御の準備のために弁護人の援助を受けることも否定されていたし、弁護側証人の確保に関しても制限が課されていた。さら

には、公判が始まるまで、正確な犯罪事実を示した告発状が被告人に渡されることはなかったし、公判においてさえ、起訴事実を特定した正式起訴状の写しを被告人が所持することは禁止されていたのである(アレイメント時に書記官が正式起訴状の内容を要約することで済まされていた)⁽⁷⁹⁾。これらの制限の目的は、公判において負罪証拠に対し直接に反論するということ以外の防御方法を大幅に制約することにあつた、とされる⁽⁸⁰⁾。これらの制限が、証拠方法となるよう被告人に圧力をかけることを可能にしていたのである。

そして、これら「被告人供述型」裁判の理念は、公判のみならず、公判前段階にも貫かれていたとされる。すなわち、一五五五年メアリ拘禁法⁽⁸¹⁾のもと、治安判事に対しては、被疑者の逮捕後、迅速に尋問を行なうことが要求されておられ、この尋問制度はまさに被疑者に自己負罪の供述を迫るためのものであったのである⁽⁸²⁾。そして、この尋問での被疑者の回答はすべて書面にとられ後の公判における証拠とされたのである⁽⁸³⁾。このような公判前の尋問制度が前提とされていた以上、仮に被告人が公判で黙秘したとしても、それはあまり意味のある黙秘とはなりえなかつたであらう。なぜなら、公判前の尋問における彼の不利益供述が用いられるだけのことだからである⁽⁸⁴⁾。

第六節 小括

これまでの記述から明らかな通り、「被告人供述型」裁判の核心は、①被告人自身の供述という形でしか防御行為を認めないということ(そのための方策が弁護人の禁止であり、証人の禁止であった)、②その被告人の防御行為は、同時に証拠方法としての意味をもっていたということ、その結果、③被告人の防御主体としての地位に不可分な形で証拠方法としての地位が内在的に組み込まれていたこと、の三点に纏めることができるように思われる。

被告人が、防御行為を行いたければ、自分で供述することしか認められないため自ら供述することになるが、そ

の防衛行為としての供述が同時に証拠方法とされてしまうというリスクは覚悟しなければならない。逆に、証拠方法とされてしまうことを恐れて沈黙すれば、それは一切の防衛行為を放棄した形になる。被告人をこのようなジレンマに立たせることで、事実上、被告人に供述させること、つまり証拠方法として自身を提供することを求めるというのが、「被告人供述型」裁判の目的であった。

しかし、弁護人の関与や弁護側証人の使用が許容されることで、被告人自身が防衛（供述）する（つまり自身を証拠方法とする）ことなく、他の者に防衛活動を委ねることができるようになった。その結果、被告人の防衛主体としての地位に分かち難く絡み合っていた証拠方法としての側面を排斥することが可能となったのである。ここに、防衛の喪失を意味しない価値のある黙秘が発祥しえたのである。黙秘権発祥の歴史的意義もまさにこの点にこそある。つまり、複雑に絡み合っていた被告人の防衛主体としての地位と証拠方法としての地位とが、弁護人や弁護側証人（被告人に代わって防衛の主張を行なう代弁者）の介入によって、分断されたことにこそ、黙秘権発祥の歴史的意義が存在したのである。

第三章 黙秘権の権利内容に関する試論

第一節 黙秘権の存在理由から導かれる黙秘権の権利内容

黙秘権発祥の歴史的意義は、複雑に絡み合っていた被告人の防衛主体としての地位と証拠方法としての地位とが分断された、という点にあった。防衛主体としての地位に不可避的に付随していた証拠方法としての地位を切り離した上で、完全な防衛主体としての地位を被告人に保障することこそ、歴史のなかで黙秘権に託された真の保護利

益なのである。黙秘権の存在理由がこの点にあったということは、黙秘権の権利内容を考察するに際して、確認されなければならない重要な点である。ここで確認された黙秘権の存在理由からは、黙秘権の権利内容として、次の二つのことが導かれるように思われる。

まず、被告人の地位から「証拠方法たる地位を切り離れた」という点に重きをおくならば、黙秘権で保障される権利内容として、①被告人の証拠方法としての側面を排除、つまり、供述することで自身を証拠方法として提供することを拒否しようという権利内容（供述拒否権）が導かれる。

さらに、証拠方法たる地位が切り離されたことの意義が、「完全な」防御主体たる地位の確立にあったという点に着眼するならば、黙秘権で保障される権利内容として、②自己を証拠方法とすることなく防御行為を行なうことができるという権利内容が導かれることになる。

被告人自身が主張・弁解しない場合であっても防御方法を喪失してしまうことなく、なお防御主体としての地位にふさわしい防御行為が保障される。被告人自身が主張・弁解する（自己を証拠方法として提供する）ことなく、なお防御主体として訴追側立証に疑問を提示していくこともできる。このような防御行為を保障することにこそ、黙秘権の本来的意義があったとの評価も可能ではなからうか。そうであれば、黙秘権の権利内容としては、①供述を拒否（沈黙）できるといふことにとどまらず、②証拠方法として自己を提供しなくとも訴追側立証に疑いを提示していくことができる、ということが保障されなければならないのである。

仮に黙秘権を、従来どおり、沈黙することができるといふ消極的権利であるにすぎないと解するとすれば、そのような権利は、「Langbeinのよう」「被告人供述型」裁判であっても保障されうるものであろう。というのは、沈黙するだけなら、「被告人供述型」裁判であっても、被告人が自己の主張ないし抗弁の提起を放棄すればよいだけの

ことだからである。「被告人供述型」裁判にあっても、被告人が自己の主張ないし抗弁の提起を放棄する場合にまで、被告人に供述を強要したわけではない（むしろ防御の喪失を強制の契機として被告人に供述を迫っていたのである）。その意味では、黙秘権が沈黙することができるという消極的権利にすぎないのであれば、「被告人供述型」裁判であつても、黙秘権は保障されていたといえないこともない。

しかしながら、沈黙することができるといふ消極的権利としての黙秘権が保障されていれば、「被告人供述型」裁判の問題性が解消されるわけではもちろんない。「被告人供述型」裁判の問題性は、「被告人の沈黙が許されない」ことにあるのではなく、「被告人の沈黙が彼・彼女の防御の喪失を意味した」ということにあつたからである⁽⁸⁵⁾。前章で確認した通り、「被告人供述型」裁判においては、特に事実問題に関する防御方法については、被告人自身による主張ないし抗弁の提起という方法しか認めていなかった。そのために、沈黙するということは、そのまま防御方法の喪失を意味していたのである。このような状況において、沈黙する権利を主張することは、自己破壊的な行為でしかなく、そのような自己破壊的権利を主張する者は実際には存在しなかつたのである⁽⁸⁶⁾。こうしてみると、真の問題点が、被告人の防御方法を制限する（被告人自身による主張・抗弁の提起という方法に限定する）ことで、被告人の防御主体としての地位と防御方法としての地位とが分かち難く結びつけられていた点にこそあつたということ（は明らかであろう。そして、防御主体としての地位と防御方法としての地位の結びつきを断つことにこそ、黙秘権保障の歴史的意義は存在したのである。そうであれば、黙秘権の権利内容として、沈黙することができる権利というだけでは、この権利の本質的部分を完全に捉えきれではないのではないだろうか。

被告人自身が主張・弁解しない場合であつても防御方法を喪失してしまうことなくお防御主体としての地位にふさわしい防御行為を保障しようという点にこそ、黙秘権保障の本来的意義はある。この点を踏まえるならば、黙

秘権とは、防御活動を他者に委ねることによって、自己を証拠方法とすることなく、かつ防御主体としての地位にふさわしく、訴追側立証に疑いを投げかけていくことを可能にする積極的権利であったといふべきであろう。

