

我が国における黙秘からの不利益推認の 許否・許容範囲の検討

——イギリスの法理論・法実務を参考にして——

山田 峻悠

〈目次〉

- I. はじめに
- II. 我が国の議論の整理
 1. 黙秘権・自己負罪拒否特権保障の正当化根拠
 2. 不利益推認の許否に関する学説
 3. 判例
 4. 議論の整理
- III. イギリスにおける黙秘からの不利益推認に関する理論的分析
 1. CJPOA の基本枠組み
 2. CJPOA に基づく黙秘からの不利益推認の理論的根拠についての考察
- IV. 黙秘からの不利益推認の許否・許容範囲の検討
 1. 黙秘権・自己負罪拒否特権の正当化根拠について
 2. 公判段階での黙秘からの不利益推認について
 3. 捜査段階での黙秘からの不利益推認について
- V. おわりに

I. はじめに

本稿は、黙秘からの不利益推認を許容するための理論的根拠及び許容範囲について検討を加えることを目的とする。

黙秘からの不利益推認の可否という論点に関して、法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会において黙秘からの不利益推認を認める規定の導入の可否が論点の一つとされる¹⁾等、否定説が支配的であるとされてきた議論の動向に変化がみられる。これは、2016年の法改正によって被疑者の権利が充実化したことで、黙秘する被疑者が増加し、自白という有力な証拠が収集できなくことへの懸念に対して、黙秘からの不利益推認を許容することで対応しようという問題意識が背景にあるように思われる。

とはいえ、黙秘からの不利益推認を許容する理論的根拠に関してはほとんど検討がなされていない。後述するように、肯定説は、自身に不利な証拠に直面して被疑者・被告人が黙秘したことは何かやましいことがあるというのが一般的感覚であり、このような感覚が妨げられるべきでないとする。しかし、それ以上に黙秘からの不利益推認を許容しうるとする論拠につき十分に検討が行われているとはいえ、又、否定説からの批判にも応えられていない。

そこで、本稿では、我が国における黙秘からの不利益推認禁止原則の根拠、不利益推認の許容可能性について、黙秘からの不利益推認を許容するイギリスの法理論・法実務を参照して、分析を加えていくことにする。イギリスの法理論では、わが国とは異なり、一定の範囲内で黙秘からの不利益推認を許容していることをこれまで拙稿で明らかにしてきたが、私見では、この理論的枠組みはわが国にも応用ができると考える。

論文の構成について、まず我が国の黙秘からの不利益推認に関する議論を概観し、わが国の肯定説の問題点、否定説の主張を確認していく。次に、イギリスが黙秘からの不利益推認を許容する論拠及び許容範囲につき整理していく。最

1) 法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji14_00070.html (2019年11月25日最終確認)、35-36頁、「第5回会議議事録」http://www.moj.go.jp/kentou/jimu/kentou01_00046.html (2019年11月25日最終確認)、23頁以下、「第6回会議議事録」http://www.moj.go.jp/kentou/jimu/kentou01_00049.html (2019年11月25日最終確認) 3、16頁、「第18回会議議事録」http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji14_00067.html (2019年11月25日最終確認) 43頁以下など参照。

後に、イギリスの議論を参考にしつつ我が国における黙秘からの不利益推認の理論的根拠・許容範囲を明らかにしていく。

II. 我が国の議論状況の整理

本章では、我が国における黙秘からの不利益推認の可否・許容範囲を検討する前提として、まず我が国の議論の問題点を明らかにしていく²⁾。黙秘からの不利益推認の可否は、黙秘権保障の理論的根拠をどのようにとらえるかで異なってくるように思われる。したがって、まず黙秘権保障の正当化根拠を確認した後、黙秘からの不利益推認に関する学説・判例を概観し、我が国の議論の問題点を整理していく。

1. 黙秘権・自己負罪拒否特権保障の正当化根拠

我が国では、公判段階において、被告人の証人適格は認められていないが、被告人質問を行うことは許容され（刑事訴訟法 311 条 3 項）、また、捜査段階においても被疑者を取り調べる事が認められている（刑事訴訟法 198 条 1 項）。一方で、公判段階及び捜査段階において、供述するか否認するか黙秘するかを選択する権利である黙秘権が保障されていると解されている（日本国憲法 38 条 1 項、刑訴法 311 条 1 項、198 条 2 項）³⁾。なお、ここでいう黙秘権には、供述を行う法律上義務付けられることからの免責である自己負罪拒否特権と、身柄拘束下の取調べ等の場合に供述を行うよう事実上強制されることから保護される権利である黙秘権が含まれており⁴⁾、以下で黙秘権・自己負罪拒否特権と言うときにはこの区別に従うことにする。

2) 我が国の議論の詳細については、拙稿「被疑者の黙秘の不利益推認について」大学院研究年報法学研究科篇 44 号 331 頁 (2015 年) 参照。

3) 椎橋隆幸『刑事訴訟法の理論的展開』（信山社、2010 年）154-157 頁。

4) 同上。

黙秘権・自己負罪拒否特権を保障する理論的根拠については様々な見解があるが、我が国の学説はおおよそ次の三点に整理できるように思われる。第一に、個人の尊厳・人格権の尊重から保障されるという論拠である⁵⁾。すなわち、自己負罪を強制・強要することは、例えば、負罪供述をするか偽証して偽証罪に問われるか黙秘して法廷侮辱罪に問われるかという過酷な選択を強いるものであるとか、また、自己の情報を統制するという情報のプライバシーに政府が干渉することになるといった理由から、個人の人格を侵害し、許されないとする見解である。この主張は個人の尊厳といった実体的価値に根拠を置くものといえる。これに対して、第二の見解は、我が国が当事者主義構造の刑事司法制度を採用していることを理由とする。すなわち、当事者主義的刑事司法制度を採用し、被疑者・被告人の地位を強化したことに対応して、被疑者・被告人の供述を強制的に引き出す方法を廃し、あくまで任意で供述した場合にはそれを録取するという建前を採用したとか⁶⁾、被疑者・被告人に供述するように義務付けることができ

5) 例えば、次のように主張される。すなわち、「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崇高な義務を持つ。それは極めて崇高な義務である。しかし、まさ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をまつだけである。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。…、黙秘権とは、このような人格の尊厳に対して刑事訴訟法が譲歩した「証拠禁止」である。その供述が信憑性が乏しく、誤判に導く虞があるためにつくられた「証拠法則」ではない」(平野龍一『捜査と人権』(有斐閣、1981年)94-95頁)。同趣旨の主張として、田口守一『刑事訴訟法 第7版』(弘文堂、2017年)139頁、酒巻匡『刑事訴訟法』(有斐閣、2015年)185頁、渡辺直行『刑事訴訟法 第2版』(成文堂、2013年)117頁参照。また、プライバシーの保護という観点から次のようにも主張されている。「(自己負罪拒否特権は、)内心の事実ないし知識の暴露を強制されないという意味では、広い意味におけるプライバシーの保護をねらいとする。精神の内奥をのぞき見することを排斥し、人間の尊厳を貫徹しようとする趣旨に出たものといってもよい。もちろん、犯罪の情報を提供することを拒むのであるから、自己弾劾の峻拒という形において、である」(田宮裕『刑事訴訟法 新版』(有斐閣、1996年)334頁)。

6) 河上和雄他編『大コンメンタール刑事訴訟法 第二版 第6巻』(青林書院、2011

ば、被疑者・被告人を対等当事者である政府側の取調べの客体にすることになり、当事者主義の要請に反する⁷⁾等と主張されている。第三の見解は、虚偽自白を抑止し、誤判を防止するために自己負罪拒否特権は保障されるとする⁸⁾。この見解によれば、供述に関する自己決定に最も深刻な形で影響を与え、虚偽の自白が誘発されやすい被疑者取調べに黙秘権・自己負罪拒否特権の中心的な関心が向けられるべきことになる。後二者の見解は、第一の見解とは異なり、黙秘権・自己負罪拒否特権を手続上の保障とみなすものといえる。

2. 不利益推認の許否に関する学説

上述したように、我が国では公判段階で被告人質問、捜査段階では取調べを行うことが認められている一方で、被疑者・被告人は黙秘権を行使しうることから、そこで行われた黙秘を公判の事実認定において不利に扱う余地があるといえる。では、黙秘からの不利益推認に関して学説ではどのように考えられてきたのだろうか。

(1) 肯定説

黙秘からの不利益推認を許容する見解は、自己に不利な情況に直面してもなお黙秘していることは何かやましいことがあるからだという一般感覚が排除されるべきでないという問題意識に基づいている。すなわち、例えば、被疑者・被告人に対して不利な情況が検察官又は捜査機関により示されている場合のように、自身にかけられた嫌疑につき説明を行うことが合理的といえる一定の状況があり、そのような状況に直面しているにもかかわらず黙秘していることは

年)375 頁 [高橋省吾担当]。

7) 池田修・前田雅英『刑事訴訟法講義 第 6 版』(東京大学出版会、2018 年)201 頁。

8) 松尾浩也『刑事訴訟法(上) 新版』(弘文堂、1999 年)118 頁、三井誠『刑事手続法』(有斐閣、1997 年)145 頁、上口裕『刑事訴訟法 第 4 版』(成文堂、2015 年)187-188 頁。

何か後ろめたいことがあるからと考えられ、このような合理的な推論が否定されるべきではないとする⁹⁾。

もっともこの理由付けからして、肯定説により許容される推認の範囲は、上述したような被疑者・被告人に対して示された不利な状況から導き出される合理的なものに限られ、黙秘したことから抽象的・一般的に有罪の推認を行うことは肯定説からも許容されないことになる。さらに、捜査段階の黙秘からの不利益推認に関しては「任意が当然に推定される公判ではないから、検察官は、黙示的承認になるゆえんを明確に立証しなければならないし、また、被告人の場合と違って、推認の力（証明力）は非常に弱いものと見なければならない」と指摘されている¹⁰⁾。

以上のように肯定説は黙秘から不利益推認を行うことが合理的といえる場合があるという一般的感覚を強調するものであるが、そのような推認を行うことが黙秘権を侵害したことにならないことを示す理論的根拠としては、被疑者の黙秘に関しては「被疑者にとって不利な状況が示されているのに、それに対して一切説明しないのは、被疑者の「沈黙」の意識的な選択ではなく、むしろ、事実上説明できない心理状態の露呈だとみることができる。この理は、公判で被告人が供述しながら、自己の不利な状況を示されると答えに窮して事実上沈黙する場合にもあてはまる。」¹¹⁾という見解や「(黙秘したことから)不利益な事実上の推定をうける被告人は、もしそれを反駁する証拠がないとしても、そのことについて説明を与えるのが普通なのである。自己保存の本能は、被告人にそうさせるはずである。したがって、被告人が説明を与えることができるはずであり、またそうすることに利害関係をもっているはずである、と考えられる

9) 日本刑法学会『刑事訴訟法講座 第一巻』（有斐閣、1963年）83頁（田宮裕担当）、青柳文雄『註釈刑事訴訟法 [第三巻]』（立花書房、1978年）257頁以下参照。

10) 日本刑法学会・前掲注9、91頁参照。

11) 渥美東洋「捜査と自己負罪拒否特権」法学セミナー380号101頁以下（1986年）。同様の主張として谷口正考編『刑事法演習第一巻』（判例タイムズ社、1974年）130頁、桂正昭・武田昌造『総合判例研究叢書 刑事訴訟法（9） 黙秘権と証言拒否権』（有斐閣、1961年）69-70頁参照。

被告人に不利な情況は、被告人が説明しないことによって、その事実上の推定は強化されるのである。」¹²⁾という見解が示されている。これらの見解によれば、不利益推認が許容される一定の状況においては、被疑者・被告人の黙秘を、黙秘権の行使というよりも、反証をすることができない結果ととらえることができ、したがって、黙秘したことを不利に扱ったとしても黙秘権侵害にはならないということになる。また、その他の論拠としては、「歴史的に見ても、刑罰による強制または拷問への反感から、黙秘権は獲得されたのであって、有罪推定とは無関係である。また、たとえ強制的効果があっても、わずかなものにしかすぎない。コメントを許さないとしても、事実上不利益推認は行われているのだし、現実にも、証言台を拒否したものの無罪は非常に少ない」という見解が示されている¹³⁾。

これらの肯定説はいずれの見解も比較的古いものであり、現在肯定説を支持する者はほとんどいないとの見方もあった¹⁴⁾が、法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会において取り上げられたように近年においては肯定説を支持する見解も出てきた。このような議論状況の変化の背景には、取調べの可視化の拡大、被疑者の権利意識の変化により黙秘する被疑者の増加に対する懸念¹⁵⁾、裁

