

黙秘権の現代的課題

諏訪雅顕

目次

- 第1 はじめに
- 第2 黙秘権の意義
- 第3 黙秘権の本質
- 第4 黙秘権に係わる論点の考え方
- 第5 黙秘権の保障と効果
- 第6 黙秘権に対する否定的見解と国民感情
- 第7 現代刑事司法における黙秘権の危機
- 第8 まとめ

第1 はじめに

現代は、立法政策が目まぐるしく変遷する時代である。本来民主主義の担い手である国民が望む望まないに係わらず、法律は次々と改正され、新法も生まれている。これに伴い司法制度自体も大きな展開期を迎えるに至っている。

司法改革の中心的課題は、司法制度の合理化と裁判の迅速化であった（「適正さ」も掲げられてはいるが、これが必ずしも実現されているとは言えない）。

この大きな波は、まず民事法（民事司法）の世界に押し寄せた。平成10年施行の新民事訴訟法の制定に始まり（主張整理手続の合理化と集中審理方式の採用）、破産法等倒産法は大きく姿を変えるに至った（その中で破産管財

業務等の迅速処理が強く求められた)。民事法・商事法・消費者法といった法改正が進む中で、民事訴訟法の更なる改正や裁判の迅速化に関する法律の制定等により、司法制度の合理化や迅速化にますます拍車がかかる状況である。

この司法制度改革の大きな波は、今刑事法（刑事司法）の分野にも波及しつつある。

刑事裁判の民主化を図る目的で導入された裁判員制度も、その背後にある目的は裁判の迅速化であると言ってよいし、公判前整理手続や連日の開廷の導入等民事司法と同じ途を歩んでいることは否定できない。

しかし、刑事司法の世界は、民事司法と同一の考え方に立脚できるのだろうか。刑事司法の目指すべきものは、刑事被疑者や被告人の利益の擁護であり、少数者の人権の保障、すなわち「自由主義の理念」であるはずである。それは、時に素朴な国民感情（処罰感情とも言ってよい）と対立することもあるが、そこに求められている価値は、決して合理化とか迅速化ではないと思われる。

近代刑事法は、国家権力による専断主義・糾問主義からの脱却と捜査（訴追）機関と被疑者・被告人・弁護人との実質的公平を前提とした当事者（対等）主義の実現（総じて「適正手続の保障」）を鉄則として掲げてきたが、それは今素朴な処罰感情や司法の迅速化のテーゼによって、少しずつ崩されようとしているのではないと思われる。そのことは黙秘権も同じである。

私たちは、黙秘権（供述拒否権）という権利を高らかに謳うが、何故黙秘権が重要なのかという問いに対し、必ずしも十分に答えることができない。むしろ、「悪いことをした人間は誠実にその内容を吐露すべきだ」といった多数の声に押し切れられそうになることさえある。

本稿は、黙秘権の意義や本質を再度見直し、そこで捉えられた黙秘権の根本的本質的意義を前提として、各論上の論点を検証すると共に、刑事司法の変遷の中で脆弱化しつつあるとも言えるこの権利の現代的な課題について論ずるものである。⁽¹⁾

第2 黙秘権の意義

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。かかる権利を「自己負罪拒否特権」と呼ぶが、これは、証人に対しては証言拒否権（供述から解放される特権—刑訴法146条）、被疑者・被告人に対しては黙秘権（国家刑罰権に対し主体的に沈黙を維持する権利—刑訴法198条2項、同291条2項、同311条1項）として、具現化している。

憲法38条1項は、文理上、黙秘する対象を「自己に不利益な供述」に限定しており、通常は、刑事責任を負い、これを加重させる事実（犯罪の構成要件事実の全部又は一部、犯罪事実を推測させる基礎となり得る事実、更には犯罪事実の発見の端緒となり得る事実）であると言われている。これに対し、刑訴法311条1項は「被告人は、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」と規定して、被告人に対する包括的黙秘権を認めている（黙秘事項に制限なし）。更に、刑訴法198条2項は「前項の取調に際しては、被疑者に対し、あらかじめ、自己の意思に反して供述する必要がない旨を告げなければならない」と規定しているが、単に黙秘権の告知を受け、供述義務を前提とした供述拒否権を認めたに過ぎないのではなく、被告人と同様、被疑者に対しても包括的黙秘権を認めたものとする考え方が有力である。⁽²⁾

自己負罪拒否特権の沿革に関しては、大陸法的糾問訴訟について省みる必要がある。前近代においては、被告人は単なる証拠方法に過ぎず、「犯罪事実の解明は、一番よく知り得る被告人によってなされるべきだ」との標語の下に、時に拷問も肯定され（1532年カロリーナ法典）、否認・黙秘する被告人に対し、不服従罰・嘘言罰が科せられた。こうした中、イギリスにおいて、教会裁判所の越権に対する反対や糾問手続に対する反対から、17世紀に至ってこの特権が成立し、ジョン・リルバーンの活躍等により、スター・チェンバー裁判所の廃止等が実現した。そして、アメリカ合衆国憲法修正第5条において「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」（Nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself.）と規定され、この特権の保障が高らかに謳われると共に、その特

権の範囲が少しずつ拡張されてきたのである。⁽³⁾⁽⁴⁾

第3 黙秘権の本質

A 実質上の根拠—被疑者・被告人の人格権、自己決定権の尊重

- 1 黙秘権の実質上の根拠について戦後間もない時期に明確に指摘したのは、平野龍一博士であった。同博士の論文の中では、伝統的な黙秘権堅持論（初期近代社会を地盤とし、個人自由主義法体系を前提とした）として、以下の考え方が紹介されている。

「黙秘権の本質は、個人の人格の尊厳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崇高な善であり、人はそのように行為する道徳的義務を持つ。それは極めて崇高な道徳的義務である。しかし正にその故に他からの強制を許さない。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。その目的達成のための手段として、個人の人格を侵害するというのは、自己矛盾である。黙秘権とは、このような人格の尊厳に対して刑事訴訟が譲歩した『証拠禁止』である。」⁽⁵⁾

- 2 その後の学説も、上記の考え方に強い影響を受け、これを踏襲しているものが多い。

例えば、「不利益な供述を強要することは、人間性を無視し、人間の尊厳をそこなう」⁽⁶⁾、「黙秘権は人間の尊厳に由来する」⁽⁷⁾、「被疑者・被告人に対し、自らの刑事上の罪責を負わせるような『自己犠牲』を、脅したり小突いたり、あるいは法的に義務づけたりして、権力的に強要することは人格の尊厳に対する冒瀆になる」⁽⁸⁾、といった説が有力に主張されている。

- 3 しかし、犯罪を犯した者は、反省し、その内容をいさぎよく告白して罪に服すべきであって、それこそが崇高な人格の発現であるのでは

ないか。それを黙っていることは不正義であると思われるのに、何故「人間の尊厳」につながるのか素朴な疑問が生ずる。

- 4 この疑問に対し、一定の解答を与えているのが田宮裕博士である。同博士は、以下の通り指摘している。

「近代以降、法の世界では、その他の事項についてはいざ知らず、もっとも忌むべきものであるはずの犯罪について、開示を拒むことができるとされたのである。これは、ある意味で、常識の逆転現象ともいえる。なぜ、このような逆転現象が生じたのであろうか。それは、近代以前の苛烈な糾問が人間の尊厳の抑圧という耐え難い不正義―道徳律への不従順という不正義以上の―をもたらしたからであり、人類がその歴史の教訓に学んだからにはほかならない」⁹⁾