第二節 黙秘権保障の基盤としての防御権の構造

黙秘権の歴史的な存在意義に鑑みるならば、黙秘権の内容には、①供述を拒否することができる権利（黙秘権の消極的意義）のみならず、②自己を証拠方法とすることなくなお検察官立証に疑いを提示しうる権利（黙秘権の積極的意義）が含まれているといえる。⁽⁸⁷⁾

黙秘権に関する以上の理解を前提とした場合、弁護人依頼権、証拠調べ請求権、証人喚問権など、被告人に認められた種々の防御権が、黙秘権を中核として一環をなしていることが窺える。積極的意味での黙秘権を保障するためには、それを支える法的基盤として、被告人の代弁者としての弁護人や弁護側証人の使用が不可欠となる。⁽⁸⁸⁾ その意味で、弁護人の援助を受ける権利や証拠調べ請求権（証人喚問権）は、黙秘権の権利内容を保障する現実的基盤を構成するものである。

これまでも、黙秘権と弁護人依頼権との関連性は指摘されることがあった。⁽⁸⁹⁾ しかし、黙秘権と証拠調べ請求権（証人喚問権）との内在的な結合関係は、それほど意識されていたようには思われない。⁽⁹⁰⁾ 沈黙することができる権利から、なぜ証人を喚問する権利が導かれるのか、確かににわかには理解しにくいところではあろう。しかし、それは、そもそも黙秘権を沈黙することができる権利という消極的側面においてしか捉えていなかったからである。その発祥起源から示唆されるところの黙秘権とは、消極的な沈黙の権利ではなく（そのこと自体も重要な黙秘権の権利内容であるが）、沈黙していてもなお訴訟主体にふさわしい積極的な防御活動を行なえる権利であったのである。黙秘

権とは、自己を証拠方法とすることで防衛活動を行なうという諸刃の剣的な防衛権ではなく、自己を証拠方法とすることなく防衛活動を行なえる主体としての基盤を求めたものだったのである。黙秘権の発祥起源に遡ってその本来的意義を確認するとき、黙秘権と証拠調べ請求権（証人喚問権）とが、歴史的・内在的に強く結びついていたことが示唆される。

第三節 証拠調べ請求の制限を伴う主張明示義務の問題性

黙秘権に関するこれまでの理解を前提とした時に、公判前整理手続において証拠調べ請求の制限を伴う主張明示義務を課すことが、黙秘権保障の見地から、果たして正当化されうるであろうか。

たとえば、公判前整理手続においては、犯行時刻に犯行現場にはいなかった旨のアリバイ主張にとどまっていたにもかかわらず、公判において改めて具体的なアリバイ主張（その時刻は友人の自宅にいた等）を行なった場合、その主張を立証するためのアリバイ証人の証人尋問請求をすることは原則として認められないことになる。しかし、このことが、「自己を証拠方法とすることなく防衛主体としての防衛行為を可能にする権利」という積極的意味での黙秘権を制限することにならないかが問われなければならない。確かに、証人尋問の請求を制限するとそれ自体は、黙秘権の制限というより、端的には証人喚問権（憲法第三七条第二項）の制限に関わる問題であろう。また、証拠調べ請求を却下することが全て黙秘権侵害になるともいえないであろう⁹¹。しかしながら、アリバイ証人の証人尋問請求が制限されることで、被告人が証人に期待したであろう証言内容を、被告人は「自らの口で」主張しなければならなくなる。それは自己を証拠方法とすることであり、同時に、事実認定において不利益な証拠資料とされる危険を冒すことへとつながっていく。不利益な証拠資料とされることをおそれ、主張を差し控えると

いうことになれば、消極的意義での黙秘権は保障されたとしても、積極的意味での黙秘権の保障は全うされえないこととなる。自己を証拠方法とすることなく防御活動を行なう方法を奪われる、という点に着眼すれば、黙秘権保障の内実を実質的に制限するものとなっていることは否定しがたいのではないだろうか。⁽⁹²⁾

これに対しては、「やむを得ない事由」によつて事前に証拠調べ請求をできなかった場合⁽⁹³⁾であれば証拠調べの請求も認められるし、仮にこれに該当しない場合であっても、被告人の主張に相応の合理性や説得力が認められる場合には、職権による証拠調べの途が残されているので、被告人に不当な不利益を課すことにはならないとの反論もありえよう。しかしながら、「やむを得ない事由」とは、立法過程でも確認されているように、極めて限られた場合しか想定されていないため、⁽⁹⁴⁾この例外規定によつて被告人が救済されるのは、まさしくやむを得ない場合だけであり、当然のことを確認しているに過ぎない。また、職権証拠調べによる救済についても、その前提として、被告人は、少なくとも相応の合理性や説得力のある弁明を行なわなければなるまい。そのこと自体、被告人にとっては相当の負担となるが、より問題となるのは、被告人の弁明が合理的であるかどうかの判断基準である。被告人の弁明に合理性があるかどうかの判断は、実はそれほど容易なことではない。⁽⁹⁵⁾裁判官にとつて、およそ不合理と思われる被告人の弁明が真実である場合も否定しえない（真実そのものでなくとも、一片の真実が含まれていることは多分にありうることであろう）。また、そもそも公判前整理手続でしていなかった弁明を遅れて主張すること自体が、主張の合理性を損なわせると判断される可能性も否定しえないであろう。⁽⁹⁶⁾それゆえ、職権証拠調べの方途が残されているということは、必ずしも十分な正当化根拠とはなりえないように思われる。

第四節 一九九四年イギリス黙秘権制限法との関連——黙秘権告知の規定の差異

被告人に主張明示義務を課すことが黙秘権の制限とならないのが議論されるなかで、イギリスのいわゆる黙秘権制限法 (Criminal Justice and Public Order Act 1994) との関係に言及されることがある。⁽⁹⁷⁾ 今般の改正法における主張明示義務とイギリスの黙秘権制限条項とは、基本的にその性質を異にするものではあるが、類似する点も存在し、議論の手がかりとはなりえよう。そこで、ここでも簡単に両者の相違点を確認しておく。⁽⁹⁸⁾

イギリス黙秘権制限法第三四条は、公判において主張する予定の事実に関して取調べ時に質問されたとき、その時点で当該主張を提示しておくことがその当時の状況に照らして合理的である場合、その時点で当該事実につき言及しなかったことから、適切な推認を導くことを可能とする条項である。⁽⁹⁹⁾ 注意すべきは、「公判で主張する事実」を事前に明示しなければならぬということであり、黙秘したこと自体からの推認を許すわけではない。また、主張を明示しなかったことからの推認は、「適切な推認」でなければならぬ。適切な推認とは、通常は、公判になって初めて提示した抗弁は信用性が低いとの推認を意味する。イギリスにおいて黙秘からの不利益推認といわれることの実質は、このような内容を意味している。

本条は、被疑者取調べの段階における主張明示に関する議論であり、日本の公判前整理手続における議論とは、そもそも前提を異にするものであるから、安易な比較はできないが、公判終了時までには主張する事実を、前倒しして提出することを求めるといふ点においては、類似性を有しており、議論の手がかりにはなりえよう。

注目されるのは、イギリスにおいては、本法案の提起から本法制定の過程を通し、一貫して、このような推認を認めることが、「黙秘権の修正」として許容されうるか、という見地から議論されていたことである。(日本で言われたような) 主張時期の前倒しを要求するに過ぎず、黙秘権と実質的に抵触するものではないという議論は、管見

の限り、存在しない。このことから、主張時期の前倒しを義務づけることも、本来的な黙秘権の形を変容させるものである、と認識されていたことが窺われる。つまり、イギリスにおいては、本来、主張時期を含めて黙秘権の保障範囲内にあると考えられていたことが窺われるのである。

