

2016 年度

博士学位申請論文 要旨

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

## 博士学位論文の要旨

本稿は、自己負罪拒否特権（いわゆる黙秘権）の全体的な発展過程に関する研究を踏まえ、権利の本質的な内容及び手続保障の発展過程を明らかにしたうえで、日本における被疑者の黙秘権を形骸化させる取調べ手続の問題点を分析する。そして、被疑者取調べ手続における黙秘権を実質化するための手続保障を検討することにより、中国の被疑者取調べ手続における黙秘権の実質化に必要とされる手続的保障を検討し、黙秘権の実質化を基軸とする取調べの適正化及び刑事手続構造改革の提案を試みるものである。

以下、本稿の概要をまとめる。

### 第1章 自己負罪拒否特権の発展過程

*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適用には関連性があるとはいえ、驚くほど異なる。すなわち、各時代における特権の提唱者は先代のもので当然に継承し、ある程度進展及び持続してきたが、特権に対する理解は時代によって大きな相違点がある。

12世紀の *ius commune* における *nemo tenetur* 原則は、宗教上の告白義務に関して、公の場で自分の罪を告白することの否定を意味しており、宗教的な自白義務を制限することを目的としていた。16世紀に入ると、*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た実務に抵抗する手段として発展した。*nemo tenetur* 原則は、そもそも、人々は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、ということ为保障するものとして適用されるようになった。17世紀前半には、星室裁判所や高等宗務官裁判所が廃止されるとともに、自己負罪拒否特権がコモン・ロー裁判所において認められ、17世紀後半に至ると、*nemo tenetur* 原則を引用した「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、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のである。しかし、特権は成立したものの、

被告人の供述は依然として重視され、訴追者及び裁判官の尋問にもさらされていた。特権は単なる法準則にすぎず、被告人の客体的地位及び糾問的な尋問手続を変えることができなかったのである。

18世紀末から19世紀前半にかけて、弁護人が登場したことにより、「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ると同時に、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へと転換していった。これによって、被告人の証拠方法・訴訟の客体的地位が弱体化し、当事者的地位及び訴訟の主体的地位が尊重されるようになったが、この時期の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、消極的な防御権としか考えられていなかった。したがって、被告人の主体性も今日のような完全な当事者的性格を有することができなかったのである。

被告人の証人適格を否定していたコモン・ロー裁判所が19世紀後半に被告人の証人適格を肯定すると、被告人は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た。また、黙秘権の消極的な防御的側面に加えて、積極的な防御的側面も肯定され、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、被告人の証人適格を認めると、被告人には証人としての供述義務が課せられ、さらには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。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、その前提として被告人の黙秘権が明文化されなければならない。しかし、黙秘権が認められたとしても、被告人は証言拒否による不利益推認を受ける虞がある。証言台に立たない被告人に対する不利益推認禁止が完全に適用されることで、被告人の黙秘権は初めて実質化されたのである。

特権に関する歴史の大部分は、ある原則から他の原則へ無意識のうちに変化している。各段階における特権は、その前の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されたものである。特権の発展過程は、それ自体が実質化の過程であり、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ことがいえよう。

特権の発展過程は刑事手続構造の変革過程である。被告人の供述に依存する糾問的な刑事手続は公正な裁判と言えず、冤罪を招く虞があり、弁護人の援助は、被告人及び訴追者との間にある実質的な不平等を解消し、有効な防御活動

を行う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は、訴訟の一方当事者としての被告人の主体的地位を完成させたといえる。

特権の発展史は、特権の実質化に伴い、被告人の主体性を確立する過程であり、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。

## 第2章 被疑者取調べにおける黙秘権の保障

第1章で検討したように、黙秘権はそもそも公判における被告人の権利として確立されたものであり、公判前手続における被疑者の権利ではなかった。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黙秘権告知制度(1848年のJervis' Act)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、被疑者の黙秘権独自の存在意義及び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章での検討に基づき、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、前者は後者の成立が前提であり、後者は前者の実質化が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過程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、治安判事の捜査権に付随していた警告義務(New York 1828年法)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。当時のアメリカにおける法制度の状況からすれば、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の確保に対する理解がイギリスほど深まらなかったといえる。

