

2016 年度

博士学位申請論文

指導教員 法学研究科教授 葛野尋之

被疑者取調べにおける黙秘権の実質的保障

一橋大学大学院

法学研究科

法学・国際関係

方 海日

## 目次

序章.....	1
第1章 自己負罪拒否特権の発展過程.....	10
第1節 自己負罪拒否特権の成立.....	11
第1款 12世紀の ius commune における nemo tenetur 原則.....	11
第2款 17世紀までの発展及び権利の成立.....	12
第3款 18世紀から19世紀初期——弁護人の登場.....	18
第4款 伝統的な学説と Langbein 等の学説との関係.....	24
第5款 小括.....	27
第2節 現代的自己負罪拒否特権（いわゆる黙秘権）の確立.....	27
第1款 被告人の証人適格の承認.....	28
第2款 不利益推認の禁止.....	32
第3節 本章のまとめ.....	36
第2章 被疑者取調べにおける黙秘権の保障.....	39
第1節 イギリスの被疑者取調べにおける黙秘権の保障.....	39
第1款 治安判事による公判前手続及び Sir John Jervis' Act 1848 ...	40
第2款 裁判官準則(Judges' Rules 1912)及び警察・刑事証拠法(Police and Criminal Evidence Act 1984) .....	46
第3款 本節のまとめ.....	58
第2節 アメリカの被疑者取調べにおける黙秘権の保障.....	59
第1款 17、18世紀のアメリカにおける被疑者取調べ.....	59
第2款 Miranda 以前の被疑者の黙秘権告知に関する法と実務.....	62
第3款 Miranda 以前の自己負罪拒否特権に関する判例の変遷.....	70
第4款 Miranda 判決.....	76
第3節 結論.....	80
第3章 日本の刑事手続における黙秘権の発展.....	83
第1節 旧刑事訴訟法下における刑事手続の特徴.....	83
第1款 自白の重視.....	83
第2款 拷問.....	84
第3款 捜査機関の被疑者取調べ.....	88
第4款 本節のまとめ.....	93
第2節 旧刑事訴訟手続における自己負罪拒否特権.....	94
第1款 治罪法.....	94

第 2 款	明治刑事訴訟法.....	95
第 3 款	明治刑事訴訟法改正.....	97
第 4 款	大正刑事訴訟法.....	100
第 5 款	戦時刑事訴訟法.....	102
第 6 款	本節のまとめ.....	103
第 3 節	日本国憲法及び現行刑事訴訟法における黙秘権の導入.....	104
第 1 款	日本国憲法 38 条 1 項の制定過程.....	104
第 2 款	現行刑事訴訟法における黙秘権の制定過程.....	108
第 4 節	本章のまとめ.....	114
第 4 章	日本の被疑者取調べにおける黙秘権の実質的保障.....	116
第 1 節	現行刑事訴訟法における被疑者取調べ.....	116
第 1 款	取調べ中心主義の刑事手続.....	116
第 2 款	被疑者の取調べ受忍義務.....	120
第 3 款	本節のまとめ.....	125
第 2 節	黙秘権の実質化のための取調べ環境.....	126
第 1 款	取調べの録音・録画制度.....	126
第 2 款	代用監獄の廃止.....	133
第 3 款	被疑者の弁護権の保障.....	137
第 3 節	結論.....	153
第 5 章	中国の被疑者取調べにおける黙秘権の実質的保障.....	156
第 1 節	中国の刑事訴訟法の発展.....	156
第 1 款	中国建国後の刑事手続.....	157
第 2 款	1979 年刑事訴訟法の制定.....	159
第 3 款	1996 年刑事訴訟法改正.....	160
第 4 款	本節のまとめ.....	166
第 2 節	現行刑事訴訟法における被疑者取調べ.....	168
第 1 款	供述中心主義.....	168
第 2 款	公判前身体拘束制度.....	172
第 3 款	公判の形骸化.....	175
第 4 款	本節のまとめ.....	178
第 3 節	被疑者の黙秘権.....	181
第 1 款	2012 年刑事訴訟法改正前.....	181
第 2 款	2012 年刑事訴訟法改正.....	185

第3款 本節のまとめ .....	189
第4節 被疑者取調べにおける黙秘権の実質化 .....	190
第1款 黙秘権の実質化のための法的保障 .....	191
第2款 黙秘権の実質化のための手続的保障 .....	195
第5節 結論 .....	209
第6章 終章 .....	215

# 序章

## 1. 問題意識

本稿は、自己負罪拒否特権（いわゆる黙秘権）の発展過程の研究を踏まえ、それぞれの歴史段階における権利の本質的な内容を把握し、日本における被疑者取調べとその問題点を分析する中で、被疑者取調べ手続における黙秘権保障の現状及び改善策を検討することにより、中国における黙秘権の明文化及び黙秘権の実質化・実効化のための手続的保障を提示することを試みるものである。

黙秘権（自己負罪拒否特権）は、人々が自己を罪に陥れる質問に答えることを強制されないことを保障する。これは被疑者・被告人の防御権の1つとして、人間の自由の基盤及び人権の発展史において崇敬すべきものとして広く認められている。市民的及び政治的権利に関する国際規約及び欧州人権条約は黙秘権の原則を明確に確認しており、48カ国以上の憲法は黙秘権の規定を設けている。欧州人権条約は特権について明確に言及していないが、欧州人権裁判所は黙秘権について「公正な刑事手続の中核にある一般的に承認された国際的基準」であると述べた。このように世界中で認められているにもかかわらず、取調べ手続を通じて、黙秘するか供述するかを選択する権利を何時でも自由に行使できることを保障するという点については、各国の刑事司法においても容易なことではないと言わざるを得ない。

中国の刑事訴訟法においては、従来、黙秘権を規定する条文が存在しなかった。しかしながら、近時、人々の人権意識の高まりによる刑事手続の透明性の要請や、人権保障に関する国際的な動向による司法のグローバル化の要請が高まるに伴い、刑事手続における被疑者・被告人の人権保障が注目を浴びるようになった。さらに、この数年間、拷問で得られた虚偽自白によって招かれた冤罪事件が次々と明らかになったことを契機として、「何人に対しても自己が有罪であることの証明を強要してはならない」という供述の強要を禁止する条項が2013年刑事訴訟法第50条に設けられた。同条文が被疑者の黙秘権を規定するものである否かについては依然として見解が分かれているが、今後、この条文を根拠に、被疑者の供述を強要する違法・不当な取調べが規制され、被疑者の黙秘権が保障されることが期待できよう。

しかし、黙秘権を明文化した国でさえも、いまだに密室での不当な取調べによる自白強要の結果得られた虚偽自白が誤判冤罪事件に繋がっていることは周知の通りである。黙秘権の実効性を保障するためには、単に権利を明文化するのみでは不十分であるといえよう。

日本国憲法第38条1項は、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」という文言で「自己負罪拒否特権」を確認した。さらに、現行刑事訴訟法は、憲法の規定を受けて、

第 198 条 2 項、第 291 条 3 項、第 311 条等において、被疑者・被告人の「包括的黙秘権」を保障している。

ところが、日本において、黙秘権は「行使することが最も困難な権利」と評されており、近年公刊された裁判例を見る限り、捜査・公判を通じて黙秘権が行使される事例はほとんど見ることができない。さらに、氷見事件、志布志事件、足利事件再審無罪判決、布川事件再審無罪判決、厚労省元局長事件など一連の誤判冤罪事件の検証から、被疑者の黙秘権を侵害する違法・不当な取調べが行われたことが明らかになり、現行実務がいかに被疑者の黙秘権を骨抜きにしているかが分かる。

以上の事実から、黙秘権は、憲法または刑事訴訟法に明文化するだけでは、必ずしもその実効性が保障されるわけではないことが明らかとなる。被疑者取調べにおいて、被疑者が自己の真摯な意思に基づき、供述するか否か、何を供述するかを自由に決めることができる手続保障の基盤が形成されて初めて、黙秘権の自由な行使は可能になるであろう。日本のような強制の色彩が濃厚な取調べ環境の下では、被疑者の黙秘権はしばしば画餅にすぎない。

このような刑事司法制度を改革するべく、法制審議会は 2011 年 6 月から 2014 年 7 月にわたり、「取調べ及び供述調書に過度に依存した捜査・公判の在り方の見直し」を検討し、審議の結果、取調べ録音・録面の導入を決定する等の成果を収めた。しかしながら、今回の審議では、取調べにおける弁護人の立会いに関して「当部会において結論を得ることは困難であり、その要否及び当否も含めて別途検討されるべきである」とし、黙秘権を担保するうえで最も重要な弁護人立会権について「別途検討されるべきである」とする等、不任意自白によって生じる誤判を防止するための被疑者の防御権の実質的保障や取調べ自体の適正化を実現するための議論は不十分であった。したがって、以上の議論に基づいた「刑事訴訟法等の一部を改正する法律」（2016 年 5 月 24 日成立）においては、取調べの録音・録面制度の対象となる事件の範囲が非常に限定的である、弁護人立会権の不承認、国選弁護が逮捕段階に及ばず、勾留段階に限定されるなどの問題があり、取調べの適正化及び黙秘権を含む防御権の実質的保障に関する課題は残されている。

一方、中国においては、2013 年刑事訴訟法に「自己が有罪であることの証明を強要してはならない」という条文を定めたうえで、取調べの録音・録面制度の導入、弁護人選任権及び接見交通権の強化、法的援助の範囲の拡大について新たな制度を設けた。人権保障を主要テーマとした今回の法改正は、取調べにおける捜査官の違法・不当な取調べを抑制し、被疑者の黙秘権が実質的に保障されうる手続基盤を構築するための契機ともいえよう。しかし、被疑者の人権を尊重するという意識が希薄である学界及び実務界においては、第 50 条が黙秘権を承認する条文であるか否かについて、いまだにコンセンサスが形成されていない。今後、被疑者の人権の保障、とりわけ黙秘権の実質的保障を目指す刑事司法の

再構築は、きわめて重要な課題になるであろう。この課題に取り組むにあたり、日本の実務の経験から得られる重要な示唆として、中国においても、被疑者を取調べる段階で被疑者の黙秘権が効果的に機能するための現実的な保障基盤が形成されなければ、被疑者は結局自分の意思に反して供述することを余儀なくされるという問題の存在が意識されなければならない。日本における被疑者取調べの運用を踏まえ、黙秘権を実質的に保障するためには、どのような取調べ環境が必要であるかという課題を検討することは、中国における今後の黙秘権の実質的保障にきわめて有益な示唆を与えると思われる。さらに、取調べ適正化において黙秘権の実質化を基軸とすることの必要性・重要性を十分に認識し、これらに基づき公判中心主義の刑事手続構造の構築を図るべきである。

## 2. 本稿の目的

本稿は、以上のような問題意識に基づき、黙秘権の歴史研究及び日本の被疑者取調べにおける黙秘権の保障に関する研究を踏まえ、中国の被疑者取調べにおける黙秘権を実質化・実効化するべく、中国の現段階の司法状況や人権状況に適合する取調べ手続改革への具体的提言を行う。さらに、黙秘権の実質化を基軸とする取調べ適正化及びそれに基づく刑事手続の構造改革を提案することを目標とする。

## 3. 研究方法

本研究は、自己負罪拒否特権の歴史研究を踏まえ、比較研究の対象として、日本の取調べ手続における被疑者の黙秘権の保障状況を取り扱う。

自己負罪拒否特権の発祥・発展過程を通じて、自己負罪拒否特権が必要とされた理論的背景を確認することは重要である。なぜなら、このような作業は黙秘権の本質を考察するうえで重要な手掛かりを与えてくれると思われるからである。黙秘権の本質を把握することは、黙秘権の実質的保障を実現するための前提となるであろう。また、今日のジレンマを解決する答えは特権の歴史から求めることができる。しかし、自己負罪拒否特権が正確に何時、如何なる経緯で発祥・発展してきたのかについては、幾つかの議論がある。それぞれの本質内容を理解することは、議論の相互関係を解明するにおいて有効であり、今日の黙秘権の保障状況を分析し、改善策を考えるにおいても意味がある。

なぜ黙秘権の発祥地であるイギリスまたはそれを継受し、最も発展させたアメリカの現行法と実務ではなく、日本を比較対象とするのか。その理由は、日本の刑事訴訟法は、被疑者・被告人の防御権を重要視しているものの、その歴史的沿革ゆえに、中国の刑事手続と類似点が少なくないからである。例えば、日本の自白偏重の捜査手続は、「取調べ中心主義」と称されるほど被疑者取調べに重みをおき、それを支える取調べ受忍義務の肯定や取調べを目的とする身体拘束制度（代用監獄）によって被疑者の黙秘権を常に危うくす

るなどの問題を抱えている。中国の刑事手続は、警察の手許における身体拘束の時間が長く（人質司法）、その時間は主に自白獲得のために費やされており、黙秘権及び弁護権などの防御権は実質上ほとんど保障されていない。両国の取調べ手続は、供述の強制や人権保障の程度、捜査官の熱心さ等に違いは当然あるものの、「取調べ及び供述調書に過度に依存」する「取調べ中心主義」の刑事手続構造を共有していると言って良いであろう。したがって、日本を比較対象とすることはとくに有益と思われる。

また、両国における近年の司法改革は、当事者主義や公判中心主義に転換するアプローチを採り、取調べ手続における被疑者の主体性を強化するための防御権（とりわけ黙秘権）の保障に重点をおくことによって、取調べの適正化を図り、被疑者取調べの比重軽減を実現する構想は一致しているといえよう。

そこで、本研究は、次のような手法を採る。まず、自己負罪拒否特権の歴史研究を通じて、特権の内容の変容・発展過程を把握し、現代的な自己負罪拒否特権、いわゆる黙秘権の本質的内容及び黙秘権の実質化と刑事手続構造との関係性を明らかにする。次に、日本の被疑者取調べ手続における黙秘権の保障状況及び取調べの適正化における問題点と黙秘権を実質化し、捜査に過度に依存する刑事手続を改革するための具体策を検討する。そして、これらを基に、中国における黙秘権の実質的保障のあり方、ひいては取調べの適正化及び刑事手続構造改革を展望する。

#### 4. 先行研究との関係

特権の歴史を完全に理解することはそれ自体当然価値のあることであるが、その他にも今日の議論にも密接に関連する。すなわち、特権の発展過程を理解すると、現在の刑事司法制度に依然として残っている欠陥を批判的かつ正確に見ることが一層容易に可能となる。しかし、特権の歴史は理解することが難しいものである。自己に不利益な情報の提供を強制することの不当さに対する法的承認の起源は不明確であり、長年にわたる熱い議論を呼んできた。このテーマについては、2つの著作(LW Levy, *Origins of the Fifth Amendment: The Right against Self-Incrimination*(New York, Oxford University Press, 1968);RH Helmholtz, CM Gray, JH Langbein, E Moglen, HE Smith and AW Alschuler, *The Privilege against Self-Incrimination: Its Origins and Development*(Chicago, IL, University of Chicago Press, 1977))を含む膨大な文献を参考することが可能である。しかしこれらの資料によれば、特権が正確に何時、どのように発祥・発展してきたのかについて、意見が一致していない。さらに、黙秘権の歴史を断片的に検討したうえで確立期について評価したもの、または黙秘権の確立期に対する異なる主張の紹介にとどまったものが多数を占めている。しかし、「全体を十分に検討した後でないと、そのいかなる部分もこれを正当に理解することができない」(Nemo aliquam partem recte intelligere potest, antequam totum interum atque interim perlegerit)

という諺がある。そこで、これらの先行研究とは異なり、本研究はイギリス及びアメリカにおける黙秘権の歴史研究のレビューに基づき、12世紀の *ius commune* における自己負罪拒否特権から20世紀の現代的自己負罪拒否特権（いわゆる黙秘権）に至るまでの歴史を整理しつつ、黙秘権の意味内容の変遷過程及び黙秘権の保障と刑事手続構造との関係を明らかにする。

自己負罪拒否特権に関する日本の先行研究は多く存在し（平野龍一「黙秘権」刑法雑誌2巻4号（1951年）を代表とする）、その基本原則たる性格のゆえに、刑事手続に関する様々な研究において言及されている。しかしながら、憲法第38条第1項は自己負罪拒否特権を明文で規定していることから、判例、学説及び実務のいずれにおいても、この権利の存在自体が前提となっているため、日本における自己負罪拒否特権や黙秘権に関する研究の中心は、その保護範囲や保護の対象におかれてきた。

黙秘権の歴史に関する日本の研究は少なくないが、それらの先行研究もイギリスとアメリカの先行研究と同様に断片的な歴史または確立期に関する議論を紹介したものが多く（例えば、小川佳樹「自己負罪拒否特権の形成過程」早稲田法学77巻1号（2001年）、松倉治代「刑事手続における *Nemo tenetur* 原則—ドイツにおける展開を中心として—」立命館法学、2011年1号）、黙秘権の性質や内容の変化及び今日の黙秘権の実質化と取調べ適正化との関係などについて言及したものはない。

さらに、従来の被疑者取調べにおける黙秘権の保障に関する研究は、黙秘権を考察するうえで最も重要な1966年の *Miranda* 判決及びその前後の判決を主として論じたものが多い（小早川義則『ミランダと被疑者取調べ』名城大学法学会選書1（成文堂、1995年）、田宮裕『捜査の構造—刑事訴訟法研究（1）』（有斐閣1971年））。近年、憲法的刑事訴訟観に基づき、黙秘権の実質化を憲法上の要求として位置付けた研究もあるが（安部祥太「被疑者取調べの憲法的規制：日韓両国における *Miranda* 法理の継受と変容」（2016年4月博士學位論文））、本研究は被疑者・被告人の黙秘権の全体的な発展過程から黙秘権の実質的保障のための示唆を求めるものである。

18、19世紀のイギリスにおいて、公判における被告人の黙秘権保障の影響を受け、公判前手続における黙秘権の保障が発展し始めた。当時の黙秘権保障の背景、経緯、内容等を概観することにより、今日の被疑者取調べ手続における黙秘権保障の法と実務の問題点をより明確に把握することができる。しかし、18、19世紀のイギリスの公判前手続における黙秘権保障の歴史に関する研究については日中両国の研究者に詳細に触れることがなかった。

中国における黙秘権に関する包括的な研究として、孫長権『沈黙権制度研究』（法律出版社、2001年）、陳光中編『沈黙権問題研究』（中国人民公安大学出版社、2002年）などがある。これらの先行研究は、Levyの学説及び *Miranda* 判決を主とするアメリカにおけ

る黙秘権を紹介するものが多い。その上、大部分が黙秘権の形式上の成立(権利の明文化)に主眼を置いたものであり、黙秘権の実質化という観点から、法と実務の乖離や取調べ適正化等の問題を検討した研究は稀である。さらに、日本の被疑者取調べ手続における黙秘権の保障を比較法の対象としている研究も見られない。本稿のように、黙秘権の歴史研究を基にして、日本の被疑者取調べ手続における黙秘権の実質的保障を手掛かりとして中国の黙秘権の実質化を検討する先行研究は存在しない。

したがって、本稿は、(1) 黙秘権の歴史全体を概観する中で、権利の成立に関するそれぞれの主張を正確に分析したうえで、それらの本質的な内容を把握し、議論の相互関係を解明する点、(2) イギリスの公判前手続における黙秘権保障の歴史に示唆を求める点、(3) 刑事司法構造が中国と類似している日本の取調べ手続における黙秘権の実質的保障をめぐる動向を踏まえ、中国における被疑者黙秘権の実質化及び取調べの適正化を検討する点で、その独自性を有するものである。

## 5. 本研究の構成および概要

本稿は、序章と終章を含む全7章で構成されている。

### 第1章 自己負罪拒否特権の発展過程

第1章では、自己負罪拒否特権の発祥・発展過程を概観する中で、従来の特権に関する歴史研究を正確に分析したうえで、論争の相互関係を解明し、特権の各歴史段階における本質的な内容及び性質を理解することを主たる目的とする。第1節においては、12世紀の*ius commune*における*nemo tenetur*原則から始め、17世紀の職権宣誓手続の廃止過程を概観し、さらに18世紀以後の弁護人の登場が被告人の黙秘権の実質化に与えた影響を分析する。第2節においては、現代的な意味での自己負罪拒否特権の形成過程を概観する。まず、被告人の証人適格の肯定過程を確認するとともに、被告人の包括的な黙秘権の形成過程を明らかにする。次に、包括的な黙秘権の実質化を導いた不利益推認禁止について、日本における先行研究を参考にしつつ、簡単に触れる。これらを通じて、自己負罪拒否特権の発展過程は権利の実質化の過程であり、糾問主義から当事者主義への刑事手続構造の変遷過程であることを示す。

### 第2章 被疑者取調べにおける黙秘権の保障

第2章では、公判前手続における黙秘権保障の経緯及び実質化の過程について論じる。まず、第1節では、イギリスの被疑者取調べにおける黙秘権の保障について概観する。具体的には、治安判事の被疑者取調べにおいて初めて黙秘権告知を規定した*Sir John Jervis' Act 1848*と当時の実務運用状況を明らかにする。そして、その後の裁判官準則及び警察・

刑事証拠法における黙秘権の実質化のための手続保障の実態を概観し、被疑者の黙秘権を実質化するための手続環境を構想する。第2節では、アメリカの被疑者取調べにおける黙秘権の実質化の過程を確認する。その内容は、17、18世紀における被疑者取調べ実務の実態及び公判前段階における黙秘権告知制度の概略を示したうえで、Miranda以前の黙秘権保障にかかわる判例の変遷及び被疑者取調べ規制について概観するものである。なお、Miranda判決については、すでに多くの先行研究が存在するため、最後にその概要を確認する。以上の検討を通じ、被疑者の黙秘権の実質化と取調べの適正化・軽量化との関係を明確にする。

### 第3章 日本の刑事手続における黙秘権の発展

第3章では、日本における被疑者取調べの歴史的沿革を眺める中で、被疑者の黙秘権の発展過程を確認する。第1節では、主に拷問が廃止された過程を考察し、戦前における捜査機関の糾問的な被疑者取調べ手続について概観する。第2節では、治罪法に始まり、明治刑事訴訟法及びその改正法、大正刑事訴訟法における被疑者・被告人の供述義務に関する規定や学説及びそれに基づく実務を取り扱う。同作業を通じ、戦前の刑事訴訟法における自己負罪拒否特権（黙秘権）の定着状況を確認する。第3節においては、日本国憲法及び現行刑事訴訟法における黙秘権の制定過程を辿る。ここでは、主に、日本国憲法及び現行刑事訴訟法の制定に関する資料に基づき、被疑者の黙秘権について言及した条文である憲法第38条1項及び現行刑事訴訟法第198条2項の成立過程及び各条項の趣旨を確認する。

### 第4章 日本の被疑者取調べにおける黙秘権の実質的保障

第4章では、日本の現行刑訴法下における刑事手続（とりわけ被疑者取調べ手続）を概観することを通じ、被疑者取調べの問題点を指摘し、被疑者の黙秘権が実質的に保障されるための手続保障を考案する。まず、第1節においては、被疑者取調べに強く依存する取調べ中心主義の刑事手続構造の問題点を指摘し、このような刑事手続構造は、被疑者の黙秘権を形骸化させる根本的な原因であることを指摘する。そして、被疑者の取調べ受忍義務を肯定する実務運用を論じ、そのような実務運用は被疑者の黙秘権を有名無実化する直接的な原因であることを示す。そのうえで、取調べ受忍義務否定論に基づく取調べのあり方を提案する。第2節においては、被疑者の黙秘権につき、その実質化を実現するための手続保障について検討する。具体的に、取調べの録音・録画制度や弁護権の実質化、捜査と拘禁の分離などの課題をめぐり、現行刑事訴訟法における規定や学界での議論を概観し、各手続保障措置の改善策について論じる。最後に、被疑者の黙秘権の実質化を基軸とする取調べの適正化による刑事手続の構造改革を提案する。

## 第5章 中国の被疑者取調べにおける黙秘権の実質的保障

第5章では、以上の諸章における検討を踏まえ、中国の現状に基づき、被疑者取調べ手続における黙秘権の実質化、取調べの適正化・軽量化、ひいては公判中心主義の刑事手続構造の構築を展望する。具体的には、第1節において、中国の刑事訴訟法の発展過程を見ていく中で、中国の刑事手続の特徴、特に人権保障に関連する規定と実務の状況を歴史的な視点で概観する。次の第2節では、黙秘権をめぐる従来の議論を紹介したうえで、2013年刑事訴訟法に新設された黙秘権関連の条文及びそれと矛盾する他の条文をめぐる議論の内容を分析し、それに基づき、各条文の適切な解釈及び相互関係を提示する。最後に、第3節において、被疑者の黙秘権の実質化のための手続保障を論じ、ひいては黙秘権を基軸とする取調べの適正化及び刑事手続構造の改革についての提案を試みる。

### 6. 用語について

本稿では、「自己負罪拒否特権」及び「黙秘権」という2つの言葉を用いる。

「自己負罪拒否特権」には、被告人（被疑者を含む）の特権及び証人（一般人ないし第三者）の特権を含む2つの側面がある。さらに、「自己負罪拒否特権」は口頭による表現に限らず、書類の提供を強制されない権利等も保障する。これらの点においては、被疑者・被告人が沈黙する権利を保障する黙秘権よりも、自己負罪拒否特権の方が適用場面が多いといえよう。一方、黙秘権は被告発者を不利な供述を強制する圧力から保護するのみならず、一切供述しないことも保障するという点で、その保障範囲は自己負罪拒否特権を超えている。

日本においては、同様の権利について、自己負罪拒否特権、自己帰罪拒否特権、黙秘権、供述拒絶権、沈黙の自由などこれまで様々な用語が用いられており、かつ、論者によってその内容も異なっている。また、自己負罪拒否特権及び黙秘権との関係や憲法第38条第1項と刑事訴訟法の関係条文との関係性も、未だ明らかになっていないといえない。しかしいずれにしても、被疑者・被告人の包括的黙秘権は刑事訴訟法によって保障されており、当該権利が憲法の規定を受けて定められたことは事実である。

アメリカ及びイギリスにおける先行研究の原文の中で、19世紀以前の自己負罪拒否特権の歴史に関する検討においては、大体 *Nemo tenetur* 原則との関係で、「自己負罪拒否特権(the privilege of self-incrimination)」という言葉を用い、弁護人が現れた19世紀前後の歴史を論じる場面では「黙秘権 (the right of silence, right to remain silent)」という言葉を使い始めた。しかし、使い分け始めた境界は明らかではない。さらに、近年のアメリカやイギリスの被疑者取調べ手続における黙秘権に関する研究において、自己負罪拒否特権と黙秘権は使い分けるべきだという主張は見当たらない。2つの言葉は混淆して使われて

おり、特定の場合を除いては同じ意味で使われている。

本稿は、被疑者・被告人の黙秘権が自己負罪拒否特権から発展してきた点、被疑者・被告人の現代の意味での自己負罪拒否特権は包括的黙秘権を意味する点等の理由に基づき、自己負罪拒否特権と黙秘権を同一の権利として扱う。ただし、黙秘権の歴史に触れるときは、発祥・発展当時の権利内容を強調するために、「自己負罪拒否特権」という語を用い、それ以外の場合には、明確に区別されている場合や引用等を除き、原則として黙秘権という言葉を用いて検討を進める。

## 第1章 自己負罪拒否特権の発展過程

日本国憲法 38 条 1 項は、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」と規定している。日本において、この規定の内容とするところは、一般的に「自己負罪拒否特権」と称され、「黙秘権」と言い慣わされている<sup>1</sup>。この条文は、直接には「何人も…刑事事件において自己に不利益な証人となることを強要されない」とするアメリカ連邦憲法修正 5 条、いわゆる自己負罪拒否特権 (Privilege against Self-incrimination) をモデルとしている<sup>2</sup>。アメリカ連邦最高裁は、連邦憲法修正 5 条の自己負罪拒否特権のルーツはイギリスの裁判所及び議会の教会裁判所、高等宗務官裁判所、星室裁判所の裁判において宣誓を強いられた宗教の反対者たちに付与した保護に遡るとしている<sup>3</sup>。一方、イギリスとアメリカにおける黙秘権に関する歴史研究においては、どの段階で、どのような理論的背景によって自己負罪拒否特権が確立したかについては、必ずしも意見が統一されていない。たとえば、Wigmore は、特権の成立は、12 世紀のイギリス国王と教会の間の権力闘争を契機とするものであると主張する<sup>4</sup>。しかし、Levy は、その契機として、16 世紀から 17 世紀の星室裁判所や高等宗務官裁判所が採っていた糾問的手続(とりわけ職権宣誓の上での真実供述義務)に対するピューリタンの抵抗に着目し<sup>5</sup>、何人も自己を告発する義務を負わないという原則を認めた 1568 年のコモン・ロー裁判所及び同じ原則を確認した 1580 年の星室裁判所において確立したと主張する<sup>6,7</sup>。このような理解に対して、Langbein を代表とする学者たちは、特権は正確に 18 世紀後半から 19 世紀にかけて、弁護人の役割の確立や刑事証拠法則及び刑事手続の発展とともにその起源を發したと主張する<sup>8,9</sup>。

これらの主張は、それぞれの理論的根拠を有し、各論者が念頭においた特権の意味内容及び確立の基準が異なるだけで、いずれの主張も必ず正しいとはいえない<sup>10</sup>。また、

<sup>1</sup> 平野龍一「黙秘権」刑法雑誌 2 卷 4 号 (1951 年) 39 頁。

<sup>2</sup> 小川佳樹「自己負罪拒否特権の形成過程」早稲田法学 77 卷 1 号 (2001 年) 121 頁。

<sup>3</sup> John D. Jackson, Sarah J. Summers, *The Internationalisation of Criminal Evidence, Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge University Press (2012), at 244.

<sup>4</sup> 8 John H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* § 2251, at 317.

<sup>5</sup> Leonard W. Levy, *The Origins of the Fifth Amendment* (1968), at 42.

<sup>6</sup> Andrew L-T Choo, *The Privilege against Self-Incrimination and Criminal Justice*, Oxford and Portland, Oregon, at 2.

<sup>7</sup> これら両者の研究は「伝統説」と呼ばれている。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 5 号 (2001 年) 137 頁参照。

<sup>8</sup> Andrew L-T Choo, *supra* note 6, at 8.

<sup>9</sup> このような学説は、「修正説」と呼ばれている。伊藤・前掲注 (7) 140 頁。

<sup>10</sup> 自己負罪拒否特権に関する近年の代表的な研究は、R. H. Helmholz ET AL., *The Privilege Against Self-Incrimination: Its Origins and Development* (1997) である。この本に収録されている論文は伝統的な見方と異なる意見を示している。例えば、R. H. Helmholz は、「Wigmore は初期の資料について誤解をしたため、特権に関する多くの課題を解説できず、彼自身も自分の一部の結論について懸念を抱えていた。したがって、彼が執筆した *treatise on the law of evidence* は特権の歴史について全面的な説明を与えられなかった。レオナルド・レビーの *Origins of the Fifth Amendment* は、最も信頼できる説明であると広く認められているものの、実際には本当の歴史を説明する要求を満たしていない。彼の著作はあまりにも頻繁に資料の法律文脈を見落とし、もっぱら有名な「見せ掛け裁判 *show trials*」に過度に集中した。その結果、レビーは特権における実際の発展過程の複雑性を正確に評価することができなかった」と評価した。

自己負罪拒否特権の意味内容は時代とともに発展してきたものであるため、論者それぞれの判断基準に依る評価が異なるのも不思議ではないと思われる。そこで、本章では、特権の各歴史段階における本質的な内容及び性質を理解することを主たる目的とし、自己負罪拒否特権の発展過程を概観する中で、従来の特権に関する歴史研究を正確に分析し、論争の相互関係を解明する。

## 第1節 自己負罪拒否特権の成立

### 第1款 12世紀の *ius commune* における *nemo tenetur* 原則

自己負罪拒否の基本原則は、ラテン法諺 *Nemo tenetur seipsum prodere*（文字通り訳すと「何人も自己に不利益に行動する義務はない（*no man is bound to appear against himself*）」という意味である）から進化したものである。また、この法諺は、もう一つの法諺 *Nemo tenetur seipsum accusare*（文字通り訳すと「何人も自己を告発する義務はない」という意味である）と交互に用いられていた<sup>11</sup>。この原則の起源については、古いキリスト教の聖書や *Talmudic law* に遡るとする主張があるが<sup>12</sup>、正確な起源は不明である<sup>13</sup>。通説は、その直接的な起源は中世の *ius commune*<sup>14</sup>であるとする<sup>15</sup>。*ius commune* は、被告人尋問における最も重要な制限として、自己に不利益な供述の強制を禁止する原則を承認していた<sup>16</sup>。さらに、*ius commune* は、有名な *nemo tenetur* 法諺に加え、*Nemo punitur sine accusatore*（何人も告発人なしに処罰されない）及び *Nemo tenetur detegere turpitudinem suam*（何人も悪行を自ら打ち明けない）という2つの法諺も適用していた。

*Ius commune* における自己負罪拒否原則は、宗教的な自白義務を制限することを最初の目的としていたということが最も有力な仮説である<sup>17</sup>。宗教上、自白義務の制限を必要とした理由は次の3点にまとめることができる。

第1に、懺悔の秘密性である。宗教上、寛容を得るために、懺悔は必要であった。3、

<sup>11</sup> Philippa Jane Roles, *The Privilege Against Self-Incrimination, Nemo Tenetur Prodere Seipsum: Misinterpreted and Misapplied*, LAP Lambert Academic Publishing (2010), at 8.

<sup>12</sup> このような原則は、*Talmudic law* に由来するが、現代の手續保障としての特権が *Talmudic law* に遡るとは言いがたく、また不可能である。

<sup>13</sup> John D. Jackson, *supra* note 3, at 241.

<sup>14</sup> *Ius commune* を文字通り訳すと「コモン・ロー」であるが、*Roman law*、*canon law*、*the law merchant*、*local custom* から由来した結合体を意味する。R. H. Helmholz, *The Privilege and the Ius Commune: The Middle Ages to the Seventeenth Century*, in Helmholz et al., *supra* note 10, at 5.; Cosmas Moisidis, *Criminal Discovery: from truth to proof and back again*, 2008, at 11 を参照。

<sup>15</sup> R. H. Helmholz, *supra* note 14. また、John D. Jackson, *supra* note 3, at 241 では、「何人も自らが告発の源となるようことを強制されない（*no one would be required to become the source of their own prosecution*）保障としての機能を果たした *nemo tenetur prodere seipsum* という法諺は中世のカノン法とヨーロッパの *ius commune* に由来する」とする意見がある。

<sup>16</sup> R. H. Helmholz, *supra* note 15, at 5.

<sup>17</sup> Alber W. Alschuler, *A Peculiar Privilege in Historical Perspective*, in Helmholz et al., *supra* note 10, at 185.

4世紀から懺悔が公開の場で行われるものか、それとも秘密の場で行われるものかについて論争があったが、教会は結局のところ、プライベートな（牧師の前での耳打ちの）懺悔を要求した。つまり、当初、自己負罪拒否原則は、罪ある者が沈黙する権利を意味したのではなく、単に刑罰を受ける可能性がある自分の罪を公衆の前で自ら暴露することを義務付けないということの意味した。魂 (soul) に良いものは沈黙ではなく、懺悔であるが、自分の罪を公開し、刑罰を受けることを要求するのは犯罪者の懺悔の意欲を減退させるおそれがあると考えられていた<sup>18</sup>。すなわち、自己に不利益な供述の強制を禁止する宗教上の理由は、人は自分の罪を神に懺悔すべきであり、他の誰かに罪を告白することを強制されてはならないということであると考えられる。

第2に、社会秩序の維持と政府の訴追行為に対する規制である。人は皆何らかの犯罪と関わりがある。そのため、もしすべての真実が明らかになるとすれば、すべての人間は何らかの裁判で裁かれる危険にさらされる可能性がある。したがって、政府が人々に自分の罪を明かすように強制することを可能にすることは、誰しもが訴追を免れられないことを意味する。それはかえって社会の秩序を破壊し、政府の行き過ぎた熱情を助長することになりかねない<sup>19</sup>。

最後に、偽証の防止である。宣誓の上で自己に不利益な特定の質問に答える義務を課すことは、偽証（虚偽自白）をもたらすおそれがある。なぜなら、本当のことを言わないという圧倒的な誘惑は被告人をこのような窮地に追い込むからである<sup>20,21</sup>。

Canon law は *ius commune* における自己負罪拒否原則を採用した。しかし、Canon law の糾問的な刑事手続の下で、公衆の疑いを受けている被告人は公判において供述しなければならなかった。その時の自己負罪拒否原則は、単に人に知らされていない犯罪について、被告人が自ら告発することを強制されないよう被告人を保護するという限定的な役目を果たしていた<sup>22</sup>。

## 第2款 17世紀までの発展及び権利の成立

### 第1項 教会裁判所における職権宣誓手続

12世紀末期のイギリスの教会裁判所は、被告発人に自分の有罪無罪を証明するように強制する職権宣誓という手続を通じ、告発された罪について被告人を尋問する権限を行使

---

<sup>18</sup> *Id.*, at 186.

<sup>19</sup> Philippa Jane Roles, *supra* note 11, at 8.

<sup>20</sup> 1775年に、Lord Mansfieldは、裁判所は人間が嘘を言う誘惑をどの程度まで耐えられるかを考慮するのではなく、人々が少しでもそのような誘惑にさらされることのないように用心すべきであると明言した。

<sup>21</sup> Philippa Jane Roles, *supra* note 11, at 9.

<sup>22</sup> Leonard W. Levy, *Origins of the Fifth Amendment and Its Critics*, 19 *CARDOZO L. REV.* 821 (1997), at 826.

していた<sup>23</sup>。職権宣誓の制度の下で、教会裁判所は被告発人に宣誓させた上で、その者が知る限りすべてのことについて供述するように強制する権限を持っていたのである。宣誓を拒む者は法廷侮辱罪で投獄されることになる<sup>24</sup>。このような実務の中で、自己負罪拒否特権のような保障は被告発人にとって必要なものであった。

14世紀末頃、教会裁判所は、異端者を弾圧するために世俗権力を必要とし、1401年に、*De Heretico Comburendo* を制定した<sup>25</sup>。同法は、*Canon law* の定める手続にしたがい、異端者を拘禁し、処罰する権利を教会裁判所に与えると同時に、職権宣誓の使用を認めていたため、しばしば *the statute Ex Officio* と呼ばれていた<sup>26</sup>。この法律をもとに、1408年には、大司教が聖職者に対して、職権宣誓の執行に抵抗したすべての者を異端者として告発することを命じるようになった<sup>27</sup>。

1487年に、星室裁判所においては、星室裁判所法 (*Star Chamber Act*) により、宣誓の上で被告人を尋問することが認められるようになった<sup>28</sup>。高等宗務官裁判所においては、1583年の特許状 (*the Letters Patent of 1583*) の制定により、宣誓手続を用いることが認められるようになった<sup>29</sup>。

これらの裁判所は職権宣誓手続を用い、英国国教会の異端者に対し、神の前ですべての質問に正直に答えることを誓うよう強制した。宗教的異端の捜査において職権宣誓を用いることにより、これらの裁判所は被告人を「残酷なトリレンマ」に陥らせた。すなわち、(1) 宣誓拒否は法廷侮辱罪になりかねず、被告人は拷問を受けざるを得ない、(2) 宣誓の上で自分の宗教的信仰についての真実を告げることができるが、もし異端信仰であれば、死刑で罰せられる、(3) 宣誓の上で偽証をすることも死刑に処せられる。言い換えれば、このような糾問的な手続はただ自白を導くように意図された尋問方法を容認したのである<sup>30</sup>。

## 第2項 職権宣誓とそれに伴う糾問的な尋問手続<sup>31</sup>

宗教裁判所や星室裁判所は被疑事実の告知なしに被告人を召喚したり、宣誓させて取

<sup>23</sup> Philippa Jane Roles, *supra* note 11, at 10.

<sup>24</sup> *Id.*

<sup>25</sup> *De Heretico Comburendo* の制定は、いわゆる糾問主義手続をイギリスに定着させたという点で重要である。

<sup>26</sup> この法律が制定されるまでについては、Levy, *supra* note 5, at 56-57.

<sup>27</sup> John H. Wigmore, *supra* note 4, at 277.

<sup>28</sup> Leonard W. Levy, *supra* note 5, at 50-51. イギリスにおいて、宣誓手続が使われ始めたのは、1307年に即位したEdward 2世の頃であるといわれている。

<sup>29</sup> Maguire, *Attack of the Common Lawyers on the Oath Ex Officio* in *ESSAYS IN HISTORY AND POLITICAL THEORY IN HONOR OF CHARLES H. MCILWAIN*, at 214.

<sup>30</sup> Steven M. Salky, *The Privilege of Silence: Fifth Amendment Protections Against Self-Incrimination*, *American Bar Association* (2015), at 2.

<sup>31</sup> Glanville Williams, *The proof of the guilt: A Study of the English Criminal Trial*, (1963) 3rd ed. 訳は、庭山英雄訳『イギリス刑事裁判の研究』(学陽書房、1981年) 36頁を参照。

調べたりする権限を行使し、さらに、自白獲得の目的で拷問台や悪魔的道具も使用していた。その実態については、Glanville Williams の研究からも明らかになっている。

すなわち、その尋問手続は、「人々の良心を苦しめるために用いられた。いや、そうではなくて、複雑な質問で彼らを困惑させ、単純な人なら容易に陥る矛盾を犯させるために利用されたのだ。しかも彼らは 100 個の尋問項目について取調べられた。それどころか、彼らの全生涯にわたって取調べが行われたのだ<sup>32</sup>」。さらに、被告人は「法律によって宣誓を強制されていたので、宣誓を拒否すると処罰され」、自白した場合であれば、星室裁判所は彼を非公開かつ無宣誓で尋問することができた。しかし、被告人が自白した場合の尋問の過程で危険な行きすぎが発生する。すなわち、「被告人が一定条件の下で自白しているにもかかわらず、全く不運なことに同じことが繰り返されるからである。時には自供されていない諸事実を吐かせるために多くの条件が押しつけられる。その事実はたしかに強要されるべきではない。同じやり方ですでに任意に自白している事実なのだから。もしそれらが限度内にとどめられたとしたら、幸運だというほかはない。」Glanville Williams は、この一連の手続への反対意見が特権の発展を促したと指摘する<sup>33</sup>。

このような職権宣誓手続の下で、*nemo tenetur* 原則は独自の意義を持つようになった。すなわち、拷問と並んで、宣誓の下での自己負罪供述を強制することを禁じることである<sup>34</sup>。自己負罪の事項について尋問されるという、虚偽の供述を誘発するおそれが強い状況下で、真実を述べる旨を神に誓わせることは、いわば精神的な拷問であり、*nemo tenetur* 原則はこれを禁じるものだと考えられていた<sup>35</sup>。

### 第 3 項 職権宣誓手続への反抗及び職権宣誓手続の廃止

1532 年に、John Lambert は、異端者として裁判を受けた者のなかで、初めて自己告発を強いることは違法であるという理由をもって宣誓手続に反対した<sup>36</sup>。また、Saint Jermain は、職権宣誓を用いる手続においては、誰が告発者か分からないとして、宣誓手続を非難し、人を不正に、そして正義の適正な要求に反して罰するよりも、犯罪者を逃れしめたほうが望ましいと主張した<sup>37</sup>。しかし、この両者は、適正な手続で告発されたならば、宣誓の上で証言すべきであると考えていたのであり、職権宣誓を用いる糾問的な手続が被告人

<sup>32</sup> Glanville Williams = 庭山訳・前掲注 (31) 38 頁。

<sup>33</sup> Glanville Williams は、John Lilburne 事件について、「オランダからイギリスへと扇動的な名誉毀損文書を送ったことで 1637 年に告発されたリルバーンは宣誓を拒否したところ、フリート監獄からさらし台へと移される間 500 回以上も鞭打たれ、そのあと 2 時間もさらし台に立たされ、さらに 500 ポンドの罰金を科された」と述べた。

<sup>34</sup> Eben Moglen, *The Privilege in British North America: The Colonial Period to the Fifth Amendment*, in Helmholz et al, *supra* note 12, at 118-19; Alschuler *supra* note 56, at 99.

<sup>35</sup> Alber W. Alschuler, *supra* note 17, at 191.

<sup>36</sup> Leonard W. Levy, *supra* note 5, at 62-64.

<sup>37</sup> *Id.*, at 64-66; Maguire, *supra* note 28, at 209-211.

の防御を妨げるということが問題視されたのではないといえよう<sup>38</sup>。このような意味では、被告人には自己を有罪とするための活動に何ら協力する義務はないという意味での弾劾主義は、いまだ確立されていないと考えられる<sup>39</sup>。

17世紀に、コモン・ロー裁判所は、高等宗務官裁判所が宗教上の反対者である被疑者に不利益な質問を発する権限を制限し、コモン・ロー裁判所が従う法律に服従することを要求した<sup>40</sup>。すなわち、コモン・ロー裁判所は被告人及び他の当事者が宣誓の上で証言することを禁止していたが、それと異なり、高等宗務官裁判所は、告発の明確な理由や裁判で発する質問について何の提示もしないまま、被告人に法廷で行われるすべての尋問について真実を告げることを誓うよう要求した。これに対して、刑事被告人たちは、主に *ius commune* は裁判官が職権宣誓の手続を開始することを禁止するという点に基づき、高等宗務官裁判所の職権宣誓を強制する権限に反発した<sup>41</sup>。この段階における自己負罪拒否特権は何人も自己を告発する義務はないという *nemo tenetur* 法諺を根拠に主張され、職権宣誓が被告人の防御の機会を否定するということがその反発の理由としていた<sup>42</sup>。

1638年、John Lilburne は、異端的・煽動的文書の印刷等の罪により星室裁判所において告発されたが、宣誓を拒否したため、投獄された。彼はそこで職権宣誓手続に対して激しい批判を行い、世の注目を集めた<sup>43</sup>。John Lilburne の宣誓拒否の理由は、告発事実と密接な関係がない事項に関する負罪的尋問に対して、黙秘する権利があるということであった<sup>44</sup>。すなわち、リルバーンは、この段階では、自己告発に反対しているのみであり、負罪的証言の強要一般に反対しているわけではなかった<sup>45</sup>。

高等宗務官裁判所の実務の反対者は以下の理由<sup>46</sup>でその手続に反対した。1つは、被告人に宣誓の上で負罪的質問に答えるように強制することは、彼らが偽証するように誘引することと同様であるという点である<sup>47</sup>。しかし、高等宗務官裁判所の批評家たちが、宣誓した被告人が直面する道徳的なトリレンマが残ることについて異議を唱えたにもかかわらず、同趣旨の反対意見はコモン・ローが高等宗務官裁判所の強制的な職権宣誓を禁止す

<sup>38</sup> Leonard W. Levy, *supra* note 5, at 66.

<sup>39</sup> 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かりとして——」立教大学大学院法学研究 3号 (1982年) 10頁。

<sup>40</sup> Alber W. Alschuler, *supra* note 17, at 188-189.

<sup>41</sup> *Id.*, at 188.

<sup>42</sup> 多田・前掲注 (39) 11頁。

<sup>43</sup> Lilburne は、その生涯において三度訴追されることになるが、これはその最初の事件である。Lilburne の事件については、John H. Wigmore, *supra* note 4, §2250, at 282-283; Leonard W. Levy, *supra* note 5, at 271-313; 澤登文治「自己負罪拒否権の歴史的展開 (二・完) ——合衆国憲法修正五条の意義——」法政理論 25 卷 1号 (1992年) 160-180頁参照。

<sup>44</sup> Trial of John Lilburne, 3 St. Tr. 1315(1637).

<sup>45</sup> 多田・前掲注 (39) 12頁。

<sup>46</sup> これらの理由は、被告人を尋問する十分な根拠について触れることがなかった。

<sup>47</sup> この時期に、被告人が宣誓の上で供述するように強制することによって生じた違和感はかなり強いものであったため、*ius commune* は負罪的尋問に対する虚偽の供述を偽証罪の処罰から免除した。しかし、それでもやはり虚偽の供述は法廷侮辱罪として処罰することが可能であった。

る結果をもたらさなかった<sup>48</sup>。

高等宗務官裁判所の尋問に対するもう1つのよりテクニカルな反対は、コモン・ローのより大きな支持を得た。コモン・ロー裁判所は、高等宗務官裁判所がコモン・ロー裁判所の管轄下における民事・刑事事件の被告人を尋問することを禁止していた。そのため、高等宗務官裁判所の法廷において、「ひそかな思い」に関して質問されない特権を含むその他の特権は、被告人に適用することが可能であった。しかし、承認されていない特権を強く主張することによって自己負罪的な質問への回答を拒否することに成功した者は1人もいなかったのである。ところが、1607年の高等宗務官裁判所におけるピューリタン事件以後、以下の3つの条件の下で、高等宗務官裁判所の宣誓を前提とする尋問の正当性が確立した<sup>49</sup>。その3つの条件は、(1) 事件は高等宗務官裁判所の管轄下にある、(2) 高等宗務官裁判所の尋問は、コモン・ロー手続における被告人の不利益をもたらさない、(3) 高等宗務官裁判所は、尋問の内容について十分な予告を与える、というものであった。この中で、(3)の要求から、「明確な告発者または公の名声による嫌疑の明確な根拠がない限り、宣誓の上で自己負罪的な尋問にさらされない<sup>50</sup>」とする権利が強調され、職権宣誓の廃止へと繋がったと理解される。

このように、17世紀までに、*ius commune*における *Nemo tenetur* 法諺によって、刑事手続の発動が規制され、何人も自己を「告発」または「密告」することを要求されないことを明確にした。したがって、自己負罪拒否特権は、明確な根拠に基づく嫌疑がない限り、宣誓の上で尋問をされない権利に発展した<sup>51</sup>。

1641年7月に、Charles 1世は、星室裁判所と高等宗務官裁判所を廃止するとともに、刑事事件で職権宣誓を行うことを禁止した。17世紀末頃に、この原則はコモン・ロー裁判所を通じて、ヨーロッパ大陸及びイギリスの宗教裁判所および星室裁判所において適用されるようになり、1700年代初めには、公然と被告人に質問する慣行は廃止された<sup>52</sup>。

以上の検討から、自己に不利益な供述を強制されない原則は *ius commune* にその起源を有しており、その原則が11世紀及び12世紀からコモン・ロー裁判所において適用され、正式な権利として生まれた時期は、星室裁判所や高等宗務官裁判所及びそれらの裁判所で採用されていた職権宣誓の制度が廃止された1641年に遡るといえることは間違いないと思われる<sup>53</sup>。そうであれば、Wigmoreは自己負罪拒否原則が被告発人によって主張され始め

<sup>48</sup> Alber W. Alschuler, *supra* note 17, at 189.

<sup>49</sup> *Id.*

<sup>50</sup> *Id.*

<sup>51</sup> つまり、司法官憲は大ざっぱな尋問や情報の探り出し、脆弱な被疑者に対する尋問などを通じて訴追を開始することが禁止されたのである。そこで、17世紀及びそれ以前の司法官憲には被疑者が宣誓の上で自己負罪的な質問に答えることを要求する前に明確な訴因を提示することが期待されていた。Alber W. Alschuler, *supra* note 17, at 188-189.

<sup>52</sup> Glanville Williams = 庭山訳・前掲注(31) 59頁。

<sup>53</sup> John D. Jackson and Sarah J. Summers, *supra* note 3, at 241; Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Institute (2006), at 341.

た頃を特権の成立時期と評価したのであり、Levy は特権がコモン・ロー裁判所によって正式に認められた時点を重要視したと理解することができる。いずれにしても、両者が特権の発展段階の重要な時期について評価したことは間違いないといえよう。

#### 第4項 17世紀後半における自己負罪拒否特権の発展

職権宣誓の廃止後、コモン・ローの公判手続においては、自白を強要する糾問的な予備審問手続と、被告人尋問を中心とする公判手続が特徴的であった。当時、被告人は、証人適格を否定され、宣誓の上で供述することを絶対的に禁じられていた。しかし、裁判官が発する糾問的な尋問に晒されていたため、法廷で完全に沈黙することもできなかった<sup>54</sup>。つまり、裁判官の尋問に対し、被告人は無宣誓での供述をせざるを得なかったのである。

予備審問における被告人の供述採取については、治安判事はその面前に引致された被告人を糾問的な方法で尋問していた。被告人は無宣誓で供述を行い、その供述は書面に記録された。記録した書面は、利益不利益を問わず、後の公判で朗読され、証拠として許容された。自己負罪拒否特権は、負罪的尋問に対して黙秘しうる権利として承認されたものの、公判における証言拒否権にすぎなかった<sup>55</sup>。

公判における自己負罪拒否特権の範囲は、その後の判例によって次第に拡張され、自己負罪拒否特権は、最初のような、告発があるかどうかに関するものでも、供述の強要に関するものでもなく、まさに、自己の有罪を導くような証拠全般について認められるようになった<sup>56</sup>。

この段階に至って、被告発者は訴追者に対し協力する義務はないという意味での自己負罪拒否特権、つまり弾劾主義が確立したといえる<sup>57</sup>。

Wigmore は、この過程を次のように説明する。すなわち、職権宣誓が廃止された 1641 年以降、コモン・ロー裁判所において、*nemo tenetur maxim* という法諺を引きつつ「自らを告発する義務なし」との主張がなされるようになり、そのような主張は、まず被告人について認められるようになる。そして 17 世紀後半までに証人についても認められるようになった<sup>58</sup>。もっとも、しばらくの間、これは単なる法準則の 1 つ (a bare rule of law) に過ぎず、公判において、裁判官が被告人を糾問的に尋問する裁判実務は 1700 年代初頭まで続けられた<sup>59</sup>。Wigmore は、以上のような経過を経て「現在のような自己負罪拒否特権

<sup>54</sup> John H. Wigmore, *supra* note 4, § 2250, at 286-287.

<sup>55</sup> Morgan, *The Privilege Against Self-Incrimination*, 34 MINN. L. REV. 1, 18(1949).

<sup>56</sup> この点は、1649 年のジョン・リルバーン裁判からも明らかである。同裁判において、陪審裁判を受けていたリルバーンは、負罪的答弁を拒否した。これに対して、裁判長は負罪的尋問に対しては黙秘しうることを認めた。Lilburne's trial, 4 St. Tr. 1269-1470 (1649). See Leonard W. Levy, *supra* note 5, at 288-312.

<sup>57</sup> Leonard W. Levy, *supra* note 5, at 450.

<sup>58</sup> John H. Wigmore, *supra* note 4, § 2250, at 289-290.

<sup>59</sup> *Id.* at 291.

(the present privilege in its modern shape)<sup>60</sup>」が成立したとする。

Wigmore と Levy の研究によれば、17 世紀後半になって、自己負罪拒否特権は、単に訴訟の発動に関わるものに限らず、包括的な自己負罪的証拠に認められるようになった。これは、被告発者は訴追者に対して一切協力する義務がないとする弾劾主義の成立にとって、重要な意味を有するといえよう<sup>61</sup>。

しかし、Helmholz は両者の研究について以下のように評価する。Wigmore は初期の資料について誤解をしたため、特権に関する多くの課題を解決できなかった<sup>62</sup>。したがって、彼が執筆した証拠法論文 (treatise on the law of evidence) は特権の歴史について全面的な解明を与えられなかった。Levy の「修正 5 条の起源」(Origins of the Fifth Amendment) は、最も信頼できる説明であると広く認められているものの、実際には本当の歴史を説明するという要求を満たしていない。彼の著作はあまりにも頻繁に資料の法律文脈を見落とし、もっぱら有名な「見せ掛け裁判 (show trials)」に過度に集中した<sup>63</sup>。その結果、彼は特権の実際の発展過程の複雑性を正確に評価することができなかったとする<sup>64</sup>。

そうであれば、自己負罪拒否特権の実際の発展過程はどのように理解すべきであろうか。この疑問を解決し、各論者の主張の関係性を明らかにするために、以下において、Langbein の研究を主要なものとする近年の自己負罪拒否特権の歴史に関する研究を検討したい。

### 第 3 款 18 世紀から 19 世紀初期——弁護人の登場

#### 第 1 項 Langbein の研究

Wigmore、Levy 以後の研究者たちは、Nemo tenetur 原則の通り、被告人が証拠の源とならないためには、黙秘する権利を与えることが重要であり、さらに、黙秘することが防御を諦めるということにならないためには、弁護人の援助が必要である点に注目した。

Langbein は、かつての「被告人供述型」公判が、弁護人依頼権の発展に伴い、当事者主義的手続に基づく「訴追検証型」公判に変化した点を重要視する。Langbein は、Nemo tenetur 原則について、被告人は糾問主義手続から当事者主義手続へという訴訟構造の変化の中で初めて沈黙することが可能になったとする<sup>65</sup>。

<sup>60</sup> Id. at 269.

<sup>61</sup> 多田・前掲注 (39) 13 頁。

<sup>62</sup> Helmholz は Wigmore 自身も自分の一部の結論について懸念を抱えていたと述べているが、この点についてはさらなる検証が必要である。

<sup>63</sup> Levy は Helmholz の批判を反駁する論文 Origins of the Fifth Amendment and Its Critics, 19 Cardozo L. Rev. 821 において、Helmholz の評価は自分の研究を誤解したため生じた間違った理解であると述べている。

<sup>64</sup> R. H. Helmholz, supra note 14, at 5.

<sup>65</sup> John H. Langbein, The Privilege and Common Law Criminal Procedure: The Sixteenth to the Eighteenth

Langbein は、論文<sup>66</sup>の冒頭において、「自己負罪拒否特権——刑事事件において、何人も、自己に不利益な証人となることを強要されないという保障——の発生は、アングロ・アメリカの刑事手続の歴史における画期的な出来事であった。法史上、従来の学説は、コモン・ロー上のこの特権の起源を、高等宗務官裁判所と星室裁判所の廃止を導いた憲法をめぐる闘争の成果の一部として、17 世紀後半においた。しかし、コモン・ロー上のこの特権の真の起源は、イギリス革命という高度の政治的なものの中にあるのではなく、18 世紀終わりの当事者主義 (adversary) の刑事手続の発生にある、ということである。コモン・ロー上の自己負罪拒否特権は、まさに、弁護人の作り出したものであったといえる<sup>67</sup>」と指摘し、Wigmore 及び Levy と違う見解を示した。

この見解を論証するために、Langbein は、18 世紀終わり頃<sup>68</sup>を境に、それまでの刑事手続とそれ以降の刑事手続とを区別して、前者の古いものを「被告人供述 (accused speaks)」型裁判として、後者の新しいものを「訴追検証 (testing prosecution)」型裁判として、類型化した<sup>69</sup>。すなわち、16 世紀中葉から 18 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、黙秘する権利を付与するのではなく、むしろ供述の機会を提供することであって、刑事裁判の真の目的は、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にあったというのである<sup>70</sup>。そして、刑事裁判がこのような特質を持つようになった手続上の要因のなかで最も根本的なものは、被告人に弁護人をつけることを禁止していたルールであると分析した<sup>71</sup>。18 世紀末から 19 世紀にかけて、公判は、訴追側の主張について被告人側が弾劾するための場であると捉えられるようになり、刑事被告人は自分に不利な証人となることを拒否することが可能となったのである<sup>72</sup>。

また、Langbein は、裁判の目的に関する従来の見解が支配的な影響を持つ限り、被告人が自己に対する負罪的証拠に応答することを拒否した場合、それは自殺行為を意味することになりかねず、弁護人の関与がなければ、被告人の防御主体としての地位と証拠方法としての機能は分ち難く結びつくことになり、供述を拒むということは、まさに全ての防御を放棄することに等しくなると指摘した<sup>73</sup>。さらに、彼は、実際、ロンドンで行われた 1670 年代から 1780 年代までの公判の記録を見ても、実際に刑事被告人がこのような自

---

Centuries, in Helmholz et al., *supra* note 10, at 97-100.

<sup>66</sup> *Id.*, at 82.

<sup>67</sup> *Id.*

<sup>68</sup> Langbein の研究の対象である Old Baily の裁判に、被告人側の弁護人が公判に登場するのは 1730 年代からである。しかし、被告人側に弁護人がついたとしても、その数は全体としてはきわめて少数であって、事件全体のなかで 10%を超えるのは 1780 年代に入ってからである。18 世紀末にはその比率は全体の四分の一から三分の一までに増大している。J. M. Beattie, *Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries*, *Law and History Rev.*, vol. 9, 1991, at 227.

<sup>69</sup> John H. Langbein, *supra* note 65, at 83.

<sup>70</sup> *Id.*, at 82.

<sup>71</sup> *Id.*, at 83.

<sup>72</sup> *Id.*

<sup>73</sup> *Id.*, at 83.

殺的な権利を主張した形跡はなかったとする<sup>74</sup>。このような理由で、彼は、「18世紀後半まで、ほとんどすべての刑事被告人にとって、防御するという事は、自ら告発事実の詳細に対して応答するという事でしかなかった。弁護人の関与があったからこそ、『訴追検証』型裁判の発展が可能になり、また、これによって、初めてコモン・ロー上の刑事手続において、自己負罪拒否特権が語られるようになった」<sup>75</sup>と結論付けた。

Langbein は、「自己負罪拒否特権を機能させるためには、刑事被告人は代理人による防御を受けることができる地位にいないといけない。もし、被告人が、価値のある黙秘権を有していたのであれば、彼の防御活動を他の者に任せることが可能でなければならない。しかし、防御側証人及び弁護人が利用できないように押さえつけることによって、近代初期のコモン・ロー上の刑事手続は、代理人による防御の道をほとんど閉ざしていたのである。すなわち、被告人に起訴事実に対する供述を義務づける目的とこのような効果をもたらす一連のルールと実務が、コモン・ロー上の近代初期の刑事裁判手続の基礎を固めていた」<sup>76</sup>と指摘した。その後、彼は、「被告人供述」型裁判の諸属性——弁護人の禁止、防御側証人の制限、立証基準の未発達、防御準備の妨害を挙げ、公判前手続においても、刑の宣告手続においても、「被告人供述」型裁判が貫徹されるようになっていたことを論証した。以下では、被疑者の黙秘権を妨げる要素の中で Langbein が最も重要視する「弁護人の禁止」について詳しく見ておくことにする。

「被告人供述」型裁判の根底にある刑事手続の根本的な原理は、重罪につき起訴された者は弁護人の援助を受けることを禁止される、という点にある<sup>77</sup>。弁護人を禁止することを正当化する様々な理由は以下の通りである。

#### 1. 弁護人の役割を担う裁判所

理論上、裁判所は刑事被告人の弁護人としての機能を果たすべきである。しかし、16、17世紀の多くの政治事件に関する裁判で、裁判官はほとんど被告人の利益を守らなかった。1701年まで、裁判官は国王の思うがままに職務を行い、「ほとんどの場合、彼らの貧弱な依頼人を裏切って、より良い依頼人である国王を喜ばせていた」ということを指摘した<sup>78</sup>。

非政治的犯罪に関する裁判においては、弁護人と訴追側弁護人の両方が欠けていたため、裁判官は訴追側の訴追事実に関する立証を援助すると同時に、狭義の意味での「被告人の弁護人」という役割を果たさなければならなかった。裁判官が被告人の弁護人としての役割を担う場面は法律問題に限定され、事実問題については、何の援助も行わなかった<sup>79</sup>。

---

<sup>74</sup> Id.

<sup>75</sup> Id.

<sup>76</sup> Id. at 83-84.

<sup>77</sup> Id. at 84.

<sup>78</sup> Id. at 84-85.

<sup>79</sup> Id. at 85.

つまり裁判官が被告人の弁護人の役割を担うとしても、それは違法手続や誤った起訴等から被告人を救済することに限られており、被告人の防御、被告人の利益のために戦うという意味ではなかった<sup>80</sup>。裁判官に被告人の利益を守ることが期待されているものの、結局のところ、重罪被告人は孤立無援の状況において自ら防御を行わなければならない、訴追側の質問に応答せざるを得ない目に遭うのであった<sup>81</sup>。

## 2. 情報源としての被告人の地位

Hawkins によれば、事実の問題について、被告人に弁護人の援助を与えることを徹底的に否定する伝統的かつ正当な理由は、被告人は弁護人を依頼する必要がないからというものである。なぜなら、「もし被告人が無実ならば、いかなる法律家とも同じく、有効に自己を防御することができる（自分自身がいわば最良の弁護人である）からである<sup>82</sup>」。他方、被告人が真犯人である場合には、「彼が弁解をするときの話しぶり、身ぶり、顔色、態度を吟味することにより、真実が明らかにされるはずであるし、それは、他の者による防御の場合には不可能である<sup>83</sup>」ことである。したがって、Hawkins は弁護人が被告人の代わりに弁論を行うことになる、このようなことを期待することができなくなってしまうことを指摘した<sup>84</sup>。

以上の Hawkins の主張に対して、Langbein は、無実の被告人が裁判において、自己のための弁護を行うことが彼の利益となるとするのは不合理であると反対の意見を述べた<sup>85</sup>。そして、Langbein は、自分を裁く裁判で弁解を試みる哀れな被告人の空しさを描写した Beattie の見解、すなわち「突然不慣れな環境の中で注目を浴びた、公の場で話すことに慣れていない者（彼らのほとんどは不潔で、栄養不良の上、もちろん病気がちである）は、大抵、積極的な反対尋問や有罪証拠に対する弾劾を有効に行うことができない。すべての被告人が裁判で無防備の状態であったとか、あるいは裁判において口が利けなくなったというわけではないが、イギリスのサリー州の裁判記録によれば、鋭い質問をする刑事被告人、あるいは自己のために陪審員に効果的に陳述する刑事被告人は例外であったということが分かる<sup>86</sup>」を引用し、弁護人の必要性を説いた。

Langbein は、弁護人が存在しない近代初期の「被告人供述」型裁判で、証言機能は防御機能と混じり合い、被告人は防御を行うために供述せざるを得なく、黙秘することは自らの咽喉を切り裂くことになると述べた<sup>87</sup>。したがって、「被告人に弁護人の援助を禁止

<sup>80</sup> John M. Beattie, *Supra* note 68, at 223.

<sup>81</sup> *Id.*

<sup>82</sup> William Hawkins, *Pleas of the Crown*, ch. 39, §2. 常識を有する被告人であれば、自分自身がまるで最高の弁護人であるかのように、事実の問題について適切に語るができるであろう。

<sup>83</sup> *Id.*

<sup>84</sup> *Id.*

<sup>85</sup> Langbein, *supra* note 65, at 86.

<sup>86</sup> J. M. Beattie, *Crime and the Courts in England, 1660-1800*, Princeton University Press (1986) at 350-351.

<sup>87</sup> Langbein, *supra* note 65, at 87.

する目的は、自己負罪拒否特権の目的とは全く正反対である<sup>88</sup>」とした。

### 3. 弁護人の役割の制限

18 世紀の中葉に被告人の弁護人の禁止が裁判官により緩和された後でも、裁判官は被告人に裁判で供述するよう圧力をかけ続けるために、弁護人の役割を制限した。裁判官は弁護人に、証人の尋問と反対尋問をすることを認めたが、1836 年の立法化に至るまで、弁護人が被告人に代わって「陪審員に向けて弁論する」ことは許されなかった<sup>89</sup>。

このような状況を説明する一つの例として、Langbein は、1789 年のオールド・ベイリーの財務裁判所における裁判の一場面を挙げた。当時の首席裁判官である Baron Eyre は、起訴事実は「一連の証拠によって立証され、被告人に非常に不利である」ため、被告人に「起訴事実の立証に応答することを望む。今はあなたが自分の防御を行う時である。あなたは自分の意のままに弁解することができる」と言った。そして、裁判官のこの要求に加え、被告人の弁護人は「私はあなたの代わりに主張することが許されていない」と意見を述べたのである<sup>90</sup>。

以上述べたように、弁護人がついているにもかかわらず、イギリスの法制度は、刑事被告人に「あなたは自分のために公判で応答しなければならない」ということを伝えていたのである<sup>91</sup>。確かに、「被告人は犯罪事実にもっと詳しい証人である可能性が高い」から、「被告人を情報源として確保しようとする強い願望は十分理解できる」。しかし、裁判官が日常的に、弁護人が付いている被告人にまで、「あなたは自分のために公判で応答しなければならない」ということを強調していた 18 世紀において、被告人が沈黙する権利が存在したとする主張は明らかに矛盾すると、Langbein は指摘する<sup>92</sup>。

18 世紀までの刑事手続のすべての目的は、負罪証拠に対して自ら供述することに加え、被告人のあらゆる防御の機会を大きく制限することであり、自ら供述することは、まさに被告人の義務であり、裁判が成立する基礎であった<sup>93</sup>。

以上の検討を踏まえ、Langbein は、「近代初期の刑事手続の論理は、被告人に事実認定の情報源となるように圧力をかけることであった。したがって、公判で陳述する義務を被告人に課すことを目的としていた法制度が、同時に、近代的な自己負罪拒否特権の中に体现されている当事者対抗原理を構造化する意図を有していたと想定することは困難である<sup>94</sup>」と主張した。

---

<sup>88</sup> Langbein, *supra* note 65, at 87.

<sup>89</sup> *Id.*

<sup>90</sup> *Id.* at 87-88.

<sup>91</sup> *Id.* at 88.

<sup>92</sup> *Id.*

<sup>93</sup> *Id.*

<sup>94</sup> *Id.*

## 第2項 その他の研究

R.H.Helmholz は Wigmore と Levy の研究が黙秘権の発展過程を正確に分析しなかった点について指摘した。そして、Langbein の見解に賛成する旨を次のように述べた。すなわち、「専門的な援助がなければ、被告人は自分のために供述せざるを得なくなる。裁判官からの援助はあくまでも散発的であり、重大な犯罪で告発された被告人を保護するには不十分なものである。被告人は宣誓の上で供述する権利はないが、任意に供述することは許されていた。ほとんどの被告人は自分のための弁解を行っていた。なぜなら、自分ですら弁明をしなければ、他に自分のために弁明してくれる人はいないからであった。このような状況の中で、自己に不利益な質問に返答しない権利を強調することは結局本当の防御を諦めるということに他ならない。刑事事件における弁護人の活躍がなかったならば、*Nemo tenetur prodere seipsum* は単に尊敬に値する法諺にとどまり、きわめて限定的な実務的帰結をもたらしたはずである<sup>95</sup>」とする。

この見解に賛同する Smith は、「弁護人による完全な防御権 (*The Right to Full Defense by Counsel*)」を論じるにあたって、「現代になって、われわれは弁護人の援助を受ける権利と有効な黙秘権は密接に関連していることが分かった。1つの理由は、弁護権が強力であればあるほど被告人の黙秘はより容易になることである。さらに、19世紀の法律は、被告人が弁護人の援助を受ける権利も、被告人自ら宣誓証言をすることも禁止していた。弁護権の拡張と黙秘の現実化は法律上、実務上いずれにおいても関連している<sup>96</sup>」と述べ、弁護権と黙秘権との関連性を示した。

引き続き、Smith は、重罪事件の被告人に弁護人の援助を受ける権利を認めたのは効果的な黙秘権に近づく上で重要な一步になると述べ<sup>97</sup>、重罪事件の被告人の弁護権をめぐる論争について言及した。

重罪事件における被告人の弁護権については、1820年代から1836年に立法化されるまで、積極的な議論が展開された<sup>98</sup>。

その時期に、刑事裁判において被告人の完全な黙秘が危機にさらされていることは明確な共通認識であった。しかし、当時の論争の中で、*Nemo tenetur* は議論の対象とならず、黙秘することを被告人の権利という意味で議論することはなかったとする<sup>99</sup>。

Alchuler も、1820年代から1830年代までの議論において、改革論者たちは「被告人供

<sup>95</sup> Id.

<sup>96</sup> Henry E. Smith, *The Modern Privilege: Its Nineteenth-Century Origins*, in Helmholz et al., *supra* note 10, at 163.

<sup>97</sup> Id. at 163-164.

<sup>98</sup> 1824年に、重罪事件の被告人 (prisoners) に弁護人による完全な防御を行う権利を与える法案が提出されたが、立法にいたらなかった。1826年も同じく立法に至らなかったが、1833年に新しい法案が提出され、1836年によりやく立法化された。

<sup>99</sup> Henry E. Smith, *supra* note 96, at 164.

述」型手続がしばしば不公正に働くことを批判していたと指摘する。しかしながら、この点について、改革論者が見つけた救済方法は、黙秘する権利の主張ではなく、その代わりに、彼らは被告人の弁護人に陪審の前で被告人の利益を主張する権限を与えることを提案したのであるとする。そして、弁護権に関する議論の中で、黙秘することの利益不利益の問題は絶えず続いた主題であり、弁護人の援助を受ける権利における論争は黙秘権について言及しなかったにしても、被告人の黙秘する可能性についてはきわめて詳細に検討したと指摘した<sup>100</sup>。

このような弁護権をめぐる論争は、イギリスの刑事被告人の刑事裁判における黙秘権がまったく有効性を持たなかったことを裏付ける。1836年に本格的に認められた刑事弁護人の役割の拡張は、被告人が裁判においてより消極的な役割を担うことを許容した<sup>101</sup>。

この時期の議論から分かるように、黙秘することは被告人の基本的な権利になっていなかったし、被告人が黙秘することに賛成した者でも、それは被告人が情報の源となるのを防止したかったのである。したがって、もしこの時期に黙秘権が存在していたとしても、それは消極的な権利にしかすぎなかった。

以上の Smith と Alchuler の議論は、被告人の弁護権は黙秘する権利を保障するために提案されたのではなく、被告人の代わりに弁護人が効果的な防御活動を行うことを期待していたことを示している。しかし、弁護人は被告人の沈黙のために設けられた措置ではないにせよ、この制度によって被告人は終始沈黙することができるようになったといえよう。

#### 第4款 伝統的な学説と Langbein 等の学説との関係

以上1款で検討したように、自己負罪拒否原則の起源について、Helmholz は、イギリスのコモン・ローの中にその原則が成立する以前から、*ius commune* の中の *nemo tenetur* 原則にあったと主張する。そして、17世紀までに、この原則は、正当な根拠に基づく嫌疑なく、宣誓の下で尋問されない権利として発展した。Helmholz のこの見解については、ほぼ争いがない<sup>102</sup>。問題はその先の議論である。

Wigmore と Levy が代表する従来の伝統的な学説は、自己負罪拒否特権の起源を、高等宗務官裁判所と星室裁判所の廃止を導いた憲法をめぐる闘争の成果の一部として、17世紀の後半世紀においた。これに対し、Langbein は、特権の真の起源は、18世紀終わりの刑事手続における当事者対等主義 (*adversary*) の発生にあると主張した。彼が示した異議の根拠は、主に以下の通りである。

<sup>100</sup> Alber W. Alschuler, *supra* note 17, at 198.

<sup>101</sup> *Id.*

<sup>102</sup> R. H. Helmholz, *supra* note 14, at 18. 松倉治代「刑事手続における *Nemo tenetur* 原則 (1) ——ドイツにおける展開を中心として——」立命館法学 335 号 (2011 年) 146 頁。

Langbein は、コモン・ロー上の自己負罪拒否特権の歴史の混乱の主な原因は、Nemo tenetur 法諺と近代のコモン・ロー上の特権が結び付けられるようになった点にあると指摘した<sup>103</sup>。イギリスの自己負罪拒否特権の基礎にあるこの概念は、ヨーロッパの伝統の中に淵源していたといえる<sup>104</sup>。そして、自己告発の義務がないというこの概念は、清教徒によって、英国国教との闘争の一部として把握された。すなわち、この原理を武器にして、清教徒は、審問のはじめに、いかなる質問にも答えるとの宣誓をさせる「職権宣誓 (Ex officio Oath)」手続を用いて審理する教会裁判所、そして高等宗務官裁判所や星室裁判所に反抗しはじめ、結局、両裁判所は崩壊し、職権宣誓は廃止された。Wigmore は、このことがコモン・ロー裁判所に決定的な影響を与え、この法諺がコモン・ロー裁判所に直ちに伝達されたことは全く自然なことであったと主張した。しかし、問題は、「コモン・ロー裁判所がいかに自己負罪拒否特権を内在化しようになったのか」である<sup>105</sup>。この点について、Langbein は、当時のコモン・ロー裁判所の刑事手続の構造上の一連の属性は、その特権を不自然なもの、そして機能しないものとしていたことを指摘した<sup>106</sup>。

また、Langbein は、Wigmore の主張の典拠とされた 17 の事件を調査したところ、5 つは民事事件であり、他の 12 の刑事事件も、自己負罪拒否特権に直接かかわっていないことが分かったとした<sup>107</sup>。さらに、17 世紀に自己負罪拒否特権のスローガンが流布していたとしても、洞察の鍵となるのは、「そのスローガンが特権を確立することはなかったことである」と指摘した<sup>108</sup>。

さらに、Langbein は、17 世紀の糾問的な公判前手続<sup>109</sup>は、「近代初期のイギリスの刑事手続が自己負罪拒否特権を認めたかどうかという問題にかかわる」とし、「公判前手続が自己負罪拒否特権を骨抜きにするように作られたこの時期に、Levy が主張するように自己負罪拒否特権は公判で『最高の権利として普及した』と評価することはできない」とした<sup>110</sup>。

以上の理由に基づき、Langbein は従来の説とは異なり、「コモン・ロー上のこの特権の『真の起源』は、18 世紀末の当事者対等主義の刑事手続の形成過程の中に見いだすことができる」としたのである。しかし、「コモン・ロー上の自己負罪拒否特権の発展を妨げていた近代初期の刑事手続」、「コモン・ロー裁判所がいかに自己負罪拒否特権を内在化しようになったか」、そして、「近代初期の刑事手続上、自己負罪拒否特権は存在していたが、行使した例は稀である」等の Langbein の主張を見るかぎり、彼自身も、Wigmore と

<sup>103</sup> John H. Langbein, supra note 65, at 100.

<sup>104</sup> Id.

<sup>105</sup> Id. at 101.

<sup>106</sup> Id. at 103.

<sup>107</sup> Id. at 104.

<sup>108</sup> Id. at 106.

<sup>109</sup> 第 2 章において詳述する。

<sup>110</sup> John H. Langbein, supra note 65, at 92.

Levy が主張する「自己負罪拒否特権は、イギリスの革命の中で発祥した」ということを完全に否定しているようには思えない。彼は、17 世紀の判例法あるいは当時の裁判実務が、黙秘権を公判手続において欠かせないものとして承認していなかった点を強調しなかったのであろう<sup>111</sup>。

現に、近代初期の刑事手続の属性に関する Langbein の議論は、自己負罪拒否特権の起源を論じているというより、特権が実質的に保障されていたかどうかについて議論していると思われる。すなわち、18 世紀終わり頃を境にして、それ以前の刑事手続が、被告人を供述させるために、自己負罪拒否特権の行使を妨げるいくつかの障害物を作り上げ、自己負罪拒否特権を形骸化させたことに対し、それ以降の刑事手続は、当事者対等主義の下、被告人に弁護権を保障することによって、被告人の終始沈黙を現実化した。

ところが、実際に、Levy も Langbein の主張と同じ趣旨で、17 世紀に自己負罪拒否特権は成立したが、被告人は公判において自ら弁明しなければならなかったこと及び、自己負罪拒否特権は当事者主義刑事手続と糾問主義刑事手続の支配権の争いに巻き込まれ、発展したことを承認した<sup>112</sup>。さらに、被告人に弁護人の援助を認めたことによって、自己負罪拒否特権がより確実に保障されるようになったということについても肯定した<sup>113</sup>。

以上の分析によれば、常に特権の発展について異なる説明を提供し、戦ってきた 2 つの学説は、必ずしも互いに矛盾する理論ではないと考えられる。

両説の自己負罪拒否特権の形式的な成立及び公判手続における黙秘権の保障実態についての認識は一致している。問題となるのは、自己負罪拒否特権の成立について、何をもち「成立」とするかである。明らかに、両説の「成立」に関する評価基準は異なっている。Wigmore と Levy は自己負罪拒否特権がコモン・ロー裁判所において被告人の権利として認められた時期、すなわち特権が形式的に成立した時期を重要視したのであり、Langbein はその権利が実効性を有する権利となった時期を「成立期」と主張したといえよう。

「自己負罪拒否特権と黙秘権は性質の異なる権利である。Wigmore と Levy の議論は自己負罪拒否特権に関するものであり、Langbein の議論は黙秘権に関するものである<sup>114</sup>」と理解している学者もいる。このような見解は、自己負罪拒否特権を証人の特権、黙秘権を被告人の権利と捉えているのであろう。確かに、Wigmore の自己負罪拒否特権の成立に関する研究は証人の特権としての権利に限定しているとする学説があり<sup>115</sup>、Wigmore 自身もこの点について明確な回答を示していない。しかし、筆者は Langbein が自己負罪拒否

<sup>111</sup> Cosmas Moisisdis, *Criminal Discovery: from truth to proof and back again*, Institute of Criminology (2008) at 11.

<sup>112</sup> Leonard W. Levy, *supra* note 22, at 42.

<sup>113</sup> Leonard W. Levy, *supra* note 5, at 376.

<sup>114</sup> Philippa Jane Roles, *supra* note 11, at 55-56.

<sup>115</sup> McLachlin J. Pat McLnerney, *The Privilege against Self-Incrimination from early origins to Judges' Rules: Challenging the 'Orthodox View'*, *The International Journal of Evidence & Proof* (2014) 18 E&P at 109.

特権と黙秘権を性質の異なる権利として捉えているとは思わない<sup>116</sup>。Langbein は、特権の起源を論証する論文の全体にわたって「The Privilege of Self-Incrimination」という言葉を用い、ときには、「黙秘権 (right to remain silent)」という語と入れ替えて使用している。さらに、「数世紀を通じて、自己負罪拒否特権は、自己を告発する義務はないとする原初的な特権から、応答又は証言する義務はないとする近代の特権へと発展した<sup>117</sup>」として、自己負罪拒否特権の保障範囲が拡張されたという主張も示していた。これらの点から、両説が説いている自己負罪拒否特権は全く同じ権利とはいえなくとも、一脈相通のものであるとすることは可能であると考えられる。

## 第5款 小括

12世紀頃、特権が初めて考え出されたとき、特権は単に証人を宣誓の上で自己に不利益な証拠を提供するように強制する実務がもたらした結果を意味したが、16世紀になると、特権は教会裁判所や星室裁判所における職権宣誓を用いる実務に反対する手段として発展した。17世紀には、宗教裁判所における職権宣誓の濫用及び後に星室裁判所に導入された職権宣誓手続は、コモン・ローからの強烈な反対を招き、*nemo tenetur seipsum prodere* という法諺を導入する原因となった。職権宣誓に対する反対があったからこそ、いかなる手続においても、裁判官が情報収集の前に、宣誓の上で自己を告発するように強制してはならないという原則が徐々に発生し、その後支持されるに至ったのである<sup>118</sup>。

18世紀から19世紀まで、弁護人の登場による当事者主義公判手続の形成の中で、自己負罪拒否特権は、刑事被告人の黙秘権へと発展を遂げた。裁判への弁護人の参加は、被告人が自分のストーリーを言う権利ではなく、受け身のままでいる権利に彼らの尊厳を求めるという刑事手続のイデオロギーの変化をもたらした。

## 第2節 現代的自己負罪拒否特権（いわゆる黙秘権）の確立

Langbein は、弁護人が登場してから、自己負罪拒否特権は被告人の権利として実質的に保障されるようになったと語っているが、実は、この結論を言うにはまだ早い。確かに、

---

<sup>116</sup> 伊藤・前掲注(7) 150頁において、伊藤は、「宣誓を課される証人が負罪を拒絶できるという自己負罪拒否特権は17世紀終りに確立したといえるが、刑事被告人が黙秘権を獲得したといえるまでにはそれからおよそ150年待たなければならない。」と論じ、「自己負罪拒否特権」と「黙秘権」との関係について、Langbeinも両者の関係をどのように捉えているかは必ずしも明白ではないように思われ、そのことがLevy説についての評価にも影響しているのかもしれない」と述べているが、筆者は、「自己負罪拒否特権」と「黙秘権」は表現が異なる同質のものであるという立場をとることなしに、Langbeinのように、「黙秘権」の確立をもって、Levyの「自己負罪拒否特権」の確立の時期についての理解が誤りであると評価することはできないように思う。

<sup>117</sup> Langbein, *supra* note 65, at 108.

<sup>118</sup> Philippa Jane Roles, *supra* note 11, at 9.

自己負罪拒否特権の飛躍的な発展にとって、19世紀における弁護人の援助を受ける権利の拡張はその根本的な前提条件である。しかし、それだけでは不十分であった。19世紀後半における被告人の証人適格の法的承認は、沈黙を強いられる地位から被告人を解放したため、被告人はより困難な状況に陥れられた。証人の特権が被告人にも完全に適用されたときようやく、自己負罪拒否特権を日常的な実務として運用することが可能になった。Helmholz は、この時に、現代の自己負罪拒否特権-被告人の黙秘権が形成したとする<sup>119</sup>。Alschuler は、刑事被告人の証人欠格の廃止(abolition of the testimonial disqualification of defendants)によって、黙秘権は重要な理論的な発展を遂げたとし<sup>120</sup>、Smith は、被告人が証人になることを可能にしたことで、黙秘権が一層影響力を持つようになったと評価する<sup>121</sup>。これらの見解によれば、被告人の証人適格が承認されて初めて被告人は供述の自由という現代的な意味での黙秘権を有するようになったといえることができる。

そこで、本節では、イギリス及びアメリカにおける証人適格の承認過程及び被告人の証言しないことに対する不利益推認の禁止過程を概観する。

## 第1款 被告人の証人適格の承認

### 第1項 被告人の証人欠格性 (testimonial disqualification of defendants)

被告人の証人欠格性は、刑事被告人の沈黙を強制することを通じて、今日の自己負罪拒否特権が被告人に保障する、宣誓の上で証言するか否かを選択する権利を否定するものである。そのため、証人適格の問題は自己負罪拒否特権の歴史の中で最も重要な問題の一つであるといえよう。

アメリカの刑事手続においては、19世紀中葉まで、イギリスのコモン・ロー手続においては、19世紀末まで、刑事被告人が公判で自分のために証言する権利、つまり、証人適格を認めていなかった。被告人は裁判官の許可の下で供述することが可能であったが、その場合には、被告人席にとどまったまま、無宣誓で任意に供述をしていた<sup>122</sup>。しかし、このような無宣誓供述を選んだ被告人に対して、訴追側は反対尋問ができず、同供述の正確性を確かめる機会も持たなかった<sup>123</sup>。このような手続の下で、被告人の法廷での供述は証明力の低いものとならざるを得なかった。

刑事被告人に証人となる資格を認めなかった主たる理由は、被告人が当該訴訟に重大

<sup>119</sup> R. H. Helmholz, *supra* note 14, at 11.

<sup>120</sup> Alber W. Alschuler, *supra* note 17, at 198.

<sup>121</sup> Henry E Smith, *supra* note 96, at 176.

<sup>122</sup> Great Britain and Ireland, Parliamentary Debates, House of Commons, The Parliamentary Debates (Forth Series)[1898] 29 June 1898, Vol 60, 573 & April 1898, Vol 56, at 1041.

<sup>123</sup> Glanville Williams = 庭山訳・前掲注 (31) 37頁。

な利害関係を有するため、虚偽の供述をする可能性が高いということであった。すなわち、利害関係のある被告人に宣誓させて供述義務を課した結果、虚偽の証言が信用され、誤判が起りやすくなるということが懸念されていたのである<sup>124</sup>。

18世紀から19世紀の間、被告人の証人欠格を合理化するための最も有力な根拠は、被告人が証人となることを否定することが被告人の黙秘権の保障に資するというものであった<sup>125</sup>。しかし、当時の刑事手続の特徴から考えれば、この論理は成り立たない。Langbeinの研究からもすでに明らかになったように、16世紀から18世紀末までの公判手続は、被告人が事実上供述せざるを得ないような「被告人供述」型裁判であったため、証人として証言することはできなかったものの、任意の供述が「強制」され、証拠とされる場合がしばしばあった<sup>126</sup>。確かに、その時期に、被告人には、偽証罪での処罰を背景とした供述義務は課されなかったが、かといって、黙秘権が保障され、その主体性が確保されていたわけでもなかった。実際に、証人欠格は、被告人が宣誓の上で証言することを禁止することによって、被告人に沈黙することを強制したのであろう。このルールは、刑事被告人を保護することを目的としたものとは思われない。

## 第2項 刑事被告人の証人適格肯定に至る経緯

19世紀中葉以降、イギリスとアメリカでは利害関係を理由とする証人欠格を廃止する改革が行われるようになり、証人になる可能性のある者の証人資格の有無よりも、彼らの訴訟における利益が証言の信用性に与える影響に注目するようになった<sup>127</sup>。

具体的に、アメリカにおいては、19世紀半ばに、自ら証言台に立って事実を述べたいとする被告人の希望を一律に認めないのは不都合であるとする批判が有力になった<sup>128</sup>。その影響下で、1864年にメイン州法が初めて被告人の証人適格を承認した。連邦法域で同旨の制定法が成立したのは、1878年になってからのことである<sup>129</sup>。1900年までに、ジョージア州を除く全州と連邦において、被告人に宣誓の上で証言する権利が与えられた<sup>130</sup>。

また、19世紀のイギリスでは、被告人が訴訟において偽証するおそれが生じる可能性

<sup>124</sup> Eg 2 Wigmore Evidence (3<sup>rd</sup> edn, 1940) 686-87. 詳しい内容は、Joel N Bodansky, “The Abolition of the Party-Witness Disqualification: An History Survey” (1981-82) 70 Ky L. J. 91, at 107-112 参照。

<sup>125</sup> 三島聡「公判手続における被告人の地位——被告人の公判供述をめぐる」、村井敏邦先生古稀記念論文集『人権の刑事法学』（日本評論社、2011年）545頁。Joel N. Bodansky, *supra* note 124, at 113によれば、証人適格の反対派は、黙秘権の保障という点を証人適格否定の重要な理由として挙げていた。

<sup>126</sup> Smithも、19世紀初頭まで、被告人は自己のために自ら弁解をしなければならなかったため、自己負罪拒否特権は被告人にとって効果的な権利ではなかったと主張した。

<sup>127</sup> Henry E. Smith, *supra* note 96, at 179.