このことは、本法制定後、黙秘権告知の内容が変更されていることから裏付けることができよう。本法制定後、イギリスの黙秘権告知の規定は、次のように変更された。すなわち、「あなたは、何も話す必要はありません。しかし、公判において主張しようとすることに關して質問されたときに、そのことについて何ら言及しなかった場合には、あなたの公判での主張(の信用性)は害されるかもしれません。あなたの話したことは何でも証拠として提出されるかもしれません。」と。このような黙秘権告知の修正は、主張時期の前倒しの要求が、従来の黙秘権の内容を修正するものであるとの認識を示している。なぜなら、権利の告知は、権利の内容を説明するものであり、その権利告知の規定を修正せざるを得ないということは、まさに権利の内容が修正されたからである、と考えられるからである。

この点、日本の公判前整理手続における黙秘権告知の規定はどうであろうか。刑事訴訟法第三一六条の九第三項は、「終始沈黙し、又は個々の質問に対し陳述を拒むことができる旨を告知しなければならない」と規定している。⁽⁹⁹⁾ この規定は、刑事訴訟法第二九一条第二項および同法第三二一条第一項の黙秘権告知の規定とほぼ同様の規定の仕方である。⁽¹⁰⁰⁾ しかしながら、被告人がこの告知規定に従い公判前整理手続において終始沈黙した場合、後の証拠調べ請求の制限という防御上の重大な制約が課せられることがありうる。その意味で、この告知規定はそもそも正確な権利内容を反映していないという問題点がある。

しかし、より本質的な問題は、公判前整理手続の段階で公判において予定する主張を明示しない場合には証拠調

べ請求の制限が課せられる旨の告知内容を付け加えればそれで足りるのか、という問題である。この点、仮に告知内容の正確性は担保されたとしても、そのこと自体が、黙秘権の内容に修正を加えることの直接の正当化根拠とはなりえないはずである。⁽⁸⁸⁾ 結局、かかる黙秘権の変容を引き起こす主張明示義務を課すことの正当化根拠が十分に示されているのかどうか、が問われなければならないのである。

第五節 一九九四年イギリス黙秘権制限法との関連——検察官によるコメントの是非

主張明示義務違反に対するその他のサンクション（証拠調べ請求を制限するということ以外のサンクション）に関する問題として、主張明示義務に違反した場合、論告において検察官がその点に言及し、裁判所や裁判員は証拠評価に際しその事実を考慮することができるのか、という問題がある。⁽⁸⁹⁾

この点、前述のごとく、イギリス黙秘権制限法においては、公判で主張予定の抗弁に関し、事前に言及しておくことが合理的に期待されうる状況であったにもかかわらず、当該抗弁に言及していなかったという事実に基づき、公判になって初めて提示された抗弁の信用性評価を行なうことが許されている。⁽⁹⁰⁾

問題は、イギリス黙秘権制限法で許容された不利益推認が、日本においても許されるのか否かである。例えば、公判前整理手続においては、「被害者が死亡した時に被害者宅にはいなかった」という限りでのアリバイ主張しかしていなかったのに、被告人質問になってはじめて「その時間は友人宅にいた」と主張し始めた場合、検察官は、公判前整理手続においては当該主張を明示していなかったという事実と言及し、また、裁判所や裁判員は当該主張の信用性評価に際しその事実を考慮してもよいのであろうか。

この点、被告人に主張明示の義務がある以上、検察官が義務違反の事実を指摘することは許されるし、裁判所が

証拠評価に際してその事実を考慮することも否定されないとの見解がある⁽⁶⁶⁾。この見解の趣旨が、被告人の矛盾供述の事実を被告人の供述の信用性判断に際し考慮できるという意味であれば、確かにその通りであろう。しかし、公判前整理手続の段階で明示義務があるということ根拠に、前後の主張で矛盾しているかどうかに関わりなく、後の主張の信用性評価に影響を及ぼしてよいとする趣旨であるならば、これはイギリスにおける黙秘権制限法と同様の効果をもたらす結果となる⁽⁶⁷⁾。先に挙げた例でいけば、「被害者が死亡したときに被害者宅にはいなかった」との主張と、公判における「その時間は友人宅にいた」との主張は、前後で矛盾する主張ではない。にもかかわらず、公判前整理手続の段階で、友人宅にいた旨の具体的主張をしていなかったことをもって義務違反と捉え、後の公判での主張の信用性判断の一材料としうるのであれば、イギリス黙秘権制限法の効果となんら変わるものではない。かかる推認を行なうことが、イギリスで黙秘権制限と捉えられていた実質である。

黙秘権と抵触することを正面から認めただ上、黙秘権の修正・制限が正当化されるのかを議論してきたイギリス⁽⁶⁸⁾に対し、日本においては、そもそも黙秘権の範疇の問題として捉えること自体が否定されてきた経緯がある。ここでは、今般の改正法において被告人側に課された主張明示義務は黙秘権に抵触するものではない、との前提があったはずである。その前提が維持されるのであれば、イギリスで黙秘権を修正した結果と考えられている推認と同様の推認を行なうことは許されないとすべきであろう。

第六節 小括

本章においては、黙秘権の発祥起源から導かれる黙秘権の権利内容について考察するとともに、黙秘権が、その発祥起源において、弁護人依頼権や証拠調べ請求権といった種々の防御権と、内在的に結合した権利であったこと

を確認した。そこからは、従来のような、沈黙する権利という消極的意味での黙秘権ではなく、証拠方法となることを回避しつつ、かつ防衛主体として訴追側立証に疑いを投げかけていくという積極的意味での黙秘権が描出される。黙秘の権利は、黙秘することだけに価値があるのではなく、黙秘していても防衛主体としての地位を失うことなく防衛行為を行なうことができるところに価値があるのである。

本来的な黙秘権を前提とするならば、証拠調べ請求の制限を伴う主張明示義務を課すことは黙秘権に抵触する危険性があると言わざるをえないであろう。また、主張明示義務に違反したこと自体から、後の抗弁の信用性が減殺されると考えることは、イギリス黙秘権制限法の意図したところであって、仮にこのような推認を行なうのであれば、イギリス同様、黙秘権を一部修正したことを正面から認めざるをえないはずである。⁽¹⁰⁾ 今般の法改正が、黙秘権に抵触するものではないとの前提で行なわれていた以上、かかる推認を認めることも許されないのである。

おわりに

最後に、本稿で試論的に提示した黙秘権の内容を確認した上で、二〇〇五年一月から施行される公判前整理手続のあるべき運用の方向性について簡単に触れることとする。

今回の立法過程において前提とされてきた黙秘権・自己負罪拒否特権とは、不利益供述の強要禁止という消極的権利であった。証拠調べ請求の制限を伴う主張明示義務を課すことについては、「不利益」供述が「強要」されるわけではなく、従来通りの黙秘権は今後も保障される、ということが正当化根拠とされていた。

黙秘権が沈黙を保障する消極的権利にすぎないとの前提に立てば、公判で予定する主張を事前に明示する義務を

課すことも、証拠調べ請求を制限することも、確かに黙秘権に抵触するものではないであろう。被告人が沈黙を望む場合、依然として沈黙することは確かに保障されているからである。しかし、その沈黙の結果、その後の防御方法に一定の制約がかかってくる場合があることは否定できない。黙秘権によって保障しようとした本来的な保護利益は、単なる沈黙の保障ではなく、防御の喪失を伴わない価値のある黙秘の保障であったことに留意するならば、証拠調べ請求の制限という防御上の制約は、沈黙していてもなお防御行為を行うことができる積極的権利としての黙秘権の内実を制限するものとなる危険性がある。証拠調べ請求の制限は、結果として、被告人自身による防御を余儀なくさせる。それは被告人に対し、自らを証拠方法(客体化)とするよう迫ることに他ならない。これは被告人に完全な防御主体としての地位を保障しようとした黙秘権の趣旨に反するものである。公判前整理手続での主張明示義務に違反したことを理由に証拠調べ請求の制限を課すことに関しては、黙秘権の見地から、重大な疑問が残っている。

