

暗号解除をめぐる黙秘権、自己負罪拒否特権の理論的整理

研究代表者

丸橋昌太郎

信州大学 経法学部 教授

1 はじめに

暗号解除に関わる法制を検討するにあたっては、黙秘権や自己負罪拒否特権の理論的整理が求められている。

わが国の憲法は、38条1項において、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない。」として、自己負罪拒否特権を保障している。これを受けて、刑事訴訟法は、被疑者に対して「自己の意思に反して供述する必要がない」ことの告知を義務付け（法198条2項）、被告人に対しては「終始沈黙し、又は個々の質問に対し、供述を拒むことができる」（法311条1項）という黙秘権を保障している。わが国では、黙秘権は、自己負罪供述拒否特権と同一の原則であるとの理解の下で、自己に不利益な供述に限られないため、刑事訴訟法において憲法の自己負罪拒否特権を拡大して保障したものと理解されている。つまり黙秘権は、憲法上の権利ではなく、あくまで刑事訴訟法上の権利というのである。

もっともこのような憲法の理解には、疑問も呈されている。すなわち憲法38条は、黙秘権をも保障するものであると主張されている。憲法38条が黙秘権までを保障しているとすれば、被疑者・被告人に供述させることを前提とした制度設計の合憲性判断にも大きく影響をもたらすことになる。

憲法38条の保障範囲が不明確な一因は、黙秘権や自己負罪拒否特権の意義や両者の関係等が明らかでないことによるところが大きいように思われる。特に、「常識の逆転現象」といわれる黙秘権は、何を目的に保障されているのかについて一様ではない。

そこで、本稿では、憲法38条の保障の範囲を明らかにするべく、黙秘権と自己負罪拒否特権の形成過程に検討を加えて、自白法則との関係も含めて、黙秘権と自己負罪拒否特権の意義を明らかにしたい。まずは17世紀の宣誓拒否事件から検討していくことにしたい。

2 黙秘権と自己負罪拒否特権の形成過程

2-1 17世紀イギリスにおける宣誓拒否事件の意義

17世紀の宗教裁判では、裁判官たる高等宗務官が職権で開始し、宣誓のもとで尋問する職権宣誓手続(ex officio mero)がピューリタン弾圧に使われた。この職権宣誓手続において、抵抗のために活用された法諺が、ローマ一般法(Ius commune)の法諺である「何人も、訴追者なしに処罰されることはない(Nemo punitur sine accusatore)」（以下、この法諺のことを「告発者原則」という）と、「何人も、自己の恥を明かす義務はないゆえに、自己を告発するよう強制させられない(Nemo tenetur prodere seipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam)」（以下、この法諺を「自己不告発原則」という）であった。

告発者原則の趣旨は、現代における当事者主義に根付く裁判所の客観性（「正義の正当な秩序」）を担保しようとする意味合いがあった。また自己不告発原則は、信者の懺悔告白義務に関連して刑罰を課されないことを定めたものであったが、これは神への偽証を避けて、神への懺悔を促す極めて宗教的色彩が濃いものであった。

ピューリタンたちは、これらの2つの原則をもとに抵抗をして、コモンローによる救済が行われることもあった。もっともその象徴とされるリルバーン事件は、自己不告発原則ではなく、告発者原則を充足していないとして宣誓を拒否したものであった。職権宣誓手続の適法性を裏付ける「風評」は、告発者に代替するものであったので、そこで主張された原理は、むしろ、当事者主義であったといえる。

そうすると、職権宣誓事件が、既に当事者主義構造であったコモンローに影響を与えたということとはできない。宣誓手続の点に着目しても、コモンローは、当時、被告人に対して宣誓による供述を認めていなかったため、この宣誓事件の影響を受ける余地はなかった。近時、当時の公判の内容を詳細に検討して、この仮説自体を正面から否定する見解が主張されている。

ラングバインは、17世紀における刑事公判の本質的な目的が、「被告人に、自己を告発する者に対して、弁解する機会を提供すること」にある「被告人弁解(accused speaks)」型公判であったとして、この「被告

