

被告人の自己負罪拒否特権の発展過程

—— 権利の実質化と刑事手続構造への影響という視点から ——

方 海 日[※]

- I はじめに——問題の所在と本稿の目的
- II 自己負罪拒否特権の成立
- III 現代的自己負罪拒否特権（いわゆる黙秘権）の確立
- IV 小括

I はじめに——問題の所在と本稿の目的

本研究は、被告人の自己負罪拒否特権の成立・発展過程を概観することによって、特権の内容が変容・発展する過程を把握したうえで、現代的な自己負罪拒否特権、すなわち黙秘権の本質的な内容を解明し、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ことを目的とする。

自己負罪拒否特権の発展過程を完全に理解することはそれ自体独自の価値のある研究である。それだけではなく、自己負罪拒否特権の発展過程に関する研究のより重要な意義は、それが今日の議論にも密接に関連するという点にある。すなわち、第1に、特権の成立・発展過程を理解することにより、現在の刑事司法制度に残存している欠陥を正確に理解することが一層容易になる。第2に、特権の成立・発展過程の研究を通じて、自己負罪拒否特権が必要とされた理論的・実務的背景を確認することができる。この作業は重要である。なぜなら、そのような確認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

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第16巻第3号 2017年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程修了

となるであろう。

しかし、特権の歴史を理解することは難しい。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、長年にわたり熱い議論を呼んできた。日本国憲法38条1項のモデルであるアメリカ連邦憲法修正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されている¹⁾。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、必ずしも意見が一致していない。たとえば、特権は12世紀のイギリス国王と教会の間の権力闘争を契機として成立したとする見解もあれば²⁾、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の手續（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より³⁾、コモン・ロー裁判所において確立したとする見解もある⁴⁾⁵⁾。また、このような見解に対し、Langbeinを代表とする学者たちは、特権は正しくは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續の発展のなかにその起源を有していたと主張する⁶⁾⁷⁾。

以上のような異なる見解は、それぞれの明確な理論的根拠や合理性を示している⁸⁾。自己負罪拒否特権の内容は時代とともに発展してきたものであるため、論者がそれぞれ独自の判断基準を用いて異なる評価を行うことは不思議ではないと

1) 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.

2) John H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* § 2251, at 317.

3) Leonard W. Levy, *The Origins of the Fifth Amendment* (1968), at 42.

4) Andrew L-T Choo, *The Privilege against Self-Incrimination and Criminal Justice*, Oxford and Portland, Oregon, at 2.

5) 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。

6) Andrew L-T Choo, *supra* note 4, at 8.

7) このような学説は、「修正説」と呼ばれている。伊藤・前掲注5）140頁。

8) 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。この研究書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。

いえよう。そこで、本稿は、自己負罪拒否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、特権の発展過程を概観することによって、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ことを試みる。

また、特権の歴史に関する先行研究の多数は、黙秘権の歴史を断片的に検討し、そのうえで確立時期について評価している。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*)」というべきである。そこで、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を断片的ではなく、総体的にレビューし、それに基づき、12世紀の *ius commune* における自己負罪拒否特権から20世紀の現代的な自己負罪拒否特権（いわゆる黙秘権）に至るまでの歴史を明らかにし、さらに、当事者対抗的刑事手続構造の確立及び被告人の主体性確保において黙秘権の実質化がどのような意義を有するのかを示す。

2 本稿の構成

本稿の構成は以下のとおりである。

まず、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(Ⅱ)。次に、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(Ⅲ)。具体的には、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し、そのうえで、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ということを示す(Ⅳ)。

3 用語について

本稿は、「自己負罪拒否特権」、「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（被告人以外の者）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をも保障する。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において広いといえよう。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、供述拒否権、黙秘権、沈黙の自由などの様々な用語が使われており、論者によってその内容も異なっているが、本稿は、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、現代的意味での被告人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とを区別することなく扱う。ただし、黙秘権の歴史を扱うときは、成立・発展過程における時々の権利内容を明確にするために、「自己負罪拒否特権」という言葉を用い、それ以外の場合には、明確に黙秘権から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る。

II 自己負罪拒否特権の成立

1 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を負わない（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を負わない」という意味である）と交互に用いられていた⁹⁾。この原則の起源については、古いキリスト教の聖書やユダヤ教

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

のタルムード法 (Talmudic law) に遡るとする主張があるが¹⁰⁾、正確な起源は不明である¹¹⁾。通説は、その直接的な起源は中世の *ius commune*¹²⁾ であるとする¹³⁾。*ius commune* は、被告人尋問における最も重要な制限として、自己に不利な供述の強制を禁止する原則を承認していた¹⁴⁾。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見方である¹⁵⁾。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、赦しを得るために、懺悔が必要であった。3、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(司教の前での耳打ちの)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ものではなく、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

10) このような原則は、Talmudic law に由来するが、現代の手続保障としての特権が Talmudic law に遡るとは言いがたく、また不可能であると思われる。

11) John D. Jackson, *supra* note 1, at 241.