12) 司法研修所「証拠評価の方法 —自由心証主義における論理法則及び経験法則の分析—」司法研究報告書 10 輯 2 号 34-35 頁 (1960 年)。

13) 日本刑法学会・前掲注 9、83 頁。

14) 肯定説を主張する論者がのちに自説を否定説に改めるなど、肯定説に明確に立つ立場はほとんど見られなくなったとの指摘がある。金山薫「黙秘権行使及び虚偽供述と心証形成に関する試論」西原春雄他編『刑事法の理論と実践 佐々木史朗先生喜寿祝賀』(第一法規出版、2002 年)747 頁以下。

15) 法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji14_00070.html (2019 年 11 月 25 日最終確認)、35-36 頁、「第 5 回会議議事録」http://www.moj.go.jp/kentou/jimu/kentou01_00046.html (2019 年 11 月 25 日最終確認)、23 頁以下、「第 6 回会議議事録」http://www.moj.go.jp/kentou/jimu/kentou01_00049.html (2019 年 11 月 25 日最終確認)、3、16 頁、「第 18 回会議議事録」http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji14_00067.html (2019 年 11 月 25 日最終確認)43 頁以下など参照。

判員裁判の導入に伴い、一般市民の感覚に沿った審理を行うべきである¹⁶⁾という問題意識があるように思われる。

(2) 否定説

一方で、否定説は被疑者・被告人が黙秘したことから不利益推認を行うことは“一切”できないとし、その論拠として被疑者に黙秘権を保障した趣旨・目的を挙げている¹⁷⁾。すなわち、黙秘したことが不利な扱いを受けるとするならば、被疑者・被告人は黙秘することを断念し、供述するように間接的・心理的に強制されることとなり、結局は供述するか否認するか黙秘するかを選択権を失うことになる。したがって、被疑者・被告人が黙秘したことを不利に扱うことは、被疑者・被告人の黙秘権を弱体化させ、黙秘権を保障した趣旨・目的を没却するに等しいとするのである。

否定説の中には、政府側の挙証責任の原則という観点から黙秘からの不利益推認は許されないとする見解もある¹⁸⁾。この見解によれば、裁判での争点はあくまで、検察官の主張が証明されているか否かであり、検察官がさらなる証拠を提出しているわけではないので、被告人が黙秘したことから、(検察側が提出する証拠の証明力が維持されることはありえたとしても)検察官の主張の証明力が強められたと考えることはできない。したがって、黙秘からの不利益推認を行ことは検察側の挙証責任が被告人に転嫁されたことになるのである。このように考えると、不利益推認禁止の効果はまさに検察官に課された挙証責任

16) 法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果【案】」http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji14_00102.html (2019年11月25日最終確認)、11頁、「第27回会議議事録」http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji14_00099.html (2019年11月25日最終確認)29頁以下など参照。

17) 河上・掲注6、375頁以下、松尾浩也監修『条解 刑事訴訟法 第4版増補版』(弘文堂、2016年)680頁、平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、1958年)229頁、白取祐司『刑事訴訟法 第9版』(日本評論社、2017年)201-202頁参照。

18) 石田倫識「判批」九大法学88号139、145-148頁(2004年)。

と関連することになると指摘されている¹⁹⁾。

肯定説が依拠する「[黙秘したことにはやましい理由がある]という一般的感覚」に関して、否定説の多くはこの一般的感覚に一定の理解を示しつつも、以下のような論拠から疑問を呈している²⁰⁾。すなわち、第一に、デュー・プロセスの観点である²¹⁾。この説によれば、デュー・プロセスや当事者主義を重視する立場は、刑事手続は公正な手続によってなされなければならないと、また、被告人を訴訟を進行する一方の当事者として主体的に扱わなければならないとする。このような地位を有する被告人が黙秘権を行使するのは、行使した者が有する正当な権利であり、このような権利を十分に保障するためにも、やましいことがあるから話さないといった推認を一切行わせないのが、まさに黙秘権を保障する内容ということになる。第二に、事実認定に与える危険性という観点である²²⁾。すなわち、黙秘を行う理由は様々なものが考えられるが、黙秘したのはやましいことがあるからだという推認は、漠然として抽象的なものであるために反論を許さず、事実認定を誤らせることがある。それ故、そのように事実認定を誤らせる危険性の高いものをあらかじめ判断資料から排除しておくことは正当であるとする。第三に、実体的真実主義という観点である²³⁾。実体的真実主義は、犯罪を行った者は必ず罰しなければならないという側面と無罪は罰してはならないという側面の二つを内容とするところ、不利益推認を許容しないことにより、上述したようにデュー・プロセスに従った刑事公判手続を実現し、それによって無罪を誤判から保護できるのであるから、この実体的真実主義という側面からも不利益推認は許容できないとされる。第四に、検察官の挙証責任という側面である²⁴⁾。すなわち、検察官の主張が、被告人によ

19) 同上。

20) 門野博「黙秘権の行使と事実認定」木谷明編『刑事事実認定の基本問題 第3版』(成文堂、2015年)248-252頁参照。

21) 同上、248-250頁。

22) 同上、251-252頁。

23) 同上、252頁参照。

24) 石田・前掲注18、147頁。

り何ら反駁を受けなかったために、その証明力が維持されることはあっても「検察官の立証は何ら変更されていないのであるからその立証レベルが高まるはずがなく」、黙秘から不利な推認を行うことは不自然・不合理であるという見解が示されている。

3. 判例

黙秘からの不利益推認の許否という争点に関して我が国の最高裁判所は判断を下していない。下級審のものとしては、被告人が裁判官の質問に答えなかった点を証拠の一部として考慮することを認めた東京高裁昭和24年10月29日判決²⁵⁾、傍論としてではあるが、黙秘からの不利益推認が心証の形成として許容でき黙秘権侵害に当たらない場合があることを認めた札幌高裁昭和47年12月19日判決²⁶⁾、黙秘からの不利益推認は許容できないと判示した札幌高判平成14年3月19日判決²⁷⁾及び和歌山地判平成14年12月11日判決²⁸⁾を挙げるこ

25) 東京高判昭和24年10月29日東京高等裁判所刑事判決集(昭和24年)124頁。

26) 札幌高判昭和47年12月19日刑月4巻12号1047頁、判タ289号295頁。

27) 札幌高判平成14年3月19日判タ1095号287頁、判時1803号147頁。本件の解説・紹介として、小早川義則「判批」ジュリ増刊1246号184頁(2003年)、岩瀬徹「判批」ジュリ別冊174号142頁(2005年)、原田國男「判批」ジュリ別冊203号136頁(2011年)、梅林啓「判批」研修657号27頁(2003年)、安井哲章「判批」法学新報111巻1・2号437頁(2003年)、石田・前掲注18、警察大学校重要判例研究会「判批」捜査研究609号31頁(2002年)、岡田悦典「判批」法セ578号112頁(2003年)、等がある。

28) 和歌山地判平成14年12月11日判タ1122号464(1)頁。本件の解説・紹介として、山口健一「判批」自由と正義59巻5号28頁(2008年)、小田幸児「判批」季刊刑事弁護34号78頁(2003年)、小林つとむ「判批」季刊刑事弁護38号40頁(2004年)、藤田正隆「判批」季刊刑事弁護44号111頁(2005年)、飯室勝彦「判批」法時75巻3号76頁(2003年)、白取裕司「判批」法時75巻3号72頁(2003年)、土本武司「判批」捜査研究616号32頁(2003年)、川崎英明「判批」法セ582号6頁(2003年)、豊崎七絵「判批」法セ582号10頁(2003年)、山口健一「判批」法と民主主義423号11頁(2007年)、がある。

とができる。

(1) 東京高裁昭和 24 年 10 月 29 日判決

本件において、被告人は盗品である自動車の有償処分のあっせんの罪で有罪判決を受け、事実誤認等を根拠に控訴を提起した。高等裁判所は次のように判示し、被告人の控訴を棄却している。

「原審公判調書によれば所論のように被告人が神田で本件小型自動車の売却方を頼まれ松戸でこれを受け取ったときはその自動車が盗品であることは気づかず宇都宮に来る途中途中車体検査証を見るとそれに東京味噌醤油株式会社と書いてあったので盗んだものではないかと思つた旨記載されているが右調書には尚被告人の供述として被告人は四月二日の夜神田駅近くの闇市で二年前石鹸の取引に関して知合となつた T から小型自動車を渡すから金をかしてくれと云われ三日夕がた松戸駅に行き金が作れなかつたと云うと何とか売つてくれと云つて車を渡されたものでその際 T から右の自動車は金を貸した抵当に喧嘩づくで無理にとつてきた車だときかされそれから廃車証明書を貰えぬかと云うと廃車証明は貰えぬが大丈夫だから売つてくれと頼まれたので証明書がなくても売つてやれば三万円位の儲けになると思つて引受けたとの記載があり尚その際裁判官よりその様な事態であれば初めから断われればよかつたのではないかと質問されて沈黙して答えない旨記載されているのであつてこの諸点を先の宇都宮に来る途中車体検査証を見て盗品ではないかと思つたとの供述を総合すれば被告人は原審において右自動車が赃物であることの情を諒知しながら之が売買の斡旋をしたことを自認した趣旨と認められ、之と原判決挙示の他の証拠を総合すれば判示事実は全部これを認め得るものと云うべく本件記録を精査するも原判決には事実誤認又は理由のくいちがいの違法があるとは認め難いから論旨には理由がない」。

(2) 札幌高裁昭和 47 年 12 月 19 日判決

この事件は、大学の建物の一部を封鎖・占拠中の学生らによる現住建造物放

火等が争点とされたいわゆる北大本部事件控訴審判決である。被告人らが共謀のうえ放火を行ったことを示す証拠はないという弁護人の主張に対して、原判決は証拠により認められる事実を適示し、「その他、被告人、弁護人らから、以上の諸点について何んの反証も提出されておらず、これらの各事実その他本件各証拠に現れた一切の状況に照らすと、被告人らと松岡の五名全員の共同意思に基づいて三階両階段のバリケードに対し火炎瓶を投擲するなどの方法によって放火したと認定するに十分である」と説示したところ、反証を行わなかったことを事実認定の資料にしたとして、憲法 38 条及び刑訴法 311 条違反を被告人側は申し立てた。

これに対して、札幌高裁は、原審の説示の「被告人、弁護人らから、以上の諸点について何んの反証も提出されておらず」という部分は「単に『以上の諸点についてはなんの反証もない』旨を述べているにすぎず、反証を提供しないという被告人の消極的行為ないし態度そのものを積極的に総合認定の資料とした趣旨とは認め難い」とし、挙証責任分配の原則にも黙秘権にも反しないという見解を示した。さらに、「原裁判所が、心証形成に際し、反証を提出しない被告人らの消極的行為・態度に何ら影響されていないとは断定できないが、」犯罪事実があると事実上推認させる証拠が多数提出されており、被告人らの行動は被告人に対する質問の方法によってこれを明らかにすることが容易である場合において、被告人があえてこれを明らかにしようとしめない場合、その「事実上の推認がそのまま維持され、あるいは一層強められることになったとしても、それは、心証の働きとしてむしろ自然なことといえる。そして、このことはいわゆる自由心証の分野に属する問題であって、所論の如く挙証責任分配の原則に反するものではないことはもちろん、被告人らの供述を強要するものではないから憲法三八条、刑事訴訟法三一一條に触れるものではない」と判示し、被告人側の主張を退けた。

(3) 札幌高判平成 14 年 3 月 19 日判決

この事件において被告人は失踪した少年の殺人の罪で訴追された。被告人は

逮捕以降、捜査・公判段階を通じて一切説明も弁明も行うことはなかった。

検察側は、上記事実を指摘し、弁解する機会を与えられたのに何の説明を行なわなかったことは、被告人が殺意をもって被害少年を殺害させたことを推認させるものであると主張した。原審²⁹⁾が黙秘権行使をもって犯罪事実の認定に不利益に考慮することは許されないとして被告人に無罪判決を下したのに対して、検察官は前述の札幌高判昭和 47 年 12 月 19 日判決を引用し、抽象的に黙秘していることを用いるのではなく、説得と質問がなされた具体的事実状況の下でその説得と質問の具体的な内容との関連における被告人の対応・態度の具体的ありさま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黙秘したことを用いているだけであると主張して控訴した。