ここでは、近代以前の刑事司法の問題性について分析し、国家刑罰権に対置した個人（人間）の尊厳といった視点を強く打ち出していることが注目されるのである。

5 考察

思うに、中世における糾問訴訟では、被告人は、単なる証拠方法として捉えられていたものであり、肉体的あるいは心理的方法で負罪的供述が強要された。それが近代に至り、被告人の供述義務（真実義務）は強制力を失い、特に英米において、人権としての黙秘権が意識されるようになっていった。被告人は単なる証拠物ではなく、人間としての地位を復権し、人間の尊厳が認められることになった。ここにおいて、倫理的に反省し、刑事制裁に服するか否かは、個人の思想良心に行き着くものであるから、自己負罪を告白するか否かを決めることは、高度なプライバシーの問題であり、個人の尊厳を前提とした自己決定権の保障の下に置かれるべきであると解されることになった。

他方、捜査機関は、国家権力を背景に、膨大な権限と高度な法知識をもって、様々な強制捜査を駆使し、個人の生活権やプライバシーに入り込んでくる。その結果、何の権力も何の法的知識も持たない個人

は、生命さえ奪うことができる国家刑罰権の危険に晒されることになる。しかも、国家刑罰権や捜査権限が濫用され、権力による糾問により個人の人格が著しく踏みにじられた過去の歴史が厳然としてあり、その危険性は今日においても解消されているとは言えない。

個人はこの「怪物」と対峙するため、誤判の危機に晒されている時はもとより、仮に一般常識的には、不正義・不道徳・反倫理と評価される場合であっても、国家刑罰権との対抗関係において、個人の尊厳の原理や内心の自由、供述のプライバシー権、供述をコントロールする権利、供述に関する自己決定権を最大限（可及的に）保障する必要が生じ、徹底した黙秘権が認められることになった。

（憲法上の）黙秘権の内容に関しては、単なる不利益供述を強要されない（黙っていてよいという沈黙の自由を本質とする）純粋な消極的権利と捉える考え方が有力であるが、この見解は主として後述の政策上の根拠に視点を置くものであり、黙秘権の実質的意義を看過するものと言わざるを得ない。他方、利益不利益に係わらず、供述の自由を完全に保障したものと捉えることも、又行き過ぎであろう。前述の通り、実質的な根拠に鑑み、国家刑罰権との対抗関係において、供述に対するプライバシー権、自己決定権を尊重したものと解するならば、自己が刑事司法上「不利益」を被ることに對し（その「不利益」の意義は、あらゆる刑事上の不利益に及ぶ）供述の自由（積極的あるいは消極的な）を認めたもの、と捉えるべきである。⁽¹⁰⁾

B 政策上の根拠

1 黙秘権を認める政策上の根拠として、最も重要なものは誤判の防止である。

糾問的捜査の中で自白を強要し、不実の自白を取得して、これにより無実の者に対し国家刑罰権が行使された歴史を私たちは十分認識している。

もとより、かかる黙秘権は、無罪の者ばかりでなく、有罪を打ち明

けた者に対してもその保障が認められている。けだし、有罪を打ち明けた者に対し、黙秘権を奪い去ってしまえば、結局、有罪か無罪か判然としない、あるいは無罪である者に対する黙秘権も消極的になる恐れが生ずるからである。すなわち、法は、刑事司法全体の利益としての「画一的な黙秘権」を要請しているのであって、有罪を打ち明け黙秘権を行使する意向を示した被告人の意思を尊重し、刑事弁護を行うことが許される理由もここにあると言うべきである。

小林つとむ弁護士が「弁護士の存在意義は、徹底した被告人の利益擁護の活動を通して大局的に社会正義の実現に貢献することにある。短絡的な犯罪の真相究明に協力する所に、弁護士の役割があるものではない⁽¹¹⁾」と指摘している点は正にその通りであろう。

- 2 更に、自白偏重主義・糾問的捜査観に対する警鐘といった意義もあるし、「黙秘するのは真実だからである」といった素朴な社会的感覚を排斥し、それ以外の証拠関係から冷静な理性に従って判断することを、あえて要求したものとも言えるであろう（法政策上「自由心証主義の例外」を認めたとする考え方もある—後掲の和歌山地裁の判決参照）。

第4 黙秘権に係わる論点の考え方

黙秘権をめぐるのは、伝統的な議論があるので、黙秘権の本質に対する私見を前提として、以下考察することとする。

1 黙秘権の告知も憲法上の権利か

憲法は黙秘権の告知までは義務づけておらず、各法律の手續の趣旨や目的等により決められるべき立法政策の問題である、とするのが判例の立場であるが⁽¹²⁾、黙秘権が憲法上の権利である以上、これを実効化するため、この権利の存在を知る権利も憲法上のものとみるべきである、とする考え方もある。⁽¹³⁾

思うに、権利は、行使する者がその意義や必要性を認識してこそ、実

効性は確保される。黙秘権の意義やその内容について国民に十分に浸透しているとは言い難い現状においては、黙秘権の告知自体も憲法上の要請と考えるのが相当である。

2 氏名の黙秘権は、憲法上の権利として認められるか

被告人の氏名は、原則として自己に不利益な事項ではないので、氏名の黙秘権は憲法上の権利ではない、とするのが判例の立場である。⁽¹⁴⁾

これに対し、被告人の包括的黙秘権は、憲法上の要請であるから、これには氏名の黙秘も含まれるとする有力な学説がある。⁽¹⁵⁾

思うに、憲法38条1項は、供述拒否権が国家権力や強大な捜査・司法権限に対抗する個人の人格の尊厳に基づくものであることを前提として、明文上「自己に不利益な供述」の強要を否定したものであるから、氏名が「自己に不利益な事項」に当たらない場合は、氏名の黙秘が憲法上の権利として認められるとまでは言えない。

しかしながら、氏名の告知により、犯人であることが推認されたり、前科が判明して累犯加重や常習性の立証に使われたり、住所や知人等が分かることによって証拠収集の手がかりになるような場合は、不利益な事項に該当することは明らかであるから、黙秘権の保障は及ぶことになる。⁽¹⁶⁾

3 黙秘権の対象は「供述」に限られるのか

(1) ポリグラフ検査

ポリグラフ検査とは、一定の質問に対する被疑者の応答に伴う脈拍・呼吸・発汗という生理的变化を記録して、被疑者の「うそ」をあばこうとする検査のことを言う。

これに関しては、心理検査（鑑定）であり、被検査者の生理的变化を被供述証拠として使用するに過ぎないから、黙秘権の問題は生じないとする判例がある。⁽¹⁷⁾

他方、生理的な変化はそれ自体独立の証拠となるのではなく、発問との対応で証拠の意味を持つのであるから、供述証拠の性質があり、

黙秘権の侵害となるというのが多数説の考え方である。⁽¹⁸⁾

思うに、黙秘権の保障の本質は、内心を吐露することの強要を禁ずるものであるから、言葉で発したり文章に書かせたりすることはもとより、あらゆる意思の表出と認められるものはその保障を受けると考えられる。ポリグラフ検査は、発問との対応に基づく生理的变化により被疑者の供述の真否を判断するものなので、被疑者としては、無理やり内心を吐露させられているに等しいのであるから、黙秘権の侵害と言える。