12) *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 8, at 5; Cosmas Moisisdis, *Criminal Discovery: from truth to proof and back again*, 2008, at 11 を参照。

13) R. H. Helmholz, *supra* note 12. また、John D. Jackson, *supra* note 1, at 241 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」とする見解を示している。

14) R. H. Helmholz, *supra* note 13, at 5.

15) Alber W. Alschuler, *A Peculiar Privilege in Historical Perspective*, in Helmholz et al., *supra* note 8, at 185.

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た¹⁶⁾。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った。

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、政府の行き過ぎた情熱を助長することになりかねない¹⁷⁾。

第3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、自己の罪に関して本当のことを言わないという圧倒的な誘惑があるので、その誘惑は被告人をこのような窮地に追い込むからである¹⁸⁾¹⁹⁾。

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、刑事上の嫌疑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。ここにおける自己負罪拒否原則の役割は、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ものであった²⁰⁾。

2 17世紀までの発展及び権利の成立

(1) 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、被告人に自分の罪責について証明す

16) *Id.* at 186.

17) Philippa Jane Roles, *supra* note 9, at 8.

18) 1775年に、Lord Mansfieldは、裁判所は人間が嘘を言う誘惑に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。

19) Philippa Jane Roles, *supra* note 9, at 9.

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

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していた²¹⁾。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た²²⁾。このような実務の中で、自己負罪拒否特権のような保障が被告人にとって必要とされた。

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²³⁾。同法は、*canon law* の定める手続にしたがい、異端者を拘禁し、処罰する権限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²⁴⁾。この法律に基づき、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た²⁵⁾。

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²⁶⁾。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²⁷⁾。

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

21) Philippa Jane Roles, *supra* note 9, at 10.

22) *Id.*

23) *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。

24) この法律が制定されるまでについては、Levy, *supra* note 3, at 56-57.

25) John H. Wigmore, *supra* note 2, at 277.

26) Leonard W. Levy, *supra* note 3, 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。

27) 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.

ことができるが、もし異端信仰であれば、死刑により罰せられる、③宣誓の上で偽証をすることも死刑に処せられる。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²⁸⁾。

(2) 職権宣誓とそれに伴う糾問的な尋問手続²⁹⁾

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その他の拷問具も使用していた。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」³⁰⁾。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、星室裁判所は被告人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³¹⁾。

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

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

29) 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。

30) Glanville Williams = 庭山訳・前掲注 29) 38頁。

になった。すなわち、拷問の禁止と並んで、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³²⁾。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たのである³³⁾。

(3) 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³⁴⁾。また、Saint Jerman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、すなわち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³⁵⁾。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の防御を妨げるということを問題視したのではない³⁶⁾。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かった³⁷⁾。

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

31) 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。

32) Eben Moglen, *The Privilege in British North America: The Colonial Period to the Fifth Amendment*, in Helmholz et al, *supra* note 10, at 118-19; Alschuler *supra* note 15, at 99.

33) Alber W. Alschuler, *supra* note 15, at 191.

34) Leonard W. Levy, *supra* note 3, at 62-64.

35) Id, at 64-66; Maguire, *supra* note 26, at 209-211.

36) Leonard W. Levy, *supra* note 3, at 66.

37) 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。

に服従することを要求した³⁸⁾。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しう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、被告人たちは、主に *ius commune* は裁判官が職権宣誓のを開始することを禁止するという理由から、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³⁹⁾。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を職権宣誓に反対する理由としていた⁴⁰⁾。

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⁴¹⁾。John Lilburne の宣誓拒否の理由は、告発事実と密接な関係の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⁴²⁾。すなわち、Lilburne 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たわけではない⁴³⁾。

高等宗務官裁判所の実務に対する反対は、以下の理由によるものであった⁴⁴⁾。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、彼らを偽証するように誘引することと同じであるという点である⁴⁵⁾。しかし、高等宗務官裁判所の批判者たちが、宣誓した被告人が直面する道徳的なトリレンマに直面することについて異議を唱えたにもかかわらず、同趣旨の反対意見によってコ

38) Alber W. Alschuler, *supra* note 15, at 188-189.

39) *Id.* at 188.