<sup>128</sup> 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——」、浅田和茂ほか編『転換期の刑事法学』（現代人文社、1999年）438頁。

<sup>129</sup> Note, Fifth Amendment – The Right to a No ‘Adverse Inference’ Jury Instruction, 72 J. Crim. L. & Criminology 1307, at 1308 (1981). 1878年法は、「被告人自身が請求する場合に限り、適格な証人とみなされなければならない。この規定は証言を強制するものとして解釈されてはならない。」と規定した。

<sup>130</sup> Joel N Bodansky, *supra* note 124, at 115.

があつて、それが現実的な問題であつたが、同時に被告人の証言を丸ごと排除することの非合理性にも気づくようになった。そして、実際、実務上も被告人の証人適格を認める必要性があつた。訴訟の当事者及び他の直接的な利害関係者の証言なしに審理を行うことは、非常に難しいことであり、最も重大な問題は、重要な証拠が被告人からのみ得られない場合に被告人の証言をすべて排除することは、実質的な不公平をもたらすおそれがあるということであつた<sup>131</sup>。

やがて 1898 年になると、被告人の証人適格を一般的に認める法律—Criminal Evidence Act 1898<sup>132</sup>（以下、1898 年法という）が成立した。同法はすべての被告人が自分のために証人として証言する資格を与えた。同法は被告人が証人となることを強制するものではない。同法は、被告人が自己に不利な証拠（証言）を提出するように強制することを禁止し、さらに、被告人が法廷で証言しないことに対して訴追側<sup>133</sup>がコメントすることを禁止したのである<sup>134</sup>。

被告人の黙秘権保障にとって決定的に重要なことは、被告人が証言を拒否する場合に、これに対する訴追側又は裁判官のコメントを禁止することである。Criminal Evidence Act の起草時、この論点は見落とされたが、議論の最終段階において、議会のメンバーであつた Lloyd Morgan によって指摘された。彼は、被告人の証言拒否は「訴追側弁護士（counsel or solicitor）又は裁判官のコメントの対象となつてはならない」という修正意見を提出した。しかし、最終的に、修正案は訴追側のコメントを禁止することに限定したのである<sup>135,136</sup>。

以上述べたように、イギリスにおいて、現代的な被告人の黙秘権が確立した。

<sup>131</sup> Henry E. Smith, *supra* note 96, at 179.

<sup>132</sup> Criminal Evidence Act 1898, 61 & 62 Vict, c 36, s 1.

<sup>133</sup> 同法は訴追側に被告人の証言拒否についてコメントすることを禁じたが、裁判官に対しては禁じなかつた。裁判官は自由裁量権によって被告人の証言拒否についてコメントすることが許されていた。その結果、被告人は自己に不利な裁判官のコメントを防ぐために証言することを余儀なくされた。Glanville Williams=庭山訳・前掲注（31）47 頁参照。

<sup>134</sup> Criminal Evidence Act 1898, 61 & 62 Vict, c 36, s 1 (a) and (b). 同条項は、以下のような規定をおいた。第 1 に、被告人には証人適格を認められるが、実際に証人となるには、本人の申立が必要である。被告人の意に反して取調べることはできない。第 2 に、被告人が供述しない場合に、訴追側はそのことについてコメントすることは許されない。第 3 に、被告人は、自己負罪の事項についても答えなければならない。第 4 に、特段の事由のない限り、犯罪歴や前科、起訴歴、悪性格についての尋問は許されない。第 5 に、被告人は、裁判所の特段の判断が示されない限り、証言台その他、一般の証人と同じ場所で証言する。第 6 に、被告人には、従来どおり無宣誓で供述することも認められる。以上、三島・前掲注（125）547 頁参照。

<sup>135</sup> Glanville Williams=庭山訳・前掲注（31）47 頁。1898 年法は妥協の産物であつた。同法は訴追側弁護士に対し被告発人の証言拒否について呪うべきコメントをすることを禁じたが、裁判官がそれを行うことを禁じなかつた。刑事控訴裁判所は裁判官に対し、同法によって与えられた自由裁量権を行使することを許容している。その結果、しばしば被告発人は好ましくないコメントを事前に防止するために証言することを強制される。当初裁判官はコメントすることに慎重であつたが、次第に頻繁にコメントするようになっていった。

<sup>136</sup> Great Britain and Ireland, Parliamentary Debates, House of Commons, The Parliamentary Debates (Fourth Series)[1898] 30 June 1898, Vol 60, 662-674 (Lloyd Morgan, H Fowler, R Finlay, R Reid, C Hall, Abel Thomas, S Evans, Mr Carson).

### 第3項 被告人の証人適格肯定と黙秘権保障

上述したように、被告人の証人欠格は被告人の証人となる資格を否定することを通じて、被告人の供述の自由を妨害する制度であるといえよう。Smith は、黙秘を強制するルール（証人欠格）が黙秘を保障するルール（黙秘権）を妨害する場合に、その妨害を取除く道は2つあると述べた。すなわち、1つは証人適格を認めること、もう1つは証人適格の否定を自己負罪拒否特権に内包するものと解釈し直すことであるとした<sup>137</sup>。19世紀末頃、学界において、この2つのルールの矛盾を解消するために、証人欠格のルールは *Nemo tenetur* による特権が要求する内容を含んでいると主張するなどというような試みが行われていた。すなわち、証人になる可能性がないから証言を強制する可能性もない（*incompetence therefore noncompellability*）というのである。しかしその後、被告人の証言の禁止は、彼らの訴訟利益というたった1つの根拠の上に成り立っており、供述の自由を保障する黙秘権と完全に調和するものではないことが認識されるようになった。すなわち、証人欠格は特権の行使を妨げるだけであって、特権そのものではないことが分かった<sup>138</sup>。

結局、黙秘権を保障するためには、証人適格の承認という道を選ばなければならなかった。ところが、証人適格の承認が直接的に黙秘権の保障と結びつくとも言えない。なぜなら、被告人の証人適格を認めれば、被告人には証人としての供述義務が課せられ、しかも訴追側の反対尋問にさらされることとなり、証人適格の肯定は、かえって黙秘権の保障を危うくする可能性があるからである<sup>139</sup>。被告人の証人適格を認めることは、沈黙の強制<sup>140</sup>から供述の強制へと移行したにすぎない。証人適格の承認が被告人の供述の強制という帰結にならないためには、被告人の黙秘権（被告人が自らの自由意志に基づき、供述することを選択するまでは沈黙し続けることを保障する）をその前提として確認しなければならない<sup>141</sup>。換言すれば、証言する権利は証言を拒否する権利の当然の帰結である。

このような論理で、被告人の証人適格の承認と黙秘権保障との関連性について、証人適格の承認は黙秘権保障を明文化したことでありと評価することができる<sup>142</sup>。この点は、証人適格承認の最も重要な意義であるといえよう。このような意味で、1898年法は、被告人の証人適格を承認すると同時に、被告人は自らの申請をなくして、証人として喚問されないことを規定し、被告人に選択の自由を与えたと考えられる。

さらに、証人適格が黙秘権保障に与えた積極的な役割は、黙秘権保障の明文化を促した

<sup>137</sup> Henry E. Smith, *supra* note 96, at 179.

<sup>138</sup> *Id.*

<sup>139</sup> *Id.* at 180; Joel N Bodansky, *supra* note 124, at 109-115.

<sup>140</sup> 被告人は公判廷で宣誓せずに供述することが可能であったから、この場合、一切の供述が禁止されていたということではなく、証拠能力のある供述が禁止されていたという意味で「沈黙の強制」という表現を用いる。

<sup>141</sup> Henry E. Smith, *supra* note 96, at 179. Smith も、このようなマイナス面を補うためには、黙秘権保障の措置——法文による黙秘権（特に沈黙の自由）の承認が必要であることを指摘した。

<sup>142</sup> 三島・前掲注（125）548頁。

ことの他に2つ挙げられる。1つは、従来、信用性が低かった被告人の公判供述が他の証人並みに信用されるようになったことである。供述が適正に扱われることで、供述の主体性が保障され、被告人は単に手続の客体ではなく、その主体的地位が認められるようになったのである。もう1つは、被告人を証人として認めることによって、被告人の主張と証拠の分離を実現したことである。従来の公判手続において、被告人は主張と証拠を区別せず供述していたため、主張とされるべき内容が主張として採り上げられない場合が多かったが、証拠方法となる場を特別に設定することで、証拠調べの場であることが被告人にも訴訟関係者にも意識されるようになった。また、被告人はそのような場であることを認識した上で、供述するか、黙秘するかを合理的に選択することが可能となった。証言台を設定することは被告人の黙秘権及び主体性確保に積極的な意義を有するといえよう<sup>143</sup>。

## 第2款 不利益推認の禁止

被告人の証人適格承認により、被告人には証言の機会が与えられ、その主体的地位も尊重されるようになった。しかし証言台に立つ場合、被告人は偽証の制裁を背景に、訴追側の反対尋問にさらされることになる。このような不利益を負わないために、被告人は証言を拒否することができる。しかし、その場合、被告人の沈黙は黙示の承認として受け入れられ、事実上の不利益推認を受けるおそれがある<sup>144</sup>。結果として、被告人は、証言台に立つか、それとも沈黙により事実上有罪を認めるかの選択を強いられることになり、被告人の黙秘権は事実上侵害されることになる<sup>145</sup>。

このような被告人のジレンマを防ぐために、アメリカの1878年制定法及びイギリスの1898年法は、被告人の証人適格を肯定した上で、被告人が証言しないことを根拠に有罪の推認をしてはならないこととともに、被告人が証言しないことについて検察側がコメントすることを禁止したのである<sup>146</sup>。

本款においては、コモン・ロー上の自己負罪拒否特権がアメリカに定着する過程を概観した上で、証人適格承認後、不利益推認を禁止することによって、被告人の黙秘権を現代化・実質化する過程を検討する。

---

<sup>143</sup> 三島・前掲注(125) 549-550頁。

<sup>144</sup> 松尾浩也「被告人には証人適格が認められるか」松尾浩也・田宮裕『刑事訴訟法の基礎知識』(有斐閣、1966年) 140頁。

<sup>145</sup> 小早川・前掲注(128) 438頁。

<sup>146</sup> 1898年Criminal Evidence Actは、不利益推認を禁止することを明確に規定せず、訴追側のコメントだけを禁止したのである。同法成立後、「同法は被告人らが望むと否とを問わず、彼らを強制的に証言台に送り込むことをほぼ実現し」、「同法のおかげで釈放されたのが1人とすると有罪とされた被告人は20人にのぼる」といった事実上の問題が指摘された。Glanville Williams=庭山訳・前掲注(31) 37頁。

## 第1項 アメリカにおける自己負罪拒否特権の継受

自己負罪拒否特権の起源を持つイギリスの植民地の中で、アメリカは自己負罪拒否特権を保障するために最も粘り強く努力してきた国家である。19世紀を終える頃に、少なくとも連邦裁判所において、証人の黙秘権という現代的な概念が確立した（*Counselman v. Hitchcock*, *Brown v. Walker*）。1964年のマロイ判決（*Malloy v. Hogan*）において、修正5条の自己負罪拒否特権は修正14条を通じてアメリカ全州に適用されるようになり、さらにミランダ判決においては「当事者主義手続の最も重要な柱である」と性格付けられた<sup>147</sup>。

アメリカは1776年に独立を宣言した。各州において権利章典が制定された段階では、独立した州の憲法として最初に成立したヴァージニア権利章典第8条「何人も自己に不利益な証拠の提出を強要されることはない」のように、自己負罪拒否特権は「証拠の提出 (to give evidence)」を強要されないことを保障するものであった<sup>148</sup>。1787年5月から連邦憲法の作成が進められ、同年9月に最終案が確定されたが、権利章典を欠いていたため、承認されなかった。その後、諸邦は権利章典の案を提出することとなり、1789年第1回合州国議会において、James Madisonは「何人も自己に不利な証人になることを強制されない」という条文を提案した。この提案については、「刑事事件において」という文言が追加され、現在のような条文が権利章典案として確定された。

1791年に権利章典案が成立した直後、裁判所は、修正5条はコモン・ロー上の被告人を自白獲得のための違法手段から保護することを承認したものとして理解していた。しかし、各州憲法や連邦憲法修正第5条が自己負罪拒否特権を盛り込んだことによって、それまでの裁判実務が大きく変容したという事実は無いとされている<sup>149</sup>。故に、修正5条は、これまでのコモン・ローの原則をただ移植したものであって、同条文の創設によって従来の「被告人供述」型刑事手続を変革しようとしたのではなかったと評価される<sup>150</sup>。

## 第2項 不利益推認の禁止

第1款で紹介したように、1878年に被告人の証人適格を認める連邦法が成立し（以下、1878年連邦法という）、1900年までにすべての州（ジョージア州を除く）法は、被告人に対して証言台に立つか、沈黙を守るかを自由に選択する権利を与えた。さらに、連邦法及び多くの州法は、証人適格の承認が被告人の黙秘権の行使を尻込みさせることを防ぐため、被告人の証言拒否について、裁判所の説示または検察官の論告でのコメント及び陪審の不

<sup>147</sup> Steven M. Salky, *supra* note 30, at 3.

<sup>148</sup> N. H. Cogan, *The Complete Bill of Rights: The Drafts, Debates, Sources, and Origins* § 9.1.3.8, at 330 (1997).

<sup>149</sup> Eben Moglen, *supra* note 34, at 139.

<sup>150</sup> 小川・前掲注(2) 140頁。

利益推認を禁止した<sup>151</sup>。その後、幾つかの州において不利益推認を容認する判例が示されたが、連邦最高裁判所は不利益推認禁止を貫いた。以下では、不利益推認禁止に関する連邦最高裁の主要な判例<sup>152</sup>を概観することにする。

1878年連邦法における「不利益推認禁止」という用語について明確な解釈を行った判例は Wilson 判決<sup>153</sup>と Bruno 判決<sup>154</sup>である。

Wilson 判決 (Wilson v. United States, 149 U.S. 60) は、連邦法に違反して郵便物を利用して猥褻本の入手方法を顧客に提供したとして起訴された被告人 Wilson が証言台に立つことを拒否したことを理由にして、検察官が陪審に不利益推認を求めた事案につき、無罪推定原則に反するとして原判決を破棄したものである。同判決は、原判決が陪審に向けて行った検察官のコメント-「もし私がある犯罪で起訴されたとすれば、他人を証言台に立たせて私の善良な性格について証言してもらっただけでなく、私が自ら証言台に立って、無実であることを証言するでしょう。」<sup>155</sup>を事実上容認したのは違法であるとし、1878年連邦法について次のように解釈した。すなわち、「1878年の連邦法は、被告人が証言台に立たなかったとって不利益推認をすることを禁止している。したがって、被告人の証言しないことについて誰でも陪審に悪意のコメントをしてはならない。……まったく無実の人であっても、すべての人が証言台の上で無事に乗り切れるとは限らない。……いかに誠実な人であっても、すべての人が証言台に立つことを望むとは限らない。……被告人が証人となることを要請しなかったとしても、そのことで被告人に不利益な推定をしてはならない。」<sup>156</sup>さらに、同判決は、本件検察官のコメントは無罪推定の法理を完全に無視することであり、強く非難すべきであると判示した<sup>157</sup>。

Bruno 判決 (Bruno v. United States, 308 U.S. 287) は、被告人が証言台に立たなかったことについて、裁判官は証言するか否かは被告人の権利であると説示しただけで、被告人が要求した不利益推認禁止の説示をしなかった事案につき、1878年連邦法に違反するとし、原判決を破棄したものである。同判決は、1878年連邦法 632 条の不利益推認禁止条項を挙げ、原判決の裁判官が陪審に不利益推認禁止の説示をしなかったことについて次のように判示した。連邦法は、被告人を証人欠格から解放すると同時に、証人適格を自己に不利益な証言をしない権利と結びつけた。つまり、被告人は、自己が望む場合を除いて沈黙する権利がある。したがって、被告人が証言しないからといって不利益推認をしてはならない。同判決は、被告人に要求された説示は正当であり、当然認められるべきであったと結

<sup>151</sup> 小早川義「被告人の証人適格」名城ロースクール・レビュー30号(2014年)3頁。

<sup>152</sup> 連邦最高裁の不利益推認禁止に関する判例の判決文の翻訳については、主に、小早川・前掲注(151)3頁以下を参照した。

<sup>153</sup> Wilson v. United States, 149 U.S. 60.

<sup>154</sup> Bruno v. United States, 308 U.S. 287.

<sup>155</sup> Wilson v. United States, 149 U.S. 60, at 61-62.

<sup>156</sup> Id. at 66.

<sup>157</sup> 小早川・前掲注(151)17-18頁。

論付けた<sup>158</sup>。

その後さらに進んで、合衆国憲法修正 5 条を解釈することを通じて、不利益推認の禁止は自己負罪拒否特権が当然要求するものであるとした判例が出現した。代表的な判決は Griffin 判決<sup>159</sup>と Carter 判決<sup>160</sup>である。

Griffin 判決は、被告人の黙秘につき不利益コメントを認めるカリフォルニア州法の合憲性が争われた事案につき、不利益推認は合衆国憲法修正 5 条の自己負罪拒否特権に反すると判示したものである。

カリフォルニア州最高裁判所は Griffin 事件の控訴審において以下のような理由で、被告人 Griffin に死刑判決を下した原判決を維持した。すなわち、カリフォルニア州憲法 1 条 13 項は、「刑事事件において被告人の証言の有無にかかわらず、自ら証言することによって自己に不利益な証拠ないし事実を説明も否認もしなければ、それは裁判所及び検察官のコメントの対象となる可能性があり、裁判所または陪審によって考慮されて良い」と規定している。原判決において、裁判官が「陪審は被告人が説明しないのは自己に不利益な証拠の真実性を示しているものと考えて差支えない」と説示したことは州憲法に反しない。<sup>161</sup>これに対して、上告審は、カリフォルニア州憲法が修正 5 条に反するとし、連邦最高裁は原判決を破棄した。すなわち、被告人の証言拒否へのコメントは修正 5 条が追い出そうとする糾問的な刑事司法制度の遺物であり、憲法上の特権行使に対する裁判所の制裁に他ならない。それは特権行使のコストを高くすることによって特権を有名無実のものにするのである。修正 5 条の直接の適用においても、修正 14 条を介する州への適用においても、被告人の証言拒否についての検察官のコメント及び裁判官の説示も禁止される。<sup>162</sup>

Carter 判決 (Carter v. Kentucky, 450 U.S. 288) は、弁護人が裁判官に対し、被告人が証言しないことを有罪の証拠として用いることはできない旨の説示を求めたことについて、弁護人の要求を拒否した公判裁判所の判決を維持したケンタッキー州最高裁判所の判断は、合衆国憲法修正 5 条の自己負罪拒否特権に反するとしたものである。連邦最高裁は Wilson 判決、Bruno 判決、Griffin 判決等を振り返り、次のような点を確認した。すなわち、①陪審は被告人の黙秘に注目し、その黙秘から事実上被告人の有罪の推認を引き出す可能性が高い。②このような黙秘からの有罪の推認は、修正 5 条の権利行使に対する不当な制裁を意味する。③もし陪審が被告人の沈黙から有罪を推認できるのであれば、被告人は修正 5 条の意味での証人となることを強制され、それは修正 5 条に反するとした。④不利益推認禁止の説示は、陪審による黙秘重視の可能性を減少させる。⑤修正 5 条は、少なくとも被告人が望む場合は、不利益推認禁止の説示を保障している。⑥公判裁判官には、被告

<sup>158</sup> Bruno v. United States, 308 U.S. 287, at 292-294. 小早川・前掲注 (151) 34-35 頁。

<sup>159</sup> Griffin v. California, 380 U.S. 609.

<sup>160</sup> Carter v. Kentucky, 450 U.S. 288.

<sup>161</sup> Griffin v. California, 380 U.S. 609, at 609-610.

<sup>162</sup> Id. at 613-614. 小早川・前掲注 (151) 69-72 頁。

人が証言しなかったことを陪審が証拠として重視する危険を最小限にする憲法上の義務がある。<sup>163</sup>

以上のような過程を経て、アメリカでは、公判廷で自己負罪拒否特権を行使した被告人に対する不利益推認は一切許されず、さらに被告人が希望すれば、公判裁判官には陪審に対し不利益推認禁止の説示をする憲法上の義務があることが確立した。

### 第3節 本章のまとめ

*Nemo tenetur* 法諺に基づく自己負罪拒否原則は、古くから *ius commune* に存在していたが、その原則に与えられた意味は時代によって変化してきた。長い歴史の各時期における自己負罪拒否原則の解釈及び運用は関連性があるとはいえ、驚くほど異なる<sup>164</sup>。要するに、もちろん、各時代の特権の提唱者はその前の時代のものを継承し、ある程度の進展と継続性を維持してきたが、特権に対する各時代の理解の相違点は大きい。また、各時代の特権の保障内容は法的環境や法執行者の特権に対する理解によって決められるものであったため、実際、特権の保障は常に限定的なものにとどまっていた<sup>165</sup>。

12世紀に、*ius commune* における *nemo tenetur* 原則は、宗教上の告白義務に関して、公における告白を否定することを意味していた。このような宗教的な自白義務を制限することを目的としていたため、その適用場面は多くの例外があった。さらに、中世及び近世初期の注釈者によって非常に狭く解釈され、刑事事件における被告発者の基本的な権利として認められず、効果的な保護機能を果たせなかった。

16世紀に入り、*nemo tenetur* 原則は教会裁判所や星室裁判所における職権宣誓を用いる実務に対抗する手段として発展した。基本的に、*nemo tenetur* 原則は、人々が自らを告発するための証拠の源となることを要求されない、ということを保証するものとして適用されるようになった。この原則は、被告人が法律を違反したと疑うに足りる十分な理由があるときに限り、その者に対して自己負罪的な質問に答えるよう要求することが許容されるということを保証するために設けられたものである。17世紀前半に星室裁判所や高等宗務官裁判所の廃止とともに、コモン・ロー裁判所において、自己負罪拒否特権が認められ、その重要性が肯定された。17世紀後半に至っては、*nemo tenetur* 原則を引用し「何人も自らを告発する義務なし」という主張が一般的になされるようになり<sup>166</sup>、自己負罪拒否特権はコモン・ローにおいて正式に肯定された。しかし、この時期の特権は、単に被告人の供述の強要に関する過度に熱心な裁判を抑制するためのものであり、刑事訴追を受ける可能性のあるすべての者によって行使されうる一般的な権利ではなく、現代の意味での自己負

<sup>163</sup> *Carter v. Kentucky*, 450 U.S. 288, at 289-303.

<sup>164</sup> R. H. Helmholz, *supra* note 14, at 5.

<sup>165</sup> *Id.* at 12.

<sup>166</sup> 17世紀後半までに、証人にも自己負罪拒否特権が認められるようになった。

罪拒否特権からは程遠いものであった<sup>167</sup>。

この時期において、特権の成立は、刑事手続及び被告人の訴訟的地位に積極的な影響を与えることができなかつた。すなわち、「被告人の尋問から得られる証拠が重視され、公判廷においても被告人自身が主要な情報源として訴追者や時には裁判官の尋問にさらされており、評決・判決のための判断材料とされていた<sup>168</sup>」刑事手続の下で、被告人は完全な訴訟の客体として扱われ、証拠方法としての地位も相変わらず高く評価されていた。したがって、特権は単なる法準則にすぎず、糾問的な尋問手続を変えることができなかつたと言わざるを得ないのである。

18世紀末から19世紀前半まで、裁判への弁護人の参加（lawyerization）は刑事手続のイデオロギーに変化をもたらした。つまり、弁護人が被告人に代わって弁明することを可能とすることを通じ、被告人が自分のストーリーを言う権利ではなく、受け身のままでいる権利に彼らの尊厳を求めたのである<sup>169</sup>。

弁護人の登場により、「一切供述しない権利」という意味での黙秘権の保障が実質化され、これと同時に、18世紀頃まで続いていた糾問的な裁判手続が当事者主義的な構造を持つようになった。そして、当事者主義の刑事裁判の形成とともに、被告人の証拠方法・訴訟の客体的地位が弱体化され、当事者的地位・訴訟の主体的地位が重要視されるようになり、真に訴追者と対抗しうる当事者対抗的な構造の中で、被告人の黙秘権の尊重及び保障も重要な意義を持つようになった。

ここに至るまで、黙秘権は、数世紀を通じて、自己を告発する義務はないという原始的な特権から、応答又は証言する義務はないとする近代的な特権へと発展してきた。しかし、この時期において、黙秘権は被告人が証拠の源となることを防止するための措置にすぎず、消極的な権利としか考えられなかつた。したがって、被告人の主体性についても、今日のような完全な当事者的性格を有するとは言い難い。

被告人の証人適格を否定していたコモン・ロー裁判所の手続は自己負罪拒否特権の歴史を理解するうえで重要である。弁護人の援助の下で被告人は終始沈黙することが可能となったが、自分のために証言する権利は認められず、訴訟の客体的地位を完全になくすことができなかつた。19世紀後半になると、被告人の証人適格が肯定され、被告人は、公判に単に消極的に参加するのではなく、証言することを通じ、積極的に防御を行うことも可能となった。沈黙するか又は証言するかを選択する証言の自由が認められ、黙秘権の消極的な側面に加え、積極的な防御的側面も肯定された。このように、被告人の訴訟・防御の主体的地位を完全に認める現代的な意味での自己負罪拒否特権が確立したのである。

ところが、被告人の証人適格の法的承認は、沈黙を強いられる立場から被告人を解放し

<sup>167</sup> R. H. Helmholz, *supra* note 14, at 7.

<sup>168</sup> 松本英俊「18世紀イギリスにおける弁護人の援助」九大法学 70号（1995年）58頁。

<sup>169</sup> Alber W. Alschuler, *supra* note 17, at 197.

たため、被告人の沈黙は不利益推認を受けざるを得なかった。これは、被告人が黙秘権を行使することをより困難なことにした。不利益推認禁止という証人の特権が被告人にも完全に適用され、証言台に立たない被告人に対する不利益推認が禁止されたことにより、黙秘権は初めて日常的に行使しうる権利となったのである。

Smith は、特権の大部分の歴史は、ある原則から他の原則への無意識中の変化 (a slippage from one doctrine to another without awareness of the change) であったとする<sup>170</sup>。確かに、自己負罪拒否特権は、12 世紀の宗教上の限定的な原則から現代における証言の自由という普遍的な人権へと発展するまで、異なる意味内容を示す幾つかの原則として現れていた。各段階における自己負罪拒否特権は、その前段階の特権を実質化したもの、あるいはその実質化にとって必要不可欠なものを権利内容として確認したことによって構成してきたものであると思える。特権の発展過程は、それ自体が実質化の過程である。その過程から、特権は実質化されて初めて意味のある権利と評価されること及び特権は実質化のための手続保障措置を設けるべきとする要請を内在している権利であるということがいえよう<sup>171</sup>。

また、自己負罪拒否特権の発展過程は刑事手続の構造変革の過程であると理解することができる。被告人が公判において自分の知っていることを積極的に供述するということを期待する糾問的な刑事手続は被告人にとって不公平であるし、冤罪を招くおそれがある。弁護人の援助は、被告人が主体的に有効な防御活動を行い、捜査官との間の実質的不平等性を解消するにあたって不可欠なものである。さらに、被告人の証人適格の承認による証言の自由の確保によって、訴訟の客体であった被告人の地位が、今日のような当事者的地位へと発展し、訴訟の主体としての性格が完全に尊重されるようになった。

したがって、自己負罪拒否特権の発展史は、特権の実質化に伴う、訴訟における被告人の主体性の確立過程であり、その主体性を重視する当事者対抗的訴訟構造の形成過程である。

---

<sup>170</sup> すなわち、権威者は、自白の獲得を目的とする宗教上の自白義務から生じる負担を制限することから、証拠上、十分な根拠がなく行い、被告人に不利な供述を求める宣誓尋問 (incriminating interrogation) を非難することへと向かった (drifted to)。次に彼らは、証拠上の根拠がない宣誓尋問を非難することから、被疑者に対する拷問及びすべての宣誓の上で行う取調べを非難することへと向かった。最後に、権威者は、それ以前におけるすべての原則の主張者たち (framers) が賛成しなかったであろう判決に辿り着いた。

<sup>171</sup> 渕野貴生「取調べ可視化の権利性と可視化論の現段階」法律時報 85 卷 9 号 (2013 年) 60 頁。渕野は、黙秘権は実質化されること自体を内在的に要求する権利であると主張し、実質化のための手続保障は黙秘権の権利内容であるとする。この点において、筆者の観点と異なる。

## 第2章 被疑者取調べにおける黙秘権の保障

第1章の黙秘権の成立過程から窺うことができるように、黙秘権はもともと公判前手続における被疑者の権利ではなく、被疑者取調べを規制するものでもなかった。しかし、イギリスの公判前手続において初めて保障されるようになったと言われる黙秘権告知制度は、公判手続における黙秘権自体の制度的成立を前提とする。これにより、歴史的に見ても、前者が後者の存立を前提としたことには疑いないということができ<sup>172</sup>、この意味で、第1章は本稿の前提となる地位を有するといえよう。

本章においては、第1章を踏まえ、イギリスの公判前手続における黙秘権告知の歴史を検討する中で、黙秘権がいかにして被疑者の権利として尊重され、警察及び検察による被疑者取調べを規制するものとなったのかを解明する。そして、被疑者の黙秘権を実質化するため、どのような手続措置を講じているかについて概観したうえで、17、18世紀におけるアメリカの被疑者取調べにおける黙秘権の保障状況や、その後の関連判例からミランダ判決に至るまでの判例を検討する。以上の作業を通じて、被疑者の黙秘権を実質的に保障するための具体的な手続的基盤の理想像を確認する。

### 第1節 イギリスの被疑者取調べにおける黙秘権の保障

16世紀から18世紀におけるイギリスの公判前手続は、被疑者に対し、自己に不利な供述をさせるために企図されたものである。そのため、被疑者は質問に答えることを拒否することができず、質問に答えた場合、自己に不利益をもたらす可能性についての注意も与えられなかった。1848年のJohn Jervis' Actの制定により、初めて被告人は公判前取調べにおける質問に対する回答を拒否することができる旨、及び公判前取調べにおける供述は公判で彼に不利益な証拠となりうる旨の警告を受けられることが正式に確立された。

19世紀後半における被疑者取調べは、1912年以降、黙秘権の告知を制度化した裁判官準則 (Judges' Rules<sup>173</sup>)によって事前に規制されてきた。その後、警察・刑事証拠法 (Police and Criminal Evidence Act 1984)の成立によって、被疑者取調べに対する法的規制も大きく変化することになったが、黙秘権告知の制度は維持されてきた<sup>174</sup>。両規則は、被疑者に対する黙秘権の告知及び取調べを規制するための諸規定を設けたものであり、イギリスの被疑者取調べにおける黙秘権の導入及び保障を理解するうえでは有用であり、日本における被疑者取調べの問題を考えるにあたり、基本的視座を提供しうると考えられる。

<sup>172</sup> 羽山忠弘「英国における供述拒否権告知制度の沿革」警察学論集10輯(1950年)81頁。

<sup>173</sup> Cf. McClellan, A Forum on the Interrogation of the Accused, 49 CORNELL L. Q. 382, 390-391 (1964); St. Jonston, The Judges' Rules and Police Interrogation in England Today, 57 J. CRIM. L., C. & P. S. 85, 85-86 (1966).

<sup>174</sup> 当時の議論においては、黙秘権告知制度に対する反対論も有力であった。CRIMINAL LAW REVISION COMMITTEE, ELEVENTH REPORT: EVIDENCE (General), (Cmnd. 4991, 1972).

## 第1款 治安判事による公判前手続及び Sir John Jervis' Act 1848

### 第1項 治安判事 (Justice of the Peace<sup>175</sup>) による公判前手続

イギリスにおいては、19世紀に近代的な職業警察制度が創設されたが<sup>176</sup>、それまで、犯罪者の逮捕と告発は私人によるものが多かった<sup>177</sup>。そして、私人による告発を受けて、犯罪の証拠を獲得し、続いて訴追を始めることを任務とする制度として、裁判官と大陪審、検屍官と検屍陪審、治安判事が存在していた<sup>178</sup>。特に、治安判事は、国家的な犯罪を除く<sup>179</sup>大部分の事件に関する捜査及び訴追において重要な役割を果たしていた<sup>180</sup>。

治安判事の前身は治安維持官<sup>181</sup>であった。13世紀を通じて、法律家でない地方の郷紳 (gentry) が治安維持官 (keeper of the peace, custodes pacis) に任命され、その職務は、行政警察的な性質のものであった<sup>182</sup>。1361年の制定法 (Justices of the Peace Act 1361) によって、治安維持官は、治安判事と呼ばれるようになり、既存の治安維持官から治安判事への発展が法的に確認された<sup>183</sup>。このようにして、治安判事は、多くの行政的な事務を行うようになり<sup>184</sup>、14世紀から16世紀を通じてイギリス地方政治の主要な機関となったのである<sup>185</sup>が、16世紀以前においては、予備審問というべき制度ないしは手続は存在しなかったのである。

治安判事による予備審問制度の起源というべき手続は、1554年の An Act Appointing an

---

<sup>175</sup> イギリスでは、16世紀に、Justice of the Peace の別称として Magistrate が使われ始めた。しかし、この章で言及する Justice of the Peace は、今日のイギリスにおける Magistrate とはその性質や職務が異なるものである。つまり、19世紀後半に職業警察が成立するまで、治安判事は司法官憲としてではなく、いわば公訴官 (public prosecutor) として警察及び検察の機能を果たし、主に捜査及び訴追における役割を果たしていた。したがって、本稿は、イギリスの19世紀中葉までの治安判事の予備審問を論じる際に、取調べを受ける者を「被告人」ではなく、「被疑者」とする。

<sup>176</sup> 司法研究報告書『イギリスの予備審問』第18輯第3号 (司法研修所、1968年) 15頁。

<sup>177</sup> G.D. Woods, A history of criminal law in New South Wales: the colonial period, 1788-1900, at 173. 18世紀まで、イギリスにおいて、刑事訴追は私人 (通常は被害者及びその親族) による犯罪者の告発によって開始されていた。これは、現代のイギリスにおいても、私人訴追が認められている。田中英夫『英米法辞典』(東大出版会、1991年) 665頁。

<sup>178</sup> P. DEVLIN, THE CRIMINAL PROSECUTION IN ENGLAND I (1960). 訳は、P. DEVLIN 著=兒島武雄訳『警察・検察と人権——イギリスの刑事訴追』(岩波書店、1960年); J. COATMAN, POLICE (1959). 訳は、J・コートマン著=小堀憲助訳『警察』(1969年) 17頁以下。コートマンは、この点に関し、十人組制度 (System of Frankpledge)、起訴陪審 (Jury of Indictment)、治安維持官 (Conservator of the Peace)、検屍官 (Coroner)、治安判事 (Justice of the Peace) をあげている。

<sup>179</sup> 国家的な犯罪は、より高級な国王の官吏である国務大臣によって取調べられた。P. DEVLIN, supra note 178, at 6.

<sup>180</sup> W. Wesley Pue, The Criminal Twilight Zone: Pre-trial Procedures in the 1840's ALBERT LAW REVIEW (1983) vol. 21, no. 2. at 336. G.D. Woods, supra note 177, at 173.

<sup>181</sup> 1327年制定法 (1 Edw. 3, st. 2, c. 16) は、既存の治安維持官制度を法的に確認した制定法である。

<sup>182</sup> 司法研究報告書・前掲注 (176) 10頁。

<sup>183</sup> 治安判事の実態史については、Leo Page, Justice of the Peace. (1967) at 19-25.; T. A. Critchley, History of Police in England and Wales. (1967), at 7-11.

<sup>184</sup> History of English law, vol. 4, at 137.

<sup>185</sup> 司法研究報告書・前掲注 (176) 11頁。

Order to Justice of Peace for the Bailment of Prisoners, 1554 (1 & 2 Phi. & M. c. 13) によって創設された。この制定法において、被疑者を保釈する場合にのみ、被疑者と証人の尋問及びその結果の書面化が治安判事に義務付けられたとされる。1555年に制定された An Act to Take the Examination of Prisoners suspected of Manslaughter or Felony, 1555 (2 & 3 Phi. & M. c. 10) は、保釈が許可される場合であるか否にかかわらず、故殺と重罪の場合は、一般的に、治安判事が予備審問手続を行うことを規定した。その後は、軽罪の場合にまで、治安判事は同様の尋問を行うこととなった<sup>186</sup>。この2つの制定法は、予備審問手続を創設したものであるだけでなく、犯人等に対する治安判事の取調べ権限を強化した最初の法的根拠となった点で、きわめて注目に値するものである<sup>187</sup>。これらの制定法によって規定された手続、すなわち予備審問を行う治安判事は、司法官憲としてではなく、いわば公訴官 (public prosecutor) として警察及び検察の機能を引き受けることとなり<sup>188</sup>、徹底的な職権捜査を行うことが可能となった<sup>189</sup>。

治安判事は、事件の事実に関する司法審査を行ったのではなく、きわめて糾問主義的に訴追側の主張事実を作り上げる働きをしたため、被告人は、訴えられた犯罪事実に関する一切の事情につき、綿密に尋問された<sup>190</sup>。その実態は次のようである。取調べは非公開で行われ<sup>191</sup>、被疑者は何らの権利も持たなかった。被疑者は、治安判事から質問されるすべての事項に答えねばならなかったが、その一方で、証人尋問には、被疑者が立会う権利は認められず、証人の証言録取書を閲覧する権利もなかった<sup>192</sup>。公判手続でさえも被告人尋問を中心とする糾問主義の手続を採っていたため、捜査手続においても糾問的な方法を採ることには何の違和感もなく、さらには、被疑者が拷問を受けることも珍しくなかった<sup>193</sup>。

「何人かが治安判事のもとに引致されるやいなや、治安判事はその者を尋問し、尋問の結果とその自白を書き留める<sup>194</sup>」というような初期の予備審問手続は、罪を犯したと認められる者を必ず処罰するために、被疑者の自白を獲得することを目的としたといっても過言ではなく、治安判事の活動からは、「極端に熱心」な捜査官の活動以外の何も見出すことができなかった<sup>195</sup>。

<sup>186</sup> Cornish, Defects in Prosecuting – Professional Views in 1845, in RESHAPING THE CRIMINAL LAW (ESSAYS in honour of Glanville Williams, Glazebrook ed., 1978) at 310-311.

<sup>187</sup> 司法研究報告書・前掲注 (176) 15 頁以下。

<sup>188</sup> C. K. ALLEN, QUEEN'S PEACE 148-149 (1953).

<sup>189</sup> 羽山・前掲注 (172) 83 頁。この2つの法律が制定された法律は、明らかにできるだけ被告人から自白を収取することを目的としていたという点について、Granville Williams 著＝庭山英雄訳・前掲注 (31) 34 頁以下。

<sup>190</sup> 司法研究報告書・前掲注 (176) 17 頁。

<sup>191</sup> 治安判事は、しばしば自身の私宅で取調べを行っていた。

<sup>192</sup> Granville Williams 著＝庭山英雄訳・前掲注 (31) 8 頁。

<sup>193</sup> 羽山・前掲注 (172) 83 頁。

<sup>194</sup> Commonwealth of England, 1583 (ed. L. Alston, Cambridge 1906, p. 90).

<sup>195</sup> 司法研究報告書・前掲注 (176) 19 頁。

被告人の供述録取書に記録された自白は公判で証拠として朗読され、かつ証拠として許容されただけでなく、公判において被告人が先の自白を否定したとしても、被告人が自白したという点について、尋問にあたった治安判事もしくは他に二人の証人による証言があれば、被告人は有罪判決を免れなかった<sup>196</sup>。さらに、自白の任意性については、犯罪者の自白が強制もなく任意になされたことを治安判事もしくはその書記が宣誓して証言すれば、供述録取書に書かれた被告人の自白は有罪証拠として認められた<sup>197</sup>。この点について、Wigmore は、17、18 世紀の予備審問における被疑者尋問はかなり糾問的なものであったが、そのような尋問によって収集された自白も証拠として許容される慣行が確立していたと述べた<sup>198</sup>。

被告人の証人適格を否定し、被告人に証言する機会すら与えなかった公判において、公判前取調べでなされた被告人の供述を証拠として許容する当時の刑事手続はいわば畸形なものであると言わざるを得ない。治安判事の糾問的な予備審問において、終始沈黙する被疑者がいなかったわけではないが、被疑者が沈黙していたことに関する記録は、公判廷で読み上げられ、有罪の証拠となる可能性があった<sup>199</sup>。

このように、治安判事が糾問的な尋問を行い、その結果が公判で許容されるようになると、有罪判決を下すための十分な証拠を収集することが治安判事に期待されるようになり、治安判事の中には、自分に対してなされた供述だけでは満足せず、それ以上の証拠を収集するべく努力する者も出てくるようになった<sup>200</sup>。

以上のような刑事手続の構造の中で、被告人は、一旦、公判前に自ら供述したならば、公判で自己負罪拒否特権を行使できるといくら想定しても、それは価値のないものであった。たとえ彼が公判で供述を拒否しようとしても、あるいは公判前の供述を撤回しようとしても、公判前の供述が公判で彼に不利に働いたのである<sup>201</sup>。すなわち、公判前手続は、公判手続における自己負罪拒否特権を骨抜きにしたのである<sup>202</sup>。この点は、Langbein が、17 世紀後半に公判手続において黙秘権が確立したとする Levy の主張に異議を示した理由の 1 つである<sup>203</sup>。

---

<sup>196</sup> L. W. LEVY, *supra* note 5, at 325. Edmund Morgan, *The Privilege against Self-Incrimination*, 34 *Minnesota Law Review* 1, 14 and n. 57 (1949), citing state trials occurring in 1664 and 1682. Edmund Morgan は、「公判前の尋問の際に、質問に答えることを拒否することができる旨の忠告は行われず、尋問に応じて答えた場合には、公判で不利な証拠になりかねないとの注意に関する規定もなかった。多くの場合、公判前手続で被告人を尋問した判事は、その被告人を審判する際の最も重要な証人になり、自らが作成した尋問記録を回答の根拠にするか、あるいは訴追の証拠として尋問記録を読み上げるかどちらかであった」と述べた。

<sup>197</sup> 栗原真人『18 世紀イギリスの刑事裁判』（成文堂、2012 年）84 頁。

<sup>198</sup> 3 WIGMORE, *EVIDENCE* §§ 848-849 (Chadbourn rev., 1970).

<sup>199</sup> E. B. Corwin, *Supreme Court's Construction of the Self-incrimination Clause* (1930) 29 *Mich L Rev* 1 at 3.

<sup>200</sup> 多田辰也『被疑者取調べとその適正化』（成文堂、1999 年）331 頁。

<sup>201</sup> John H. Langbein, *supra* note 65, at 92.

<sup>202</sup> *Id.*

<sup>203</sup> John H. Langbein, *supra* note 65, at 92. Langbein も、公判前手続において被疑者に黙秘権が保障されていないこと、及びこの点が公判における被告人の黙秘権の行使を妨害したことを指摘した。

糾問主義的な予備審問手続の弊害は、16世紀の創設当初よりも、特に17、18世紀に甚だしかった<sup>204</sup>。このような糾問的な取調べ手続に対しては、18世紀を通じて大きな不満がもたれていたとされる。さらに、この時期における自白法則の発展に伴い、自白の任意性を否定する多くの判例<sup>205</sup>が現れ、その結果、任意性の担保手段として被疑者に対する黙秘権の告知が行われるようになり、1755年の治安判事マニュアルは、被疑者の供述が公判廷で証拠としての許容性を持つためには、任意になされたものでなければならないと規定していた。

治安判事が黙秘権の告知を行った最初の事件は、1796年のRobert Davidson事件<sup>206</sup>である。この事件において、治安判事が被疑者のDavidsonに警告を与えるにあたり、具体的にどのような言葉を用いたのかについては明らかではないが、治安判事が自力救済プログラム (self-help program) で被疑者尋問の実用性 (utility) を高めようと試みていたことが伺える。その動機は不明であるが、最も合理的な推測は、当時、犯罪の解明及び真犯人を処罰することを重要な責務と考えていた治安判事が、被疑者の供述を公判廷で証拠として採用せず、その結果、真犯人である者が無罪釈放されることを極力避けようとしたことである<sup>207</sup>。すなわち、治安判事は、被疑者供述の信用性を確保する目的で、事前に被疑者に警告を与えていたと考えられる。

19世紀に入り、ほとんどの治安判事は、被疑者尋問に先立って黙秘権を告知するようになったが<sup>208</sup>、これは、19世紀における近代的職業警察の創設によってもたらされた治安判事に対する司法官憲性の付与と相まって、徐々に予備審問制度の改革を促進するようになっていった<sup>209</sup>。

## 第2項 Sir John Jervis' Act 1848における黙秘権告知制度

<sup>204</sup> J. M. Beattie, *supra* note 86, at 61-70.

<sup>205</sup> 恐怖心や利益の誘導 (favour) といった誘因がなく、任意になされた場合にのみ自白の証拠能力を認めた判例等をいう。

<sup>206</sup> Robert Davidson, theft, Proceedings of the Old Bailey, November 30, 1796, available at <http://www.oldbaileyonline.org/browse.jsp?ref=t17961130-61>.

<sup>207</sup> George C. Thomas III, Richard A. Leo, *Confessions of Guilt: From Torture to Miranda and Beyond*, 57 (Oxford University Press, 2012).

<sup>208</sup> W. W. Pue, *supra* note 180, at 362. 治安判事が被疑者に自己に不利益な供述をする義務がないことを警告する実務は、1819年になって、かなり一般化したものであった。R. E. Ross, *Archbold's Pleading, Evidence & Practice in Criminal Cases by Sir John Jervis*, 1927, at 387; *Queen v. Arnold*, 8 C. & P. 622, 173 Eng. Rep. 645 (1838) (Lord Denman) 事件の裁判において、裁判官は「被告人は治安判事の前で供述する義務はない。治安判事は被告人の供述に先立って、彼が供述したことが録取書に記録され、公判で彼に不利益な証拠として使われる可能性があることを警告すべきである」と判示した。この点について、A. W. Alschuler at 198. C. J. W. Allen, *The Law of Evidence in Victorian England* (Cambridge University Press, Cambridge, New York, 1997) 126; 治安判事の被疑者尋問及びその後の警察の被疑者取調べにおける黙秘権の告知については、George C. Thomas III, Richard A. Leo, *supra* note 207, at 57-58.

<sup>209</sup> 司法研究報告書・前掲注 (176) 23頁。

Sir John Jervis' Act は、1848 年当時、イギリスの法務長官であった Sir John Jervis<sup>210</sup>が治安判事の現行実務を確認したものを法案として提出し、同年国会で通過された法令である。Sir John Jervis' Act は、3 つの法案—公訴犯罪で訴追された者に対する、治安判事の四季裁判所外での義務の履行に関する法令 (the Indictable Offences Act<sup>211</sup>, 11 & 12 Vict. c. 42)、略式の有罪判決及び命令に関して、治安判事の義務履行を簡易にする法令 (Summary Jurisdiction Act, 11 & 12 Vict. c. 43)、職務の執行としてなされた行為に対する濫用的訴訟から治安判事を保護しようとする法令 (An Act to protect Justices of the Peace from Vexatious Actions for Acts done by them in Execution of their Office, 11 & 12 Vict. c. 44) —を構成するが、本稿においては、治安判事が行う予備審問手続 (preliminary examination) において、被疑者に対し、黙秘権の告知義務を初めて法定化した<sup>212</sup>法令—公訴犯罪で訴追された者に対する、治安判事の四季裁判所外での義務の履行に関する法令—を扱う<sup>213</sup>。

「公訴犯罪で訴追された者に対する、治安判事の四季裁判所外での義務の履行に関する法律」は、従来から確立されていた良き慣行に制定法上の根拠を与えるとともに、重要な数多くの新规定をも含んでいる<sup>214</sup>。例えば、同法の section 1 は、公訴犯罪の召喚状・令状を発する権限を治安判事に認めた。Section 17 は、手続の公開は要求されていないが、訴追側証人は被疑者と弁護人の前で尋問を受け<sup>215</sup>、反対尋問にさらされる必要があることを規定し、この要件が充たされたうえで証言録取書が作成され、証人と治安判事がサインした場合にのみ、その証言録取書が公判で証拠として許容されることを規定した。また、治安判事が被疑者の有罪証拠が十分であると考えられる場合には、その被疑者を裁判に付し、証拠が十分でない場合には、被疑者を釈放することを規定した。

被疑者に対する黙秘権の告知を初めて法的に確立させた規定は、その次の section 18 である。section 18 は、section 17 における証言録取書が作成される場合には、被告人に読み聞かせたうえ<sup>216</sup>、被告人には供述義務がなく、供述すれば公判廷で被告人に不利益な証拠として用いられる可能性があることを告知した後に、供述を求め、供述録取書を作成することができることを規定した<sup>217</sup>。

<sup>210</sup> Sir John Jervis の略歴については、David Freedstone and J. C. Richardson, *The Making of English Criminal Law: Sir John Jervis and His Acts*, 1980 *Criminal Law Review* 5 (1980).

<sup>211</sup> 全称は、An Act to facilitate the Performance of the Duties of Justices of the Peace out of Sessions within England and Wales with respect to Persons charged with Indictable Offences である。

<sup>212</sup> 羽山・前掲注 (172) 77 頁。

<sup>213</sup> なお、他の二つの法律に関する内容は、David Freedstone and J. C. Richardson, *supra* note 210, at 5. この論文の紹介として、大野真義ほか「イギリス刑事法の形成 (その 3・完)」*阪大法学* 131 号 275-282 頁 (1984 年) において、参照することができる。

<sup>214</sup> 大野真義ほか・前掲注 (213) 278 頁 ; David Freedstone and J. C. Richardson, *supra* note 210, at 10.

<sup>215</sup> 1848 年以前に、治安判事は、予備審問手続において、被告人に弁護人の弁護を認めるか否かについて裁量権を有するという判決があり、1848 年の Jervis' Act は、予備審問手続において被告人が弁護人による弁護を受ける権利を認めた。

<sup>216</sup> 治安判事は、訴追側のすべての証人の証言を被疑者に聞かせた後に警告を与えなければならない。G.D. Woods, *supra* note 177, at 174.

<sup>217</sup> David Freedstone and J. C. Richardson, *supra* note 210, at 10. 大野ほか・前掲注 (213) 278 頁。

警告の文言は以下のものである。「……貴下はこの公訴事実に対して、何か発言したいことがあるか。発言したくなければ、何かを発言すべき義務もない。しかし、もし何か発言するのであれば、それは、書面に録取され、貴下の公判において不利益な証拠となる可能性がある……予備審問判事は、被告人が訴追事実について供述を始める前に被告人に対し、それまでに彼に対して、罪を自認又は自白させるため、なんらかの利益供与が約束され、又はなんらかの脅迫がなされたかもしれないが、それらを絶対に期待したり、畏怖したりしてはならないこと、むしろ、予備審問判事の面前での供述は、それ以前にいかなる利益供与の約束又は脅迫がされていようと、それらとは無関係に、彼の公判において証拠とされ得るものであることを告げ、かつ十分に理解させなければならない……<sup>218</sup>」このようにして、被告人は、公判前には沈黙を勧められ、公判中には沈黙を強制される<sup>219</sup>刑事手続構造が形成されたのである。

このような黙秘権の告知は、被告人に不利益な供述が無理に引き出されることがないように、治安判事を注意すると同時に、被告人が自己に不利益な供述を無意識のうちにしてしまうことがないように、自らの口をきちんと閉じているように警告するものである<sup>220</sup>。

Alschuler が、Jervis` Act は、被疑者の黙秘する権利を教義上 (doctrinal) 承認したと評価したことに対し<sup>221</sup>、Smith は、1848 年の Jervis` Act は公判前手続に特権類似の (privilege like) 効果をもたらしたと評価した。さらに、この法令は、被疑者・被告人 (prisoner) の黙秘をより容易なことにしただけでなく、さらに、黙秘権の精神に反する糾問的な取調べ手続を認める刑事手続の終結を意味するとした<sup>222</sup>。そして、彼は、19 世紀初期に、糾問的な刑事手続が「黙秘権」及び「Nemo tenetur」と矛盾することを初めて指摘した Stephen の主張—「Jervis` Act によって、被疑者・被告人は公判前及び公判段階において、すべての質問から保護されるようになった<sup>223</sup>」—を引用しつつ、Jervis` Act の成立によって、現代的な自己負罪拒否特権は初期の形を持つようになったと主張した<sup>224</sup>。さらに、Jervis` Act

<sup>218</sup> 原文は以下の通りである。“……Having heard the evidence, do you wish to say anything in answer to the charge? You are not obliged to say anything unless you desire to do so, but whatever you say will be taken down in writing and may be given in evidence against you upon your trial. ……Provided always, that the said Justice or Justices before such accused Person shall make any Statement shall state to him, and give him clearly to understand, that he has nothing to hope from any Promise or Favour, and nothing to fear from any Threat which may have been holden out to him to induce him to make any Admission or Confession of his Guilt, but that whatever he shall then say may be given in Evidence against him upon his Trial…….” (11&12 Vict. c. 42 s.18) この条文の翻訳については、羽山・前掲注 (172) 78 頁における、1925 年の「刑事裁判法」The Criminal Justice Act (15 & 16 Goe. 5, c. 86), s. 12 の翻訳を参考にした。

<sup>219</sup> 第 1 章で検討したように、イギリスにおいては、1898 年に被告人の証人適格が認められるようになるまで、被告人は公判廷で証人として証言することができず、沈黙せざるを得なかった。

<sup>220</sup> Jeremy Bentham, Rationale of Judicial Evidence (Garland Publishing Inc, New York, 1978)(originally published 1827) V. 120, 256.

<sup>221</sup> A. W. Alschuler, *supra* note 17, at 198. Jervis`s Act に定められた警告は、公判前手続における被疑者の黙秘権あるいは自己負罪拒否特権を明確に承認したものであるとされている。G.D. Woods, *supra* note 177, at 175. Cosmas Moisisdis, *supra* note 111, at 19.

<sup>222</sup> Henry E. Smith, *supra* note 96, at 180.

<sup>223</sup> Stephen, History, at 441.

<sup>224</sup> H. E. Smith, *supra* note 96, at 180.

が保障する公判前における黙秘権の重要性を強調するため、R. v. Garbett(1847)事件を提示し、同事件は、裁判における被告人の黙秘権を実質化することにより、Jervis` Act が保障する公判前手続における黙秘権との調和を求めることを目標としていたことを説明したのである<sup>225</sup>。

この法令上の警告義務は、被告人の公正な取扱いの要求を意味するだけでなく、治安判事に対する自白の許容性についての注意でもある<sup>226</sup>。黙秘権を告知する義務の履行は、予備審問手続に限り、被疑者の供述の証拠能力にとって不可欠なものとして確認された。

被疑者は、質問に答える必要がないこと及びもし答えるのであれば、その供述は裁判において彼にとって不利益に使われる可能性がある旨の警告を受けべきであると定めたこの法令によって、初めて黙秘権告知制度が予備審問段階において法的に確立された<sup>227</sup>。さらに、同法によって、治安判事は公訴官としての役割を捨て去り、被告人を公判付するに足りるだけの証拠があるか否かを判断するだけの予審判事となったことにより<sup>228</sup>、予備審問の糾問的性格性が払拭されたといえる<sup>229</sup>。Langbein も、Jervis` Act は、公判前尋問手続に「公平な戦い (fair play)」という新たな原則を創設したと賞賛した<sup>230</sup>。

以上のような予備審問手続における黙秘権告知の規定が求めている手続と同種の手続が、1848 年以後多くの判例によって、19 世紀後半以降、治安判事の捜査及び訴追機能を継承した犯罪捜査官である警察官に要求されることになる<sup>231</sup>。これにより、Jervis`s Act に規定されていた黙秘権告知の規定は、警察の捜査手続を規律する裁判官準則のルールとして認められ、警察の被疑者取調べ手続を規制する重要な規定となった。

## 第 2 款 裁判官準則 (Judges` Rules 1912) 及び警察・刑事証拠法 (Police and Criminal Evidence Act 1984)

### 第 1 項 職業警察制度の創設

17 世紀から 18 世紀のイギリスにおいて、犯罪の捜査及び訴追の責任は私人に委ねられていたが、刑事訴追を行うことは、精神的・経済的な負担を伴うものであったため、訴追の効率性がきわめて低いという問題や実体的真実の発見が困難であるといった問題が生

<sup>225</sup> Id.

<sup>226</sup> 大野ほか・前掲注 (213) 278 頁。

<sup>227</sup> とはいえ、Jervis`s Act はただの法令であるため、法律の拘束力を持たないことから、治安判事はこのような方式に従うべき義務はないが、この法令に従うことにより、黙秘権告知の運用を促し、職務の統一性を向上させることが可能であったとする理解もある。W. Wesley. Pue, *supra* note 180, at 335-363 ; 大野ほか・前掲注 (213) 278 頁 ; David Freedstone and J. C. Richardson, *supra* note 210, at 9.

<sup>228</sup> 多田・前掲注 (200) 312 頁。

<sup>229</sup> David Freedstone and J. C. Richardson, *supra* note 210, at 5.

<sup>230</sup> John H. Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance* (1974) at 74.

<sup>231</sup> 羽山・前掲注 (172) 78 頁。

じていた<sup>232</sup>。このような背景の下で、18 世紀中葉から、刑事訴追に伴う訴追者の負担を軽減する試みが絶えず行われてきた。その中で最も画期的なことは、近代的な警察の組織化と統一的な国家の訴追機関の創設である<sup>233</sup>。

イギリスの現代的な警察組織は、1829 年の The Metropolitan Police Force Act を発端として、1835 年の The Municipal Corporation Act、1856 年の An Act to render more effectual the Police in Counties and Boroughs 等の一連の法律<sup>234</sup>によって、イギリス全域にわたって誕生した<sup>235</sup>。それ以降、被疑者の逮捕・告発にとどまらず、訴追側の証人から供述をとることや被疑者を裁判に付すことを治安判事に求めるにあたり、その根拠となる証拠の収集等の犯罪捜査は警察の職務となった<sup>236</sup>。

## 第 2 項 裁判官準則 (Judges' Rules)

19 世紀後半以降、警察が、捜査・訴追機能を治安判事から引き継ぐことになるが、その際、黙秘権の告知及び自白法則等の被疑者取調べに対する規制原理も予備審問段階から引き継がれることとなった<sup>237</sup>。ところが、1860 年頃から警察による被疑者尋問の実務を批判する判例が増え<sup>238</sup>、身体拘束中の被疑者取調べによって得られた自白は証拠として許容されない、という主張がなされるようになり、そのような主張は被疑者取調べのあり方を変革するきっかけとなった<sup>239</sup>。警察官による黙秘権告知の慣行の発達は、その変革の核心的なものであるといえよう<sup>240</sup>。

警察の被疑者取調べ手続を規制するべく、1912 年に、内務大臣及び警察実務家からの

---

<sup>232</sup> W. Wesley Pue, *supra* note 180, at 334–349. 田中英夫『英米法総論 (上)』(東京大学出版会、1980 年) 160 頁。

<sup>233</sup> 鯉越溢弘「イギリス刑事法の近代化——法執行制度の変遷を中心として——」『近代刑事法の理念と現実』(立花書房、1991 年) 154 頁。

<sup>234</sup> 1833 年の the Lighting and Waching Act, 1835 年の the Municipal Corporation Act, 1839 年の the County Police Act, 1839 等も警察組織の創設と関連する法案である。F. W. メイトランド著=小山貞夫訳『イングランド憲法史』(創分社、昭和 56 年) 656 頁以下参照。

<sup>235</sup> An Act for Improving the Police in and near the Metropolis, 1829 (10 Geo. 4, c. 44); An Act for the Establishment of County and District Constables, 1839 (2 & 3 Vic., c. 93); An Act to render more effectual the Police in Counties and Boroughs, 1856 (19 & 20 Vic., c. 69).

<sup>236</sup> Patrick Devlin 著=兒島武雄訳・前掲注 (178) 11 頁。1986 年に検察庁 (Crown Prosecution Service) が設立されるまで、犯罪の訴追も警察が行っていた。

<sup>237</sup> 多田・前掲注 (200) 317 頁。Cf. O. H. STEPHENS, THE SUPREME COURT AND CONFESSIONS OF GUILT 21 (1973). 1848 年以後の判例は、治安判事に課せられた被疑者の取調べにおける黙秘権の告知の義務の履行と同様の義務を職業警察に要求したという。

<sup>238</sup> 田宮裕『刑事訴訟法入門 (三訂版)』(有信堂、1989 年) 95 頁; T. E. Judges' Rules and Police Interrogation in England Today, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol57, 1966, at 85. 1912 年になって、被疑者取調べを規制するルールが制定されたということは、それ以前における警察の捜査活動に何の制限もなかったことを意味しない。1870 年に、Lord Chief Justice Cockburn は、「警察は、真実を引き出し、逮捕する根拠があるか否かを確認するための誠実な意図に基づき、その者を尋問することができる。逮捕することを予測して、後に彼にとって不利益に使われる可能性のある供述を得るために尋問してはならない」と判示した。

<sup>239</sup> 多田・前掲注 (200) 317 頁。

<sup>240</sup> T. E, *supra* note 238, at 85. 1906 年に、被疑者に警告を与えるべき場合を明確化することが求められた。

要請に応じて、高等法院（the High Court）女王座部（the Queen's Bench Division）の裁判官によって、裁判官準則が作成された。このガイドラインは、最初4カ条であったが、1918年に5カ条が追加された。1930年、1947年、1948年には、準則の妥当な解釈に関して生じた疑問点を解決するために補足が追加され、1964年に全面的な改定がなされた。<sup>241</sup>

裁判官準則は、Jervis' Actにおける黙秘権の告知規定を引き受け、黙秘権の告知について、下記のように規定した<sup>242</sup>。

「第2条 警察官は、ある者の犯罪を告発することを決定した場合はいつでも、その状況に応じ、質問をする前又は質問を続ける前に、その者に対し、まず黙秘権を告知しなければならない。

第3条 被拘禁者に対しては、初めに通常の黙秘権を告知した後でなければ、これに質問してはならない。通常の黙秘権は、その最後の「被疑者に不利益な (against you)」を省略し、「証拠として提出される」という言葉で結ぶのが望ましい<sup>243</sup>。

第4条 拘束中の被疑者が自ら進んで何らかの供述をしようとする場合には、通常の黙秘権を告知しなければならない。

第5条 拘束中の被疑者が正式に告発される場合、被疑者に告知される黙秘権は、次のような言葉でなされなければならない。「犯罪事実に対して何か供述したいことがあるか。言いたくなければ、何も言う義務はないが、供述すれば、それがすべて調書に録取されて証拠に提出されることがある<sup>244</sup>」

第6条 黙秘権を告知する間をなくして拘束中の被疑者が行った供述は、黙秘権が告知されなかったという理由だけでは証拠としての許容性を失わないが、このような場合には、できる限り速やかに被疑者に対して黙秘権を告知しなければならない。」

他に、裁判官準則は、警察官が被疑者を質問する権利、供述を拒否した被疑者に対して再び供述を求めることの禁止、任意の供述をする拘束中の被疑者に対する反対尋問の禁止、共犯者を取調べる際に注意すべき点、供述録取書の作成や署名、供述開始と終了の時間の記録、弁護人の同席の許可等について規定している<sup>245</sup>。

裁判官準則は、人が警察の告発を受け、被疑者になる時点で、被疑者に対し、質問に

<sup>241</sup> 田宮・前掲注(238)95頁。

<sup>242</sup> 条文の訳については、Patrick Devlin 著＝兒島武雄訳・前掲注(178)183頁を参照。Cosmas Moisisdis, *supra* note 111, at 39. ここでは、Jervis' Actにおける自己負罪拒否特権 (self-incrimination privilege) が、警察の被疑者取調べにおける黙秘権 (right to silence) として、裁判官準則に規定されたとする。

<sup>243</sup> 最初に黙秘権告知制度を規定した1848年の法文では、「被疑者に不利益な」となっていた。これは、告知に際して、彼の供述が彼にとって不利益な証拠となるのみであって、利益な証拠となることのないという印象を被疑者に与えないように配慮したものであり、無実の者が自己の無罪を証明する供述を断念することを防止するためである。

<sup>244</sup> 古い形式の黙秘権告知は、「不利益な証拠に提出されることがある」という言葉を用いていたが、裁判官準則は「不利益」という言葉を削除した。それは、被疑者の供述が被疑者に不利益な証拠にのみ使われるという示唆を与えないためであると言われる。

<sup>245</sup> これらの点に関する準則は、裁判官が制定したものもあるが、それにしても、それは警察の要請に応じたものであり、その他は、裁判官の認可を得て、警察が自ら制定した規則である。

答える義務がない旨を告知することを要求している。その理由は、告発を受けた被疑者に質問がなされるとすれば、その主な目的は、被疑者に不利益な証拠（自白）を獲得する点にあるからである。また、自白を強要する方法は、脅迫や暴行によらなくても、不公正ないし圧迫的になりがちな質問方法があり、裁判官準則は、そのような質問方法を規制しようとするものである。<sup>246</sup>

裁判官準則が制定された歴史的背景としては、1970、1980年代、警察の被疑者取調べ実務を批判する判例の増加とそれらの判示における身体拘束中の被疑者の自白は証拠として許容されないという主張の強化が重要である<sup>247</sup>。しかし、この点については、被疑者が自発的に供述することもあるため、このような供述も一切証拠として認めないのは不合理であるとする見方が現れた。そして、被疑者に黙秘権の告知をすれば、被疑者が供述するかしないかを自由に選択することができ、供述するのであれば、その供述の任意性は認められる。このような理由で、供述の任意性確保の手段として黙秘権の告知という方法が考えられるようになったのである<sup>248</sup>。したがって、裁判官準則は、身体拘束中の被疑者が自由かつ任意に（freely and voluntarily）供述することを保障するため、黙秘権の告知制度及びその他の取調べ規制ルールを創設したのである。その後、警察が被疑者の自白の任意性を証明するにあたり、裁判官準則に従って取調べを行ったことを証明することが要求されるようになった<sup>249</sup>。

裁判官準則は、コモン・ローにおける自白法則<sup>250</sup>の下で、任意になされていない自白を証拠として許容しない。したがって、被疑者の自白が証拠として認められるためには、その自白が任意になされたことを訴追側が立証しなければならない。この原則は、それ自体が警察の捜査活動に対する司法的抑制であるが、もう1つの考え方は、誘導された自白は、それが真実であるという十分な保障がなく、むしろ真実ではない可能性が高いため、証拠としての許容性が認められないとするものである<sup>251</sup>。

警察官の被疑者に対する黙秘権告知手続が持つもう1つの意義について、Patrick Devlinは、次のように述べる。すなわち、「黙秘権告知の本当の意味は、それがいわば宣戦布告であるということにある。黙秘権を告知することによって、警察は、彼らが質問をしてい

<sup>246</sup> Patrick Devlin 著＝兒島武雄訳・前掲注（178）43頁。

<sup>247</sup> このような主張は、1848年の法律の影響を受けたものだと言われる。Lewis Mayers, Shall We Amend the Fifth Amendment 84-85(1959).

<sup>248</sup> 白川靖浩「イギリスにおける被疑者取調べについて（中）」警察学論集 60巻5号（1997年）118頁。

<sup>249</sup> T. E. supra note 238, at 86.

<sup>250</sup> 自白法則は、18世紀後半から19世紀にかけて、コモン・ロー上成立した。3 WIGMORE, EVIDENCE § 815 (Chadbourn rev., 1970).

<sup>251</sup> Patrick Devlin 著＝兒島武雄訳・前掲注（178）45頁。身体拘束され、かつ公判を待っている無実の者は、絶望に陥りやすく、最悪の結果を避けるためであればどんなことでも自白しかねない。例え真犯人であっても、警察の手許に拘束され、又は取調室で取調べられる場合に、被疑者は質問しているのが警察官であるというだけの理由で、その質問に答える義務があると思ってしまうかもしれない。このような懸念を配慮し、訴追側の任意性の立証責任を容易に果たすため、身体拘束された被疑者に対し、捜査官の質問に答える義務がない旨を告知する慣行が発達し、規則として定着したのである。

る者に対して、自分たちはもはや善良な市民が助力すべき中立的な取調べ官として現れるのではないことを告知するのである。すなわち、警察は訴追側であり、法律上及び道徳上も、これ以上被疑者から助力を受ける権利はなく、また、無実であるか罪を犯しているかを問わず、何人も黙秘権を告知された後は、黙秘することについて自らを非難するに及ばない。なぜなら、まさしく警察が被疑者に告げたところは、被疑者は黙秘してよいということであるからである。黙秘権告知、告発、逮捕は、そのいずれもが、戦争状態が始まったこと、及び容疑者が正式に被疑者となったことを示すものである<sup>252</sup>。

裁判官準則の制定後、「この準則は、被疑者を過度に保護するため、警察の捜査活動にとって大きなハンディキャップになっており、見直す必要がある<sup>253</sup>」とする意見が示される一方、裁判官準則の有効性について、「警告が行われた後、チャージされるまでに、被疑者は常に質問に晒され、被疑者のあらゆる供述は裁判において彼らに不利益に使われる<sup>254</sup>」、「黙秘権の告知は自白の獲得にほとんど影響を与えておらず、黙秘権は、事実上被疑者の権利保障にはほとんど役立っていない<sup>255</sup>」といった批判が見られる。さらに、もし被疑者取調べ手続がそもそも被疑者の供述を狙って、巨大なプレッシャーをかけるものであるならば、被疑者の黙秘権を強化するための最も有効な方法は、被疑者取調べを完全に禁止することであるという意見も有力である<sup>256</sup>。

裁判官準則は、法的根拠も拘束力もなく、準則への違反があった場合には証拠が排除される可能性があるとするにとどまるものであったが、1984年の警察及び刑事証拠法が制定されるまで、警察の取調べ実務の指針として大きな役割を果たした。

### 第3項 警察・刑事証拠法 (Police and Criminal Evidence Act 1984)

裁判官準則が制定されたものの、上述のように法的根拠及び拘束力がなく、明確性に欠ける等の問題もあり、さらには、裁判官準則に基づく刑事手続について、判例法の間には多くの矛盾が生じ、一貫性がないという問題があった。これらの問題は、一方において、警察の職務の遂行を困難なものとし、犯罪者の効果的な検挙や処罰を妨げるとともに、他方において、多くの問題点を孕んだ捜査手続がその対象となる個人の権利保障を不明確なものとした<sup>257</sup>。1970年代の始め頃、裁判官準則による黙秘権や弁護権は被疑者の権利保障

<sup>252</sup> Patrick Devlin 著＝兒島武雄訳・前掲注 (178) 45 頁。

<sup>253</sup> T. E. *supra* note 238, at 92.

<sup>254</sup> この点を批判する論文として、Glasbeek & Prentice, *The Criminal Suspect's Illusory : Right of Silence in the British Commonwealth*, 53 CORNELL L. REV. 473, 478-481 (1968).

<sup>255</sup> Zander, *The Right of Silence in the Police Station and the Caution*, in *RESHAPING THE CRIMINAL LAW* (Essays in honour of Glanvill Williams, Glazebrook ed., 1978) 344, 356.

<sup>256</sup> John D. Jackson and Sarah J. Summers, *supra* note 3, at 245.

<sup>257</sup> 法務大臣官房司法法制調査部編『イギリス警察・刑事証拠法イギリス犯罪訴追法』(法曹会、1988年) 2 頁。

にほとんど役立っていないという指摘がなされるようになり<sup>258</sup>、そこで、今度は、適正な刑事手続のバランスを維持するためには黙秘権等をより効果的なものにすべきか否か、効果的なものにすべきだとしたら、どのような方法によるべきかが問題とされるようになった<sup>259,260</sup>。

これらの問題を課題として、イギリス政府は、1977年7月に「刑事手続に関する王立委員会 (Royal Commission on Criminal Procedure)」を設置し、刑事手続 (とりわけ捜査・訴追手続) の抜本的な検討を行った<sup>261</sup>。1982年11月に、刑事手続に対する大幅な改善策を取り込んだ「警察及び刑事証拠法案 (Police and Criminal Evidence Act) (以下「PACE」)」が英国議会に提出され、翌年に修正・変更を加えた第二次法案が1984年に法律として成立し、1986年1月1日から全面施行されるようになった。

この法律は、イギリスにおける捜査手続を大きく変革させた法律である。同法は、捜査手続における警察の権限を明確化 (一定範囲で強化) する一方で、その権限の濫用を防止し、被疑者の権利を実効的に保障することを目的としたものである。特に、被疑者取調べについては、テープ録音制度を導入したとして積極的な評価を得た。

PACE 及び PACE60 条、66 条に基づいて制定された実務規範 (Codes of Practice)<sup>262</sup>は、被疑者の人権を手厚く保障するため、主に次のような規定を設けている。

#### 1. 黙秘権の告知

PACE 66 条に基づき、実務規範 C の 10 条は、警告 (Cautions) がなされるべき場合 (When a caution must be given) 及び警告の文言 (Terms of the cautions) について詳細な規定を設けた。

警告が与えられなくてはならない場合について、実務規範 C10 条 1 項は、犯行を疑う

<sup>258</sup> Zander, *supra* note 255, at 347-356. その時期に、Confait 事件という誤判冤罪事件が発覚し、それが PACE 制定の直接の契機となった。

<sup>259</sup> Ashworth, *Excluding Evidence as Protecting Rights*, (1977) CRIM. L. REV. 723, 735.

<sup>260</sup> 多田・前掲注 (200) 317 頁。

<sup>261</sup> 王立委員会は、1981年に、「共同体の利益」と「個人の自由」との均衡を保つべきであるとして、犯罪捜査のための警察の権限を強化するべく、停止、捜索、逮捕、勾留、取調べについての規定の整備、被疑者の勾留時における処遇の確保、弁護人の法的助言を受ける権利の拡充等被疑者の権利保障の強化の必要性について勧告した。詳しい検討内容については、*Royal Commission on Criminal Procedure: Report* (1981) Cmnd. 8092. 白川・前掲注 (248) 125 頁以下参照。

<sup>262</sup> 現在、PACE に基づいた次のような実務規範がある。A 警察官による停止及び捜索の権限の行使に関する実務規範；B 警察官による施設の捜索及び人の身体又は施設で警察官によって発見された財産の差押えに関する実務規範；C 警察官による人の留置、処遇及び取調べに関する実務規範；D 警察官による人の識別に関する実務規範；E 被疑者取調べのテープ録音に関する実務規範；F 被疑者取調べのビデオ録画に関する実務規範。規範 A から規範 D は PACE 第 66 条の規定に基づき、規範 E は第 60 条に基づいたものである。A から D は 1986 年 1 月 1 日、E は 1988 年 7 月に施行された。その後、実務規範は、1991 年と 1995 年に改正され、さらに三度目の大きな改正を受けた実務規範が 2003 年 4 月 1 日に施行された。*The Police and Criminal Evidence Act 1984 (Codes of Practice) (Statutory Powers of Stop and Search) Order 2002 (SI2002/3075)*; *The Police and Criminal Evidence Act 1984 (Codes of Practice) (Codes B to E) (No.2) Order 2003 (SI2003/703)* 参照。2001 年の刑事司法及び警察法 (*the Criminal Justice and Police Act 2001*) により、PACE60 条 A (ビデオ録画について) が設けられたため、ビデオ録画に関する実務規範 F が 2001 年 12 月に施行されることになった。これらの実務規範は、法ではないが、実務の運用を大きく支えるものとして重要である。

理由がある者には、彼の返答又は黙秘（すなわち、回答しないあるいはこれを拒否し又は十分な回答をしないあるいはこれを拒否する等）が、訴追上裁判所に証拠として提出され得る場合には、ある犯罪に関するあらゆる質問あるいは嫌疑を基礎づけるものが、先になされた尋問に対する返答であるときには、それに引き続く質問に先立って、警告を与えなければならないと規定している<sup>263</sup>。

裁判官準則の下では、ある者が犯罪を犯したと疑うに足りる合理的な根拠を証明する証拠があると信ずるときには、警察官は、速やかに、被疑者に「犯罪事実に対して何か供述したいことがあるか。供述したくなければ、何も供述する義務はないが、供述すれば、それがすべて調書に録取されて証拠として提出されることがある」という警告を与えなければならない。

この伝統的な警告は、1984年のPACEに引き継がれ、「あなたは何もいう必要はない。ただし、供述したことは証拠となる場合がある」という文言が実務規範Cの10条4項に規定された<sup>264,265</sup>。しかし、1994年の刑事司法及び公共秩序法（Criminal Justice and Public Order Act、以下CJPOAという）によって、いわゆる黙秘権の制限が導入されたことにより<sup>266</sup>、1995年PACE改正において、警告の文言は大きく変わった。すなわち、1995年PACEの実務規範Cの10条5項は、「あなたは何も述べる必要はない。ただし、あなたが後に法廷で主張することを今述べない場合には、あなたの抗弁(防衛活動 defence)に不利に働くことがある。あなたが述べることはすべて、証拠となることがある」と改められた。CJPOAの条文に照らせば、「被疑者に不利に働く」ということは、取調べにおいて警察から質問を受けたにもかかわらず、その後の手続において抗弁として主張する事実について言及しなかったことを理由に、公判において被告人に不利な推認がなされうるということを意味する<sup>267</sup>。

<sup>263</sup> 1995年実務規範C10条1項は、犯罪の嫌疑がある被疑者に質問する前には、黙秘権を告知しなければならないと規定している（Police and Criminal Evidence Act 1984 (s. 60 (1) (a) and s. 66) CODES OF PRACTICE REVISED EDITION, 1995, at 49-50.）のに対して、2003年実務規範C10条1項は、ある犯罪、すなわち、必ずしも嫌疑をかけられているわけではない犯罪について質問する前に黙秘権の告知をしなければならないと規定している（Police and Criminal Evidence Act 1984 (s. 60 (1) (a) and s. 66 (1)) CODES OF PRACTICE REVISED EDITION, 2003, at 76-78.）。

<sup>264</sup> ただ、「調書に録取されて（be put into writing and）」を削除し、テープ・レコーディングを考慮に入れたのである。

<sup>265</sup> PACE法文上、警告の付与に触れるところがなく、実務規範に規定されていることは、実務規範に定められた「警告」に違反して入手された自白や、違法自白に由来する自白などの排除については、裁判官の裁量に委ねられていることであろう。渥美東洋「イギリスの警察及び刑事証拠法の『実務規範』(一)」判例タイムズ595号（1986年）19頁。

<sup>266</sup> 1970年代から、黙秘権を制限あるいは廃止すべしという主張が強くなり、さらに、PACEの制定によって被疑者の権利保障の仕組みが整うにつれ、適正手続と犯罪統制のバランスが崩れたこと等を背景に、1994年の刑事司法及び公共秩序法（Criminal Justice and Public Order Act）において、被疑者・被告人が黙秘したことから「適当な推論」を行うことが一定の場合に許されると規定した。詳しい内容は、Michael Zander. The Police and Criminal Evidence Act 1984, 6<sup>th</sup> edition, at 582-595. 白川靖浩「イギリスにおける被疑者取調べについて（下）」警察学論集60巻6号（1997年）72頁。

<sup>267</sup> 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86号（2003年）119頁。

その後、ヨーロッパ人権裁判所の「弁護人の法的助言を得る機会を与えられていない状況下でこのような推論を行うことは、ヨーロッパ人権条約 6 条（公正な裁判を受ける権利）に反する」という判決<sup>268</sup>を受け、ヨーロッパ人権条約に適合するため、弁護人の法的助言を得る機会がない被疑者<sup>269</sup>である場合、新しい警告（new caution）の代わりとして、「あなたは何も言う必要はない。ただし、供述したことは証拠となることがある」という伝統的な警告(old caution)が用いられるようになった<sup>270</sup>。

警察署内での取調べに際し、警察の質問に答えなかったことを理由として、公判において不利益な推認がなされるとすれば、旧法の下では黙秘権を行使していた場面において、被疑者が質問に答えざるを得ないと感じるようになるのは当然なことである。したがって、黙秘権の制限は、被疑者の供述を事実上強要する働きをするといえる。黙秘権を制限することは黙秘権の本質に抵触することであり、黙秘権の成立過程から見ても、その歴史と相容れないであろう。

黙秘権制限の導入時における議論でも、このような懸念が伺われる。たとえば、黙秘権制限の規定によって、被疑者に対して供述するよう圧力がかかり、とりわけ少年や精神不安定な者が虚偽の自白をする可能性があるといった意見が示されていたにもかかわらず、黙秘権制限はその後立法化に至った。しかし、実務上は、以上のような危険性を孕んでいることを意識し、黙秘権の制限は極限定的な範囲において適用されるようになっている。例えば、被疑者が黙秘した事実だけを根拠として有罪とすることは許されず、訴追側に実質的な証拠を提出することが要求されており、陪審に対する被疑者の黙秘についての説示においても慎重な運用がなされている<sup>271</sup>。

その他に、黙秘権の告知について、実務規範 C は、逮捕された者だけではなく、再び逮捕された者についても黙秘権を告知しなければならないことや（10 条 4 項）、黙秘権告知の下でなされた尋問が中断されたとき、取調官は被尋問者が、黙秘権の告知を受けたことを認識しているか確かめなくてはならず、黙秘権の認識について疑いがある場合には、取調べを再開するときに黙秘権を完全な形で再度告知しなければならないこと等を規定した（10 条 5 項）。さらに、実務規範 C の指導注記 10 D において、ある者が警告の意味を理解していないと思われる場合、警告を与えた警察官は自分の言葉で、さらに説明を与えることを勧めている。

このように、実務規範 C の 10 条は、黙秘権を告知すべき場合やその警告の文言について被疑者が完全に理解できるようにするために、警察官が果たすべき義務を詳細に制定したのである。

<sup>268</sup> Murray v. United Kingdom (1996) 22 EHRR 29. 石田・前掲注（267）160 頁以下。

<sup>269</sup> 通常は、警察署に留置されているため、法的助言を得る機会がなかった被疑者を指す。Michael Zander, *The Police and Criminal Evidence Act 1984*, 6<sup>th</sup> edition, at 383.

<sup>270</sup> Michael Zander, *supra* note 269, at 383.

<sup>271</sup> 白川・前掲注（266）73 頁。

警告（又は正確な警告）を与えない場合には、有罪判決が破棄される可能性がある。2009年に、Moses 裁判官は、警告の重要性について意味深い判示を下した。すなわち、「これらの要求は、ただ無意味に復唱され、すぐ無視されるスローガン（mantra）ではない。警告に関する PACE 及びそれに基づく実務規範の要求（provision）は、身体拘束されている被疑者（detainee）を保護することを目的とする。これらの要求は重要な保護手段であり、これらの要求は、警察の取調べ行為に大きな影響を与える。もし、警察がこれらの要求に反する取調べによって、重大事件の有罪判決を確保することができるとすれば、これは警察署に留置されている被疑者に対する保護を損なう重大な問題となる」とする<sup>272</sup>。

以上のような黙秘権告知を含む諸権利についての告知規定の他に、PACE 及びこれに基づいて制定された実務規範は、被疑者の基本的権利を一層尊重するため、警察官が権限を行使する際の適正手続に関する規定（取調べにおける警察官の行為規範）や被疑者の弁護権についての規定も設けることで、被疑者取調べの環境を整えたのである。

## 2. 弁護権

身体拘束期間中に、被疑者の人権保障にとって最も重要なのは、弁護人との接見交通権（弁護権）である。PACE は 6 条において、身体拘束中の被疑者の法的助言を受ける権利について詳細な規定を設けた。

PACE 58 条は、逮捕され、警察署又は他の施設<sup>273</sup>に留置されている者は、もし彼が希望する場合、いつでも弁護人（solicitor）と接見（consult）することができること（1 項）及び、警察署到着後 36 時間以内に、できるだけ速やかに、何人の立会いを要しない solicitor と被拘束者の接見交通の機会を与えるべきことを定めている（5 項）。

実務規範 C の 6 条は、身体拘束されている者は、自ら、書面で、また電話で、他の介在を受けることなく、いつでも solicitor に相談（consult）し、連絡（communicate）することができること及び、無料で弁護人の援助<sup>274</sup>が受けられることを告知されなければならないこと（1 項）；被疑者が取調べに弁護人の立会いを望むのであれば、それを認めなければならないこと（3 項）；警察官は法的助言を求める被疑者に対し、その権利を放棄するよう説得してはならないこと（4 項）；拘束されている被疑者が法的助言を求めた場合、留置管理官は、遅滞なく、被疑者が法的助言を受けられるような措置を採らなければならないこと（5 項）；（例外の場合を除き）被疑者が弁護権を行使した場合には、原則として、弁護人の援助が受けられるまでは取調べを開始、又は続けてはならないこと（6 項）等を規定している。

<sup>272</sup> Charles v DPP [2009] EWHC 3521 (Admin) at [10]. Michael Zander, *supra* note 269, at 384.