(2) 麻酔分析

麻酔分析とは、薬物を注射して被験者の自己に対する抑制を弛緩させ、心の内奥にあるものを語らせる技術である。

これに関しては、供述の強要であって、黙秘権を侵害するというのが一致した見解であると言ってよい。

しかも、供述するか否かの自己決定をする能力を奪うものであり、人間の尊厳を無視する手段であるから、本人の同意があったとしても許されないことは明らかである。

(3) 呼気検査を拒んだ者を処罰する道交法（120 I ⑪）の合憲性

最判平9.1.30判タ931.131は、「右検査は、酒気を帯びて車両等を運転することの防止を目的として運転者らから呼気を採取してアルコール保有の程度を調査するものであって、その供述を得ようとするものではないから、右検査を拒んだ者を処罰する右道路交通法の規定は、憲法38条1項に違反するものではない。」と指摘する。

又、呼気検査の本質は、供述の強要ではなく、「呼気」という一種の物的・非供述証拠の採取にあるから、黙秘権は問題にならないというのが通説の見解である。

もっとも、供述には、自己にとり不利益な内容をもつ物の提供も含まれるべきである、とする少数説も存在する。⁽¹⁹⁾

4 行政取締目的のための報告義務と黙秘権の関係

(1) 行政手続に黙秘権の保障は及ぶか

- ① 行政手段であっても、民事手続であっても、何人も自己が刑事責任を問われるおそれのある事項については、憲法上の黙秘権が及ぶというのが一致した見解である。

そのリーディング・ケースとなったものが、最大判昭47.11.22判時684.17（川崎民商事件）である。同判決の要旨は次の通りである。「憲法38条1項の法意が、何人も自己の刑事上の責任を問われるおそれのある事項について供述を強要されないことを保障したものであると解すべきことは、当裁判所大法廷の判例（昭和27年（あ）第838号同32年2月20日判決・刑集11巻2号802頁）とするところであるが、右規定による保障は、純然たる刑事手続においてばかりでなく、それ以外の手続においても、実質上、刑事責任追及のための資料取得収集に直接結びつく作用を一般的に有する手続には、ひとしく及ぶものと解するのを相当とする。」

その上で同判決は、本件の所得税調査に関する納税義務者への質問・帳簿書類等の検査（旧所得税法63条）及びこれを拒否した時の罰則規定（同法70条10・12号）は、もっぱら所得税の公平確実な賦課徴収を目的とし、刑事責任追及を目的とした手続ではなく、そのための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有するものではないこと、こうした調査制度には公益上の必要性和合理性があるから、憲法38条1項に反するものではない、と判断した。

- ② 更に、最判昭59.3.27判時1117.8は、次の趣旨の指摘をした。

「国税犯則取締法上の質問調査の手続（※この手続自体捜査手続と酷似し、右調査の対象となる犯則事件は、間接国税以外の国税については同法12条ノ2等所定の告発により被疑事件となって刑事手続に移行し、質問顛末書等も、右事件の捜査・訴追の証拠として利用されることが予定されている）は、犯罪嫌疑者については、自己の刑事上の責任を問われるおそれのある事項についても供述を求める

ことになるもので、『実質上刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有する』ものというべきであって、前記昭和47年等の当審大法廷判例及びその趣旨に照らし、憲法38条1項の供述拒否権の保障が及ぶものと解するのが相当である。

しかしながら、憲法38条1項は供述拒否権の告知を義務づけるものではなく、右規定による保障の及ぶ手続について供述拒否権の告知を要するものとすべきかどうかは、その手続の趣旨・目的等により決められるべき立法政策の問題と解されるところから、国税犯則取締法に供述拒否権告知の規定を欠き、収税官吏が犯則嫌疑者に対し同法1条の規定に基づく質問をするにあたりあらかじめ右の告知をしなかったからといって、その質問手続が憲法38条1項に違反することとなるものではない。」

(尚、同判決には、横井大三判事の補足意見が付されているが、黙秘権の保障は準刑事手続だけでなく、広く一般の行政手続等にまで及ぶ余地のある旨の指摘がされていることは注目に値する。)

- (2) その他、この論点に関連する参考判例（要旨）を以下摘示することにする。

A 麻薬取扱者の記帳義務

最判昭31.7.18判時82.25

麻薬取締法14条が、麻薬取扱者に対し業務所ごとに帳簿を備え、麻薬に関する所定の事項の記入を命じ、この違反に対し罰則を定めていることは、麻薬の性能（その用法によっては人の心身に極めて危険な害悪を生じさせる）に鑑み、その取扱の適正を確保するための必要な取締手続であるから、憲法38条1項の保障とは無関係である。

B 交通事故の報告義務

最判昭37.5.2判時302.4

旧道交法施行令67条2項の事故内容報告義務は、警察官が交通事

故に対する応急措置を指示するのに必要な限度で、事故発生日時・場所・死傷者の数・負傷の程度・物の損壊の程度等を報告させるだけであり、刑事責任を問われるおそれのある原因等についてまで報告させるものではないから、憲法38条1項にいう自己に不利益な供述の強要に当たらない。

(尚、同判決には、奥野健一判事の補足意見が付されているが、犯罪構成要件のうちの客観的事実を報告せしめることになり、少なく共事実上犯罪発覚の端緒を与えることになるから、憲法38条1項の問題は生ずる余地はあるが、道路交通安全の保持・事故発生の防止・被害増大の防止・被害者の救護措置等公共の福祉の観点より黙秘権の行使が制限を受ける、と指摘している。)

C 医師法21条の届出義務

最判平16.4.13判タ1153.95

- ① 医師法21条の届出義務は、警察官が犯罪捜査の端緒を得ることを容易にし、警察官が緊急に被害の拡大防止措置を講ずるなどして社会防衛を図ることを可能にする役割を担った行政手続上の義務である。
- ② 異状死体は、人の死亡を伴う重い犯罪にかかわる可能性があるから、本件届出義務の公益上の必要性は高い。
- ③ 本件届出義務は、医師が死体を検案して死因等に異状があると認めたときは、そのことを警察署に届け出るものであって、これにより、届出人と死体とのかかわり等、犯罪行為を構成する事項の供述まで強要されるものではない。
- ④ 医師免許は、人の生命を直接左右する診療行為等を行う資格を付与するとともに、それに伴う社会的責務を課すものである。
- ⑤ このような本件届出義務の性質、内容・程度、医師という資格の特質、本件届出義務の公益上の高度な必要性に照らすと、医師が、同義務の履行により、捜査機関に対し自己の犯罪が発

覚する端緒を与えることになり得る一定の不利益を負う可能性があっても、それは医師免許に付随する合理的根拠のある負担として許容されるものである。

(3) 考察

上記の各判決に鑑みて分かる通り、判例は、行政手続における刑事責任を問われる可能性について、従前はかなり厳しく限定していたが、近時はその危険性の枠を広げてきている様に思われる（奥野、横井意見のように）。他方、行政手続における申告義務の許容性の判断に関しても、従前の様に、単に定型的な黙秘権に対する事前放棄の論理等だけで割り切るのではなく、申告（届出）義務の性質、内容・程度、申告する者の社会的地位（責任）、公益上の必要性・合理性等を総合的に勘案して、憲法38条1項に違反するか否か判断するに至っている（更に、申告内容を限定して合憲性を判断する手法を念頭に置いていると解される）。