札幌高裁は次のように判示し、検察側の主張を退けた。札幌高裁はまず、被告人が事実について一切黙秘し、検察官側の立証により形成された心証を崩すことができず、それが事実上被告人に不利益に働いてしまうということがあることは一般論としては不当なところはないという見解を示した。一方で、検察官が他の証拠により形成された心証を一層強めるという主張を展開する中で、被告人が黙秘し供述を拒否した態度を一個の状況証拠として扱っているとらえ、「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、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、到底受け入れることはできない」と判示した。また、被告人が捜査段階においても公判段階においても終始黙秘の態度を通したことについては「被告人の黙秘の態度をもって犯罪事実の認定において被告人に不利益に考慮することは、それが如何なる段階のものであっても、また如何なる状況のものであっても許されないものであって、本件においても、このよ

29) 札幌地判平成 13 年 5 月 30 日 判時 1772 号 144 頁、判タ 1068 号 277 頁。本判決の解説・紹介として、松田岳士「判批」現代刑事法 42 号 97 頁 (2002 年)、中川孝博「判批」法セ 570 号 112 頁 (2002 年)、笹森学「判批」季刑刑事弁護 28 号 86 頁 (2001 年)がある。

うな被告人の黙秘の態度をもって被告人の殺意を立証する証拠とすることができないことは明らかである」とした。

(4) 和歌山地判平成 14 年 12 月 11 日判決

この事件において和歌山地裁は、有罪判決を下すにあたって、被告人が、捜査及び公判段階において一貫して黙秘をしたことに関して、公衆が被告人を非難する論調があり、また、弁護人が事実上不利益に扱われることを懸念していたため、傍論として次のように述べた。「黙秘することを「黙秘権」という権利にまで高めた眼目は、まさに、黙秘したことを一切被訴追者（被告人、被疑者）に不利益に扱ってはならないという点にあるといわなければならない。」「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はかろうとしている刑事訴訟法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、それ以外の証拠の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るべきであり、もし黙秘するのはそれが真実であるからという一般的な経験則があるとすれば、むしろそのような一般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である」。

4. 議論の整理

以下では、これまで概観してきた学説・判例に関して一旦、議論を整理しておく。

肯定説は、被告人が証拠を提出することができるのに証拠を提出しないことには何か後ろめたいことがあるからだという一般的感覚が否定されるべき理由はないという考えに主に基づくものであった。この一般的感覚は、和歌山地裁平成 14 年 12 月 11 日判決でも示されたように否定説の一部でも認められているところである。そして、この一般経験則が心証に与える影響力を不利益推認禁止という技術的原則によって制御することは困難であり、この心証を排除することは職業裁判官をもってしても困難であると指摘されている³⁰⁾。

肯定説が黙秘権・自己負罪拒否特権の侵害はないと主張する論拠の一つは、被疑者にとって不利な情況が示されているのに、それに対して一切説明しないのは、被疑者の「沈黙」の意識的な選択ではなく、むしろ、事実上説明できない心理状態の露呈だとみることができ、黙秘権に抵触するものではないという見解であった。黙秘を一個の情況証拠として扱っているようにみえる東京高裁昭和 24 年 10 月 29 日判決の理由付けは必ずしも明らかではないが、裁判官の質問に窮して被告人が回答できなかったとみれば、この見解が当てはまりそうである。また、札幌高裁昭和 47 年 12 月 19 日判決は、犯罪事実があると事実上推認させる証拠が多数提出されており、被告人らの行動は被告人に対する質問の方法によってこれを明らかにすることが容易である場合において、被告人があえてこれを明らかにしようとししない場合、その「事実上の推認がそのまま維持され、あるいは一層強められることになったとしても、それは、心証の働きとしてむしろ自然なこと」であり、黙秘権・供述拒否権に抵触するものではないとしており、上記の見解と同じような考え方に基づくものであるように思われる。

30) 桂＝武田・前掲注 11、69 頁。

とはいえ、すべての場合にこの理論構成を適用できるとはいえないだろう。被疑者・被告人は単に“捜査機関に協力しない”等の様々な理由から黙秘する場合があります、このような場合に一概に、黙秘したことを説明できないという心理状態の露呈ととらえることができないように思われる。また、肯定説は被疑者・被告人に不利な情況が示されていることを前提としているが、どの程度の不利な情況を政府側が示していればよいのか明らかではない。さらに、黙秘からの不利益推認がなされる場合に供述を行うように強制する圧力はごくわずかにすぎないと肯定説は主張するが、この点に関しても検討が必要である。確かに、黙秘から不利益推認を認めることで被疑者・被告人に供述を行うように迫り込む圧力は、拷問等と比べ、わずかなものといえるかもしれない。しかし、否定説が主張するように、たとえ一定の場合に限定されるとしても黙秘したことを事実認定で不利益に考慮できるのであれば、供述するように間接的に圧力が課されるようになり、黙秘権を行使することが困難になると解することができる。黙秘権の行使に対してそのような圧力がかかるのであれば、どうしてその圧力を許容することができるかについて理由を示すことが必要になる。肯定説はなぜこのような圧力を課すことが正当化されるのかについては明確な回答を示していない。

肯定説は自己に不利な状況が示されているにもかかわらず被疑者・被告人が黙秘し続けた場合において、その不利な状況から合理的に導かれる推認を行ってよいとするものである。札幌高裁昭和47年12月19日判決は、このような状況において不利な状況で示された事実上の推認が維持され、一層強まったとしても心証の働きとして自然なことであると述べる。この点につき、否定説は挙証責任の観点から批判を加えている。すなわち、検察官の立証により事実認定されなければならないところ、検察官の立証が不十分な点を黙秘で補うことはできないとする。この考えによれば、札幌高裁平成14年3月19日判決が示したように、他の証拠による検察側の立証が、事実上の推認が黙秘したことにより維持されることはあっても、一層強められると解することはできないことになる。肯定説は、このように黙秘したことから行いうる合理的な推認を行

うことが挙証責任との観点でなぜ許されるのかについて何ら言及していない。以上のように、肯定説はその根拠づけに不十分な点がみられ、否定説からの批判に対しても十分な反論ができていないといえることができる。

一方で、否定説は、被疑者・被告人が黙秘したことを事実認定において不利に扱うことを認めれば、結局は供述せざるをえないことになり、黙秘権を保障した趣旨が損なわれるという点に主に依拠している。札幌高裁平成 14 年 3 月 19 日判決及び和歌山地裁平成 14 年 12 月 11 日判決では、この否定説の論拠に基づき黙秘からの不利益推認は一切許容できないという立場が明確にとられている。加えて、否定説は挙証責任の原則及び当事者主義的刑事司法制度を我が国が採用していることから、黙秘からの不利益推認は許容することはできないとする。この点につき、和歌山地裁平成 14 年 12 月 11 日判決でも「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はかろうとしている刑事訴訟法の基本的理念自体を揺るがすことに結び付きかねない」という見解が示され、これらの論拠が採用されている³¹⁾。この和歌山地裁が示した論拠については、我が国において挙証責任の原則は当事者主義による要請によるものであるという理解がなされていること³²⁾に照らせば、被疑者・被告人が黙秘したことを事実認定において被告人に不利に考慮することを認めることで、検察側が負う挙証責任が実質的に転換されることになり、これによって、当事者主義的要請が充たされなくなると解することもできる。

これら否定説の論拠は説得的なものであるだろうか。否定説は黙秘から不利益推認を行うことで黙秘権・自己負罪拒否特権を保障した趣旨が実質的に損な

31) 札幌高裁平成 14 年 3 月 19 日判決も同様の理解が背影にある旨指摘されている。平良木登規男他編『判例講義 刑事訴訟法』(悠々社、2012 年)140 頁参照。

32) 例えば、平野龍一『刑事訴訟法の基本理論』(日本評論社、1964 年)4-8 頁、笹倉宏紀「当事者主義」法学教室 376 号 4-11 頁 (2012 年)参照。

われるという考え方に主に基づくものであるが、ここでいう黙秘権・自己負罪拒否特権の趣旨について何ら言及しておらず、黙秘からの不利益推認を認めることで何が損なわれることになるのか明らかではない。この点につき、黙秘権・自己負罪拒否特権の正当化根拠に関する多数説に従えば、黙秘したことから不利益推認を行うことで結局のところ供述せざるを得なくなり、このように自身の意思に反して供述を強制されることが個人の尊厳を害することになると解釈できる。とはいえ、黙秘権・自己負罪拒否特権が本来抑止しようとしていたのは、法廷侮辱罪という制裁の伴う法律上の供述の義務付けや、脅迫・拷問による供述の強制であり、これらの手法は供述を行うように極めて強い圧力を被疑者・被告人に課すものであるということが出来る。これらの手法に伴う圧力と、黙秘すれば事実認定において不利に扱われるという圧力を同一視できるかは疑問である。刑罰という制裁に比べ、事実認定において不利に扱われるという制裁に伴う圧力の程度が低いことは明らかであるだろう。とりわけ、肯定説が主張するような限定的な状況においてのみ不利益推認がなされるのであれば、一層このことが当てはまるように思われる。また、取調べ過程や、公判で立証上追い込まれた場合のように、被疑者・被告人は刑事手続きにおいて様々な圧力に直面することになる。黙秘からの不利益推認に伴う圧力が、これら刑事手続き内の様々な圧力の中で、排除されなければならないほど個人の尊厳を害しているといえるのだろうか。このように考えた場合、否定説はこれらの点について説明を行う必要がある。

さらに、黙秘権・自己負罪拒否特権の別の正当化根拠に依拠した場合にも、黙秘からの不利益推認が黙秘権・自己負罪拒否特権の本質を害するとすることには疑問が残る。自己負罪拒否特権は、当事者主義の要請であるという主張からまず検討する。肯定説は被疑者・被告人に不利な状況が示されているにもかかわらず黙秘を行ったような限定的な状況においてのみ黙秘からの不利益推認を認めるのであり、たとえ黙秘からの不利益推認を認めたとしても黙秘権・自己負罪拒否特権を一切行使できなくなるとはいえない。このように権利行使を完全にできなくするものでなかったとしても、黙秘からの不利益推認は対等当

事者としての被疑者・被告人の地位を脅かすものであるのか。最後に、虚偽自白やそれに伴う誤判の防止という観点からみれば、黙秘からの不利益推認が行われるという圧力の下で被疑者・被告人は虚偽の自白を行ってしまい、それに基づいて無罪が誤って有罪判決を下される危険を理由として、不利益推認は禁止されることになるだろう。とはいえ、黙秘から不利益推認が行われるという圧力のみでこのような虚偽自白が増加するというのは疑わしいように思われる。また、この理由付けに基づけば、強制の契機を伴う身柄拘束下の取調べのような状況においては黙秘からの不利益推認はまさに禁止されるべきであるが、そのような圧力のかからない公判においては逆に黙秘からの不利益推認を許容しうることになるだろう。以上のように、黙秘からの不利益推認を一切禁止している否定説も十分な理由付けを示すことができていないといえるように思われる。

なお、後述するようにイギリスでは、黙秘したことを公判で提出した抗弁を弾劾する目的で黙秘したことを利用することについても議論されている。これまで検討してきた我が国の議論は、黙秘を一個の状況証拠にすることの許否、すなわち、黙秘を実質証拠として利用することの許否であり、被告人の抗弁の信用性を弾劾する目的での利用についてどのように考えるべきかは明らかではない。このような黙秘の証拠利用については、肯定説に立てば許容できる余地があるように思われる。一方で、札幌高判平成 14 年 3 月 19 日判決で示されたように、黙秘を不利益に考慮することは如何なる形態のものでも許容できないという立場からは、このような抗弁の信用性の弾劾を目的とする場合であっても黙秘を利用することは許されないと解することになるだろう。とはいえ、否定説の中にはこのような弾劾目的での黙秘の利用を許容する余地を認めるものがある³³⁾。いずれの立場に立つにせよ、その論拠についてはほとんど議論されてこなかったといえる

33) 例えば、ある質問に答えていたのに、それに関連する質問には答えに窮して答えられなかった場合には、その質問に関連する供述内容の信用性判断のために、その沈黙したことを考慮しようと指摘されている。門野・前掲注 20、253 頁 註釈 20。

このように黙秘からの不利益推認に関する議論を整理すると、以下の点につきさらに検討を行う必要がある。第一に、黙秘からの不利益推認が禁止される論拠についてである。肯定説も否定説も、黙秘したことを被疑者・被告人の有罪を示すものとして抽象的に利用することは許容できないとする点では一致している。とはいえ、黙秘からの不利益推認を禁止する論拠については詳細な検討は行われておらず、また、黙秘権・自己負罪拒否特権の正当化根拠に関する我が国の多数説に照らして考えた場合でも、多くの疑問が生じることが明らかになった。したがって、黙秘からの不利益推認を認めることでどうして黙秘権・自己負罪拒否特権が損なわれることになるのかについてまず明確にする必要があるだろう。