<sup>273</sup> 自宅で取調べを受ける被疑者についてこの権利を認めたのは 2012 年の改正実務規範 C の 3 条 21、22 項である。

<sup>274</sup> PACE 制定に合わせてスタートした当番弁護士制度により、無料で弁護人の法的助言を受けることができる。

また、逮捕されている者だけでなく、身体拘束されていない者に対しても、警察署にとどまる義務はないが、もしとどまるのであれば、無料で弁護人より法的助言を受けることが可能である旨を告げなければならない

(実務規範 C の 3 条 21 項)。ここで言う無料の法的援助とは、被疑者が貧困その他の理由で弁護人を雇うことができないときに、より効果的な担当 solicitor 制 (the duty solicitor) の下で、無料で弁護人の助言を受けることをいう<sup>275</sup>。

その他に、実務規範 C の 3 条 1、2、4 項は、被疑者に対する弁護人との接見交通権の告知を口頭及び書面で行うこととし、告知を行うべき時点についても詳細に規定した。また、実務規範 C 附則 C は、被疑者が法的助言を得る機会を与えられる前に取調べがなされる場合に、不利益な推認を許さず、このような状況では、被疑者は新しい黙秘権の告知を受けなければならないことを規定した。

上述のような規定を置いた結果、PACE 制定以前には、弁護人の法的助言を受けた被疑者は約 1 割しか占めていなかったが、PACE 制定以後の 10 年間で 4 割に増加し、その後、法的援助を受けた被疑者の割合はさらに増えたとする<sup>276</sup>。

### 3. 取調べの録音・録画

取調べのテープ録音は、被疑者の供述記録の正確性を確保するとともに、取調べ方法が適正であったかどうかを確認することを可能にするための最終的な解決方法として、PACE 制定時に導入された。導入に向けての検討段階においては、「テープ録音をしていると被疑者は自白をしづらくなる; 職業的な犯罪者から犯罪情報の収集ができなくなる<sup>277</sup>」等の反対論が強かったが、「独立して証明されうる記録があれば、警察による自白や不利益供述の捏造から被疑者を保護することになるし、真に犯罪を自白した者が後にその供述を撤回することを避けることになる<sup>278</sup>」等の利点からその必要性が認められ、PACE60 条に基づき、被疑者取調べのテープ録音に関する実務規範 (実務規範 E) が制定され、1988 年 7 月に施行された。その後、2001 年の刑事司法及び警察法 (The Criminal Justice and Police Act 2001) により、PACE60 条 A が設けられ、それに基づき、ビデオ録画についての規定整備が行われることになり、被疑者取調べのビデオ録画に関する実務規範 (実務規範 F) が 2001 年 12 月に施行された。

実務規範 E の 3 条 1 項は、警察署において行われる以下の取調べすべてについてテープ録音をしなければならないとした。(a) 正式起訴可能犯罪に関連して権利告知を受けた者の取調べ; (b) 起訴後又は訴追される可能性があると告げられた後に、(a) の犯罪の被

<sup>275</sup> 渥美・前掲注 (265) 19 頁。

<sup>276</sup> 白川・前掲注 (266) 74 頁以下。

<sup>277</sup> 白川・前掲注 (266) 126 頁。

<sup>278</sup> 白川・前掲注 (266) 126 頁。

疑者に対して例外的に追加の質問をした結果として行われる取調べ；(c) (a) の犯罪について訴追した後等に他の者の書面又は取調べの内容を被疑者に告げられる取調べ。ただし、次のような場合には、留置管理官の承認の下、テープ録音をしないことができる（3条3項、4項）。(a) 機器の故障や取調べ室等の使用不能等が生じ、その回復まで取調べを遅滞すべきでないとの合理的な理由があると判断するとき；(b) 当初から訴追が行われないことが明白であるとき；(c) 被疑者を監房で取調べることを承認したとき（この場合、携帯型録音機を用いることができる）。

被疑者が取調べ室へ連行されたとき、取調官は遅滞なく、かつ被疑者の面前でテープレコーダーに空のテープを挿入のうえ録音できるようにし（4条3項）、各取調べの全過程について供述の採取及び読み聞かせを含めて録音しなければならない（3条5項）。取調べ室にいる全員の氏名、取調べ開始の日時と場所、被疑者に対する警告及び無料で弁護人による法的助言を得る権利があることとその返答が録音されなければならない（4条4項）。

被疑者がテープ録音を拒んだ場合、取調官は録音装置を停止する旨を告知し、理由を述べてからこれを停止しなければならない（4条8項）。被疑者が当該犯罪と直接関連しない事項について説明する意思があるが、テープ録音を望まない場合、正式な取調べ終了後に警察官に説明する機会が与えられなければならない（4条10項）。

以上挙げた規定の他、実務規範 E は、テープの交換、取調べの間の休憩、録音装置の故障、録音装置からのテープの取り出し、取調べ終了等の場合に採るべき措置について詳しい規定を設けた。

ビデオ録画については、PACE60条Aに基づいて実務規範Fが定められ、テープ録音とほぼ同様の手続の下で施行されている。ただし、録画のための機器を持ち込んで録画する場合には、可能な限り部屋全体が写るようにすることを特別に要求している（実務規範Fの4条3項）。また、テロ犯罪の場合には、捜査担当官の背後から撮影を行うこととする等の規定が設けられている。

#### 4. その他の手続保障

取調べのための身体拘束の承認は、被疑者の黙秘権を事実上侵害する危険をはらんでいる。PACEは、取調べのための身体拘束と被疑者の黙秘権との緊張関係を解くため、捜査と留置の分離を明確にし、留置に関する明確な法的規律を設けた。

すなわち、PACEは、被疑者の留置の適正さを確保するため、その第一次的責任を負う「留置管理官（custody officer）」を一定の警察署に置き（36条 Custody officers at police stations）、留置管理官に対して留置手続等に関する被疑者管理記録の作成及び保管等を義務付けている（37条 Duties of custody officer before charge）。また、捜査と留置の分離が配

慮されるとともに、初めて、留置の要件と時間制限を詳細に規律する制度を設けた（41条-44条<sup>279)</sup>。その他に、被勾留者を取調べるに当たり、取調官は、留置管理官にその旨の要請を行い、留置管理官は、被勾留者の心身の状態を勘案し、取調べが可能かどうかを判断する。取調べが可能であると判断、被勾留者を捜査担当官に引き渡す。

実務規範 C においては、警察官が被留置者の出頭を必要とする取調べ又は尋問をしようとするときは、留置管理官が警察官に被留置者を引き渡すか否かを決定する責を負うこと（12条1項）や、捜査担当官が、被留置者の有罪を得る現実的な見込みを提供する十分な証拠があると合理的に信じて、取調べを打ち切らなければならない場合に、遅滞なく、留置管理官に通知すること（16条1項）等の規定が設けられている。

さらに、実務規範 C は、取調べと直接関連しない場面において、被疑者のニーズなどを確認するための高度なアプローチを作り出す試みの一部として、留置管理官に対し、被疑者に医療措置を必要とするかどうか、文書チェックの手助けとなる者、通訳を求めるかどうかなどを尋ねることを義務付け（3条5項は）、被留置者の権利保障をより強化したのである<sup>280)</sup>。

裁判官準則においては、供述の任意性を証拠の許容性における最低基準とし、供述が強圧（*oppression*）等によって得られたものであってはならないことを規定しているが、その任意及び強圧の意味が曖昧で、警察及び裁判所の実務運用に困難をもたらしていた<sup>281)</sup>。そこで、PACE 実務規範 C の 11 条 1 項は、「警察官は、不当な圧力を用いて質問への答え又は他の供述を得ようとしてはならない」と規定し、5 項は、「取調官は、不当な圧力を用いて回答若しくは供述を引き出そうと試みてはならない。……取調官は、直接的な質問に対して回答する以外、質問された者が質問に回答・供述しあるいはこれらのどちらかを拒否する場合に、警察がどのような法的措置を採るかについて示してはならない。……」と規定し、供述の任意性が認められる状況を明らかにした。

以上の規定の他に、過剰な被疑者取調べの抑制効果を果たすものとして、犯行について人を取調べている警察官が、その者に訴追がなされると信じ、訴追が成功する十分な証拠があると信ずるときには、速やかに、遅滞なく、取調べを中止しなければならないとする規定がある（11条2項）。

PACE 及びそれに基づく実務規範は、被疑者の処遇、特に取調べの方法・条件について厳格に規律している。これらの規定が目指すのは、被疑者の黙秘権の保障だけではない。より重視されていることは、被疑者が黙秘権を放棄して自白する場合の任意かつ信用でき

<sup>279)</sup> 酒巻匡「逮捕及び留置（その三）——改革の意義と問題点——」ジュリスト 953 号（1990 年）75 頁。留置制度については、PACE が一方で取調べ目的の留置を明文化しながら、被留置者に対する黙秘権の告知を法文ではなく、運用規定に定めておいた点で、被疑者の権利保障が損なわれるといった批判がなされていた。

<sup>280)</sup> 和田進士「イギリス 1984 年警察・刑事証拠法の実務規範 C の改正について」大阪学院大学法学研究 32 卷 2 号（2006）210 頁。

<sup>281)</sup> Royal Commission on Criminal Procedure: Report (1981) Cmnd. 8092.

る供述の確保である。

### 第3款 本節のまとめ

イギリスの予備審問手続は、犯人を発見し、犯人に不利益な証拠を収集するための訴追側の手段として企図された<sup>282</sup>。このような予備審問手続の下で、被疑者は突如として逮捕され、弁護人の援助を得ることもできず、また自己に不利益な如何なる証拠の存在すら知らないまま、治安判事の糾問的な取調べを受けなければならなかった。このように得られた供述は、任意になされた供述として公判に提出され、被告人の有罪を立証する証拠となった。公判において、被告人に黙秘権が認められ、黙秘が許容されたとしても、結果的には大差がなく、被告人の黙秘権の保障は実質化に至らなかった。つまり、公判審理方式の変革は、その前段階である捜査手続（18世紀までの予備審問手続）における変革なくしては無意味であった。言い換えれば、公判における黙秘権の確立は、公判前手続における黙秘権の保障（又は黙秘権の告知制度）なくしては意味がないといえよう<sup>283</sup>。これと同じような見方で、イギリスの伝統的な見解は、公判前手続における黙秘権は、公判手続における黙秘権を保護するために発展したとしている<sup>284</sup>。公判前手続における黙秘権は自白の強要の防止や被疑者の人格の尊重等の点から独自の必要性を有している。そのため、筆者は被疑者の黙秘権成立の理由を公判手続における黙秘権の実質化の必要性に限定しない。ただし、公判前黙秘権の保障によって、公判における黙秘権がより実質的に保障されるようになったのは事実であると考えられる。Smithも、このような趣旨で、1836年の弁護権を定める法律に加えて、刑事被告人が黙秘することを格段に容易にさせた1つの進展は1848年のJervis' Actであり、同法令は「被告人供述型」刑事手続の公式的な終点であると述べたのであろう<sup>285</sup>。

Jervis' Actは、治安判事の役割を糾問的なものから弾劾的なものへと純化し、予備審問を従来の糾問的な手続から完全な司法的手続に変革したものである。この法令は、被疑者の反対尋問権、供述拒否権、証拠開示請求権等を法定化し、被疑者が弁護人の援助を受けられる権利も認めたのである。公判前手続において、被疑者の防御権を強化することを通じ、被疑者の主体性を尊重する弾劾的な公判前手続の形成を試みたものと思われる。

1984年のPACEは、従来、裁判官準則に基づいて行っていた身体拘束と取調べを大きく変革した。同法は、抑圧的な取調べ手続及び信頼性を奪うような方法で獲得した自白を

<sup>282</sup> Patrick Devlin 著＝兒島武雄訳・前掲注（178）15頁。

<sup>283</sup> 羽山・前掲注（172）78頁

<sup>284</sup> R v Hebert (1990) 2 SCR 151 at 174, per McLachlin J. Pat McInerney, The Privilege against Self-Incrimination from early origins to Judges' Rules: Challenging the 'Orthodox View', The International Journal of Evidence & Proof (2014) 18 E&P at 126.

<sup>285</sup> Henry. E. Smith, supra note 96, at 169, 180.

排除するために、一連の権利確保の措置を設け、被疑者の黙秘権を実質的に保障すると同時に、取調べの適正化を大幅に強化した。同法の制定によって、被疑者・被告人の供述に依存していたイギリスの刑事手続構造は、被疑者・被告人の主体性を尊重する弾劾的な手続構造へと発展を遂げたのである。

16 世紀の糾問主義的な公判前手続から今日までの発展の歴史は、公判前手続における黙秘権の実質的保障について大いに示唆するところがある。また、国民の自由が高度に尊重されるイギリスの刑事訴訟における基本的な考え方、黙秘権告知制度の根源にある基本的な理念—自白は必ず任意に獲得したものでなければならない—及び、被疑者の取調べ、裁判官準則、刑事証拠法、予備審問等の刑事訴訟の実情は、公判前手続を当事者主義化すべき要請を内包している。これらの点は、今もなお糾問主義的な被疑者取調べを許容する刑事手続に大きな示唆を与えることができるといえる。

## 第 2 節 アメリカの被疑者取調べにおける黙秘権の保障

自己負罪拒否特権がイギリスにおいて確立する 17 世紀中葉頃、イギリスの各植民地においても、自己負罪拒否特権を認めようとする動きが始まった。早期の植民地時代のアメリカでは、17 世紀末頃に、コモン・ローにおける権利として認められた自己負罪拒否特権が当事者対抗主義的な刑事手続の一部として移植され、独立後にも継受された。しかし、この権利は決して容易にかつ統一的な形でアメリカ全体に広がったわけではない。特権の意味内容及び保障範囲等については、明確な規定又は共通の理解がなかったとされる<sup>286</sup>。18 世紀後半に至っては、自己負罪拒否特権を権利章典の中に規定する州も多数顕出し、やがて 1791 年に成立した連邦憲法は、修正 5 条において自己負罪拒否特権を確認した。

しかし、修正 5 条の成立を根拠として、被疑者・被告人の黙秘権が直ちに保障されたわけではない。修正 5 条は、その成立後、19 世紀後半に至るまでの間、忘れられた存在であった<sup>287</sup>。修正 5 条を提案した Madison の意図は、その条文を通じ、逮捕時点から公判前刑事手続を含むすべての法的な手続における自己負罪拒否特権を保護することであったというのが通説であるが<sup>288</sup>、実際、身体拘束中の取調べにおける被疑者の黙秘権を保障するものであることが正式的に確認されたのは 1968 年の *Miranda* 判決においてであった。

### 第 1 款 17、18 世紀のアメリカにおける被疑者取調べ

<sup>286</sup> Leonard. W. Levy, *supra* note 5, at 334-339.

<sup>287</sup> 小川・前掲注 (2) 141 頁。

<sup>288</sup> Leonard. W. Levy, *supra* note 5, at 423. しかし、Madison が修正 5 条を提案する当時の意図及び修正 5 条が保障する権利の範囲に関する彼の考えが伺える資料は存在しない。

17世紀を通じて、「被告人供述」型裁判及びそれに付随する刑事手続の実務はイギリスの刑事手続の核心を代表するものとしてアメリカに定着していった<sup>289</sup>。このような刑事手続の下で、被告人の自己負罪拒否特権は受け入れがたいものであった。被告人の黙秘の可能性について決定的な役割を果たす公判前手続もイギリスのモデルを採っていたが、そのような被疑者取調べ手続は、被疑者の黙秘権を発展させるよりも、むしろその権利の行使を抑制することを狙っていたといえよう<sup>290</sup>。18世紀に入ると、アメリカの刑事裁判は完全に「被告人供述」型モデルに合致するものとなっていたことから、被告人の黙秘権は、当時の刑事裁判とは相容れないものとされていた。ところが、裁判自体は手続における最終段階に過ぎず、治安判事による糾問的な公判前手続においてこそ、刑事手続のすべての重みが置かれており、しかもその大部分は自白を獲得することに費やされていた<sup>291</sup>。したがって、当時のアメリカにおける公判前手続は、イギリスと同じように、治安判事による糾問的な被疑者尋問が許されていた<sup>292</sup>。被疑者は証人と異なり、無宣誓で尋問されたうえで<sup>293</sup>、彼の供述は調書に記録され、もし被疑者が自白したのであれば、それは公判において彼に不利益な証拠として使われていた<sup>294</sup>。「公判前段階において、自己負罪拒否特権は存在しなかった<sup>295</sup>」という Levy の 17、18 世紀のイギリスの刑事手続に対する評価は、アメリカの場面においても当てはまる。

このような糾問的な公判前尋問手続は、18世紀末頃から批判を浴びることになった。例えば、「被疑者に宣誓することを強制したり、処罰を科するとか又は処罰を科すると脅迫したりするような強制的な方法で被疑者の自白を獲得しようとしてはならない。なぜなら、このような手法は無実の者を自白させる可能性が高いからである<sup>296</sup>」といったような考え方が示されるようになり、アメリカのこのような資料から、犯罪の証拠を得るための身体的・精神的強制の不適切さに対する強い気持ちを窺うことができる。

Nemo tenetur 原則を挙げ、被疑者・被告人の黙秘権を主張する者はなかったが、同法諺は、刑事手続における拷問の使用を考え直すきっかけを与えた。もっとも、同法諺が刑事手続に与えた現実的な影響は小さいと言わざるを得ない。なぜなら、孤立無援な被疑者・被告人が刑事手続の中心に立たされ、さらに、被疑者の自白を獲得するための取調べ手続がメインとなっている刑事手続の下で、自己負罪拒否特権は現実的なものにならなかった

---

<sup>289</sup> Id, 1091-1092.

<sup>290</sup> Eben Moglen, Taking the Fifth: Reconsidering the Origins of the Constitutional Privilege against Self-Incrimination, Michigan Law Review 92(5): 1089, 1994.

<sup>291</sup> Id, at 1095.

<sup>292</sup> Id, at 1095-1099.

<sup>293</sup> M. Dalton, Country Justice 273 (reprint, Professional Books, 1973[1619]). 17世紀の代表的な治安判事手引書であるこの著作によれば、その理由は、「コモン・ローによれば、『何人も自己を告発する義務はない (Nullus tenetur seipsum prodere)』からである」と説明されていた。小川・前掲注 (2) 137頁。

<sup>294</sup> Eben Moglen, supra note 290, at 1098.

<sup>295</sup> Leonard. W. Levy, supra note 5, at 325.

<sup>296</sup> William Bradford, Of Plymouth Plantation, 1620-1647, at 317-18 (Samuel E. Mirison ed., 1952).

からである<sup>297</sup>。

1776年に、ヴァージニア権利宣言は第8条において黙秘権<sup>298</sup>を定めたが、このような規定が刑事手続の実務に与えた影響はほとんどない<sup>299</sup>。1780年代から1790年代まで、アメリカの治安判事は「治安判事マニュアル(JP manuals)」に従って被疑者取調べ手続を行っていたのであるが、それらのマニュアルは、各邦及び連邦の権利宣言に認められている黙秘権については一言も言及しなかった<sup>300</sup>。

公判前手続における糾問的な被疑者取調べについて、最初に疑問を呈し、それを制限すべきであるという議論を行ったのは弁護士たちである。このような議論は1790年代に入ってから活発に行われ、正式な形で議論を展開したものが1795年に出版されたWilliam Waller Heningの著書である。Heningは著書において、「アメリカの被疑者取調べ(examination of the offender)はイングランドの1 & 2P. & M. c. 13法の下で施行されているが、実は、その法律はアメリカにおいて効力を有しない。アメリカの刑事手続は必ずコモン・ロー及び我々が制定した法律に従わなければならないが、これらはどちらでも、人を有罪にするために彼を尋問することを許さない<sup>301</sup>」と述べている。

1820年代になって、邦と連邦の憲法上の条文は治安判事を教育する資料の中に現れ始めた。1819年のOffice and Duty of a Justice of the Peaceはジョージア州の治安判事に、邦と連邦の憲法条文を含む付録を提示した。「何人も自己に不利益な証拠を提供することを強制されない。それ故、治安判事の面前において、宣誓の下でなされた供述は、公判において被告人に不利益に使われてはならない」としている<sup>302</sup>。しかし、このような憲法条文によって糾問的な被疑者取調べを抑制しようとする試みより、もっと実質的な効果をもたらしたのは、弁護人の公判廷における弁護活動であった。弁護士たちは、公判審理の過程において、公判前段階における被告人の自己に不利益な供述証拠が排除されるように努力した<sup>303</sup>。このような方法は、治安判事の伝統的な刑事訴追活動に大きな圧力を与えたのである<sup>304</sup>。

以上のように、アメリカの場合、憲法規定というよりも、弁護人の活動が伝統的な訴追活動に変革の圧力を加えたといえよう。自己負罪条項を含む憲法条文は、刑事手続の画期的な変革を目的としていたのではなく、単に因習的に当時の実務を変えることであった。当時の刑事司法の担い手であった地方の治安判事の教育資料からもわかるように、憲法条

<sup>297</sup> Eben Moglen, *supra* note 290, at 1104.

<sup>298</sup> その第8条は黙秘権について、「何人も自己に不利益な証拠の提出を強要されることはない」と規定していた。

<sup>299</sup> Leonard. W. Levy, *supra* note 5, at 409.

<sup>300</sup> Eben Moglen, *supra* note 290, at 1124–1125.

<sup>301</sup> William Waller Hening, *The Virginia Justice: Comprising the Office and Authority of a Justice of the Peace* 132 (1795).

<sup>302</sup> Augustin S. Clayton, *The Office and Duty of a Justice of the Peace* 132 (1819).

<sup>303</sup> Eben Moglen, *supra* note 290, at 1127.

<sup>304</sup> Eben Moglen, *supra* note 290, at 1130.

文は早期のアメリカの刑事手続の発展とは無関係のものであった<sup>305</sup>。すなわち、アメリカにおいては、18世紀末頃に黙秘権が規定されたが、それによって公判前取調べ手続を変革することができず、刑事弁護人の活発な弁護活動によって公判前手続は徐々に糾問性をなくしていったのである。

## 第2款 Miranda 以前の被疑者の黙秘権告知に関する法と実務

### 第1項 New York 1828 年法

アメリカにおいて、被疑者に対する黙秘権の告知を初めて要求したのはニューヨーク市の1828年法<sup>306</sup>である。同法は、被疑者尋問に先立って、「被疑者はすべての質問に答えることを拒否する権利がある<sup>307</sup>」旨を被疑者に告知することを治安判事に義務付けた。この立法は、犯罪の処罰と虚偽自白の防止との間のバランスを取るために行った改革の産物であると言われている<sup>308</sup>。

ニューヨーク市の他に、ミズーリ州は1835年に、アーカンソー州は1838年に、ニューヨーク市の法律条文をモデルとして、黙秘権の告知と証人尋問中に弁護人を立ち合わせる権利を法文化したが<sup>309</sup>、本稿においては、最も代表的な New York 1828 年法を紹介する。

New York 1828 年法が治安判事に義務付けた告知の内容は、当時イギリスで発表された治安判事に黙秘権の告知を要求する論文(Dickinson, 1813, vol. 1, 457; J. Chitty, 1816, vol. 1, 85.)の提案に類似している<sup>310</sup>。ところが、New York 1828 年法は、前述のイギリスの論文及び1848年の *Jervis' Act* より進んで、被疑者に黙秘権だけでなく、弁護人の援助を受ける権利を告知することも要求し、「適切な期間内に弁護人を呼び、相談すること<sup>311</sup>」を許可していた。さらには、被疑者取調べ手続における弁護人の立会権も認めたのである。

このように、事実上、New York 1828 年法は1世紀以上前に *Miranda* を予測していたのである。この抜本的な進展を促した要因は何かという疑問について、Wesley Oliver は、被疑者に警告を与える実務は、イギリスにおける黙秘権告知と同じ理由、すなわち、治安判事が被疑者にかかる取調べの圧力が陪審員に評価され、その結果自白が排除されることを

<sup>305</sup> Eben Moglen, *supra* note 290, at 1129.

<sup>306</sup> Revised Statutes of New York, vol. 2, part IV, chap. II, § 15, (1829) (date of passage December 10, 1828). 1813年 New York 法 (Laws of the State of New-York, Thirty-Sixth Session, 1813, vol. 2, chap. Civ., II.) は治安判事に被疑者の取調べ権限を与えたが、被疑者に警告を与える義務については何の規定も設けなかった。Wesley Oliver, *Magistrate's Examinations*, at 793-95. Wesley Oliver は、1828年以前に、治安判事の取調べが被疑者に与える圧力につき配慮した法律はないとする。

<sup>307</sup> Revised Statutes of New York, vol. 2, part IV, chap. II, § 15, (1829) (date of passage December 10, 1828).

<sup>308</sup> George C. Thomas III & Richard A. Leo, *supra* note 207, at 78.

<sup>309</sup> Revised Statutes of Arkansas, c. 45, § 33 (1838); The Revised Statutes of Missouri, art. III, § 15 (1835).

<sup>310</sup> George C. Thomas III & Richard A. Leo, *supra* note 207, at 78.

<sup>311</sup> Revised Statutes of New York, vol. 2, part IV, chap. II, § 15.

避けるためという理由で、アメリカで発展したと主張する<sup>312</sup>。

一方、この点について、Thomas と Leo は、違う見方を示した。すなわち、New York 1828 年法の制定時にイギリス法を意識していたことは確かであるが、New York の裁判例を見る限り、この法律が自白の排除を防ぐことを目的としていたとは到底考えられないとする<sup>313</sup>。法律制定前後の大多数の裁判例によれば、両者は、被疑者取調べに先立ち、黙秘権を告知しなくても公判前の被疑者の自白は証拠として採用されるケースが多い事実を挙げ、以上の主張を支えるのである<sup>314</sup>。

さらに、Thomas と Leo は、1828 年法は主に自白の許容性を保障するためであったとする Oliver の主張につき、同法が治安判事の取調べ中に弁護人の立会権を認めた点から見ても理解しにくいものであると指摘する<sup>315</sup>。イギリスは、数世紀の間、重罪の被告人に法律問題以外で弁護人の援助を受けることを禁止していた<sup>316</sup>。弁護人は真実の発見を妨害する者と理解されていたため、1836 年になってやっと弁護人は重罪事件の事実について弁護することが認められた<sup>317</sup>。1828 年法の立法者も被疑者取調べ手続における弁護人の妨害可能性を認識していたに違いないといえる<sup>318</sup>。

したがって、Thomas と Leo は、治安判事による取調べ前に弁護人へ相談する権利及び取調べへの弁護人の立会権を認めた New York 1828 年法は重要な意義を持っており、これは 1848 年の Jervis' Act が求めていた目的と同一視してはならないと主張する<sup>319</sup>。

1828 年立法において最も重要な役割を果たした人物は弁護士の John A. Graham<sup>320</sup>であり、1823 年に行った彼の主張はきわめて Miranda に近いものであった。

1823 年に、Graham は、訴訟依頼人の Hiram Maxwell<sup>321</sup>が治安判事の取調べを受ける前に権利告知を受けなかったことを理由として、訴追側が公判廷で提出した被告人の供述調書の証拠能力を否定することを裁判長に要求した<sup>322</sup>。Graham は、1821 年のニューヨーク憲法 7 条 7 項—「弁護人の援助を受ける権利」及び「如何なる刑事事件においても、自己に不利益な証人になることを強制されない<sup>323</sup>」—という規定を挙げ、自己負罪供述拒否権の憲法上の規定は、弁護権及び黙秘権について治安判事の告知を受ける前に、被疑者は治

<sup>312</sup> Wesley Oliver, *Magistrate's Examinations*, at 793-95.

<sup>313</sup> George C. Thomas III & Richard A. Leo, *supra* note 207, at 79.

<sup>314</sup> *Waiver of Right in Police Interrogation: Miranda in the Lower Courts*, 36 U. CHI. L. REV. 413, 442-30 (1966).

<sup>315</sup> George C. Thomas III & Richard A. Leo, *supra* note 207, at 79.

<sup>316</sup> Coke, *Third Part of the Institutes of the Laws of England*, 137.

<sup>317</sup> John H. Langbein, *Origins of the Adversary Criminal Trial*, at 272.

<sup>318</sup> George C. Thomas III & Richard A. Leo, *supra* note 207, at 79.

<sup>319</sup> *Id.*

<sup>320</sup> 1805 年にニューヨーク市の法廷弁護士になり、主に刑事事件の裁判において活躍していた。

<sup>321</sup> *Report of Hiram Maxwell's Case*, 2.

<sup>322</sup> *People v. Maxwell*, 1 Wheeler 163, 165(1823).

<sup>323</sup> *The Second Constitution of New York*, 1821, Art. VII, § 7.1777 年 New York の最初の憲法 (*Constitution of New York*, 1777) は弁護人の援助を受ける権利に関する規定はあったものの、自己負罪供述拒否権については明確な規定がなかった。1787 年のニューヨークの権利章典 (*Laws of the State of New York*, Tenth Session, c. 1 (1787)) も同様に自己負罪供述拒否権の明文化に至らなかった。

安判事の取調べに応じない権利があることを憲法が確認したものであると主張した<sup>324</sup>。Graham が Maxwell の事件について書いたレポートによれば、Graham が最も懸念していたことは、治安判事の面前に連行された無知の(ignorant)被疑者が、恐怖に包まれ、無実であるにもかかわらず虚偽の自白を行い、それに基づいて作成された供述書に気軽にサインをすることであった<sup>325</sup>。

Graham は、被疑者の取調べに先立って、治安判事が被疑者に以下の権利を告知することを要求した<sup>326</sup>。

1. あなたは弁護人の援助を受ける権利がある。
2. あなたの自白は、恐怖、脅迫又は約束によるものではなく、必ず自由にかつ任意になされたものでなければならない。
3. あなたは自己に不利益な質問に答える義務がない。
4. あなたのすべての供述は公判において、あなたの有罪の証拠として使われる可能性がある。

Graham は、以上の警告を受けていない被疑者の自白は証拠能力を失うと主張し、このような主張は 1828 年法にかなり近いものであった<sup>327</sup>。例えば、Graham が提案する 1 と関連するものとして、1828 年法の Section 14 は、「被疑者に、弁護人を呼び、弁護人に相談するための合理的な時間を与えるべきである。逮捕された被疑者が望むのであれば、弁護人は被害者、訴追側証人の尋問手続及び被疑者の取調べ手続中に立会うことができる。」と規定している。また、Graham の提案 2、3 と関連して、Section 15 は、「取調べに先立ち、治安判事は被疑者にすべての質問に答えることを拒否する権利があることを告知すべきである」と規定しているが、残念ながら、Graham の提案 4 に関連する規定は設けられなかった<sup>328</sup>。

1830 年代に入ると、治安判事による被疑者の逮捕及び尋問の規制ルールは定着していった。逮捕官 (arresting officer) が被疑者を治安判事の面前に連行すると、治安判事は被疑者に対して権利告知を行った後、被疑者を取調べる。その結果によって、被疑者を保釈するか、釈放するか、あるいは拘束するかを判断する<sup>329</sup>という、非常に明確な手続となっていた<sup>330</sup>。

New York 1828 法によって、New York 市における被疑者取調べの規制ルールは、イギリスの 1848 年 Jervis' Act 以上のレベルに到達したといえよう。ところが、アメリカにお

<sup>324</sup> George C. Thomas III & Richard A. Leo, supra note 207, at 81.

<sup>325</sup> Report of Hiram Maxwell's Case, 16.

<sup>326</sup> Report of Hiram Maxwell's Case, 12-13.

<sup>327</sup> Revised Statutes of New York, vol. 2, part IV, chap. II, § 14 & 15 (1829).

<sup>328</sup> George C. Thomas III & Richard A. Leo, supra note 207, at 85.

<sup>329</sup> George C. Edwards, A Treatise on the Powers and Duties of Justices of the Peace and Town Officers in the State of New-York under the Revised Statutes with Practical Forms (Bath, NY: Printed by David Rumsey, 1830), at 206-209.

<sup>330</sup> George C. Thomas III & Richard A. Leo, supra note 207, at 85.

る刑事司法手続はイギリスと全く違う環境の中でその後発展したことから、アメリカにおけるこのような被疑者取調べの方法がその後の法と実務において引き継ぐことができなかった<sup>331</sup>。

1820年代の半ばから終わりにかけて、産業化、移民、宗教、民族などの問題が先鋭化し、過去2世紀の間、ニューヨークの治安維持の役割を果たしていた機関(constable, night watch, justices of the peace)だけでは当時の治安維持の保障ができなくなった<sup>332</sup>。1830年代から1840年代の間に犯罪が急増し<sup>333</sup>、これに対応するため、1845年に、ニューヨーク市に初めて職業警察が創設され<sup>334</sup>、治安判事の被疑者取調べの権限を引き継ぐこととなり<sup>335</sup>、1850年代までには、警察による被疑者取調べがほぼ日常的に行われるようになった<sup>336</sup>。しかし、本来ならば、治安判事の被疑者取調べを引き継いだ警察も治安判事と同じような警告義務を負うべきであるが、警察が被疑者に黙秘権告知を行ったことを証明する資料はほとんど存在しない<sup>337</sup>。その理由の1つは、19世紀半ばまでに、ニューヨークの裁判所が被疑者の自白に対して懐疑的な態度をとっていなかった点あげられているが<sup>338</sup>、それよりも重要な原因は、アメリカの特有の社会的な問題に起因する犯罪統制の重要性であったと思われる。

1850年代から1900年代の間、人口の急増、移民の大量流入、工業化、長期の内戦等を経験したアメリカ国内における犯罪率の高さは社会的混乱を招き、犯罪の統制は最も重要な課題となった。したがって、この時代の刑事司法は犯罪統制に全力を注ぎ、犯罪の増加に対する社会的不安は、Grahamが1823年に提案した被疑者の権利の重要性を損なった<sup>339</sup>。

1875年のNew York市司法委員会は、「被疑者には供述を強制されない権利はあるが、取調べを拒否する権利はない。治安判事は被疑者を徹底的に尋問する義務がある<sup>340</sup>」という意見を発表した<sup>341</sup>。19世紀末頃になると、New York市の警察の権限は法律や裁判所では統制できないほど強大なものになり、「警察の権限は法律をはるかに凌駕するもので、

<sup>331</sup> Eben Moglen, *supra* note 290, at 1111.

<sup>332</sup> James F. Richardson, *The New York Police: Colonial Times to 1901* (New York: Oxford University Press, 1970), at 15.

<sup>333</sup> 1830年から1845年の間は、「犯罪の著しい増加、秩序の乱れ」の時期である。James F. Richardson, *supra* note 332, at 24.

<sup>334</sup> 都市化の進行、人口の拡張による犯罪の増加、公共秩序の乱れ等の理由で、1830年代から1880年代にかけて、アメリカの主要都市に、現代的な警察組織が創設された。1838年のBostonから始め、1845年にはNew York、1851年にChicago、1853年にNew OrleansとCincinnatiなど、1880年代にアメリカ全土に警察組織が成立した。Gary Potter, *The History of Policing in United States*, 2013, at 1.

<sup>335</sup> Richardson, *New York Police*, 51 (1845).

<sup>336</sup> Wesley Oliver, *supra* note 312, at 805.

<sup>337</sup> George C. Thomas III & Richard A. Leo, *supra* note 207, at 86.

<sup>338</sup> Wesley Oliver, *supra* note 312, at 810-811.

<sup>339</sup> George C. Thomas III & Richard A. Leo, *supra* note 207, at 86.

<sup>340</sup> 'Report of the Select Committee Appointed by the Assembly of 1875 to Investigate the Causes of the Increase of Crime,' 69.

<sup>341</sup> 1876年になると、議会は警察が警告なしに被疑者を取調べることを進んで受け入れ、被疑者が尋問に答えるように圧力をかけることを警察に強く促した。

刑事上の責任を問われることなく市民を殴ることができた<sup>342</sup>」。

1880年代までに、犯罪統制の目的を達成するため、警察は被疑者を逮捕した後速やかに治安判事の面前に連行せず、有罪の供述が得られるまで取調べを続けていた<sup>343</sup>。しかし、19世紀から20世紀初頭までの裁判例を見る限り、不任意自白排除の理由は自白収集手続において用いられた違法な取調べ方法ではなく、その信用性の欠如であったため<sup>344</sup>、警察の違法な取調べ方法を規制するものとしては不十分であった。

アメリカ特有の社会的背景の中、イギリスの警察とは異なり<sup>345</sup>、犯罪統制に必死であったアメリカの警察は、内戦の終わり頃である1860年代に「The Third Degree<sup>346</sup>」という取調べ方法を発展させた<sup>347,348</sup>。これらの取調べ方法の主な目的は、自ら犯罪を犯したとの明確な自白を被疑者から取得することであった。このような方法で得られた自白は、公判において証拠とすることが許容されていた。

1930年代に至るまで、警察は常に、脅迫や拷問などの暴力的な強制手段を用いていたが、1930年代中盤になると、The Third Degreeの尋問方法について疑念が生じ、The Third Degreeに対する批判の声が高まった<sup>349</sup>。つまり、このような強制的な手法を用いる取調べの下で被疑者が自白する理由は、犯罪を犯した罪悪感ではなく、単にそれ以上の暴行を避けるためであるから、そのような自白は信用性が乏しいということである。さらに、警察の被疑者取調べ方法を改革し、警察の専門性を高めることを強く主張する司法関係者が現れ、<sup>350</sup>J. Edgar Hoover<sup>351</sup>はその先駆者である。1930年代末頃から、脅迫や暴行などを用いる糾問的な被疑者取調べの代わりに、より技術的な尋問方法が真実発見に役立つというようなコンセンサスが形成していった<sup>352</sup>。

1940年代からは、警察に求めるものが変わり始め、その前までは犯罪統制に傾いてい

<sup>342</sup> `Clubbing a Minor Offense,' *New York Times*, October 3, 1894.

<sup>343</sup> `Superintendent Walling: His Trial Before the Police Board,' *New York Times*, March 13, 1875.このような実務を正当化するために、当時の警察は、治安判事の警告義務と同じものを警察に要求する法律文書はどこにもないことを主張していた。

<sup>344</sup> George C. Thomas III & Richard A. Leo, *supra* note 207, at 108-111.

<sup>345</sup> 「The Third Degree」は当時のイギリスにおいてはありえない取調べ方法であったが、当時のアメリカ社会にとっては必要であり、受け入れられる取調べ方法であった。

<sup>346</sup> `Third Degree in Police Parlance,' *New York Times*, October 6, 1901. 「The Third Degree」という語が警察の専門用語として、最初に使われたのは1860年代であった。これは、被疑者を強い光や冷たい水に暴露させること、又は身体的なダメージを負わせることなど、自白を獲得するために用いる拷問等の強制度の高い取調べ方法を指すものである。Karl Roberts, *Police Interviewing of Criminal Suspects: A Historical Perspective*, *Internet Journal of Criminology* 2012, at 2.

<sup>347</sup> George C. Thomas III & Richard A. Leo, *supra* note 207, at 112.

<sup>348</sup> 大体1880年代から1960年代にかけて、警察は被疑者の自白を獲得するために非常に過酷な取調べを行っていた。これは、その時代に、組織犯罪、禁酒法、世界大恐慌、犯罪率の上昇等に直面した警察の必死の思いの産物であるように思われる。

<sup>349</sup> George C. Thomas III & Richard A. Leo, *supra* note 207, at 129.

<sup>350</sup> *Id.*

<sup>351</sup> アメリカ連邦捜査局(FBI)の初代長官である。後述するFBIの被疑者の黙秘権告知の実務を発展させた人物である。

<sup>352</sup> 警察が「The Third Degree」よりも穏やか且つ有効な方法を習得したこと以外に、1930年代のアメリカの経済的発展と犯罪率の低下も「The Third Degree」の衰退に寄与したとする。

たが、被疑者の人権にも注意を払うようになった。したがって、被疑者の尋問に先立ち、被疑者と取調官の信頼関係を構築する方法や開放式質問方法などの取調べ方法の研究がなされていたものの、被疑者の自白又は被疑者に不利益な供述を巧みに引き出す警察の被疑者取調べは 1990 年代まで日常的に行われていた<sup>353</sup>。

## 第 2 項 軍事司法統一法典 (Uniform Code of Military Justice)

1950 年に制定された軍事司法統一法典 (Uniform Code of Military Justice、以下 UCMJ<sup>354</sup>) は、アメリカの軍事法の基礎となる法典であるが、被疑者に対する黙秘権の告知を形式的に法文化したのである<sup>355,356</sup>。

同法典は、被疑者に必ず黙秘権を告知すること、取調べ前又は取調べ中に、弁護人と接見することを妨げてはならないことを規定している。

UCMJ31 条<sup>357</sup>：(a)この法律においては、何人も自己負罪的な供述を強いられ、又は自己の有罪を証明することを意図する質問に回答することを強制されない。(d) 本条に反する方法又は強制手段、違法な影響、違法な誘導等を用いて得られた供述は、公判において被告人に不利益な証拠として許容されない。

以上の条文から分かるように、UCMJ は、任意の供述のみを許容し、違法な方法を用いた取調べで得られた自白の信用性を否定する。しかし、軍事裁判所は自白の信用性だけを重要視したのではなく、自白が「自由な選択の結果<sup>358</sup>」であることも要求していた。

UCMJ において、任意性は、自白の許容性を評価する唯一の基準ではない。31 条(b)は、「この法律においては、何人も、被告人・被疑者に対して、訴追に関する情報を提供し、訴追又は嫌疑がかけられた犯罪について何の供述もする義務がないこと及び彼のいかなる供述も裁判において彼に不利益な証拠となりうることを告知する前に、彼らを尋問し又は供述を要求してはならない」と規定した。UCMJ は、このような告知がない場合に、被告人・被疑者は軍の規律上、取調官の質問に答えなければならないと思いがちになることを懸念していた。このように、被疑者は質問されること自体に回答の義務が潜在すると思

<sup>353</sup> Karl Roberts, *supra* note 346, at 3.

<sup>354</sup> UCMJ, 64 Stat. 109, 10 U. S. C. § 801-946. この法典は、1950 年 5 月に議会において可決され、1951 年 5 月 31 日から施行された。同法典は、連邦の民事刑事司法制度の発展と並行に発展していたが、ある意味では民事刑事司法制度より進んでいたといえる。例えば、Miranda に似ている権利告知に関する条文が 31 条(10 U.S.C. § 831)に規定されており、38 条 (b) (10 U.S.C. § 838(b)) は、経済状況にかかわらず、すべての被疑者に対して弁護人の援助を受ける権利を保障した (1963 年の Gideon 判決は単に貧困な被疑者に限り無料の弁護を保障した)。

<sup>355</sup> Miranda 判決は、被疑者は尋問される前に、黙秘権及びいかなる供述も彼に不利益に使われる可能性のあることについて告知されることを同法典が長きにわたり要求してきたとし、軍事裁判所は取調べ中に被疑者の弁護人と相談する権利を侵害することを禁止したことについて言及した。Miranda v. Arizona, 384 U.S. 489.

<sup>356</sup> Developments In the Law: Confessions, 79 Harv. L. Rev., 1965-1966, at 935.

<sup>357</sup> 10 U.S.C. § 831

<sup>358</sup> United States v. Colbert, 2 U. S. C. M. A. 3,6 C. M. R. 3 (1952) (dictum).

う傾向があるため、被疑者に答えることを特別に要求しない場面においても告知がなされなければならず、取調官は告知の効果を損なってはならない。たとえば、取調官は、権利告知後、被疑者の供述が彼に不利益に使われないことを暗示することによって被疑者の供述を得ようとしてはならないのである<sup>359</sup>。

なお、UCMJは、取調べ中に弁護人の立会権があることについて告知することを要求しておらず、弁護人がいない場における供述であっても自白の許容性は認められるとしている<sup>360,361</sup>。

### 第3項 連邦捜査局の被疑者取調べの実務

Miranda判決の前に、連邦捜査局（Federal Bureau Investigation、以下、FBIと称する。）はすでに20年余りの間、被疑者に彼の供述は不利益に使われる可能性があることを警告する実務を行っていた<sup>362</sup>。

FBIの局長を務めていたJ. Edgar Hooverは、遅くとも1940年代中盤に、FBIの捜査官に対して、被疑者に黙秘権を告知し、あらゆる取調べの場で弁護人の立会いの機会を与えることを要求した。その目的は、個人の基本的な自由と国家の安全保護の要求とのバランスを取ることであった<sup>363</sup>。Hooverは、被疑者に黙秘権を告知することは憲法の要請であり、望ましいことであると考えていた<sup>364</sup>。

Miranda判決の口頭弁論段階で、Abe Fortas裁判官は訴訟長官（solicitor general、連邦最高裁判所で政府側の弁論を行う者）にFBIの被疑者取調べ実務について詳しい情報を訪ね、FBIの局長であるHooverより以下のような回答を受け取ることができた。すなわち、Hooverは、警告の内容について、「一般的に、特別捜査官は、被疑者及び逮捕された者に対して、彼らの黙秘する権利及び弁護人の援助を受ける権利、いかなる供述も公判において彼らに不利益に使われる可能性のあること等について警告を与える。1964年のCriminal Justice Actの成立とともに、FBIの捜査官は、弁護人を自由に選任する権利だけでなく、無料で弁護を受けることができることについても告知するようになった（無料の弁護は裁判官の指定によるものとなっている）<sup>365</sup>」とし、警告を与えるタイミングについて、「被疑者に対しては、尋問する前に警告を与える。逮捕された者に対しては、逮捕後可能な限

<sup>359</sup> Developments In the Law, supra note 356, at 1086.

<sup>360</sup> United States v. Cadman, 10 U. S. C. M. A. 222, 27 C. M. R. 296(1959).

<sup>361</sup> Developments In the Law, supra note 356, at 1087.

<sup>362</sup> The right to remain silent, brought you by J. Edgar Hoover and the FBI

<https://www.washingtonpost.com/posteverything/wp/2016/06/10/cops-hated-miranda-warnings-but-the-fbi-helped-create-them/>. この報道によれば、Miranda判決におけるEarl Warrenの主な判決意見は、FBIの提案に依拠したものである。

<sup>363</sup> J. Edgar Hoover, Civil Liberties and Law Enforcement: The Role of the FBI, 37 Iowa L. Rev. 175 (1952).

<sup>364</sup> 黙秘権告知導入前の被疑者取調べ実務については、FBI, 'A Brief History of the FBI, Lawless Years: 1921-1933,' available at <http://www.fbi.gov/about-us/history/brief-history> (last visited July 12, 2016).

<sup>365</sup> Miranda v. Arizona, 384 U.S. 484.

り速やかに警告を与える。いかなる場合であっても、警告は自白の獲得を目的とする尋問の前又は被疑者が自分の罪を認める供述を行う前に与えなければならない<sup>366</sup>」とした。また、被疑者又は逮捕された者が弁護人の援助を求める場合、及び弁護人がついた場合のFBIの対応について、Hooverは、「もし彼らが供述する前に弁護人に相談したいと申し出た場合、取調べはその時点で中止する。彼らが弁護人の援助を求めるどうかについて決断力に乏しい場合、又は、被疑者が弁護権を放棄したかどうか曖昧な場合、手続を進めるかどうかは捜査官が判断する。電話で弁護人に相談することも可能である。弁護人が現れたときは、いつでも依頼人の相談に乗ることができる<sup>367</sup>」とした。さらに、「FBIの捜査官は被疑者が弁護人を雇う経済的能力があるかどうかについて判断せず、尋問されるすべての者に、もし弁護士費用を払うことができない場合には、裁判官の判断により無料で弁護人の援助を受けることが可能である旨を告知する<sup>368</sup>」ことについても言及した。

以上のような Hoover の意見は、判決の多数意見に最も有力な支持を与えた<sup>369</sup>。Warren は「FBIの実務は各州及び地方の執行機関も容易に見習うことができる<sup>370</sup>」と判断し、「FBIによって現に行われている権利告知の方式は、本判決が明らかにしようとするものと一致する<sup>371</sup>」と述べた。

そして、Warren は判決において、Hoover が 1952 年に発表した論文——「犯罪処罰を実現するために行う法の執行は、個人の自由を侵害してはならない。犯罪を明らかにするために個人の尊厳を損なうのであれば、それは意味のない勝利である。……我々には、個人の自由を守るための最も素晴らしい憲法がある。……個人の自由を保護するうえで最も重要なのは、迅速で、賢明で、誠実な法執行機関であり、別の代替物は存在しない。……特別捜査官は、取調べ開始前にすべての被疑者又は逮捕された者に対し、彼らには供述義務がないこと、如何なる供述も公判において彼らに不利益に使われる可能性があることを告知するように学ぶ。さらに、すべての被疑者又は逮捕された者は、もし彼らが望むのであれば、自分が選任した弁護人の援助を受けることができる<sup>372</sup>」——を引用し、「この数年間、FBIは有効な法律執行方法について、模範となる実績を蓄積してきた。それは、すべての被疑者又は逮捕された者を尋問する前に、彼らには供述義務がないこと、如何なる供述も公判において彼らに不利益に使われる可能性があること、すべての者は自分が選任する弁護人の援助を受けることができること、最近になって、もし弁護士費用を払うことができなければ、弁護人の援助を無料で受ける権利があること、を告知することである<sup>373</sup>」

<sup>366</sup> Id. at 485.

<sup>367</sup> Id. at 485.

<sup>368</sup> Id. at 486.

<sup>369</sup> FBI, 'A Brief History of the FBI, Lawless Years: 1921-1933,' available at <http://www.fbi.gov/about-us/history/brief-history> (last visited July 12, 2016).

<sup>370</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 486.

<sup>371</sup> Id. at 484.

<sup>372</sup> J. Edgar Hoover, *supra* note 363, at 177-182.

<sup>373</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 482.

と述べた。

### 第3款 Miranda 以前の自己負罪拒否特権に関する判例の変遷

イギリスにおける自己負罪拒否特権の歴史的沿革は、公判における被告人の権利の確立に関するものであるが、アメリカにおいては、自己負罪拒否特権は公判における被告人に限定される権利と理解されており、このような考え方は、自己負罪拒否特権の公判前段階への拡張を妨げる結果を招いた。代表的な学説として、Wigmore の主張は、自己負罪拒否特権は独自の歴史を有していることから、その範囲及び発展は不任意自白の排除法則とは全く異なり、証人となる可能性のある被告人の権利であるとする<sup>374</sup>。Hohfeldian も、警察は被疑者の如何なる供述を強制する権限もないから、警察の取調べ手続に自己負罪拒否特権を創設する必要はないと述べた<sup>375</sup>。Morgan も、コモン・ローは警察の取調べに適用されないという立場を示した<sup>376</sup>。彼らの学説によれば、自己負罪拒否特権は法的強制力の下での供述<sup>377</sup>を保護するものである。しかし、警察は被疑者の供述を強制する法的権限を持っていない。つまり、警察の取調べの場合、特権が適用される条件である法律上の供述義務は存在せず、命令不服従が如何なる法的結果も伴わない場合に、命令不服従による法的不利益を免除するというのはほとんど意味がないのである<sup>378,379</sup>。

アメリカ連邦憲法修正5条は、「何人も、自己に不利益な証人となることを強制されない」と規定している。この条文を文字通り理解すれば、自己負罪拒否特権は当然警察署でなされる非宣誓供述 (unsworn statements) には適用されないことになり、何年もの間、このような理解が一般的であった。一般的に、証言の強制は法律上の強制を意味するのであるが、法律上の強制は警察の取調べ中にはありえないことであると理解されていた。なぜなら、警察の取調べを受ける被疑者は虚偽の供述をしても偽証罪で処罰されるおそれがなく、供述を拒否しても (法廷などでの) 侮辱罪で処罰されるおそれがないからである<sup>380</sup>。

以上のような学説の影響を受けて、連邦最高裁の Miranda 以前の自己負罪拒否特権に関する判例は、そのほとんどが公判における被告人の証言拒否権及び被告人の黙秘に対する不利益推認に関するものであり、公判前手続における被疑者の供述については、黙秘権を検討の中心としていたのではなく、供述の許容性の問題として扱ってきた。すなわち、修正5条の適正手続条項に基づく任意性の原則に判断基準を求め、実務的には、事情の総

<sup>374</sup> 8 WIGMORE, EVIDENCE § 2252, at 2266.

<sup>375</sup> Corbin, *Legal Analysis and Terminology*, 29, YALE L. J. 163 (1919).

<sup>376</sup> Morgan, *supra* note 55, at 18.

<sup>377</sup> Miranda 判決によって、現実的な強制力の下での供述も保護するようになった。

<sup>378</sup> WIGMORE, *supra* note 374, at 27.

<sup>379</sup> Editors, *Law Review* (1969) 'Waiver of Rights in Police Interrogations: Miranda in the Lower Courts', *University of Chicago Law Review*: Vol. 36: Iss. 2, Article 8.

<sup>380</sup> Rolando V. del Carmen, *Criminal Procedure: Law and Practice*, 9<sup>th</sup> ed., at 366.

合説 (totality of circumstances) に基づき、自白の任意性判断を行ったのである<sup>381</sup>。多くの裁判官たちは、修正 5 条の適正手続条項の下、事情の総合説による審査によって発展した自白の規制ルールは、自白を強制した事件の審査に、適切な憲法的枠組みを与えると考えていた<sup>382</sup>。

最初に被疑者取調べを修正 5 条に関連付け、捜査段階における自白を排除した判例は 1897 年の *Bram* 判決<sup>383</sup>であり、この判決は従来と違う見解を示した。同判決は、「アメリカ合衆国内の裁判所における刑事裁判で、不任意を理由として自白の証拠能力が問われた場合には、何人も『刑事事件において、自己に不利な証人になることを強制されない』とする連邦憲法修正 5 条の当該部分によって規制される<sup>384</sup>」と判示し、修正 5 条の自己負罪拒否特権を根拠として自白の証拠能力を否定した。さらに、同判決は、『任意になされたもの』であることは、『不当な干渉がなければ黙秘し続けたであろうと予想される場合に、被告人がその意思に反して供述することを強いられなかった』ことを意味する<sup>385</sup>、任意性問題を意思の自由の問題として位置付け、自白排除法則と供述の自由を保護する自己負罪拒否特権を結びつけた。

*Bram* 判決は、従来の判例とは異なり、修正 5 条に基づく任意性原則ではなく、修正 5 条の自己負罪拒否特権に基づいて自白を排除する可能性を示したが、*Miranda* 判決の登場までは注目されることがなかった<sup>386</sup>。

それから数十年後に登場した幾つかの判例は、連邦事件において、修正 5 条で保障する黙秘権を警察の取調べ手続にまで広げるために、重要な役割を果たした。

1964 年の *Massiah* 判決<sup>387</sup>は、連邦事件において、修正 6 条の弁護人依頼権を侵害して獲得した自白を違法収集証拠として排除した初めての連邦最高裁判例である。同年に行われた *Escobedo* 判決<sup>388</sup>も同じく、連邦最高裁が、捜査段階において弁護人依頼権を侵害して獲得した自白の許容性を否定した判決である。両判決とも修正 6 条の弁護人依頼権に基づき、捜査段階における自白の証拠能力を否定した判例であるが、両判決の重要な意義は、警察の取調べへの修正 6 条の適用によって、公判及び公判前の警察取調べにおける質問の効果の類似性を見出し、公判段階と公判前段階における権利保障の同一化 (The

<sup>381</sup> *Fikes v. Alabama*, 352 U. S. 191, 197 (1957); *Crooker v. California*, 357 U.S. 433, 438 (1958); *Cicenia v. LaGay*, 357 U.S. 504, 508 (1958).

<sup>382</sup> 8 WIGMORE, EVIDENCE § 2266; 384 U.S. at 503 (Clark, J., dissenting) id. At 506, 508 (Harlan, J., joined by White and Stewart, JJ., dissenting).

<sup>383</sup> *Bram v. United States* (1897).

<sup>384</sup> *Bram v. United States*, 168 U.S. 532, 542 (1897).

<sup>385</sup> *Id.* at 549.

<sup>386</sup> 重要視されなかった理由としては、当時、修正 5 条は連邦政府のみを規制する原理であり、州政府を規制する原理ではなかったことや、沿革が異なる自白排除法則と自己負罪拒否特権を結びつけたことに対する批判などが考えられる。安部祥太「被疑者取調べの憲法的規制：日韓両国における *Miranda* 法理の継受と変容」青山学院大学博士学位論文 (2016 年) 65 頁。

<sup>387</sup> *Massiah v. United States* (1964).

<sup>388</sup> *Escobedo v. Illinois* (1964).

Trial-Pretrial Equation) を試みたことにある<sup>389</sup>。

実際に、警察が非公開の取調べにおいて被疑者の自白を獲得した場合、被疑者の有罪判決は確実なものになる。これは、一旦被疑者に嫌疑がかかれば、取調べ手続は被疑者の有罪を証明するための刑事手続の一部になることを意味するが、訴追側は、密室で獲得した被疑者の自白を根拠に、彼の有罪を証明してはならない。そこで、Massiah 及び Escobedo 判決の多数意見は、公判前の警察取調べ段階において、弁護人の援助を受ける被疑者の権利を保障し、公判で自ら供述する権利を実質的なものにする (give meaning and protection to the right to be heard at the trial itself<sup>390</sup>) ことを主張したのである<sup>391</sup>。

取調べにおける弁護人の立会いは、被疑者の黙秘を可能にするため、被疑者取調べ段階における弁護人依頼権は黙秘権の保障措置と見なすことができる。警察の取調べ室で供述すると決めることは、公判で証言台に立つことを選択することと同等に重大である。弁護人の助言は、この2つの場面において、自己に不利益をもたらすリスクを負うかどうかを選択するうえで不可欠なものである。このアプローチは、Escobedo 判決の「自己負罪拒否特権に関するアドバイスを弁護人から受ける権利<sup>392</sup>」を説明することができる<sup>393</sup>。

Escobedo 判決の影響を受けて、Yale Kamisar は 1965 年に公表した論文「Equal Justice in the Gatehouse and Mansions of American Criminal Procedure」において、警察の取調室内で被疑者に与える権利保障を法廷で被告人に与える権利保障と同程度のものにする必要性を呼びかけた。彼は、被告人が法廷に到着してからの手続はとても気配りのいいもの（まるで豪邸 mansion にいるような雰囲気）であるが、警察の取調室内では全く違う状況（まるで守衛所 gatehouse にいるような雰囲気）であると述べた。そして、もし修正 5 条の自己負罪拒否特権が法廷における被告人に対する尋問を制限するものであるとすれば、なぜ同規定は取調室における被疑者に対する尋問を制限することができないのかという疑問を提示した。さらに、Kamisar は、自白の任意性判断における理論的基準を裁判所に提案した。すなわち、修正 5 条は「何人も自己に不利な証人になることを強制されない」と規定している。もし警察の取調べが本質的に強制性を有するのであれば、修正 5 条は、警察の質問に答えない権利又は答えるかどうかを決める前に弁護人に相談する権利を被疑者に保障すると考えるのは当然なことである。もしそうであれば、この原則を実質化するため、被疑者には黙秘権及び弁護権の告知を警察の義務として要求しなければならず、これを自白の任意性判断の基準とすべきである<sup>394</sup>。

<sup>389</sup> Developments In the Law, supra note 356, at 1014.

<sup>390</sup> Crooker v. California, 357 U. S. 433, 443 (1958)(Douglas, J., dissenting); cf. In re Groban, 352 U. S. 330, 337 (1957) (Black, J., dissenting).

<sup>391</sup> Developments In the Law, supra note 356, at 1014.

<sup>392</sup> 378 U. S. at 488.

<sup>393</sup> Developments In the Law, supra note 356, at 1003.

<sup>394</sup> Kamisar, Equal Justice in the Gatehouses and Mansions, at 19-20.

Malloy v. Hogan<sup>395</sup>は、修正 5 条及び警察の取調べとの関係についての議論を促した判例である。コネチカット州が自己負罪拒否特権を認めるかどうかは州法の問題であると主張したのに対し、Malloy 判決は、「州の刑事訴追における自白の許容性は、連邦事件の刑事訴追において適用された『刑事裁判で、不任意を理由として自白の証拠能力が問われた場合には、何人も』刑事事件において、自己に不利益な証人になることを強制されない」と規定する、合衆国憲法修正 5 条の当該部分によって規制される』という Bram 判決と同じ基準によって判断される。この基準の下における憲法上の問題は、自白獲得における州の捜査官の行為が恐ろしいものであるか否かではなく、当該自白が『自由かつ任意に』なされたか否かである。すなわち、何らかの脅迫や暴力によって引き出されたものでも、あるいは直接的又は暗示的な約束によって獲得されたものでもなかったとしても、如何にわずかなものであったとしても、何らかの不当な影響によって引き出されたものであってはならない。言い換えれば、自己負罪を強制されてはならない<sup>396</sup>」と判示し、自己負罪拒否特権を警察の取調べ実務に対する憲法上の規制として確認し、自己負罪拒否特権を尊重する連邦基準は州にも適用されるとした。この判示は、連邦レベルでは、すでに自白の許容性の評価の前提として自己負罪拒否特権が定着していたことを明らかに示しているといえよう。

もし黙秘権が警察の取調べに適用されるのであれば、法的制裁とは異なるものの、効果としては類似する「強制 (compulsion)」があることを説明しなければならない。取調べ手続において、この「強制」と性質的に類似しているのは警察の取調べの圧力であろう。この圧力は、被疑者の自由かつ合理的な供述能力を著しく妨害する。被疑者が黙秘権を放棄したとしても、取調べの圧力から解放されるわけではなく、被疑者が自発的に強制されたという論理も立たない。したがって、被疑者が黙秘権を放棄したかどうかを確認することは、彼の供述が「自由かつ合理的」であるかどうかという問題と区別して考えることはできないのである<sup>397</sup>。

Escobedo 及び Malloy 判決<sup>398</sup>は、供述の自由が危険にさらされることを事前に防ぐ必要性を認識し、自己負罪拒否特権は警察の取調べにも適用されるという立場をとったといえよう。しかし、Escobedo が黙秘権の告知を要求したとした判決<sup>399</sup>もがある一方で、そこまでは言えないが、黙秘権の告知が行われたのであれば、その後の自白は排除されない十分な理由があるとした判決<sup>400</sup>も存在している。

このような考え方は、1948 年の Haley v. Ohio 判決ですでに現れていた。Frankfurter 判

<sup>395</sup> 378 U. S. 1 (1964).

<sup>396</sup> Malloy v. Hogan, 378 U.S. 6-7(1964).

<sup>397</sup> Developments In the Law: Confessions, supra note 356, at 982.

<sup>398</sup> Malloy v. Hogan, 378 U. S. (1964).

<sup>399</sup> E. g., State v. Needy, 239 Ore. 487, 395 P. 2d 557 (1964), modified on rehearing, 398 P. 2d 482 (1965).

<sup>400</sup> E. g., Ward v. Commonwealth, 205 Va. 564, 138 S. E. 2d 293 (1964). Contra, Queen v. United States, 335 F. 2d 297 (D. C. Cir. 1964).

事は、「被疑者取調べの全過程において、被疑者である少年は、供述する義務がないこと、及び弁護人と家族の援助を受ける権利があることについて告知を受けることができなかった。警察官は被疑者が沈黙する権利を有することについては認めていたが、その権利を被疑者に告知する義務があることについては知らなかった<sup>401</sup>」と判示した。1962年の *Gallegos v. Colorado* 判決は、*Haley* 判決の精神にしたがって、「14歳の少年は、如何に世慣れであろうとも、警察のみに接することができる状況に置かれた場合、自分が自白することの帰結を十分に理解していなかった。すなわち、我々が裁こうとする者は、法律知識が警察より乏しく、質問に答えることがもたらす結果についても理解しておらず、自分の利益を如何に保護し、憲法上の権利が保障する利益を如何に守るかについても知らない者である<sup>402</sup>」とし、被疑者と捜査官の法律知識の不对等の状況を根拠として、被疑者に対する権利告知の必要性を示した。

以下においては、*Miranda* 以前に被疑者取調べに内在する強制的な雰囲気を確認したとする *Ashcraft* 判決<sup>403</sup> 及び *Spano* 判決<sup>404</sup> を検討する。通説は、*Miranda* 判決が *Bram* 判決に依拠したとするが、実際、*Miranda* 判決に向かって一步大きく前進した判決は *Ashcraft* 判決<sup>405</sup> と *Spano* 判決<sup>406</sup> である<sup>407</sup>。両判決は、*Miranda* 判決の前身(ancestor)として評価されるほど<sup>408</sup>、*Miranda* の水準にほぼ達している。

*Ashcraft* 判決は、自白の任意性を基準にしつつ、それと相反する強制的な取調べ状況(長時間にわたる取調べを含む)の存在を考慮し、自白の証拠能力を判断したものである。*Ashcraft* 判決において、被告人の公判前手続における自白は排除された。排除理由は、「睡眠又は休憩が取れなかった」被疑者を、「取調べ経験が豊富な取調べ官が交代<sup>409</sup>」で取調べたことであった。この点について、*Black* 裁判長は、「数人の訴追官が交代で、36時間の間、休憩又は睡眠を奪われた被疑者に対し、『任意の』自白を獲得するために取調べを続けることはありえない<sup>410</sup>」とし、「このような取調べ方法は本質的には強制的(inherently coercive)なものであり、強制的な圧力と対峙する孤立無援の被疑者の意思の自由と相容れない<sup>411</sup>」として、被告人の自白は任意ではなく強制によるものであると判断した<sup>412</sup>。*Jackson* 判事は反対意見において、「もし36時間が許容される範囲を超えたと思うならば、24時間はどうか？ 12時間は？ 6時間は？ 1時間は？ いずれも「本質的には強制的な」取

<sup>401</sup> 332 U.S. 604(1948), (Frankfurter, J., Joining in reversal of judgement).

<sup>402</sup> 370 U.S. 54 (1962).

<sup>403</sup> *Ashcraft v. Tennessee* (1944).

<sup>404</sup> *Spano v. New York* (1959).

<sup>405</sup> 322 U. S. 143 (1944).

<sup>406</sup> *Spano v. New York*, (1959).

<sup>407</sup> George C. Thomas III & Richard A. Leo, *supra* note 207, at 151.

<sup>408</sup> Lawrence Rosenthal, 'Against Orthodoxy: *Miranda* Is Not Prophylactic and the Constitution Is Not Perfect,' *Chapman L. Rev.* 10 (2007): 593-594 ; George C. Thomas III & Richard A. Leo, *supra* note 207, at 154.

<sup>409</sup> *Ashcraft*, 322 U. S., 153.

<sup>410</sup> *Id.* at 154.

<sup>411</sup> *Id.*

<sup>412</sup> *Id.* at 153.

調べになる<sup>413</sup>」とし、「逮捕それ自体は本質的に強制性を伴い、身体拘束も同様である。このような侮辱がもたらす苦しみは被疑者に対して拷問のような働きをする。このような仕組みは、被疑者に対し、質問に正直に答えるように、もし真犯人であれば自白するように圧力をかけるのである<sup>414</sup>」と述べた。さらに、多数意見は、「自白は、被疑者が自分を法にささげ、自分自身が告発人になった場合にのみ、完全に任意的なものになりうるのが明白である<sup>415</sup>」と主張し、任意の自白は通常ありえないものであることを示した。Ashcraft 判決は、すべての被疑者取調べは強制的な雰囲気を含んでいるものであることに対する懸念を高め、日常的な警察の取調べは適正性を失いがちな活動であることを確認した<sup>416</sup>。

Spano v. New York<sup>417</sup>は、警察の被疑者取調べに内在する強制的な雰囲気を認めたもう 1 つの判例である<sup>418</sup>。被告人 Spano は 8 時間以上、数人 (a few) ではなく、沢山(many)の捜査官が発する巧みな質問に晒され<sup>419</sup>、その間、捜査官は、被疑者が「質問に答えることを拒否する旨を繰り返し表明した」にもかかわらず、弁護士と相談したいという「被疑者の合理的な要求」も無視したまま、夜まで取調べを続けた<sup>420</sup>。同判決は、「被告人の意思は、取調官の圧力、疲労、誤って引き起こされた同情によって押しつぶされた<sup>421</sup>」という理由で、自白の任意性を否定した<sup>422</sup>。

Spano 判決において、Warren 裁判長は、「社会の基本的な利益」は、「迅速かつ効果的な法の執行」と「法執行機関による違憲な法の執行から個人の権利を保護すること」であるとし、「本件のような事件において、我々は社会の基本的な 2 つの利益を調和する責任を負わざるを得ない」と判示し<sup>423</sup>、人権の保障は犯罪処罰と同様に重要であることを明らかにした<sup>424</sup>。

以上検討した諸判例から見られるように、アメリカにおいては、「事情の総合説」に基づき、事後的に自白の任意性を判断することによって取調べを規制しようとしていた実務<sup>425</sup>の中で、警察の被疑者取調べに内在する強制から、被疑者の供述の自由を保障する必要

<sup>413</sup> Id. at 162 (Jackson, J., dissenting) .

<sup>414</sup> Id. at 161.

<sup>415</sup> Ashcraft, 322 U. S., 153. その後の Miranda はここまで行かず、ただ身体拘束されている被疑者に発される個々の質問はすべて被疑者に圧力を与えることだけ主張した。

<sup>416</sup> George C. Thomas III & Richard A. Leo, supra note 207, at 151.

<sup>417</sup> Spano v. New York, (1959).

<sup>418</sup> 360 U. S. 315 (1959).

<sup>419</sup> Id. at 322.

<sup>420</sup> Id. at 322-332.

<sup>421</sup> Id. at 319.

<sup>422</sup> 同判決で見られるように、警察による被疑者取調べに対する寛容の程度は急激に減少し、8 時間 (Ashcraft の 36 時間よりはるかに短い) の連続的な取調べでも許されない違法なものと考えられるようになった。

<sup>423</sup> Id. at 320-321.

<sup>424</sup> George C. Thomas III & Richard A. Leo, supra note 207, at 154. Thomas と Leo は、Warren の判決文から、従来の case by case によって自白の任意性を判断する方式を変える必要性を感じていたことがわかって述べた。

<sup>425</sup> H. Stephens, *The Supreme Court and Confessions of Guilt*, The University of Tennessee Press, 1973, at 120. 1936 年から 1963 年まで、連邦最高裁は修正 14 条の適正手続条項に基づく任意性基準に依拠して自白の許容性の判断を行っていた。

性が認められ、修正 5 条の自己負罪条項により取調べを事前に規制する動きが主流となった。その中で、前述した判例中に、Miranda を構成するすべての要素が揃い、ステージは Miranda へと移ることになった<sup>426</sup>。

#### 第 4 款 Miranda 判決<sup>427</sup>

Miranda 判決以前に、身体拘束中の被疑者の供述の許容性の問題を扱ってきた諸判例は、その判断基準を修正 14 条の適正手続条項に基づく任意性原則に求めてきた。自白の許容性の判断基準は、自白が獲得された「総合的な環境 (totality of circumstances)」の審査により判断する「任意性」であった。この基準は、Massiah v. United States と Escobedo v. Illinois の判決における排除ルール、及び連邦自白事件における不必要な遅延を規制する McNabb-Mallory ルールによって具体化された。Miranda 判決は、修正 5 条の自己負罪拒否特権を身体拘束中における被疑者の供述の許容性の法的正当性基準として確立することによって、以前の適正手続による「任意性」基準にさらなる保護措置を付け加えた<sup>428</sup>。すなわち、Miranda 判決は、被疑者の供述の自由が侵害されることを防ぐために、取調べを事前に規制するルールを明確化したのである。

ここでは、Miranda 判決の内容を見ながら、同判決が確認した黙秘権の保障措置及びその意義について簡単な検討を行う。

##### 1. 取調べの密室性がもたらす取調べに内在する強制性

判決の冒頭において、Warren は、警察の取調べマニュアルに基づき、当時の被疑者取調べの問題点を指摘した。ここで、彼は、昔の警察の残虐な取調べ行為 (the Third Degree) について批判の意見を示したが<sup>429</sup>、それより一層問題視されたのは密室で行われる「穏やかな (soft-sell)」取調べ手法であった<sup>430</sup>。判決は、このような取調べ手法は必ずしも「不任意な」自白をもたらすとは言えないが、少なくとも Miranda 事件において、このような取調べは被疑者の黙秘権を危険に晒したことを強調した<sup>431</sup>。

Warren は、身体拘束下の取調べが有する性格及び背景を理解することの必要性について言及した。Miranda 事件において、警察の支配する強制的な雰囲気の中で、外部から隔離された被疑者の取調べが行われたように、アメリカにおいて、取調べの多くは外部から隔離された状況で行われる<sup>432</sup>。取調室で実際何が行われているかを知るための価値ある情

<sup>426</sup> George C. Thomas III & Richard A. Leo, *supra* note 207, at 155.

<sup>427</sup> Miranda 判決と呼ぶものの、同判決は、Miranda v. Arizona; Vignera v. New York; Westover v. United States; California v. Stewart 等 4 つの事件の上告審の判決である。

<sup>428</sup> Editors, Law Review (1969) 'Waiver of Rights in Police Interrogations: Miranda in the Lower Courts', University of Chicago Law Review: Vol. 36: Iss. 2, Article 8, at 414-415.

<sup>429</sup> *Id.* at 445-447.

<sup>430</sup> *Id.* at 448-456.

<sup>431</sup> Miranda v. Arizona, 384 U.S. 451-458 (1966).

<sup>432</sup> *Id.* at 446.

報源は、法執行機関の取調べマニュアル<sup>433</sup>であり<sup>434</sup>、マニュアルで推奨されている取調べのポイントは主に以下のようなものがある。まず、被疑者を供述（自白）させるための重要な心理的要因は非公開性であるから、取調室内は取調官と被疑者2人だけにする。次に、被疑者のあらゆる心理的な優位性（every psychological advantage）を奪うため、取調べは被疑者の自宅ではなく、取調室か警察官が選択した場所で行われなければならない。最後に、黙秘している被疑者に対しては、黙秘権の行使がきわめて不利な効果を生じさせることを告げ、弁護人との接見を要求した被疑者に対しては、専門家の助言を得る必要がないことについて説明する<sup>435</sup>。このような取調べ実務は、外部からのあらゆる援助を遮断し、被疑者を孤立させ、被疑者の抵抗の意思を削ぎ、取調官の意思に個人を服従させることを目的としている<sup>436</sup>。暴力や拷問がなかったとしても、このような取調べの雰囲気は、身体的な脅迫と同様に人間の尊厳を否定するものであり、それ自体が被疑者を萎縮させる性質を有するものである<sup>437</sup>。外部から隔絶された現行の取調べ実務は、個人は自己負罪的な供述を強制されないという原則と矛盾する。したがって、身体拘束の環境に内在する強制性（compulsion inherent in custodial surroundings）を払拭するための十分な保護手段が採られていない限り、被疑者から獲得した如何なる供述も、真に自由な選択の産物であるとは言えない<sup>438</sup>。

以上で述べたように、Warren は、黙秘権と身体拘束中の取調べは密接に関連していることを指摘し、被疑者の黙秘権の侵害を防ぐために、取調べに内在する強制性を排除するための保護措置をとることの必要性を明らかにした。

## 2. 国家の利益と個人の権利

次に、Warren は、Spano 判決と一貫した立場で、犯罪の処罰という国家の利益を達成するために個人の基本的な権利を侵害することについて以下のように語った。「公正な国家と個人のバランスを維持し、政府にすべての責任を負わせ、個人の人格の不可侵性を尊重するために、わが国の弾劾主義的な刑事司法は、個人の処罰を求める政府が、個人の口から供述を強要するという残酷かつ単純な手段に頼るのではなく、政府自身の独立した努力によって、当該個人に不利益な証拠を獲得することを要求する。要するに、個々人に対して『当該個人が自己の意思の自由な行使に基づき、供述することを選択する場合を除いて、黙秘する』権利が保障されている場合に限り、この特権は充たされることになる<sup>439</sup>」一言で言うならば、自己負罪拒否特権は、個人に対して自白を強要しないことによって、個人の尊厳とプライバシーを尊重することを政府に要求する他、被疑者・被告人に協力を強制

<sup>433</sup> Fred E. Inbau & John E. Reid, *Criminal Interrogation and Confessions* (1962).

<sup>434</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 448-449 (1966).

<sup>435</sup> *Id.* at 449-450.

<sup>436</sup> *Id.* at 455.

<sup>437</sup> *Id.* at 456-457.

<sup>438</sup> *Id.* at 458.

<sup>439</sup> *Id.* at 460.

し、それによって得られた証拠に頼らないことも要求するということである。

### 3. 身体拘束中の被疑者取調べにおける修正 5 条の適用

黙秘権が身体拘束中の取調べに完全に適用されるかという問題について、Warren は、70 年前の Bram 判決によってすでに確認されたように、自己負罪拒否特権に包括されるすべての原則は、当然身体拘束中における捜査官による非公式の強制力行使にも適用されると判示した<sup>440</sup>。

さらに、判決は、修正 5 条の特権が、公判廷以外の行動の自由が制約された被疑者が自己負罪供述を強制されないように保護することに資することは確実であるとし、1 で述べた被疑者の供述を強要するような内在的に強制的な圧力を有する現在の取調べ手続は自己負罪拒否特権の保護機能を損なうということを指摘した。このような取調べの圧力に対抗して、自己負罪拒否特権を行使する十分な機会を与えるためには、適切な保護手段が必要であるとした<sup>441</sup>。

### 4. 黙秘権実質化のための手続的措置—権利告知

判決は、現在行われているような取調べ手続に内在する強制性を払拭するための何らかの特定の方法を憲法が要求していない分、各州に対し、黙秘権を保護するために効果的な方法を模索することを推奨するとしうえで、さしあたり以下のような保護措置を採らなければならないとした。

(1) 「身体拘束された者が取調べを受ける場合、その者は、まず、明瞭かつ明確な言葉で、黙秘権を有することを告知されなければならない。」

この黙秘権の告知に期待される効果としては、権利があることを知らない者に権利の存在を知らせること、取調べに内在する強制的な雰囲気や和らげること、取調べ官が被疑者の黙秘権の行使を認める用意があることを被疑者に示すことなどが挙げられている<sup>442</sup>。

(2) 「如何なる供述も、公判廷において自己に不利に使われる可能性のあることを告知しなければならない」

特権を放棄した場合の帰結を理解することによって、初めて真に特権を理解し、それを理性的に行使することが保障される<sup>443</sup>。

(3) 「取調べのために拘束された者は、弁護人と相談する権利を有すること、取調べ中に弁護人を立ち会わせる権利を有することが明確に告知されなければならない」

取調べ手続を通じて、黙秘するか供述するかを選択することが常に可能であるためには、取調べに先立って弁護人と相談する権利のみならず、被疑者が望むのであれば、取調べ中に弁護人を立ち会わせる権利も保障しなければならない。この他に、判決は、弁護人を立ち会わせることにより、警察が供述を強要する可能性が減少し、被疑者の信用性が高い供

<sup>440</sup> Id. at 460-461.

<sup>441</sup> Id. at 467.

<sup>442</sup> Id. at 468-469.

<sup>443</sup> Id. at 469.

述が正確に公判廷に伝わることを期待できるとし、弁護人立会権の必要性を強調した<sup>444</sup>。

(4)「被疑者が弁護人を選任する経済的余裕がない場合、弁護人を選任してもらえる権利を有することを告知しなければならない」

憲法によって保障される特権は、すべての被疑者に適用されるものであり、個人の経済的能力とは無関係なものである。一般的に、弁護人と相談する権利の告知は、すでに弁護人を選任した場合、あるいは弁護人を雇う経済力がある場合に限る権利であると理解される可能性が高い。そのため、貧困であれば無料で弁護人の援助を受ける権利を有することを告知する必要がある<sup>445</sup>。

(5)「当該権利を行使した場合、取調べを中断しなければならない」

取調べ前であろうと取調べ中であろうと、被疑者が何らかの方法で、黙秘したい意思を示した場合、その時点で、修正5条の黙秘権を行使する意思を示したことになるため、直ちに取調べを中止しなければならない。権利の行使が取調べ中止効を持たなければ、権利が行使された後も、身体拘束下における取調べ環境において、個人が自らの意思に基づいて供述するか否かを定めることが不可能となる。また、弁護人の援助を希望する場合には、弁護人が立ち会うまで取調べを中止しなければならない<sup>446</sup>。

#### 5. 権利放棄の任意性

判決は、当該権利を放棄し得ることを認めたが、権利の放棄に関する高い基準の举证責任を国家に課している。国家が、外部から隔絶された取調べの間に権利告知がなされたという確かな証拠を入手し得る手段を有しているため、このような立証責任を負うことは当然であるとする<sup>447</sup>。

さらに、判決は、長時間にわたる取調べ又は外部から隔絶された長時間の身体拘束が行われた後で被疑者が最終的に供述したことは、被疑者の権利放棄が不任意である可能性が高く、取調べにおける強制的な影響力が作用した結果であると判断することが適当であると判示した<sup>448</sup>。

#### 6. Miranda の意義

Miranda 判決以前に自白の許容性の問題を扱った諸判例は、修正5条の適正手続条項に基づく任意性原則をその判断基準としたのに対し、Miranda 判決は、修正5条の自己負罪条項にその判断基準を求めている。Warren は、「特権に盛り込まれているすべての原則は、法の執行官が拘束中の被疑者取調べにおいて被疑者に与えるインフォーマルな強制にも適用される」とし、自己に不利益な供述の強制に対する憲法上の禁止につき、公判における証言の強制だけでなく、被疑者に自己負罪的な質問に応じることを強制する警察の事実

<sup>444</sup> Id. at 469-470.

<sup>445</sup> Id. at 470.

<sup>446</sup> Id. at 473-474.

<sup>447</sup> Id. at 475.

<sup>448</sup> Id. at 476.

上の権限まで拡張した<sup>449</sup>。そして、Miranda 判決は、被疑者取調べが許されるための手続的要件—予防的ルールを講じた。

Miranda 判決は、修正 5 条の自己負罪拒否特権が州における身体拘束中の被疑者に完全に適用されると初めて正式的に判示した判例である。しかし、警察の取調べマニュアルや州の判例などからも見られるように、Miranda 判決以前から、被疑者の黙秘権及び弁護権の告知はある程度行われていた<sup>450</sup>。Miranda は、被疑者の黙秘権保障の根拠を憲法に求めただけでなく、身体拘束中の被疑者取調べは本質的に強制的なものであることを見出し、そのような雰囲気の中で被疑者による黙秘権の行使が実質的に保障されるための手続的保護手段を講じたことに重要な意義がある。すなわち、判決は、逮捕後の取調べに先立つ権利告知、弁護人との秘密接見、取調べ中の弁護人立会などを保障することによって、被疑者の主体性を強化した取調べ手続を目指し、自由な意思に基づいて供述する権利を実質的に保障しようとしたのである。

アメリカにおける被疑者の黙秘権の実質的保障は、Miranda 判決以降における諸判例によって引続き充実されてきた。それらの判例の中には、Miranda 判決における身体拘束の意義や取調べの意義、権利放棄の判断基準などについて解釈を行ったもの、Miranda 判決を再確認したものなど様々な判例が存在する。それらの判例はアメリカにおける被疑者の黙秘権の実質化の重要な発展であり、日本や中国における黙秘権の実質化のための手続保障措置を講じる際に多大な示唆を与えることは間違いない。しかし、本稿は、「事情の総合説」に基づき、事案毎に自白の許容性を判断することから、被疑者の黙秘権は連邦憲法修正 5 条によって保障されるものとし、修正 5 条は黙秘権それ自体の保障にとどまらず、権利を実行化するための手続保障ルールを講じることの重要性を明確にした上で、そのような予防的ルールを講じた Miranda 判決の意義に着目する。Miranda 判決後の諸判例については、今後の課題としたい。

### 第 3 節 結論

第 1 章で検討した黙秘権の歴史沿革からすれば、黙秘権は公判における被告人の権利として確立されたものである。つまり、自己負罪拒否特権は当初は公判前手続における被疑者の権利ではなかったし、被疑者取調べを規制するものでもなかった。しかし、イギリ

<sup>449</sup> Kenneth W. Graham, What is 'Custodial Interrogation?': California's Anticipatory Application of Miranda v. Arizona, 14 UCLA L. Rev. 59, 1966-1967, at 60.

<sup>450</sup> Inbau の「尋問の技術と自白」; Robinson, Police and Prosecutor Practices and Attitudes Relating to Interrogation as Revealed by Pre- and Post- Miranda Questionnaires: A Construct of Police to Capacity to Comply, (1968) DUKE. L.J. 447-480. カリフォルニア州においては、1965 年の People v. Dorado 判決によって、告知が一般的に行われるようになった。Younger, Results of a Survey Conducted in the District Attorney's Office of Los Angeles County Regarding the Effect of the Miranda Decision upon the Prosecution of Felony Cases, 5 Am. Crim. L. Q. 32 (1966).

スの公判前手続において初めて保障されるようになった黙秘権告知制度は、公判手続における黙秘権の成立を前提とし、被疑者の人格及び取調べ手続における主体性を尊重する公判前手続にとって必要なものであった。また、公判における被告人の黙秘権が形骸化することを防ぐためにも必須であったことから、黙秘権告知制度は、被疑者の黙秘権の独自の存在意義とともに、同制度が被告人の黙秘権の実質化に対する必要性を認めたものであるといえる。

したがって、第1章及び第2章における検討に基づき、被告人の黙秘権の成立と被疑者の黙秘権の成立との関係について、前者は後者の成立の前提であり、後者は前者の実質化の前提であるという結論を導くことができる。

イギリスにおける黙秘権告知制度の形成過程からわかるように、イギリスでは、黙秘権告知制度が治安判事の被疑者取調べ手続において確立され、後に治安判事の捜査権限が引き継がれた警察が黙秘権告知制度も継承するようになった。他方で、アメリカにおいては異なる発展経路を見ることができる。すなわち、治安判事の捜査権を引き継いだ警察は、治安判事の捜査権とセットとなっていた警告義務も負うべきであったが、アメリカの警察はそのような義務を履行しなかったのである。アメリカの当時の法的状況からすれば、警察が警告義務の履行を果たさなかった直接的な理由は、警察による黙秘権告知義務を定める法制度の欠如と考えられるが、根本的な理由は、捜査手続における被疑者の人権保障や主体性確保に対する理解がイギリスほど深まらなかったことであろう。

イギリスにおいては、職業警察の創立当初から現在に至るまで、裁判官準則や警察・刑事証拠法に基づき、被疑者に対する黙秘権告知がなされ、弁護権の保障や取調べの録音・録画制度の実施により、被疑者の黙秘権が着実に保障されてきたのに対し、アメリカでは、20世紀中葉になるまで被疑者の黙秘権を正面から認めず、自白の任意性判断及び自白法則を用いることによって、警察の被疑者取調べを規制し、被疑者の自由な意思に基づく供述を保護しようとしていたのである。当然、このような方法は、被疑者の不任意供述を否定することにより、被疑者に対する供述の強制につながるような違法な取調べの抑止に積極的な影響を与えたことは間違いない。しかし、このようなアプローチの下で、被疑者の供述の自由がどれほど保障されるのかは疑問である<sup>451</sup>。被疑者の黙秘権を明確に肯定し、基本的な人権としての絶対性を受け入れなければ、黙秘権の保障は捜査の必要性や任意性判断基準の差異等によって相対化されてしまうおそれがある。

被疑者に対する黙秘権告知規定がなくても、不任意自白の排除による取調べ規制によって被疑者の供述の自由は実質的には十分保障できるという見方もありうる。その見方通り、被疑者取調べにおいて違法・不当な強制や誘導（これらの定義についてはさらなる

---

<sup>451</sup> *Miranda* 判決以前のアメリカにおける被疑者取調べを規制する原理として、伝統的なコモン・ロー上の自白法則、自己負罪拒否特権に基づく自白排除、デュー・プロセスに基づく自白排除などが存在していたが、被疑者の供述の自由を効果的に保護することができなかった（安部論文・67頁以下）。

検討が必要である)が一切姿を消したとすると、被疑者は事実上自白が強要されない状態で、終始沈黙することができるようになる反面、訴訟の当事者として積極的な防御活動ができなくなる。すなわち、被疑者の訴訟の客体的地位は変わらず、単に沈黙を守ることができるだけであり、自分の訴訟のために積極的な活動を行う機会は与えられないのである。

それでは、被疑者の黙秘権を明確に肯定し、それを保障することを明言するアプローチは被疑者及び刑事手続にどのような影響を与えるのだろうか。まず、被疑者の黙秘権はきわめて重要な権利であり、被疑者の黙秘権を明確化することは、被疑者の権利保障における絶対的な基準を確立することになる。したがって、取調べの重要性・必要性等によって相対化されない。次に、被疑者の黙秘権の明確化は被疑者の訴訟上の主体的地位の確立を意味する。主体的地位の確立とともに、被疑者に保障すべき黙秘権の内容も豊富になる。かくして、被疑者は単に沈黙することによって証拠方法となることから解放されるだけでなく、捜査官と対等な一方当事者として、積極的に防御活動を行うことが可能となるのである。これを保障するためには、接見交通権や弁護人立会権などの弁護権の実質化が必要になり、捜査と拘禁の分離といった身体拘束制度の構築が必要になる。つまり、被疑者の黙秘権を基軸にすることにより、被疑者の主体性を十分に尊重する刑事手続を構築することができるのである。この意味において、Miranda 判決が憲法修正 5 条の自己負罪拒否特権は州の被疑者取調べ手続にも適用されるとし、被疑者に対する黙秘権告知や弁護人の援助について明確に判示したことの意義は大きいといえよう。

ところが、Miranda 判決は従来 of 捜査実務を大きく変えることができず、被疑者の権利保障に実効性を持たなかったという評価がなされている。すなわち、Miranda 判決のような黙秘権が完全な形で告知されない場合が多く存在しており、完全に告知した場合であっても、大多数の被疑者は権利を放棄して供述する<sup>452</sup>。その原因としては、被疑者が権利の意味内容や放棄の帰結について理解しえないこと、理解したとしても権利を行使しう状況でないこと等が指摘されている。判決後、権利放棄がどのような状況下で行われたのかを問わず、被疑者が一度権利を放棄し、供述ひいては自白をした場合に、訴追側が有効な権利放棄であったことを立証すれば、自白の任意性は認められる<sup>453</sup>。Warren は、被疑者の権利放棄の任意性を如何に保障するかという問題を解決することができなかつたといえよう。この問題を解決するためには、取調べに先立ち、被疑者に弁護人と相談する機会を与え、黙秘権を有すること及び黙秘権の内容について正確に理解させた上で、自由な意思に基づき、黙秘権を行使するか放棄するかを選択することを可能としなければならない。取調べ前に黙秘権を放棄し、取調べに応じた被疑者であっても、取調べ中に黙秘権を行使することができる。その場合には、直ちに取調べを中止しなければならない。これを担保するために、取調べへの弁護人の立会を認めなければならない。

<sup>452</sup> John D. Jackson and Sarah J. Summers, *supra* note 3, at 245.