人弁解」型公判にとって、黙秘権は自殺する権利でしかないと主張した。

特に、「被告人弁解」型公判では、特に事実に関しては、「すべての通常理解力のある者は、まるで自分が最良の弁護人であるかのように、事実の問題について適切に話すことができる」という「最良弁護論」に支配されており、法律家による弁護が制限されていた。そして、17世紀における「被告人弁解」型公判では、被告人に供述させるために様々な工夫がなされていて、このような状況にあって、黙秘権は「自殺する権利(the right to commit suicide)」でしかなかった。そうすると、この時代に黙秘権の存在自体に疑問が生じるとする指摘は、正当であるといわざるを得ない。

したがって、現代的意義を有する自己負罪拒否特権や黙秘権の成立は、「被告人弁解」型公判から「検察官立証」型公判に移る18世紀後半ないし19世紀前半のイギリスやアメリカの公判を検討する必要がある。

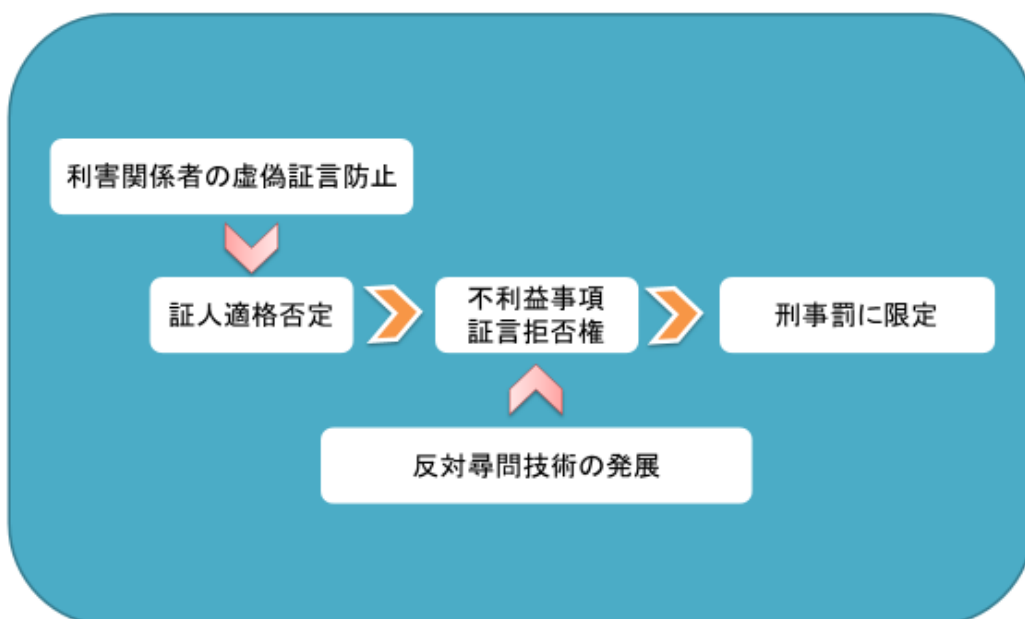
2-2 自己負罪拒否特権の形成過程

18世紀に入ると、まずは自白法則が出現する。1783年のWarickshall事件において、自白法則は、被告人の虚偽自白を防止するために、「自由かつ任意になされた自白は、最も信用するに値する」「期待を抱かせるような甘言または拷問の恐怖によって強制された自白は、…いかなる信用も与えられるべきではない。」という経験則に基づき被告人の自白の信用性を担保するものとして現れた。

またこのころに、訴訟に直接利害関係がある者の証人適格を禁止する法則も形成されていた。利害関係者でなくても、不利益な供述を強制すると同様な問題が起こることから、19世紀までに、非利害関係者で証人適格があるものに対しては、自己に不利益な証言を拒否する法則が形成されていった。この特権は証人の保護を直接の目的としたものではなく、証言に対して有害に作用する影響力から証人を保護することによって、証言の信用性を担保することが目的であった。

この証人適格法則は、民事責任をはじめ名誉に関わる事項まで含まれる非常に広い範囲のものであったため、最も重要な証人から供述がえられないなど、極めて不公正に作用することが多く、反対尋問の発展とともに、縮小していくことになった。1806年のイギリスにおけるメルビル卿(Lord Melville)判決は、特権の対象を刑事訴追のおそれのある事実に限定することを宣言した。こうして、不利益供述が刑事訴追の恐れに限定されるに至った。この事件は、すぐにアメリカにも伝わり、実務に受け入れられていった。このようにして、証言拒否特権は、自己負罪供述拒否特権へと変貌を遂げていった。