40) 多田・前掲注 37) 9頁。

41) 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 2, § 2250, at 282-283; Leonard W. Levy, *supra* note 3, 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 巻 1 号 (1992 年) 160-180 頁参照。

42) Trial of John Lilburne, 3 St. Tr. 1315 (1637).

43) 多田・前掲注 37) 12 頁。

44) 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。

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ることはなかった⁴⁶⁾。

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・ローのより強い支持を獲得した。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の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⁴⁷⁾。その3つの条件とは、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の尋問にさらされない」⁴⁸⁾とする権利が強調され、このことが職権宣誓の廃止へと繋がったものといえる。

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が明確にされた。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へと発展した⁴⁹⁾。

1641年7月に、Charles I 世は、星室裁判所と高等宗務官裁判所を廃止すると

45) この時期に、被告人に宣誓の上で供述するように強制することに対する反対はかなり強いものであったため、*ius commune* は負罪の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。

46) Alber W. Alschuler, *supra* note 15, at 189.

47) *Id.*

48) *Id.*

ともに、刑事事件について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⁵⁰⁾。

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、この原則が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たこと、そして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年に遡るということは、間違いのない事実である⁵¹⁾。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た時期をもって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をもって特権の成立時期と評価したことは確かである。

(4) 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⁵²⁾。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、治安判事がその面前に引致さ

49) 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の質問に答えることを要求する前に明確な告発事実を提示することが期待されていた。Alber W. Alschuler, *supra* note 15, at 188-189.

50) Glanville Williams = 庭山訳・前掲注29) 59頁。

51) John D. Jackson and Sarah J. Summers, *supra* note 1, at 241; Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Institute (2006), at 341.

52) John H. Wigmore, *supra* note 2, § 2250, at 286-287.

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沈黙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を意味するにすぎなかった⁵³⁾。

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、当初の形態のように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、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⁵⁴⁾。

この段階に至って、被告人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ことができる⁵⁵⁾。

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った。そして 17 世紀後半までには、証人についても認められるようになった⁵⁶⁾。もっとも、しばらくの間、これは単なる法準則の 1 つに過ぎず、公判において、裁判官が被告人を糾問的に尋問するという裁判実務は、1700 年代初頭まで続けられた⁵⁷⁾。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の現代的形態」⁵⁸⁾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、自己負罪的証拠について包括的に認

53) Morgan, *The Privilege Against Self-Incrimination*, 34 MINN. L. REV. 1, 18 (1949).

54) 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 3, at 288-312.

55) Leonard W. Levy, *supra* note 3, at 450.

56) John H. Wigmore, *supra* note 2, § 2250, at 289-290.

57) *Id.* at 291.

58) *Id.* at 269.

められるようになった。このことは、被告人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⁵⁹⁾。

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⁶⁰⁾。したがって、彼が執筆した証拠法の論文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的文脈を見落とし、有名な「見せ掛け裁判 (show trials)」に過度に集中した⁶¹⁾。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。このような評価である⁶²⁾。

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。

3 18世紀から19世紀初期——弁護人の登場

(1) 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ことに注目した。

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、

59) 多田・前掲注37) 13頁。

60) 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。

61) LevyはHelmholzの批判に反駁する論文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。

62) R. H. Helmholz, supra note 12, at 5.

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した。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した⁶³⁾。

Langbein は、論文⁶⁴⁾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いて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に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」⁶⁵⁾と指摘し、Wigmore 及び Levy と異なる見解を示した。

この見解を論証するために、Langbein は、18 世紀終わり頃⁶⁶⁾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、前者を「被告人供述 (accused speaks)」型裁判として、後者を「訴追検証 (testing prosecution)」型裁判として類型化した⁶⁷⁾。すなわち、16 世紀中葉から 18 世紀後期にかけてのコモン・ロー刑事手続において、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

63) John H. Langbein, The Privilege and Common Law Criminal Procedure: The Sixteenth to the Eighteenth Centuries, in Helmholz et al., *supra* note 8, at 97-100.

64) *Id.* at 82.

65) *Id.*

66) Langbein の研究の対象である Old Bailey の裁判で、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.

67) John H. Langbein, *supra* note 63, at 83.

いうのである⁶⁸⁾。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した⁶⁹⁾。これに対して、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というのである⁷⁰⁾。

また、Langbeinは、裁判の目的に関する18世紀後期まで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ると指摘した。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か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かったというのである⁷¹⁾。さらに、Langbein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殺的な意味をもつ権利を主張した形跡はなかったとする⁷²⁾。このような理由から、Langbein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、防御するということは、自ら告発事実の詳細に対して応答するというだけでしかなかった。弁護人の関与があつてこそ、『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」⁷³⁾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るとされるためには、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圧迫することによって、近代初期のコモン・ロー刑事手続は、代理人に

68) Id. at 82.