第二に、上述した不利益推認禁止原則の論拠に照らして、肯定説が主張するような黙秘から合理的な推認を行うことも許容することができないのか否かを検討する必要がある。否定説は、黙秘権保障を充実させるためにあえてこのような合理的な推認を否定することが必要になるとか、そもそも肯定説が行うると主張する推認は不合理であると主張する。しかし、上述したように、これらの主張の妥当性については十分な検討がなされておらず、また、これらが正しいか否かは不利益推認禁止の論拠如何により異なるように思われる。

Ⅲ. イギリスにおける黙秘からの不利益推認に関する理論的分析

本章では、黙秘からの不利益推認を許容するイギリスの法律（Criminal Justice and Public Order Act 1994, ss.34-38。以下「CJPOA」とする。）において、どのような場合に不利益推認が許容されてきたかを概観し、その理論的根拠につき検討を行っていく。CJPOA34-38条に基づく不利益推認に関して詳細な分析を行った論稿はすでに多数ある³⁴⁾。本稿では理論的根拠の分析に必要な範囲

34) 例えば、井上正仁「イギリスの黙秘権制限法案1、2」ジュリスト1053号39頁、

で、まずイギリスの法制度を概観したのち、黙秘からの不利益推認に関する議論がどのように展開してきたのかを明らかにする。そして、これらの議論に基づいて、黙秘からの不利益推認を許容する理論的根拠について考察を加えていく。

1. CJPOA の基本枠組み

(1) イギリスにおける黙秘権・自己負罪拒否特権の保障

イギリスにおいて黙秘権・自己負罪拒否特権は、何らかの単一の権利を意味するものではなく、全く異なる種類の免除・免責の集合体であると認識されており、公判段階と捜査段階では異なる内容の権利が保障されると解されてきた³⁵⁾。

公判段階では、証拠の提出若しくは証言を行うことを義務付けられることからの免責が被告人に与えられていると考えられている³⁶⁾。1898 年まで、被告人は宣誓に基づかない供述を行うことはできたが、証人適格は認められていなかった。Criminal Evidence Act 1898(以下、1898 年法とする)により、被告人に証人適格が認められると、自己の意思に反して証人になることを義務付けられないとする自己負罪拒否特権保障が明記されることになった。

捜査段階については、捜査機関からの質問に答えることを義務付けられるこ

1054 号 88 頁 (1994 年)、青山彩子「イギリスにおける『黙秘権の廃止』立法について」警察額論集 48 卷 12 号 111 頁 (1995 年)、石田倫識「被疑者の黙秘権に関する一考察」九大法学 86 号 107 頁 (2003 年)、中島洋樹「被疑者・被告人の供述主体性 (1) (2)」法学雑誌 51 卷 1 号 54 頁、51 卷 2 号 501 頁 (2004 年)、三島聡「イングランド＝ウェールズにおける黙秘からの不利益推認」刑事弁護 38 号 58 頁 (2004 年) 梶悠輝「イギリスにおける自己負罪拒否特権」同志社法学 69 卷 8 号 3513 頁 (2018 年)、拙稿「イギリスにおける黙秘からの不利益推認」大学院研究年報法学研究科篇 45 号 247 頁 (2016 年)、拙稿「イギリスにおける不利益推認の展開」大学院研究年報法学研究科篇 46 号 157 頁 (2017 年)等参照。

35) R v. Director of Serious Fraud Office, *ex parte* Smith [1993] A.C.1, 30-31.

36) Ian Dennis, *The Law of Evidence*, 156 (6th ed., 2017).

とからの免責が保障されることになることとされる³⁷⁾。捜査段階の黙秘権に関しては1984年警察及び刑事証拠法（以下、PACEとする）により、被疑者に対する質問に先立って、黙秘権等の告知を行うことが義務付けられ、この義務違反を行った場合には裁判官の裁量により証拠排除がなされることになり、この権利の実効性が担保されるようになった。

これら黙秘権・自己負罪拒否特権の正当化根拠に関しては、イギリスにおいても様々な見解があり³⁸⁾、判例では複数の論拠に基づくものであることが示唆されてきた³⁹⁾。その中でも重要視されてきたのは挙証責任の原則と関連するものである。すなわち、イギリスでは、被告人の有罪を立証することは政府側の義務であるという挙証責任の原則が刑事司法手続の中で最も重要な原理の一つであると理解されており、黙秘権・自己負罪拒否特権もこのような国家と市民との関係を根拠にしていると考えられているのである⁴⁰⁾。また、捜査段階の黙秘権については、捜査機関による権限濫用を抑止し、虚偽の真のある自白がなされることを防ぐことで公判の公正さを維持することを目的とすることが強調されてきた⁴¹⁾。

(2) CJPOA の規定内容

CJPOA が制定された当時、テロ犯罪の脅威や犯罪の増加という当時のイギ

37) R v. Director of Serious Fraud Office, *ex parte* Smith [1993] A.C.1, 30-31.

38) See, e.g., M. Redmayne, *Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination*, 27 O.J.L.S. 209 (2007).

39) R v. Director of Serious Fraud Office, *ex parte* Smith [1993] AC1, 31-33. 黙秘権を規律する論拠として①すべての者は個人の自由及びプライバシーに関する権利を有していること、②司法の権限濫用に対する反発、③被告人を残酷なトリレンマに置くことが公正とはいえないこと、④告発された者が虚偽の自白に基づいて有罪判決を下されることになる危険を最小限におさえること、が挙げられた。

40) Susan Easton, *Silence and Confessions: The Suspect as the Source of Evidence*, 80 (2014).

41) R v. Herts CC, *ex parte* Green environmental Industries Ltd [2000] 2 A.C. 412, 419.

リスの社会情勢を背景として、犯罪者が黙秘権を濫用し、警察の捜査活動が妨害されているという問題意識があった。そこで、黙秘したことから通常人が合理的に行いうる不利益推認を許容することで、公判段階になってはじめて不意打ち的に抗弁を被告人が提出すること（不意打ち抗弁（ambush defense））を抑制し、被疑者・被告人に供述するように促すことを目的として CJPOA が制定されることになった⁴²⁾。

CJPOA は立法過程において大きな論争を呼んだが、反対者はとりわけ①不利益推認が行われるという心理的な圧力により無辜の者が虚偽の自白を行ってしまい、えん罪が発生すること、②不利益推認が許容されることで、政府側が負う挙証責任が被告人側に転換され、もしくは、軽減されてしまうことに懸念を示していた⁴³⁾。また、コモン・ロー上、捜査段階で黙秘権を告知しその後黙秘したことを被告人に対して不利に扱うことは、権利告知が被告人を陥れるための罠として機能することになるため許されないと考えられてきた⁴⁴⁾。

そこで、CJPOA は黙秘から不利益推認を行いうる場合を以下のような四場面に限定することで、不利益推認を行いうる範囲を限定し、挙証責任が被告人側に転換されないようにするとともに、黙秘権の告知を行うに当たって、黙秘したことから不利益推認がなされる旨告知することを要件として課した。

第一の場面は、公判段階における黙秘からの不利益推認であり、CJPOA35 条に規定されている。CJPOA35 条は、以下の要件を充たした場合に、適切であると思われる推認を裁判官又は陪審が行うことを認める⁴⁵⁾。

①被告人の有罪が争点であること

② (i) 被告人側が証拠を提出することができる段階に達していたこと、(ii) 被告人が証拠を提出することを望めば、証拠を提出することができたこと、

42) R v. Brizzalari [2004] EWCA Crim 310.

43) See, e.g., Royal Commission on Criminal Procedure, Report (Cmnd. 8092) (HMSO, 1981), para. 4.51.

44) R v. Leckey (1944) 29 Cr. App. R. 128

45) Criminal Justice and Public Order Act 1994, s. 35(2).

(iii) 被告人が証拠を提出しない、もしくは、正当な理由 (good cause) なく被告人が質問に答えることを拒否した場合に陪審が適切であると思われるような推認を行いうること、という三点を被告人が認識していたと公判裁判官が確信すること

③被告人が証拠を提出しなかった、もしくは、正当な理由 (good cause) なく質問に答えることを拒否したこと

但し、①被告人が有罪であるか否かが争点とされていない場合⁴⁶⁾、及び、②被告人が身体的・精神的状態を理由として証拠を提出するのに望ましい (undesirable) 状態とはいえないことが公判裁判官にとって明らかである場合⁴⁷⁾にはこの規定は適用されない。第二、第三の要件でいう、正当な理由がある場合とは、法律上の免責によって質問に答えることを拒否する権利を被告人が有している場合、もしくは、公判裁判官がその裁量において被告人に質問に答えなくともよいとしている場合であるとされる⁴⁸⁾。

14歳以下の年少者は被暗示性や迎合性が強いなどの特有の脆弱さを有していることから、CJPOA35条制定当初、14歳以下の被告人には同条は適用されないと規定されていた。しかし、刑事責任年齢を14歳から10歳に引き下げた少年法改正がなされると、この規定は削除された⁴⁹⁾。

第二の場面から第四の場面は捜査段階の黙秘からの不利益推認に関するものであるが、被疑者が黙秘を行った状況でそれぞれ規定が分かれている。第二の場面は、捜査機関による取調べの過程で被疑者が黙秘を行った場合であり、CJPOA34条に規定されている。R v. Argent (1997) 2 Cr. App. R. 27はCJPOA34条の条文上の要件を次の六要件に整理している。

- ①被告人の黙秘が被告人を訴追するための手続きでなされたものであること
- ②告発される (accused is charged) 前に被告人が黙秘したこと

46) *Ibid.*, s. 35 (1) (a).

47) *Ibid.*, s. 35 (1) (b).

48) *Ibid.*, s. 35 (5).

49) Crime and Disorder Act 1998 s. 35. *See also*, Easton, *supra* note 40, 34-35.

- ③警察官による取調べにおいて黙秘を行えばその黙秘が後に公判において不利益に扱われる可能性があるという警告の下で黙秘がなされたこと
 - ④警察官による取調べの目的が捜査対象の犯罪が行われたか否か、もしくは、その犯罪が誰によって行われたのかを追及することに向けられたものであること
 - ⑤被告人が捜査段階の取調べにおいて黙秘し言及しなかった事実、被告人が公判において防御のために依拠したこと
 - ⑥取調べ時に存在した状況において、被告人に言及することを期待することが合理的であった事実被告人が言及しなかったこと
- 第五要件はさらに二つの要件に分かれ、第一に、被告人が防御において依拠した事実が実際に存在したのか否か、第二に、被告人が、取調べを受けた際に、警察に対してその事実について言及しなかったか否か、についてそれぞれ検討がなされる。

第三の場面は、被告人の身体等に犯罪の痕跡がみられることについて官憲から質問を受けた際に被疑者が黙秘した場合であり、CJPOA36 条に規定されている。この CJPOA36 条の下で不利益推認を行うためには以下のような要件を充たす必要がある。

- ①被告人が官憲（税関職員を含む）に逮捕されること⁵⁰⁾
- ②被告人の身体、被告人が身につけている、着衣、履物、その他の物に、もしくは、被告人が逮捕された現場に、物質 (object)、物体 (substance)、痕跡 (mark) が存在すること⁵¹⁾
- ③官憲、もしくは、その他の犯罪捜査を行う政府職員が、その発見された物質、物体、痕跡は官憲が被告人に嫌疑をかけている犯罪に被告人が関与していることを示すものであると合理的に思料していること⁵²⁾
- ④官憲が被告人に対して抱いている嫌疑を告知し、被告人に対して、そのよう

50) *Ibid.*, s. 36 (1) (a).

51) *Ibid.*, s. 36 (1) (a).

52) *Ibid.*, s. 36 (1) (b).

な物質、物体、痕跡が存在することについて説明を求めること⁵³⁾

③被告人が説明することを拒否すること⁵⁴⁾

この規定の適用が想定される状況として、例えば、多額の現金や武器を所持しているのを発見された場合、あるいは、衣服に血痕が付いていた場合等を挙げるができる。

第四の場面は、被告人が犯行現場・犯行時間に居合わせたことについて質問を受けた際に黙秘した場合であり、CJPOA37条に規定されている。このCJPOA37条の下で不利益推認を行うためには以下のような要件を充たす必要がある。

①被告人が官憲（税関職員を含む）により逮捕されていること⁵⁵⁾

②嫌疑をかけられている犯罪が行われた場所、もしくは、時間に被告人が発見されたこと⁵⁶⁾

③嫌疑を抱いた官憲、もしくは、その捜査に従事していた他の官憲が、被告人が嫌疑をかけられている犯罪が行われた現場、もしくは時間に居合わせたのは被告人が犯罪に関与していたことが理由であると合理的に思料していること⁵⁷⁾

④官憲が被告人に対して抱いている嫌疑を告知し、被告人に説明を求めること⁵⁸⁾

⑤被告人が犯行現場もしくは犯行時間にいたことについて説明を行わなかったこと⁵⁹⁾

この規定が適用される場合として、例えば、被告人が、盗難車両に乗車していた場合、あるいは、犯罪が行われた建物に居合わせた場合等を挙げる事が

53) *Ibid.*, s. 36 (1) (c).