自己負罪拒否特権の形成過程



2-3 黙秘権の形成過程

自己負罪供述拒否特権が成立した後も、公判においては、まだ法律家が陪審に直接働きかけることは認められておらず、予備審問においては、メアリ拘禁法にもとづく尋問が続いていた。18世紀から19世紀前半にかけて、法律家による弁護が認められるようになってくるに至り、黙秘権の萌芽があらわれることになる。

法律家による弁護の禁止の緩和自体は、実は、最初に1696年反逆罪法において行われている。そして、1710年代から1720年代にかけて、通常の重罪事件においても、原告である国側は、法律家の利用を増加させていった。そのため、不公正を是正するために、法律家による弁護が裁判官の裁量によって認められるようになった。

18世紀後半から、訴訟構造も、「被告人弁解」型公判から「検察官立証(testing the prosecution)」型公判へと大きく変容することになる。このような中であって、18世紀後半に弁護人がとった「そのことについては私の弁護人に任せる(I leave it to my counsel)」戦術によって、黙秘権の萌芽をみることになる。

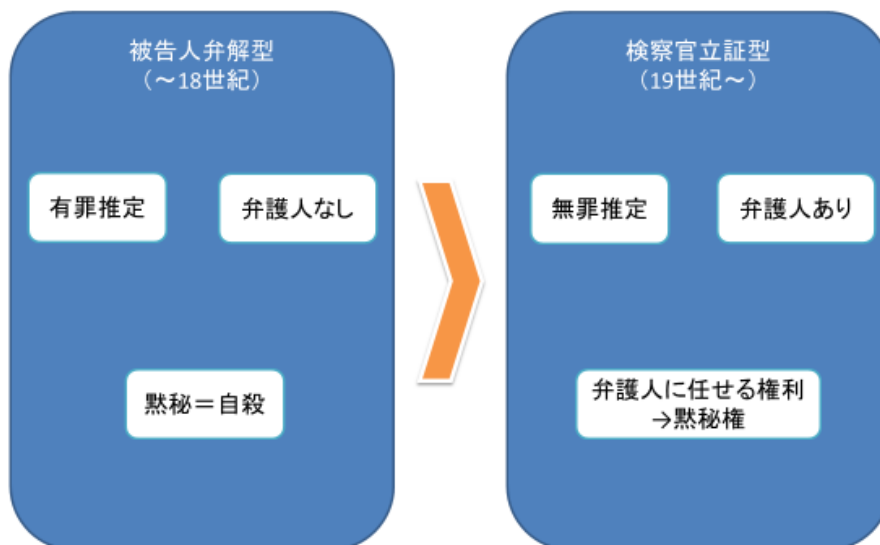
そして、1820年代にはいると、重罪事件について完全弁護権を保障する旨の1833年の法案によって、1836年に成立した。同法は、直接的には黙秘権の保障を目指すものではなかったが、すべての重罪について完全弁護権を保障し、被告人の主張に代わって、法律家の主張を認めるものであったため、結果的に、被告人は、黙秘することが可能になった。

メアリ拘禁法による予備審問についても改革が進み、最終的に、1848年正式起訴犯罪法によって、予備審問における訴追側証人の審問が被告人の面前で行われることを要求した。そして、その証言録取書を被告人に読み聞かせた上で、被告人が供述する前に、以下の警告をしない限り、被告人の供述が証拠として許容されないことを定め、ここに制定法によってはじめて黙秘権が明示的に認められた。

「あなたは、証言(証拠)を聞きましたが、この起訴事実(charge)に対する答弁として、何か供述したいことはありますか。もし、望まないのであれば、何も供述する必要はありません。しかし、あなたが供述したことは、すべて書面に録取され、公判において、あなたに不利益な証拠として使用される可能性があります」。

このように表れた黙秘権は、自己負罪拒否特権とは異なり、直接的に、供述の信用性に基礎をなすものではなく、当事者主義構造の下で、弁護人に任せる権利として形成されてきたものといえよう。