69) Id. at 83.

70) Id.

71) Id. at 83.

72) Id.

73) Id.

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ともに、このような効果をもたらす一連のルールと実務が、近代初期のコモン・ロー刑事裁判手続の基礎を固めていた⁷⁴⁾と指摘した。その後、Langbein 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明らかにした。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、重罪について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⁷⁵⁾。弁護人を禁止することを正当化する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 から 17 世紀の多くの政治事件に関する裁判において、裁判官はほとんど被告人の利益を保護していなかった。1701 年に至るまで、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」と指摘した⁷⁶⁾。

非政治的犯罪に関する裁判においては、弁護人と訴追側代理人たる弁護士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。もっとも、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⁷⁷⁾。

すなわち、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ということに限られており、被告人の防御、

74) Id. at 83-84.

75) Id. at 84.

76) Id. at 84-85.

77) Id. at 85.

被告人の利益のために闘うという意味ではなかった⁷⁸⁾。裁判官に被告人の利益を保護す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置かれ、そのなかで自ら防御を行わなければならず、訴追側の質問に応答することを余儀なくされたのであった⁷⁹⁾。

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ように、有効に自己を防御することができる（すなわち、自分自身がいわば最良の弁護人である）からである」⁸⁰⁾。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」⁸¹⁾。Hawkins は、弁護人が被告人の代わりに弁論を行うことになると、このようなやり方での真実の発見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⁸²⁾。

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被告人自身の利益となるとするのは不合理であるとする反対意見を述べた⁸³⁾。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（被告人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

78) John M. Beattie, *Supra* note 66, at 223.

79) *Id.*

80) 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であろう。

81) *Id.*

82) *Id.*

83) Langbein, *supra* note 63, at 86.

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」⁸⁴⁾という一節を引用し、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なり、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⁸⁵⁾。したがって、「被告人に弁護人の援助を禁止する目的は、自己負罪拒否特権を保障する目的とは全く相反するものである」⁸⁶⁾とした。

③ 弁護人の役割の制限

18 世紀の中葉になると、被告人の弁護人を禁止する措置が裁判官により緩和されたが、その後でも、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、証人への主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⁸⁷⁾。

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、被告人に対し「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」と意見を述べたというのである⁸⁸⁾。

以上述べたように、弁護人が選任され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

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

85) Langbein, *supra* note 63, at 87.

86) Langbein, *supra* note 63, at 87.

87) *Id.*

88) *Id.* at 87-88.

いうことを伝えていたのである⁸⁹⁾。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対してまで、「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。Langbeinはこのように指摘した⁹⁰⁾。

18世紀までの刑事手続は、負罪証拠に対して被告人が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に向けられており、自ら供述することは、まさに被告人の義務であり、裁判が成立するための基礎であった⁹¹⁾。

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」⁹²⁾と主張した。

(2) その他の研究

R. H. Helmholtzは、WigmoreとLevyの研究が黙秘権の発展過程を正確に分析していなかったことを指摘したうえで、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しかない。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かったからである。このような状況の

89) Id. at 88.

90) Id.

91) Id.

92) Id.

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際上の帰結をもたらすにすぎなかったはずである⁹³⁾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 (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的可能性は法律上、実務上いずれにおいても関連している⁹⁴⁾と述べ、弁護権と黙秘権との関連性を指摘した。

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⁹⁵⁾、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⁹⁶⁾。Smith によれば、この立法化以前、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という明確な共通認識が存在した。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いう⁹⁷⁾。

Alschuler 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した。

93) Id.

94) Henry E. Smith, The Modern Privilege: Its Nineteenth-Century Origins, in Helmholz et al., *supra* note 8, at 163.

95) Id. at 163-164.

96) 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年により立法化された。

97) Henry E. Smith, *supra* note 94, at 164.

しかしながら、Alschuler によれば、改革論者が見出した救済方法は、黙秘する権利の主張ではなかった。改革論者は、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。そして、弁護権に関する議論の中で、黙秘することの利益・不利益の問題はつねにテーマとされ続けており、弁護人の援助を受ける権利における論争が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される⁹⁸⁾。

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ている。1836年に本格的に認められた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可能にした⁹⁹⁾。

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はなっておらず、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からである。したがって、もしこの時期に黙秘権が存在していたといえたとしても、それは消極的な権利にすぎなかったのである。

以上の Smith と Alschuler 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、弁護人の援助を受けることによって被告人は終始沈黙することが可能になったといえよう。

4 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、*ius commune* の中の *nemo tenetur* 原則の中に起源があったとする。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して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¹⁰⁰⁾。問題はその先である。

98) Alber W. Alschuler, *supra* note 15, at 198.