<sup>453</sup> 多田・前掲注 (200) 263 頁。

## 第3章 日本の刑事手続における黙秘権の発展

### 第1節 旧刑事訴訟法下における刑事手続の特徴

現行刑事訴訟法における黙秘権の保障という課題と過去の刑事訴訟法(特に黙秘権の規定を欠くもの)は直接的に関連しない。しかし、現代の刑事訴訟における黙秘権の保障は過去に形成した法文化や刑事訴訟法の理念、旧刑事訴訟法から残された法制度などによって構成した環境の中で実現すべき課題である。また、旧刑事訴訟法の特徴を分析することで、過去に黙秘権が確立しなかった理由や今後の保障にあたって妨げになりうる糾問手続の諸要素を把握することができる。このような意識に基づき、本節においては、現行刑事訴訟法制定以前の日本における刑事手続の特徴を概観する。

戦前の日本の刑事手続は、フランス、ドイツの影響を受けた点も非常に重要であるが、本来日本の刑事手続のベースとなった制度及び理念もまた重要である。これらの点は歴史から見て、中国の古い刑事手続に由来するものであり、刑事手続の本質的なものとして現在の日中両国における刑事手続の構造に影響を与え続けているものである。この点は日中の刑事手続における黙秘権の保障の比較研究を行う際に重要な意義を有するといえよう。

#### 第1款 自白の重視

幕府法上、自白の存在は有罪判決にとって必要かつ十分な条件とされ、審理の終結時に、自白調書(口書)を作成し、これを読み聞かせ、押印させ、その書面にに基づき有罪が認定された<sup>454</sup>。

幕府時代において、有罪判決をなすには、原則として被疑者の自白を録取した「吟味詰り之口書」が必要であった<sup>455</sup>。「吟味詰り之口書」とは、吟味終了の供述録取書であるが、実際には、供述者の自白が記載された書面である。法廷における糾問は、「吟味詰り之口書」の作成を目的として進行し、この口書が完成することによって犯罪事実の認定手続が終了することになる。「吟味詰り之口書」の文末には、通常、自己の刑事責任を異議なく承認するという被告人の意思表示があり<sup>456</sup>、最後に、供述者の押印がある。奉行によって確認された「吟味詰り之口書」は犯罪事実認定書としてその効力を発生する<sup>457</sup>。

また、法廷だけでなく、その前段階の吟味や責問においても、自白の獲得は主たる目的とされていた。吟味役人は、まず口問(口頭による尋問)を行い、被告人の自白を得よ

<sup>454</sup> 三井誠『刑事手続法III〔初版〕』(有斐閣、2004年)5頁。

<sup>455</sup> 平松義郎『近世刑事訴訟法の研究』(創分社、1960年)702頁。

<sup>456</sup> 犯罪事実を異議を申し立て、押印を拒否することも可能であるが、一般的には申し立てを受理せず、口書に服させるために拷問を使用することもあった。平松・前掲注(455)771-772頁。

<sup>457</sup> 平松・前掲注(455)762-775頁。

うと試みる。自白が得られなかった場合には責問の段階に移るが、その段階では通常拷問を用い、被告人の自白を強制した。このような方法で得られた自白は「白状書」に書かれ、口合の手続を通じて、事実認定に必要な「吟味詰り之口書」となる<sup>458</sup>。

「吟味詰り之口書」の本質は、被告人自身が自己の犯罪事実を認め、かつ、科せられるべき刑罰に「承伏」することにある。幕府は被告人の「伏罪」がないかぎり、有罪判決を下さなかった。自白が必要とされた最も重要な理由は、有罪判決に被告人の「承伏」が不可欠である点及び犯罪事実を自ら供述せず、単に伏罪させることをできる限り制限しようとする点にある。つまり、犯罪事実を供述せず、伏罪の意思だけを表明するのは有罪判決をなすためには十分ではなく、必ず責問を加えて罪状を自白させていたのである。これは、自白が最も真実を解明できる証拠であるとされ、その証明力に最大の信頼が置かれていたためである。その他に、自白は、共犯の発見、主犯の確定、余罪の追求などのための迅速・有効な方法であることも注目されていた<sup>459</sup>。

有罪判決には、自白が必要であり、自白さえあれば足りるとしていた。また、自白を裏付ける人的証拠や物的証拠は有罪判決に不可欠な要件ではなかった。したがって、被告人は役人の強制によって虚偽の供述を行い、それに基づいて刑が言い渡されることは決して珍しいことではなかった<sup>460</sup>のである。

明治初期の改定律例においても、有罪の認定のためには自白が必要であると規定されていた<sup>461</sup>。

## 第2款 拷問

### 第1項 拷問の適用

拷問の語は中国起源で、拷木によせて尋問することに由来する。笞打、石抱、海老責、釣責等<sup>462</sup>があり、通常、牢問に対して用いられた<sup>463</sup>。日本は8世紀に入ると、被告人の自白を主要な証拠とし、自白強制のために拷問を許容する制度を中国の唐の律令から継受した<sup>464</sup>。

江戸時代における予備審問に類似する下吟味の手続においては、被告人の自白の獲得

<sup>458</sup> 平松・前掲注(455) 811-817頁。

<sup>459</sup> 平松・前掲注(455) 831-832頁。

<sup>460</sup> 平松・前掲注(455) 833-834頁。

<sup>461</sup> 明治初期以後の自白の重要性及び必要性については、第3款において自己負罪拒否特権の発展と併せて検討する。ここでは、自白の昔からの必要性・重要性について言及しておくことにする。

<sup>462</sup> 幕府法上の責問方法はこの4種類のみで、他の方法は存在しない。しかし、広い意味での拷問の種類は他にも存在する。平松・前掲注(455) 780頁参考。

<sup>463</sup> 拷問に関する詳しい内容は、平松・前掲注(455) 780-825頁参考。

<sup>464</sup> 三井・前掲注(454) 5頁。

という究極の目的を達成するため、拷問に類似した取調べ方法が行われた<sup>465</sup>。さらに、奉行（法廷）での供述者の自白である「吟味詰り之口書」が有罪判決に必要であるということは、拷問による自白の強制を不可避なものにしたのである。人的、物的証拠によって有罪であることが明らかであるにもかかわらず、自己ないし共犯者の犯罪事実を否認する者には、肉体的強制を加えて自白を得ようとする。牢問及び拷問はこのために制度上認められていた手段である<sup>466</sup>。

被告人の自白を得るために、吟味役人は、まず口問（口頭による尋問）を行い、被告人が否認する場合には、責問に訴える。責問役人は問書を被告人に読み聞かせ、なお否認すれば、牢問を始め、期待通りの自白が得られた場合は「白状書」（自白書）を作り、被告人に押印させる。牢問によって自白が得られなかった場合には、その旨を奉行に伝え、奉行がさらに責問を必要とするときには、再び牢問を開始するとしていた。

明治初頭における裁判手続は、幕府法の下で行われていた吟味の方法と大差がなく、被告人の口書を作るために拷問を許容していた。明治3年（1870年）5月に制定された獄廷規則<sup>467</sup>は拷問制度を認めており、明治5年（1872年）8月に実施された「司法省職制並ニ事務章程」も、被告人が罪を犯したことが明らかであるにもかかわらず自白しない場合、拷問を許すとした。その後、明治6年（1873年）の断獄則例は、若干の制限を設けつつも、拷問に関する詳細な規定を定め、同年実施された改定律例（太政官布告 206号）第318条<sup>468</sup>は、自白の存否によって罪責の有無を決定するという制度を設けた。

## 第2項 拷問の禁止

フランス法の導入により、明治9年（1876年）6月10日太政官布告 86号は、改定律例 318条を、拷問廃止の趣旨を含めて改正した<sup>469</sup>。この改定律例の改正は、拷問廃止の一環である<sup>470</sup>。

拷問廃止に向けて政府を説得したのは明治8年（1875年）5月に提出された Gustave Emile Boissonade de Fontarabie<sup>471</sup>（以下 Boissonade という）の「拷問廃止建白書<sup>472</sup>」であ

<sup>465</sup> 平松・前掲注（455）691頁。

<sup>466</sup> 平松・前掲注（455）778頁。

<sup>467</sup> 日本における最初の裁判手続法と言われる。

<sup>468</sup> 改定律例第318条「凡罪ヲ断スルハ口供結案ニ依ル 若シ甘結セスシテ死亡スル者ハ証左アリト雖モ其罪ヲ論セス」。ここでいう「口供結案」は、「吟味詰り之口書」にあたり、本人の確認を経た自白調書をいう。三井・前掲注（454）5頁。

<sup>469</sup> 改正後の条文は、「凡罪ヲ断スルハ証ニ依ル 若シ未タ断決セスシテ死亡スル者ハ其罪ヲ論セス」である。

<sup>470</sup> 手塚豊『明治初期刑法史の研究』（慶応通信、1956年）109頁以下、同「拷問廃止に関連する諸法律案」法学研究 34巻3号（1961年）54頁以下参照。

<sup>471</sup> パリ大学法学部教授である。1873年11月に日本司法省による招致で来日し、日本近代法の整備等に尽力した。明治9年（1876年）に外務省顧問官になり、その後元老院の顧問を務めた。

<sup>472</sup> 「拷問廃止建白書」の訳文は、鈴木孝雄（訳）「拷問廃止に関する建白書」法律新報 559号（1939年）

る。明治8年4月に、高等裁判所法廷で拷問の惨状を見た Boissonade は、拷問廃止を求める活動を行った。同年5月に、Boissonade は、拷問が人道に反し、被告人の自己防衛権を侵害し、不合理であり、かつ、日本の尊厳と条約改正の利益を傷つける旨の拷問廃止理由書を司法卿に提出した<sup>473</sup>。特に、Boissonade が「自然法ならびに純真なる正義の観点」から、次のように述べたことは興味深い。すなわち、「……犯人が訴追前に自首し、罪跡を証明すべき証人、換言すれば自己に不利益な証言をなす者を指示し、或は自己の利益に反して証拠物件、調書その他犯罪の参考になるべきものを提示することを求めることは、いかなる立法者の考えにもないのである。……中国、日本、欧米においても、何人も被告が自己弁護の権利を有することに誰からも反対されていない。これが自然法の原則であって、かつていかなる立法者でも、すくなくとも公然とこれに反対をしない神聖な原則である。被告が自己弁護の権利を有するからといって、同時に自己訴追の義務を有するものではない。従って、拷問は、被告の防衛権の最も明白な侵害である。……私は、証人、被告、受刑人は沈黙の自由を保有すべきものであることを結論する。そして、この自由は、人格の最も不可侵にして、最も神聖な特権であって、また、一人の無実の者を死に処するよりも、百人の罪人を罰しないにしくはないといった孔夫子の金言を尊重する最も確実な方法である<sup>474</sup>」ここで、Boissonade は、被告人は自然法に基づき、人格の最も不可侵にして、かつ、最も神聖な特権である沈黙の自由を有することを拷問廃止の理由として挙げていた<sup>475</sup>。

Boissonade の建白書の影響下で、政府は拷問廃止の検討を命じた。この指示を受けて、拷問廃止意見案<sup>476</sup>が作成され、拷問を早急に廃止するために改定律例第318上を廃止すべきであるという意見<sup>477</sup>が示されたが、元老院内の強い反対<sup>478</sup>があったため、即時廃止には至らなかった。

---

13-17 頁；鈴木孝雄＝品田みず江（訳）「ギュスターブ・ボアソナードの拷問廃止に関する建白書（訳文）」法律新報 758 号（1950 年）77-81 頁。

<sup>473</sup> 横山晃一郎「明治五年後の刑事手続改革と治罪法」法政研究 51 卷 3=4 号（1985 年）238 頁。

<sup>474</sup> 鈴木孝雄＝品田みず江（訳）・前掲注（472）78-79 頁。

<sup>475</sup> 松倉治代「刑事手続における Nemo tenetur 原則（2）」立命館法学 2011 年 2 号（336 号）833 頁。

<sup>476</sup> この案は当時司法省に出仕していた井上毅が作成したものである。詳しい内容は、「井上毅伝史料篇 第一」58 頁；横山・前掲注（473）238-239 頁；手塚豊「井上毅の拷問廃止意見とボアソナードの井上宛書簡——継続・明治法制資料雑纂（八）」法学研究 41 卷 1 号（1968 年）79 頁以下等を参考することができる。

<sup>477</sup> 井上が作成した拷問廃止意見案は以下のような内容である。「謹而按スルニ現今国会ノ惨ナルコト拷問ヨリ甚シキハナシ陋習野俗一日モ以テ盛時ニ存スベカラズ拷問廢セズ而シテ国法以テ外国ノ民ヲ統治セント欲スル其レ雖イカナ故ニ法ヲ論スルハ拷問ヲ廢スルヨリ急ナルハナシ...仰々拷問ヲ廢セハ從テ断罪法ヲ改メザルベカラス改定律例第三百十八条ニ云凡ソ罪ヲ断スルハ口供結按ニ据ル是レ旧断罪法ナリ然ルニ犯人ノ口供甘結ヲ得テ然ル後罪ヲ断ント欲セハ必ス拷問ヲ用ヒザルコトヲ得ス因テハセテ本条廢セラルベク...」。手塚・前掲注（476）79 頁参考。

<sup>478</sup> 河野敏謙は、廃止意見案に対して、「本案の主意ハ全ク拷問ヲ廢スルニ非ス勿論廢スルヲ欲セサルニ非スト雖ドモ強盜ノ如キニ至ッテハ盟約親密仮令縛ニ就クモ敢テ同謀ヲ告ケス是レ末タ全ク拷問ヲ廢スヘカラサル所以ナリ唯本案ノ如ク改正シテ他日廢拷ノ間接ニ用ヒント欲スルナリ」という反対意見を述べた。このような反対意見の背後には、治安状況に関する不安があったと言われる。「元老院会議筆記前期第一卷」244 頁；横山・前掲注（473）240 頁。

しかしその後、明治9年（1876年）4月に、改定律例第318条の改正をめぐって、元老院号外第四号意見書読会が開かれた。元老院議官である陸奥宗光は、13日に開かれた第一読会において、自己負罪供述は人情ゆえに不可能であると発言<sup>479</sup>し、21日の第二読会においては、拷問の残酷さや弊害を訴え、拷問廃止と依証断罪を提案し、さらに、アメリカ合衆国憲法に明文化された自己負罪拒否特権についても言及したのである<sup>480</sup>。佐々木高行も陸奥宗光と同趣旨で、「口供結案ハ自己ノ罪惡ヲ自ラ申明スル者ニシテ人情ノ能ハザル所ナリト此言甚タ理アリ然リト雖モ此口供ナル者モ強ヒテ之ヲ取ルニ非ス<sup>481</sup>」という意見を述べ、口供結案は自己負罪供述に頼る裁判であり、口供は強制によって獲得してはならないことを示した。その後、25日に開かれた第三読会では全会一致で意見書が可決された<sup>482</sup>。

同年6月10日の太政官布告86号によって、改定律例318条は、「凡罪ヲ断スルハ証ニ依ル」と改正され、拷問廃止の趣旨を明確にした。この改正によって、有罪判決に際し、被告人の自白は必ずしも不可欠のものではなく、他の証拠があれば十分であることが確認され、拷問と結びついていた法定証拠主義が撤廃されることになった<sup>483</sup>。そして、同年8月28日には、「断罪証拠<sup>484</sup>」によって自由心証主義の採用が明らかにされた。

明治12年（1879年）10月8日に発せられた太政官布告42号は、「明治九年六月第八拾六號布告改定律例第三百拾八條改正後拷問ハ無用ニ属シ候儀ニ付右ニ関スル法令ハ總テ删除候」とし、これによって拷問は完全に廃止されることとなった<sup>485</sup>。

拷問の廃止の背後にある考え方は、自己負罪供述を拒否する権利は被告人の基本的な権利であり、この権利を保障するために被告人に沈黙する自由を認めるべきであるというものである。拷問廃止の際に、自己負罪供述拒否権は法律上認められてはいなかったが、被告人は自己に不利益な供述を強制されないという点については一般的に認められたとあってよいだろう。

<sup>479</sup> 「……本條ニ曰ク凡ソ罪ヲ断スルハ口供結案ニ依ル云々夫レ自ラ為シタルノ惡ヲ自ラ告白スルハ人情決シテ能ハサル所事實絶ヘテ無キ者ナリ……」『元老院會議筆記前期第三卷』（元老院會議筆記刊行会、1968年）28頁。

<sup>480</sup> 「本條ニ曰ク凡ソ断罪口供結案ニ依ル云々蓋シ惡ヲ掩スハ人ノ常情是レ道義上ノ公許スル所ニシテ孔聖亦タ曰ク父ハ子ノ為ニ隱シ子ハ父ノ為ニ隱スト是ヲ以テ支那歷代ノ諸律皆此聖語ニ據リ父子相容隱スルコトヲ許セリ本邦ニ於テモ亦然リ夫レ父子ノ恩情至テ篤厚ナリト雖モ未タ自己ノ身ヲ愛スルノ深切ナルニ如カス然ルニ父子ノ容隱ハ之ヲ許シ自己ノ容隱ハ之ヲ許サス之ヲ情ト理トニ基クルニ共ニ其義ノ在ル所ヲ見サルナリ亜米利加合衆国建国法ニ曰ク何等ノ罪ニ於テモ自己ニ害スルノ證據ヲ為スコトヲ強ユ可カラスト」。元老院會議筆記・前掲註（479）30頁。

<sup>481</sup> 元老院會議筆記・前掲註（479）30頁。

<sup>482</sup> 元老院會議筆記・前掲註（479）34-39頁。

<sup>483</sup> 横山・前掲注（473）238頁；小田中聡樹『刑事訴訟法の歴史的分析』（日本評論社、1976年第1版）126-127頁。

<sup>484</sup> 明治9年8月28日の「断罪証拠条件」は、被告人による真実の告白、被告人ないしその他の者による文通または手筆の文書、相当官吏の検視明細書、証左及参考の陳述、裁判所より任じたる鑑定人の報告、証拠物品、徴検、事実の推測、顕迹等が「断罪証拠」であることを明示した。

<sup>485</sup> 三井・前掲注（454）6頁。

### 第3項 拷問の廃止と捜査方法の変革

前述したように、明治9年太政官布告86号は改定律例第318条の前段「凡罪ヲ断スルハ口供結案ニ依ル」を「凡罪ヲ断スルハ証ニ依ル」と改正し、有罪判決にとって自白は必ずしも不可欠のものではなく、他の証拠が十分であれば有罪判決を言い渡すことができるとした。この改正は、判決条件を緩和する点で意義のあることであるが、それよりも重要な点は、従来の捜査手続の目的を変えることによって、捜査方法に一定の変革をもたらした点である。

改正前のように、自白が有罪判決に不可欠のものである場合、他の証拠から有罪認定が可能であっても、被告人が否認すれば有罪判決を下すことはできないことになる。すなわち、他の証拠から被告人が有罪であることが明白な場合、被告人に有罪判決を言い渡すためには自白追及のための拷問を行うしかない。「凡罪ヲ断スルハ証ニ依ル」への改正は、以上のような、捜査機関の主観的な嫌疑を被疑者の自白で確認しようとしてきた捜査慣行の根拠そのものを奪う意味を有する<sup>486</sup>。

### 第3款 捜査機関の被疑者取調べ

幕府時代において、通常、犯罪は官憲によって発見されていたが、その時代の公権力は弱く、捜査能力も充分ではなかったため、捜査権の発動は被害者や一般公衆の申告によって促されることが多かった<sup>487</sup>。そして、犯罪捜査を自発的に、あるいは私人の申告によって行う機関は三種類あった。第1の機関は、公的機関である官制上の役人であり、第2の機関は、自治的機関である地方自治体である。そして、第3の機関は、法律上の存在ではない私的機関であるが、この機関が捜査の主力を形成していたという<sup>488</sup>。この3つの主体によって摘発された犯罪に関連する者<sup>489</sup>は、下吟味を受けることになる。下吟味とは、奉行（法廷）<sup>490</sup>による吟味が開始される前に、奉行所の吏員によって行われる取調べをいう。吏員は下吟味の結果によって、事件を奉行所に送致するか否かを決定していたため、予備審問的な機能を担っていた<sup>491</sup>。下吟味は迅速に奉行所の吟味を行うだけでなく、奉行で無罪を言い渡すことを避けるための制度でもあった。したがって、奉行所にまで出頭さ

<sup>486</sup> 横山・前掲注(473)238頁。

<sup>487</sup> 平松・前掲注(455)599頁。

<sup>488</sup> 平松・前掲注(455)619頁。三種類の機関の構成やそれぞれの捜査方法については、同書619-667頁にて参照することができる。

<sup>489</sup> 犯罪者をはじめ、証人、補佐人、参考人などの性格を持つ者すべてを指す。

<sup>490</sup> 奉行の吟味は白洲において始められる。白洲は正式の吟味が行われる場所であるため、これを法廷といつてよい。

<sup>491</sup> 平松・前掲注(455)689頁。

せて無罪となることは、奉行所の威信を傷つけるものと考えられており<sup>492</sup>、下吟味手続で有罪と判断された者だけが奉行所に送致され、奉行所はその判断を信じて裁判を行っていたのである。

明治初期になると、幕藩体制以来の刑事手続の基本構造である糾問主義の抜本的改革が行われた。その中で、明治5年の司法職務定制は、日本に初めて検事制度を導入した<sup>493</sup>。司法職務定制<sup>494</sup>が判事・裁判所のほかに検事・検事局を設けたことは、糾問的な裁判機関解体の第一歩である。幕府時代の奉行は、自ら犯罪を発見・統制し、犯人を捕まえ、裁くという、犯罪鎮圧能力と捜査能力を兼備した裁判機関であった。これに対し、検事<sup>495</sup>という新しい制度の導入は、公判と訴追の分離、裁判所と捜査機関との分離、そして更に検察と警察の分離をもたらした。しかし、検事の主な職責は「各裁判所ニ出張シ聴断ノ当否を監視ス」（司法職務定制第22条）とされ、検事の原告的地位及び不告不理の原則はなお明確ではなく、また、裁判の審理は被告人に対する糾問が中心的であり、刑事弁護は認められなかった。司法職務定制によって訴追と裁判は分離されたものの、刑事手続の基本構造は糾問主義から離脱することができなかった。しかし、法の下での平等、公正な裁判、裁判の公開、手続の人道化等の諸規定が、近代的刑事裁判へと方向性を変えていった<sup>496</sup>。

その後、明治7年1月に出された「検事職制章程」は、検事の任務を「検事ハ非違ヲ案検シテ之ヲ裁判官ニ弾告スルコトヲ掌ル」と規定した。章程の他の条文からすると、検事に現行犯の取調べ、検察事務に関し警察官吏を監督する権利（第7条）、犯人を逮捕するために緊急を要する場合に警察に指令を出す権利（第8条）が残されているが、犯罪捜査及び検挙の第一線は地方の警察官吏であり、検事はただ、「弾告シテ判ヲ求ム」権利、判決に上告する権利を持つ訴追官になったのである。このように、検察機関は捜査・訴追機関から訴追機関へと変化し、検察官は弾劾主義の担い手としての役割が期待されるようになっていった<sup>497</sup>。

明治10年末頃には、治罪法草案作成の始まりとともに、警察及び検察の関係調整や捜査手続の法定化及び明確化が必要になった。明治7年1月18日の「司法警察規則」によれば、検事が司法警察官吏の捜査活動を「総摂」ということになっているが、検事派出のない県も多数存在していた。この不備を補うために、明治9年4月24日の「糾問判

<sup>492</sup> 詳細については、平松・前掲注（455）694頁。

<sup>493</sup> 小田中聡樹「被疑者取調の歴史的考察（戦前）」井戸田侃編『総合研究＝被疑者取調べ』（日本評論社、1991年）109-126頁参照。

<sup>494</sup> 横山晃一郎「刑罰・治安機構の整備」福島正夫編『日本近代法体制の形成』（日本評論社、1981年）220頁；横山・前掲注（473）219頁。22章108条で構成された司法職務定制は司法省、裁判所、判事、検事、警察など司法関係機関の組織、職務権限をフランス法に従って定めたものであり、日本裁判権統一と裁判制度の組織化及び近代化に最初の礎石をすえた歴史的法典である。

<sup>495</sup> 検事の任務は、「第一 各裁判所ニ出張シ聴断ノ当否を監視ス 第二 検事ノ職ハ罪訟事端発スルニ始リ裁断処決ニ止リ未発ヲ警察スルノ事ニ干預セス 第三 罪犯ノ探索捕亡ヲ監督指令ス」とされ、刑事事件だけでなく、民事事件にも関与した。法令全書（明治五年）478頁。

<sup>496</sup> 横山・前掲注（473）222頁。

<sup>497</sup> 横山・前掲注（473）228-229頁。

事職務仮規則<sup>498</sup>」と「司法警察仮規則<sup>499</sup>」によって、糾問判事という新しい犯罪捜査機関を創出したのである。糾問判事とは、当時フランス治罪法に存在していた予審判事であり、検事から犯罪に関する証拠物や書類が送付された後、必ずかつ速やかに糾問を行わなければならないとする<sup>500</sup>。また、糾問判事には、搜索差押、逮捕、拘留、糾問、証人に対する喚問、引致、訊問の権利が認められていた<sup>501,502</sup>。この新たな制度の導入により、警察・検察による捜査及び起訴という刑事手続構造は大きく変わったといえる。かくして、2つの仮規則により、現行犯の場合の手続において、被疑者の身体拘束及び訊問等の強制権限が検事など司法警察官に付与される一方で、非現行犯の場合の手続についてはこれらの強制権限が糾問判事に付与されるとともに、検事や司法警察官も状況によっては強制権限を行使するという制度が出来上がった<sup>503</sup>。

「糾問判事職務仮規則」と「司法警察仮規則」によって形成した刑事手続の構造はその後成立する治罪法<sup>504</sup>における捜査・予審の構造を示すものとなった。治罪法においても、検事及び司法警察官を捜査機関としたが、現行犯事件に限って、強制権限を認め<sup>505</sup>、非現行犯事件の強制捜査権限は予審判事<sup>506</sup>に与えたのである<sup>507</sup>。このように、「訴追は検事に、審問は判事に」というフランス治罪法の原則を継受した結果、基本的に予審判事が被告人訊問を行うことになった。法文によれば、予審判事の訊問には書記ないし立会人の立会が必要であり（148条）、また、訊問に際し「予審判事ハ被告人ヲシテ其罪ヲ白状セシムル為恐嚇又ハ詐言ヲ用フカラス」（150条）と規定され、予審判事の拷問の使用を禁止した。しかし、このような手続保障規定があるにもかかわらず、予審段階で弁護人を依頼することは禁止され、予審判事による被告人訊問は糾問的なものであった<sup>508,509</sup>。

治罪法に代わり、明治23年（1890年）3月に新しく制定された明治刑訴法<sup>510</sup>も引続き予審制度を採用し、予審判事の強制権限に関する規定もそのまま受け継いだ<sup>511</sup>。非現行犯

<sup>498</sup> 司法省達第47号『法令全書』（明治9年）1389頁以下。

<sup>499</sup> 司法省達第48号『法令全書』（明治9年）1391頁以下。

<sup>500</sup> 糾問判事職務仮規則第4条。司法省達第47号・前掲注（498）1389頁。

<sup>501</sup> 糾問判事職務仮規則第5、7、9条、12-16条。

<sup>502</sup> 横山・前掲注（473）232-235頁。

<sup>503</sup> 小田中・前掲注（493）111-112頁。

<sup>504</sup> 治罪法は、明治13年7月17日、太政官布告第37号として公布された。法令全書（明治13年）163頁以下。

<sup>505</sup> 横山・前掲注（473）231頁。

<sup>506</sup> 治罪法において、「糾問判事」を「予審判事」に改めた。

<sup>507</sup> 治罪法113条以下。法令全書（明治13年）163頁以下。

<sup>508</sup> (1) 勾留に引き続きなされる収監には期間的制限がなかった。(2) 密室監禁の制度が認められていた。勾留・収監された被告人を密室に監禁し、他人との接見、食物、飲料、菓餌、その他給付品の給与を制限することができた。その期間は10日以内とされたが、10日毎に更新することができた。以上、小田中・前掲注（493）113頁参照。

<sup>509</sup> 小田中・前掲注（493）113頁。

<sup>510</sup> 明治23年法律第96号。（明治23年11月1日施行）

<sup>511</sup> 明治刑訴法はドイツ法を母法とする裁判所構成法の制定に伴うものであるが、内容的には治罪法をそのまま受け継いだものであると言われている。

事件について、予審判事は予審請求された被告人を訊問する強制処分権限を持っていた<sup>512</sup>。なお、被告人の訊問時の立会や拷問禁止の規定（94条「予審判事ハ被告人ヲシテ其罪ヲ白状セシムル為恐嚇又ハ詐言ヲ用フカラス」）も治罪法と同様に規定されていた。しかし、予審判事による被告人訊問の糾問性は治罪法下のものと同様であり、拷問制度は廃止されたものの、実務上拷問の使用は横行していたのである<sup>513</sup>。

明治刑訴法は、捜査機関に強制捜査権限を与えず、予審判事が主たる捜査の担い手となることを期待した。任意捜査権限に関しては、具体的な規定を置かなかつたが、これを禁ずる旨の規定が見られるわけでもない。このような捜査権限に関する規定の不十分さによって、捜査実務上、非現行犯事件について任意捜査の形をとった捜査機関による被疑者取調べが定着した<sup>514</sup>。

捜査機関のあたかも強制的な被告人訊問権があるかのごとく、被告人を呼出、訊問、訊問調書作成を行うことに対して、大審院は、司法警察官の「被告人ヲ訊問シ調書ヲ作ルノ権」を否定し、「被告人訊問調書」を無効とした<sup>515</sup>。しかし、その後、大審院は被尋問者の「自由任意ノ承諾」があれば、捜査期間の任意取調べは容認される旨を判示した<sup>516</sup>。明治30年代には、起訴便宜主義が捜査実務上確立することともに、捜査の詳密化・活発化が必要とされ、検事の被疑者取調べが励行されるようになった<sup>517</sup>。前述したように、明治刑訴法において、予審判事の被告人訊問に対しては手続的規制が存在したが、任意捜査としての被疑者取調べに対する事前の手続的規制は存在しなかつた<sup>518</sup>。その結果、予審判事の被告人訊問より過酷な被疑者取調べが行われるようになったことは容易に想像できるといえよう<sup>519</sup>。

捜査機関による被疑者取調べの糾問性が具体的に現れたのは、明治後期から大正初期にわたって取り上げられた人権蹂躪問題<sup>520</sup>である。人権蹂躪の実例として挙げられた事件では、被疑者を身体拘束下で取調べるために、違警罪即決例や行政検束を濫用し、無令状の身体拘束を行ったり、長時間にわたって、または深夜に取調べたり、取調べ中に拷問や

<sup>512</sup> 現行犯事件については、捜査機関が強制処分の権限を行使することが認められた。井上操『刑事訴訟法述義（全）』（明法堂、1891年）454頁。

<sup>513</sup> 小田中・前掲注（493）113頁。

<sup>514</sup> 小田中・前掲注（493）116頁。松室致『改正刑事訴訟法』（有斐閣、1899年）195-199頁。豊島直通『刑事訴訟法原案』（明治大学出版、1900年）477頁以下。

<sup>515</sup> 大判明治25年6月30日法律新聞1875号4頁。

<sup>516</sup> 大判明治36年10月22日刑録9輯26巻1721頁；大判明治36年10月26日刑録9輯23巻1586頁；大判明治38年1月16日法律新聞257号11頁；大判明治40年1月29日法律新聞409号12頁；大判明治42年4月12日刑録15輯9巻427頁。

<sup>517</sup> 出射義夫『検察制度の研究』（司法研究報告書第26輯4、1939年）141頁以下；多田・前掲注（200）（成文堂、1999年）81頁以下参照。

<sup>518</sup> 多田・前掲注（200）78頁。

<sup>519</sup> 小田中・前掲注（493）115頁。

<sup>520</sup> 『法律新聞』に掲載された人権蹂躪事件として代表的なものは、宇都宮事件（1913年）、水戸事件（1913年）、名古屋事件（1914年）、鈴ヶ森事件（1916年）、京都豚箱事件（1919年）などがある。多田・前掲注（200）87頁。小田中・前掲注（493）118頁。人権蹂躪の糾弾についての詳しい情報は、小田中・前掲注（483）272頁以下参考。

暴行などを加えたりするのが特徴であった<sup>521</sup>。そのため、捜査機関とりわけ検察の捜査活動に対する非難の声が高まったのである。日本弁護士協会は人権蹂躪問題の深刻さを把握し、人権蹂躪問題を解決するべく、聴取書の証拠能力制限や、取調べにおける弁護人立会い、違警罪即決例の廃止等を含む刑事手続の全面的な改革を要求したが、その大部分が実現に至らなかった<sup>522,523</sup>。

明治刑訴法は全面的改正作業<sup>524</sup>を経て、大正刑訴法が大正 11 年（1922 年）に制定され、大正 13 年（1924）1 月 1 日より施行されるようになった。大正刑訴法は予審制度の採用や強制処分権限を裁判所にのみ与える点で、明治訴訟法と基本的な構造は同一であるが、捜査機関（特に検察）の捜査権限を拡大・強化した点については注意する必要がある。例えば、明治刑訴法は現行犯及び現行犯に準ずる場合に限り、捜査機関に強制処分の権限を与えたが、大正刑訴法第 123 条は、要急事件<sup>525</sup>の場合にも現行犯の場合と同様に強制処分の権限を認めた。また、裁判上の強制処分は、検事の請求により予審判事等が行うことになっているが、予審判事の裁量権が実務上否定されていたため、予審判事等は検事の手足となって捜査に協力するという実情であった<sup>526</sup>。

大正刑訴法第 39 条第 1 項は、被告人が予審において弁護人を選任することを認めた。しかし、予審判事による被告人訊問への立会いが認められていたのは裁判所書記のみで、弁護人は立会権を有していなかった（同法第 136 条）。また、黙秘権の告知も規定されず、第 135 条において「被告人ニ対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会ヲ與フヘシ」と定めた。大正刑訴法は、捜査機関の強制処分としての被疑者取調べについて、予審判事の被告人訊問に対する規制を準用するという規定を置いたが（第 139 条）、任意捜査としての取調べ対しては何らの規制も設けなかった<sup>527</sup>。その結果、違警罪即決例や行政検束等による身体拘束や拷問等を利用し、自白を強要する被疑者取調べが一般化するようになっていった<sup>528</sup>。

<sup>521</sup> 小田中・前掲注（483）273 頁；多田・前掲注（200）87 頁。田中輝和「明治・大正期の刑事弁護」後藤昭ほか編『現代の刑事弁護 3——刑事弁護の歴史と展望——』（第一法規、2014 年）54 頁。

<sup>522</sup> 多田・前掲注（200）88-89 頁；小田中・前掲注（483）274 頁。日本弁護士協会は明治 43 年 1 月に人権蹂躪の事件に関する調査結果を公表した。すなわち、①入監人員の増加、②在監人員の増加、③滞獄期間の増加、④未決在監者の出監人員中の保釈人員の減少、⑤既決囚の出獄人員の減少等。

<sup>523</sup> 人権蹂躪事件の多発は、政府によって検察権限の拡大・強化論に利用された。つまり、政府は、捜査機関の強制処分権限が制限されていることを人権蹂躪問題の理由と挙げ、検察権限を拡大・強化することによって人権蹂躪を防止することを呼びかけたのである。多田・前掲注（200）103 頁；法曹会編『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員会議事録』（法曹会、1922 年）481-482 頁参考。

<sup>524</sup> 大正刑訴法の制定過程については、小田中聡樹『刑事訴訟法の歴史的分析』（日本評論社、1976 年）、第 2 編「大正刑事訴訟法の歴史的意義」を参照。

<sup>525</sup> 大正刑訴法第 123 条は「左ノ場合ニ於テ急速ヲ要シ判事ノ勾引状ヲ求ムルコト能ハサルトキハ検事ハ勾引状ヲ発シ又ハ之ヲ他ノ検事若ハ司法警察官ニ命令シ若ハ囑託スルコトヲ得」と規定しており、牧野英一は、「要急処分」について「急速を要し、捜査機関をして直接強制の処分を行はしむべき理由ある場合」と解釈した。牧野英一『重訂刑事訴訟法（増補 18 版）』（有斐閣、1932 年）356 頁。要急事件の具体的な局面については、団藤重光『刑事訴訟法綱要』（弘文堂書房、1943 年）444-445 頁参照。

<sup>526</sup> 多田・前掲注（200）93 頁。

<sup>527</sup> 多田・前掲注（200）99 頁。

<sup>528</sup> 小田中聡樹『治安政策と法の展開過程』（法律文化社、1982 年）；安部・前掲注（386）18-19 頁参考。

1942年2月に制定された戦時刑事特別法及びその前の1941年に制定された国防保安法において、捜査機関の強制処分権限はさらに拡大・強化された。つまり、検察は被疑者の勾引・勾留、訊問、押収、搜索、検証等の強制処分権限を獲得し、被疑者取調べにおいて作成された聴取書は証拠能力の制限を受けなくなったのである(戦時刑事特別法第25条)<sup>529,530</sup>。

#### 第4款 本節のまとめ

明治初期の改定律例において、被疑者・被告人の自白は、有罪の認定のために必要なものであり、自白を獲得するための手段として、拷問は許されていた。これに対し、Boissonadeが「被告人が人格の最も不可侵にして最も神聖な特権である沈黙の自由を有する」ということを明治政府に提言した。この問題提起を受け、明治12年の太政官布告42号によって、拷問を全廃した。

しかし、拷問が廃止されたことを契機として、取調べの糾問性が排除されたわけではなかった。治罪法及び明治刑事訴訟法は捜査機関の被疑者取調べの権限について明確な規定がなく、それに対する法的規制もなかった。捜査官に対して強制処分権限を与えないという原則として、強制処分権限を予審判事に集中し、予審制度に実質的な捜査機能を期待していた。捜査機関が唯一強制権限を行使することができたのは、現行犯手続であり、それに対する規定は存在したものの、任意捜査としての被疑者取調べ<sup>531</sup>に関しては何らの手続規制も存在しなかった。事前の手続的規制もなく、事後の証拠法的規制も受けなかったため、捜査機関の任意捜査としての被疑者取調べにおいては、拷問を用いる運用が広がり、人権侵害が多く発生する事態に至った<sup>532</sup>。これにより、被疑者取調べにおいて、身体的な拷問は廃止されたかもしれないが、威嚇や脅迫による無形的な拷問は行われていたのである<sup>533</sup>。

大正刑事訴訟法は、捜査機関、とりわけ検察官の強制捜査権限を拡大・強化したことによって、公判前手続はほぼ完全に検察官に握られるようになった。そして、捜査段階で作

<sup>529</sup> 久保康正「大正刑訴法と供述を録取した書面」立命館法学316号(2007年)195以下参照。

<sup>530</sup> 小田中聡樹『刑事訴訟法の史的構造』(有斐閣、1986年)208頁。小田中は、戦時刑事特別法は「法外的暴力=人権蹂躪の許容、放任、それへの依存、その『合法化』という実質を持ち、強制捜査権限の拡大・強化や捜査書類(聴取書)への証拠能力付与による刑事手続の検察一元化と、被告人の基本的権利の剥奪(弁護権の制限、控訴権の剥奪など)により、簡易、迅速な刑罰権の実現を意図したもの」であったと評価している。また、戦時刑事特別法については、団藤重光「戦時刑事法の展開」法律時報14巻4号(1942年)、25頁;牧野英一「非常時立法としての刑罰法規の強化」法律時報13巻3号(1941年)、3頁参考。

<sup>531</sup> 任意捜査としての被疑者取調べは、明治30年以降、必要性が事実上大きくなるにつれ、判例・学説上認められるようになった。

<sup>532</sup> 多田・前掲注(200)91-92頁。

<sup>533</sup> 松倉・前掲注(475)236頁。

られた調書や聴取書が予審を左右し<sup>534</sup>、かつ、公判は予審で行った取調べの上塗りにすぎないから、公判過程も事実上検察が支配するという体制が作られた。したがって、戦前の刑事手続は、糾問主義的な検察官司法であった<sup>535</sup>。

## 第2節 旧刑事訴訟手続における自己負罪拒否特権

第1節で、明治初期に、拷問の廃止を実現するために、Boissonade が被疑者・被告人の沈黙の自由を保障することを日本政府に提言し、これをきっかけとして、日本国内において、自己負罪の供述に関心が向けられるようになったことを述べた。しかし、その時点において、自己に不利益な供述を拒否する権利を被疑者・被告人の人権という観点から指摘したことはなかった。本節においては、その後の戦前の刑事訴訟法における自己負罪拒否特権の議論状況及び立法状況について検討する<sup>536</sup>。

明治刑事訴訟法及び大正刑事訴訟法の下での自己負罪拒否特権に関する議論は、今日の中国における自己負罪供述強要禁止の条文をめぐる議論及び黙秘権の明文化のために示唆を与えるものと考えられる<sup>537</sup>。

### 第1款 治罪法

治罪法第146条は日本の刑事訴訟法の中で初めて無罪推定原則と自由心証主義を導入したと評価されており<sup>538</sup>、この条文をめぐる議論の中で、自己負罪拒否特権に関する意識の芽生えを窺うことができる。

第146条1項は、「法律ニ於テハ被告事件ノ模様ニ因リ有罪ナルノ推測ヲ定ムルコトナシ」と規定している。すなわち、治罪法は改定律例に定める「口供結案」の不合理性を認め、被告人の自白だけをもって罪を断ずることを禁止したのである。その理由として、学説上は、自己に不利益な自白を喜んで行う者はおらず、たとえ罪を犯しても刑罰から免れようとする「人情」であり、万が一真に自由かつ任意の意志で自白をする者がいたとしても、それはより大きい利益のために自白する可能性があるから、自白を容易に信用するのは危険であると考えたため、被告人の自白によって有罪推定をするのを禁止した<sup>539</sup>。さら

<sup>534</sup> 実際には、予審判事は検察官や警察官と変わらない糾問官吏と化していた。その最も大きな原因は、予審判事が検察官に対して従属的な地位にあり、検察官に顎で使われるような、そういう存在であったということである。小田中聡樹『現代刑事訴訟法論』（勁草書房、1977年）、7頁。

<sup>535</sup> 小田中・前掲注（534）5-6頁。

<sup>536</sup> 本款は、主に松倉・前掲注（475）；多田・前掲注（200）を参考にした。

<sup>537</sup> 明治刑訴法及び大正刑訴法における自己負罪拒否特権をめぐる議論の内容は、現在の中国における議論と似ている点が非常に多い。

<sup>538</sup> 三井・前掲注（454）6頁；井上操『治罪法講義・中』（知新社、1886年）194頁；堀田正忠『知罪法釋義 日本立法資料全集別巻』（信山社、2007年）436頁。

<sup>539</sup> 堀田正忠・高谷恒太郎『治罪法異同辨 第四拾八號』（就正学社、1883年）7-10頁。

に、イギリスの自己負罪拒否特権に言及し、被告人が自己に不利なことを供述しない権利について、同権利は弁護権により保障されるべきものであることが紹介されていた<sup>540</sup>。

第 146 条 2 項は、「被告人ノ白状官吏ノ検証調書証拠物件証人ノ陳述鑑定人ノ申立其他諸般ノ懲憑ハ裁判官ノ判定ニ任ス」と定め、自白を他の証拠と同様に心証の根拠となる資料にすぎないことを明らかにした。この条項の最大の目的は被告人の自白を獲得するための拷問を行わせないことであると評価された<sup>541</sup>。

被告人訊問において初めて自白の強制を禁止した条文としては、「予審判事ハ被告人ヲシテ其罪ヲ白状セシムル為メ恐嚇又ハ詐言ヲ用フ可カラス」と定めた第 150 条が挙げられる。これは予審判事の被告人訊問手続に対する規制であるが、予審判事に限って恐嚇及び詐言の利用を禁止したのは、これらの方法は独立公平な裁判官が採るべき方法ではなく<sup>542</sup>、これらが精神的拷問と同様の役割を果たすためであった<sup>543</sup>。

第 150 条によって、予審判事による被告人訊問は、単に被告人の自白を獲得する目的で行ってはならないとされたが、当時の実務は、被告人は弁解に努め、沈黙してはならないとされていた<sup>544</sup>。このような実務は、被告人の沈黙する権利に関する明文規定の欠如にも起因するが、より大きな原因は被告人訊問の目的にあった。すなわち、被告人訊問の目的は、被告人の供述を通じて、事件に関連する真実を発見すること及び被告人の弁解を聞くことである<sup>545</sup>。これらの目的はいずれも被告人を沈黙させるわけにはいかなかった。さらに注目すべき点は、当時の学説においても、被告人の弁解は自身にとって最も重要な弁護方法であると評価されていたことである<sup>546</sup>。予審判事の被告人訊問手続において、弁護人の選任権ないし立会権が認められていない状況下では、被告人がやむを得ず自ら弁解することは被告人にとっても唯一の防御方法であり、被告人が沈黙することは Langbein が述べているように「自殺行為」になりかねないといえる。

以上検討したように、治罪法は無罪推定、自由心証主義、恐嚇・詐言の禁止などを明文化した。これらの規定は被告人の自己負罪拒否特権を保障するための大きな前進であることは疑いない。しかし、最も強力な証拠としての自白の地位は変わらず、被告人は依然として予審判事の身体拘束を伴う秘密の取調べを受け、しかも弁護人選任権を認められなかったことから、被告人の供述は必要なものであった。

## 第 2 款 明治刑事訴訟法

<sup>540</sup> 堀田ほか・前掲注 (539) 9 頁。

<sup>541</sup> 堀田ほか・前掲注 (539) 10 頁。

<sup>542</sup> 横田國臣『治罪法講義』(金港堂、1881 年) 133-135 頁。

<sup>543</sup> 井上正一『日本治罪法講義』(博聞社、1889 年) 701-702 頁。

<sup>544</sup> 井上・前掲注 (543) 700 頁。

<sup>545</sup> 松倉・前掲注 (475) 202 頁。

<sup>546</sup> 堀田ほか・前掲注 (539) 10 頁。

明治23年に制定された明治刑訴法の下で、被告人の従来の「被告人ハ只審理ノ客体殊に証拠方法タル地位」は変わらなかったが、被告人の当事者的地位が認められ、同時に、限定的な弁護権<sup>547</sup>も与えられた<sup>548</sup>。

明治刑訴法第90条は、治罪法第146条第2項の自由心証主義を採用し、裁判所に、被告人の自白に対しても、他の証拠と同様に自由心証によって真否を判断しなければならないと規定した<sup>549</sup>。明治刑訴法第94条も治罪法第150条の内容をそのまま援用し、予審判事（公判裁判官にも準用されうる<sup>550</sup>）が被告人の自白を獲得するために恐嚇または詐言を被告人訊問に用いることを禁止した。その禁止の主たる理由も治罪法下における理由と同じく、恐嚇や詐言を用いる被告人訊問は拷問と等しい点及び、裁判官の威信にかかわる点などが挙げられていた<sup>551</sup>。このような規定があるにもかかわらず、実際には、裁判官ないし予審判事が被告人を恐嚇することは日常的に起こり、「罪ありと陳述すれば刑を軽くする、もし罪なしと言えれば重くする」と被告人に自白させようとすることもあったことから、実際に本条が適用されることは稀であった<sup>552</sup>。

このような実務は、明治刑訴法においても、被告人の供述は事案の真相解明に欠かせない要素であったことが考えられる。明治刑訴法下では、被告人訊問の必要性について、被告人訊問の真実発見における重要性を認めつつ、被告人に自分のために弁解する機会を与えることの重要性も強調されるようになった<sup>553</sup>。すなわち、被告人の訊問は被告人に訴訟上の権利を主張する機会を与えることができるとし<sup>554</sup>、無実の被告人は訊問手続において自身が冤罪であることを弁解することができ、弁解することがない被告人であっても、沈黙する自由があるため、供述を強制されないと積極的に解したのである<sup>555</sup>。

被告人の真実供述義務の認否問題をめぐっては、「被告人ハ自己ニ不利益ナル証拠ヲ提出スルノ義務ヲ負ハス」という自己負罪拒否特権の原則が刑事訴訟法において一般的に適用されるべきであることが多くの学者たち<sup>556</sup>に主張されるようになり、被告人の供述拒否権が認められるようになった<sup>557</sup>。このような動きの中で、主に4つの理由から、被告人の供述義務を消極的に解する見解が一般的となった。第1に、被告人は当事者として防御権

<sup>547</sup> 被告人は予審において弁護人を選任することが認められなかった。（明治刑事訴訟法第87条-89条）

<sup>548</sup> 松倉・前掲注（475）204頁；富田山壽『最近刑事訴訟法要論 上巻』（有斐閣書房、1911年）396頁。牧野英一『増訂刑事訴訟法全〔増訂8版〕』（有斐閣、1921年）239-240頁。

<sup>549</sup> 富田・前掲注（548）396-397頁。

<sup>550</sup> 牧野・前掲注（548）245頁。

<sup>551</sup> 龜山貞義『刑事訴訟法論 卷之二』（明法堂、1894年）651頁；牧野・前掲注（548）245頁。

<sup>552</sup> 磯部四郎『刑事訴訟法 完』（東京専門学校、1896年）190-191頁；松倉松太郎『刑事訴訟法玄義 下巻』（敝松堂書店、1917年）1450頁。

<sup>553</sup> 富田山壽「刑事弁護論 附改正刑事訴訟法草案ノ論評」京都法学会雑誌3巻7号（1908年）37頁以下；富田・前掲注（548）420-421頁。

<sup>554</sup> 林頼三郎『刑事訴訟法・完』（中央大学、1917年）390頁。

<sup>555</sup> 龜山・前掲注（551）660頁。

<sup>556</sup> 被告人の供述義務を肯定する学者の中でも、自己負罪拒否特権の妥当性を認めた者がいる。富田・前掲注（548）420-421頁。

<sup>557</sup> 富田・前掲注（548）420-421頁。

を行使する権利を有する。自分に不利益なことを供述するように義務づけるのは被告人の防御権と相容れない。第2に、明治刑訴法の法文上、被告人の供述義務を肯定する条文はない。第3に、直接的または間接的に被告人の真実供述義務の履行を強制する方法はない。第4に、明治刑訴法第94条の恐嚇や詐言の禁止規定から、法が被告人の真実供述義務を否定していることが推定できる、とするものである<sup>558</sup>。

学説上は被告人の真実供述義務が否定され、沈黙を守る自由を有するという見解が通説となったものの<sup>559</sup>、実際には、公判において被告人が黙秘することは被告人にとって不利益となるだけであった<sup>560</sup>。ただし、被告人が虚偽の供述をしても、偽証の責任を負うことがなく、制裁されることもなかった<sup>561</sup>。

### 第3款 明治刑事訴訟法改正

明治刑事訴訟法制定以後、明治32年、明治34年、大正5年に改正が行われた。改正案の諸問題をめぐる当時の議論は現在の日本の刑事手続の特徴を説明するための手がかりとなりうるし、中国における今日の議論とも類似するところが多い。特に、被告人の供述義務を肯定する意見は、中国における黙秘権否定論そのものである。被告人の供述義務を否定する意見は、中国における黙秘権の反対意見に積極的な影響を与えると考える。

#### 第1項 弁護人依頼権

捜査段階における弁護人依頼権について、捜査は秘密を要する点が多いが故に、明治34年案は被疑者に弁護人選任権を認めなかった。これに対して、弁護士会や学者たちは、捜査手続における弁護人の必要性を述べ、被疑者の弁護人依頼権を認めることを訴えた<sup>562</sup>。富田山壽は、捜査当局者が必ずしも不法・不正な手段を用いているというわけではないが、検察官や司法警察官によって発見された証拠資料や作成された調書の中には、真実と一致しないものがあるため、捜査段階から被告人に弁護人の選任を認め、捜査手続において生ずる不法を減ずるべきであると主張した<sup>563</sup>。弁護士たちは、捜査段階に弁護人を立ち合わせることは警察による取調べ中の拷問を防止するために最も効果的な方法であると述べ、捜査段階における弁護人立会権を認めることを主張した<sup>564</sup>。

<sup>558</sup> 松倉・前掲注(475)209-210頁。

<sup>559</sup> 亀山・前掲注(551)660頁。

<sup>560</sup> 松倉・前掲注(475)210頁。木下哲三郎『刑事訴訟法講義卷之一』(講法会出版)298頁。

<sup>561</sup> 松倉・前掲注(475)210頁。

<sup>562</sup> 松倉・前掲注(475)214頁。

<sup>563</sup> 富田・前掲注(553)43頁；松倉・前掲注(475)252頁。

<sup>564</sup> 「拷問事件と世論」(岸清一談)法律新聞1112号(1916年)16頁。

予審の被告人訊問における弁護人立会権についても、明治34年案は、弁護士会及び学界の意見に反して<sup>565</sup>、それを認めなかったのである。その主たる理由は、弁護人の立会いを許すと、被告人に何も供述させないおそれがあるという点であった。この点を反駁し、予審における弁護人の立会権に賛成する意見は多く存在した。その代表者として、富田山壽は、弁護人は、被告人が最も信頼できる味方であり、弁護人の面前でいるからこそ、自ら供述したいことを供述し、当該事件の経緯を明確に弁護人に伝えることができるとし、供述の意思がない被告人は、弁護人がいなくても供述しないと述べた<sup>566</sup>。すなわち、被告人が事件の経緯について供述しようとも、あるいは自分のために弁明をしようとも、弁護人がその場に立会うことによってより供述しやすくなるという立場をとったのである。

大正5年案<sup>567</sup>が制定されたことによって、被告人は、予審の請求ないし公訴提起があったとき、いつでも弁護人を選任することができるようになった。すなわち、予審判事が被告人を訊問するとき、被告人に弁護の機会を得させ、かつ、予審終了前に被告人に嫌疑の根拠を告げ、弁解させることが規定された<sup>568</sup>のである。予審段階における弁護人の立会いを認める場合についての規定も設けたが<sup>569</sup>、予審判事が急を要する処分であると判断する場合、弁護人の立会いを制限すると規定したため、弁護人立会権は事実上ほとんど実現することがなかった<sup>570</sup>。

## 第2項 被告人の供述義務・訊問回答義務

被告人の供述義務について初めて否定的な法文を制定したのが大正5年案である。大正5年案第131条は、「被告人ニ対シテハ被告事件ヲ告ケ其事件ニ付キ陳述ス可キコトアルヤ否ヲ問ヒ其利益ト為ル可キ事実ヲ陳述スル機会ヲ与フ可シ」と規定した。これを提案した起草委員によれば、同条文は、被告人訊問の前に、必ずしも質問に答弁する義務はない旨を被告人に告知することを予審判事に義務付け、被告人に対する供述の強制の防止を

---

<sup>565</sup> 新潟県弁護士会は、刑事訴訟法改正に対する意見として、被告人に、弁護権を公判または予審だけでなく、警察署及び検事廷においても等しく行使することができるようにすべきであると述べた。予審段階からの弁護人付与について、花井卓蔵は、被告人に弁護人を予審段階から付与することによって、被告人の防禦弁護の権利を十分に行使させたいと主張した。また、横浜弁護士会の刑法及び刑事訴訟法改正案に対する意見として、「第三予審に弁護人を付する精神を貫徹すべきである」ことを挙げた。というのも、被告人等に犯罪を自白する義務を課さないことを認めた文明法律を採用した結果として必然の結果であるからである。なお、宇都宮弁護士会も、予審における被告人に対する弁護人付与を求めた。松倉・前掲注(475)252頁。

<sup>566</sup> 富田・前掲注(553)43頁；松倉・前掲注(475)214頁。

<sup>567</sup> 「改正刑事訴訟法草案」法律新聞1184号(1916年)5頁以下。

<sup>568</sup> 大正5年案第272条、273条。平沼駿一郎「刑事訴訟法改正案の要旨(九)」法律新聞1232号(1917年)14頁参考。

<sup>569</sup> 大正5年案第152条、第171条、第175条、第219条、第228条。

<sup>570</sup> 第152条但書。大場茂馬「刑事訴訟法改正案評(四)」法律新聞1188号(1916年)15頁。松倉・前掲注(475)215-216頁。

図ったという<sup>571</sup>。

大正5年案公表直後、実務（特に裁判所）において、第131条の内容を制限する旨の主張がなされたが、学者の間では積極的な評価がなされた。すなわち、第131条は、被告人の供述義務について、明確に肯定ないし否定をしなかったものの<sup>572</sup>、被告人の訊問回答義務を明確に否定したとし、これは人権尊重の規定として称賛すべきである<sup>573</sup>としていた。しかし、文言の曖昧さについての指摘もあり<sup>574</sup>、内容についても、さらなる充実が必要であるという意見も存在していた。例えば、被告人に対する供述の自由及び弁護人選任権に関する告知、被告人が拒絶しない場合にのみ訊問を行うこと、被告人の回答拒否を認めること等が提案され、条文に定められることが求められた<sup>575</sup>。「すでに被告人の親族より被告人に不利益な証言を行うことを拒むことを認める以上は、被告本人に対しても又自己に不利益な陳述を行うことを拒む権利があることを認めなければならないことは、その必然の結果といわなければならない<sup>576</sup>」という主張がなされ、被告人が自己に不利益な事実を供述するよう義務づけられない旨を明文化することが要求されたのである<sup>577</sup>。

他方で、第131条が被告人の訊問回答義務を否定しているという解釈に対して疑問を呈する意見もあった。すなわち、被告人を訊問することは、被告人から何らかの陳述を得ることを目的としているから、被告人は常に適法な訊問に対しては、肯定ないし否定の回答をする義務があるということである<sup>578</sup>。さらに、回答の内容の真偽について、国家は被告人から虚偽の回答を望むわけではないため、被告人に「訊問に対してありのままの事実を陳述する義務」を課することは正当であると主張した<sup>579</sup>。つまり、被告人は真実を供述しなければならないということである。

被告人の供述義務を肯定する理由としては、次の3点が挙げられていた。まず、訊問

<sup>571</sup> 大場茂馬「刑事訴訟法改正案評（五）」法律新聞1189号（1916年）16頁；岸井辰雄「被告人の訊問と刑訴改正案」日本弁護士協会録事221号（1917年）19頁。本条は、鳩山和夫と菊池武夫の提案に基づくものである。

<sup>572</sup> 被告人の供述義務を否定する（大正5年案）起草委員は、「被告人が公判において弁論の機会を与えられたにもかかわらず陳述しない場合、裁判官はその弁論を聴かず判決をすることができる」と述べ、被告人の供述義務を否定した。

<sup>573</sup> 「改正刑事訴訟法草案評（三）」法律新聞1189号（1916年）3頁。

<sup>574</sup> 小田中・前掲注（483）27頁。大場・前掲注（571）16頁。

<sup>575</sup> 『刑事訴訟法改正案（大正五年案）ニ対スル意見書』（1918年）93-94頁；岸井・前掲注（571）19-20頁。これらの意見は、大正5年案が弾劾主義を採るのであるから、被告人の当事者的地位及びその権利を保障するために、供述義務を否定し、拷問を防止しなければならないとした。播磨辰治郎「刑訴法改正の根本義糺問主義か弾劾主義か糺問併用か」日本弁護士協会録事216号（1917年）31-33頁参考。また、被告人訊問制度自体の廃止及び被告人の自白を証拠から排除するという提案もあり、これは被告人の心理状態を考えれば当然のことであるとする主張があった。このような主張は、イギリスの刑事裁判の影響を受けたという。松本重敏「刑事訴訟法改正案を評す（五）」法律新聞1202号（1916年）5頁。

<sup>576</sup> 大場・前掲注（571）16頁。

<sup>577</sup> 東京弁護士会調査委員未定稿「刑事訴訟法改正案修正意見概要」法律新聞1291号（1917年）7頁。このことを提案することは、糺問主義を廃止したとしても、その意義は不明確であるから、弾劾主義の意味を明白にするためであるとした。

<sup>578</sup> 宮本英脩「刑事訴訟法改正案ニ就テ（三、完）」京都法学会雑誌12巻5号（1917年）127-131頁。

<sup>579</sup> 宮本・前掲注（578）127-131頁。

回答義務と犯罪事実の自白義務とは主体を異にする義務であり、混同してはならない。つまり、被告人のうち、真犯人は自白義務を課されるが、無実の被告人は犯罪事実を否認する旨を述べる義務がある。真犯人の自白義務は、国家の刑罰権に服すべき義務に由来し、真犯人以外の者の供述は、自分のための弁明や裁判所の手続進行の促進のためになる。次に、被告人に供述義務を負わせても、この法律上の義務は、当然法律上の強制を伴うわけではない。供述義務を根拠に、拷問等を用いて被告人の供述を強制することは、官憲の人権に対する根本の思想に問題があることを表す。さらに、正当に被告人が義務として法律に服すべきことを説明して自白させることは不法ではない。法律で被告人の供述義務を認めることは、法が国民の準則、最高の善を示すことであり、立法の理想にかなう。しかし、被告人の供述義務を全く認めなければ、義務意識の発動の余地も残されない<sup>580</sup>。

大正第 131 条は被告人の供述義務を否定したとする学説が圧倒的であったが、実務においては、被告人の供述義務を肯定した運用がなされ、本条は空に帰したに過ぎなかった。

#### 第 4 款 大正刑事訴訟法

大正 13 年（1924 年）1 月 1 日に施行された大正刑訴法は、被告人の当事者としての地位を確保し、被告人の防御権を強化した。被告人はその供述が証拠として利用されるという意味で証拠方法の 1 つである地位は変わらなかったが、訴訟の当事者かつ主体たる地位に重きが置かれ、被告人の防御権としての弁護権<sup>581</sup>が認められるようになった。しかし、捜査手続きにおける被疑者<sup>582</sup>の弁護権は認められなかった。

被告人の自白の最も重要な証拠としての地位は変わらず、被告人の供述はその利益と不利益とを問わず、重要な証拠資料とされた<sup>583</sup>。しかし、被告人の自白を獲得するために、供述を強制することは法文上禁止され、また、被告人の自白のみで事実を認定することも禁止された<sup>584</sup>。

被告人訊問について、大正刑訴法第 134 条は、「被告人ニ対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」と規定した<sup>585</sup>。同条文によれば、被告人を訊問するとき、あらかじめ、被告事件を告げ、事件について述べたいことがあるかないか

<sup>580</sup> 宮本・前掲注（578）127-131 頁；松倉・前掲注（475）218-220 頁。

<sup>581</sup> 当時、弁護権とは、被告人が訴訟において不当な不利益を被ることのないように、法律によって許された各種の権利または自由（取調べに対する沈黙の自由も含む）であると理解されていた。宮本英脩『改訂刑事訴訟法講義第一分冊』（弘文堂書房、1930 年）114-117 頁。

<sup>582</sup> 大正刑訴法は、公訴提起前に取調べを受ける者を被疑者と称するとし、公訴を受けた者を被告人と称するとした。平沼騏一郎『新刑事訴訟法要論〔再版〕』（松華堂、1923 年）49 頁参考。

<sup>583</sup> 小野清一郎『刑事訴訟法講義全〔合冊第五刷〕』（有斐閣、1926 年）283-284 頁；小野清一郎「刑事訴訟法」末広嚴太郎編『新法学全集第 20 卷』（日本評論社、1938 年）74-75 頁。

<sup>584</sup> 林頼三郎『刑事訴訟法要義総則下巻』（中央大学、1923 年）246-247 頁；小野・前掲注（583）68 頁；

<sup>585</sup> その代わりに、明治刑訴法第 94 条の被告人を自白させるために恐嚇・詐言を用いてはならないという規定を削除した。『刑事訴訟法案理由書』（法曹会、1922 年）95 頁。

を聞き、供述したいことがあれば供述の機会を与えなければならないことになる。なぜなら、被告人の供述は裁判における最も有力な証拠であることは間違いないが、被告人はあくまで取調べの客体ではなく、訴訟当事者かつ防御の主体であるため、供述を強要すべきではないからである。したがって、同条文は、被告人に供述の権利を認める一方で、供述の義務がないこと、及び訊問の目的は被告人の当事者としての防御権を行使する機会を与えることであることを明らかにした<sup>586</sup>。

また、第 315 条は、「被告人ニ対シテハ丁寧深切ヲ旨トシ其ノ利益ト為ルヘキ事実ヲ陳述スル機会ヲ与フヘシ」と規定した。同条文の趣旨は、被告人訊問の目的は、被告人に利益となる事実を供述する機会を与えることであるから、被告人に冷静に言いたいことを言わせるために、訊問者は丁寧かつ親切な態度で被告人訊問に臨むべきであるという点にある<sup>587</sup>。つまり、被告人は訴訟上の経験がないが故に、訊問者が冷酷な態度をとれば、被告人は畏縮してしまい、自己に利益となる事実を十分に供述できないおそれがあるということである。訊問権者は、被告人に十分防御権を行使させなければならず、被告人訊問に臨む際、尊敬の意を失わず、畏怖の念を抱かせず、常に被告人の利益となる事実を述べる機会を与えることに留意し、その言おうとすることを尽くさせなければならない<sup>588</sup>。しかし、同条文は訓示的規定であるため、同条文が定める遵守事項を違反した場合、訊問者は懲戒の責任を免れないとする見解が一般的であったが<sup>589</sup>、さらに進んで、第 135 条を含む刑事訴訟法の各規定は、被告人の人権保障のために設けられており、この不遵守が行為の無効を導かなければ意味がないという主張もあった<sup>590</sup>。

以上言及した第 134 条及び 135 条を含むすべての被告人訊問に関する規定は、検事及び司法警察官が被疑者訊問を行う場合にも準用するものとされた<sup>591</sup>。これによって、初めて捜査手続における被疑者訊問に明確な規制が置かれるようになったのである。

以上概観したように、大正刑事訴訟法下では、被告人の当事者的地位ないし防御の主体としての地位が強調されたため、被告人訊問の目的は被告人の自白を求めることではなく、被告人に弁解の機会を与えることであると理解されていた<sup>592</sup>。このような考え方の影響で、被告人の供述義務を否定する見解が通説となり、訊問権者による被告人の供述の強

<sup>586</sup> 『刑事訴訟法案理由書』・前掲注（585）94-95 頁。

<sup>587</sup> 林頼・前掲注（584）1-4 頁。

<sup>588</sup> 平沼・前掲注（582）299-300 頁。松倉・前掲注（475）226 頁。

<sup>589</sup> しかし、この点については、「法律に訓示的規定を設けた以上は、その官職にある者がこれを遵奉しない場合には、懲戒の責任を免れないことは当然である。その点については別に何等の規定も訓令も必要ないと思うが、政府はこの法案を実施するにあたり、この法案の精神を実現するよう努めなければならない。実際の必要に応じて訓令することかもしれないと思っている」とする意見があった。『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員会議録』（法曹会、1922 年）303-304 頁。

<sup>590</sup> 小田中・前掲注（530）278 頁。

<sup>591</sup> 『刑事訴訟法案理由書』・前掲注（585）93-94 頁。被告人が判事の訊問に対してすら答える義務がないから、捜査手続において検察官の訊問に答える義務は当然ない。『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員会議録』・前掲注（589）303-304 頁参考。

<sup>592</sup> 平沼・前掲注（582）298-299 頁。

要や促進は不当であると認識されるようになった<sup>593</sup>。

## 第5款 戦時刑事訴訟法

戦時下の刑事訴訟法は、捜査機関の犯罪検挙率を高めるために、被疑者・被告人の供述義務を強化したのであるが、それでも、被告人の供述義務及び真実供述義務に対しては消極的な見解が一般的であった<sup>594</sup>。しかし、この時期に、一部の学者や捜査関係者による、被告人の供述義務を肯定する意見が示されている<sup>595</sup>。

例えば、団藤重光は、被告人の当事者的地位から直ちに被告人の供述義務を否定することは、行き過ぎであるとし、被告人の供述義務を認めるべきであると主張した。ただし、自白強要は自白の信用性を著しく妨害すること、自白を強要する刑事手続は、糾問手続に復帰することになりかねないこと等の理由を挙げ、被告人の供述義務を認めることは解釈論として困難であると主張した<sup>596</sup>。

また、自己の犯罪事実に関して供述する義務は負わないが、自己の弁護のために供述する義務はあるとする主張もあった。つまり、被告人に自白を強いることは被告人の当事者の地位を無視することになるため禁止されるが、自白以外のことであれば、被告人に不利益な事実であっても、その供述を強制することは禁止されないということである<sup>597</sup>。

さらに、もう一つの意見は、被告人訊問の本質は、司法機関が司法権の行使として被告人に一定の事実を要求することであるため、被告人訊問において、被告人は何らかの答弁をすることが期待されていることは当然であるという理由に基づき、被告人の供述義務を認めた<sup>598</sup>。

被告人の供述義務を積極的に肯定した意見もある。その内容は、捜査機関及び被告人は、真実の発見ならびに公正な裁判のために協力すべき「当事者」であり、検事は被告人の不利益なことだけを挙げず、被告人の利益のためにも弁護すべきであり、被告人は自己のために防御する権利はあるものの、真実発見を妨げることは許されない<sup>599</sup>とするものである。

被告人の真実供述義務についての意見は、供述義務の肯定ないし否定の立場と関係なく、意見が分かれているが、主に①法による被告人の真実供述義務は認めなければならないが、被告人が真実を述べないとしてもやむを得ず、また、大正刑訴法によれば、被告人

<sup>593</sup> 日沖憲郎『刑事訴訟法』（非凡閣、1935年）260頁。

<sup>594</sup> 松倉・前掲注（475）232-233頁。

<sup>595</sup> 中国における黙秘権反対論と同趣旨の論調であるため、概観しておく。

<sup>596</sup> 団藤重光『刑事訴訟法綱要』（弘文堂書房、1943年）415-416頁。

<sup>597</sup> 小野清一郎『全訂刑事訴訟法講義〔全訂第三版〕』（有斐閣、1933年）318-320頁。

<sup>598</sup> 安平政吉「被告人訊問の本質に就いて——刑事訴訟法精神の展開——」同『団体主義の刑法理論』（巖松堂書店、1935年）406-420頁。

<sup>599</sup> 小野清一郎「満州国の刑事訴訟法について」法学協会雑誌 56巻2号（1938年）148-149頁。

に対して偽証の制裁をもって真実供述を強制していないため、「法律的な義務としては不完全なものである<sup>600</sup>」、または、「被告人の虚偽の供述は違法であるが、責任を免除した<sup>601</sup>」とする立場と、②被告人は真実供述義務が課されないため、虚偽の供述をしても偽証罪の制裁を受けることはないが、虚偽の供述をする権利は認められないとする立場が代表的であった<sup>602</sup>。いずれの立場においても、被告人が虚偽を述べる権利を否定したのである。

## 第6款 本節のまとめ

明治初期における拷問廃止の動きの中で、被告人の供述の自由について議論されるようになったが、「自己負罪は人情ゆえになしえない」という考え方にとどまり、被告人の人権として取り上げることはなかった。治罪法の下でも、自己に不利益な供述を拒否することは、基本的な権利として認められなかった。

ところが、明治刑事訴訟法において、弾劾主義が導入されたことにより、被告人に対する訊問の目的及び被告人の供述義務が見直されることとなった。このことを契機として、被告人は自己に不利益な行為を強制されないという自己負罪拒否原則が積極的に引用されるようになったのである。

そして、明治刑事訴訟法の改正において、顕著な発展を遂げた自己負罪拒否原則の議論は、大正刑訴法の制定に積極的な影響を与えた。大正刑事訴訟法は、被疑者・被告人の訴訟の主体としての地位を認め、被疑者・被告人に弁解の機会を与えることを取調べの目的としたのである。大正刑事訴訟法第134条については、黙秘権が理論的に認められていたと解することができ、したがって、被疑者・被告人の供述義務を否定し、自白の強要を禁止したとする理解も妥当であろう。ただし、被疑者・被告人の供述義務を認めるか否かに議論の焦点が当てられていたことから、自己負罪拒否特権の消極的な側面だけが配慮されていたといえる。

しかしながら、大正刑訴法は、被疑者取調べの際の黙秘権の告知を明確に規定しなかった。さらに、被疑者の弁護権を認めておらず、かつ、自白法則等による事後の証拠法的規制も存在しなかったことから、実務上、被疑者・被告人の供述は相変わらず重要視され、被疑者は取調べ手続において、何らかの供述をすることが期待されていた。このような状況下で、被疑者取調べは事実上被疑者の供述を強制するものとなっていたのである。この段階における自己負罪拒否権は、「単に理論として紙上の存在たるに止まり、現実の生活を動かす力となり得なかった<sup>603</sup>」と評価されることもそれ故であろう。

<sup>600</sup> 小野清一郎「刑事訴訟法」末広嚴太郎編『新法学全集第20巻』（日本評論社、1938年）75頁。

<sup>601</sup> 瀧川幸辰『刑事訴訟法全』（京都帝国大学法学部講義）198-201頁。

<sup>602</sup> 安平政吉『日本刑事訴訟法』（南郊社、1938年）348-349頁；団藤・前掲注（596）415-416頁。

<sup>603</sup> 佐伯千仞「いわゆる黙否権について」同『刑事裁判と人権』（法律文化社、1957年）148-149頁。

以上、大正刑事訴訟法下で、自己負罪拒否原則は理論上認められたのであるが、黙秘権の権利内容は消極的側面に限られており、さらに、消極的側面さえ実質的に保障されなかったということがいえよう。

### 第3節 日本国憲法及び現行刑事訴訟法における黙秘権の導入

戦後制定された日本国憲法及び現行刑事訴訟法は、黙秘権を含む被疑者・被告人の基本的権利を明文化し、被疑者・被告人の地位を著しく変化させた。戦時刑事特別法下の人権蹂躪の許容・放任、捜査機関の捜査権限の拡大、被告人の基本的権利の欠落等は、戦後の立法によって是正されるようになった。本節においては、日本国憲法及び現行刑事訴訟法の制定経緯を概観する中で、主に、被疑者の黙秘権に関する条項である憲法38条1項及び現行刑事訴訟法198条2項の制定過程を検討する。

#### 第1款 日本国憲法38条1項の制定過程

1949年、ポツダム宣言が受諾されると同時に、日本の最高権力となった連合国最高司令官総司令部（General Headquarters of the Supreme Commander for the Allied Powers : GHQ）による司法制度改革が進められた。

同年12月6日、GHQの民政局法規課長であったMilo E. Rowell<sup>604</sup>は、「日本の憲法についての準備的研究と提案のレポート（REPORT OF PRELIMINARY STUDIES AND RECOMMENDATIONS OF JAPANESE CONSTITUTION）」において、憲法改正案には、自己に不利益な証言をするよう強制されないことが含まれていなければならないことを提案した<sup>605</sup>。さらに、Rowellは、1946年1月11日付「私的グループによる憲法改正草案に対する所見」において、日本の刑事人権規定の不備及びその不備を補うために設けるべき手続保障について以下のように指摘した。すなわち、「刑事被告人の権利、および法執行機関の行なう取調についての制限に関する条項は、一切省かれている。日本では、個人の権利の最も重大な侵害は、種々の警察機関、とくに特別高等警察および憲兵隊の何ら制限されない行動並びに検察官（検事）の行為を通じて行なわれた。あらゆる態様の侵害が、警察および検事により、一般の法律の実施に際し、とりわけ思想統制法の実施に際して、行なわれた。訴追されることなくして何ヶ月も何年間も監禁されることは、国民にとって異例のことではなく、しかもその間中、被疑者から自白を強要する企てがな

<sup>604</sup> 総司令部民政局行政部の法規課長として、日本の政治的慣行を調査すること、及び憲法改革の領域の進展過程に注目することという任務を与えられていた。マッカーサー草案作成に重要な役割を果たした。

<sup>605</sup> 高柳賢三・大友一郎・田中英夫編著『日本国憲法制定の過程 I 原文と翻訳——連合国総司令部側の記録による——〔初版〕』（有斐閣、1972年）8-9頁。

されたのである。訴追されることがないまま拘禁されていることがないようにするための憲法上の保障を要求することが、非常に必要であると考え。拷問を禁止する第 9 条 4 の規定に加えて、法執行機関がサード・ディグリー的手段（拷問）を用いることを少なくするため、刑事被告人は自己に不利益な証言を強要されないことを定める規定、および逮捕された場合ただちに弁護人を依頼する権利を認める規定を、憲法に設けることが必要であると考え。自白は、弁護人の立会いのもとでなされたのではないかぎり、いかなる法廷手続においても、これを証拠にすることができないという憲法上の規定が必要であるとの意見の表明があった。……」と言及していた<sup>606</sup>。この覚え書きによれば、日本の私的グループは、改正案が憲法として承認を受けるためには、「自己負罪についての保護を確立すること」が不可欠であることを指摘した<sup>607</sup>。このような問題意識に基づき、GHQ はマッカーサー草案 30 条-39 条において、刑事人権規定を提案したのである<sup>608</sup>。

1945 年 10 月から、日本政府による憲法改正作業が本格化する一方で、政党や民間団体も憲法改正について、検討を始めた。そして、同年 11 月から、各政党及び各種の民間憲法草案が續々と発表されるようになった<sup>609</sup>。これらの草案に対し、総司令部は、「不合理な搜索、逮捕または押収に対し保障する何らかの規定、ないしは犯罪の告発と起訴に関し個人に与えられる何らかの他の保護の規定が欠けている」と批判的であったが<sup>610</sup>、後の GHQ の憲法草案作成の際に最も役立つものであったといわれている<sup>611</sup>。

日本政府が行おうとしている憲法改正の内容が「きわめて保守的な性格のもの<sup>612</sup>」であると判断した総司令部は、1946 年 2 月に、憲法草案起草のための作業班を構成し、憲法草案の起草作業を開始した。討議において、Rowell は、「日本では伝統的に、検察官は、自白を手に入れるまでは事件を裁判所に持ち出したがらず、そのために、公訴を提起する以前に自白を得るためには、精神的肉体的拷問をしたり、おどしたり、どんなことでもする」という問題を指摘した。そして、Whitney 民生局長は、Rowell の指摘に共感し、自白

<sup>606</sup> 高柳他・前掲注（605）28-30 頁；高野隆「刑事人権規定の制定過程」憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』（日本評論社、1997 年）113-114 頁。Rowell が戦前の日本の刑事手続の実情について日本の法曹（おそらく戦前に刑事弁護に携わった弁護士）から情報を得ていたと推測されている。

<sup>607</sup> 高柳他・前掲注（605）35 頁。

<sup>608</sup> 上野勝「憲法的刑事手続の問題意識と研究過程」憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』（日本評論社、1997 年）5 頁。

<sup>609</sup> 芦部信喜、高橋和之、高見勝利、日比野勤（編著）『日本国憲法制定資料全集（2）——憲法問題調査会参考資料日本立法資料全集 72』（初版、信山社、1998 年）355-360 頁；高野・前掲注（606）103 頁。

<sup>610</sup> 佐藤達夫『日本国憲法成立史第二卷〔初版〕』（有斐閣、1964 年）880 頁。総司令部民政局「Political Reorientation of Japan, September 1945 to September 1948」は、「私的草案及び民間草案のすべてから最も目立って欠けていたものは、不合理な搜索、逮捕または押収に対し保障する何らかの規定、ないしは犯罪の告発と起訴に関し個人に与えられる何らかの他の保護の規定であった。これには恐らく二つの理由がある。日本にもまた他の東洋の国々にも、無罪の推定は存在しなかった。国家との争に捲きこまれることとなった個人は、運を天に任せるよりしかたがなかった。個人が争に捲きこまれない保障はあったとしても、一度捲きこまれてしまうと、彼にはもはや立場がなかった。人は、隣人であれ権威であれ、いずれとも公然と争うことをさけた。また、恐らくは、裁判官の独立という規定が、裁判手続を改善し訴訟の当事者に保護を増加する結果になるだろうと考えられていた。」と消極的な評価をしていた。

<sup>611</sup> Charls L. Kades「日本国憲法制定におけるアメリカの役割（上）」法律時報 65 卷 6 号（1993 年）34 頁。

<sup>612</sup> Whitney 民生局長の 1946 年 2 月 2 日付覚書。高柳ほか・前掲注（605）84-86 頁。

の濫用を防止するためには、「強制、拷問もしくは脅迫による自白または不当に長く抑留もしくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない」という規定を置くべきことを主張した<sup>613</sup>。

GHQ 草案は、2月11日に確定され、翌12日に当時連合国最高司令官であった Douglas MacArthur(マッカーサー)の承認を得、13日に日本政府に示された。この GHQ 草案(「マッカーサー草案」と呼ばれる。正式な名称は「Draft as submitted to the Japanese Government by the General Headquarters, SCAP, on February 13, 1946」)<sup>614</sup>38条1項は、「何人モ自己ニ不利ナル証言ヲ爲スコトヲ強要セラレサルヘシ (No person shall be compelled to testify against himself)<sup>615</sup>」と規定されていた<sup>616</sup>。

2月22日に、閣議は GHQ 草案をもとに日本案を作成することを決定し、翌月2日に最初の政府案(3月2日案)が作成された。「3月2日案」は、GHQ 草案が規定する権利をすべて削除しあるいは制約する方向で作成された<sup>617</sup>ものである。同案は、3月4日に総司令部に届けられ、審議の土台とされたが、GHQ 草案と「すっかりちがっている」と評価され、刑事人権規定に関する審議は、GHQ 草案を土台にして進められた<sup>618</sup>。これにより、「3月5日案」における刑事人権規定はその大部分が GHQ 草案に基づくものとなった<sup>619</sup>。そして、「3月6日要綱」は、「3月5日案」とほぼ同一の内容であり、若干の字句の訂正がなされ、要綱の形式が採用された。「3月6日要綱」は、正式の閣議を経たうえで、「憲法改正草案要綱」として内閣から発表された<sup>620</sup>。その後、日本政府は、4月2日、9日、12日に行われた GHQ 側との交渉の結果を踏まえ、4月13日に「憲法改正草案」を完成させると17日に正式に発表した。

自己負罪拒否特権についての条文は、次のような変化がある。「3月2日案」は、「第三章 国民ノ権利及義務」において、「何人ト雖モ自白又ハ自己ノ不利益ナル証言ヲ為スコトヲ強制セラルルコトナシ」(第32条第1項)という規定を置いたが、「3月5日案」に

<sup>613</sup> 高柳ほか・前掲注(605)212-214頁。

<sup>614</sup> 内藤頼博「終戦後の司法制度改革の経過(第一分冊)」同『同第1巻日本立法資料全集別巻91』(信山社、1997年)96頁；佐藤達夫・佐藤功(補訂)『日本国憲法成立史第三巻〔初版〕』(有斐閣、1994年)15-16頁。

<sup>615</sup> 第一次試案では、No person shall be compelled to testify against himself, nor shall be the testimony of a wife or husband be accepted in evidence against the spouse of such wife or husband と規定したが、第二次試案では、nor shall be 以下の部分がカッコ書きになり、その後のマッカーサー草案になって、カッコの部分が削除されるに至った。小坂井久「第38条第1項」憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』(日本評論社、1997年)414頁。

<sup>616</sup> 第38条第2項は「自白ハ強制、拷問若ハ脅迫ノ下ニ爲サレ又ハ長期ニ亘ル逮捕若ハ拘留ノ後ニ爲サレタルトキハ證據トシテ許容セラルヘシ (No confession shall be admitted in evidence if made under compulsion, torture or threat, or after prolonged arrest or detention.)」第3項は「何人モ自己ニ不利益ナル唯一ノ證據カ自己ノ自白ナル場合ニ於テハ有罪ノ判決又ハ刑ノ宣告ヲ受クルコト無カルヘシ (No person shall be convicted or punished in cases where the only proof against him is his own confession.)」であった。

<sup>617</sup> GHQ 草案と「3月2日案」の主な相違点についての詳しい内容は、高野・前掲注(606)127-128頁。

<sup>618</sup> 佐藤ほか・前掲注(614)119-128頁。

<sup>619</sup> 高野・前掲注(606)132頁。

<sup>620</sup> 佐藤ほか・前掲注(614)200-204頁。

においては、日本政府と Charles L. Kades 及び Alfred R. Hussey による検討の結果、「何人モ自己ニ不利益ナル証言ヲ為スコトヲ強要セラレサルヘシ」(第 34 条第 1 項) という規定を設けた。「3 月 6 日要綱案」においては、「何人ト雖モ自己ニ不利益ナル証言ヲ強要セラレザルコト」という、若干異なる規定が置かれた<sup>621</sup>。その後の「4 月 13 日草案」は、自己負罪拒否特権について、「すべて国民は、自己に不利益な供述を強要されない」(35 条 1 項) と規定し、「4 月 17 日草案」は「何人も自己に不利益な供述を強要されない」と規定した<sup>622</sup>。

以上の各草案における自己負罪条項の条文からは次のような変遷が見られる。まず、「3 月 2 日案」で規定された「自白又ハ」は後に削除されている。また、「自白」の語が入られた理由は、GHQ の憲法草案の前に作成された第 1 次試案が、現憲法 38 条に相当する部分の表題を "Testimony/confession" としていたことにあると推察されている<sup>623</sup>。ここで、GHQ が憲法草案の起草時に、自白の証拠許容性や証拠能力との関係で自己負罪条項を考えていたことが分かる。次に、「3 月 2 日案」から使われていた「証言」という語が「4 月 13 日草案」では「供述」という語に変化した。これは、3 月 18 日から 26 日までの日本側の各省庁との協議において、憲法改正草案要綱第 34 条第 1 項の「証言」と「供述」との違いについての問題が指摘された<sup>624</sup>ためである。「証言」という語は英文の「testify」を訳したものであり、被告人が証言台にたつて言うことを意味する。しかし、日本の訴訟手続においては、被告人の証人適格を認めていないため、被告人の供述を「証言」とすることは、日本の手続になじまないという意見が出され、「供述」という文言に変更された<sup>625</sup>。最後に、「何人モ (何人ト雖モ)」が、「すべて国民」になり、最後に「何人も」へと変化したことが分かる<sup>626</sup>。3 月 25 日から 4 月上旬にかけて、「憲法改正草案要綱」を「憲法改正草案」として法文かすための口語文案の作成が行われ<sup>627</sup>、4 月 13 日の口語化第二次案は、第 35 条 (要綱第 34 条) 1 項を、「すべて国民は、自己に不利益な供述を強要されない」と規定した<sup>628</sup>。しかし、4 月 15 日の日本側と GHQ 側の交渉において、保障の主体 (person) を日本国民に限定するように訳すことは適当ではないという指摘を受け、「すべての国民」という語は「何人も」に変わったのである<sup>629</sup>。

<sup>621</sup> 佐藤ほか・前掲注 (614) 193 頁。

<sup>622</sup> 佐藤ほか・前掲注 (614) 200-354 頁。

<sup>623</sup> 小坂井・前掲注 (615) 415 頁；犬丸秀雄編著『日本国憲法制定の経緯』(第一法規、1989 年) 144-145 頁。

<sup>624</sup> 佐藤ほか・前掲注 (614) 235、246 頁。

<sup>625</sup> 高柳ほか・前掲注 (605) 190-194 頁。他方、日本では被告人が証人としての資格で証言するという制度が設けられていないので、「証言」という語を用いても、食い違いは生じないとする意見もあった。

<sup>626</sup> 用語の具体的な変化経緯については、佐藤ほか・前掲注 (614) 326-334 頁及び、高野・前掲注 (606) 137-138 頁を参照することができる。

<sup>627</sup> 芦部信喜・高橋和之・高見勝利・日比野勤編著『日本国憲法制定資料全集 (5) ——草案の口語体化、枢密院審査、GHQ との交渉日本立法資料全集 75』(信山社、2009 年) 7-12 頁。

<sup>628</sup> 佐藤ほか・前掲注 (614) 340 頁。

<sup>629</sup> 佐藤ほか・前掲注 (614) 334 頁；入江俊郎『憲法成立の経緯と憲法上の諸問題——入江俊郎論集——』(第一法規出版株式会社、1976 年) 284-285 頁。

このような経緯で、1946年4月17日に公布された憲法改正草案において、自己負罪条項は、(第35条1項)「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」と規定されるようになった<sup>630</sup>。その後、法制局は、同条項の適用範囲につき、「証人として供述する場合を含まない」、「刑事訴訟の場合に限る」、「『不利益』とは刑事上の不利益に限られない」という3つの点を明らかにした<sup>631</sup>。ところが、4月27日に、「何人も、自己の刑事上の責任について不利益な供述を強要されない」という修正案が提示され、財産の損害等の民事上の不利益を「不利益」の範囲外とした<sup>632</sup>。

1946年6月8日には、憲法改正再諮詢案が可決され、35条1項は「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」と定められた<sup>633</sup>。その後、衆議院及び枢密院の審議を経て、日本国憲法は、同年11月3日に公布され、1947年5月3日より施行されているのである<sup>634</sup>。

## 第2款 現行刑事訴訟法における黙秘権の制定過程

戦後の刑事司法改革は、戦前から引き継がれた政府と在野法曹のそれぞれの改革構想の対立に、総司令部の民主化政策が絡むという特殊な環境の中で行われたため、複雑な様相を呈するところが多く、明らかになっていない点も多い<sup>635</sup>。本款においては、現行刑事訴訟法の制定過程の資料に基づき、現行刑事訴訟法における黙秘権(とりわけ被疑者の黙秘権)に関する諸規定の成立及び趣旨を概観する。

上述したように、新憲法において、31条以下に、適正手続、令状主義、弁護権、証人審問権、黙秘権、自白法則、二重の危険といった権利保障条項など刑事手続上の人権保障規定が大量に規定されるようになった。それ故、当時の刑訴法は新憲法の人権保障理念と著しく乖離したものであることが明らかになり、そこで、刑事訴訟法の改革が行われるようになった。現行刑事訴訟法の制定作業は、総司令部の非常に強いイニシアティブの下で進められた<sup>636</sup>。

### 第1項 刑事訴訟法制定過程の概略

<sup>630</sup> 芦部信喜・高橋和之・高見勝利・日比野勤編著『日本国憲法制定資料全集(4)——日本立法資料全集74-2』(信山社、2008年)336頁。

<sup>631</sup> 井上正仁・渡辺咲子・田中開編著『刑事訴訟法制定資料全集——昭和刑事訴訟法編(2)』(信山社、2007年)11頁；芦部信喜・高橋和之・高見勝利・日比野勤編著『日本国憲法制定資料全集(6)——法制局参考資料・民間の修正意見日本立法資料全集76』(信山社、2001年)320頁。

<sup>632</sup> 佐藤ほか・前掲注(614)350頁；井上ほか・前掲注(631)367頁。

<sup>633</sup> 芦部ほか・前掲注(627)123頁。

<sup>634</sup> 芦部信喜・高橋和之(補訂)『憲法〔第五版〕』(岩波書店、2011年)26頁。

<sup>635</sup> 多田・前掲注(200)118頁。

<sup>636</sup> 小田中・前掲注(534)10頁。

現行刑訴法は、1948年7月、大正刑訴法の改正法として成立し、1949年1月1日に施行された。現行刑訴法の成立に至るまでの経過は、概ね3つに区分される<sup>637</sup>。

第1期は、1945年秋から1946年10月までの憲法改正草案発表前の時期である。この時期は、法律の改正について、日本側が独自に立案を進めていた時期であり、法制度の民主化の準備期と評価されている<sup>638</sup>。刑訴法の改正作業は1945年10月頃から始められ、法律改正の中心的地位を占めていた<sup>639</sup>。この時期主に検討された課題は、予審の廃止、捜査機構の整備（捜査機関に独自の強制権限を与えること等）と捜査における人権擁護（例えば被疑者の弁護権の保障）の方策であった<sup>640</sup>。しかし、改正の目的である人権蹂躪の根絶は、捜査機関への強制捜査権限の付与という考え方と結びついており、戦前からの考え方と変わらなかった<sup>641</sup>。ところが、1946年2月13日に日本政府に交付されたGHQのマッカーサー草案及び3月6日に公表された「憲法改正草案要綱」の影響を受け、日本政府の立案作業は大きな転換期を迎えた。つまり、GHQの憲法改正草案は、捜査手続の抜本的改革を要請し、さらに、捜査と公判の連続性を遮断して公判が捜査に依存することを克服させることを目的としていたからである<sup>642</sup>。

第2期は、1946年2月13日のマッカーサー草案の成立に始まり、1946年8月の刑訴法改正の第1次案から1947年10月の第9次案まで、立案作業が進められた時期である<sup>643</sup>。この時期により細かい区切りをつけると、刑事局別室による改正刑事訴訟法第1次案（1946年8月）から第6次案（1947年3月）<sup>644</sup>までの起案期、応急措置法の制定期（1947年3月から同年5月まで）、応急措置法制定後、第9次案（1947年10月）までの3つの段階に分けることができる。

第1次案から第6次案の立案作業において、GHQは直接関与しなかったものの、GHQが日本の民主化を監督する体制が整えられたため、日本側との協議が始まった。GHQは、刑訴法改革について、逮捕・勾留に関する規制の問題等を提案した<sup>645</sup>。1947年3月に、GHQは、第1期において日本側が作成した「刑事訴訟法改正要綱」（1946年10月）は同年5月に施行を控えた新憲法との間隙があまりにも大きく、若干の修正を加えるだけでは成案となる見込みがないと判断した。そして、新憲法の施行に必要な最小限の手当てとして、「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律」（以下応急措置法）