54) *Ibid.*, s. 36 (1) (d).

55) *Ibid.*, s. 37 (1) (a).

56) *Ibid.*, s. 37 (1) (a).

57) *Ibid.*, s. 37 (1) (b).

58) *Ibid.*, s. 37 (1) (c).

59) *Ibid.*, s. 37 (1) (d).

できる。

CJPOA36 条及び 37 条を適用するには、官憲が説明を求めた際に説明を行わなかった場合に不利益推認がなされる可能性があることを“日常用語 (ordinary language)”で警告しなければならない⁶⁰⁾。

CJPOA38 条では、CJPOA34 乃至 37 条に基づき推認を行う場合、その推認にのみに依拠して、一応の証明が証明された、あるいは、被告人の有罪が証明されたとしてはならないと規定しており、これら推認による証明の程度を限定している。

CJPOA の下で行いうる推認の内容に関して特に制限はなく、公判で提出された被告人の抗弁を弾劾する目的で黙秘を利用すること（弾劾目的での利用）にとどまらず、被告人の有罪を補強する証拠としての利用（実質証拠としての利用）も認められている。

(3) CJPOA の展開

CJPOA の各規定は、判例において要件が追加され、制定当初よりも不利益推認を行いうる場合を制限し、厳格な運用がなされてきたといえることができる。このような CJPOA の発展に大きな影響を与えてきたのはヨーロッパ人権裁判所の判例である⁶¹⁾。ヨーロッパ人権条約には、黙秘権・自己負罪拒否特権に関する規定は存在しないが、第 6 条 1 項で保障される公正な裁判を受ける権利の一つとして保障されるべきものであると解されている⁶²⁾。そして、この権利の理論的根拠として、「検察官が、被告人の意思に反して、事実上の強制とい

60) *Ibid.*, ss. 36 (4), 37 (3).

61) イギリスはヨーロッパ評議会 (Council of Europe) に加盟しており、自国民に対してヨーロッパ人権条約上の諸権利を保障しなければならない。加えて、1998 年の人権法 (Human Right Act 1998) が制定され、イギリスの裁判所はヨーロッパ人権裁判所の法理論に沿った解釈を行うように求められ、また、イギリスの裁判所にヨーロッパ人権条約上の権利の侵害を直接申し立てられるようになるとその影響力はさらに大きくなっていった。

62) *Saunders v. United Kingdom* [1997] 23 E.H.R.R. 313

う手段を用いることで入手された証拠に依拠することなく、被告人に不利な主張を証明すべきこと」を挙げ、この意味でこの権利は無罪推定の原則と密接に関連するとした。このような観点から、ヨーロッパ人権裁判所は、CJPOAに基づく黙秘からの不利益推認は必ずしもヨーロッパ人権条約6条違反に当たるわけではないが、その解釈においては以下の点に注意しなければならないことを強調してきた⁶³⁾。

第一に、黙秘からの不利益推認を、有罪判決を下すための唯一 (solely) の、もしくは、中心的な (mainly) 証拠としてはならないことである。これにより、CJPOAに基づく推認が事実認定において果たす役割は、政府側の立証の補強のみであることが強調されているのである。第二に、黙秘からの不利益推認が許容されるのは、被疑者・被告人が直面した状況から自身が無罪であることを示す説明を被疑者・被告人が明白に求められるにもかかわらず被疑者・被告人が黙秘した場合にのみであるということである。すなわち、黙秘から抽象的に有罪を推認することはヨーロッパ人権条約6条違反となるが、黙秘が犯罪事実を否定することができない被疑者・被告人の態度を示していると合理的に推認できるような場合に関しては不利益推認を許容できるとされたのである。したがって、陪審は、黙秘した理由が、質問に答えられなかった、あるいは、反対尋問を受けても成立しうるような返答を行うことができなかつたというものであると確信しない限り、不利益推認を行うことはできず、黙秘した理由について検討するように求められている。第三に、不利益推認が行われる場合には、取調べ前に弁護士と接見する機会を被疑者に保障することである。CJPOAの下で被疑者は、自白を行うか黙秘して不利益推認がなされるかという過酷なジレンマに直面することになり、このような状況において被疑者には適切な法的助言を与えることが必要であるとヨーロッパ人権裁判所は考えていた。第四に、陪審がCJPOAの要件を満たしているか否かを判断できるように適切な陪審説

63) Murray v. United Kingdom [1996] 22 E.H.R.R. 29; Condrón v. United Kingdom [2001] 31 E.H.R.R. 1; Beckles v. United Kingdom [2002] 36 E.H.R.R. 13. See also, Dennis, *supra* note 36, 182-184.

示がなされることである。上述のようにヨーロッパ人権条約の下では黙秘からの不利益推認が許容されるのは被疑者・被告人が直面した状況から自身が無実であることを示す説明を被疑者・被告人に明白に求められるにもかかわらず被疑者・被告人が黙秘した場合に限られるが、陪審にこれらの判断をすべて委ねてしまうと不適切な推認が行われる危険性があったとすることができる。そこで、ヨーロッパ人権裁判所は、被告人が黙秘したことは被告人が自身に示された不利な状況を否定できない様子を表すものである場合のみ不利益推認を行うと説示し、また、その判断を適切に行いうるよう、黙秘した事情に関するすべての証拠を陪審に対して示すことを求めたのである。

これらヨーロッパ人権裁判所の判断を受け、イギリスではとりわけ以下の点につき大きな法改正・法解釈の修正が行われた。

第一に、CJPOA34 条・35 条に関して、黙秘からの不利益推認を行う前に、被告人が反証を求められる程度に政府側が被告人の有罪を立証しなければならないという要件が追加されたことである。すなわち、CJPOA34 条の場合、黙秘から不利益推認を行う前に、政府側が被告人に対してプライマ・フェーシー・ケース (prima facie case) を証明していなければならないとされ⁶⁴⁾、また、CJPOA35 条の場合は、黙秘からの不利益推認を行う前に政府側がケース・トゥ・アンサー (a case to answer) を証明していなければならないとされた⁶⁵⁾。イギリスでは、陪審に審理させることができる程度に当事者の証明が達していない状態を no case to answer とし、裁判官は陪審に審理させることなく政府側の主張を退けなければならないとする⁶⁶⁾。刑事事件では、政府側が提出した証拠の証明の程度を考慮して、陪審が被告人に有罪評決を下すことはない裁判官が思料した場合には、裁判官が政府側の主張を退けなければならないとされる。陪審が被告人に有罪評決を下しうる程度に政府側の証明が達していること

64) R v. Gill [2001] 1 Cr. App. R. 11.

65) R v. Cowan [1996] 1 Cr. App. R.1.

66) Roderick Munday, Evidence, 15, 76-78 (10th ed., 2019). See also, R v. Galbraith [1981] 1 WLR 1039.

はケース・トゥ・アンサーの証明がなされたとされ、政府側の証明が合理的な疑いを入れない程度に達しているか陪審によって審理されることになる。また、プライマ・フェーシー・ケースとは、争点形成できる程度に十分な証拠を提出する政府側の立証責任 (evidential burden) のことを指し、政府側がこの立証責任を果たさず、十分な証拠を提出できなかった場合、裁判官は検察側が被告人に対するケース・トゥ・アンサーを証明していないと判示しなければならないとされる⁶⁷⁾。したがって、これらの要件で求められる証明の程度はほぼ同程度のものであり、陪審が有罪評決を下す可能性がある程度に政府側が証明を行うことが不利益推認を行う前に求められるのである。第二に、被疑者・被告人が黙秘したことに合理的な理由があるか否かを検討するように求められるようになった点である。CJPOA34条では、被告人に説明するよう期待することが合理的と言えるか否かを検討するにあたって黙秘した理由を検討することが条文上求められていたが、CJPOA35条・36条・37条は条文上黙秘した理由につき検討することを求められていなかった。しかし、被疑者・被告人が直面した状況から自身が無罪であることを示す説明を被疑者・被告人が明白に求められるにもかかわらず被疑者・被告人が黙秘した場合にのみ不利益推認は許容するというヨーロッパ人権裁判所の判断を受け、これらの条項についても被疑者・被告人が黙秘した理由を検討することが求められるようになった⁶⁸⁾。第三に、黙秘からの不利益推認を有罪の唯一の、若しくは中心的な証拠としてはならないとされた点である。CJPOAは38条3項において、34条乃至37条に基づいて行われた推認を有罪判決の唯一の証拠としてはならないと規定しているのみであり、したがって、より厳格な立場が採用されたといえる。第四に、捜査段階の黙秘からの不利益推認 (CJPOA34条、36条、37条) に関して、取調べ前に弁護人から法的助言を受ける機会を保障しなければならないとされた点である。この点についてはCJPOAの法改正がなされ、取調べ前に弁護人の助

67) *Ibid.*

68) Judicial College, *The Crown Court Compendium*; Part 1 : Jury and trial Management and Summing Up, June 2018, § § 17-1 ~ 17-23.

言を受ける機会を保障することが明文化されることになった⁶⁹⁾。

2. CJPOA に基づく黙秘からの不利益推認の理論的根拠についての考察

(1) 公判段階における黙秘からの不利益推認

CJPOA35 条においては、公判段階の黙秘からの不利益推認は、被告人が証拠を提出しようとするれば証拠を提出できる段階に達していると認識しているにもかかわらず、被告人が証拠を提出しなかった場合に適切と思われる推認を行うことを認めている。このような条文構造は一見すると幅広い推認を行うことができ、公判において証言しなかったことから抽象的に有罪を推認することが許容されているようにさえ見える。

とはいえ、ヨーロッパ人権裁判所は、被告人が自らに不利な情況に直面して自身の無実を示す説明を行うよう事実上求められているにもかかわらず、そのような説明を行わなかったことは被告人に対して不利に用いるとしている。同裁判所は、被告人が黙秘した理由が犯罪事実を否定することができないためであるということを確信した場合にのみ、事実認定者は不利益推認ができるという見解を示しており、抽象的に黙秘から有罪を推認することを認めない立場を明確にしたのである。これを受けてイギリスの裁判所は、政府側が不利益推認を行う前にケース・トゥ・アンサー、すなわち、陪審が被告人に有罪評決を下す可能性がある程度の証明を政府側が行っていない限り、CJPOA35 条による推認を行うことができず、また、この推認のみで、もしくは、これを主要な証拠として有罪判決を下してはならないという見解を示し、CJPOA35 条に要件を追加している。

このように CJPOA を規律するに当たって政府側の挙証責任の観点が強調されてきたが、ここで重要な点は、政府側の立証により、被疑者が反証を行うように事実上追い込まれていることである。陪審が被告人に有罪評決を下す可能

69) CJPOA, ss. 34(2A), 36(4A), 37(3A).

性がある程度の証明がなされれば、被告人は反証を行わなければ有罪評決を下されうる立場に置かれているとみることができる。このような観点から見れば、CJPOA35条により不利益推認を行いうる場合は次のようになると解することができるように思われる。すなわち、被告人が反証を行わなければ有罪と判断される程度に政府側が証明をなし、有罪判決を回避するには証拠を提出しなければならない場合に被告人が追い込まれているにもかかわらず、被告人が証拠を提出しなかった場合である。上述したように、確信を抱かせるような証拠がないにもかかわらず、単に黙秘から不利な事情を推定することは、その不利な事情について政府側が立証責任を果たしていないことになる。一方で、政府側が立証により不利な事情が相当程度示され、その不利な事情に対して説明を行うように事実上追い込まれているにもかかわらず黙秘するのは、その不利な事情を否定できないからであると合理的に考えられ、この不利な事情に関する証明がより強められることになる⁷⁰⁾。すなわち、この場合において、政府側は被告人側に説明を求めうる程度にまで被告人に不利な状況を証明しているのであり、被告人がそれでもなお説明しなかったことによりその不利な事情に関する証明がさらに強められ、その不利な事実の存在が合理的な疑いを入れない程度まで証明されることになる。したがって、政府側が合理的な疑いを容れない程度まで被告人の有罪を証明する責任を果たさないまま、被告人に有罪判決が下されることにはならないと考えられるのである⁷¹⁾。

これらは黙秘したことを実質証拠として利用する場合の議論であるが、弾劾証拠として利用することも挙証責任の原則の観点からは問題ないように思われる。被告人の抗弁を弾劾目的で黙秘したことを利用したとしても、抗弁の不存在を証明する責任は依然として政府側にあるといえ、不当に政府側の挙証責任が被告人側に転換されるわけではないためである。

以上のような論拠に基づきイギリスでは黙秘からの不利益推認が許容されて

70) William Willis, *An Essay on the principles of Circumstantial Evidence*, 65-68 (4th ed., 1872) (Alfred Willis ed. 1981).

