

黙秘権を勧めることは「不適切」弁護か？

村岡啓一 一橋大学教授

黙秘権が憲法上の保障(憲法38条)であることを知らなくても、「黙秘」という言葉は市民の誰もが知っている。そして、「黙秘」の結果として、事実のある部分が不明のままに終わることも知っている。しかし、人はなぜ黙秘するのかの背景事情や人間心理まで洞察している市民は少ない。法律に通じているはずの法曹にしても、憲法38条の条文は知っていても、黙秘権が正当化される根拠は何であるのか、言い換えれば、黙秘権がいかなる根源的な価値を守ろうとしているのかを正確に理解しているとはいえない。それもそのはずで、わが国では、誰もが黙秘権の意義についてきちんとした教育を受けたことがないのである。その結果、被疑者・被告人が積極的に黙秘権を行使した事件につき、本人のみならず弁護人も、その弁護戦術をめぐってさまざまな批判にさらされる。その批判は2つに大別される。1つは、刑事弁護人として行った「黙秘」の戦略的・戦術的な選択が、依頼者に対する誠実義務の履行の観点から正しいか否かという専門家判断に対する技術的な批判である。もう1つは、弁護人が黙秘権行使を依頼者に働きかけること、ないし本人の黙秘権行使を援護することが正当な弁護活動といえるかという弁護士のあり方に関わる倫理的な批判である。前者は依頼者－弁護士間の誠実義務の問題を本質とするから、批判者は依頼者自身あるいは依頼者の視点に立った評論家(弁護士を含む同じ法曹、学者など)である。これに対し後者の批判者は、検察官や裁判官のみならず、一般市民、マスコミ、被害者といった層にまで及ぶ。一般市民の感覚からすれば、黙秘権の保障それ自体が決して自明のことではなく、むしろ不条理(常識の逆転現象)に見えるために、批判の矛先は黙秘権を行使した当の本人にとどまらず、それを容

認する弁護人に対して向けられるのである。

本稿では、後者の倫理的な批判に対して、刑事弁護人としてどのように考えるべきかを検討する。弁護人が自信をもってこれらの批判に対してきちんと回答することは、一般市民に対して黙秘権保障の意義を教えるのと同じ効果をもたらすことになると思うからである。

黙秘権行使の「慫慂」を「不適切弁護」とする考え方

弁護人が依頼者である被疑者・被告人との間で黙秘権について協議する場合、同じ法的助言といっても、説得の程度の差によって次のような各態様がある。

- ①黙秘権があることを単に告知する。
- ②黙秘権の意義と法的効果を教示する。
- ③依頼者の求めに応じて黙秘権の行使を勧める。
- ④依頼者の反対の意思にかかわらず黙秘権の行使を指示する。

黙秘権の存在は法規上明らかであり、取調べに先立って黙秘権の告知が捜査官に義務づけられているのであるから、弁護人がそれを告知し、その具体的な権利の内容と効果につき教えることになら問題はない。「不適切弁護」とされる場合、弁護人による「慫慂」(しょうよう。国語辞典によると「すすめさそうこと」の意)という表現が用いられることが多いが、その意味するところは、弁護人が優越的な地位に立って、依頼者の真意は供述することにあるのにあえて黙秘を選択させた点にあると考えているようである。したがって、上記態様の④の場合に限らず、③の場合であっても、沈黙か供述かの選択を完全に依頼者の自由意思に委ねるのではなく、弁護士の積