イギリスにおいては、職業警察が創立した当初の慣行や、後の裁判官準則及び警察・刑事証拠法において、被疑者に対する黙秘権告知義務の履行、弁護権

の実質化、取調べの録音・録画を中心とする手続保障の実施により、被疑者の黙秘権が着実に保障されてきた。これに対し、アメリカでは、20 世紀中葉になるまでの裁判例を見る限り、被疑者の黙秘権を正面から認めず、事情の総合説に基づく自白の任意性判断により被疑者取調べを規制し、被疑者の供述の任意性を確保しようとしていたのである。1964 年の *Miranda* 判決は、公判における証言の強制だけでなく、自己負罪的な質問に応じることを被疑者に強制するという警察の事実上の権限まで修正 5 条の射程を拡張し、州の被疑者取調べ手続にも適用されるとしたうえで、権利保障に向けて一連の予防的ルールを設けた。

イギリスは被疑者の黙秘権を基軸として、取調べ適正化を実現した。アメリカの実践と比較すれば、このようなアプローチは次のような意義がある。まず、被疑者の黙秘権は人間の尊厳に基づく絶対的な権利であり、取調べの重要性・必要性によって相対化されず、取調べ適正化の絶対的な基準となる。次に、被疑者の黙秘権を明確にすることは、訴訟における被疑者の主体的地位の確立を意味し、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、接見交通権や弁護士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、被疑者に対する黙秘権告知や弁護人の援助などについて明確に判示したことの意義は重大であるといえよう。

### 第 3 章 日本の刑事手続における黙秘権の発展

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、拷問は許容されていた。明治政府は明治 12 年に拷問を法律上全廃したが、治罪法及び明治刑事訴訟法において、捜査機関の被疑者取調べに関する手続規制は何も存在しなかったため、拷問を用いる運用は改善されず、取調べの糾問性は排除されなかった。その後の大正刑事訴訟法の下では、捜査機関の強制捜査権限が拡大・強化され、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。したがって、戦前の

刑事手続は、捜査段階で作成された調書や聴取書に依拠する、糾問主義的な檢察官司法となった。

日本における自己負罪拒否原則は、Boissonadeの「被告人は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」という提言に基づく明治初期の拷問廃止における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いる。さらに、大正刑訴法は、被告人訊問に関する規制は、檢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、被疑者・被告人に対する黙秘権告知を予審判事、檢察官、司法警察官に義務付けた。同規定によって、供述の自由の保障は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。

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。大正刑訴法は被疑者・被告人の供述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。被疑者の供述義務を否定したことは、被疑者が沈黙する権利を認めたという理解が学説上一般的になったが、法理論と現実の乖離が激しかったことから法理論としては紙上の存在にとどまり、被疑者は依然として供述することが期待され、証拠方法としての役割を果たさざるを得ないという実務を変えることができなかった。このように、大正刑訴法は、証拠方法としての被疑者の地位を否定したものの、供述の自由を被疑者の権利として明確に規定せず、よって被疑者の主体性も認めていなかったのである。

戦後、日本国憲法及び現行刑事訴訟法が制定されたことによって、被疑者・被告人の黙秘権は明文化されるに至った。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、旧刑訴法での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のほか、被疑者の黙秘権を実質的に保障するためには、新憲法及び新刑訴法において黙秘権を明文化する必要があるという認識が深まっていたことなどと密接に関連し、切実な社会的・法的必然性があったと思われる。

しかし、真相を解明する目的の下に、捜査から公判に至るまで被疑者取調べ及び供述調書に依拠するという旧法の運用が日本国憲法及び現行刑訴法施行

後にも引き続きなされている。このような取調べ中心主義の刑事手続構造は、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根本的な原因であるといえる。

#### 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

日本の現行刑事訴訟法は、戦前の糾問的な刑事手続を改善するため、当事者主義を導入し、被疑者・被告人の刑事手続上の権利規定を多く設けた。しかし、戦後における刑事手続は、真実を解明する目的の下、とりわけ捜査機関による被疑者取調べ及びその過程において作成された被疑者の供述調書に強く依存するという取調べ中心主義の構造を変えることができず、被疑者の黙秘権は実質化されなかった。

取調べ受忍義務を肯定する現行実務は、取調べ中心主義を支える柱であり、黙秘権の実質化を直接妨げる最大の原因となっている。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。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、供述するまで質問を受けなければならないとすれば、黙秘権の実質的な保障は不可能であろう。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に廃止すべきである。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に正面から向き合い、さらには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。

黙秘権を実質化するためには、手続的保障制度を設けなければならない。現段階においては、取調べの全過程の録音・録画及び弁護人立会権が手続的保障制度として論じられている。