思うに、黙秘権の本質について、国家刑罰権との対抗関係において、供述に対するプライバシー権・自己決定権を尊重したものであり、自己が刑事司法上「不利益」を被ることに對し供述の自由を認めたものである、と捉える私見の立場からするならば、行政手続における危険性を「実質上、刑事責任追及のための資料取得収集に直接結び付く作用」に限定することは狭きに失するものである。すなわち、犯罪発覚の何らかの端緒を与え、結果的に刑事責任追及の可能性が生ずる場合は、広くこの危険性・不利益を肯定すべきである。もとより、黙秘権自体も内在的制約を受ける場合があることは否定できないが、黙秘権が内心の自己決定に係わるものであり、国家権力との対置において極めて重大な権利であることに鑑みれば、行政手続上の報告や届出の公益目的性や必要性が高く、しかも申告すべき者の社会的地位、社会的責任において申告することが強く求められており（黙秘権を事前放棄したと評価し得る事情も伺える）、その申告の内容・程度も上記行政

上の目的達成のための必要最小限度に限られている時に限り、かろうじて合憲性が認められるものとする。

第5 黙秘権の保障と効果

- 1 同特権の効果としては、通常は次の3点が揚げられている。⁽²⁰⁾
 - ① 不利益な事実に関する供述義務を課すことの禁止
 - ② 黙秘権を侵害した証拠の排除（禁止）
 - ③ 不利益推認、心証形成の禁止
- 2 更に、同特権の効果として、特に問題とされているのは、量刑上不利な資料として考慮してよいかである。

この点に関し、自白は反省・悔悟を強く示す手がかりであるから、そのような手がかりとして自白を量刑上有利に考慮し、その反面として、黙秘している被告人が結果的に重く量刑されるのはやむを得ない⁽²¹⁾、あるいは被告人に反省がないことの一資料として考慮されることはありうるだろう⁽²²⁾というのが通説的見解である（尚、高松高判昭25.5.3高刑特10.160参照）。これに対し、黙秘権を行使したことは、量刑上被告人に対し不利益に考慮すべき資料にならない、という判例もある。⁽²³⁾

そもそも量刑は、ある程度裁判官の自由な裁量の下に置かれており、自白したことが改悛の情顕著であるとして、有利な情状となり得ることは否定できないだろう。しかしながら、前述した通り、黙秘権の内容は、あらゆる刑事司法上の不利益を被ることに対し、プライバシー権や自己決定権に基づく供述の自由を認めたものであるから、黙秘している事実をもって、不利な情状として量刑を重くする方向に考慮するといったことは、裁判所としては意識的に避けなければならないと考える。

第6 黙秘権に対する否定的な見解と国民感情

- 1 20世紀に入り、末期近代社会を基盤とし、社会民主主義の法体系の下で、研究者より黙秘権消極論といったものが強く唱えられた。

例えば、「被告人に自分の罪を述べさせるのは人道に反するというのは、単なるセンチメンタリズムである」という意見（ベンサム）、「黙秘権は、無辜の者に対して役立っておらず、いたずらに常習犯人の弁護人に悪用されているだけである。又、黙秘権は、富裕で利口な者が行使しており、ここに著しい社会的不公平が生まれてきている」という意見（パウンド）、更には、「公判手続における黙秘権の保障は、逆に捜査官による証拠収集のための拷問につながる」といった意見（ウエイトラ）が代表的である。⁽²⁴⁾

- 2 これに対し、今日の社会においては、国民感情として黙秘権を否定する意見が根強い。その象徴的なものが、和歌山カレー事件における黙秘権を行使した弁護活動に対する批難である。

同事件を担当した小林つとむ弁護士によると、地下鉄における週刊誌広告において、「林真須美、健二、小林つとむ」と3人（各被告人と弁護人）の顔写真を並んで掲載されたとのことであり、更に、産経新聞「産経抄」（平10.10.4）において、「弁護士は、被疑者の私的利益の代弁者ではないはず。社会正義を実現させ、真実の究明のために弁護人も協力しなければならない。…それが弁護人の使命や職務であり、そこにこそ職業倫理も存在している。最近では罪を犯しても自白さえしなければ有罪を免れることが多くなっている。加害者の人権ばかりが尊重されて、被害者の人権や感情がないがしろにされている。…弁護活動も否認や黙秘をするよう、入れ知恵をしてポイントを上げることを心情とするようになっている。…弁護団よ。あなたは本当にこの事件は冤罪だと思ってやっているのか」との指摘を受けたとのことである。

又、元検事のコメントとして、「弁護人の使命は基本的人権の擁護と社会正義の達成にある。基本的人権とは加害者あるいは被疑者の人権と共に被害者の人権も含まれる。…弁護団の接見活動が黙秘を支えているなら、被疑者側の人権擁護に偏りすぎである。被害者の人権はどうなるのか。…凶悪犯罪の真相解明という社会正義の実現も同時に弁護士に与

えられた使命なのである。無実ならば無実のはっきりとした根拠を確かめてから弁護せよ」と指摘をされたとのことである。⁽²⁵⁾

この様に、一方的なマスコミ報道に加え、国民（有識者を含む）の中においても、黙秘権に対する無理解と強い処罰感情やラベリングがあり、更には黙秘権行使＝有罪論という決め付けもあって、これらが、正当な刑事弁護活動に対し少なからず支障となっていることは否定できない。

第7 現代刑事司法における黙秘権の危機

ここでは、更に深刻な問題点について指摘したいと思う。

1 札幌児童殺人事件における裁判所の判断

(1) 黙秘権行使の効果に対する考え方

- ① この事件は、昭和59年1月10日、電話で呼び出された小学4年の児童が行方不明となり、その後昭和63年被告人が住んでいた農家の納屋からその少年と思われる児童の骨が発見された、被告人は児童が行方不明となった当時近所に住んでおり、同少年とも接触したことが判明したが、結局当時の科学技術では、その骨が少年のものとは断定できず、捜査も打ち切られた、しかし、その後DNA鑑定等により、少年の骨であることが判明したため、殺人罪の時効成立目前で被告人は逮捕された、というものである。

被告人は、捜査段階から原則として黙秘していたため、殺害したとする具体的方法について不詳のまま起訴されたが、公判でも黙秘を貫いた。

- ② 検察官はこの点を有罪認定の資料にしようとしたが、札幌地判平13.5.30判タ1068.277は以下の通り指摘した。

「検察官は、被告人が殺意をもたずにAを死亡させたにすぎないのに、あえて自分自身が殺人罪で処罰される危険を冒してまで何らの弁解・反論もしない態度は、検察官の提示した証拠やこれに基づく推論及び判断が正しいために何ら弁解や反論ができない被告人の心