極的な指導の結果、依頼者が最終的に黙秘権行使を選択した場合も「不適切な「懲憑」と判断されることになる。

さて、黙秘権行使の「懲憑」をこのように理解したうえで、「不適切弁護」という批判の論拠を整理してみると、おおよそ次のようになる。

- (1) 弁護人の真実義務を根拠とする批判
- (2) 被害者に対する説明責任を根拠とする批判
- (3) 被疑者・被告人の更生・社会復帰を根拠とする批判

(4) 被疑者・被告人の自己決定権の侵害を根拠とする批判

(1)の批判は最も古典的なもので、黙秘の結果、犯人と疑われている当事者の口から一切の説明がなされないため事案の真相解明に支障が生ずる点を問題視し、弁護人においても事案の真相解明のために協力すべきことを根拠とする。典型的には、捜査機関が被疑者・被告人による黙秘権の行使それ自体を捜査妨害と捉える伝統的な考え方に反映されている。しかし、今日では、捜査機関にとどまらず、事案の真相解明を求める社会的圧力が強まれば強まるほど、マスコミが一般市民の知る権利を強調して、弁護人の役割として依頼者を説得してでも黙秘を解かせ、真相解明に協力すべきことを主張する点に特徴がある²⁾。黙秘権を凌駕する価値を持つ理念として実体的真実主義が想定されており、弁護人も、実体的真実の発見に奉仕する「立場を変えた事実究明者」として位置づけられており、弁護人の真実義務が強調されることになる。

(2)の批判は被害者の立場からなされるもので、(1)の批判を被害者の視点から特化した一類型である。すなわち、近時の刑事訴訟における被害者の地位の復権を受けて、刑事訴訟を被害者対加害者のパラダイムで眺めることにより、弁護人の当事者性(本人の代理人的性格)を後退させ、独立の司法機関性を強調することによって、弁護人はむしろ積極的に依頼者の黙秘権行使をやめさせて事案の真相解明に努力するべきだと主張する³⁾。

(3)の批判は刑事政策的な観点からなされるもので、わが国の刑事司法の理念が犯罪者の社会復帰にあるとし、自白は「精神の浄化」をもたらす社会復帰

の前提になる被疑者・被告人の更生の証であるから、犯罪者の社会復帰のために尽力すべき責務を担っている弁護人も、黙秘権の行使ではなく自白を勧めるべきだと主張する。ここでも、弁護人は本人の代理人的性格よりも犯罪者の社会復帰を促進する司法機関の性格が強調されることになる。

(4)の批判は最近になって展開されているもので、上記の各批判が弁護人の真実義務ないし司法機関の性格を重視する立場からなされていたのに対し、弁護人の依頼者に対する誠実義務に依拠したうえで、弁護人の黙秘権行使の「懲憑」が被疑者・被告人の自己決定権を侵害するから誠実義務違反になると主張する点で異なる⁴⁾。したがって、最も新しい形の批判といえる。

以上の批判に適切に答えるためには、弁護人の地位をどのように理解するか(刑事弁護人の「本人の代理人性」を重視するのか、「独立の司法機関性」を重視するのか)、弁護人の誠実義務と真実義務の関係をどのように理解するのか等々の検討が不可欠であるが、この点については本誌22号(2000年)特集「刑事弁護の論理と倫理」で論じられているので、詳細はそちらに譲り、ここでは黙秘権の保障それ自体の意義を探ることから、上記批判に対する回答を用意してみよう。

黙秘権保障の意義

自己負罪拒否特権の正当化根拠

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。この憲法上の黙秘権の保障は、アメリカ合衆国憲法修正5条の自己負罪拒否特権「何人も、刑事事件において自己に不利益をもたらす証言を強制されることはない」に由来する。自己負罪拒否特権については、イギリスのCOMMON-LAWにおいて成立した概念が、植民地であったアメリカ合衆国に受け継がれて上記修正5条に結実したと一般に説明されるが、今日では、国際人権自由権規約14条3項(g)が、国家によって刑事上の罪に問われた者の最低限の保障として「自己に不利益な供述又は有罪の自白を強要されないこと」を規定しており、国際基準として認知されている。

では、なぜ、この特権が最も基本的な刑事上の権

利として認められているのだろうか？

国家が犯罪の嫌疑を受けた者に供述義務を課することに對し、自己負罪拒否特権がいかなる価値を保護しようとし、いかなる弊害を払拭しようとしたのかを判示したのがマーフィ判決⁵である。同判決が指摘する基本的な価値は以下の7項目である。

①犯罪の嫌疑を受けた者を三すくみの窮地(自己を告発するか、偽証するか、供述義務違反として法廷侮辱罪に問われるか)に陥れないこと

②糺問主義の刑事司法よりも弾劾主義の刑事司法を是とする志向

③自己負罪供述が非人道的な取扱いや権力の濫用によって引き出されるのではないかというおそれ

④国家の側に全面的な立証責任を課し、正当な理由が示されないかぎり個人の自由に干渉することを許さないとすることによって、国家と個人の公正な均衡を図るフェアプレイの観念