さらに、証拠調べ請求の制限が設けられた最大の理由は、裁判員裁判を想定し、連日的開廷を確保するためであったが、本来、迅速な裁判を受ける権利は、被告人の権利であって義務ではない。裁判員の負担軽減を理由とする迅速裁判の要請が、被告人の権利保障の要請を凌駕することはあってはなるまい。その意味でも証拠調べ請求の制限に関しては、極めて慎重であるべきである。また、立法過程では、憲法上の自己負罪拒否特権と刑事訴訟法上の黙秘権とは区分けして論じられるべきことが前提とされていたが、この点についても多くの異論のあるところであり、⁽¹⁰⁾必ずしも所与の前提としうるものではない。仮に憲法上の自己負罪拒否特権の内容が、刑事訴訟法上の黙秘権と同様、自己の有利・不利を問わず、終始沈黙することができる権利として捉えるべきものであるとするならば、改正法には憲法上の疑義も生じかねない。

このように被告人側に証拠調べ請求の制限を伴う主張明示義務を課すことには、なお理論上の問題が残されている。改正法の施行後にあつては、改正法がこれらの理論上の疑義を残していることを踏まえた運用が求められる。とりわけ証拠調べ請求を制限することに関しては、その防衛上の重大な不利益性に鑑み、極めて慎重であるべきであらう。新たな証拠調べを認める例外事由を可級的に広く緩やかに解釈する運用が求められよう。⁽¹⁰⁾

注

- (1) 川崎英明「刑事弁護と権利運動」浅田和茂他(編)『転換期の刑事法学』一七七頁(現代人文社、一九九九)。
- (2) 法曹三者による「刑事被疑者弁護に関する意見交換会」において法務省は、「不適切弁護」の例として、被疑者に対する黙秘権行使の勧告の事例を挙げている。丸島俊介「被疑者弁護に関する意見交換会第四回〜第六回」季刊刑事弁護一八号一一六頁(一九九九)。その他、山下幸夫「弁護活動に対する批判とその対応」ミランダの会(編)『ミランダの会』と弁護活動』五九頁(現代人文社、一九九七)、上田國廣「刑事弁護の理念と実践——被疑者弁護を中心として——」自由と正義五〇巻七号一〇八頁(一九九九)等参照。
- (3) 弁護人が黙秘の助言をしたことや、弁護人の立会いがない限り取調調書に署名・押捺しないよう助言したことに対して批判的態度をとるものとして、東京高裁判決平成一〇年四月八日・判例時報一六四〇号一六六頁、浦和地裁越谷支部判決平成九年一月二一日・判例時報一五九九号一五五頁、東京地裁判決平成六年十二月一六日・判例時報一五六二号一四二頁等。この点について検討する文献として、村井敏邦「刑事弁護の有効性、相当性——三つの事例を素材にして——」井戸田侃他(編)『誤判の防止と救済』九三頁(現代人文社、一九九八)、吉弘光男「弁護活動批判の裁判例批判」季刊刑事弁護一五号四五頁(一九九八)等。
- (4) とりわけ社会の耳目を集めた事例としては、いわゆる城丸君事件(札幌高裁判決平成一四年三月一九日・判例時報一八〇三号一四七頁)や、和歌山毒カレー事件(和歌山地裁判決平成一四年二月一日・判例タイムズ一一二二号四六四頁)などがある。
- (5) 城丸君事件における検察官の主張は、事実上、黙秘からの不利益推認を強く主張するものであった。石田倫識「刑事判例研究」九大法学八八号一三九頁(二〇〇四)参照。

- (6) 司法の危機と言われる一九七〇年代にあっても、弁護人が黙秘を勧告したことに對して、判決文であからさまに批判するな
 どと言うことは想像することができなかったという。丹治初彦『「捜査弁護」覚書』一三六頁、一三七頁（二〇〇五）参照。
 もつとも、これまでも黙秘権が全く問題にされなかったわけではない。労働・公安事件における法廷闘争のなかで行なわれ
 た黙秘権行使に対する批判も存在したし、一九五三年の刑事訴訟法改正の立法過程において被疑者に対する黙秘権告知制度の
 改廃が主張されたこともあった。三井誠「被疑者の防禦権（1）」——黙秘権——同『刑事手続（1）（新版）』一四一頁（有斐閣、
 一九九七）等参照。
- (7) 黙秘権が行使された事例がどの程度存在するのか正確な件数は不明であるが、現在においても黙秘の事例はまれであると推
 測されている。三井誠「黙秘権の保障と自白」法学教室二三八号七九頁（二〇〇〇）参照。
- (8) 正確には、公判前整理手続での証拠調べ請求義務に對する制裁が証拠調べ請求の制限であつて、主張明示義務を履行しな
 かつたことから直接に証拠調べ請求の制限がかけられるわけではない（理論的には、主張明示義務に對する制裁は公判での
 主張制限ということになる）。しかしながら、公判前整理手続において、主張を明示していなかった場合、当然にその主張を
 立証するための証拠調べ請求ということも観念しえないため、結局は、主張明示義務の不履行が証拠調べ請求の制限という制
 裁を伴うことになる。それゆえ、主張明示義務は、証拠調べ請求の制限という制裁を伴った義務といえる。
- (9) 公判前整理手続の詳細に関しては、辻裕教「刑事裁判の充実・迅速化のための刑事訴訟法の改正」現代刑事法六卷一—号四
 七頁（二〇〇四）、同「刑事司法分野における司法制度改革関連立法の概要（下）」警察学論集五八卷二—号九六頁（二〇〇四）、
 伊藤栄二「刑事裁判の充実・迅速化を図るための刑事訴訟法改正の経緯と概要」法律のひろば五七卷九号—四頁（二〇〇四）、
 岡慎一「『公判前整理手続』における弁護の課題 証拠開示の活用と『予定主張』明示への対応」自由と正義五六卷三—号六一頁
 （二〇〇五）、鯉越溢弘「裁判員制度と公判前整理手続——争点整理・証拠開示を中心として」法律時報七七卷四—号三五頁（二
 〇〇五）参照。新設された公判前整理手続について詳述している体系書としては、田口守一「刑事訴訟法（第四版）」二六七
 頁以下（弘文堂、二〇〇五）、長沼範良・田中開・寺崎嘉博『刑事訴訟法（第二版）』一九〇頁以下（有斐閣、二〇〇五）。
- (10) 証拠調べ請求の時期は、弁論終結までいつでもよいとされている。松尾浩也（監修）『条解 刑事訴訟法（第三版）』五七四
 頁（弘文堂、二〇〇三）参照。証拠調べ請求に時期的限界が設けられなかった理由に關し、田淵教授は次のように指摘してい
 る。「事前準備のための十分な手段をもたない防側にとつて、公判審理を通じて取調べの必要な証拠が判明することも珍し
 くない。また、被告人は進んで無罪を立証する義務を負わないのであるから、たとえ防側にとつて存在が事前に判明してい

る証拠であつても、相手方の主張立証に依じて、その証拠の取調べの必要性や優先性を判断することは、防御側の訴訟戦術上の問題に過ぎない。」と。田淵浩二『証拠調べ請求権』二二頁(成文堂、二〇〇四)。実務においても、被告人側の証拠調べ請求は、検察官の公判立証の後に行われるのが通常である。被告人側の防御方針は、検察官の公判立証を待つてはじめて確定できるケースも少なくないからである。

