

# 刑事手続における Nemo tenetur 原則 (3)

ドイツにおける展開を中心として

松 倉 治 代\*

## 目 次

はじめに

### 第1編 Nemo tenetur 原則の歴史的展開

序章 イギリスにおける「自己負罪拒否特権」の展開

#### 第1章 ドイツにおける Nemo tenetur 原則の展開

第1節 中世初期およびカロリナ刑事法典期

第2節 改革された刑事訴訟期

第3節 ドイツ帝国刑事訴訟法の制定および運用

第4節 1908年草案および1920年草案 (以上, 335号)

第5節 ナチス期における Nemo tenetur 原則

第6節 1950年法統一化法および1964年刑事訴訟法小改正

第7節 本章のまとめ

#### 第2章 わが国における Nemo tenetur 原則の展開

第1節 拷問の廃止

第2節 治罪法

第3節 明治刑事訴訟法

第4節 改正論議 明治32年改正, 明治34年案, 大正5年案

第5節 大正刑事訴訟法 (以上, 336号)

第6節 日本国憲法および現行刑事訴訟法制定過程

第7節 1953年刑事訴訟法改正

第8節 本章のまとめ

### 第2編 Nemo tenetur 原則の理論的検討

#### 第1章 わが国における Nemo tenetur 原則の現状

第1節 わが国の刑事手続と Nemo tenetur 原則

第2節 Nemo tenetur 原則の存在根拠

第3節 本章のまとめ (以上, 本号)

#### 第2章 ドイツにおける Nemo tenetur 原則の憲法的根拠

#### 第3章 ドイツ刑事訴訟における Nemo tenetur 原則

おわりに

---

\* まつくら・はるよ 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

## 第6節 日本国憲法および現行刑事訴訟法制定過程

戦後、日本国憲法および現行刑事訴訟法の制定によって、被告人および被疑者の立場は、大きく変化した。注目すべき重要な点が多くあるが、本稿では、特に、*Nemo tenetur* 原則に関する条項、つまり憲法第38条第1項、現行刑事訴訟法第198条第2項、第291条第3項および第311条第1項の制定過程に焦点をあわせることとする。

### 1. 日本国憲法第38条第1項の制定過程

#### (1) 日本政府による草案作成期（ポツダム宣言受諾からマッカーサー草案の提示まで）

1945（昭和20）年、ポツダム宣言が受諾された。同年10月25日、幣原喜重郎首相は、松本丞治国務大臣を長とする憲法問題調査委員会を発足させた<sup>779</sup>。同年11月24日、司法省内に司法制度改正審議会が発足し、その諮問事項の一つとして、「新情勢ニ鑑ミ犯罪捜査ニ関シ人権ヲ擁護スベキ具体的方策如何」が諮問された。

他方、同年12月6日、総司令部の民政局法規課長であった Milo E. Rowell が、「レポート・日本の憲法についての準備的研究と提案」を作成した<sup>780</sup>。これは、「憲法改正案には、次の諸権利を保障する権利章典が含まれていなければならない」として、「自己に不利益な証言をするよう強制されないこと（...shall not be compelled to testify against himself）」<sup>781</sup>という規定を置くことを提案した。つまり、総司令部が日本政府に対して憲法改正の示唆を与えてから日本政府に案の提出を促すまでの時期に、総司令部が憲法改正にあたり、いわゆる自己負罪拒否特権に関する条項を置くことについての構想をもっていたことがわかる<sup>782</sup>。

1946（昭和21）年1月11日、「幕僚長に対する覚え書き 私的グループによる憲法改正草案（高野岩三郎氏等の憲法研究会案）」<sup>783</sup>に対する所見」が出された。これは、Rowell が、わが国の私的グループによる憲法

改正案に対して検討を加え幕僚長に提出した覚え書きである。この覚え書きでは、「刑事被告人の権利、および法執行機関の行なう取調についての制限に関する条項は、一切省かれている。日本では、個人の権利の最も重大な侵害は、種々の警察機関、とくに特別高等警察および憲兵隊の何ら制限されない行動並びに検察官（検事）の行為を通じて行なわれた。あらゆる態様の侵害が、警察および検事により、一般の法律の実施に際し、とりわけ思想統制法の実施に際して、行なわれた。訴追されることなくして何ヶ月も何年間も監禁されることは、国民にとって異例のことではなく、しかもその間中、被疑者から自白を強要する企てがなされたのである。訴追されることがないまま拘禁されていることがないようにするための憲法上の保障を要求することが、非常に必要であると考える」と言及されていた。そして、「拷問を禁止する第9条の規定に加えて、法執行機関がガード・ディグリー的手段〔拷問〕を用いることを少なくするため、刑事被告人は自己に不利益な証言を強要されないことを定める規定……を、憲法に設けることが必要である」という指摘がなされた<sup>784)</sup>。わが国の私的グループによって作成されたこの改正案は、若干の不可欠の規定が入っておらず、憲法として承認を受けるためには、「自己負罪についての保護を確立すること」が必要であるということを示唆していた<sup>785)</sup>。

同年2月1日、突然、秘密とされていたはずの憲法問題調査委員会の試案とされるものが新聞に掲載された<sup>786)</sup>。翌2日、この記事に関する「最高司令官のための覚え書き：憲法改正（松本案）」が、Courtney Whitney 民政局長から最高司令官に提出された。この覚え書きは、自己負罪の強制に対する保護がないことを指摘した<sup>787)</sup>。

当時、総司令部は、わが国における刑事手続における自白獲得を問題視していた。同月9日に開かれた「運営委員会と人権に関する小委員会との会合」において、Whitney 民政局長は、「自白は、それが被告人の弁護人の前でなされたものでない限り、効力がない」という規定を疑問視し、弁護人の前でなされていない自白も強迫されずになされたのであれば証

抛能力を認めるべきであると主張した。これに対して、Rowell は、「日本では伝統的に、検察官は、自白を手に入れるまでは事件を裁判所に持ち出したがらず、そのために、公訴を提起する以前に自白をえるためには、精神的肉体的拷問をしたり、おどしたり、どんなことでもする」と指摘し、この規定が日本特有の悪習を防止する役目を果たすと主張した。Whitney は、日本において自白が広く濫用されていることは認めだが、「強制、拷問もしくは脅迫による自白または不当に長く抑留もしくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない」と規定すれば濫用の防止が十分にはかられたといえるであろう、と述べた<sup>788)</sup>。

討議の結果、「民政局長のための覚え書き〔人権の章についての小委員会案〕」の「第3章(ペン書きで第7章と訂正)人権」の「司法上の人権」に、自己負罪拒否特権に関する規定が置かれた。条文番号は付されていないが、その第1項として「何人も、自己に不利益な供述を強要されない。妻または夫の証言は、その配偶者に対し不利な証拠とはされない。」<sup>789)</sup> という規定が構想された<sup>790)</sup>。

## (2) マッカーサー草案提示から憲法改正草案提示まで

1946(昭和21)年2月13日、総司令部案(以下、マッカーサー草案とよぶ)が、突然日本政府に示され、この草案を最大限に考慮して憲法改正をするよう強く進言した<sup>791)</sup>。マッカーサー草案は、翻訳され、同月25日および翌26日の閣議で配布された。いわゆる自己負罪拒否特権は、マッカーサー草案第38条第1項に「何人モ自己ニ不利益ナル證言ヲ爲ススコトヲ強要セラルサルヘシ(No person shall be compelled to testify against himself.)」と規定されていた<sup>792)</sup>。

マッカーサー草案と前後して、各政党が独自の案を発表した<sup>793)</sup>。うち、Nemo tenetur 原則に関連する条項を盛り込んでいたのは、同月14日に決定された「進歩党 憲法改正要綱」であり、「臣民ノ権利義務」に「自己ヲ犯罪人タラシムベキ告白ヲ強要セラルルコトナシ」という提案がなされ

た<sup>794</sup>。これに対し、総司令部は、諸案に対して批判的であった<sup>795</sup>。

同年3月2日、マッカーサー草案の趣旨を取り込んだ日本案が印刷された(以下、3月2日案とよぶ)。自己負罪拒否特権に関する条文は、「第三章 国民ノ権利及義務」に「何人ト雖モ自白又ハ自己ノ不利益ナル証言ヲ為スコトヲ強制セラルルコトナシ」(第32条第1項)というものであった<sup>796</sup>。3月2日案は、その対象を自白と自己に不利益な証言とした点が特徴である。同月4日、松本丞治国務大臣が佐藤達夫内閣法制局第一部長等と司令部に3月2日案を提出した。この際、Charles L. Kades および Alfred R. Hussey らとともに検討がなされた。この検討をもとにまとめられた翌5日の案は、「何人も自己ニ不利益ナル証言ヲ為スコトヲ強要セラレサルヘシ」(第34条第1項)という規定を設けた<sup>797</sup>。これに基づき、翌6日、「憲法改正草案要綱」が国民に公表された<sup>798</sup>。憲法改正草案要綱第34条第1項は、「何人ト雖モ自己ニ不利益ナル証言ヲ強要セラレザルコト」と規定し、前日5日の案の表現と若干異なるものであった<sup>799</sup>。

各省庁との協議によって法制局が問題点を洗い出した「要綱ニ関スル問題」という文書によると、憲法改正草案要綱第34条第1項のうち、「証言 (testify)」という文言は「供述」という意味か、という問題点が指摘されていた<sup>800</sup>。日本の従来の方考え方によれば、被告人の供述を「証言」とすることはなじまず<sup>801</sup>、わが国の刑事訴訟法は、被告人が証人として証言することを認めないため「供述」という文言にされた<sup>802</sup>。

同月25日、片仮名・文語体の「憲法改正草案要綱」を平仮名・口語体の「憲法改正草案」として法文化するため、口語文案が作成された<sup>803</sup>。山本有三は、第34条第1項を「だれでも自己に不利益な証言を強い〔ひ〕られることはない。」と口語化した<sup>804</sup>。また、渡辺佳英は、「すべて国民は、自己に不利益な供述を強要されない」と口語化し<sup>805</sup>、入江俊郎は、「凡そ国民は自己に不利益な証言を強ひられることはない」と口語化した<sup>806</sup>。

同年4月9日、総司令部側と日本側との第二次交渉が行われ、第35条(要綱第34条)は「原状のままとする」こととされた<sup>807</sup>。同月13日の口語

化第二次案たる憲法改正草案は、第35条第1項を「すべて国民は、自己に不利益な供述を強要されない。」と規定した<sup>808)</sup>。つまり、「何人(person)」という文言は「すべて国民」に、「不利益ナル証言」という文言が「不利益な供述」とされた<sup>809)</sup>。しかし、同月15日に行われた第四次交渉において、Kades が、「person を日本国民に限定するように訳するのは適当ではない」と指摘し、第3章全体にわたって訂正をするよう要求した。これは、総司令部が、「people と person はそれぞれ意味があり、事柄の性質により区別し、特に国民にのみ限定するを必要とする事項以外のすべての自然人に適用ある基本的人権の規定は「国民八」という表現ではいけない」と考えたためであった。それゆえ、第35条第1項の「すべて国民は」という文言は、「何人も」に戻された<sup>810)</sup>。

### (3) 憲法改正草案発表から日本国憲法施行まで

1946(昭和21)年4月17日、憲法改正草案が発表された。Nemo tenetur 原則に関する条文は、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」(第35条第1項)と規定された<sup>811)</sup>。法制局は、枢密院の調査に備え、憲法改正草案に関する想定問答<sup>812)</sup>を作成した。第35条第1項に関しては、問1「第1項は、証人として供述する場合を含むか。」、問2「第1項は、民事訴訟の場合を含むか。」、問3「第1項の「不利益」とは刑事上の不利益に限られるか」という問いが想定された。この点につき、問1に対しては「証人には関係がないやうに考へられる」、問2に対しては「含まれない」、問3に対しては「限られない」という回答が作成された<sup>813)</sup>。

清瀬一郎は、アメリカ合衆国の立法を紹介したうえで、憲法改正草案につき、「本人に対し自己の不利なる証言を強要することは拷問の端を開くものとして之を禁止した。しかし拷問による調書、強制によつて自己に不利なることを強ひられた証言が裁判上の証拠となる以上、検察機関は拷問強制を止めようとせぬ。そこで草案は強制、拷問若くは脅迫のもとに為された自白、長期の逮捕若くは拘禁の後に為された自白は之を証拠と為すこ

とを得ずとしてゐる ( 草案第三十二及第三十四 ) 」と説明した<sup>814)</sup>。また、民間からの修正意見<sup>815)</sup>も提示されていた。

同月27日、司法省刑事局が、詳細な意見を出した。この際、「何人も、自己の刑事上の責任について不利益な供述を強要されない」という内容の憲法改正草案第35条第1項修正案が提示された<sup>816)</sup>。これまでの草案と異なり、「刑事上の責任について」という文言が盛り込まれた。

さらに、同年5月29日、「新憲法に伴ひ司法に関し本省として態度を決すべき事項」が示された。これによると、第35条第1項は、「自己が刑事訴追を受けるおそれのあるやうなときには供述を強要されないといふ意味で単に財産上の損害を蒙るおそれがあるといふやうな場合までも含む趣旨ではないと解すること」とされた<sup>817)</sup>。

同年6月8日、憲法改正再諮詢案が可決され、Nemo tenetur 原則に関する条文は、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」( 第35条第1項 ) とされた<sup>818)</sup>。同月20日、内閣草案が、第90回帝国議会の衆議院に帝国憲法改正案として提出された。同年7月25日から同年8月20日まで14回にわたって、小委員会が開かれた。同年8月5日、この時点までに小委員会で一応まとまった修正案が出された<sup>819)</sup>。同月24日、衆議院は、原案に若干の修正をしたが、これを圧倒的多数で可決した。これが貴族院に送付され<sup>820)</sup>、同年10月6日、貴族院も若干の修正をしたものの圧倒的多数で可決した。衆議院が修正に同意し、枢密院の審議を経て、同年11月3日、日本国憲法は公布され、1947 ( 昭和22 ) 年5月3日から施行された<sup>821)</sup>。日本国憲法第38条第1項は、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」と定められた。

## 2. 現行刑事訴訟法制定過程

現行刑事訴訟法の制定過程は、大きく5つに区分されうる<sup>822)</sup>。これに基づき、現行刑事訴訟法の制定過程における Nemo tenetur 原則に関する諸規定の成立を概観する。なお、現行刑事訴訟法の制定経過は、明らかに

なっていない点が多い。これは、占領下という特殊事情のため、および比較的短期間に多くの人々の関与の下に複雑な過程を経て作業が進められたゆえに資料の整理が著しく困難であったという理由による<sup>823)</sup>。

### (1) 第一期：民主化準備期

現行刑事訴訟法の制定過程の第一期は、わが国の法制度の民主化の準備期(1945(昭和20)年8月から1946(昭和21)年10月)である。この時期の主な検討内容は、検察機構の整備と捜査における人権擁護策であった<sup>824)</sup>。1945(昭和20)年9月23日、連合国は、「初期対日方針」において、刑事手続改革の要求を示した<sup>825)</sup>。同年11月、司法省に、岩田宙造司法大臣を会長とする司法制度改正審議会が設けられた<sup>826)</sup>。同月24日に開かれた第一回会合において、「新情勢ニ鑑ミ犯罪捜査ニ関シ人権ヲ擁護スベキ具体的方策如何」ということが、諮問のひとつとして提示された<sup>827)</sup>。

同年12月5日、司法制度改正審議会第二諮問事項関係小委員会において、小泉悟郎(内務省警保局長)が、「警察官の人権蹂躪の原因」として、裁判において自白調書が証拠として過度に評価されたこと、検事から被告人の自白がない事件の受理を拒否されるために留置日数が長くなったこと、自白のみを証拠とする思想事件が多かったことを指摘した<sup>828)</sup>。佐藤藤佐(司法省刑事局長)は、自白偏重の弊害をなくすために、科学的捜査方法の必要性に言及した<sup>829)</sup>。科学的捜査の拡充整備、人権蹂躪事件の徹底的な糾弾、警察官に対して人権尊重の観念を徹底させることは、「犯罪捜査ニ関スル人権擁護方策案」においても指摘された<sup>830)</sup>。

1946(昭和21)年1月26日、「刑事訴訟法中改正要綱案」がまとめられた<sup>831)</sup>。これによると、被疑者は勾留後何時でも弁護人を選任することができ、検事は遅くとも被疑者に弁解をさせる前にこれを許さなければならず、検事が捜査の結果公訴提起をすべきと思料するときは、被疑者に対してその嫌疑の原因を告知し弁解をさせなければならず、暴行または陵虐によって被告人に供述させたと疑うに足る事由がある場合、その供述を録取



した書類を証拠とすることはできないものとされた<sup>832)</sup>。

しかし、議会在解散し、立案作業は中だるみ状態となった。さらに、マッカーサー草案および憲法改正草案要綱によって、刑事訴訟法改革の焦点が明確になった<sup>833)</sup>。それゆえ、これまでの立案作業を一応終え、憲法改正草案要綱に沿って刑事訴訟法改正が練り直されることとなった<sup>834)</sup>。司法省は、マッカーサー草案第30条以下の条項に沿った刑事訴訟法改正作業の見直しを迫られた<sup>835)</sup>。

さらに、同年3月頃、総司令部民間情報部保安課法律班の係官であった Maniscalco が、日本政府に「刑事訴訟法ニ対スル修正意見 ( Proposed Revision of Code of Criminal Procedure )」を提示した。これも、マッカーサー草案と類似の改革構想をより具体的に示していた<sup>836)</sup>。特に、黙秘権告知規定をおくこと、および、被告人訊問制度を廃止することに言及しており注目される<sup>837)</sup>。

## 第一篇 総則

### 第九章 被告人ノ召喚、勾引及勾留

大正刑事訴訟法第127條 本條は左の如く之を修正すべし。

#### 新第109條

司法警察官現行犯人ヲ逮捕シ若クハ之ヲ受取り又ハ勾引状ノ執行ヲ受ケタル被疑者ヲ受取りタルトキハ即時訊問シ留置ノ必要ナシト思料スルトキハ直チニ釈放スベシ。

但シ司法警察官ハ被疑者ノ訊問ニ先立ち、之ニ対シ被疑者ハ何等ノ陳述又ハ報知ヲ為スノ要ナク、其ノ書面若クハ口頭ニ依ル陳述又ハ報知ハ尔後ノ手続ニ於テ被疑者ノ不利益ニ用ヒラルルコトアルベキ旨及書面若クハ口頭ニ依ル陳述又ハ報知ハ總テ自由且任意ニ為スコトヲ要スル旨ヲ警告スベシ。...

Maniscalco による修正意見によると、司法警察官は、被疑者に対して、陳述や報知をする必要がないこと、書面または口頭による陳述や報知が後の手続において被疑者に対して不利益に用いられる可能性があることを警告しなければならないとされた。

## 第十章 被告人訊問

左の條文を冒頭に置くべし。

### 新第115條

被告人ニ對シテハ其ノ訊問ニ先立チ第百九條第二項ノ警告ヲ與フベシ。

大正刑事訴訟法第136條 …左の條文を新に挿入すべし。

### 新第119條

精神的若クハ肉体的の拷問、威迫又ハ虐待ニ因リ為サレタル被告人ノ口頭若クハ書面ニ依ル陳述、申立又ハ自認ハ總テ之ヲ真意ニ非ザル陳述、申立又ハ自認ト看做スベク、刑事手續上被告人ニ對スル證據トシテ之ヲ許容スベカラザルモノトス

第10章は、警察署における訊問を対象とし、予審判事による訊問は、認めない。第109条第2項の警告を被告人に対しても行うこととした(新第115条)。なお、大正刑事訴訟法第133条(修正意見第116条)、第134条(修正意見第117条)、第135条(修正意見第118条)、第137条(修正意見第120条)、第138条(修正意見第121条)、第139条(修正意見第122条)は、存置された<sup>838)</sup>。

なお、第13章「証人訊問」につき、刑事訴追の虞を理由とする証言拒絶権は、大正刑事訴訟法第188条を存置した(第172条)。

## 第二篇 第一審

### 第四章 公判

#### 第二節 公判手続

大正刑事訴訟法第338條 削除すべし。左の新條文が追加せらるべきである。

### 新第275條

證據ノ認容セラルルニ先チ裁判長ハ被告人ニ對シ訴追ノ性質及訴追事實ヲ告知シ被告人ノ答辯ヲ求ムベシ

被告人答辯ヲ為サザルトキハ裁判所ハ無罪ノ答辯アリタルモノト認ムベシ

### 新第276條

検事ハ信憑シ得ル證據ニヨリテ被告人ガ其ノ審理セラルル犯罪ニ付罪責アルコトヲ合理的疑問ナキ程度ニ證明スル責任ヲ有ス

検事此ノ證明ヲ為サザルトキハ裁判所ハ直ニ被告人ニ無罪ヲ言渡スベシ

### 新第277條

公判ニ於テハ検事先ツ其ノ證據ヲ提出スベク被告人ハ検事被告事件ヲ證據ニ基カシメ且被告人ノ有罪ナルコトヲ合理的疑問ナキ程度ニ證明スルマデハ證據ヲ提出スルヲ要セス

新第278條

被告人防禦方法ヲ提出シタル後ハ検事ハ反證ヲ提出スルコトヲ得

新第279條

被告人ハ證言ヲ強制セラルルコトナシ。被告人證言スルヲ欲セザルトキト雖 [ モ ] 裁判所ハ被告人ガ證言セザルコトニ基キ被告人ノ有罪ノ推断ヲ為シ又ハ如何ナル論評ヲモ為スベカラズ。被告人自ラ證言スルニ於テハ他ノ證人ト同ジ訊問及反對訊問ヲ受クベシ

大正刑事訴訟法第346條 本條は左の如く改正せらるべきである。

新第284條

裁判所ニ於テ被告人自白シタル ( 有罪ノ答辯ヲ為シタル ) トキハ裁判所ヲシテ此ノ事實ヲ知ラシメ且被告人ニ對スル訴追ノ一応ノ證明ヲ為ス程度ノ證據ノミ提出セラルベシ

公判における被告人の訊問につき、新第275条として、裁判長が被告人に対して訴追事実を告げ、被告人の答弁を求めることとし、被告人が答弁しない場合、裁判所は被告人から無罪の答弁があったものとする旨が規定されていたことが注目される。

なお、1946 ( 昭和21 ) 年 4 月 1 日、Maniscalco が書いたとされる、連合国軍総司令部民会情報部保安課法律班による「証拠法」が翻訳された。これによると、まず、証拠として認められる自白は、任意になされたものでなければならぬとされた。被告人は、嫌疑を受けた犯罪の審理において証言する絶対的権利を有する。被告人がその権利を行使するという事実、または、被告人が沈黙を守るという事実は、被告人の不利益を推断する根拠とはならない。さらに、証人は、事件の当事者であるか否かを問わず、自己が罪に問われうる訊問に答えることを拒否し得る。裁判所も陪審員も、証言拒絶権を行使する証人の証言拒絶という事実から、争点事実に関して何らかの推断を下すことは許されない、とされた<sup>839)</sup>。

刑事訴訟法改正の作業は、憲法改正の作業と並行して、司法省刑事局別

室で進められた。1946(昭和21)年4月17日には憲法改正草案が発表され、刑事訴訟法改正作業にも総司令部が積極的に関与し始めた<sup>840)</sup>。この憲法改正草案の発表および大衆的な民主化運動の高揚とこれに対する総司令部および日本政府の取締政策との間の対立という特異な社会情勢が、刑事訴訟法の立案作業に影響を与えたと指摘されている<sup>841)</sup>。

同月30日、司法省刑事局別室において、「刑事訴訟法中改正要綱案」を見直した「刑事訴訟法改正方針試案」が作成された。憲法改正の影響の一つとして、「被疑者の訊問の際の黙秘権告知」が盛り込まれた<sup>842)</sup>。つまり、捜査手続につき、「強制の処分については、憲法草案との関係を充分考へ、被疑者の利益を不当に侵さないやうにするとともに、被疑者の利益を考慮するあまり、かへつて、捜査機関の活動をいたづらに妨げる結果とならないやう慎重に検討すること」としたうえで、特に「被疑者の訊問については、訊問に先立ち陳述を拒むことができることを告げ、陳述を拒まないときに限り、訊問することができるものとする」とされた<sup>843)</sup>。

同年7月3日、政府は、憲法改正に伴う法律制定のために調査審議する総理大臣諮問機関として臨時法制調査会(会長は内閣総理大臣吉田茂)を設けた。このうち、第三部会が司法関係の法律を担当した。さらに同月9日、司法省は、司法大臣諮問機関として司法法制審議会(会長は司法大臣木村篤太郎)を設置した。第三小委員会が刑法、刑事訴訟法、陪審法等を担当した<sup>844)</sup>。同月26日、「刑事訴訟法改正方針試案」を受けて「刑事訴訟法改正方針」(以下、26日版刑法改正方針とよぶ)が作成された。第10章(被告人訊問)の第14は、「被告人は陳述を拒むことができ、且つ陳述を拒むことにより不利益を受けることがないものとする。被告人が陳述しないときには、これを拒んだものと看做すものとする。被告人に対しては、豫め陳述を拒み得る旨を告げなければならないものとする。」とした<sup>845)</sup>。翌27日には、26日版刑法改正方針の検討結果を含め公判の裁判までをまとめた「刑事訴訟法改正方針」(以下、27日版刑法改正方針とよぶ)が示された。26日版刑法改正方針と異なり、に

供述を「拒まないときにはその陳述が証拠となる旨を告げなければならぬものとする」とが追加された<sup>846)</sup>。

同年7月29日から同年8月1日にかけて、「刑事訴訟法改正方針(第二案)」が作成された。これは27日版刑法改正方針の検討結果を含む改定版であり、「刑事訴訟法改正要綱」の原案であった。これによると、被告人訊問に関して、「被告人は不利益な陳述を拒むことができ、且つ陳述を拒むことにより不利益を受けることがないものとする」と(第19)という方針が示された<sup>847)</sup>。26日版および27日版刑法改正方針と比較すると、は同内容であるが、およびは削除されたことがわかる。

司法法制審議会第三小委員会と並行して、刑事局別室は、「刑事訴訟法改正要綱試案」を同年8月5日に完成させ、第三小委員会に提出した。この「刑事訴訟法改正要綱試案」は、「刑事訴訟法改正方針試案」を引き継いだ内容であったが、変更点も多かった<sup>848)</sup>。被告人訊問に関しては、「被告人は自己に不利益な供述を拒むことができる旨を明かにすること」(第15)という憲法草案第35条を参照した規定が置かれた<sup>849)</sup>。この試案は、第8回司法法制審議会第三小委員会に付議されたが、異議はなかった<sup>850)</sup>。

同年8月7日、第9回司法法制審議会第三小委員会<sup>851)</sup>の審議において、被告人訊問が扱われた<sup>852)</sup>。佐藤藤佐は、被告人訊問は被告人に弁解の機会を与えると同時に、証拠方法としての意味を有すると述べた。横井大三によると、被告人に自己に不利益な供述を拒むことができる旨を明らかにする時点は、公訴事実に対する被告人の意見陳述の時点であるため、この第15は検察官による訊問にも準用されると説明された。翌8日、この刑事訴訟法改正要綱試案が、司法法制審議会第2回総会に提出された。被告人訊問に関する第15の内容に関する変更点はなかった<sup>853)</sup>。

同月12日、司法刑事局が「刑事訴訟法の改正に関する中間報告」を作成し、Thomas L. Blakemore に提出した。このなかで、憲法草案第35条を参照して「被告人は自己に不利益な供述を拒むことができる旨を明らかにする」という中間報告がなされた<sup>854)</sup>。

