

博士論文

英米刑事手続における自己負罪拒否特権  
—「黙秘からの不利益推認」に関する議論からの示唆—

同志社大学大学院法学研究科博士課程  
後期課程  
公法学専攻 2016年度 1301番

氏名 梶 悠 輝

はじめに .....	1
<b>第1章 英米刑事手続における自己負罪拒否特権の確立過程</b> .....	5
<b>第1節 イギリスにおける自己負罪拒否特権の確立過程</b> .....	7
1 刑事弁護人の利用の禁止 .....	7
2 弁護側証人の利用に対する制限 .....	8
3 未発達な証明水準および挙証責任の概念 .....	8
4 防御のための準備に対する障害 .....	9
5 公判前手続における「被告人が話さなければならない」理論 .....	9
6 量刑手続としての公判 .....	10
<b>第2節 アメリカにおける自己負罪拒否特権の確立過程</b> .....	11
1 連邦憲法成立時期までの自己負罪拒否特権の沿革 .....	11
2 革新的見解における連邦憲法修正5条の自己負罪条項の意義 .....	14
<b>第3節 「訴追側の主張を吟味する」公判と黙秘権の成立</b> .....	15
1 イギリスにおける現代的な黙秘権の成立 .....	15
2 アメリカにおける現代的な黙秘権の成立 .....	17
<b>第2章 イギリスにおける「黙秘からの不利益推認」を巡る議論</b> .....	20
<b>第1節 20世紀後半における不利益推認条項の導入の是非を巡る議論</b> .....	20
1 『第11報告書』以前の判例法 .....	21
2 刑事法改訂委員会の『第11報告書』 .....	27
3 『刑事手続に関する王立委員会報告書』 .....	29
4 『内務省ワーキンググループ報告書』 .....	31
5 『刑事司法に関する王立委員会報告書』 .....	33
<b>第2節 1994年刑事司法および公共秩序法における「不利益推認条項」の概観</b> .....	36
1 「交換的廃止」論 .....	36
2 「不利益推認条項」の構造 .....	37
<b>第3節 「不利益推認条項」と公正な裁判を受ける権利の関係</b> .....	45
1 1996年マーレー・ケース欧州人権裁判所判決 .....	46
2 1996年マーレー・ケース欧州人権裁判所判決の射程 .....	46
<b>第4節 「不利益推認条項」における不利益推認の性質</b> .....	47
1 「不利益推認条項」34条における不利益推認の性質 .....	47
2 「不利益推認条項」36条および37条における不利益推認の性質 .....	60
3 「不利益推認条項」35条における不利益推認の性質 .....	65
<b>第3章 アメリカにおける「黙秘からの不利益推認」を巡る議論</b> .....	72
<b>第1節 「不利益推認禁止」原則と「弾劾例外」</b> .....	72

1	黙秘の実質証拠としての利用に関する連邦最高裁判決	72
2	黙秘の弾劾証拠としての利用に関する連邦最高裁判決	76
3	「黙秘からの不利益推認」に関する連邦最高裁判決の動向の全体像	82
<b>第2節 2013年サリナス・ケース連邦最高裁判決</b>		84
1	2013年サリナス・ケース連邦最高裁判決の背景事情	85
2	2013年サリナス・ケース連邦最高裁判決以前の非身柄拘束下での黙秘の実質証拠としての利用に関する学説の概観	86
3	2013年サリナス・ケース連邦最高裁判決の概要	88
4	2013年サリナス・ケース連邦最高裁判決の評価	90
<b>第4章 若干の検討</b>		95
<b>第1節 イギリスにおける「黙秘からの不利益推認」に関する検討</b>		95
1	イギリスにおける従前の「不利益推認禁止」原則	95
2	イギリスにおける「不利益推認禁止原則」の動揺	96
3	イギリスにおける根本原理としての「不利益推認禁止原則」	99
<b>第2節 アメリカにおける「黙秘からの不利益推認」に関する検討</b>		101
1	アメリカにおける従前の「不利益推認禁止」原則	101
2	アメリカにおける「不利益推認禁止原則」の動揺	103
3	アメリカにおける根本原理としての「不利益推認禁止」原則	108
むすびにかえて 日本法への示唆		109
<b>第1節 英米における黙秘権制限に向けた動きからの示唆</b>		109
<b>第2節 英米における根本原理としての「不利益推認禁止」原則からの示唆</b>		111

## はじめに

日本国憲法 38 条 1 項は、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」と規定し、いわゆる自己負罪拒否特権を保障している。また、現に刑事手続の対象となっている者の自己負罪拒否特権をより実効性のあるものにするため、刑事訴訟法 311 条は、被告人に対して包括的な黙秘権を、同法 198 条 2 項は、被疑者に対して、自己の意思に反した供述を拒否できるとする供述拒否権を認めている（以下では、とくに断りのない限り、両者をまとめて黙秘権とする）。そのため、訴追対象者は、捜査から公判に至るまで、一貫して沈黙することが許される。

日本では、これまで、学説上、自己負罪拒否特権の保障内容に、被疑者・被告人の黙秘権が含まれるのかを巡り、これを肯定する見解<sup>1</sup>と否定する見解<sup>2</sup>が対立してきた。両者の対立の根本は、前者が、自己負罪拒否特権により強要から保護されるのは、「不利益」な供述に限られると説くのに対し、後者が、現に刑事手続の対象となっている被疑者・被告人は、有利・不利を問わず、あらゆる供述の強要から保護されるべきであると説く点にある。後者によれば、有利・不利にかかわらず、あらゆる事項に対する黙秘自体が憲法で保護されることになるため、両説の相違は、被疑者・被告人の黙秘自体を憲法が保護しているかどうかにあるともいえる。したがって、黙秘に与えられる保護態様の法的根拠が、憲法上の自己負罪拒否特権から導かれるのか、法律上の黙秘権から導かれるのが問題となる。

こうした問題が顕在化するのが、「黙秘からの不利益推認」に関する議論である。訴追対象者が、実際にその黙秘権を行使した場合、当該権利行使の事実は同人に対して不利益に扱われてはならないと一般に考えられている（以下、「不利益推認禁止」原則）<sup>3</sup>。もともと、なぜ、そのような帰結が導かれるのかについては見解の一致を見ていない。もちろん、その根拠を前記の憲法上の自己負罪拒否特権、または法律上の黙秘権そのものに求める見解も示されているが、他方で、「不利益推認禁止」原則は、自己負罪拒否特権や黙秘権そのものから導かれるものではなく、その根拠をその他の刑事手続上の原則に求める見解や、それらの権利や原則の趣旨から導き出される政策的な配慮に求める見解<sup>4</sup>も存在する。そのため、捜査段階からの一貫した被告人の黙秘の態度を一個の情況証拠として、そ

---

<sup>1</sup> 浦部法典『憲法学教室』（平文社、第 3 版、2016）327 頁、光藤景皎『刑事訴訟法』（成文堂、第 1 巻、2007）106 頁、平場安治著者代表『注解刑事訴訟法』（青林書院、中間、1982）〔高田卓爾〕54 頁、松尾浩也『刑事訴訟法』（成文堂、上巻、新版、1999）119 頁、芦部信喜編『憲法Ⅲ』（有斐閣、1981）〔杉原泰雄〕210 頁、田宮裕「被告人・被疑者の黙秘権」団藤重光編集代表『刑事訴訟法講座』（有斐閣、第 1 巻、1963）74 頁。また、

<sup>2</sup> 河上和雄他編『大コンメンタール刑事訴訟法』（青林書院、第 2 版、2012）〔河村博〕179 頁、横川敏雄『刑事裁判の実際』（朝倉書店、増訂版、1953）39 頁。

<sup>3</sup> 河上・前掲注（2） 377-378 頁〔高橋省吾〕。

<sup>4</sup> 不利益推認の禁止の根拠を政策的な考慮に求めるものとして、金山薫「黙秘権の行使及び虚偽供述と心証形成に関する試論」西原春夫『刑事法の理論と実践』（第一法規出版、2002）747 頁以下をあげることができる。

の殺意の認定に用いられれば、被告人に黙秘権、供述拒否権が与えられている趣旨を実質的に没却することになるという裁判所の判断<sup>5</sup>についても、学説上、その理由づけを巡っては、やはり見解の一致を見ないのである<sup>6</sup>。

このように、「不利益推認禁止」原則は、必ずしも自己負罪拒否特権そのものの問題として把握されてこなかった。というのも、黙秘が後に不利に扱われるかもしれないという脅威が促す供述は、弁解などの自己に有利な事項に関するものであるため、憲法 38 条 1 項にいうところの「不利益」な供述が強要されるには至らないと考えられてきたからである<sup>7</sup>。もちろん、氏名のような人定事項には原則として自己負罪拒否特権は及ばないとした判例<sup>8</sup>によれば、訴追対象者の返答が要求されるあらゆる事柄が「不利益」な供述にあたるとはいえない。しかし、仮にそこで促される供述が、厳密な意味で、犯人性の有無や犯罪事実の存否・内容に関して当該訴追対象者の有罪を根拠づける性質のものでないときに、同項にいう「不利益」に該当しないとすれば、日本国憲法 38 条 1 項は、「自白や有罪の自認を強要することは許されない」というあまりにも当然の内容を確認した規定にすぎないということになる。はたして、そのような解釈は妥当なのか。この疑問を解決するためには、「不利益推認により促される供述の内容は『不利益』に該当しない」との従来の理解を再考することが必要となろう。

こうした問題意識に照らして、まず注目に値するのが、イギリス（イングランドおよびウ

<sup>5</sup> 札幌高判平成 14 年 3 月 19 日判時 1803 号 147 頁。

<sup>6</sup> 本判決の不利益推認に関する判断に好意的な反応を示すものとして、門野博「裁判員裁判への架け橋として（3）」判例タイムズ 1296 号（2009）49 頁、岩瀬徹「判批」別冊ジュリスト 174 号（2005）142 頁以下、石田倫識「判批」九大法学（九州大学）88 号（2004）139 頁以下、安井哲章「判批」法学新報（中央大学）111 巻 1・2 号（2004）437 頁以下、岡田悦典「判批」法学セミナー 48 巻 2 号（2003）112 頁、小早川義則「判批」ジュリスト臨時増刊 1246 号（2003）184 頁以下、白取祐司「判批」判例評論 538 号（2003）210 頁以下、原田國男「判批」別冊ジュリスト 203 号（2001）136 頁以下。門野博「黙秘権の行使」同著『白熱・刑事事実認定』（青林書院、2017）95 頁以下も参照。このうち、小早川評釈は、アメリカでは、連邦憲法第 5 修正の自己負罪拒否特権を根拠とする不利益推認の禁止が確立していることを指摘し、不利益推認の禁止が憲法上の自己負罪拒否特権から導かれるものであることを示唆している。また、石田評釈は、刑事裁判が検察官の主張や立証の有意性を検証する場であるとの理解に、その根拠を求めている。緑大輔『刑事訴訟法入門』（日本評論社、2012）158・159 頁は、不利益推認禁止の根拠を「疑わしきは被告人の利益に」の原則に求め、黙秘権行使による不利益推認は、まさに被告人に事実上供述義務を課すものであると説く。その一方で、梅林啓「判批」研修 657 号（2003）27 頁以下は、「被告人の殺意の存在という心証が他の情況証拠によって形成されている場合に、被告人の黙秘・供述拒否の具体的な態度・対応が与える心証形成の効果として、すでに形成された心証を維持し、一層強めるものとしてこれを用」いることは不当ではなく、「他の証拠によって推認された事実が、被告人の供述態度によって維持、あるいは強められたりすることは心証形成の過程としてむしろ自然なことであり、逆に被告人の供述態度を一切捨象することの方が困難なのではなかろうか」と指摘する。

<sup>7</sup> 川出敏裕「被告人の黙秘と推認」井上正仁他『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、2013）152 頁以下によれば、被告人にとって不利益な事実を推認させる前提事実や情況がすでに存在し、かつその推認を破る合理的な説明が求められる場面に限り、そこでの黙秘からの不利益推認を回避するために被告人に求められるのは、「いわば自己に有利な事項について供述すること」であるため、憲法 38 条 1 項に反するものではなく、包括的黙秘権との関係でのみ問題が生じるとされる。

<sup>8</sup> 最大判昭和 32 年 2 月 20 日刑集 11 巻 2 号 802 頁。なお、本判決は、「不利益」な供述を、「刑事上の責任を問われるおそれのある事項」についての供述であると定義づけている。

ュールズ)における「黙秘からの不利益推認」に関する議論である。後に詳述するように、イギリスでは、刑事法改訂委員会 (Criminal Law Revision Committee) が、1972年に公表した『第11報告書』の中で、不利益推認を禁止してきた従前の判例法を「非常識」であると批判したのを契機に、不利益推認を許容する法改正の是非を巡る議論が活発となった。そして、22年後には、1994年刑事司法および公共秩序法 (Criminal Justice and Public Order Act 1994) において、事実認定者が、被疑者や被告人の黙秘から不利益な推認を導くことを許容する条項 (以下、「不利益推認条項」) が導入されるに至った。こうした動向を経て、イギリスでは、それ以前の自己負罪拒否特権や黙秘権にいかなる変容が迫られたのであろうか。日本と同じ当事者主義・弾劾主義的刑事手続を採用し、自己負罪拒否特権のいわば母国でもあるイギリスの動向は、日本国憲法38条1項のいう「不利益」の内実を明らかにするうえで、見逃すことができないものであるように思われる。なぜなら、イギリスにおける法改正の前後を比較し、自己負罪拒否特権の保障態様に変化がみられた部分とそうでなかった部分を峻別することは、黙秘からの不利益推認を明示的に許容した制定法によってさえ揺るがすことのできない、つまり利益衡量によっては変更を加えることの許されない自己負罪拒否特権の根本原理を浮き彫りにしうるからである。

また、アメリカ合衆国における「黙秘からの不利益推認」に関する議論にも注目する必要がある。後に詳述するように、アメリカでは、黙秘権告知 (いわゆるミランダ告知) がなされた後の身柄拘束下で被疑者が黙秘した場合や、公判で被告人が黙秘した場合に、それらの黙秘を被告人の有罪を積極的に指し示す実質証拠として利用することは、憲法上の要請から、現在でも厳格に禁止されている。アメリカは、日本と同じ当事者主義・弾劾主義的刑事手続を採用し、日本国憲法38条1項の母法である連邦憲法修正5条<sup>9)</sup>の自己負罪の強要を禁止する条項 (以下、自己負罪条項) を擁している。そのアメリカにおいて、こうした黙秘に対する態度が、現在もなお堅持されているという点は、「不利益推認禁止」原則の普遍的な性質の裏づけともなりうると考えられ、見逃すことはできない。そして、そのような裏づけは、「不利益推認により促される供述の内容は『不利益』に該当しない」ため、「不利益推認禁止」原則は憲法上の要請ではないとの理解の再考を迫るものである。したがって、アメリカにおける「黙秘からの不利益推認」を巡る議論を素材に検討を加えることで、日本国憲法38条1項にいう「不利益」な供述の内実にも迫るうえでの有益な示唆を得ることができるものと思われる。

その一方で、アメリカでは、2013年に下されたサリナス・ケース連邦最高裁判決<sup>10)</sup>の相対的多数意見、および結論同意意見において、非身柄拘束下での取調べにおける被疑者の黙秘を、同人の有罪を示す実質証拠として利用することが許容された。これまで厳格に禁止されてきた実質証拠としての黙秘の利用が部分的に解禁されたのである。これを契機に、アメリカでは、「黙秘からの不利益推認」を巡り新たな議論が生じている。本判決において、被

---

<sup>9)</sup> U.S. Const. amend. V.

<sup>10)</sup> Salinas v. Texas, 133 S.Ct. 2174 (2013).

疑者の黙秘を実質証拠として利用することが許される理由として、その黙秘が非身柄拘束下でなされていた点があげられた理論的な根拠は何なのか。そして、本判決は、従前の「不利益推認禁止」原則や、その基礎にある自己負罪拒否特権といかなる関係に立つのであろうか。後に見るように、同判決は、非身柄拘束下の被疑者の黙秘権をはく奪したものと評されている。そのため、同判決の登場に至るまでの背景事情や、その判示内容を巡る議論を素材に検討を加えることは、強要から保護されるべき「不利益」な供述の内実を迫るうえで、避けて通ることはできない課題であろう。

そこで、本稿では、まず第1章において、自己負罪拒否特権の形成過程を巡り戦わされてきた議論に基づき、英米両国において、その特権が実効性を獲得するに至った経緯を跡づける。次に、第2章では、イギリスにおける「黙秘からの不利益推認」を巡る議論を概観する。そして、第3章では、アメリカにおける「黙秘からの不利益推認」を巡る議論を概観する。これらを踏まえ、第4章では、英米両国で生じた黙秘権制限に向けた動きが、従来の「不利益推認禁止原則」や自己負罪拒否特権に対していかなる変容を迫ったのかを検討し、日本国憲法38条1項にいう「不利益」の内実を探るうえでの有益な示唆を得たい<sup>11</sup>。

---

<sup>11</sup> なお、陪審裁判を原則とする英米では、事実認定は陪審に委ねられ、判決理由も要求されないため、「黙秘からの不利益推認」は、裁判官や訴追側が、公判において、被告人に不利な証拠として黙秘に言及することが許されるかどうかという形で問題となる。

## 第1章 英米刑事手続における自己負罪拒否特権の確立過程

英米において、自己負罪拒否特権は、伝統的には、17世紀に、反逆や異端に関する事件を管轄する高等宗務官裁判所や星室裁判所が廃止されたのを契機に成立したと説明されてきた（伝統的見解）<sup>1</sup>。この見解によれば、自己負罪拒否特権の成立過程は次のように説明される。高等宗務官裁判所や星室裁判所では、真実を述べることを宣誓したうえで質問に答えるよう被告人に強制する、「職権宣誓（*ex officio oath*）」と呼ばれる手続、およびそれに類似した手続が採用されていた。それらの手続では、宣誓に応じずに黙秘した被告人は、自白したものとみなされ、有罪を言い渡されるか、法廷侮辱罪により処罰された<sup>2</sup>。そして、イギリス国教会が、宣誓を通じて供述を強制するこれらの制度を、国教会への信仰の徹底と異教徒の弾圧に活用するようになると、異教徒らは、宣誓から逃れるための対抗策を模索した<sup>3</sup>。そのような対抗策の一環として、ピューリタンらは、ローマ＝カノン法に由来するラテン語の法格言である「何人も自己を告発する必要はない（*Nemo tenetur prodere seipsum*）」との原則を援用し、宣誓の手続に従わないことが処罰されるべきではないと訴えるようになった<sup>4</sup>。最終的には、1641年のピューリタン革命に伴い、政治的・軍事的な体制が変更され、「職権宣誓」手続が一掃されたのを受け<sup>5</sup>、自己負罪拒否特権の概念は、コモン・ロー裁判所の刑事裁判において最大限に普及したのである<sup>6</sup>。その後、この自己負罪拒否特権の概念は、アメリカに伝播し、連邦憲法修正5条の自己負罪条項の中に盛り込まれるに至った<sup>7</sup>。

ところが、こうした伝統的見解への疑問から、現代の自己負罪拒否特権は、刑事弁護人の役割が確立し、刑事手続の諸原則が発展した19世紀ごろの時代に由来するとの理解に改め

---

<sup>1</sup> 伝統的見解を説く代表的なものとして、Leonard Levy, *Origins of the Fifth Amendment in English Law: The Right Against Self-Incrimination* (1968)がある。伝統的見解に基づき自己負罪拒否特権の歴史的展開を詳細に論じた邦語文献として、澤登文治「自己負罪拒否特権の歴史的展開（2・完）」法政理論 25巻1号（1992）124頁以下。

<sup>2</sup> *Ibid.*, at p. 132. 小山貞夫『イングランド法の形成と近代的変容』（創文社、1938）256頁。澤登・前掲注（1）140頁も参照。

<sup>3</sup> John Langbein, “The Historical Origins of the Privilege against Self-Incrimination at Common Law” (1994) *Michigan Law Review* 1047, at p. 1073.

<sup>4</sup> *Ibid.*, at p. 1073. 本来、当局の側に与していたはずのコモン・ロー裁判所が、禁止令状等を発行することで職権宣誓にさらされたピューリタンを救済した背景には、世俗権力に属するコモン・ロー裁判所の管轄と教会権力に属する教会裁判所の管轄との間の境界に対する侵害を妨げる意図があったとされる。See, Richard Helmholz et al., *The Privilege against Self-Incrimination: Its Origins and Development* (1997), at p. 7. また、「職権宣誓」に対する抵抗としては、1637年から1641年にかけてジョン＝リルバーン（John Lilburne）が行った一連の抵抗が有名である。このリルバーンによる一連の抵抗を詳細に論じたものとして、Levy, *op. cit.*, n. 1, at pp. 271-313がある。邦語文献では、澤登・前掲注（1）160-180頁が詳しい。

<sup>5</sup> John Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (Vol. 8, McNaughton rev., 1961), at p. 289.

<sup>6</sup> Levy, *op. cit.*, n. 1, at p. 325. See also, Wigmore, *op. cit.*, n. 5, at p. 289.

<sup>7</sup> Levy, *op. cit.*, n. 1, at p. 405.



られるべきであるとの主張が展開されている（革新的見解）<sup>8</sup>。この見解は、17世紀ごろの英米では、自己負罪拒否特権が現実に行使可能なものとはなっておらず、そうした状況で行われていた刑事裁判を、「被告人が話さなければならない」公判と名づけている<sup>9</sup>。そして、この「被告人が話さなければならない」公判を基礎づけ、自己負罪拒否特権の行使を困難なものにしてきた要因として、以下の6点をあげる。①刑事弁護が禁止されていた。②弁護側証人の利用が制限されていた。③証明水準や挙証責任の概念が未発達であった。④被告人の防御のための準備が妨げられていた。⑤公判前の手続がすでに「被告人が話さなければならない」構造であった。⑥公判で量刑評価が先取りされていた。そのうえで、革新的見解は、自己負罪拒否特権の行使が困難であった時代にその特権の起源や確立期を見出そうとするのは誤りであり、以上の6つの要因が解消されていく19世紀ごろの時期に見出すべきであると主張するのである。この時期の公判は、「訴追側の主張を吟味する公判」と名づけられている。

では、両見解の相違点はどこにあるのか。それは、歴史的な事実の認識の違いに求められるわけではない。むしろ、前者が、自己負罪拒否特権という概念の普及をもって、その権利が確立したと見るのに対し、後者が、現実の訴追対象者にとってその特権が行使可能なものとなったことをもって、その権利が確立したと見るという評価の違いにこそ求められる<sup>10</sup>。もっとも、現代における自己負罪拒否特権の刑事手続上の意義に迫るうえでは、その特権が単に概念として普及した過程を参照することに意味はない。より有意義なのは、かつての刑事手続が、いかなる意味で自己負罪拒否特権の実効性を損ねていたのかという視点から、特権の形成過程を振り返ることであろう。さらに、近年では、この革新的見解の問題意識に基づき、現在の英米の刑事手続が、「訴追側の主張を吟味する」公判を前提とする刑事手続の要請を満たしているかという視点から、「不利益推認禁止」原則を擁護する論稿も見られる<sup>11</sup>。

そこで、本章では、英米において、自己負罪拒否特権が実効性を獲得していく過程を跡づ

---

<sup>8</sup> See, Langbein, *op. cit.* n. 3. この論文は、Helmholz et al., *op. cit.* n. 4, Ch. 4 に再掲されている。本論文を紹介した邦語文献として、吉村弘「ジョン・H・ラングバイン『コモン・ロー上の自己負罪拒否の特権の歴史的起源』」北九州大学法政論集 23 巻 1・2 号（1995）453 頁以下。また、革新的見解を整理し検討を加えたものとして、方海日「被告人の自己負罪拒否特権の発展過程」一橋法学 16 巻 3 号（2017）939 頁以下、939-965 頁、伊藤博路「自己負罪拒否特権の確立期についての一考察」帝塚山法学 5 号（2001）135 頁以下、小川佳樹「自己負罪拒否特権の形成過程」早稲田法学 77 巻 1 号（2001）121 頁以下。加えて、松倉治代「刑事手続における Nemo tenetur 原則（1）」立命館法学 335 号（2011）145-1153 頁も参照。

<sup>9</sup> Langbein, *op. cit.* n. 3, at p. 1048.

<sup>10</sup> 小川・前掲注（8）136 頁では、伝統的な見解は、証人に対して保障された自己負罪拒否特権を念頭にその成立過程を論じたものであるのに対し、革新的見解は、現に刑事手続にかけられている被告人に保障されるべき自己負罪拒否特権を念頭にその成立過程を論じたものであり、革新的見解は、伝統的な見解を積極的に否定しうるものではないとされる。

<sup>11</sup> Abenaa Owusu-Bempah, *Defendant Participation in the Criminal Process* (2016), at p. 136; Rinat Kitai-Sangero and Yuval Merin, “Probing into Salinas’s Silence: Back to the Accused Speaks Model” (2014) 15 Nev. L.J. 77, at pp. 101-102, 104.

けるため、革新的見解による説明に基づき、第1節において、イギリスにおける自己負罪拒否特権の確立過程を、第2節では、アメリカにおけるその特権の確立過程を跡づける。さらに、第3節では、公判構造の転換が果たされた後に、英米両国において、捜査・公判段階における、訴追対象者の沈黙自体を保護する現代的な黙秘権が成立するに至る過程を確認したい。

## 第1節 イギリスにおける自己負罪拒否特権の確立過程

本節では、イギリスにおけるかつての「被告人が話さなければならない」公判が、いかなる意味で自己負罪拒否特権の行使を困難なものにしていたのかを確認する。そして、公判構造が「訴追側の主張を吟味する」公判への転換を果たし、自己負罪拒否特権が実効性を獲得する過程を跡づける。

### 1 刑事弁護人の利用の禁止

「被告人が話さなければならない」公判では、重大な犯罪で訴追された者は、原則として、自己の立場や利益を代弁する立場にある刑事弁護人の利用を禁止されていた<sup>12</sup>。その代わりに、裁判官が、刑事弁護人としての役割をも果たすことが求められた。しかし、実際のところ、17世紀の終わりまでは、司法権の独立が不十分であり、裁判官は、高度に政治性を有する事件を扱う際に、被告人の利益に対して誠実に振る舞うことはほとんどなかった<sup>13</sup>。

その一方で、そうした政治的色彩の濃い事件とは対照的に、非政治的な事件を扱う裁判官は、被告人の利益をより誠実に保護する傾向にあった<sup>14</sup>。もっとも、当時の刑事裁判では、弁護人のみならず検察官も出廷しないのが一般的であった。そのため、裁判官は、訴追側の立証を補佐する役割をも担う必要があったことから、被告人に対しては、法律問題の限度でしか援助することができなかった<sup>15</sup>。

刑事弁護人の利用の禁止は、スチュアート王朝後期の体制下で行われた反逆罪に関する裁判が極めて不公正であったとの批判を受けて制定された1696年の反逆罪法により、初め

---

<sup>12</sup> Langbein, *op. cit.*, n. 3, at p. 1049. なお、当時、刑事弁護人の利用が禁止されていたのは、以下の3点の理由から、刑事弁護人が不要と考えられたからであった。①裁判官が弁護人の代わりを果たすことができる。②現代から見れば未発達であった当時の証明水準の概念により、被告人は十分に保護されている。③被疑事実について最もよく知っているのは被告人である。John Langbein, "The Criminal Trial before the Lawyers" (1978) 45 *The University of Chicago Law Review* 263, at pp. 307-308.