(11) 公判前整理手続は、裁判員制度対象事件においては必要的である(裁判員法第四九条)が、その他の事件においては、裁判所が、「充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行なうため必要があると認めるとき」に、「検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴いて」行われる(刑事訴訟法第三一六条の二)のであり、全ての事件において公判前整理手続が行われるわけではない。

(12) 検察官の公判立証を待つてから被告人側の主張・立証を行なうという防御方法は、従来、無罪推定法理・挙証責任原則の見地から認められる被告人の正当な権利であると考えられてきた。純理論的には、検察官の公判での有罪立証が不十分であると考えられる場合、被告人側はその点を指摘すれば足り、何ら積極的に主張・立証を行なうことなく、無罪の申立てをすることも可能である。現にイギリス法においては、被告人側立証を要求するに足る程度の訴追側立証がなされていない場合、被告人側は裁判官に対し無罪の指示評決を申し立てることができる。豊崎七絵「刑事訴訟における『事実認定の当事者主義的構成』への一試論——イギリスの答弁不要の申立てを手掛かりとして——」法学六一巻二号一七〇頁(一九九七)、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』三二二頁(有斐閣、一九九六)参照。かかる意味では、「検察官の公判立証が失敗に終わるのを待つ」ということも、防御上の戦術の一つとして、被告人に認められた正当な権利であると私は考えている。この点、立法過程においては、「そもそも、検察官が転ぶのを待つということが正当な利益と認められ得るものなのか疑問とする余地がある」と考えられているようである。井上正仁「刑事裁判の充実・迅速に向けて——刑事司法制度改革の趣旨とその経緯」司法研修所論集一一三号一三七頁(二〇〇四)、第二〇回裁判員裁判・刑事検討会の議論を参照。この点は無罪推定の法理や挙証責任の原則をどのように理解するかということに関わる重大な論点であり、詳細な検討は他日に委ねざるをえない。

(13) 井上正仁・前掲論文註(12)一三七頁参照。

(14) 渕野貴生「公判前整理手続の問題点」季刊刑事弁護四一号二五頁(二〇〇五)、同「裁判員制度と刑事手続改革」法律時報七六巻一〇号三〇頁(二〇〇四)、小坂井久「主張明示義務と黙秘権」季刊刑事弁護四一号七七頁(二〇〇五)、萩原猛「刑訴法一部改正(迅速充実)で刑事訴訟手続はどう変わるのか」法学セミナー五〇巻七号一五頁(二〇〇五)、小田中聰樹「裁判

- 員制度の批判的考察」丹宗曉信・小田中聰樹（編）『構造改革批判と法の視点』三九頁（花伝社、二〇〇四）、後藤貞人「刑事裁判の充実・迅速化——弁護の立場から——」現代刑事法六卷二二四—二二頁（二〇〇四）、美奈川成章「証拠開示・公判前整理手続の実務的課題」季刊刑事弁護四〇号八三頁（二〇〇四）、同「準備手続の創設・証拠開示の拡充」季刊刑事弁護三三—三九頁（二〇〇三）、新屋達之「刑事司法改革関連法の意義と問題点」受験新報五四卷九号二二頁（二〇〇四）等。
- (15) 第七回検討会配布資料中、【資料二一】最高裁判所事務総局『裁判員制度、刑事裁判の充実・迅速化、検察審査会制度の在り方についての意見』八頁および【資料二〇】法務省『裁判員制度・刑事検討会における当面の論点に関する意見』三—四頁。法務省ペーパーにおいては、争点明示義務のみならず、争点整理の実効性担保のため、準備手続後の新たな主張・立証を制限すべきとの意見も示されている。
- (16) 被告人側の争点明示義務に関し、「結論としてどうかは別として、黙秘権との関係が問題になるということは間違いなく、それは議論しなければならない」とされ、「憲法上の権利保障がある、あるいは刑事訴訟法上何も言わなくていいことになっているのだから、争点の明示を強いられるわけではないという議論はもちろんあり得るわけで、それについて、どういふうな答えをするのかということだと思っております。」（第八回検討会における井上座長発言）との問題意識が確認されている。
- (17) 第一九回検討会配布資料【資料一】。
- (18) 第二八回検討会配布資料【資料二】井上正仁『考えられる刑事裁判の充実・迅速化のための方策の概要について』。
- (19) 第二九回検討会配布資料【資料二】井上正仁『考えられる刑事裁判の充実・迅速化のための方策の概要について』の説明五・六頁。なお、座長試案においては、自己負罪拒否特権と黙秘権との関係について改めて説明されていないが、検討会における議論を踏まえ、両者は守備範囲を異にするものであることが前提とされている。すなわち、刑事訴訟法上の黙秘権は内容の有利・不利を問わず供述しなくてもよいものであるのに対し、憲法上の自己負罪拒否特権は、自己に不利益な供述を強要されないということとどまることが、ここでの議論の前提となっている。井上正仁・前掲論文註（12）一三五頁以下参照。
- (20) 同上八頁。
- (21) 同上九頁。
- (22) 第三〇回検討会における四宮委員及び高井委員の発言参照。
- (23) 第三一回検討会配布資料【資料二】『刑事裁判の充実・迅速化のための方策の概要について（骨格案）』。
- (24) 井上正仁・前掲論文註（12）一三五頁以下。なお、国会審議においても、同趣旨の説明が繰り返しなされている（第一五九

- 回国会・衆議院法務委員会第一〇号および同第一三三号における山崎政府参考人答弁)。
- (25) 註(14)に挙げた諸論稿において提起された理論的批判に鑑みれば、主張明示義務・証拠調べ請求義務を課すことの正当化根拠については、なお理論的検討の余地を残していると考えている。
- (26) 川出敏裕「公判前整理手続」ジュリスト一二六八号七三頁(二〇〇四)、同「新たな準備手続の創設」現代刑事法四卷一—号四五頁(二〇〇二)、椎橋隆幸「公判前整理手続と証拠開示」現代刑事法六卷一二二—二〇〇頁(二〇〇四)、大澤裕「新たな準備手続」と証拠開示」刑法雑誌四三卷三—四二六頁(二〇〇四)、田口・前掲書註(9)一七五頁など。
- (27) 渕野・前掲論文註(14)「公判前整理手続の問題点」二六頁以下、同「裁判員制度と刑事手続改革」三三頁以下、小田中・前掲論文註(14)七三頁参照。
- (28) 渕野・同上。なお、厳密な意味で自己負罪拒否特権の侵害にあたるか否かは別にしても、十分な弁護体制や手続上の配慮なしに、主張明示義務違反を理由として、証拠調べ請求を制約することは、適正手続の見地から許されないとする見解もある。白取祐司「新たな準備手続と迅速な裁判——自己負罪拒否特権・予断排除の原則との関連において——」現代刑事法六卷一二—号一三頁以下(二〇〇四)参照。
- (29) 小坂井・前掲論文註(14)七七頁以下、萩原・前掲論文註(14)一八頁、美奈川・前掲論文註(14)「証拠開示・公判前整理手続の實務的課題」八七頁、同・前掲論文註(14)「準備手続の創設・証拠開示の拡充」四一頁以下、後藤・前掲論文註(14)四三頁以下。
- (30) とりわけ刑事弁護に熱心な弁護士層のなかで、一般の刑事司法改革に対する批判が強いという。早野貴文Ⅱ大川真郎Ⅱ黒川弘務Ⅱ笠井正俊Ⅱ高田昭正Ⅱ中川丈久Ⅱ椎嶋裕之「《座談会》改革審意見はどこまで具体化したか」法律時報七七卷八号二—頁(二〇〇五)(椎嶋・大川発言)参照。また、第一五九回国会・衆議院法務委員会第一四号における辻委員の発言参照。
- (31) 尾崎道明「刑事裁判の充実・迅速化——検察官の立場から——」現代刑事法六卷一二二—三六頁(二〇〇四)参照。
- (32) 尾崎・同上三七頁以下は、「改正法は、弁護人・被告人が誠実に争点の絞込みと明示を行なうこと……(中略)を前提に制度を組み立てている」ことを踏まえ、「弁護人・被告人の主張明示義務は、公判開始前に争点を明確化し、効率的な審理計画を策定することを可能とするため設けられたもの」であって、「訴因を構成する各事実に対する認否にとどまらず、正当防衛等……(中略)も明示しなければならない」し、主張明示の目的に照らし、「具体的でなければならない」とする。
- (33) なお、最高検察庁「刑事裁判の充実・迅速化に向けた方策に関する提言」参照。同提言においても、「争いのある事件につ