同年10月23日、第三回臨時法制調査会総会において「刑事訴訟法改正要綱案」が無修正で可決された。被告人訊問に関する第15の内容は、これまでと同じであった<sup>855)</sup>。

## (2) 第二期：刑事訴訟法改正草案 第一次案から第六次案まで

第二期は、刑事訴訟法改正草案（第一次案）から刑事訴訟法改正草案（第六次案）起草期（1946（昭和21）年8月～1947（昭和22）年3月）である<sup>856)</sup>。第一次案は、1946（昭和21）年8月19日から同月30日にかけて、「刑事訴訟法改正要綱」に沿って作成された。供述拒絶権だけでなく、被告人に対する供述拒絶権の告知義務も規定された<sup>857)</sup>。条文は、以下のとおりである<sup>858)</sup>。

### 第1編

#### 第10章 被告人訊問（第一次案）

##### 第47条（新）

被告人は、自己に不利益な供述を拒むことができる。

被告人に対しては、自己に不利益な供述を拒むことができる旨を告げなければならない。

##### 第48条（大正刑事訴訟法第134条）

被告人に対しては、被告事件を告げ、その事件について供述することがあるかどうかを問はなければならない。

##### 第49条（大正刑事訴訟法第135条）

被告人に対しては、丁寧深切を旨とし、その利益となる事実を陳述する機会を与へなければならない。

第47条は、被告人の供述拒否権およびその告知義務を明文化しており、注目される。また、大正刑事訴訟法第134条および第135条と同内容の規定も存置されていた。

### 第13章 証人訊問

#### 第102条（大正刑事訴訟法第188条）

証言をするため自己又は自己と第100条第1項に規定する関係がある者が刑事訴追を受ける虞があるときは、証言を拒むことができる。

現に供述をしようとする事件の被告人と共犯の関係があるとして起訴されまだ確定判決を経ないときも亦、前項と同様とする。

刑事訴追の虞を理由とした証言拒絶権は、大正刑事訴訟法第188条と同内容であった。第一次案には、被疑者に対する供述拒否権の告知義務に関する規定が盛り込まれなかった。

1946 ( 昭和21 ) 年9月、第二次案が作成されたが、上述の各規定については第一次案から変化はなかった<sup>859)</sup>。

同年10月から12月にかけて、第三次案が作成された。第2編第1章 ( 捜査 ) の第245条が「 捜査については、その目的を達するために必要な取調をなすことができる。但し、強制の処分は特別の定のある場合でなければ、これをなすことができない。 捜査については、公務所又は公私の団体に照会して必要な事項の報告を求めることができる」と規定されたが、被疑者に対する供述拒否権の告知義務に関する規定は設けられなかった<sup>860)</sup>。

このころ、団藤重光が、被告人訊問について、「……英米法では被告人は証人となることができるものとされ、証人となつたばあひに証人としての訊問を受けるのであるが、わが國でこの方式をそのまま受け入れるのが適当かどうかは問題である。むしろ宣誓をさせないで、被告人として訊問する方がいいのではないか。被告人には、むしろ、供述の義務はないので、訊問にさきだつて、自己に不利な供述を拒むことができる旨を告げることにならう」と述べた<sup>861)</sup>。同氏は、被告人の供述義務を否定し、被告人に対する供述拒否権の告知義務の明文化に賛同していたことがわかる。

同年12月、第四次案が作成された。黙秘権告知規定について変化が生じたという<sup>862)</sup>。

第五次案は、1947 ( 昭和22 ) 年2月に作成された。同月25日、この第五次案に対する「刑訴法草案に対する修正意見」が検察側から出された。公

判における自白に関して、「公開の法廷に於て被告人が自白したるときは、裁判所は刑の量定に必要な事項を取調べるに止め、他の証拠調を省略して有罪の言渡を為すことが出来る」よう修正が求められた。その理由として、「被告人の自白を尊重しないことは寧ろ憲法の精神に反するものである。……被告人が自己に不利益な供述を拒否し得る（憲三八）ことの原則に相對するものとして英米法に於ては、被告人が公判廷で自白した場合には他の証拠を取調べないで有罪判決を為し得るものとされてゐる」と説明された<sup>863)</sup>。

第六次案は、同年3月、第92帝国議会に提出するために作成された。

第1編 総則

第10章 被告人尋問

第144条

被告人に対しては、被告事件を告げ、その事件についてあらかじめ陳述することがあるかどうかを問わなければならない。

第145条

被告人は、自己に不利益な供述を拒むことができる。

第146条

被告人に対しては、丁寧親切を旨とし、その利益となるべき事実を陳述する機会を与えなければならない。

第六次案において、被告人尋問において、被告人に対して、被告事件を告げ、その事件についてあらかじめ陳述することがあるかどうかを問い（第六次案第144条、第一次案第48条）、丁寧親切を旨とし、その利益となるべき事実を陳述する機会を与えなければならない（第六次案第146条、第一次案第49条）とされた。被告人は、自己に不利益な供述を拒むことができる（第六次案第145条、第一次案第47条第1項）が、告知規定（第一次案第47条第2項）は削除された。

第2編 第一審

第3章 公判



第 2 節 公判手続

第371条

裁判長は、まず、被告人に対し第143条の尋問をしなければならない。

検察官は、前項の尋問が終つた後、被告事件の要旨を陳述しなければならない。

裁判長は、前項の陳述が終つた後、被告人に対し、被告事件を告げ、その事件についてあらかじめ陳述することがあるかどうかを問わなければならない。

また、新たに第 3 章 ( 公判 ) 第 2 節 ( 公判手続 ) 第 371 条を定め、第六次案第 144 条と同内容の告知を被告人に対しても行うこととした ( 第 3 項 )<sup>864)</sup>。

### ( 3 ) 第三期：刑訴応急措置法制定過程

第三期は、「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急措置に関する法律」( 昭和 22 年法律第 76 号。以下、刑訴応急措置法とよぶ ) の制定過程である。この時期、1947 ( 昭和 22 ) 年 3 月末の帝国議会の解散が必至になったが、裁判所法案や検察庁法案等の総司令部側の審査が難航したため、第六次案は、総司令部による審査および承認を経たうえで議会の審議にかけることができなくなり、同年 5 月 3 日の日本国憲法の施行までに刑事訴訟法を改正するという日本政府の計画は困難となった<sup>865)</sup>。

しかしながら、新たな刑事訴訟法の制定を日本国憲法の施行に間に合わせることはできないが、日本国憲法に抵触する大正刑事訴訟法を存置することもできないと考えられた。それゆえ、政府は、1947 年 ( 昭和 22 年 ) 中の通常国会における刑事訴訟法の全面改正を断念し、政府は、日本国憲法の施行に必要な最小限の手当てをするため、憲法制定に伴う応急的な措置として刑訴応急措置法を制定することとした<sup>866)</sup>。同年 3 月 7 日、「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の臨時特例に関する法律案」の作成および見直しがなされ、同月 13 日の「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急措置に関する法律案」が作成された。これらの法律案の中に、いわゆる自己負罪拒否特権に関する条項は、盛り込まれなかった<sup>867)</sup>。

法律案は、特別法案改正委員会の審議にかけられた<sup>868)</sup>。同月 15 日の第 10 回審議において、総司令部側が、憲法第 38 条と同じ規定を刑訴応急措置

法に「くり返し」入れるよう要求した。これに対して司法省側は、異議はないと答えた<sup>869)</sup>。団藤重光によると、刑訴応急措置法第10条は、「憲法の段階のままで置いておいたら、法律上の要請だということにならないではないか。だからとにかく法律のレベルまでおろす必要があ」と考えられたため、「憲法第38条第1項をそのまま持ってきた」条文であった<sup>870)</sup>。

審議の結果、刑訴応急措置法が、1947(昭和22)年4月19日に公布され、同年5月3日から施行された<sup>871)</sup>。刑訴応急措置法第10条1項は、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」と規定した<sup>872)</sup>。

刑訴応急措置法は、全21箇条の法律であったが、新憲法下における刑事訴訟法の向かうべき方向を示すものであった<sup>873)</sup>。しかし、小野清一郎は、刑訴応急措置法第10条は単に憲法第38条の規定をそのまま再現するにとどまり、無意味であると批判した<sup>874)</sup>。団藤重光も、理論的にはおそらく無意味であり、一種の注意規定と解するべきであると述べていた<sup>875)</sup>。

#### (4) 第四期：刑訴応急措置法制定から第九次案まで

第四期は、刑訴応急措置法制定から、改正刑事訴訟法第九次案(最終案)までの立案時期である。この時期に、刑訴応急措置法が施行される中、刑事訴訟法改正作業が再開され、刑訴応急措置法および第六次案に関する意見を広く集め、改正最終案である第九次案が策定された。

1947(昭和22)年6月25日に「刑事訴訟法改正法律案要綱」が示され、同年8月16日から9月12日にかけて第七次案が作成された。第七次案は、被疑者「尋問」制度を被疑者「取調べ」制度とし、被告人訊問を廃し、被告人質問制度を設けた。被告人訊問では、裁判長は、被告人に、経歴、犯罪事実の存否、犯行の動機などに関し詳細な供述を求めることができ、被告人は真実を義務づけられるが事実上供述を強制されないだけであるという見解さえ存在していた。それゆえ、大正刑事訴訟法における審理が「職権審理的の色彩が強く中世的糾問の名残をとどめ被告人の基本的人權の尊重という点にいささか缺くる感があったという理由と、従来のやり方で

は、裁判官は全く検察官の代弁者の如き状態に陥る虞がないでもなく、時としては、一般国民をして裁判官が事件に対し予断を抱いて審理しているという誤解を生ぜしめることも皆無でなく、かくては、公平な審理官たるべき裁判官の職責に反することになるという考慮」を理由に<sup>876)</sup>、被告人訊問は、「追及的になるおそれ」があるため、憲法の精神にしたがって廃止されたという<sup>877)</sup>。現行刑事訴訟法の被告人質問では、黙秘権が明確に保障され、証拠調べに入った後も、被告人に供述する意思があるか否かをまず尋ね、それが肯定されたときにのみ個々の質問に入りうることとされた。これは、被告人の当事者的地位を改めて確認した結果であるという<sup>878)</sup>。

同年10月1日に第八次案、同月20日に最終案である第九次案が作成された<sup>879)</sup>。「改正刑事訴訟法第九次案(第二政府案・最終案)」によると、Nemo tenetur 原則に関する条文は以下の通りであった<sup>880)</sup>。

第2編 第一審

第1章 捜査

第172条

検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者を呼び出し、且つこれを取り調べることができる。

第3章 公判

第2節 公判手続

第261条

検察官は、まず、被告事件の要旨を陳述しなければならない。

裁判長は、前項の陳述が終わつた後、被告人に対し、その事件についての答弁を求めなければならない。

第262条

被告人が有罪の答弁をした場合において、裁判所は、その答弁が被告事件を理解した上自由な意思に基づいてされたものと認め、且つ、他の資料をも考慮してその答弁が真実に合するものと認めるときは、被告事件について犯罪の証明があつた旨の決定をすることができる。但し、死刑にあたる事件については、この限りでない。

被告人が公訴事実の同一性を害しない限度においてこれと相違する事実につき有

罪の答弁をした場合も、前項と同様である。但し、検察官の同意がある場合に限る。

第272条

裁判長は、何時でも必要とする事項につき、被告人の供述を求めることができる。  
陪席の裁判官、検察官、弁護士、共同被告人又はその弁護士は、裁判長に告げて前項の供述を求めることができる。  
被告人は、前二項の場合においても、自己に不利益な供述を拒むことができる。

第九次案は、被疑者取調べに関する規定を設けたが、被疑者の供述拒否権に関する規定は設けなかった（第九次案第172条参照）。第九次案は、被告人訊問を廃し、被告人質問を設けたが、この被告人質問の際、被告人は「自己に不利益な供述を拒むことができる」旨を規定するにとどまり、被告人の供述拒否権に関する告知規定は設けられなかった（第九次案第272条）。また、大正刑事訴訟法第134条および第135条に相当する規定はなくなった<sup>881)</sup>。なお、第11章（証人尋問）の第124条（刑事訴追を受ける虞を理由とする証言拒絶権）は、第六次案と同内容であった。

**(5) 第五期：日本政府と総司令部の討議から現行刑事訴訟法成立まで**

( ) 第五期は、1948（昭和23）年3月、改正案の検討を終えた総司令部から、詳細な「プロブレム・シート」が提示され、これに基づき、わが国の立案担当者と総司令部側担当者との間で第九次案の検討がなされた時期である<sup>882)</sup>。同年4月に行われた総司令部政治部主催の委員会における論議は、現行刑事訴訟法の制定経過のうち、最も重要かつ現行法の解釈にも大きな影響を与えたと言われる<sup>883)</sup>。

総司令部政治部主催の委員会<sup>884)</sup>での検討は、総司令部側が第九次案（第二政府案・最終案）の問題点を列挙したプロブレム・シートに基づいて行われた<sup>885)</sup>。委員会は非公開であったが、このプロブレム・シートにより内容を把握することができるため、以下、プロブレム・シートをもとに Nemo tenetur 原則に関する議論を概観する<sup>886)</sup>。

( ) 現行刑事訴訟法第198条第2項は、プロブレム・シート第76問によっ

て具体化された。

第76問<sup>887)</sup>

問：被疑者を尋問する官吏は、被疑者に、尋問の開始において、被疑者が質問に対して答えることを拒絶してもよい旨を告知しなければならないか。

議論：現在、多くの検察官が被疑者らに彼らの権利を告げていないようである。司法警察官がこの実務に従っているのは当然である。

提案：以下の新たな条文を加えよ：「被疑者が尋問されるときは、被疑者は、尋問の開始において、被疑者が質問に対して答えることを拒絶してもよい旨を告知されなければならない。」

総司令部側は、捜査機関による取調べの開始に際して、被疑者に対して質問に答えることを拒否することができる旨を告げなければならないとする修正案を出した。日本側は、答弁拒否権の告知は現在でも重要事件の捜査では検察官によっておこなわれているが、その明文化には問題があると回答した。これに対し、総司令部は、現実に多くの検察官がこの権利告知を行っているのであれば、法文化に問題はなく、この告知を警察官にも行わせるためにも明文化が必要であると強調した。日本側は、その後の委員会において、警察による取調べを含めて、告知義務規定の新設は避けられないと判断し、告知内容の検討に移った。告知の内容につき、答弁の拒否や不利益供述の拒否等、いくつかの条文案が検討された。最終的に、現行刑事訴訟法第198条第2項である「前項の取調べに際しては、被疑者に対し、あらかじめ、供述を拒むことができる旨を告げなければならない」という文言が採用された<sup>888)</sup>。

( ) 現行刑事訴訟法第291条第3項および刑事訴訟法第311条第1項に相当する規定については、プロブレム・シート第5問および第10問の修正と第93問が扱っている。

第5問及び第10問の修正 (1)<sup>889)</sup>

理由：我々 GS ( Government Section ; 民政局 \* 筆者注 ) は次の如く提案する。即ち検

察官及び警察官の取調, 裁判官の前における公判前の証言, 起訴及び公判前に為された諸資料(記録並びに供述)を公判において証拠として使用することについては, 左の諸原則が適用されねばならない。之等の原則と矛盾せざる限り, 刑事訴訟法改正案の規則はその適用を存続するものである。

一. 検察官並びに警察官の取調

1. 検察官又は警察官は犯罪捜査中被告人, 被疑者, 又は事件の知識を有すると信ぜられる者に対し訊問に答えるよう要求することができる。すべての被訊問者は答を拒絶する権利を有し, 若し逮捕されていない場合には何時でも退去することができる。検察官又は警察官の訊問中なされた供述については, 訊問調書を作成し, 何時でも出来れば, 之を被訊問者に閲読のため及び誤謬なきことの認証を筆記せしめるために提出する。...

四. 公判前に為された証拠資料(供述並びに調書の類)を公判廷において使用すること。...

C. 被告人の自己に不利益な供述の使用

1. 被告人の自己に不利益な供述を記載した記録又は(此の種の供述に関する)口頭の説明は, 何時又誰にその供述がなされたかということに関係なく, 公判の時, 証拠として提出することができる。裁判所はかかる証拠を事実認定の基礎として使用することができる。...

第5問及び第10問の修正<sup>890</sup>)

H. 被告人の陳述

1. 被告人は彼自身の利益のために供述をする機会を与えられなければならない。而して彼は自発的に行つた供述のすべてに関してのみ訊問されることができる。

第93問<sup>891</sup>) (参照: 第261条および第272条)

問: 公判(public trial)の冒頭に, 公判裁判所(the trial court)は, 被告人に, 黙秘権を含む憲法上および法律上の権利を告知するべきか。

議論: 草案の中には, 公判裁判所(trial court)が被告人に, 終始沈黙する権利, および弁護人を選任する権利, 自身のために証人の召喚を求める(尋問する)権利, 自己負罪を拒絶する権利等のような憲法や法律の下にある様々な他の権利を告知する必要がある旨の規定がない。たとえ検察官が被告人にこれらの権利を公判期日前に告知したと推測されるにせよ, 公判裁判所(trial court)がそのような言明をすることは望ましいと思われる。さらに, 被告人が起訴状に含まれていることを正確に理解している旨を確認するために, 検察官は, 起訴状を被告人に読み聞かせるべきである。

提案: 第261条を以下のように修正せよ: 「まず第一に, all the record of Public action

( 起訴状 ) が朗読するものとする。次に、検察官は、公判を受ける事件の要旨を陳述するものとする。

前項で言及されている陳述が終わった後、裁判長は、被告人に、終始沈黙する権利、及び被告人に権利を保護するために必要と思われる他の事項、最高裁判所の規則の定める他の事項を告知するものとする。その結果として、裁判長は、被告人に、もし被告人がその事件に関して返答したいと望むならば、被告人は返答してもよい、と伝えるものとする。」

第272条第3項を修正せよ：「被告人は、前二項の場合、個々の質問に答えることを拒絶してもよく、または完全に終始沈黙してもよい。」

総司令部側は、裁判所の冒頭手続において、被告人に対して黙秘権を含む憲法および刑事訴訟法上の権利の告知に関する規定を設けるべきであると提案した。仮に公判期日に先だって、検察官がこれらの権利を被告人に告げていたとしても、裁判所が権利の告知をすることが望ましいと考えたためであった。不利益供述の拒否に関しても、個々の質問に答えることを拒み、または、完全に沈黙することができるようにその内容の修正をよう勧告した。これに対し、日本側は、権利等の告知は公判中に適宜伝えることで足り、冒頭で告げると、あたかも刑事訴訟法の講義を行うかのような形になる等の意見が出された。しかし、最終的には日本側も総司令部の提案に賛同した<sup>892)</sup>。

( ) 政府は、委員会の決定に基づき第二次政府案の重要部分に根本的変更を加え、「刑事訴訟法を改正する法律案 ( 政府最終案 )」を作成し、1948 ( 昭和23 ) 年5月25日にこれが閣議決定された<sup>893)</sup>。翌日第二回国会に提出された<sup>894)</sup>。これに際し、同月28日、鈴木義男法務総裁は、第2回国会衆議院司法委員会において「刑事訴訟法を改正する法律」案の提案理由説明を行った。黙秘権に関しては、「この部分に関する改正として特に重要なのは、……従来のような被告人訊問の方式をやめ、被告人に黙秘権を認め、ただ被告人が任意に供述する場合のみ、その供述を求め得ることとし、被告人の当事者的地位を高め」た点であると説明した<sup>895)</sup>。

現行刑事訴訟法第198条第2項は、捜査機関だけでなく、刑事訴訟法を

改正する法律案の国会における審議において、一部の議員からも、この規定は行き過ぎであるという反対があった。しかし、憲法上、何人も自己に不利な供述を強要されず、強制による自白を証拠とすることができないと定めた以上、被疑者の取調べについても、厳格な条件を付して、供述の任意性を確保する必要があるとされた<sup>896)</sup>。

被告人の供述拒否権（現行刑事訴訟法第311条第1項）は、第二次政府案とほぼ同旨ではあるが、不利な供述のみでなく、広く全面的に供述拒否権を認めた点で若干の差異があった<sup>897)</sup>。第311条第1項は、憲法第38条第1項の規定を受けて、公判廷でも一切の供述義務がないことを明記した。「沈黙」と「供述拒否」には実質的な違いはなく、自己に利益であると否とにかかわらず、すべての事項につき包括的な黙秘・供述拒否を認めることとされた。

現行刑事訴訟法は、1948（昭和23）年7月10日、大正刑事訴訟法の改正法（昭和23年7月10日法律第131号）として成立し、1949（昭和24）年1月1日に施行された<sup>898)</sup>。

### 3. 本節のまとめ

以上、日本国憲法および現行刑事訴訟法の制定過程を概観した。

ポツダム宣言受諾後、総司令部側は、捜査機関の自白獲得への傾注とその手段を問題視し、その防止策として、自己負罪拒否特権、強制等による自白の証拠利用禁止、弁護士立会いのもとでの自白のみ利用可能とすること等を憲法に規定するべきであると考えていた。

1946（昭和21）年2月13日に日本政府に示されたマッカーサー草案は、第38条第1項に、「何人も自己ニ不利益ナル証言ヲ爲スコトヲ強要セラレサルヘシ」と規定し、憲法改正草案要綱の第34条第1項の「何人ト雖モ自己ニ不利益ナル証言ヲ強要セラレザルコト」を経て、同年4月17日の憲法改正草案は、「何人も、自己に不利な供述を強要されない」（第35条第1項）とし、現在の日本国憲法と同一文言となった。



1945（昭和20）年9月24日に「新情勢ニ鑑ミ犯罪捜査ニ関シ人権ヲ擁護スベキ具体的方策如何」が諮問された。しかしそこでは、自白偏重の弊害を改める方策として、科学的捜査の充実や警察官の人権尊重観念の徹底が提案されたが、総司令部の日本国憲法制定過程における考えと異なり、自己負罪拒否特権等は提案されていなかった。

その後、マッカーサー草案および憲法改正草案要綱により、刑事訴訟法改正作業が見直されることとなった。司法省は、「刑事訴訟法改正方針試案」、さらに、刑事訴訟法改正方針（第二案・決定版）」を経て、刑事訴訟法改正要綱では、「被告人は自己に不利益な供述を拒むことができる旨を明らかにすること」とされた。

この要綱に沿って、刑事訴訟法草案が作成された。特に、現行刑事訴訟法第146条、第198条第2項、第291条第3項、第311条の制定過程では、第一次案から第九次案まで検討が続けられ、最終案である第九次案は、被疑者取調べの規定を設けたが、被疑者の供述拒否権に関する規定を置かなかった。被告人質問の際、被告人は自己に不利益な供述を拒むことができるとされたが、被告人の供述拒否権に関する告知規定はなかった。また、被告人訊問が廃止され、大正刑事訴訟法第134条および第135条に相当する規定がなくなった。なお、刑事訴追の虞を理由とした証言拒絶権は、大正刑事訴訟法第188条と同内容であり、第一次案時点から起草されていた。

1948（昭和23）年3月、改正案の検討を終えた総司令部から、詳細な「プロブレム・シート」が提示され、これに基づき、わが国の立案担当者と総司令部側担当者との間で第九次案の検討がなされ、警察による取調べの際、被疑者に対する供述拒否権の告知が義務づけられることとなり、公判においても、被告人は、供述拒否権の告知を受けることとされた。

以上のように、わが国の憲法および現行刑事訴訟法は、Nemo tenetur 原則を採用し、自己負罪拒否特権や供述拒否権を明文で保障した。ドイツの刑事訴訟法と異なり、わが国の刑事訴訟法は、1948（昭和23）年時点で、被告人および被疑者に対する供述拒否権の告知義務を定めた。しかし、憲

法および現行刑事訴訟法の制定過程において、Nemo tenetur 原則の本質や存在根拠に関する議論は、ほとんど行われなかったといえよう。

## 第7節 1953年刑事訴訟法改正

1953(昭和28)年、刑事訴訟法の一部が改正され、同年8月7日法律第172号として公布された<sup>899)</sup>。この改正のきっかけは、占領中に制定された法規の再検討が当時の総司令部によって容認されたこと、運用によって解決しがたい問題が次第に明らかになってきたこと、制定当時予想されなかった新たな問題が生じてきたこと等の事情であった。

政府は、占領終了が近い1951(昭和26)年1月20日、法制審議会に対し、諮問第7号として「刑事訴訟法運用の実績に鑑み、早急に同法に改正を加えるべき必要があるとすれば、その法案の要綱を示されたい」という諮問を発し、刑事訴訟法の改正問題をとりあげる姿勢を明らかにした<sup>900)</sup>。しかし、この諮問は、運用の実情からくる、特に最も早急に行うべき改正要綱の答申を求めている点に留意すべきであり、根本的な再検討はより慎重な研究を待つべきとされた<sup>901)</sup>。

この1953年に行われた刑事訴訟法の改正により、刑事訴訟法第198条第2項の告知内容が、「供述を拒むことができる旨」という文言から「自己の意思に反して供述をする必要がない旨」という文言へ改正された。本節では、特に、この刑事訴訟法第198条が定める被疑者に対する黙秘権の告知に関する改正を扱うこととする。

### 1. 1953年刑事訴訟法改正の経緯

刑事訴訟法の施行後間もない1950年には、捜査の円滑性を欠くという理由から、被疑者の供述拒否権告知制度(刑事訴訟法第198条第2項)の廃止が主張されていた<sup>902)</sup>。1953年の刑事訴訟法の一部改正においても、特に検察側が、被疑者の取調べの際の供述拒否権の告知に関する規定(第198条第2項)の削除を求めた<sup>903)</sup>。これに対して、告知は供述拒否権

の保護を全うするために必要であること、告知がなくとも国民のレベルが向上し供述拒否権を認識するようになれば捜査の円滑を欠く現象は生じるため捜査官憲は他の方法によって捜査の円滑を図るべきであるという批判がなされていた<sup>904)</sup>。

そこで、刑事訴訟法の改正にあたり、さしあたり、1951 ( 昭和26 ) 年、「黙秘権告知制度に関する規定を改正することの可否に関する各方面の意見」がまとめられた。

まず、「被疑者」に対する黙秘権告知制度を改正すべきであるという意見は、主に次の3点の理由を挙げた<sup>905)</sup>。第一に、黙秘権告知は、必ずしも憲法の要請ではなく、実際、一部の特定の者、または、常習犯によって濫用されているという実態が指摘された。第二に、捜査機関として、取調べによって供述を得ようとする被疑者に対して黙秘権を告知することは、心理的に矛盾を感じ、捜査の志気が沮喪されるという理由であった。第三に、黙秘権は、すでに一般に周知徹底されており告知する必要がないという点が挙げられた<sup>906)</sup>。これに対して、黙秘権告知制度の改正に反対する見解は、主に次の三点を挙げた<sup>907)</sup>。第一に、黙秘権は憲法上の権利であり、告知制度によってはじめて法律知識に乏しい国民が適切にこれを行なうことができること、第二に、封建的なものに逆行する虞があること、第三に、捜査の能率にさほど影響はないことが挙げられた<sup>908)</sup>。

次に、「被告人」に対する黙秘権告知制度につき、改正すべきであるという見解は、前述の被疑者に対する黙秘権告知改正を支持する理由の他に、法廷においては供述を強要される虞はないため、告知は不必要であり、かつ、不体裁で法廷の威信を傷つけるという点が挙げられた<sup>909)</sup>。これに対して、改正すべきでないという見解は、被疑者に対する黙秘権告知改正に反対する理由と同じであった。