<sup>13</sup> Langbein, *op. cit.*, n. 3, at p. 1050. もっとも、17世紀の終わりまで司法権の独立が十分ではなかったとする説明には、歴史的な観点からの有力な批判が加えられている。See, Barbara Black, "Massachusetts and the Judges: Judicial Independence in Perspective" (1985) 3 *Law and History Review* 101, at pp. 103-108.

<sup>14</sup> Langbein, *op. cit.*, n. 3, at p. 1051.

<sup>15</sup> *Ibid.*; John Beattie, "Scale of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in Eighteenth and Nineteenth Centuries" (1991) 9 *Law & History Review* 221, at p. 223.

て緩和された<sup>16</sup>。もっとも、検察官が国王の代理人として常に出廷した反逆罪に関する裁判とは異なり、通常の重罪に関する裁判では、検察官の出廷は極めてまれであったことなどから、依然として刑事弁護人の利用は制限された<sup>17</sup>。

ところが、その後、1710年代から1720年代にかけて、通常の重罪に関する裁判においても訴追側の法律家の利用が著しく増加したのを受け、1730年代には刑事弁護人の利用が拡大した<sup>18</sup>。この拡大は、反逆罪法のような立法によるものではなく、訴追側による法律家の利用の増加が不均衡をもたらしていると感じた裁判官の裁量により実現したものであった<sup>19</sup>。

## 2 弁護側証人の利用に対する制限

「被告人が話さなければならない」公判では、弁護側証人の利用も制限されていた。実際、17世紀を通じて、被告人には、証人を強制的に召喚する権利が与えられず、しかも、弁護側証人は、無宣誓での証言しか許されず、宣誓のうえで、より信用されやすい態様で証言することは認められなかった<sup>20</sup>。その後、刑事弁護人の利用と同様の経緯をたどり、まずは反逆罪に関する裁判で、弁護側証人の強制的な召喚や弁護側証人による宣誓が認められるようになり、これに続き、通常の重罪に関する裁判でも同様の取扱いがなされるようになった<sup>21</sup>。

## 3 未発達な証明水準および挙証責任の概念

「被告人が話さなければならない」公判では、次に見るように、証明水準や挙証責任の概念が未発達であった<sup>22</sup>。イギリスの刑事裁判において、「合理的疑いを超える」証明水準が明確に言及されるようになったのは、18世紀の終わりであった<sup>23</sup>。それ以前は、証明水準が

---

<sup>16</sup> Zelman Cowen & Peter Carter, *Essays on the Law of Evidence* (1956), at p. 206. また、反逆罪法に対しては、英米の刑事手続の歴史の中で被告人のための保護措置について初めて規定した画期的な条項であったとの評価が加えられている。Langbein, *op. cit.* n. 3, at p. 1067.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Langbein, *op. cit.* n. 12, at pp. 311-312. なお、訴追における法律家の利用が増加した理由は明白ではないとしつつも、統治の安定を切望していた当時のホイッグ党政権が、まずは、反逆的な言論を取り締まるために資金を投入して訴追側に法律家の利用を促し、それが残虐な態様で行われた重罪にまで拡大したのであろうとの推測がなされている。John Beattie, *Crime and the Courts in England: 1660-1800* (1986), at pp. 352-356.

<sup>19</sup> *Ibid.*, at p.359; Langbein, *op. cit.* n. 12, at p. 313.

<sup>20</sup> Langbein, *op. cit.* n. 3, at p. 1055.

<sup>21</sup> *Ibid.*, at p. 1056. 論者は、通常の重罪に関する裁判においても弁護側証人の利用が緩和された背景には、訴追側証人の利用を促しながら弁護側証人の利用を制限するという明らかな不均衡に対して陪審が反発心を抱くことが予期されたことから、その制限が望ましくないものと考えられるようになったという事情があったのではと推測している。

<sup>22</sup> *Ibid.*, at pp.1056-1057.

<sup>23</sup> Charles McCormic, *Handbook of the Law of Evidence* (1954), at [321]. その一方で、18世紀以前には、事実認定

発達しておらず、そのことが、刑事裁判の帰趨を案ずる被告人の供述を強いる結果を招いた<sup>24</sup>。そこには、無実の被告人は、訴追側証拠に反証することで、潔白を証明することができるはずとの発想があった<sup>25</sup>。加えて、証明責任の概念も未発達であり、たとえば、自身のアリバイを証明する証拠を被告人が提出しなかったことが、同人の有罪を決定づける根拠とされる場合もあった<sup>26</sup>。

#### 4 防御のための準備に対する障害

一定の重大犯罪で訴追された被告人の多くは、未決期間中、長期間にわたり、劣悪な環境の拘置所で勾留され、裁判を待たされることで、防御のための準備が妨げられていた<sup>27</sup>。加えて、当時の刑事手続は、被告人に対し、訴追側証拠の開示はおろか、訴追内容に関する正確な情報を提供せず、起訴状の閲覧すら許さなかった<sup>28</sup>。

その後、起訴状の閲覧は、まずは反逆罪に関して解禁されるようになり、通常の重罪に関する事件については、19世紀になりようやく認められるようになった<sup>29</sup>。

#### 5 公判前手続における「被告人が話さなければならない」理論

17世紀の終わりまで、公判前の手続は、1555年メアリ拘禁法(Marian Committal Statute 1555)により規律されていた。同法のもとで、治安判事は、逮捕直後の被疑者に尋問を行い、その供述内容、および犯罪の証明に資すると考えられる事柄の一切を書き記し、その記

---

者が、疑わしきは被告人の利益に解決しなければならなかったことがすでに強く示唆されていたとの見解も示されている。Barbara Shapiro, *"Beyond Reasonable Doubt" and "Probable Cause": Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence* (1991). この論文を翻訳したものとして、庭山英雄＝融祐子訳『「合理的疑いを超える」証明とはなにか：英米証明理論の史的展開』（日本評論社、2003）がある。

<sup>24</sup> Langbein, *op. cit.* n. 3, at p. 1057.

<sup>25</sup> Beattie, *op. cit.* n. 18, at p. 349 では、当時の裁判官と被告人との間で交わされたやりとりが以下のように例示されている。「訴追側の証言がなされた際に、裁判官は、被告人の方を向き、実際に次のように述べた：『あなたは証言を聞いていました；あなた自身のために供述すべきことは何かありますか』。裁判官の質問の含意は完全に明白であった。被告人が『私は盗人ではない』とのみ返事をし、そして裁判官が『あなたはそれを証明しなければなりません』と告げた際に、被告人は、率直に、自身の気がついた状況を述べていた」。

<sup>26</sup> John Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial* (2003), at pp. 258-259.

<sup>27</sup> *Ibid.*, at pp. 50-51; Langbein, *op. cit.* n. 3, at p. 1057; James Stephen, *History of the Criminal Law of England* (Vol. 1, 1883), at p. 356-357. See also, Beattie, *op. cit.* n. 18, at pp. 341, 349.

<sup>28</sup> Langbein, *op. cit.* n. 26, at pp. 50-51. 当時、被告人が起訴状の写しをとることは、公判前のみならず、公判開始後も禁止され、その代わりに、裁判所書記官が、罪状認否の際に、被告人に対し、起訴内容を要約して説明したにすぎなかった。このように起訴状の閲覧さえ許されなかったことは、公判に向けた被告人の準備に対する著しい制限を象徴していたとされる。Langbein, *op. cit.* n. 3, at p. 1058. しかも、重罪で訴追された被告人は、公判で初めて告げられた訴追側の主張に対して、その場で即座に返答しなければならなかったとされる。Beattie, *op. cit.* n. 15, at p. 223.

<sup>29</sup> William Hawkins, *A Treatise of the Pleas of the Crown* (Vol. 2, reprinted, 1978), Ch. 39.

録を公判廷に送付するよう求められた<sup>30</sup>。その記録は、公判において、被告人に不利な証拠として用いられる場合があった<sup>31</sup>。しかし、そうした記録を行うにあたり、被疑者に対して、返答をする必要はないと助言したり、話した内容が同人にとって不利になるように用いられる場合があると告知したりする必要があるとは考えられていなかった<sup>32</sup>。そのうえ、治安判事は、公判において、被告人が公判前の手続で黙秘した事実を報告することもあった<sup>33</sup>。このような公判前の尋問手続では、被告人による自己負罪が強く促されており、自己負罪拒否特権が保障されているとは言い難かった<sup>34</sup>。

以上のような公判前の手続の状況は、1848年サー＝ジョン＝ジャービス法（Sir John Jervis' Act 1848）において、治安判事が、被告人に対し、尋問への返答を拒絶できること、および供述内容が公判で証拠として用いられる場合があることを告知しなければならないと定められるまで続いた<sup>35</sup>。

## 6 量刑手続としての公判

18世紀まで、事実認定手続と量刑手続の区別や、陪審と裁判官の役割の区別があいまいであったため、陪審は、事実認定を通じて、實際上、量刑判断にも重要な役割を果たしていた<sup>36</sup>。たとえば、被告人を侵入強盗の罪で有罪とする場合には死刑を宣告しなければならなかった当時の状況において、重窃盗罪のみを認定することで死刑を回避し、流刑を科するという慣行がみられた。また、スリの被害額が1シリング以上であった場合には、死刑を宣告しなければならなかったにもかかわらず、死刑を回避するために、その額を1シリング未満と認定するという慣行もみられた。前者のような、重い罪責と軽い罪責が競合する場合に、軽い方の罪責のみを認定し、刑を減輕しようとする慣行はダウンチャージ（downcharge）、後

---

<sup>30</sup> メアリ拘禁法の起源と機能については以下を参照。John Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance* (1974), at pp. 5-125. なお、伝統的見解を採る代表的な論者の一人は、メアリ拘禁法のもとで公判前の予備審問が行われていたという事実を、自己負罪拒否特権が確立していたことに対する「重大な例外」と位置づけた。Levy, *op. cit.* n. 1, at p. 325.

<sup>31</sup> Langbein, *op. cit.* n. 3, at p.1060. また、メアリ拘禁法の手続と自己負罪拒否特権との緊張関係を論じたものとして、Edmund Morgan, “The Privilege against Self-incrimination” (1949) 34 *Minnesota Law Review* 1がある。治安判事の地位には、職業裁判官ではなく、地方の上流階級層の者が就いた。そのため、職業裁判官ではない治安判事による尋問を通じた証拠の収集は、必ずしも公正さや適切さが担保されたものではなかったという問題もあったとされる。*Ibid.*, at p. 14. さらに、治安判事は、証拠を評価する権限をもった司法官としてよりも、王の代理人として訴追手続に臨んだとされており、公正な判断者の立場にはなかったことがうかがえる。See, Beattie, *op. cit.* n. 15, at pp. 222-223.

<sup>32</sup> Morgan, *op. cit.* n. 31, at p. 14.

<sup>33</sup> Langbein, *op. cit.* n. 3, at p. 1061; Morgan, *op. cit.* n. 31, at p. 18.

<sup>34</sup> Langbein, *op. cit.* n. 3, at p. 1059.

<sup>35</sup> サー＝ジョン＝ジャービス法については以下を参照。David Freestone & J.C. Richardson, “The Making of English Criminal Law: Sir John Jervis and His Acts” (1980) *Criminal Law Review* 5.

<sup>36</sup> Langbein, *op. cit.* n. 3, at p. 1062.

者のような、犯罪から生じた被害額を低く認定することで、より軽い罪責を導こうとする慣行はダウンバリュー (downvalue) と呼ばれた<sup>37</sup>。両者を併せて「一部無罪の評決 (partial verdict)」と称する場合もあった<sup>38</sup>。こうした慣行の結果、死刑宣告が差し迫り、寛刑を欲した被告人は、陪審の同情を得るために供述せざるを得ない立場に追い込まれた<sup>39</sup>。

この「一部無罪の評決」の慣行は、18世紀後半から19世紀前半にかけて、自由刑の一般化や、それと密接に関連しながら生じた実体刑法の改正に向けた動きなど、様々な要因により次第に消失していった<sup>40</sup>。

## 第2節 アメリカにおける自己負罪拒否特権の確立過程

本節では、アメリカにおけるかつての「被告人が話さなければならない」公判が、いかなる意味で自己負罪拒否特権の行使を困難なものにしていたのかを確認する。そして、公判構造が「訴追側の主張を吟味する」公判への転換を果たし、自己負罪拒否特権が実効性を獲得する過程を跡づける。

### 1 連邦憲法成立時期までの自己負罪拒否特権の沿革

イギリスからアメリカへの入植が行われていたころ、イギリスでは、高等宗務官裁判所や星室裁判所といった糾問的な裁判所への抵抗の過程で、「何人も自己を告発する必要はない (Nemo tenetur prodere seipsum)」との原則が、コモン・ロー裁判所において承認されるようになった<sup>41</sup>。糾問的な裁判所に反感を抱いていた入植者らは、その原則を含む、なじみの深かったコモン・ローの法原則を持ち込み、植民地の建設にあたった<sup>42</sup>。そして、1607年に最初の植民地としてジェームズタウンが建設されて以降、イギリス領北アメリカの法制度は、ジョージアが建設された1732年に至るまで、1世紀以上の歳月をかけて形成されていった<sup>43</sup>。英米における自己負罪拒否特権の成立時期を19世紀ごろに求める革新的見解によれば、植民地における刑事手続は、「被告人が話さなければならない」公判を前提とする

---

<sup>37</sup> *Ibid.*, at p. 1063.

<sup>38</sup> Beattie, *op. cit.* n. 18, at pp. 419-430. See also, Leon Radzinowicz, *A History of English Criminal Law and Its Administration from 1750* (Vol. 1, 1948), at pp. 83-106, 138-164.

<sup>39</sup> Langbein, *op. cit.* n. 3, at pp. 1063-1064. さらに、論者は、裁判官が、裁量を用いて、陪審による有罪評決の言い渡し後に国王に恩赦を求める場合があったことで、供述強制は一層強化されていたと指摘する。*Ibid.*, at pp. 1064-1065.

<sup>40</sup> *Ibid.*, at p. 1064.

<sup>41</sup> 本章冒頭を参照。歴史的背景については、Roy Moreland, “Historical Background and Implications of the Privilege Against Self-Incrimination” (1955) 44 *Kentucky Law Journal* 267, at p. 272 を参照。

<sup>42</sup> Greer Goldberg, “Silence Is Not Golden” (2015) 48 *John Marshall Law Review* 821, at p. 826.

<sup>43</sup> Eben Moglen, “Taking the Fifth: Reconsidering the Origins of the Constitutional Privilege against Self-Incrimination” (1993) 92 *Michigan Law Review* 1086, at p. 1090.

ものであったとされる。では、植民地時代の刑事手続は、いかなる意味で「被告人が話さなければならぬ」公判を前提とするものであったのか。

(1) 植民地の刑事手続 植民地時代のアメリカの刑事手続の特徴として、①重罪事件における刑事弁護人の利用の禁止<sup>44</sup>、②被告人側証人の利用の制限<sup>45</sup>、③公判前の手続における治安判事による供述強制<sup>46</sup>といった点が指摘されている。

革新的見解は、こうした点を、いずれも、「被告人が話さなければならぬ」公判を前提とする刑事手続の象徴と位置づけ、とくに③の重要性を強調する。当時のアメリカにおける公判手続は、公判前の手続を追認するものにすぎず、したがって、公判前の手続こそが被告人の自己負罪を強要するうえで決定的な役割を担っていたというのである<sup>47</sup>。当時の公判前手続では、イギリスで制定された前記のメアリ拘禁法に基づき、治安判事による被告人に対する審問手続が採用されていた<sup>48</sup>。この治安判事は、総督により任命され、裁判所の扱う事件のほとんどの処理を担った<sup>49</sup>。そして、非法律専門家でありながら、重罪もしくはその他の重大な犯罪において、四季裁判所 (Quarter Session)、または巡回裁判所 (Assizes) に送る当局側の証拠を確保する役割を果たしていた<sup>50</sup>。イギリスの治安判事と同様に、アメリカの治安判事も、逮捕直後の被告人に対する尋問、尋問内容の記録、および当該記録の公判廷への送付を行うことが求められた<sup>51</sup>。また、治安判事が、公判前の手続において被告人が黙秘した場合には、その事実を公判で報告する場合があったのも同様である<sup>52</sup>。こうした慣行は 19 世紀まで維持され、その間、治安判事と裁判官は、捜査・公判の両手続を通じて被告人による供述を期待し続け、事実認定者は、被告人の黙秘から不利益な推認を導くことを躊躇しなかったのである<sup>53</sup>。

---

<sup>44</sup> *Ibid.*, at pp. 1092-1093. これによれば、ニューヨークを例に、重罪事件に関しては、弁護人による関与を認める法律がなかったことに加え、法律問題についての相談に限定して法律家に依頼しても、その際の費用は法外なものであったとされる。その一方で、軽罪事件に関しては、17 世紀末頃には弁護人の関与が解禁されていたが、訴訟に関する管理面や経済面の理由から、18 世紀の後半になるまで、実際に弁護人が出廷することはほとんどなかったとされる。また、刑事弁護の利用の禁止が正当化されていた理由のうち、アメリカ固有のものについては、各植民地独自の事情として、法律専門家の不足、宗教絶対主義的な思想、その多くが親英派であったことによる法律家への嫌悪感などがあるとされる。なお、英米両国において刑事弁護人の利用が禁止されていた理由については、本章第 1 節の 1 を参照。

<sup>45</sup> *Ibid.*, at pp. 1093-1094. これによれば、被告人側証人の利用に対する制限について、バージニアを例に、被告人は、18 世紀の半ばになるまで、証人を強制的に召喚することを認められておらず、そもそも、植民地時代のアメリカでは、弁護人による証拠の収集や提出といった弁護活動がほとんど行われていなかったため、被告人側証人が公判に出廷し、そこで証言を行うということ自体がほとんどなかったと説明される。

<sup>46</sup> *Ibid.*, at pp. 1094-1095.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> 本章第 1 節の 5 を参照。

<sup>49</sup> サミュエル＝ウォーカー (藤本哲也監訳) 『民衆司法』(中央大学出版部、1990) 22-23 頁。

<sup>50</sup> *Ibid.*, at p. 1095.

<sup>51</sup> 本章第 1 節の 5 を参照。

<sup>52</sup> See also, *Mitchell v. United States*, 526 U.S. 314, 333 (1999)(Scalia, J., dissenting).

<sup>53</sup> Albert Alschuler, "A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent" (1996) 94.8 *Michigan Law Review* 2625, at p. 2631.

革新的見解によれば、前述の①～③の特徴を備えた「被告人が話さなければならない」公判を前提とする刑事手続では、被告人は、人的・空間的に外界から切り離されており、被告人にとっての自己負罪拒否特権の存在は、依然として幻想にすぎなかったとされる<sup>54</sup>。

(2) 憲法革命期における連邦憲法修正5条の制定過程 イギリスは、1756年から1763年にフランスとの間で生じたフレンチ＝インディアン戦争に勝利した。もともと、ここでの支出により財政難に直面したイギリスは、その支出の一部を植民地に負担させることを企図し、印紙税法の制定を含む、一連の増税政策を推進した<sup>55</sup>。さらに、イギリスがマサチューセッツに対する強圧策を講じるきっかけとなったボストン茶会事件が発生した<sup>56</sup>。この事件は、イギリスが、アメリカへの茶の輸入の独占権を東インド会社に与える法律を制定したことを受けて、それに反発した植民地の住民らが、停泊中の船に積まれた茶を海中に投棄したというものであった。革新的見解によれば、革命期のアメリカにおける憲法の歴史は、イギリスが、過酷で不適切な法的手続を用いて対植民地政策を推進してきたのを受けて、そのような手続に不満と懸念を抱いたアメリカの人々が、それらを解消するための措置を憲法の中に具現化していく中で始まったとされる<sup>57</sup>。そのような措置の中に、伝統的な「何人も自己を告発する必要はない」との原則の精神が反映されたのであった<sup>58</sup>。

(a) 各邦憲法における自己負罪条項 1776年のアメリカ独立宣言の採択を受け、各邦の多くは、新政府の樹立に向けて各邦憲法の起草に乗り出した<sup>59</sup>。この独立宣言と同年に、バージニアでは、他の邦に先駆け、ジョージ＝メイソンにより、自己負罪条項を含む世界最初の成文憲法であるバージニア権利宣言 (the Virginia Declaration of Rights) が起草され、同年に採択された<sup>60</sup>。このバージニア権利宣言の第8条には、「何人も自己に不利益な証言を行うことを強要されない (nor can he be compelled to give evidence against himself)」とする自己負罪条項が設けられた。このバージニア権利宣言をモデルとして、他の邦でも、自己負罪条項を含む「裁判を受ける権利の総体 (the trial right cluster)」についての規定を盛り込んだ憲法を制定する動きが広がった<sup>61</sup>。

<sup>54</sup> Moglen, *op. cit.* n. 43, at p. 1041.

<sup>55</sup> 田中英夫『英米法総論』（東京大学出版、上巻、1980）204-205頁。

<sup>56</sup> 田中・前掲注（55）205-206頁。

<sup>57</sup> *Ibid.*, at p. 1115.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> マイケル＝ベネディクト（常本照樹訳）『アメリカ憲法史』（北海道大学図書刊行会、1994）27頁。See also, Levy, *op. cit.* n. 1, at p. 405. なお、独立宣言から連邦憲法の制定までの間、“a state”は、一個の独立国であるため、州ではなく邦と訳されるのが一般的である。田中・前掲注（55）209頁。

<sup>60</sup> 斎藤眞＝五十嵐武士『アメリカ革命』（研究社出版、1978）129、131頁。

<sup>61</sup> Moglen, *op. cit.* n. 43, at p. 1118. 「裁判を受ける権利の総体」についての規定が盛り込まれた憲法は、順次、1776年にペンシルバニア、デラウェア、メリーランド、ノースカロライナ、1780年にマサチューセッツ、1784年にはニューハンプシャーにおいて、また、1791年までは形式的にはアメリカから独立した共和国であったヴァーモントにおいても1777年に制定された。Levy, *op. cit.* n. 1, at pp. 409-410. また、各邦憲法における自己負罪禁止条項の導入過程については、Michael O'Neill, “The Fifth Amendment in Congress: Revisiting the Privilege Against Compelled Self-Incrimination” (2001) 90 Georgetown Law Journal 2445, at pp. 2476-2478 も参照。



(b) アメリカの独立と連邦憲法の制定 1781年に、独立戦争に実質的に勝利した頃のアメリカ<sup>62</sup>では、その各邦の結束はゆるやかで、強力な中央政府は依然として形成されていなかった。こうした状況の中、かつてのイギリスによる強圧的な対植民地政策を経験していた各邦の指導者らは、「成文」憲法の制定の必要性を自覚するようになっていた<sup>63</sup>。そこで、1787年、フィラデルフィアにおいて、当初は連合規約の改正を目的に召集された憲法制定会議が開催され、そこでアメリカ連邦憲法が起草された。その際、周知のとおり、その憲法草案には権利章典が設けられていなかった。その理由は、憲法自体が、その制度設計のおかげで個人の自由に対する十分な保護機能を果たしうると考えられたからであった<sup>64</sup>。しかし、権利章典を欠いていたことは、憲法に反対する人々による攻撃の対象となった。この反発を背景に、憲法制定会議に参加していた邦のうちの半数以上が、憲法に修正を加えることを推奨し、バージニア、ニューヨーク、ノースカロライナ、ロードアイランドの4邦が、自己負罪条項を含む権利章典の憲法化を希望した<sup>65</sup>。

その後、1788年に、憲法の制定に賛成する人々は、権利章典を要求する声に対応し、反対派の主張を採り入れた修正案を第1回連邦議会において討議する旨の附帯決議をつけることを条件に、憲法の発効に必要な9邦による承認を取りつけた<sup>66</sup>。これをもってアメリカ連邦憲法が成立した。翌年の1789年3月4日には、ニューヨークで開催された第1回連邦議会で権利章典の必要性が認められたのを受け、後に第4代合衆国大統領となるジェームズ＝マディソンが、自己負罪条項を含む権利章典の草案を起草した<sup>67</sup>。ここで起草された自己負罪条項は、後に連邦憲法修正5条の自己負罪条項の下地となった<sup>68</sup>。

以上の経緯をたどり、1791年に、権利章典として成立した10個の修正条項の1つとして、「何人も、刑事事件において、自己に不利な証言を行うことを強要されない」と規定する修正5条の自己負罪条項が制定された。

## 2 革新的見解における連邦憲法修正5条の自己負罪条項の意義

前記の通り、各邦憲法のモデルになったバージニア権利宣言の第8条は、陪審による裁判を受ける権利を基軸とした手続的な保障に関する「裁判を受ける権利の総体」を定めたものであった。革新的見解によれば、そこには、かつてのイギリスによる支配への反感から、自

<sup>62</sup> 斎藤＝五十嵐・前掲注(60)164-165頁。

<sup>63</sup> Mark Berger, *Taking the Fifth: the Supreme Court and the privilege against self-incrimination* (1980), at p. 22.

<sup>64</sup> Ralph Rossum, “‘Self-Incrimination’: The Original Intent” in *The Bill of Rights: Original Meaning and Current Understanding* (Eugene Hickok, Jr. ed., 1991), at p. 274.