99) *Id.*

Wigmore と Levy によって代表される従来の伝統的な見解は、自己負罪拒否特権の起源を、高等宗務官裁判所及び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捉え、それを 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抗主義の発生にあると主張した。Langbein が示した異議の根拠は、主に以下の通りである。

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・ロー上の特権とが結び付けられた点にあると指摘した¹⁰¹⁾。イギリスの自己負罪拒否特権の基礎にあるこの Nemo tenetur 法諺は、ヨーロッパの伝統の中に淵源を有していたといえる¹⁰²⁾。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、英国教会との闘争の一部として理解された。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を開始し、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するようになったのか」なのである¹⁰³⁾。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に関する一連の属性は、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¹⁰⁴⁾。

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わっていないことが明らかになったとした¹⁰⁵⁾。さらに、たとえ 17 世紀に自

100) R. H. Helmholz, *supra* note 12, 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。

101) John H. Langbein, *supra* note 63, at 100.

102) *Id.*

103) *Id.* at 101.

104) *Id.* at 103.

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という点である」と指摘した¹⁰⁶⁾。

さらに、Langbein は、17 世紀の糾問的な公判前手続¹⁰⁷⁾は、「近代初期のイギリス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」としたのである¹⁰⁸⁾。

以上の理由に基づき、Langbein は従来の見解とは異なり、「コモン・ロー上のこの特権の『真の起源』は、18 世紀末の当事者対抗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するようになったか」、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 の見解を見るかぎり、彼自身も、Wigmore と 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。Langbein 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たかったというべきであろう¹⁰⁹⁾。

現に、近代初期の刑事手続の属性に関する Langbein の見解は、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ように思われる。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

105) Id. at 104.

106) Id. at 106.

107) 治安判事による公判前手続における被疑者尋問はかなり糾問的なものであり、拷問などの自白強要手段がしばしば許容されていた。

108) John H. Langbein, *supra* note 63, at 92.

109) Cosmas Moisidis, *Criminal Discovery: from truth to proof and back again*, Institute of Criminology (2008) at 11.

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ていたのに対し、それ以降の刑事手続は、当事者対抗主義の下、被告人に弁護権を保障することによって、被告人が終始沈黙することを現実的に可能とした。

ところが、実際のところ、Levy も Langbein の見解と同じ趣旨で、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を認めており、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、そのなかで発展したことを承認していた¹¹⁰⁾。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をも肯定していた¹¹¹⁾。

以上の分析によれば、特権の成立・発展について異なる説明を提供し、論争してきた 2 つの学説は、必ずしも互いに矛盾する見解ではないと考えられる。

両見解において、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起源について、何をもって「起源」とするかである。明らかに、両説の「起源」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もって「起源」としたのであり、Langbein は、その権利が実効性を有する権利となった時期をもって「起源」としたといえよう。

「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」¹¹²⁾とする見解もある。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されているとする学説があり¹¹³⁾、Wigmore 自身もこの点について明確な回答を示して

110) Leonard W. Levy, *supra* note 20, at 42.

111) Leonard W. Levy, *supra* note 3, at 376.

112) Philippa Jane Roles, *supra* note 9, at 55-56.

113) 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 109.

いない。しかし、Langbeinが自己負罪拒否特権と黙秘権とを性質の異なる権利として捉えているとはいえないように思われる¹¹⁴⁾。Langbeinは、特権の起源を論証する論文の全体にわたって「The Privilege against 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」¹¹⁵⁾としており、自己負罪拒否特権の保障範囲が拡張されたという見解も示していた。これらの点からすれば、WigmoreとLangbeinが論じている自己負罪拒否特権は全く同じ権利とはいえないにしても、一脈相通のものであると理解することができよう。

5 小括

12世紀頃、自己負罪拒否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という実務がもたらした結果であったが、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・ローからの強烈的な反対を招き、*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

114) 伊藤・前掲注5) 150頁において、伊藤は、「宣誓を課される証人が負罪的な証言を拒絶できるという自己負罪拒否特権は17世紀終期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。しかし、Langbeinが「黙秘権」の確立時期が別であることをもって、Levyの「自己負罪拒否特権」の確立の時期についての理解に誤りがあると指摘していることからすれば、Langbeinの見解において、「自己負罪拒否特権」と「黙秘権」は言葉は異なるにせよ、同じものを指していたというべきであろう。

115) Langbein, *supra* note 63, at 108.