境を如実に示すものであり、うかつに虚偽の弁明などをして馬脚を現すよりは沈黙して何とか自己の罪責を免れんとするものであるというべきである旨主張している。……しかしながら、検察官の右主張を前提に考えても、被告人には黙秘権、供述拒否権、自己負罪拒否の特権が認められているのであるから、被告人が公判廷において、検察官及び裁判官からの質問に対し何らの弁解や供述をしなくても、それは被告人としての権利の行使にすぎず、被告人が何らの弁解や供述をしなかったことをもって、犯罪事実の認定に不利益に考慮することが許されないのはいうまでもない。他方で、検察官の立証に伴い、被告人が反証の必要に迫られることがあるとはいえ、それは検察官の立証に伴う反射的な効果にすぎず、そのような場合においても、被告人が何ら弁解や供述をしなかったことを犯罪事実の認定に不利益に考慮することが許されないことに変わりはない。」(同誌302頁)

- ③ これに対し、検察官は、札幌高判昭47.12.19(刑月4.12.1947)を引用して、抽象的に黙秘していること自体に対する制裁的效果としてこれを被告人の犯人性や殺意の認定に用いるべきことを主張しているのではなく、説得と質問がなされた具体的状況の下でその説得と質問の具体的内容との関係における被告人の対応・態度の具体的あり様が与える心証形成の効果として、他の証拠によって形成された心証を維持し、一層強めるものとして用いようとしているものであり、これは被告人のもつ黙秘権を何ら侵害するものではない、と反論した。
- ④ そこで更に、札幌高判平14.3.19判タ1095.287は次の通り判示した。

「しかし、前記の主張の中に、他の証拠によって形成された心証を維持するだけでなく、一層強めるものとして用いようとするものであるというくだけりがあり、かつその趣旨を具体的に展開する中に、

検察官から、被告人が嫌疑をかけられている殺人罪の重大性や被告人が犯した犯罪が傷害致死罪、過失致死罪であればすでに時効が完成していて被告人が起訴されたり処罰されることはないことなどの説明を受けるとともに、具体的な証拠を指摘されてその証拠に対して弁明の機会を与えられたにもかかわらず被告人が一切説明も弁明もしなかったこと、更には原審公判廷においても、被告人が犯人であり殺意をもってAを死亡させたことを推認させる各状況証拠に対する説明と弁明を求められたのに対して被告人が一切説明も弁明もしなかったのは、被告人が殺意をもってAを死亡させた犯人であるため、説明や弁明をしようとするとしてもその中に虚偽が混入せざるを得ず、その矛盾を突かれ真相が露見する危険を回避する必要があったからであるとする主張が含まれているのである。これを素直に読む限り、この所論には、被告人が黙秘し供述を拒否した態度をもって一個の状況証拠とし被告人の殺意を容認すべきであるとの趣旨が含まれているものと解さざるを得ない。そうだとすると、それについては、原判決が説示するところはまことに正当であって、被告人の黙秘・供述拒否の態度をそのように一個の状況証拠として扱うことは、それはまさに被告人に黙秘権・供述拒否権が与えられている趣旨を実質的に没却することになるのであり、その所論は到底受け入れることができない」(同誌302頁)

(2) 公判期日における被告人に対する尋問と黙秘権との関係

更に、同札幌高裁は、公判期日における尋問と黙秘権との関係に関しても、以下の通り注目すべき指摘をしている。

「付言するのに、所論は、前記のとおり、被告人が原審の第19回及び第32回の各公判期日において実施された被告人質問において、検察官が発する約400回にわたる多くの質問に対しことごとく黙秘するなどしたことを指摘している。しかし、もともと弁護人は、被告人には黙秘権を行使する意思があるとして、被告人質問を実施することに反対

していたのである。もとより、そのような状況の下であっても、被告人質問を実施すること自体を不当ということはできないけれども、実際に被告人質問を実施してみて被告人が明確に黙秘権を行使する意思を示しているにもかかわらず、延々と質問を続けるなどということはそれ自体被告人の黙秘権の行使を危うくするものであり疑問を感じざるを得ない」(同誌302頁)

(3) 考察

黙秘権の本質や効果に対する考え方に関しては、前記札幌地裁・高裁の判断が正当であると言わざるを得ない。そもそも黙秘権は、後に和歌山地裁の裁判官が指摘している通り(和歌山地判平14.12.11判タ1122.464)、自由心証主義の例外であって、「黙秘するのはそれが真実であるからである」との一般的経験則を積極的に排斥するといった理念に立脚しているものである。そのような認識は、もとより個別具体的事案において貫徹されるべきであって、この理念に逆行するような事実認定は、いささかも許されてはならないのである。

しかも本件では、仮に被告人がAに対する致死行為に関与したが、それが殺意に基づくものではなかったとした場合、実行行為の態様が客観的には「殺人」と評価されるのか、「傷害致死」と評価されるのか、「過失致死」と評価されるのか微妙なケースであった時は、被告人が事実を全て語って殺意の存在を否定する主張をしたとしても、検察官の巧みな尋問や反論に巻き込まれ、誤判としての殺人罪が認定されてしまうことも考えられよう。そのために、被告人が黙秘権を行使することはむしろ当然であるし、仮にこれによって殺人の心証を抱くべきとの判断がなされるならば、明らかに問題である。

従って、本地裁・高裁が貫いた立場は、まさしく正当であったと言わなければならない。

又、高裁が指摘した、被告人を公判廷で尋問に晒した点に関しては、本件では原審で約400回にも渡る検察官の尋問がなされたということ

であるが、これは異常な事態であり、黙秘権の保障の実質的根拠が刑事司法に対する自己決定権の保障といった点にあることからしても、黙秘権の侵害と断じてよいものとする（被告人の人格権や自律性が全く無視されている）。

2 和歌山カレー事件における裁判所の訴訟手続の相当性

- (1) 同事件は、被告人が自治会の夏祭りに提供されたカレーに亜硝酸を混入して、主として、4名を死亡させたというものであるが、当該裁判所（前掲和歌山地判平14.12.11）は、黙秘権の本質について、以下の通りの考え方を示した。

「社会的には、不利な事実に対して黙秘することは、それが真実であって反論できないからであるという感覚の方が相当なのかもしれない。したがって、黙秘したことを被告人に不利益に扱ってはならないという黙秘権の制度が、一般世人にとって、納得のいかない印象を与えるのはむしろ当然なのかもしれない。

しかし、刑事裁判においては、被告人が黙秘したことを不利に扱えば、被告人は弁解せざるを得ない立場になり、結果的には弁解するだけでなく、弁解を根拠づけることまで求められ、ひいては、国家権力対個人という力のアンバランスが生む悲劇を防ぐべく、実質的な当事者主義を採用し、攻撃力と防御力の実質的対等を図ろうとしている刑事訴訟の基本的理念自体を揺るがすことに結び付きかねないのである。

したがって、黙秘権という制度は、むしろ黙秘に関する社会的な感覚を排斥し、それ以外の証拠関係から冷静な理性に従って判断することを要求していると解すべきであり、もし黙秘するのはそれが真実であるからであるという一般的な経験則があるとするなら、むしろそのような経験則に基づく心証形成に一種の制約を設けたもの（自由心証主義の例外）ととらえるべきものなのである。」（同誌185頁）