71) See, e.g., M. Redmayne, *supra* note 38, 217-218 (2007).

いると考えられるが、イギリスの裁判所でも強調されていたように黙秘が政府側が示した不利な状況を否定できないことを示していると確信できるか否かを慎重に検討することが求められるといえる。公判段階においては、捜査段階のような強制的契機は存在しないが、それでもなお、精神障害者などがその精神障害の特性から黙秘を行ってしまうことは当然生じうる。このような場合においては黙秘を行うよう事実上追い込まれたとはいえず、したがって、上述してきたような論拠に基づけば黙秘からの不利益推認は許容できないことになる。黙秘からの不利益推認が合理的であるか否かは類型的に判断することができるものではなく、個別具体的な状況に照らして、被告人が説明を行うように求められる程度に被告人に対する不利な状況が示されているのか否か、さらには、説明を行わなかったことが、不利な状況を否定できないという理由であるか否かを判断しなければならないといえる。この点につき、CJPOA35 条において、精神的・身体的理由から被告人に証拠の提出を求めることが望ましくない裁判官が確信した場合には不利益推認を行ってはならないと規定されている⁷²⁾。すなわち、一定の脆弱な被告人の保護策として、被告人が黙秘した理由が、犯罪事実を否定できないという事情以外のものではないかを具体的に検討することが求められているのである。

(2) 捜査段階における黙秘からの不利益推認

捜査段階の黙秘についても、黙秘を証拠として利用することには変わりはないのであるから、公判段階の黙秘と同様に挙証責任の原則に反しない範囲においてのみ不利益推認を許容できるように思われる。

さらに、捜査段階では、別途の配慮を必要とするように思われる。イギリスでは、虚偽自白の防止という観点から捜査段階では、公判段階とは別個の権利が保障されると理解されてきた。不利益推認に関する文脈に関しても、身柄拘束下の取調べ時において不利益推認がのちに行われうるといふ圧力から虚偽の

72) CJPOA s.35(1)(b).

自白が行われる危険性があるという問題提起がイギリスでは立法段階からなされてきた。この虚偽自白の防止という観点から見ると、黙秘から不利益推認を認めることで、被疑者に供述するように圧力がかかり、供述するように事実上強制されたとみることができれば、黙秘権侵害となりうると考えられる。

イギリスでは捜査段階の黙秘からの不利益推認を次の三つの場面に限定していた。すなわち、①のちに公判で防御として依拠する抗弁を取調べ時に被疑者が言及しなかった場合（CJPOA34条）、②犯罪の痕跡等が、被疑者の身体、衣服等にみられ、それについて官憲から質問を受けた際に黙秘した場合（CJPOA36条）、③被疑者が犯行現場もしくは犯行時間に居合わせたことについて官憲から質問を受けた際に黙秘した場合（CJPOA37条）、である。

挙証責任の原則という観点から見た場合、CJPOA34条で重要な点は、言及しなかった事実が、取調べ時存在したすべての事情に照らして、言及することを被疑者に期待することが合理的なものであることが要件とされている点である。つまり、抗弁があれば提出するように求められる取調べ時の状況であったにもかかわらず、抗弁を提出しなかった場合に限り黙秘からの不利益推認は認められることになる。加えて、不利益推認を行う前に政府側がプライマ・フェイシー・ケースを証明していなければならず、政府側の挙証責任が転換されないように配慮されていた。また、CJPOA36条・37条は、被疑者が犯行現場・犯行時間に居合わせたことや被疑者の身体や所持品等に犯罪の痕跡があったといった、被疑者と有罪を強く結びつける状況において黙秘からの不利益推認を許容するものであった。このようにみると、捜査段階においても、公判段階と同様に、被疑者が自身に示された不利な状況について説明を行うよう事実上追い込まれた状態にもかかわらず、説明を行わなかった場合に限り黙秘からの不利益推認が許容されているとみることができる。そうすると、公判段階と同様の理論構成により挙証責任の原則という観点からは問題がないといえるように思われる。

つぎに虚偽自白の防止という観点について、まず弾劾証拠として黙秘を利用する場合に関して分析を行っていく。この点、CPOAが制定された目的の一つ

に、不利益推認を行うことで被疑者に供述を行うように促すことが挙げられていたことに照らせば、弾劾目的利用であっても供述を行うように圧力がかかることは明白である。では、黙秘権の行使に何らかの圧力がかかった場合、すべて黙秘権侵害になるのだろうか。

この点につき、イギリスにおいては CJPOA が不意打ち的な抗弁の提出を押し止しようとしてきたことに注目したい。結審間際で不意打ち的に抗弁の提出がなされた場合、それまでの公判手続を無駄にし、訴訟経済に反するだけではなく、政府側の準備不足から、被告人が不当に有罪判決を逃れることにもなりうる。イギリスにおいてこのような不当な公判戦術を用いることは証拠開示制度⁷³⁾などの他の公判前整理手続きの整備でも抑制されていることから、許容できないと考えられているといえる。

このような考え方を前提とした場合、ねつ造された抗弁を弾劾する目的で黙秘が利用されることにより、黙秘権を行使しづらくなるような圧力が課されるとしても、その圧力に対して保護を与える必要はないという立場をイギリスの刑事司法制度はとっていると考えられる⁷⁴⁾。また、のちに提出した抗弁が真実であり、何らかの理由により捜査段階で黙秘していた場合であっても、黙秘した理由についてはのちの公判で説明すればよいのであり、このよう場合には不利益推認は行われないのであるから、黙秘を弾劾目的で利用したことで生じる圧力は、沈黙するという選択を不可能にするほど強力なものであるとはいえないだろう。

では、実質証拠として黙秘を利用する場合はどうであろうか。例えば、黙秘

73) See, Criminal Procedure and Investigation Act 1996.

74) この点につき、アメリカ合衆国でも、偽証は刑事司法制度の運用を著しく損なう行為であり、被疑者・被告人に偽証を行う権利はないという立場が長年とられており、同様の解釈を行いうる。拙稿「アメリカ合衆国における捜査段階の黙秘と不利益推認」比較法雑誌 51 巻 3 号 157 頁、179-180 頁 (2017 年) 参照。See, e.g., *Walder v. United States*, 347 U.S. 62 (1954); *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971); *Oregon v. Hass*, 420 U.S. 714 (1975); *United States v. Havens*, 446 U.S. 620 (1980); *James v. Illinois*, 493 U.S. 307 (1990).

したことから抽象的に有罪を推認された場合を想定すると、黙秘するという選択肢を実質的に奪われることになることから、黙秘権の行使に許容できないような圧力が課されていることになるだろう。しかし、イギリスでは実質証拠としての利用がすべて禁止されているわけではなかった。前述のように、CJPOAの下捜査段階の黙秘から不利益推認がなされるのは、被疑者が自身に示された不利な状況について説明を行うよう追い込まれた状態にもかかわらず、説明を行わなかった場合であった。この場合において、被疑者が黙秘したのは、意図的に黙秘を選択したというよりは、事実上黙秘するように追い込まれたためであると解することができる。このような黙秘を実質証拠として用いても、被疑者が供述するか否認するか沈黙するかという選択をできなくするとはいえず、黙秘権の行使を不可能にするような圧力をかけるものとはいえない。したがって、CJPOAの下でなされる推認は、黙秘を実質証拠として利用する場合であっても黙秘権を侵害するものではないと考えられるように思われる。

もっとも、捜査段階の黙秘から不利益推認を行うにあたっては、公判段階以上に慎重な検討が必要になるように思われる。実務上、被疑者が答えに窮して沈黙したのか、それとも、何らかの他の理由から黙秘することを選択していたのかを区別することは極めて困難であることがイギリスで指摘されてきた⁷⁵⁾。

そこで、CJPOAの下では、捜査段階において不当な推認が行われることを防止するために手続上の保護策が設けられていた。第一に、黙秘から不利益推認がなされる場合がある旨の事前告知である。コモン・ローにおいて黙秘権を告知した場合、それを被告人に対して不利に利用することは許されないと考えられており、また、立法段階においてもそのような黙秘の利用は不公正であると認識されていた。したがって、CJPOAでは、黙秘の利用が被告人にとって不意打ちにならないように、黙秘したことがのちの公判で不利益に用いられる

75) See, e.g., S. Cooper, *Legal Advice and Pre-Trial Silence-Unreasonable Developments*, 10 Int'l J. Evidence & Proof 60, 66- 69 (2006); R. Leng, *Silence Pre-Trial, Reasonable Expectations and the Normative Distortion of Fact Finding*, 5 Int'l J. Evidence & Proof 240, 245- 248 (2001).

旨を事前に告知することが要件とされていた。このような警告を受けることにより、警察に協力したくない等の理由から黙秘することを抑制することもでき、黙秘が自身の不利な状況を否定できない態度を示すものであると推認することがより容易になるということが出来る。

第二に、弁護人と接見する機会の保障である。ヨーロッパ人権裁判所は、黙秘からの不利益推認がなされる文脈において、被疑者は供述して自己負罪するか、黙秘して不利益推認を行われるかを選択しなければならないというジレンマに直面することになるという見解を示した。そして、このような重要な判断を行うに当たって、弁護人の助言を受けられないことは不公正であると判示したのである。これを受け、CJPOA では、質問を行う前に弁護人と接見する機会を被疑者に保障しなければ、不利益推認を行うことはできないという要件を新たに加えたのであった。

IV. 黙秘からの不利益推認の許否・許容範囲の検討

1. 黙秘権・自己負罪拒否特権の正当化根拠について

イギリスにおいても黙秘権・自己負罪拒否特権の正当化根拠⁷⁶⁾として様々な論拠が主張されていたが、黙秘からの不利益推認を許容するに当たって依拠されていた論拠は、被告人の協力を得ることなく、政府側が被告人の有罪を証明しなければならないという黙秘権・自己負罪拒否特権の側面であった。

この点、我が国の学説では、黙秘権・自己負罪拒否特権の正当化根拠を個人

76) 自己負罪拒否特権に関する議論及びその動向として、たとえば、安井哲章「自己負罪拒否特権の性質と機能 (1)」比較法雑誌 46 卷 2 号 1 頁 (2012 年)、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 121 頁 (2001 年)等参照。See also, D. Dolinko, *Is There A Rationale for the Privilege against Self-Incrimination?*, 33 UCLA L. Rev. 1063 (1986); Andrew L-T Choo, *The privilege Against Self-Incrimination and Criminal Justice*, 2-10 (2013).

の尊厳などの価値の保護に求める見解⁷⁷⁾が多数を占めており、このようなイギリスの考え方はなじまないといえそうである。しかし、個人の尊厳の尊重という立場のみで黙秘権・自己負罪拒否特権の保護範囲を全て説明することは難しいように思われる。

この個人の尊厳の尊重という立場は、黙秘権・自己負罪拒否特権の保護範囲の検討に当たって、ある手続きがどの程度個人の尊厳を害するののかということの問題とすることになる。その個人の尊厳が侵害される程度というのは結局のところ個人の道徳的・政治的感覚によって左右されることになり、自己負罪拒否特権の保障範囲を画することができないということがいえるように思われる⁷⁸⁾。例えば、川崎民商事件⁷⁹⁾において刑事訴追目的以外の行政手続きでの質問・検査に協力しなかったことで被告人が罰金刑に処されたことは自己負罪拒否特権違反にはならないとされたが、個人の尊厳の尊重という観点からこれをどのように説明するのだろうか。どのような性質の手続きであれ、個人の尊厳を侵害するという観点で見れば同じであるということが出来る。同様のことが黙秘からの不利益推認の議論にも当てはまる。黙秘から不利益推認がなされることで供述を行うように圧力が課されることになるが、この圧力が様々な刑事司法手続き内における圧力の中でとりわけ禁止されるべきなのかについて説明を行うことは困難である。

英米では理論的に説明できないからと言ってこれらの感情を否定するべきではないという主張がなされており⁸⁰⁾、自己負罪拒否特権が表す刑事司法制度の根底には個人の尊厳の尊重などの考慮があることに疑いはない。とはいえ、イギリスを行われていたような合理的な範囲で推認を行うことは個人の尊厳を害

77) 前掲注5 参照。

78) この点につき、拙稿「アメリカにおける自己負罪拒否特権の行使と不利益推認」比較法雑誌 51 巻 1 号 191 頁、210-212 頁(2017 年) 参照。

79) 最判昭和 47 年 11 月 22 日刑集 26 巻 9 号 554 頁。

80) D. Ellis, Jr., *Vox populi v. Suprema Lex: A Comment on the Testimonial Privilege of the Fifth Amendment*, 55 Iowa L. Rev. 829, 838 (1970).