<sup>637</sup> 勝田成治・団藤重光・羽山忠弘・樋口勝・横井大三・松尾浩也「〈座談会〉刑事訴訟法の制定過程」ジュリスト551号（1974年）30頁。なお、渡辺咲子は、刑事訴訟法の制定過程を5つに区分して検討している。

<sup>638</sup> 渡辺咲子「制定経過から見た現行刑事訴訟法の意義と問題点」ジュリスト1370号（2009年）35頁。

<sup>639</sup> 勝田ほか・前掲注（637）30頁。

<sup>640</sup> 井上正仁・渡辺咲子・田中開（編著）『刑事訴訟法制定資料全集——昭和刑事訴訟法編（1）日本立法資料全集121』（信山社、2001年）5頁；勝田ほか・前掲注（637）32頁。

<sup>641</sup> 多田・前掲注（200）123、125頁。

<sup>642</sup> 小田中・前掲注（534）55頁。

<sup>643</sup> 勝田ほか・前掲注（637）31頁；渡辺・前掲注（638）36頁。

<sup>644</sup> 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（13）－（19）」法協93巻4号－96巻2号。

<sup>645</sup> 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（16）」法協95巻9号（1978年）1535頁。

を立案した。この応急措置法は、日本側と GHQ 側の協議内容の基で考案されたもので、その内容は、後の刑訴法改正案に盛り込まれることになる<sup>646</sup>。第 6 次案の立案の時期からは、全国からの意見を聞き、応急措置法の施行状況を検討しながら、最終的な第 9 次案を策定した結果、最終案は 1947 年 10 月に作成された<sup>647</sup>。

第 3 期は、日本側の最終案が GHQ との討議を経て、1948 年 7 月に法律として成立するまでの時期である。

日本側が作成した最終案について、GHQ 側は検討の結果を「プロブレム・シート」にまとめ、日本側に提示した。これに基づき、日米双方は巨細にわたる検討を行い、現行法にほぼ近い原案を国会に提出することができた。国会に上程された原案は、若干の修正を受けて、同年 7 月 5 日に成立した<sup>648</sup>。

## 第 2 項 被疑者の黙秘権の明文化

GHQ はマッカーサー草案が示されて間もないうちに黙秘権告知規定の新設を日本政府に提案したが、日本政府は、第 6 次案においても、黙秘権告知規定を草案に入れなかった。最終案の第 9 次案も、黙秘権告知規定を設けていなかった。1948 年 4 月に、刑事訴訟法改正協議会における GHQ との協議の結果、黙秘権告知規定が設けられるようになり、さらに、GHQ の主導によって、黙秘権の実質化が図られた<sup>649</sup>。以下では、刑事訴訟法制定過程における被疑者の黙秘権に関する議論を検討しつつ、明文化に至るまでの経緯を考察する。

日本政府が独自に刑訴法改正作業を進めていた第 1 期において、被疑者の自白重視により起因する問題は注目された。すなわち、裁判において、自白調書が証拠として過度に評価されること、検事から被告人の自白がない事件の受理を拒否されるために、警察の被疑者の留置期間が長引くこと及び自白のみを証拠とする事件が多い等の問題が指摘されていた<sup>650</sup>。さらに、人権擁護方策を採るべきことも提案され<sup>651</sup>、1946 年 1 月 26 日にまとめられた「刑事訴訟法中改正要綱案」には、暴行または陵虐によって被告人の供述を強制しないことなどが盛り込まれたが<sup>652</sup>、被疑者の黙秘権に関する提案はなかった。

<sup>646</sup> 渡辺・前掲注 (638) 36 頁。

<sup>647</sup> 渡辺・前掲注 (638) 36 頁。

<sup>648</sup> 勝田ほか・前掲注 (637) 31 頁。

<sup>649</sup> 安部・前掲注 (528) 25-27 頁。

<sup>650</sup> 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程 (3)」松尾浩也「戦前から戦後へ——その連続性と非連続性 (承前)」法学協会雑誌 91 卷 10 号 (1974 年) 57 頁。これらは、1945 年 12 月 5 日の司法制度改正審議会第二諮問事項関係小委員会において、内務省警保局長であった小泉梧郎が、「警察官の人権蹂躪の原因」として指摘した問題点である。

<sup>651</sup> 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程 (4)」松尾浩也「戦前から戦後へ——その連続性と非連続性 (承前)」法学協会雑誌 91 卷 11 号 (1974 年) 104 頁。

<sup>652</sup> 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程 (5)」松尾浩也「戦前から戦後へ——その連続性と非連続性 (承前)」法学協会雑誌 91 卷 12 号 (1974 年) 54-57 頁。

同年3月頃、GHQ民間情報部保安課法律班所属のManiscalcoは、同年2月に示されたマッカーサー草案と類似の改革構想に基づいて作成した「刑事訴訟法ニ対スル修正意見」を日本政府に提示した<sup>653</sup>。Maniscalcoは、同修正意見において、司法警察官は、被疑者に対して、供述する必要がないこと、書面または口頭による供述が公判において、被疑者に対して不利益に働く可能性があることを警告しなければならないとした<sup>654</sup>。

1946年4月17日に憲法改正草案が発表されることとともに、GHQは刑訴法改正作業に積極的に関与し始めた。憲法改正草案及びGHQの影響下で、4月30日に日本政府が作成した「刑事訴訟法改正方針試案」は、被疑者訊問に先立って、「陳述を拒むことができることを告げ、陳述を拒まないときに限り」訊問することができる旨の規定を置いた<sup>655</sup>。つまり、「強制の処分については、憲法草案との関係を充分考へ、被疑者の利益を不当に侵さないやうにするとともに、被疑者の利益を考慮するあまり、かへつて、捜査機関の活動をいたづらに妨げる結果とならないやう慎重に検討する」とし、「被疑者の訊問については、訊問に先立ち陳述を拒むことができることを告げ、陳述を拒まないときに限り、訊問することができる」とされた<sup>656</sup>。

第2期に入り、刑事訴訟法改正草案第1次案が1946年8月に出された。しかし、第1次案には、被告人に対する供述拒否権及びその告知に関する規定は設けられたものの<sup>657</sup>、被疑者に対する供述拒否権の告知義務に関する規定は盛り込まれなかった。同年9月に作成された第2次案及び、その後の第3、4、5、6次案においても同様に、被告人の黙秘権及びその告知規定にとどまり、被疑者に対する供述拒否権の告知義務に関する規定は設けられなかった<sup>658</sup>。

1947年3月13日に、新憲法の施行に伴って応急的措置として「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急措置に関する法律案」が制定された<sup>659</sup>。日本政府は、総司令部の要求に応じて、憲法第38条と同じ規定を刑訴応急措置法に定めた<sup>660</sup>。つまり、刑訴応急措置

<sup>653</sup> 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（六）」小田中聰樹「第二部新憲法下の立案作業——第一次案から第九次案まで——」法学協会雑誌92巻5号（1975年）91頁。

<sup>654</sup> 井上ほか・前掲注（631）19-70頁。

<sup>655</sup> 三井誠「黙秘権の保障と自白」法学教室238号（2000年）78頁；三井誠「黙秘権——被疑者の防禦権〔1〕」法学教室152号（1993年）124頁。

<sup>656</sup> 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（七）」小田中聰樹「刑事訴訟法改正方針試案」法学協会雑誌92巻6号（1975年）103-104頁。

<sup>657</sup> 三井・前掲注（655）78頁。

<sup>658</sup> 第1次案から第6次案までの制定過程及び被告人の供述拒否権に関する提案については、刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（一五）」小田中聰樹「第六章改正刑事訴訟法第一次案から同第二次案まで」ジュリスト95巻8号（1978年）113頁；刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（一六）」小田中聰樹「第七章改正刑事訴訟法第三次案から同第六次案まで」ジュリスト95巻9号（1978年）136頁を参照することができる。

<sup>659</sup> 1947年5月3日に施行される日本国憲法の施行に必要な最小限の手当てをするために制定された。刑訴応急措置法の制定の経緯については、高橋一郎『新憲法下における刑事訴訟法解説——応急措置法を中心として——』（近代書房、1947年）1-2頁を参照することができる。

<sup>660</sup> 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（二〇）」小田中聰樹「第八章応急措置法」ジュリスト97巻5号（1980年）124頁；勝田ほか・前掲注（637）44頁。

法第 10 条 1 項は、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」と規定したのである<sup>661</sup>。この規定については、憲法 38 条の規定をそのまま再現するにとどまり、無意味であるという批判もある一方で<sup>662</sup>、憲法の規定を法律のレベルまで下げたことに十分な意味があるという積極的な考え方も示された<sup>663</sup>。

1947 年 10 月に、GHQ に提出された政府の最終案は、被疑者取調べ及び被告人質問の制度を設けたが、被疑者の黙秘権に関しては、何らの規定も設けなかった<sup>664</sup>。第 9 次案は、新憲法の規定を受けて、黙秘権や弁護権などを柱とする捜査手続を具体化したものの、糾問主義的な検察官司法を克服することができず、黙秘権等の諸権利を形骸化させていた<sup>665</sup>。

その後、GHQ と日本政府との間で折衝・協議（小審議会）が GHQ 政治部主催の委員会において開催された<sup>666</sup>。ここでの検討は、GHQ 側が最終案の問題点を列挙したプロブレム・シートに基づいて行われた<sup>667</sup>。

被疑者の黙秘権告知に関する問題点として、GHQ は、プロブレム・シート第 76 問<sup>668</sup>において、「被疑者を尋問する官吏は、被疑者に、尋問の開始において、被疑者が質問に対して答えることを拒絶してもよい旨を告知しなければならないか」という疑問を提起し、被疑者取調べの開始に際して、次のような新たな条文を加えることを勧めた。すなわち、「被疑者が尋問される時は、被疑者は、尋問の開始において、被疑者が質問に対して答えることを拒絶してもよい旨を告知されなければならない」という条文であった<sup>669</sup>。これに対し、日本側は、現在でも一部の重要事件において、検察官が被疑者に権利告知を行っているが、それでもその明文化には問題があると回答した。しかし、GHQ は、現実によくの検察官が権利告知を行っているのであれば、法文化に問題はなく、この告知義務を警察にも負わせるための明文化が必要であると主張した。議論の結果、日本政府は、警察による被疑者取調べを含めて、告知義務の明文化は避けられないと判断した。そして、その後の告知内容の検討において、答弁の拒否や不利益供述の拒否等が検討され、最終的に、現行刑訴法第 198 条 2 項である、「前項の取調べに際しては、被疑者に対し、あらかじめ、供述を拒むことができる旨を告げなければならない」という規定が出来上がった<sup>670</sup>。そし

<sup>661</sup> 三井誠「黙秘権の保障と自白」法学教室 238 号（2000 年）78 頁；三井誠「黙秘権——被疑者の防禦権〔1〕」法学教室 152 号（1993 年）142 頁。

<sup>662</sup> 小野清一郎「新刑事訴訟法における第一審の公判手続」法律新報 748 号（1948 年）29-30 頁。

<sup>663</sup> 勝田ほか・前掲注（637）44 頁。団藤重光は、刑訴応急措置法第 10 条を「憲法の段階のままで置いておいたら、法律上の要請だということにならないではないか。だからとにかく法律のレベルまでおろす必要がある」という意見を述べた。

<sup>664</sup> 三井・前掲注（661）78 頁。

<sup>665</sup> 小田中・前掲注（534）104-105 頁。

<sup>666</sup> 渡辺・前掲注（638）36-37 頁。

<sup>667</sup> 勝田ほか・前掲注（637）50 頁。

<sup>668</sup> 現行刑事訴訟法第 198 条 2 項は、プロブレム・シート第 76 問によって具体化された。

<sup>669</sup> 原文については、法務府検務局『検察資料〔二八〕新刑事訴訟法制定資料（一）』（横井大三）（1952 年）38 頁。

<sup>670</sup> 三井誠「接見交通権規定の成立過程——立法者意思の解明——」内藤謙・松尾浩也・田宮裕・芝原邦爾編『平野龍一先生古稀祝賀論文集下巻』（有斐閣、1991 年）280 頁；松倉治代「刑事手続における Nemo

て、この条項については、「従来稍もすれば行われがちであった自白の追求を防止し、憲法第 38 条第 1 項の趣旨に従い、被疑者の人権を保障するため、特に規定を設けたものである<sup>671</sup>」と理解された。

現行刑訴法制定後、警察・検察を中心に、黙秘権告知規定の削除を求める意向が示された。その理由は主に次の 3 点に集約することができる。第 1 に、被疑者取調べの実施と供述拒否権の存在は自己矛盾であり、取調官の志気を阻喪させること、第 2 に、黙秘権の制度は一般国民に周知されており、告知の必要がなくなったこと、そして第 3 に、被疑者が告知を受けたため、自己に有利な事情を述べないことなどである<sup>672</sup>。しかし、これに対して、多くの関係者らは、黙秘権は憲法上の権利であり、これを削除することは戦前の捜査手続に逆行する結果をもたらす危険があること、告知規定は知識を伝えるだけでなく、その行使の機会を与えるためのものであること、自白の任意性判断の根拠としても、黙秘権告知は意味のある制度であるという理由を挙げ、黙秘権告知制度を支持したのである<sup>673</sup>。

その後、黙秘権告知の廃止論は消えたが、捜査機関の黙秘権告知規定に対する不満は強いままであった。1953 年 7 月 3 日に国会に提出された「刑事訴訟法の一部を改正する法律」案は、刑訴法第 198 条 2 項の「供述を拒むことができる旨」という文言を、「自己に不利益な供述を強要されることのない旨」に改めることを提案した<sup>674</sup>。提案の理由は、(1)告知内容は、不利益な供述を無理に言わされないといい点が明らかであれば足りること、(2)一切の供述を拒否したがために起訴されたが、公判での供述によって真犯人でないことが判明した事例があること、(3)被疑者と被告人とはその地位が異なるから、被疑者に対する告知内容を被告人と別異にして差し支えないことなどが挙げられた。しかし、この提案は、衆議院法務委員会において以下のような理由で反対された。すなわち、(1)自己に不利益な供述か否かの判定基準が不明確であり、自白強要の手段となる危険があること、(2)利益か不利益かを判断して、供述義務と供述拒否権とを区別することは、利益となる供述は強要してもよいという反対解釈を可能とし、誘導的な取調べを招くおそれがあること、(3)密室での取調べを前提として「強要されることのない」旨の立証は不可能であること、(4)憲法 38 条 1 項の真の目的は、捜査段階における被疑者の黙秘権を実質的に保障することである、という理由で反対されたのであった<sup>675</sup>。

結局、衆議院において、「不利益」を削除し、「拒むことができる旨」という文言を「自

---

tenetur 原則 (3)」立命館法学 2011 年 3 号 (337 号) 97 頁。

<sup>671</sup> 最高裁判所事務局刑事部・改正刑事訴訟法提案理由書 35 頁 (1948 年)。

<sup>672</sup> 三井・前掲注 (655) 78 頁；下牧武「刑事訴訟法の主要な改正点」法律のひろば 6 卷 11 号 (1953 年) 22 頁；最高裁判所事務局刑事局『諮問第七号 (刑事訴訟法改正) に関する法制審議会議事録 (二)』(1953 年) 159-160 頁。

<sup>673</sup> 最高裁判所事務局刑事局『諮問第七号 (刑事訴訟法改正) に関する法制審議会議事録 (二)』(1953 年) 161 頁。

<sup>674</sup> 法務府検務局『検察資料〔二八〕新刑事訴訟法制定資料 (一)』(横井大三) (1952 年) 95 頁。

<sup>675</sup> 松倉・前掲注 (670) 113-114 頁。

己の意思に反して供述をする必要がない旨」を告げるという改正案を提出し、この案が国会で可決された<sup>676</sup>。

その他の被疑者取調べに関する条項や問題、例えば、予審の廃止及び弁護権の保障についてはどのような検討がなされ、どのように改正が行われたかという点を把握することも、現行刑訴法の構造ないし問題点を明らかにするために重要であると思われる。しかし、本稿は被疑者の黙秘権保障に主眼を置いているため、他の条項の制定過程等は割愛する<sup>677</sup>。

## 第4節 本章のまとめ

明治初期の「改定律例」第318条によれば、被疑者・被告人の自白は有罪認定のために必要な証拠であったことから、被疑者・被告人の自白を獲得するためには拷問を当然なものとして認めなければならなかった。その後の改正において、「口供結案」が「依証断罪」に改められ、拷問が法律上廃止されるようになった。日本における自己負罪拒否原則は、この時期の議論に端を發したと考えられる。

大正刑訴法第134条は、予審判事の被告人訊問に対する規制として、被告人を訊問する前に、被告事件を告げ、事件について述べたいことの存否を聞き、供述の意向があれば供述の機会を与える旨の規定を設けた。この規定については、被告人に供述の権利を認める一方で、供述の義務を否定し、予審判事に告知義務を付したものであるという理解がなされており、戦前の自己負罪拒否原則の発展の頂点としての意義を有すると思われる。

さらに、大正刑訴法は、被告人訊問に関する規制は、検察及び司法警察官が被疑者訊問を行う場合にも準用すると規定した。つまり、大正刑訴法は、予審判事、検察官、司法警察官に被疑者・被告人に対する黙秘権告知義務を付けたのである。この規定が現実的どの程度遵守されたかは明らかではないが、この規定によって、黙秘権の保障が公判段階から捜査段階へ拡大したということがいえよう。

ところが、戦前の旧刑事訴訟法典の中で、被疑者の黙秘権を明確に定めた規定は見られない。ただし、明治刑訴法大正5年案から大正刑訴法までの間、学説上、多くの見解は被疑者の供述義務を否定し、沈黙の権利が普遍的に認められるようになり、被疑者の供述義務を肯定する見方は少数にとどまった。しかし、被疑者の供述義務を否定する見解が実務にどの程度浸透していたかは明らかではなく、供述義務が当然あるかのような運用が実際になされてきたことは事実である。つまり、法文上、被疑者の証拠方法としての地位は否定されたものの、実務上は、被疑者の供述が期待され、被疑者は証拠方法としての役割を果たさざるを得なかったのである。

<sup>676</sup> 三井・前掲注(655)114頁。

<sup>677</sup> 現行刑訴法の他の条文の制定過程については、たとえば、小田中・前掲注(534)25-139頁、または、勝田ほか・前掲注(637)30-58頁を参考することができる。

戦後、日本国憲法及び現行刑事訴訟法の制定によって、被疑者・被告人の黙秘権は明文化されるに至った。日本国憲法 38 条 1 項は、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」と規定する。これを受けて、現行刑訴法は、被告人及び被疑者の包括的な黙秘権を保障している。現行刑訴法の制定過程に関する資料によれば、被疑者の黙秘権の明文化については、GHQ の提案や勧告が重要な役割を果たしたように理解される。しかし、被疑者の黙秘権が現行刑訴法において保障されるようになったことは、旧刑訴法における被疑者に対する予審判事の告知義務の規定や自己負罪拒否原則に対する理解が深まっていたこととも密接に関連し、切実な社会的・法的必然性があったと思われる。さらに正確にいえば、旧刑訴法は被疑者・被告人の自白義務を否定することによって、被疑者に供述の自由を保障したといえよう<sup>678</sup>。特に、大正刑訴法において、予審判事の告知義務を検察官や司法警察官に拡大したことの重要性は注目に値する。したがって、日本における被疑者の黙秘権の明文化は、日本本土における自己負罪拒否原則理論の蓄積及びその原理に対する普遍的な承認が背景にあったため、GHQ の立法提案に違和感を感じるものがなく、現行刑訴法において成立したと考えられる。

しかし、日本国憲法及び現行刑訴法施行後も、日本の刑事訴訟実務は、相変わらず、実体的真実の発見を終局的な目的としており、被疑者の供述を獲得することを非常に重視している。被疑者の取調べ受忍義務は實際上肯定され、被疑者の身体拘束期間及び身体拘束施設である代用監獄は取調べの便宜のために最大限利用されているのである。そして、このように得られた被疑者の供述調書は公判において広く利用され、被疑者取調べを重視する運用は、憲法及び刑訴法に明確に定められている被疑者の黙秘権を形骸化させる最も重大な原因である。

---

<sup>678</sup> 佐伯・前掲注(603)148-149頁。佐伯千仞は、明治以後、法学理論と現実の乖離が激しかったため、旧刑訴法における黙秘権の理論は、単に法学理論として紙上の存在に止まり、現実を動かす力となり得なかったことを挙げた。そして、黙秘権が尊重されない現実を変えるには、新憲法及び新刑訴法において黙秘権を新しく宣言する必要があると述べた。

## 第4章 日本の被疑者取調べにおける黙秘権の実質的保障

第3章で述べたように、日本国憲法及び現行刑事訴訟法は、被疑者の黙秘権を明文化した。しかし、現実には、被疑者の黙秘権は実質的に保障されているのであろうか。黙秘権の歴史研究から明らかになったように、黙秘権は、法文上の形式的な確認も重要であるが、実質的に保障されて初めて意味のあるものになるのである。

そこで、本章においては、日本の現行刑事訴訟法下における刑事手続、とりわけ被疑者取調べ手続を概観することを通じ、被疑者の黙秘権が実質的に保障されているか否かを検討する。もし保障されていないのであれば、その原因及び被疑者の黙秘権を実質化するためにはいかなる手続的保障が必要であるかなどの問題を検討する。その上で、黙秘権の形骸化をもたらす取調べ中心主義の刑事手続の改革につき言及する。すなわち、被疑者の黙秘権の実質的な保障を軸として、被疑者取調べの適正化を図り、それと同時に、被疑者取調べに強く依存する刑事手続の構造改革を検討する。

### 第1節 現行刑事訴訟法における被疑者取調べ

#### 第1款 取調べ中心主義の刑事手続

現行刑事訴訟法は、戦前の糾問的な刑事手続を改善するために、当事者主義を導入し、被疑者・被告人の刑事手続上の権利に関する規定を多く設けた。そして、強制処分としての被疑者訊問を廃止し、取調べに依存する捜査中心主義を公判中心主義・直接主義への転換を志向した。人権保障の規定を多く取り入れた現行刑事訴訟法は、日本の刑事司法に大きな変革をもたらしたといえよう。

現行刑事訴訟法施行後、日本の刑事手続は半世紀余にわたる実務の集積を経て、日本特有の「精密司法<sup>679</sup>」を形成した。すなわち、「真相解明目的のもと、詳密な捜査、とくに濃密な取調べを踏まえ、有罪の確信という高度の嫌疑基準と検察官の広汎な訴追裁量に基づき、極度に厳選した公訴提起を行ったうえで、供述調書の取調べを中心とする公判審理

---

<sup>679</sup> 松尾浩也「刑事訴訟法はだれのためにあるか」裁判所書記官研修所所報 26号（1975年）81頁以下、同「刑事訴訟法における基礎理論」裁判所書記官研修所所報 29号（1978年）159頁以下、同「刑事訴訟法の30年」判例タイムズ 365号（1978年）45頁参照。松尾浩也『刑事訴訟法 上』（弘文堂、1979年）16頁において、松尾浩也は、「精密司法」について、「捜査は徹底して行われ、拘禁中の被疑者の取調べも、手続の適正と正面から抵触しない限度では最大限に実行される。警察だけでなく検察官も捜査に深い関心を持ち、公訴の提起は、十分な証拠固めをした上で、確信をもってなされるのが常態である。公判では、相手方の同意によって、または証人の記憶喪失や供述の矛盾を理由に、捜査の過程で作成された供述調書が、きわめて頻りに証拠とされる。多くの事件では、『口頭弁論』のかなりの部分が、証拠書類の朗読（ないし要旨の告知）に費やされている。この書証依存の傾向は、裁判所が一般に多数の事件を平行的に審理していることと密接に関係する。2回以上の開廷を要する事件では、その開廷間隔は長く、通常、週の単位、場合によっては月の単位ではかれる」と述べている。

を経て、仔細にわたる事実認定を行う」という実務である<sup>680</sup>。このような刑事手続は、捜査から公判まで被疑者取調べ及び供述調書に依存している。したがって、これをよりストレートに、「取調べ中心主義」と呼んでいる<sup>681</sup>。すなわち、「捜査の中心は被疑者取調べにあり、その結果に基づいて公訴提起が行われるだけでなく、公判においては、取調べによって得られた供述調書（自白）による事実認定が常態化しているのである<sup>682</sup>」。被疑者取調べは日本の刑事司法の基軸となっているのである<sup>683</sup>。このような実務に対する評価として、平野龍一は「わが国の刑事裁判はかなり絶望的である」という「診断」を行ったのである<sup>684</sup>。

日本の「精密司法」の基には、真相解明への強い追求が働いている。真相解明とは、一般的に、刑事手続を通じて、実体的真実に限りなく近い事実関係の解明であると理解される。しかし、事実関係には、構成要件的事実だけではなく、犯行に至る経緯、犯行後の状況、動機や心情等被疑者の主観面も含まれている<sup>685</sup>。「精密司法」はまさに、「真相解明を安定的・効率的に達成しうるシステムとして確立したもの<sup>686</sup>」なのである。

現在でも、捜査・裁判実務家は、被疑者取調べの真相解明機能を高く評価し、被疑者の供述（自白）の獲得に傾注している。捜査機関による糾問的な被疑者の取調べ及び自白を重視する実務を支えてきたのは、刑訴法第198条1項但書に対する反対解釈による取調べ受忍義務の肯定である。同条項の但書は、「被疑者は、逮捕又は勾留されている場合を除いては、出頭を拒み、又は出頭後、何時でも退去することができる」と規定する。捜査・裁判実務家は、同条項但書の反対解釈から、「本項による出頭要求があった場合、逮捕又は勾留されている被疑者は、出頭を拒み又は出頭後退去することは許されない<sup>687</sup>」として、身体拘束された被疑者の取調べ受忍義務を肯定している。

被疑者取調べを目的とした身体拘束は、法文上認められていない。それにもかかわらず、身体拘束は被疑者取調べと直結しているといえるほど、実務では被疑者取調べのために活用されている<sup>688</sup>。身体拘束された被疑者のほとんどは警察の留置施設である「代用監獄」に収容され、生活のすべてが警察の支配下に置かれる。被疑者は身体拘束の期間を通じて、朝から晩まで取調室に出頭・滞留させられ、取調べを受けざるを得ない状況に置かれる。そして、否認ないし黙秘する被疑者に対して、捜査官は、理詰め追求、説得等の

<sup>680</sup> 葛野尋之「刑事手続の構造改革——その理念と課題」法律時報 85 卷 8 号（2013 年）6 頁。

<sup>681</sup> 多田・前掲注（200）1 頁。

<sup>682</sup> 多田・前掲注（200）1 頁。

<sup>683</sup> 第二回国会・参議院司法委員会議事録第 43 号、1 頁。

<sup>684</sup> 平野龍一「現行刑事訴訟の診断」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第四卷』（有斐閣、1985 年）407 頁以下。

<sup>685</sup> 松本裕「取調べに過度に依存した捜査・公判の改革」刑法雑誌 52 卷 3 号（2013 年）373 頁。

<sup>686</sup> 葛野尋之「被疑者取調べ適正化の現在—その位置と課題」法律時報 85 卷 9 号（2013 年）56 頁。

<sup>687</sup> 宮下明義『新刑事訴訟法逐条解説Ⅱ』（司法警察研究会公安発行所、1949 年）52 頁。

<sup>688</sup> 三井誠「取調べの現実と今後」井戸田編集代表『総合研究—被疑者取調べ』（日本評論社、1991 年）19 頁。

手段により、黙秘権を放棄して供述するように迫るのである<sup>689</sup>。このような被疑者取調べ実務において、黙秘権はいまだに画餅に過ぎないといえよう。

一方、長時間にわたる密室での熱心な取調べの結果得られた自白は、任意性がないか、あるいはそれに乏しいものが多く、そのような自白が原因となって誤判が生じるという批判は少なくない<sup>690</sup>。しかし、裁判所は現行実務を批判する学説と乖離し、否認ないし黙秘する被疑者が長時間あるいは連日行われた取調べの結果自白したとしても、その自白の任意性を否定しない。徹夜で取調べられた後の自白であることが明らかであっても、ほとんどの裁判官は任意性に疑いないという立場に立っている<sup>691</sup>。つまり、実際には、任意性の基準すら有効に機能していないのである。黙秘権や自白法則によって被疑者取調べを規制すべき立場にある裁判所は、必ずしもその役割を果たしているとは言えない<sup>692</sup>。

検察官は、積極的に捜査活動に関与した上、独占的に訴追に関する裁量権を行使し、充分な証拠に裏打ちされた「有罪の確信」をもつことのできる事案についてのみ公訴を提起する<sup>693</sup>。検察官による起訴・不起訴の選別は、「事実上の第一審」という意義を持っている。この点について、本来司法が担うべき役割を検察官が果たしているという意味で、「検察官司法<sup>694</sup>」とも呼ばれる。

検察官の「高度の嫌疑」を要求する「厳格な起訴」は、被疑者の供述獲得を前提とする。この前提が成り立つためには、現実に行われているような熱心かつ長時間の被疑者取調べが必要になるが、このような運用は被疑者の黙秘権と相容れない<sup>695</sup>。

公判審理において、物的証拠のみによる立証可能な事件は限られており、多くの場合、

<sup>689</sup> 上林清「被疑者供述を効果的に得るための一考察」警察論究 50 卷 3 号（1997 年）101 頁。

<sup>690</sup> 無理な取調べによって得た虚偽自白が誤判冤罪事件の原因となるという事実を論証したものとして、小田中聡樹『誤判救済と再審』（日本評論社、1982 年）211 頁以下；田中輝和「誤判原因と取調べ虚偽自白の原因との関係を中心に」井戸田編・前掲注（688）51 頁以下等がある。

<sup>691</sup> 裁判所のこのような問題について、平野龍一は、自白の任意性を否定するに臆病であり、任意性判断自体を回避する傾向にあると指摘した。平野龍一「最高裁判所と自白の任意性」法律時報 31 卷 10 号 199 頁以下参照。

<sup>692</sup> 大出良知「被疑者取調べの歴史的考察（戦後）」井戸田編・前掲注（688）134 頁参照。自白法則による取調べの事後的規制が有効に機能していないという点については、多田辰也「自白の任意性とその立証」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点〔新版〕』（有斐閣、1991 年）198 頁。高輪グリーンマンシオン殺人事件最高裁決定等から、裁判所は、身体拘束されていない被疑者取調べについてすら、取調べ受忍義務を認めていることが窺える。身体不拘束被疑者の取調べに対する裁判例については、三井誠『刑事手続法（1）〔新版〕』（有斐閣、1997 年）128 頁以下を参照することができる。

<sup>693</sup> 三井・前掲注（692）7 頁。GHQ は、1947 年に、「事件を公判に付するに足るべき明白な事実があるかどうかだけを決定する手段として何らかの形の予備審理を復活することが適当である」という旨で予備審問制度の導入を勧告した。これは、起訴事件の大半が、公判に付するほどの嫌疑がないことが明らかとなるという前提に立っての提案であった。しかし、日本側は、この「きわめてゆるやかな起訴」は、日本の起訴に対する考え方に合致しないということで、提案を受け入れなかった。そのため、起訴事件の選別は検察官に委ねられることになった。渡辺・前掲注（638）39 頁；渡辺咲子「現行刑事訴訟法制定時における公訴提起に必要な嫌疑の程度」『田宮裕博士追悼論集（上）』（信山社、2001 年）57 頁。

<sup>694</sup> 刑事司法の運用面で、検察官が果たす役割が非常に大きいという点は日本の刑事司法制度の特徴である。

<sup>695</sup> 捜査の弾劾化（黙秘権の実質化）に立脚して起訴の基準を論じた論文として、石田倫識「起訴の基準に関する一試論——黙秘権の実質的保障に向けて——」法制研究 78 卷 3 号（2011 年）493 頁以下を参考することができる。

供述証拠が必要となる。その場合、被告人側の同意や伝聞例外によって、捜査段階の緻密な捜査によって得られた被告人の供述調書が活用される。すなわち、徹底した被疑者取調べの下で獲得された被疑者の自白調書は、公判に提出され、事実認定を大きく左右することになる<sup>696</sup>。そして、裁判官は、検察官の判断に「終局性・権威性」—ほぼ100%に近い有罪率を付与するのである<sup>697</sup>。実際に、一部無罪を含めても、無罪率は地裁事件で0.1%に過ぎない<sup>698</sup>。

このような現行実務の現状は、現行刑訴法制定時の人権保障の実質化、取調べ依存の克服、当事者主義の徹底化等の理念と乖離するものであり、刑事手続の構造的な問題を示している。

2009年5月21日に、裁判員制度の導入を受け、公判のあり方についても「精密司法」から「核心司法」への移行や、直接・口頭主義及び公判中心主義が志向されるようになった。しかし、「厳格な起訴」と「調書裁判」という精密司法の基本的要素は残存しており、「100%に限りなく近い有罪率に変化はないのである<sup>699</sup>」。

裁判員裁判導入と同時期に、検察では、2007年8月に、いわゆる「氷見事件<sup>700</sup>」や「志布志事件<sup>701</sup>」について、捜査・公判等に関する検証を行い、2010年には、いわゆる「足利事件<sup>702</sup>」について検証を実施した。さらに、2010年9月10日に、郵政不正事件の厚労省元局長に無罪判決<sup>703</sup>が下されたことを契機として、同年10月6日から「検察の在り方検討会議」が行われた<sup>704</sup>。2011年5月18日に、「近年の刑事手続をめぐる諸事情に鑑み、時代に即した新たな刑事司法制度を構築するため、取調べ及び供述調書に過度に依存した捜査・公判の在り方の見直しや、被疑者の取調べ状況を録音・録画の方法により記録する制度の導入など、刑事の実体法及び手続法の整備の在り方について御意見を承りたい」とする法務大臣諮問が発せられ、法制審内に新時代の刑事司法制度特別部会（以下、「特別部会」という）が設置された<sup>705</sup>。

特別部会は、30回の会議を経て<sup>706</sup>、2014年7月9日に、「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果【案】」を公表した<sup>707</sup>。「調査審議の結果」は、取調べの録音・録画の導入、被疑者国選弁護制度や証拠開示制度の拡充、犯罪被害者の保護方策等を盛り

<sup>696</sup> 松本裕「取調べに過度に依存した捜査・公判の改革」刑法雑誌52巻3号（2013年）374頁。

<sup>697</sup> 石田・前掲注（695）500頁。

<sup>698</sup> 三井・前掲注（693）7頁。

<sup>699</sup> 葛野尋之「裁判員制度と刑事司法改革」法社会学79号（2013年）37頁。

<sup>700</sup> 富山地裁高岡支判平成19年10月10日裁判所ウェブサイト

<http://xn--eckucmux0ukc1497a84e.com/chihou/2007/10/10/60058>.

<sup>701</sup> 鹿児島地裁平成19年2月23日判例タイムズ1313号285頁。

<sup>702</sup> 宇都宮地裁平成22年3月26日判例時報2084号157頁。

<sup>703</sup> 大阪地裁平成22年9月10日判例タイムズ1397号309頁。

<sup>704</sup> 法務省ウェブサイト [http://www.moj.go.jp/kentou/jimu/kentou01\\_00001.html](http://www.moj.go.jp/kentou/jimu/kentou01_00001.html) を参照。

<sup>705</sup> 法制審議会第165回会議（平成23年6月6日開催）。

<sup>706</sup> 吉川崇「法制審議会における審議の経過と概要」論究ジュリスト12号（2015年）47-54頁。

<sup>707</sup> 「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果【案】」ウェブサイト [www.moj.go.jp/content/000125178.pdf](http://www.moj.go.jp/content/000125178.pdf)。

込んでいる。しかし、「調査審議の結果」に対しては、批判の声が高いといえよう。批判の趣旨は主に、取調べ及び供述調書への過度の依存から脱却し、被疑者の諸権利を実質化するためには、「被疑者の防御主体性を強化し、黙秘権をはじめとする各種防御権を実質的・実効的に保障<sup>708</sup>」しなければならないが、法制審特別部会においては、取調べ受忍義務論や、代用監獄の廃止、黙秘権及び弁護権との実質的な保障について議論を展開したことがなく、取調べ中心主義の問題点に正面から向き合っていないという点である<sup>709</sup>。さらに、「調査審議の結果」に盛り込まれている制度についても批判が向けられている。例えば、取調べ録音・録画制度については、対象事件が少ない点、また、例外事由の判断に捜査官の裁量の余地が大きいなどが指摘されている<sup>710</sup>。

特別部会は、取調べ中心主義の刑事手続の問題点を解決することを目指して議論を展開してきたが、結局、誤判の構造的要因である糾問的捜査依存の調書裁判という刑事司法の抜本的改革を果たしていないといえよう<sup>711</sup>。

## 第2款 被疑者の取調べ受忍義務

被疑者の黙秘権の形骸化の根本的な原因は刑事手続の糾問性、すなわち取調べ中心主義である。取調べ中心主義の下で、身体拘束中の被疑者に対しては、取調べ受忍義務を課したうえで、取調べが行われている<sup>712</sup>。被疑者の黙秘権を有名無実化する直接かつ核心的な原因は、取調べ受忍義務の肯定論である。

そこで、本款においては、従来、日本における取調べ受忍義務をめぐる議論を概観することを通じ、被疑者の黙秘権を実質的に保障するための取調べ実務の在り方を検討する。

### 第1項 取調べ受忍義務論

#### 1. 取調べ受忍義務の肯定説

現行刑訴法施行後、第198条1項の解釈に関連して、身体拘束中の被疑者の取調べ受忍義務肯定説が実務上通説化した<sup>713,714</sup>。すなわち、出頭要求があった場合、逮捕又は勾留

<sup>708</sup> 白取祐司「法制審特別部会は課題に答えたか?」法律時報86巻10号(2014年)8頁。

<sup>709</sup> 川崎英明『『新時代の刑事司法制度』を問う』法律時報85巻11号(2014年)51頁;豊崎七絵「刑事司法『改革』のゆくえ——法制審答申・法律案の問題点」刑事弁護82号(2015)69頁;川崎英明・三島聡編著『刑事司法改革とは何か 法制審議会特別部会「要綱」の批判的検討』(現代人文社、2014年);青年法律家協会弁護士学者合同部会『『基本構想』に基づく『新時代の刑事司法制度』の立法化に反対する意見書』(平成26年2月15日)等。

<sup>710</sup> 白取・前掲注(708)6頁;葛野尋之「取調べの録音・録画制度」法律時報86巻10号(2014年)18-21頁;関口和徳「取調べの録音・録画制度」刑事弁護82号(2015年)71-72頁など。

<sup>711</sup> 川崎英明「刑事司法改革の原点と『新時代の刑事司法制度』」川崎英明・三島聡編著・前掲注(709)10-13頁。

<sup>712</sup> 多田・前掲注(200)195頁。

<sup>713</sup> 多田・前掲注(200)5頁。

されていない被疑者は出頭を拒むこともできるし、出頭後いつでも退去することができるが、逮捕又は勾留されている被疑者は、出頭を拒み、又は出頭後退去することは許されないとしたのである<sup>715</sup>。さらに、もしこのように解釈しなければ、「逮捕又は勾留されている場合を除いては」とされていることが無意味になるとする説明もある<sup>716</sup>。

その他、取調べ受忍義務を肯定する見解の根拠として、被疑者取調べは逮捕・勾留の目的の一つであるため、身体拘束された被疑者は当然取調べを受ける義務があるとする主張がある<sup>717</sup>。すなわち、被疑者を取調べの客体と捉え、身体拘束中の期間内であれば、何時でも、何時間でも、被疑者を取調べることができるとするのである。

また、受忍義務の肯定と黙秘権の存在との整合性に関する議論の中で、取調べ受忍義務を肯定する見解もある。すなわち、取調べ受忍義務を課しても、供述自体の自由は当然あるのであるから、自己に不利益な供述の拒否権や黙秘権に反することはない。また、黙秘権の侵害とは被疑者に供述の義務を課す場合を指すものであるから、受忍義務を負わせたからといって、取調べが被疑者の黙秘権を危うくするわけではないと主張する。これは、取調べ受忍義務と黙秘権は両立しようとする立場である。

裁判例においても、取調べ受忍義務を肯定すると思われる判例が多い。特に、下級審のレベルにおいては、取調べ受忍義務を否定した判例はなく、それを完全に認めた判例が多い。例えば、東京地決昭和 49 年 12 月 9 日においては、逮捕に係る被疑事実以外の取調べ（余罪取調べ）について取調べ受忍義務がないことを判示する前提として、逮捕に係る被疑事実については被疑者に取調べ受忍義務があるとした<sup>718</sup>。その他、被疑者の取調べ受忍義務の存在を自明視するか又はその存在を明言する判例として、大阪高判昭和 43 年 12 月 9 日、大阪高判昭和 49 年 7 月 18 日、東京地決昭和 50 年 1 月 29 日、青森地判昭和 51 年 1 月 27 日等が挙げられる。

最高裁レベルでは、これまで身体拘束中の被疑者の取調べ受忍義務の有無について、いまだ明確な判断を示していない。

最大判平成 11 年 3 月 24 日は、刑訴法 39 条 3 項本文（接見指定制度）の憲法 34 条前段との適合性判断の中で、上告趣意が、憲法 38 条 1 項を根拠に「刑訴法 198 条 1 項但書の規定は、それが逮捕、勾留中の被疑者に対し取調べ受忍義務を定めているとすると違憲である」としたのに対し、なお書き部分においてではあるが、「身体の拘束を受けている被

---

<sup>714</sup> 取調べ受忍義務を肯定する見解のなかでも、逮捕・勾留の理由となった犯罪事実以外の余罪取調べに対しても、取調べ受忍義務を認めるか否かについては議論がある。通説は、余罪の取調べに際しても取調べ受忍義務を認める。平場安治『改訂刑事訴訟法講義』（有斐閣、1958 年）340 頁。

<sup>715</sup> 宮下・前掲注（687）52-53 頁。

<sup>716</sup> 団藤重光『条解刑事訴訟法・上巻』（弘文堂、1950 年）366 頁；平場安治ほか『コメンタール刑事訴訟法』（日本評論社、1950 年）262 頁；青柳文雄ほか『注釈刑事訴訟法・第 2 巻』（立花書房、1976 年）82 頁。

<sup>717</sup> 加藤康栄『取調べ受忍義務』について——『国民の義務』の視点からの受忍義務肯定説の最構成——日本法学 71 卷 2 号（2005 年）682 頁。

<sup>718</sup> 東京地決昭和 49 年 12 月 9 日判例タイムズ 321 号 204 頁以下。

疑者に取調べのために出頭し、滞留する義務があると解することが、直ちに被疑者からその意思に反して供述することを拒否する自由を奪うことを意味するものではないことは明らかであるから、所論は前提を欠き、採用することはできない」と判示した<sup>719</sup>。

この判決は、出頭・滞留義務を肯定することが、意思に反する供述を強要することを論理的に直ちに意味するわけではないとただけである。したがって、取調べ受忍義務を正面から肯定した趣旨であるとは理解できないものの、取調べ受忍義務肯定論に強い親和性をもつ判示であることに間違いはないといえよう<sup>720</sup>。

## 2. 取調べ受忍義務の否定説

取調べ受忍義務を否定する見解は、平野龍一の身体拘束中の被疑者にも取調べのための出頭・滞留の義務はないとの主張を受けて現れたものである。平野龍一は、捜査構造論、黙秘権論及び逮捕・勾留の目的論を根拠に取調べ受忍義務を否定した<sup>721</sup>。その後、田宮裕も、弾劾的捜査観に基づき、取調べ受忍義務を否定し<sup>722</sup>、現在、学界では、否定説が通説または少なくとも多数説と呼ばれる地位を占めている。

取調べ受忍義務否定論の主な根拠は、刑訴法は取調べを目的とする身体拘束を予定していないこと、また、取調べを受けることを義務付ければ、刑訴法 198 条 2 項及び憲法 38 条 1 項に反して供述を強制する結果にならざるを得ないということである<sup>723</sup>。

否定説の論者は否定説の理論構成のために、198 条 1 項全体とその但書の文言である「逮捕又は勾留されている場合を除いては」について様々な文言解釈をしてきた。例えば、第 198 条 1 項但書は、「出頭拒否・退去を認めることが逮捕または勾留の効力自体を否定するものではない趣旨を明らかにしたものととどまる<sup>724</sup>」という解釈や、第 198 条 1 項全体は在宅被疑者に対する出頭要求が可能であることを規定したものであり、但書はこの出頭要求が任意であることを示すものであるとする見解<sup>725</sup>などがあつた。しかし、これらは、文言解釈における難点の克服と、受忍義務の否定による被疑者の黙秘権の実質的保障を両立させることに完全に成功しているとは言い難い。

その他、否定論者は、逮捕・勾留の目的には取調べが含まれていないことを強調する。すなわち、現行刑事訴訟法 60 条及び 199 条において、「逮捕・勾留の目的は、逃亡や罪証隠滅を防止することであつて、被疑者の取調べを可能にすることないし取調べの効果または能率を高めることはありえない」とする<sup>726</sup>。

<sup>719</sup> 最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 卷 3 号 514 頁以下。

<sup>720</sup> 村岡啓一「接見国賠訴訟大法廷判決の評価と今後の課題」自由と正義 50 卷 7 号（1999 年）134 頁以下。

<sup>721</sup> 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958 年）106 頁。

<sup>722</sup> 田宮裕「捜査の構造について」研修 209 号（1965 年）7 頁。

<sup>723</sup> 平野龍一『刑事訴訟法概説』（東京大学出版会、1968 年）69 頁；後藤昭『捜査法の論理』（岩波書店、2001 年）152 頁。

<sup>724</sup> 平野・前掲注（721）106 頁。

<sup>725</sup> 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、1996 年）132 頁。

<sup>726</sup> 沢登佳人「逮捕または勾留中の被疑者の取調べは許されない」法政理論 12 卷 1 号（1979 年）4 頁。

また、否定論者は、供述拒否権を行使しようとする被疑者や、否認しているのに自白を迫られている被疑者にとっては、取調べを続けられること自体が苦痛であり、「自白しなくてもよい。だが自白するまで取調べは続ける」という被疑者取調べは、現実的には自白の強要であると主張する<sup>727</sup>。したがって、受忍義務を課すことにより事実上自白を強制できるとすることは、供述の強要を禁止し、供述の自由を保護しようとする黙秘権の保護的権利としての側面と矛盾するとする見解がある<sup>728</sup>。

### 3. 出頭・滞留義務肯定説

出頭・滞留義務肯定説は、黙秘権の保障の観点から、取調べ受忍義務を否定するが、捜査機関の元に出頭・滞留する義務があるとする立場である<sup>729</sup>。

この立場においては、「出頭拒否・退去の自由」と「取調べを拒む自由」とを区別し、逮捕・勾留を受けている場合には身体が制限されているので、前者は認められないが、後者は認められるとする。すなわち、捜査機関の元に出頭・滞留した、否認を続ける被疑者には、「被疑者が取調べを拒んだ場合、取調官の呈示する間に任意に答えてくれるように説得を行うことができる」だけであるから、供述自体を強制することにはならないというのである<sup>730</sup>。

しかし、このような見解は、なぜ取調べを拒否できるのに取調べのための出頭・滞留が義務付けられるのか、この義務の性質をどのように性格づけるかという点を明確に示していない。また、被疑者が問いに答えたとしても、その内容が捜査官の満足するものではなかった場合、捜査官が満足する答え方をするまで何時間も、何日も、孤立無援状態の中で「説得」を受けることを強いられることになる<sup>731</sup>。これは、まさしく尋問への応答を強いることに外ならない。したがって、取調べ受忍義務と出頭・滞留義務とを分離させ、「出頭拒否及び退去の自由がない」としつつ、「被疑者には、供述しない自由だけではなく、取調べそのものを拒む自由をも認めなければならない」とすることは困難なように思われる<sup>732</sup>。はじめから取調べに応じない旨を明言している者に、取調べ場所への出頭を義務付けることは、背理と考えられるし、取調べを拒否する被疑者について、取調べ場所にいつでも出頭し、いつまでもそこに滞留しなければならぬとすれば、それは取調べ受忍義務を認めることと同じ結果になりかねない<sup>733</sup>。

### 4. 身体拘束下の被疑者取調べ否定論

以上の議論とは異なり、被疑者の黙秘権の実質化のために、取調べ受忍義務を否定するだけでは不十分であるとし、身体拘束中の被疑者取調べ自体を否定すべきであるという主

<sup>727</sup> 後藤・前掲注(723)154-155頁。

<sup>728</sup> 葛野尋之『未決拘禁法と人権』(現代人文社、2012年)198頁。

<sup>729</sup> 松尾浩也『刑事訴訟法・上(新版)』(弘文堂、1999年)67頁。

<sup>730</sup> 三井誠他編『新・刑事手続(第1巻)』(悠々社、2002年)196頁〔稲田伸夫執筆〕。

<sup>731</sup> 後藤・前掲注(723)155頁。

<sup>732</sup> 松尾・前掲注(729)65頁。

<sup>733</sup> 三井・前掲注(693)133頁。

張もなされている。

被疑者取調べ否定論は、最初、刑訴法 198 条 1 項但書の解釈から展開された。すなわち、同但書において、逮捕または勾留されている被疑者が出頭拒否及び退去から除外されているのは、同但書が、逮捕または勾留されている被疑者の取調べ自体を認めないという前提で制定したからであると解されたのである<sup>734</sup>。次に、黙秘権保障の意義及び公判中心主義の要請に照らせば、身体拘束中の被疑者取調べは許されないという見解が現れた<sup>735</sup>。また、捜査構造論の訴訟的捜査観に基づき、被疑者に弁解の機会を与えるための取調べは認めるが、証拠収集のための積極的な取調べは禁止すべきであるとする解釈もある<sup>736</sup>。

しかし、身体拘束下の被疑者取調べ否定論には、多くの問題が残っており、被疑者取調べを禁止することは現実的ではないといえよう<sup>737</sup>。

## 第 2 項 被疑者取調べのあり方

特別部会の会議において、被疑者の取調べ受忍義務論は、「神々の争いとも言うべき議論」と評価され、議論の対象から外された<sup>738</sup>。結局、取調べ中心主義の刑事司法を支えている最も重要な問題を正面から向き合うことができなかつたのである。しかし、取調べ受忍義務を肯定ないし否定するかという問題は、被疑者の黙秘権の実質化と密接に関わる問題であり、取調べ及び供述調書に過度に依存する刑事司法が抱えている根本的な問題である。

周知の通り、現在の自白偏重の捜査実務では、逮捕・勾留されている被疑者は取調べを拒むことができない<sup>739</sup>。肯定論者は、黙秘権は供述拒否権であって取調べ拒否権ではなく、取調べに応じたとしても供述義務を負うのではないから、取調べ受忍義務と黙秘権は両立できると主張する。しかし、実際に、被疑者が黙秘または否認した場合、被疑者の供述あるいは自白を促すための説得が連日何時間も続けられるのである<sup>740</sup>。このような実務において、供述するかどうかの意思決定の自由は實際上保障されているといえるであろうか。取調べ受忍義務の肯定は「供述の義務はないといっても、実質的には供述を強いるのと異ならない<sup>741</sup>」と言わざるを得ない。

<sup>734</sup> 沢登・前掲注 (726) 1 頁; 横山晃一郎『誤判の構造——日本型刑事裁判の光と影』(日本評論社、1985 年) 65 頁。

<sup>735</sup> 上口裕「身柄拘束中の被疑者取調べについて」南山法学 5 卷 1=2 号 (1981 年) 119 頁。

<sup>736</sup> 石川才頭『刑事訴訟法講義』(日本評論社、1974 年) 117 頁。

<sup>737</sup> 渥美東洋「適正手続とか弾劾主義とか(二)」判例タイムズ 426 号 (1980 年) 4 頁; 多田・前掲注 (200) 198 頁。

<sup>738</sup> 法制審議会——新時代の刑事司法制度特別部会第 14 回会議 (2012 年 10 月 30 日開催)  
<http://www.moj.go.jp/content/000105414.pdf>. (井上委員の発言、38 頁)

<sup>739</sup> 逮捕・勾留されていない場合であっても、出頭や取調べを拒むことがきわめて困難である。

<sup>740</sup> 岡慎一「取調べ(被疑者・参考人)の在り方」刑法雑誌 52 卷 3 号 (2013 年) 383 頁。

<sup>741</sup> 田宮裕「被告人・被疑者の黙秘権」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座 I』(有斐閣、1963 年) 71 頁。

取調べ受忍義務の肯定は被疑者の黙秘権の実質化ないし自白偏重捜査の改善と矛盾するものである。そのため、被疑者の取調べ受忍義務を明確に否定し、強制的な取調べを禁止しなければならない。

それでは、取調べ受忍義務の否定論を徹底した場合の被疑者取調べはどのようなものであるべきであろうか。この論点については、今まで具体的な検討が充分に行われてこなかった。この点について、次のような帰結が考えられる。第一に、初回の被疑者取調べにおいて、被疑者に黙秘権を告知する。被疑者が黙秘の旨を表明した場合、取調べは中止しなければならない、如何なる説得も許されないとする。説得は取調べの継続に他ならず、供述の強要との区別もきわめて困難であるからである<sup>742</sup>。第二に、被疑者の取調べ拒否権を侵害して獲得された自白の任意性は否定すべきである<sup>743</sup>。第三に、取調べないしその予定は、接見指定の要件たる「捜査のため必要」に当たらない。第四に、代用監獄は被疑者取調べの便宜のためのものであるから、否認ないし黙秘する被疑者は代用監獄に引き続き勾留すべきではない<sup>744</sup>。

被疑者は初回の取調べに出頭しなければならない。その際、取調室において、取調べに応じるかあるいは黙秘するか意思確認を行う。「意思確認」を超えて、翻意するように働きかけることは供述の強要になる<sup>745</sup>。働きかけること自体が黙秘権の侵害になるとは言えないが、被疑者が精神力や忍耐力によって単に耐え忍んでいる状態であれば、黙秘権は実質的に侵害されると言わなければならない<sup>746</sup>。録音・録画を実施する場合にも、意思確認の過程を録音・録画するために出頭しなければならない<sup>747</sup>。被疑者取調べに応じかどうかで躊躇する被疑者に対しては、弁護人の立会を認めることで、取調べに応じることが期待できる<sup>748</sup>。つまり、取調べ受忍義務がないことを梃子にして、実質的に取調べへの弁護人立会権を認めさせることができる<sup>749</sup>。

### 第3款 本節のまとめ

日本の刑事手続は、とりわけ捜査機関による被疑者取調べに強度に依存し、その取調べにおいて被疑者の人権を日常的に侵害しているという、構造的特徴を有している<sup>750</sup>。被疑

<sup>742</sup> あるいは、「説得」は、そもそも被疑者が翻意して供述するようにするために行うことであるから、ある意味で、被疑者を自分の意思に反して供述させることであると理解することができる。そうであれば、「説得」と「供述の強制」は区別できないものであるといえよう。

<sup>743</sup> 後藤・前掲注(723)170頁。

<sup>744</sup> 後藤・前掲注(723)170頁。

<sup>745</sup> 久岡康成「黙秘権」井戸田編・前掲注(688)421頁。

<sup>746</sup> 淵野貴生「黙秘権保障と自白法則」川崎英明・白取祐司編『刑事訴訟法理論の探求』(日本評論社、2015年)192頁。

<sup>747</sup> 岡・前掲注(740)387頁。

<sup>748</sup> 後藤・前掲注(723)170頁。

<sup>749</sup> 川出敏裕「被疑者取調べの在り方について」警察政策11号(2009年)167頁。

<sup>750</sup> 豊崎・前掲注(709)11頁。

者取調べ手続において、被疑者は供述するかどうかの意思決定の自由が事実上保障されていない。

被疑者の黙秘権を実質的に保障し、被疑者取調べに強く依存する刑事手続構造を抜本的に改革するためには、まず取調べ受忍義務を明確に否定する取調べの運用を実施しなければならない。しかし、現状に鑑みれば、取調べ受忍義務を否定するだけでは不十分である。黙秘権の放棄の有効性や取調べ中の黙秘権の行使等、黙秘権を捜査手続の全過程において実質的に保障するためには、取調べの録音・録画、取調べへの弁護人の立会権、捜査と拘禁の分離（代用監獄の廃止）等の手続的保護手段を設けなければならない。これらの問題は取調べの適正化を図っていくうえでも重要な課題である。

## 第2節 黙秘権の実質化のための取調べ環境

本節においては、捜査手続の全過程において、被疑者の包括的な黙秘権を実質化・実効化するための個々の手続的保障措置・制度を検討し、黙秘権を自由に行使できる取調べ環境の整備、すなわち取調べの適正化のための一部施策を試みる。

### 第1款 取調べの録音・録画制度

取調べの録音・録画によって、違法な取調べを防止し、取調べの透明性を高めることや公判において、調書（自白）の任意性の立証を容易にすること等が期待される<sup>751</sup>。被疑者の黙秘権の保障という観点からすれば、同制度は、取調べ中に被疑者が黙秘権を行使した場合、それが効果的に保障されたかどうかを事後的に検証する上で、きわめて重要な役割を果たしうる<sup>752</sup>。

#### 第1項 導入状況

近年、いわゆる富山事件、志布志事件、足利事件<sup>753</sup>等が発端となって、警察段階での取調べのあり方に対する世間の批判が高まったことから、警察においては取調べ適正化のための取り組みがなされている<sup>754</sup>。2007年、国家公安委員会は、「警察捜査における取調べ

<sup>751</sup> 田口守一「取調べの適正化-現状と今後の課題」法学教室 335号（2008年）11頁。

<sup>752</sup> 安部・前掲注（528）381頁。

<sup>753</sup> いずれの事件でも、被疑者が捜査段階で虚偽の自白をしている。

<sup>754</sup> 警察庁「富山事件及び志布志事件における警察捜査の問題点等について」（2008年1月）（警察庁ウェブサイト [http://www.npa.go.jp/keiji/keiki/torishirabe/toyama\\_mondai.pdf](http://www.npa.go.jp/keiji/keiki/torishirabe/toyama_mondai.pdf)）、警察庁「足利事件における警察捜査の問題点等について（概要）」（2010年4月）（警察庁ウェブサイト <http://www.npa.go.jp/sousa/kikaku/houkokushogaiyou.pdf>）。

の適正化について」(2007年11月1日国家公安委員会決定)という文書を公表した。これを踏まえて、警察庁は、「警察捜査における取調べ適正化指針」を定め、これを具体化するため、国家公安委員会によって「被疑者取調べ適正化のための監督に関する規則」が制定された<sup>755</sup>。取調べの録音・録画制度は、このような取調べ適正化における大きな潮流の中の一政策として導入されたのである。

検察官による取調べの一部をDVDで録音・録画する試みは2006年より始まり、2008年4月からは、全国の地検で試行されている<sup>756</sup>。もっとも検察庁は、この録音・録画の試みを、裁判員裁判を念頭に置いて、自白調書の任意性を分かりやすく立証する手段だと位置づけている。これに対して、日本弁護士連合会は「取調べの一部の録画・録音だけでは不十分であり、一部に止めることはかえって被疑者の権利を侵害する危険がある」という批判をしてきた<sup>757</sup>。この取調べの一部を録音・録画したDVDについて、東京地裁は、被告人が否認から自白に転じた経緯が問題となった事案で、当該DVDを「検察官調書の任意性についての有用な証拠として過大視することはできず、……警察官の証言の信用性を支える資料に止まる<sup>758</sup>」として、その意義を限定的に解した。2008年4月に、警察庁が警察における取調べの録音・録画を試行する旨を表明した後、いくつかの県の警察で試行されたが、「裁判員裁判における自白の任意性の立証方策のために行うものであるから、その対象は裁判員裁判対象事件……であって、かつ被疑者が自白しているもの」に限られている。しかも、「組織犯罪等、録音・録画をすることにより、取調べの真相解明機能が害されたり、関係者の保護や協力確保、また以後の捜査等に支障を生じるおそれがある」もの等は除外される<sup>759</sup>。

上述したように、取調べの録音・録画制度の導入は2006年に始まったが、制度の運用は全過程の録音・録画に至らず、今でも一部録音・録画にとどまっている。その上、今後の全過程の録音・録画制度の成立は容易なものではないように思われる。その主な原因は、導入当初から今まで、実務家の全面可視化への強い抵抗があったからであろう。以下において、取調べの録音・録画についての代表的な反対論及び賛成論の内容を概観する。

## 第2項 取調べの録音・録画制度をめぐる議論

取調べの全過程の可視化については、導入前から、消極的な意見(反対論)と積極的な意見(賛成論)が対立してきた。反対論は主として捜査機関側から強く主張されている。

---

<sup>755</sup> 「警察捜査における取調べの適正化について」、「警察捜査における適正化指針」、「被疑者取調べ適正化のための監督に関する規則」等も以上のホームページからダウンロードできる。

<sup>756</sup> 三神正一郎「身柄拘束被疑者の取調べ受忍義務について」法学論集65号(2010年)128頁。

<sup>757</sup> 日本弁護士連合会「取調べの録画・録音試行についての申し入れ」(2006年6月13日)。

<sup>758</sup> 東京地判平19・10・10判例タイムズ1255号134頁。

<sup>759</sup> 三神・前掲注(756)129頁。

川出敏裕は、その論点を次の4点にまとめた<sup>760</sup>。

(1) 被疑者の真実の供述は、取調官と被疑者が、時間をかけて構築した信頼関係によって初めて得ることができる。もし取調べの過程が録音・録画されれば、被疑者はそれが後に第三者に開示されることを懸念し、録音・録画を意識した対応をせざるを得ず、よって信頼関係の構築が困難となる。その結果、真相解明が難渋し、被疑者に反省悔悟と更生を促すという取調べの役割が果たせなくなる。

(2) 組織犯罪などでは、捜査官は被疑者の供述に基づき、組織犯罪の捜査を進めている場合が多い。しかし、取調べの全過程が録音・録画されるとなると、被疑者が組織からの報復をおそれて、供述をためらう可能性が高くなる。

(3) 取調べ中に、被害者等の第三者のプライバシーや名誉に関わる情報が出された場合、それらの情報が公判で暴露されるおそれがある。

(4) 日本の取調べは、諸外国と違って、その密度が高いため、全事件について取調べの全過程の録音・録画を行おうとすると、莫大な費用と手間がかかる。

全過程の可視化に積極的な意見も、全ての事件において一気に全過程の可視化を実現せよとまでの主張ではなく、裁判員裁判対象事件、知的障害者の事件等から段階的にその範囲を広めていくという意見が多数を占めている。そして、以上のような可視化弊害論に対し、以下のような反駁を行っている。

(1) のような主張に対しては、「取調べに影響が出るとしても、利点を考慮して、踏み切るべきであり、……大きな方向性としては、取調べを中心とした現在の捜査手法は徐々に変えていかざるを得ない<sup>761</sup>」ことや、「被疑者取調べの更生機能を考慮したとしても、取調べが神に対する懺悔でないことは自明だ。取調官は牧師ではないし、カウンセラーでもないのであるから、密室の必然性などは導かれえない……<sup>762</sup>」等との批判がなされている。

(2) と (3) については、「そもそも録音・録画の例外とするか、あるいは録音・録画した記録の公判での取調べを制限するという方策によって対処が可能<sup>763</sup>」だとする見解や、「取調べを一時停止・中止することが可能<sup>764</sup>」だとする意見、「録画することはできなくても、録音することは可能<sup>765</sup>」だとする見解が主張されている。また、他人の犯罪についての情報をこの機会に得ておこうというのは虫のいい話で、そもそも勾留の制度趣旨から

<sup>760</sup> 川出・前掲注(749)179頁以下。

<sup>761</sup> 川出・前掲注(749)180頁。

<sup>762</sup> 小坂井久「取調べ『不可視化』論の現在——取調べ録音・録画制度導入反対論批判」刑事弁護35号(2003年)15頁。

<sup>763</sup> 川出・前掲注(749)181頁。

<sup>764</sup> 吉丸眞「録音・録画記録制度化について(下)」判例時報1914号(2006年)26-17頁。

<sup>765</sup> 小坂井久「『取調べ可視化』論の展開——法務省『取りまとめ』を踏まえて」刑事弁護68号(2011年)169頁。

見ても疑問があるという批判もなされている<sup>766</sup>。

(4) については、「現在の技術からすれば、取調べの全過程の録音・録画が、本当に、それほどの費用と手間がかかるものかは疑問がある」として、「対象事件の範囲を限定することも考えられる」等の意見がある<sup>767</sup>。

以上のような批判や提案が出されているにもかかわらず、全過程の可視化への抵抗は実務家を中心に根強く残っている。しかし、現段階における可視化論議は、一步進んで、捜査機関が取調べの際に録音・録画をおよそするかしないかではなく、取調べの全過程を録音・録画するのか、捜査官の判断で部分可視化でもよいのか、あるいは、捜査官または被疑者の判断で録音・録画をしなくてもよい場合があるかどうかというものになったのである<sup>768</sup>。

### 第3項 法制審議会特別部会による提言

2011年8月8日、法務省は、およそ2年弱にわたる省内勉強会の内容・結果をとりまとめ<sup>769</sup>、これを公表するに際して、「被疑者取調べの可視化の実現に向けて」とする文書を発表した。この文書において、法務省は、「被疑者取調べの可視化が、取調べ状況を客観的に記録し、自白の任意性の的確な判断を容易にするとともに、不適正な取調べの抑制にも資するもので、冤罪を防止するために有効な手段であることが確認された。取調べの可視化を制度化することは是非とも必要であり、……制度としての可視化を実現していかなければならない」とした。

以上のような問題意識に基づき、2011年5月18日に設置された特別部会では、取調べの録音・録画の制度化に向けて審議を行った。その後の審議においては、録音・録画の対象事件や方法、及び録音・録画記録の証拠化について議論を行ったが、全事件・全過程の録音・録画の制度化を求める立場と、取調べの「真相解明」機能を大きく損なうとしてそれに反対する立場との意見が対立していた<sup>770</sup>。

2013年1月29日の第19回会議において、特別部会は、「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」（以下、「基本構想」）を公表した。「基本構想」は、被疑者取調べの録音・録画制度の導入について、「一定の例外事由を定めつつ、原則として、被疑者取調べの全過程について録音・録画を義務付ける」、「録音・録画の対象とする範囲は、取調官の一定

<sup>766</sup> 高畑満「刑弁通信『取調べの可視化』の現在」第一東京弁護士会会報委員会編『Ichiben Bulletin』477号（第一東京弁護士会、2012年）45頁。

<sup>767</sup> 小坂井・前掲注（765）170頁。

<sup>768</sup> 高畑・前掲注（766）44頁。

<sup>769</sup> 2011年8月8日『被疑者取調べの録音・録画に関する法務省勉強会取りまとめ』。ウェブサイト [www.moj.go.jp/content/000077866.pdf](http://www.moj.go.jp/content/000077866.pdf)。

<sup>770</sup> 葛野・前掲注（686）56頁。

の裁量に委ねるものとする<sup>771</sup>という2つの制度案を念頭に置いて具体的な検討を行うこととされた。

その後の審議においては、捜査官の裁量によって録音・録画の範囲を決めるとする第2案に対して、強い批判があったものの<sup>772</sup>、第1案の全面可視化については、真相解明機能を損なわない「枠」をはみ出すものとして排斥され、具体的な検討対象から除外された<sup>773</sup>。このような結果をもたらした原因は、主に、取調べの真相解明機能への積極的評価や全面可視化によってしか保障できない被疑者の黙秘権に対する軽視であると考えられる<sup>774</sup>。

2014年7月、特別部会は、「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果【案】」（以下、「調査審議の結果」）<sup>775</sup>を取りまとめた<sup>776</sup>。「調査審議の結果」は、逮捕・勾留中に対象事件（裁判員制度対象事件及び検察官独自捜査事件）について、被疑者調書として作成された被告人の供述調書の任意性が争われた場合に、録音・録画した記録媒体を証拠調べ請求することを検察官に義務づけるとした<sup>777</sup>。そして、検察官、検察事務官または司法警察職員は、対象事件について取調べるとき、例外事由に該当する場合を除き、その状況を録音・録画しなければならないと提言した。その例外事由については、次の4点にまとめられている。(1) 記録に必要な機器の故障その他のやむを得ない事情により、記録が困難であると認めるとき、(2) 被疑者による拒否その他の被疑者の言動により、記録をすると被疑者が十分に供述できないと認めるとき、(3) 被疑者の供述状況が明らかにされると、被疑者又はその親族に対し、身体・財産への加害行為又は畏怖・困惑行為がなされるおそれがあることにより、記録をすると被疑者が十分に供述できないと認めるとき、(4) 当該事件が指定暴力団の構成員によるものであると認めるとき<sup>778</sup>。したがって、「調査審議の結果」は、逮捕・勾留中の被疑者の対象事件についての取調べの全過程を録音録画することを、捜査機関に対して、一定の例外事由に該当しない限り義務づけ、原則的全過程録音録画義務を提言したのである<sup>779</sup>。

しかし、「調査審議の結果」は、多くの批判を受けた。(1) 対象事件を検察官独自捜査

<sup>771</sup> 法制審議会特別部会 2013年1月29日「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」ウェブサイト [www.moj.go.jp/content/000106628.pdf](http://www.moj.go.jp/content/000106628.pdf) 7頁。

<sup>772</sup> 特別部会第25回会議に提出された、神津里季生、周防正行、松木和道、村木厚子、安岡崇志各委員連名の「新時代の刑事司法制度特別部会 取りまとめに向けての意見」等参照。

<sup>773</sup> 葛野・前掲注(680)8頁；周防正行ほか「〈座談会〉原点はなぜ見失われたか——徹底検証『新時代の刑事司法制度特別部会』」世界857号(2014年)74頁〔周防〕参照。

<sup>774</sup> 関口・前掲注(710)70-71頁。

<sup>775</sup> この案は同年9月18日の法制審議会総会第173回会議においても採択され、法務大臣に答申された。2015年3月13日に開議決定され、国会に上程された。現在、法制化に向けた動きが進行している。

<sup>776</sup> 特別部会の審議内容を直接扱った文献としては、古川・前掲注(706)47頁以下；川出敏裕「被疑者取調べの録音・録画制度——法制審議会答申に至る経緯——」刑事法ジャーナル42号(2014年)4頁以下；葛野・前掲注(710)16頁以下；川崎英明ほか編著・前掲注(709)19頁以下等。

<sup>777</sup> 「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果【案】」ウェブサイト [www.moj.go.jp/content/000125178.pdf](http://www.moj.go.jp/content/000125178.pdf) 2頁。

<sup>778</sup> 「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果【案】」・前掲注(777)2頁。

<sup>779</sup> 堀江慎司「取調べの録音・録画制度」論究ジュリスト12号(2015年)55頁。

事件のほか裁判員制度対象事件に限定した理由は、これらの事件が重大な事件であり、取調べ状況をめぐって争いが生じやすく、録音録画の必要性が高いという点である<sup>780</sup>。しかし、これに対しては、この2種類の事件は年間約1600件程度であり<sup>781</sup>、全事件の約2~3%しか占めていないことから<sup>782,783</sup>、あまりに狭すぎるという批判がある<sup>784</sup>。(2)録音録画される取調べの客体を逮捕・勾留されている被疑者に限定し、在宅被疑者の取調べを一律に録音録画の対象外とした点も批判されている<sup>785</sup>。(3)録音録画の例外を設けることに対しても、次のような批判が見られる。すなわち、除外事由は過度に広汎かつ不明確であり、これは、実質的に捜査官の裁量を認めることになりかねない<sup>786</sup>。また、録音・録画が黙秘権の実効化を可能にすることを含めるならば、被疑者が供述しないという事態は、録音録画の効用が発揮されたと評価すべきであり、「十分な供述」が得られないという理由で例外事由とされるべきではない<sup>787</sup>。

2016年5月24日には、「刑事訴訟法等の一部を改正する法律」が国会で可決され、成立した。法制審議会の「調査審議の結果」を基にする修正案は刑事訴訟法第301条の2第4項に新たに規定され、同条項は、2019年6月まで(公布の日から起算して3年以内)に施行されることになっている<sup>788</sup>。

#### 第4項 取調べの録音・録画と黙秘権

被疑者取調べの録音・録画制度は、「取調べ過程の透明化を図ることにより、公判において被疑者の供述の任意性・信用性の判断を容易にするとともに、追求めあるいは不当な誘導による取調べなど、適正さを欠く取調べを抑制し、被疑者の黙秘権を保障することに

<sup>780</sup> 「基本構想」10頁及び、特別部会第28回会議(平成26年6月23日開催)議事録2頁(保坂)等。

<sup>781</sup> 白取・前掲注(708)5-6頁。

<sup>782</sup> 小坂井久「スチームローラーが動きはじめる——可視化制度化の意義と実践的展望」自由と正義65巻11号(2014年)16頁。

<sup>783</sup> 事件単位で計算すれば、対象事件は全事件の3%程度であるが、被疑者単位で計算すれば、任意を含めて警察が謙虚した事件の被疑者のうち、裁判員裁判事件の被疑者が占める割合は0.36%に過ぎないとして、可視化は実際0.4%未満であるという見方もある。原田宏二は、このような可視化の下では冤罪につながる不当な取調べが抑制できず、自白偏重主義は変わらないと強調する。ウェブサイト

<http://blogos.com/article/177991/>。

<sup>784</sup> 白取・前掲注(708)5頁。

<sup>785</sup> この点については、白取・前掲注(708)6頁；松田岳士「在宅被疑者の取調べとその可視化」法律時報83巻2号(2011年)27頁；堀江・前掲注(779)62-63頁参照。

<sup>786</sup> 葛野・前掲注(710)18-21頁；小坂井久「取調べの録録画・録音制度の課題」刑事法ジャーナル42号(2014年)33頁；特別部会第23回会議(2014年2月14日開催)議事録13頁[安岡崇志]等。

<sup>787</sup> 露木康浩「警察における取調べの録音・録画の運用と課題」刑事法ジャーナル42号(2014年)24頁以下；葛野・前掲注(710)18-21頁；堀江・前掲注(779)59頁以下。

<sup>788</sup> 全事件の全過程の録音・録画を義務付けず、対象事件を全事件のわずか3%の裁判員対象事件と検察官独自捜査事件に限定し、さらに、任意同行下での取調べ及び別件逮捕中の取調べは対象としないとする制度に対して、今後新たな冤罪を生み出す可能性があるという懸念の声が上がっている。2016年4月の今市事件判決は部分可視化の危険性が現実化したものであるとして注目されている。

ある<sup>789</sup>」。すなわち、黙秘権が効果的に保障されたか否かを事後的に検証可能にする点あるいは自白強要的な違法な取調べを抑制することを可能にする点のいずれから見ても、取調べの録音・録画制度は、被疑者の黙秘権と深い関連性がある。

取調べの録音・録画制度と黙秘権の関係について、憲法 38 条 1 項の黙秘権保障から録音・録画制度の憲法的地位を導く見解がある。すなわち、「黙秘権の実質的保障を担保するための措置を用意すること自体が（憲法 38 条 1 項）黙秘権の内在的要求」であり、したがって、その措置としての全面可視化は「黙秘権に内在する権利」であるとする<sup>790</sup>。この点について、録音・録画制度は、黙秘権の行使を容易にし、権利を実効化するためには有益な措置ではあるが、憲法 38 条 1 項から、被疑者取調べの録音録画の捜査機関への義務付けや被疑者の権利性を導くことは必然的な帰結ではないといった批判がなされている<sup>791</sup>。確かに、黙秘権の実質化のためのすべての手続保障措置を憲法上の黙秘権の権利内容として認めて良いのかについては疑問が残り、さらなる検討が必要である<sup>792</sup>。

さしあたり、取調べ録音・録画制度は、黙秘権を実質化するための手続的保障措置として位置づけるのが妥当であると思われる<sup>793</sup>。また、黙秘権の実質化のための保障措置である以上、黙秘権の実効性を失わせるような制度設計や運用はできない。

## 第 5 項 本款のまとめ

本節では、被疑者が自由に黙秘権を行使できる取調べ環境を構築するためには、取調べの全過程の録音・録画を実現すべきであるということを確認した。取調べの全面可視化は取調べの全過程の録音・録画と全事件の録音・録画両方を満たすことを意味する。

取調べの全過程の録音・録画は、取調べの適正化に資するものであり、被疑者の黙秘権の保障や冤罪を防止するためにきわめて有効な手段である。被疑者がどのような取調べ環境で、どのような理由により自白に至ったのか、まさにその否認から自白に転換する瞬間における被疑者の供述状況を後日検証できるものにするためには、当該事件の取調べを開始から終了まで絶え間なく記録することが必要になるのである<sup>794</sup>。

また、刑事手続において、すべての被疑者の黙秘権は憲法及び刑事訴訟法によって保障されるのであるから、全過程取調べの録音・録画の対象事件は全事件とすべきである。例

<sup>789</sup> 「新時代の刑事司法制度」に対する刑事法学者の意見 9 頁。ウェブサイト <http://genjin.jp/pdf/ikensho20130910.pdf>。

<sup>790</sup> 瀧野貴生「取調べの可視化の権利生と可視化論の現段階」法律時報 85 巻 9 号（2013 年）61-63 頁。

<sup>791</sup> 堀江・前掲注（779）55 頁以下。

<sup>792</sup> 安部・前掲注（528）383 頁において、「憲法の要求であるというためには、当該手続的保護措置が採られなければ、当該権利が実質的・実効的に保障されないという関係が必要である。」と指摘し、この基準によれば、取調べの録音・録画が憲法 38 条 1 項の要求するものであるかどうかは疑わしいと述べた。

<sup>793</sup> 瀧野・前掲注（790）62-63 頁。

<sup>794</sup> 高畑・前掲注（766）44 頁。

外事由は特別厳格に規定すべきである<sup>795</sup>。

第2章で言及したイギリスにおける1984年警察及び刑事証拠法(PACE)は、実務規範E、Fに基づき、略式起訴犯罪を除くすべての犯罪について、被疑者が取調べを受ける場合、その全過程の録音・録画が義務付けられている<sup>796</sup>。例外事由は、(1) テロ防止法又は公的秘書法に規定する犯罪の嫌疑のある者の取調べ、(2) 機器の故障や取調室が利用できない場合、(3) 訴追を行わないことが明らかな場合、(4) 被疑者が取調室への入室を拒否した場合、(5) 犯罪と関連しない事項に関する供述につき、被疑者が録音・録画を拒否した場合、とされている。これらのうちいずれかの理由により、録音・録画をしない場合には、捜査官は、取調べと同時に、その過程を逐語的に記録しなければならない<sup>797</sup>。さらに、留置管理官は、録音・録画を行わない理由を具体的に記録しなければならないとしている<sup>798</sup>。

イギリスの実務では、録音・録画義務の対象事件の取調べについて、義務違反はほとんど見られず、義務違反ゆえに自白が排除された判例はない。その理由は、録音・録画義務の例外事由が明確に規定されているからであると評価されている<sup>799</sup>。黙秘権侵害を回避する予防的ルールとして録音・録画の有効性を確保するためには、例外事由を具体的に設定すべきである。

取調べの録音・録画制度と直接に関連する問題は、ほかにも、実質証拠としての使用の可否・当否の問題や供述の態度による信用性判断の当否などがある。これらについては、将来の検討課題にする。

取調べの全過程の録音・録画がなされ、自白の任意性が争われたときに、取調べ状況の検証が適切になされるようになれば、取調べの適正化は格段に進展する<sup>800</sup>。しかし、可視化が想定しているのは、主として暴行や脅迫などの「目に見える」圧力である。次に述べるように、代用監獄制度が被疑者に与えるのは、虚偽自白を導く「目に見えない」精神的圧力なのである。この「目に見えない」圧力は代用刑事施設にまつわる固有の問題であり、可視化では完全に払拭できない。したがって、公判前手続の黙秘権侵害を防ぐためには、取調べの全過程の可視化の他、代用刑事施設の廃止も実現すべきである。

## 第2款 代用監獄の廃止

<sup>795</sup> 「調査審議の結果」において提案された取調べの録音・録画の例外事由に対しては、「刑事訴訟法等改正案に対する刑事法学者の意見」刑事弁護 83号(2015年)141頁以下における批判を参考することができる。

<sup>796</sup> PACEの実務規範Cは、「犯罪の嫌疑がある者の取調べについては、警察署で行うと否とを問わず、すべて正確に記録しなければならず」と規定している。録画は、録画可能な取調室内における取調べに限り要求されるが、録音については、取調室外で行われる取調べの場合にも要求されている。

<sup>797</sup> 葛野・前掲注(710)21頁。

<sup>798</sup> PACE実務規範C、E、F参照。

<sup>799</sup> 葛野・前掲注(710)21頁。

<sup>800</sup> 葛野・前掲注(728)185頁。

「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」（刑事被収容者処遇法）15条は、受刑者、死刑確定者などを除き、刑事施設に収容される者（勾留された被疑者・被告人）について、「刑事施設に収容することに代えて」、警察の「留置施設に留置することができる」と規定している<sup>801</sup>。これにより、起訴前に限っても、最長23日に及ぶ警察留置が認められている。実際、勾留された被疑者の圧倒的多数が、代用刑事施設としての警察留置場に留置されている<sup>802</sup>。

取調べ目的の身体拘束は、現行法における身体拘束の目的<sup>803</sup>からしても、当事者主義・弾劾主義的な捜査手続からしても認められない<sup>804</sup>。しかし、代用監獄制度は、身体拘束された被疑者を警察の手許に置くことによって、警察の無制限の被疑者取調べを可能とし、取調べと身体拘束を密接に結びける役割を果たしている。この事実は、警察の代用監獄に対する評価、すなわち、「捜査を適切かつ迅速に行い、事案の真相を明らかにする上できわめて大きな役割を果たしており、今や刑事司法の運用上必要欠くべからざるもの」<sup>805</sup>であるということからも明らかであろう。このように、代用監獄は、取調べ受忍義務を肯定する実務と相まって、細部にわたる実体的真実発見を重視するがゆえに濃密で徹底した取調べを追求する精密司法を支えている<sup>806</sup>。

「市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）」9条3項は「刑事上の罪に問われて逮捕され又は抑留された者は、裁判官又は司法権を行使することが法律によって認められている他の官憲の面前に速やかに連れて行かれるものとし、妥当な期間内に裁判を受ける権利又は釈放される権利を有する」と規定する。この規定の解釈につき、日本政府は、いわゆる拘禁二法案の国会審議において、同項が司法官の面前への引致後の身柄拘束の場所には触れていないとして、代用監獄を勾留場所として利用することは自由権規約に違反しない、との見解を表明していた<sup>807</sup>。しかし、規約9条3項は、捜査と拘禁の分離を要請し、さらにそれは、警察留置の極小化、捜査と留置の機能分化という二重の要請を含んでいると理解すべきであり、これら二重の要請のいずれについても、代用監獄は規約

<sup>801</sup> 高内寿夫「被疑者取調べと弁護権」村井等編『刑事司法改革と刑事訴訟法（上巻）』（日本評論社、2007年）466頁。

<sup>802</sup> 葛野尋之「刑事訴訟法と刑事拘禁法」村井等編『刑事司法改革と刑事訴訟法（上巻）』（日本評論社、2007年）425頁。

<sup>803</sup> 現行刑訴法60条1項、207条1項によれば、捜査段階における身体拘束の目的は、罪証隠滅の防止と逃亡の防止に限定されている。

<sup>804</sup> 平野龍一『捜査と人権』（有斐閣、1981年）23頁；後藤昭「未決拘禁法の基本問題」福井厚編『未決拘禁改革の課題と展望』（日本評論社、2009年）5頁；石田倫識「起訴前勾留の目的と被疑者取調べ——取調べ目的の身体拘束の禁止——」『改革期の刑事法理論——福井厚先生古稀祝賀論文集』（法律文化社、2013年）92頁。

<sup>805</sup> 警察庁刑事局「『代用監獄』関係資料 警察の留置場を勾留施設とする必要性」警察学論集31巻4号（1978年）148頁。

<sup>806</sup> 葛野尋之「未決拘禁の司法的コントロールと代用監獄」刑事立法研究会編『代用監獄・拘置所改革のゆくえ』（現代人文社、2005年）61頁。

<sup>807</sup> 日弁連拘禁二法案対策本部「第113国家における政府答弁批判」（1989年）10-11頁。

9条3項に違反しているというべきである<sup>808</sup>。このような日本政府の表面的な解釈は、「身柄拘束の権限と捜査の権限とは、異なる機関に振り分けられ、明確に区別されなければならないという国際人権法の常識」からして許されるものではない<sup>809</sup>。

国連自由権規約人権委員会は、1988年から現在まで、日本政府の報告書を審査したうえで、代用監獄について深刻な懸念を表明し、その廃止を勧告してきた。規約委員会の一貫した勧告の趣旨は以下の通りである。すなわち、起訴前の拘禁が迅速かつ実効的に裁判官のコントロール下に置かれることなく、警察のコントロールに服している点、代用監獄が警察とは別個の官庁のコントロール下にない点において、規約9条3項などの遵守が不完全である。代用監獄の活用によって、捜査と拘禁が分離されないということは、長期にわたる苦痛に満ちた被疑者の取調べに関係するものであり、人間の尊厳と人権を侵すものであるから、そのシステムは廃止すべきである<sup>810</sup>。

国連拷問禁止委員会は、2007年5月18日の第一回審査で、「代用監獄という監獄の代用制度が、……被逮捕者を長期にわたって勾留しておくために、広範かつ組織的に利用されていることを深く懸念する。この制度は、被留置者の勾留及び取調べに関する手続上の保障が十分でないこととも相まって、被留置者の権利が侵害される可能性を増加させ、また、無罪の推定、黙秘権及び防御権といった諸原則が事実上尊重されないようになる可能性がある」と指摘した。そのうえで、委員会は、「留置担当官を捜査から排除し、また、捜査員を被留置者の留置にかかわる事項から排除することにより、捜査機能と留置機能の完全な分離を確保するよう法改正を行う<sup>811</sup>」ことを勧告した。2013年の第2回審査では、前回の勧告を繰り返し、「捜査と拘禁の機能の分離を実際にも確保するため、立法その他の措置をとり」、「締約国の法と実務を国際基準に完全に合致させるため、代用監獄制度の廃止を検討すべきである」と勧告した<sup>812</sup>。

国連自由権規約人権委員会の勧告に対して、日本政府は、「身柄拘束期間中のち密な捜査とそれに裏付けられた厳格な起訴」こそ、日本の刑事司法の「神髄」であり、身柄拘束期間内に被疑者取調べを効率的に実施するためには、警察留置施設への代替収容制度が必要であるとしたうえで、勾留場所を含む勾留決定が裁判官の判断によりなされることから、被疑者の人権保障への配慮がなされているとしている<sup>813</sup>。一方、2007年12月に提出され

<sup>808</sup> 葛野尋之「代用刑事施設問題の現在——2008年規約委員会勧告から」福井厚編『未決拘禁改革の課題と展望』（日本評論社、2009年）99頁。

<sup>809</sup> 梅田豊「取調べ受忍義務否定論の最構成——刑訴法198条1項但書の解釈についての一試論——」島大法学第38巻第3号（1994年）19頁。

<sup>810</sup> 葛野・前掲注（808）89—96頁。申恵丰「市民的及び政治的権利に関する国際規約第四回日本政府報告審査における委員会の最終所見（訳）」法学セミナー530号（1994年）48頁参照。2008年10月15日の規約委員会の審議要録については、規約委員会ホームページ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/hrcs94.htm>。

<sup>811</sup> 田鎖麻衣子「冤罪の温床・代用監獄制度に明確な廃止勧告」（2009年）法と民主主義436号127頁。

<sup>812</sup> 日弁連パンフレット『国連拷問禁止委員会は日本政府に何を求めたか』参照。

[http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/kokusai/humanrights\\_library/treaty/data/UNC\\_against\\_torture\\_pam.pdf](http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/kokusai/humanrights_library/treaty/data/UNC_against_torture_pam.pdf)。

<sup>813</sup> 外務省ホームページ [http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/pdfs/jiyu\\_kaito/pdf](http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/pdfs/jiyu_kaito/pdf)。

た日弁連リポート<sup>814</sup>は、「第一次捜査権を有する警察自身が被疑者の身体を拘束し、管理し、全生活を支配するということが、代用監獄の本質」であり、「直接的な暴行や脅迫が加えられなくても、被疑者の全生活が捜査機関によって管理されているということ自体が、被疑者の心身に対する圧力として働き、捜査機関への迎合へと誘うのである」としたうえで、代用監獄が虚偽自白を生み出し、それを維持させる「自白強要システム」として機能し、「冤罪の温床」となると指摘した。

以上国際人権機関と日弁連が指摘しているように、日本において、代用監獄は、ソフトウエアとしての取調べ受忍義務と相まって、捜査と拘禁を結合させるハードウエアとして機能してきた<sup>815</sup>。捜査と拘禁が結合するなかで、たとえあからさまな暴行や脅迫が行われなくとも、被疑者の全生活が捜査機関によって管理されているため、被疑者の供述の自由ないし黙秘権を脅かすような強制的な圧力が生じる<sup>816</sup>。すなわち、被疑者を取調べのため警察の手許に置き、その全生活を支配・管理したうえで、社会生活・情報から被疑者を遮断することが、自白強要的圧力を生み出す重要な要因になっているのである<sup>817</sup>。このような事実が、「冤罪の温床」として代用監獄が厳しい批判を受けている<sup>818</sup>所以であろう。このように、身体拘束の被疑者取調べを支えてきた代用監獄には、被疑者の黙秘権を危うくする固有の問題が存在し、その問題点は取調べ可視化によっては解消できないといえよう<sup>819</sup>。したがって、被疑者の適切な防御権を保障し、虚偽自白をなくし、冤罪を防止するためには、代用監獄を廃止し、捜査と拘禁の分離を実現すべきである。

以上、代用監獄の問題——「捜査と拘禁の分離」は、日本が国際的な立場を確立するために解決しなければならない課題であり、依然として刑事司法改革における最も重要な課題の1つであるといえよう。この問題は、被疑者の黙秘権が活かされる取調べ環境を構築するために、解決しなければならない課題なのである。

---

<sup>814</sup> 日弁連ホームページ

[http://www.nichibenren.or.jp/kokusai/humanrights\\_library/treaty/data/Alt\\_Rep\\_JPRep5\\_ICCPR\\_ja.pdf](http://www.nichibenren.or.jp/kokusai/humanrights_library/treaty/data/Alt_Rep_JPRep5_ICCPR_ja.pdf).