- (2) 更に同裁判所は、引き続き、同審理において被告人質問を実施した理由について以下の通り述べている。

「本件においては、上記の主張（※カレー毒物混入事件当日の被告人の行動に関する主張）や尋問内容（※証人尋問の際の弁護人の質問の中には、被告人から聴取した内容であることを明示した尋問、あるいは内容上被告人の供述以外には根拠がないと思料される尋問が少なからずあったこと）が明らかに後日の被告人質問を予定した行為であって、裁判所を含めた訴訟関係人は、そのような理解で、弁護人の上記訴訟行為を認めてきたのであるから、弁護人は、訴訟法上の信義則として、上記主張や尋問内容の根拠となる証拠を提出する義務があったといわねばならない（主張自体は撤回することが可能であるが、尋問については、尋問し証言がなされている以上撤回はできない）。

しかしながら、弁護人は、被告人質問は行わないとしつつも、上記の従前の主張や尋問内容との関係については何ら触れるところがなかった。そこで、裁判所は、少なくとも、上記主張や尋問内容に関する部分については、被告人に尋ねる必要があると判断し、また、個別の質問を実施する以上、検察官に、相当な時間内で一問一答の限度で尋問を認めることは、黙秘権の侵害には当たらないと考え、前記のとおり、被告人質問を実施した（なお、裁判所は検察官の尋問について何度かその限度を超えることのないよう勧告した。）ものである。」（同誌185頁）

(3) 考察

前述の通り、本件に関しては、被告人が殺人事件につき公判廷でも黙秘を貫いたことから、マスコミや一般市民より、かような黙秘権の行使に対し強い非難の声が上がった。これに対し、当裁判所が黙秘権という制度について基本的見解を示したことは十分意義のあることであったと考える。又、その考え方においても、刑事裁判の本質に踏み込み、民事訴訟との比較において「自由心証主義の例外」と位置づけたことは、達見であったと思う。

しかしながら、一般世人の感覚について、「本件において被告人が

黙秘の態度を貫いたことに対し、一部強い反発が見受けられる。その反発する心情も理解できる所ではあるが、前述した黙秘権の趣旨、すなわち、法は冤罪という歴史上明らかな悲劇を防ぐために、人類の理性に期待し、あえて社会的には相当と思える感覚を排斥することを要求したという趣旨から考えると、やはり被告人（被疑者）の黙秘に対しては冷静な理性で臨まねばならない。」といった指摘をしている点に対しては、一般人の素朴な感覚、あるいは黙秘するのは真実だからであるといった一般経験則といったものに重き意味を置き過ぎており、相対的に、黙秘権の本質的価値に対する評価が低下しているように思われる（一般世人に対するリップサービスのようにも捉えられる）。

更に、被告人質問を実施した理由に関しても、（とりわけ刑事手続においては）そもそもいかなる事情であろうが供述を拒否できるというのが黙秘権の趣旨なのであるから、「被告人質問の必要性」といったことや「弁護人の訴訟上の信義則」といったものにより、この権利を軽んじることがあってはならないと考える。本件では、被告人は完全黙秘を貫いており、検察官がいかなる質問をしても応答する意思を被告人は明確に有していなかったのであるから、傍聴席からの非難の眼差しの中に一人被告人を置き、検察官の尋問に晒すことは、実質的に黙秘権の行使を危うくするものであると言わざるを得ない（前掲の札幌高判平14. 3. 19参照）。

被告人や弁護人が被告人質問を望まず、当初より検察官や裁判官の質問に対し何ら答える意思はないと言っている場合は、そもそも被告人質問自体を実施すべきではないと考える。

3 公判前整理手続と黙秘権の関係について

(1) 問題の所在

平成21年より施行が予定されている裁判員制度においては、充実した審理がなされず裁判の迅速化だけが先行するのではないか、裁判官が裁判員を誘導しかえって司法の民主化に逆行するのではないか、と

いった危惧感がある上、裁判員として関与する一般市民に黙秘権の保障を含む刑事法の鉄則がどれだけ理解されるのか不安も大きい。⁽²⁶⁾

この裁判員制度を睨んで導入されたのが「公判前整理手続」であり、刑事訴訟法等の改正により導入され、平成17年11月1日より施行されている。

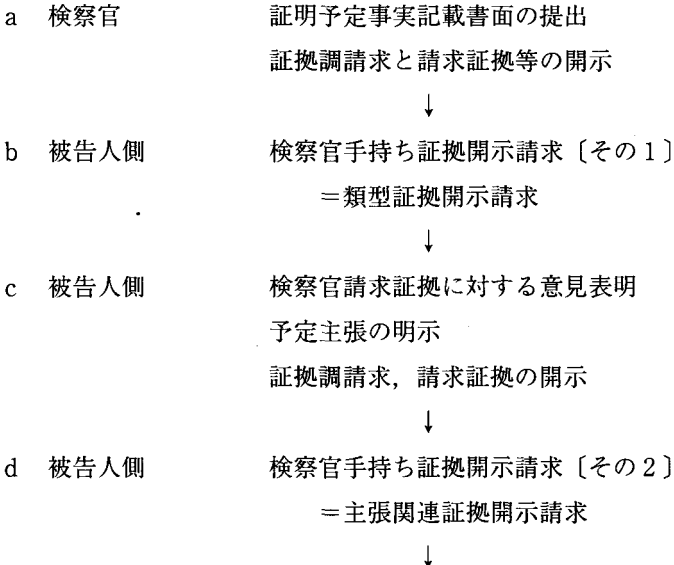
しかし、この手続自体、実質的当事者対等主義、予断排除の原則より問題が多いため、刑事弁護においては脅威と言わざるを得ないが、更に黙秘権自体を侵害するのではないか問題となる。⁽²⁷⁾

(2) 公判前整理手続の概要

① 意義及び目的

公判前整理手続とは、充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行うため必要がある時に行われる事件の争点及び証拠の整理のための公判準備手続であり（刑訴法316条ノ2）、審理予定の策定を目標とするものである（刑訴法規則217条ノ2）。

② 「争点と証拠の整理」手続の流れは概略以下の通りである。



e 両当事者 主張の追加・変更，証拠調請求の追加



f 審理予定の策定 証拠調決定，取調の順序・方法の決定

③ 効果と被告人の防禦との関係

公判前整理手続に付された場合，被告人側としては，公判開始前に予定主張の明示（主張明示義務）と証拠調請求を行わなければならない（刑訴法316条ノ17），証拠調請求に関しては，「やむを得ない事由」で公判前整理手続において請求することができなかつたものを除き，公判で新たな請求をすることはできない（刑訴法316条ノ32）。

(3) 公判前整理手続における被告人の主張明示義務と黙秘権に関する考え方

A 黙秘権非侵害説

主張明示義務は黙秘権を侵害するものではない，というのが現在の多数意見である⁽²⁸⁾。すなわち，被告人側の主張明示義務の実体は，公判期日においてすることを予定している事実の明示を義務づけるだけであつて，公判でも黙秘し，何ら主張をする予定もない場合には，公判前整理手続においても主張を明らかにする必要はないのだから，不利益な自白の供述の強要には当たらない，又，いずれにしても，公判終了までには，主張するか否かの判断をしなければならないのだから，単なる主張の前倒しであつて，黙秘権の侵害には当たらない（いわゆる「前倒し論」），というものである。

B 黙秘権無関係論

これに対し，被告人側の主張明示義務は，検察官の公判立証前に被告人側の防禦方針の明示を求めることにおいて，無罪推定の原則との関係で問題がないとは言えないが，しかし，この問題と黙秘権とは直接関係するものではない，とする考え方もある。⁽²⁹⁾