る¹¹⁶⁾。

18世紀から19世紀にかけて、弁護人の登場による当事者主義手続の形成の中で、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話す権利ではなく、受け身のままでいる権利にその尊厳を求めるという刑事手続観の変化をもたらした。

Ⅲ 現代的自己負罪拒否特権（いわゆる黙秘権）の確立

1 被告人の証人適格の承認

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述べていた。しかし、このような結論を下すには、なお検討すべき点が残っている。確かに、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本質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ることによって、はじめて、自己負罪拒否特権を日常的な実務として活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、すなわち被告人の黙秘権が成立したとする¹¹⁷⁾。Alschuler は、刑事被告人の証人欠格の廃止によって、黙秘権は重要な理論的發展を遂げたとし¹¹⁸⁾、Smith は、被告人が証人になることを可能にしたことによって、黙秘権が一層影響力を持つようになったと評価した¹¹⁹⁾。これらの見解によれば、被告人の証人適格が承認されて、はじ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のである。

そこで、以下において、イギリス及びアメリカにおける証人適格の承認過程及

116) Philippa Jane Roles, *supra* note 9, at 9.

117) R. H. Helmholz, *supra* note 12, at 11.

118) Alber W. Alschuler, *supra* note 15, at 198.

119) Henry E Smith, *supra* note 94, at 176.

び被告人が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。

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

被告人の証人欠格性は、刑事被告人に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ところの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。それゆえ、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1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を受けて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¹²⁰⁾。しかし、このような無宣誓供述を選んだ被告人に対して、訴追側は反対尋問をすることができず、その供述の正確性を確かめる機会を持たなかった¹²¹⁾。このような手続の下では、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、被告人が自己の訴訟に重大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てしまい、誤判が起こりやすくなるということが懸念されていたのである¹²²⁾。

18世紀から19世紀の間、被告人の証人欠格を正当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ことであった¹²³⁾。しかし、当時の刑事手続の特徴から考えれば、この説

120) 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.

121) Glanville Williams = 庭山訳・前掲注 29) 37 頁。

122) Eg 2 Wigmore Evidence (3rd 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。

明は成り立たない。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。被告人は証人として証言することはできなかったものの、任意の供述を「強制」され、それが証拠とされる場合がしばしばあった¹²⁴⁾。確かに、その時期に、被告人は、偽証罪での処罰によって裏打ちされた供述義務を課されてはいなかったが、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というわけでもなかった。実際には、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。証人欠格は、被告人の保護を目的としたものとは思われない。

(2) 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において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ではなく、その者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¹²⁵⁾。

具体的にみると、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要求を一律に認めないのは不合理であるとする批判が有力になった¹²⁶⁾。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¹²⁷⁾。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¹²⁸⁾。

また、19 世紀のイギリスにおいては、被告人が訴訟において偽証するおそれ

123) 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 122, 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。

124) 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。

125) Henry E. Smith, *supra* note 94, at 179.

126) 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。

が生じる可能性が認められ、それは現実的な問題であったが、同時に、被告人の証言を丸ごと排除することの非合理性も認識されるようになった。そして、被告人の証人適格を認める必要性は、実務上も存在していた。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、非常に困難なことであり、最も重大な問題は、重要な証拠が被告人からしか得られないような場合にも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った¹²⁹⁾。

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、すなわち Criminal Evidence Act 1898¹³⁰⁾ (以下、1898年法という) が成立した。同法はすべての被告人に対し自分のために証人として証言する資格を与えた。もちろん同法は、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、被告人に対し自己に不利な証拠(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ついて訴追側¹³¹⁾がコメントすることを禁止したのである¹³²⁾。

127) 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。

128) Joel N Bodansky, *supra* note 122, at 115.

129) Henry E. Smith, *supra* note 94, at 179.

130) Criminal Evidence Act 1898, 61 & 62 Vict, c 36, s 1.

131) 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止を及ぼさなかった。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を許されていた。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 29) 47頁参照。

132) 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は、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 123) 547頁参照。

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、これについての訴追側又は裁判官のコメントを禁止したことである。Criminal Evidence Act の起草時、この論点は見落とされていたが、議論の最終段階において、議会のメンバーであった 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、最終的には、修正案は訴追側のコメントを禁止することに限定した修正案が作成された¹³³⁾¹³⁴⁾。

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。

(3) 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が証人となる資格を否定することを通じて、むしろ被告人の供述の自由を損なう制度であったといえよう。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¹³⁵⁾。19世紀末頃、学界においては、証人欠格と黙秘権とのあいだ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の試みが行われた。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というのである。しかしその後、被告人の証言の禁止は、被告人の訴訟利益という唯一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

133) Glanville Williams = 庭山訳・前掲注 29) 47 頁。1898 年法は妥協の産物であった。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った。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ったが、次第に頻繁にコメントするようになっていった。

134) 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)。

135) Henry E. Smith, *supra* note 94, at 179.