以上のように、被疑者および被告人に対する黙秘権告知制度については、賛否両論があり、なかには結論に達しえない裁判所もあった。

さらに、同年5月から6月にかけて、法務府検務局の依頼により、権利

保釈および黙秘権の予告制度につき一般有識者の意見が聴取された<sup>910)</sup>。

表1：あなたは捜査機関（検事や警察官の場合）が行う黙秘権の予告についてどう  
 思いますか。 (単位 %)

	高 専 大	P T A
予告は必要である	43	30
予告は不必要である	49	62
そ の 他	6	6
不 明	2	2
計	100	100

出典：権利保釈に関する世論調査『諮問第七号（刑事訴訟法改正）に関する法制審議会議事録』より作成

まず、「あなたは捜査機関（検事や警察官の場合）が行う黙秘権の予告についてどう思いますか」という質問の結果は、表1の通りである。この結果に対して、「PTAでは、被疑者の濫用を防ぐためにも捜査を容易にするためにも、62%は予告は不必要であると答え、はっきり廃止した方がよいと考えられていた。しかし、高専大では、黙秘権を知らない者のためにも、また人権蹂躪を防ぐためにも、予告は必要であるというものが必要という者と相半ばし、必ずしも廃止した方がよいとは言えないのは注意されなければならない」という分析がなされた<sup>911)</sup>。

次に、刑事訴訟法の改正に関する意見は、表2の通りである。この結果に対して、「新刑訴改正の賛否についての一般的意見は、必ずしも個々の具体的問題に対する回答とは一致しないことが判る」。これは「一般的意見は、刑訴法改正に関する考え方の大綱を示し、具体的問題の回答は個々に現実の社会的基盤が考えられ、各人によってその評価が異なったためであるとされる」という分析がなされた<sup>912)</sup>。

表 2 : 新刑訴改正に反対的なものの場合

( 単位 % )

	高 専 大	P T A
権利保釈の条件はもっと緩和し黙秘権の予告も必要	4	4
権利保釈・黙秘権の予告共に現行以上に条件を厳格にしない	26	20
権利保釈のみ条件を厳格にするか、又は廃止する	37	30
黙秘権の予告のみ不必要 ( 黙秘権又はその一部を否定するものも含める。以下同様 )	8	20
権利保釈・黙秘権の予告共に不必要又は条件を厳格にする	20	23
その他 ( 判断不明 )	5	3
計	100	100

新刑訴改正に賛成的なものの場合

( 単位 % )

	高 専 大	P T A
権利保釈・黙秘権の予告ともに強く否定的	23	20
権利保釈・黙秘権の予告ともに否定的又は条件を厳格にする	37	49
権利保釈のみ条件を緩和又は現行通り	5	3
黙秘権の予告のみ必要 ( 黙秘権又はその一部を否定するものは除く。以下同様 )	24	17
権利保釈・黙秘権の予告ともに現行以上に条件を厳格にしない	7	8
その他 ( 判断不明 )	4	3
計	100	100

出典：権利保釈に関する世論調査『諮問第七号 ( 刑事訴訟法改正 ) に関する法制審議会議事録』より作成

## 2. 刑事訴訟法小委員会および刑事法部会における議論

### ( 1 ) 刑事訴訟法小委員会における議論

法制審議会は、刑事訴訟法の改正問題を、刑事法部会で審議させた<sup>913</sup>。

法務府は、1951 ( 昭和26 ) 年 9 月26日に開かれた刑事法部会において、

被疑者の供述拒否権告知に関する問題点をとりあげた。つまり、当時、刑事訴訟法第198条第2項は、憲法第38条第1項の自白強要禁止に由来するが、運用にあたり、「捜査機関をして自己矛盾を感ぜしめ、また進んで真実を吐露しようとする自白決意を鈍らしめ、さらに被疑者によつては氏名、住居等人別事項についてすら供述を拒否する」ため、被疑者に対する供述拒否権告知制度の廃止が主張されていた。さらに、もし刑事訴訟法第198条第2項を存置するならば、「少なくとも必要に応じ憲法上の権利を告げることができるに止める程度に改めるべきである」という意見があった。他方、被疑者に対する供述拒否権告知制度は「被疑者の人権保障のため」に存置すべきであるという見解もあるため、「十分論議が尽くされるべきである」とした<sup>914)</sup>。

同年10月2日、第1回刑事訴訟法小委員会は、供述拒否権告知の制度を検討の議題として取り上げることを決定した<sup>915)</sup>。

同年11月15日に開かれた第6回刑事訴訟法小委員会において、横井大三は、事務当局が立案した「法第198条を改め、被疑者は、検察官、検察事務官又は司法警察職員の取調に対し被疑事実に関し自己に不利益な供述をしないことができるものとする」とを提案した。供述拒否権を告知した後に取調べを行うことは、捜査機関を心理的に苦しめることになり、かつ、供述しようとしている被疑者に対して供述拒否権を告知すると、被疑者の気持ちや態度を変化させる。これは捜査機関にとって困難であり、実際の運用においても本来の趣旨に反する結果が生じていたため、捜査機関側が、供述拒否権の告知の改正を強く要求したという。この改正案によって、被疑者に無理に供述させることはできず、被疑者が供述をしないことができるのは、「被疑事実に関するものであって、それ以外の事実には及ばない」という旨を明確にしようとしたという<sup>916)</sup>。

刑事訴訟法小委員会は、同月29日(第8回)と同年12月13日(第10回)に供述拒否権の告知に関する議論を行った。第8回刑事訴訟法委員会は、刑事訴訟法「第198条第2項を改め、被疑者は、検察官、検察事務官又は

司法警察職員の取調に対し被疑事実に関し自己に不利益な供述をしないことができるものとする」を提案し、第10回刑事訴訟法小委員会では、代案として「検察官、検察事務官又は司法警察職員は、被疑者の取調に際し、あらかじめ被疑者に対し、不利益な供述を強要されるものではないことを告げなければならないものとする」が提案された。

まず、憲法第38条第1項の意味について、検察側は、捜査官に対する心得であり、被疑者に対する供述の強要や無理な取調べを禁止しているのみであると主張した(平出発言、馬場発言、安平発言)。それゆえ、供述拒否権の告知に関する規定を削除し、憲法第38条第1項の規定と同じ文言に変えるよう要求した(安平発言)<sup>917</sup>。

これに対し、山崎佐は、真犯人に自己負罪供述をさせることは、国民の心情に反すると主張した<sup>918</sup>。平野龍一は、憲法第38条第1項は、一般的な供述義務を前提として不利益な供述についてはその義務を免除する趣旨であると考えた<sup>919</sup>。また、提案中にある「不利益」という文言につき、団藤重光は、運用方法により利益・不利益がどうにでもなるため、この「不利益」という文言の削除を求めた<sup>920</sup>。

なお、被疑者が嘘をつく権利までは認められないことは一致していたようである(平出発言)<sup>921</sup>。団藤重光は、「嘘を云ってもいい。これは如何なる意味においても憲法の中に含まれていないと思う」と述べた<sup>922</sup>。出射義夫は、刑事訴訟法の「拒む」という言葉が強過ぎ、被疑者が嘘をいう権利があるように感じられるため、「不利益な供述を強要されるものではないことを告げなければならない」という文言に改めることを提案した<sup>923</sup>。

被疑者に対する供述拒否権の「告知」の意義につき、告知の廃止や制限を主張する捜査関係者と告知の存置を主張する委員が、激しく対立した。

供述拒否権の告知の存置を主張する論者は、告知の意義について主に四点主張した。第一に、供述拒否権という憲法上の権利を国民に知らせることである。つまり、国民は、通常、裁判所や警察署において当局が期待す

ることを言わなければならないと考えるため、公務員である警察官や検察官は、供述拒否権について国民に懇切丁寧に説明しなければならないとした(団藤発言、江家発言、鈴木発言)<sup>924)</sup>。第二に、被告人の多くが無智であるため、告知が有効であると指摘された(吉田発言)。第三に、供述拒否権の告知によって、憲法第38条第1項を実質的に保証することができることされた(団藤発言)<sup>925)</sup>。第四に、告知によって取調官自身が自制することが挙げられた(出射発言)<sup>926)</sup>。さらに、供述拒否権の告知をやめたからといって、被疑者が進んで供述することにはならないという指摘や、この改正自体が刑事訴訟法を一步後退させることを意味するという指摘もなされた(団藤発言)<sup>927)</sup>。

他方、刑事訴訟法が規定する供述拒否権の告知を疑問視する見解は、主に三点挙げた。第一に、取調官が市民を取調べに呼ぶとともに、黙秘してもよいと告げることに對して違和感があると主張された(平出発言)。第二は、被疑者に対する供述拒否権の告知を規定する刑事訴訟法は、被告人の人権擁護のみを考えており、国民全体の人権擁護を考えていないという点であった(安平発言)。第三に、被疑者の供述がないと実体的真実発見が困難な場合があるという指摘がなされた(桐山発言)<sup>928)</sup>。

## (2) 刑事法部会における議論

刑事訴訟法小委員会は、刑事法部会に対して答申書を提出した。案は、第10回刑事訴訟法小委員会において提示された代案と同内容であった。この提案理由として、刑事訴訟法第198条第2項の「供述を拒む」という文言に問題があるため、これを一般的な供述拒否でなく、憲法第38条第1項の「供述を強要してはならない」という規定に沿って、これから調べることについては強いて答えなくてもよい旨を告げる程度で足りるとした、と説明された(横井発言)。

1952(昭和27)年1月17日の第6回刑事法部会において、被疑者に対する供述拒否権の告知に関して議論された。特に、当時検事総長であった佐



藤藤佐が、この改正案に対して強く批判した。

まず、憲法第38条第1項の意味について、佐藤藤佐は、「国民が陳述するに当たっていいことを云う、いいくなければ云わない」自由を有し、「まして自分に不利益なことを云うまいと思えば云わない。云おうと思えば云う。これだけの自由は当然認められている」と述べた。そのうえで、同氏は、憲法第38条第1項について、「従来取調官の中には被告人のいいたくないこと、不利益なことまで無理に云わせた」ことが過去にあり、「そういう弊害がないように、そうして基本的人権をどこまでも新憲法は守ろうという立場から当然のこと」を規定したのであって、この規定は刑事訴訟法において「取調べる者は相手方にたいする供述を強要してはならない、若し強要して供述をさせたにしてもそれは証拠にしてはならない」という意味を有する、と解した。

佐藤藤佐は、刑事訴訟法第198条第2項は「憲法の精神を越えた規定」であり、被疑者あるいは被告人に対して不利益な供述を強要してはならず、かつ、強制による自白を証拠にすることはできないとしておけば十分憲法第38条の趣旨を保障することができるとし、刑事訴訟法第198条第2項の被疑者に対する供述拒否権の告知制度の「廃止」を求めた。

そのうえで、被疑者に対する供述拒否権の告知に対する批判を主に三点挙げた。第一に、供述拒否権の告知が取調べの進行を妨害しているという点である。第二に、被疑者に供述拒否権を告知すると、被疑者がこれを行使しなければならないと誤解するだけでなく、被疑者を「嘘を言おう、都合が悪ければ黙っていよう」という気持ちにさせることになるという点を挙げた。第三に、取調べようとしているにもかかわらず、「言いたくなければ言わなくてもよい。俺はお前に強要しないぞ、お前は俺から強要されることはないぞ」と取調官が告げることは「おかしい」と述べた。

これに対して、団藤重光と吉田常次郎は、法律的に無知な弱い被疑者に対して、供述拒否権の告知によって、憲法が保障する自由や権利を理解させ、救済する必要性があることを挙げて反論した。団藤重光は、「被疑者

が検察官なり司法警察職員の前で取調を受けるに当たり、それにたいする供述について心理的な圧迫をいささかも受けないように確保」することが供述拒否権の告知をめぐる問題の要点であり、「抽象的に理解させるだけでなく、取調の場においてそういう雰囲気にもっていつてやるということが大事」であるとし、被疑者が実際に供述拒否権を行使できるような取調べの必要性を説いた(吉田発言, 団藤発言)。

さらに、供述拒否権の告知を捜査官に義務づけることは、間接的に取調官自身に、被疑者に対して自白や供述を強要しないよう自制させることにつながる事が指摘された。供述拒否権を濫用する被疑者は、供述拒否権の告知を行わなくても濫用するのであって(吉田発言, 海野発言, 団藤発言), 告知に論理的矛盾はないと批判した(団藤発言)<sup>929)</sup>。

刑事法部会は、1952(昭和27)年3月20日、修正された答申案を法制審議会総会に報告した。この答申は、諮問第七号が挙げた供述拒否権告知制度の問題点につき、「検察官、検察事務官又は司法警察職員は、被疑者の取調べに際し、あらかじめ被疑者に対し、自己に不利益な供述を強要されるものではないことを告げなければならないものとする」とし、この案が可決された<sup>930)</sup>。

### 3. 学説および実務家の見解

1953年刑事訴訟法改正をめぐり、学界や実務においても、被疑者に対する供述拒否権の告知の意義が激しく議論された。

被疑者の供述拒否権の告知を廃止すべきであるという見解は、主に警察や検察の立場から主張された。

第一に、被疑者への供述拒否権の告知が、捜査や取調べの障害となっている点が指摘された。被疑者の取調べは、被疑者に供述させるために行われ、取調官は、被疑者が真実を供述することを望んでいる。しかし、その意に反して取調官自らが、被疑者に供述拒否権を告知しなければならないことは、自己矛盾であるという。これは、取調官の取調べに対する意気を

阻喪させ、取調官を偽善の意識に悩ませることになっているという<sup>931)</sup>。供述拒否権を「濫用」する被疑者が存在するため、事件の迅速な処理に支障をきたしているという指摘もあった。これは、特に、思想犯又は脱税犯等に多いという<sup>932)</sup>。

さらに、供述拒否権の告知によって、真実を供述する用意のある被疑者の気持ちを鈍らせることになっているという指摘もなされた<sup>933)</sup>。特に、植松正は、被疑者の真実の供述を尊重するべきであると主張した。つまり、真実を供述することは道德的善であるだけでなく、真実発見のためにも極めて有益なことであるという。科学捜査は有用ではあるが、まだかなり狭く、事実認定への蓋然性を高めるだけであり、確認に至るにはなお不十分である。確かに、自白偏重は矯めなければならず、供述の強要は許されないが、自白その他の真実の供述を正当に尊重すべきであるという。真に悔悟を述べる供述をする被告人および被疑者に有利な取扱いをすることも許されるべきであると主張した<sup>934)</sup>。

第二に、供述拒否権の告知が、かえって被疑者にとって不利益になるという点が挙げられた。被疑者が供述拒否権を行使すると、捜査に時間がかかり事件の処理が遅れ<sup>935)</sup>、被疑者の中には、自身の嫌疑を晴らすこともせず、そのまま勾留や起訴されることさえあることが指摘された<sup>936)</sup>。「言いたくなければ言わなくてもよい」という告知は、ややもすれば「その代りひどい目にあって知らないぞ」というかえって脅迫的な内容になり、供述を拒否すれば不利益を被るかのような印象を与えることにもなるという。それゆえ、被疑者に対する供述拒否権の告知を捜査機関に義務づけるべきではなく、人権擁護機関や弁護士団体等が、知識の乏しい被疑者にも理解できるような告知を徹底するべきであると主張された<sup>937)</sup>。

第三に、憲法第38条第1項の趣旨には被疑者に対する供述拒否権告知は含まれておらず、刑事訴訟法上も、「単に憲法上の権利を告げることをもって足りる」ということが主張された。中には、憲法第38条第1項の「意味を誤解している」とか「曲解している」という指摘もあった<sup>938)</sup>。

第四に、すでに供述拒否権制度は国民に周知されており、ことさらにこれを告知する必要はないとされた<sup>939)</sup>。

被疑者に対する供述拒否権の告知自体には賛成するものの、刑事訴訟法の規定は「行き過ぎ」であるため告知の内容について改正すべきであるという見解も主張された。この見解は、黙秘権を「強制されないという消極的権利」ととらえ、法律が被疑者の不供述を奨励したり、非協力を容認してはならないという<sup>940)</sup>。榎田忠美は、黙秘権の告知の冒頭に「正直に事実を述べることは道義上正しいことである。だが被疑者、被告人としてはいろいろの事情により言いにくいこともあるであろう。その場合には何事も言わなくても何等処罰を受けることはない」という趣旨を告知すべきであると主張した<sup>941)</sup>。

他方、被疑者に対する供述拒否権告知制度に賛同する見解は、大きく二点にまとめることができよう。

第一に、供述拒否権を告知された被疑者の供述は、任意性および信用性が与えられるため、捜査機関にとっても告知した方が有利であるという点である。なお、平野龍一は、告知の内容が威嚇や脅迫的な内容にならないよう「大いにつつしむべきである」と指摘している。

第二に、取調べにおける被疑者の立場や状況に着目する。取調べにおいて、被疑者が、警察官らに対して主張をすることは難しく、供述拒否権を告知することによって自由意思に基づいて供述できるよう努めるべきであるという。平野龍一は、単なる知識としての供述拒否権は周知されたかもしれないが、供述拒否権の告知は、ただ知識として知らせるというよりも、その行使の機会を与えるための制度であるとした。取調べが、供述拒否権の告知がなくとも、黙秘権の行使に支障がない状態にあるならば別であるが、そうは言い難いと指摘した。団藤重光は、被疑者の多くは非常に弱い存在であり、供述拒否権を知らず、重大な利益を奪われていると指摘した。何が「自己に不利益な供述」になるかは、取調官の言い方次第であり、被疑者は簡単に言いくめられてしまうという。弱い被疑者を不利益に陥れ

る規定は、不正義である。さらに、供述強要のおそれは、起訴前の捜査手続において強く、被疑者取調べこそ、供述強要の弊害を絶滅させるべく万全を期さなければならないと主張した<sup>942)</sup>。

さらに、被疑者に対する供述拒否権の告知内容を制限し、「不利益な供述を強要されない旨」を告知すれば足りるとする見解に対する反論も主張された。つまり、もし捜査官に対する黙秘権の内容自体を不利益な供述に限るならば、一般的には、被疑者は捜査官に対して供述義務があることになる。しかし刑事訴訟法の下では、被疑者は、当事者であって、捜査官に対して一般的な供述義務を負うことはない。告知の変更は、供述拒否権の範囲の解釈自体に影響を及ぼさないとは限らないという。特に、被疑者は、利益な事項について、あたかも供述義務があるかのように運用されているという。被疑者が何が利益であり不利益であるかを判断することは難しいため、捜査側が、利益だと称して不利益な事実の供述を強要するおそれがかなり強いという指摘がなされた。また、被疑者の住居・氏名についても、「不利益な供述」となりうるため供述拒否権の対象とされるべきであるという点も主張された<sup>943)</sup>。

#### 4. 国会における修正

1953 ( 昭和28 ) 年7月3日、「刑事訴訟法の一部を改正する法律」案が、第16回国会に提出された ( 以下、政府原案とよぶ )。この政府原案は、刑事訴訟法第198条第2項の「供述を拒むことができる旨」という文言を「自己に不利益な供述を強要されることがない旨」に改めることを提案した<sup>944)</sup>。提案理由として、人別事項すら供述拒否する権利があるかのような風潮が広まりつつあること、告知内容は、憲法第38条第1項に基づき、不利益な供述を無理に言わされないという点が明らかであれば足りること、被疑者の中には一切の供述を拒否したがために、情況証拠によって起訴された後の供述によってはじめて真犯人ではないことが明らかになった事例があること、被疑者に対する告知内容を被告人と別異に

しても差し支えないこと，が挙げられた。

これに対し，衆議院法務委員会は，政府原案を「自己の意思に反して供述をする必要がない旨」という文言に修正した。修正の理由は，利益・不利益の基準が不明確であり，自白強要の一手段となる危険があること，利益・不利益を判断して供述義務と供述拒否権とを区別することは，被疑者に対して利益供述を強要してもよいという反対解釈を可能にし，誘導的な取調べを招く虞があること，密室下の取調べを前提として「強要されることがない」旨の立証は不可能であること，憲法第38条第1項の真の狙いは，実質的に，捜査段階における被疑者の黙秘権を保障することにあることであった。知識の低い被疑者にとって不利になるという反対意見も出されたという。

その後，参議院法務委員会が，刑事訴訟法改正案に対して独自の修正案を可決したが，衆議院本会議は参議院による修正案を否決し，上述の衆議院の修正案を再可決した<sup>945)</sup>。

## 5. 本節のまとめ

以上，1953年刑事訴訟法改正における被疑者の供述拒否権の告知義務に関する議論を概観してきた。条文内容の変化は，次のとおりである<sup>946)</sup>。

### 改正前刑事訴訟法 第198条第2項

前項の取調に際しては，被疑者に対し，あらかじめ，供述を拒むことができる旨を告げなければならない。

### 政府原案 第198条第2項

前項の取調に際しては，被疑者に対し，あらかじめ，自己に不利益な供述を強要されることがない旨を告げなければならない。

### 改正刑事訴訟法 第198条第2項

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をする必要がない旨を告げなければならない。

1953年の刑事訴訟法改正において，日本国憲法および刑事訴訟法制定過

程において不十分であった「被告人および被疑者の自己負罪拒否特権（供述拒否権）の意義，供述拒否権の告知の意義」に関する議論が活発に行われた。この議論により，わが国における供述拒否権の告知に対する賛否両見解の相違点が明確になった。

わが国の刑事訴訟法が定める供述拒否権の告知義務に反対する見解は，以下の九点にまとめることができる。

警察官や検察官が，取調べるために市民を取調室に呼んだにもかかわらず，「言いたくなければ言わなくてもよい」，「俺はお前に強要しないぞ。お前は俺から強要されることはないぞ」と取調官自身が告げることが，自己矛盾である。これは，取調官の取調べに対する意気を阻喪させ，取調官を偽善の意識に悩ませることになる。

被告人および被疑者の人権擁護のみを考えており，国民全体の人権擁護を考えていない。

被告人および被疑者の供述がないと，実体的真実発見が困難な場合がある。

供述拒否権の告知は，取調べの進行を妨害し，事件の迅速な処理に支障をきたす。特に，思想犯や脱税犯の中には，供述拒否権を「濫用」する被疑者が存在する。

供述拒否権の告知は，被疑者に「供述拒否権を行使しなければならない」と誤解させ，さらに，被疑者に「嘘を言おう，都合が悪ければ黙っていよう」という気持ちにさせ，真実を供述する用意のある被疑者の気持ちを鈍らせる。

供述拒否権の告知は，被疑者にとって不利益になる。なぜなら，被疑者が供述拒否権を行使すると，捜査に時間がかかり事件の処理が遅れ，かつ，被疑者が自身の嫌疑を晴らそうとしない場合，当該被疑者がそのまま勾留され，起訴されうるからである。

供述拒否権の告知は，ややもすれば「その代りひどい目にあっても知らないぞ」というかえって脅迫的な内容になり，供述を拒否すれば

不利益を被るかのような印象を与える可能性があるため、取調官ではなく弁護士団体等が行うべきである。

憲法第38条第1項の趣旨には被疑者に対する黙秘権告知は含まれていない。

供述拒否権制度は、すでに国民に周知されており、告知する必要はない。

他方、供述拒否権の告知の存置を主張する立場からは、以下の七点が指摘された。

供述拒否権の告知は、憲法上の権利を国民に知らせるために必要である。国民は、通常、裁判所や警察署において当局が期待することを言わなければならないと考えている。それゆえ、公務員たる警察官や検察官は、供述拒否権について国民に懇切丁寧に説明しなければならない。

被告人および被疑者は、刑事手続において非常に弱い存在であり、法律的に無智であり、捜査段階において重大な利益を失う。取調べにおける被疑者は、警察官らに対して主張をすることは難しい。弱い被疑者を不利益に陥れることは不正義である。特に、起訴前段階の被疑者取調べにおける供述拒否権の告知によって、憲法が保障する権利を理解させ、救済する必要がある。

供述拒否権の告知によって、憲法第38条第1項を実質的に保障することができる。

供述拒否権の告知は、取調官自身に、供述強要をしないよう自制させる効果がある。

供述拒否権の告知制度を廃止しても、被疑者が進んで供述することにはならない。

供述拒否権の告知に関する規定の改正は、刑事訴訟法の「後退」を意味する。

供述拒否権の告知は、取調べの場（雰囲気）を、被疑者が心理的な



圧迫を全く受けないような場にする。告知によって、被疑者が取調べにおいて供述拒否権を実際に行使できるようにし、自由意思に基づく供述の獲得に努めるべきである。

以上のように、1953年刑事訴訟法改正時に、被告人および被疑者の供述拒否権をめぐる激しい議論がなされた。佐藤藤佐をはじめとする捜査実務側からの供述拒否権の告知の廃止あるいは制限の要求は、非常に強かった。最終的に、供述拒否権の告知は、その文言は若干変化したものの、内容は保持された。

しかし、このような捜査実務側による供述拒否権に対する理解や制限論は、現在も根強く残っていると考える。

## 第8節 本章のまとめ

以上、わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則の歴史的展開を概観した。

ポアソナードは、拷問廃止の根拠の一つとして「被告人が人格の最も不可侵にして最も神聖な特権である沈黙の自由を有する点」を指摘した。この問題提起を受け、改定律例第318条は、「口供結案」から「依証断罪」へと改正された。この際、「自己負罪は人情ゆえになしえない」と主張され、欧米諸国の自己負罪拒否特権についても言及された。

治罪法制定過程において、Nemo tenetur 原則に関する議論はなされなかった。治罪法は、自由心証主義や恐嚇・詐言の禁止を明文化した。しかし、予審判事による取調べは糾問的であり、被告人は十分な防禦を行うことができなかった。被告人の自白は、最も重要な証拠であった。

明治刑事訴訟法期に至ると、弾劾主義に基づく刑事手続の帰結として、被告人訊問の目的を「被告人の弁解」にあると解する見解が、主張された。特に富田山壽は、Nemo tenetur 原則を援用した。学説上、被告人は供述義務を課されず、物件提出義務も課されないと解されるようになった。しかし、実際の刑事手続において、被告人は、糾問的な予審手続にさらされ

た。被告人の自白獲得を目指すあまり、ときに拷問や強制を伴う訊問が行われ、被告人が供述拒否や黙秘を行うことは困難な状況であった。

明治刑事訴訟法制定後、ドイツの刑事手続の改正論議の影響を受け、わが国の刑事手続においても改革論議がなされた。明治32年改正において、密室監禁制度が廃止された。明治34年案と大正5年案は、法律とはならなかったが、大正刑事訴訟法制定やその後の刑事手続理論に大きな影響を及ぼした。明治34年案第88条は、ドイツ帝国刑事訴訟法第136条と同趣旨であった。大正5年案第131条も、弾劾主義に依拠し被告人の訴訟主体性を尊重し、被告人訊問の意義を「被告人に弁解の機会を与えることにある」と解した。

大正刑事訴訟法は、明治34年案および大正5年案の影響を受け、被告人および被疑者の訊問の目的を、当事者かつ主体的地位にある被告人および被疑者に対する弁解の機会の付与とした(第134条および第135条)。刑事手続における *Nemo tenetur* 原則は、理論上、弾劾主義の帰結として理解されたといえるが、実効的に保障されていたとはいえない。被告人および被疑者に対する供述強制や法律上の供述義務は否定されたが、実際には、被告人および被疑者の供述(自白)が最重要であると解され、事実上の供述義務を課されているかのような状況であった。

戦時刑事手続において、治安維持法や行政執行法のもと、被告人および被疑者に対する激しい人権蹂躪が行われた。このような状況において、被告人および被疑者は、*Nemo tenetur* 原則の保障を受けることは困難であった。しかし、*Nemo tenetur* 原則の存在自体は否定されておらず、かつ、学説の多くは、被告人および被疑者に対する真実供述義務に対して消極的な姿勢を示していた。