<sup>65</sup> Moglen, *op. cit.*, n. 43, at pp. 1121-1122.

<sup>66</sup> 田中・前掲注(55)226-227頁。

<sup>67</sup> Berger, *op. cit.*, n. 63, at pp. 22-23.

<sup>68</sup> *Ibid.*, at p. 23. ただし、同条項は、特別委員会での討議の過程で、その参加者の1人であったジョン＝ローレンスにより、「刑事事件において」の文言を付け加える修正が施された。Levy, *op. cit.*, n. 1, at p. 425.

身らの刑事手続の慣行を統治機構による専制的な改変から守りたいと考えたアメリカの人々が、陪審に統治機構を監視させることで、それらの権利が保障されるようにした事実が反映されたとされる<sup>69</sup>。つまり、同条は、当時の刑事手続のあり方に改革を迫る性質のものではなかったのである。そして、修正5条の自己負罪条項の成立後のアメリカの刑事手続も、当時の治安判事のためのマニュアルや刑事弁護人のための実務書を含む限られた資料を参照する限りでは、「被告人が話さなければならない」公判を前提とする植民地時代の刑事手続を踏襲していたとされる<sup>70</sup>。以上の理由から、革新的見解に立つ論者は、連邦憲法に自己負罪条項が盛り込まれた事実だけをもって、訴追対象者の自己負罪拒否特権が確立したとはいえないと主張し、刑事弁護人の活躍を通じて現代的な刑事手続が確立された19世紀以降に、その特権の起源を見出したのであった<sup>71</sup>。

### 第3節 「訴追側の主張を吟味する」公判と黙秘権の成立

革新的見解によれば、英米における「被告人が話さなければならない」公判は、その構造を基礎づけていた要因が解消され、公判における実体審理の焦点が、被告人の態度にではなく、訴追側の主張の当否に当てられるようになったことで、「訴追側の主張を吟味する」公判への転換を果たしたとされる<sup>72</sup>。そして、この転換期に、自己負罪拒否特権の確立が見出されたのであった。では、その後、英米両国では、いかなる経緯をたどり、訴追対象者の沈黙自体を保護する現代的な黙秘権が成立するに至ったのか。

#### 1 イギリスにおける現代的な黙秘権の成立

ここでは、イギリスにおける、捜査・公判段階での現代的な黙秘権の成立過程を整理する。

(1) 捜査段階における黙秘権 被疑者の黙秘権に関しては、前述の通り、1848年サー＝ジョン＝ジャービス法により、黙秘権告知を定めた規定が初めて明文化された。そして、警察制度が誕生し、治安判事の捜査・訴追機能が警察に引き継がれると、黙秘権告知の慣行も、自白法則などの被疑者取調べに関する規制とともに継承された<sup>73</sup>。その後、この黙秘権告知の基準を不明確と考えたバーミンガムの警察署長が、高等法院王座部の裁判官に対し、その基準を明確化するよう要請した<sup>74</sup>。この要請を受けて、高等法院王座部の裁判官らにより、警察官の取調べに対する指針として、裁判官準則 (Judges' Rules) が作成され、その中

<sup>69</sup> Moglen, *op. cit.* n. 43, at pp. 1118, 1122.

<sup>70</sup> 治安判事のマニュアルについては、*ibid.*, at pp. 1124-1125.を参照。また、刑事弁護人のための実務書については、*ibid.*, at pp. 1125-1126.を参照。

<sup>71</sup> *Ibid.*, at pp. 1087-1089, 1129-1130.

<sup>72</sup> Langbein, *op. cit.* n. 3, at p. 1048.

<sup>73</sup> 多田辰也「警察の誕生・自白法則の展開と黙秘権告知制度」警察研究 58 卷 8 号 (1987) 28 頁以下、33-34 頁。

<sup>74</sup> 田宮裕『捜査の構造』(有斐閣、1971) 346 頁。

で、黙秘権告知が制度化された<sup>75</sup>。

(2) 公判段階における黙秘権 「訴追側の主張を吟味する」公判では、被告人は証人適格が認められず、公判で証言することはできない立場におかれていた。もともと、こうした事態は、もっぱら被告人の保護に向けた要請から生じたわけではなかった。というのも、利害関係者の証言は信用性に乏しいとの発想に基づき<sup>76</sup>、当該事件と利害関係を有する者の証言を排除する取扱いが証拠法の原則となり<sup>77</sup>、被告人も、そのような利害関係者の典型例と捉えられるようになったからであった<sup>78</sup>。こうした状況に対しては、真実発見を重視する立場からは、最も有益な証拠源である被告人を安全圏におくことは不公正であるとの批判が加えられた<sup>79</sup>。他方で、自己負罪拒否特権や黙秘権を擁護する立場からも、誤った訴追に直面した無辜に対して、より信用性が担保される状況で反証できる機会が与えられるべきとの批判が寄せられた<sup>80</sup>。もともと、これらの批判に対しては、被告人に証人適格を付与すると、同人による証言の拒絶から不利益推認が導かれてしまうおそれや、その推認の脅威により、事実上、証言が強いられてしまうおそれがあるとの異議が唱えられた<sup>81</sup>。以上の対立する双方の意見を踏まえて、1898年に成立した刑事証拠法 (Criminal Evidence Act 1898) は、被告人に証人適格を付与するとともに、同法1条(a)項において、被告人が自ら望まない限り証人として喚問されないことを明示し、また、同条(b)項において、被告人による証言が行われなかった事実に対して訴追側が言及することを禁止した。この規定により、公判段階での黙秘権が明確化された。

---

<sup>75</sup> 多田・前掲注(73) 34頁。当初4か条であった裁判官準則は、1918年に5か条が追加され計9か条になった。さらに、1964年には、その内容の不明確さを理由に裁判官準則の改正が行われた。See, *Judges' Rules and Administrative Directions to the Police* (1964) *Criminal Law Review* 165. そこで定められた黙秘権告知の内容は以下の通りである。第2条「…あなたは、話したくなければ何も話す義務はないが、あなたが話した内容は、書面に記録され、証拠として提出されることがある」。

<sup>76</sup> 利害関係者の証言が、一般に信用性に乏しいという点について、人間は近視眼的な生き物であり、それゆえに、公衆の利益よりも個人の利益の方に關心を向けるため、被告人を含む利害関係者は証人の立場から排除されなければならないとの説明がなされている。Geoffrey Gilbert, *The Law of Evidence* (1791), at p. 87.

<sup>77</sup> Joel Bodansky, "The Abolition of the Party-Witness Disqualification: An Historical Survey" (1981) 70 *Kentucky Law Journal* 91, at p. 91.

<sup>78</sup> Levy, *op. cit.* n. 1, at p. 324. 利害関係者の証言を排除する原則は、まず民事手続で採用され、徐々に刑事事件にも適用されるようになり、被告人にも及んだ。Stephen, *op. cit.* n. 27, at p. 440.

<sup>79</sup> Graham Parker, "The Prisoner in the Box - The Making of the Criminal Evidence Act" in *Law and Social Change in British History: Papers Presented to the Bristol Legal History Conference* (1981), at p. 162.

<sup>80</sup> I. Redfield, "Testimony of Defendants in Criminal Prosecutions" (1866) 14 *American Law Register* 705, at p. 711. 被告人の権利としての証人適格を付与すべきとの見解が主張されるようになった理由として、被告人の証人適格を巡る議論が起こった当時、私人訴追制度において訴追の悪用や虚偽の訴追の問題が生じていたことが指摘されている。Bodansky, *op. cit.* n. 77, at pp. 116-117, 125-126.

<sup>81</sup> William Maury, "Validity of Statute Authorizing the Accused to Testify" (1880) 14 *American Law Review* 753, at pp. 762-763.

## 2 アメリカにおける現代的な黙秘権の成立

ここでは、アメリカにおける訴追対象者の現代的な黙秘権の成立過程を確認する。後に詳述するように、黙秘権は、まず、公判で被告人が黙秘した事実に対し、裁判官や検察官が、同人に不利に働くように公判で言及を加えることは連邦憲法修正5条により禁止されるとした1965年グリフィン・ケース連邦最高裁判決<sup>82</sup>において承認された。続いて、翌年に示された、いわゆるミランダ法則を採用したとして広く知られる1966年ミランダ・ケース連邦最高裁判決<sup>83</sup>により、グリフィン・ケース連邦最高裁判決で示された黙秘権の保障が、捜査段階の被疑者にまで及ぶことが確認された。そこで、本節では、手続の進行順序とは逆に、まず、公判段階における黙秘権の成立過程を整理し、次に、捜査段階における黙秘権の成立過程を見ていきたい。

**(1) 公判段階における黙秘権** アメリカでは、19世紀末まで、被告人には証人適格が認められておらず、そのため、公判における黙秘権侵害の有無が問題となることもなかった。後に連邦最高裁は、判決文の中で、被告人に対して証人適格を付与するように求める声が高まったときに戦わされた議論は次のようなものであったと分析している<sup>84</sup>。一方では、被告人に証人適格を肯定すべきと主張する論者らが、当時の刑事手続は、真犯人を反対尋問から守る盾として機能していると批判し、他方では、そうした意見に反対する論者の大半が、被告人による証言を許すことにより、自己負罪拒否特権や無罪推定の原則が脅かされてしまうと主張した。しかし、その後、後者の見解に立っていた論者の多くは、その見解を改め、被告人に証言の機会を与えることが無辜の保護に資するようになった。

こうした連邦最高裁の分析の通り、被告人に証人適格を付与すべきとの見解が大方の支持を得たことで、州レベルでは、1864年に、メイン州で被告人の証人適格が認められたのを皮切りに、1890年代の終わりには、ほとんどの州で被告人の証人適格が認められるに至った<sup>85</sup>。そのうちの多くの州では、同時に、自己負罪拒否特権への配慮が示され、被告人による証言拒絶からの不利益推認を禁止する条項が設けられた<sup>86</sup>。さらに、連邦レベルでも、1878年連邦法（the federal statute of 1878 (Act of Mar. 16, 1878, 20 Stat. 30)）において、被告人に証人適格を付与すると同時に、不利益推認を禁止する条項が設けられた<sup>87</sup>。連邦最高裁は、まず、連邦法の不利益推認を禁止する条項の解釈を巡る争点に関して判断を示した

---

<sup>82</sup> Griffin v. California, 380 U.S. 609 (1965).

<sup>83</sup> 本判決およびその関連判決を総合的に研究した邦語文献として、小早川義則『ミランダと自己負罪拒否特権』（成文堂、2017）をあげることができる。

<sup>84</sup> Ferguson v. Georgia, 365 U.S. 570, 580-582 (1961). See also, Bodansky, *op. cit.* n. 77.

<sup>85</sup> Alschuler, *op. cit.* n. 53, at p. 2661; Lissa Griffin, “Is Silence Sacred-The Vulnerability of Griffin v. California in a Terrorist World” (2006) 15 William and Mary Bill of Rights Journal 927, at p. 934.

<sup>86</sup> *Ibid.*, at p. 935.

<sup>87</sup> *Ibid.*

88が、そこからは、不利益推認が憲法上の要請として禁止されるのかどうかは明らかにはならなかった。そこで、1960年代にウォーレン連邦最高裁長官のもとで展開され、手続的デュー・プロセスの及ぶ領域を飛躍的に拡大したいわゆる「デュー・プロセス革命<sup>89</sup>」の一環として、1964年マロイ・ケース連邦最高裁判決は、修正5条の自己負罪条項が修正14条を介して各州にも適用されることを明確にした<sup>90</sup>。本判決は、賭博罪で有罪評決を言い渡されていた被告人が、裁判所により、犯罪調査のために当該事件に関する証言を求められたのに対し、当該質問内容が別件に関する自己負罪情報に該当するとして証言を拒絶したところ、法廷侮辱の罪に問われたという事件に関するものである。本判決の後、連邦最高裁は、1965年グリフィン・ケース連邦最高裁判決において、公判での被告人による証言拒絶に対して、検察官が、同人に不利に働くように言及することが、修正5条に違反するかどうかについて初めて判断を下した<sup>91</sup>。その中で、裁判官や検察官が、そのような言及を行うことが禁止され、公判廷における被告人の包括的な黙秘権が認められたのである<sup>92</sup>。

(2) 捜査段階における黙秘権 連邦主義の考え方が採用されるアメリカでは、後に修正14条を介して修正条項の効力が各州にも及ぶことが確認されるまで、警察取調べの適否は、連邦最高裁の管轄外であると考えられていた<sup>93</sup>。そのため、建国からおよそ100年の間、連邦最高裁による警察取調べに関する憲法判断は示されなかった。19世紀から20世紀の初めになると、捜査当局が、強制的な取調べ手法、とりわけ、長時間に及び、暴力を伴う場合もある取調べを含む「サード・ディグリー (third degree)」と呼ばれる捜査手法を活用し、被疑者からその意に反して自白を強要しているのではないかと懸念が抱かれるようになった<sup>94</sup>。そうした中、連邦最高裁は、1897年ブラム・ケース連邦最高裁判決<sup>95</sup>において、捜査当局による取調べに対する修正5条の自己負罪拒否特権の適用に関して初めて判断を下し、その適用を是認した。もっとも、本判決は、連邦の捜査官による取調べの適否を争点とするものであったため、修正5条は各州を拘束するものではないとの理解に変更を迫るものではなかった<sup>96</sup>。しかし、その後、すでに見た通り、1964年マロイ・ケース連邦最高裁

<sup>88</sup> *Wilson v. United States*, 149 U.S. 60 (1893); *Bruno v. United States*, 308 U.S. 287 (1939).

<sup>89</sup> 松井茂記『アメリカ憲法入門』（有斐閣、第8版、2018）370-371頁、小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁』（成文堂、第1巻、2006）2頁。

<sup>90</sup> *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964). 「デュー・プロセス革命」とマロイ・ケース連邦最高裁判決については、小早川・前掲注（83）23-24頁を参照。

<sup>91</sup> *Griffin* (n. 82).

<sup>92</sup> 本判決は、「不利益推認禁止」原則を認めた連邦最高裁によるリーディングケースであるため、その事実概要と判旨については、本稿第3章で詳述する。

<sup>93</sup> Brooks Holland, “*Miranda v. Arizona*: 50 Years of Judges Regulating Police Interrogation” (2015) 16 *Insights on Law and Society* 4, at p. 5.

<sup>94</sup> Evelyn French, “When Silence Ought to Be Golden: Why the Supreme Court Should Uphold the Selective Silence Doctrine in the Wake of *Salinas v. Texas*” (2013) 48 *Georgia Law Review* 623, at p. 630.

<sup>95</sup> *Bram v. United States*, 168 U.S. 532 (1897).

<sup>96</sup> Kate Bloch, “Fifth Amendment Compelled Statements: Modeling the Contours of Their Protected Scope” (1994) 72 *Washington University Law Quarterly* 1603, at p. 1615.

判決により、修正5条の自己負罪条項が、デュー・プロセス条項を介して各州にも及ぶことが確認されるに至った。

そのころ、取調べにより獲得された自白の証拠能力の判断基準として、任意性テスト、すなわちその自白が任意になされたものかどうかを吟味する基準が採用されていたが、このテストは、判断基準としての安定性に問題を抱えていた。他方において、警察は、拷問的な手段への依存を軽減しつつ、被疑者を家族や弁護人から隔離するなど、同人への心理的圧力・詐術に依拠する新たな取調べ手法を開発し、成果をあげ始めていた<sup>97</sup>。これらの策略を通じて獲得された自白は、任意性テストによればその証拠能力を否定することが困難であったことから、警察取調べへの規律を巡る新たな問題を生じさせた<sup>98</sup>。こうした状況の中で登場したのが、1966年ミランダ・ケース連邦最高裁判決であった。

本判決は、被疑者に対する取調べに先立ち、①被疑者には黙秘権がある、②被疑者による一切の供述は、同人に不利益な証拠として用いられうる、③私選または公選の弁護人の立ち合いを求める権利があるという3点を内容とする権利告知が被疑者に向けて行われることを要求し、こうした要求に反して獲得された供述の証拠能力は一律に否定されるとする、いわゆるミランダ法則を打ち立てた<sup>99</sup>。これにより、従前の警察取調べに関する規律に対して革命的な変容を迫った<sup>100</sup>。本判決は、捜査当局によりもたらされる取調べの雰囲気「強制的」な性質が身柄拘束下での取調べに内在しているとしており<sup>101</sup>、そのような取調べの雰囲気は、弁護人の存在と適切な権利告知がなければ修正5条の禁止する「強要」に該当することを認めた<sup>102</sup>。そのうえで、「強制的」な雰囲気を払拭するために、弁護人による取調べへの立会いと前記の適切な権利告知を求めたのであった。

**(3) 現代的な憲法上の黙秘権を確立した2つの判決** 以上の経緯をたどり、まず、前記のグリフィン・ケース連邦最高裁判決において、公判廷での被告人の黙秘に対する検察官による不利益な言及が禁止され、被告人には包括的な黙秘権が与えられることが明らかとなった。この包括的な黙秘権は、前記のミランダ・ケース連邦最高裁判決で、公判廷を超えて身柄拘束下で取調べを受けている被疑者にも及ぶとされた。これらの判決は、現代的な憲法上の黙秘権の概念を初めて承認した連邦最高裁判決として、アメリカの法文化の象徴となるに至った<sup>103</sup>。

---

<sup>97</sup> Holland, *op. cit.*, n. 93, at p. 7.

<sup>98</sup> *Ibid.*

<sup>99</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), pp. 444-445.

<sup>100</sup> Aurora Maoz, "Empty Promises: Miranda Warnings in Noncustodial Interrogations" (2011) 110 *Michigan Law Review* 1309, at p. 1315.

<sup>101</sup> *Miranda* (n. 99), at p. 467.

<sup>102</sup> *Ibid.*, at p. 466.

<sup>103</sup> Richard Leo, "Questioning the Relevance of Miranda in the Twenty-First Century" (2001) 99 *Michigan Law Review* 1000, at p. 1000; *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428, 443 (2000); *Mitchell* (n. 52), at p. 330. この2000年ディッカーソン・ケース連邦最高裁判決は、ミランダ・ケース連邦最高裁判決が、議会によっては変更できない憲法判断であることを再確認したものである。

## 第2章 イギリスにおける「黙秘からの不利益推認」を巡る議論

前記の通り、イギリスでは、19世紀に、捜査・公判両段階における訴追対象者の黙秘権が明確化された。ところが、後に詳述するように、1972年に、刑事法改訂委員会が、『第11報告書』の中で、黙秘からの不利益推認を禁止してきた従前の判例法を非常識と批判したことをきっかけに、不利益推認を許容する法改正の是非を巡る20年以上にわたる議論の幕が切って落とされた。そして、1994年刑事司法および公共秩序法において、事実認定者が、被疑者や被告人の黙秘から不利益な推認を導くことを許容する「不利益推認条項」が導入され、『第11報告書』の提案が概ね実現されることになった。こうした20世紀後半の動向を正確に理解することが、今日に至るまでのイギリスの自己負罪拒否特権を巡る展開を理解するには不可欠である。そこで本章では、イギリスにおける「黙秘からの不利益推認」を巡る議論を整理する。

### 第1節 20世紀後半における不利益推認条項の導入の是非を巡る議論

本節では、20世紀後半における法改正の是非を巡る議論の動向を把握するために、まず、『第11報告書』において非常識と批判された、同報告書以前の判例法を確認する。次に、『第11報告書』以降に公表された各種報告書（下表を参照）を概観し、そこで戦わされた不利益推認を許容する法改正の是非を巡る議論を整理する。

【各委員会の設置および各報告書の公表の経緯】	
年号	事柄
1959	刑事法改訂委員会の設置
1972	刑事法改訂委員会『第11報告書』の公表
1977	刑事手続に関する王立委員会の設置
1981	『刑事手続に関する王立委員会報告書』の公表
1988	内務省ワーキンググループの設置
1989	『内務省ワーキンググループ報告書』の公表
1991	刑事司法に関する王立委員会の設置
1993	『刑事司法に関する王立委員会報告書』の公表

## 1 『第 11 報告書』以前の判例法

『第 11 報告書』が公表された 1972 年以前の黙秘に関する判例は、①捜査段階の黙秘そのものの扱いが問題とされた類型、②被告人が、公判で主張した事実を捜査段階で供述しておかなかったことが問題とされた類型、③公判段階における黙秘の扱いが問題とされた類型に分けることができる。それぞれのタイプの判例を順に見ていく。

**(1) 捜査段階の黙秘そのものの扱いが問題とされた類型に関する判例** まずは、捜査段階の黙秘そのものの扱いが問題とされた類型に関する判例から見ていくことにしたい。

**(a) 1929 年ホワイトヘッド・ケース高等法院王座部判決（捜査(a)判決）** 捜査段階の黙秘そのものの扱いが問題とされた例としてしばしば取り上げられるのが、1929 年のホワイトヘッド・ケース高等法院王座部判決<sup>1</sup>である。本件被告人は、16 歳未満の少女と違法に性交を行った罪で起訴された。公判において、正式審理を担当した裁判官は、まず、訴追側証拠の大部分が、少女自身による証言であることを確認した。そのうえで、被告人が、権利告知に際して否認の意思を示さなかったのを受けて、この事実が、犯行から数ヶ月経過後に少女から母親になされた、被告人が犯人であるとする供述を裏づける補強証拠となるかが争点となった。そこで、裁判官は、陪審に対して、被疑者が黙秘したり、返答を拒絶したり、憤りを見せなかったことは、補強証拠に該当する一方で、具体的な事件においてそれらの態度が補強証拠となるかどうかは、陪審の判断に委ねられると説示した。そこでは、陪審は、無実の通常人であれば供述するはずであると考えるかどうかを照らして、判断するよう求められるとされた。この説示を受けて、本件の陪審は有罪評決に達した。

しかし、被告人による控訴を受けた高等法院王座部は、被告人の黙秘の態度が被害少女の証言を裏づけることを認める意図で裁判官の説示がなされたものであるとしたうえで、権利告知を受けた後の黙秘が訴追側の証言の補強証拠として扱われうると述べた点は誤りであったとし、原判決を破棄した。

**(b) 1933 年ネイラー・ケース高等法院王座部判決（捜査(b)判決）** 前記の捜査(a)判決を踏襲したものとして、1933 年のネイラー・ケース高等法院王座部判決<sup>2</sup>がある。家宅侵入等の罪に問われた本件被告人は、警察裁判所の治安判事の前で、陪審審理付託決定手続に先立ち、「訴追に対して何か返答したいことはあるか。あなたは、望まない限り、何かを話す義務を負わないが、あなたが述べたことは記録され、公判で証拠として提出される場合がある」との権利告知を受けた。その告知に対して、被告人は、「私は、自分が無罪であるということを除いて、何も話したくない」と述べた。その後に行われた公判において、裁判官は、陪審に対して、訴追されて質問を投げかけられている無辜を想像すれば、同人が、犯行時刻ごろに自身がいた場所やその時間帯の行動について即座に弁明する姿を思い浮かべるはずであると説示した。さらに、被疑者が弁明を躊躇する真の理由は、無辜であればできるはず

<sup>1</sup> *R v. Whitehead* [1929] 1 KB 99.

<sup>2</sup> *R v. Naylor* [1933] 1 KB 685.



の弁明が虚偽であることが明るみになるのを避けるためであるとも述べた。この説示を受けて、本件の陪審は有罪評決に達した。

被告人による控訴を受けた高等法院王座部は、まず、前記捜査(a)判決を、権利告知に際して被告人が否認の意思を示さなかった事実は、被告人にとって不利な証言を補強するものではないと判断したものと位置づけた。そのうえで、同判決に従い、本件被告人の黙秘についての説示は誤りであったと結論づけ、原判決を破棄した。

(c) 1942年キーリング・ケース控訴院判決(捜査(c)判決) 前記捜査(a)判決を踏襲したものとしては、さらに、1942年のキーリング・ケース控訴院判決<sup>3</sup>がある。本件は、被告人が8歳の少女と違法に性交を行った罪に問われた事件に関するものである。公判では、当時の1933年児童および青少年法(Children and Young Person Act 1933)が、年少者の証言に補強証拠を要求していたことから、被告人の黙秘がそのような補強証拠となりうるかが争われた。正式審理を担当した裁判官は、次の3点の被告人の振る舞いが、補強証拠となりうるかと説示した。①被告人が、権利告知を受けた際に、「あなたのおっしゃっていることは理解できるが、供述するつもりはない…」と述べた。②令状が読み上げられた際に、「あなたに話すべきことは…私には何もない」と述べた。③治安判事からの権利告知に際して「私は犯人ではない。何も話すつもりはない」と述べた。そのうえで、被告人の振る舞いが補強証拠となるかを判断する際には、同人が治安判事による尋問や公判で黙秘した事実も考慮されるべきであると説示した。この説示を受けて、本件の陪審は有罪評決に達した。

しかし、被告人の控訴を受けた控訴院は、被告人が、自身は犯人ではないとの旨を除いて何も供述しなかったという事実は補強証拠にはなり得ず、原審の裁判官の説示は誤りであったとして、原判決を破棄した。その際、前記の捜査(a)判決が、当該論点に関する法理についてのより優れた見解を示したものであるとして、この判決を踏襲することを明言した。

(d) 1944年リーキー・ケース高等法院王座部判決(捜査(d)判決) 前記捜査(b)判決を踏襲したものとして、1944年のリーキー・ケース高等法院王座部判決がある<sup>4</sup>。本件は、被告人が少女を殺害した罪で起訴された事件に関するものである。警察官による権利告知を受けた被告人は、少し躊躇した後に、「弁護士などの誰かに会うまで話すべきことは何もない」と述べた。公判において、裁判官は、陪審への説示の中で、被告人が、訴追されて質問を投げかけられた際に、冷静沈着な様子で、「弁護士などの誰かに会うまで話すべきことは何もない」と述べたことを強調した。そのうえで、同人が、無辜であったならば、「私は少女を殺していない。彼女と別れた時、彼女は健在であった」と供述しなかった理由は理解しがたいとの旨を繰り返し述べた。以上の説示を受けて、本件の陪審は有罪評決に至った。

しかし、被告人の控訴を受けた高等法院王座部は、無辜が、過度の警戒心等から、訴追や権利告知を受けた際に黙秘することは不自然ではなく、そのことが、陪審により被告人の有罪の根拠とされれば、被告人は危機的状況におかれると判示した。そして、裁判官の説示は

---

<sup>3</sup> *R v. Keeling* [1942] 1 All ER 507.