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と理解されるようになった¹³⁶⁾。

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、被告人は証人としての供述義務を課せられ、しかも訴追側の反対尋問にさらされることとなって、証人適格の肯定が、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¹³⁷⁾。そうすると、被告人の証人適格を認めることは、沈黙の強制¹³⁸⁾から供述の強制へと移行させたにすぎないことになる。証人適格の承認が被告人の供述の強制という結果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思に基づき、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¹³⁹⁾。

このように、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の明文化をもたらしたと評価することができる¹⁴⁰⁾。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、被告人は自ら申し立てることなくして、証人として喚問されないことを規定し、被告人に供述するか沈黙するかについて選択の自由を与えたと考えられる。

証人適格が黙秘権保障に与えた積極的な役割として、黙秘権保障の明文化を促した以外にも2点を挙げることができる。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。供述の信用性が適正に評価されることにより、被告人における供述の主体性が保障され、

136) Id.

137) Id. at 180; Joel N Bodansky, *supra* note 122, at 109-115.

138) 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。

139) Henry E. Smith, *supra* note 94, 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。

140) 三島・前掲注123) 548頁。

被告人は単に手続の客体ではなく、その主体としての地位を認められるようになったのである。もう1つは、被告人の証人適格を認めることによって、被告人の主張と証拠と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に供述していたため、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。証人適格を承認し、被告人が証拠方法となる機会を特別に設定することで、証拠調べの機会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、黙秘するかを選択することが可能となった。証人適格を承認することは、被告人の黙秘権及び主体性確保にとって積極的な意義を有していたといえよう¹⁴¹⁾。

2 不利益推認の禁止

被告人の証人適格の承認により、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。もちろん、このような不利益を回避するために、被告人は証言を拒否することができる。しかし、その場合、被告人の沈黙は犯罪事実の黙示の承認として受け取られ、事実上の不利益推認を受けるおそれがある¹⁴²⁾。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たとされ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¹⁴³⁾。

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、そして、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¹⁴⁴⁾。以下においては、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

141) 三島・前掲注123) 549-550頁。

142) 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。

143) 小早川・前掲注126) 438頁。

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。

(1) 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有する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った。19世紀が終わる頃に、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。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¹⁴⁵⁾。

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¹⁴⁶⁾。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回合衆国議会において、James Madison は「何人も自己に不利な証人になることを強要されない」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

144) 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。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29) 37頁。

145) Steven M. Salky, *supra* note 28, at 3.

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

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¹⁴⁷⁾。故に、修正5条は、これまでのコモン・ローの原則をただ明文化したものであって、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たわけではなかったと評価される¹⁴⁸⁾。

(2) 不利益推認の禁止

以上で紹介したように、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、ジョージア州を除くすべての州法が、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に黙秘権の行使を躊躇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利益推認を禁止した¹⁴⁹⁾。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出されたが、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¹⁵⁰⁾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¹⁵¹⁾と Bruno 判決¹⁵²⁾である。

Wilson 判決は、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という事案につき、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、すなわち「もし私がある犯罪で起訴されたとすれ

147) Eben Moglen, *supra* note 32, at 139.

148) 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) 140 頁。

149) 小早川義則「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。

150) 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 149) 3 頁以下を参照した。

151) *Wilson v. United States*, 149 U.S. 60.

152) *Bruno v. United States*, 308 U.S. 287.

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うだけでなく、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」とのコメント¹⁵³⁾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ことから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いかなる者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」¹⁵⁴⁾。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¹⁵⁵⁾。

Bruno 判決は、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という事案につき、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。すなわち、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を有する。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論付けた¹⁵⁶⁾。

その後さらに進んで、合衆国憲法修正 5 条の解釈を通じて、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。代表的なものは Griffin 判決¹⁵⁷⁾と Carter 判決¹⁵⁸⁾である。

153) Wilson v. United States, 149 U.S. 60, at 61-62.

154) Id. at 66.

155) 小早川・前掲注 149) 17-18 頁。

156) Bruno v. United States, 308 U.S. 287, at 292-294. 小早川・前掲注 149) 34-35 頁。

157) Griffin v. California, 380 U.S. 609.