戦後、戦時刑事手続の反省から、日本国憲法が制定され、刑事訴訟法が改正された。憲法第38条第1項は、日本国憲法制定過程において、総司令部から日本政府に突然提示されたマッカーサー草案をきっかけに制定された。刑事訴訟法における *Nemo tenetur* 原則に関する諸規定(第198条第

1 項, 第291条, 第311条) は, この日本国憲法制定過程の動きと, プロブレム・シートをもとにした総司令部側との交渉によって作られた。Nemo tenetur 原則が憲法および刑事訴訟法において採用されたことは, わが国の刑事手続において最も大きな達成の一つであるといえる。

1953年の供述拒否権告知の改正の動きは, 捜査実務側の要求によるものであった。刑事訴訟法の制定時にはほとんどなされなかった供述拒否権およびその告知の意義や憲法と刑事訴訟法との関係等が, このとき激しく議論された。これによって, 供述拒否権およびその告知の重要性を主張する見解と捜査実務側による供述拒否権の制限を要求する見解との相違点が, 明確になった。最終的に, 若干の文言の変化はあったものの, 供述拒否権の内容は保持されたといえる。しかし, 捜査実務側の見解が変化しただけではなく, 現在もこの見解は根強く残っていると考える。

以上のように, わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則は, 必ずしも直線的に発展したわけではない。わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則の歴史的発展は, 改定律例第318条の改正によって, 拷問と結びついていた「口供結案」を廃し「依証断罪」を採用したこと, および, 拷問を完全に廃止したことに端を発すると考える。このとき以来, 被告人および被疑者の供述を中心に据えた刑事手続からの脱却をめざす人権保障的な方向性と, 拷問に代わる真実探究方法を模索し被疑者取調べを重要視する方向性とが, 常に緊張関係にあったと考える。また, Nemo tenetur 原則の適用範囲は, 公判段階から捜査段階や捜査前段階へ拡大してきた。

わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則は, 日本国憲法および現行刑事訴訟法によって明文化されるに至った。憲法第38条第1項が「何人も, 自己に不利益な供述を強要されない。」と規定し, 現行刑事訴訟法も, 被告人および被疑者に対する包括的黙秘権とその供述拒否権の告知を保障した。これは, 非常に大きな到達点であった。その後現在まで, わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則は, 憲法第38条第1項および現行刑事訴訟法のもと, 当事者主義およびデュープロセスを手がかりにして学説

および判例において発展してきた。

しかし、わが国の刑事訴訟実務は、現在も、被告人および被疑者の供述獲得に傾注しており、1953年刑事訴訟法改正時に捜査実務側から主張された、刑事手続における Nemo tenetur 原則に対する批判や制限論は、根強く残っている。

近年、わが国の刑事訴訟法は、大きく変革しつつある。裁判員裁判により市民の Nemo tenetur 原則に対する理解の重要性が増し、刑事免責や合意手続制度の採用の検討、秘密捜査の拡大や科学的捜査方法の発展に伴う被嫌疑者の負罪状況の拡大が、問題となっている。このような Nemo tenetur 原則の具体的適用に関する新たな問題が生じる中、被告人および被疑者に対する Nemo tenetur 原則の保障と被疑者取調べをはじめとする真実探究との関係は、より緊張を増しており、これまでの歴史的展開や学説の議論の状況を踏まえた上で、さらに議論を深化させていく必要があると考える。そのため、以下第2編において、わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則の現状と理論的根拠について、これまでの議論状況を確認することとする。

## 第2編 Nemo tenetur 原則の理論的検討

### 第1章 わが国における Nemo tenetur 原則の現状

#### 第1節 わが国の刑事手続と Nemo tenetur 原則

##### 1. 憲法第38条第1項

わが国およびドイツの刑事手続における Nemo tenetur 原則の歴史的展開を概観した。特に、戦後、日本国憲法が Nemo tenetur 原則を採用し、いわゆる自己負罪拒否特権を明文化したことは、大きな達成点であり、これは現行刑事訴訟法にも非常に大きな影響を及ぼした。

憲法第18条は、「何人も、いかなる奴隷的拘束も受けない。又、犯罪に

因る処罰の場合を除いては、その意に反する苦役に服させられない」と定める。戦前の「捜査官憲による人身の自由に対する過酷な制限を徹底的に排除するため」に<sup>947)</sup>、第31条以下において、人身の自由に関する詳細な規定を置いた。特に、憲法第37条乃至第39条は、被告人の権利について定めている。これは、国家が刑罰権を有し、刑罰が個人の自由に対する重大な制限を加えるものであり、科刑の手続は慎重かつ公正でなければならぬためである<sup>948)</sup>。

憲法第38条第1項は、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」と規定する。本条は、総司令部側からのマッカーサー草案の提示を機に明文化された(第1編第2章第6節参照)。本条の立法趣旨は、明治初期の拷問廃止後も、実際には、捜査機関の自白偏重や拷問による自白強要が行われており、この「刑事手続における自白偏重、それに伴う拷問その他の不当な人権侵害の弊害を根絶」する点にあった<sup>949)</sup>。

判例および学説において問題とされてきたのは、以下の諸点である。

最高裁判所によると、憲法第38条第1項の「自己に不利益な供述」とは、「自己が刑事上の責任を問われる虞ある事項」についての供述をいう<sup>950)</sup>。学説によると、「自己に不利益な供述」とは、自己の刑事上の責任に関する不利益な供述、すなわち刑罰を科せられる基礎となる事実や量刑にかかわる不利益な事実等についての供述をいい、単に財産上の損害を生ぜしめ、あるいは名誉を低下せしめるような事実等についての供述は含まれないと一般に解されている<sup>951)</sup>。さらに、憲法第38条第1項の規定の仕方とアメリカ合衆国憲法修正第5条との規定の仕方の違い、第1項には「自白」という表現を用いていないことなどを根拠に挙げて<sup>952)</sup>、「自己の人権保障に不利益な供述」をいうとする見解もある。

次に、「供述」という文言の解釈については、口頭の供述を意味するが、供述内容に関する文書の提出のように意思伝達的作用を有する場合もこれに準ずると解されている<sup>953)</sup>。一般に、被疑者の指紋・足型の採取、身長測定、写真撮影、身体検査などは、憲法第38条第1項の「供述」に含ま

れないと解されている<sup>954)</sup>。他方、麻酔分析、ポリグラフ検査、呼気検査、強制採尿等が、「供述の強要」にあたるかが問題となる。麻酔分析は、「直接に供述をひき出す」<sup>955)</sup>、「人の精神の内奥をその尊厳性を無視する形でのぞき見る」ものであり「内心の抑制力を奪う」<sup>956)</sup>等の理由により、供述拒否権を侵害すると考えられている<sup>957)</sup>。他方、ポリグラフ検査については、「生理的变化を証拠として用いるにすぎ」ず「直ちに黙秘権の侵害とはいえない」とする非供述証拠説<sup>958)</sup>と「生理的变化は発問に対応するものであり、かつその変化を内心の表出として解釈するのであるから、憲法第38条第1項の黙秘権の問題として処理すべきである」という供述証拠説<sup>959)</sup>が主張されている。さらに、呼気検査を拒んだ者を処罰する道路交通法第120条第1項第11号につき、最高裁判所は、「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」と判断した<sup>960)</sup>。また強制採尿につき、「憲法38条1項違反をいう点は、尿の採取は供述を求めるものではないから、所論は前提を欠くとした<sup>961)</sup>。この点につき、「体液等の採取はむしろ、デュー・プロセス、プライバシー権など」によってその許容性を検討すべきであるという指摘もある<sup>962)</sup>。

さらに、「強要」という文言の解釈につき、「強要」の禁止は、直接強制はもちろん、間接強制（特に罰則をもって強制すること）も許さない趣旨であり<sup>963)</sup>、法律上の強制だけでなく事実上の強制にも適用されるといわれる<sup>964)</sup>。不供述を理由として本人に不利益な推測を導くことも許されない趣旨であるという<sup>965)</sup>。

以上のように解されてきた刑事手続における憲法第38条第1項について、各行政法規が、各行政目的の達成のために、答弁義務、報告義務、申告義務、記帳義務等を課し、これに応じない者に対して一定の刑罰を科することは許されるか、もし許されるならばその理由と範囲は何かということが

問題とされてきた。

判例は、当初、消極的であり、この問題は憲法第38条第1項とは関係がないとした。例えば、麻薬取締法による麻薬取扱者の記帳義務につき、「麻薬取扱者として免許を得た者は、そのことによって麻薬取締法規による厳重な監査を受け、その命ずる一切の制限または義務に服することを受諾しているというべき」であり<sup>966</sup>、「麻薬の性能に鑑み、その取扱の適正を確保するための必要な取締手続」であって、憲法第38条第1項の保障とは関係がないとした<sup>967</sup>。

その後、最高裁判所は、旧所得税法の定める質問検査につき、憲法第38条第1項の保障は「純然たる刑事手続においてばかりではなく、それ以外の手続においても、實質上、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手続には、ひとしく及ぶものと解するのを相当とする」と判示した。ただし、当該質問検査は、「もっぱら所得税の公平確実な賦課徴収を目的とする手続であって、刑事責任の追及を目的とする手続ではなく、また、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もないこと、および、このような検査制度に公益上の必要性和合理性の存すること」が認められるとして、憲法第38条第1項にいう自己に不利益な供述を強要するものではないとした<sup>968</sup>。

その後、最高裁判所は、医師法の異状死体届出義務につき、「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も強制されるものではなく、また、「医師免許は、人の生命を直接左右する診療行為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るものであり、「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もなりうるなどの点で、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」であると判断した<sup>969</sup>。これらの合憲性の判断は、各種義務が法律によって特に許された危険行為や地位に伴うものであること、義務の対象となる事項が通常、犯罪行為にあたらぬ

こと、行政上の高度な合理性と必要性があること等が考慮されているという<sup>970)</sup>。

これらの行政法規による各種義務づけの Nemo tenetur 原則との抵触可能性については、当初から学説が指摘してきた<sup>971)</sup>。現在も、航空事故および鉄道事故調査委員会における報告書の刑事手続における使用等、Nemo tenetur 原則と行政手続上の義務をめぐる新たな状況が生じている。行政法規において義務づけられる「申告、文書、呼気等の情報」が憲法第38条第1項の「供述」にあたるのか、行政法規において申告等を「義務づけられる」ことが同項の「強要」にあたるのか、Nemo tenetur 原則は公共的利益によって制限されるのか、もし制限されるとすれば、その根拠と限界づけはいかなるものかという問題は、現在も大きな論点である<sup>972)</sup>。

以上、憲法第38条第1項の文言の解釈をめぐる判例および学説の展開を概観した。詳細は、Nemo tenetur 原則の具体的適用場面の検討で扱う。

この憲法第38条第1項と刑事訴訟法の Nemo tenetur 原則の関連諸規定(第146条、第198条第2項、第291条第3項、第311条第1項)との関係につき、見解は一致していない。一般に、刑事訴訟法上の諸規定は憲法の保障の趣旨を「拡大」したものであると理解されている<sup>973)</sup>。この見解に対しては、被告人および被疑者の包括的黙秘権保障が、刑事訴訟法のレベルのみとなり、保障が弱いという指摘がある<sup>974)</sup>。また、1953年の刑事訴訟法改正時に捜査実務側が主張したように、憲法第38条第1項は、捜査官に対する心得であり、被疑者に対する供述の強要や無理な取調べを禁止しているのみであると解したうえで<sup>975)</sup>、刑事訴訟法による憲法第38条第1項の拡張を「行き過ぎ」として、Nemo tenetur 原則の保障を制限することもありうる<sup>976)</sup>。

これに対して、憲法第38条第1項と刑事訴訟法の諸規定の保障内容は同一であると解する見解がある。これは、憲法第38条第1項は被告人および被疑者と証人を区別していないとする見解<sup>977)</sup>と 憲法第38条第1項は被告人および被疑者に対する保障と証人に対する保障とを区別してお



り、被告人および被疑者に関するかぎり、いかなる供述も、自身の刑事責任に関し不利益となるおそれがあるとして、Nemo tenetur 原則に関する刑事訴訟法の諸規定と憲法第38条第1項は、共に被告人および被疑者の包括的黙秘権を保障しているとする見解<sup>978)</sup>に分かれる。

このように憲法と刑事訴訟法との関係をめぐる議論は一致をみていないが、各論者の見解の相違は Nemo tenetur 原則の理論的根拠をどのようにとらえるかに由来していると考ええる。

## 2. 刑事訴訟実務における Nemo tenetur 原則の「確立」?

現在のわが国の刑事手続制度において、Nemo tenetur 原則は、「確立」したといえるであろうか。換言すると、被告人および被疑者は、各刑事手続制度において様々な負罪の危険にさらされているのではないだろうか。この点について、これまでも厳しい批判がなされてきたところである。( ) まず、参考人と呼ばれる被疑者以外の者に対する取調べの段階において、当該の者は、供述拒否権の告知を欠いた状態で自己負罪を強要される危険にさらされう。刑事訴訟法第223条は、第三者の取調べについて規定し、被疑者以外の者に対する取調べを認めている。「被疑者以外の者」とは、判例によると、当該被疑者以外の者を指し、共犯関係にある者も含まれる。これによると、捜査対象となっているが嫌疑が不十分であるため未だ被疑者とは呼べない者も含まれる<sup>979)</sup>。この参考人に対する取調べは、被疑者取調べ(刑事訴訟法第198条第2項)と異なり、供述拒否権の告知を要しないとされる<sup>980)</sup>。

この点につき、捜査実務において、「実質的には被疑者としての嫌疑をにかけていながら、形式的な手続上は参考人として出頭を求め、取調の結果、その者の自白をまって強制捜査に切り替えるという方法がしばしば用いられ」ている。これは、被疑者の取調べにおける法的規制を潜脱しており、被疑者取調べの手続によるべきである<sup>981)</sup>。供述拒否権の告知を欠いたまま、「参考人」から不利益な事実を含む供述を聴取し調書化することに對

して、憲法上疑義があるという指摘もなされている<sup>982)</sup>。

( ) 次に、刑事訴訟法は、供述拒否権の告知を定めている(刑事訴訟法第198条第2項)。本条は、憲法第38条第1項の精神をよりよく実現するための制度であると解されている<sup>983)</sup>。かつて、被疑者の黙秘権を否定する見解も主張されていたが<sup>984)</sup>、現在は、被疑者も被告人と同様の供述拒否権を保障されていると解されている<sup>985)</sup>。

氏名や住居等の人定事項が供述拒否権の対象に含まれるか否かについて、最高裁判所は、被疑者の氏名や住居等の人定事項は、「自己に不利益」ではないとして供述拒否権の対象とはならないと判示しており、学説上もこれを支持する見解もある<sup>986)</sup>。しかしながら、これに対しては「犯罪事実の証拠を収集する目的で氏名を開示させる場合には当然憲法38条1項の保障が及ぶし、その他の目的たとえば人定質問、弁護人選任者の特定などを目的とする場合にも、ほかに自己負罪の結果を生じることなくその目的を達しうる相当の手段があるある以上、被疑者、被告人に氏名開示を強制することは憲法38条1項に反する疑いがある」として氏名の黙秘権を肯定する見解<sup>987)</sup>、氏名や住所を述べることにより犯人たることが判明または証拠収集の手がかりを与える場合には黙秘し得るとする折衷説<sup>988)</sup>が主張されている。被告人および被疑者の人的諸事情に Nemo tenetur 原則による保障がどの程度及ぶかは、未解決のままである。

刑事訴訟法は、被告人に対する勾留の要件として「罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるとき」(第60条第1項第2号)を挙げる。これは、被疑者の勾留についても準用される(第207条第1項)。

被告人および被疑者による黙秘権行使それ自体を理由として、「罪証隠滅の虞」を認定し勾留することは許されない<sup>989)</sup>。しかし、被告人および被疑者が具体的に罪証隠滅行為を行うかを判断する資料として、「被告人および被疑者の供述態度」が重視されている。被告人および被疑者「が虚偽の弁解や客観的に明らかな事実と矛盾する供述を繰り返したり、あるいは追及されると供述を変転させる場合は、自己の罪跡を隠蔽しようとする

気持ちが如実に表れているとみられることが多く、被告人および被疑者「が当初から一貫して詳細な自白をし、真に反省悔悟した態度を示しているなどという状況は、被告人に罪証隠滅の意図のないことを窺わせる根拠となる」という<sup>990)</sup>。すなわち、黙秘という被告人および被疑者の行為後態様が、勾留を認める際に大きな位置を占めている。この点につき、黙秘や否認という行為後態様から罪証隠滅の虞を推認することには疑問があり、被告人および被疑者が、身体拘束の継続か自白かの選択を迫られることになり、黙秘権の保障が空洞化すると考える<sup>991)</sup>。

( ) 被疑者の自己負罪の危険性は、特に身柄拘束下における取調べにおいて高まる。

刑事訴訟法は、被告人および被疑者の供述を「証拠」の一つとして認めており、捜査機関に被疑者に対する取調べを認めている<sup>992)</sup>。

実際、被疑者は、取調べ受忍義務を課されているかのような状況におかれている。実務では、刑事訴訟法第198条第1項ただし書の「逮捕又は勾留されている場合を除いては」という文言を反対解釈し、被疑者は、逮捕や勾留によって出頭拒否や退去することができず、取調べに応じなければならぬと解されている。取調べ室での濃密な取調べを通じて供述を獲得することが、捜査・訴追のため、さらには刑事政策上重要であるという考えがこの見解を支えていると指摘されている<sup>993)</sup>。

捜査機関は、被疑者を「真実を最もよく知る者」とであるとみなし、被疑者の供述や自白を重視する。それゆえ、捜査機関は、供述証拠を収集するために、被疑者に対する取調べに傾注する。捜査機関は、勾留請求までの「72時間」を手持時間として捜査および取調べのために「フル活用」し<sup>994)</sup>、その間、被疑者に対して真実を供述するよう働きかける。被疑者が、黙秘を続けても取調べは続行される<sup>995)</sup>。被疑者に対して優位な立場に立ち、被疑者から供述を獲得しようとする取調べ官は、自己負罪拒否特権や黙秘権を「取調べの障害」とみなしているという<sup>996)</sup>。これは、わが国における1953年刑事訴訟法改正時に捜査実務側から主張された見解と共通する。

一方で、被疑者の取調べは、「被疑者の側の防禦権を確保するために被疑者の事実上および法律上の主張を聴取し、被疑事件に関する弁解の機会を与える」ためにも重要であるとする見解もあるが<sup>997)</sup>、取調べ受忍義務を肯定すると、被疑者に対する取調べ目的の逮捕および勾留を認めることになり、実質的に被疑者に供述を強いることになる<sup>998)</sup>。被疑者に対して取調官による質問に答えるよう「説得」し、被疑者が答えるまで「説得を続ける」ことは、現実的に「強制」と接近しうる<sup>999)</sup>。被疑者は、身体を拘束され、直接的な暴行や強制を加えられなくとも、自白強要という心理的圧迫を加えられる<sup>1000)</sup>。このような取調べは糾問的であり、被疑者は供述をせざるを得ない状況に追い込まれうる。その結果、被疑者の迎合、諦め、精神的屈辱等から虚偽供述が生じ、誤判や冤罪が起り得る<sup>1001)</sup>。

( ) 公判前整理手続において、被告人が出頭する場合、被告人に対して供述拒否権の告知が行われる(刑事訴訟法第316条の9第3項)。しかし、被告人および弁護人は、被告人側の証明予定事実その他の事実上および法律上の主張を明示し、それを証明する証拠の取調べ請求をしなければならず(刑事訴訟法第316条の17)、その義務違反に対して「やむを得ない事由」によって請求できなかった場合を除き、手続終了後には証拠調べを請求することはできない(刑事訴訟法第316条の32第1項、刑事訴訟規則第217条の30、第217条の31)。この点につき、被告人に、自身の選択にかかわらず、自らを情報の発信源としての証拠方法とすることを強制することを認めることになりかねず、被告人の自己負罪拒否特権を侵害することになるのではないかという疑問が提起されている<sup>1002)</sup>。

( ) 公判段階において、刑事訴訟法第291条第3項は、被告人に対する黙秘権等の告知を定める。しかしながら、最高裁判所によると、供述拒否権の告知を怠ったとしても、直ちに当該供述が任意性を失うことはなく<sup>1003)</sup>、被告人に対する黙秘権を告知せず、被告人が供述義務があると誤信して供述しても、憲法第38条第1項に違反しないとしており<sup>1004)</sup>、供述拒否権の告知の保障が貫徹されていない。学説の多くは、供述拒否権の不告知の場

合の供述の任意性を否定する<sup>1005)</sup>。

被告人は、供述義務を負わず、供述拒否権を有している。検察官は、被告人の黙秘や否認を理由に被告人にとって不利益な心証を裁判官や裁判員に抱かせるような弁論を行ってはならない<sup>1006)</sup>。それにもかかわらず、実際、黙秘する被告人が、公判廷において検察官から質問され続け、黙秘した態度が状況証拠として扱われうる。この点につき、札幌高等裁判所が、黙秘する被告人に対して2回の公判期日で400回近くの質問を検察官が行ったことにつき、「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」と判示した<sup>1007)</sup>。このような検察官による質問は、被告人の黙秘が不合理であり被告人が真犯人であることを印象付ける<sup>1008)</sup>。岡田悦典が指摘するように、「犯行後の被告人の行動、言動に安易に依存してはならず」、「特に被告人の弁解を安易に虚偽であると断定することには、問題が多」く、「弁解に失敗したとしても、それが被告人の不利益な方向に作用させない注意こそ、必要」である<sup>1009)</sup>と考える。

刑事訴訟法第88条以下は、保釈について定める。これは、無罪推定の原則や当事者主義に照らし、被告人の身体拘束を避けることが望ましいためである<sup>1010)</sup>。被告人から保釈請求がなされた場合、法定の除外事由がない限り、これを許さなければならない(刑事訴訟法第89条)。この法定の除外事由の一つに、「被告人が罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるとき」(第4号)がある。これは、上述の勾留の要件と同内容であり、勾留の要件の際と同様に、被告人が否認し、起訴事実を争うと罪証隠滅の虞があるとして保釈が拒否されるという実務が久しく定着しているという<sup>1011)</sup>。

( ) 量刑段階において、被告人および被疑者の行為後態様を量刑資料とすることについては争いがある。特に、被疑者および被告人の黙秘や否認を量刑上不利益に扱ってもよいかどうかにつき、量刑上不利に考慮すること

を禁じる見解<sup>1012)</sup>と量刑上不利に考慮することは禁じられないという見解とが主張されている。さらに、自白し反省する被告人を量刑上有利に扱うことは不当ではないと解する結果、自白し反省した被告人に対する量刑よりも、黙秘した被告人に対する量刑が相対的に重くなってもやむをえないという見解もある<sup>1013)</sup>。これについて、黙秘や否認という行為後態様が、被告人の量刑に対して、刑量加重的あるいは刑量非減輕的(相対的に重くなる)に作用しうることにつき、Nemo tenetur 原則との関係で問題があると考えられる。

( ) 以上のような捜査、身体拘束下の被疑者取調べ、公判、量刑手続の各段階において、被告人および被疑者は、様々な自己負罪の危険にさらされている。このような状況において、わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則は、実際に「確立」したとは言い難く、冤罪が生みだされる危険がある。冤罪による無辜の処罰は、刑事手続において最も忌むべきことであり、誤判・冤罪を無くすためにも、わが国の刑事手続全過程において、Nemo tenetur 原則を「確立」させる必要があると考える。

### 3. 「確立」しない理由

以上、わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則が、歴史的展開の結果、憲法および刑事訴訟法に明文化されたにもかかわらず、実際の刑事手続において「確立」しているとは言い難い状況にあることが明らかになった。その理由は、主に3点あると考える。

第一に、戦後、憲法および刑事訴訟法に Nemo tenetur 原則が導入された経緯からも明らかなように、Nemo tenetur 原則を明文化する必要性や理論的根拠についての議論が十分に行われないうまま、Nemo tenetur 原則およびこれに基づく権利保障をめぐる議論の中心は、その適用範囲や効果におかれた。すなわち、わが国の憲法および刑事訴訟法の制定過程における Nemo tenetur 原則をめぐる議論は、マッカーサー草案やプロブレムシート等が示しているように総司令部側の要請によるところが大きく、か

つ、時間的制約もあり、必ずしも十分とは言い難いものであった ( 第 1 編 第 2 章 第 6 節 )。1953 年の刑事訴訟法第 198 条第 2 項の告知義務の改正の際、憲法および刑事訴訟法における Nemo tenetur 原則の意義や告知義務の意義に関する議論が行われたが、この議論により、供述拒否権の告知義務の意義を認める見解と、捜査実務の立場から Nemo tenetur 原則に対する制限を求める見解の相違点が明確になったものの、最終的に解決されなかった。現在も、Nemo tenetur 原則によって方向づけられた刑事手続の発展を求める見解と、効率的な捜査や真実発見等を理由に Nemo tenetur 原則に一定の制限を求める見解とは、緊張状態にある。

刑事手続における Nemo tenetur 原則が実効的に保障されるためには、明文規定だけでなく、裁判官、検察官や警察官等の捜査関係者、弁護士、被告人および被疑者によってその存在意義が十分に理解される必要がある。さらに、Nemo tenetur 原則の存在根拠や意義に関する理解は、憲法および刑事訴訟法によってそれが明文化された後も、刑事手続制度の展開に応じて発展しなければならないと考える。新たな捜査手法の登場に際して Nemo tenetur 原則の適用範囲や効果を議論する場合、Nemo tenetur 原則の存在根拠や意義に立ち返ったうえで、新たな問題状況にも対応しうる議論を展開すべきである。憲法および刑事訴訟法において Nemo tenetur 原則が明文化されたことは、大きな到達点ではあるが、直ちに Nemo tenetur 原則の「確立」を意味するとは限らない。Nemo tenetur 原則の確立のためには、その存在根拠や意義を十分に理解する必要があると考える。

わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則が確立しない第二の理由は、現在も、被告人および被疑者の供述 ( 特に自白 ) に依存した捜査や裁判が行われ、被疑者がその取調べにおいて主体として防禦権を実効的に保障されているとは言い難い点である<sup>1014)</sup>。

2001 ( 平成 13 ) 年 6 月 12 日に出された司法制度改革審議会意見書によると、「被疑者の取調べは、それが適正に行われる限りは、真実の発見に寄与するとともに、実際に罪を犯した被疑者が真に自己の犯行を悔いて自白

する場合には、その改善更生に役立つものである。しかしながら、他方において、被疑者の自白を過度に重視する余り、その取調べが適正さを欠く事例が実際に存在することも否定できない。我が国の刑事司法が適正手続の保障の下での事案の真相解明を使命とする以上、被疑者の取調べが適正を欠くことがあってはならず、それを防止するための方策は当然必要となる」と説明した<sup>1015)</sup>。意見書は、被疑者に対する取調べを、事案の真相を解明する手段として積極的に評価しており、適正さを損なう被疑者取調べは、例外であると認識している。

しかし、被疑者取調べとそれによって獲得される供述を重視することは、自白獲得に向けた糾問的な取調べにつながり、被告人および被疑者に対する人権侵害や自白偏重に基づく誤判・冤罪を引き起こす危険性がある。わが国の刑事手続は、糾問主義を克服し、弾劾主義を採用した。弾劾主義に基づく刑事手続における取調べの目的は、自白獲得ではなく、被疑者の防禦を十分に保障すべくその弁解を聴く点にあるとされる。これは、被疑者および被告人の訴訟主体性を承認したことの帰結である。この点において、わが国の刑事実務では取調べ受忍義務が肯定されているが、この取調べ受忍義務肯定説は、Nemo tenetur 原則と矛盾すると考える。そもそも、被告人および被疑者は、仮に真犯人であっても、自白する義務を課されない。