いては、弁護人に対し、争点を具体的に明らかにするよう求める。単に『公訴事実を争う』とか、『違法性阻却事由が存する』とか、『責任能力がない』というような抽象的な主張がなされたときは、弁護人に、間接事実を含めた具体的事実関係について争点を明らかにするよう粘り強く求めるべきである」（五頁）とされている。同提言の概要については、上野正晴「刑事裁判の充実・迅速化に向けた検察の取組みについて」法律のひろば五七巻三号二四頁（二〇〇四）。

(34) 争点の絞込みの必要性を主張する裁判官の論稿として、松本芳希「裁判員制度の下における審理・判決の在り方」ジュリス ト一二六八号八頁（二〇〇四）、村瀬均「刑事裁判の充実・迅速化——裁判官の立場から——」現代刑事法六卷一二号二八頁（二〇〇四）、杉田宗久「公判前整理手続における『争点』の明確化について——被告人側の主張明示義務と争点関連証拠の開示の運用をめぐって——」判例タイムズ一一七六号四頁（二〇〇五）など。杉田論文においては、「裁判官の感覚では、『争点を絞る』ことは、『争点整理』とほぼ同義に他ならない」（七頁）と指摘されている。

(35) たとえば、松本・前掲論文註（34）八五頁は、「審理の模様をみてから主張・立証方針を確定すべく、争点の明示を怠って、曖昧に済ませておき、審理途中で新たな主張・立証を申し出るなどして、審理計画の変更を余儀なくさせるような訴訟態度は、許されないと考えるべきである」と指摘する。また、村瀬・前掲論文註（34）三二頁においては、より端的に「証拠調べ請求は、やむを得ない事由によって公判前整理手続において請求できなかったものを除いて、新たな証拠調べ請求をすることはできないとされており……（中略）計画的な審理のためにもこの点のルーズな運用は許されるべきではない」とされる。

(36) 岡・前掲論文註（9）六七頁以下、後藤・前掲論文註（14）四五頁等。

(37) 岡慎一「裁判員制度の導入と弁護活動——公判前整理手続を中心に——」法律のひろば五七巻九号四五頁以下（二〇〇四）等。なお、岡慎一Ⅱ小坂井久Ⅱ高野隆Ⅱ後藤昭Ⅱ秋田真志（座談会）公判前整理手続・連日的開廷で刑事弁護はどう変わるか」季刊刑事弁護四一号三一頁（二〇〇五）での議論参照。

(38) 検察・裁判所側が、「争点の絞込み」に力点をおく点で一致しているのに対し、弁護士側には、「争点の絞込み」に協力させられることへの強い懸念があり、この点に関して、検察・裁判所側と弁護士側には、大きな隔たりがあるといえよう。

(39) この不利益な供述を強要されないという権利を、被告人側から主体的に捉えなおすならば、それは、不利益な供述を拒否（沈黙）する権利（供述拒否権）の保障として捉えられる。そして、このことから、不利益供述を強要して獲得された証拠の排除を求める権利（証拠禁止）と、不利益供述を拒否したことからの不利益推認を禁止させる権利（不利益推認禁止）とが導かれよう。なぜなら、証拠禁止がなければ、事実上、供述拒否権の保障は画餅に帰すことになるからであり、不利益推認を許

すということとは、供述拒否（沈黙）の事実を有罪の積極的情況証拠と見ることに等しく、供述拒否権の権利性を完全に否定するものだからである。

- (40) イングランド及びウェールズの意で用いる。
- (41) 8 J.H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, 266 (McNaughton rev. ed., 1961); L.W. Levy, *Origins of the Fifth Amendment: The Right against Self-Incrimination* (Oxford University Press, 1968).
- (42) Witt, *Making the Fifth: The Constitutionalization of American Self-Incrimination Doctrine, 1791-1903*, 77 *Texas L.Rev.* 825, 827-828 (1999); John.H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, 277-279 (Oxford University Press, 2003).
- (43) この点については、第三章第二節参照。なお、後述の通り、Langbeinの見解はこれまでも紹介されているが、本稿ではより踏み込んで、彼の研究を手がかりに、黙秘権の積極的権利としての側面を抽出することを試みる。
- (44) 石丸清見『英米における自己負罪拒否特権 Privilege against Self-Incrimination』法務研究報告書第四〇集三号（一九五二）、安倍治夫『英米における自己負罪拒否特権の形成』法律のひろば一〇巻六号三三頁（一九五七）、小早川義則「L・レイヴィ『自己帰罪（拒否）特権の起源』 Leonard W. Levy, *Origins of the Fifth Amendment*, Oxford University Press, New York, 1968, xii+561pp.」大阪市立大学法学雑誌二二巻四号六七頁（一九七六）、多田辰也「捜査の構造再考序説——黙秘権の歴史的考察を手掛りとして——」立教大学大学院法学研究三号一頁（一九八二）、澤登文治「自己負罪拒否権の歴史的展開（一）・（二）完——合衆国憲法修正五条の意義——」法政理論二四巻二号一五三頁（一九九二）、同二五巻一号二四頁（一九九二）、吉村弘「ジョン・H・ラングバイン『ロモン・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二三巻一―二号四五三頁（一九九五）、小川佳樹「自己負罪拒否特権の形成過程」早稲田法学七七巻一号一二二頁（二〇〇一）、伊藤博路「自己負罪拒否特権の確立期についての一考察——イギリス法を中心に——」帝塚山法学五号一三五頁（二〇〇一）、同「植民地期アメリカにおける自己負罪拒否特権に関する一考察」帝塚山法学六号二〇三頁（二〇〇二）、同「合衆国憲法修正五条の自己負罪拒否特権の沿革に関する一考察——独立後から合衆国憲法修正五条成立直後の時期までを中心に——」明治学院論叢七〇五号二〇五頁（二〇〇三）、中島洋樹「被疑者・被告人の供述主体性——イギリスにおける黙秘権保障の歴史的展開を手掛かりに——（一）（二）完」法学雑誌五一巻一号五四頁、同二号一六五頁（二〇〇四）。
- (45) Langbein, *The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law*, 92 *Mich.L.Rev.* 1047

(1994), substantially reprinted in Langbein, *The Privilege and Common Law Criminal Procedure : The Sixteenth to the Eighteenth Centuries*, in R.H.Helmholtz et al. ed., *The Privilege Against Self-Incrimination : Its Origins and Development*, 82 (The University of Chicago Press, 1997). 以下では、後出の論稿を引用する。

なお、Langbein 自身は、その論稿の表題において「The right to silence (黙秘権) の用語ではなく、The privilege against self-incrimination (自己負罪拒否特権) の用語を当てている。しかし、本稿では黙秘権の用語を当てた。というのは、Langbein 自身、その論稿のなかで、the right to silence の言葉に何度も置き換えているし、証人と被疑者・被告人の両者を射程にいれた自己負罪拒否特権ではなく、被告人に限定した黙秘権を論じているからである。現に、Langbein の論稿に「彼が用いている自己負罪拒否特権の意味するところは黙秘権の意であろうとの指摘もある (Alshuler, *A Peculiar Privilege in Historical Perspective : The Right to Remain Silent*, 94 Mich. L. Rev. 2625, 2655 (1996))。また、小川・前掲論文註 (44) 一三六頁も、Langbein の論稿で用いられている「自己負罪拒否特権」は、個々の質問に対して供述を拒むという証人のそれではなく、被告人の黙秘権を意味しているように思われると指摘する。これらを受けて、本稿では、Langbein 自身が、the privilege against self-incrimination の用語を用いている箇所であっても、黙秘権の訳語を当てている。

(46) *Id.* at 82.