<sup>4</sup> *R v. Leckey* [1944] 1 KB 80.

誤りであったとし、原判決を破棄した。

(e) 1948年ジェラルド・ケース控訴院判決(捜査(e)判決) また、前記の捜査(b)判決および捜査(d)判決に言及したものとして、1948年のジェラルド・ケース控訴院判決がある<sup>5</sup>。本件の事案は以下の通りである。警察官は、被告人らの乗車するトラックを見て不審に思い、トラックの荷台を覆うシートを外した。すると、中には、多くの箱に入った蒸留酒が積まれていた。当時、大量の蒸留酒の入手が困難であったことや、蒸留酒の窃盗事件が度々生じていたことを知っていた警察官は、「このトラックで何をしているのか」と被告人らに声をかけた。その結果、被告人らは、トラックを飛び降りて逃走したが、すぐに捕まり、元の場所に連れ戻された。取調べを要すると判断した警察官は、被告人らを警察署に連行した。警察官は、権利告知の後に、被告人に対して、話したいことの有無、トラックの入手経緯、およびその積載物について尋ねた。それに対して、被告人は、「私は、自身が話すべきことを公判で話すつもりだ」と述べた。その後、被告人は、侵入強盗の罪で訴追された。正式審理を担当した裁判官は、陪審に向けて、まず、被告人には、話したくないことを話す義務はない旨を確認したうえで、訴追されるかどうか不明かになっていない段階で、「私は、裁判のために供述を控える」と述べたり、出廷することになるであろうと述べたりしたことは奇妙に思われるかもしれないと説示した。この説示を受けて、本件の陪審は有罪評決に達した。

被告人の控訴を受けた控訴院は、まず、原審の裁判官の説示が「その当時、控訴人が説明を行わなかったことを理由として、その者に不利な意見を形成するよう陪審に促すものであった場合には、誤った説示となりうる」との見解を示した。そのうえで、前記の捜査(b)判決や捜査(d)判決と異なり、本件では、警察官が、トラックの積載物が盗品であることを知らなかったと述べ、被告人も、公判では、積載物が盗品であることを全く知らなかったと述べている状況で、当の被告人が、実際に訴追されるよりかなり早い段階で、「裁判のために供述を控える」と述べていたという事実に言及した。この事実を前提に、控訴院は、本件の説示は「完璧で、無害で、合理的であり、かつ確かな」ものであったとして、被告人の控訴を棄却した。なお、控訴院は、本判決において、前記の捜査(b)判決に異論はないとし、また、捜査(d)判決を、訴追を受けた被告人が黙秘したという事実についての裁判官の説示の適否が問題となる事案に関する「最高到達点」であると位置づけた。

**(2) 公判で主張した事実を捜査段階で供述しておかなかったことが問題とされた類型に関する判例** 次に、被告人が、公判で主張した事実を捜査段階で供述しておかなかったことが問題とされた類型に関する判例を見ていく。

(a) 1966年ホア・ケース控訴院判決(公判供述(a)判決) 1966年のホア・ケース控訴院判決<sup>6</sup>は、被告人が強盗等の罪に問われた事件に関するものである。本件被告人は、公判で初めて、リバプールで強盗を行ったとされる日には、両親と共にルートンに滞在してい

<sup>5</sup> *R v. Gerard* [1948] 1 All ER 205.

<sup>6</sup> *R v. Hoare* [1966] 2 All ER 846.

たと主張した。そこで、このアリバイ抗弁の信用性が争われた。正式審理を担当した裁判官は、陪審に対して、まず、自身が、警察官から質問を受けた被疑者であると仮定し、その際に、犯行時刻ごろに犯行現場にはいなかったことを自覚していた場合、どのような行動に出るかを想像してほしいと述べた。そのうえで、自身にとって、黙秘するか、アリバイに関して供述するか、いずれの行動を最善と考えるかは、陪審の判断に委ねられると説示した。他方、裁判官は、陪審に対して、被告人は権利を行使したにすぎず、何も述べなくてよいことが保障されているといった説示を行わなかった。最終的に、本件の陪審は有罪評決に達した。

しかし、被告人の控訴を受けた控訴院は、被告人の権利への配慮が示されていないことに加え、裁判官による説示が、無辜であればアリバイの詳細を警察に直ちに伝えないのは怪しいとの印象を陪審に抱かせたのは明らかであったと指摘した。そして、この点を理由に、陪審への説示は誤りであったと結論づけ、原判決を破棄した。

(b) 1966年サリヴァン・ケース控訴院判決（公判供述(b)判決） 1966年のサリヴァン・ケース控訴院判決<sup>7</sup>では、正式審理を担当した裁判官は、陪審に対する説示の中で、被告人による公判での証言が真実であったとすれば、同人が、取調べ時に警察に供述しておくのが自然であるため、公判で初めて明らかにされた証言内容は虚偽であったと推認するよう示唆した。そこで、この説示の適否が争われた。

控訴院は、本判決において、被告人が、公判で主張した事実を取調べ時に供述しておかなかった場合に、裁判官および陪審が、そのことから被告人にとって不利益な推認を導くことは判例法上厳しく制限されていることを確認し、裁判官の説示は誤りであったと判示した。

(3) 公判段階における黙秘の扱いが問題とされた類型に関する判例 次に、公判段階における被告人の黙秘の扱いが問題とされた類型に関する判例を見ていく。すでに確認した通り、1898年刑事証拠法は、被告人に証人適格を付与し、被告人自身が自己負罪拒否特権を放棄して証人となることを可能にした。その一方で、証言を行うかどうかの任意の選択を保障するために、証言拒絶に対する訴追側による言及を禁止し、被告人に対する黙秘権の保障を明確化した（1条(b)項）。もっとも、その禁止が裁判官にも及び、陪審に対して、被告人の黙秘が同人に不利に働くように説示することが許されないのかは、必ずしも明らかではなかった。そうした中で、この問題について典型的と評される<sup>8</sup>司法判断を下したのが、次に見る1899年のローズ・ケース高等法院女王座部判決<sup>9</sup>であった。

(a) 1899年ローズ・ケース高等法院女王座部判決（公判(a)判決） ローズ・ケース高等法院女王座部判決は、被告人が、虚偽の新聞広告を用いて卵をだまし取った罪に問われた事件に関するものである。正式審理を担当した裁判官は、陪審に対する説示の中で、被告人

---

<sup>7</sup> *R v. Sullivan* [1966] 51 Cr App R 102. 原典を入手することができなかったため、以下の資料における引用部分を参照した。 *R v. Webber* [2004] 1 UKHL 1, [2004] 1 WLR 404; Criminal Law Revision Committee, *Criminal Law Revision Committee reports* (vol. 11, 1972), at p. 16.

<sup>8</sup> Ian Dennis, *The Law of Evidence* (5th ed., 2013), at p. 531.

<sup>9</sup> *R v. Rhodes* [1899] 1 QB 77.

が、1898年刑事証拠法により、自身のために証言を行うことが許されている点に言及した。そこで、被告人側の弁護人は、被告人の黙秘への不利益な言及を禁止した同法1条(b)項に基づき異論を述べたが、原審は、同項は裁判官には適用されないとの見解を示しつつ、判断を留保した。

これを受けて、高等法院女王座部は、被告人が公判で証言を行わなかったことについて説示する裁判官の権利は、1898年刑事証拠法により奪われることはないとの結論を示した<sup>10</sup>。では、この説示を行う権限に制約はないのか。この点に関する判断を示したのが、次の1950年ウォー・ケース枢密院判決であった。

(b) 1950年ウォー・ケース枢密院判決(公判(b)判決) ウォー・ケース枢密院判決<sup>11</sup>は、被告人が、殺人の罪に問われた事件に関するものである。正式審理では、不可逆的な昏睡状態に陥る直前に被害者が行った不完全な供述を録取した調書の証拠能力が争われた。有罪評決を言い渡された被告人は、正式審理を担当した裁判官が、陪審に対する説示の中で、被告人が証言を行わなかったことに繰り返し言及した点を理由に控訴した。

枢密院は、まず、正式審理を担当した裁判官が、その説示の中で、陪審の注意を、被告人が証言を行わなかったという事実に向けたとした。そのうえで、被告人による証言拒絶について説示するかどうかは裁判官の裁量の問題であることを認めつつ、他方で、訴追側による証言拒絶への言及が許されていないことに照らし、裁判官も、そのような説示を行う際には、細心の注意を払わなければならないとした。そして、本件における証拠関係を前提に、被告人による証言拒絶について裁判官が繰り返し説示したことが、陪審に偏見を抱かせたのは明らかであると指摘した。加えて、少なくとも、被告人には証言を行う義務はない点、および合理的疑いを超えて証明を行うのは訴追側の役割である点が説示されるべきであったとした。以上の理由から、枢密院は、被告人に対する有罪判決を破棄した。本判決により、裁判官が被告人の黙秘について限度を超えた説示を行った場合、そのことが控訴理由となりうる事が明らかとなった<sup>12</sup>。

(c) 1971年プラット・ケース控訴院判決(公判(c)判決) 1971年のプラット・ケース

---

<sup>10</sup> なお、この論点に関する議論の中で、ラッセル首席裁判官は、「我々が検討すべき唯一の問題は、四季裁判所の裁判長が、被告人が証言台に立たなかったことについて説示する権限を有していたか否かである。私には、その者がその権利を有していたことに疑いはないと思われる。事件に関する証拠に言及する裁判官の権限をなく奪するものも、なく奪するよう示唆するものさえも法律の中にはなく、事件が処理されてきた慣習の中にもない。そのような説示の性質や程度は、完全に、その事件を審理する裁判官の裁量にかかっている。そして、被告人が証言を行わなかったことについて裁判官が説示すべきか否か、またはその説示がいかなる内容であるべきかに関してルールを設けることは不可能である。そのような説示を全く行わないのが賢明である場合もあろう。一方で、そのような説示を行うことが、正義の名において絶対的に不可欠な場合もあろう。それは、完全に裁判官の裁量に委ねられた問題である。そして、ここで唯一述べなければならないのは、その裁量は、1898年刑事証拠法の影響を全く受けないということである」と発言していた。*Ibid.*, at pp. 83-84.

<sup>11</sup> *Waugh v. R* [1950] 1 AC 203.

<sup>12</sup> Criminal Law Revision Committee, *op. cit.* n. 7, at p. 68.

控訴院判決<sup>13</sup>は、被告人が騒擾の罪に問われた事件に関するものである。正式審理を担当した裁判官は、陪審に対して、被告人が反証を行わなかったことからいかなる推認を導くかは、陪審の判断に委ねられると説示した。被告人は、裁判官による説示が不適切であったとして控訴した。

控訴院は、訴追側により提出された証拠の価値が比較的高いことを認めつつ、被告人による証言拒絶についての裁判官の説示は限度を超えたものであったと結論づけ、当該説示は誤りであったとして原判決を破棄した。その際、「陪審に対して、被告人が証言を行わなかったことを理由に有罪の推認を導くことができるように示唆を与えることの効果は明白である」とも判示した。

**(4) 『第 11 報告書』以前の判例法の整理** ここまで見てきた判例を整理し、『第 11 報告書』以前の判例法の姿勢を確認する。

まずは、捜査段階の黙秘そのものの扱いが問題とされた類型の判例から見ると、捜査(a)～(c)判決では、被告人の黙秘が同人にとって不利な証言の補強証拠となるかどうか争われたのに対して、捜査(d)～(e)判決では、黙秘していた被告人の犯人性が争われた。このうち、捜査(d)判決において、高等法院王座部は、捜査(a)判決と同旨である捜査(b)判決による判示を支持した。そして、捜査(e)判決は、この捜査(d)判決を「最高到達点」と評価したうえでこれを踏襲し、被告人が「説明を行わなかったことを理由として、その者に不利な意見を形成するよう陪審に促すものであった場合には、誤った説示となりうる」と判示した。したがって、この判示が、当時の判例法において、捜査段階での黙秘に対する裁判官の説示が誤りとなる基準であったといえよう。

次に、公判供述(a)判決、公判供述(b)判決を踏まえると、被告人が公判で主張した事実を取調べ時に供述しておかなかった点について裁判官が説示することは、厳しく制限されていたといえる。

さらに、公判段階における黙秘に関する判例を見ると、当時の判例法の姿勢は、一方で、1898年刑事証拠法が、被告人の証言拒絶についての説示に関する裁量を裁判官に与えていることを認めるものであった。他方で、公判(c)判決にいうように、「被告人が証言を行わなかったことを理由に有罪の推認を導くことができる」という印象を陪審に与えるような説示が行われた場合、その説示は不適切とされ、そのことが控訴理由となりうるものがあった<sup>14</sup>。

---

<sup>13</sup> *R v. Pratt* [1971] Crim LR 234.

<sup>14</sup> もっとも、状況次第では、より厳しい説示が正当化される場合もあったとの指摘が加えられている。Susan Nash, “Silence as Evidence: A Commonsense Development of a Violation of a Basic Right?” (1997) 21 *Criminal Law Journal* 145. そこでは、具体例として、*R v. Bathurst* [1968] 2 QB 99; *R v. Martinez-Tobon* [1994] 98 Cr App R 375 があげられている。もっとも、いずれの判決においても、被告人による証言が行われなかったこと自体は何ら証明に資するものではなく、陪審は、証言が行われなかったことを理由に同人を有罪としてはならないことが明言されている。

## 2 刑事法改訂委員会の『第11報告書』

実体刑法および刑事手続法上の諸問題についての根本的な検討を求める声の高まりを受けて、1959年に刑事法改訂委員会が設立された。その当時、犯罪が増加傾向にある中で、時代にそぐわない刑事手続上の保護が、経験豊富な犯罪者や職業的犯罪者を不当に利しているのではないかという疑念が広がり<sup>15</sup>、黙秘権は、時代遅れの権利保障の典型とみなされるようになった。そこで、刑事法改訂委員会は、捜査段階や公判段階における黙秘権についての検討を行い、1972年に、検討結果をとりまとめた『第11報告書』を公表した。同委員会は、刑事法の改訂に関する様々な提案を行ったが、黙秘権に関しては、19世紀の著名な哲学者であるジェレミー＝ベンサムによる自己負罪拒否特権への批判<sup>16</sup>を踏襲したうえで種々の提案を行った。以下では、その内容を概観するとともに、その後の動向を確認したい。

(1) 『第11報告書』における黙秘権に関する内容 『第11報告書』では、捜査段階における黙秘権<sup>17</sup>と、公判段階における黙秘権<sup>18</sup>についての議論がまとめられている。以下では、それぞれを順に見ていく。

(a) 捜査段階における黙秘権 刑事法改訂委員会は、捜査段階における黙秘権に関し、委員会内での検討を経て、被告人が公判で主張する予定の事実を捜査段階で供述しておかなかったことから、陪審や治安判事が推認を導くことを、その合理性の有無を問わず許容すべきではないとしてきた従前の判例<sup>19</sup>の姿勢は誤りであるとした。そのうえで、不利益推認

---

<sup>15</sup> 黙秘の濫用を行う傾向がある被疑者の類型として、テロ犯罪の被疑者、武装強盗のような深刻な犯罪を生業とする者であることが疑われる被疑者、ビジネスマンなどで深刻な詐欺的犯罪に熟達した者であることが疑われる被疑者があげられている。さらに、ここにあげられたような類型の犯罪者については、その権利が保障には値しないということが、刑事法改訂委員会での議論における暗黙の了解とされていたと指摘される。Ian Dennis, “The Criminal Justice and Public Order Act 1994: The Evidence Provisions” (1995) *Criminal Law Review* 4, at p. 11.

<sup>16</sup> ベンサムは、功利主義の見地から、自己負罪の強制に伴う過酷さを理由に自己負罪拒否特権の正当化を図る見解を、センチメンタルな老婆が無用な心配をしているようであるとの意味を込めて「老婆の嘆き」理論と揶揄し、また、自己負罪の強制により損なわれる刑事手続の公正さの保護を理由に自己負罪拒否特権の正当化を図る見解を、刑事司法とスポーツを混同するものであるとの意味を込めて「キツネ狩り」理論と揶揄し、自己負罪拒否特権に対する批判を展開した。なお、両理論の訳語については、安井哲章「自己負罪拒否特権の性質と機能（1）」比較法雑誌 46 巻 2 号（2012）1 頁以下を参照した。黙秘権に関する見解を述べたベンサムの著書としては、Jeremy Bentham, *Rationale of Judicial Evidence* (Vol. 5, 1827, reprinted 1978)が著名である。

<sup>17</sup> 本報告書の捜査段階における黙秘権に関する内容については、Criminal Law Revision Committee, *op. cit.* n. 7, at [29]-[52].を参照。

<sup>18</sup> 本報告書の公判段階における黙秘権に関する内容については、*ibid.*, at [102]-[103]を参照。

<sup>19</sup> 陪審審理付託決定手続において、訴追側の主張の終結時に、被告人には何も話す義務はない旨が告げられた際に、被告人が供述しなかったことに関する裁判官の説示が誤ったものであったとした判決として、前記のネイラー・ケース王座部判決（捜査(b)判決）。被告人が公判で主張した事実が真実であったならば、その事実は取調べ時に供述されていたはずであるという理由により、その抗弁が虚偽であると推認するよう示唆する説示は誤りであるとした判決の例として、前記のホア・ケース控訴院判決（公判供述(a)判決）、およびサリヴァン・ケース控訴院判決（公判供述(b)判決）。裁判官準則が要求する権利告知が行われた際に、被告人が供述しなかったことに関する裁判官の説示が誤ったものであったとした判決として、前記リーキー・ケース王座部判決（捜査(d)判決）。

の禁止は、無辜よりも真犯人を不当に利するため、「常識に反する」と断じた。加えて、犯罪傾向の進んだ犯罪者が、あらゆる取調べへの返答を拒絶するために現行法を悪用し、警察による捜査を妨げているとして、経験豊富な犯罪者による黙秘権の濫用への対策が必要であることを強調した。

刑事法改訂委員会は、結論として、被告人が陪審審理付託決定手続や公判で主張する予定の事実を捜査段階で供述しておかなかった場合、裁判官や陪審が、事実認定に際し、適切と思われる推認を導くことができるよう法改正を行うべきであるとの提案を行った。その際、推認を導くことを可能とする「供述しておかなかった事実」は、取調べ時に被告人によって供述されることが合理的に期待できたものであることを要するとの付言もなされた。さらに、刑事法改訂委員会は、以上の提案が採用される場合、被疑者に対する黙秘権の告知も廃止、または改訂されなければならないと指摘した<sup>20</sup>。

(b) 公判段階における黙秘権 次に、刑事法改訂委員会は、公判段階での黙秘権に関し、委員会内での検討を経て、被告人が証言を行わなかったことに対する訴追側による言及を禁止した 1898 年刑事証拠法 1 条(b)項、および同項に関する先例<sup>21</sup>を通じて示された判例の姿勢が、被告人に有利すぎるとの見方を示した。そのうえで、次のような理由から、同項により被告人の証言拒絶に対する訴追側の言及が禁止されるのは、不適切であるとの結論を示した。①訴追側の言及の内容が正当なものである場合にもそのような言及が許されないとすれば、陪審の納得が得られない。②陪審が、現に被告人が黙秘しているという事実に全く言及しようとしないう訴追側の態度を不審に思う場合がある。③弁護側の最終弁論は訴追側の最終弁論の後に行われるため、弁護側は、訴追側による黙秘に対する言及を踏まえたうえで、随意的反応をすることができる立場にある。

刑事法改訂委員会は、結論として、次のように提案した。①被告人が犯人であることを示す「一応の証明」が果たされた場合、被告人は、あらゆる事件において証言を行う義務を負うべきである。②裁判官と同様に、訴追側にも、被告人による証言拒絶に対する言及が許されるべきである。④捜査段階の黙秘と同様に、公判段階での被告人の黙秘からも、「常識が示すような (such as common sense dictates)」不利益推認を導くことが許されるべきである。

こうした提案の一方で、刑事法改訂委員会は、不利益推認を導く前提として、被告人が犯人であることを示す「一応の証明」が先に果たされていることが要求され、その証明の程度が低いものにとどまる場合には、被告人が証言を行わなかった事実はほとんど意味をもた

---

<sup>20</sup> 刑事法改訂委員会は、何も話す義務はないと告げられていた被告人の黙秘から不利益な推認を導くよう陪審を促せば、被告人を畏にけることになるとの見解について、不利益推認の禁止の規範は、権利告知とは無関係に存在しているとの理解を示した。その際、直近の判例として、被告人が他の二人と大麻を共同所持していた罪に問われた事案に関する 1971 年ホール・ケース枢密院判決 (*Hall v. R* [1971] All ER 322, at p. 324) をあげた。同判決は、「権利告知は、被告人に対し、判例法上すでに有している権利を喚起する機能を果たすにすぎない」と判示していた。

<sup>21</sup> 裁判官が、説示を通じて、被告人による証言が行われなかったことが同人の有罪を導く推認を招くのには十分であると示唆することまでは許されていないと判示した判例として、前記のブラット・ケース控訴院判決 (公判(c)判決)。

ないと述べた。

さらに、刑事法改訂委員会は、被告人の身体または精神の状態により、証言を行うことが同人にとって望ましくないものになると裁判官が思料する場合には、被告人が証言を行わなかったことを不利益に扱わないとする例外が設けられるべきであるとの提案も併せて行った。

(2) 『第 11 報告書』公表後の動向 『第 11 報告書』においてなされた多岐にわたる提案は、学会および実務の双方における激しい論争を生んだ<sup>22</sup>。この論争の過程で同提案は集中砲火を浴び、その批判のほとんどは、捜査段階における黙秘権の修正と、警察の権利告知の改訂に関する提案に向けられたものであったとされる<sup>23</sup>。その批判を受けて、『第 11 報告書』はその全体が棚上げされることになった<sup>24</sup>。しかし、主に警察連盟 (Police Federation) による働きかけで、黙秘権に関する議論が立ち消えることにはならず、引き続き、刑事手続に関する王立委員会 (Royal Commission on Criminal Procedure) で再検討されることとなった。

### 3 『刑事手続に関する王立委員会報告書』

『第 11 報告書』の提案が棚上げされた当時のイギリスでは、犯罪の増加に対する社会の関心が高まりを見せる一方で、警察の権限濫用への警戒感が強まっていた<sup>25</sup>。こうした情勢を背景に、複雑かつ不明確であり、内容的にも改良を要するものであった当時の刑事手続法制には改革が必要であるとの認識自体に異論はなかった<sup>26</sup>。スコットランドをはじめとする他のコモンウェルス諸国において、捜査を中心とする刑事司法改革が行われたという事情も、そうした改革に向けた機運を一層高めた<sup>27</sup>。こうして、刑事手続についての本格的な調

---

<sup>22</sup> 瀬川晃「イギリス刑事法の変遷と展望」ジュリスト 919 号 (1988) 15 頁。

<sup>23</sup> Michael Zander, “The Criminal Process – A Subject Ripe for a Major Inquiry” (1977) *Criminal Law Review* 249, at p. 249. ザンダーは、結果的に、刑事法改訂委員会の努力は徒勞に終わったとしつつも、少なくとも、何らかの修正を施すことで、刑事法改訂委員会による提案が実現されるべきかどうかについてはさらなる議論の余地もあったとの評価を加えている。

<sup>24</sup> John Jackson, “Recent Developments in Criminal Evidence” (1989) 40 *Northern Ireland Legal Quarterly* 105, at p. 107.

<sup>25</sup> 警察権限の濫用が警戒されるようになった契機として、コンフェイト事件をあげることができる。これは、1972 年に発生した殺人および放火の罪で訴追された少年らが、有罪評決を言い渡されたものの、後に冤罪として処理された事件である。内務大臣の命を受けて当該事件で採られた手続を調査した勅選弁護士ヘンリー＝フィッシャーは、捜査手続における被疑者の権利保障の強化を訴える「フィッシャー・レポート」を公表した。Henry Fisher, *Report of an Inquiry by the Hon. Sir Henry Fisher into the Circumstances Leading to the Trial of Three Persons on Charges Rising out of the Death of Maxwell Confait and the Fire at 27 Doggett Road, London Se6* (1977)。レポートの中でフィッシャーは、少年らが実際には当該事件に関与していた可能性が高いとしつつ、捜査手続上の多くの問題点を指摘した。

<sup>26</sup> 井上＝長沼・後掲注 (32) 「(1)」 86 頁。

<sup>27</sup> 井上＝長沼・後掲注 (32) 「(1)」 86 頁。



査・検討の機が熟したのを受けて<sup>28</sup>、1977年に設置された刑事手続に関する王立委員会<sup>29</sup>は、第1回目の会合を同年2月に開催して以降、計50回に及ぶ会合を重ねた<sup>30</sup>。また、同委員会は、調査のための計画案の作成にあたる「調査小委員会」、現行法と実務を素描する報告書の準備にあたる「法と実務小委員会」、および王立委員会により公表される報告書の草案の作成にあたる「起草小委員会」の3つの小委員会を設置し、そこでは計28回の会合が催された<sup>31</sup>。こうした経緯の末、刑事手続に関する王立委員会は、1981年に、委員会の提案内容を取りまとめた、『刑事手続に関する王立委員会報告書』を公表した<sup>32</sup>。

(1) 『刑事手続に関する王立委員会報告書』における黙秘権に関する内容 『刑事手続に関する王立委員会報告書』では、捜査段階における黙秘権<sup>33</sup>と、公判段階における黙秘権<sup>34</sup>についての議論がまとめられている。以下では、それぞれを順に見ていく。

(a) 捜査段階における黙秘権 刑事手続に関する王立委員会は、『第11報告書』で提案されたような不利益推認が承認されれば、以下の2つの問題点が浮上するとした。第1に、被疑者は、訴追側証拠を正確に把握していないため、不利益推認に関する警告が発せられると、その推認を回避するために供述することを余儀なくされる。この問題点について、王立委員会は、無辜、とりわけ初めて嫌疑をかけられたような無辜による虚偽の自白の可能性を高めるとの懸念を示した。第2に、被疑者の黙秘を同人に不利な証拠として利用することは、立証責任を負う訴追側が、その責任を、被告人の助力なしに果たさなければならないとする弾劾主義の考え方と根本的に矛盾する。この第2の問題点に関して、王立委員会には、現行法の権利告知は、「取調べを受ける被疑者が、合理的な質問に対して即座に返答する」という正当な期待を許さないことで、捜査手続の中に人為的な障壁 (artificial barrier) をもたらしめているとして、不利益推認の採用を支持する意見も少数ながら存在した。しかし、多数意見からは、取調べ時の黙秘から不利益な推認を導くことは、裏づけの乏しい、または具体化されていない嫌疑に基づいて被疑者の供述を求めるものであり、それは、公判でさえ求められることのない要求であるとの異議が唱えられた。多数意見はさらに、法改正が受け入れられるためには、少なくとも、被疑者に対して、捜査の全過程における自身の権利に関する十分な情報、警察が利用可能な証拠に関する十分な情報、および黙秘がもたらす結果に関する

<sup>28</sup> Zander, *op. cit.* n. 23, at p. 249.