するといえるだろうか。黙秘権・自己負罪拒否特権が従来抑止してきた事実上の強制や法律上の義務付けにより供述を得ることと、黙秘から不利益推認を行うことには大きな差があるように思われる。この差異を明確に説明するためには他の観点に依拠する必要があるといえる。

わが国では自己負罪拒否特権の別の正当化根拠として、当事者主義的制度を我が国の刑事司法制度が採用していることが挙げられていた。この立場の見解によれば、被疑者・被告人に供述を強要し、供述獲得の手段として利用することを政府側に認めることは、被疑者・被告人の訴訟主体性を否定し、対等であるはずの検察側の取調べの客体にすることになるので、当事者主義の要請に反することになる⁸¹⁾。

否定説の中にはこの立場を前提に黙秘からの不利益推認を認めることは被疑者・被告人の訴訟主体性を害し一切許されないとするものがあつた。しかし、この立場を前提とした場合でも黙秘からの不利益推認を行う余地はあるように思われる。CJPOA の下で行われていたような合理的な推認を許したとしても、被疑者・被告人は依然として黙秘権を行使することができ、政府側の供述獲得のための手段とされるわけではない。少なくとも CJPOA で許容されていた限度であれば、不利益推認を許容しても被疑者・被告人の訴訟主体性が害されているとまではいえないだろう。

黙秘権・自己負罪拒否特権の正当化根拠としてはさらに、虚偽自白の防止という観点が挙げられていた⁸²⁾。イギリスの議論においても、誤判の防止という観点から同様の懸念が示されており、捜査段階の黙秘はこの観点から規律されるべきことが明らかになった。したがって、捜査段階の黙秘権を規律するように当たってはこの観点に依拠することができる。とはいえ、公判においては、身柄拘束下の取調べのような強制的契機はなく、虚偽自白の虞のないのであるから、この正当化根拠は当てはまらない。イギリスでは、公判段階と捜査段階

81) 河上・前掲注 6、375 頁、池田・前掲注 7、201 頁。

82) 前掲注 8 参照。

の黙秘権が別の免責であると認識されており、わが国でも公判段階での黙秘については別途正当化根拠を検討する必要がある。

以上のように、わが国の黙秘権・自己負罪拒否特権の正当化根拠に関する支配的見解は、その保護範囲を十分に画することができないといえ、政府側の挙証責任と黙秘権・自己負罪拒否特権を関連付けるイギリスの考え方は有益な示唆をもたらすものであるように思われる。

では、我が国における黙秘からの不利益推認の可否について、この挙証責任の原則という観点からみた場合にどのように考えることができるだろうか。以下で検討していく。

2. 公判段階での黙秘からの不利益推認について

我が国では、黙秘から不利益推認を行うことで実質的に黙秘するという選択をとれなくなり、したがって、黙秘権の趣旨・目的を損なうことを理由にして、黙秘からの不利益推認は一切許容できないとされていた。このような否定説の中には、黙秘を妨げるような制限を課さないことがまさに黙秘権保障の内容であるとして、不利益推認禁止原則を不可侵のものにとらえる見解があった⁸³⁾。とはいえ、イギリスの議論に照らせば、黙秘から不利益推認を行っても黙秘権保障に反しない場合があり、不利益推認の禁止を絶対的な原則と捉えることには疑問が残る。以下では、黙秘から不利益推認を行う場合を、弾劾目的利用と実質証拠としての利用に区別して分析を行っていく。

黙秘を弾劾目的で利用することに関しては、わが国でも許容できるとする見解⁸⁴⁾がみられるが、その理由付けはあいまいなものであった。この点につき、政府側の挙証責任という観点からみれば、黙秘を被告人の抗弁の弾劾目的で利用しても、政府側の挙証責任が転換される虞を生じさせるとはいえないことに

83) 門野・前掲注 20、248-250 頁。

84) 門野・前掲注 20、252-254 頁、酒巻・前掲注 5、191-192 頁。

なる。したがって、黙秘権の趣旨・目的を政府側の立証責任と関連付けて考えれば、このよう黙秘の利用は黙秘権の趣旨・目的を損なうことはなく、許容できるものであると考えられる。

一方で、黙秘を実質証拠として利用する場合はどのようにとらえるべきであるか。この点、イギリスの議論に照らせば、一定の場合には許容する余地があることが明らかになった。すなわち、陪審が被告人に有罪評決を下す可能性がある程度に政府側の証明がなされ、自身の不利な情況について反証を行うように被告人が事実上追い込まれているにもかかわらず、被告人が黙秘を行った場合である。このような場合に被告人に示された不利な事実が被告人の黙秘により強化されても、挙証責任の原則に反しないと考えられるのである。

私見では、我が国においても、他の事実の証明があれば、犯罪の構成要件である一定の事実の存在を「推定」することを許容するための論拠として、同様の理論構造が用いられていることから、このようなイギリスの理由付けはわが国でも受け入れることが可能であると考え⁸⁵⁾。我が国では、①政府側により立証された事実により、被告人に提出責任を求める事実を合理的に推論でき、②被告人が前提事実から行われる合理的な推認を破るための証拠に容易に接近しえ、③被告人がその推論を否定する証拠を提出できない場合は、この証拠を提出しなかったことをも状況証拠として、政府側の立証が合理的な疑いを容れない程度にまで果たされているとみることが合理的であるということが出来る、という説明によって「推定」が許容されている⁸⁶⁾。この説明で重要な点は、被告人が政府側の立証により、阻却事由を提出するように事実上追い込まれている状態であるにもかかわらず、そのような証拠を一切提出しなかった点であり、上述したイギリスにおいて黙秘を実質証拠として利用する場合の正当化根拠と類似する構造を持つのである。すなわち、政府側の立証によりある事実につい

85) この点につき、拙稿・前掲注 78、212-217 頁 (2017 年) 参照。

86) 渥美東洋『全訂 刑事訴訟法 第二版』(有斐閣、2009 年)417-423 頁、渥美東洋『刑事訴訟を考える』(日本評論社、1988 年)240-244 頁、渥美東洋『レッスン刑事訴訟法 中』(中央大学出版部、1986 年)16 頁参照。

て説明を求められるにもかかわらず黙秘した場合、それは反証をできないから沈黙したと見することができ、その黙秘も一つの状況証拠になって、その事実から合理的に行いうる推認を行うことができるようになるのである。我が国においては、黙秘は、検察官の立証により示された被告人に不利な状況を維持することはあっても、一層強めることはありえないという批判がなされていた⁸⁷⁾が、上述したような考え方に基づけば、黙秘が被告人に不利な状況を強めることがあり、かつ、それが挙証責任の原則に反しない場合があるということができらる。

ところで、イギリスでは、黙秘からの不利益推認と認める CJPOA 諸規定は上述のように挙証責任の原則に反するものではないと一般に考えられているが、依然として挙証責任の観点から問題にする論者もいる。その見解⁸⁸⁾によれば、CJPOA の下で不利益推認を阻止するためには被告人側からまず証拠を提出することが求められることになるのであって、この点と黙秘したことに証拠上の価値が与えられることに照らせば、実質的には被告人自身に無罪を証明する責任が課されているとみることができるといのである。黙秘からの不利益推認を許容する場合、我が国でも同様の批判が生じることが考えられる。

この批判に対する反論として、公判前整理手続き⁸⁹⁾を制定した際の我が国の議論が参考になるように思われる。公判前整理手続きにおいてなされる証拠開示制度は①検察官による立証予定の明示と証拠の開示⁹⁰⁾、②被告人側請求に基づく類型証拠の開示⁹¹⁾、③被告人側の主張予定事実の明示と証拠の開示⁹²⁾、という3段階から構成されている。この制度の下では、被告人側は主張予定事実を公判前整理手続において明示し、証拠の開示をしなければ、公判前整理手続き

87) 石田・前掲注18、145-148頁(2004年)。また、裁判例でも同様の見解がみられる(札幌高判平成14年3月19日判タ1095号287頁)。

88) Susan Easton, *supra* note 40, 81.

89) 刑事訴訟法316条の2—316条の32。

90) 刑事訴訟法316条の13、316条の14。

91) 刑事訴訟法316条の15。

92) 刑事訴訟法316条の17、18。

終了後はやむを得ない場合を除き、証拠調べ請求制限がされることになる⁹³⁾。この点について被告人の黙秘権は供述する時期を選択できるという内容をも包含するものであり、主張予定事実の明示及び証拠の開示を義務付けることは自己負罪拒否特権に反するとか、公判での検察官による立証が行われていない時点で防御指針を示すことが求められることになり、したがって、無罪推定の原則に反するなどという批判がなされた⁹⁴⁾。

このような主張に対する反論としては、いわゆる「前倒し」論が主張された。すなわち、被告人が一定の主張を行うか否かは自由であるが、一定の主張を行う場合、いつかは主張・立証しなければならないのであって、その選択を行う時期をいわば前倒しさせたに過ぎないという主張である⁹⁵⁾。さらに、椎橋博士は次のような三点を指摘する。すなわち、「第一に、被告人は法律上供述することを義務づけられていないので原理的に自己負罪拒否特権違反はない⁹⁶⁾。また、主張は後でも出来ることとされている。第二に、当事者主義の公判においては、検察官が訴因につき一定の主張・立証をした場合、被告人側はそれに反駁する主張・立証をしないと不利益な判断を下されるおそれがある。出して然るべき主張・立証をしないことが不利益に判断されることは事実認定の自然な

93) 刑事訴訟法 316 条の 32。

94) 例えば、淵野貴生「裁判員制度と刑事手続改革」法律時報 76 卷 10 号 30 頁 (2004 年)、白取裕司「新たな準備手続きと迅速な裁判—自己負罪拒否特権・予断排除の原則との関連において—」現代刑事法 6 卷 12 号 11 頁 (2004 年)、石田倫識「被告人の主張明示義務に関する批判的考察」九大法学 91 号 1 頁 (2005 年)以下などを参照。

95) 大澤裕「『新たな準備手続』と証拠開示」刑法雑誌 43 卷 3 号 69 頁 (2004 年)、川出敏裕「新たな準備手続の創設」現代刑事法 43 号 45 頁 (2002 年)などを参照。また、「前倒し」論に対する反論として、小阪井久「主張明示義務と黙秘権」季刊刑事弁護 41 号 78 頁 (2005 年)などを参照。

96) 判例も「316 条の 17 は、…、被告人に対し自己が刑事上の責任を問われる恐れのある事項について認めるように義務付けるものではなく、また、公判期日において主張をするかどうかは被告人の判断に委ねられているのであって、主張をすること自体を強要するものではない」とし、不利益な供述を強要するものではないという見解を示している (最決平成 25 年 3 月 18 日刑集 67 卷 3 号 325 頁)。

推論過程である。当事者主義の公判を当然の前提として、しかも、裁判員裁判の場合三日程度の審理で終了させることを想定すれば、公判前整理手続において、被告人側に主張明示・証拠調べ請求義務を課しても不合理でもないし不当でもない。また、被告人側はいつ主張してもよいというのでは裁判員裁判の実現は不可能となろう。検察官が証明予定事実を示し、検察官請求証拠と類型証拠を開示すれば、検察官の主張・立証の全体像と被告人の防御に重大な証拠が示されることになるのでこの段階になれば、被告人側の主張や証拠を明らかにするよう求めても被告人側の防御を不当に害するとはいえないであろう。なお公判前整理手続で主張しなかった場合でも、やむ得ない事由があるときは、例外的に、証拠調べ請求は認められる余地は残されている。第三に、検察官は、公判において、訴因事実を合理的な疑いを超えるまで証明しなければならないので挙証責任が転換されるとか無罪推定原則が侵害されるとかの批判も当たらない⁹⁷⁾。

証拠開示制度において主張明示・証拠調べ請求義務が被告人に課される段階において、①検察側の立証予定事実の明示及び証拠の開示と②類型証拠の開示により政府側の主張・立証が明らかになっているのであり、被告人側が主張明示・証拠調べ請求を行うことは、そうしなければ有罪とされてしまう状況に被告人側が事実上追い込まれているためであるにとらえることができる⁹⁸⁾。そこで、抗弁のねつ造等の司法妨害の抑止という観点及び審理計画の策定という観点から主張明示・証拠調べ請求を行う時期を公判前の段階に「前倒し」したとしても、無罪立証を被告人側に課すものではないし、また、政府側の挙証責任が軽減されているわけではないことからこのような制度がとられていると考えられているのである。