Nemo tenetur 原則の歴史的展開で示したように(第1編)、被疑者および被告人に対する供述義務の賦課は、捜査機関による人権蹂躪をもたらしやすく、かつ、その結果得られた供述が虚偽自白である危険性を高める<sup>1016)</sup>。被疑者の自白がなければ犯罪を立証することができないわけではない。さらに、わが国の取調べの構造上、虚偽自白が生じうるため、被告人および被疑者の悔悟や反省の自白が真実であろうという考えは、危険である<sup>1017)</sup>。実際、取調べによって獲得された虚偽自白による冤罪が起こっており<sup>1018)</sup>、それは例外や偶然によるものではなく、現在の刑事手続実務および制度の根底にある考え方に関わる問題であると考えられる。

身体拘束下における被疑者取調べおよびその結果獲得された被疑者の供



述が、真実発見にとって最も有益であり、虚偽自白等取調べに原因がある冤罪は例外である、という理解は、現在の被疑者取調べの実態や被疑者の虚偽自白の形成過程を十分に踏まえているとは言い難いと考える。被疑者に対する取調べと Nemo tenetur 原則は、常に緊張関係にある。「この緊張関係がどの程度意識されて取調べが行われているかが問題である」<sup>1019)</sup>。誤判・冤罪を生む自白重視の取調べを改めるために、まず、刑事手続における Nemo tenetur 原則を理解し、保障しなければならないと考える。憲法第38条第1項が保障する人権と取調べの必要性が衝突する場合、憲法が優位に置かれなければならないと、取調べ受忍義務は否定されるべきである<sup>1020)</sup>。

捜査機関は、被疑者の自白を獲得する努力ではなく、他の方法によって証拠を収集すべきであることは、戦後刑事訴訟法制定過程において既に指摘されており、わが国の刑事手続は、自白偏重から科学的客観的捜査への転換を目標としてきた<sup>1021)</sup>。

しかし、必ずしも「科学的捜査の使用 = 自白偏重の捜査の克服」ということを意味するわけではないということにも注意しなければならないと考える。例えば、ポリグラフ検査は、「否認している被疑者に対し、ポリグラフ検査を受けるか否かを問うこと自体によって、被疑者を動揺させ、

検査を受けるか否かの問いかけに対する解答の仕方から、一定の心証を得ること、ポリグラフ検査の結果を被疑者に告げることにより自白を促すこと」にも利用される<sup>1022)</sup>。また、被疑者の供述に頼らない捜査のためには「盗聴の拡大や刑事免責など、新たな捜査手法を導入」する必要があると主張する見解もある<sup>1023)</sup>。それゆえ、科学的捜査手法の使用も、使用方法によっては、負罪態様および機会の多様化を招き、Nemo tenetur 原則に反しうる新たな問題を生ぜしめることになる。

以上より、被告人および被疑者の供述に依存する思考に基づく刑事手続であるかぎり、Nemo tenetur 原則の「確立」は難しいと考える。

わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則が確立しない第三の理由

は、Nemo tenetur 原則に対する捜査官や市民の理解の不十分さである。すなわち、Nemo tenetur 原則は、「真犯人は嘘をつくべきではなく、正直に自白し反省するべきである」、「黙秘する被疑者は、後ろめたいことがあるに違いない」、「無辜は自身の無実を証明(説明)すればよい」、「法が真犯人を利するようなことを認めるべきではない」という一般「常識」と矛盾するような印象を与え、理解されにくい原則である。これは、「刑事手続における Nemo tenetur 原則は、真犯人には妥当しない」という帰結を導きうる<sup>1024)</sup>。学説上、Nemo tenetur 原則は、被告人および被疑者に「積極的に虚偽を述べる権利」まで認めていないという見解が一般的である<sup>1025)</sup>。また、「真犯人は、正直に自白し反省すべきである」という考え方の背景には、高い有罪率と適正な捜査によって真実を発見するであろうという捜査機関に対する信頼があると思われる。

しかし、Nemo tenetur 原則は、「弁明せずに沈黙しているのは、弁明できないか、弁明するとつじつまが合わなくなるからだ」という推認を禁じ、「被疑者・被告人の積極的弁明・供述の義務を否定することによって、供述するかどうかの自由を回復・確保しようとした<sup>1026)</sup>。被疑者および被告人の真実供述義務は、法律上も事実上も否定されている。これは、わが国およびドイツの刑事手続における Nemo tenetur 原則の歴史的展開に共通する成果である。近代刑事訴訟法における被告人および被疑者は、防禦権を有する訴訟主体であり、有罪が確定するまでは無罪を推定されなければならない。さらに、「真犯人」であるのになぜ Nemo tenetur 原則によって黙秘が権利として保障されるのか？」という問いの前提自体も疑問である。被疑者の自白以外の証拠によって「真犯人」であるということが合理的な疑いを超える程度にまで証明できるのであれば、それで十分であり、被疑者の自白や供述は必要ないと考える。

さらに、「被告人および被疑者が無実であれば、自身の無実を説明できるはずである」という考えは、被告人および被疑者に、自身の無罪を立証させる責任を負わせることになりうる。上口裕は、この点を「アリバイ」

を例に以下のように説明する。つまり、「自分で自分の行動を記憶しているとは限らない、記憶の不鮮明によって前後矛盾した供述をする可能性がある、正確にアリバイ的事実を供述してもこれを裏付ける客観的証拠が存在しない、などの状況は容易に想定できる。無辜は無実を説明できるとするならば、これらの状況は、被疑者・被告人に不利益な判断・事実認定に導くおそれがある。黙秘権それ自体、予断から自由でかつ公正な事実認定に必要な原則でもある」という<sup>1027)</sup>。

以上のように、道徳的・常識的な見方に対する反論は、既に多くの先行研究によってなされてきたところである。かつ、捜査機関である警察官や検察官、さらには市民も、黙秘権の存在自体を否定しているわけではなく、黙秘権の存在は周知されているといえよう。それにもかかわらず、実際、刑事手続における被告人および被疑者は、不利益を被る状況に置かれており、わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則が、捜査関係者だけでなく、市民にも十分理解されているとは言い難い状況にある。市民が裁判員として刑事裁判に参加する現在、市民が刑事手続における Nemo tenetur 原則を理解する必要性はますます高まっている。それゆえ、刑事手続における Nemo tenetur 原則の重要性や価値を十分に伝え理解を得るために、刑事手続における Nemo tenetur 原則の存在根拠を明らかにすることが必要であると考ええる。

#### 4. 本節のまとめ

わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則は、憲法および刑事訴訟法に明文化され、自己負罪拒否特権・黙秘権・供述拒否権として保障された。しかし、わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則は、現実には「確立」したとは言い難い状況である。被告人・被疑者は、わが国の刑事手続において、参考人取調べ、被疑者取調べ、公判、量刑の決定の各段階において様々な負罪の危険にさらされている。

このような法的な達成と刑事手続の実態の乖離の原因は、様々であるが、

主に以下の三点が挙げられる。第一に、戦後、憲法および刑事訴訟法に Nemo tenetur 原則が導入された経緯からも明らかなように、Nemo tenetur 原則およびこれに基づく権利保障をめぐる議論の中心が、その必要性や理論の深化ではなく、その適用範囲や効果に置かれた。1953年刑事訴訟法改正時に、告知規定の存廃をめぐる議論がなされたが、その際も実務側と学説との対立は残されたままであった。第二に、未だに被告人および被疑者の供述(自白)に依存した捜査や裁判が行われ、被告人および被疑者は取調べにおいて主体として尊重され十分な防禦権を実効的に保障されているとは言い難い点である。第三に、Nemo tenetur 原則は、「真犯人は嘘をつくべきではなく、正直に自白し反省するべきである」、「黙秘する被疑者は、後ろめたいことがあるに違いない」、「無辜は自身の無実を証明(説明)すればよい」という道徳的・常識的見解と矛盾するような印象を与え、十分な理解が得られていないという点である。

このような問題点を克服し、真に刑事手続における Nemo tenetur 原則を確立させ、機能させるために、刑事手続における Nemo tenetur 原則の存在根拠を明らかにすることが必要であると考え。また、刑事手続における Nemo tenetur 原則の存在根拠を明らかにし、理論を深化させることは、Nemo tenetur 原則の保護利益の明確化につながり、Nemo tenetur 原則の「被告人および被疑者の防禦権」としての側面だけでなく、被疑者取調べをはじめとする刑事手続全過程を規制し適正化する法原則たる側面の理解にも資すると考える。

さらに、刑事手続において Nemo tenetur 原則が問題となりうる新たな捜査手法をはじめとする具体的適用場面や保護範囲に関する議論の基盤としても、Nemo tenetur 原則の存在根拠および意義を検討することは重要である。この点につき、「黙秘権については、行政手続上の報告義務、公判前整理手続における予定主張の提示、刑事免責制度など、最高裁を含む最近のいくつかの裁判例で争点の一つとなり、あるいはまた新しく導入され、または構想される気運のある制度の可否を判断する際に避けて通れな

い論点になるなど、その意義・射程をめぐって新たに検討し、理論的に解明すべき論点が登場している。これらの問題に対するアプローチとしても、黙秘権という権利によってなにを保障しようとしているのか、という原理的な問いに立ち返って検討することは意義のあること」であるという指摘がなされている<sup>1028)</sup>。次節では、これまでわが国において Nemo tenetur 原則の存在根拠についてどのように論じられてきたかを概観することとする。

## 第2節 Nemo tenetur 原則の存在根拠

### 1. 人間の尊厳や人格

わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則の存在根拠は、一般に、「人間の尊厳および人格の尊重」に求められてきた。これは、国家が、個人の人格的領域に対して不当に介入してはならず、その目的達成のために人格を侵害してはならず、個人に対して自己負罪させることは人間の尊厳および人格を侵害するという見解である。平野龍一は、「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」り、「人格は自律を生命とする」という<sup>1029)</sup>。下級審判決のなかにも、刑事訴訟法第146条の刑事訴訟の虞を理由とする証言拒絶権の存在根拠につき、「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することは、個人の人格の尊厳を冒すことにな」り、「法は個人の人格の尊厳に対して譲歩し」たと判示したものがある<sup>1030)</sup>。

個人は、近代法において、その尊厳を絶対的に保障される。個人は、弾劾主義を採用する近代刑事手続法において、もはや道具として取り扱われず、主体として尊重される。被告人および被疑者を単なる訴訟の客体とし、自白を強制する刑事手続は、自己実現の自由と権力の干渉に対する防御の自由を内容とする黙秘権とは相容れない<sup>1031)</sup>。それゆえ、「供述拒否権を明示することこそが、被告人が訴訟主体であることを憑表する重要な事実である」<sup>1032)</sup>とか、「自己負罪拒否特権ひいては黙秘権の歴史は、刑事手続

における供述に関する個人の主体性獲得の歴史」と指摘される<sup>1033</sup>。平野龍一によると、黙秘権は、「糺問主義から弾劾主義への発展と共に発生し、弾劾主義の消長と共に変遷してきた」ものであり、「近代法秩序の産物であり、近代社会とその精神とによって裏付けられている」という<sup>1034</sup>。

Nemo tenetur 原則の存在根拠を「人間の尊厳および人格の尊重」に求める見解のなかで、さらに詳細に説明するものとして、「国家による個人の内心への介入の禁止」や「自己決定およびプライバシー権」に着目する見解がある。田宮裕によると、「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」と述べる<sup>1035</sup>。酒巻匡は、Nemo tenetur 原則につき、「事実上の強制による自白強要を防止し、人格の尊厳に由来する供述をするかどうかの意思決定の自由を確保する趣旨とみるべきであろう。犯人と疑われている被疑者・被告人に対して事案解明のため犯罪事実にかかわる真相を供述するよう求める指向は一般に著しく強くなるのが自然の人情である。そうであるからこそ、供述自体を拒絶し沈黙する逆方向の「権利」を保障することでそのような指向を中和し、公権力の人格的領域への不当な介入を防止しようとするものである」と主張する<sup>1036</sup>。これは、自白強要の防止、人間の尊厳に基づく意思決定の自由の確保、公権力の人格的領域への不当な介入の防止、という国家と市民（被告人および被疑者）の関係を人間の尊厳の視点からとらえている。

Nemo tenetur 原則の存在根拠を「自己決定およびプライバシー権」に求める見解は、個人が、自己実現の自由を有し、自らの情報をコントロールすることができる点に着目する。

高田昭正によると、「被疑者・被告人に対し、自らに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。そのような自己犠牲を決断し行動する、すなわち、黙秘権を放棄して自白するかどうかは、個人が自らの良心に従って選択すべきことであり、それは、権力的に踏み入ってはならない個人の内心の領域の問題である。そのような人格の尊厳さえ権力的に踏みこじられては、国家が個人を主体として取り扱うという近代法の基本原則が踏みこじられてしまうことになる<sup>1037)</sup>という。中島洋樹は、黙秘権の本質を、「被疑者・被告人の供述に関する主体性の擁護」と考える。黙秘権は、「自らの供述に関する意思決定とその供述内容のコントロールを保障する権利」であり、これによって、当事者主義を採用するわが国の刑事訴訟法下における被疑者・被告人の主体的地位は確立し得るといふ。同氏は、被疑者および被告人が刑事訴追の対象となる特殊な状況下にあることに着目し、より強い自己情報コントロールを保障する必要があると主張する<sup>1038)</sup>。

鴨良弼は、プライバシーの権利に刑事手続における Nemo tenetur 原則の根拠を求めている。つまり、「プライバシーの権利は、個人の人格尊厳・自由に由来している。個人の生活には、他からの干渉を許さない、自己のみが自由に支配・処分しうる固有の生活領域がある。自己の生活内部を外部にコミュニケーションするか否かは、その個人のもっぱら自己実現の自由に属し、そこに人格の尊厳があり、たとえ公権力による干渉であってもその基本理念は侵されない」といふ。刑事手続における Nemo tenetur 原則は、「一般通常人よりも、公権力によるプライバシーの干渉をうける危険性が現実的でありその度合も非常に高い」被告人および被疑者を、自己実現の自由を危殆化する「必要性の名のもとに行われる公権力の干渉」から保護するといふ<sup>1039)</sup>。

さらに、歴史的な観点から、特に「国家権力からの保護」を強調する見解もある。つまり、個人は、公権力による拷問や圧力から保護され、非人道的な取扱いを受けない。国家は、個人を保護すべきであり、まして自己負罪を強要することによって個人を残酷な窮地に追い込んではいない。

被告人および被疑者に自己負罪をさせることは、「自分の首まわりに首か  
せをかけることを強制するようなもの」であり、人道的にみて余りに酷で  
ある。Nemo tenetur 原則は、このような国家権力から被告人および被疑  
者を保護していると考え<sup>1040)</sup>。

例えば、佐伯千仞は、黙秘権の否定が、やがて被告人および被疑者の自  
白義務の肯定となり、国家が自白義務の強制執行として拷問等の人権蹂躪  
を行うに至る危険性を指摘した。国家による拷問等の人権蹂躪を防止する  
ために、Nemo tenetur 原則を打ち立てる必要があると主張した<sup>1041)</sup>。田宮  
裕は、「近代以前の苛烈な糾問が人間の尊厳の抑圧という耐えがたい不正  
義 道徳律への不従順という不正義以上の をもたらし」、「人類がそ  
の歴史の教訓に学んだ」と指摘している<sup>1042)</sup>。平野龍一も、「国家は、個  
人を保護するためにのみ存在」し、国家の「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」と指摘する<sup>1043)</sup>。緑  
大輔も、Nemo tenetur 原則の存在根拠として、「公権力による拷問や圧迫  
から個人を守る「シェルター（避難所）」、つまり、国家による圧迫、執  
拗な追及等の事実上の強制、そこから生じうる冤罪からのシェルターとし  
ての機能を指摘している<sup>1044)</sup>。

この国家権力からの保護を強調する見解は、憲法第38条第1項の立法趣  
意であり、戦前の捜査機関による人権侵害や自白偏重の宿弊の除去は、わ  
が国における Nemo tenetur 原則の特徴であるといえる<sup>1045)</sup>。

Nemo tenetur 原則の存在根拠につき「人間の弱さ」に着目する見解も  
ある。自らの罪を正直に認めることは、道徳的に善とされる。しかし、人  
間は、弱く脆い存在であり、刑罰を恐れて自らが犯した罪を秘密にしよう  
とする「自然な感情」を有し得る。これは、「人間の弱さ」ゆえに仕方が  
ないという<sup>1046)</sup>。

わが国の刑事手続においては、証人は、出頭・宣誓・証言の義務を負い、  
一般的証言義務を前提とする。証人がこのような法的制裁を回避するため  
「自己が刑事訴追を受け、又は有罪判決を受ける虞のある証言」をせざる



を得ないとすれば、これを端緒として自身が刑罰を科されるおそれが生じる。これを回避するため証人がこのような事項について虚偽の宣誓証言をすれば、偽証罪で処罰される可能性が生じる。これでは証人は処罰される危険について残酷なトリレンマ(三竦みの進退窮まる状況; cruel trilemma)に陥るので、不利益証言を拒絶できることとして、このような状況を回避する趣旨であると考えられている<sup>1047)</sup>。なぜなら、人間は、できれば刑罰を避けたいという「自然な感情」を有するものであり、人間をこのトリレンマに追い込むことによって、真実供述(自己負罪供述)を強制することは、この自然な感情に反するからである。また、この状況は、国家が個人に対して罪を犯すように強制しており、個人の尊厳に対する侵害であるという<sup>1048)</sup>。

## 2. 良心の自由

憲法第19条は、「思想及び良心の自由は、これを侵してはならない」と定める。犯罪行為の告白は、その者の良心に関わる。国家が、行為者に犯罪行為の告白を法律によって強いることは、良心の自由と抵触しうる。被告人および被疑者に「恥」をさらさせることは、苦痛を強いるものであり人間の尊厳を侵害し得る。つまり、憲法第19条は、思想についての沈黙の自由を保障していると解されていることから、Nemo tenetur 原則の存在根拠を憲法第19条が規定する良心の自由に求める見解がありうる。

しかし、憲法第19条が保障する沈黙の自由は、思想・良心にかかわる事項についてのものであるのに対し、「刑事手続にかかわる黙秘権の対象となる事項は、思想・良心にかかわりのない単なる事実の存否等も含むさらに広い範囲に及ぶ」と解されている<sup>1049)</sup>。被告人および被疑者が嫌疑をかけられている犯罪行為を行ったかどうかに関する供述は、その者の「特定の思想・良心」ではなく「外形的な事実」であるがゆえに、Nemo tenetur 原則の保護対象とならないことになる。

また、犯罪行為を行った者が自身の行為について自白(告白)するとき、

良心の葛藤が引き起こされうる。しかし、これは心の内部の問題にとどまり、当該行為者の「良心の内容」が国家に知られるわけではない。犯罪行為の告白によって、当該行為者の良心がねじ曲げられることもない<sup>1050)</sup>。したがって、「憲法の基本権体系上からしても、黙秘権の一般的根拠を憲法第19条に求める必然性はない」と指摘されている<sup>1051)</sup>。

### 3. 無罪推定原則との関係

無罪推定原則は、被告人および被疑者の法的地位とそれを反映した刑事手続のあり方を包括的に示す原則である<sup>1052)</sup>。被告人は、無罪を推定されることによって、刑事手続において訴訟主体として取り扱われる。Nemo tenetur 原則は、被告人および被疑者の主体性の保障を本質とする。それゆえ、刑事手続における Nemo tenetur 原則の存在根拠と「無罪推定の原則」との関係を描く見解がある<sup>1053)</sup>。

三島聡によると、被告人および被疑者に自己負罪させることは、「有罪・無罪の最終的な判断を受けていない段階で刑罰に匹敵するような苦痛を与える」ため、「無罪推定原則に抵触」しうる。もし被告人および被疑者が犯罪行為の告白を強制されると、良心の呵責ゆえの「多大な心の痛み」を感じ得るだけでなく、「自己に対する社会的評価・自己評価を低下させる」ゆえの心の痛みも生じうる。犯罪行為の告白は、「自分が人の道に大きく外れた者だということを公に認めることであって、多くの場合、人間としての存在を自己否定するような苦痛を伴う」。それゆえ、この苦痛は、「刑罰に匹敵するきわめて重大なもの」になりえ、有罪・無罪の最終的な判断を受けていない段階で、被告人および被疑者に刑罰に匹敵する苦痛を与えることは、無罪推定原則に抵触しうるという<sup>1054)</sup>。

### 4. 当事者対等主義(武器対等の原則)との関係

わが国の刑事手続において、被告人と検察官は、当事者として訴訟上の武器を対等に与えられ、対等な立場で訴訟における攻撃および防禦を行わ

なければならない。しかし、検察官は、証拠収集および訴追に関する強大な権限を有し、被告人に比して優位な立場にある。そこで、刑事訴訟法は、被告人の防禦権を保障し、当事者の対等を図っている。「黙秘権の保障は、被告人を糾問の対象として位置づけた糾問主義的訴訟に訣別し、訴訟当事者として位置づける当事者主義的訴訟に固有の法理」と言われる<sup>1055</sup>。Nemo tenetur 原則は、この当事者対等主義の実現のために被告人に保障された防禦権のひとつであるということから、Nemo tenetur 原則の根拠として当事者対等主義（武器対等の原則）を指摘する見解がある。

下級審判決のなかに、「黙秘権制度の趣旨、目的」について「付言」したものがある。それによると、「訴追機関と被訴追者の力のアンバランスは明白であり、それが種々のえん罪を生んできたことは歴史上明らかである。そこで、法は、力のアンバランスが悲劇を生まないよう双方の力のバランスを保つため、被訴追者たる個人は国家権力の行使者である訴追機関に対して自ら弁解を主張する必要はなく、訴追機関側が考えられるあらゆる弁解をその責任において排斥すべきこととしたのである。そして、そのために設けられた制度が黙秘権であり、「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」という<sup>1056</sup>。これは、黙秘権の趣旨を、「訴追機関と被訴追者の力のバランスを保つこと」、つまり当事者対等主義に求めていると考えられる。

##### 5. 挙証責任（「疑わしきは被告人の利益に」原則）との関係

刑事手続における Nemo tenetur 原則と「挙証責任の原則」との密接な関係も重要である。

緑大輔は、「黙秘権は利益原則（「疑わしきは被告人の利益に」原則）を実効的にする」という<sup>1057</sup>。また、石田倫識は、イギリスにおける黙秘権制限立法をめぐる議論に基づき、「黙秘の事実を証拠として使用すること

で訴追側の挙証責任が軽減ないし転換されることが懸念され」たことから、「黙秘権制限立法後も堅持され続けてきた「黙秘権」とは、訴追側の挙証責任の原則であった」と評価している<sup>1058)</sup>。井戸田侃によると、供述拒否権が、被告人および被疑者を積極的実体的真実追究義務から解放し、わが国の刑事手続は、消極的実体的真実主義を採る。被告人および被疑者は、自己に有利な事実の主張や立証の権利を有するにとどまり、自己に不利益な事実に関する供述を免じられることになると説明した<sup>1059)</sup>。

検察官は、被告人に事実の説明や自らの無罪の証明を求めてはならず、かつ、被告人および被疑者の黙秘や否認等の行為後態様を不利益証拠として利用することによって、挙証責任の転換または軽減を図ってはならない。

しかし、もし被告人が黙秘権を有さず、供述義務を課されると、被告人は、公判において何らかの陳述を行わなければならない、「ひいては無罪を証明する責任を課することに等しく」なる。それゆえ、被告人に自身の無罪の証明責任を課さず、かつ、被告人の供述義務を否定するために、黙秘権が保障されているという。これは、被疑者についても同様である。被疑者に対して供述義務を課すと、公判を先取りし、被疑者に自身の無罪や正当防衛等を証明する責任を事実上負わせることになるという<sup>1060)</sup>。

## 6. 身体拘束下の被疑者取調べの規制

わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則の存在根拠を「捜査機関による取調べの規制ないし自白強要の防止という手続的保障」に求める見解も有力に主張されている。これは、憲法第38条第1項の趣旨に照らし、被告人および被疑者の供述に関する自己決定の侵害および虚偽自白のおそれのある被疑者取調べを規律する機能に Nemo tenetur 原則の中核的意義を求める<sup>1061)</sup>。

この見解は、捜査機関が、被疑者が捜査機関による制約なく自由な意思を行使できる取調べの場を設けなければならないと主張する。取調べの「場（雰囲気、フォーラム）」と Nemo tenetur 原則の関係については、既

に1953年刑事訴訟法改正において、団藤重光が、「供述拒否権の告知の意義は、取調べの雰囲気（場）の心理的な構造を変化させる点にある」と言及していた。松尾浩也も、「取調官 対 被疑者という状況のもとで、「真相への説得」が行われれば、それは、自白の強要と一歩を隔てるにすぎない。黙秘権の告知は、このような取調べの場の心理的な構造を変革する点に重要な意義を有する」と指摘し、「被疑者は、取調べの開始に際して、当の取調官から供述義務がないことの確認を受け、自由な意思決定の可能性を回復する」とする<sup>1062)</sup>。高田昭正によると、「黙秘権は、「何の制約も受けない自由な意思の行使」として供述できるフォーラムを求め、捜査機関や司法機関の取調べにおいてそのようなフォーラムが得られない場合には、被疑者・被告人は無条件に黙秘できる、という意味内容をもつ。そのフォーラムを用意することは国家の責務であり、本来、その責務を果たさない限り、「被疑者・被告人に供述を求めること」「取調べを行うこと」自体が国家には許されない」という<sup>1063)</sup>。

これに対し、実務の立場から、取調べは、被疑者と捜査官とのコミュニケーションの場であり、信頼関係を構築する場であるという主張がある。しかし、刑事手続における取調べや公判における被告人・被疑者と捜査機関との関係は、対等かつ親密な人間関係ではない<sup>1064)</sup>。むしろ、捜査機関は、憲法第38条第1項の根本趣旨たる「公正の精神」に基づき、国民の司法に対する信頼を失うような証拠収集や被疑者の自白追及ではなく、他の物証の収集や科学的捜査方法の発展に努めるべきである<sup>1065)</sup>。

被告人および被疑者は、国家から被嫌疑者として取調べられ、訴追され、刑事裁判において刑罰を科され得る立場にある<sup>1066)</sup>。取調べにおける被疑者は、混乱等の理由により不利な印象の言動をしやすく、自己負罪の危険性が高い時期にある<sup>1067)</sup>。被疑者は、刑事訴訟の当事者かつ防御の主体として、身体拘束下の取調べにおいて効果的な防御を行うことを実際に保障されなければならない。この点につき、刑事手続における Nemo tenetur 原則が、弁護権や証人喚問権などの被告人および被疑者の防御権と深く結

びついている点に着目し、被告人および被疑者が何ら主張や弁解をせずともなお訴訟主体として防禦行為を保障されうるという意味で、Nemo tenetur 原則の本質を「取調べにおける被疑者の効果的防禦」に求めることも考えられよう<sup>1068)</sup>。

刑事手続における Nemo tenetur 原則は、被疑者の自己負罪の危険を回避するとともに、被疑者による「取調べの規制ないしコントロール」を可能にしうる。つまり、被疑者取調べは、警察および検察の一方的な権限行使による処分ではなくなり、取調べの可否や時期（またはタイミング）や時間、内容などについて、被疑者自身によるコントロールを認めることになる<sup>1069)</sup>。