<sup>29</sup> この王立委員会は、以下を内容とする女王の勅命に基づき設立された。①犯罪捜査に関する警察の権限・責務、被疑者や被告人の権利・義務（それらを担保する手段を含む）、②犯罪の訴追についての手続およびその責任の所在、③前記①②に関連する刑事手続および刑事証拠のその他の問題についての勧告を行うこと。The Royal Commission on Criminal Procedure, *The report of the Royal Commission on Criminal Procedure* (1981), at IV.

<sup>30</sup> *Ibid.*, at p. 198.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> 本報告書の内容を整理し、イギリスにおける刑事手続改革の動向を論じたものとして、井上正仁＝長沼範良「イギリスにおける刑事手続改革の動向（1）（2）（3）（4）」ジュリスト765号（1982）82頁以下、同766号（1982）97頁以下、同769号（1982）114頁以下、同770号（1982）100頁以下。

<sup>33</sup> 本報告書の捜査段階における黙秘権に関する内容については *ibid.*, Ch. 4, at [4.48]-[4.57]を参照。

<sup>34</sup> 本報告書の公判段階における黙秘権に関する内容については、*ibid.*, at [4.64]を参照。

る正確な情報の提供が保障されなければならないと付言した<sup>35</sup>。

最終的に王立委員会は、多数意見に従い、取調べ時の黙秘権に関する現行法は修正されるべきでないと結論づけた<sup>36</sup>。

(b) 公判段階における黙秘権 刑事手続に関する王立委員会は、検討の前提として、公判段階における黙秘権に関して生じる問題は、以下のような公判の特徴を理由に、捜査段階における黙秘権に関して生じる問題とは異なるとした。①被告人は自身に不利な証拠をすでに把握している。②訴追側は、被告人が犯人であることを示す「一応の証明」を果たしていなければならない。③通常、被告人は、弁護人の助言を得て、自身の抗弁について準備する機会が与えられている。④質問を受ける態様に関する手続的な保護措置が設けられている。⑤手続が公開されている。⑥自己の権利に関する被告人の不知が悪用される可能性が低い。しかし、こうした前提にもかかわらず、一人を除く委員全員は、訴追側によって果たされた「一応の証明」に対する被告人の反証を要求することが、公判における弾劾主義が要求する訴追側の立証責任を軽減することにつながる可能性が高いとの見解を支持したのであった。

(2) 『刑事手続に関する王立委員会報告書』公表後の動向 黙秘権に関する刑事法改訂委員会の提案を拒絶し、黙秘権を維持することを明言した刑事手続に関する王立委員会は、その一方で、刑事司法制度に関する広範な検討に基づく勧告を行い、取調べのテープ録音制度や被疑者・被告人が法的助言を受ける権利の保障についての規定などが盛り込まれた 1984 年警察および刑事証拠法 (Police and Criminal Justice Act 1984) の成立と、従来の裁判官準則に代わり警察の捜査実務を規律する実務規範 (Code of Practice) の採用をもたらし、イギリスの警察実務に大きな影響を与えた<sup>37</sup>。

#### 4 『内務省ワーキンググループ報告書』

刑事手続に関する王立委員会が、その報告書を公表し、黙秘権に関する修正への反対を明言した一方で、その翌年である 1982 年には、当時のサッチャー政権下の内務大臣であったダグラス＝ハードが、経験豊富な犯罪者の例として、テロリスト、違法薬物の元締め、国際金融詐欺師をあげ、これらの犯罪者への対応の必要性から、黙秘権についての再検討が不可

---

<sup>35</sup> もっとも、多数意見は、不利益推認を制度化するための条件を満たすために捜査手続をより準司法的なものにすれば、弾劾主義的刑事手続を維持することはできないと主張している。

<sup>36</sup> なお、刑事手続に関する王立委員会は、権利告知については、それが被疑者に対してなされる時期、またはその文言の明確さや論理などに不満足な点があり、改良の余地があると指摘している。 *Ibid.*, at [4.54]-[4.57].

<sup>37</sup> Mark Berger, “Reforming Confession Law British Style: A Decade of Experience with Adverse Inferences from Silence” (1999) 31 *Columbia Human Rights Law Review* 243, at p.251. また、1984 年警察および刑事証拠法と同じく、刑事手続に関する王立委員会の提案を受けて制定された 1985 年犯罪訴追法 (Prosecution of Offences Act 1985) に基づき、全国規模の訴追機関である公訴局 (Crown Prosecution Service) が創設された。

欠であると発言する<sup>38</sup>など、黙秘権の制限を求める議論は途絶えなかった。1988年には、必要な立法に先立つ問題の調査、ならびに関係各所からの提案の受付および検討を目的とする内務省ワーキンググループ（Home Office Working Group）が設置された。内務大臣は、このワーキンググループに求められるのは、法改正の是非ではなく、どのような態様で法改正が行われるべきかについての助言であるとした。そのうえで、とくに、被告人が、手続の早期の段階で同人により供述されることが明らかに期待できる事実を公判で初めて主張することで、訴追側に不意打ちをかける「待伏せ抗弁（ambush defences）」に対抗するための変革、および訴追対象者による主張の早期開示を促す方策についての検討の必要性を強調した<sup>39</sup>。ワーキンググループは、そうした要求に応えるための提案を取りまとめ、1989年に『内務省ワーキンググループ報告書』を公表した<sup>40</sup>。

(1) 『内務省ワーキンググループ報告書』における黙秘権に関する内容 内務省ワーキンググループは、報告書の中で、前記の刑事法改訂委員会と同様に、経験豊富な犯罪者が当時の法制度を悪用しているとの憂慮を示したうえで、一定の保護措置を設けることを条件に、不利益推認を許容する提案を行った。その主な提案内容は、以下の5点であった<sup>41</sup>。第1に、訴追対象者の権利保障の強化を条件に、被告人が、公判で主張した事実を取調べ時に供述しておかなかったことに対する訴追側や裁判官による言及を許容すべきである。その際、権利保障の観点から、推認を導くうえで考慮される要素を示した法定のガイドラインが作成される必要がある。第2に、被告人が、公判で主張した事実を取調べ時に供述しておかなかったことから導かれる基本的な推認は、一連の抗弁が虚偽であったというものである。第3に、公判前に訴追側、弁護側双方の主張の開示を促す制度を設けるべきである。開示に向けられた要求に被告人が従わなかったことへの主たる制裁は、被告人が要求に背いた事実に対する公判での裁判官や訴追側による言及である。第4に、被告人が証言を行わなかったこと、および質問への応答を拒絶したことに対する訴追側による言及が許容されるべきである。また、裁判官は、黙秘について説示する権限をより多くの頻度で、より厳しい態様で行使すべきである。第5に、警察官による権利告知の内容を、公判で主張する予定の事実を取調べ時に供述するように被疑者を促しつつ、供述しなければ公判での主張を信用してもらえない場合があることを警告するものに改めるべきである。

(2) 『内務省ワーキンググループ報告書』公表後の動向 ワーキンググループの提案が公表された直後、IRA 関連の事件での誤判が明るみになった。その例として、ギルフォー

---

<sup>38</sup> Lecture, Police Foundation, 30 July 1987, <<http://www.police-foundation.org.uk/uploads/holding/johnharris/jhml1987.pdf>>.

<sup>39</sup> Susan Easton, *The Case for the Right to Silence* (2nd ed., 1998), at p. 41.

<sup>40</sup> 原典を入手することができなかったので、本稿では、Steven Greer, “The Right to Silence: A Review of Current Debate” (1990) 53 *The Modern Law Review* 709 を参照した。

<sup>41</sup> *Ibid.*, at pp. 717-718.

ド・フォー事件、マグワイア・セブン事件<sup>42</sup>、バーミンガム・シックス事件<sup>43</sup>をあげることができる。ギルフォード・フォー事件は、サリー州ギルフォードとウーリッジのパブを爆破した罪で4人の被告人が有罪とされた事件である。マグワイア・セブン事件は、ギルフォード・フォー事件の被告人により、自分たちに対して爆弾の作成方法を教えた人物と名指しされた被告人らが、爆発物不法所持等の罪で有罪とされた事件である。バーミンガム・シックス事件は、バーミンガムのパブを爆破した罪で6名の被告人が有罪とされた事件である。これらの一連の誤判事件を受けて、ワーキンググループの提案は、イギリス刑事司法の危機が叫ばれるようになった当時の情勢下では実現困難と判断され、廃案となった<sup>44</sup>。その後、不利益推認を巡る議論は、1991年に設置された刑事司法に関する王立委員会（Royal Commission on Criminal Justice）に引き継がれたのであった。

## 5 『刑事司法に関する王立委員会報告書』

一連の誤判事件を契機に、刑事手続全般に対する再評価への機運が高まったことを受けて、1991年に刑事司法に関する王立委員会が設立された。この委員会では、①43回に及ぶ王立委員会での会合、②実務家やその他の専門家らからなる7つの専門家会議における議論、③犯罪学者や法律家による22件の委託研究、④国内の刑事司法制度のあらゆる関係部門の視察とその関係者らとの議論、⑤法務総裁、最高刑事裁判所長官らへの訪問や、検察庁、地方検察庁、弁護士会、ストラスクライド警察の各担当者らとの会合を伴うスコットランドへの2度の視察、および⑥諸外国の法制度に関する情報収集を目的とする各国の政府機関や学者への質問状の送付が行われた<sup>45</sup>。これらの活動を経て、刑事司法に関する王立委員会は、1993年に、『刑事司法に関する王立委員会報告書』を公表した。

(1) 『刑事司法に関する王立委員会報告書』における黙秘権に関する内容 『刑事司法に関する王立委員会報告書』では、捜査段階における黙秘権<sup>46</sup>と、公判段階における黙秘権<sup>47</sup>についての議論がまとめられている。以下では、それぞれについて順に見ていく。

(a) 捜査段階における黙秘権 刑事司法に関する王立委員会は、検討にあたり、取調べ時の黙秘に対する裁判官による言及が認められた場合に、真犯人に言い渡される有罪判決が増加する期待と、不利益推認の脅威が虚偽の自白を招いたり、陪審が黙秘を過剰評価し

<sup>42</sup> ギルフォード・フォー事件、マグワイア・セブン事件については、鯉越溢弘「ギルフォード・フォー事件の衝撃」法学セミナー37巻4号（1992）16頁以下、同「イギリスにおける『誤判』とその救済」浅田和茂他編『転換期の刑事法学』（現代人文社、1999）617頁以下を参照。

<sup>43</sup> バーミンガム・シックス事件については、倉田靖司「陪審裁判復活の条件（上）」判例タイムズ801号（1993）4頁以下を参照。

<sup>44</sup> Michael Zander, *Case and Materials on the English Legal System* (10th ed., 2007), at p. 169.

<sup>45</sup> The Royal Commission on Criminal Justice, *The report of the Royal Commission on Criminal Justice* (1993), at pp. 236-237.

<sup>46</sup> 本報告書の捜査段階における黙秘権に関する内容については、*ibid.*, Ch. 4, at [4]-[25]を参照。

<sup>47</sup> 本報告書における黙秘権に関する内容については、*ibid.*, at [26]-[27]を参照。

たりすることで、誤判が増加する不安という、対立する二つの考慮要素を比較しなければならないことを確認した。

そのうえで、議論を積み重ねた王立委員会は、報告書において、2つの相反する意見を記した。このうち少数意見は、警察や公訴局、および多数の裁判官による従前の主張<sup>48</sup>と同様、不利益推認を許容する法改正を支持した。その理由として、以下の点があげられた。①取調べ時の被疑者の黙秘が、犯罪捜査を深刻なまでに妨げている。②身柄を拘束されたほとんどの被疑者が取調べに応じて供述する一方で、相当数の経験豊富な犯罪者や職業的犯罪者ばかりが黙秘する傾向にある。③1984年警察および刑事証拠法とその実務規範が、訴追対象者の保護をすでに設けているため、黙秘権が制限されても、無辜や、年少者・精神障害者・その他何らかの知的または社会的機能に関する疾患を抱えた「脆弱な被告人 (vulnerable defendant)」の保護を弱めることにはならない。④不利益推認が許されることにより自白への偏重が軽減されうる。要するに、少数意見は、黙秘権が、無辜や「脆弱な被告人」の保護にはほとんど寄与しておらず、経験豊富な犯罪者の身を守るシェルターとして機能しているにすぎないと論じたのであった。

以上の少数意見に対して、刑事司法に関する王立委員会が採用した多数意見は、バリスタ評議会 (Bar Council)、法律協会 (Law Society)、および刑事弁護士協会 (Criminal Bar Association) などの従前の主張<sup>49</sup>と同様、現行の権利告知や公判での説示を維持するべきであるとする見解を支持した。その理由としては、不利益推認を許容することで、誤判への不安が、より多くの真犯人が処罰されることへの期待を上回りかねないとの警戒感があげられた。そこでは、経験豊富な犯罪者は、法改正後も結局黙秘する可能性が高く、その自白率が高まる見込みは乏しいと考えられる一方、不利益推認に関する説示は、犯罪傾向のより乏しい、またはより脆弱な無辜に対して、より深刻な悪影響をもたらすと考えられたのである。こうして刑事司法に関する王立委員会は、先の刑事手続に関する王立委員会と同様の結論に至ったのであった。

もともと、「待伏せ抗弁」の問題については別途検討された。刑事司法に関する王立委員会は、その多数意見において、公判での主張を事前に開示する義務を拡大することには相当な理由が認められるとした。そのうえで、訴追側の主張が十分に開示されることを前提に、被告人が公判で唐突に主張を展開したり、すでに開示していた主張を公判で翻したりした場合に、これらの事実に対する裁判官や訴追側による言及を許容することで、被告人による早期の主張の開示を要求するべきであるとの結論を示した<sup>50</sup>。ただし、こうした結論に対し

---

<sup>48</sup> *Ibid.*, at [6].

<sup>49</sup> *Ibid.*, at [13].

<sup>50</sup> *Ibid.*, at [24] and Ch. 6, at [59]. 多数意見の提案を受けて、1996年刑事手続および犯罪捜査法 (Criminal Procedure and Investigation Act 1996) では、「待伏せ抗弁」への対策として、訴追側・被告人側双方に対し、公判前手続における主張の明示を義務づける規定が導入された。本法は、その3条が規定する訴追側の証拠開示義務の履行を前提に、同5条において、被告人に主張明示義務を課している。また、同11条は、被告人による義務違反の効果として、事実認定者が、被告人による主張明示がなされなかったことから不利益な推認を導くことを許容している。

ても、一部の委員から反対意見が付された<sup>51</sup>。そこでは、「待伏せ抗弁」が現実に行われるのはまれであり、その弊害は実証されていないため、「待伏せ抗弁」の問題が深刻であるとする議論の前提が誤っているという点、および被告人に対する主張の事前開示の要求は、訴追側が立証責任をすべて負わなければならないとの原則に反するという点が指摘された。

(b) 公判段階における黙秘権 刑事司法に関する王立委員会は、まず、検討の前提として、先の刑事手続に関する王立委員会と同様に、公判での黙秘権に関して生じる問題が、取調べ時の黙秘権に関して生じる問題とは異なることを確認した。そのうえで、立証責任が訴追側に課されるべきであるとの原則に照らし、被告人の黙秘により、訴追側の証拠が補強される (corroborate) 旨の言及が裁判官や訴追側によって加えられてはならず、裁判官は、被告人の黙秘が有罪の指標と捉えられるべきではないことを強調しなければならないとの結論を全会一致で示した。他方で、委員らは、裁判官が、陪審に対する説示の中で、証言が行われなかったことで被告人による証言を聞く機会が失われてしまったという事実と言及することは不適切ではないとの見解を示した。そのうえで、このような説示は実務上すでに行われている<sup>52</sup>ため、公判における黙秘権に関しても法改正の必要はないとしたのであった。

(2) 『刑事司法に関する王立委員会報告書』公表後の動向 『刑事司法に関する王立委員会報告書』が黙秘権の制限に異を唱えたにもかかわらず、本報告書の公表直後、保守党メジャー政権下の内務大臣であったマイケル＝ハワード<sup>53</sup>は、イギリスにおける犯罪の増加や治安悪化への対策の必要性を強調して黙秘権の即時廃止を説いた<sup>54</sup>。ハワードは、財政コスト、効率性の観点からの見直しを受けて後退を余儀なくされていたサッチャー政権下のハードな「法と秩序」政策を再び採用した人物である。ハワードは、1993年12月16日には、「刑事司法及び公共秩序法案」を庶民院に提出した<sup>55</sup>。この法案は、バリスタ評議会、法律協会、および刑事弁護人協会などによる反対にあった<sup>56</sup>。しかし、庶民院において、黙秘

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, at pp. 221-223.

<sup>52</sup> 当時の説示は以下のようなものであったとされる。「被告人が証言を行う必要はありません。被告人には、被告人席に座り、訴追側に対して自己の主張を証明するように求めることができます。陪審の皆さんは、被告人が証言を行わなかったから被告人は有罪であると思込んではなりません。彼が証言を行わなかったという事実は、何も明らかにするものではなく、それ以上でもそれ以下でもありません。それは、被告人の有罪を何ら確かなものにはしません。その一方で、そのことは、被告人が、訴追側の提出した証拠を弱める、相反する、または釈明する証拠を提出しなかったことも意味しています。(しかしながら、あなた方は、依然として、被告人の有罪を訴追側の証拠に基づき確信できるかどうかを判断しなければならないのです)」。 *Ibid.*, at [26].

<sup>53</sup> 三宅孝之「イギリスにおける保守党政権下の刑事政策—ポピュリズムと『法と秩序』」秋山賢三他編『民衆司法と刑事法学』(現代人文社、1999) 509-514頁。

<sup>54</sup> 平成8年度版の『犯罪白書』によれば、1994年のイギリスにおける殺人の認知件数は、1970年の733から1375件に増加し、犯罪発生率は、1.5から2.7に増加した。また、強盗の認知件数は、6273件から、およそ9倍の60016件に増加し、犯罪率は、12.9から116.7に増加した。1997年から1994年までのイギリスの犯罪情勢を分析した邦語文献として、藤本哲也「諸外国における凶悪犯罪の現状と対策」法律のひろば50巻1号(1997)40頁以下、42-43頁。

<sup>55</sup> 本法案について詳細に論じたものとして、井上正仁「黙秘権制限法案(1)(2・完)」ジュリスト1053号(1994)39頁以下、同1054号(1994)88頁以下。

<sup>56</sup> *The Times*, May 24, 1994.

権に関する規定に加えられた修正は、以下の2点にとどまった。第1に、公判における黙秘権に関する条項の中の「黙秘権を行使した結果、法廷で証人として証言することを拒否した被告人に対して、裁判官は、証人として証言するよう要求する」との規定が、テイラー高等法院女王座部首席裁判官による見直しを求める提言<sup>57</sup>に基づいて削除された。第2に、テイラー裁判官の支持<sup>58</sup>のもと、捜査段階における黙秘権に関する条項の適用範囲が、不利益推認の効果についての警告を伴う黙秘権告知後の取調べに限定された。しかし、1994年7月19日に、法案の提出を受けた貴族院が、黙秘権とは無関係の他の条項に多くの修正を加えたために、対応を迫られた政府は、法案を庶民院へ差戻さざるを得なくなった<sup>59</sup>。その後、黙秘権に関する条項に実質的な修正が加えられることはなく、最終的に、『刑事司法に関する王立委員会報告書』公表からわずか1年後に法案は裁可され、1994年刑事司法および公共秩序法が成立し、その中に、黙秘からの不利益推認を明示的に許容した「不利益推認条項」が盛り込まれた。ここに、『第11報告書』に端を発した20世紀後半における黙秘権の制限に向けた要求は結実したのであった。

## 第2節 1994年刑事司法および公共秩序法における「不利益推認条項」の概観

本節では、1994年刑事司法および公共秩序法の「不利益推認条項」の導入時期に、同条項の支持者らにより展開された、同条項の正当化を図る「交換的廃止」論について整理したうえで、同条項の全体像を概観する。

### 1 「交換的廃止」論

前述したように、1993年12月に、黙秘権を制限する条項を盛り込んだ「刑事司法および公共秩序法案」を議会に提出したマイケル＝ハワード内務大臣は、その提出に先立ち、その年の始めに行われていた保守党の党大会において、「いわゆる黙秘権は、テロリストにより容赦なく悪用されている。彼らは、我々を嘲笑っているに違いない。今こそ、この茶番に歯止めをかける時である。いわゆる黙秘権は廃止されるであろう」と発言し、本法案が黙秘権の廃止を意図したものであることを明言していた<sup>60</sup>。この法案の支持者は、1984年警察および刑事証拠法を初めとする20世紀後半の刑事司法改革が、訴追対象者を過剰に保護する

---

<sup>57</sup> The Times, January 20, 1994. ここでは、テイラー裁判官は、裁判官が被告人に証言を要求すると同時に、証言拒絶がもたらす帰結に関する警告を発するのを耳にした陪審が、被告人による証言拒絶を、裁判官の忠告を無視する態度とみなしてしまいかねないことから、証言を行うかどうかについての被告人の選択の自由が損なわれてしまうことを憂慮したと報じられている。

<sup>58</sup> The Times, July 8, 1994.

<sup>59</sup> Martin Wasik and Richard Taylor, *Blackstone's guide to the Criminal Justice & Public Order Act 1994* (1995), at pp. 4-5.

<sup>60</sup> Easton, *op. cit.* n. 39, at p. 47.

ものであり、不利益推認を許さなければ、権利保障と捜査権限との間の適正なパワーバランスを維持することができないとして、本法案の正当性を主張した<sup>61</sup>。このようなバランス論ともいべき論拠に基づいた「不利益推認条項」の正当化は、「交換的廃止 (exchange abolition)」論と呼ばれた<sup>62</sup>。この「交換的廃止」論に基づく黙秘権制限の論理は、その賛同者らにとっては、刑事司法改革がもたらした訴追対象者の保護<sup>63</sup>を維持することと引き換えに、一般市民の常識からかい離した黙秘権の保障範囲を、常識の範囲にまで引き戻そうとしたものであった<sup>64</sup>。

当初、黙秘権に関する法改正に対しては、学説上、「不利益推認条項」の主たる立法理由であった「待伏せ抗弁」をはじめとする黙秘権の濫用的な行使の弊害が実証されておらず、政治的な都合に基づく「象徴的」なものにすぎないとの批判的な評価が寄せられた<sup>65</sup>。こうした否定的な評価に対して、テイラー高等法院女王座部首席裁判官は、次のような理由から、法改正への全面的な賛意を表明した<sup>66</sup>。第1の理由は、刑事裁判に携わる裁判官の大多数が、実情としては陪審によって黙秘が考慮されていることを法改正以前から強く認識していた点に求められた。第2の理由は、ほとんどの陪審が、価値の高い訴追側証拠が存在している状況で、自身だけが返答しうる質問に返答しようとしないうる被告人の態度を目にした場合、被告人が有罪であると断定するまではいかずとも、少なくとも疑わしいと感じる点に求められた。

## 2 「不利益推認条項」の構造

---

<sup>61</sup> Mike Redmayne, “English Warnings” (2008) 30 *Cardozo Law Review* 1047, at p. 1053.

<sup>62</sup> 「交換的廃止」論については、Greer, *op. cit.* n. 49 を参照。

<sup>63</sup> そのような保護の中でもとりわけ重要なのは、取調べ段階での自由かつ当局から独立した法的助言の保障であるとの指摘が加えられている。Hannah Quirk, “Twenty Years on, the Right of Silence and Legal Advice: The Spiralling Costs of an Unfair Exchange” (2013) 64 *Northern Ireland Legal Quarterly* 465, at p. 466.

<sup>64</sup> 「不利益推認条項」成立以前において不利益推認は厳しく制約されていたとの見解を示しつつ、「不利益推認条項」に対して、法を常識と調和させるものであるとの評価を加えた判例として、*Webber* (n. 7)がある。

<sup>65</sup> Michael Allen and Simon Cooper, “Howard’s Way-A Farewell to Freedom?” (1995) 58.3 *The Modern Law Review* 364, at p. 374; Gregory O’Reilly, “England Limits the Right to Silence and Moves towards an Inquisitorial System of Justice” (1994) 85 *The Journal of Criminal Law and Criminology* 402, at pp. 403-405. 実際、取調べを受けた被疑者のうち、黙秘権を行使する者は4.5パーセント、そのうち半分が有罪とされ、全被疑者のうち、黙秘権を行使した者で、有罪判決を免れる者は約2パーセントにすぎないとして、「待伏せ抗弁」の実証性には疑義が唱えられている。Roger Leng, *The Right to Silence in Police Interrogation: A Study of Some of the Issues Underlying the Debate* (1993), at pp. 73-74. さらに、当時の政権は、シンガポールや北アイルランドにおける改革後の実証研究等から、不利益推認が犯罪統制には役に立たないことをすでに認識していたとの指摘がある。Roger Leng, “Silence Pre-Trial, Reasonable Expectations and the Normative Distortion of Fact-Finding” (2001) 5 *International Journal of Evidence and Proof* 240, at p. 241. なお、「待伏せ抗弁」の実証性の乏しさについては、刑事司法に関する王立委員会において、すでにザンダーによっても指摘されていた。See, *The Royal Commission on Criminal Justice, op. cit.* n. 45, at pp. 221-223.

<sup>66</sup> Lord Taylor, “Continuity and Change in the Law” (1996) 7 *King’s College Law Journal* 1, at p. 4.