<sup>815</sup> 葛野・前掲注(808) 87頁。

<sup>816</sup> 代用刑事施設問題の本質について、葛野尋之『刑事手続と刑事拘禁』（現代人文社、2007年）53-54頁。

<sup>817</sup> 浜田寿美男『自白の心理学〔新版〕』（北大路書房、2005年）339頁以下。また、スティーヴン・A・ドリズィン、リチャード・A・レオ著；伊藤和子訳『なぜ無実の人が自白するのか：DNA鑑定は告発する』（日本評論社、2008年）179頁では、「監禁された環境と、物理的な拘束は被疑者を孤立させ、被疑者から力を奪うことを意図している。被疑者は疲労し、すり減り、あるいは耐えられないほどストレスの多い経験を免れる他の手段を見いだせないというだけの理由で取調べ官の願いに服する以外選択肢がないと認識する」、「監禁された環境と、物理的な拘束は、被疑者を孤立させ、被疑者から力を奪うことを意図している」と指摘した。

<sup>818</sup> 日本弁護士連合会編『誤判原因の実証的研究』（現代人文社、1998年）413-415頁；また、日弁連パンフレット、ウェブサイト [http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/publication/booklet/data/daiyou\\_kangoku.pdf](http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/publication/booklet/data/daiyou_kangoku.pdf) 参照。

<sup>819</sup> 佐藤元治「刑事収容施設・被収容者処遇法における代用監獄制度について」法と民主主義 459号（2011年）217頁。

### 第3款 被疑者の弁護権の保障

#### 第1項 法的状況

本款においては、弁護権に関する法的状況を概観した後、Miranda 判決と Salduz 判決に関する検討を通じ、取調べへの弁護人立会いは黙秘権が自由かつ適切に行使できる取調べ環境の形成において、重要かつ不可欠な要素であることを論じる。これを踏まえて、弁護人立会権を含む被疑者の弁護権を実質的に保障するためには、公的弁護制度（国選弁護制度と当番弁護士制度）を強化すべきことを説く。

日本国憲法 34 条は、「何人も、……直ちに弁護人に依頼する権利を与へられなければ、抑留又は拘禁されない」と規定し、身体を拘束された被疑者・被告人に弁護人の援助を受ける権利を保障する。これは、身体拘束という状況から生じる不利益の解消を目的とした弁護の機能を保障したものである<sup>820</sup>。さらに、憲法 37 条は被告人に弁護人の援助を受ける権利を保障し、私選のみならず国選弁護権をも保障している。そして現行刑事訴訟法 30 条 1 項は、「……被疑者は、何時でも弁護人を選任することができる」と規定し、身体拘束の有無を問わず、被疑者に弁護人選任権を保障している<sup>821</sup>。また、資力等の理由で被疑者・被告人自身が弁護人を選任することができない場合には、所定の条件において、国選弁護人の選任を受ける権利が、憲法 37 条 3 項後段及び刑事訴訟法 36 条（被告人の国選弁護人選任請求権）、37 条（防御能力の低い被告人に対する裁判所の職権による国選弁護人の選任）にて明示的に保障されている。そして重大な事件（死刑または無期もしくは長期 3 年を超える懲役もしくは禁錮にあたる事件）における必要的弁護（289 条）を規定している。さらに、刑事訴訟法 78 条、203 条 1 項、204 条 1 項、209 条、211 条、216 条において、弁護人の援助を受ける権利を実効化するために、被疑者に対して弁護人選任権を告知する制度が設けられている<sup>822</sup>。また、刑事訴訟法は、弁護人が、被疑者・被告人の刑事手続における正当な権利の擁護に向けて活動するために、様々な権限を付与している。

憲法 34 条の弁護人依頼権は、単に弁護人を選任するだけでなく、被告人の防御権を実効的に保障するために、様々な局面において法律の専門家たる弁護士が被疑者・被告人の利益を守るために被疑者・被告人を助力することを内容とする権利であると解される<sup>823</sup>。

<sup>820</sup> この立場を採る見解として、渥美東洋『全訂刑事訴訟法（第2版）』（有斐閣、2009年）294頁以下、椎橋隆幸『刑事弁護・捜査の理論』（信山社、1993年）63-64頁、椎橋隆幸『刑事訴訟法の理論的展開』（信山社、2010年）51-52頁、宮島里史「捜査段階における弁護権の意味と機能」新報 97 卷 3=4 号（1990年）135-147 頁等がある。

<sup>821</sup> 川端博『刑事訴訟法講義』（成文堂、2012年）170 頁。身体拘束されていない被疑者に弁護人依頼権を保障するという点について、憲法の趣旨を拡張していると解されている。

<sup>822</sup> 最高裁の判例は、弁護人選任権の告知は憲法の要請するところではないと解している（最「大」判昭 28・4・1 刑集 7 卷 4 号 713 頁）。

<sup>823</sup> 椎橋隆幸『刑事訴訟法の理論的展開』（信山社、2010年）188 頁。

したがって、このような被疑者・被告人の弁護権は、単に、その妨害が禁止されるという意味での消極的な保障にとどまらず、被疑者・被告人が権利を実効的に行使するため、捜査側に一定の行為を求めるという意味での積極的な側面も有するという点が指摘されている<sup>824</sup>。刑事訴訟法 203 条 1 項、204 条 1 項、272 条 1 項が、被疑者・被告人に対して弁護権を告知することを要求するのは、被疑者・被告人に積極的に権利を行使させるためであると理解しうる。

刑事訴訟法 39 条 1 項は、「身体の拘束を受けている被告人又は被疑者は、弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼による弁護人となろうとする者と立会人なくして接見し、又は書類若しくは物の授受をすることができる」と規定し、被疑者・被告人及び弁護人等との自由かつ秘密の接見交通権を保障している。弁護人以外の者との接見と異なり、その秘密性が所与の条件とされ、弁護人との接見交通権は、被疑者・被告人の弁護権保障にとって最も重要な権利であるとされてきた<sup>825</sup>。取調べにおける弁護人立会いが認められていない現状では、接見交通に違法・不当な取調べの抑止効を求めざるを得ないのは確かである。憲法の立案者も、事前に接見交通権を保障し、事後に自白法則を動かせば、立会権を明文化しなくとも、不当な取調べは規制できると考えたのである<sup>826</sup>。しかし、接見交通権は、被疑者・弁護人間の秘密かつ自由な相談・助言の機会を保障するためのものであって、本来取調べそのものの適正化とはやや異質のものである<sup>827</sup>。本稿は、主として取調べ中の被疑者の黙秘権を保障するための手続的環境の形成を目標としているため、接見交通権をめぐる問題については割愛する。

## 第 2 項 被疑者取調べにおける弁護人立会権

### 1. 弁護人の立会権に関する議論

弁護人は被疑者取調べに立会う権利をもつかという議論は、日本では、戦後から続けられてきているものである。

マッカーサー草案起草の直前の 1946 年 2 月、憲法草案準備のため連合軍総司令部内に設けられた「人権に関する小委員会」は、人権に関する小委員会案として、「自白は、それが弁護人の面前でなされたものでない限り、効力がない」との条文を提案している<sup>828</sup>。これは、拷問等の「日本独特の悪習」を防ぐ役割を期待したものと理解される<sup>829</sup>。しかしこれは、憲法 38 条 2 項に、強制・拷問・脅迫等による自白は証拠とすることができない

<sup>824</sup> 辻本典央「弁護権の実質的保障について」犯罪と刑罰 20 号 31 頁。

<sup>825</sup> 辻本・前掲注 (824) 29 頁。

<sup>826</sup> 三井・前掲注 (693) 167 頁。

<sup>827</sup> 渡辺修『被疑者取調べの法的規制』(三省堂、1992 年) 195 頁。

<sup>828</sup> 高柳賢三ほか『日本国憲法制定の過程 I』(有斐閣、1972 年) 233 頁。

<sup>829</sup> 三井・前掲注 (693) 167 頁。

と規定すれば足りるとして、実現されなかった<sup>830</sup>。

また、現行刑事訴訟法の制定過程においても、1948年6月衆議院司法委員会で、ある委員より、立会いを認めなければ弁護人依頼権の意味は大部分抹殺されるとして、取調べに際しての立会権規定の新設が求められた<sup>831</sup>。しかし、取調べに弁護人を立ち合わせることは「捜査の敏活に差し支えがある<sup>832</sup>」という反対が強かったため、実現には至らなかった。

その後、現行法が施行されてから十数年間、立会権をめぐる議論は途絶えたものの、「刑事法の革命」と呼ばれる、一連のアメリカ連邦最高裁判例の動き、特に被疑者に対して「助言を得るために弁護人を立ち合わせる権利がある」という旨の告知を義務付けた Miranda 判決の登場によって、取調べに弁護人の立会いを要求する議論が出てきたのである<sup>833</sup>。ここには、日本の刑事手続の問題<sup>834</sup>に対する反省があったと考えられる。

弁護人立会権を認めた合衆国最高裁 Miranda 判決によって再燃した弁護人立会権をめぐる議論の中で、法政策上、取調べ立会権を認めるのは無理であるとし、これに代えて接見交通権を重視する説が有力であった。その後の議論においては、解釈論の形で、弁護人立会権を肯定する見解が有力となった。弁護人立会権を認める見解の中には、まず、弁護人の立会いが無い取調べでは黙秘権を實際上保障することができないということから、憲法34条の弁護権と38条の黙秘権を根拠に、弁護権の実質的な内容の1つとして弁護人の立会権が認められなければならないとする考え方が存在する<sup>835</sup>。また、弁護人立会権を防御権という包括的権利の一環として捉える見解や<sup>836</sup>、取調べ受忍義務否定論を前提に、そこから被疑者の弁護人立会権を導き出す見解もある<sup>837</sup>。しかしその反面、憲法34条は正当な範囲を超えた身体拘束の禁止を定めたもので、立会権とは関連しないことや、刑事訴訟法に立会権を認めた条項が存在しないこと、また、弁護人立会いを認めれば、捜査機関の取調べの実効性は阻害されることになる等の消極的な立場もある<sup>838,839</sup>。

特別部会は、取調べの適正化という刑事改革の中心課題の解決を「取調べの可視化」

<sup>830</sup> 連合軍総司令部のホイットニー将軍は、日本において自白が広く濫用されていることは認めたが、強制、拷問もしくは脅迫による自白または不当に長く抑留もしくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない、と規定すれば、濫用の防止策が十分に設けられたといえるであろう、と述べた。

<sup>831</sup> 三井・前掲注(693)167頁。

<sup>832</sup> 衆議院司法委員会「第2回国会衆議院司法委員会議事録」37号(1948年)2-3頁〔野木新一発言〕。

<sup>833</sup> 大出良知「刑事弁護の憲法的基礎づけのための一試論」自由と正義40巻7号127頁。

<sup>834</sup> 弁護人の関与がない、密室状態での長時間にわたる自白迫及、それに、その結果得られた自白調書を中心とする調書裁判化等々取調べ中心主義の刑事司法がもたらした問題をいう。

<sup>835</sup> 村井敏邦『「Miranda」への道』法学セミナー436号(1991年)107頁；芦部信喜編「憲法Ⅲ——人権(2)」(有斐閣、1981年)151頁〔杉原泰雄執筆〕；小坂井久「第38条1項」憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』(日本評論社、1997年)440頁；川島健治「身柄拘束下での取調べに対する弁護人立会権と国選弁護人請求権」青山法学論集36巻4号(1995年)80頁等。

<sup>836</sup> 葛野・前掲注(728)195-200頁。

<sup>837</sup> 後藤・前掲注(723)170頁。

<sup>838</sup> 三井・前掲注(693)167頁。

<sup>839</sup> 弁護人立会権の肯定説及び否定説の論拠についてまとめた論稿として、多田・前掲注(200)333-335頁；安部・前掲注(528)45-46頁等がある。

に期待し、取調べの録音・録画と取調べ時における弁護人の立会いについて検討を行った。その結果、前者については「被疑者取調べの録音・録画制度を導入する」ことを提言したのに対し、後者については「結論を得ることは困難」であるとして、これに関する議論が十分に展開されなかった<sup>840</sup>。

現状は、学界において、弁護人立会権を肯定する見解が多数を占めているものの、実際に弁護人が取調べに立ち会うことはなく、その実現までの道のりはいまだ遠いと言わざるを得ない。

## 2. Miranda 判決と Salduz 判決からの示唆

### (1) Miranda 判決

第 2 章においてすでに言及した通り、1966 年のアメリカ連邦最高裁による Miranda 判決<sup>841</sup>には、日本の刑事司法の現状から見ると今でも学ぶべき点が多いといえよう。同判決は、取調べの適正化のため、逮捕後取調べ開始段階で被疑者の当事者性を直接強化することを目指すルールを策定し<sup>842</sup>、捜査機関によって身体を拘束されている被疑者の取調べに関して、自己負罪拒否特権に基づいて取調べへの弁護人立会い権（及び取調べに際して被疑者には国選弁護人請求権）があることを認めた。

Miranda 判決は、「被疑者が……何らかの方法で黙秘したい旨示した場合には、尋問は中止されなければならず」、「被疑者が弁護人を必要とすると述べた場合には、弁護人が立ち会うまで尋問は中止されなければならない」と判示している<sup>843</sup>。つまり、Miranda 判決は弁護人立会権の他、「尋問を中止させる権利（right to cut off questioning）」を被疑者に認めたという点において重要な意義をもっている。しかし、日本の状況と同様に、取調べを禁止するとの立場をとることはなく、いかなる条件の下であれば、取調べが適正なものとなるか、という観点から構成されているため<sup>844</sup>、身体拘束中の被疑者が出頭・滞留義務（取調べ受忍義務）を課されたうえで取調べを受けなければならない状況にある日本の取調べを適正化するにあたり、現実的な示唆を与えるであろう。そこで以下では、Miranda 判決における弁護人立会権に関する判示を検討する。

取調べにおける弁護人の立会いの意義について、Miranda 判決は次のように判示している。「取調官により単に自己負罪拒否特権を告知されただけでは個人の意思は、身体拘束中の尋問に付随する状況にすぐに圧倒されてしまう。……修正 5 条の自己負罪拒否特権を

<sup>840</sup> 大出良知「被疑者取調べの可視化、弁護人立会権」季刊刑事弁護 75 号（2013 年）18 頁。

<sup>841</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). 同判決は、取調べを禁止するとの立場には立たず、いかなる条件の下で取調べが合理的なものとなるかという観点から構成されている。

<sup>842</sup> 渡辺修「取調べの適正化と被疑者の国選弁護人請求権——アメリカ法の到達点に学んで——」自由と正義 44 卷 7 号（1993 年）45 頁。

<sup>843</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. at 473-474 (1966).

<sup>844</sup> 宮島里史「捜査段階における弁護権の意味と機能——憲法第 34 条と関係して——」法学新報 97 卷 3=4 号（1990 年）127 頁以下。

保障するために弁護人を必要とするということは、尋問を受ける前に弁護人と相談する権利があるということだけではなく、被疑者が希望すれば、尋問の間は絶えず弁護人を立ち会わせる権利があることも意味している<sup>845</sup>。具体的に言えば、第1に、「われわれの目的とするのは、個人が沈黙するか供述するかを選択する権利が取調べ過程中自由に行使できるようにすることにあり<sup>846</sup>」、「弁護人の立会いと被疑者が権利の警告を受けることによって、本来は強制的な雰囲気の中であっても被疑者は恐怖を感じることなく、効率的に、そして取調べ過程に内在する不当な力が排除されることとなり、自己の言い分を語るができる<sup>847</sup>」と述べ、弁護人立会いが自白の任意性の確保に寄与することを明らかにした。第2に、「弁護人が立会うことによって、捜査官が強制的な手段を用いる可能性が減少する。それでも、万が一強制的な手段が用いられた場合には、弁護人はそのことを法定で証言することができ<sup>848</sup>」、「弁護人の立会いによって、国家が設定した雰囲気の中でなされた供述が強制の産物でないことを保障できよう<sup>849</sup>」として、違法な取調べを規制する機能を明確にした。第3に、「尋問中の個人から供述を採取するにあたって弁護人が立会っているということは、公判廷における事実認定の誤りを明らかに減少させる<sup>850</sup>」として、公判廷における供述の誤りを指摘する機能を判示した<sup>851</sup>。

さらに、Miranda 判決は、外部から完全に隔離された身体拘束中の取調べは、個人の抵抗意思を弱めて供述を強要するという強制的な雰囲気を内在する状況の下に行われるから、修正5条の自己負罪拒否特権と相容れないことを強調した。そして、このような取調べ室における強制的な圧力を除去し、自己負罪拒否特権を実質的に保障するためには、黙秘権のほか、取調べにおける弁護人立会権を含めた権利告知が欠かせないということを明示した<sup>852</sup>。

Miranda 判決以降、自己負罪拒否特権の実質的保障という観点から、身体拘束中の被疑者が Miranda 警告後に、修正5条の弁護人依頼権を行使した場合には、現に弁護人の立会いがない限り、取調べは一切禁止されることを明らかにし、取調べにおける弁護人立会権を貫徹強化してきた<sup>853</sup>。

日本においても、以上のような身体拘束中の取調べがもつ黙秘権侵害の危険を回避する絶対的条件として、黙秘権の保障を根拠とする立会権が認められる趣旨を援用し、憲法38条の黙秘権または34条の弁護人依頼権を根拠とした取調べへの立会権を導くことも可

<sup>845</sup> Miranda v. Arizona, 384 U.S. at 469-470.

<sup>846</sup> Id. at 469.

<sup>847</sup> Id. at 466.

<sup>848</sup> Id. at 470.

<sup>849</sup> Id. at 466.

<sup>850</sup> Id.

<sup>851</sup> 川島・前掲注(835) 74-75頁。

<sup>852</sup> 小早川義則『Mirandaと被疑者取調べ』(成文堂、1995年) 275-278頁。

<sup>853</sup> 小早川・前掲注(852) 339頁。

能である<sup>854</sup>。すなわち、取調受忍義務肯定説が実務において定着している現状からすれば、黙秘権は憲法 38 条 1 項によって保障されているとはいえ、それを現に有効かつ適切に行使用することは難しいがゆえに、身体拘束の条件としてただちに弁護人の援助を受ける権利を保障し、それにより被疑者が十分な黙秘権保障を受けることができるのである。

「Miranda は……低劣な被疑者をも対等な人間として取り扱う風土作りに貢献したのであり、ここに Miranda の最も重要な価値がある<sup>855</sup>」との指摘通り、Miranda 判決は密室に置かれた孤立無援にある被疑者の人権を守るために、自白の強制によって無実の人を罰しないために、画期的な方向性を示した。

ところが最近、アメリカにおいて、虚偽自白による誤判を防止するためには、「Miranda ルールが未だ十分に機能して<sup>856</sup>」おらず、「Miranda 告知後、被疑者による黙秘権や弁護権行使の割合が低い<sup>857</sup>」ことが調査研究から明らかになった。その原因としては、被疑者がそれらの権利の意味や重要性を理解しえないこと、また理解できたとしても権利を行使しうる状況にないこと、などが指摘されている<sup>858</sup>。さらに、取調べ前において、警察官に権利放棄を促され、弁護人と一度も接見しないまま黙秘権を放棄し、供述してしまう被疑者が少なくない<sup>859</sup>。したがって、最近では、「(Miranda ルールは) 虚偽自白を誘発するような取調べ状況を解消していない<sup>860</sup>」、「Miranda 判決は、捜査実務にそれほど大きな影響を及ぼさなかったかわりに、身柄拘束中の被疑者取調べの改革という点では、必ずしも満足のいくものではなかった<sup>861</sup>」等の評価がなされており、被疑者取調べの在り方が問題視されている。このような黙秘権が形骸化している現状の下、「被逮捕被疑者には、取調べ前に自動的に弁護人を選任してやるべきだ(=弁護人との相談を経ない身柄拘束中の被疑者の取調べを捜査機関に禁止する)」、「Miranda 法理を維持したうえで、更に取調べのビデオ録画を実施する」等の改革提案がなされている<sup>862</sup>。

すでに論じたように、日本における取調べ受忍義務否定論が求めているのは、Miranda ルールが被疑者に認めた「尋問を中止させる権利」である。しかし、「失敗した」と評されている Miranda の実践から分かるように、取調べ拒否権を付与するだけでは被疑者の黙秘権は十分に確保できない。警察官の誘導・脅迫等、あるいは「説得」によって、被疑者

<sup>854</sup> 川崎英明「当番弁護士制度の成果と今後の課題」自由と正義 44 巻 7 号 (1993 年) 30 頁。

<sup>855</sup> 小早川・前掲注 (852) 354 頁。

<sup>856</sup> 指宿信『被疑者取調べと録画制度——取調べの録画が日本の刑事司法を変える』(商事法務、2010 年) 18 頁。

<sup>857</sup> 多田・前掲注 (200) 263 頁。

<sup>858</sup> 多田・前掲注 (200) 263 頁。

<sup>859</sup> 渡辺・前掲注 (827) 63 頁以下。ニューヨーク州においては、弁護人の援助の放棄の有効要件として、弁護士が予め被疑者に接見し、助言を提供することが要求されている。

<sup>860</sup> 多田・前掲注 (200) 264 頁。

<sup>861</sup> 多田・前掲注 (200) 頁。Miranda 告知後、被疑者の黙秘権や弁護権の行使率が低い原因として、「被疑者がそれらの権利の意味や重要性を理解しえないこと、また理解しえたとしても権利を行使しうる状況にないこと」、「警察官は権利告知後すぐに、被疑者に権利放棄を促している」などが挙げられている。

<sup>862</sup> 多田・前掲注 (200) 366 頁。さらに、同頁では、アメリカの議論につき、虚偽自白の防止のためには、ビデオ録画のほか、取調べ時間の制限や取調べ方法の制約が必要であることを紹介している。

が自分の意思に反して黙秘権を放棄することを避けるためには、取調べに先立ち、弁護人と相談する機会を保障すべきである。また、弁護人との接見後の黙秘権の放棄が真摯な意思に基づくのかどうかについては捜査機関側が判断すべきではなく、弁護人に委ねるべきであろう。すなわち、被疑者は黙秘権の放棄について弁護人に相談し、黙秘権を放棄するのであれば、それが真摯な意思に基づくものか否かを弁護人が判断していない場合には、黙秘権の放棄を無効と判断することが奨励される。

## (2) Salduz 判決

人権と基本的自由の保護のための条約（以下、欧州人権条約と称する）8636 条<sup>864</sup>は、刑事手続、民事手続を問わず、公正・公開の審理と裁判を受ける権利を保障したうえで、逮捕された被疑者に弁護人の援助を受ける権利を保障している<sup>865</sup>。そして、欧州人権裁判所は、逮捕後の被告発者による弁護人へのアクセスを制限することは許されるかという問題をめぐって、判例を展開してきた。そのなかで、取調べにおける弁護人立会の必要性を認めたのが Salduz 対 Turkey 事件<sup>866</sup>の判決である。この事件において、欧州人権裁判所は、身体拘束下での取調べの場面において、弁護人の援助によって防御権たる被疑者の黙秘権を確保するという予防的ルールを判示した<sup>867</sup>。

事件の被疑者は、反テロ法違反の嫌疑があるとされ、弁護人へのアクセスが拒否された。そして、弁護人の立会いがなくまま取調べられた結果、被疑者は被疑事実について自白をした。その後の裁判において、その自白は証拠として採用され、有罪判決が言い渡された。2008 年、欧州人権裁判所大法廷は、取調べの間、弁護人へのアクセスが制限され、弁護人が立会わなかった事実について、以下のような判示をした。「ほとんどの場合、捜査手続における被告発者の深刻な脆弱性は、弁護人の援助によってこそ、はじめて埋め合わせられる。弁護人は、わけても自己負罪を強要されない被告発者の権利が尊重されるよう確保することを任務としている。この権利は、刑事事件の訴追者は被告発者の意思に反して、強制や圧迫をとまなう手段を用いて収集した証拠によることなく、有罪を立証しなければならないとの前提に立っている。弁護人への早期のアクセスは、手続のなかで自己負罪拒否特権のまさに本質が否定されてしまったのではないかと検討するにあたり、手続保障の構成要素として、当裁判所がことのほか重視するものである<sup>868</sup>」。「(公正な裁判を受ける権

<sup>863</sup> 第二次世界大戦後のヨーロッパ統合運動の中から、共通の理想・原則を擁護、実現し、経済的社会的進歩を促進するために加盟国の一層の一致を達成する目的で、1949 年 5 月に結成された欧州評議会が、世界人権宣言中のいわゆる自由権の集団的保障を確保する最初的手段として作成した条約である。一般的には、欧州人権条約と呼ばれている。1950 年 11 月 4 日にローマで調印され、1953 年 9 月 3 日に発効した。

<sup>864</sup> 人権と基本的自由の保護のための条約の英語正文は以下のホームページで見ることができる。

<http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/005.htm>.

<sup>865</sup> 葛野・前掲注 (728) 174 頁、182 頁の注 3 参考。

<sup>866</sup> Salduz v Turkey, (2008) 49 EHRR 421.

<sup>867</sup> 葛野・前掲注 (728) 175 頁。

<sup>868</sup> 葛野・前掲注 (728) 176 頁。Salduz v Turkey, (2008) 49 EHRR 421.

利を実効的に保障するためには) 弁護人へのアクセスは、具体的事情からみて、その権利を制約すべきやむにやまれぬ理由が立証された場合を除き、原則として警察による最初の被告発者取調べの時点から保障されなければならない。さらに、やむにやまれぬ理由により、弁護人へのアクセスの制限が例外的に正当化される場合でも、その制限は、条約 6 条により保障される被告発者の権利を不当に害してはならない。取調べが弁護人へのアクセスなくして行われ、それによって採取された自己負罪供述が有罪認定に用いられるときは、防御の権利は、原則として回復不可能なまでに害されることになる<sup>869</sup>」。

Salduz 判決は、弁護人へのアクセスを制限したまま取調べがなされたとき、その結果得られた自白を有罪証拠とすることをもって、直ちに防御権の侵害にあたる<sup>870</sup>。すなわち同判決は、被告発者の黙秘権を、弁護人へのアクセスの制限によって侵害される防御権の内実として捉えたのである。これらを踏まえて、弁護人の援助により防御権たる黙秘権を確保するという予防的ルールを明らかにした<sup>871</sup>。

判決の趣旨に沿っていえば、ここでいう「弁護人の援助」は 2 つの機能を果たすことが期待されている。1 つは、自白の強制等の不当な取調べを抑止するという意味での「保護的機能」であり、もう 1 つは、複雑な刑事手続や証拠収集に関して被告発者に助言を提供することによる「参加的機能」である<sup>872</sup>。Salduz 判決は、これら二重の性格をもつ弁護人の援助によって、被疑者の黙秘権を現実化しようとしたのである。そのため、弁護人へのアクセスができなかった場合、被疑者の意思に反して供述を強制したという事実がなかったとしても、被疑者の黙秘権の侵害が認められるのである。

Salduz 判決は、黙秘権保障の予防的ルールを提示するにあたり、「被告発者取調べの場面において、被告発者の防御権の基軸として黙秘権が据えられるべきことを明示し」、黙秘権の保護的側面の他、防御権的側面をも確保する必要性を明らかにした。この点については、John Jackson も、黙秘権には保護的権利と防御的権利という二重の性格があって、「とくに身柄拘束下の取調べという場面において、被告発者に効果的防御を可能にするための手続的権利としての側面を重視すべきである<sup>873</sup>」と主張している。平たく言えば、黙秘権の内容には、供述を拒否することができる権利、いわゆる黙秘権の消極的な意義のみならず、自分の利益のために、捜査官の個々の質問にどのように答えるかあるいは答えないかを自由に選択するという積極的な意義が含まれているのである<sup>874</sup>。そして、黙秘権が弁護権、証人尋問権などの防御権と深く結びつき、積極的な意義を持っていることは、「刑

<sup>869</sup> 葛野・前掲注 (728) 176 頁。

<sup>870</sup> 葛野・前掲注 (728) 177 頁。

<sup>871</sup> 葛野・前掲注 (728) 178 頁。

<sup>872</sup> Jackson, Re-Conceptualizing the Right of Silence as an Effective Fair Trial Standard, (2009) 58 ICLQ 835, 859-860. 葛野教授は、著書『未決拘禁法と人権』178 頁において、「後者には、取調べにおいて被告発者がなにを、どのように供述するか、あるいはしないかについて、手続全体にわたる防御上の合理的判断に立って決定するための助言が含まれる」と更なる説明を加えた。

<sup>873</sup> 葛野・前掲注 (728) 194-195 頁。

<sup>874</sup> 石田倫識「被告人の主張明示義務に関する批判的考察」九大法学 91 号 (2005 年) 21 頁。

事裁判が『被告人供述』型から『訴追検証』型へと転換することによって、すなわち検察官が犯罪事実に関する立証責任を負い、被告人に証人喚問の機会を認める弾劾主義的な刑事訴訟において、被告人に代わりその防御のために証人尋問や弁論を行う弁護人の援助が提供されるなかでこそ、はじめて被告人は自己のために自ら弁明することを余儀なくされる地位から解放された」とする Langbein の主張からも見出すことができるであろう<sup>875</sup>。そこで、黙秘権の保護的側面の確保の見地からすれば、取調べへの弁護人の立会いは、暴行・脅迫・誘導など、自白強要につながる要素を払拭するために、不当な取調べを監視・抑止し、被疑者の供述の自由を保護する機能を果すのである。他方、黙秘権の防御権的側面の見地からすれば、立会い弁護人に求められる主たる役割は、「被疑者の主張を的確に誤りなく伝える、被疑者が取調官の質問を誤解したりせず、適切に供述する手助けをする<sup>876</sup>」こと、すなわち、取調べにどのように対応するか判断するにあたり、助言を与えることになるのである。弁護人の立会いが、全事件・全過程の可視化など他の手続保障によって代替できない主な理由は、まさに、この点にあるのである。

### 第3項 公的弁護制度

憲法 34 条は、弁護人の援助を受ける権利を身体拘束に対抗する被疑者の不可欠の権利として保障する。そうであるならば、身体を拘束された被疑者の弁護人を選任する資力の如何によりその権利が左右されるのは、憲法 34 条の趣旨に合致するものとはいえない。この意味で、身体を拘束された被疑者に対する公的弁護制度の保障は 34 条の直接的要請であるといえる<sup>877</sup>。さらに、同条は、弁護人から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障していると解されている<sup>878</sup>。被疑者の弁護権が実質的に保障されていればこそ、被疑者の防御権・黙秘権は実効化されるのである。先に論じたように、実質的な弁護権は、当然、弁護人立会権までをその射程に含むことになる。そうでなければ、その実質性が全うされえない。しかし、弁護人立会権を制度化するだけでは、弁護権が実質的に保障されるとはいい切れない。被疑者の弁護権を公的に保障しなければ、被逮捕者の多数を占めている貧困な被疑者にとって、弁護人立会権は空文に帰しかねない。そのため、被疑者の弁護権を有効に機能させるためには、弁護権の公的保障が必要なのである。この点は、公的弁護の実質的保障に基づいて、取調べへの弁護人立会権を認めた **Miranda** 判決と **Salduz** 判決からも明らかになっている。

本項では、被疑者弁護を拡大・強化することによって、憲法 34 条の規定する被疑者の

<sup>875</sup> 石田・前掲注 (874) 197 頁。

<sup>876</sup> 渡辺修『捜査と防御』(三省堂、1995 年) 251 頁。

<sup>877</sup> 田宮裕『捜査の構造』(有斐閣、1971 年) 355 頁以下。田宮教授は、憲法 34 条は身柄拘束中の被疑者について国選弁護請求権を含む弁護人の援助を受ける権利を保障したと解釈された。

<sup>878</sup> 最判平成 11・3・24 民集 3 巻 3 号 514 頁。

弁護権を現実化し、「辩护人立会権の現実的基盤を提供した<sup>879</sup>」当番弁護士制度と国選弁護制度及びそれらの制度の今後の課題について論じる。

### 1. 国選弁護制度<sup>880</sup>

被疑者の公的弁護は、憲法 34 条にその法的根拠を求めることができる<sup>881</sup>。憲法 34 条は、身体を拘束された被疑者の弁護権を保障しているが、その狙いは身体拘束に伴う被疑者の様々な不利益を解消することであり、具体的には被疑者の供述の自由の保障を中心に、不当な捜査を是正すること、公判へ向けての準備活動を行うこと等が期待されている<sup>882</sup>。被疑者取調べに際して、被疑者の黙秘権は侵害されてはならない。日本の刑事司法制度の実態からすれば、被疑者の供述の自由に対する保障はとりわけ重要になり、被疑者段階においてこそ、弁護人の援助を受ける権利が実現されなければならないとさえいえるのである<sup>883</sup>。さらに、供述の自由の保障に、資力の有無による差異がもたらされることは不合理であるから、資力の有無にかかわらず、弁護人の援助を受ける権利を実質的に保障するためには、被疑者の公的弁護制度を設けなければならないのである。被疑者の公的弁護を実現することは憲法 34 条の狙いに適っていると見えよう<sup>884</sup>。

日本の国選弁護制度は 1880 年の治罪法における「官選弁護制度」に始まり、2004 年 5 月、第 159 回国会で「刑事訴訟法等の一部を改正する法律」と「総合法律支援法」が成立し、被疑者段階も含む国選弁護制度が実現することになった。そして、2006 年 10 月には、「死刑又は無期若しくは短期 1 年以上の懲役若しくは禁錮に当たる事件」に、2009 年 5 月からは「死刑又は無期若しくは長期 3 年を超える懲役若しくは禁錮に当たる事件」について、被疑者国選弁護制度が実施された<sup>885</sup>。被疑者国選弁護人制度を導入した経緯としては、弁護士会による当番弁護士制度や法律扶助協会の任意の扶助事業における実績の積み重ねが評価されたこと、及び、公的被疑者弁護が被疑者に保障されている権利を擁護し、捜査の適正を確保し、適切な公訴権の行使に資するとし、さらには捜査段階と公判段階を通じた弁護活動により裁判の充実・迅速化が図られると考えられたからであると思われる

<sup>879</sup> 葛野尋之「被逮捕者と公的弁護」季刊刑事弁護 66 号（2011 年）56 頁。

<sup>880</sup> 日本の刑事訴訟法 37 条の 2 に、被疑者の国選弁護人制度、刑事訴訟法 37 条の 4 に、職権による被疑者の国選弁護人制度に関する規定が定められている。

<sup>881</sup> 憲法 37 条 3 項が被告人の国選弁護権を明言したことと比較すると、憲法 34 条は国選弁護権の保障を明言しておらず、このことから被疑者国選弁護権の保障が憲法上の要求であるのか否かが争われてきた。本稿は、憲法 34 条が保障する弁護権が、貧困等の理由によって現実には保障されないことになれば、それは憲法 14 条の平等保障条項あるいは憲法 31 条のデュー・プロセス違反になるので、やはり国が公的弁護を保障すべきであるとする見解に基づき、憲法 34 条は、被疑者の公的弁護を要求するものであると理解する。

<sup>882</sup> 椎橋・前掲注（823）80 頁。

<sup>883</sup> 山口健一「日本における国選弁護制度のあり方について」後藤昭等編著『弁護人の役割』（第一法規、2013 年）387 頁。

<sup>884</sup> 椎橋・前掲注（823）188 頁。

<sup>885</sup> 山口・前掲注（883）384 頁。

しかし、現在の被疑者国選弁護制度は、完全なものではない。なぜなら、被疑者国選弁護の対象事件の法定刑が限定されおり<sup>887</sup>、また、逮捕段階での被疑者国選制度<sup>888</sup>は、いまだ実現していないからである。憲法上の弁護人の援助を受ける権利の保障は罪名、法定刑を問わず、身体拘束時から当然に認められるべきであるから、現状では、有効な弁護の保障は制度的に十分とはいえない<sup>889</sup>。

「罪名、法定刑の軽い事件であっても、弁護人の援助を受ける必要のある事件は、当然ながら、存在する。……処分が軽いからこそ、不本意な自白を受け入れてしまう被疑者も想定される。それらを、罪名、法定刑という一律の基準で被疑者国選弁護の対象事件から除外することは、弁護人による弁護を受ける権利を実質的に奪うことになる<sup>890</sup>」。日弁連は、2009年5月21日の対象拡大から今まで、「被疑者国選弁護制度が順調に運用され、対象外の事件についても、被疑者援助制度によって逮捕段階から弁護活動が活発に展開されている今日の状況を踏まえるならば、改めて逮捕段階からのすべての事件について被疑者国選弁護の対象とすることを求めていく時機に来ている<sup>891</sup>」とし、「被疑者に対する公的弁護制度の対象事件」について、「身体を拘束されたすべての被疑者とする。罪名による対象事件の限定はなされるべきではない」との意見を発表し<sup>892</sup>、現在、被疑者国選弁護の身体拘束全事件への拡大にむけて、検討を行っている<sup>893</sup>。

「被疑者弁護活動は、初期段階ほど、その重要性が高いのである。……客観的証拠が揃わない段階での取調べは、捜査官の思い込みによる誤導が生じやすい。逮捕という非常事態に、被疑者は混乱、困惑している。その時期の弁護人による適切なアドバイスは、重要である<sup>894</sup>」。被疑者が勾留される前に、弁護人の助言を受けることができなかったために、虚偽の自白をとられて冤罪となってしまった事件は後を絶たないという<sup>895</sup>。このように、多くの自白が逮捕期間中に採取されるという事実は、専門家たる弁護人の助言と援助が本当に必要とされる段階が逮捕段階であることを示している。被疑者国選弁護人の選任を逮捕以前に可能とする制度も検討の余地があるが、少なくとも、逮捕段階からの選任が可能となる制度は、是非とも実現しなければならないのである。

<sup>886</sup> 椎橋・前掲注 79 頁。

<sup>887</sup> 日弁連平成 23 年 5 月 27 日決議「取調べの可視化を実現し刑事司法の抜本的改革を求める決議」5 項。日弁連第 11 回国選弁護シンポジウム基調報告書第 1 章参照。

<sup>888</sup> 前掲報告書第 2 章参照。

<sup>889</sup> 村岡啓一「弁護の質の保障」後藤昭等編著『弁護人の役割』（第一法規、2013 年）364 頁。

<sup>890</sup> 日弁連平成 23 年 5 月 27 日決議「取調べの可視化を実現し刑事司法の抜本的改革を求める決議」5 項。日弁連第 11 回国選弁護シンポジウム基調報告書第 2 章参照。

<sup>891</sup> 日弁連第 11 回国選弁護シンポジウム基調報告書第一篇「被疑者国選弁護の対応態勢」18-19 頁。

<sup>892</sup> 2003 年 2 月 28 日付け「公的弁護制度に対する日弁連意見」。

<sup>893</sup> *Miranda* 判決は、「警察署で身体拘束を受けているかその他行動の自由が著しく妨げられている場合」に *Miranda* 警告を要するとし、それは被疑事実が軽罪か重罪かに関わりがないとされている。

<sup>894</sup> 日弁連第 11 回国選弁護シンポジウム基調報告書第一篇「被疑者国選弁護の対応態勢」19 頁。

<sup>895</sup> 足利事件、氷見事件などである。

2013年法制審議会「新時代の刑事司法特別部会」においても、「被疑者国選弁護制度の拡充」は一大テーマとして設定され、刑事法学者有志は「法定刑による制約を外して全勾留被疑者に対して国選弁護を整備するという提案はすみやかに実現すべき」、「逮捕段階から国費による弁護制度を保障すべき」という意見を表明した<sup>896</sup>。しかし、「調査審議の結果」は、被疑者国選弁護制度を勾留された全事件に拡大することを提案することにとどまった<sup>897</sup>。逮捕段階の国選弁護制度についても議論が及んだが、最終的に、被疑者国選弁護制度の対象を「被疑者に対して勾留状が発せられている場合」に拡大することが提案された<sup>898</sup>。2016年5月24日に成立した「刑事訴訟法等の一部を改正する法律」は、第37条の2及び第37条の4において、被疑者国選弁護制度の対象を「被疑者に対して勾留状が発せられている場合」すべてに拡大することを規定した。そしてこれは、2年以内に（2018年6月までに）施行されるとした。

逮捕段階で弁護人の援助がなかったために被疑者の黙秘権が侵害され、虚偽の自白をとられてしまうと、取り返しがつかないことになる。その意味で、逮捕段階での弁護人の援助の必要性は、公判のための証拠収集という点において勾留段階と差異はないように思われる。そのため、被疑者の身体拘束が開始された時点から弁護人の援助を受ける権利を保障することは、弁護人の援助による黙秘権の保障の実質化という視点からみても、きわめて重要であり、勾留段階の対象事件の拡大とともに、是非とも実現すべき課題であるといえよう。

国連の刑事司法システムにおける法律扶助へのアクセスに関する原則及びガイドライン（United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems、以下「原則及びガイドライン」という。）<sup>899</sup>は、法律扶助<sup>900</sup>は、法に基づく、公平、人道的、かつ、効果的な刑事司法制度にとって不可欠な要素であり、公正な裁判を受ける権利等を含む諸権利が保障される基盤であり、そのような権利を行使する前提条件であり、刑

<sup>896</sup> 「新時代の刑事司法制度」に対する刑事法学者の意見（2013年9月10日）ウェブサイト <http://genjin.jp/pdf/ikensho20130910.pdf>.

<sup>897</sup> 法制審特別部会における、被疑者国選弁護制度に関する議論の過程については、高平奇恵「被疑者国選弁護制度の拡充」川崎英明ほか編・前掲注（709）192頁以下を参照。

<sup>898</sup> すなわち、現行刑訴法第37条の2第1項の「死刑又は無期若しくは長期3年を超える懲役若しくは禁錮に当たる事件について被疑者に対して勾留状が発せられている場合」から「被疑者に対して勾留状が発せられている場合」に拡大したのである。「調査審議の結果」の【別添】要綱（骨子）の5（1）参考。

<sup>899</sup> 「原則及びガイドライン」本文のウェブサイト

[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UN\\_principles\\_and\\_guidelines\\_on\\_access\\_to\\_legal\\_aid.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UN_principles_and_guidelines_on_access_to_legal_aid.pdf).

<sup>900</sup> 「法律扶助」という表現は、拘禁・逮捕又は収容された者及び、被疑者又は起訴・告発された者、そして刑事司法手続上の被害者及び証人等が十分な支払手段を有しない場合、または司法の利益のために必要となる場合、自らその費用を負担することなく、法律上の助言及び援助を受けることができ、必要な場合には弁護人を付されることができるとを意味する。なお、「法律扶助」という用語は、法律教育、法律知識へのアクセス、紛争解決の代替制度及び修復的司法手続において提供されているその他のサービスの概念を含む。「原則及びガイドライン」のA序の8。

事司法手続の基本的な公正を確保し、公衆の信頼を得るための重要な保障である<sup>901</sup>ことを明言した上、「市民的及び政治的権利に関する国際規約」14条3のdは、刑事手続に関わるすべての者が十分な支払手段を有しないときは自らその費用を負担することなく、弁護人を付される権利を保障することを宣言したことを確認した<sup>902</sup>。

「原則及びガイドライン」は、各国が法律扶助を提供するために、国選弁護人、私撰弁護人、契約弁護士等、様々なモデルを採ることが可能であるが<sup>903</sup>、いずれにしても法律扶助を受ける権利を可能な限り高い水準で（もし可能であれば、憲法をもって）保障することを要求している<sup>904</sup>。

最も注目すべき点は、「原則及びガイドライン」は、拘禁刑または死刑を科される可能性のある、拘禁・逮捕された者及び、被疑者または被告発者等のすべての者に対し、刑事司法手続のあらゆる段階において、法律扶助を受ける権利を保障することを要求していることである<sup>905</sup>。さらに、例えば、事件の緊急性、複雑性または見込まれる刑罰の重大性を考慮して、司法の利益が要求する場合には、本人の資力を問わず、法律扶助が提供されるべきであると提言している<sup>906</sup>。

「原則及びガイドライン」は、法律扶助へのアクセスを確保する責任者について、警察官、検察官、裁判官という3つの主体を挙げ、これらの主体は、自分の前に現れた、弁護人を選任するための十分な資力を有しない者及び（または）脆弱な立場にある者に法律扶助へのアクセスを確保する責任を負うことを明確にした<sup>907</sup>。

さらに、「原則及びガイドライン」は、刑事司法手続のすべての段階において、すべての被疑者・被告人に有効な法律扶助を速やかに提供することを保障している<sup>908</sup>。しかし多くの国々は、依然として被疑者、刑法上の罪で告発された被告人、刑事施設の被収容者、被害者、証人に法律扶助を提供するための必要となる資源及び能力を欠いていることが指摘され<sup>909</sup>、利用しやすく、効果的であり、持続可能で信頼できる、包括的な法律扶助システム<sup>910</sup>を整備するために、国の事情に即する具体的な法律及び規則の制定を配慮しなければならないとした<sup>911</sup>。

刑事手続に関わるすべての被疑者に法律扶助（公的弁護ないし無料弁護）を保障することは、刑事手続の公正・公平を確保するという国家の利益に資することであり、同時に、

---

<sup>901</sup> 「原則及びガイドライン」2頁。

<sup>902</sup> 「原則及びガイドライン」のA序の2。

<sup>903</sup> 「原則及びガイドライン」のA序の10。

<sup>904</sup> 「原則及びガイドライン」のBの原則1。

<sup>905</sup> 「原則及びガイドライン」のBの原則3（被疑者・被告発者に対する法律扶助）の20。

<sup>906</sup> 「原則及びガイドライン」のBの原則3（被疑者・被告発者に対する法律扶助）の21。

<sup>907</sup> 「原則及びガイドライン」のBの原則3（被疑者・被告発者に対する法律扶助）の23。

<sup>908</sup> 「原則及びガイドライン」のBの原則7（迅速・有効な法律扶助の提供）の27。

<sup>909</sup> 「原則及びガイドライン」のA序の5。

<sup>910</sup> 「原則及びガイドライン」のBの原則2（国家の責任）の15。

<sup>911</sup> 「原則及びガイドライン」のBの原則2（国家の責任）の15。

被疑者・被告人の黙秘権及び弁護権の実質的な保障を確保するためにも重要なことである。この点は、国際的な共通認識として確認されている。理想的な法律扶助制度を構築するためには、コストや人的資源（弁護人の人数等）の問題、制度の問題等の解決を待たなければならないことは日本の場合にも不可避であるが、弁護権の保障は捜査の妨げとなるといった現代司法理念と相容れない意識にこだわらず、できる限り早い段階で国際水準に適合する弁護制度を構築すべきである。

## 2. 当番弁護士制度

日本の刑事実務において、当番弁護士制度が発足する前、身体を拘束された被疑者はもとより、少年、日本語が通じない外国人等、ほとんどの被疑者は、捜査が終結するまで、弁護人の援助を受けることができない状況であった。この状況を克服し、被疑者が弁護人の援助を受ける権利を現実化するために、日弁連と単位弁護士会は組織としてボランティア活動を行った。そして、刑事訴訟法施行 40 周年を迎えた 1989 年に島根県松江市で開かれた人権大会において、日弁連は弁護側の立場から刑事司法全般の改革に向けた活動に取り組むことを宣言した。これを契機として、弁護士会の負担により被疑者に弁護人を派遣する当番弁護士制度が構想され、1990 年に大分県弁護士会が運営を開始したことを皮切りに、1992 年 10 月 1 日には全国に所在するすべての弁護士会で運営されるようになった。

当番弁護士制度は、「逮捕された被疑者すべてに、拘束後直ちに弁護人の実効的援助を保障する」ことを目的とする<sup>912</sup>。この目的を実現するために、逮捕・勾留された被疑者から申し込みがあると、速やかに毎日の当番の弁護士が留置場所に接見に赴き、助言をしたり、相談を受けたりする<sup>913</sup>。被疑者との接見においては、当番弁護士の意味、刑事手続の概略、被疑者の有する権利（黙秘権があること、供述調書が裁判で重要な証拠となること、身に覚えのない自白は絶対にしないこと、調書に署名押印することを拒否できること）、弁護人選任手続等の事項を説明する<sup>914</sup>。

また、当番弁護士は、事件の内容や受忍申出時期にかかわらず、私選弁護人として事件を受任する場合がある。無料の初回接見で、貧困な被疑者に対しては被疑者弁護人援助制度の存在を告げ、被疑者が望めば、低額であっても起訴前の私選弁護費用を確保するか、必要があれば被疑者に継続的な無料の法律援助を提供する。この意味において、当番弁護士制度は、「公的弁護制度」と呼ぶのに相応しいものであろう。

この制度は、「被疑者の国公選弁護制度がないという『立法上の不作為の違憲性』について、これを『事実上』正そうとする取組であった<sup>915</sup>」と言われるように、弁護人の援助

<sup>912</sup> 高田昭正「被疑者国公選弁護制度の理念をどう実現するか」季刊刑事弁護 21 号（2000 年）55 頁。

<sup>913</sup> 木下信行「公的弁護制度（特に被疑者弁護）の実施状況と問題点・課題」刑法雑誌 48 卷 1 号（2008 年）14 頁；丸島俊介「当番弁護士制度の発展と刑事司法の改革」法学セミナー 528 号（1998 年）71 頁。

<sup>914</sup> 松村正哲「当番弁護士制度」経営教育 164 号（2004 年）53-54 頁。

<sup>915</sup> 高田・前掲注（912）55 頁。

を受ける権利を被疑者段階で現実的に保障し、不必要な身体拘束の回避、代用監獄から拘留所への移監、不当な取調べの抑止、不必要な起訴の防止等、多くの成果をあげてきた<sup>916</sup>。さらに、①その制度は、被疑者国選弁護制度の実現を求める権利要求が切実な現実的要求であること明らかにしたこと、②その実践により、被疑者国選弁護制度を担う弁護の体制が基本的に整備されたこと、③その発展により、被疑者国選弁護の実現を支える客観状況が醸成されつつあること、という3点において、当番弁護士の制度及び実践の拡大・強化は、被疑者国選弁護制度を実現する条件を成熟させたといえよう<sup>917</sup>。

当番弁護士制度は、逮捕・勾留された被疑者の求めに応じて無料で初回接見する制度であるが、必要があれば、弁護人選任を受けて、継続的に弁護活動を行う。つまり、当番弁護士制度の守備範囲は、弁護人選任前ということになる。他方、被疑者国選弁護は、弁護人選任後の弁護活動であるから、当番弁護士とは守備範囲が異なるといえよう。しかし、両者は別々の制度ではない。それは、逮捕段階から国選弁護制度を有効に機能させるためには、当番弁護士制度が不可欠になるからである。例えば、警察の手許で拘束されている被疑者は自由な弁護人選任請求が抑制される危険性がある。この場合、当番弁護士の接見・助言が被疑者の確実な選任請求のための有効な手続保障として働き<sup>918</sup>、当番弁護士との接見によって、逮捕段階から国選弁護制度が有効に機能するのである。このような意味において、「国選を支える当番」と呼ぶべきであろう。

このように、被疑者国選弁護制度の対象事件が拡大され、ひいては逮捕段階までその保障をカバーしたとしても、国選弁護制度を実質化するための当番弁護士の初回接見の重要性が残ることから、当番弁護士制度の存在意義も残るということになる。そして、当番弁護士の接見は、すべての被疑者について国選弁護人の選任する端緒となりえるから、すべての当番弁護士の接見は公的に保障されるべきであって、そのための費用は国費で賄うべきである<sup>919</sup>。

#### 第4項 本款のまとめ

上述したように、日本において、被疑者・被告人の弁護権を実質化するために、当番弁護士制度や国選弁護士制度を積極的に推進している。しかし、弁護人立会権については、その必要性を認めながらも、刑訴法に明文規定がないことから、立法論的課題ないし運用上の裁量の問題とする見解が多く<sup>920</sup>、現実化する兆しさ見ええないと言わざるを得ない。

<sup>916</sup> 川崎・前掲注(854)25頁。

<sup>917</sup> 川崎英明「被疑者国選弁護制度の可能性」『新・生きている刑事訴訟法』(佐伯千代先生存祝賀論文集)(成文堂、1997年)67-68頁。

<sup>918</sup> 葛野・前掲注(728)216頁。

<sup>919</sup> 葛野・前掲注(728)217頁。また、「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」20頁参照。

<sup>920</sup> 田宮・前掲注(877)25頁；石川才顕『捜査における弁護の機能』(日本評論社、1993年)123頁。

Miranda 判決や欧州人権裁判所の判決が示しているように、捜査機関によって身体を拘束されている被疑者は、自由を束縛されていて、そのような状態でなされる取調べからはどうしても強制的な雰囲気を感じることができない。それゆえ、そのような状況にある被疑者が、自己に与えられた憲法上の権利である黙秘権を適切に行使し、自分の主張を自由に述べることはきわめて困難であり、身体拘束下の被疑者の黙秘権は実質的に制限されているのである。これを回避し、このような中で黙秘権を実質的に保障するためには、接見交通権が保障されているだけでは十分ではなく、取調べにおける弁護人の立会いが不可欠となるのである。

他方、黙秘権は一切の供述を拒否することができるという保護的側面だけではなく、自己にとって法的に不利ないし有利なことは何かということをも十分理解したうえで、持っている情報を供述するか否か、するとすればどのように供述するかを、自由な意思によって決定するという防御権的な側面があると考えべきである。したがって、自らが知っている情報をどこまで供述するか、取調官のどの質問に答えるか、供述の法的効果・意味は何かということをも、本人が理解したうえで、供述するか否かを定める権利こそ、黙秘権と呼ぶべきである。このような刑事手続における自己決定権を行使するためには、正確な法的情報と法的予測が不可欠であり、そのためには専門家たる弁護人の助言と援助が必要であろう。このような理由から導かれる弁護人立会いの必要性は、Salduz 判決からも明らかになったことであろう。したがって、弁護人立会い権の保障は、保護的性格と防御的性格を持つ黙秘権を確保するために不可欠である。このような意義をもつ弁護人の立会いは、取調べの録音・録画や接見交通権などによっては代替されえない。それゆえ、弁護人の立会いがない取調べで採取された自白は、捜査・訴追上の必要性や真実解明の必要性など、いかなる理由によっても、許容されるべきではない。

前述したように、憲法や刑訴法の制定過程において弁護人の取調べ立会い権に代替するはずのものとして位置づけられていた接見交通権及び自白法則による取調べの規制は、現実には有効に機能していない。取調べにおける弁護人の立会いの問題は、かつては、捜査段階における弁護の拡充・強化がある程度実現された後の問題であるというのが共通の認識であったが<sup>921</sup>、当番弁護士制度や被疑者国選弁護制度の進展によって、弁護人立会いを実現するための前提条件はもはや形成されてきている。「被疑者取調べの弁護人立会い権の保障は緊要の立法的課題である<sup>922</sup>」し、実務上も、今こそ、取調べにおける弁護人立会いを積極的に認める方向に進むべきである。

身体拘束中の取調べに対する弁護人立会い権がすべての被疑者に保障されるならば、被疑者が弁護人の立会いを要求した場合、弁護人が立会うまで取調べができないという意味においては取調べ中断効が生じることになり、弁護人の立会いが認められなければ取調べは

<sup>921</sup> 多田・前掲注(200) 302頁。

<sup>922</sup> 小田中聡樹『現代司法と刑事訴訟の改革課題』(日本評論社、1995年) 245頁。

およそできないという意味においては、取調べ禁止効が認められることになると考えられる。弁護人立会権の実質的保障や実効性の向上など、弁護人立会権を保障した場合の帰結をめぐっては、今後、弁護人の迅速な確保や弁護体制の強化、弁護人立会権を侵害した場合の証拠排除問題等について引き続き検討する必要がある。

### 第3節 結論

日本の現行刑事訴訟法における刑事手続は、被疑者取調べ及びその過程において作成された供述（自白）調書に強く依存している。このような被疑者取調べを中心とする刑事司法は、取調べ受忍義務を肯定する実務によって支えられている。すなわち、身体拘束された被疑者は、黙秘したい場合であっても、自己の自由な意思で取調室から退去することが許されず、弁護人の立会がない孤立無援の状態で、捜査官の熱心かつ長時間の説得を受けざるを得ない。このような実務においては、被疑者が黙秘権を告知されたとしても、供述するまで取調べを受けなければならないとすれば、黙秘権の実質的保障は不可能であろう。

取調べ受忍義務を肯定する取調べ実務は、黙秘権の実質化を直接的に妨げる最大の原因であると思われる。被疑者の主体性を認め、自由な意思に基づく黙秘権の行使を尊重するのであれば、取調べ受忍義務は端的に否定すべきである。さらに、取調べ受忍義務の肯定論と併せて取調べ中心主義を支えてきた代用監獄も当然廃止すべきである<sup>923</sup>。この問題については、代用監獄制度に内在する人権侵害性や被疑者の黙秘権を形骸化させる長時間の取調べとの関連性を正面から向き合い、さらに国際社会からの批判を受け入れ、捜査と拘禁の分離を実現することが望ましい。

黙秘権は、それを実質化するための手続的保障措置を設けるべきとする要請を内在している<sup>924</sup>。現段階において、その手続的保障措置として、取調べの全過程の録音・録画と弁護人立会権が考えられる。

取調べの全過程の録音・録画は、密室における取調べの透明性を高め、黙秘権を侵害する違法・不当な取調べを事前に防止することができる。また、取調べ中に被疑者の黙秘権を効果的に保障したかどうかを事後的に検証できる根拠となる。例えば、黙秘権の告知が適法に行われたか否か、黙秘権行使があった場合、取調べが直ちに中止されか否か等、被疑者の供述の任意性判断に資する材料を提供することができる。

しかし、全過程の録音・録画が実現されたとしても、実際に取調べで被疑者が何らの圧迫なく供述しているかは、必ずしも明らかとはならない。取調べの録音・録画はあくまで、

<sup>923</sup> 安部・前掲注（528）38頁。

<sup>924</sup> 淵野の「黙秘権は、実質化のための手続的保護手段を設けること自体を内在的に要求している」という主張と異なる。淵野・前掲注（790）60頁参考。

黙秘権が保障されたかどうかを事後的に検証するための手段であって、取調べに内在する強制的な雰囲気や取調べ中に捜査官の個々の質問を吟味し、被疑者の防御にとって最も有利な助言をすること等は期待できないであろう<sup>925</sup>。これらに対して最も有効な手続保障は、取調べに弁護人が立会うことである。弁護人の立会権が保障されて初めて、取調べ手続の糾問的性格が払拭され、黙秘権の侵害を未然に防ぐことも可能になる。黙秘権はその権利が侵害されないところに大きな意味があると考えられる。したがって、権利侵害後の事後的検証・救済手段の整備も重要であるが、権利侵害を事前に防止する手続的措置の整備の方が黙秘権の実質化においてより効果的であるといえよう。

取調べに弁護人が立会いさえすれば、不当な取調べ・自白の強要は完全に除去できるという見解も存在する。しかし、弁護人立会についても、その限界を認めなければならない。まず、現実問題として、弁護人の個別的な能力及び関与の仕方等はそれぞれであり、すべての弁護人が有効な弁護活動を行うとは限らない<sup>926</sup>。取調官による同一の取調べ行為に対して、黙秘権を侵害しないと判断する弁護人もいれば、そうではないと判断する弁護人もいることは容易に想像できるであろう。次に、実際の取調べの場面で、取調官の態度は変化しやすく、被疑者の意に沿わない取調べに、弁護人が即座に介入できない可能性が十分に残る<sup>927</sup>。したがって、もし違法・不当な取調べがあった場合に、事後的に検証できるように、取調べの全過程を録音・録画することが不可欠であると思える。

このように、弁護人立会権と取調べの録音・録画のそれぞれ限界を認識した上で、二重の保障措置を講じることで、黙秘権の全面的・実質的な保障は初めて可能となるということができよう。

ところで、本稿において検討した手続保障制度は、被疑者取調べ手続における黙秘権の実質化のための保障措置である。これらの手続保障制度は、捜査権限を抑制し、捜査の軽量化を志向するものである。また、黙秘権の実質化を基軸とした取調べ適正化の方策にも当てはまる。その一方で、捜査、起訴、公判によって成り立つ刑事手続全体は、有機的な統一体として相互に影響し合うことから、「取調べの適正化」は「取調べ及び供述調書への過度の依存からの脱却」と表裏の関係を有することになり、一体のものとして検討すべき問題である<sup>928</sup>。この意味において、黙秘権の実質化は、取調べ及び供述調書に過度に依存する刑事司法の構造改革を成功させるための重要な点であるといえるし、また、改革が成功したか否かを評価する際の基準となるといえよう。

上述の通り、刑事手続は、捜査、公訴の提起、公判という3つの部分から成り立つ有機的な統一体である。黙秘権の形骸化をもたらす被疑者取調べの実態を変えるためには、捜

<sup>925</sup> 白取祐司「捜査の可視化と適正化」自由と正義 54 卷 10 号（2003 年）85 頁以下。

<sup>926</sup> 小坂井久『取調べ可視化論の展開』（現代人文社、2013 年）19 頁。

<sup>927</sup> 淵野・前掲注（790）61 頁。

<sup>928</sup> 「取調べの適正化」と「取調べ及び供述調書への過度の依存」は取調べをめぐる問題であり、表裏の関係であるという主張については、葛野・前掲注（686）57 頁を参考。

査だけでなく、これと連動する起訴・公判のあり方を見直す視点も必要となる。本稿においては、主に被疑者の黙秘権の実質化に主眼を置き、それを軸とする取調べの適正化のための手続保障について検討を行った。もちろん、本稿で検討した問題が取調べ適正化のすべての問題をカバーしたとはいえない。糾問的な捜査実務の抜本的改革を目指す取調べの適正化に残された課題については、さらなる検討や取組が必要である。また、刑事手続の構造を構成する他の手続的な問題（とりわけ起訴のあり方）についても、将来の検討課題としたい。

## 第5章 中国の被疑者取調べにおける黙秘権の実質的保障

1949年中華人民共和国（以下、「中国」と称する）の成立時、刑事訴訟法は存在していなかった。1979年に初めて刑事訴訟法が制定され、その後、およそ40年の間、1996年及び2012年の2回にわたる改正を経て、刑事手続は著しい発展を遂げたと言ってよい。特に、2012年3月14日、中国第11期全国人民代表大会第5回全体会議において採択され、2013年1月1日に施行された新刑事訴訟法は、「人権の保障」、「自己の有罪の証明の強要禁止」、「違法収集証拠排除規則」、「取調べの録音・録画」、「被疑者の弁護権の保障」等、被疑者・被告人の人権を保障するための規定を数多く設けた。これらの規定は、被疑者の基本的人権を尊重する取調べ環境の形成のための基盤を整え、中国の刑事手続における人権保障のレベルを高めたといえよう。

刑事手続は、無辜の者が処罰されることのないよう、そして真犯人であっても適正な手続に基づいて裁かれるよう、被疑者・被告人の人権保障に努める手続きでなければならない。このような要求からすれば、中国の刑事手続は依然として様々な問題点を孕んでいると言わざるを得ない。従来中国の刑事手続は、厳罰主義の下で、被疑者は単なる訴訟の客体や証拠手段とされ、被疑者の権利の核心ともいえる黙秘権は、法律上の権利として保障されていなかった。また、弁護権にも多くの制限がかけられ、取調べ段階における被疑者の権利として保障されなかった。2012年の改正により、これらの権利保障は大きな進展を遂げたものの、黙秘権の明文化や捜査段階における弁護権の実質化などの重要な課題は、依然として残されたままとなっている。

本章では、中国の刑事訴訟法の発展過程を辿る中で、中国の刑事手続の特徴、特に人権保障に関連する規定と実務の状況を歴史的な視点で確認する。そして、黙秘権をめぐる従来の議論を紹介した上で、2013年刑事訴訟法に新設された黙秘権関連の条文及びそれと矛盾する他の条文をめぐる議論の内容を分析し、それに基づき、各条文の適切な解釈及び相互関係を提示する。最後に被疑者の黙秘権の実質化のための手続保障を検討し、ひいては黙秘権を基軸とする取調べの適正化及び刑事手続構造の改革についての提案を試みる。

### 第1節 中国の刑事訴訟法の発展

中国建国後における制定法は、中華民国やそれ以前の帝政期の法制度と断絶しているといえる。しかし、立法者、法の執行者及び国民の法意識、国民性、法文化などは、中国の歴史的現実や数千年の歴史を持つ伝統法と切り離せないものである<sup>929</sup>。清以前に存在して

<sup>929</sup> 中華人民共和国成立前の中国法について触れた日本語の資料は、木間正道・鈴木賢・高見澤磨編著『当

いた中国固有の法制度や法文化に関する研究は、現代の中国法研究においても意義のあることである。ただし、本稿では、中国建国後の刑事訴訟法に着目し、現在の中国における被疑者の黙秘権の実質化と最も関連する法現象を検討の対象とする。建国以前の刑事手続制度に関する研究は、今後の課題としたい。

中国成立後の刑事訴訟法の発展過程は4つの段階に分けることができる。1つ目は建国後の1949年から1978年までの予備段階、2つ目は1979年の刑事訴訟法制定から1996年までの初期段階、3つ目は1997年の刑事訴訟法改正から2012年の発展段階、4つ目は2013年刑事訴訟法改正から現在までの進化段階であるといえよう。このような発展過程に従い、本節では各段階における刑事訴訟法の特徴を概観する。

## 第1款 中国建国後の刑事手続

中国では、1949年の建国から、1979年の刑事訴訟法が公布されるまでの約30年間、刑事訴訟法典（及び刑法典）がなかった。1954年に制定された憲法及び同年9月に第1期全国人民代表大会（以下、全人代と称する）で制定された「人民法院組織法」と「人民檢察組織法」、同年12月の「逮捕拘留条例」に、司法機関の構成、刑事訴訟の原則及び制度についての規定が定められ、当時において、刑事訴訟手続を運用するための主たる根拠となった<sup>930</sup>。しかしこれらのものは、「大衆路線」や「党の裁判への介入」を認め、共産党の指導の下での刑事手続を擁護するものであり、被疑者・被告人の手続上の権利に関する一般的な規定を定めたものではなかった。

この時期、中国においては、独自の刑事訴訟法理論が欠けていたため、1950年代の初期に国内に紹介された旧ソ連の現代的な刑事訴訟法理論を基に研究が行われていた。これは建国初期の中国刑事訴訟法の特色であるといえる<sup>931</sup>。この時期は、刑事訴訟法の理論と実践との離脱が顕著であった。それは、実務家たちが新しい刑事訴訟法理論の知識を有していない、あるいはそれを理解していないことが直接的に起因するが、根本的には、司法の環境や犯罪処罰に対する社会的需要が実務の変化を許さなかったといえよう。

1954年の憲法の成立及び法院組織法、檢察院組織法の制定は、刑事訴訟手続の発展を大きく促した。この時期に、「人民法院は独立に審判を行い、法律のみに従う」、「被告人は弁護人の援助を受ける権利がある」などの原則や権利が理論上のみならず、実務においても適用されるようになった。1956年の全人代では、「完備した法律を系統的に制定すること」が国家の急務とされ、その後一時的に刑事訴訟法典の起草が行われるようになった

---

代中国法入門』（有斐閣、1998年）2頁以下；小口彦太・田中信行『現代中国法〔第2版〕』（成文堂、2012年）1頁以下。

<sup>930</sup> その他に、最高人民法院や司法省などが刑事手続（とりわけ裁判手続）について、指針や規則などを作成して、それによって刑事手続が運用されていた。

<sup>931</sup> 陳嵐「近半個世紀我国刑事訴訟法学的回顧与前瞻」法学評論2号（1998年）7頁。

ところが、1957年から反右派闘争が始まり、現代的な刑事訴訟法理論は批判の対象とされた。最初に批判を受けたのは裁判独立の原則であり、共産党の裁判に対する指導を否定するものであるという批判がなされた<sup>933</sup>。また、「疑わしきは被告人の利益に」、「10人の罪ある者を免れさせても、1人の罪なき者を罰してはならない」などの原則は国家の敵と見なされる被告人に有利な原則国家の敵に有利な原則であると批判された<sup>934</sup>。その時期に、「被告人は弁護人の援助を受ける権利がある」、「供述より物的証拠を信じる」、「被告人は訴訟の権利主体であり、挙証責任もなければ、供述義務もない」などの原則が学者の間で主張されたが、これらの見解も反革命理論として強い批判を受けることとなった<sup>935</sup>。さらに、当時刑事訴訟法の重要な原則となっていた「無罪推定原則」や「自由心証主義」も全面的な批判を余儀なくされ<sup>936</sup>、そのほかに、捜査、起訴、公判の関係や弁護人の役割などについても論争が行われた<sup>937</sup>。

1962年に、毛沢東の指示の下で、刑事訴訟法の研究が再開された<sup>938</sup>。この時研究の焦点となった刑事証拠の問題については、大規模な論争が行われた。1963年には、旧ソ連の立法を参考に、当時の中国の実務経験に鑑み、学者や実務家の意見をまとめた結果、「刑事訴訟法草案（初稿）」が成立した。

しかし1966年になると、文化大革命が始まり、刑事手続といえる法律の大部分が廃止され、立法活動もすべて停止した。その後、1976年までの10年間、刑事手続においては、警察が自ら制定した手続に従って刑事訴追を行い、拷問等の違法な捜査、違法な身体拘束などの人権蹂躪が一般的に行われるようになった<sup>939</sup>。文化大革命の間、数え切れない冤罪事件が発生したが、その最大の原因は正当な刑事手続が全く存在しなかったことである<sup>940,941</sup>。

<sup>932</sup> 稲子恒夫『現代中国の法と政治』（日中出版、1975年）94頁。

<sup>933</sup> 詳細については、馮若泉・駁賈潜「審判独立的反党看謬論」政法研究1号（1958年）13頁。

<sup>934</sup> 『中国法律年鑑（1989）』（法律出版社、1990年）1042頁；羅榮「徹底批判『有利被告』的謬論」法学3号（1957年）23頁。

<sup>935</sup> 曲夫「略談刑事訴訟中被告人的訴訟地位」政法研究3号（1957年）7頁；羅榮「試論刑事訴訟中的被告人」法学2号（1957年）19頁。

<sup>936</sup> 巫宇甦「批判資產階級『無罪推定』原則」政法研究2号（1958年）18頁；張子培「駁資產階級的『無罪推定』原則」法学1号（1958年）5頁；張子培「批判資產階級『法官自由心証』原則」政法研究2号（1958）32頁。

<sup>937</sup> 莊惠辰「刑事訴訟中審判与偵查起訴的關係問題」政法研究3号（1957年）1頁；陳鶴峰「駁右派分子莊惠辰对公安、檢察、審判三機關的法律關係的反動謬論」政法研究3号（1958年）20頁。弁護人の役割については、主に被告人の利益を優先にするかそれとも真実の発見を優先にするかということを中心に議論が行われた。

<sup>938</sup> 陳守一『法学研究与法学教育論』（北京大学出版社、1996年）33頁。

<sup>939</sup> 陳嵐・前掲注（931）9頁。

<sup>940</sup> 西村幸次郎編『現代中国法講義』（法律文化社、2001年）74頁。

<sup>941</sup> 当時の刑事手続の惨状について、王雲海「人權保障と刑事法」土屋英雄編著『現代中国の人權——研究と資料』（信山社、1996年）276頁以下参考。

## 第2款 1979年刑事訴訟法の制定

1976年10月に、「文化大革命」の終了と「改革開放」の開始を契機として、刑事訴訟法の制定活動が再び開始した。「文化大革命」の人権蹂躪に対する反省から、法制度の必要性が認識されるようになったのである。1979年2月に成立した全人代常委会（全人代常務委員会の略称）法制委員会は、1963年に成案した「刑事訴訟法草案（初稿）」を基に、当時の実務状況に適する新たな法律草案を起草した。同草案は、1979年6月に第5期全人代第2回会議において審議され、翌月1日に同会議において通過され、建国後初の刑事訴訟法は、1980年1月1日から施行されるようになった<sup>942</sup>。

同法は、それまで無法状態であった中国の刑事手続発展に大きな意義を有し、犯罪の処罰、改革開放、社会主義の建設に重要な役割を果たした。しかし、この法典は政治性が色濃く、近代における刑事手続の人権保障に関する一般的な規定を充分に取り入れることができなかった。無罪推定原則や法の下での平等原則、罪刑法定主義、法律至上主義などの基本的な刑事法原則は、それまで、唯心主義の産物、ブルジョア階級の腐敗物として批判されていたため、1979年法に定められなかったのである。

1979年刑訴法には、「無罪推定原則」の代わりに「有罪推定」に基づく規定が多かった。例えば、捜査官に取調べられる者はすべて「被告人」と称され、犯罪の嫌疑がある者はすべて犯人として扱われた。また、収容施設や収容中の待遇が非人道的であり、取調べ中は拷問が一般的に行われるなど、被疑者・被告人の人権侵害は苛酷なものであった。取調官の質問に対し、被告人はありのままに答える義務があると規定され、被疑者の黙秘権は完全に認められず、保障されていなかった。古くから被疑者・被告人の取調べ中に用いられていた「自白すれば、軽きに従って処罰するが、拒めば重きに従って処罰する」という刑事政策的スローガンは、公判前手続・公判手続を問わず、自白強要の有力な道具としての役割を果たしていたのである。

1980年代になると、犯罪の増加に対応するため厳罰主義が採られるようになったことから、法と実務が乖離する現象が深刻化し、実務においては、違法・不当な手続が多く現れた。例えば、いかなる法的規制も受けない「収容審査」で逮捕又は勾留を代替すること、身体拘束期間が過ぎたにもかかわらず、被疑者を引続き拘束すること、弁護人制度の形骸化、公判の形骸化、裁判の迅速化のために被告人の正当な利益を侵害することなどの問題が顕在化していた<sup>943</sup>。

<sup>942</sup> 1979年の刑事訴訟法の立法経緯については、井戸田侃編著『現代中国刑事法論』（法律文化社、1992年）9頁以下〔徐益初執筆〕参考。

<sup>943</sup> 卞建林「改革解放30年中国刑事訴訟制度發展之回顧与展望」中国訴訟法律網2009年3月12日記事ウェブサイト <http://www.procedurallaw.cn/zh/node/1342>.

### 第3款 1996年刑事訴訟法改正

1979年刑事訴訟法は、条文規定の不備や実務における運用面での問題点が施行直後から指摘されていたことから、十数年の間、中国は情勢の変化及び実務の経験に従い、刑事訴訟法の修正と補充を数回行った<sup>944</sup>。1980年代から1990年代にかけて、中国経済の発展や民主及び法制度の発展といった社会的局面において巨大な変革があり、法律の改正及び実務の改善が強く求められるようになった。中国政府が1991年に公表した「中国の人権状況」及び1995年に公表した「中国人権事業の新たな進展」という2つの「人権白書」では、「市民の基本的な権利」を保障することを宣言し、「人権」の普遍性を初めて認めた<sup>945,946</sup>。これをきっかけに、中国は人権保障を強化する方向での法改正作業に積極的に取り組み、第8回全人代常務委員会は刑事訴訟法の改正を早くも日程にあげた。

1995年12月から1996年3月の間、全人代常務委員会法制工作委員会が作成した「刑事訴訟法修正案（草案）」は4回の審議を経て、1996年3月17日の第8期全人大第4回会議で纏められた『中華人民共和國刑事訴訟法』の改正に関する全国人民代表大会決定において、全面改正された。今回の改正は、1979年刑訴法制定以来17年ぶりの全面改正である。

1996年刑訴法改正における重要なポイントは、次のような幾つかの項目にまとめることができる。すなわち、裁判独立の原則について明確な規定を設けたこと、弁護人の訴訟手続における参加可能段階を早め、弁護権の保障を強化したこと、收容審査など運用に問題があると指摘されていた強制処分手続について明確な規定を設けたこと、人権保障の側面から問題が指摘されていた起訴免除という処分方法を廃止し、不起訴に統一したこと、公判の運用を改善し、その地位を高めたこと、などである。「総じて言えば、被疑者・被告人の権利保護を強め、手続き的には当事者主義の要素を拡大したところに、大きな特徴がある」と評価することができよう<sup>947</sup>。

#### 第1項 無罪推定

1997年刑訴法は、第12条において、「法律に基づく裁判所の判決を経ないうちは、何人に対しても有罪を確定することはできない」と規定し、正式に「無罪推定原則」を確立した。旧法においては、被疑者と被告人との区別がなく、捜査、起訴、公判すべての段階

<sup>944</sup> 刑事訴訟法に関連する修正や補充は、全人代常務委員会が制定する「決定」、「規定」などの形でなされた。

<sup>945</sup> 小口ほか編著・前掲注(929)26頁。

<sup>946</sup> 中華人民共和國國務院報道弁公室『中国の人権状況』(1991年)、『中国人権事業の新たな進展』(1995)の日本語訳は、土屋英雄編著『現代中国の人権——研究と資料』(信山社、1996年)481頁以下参考。

<sup>947</sup> 田中信行「中国刑事訴訟法の改正と裁判の独立」中国研究月報50巻11号(1996年)3頁。

で、被告人と称していたが、今回の改正において、無罪推定原則に従い、被疑者と被告人を区別し、公訴提起前の者を「被疑者」、公訴提起以後の者を「被告人」と称することになった<sup>948</sup>。

無罪推定原則の明文化により、「自白すれば、軽きに従って処罰するが、拒めば重きに従って処罰する」という被疑者・被告人の自白を強要するスローガンの条文との矛盾は強くなる傾向にあったが、取調べ実務においては、依然として、否認や黙秘する被疑者の供述を得るための有力な道具として使われていた。また、裁判実務において、訴追側が合理的な疑いを超える証明を果たさなかった場合、被告人は無罪とされるべきであるが、「疑罪は軽きに従う」という原則に基づき、軽い刑罰を科すことがルール化されていた。このような事実から、中国の刑事手続に無罪推定原則が採られていなかったとする意見が少なくない<sup>949</sup>。

刑事訴訟法第 43 条は、「裁判官、検察官及び捜査官は、……拷問による自白の強要及び脅迫、誘引、欺瞞又はその他の違法な方法による証拠収集を厳禁する」と規定し、これに加えて、第 46 条は、「判決においては、証拠を重んじ、調査研究を重んじ、自白を軽々しく信じてはならない。被告人の供述があるのみで、その他の証拠がない場合には、被告人を有罪と認定して刑罰を科することはできない」と規定している。このような規定によって、被疑者取調べ中の拷問やその他の違法な手段を用いた供述の強要が一定程度規制されたことは完全に否定できないが、第 93 条に「ありのままの供述義務」が依然として強調され、被疑者・被告人の供述強要の実務は以前と比較して、大きく変わらなかったといえよう。

## 第 2 項 弁護権

第 96 条 1 項は、「被疑者は、捜査機関による第 1 回取調べの後、又は強制措置をされた日から、法律の相談、申立及び告訴の代理のために、弁護士を依頼することができる」とし、捜査機関の許可を前提とする弁護人依頼権を認めた。しかし、ここでは活動範囲が限られた「弁護士」であり、弁護人として弁護活動を行うことは認めなかった。刑訴法草案の作成時、捜査段階において、被疑者は第 1 回の取調べ後に弁護人の援助を受けることができるという提案があったが、捜査機関の強い反対があったため採択されなかった。

また、第 33 条 1 項は、「公訴事件の場合、被疑者は事件が起訴審査に移送された日から、弁護人を依頼することができ、自訴事件の場合は、被告人はいつでも弁護人を依頼することができる」と規定した。同条文は、初めて中国刑訴法で被疑者の弁護権を確認した

<sup>948</sup> 1979 年法の下では被疑者と被告人を区別しなかったため、実務上、被疑者の権利保障が軽視されがちであり、多くの問題を抱えていた。

<sup>949</sup> 小口ほか・前掲注 (929) 175-176 頁。

ものとして、中国刑事弁護制度における重大な発展の象徴であるといえよう。

さらに、公判段階における法律援助制度及び必要的弁護制度も設けた<sup>950</sup>。

最後に、第 33 条 2 項で、「検察は、移送された起訴事件の資料を受け取った日から 3 日以内に、被疑者に弁護人を依頼する権利を告知しなければならない。裁判所は、自訴事件を受理した日から 3 日以内に、被告人に弁護人を依頼する権利を告知しなければならない」と規定し、弁護権の告知制度を設けた。

その他、弁護権については、接見交通権や弁護人の資料収集権などについても新たな規定を設けた。この点については、本章第 3 節で詳述する。

### 第 3 項 身体拘束期間

勾留承認審査期間について、第 69 条 3 項は、「検察は、警察から勾留承認請求書を受け取った日から 7 日以内に、勾留の承認又は不承認を決定しなければならない」とし、勾留審査期間を 1979 年法の 3 日以内から 7 日以内と改めた。また、勾留後の身体拘束期間については、1979 年法と同じく、原則的に 2 ヶ月を超えてはならないとされているが、第 126 条において、事件が複雑で捜査がその期間内に終了できない場合、一級上の人民検察院の承認を経て、さらに 1 ヶ月間延長することができる旨を定めた。

身体拘束期間についての特別な規定も設け、例えば、捜査期間中に、被疑者の別罪が発覚した場合、身体拘束期間は別罪が発覚した日から新たに起算するとする規定や、身元が不明な被疑者の身体拘束期間は、その者の身元が明らかになった日から起算するといった規定などがある（第 128 条）。

なお、違法収集証拠の排除についても提案があったが、反対意見が強かったため、法律に定めることができなかった。

1996 年刑訴法改正は、基本原則及び捜査、起訴、公訴手続にわたる全面改正である。特に法律援助制度の導入や捜査段階における被疑者の弁護権を認めたことは、被疑者・被告人の主体的地位及び訴訟上の権利保障を少なからず配慮した立法者の刑事訴訟観を表している。これは、中国の刑事手続における歴史的経緯と伝統的な刑事訴訟観からみて、画期的な進歩であると評価することができる。しかし、同改正法は、依然として被疑者の黙秘権を認めず、被疑者の供述義務を肯定しており、供述強要の取調べの防止及び被疑者の黙秘権の保障などの課題を残している。

---

<sup>950</sup> 第 34 条は、「①検察官が出廷した公訴事件において、被告人が経済的な困難又はその他の理由によって弁護人を依頼していない場合には、裁判所はその者のために法律援助義務を負う弁護士を指定することができる。②被告人が盲、聾、啞又は未成年であり、弁護人を依頼していない場合には、裁判所はその者のために法律援助義務を負う弁護士を指定しなければならない。③被告人が死刑を科せられる可能性のある者であり、弁護人を依頼していない場合には、人民法院はその者のために法律援助義務を負う弁護士を指定しなければならない。」と規定する。

#### 第4款 2012年刑事訴訟法改正

2012年3月14日、第11期全人大は、票決によって『中華人民共和國刑事訴訟法』を改正することに関する決定案』を採択した。今回の改正は、第2回目<sup>951</sup>の全面改正である。

今回の改正に向けた動きは2003年に始まったが、改正内容が犯罪の統制と人権の保障との間の価値均衡に関わるだけでなく、警察、検察、裁判所間の権力対決の過程でもあったため、かなり困難を極め、一度棚上げにされたことがあった<sup>952</sup>。2009年初頭、全人大常務委員会法制工作委員会は、全人大の代表等の意見に基づき、中央政法機関と他の関連機関との共同研究を踏まえ、初めて「改正案（草案）」を練り上げた。その後の2011年8月において、全人大常務委員会は「改正案（草案）」について初めて審議を行い、同月30日、法制工作委員会は、「改正案（草案）」について政府の関連機関に意見を求めた。さらに、全国人民代表大会の公式ホームページにて「改正案（草案）」の全文を公表し、社会に向けてパブリックコメントを募った。2011年12月の全人大常務委員会第24回会議では「改正案（草案）」の2度目の審議を行い、2012年3月14日、第11期全人大第5回会議において、「改正案」は多数決で採択され、2013年1月1日から施行されている。

1996年の第1回目の改正をベースに行われた今回の改正は、140か所に及ぶ改正案を取り入れ、条文数を225個から290個にまで増やした。捜査手続に関しては、「人権保護」、「供述強要禁止」といった原則の他、取調べの可視化、弁護制度の強化、盗聴、おとり捜査、コントロールド・デリバリーの実施要件の明確化、未決拘禁の許可基準の厳格化等が明文化された。今回の改正は、「犯罪統制を重んじ、人権保障を軽んじる」という伝統的な立法観から、犯罪統制と人権保障を同等に重んじる立法観へ、「実体的公正を重んじ、手続的公正を軽んじる」という立法観から、手続を優先する立法観へ、「実体的真実主義（客観的真実主義）から、相対的真実主義（法律的真実主義）へ」、「公正を重んじ、効率を軽んじる」という立法観から、公正と効率双方に配慮を加える立法観へ<sup>953</sup>という理念の下、国家の犯罪統制力を強化し、国民の基本的権利の保障を強化することにおいて重要な意義を有し、中国の刑事訴訟制度のさらなる発展を達成したと評価されている<sup>954</sup>。

今回の刑事訴訟法改正の内容及び趣旨をより深く理解・把握するためには、改正の背景を正しく理解する必要がある。

中国政府は、今回の刑事訴訟法改正について、「経済社会が急成長し、民主法制建設が推進され、国民の司法に対する需要が日々高まるにつれ、特定の局面において、刑事訴訟

<sup>951</sup> 第1回目の改正は、1996年3月17日第8期全国人民代表大会第四回会議においてなされた。

<sup>952</sup> 小口彦太等共訳「周長軍『中国刑事訴訟法の改正及びその特徴』早稲田法学 87巻4号（2012年）233頁。

<sup>953</sup> 陳衛東「刑事訴訟法再修改の基本理念」人民司法（2005年5月）4頁以下。

<sup>954</sup> 王尚新「關於刑事訴訟法修改有關狀況的紹介」予防青少年犯罪研究（2012年5月）7頁。

制度は現状と相容れない問題が生じたため、さらに改善する必要がある<sup>955</sup>」と公式声明を  
発表した。この公式声明のなかで挙げられた、改正が必要になった理由は次の通りである。  
第1に、経済社会の発展は、刑事訴訟法改正の根本的な要因である。経済的社会的発展と  
ともに、人々は物質的追求めにとどまらず、精神的追求めにも関心を持つようになり、それゆ  
え権利意識が高揚し、自己の政治的権利、すなわち人身の自由、財産権、生存権の保障に  
一層注意を払うようになった。刑事法は人々の日常生活に深く影響し、特に人身の自由と  
緊密に結びついている。そのため、刑事法は国民の注目を浴びている。第2に、国民の民  
主主義意識の向上も、刑事訴訟法改正の要因の1つである。中国には古来、民主主義の伝  
統が存在しなかったが、ここ十数年で経済発展とともに、国民の民主意識が徐々に向上し  
てきた。そして近年、政治に関与する国民の熱意と権利意識が強化されたことにより、法  
律を用いて問題を解決することの効率性を認識し始め、それゆえより進歩した法律を求め  
るようになった。第3に、刑事訴訟法の構造自体に不備があり、改革を必要とする条文が  
多いことが挙げられる。中国の刑事訴訟法は制定時から犯罪統制に傾斜していたため、手  
続の合理性や人権保障の水準が国際的レベルとの差が大きい<sup>956</sup>。特に、捜査実務において  
は拷問による被疑者取調べが一般的に行われ、それによる冤罪事件が発覚し、国民の司法  
に対する信頼が失われていたのである。近年の誤判冤罪事件（例えば「杜培武事件」、「余  
祥林事件」、「趙作海事件」<sup>957</sup>など）や、拘置所の管理体制の混乱が引き起こした「躲猫猫

<sup>955</sup> 關於「中华人民共和国刑事訴訟法修正案（草案）」的說明。全国人民代表大会公式サイト  
[http://www.npc.gov.cn/huiyi/lfzt/xssfxg/2011-08/30/content\\_1668529.htm](http://www.npc.gov.cn/huiyi/lfzt/xssfxg/2011-08/30/content_1668529.htm)。

<sup>956</sup> 詹鵬志「透視刑事訴訟法再修改的背景及理念」法制博覽 6 号（2012 年）202 頁。

<sup>957</sup> 「杜培武事件」は、1999 年に警察官である杜培武が、妻とその不倫相手と見られていた A（同じく  
警察官）を殺害したとして自首を強要され、その結果殺人罪で有罪となったが、別件の捜査の際に A の  
拳銃が発見されたことにより、別件の被疑者である B が A 殺害の犯人であることが判明し、再審で杜培  
武の無罪が確定したというものである。<http://news.sina.com.cn/c/2001-07-20/307475.html>。2010-06-06。

「余祥林事件」と「趙作海事件」は、殺人の罪で懲役刑に服していたところ、殺されたはずの被害者が  
生存していたことが判明し、再審で無罪とされたものである。

「余祥林事件」については <http://news.sina.com.cn/c/2005-04-20/13086442186.shtml>。参照。「趙作海事件」  
については <http://news.qq.com/a/20120825/000076.htm>。参照。