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し、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りうる。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、録音・録画の対象事件を検察独自捜査事件及び裁判員裁判対象事件に限定しているが、すべ

ての被疑者の黙秘権を実質化するためには、全事件、全過程の録音・録画制度を実現すべきであり、例外事由は具体的にかつ特に厳格に規定すべきである。

しかし、全事件、全過程の録音・録画が実現されたとしても、実際の取調べにおいて被疑者が何らの圧迫もなく供述しているか否かは、必ずしも明らかにならない。取調べの録音・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、取調べに弁護人が立会うことである。弁護人の立会権が保障されることで、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。

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的保障は、被疑者取調べ手続における黙秘権の実質化のための保護措置であると同時に、黙秘権の実質化を基軸とした取調べ適正化（捜査の軽量化）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うることから、「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課題である。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ことができ、また、改革が成功したか否かを検証する際の評価基準となるといえよう。

## 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

中国の伝統的な刑事手続は、犯罪必罰主義に基づき、犯罪統制を使命としてきた。このような刑事手続の理念の下で、建国後の中国においては、犯罪事実の的確かつ速やかな解明を追求する実体的真実主義に基づく取調べ中心主義



の刑事手続構造が形成された。1979年刑訴法及び1997年刑訴法は、実体的真実を徹底的に探求し、真実の発見を人権の保障より優先していたことから、犯罪必罰主義が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な性質は変わらなかった。

2004年改正憲法における人権保障の規定を受け、2013年刑事訴訟法は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、犯罪統制と人権保障を同等に重視するという刑事訴訟理念を宣言した。また、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制度を設けた。しかし他方で、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いえよう。なお、被告人の有罪無罪の判断は、公判廷という形式的な外見を有するものの、実質的には被疑者の供述調書に依拠するという刑事手続構造も変わらなかった。

中国においては長い間、犯罪統制を優先的に考慮していたため、取調べの適正化に対する意識は希薄であった。訴訟における被疑者・被告人の主体的地位は認められず、訴訟上の権利もきわめて限定されていた。このような現実は、中国の被疑者取調べ手続における黙秘権の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暗示する。

1990年代から学界において議論されてきた黙秘権は、2013年刑訴法第50条の「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」という文言に反映されるようになった。同条項は、国際規約及び諸外国の憲法や刑事訴訟法に照らしていえば、自己負罪拒否特権を認めるものとして理解される。また、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ことから、同条項は包括的な黙秘権を確認するものと理解しうる。権利の明文化が権利の実質化や被疑者の主体性に対する積極的な意義に鑑みれば、第50条の文言を、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」と修正し、被疑者の権利として明確に規定すべきであろう。同時に、黙秘権の実質化における重要な制度的保障手段である黙秘権告知制度も設けるべきである。被疑者の黙秘権を前提とすれば、118条の真実供述義務の規定については、被疑者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

と解釈することが妥当であるが、同条は供述の強要を招く虞があるため、廃止すべきである。

2013年刑訴法は、121条において、死刑又は無期懲役を科す可能性のある事件又はその他の重大事件に対する全過程の録音・録画制度を設けた。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。対象事件については、「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。そして、将来的には全事件の取調べにおける録音・録画制度の実現が期待されるところである。

公的弁護制度による被疑者の人権保障については、2013年刑訴法における法律援助の拡大を皮切りに、将来、刑事弁護人を増加させるとともに、経済的に貧困な被疑者もその対象に入れることや、さらに、国選弁護の対象となる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。さらに、2013年刑訴法に導入されなかった弁護人立会権についても引き続き前向きに検討する必要がある。

今日の実務及び学界では、拷問又は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。取調べが拷問等の違法な手段を伴わず、丁寧で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の内在于なるものとなる可能性を認識しなければならない。このような認識の下で、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から発展し、被疑者の供述の自由が真に尊重される取調べに向けた適正化を図るべきであろう。

2014年10月、中国政府は、公判中心主義の実現という重大な改革指針を宣言した。公判中心主義の徹底化における根本的な課題は、被疑者取調べ及び供述調書の依存からの脱却ないし被疑者・被告人の諸権利の実質化を確保する取調べの適正化・捜査の軽量化の実現である。このような刑事手続の構造改革では、被疑者取調べ手続における黙秘権の実質化が有する基軸的な地位を生かさなければならない。