「不利益推認条項」は、取調べ時に被疑者によって供述されることが期待される事実についての黙秘（34条）、特定の状況についての説明が求められる場面での黙秘（36条および37条）、ならびに公判における黙秘（35条）のそれぞれの黙秘から、裁判官や陪審が「適切な推認」を導くことを認めている。これらの不利益推認の効果により、訴追対象者は、捜査・公判段階において供述や証言を行うように促されるのである。1994年刑事司法および公共秩序法の「不利益推認条項」の試訳は以下の通りである。

【34条】 取調べまたは訴追時に被告人がある事実を供述しておかなかったことの効果

- (1)項 ある犯罪に関してある者を対象とするあらゆる手続において、被告人が、
- (a) 当該犯罪について同人が訴追を受ける以前の一切の時点で、当該犯罪の存否もしくは犯人を特定しようとしている警察官による警告のもとで質問を受けている際に、その手続の中で抗弁として主張した事実を供述しておかなかったこと、
  - (b) 当該犯罪について訴追を受け、もしくは当該犯罪について訴追を受ける場合があると公式に通知された際に、そのような事実を供述しておかなかったこと、または
  - (c) 当該犯罪について訴追を受けた後の一切の時点において、2008年テロ対策法22条（起訴後取調べ）のもとで質問を受けている際に、そのような事実を供述しておかなかったことを示す証拠が提出された場合、それが、上記の質問、訴追、または通知を受けた際に、その当時存在した状況において、被告人によって供述されることが合理的に期待できた事実であったならば、以下の(2)項が適用される。
- (2)項 本条が適用される場合、
- (a) （削除）
  - (b) 裁判官が、1998年犯罪および秩序違反法の別表3の第2段落における被告人による申し出を承認するかどうかを判断する際、
  - (c) 裁判官が、答弁を要する事件（case to answer）の存否を判断する際、または
  - (d) 裁判官もしくは陪審が、当該犯罪について被告人が有罪かどうかを判断する際に、供述がなされなかったことから適切と思われる推認を導くことができる。
- (2A)項 被告人が、黙秘した際に法定の留置場にいた場合に、本条(1)項にいう質問、訴追、または通知を受けるのに先立ちソリシタに相談する機会を与えられていなければ、同(1)項および(2)項は適用されない。
- (3)項 裁判官の説示に従うことを条件に、黙秘を立証する証拠は、被告人が供述しておかなかったと申し立てられる事実を立証する証拠の前後を問わず、提出される場合がある。
- (4)項 本条は、警察官による取調べに適用されるのと同様に、（警察官以外の）犯罪を捜査する責務または犯罪者を訴追する責務を負う者により行われる取調べに適用される。なお、上記(1)項にいう「公式に通知され」は、警察官またはそれらの者により通知されることを意味する。

(5)項 本条は、

- (a) 被告人の面前での問いかけに対してなされた同人の黙秘やその他の言動により、それらに関する証拠が本条以外の理由で証拠能力を認められる場合には、その証拠能力に影響を与えず、また、
- (b) 同条にかかわらず適切な推認を招きうる被告人の黙秘やその他の言動から推認を導くことを妨げない。

(6)項 本条は、ある事実について供述されなかったのが本条の施行以前であった場合、その供述がなされなかったことに対して適用されない。

(7)項 (削除)

**【35条】 公判での被告人の黙秘の効果**

(1)項 ある犯罪に関するあらゆる者の公判において、以下の(2)項および(3)項が適用される。ただし、次の場合は除く。

- (a) 被告人の有罪が争点でない場合、または
- (b) 裁判官が、被告人の精神や身体の状態により、証言を行うことが同人にとって望ましくないものになると思料する場合。

ただし、(2)項以下は、訴追側の弁論終結時に、被告人の法定代理人が、裁判官に対し、被告人に証言の意思があることを通知する場合、または代理人がいなければ裁判官が、証言の意思があることを被告人から聴取する場合には適用されない。

(2)項 本条が適用される場合、訴追側の弁論終結時に裁判官は、(陪審を伴う正式起訴の手続において陪審の面前で)被告人が、被告人側の証言が許される段階に至っており、証言を任意に行うことができること、および証言しないと選択する、または宣誓していたにもかかわらず正当な理由なく質問への返答を拒否するならば、裁判官または陪審が、同人により証言が行われなかった事実、または正当な理由なく質問への返答が行われなかった事実から適切と思われる推認を導くことができることを認識していると確信していなければならない。

(3)項 本条が適用される場合、裁判官または陪審は、訴追のあった当該犯罪に関して被告人が有罪かどうかを判断する際に、同人により証言が行われなかったこと、または正当な理由なく質問への返答が行われなかったことから適切と思われる推認を導くことができる。

(4)項 本条は、被告人を、自己のために証言を行うことを強制可能な状態におくものではなく、したがって同人は、そうしなかったことを理由に法廷侮辱の罪で有罪とされることはない。

(5)項 宣誓していたにもかかわらず質問に返答しなかった者は、本条の目的に照らし、正当な理由なくそうしたものとみなされる。ただし、次の場合は除く。

- (a) 可決や制定の時期を問わず法律により、もしくは特権により、被告人が質問に答えることを拒絶することを認められている場合、または
- (b) 裁判官が、一般的な裁量の行使の範囲において、それに答えることを猶予した場合。

(6)項 (削除)

(7)項 本条は、以下の場合に限り適用される。

- (a) ある犯罪についての起訴に基づく手続に関し、当該犯罪について訴追を受けた者が召喚されたのが本条施行以後である場合、および、
- (b) 治安判事裁判所における手続に関し、裁判所が当該手続において証拠を受理し始めたのが本条施行以降である場合。

**【36条】** 被告人が物体、物質、もしくは痕跡について説明を行わなかった、または拒否したことの効果

(1)項 仮に、

- (a) 警察官にある者が逮捕され、
  - (i) 同人の身体、
  - (ii) 同人の衣服や靴の中や表面、
  - (iii) それ以外の持ち物の中、もしくは
  - (iv) 同人が逮捕された際にいた場所に物体、物質、または痕跡があり、もしくはそれらの物の表面に痕跡があり、
- (b) その警察官、または当該事件を捜査している別の警察官が、当該物体、物質、または痕跡の存在が、当該警察官により認知された犯罪の遂行に同人が関与していたことに起因すると合理的に考え、
- (c) 当該警察官が、同人に対してそのように考えていると告げ、その存在についての説明を要求し、かつ
- (d) 同人がそうすることを拒否、または拒絶した場合、当該犯罪に関して同人を対象とするあらゆる手続においてそれらの事柄を指し示す証拠が提出されたならば、以下の(2)項が適用される。

(2)項 本条が適用される場合、

- (a) (削除)
- (b) 裁判官が、1998年犯罪および秩序違反法の別表3の第2段落における被告人による申し出を承認するかどうかを判断する際、
- (c) 裁判官が、答弁を要する事件の存否を判断する際、および
- (d) 裁判官または陪審が、訴追のあった犯罪に関して被告人が有罪かどうかを判断する際に、説明の拒否や拒絶から適切と思われる推認を導くことができる。

(3)項 本条(1)項および(2)項は、前記の物体や物質に適用されるのと同様に、衣服や靴の状態にも適用される。

(4)項 本条(1)項および(2)項は、同(1)項(c)にいう要求が行われる際に、被告人が、要求に従わなかった場合の本条の効果がいかなるものかを警察官から平易な言葉で告げられない限り適用されない。

(4A)項 被告人が、当該拒否や拒絶を行った際に法定の留置場にいた場合に、同人になされた質問に先立ちソリシタに相談する機会を与えられていなければ、(1)項および(2)項は適用されない。

(5)項 本条は、警察官に適用されるのと同様に、税関職員および税務署職員にも適用される。

(6)項 本条は、同条によらず適切な推認を招きうる物体、物質、もしくは痕跡の存在についての被告人による説明の拒否や拒絶、または衣服もしくは靴の状態からの推認を導くことを妨げない。

(7)項 本条は、その施行以前の拒否や拒絶には適用されない。

(8)項 (削除)

**【37条】** 被告人が特定の場所にいたことについての説明を行わなかった、または拒否したことの効果

(1)項 仮に、

(a) 警察官により逮捕された者が、同人の逮捕された理由となる犯罪が行われたとされる場所、またはその時間帯に発見され、

(b) その警察官または当該犯罪を捜査している別の警察官が、その場所に、その時間帯に同人がいたことが、当該犯罪の遂行に同人が関与したことに起因すると合理的に考え、

(c) 当該警察官が、同人に対して、そのように考えていると告げ、その場所にいたことについての説明を要求し、かつ

(d) 同人がそうしなかった、またはそうすることを拒絶したことを指し示す証拠が、当該犯罪に関する同人に向けられたあらゆる手続において提出された場合、以下の(2)項が適用される。

(2)項 本条が適用される場合、

(a) (削除)

(b) 裁判官が、1998年犯罪および秩序違反法の別表3の第2段落における被告人による申し出を承認するかどうかを判断する際、

(c) 裁判官が、答弁を要する事件の存否を判断する際、および

(d) 裁判官または陪審が、訴追のあった犯罪に関して被告人が有罪かどうかを判断する際に、当該拒否や拒絶から適切と思われる推認を導くことができる。

(3)項 本条(1)項および(2)項は、同(1)項(c)にいう要求が行われる際に、被告人が、要求に従わなかった場合の本条の効果がいかなるものかを警察官から平易な言葉で告げられない限り適用されない。

(3A)項 被告人が、当該拒否や拒絶を行った際に法定の留置場にいた場合に、同人になされた質問に先立ちソリシタに相談する機会を与えられていなければ、(1)項および(2)項は適用されない。

(4)項 本条は、警察官に適用されるのと同様に、税関職員および税務署職員にも適用される。

(5)項 本条は、同条によらず適切な推認を招きうる、ある場所にいたことに関する被告人による説明の拒否や拒絶からの推認を導くことを妨げない。

(6)項 本条は、その施行以前の拒否や拒絶には適用されない。

(7)項 (削除)

**【38条】** 34条、35条、36条、および37条についての解釈および留保

(1)項 本法34条、35条、36条、および37条において—

「法定代理人 (legal representative)」は、2007年法的扶助法の目的に照らし、(あらゆる法律の意

味における)意見を陳述する権利の行使、または訴訟行為を構成する活動に関し、法律で定められた者を意味し、また「場所 (place)」は、建物や建物の一部、車両、船舶、航空機、ホバークラフト、およびその他一切の場所を含む。

(2)項 34条(2)項、35条(3)項、36条(2)項、および37条(2)項において、訴追された犯罪という場合には、被告人が、訴追により適法に有罪となりうるその他の犯罪を指す場合も含まれる。

(2A)項 34条(2A)項、36条(4A)項、および37条(3A)項各項において「法定の留置場 (an authorized place)」は、

(a) 警察署、または

(b) 他の大臣による省令の目的に照らして設けられたその他一切の場所

を意味し、また、この条文のもとで命令を行う権限は、いずれかの議会の議決に従い廃止の対象となる規則により行使可能なものとみなされる。

(3)項 何人も、34条(2)項、35条(3)項、36条(2)項、および37条(2)項にいう拒否や拒絶等から導かれる推認のみに基づき、刑事法院における審理に付される同人を対象とする手続にかけられ、答弁を要する事件が認定され、または有罪を言い渡されることはない。

(4)項 裁判官は、34条(2)項、36条(2)項、および37条(2)項にいう拒否や拒絶等から導かれる推認のみに基づき、34条(2)項(b)、36条(2)項(b)、および37条(2)項(b)にいう申立て等の承認を棄却してはならない。

(5)項 34条、35条、36条、および37条において、(表現の如何を問わず)特定の状況においてある者によりなされた返答または証言が、(表現の如何を問わず、または民事か刑事かを問わず)一切の手続その他において、同人または他の者に対する証拠としての能力が認められないことを規定する制定法の効力は、妨げられない。

(6)項 34条、35条、36条、および37条において、あらゆる手続に際し、裁量により(問いかけられた質問を制止する等その他の方法で)証言を排除する裁判官の権限は妨げられない。

**(1) 取調べ時に供述されることが期待される事実についての黙秘に関する 34 条** 刑事司法および公共秩序法 34 条は、被告人が、①当該犯罪に関する訴追に先立ち、その犯罪を捜査している警察官による権利告知のもとで質問された際に、その後の公判で主張する予定の事実を供述しておかなかったこと、または②訴追もしくは訴追を受ける場合があることを公式に通知された際に、同じくそのような事実を供述しておかなかったことのいずれかを示す証拠が提出された場合に関する規定である。本条は、当該事実が、質問、訴追、または通知に際し、その当時の状況下で被告人により供述されることが合理的に期待できたものであれば、裁判官や陪審が、その事実についての供述がなされなかったことから適切と思われる推認を導くことを認めている。本条により推認を導くことができるのは、被告人の答弁を要する事件 (a case to answer) の存否を裁判官が判断する場合と、被告人が有罪

かどうかを裁判官や陪審が判断する場合に限られる<sup>67</sup>。ただし、供述がなされなかった際に、被告人が、法定の留置場で身柄を拘束されており、かつ前記の質問、訴追、または通知に先立ち、弁護人に相談する機会を与えられていなかった場合には、本条は適用されない<sup>68</sup>。本条の適用の前提として要求される被疑者への権利告知は、被疑事実に関する一切の質問に先立って行われる<sup>69</sup>。その権利告知の内容は、「あなたは、何も言う必要はありません。しかし、もし、質問された際に、後に公判で主張する何らかの事実を供述しておかなければ、そのことが被告人側に不利に働くことがあります。あなたが述べたことは、すべて証拠となり得ます<sup>70</sup>」というものである。

**(2) 特定の状況についての黙秘に関する 36 条および 37 条** 刑事司法および公共秩序法 36 条は、以下の①～④の事実が認められる場合に関する規定である。①ある者が警察官により逮捕され、かつその被逮捕者の身体、衣服や靴の中もしくは表面、それら以外の持ち物の中、または逮捕時にいた場所のいずれかにおいて、何らかの物体、物質、もしくは痕跡があった、またはそのような物体に何らかの痕跡が付着していた<sup>71</sup>。②その事件を捜査している警察官等が、それらの痕跡等が存在する理由は、その警察官により認知された犯行に被逮捕者が関与したからであろうと合理的に考えた。③その警察官が、被逮捕者に対して、そのように考えている旨を告げ、かつその痕跡等の存在について説明するように要求した。④その説明が行われなかった。本条は、以上の事実を示す証拠が提出された場合に、裁判官や陪審が、被逮捕者による説明が行われなかったことから適切と思われる推認を導くことを認めている。また、答弁を要する事件の存否を裁判官が判断する場合と、被告人が有罪かどうかを裁判官や陪審が判断する場合に限り本条により推認を導くことが許容されるのは、34 条と同様である<sup>72</sup>。さらに、本条は、警察官が、被疑者に説明を要求する際に、その要求に従わなければどのような結果になるのかを平易な言葉で告げない限り適用されない<sup>73</sup>。加えて、被疑者が、その要求に従わなかった際に、法定の留置場で身柄を拘束されており、か

<sup>67</sup> Criminal Justice and Public Order Act 1994, s. 34 (2).

<sup>68</sup> *Ibid.*, (2A). この規定は、1996 年のマーレー・ケース欧州人権裁判所判決 (*Murray v. United Kingdom* (1996) 22 EHRR 29, at [69]) において、「被告人による弁護人の利用を制限すること、およびその被告人への尋問の間に弁護人が同席するのを許さないことは、公判での被告人の重要な地位に影響を与え、手続の結果にも影響を与える場合がある。したがって…被告人に通常及ぶ 6 条の保障内容は、手続を通じて弁護人の援助や補助を受ける権利である」との判断が示されたことを受け、1999 年少年司法および刑事証拠法 58 条 (*Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*, s. 58) により新設された。

<sup>69</sup> PACE Code C, at [10.1] (2008).

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> 本条は、物件や痕跡に関して適用されるのと同様に、衣服や靴の状態にも適用される。Criminal Justice and Public Order Act 1994, s36(3).

<sup>72</sup> *Ibid.*, (2).

<sup>73</sup> *Ibid.*, (4). この際、警察官は、被疑者に対して「特別な告知」を行うことが求められる (PACE Code C, at [10.10] (2008))。

つその要求に先立ち弁護人に相談する機会を与えられていなかった場合にも、本条は適用されない<sup>74</sup>。本条が念頭におく状況としては、大量の現金、犯行に供されたとみられる凶器、または血痕のついた着衣を被疑者が所持していたような場合をあげることができる<sup>75</sup>。

刑事司法および公共秩序法 37 条は、以下の①～④の事実が認められる場合に関する規定である。①警察官により逮捕された者が、その逮捕理由となった犯罪が行われたとされる場所において、その犯行があったとされる時間帯にその警察官により発見された。②その犯罪を捜査している警察官等が、その場所に、その時間帯に被逮捕者がいた理由は、同人が当該犯罪に関与していたからであると合理的に考えた。③その警察官が、被逮捕者に対して、そのように考えている旨を告げ、かつそこにいたことについて説明するように要求した。④その説明が行われなかった。本条は、以上の事実を示す証拠が提出された場合、裁判官や陪審が、被逮捕者による説明が行われなかったことから適切と思われる推認を導くことを認めている。また、ここでも、34 条や 36 条と同様に、本条により推認を導くことが許容されるのは、答弁を要する事件の存否を裁判官が判断する場合、および被告人が有罪かどうかを裁判官や陪審が判断する場合に限られている<sup>76</sup>。さらに、本条は、36 条と同様に、警察官が、被疑者に説明を要求する際に、その要求に従わなければどのような結果になるのかを平易な言葉で告げない限り適用されない<sup>77</sup>。加えて、被疑者が、その要求に従わなかった際に、法定の留置場で身柄を拘束されており、かつその要求に先立ち弁護人に相談する機会を与えられていなかった場合にも適用されない<sup>78</sup>。本条が念頭におく状況としては、被疑者が、盗難車の中や、誘拐の被害者が見つかった建物の中で発見されたような場合をあげることができる<sup>79</sup>。

**(3) 公判での黙秘に関する 35 条** 刑事司法および公共秩序法 35 条は、裁判官や陪審が、訴追された犯罪について被告人が有罪かどうかを判断する際に、公判で同人が証言を行わなかった、または正当な理由なく質問に答えなかったことから適切と思われる推認を導くことを認めている<sup>80</sup>。その一方で、本条(1)項(b)は、同条の不利益推認から被告人を保護する一定の「保護措置 (safeguard) <sup>81</sup>」を設けており、被告人の身体や精神の状態により、証言を行うことが同人にとって望ましくないものになると裁判官が思料する場合には、不利益推認を導くことができないと定めている。また、本条(2)項は、裁判官が、不利益推認に関する説示を行うためには、訴追側の立証終了時に被告人が以下の 2 点を認識していること

---

<sup>74</sup> Criminal Justice and Public Order Act 1994, s. 36 (4A).

<sup>75</sup> Abenna Owusu-Bempah, "Silence in Suspicious Circumstances" (2014) Criminal Law Review 126, at p. 127.

<sup>76</sup> Criminal Justice and Public Order Act 1994, s. 36(2)

<sup>77</sup> *Ibid.*, (3). この際、36 条と同様に、警察官は、被疑者に対して「特別な告知」を行うことが求められる (PACE Code C, at [10.11] (2008))。

<sup>78</sup> Criminal Justice and Public Order Act 1994, s. 37(3A).

<sup>79</sup> Bempah, *op. cit.* n. 75, at p. 127.

<sup>80</sup> Criminal Justice and Public Order Act 1994, s. 35(3).

<sup>81</sup> Abenaa Owusu-Bempah, "Judging the Desirability of a Defendant's Evidence: An Unfortunate Approach to s 35(1)(b) of the Criminal Justice and Public Order Act 1994" (2011) Criminal Law Review 690, at p. 691.

を確信している必要があると規定する。第1に、被告人側の証言を行うことができる段階に至っており、任意に証言することができる。第2に、証言を行わなかった、または宣誓していたにもかかわらず正当な理由なく質問に返答しなかった場合には、本条による不利益推認が導かれることがある。さらに、本条(4)項は、同条により、被告人が、自己の利益のための証言を強制されうる立場におかれるわけではなく、証言拒絶等を理由に法廷侮辱の罪で有罪とされることはないことを明らかにしている。加えて、本条(5)項(a)により、宣誓していたにもかかわらず質問に答えなかった被告人は、法律や特権により返答を拒絶することを認められている場合を除き、「正当な理由」なく答えなかったものとして扱われる。弁護士・依頼者間秘匿特権などの特権を理由とする証言の拒絶は、原則的に「正当な理由」があると解されている<sup>82</sup>。

なお、本条の導入により、被告人による証言が行われなかったことに対して訴追側が言及することを禁止した1898年刑事証拠法1条(b)項は削除された。加えて、制定当初、本条の適用は、同条(1)項により被告人が14歳以上の場合に限られていたが、この限定は、1998年犯罪および秩序違反法(Criminal and Disorder Act 1998)35条により撤廃された<sup>83</sup>。

(4) 「適切と思われる推認」と黙秘のみに基づく有罪判決の禁止 捜査段階の黙秘からの推認を認めた34条、36条、および37条、ならびに公判段階での黙秘からの推認を認めた35条のいずれも、裁判官や陪審が訴追対象者の黙秘から「適切と思われる推認(inferences...as appear proper)」を導くことができるとだけ規定しており、その具体的な内容や範囲は明らかにされていない。そのため、個々の事件で、推認が導かれるかどうかや、導かれる推認の内容は、裁判官や陪審の判断に委ねられている。ただし、その判断には全く制約がないわけではなく、本法38条(3)項には、黙秘からの推認のみに基づく有罪認定は認められないことが明記されている。

### 第3節 「不利益推認条項」と公正な裁判を受ける権利の関係

---

<sup>82</sup> Andrew Choo, *The Privilege Against Self-Incrimination and Criminal Justice* (2013), at p. 109. ただし、この論者が、自己負罪拒否特権に関し、1898年刑事証拠法の1条(2)項に従うことでさらなる証言の強制の契機が生じることになると指摘していることには注意を要する。この条項によれば、「2003年刑事証拠法(Criminal Evidence Act 2003)の101条(被告人の悪性格の証拠能力)に従い、刑事手続において訴追を受けた者で、当該手続において証人として召喚された者は、反対尋問において、質問を、仮にその質問が、当該手続の中で訴追対象者が訴追された犯罪に関し同人を有罪にする可能性があるものであったとしても受ける場合がある」とされている。そこで論者は、これらの条項の効果は、不利益推認の脅威を背景に、被告人に向けて、現に訴追されている犯罪に関する自己負罪の強制をもたらしうるものであると指摘する。なお、2003年刑事証拠法101条によれば、同条所定の状況を満たす場合、刑事手続において被告人の悪性格等に関する証拠の証拠能力が認められる。被告人の悪性格、とりわけ前科と「不利益推認条項」の関係については、山田峻悠「イギリスにおける不利益推認の展開」中央大学大学院研究年報法学研究科篇46号(2016)353頁以下、364-365頁においてすでに詳細に論じられている。

<sup>83</sup> Crime and Disorder Act 1998, s. 35.



欧州人権条約 (European Convention on Human Rights) は、その6条<sup>84</sup>において、被告人の公正な裁判を受ける権利を保障している。本条約の締約国であるイギリスにおいてもその権利は保障されなければならない。そのため、訴追対象者の黙秘からの不利益推認を明示的に認めた「不利益推認条項」が、本条の保障する公正な裁判を受ける権利と整合するのかが問題となる。そこで、以下では、「不利益推認条項」と欧州人権条約における公正な裁判を受ける権利との関係を巡る議論を概観しておくことにしたい。

## 1 1996年マーレー・ケース欧州人権裁判所判決

被告人が監禁の幫助および教唆の罪で有罪とされた事案に関する1996年のマーレー・ケース欧州人権裁判所判決は、1994年刑事司法および公共秩序法の「不利益推認条項」のモデルである1988年(北アイルランド)刑事証拠法(Criminal Evidence (Northern Ireland) Order 1988)の不利益推認条項が、欧州人権条約6条と整合するかどうかを判示されたものである。まず、欧州人権裁判所は、条約上明記されていない黙秘権や自己負罪拒否特権が、「条約6条における公正な手続の理念の核心にある国際標準として一般に承認されている<sup>85</sup>」と判示し、それらの権利が本条の保障範囲に含まれることを確認した。そして、訴追対象者への適切な保護措置が講じられていること、および黙秘権の行使と事実認定者による不利益推認との間の均衡に配慮した態様で不利益推認条項が解釈されることを条件に、訴追対象者が、同人に答弁を要求すべきであることが明らかな状況下で黙秘した場合には、訴追側の主張の説得力の評価に際し、当該黙秘が考慮されるのを妨げるべきではないと判示した<sup>86</sup>。この判示により、黙秘からの不利益推認を許容する規定を設置すること自体が直ちに条約6条違反となるのではなく、不利益推認が同条に違反するかどうかは、推認が導かれる個々の具体的な状況次第であることが確認された。

## 2 1996年マーレー・ケース欧州人権裁判所判決の射程

1994年刑事司法および公共秩序法の「不利益推認条項」との関係では、本判決の射程が同条項にも及ぶのかどうかを巡り、当初、その射程が及ぶとする見方<sup>87</sup>と、これを否定する見方が対立した<sup>88</sup>。後者の立場からは、その根拠として、マーレー・ケースが当初から被告

---

<sup>84</sup> European Convention on the Human Rights, s. 6(1) (「何人も、その民事上の権利および義務の認定または刑事上の罪の認定のため、法律で設置された独立の、かつ公平な裁判所による妥当な期間内の公正な公開審理を受ける権利を有する。判決は、公開で言い渡される…。」)。 *Ibid.*, (2) (「刑事上の罪に問われているすべての者は、法律に基づき有罪とされるまでは、無罪と推定される。」)。

<sup>85</sup> *Murray* (n. 68), at [45].

<sup>86</sup> *Ibid.*, at [47].

<sup>87</sup> *Berger*, *op. cit.* n. 37, at p. 274.