訴訟構造の変化と黙秘権



3 黙秘権と自己負罪拒否特権の憲法上の根拠

3-1 アメリカ連邦憲法修正5条の形成過程

現在の修正条項は、1791年に、各邦が提出した連邦権利章典案を基に制定された。自己負罪条項は、バージニア権利宣言第8条をモデルとして草案が作られ、若干の変更を加えた後に現在の修正5条になった。しかし、各邦の憲法を含めた一連の憲法制定によって、刑事手続が大きく変化することはなかったとされる。このことから、この修正5条の自己負罪条項は、コモンローに存在した準則を確認した程度のものだと考えられる。

このような前提に立つと、修正5条が、制定当時にいまだ確立していない自己負罪拒否特権を保障したものとみることにはできない。それではどのように考えるべきであろうか。

修正5条は、わが国における憲法38条の「自己に不利益な供述を強要」ではなく、「自己に不利益な証人になることを強制(compelled... to be a witness against himself)」という文言であることに注意する必要がある。植民地時代のアメリカのコモンローにおいても、裁判官のマニュアルにおいて、「被告人自身は、宣誓に基づいて尋問されることはない。コモンローにおいては、[Nullus tenetur seipsum prodere (自己を告発するよう強制させられない)]」とされていた。つまりコモンローでは、古くから職権宣誓手続自体は、禁止されていたのである。

このことからすると、修正5条は、その後、様々な権利が読み込まれていくことになるが、少なくとも制定時においては職権宣誓手続の禁止を確認したものにすぎないとみることでもできるであろう。そして、職権宣誓手続の禁止は、神への偽証を防止するという宗教的意味合いもあったが、当事者主義構造による公正な裁判を求めるものでもあった。当事者主義自体はすでに根差していたことに鑑みると、制定当時の修正5条は当事者主義による公正な裁判を確認した程度のものだと考えられるべきである。

構造上、合衆国連邦憲法に依拠しなければならない連邦最高裁は、様々な原理を修正5条に読み込んでいくことになるが、修正5条の同条項は、成り立ち時においては少なくとも自己負罪条項ではなく、職権宣誓手続禁止(あるいは当事者主義)条項と呼ぶべきものといえる。以下、自己負罪拒否特権や自白法則が同条項に読み込まれていく過程を検討していくにあたり、両原則と区別を容易にするため、本稿では修正5条の同条項部分を便宜的に「職権禁止条項」と呼ぶことにする。

3-2 修正5条の発展と価値の混乱

自己負罪拒否特権に関しては、19世紀前半のニューヨーク州において進展を見せる。19世紀前半のニューヨーク州では、捜査が困難な事案の解決のために、行為免責型(transactional immunity)の供述強制から、使用免責型(testimonial immunity)の供述強制の司法へと移行し、様々な証言強制の立法がなされていった。これらの立法と職権禁止条項について、ケリー判決がはじめて言及して、「(政府は、憲法解釈上)他者の公判において、結果に対する免責が与えられない中で、(本人の)犯罪の有罪を立証する事実について証言を強制させることはできない」という限度にとどまるという判断を示した。「狭い解釈」ながらも、ここにはじめて自己負罪拒否特権が憲法条項に読み込まれた。ケリー判決の狭い解釈は、実務に浸透して、他の州や連邦の多数派のルールとなっていったとされる。

ケリー判決は、自己負罪拒否特権の形成過程を踏まえると、虚偽証言を防止する証拠法則として読み込んだものと考えられる。ところが、その後、連邦最高裁は、19世紀末を経て、20世紀の司法積極主義の時代を迎えると、プライバシー権や人格権まで修正5条の条項に読み込んでいった。こうして、現在の修正5条の職権禁止条項は、それぞれ、別の文脈で読み込まれた原理が混在するようになった。このような修正5条の職権禁止条項を一つの原則として考えようとすれば、ミランダ判決において指摘されたように「価値の混乱(Complex of values)」が生じるのは当然である。

3-3 修正5条における自己負罪拒否特権の意義

18世紀後半に英国で出現した自白法則(任意性テスト)は、19世紀後半になって連邦最高裁のHopt判決において初めて言及されて採用された。そして、1897年のBram判決において、不任意自白の問題は合衆国憲法修正5条の職権禁止条項部分によって統制されている旨が示された。その後、1936年に、Brown判決において、不任意自白については、修正14条の適正手続条項により、州にも適用されることが明らかにされたが、1964年になって、Malloy判決において、修正5条が修正14条を通じて、直接州に適用されることと