余祥林事件：湖北省京山県の農民であった余祥林の妻が 1994 年 1 月 20 日に突然失踪し、彼女の親族  
らは余が彼女を殺したのではないかという疑いを持った。1994 年 4 月 11 日、付近の村の貯水池で女性  
の遺体が発見され、余の妻の特徴に合致するという親族の確認を得て、警察は立件のうへ捜査を行った。  
警察の取調べにおいて、余が妻を殺したと自首したため、1994 年 10 月に死刑が言い渡されたが、余は  
控訴した。控訴審においても余に対して懲役 15 年の判決が言い渡されたが、2005 年 3 月 28 日、余の妻  
が突然家に戻り、本事件の真相が明らかになった。同年 3 月 30 日、第一審と第二審の判決を速やかに取  
り消し、再審が求められ、2005 年 4 月 13 日、再審において余に無罪が宣告された。余は無罪が宣告さ  
れるまでの 3995 日間、刑務所に拘禁されていた。冤罪が晴れた後、余は、警察が取調べで自首を強要し  
たと主張した。1998 年の不服申立資料で、余は、「あの 11 日間の苦痛は決して人々は理解できないだろ  
う。鼻を何度も打ち付けられた後で、警察はなんと私の頭を浴槽の中に押し入れた。私は力がなくなり、  
何度か浴槽の水を飲み、死にそうになった」と訴えている。

趙作海事件：1997 年 10 月 30 日、趙と A が揉め合った後、A が突然姿を消した。1998 年 2 月 15 日、  
失踪した A の甥が警察に通報した。消える直前に趙と A が争っていたということもあって、趙が被疑者  
として挙がり、捜査が進められた。その折り、1998 年 5 月 8 日、村で男性の死体が発見された。5 月 9  
日、趙は逮捕され、5 月 10 日から 6 月 18 日にわたり 9 回の取調べを受け、自分が A を殺したと供述し  
た。公判で、趙は、捜査段階で取られた自首は拷問によるものであるとして、否認に転じた。しかし、  
中級人民法院は趙の故意殺人罪を認め、趙に対して執行猶予付き死刑の判決を言い渡した。ところが、  
2010 年 4 月 30 日、死んだはずの A が姿を現した。2010 年 5 月 5 日、趙の再審が開始され、5 月 9 日に

（隠れん坊）事件」<sup>958</sup>などは、刑事訴訟法における構造上の不備に起因していると考えられている<sup>959</sup>。1996年の改正で残された刑事訴訟法の構造改革の課題は、今回の改正において解決されることが期待されていた。

国際的世論も、今回の刑事訴訟法改正を促した一大原因である。中国は、1997年10月に、「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」に署名し、さらに1998年10月には、「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（以下、「自由権規約」と略称する）に署名した。これらの国際規約は、被疑者・被告人の基本的な人権を保障する一連の条文を定めたものである。例えば、自由権規約14条3項は、「すべての者は、その刑事上の罪の決定について、平等に、少なくとも次の保障を受ける権利を有する」とし、被疑者・被告人に対する刑事手続における最小限度の保障として、弁護人の援助を受ける権利、公正、公開、迅速な裁判を受ける権利、無罪推定などを規定している。特に、同条3項（g）は、「すべての者は、自己に不利益な供述又は有罪の自白を強要されない」と定めている。ところが、旧刑事訴訟法は93条において、「捜査官が被疑者を取調べるとき、……被疑者は、捜査官の質問に対してありのままに答えなければならない」と規定していた。これは被疑者・被告人の供述強要を法的に認めたのであって、自由権規約14条3項（g）の規定と矛盾するといえよう。このような問題において、中国の刑事訴訟法は国際人権法上の基準に抵触するとする国際的輿論からの圧力が増していた。

上述したような背景の下で行われた2012年の刑事訴訟法改正は、1997年刑事訴訟法に存在する多くの問題点を見直したものであり、中国の司法改革における重要な成果の一部である。今回の改正における要点には、以下のようなものがある。①人権の尊重が刑事訴訟法の任務であることを確認した。②弁護人を依頼できる段階を早め、法律援助制度を設けた。③供述強要禁止規定を設けた。④違法収集証拠排除の規定を定めた。⑤取調べの録音・録画を制度化した。⑥身体拘束を厳格化した。⑦未成年者の権利保障、死刑適用の厳格化、犯罪被害者に対する国家賠償制度を確立した<sup>960,961</sup>。これらの改正は、中国の刑事訴訟法が被疑者・被告人の基本的権利の実質化に向けた大きな前進であると評価することができる<sup>962</sup>。しかし、他方で、身体拘束の制度や被疑者取調べ、違法収集証拠排除などに

---

趙は釈放された。

<sup>958</sup> 2009年2月、24歳の農民李乔明が留置場で死亡した件につき、警察は彼が留置場で隠れん坊をして遊んでいたところ、壁にぶつかって死亡したと主張したが、その後の調査により、彼は留置場に拘禁されていたやぐざに殺害されたことが判明した。

<sup>959</sup> 倪潤「2012年中国刑事訴訟法の改正について」北大法学論集 63巻4号（2012年）204頁。

<sup>960</sup> 樊崇義「我国刑事訴訟制度的進歩与発展——2012年刑事訴訟法修正案評価」中国政法大学学報 2号（2013年）72頁。

<sup>961</sup> 以上の改正点の中で本稿の論点に関わるものについては、以下の各節で詳しく論じる。

<sup>962</sup> Joahim Herrmann, *Chinese Criminal Procedure Reform of 2012*, *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2015, 216 (3): 723-742. Herrmann 教授は、2013年刑訴法は、犯罪統制から手続の公正及び人権の保障へと転換し、中国の刑事手続に根本的な変化をもたらしたと評価した。

関しては、なお多くの不備があり、さらなる改革が必要であるとする批判も存在している<sup>963</sup>。

## 第4款 本節のまとめ

### 第1項 犯罪統制と人権保障

中国の伝統的な刑事手続は、「必罰主義」に基づき、「犯罪統制<sup>964</sup>」を使命としてきた。このような刑事手続の理念は、帝政期と近代史上の刑事手続はもとより、建国後の刑事手続においても、刑事訴訟の在り方に大きな影響を与えた。

1978年12月に開かれた中国共産党第11期中央委員会第3回全体会議において、社会主義法制強化のために実現すべき法の任務を定め、「有法可依、有法必依、執法必嚴、違法必究（依るべき法がなければならず、法があれば必ず従い、法の執行は厳しく、法に違反したものは必ず処罰する。）」という積極的な実体的真実主義・必罰主義の指針を明確にした<sup>965</sup>。現代において言えば、「犯罪統制」というスローガンは、プロレタリア文化大革命や1983年の「刑事犯罪活動への厳しい打撃」というキャンペーン中に、反革命分子（犯罪者を意味する）を処罰するという意味で使われていたが、これは刑事訴訟法の任務及び基本原則とされ、「犯罪を処罰し」（刑訴法第1条）、「犯人を処罰することを確保し」（刑訴法第2条）という文言で定められている。「犯罪統制」原則の指導下で、中国においては、犯罪事実の的確かつ速やかな解明を一貫して重視し、そのため、被疑者・被告人の人権は常に相対化される地位にあった。このような経緯で、実体的真実主義を追求する取調べ中心主義の刑事手続構造が形成したのである。

ところが、1989年の天安門事件発生後、中国の人権問題が国際的に注目されるようになり、これに対応するため、中国政府は人権問題に取り組む姿勢を見せざるを得なかった。1991年11月に中国政府が発表した「中国の人権状況」という人権白書<sup>966</sup>は、「人権を勝ち取ることは中国人民と政府の目標とされ、「人権の十分な実現」は「長期にわたる歴史的任務」であることを明言した。2004年3月14日に第10期全人代第2次会議において採択された憲法修正案は、第33条において、「国家は、人権を尊重し、保障する」と規定した<sup>967</sup>。同規定を受け、2013年刑事訴訟法は第2条において「……人権を尊重し、保

<sup>963</sup> Joahim Herrmann, *supra* note 962, 738. 金光旭「中国の視点からみた中国刑事訴訟法の改正」*刑事法ジャーナル* 35号（2013年）17頁。

<sup>964</sup> 中国語では、「打撃犯罪」とされ、犯罪の統制を意味する。

<sup>965</sup> 田中信行「中国の刑事訴訟法について」*アジア経済旬報* 1145号（1980年）3-4頁。

<sup>966</sup> 『中国の人権状況』という人権白書の翻訳文については、土屋・前掲注（946）481頁以下参照。

<sup>967</sup> 中国においては、これまで「人権」と「公民の基本的権利」を区別して使用してきた。一般的に、両者は同一概念のものとして理解されているが、違う意味を持つものとしての理解もなされている。この点については、西村・前掲注（940）25頁以下に詳細な紹介がある。本稿においては、同一のものとし

障する……」と、人権の保障を刑事訴訟法の任務及び基本原則として規定し<sup>968</sup>、「犯罪統制を重視し、人権保障を軽視するという伝統的な立法観から、犯罪統制と人権保障を同等に重視する立法観へ<sup>969</sup>」との刑事訴訟理念の転換を宣言した<sup>970</sup>。これに応じて、2013年刑事訴訟法は、被疑者・被告人の自由な意思を尊重する取調べ及び弁護権の保障、違法収集証拠の排除など、多くの場面で被疑者・被告人の人権保障に相応しい手続保障を設けた。

中国憲法は、1999年3月15日の改正において、第5条第1項に、「中華人民共和国は、法により国を治めることを実行し、社会主義法治国家を建設する」という法治主義を宣言する文言を規定した。しかし、もともと法治主義の基盤自体が欠落していた中国の現行刑事訴訟法には、条文の不明確さや不備が多いため、捜査機関の裁量によらなければならない場面が多く存在する。さらに、「権力社会」という中国の特徴も無視してはならない。中国において、人権問題や法律問題を含むすべてが国家権力によって決められる（国家権力至上主義）。そのため、人権保障や司法の構造などに関する問題は国家権力によって大きく左右されることになる<sup>971</sup>。この点は、中国における刑事司法の研究において、常に意識しなければならない問題であるといえよう<sup>972</sup>。

## 第2項 職権主義と当事者主義

1979年刑訴法は、第1条で、刑事訴訟法の指導思想を「マルクス・レーニン主義」、「毛沢東思想」、「プロレタリア独裁」などに求め<sup>973</sup>、実体的真実を徹底的に探求するという顕著な特徴があった。例えば、捜査手続において、被疑者の身体拘束に必要な条件や身体拘束の期間など、捜査機関に対する規制はほとんどなく、被疑者はありのままに供述する義務があるとされ、被疑者取調べ中に供述を強制する行為が行われても違法とされなかった<sup>974</sup>。1979年刑訴法は、真実の発見を人権の保障よりも優先しており、積極的な職権主義であったと評価することができよう<sup>975</sup>。

---

て扱う。

<sup>968</sup> 田口守一「日本から見た中国新刑事訴訟法」刑事法ジャーナル35号（2013年）19頁。田口教授は、憲法上の法治主義と人権保障が刑事訴訟法においても明文にて保障されることはきわめて大きな意味を有すると述べている。

<sup>969</sup> 人権保障だけでなく、人権保障の強化と犯罪統制の強化をともに重視するとしたのは、それが、中国の「国情」に適合する法制度であるためであるとされている。陳光中主編『中華人民共和国刑事訴訟法再修改專家建議稿与論証』（中国法制出版社、2006年）14頁参照。

<sup>970</sup> 陳衛東「刑事訴訟法再修改の基本理念」人民司法（2005年5月）4頁以下。

<sup>971</sup> 西村・前掲注（940）71頁。

<sup>972</sup> 国家権力の行使と人権の保障の対抗は各国の刑事法に普遍的に存在するものである。ただ、中国の刑事法における政治性は、他の民主主義の国家より強いものであることを認識する必要がある。

<sup>973</sup> 1979年刑訴法は第1条で、「中華人民共和国刑事訴訟法は、マルクス・レーニン主義、毛沢東思想を指針とし、憲法を根拠として、我が国の各民族人民がプロレタリア独裁を実行してきた具体的経験と、敵に打撃を与え人民を保護するという実際の必要とを結びつけて制定したものである」と定めていた。

<sup>974</sup> その他に、実体的真実主義を反映するものは、裁判の誤りが判明された場合、再度の審理を行うことができること（第149条）、死刑判決の復審査制度（第145条）などがある。

<sup>975</sup> 田中・前掲注（965）3頁。田中信行は、中国建国後、職権主義をとった理由は真実主義を継承した

1997 年刑訴法は、無罪推定や弁護権、拷問の禁止など当事者主義の要素を多く取り入れたものの<sup>976</sup>、中途半端な規定が多く、さらには現実の刑事手続構造に適合しなかったため、被疑者・被告人の人権の実質的保障及び訴訟の主体性の尊重に繋がらなかった。そして、1979 年刑訴法と同様に、犯罪統制を目的とした必罰主義及び実体的真実の追求は、依然として刑事訴訟法全般を指導するための基本原則とされ、刑事手続の職権主義的性質は変わらなかったといえよう。

2013 年刑訴法は、人権保障の規定を始めとする当事者主義的な条文が中国刑事訴訟法の中で最も多く採り入れられた刑事訴訟法である。2013 年刑訴法は、人権の保障を明言し、弁護権の保障を強化し、さらに、被疑者・被告人の供述強要禁止の条文を置き、被疑者・被告人の訴訟的地位を大きく向上させ、捜査の弾劾化を図った。1997 年刑訴法のレベルを超えて、刑事手続中の当事者主義的傾向をさらに強化したといえよう。しかし他方で、2013 年刑訴法は、実体的真実主義を追求する規定が数多く残っており、弁護権及び黙秘権などの人権保障は犯罪の処罰の必要性によって相対化される傾向がある。当事者主義的要素の導入は、あくまでも職権主義的構造の枠内で、実体的真実の発見を害しない範囲内で行われたと思われる。あるいは、現在の中国の刑事訴訟法は、職権主義から当事者主義へと移行中であり、そのため、職権主義的要素と当事者主義的要素が調和していく段階であると理解することができよう<sup>977</sup>。その中で、被疑者・被告人の訴訟的地位はただの証拠方法から訴訟の主体へと進展を遂げているのであろう。

## 第 2 節 現行刑事訴訟法における被疑者取調べ

### 第 1 款 供述中心主義

夏商の奴隷社会から清朝の帝政末期までの中国の刑事手続は、「被疑者・被告人の供述（自白）に関する歴史」及び「拷問の歴史」であると理解されている<sup>978</sup>。「罪を断ずるには罪を認め、刑罰に服するという意思のある自白が必要である（断罪必取输服供词）<sup>979</sup>」、「自白による罪の判断、犯人の自白は最も緊要なもの（罪従供定、犯供最関要緊）<sup>980</sup>」といったように、被疑者・被告人の自白は必要的証拠とされた。それは、「人を罪に問うためには、原則として、犯罪事実が本人の自白によって確かめられていなければならない」

---

からであると述べている。

<sup>976</sup> 田口守一「日本から見た中国刑事訴訟法」西原春夫『共犯理論と組織犯罪——21 世紀第 2 回（通算第 8 回）日中刑事法学会討論会報告書』（成文堂、2003 年）217 頁。

<sup>977</sup> 金光旭・前掲注（963）17 頁。

<sup>978</sup> 衛躍寧『口供制度研究』中国政法大学博士学位論文（2005 年）40 頁。

<sup>979</sup> 清史稿・刑法志。

<sup>980</sup> 胡文炳『折獄龜鑑補・草供未可全信編』。

からであった<sup>981</sup>。

しかし、どの時代においても、被疑者・被告人の自白を獲得することは容易なことではない。人は誰も、自分の罪を自ら他人に知らせ、刑に服することを望まないからである。そのため、有罪判決に必要な自白を得るために、被疑者・被告人に拷問が科されることになる。中国歴史上の奴隷制国家及び帝政期の刑事訴訟法は被疑者・被告人に対する拷問を認め、拷問の方法、道具、要領などについて詳細な規定を設けており、当然、物的証拠や科学証拠などについての規定も存在していた。しかし、被疑者・被告人の自白さえあれば有罪判決が確定するため、供述証拠以外の証拠は重要視されていなかった<sup>982</sup>。

清末期になると、外国からの圧力に押され、英米の法制に従って法改正が行われるようになった。刑事訴訟手続の改正にあたって、拷問による自白の強要は諸外国の強い批判を受け、中国国内においてもその弊害や廃止について、激しい論争が行われた。その結果、1906年に瀋家本を代表とする革新派たちによって制定された「大清刑事民事訴訟法」は、第10条において、すべての取調べにおいて、拷問や威嚇を用い、原告、被告、証人が虚偽の供述をするように強制することを禁止するという規定を定めた<sup>983</sup>。しかしながら、この法律は清の統治者たちによる強い反対を受け、施行に至らなかった。1910年12月に制定された「刑事訴訟律草案」と「民事訴訟法草案」も拷問の禁止規定を置いたが、審議される前に、清は辛亥革命によって滅亡した<sup>984</sup>。清末から民国にかけて、拷問は次第に違法と認められるようになり、被疑者・被告人の供述の法的地位も次第に低下する傾向であった。その一方で、供述追求の法的伝統や立法の不徹底さ及び社会の混乱などの背景下で、証拠の女王たる供述の地位は一度も揺らがされることがなかったのである。

中国の長い歴史上の「供述を重視し、拷問を重視する」という刑事手続は、苛酷な拷問により、無辜の者に虚偽の自白を供述させ、無辜の者を罰する刑事実務を許していた。過去に生み出された数え切れないほどの冤罪事件はその証であるといえよう。

しかし、歴史上の生々しい人権蹂躪事件及び冤罪事件の経験・教訓があったにもかかわらず、被疑者・被告人の供述義務を肯定する実務は中国建国後から今日まで継承されてきた。建国後、共産党は国家・社会利益を至上のものとして評価し、被疑者の供述義務は社会秩序や公共の安全のために必ず尽くすべき義務とした。「自白すれば、軽きに従って処罰するが、拒めば重きに従って処罰する」という指針の下で、被疑者に自白の義務を負わせることは当然のことと受け止められた。さらに現代になって、歴史や伝統、国情、民衆の観念など中国及び欧米国家との違いを掲げ、黙秘権は中国の現状に相応しいものでは

<sup>981</sup> 滋賀秀三『清代中国の法と裁判』（創文社、1984年）356頁。

<sup>982</sup> 姜登峰「中国古代証拠制度的思想基礎及特点分析」証拠科学4号（2013年）17頁。

<sup>983</sup> 《大清刑事民事訴訟法》第10条原文は、「凡審訊一切案件、概不準用杖責、掌責及其他項刑具語言威嚇交遍、令原告被告及訴訟各証人徧袒供詞、致令乱諸事實」と規定している。

<sup>984</sup> 陳一雲主編『証拠学（第2版）』（中国人民大学出版社、2000年）66頁。

ない、若しくはその導入は時期尚早であるという主張が示されている<sup>985</sup>。

このように、中国においては、古くから黙秘権が芽生える土壌がなく、すべての社会的・法的环境要素は被疑者・被告人を自白させるために作られたものであった。そこで形成したのが供述（取調べ）中心主義の刑事司法である<sup>986,987</sup>。

1997年刑訴法は、第43条において、「拷問による自白の強要及び脅迫、誘引、欺瞞又はその他の違法な方法による証拠収集は、これを厳禁する」とし、第46条において、「判決において、証拠を重んじ、調査研究を重んじ、自白を軽々しく信じてはならない。被告人の供述があるのみで、その他の証拠がない場合には、被告人を有罪と認定して刑罰を科することはできない。被告人の供述がなくとも、証拠が確実に十分な場合には、被告人を有罪と認定し、刑罰を科することができる」とし、拷問の禁止及び自白のみに依拠して有罪の判断を行うことを明確に禁止した。しかし、これらの規定は被疑者取調べの現状を変えることができず、1997年以後においても、拷問等違法な方法による被疑者取調べは、中国の被疑者取調べ実務が抱える深刻な問題であり続けてきた<sup>988</sup>。被疑者・被告人の供述を必要とする直接の理由は、多数の司法関係者が、被疑者又は被告人の供述及び弁解は、より直接的及び全面的に事件の事実の状況を反映すると考えているからである<sup>989</sup>。そして根本的な原因は、実体的真実の追求である。すなわち、「事実に基づき、物事の真相を求める（実事求是）」ことは、刑事訴訟法の基本原則であり、最大の任務は真実の追求<sup>990</sup>であるということである<sup>991</sup>。

2013年刑訴法は、1997年刑訴法の拷問禁止及び自白のみで有罪判決を下すことの禁止規定をそのまま援用した他、第50条に「……また、何人に対しても、自己が有罪であることの証明を強制してはならない」という自己負罪強要禁止の規定を追加規定し、単なる拷問の禁止にとどまらず、被疑者の供述するか否かという自由な意思を尊重することを明確化した。

<sup>985</sup> 小口ほか・前掲注（929）177頁。

<sup>986</sup> 自白中心主義は、黙秘を反抗ととらえる権威主義的な認識や人権意識の希薄さ及び捜査機関の捜査能力の低さによって形成された。

<sup>987</sup> 山本秀也『本当の中国を知っていますか』（草思社、2004年）192頁。

<sup>988</sup> 程栄斌・王新清・甄貞『中国刑事訴訟法の理論と実際』（土岐茂・野沢秀樹訳）（成文堂、2003年）13頁によれば、1979年から1989年までの間、全国で立件した拷問による自白強要事件は4000件に達し、1990年に472件、1991年に407件、1992年に352件、1993年に398件、1994年に409件、1995年に412件、1996年に493件であったという。拷問禁止規定があるにもかかわらず、取調べ中に拷問を用いる現象は絶えず続いている。山本・前掲注（987）194頁。2002年7月にアメリカで行われた「中国に関する議会執行委員会」において、94年頃の年間拷問死亡者が241人に達したとするデータが報告された。

<sup>989</sup> 程栄斌ほか・前掲注（988）169頁。

<sup>990</sup> 真実追求については、限界が設けられていない。例えば、「一事不再理」原則は認められているが、「裁判監督手続」によって、すでに法的効力を生じている裁判に対して、誤りがあれば、その手続によって、再び裁判が行われうる。

<sup>991</sup> 松尾浩也「日本と中国の刑事訴訟法——何が共通であり何が相違するのか」『刑事訴訟法講演集』（有斐閣、2004年）8頁。松尾浩也は、「証拠」の章の諸規定に「実」の字が多く使われている（「真実」、「事実」、「属実」、「証実」、「如実」、「確実」など）ことから、中国の刑事訴訟法は真実を重視していると述べている。

また、2013 年刑訴法は、余祥林、趙作海などの冤罪事件を深刻に反省した結果、違法収集証拠の排除原則を法定化した<sup>992</sup>。つまり、第 54 条第 1 項に、「拷問等の違法な方法により収集した被疑者若しくは被告人の供述又は暴行若しくは脅迫等の違法な方法により収集した証人の証言又は被害者の陳述は、これを排除しなければならない……」と規定した。さらに、第 52 条 2 項に、「捜査、起訴審査及び裁判に際して、排除すべき証拠を発見したときは、法律に基づきこれを排除しなければならず、起訴の意見、起訴の決定又は判決の根拠にしてはならない」とし、公判段階のみならず、捜査、起訴段階においても排除法則が適用されると規定した<sup>993</sup>。

しかし、第 54 条第 1 項は、「拷問等の違法な方法により収集した被疑者若しくは被告人の供述」に限り排除し<sup>994</sup>、第 50 条で禁止されている脅迫、誘引、欺瞞などの違法な方法によって獲得した供述は排除しないのである<sup>995</sup>。つまり、物理的な強要以外の方法であれば、どのようなものであっても許容されることになるのであろう。

さらに注目すべき問題として、2013 年刑訴法は、1997 年刑訴法における「被疑者は、捜査官の質問にありのままに答えなければならない」とする真実供述義務規定をそのまま第 118 条第 1 項に残した。これについては、第 50 条の自己負罪強要の禁止規定と矛盾するとする批判が強い一方で、同規定は真実の供述をすれば寛大な処理が得られ、有利に扱われる旨を明確にしたと解する意見がある<sup>996</sup>。筆者は、取調べ開始前に、黙秘権の告知ではなく、被疑者に「ありのままに答えなければならない」ことを告知することは、被疑者に供述義務があることを告知することと同等な効果をもたらすと考える。真実供述義務規定と自己負罪強要の禁止規定を両立させるために様々な解釈がなされているが、いくら合理的に解釈されても、真実供述義務規定が被疑者取調べ現場において被疑者に与える自白強要の効果を否定することができない。

中国は、古い時期の「被疑者・被告人の供述のみに依拠する刑事手続」から現在の「被疑者・被告人の供述に過度に依拠する刑事手続」へと発展してきた。供述を重視する刑事手続の歴史淵源は非常に長く、法制度の発展状況の限界、司法関係者や国民の意識<sup>997</sup>の限

---

<sup>992</sup> 北京大学法学院副院長の汪建成は、「過去の被疑者取調べ実務において、拷問が絶えなかったことは、違法に収集された被疑者の供述が一般的に公判で証拠として採用されていたからである。違法収集証拠排除の規定は被疑者取調べにおける拷問の防止に重要な役割を果たすはずである。」と評価する。ウェブサイト記事 <http://news.sina.com.cn/c/2012-03-15/021424116362.shtml>。

<sup>993</sup> 汪建成「刑事証拠制度的重大変革及其展開」中国法学 6 号（2011 年）57 頁。公判前段階において違法収集証拠を排除することは、裁判官の予断防止に資すると理解されている。

<sup>994</sup> 臧鉄偉主編・全国人民代表大会常務委員会法制工作委员会刑法室編著『中華人民共和国刑事訴訟法解説（最新版）』（中国法制出版社、2012 年）120 頁によれば、拷問以外の違法な方法は、拷問に準ずる場合をいう。

<sup>995</sup> 郭志媛「中国の刑事手続における最近の動向」（平山真理訳）青山法務研究論集 6 号（2013 年）309-310 頁。

<sup>996</sup> 龍宗智「新刑事訴訟法半年初判」清華法学 5 号（2013 年）127 頁。両規定に対する具体的な議論内容は、第 2 節において詳述する。

<sup>997</sup> 被疑者の供述への依存は、刑事司法上の現象であるのみならず、長い歴史を有する社会的文化である。国民も被疑者・被告人の供述を望んでいるため、拷問や違法収集供述に対する社会的容認度は非常に高

界もあり、その変革は時間を要すると思われる。2013 年刑訴法に真実供述義務規定が残されていることは、中国の刑事手続が未だ被疑者取調べと被疑者の供述に強く依存していること及びそのような刑事手続構造を表していると理解することができよう。

## 第 2 款 公判前身体拘束制度

中国の捜査、起訴、裁判手続において、手続の順調な進行への妨害、社会への危害、再犯を防止するため、警察、検察、裁判所は事件の特別な状況に応じ、被疑者・被告人に対し強制処分を採ることができる。強制処分は、刑事手続の順調な進行や社会に危害を加える行為の防止のためのものであるため、予防的性格を有する<sup>998</sup>。刑事手続における強制処分は、具体的に、勾引（被疑者を指定の場所で一定の時間内に、取調べを受けるよう強制する措置）、保釈、居住監視、逮捕（中国語で「刑事拘留」）、勾留（中国語で「逮捕」）などがある。この中で、被疑者の身体拘束制度は主に逮捕と勾留の 2 種類がある<sup>999</sup>。

以下において、逮捕・勾留制度に存在する問題点を概観する。

### 第 1 項 身体拘束の長期性

中国の刑事手続における身体拘束期間は、日本法に比べて、非常に長い。捜査手続の流れに従い、最長の身体拘束期間をまとめると次の通りである。逮捕期間は一般的に 7 日（89 条 2 項）、特別複雑な事件は 30 日（89 条 2 項）、勾留の承認審査期間が 7 日（89 条 3 項）、勾留期間が 210 日（154 条、156 条、157 条）、1 回目の起訴審査期間が 45 日（169 条 1 項）、1 回目の補充捜査期間が 30 日（171 条 3 項）、2 回目の起訴審査期間が 45 日（169 条 1 項）、2 回目の補充捜査期間が 30 日（171 条 3 項）、3 回目の起訴審査期間が 45 日（169 条 1 項）で、このような段階を経て、最後の公訴提起まで、被疑者は合計 1 年 2 ヶ月余（442 日）の間、身体を拘束されなければならない<sup>1000,1001</sup>。

非常に長期の公判前身体拘束期間を定めている理由は、犯罪捜査に十分な時間を与え

---

いといえよう。

<sup>998</sup> 程榮斌ほか・前掲注（988）16 頁。

<sup>999</sup> しかし、中国の身体拘束制度は日本法より多種多様で、複雑で、範囲も広い。身体拘束制度は、逮捕と勾留のほか、行政拘留や司法拘留、拘留などの制度が存在する。本稿においては、公判前段階における身体拘束制度である逮捕と勾留制度の問題に着目する。

<sup>1000</sup> 1997 年の公判前手続における被疑者の身体拘束期間は、田口守一・張凌「中国刑事訴訟法の改正」『特集・中国の新刑事訴訟法』ジュリスト 1109 号（1997 年）50 頁を参考。

<sup>1001</sup> 公判審理の期間中においても、ほとんどの被告人は身体が拘束されている。現行刑訴法第 202 条第 1 項は、公判審理の期間について、「裁判所は、公訴事件を審理するに当たって、受領後 2 ヶ月以内に判決を宣告しなければならない。遅くとも 3 ヶ月を超えてはならない。死刑を科する可能性のある事件又は付帯民事訴訟の事件及び第 156 条に掲げる事件については、一級上の裁判所の承認を経て、3 ヶ月の延長をすることができる。特別な事情のある場合で、さらに延長が必要なときは、最高人民法院に申請して許可を受けなければならない。」と規定している。

るためであり、この点は、身体拘束制度の特徴からも明らかである。したがって、被疑者の身体拘束が確定した後、捜査機関の犯罪捜査の都合により、事件の真相が明らかになっていない場合、何回もの身体拘束期間の延長が可能となっている。実務においては、被疑者の身体拘束期間を捜査期間と同一視し、身体拘束の目的は被疑者取調べを含む犯罪捜査であると一般的に認識し、身体拘束期間中に、被疑者取調べを行い、真実解明に力を尽くしているのである<sup>1002</sup>。

他方、現行刑訴法第 202 条によれば、公判の審理は一般的に 3 ヶ月を超えてはならず、死刑を科す可能性のある事件又は付帯民事訴訟の事件はさらに 3 ヶ月延長することができる。公判前身体拘束期間と比較して、その差は著しく大きいといえよう。身体拘束期間が非常に長いという点は捜査中心主義の刑事手続構造という中国の刑訴法の特徴を最もストレートに表している。

## 第 2 項 司法審査制度の欠落

警察は、犯罪の嫌疑があると思われる被疑者であれば、自らの判断で逮捕し、長期にわたる身体拘束をすることができる。

現行刑訴法は、被疑者の逮捕について実質的な要件を設けず、逮捕できる場合を第 80 条において次のように規定している。すなわち、警察は、現行犯又は重大な嫌疑を持つ者に対し、次に掲げる事由に当てはまる場合には、直ちに逮捕することができる。①現に犯罪を実行しようとしているか、犯行中であるか、又は犯行直後である場合；②被害者又は現場で目撃した者が犯人であると認めた場合；③身辺又は住居で犯罪の証拠が発見された場合；④犯行後、自殺若しくは逃亡を企図し、又は逃亡中である場合；⑤証拠の隠滅、偽造、又は供述の口裏合わせをする可能性がある場合；⑥真実の氏名、住所を言わず、身元が不明である場合；⑦放浪中に犯罪を行い、何回も罪を犯し、又は集団的犯罪を行う重大な疑いのある場合。

現行犯逮捕以外の場合、警察は被疑者を逮捕する際、逮捕状を示さなければならない（第 83 条第 1 項）。逮捕状は警察が自ら作成するとする。

通常、逮捕の期間は 7 日であるが、警察は、事件の複雑性や重大性等によって、自ら 30 日まで延長することができる（第 89 条 2 項）。また、逮捕期間中に、警察が、被疑者の逮捕が不当であることを発見したときは、直ちに逮捕の強制措置を変更しなければならない（第 94 条）。すなわち、これらの規定からすれば、警察は被疑者の逮捕の開始、執行及び終了の全段階を決めることができ、警察組織以外の審査をまったく受けないのである。

検察は、検察独自捜査事件について、自ら被疑者の逮捕を決定することができる。ま

<sup>1002</sup> 卞建林・張璐「刑事強制措施的完全与実施」安徽大学学报 1 号（2013 年）115 頁。

た、独自捜査事件の被疑者に対して勾留の必要性が認められる場合には、自ら被疑者の勾留を決定することができる。警察が捜査する事件に対しては、検察が勾留承認審査に際して警察による逮捕の可否を審査することができるが、検察独自捜査事件は公訴の提起までいかなる審査も受けないのである。

警察は、勾留の必要があると認める事件について、勾留承認申請書を作成し、事件記録及び証拠とともに、同級の検察機関に送付して、承認審査を経なければならない（第 85 条）。検察は、警察が勾留承認請求をした事件について審査した後、状況に応じて勾留の承認又は勾留の不承認の決定をしなければならない（第 88 条）。警察は、検察の勾留不承認決定について誤りがあると認める場合、再議を請求することができ、意見が受け入れられなかった場合、一級上の検察機関に再審査を請求することができる（第 90 条）。

長期にわたる公判前身体拘束及び外部からの審査を受けないという 2 つの問題点の他に、逮捕・勾留の多用及び捜査機関の身体拘束権限の濫用も問題視されている。2009 年及び 2010 年の上海市の統計によると、逮捕された被疑者は被疑者全体のおよそ 95% に達しており、ほぼすべての被疑者が身体拘束された状態であるということが分かる<sup>1003</sup>。全国的な統計によれば、刑事事件全体のうち、およそ 8 割の事件において被疑者が逮捕され、逮捕された被疑者の 8 割が警察によって勾留申請される<sup>1004</sup>。

勾留については、刑事政策上、勾留条件を厳格に制限し、「勾留は少なめに」という方針をとっているが<sup>1005</sup>、現実にはそれと反対に、警察が勾留申請をした場合、ほとんど承認される。「最高人民検察院工作報告」によると、近年における全国の検察院の勾留承認率は 9 割を維持している<sup>1006</sup>。

中国の刑事手続においては、被疑者の身体拘束の目的は被疑者取調べであるとされ、さらに、被疑者取調べは、多くの場合、被疑者の自白の獲得を目的とすると解されている。したがって、実務において、身体拘束は被疑者取調べの便宜のために行われている。言うまでもなく、捜査機関の強大な権限を認める身体拘束制度の下では、身体拘束の濫用や被疑者の人権及び防御権の侵害は日常茶飯事のように起こり、被疑者の人格や主体性は十分尊重されていないことになる。被疑者の人権保障の実質化及び身体拘束手続の適正化を図るためには、逮捕・勾留制度を司法審査の範疇に入れなければならない。このような身体拘束制度の改正については、日本を含む諸外国で採られている令状主義が近年最も多く提案されている<sup>1007</sup>。そして、中国の検察の本来の法律監督制度を完全に廃止せず、それと司法審査制度の両立制度を提案している学者もいる<sup>1008</sup>。しかし、裁判が完全に捜査に依

<sup>1003</sup> 貯穎超「芻議我国刑事拘留制度改革与完善」上海公安高等专科学校学报 20 卷 6 号（2010 年 12 月）5 頁。

<sup>1004</sup> 陳衛東『刑事訴訟法事実問題調研報告』（中国方正出版社、2001 年）13 頁。

<sup>1005</sup> 程栄斌ほか・前掲注（988）18 頁。

<sup>1006</sup> 謝佑平「論刑事訴訟中的強制措施」北京大学学报 47 卷 2 号（2010 年）129 頁。

<sup>1007</sup> 袁勁秋「我国審前羈押制度的改革研究」西南政法大学博士学位論文（2006 年）50 頁以下。

<sup>1008</sup> 龍宗智「強制偵查司法審査制度的完善」中国法学 6 号（2011 年）43-50 頁。

抛する中国の刑事手続の下で、司法審査制度の構築が身体拘束の濫用をどれほど防ぐことができるのかは疑問である。

公判前手続における身体拘束制度の適正化は、被疑者取調べの適正化とともに捜査中心主義の刑事手続構造を変革する上で重要な点であり、中国の刑事訴訟法の大きな課題であるといえよう。

### 第3款 公判の形骸化

#### 第1項 裁判の独立性

清末までの中国においては独立の裁判機関が存在したことがなく、法律の適用と裁判権の行使は、中央集権的な国家権力の一部として、統治機構を担った官僚によって行われていた<sup>1009</sup>。それから建国前まで、人民法院の裁判活動は、政治優先、国家利益、集体利益の原則の下で、共産党による強力な指導を受けていた。建国初期に、法律に基づく裁判を求める世論の影響下で、諸外国の法制度を参考にし、1954年憲法第78条に、「人民法院は独立して裁判を行い、法律にのみ従う」と規定し、裁判の独立原則を確定した。同年に制定された「人民法院組織法」も第4条において、憲法と同様の文言を規定した<sup>1010</sup>。1979年刑事訴訟法は「裁判は人民法院が責任を負う。その他のいかなる機関、団体及び個人もこれらの権力を行使する権限をもたない」（第3条）と規定した<sup>1011</sup>。

現行1982年憲法は、「人民法院は法律の規定により独立して裁判権を行使し、行政機関、社会团体及び個人によるいかなる干渉も受けない」（第126条）と規定し、1983年9月2日に改正された「人民法院組織法」は、憲法と同文に改めた。同条文は、国家機関のなかから権力機関である人民代表大会及び検察機関を除外し中国共産党の指導という基本原則を前提とすることを維持した。つまり、建国以来、裁判活動は共産党による指導から外れることは決してなく、法律に基づく裁判であるとはいえ、それはある程度まで法律に基づく裁判である<sup>1012</sup>。

裁判独立原則を規定する憲法条文は、「裁判官の独立」ではなく「裁判の独立」と表現されている<sup>1013</sup>。すなわち、中国の裁判所は、裁判権の行使という点では、形式上、独立

<sup>1009</sup> 范愉「中国裁判制度とその理念の研究（九）」名古屋大学法政論集174巻（1998年）287頁。

<sup>1010</sup> 樊紀偉「中国における裁判制度の改革と課題——裁判独立と判決書を中心として——」同志社法学63巻2号（2014年）2頁。中国において、裁判独立の問題は1954年憲法が制定されて以来、その論争は続いている。

<sup>1011</sup> 田中・前掲注（947）5頁。

<sup>1012</sup> 田中・前掲注（947）4頁。

<sup>1013</sup> 1954年憲法制定時に、「裁判官の独立」ではなく、「裁判の独立」原則を採用した大きな理由は、人民民主主義国家の裁判権を「独立」して行使できる裁判官が質・量ともに不足していたからである。建国初期に、裁判官や検察官は主に、旧解放区の司法幹部や司法人員、人民解放軍の部隊から選ばれた者によって構成され、法律知識も乏しく、扱う実務の水準も低かった。木間ほか・前掲注（929）130頁。

した機関となっているが、個々の裁判官は独立して判決を下すことができない。当然、中国においても、立法権・司法権・行政権は分離されている。しかし、三権の関係は、分業に基づく機能分担にすぎず、「人民権力」の一部として裁判権を行使する人民法院が人民権力から独立し、「司法権の独立」を実現することは原理的にも制度的にもありえない<sup>1014</sup>。

裁判の独立性を制約する主要な要因は「党の指導」という方針である。「党の指導」に関連する制度として、主に「党委員会の審査制度」と「裁判委員会制度」が挙げられる。

「党委員会の審査制度<sup>1015</sup>」とは、各級裁判所所在の中国共産党委員会が、重要な事件や社会的な影響力が大きな事件について、証拠資料と裁判官の意見書を審査して判決を決定することをいう<sup>1016</sup>。「裁判委員会制度」とは、人民法院内部に設置されている裁判委員会が、重大な事件や複雑な事件について検討し、判決を決定することを指す。裁判委員会で形成した判決は担当裁判官の判断に優先する。裁判委員会を構成する裁判官は全員共産党員であり<sup>1017</sup>、このような仕組みによって党の指導性を確保するのである<sup>1018</sup>。以上のような2つの制度下で行われる党による裁判のコントロールについては、従来から裁判による真実の発見と裁判の公正を妨げるとする批判がなされてきているが<sup>1019</sup>、未だに刑事裁判システムの本質的な変革は見られない<sup>1020</sup>。

その他に、検察の裁判監督機能についても触れなければならない。現行憲法は検察を「国家の法律監督機関」と位置付けている。現行刑事訴訟法も、検察は法律に基づき、刑事手続について法律監督を行うと規定している（第8条）。「人民検察院組織法」は、検察の職権について、逮捕の審査、公訴の提起などの他に、裁判所の裁判活動が適法であるか否かについて監督することを規定している（第5条第4項）。そして、最高級検察は各級裁判所の、上級検察は下級裁判所の「既に法的効力を生じた」判決及び裁定に確実な誤りがあると判断したときは、法律監督手続にしたがって控訴をしなければならないと規定している（第18条）。すなわち、検察は裁判所の判決に対して、職権による再審の申立てができるのである。裁判の独立と検察による裁判の監督という2つの原則について、通説は、両者は両立するという見方である。つまり、裁判官が判決を下す過程において外部の圧力や影響を受けなければ、裁判の独立性は確保できるというのである<sup>1021,1022</sup>。しかし筆者は、既に効力が生じた判決について再審を求めることは、一事不再理の原則に反し、判決の尊

<sup>1014</sup> 木間ほか・前掲注（929）128頁。

<sup>1015</sup> 党委員会による審査について、西村幸次郎編『現代中国法講義（第3版）』（法律文化社、2008年）230頁以下を参考することができる。

<sup>1016</sup> 木間ほか・前掲注（929）130頁。

<sup>1017</sup> そもそも党員でない者は裁判所に就職できず、裁判官にもなることができない。

<sup>1018</sup> 田中信行「中国における裁判の独立と党の指導」季刊中国研究5巻（1986年）64-65頁。

<sup>1019</sup> 田中・前掲注（1018）65頁。

<sup>1020</sup> 田中・前掲注（947）4-5頁。

<sup>1021</sup> 謝愚・周穎「論人民検察院審判監督的改革与完善」国家検察官学院学報14巻1号（2006年）77頁。

<sup>1022</sup> 中国では検察の各法律監督機能に対して疑問を呈する見解や、その適正性をめぐる論争が行われなかった。

厳と安定性を著しく損なうと考える<sup>1023</sup>。特に、すでに無罪判決を受けた被告人が、検察の再審申立により再び裁かれる結果、有罪判決を受ける可能性は十分ありうる。検察の裁判監督権限は、限りなく真実の追求に深く執念する中国の刑事手続の究極的な措置であるといえよう。

## 第2項 公判前審査手続

1979年刑訴法第108条は、「裁判所は、公訴が提起された事件を審査し、犯罪事実が明白であり、証拠が十分なものについては、公判を開くことを決定しなければならない」と規定していた。裁判所による公判前の事件審査を可能とするためには、検察が公訴の提起と同時に、事件記録と証拠を一括して裁判所に提出することが必要であった。公訴の提起を受けた裁判所は、検察官が提出した証拠が有罪判決をなすに不十分であると判断した場合、事件を検察に差し戻し、補充捜査を命じることができる<sup>1024</sup>。同制度の下で、裁判官が公判前に事件について実質的な審査を行い、有罪が確実である事件のみを公判審理の対象とする、「事前に審査し、後に開廷する（先定後審）」実務が形成した。公判はまさに捜査側の有罪の判断を確認する形式的な手続に化していたのである。この制度については従来から「公判の形骸化」をもたらすものとして強い批判がなされていた<sup>1025</sup>。

1997年刑訴法は、当事者主義的公判手続を導入したことによって、「延前審理」を廃止し、「起訴状一本主義」に近い制度を導入した<sup>1026</sup>。起訴状に明らかな犯罪事実の記載があり、かつ証拠の目録、証人名簿及び主な証拠の複写文書又は写真が付されている場合には、公判を開くことを決定しなければならないと規定した（第150条）。同改正により、犯罪事実や証拠について事前に審理せず、すべて法廷で判断を行うことになり、「公判審理の実質化」が期待できるようになった。その後の実務において、裁判官が公判前に証拠書類に触れなくなったため、裁判官の予断の形成は一定程度防止することができた。しかしその反面、「争点の事前把握の困難による裁判の遅滞」、「公判期日外の事件記録の精査による公判審理の形骸化」、「弁護人による証拠の事前閲覧の困難」などの問題点の指摘があった<sup>1027</sup>。

<sup>1023</sup> 河村有教は、検察による裁判監督手続の発動を裁判の不確定性という視点から論じた。河村有教「現代中国刑事手続における裁判の不確実性——その制度的考察」神戸大学リポジトリ（2005年）。ウェブサイト <http://www.lib.kobe-u.ac.jp/repository/80100008>。

<sup>1024</sup> 1979年刑訴法第108条は、「人民法院は、公訴提起された事件を審査し、犯罪事実が明白であり、証拠が十分なものについては、公判に付すことを決定しなければならない」と規定しており、この条文に対しては、「前に審査、後に開廷」の裁判方式とされていた。裁判官のこのような責務は、清代の裁判官と同じものであり、それに鑑みれば、1979年刑訴法の下での裁判官は、刑事に関する限り、「本質的には検察官であった」と評価することができる。清代の裁判については、滋賀秀三『清代中国の法と裁判』（創文社、1984年）71-72頁。

<sup>1025</sup> 陳瑞華「案卷移送制度的演變与反思」30卷5号（2012年）15頁。

<sup>1026</sup> 西村・前掲注（1015）83頁。

<sup>1027</sup> 臧鉄偉・前掲注（994）397頁以下。

起訴状一本主義的な公訴提起の実践を背景に、2013年刑訴法は、事件記録提出制度を復活させ、「検察は、被疑者の犯罪事実が確認され、証拠が確実かつ十分であり、法律に基づいて刑事責任を追求しなければならないと認めるときは、起訴を決定し、裁判管轄に関する規定に従い、裁判所に公訴を提起するとともに、事件記録及び証拠を裁判所に提出しなければならない」と改めた。つまり、1997年刑訴法第141条に、「公訴提起するとともに、事件記録及び証拠を裁判所に提出しなければならない」ことを追加規定したのである。そして、第181条は、公訴が提起された事件を審査した後、起訴状に犯罪事実の明確な記載がある場合には、公判を開くことを決定しなければならないという1997年刑訴法の条文を残した。起訴状一本主義的な公訴の提起方式を廃止した背景には、裁判官が証拠書類に基づき有罪無罪の判断を行う慣行が働いていた<sup>1028</sup>。

2013年刑訴法の改正については、1997年刑訴法の欠陥を補充したとする意見がある一方、法文上は形式的な公判前審査であっても、現在の実務の運用上、1979年刑訴法と同様に、事件記録の実質的な審査になるおそれがあるとする批判もある<sup>1029</sup>。

#### 第4款 本節のまとめ

中国において、建国当時から、「実体法を重視し、手続法を軽視する（重実体、軽手続）」という理念は刑事法の実務に決定的な影響を与え、長い間、犯罪統制と犯罪処罰を優先的に考慮し、刑事手続の適正化は無視されがちであった。被疑者・被告人の訴訟の主体的地位は認められず、訴訟上の基本的な権利もきわめて限定されていた。事案の真相を解明するためであれば、被疑者・被告人の権利を侵害しても良いと考えられ、例え拷問による自白の強要や違法な捜索・押収、法定の身柄拘束期間を超えた身体拘束などが行われても非難されることがなかった<sup>1030</sup>。このような現実には、中国の刑事訴訟法における黙秘権の明文化及び実務における黙秘権実質化の必要性が非常に高いことを示すと同時に、その実現の困難性もきわめて高いことを示している。

中国現行憲法第135条は、裁判所、検察、警察三者の関係について次のように規定する。つまり、「裁判所、検察及び警察は、刑事手続を実行するに当たって、責任を分担し、相互に協力し、互いに制約し合い、法律の的確かつ効果的な執行を保障しなければならない」と規定している。現行刑訴法は第7条に、同文の規定を置き、刑訴法の他の条文を通じて同原則の実現を図ってきた。もともと、捜査段階における違法な捜査や人権侵害の捜

<sup>1028</sup> このような慣行が形成した原因としては、裁判官が職権によって証拠調べを行う伝統、公判における実質的な事実審査の難しさ、公判以外の手続（例えば裁判委員会や上級裁判所の審査）における裁判結論の形成などが一般的に挙げられている。

<sup>1029</sup> 金光旭・前掲注（963）15頁；陳瑞華「評『刑事訴訟法修正案（草案）對審判程序的改革法案』」法学11号（2011年）57頁。

<sup>1030</sup> 馮濤「中国における捜査段階の被疑者の権利保障について」修道法学28巻1号（2005年）189頁。

査活動は裁判における違法収集証拠の排除などの措置による救済が求められるはずである。しかし、「捜査中心主義」の刑事手続構造下で、警察、検察、裁判の関係の中で「協力」の面が中心的なものとなり、公判は、捜査と起訴段階で得られた結果を審査するのではなく、単に確認する形式的なものとなっている<sup>1031</sup>。

被告人の有罪無罪の判断は、公判廷の審理によるという形式的な外見を有するものの、実質的には被告人の取調べ調書に依拠して行われている。すなわち、中国の刑事手続においては、実体的真実を追求するものの、その真実は、裁判所における尋問及び交互尋問の正式な手続によるよりも、捜査段階における被疑者取調べによる方が、より有効であると考えているといえよう。中国において、このような刑事手続の運用は、「組立ラインのベルトコンベアー」式モデルであると批判されている<sup>1032</sup>。被疑者は逮捕段階で有罪であると判断されれば、その次の段階を速やか且つ円滑に通過し、捜査官の真実発見能力を信頼する裁判官は間違いなく有罪判決を下すといえる<sup>1033</sup>。つまり、捜査側が先に有罪無罪を選別し、どのような刑罰を科すかを決定し、起訴側は有罪証拠が揃っているかどうかを確認し、裁判が被告人の有罪を追認するのである。

日本の刑事手続においては、綿密な捜査の下、有罪が確実な事件だけを起訴するため、公判における無罪率は0.1%である。中国の最高人民検察院の統計によれば、2013年以降の刑事裁判における無罪率は0.016%である<sup>1034</sup>。両国の無罪率がきわめて低いことは実体的真実主義を追求した必然的な結果であるといえよう。真実発見を重視し、取調べ中心主義に立脚する刑事司法は、日中に共通する伝統であると思われる<sup>1035</sup>。取調べ中心主義の刑事司法の運用面で、捜査側が果たす役割は非常に大きいという特徴も共通しており、虚偽自白を生むメカニズムも似ている。すなわち、(特に中国の場合)被疑者は警察に犯人と認定され、取調べの対象とされ、逮捕される。逮捕の期間中に真実供述義務を知らされ、しかも弁護人の援助を受ける権利が保障されず、長期にわたる取調べを受け、拷問又は誘導などにより虚偽の自白をしてしまう。そして、被疑者の供述調書は警察が収集した他の証拠と一緒に検察に送付され、被疑者の勾留が確定する。勾留中に、検察の取調べがあるものの、逮捕段階においてすでに有罪判決が確保できるほどの証拠が固められているため、検察官面前での被疑者の否認(弁解)若しくは黙秘が起訴・不起訴に決定的な影響を与え

<sup>1031</sup> 陳光中「如何理順刑事司法中的公檢法關係」環球法律評論1号(2014年)24頁;魏曉娜「以審判為中心的刑事訴訟制度改革」法學研究1号(2015年)37頁;王敏遠「以審判為中心的刑事訴訟制度改革」法律適用6号(2015年)12頁。

<sup>1032</sup> 李心鑑『刑事訴訟構造論』(中国政法大学出版社、1992年)198頁。

<sup>1033</sup> この点については、H.L.Packer, *The Limits of the Criminal Sanction Chapter Eight Two Models of the Criminal Process* を参考することができよう。Packerは刑事手続について「適正手続モデル」と「犯罪統制モデル」という2つのモデルを構築してそれぞれの特徴を持つ刑事手続について論じた。その理論は、中国の現在の刑事手続を正確に理解し、将来の改革方向の模索に有意義な示唆を与えると考える。紙幅が限られているため、詳しい紹介は別の機会に譲りたい。

<sup>1034</sup> 1994年の無罪率は0.39%、2005年の無罪率は0.256%、2008年の無罪率は0.14%である。ウェブサイト <http://www.jiemian.com/article/942190.html>。

<sup>1035</sup> 松尾・前掲注(991)8頁。

ることはありえない。公判段階において、弁護人が付されたとしても、公判準備の時間が限られているため、実質的な弁護を行うことができない。結果、裁判官は捜査機関が認定した通り、被告人に有罪判決を下すのである。これは、今まで国民の注目を浴びてきた数多くの有名な冤罪事件の共通のパターンである。かくして、虚偽自白による冤罪事件は、「出发点に誤りがあり、その誤りが続き、最後まで誤っている（起点錯、跟着錯、错到底）」<sup>1036</sup>という刑事手続の必然的な産物である。

2014年10月23日、中国共産党第18期中央委員会第4回会議で纏められた『決定』は、「公判を中心とする刑事訴訟改革を促進し、捜査及び起訴された事件の事実と証拠が法律の検証に耐えることを確保する<sup>1037</sup>」という重大な改革指針を宣言した。これをきっかけに、「責任を分担し、相互に協力し、互いに制約し合い」という警察、検察、裁判所の関係性を見直す必要がある<sup>1038</sup>。第1に、三者の協力関係を限定しなければならない。三者（とりわけ検察と裁判所）の協力関係は、起訴と公判の分離という刑事司法の基本原則に反し、刑事手続の公正性を損なう。第2に、公判中心主義の下での相互の制約を実現しなければならない。警察と検察が裁判を規制することができるとしても、それはあくまで限定的なものであり、裁判の最終決定権は裁判所が有する。第3に、警察と裁判所の関連性を構築する。中国において、警察による被疑者の身体拘束及びその他の強制処分は裁判所の司法的審査を受けない。したがって、裁判所は警察の取調べを規制することが不可能であり、警察と裁判所はまったく関連性を持たない。被疑者の勾留は検察官が承認審査を行っているが、警察と同じく訴追機関である検察にその審査を認める合理性は疑わしい。それは競争参加者が審判員の役割を担うことになり、手続の公正性を著しく妨害する制度であろう。警察の捜査活動を有効に規制するためには、逮捕・勾留など被疑者・被告人の人権保障に直接に関わる手続の審査を裁判所が行うべきである<sup>1039</sup>。

<sup>1036</sup> 孟建柱「主動適應形勢新變化、堅持以法治為引領、切實提高政法機關服務大局的能力和水平」人民法院報2015年3月18日1-3版。

<sup>1037</sup> 『決定』における「公判を中心とする」という文言について、3つの理解がある。すなわち、①「公判を中心とする」ことは「公判中心主義」である。②「公判を中心とする」ことは、捜査、起訴、公判3つの段階で公判段階を中心とすること、及び、公判段階において審理を中心とするという2つの意味を有する。③「公判を中心とする」ということは、公判審理を中心とすることである。いずれにしても、『決定』における「公判を中心とする」という言葉は「中国特色が濃厚な法律用語である」あり、ここで言う「中心的地位」は限定的なものである。したがって、『決定』の精神によれば、「公判を中心とする」ということは「公判中心主義」と同等なものではないことが指摘されている。他方で、現在は、「公判中心主義」は取調べ及び供述調書に依存しない当事者主義的な公判審理を通じて、裁判の公正性及び手続の適正性を実現するための必要な改革として認めるのが主流である。温輝「以審判為中心——為何與何為」『以審判為中心與審判工作發展——第11期國家高級檢察官論壇文集』（論壇開催日2015年12月3日）；閔春雷「以審判為中心：內涵解讀及實現路徑」法律科學3号（2015年）27頁；陳衛東「以審判為中心推動訴訟制度改革」中國社會科學報2014年10月31日。

<sup>1038</sup> 警察・検察・裁判の関係の問題点については、韓大元・于文豪「法院、檢察院和公安機關的憲法關係」法學研究3号（2011年）1頁以下；謝佑平・万毅「分工負責、互相配合、互相制約原則另論」法學論壇17卷4号（2002年）を参考。

<sup>1039</sup> 韓大元ほか・前掲注（1038）6-7頁；陳長均「以審判為中心語境下的公檢法關係」上海政法學院學報5号（2016年）4-5頁；陳光中・步洋洋「審判中心與相關訴訟制度改革初探」政法論壇2号（2015年）120頁。

公判中心主義の徹底化のための課題は、被疑者取調べ及び供述調書の依存からの脱却であるが、これについては、被疑者取調べ手続及び物的証拠の収集過程を厳格に規制することや違法収集証拠排除の厳格化、弁護権のさらなる強化・実質化などが重要な課題とされている<sup>1040</sup>。

### 第3節 被疑者の黙秘権

#### 第1款 2012年刑事訴訟法改正前

中国の刑事訴訟法においては、1976年刑事訴訟法改正まで、黙秘権自体の理論的問題についての専門的な研究がなされておらず、無罪推定の研究の中で黙秘権が少し触れられた程度であった。無罪推定や黙秘権に関する研究は、1950年代から80年代の間に政治的な圧力を受けていたことから、その間の黙秘権に関する理論的蓄積は皆無であると言っても過言ではない。

2012年刑訴法改正前に、黙秘権に関する議論がなされるきっかけは2回あった。1回目は、1996年刑訴法改正時であり、2回目は自由権規約への署名時である。以下、詳しく紹介する。

#### 第1項 1996年刑事訴訟法改正

中国の学会及び法曹において初めて黙秘権が広範に議論されるようになったきっかけは、1996年の刑事訴訟法改正である。1979年刑訴法は被疑者・被告人の黙秘権を明文化しなかったが、第35条に、拷問、威嚇、誘引、欺瞞による証拠収集を禁止した。しかし他方で、第64条において、「捜査官は、被疑者の取調べに当たって、まず被疑者の犯罪行為の有無を取調べ、被疑者に有罪の情状についての陳述又は無罪についての弁解を行わせた後、質問をしなければならない。被疑者は、捜査官の質問に対して、ありのままに答えなければならない。ただし、当該事件と関係のない質問に対しては、回答を拒否する権利を有する<sup>1041</sup>」と規定した。1996年刑訴法改正においては、上記両条文の存廃を巡って議

<sup>1040</sup> 謝小劍「論我国的慎訴制度及其完善——兼評以審判為中心的訴訟制度改革」法律適用6号(2015年)30頁。以下の論文はすべて2015年12月3日に開催された第11期国家高級檢察官論壇において発表された論文である。何家弘「如何推進以審判中心的訴訟制度改革」；黃凱東・張濤「突然与必然之間：以審判為中心的訴訟制度改革背景下審查逮捕程序訴訟化研究」；黃小斌「論以審判為中心的訴訟制度改革」；齊冠軍「以審判為中心的訴訟制度改革背景下新型偵訴審關係的構建」などがある。

<sup>1041</sup> 『刑事訴訟法參考資料(第1輯上冊)』北京政法學院訴訟法教研室編(1980年)64頁。同規定は、1963年に制定された「刑事訴訟法草案」の第73条「被疑者・被告人の尋問に際し、捜査官は、犯罪事實、犯罪動機、目的、犯罪の具体的情状及びその他の事實について尋問しなければならない。被疑者・被告人は捜査官の質問に対して、ありのままに供述し、犯罪事實を隠し、又は誇張してはならない」を基に制定された。

論が行われた。1つの意見は、「ありのままに回答する」規定を維持するということであった。その理由は、①これは真実発見の刑事訴訟の目的の実現に有利である、②この義務は被疑者・被告人の訴訟上の地位と合致する、③「ありのままに回答する」義務の肯定は拷問等の違法な取調べを許す意味ではない、④諸外国で黙秘権を認めたことを理由として、我が国でもそれを認めるとは限らない、等であった。もう1つの意見は、被疑者・被告人の「供述権」を明文化することで、被疑者・被告人が同権利を放棄して黙秘しても不利益な結果を負わないことを保障することであった。同意見は、「黙秘権」の代わりに「供述権」を規定することにより、「黙秘権」が被疑者・被告人に供述拒否を奨励する効果をもたらすことを防止すると同時に、黙秘権の基本的な内容も留保することを目的としている。3つ目の意見は、「ありのままに回答する」義務を明文にて規定することは、実務における拷問等による被疑者・被告人の取調べの規制に不利であり、世界における刑事訴訟法発展の方向性と相反するものであるが、だからといって黙秘権を肯定するとすれば、被疑者・被告人の供述拒否を促すことになり、犯罪の処罰と社会治安の安定を損なうということであった<sup>1042</sup>。

1996年刑事訴訟法改正における議論は、広範に行われたが、学者や実務家の知識及び実務経験の乏しさ等が原因となり、黙秘権に関する問題の核心に深入りしないまま終了した。そして、被疑者・被告人の人権保障における黙秘権の積極的な意義は認めたものの、「実体的真実の発見」という刑事訴訟法の目的に反し、中国社会及び刑事訴訟法の理念と調和しないとして否定的な意見が主流であった。結局、1997年刑訴法は、黙秘権に対する否定的な意見を採択し、被疑者・被告人の「ありのままに回答する」(第93条)義務に関する規定を維持した。

## 第2項 「自由権規約」への署名

2回目の議論のきっかけは、1998年10月の国連の「自由権規約」の調印であった。「自由権規約」第14条3項(g)は、「すべての者は、自己に不利益な供述又は有罪の自白を強要されない」という条文によって、被疑者・被告人の黙秘権を保障している。しかし、1997年刑訴法は第93条に「被疑者は、捜査官の質問に対して、ありのままに答えなければならない」という規定を設け、被疑者に供述義務を課している。同規定は、明らかに「自由権規約」に反するため、「自由権規約」の批准に向けて、黙秘権の是非及び真実供述義務の是非をめぐる、法曹・学界の枠を超えて社会的な議論が行われた<sup>1043</sup>。

<sup>1042</sup> 孫長権『沈黙権制度研究』(法律出版社、2001年)203-206頁。

<sup>1043</sup> 山本・前掲注(987)195頁。

## 1. 黙秘権の明文化と拷問の抑止について

従来、中国において、被疑者の黙秘権の保障は、被疑者取調べ中における拷問の防止という目的を実現する手段の1つとしてその積極性が認められてきた。しかし、被疑者に黙秘権を与えることで、拷問が有効に抑止されるかについては、意見が分かれている。肯定説は、黙秘権を認めることは捜査官の質問に回答せず、黙秘する権利を認めることであるから、捜査官は拷問によって供述を強要することができない。したがって、黙秘権の保障は拷問の抑止に資するとするものである<sup>1044</sup>。これに対し、否定説は、捜査官が拷問を用いるかどうかは被疑者が黙秘権を有するかどうかと関連性がないから拷問は些かも抑止できないと主張する。すなわち、被疑者取調べ手続において、拷問が絶えない根本的な原因は黙秘権が確立していないからではない<sup>1045</sup>。そして、折衷説は、黙秘権の保障によって、拷問は量的及び質的にある程度抑止することはできるが、根本的に防止することはできないとする。

1997年刑事訴訟法は、拷問の禁止を明文において規定したが、拷問によって得られた供述証拠を違法とする規定を設けなかったため、取調べ実務において、拷問は頻繁に起こっていた。拷問が行われるより根本的な原因は、被疑者・被告人の供述に強く依存する刑事手続構造にある。すなわち、中国の刑事手続は、「被疑者の供述がなければ、警察は事件を検察に移送しない。被疑者の供述がなければ、検察は被疑者を起訴しない。被告人の供述がなければ、裁判官は判決を下さない」という構造で運用されている。したがって、このような状況下であれば、仮に黙秘権が明文化されたとしても、それが実際にどれ程尊重されるかについて、疑問を示さざるを得ないといえる。

## 2. 黙秘権の立法化について

黙秘権の立法化に関する議論は、反対派、賛成派、そして中立派に分類することができる。

黙秘権立法化の反対派は、黙秘権を批判し、その権利の行使に消極的な Bentham の主張に理論的根拠を求める。すなわち、Bentham の主張によれば、「黙秘権は真犯人を保護するのみであり、無実の人にとっては意味がない」、「真実の発見において、自己負罪拒否特権の存在は大きな障害物となる」ということである。このような主張を援用して、必罰主義の下で真実の発見を目的とする刑事訴訟法において、黙秘権の明文化は恐ろしい結果をもたらすとする意見や社会的不安定性、犯罪率の上昇、暴力犯罪や知能犯罪の複雑化、治安の悪化などの社会の現実からみて、黙秘権立法化に対する国民の抵抗が強いという見解がある。さらに、捜査手続の特徴、捜査能力及び手続的制度の面から権利の立法化に反対する意見もある。すなわち、犯罪捜査は被疑者・被告人の供述に強く依存していること

<sup>1044</sup> 張茵「従新刑事訴訟法看中国式沈黙権」法制博覽9号（2013年）13-14頁。

<sup>1045</sup> このような理由で、否定説の主張者らはほとんど黙秘権の制定に反対する。

から、捜査機関の捜査設備や技術が非常に遅れており、黙秘権が明文化されてもそれを保障する手続条件が欠けている等の理由が挙げられた。最後に、黙秘権が立法化されたことで被疑者・被告人が黙秘した結果、証拠不十分となり被疑者・被告人が釈放された場合、国民の司法に対する信頼を損ないかねず、犯罪の不処罰によって犯罪被害者の人権が侵害されることになる等の意見もある。

黙秘権の賛成派は、黙秘権の存在意義や被疑者・被告人の人格尊重に必要な不可欠な権利性を確認した上で、反対派の主張に反駁する。まず、賛成派は、黙秘権の意義について、黙秘権は無罪推定原則の要求であり、当事者主義（弾劾主義）的訴訟モデルの促進、冤罪の防止、被疑者・被告人の人権保障、刑事訴訟における人権保障のグローバル化及びそのような国際的義務の履行などの実現のため、最低限の要求であることを確認する。そして、反対派の種々の主張に対して、次のような反駁をする。①現代社会の司法の権威は刑事手続の正当性にあるから、犯罪統制と人権保障が衝突する場合、人権保障を優先すべきである、②絶対的眞実を検証できない、③黙秘権の保障が犯罪統制に与えることができる影響は限られている<sup>1046</sup>、④捜査技術や捜査能力は今日の先進国と比較して低いとは言え、黙秘権が誕生した17世紀のイギリスと比較すれば、現在の中国の方が先進的である、⑤国民の道徳意識や個人の権利及びプライバシーに対する態度は相当変化しており、黙秘権への抵抗よりもむしろ黙秘権の明文化を望む国民が多数を占める。さらに、黙秘権の賛成派は、「実体法を重視し、手続法を軽視する」、「自白すれば、軽きに従って処罰するが、拒めば重きに従って処罰する」というような刑事政策的スローガンと黙秘権との矛盾性を指摘し、それらの廃止を主張するのである。

以上の反対派と賛成派の主張とは異なり、中立派は、黙秘権を保障することにより、眞犯人を逃す可能性も十分考慮しながら、違法な取調べ（特に拷問による被疑者・被告人の自白の強要）に起因する冤罪の防止や被疑者・被告人の基本的な人権の保障も配慮する立場に立っている。この中立派は、イギリスの1994年「刑事裁判と公共秩序法」に、被告人の黙秘事実から被告人に不利な推論をすることができるという規定が設けられたことを根拠に、各国の特殊な国情に相応しい黙秘権の制度設計を行なうべきであると主張する。すなわち、中国の場合は、犯罪率の高さや捜査能力の低さ等を鑑み、限定的な黙秘権が現実的であるとする。具体的には、国家の安全に危害を及ぼす犯罪（反逆罪、スパイ罪等）、公共の安全に危害を及ぼす犯罪（放火罪、交通手段破壊罪、テロ組織結成指導参加罪等）、サイバー犯罪、組織犯罪等の被疑者・被告人に対して黙秘権の行使を認めず、黙秘する場合は不利益推認が許されるという提案がある。

以上のような議論の結果、黙秘権への肯定的な意見が多数説となり、このような学説上の変化の影響を受けて、実務においても積極的な変化が見られるようになった。その中

<sup>1046</sup> この点については、すでに黙秘権が明文化されているアメリカ、イギリス、日本における被疑者・被告人の自白率が依然として高い（90%以上）事実を挙げて説明している。

で最も注目されている実務上の改革は、一部の検察で行われている「ゼロ供述」制度である<sup>1047</sup>。「ゼロ供述」制度とは、警察段階で収集した自白をひとまず度外視し、他の証拠のみで被疑者の嫌疑の程度を判断する制度をいう。同制度は、2000年8月に、遼寧省撫順市人民検察院の「主訴検察官零口供規則」の制定により、初めて導入されたものである。同規則第5条第2項は、「被疑者取調べに当たり、無実であること若しくは罪が軽いことについて弁解する機会を被疑者に与えると同時に、黙秘することを認めなければならない」と規定しており、同規定は黙秘権を認めるものと理解され、各メディアに取り上げられた。同制度の導入について、関係者らは、次のような理由を挙げている。すなわち、「日常生活の中でも人はしばしば嘘をつくの、まして犯罪を犯した犯人がいかなる拷問もされていない状態で本当のことを話すことはありえない。したがって、被疑者の供述は必ずしも真実とはいえない」ということである。しかし、同制度に対して、被疑者の供述がなければ、犯罪事実の解明がきわめて困難となり、社会の治安の不安定につながるという警察の反対意見が強かったため、現在、同制度は、起訴・不起訴を決定する際、被疑者の供述を完全に度外視するのではなく、被疑者の供述に依拠する程度を最小限にする制度と修正された。「零口供規則」は、実務において初めて被疑者の黙秘権を認めたものであり、同規則は、学説上肯定された黙秘権を実務において保障したことに重要な意義があるといえる<sup>1048</sup>。

## 第2款 2012年刑事訴訟法改正

2013年刑事訴訟法は、「公訴事件においては、被告人が有罪であることの挙証責任は、検察がこれを負う」（第49条）という新たな規定を置き、旧刑事訴訟法43条について改正を行い、「拷問による自白の強要及び脅迫、誘引、欺瞞又はその他の違法な方法<sup>1049</sup>による証拠収集は、これを禁止する」という規定の後に、「何人に対しても、自己の有罪を証明することを強要してはならない」という1文を追加し、これらを50条においた。この新たな規定は、自由権規約第14条3項(g)の「すべての者は、自己に不利益な供述又は有罪の自白を強要されない」という規定の趣旨に沿ったものであると理解されている<sup>1050</sup>。しかし、新刑事訴訟法第118条においては、旧刑事訴訟法第93条の規定、すなわち「捜査官が被疑者を取調べるとき、……被疑者は、捜査官の質問に対してありのままに答えなければならない。但し、被疑事件と関係がない質問に対しては回答を拒否する権利がある」

<sup>1047</sup> これについて簡単に触れた日本語の文献は、山本・前掲注(987)195頁。

<sup>1048</sup> 龍宗智「『零口供規則』意義何在」南方週末2000年9月28日。

<sup>1049</sup> 徐俊「從刑事訴訟法修改看遏制刑訊逼供制度的完善」江西警察学院学報6号(2012年)17頁において、「その他の違法な方法」とは飢餓、凍えさせる、長時間眠れないようにするなどの虐待手法による取調べを指すと説明した。

<sup>1050</sup> 小口彦太等・前掲注(952)238頁。

という規定が維持されている。そのため、改正案が提出されてから、両規定は根本的に矛盾するのか否かをめぐり、激しい論争が行われてきた。「自己の有罪の証明を強要してはならない」という規定が自己負罪拒否特権（黙秘権）であるか否かについては、前述の議論と関連して争われているため、両問題を合わせて紹介する。

1つの見解として、捜査側は、「自己の有罪の証明を強要してはならない」ことと、「ありのままに答えなければならない」という規定は、決して矛盾しないと主張する。すなわち、「自己の有罪の証明を強要してはならない」ということは、ただ、捜査機関が暴行、脅迫、誘導などの違法手段によって被疑者の供述を得ることを禁止しているだけであって、被疑者に供述拒否権を付与したわけではなく、したがって、捜査官が違法手段を用いさへしなければ、通常取調べにおいて、被疑者は依然としてありのままに供述しなければならないと主張するのである<sup>1051</sup>。

中国法学会刑事訴訟法学研究会会長・中国政法大学終身教授である陳光中教授は、中国中央テレビのインタビューにおいて、『自己の有罪の証明を強要してはならない』という規定の重点は『強要』にあって、被疑者・被告人が自己の有罪を証明すること自体を否定するのではない。ありのままに回答する義務は排除されていない。被疑者が自発的に供述することを奨励すべきだ』と述べた<sup>1052</sup>。陳教授の趣旨は、強引な手段で供述を取るのでなければ、捜査官は被疑者が自発的に供述するよう説得することができ、被疑者は捜査官の尋問にありのままに答える義務があるから、自己に不利な情報であっても、供述すべきである、ということだと理解することができる。これらの説明によれば、50条の「自己の有罪の証明を強要してはならない」という規定は、自己負罪拒否特権に関する規定であるとは言えず、単に拷問等の違法な取調べを禁止する規定に他ならないことになる。

中国政法大学訴訟法学研究院名誉院長・中国法学会行為法学研究会副会長・中国検察会副会長である樊崇義教授は、2011年9月11日、法制日報のインタビューにおいて「自己の有罪の証明を強要してはならない」について解説した<sup>1053</sup>。「自己の有罪の証明を強要してはならない」という規定の確立は、黙秘権を明文化したと見るべきではないかという質問に対して、樊崇義教授は、「確かに『自己の有罪の証明を強要してはならない』とすると、『話さなくてもいい、沈黙することができる』と解され、『黙秘権』があるように思われがちである。しかし、私は、このような理解は推論にすぎないと思う。われわれは改正案に『黙秘権』を入れなかった。『自己の有罪の証明を強要してはならない』という規定は決して『黙秘権』ではない」と答えた。また、改正案は「黙秘権」を明示しなかったが、認めたものと見るべきではないかという質問に対しては、「被疑者・被告人の供述は依然

<sup>1051</sup> 王麗娜「法学家解刑訴法大修：公檢法全不贊成沈黙權入法」京華時報 2011年9月19日。

<sup>1052</sup> 鳳凰視頻 <http://v.ifeng.com/news/mainland/201108/b66f5cf8-cd54-48c7-99f3-d1d90a3774b7.shtml>。

<sup>1053</sup> 法制網「不得強迫自証其罪不等於沈黙權……」

[http://www.legaldaily.com.cn/index\\_article/content/2011-09/19/content\\_2968057.htm?node=5958](http://www.legaldaily.com.cn/index_article/content/2011-09/19/content_2968057.htm?node=5958)。

として法定証拠の一つだ。われわれは強制手段による供述獲得に反対するだけであって、供述不要を規定したのではなく、黙秘権を意味しているわけではない。黙秘権を認めたものと見るべきではないかというのは1つの考え方にすぎない。法文上明確に規定しなかった以上、黙秘権を認めたとはいえない」。さらに、樊崇義教授は、今回の改正で黙秘権が刑事訴訟法に定められなかったことは非常に重大な欠陥であって、社会の発展とともに、将来的に黙秘権は必ず刑事訴訟法に明文化されるべきことを願っていると述べた<sup>1054</sup>。

他方、もう1つの見解として、全国人民代表大会常務委員会法制工作委员会副主任である郎勝は、2012年3月8日の第11期全国人民代表大会第五回会議のニュースセンターで行われた記者会見において、次のように説明した。「何人にも自己の有罪の証明を強要してはならないということは、われわれの刑事訴訟法が一貫して堅持してきた精神である。なぜなら、現行刑事訴訟法には拷問による自白の強要を厳禁するような規定があるからである。さらに拷問による自白の強要を防止し、存在しうるこのような現象を抑止するため、今回の刑事訴訟法は、何人にも自己の有罪の証明を強要してはならないことを明確に規定しており、同様の規定は司法機関に対する原則的で厳格な要求なのである。一方、被疑者はありのままに答えなければならないということを規定したのは、別の側面、別の視点から規定したものである。すなわち、われわれの刑法は、被疑者がありのままに回答し、自己の罪状を自白したならば、寛大な処理を受けることができると規定している。手続法としての刑事訴訟法は、このような規定を実行する必要がある、同規定は、被疑者に対して、もし質問に答えようとするならば、ありのままに答えなければならないということを求めており、ありのままに答えさえすれば、寛大な処理を受けることができる。このことは、二つの視点から規定されたものであり、決して矛盾するわけではない<sup>1055</sup>」。以上のコメントは、一方において、拷問による自白の強要を厳禁するという視点から、「自己の有罪の証明を強要してはならない」という規定を追加規定した立法目的を説明しているのに対し、他方においては、被疑者の「ありのままに答える」という義務について縮小解釈を行い、被疑者は答えなくてもいいが、質問に答えるならば、ありのままに答えなければならないという趣旨として説明している。要するに、「ありのままに答えなければならない」という規定は、ただ被疑者が捜査官の尋問に実際に答える際の真実供述義務を確立したにすぎず、「自己の有罪の証明を強要してはならない」という規定とは矛盾しないということになる<sup>1056</sup>。

以上のような立案者の解説に対して、学界では、「自己の有罪の証明を強要してはならない」という規定は、黙秘権に相当する規定であると理解され、「ありのままに答えな

<sup>1054</sup> 法制網・前掲注(1053)。

<sup>1055</sup> 全国人大法工委「不得強迫自証其罪与如实応訊不矛盾」(2012年3月8日)

<http://www.chinanews.com/fz/2012/03-08/3729170.shtml>.

<sup>1056</sup> 小口彦太等・前掲注(952)239頁。

ればならない」という規定は前者と根本的に矛盾すると主張されている。このような通説によれば、「自己の有罪の証明を強要してはならない」という規定は、訴追機関が被疑者に自己に不利益な供述を強要することを禁止するということの意味する<sup>1057</sup>。「自己の有罪の証明を強要してはならない」という規定は、被疑者が自分の真摯な意思に基づいて供述するか否かを決定する選択権を保障したのである。その意味で、捜査官の尋問に対して、被疑者は供述しても良いし、沈黙しても良いとされる<sup>1058</sup>。その一方で「ありのままに答えなければならない」という規定は、被疑者に取調べに応じる義務とともに、ありのままに供述する義務を負わせたのである。これは、被疑者は法律上供述する義務はあるが、沈黙する権利がないことを意味する<sup>1059</sup>。法原理によれば、義務性のある規範には強制性がある。つまり、義務は必ず履行すべきであり、そうでなければ、強制的に執行する。したがって、「ありのままに答えなければならない」という条文は、取調べにおいて、被疑者が終始沈黙している場合には、被疑者が供述の義務を履行するように強制的な手段を用いることができる、と解釈することになりかねない。このように考えるならば、「自己の有罪の証明を強要してはならない」と「ありのままに答えなければならない」とは根本的に抵触することになる<sup>1060</sup>。

中国人民大学法学院の何家弘教授は、以下のように意見を述べた。「黙秘権のモデルは、1つしか存在しないわけではない。アメリカのミランダ・ルール式の明示的な黙秘権制度もあれば、黙示的な黙秘権制度もありうる。……（明示的な黙秘権制度より）黙示的な黙秘権制度を確立するのが中国の現状により適しているといえよう。……（新刑事訴訟法 50 条）はまさに黙示的な黙秘権制度の法律的根拠になる。立法者らが自覚したかどうかはともかく、『自己の有罪の証明を強要してはならない』という規定を刑事訴訟法に置いたことは、中国が被疑者・被告人の黙秘権を確認したことを意味するのである。この点を明確にすることは重要である」と<sup>1061</sup>。さらに、何家弘教授は、「ありのままに答えなければならない」との関係について、「（新刑訴法 118 条によれば、）取調べにおいて被疑者は沈黙する権利がない。両規定は相互に矛盾するため、私は 118 条を刑事訴訟法から削除することに賛成するが、立法者が留保しておいた以上、合理的な説明をしなければならないと思う。その合理的な説明はこのようにすれば良いだろう。捜査官の尋問に対して、被疑者は供述しても、黙秘しても良い。ただ供述することを選択した場合には、ありのままに供述しなければならない。言い換えれば、被疑者には黙秘権があるが、うそをつく権利はないので

<sup>1057</sup> 徐俊『『不得強迫任何人証實自己有罪』与『应当如實回答』相衝突』江西警察学院学報 5 号（2009 年）8 頁。

<sup>1058</sup> 万毅「論『不強迫自証其罪』条款的解釋与適用——刑事訴訟法解釋的策略与技術」法学論壇 3 号（2012 年）28 頁。

<sup>1059</sup> 万毅・前掲注（1058）28 頁。

<sup>1060</sup> 徐俊・前掲注（1057）9-10 頁。

<sup>1061</sup> 何家弘「中国已確立沈黙権制度」何家弘個人ブログ <http://hejiahong.fyfz.cn/b/348809> 2013 年 8 月 13 日発表。

ある<sup>1062</sup>」と述べた。つまり、第 118 条は直ちに廃止することが望ましいが、それが存在する限り、真実を供述することを要請する規定であると解釈すべきことを示した。ただ、被疑者がたとうそをついた場合であっても、それを後に偽証罪として刑罰を科するという制度がないため、刑罰を前提とする真実供述義務とは言えず、供述の真実性を確保するために被疑者に与える注意であると理解することが妥当であると思える。

### 第 3 款 本節のまとめ

中国における黙秘権をめぐる議論の内容からすれば、被疑者・被告人の黙秘権の保障自体を否定する意見は極少数であり、主な議論は、黙秘権の普遍性を前提にして、現在の中国の刑事手続に黙秘権を導入することの当否に関するものであるといえよう。

黙秘権の保障に反対する意見の中で、最も多く提示される反対理由は、犯罪率が高く、しかも捜査技術の発展が遅れているため、被疑者の供述に依拠しなければ犯罪検挙率が低くなり、社会の治安が乱れるなどといった理由である。つまり、犯罪捜査の実務上、被疑者の供述を必要とし、被疑者の供述を獲得することを重視しているということである。しかし、このような刑事手続の運用であるからこそ、被疑者の供述の自由は常に侵害されがちであり、したがって、黙秘権の保障が必要になるのではないだろうか。自首の者を除き、被疑者の多くは、自己に不利益な供述を避けようとする。たとえ「真犯人」であっても、自分の犯罪行為を任意に警察・検察に言おうとしない者がいることは事実として認めざるをえない。被疑者の供述を得るために、拷問等の自白を強要する違法な取調べ方法を用いる可能性は十分想像できる。しかしそれは、真犯人からは本当の犯行に関する供述を獲得するかもしれないが、他方で、無実の者を虚偽自白の窮地に追い込ませる可能性がある。黙秘権の基本的な機能は、まさに、無実の者が誤って刑罰を受けることがないように保障することである。

新刑事訴訟法第 50 条は、「何人に対しても、自己の有罪の証明を強要してはならない」と規定する。同条文について、一部の学者たちは、これは被疑者・被告人の黙秘権を規定する条文であると解釈する。しかし他方で、捜査側と多数の立案者は、これは捜査機関に対する拷問禁止の要求を明確にしたにすぎず、黙秘権を確認したものではないと解釈する。さらに、その中には、被疑者・被告人の回答拒否権を認めつつ、黙秘権を否定する意見もある。このような解釈は、黙秘権の意味内容についての理解の不一致、そして、被疑者・被告人の供述に過度に依存して行われている刑事手続の現実に対する配慮及び無力さを感じさせる。

「自己の有罪の証明を強要してはならない」という文言は、国際規約、そして様々な

---

<sup>1062</sup> 何家弘・前掲注 (1061)。

国の憲法・刑事訴訟法に照らしていえば、包括的黙秘権とまでは言えなくとも、自己負罪拒否特権を認める意味として理解される。したがって、同条文は、黙秘権の反対派が主張するように、捜査側の被疑者の自己に不利益な供述を強制しない義務を規定すると同時に、被疑者の自己に不利益な供述を拒否する権利、すなわち、自己負罪拒否特権を規定するものと理解すべきである。また、自己に利益ないし不利益であるのかについては、被疑者自身（又は弁護人）にその判断を任せるほかないため、同規定における自己負罪拒否特権は包括的な黙秘権と解釈することが可能であろう<sup>1063</sup>。

中国が「自己の有罪の証明を強要してはならない」という条文を新刑事訴訟法に規定したことは、明らかに自由権規約 14 条 3 項 (g) の趣旨を吸収したものであり、自由権規約を批准するための下地であるように思われる<sup>1064</sup>。そうであるならば、「ありのままに答えなければならぬ」という条文を解釈する時、当然、自由権規約の精神と内容に従うべきであろう。すなわち、新刑事訴訟法第 50 条が制定される前に、第 118 条の「ありのままに答えなければならぬ」という条文は被疑者の真実供述義務を規定するものとして解釈されたとしても何の違和感がなかった。しかし、黙秘権の条文が規定された以上、第 118 条を第 50 条と調和する趣旨で解釈しなければならない。最も合理的な 1 つの解釈は次のようなものであろう。すなわち、被疑者・被告人は捜査官の質問に答えない権利があるが、もし答える場合には真実のことを供述すべきである。実務においては、取調べに先立って、被疑者・被告人に供述するかどうかについて尋ね、供述する意思を示した場合、真実を供述する義務について告知すべきであろう。しかしこのような解釈及び運用は、第 118 条が廃止されない場合における緊急の対策にすぎない。供述の強要を招きやすい第 118 条の廃止は将来必ずや実現すべき課題である。

## 第 4 節 被疑者取調べにおける黙秘権の実質化

中国の刑事訴訟法における被疑者取調べ及び被疑者の供述に強く依存する刑事手続の構造、黙秘権をめぐる議論に関する前述の分析を踏まえ、本節においては、被疑者の黙秘権を実質化・実効化に向けた法的保障及び手続保障について論じる。

---

<sup>1063</sup> 杉原泰雄「経済的自由 (1) 人身の自由、社会権」芦部信喜編『憲法Ⅲ人権 (2)』（有斐閣、1985 年）209-210 頁。「自己に不利益な供述」は、供述一般を言うのではなく、自己の刑事責任に関わる不利益供述のみが含まれるという解釈がある。この点については、刑事責任に関わるものだけでなく、「自己の人権保障に不利益な供述」と広く解釈することが示されている。さらに、いかなる事項が不利益供述に該当するかを供述者以外の者にまかせることになれば、供述者の供述は不可避なものとなり、供述が強制されることとなる。したがって、「自己に不利益な供述を強要されない」ことは、包括的な黙秘権を確認するものである。

<sup>1064</sup> 万毅・前掲注（1058）29 頁。

## 第1款 黙秘権の実質化のための法的保障

### 第1項 黙秘権及び黙秘権告知の明文化

#### 1. 黙秘権の明文化

個人の人格・尊厳に対する黙秘権の意義について、平野龍一は、次のように語っている。すなわち、「黙秘権の本質は、個人の人格に対する刑事訴訟の譲歩にある。……人格は自律を生命とする。自己保存の本能を克服して、自己を進んで刑罰に服させるのは道徳的義務である。しかし正にその故に他からの強制を許せない。ただ各自の自発的行為にまつだけである。この故に、積極的に自己を有罪に導く行為をとることを法律的に強制しない。まして国家は、個人を保護するためにのみ存在するものである」と述べている<sup>1065</sup>。田宮裕もこれと同趣旨で、黙秘権の承認は、「個人の人格・自由意思に対して、刑事手続が譲歩したのである」と述べている<sup>1066</sup>。Miranda 判決は、『『公正な国家と個人のバランス』を維持し、人格の不可侵性を尊重するために、当該個人が自己の意思に基づき、供述することを選択する場合を除き、黙秘する権利保障する』と判示した<sup>1067</sup>。黙秘権は、国家が個人の人格を尊重するための最低限の保障であり、個人が人間としての尊厳を保つための欠かせない権利であるといえよう。

以上のような黙秘権の意義に対する共通認識の下で、黙秘権は基本的な人権として、「自由権規約」及び世界各国の憲法又は刑事訴訟法は、被疑者・被告人の黙秘権を明文化し、それを保障している。被疑者・被告人の黙秘権の明文化及び保障は、一国が文明国家たりえるための評価基準である。

第1章及び第2章で検討した通り、黙秘権は、糾問主義から弾劾主義への発展と共に発生し、当事者対抗主義の刑事手続構造の形成と共に、その実質化が図られてきた<sup>1068</sup>。つまり、黙秘権の保障（とりわけ実質化）は被疑者・被告人の人権の保障にとどまらず、刑事手続の構造とも深く関わる問題であり、取調べの適正化及び被疑者・被告人の訴訟上の主体的地位とも緊密に関連する。

黙秘権の明文化は、黙秘権の実質化のために欠かせない最初の一步である。それは、直接的には、法律条文に明確な規定さえない権利の実質化を進めることは不可能であるからであり、間接的には、黙秘権を基軸とし、取調べ適正化を図り、さらに、現在中国刑事司法の最大の目標とされている公判中心主義への構造改革を行うことができるからである。

<sup>1065</sup> 平野・前掲注(804)94-95頁。

<sup>1066</sup> 田宮裕『刑事訴訟法講義〔増訂四版〕』（宗文館書店、1989年）113頁。

<sup>1067</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 460(1966).