## 7. 本節のまとめ

わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則の存在根拠に関する先行研究を概観した。

Nemo tenetur 原則の存在根拠を人間の尊厳や人格権に求める見解が、一般的である<sup>1070)</sup>。これは、わが国の憲法および刑事訴訟法は「個人の尊重」を基本理念とする近代法であり、かつ、憲法第38条第1項が保障する人身の自由は「個人の尊厳に直接結びつく根源的価値をもつ」<sup>1071)</sup> ことから説明される。この見解の特徴は、Nemo tenetur 原則の「絶対的性格」を示している点にある。つまり、Nemo tenetur 原則は、他の制度や必要性等による条件づけや制約を受けず、刑事司法の効率化に服したり、捜査権限・訴追権限との衡量を受けないことを意味する。

さらに、Nemo tenetur 原則の存在根拠を人間の尊厳や人格権に求める見解は、Nemo tenetur 原則がすべての人間、つまり真犯人にも保障されるという帰結を導く。

また、この見解によると、憲法第38条第1項の保護対象は、自己が刑事上の責任を問われる虞ある事項に限定されないという結論に至りうる。刑事免責によって被告人および被疑者は自己負罪拒否特権を放棄することが

できるかや、ポリグラフ検査および麻酔分析についても、プライバシー侵害の観点から Nemo tenetur 原則が問題になりうる<sup>1072)</sup>。

刑事手続における Nemo tenetur 原則の存在根拠を検討する際、刑事訴訟に関する諸原則と Nemo tenetur 原則との関係性を指摘する見解も重要である。各原則は、それぞれ別個の起源を有し、独立した法原則であるが、相互に作用することによって、刑事手続においてより実効的な保障を可能にする。例えば、拳証責任との関係につき、拳証責任が「被告人および被疑者は自ら無罪や正当防衛等の有利な事実を証明する責任はない」とし、Nemo tenetur 原則が「何人も自己負罪する必要はない」とする。この二つの原則は、被告人および被疑者が自身にとって有利な事実を証明するために「供述」をする必要はないという点で重なる。被告人および被疑者が、利益不利益を問わず包括的な黙秘権を保障され、かつ、防禦や訴追側立証の矛盾の指摘等を効果的に行うことができるよう、両原則が相互に作用していると考えられる。

わが国の憲法と刑事訴訟法は、戦後、弾劾主義および当事者主義をより強く打ち出した。当事者主義は、検察官と被告人が当事者として主導的役割を果たし、当事者の立証活動を中心に証拠調べが進行するという「当事者追行主義」、検察官と被告人（弁護人）が当事者として訴訟において「武器」を平等に与えられ、対等な立場で攻撃防禦を行うという「当事者対等主義」を含んでいる。この点につき、Nemo tenetur 原則によると、被告人は訴追側立証の矛盾をつけばよく、訴訟の当事者として黙秘権や自己負罪拒否特権をはじめとする防禦権を効果的に行使することができ、被告人は訴追側に比してあらゆる面で弱い立場にあるので、黙秘権をはじめとする多くの権利や防禦権を有する、と説明することができる。と考える。

これまで、刑事手続における Nemo tenetur 原則の存在根拠は、主に「プライバシーないし人格の尊厳という実体的価値の保護（人に根拠を求める見解）」と「捜査機関による取調べないし自白強要の規制という手続的保障（身体拘束下の被疑者取調べの条件づけ、制度に根拠を求める見

解)」に二分して説明されてきた<sup>1073)</sup>。この存在根拠は相互に密接に関連している。この点について石田倫識は、黙秘権の権利内容と黙秘権の正当化根拠の関係に着目した。いわゆる黙秘権の正当化根拠は、究極的には「人間の尊厳」原理に求められるが、「手続的権利」としての権利内容(証拠禁止と不利益推認の禁止)も「兼ね備えている」点が重要であるという<sup>1074)</sup>。中島洋樹も、二つの類型の関連について以下のように言及している。「制度に根拠を求める見解も、その前提とする制度の向こうに個人の人權保障を見ていると考えることができるだろう。個人の保護や権利に根拠を求める見解も、それが反映された手続がなければ画餅に帰すだろう。したがって、黙秘権の根拠を一義的に明確化することは容易ではない。黙秘権の保障は個人の尊厳の保障に基づく主体的権利として捉えることから始まるのであり、それは制度の視点から見ると、当事者主義からの要請を受けると同時に公正な手続を確証する原理となると考える」という<sup>1075)</sup>。

現在のわが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則は、黙秘権や、被告人および被疑者に(真実)供述義務を課することの禁止を保障するだけではない。わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則の存在根拠の議論を総括すると、Nemo tenetur 原則は、近代法として人間の尊厳とその人格を尊重された訴訟主体たる被告人および被疑者が、当事者主義のもとで無罪を推定され、公平な裁判を保障され、疑わしきは被告人の利益となる刑事手続のあらゆる場面において、自由な意思の自己決定による効果的防禦を行うことができるとともに、国家権力機関たる検察官や警察官による捜査および取調べを規制するという根幹的な意義を有しているということになる。

### 第3節 本章のまとめ

わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則は、憲法および刑事訴訟法に採用され、法的には大きな達成をみたが、刑事実務において、現実的に「確立」したとは言い難い。この要因のひとつとして、Nemo tenetur 原則



の存在根拠や意義が十分に理解されていないことが挙げられる。

わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則の存在根拠は、主に「人格や人間の尊厳という実体的価値の保護（人に根拠を求める見解）」と「捜査機関による取調べないし自白強要の規制という手続的保障（身体拘束下の被疑者取調べの条件づけ、制度に根拠を求める見解）」とに分けて論じられてきたが、一般的に、Nemo tenetur 原則の存在根拠は人間の尊厳や人格権に求められてきたといえる。わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則の存在根拠の議論をまとめると、Nemo tenetur 原則は、近代法として人間の尊厳とその人格を尊重された訴訟主体たる被告人および被疑者が、当事者主義のもとで無罪を推定され、公平な裁判を保障され、疑わしきは被告人の利益となる刑事手続のあらゆる場面において、自由な意思で自己決定を行うことができるとともに、国家権力機関たる検察官や警察官による捜査および取調べを規制するという意義を有しているといえる。

しかし、わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則の存在根拠は、必ずしも明らかにされたとはいえない<sup>1076)</sup>。

まず、Nemo tenetur 原則の存在根拠を人間の尊厳や人格に求める見解は、「人間の尊厳」や「人格権」の概念自体、明確な定義がなく曖昧である。このような不明確な概念に Nemo tenetur 原則の存在根拠を求めることによって、Nemo tenetur 原則自体もその不明確性にさらされる危険性がある<sup>1077)</sup>。また、人間の尊厳は近代法すべてに共通するため、Nemo tenetur 原則を制限する見解の基礎にも人間の尊厳の保障があり、Nemo tenetur 原則が問題となる具体的適用場面の検討において援用しにくいであろう。

さらに、「合理性」や「必要性」を理由に、Nemo tenetur 原則が制限される危険がある。行政法規上の各種義務づけをめぐる問題において、Nemo tenetur 原則は、「公益上の必要性やその内容の合理性」によって制約されている。これに対して、Nemo tenetur 原則は「外在的な利益との衡量を容れる余地」があるかという疑問が呈されている。つまり、「自己

負罪拒否特権の保障自体が、公共の福祉という国家の側の利益と個人の利益との衡量を行った上で、国家の有する利益に憲法自身が一定の譲歩を迫ったものである。だとすれば、そこにさらに公益上の必要性という国家側の利益を持ち込んで、憲法自身が行った衡量の結果を覆すことが許されるかどうかは疑問」であるという<sup>1078)</sup>。このように、Nemo tenetur 原則に対する制限や限界を明確にするためにも、わが国における Nemo tenetur 原則に関する存在根拠をより具体的に展開させる必要があると考える。

Nemo tenetur 原則と他の刑事訴訟法上の法原則との関係を指摘する見解もあるが、わずかであり、Nemo tenetur 原則が、刑事手続において実現されるためには、挙証責任や当事者主義、その他の防禦権との共通点や相違点をより深く検討する必要があると考える。

わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則は、戦後、憲法および刑事訴訟法によって明文化された後、平野龍一および田宮裕の両氏が、その存在根拠が「人間の尊厳」にあることを指摘し、以来この見解が引用されてきた。しかし、近年、わが国における Nemo tenetur 原則の存在根拠およびその保護範囲に関する研究の必要性が高まっており、「人間の尊厳」に存在根拠を求める見解もその内容の具体化を求められている。

そこで、以下では、1970年代以降、判例および学説において憲法的根拠やその理論的検討について詳細な議論を行っているドイツの刑事手続における Nemo tenetur 原則を比較研究対象とする。確かに、わが国の刑事手続とドイツの刑事手続とは、相違点がある。しかし、わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則の理解は、歴史的にドイツ刑事訴訟法の影響を受けており、かつ、真実探究の重視や Nemo tenetur 原則が具体的に問題となる場面につき、わが国とドイツで共通する点が多い。新たに被疑者・被告人の自己負罪が問題となる場面が増加したことに伴い、ドイツでは、基本原則である Nemo tenetur 原則に立ち返り、歴史および理論的研究を深める必要があると強く考えられてきた。このようなドイツの刑事手続における Nemo tenetur 原則の根拠論および理論的検討を示すことによって、

わが国の議論をより深化させ具体化するための示唆が得られると考える。

- 779) 芦部信喜, 高橋和之 ( 補訂 ) 『憲法 第五版』 ( 第五版, 岩波書店, 2011年 ) 22 ~ 26頁。
- 780) 「レポート・日本の憲法についての準備的研究と提案 ( REPORT OF PRELIMINARY STUDIES AND RECOMMENDATIONS OF JAPANESE CONSTITUTION )」は, 総司令部において憲法問題の担当を命ぜられていた民政局法規課長 Rowell が, 大日本帝国憲法を調査した結果得られた憲法改正の結論と提案を記したレポートであり, 日本政府の代表者等と会談する際の論点整理のための資料とすることを目的として作成された。
- 781) 高柳賢三 = 大友一郎 = 田中英夫 ( 編著 ) 『日本国憲法制定の過程 原文と翻訳 連合国総司令部側の記録による』 ( 初版, 有斐閣, 1972年 ) 8 ~ 9 頁。
- 782) 高柳ほか・前掲註(781)25頁。
- 783) この憲法研究会は, 高野岩三郎, 馬場恒吾, 杉森孝次郎, 森戸辰男, 岩淵辰雄, 室伏高信, 鈴木安蔵等のグループである。
- 784) 高柳ほか・前掲註(781)28 ~ 30頁。
- 785) 高柳ほか・前掲註(781)35頁, 38頁。
- 786) 毎日新聞の記事については, 佐藤達夫 『日本国憲法成立史 第二巻』 ( 初版, 有斐閣, 1964年 ) 647頁以下を参照。この試案およびこれに対する国内の批判が, 総司令部による草案の起草の推進力ないしは基盤となったと推測されうという。
- 787) 高柳ほか・前掲註(781)54 ~ 55頁。
- 788) 高柳ほか・前掲註(781)212 ~ 214頁。
- 789) 英文は No person shall be compelled to testify against himself【, nor shall the testimony of a wife or husband be accepted in evidence against the spouse of such wife or husband】である。なお, 妻または夫の証言について定める後段は, ペン書きによる修正で削除された ( 高柳賢三 = 大友一郎 = 田中英夫 ( 編著 ) 『日本国憲法制定の過程 解説 連合国総司令部側の記録による』 ( 初版, 有斐閣, 1972年 ) 190頁 )。
- 790) 第 2 項は, 「自白は, それが被告人の弁護人の前でなされたものでない限り, 効力がない。また自白は, 強制, 拷問または脅迫によるものであるときは ( \* このあとに「または不当に長く抑留もしくは拘禁された後で」と追加。), 効力がない ( \* 「証拠としてはならない」と訂正。 ) 」。第 3 項は, 「何人も, 自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には, 有罪とされ, または刑罰を科せられない。」と規定した。
- 791) 正式名称は, 「Draft as submitted to the Japanese Government by the General Headquarters, SCAP, on February 13, 1946」である。内藤頼博「終戦後の司法制度改革の経過 ( 第一分冊 )」同『同 第 1 巻 日本立法資料全集別巻91』 ( 信人社, 1997年 ) 96頁以下, 芦部・前掲註(779)24 ~ 25頁, 佐藤達夫, 佐藤功 ( 補訂 ) 『日本国憲法成立史 第三巻』 ( 初版, 有斐閣, 1994年 ) 15 ~ 16頁。
- 792) 佐藤・前掲註(791)38頁。なお, 第38条第 2 項は「自白ハ強制, 拷問若ハ脅迫ノ下ニ爲サレ又ハ長期ニ亘ル逮捕若ハ拘留ノ後ニ爲サレタルトキハ證據トシテ許容セラルヘシ ( No confession shall be admitted in evidence if made under compulsion, torture or threat, or after prolonged arrest or detention. )」, 第 3 項は「何人も自己ニ不利益ナル唯一ノ證

- 據カ自己ノ自白ナル場合ニ於テハ有罪ノ判決又ハ刑ノ宣告ヲ受クルコト無カルヘシ (No person shall be convicted or punished in cases where the only proof against him is his own confession.)」という内容であった。
- 793) 同年3月5日、憲法懇談会が、日本国憲法草案を発表した。この草案には、尾崎行雄、岩波茂雄、渡辺幾治郎、石田秀人、稲田正次、海野普吉の名がある。「第二章 国民ノ権利義務」「第九条 国民ハ其ノ人身ノ自由ヲ侵サルルコトナシ 国民ヲ逮捕シ監禁シ審問シ又ハ処罰スルカ為ニハ法律ノ正当ナル手續ニ依ルヲ要ス 犯罪容疑者ニ対スル審理遅滞及自白ノ強要ハ之ヲ禁ス」と提案していた(芦部信喜=高橋和之=高見勝利=日比野勤(編著)『日本国憲法制定資料全集(2) 憲法問題調査会参考資料 日本立法資料全集72』(初版,信山社,1998年)360頁)。
- 794) 佐藤・前掲註(786)776頁, 芦部ほか・前掲註(793)355頁。
- 795) 総司令部民政司「Political Reorientation of Japan, September 1945 to September 1948」によると、「私的草案および民間草案のすべてから最も目立って欠けていたものは、不合理な搜索、逮捕または押収に対し保障する何らかの規定、ないしは犯罪の告発と起訴に関し個人に与えられる何らかの他の保護の規定であった。これには恐らく二つの理由がある。日本にもまた他の東洋の国々にも、無罪の推定は存在しなかった。国家との争に巻きこまれることとなった個人は、運を天に任せるよりしかたがなかった。個人が争に巻きこまれない保障はあったとしても、一度巻きこまれてしまうと、彼にはもはや立場がなかった。人は、隣人であれ権威であれ、いずれとも公然と争うことをさせた。また、恐らくは、裁判官の独立という規定が、裁判手続を改善し訴訟の当事者に保護を増加する結果になるだろうと考えられていた」(佐藤・前掲註(786)880頁)。
- 796) 佐藤・前掲註(791)96頁, 憲法調査会編『憲法制定の経過に関する小委員会第二十七回議事録』(佐藤達夫発言)(1959年)18頁。
- 797) 佐藤・前掲註(791)128頁, 167頁。佐藤達夫内閣法制局第一部長の手記によると、いわゆる自己負罪拒否特権を規定した松本案第38条第1項(要綱第34)は、「問題ナシ(松本案二モ大体アル故)」とされた。
- 798) 1946(昭和21)年3月11日、朝日新聞の「憲法改正草案解説(3)」という記事にて、「不法な逮捕、監禁、審問、処罰等を受けざる権利等(二十八 三十五)〔〕刑事訴訟法上国民の自由と権利を保護するため諸種の規定が八項にわたつて詳細にかかかってあり特に拷問が憲法で禁止せられることは注目すべきである(三十二、三十四)」と解説されている(芦部信喜=高橋和之=高見勝利=日比野勤(編著)『日本国憲法制定資料全集(4)』(初版,信山社,2008年)371頁)。
- 799) 第2項は、「強制、拷問若ハ脅迫ノ下ニ又ハ長期ノ逮捕若ハ拘禁ノ後ニ為シタル自白ハ之ヲ証拠ト為スヲ得ザルコト」、第3項は「何人ト雖モ自己ニ不利益ナル唯一ノ証拠ガ本人ノ自白ナル場合ニ於テハ有罪トセラレ又ハ処罰セラルベキコトナカルベキコト」であった(佐藤・前掲註(791)193頁)。
- 800) 佐藤・前掲註(791)246頁。
- 801) 憲法調査会・前掲註(796)25頁。ただし、同発言において「これははつきりした根拠に基いて言っていることじ(ママ)ありません。そういう経緯ではなかつたかと思うので

- すがね。」と述べている。
- 802) 高柳ほか・前掲註(789)191頁。
- 803) 口語体化については、芦部信喜 = 高橋和之 = 高見勝利 = 日比野勤 ( 編著 ) 『日本国憲法制定資料全集 ( 5 ) 草案の口語体化, 枢密院審査, GHQ との交渉 日本立法資料全集75』( 初版, 信山社, 2009年 ) 7 ~ 12頁を参照。
- 804) 芦部ほか・前掲註(803)29頁。
- 805) 芦部ほか・前掲註(803)36頁。
- 806) 芦部ほか・前掲註(803)46頁。
- 807) 佐藤・前掲註(791)313頁。
- 808) 佐藤・前掲註(791)340頁。
- 809) 佐藤・前掲註(791)327 ~ 328頁。
- 810) 入江俊郎 『憲法成立の経緯と憲法上の諸問題 入江俊郎論集 』( 第一法規出版株式会社, 1976年 ) 284 ~ 285頁, 佐藤・前掲註(791)334頁。
- 811) 芦部ほか・前掲註(803)83頁, 芦部信喜 = 高橋和之 = 高見勝利 = 日比野勤 ( 編著 ) 『日本国憲法制定資料全集 ( 4 ) 日本立法資料全集74 』( 初版, 信山社, 2008年 ) 336頁。なお, 英訳は No person shall be compelled to testify against himself. である ( 芦部ほか・前掲註(803)94頁 )。
- 812) 井上正仁 = 渡辺咲子 = 田中開 ( 編著 ) 『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編 ( 2 )』( 初版, 信山社, 2007年 ) 11頁。
- 813) 第35条に関しては、このほかに「四．第三項は、放火犯の場合に不都合を生じないか。情況証拠もあり得るから必ずしも不都合を生じない。五．有罪であつても而も刑罰を科せられない場合があるか。( 第三項は.....有罪とされない、と定めれば十分ではないか。) 有罪免訴の場合があるので、第三項のやうに定める必要があると考へられる。六．被害者の始末書と被告人の自白とを総合して犯罪事実を認定した場合に、その自白は被告人に不利益な唯一の証拠と言ひ得るか。言ひ得ないと考へる。」とある。
- 814) 芦部ほか・前掲註(811)226 ~ 227頁。
- 815) 同月26日に、帝国弁護士会が作成した日本国憲法改正草案が決議され、その第34条は「何人と雖も自己に不利益なる供述を強要せらるることなし」と定めた ( 芦部信喜 = 高橋和之 = 高見勝利 = 日比野勤 ( 編著 ) 『日本国憲法制定資料全集 ( 6 ) 法制局参考資料・民間の修正意見 日本立法資料全集76』( 初版, 信山社, 2001年 ) 320頁, 芦部ほか・前掲註(811)348頁 )。
- 816) この修正は、「第一項は証人としての供述或は訴訟以外の場合における供述の義務に及ばないことを明かにしたものである」という理由に基づくものであった。ただし、枢密院への諮詢後であり、かつ、司令部との関係からいっても、政府としていまさら、このような変更を持ち込むことは不可能であったため、議会の審議の結果を待つこととされた ( 佐藤・前掲註(791)350頁 )。
- 817) 井上ほか・前掲註(812)367頁。
- 818) 芦部ほか・前掲註(803)123頁。
- 819) この修正案において、条文番号が、第35条から第38条に変更された ( 佐藤達夫, 佐藤

- 功(補訂)『日本国憲法成立史第四巻』(初版,有斐閣,1994年)785頁)。
- 820) 同年9月19日,貴族院委員会において,憲法衆議院修正版第35条が検討されたが,いわゆる自己負罪拒否特権に関する議論は見られない。貴族院委員会では,特に,「不当に長い抑留」と「有罪の判決と刑罰の関係」について,牧野英一が発言し,木村篤太郎(司法大臣)が答えた(清水伸(編著)『逐条日本国憲法審議録 第二巻』(増訂版,日本世論調査研究所,1976年)774-775頁)。
- 821) 芦部・前掲註(779)26頁。
- 822) 渡辺咲子「制定経過から見た現行刑事訴訟法の意義と問題点」ジュリスト1370号(2009年)35-37頁。なお,松尾浩也は,刑事訴訟法の成立に至るまでの経過を,第1期(昭和20年秋-昭和21年1月末頃;憲法改正草案発表前),第2期(昭和21年2月-昭和22年10月;刑事訴訟法草案第九次案完成まで),第3期(昭和22年3月-5月;GHQとの折衝時期)の3つに区分して検討している(勝田成治=団藤重光=羽山忠弘=樋口勝=横井大三=松尾浩也「座談会 刑事訴訟法の制定過程」ジュリスト551号(1974年)30頁)。
- 823) 法務府検務局『検察資料〔二八〕新刑事訴訟法制定資料(一)』(横井大三)(1952年)1頁。
- 824) 井上正仁=渡辺咲子=田中開(編著)『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編(1)日本立法資料全集121』(初版,信山社,2001年)5頁,勝田ほか(横井大三)・前掲註(822)31-32頁。「秘密審問」たる予審が戦後非難を受けた。秘密審問は占領軍の指令の中でも指摘され,廃止しなければならないと考えられた(勝田ほか(勝田成治)・前掲註(822)32頁)。
- 825) 外務省特別資料部編『日本占領及び管理重要文書集第1巻基本篇』(1949年)100頁,刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(3)」松尾浩也「戦前から戦後へその連続性と非連続性(承前)」法学協会雑誌91巻10号(1947年)46頁。この文書の中で,「個人ノ自由及人権ヲ保護スル為司法制度,法律制度及警察制度ハ……能フ限り速ニ改革セラルルベク且爾後漸進的ニ指導セラルベシ」という方針が明らかになされた。
- 826) 三好重夫(内閣副書記官長),樫橋渡(法制局長官),手代木隆吉(司法政務次官),坂野千里(司法次官),渡辺昭(司法参与官伯爵),霜山精一(判事),大森洪太(判事),草野豹一郎(判事),井上登(判事),中野並助(検事),黒川涉(検事),池田克(検事),徳川宗敬(貴族院議員伯爵),渡辺修二(貴族院議員男爵),山岡万之助(貴族院議員),松阪広政(貴族院議員),小原直(貴族院議員),河上丈太郎(衆議院議員),上田孝吉(衆議院議員),久山知之(衆議院議員),牧野良三(衆議院議員),作田高太郎(衆議院議員),清瀬一郎(衆議院議員),一松定吉(衆議院議員),美濃部達吉,末弘厳太郎,高柳賢三,小野清一郎,高橋義次,豊原清作,林逸郎,以上の者を「司法制度改正審議会委員」とした。横田正俊(判事),西久保良行(判事),中西要一(判事),遊田多聞(検事),坂千秋(内務次官),小泉梧郎(内務省警保局長),横山助成(貴族院議員),藤沼庄平(貴族院議員),以上の者を「司法制度改革審議会臨時委員」とした。今枝常男(法制局参事官),鈴木幹雄(内務書記官),以上の者を「司法制度改正審議会幹事」とした。奥野健一(司法省民事局長),佐藤藤佐(司法省刑事局長),清原邦一(司法省刑政局長),

- 荻野益三郎 ( 司法省調査官 ) , 以上の者を「司法制度改正審議会幹事・司法制度改正審議会委員」とした。高田正 ( 司法書記官 ) , 下村三郎 ( 司法書記官 ) , 太田耐造 ( 司法書記官 ) , 国宗栄 ( 司法書記官 ) , 小沢文雄 ( 司法書記官 ) , 以上の者を「司法制度改正審議会幹事」とした ( 法務大臣官房司法法制調査部『続司法沿革誌』( 法書会 , 1970 年 ) 350 ~ 351 頁 ) 。
- 827) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註(825)48頁。
- 828) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註(825)57頁。
- 829) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註(825)60頁。
- 830) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程 ( 4 )」松尾浩也「戦前から戦後へ その連続性と非連続性 ( 承前 )」法学協会雑誌91巻11号 ( 1974 年 ) 104 ~ 105 頁。なお、1946 年 6 月 25 日に刑事局によって作成された「刑事訴訟法等改正に関する想定問答」は、人権蹂躪の根絶に対する方策に関する問いに対して、「人権の尊重すべきことは新憲法を俟つまでもなく当然であるが、従来、犯罪の捜査に関し人権蹂躪の非難あとを絶たず、又時として、人権の蹂躪せられた事実のあつたことも認めざるを得ないので、新憲法が基本的人権の尊重について多くの規定を設け、その趣旨を強調するに至つたのを機会に、人権蹂躪の根絶を期するため、抜本的方策を樹立すべく種々究中である。これまで人権蹂躪の防止につき種々努力が拂はれたにも拘らず、依然その絶滅を期し得なかつた原因を考ふるに、……第三、一般に科学的知識の欠乏により犯罪の捜査が被告人の自白を最大のより處とし、その結果自白の強要を行ふに至つたこと、……等であらうと思ふ。」という答えを想定した ( 井上ほか・前掲註(812)432 頁 ) 。
- 831) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程 ( 5 )」松尾浩也「戦前から戦後へ その連続性と非連続性 ( 承前 )」法学協会雑誌91巻12号 ( 1974 年 ) 48 頁。この案は、1945 ( 昭和 20 ) 年 10 月以降司法省部内で推進された改革作業の総決算かつその後の討議の出発点である。
- 832) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註(831)54 ~ 57 頁。
- 833) 勝田ほか ( 勝田成治 ) ・前掲註(822)36 頁。
- 834) 野木新一 = 宮下明義 = 横井大三 = 小野清一郎「刑事訴訟法はどうかわかるか 立案関係者に聴く」( 野木新一発言 ) 法律新報 748 号 ( 1948 年 ) 39 頁。
- 835) 団藤重光は、「昨秋からの改正の構想もひろい観点からいへばおなじ線にそふものであつたが、しかし、やはり一たん白紙にかへつて考へなほさなければならなくなつたのである。かやうにして、憲法草案要綱の発表を転機おして、あらたに根本的に想を練ることになった。」と述べている ( 団藤重光「新刑事訴訟法の構想」法律タイムズ 1 巻 1 号 ( 1947 年 ) 11 頁 ) 。
- 836) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程 ( 六 )」小田中聰樹「第二部 新憲法下の立案作業 第一次案から第九次案まで」法学協会雑誌92巻 5 号 ( 1975 年 ) 91 頁。この修正意見は、大正刑事訴訟法を逐条的に検討して修正意見をコメントしたものである。
- 837) 井上ほか・前掲註(812)19 ~ 70 頁、英文版は、井上ほか・前掲註(812)70 ~ 240 頁。
- 838) 井上ほか・前掲註(812)37 頁。