なった。

Miranda 判決も、機能面からとらえると、人格面の保護策を生み出したというよりは、修正 5 条の職権禁止条項を根拠に、弁護人立会権を用いて供述の任意性（信用性）を手続的に担保する仕組みを考え出したととらえることもできる。修正 5 条の職権禁止条項の根底に、供述の信用性を担保する自白法則や自己負罪拒否特権が組み込まれていると考えると、ミランダルールに関する一連の判例も整合的に理解できる。

第一に、その後の判例も、ミランダルールの機能面について、人格面の保護というより、むしろ、「公判における不信用な供述の使用に対する防御」という供述の信用性の側面を強調している。特に、ミランダ違反に対する人身保護令状の適用の可否が争われたウィリアムス判決は、自己負罪拒否特権が「罪責の正確な解明と必ずしも無縁ではない価値」、すなわち事実認定の問題を有することを認めて、マップ法則の「典型的に信用性があり、しばしば被告人の有罪無罪かに関する極めて証明力ある情報」を排除する証拠法則との違いを強調している。このように考えると、ミランダルールの性質は、マップ法則などの政策的な証拠禁止というより、証拠の信用性や事実認定の正確性などの刑事法に内在する証拠制限の原則に近いものといえる。

第二に、Tucker 判決において、ミランダ違反に派生する証拠に対して、一般的な排除法則とは区別して、毒樹の果実の法理の適用を否定している。信用性の原則にもとづく証拠排除は、信用性への影響が遮断されている派生証拠には及ばない。したがって、Tucker 判決が毒樹の果実の法理の適用を否定したことは、「憲法原理からの格下げ」を意図したものではなく、むしろ、信用性の原則からは論理的な結論であるといえる。

第三に、権利放棄の基準について、Connelly 判決では、「…自白の任意性は証拠の優越によって立証することで足りるというのであれば、ミランダで確立された補助的保護の権利放棄にそれより高度の挙証責任を必要とするべきではない」としている。これは、あくまでミランダルールで付与される権利は、任意性を担保するための補助手段に過ぎないことを意味している。

以上、不明瞭であったミランダルールの全体像も、自白法則や自己負罪拒否特権を供述の信用性を担保する原則と捉えることによって、あるいは、よってのみ、統一的に理解できるものといえよう。

IV 結語

(1) 黙秘権と自己負罪拒否特権、それぞれの意義

自己負罪拒否特権は、不利益な事項に関する証言は一般に信用できないという経験則から、このような不利益な事項に関する証言拒否権を与えて、虚偽供述を避けようとして形成されてきた。自白法則（任意性原則）も、不利益な事項に関して強制された自白は信用できないという経験則にもとづき発展してきたことから、基礎となる経験則が不利益な事項に関する証言の信用性という点において同じである。不利益事項に関して、自己負罪拒否特権は証言する側に特権を与えて虚偽証言を防止し、自白法則は強制された不任意自白を排除することでこれまた虚偽証言が事実認定の基礎となることを防止しようとするものにとらえることができるであろう。その意味では自己負罪拒否特権も証拠法則である。

一方で、黙秘権は、当事者主義構造において、検察官と被疑者という圧倒的な力の差を克服するべく、弁護人に任せる権利として形成されてきた。黙秘権は、法と事実認定の素人である被疑者・被告人をサポートして、当事者主義構造による公正な裁判を保障するものである。

黙秘権と自己負罪拒否特権は、供述をしないうことを保障するという事実面では重なるものの、その目的は、供述の信用性を担保する証拠法則と、当事者主義構造による公正な裁判の保障という点で異なっている。

(2)わが国の憲法の構造 — 憲法 37 条、38 条の再構成

自己負罪拒否特権と黙秘権の憲法上の根拠



わが国の憲法は、大変興味深いことに、当事者主義構造による公正な裁判と弁護人依頼権を憲法 37 条、自己負罪拒否特権と自白法則を憲法 38 条に分けて保障している。特に、自己負罪拒否特権と自白法則は、その起草過程においても戦前の拷問等による人権蹂躪事件に対する反省として、マッカーサー草案において、同一の憲法条項の中に起草されていた。これは 19 世紀における形成過程と酷似しており、自己負罪拒否特権と自白法則は、拷問等により不利益事実の供述が強制されることを防ぐための方法論として、一定の科学性があるということになる。