<sup>88</sup> Di Birch, "Suffering in Silence: A Cost-Benefit Analysis of Section 34 of the Criminal Justice and Public Order

人の有罪の公算が大きいものであった点や、正式審理が経験豊富な裁判官により執り行われる非陪審裁判 (Diplock court) であった点といった、事実認定や裁判手続にみられる本件固有の事情があげられた。また、条文の妥当性を抽象的に論じることよりも個々の申立人の人権が保障されているかどうかを審査することに重点がおかれた欧州人権裁判所の役割もあげられた。そして、この射程を巡る議論は、欧州人権裁判所の判断が下されるまでは学会の議論の関心であり続けるであろうとの予測<sup>89</sup>がなされ、実際、その判決と整合性をとることができないとの理由から、学説上、「不利益推認条項」の根本的な修正や廃止がその後も根強く主張され続けたのであった<sup>90</sup>。さらに、欧州人権条約の国内法化を目的とする 1998 年人権法 (Human Rights Act 1998) の施行を見越し、同法に基づく国内裁判所における上訴の機会の増加や、欧州人権裁判所による条約違反の判断を通じ、「不利益推認条項」に歯止めがかけられることにも期待が寄せられた<sup>91</sup>。

#### 第 4 節 「不利益推認条項」における不利益推認の性質

前述の通り、欧州人権裁判所は、「不利益推認条項」が、被告人の公正な裁判を受ける権利を保障する欧州人権条約 6 条と整合するのかどうかは、推認が導かれる個々の具体的な状況次第であることを確認した。そのため、公正な裁判を受ける権利の保障にとっては、「不利益推認条項」により許容されうる推認が、いかなる性質を有しているのかが重要となる。したがって、「不利益推認条項」が、従前の判例において保障されてきた自己負罪拒否特権や黙秘権に対していかなる修正を迫ったのかという疑問への解答を探るにあたって、同条項が許容する推認の性質を把握する必要がある。そこで、以下では、「不利益推認条項」の各条文における不利益推認の性質についての議論を概観したい。

##### 1 「不利益推認条項」34 条における不利益推認の性質

まずは、「不利益推認条項」の中でも、イギリスの判例上、とりわけ問題の大きいものとして受け止められてきた<sup>92</sup>、取調べ時に供述されることが期待される事実についての黙秘か

---

Act 1994" (1999) Criminal Law Review 769, at p. 768; Roderick Munday, "Inferences from Silence and European Human Rights Law" (1996) Criminal Law Review 370, at pp. 371, 378.

<sup>89</sup> Nash, *op. cit.* n. 14, at p. 150.

<sup>90</sup> John Jackson, "Silence and Proof: Extending the Boundaries of Criminal Proceedings in the United Kingdom" (2001) 5 International Journal of Evidence and Proof 145; Roger Leng, "Right to Silence Reformed: A Re-Appraisal of the Royal Commission's Influence" (2001) 6 Journal of Criminal Law 107; Birch, *op. cit.* n. 88.

<sup>91</sup> Anthony Jennings, Andrew Ashworth & Ben Emmerson, "Silence and Safety: The Impact of Human Rights Law" (2000) Criminal Law Review 879; Rosemary Pattenden, "Silence: Lord Taylor's Legacy" (1998) 2 International Journal of Evidence and Proof 141.

<sup>92</sup> たとえば、同条を「悪名高い領域 (a notorious minefield)」であると称した判例 (*R v. B* [2003] EWCA Crim 3080, at [20]) や、「非常に困難な領域 (a very difficult area)」と称した判例 (*R v. Bresa* [2005] EWCA Crim 1414,

らの適切な推認を許容した「不利益推認条項」34条について見ていく。

**(1) 1997年アーエージェント・ケース控訴院判決の6要件** 「不利益推認条項」34条に関するリーディングケースであり、匿名の電話に基づき逮捕された被告人が故殺罪に問われた事案に関する1997年アーエージェント・ケース控訴院判決<sup>93</sup>において、控訴院は、制定法の文言を要約し、不利益推認が許容されるための以下の6つの要件を導き出した。①犯罪に関する手続である。②当該黙秘が訴追に先立ち行われたものである。③当該黙秘が権利告知のもとでの取調べにおいて行われたものである。④当該取調べが、犯罪の存否、またはその犯人の特定に向けられたものである。⑤被告人が、公判で主張した事実について取調べ時に供述しておかなかった<sup>94</sup>。⑥取調べ時に、その当時存在していた状況のもとで、被告人により供述されることが合理的に期待できた事実が供述されなかった<sup>95</sup>。

このうち⑥の「合理性」の要件に関し、控訴院は、「合理性」が認められるかどうかの評価は陪審に委ねられるべき問題であることを明らかにした。そして、「合理性」の有無を判断する際に考慮されるべき要素は狭く解釈されるべきではなく、その中には、時刻、年齢、経験、知的能力、健康状態、誠実さ、疲労、知識、性格、および法的助言が含まれ、かつこ

---

at [51]) がある。

<sup>93</sup> *R v. Argent* [1997] 2 Cr App R 27.

<sup>94</sup> 判決文によれば、この要件は、①被告人が公判で主張した事実は存在しているか、②被告人が、本条に従い取調べを受けていた際に、警察官に対してその事実を供述しておかなかったかという二つの要素からなり、かつこれらの要素は、陪審にその存否の判断を委ねるべきものとされる。このうちの②に関し、「主張」する予定の「事実」の解釈をめぐる重要な判断が示されている。本条は、被告人が、取調べ時に供述しておかなかった事実を公判で新たに主張した場合に適用されること、本条の適用を回避しようとした場合、取調べ時に、いかなる態様で、またいかなる程度、そうした事実が被告人により供述されていなければならないのかが問題となる。この問題に関する判断が示されたのが、2003年ナイト・ケース控訴院判決 (*R v. Knight* [2003] EWCA Crim 1977, [2004] 1 WLR 340. 評釈としては以下を参照。Andrew Keogh, “The Right to Silence - Revisited Again” (2003) 153 *New Law Journal* 1352; Andrew Choo, “Prepared Statements, Legal Advice and the Right to Silence: *R v. Knight*” (2004) 8 *International Journal of Evidence and Proof* 62) である。本件では、被疑者に代わり弁護人が、警察官による取調べの冒頭で、事前に用意した声明を取調官らに読み上げた一方で、被疑者自身は、弁護人の助言に基づき、取調官らによる質問に一切答えず、黙秘し続けたうえで、公判では被告人として、その声明の内容と一致する証言を行ったという事実関係のもと、34条の適用が認められるかが争われた。控訴院は、本判決において、弁護人の声明により明らかにされた事実が、後に被告人が公判で主張した事実についての説明を十分に含むものであれば、仮に被告人がその他の質問等に対して一切黙秘をしていたとしても不利益推認を回避するのに十分であると、34条の適用を排除した。同時に、前記のような声明が提出されたことをもって自動的に不利益推認が排斥されるのではなく、不利益推認の是非は、後の公判での主張との整合性にかかっていると付言した。それを前提に、事実の開示を超え、取調官による反対質問に応じるように被疑者に要求することは、一般的に認められている被疑者の黙秘権をより大きく侵害するものであるとした。このように、本判決において、34条により取調べ時に被疑者に開示が要求される事実の範囲は、公判で主張する予定の事実の範囲に限られること、およびその態様は、必ずしも被疑者自身の供述によるものである必要がないことが示された点については好意的に受け止められている。

<sup>95</sup> アーエージェント・ケース控訴院判決において示された6つの要件に関するその後の判例や学説の展開については、石田倫識「被疑者の黙秘権に関する一考察」九大法学 86号 (2003) 107頁以下、中島洋樹「被疑者・被告人の供述主体性 (2・完)」大阪市立大学法学雑誌 51巻 2号 (2004) 165頁以下、三島聡「イングランド＝ウェールズにおける黙秘からの不利益推認」季刊刑事弁護 三八号 (2004) 58頁以下、山田峻悠「イギリスにおける黙秘からの不利益推認」中央大学大学院研究年報法学研究科篇 45号 (2016) 247頁以下においてすでに詳細な紹介がなされている。

れらは例示列挙であることも確認した。なかでも、弁護人の助言の存在は、法律専門家である弁護人から黙秘を勧められた被疑者に対して供述を期待することが合理的とはいいがたいとして、重要視されている<sup>96</sup>。

**(2) 「一応の証明」の要件** 前記アーエージェント・ケース控訴院判決において、制定法から導き出された6つの要件に加え、34条の適用の前提として、被告人が犯人であることを示す「一応の証明」が果たされていることが要求されるようになった。こうした要求は、前記のコンドロン・ケース欧州人権裁判所判決<sup>97</sup>において示唆され、被告人がAクラス規制薬物を供給目的で所持していた罪で有罪とされた事案に関する2001年ジル・ケース控訴院判決<sup>98</sup>で明確なものとなった。さらに、その後の判例では、「一応の証明」が要求されることについての説示を欠いたまま不利益推認が導かれた場合、その事実が控訴理由となることも確認された<sup>99</sup>。34条の適用の前提に「一応の証明」が要求されるようになった背景には、被告人が傷害の罪で有罪とされた事案に関する1995年のコーワン・ケース控訴院判決<sup>100</sup>において、公判での黙秘に関する「不利益推認条項」35条の適用に先立ち「一応の証明」が要求されると判示されたことが、とりわけコンドロン・ケース欧州人権裁判所判決以降、34条の解釈にも影響を与えたという事情があった<sup>101</sup>。

もっとも、34条(2)項(c)は、裁判官が、被告人の答弁を要する事件の存否を判断する場合にも、不利益推認を導くことを許容している。この規定を受けて、答弁を要する事件の存否の判断に際して34条が適用されうることと、不利益推認に先立ち「一応の証明」が要求されることとの整合性が疑問視され、実務的には、答弁を要する事件の存否を判断する際に34条が活用されることは皆無となった<sup>102</sup>。

**(3) 不利益推認の内容** 不利益推認の要件が満たされた場合、裁判官や陪審は、被告人の黙秘から推認を導くことが許される。ところが、「不利益推認条項」は、本法により許容される推認について、「適切と思われる推認」を導くことができるとしか規定しておらず、その内容は明確化されていない<sup>103</sup>。この点について、前記アーエージェント・ケース控訴院

---

<sup>96</sup> 黙秘を勧める助言があったことは、被告人が公判で主張した事実が、取調べ時に同人によって供述されることが期待できたかどうかを判断するうえで考慮されるべき非常に重要な事情であるとされる。Archbold, *Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases* (2015), at p. 1862. See also, Ed Cape, "Sidelineing Defence Lawyers: Police Station Advice after Condon" (1996) 1 *International Journal of Evidence and Proof* 386, at pp. 394-398.

<sup>97</sup> *Condon v. United Kingdom* (2001) 31 EHRR 1.

<sup>98</sup> *R v. Gill* [2001] 1 Cr App R 160.

<sup>99</sup> *R v. Milford* [2001] 1 Crim LR 330.

<sup>100</sup> *R v. Cowan* [1995] 3 WLR 818.

<sup>101</sup> Ian Dennis, "Silence in the Police Station: the Marginalisation of Section 34" (2002) *Criminal Law Review* 25, at p. 36; Susan Easton, "Legal Advice, Common Sense and the Right to Silence" (1998) 2 *International Journal of Evidence and Proof* 109.

<sup>102</sup> Dennis, *op. cit.*, n. 101, at p. 36; Archbold, *op. cit.*, n. 96, at p. 1864. また、すでに先行研究において、この問題が理論上のものにとどまるとの分析がなされている。石田・前掲注(95) 172頁。

<sup>103</sup> Quirk, *op. cit.*, n. 63, at p. 472.

判決では、黙秘からいかなる推認を導くべきかの判断は、事実認定者である陪審の専権事項であり、基本的には陪審の任意の判断に委ねられるべきであると判示され、推認の内容が、事実認定者の常識に従って判断されることが確認された<sup>104</sup>。

ところで、一般に、34条により導かれる推認の典型としては、「公判で主張された事実は虚偽である」という内容が想定されてきた<sup>105</sup>。では、事実認定者が、そのような典型的な内容の推認を超え、被告人が有罪であること自体を導いたり、被告人の有罪を補強したりすることは、本条によって許されるのであろうか。この点については、無辜であっても追い詰められれば黙秘する場合があるなど、黙秘の理由の多様さを根拠に、典型的な内容を超える推認は許容されないとする見解<sup>106</sup>と、本条の不利益推認を限定すれば、公判での主張が虚偽であったという結論が示唆する被告人の不審さ等を無視することになるため、そのような限定は認められないとする見解<sup>107</sup>が対立した。もっとも、後者の見解は、被告人が公判で主張した抗弁が、たとえば正当防衛のような、犯罪行為の正当化や免責を求める抗弁であった場合には、その抗弁が虚偽であるとの推認が有罪認定に直結しうる一方で、情況証拠のみに基づき犯人性が争われているような場合には、必ずしも直結しないとの考え方を前提とするものである<sup>108</sup>。したがって、この見解によったとしても、被告人が、黙秘のみを理由に有罪

---

<sup>104</sup> *Argent* (n. 93). もっとも、推認の内容に関する判断を陪審の常識に委ねることについては、「非陪審の事件における正当化理由がいかなるものであるとしても、この常識に委ねるアプローチは、陪審事件においてより大きな危険を伴う」とし、推認の内容に関するガイドラインの必要性を指摘する見解も見られた。John Jackson, “Interpreting the Silence Provisions” (1995) *Criminal Law Review* 587, at p. 601. 論者は、そのような危険の例として、法律の素人である陪審は、無罪と整合する黙秘の理由があり得ることを明確に告知されない限り、黙秘から過剰な推認を行う傾向がある一方で、そうした懸念を払拭するために黙秘の理由について説示することが、かえって陪審による軽率な判断を招くという場合をあげている。具体的には、裁判官が、訴追側証人や死亡した被害者の性格に関して黙秘している被告人が、自身の性格に関し反対尋問にかけられるのをおそれて黙秘している可能性があることを指摘することで、かえって被告人を偏見にさらしてしまうという場合があげられている。

<sup>105</sup> Redmayne, *op. cit.* n. 61, at p. 1055. 『内務省ワーキンググループ報告書』においても、被告人が、公判で主張した事実を取調べ時に供述しておかなかったことから導かれる推認の基本的な内容は、一連の抗弁が虚偽であったというものであることが示されていた。本章第1節の4を参照。

<sup>106</sup> Redmayne, *op. cit.* n. 61, at p. 1056; Easton, *op. cit.* n. 101, at pp. 114-115; Birch, *op. cit.* n. 88, at p. 777; Dennis, *op. cit.* n. 15, at p. 12-13. また、被疑者が黙秘したり、または警察に虚偽の供述を行ったりする最も想定される目的は、他者をかばうことであることが長らく認識されてきた。Andrew Ashworth, *Criminal Process: an Evaluative Study* (2nd ed., 1998), at p. 103. この点に関連し、刑事司法に関する王立委員会の委託研究によれば、調査対象とされた取調べ時に黙秘した被疑者のうち、12パーセントが他者をかばう目的で黙秘していたとされ、しかも、黙秘の理由を特定できないものが多かったため、実際の比率はさらに大きくなると予測されていた。Leng, *op. cit.* n. 65 (1993), at p. 20. なお、黙秘の証拠価値の乏しさにもかかわらず、本条の黙秘が被告人の有罪を示す積極的な証拠として利用されることで、取調べ段階の被疑者に証明責任が転換されることになりかねないことを指摘するものとして、John Jackson, “The Right of Silence: Judicial Responses to Parliamentary Encroachment” (1994) 57 *The Modern Law Review* 270, at pp. 275-278.

<sup>107</sup> Dennis, *op. cit.* n. 8, at p. 193, n. 205.

<sup>108</sup> *Ibid.*, at p. 193. ここで、論者は、「不利益推認条項」34条所定の黙秘から被告人の有罪を導くことが常にできるとすることには「不公正な論理の飛躍」があると指摘する。また、山田・前掲注(95)265頁においても同様の指摘がなされている。

とされることが妥当と考えられるわけではなかった。

では、裁判所は、本条の不利益推認の内容について、「公判で主張された事実は虚偽である」という内容を超える推認を導くことを認めているのであろうか。この点につき、被告人が、黙秘の理由について、自身の無罪と整合する納得のいく説明を行わない限り、黙秘から有罪の推認が許容される可能性が高いとの見方<sup>109</sup>がある一方、被告人らがヘロインの供給、および供給目的での所持の罪で有罪とされた事案に関する1996年のコンドロン・ケース控訴院判決<sup>110</sup>を根拠に、判例は34条の推認を「公判で主張された事実は虚偽である」という内容に限定しているとの見方<sup>111</sup>も示された。本件では、公判で初めて被告人が主張した事実が、実際には取調べ時に被告人から第三者に伝達されていたことが判明したのを受け、「訴追側が導こうとする推認は、それら（の抗弁）が後にねつ造されたものであるということである」ため、取調べ時にすでに伝達されていたことが明るみになった以上、不利益推認は許容されないとの判断が示された。

**(4) 弁護人の法的助言に基づく黙秘への「不利益推認条項」の適用の是非** 前述の通り、アーゼント・ケース控訴院判決では、「不利益推認条項」34条を適用する前提として、「合理性」の要件が満たされること、すなわち、被告人が取調べ時に供述しておかなかった事実が、その当時存在していた状況のもとで、同人によって供述されることが合理的に期待できたものであることが要求された<sup>112</sup>。ここで、「合理性」の有無の判断に際して考慮されるべき要素のうちの一つとして、弁護人の法的助言があげられた。

訴追対象者は、弁護人の法的助言を受ける権利を有している。1996年マーレー・ケース欧州人権裁判所判決では、被告人による弁護人の利用や、被告人への取調べに対する弁護人の同席が制限されれば、公判での被告人の地位や手続の帰趨に悪影響が及ぶとして、公正な裁判を受ける権利を規定する欧州人権条約6条は、刑事手続を通じて弁護人の援助や補助を受けることができる権利を被告人に保障していると判示された<sup>113</sup>。この判示をきっかけに、「不利益推認条項」には、訴追対象者が弁護人の助言を受けていなければ不利益推認は許容されないとの法改正が施された<sup>114</sup>。

このように、弁護人による法的助言には、非常に重要な意義が認められており、仮に、その助言の内容が、被疑者に黙秘を勧めるものであった場合に、その助言に背いて供述するよう被疑者に期待することは、通常は困難であろう。では、黙秘を勧める助言が行われた場合

<sup>109</sup> Ashworth, *op. cit.* n. 106, at p. 103. See also, Jackson, *op. cit.* n. 90, at pp. 150-151.

<sup>110</sup> *R v. Condrón and Condrón* [1997] 1 WLR 827, at p. 837.

<sup>111</sup> Cape, *op. cit.* n. 96, at p. 766.

<sup>112</sup> 本節の1(1)を参照。

<sup>113</sup> *Murray* (n. 68), at [69]. Leng, *op. cit.* n. 90, at p.126 によれば、当事者主義における弁護人の役割は、公判で被告人の主張を十分に顕出しつつ、訴追側・被告人側間の情報源の不均衡の是正に努めることであるとされ、こうした役割が果たされ、当事者双方の主張が適切に吟味されることで、当事者主義的刑事手続は初めて機能するとされる。

<sup>114</sup> Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999, s.58. これにより「不利益推認条項」34条(2A)項、36条(4A)項、および37条(3A)項が追加された。

には、不利益推認は常に排斥されるのか。弁護人の法的助言に基づく黙秘と不利益推認の関係を巡っては、イギリス国内の裁判所と欧州人権裁判所の双方により度々検討の対象とされ<sup>115</sup>、「不利益推認条項」に関する論点の中でも、より複雑な問題を引き起こしうるものとして、非常に注目を集めている<sup>116</sup>。そこで、以下では、弁護人の法的助言に基づき被疑者の黙秘と不利益推認を巡る議論を見ていくこととしたい。

(a) 判例の概観 1997年のコンドロン・ケース控訴院判決<sup>117</sup>では、法的助言に基づく黙秘からの推認が一律に排斥されるとすれば、弁護人が、被告人に対して常に黙秘を推奨するという状況が生じ、「不利益推認条項」34条は骨抜きになる<sup>118</sup>として、本条の適用は、弁護人の助言の存在のみによっては必ずしも排除されないことが確認された<sup>119</sup>。こうした判断に対しては、学説上、法的助言の価値が阻害されるおそれを無視し、政策に駆り立てられたものであったとの評価<sup>120</sup>が加えられた一方で、助言の存在自体が被告人の黙秘の理由に必ずしも直結するわけではないとする一定の理解も寄せられた<sup>121</sup>。

もっとも、2001年の前記コンドロン・ケース欧州人権裁判所判決<sup>122</sup>では、助言に基づく黙秘の事実自体に「適切な重み<sup>123</sup>」が与えられなければならないとされ、弁護人の助言の存在が34条を無価値にするとした前記コンドロン・ケース控訴院判決の判断と一見すると対照的な判断が示された<sup>124</sup>。

この欧州人権裁判所の判決の後に、イギリス国内では、2001年ベッツおよびホール・ケース控訴院判決<sup>125</sup>が現れた。控訴院は、被告人らが故意による傷害の罪に問われた本判決において、前記コンドロン・ケース欧州人権裁判所判決を引用したうえで、被疑者の判断の「質」よりも、その判断の「真摯さ」が重要であると判示した<sup>126</sup>。そこでは、陪審は、法的

---

<sup>115</sup> Blackstone's Criminal Practice (2017), at [F20.18].

<sup>116</sup> Redmayne, *op. cit.* n. 61, at p. 1062, 1066. また、「合理性」の有無を判断する際に考慮されるべき要素としてあげられたもののうち、より複雑な問題を引き起こしているものとして、さらに、捜査機関の手持ち証拠の開示の状況もあげられている。ここで問題とされている証拠開示についての議論は、日本で交わされてきたような、公判前整理手続や期日間整理手続における証拠開示制度に関する議論とは異なり、公正な裁判を受ける権利の実効的な保障の観点から、捜査機関による取調べに先立ち、捜査機関側の手持ちの証拠を被疑者側に開示すべきという議論である。イギリスにおけるこのような意味での証拠開示については、斎藤司「取調べのための出頭・滞留義務と取調べの適正化論」井田良他編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集』（成文堂、下巻、2016）121-122頁において言及されている。

<sup>117</sup> *Condrón* (n. 110).

<sup>118</sup> *Ibid.*, at p.833.

<sup>119</sup> 裁判所がこのようなアプローチを採用することは立法直後にすでに予期されていた。Michael Zander, “You Have no Right to Remain Silent: Abolition of the Privilege against Self-Incrimination in England” (1995) 659 *Saint Louis University Law Journal* 40, at p. 670.

<sup>120</sup> Quirk, *op. cit.* n. 63, at p. 473; Leng, *op. cit.* n. 90, at pp.126-127. See also, Leng, *op. cit.* n. 65 (2001), at p. 250.

<sup>121</sup> Dennis, *op. cit.* n. 101, at p. 33.

<sup>122</sup> *Condrón* (n. 97).

<sup>123</sup> *Ibid.*, at [60].

<sup>124</sup> *Ibid.*, at [60]-[62].

<sup>125</sup> *R v. Betts and Hall* [2001] EWCA Crim 224.

<sup>126</sup> *Ibid.*, at [53]. ただし、被告人が弁護人の助言を都合よく利用したにすぎないと認められる場合には、被告人が不利

助言に基づく黙秘から推認を導くかどうかを判断するにあたり、被告人がその助言に依拠したことが真摯なものであったかを直接的に検討し、依拠したことが客観的に合理的なものであったかという「質」の問題は、「真摯さ」を評価するうえで間接的に考慮されるにすぎないとされた<sup>127</sup>。この判示は、助言に基づく黙秘からの推認は一切許容すべきでないとする立場からは、法律の素人である被疑者が、躊躇なく法的助言に依拠することができる必要があるという 1984 年警察および刑事証拠法 58 条の基本的な前提を無視しているとの批判を浴びた<sup>128</sup>。しかし、34 条の立法目的を擁護してきたイギリスの裁判所が、この異議を受け入れる余地は乏しいのが現実であったため、一般的には、本判決は好意的に受け止められた<sup>129</sup>。その後、前記のベックルズ・ケース欧州人権裁判所判決において、本判決が引用されたうえで同旨の判断が下されたことにより、本判決が欧州人権裁判所の考えに沿ったものであることが確認された<sup>130</sup>。

ところが、被告人が故意による傷害の罪に問われた事案に関する 2003 年のオーエル・ケース控訴院判決<sup>131</sup>では、ベッツおよびホール・ケース控訴院判決で採用された、「真摯さ」を重視した主観的なアプローチが排斥された<sup>132</sup>。代わりに、公共の利益の観点から、34 条に基づいて被疑者の供述を期待できる範囲を広く捉えたうえで、不利益推認を回避するには、被疑者による法的助言への依拠が、真摯なだけでなく、合理的なものでなければならぬとする客観的なアプローチが採用された<sup>133</sup>。

その後、オーエル・ケース控訴院判決を踏襲した判例として、被告人が性的暴行の罪に問われた 2003 年のナイト・ケース控訴院判決<sup>134</sup>、および被告人が B クラス規制薬物である硫酸アンフェタミンの大量生産に関与し、その供給を共謀した罪に問われた事案に関する 2004 年のホア・ケース控訴院判決<sup>135</sup>が現れた。控訴院は、後者の判決において、被告人が、法的助言に真摯に依拠して黙秘した場合であっても、「陪審は、被告人が、無罪と整合する説明を何ら有していなかった、または納得のいく説明を有していなかったことが黙秘の真の理由であると確信するならば、不利益推認を導くことができる」と判示した<sup>136</sup>。そのうえ

---

益推認から保護されることはないことも示された (*Ibid.*, at [52])。

<sup>127</sup> Andrew Choo and Anthony Jennings, “Silence on Legal Advice Revisited: R v Howell” (2003) 7 *International Journal of Evidence and Proof* 185, at p. 186.

<sup>128</sup> Quirk, *op. cit.* n. 63, at p. 473.

<sup>129</sup> Susan Nash, “Drawing Inferences from Positive Suggestions Put to Witnesses: R v. Webber” (2005) 9 *International Journal of Evidence and Proof* 50, at p. 213; Choo and Jennings, *op. cit.* n. 127, at p. 186; Keogh, *op. cit.* n. 94, at p. 1352.

<sup>130</sup> *Beckles v. United Kingdom* (2003) 36 EHRR 162.

<sup>131</sup> *R v. Howell* [2003] 1 EWCA Crim 1.

<sup>132</sup> *Ibid.*, at [24]. 主観的・客観的アプローチについては Choo and Jennings, *op. cit.* n. 127, at pp. 187-189 を参照。

<sup>133</sup> *Howell* (n. 131), at [24].