この考え方に照らせば、公判で被告人が黙秘したことを実質証拠として利用する場合も、政府側の立証により被告人が説明を行うように求められる立場に

97) 椎橋・前掲注3、307頁参照。

98) 渥美東洋『全訂 刑事訴訟法 第二版』（有斐閣、2009年）231-236頁。

事実上追い込まれていることを前提としていることから、不利益推認がなされることで被告人側が証拠を提出するように求められたとしても被告人側に無罪立証を求めているとはいえないだろう。

以上のように我が国での推定の正当化根拠や公判前整理手続きにおける被告人の主張明示・証拠調べ請求義務と自己負罪拒否特権の関係に関する議論に照らせば、“政府側の立証によりある事実について説明を求められる程度に被告人が事実上追い込まれているにもかかわらず、黙秘を行ったような状況において黙秘を一個の状況証拠とすることは許容できると考えられる。

3. 捜査段階での黙秘からの不利益推認について

英米では捜査段階において自己負罪拒否特権とは別に、供述の自由を保障する黙秘権が保障されていると考えられており、不利益推認の可否を検討するに当たっても黙秘からの不利益推認がなされることで供述するように事実上強制されることにならないか否かに焦点が置かれていた。我が国でも、捜査段階での黙秘権が身柄拘束下の取調べにおいて被疑者が供述するように事実上強制させることに対する保護策として理解されていること⁹⁹⁾に照らせば、イギリスと同様に、供述の強制の抑制という観点から、捜査段階の黙秘からの不利益推認を規律するための論拠となるだろう¹⁰⁰⁾。以下この観点から検討を行っていく。

イギリスにおいて黙秘の弾劾目的での利用は許容されていた。我が国でも同じように考えることは可能であろうか。この点につき、イギリスでは、ねつ造された抗弁を弾劾する目的で黙秘が利用されることにより、黙秘権を行使しづらくなるような圧力が課されるとしても、その圧力に対して保護を与える必要はないという立場がとられていた。一方で、我が国ではイギリスとは異なり、被告人に証人適格を与え偽証罪の制裁の下で真実を供述するように求めておら

99) 同上、73-76 頁。

100) 拙稿・前掲注 74、178-181 頁 (2017 年)。

ず、むしろ、被告人に真実を供述するように期待することはできない等とも主張されている¹⁰¹⁾。とはいえ、我が国でも被疑者に黙秘権が保障されているが、これは虚偽の供述を行う権利まで与えるものではないと解されている。このことからすれば、黙秘を弾劾目的で利用することにより虚偽の供述を行うことが困難になったとしても、それを保護する必要はイギリスと同様にはないと考えられるだろう。被疑者は依然として黙秘することができ、もし有罪とは関連しない理由から黙秘したのであればのちにその理由について説明すればよいことから、弾劾目的で黙秘を利用しても、供述を強制するような圧力を課すものとはいえないと解する。

黙秘の実質証拠としての利用に関しても、イギリスの議論に照らせば、例えば、質問に答えていた被疑者がある質問事項になると急に黙秘し始めた場合、それは黙秘権を行使したというよりも質問に窮して回答を行うことができない態度とみることができる。このような場合に黙秘を証拠利用しても黙秘権の行使を困難にするような圧力が生じることはない。したがって、我が国でも理論上は捜査段階の黙秘を実質証拠として利用することは可能であると考えられる。

とはいえ、繰り返し述べてきたように、実際に裁判官の面前で政府側と被告人側の攻防が行われ、黙秘が行われた状況について確認できる公判とは異なり、捜査段階において黙秘が行われた理由を裁判所が判断することは極めて困難であるといえ、理論上黙秘からの不利益推認を行うことが可能であったとしても、黙秘からの不利益推認を許容するべきではないという見解も成り立ちうる。しかしながら、イギリスでCJPOA導入の目的であったように、捜査段階で黙秘し、公判段階で初めて供述を行うような不意打ち的な抗弁を提出を防ぐ必要性

101) 偽証罪（刑法169条）において被告人が処罰対象から外れているのは、被告人に真実を供述することを期待できないためであるという主張がなされている。大谷實『刑法講義各論 新版第4版補訂版』（有斐閣、2015年）618頁など参照。なお、多数説は、現行法上被告人に証人適格が与えられていないために、被告人は偽証罪の処罰範囲に含まれないとしている。井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣、2016年）568-569頁、木村光江『刑法 第4版』（東京大学出版会、2018年）415-417頁、前田雅英『刑法各論講義 第6版』（東京大学出版会、2015年）470-471頁等参照。

は高く、黙秘を弾劾目的で利用することはこのような不意打ち的な抗弁の提出を抑止するための有益な手段の一つとなるように思われる。加えて、上述のように、弾劾目的利用を認めても黙秘権を行使しづらくさせるような強い圧力がかかるわけでもない。これらの点に照らせば、黙秘を弾劾目的で利用することは許容されるべきであるだろう。一方で、この不意打ち的な抗弁の提出の抑止という目的との関連で見れば、黙秘を実質証拠として利用することを許容することまでは必要ないといえるように思われる。もっとも、CJPOA の要件の下で行われる不利益推認のように、推認を行いうる状況を限定し、慎重に黙秘した理由について検討を行うのであれば、黙秘を実質証拠として利用することを許容してもよいと考えるように思われる。

以上述べてきたように、少なくとも弾劾目的利用に関しては、捜査段階の黙秘から不利益推認を許容する必要があると考える（この点、政府側の挙証責任が被告人側に転換される虞はないので、挙証責任の原則からも問題ないように思われる）。

さらに、私見では捜査段階の黙秘を弾劾目的で利用する場合、イギリスと同じように、黙秘から不利益推認がなされる旨の事前の告知と取調べ前の弁護人と接見を行う機会の保障という手続き的な保護策を設ける必要があると考える。

事前の権利告知に関して、我が国では黙秘権が保障されることのみ告知される¹⁰²⁾。黙秘権が保障されると告知しつつ、黙秘したことをのちに不利な証拠として扱うことは不公正であると考えられる¹⁰³⁾。もっとも、上述してきたような黙秘からの不利益推認が許容される場合は、説明しなければならぬ状態に事実上追い込まれたにもかかわらず沈黙している場合であるといえ、黙秘から不利益推認がなされる場合がある旨の事前告知がなされないままで不利益推認を

102) 刑事訴訟法 198 条 2 項。

103) この点、イギリスの CJPOA の立法過程の他、アメリカの議論が参考になる。アメリカでは、一度ミランダ警告がなされれば、如何なる目的であれ、黙秘を不利益に扱うことはデュー・プロセス侵害に当たるとされてきた。See, e.g., *Doyle v Ohio*, 426 U.S. 610 (1976).

行うことが必ずしも不公正あるいは不合理なものとなるとは思われない。しかし、黙秘からの不利益推認を行うに当たってはこのような事前告知を要件とすることが妥当と考える。事前の権利告知がなされない場合、捜査段階において被疑者は、“捜査機関に協力したくない”等の有罪とは関連しない理由から黙秘することもあり、どのような理由から黙秘したのかという判断を裁判所が行うことには相当な困難が伴うからである。一方で、黙秘すればそれが不利益に扱われうることが事前に告知されれば、後に抗弁として主張する事実があるならば告知を受けた際にそれを主張していただろうと合理的に考えることができ、したがって、説明できなかつたから被疑者は黙秘を行っていたのだと推認することがより容易になるということが出来る。また、黙秘した結果を事前に告知することで、供述するか否認するか黙秘するかを被疑者が適切に選択できることになるということが出来るだろう。

弁護権の保障も黙秘からの不利益推認を許容するに当たって重要な保護策となりうる。前述したように、黙秘したことに伴う結果を事前に告知することで被告人は供述するか否かを適切に選択できるようになると考えられるが、被疑者は法律の素人であることから、この告知の意味内容を正確に理解できない場合もあるかもしれない。また、ヨーロッパ人権裁判所で述べられていたように、黙秘からの不利益推認がなされる場合、被疑者は供述して自己負罪するか黙秘して不利益推認をなされるかというジレンマに陥ることもあり、どの選択が自身にとって利益となるのか被疑者自身で選択できないことも考えられる。このような状況においてはまさに弁護人の助言が必要となるのである。我が国においても、身柄拘束直後の弁護人との接見は、取調べを受けるに当たっての助言を受ける最初の機会であってとりわけ尊重しなければならないとされており¹⁰⁴⁾、被疑者が重大な選択を迫られる場合に弁護人による助言が必要であることが強調されてきた。

これら保護策が欠けていれば、黙秘から不利益推認が一律に不合理なもの

104) 最判平成12年6月13日民集54巻5号1635頁。

なるとは思われないが、捜査段階において黙秘がなされた理由を裁判所が正確に判断することには相当な困難があることに照らせば、後の公判での争いを避けるための予防策としてこれらの保護策は有益であるといえるだろう。

以上述べてきたように、捜査段階の黙秘からの不利益推認は少なくとも弾劾目的の場合には許容されるべきであるが、この場合において、取調べ前に黙秘から不利益推認がなされる旨の事前の告知をすることと弁護人と接見する機会を被疑者に保障することが要件とされるべきであると考えられる。

V. おわりに

本稿では、我が国における黙秘からの不利益推認の可否及び許容範囲について、イギリスの議論との比較により検討を加えてきた。

イギリスでは 4 つの場面において不利益推認を行うことが立法により許容されていた。この制度の導入により、我が国ではイギリスにおいて黙秘権が廃止されたなどと紹介されることもあったが、イギリスでは CJPOA の下で行われる不利益推認を認めても黙秘権が侵害されるとは考えられていないことが明らかになった。イギリスでは、黙秘権・自己負罪拒否特権を、被告人の協力を得ることなく政府側が被告人の有罪を立証するという原則を表すものであると解されており、このような観点から不利益推認に規律が及ぼされてきた。CJPOA の各規程の下では、被告人は自身に示された不利な事情に関して説明するように事実上追いつまれているにもかかわらず、黙秘を行った場合に不利益推認を行うことができるとされており、また、この推認もその被告人に対して示された不利な事情を補強する限りにおいて許容されていたことが明らかになった。このような場合にイギリスでは挙証責任の原則には反しないと考えられていたのである。また、不利益推認を行うに当たっては、黙秘すれば不利益推認がなされる場合がある旨を事前に告知すること及び取調べを行う前に弁護人と接見する機会を保障することという手続的保護策が要件とされていた。

イギリスのような黙秘権・自己負罪拒否特権と挙証責任を関連付ける観点は、

わが国の黙秘権・自己負罪拒否特権の正当化根拠に関する議論を補完するものであり、又、このような観点からみれば、以下のような場合に我が国でも黙秘からの不利益推認を許容できると考えられる。

公判段階においては、政府側の立証により被告人が自身に対して示された不利な状況に関して説明するように事実上追い込まれているにもかかわらず一切説明を行わず黙秘した場合に黙秘からの不利益推認を許容することができる。この場合において、我が国において“推定”を正当化する際に主張されている論拠や公判前整理手続の証拠開示において被告人に主張明示・証拠調べ請求義務を課すことの正当化根拠と類似する理論構成を用いることで黙秘からの不利益推認を許容できることが明らかになった。

捜査段階においては、少なくとも黙秘からの不利益推認を弾劾目的で利用することは許容されるべきであると考ええる。加えて、弾劾目的での利用を行うに当たっても、事実認定者の判断を的確なものとし、また、被疑者に適切に供述するか否かの選択を行わせるために、黙秘した事実がのちの公判で弾劾目的で利用されることがある旨の事前の告知と弁護人と接見する機会の保障が要件とされるべきであると考ええる。

以上のように、本稿は、わが国で黙秘からの不利益推認を許容するための理論的根拠及び許容可能範囲について検討を行ってきた。とはいえ、実際の裁判においてどのように処理されるのか、検察官及び裁判官は黙秘に関してどのようなコメントを行うことが許されるのか等、実務上の問題となると思われる点については検討ができなかった。また、被疑者の権利の充実化に伴い黙秘からの不利益推認の可否が議論されるようになったように、とりわけ捜査段階の黙秘からの不利益推認を許容するか否かという問題は、取調べの意義を刑事手続き全体の中でどのように位置づけるかという問題と密接に関連するものである。イギリスと我が国では捜査段階の取調べに対する考え方及び保障される権利などについて大きく異なることからこの点につき別途検討を必要とするように思われる。これらを今後の検討課題として本稿を終えることにする。