すなわち，黙秘権は，単に黙っていてよいという沈黙の自由を核

心とする消極的な自由である所、ここでの主張明示義務とは、あくまでも被告人の権利として「供述」ではなく公判で予定する防御上の「主張」を明示することを求めるものであって、しかも検察官の主張に対する個別の「認否」を求めるものではないので（すなわち、被告人側が積極的に防御上の主張を明示するタイミングに関わる問題なので）、黙秘権の侵害とは言えない、と主張するものである。

C 黙秘権侵害説

- ① 被告人側の主張明示義務は黙秘権を侵害するとの説には、2つの考え方がある。
- ② 1つは黙秘権の本質の捉え方を問題とするものであり、憲法上の黙秘権とは単なる消極的自由の側面だけでなく、供述内容の有利・不利を問わず、又、いつの段階で供述するかといった時間的任意性まで含めた、供述者の供述の自由を積極的に認めたものである、と捉える考え方である。⁽³⁰⁾

この考え方に立てば、黙秘権の保障とは、いつ言うかのタイミングの選択まで保障していることになるのだから、たとえ「前倒し」の主張であったとしても、この明示を求めることは（しかも、ここで主張しなければ証拠提出の制限を受けることは）、黙秘権の侵害に当たるとというのが論理的帰結である。但し、小坂井弁護士は、更に、訴因や検察官の主張する証明予定事実に対する認否それ自体が義務づけられていないこと、被告人質問で新たな事柄を言っても、その供述が制限されることはないこと（その前提として、検察官主張が一義的に明確にされ、同時に捜査機関の手持ち証拠は、検察官が公判終了までに立証可能な全体像を示す程度にまで開示されること、又、主張明示義務が果たされた以降の検察官の補充立証は限定されること）を条件に、この手続はかろうじて合憲になると主張する（合憲限定解釈の手法）が（前掲論文79頁）、黙秘権の本質の前提論との関係では一貫性を欠くらしい

があるように思われる。

- ③ 今一つは、公判前整理手続において、主張明示をすることは、後の負罪に連関するという考え方である。⁽³¹⁾

この考え方は、前掲の岡弁護士が黙秘権とは無関係であると割り切ってしまった（もとより無罪推定の原則との関係では問題となるとの主張ではあるが）検察官公判立証前の弁護人の主張明示に関して、検察官に対し、被告人側によって指摘された自らの主張の弱点を克服・修正した上で公判という心証形成の場に臨む機会を与えることになるから、結局主張のタイミングが「負罪」に直結している、と捉えるものである。

D 考察

前述した通り、黙秘権という権利は、単に沈黙することを保障した消極的権利と捉えることは妥当ではなく、刑事司法に対抗して被告人らのプライバシー権、供述に対する自己決定権を認めたもの、と解すべきである。但し、利益不利益を問わず、徹底した供述の自由を保障したものとは解することはできないと思う。あくまでも、不利益な供述を強要されないというのが本質である。従って、黙秘権の本質からストレートに供述時期の任意性まで導き出すことは困難であろう。

しかしながら、黙秘権に積極的意義を認める以上、「不利益」の概念については、被告人らの防御権の行使において問題がないか否か、幅広く考える必要はある。

主張明示義務において考えられる不利益とは、1つは、公判における検察官立証の補強に利用される点、今一つは、事前の具体的な主張反論をしなかったとして不利益推定がなされるのではないかという点である。

ところで、刑訴法316条ノ17第1項に言う「証明予定事実その他の公判期日においてすることを予定している事実上及び法律上の主

張」の意義に関しては解釈に委ねられているが、積極的に証明を予定している事実（正当防衛とかアリバイとか責任無能力等の主張）、並びに、被告人側が証拠調請求をして立証しようとするのではないが、検察官提出の証拠を弾劾して被告人の公判供述で有利な事実を立証しようとするもの、及び、検察官証明予定事実を争う主張（これに法律上の主張も加わる）も含まれる、と言われている。もとより、検察官の証明予定事実に対する意見は、包括的な否認主張でもよいと解されている。

従って、弁護人としては、検察官の証明予定事実に対し、単に「全部争う」と主張すれば一応足りるのであって、個別の認否を求められるものではないが（但し、間接事実についても包括否認で足りるかは議論があろう）、積極的に証明を予定している正当防衛とかアリバイとかを基礎づける事実については、公判前整理手続で主張を明示し、証人等の証拠も明らかにしておかなければ、後に証拠提出制限を受けることになってしまう。

そして、もし、これらの事実や証拠（特に証人）を事前に開示した場合、心証形成の本番である公判において、検察官の立証を補強させてしまうという事態を回避することはできないのではないかと思われる。これはやはり被告人にとっては「不利益」と解さざるを得ない。

又、仮に包括的否認だけしておき、後に更に具体的な反論や立証を行おうとした場合、証拠提出の限界がどこにおかれるのか今一つ不明である（弁護士が考えているような運用がなされるかも判然としない）。主張明示の程度に関しては、弁護士においても楽観的な見解が多いが、刑事裁判の迅速化のために採られた公判前整理手続において、通常は、弁護人に対しては、当事者の信義として、ある程度争点を具体的に主張していくことが求められる運用になるものと予想されるから、包括的否認をしたことに対し、不利な心証を抱

かれるとか、公判手続（特に証拠の申請）において、裁判官の裁量により、不利な取扱を受ける可能性は十分あり得ると思われる。これらは、決して抽象的な不安というものではなく、やはり被告人にとって実在としての「不利益」と評価すべきである。⁽³²⁾⁽³³⁾

こうした事情に鑑みると、公判前整理手続における被告人側の主張明示義務は、単に無罪推定原則、実質的当事者主義より問題があると言えるだけではなく、黙秘権の侵害の可能性が高いと言わなければならない。

第8 まとめ

黙秘権の歴史的意義や重要性が、現在でもいささかも軽視されるべきではないことは、すでに論述してきた通りである。

しかし、この権利が一般国民に浸透しているとは言い難いのであり、重大な犯罪が発生し、被疑者被告人が黙秘権を行使すると、世人の激烈な批難に晒されることになる。

素朴な法感情に対してはやむを得ない面もあるが、より深刻な問題は、法曹関係者においても緻密な法理論をもってこの権利を実質的に矮小化しようとし（前述の札幌児童殺人事件における検察官の主張）、刑事公判手続において、黙秘の意向を明らかにしている被告人に対し長々と尋問を行うことにより実質上黙秘権を奪い去る試みがなされたり、今又法令の改正をもって、（裁判の迅速化という目的のため）黙秘権の軽視が何気なく許されてきているということである。

昨今の刑事司法の変遷については、近代立憲主義により勝ち取られてきた刑事法の鉄則の観点より注意を要すべきであるが、黙秘権はその試金石と言うべきものであって、この権利にますます注目する必要があると思われる。⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾⁽³⁶⁾