- 839) 井上ほか・前掲註(812)276～293頁, 英文版は, 井上ほか・前掲註(812)293～323頁。
- 840) 井上ほか・前掲註(824)6頁。
- 841) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(七)」小田中聰樹「刑事訴訟法改正方針試案」法学協会雑誌92巻6号(1975年)102頁。
- 842) 三井誠「黙秘権 被疑者の防禦権〔1〕」法学教室152号(1993年)124頁。
- 843) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註(841)103～104頁, 三井・前掲註(842)124頁, 三井誠「黙秘権の保障と自白」法学教室238号(2000年)78頁。
- 844) 井上正仁=渡辺咲子=田中開(編著)『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編(3)日本立法資料全集123』(初版, 信山社, 2008年)33頁, 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(八)」小田中聰樹「第四章 臨時法制調査会・司法法制審議会」ジュリスト92巻7号(1975年)101頁。1946(昭和21)年7月18日に行われた第二回司法法制審議会第三小委員会において, 飛鳥田喜一委員は, 予審手続を認めない根拠として, 改正憲法第34条の公平な裁判を受ける権利と第35条第2項および第3項とあわせて, 第1項「何人も自己に不利益な供述を強要されない」という Nemo tenetur 原則を指摘した(井上ほか・同122頁, 刑事訴訟法制定過程研究会・同106頁)。
- 845) 井上ほか・前掲註(844)187頁。
- 846) 井上ほか・前掲註(844)219頁。
- 847) 井上ほか・前掲註(844)238～239頁。
- 848) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(九)」小田中聰樹「第四章 臨時法制調査会・司法法制審議会」ジュリスト92巻10号(1975年)114頁。
- 849) 井上ほか・前掲註(844)305頁。
- 850) 出席委員幹事は, 佐藤祥樹主査, 谷村唯一郎委員, 宮城實委員, 佐藤藤佐委員, 今枝常男委員, 岡田善一委員, 加嶋五郎委員, 木内曾益委員, 小中公毅委員, 大塚今比古委員, 塚崎直義委員, 久布白落實委員, 村岡花子委員, 村島喜代委員, 榎原千代委員, 草野豹一郎委員, 木村亀二委員, 飛鳥田喜一委員, 鈴木喜三郎委員, 佐藤博委員, 牧野英一委員, 小谷勝重委員, 松本静史委員, 長部謹吾幹事, 植松正幹事, 馬場義續幹事, 中野次雄幹事, 宮下明義幹事, 山口貞昌幹事, 岩田春之助幹事, 布施健幹事, 溝淵幹事代理秦野事務官, 鹽野宜慶幹事, 齋藤三郎幹事, 高橋一郎幹事, 横井大三幹事, 團藤重光幹事, 野木新一幹事, 柳川眞文幹事, 河本喜與之幹事, 倉本芳明書記, 西村宏一書記であった(井上ほか・前掲註(844)322頁, 325～326頁)。
- 851) 出席委員幹事は, 佐藤祥樹主査, 谷村唯一郎委員, 宮城實委員, 佐藤藤佐委員, 木内曾益委員, 小中公毅委員, 大塚今比古委員, 塚崎直義委員, 草野豹一郎委員, 木村亀二委員, 飛鳥田喜一委員, 鈴木喜三郎委員, 佐藤博委員, 牧野英一委員, 小谷勝重委員, 松本静史委員, 長谷川太一郎委員, 長部謹吾幹事, 植松正幹事, 馬場義續幹事, 中野次雄幹事, 宮下明義幹事, 山口貞昌幹事, 岩田春之助幹事, 高橋一郎幹事, 横井大三幹事, 團藤重光幹事, 野木新一幹事, 柳川眞文幹事, 河本喜與之幹事, 五鬼上堅磐幹事, 山本清二郎幹事, 倉本芳明書記, 西村宏一書記であった(井上ほか・前掲註(844)365頁)。
- 852) 井上ほか・前掲註(844)357頁。
- 853) 井上ほか・前掲註(844)388頁。



- 854) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(一)」小田中聰樹「第六章 司法官憲の意義をめぐる日米間の折衝」ジュリスト93巻3号(1976年)105~106頁。
- 855) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註(848)128頁。
- 856) 井上ほか・前掲註(824)5頁。
- 857) 三井・前掲註(843)78頁。
- 858) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(一三)」小田中聰樹「第六章 改正刑事訴訟法第一次案から同第二次案まで」ジュリスト93巻4号(1976年)159,166頁,刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(一四)」小田中聰樹「第六章 改正刑事訴訟法第一次案から同第二次案まで」ジュリスト93巻5号(1976年)145頁以下。
- 859) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(一五)」小田中聰樹「第六章 改正刑事訴訟法第一次案から同第二次案まで」ジュリスト95巻8号(1978年)113頁。
- 860) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(一六)」小田中聰樹「第七章 改正刑事訴訟法第三次案から同第六次案まで」ジュリスト95巻9号(1978年)136頁。
- 861) 団藤・前掲註(835)13頁。
- 862) 具体的内容は不明である(刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註(860)158頁)。
- 863) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註(860)165~166頁。
- 864) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(一七)」小田中聰樹「第七章 改正刑事訴訟法第三次案から同第六次案まで」ジュリスト95巻12号(1978年)50頁以下,刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(一八)」小田中聰樹「第七章 改正刑事訴訟法第三次案から同第六次案まで」ジュリスト96巻1号(1979年)75頁以下,刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(一九)」小田中聰樹「第七章 改正刑事訴訟法第三次案から同第六次案まで」ジュリスト96巻2号(1979年)75頁以下。なお,刑事訴訟法の制定過程に関する規定は,第一次案と同内容であった(第六次案第196条)。捜査に関する規定第255条は,第三次案第245条と同内容であった。
- 865) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註(864)50頁。
- 866) 刑訴応急措置法の制定の経緯については,高橋一郎『新憲法下における刑事訴訟法解説 応急措置法を中心として』(近代書房,1947年)1~2頁を参照した。後に「臨時特例」という文言は「応急措置」に改められた(刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註(864)50頁)。
- 867) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(二〇)」小田中聰樹「第八章 応急措置法」ジュリスト97巻5号(1980年)106頁以下。
- 868) 「特別法案改正委員会」における出席者は, Alfred Christian Oppler (総司令部), Blakemore (総司令部), Howard Meyers (総司令部), 谷村唯一郎(司法省・次官), 佐藤藤佐(司法省・刑事局長), 野木新一(司法省・刑事局総務課長), 宮下明義(司法省・刑事局事務官), 栗本一夫(司法省・刑事局事務官), 横井大三(司法省・刑事局事務官), 細野良(大審院長), 宮城実((部長)判事), 根本松男(判事), 福井盛太(検事総長), 竹内寿平(大審院検事), 馬場義統(東京控訴院検事)など約20名であった。
- 869) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註(867)124頁。
- 870) 勝田ほか(団藤重光)・前掲註(822)44頁。

- 871) 法務大臣官房司法法制調査部・前掲註(826)447頁。応急措置法の執行する時期は、最終的に1949(昭和24)年1月1日に変更された。
- 872) 三井・前掲註(843)78頁,三井・前掲註(842)124頁。
- 873) 横井大三「改正刑事訴訟法概観」法律時報20巻9号(1948年)3~4頁。なお、自白強要の禁止に関しては、高橋・前掲註(866)20~23頁。
- 874) 小野清一郎「新刑事訴訟法における第一審の公判手続」法律新報748号(1948年)29~30頁。
- 875) 団藤重光「刑事新立法について(二・完) とくに、検察庁法と刑訴応急措置法」法律時報19巻6号(1947年)21頁。
- 876) 岸盛一『新刑事訴訟法義解』(初版,法文社,1948年)50頁。
- 877) 兼子一(編)『註解日本國憲法 上巻』(初版,有斐閣,1954年)662頁。
- 878) 光藤景皎=田宮裕(編)『ワークブック刑事訴訟法[新版]』(新版,有斐閣,1989年)(光藤景皎)10頁,三井・前掲註(843)76頁。
- 879) 第八次案,第九次案の詳細は不明である。
- 880) 法務府検務局・前掲註(823)6頁以下。
- 881) 三井・前掲註(842)124頁,三井・前掲註(843)78頁。
- 882) 渡辺・前掲註(822)36~37頁。
- 883) 法務府検務局(横井大三)・前掲註(823)1頁。
- 884) 日本政府と総司令部との折衝・協議には,GS側委員として,Oppler, Meyers, Blakemore, Richard Appelton, 日本側委員として,真野毅(裁判所),島保(裁判所),橋本乾三(検察庁),馬場義統(検察庁),木内曾益(法務庁),国宗栄(法務庁),円山田作(弁護士会),江橋活朗(後に,鈴木勇)(弁護士会),団藤重光(学界),斎藤金作(学界)計10名が関与した。さらに自由人権協会の代表者が加わり,また時に,斎藤悠輔(裁判所),福井盛太(検察庁),安平政吉(検察庁),兼子一(法務庁),大室亮一(法務庁)らも出席した。1948(昭和23)年4月12日から同年5月5日にかけて,計16回行われた。
- 885) 勝田ほか(松尾浩也)・前掲註(822)50頁。
- 886) 法務府検務局(横井大三)・前掲註(823)4頁。
- 887) 原文は,法務府検務局・前掲註(823)38頁。
- 888) 三井誠「接見交通権規定の成立過程 立法者意思の解明」内藤謙=松尾浩也=田宮裕=芝原邦爾(編)『平野龍一先生古稀祝賀論文集 下巻』(有斐閣,1991年)280頁,同「今日から見た新刑事訴訟法の草創期(上) 刑訴法一九八条二項を中心に」自由と正義37巻8号(1986年)15~16頁。
- 889) 法務府検務局・前掲註(823)71~75頁,英文版は同・14~17頁。
- 890) 法務府検務局・前掲註(823)76~78頁,英文版は同・18~20頁。
- 891) 原文は,法務府検務局・前掲註(823)49頁。
- 892) 三井・前掲註(843)78頁。なお,政府案として,第261条「 検察官は,まず,被告人事件の要旨を陳述しなければならない。 裁判長は,前項の陳述が終つた後,被告人に対し,その事件についての答弁を求めなければならない。」と,第272条「 裁判長は,何

- 時でも必要とする事項につき、被告人の供述を求めることができる。陪席の裁判官、検察官、弁護士、共同被告人又はその弁護士は、裁判長に告げて前項の供述を求めることができる。被告人は前2項の場合においても、自己に不利益な供述を拒むことができる。」が出された。
- 893) 法務大臣官房司法法制調査部『刑事訴訟法二十年のあゆみ 法務資料第416号』(1971年)42頁。
- 894) 野木新一 = 宮下明義 = 横井大三『新刑事訴訟法概説』(1948年, 立花書房)8~9頁。
- 895) 法務大臣官房司法法制調査部・前掲註(893)58頁,「刑事訴訟法を改正する法律案の提案理由」法律新報748号(1948年)5~6頁。
- 896) 野木ほか・前掲註(894)120頁。
- 897) 法務大臣官房司法法制調査部・前掲註(893)44頁。三井・前掲註(888)279~280頁。
- 898) 現行刑事訴訟法第146条は,「何人も,自己が刑事訴追を受け,又は有罪判決を受ける虞のある証言を拒むことができる。’,第198条第2項は,「前項の取調に際しては,被疑者に対し,あらかじめ,供述を拒むことができる旨を告げなければならない。’,第291条第3項は,「裁判長は,起訴状の朗読が終つた後,被告人に対し,終始沈黙し,又は個々の質問に対し陳述を拒むことができる旨その他裁判所の規則で定める被告人の権利を保護するため必要な事項を告げた上,被告人及び弁護士に対し,被告事件について陳述する機会を与えなければならない。’,第311条第1項「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。」と規定した。
- 899) 初めて法律案が提出されたのは,第13回国会であった。法律成立までの経緯については,横井大三「刑事訴訟法一部改正法律略説」法曹時報5巻8号(1953年)29~32頁,同「刑訴改正の経過」日本刑法学会編『改正刑事訴訟法 解説と批判』(初版,1953年,有斐閣)85~114頁を参照した。
- 900) 法務大臣官房司法法制調査部・前掲註(893)78頁。法制審議会委員及び幹事は,次の通りである。委員は,井上登(最高裁判所判事),真野毅(最高裁判所判事),岩松三郎(最高裁判所判事),垂水克巳(東京高等裁判所長官),斎藤直一(東京高等裁判所判事),佐藤藤佐(検事総長),岸本義広(次長検事),佐藤博(東京高等検察庁検事長),我妻米(東京大学教授),宮沢俊義(東京大学教授),兼子一(東京大学教授),大浜信泉(早稲田大学教授),小池隆一(慶応大学教授),高柳賢三(成蹊大学学長),大住達雄(三菱倉庫株式会社社長),吉垣鉄郎(日本放送協会会長),小野清一郎(弁護士),庄野理一(弁護士・東京),伊勢勝蔵(弁護士・第一東京),奥山八郎(弁護士・第二東京),大西耕三(弁護士・大阪弁護士会),佐藤達夫(法制意見長官),草鹿朝之介(刑政長官)であった。幹事は,佐藤達夫(法制意見長官),野木新一(法制意見第四局長),内藤頼博(最高裁判所事務総局総務局長),安平政吉(最高検察庁検事),佐藤功(成蹊大学教授),浦田関太郎(日本弁護士連合会事務総長,弁護士)であった(最高裁判所事務総局刑事局『諮問第七号(刑事訴訟法改正)に関する法制審議会議事録(一)』(1953年)1~2頁)。
- 901) 横井(法曹時報)・前掲註(899)21頁。
- 902) 被疑者の供述拒絶権そのものの廃止は,憲法第38条第1項との関係上不可能であると認識されていた(栗本一夫「刑事訴訟法改正の諸問題」警察研究21巻5号(1950年)35

頁)。

- 903) 下牧武「刑事訴訟法の主要な改正点」法律のひろば6巻11号(1953年)22頁。
- 904) 栗本・前掲註(902)35頁。
- 905) 裁判所15庁, 検察庁, 日本弁護士協会, 金沢弁護士会, 新潟弁護士会, 明治大学, 大阪市立大学, 国家地方警察, 大多数の自警, 朝日新聞, 東京新聞, 西日本新聞。さらに, 改正方法として, 次の6つが提案された。供述拒否権告知の規定を削除する。憲法と同趣旨の規定又は被疑者に対し時宜に応じ憲法上の権利を理解させる方法をとるべき旨の規定を設ける(一部裁判所, 検察庁, 国家地方警察, 東京警視庁その他大多数の自警)。
- 検察官, 検察事務官又は司法警察職員は, 被疑者の取調べに際しては, あらかじめ, 自己に不利益な供述を強要されない旨を告げなければならないものとし, 被疑者は, 住居, 氏名及び年齢については, 供述を拒むことができないものとすべき(一部裁判所, 朝日新聞, 東京新聞, 西日本新聞, 一部自警)。
- 現行刑事訴訟法第198条第1項の取調べに際しては, 被疑者に対し, あらかじめ, 犯罪事実について自己に不利益な供述を強要されない旨を告げなければならない(京都市警, 広島市警その他)。
- 被疑者は, 検察官, 検察事務官又は司法警察職員の取調べに際し, 住所氏名及び年令は, 告げなければならない(一部裁判所, 日本弁護士協会, 新潟弁護士会, 明治大学)。
- 憲法第38条第1項に規定する事項を告知すべき旨の規定をおく(一部裁判所)。
- 現行刑事訴訟法第198条に, 第291条2項及び規則第197条と同趣旨の規定を設ける(金沢弁護士会, 大阪市立大学)。
- 906) 最高裁判所事務総局刑事局『諮問第七号(刑事訴訟法改正)に関する法制審議会議事録(二)』(1953年)159~160頁。
- 907) 裁判所31庁, 日本弁護士連合会, その他大多数の弁護士会, 早稲田大学, 一橋大学, 名古屋大学, 神戸大学, 同志社大学, 一部自警。
- 908) 最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(906)161頁。
- 909) 裁判所26庁, 検察庁, 日本弁護士協会, 金沢弁護士会, 新潟弁護士会, 明治大学, 大阪市立大学, 国家地方警察, 大多数の自警, 朝日新聞, 東京新聞, 西日本新聞。改正の方法として, 告知の規定を削除すること, 起訴状送達と同時に書面で告知することが提案された(最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(906)162頁)。
- 910) 主要調査項目は, 最近の犯人検挙成績に対する評価, 一般社会の治安に対する不安の有無, 捜査・裁判における犯罪容疑者に対する人権蹂躪の懸念の有無, 権利保釈の存廃とその保釈条件について, 保釈保証金の運用について, 捜査機関の行う黙秘権の予告についての賛否, 新刑事訴訟法の改正に対する賛否であった。調査方法は, 一般有識者として高等専門学校大学卒業以上の者およびPTAの正副会長の男子で, 判事, 検事, 弁護士等以外の者を調査対象とし, 記入法と面接法を併用した。調査地域は, 東京都23区および大阪市であった(最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(906)177~179頁)。
- 911) 最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(906)174頁。
- 912) 最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(906)176頁。
- 913) 法務大臣官房司法法制調査部・前掲註(893)81頁。刑事法部会委員及び幹事は以下の通

りである。委員は、真野毅（最高裁判所判事）、石田和外（最高裁判所事務次長）、岸盛一（最高裁判所事務総局刑事局長）、吉田常次郎（東京高等裁判所判事）、井上文夫（東京地方裁判所判事）、江里口清雄（東京地方裁判所判事）以上裁判所より6名、佐藤藤佐（最高検察庁検事総長）、岸本義広（最高検察庁次長検事）、岡本梅次郎（最高検察庁検事）、安平政吉（最高検察庁検事）、佐藤博（東京高等検察庁検事長）、馬場義統（東京地方検察庁検事正）以上検察庁より6名、鈴木喜三郎（東京弁護士会弁護士）、山崎佐（第一東京弁護士会弁護士）、三輪寿壮（第二東京弁護士会弁護士）、奥山八郎（第二東京弁護士会弁護士）以上弁護士より4名、植松正（一橋大学教授）、小野清一郎、江家義男（早稲田大学教授）、高柳賢三（成蹊大学学長）、滝川幸辰（京都大学教授）、団藤重光（東京大学教授）、古垣鉄郎（日本放送協会会長）、宮沢俊義（東京大学教授）以上学界及び一般界より8名、斎藤昇（国家地方警察本部長官）、武藤文雄（国家地方警察本部刑事部長）、田中栄一（警視總監）以上警察関係より3名、海野晋吉（第二東京弁護士会弁護士）以上人権擁護関係より1名、鎌田豊吉（東京弁護士会弁護士）、平尾東策（第一東京弁護士会弁護士）以上更生保護関係より2名、佐藤達夫（法制意見長官）、草鹿浅之介（刑政長官）、田中治彦（民事法務長官）、柳川真文（官房長）、野木新一（法制意見第四局長）、岡原昌男（検察局長）、古橋浦四郎（矯正保護局長）、斎藤三郎（中央更生保護委員会事務局長）、戸田正直（人権擁護局長）以上法務府より9名である。幹事は、矢崎正（最高裁判所事務総局刑事局第一課長）、横川敏雄（最高裁判所事務総局刑事局第二課長）、佐藤昌彦（最高裁判所事務総局家庭局付判事）、栗本一夫（東京地方裁判所判事）以上裁判所より4名、平出禾（最高検察庁検事事務取扱検事）、佐藤豁（東京高等検察庁検事）、出射義夫（東京高等検察庁検事）、布施健（東京地方検察庁検事）、菊池健一郎（東京区検察庁上席検事）以上検察庁より5名、古荘信広（東京弁護士会弁護士）、鈴木才蔵（第一東京弁護士会弁護士）、上代琢禪（第二東京弁護士会弁護士）以上弁護士会より3名、桐山隆彦（国家地方警察本部刑事部調査統計課長）、近藤貞（警視庁刑事部総務課長）以上警察関係より2名、平野龍一（東京大学助教授）以上学界より1名、宮下明義（総裁官房人事課長）、横井大三（検務局調査課長）、長島敦（検務局調査課検事）、石川芳雄（検務局調査課検事）、本田清一（矯正保護局総務課長）、鈴木憲三（中央更生保護委員会総務部長）、池田浩三（中央更生保護委員会少年部長）、大坪与一（中央更生保護委員会成人部長）、中村哲夫（検察研究所研究官）、下牧武（法制意見長官総務室主幹）、位野木益雄（法制意見第四局参事官）、武安将光（法制意見第四局参事官）、真田秀夫（法制意見第四局参事官）、八木胖（法制意見第四局法規課長）、西田隆（法制意見第四局法規課検事）以上法務府より15名である（最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(900)3-8頁。

914) 最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(900)32頁。

915) 最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(900)56頁。刑事訴訟法小委員会は、1951（昭和26）年10月2日から1952（昭和27）年1月8日まで13回にわたって開かれ、結論を刑事法部会に報告した。刑事法部会は、この報告をもとに6回にわたって会議を開き、総会に報告した。

916) 最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(900)210頁。なお、第8回刑事訴訟法小委員会において、山崎委員の「本当は告知したくないというのが本心なのではないか」という問

- いに対して、横井幹事は「そうです」と答えている(最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(900)298頁)。
- 917) 最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(900)398頁。
- 918) 最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(900)302頁。
- 919) 最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(900)401頁。
- 920) これに対して、鈴木委員は、不利益か利益かの判断基準が不明確である。「不利益な」という言葉を「事件について」という文言を入れることを提案した(最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(900)401頁)。
- 921) 最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(900)296頁。
- 922) 最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(900)299頁。
- 923) 最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(900)400頁。第6回刑事法部会においても、「現行法の黙秘権を嘘を言ってもいいというような意味に誤解するのを避ける為」とであると説明された(同・前掲註(900)557頁)。
- 924) 最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(900)297~300頁, 399頁。
- 925) 最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(900)299頁。
- 926) 最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(900)400頁。
- 927) 最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(900)297頁。ただし、小野委員長は、「検察官、検察事務官又は司法警察職員は、被疑者の取調に際し、あらかじめ被疑者に対し、不利益な供述を強要されるものではないことを告げなければならないものとする」という代案の内容につき、この程度の後退は国民が支持するだろうと発言した(最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(900)400~401頁)。
- 928) 最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(900)300~302頁。
- 929) 最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(900)551~564頁。
- 930) 法務大臣官房司法法制調査部・前掲註(893)87~88頁、横井(法書時報)・前掲註(899)26頁。政府は、「刑事訴訟法の一部を改正する法律案」を作成し、第13回国会に提出したが、衆議院解散のため審議未了に終わった。1953(昭和28)年2月20日、政府は、再び法制審議会を招集した。当時、第15回国会では、警察法の全面的改正による警察の中央集権化に関する議論が行われていた。しかし、衆議院解散により審議未了に終わった。その後、1953(昭和28)年6月17日、裁判所側の提案に基づき、再度、刑事訴訟法改正に関し、法制審議会刑事法部会が開かれた。
- 931) 西田隆「新刑事訴訟法改正の問題点」法律のひろば5巻1号(1952年)20頁、平野龍一「刑事訴訟法の一部を改正する法律捜査」日本刑法学会編『改正刑事訴訟法 解説と批判』(初版, 1953年, 有斐閣)32頁。
- 932) 西田・前掲註(931)10頁, 20頁、安平政吉「刑罰法の一部改正について 合理観と経験則よりの批判」日本刑法学会編『改正刑事訴訟法 解説と批判』(初版, 1953年, 有斐閣)243頁。
- 933) 西田・前掲註(931)20頁。
- 934) 植松正「刑罰一部改正について」日本刑法学会編『改正刑事訴訟法 解説と批判』(初版, 1953年, 有斐閣)200頁。

- 935) 西田・前掲註(931)10頁。
- 936) 平野・前掲註(931)32頁。
- 937) 植松・前掲註(934)199～200頁。
- 938) 西田・前掲註(931)20頁, 同「刑事訴訟法はどう改正されるのか」法律のひろば 5巻 6号(1952年)10頁。
- 939) 平野・前掲註(931)32頁。
- 940) 植松・前掲註(934)200頁, 小野清一郎「刑事訴訟法の一部を改正する法律概説」日本刑法学会編『改正刑事訴訟法 解説と批判』(初版, 1953年, 有斐閣)9～10頁。
- 941) 櫻田忠美「刑事訴訟法改正に関する意見」法学新報59巻3号(1952年)50～52頁。  
Kohlrauschに賛同し, 弁護人は被告人に犯罪の責任があることを確知しても, 弁護人は被告人に同調して黙秘権の行使を遂行させてもよいとしつつ, 被疑者および被告人の黙秘権の行使と弁護権の限界を定める規定を設けることを提案している。
- 942) 西田・前掲註(931)20頁, 平野・前掲註(931)32頁, 34頁, 団藤重光「刑事訴訟法の一部を改正する法律 批判と解説」法律時報25巻9号(1953年)57頁。
- 943) 平野・前掲註(931)32～33頁, 西田・前掲註(931)20頁。
- 944) 法務大臣官房司法法制調査部・前掲註(890)95頁。
- 945) 三井・前掲註(842)144頁, 横井(日本刑法学会)・前掲註(899)110頁, 法務大臣官房司法法制調査部・前掲註(890)100～101頁, 横井(法曹時報)・前掲註(899)38頁, 下牧武「改正刑事訴訟法の解釈と運用(一)」警察研究24巻11号(1953年)38頁, 安平・前掲註(932)243頁。
- 946) 各条文の下線は, 筆者による。
- 947) 芦部・前掲註(779)234頁, 伊藤正巳『憲法〔第3版〕』(第3版, 弘文堂, 1995年)329頁, 戸波江二『憲法(新版)』(新版5版, ぎょうせい, 2000年)321頁。
- 948) 芦部・前掲註(779)241頁, 伊藤・前掲註(947)345頁, 佐藤幸治『憲法〔第三版〕』(第3版, 青林書院, 1995年)598頁。
- 949) 樋口陽一 = 佐藤幸治 = 中村睦男 = 浦部法穂『註訳日本国憲法上巻』(佐藤幸治)(初版, 青林書院, 1984年)784頁, 樋口陽一 = 佐藤幸治 = 中村睦男 = 浦部法穂『憲法 第21条～第40条』(佐藤幸治)(初版, 青林書院, 1997年)359頁, 佐藤功『日本国憲法概説〔全訂第2版〕』(全訂第2版, 学陽書房, 1982年)181頁, 伊藤正巳 = 尾吹善人 = 樋口陽一 = 戸松秀典『注釈憲法〔第三版〕』(第3版, 有斐閣, 1995年)102頁, 兼子・前掲註(877)659～660頁, 松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』(第3版, 有斐閣, 2007年)534頁, 浦田賢治 = 大須賀明(編)『新・判例コンメンタール日本国憲法 2 国民の権利及び義務(2)・国会』(松元忠士)(三省堂, 1994年)349頁。
- 950) 最大判昭和32年2月20日刑集11巻2号802頁。
- 951) 佐藤・前掲註(948)603頁, 樋口ほか・前掲註(949)785頁, 兼子・前掲註(877)660頁。  
浦部法穂は, 自己の刑事責任に関する不利益な事項として, 「刑事責任の基礎となる事項, 犯罪の構成要件に該当する事項, 違法性・責任に関する事項, 刑の量定にかかわる事項など, 刑事上の評価に不利益な影響を与えるいっさいの事項」を挙げる(浦部法穂『全訂憲法学教室』(第1版, 日本評論社, 2000年)299頁)。奥平康弘によると, 「自分に罪

が帰せられ刑罰を科せられる(または、より重い罪のゆえに、よりきびしい刑罰を科せられる)根拠になり得る事実」という(奥平康弘『憲法 憲法が保障する権利』(初版、有斐閣、1993年)353頁)。