⑤個人の人格および私的領域に対する個人の権利の不可侵性を尊重すること

⑥自己負罪の供述に対する不信

⑦特権は時として真犯人の避難所になるが、しばしば無実の者の防護壁となることの認識

これら保護の対象とされた価値は、大別して「刑事訴訟の構造に由来する根拠」(②④⑥⑦)と「人間の尊厳に基づく根拠」(①③⑤)に分けられる。前者はアメリカ合衆国の刑事司法システムに依拠した根拠であるが、後者は刑事司法の構造如何を問わずに妥当する普遍的な根拠である。進退兩難からの解放、非人道的な取扱いを受けない自由の保障、そしてプライバシーの保護は、いずれも「人間の尊厳」から導かれる基本的な価値である。国家が被疑者・被告人に不利益な事実に関する供述義務を課することは、被疑者・被告人を前記のような進退兩難状態に置くことを意味し、事実上、国家による個人の内心への干渉を認める結果となるので、「人間の尊厳」という近代法原理を守るために自己負罪拒否特権が正当化されているのである。

このことの具体的な意味は、被疑者・被告人の自律性の尊重ということである。供述するか沈黙するかを選択の自由を刑事上の罪に問われた本人の自己決定に委ね、その結果として、国家の側に一定の

事実解明に支障が生じたとしてもその不利益を甘受するということである。ここから、黙秘権の承認それ自体がすでに実体的真実主義の譲歩を内包していることが理解できよう。したがって、黙秘権行使に対する実体的真実主義からの批判は黙秘権そのものの無理解を示すものでしかない⁶。

では、最も新しい自己決定権侵害を理由とする批判はどうか？

黙秘権保障の現代的意義

わが国憲法の基本原理のひとつに「個人の尊厳」がある。憲法31条から40条までの手続的保障権の中に「個人の尊厳」という表現は登場しないが、その前提に「個人の尊厳」の理念が存在することは疑いない。令状主義に基づく司法審査、黙秘権、身体拘束に対する代償的制度保障としての弁護人、防御目的の弁護人の援助を受ける権利の保障等はすべて、国家によって刑事上の罪に問われた者の「個人の尊厳」を守るための工夫であり、被疑者・被告人が国家と対峙する一方当事者として、自らが主体的に自己を防御することができるように政策的に配慮した結果であるからである。

そして今日、刑事訴訟における防御の主体が被疑者・被告人であることは、少なくとも理念的には承認されている。その法的な根拠は憲法13条と38条に求められる。すなわち、黙秘権の正当化根拠である「人間の尊厳」は憲法13条の「個人の尊厳」と重なるうえ、同じ条文から導かれるプライバシーの権利が自己情報のコントロール権として新たに定義し直され、ともに被疑者・被告人の自律性の承認を前提に自己決定権という性格を持っているからである。この意味で、黙秘権保障の現代的な意義は、自律的主体である被疑者・被告人の自己決定権にあると、いって差し支えない。したがって、防御の主体である被疑者・被告人が自らの意思に従って黙秘権を行使するにあたって、何人からも「合理的な理由」を求められるいわれはないし、ましてや、その理由を捜査機関に開示する必要などまったくない⁷。

問題は、黙秘権行使が優れて防御の方法、言い換えれば、弁護人による弁護の方法に関わるだけに、弁護人の専門家としての判断が依頼者自身の結末の有利

不利に直接影響を及ぼす点にある。結果的に、専門家の判断に基づく黙秘権の行使が、身体拘束の解放手続における不利益(黙秘を実質的理由とする勾留)や公判審理における事実認定上および量刑上の不利益に結びつくことがあり、事後的評価として、依頼者の利益にならなかったという批判を浴びることがある*。しかし、これは基本的に、依頼者—弁護人間の誠実義務の履行問題であり、当該依頼者が納得しているかぎり、国家から批判を受ける関係にはない。法務省が指摘した黙秘権の「恣意」をめぐる「不適切弁護」の事例(注*1参照)および弁護人の黙秘権行使の弁護戦術を非難した判決(注*8参照)は、いずれも、依頼者の利益の観点から弁護人の黙秘戦術の方針を論難するが、依頼者自身が納得して自らの防御方法として黙秘権を行使している以上、誠実義務違反の問題は生じないのであるから、批判する資格に欠けることになる。依頼者の利益の観点を装いながら、実は、国家機関としての真相解明が阻害されたことに対する実体的真実主義からの批判とみるべきものである。