自己負罪拒否特権や自白法則は、形成過程においてみてきた通り、いずれも信用性の低い証拠を公判廷において利用できないようにするための証拠法則であった。わが国では、このような自己負罪拒否特権（黙秘権）と自白法則の関係の理解について、ウィグモアの歴史的な形成過程に関する見解に依拠して、歴史や原理が異なるとされてきた。しかしながら本稿でみてきた通り、少なくともウィグモアの立論は不十分であり、宗教裁判由来という前提は崩れているといえる。むしろ形成過程を見ると、自己負罪拒否特権と自白法則は、英米国においてもわが国においても一体として発展してきたものであった。わが国においても、憲法 38 条は、3 項も含めて、えん罪を防ぐための証拠法則を定めたものととらえることができよう。

また黙秘権は、当事者主義構造における裁判の公正を保つため、弁護人に任せる権利として形成されてきた。したがって、黙秘権は、憲法 38 条ではなく、憲法 37 条 1 項の公正裁判の保障や同 3 項の弁護人依頼権に由来する権利である。その意味では、黙秘権も憲法 38 条ではないが、憲法 37 条に由来する憲法上の権利である。

このように憲法の構造をとらえるのであれば、捜査や公判上、被疑者・被告人等に供述を含めた何らかの作為や受忍を求める制度で、被疑者・被告人等の供述の信用性に影響を与えるものについては憲法 38 条の自己負罪拒否特権や自白法則の観点から、供述の信用性に影響を与えないものについては憲法 37 条の公正な裁判や弁護人依頼権の観点から検討するべきことになる。

暗号解除法制は、以上の点から検討されるべきである。

【参考文献】

- ・LANGBEIN, THE ORIGINS OF ADVERSARY CRIMINAL TRIAL (2003).
- ・HELMHOLZ ET AL., THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION ITS ORIGINS AND DEVELOPMENT (1997).
- ・8 J. H. WIGMORE, EVIDENCE IN TRIAL AT COMMON LAW §2250 (McNaughton rev. 1961).
- ・LEONARD W. LEVY, ORIGINS OF THE FIFTH AMENDMENT: THE RIGHT AGAINST SELF-INCRIMINATION(1st Ivan R. Dee paperback ed. 1999)
- ・Witt, *Making the Fifth: The Constitutionalization of American Self-Incrimination Doctrine, 1791-1903*, 77 TEXAS L. REV. 825 (1999)
- ・N. H. COGAN (ED.), THE COMPLETE BILL OF RIGHT: THE DRAFTS, DEBATES, SOURCES, AND ORIGINS (1997)
- ・Dalton, M, The Countrey Iustice, conteyning the practise of the Iustices of the Peace out of their Sessions. Gathered for the better helpe of such Iustices of Peace as haue not beene much conuersant in the studie of the lawes of this realme(1619)
- ・5 Jeremy Bentham, Rationale of Judicial Evidence (London, Hunt & Clarke 1827)

- ・平野龍一「黙秘権」『捜査と人権・刑事法研究第三巻』83頁(1981年)
- ・鴨良弼「プライバシーの権利と刑事訴訟--とくに黙秘権と同意について」*亜細亜法学*16巻1・2号(1982年)
- ・澤登文治「自己負罪拒否特権の歴史的展開(2・完)―合衆国憲法修正5条の意義」*法政理論*25巻1号124頁(1992年)
- ・小早川義則『ミランダと被疑者取調べ』(1995年)
- ・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 121頁(2001年)
- ・伊藤博路「植民地期アメリカにおける自己負罪拒否特権に関する一考察」*帝塚山法学*6号(2002年)
- ・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)
- ・栗原真人「1730年代のオールド・ベイリ(三)」*香川法学*19巻2号1頁(1999年)

(注書き)本報告の詳細は、丸橋昌太郎「黙秘権と自己負罪拒否特権の意義について ―憲法37条、38条の再構成」池田修＝前田雅英古稀記念論集に掲載予定である。

〈発表資料〉

題 名	掲載誌・学会名等	発表年月
黙秘権と自己負罪拒否特権の意義について ―憲法37条、38条の再構成	池田修＝前田雅英古稀記念論集	2020年予定
黙秘権と自己負罪拒否特権の異なる歴史的、そして現代的意義	信州大学法学研究会	2019年1月9日
暗号解除法制について	信州大学特別講義	2018年4月27日