Griffin 判決は、被告人の黙秘について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、次のような理由から被告人 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、そのこと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ることも認められる」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实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¹⁵⁹⁾。これに対して、連邦最高裁は、カリフォルニア州憲法が修正 5 条に反するとして、州最高裁の判断を破棄した。すなわち、被告人の証言拒否についてのコメントは修正 5 条が否定しようとした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。そのようなコメントは、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。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は禁止される¹⁶⁰⁾。

Carter 判決は、弁護士が裁判官に対し、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第一審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

158) Carter v. Kentucky, 450 U.S. 288.

159) Griffin v. California, 380 U.S. 609, at 609-610.

160) Id. at 613-614. 小早川・前掲注 149) 69-72 頁。

を推認できるのであれば、被告人は修正5条にいう証人となることを強制され、それは修正5条に反する。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¹⁶¹⁾。

以上のような過程を経て、アメリカにおいては、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とする判例法が確立した。

IV 小括

Nemo tenetur 法諺に基づく自己負罪拒否原則は、古くから *ius commune* のなかに存在していたが、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、関連性を有しているとはいえ、驚くほど異なっている¹⁶²⁾。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、ある程度の発展性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は顕著である。また、各時代の特権の保障内容は、それを取りまく法的環境や法執行者の特権に対する理解に応じて決められるものであったため、実際には、特権の保障は常に限定的なものにとどまっていた¹⁶³⁾。

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告白義務を制限することを目的としていたがゆえに、その適用場面は多くの例外を有していた。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。

161) *Carter v. Kentucky*, 450 U.S. 288, at 289-303.

162) R. H. Helmholz, *supra* note 12, at 5.

163) *Id.* at 12.

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、ということ为保障するものとして適用されるようになった。この原則は、被告人が法に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の質問に答えるよう要求することが許されるということ为保障するためのものである。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¹⁶⁴⁾、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、被告人の供述の強要に過度に熱心な裁判を抑制するためのものでしかなく、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、現代的意味での自己負罪拒否特権からは程遠いものであった¹⁶⁵⁾。

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った。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」¹⁶⁶⁾という刑事手続の下で、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重要視されていた。したがって、特権は単なる名目的な法準則にすぎず、糾問的な尋問手続を変えることができなかったと言わざるを得ない。

18 世紀末から 19 世紀前半まで、裁判への弁護人の参加 (lawyerization) は刑事手続の基本的あり方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によって、被告人が自分のストーリーを話す権利ではなく、受け身のままでいる権利のなかに、その尊厳を求めたのである¹⁶⁷⁾。

164) 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。

165) R. H. Helmholz, *supra* note 12, at 7.

166) 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。

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有するようになった。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・訴訟の客体としての地位が弱体化され、当事者の地位、訴訟の主体としての地位が重要視されるようになった。真に訴追者と対抗しうる当事者対抗的な構造の中でこそ、被告人の黙秘権の保障も実質的な意義を持つようになったのである。

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、消極的な権利としてしか理解されなかった。したがって、被告人が、今日のように訴訟の主体としての完全な当事者の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発展過程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、訴訟の客体としての地位を完全には払拭することができなかった。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、公判に単に消極的に参加するのではなく、証言することを通じて、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、それによって、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。このようにして、被告人の訴訟・防御の主体としての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たため、被告人が証言台に立つことを選択することなく沈黙を続けた場合、被告人はそのことから不利益推認を受けることとなった。このことは、被告人が黙秘権を行使することをより困難にした。証言台に立たない被告人に対する

167) Alber W. Alschuler, *supra* note 15, at 197.

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的な変化であったとする¹⁶⁸⁾。確かに、自己負罪拒否特権は、12 世紀における宗教上の限定的な原則から現代における供述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の中に吸収し、新たな内容を有する権利として構成してきたといえよう。特権の発展過程は、それ自体が権利の実質化の過程である。そのような過程をみれば、自己負罪拒否特権は、実質化されてはじめて意味のある権利だと評価されるものであって、特権はそれを実質化させるための保障措置を、それ自体が特権の内容というわけではないにせよ、特権を実質的に保障するために備えるべきとする要請を内在した権利であるといえることができる¹⁶⁹⁾。

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、訴追者との間の実質的不平等を解消するために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供述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

168) 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う、被告人に不利な供述を求める宣誓尋問を非難することへと向かった。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が賛成しなかったであろう判決にまで辿り着いた。

169) 淵野貴生「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。淵野は、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自体が黙秘権の権利内容であるとする。この点において、本稿の見解とは異なる。つまり、黙秘権がその実質化のための手続保障措置を講じることを内在的に要請するからといって、すべての具体的な手続保障措置を黙秘権の権利内容として認めることは妥当ではないと思える。

しての性格を承認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過程は、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なのである。