<注>

- (1) 最高裁判所事務総局は平成17年7月、「裁判の迅速化に係る検証に関する報告書」を発刊した。この中では、地方裁判所における刑事訴訟事件（第一審）の審理の状況が統計的に詳細に分析されているが、刑事裁判を合理化・迅速化することの問題性といった意識については窺い知ることにはできない。
- (2) 田口守一『刑事訴訟法〔第4版〕〕131頁－弘文堂・平成17年
- (3) 田宮裕「被告人・被疑者の黙秘権」刑事訴訟法講座第1巻72頁－有斐閣・昭和38年、橋本公亘『憲法〔改訂版〕〕285頁－青林書院・昭和51年
- (4) アメリカでの自己負罪拒否特権の沿革に関しては、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203頁、同「合衆国憲法修正5条の自己負罪拒否特権の沿革に関する一考察」明治学院論叢法学研究705号205頁が詳しい。
- (5) 平野龍一『捜査と人権（刑事法研究第3巻）〕94頁－有斐閣・昭和56年〔刑法雑誌2巻4号・昭和27年初刊〕
- (6) 橋本・前掲書285頁
- (7) 田口・前掲書131頁
- (8) 高田昭正『被疑者の自己決定権と弁護〕91頁－現代人文社・平成15年
- (9) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕〕334頁－有斐閣・平成8年
- (10) 黙秘権は、罪を犯した者も無実の者もその行使を認められた権利であるが、殊に無実の者に対し、供述を強要することは、その者の人格権・内心の自律権を著しく侵害するものであるから、かかる実質的根拠（供述に関するプライバシー・自己決定権の尊重）が強く当てはまる場面であると言えよう。
- (11) 小林つとむ「黙秘権行使と捜査弁護」日弁連研修叢書『現代法律事務の諸問題 平11版〕624頁－第一法規・平成11年
- (12) 最判昭25.11.21刑集4.11.2359
- (13) 田口・前掲130頁
- (14) 最判昭32.2.20刑集11.2.802
- (15) 田宮・前掲書340頁、松尾浩也『刑事訴訟法（上）新版〕120頁－弘文堂・平成11年
- (16) 平野・前掲書103頁参照
- (17) 東京高決昭41.6.30高刑集19.4.447
- (18) 田宮・前掲書341頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法（改訂版）〕46頁－青林書院・平成2年、光藤景皎『口述刑事訴訟法上〕106頁－成文堂・昭和63年等

黙秘権の現代的課題

- (19) 伊藤正己『憲法〔新版〕』341頁－弘文堂・平成2年
- (20) 田宮・前掲書341頁
- (21) 田宮・前掲書342頁
- (22) 田口・前掲書133頁
- (23) 東京高判昭28.12.14高刑集39.221
- (24) 平野・前掲書89頁以下参照
- (25) 以上小林・前掲論文621頁
- (26) 拙稿「刑事司法の変革に対する危惧－裁判員制度を題材として－」信大法学論集4号55頁参照
- (27) 公判前整理手続に関しては、従前の検察官による精密司法の弊害が解消される、証拠開示が大幅に認められる、といった利点が強調されているが、実際は、本稿で指摘する通り黙秘権との関係で問題があるばかりでなく、予断排除原則や無罪推定の原則等からも重大な問題を孕む制度である。
- (28) 川出敏裕「新たな準備手続の創設」現代刑事法2002年11月号49頁、大沢裕「『新たな準備手続』と証拠開示」刑法雑誌43巻3号69頁、辻裕教「刑事裁判の充実・迅速化のための刑事訴訟法の改定」現代刑事法2004年11月号52頁等
- (29) 岡慎一「『公判前整理手続』における弁護の課題」自由と正義2005年3月号76頁。尚、季刊刑事弁護41号41頁参照
- (30) 小坂井久「主張明示義務と黙秘権」季刊刑事弁護41号78頁
- (31) 渕野貴生「公判前整理手続の問題点」季刊刑事弁護41号26頁
- (32) 主張明示の程度について、弁護士の見解は、かなり楽観的に広く捉え過ぎているくらいがあるのではないか。「被告人側についても、違法性阻却事由、責任阻却事由に該当する事実や情状に関する事実など自ら公判廷で立証することを予定している事実がある場合には、当該証明予定事実を具体的かつ簡潔に明示しなければならない。その他、検察官が主張する主要事実や重要な間接事実、量刑上重要な事実を否認する主張を予定している場合も、これらは公判期日においてすることを予定している事実上法律上の主張に当たり、かつ、事件の争点及び証拠の整理に必要な事項であるから、その主張を具体的かつ簡潔に明示すべきことになる。いわゆる積極的否認に当たる主張を予定している場合には、その具体的内容を明示すべきことになる。」というのが、最高裁事務総局の考え方である（高橋康明「刑事訴訟法規則の改正の経緯と概要」自由と正義2005年10月号14頁）
- (33) 主張関連証拠の開示請求においては、予定主張の明示がなされなければ、同請求を行うことはできない（包括否認だけでは証拠開示請求は認められない）。ここで、

相当程度具体的な主張事実を明示する必要性があり、それをしないと開示証拠の範囲が限定されることになるが、このこと自体も広く刑事司法上の不利益と評価すべきではないかと考える（元々、証拠開示請求自体が恩恵的創設的権利ではないと解されるので、主張明示の有無によりこの権利に幅を持たせること自体問題であると解する）。

(34) 今特別国会に三度「犯罪の国際化及び組織化並びに情報処理の高度化に対処するための刑法等の一部を改正する法律案」が提出され、いわゆる「共謀罪」が新設されようとした。共謀罪自体、法益侵害を中心とした刑事違法性の考え方や結果責任主義の考え方に真っ向から反するものであるし、実行行為の枠が不明瞭となる上、刑法の謙抑性の理念にも逆行するものであるから、問題があることは言うまでもない。このような法案が政府によってテロ対策という名の下に、余りに楽観的・無頓着に平然と提出されること自体注意を要するところである。国家刑罰権や刑事権力に対する懐疑的な視点と刑事被疑者・被告人の徹底した人権擁護の視点を看過してはならないと思う。

(35) 井田良教授は、刑事違法の実質について、行為無価値を正面から考慮することへの警戒は歴史的理由を持つ、としながらも、「理論はその内容が正しいかどうかのみ問題であり、それが『危険な使われ方をするおそれを有する』という物言いには疑問があろう。それは、無能な研究者や法律実務家が多いから濫用の可能性のある理論を与えることはできないとする不遜な前提に立つものであり、自己の特権性・例外性を暗に前提とした学問的パターンリズムの立場というべきである」と主張される（井田『刑法総論の理論構造』4頁—成文堂・平成17年）。

しかしながら、刑事司法の鉄則である罪刑法定主義や適正手続の保障は、元々国家権力に対する懐疑性を原点とするのであり、国家刑罰権の行使の濫用に対する歯止めと言った視点は法律家の神髄ともいうべきものであろう。法曹実務家として、昨今の刑事司法の変遷に鑑みるならば、上記の様な考え方に対しては俄に承服することはできない（尚、拙稿「最近の刑事司法の問題性と本来あるべき姿—新潟少女監禁事件と東電OL殺人特別抗告事件をめぐって—」信大法学論集3号149頁参照）。

(36) 多田辰也教授は、「わが国においては、被疑者・被告人の黙秘権が十分に保証されているとはいえない状況にあることのほうが問題である。」「裁判員制度の導入までに、「常識の逆転現象」ともいえる黙秘権について、「ことば」だけでなく、その意義や内容についての「正確な理解」が広まることを期待したい。」と主張されるが（「黙秘権行使と不利益推認」板倉宏博士古稀祝賀論文442頁—勁草書房平成16年）、全く同感である。