(47) *Id.* at 84-95. 本章第四節以下参照。

(48) 弁護人の援助を受けることが禁止されていたのは、反逆罪 (Treason) と重罪 (Felony) の事件においてであり、軽罪 (misdemeanor) の事件では、禁止されていなかった。その主たる理由は、軽罪事件は、本来、その性質として民事事件とみられつつあったことにある。 *Id.* at 231 n.6.

(49) *Id.* at 83.

(50) The Treason Act 1696により、最初に反逆罪事件の被告人に限定して弁護人の援助を受けることが認められるようになった。その背景には、当時の政治犯罪事件の被告人たちが、根拠のない訴追に対し、防御能力を欠いていたがために有罪とされたことに対する問題意識があった。また、通常の事件と異なり、反逆罪事件においては、国王の代理人として訴追側弁護士が必ず関与していたこともあって、特に両当事者間に力の不均衡が存在したことも、被告人に弁護人をつけることを認める背景となっていた。 *Id.* at 96-97.

(51) 重罪事件に関して弁護人の援助を受けることが制定法上で認められたのは、一八三六年のことである。もっとも、一六九八

年反逆罪法後、一七三〇年代頃からは、裁判官の裁量によって徐々に弁護人の使用が認められてきたようである。一七一〇年代および一七二〇年代にかけて、重大犯罪事件における訴追側弁護人の関与の率がかなり高まってきたことで、重大事件においても、両当事者間の力の不均衡が問題視されてきたことが背景にある。 *Id.* at 97.

(52) 弁護人の援助を受けることが許容されていく過程について論じた邦語文献としては、松本英俊「一八世紀イギリスにおける弁護人の援助」九大法学七〇号五七頁（一九九五）、特に七二頁以下参照。

(53) *Id.* at 96-100.

(54) 刑事手続が当事者主義的構造へと展開する過程に関する Langbein の見解については、中島・前掲論文註(44)八一頁以下に詳し。

(55) *Id.* at 83.

(56) *Ibid.*

(57) 実際に被告人がこのような自己破壊的な権利を主張することがなかったことは、当時のロンドンで行なわれた公判記録からも裏付けられているという (*Id.* at 95-96)。彼の依拠する公判記録とは、The Old Bailey Sessions papers であり、彼は、一六七〇年代から一七三〇年代中頃を通して、黙秘権を根拠に被告人が供述を拒否した事例は、たったの一件もなかったと指摘している (Langbein, *The Criminal Trial before the Lawyers*, 45 U. Chi. L. Rev. 263, 283 (1978))。その後、さらに一七八〇年代まで確認してみても、依然、黙秘権を主張した被告人は見当たらなかったという (Langbein, *supra* note 45, at 95-96)。

(58) Langbein, *supra* note 45, at 83.

(59) *Id.* at 86-87.

(60) *Ibid.*

(61) *Id.* at 87.

(62) Langbein, *supra* note 45, at 83-84.

(63) *Id.* at 84-86.

(64) Langbein は、Throckmorton 事件や Lilburne の事件を例に挙げている。後者の事件では、陪審に対し、裁判官は訴追側立証の後、Lilburne の抗弁 (defense) を聞く前に、有罪証拠は明白かつ充分である旨を述べているという (*Id.* at 85)。

(65) *Ibid.*

- (66) Beattie, *Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries*, 9 *Law & History Rev.* 221, 223 (1991).
- (67) 2 W.Hawkins, *A Treatise of the Pleas of the Crown*, 400 (1721).
- (68) Langbein, *supra* note 45, at 87.
- (69) *Id.* at 88.
- (70) *Id.* at 87.
- (71) オウルド・ベイリ刑事裁判所では、裁判官は、当時の実務について被告人に対し次のように説明していたという。すなわち、「あなたの弁護士はあらゆる事実問題について陳述できるわけではありません。弁護士は証人を尋問することはできません、生じうるあらゆる法的論点について言及するためにこの場にいるのです。しかし、事実問題に関する抗弁がある場合、あなた自身がその抗弁について、私や陪審員に陳述しなければなりません」と (Russian, *The Old Bailey Sessions Papers* 344 (Oct. 1777), cited in Landsman, *The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England*, 75 *Cornell L.Rev.* 497, 534 n.183(1990))。また、弁護士自身が、被告人に対し、彼に代わって陳述するとは必ずやない旨を伝えているケースも紹介されている (Langbein, *supra* note 45, at 87-88)。
- (72) Langbein は、次のように指摘している。「弁護人の制限とともに、証人の使用を妨害することによって、被告人に対し彼自身で自分の防御を行なうよう、つまり公判で供述するように義務付けていたのである」と (*Id.* at 88)。
- (73) *Ibid.*
- (74) See, Western, *The Compulsory Process Clause*, 73 *Mich.L.Rev.* 71, 83 n. 40 (1974).
- (75) これに対し、訴追側証人は、日常的に宣誓の上で証言していたとされる。Langbein, *supra* note 45, at 88.
- (76) Langbein は次のように指摘する。当時の裁判のルールによって、弁護側証人という代替的な立証方法——それは被告人が効果的な黙秘の権利を有しうるためには必要であったであろう——は妨害されていた」と (*Id.* at 89)。また、Western は、「証人の使用を禁止することの正当化根拠は依然として不可解 (mystery) であるとしつつも、当時の裁判が、「被告人が自分のために供述できるかぎり証人は必要でない」との想定にたっていたからではないか」と指摘する (Western, *supra* note 74, at 83)。
- (77) Langbein, *supra* note 45, at 89-90.

- (78) Langbein は、訴追側立証を検証する弁護人の欠如と、陪審に対し訴追側立証を検証するよう促すという立証基準についての裁判所の説示の欠如とをあわせて指摘した上で、「被告人には、實際上、唯一の防御方法、つまり自分自身の言葉で訴追側証人や告発事実に応答するという防御方法しか存在しなかった」と指摘する (*Id.* at 89-90)。
- (79) *Id.* at 90.
- (80) *Ibid.*
- (81) メアリ拘禁法の起源およびその機能については、John.H.Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance*, 5-125 (Harvard University Press, 1974) に詳し。
- (82) Langbein, *supra* note 45, at 91.
- (83) 仮に尋問に対し回答しなかったとしても、その沈黙の事実が尋問官たる治安判事によって公判で陳述されたという。See, Morgan, *The Privilege against Self-Incrimination*, 34 *Minn.L.Rev.* 1, 18 (1948).
- (84) Langbein, *supra* note 45, at 92.
- (85) 第二章第六節参照。
- (86) 註(57)参照。
- (87) 積極的意味での黙秘権が想定している防御方法とは、被告人自身による供述という形での防御方法ではなく、被告人以外の者(弁護士および弁護側証人)による、検察官立証に対する疑いの提示という形での防御方法である。前者の防御方法(被告人自身の供述による防御行為)は、自己を証拠方法とする防御行為であるのに対し、後者の防御方法(第三者を使用した防御行為)は、自己を証拠方法とすることを回避しうる。自己を証拠方法とする防御行為を避けうることで、初めて訴訟主体としての地位にふさわしい防御行為が行なえるのであって、そのような主体としての地位を保障することに黙秘権の本来的意義は存する。
- (88) Langbein, *supra* note 45, at 108. Langbein は、黙秘権の中核的価値は被告人に代わって他の者に供述させておける効果的な権利を前提条件として必要とする、と指摘する。
- (89) たとえば、村井敏邦(編)『現代刑事訴訟法(第二版)』一四七頁(高田昭正・執筆部分)(三省堂、一九九八)等。
- (90) 小坂井・前掲論文註(14)七八頁は、黙秘権が証人審問請求権などとも不離の関係にあることを指摘する。本稿にみるように、この指摘は歴史的見地からも裏付けられるものである。