とはいえ、依頼者の立場に立って弁護人のあり方を問い直す視点は正しい。依頼者に対する誠実義務の履行を問題にする場合でも、黙秘権行使の場面における被疑者・被告人の自律性を尊重しようとするれば、弁護人においていかに本人の主體的な自己決定を保障するかが問われることになる。最も新しい批判はまさにこの点に向けられている。

しかし、仮に依頼者本人の供述意思を弁護人が優越的地位に基づいて制圧して黙秘権を行使させた場合を想定しようとしても、やはり、この弁護人の対応を批判しうる者は当該依頼者自身であることに変わりはない。弁護士一般の依頼者に対する姿勢を、従来の「専門家に任せておけ」という一任型から依頼者の主體的な意思を尊重する伴走者型に変えていく必要があるのは間違いないが、依頼者の意思決定に不当な圧力を加えて黙秘権を行使させたとして国家機関から「不適切」の烙印を押される関係にはない。わが国の取調べ受忍義務を前提とした捜査実務において、依頼者本人が黙秘権を行使することは、弁護人の指示があればいつでもなしうると想定しうるほど生易しいものではない。被疑者・被告人が心の底から黙秘権の意義と効果を理解して自ら

の意思で実行するのでないかぎり、黙秘権を行使することはできないのである。したがって、最近の自己決定権侵害を理由とする批判も、理論としての問題点の指摘はともかく、現実問題として、国家の側から「不適切弁護」と評価されるいわれはないといわなければならない。

*1 法曹三者による「刑事被疑者弁護に関する意見交換会」第4回(1998年12月15日)において法務省が提出した「被疑者弁護をめぐる諸問題—検察の立場から:事例集」。丸島俊介「被疑者弁護に関する意見交換会第4回～第6回」本誌18号(1999年)116頁以下。

*2 日弁連第9回刑事弁護経験交流会報告集「弁護権の侵害をめぐる諸問題」(中部弁護士会連合会、2001年)4頁。

*3 一例として、城丸君事件の被害者の父親の発言を報じた北海道新聞2001年5月30日付記事および6月2日付関連コラム「今週の語録」。

*4 前注*1の意見交換会における法務省の見解。本誌18号117頁。

*5 Murphy v. Waterfront Commission of N.Y. Harbor, 378 U.S. 52 (1964)。

*6 「人間の尊厳」の理念を指摘するだけでは、当事者が黙秘権を行使する動機づけを説明したことにはならない。真犯人の黙秘の動機が「罪を免れるため」であるのに対し、無実の人の動機は多様である。一般に、普通の人でも取調べの強制的雰囲気の下では、その意思に反して誤った供述をする危険があるうえ、当該個人が重視する別の利益(友人、家族への配慮)を守るため、尋問に答えたくない、答えられない場合がありうる。一律に黙秘権を保障すると、無実の人を保護する一方で、真犯人が黙秘権によって罪を免れる場合をも包摂することになるが、法は、たとえ後者の弊害があっても前者の利益を守るためには、一律に黙秘権を保障するほうが有効と判断しているのである(前記マーフィ原則⑦)。真犯人が自己の罪を免れるために功利的に黙秘権を行使するのも、自律的主体としての自己決定であり、この場合をも「人間の尊厳」の尊重は射程に入れているのである。

*7 前注*1の意見交換会において、法務省は黙秘権行使には「特段の理由」ないし「合理的な理由」の存在が必要とされる趣旨を述べている(本誌18号118頁)。なお、座談会「弁護人の真実義務と誠実義務をめぐる」現代刑事法58号(2004年)16頁以下参照。

*8 前注*1の事例集に登載された黙秘権の恣意事例。判例として、東京高判平10・4・8判時1640号166頁、浦和地判平9・8・19判時1624号152頁、浦和地裁越谷支部判平9・1・21判時1599号155頁、東京高判平9・9・17判時1623号155頁、東京地判平6・12・16判時1562号141頁などがある。

(むらおか・けいいち)