- 952) 杉原泰雄「被告人の権利」芦部信喜(編)『憲法 人權(2)』(初版、有斐閣、1981年)210頁。
- 953) 田宮・前掲註(6)79~80頁、酒巻匡「捜査手続(9)捜査の終結・被疑者の権利」法学教室368号(2011年)72頁。なお、禁止の対象を「供述」の強制に限る実質的理由は意思伝達作用である点にあり、「供述」以外で自己負罪拒否特権がおよぶ行為は「内心の意思や観念を外部に伝達する作用を有するという意味で、「供述」と同視しうるものに限られる」ことになるという(笹倉・前掲註(8)108頁)。
- 954) 田宮・前掲註(6)80頁、初宿正典『憲法2 基本権〔第2版〕』(第2版、成文堂、2001年)372頁、佐藤・前掲註(948)604頁。
- 955) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法(改訂版)』(改訂版、青林書院、1990年)46頁。
- 956) 平野龍一『刑事訴訟法』(初版、有斐閣、1958年)107頁、田宮裕『刑事訴訟法(新版)』(新版、有斐閣、1996年)340頁。
- 957) 石川才顯『刑事訴訟法講義』(第1版、日本評論社、1974年)118頁、団藤重光『新刑事訴訟法綱要』(七訂版、創文社、1974年)256頁。
- 958) 平野・前掲註(956)107頁、東京高決昭和41年6月30日高刑集19巻4号447頁。
- 959) 鈴木・前掲註(955)46頁。光藤景皎は、生理的变化は発問との関係で意味をもつため、ポリグラフ検査は同意が必須の要件であり、黙秘権の真摯な放棄がある場合にのみ許されるとする(光藤景皎『刑事訴訟法』(初版、成文堂、2007年)107頁)。
- 960) 最判平成9年1月30日刑集51巻1号335頁。
- 961) 最判昭和55年10月23日刑集34巻5号300頁。
- 962) 上口裕「自己負罪拒否特権の意義と射程」村井敏邦=川崎英明=白取祐司(編)『刑事司法改革と刑事訴訟法 上巻』(初版、日本評論社、2007年)529頁。
- 963) 兼子・前掲註(877)662頁。
- 964) 上口・前掲註(962)514~515頁、光藤・前掲註(959)104頁。
- 965) 兼子・前掲註(877)662頁、浦部・前掲註(951)300頁。
- 966) 最判昭和29年7月16日刑集8巻7号1152頁。
- 967) 最大判昭和31年7月18日刑集10巻7号1173頁。その他に、古物営業法の定める古物商の記帳義務につき、古物取引の実情を明確にし、その取引の適正を担保するものであり、それ自体何ら刑事上の責任を問われるおそれのある事項についての供述を強要しているわけのものではないと判示した(最判昭和37年5月4日刑集16巻5号510頁)。旧外国人登録令の不法入国者に対する登録申請義務の賦課について、在留外国人の居住・身分関係を明確ならしめる必要があり、当該義務は自己の不法入国の罪を供述するのと同一の結果をきたすものとはいえないとした(最大判昭和31年12月26日刑集10巻12号1769頁)。法人税の申告義務につき、納税義務者にその年度中の所得金額等を申告させることを規定しているにとどまり、何ら自己が刑事上の責任に問われるおそれのある事項について供述を強要しているわけのものではないとした(最判昭和35年8月4日刑集14巻10号



1342頁)。旧道路交通取締法施行令による事故内容の報告義務につき、道路における危険とこれによる被害の増大を防止し、交通の安全をはかる等のため必要かつ合理的なものとは認められ、しかも「事故の内容」とは、その発生した日時、場所、死傷者の数および負傷の程度ならびに物の損壊およびその程度等、交通事故の態様に関する事項を指すものと解すべきであって、刑事責任を問われるおそれのある事故の原因その他の事項までも当該報告義務ある事項中に含まれるものとは解されないとした(最大判昭和37年5月2日刑集16巻5号495頁)。

- 968) 最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁。関税法第111条につき、同条に基づく申告は、関税の公平確実な賦課徴収および税関事務の適正円滑な処理を目的とする手続であって、刑事責任追及を目的とする手続でないことはもとより、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もなく、また、当該申告は本邦入国者すべてに対し品目の如何を問わず義務づけられるものであって、行政目的達成上必要かつ合理的な制度であるとした(最判昭和54年5月10日判時931号130頁)。外国人登録法に基づく申請につき、外国人の居住関係・身分関係を明確にし、もって在留外国人の公正な管理に資することを目的とする手続であって、刑事責任追及を目的とする手続でないことはもとより、そのための資料収集に直接結びつく作用を一般的に有するものでもなく、また、当該申請はすべての入国者に対し一般的に義務づけられているものであり、行政目的達成上必要かつ合理的な制度であると判断された(最判昭和56年11月26日判タ457号88頁)。
- 969) 最判平成16年4月13日刑集58巻4号247頁。
- 970) 田宮・前掲註(956)338頁, 上口裕『刑事訴訟法』(初版, 成文堂, 2009年)167頁。
- 971) 佐伯千円は、「一時的または部分的な行政目的のために、基本的人権たる黙秘権の保障を實質的に無視してよいかどうかという点に存するのであって、ことは技術的な法解釈により片づけられるには余りに重大である」と指摘していた(佐伯・前掲註(1)154頁)。
- 972) 戸波江二は、一連の判例の論理が技巧的にすぎることは否めないとしつつ、「黙秘権といえども、緊急かつ重大な行政目的を達成するためには、例外的に制限を受ける場合があると解さざるをえないという(戸波・前掲註(947)330頁)。
- 973) 長谷部恭男『憲法 第四版』(第4版, 新世社, 2008年)265~266頁, 阿部照哉=池田政章=初宿正典=戸松秀典(編)『憲法(3)基本的人権 [第3版]』(野中俊彦)(第3版, 有斐閣, 1995年)119頁, 兼子・前掲註(877)661頁, 松井・前掲註(949)534頁。団藤・前掲註(957)109頁, 鈴木・前掲註(955)45頁, 石川・前掲註(957)73~74頁, 平野・前掲註(956)106頁, 255頁。
- 974) 寺崎嘉博『刑事訴訟法 [第2版]』(第2版, 成文堂, 2008年)165~166頁。
- 975) 最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(900)296~301頁。
- 976) 最高裁判所事務総局刑事局・前掲註(900)398頁。
- 977) 杉原・前掲註(952)210頁。
- 978) 上口・前掲註(962)515頁, 田宮・前掲註(6)74頁, 田宮・前掲註(956)335頁, 白取祐司『刑事訴訟法 第6版』(第6版, 日本評論社, 2010年)183~184頁, 三井・前掲註(888)271頁, 光藤・前掲註(959)106頁, 久岡・前掲註(6)414頁。また、浦部・前掲註(951)300

頁。

- 979) 後藤昭=白取祐司(編)『新・コメンタール 刑事訴訟法』(多田辰也)(第1版,日本評論社,2010年)537頁。
- 980) 最判昭和25年6月13日刑集4巻6号995頁。これは,参考人が,被疑者と異なり,憲法上の供述拒否権を有しておらず,今後の犯罪捜査においては,特に参考人の十分な協力を必要とする点が考慮されたためであった(野木ほか・前掲註(891)128頁)。
- 981) 石川・前掲註(957)119頁,山名京子「「被疑者」概念について 黙秘権の告知を中心に」井戸田侃(編)『新・生きている刑事訴訟法 佐伯千仍先生卒寿祝賀論文集』(初版,成文堂,1997年)65頁。
- 982) 白取・前掲註(978)339頁。
- 983) 松本時夫=土本武司(編著)『条解 刑事訴訟法』(初版,弘文堂,1984年)310頁。
- 984) 平野・前掲註(6)66頁,76頁。
- 985) 田宮・前掲註(6)89~90頁,鈴木・前掲註(955)45頁。
- 986) 最判昭和32年2月20日刑集11巻2号802頁。松本ほか・前掲註(983)310頁,田宮・前掲註(6)86頁。
- 987) 田宮・前掲註(956)340頁,鈴木・前掲註(955)46頁,石川・前掲註(957)118頁,井戸田侃『刑事訴訟法要説』(初版,有斐閣,1993年)63頁,平場安治『改訂刑事訴訟法講義』(改訂三版,有斐閣,1958年)90頁。緑大輔は,氏名の黙秘が原則として保障されず,例外的に保障されることになると,被告人および被疑者が「例外的」であることを説明しなければならず,結果的に憲法第38条第1項の趣旨に反するという(緑大輔「被疑者・被告人の「黙秘権」 その意味と射程」法学セミナー675号(2011年)115頁)。
- 988) 高田卓爾『刑事訴訟法〔二訂版〕』(二訂版,青林書院新社,1984年)76頁。
- 989) 田宮・前掲註(956)342頁,上口・前掲註(970)169頁,鈴木・前掲註(955)78頁。
- 990) 松本ほか・前掲註(983)109~110頁。
- 991) 福井厚『刑事訴訟法講義〔第4版〕』(第4版,法律文化社,2009年)110頁,三島聡『刑事法への招待』(現代人文社,2004年)52~53頁。黙秘権を行使する,または,否認する被疑者につき,刑事訴訟法第60条第1項の事由がないとして勾留請求を認めなかったものとして,例えば,札幌地決昭和34年5月29日下刑集1巻5号1354頁,高松地決昭和34年8月26日下刑集1巻8号1883頁がある。
- 992) 被疑者取調べが必要とされる理由は, 物的証拠や科学的分析だけでは犯人の特定に至らないことが多いため,犯人と目される人物の供述が必要である, 贈収賄事件のように客観的物的証拠を期待できない場合,被疑者の供述なくして有罪判決に至りえない, 組織的・計画的犯罪につき組織や各人の地位や役割を取調べによって明らかにしなければならない, 供述証拠は,真相解明にとって不可欠であり,被疑者が真犯人であることの蓋然性が高くても,その弁解によって真犯人でないことが判明することがありうる, 取調べは被疑者に反省を促し,これは起訴・不起訴決定や公判において自己の行為に対する反省と将来の更生にとって重要である,という(原田明夫「被疑者の取調べ 検察の立場から」三井誠=中山善房=河上和雄=田邨正義(編)『刑事手続 上』(初版,筑摩書房,1988年)177~181頁)。これにつき,犯罪捜査規範は,取調べは「真実の

発見を目標」とし(第166条)、警察官は「被疑者の利益となるべき事情をも明らかにするように努め」(第167条)、任意性を確保し(第168条)、取調べにあたっては「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」(第169条)と定める。

- 993) 酒巻匡「逮捕・勾留中の被疑者の取調べ受忍義務」刑事訴訟法の争点(新版、有斐閣、1991年)57頁。
- 994) 葛野尋之『刑事手続と刑事拘禁』(第1版、現代人文社、2007年)69～70頁。
- 995) 黙秘する被疑者に対する取調べについては、網川政雄『被疑者の取調べ技術』(立花書房、1977年)127頁。これに対し、黙秘している被疑者に対する取調べの継続自体が、黙秘権行使を困難にしているという指摘もある(緑・前掲註(987)115頁)。
- 996) 水谷規男『疑問解消刑事訴訟法』(第1版、日本評論社、2008年)79頁。
- 997) 石川・前掲註(957)117頁。
- 998) 上口・前掲註(970)114頁、平野・前掲註(956)106頁。
- 999) 上口・前掲註(962)518～519頁。
- 1000) 葛野尋之「被逮捕者と公的弁護」季刊刑事弁護66号(2011年)9頁、光藤・前掲註(959)98頁。被疑者取調べが自白への圧力をはらむ場であることや虚偽自白が生み出される過程については、浜田寿美男『自白の研究〔新版〕』(初版、北大路書房、2005年)。
- 1001) 水谷・前掲註(996)82～83、87頁、淵野貴生「刑事司法改革の理念と捜査の構造」法律時報83巻2号(2011年)43頁、浜田・前掲註(1000)271頁。
- 1002) 後藤昭「公判前整理手続をめぐる二つの検討課題」自由と正義57巻9号(2006年)97～99頁、福井・前掲註(991)270～271頁、白取・前掲註(978)263頁。なお、酒巻匡は、予定主張の明示の「時機を公判前段階に早期化するにとどまり」、「供述」をするかどうかは被告人の意思に委ねられているから、憲法38条1項に反するものではない(酒巻・前掲註(953)73頁)。
- 1003) 最判昭和25年11月21日刑集4巻11号2359頁。
- 1004) 最判昭和28年4月2日刑集7巻4号745頁、最判昭和24年2月9日刑集3巻2号146頁。
- 1005) 鈴木・前掲註(955)46頁。田宮裕は、黙秘権の告知を欠いても憲法違反にはならず、法が告知を要求していない場合は、告知義務はないとするが、告知を欠いたために供述義務があると誤認した場合は告知も黙秘権の内容になることがあるという。告知を欠いて獲得した供述につき、任意性は問題にならないが、証拠排除されるという(田宮・前掲註(6)78～79頁)。
- 1006) 平野・前掲註(956)255頁。
- 1007) 札幌高判平成14年3月19日判時1803号147頁。
- 1008) 緑・前掲註(987)115頁。
- 1009) 岡田悦典「黙秘権の行使と状況証拠(札幌高判平14・3・19判タ1095号287頁)」法学セミナー578号(2003年)112頁、なお、本判決の評釈のうち、黙秘権との関係について詳細に検討したものととして、石田倫識・九大法学88号(2004年)139頁以下がある。
- 1010) 上口・前掲註(970)242頁。
- 1011) 葛野・前掲註(994)40頁。なお、このようなわが国の実務は、国際人権の視点からみて

- も誤りであるといえよう(村岡啓一「国際人権法の利用の仕方」季刊刑事弁護24号(2000年)69頁)。
- 1012) 鈴木・前掲註(955)46頁,東京高判昭和28年12月14日判決特報39号221頁,佐伯千仞「量刑理由としての自白と否認」団藤重光=平場安治=鴨良弼(編)『木村博士還暦祝賀刑事法学の基本問題(下)』(初版,有斐閣,1958年)987頁,久岡康成「量刑」ジュリスト500号(1972年)454頁。石川才顯は、「法律上,権利として保障しながら,その行使を被告人の不利益に転嫁することは自家撞着と評すべき」であるとする(石川・前掲註(957)75頁)。三井誠は,否認の態度を量刑上考慮することは禁じられないが,黙秘を不利に扱うことは許されないという(三井・前掲註(843)80頁)。高田卓爾は,「積極的に否認した場合は格別,単に黙秘したことを不利益に扱うのは許されない」という(高田・前掲註(988)76頁)。
- 1013) 平場安治「黙秘と量刑」法律時報38巻7号(1966年)80頁以下,平野・前掲註(956)229~230頁,桂正昭=武田昌造『黙秘権と証言拒絶権 総合判例研究叢書 刑事訴訟法(9)』(有斐閣,1961年)70~71頁,松尾浩也『刑事訴訟法(下)』[新版]』(新版,弘文堂,1993年)134~135頁,田宮・前掲註(6)85頁,上口・前掲註(970)169頁,松本ほか・前掲註(983)569頁。
- 1014) 「旧態依然たる自白偏重の傾向は,なお完全に払拭されるに至って」おらず,「人権保障のために,刑罰権の発動に,実体面とともに手続面においても厳格な制約を加えようとする憲法の立場は,実際には,必ずしも十分に実現されているとはいいいがたいのが実情である」と指摘されている(浦部・前掲註(951)270頁)。
- 1015) 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書 21世紀の日本を支える司法制度(平成13年6月12日)」ジュリスト1208号(2001年)208頁。
- 1016) 光藤・前掲註(959)98頁。
- 1017) 守屋克彦=浜田寿美男=村井敏邦=大出良知「座談会「自白の研究」を読む 自白研究の到達点と虚偽自白排除の可能性」浜田寿美男『自白の研究(新版)』(初版,北大路書房,2005年)716頁。
- 1018) たとえば,志布志事件(鹿児島地判平成19年2月23日判タ1313号285頁),氷見事件(富山地高岡支判平成19年10月10日 LEX/DB 文献番号28135488),足利事件(宇都宮地判平成22年3月26日判時2084号157頁)等がある。
- 1019) 水谷・前掲註(996)82頁。
- 1020) 光藤・前掲註(959)98頁。
- 1021) 佐伯・前掲註(1)148頁,団藤重光「新憲法と人身の自由」同『刑法の近代的展開』(初版,弘文堂書房,1948年)133頁,水谷・前掲註(996)87頁,浅田和茂『科学捜査と刑事鑑定』(初版,有斐閣,1994年)3頁。
- 1022) 浅田・前掲註(1021)113~116頁。
- 1023) 水谷・前掲註(996)86~87頁。
- 1024) 佐伯・前掲註(1)149頁。
- 1025) 平野・前掲註(956)255頁,井戸田・前掲註(987)64頁,平場・前掲註(987)90頁。佐伯千仞は,「黙秘権は,黙秘し,沈黙し,答弁しないことの自由であって,積極的に虚偽を

- 述べてまで当然の刑事責任を免れる権利ではない」という。ただし、刑法は、被疑者および被告人が自身の犯罪行為の責任を逃れるために虚偽を述べても不処罰である。なぜなら、この被疑者および被告人の態度は「違法だけれども、そのように切羽詰まった境地に追い込まれた者にたいしては、それ以外の行為を期待することが不可能である(すなわち責任の欠缺)」からであるという(佐伯・前掲註(1)152頁)。
- 1026) 酒巻・前掲註(953)74頁。
- 1027) 上口・前掲註(970)165頁。
- 1028) 瀧野貴生「ワークシヨップ 7. 黙秘権」刑法雑誌47巻3号(2008年)166頁。なお、中島洋樹も、「刑事追迫を目的とする処分において被疑者・被告人の供述をめぐる国家対個人の関係の問題、特に身体拘束されている被疑者の取調べ受忍義務の問題について議論する場合には、刑事訴訟法上の黙秘権ひいては憲法38条1項の自己負罪拒否特権の意義、そしてその正当化根拠が明確にされなければならない。また個別的な問題を検討する前に、黙秘権が保障される刑事手続の基本理念が理論的に明らかにされる必要がある」と述べている(中島・前掲註(13)58頁)。
- 1029) 平野・前掲註(6)50～51頁。松本忠士は、この点に「人間としての最小限の自衛本能の国家による尊重という原理が含まれている」とする(浦田ほか(松元忠士)・前掲註(949)350頁)。
- 1030) 大阪高判昭和40年8月26日判時434号22頁。
- 1031) 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」『刑事訴訟法の基本理念』(九州大学出版会、1985年)86頁。
- 1032) 井戸田・前掲註(6)71頁。
- 1033) 中島洋樹「被疑者・被告人の供述主体性(二・完) イギリスにおける黙秘権保障の歴史的展開を手掛かりに」大阪市立大学法学雑誌51巻2号(2004年)194頁。
- 1034) 平野・前掲註(6)39～40頁。国家が個人の内心に干渉することはおよそ許されないとする近代法原理を前提とする限り、不利益な事実に関する供述義務を課すことの禁止という黙秘権の内容は、近代法の大原則である「人間の尊厳」原理によって、もっともよく説明されうるといふ(石田・前掲註(8)112～113頁)。高田昭正も、「黙秘権は、近代法の基本原則から由来する個人の基本的権利である」と指摘している(高田昭正『被疑者の自己決定と弁護』(第1版、現代人文社、2003年)91～92頁)。石川才顯は、黙秘権の「社会的基盤は、近代市民社会の個人の尊厳の理念に求められる」といふ(石川・前掲註(957)74頁)。なお、渥美東洋によると、「黙秘権、伝統的には自己負罪拒否特権は、弾劾主義の帰結である。告発者が告発・攻撃し、被告発者が防御するという基本的関係が手続の最初から終わりまで維持されなければならないというのが弾劾(告発)主義の要請である」といふ(渥美東洋『刑事訴訟法〔新版〕』(新版、有斐閣、1990年)24頁)。
- 1035) 田宮・前掲註(956)334～335頁。
- 1036) 酒巻・前掲註(953)71頁。
- 1037) 高田・前掲註(1034)91～92頁、村井敏邦『現代刑事訴訟法』(三省堂、1990年)(高田昭正)121頁。
- 1038) 中島・前掲註(13)57頁。田口守一も、「黙秘権は人間の尊厳に由来」し、「被疑者は、

拷問によって供述を強要されないというにとどまらず、供述するかしないかの自由な自己決定権を有するという(田口守一『刑事訴訟法[第5版]』(第5版,弘文堂,2009年)127頁)。村岡啓一は、黙秘権の正当化根拠を「人間の尊厳」に求め、これは憲法第13条の「個人の尊厳」と重なり、同条から導き出されるプライバシーの権利が自己情報のコントロール権として定義しなおされ、被告人および被疑者の自律性の承認を前提に自己決定権という性格を有すると説明する(村岡啓一「黙秘権を勤めることは「不適切」弁護か?」季刊刑事弁護38号(2004年)22頁)。

- 1039) 鴨・前掲註(1031)84～86頁。
- 1040) 鴨・前掲註(1031)84～85頁。
- 1041) 佐伯・前掲註(1)149～152頁。
- 1042) 田宮・前掲註(956)334～335頁。
- 1043) 平野・前掲註(6)50～51頁。
- 1044) 緑・前掲註(987)113～114頁。
- 1045) 憲法の立場からも、刑事責任の追及のために、「勢い、被疑者に対して強制力を行使してでも自白を得ようとする危険が大きい」ため、Nemo tenetur 原則によって、自己の刑事上の責任を問われるおそれのある事実や量刑にかかわる不利益な事実等を供述するよう強要されないことを保障しなければならない点が指摘されている(奥平・前掲註(951)352～353頁)。
- 1046) 水谷規男「私の「黙秘権」の教え方」季刊刑事弁護38号(2004年)52～53頁。なお、わが国において拷問廃止論議以来、自己負罪供述を求めることは人情や情に反すると指摘されてきたが、団藤重光によると、戦後、自然法や人情に反する点に存在根拠を求める見解は「余り言われない」という(団藤重光「セルフ・インクリミネーションについて」裁判官特別研究叢書23号(司法研修所,1951年)24頁)。
- 1047) 酒巻・前掲註(953)71頁。
- 1048) 三島・前掲註(991)44頁。なお、これは、既にイギリスにおける自己負罪拒否特権の歴史的展開において、被告人に対する真実供述宣誓は、自己負罪供述に基づく当該犯罪による処罰、当該犯罪による処罰を逃れるゆえの偽証罪、宣誓も証言も拒否して法廷侮辱罪に問われるという残酷なトリレンマであると指摘されている。
- 1049) 初宿・前掲註(954)372頁。
- 1050) 三島・前掲註(991)42～43頁。
- 1051) 初宿・前掲註(954)372頁。
- 1052) 葛野・前掲註(994)2～3頁。
- 1053) 多田辰也は、和歌山地判平成14年12月11日につき、「訴追機関と被訴追者の力のアンバランス」という観点からアプローチしていることは不満であり、「無罪の推定」を基礎に据えるべきであると指摘している(多田辰也「黙秘権行使と不利益推認」板倉宏博士古稀祝賀論文集編集委員会『現代社会型犯罪の諸問題』(勤草書房,2004年)432頁)。なお、渥美東洋は、「無罪推定の原則は、弾劾主義の表現である自己負罪拒否特権の要求そのものである」と述べている(渥美・前掲註(1034)168,211頁)。
- 1054) 三島・前掲註(991)42～43頁。

刑事手続における Nemo tenetur 原則 ( 3 ) ( 松倉 )

- 1055) 石川・前掲註(957)74頁。当事者主義と Nemo tenetur 原則との関連性は、戦後、活発に論じられてきたが、Nemo tenetur 原則を当事者主義の直接の内容とせず、当事者主義と結びついた被告人および被疑者の法的地位より説明されてきた(久岡康成「当事者主義と弾劾主義の交錯」立命館法学300・301号(2005年)434~435頁)。
- 1056) 和歌山地判平成14年12月11日判タ1122号464頁。
- 1057) 鴨良弼も、有罪の証明責任が訴追者側にあるという思想が、黙秘権を認めるための基本的思想であることを指摘している(鴨・前掲註(1031)86頁)。
- 1058) 石田・前掲註(8)192~193頁。
- 1059) 井戸田・前掲註(6)72頁。
- 1060) 緑・前掲註(987)113~114頁。
- 1061) 上口・前掲註(970)165~166頁。
- 1062) 松尾浩也『刑事訴訟法(上)新版』(新版,弘文堂,1999年)118~119頁。
- 1063) 高田・前掲註(1034)95頁。
- 1064) 水谷・前掲註(1046)52~53頁。
- 1065) 佐伯・前掲註(1)152頁,青柳文雄「黙秘権の本質」警察学論集19号(1950年)39~40頁。
- 1066) 三島・前掲註(991)41頁。
- 1067) 葛野・前掲註(1000)9頁。
- 1068) 石田倫識「被告人の主張明示義務に関する批判的考察 被告人の黙秘権に関する一試論」九大法学91号(2005年)20頁。特に被疑者取調べへの弁護人の立会いは、Nemo tenetur 原則の実質化・実効的保障に通じる(村井・前掲註(1037)116頁)。なお、身体拘束下の取調べにおける黙秘権の意義と、それを確保する弁護権の保障につき、葛野尋之「被疑者取調べにおける黙秘権と弁護権」浅田和茂=石塚伸一=葛野尋之=後藤昭=福島至(編)『村井先生古稀記念論文集 人権の刑事法学』(日本評論社,2011年)が詳しい。
- 1069) 高田・前掲註(1034)93~95頁。
- 1070) 鴨・前掲註(1031)84~85頁,笹倉・前掲註(8)107~108頁。
- 1071) 伊藤・前掲註(947)329頁。
- 1072) 上口・前掲註(962)517~518頁。
- 1073) 石田・前掲註(1068)18~21頁,上口・前掲註(970)165~166頁。憲法第38条第1項の立法趣旨も、「人間性に対する配慮」と「自白偏重による人権無視を防止しようとする考慮」(佐藤・前掲註(948)603頁)や「人の口からその当人の刑事責任を招くおそれのある事実を言わせるのは人間性にも反し、またそういう義務を認めると、えてして自白を偏重し、人権を無視した捜査や刑事裁判が行われがち」であることが指摘されている(伊藤ほか・前掲註(949)102頁)。ただし、鴨良弼は、三分類である。なお、英米の刑事手続における自己負罪拒否特権が、黙秘権として確立して以来、黙秘権は、常に議論の対象であり批判にさらされてきた。それゆえ刑事手続において黙秘権を保障する理論的根拠を求めて多様な見解が主張されてきており、現在でもなお議論は続いている。黙秘権の根拠は、制度に求める類型と個人に求める類型という2つの類型に分類される。この2

つの類型は、密接に関連しており、一般的に相互排除する関係ではないが、その視点の相違は重要な問題であるという(中島・前掲註(13)59～63頁)。アメリカ法でも、自己負罪拒否特権の多様な根拠を、望ましい刑事手続の実現を目的とする「制度的根拠」と、プライバシー・人間の尊厳などの即時的な価値である「人格的根拠」に二分されている(上口・前掲註(962)516頁)。

1074) 石田・前掲註(8)193頁。

1075) 中島・前掲註(13)62～63頁。

1076) 笹倉・前掲註(8)107～108頁, 石田・前掲註(8)111頁, 小川・前掲註(7)122頁, 上口・前掲註(962)516頁。

1077) 緑大輔は、大阪高判昭和40年8月26日判時434号22頁につき、「その内実は根拠としては明確とはいいいにくい」と指摘している(緑・前掲註(987)113頁)。笹倉宏紀も、「いかなる意味で個人の人格が問題とされているのかは、やはり明らかではない」と指摘する(笹倉・前掲註(8)107～108頁)。

1078) 笹倉・前掲註(8)104頁。

\* 本稿は、平成21年度(独)日本学術振興会特別研究員 DC2, 研究課題名「自己負罪禁止の研究 ドイツ法の Nemo tenetur 原理を手がかりに」による研究成果の一部である。