(91) 今日においても、証拠調べ請求の結果、全ての証拠調べが行なわれていないわけではない。関連性が明らかでない証拠や必要性がないと判断されるときは、証拠調べ請求が却下されているのであって、そのこと自体が黙秘権侵害になるわけではない。もつとも、弁護側の証拠調べ請求については、関連性や必要性の有無の判断が慎重に行なわれなければならないことは言うまでもない。また関連性や必要性の有無は、証拠調べの後に判明するという側面も否定し得ない以上、証拠調べの請求を、関連性や必要性がないとして、却下することには抑制的であるべきであろう。

(92) 一般の改正法は、証拠調べ請求の制限をかけるのみで、主張制限はかけていない。それゆえ、新たな証拠調べの請求は認めないが、「新たな主張が被告人の口から出てきた場合には、それは認める」(第二六回検討会における井上座長発言)というものである。それゆえ、公判前整理手続において主張を明示し、証拠調べの請求をしていなかった場合、後の公判では「被告人の口から」の防御方法に限定されてしまう。このような防御方法の限定は、証拠方法とならずに防御行為を行なえるという黙秘権の権利内容を制約するおそれがある。

(93) 先に挙げた事例で言えば、アリバイを立証してくれる友人の行方不明等の理由で、証拠調べの請求をすることができなかった場合などが考えられる。

(94) 「やむを得ない事由」としては、①証拠は存在していたが物理的に出せなかった場合、②証拠の存在を知らなかった場合、③相手方の主張や証拠関係などから、証拠調べ請求をする必要がないと考えて、そのように判断することが合理的であったと考えられる場合、が挙げられている。第一五九回国会・衆議院法務委員会第一三三号および第一四号における山崎政府参考人答弁参照。

(95) この点、元裁判官の木谷教授は次のように述べている。「当初被告人の弁解を聞いた段階では『まさか、そんなこと』と思われた事件でも、その弁解を手がかりにして詳細な証拠調べを実施してみると、弁解に副う事実が出て来る場合が決して希ではなかった」と。木谷明『刑事裁判の心——事実認定適正化の方策(新版)』一七頁(法律文化社、二〇〇四)参照。

(96) たとえば、石井一正『刑事事実認定入門』(判例タイムズ社、二〇〇五)では、「公判の最終段階で突如アリバイの存在を述べる被告人の供述の信用性を判断するに当たっては、この供述の時期を斟酌せざるを得ない」(四〇頁)、「捜査段階から弁明の機会を与えられながら、終始黙秘し、公判の最終段階にいたってようやく自己に有利な供述をした場合も……被告人のこの黙秘態度は、有利な供述の信用性を減殺する資料となりうる」(四二頁)との指摘がある。事実認定におけるこのような考え方がむしろ一般的であることに鑑みれば、被告人の新たな主張に合理性が認められ、職権による証拠調べが行われる場合が

どの程度あるのか疑問である。

(97) 小坂井・前掲論文註(14) 七九頁、前掲註(37)「(座談会) 公判前整理手続・連日的開廷で刑事弁護はどう変わるか」四五頁以下。

(98) 一九九四年黙秘権制限法に関する詳細については、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(二〇〇三) 参照。拙稿以後、黙秘権制限法について論じるものとしては、三島聡「イングランドロウエ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(二〇〇四)、多田辰也「黙秘権行使と不利益推認」板倉宏博士古稀祝賀論文編集委員会(編)『現代社会型犯罪の諸問題』四二七頁(勁草書房、二〇〇四)等。

(99) 石田・前掲論文註(98) 一四〇頁以下参照。

(100) 立法過程の議論を見る限り、公判前整理手続に黙秘権告知の規定が挿入された経緯や理由は定かではない。なお、刑事訴訟法第三一六条の二八に規定される期日間整理手続においては、同条第二項において第三一六条の九第三項の準用が除外されているため、期日間整理手続においては黙秘権の告知は行われない。

(101) もつとも、第三二一条第一項は「供述を拒むことができる」と規定するのに対し、第三一六条の九第三項および第二九一条第二項は、「陳述を拒むことができる」とされている。おそらく、公判前整理手続は証拠収集のための手続ではないことに鑑み、事実を述べる「供述」ではなく、「陳述」の語を当てたものと思われる。

(102) 告知が正当化根拠となるのであれば、黙秘からの不利益推認に関しても、その可能性があることを事前に告知しておけばそれで足りるということになってしまう。告知は権利制約に際しての最低条件であつて、権利制約の正当化根拠とはなりえない。

(103) この点に関して、立法過程において明確な議論は行われていないように思われる。そのため、この点について、改正法が今後どのように解釈・運用されるのか予断を許さないところである。

(104) もつとも、抗弁の信用性評価に際し不利益な推認を導く前提として、幾つかの制定法上の要件が課されていることに加え、立法後のイギリス控訴院やヨーロッパ人權裁判所の判例によって、法定要件を超える加重要件も課されている。制定法上の要件については、石田・前掲論文註(98) 一四五—一四六頁、判例による要件については一六七頁以下参照。

(105) 川出・前掲論文註(26)「公判前整理手続」八〇頁参照。

(106) 前掲註(37)「(座談会) 公判前整理手続・連日的開廷で刑事弁護はどう変わるか」四五頁(後藤昭発言) 参照。

- (107) イギリスでは、最終的に黙秘権を制限する法律を制定させているが、その立法過程では根強い反対があった。立証過程については、石田・前掲論文註(98)一一九頁以下参照。また、現在においても本法の廃止論は有力に主張されている。Brich, *Suffering in Silence: A Cost-Benefit Analysis of Section 34 of the Criminal Justice and Public Order Act 1994*, [1999] *Crim.L.R.* 769; A.Ashworth, *The Criminal Process*, 99 (Oxford University Press, 3rd ed., 2004).
- (108) もっとも、イギリス黙秘権制限法自体、黙秘権の見地から疑問であるし、イギリスにおいても、その廃止が要求されていることは前述の通りである。
- (109) 田宮・前掲書註(12)三三五頁、同「被告人・被疑者の黙秘権」『変革のなかの刑事法』一六九頁以下(有斐閣、二〇〇〇)、白取祐司『刑事訴訟法「第三版」』一七〇頁(日本評論社、二〇〇五)、三井・前掲論文註(7)七六頁以下、憲法的刑事手続研究会『憲法的刑事手続』四一二頁以下(小坂井久・執筆部分)(日本評論社、一九九七)、芦部信喜(編)『憲法Ⅲ 人権(2)』二〇九頁以下(杉原泰雄・執筆部分)(有斐閣、一九八一)など。
- (110) 渕野・前掲論文註(14)「公判前整理手続の問題点」二九頁、小坂井・前掲論文註(14)七九頁参照。