<sup>1068</sup> 平野・前掲注(1)39-40頁。

具体的な制度化については、第 50 条における「何人に対しても、自己に不利益な供述を強要してはならない」という黙秘権の規定を「証拠」の章から「総則」に移動させ、さらに、条文の文言を「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」と修正することが考えられる。このように修正すれば、捜査官に対する拷問禁止義務として限定的に解釈される余地が残されず、被疑者・被告人の供述を拒否する権利であることが明確になると思われる<sup>1069</sup>。

黙秘権の意義及び基本的人権としての重要性に鑑みれば、その明文化は刑事訴訟法のみならず、憲法レベルにおいて実現すべき課題である。「憲法上の権利」という形式を有すれば、その実質化はより確実に、速やかに図ることができるであろう。

## 2. 黙秘権告知の明文化

第 2 章において論じた通り、イギリスでは、19 世紀初期から、多くの治安判事が、被疑者尋問に先立って、黙秘権の告知を行うようになった。19 世紀後半以降は、警察が被疑者に黙秘権を告知する制度が確立した。黙秘権告知制度は、その後の裁判官準則及び PACE のもとでも維持されている。また、日本においては、現行刑訴法 198 条 2 項及び 291 条 2 項が捜査官と裁判所に、被疑者・被告人に対する黙秘権告知を義務づけている<sup>1070</sup>。

1966 年の *Miranda* 判決は、黙秘権告知の機能について次のように判示した。すなわち、「この特権を知らない者に対しては、黙秘権があることをその者にまさに知らせるために、この警告が必要なのである—これは、その権利の行使に関する理性的な判断のための端緒となる要件である。さらに重要なことは、そのような警告が、取調べの雰囲気内に内在する圧力に打ち勝つための絶対的な必要条件であるということである。さらに、警告は、被疑者が特権を行使することを選択した場合に、取調官はその特権の行使を認める用意があるということを示すことになる<sup>1071</sup>」というのである。同判示に示された機能と同様に、日本においても、黙秘権告知は少なくとも 3 つの機能を有すると言われる。すなわち、1 つ目は、黙秘権の存在を被疑者に知らせること<sup>1072</sup>、2 つ目は、取調べに内在す

<sup>1069</sup> 現在の第 50 条についても、同条項は供述の強制を禁止し、被疑者の供述義務を否定するものであるという理解が一般的になっているが、日本の戦前の経験からすれば、第 50 条は被疑者の黙秘権の実質化において不十分である。日本において、大正刑訴法第 134 条は、予審判事の被告人訊問に対する規制として、被告人を訊問する前に、被告事件を告げ、事件について述べたいことの存否を聞き、供述の意向があれば供述の機会を与える旨の規定を設けた。この規定については、被告人に供述の権利を認める一方で、供述の義務を否定するものであるという理解がなされていた。しかし、このような理解は、単に法学理論として紙上の存在に止まり、現実を動かす力となり得なかった。そして、黙秘権が尊重されない現実を変えるには、新憲法及び新刑訴法において黙秘権を新しく宣言する必要があったのである。佐伯・前掲注 (603) 148-149 頁参考。

<sup>1070</sup> しかし、日本国最高裁判所は、明文の不存在を理由として、裁判所及び捜査官の黙秘権告知義務を否定している。(裁判所の告知義務を否定したものとして、最大判昭 23・7・14 刑集 2・8・846、最大判昭 24・2・9 刑集 3・2・146、最判昭 28・4・2 刑集 7・4・745 などがある。捜査官の告知義務を否定した判例は、最判昭 28・4・14 刑集 7・4・841 がある。)

<sup>1071</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 467-468. 訳文は、安部博論の 106 頁参照。

<sup>1072</sup> 田口守一『刑事訴訟法〔第 6 版〕』(弘文堂、2012 年) 132 頁。

る供述強制の雰囲気や和らげること<sup>1073</sup>、3 つ目は、黙秘権を告知することを通じ、捜査官を自戒させることなどである<sup>1074</sup>。

以上の 3 つの機能は、黙秘権告知に、黙秘権の実質化における重要な制度的保障手段としての意義を与え<sup>1075</sup>、黙秘権告知制度は黙秘権の実質化のためにも必ず導入すべきである<sup>1076</sup>。

## 第 2 項 違法収集証拠排除法則

2013 年刑訴法は、違法収集証拠の排除法則を初めて明文化した<sup>1077</sup>。第 54 条第 1 項に、「拷問等の違法な方法により収集した被疑者若しくは被告人の供述又は暴行若しくは脅迫等の違法な方法により収集した証人の証言又は被害者の陳述は、これを排除しなければならない。証拠物又は証拠書類の収集が法律の定める手続に違反し、司法の公正に重大な影響を及ぼす可能性のあるときは、これを補正し又は合理的な説明をしなければならない。補正又は合理的な説明ができない場合には、その証拠を排除しなければならない」、第 2 項に、「捜査、起訴審査及び裁判に際して、排除すべき証拠を発見したときは、法律に基づきこれを排除しなければならない、起訴の意見、起訴の決定又は判決の根拠にしてはならない」という条文を新たに規定し、供述の排除については、絶対的排除を規定し、証拠物などの排除については、相対的排除を規定したと評価されている<sup>1078</sup>。

積極的に実体的真実主義を追求する中国の刑事手続における排除法則の導入は画期的なことであるといえよう。しかし、第 54 条の規定には、様々な問題点も存在する。その中で、供述の排除と関連する「拷問等の違法な方法」の基準の明確性が欠けている点が最も注目されている。すなわち、第 50 条で規定されている「脅迫、誘引、欺瞞」などによる自白の強要が第 54 条でいう「違法な方法」となるかどうかは明らかではない<sup>1079</sup>。2013 年刑事訴訟法の立案者の解釈によれば、拷問以外の違法な方法とは、拷問に準ずる場合を

<sup>1073</sup> 河上和雄・中山善房・古田佑紀・原田國男・河村博・渡辺咲子編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第 2 版〕第 4 卷』（青林書院、2012 年）178 頁〔河村博執筆〕。

<sup>1074</sup> 河上ほか・前掲注（1073）178 頁〔河村博執筆〕。

<sup>1075</sup> 法学協会編『注解 日本国憲法（上）』（有斐閣、1953 年）661 頁。

<sup>1076</sup> 第 118 条の真実供述義務の告知実務が現実に行われていることを考慮し、告知文については、第 118 条が廃止されるまで、「あなたは捜査官の質問に答えなくてもいい。もし答えるならば、誠実に真実のことを告げなければならない。真実を供述した場合、刑は軽減される。」というような形式が考えられる。

<sup>1077</sup> 中国における違法収集証拠排除法則については、河村有教「中国における違法収集証拠排除法則について」アジア法研究（2012 年）119 頁以下を参照。

<sup>1078</sup> 田中・前掲注（968）23 頁。

<sup>1079</sup> 2010 年 7 月 1 日に施行された「最高人民法院・最高人民検察院・公安部・国家安全部・司法部『刑事事件において違法収集証拠排除を処理する若干問題の規定』」は次のように規定する。第 1 条 拷問等の違法な手段によって得た被疑者・被告人の供述及び暴力・脅迫等の違法な手段によって得た証人の証言及び被害者陳述は、違法な供述証拠に属する。第 2 条 法によって違法な収集供述と認定されたときは、排除され、事実を認定する根拠としてはならない。すなわち、同規定によれば、被疑者・被告人に対する脅迫等の違法な手段によって獲得した供述は排除しないが、被害者や証人に対する脅迫等の違法な手段によって獲得した供述は排除するということになる。

指す<sup>1080,1081</sup>。したがって、「脅迫、誘引、欺瞞」などによって獲得された自白は排除されないことになる<sup>1082,1083</sup>。

以上のような違法収集排除法則は、実体的真実主義を害しない範囲内で、限定的な運用がなされることが容易に想定される。これは被疑者の供述の自由の保障及び被疑者取調べの規制の要求から見て不十分であるといえよう。

違法収集排除法則の機能を十分に果たせるためには、「拷問等の違法な方法」に対する解釈を見直す必要がある<sup>1084</sup>。

「拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は、刑罰に関する条約」（以下、「拷問等禁止条約」と称する）<sup>1085</sup>は、第1条第1項において、「拷問」とは、本人若しくは第三者から情報若しくは自白を得ること等のために、身体的なものであるか精神的なものであるかを問わず、人に重い苦痛を故意に与える行為を意味するとする。さらに、「拷問によるものと認められるいかなる供述も、当該供述が行われた旨の事実についての、かつ、拷問の罪の被告人に不利な証拠とする場合を除くほか、訴訟手続における証拠としてはならないことを確保する」（第15条）と規定する。2013年11月に、中国政府は、第5回定期報告において、拷問禁止委員会に、2013年刑訴法第50条の供述強要禁止規定及び第54条の違法収集証拠排除法則規定について報告した<sup>1086</sup>。2015年12月9日に公表された委員会の最終見解は、第54条の違法収集証拠排除法則について、以下のよう述べている。すなわち、「違法収集証拠の定義に関するガイドラインを採択すべきである。長時間にわたる取調べ及び睡眠の剥奪はそれに属する。……<sup>1087</sup>」とした<sup>1088</sup>。さらに、日本に対する、拷問の禁止に関する委員会の最終見解も参考に値する。2013年5月の「日本の第2回定期報告に関する最終見解」は、委員会は、自白に広く依拠している実務及び、暴行、脅迫、睡眠妨害、休憩のない長時間の取調べなど、取調べ中に行われた不

<sup>1080</sup> 臧鉄偉主編・前掲注（994）23頁。

<sup>1081</sup> 中国の立法者・立案者は、違法収集証拠排除規則の拷問の防止に対する効果を強調する。違法収集証拠排除規則は、供述強要禁止の規定及び取調べの録音・録画制度とともに、「拷問による供述強要を防止する証拠科学体系」であると主張している。すなわち、これらの規定の主たる目的は、拷問及び拷問に準ずるものを規制することであると理解されている。樊崇義『『5条8款』確立非法証拠排除規則』檢察日報2012年3月20日

[http://news.ifeng.com/opinion/special/xieyalongfanan/detail\\_2012\\_03/20/13309558\\_0.shtml](http://news.ifeng.com/opinion/special/xieyalongfanan/detail_2012_03/20/13309558_0.shtml).

<sup>1082</sup> 金光旭・前掲注（963）14頁。

<sup>1083</sup> しかし、この点については、違う意見もある。すなわち、第54条第1項1文によれば、「違法に収集した供述証拠はすべて排除されることになっているが、これでは排除の範囲が広すぎて、かえって実効性を害する」ということである。この点については、松尾浩也「中華人民共和国刑事訴訟法の改正について」刑事法ジャーナル35号（2013年）6頁。

<sup>1084</sup> 張建偉『『刑事訴訟法修正案（草案）』中的若干問題研究（三）』法学1号（2012年）128頁。

<sup>1085</sup> 中国は1988年に同条約を批准した。

<sup>1086</sup> 拷問禁止委員会に対する中国政府の報告書及び委員会の最終見解等は中国人権のウェブサイトから閲覧することができる。ウェブサイト <http://www.hrichina.org/chs/zhong-guo-he-jin-zhi-ku-xing-gong-yue>

<sup>1087</sup> 英文は次のようである。Adopt guidelines on what constitutes illegally obtained evidence, which should include prolonged interrogation and deprivation of sleep.

<sup>1088</sup> 同最終見解による1年以内の情報提供要請に対する中国政府回答は2016年12月を予定しているが、未だ公表されていない。

当な取扱いに懸念を有すると述べている<sup>1089</sup>。

以上の「拷問等禁止条約」及び拷問禁止委員会の意見、最近の中国における研究等<sup>1090</sup>を参考にすれば、「拷問等の違法な方法」について、次のように解釈すべきであると考えられる。すなわち、「拷問等の違法な方法」とは、拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける、身体的・精神的苦痛を与える行為を言い、具体的に、拷問、脅迫、誘引、欺瞞等の違法な行為及び、長時間にわたる取調べ、睡眠妨害など自白の任意性が疑われる取調べ方法が含まれるとする解釈である。したがって、被疑者の供述の自由を侵害するあらゆる方法で獲得された自白は排除されることになる。

しかし、このような広汎な解釈に対しては、「違法収集証拠排除法則は、違法取調べを抑制するために定めたものであることは間違いないが、違法に収集された証拠を一律に排除することは、理論上・実務上不可能である。そのため、取調べ方法が個人の基本権利を著しく侵害した場合（いわゆる「重大な違法」の場合）のみ、違法収集証拠とされ、排除されるべきである」とする批判がある<sup>1091</sup>。拷問以外の脅迫、誘引、欺瞞、長時間の取調べなどの取調べ方法は、被疑者に身体的・精神的苦痛を与えることになり、被疑者の供述を獲得した場合、それは被疑者の供述の自由の侵害、つまり第 50 条の黙秘権の侵害となるといえよう。黙秘権は被疑者の重要な権利であり、それを侵害することは、重大な違法となる。したがって、拷問以外のすべての供述を強要する取調べによって得られた自白は排除されるべきである<sup>1092</sup>。

## 第 2 款 黙秘権の実質化のための手続的保障

### 第 1 項 取調べの録音・録画制度

2013 年刑事訴訟法は、第 121 条第 1 項において、「捜査官は、被疑者の取調べに当たって、取調べの過程を録音し又は録画することができる。死刑又は無期懲役を科する可能性のある事件又はその他の重大事件については、取調べの過程を録音又は録画しなければならない」、2 項において、「録音又は録画は、取調べの全過程について行い、その完全性を保たなければならない」と規定し、取調べの録音・録画制度を導入した。

<sup>1089</sup> 日本国外務省ウェブサイト <http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000020880.pdf>。

<sup>1090</sup> 呉宏耀「非法証拠排除的規則と実効」現代法学 36 卷 4 号（2014 年）121 頁以下；楊波「由証明力到証拠能力——我国非法証拠排除規則的实践困境与出路」政法論壇 33 卷 5 号（2015 年）109 頁以下。

<sup>1091</sup> このような見方は、万毅「非法証拠排除規則若干操作問題研究」中国刑事法雑誌 3 号（2007 年）3 頁を参照。

<sup>1092</sup> 東京高等裁判所平成 25 年 7 月 23 日判決（平成 25 年（う）783 号覚せい剤取締法違反（上告〈上告取下〉）は、利益誘導的な、虚偽の約束（偽計）を用いる警察の取調べは被告人の黙秘権を侵害するため、重大違法性が認められるとし、被告人の捜査段階における自白を違法収集証拠として排除した。判例時報 2201 号 141 頁参照。

## 1. 制度導入の背景

被疑者取調べは、捜査官が刑事手続に従い事案を解明するために行う重要な捜査活動である。被疑者取調べが適正に行われるかどうかは、それにより得られる被疑者供述の信頼性、客観性、有効性に影響を与える<sup>1093</sup>。しかし中国においては、取調べの状況をチェックしたり、あるいは電磁的記録を作成して取調べ状況を事後的に検証したりする制度はまったく存在しなかった。近年、拷問による被疑者の自白が原因となった誤判冤罪事件が連続的に発生し、マスコミの報道によって、国民から強い批判を受けるようになったことをきっかけに、取調べの録音・録画制度や取調べへの弁護人立会い制度の国際的流れに乗って、取調べの録音・録画制度の導入について検討がなされるようになった。2002年から樊崇義教授及び顧永忠教授<sup>1094</sup>を中心とする中国政法大学訴訟法学研究センターは国連の資金援助を得て、警察と協力し、逮捕段階における取調べの全過程の録音・録画及び弁護人立会い制度の導入を検討するための実験を、北京、河南省、甘粛省の一部の検察院において実施した。そしてこの実験の実施状況と結果を踏まえ、2005年12月、最高人民検察院は「人民検察院による職務犯罪事件の被疑者取調べにおける全過程同時録音録画に関する規定（試行）」を公表し、これに基づいて、2006年3月から、人民検察院が専属的捜査権限を有する公務員による汚職罪等の犯罪（中国語では「職務犯罪」という）について、北京や西安をはじめとする諸都市において、取調べの全過程の録音・録画制度の試験的实施が開始された<sup>1095</sup>。同規定を受け継ぎ、2007年3月、最高人民法院、最高人民検察院、公安部、司法部は、「厳格な法による事件処理及び、死刑事件処理の高水準維持に関する意見」を公表した。同意見の第11条は、「死刑の判決が下される可能性のある被疑者を取調べるとき、文字の記録と同時に、必要に応じて録音録画することができる」ことを明示した。その後、これら両文書に基づいて、実務では、公務員犯罪における被疑者の取調べの際に、全過程の録音・録画を実施し、公務員犯罪以外の犯罪についても、特に無期懲役または死刑の判決が下される可能性のある重大犯罪の被疑者の取調べにおける録音・録画の運用を徐々に広めてきた<sup>1096</sup>。以上の実践と経験を踏まえ、新刑事訴訟法は、取調べの録音・録画を明文化したのである。

以上のような背景を有する取調べの録音・録画制度には、2つの機能が期待されている。1つは、拷問による供述の強要などの違法な取調べを防止し、被疑者取調べの適正化を保障すること、もう1つは、被疑者取調べの過程を客観的に記録し、自白調書の任意性を確

<sup>1093</sup> 郎勝主編『中華人民共和国刑事訴訟法修改与適用』（新華出版社、2012年）244頁。

<sup>1094</sup> 現在、中国政法大学訴訟法学院副院長である。1994年から2004年まで弁護士として活動されており、「中国の刑事弁護の第一人」と称されている。

<sup>1095</sup> 董坤「偵査訊問録音録像制度的功能定位發展路徑」法学研究6号（2015年）157頁。

<sup>1096</sup> 郎勝・前掲注（1093）244頁。

保し、被疑者が公判で否認に転じる場合に備えることである<sup>1097</sup>。

## 2. 第121条について

本条第1項は、録音・録画の対象事件の範囲に関する規定であり、2つの内容を含むとしている。第1に、一般犯罪の被疑者の取調べについては、捜査機関が取調べの具体的事情に応じて、録音・録画を実施するかどうかを決定する。第2に、無期懲役・死刑の判決が下される可能性のある犯罪及びその他の重大犯罪の被疑者の取調べについては、必ず録音・録画を実施する<sup>1098</sup>。

第2項は、録音・録画に対する要件について規定している。本項によれば、取調べの録音・録画は「全過程」と「完全性」という2つの要件を満たさなければならず、「全過程」と「完全性」は、録音・録画が違法な取調べを抑止し、被疑者の供述の任意性を確保するよう、有効に機能するための前提である。「全過程」とは、被疑者が取調室に入ったときから、取調べが終わり取調室から出るときまでを意味し、「完全性」とは、捜査機関が、1回目の取調べから、事件の取調べが全て終了するまで毎回の取調べを、完全に、絶え間なく録音・録画することを意味する<sup>1099</sup>。

## 3. 関連問題

### (1) 全過程の録音・録画の弊害への対応について

日本の捜査機関と同様に、中国の警察も、全過程の録音・録画は、違法な取調べを抑止し、被疑者供述の任意性を確保する等の積極的な効果のみならず、捜査・公判に支障をきたすという消極的な効果をもたらされることを懸念している<sup>1100</sup>。例えば、①公判ですべての映像を視聴することは現実的に困難であること、②被疑者の密室での供述により得られる情報によって、当該事件のみならず他の事件も解明することができるが、全過程を録音・録画すると、このような取調べの機能が阻害されること、③全過程の録音・録画は、事件関係者のプライバシーを侵害するおそれがあること、などが挙げられている。

以上の懸念に対し、検察官や学者たちは以下のような対応策を提案・実行している。まず、①に対しては、公判前準備手続の段階で違法収集証拠を排除するために、全過程の録音・録画を再生するという方法がとられた<sup>1101</sup>。②に対しては、全過程を原則とした上で、真相解明が阻害されるおそれのある場合に限り録音・録画せず、その代わりに取調べの全過程において弁護人の立会いを認めるという提言<sup>1102</sup>や、録画映像を法廷で再生する場合

<sup>1097</sup> 董坤・前掲注(1095)158頁。

<sup>1098</sup> 董坤・前掲注(1095)244-245頁。

<sup>1099</sup> 董坤・前掲注(1095)245頁。

<sup>1100</sup> 吳宏耀・前掲注(1090)121頁以下。

<sup>1101</sup> 万毅「全国首例非法証拠排除案法理研判」証拠科学19巻6号(2011年)665頁。

<sup>1102</sup> 樊崇義・顧永忠編『偵査訊問程序改革実証研究——偵査訊問中律師在場、録音、録像制度試験』(中国公安大学出版社、2007年)428頁。

に、取調べの音声を消去して画面のみを再生するという提言がなされた<sup>1103</sup>。③のプライバシーの問題については、②と同じように、事件関係者のプライバシーに関わる音声を取り消して、画像のみを再生するという方法が考えられている<sup>1104</sup>。

#### (2) 録画の方法について

最高人民検察院が発表した「汚職犯罪の被疑者取調べの全過程を録音・録画する方法についての試案」(「人民検察院訊問職務犯罪嫌疑人実行全程同步録音録像技術工作流程(試行)」)において、録画の際には、被疑者のみならず、取調べ室の全体を撮影しなければならないと規定した。また、録画については、主画面により被疑者の正面を見ることができるよう撮影し、補助画面により取調べ場所全景を見ることができるよう撮影するべきであるとされている。以上のような撮影方法が可能なカメラがない場合、主に被疑者を撮るが、全景にも配慮を多少加えることが規定されている。しかし、この規定に対しては、被疑者中心に撮影すれば、供述が任意であるという錯覚を裁判官に与えるおそれがあるため、カメラは被疑者の側面と取調官の側面を同時に撮影する方法が望ましいと提案されている<sup>1105</sup>。

#### (3) 録音・録画の権利性

「汚職犯罪の被疑者取調べの全過程を録音・録画する方法についての試案」第6条第2款は、「被疑者が録音・録画を拒否する場合、捜査官は録音・録画について説明をすべきである。録音・録画の実施はこれに影響されない」と明確に規定している。つまり、被疑者の録音・録画を要求する権利を認めず、また録音・録画を拒否する権利も認めない<sup>1106</sup>。録音・録画は捜査側と被疑者側の両方が負うべき義務となっているのである。

#### (4) 録音・録画の対象範囲

取調べ録音・録画の目的の1つは、不当な取調べを抑制し、それによって取調べの適正さを担保することである。供述の自由を侵害する不当な質問は、取調べ過程のどこでも行われる可能性がある。そのため、取調べの適正さを実効的に確保するためには、取調べの全過程の録音・録画が最も有効であろう。また、適正な取調べはすべての被疑者に保障すべきものであるため、録音・録画を行う対象事件の範囲は、死刑・無期懲役事件に限定せず、すべての事件の取調べを含むものとしなければならない。この点については、まず、「その他の重大事件」の解釈による範囲の拡大が期待される<sup>1107</sup>。全事件の取調べにおい

<sup>1103</sup> 張歴・鐘鳴「職務犯罪案件訊問全程同步録音録像運作現状分析」中国検察官(司法実務)2号(2012年)70頁。

<sup>1104</sup> 倪潤・前掲注(959)208頁。

<sup>1105</sup> 陳永生「論捜査訊問録音録像制度的保障規制」当代法学4号(2009年)70頁以下。

<sup>1106</sup> 董坤・前掲注(1095)169頁。

<sup>1107</sup> 「警察機関による刑事事件処理手続に関する規定」(2012年12月3日公布公安部)第203条第2項によれば、「その他の重大事件」とは、人に重傷又は死亡の結果をもたらした公共安全を著しく侵害する犯罪、公民の人身的権利を著しく侵害する犯罪、黒社会的性質を持つ組織犯罪、及び重大な薬物犯罪等の故意犯罪を指すとする。

て録音・録画を実施する制度はこれから実現しなければならない課題となるであろう<sup>1108</sup>。

取調べの録音・録画制度については、以上のような問題の他に、録音・録画義務を果たさなかった場合の法的効果についての問題や<sup>1109</sup>、犯罪事実の存在自体を証明する実質証拠として使われるのか、それとも任意性立証の証拠に限定するのかなどの問題が明らかになっていない<sup>1110</sup>。これらの問題に関する詳しい議論は別の機会に紹介する。

## 第2項 捜査段階における弁護権の実質化

### 1. 1997年刑事訴訟法における被疑者の弁護権

(1) 前章で論じたように、弁護人の援助を受ける権利は、被疑者・被告人が自己の訴訟上の権利を守り、捜査機関に対抗して防御を行うために必要不可欠な権利である。しかし、中国において被疑者の弁護権が初めて保障されるようになったのは、1997年刑事訴訟法においてである。1979年刑事訴訟法は被告人の弁護権について保障はしたものの<sup>1111</sup>、被疑者の弁護人依頼権は認めず、弁護人は被告人が公判段階に入って初めて訴訟に関与できる者とされていた。また、1954年に制定された中国憲法は、その後1999年と2004年の2回にわたる改正が行われたが、被疑者の弁護権を明確に規定したことはなく、第125条に、「被告人は弁護を受ける権利を有する」と、被告人の弁護人依頼権のみを定めただけとなっている。

1997年刑訴法は、被疑者の弁護人依頼権を明文化したが、弁護人を依頼することができる時期は「起訴審査のために検察に移送された日から」とされた。2011年の中国において、捜査段階で弁護人が参加する刑事事件は全体のわずか20-40%となっていた<sup>1112</sup>。

---

<sup>1108</sup> 2014年に実施された「公安機関の被疑者取調べ録音・録画に関する規定」第4条、第6条は、録音・録画の対象事件の範囲を5種類の重大犯罪及び8種類の特殊な状況の事件に広げた。2015年9月下旬に、中国国务院新聞事務室（The State Council Information Office of the People's Republic of China）で開かれた「司法制度改革記者会見（中国語で「司法体制改革新聞发布会」）」において、公安部副部長の黄明は、次のような発言を行った。すなわち、「公安機関は現在、重大事件の被疑者取調べについて全過程の録音・録画を行っている。将来、録音・録画の対象事件の範囲を次第に拡大し、最終的に、すべての刑事事件の被疑者取調べの全過程の録音・録画を実現する。」とした。同記事については、「訊問全程録音録画是份双保險」検察日報2015年9月23日第6版参照。

<sup>1109</sup> 通説は、録音・録画義務を果たさなかった場合、供述証拠は必ずしも違法収集証拠として排除されないとする。

<sup>1110</sup> これらの問題を扱った論文として、翁怡潔「英国的訊問同步録音録像制度及対我国的啓示」現代法学3号（2010年5月）108頁以下；董坤・前掲注（1095）156頁以下；楊宇冠「偵査訊問録音録像制度研究」中国刑事法雑誌9号（2013年）1頁以下；王永杰「新刑訴法中偵査訊問同步録音録像的程序規制：困境」華東師範大学学報1号（2014年）53頁以下；董坤「違反録音録像規定尋問筆録証拠能力研究」法学家2号（2014年）127頁以下；王戩「論同步録音録像擴大適用的証拠困惑与障碍破除」政治与法律1号（2013年）155頁以下；楊宇冠・郭旭「録音録像制度与非法証拠排除研究」人民檢察19号（2012年）5頁以下など。

<sup>1111</sup> 1979年刑訴法は第8条において、「被告人は弁護を受ける権利を有し、人民法院は被告人の弁護権を保障する権利を負う」と規定し、第110条第2項において、人民法院は人民檢察院の起訴状謄本を遅くとも開廷7日前までに被告人に送達するとともに、被告人が弁護人を依頼することができることを告知し、必要がある場合には、被告人のために弁護人を指定する」と規定した。

<sup>1112</sup> 冀祥徳「中国刑事弁護若干問題調査分析」中国司法7号（2011年）29頁。

2013 年刑事訴訟法は、起訴前の被疑者弁護制度、接見交通権、弁護人に対する証拠開示制度を明文化し、刑事手続における弁護人の法的地位と権利行使手続に関する規定を改善するとともに、法的援助の保障範囲を拡大した。

## (2) 捜査段階における弁護権の規定

1979 年刑事訴訟法が、公判段階に入って初めて弁護人を依頼することができることと規定したのに対し、1997 年刑事訴訟法は、捜査段階においても弁護人による法的援助を受けることを認めた。すなわち、1997 年刑訴法第 33 条は、「公訴事件の被疑者は、その事件が検察の起訴審査に移送された日から、弁護士を依頼する権利を有する。……検察は、移送された起訴事件の資料を受け取った日から 3 日以内に、被疑者に弁護人を依頼する権利を告知しなければならない。……」と規定し、弁護人が刑事手続へ関与する時期を大幅に繰り上げた。

また、第 96 条第 1 項に、「被疑者は、捜査機関による第 1 回の取調べの後、又は強制措置をされた日から、法律相談、申立て及び告訴の代理のために、弁護士を依頼することができる。被疑者が勾留された場合、依頼を受けている弁護士はその者のために立保証を申請することができる。国家秘密にかかわる事件については、被疑者が弁護士を依頼するには、捜査機関の許可を受けなければならない」と規定し、第 2 項に、「依頼を受けた弁護士は、捜査機関に尋ねて被疑者にかかわる罪名を知る権利を持ち、また拘禁されている被疑者に接見し、事件に関する事情を尋ねることができる。弁護士が拘禁されている被疑者に接見するときには、事件の事情及び必要性によって、捜査機関は捜査官に立会いをさせることができる。国家の秘密にかかわる事件について弁護士が被疑者に接見するには、捜査機関の許可を受けなければならない」と規定した<sup>1113</sup>。

つまり、1997 年改正刑訴法は、起訴前の被疑者弁護を 2 段階に分けて規定している。第 1 段階とは、捜査機関による第 1 回の取調べの後、又は強制措置をされた日から、事件が検察の起訴審査に移送された日までの間をいう（第 96 条）。第 2 段階とは、事件が検察の起訴審査に移送された日から起訴されるまでの間をいう（第 33 条）。

以上の両条文については、様々な問題点が指摘されていた。

### i. 第 1 段階における弁護人の地位

第 33 条第 1 項によれば、被疑者が弁護人を選任できるのは、起訴審査に移送された日からであり、第 96 条は、起訴審査前の段階に、被疑者は弁護士を依頼することができることと規定した。すなわち、被疑者が起訴審査前に依頼した弁護士は「弁護人」には該当せず<sup>1114</sup>、弁護人としての訴訟上の地位も有しないといえよう。さらに、「訴訟関係人」、「法定

<sup>1113</sup> 同条文は 2012 年刑訴法改正において削除された。

<sup>1114</sup> 弁護人ではない弁護士であるため、その活動範囲も、「法律相談、不服の申立て及び告訴の代理」に限定されていた。

代理人」、「訴訟代理人」にも該当しない<sup>1115</sup>ことから、訴訟法上認められるいずれの地位も有しないことになる。実務上は、「被疑者を弁護する弁護士」と呼ばれず、「被疑者に法的援助を提供する弁護士」に過ぎないことから、その活動は「法律補助人の性質を持つ」と解されていた<sup>1116</sup>。

刑事手続において、人権侵害の危険性が最も高く、弁護人の援助が最も強く求められる時期は捜査段階である。そのような段階に「弁護人」たる弁護士の関与を認めなければ、被疑者の弁護権の保障は有名無実なものになりかねないといえよう。

#### ii. 第1段階における弁護人関与の困難性

前述した通り、第96条第1項は、国家機密にかかわる事件の被疑者が弁護人を依頼する場合には、捜査機関の承認を受けなければならない。しかし、「国家機密にかかわる事件」の定義は法文上明確ではなかった。「刑事訴訟法の実施における若干の問題に関する規定」（1998年1月公布）は、「国家機密にかかわる事件」とは、事件の内容又は事件の性質が国家秘密にかかわる事件を指すとし、捜査活動の秘密保持の必要性を国家の秘密にかかわる事件の理由としてはならないと規定した。ところが、実務においては、捜査活動の秘密保持のために、国家機密にかかわるということを口実に、護士関与を妨害する事態が常に発生している<sup>1117</sup>。

#### iii. 第2段階における弁護人の責任

第35条は、「弁護人の責任は、事実と法律に基づいて、被疑者又は被告人の無罪、軽い罪又は刑事責任の軽減若しくは免除を証明する資料と意見を提出して、被疑者又は被告人の合法的権益を守ることである」と規定した<sup>1118</sup>。同条文によれば、弁護人の責任は、単に被疑者・被告人の実体法上の有罪無罪という点において、その正当な利益を保護することであり、訴訟上の利益を保護することは含まれない。そのため、捜査手続における被疑者の権利侵害について弁護人が求められる対抗手段も限られている。このような制度の根底には、「実体を重視し、手続を軽視する」という刑事訴訟理念が存在し、それが「手続的弁護」より「実体的弁護」を重視する刑事弁護の理念に繋がったと考えられる。

#### iv. 弁護権の告知義務の明文規定の欠落

中国において、農村部と都市部との経済格差、教育格差は非常に大きく、特に経済的に貧しい者や無知の者は弁護人を依頼する権利の存在を知らない者が多数であるにもかかわらず、1997年刑訴法は、弁護権に関する告知規定を定めなかった。

<sup>1115</sup> 岡本梢「中国刑事訴訟法における被疑者の黙秘権及び刑事弁護制度」明治大学大学院研究年報41号（2012年）245頁。

<sup>1116</sup> 程榮斌ほか・前掲注（988）281頁。

<sup>1117</sup> 万鋒「以刑事法律援助制度為視角——論實現新刑訴法中面臨的困境及對策」法制博覽5号（2013年）15-16頁。

<sup>1118</sup> 2013年刑訴法は、「被疑者又は被告人の訴訟上の権利及びその他の合法的権益を守ることである」と改正し、被疑者・被告人の訴訟上の権利を守ることを追加規定した。

### (3) 実務における被疑者の弁護権の形骸化

前述した通り、1997年刑訴法は、検察が事件の起訴審査を開始した日から、弁護人は被疑者と接見及び通信することができること（第36条第1項）、捜査機関による第1回の取調べの後、又は強制措置をされた日から、弁護人は拘束中の被疑者と接見することができることを規定した（第96条第2項）。しかし、起訴審査前の接見には、捜査官が立会うことを認め、国家機密にかかわる事件の被疑者と弁護人の接見は捜査機関の許可が必要であると規定した（第96条第2項）。したがって、実際に、被疑者と弁護人との接見交通権はほとんど保障されず、「接見難」という現実的な問題が顕在化していた。

「接見難」の問題は、特に起訴審査前の捜査段階において深刻であった。普通の事件であっても、弁護人の接見申出に対し、「国家機密にかかわる事件」、「捜査に支障がある」、「係の者の不在」、「上司の許可が必要」、「上司の不在」等の理由で、若しくは一切理由もなく、接見を許可しないことが一般化していた<sup>1119</sup>。また、1998年1月に制定された「刑事訴訟法の実施における問題に関する規定」において、弁護人の接見の申出があった場合、48時間以内に手配しなければならないという規定があるにもかかわらず、接見の許可から接見の手配まで3日以上かかる場合が多かった。そして、接見ができたとしても、接見時間が30分以内に制限され<sup>1120</sup>、さらには、捜査官の立会いあるいは録音・録画による接見状況の監視などの厳しい制約を課していた<sup>1121</sup>。

起訴審査の段階においては、起訴審査前の捜査段階より、「接見難」という問題が緩和されていたが、事件に関するあらゆる証拠がすでに捜査側に収集されているため、被疑者との接見ができたとしても、被疑者の訴訟活動には役立つことがなかった。

捜査段階における弁護権の保障を形骸化させたもう1つの原因は、「弁護士偽証罪」の存在である。捜査段階に、被疑者の無罪証拠を収集するために熱心に活動していた弁護士が、「弁護士偽証罪」で刑罰を受けるという事案がしばしば発生していた<sup>1122</sup>ことから、弁護士たちは被疑者の利益となる証拠の収集に消極的であった。

## 2. 2013年刑訴法の改善点

### (1) 起訴審査前の捜査段階における被疑者の弁護人選任権の明文化

2013年刑事訴訟法は、旧刑事訴訟法33条1項の「被疑者は、案件が起訴審査に移送さ

<sup>1119</sup> 汪健成「沈黙権配套機制研究」宋榮輝他編『京師刑事訴訟法論業第一卷』（北京師範大学出版集団、2010年）80頁。また、房保国「律師会见難的現状出路」（北京大学法律信息网、2003年）[http://article.chinalawinfo.com/Article\\_Detail.asp?ArticleID=24061](http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=24061)によれば、捜査機関が接見を拒否する理由として、「捜査に支障がある」、「係りの者の不在」、「リーダーの許可が必要」、「リーダーの不在」、「2、3日後に接見を手配する」等が挙げられる。

<sup>1120</sup> 房保国・前掲注（1119）。

<sup>1121</sup> 2004年2月に公布された「刑事訴訟における弁護士法に基づく職務遂行の保障に関する規定」は、弁護人と被疑者の接見時、検察は立ち会わない旨の規定を制定した。

<sup>1122</sup> 統計によれば、弁護士偽証罪の刑罰を受けた5割以上の弁護士は、弁護士の通常の職務を果たしただけで刑罰を受けることとなったとする。

れた日から、弁護人を選任することができる」という規定を改正し、同条同項において「被疑者は、捜査機関による第1回の取調べの日又は強制措置が行われた日から、弁護人を依頼する権利を有する。捜査の期間においては、弁護士のみを弁護人として依頼することができる。被告人はいつでも弁護人を依頼することができる<sup>1123</sup>」と規定し、起訴審査前の捜査段階における被疑者の弁護人選任権を明確にした。

前述した通り、2013年刑事訴訟法以前は、起訴審査前の弁護士は弁護人たる地位が与えられず、その地位は不明確であった。これは、実務上弁護士の活動が制限されるといった形で問題となっていたため、今回の改正にあたって、「被疑者・被告人は刑事手続のあらゆる段階において弁護権を保障されるべきであって、旧刑事訴訟法の『法的援助を提供する弁護士』に『弁護人』の地位を与えるべきである」という改正提案が殺到した<sup>1124</sup>。このような提案に応じて、立法者らは捜査段階の弁護人の地位を明らかにし、弁護人の役割を十分に発揮させるべく、33条1項について改正を行ったのである<sup>1125</sup>。

刑事手続の中で最も人権侵害の危険性が高い時期である捜査段階で、「弁護人」たる弁護士の関与を認めなければ、被疑者の弁護権は形式的なものにとどまり、刑事訴訟法において弁護制度を導入した意味がなくなる。特に中国においては、起訴審査前の捜査は主として、強大な権力<sup>1126</sup>を有する国家機関である警察によって行われるため、より一層、捜査段階における弁護権の保障が求められるとあってよい。

## (2) 接見交通について

以前から、捜査機関は、被疑者を弁護人と接見させれば、犯罪捜査に支障が生じると認識していたため、たとえ弁護人の選任はできたとしても、接見要求はしばしば捜査機関に無視され、實際上弁護人との接見は困難な状況にあった<sup>1127</sup>。そして、接見の場合において、大多数の地区では捜査官による立会という「監視」がなされていたのである<sup>1128</sup>。このような「監視」の下、被疑者は弁護人から、捜査官と対抗して自己の防御に資する助言

<sup>1123</sup> 2013年刑事訴訟法33条2項「捜査機関は、最初の取調べ又は強制措置をとるとき、被疑者に弁護人を選任する権利があることを告知しなければならない。人民検察院は案件書類が起訴審査に移送された日から三日以内に被疑者に弁護人を選任する権利があることを告知しなければならない。人民法院は案件を受理してから三日以内に、被告人に弁護人を選任する権利があることを告知しなければならない。被疑者・被告人が、拘禁期間中に弁護人の選任を求める場合、人民法院、人民検察院、公安機関は速やかにその要求を伝えなければならない」。3項「被疑者・被告人が拘禁されている場合、その保護者、近親族が代わりに弁護人を選任することができる。」4項「弁護人は被疑者・被告人の依頼を受けた後、速やかに案件の処理に当たる機関に知らせなければならない」。

<sup>1124</sup> 郎勝・前掲注(1093)81頁。

<sup>1125</sup> 郎勝・前掲注(1093)81-82頁。

<sup>1126</sup> 中国において、捜査機関である警察と検察は強大な権力をもっている。逮捕について、警察は、裁判所または検察官の命令・許可を必要とすることなく、独自の判断により逮捕権限を行使することが可能である。そして、勾留は、警察の勾留請求を受けて、検察が許可・不許可の判断をし、許可した場合、警察は被疑者を引続き警察の留置場に拘束し続けたまま、捜査を続行する。

<sup>1127</sup> この点は、中国刑事弁護制度の実務上の最も深刻な問題として、「会見難」(日本語の『接見難』)と呼ばれてきた。

<sup>1128</sup> 房保国・前掲注(1119)論文によれば、弁護士と被疑者の接見時、事件の内容に触れると、「接見時間を超過した」、「供述の口裏を合わせたり、供述を翻すよう唆した」などとして接見の中止を余儀なくされる場合も日常茶飯事であった。

はもとより、自己の正当な権利を保護するための助言も十分に受けることができなかつたのである。

今回の改正において、旧刑事訴訟法第 36 条の、弁護人は事件が起訴審査に移送された日から、また人民法院に受理された日から被疑者・被告人と接見し、通信することができる旨の規定を改正し、新刑事訴訟法第 37 条第 1 項において、「弁護士である弁護人は、拘禁されている被疑者又は被告人と接見し、交通することができる。弁護士以外の弁護人も、裁判所又は検察の許可を経て、拘禁されている被疑者又は被告人と接見し、交通することができる」と規定した。また、第 2 項において、「弁護士である弁護人が、弁護士の身分証明書、弁護士事務所の証明書及び依頼書又は法律援助機構の公文書を持参して拘禁されている被疑者又は被告人との接見を求めたときは、留置場の職員は、速やかにその接見を手配しなければならない、遅くとも 48 時間を超えてはならない」と規定し<sup>1129</sup>、第 4 項において、「……弁護士による被疑者又は被告人との接見は、監視されない」と規定し<sup>1130</sup>、弁護人と被疑者・被告人の接見交通権を強化し、明確化した<sup>1131</sup>。これらの条文は、起訴審査に移送する前の捜査段階において、弁護士に「弁護人」としての明確な法的地位を与えた新刑事訴訟法第 33 条と相まって、従来の弁護実務における「接見難」という問題を解消していくことが期待される。

### (3) 権利告知について

2013 年刑訴法は、1997 年刑訴法第 33 条第 2 項の前段に、「捜査機関は、第 1 回の取調べ又は強制措置を行うに際して、被疑者に弁護人を依頼する権利を告知しなければならない」という条文を新たに規定し、中国刑訴法歴史上初めて弁護権の告知を明文化した。

## 3. 中国における公的弁護制度

日本における国選弁護制度と類似する制度として、中国には、法律扶助制度及び国選弁護制度を含む「刑事法律援助」という制度がある。同制度は、主に資力のない被疑者・被告人に対して、国がその費用を負担し、法的援助を提供する制度である。したがって、本稿においては、中国の法律援助制度を公的弁護制度と定義する。

<sup>1129</sup> 1997 年刑訴法第 96 条第 2 項では、弁護人が被疑者と接見するためには、捜査機関の許可が必要であると規定していた。これに対し、2013 年刑訴法は「弁護士の身分証明書、弁護士事務所の証明書及び依頼書又は法律援助機構の公文書」を持参すれば、接見できると規定する。

<sup>1130</sup> 2013 年 1 月 1 日に施行された「公安機関の刑事事件処理の手續に関する規定」によれば、「監聴」とは、あらゆる技術手段による監聴と捜査官の立会いを意味する。

<sup>1131</sup> 2013 年刑事訴訟法 37 条 2 項「弁護士である弁護人が弁護士業務証書、弁護士事務所の証明及び選任書または法律援助の公文書をもって拘禁中の被疑者・被告人との接見を請求する場合、留置場（看守所）は速やかに接見を手配しなければならない、遅くとも 48 時間を超過してはならない。」3 項「国家の安全に危害を及ぼす犯罪、テロ活動犯罪、特に重大な賄賂犯罪がある事件においてのみ、捜査期間中に弁護人が拘禁中の被疑者と接見するときは、捜査機関の許可を受けなければならない。上述の事件において、捜査機関は事前に留置場に通知しなければならない。」4 項「弁護人が拘禁中の被疑者・被告人と接見する場合、事件と関わる状況を知ることができ、法的助言等を提供することができる。また、案件が起訴審査に移送された日から、被疑者・被告人に関わる証拠を確認することができる。弁護人と被疑者・被告人の接見は監視・傍聴されない。」

### (1) 公的弁護制度の歴史<sup>1132</sup>

中国における最も古い公的弁護制度の起源は、1910年の「大清刑事訴訟律草案」に遡ることができる。同草案は、「長期懲役を科される可能性のある被告人に弁護人が付いていない場合、公判を開始してはならない」と規定し、特定の被告人に無料の弁護を保障した。1922年に公布された「刑事訴訟条例」は、「長期懲役を科される可能性のある被告人が弁護人を選任しなかった場合、又は選任された弁護人が出廷しなかった場合、裁判官は被告人に弁護人を指定しなければならない」という条文を定めた。中華人民共和国成立後から文化大革命の終結まで、弁護人による弁護はすべて禁止されることになり、建国後初めて施行された1979年刑訴法において再び保障されるようになった。1979年刑訴法第27条において、「公訴員が出廷した公訴事件において、被告人が盲、聾、啞、又は未成年者であり弁護人を選任していない場合に、裁判所はその者のために弁護人を指定することができる」と規定し、盲、聾、啞の者及び未成年者を対象とする国選弁護制度を確立した。さらに1997年刑訴法においては、その対象範囲を拡大した<sup>1133</sup>。すなわち、1979年法に規定された2種類の被告人のほかに、経済的な困難又はその他の理由で弁護人を依頼していない場合（第34条第1項）、死刑を科せられる可能性がある場合（第34条第2項）を追加規定した<sup>1134</sup>。

以上の国選弁護に関する規定は、その対象を公判段階における特殊な被告人に限定したものであり、捜査段階における被疑者に及ばなかった。それは、中国の刑事手続における被疑者の主体性の没却や捜査手続の適正さを重視しなかったことと直接に関連するであろう。

2003年7月に公布された「法律援助条例」は、従来被告人に限定されていた法律援助制度を被疑者に対しても保障するものとした。すなわち、国家の法律援助（公的弁護）について、政府（国家）がその責任を負うとし（第3条）、刑事訴訟法が被告人のみに法律援助を保障していることに対し、被疑者に対しても、経済的に困難な場合に、国家の法律援助を受けることができる旨を規定した（第11条第1項）。その後2005年9月に、最高人民法院、最高人民検察院、公安部（警察の上級機関）が公布した「刑事訴訟における法律援助業務に関する規定」は、被告人のみならず、経済的に困難な被疑者も弁護士による法律援助を申請することができる旨定め、また、捜査機関は、第1回目の被疑者取調べ中に、その旨を告知しなければならないことを規定した（第3条）。しかし、刑事弁護にかかわる弁護士が不足していたため、この制度は十分に活かされていなかった<sup>1135</sup>。

<sup>1132</sup> 中国における法律援助制度の詳しい発展過程については、顧永忠「中国刑事法律援助制度発展研究報告（1949-2011）」（2013年7月に公表）を参照することができる。刑事法援網ウェブサイト <http://www.criminallegalaid.org/a/yj/shuju/diaoyanbaogao/201307/3999.html>.

<sup>1133</sup> 張曙・方方「論我国刑事法律援助制度的完善」法学雑誌2号（2003年）59頁以下。

<sup>1134</sup> 蘭采杰・胡珉瑞「歴史と比較視野中的刑事法律援助——兼論『刑事訴訟法』修改的進歩与局限」浙江社会科学11号（2012年）56頁。

<sup>1135</sup> 鄒国祥「論刑事法律援助制度的完善」法学雑誌11号（2009年）113頁；李鈺・張鵬飛「論刑事法律

## (2) 2013 年刑事訴訟法における改善点

### i. 国選弁護の対象者の増加

2013 年刑事訴訟法は、国選弁護を受けられる対象範囲を拡大した。具体的には、第 34 条において、従来は盲、聾、啞又は未成年者、経済的に貧困な者、死刑を科せられる可能性のある者の他に、自らの行為を弁識し若しくは制御する能力を完全には喪失していない精神障害者、無期懲役を科せられる可能性のある者をその対象範囲に入れた<sup>1136</sup>。

### ii. 被疑者の公的弁護の保障

被疑者・被告人の弁護権をより一層保障するために、法律援助を受けられる時期を公判段階から公判前段階へと繰り上げた。すなわち、被告人に限らず、捜査段階の被疑者も法律援助を申請する主体及び法律援助の指定を受けられる主体として認められるようになった（第 34 条）。

### iii. 公的弁護制度の提供ルートの増加

被疑者に公的弁護を受ける権利を認めることは、被疑者の公的弁護の申請の受付及び公的弁護の指定の主体の多様性を要求する。従来は公的弁護の指定者は裁判官のみであったが、捜査段階の被疑者は裁判官との接点がないため、被疑者の公的弁護を判断・指定する者を警察・検察と定めた（第 34 条）。したがって、被疑者に公的弁護が必要か否かについては、警察・検察が判断し、指定することになっている。

## (3) 公的弁護制度の問題点

以上で述べたように、2013 年刑訴法第 34 条は被疑者・被告人の弁護権の保障を大幅に強化した。同条文については、現段階において、無条件に全ての被疑者・被告人に公的弁護を提供することはできないが、公的弁護を必要とする被疑者・被告人の権利保障のために最大限の努力をした結果であるという積極的な評価がなされている。しかし他方で、問題点も少なからず指摘されている。その 1 つとして、弁護人選任権については、第 33 条第 2 項において、初回の取調べ中にその旨を告知しなければならないという規定があるが、公的弁護制度については、被疑者への告知義務に関する規定がないということが問題視されている。もう 1 つは、第 34 条によれば、被疑者が公的弁護を申請した場合、警察、検察、裁判官はその旨を法律援助機関に通知する義務があるとされているが、その義務を果

---

援助制度」中国司法 4 号（2013 年）22 頁。

<sup>1136</sup> 2013 年刑訴法第 34 条①被疑者又は被告人が経済的な困難又はその他の理由によって弁護人を依頼していないときは、本人及びその近親者は、法律援助機構に弁護人を申請することができる。法律援助機構は、法律援助の要件を満たす者について、弁護士を指定し、その者に弁護を担当させるものとする。②被疑者若しくは被告人が盲、聾若しくは啞であるか、又は自らの行為を弁識し若しくは制御する能力を完全には喪失していない精神障害者であって、弁護人を依頼していないときは、裁判所、検察及び警察は、法律援助機構に通知をし、その者のために弁護士を派遣させ、弁護を担当させなければならない。③被疑者又は被告人が死刑又は無期懲役を科せられる可能性のある者であって、弁護人を依頼していないときは、裁判所、検察及び警察は、法律援助機構に通知をし、その者のために弁護士を派遣させ、弁護活動をさせなければならない。

たさなかった場合の制裁についての規定は存在しない<sup>1137</sup>。そして、通知をしなかったことによって公的弁護を受けられなかった被疑者の救済方法に関する規定も存在しない。さらに、技術的な問題として、公的弁護の対象者に該当するかどうかの判断の困難性も指摘されている。例えば、被疑者が身体的・精神的障害者又は未成年者（被疑者が実際の年齢を供述しない場合）であるかどうかについては捜査官がその場で判断することが非常に困難である。このような場合には、司法鑑定を参照して判断することになりうるが、司法鑑定期間中に法的援助は与えられず、早期の援助が不可能となる問題がある。

最後に、公的弁護を申請してから弁護士の派遣までの期間が長過ぎるという問題がある。「刑事訴訟法律援助工作に関する規定」第7条、第8条によれば、身体拘束されている被疑者・被告人が法律援助を申請した場合、捜査機関は24時間以内に法律援助機関に通知し、3日以内に被疑者・被告人の法定代理人、近親族等に、公的弁護を受けるために必要な書類（障害者証明書、経済貧困証明書など）を法律援助機関に提出することを通知しなければならない。法律援助機関は、申請を受けた後、直ちに審査を行い、7日以内に公的弁護の可否について決定のうえ、3日以内に弁護人を派遣すべきである。初回の取調べ後直ちに法律援助を申請した場合、申請してから弁護人が派遣されるまで、14日を要し、その他の場合は14日以上かかる。また、一般刑事事件の被疑者が逮捕されてから勾留されるまでも14日を要する<sup>1138</sup>。したがって、一番早い段階で法律援助を申請したとしても、弁護人が付くのは勾留されてからとなりかねない。逮捕段階は捜査手続の中で最も人権侵害が起りやすく、弁護権の保障に対する必要性が非常に高い局面であることはいうまでもない。法律条文上は、初回の取調べ後から公的弁護が保障されているが、実際には、逮捕段階に公的弁護が実現することは困難であり、逮捕段階の公的弁護は形骸化していると言わざるを得ない。

### 3. 今後の課題

#### (1) 逮捕時点からの公的弁護の保障

前述した通り、被疑者は初回の被疑者取調べの後に、弁護人を選任することができる。また、逮捕された被疑者が公的弁護を申請してから、実際弁護人が付くまでは、通常一週間以上の時間を要する。

初回の被疑者取調べは被疑者の防御活動において最も重要な意義を有する。逮捕という急な出来事で心細くなった被疑者は、不慣れな雰囲気を取調室で、捜査官の脅迫や誘導に影響されやすくなる。そして、初回の取調べにおいて自白してしまった場合、たとえその後否認したとしても、それは後の起訴と公判において重要な証拠として取上げられること

<sup>1137</sup> 羅海敏「論無律師幫助被迫訴人之弱勢处境及改善」政法論壇6号（2014年）116頁。

<sup>1138</sup> 劉方權「中国需要什么樣的刑事法律援助制度」福建師範大學學報1号（2014年）4頁。

になる<sup>1139</sup>。したがって、逮捕の時点から、初回の取調べにおいて供述するか否か、供述する場合にいかなる事項について供述すべきか等についての適切な判断を可能にするためにも、弁護人の援助が必要である。逮捕時点からの私的弁護制度はもとより、公的弁護制度の実現は今後の重要な課題となるであろう。

### (2) 取調べへの弁護人の立会

取調べへの弁護人立会の意義については、前章において論じた。すなわち、弁護人立会は、取調べの適正さを確保し、供述を強制する取調室の雰囲気や和らげ、被疑者の供述の自由を保障することができる。さらに、取調べへの積極的な関与が認められる場合、捜査官の個々の質問をその場で正確に把握したうえで助言することが可能となり、被疑者の積極的な防御を援助することができる。

2012年に制定された中国弁護士会の刑事訴訟法改正案において、弁護権の実質化の一環として取調べへの弁護人立会権を提案したが、残念ながら、2013年刑訴法に制度化されなかった。その具体的な経緯については、弁護人立会制度の導入により、被疑者の供述獲得が困難になり、真相の解明が不可能になるという捜査側の抵抗、及び弁護士数が不十分である等の現実的な問題など、様々な理由が挙げられている<sup>1140</sup>。

### (3) 中国における当番弁護士制度

2006年9月に、国連と中国司法部の共同プロジェクトの一環として、中国河南省修武県において、初めて当番弁護士制度を導入した。具体的には、修武県内で弁護士を募集し、県の裁判所、警察署、看守所に「法律援助当番弁護士」事務室を設置し、被疑者・被告人に必要な法的援助を提供する制度である。2010年に、重慶市にも同制度が導入されることとなり、市内の捜査機関や裁判所に法律援助事務室が設置され、被疑者・被告人の法律相談等が無料で受けられるようになった。

以上のような実践からすれば、中国の当番弁護士制度とは、被疑者・被告人に法的援助を保障するために、捜査機関や看守所に法律援助事務室を設置し、当番の弁護士が身体拘束された被疑者・被告人の法律相談を受けたり、被疑者・被告人の弁護人を受任したりする制度であるといえよう。ただ、地方によっては、弁護士名簿だけを捜査機関に置き、必要な場合に連絡をとるといった形の運用もある。当番弁護士制度の下では、被疑者・被告人の経済的状況を審査することもなく、刑訴法上の公的弁護の対象者に該当するか否かについての審査も行わない。したがって、公的弁護の対象者の範囲が大いに広がることが予想されていた。しかし、実際に、当番弁護士の人数や経費が十分ではなく、当番弁護士制度

<sup>1139</sup> 初回の取調べ若しくは弁護人との接見前の自白の信用性は往々に高く評価されている。

<sup>1140</sup> 寧平「論我国抗弁式偵査訊問模式的構建論我国抗弁式偵査訊問模式的构建」浙江警察学院学報1号(2015年)；陳光中・汪海燕「偵査階段律師弁護問題研究——兼論修訂後的『律師法』實施問題」中国法学1号(2010)；屈新「論弁護律師在場權的確立」中国刑事法雜誌1号(2011年)；蔡国芹「偵査訊問犯罪嫌疑人的正当法律程序——以權利与權力的適度平衡為視角」河北法学1号(2008年)；夏紅「正当程序視角下偵査訊問程序改革」法学雜誌11号(2012年)。

の存在を知らない被疑者・被告人が多い等の問題があり<sup>1141</sup>、同制度は被疑者・被告人の弁護権の行使に積極的な役割を果たすことができなかった。

#### (4) その他

以上の問題の他に、2013年刑訴法に新たに規定された条文についても様々な問題点が指摘されている。例えば、第37条において、弁護人と被疑者・被告人との接見交通権が認められているが、弁護人が事件と関連する証拠を確認することができるのは起訴審査のために検察に移送された日からとなっているため、実際、捜査段階において弁護人の役割は改正前と大差がないということや、「国家の安全にかかわる犯罪等」について、具体的な罪名を明確化していないため、同規定を口実に接見禁止の範囲が広がる可能性が大きいこと、また、弁護人の接見請求の場合については規定されたが、被疑者・被告人が弁護人との接見を求める場合については規定がない等が指摘されている。そして、起訴審査前の弁護人の証拠収集権についての批判も示されている。すなわち、第36条に弁護人の権利を列挙してあるが、その中に証拠収集権は挙げられず、また、第41条において、弁護人の証拠収集要求の対象を検察又は裁判所に限定し、警察をその対象に入れなかったことは、起訴審査前の弁護人の証拠収集権を認めないことを意味する<sup>1142</sup>。

## 第5節 結論

1. 中国は奴隷社会及び帝政期を通じて、積極的な実体的真実主義、必罰主義に基づく犯罪統制を国家の至上の使命としてきた。したがって、被疑者・被告人の供述は判決に必要なものとされ、供述を獲得するための拷問が法律上認められていた。建国後30年余りの間、犯罪事実の的確かつ迅速な解明の必要性・重要性が一貫して強調され、被疑者・被告人の供述の追求及びそれに基づく刑事裁判は中国共産党の支配下で一層固められた。

1979年刑訴法は、「マルクス・レーニン主義」、「毛沢東思想」、「プロレタリア独裁」を指導思想と掲げ、実体的真実を徹底的に探求する積極的な職権主義的刑事司法の運用を促進した。その後の1997年刑訴法に、無罪推定原則、弁護権、拷問の禁止等の人権保障のための規定を導入したが、それらを実質化するための制度的保障が講じられなかったため、拷問による被疑者の供述の強要や弁護権の欠落などの現実的な問題に対する根本的な変革は行われなかった。

---

<sup>1141</sup> 実務において、法律援助事務室に当番弁護士が待機している場合であっても、捜査官は被疑者・被告人に無料の法的相談ができることを告知しない。

<sup>1142</sup> 2013年刑事訴訟法第41条①弁護士である弁護人は、証人又はその他の関係する組織体と個人の同意を得て、それらの者から当該事件に関する資料を収集することができる。また、検察又は裁判所が証拠を収集して取調べること及び裁判所が証人に対し証言するために出廷するよう通知することを申請することができる。②弁護士である弁護人は、検察又は裁判所の許可を受け、かつ、被害者若しくはその近親者又は被害者の指定する証人の同意を得て、それらの者から当該事件に関する資料を収集することができる。

以上のような経緯で、中国においては、積極的な職権主義に基づく、実体的真実主義を追求する取調べ中心主義の刑事手続構造が形成された。このような刑事手続構造の下では、真実解明に資するのであれば、手続の公正さが欠けても問題とならず、被疑者の諸権利の実質的保障に対する意識も希薄であった。しかし近年、多くの誤判冤罪事件の反省から、手続の適正さが実体的真実いかに重大な影響を及ぼすかについての認識が深まり、捜査段階における被疑者の黙秘権及び弁護権を主とする訴訟上の権利の重要性と必要性を理解し、取調べの適正化が図られるようになった。

しかし、取調べの適正化は、被疑者取調べを中心とする刑事手続の構造の変革と同時に実現すべき課題である。なぜなら、取調べ適正化の核心問題である黙秘権・弁護権の形骸化は、取調べ中心主義の刑事手続の必然的な帰結であるからである。捜査手続の適正化と刑事手続の公判中心主義化は表裏の課題であるといえよう。両課題の実現にあたっては、目標ないし基軸を設定することが重要であり、そのような目標若しくは基軸は、制度構築の指針となることから、両課題の実現の完成度の評価基準ともなりうるのである。

第2章で得られた結論の通り、取調べ適正化の基軸として、最も適合するのは黙秘権であるといえよう。これは被疑者の人権保障という直接的な意義のほか、黙秘権の間接的な、しかも重要な意義であると考えられる。

2. 2013年刑訴法は、2004年憲法の人権保障の規定を受け、第2条の刑事訴訟法の任務及び基本原則において、「人権を尊重し、保障する」という規定を追加し、自己負罪供述強要の禁止、被疑者の弁護権、違法収集証拠排除規則などを主とする人権保障に関する規定の改正を行った。同改正により、刑事訴訟法の当事者主義的傾向が強化されると同時に、刑事手続構造は重要な変革を遂げたといえよう。

第50条に、「拷問による自白の強要及び脅迫、誘引、欺瞞又はその他の違法な方法による証拠収集は、これを禁止する」という規定を追加したことは、被疑者の供述を非常に重視していた中国の刑事手続において画期的な出来事である。同規定は、単に拷問を禁止する規定ではなく、さらに、自己に不利益な供述を強要されない権利にとどまらず、いかなる供述も強要されない権利、すなわち供述の自由を保障するものである。中国が刑事手続の当事者主義化を目指すのであれば、同規定は、当然包括的な黙秘権を意味するものとして理解すべきであろう。しかし、第50条が包括的な黙秘権を確認したものであると一般的に認められたとしても、それが実質的に保障されない以上、単に刑事訴訟法上の条文にすぎないと言わざるを得ない。

前の各章において述べたように、被疑者の黙秘権は実質化されたからこそ意味のある権利となりうる。そして、同権利は単に条文上規定するだけでは足りず、それを実質化・実効化するための手続保障の構築を要する。イギリス、アメリカ及び日本の実務を参考にすれば、現在、被疑者の黙秘権の実質化に有効であると考えられる手続環境は、捜査と拘

禁が分離された中で、被疑者の弁護権（取調べへの立会権を含む）が実質的に保障され、取調べの適正さを事後的に検証できる取調べの録音・録画が実施されるというようなものであると考えられる。

以下において、このような手続環境の理想像に照らし、2013 年刑訴法における手続保障の到達点と限界をまとめる。

弁護権保障の強化については、捜査段階における弁護士の身分を明確にしたのみならず、法律援助の範囲を拡大し、さらには実践の如何によるものの、実務における「接見難」や「資料閲覧難」等の問題も解決される兆しが見えてきたといえよう。しかし残念ながら、今回の改正においては、取調べに先立って弁護人と接見し、相談する権利や、取調べへの弁護人立会権は法制化されなかった。少なくとも 95%以上の被疑者が初回取調べにおいて自白をしまい、調書が公判で重要な証拠となる中国の刑事手続における現状からすれば、取調べ前に被疑者に対し、自己の意思に反して供述を強要されない権利やその法的意義等を説明することはとりわけ重要になる。また、現段階では実現が困難かもしれないが、黙秘権の保護的側面と防御的側面の両方を保障するための取調べへの弁護人立会権の立法化に向けた議論がこれから活発になるのではなかろうか。最後に、国選弁護による被疑者の人権保障については、今回の法律援助の拡大を皮切りに、将来、刑事弁護士数の上昇とともに、経済的に貧困な被疑者もその対象範囲に入れることや、さらに、国選弁護対象範囲内の被疑者に自ら弁護士を選択する権利を与えること等が検討されるべきであろう。

以上の弁護権の改正に対し、刑事手続のすべての段階で弁護権が保障されるようになったとする見方がある。しかし、第 33 条は、初回取調べの後、弁護人を選任することができるとしており、初回の取調べまでに、被疑者が弁護人の援助を受ける権利は認めていない<sup>1143</sup>。したがって、身体拘束された被疑者になるべく早い時期に弁護人の援助を与えることは被疑者の黙秘権を実質化するために重要な意義を有する。

取調べの録音・録画制度の導入は、従来の被疑者取調べにおける拷問等の違法な取調べを防止し、取調べの適正化を図るための重大な改革である。今後の運用により、無期懲役あるいは死刑が科される可能性のある事件や、その他の重大事件に限らず、すべての刑事事件の取調べにおいて実施されることが期待される。その他に、公判における取調べ録音・録画データの使用、犯罪検挙の効率性にもたらす影響及びその弊害への対応等の問題については、今後一層の解決が待たれる。

日本とは異なる法文化を持っているアメリカやイギリス等の国における取調べ録音・録画制度も、日本にとっては、その実施方法・ハードウェアの整備において学ぶ価値のあるものであるが、日本と同様、実体的真実主義の下、取調べと供述調書に強く依存し、取

<sup>1143</sup> 尹曉紅「獲得弁護権は被迫訴人的基本権利——对憲法第 125 条『獲得弁護』規定的法解釈」法学 3 号（2012 年）63 頁以下。

調べを自白獲得の場としてとらえてきた歴史を有する中国での録音・録画の実施状況は、同制度を導入して間もない日本にとって、犯罪統制と人権保障の均衡という点で、現実的な示唆を与えるであろう。共通する法文化を有する中国の捜査実務が、取調べの録音・録画の実施によっていかに変化するかを、今後の日本における録音・録画実務の進行と併せて注視し、互いに示唆を得ることは重要であると思われる。

中国の警察留置場制度（日本でいう代用監獄制度）の弊害については、今回の取調べの録音・録画の制度化の際に若干の検討が行われたが<sup>1144</sup>、今までの学界や実務の議論を見る限り、警察留置場制度が被疑者にもたらす各種の人権侵害、その中でも特に黙秘権を形骸化させる悪影響についての認識は依然として弱いといえよう<sup>1145</sup>。本稿の第4章で論じたように、日本の代用監獄制度は捜査と拘禁を結合させる媒介として機能し、「冤罪の温床」になっている。中国の留置場制度にも、取調べの可視化では完全に解消できない、被疑者の黙秘権を危うくする固有の問題が存在していることは否定できない。被疑者の黙秘権を実質的に保障し、冤罪を防止するためには、警察留置場制度を廃止し、捜査と拘禁の分離を実現すべきである。

今回の改正における、取調べにおける捜査官による自白の強要の問題、そしてそれに伴う冤罪事件の発生を背景とした、取調べの録音・録画制度の導入及び被疑者弁護制度の強化は、中国の刑事手続における適正手続の保障、とりわけ黙秘権の保障を切り開く道を示しているといえよう。これらが実際被疑者の黙秘権の実質的保障にどれだけの影響力を与えうるかは今後の動向を注意深く見守るほかない。

3. 上述した通り、刑訴法第50条は、被疑者の供述の自由を認めた上での黙秘権の明文化であると理解すべきである。それにもかかわらず、捜査側は、真実解明における被疑者供述の重要性・必要性を強調しつつ、刑訴法50条を根拠に被疑者の黙秘権を承認することに強い抵抗感を示している。また、50条が黙秘権の規定であると主張する一部の学者や弁護士も、『ありのままに答えなければならない』という条文を削除したとしても、それは、被疑者の取調べまで否定することではない。われわれは自白の強要に反対するが、被疑者の任意の供述及び自白を期待し、被疑者が供述する権利<sup>1146</sup>を保障すべきである」という見解<sup>1147</sup>を示している。中国においては、捜査側はもとより、黙秘権の主張者らも、

<sup>1144</sup> 方工「訊問犯罪嫌疑人除同步録音録像還缺少一方」

[http://www.legaldaily.com.cn/zmbm/content/2009-05/07/content\\_1088125.htm](http://www.legaldaily.com.cn/zmbm/content/2009-05/07/content_1088125.htm)。(最後閲覧日 2013年12月22日)。本論文において、著者は、全過程の録音・録画によって違法な取調べを防ぐことが可能となるが、逮捕から取調べまでの長い間、被疑者は捜査機関の支配下にあることから、取調べ開始前の供述強要は録音・録画によっても防ぐことができないため、取調べの際に、弁護人の立会いは不可欠であると主張した。

<sup>1145</sup> 捜査と拘禁の分離の必要性を否定する論者は少なくない。陳衛東「偵押分離不是看守所立法的現實需要」法制日報 2015年1月4日。<http://www.criminalprocedurelaw.cn/zh/node/1051>。

<sup>1146</sup> 中国の刑事司法関係者ら、特に捜査側は、被疑者が自白すれば刑が軽くなる等の理由を挙げて、供述することは被疑者の権利であると主張する。

<sup>1147</sup> 弁護士である顧永忠教授は、「中国刑事訴訟法改正草案に対する10個の改正提案」において、『ありのまま答えなければならない』という規定を削除すべきであると提案した。その修正理由は以下の通りである。第1に、「ありのままに答えなければならない」という条文は、改正案第49条「拷問によ

取調べに対して真実を述べるべきという道徳的義務を暗黙裏に肯定しているのである。このような認識の下であれば、現実の取調べの場面において、拷問・その他の違法な手段を用いることはなくとも、連日長時間の取調べを続ける中で、被疑者が口を開くまで「説得<sup>1148</sup>」することによって供述を得ようとする取調べ実務が形成され、それが正当化されるおそれがある。

今日の実務及び学界では、拷問・その他の違法な手段を用いることのない、長時間の執拗な説得に基づく取調べを問題視していない<sup>1149</sup>。もしくは、現段階においては、拷問等の違法な取調べの防止に必死であるため、長時間の取調べであるだけでも虚偽自白のおそれが生じることに関心が向いていないといえよう。しかし、現実には、違法な手段を伴わない長時間にわたる丁寧な取調べであっても、被疑者が虚偽自白に陥る可能性は十分に存在する。この点に関する認識がいかに重要であるかは、黙秘権が明文化されているにもかかわらず、実質的に保障されていない日本の取調べ実務から知ることができるであろう。

今後、身体拘束下における被疑者取調べは、たとえ拷問等の違法な取調べが行われず、丁寧に情理を尽くしたものであっても、それが長時間続くだけで、供述を強制する雰囲気を受容するものとなることを認識しなければならない。このような認識に基き、取調べ受忍義務を見直し、拷問の防止という取調べ適正化の初期段階を超え、真に被疑者の供述の

---

る自白の強要並びにその他の違法な手段による証拠収集を厳禁する。何人に対しても自己の有罪の証明を強要してはならない」という規定と相容れない。理論的にも実務的にも、自由を失い、身体拘束を受ける被疑者に「ありのままに答えなければならない」と要求することは、物理的強制と精神的強制の両方による圧力をかけて、捜査官の質問に強制的に答えさせることになる。第2に、「ありのままに答えなければならない」というのは、被疑者に対して捜査官の質問に強制的に回答させることを意味する。罪を認めるか否かにかかわらず、被疑者に自己の有罪あるいは無罪を立証する責任を負わせることになる。これは、改正草案第48条の検察機関が被告人の有罪を立証しなければならないという規定に反する。第3に、「ありのままに答えなければならない」という条文を削除することは、被疑者の取調べまでも否定することではない。われわれは自白の強要に反対するが、被疑者の任意による供述及び自白を期待し、その権利を保障すべきである。刑法改正案第8条はすでにこの精神を表している。そのために、第118条2項「捜査官は被疑者を取調べるとき、被疑者に、ありのままに供述すれば寛大な処理を受けるという規定について告知しなければならない」を存置すべきである。第4に、実務の状況から、捜査段階において犯罪被疑者が自発的に罪を認める場合と、一定の説得によって罪を認める場合が約70%ある。したがって、「ありのままに答えなければならない」という条文を削除することによって、被疑者が捜査官の質問に対して回答を拒否するとか、罪を認めないことを心配する必要はない。法律で黙秘権を確立した国々においても、被疑者が完全に黙秘を行うことはそれほど多くない。依然として70%の被疑者は捜査官の質問に回答し、自発的に罪を認めるであろう。第5に、「ありのままに答えなければならない」という条文は、捜査官に心理的作用をもたらし、自白獲得の意欲を強化させることになる。それは、自白を重視するあまりに、その他の証拠を軽視する傾向を助長し、違法な手段や拷問による自白を求めることになる。この条文を削除することによって、捜査官の捜査能力を向上させ、自白以外の証拠に捜査の重点を置くことになる。そうすれば、事件処理のマナーを高く守り、捜査と検挙の能力を一段と向上させて、犯罪の抑制、処罰を迅速に行うことができる。今年発生した故宮重大窃盗事件を例に挙げれば、警察は被疑者を検挙する前に、すでに多くの証拠を入手していた。これは、今後、わが国における刑事捜査のモデルと目標になるべきものである。人民論壇 <http://theory.rmlt.com.cn/2011/0917/25603.shtml>。

<sup>1148</sup> これまで中国で行われている議論を見る限り、「供述強要の手段」は、暴行、脅迫、誘導、飢餓、凍えさせる、長時間眠れないようにする等に限定されており、連日長時間の丁寧な取調べも供述の強要になるという点は認識されていないように思われる。この点については日本の取調べ実務を紹介することによって、中国においても問題意識を共有する必要がある。

<sup>1149</sup> 通説は、「拷問、脅迫、誘引、欺瞞等の違法な方法を用いない被疑者取調べは供述の強要にならない」という立場である。崔敏「沈黙権問題論綱——關於沈黙権与警察訊問権的考察与反思」陳光中主編『沈黙権問題研究——兼論如何遏制刑訊逼供』（人民公安出版社、2002年）17頁以下。

自由を尊重した取調べ適正化の徹底化を目指すべきである。

## 第6章 終章

本稿は、被告人の黙秘権の発展・保障過程を再検討し、被疑者の黙秘権の発展・保障過程を明らかにすることを踏まえ、日中両国の被疑者取調べにおける黙秘権の実質化について検討を行った。以下において、本稿の主な内容及び結論をまとめる。

何人も自己が刑事上の責任を問われるおそれがある事項については供述を強要されないということの意味する自己負罪拒否特権は、*Nemo tenetur* 法原則にその起源を有する。同原則は、12世紀の *ius commune* に由来するものとして、17世紀後半に、「何人も自らを告発する義務なし」という意味でのコモン・ロー裁判所における基本原則として発展した。そして、18世紀後半から19世紀前半における弁護人の援助の普及により、自己を告発する義務はないという原始的な特権から、応答又は証言する義務はないとする近代的な特権へと発展し、それにともない糾問的な裁判手続が当事者主義的な性格を持つようになった。しかし、この時期において、黙秘権は被告人が証拋方法となることを防止するための措置にすぎず、被告人の主体性が完全なる当事者の性格性を有するものとして認められていたわけではなかった。19世紀後半になると、被告人の証人適格が肯定され、被告人は、公判に消極的に参加せずに沈黙するか又は証言するかを選択する証言の自由が認められ、積極的に防御を行うことが可能となった。そして、証言台に立たない被告人に対する不利益推認については、不利益推認禁止という証人の特権を被告人にも完全に適用することにより、被告人の黙秘権を実質的に保障したのである。

以上のような黙秘権の発展は、黙秘権の実質的な保障、すなわち黙秘権の実質化によって、当事者対抗主義的な刑事手続の構造が形成され、その変革の中で実現したといえよう。この過程において、弁護人の援助は決定的な役割を果たした。弁護人の援助は、被告人が主体的に有効な防御活動を行い、訴追官との間の実質的な不平等性を解消するにあたって不可欠なものであり、被告人の証人適格の承認による証言の自由の確保は、訴訟の客体であった被告人の地位を主体的地位へと上げたのである。

イギリスの公判前手続において初めて保障されるようになった黙秘権告知制度は、被告人の黙秘権の成立を前提としている。第2章で述べたように、被疑者の黙秘権は、公判における被告人の黙秘権が形骸化することを防ぐためにも必須であったし、被疑者の人格及び取調べ手続における主体性を尊重する公判前手続にとっても必要なものであった。さらに、被疑者の黙秘権の実質化は、取調べの適正化や公判中心主義・当事者主義の刑事手続構造の形成においても重要なものである。

イギリスにおいては、職業警察の創立当初から現在に至るまで、裁判官準則や警察・刑事証拋法に基づき、被疑者に対する黙秘権告知がなされ、弁護権の保障や取調べの録音・録画制度の実施、取調べ時間の制限、捜査と拘禁の分離などにより、被疑者の黙秘権

が確実に保障されてきた。これに対し、アメリカにおいては、20 世紀中葉になるまで被疑者の黙秘権を正面から認めず、自白の任意性判断及び自白法則を用いることで、警察の被疑者取調べを規制し、被疑者の自由な意思に基づく供述を保護しようとしていたのである。このようなアプローチは、被疑者に対する供述の強制につながるような違法な取調べの抑止に積極的な影響を与えたことは間違いないが、供述の強制に対する明確な基準がないため、被疑者の供述の自由は捜査の必要性や任意性に関する判断基準の差違等によって相対化されてしまうおそれがあり、取調べの適正化には限界がある。

黙秘権は人間の尊厳にその根拠が求められる。それは憲法や刑事訴訟法によって確認されなくとも、人間であるだけで当然に有する権利であるといえる。したがって、被疑者の黙秘権はいかなる法律制度や法律の運用によっても制限されることがない絶対的な権利であるといえよう。黙秘権の実質化を取調べ適正化の基軸とすることの意義はまさに黙秘権のこのような性格にあるのであろう。

イギリスにおける PACE 及びアメリカにおける Miranda 判決は被疑者の黙秘権を実質化するために、一連の手続保障措置を講じた。何をもって被疑者の黙秘権が実質化されたといえるのかについて、筆者は、次のような条件が満たされることで、黙秘権は実質的に保障されることになると考える。①被疑者は、黙秘権を有すること及び黙秘権についての正確な知識を持った上で、自由な意思に基づき、自己の利益にとって最善の選択をすることができる。②被疑者が黙秘の意思を表明した場合若しくは何も言わず沈黙する場合、取調べを中止する。この時、いかなる説得も許されない。③被疑者が黙秘権を放棄し、供述する場合は、弁護人の立会が認められる。④被疑者は取調べ中にいつでも黙秘権を行使することができる。

イギリスに起源を有する黙秘権は、以上のような発展をイギリス及びアメリカにおいて遂げ、世界各国に定着していった。日本においては、戦後、当事者主義の導入や被疑者・被告人の主体性の確保に取組み、アメリカ合衆国憲法修正 5 条を受け、憲法及び刑事訴訟法に被疑者・被告人の黙秘権を規定した。しかし、日本の刑事手続における黙秘権は未だ実質化されているとは言い難い。被疑者に黙秘権の保障を与えることについて否定的な見解はないものの、真相解明を刑事手続の目的とし、捜査から公判までを被疑者取調べ及び供述調書に依拠している取調べ中心主義の刑事手続において、被疑者の黙秘権は実質的に保障されていない。

刑事訴訟法 198 条 1 項但書の反対解釈を根拠とする取調べ受忍義務は黙秘権の実質化を直接的に妨げる最大の原因である。このような実務の下で、身体拘束された被疑者は、黙秘したい場合であっても、自己の自由な意思で取調室から退去することが許されず、弁護人の立会がない孤立無援の状態、捜査官の熱心かつ長時間の説得を受けざるを得ない。被疑者は黙秘権を告知されたとしても、供述するまで取調べを受けなければならないとす

れば、黙秘権の実質的保障は不可能であろう。被疑者の自由な意思に基づく黙秘権の行使を尊重し、取調べ適正化を図るためには、取調べ受忍義務を明確に否定する取調べの運用を実施しなければならない。

取調べ受忍義務の否定を徹底した場合の被疑者取調べについては、次のような帰結が考えられる。第1に、初回取調べにおいて、被疑者に黙秘権を告知する。被疑者が黙秘する旨を表明した場合、取調べは中止しなければならない、いかなる説得も許されない。説得は取調べの継続に他ならず、供述の強要との区別もきわめて困難であるからである。第2に、被疑者の取調べ拒否権を侵害して獲得された自白の任意性は否定すべきである。第3に、取調べないしその予定は、接見指定の要件たる「捜査のため必要があるとき」に当たらない。

さらに、現状に鑑みれば、取調べ受忍義務を否定するだけでは不十分であり、黙秘権を実質化するための手続的保障措置を設けることが必要となる。現段階において、その手続的保障措置として、取調べの全過程の録音・録画と弁護人立会権が考えられる。

取調べの全過程の録音・録画は、取調べの透明性を高め、黙秘権を侵害する違法・不当な取調べを事前に防止することができ、それを事後的に検証できる根拠にもなりうる。しかし、全過程の録音・録画は、あくまで黙秘権が保障されたかどうかを事後的に検証するための手段であって、取調べに内在する強制的な雰囲気を払拭することや取調べ中に捜査官の個々の質問を吟味し、被疑者の防御にとって最も有利な助言をすること等は期待できない。これらに対して最も有効な手続保障は、取調べにおける弁護人の立会いである。弁護人の立会権が保障されて初めて、取調べ手続の糾問的性格が払拭され、黙秘権の侵害も未然に防止することが可能となる。黙秘権は、その権利が侵害されないところに大きな意味があると考えられる。

取調べに弁護人が立会ったとしても、不当な取調べ・自白の強要は必ずしも完全に排除できるといえないため、弁護人立会についても、その限界を認めなければならないのである。このように、弁護人立会権と取調べの録音・録画のそれぞれ限界を認識した上で、二重の保障措置を講じることで、黙秘権の全面的・実質的な保障は初めて可能となるということができよう。

中国の伝統的な刑事手続は、実体的真実を徹底的に探求する理念の下、必罰主義に基づき、犯罪統制を使命としてきた。刑事手続は糾問的性格が強いものであり、被疑者・被告人の供述（自白）が非常に重要視され、被疑者・被告人の供述強要による人権侵害が一般化されていた。戦前の日本における刑事手続は、歴史的な沿革により、中国の伝統的な刑事手続にきわめて類似する構造を有していた。しかし、日本においては、戦後、英米法における当事者主義を導入し、被疑者・被告人の人権及び主体性を確保するための規定を多く設けるようになった。黙秘権の明文化も、当事者主義化の一環として実現されたので

ある。中国においては、建国後、プロレタリア文化大革命や反革命運動が続き、実体的真実主義及び必罰主義が何度も確認されることとなり、被疑者・被告人の供述に強く依存する取調べ中心主義の刑事手続構造は強固なものとなりつつあった。しかし、このような傾向が緩和されるようになったきっかけが、1997年刑事訴訟法の施行である。1997年刑事訴訟法は、1979年刑事訴訟法を全面的に改正し、現代法における人権保障の規定を数多く設けたのである。さらに、1997年刑事訴訟法における人権保障の規定を改善し、捜査手続を糾問主義から弾劾主義へ、刑事手続を捜査中心主義から公判中心主義へという変革を図ったのが2013年刑事訴訟法の施行である。同法は、第50条において、被疑者・被告人の人権保障に最も密接にかかわる黙秘権を明文化したのである。同規定は、日本国憲法及び現行刑事訴訟法と比較して半世紀以上も遅れており、両国の法制定時の法的状況や社会環境は異なる点も多いであろう。しかし、それでもなお、日中両国における刑事訴訟法の発展過程にある程度の共通性を見出すことは可能であり、特に、日本の実務経験から示唆を得ることは、黙秘権を明文化して間もない中国にとって重要であると考えられる。

日本における黙秘権の実務運用を参考する前に、中国の刑事訴訟法における黙秘権及びそれに関連する条文の問題点を明らかにしておく必要がある。

中国の2013年刑事訴訟法は第50条において、「何人に対しても、自己の有罪を証明することを強要してはならない」という条文を追加規定した。同条文が黙秘権を規定するものであるかどうかについては賛否両論があるが、国際的な人権保障の基準と人権尊重という刑事訴訟法の基本的原則に沿って理解すれば、少なくとも被疑者が自己に不利益な供述を強要されない権利、すなわち自己負罪拒否特権を同条文が定めたと解釈するのが合理的であるように思われる。さらに、自己に不利益でない供述については供述の義務があると解される場合でも、いかなる事項が不利益な供述にあたるかについては、被疑者自身の判断によるべきであるから、自己負罪拒否特権はさらに一步進んで、被疑者・被告人の包括的黙秘権へと発展するのである。したがって、理論的に考えると、第50条の規定が被疑者・被告人の包括的黙秘権を認めたものであると理解することは可能であろう。

第50条を被疑者の黙秘権と解釈する以上、第118条の真実供述義務を第50条と調和するように解釈しなければならない。すなわち、被疑者・被告人は捜査官の質問に答えない権利があるが、もし答える場合には真実を供述すべきであると理解することが適当であろう。実務上の運用においては、取調べに先立ち、被疑者・被告人に対して供述するかどうかについて尋ね、供述する意思を示した場合、真実を供述する義務について告知するという方法が考えられる。

さらに、刑事訴訟法における黙秘権を実質化するために、黙秘権を規定する文言を「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」と修正し、黙秘権をより明確に規定する他、黙秘権告知規定を設けること及び供述の強要を招きやすい第118条を廃止することなど

を将来的な課題としなければならない。

日本における、被疑者の取調べ受忍義務を肯定する実務から示唆を得て、それに基づき、中国における被疑者取調べ実務における黙秘権の実質的保障を検討することが本稿の主たる目的である。

第50条が黙秘権を規定する条文であることが中国の実務家に一般的に受け入れられた場合、実際どのように被疑者取調べが行われるかについては想像に難くない。被疑者は黙秘権を有するため、拷問や違法な取調べ方法を用いる供述の強制はできない。さらに、被疑者は捜査官の質問に答えなくてもいい。しかし、捜査官は被疑者を取調べる権限を有しており、被疑者には取調べ受忍義務がある。したがって、身体拘束期間を通じて、被疑者取調べを行い、そこにおいて捜査官は被疑者が供述（自白）するように説得することが当然許されることになるだろう。

中国の多数の刑事訴訟法関係者は、現在、黙秘権の侵害及び虚偽自白の原因を拷問等の違法な被疑者取調べに限定している。すなわち、丁寧で情理を尽くした穏やかな取調べでも、それが長時間続くことで供述を強制する効果を伴うという日本の実務から明らかになった実情を認識していないのである。この問題を解決しないまま被疑者の黙秘権を明文化した場合、被疑者の黙秘権はおそらく形骸化される結果を免れえないであろう。2013年刑事訴訟法の施行により、被疑者取調べ中心主義であった刑事手続構造は公判中心主義へと転換していったが、それでも実体法上の構造や実務運用は被疑者・被告人の供述に強く依存している。被疑者の取調べ受忍義務の否定は、確かに、中国における現行の刑事手続には時期尚早であると言わざるを得ない。しかし、長時間にわたる被疑者取調べの危険性を十分に認識したうえで、取調べ受忍義務を肯定する実務においては、取調べの厳格な時間制限や休憩時間等を設ける等して、被疑者取調べを規制することが必要になるであろう。

第1章及び第2章の検討から明らかになったように、黙秘権の発展過程は、それ自体が権利の実質化の過程である。その過程から、特権は実質化されて初めて意味のある権利と評価されること及び特権は実質化されること自体を内在的に要求する権利であるということがいえよう。さらに、黙秘権の実質化は、職権主義から当事者主義へ、糾問主義から弾劾主義へ、取調べ中心主義から公判中心主義へ、という刑事手続の構造変革において決定的な役割を果たしたものである。

現在、日中両国の刑事手続において最も重大な課題は、被疑者供述に強く依存する取調べ中心主義の刑事手続構造を変革し、真の公判中心主義を実現することである。取調べの適正化と取調べ中心主義の刑事手続の構造改革は表裏の関係を有しているため、被疑者の供述に強く依存する刑事手続構造改革は、取調べの適正化の実現に大きく左右される。黙秘権は、取調べに最も密接に関連する被疑者の権利であり、被疑者の尊厳に由来する絶

対的・基本的な権利である。取調べの適正化の完成度は、被疑者の黙秘権が実質的に保障されているかどうかを検証することで正確に把握することができる。そのため、取調べの適正化は被疑者の黙秘権の実質化を基軸とすることが最も適切である。

黙秘権保障の実質化においては、黙秘権の本質的な権利内容を全面的に保障しなければならない。すなわち、黙秘権の実質化のための手続保障を構築するにあたり、黙秘権の消極的な防御権的側面と積極的な防御権的側面両方が生かされる手続的保障措施を考えなければならない。この点は現に両国において制度化されている取調べの録音・録画制度や接見交通権、公的弁護制度などを改善する際においても重要である。さらに、まだ実現されていないものの、黙秘権の実質化において不可欠な手続保障（とりわけ弁護人立会権）を構築する際にも、必ず充足しなければならない重要な指針となるといえる。

中国の 2013 年刑事訴訟法は、「人権保障」という基本原則の下で、刑事手続における被疑者・被告人の人権を尊重した条文を多く設けた。特に第 50 条における自己負罪拒否条項の確立は、被疑者・被告人の供述を重視してきた中国の刑事手続の歴史において画期的な出来事であるといえよう。また、取調べの録音・録画制度の導入や被疑者の弁護権の強化などもその歴史に足跡を残すことができるであろう。被疑者の黙秘権の実質化にかかわるこれらの制度においては、不備や欠陥が多く存在することは否定できないが、その一方で、捜査のあり方や刑事手続の構造を変えていくための第一歩として、大きな意味があることは確かである。

本稿は、中国における刑事手続構造全体に言及し、2013 年刑事訴訟法における被疑者の黙秘権の実質化に関する手続保障について検討したため、弁護権や違法収集証拠排除規則といった個々の制度に関する理論的な検討は不足している。さらに、中国における被疑者取調べの実態に関する調査や新たに施行された 2013 年刑事訴訟法の運用状況等についての調査も行っていない。今後は、刑事手続の発展過程を見守りつつ、これらの課題に取り組み、被疑者の黙秘権の実質化という最終目標を達成したい。