<sup>134</sup> *Knight* (n. 94). 控訴院は、本判決において、オーエル・ケース控訴院判決を踏襲することを明言している (*Ibid.*, at [16], [20])。

<sup>135</sup> *R v. Hoare and Pierce* [2004] EWCA Crim 784, [2005] 1 WLR 1804.

<sup>136</sup> *Ibid.*, at [51].



で、この判示は、ベッツおよびホール・ケース控訴院判決から導かれたものであるとし、主観的なアプローチを採用したと解されるベッツおよびホール・ケース控訴院判決と、客観的なアプローチを採用したと解されるオーエル・ケース控訴院判決等との間に矛盾はないとの見解を示した<sup>137</sup>。

では、裁判所の立場は、オーエル・ケース控訴院判決で採用された客観的なアプローチを採用することで確定したのか。かつては、ナイト・ケース控訴院判決における弁護人の助言に基づく黙秘への論及が傍論であった点をとらえ、客観的なアプローチが採用されたと断定するのは早計であるとの指摘<sup>138</sup>もあった。もっとも、この指摘を加えた論者は、現在では、裁判所の立場が主観的なアプローチを支持する方向に寄ることはないと述べている<sup>139</sup>。こうした理解に従えば、現在のイギリス国内の裁判所は、オーエル・ケース控訴院判決で示された客観的なアプローチを採用しているということになる。そのようなアプローチを採用してきた裁判所の姿勢に対しては、学説上、犯罪統制に過度に傾倒し、「不利益推認条項」34条を、ほとんどの場合に訴追側に有利に解釈するものであるとして、批判が強い<sup>140</sup>。

(b) 学説上の問題意識 では、法的助言に基づく黙秘と不利益推認の関係について、とくに、被疑者の黙秘の判断に合理性を要求する客観的なアプローチに関し、学説上、いかなる問題意識がもたれてきたのか。

まず、以下の2つの理由から、助言に基づく黙秘の判断に合理性が要求されることで、弁護人による助言が、黙秘の真の理由であると陪審に納得させるに足る質を伴うものかどうかを、法律の素人である被疑者自身が吟味しなければならなくなることが問題視された<sup>141</sup>。①助言に依拠することの合理性が問われれば、被疑者は、その助言に従うことに委縮してしまうため、法的助言を受ける権利の価値が損なわれる<sup>142</sup>。②被疑者に対して、自己責任で弁

<sup>137</sup> *Ibid.*, at [51]. 本判決の判断が、オーエル・ケース控訴院判決やナイト・ケース控訴院判決で示された規範をより明確化するのに寄与したとするものとして、Quirk, *op. cit.*, n. 63, at p. 474.

<sup>138</sup> Choo, *op. cit.*, n. 94, at p. 66.

<sup>139</sup> Andrew Choo, *Evidence* (4th ed., 2015), at p. 135.

<sup>140</sup> Quirk, *op. cit.*, n. 63, at p. 474; Pattenden, *op. cit.*, n. 91, at p. 164. See also, Redmayne, *op. cit.*, n. 61, at p. 1069; Leng, *op. cit.*, n. 65 (2001), at p. 250. これらによると、個々の事件において推認を導くかどうかの判断とは無関係であるはずの「不利益推認条項」の政策目的が、黙秘の証拠価値の評価や法解釈の中に過度に反映されることで、被疑者は、實際上、供述義務を課せられるようになったとされる。他方、より中立的な評価として、裁判所が34条の明白な立法目的を守ろうとしてきたこと自体は必ずしも不合理ではないとしつつ、被告人が、事後的な制裁をおそれることなく弁護人の助言を受け取り、その助言に基づき行動できることも非常に重要であるため、一連の判例には、こうした相反する二つの要請の緊張関係が現れているとするものも見られた。Simon Cooper, “Legal Advice and Pre-Trial Silence” (2006) 10 *International Journal of Evidence and Proof* 60, at p. 66.

<sup>141</sup> *Ibid.*, at p. 67; Billal Malik, “Silence on legal advice: Clarity but not justice?: R v Beckles” (2005) 9 *The International Journal of Evidence & Proof* 211, at p. 216; Keogh, *op. cit.*, n. 94; Ed Cape, “50th Anniversary Article: the Rise (and Fall?) of a Criminal Defence Profession” (2004) *Criminal Law Review* 401, at pp. 414-416; Quirk, *op. cit.*, n. 63, at p. 476. Choo and Jennings, *op. cit.*, n. 127, at p. 189; Easton, *op. cit.*, n. 101, at p. 120; Cape, *op. cit.*, n. 96, at pp. 398, 402;

<sup>142</sup> Choo and Jennings, *op. cit.*, n. 127, at p. 189. See also, Easton, *op. cit.*, n. 101, at p. 120; Cape, *op. cit.*, n. 96, at pp. 398, 402. ケープは、法的助言を受けることが被告人の権利である以上、被告人は、不利益な制裁が下されるとい

護人の助言の合理性を判断するよう求めることは、被疑者自身による手続への協力を強く期待するものであり、当事者主義の理念に反する<sup>143</sup>。

また、被疑者の判断の合理性が事実認定上の問題となることで、事実認定の歪曲が案じられるようになった<sup>144</sup>。その理由は、被疑者が、有罪に結びつかない様々な、ときに不合理な理由から黙秘する場合があるにもかかわらず、そのような黙秘が、偏見から、同人の有罪に結びつけられうるという点に求められた。

**(5) 弁護士・依頼者間秘匿特権への影響** 法的助言への真摯な依拠自体は不利益推認を妨げないとする客観的なアプローチを前提にすると、被告人側は、不利益推認を回避するために陪審への説得を試みる場合、そのような法的助言がなされた理由を公判で説明しなければならなくなる。しかし、そうした説明が、弁護士・依頼者間秘匿特権（以下、秘匿特権）の放棄と認められた場合、被告人や弁護人は、両者の間で交わされたやりとりに関して反対尋問にかけられ、証言を強いられうる立場におかれてしまう<sup>145</sup>。この秘匿特権について、イギリス国内<sup>146</sup>では、貴族院が、「依頼人は、意思疎通が同意なく露見するおそれなく、秘密裡に弁護士と相談することができなければならない」との原則に基づき、司法行政全般において、依頼人が事実を包み隠さず相談できるようにするための不可欠の条件であると判示している<sup>147</sup>。また、欧州人権裁判所は、被告人と弁護人との間のやりとりの秘密性の意義として、被告人が、弁護人に対して十分かつ遠慮なく相談内容を開示できるようになる点をあげたうえで、両者の意思疎通に特別な地位を認めている<sup>148</sup>。この秘匿特権が放棄されると認められない限り、弁護士と依頼人の間で交わされたやりとりについて質問や尋問が及ぶことは許されないのである。

こうした秘匿特権の重要性に鑑み、後述の通り、「不利益推認条項」が秘匿特権の保障に及ぼす悪影響が危惧されるようになった。かつては、秘匿特権の存在自体が不利益推認を回

---

う脅威を伴うことなく、その権利を行使できなければならないと指摘している。ホア・ケース控訴院判決を受け、「一見したところ、黙秘を維持すべきとの助言を真摯に受け取った被告人さえ、その黙秘から不利益な推認は導かれまいであろうと確信することはできないように思われる」との指摘が加えられている（Coper, *op. cit.* n. 140, at p. 67）。

<sup>143</sup> Quirk, *op. cit.* n. 63, at p.476; Cape, *op. cit.* n. 141, at pp. 414-416; Jackson, *op. cit.* n. 90. また、自己負罪拒否特権の確立に関する革新的見解（本稿第1章を参照）から、当事者主義の発展の中で刑事弁護人が果たしたとされる、その重要な役割に反するものであるとの指摘も加えられている。Abenaa Owusu-Bempah, *Defendant Participation in the Criminal Process* (2016), at p. 116. 加えて、本条を存置するにより、当事者主義的な刑事手続の価値が損なわれることで生じる損害が、その存置により得られる利益を上回るため、本条を存置することは非効率的であると指摘するものとして、Birch, *op. cit.* n. 88.

<sup>144</sup> Quirk, *op. cit.* n. 63, at p. 474; Coper, *op. cit.* n. 140, at pp. 68-69. Leng, *op. cit.* n. 65 (2001), at pp. 254-256. また、弁護人の軽率な助言を鵜呑みにした被告人が黙秘したとしても、そのことについて責めを受けるべきは弁護人であり被告人ではないとするものとして、Malik, *op. cit.* n. 141, at p. 216.

<sup>145</sup> Leng, *op. cit.* n. 65 (2001), at p. 249.

<sup>146</sup> なお、イギリスにおいては、秘匿特権の定義規定として1094年警察および刑事証拠法10条が設けられている。

<sup>147</sup> *R v. Derby Magistrates' Court, ex parte B and another* [1995] 4 All ER 526, at p. 527.

<sup>148</sup> *Cambell v. United Kingdom* (1993) 15 EHRR 137.

避する正当な理由となりうるとする見解<sup>149</sup>がみられた。しかし、裁判所は、秘匿特権の存在により不利益推認が常に排斥されると 34 条が骨抜きになるとして、そのような見解を採用せず、秘匿特権の保障がもたらす利益と、秘匿特権を利用した真犯人が不利益推認を免脱することで生じる損害とのバランスを図るという課題に直面したのであった<sup>150</sup>。

(a) 判例の概観 では、黙秘の理由についての説明を行ったことが特権の放棄と認められるかどうかに関して、判例ではどのような判断が下されてきたのであろうか。

この点に関するリーディングケースであり、かつ最も重要な判例が、1996 年の前記コンドロン・ケース控訴院判決<sup>151</sup>である。本判決では、被告人が黙秘の助言の存在を主張すること自体は、特権の放棄とはみなされないと判示された<sup>152</sup>。また、この判断は、少なくとも 2008 年までの裁判所で踏襲されていたとされ<sup>153</sup>、その後、この方針が変更された証跡は見あたらない。

その一方で、被告人が強盗の罪で有罪とされた事案に関する 1999 年ボーデン・ケース控訴院判決では、黙秘の助言があったという事実を超えて助言の内容が明かされた場合には、特権は放棄されたとみなされることが示された<sup>154</sup>。

その後、控訴院は、前記ベックルズ・ケース控訴院判決において、秘匿特権の重要性を確認しつつ、34 条の趣旨に言及したうえで、被告人が、その特権を利用して本条の趣旨を没却することを防がなければならないとした<sup>155</sup>。そこでは、秘匿特権と不利益推認の関係を巡る検討においても、被疑者の早期の供述を促すという 34 条の目的が考慮されなければならないことが明らかにされたのであった<sup>156</sup>。

また、被告人が友人を刺殺した罪に問われた事案に関する 2010 年のシートン・ケース控訴院判決<sup>157</sup>では、黙秘を勧める法的助言がなされたとの事実を超えて、当該助言の具体的な内容や助言が行われた理由に言及した場合には、特権の放棄と認められる場合があると判

---

<sup>149</sup> Quirk, *op. cit.* n. 63, at p. 480. こうした見解を説くものとして、Dennis, *op. cit.* n. 15, at p. 17; Roderick Munday, “Cum Tacent Clamant: Drawing Proper Inferences from a Defendant’s Failure to Testify” (1996) 55 *The Cambridge Law Journal* 32, at p. 380 がある。

<sup>150</sup> Quirk, *op. cit.* n. 63, at p. 480.

<sup>151</sup> *Condrón* (n. 110).

<sup>152</sup> *Ibid.*, at p. 837. See also, *R v. Bowden* [1999] 1 WLR 823, at p. 828. David Wolchover, “Serving and Saving Silent Suspects - Part 1” (2011) 175 *Criminal Law and Justice Weekly* 71, at p. 72 によれば、この判決により、特権の放棄に関する被疑者の地位を飛躍的に向上させるものであったとされた。

<sup>153</sup> Redmayne, *op. cit.* n. 61, at p. 1067.

<sup>154</sup> *Bowden* (n. 152), at pp. 829-830. See also, Redmayne, *op. cit.* n. 61, at p. 1067.

<sup>155</sup> *R v. Beckles* [2004] EWCA Crim 2766, [2005] 1 WLR 2829, at [43].

<sup>156</sup> 他方、本判決における立法目的への言及は、単なるリップサービスにすぎず、むしろ、秘匿特権の重要性が鋭く説かれたことにこそ本判決の意義があり、本判決が、従来の潮流を被告人に有利な方向に変えるきっかけとなったと指摘するものとして、David Wolchover, “Serving and Saving Silent Suspects - Part 2” (2011) 175 *Criminal Law and Justice Weekly* 86, at p. 86.

<sup>157</sup> *R v. Seaton* [2010] EWCA Crim 1980, [2011] 1 WLR 623.

示された<sup>158</sup>。

では、仮に特権を放棄したと認められた場合、被告人側は、直ちに反対尋問にかけられることになるのか。この点につき、被告人が強盗の罪で有罪とされた事案に関する2007年のホール＝チャン・ケース控訴院判決<sup>159</sup>では、特権の放棄と認められた場合に、直ちに反対尋問に応じることなどを被告人側に要求することができるわけではなく、そうした要求が当事者間の公正を害するものではないことが確認されなければならないと判示された<sup>160</sup>。

もっとも、前記のコンドロン・ケース欧州人権裁判所判決では、被告人側は、助言の内容を明らかにすること自体を強制されてはならず、自ら助言の内容を争点に選んだ以上、34条は、被告人と弁護人との間の交通の秘密性を侵すものではないと判示された<sup>161</sup>。この判示を受けて、秘匿特権への一定の配慮を見せるイギリス国内の裁判所の傾向とは対照的に、欧州人権裁判所は秘匿特権への影響をそれほど問題視していないとの指摘もある<sup>162</sup>。

(b) 学説上の問題意識　ここまで整理してきた判例を踏まえ、学説上、以下のような懸念から、秘匿特権に悪影響が及ぶことで、独立した法的助言の目的と当事者主義の基本原則が損なわれてしまいかねないとの問題提起がなされた<sup>163</sup>。①特権を放棄したと認められた場合、被告人は、その助言の詳細や理由などに関し、訴追側による追及を際限なく受けることになり、供述に向けられる圧力が不可避的に増強されてしまう。②弁護人に対して、自身の助言が、不利益推認からの被告人の保護に資するのか、むしろ同人を不利益推認の危険にさらしてしまうのかという困難な状況判断を迫ることになる。③そのような困難な状況について弁護人は被告人に説明することになるが、その説明は、自身の助言に責任を負いかねるため、その助言に自己責任で従うよう求める内容を含みうるため、両者の信頼関係を損ねる要因となりうる<sup>164</sup>。

(6) 陪審に対する説示　ここまでは、34条の不利益推認の要件や内容について見てきた。もっとも、個別の事件における不利益推認の適法性の判断や、適切な運用の担保にあたっては、評議に先立って陪審に向けて行われる裁判官の説示が極めて重要な意味をもつ<sup>165</sup>。

---

<sup>158</sup> *Ibid.*, at [43]. *Quirk, op. cit.* n. 63, at p. 48によれば、本判決は、弁護人の助言に基づく黙秘と秘匿特権を巡る論点に関する法理を明確にしようとしたものであったとされる。

<sup>159</sup> *R v. Hall-Chung* [2007] EWCA Crim 3429.

<sup>160</sup> *Ibid.*, at [19].

<sup>161</sup> *Condrón* (n. 97), at [60].

<sup>162</sup> *Choo, op. cit.* n. 82, at p. 103.

<sup>163</sup> *Wolchover, op. cit.* n. 152, at p. 71; *Leng, op. cit.* n. 90, at pp. 126-127.

<sup>164</sup> 不利益推認のリスクを回避しつつ、陪審の共感を最大限得ようとする場合の弁護人の望ましい対応策として、被告人や弁護人が、黙秘の理由について、特権の放棄ととらえられないように注意を払いながら簡潔に説明することが求められるとの忠告を行う文献として、*Chaynee Hodgetts, "Silence of the Damned?"* (2014) 178 *Criminal Law and Justice Weekly* 7, at pp. 7-8.

<sup>165</sup> *Nash, op. cit.* n. 129, at p. 54によれば、イギリス国内の裁判所、欧州人権裁判所のいずれも、不利益推認が手続の公正さを害するかを判断するうえで、裁判官の説示を重要視しており、成功した上訴の多くは、法制度の内在的な欠陥よりも、むしろ説示の不適切さから生じてきたとされる。また、*Redmayne, op. cit.* n. 61, at p. 1060によれば、陪審裁判における不利益推認の問題に関する欧州人権裁判所の唯一の関心は、説示が適切かどうかの点にあるとされる。

その理由は、不利益推認が主に問題となる陪審裁判では、判決理由を示すことが要求されず、個々の事件の検証にあたっては、裁判官の説示を参照するしかないという点<sup>166</sup>や、いうまでもなく、法律の素人である陪審に対する裁判官の説示の影響力が非常に大きいという点にある。そのため、「不利益推認条項」が、イギリスにおける黙秘権や自己負罪拒否特権、およびその他の刑事手続の諸原則にいかなる影響を与えたのかを明らかにするためには、陪審に対する裁判官の説示のあり方を論じた判例の動向を分析することが有意義であると考えられる。そこで、以下では、34条に関するものを中心に、裁判官の説示の適否を扱ったイギリス国内の裁判所や欧州人権裁判所の判断を見ていく。

(a) イギリス国内の判例の概観 被告人が窃盗の罪で有罪とされた事案に関する2003年のペトカー・ケース控訴院判決<sup>167</sup>において、控訴院は、司法研究委員会（Judicial Studies Board）により採用されていた説示モデルを踏まえ、陪審に対する説示における以下の8つの構成要素を明らかにした<sup>168</sup>。①公判において被告人が新たに主張した事実の内容が明らかにされなければならない。②そのような事実についての供述がなされなかったことから導かれる推認が、主張内容についての後のねつ造（late fabrication）に関する一般的な推認（主張内容は虚偽であるとの推認）を超えるものである場合には、その推認の内容が明らかにされなければならない。③陪審は、その推認のみに基づき、または主としてその推認に基づき有罪判決を言い渡すべきではない。④陪審は、推認を導くことが公正かつ適切な結論であると考えられる場合に限り、推認を導くことが認められるべきである。⑤有罪の推認が導かれるのは、「被告人が黙秘したことについての唯一の合理的な説明が、被告人が、質問に対する返答、または追及に耐えうるものを有していなかったことである場合に限られなければならない。いいかえれば、当該推認が導かれるのは、当該事実が供述されなかったことについての合理的な説明がほかに存在しない場合に限られなければならない」。⑥推認が導かれるのは、被告人が、後に公判で主張する事実を供述しておかなかったことを度外視し、被告人が有罪であることを示す訴追側の証明が、被告人の答弁を明らかに要するほどに高度なものである場合に限られなければならない。⑦陪審は、被告人の黙秘から結論を導かないように促す証拠の存在を念頭におかななければならない。⑧被告人による黙秘についての説明が、その弁護人から黙秘すべきとの助言を与えられたからであるというものであった場合には、特別の説示がなされなければならない。以上の8つの要素は、司法研究委員会が採用する2010年版の説示モデルにおいても踏襲された<sup>169</sup>。この8つの要素のうち、⑤の要素は、後述の通り、前記のコンドロン・ケース、ベックルズ・ケース両欧州人権裁判所判決でも共通して言及され、説示に含まれていなければならない必須の要素として、とりわけ重

<sup>166</sup> このため、改正法のもとでの新たな制度を効果的に監視することは不可能であるとの指摘が加えられている。

David Roberts, "Legal Advice, the Unrepresented Suspect and the Courts' Inferences from Silence under the Criminal Justice and Public Order Act 1994" (1995) *Criminal Law Review* 483, at p. 485.

<sup>167</sup> *R v. Petkar* [2003] EWCA Crim 2668.

<sup>168</sup> *Ibid.*, at [51].

<sup>169</sup> Judicial Studies Board, *Crown Court Bench Book: Directing the Jury* (2010), at pp. 264-265 and Appendix 2.

要視された<sup>170</sup>。

さらに、被告人らが殺人罪および強盗についての共謀罪に問われた事案に関する 2003 年のパーチメント・ケース控訴院判決<sup>171</sup>では、34 条の適用に関し以下の 2 点が示された。①陪審への説示内容の中に、取調べ時にある事柄について供述されなかった事実から不利益推認を導くのに先立ち、訴追側の証明が、被告人の答弁を要するほどに十分に高度なものであることを確信しなければならないとの旨が含まれていなければならない<sup>172</sup>。②陪審に対して、被告人の有罪を示す証拠が何ら存在しなかった、またはその価値が低いものであった場合には、取調べ時の黙秘の証拠上の機能は限定的なものにとどまることが説示されなければならない<sup>173</sup>。

以上のような説示の取扱いにつき、被告人が殺人の罪に問われた事案に関する 2003 年のダウ・ケース控訴院判決<sup>174</sup>では、正式審理を担当した裁判官が、取調べ時の被疑者の黙秘から不利益推認を導くことが適切ではないとの結論に至った場合には、陪審に対し、被疑者の黙秘をいかなる態様にも考慮してはならないと説示する積極的な義務を負うことが確認された<sup>175</sup>。

(b) 欧州人権裁判所の判例の概観　すでに確認したように、前記コンドロン・ケース欧州人権裁判所判決では、前記のマーレー・ケース欧州人権裁判所判決が踏襲され、「不利益推認条項」が必ずしも欧州人権条約 6 条に反しないと判示された。それと同時に、個々の不利益推認の適否を判断する際には、陪審への説示が適切であったかどうかが重要視されることが確認された。具体的には、申立人が取調べ時に黙秘した唯一の合理的な理由が、その当時、話せることがない、または追及に耐えうる主張を有していなかったからであるといえる場合に限り、不利益な推認を導くことが認められるという点が、陪審への説示に含まれているべきであり<sup>176</sup>、そのような説示が要求されることは、「単に『望ましい』ものにとどまらない<sup>177</sup>」とされたのであった。結論として、欧州人権裁判所は、正式審理を担当した裁判官が、黙秘の理由に関して陪審にとって納得のいく説明がありえたにもかかわらず、その点を強調せず、推認を導くかどうかの陪審の任意の判断に委ねたのは、欧州人権条約 6 条に違反する不公正なものであったとした<sup>178</sup>。本判決により、欧州人権裁判所の基本的な姿勢として、陪審が注意深く説示される限り「不利益推認条項」と欧州人権条約 6 条は両立すること、および陪審への説示が、公正な裁判が行われたかどうかの検証にあたり、非陪審裁判で

---

<sup>170</sup> Choo, *op. cit.*, n. 139, at p. 138; Choo, *op. cit.*, n. 82, at p. 102.

<sup>171</sup> *R v. Parchment* [2003] EWCA Crim 2428.

<sup>172</sup> *Ibid.*, at [12].

<sup>173</sup> *Ibid.*, at [40].

<sup>174</sup> *R v. Dow* [2003] EWCA Crim 3621.

<sup>175</sup> *Ibid.*, at [21].

<sup>176</sup> *Condron* (n. 97), at [61].

<sup>177</sup> *Ibid.*, at [62].

<sup>178</sup> *Ibid.*, at [61].

付される判決理由と同等の役割を果たしうることが示された<sup>179</sup>。

その後、コンドロン・ケース欧州人権裁判所判決の立場を踏襲した前記ベックルズ・ケース欧州人権裁判所判決では、「被告人が黙秘した理由についての説明が、同人が有罪であることとしか一貫し得ない」といえることが、不利益推認の前提として説示の中で強調されなければならないと判示された<sup>180</sup>。すでに確認したように、以上の欧州人権裁判所の判決は、イギリス国内のパーチメント・ケース控訴院判決に影響を与えた<sup>181</sup>。

(7) **34条の機能の「周辺化」** ここまでに概観してきたイギリス国内・欧州人権裁判所の双方の判例の展開を受けて、本条に対しては、その適用範囲が、被告人が犯人であることを証明する価値の高い証拠がすでに提出されており、それらの証拠に照らし、黙秘の意味が特定可能な場合に制限されたことで、その機能が「周辺化 (marginalisation)」されたとする有力な評価が寄せられるようになった<sup>182</sup>。こうした評価は、以下の2点をその根拠とするものであった。第1に、欧州人権裁判所により、黙秘のみに、または主として黙秘に基づき有罪を認定することが禁じられてきた経緯と、黙秘以外の証拠で認定された事実が、明らかに被告人の答弁を要するものでなければ不利益推認を導くことは許容されないとされてきた経緯が連動し、34条の機能を限定した<sup>183</sup>。第2に、34条の適用範囲を制限する試みが、イギリス国内においてもすでに行われてきた<sup>184</sup>。こうした根拠から、「(34条により導かれる) 不利益推認は、有罪の唯一の、または主たる証拠を構成してはならず、かつそれらの効果は、他の訴追側の証拠により認定された (高度の) 一応の証明の説得力を追認することに限られる」と説かれたのであった<sup>185</sup>。

## 2 「不利益推認条項」36条および37条における不利益推認の性質

ここからは、特定の状況についての説明を求められる場面における被疑者の黙秘から、事実認定者が適切な推認を導くことを許容する「不利益推認条項」36条および37条について見ていく。

### (1) **36条および37条の問題性が見過ごされてきた経緯** 「不利益推認条項」36条お

<sup>179</sup> Redmayne, *op. cit.* n. 61, at pp.1058-1059; Coper, *op. cit.* n. 140, at p. 64.

<sup>180</sup> *Beckles* (n. 130), at [62], [64].

<sup>181</sup> *Parchment* (n. 171).

<sup>182</sup> Dennis, *op. cit.* n. 101.

<sup>183</sup> *Ibid.*, at pp. 29, 37. 日本における先行研究にも、「不利益推認条項」34条の効力に対して、イギリスの控訴院と欧州人権裁判所の二つの裁判所による限定解釈の結果、制定当初予定されたものよりはるかに慎ましいものとなっているとの評価を加えるものがある。石田・前掲注 (95) 171頁を参照。

<sup>184</sup> *Ibid.*, at p. 37. 論者は、1999年ボーデン・ケース控訴院判決 (*Bowden* (n. 152), at p. 827) における「もちろん、1994年刑事司法および公共秩序法の条文に適切な効果が与えられなければならない。しかし、それらは、判例法において、誤判のリスクから被告人を保護するのに必要とされた権利を制限するので、条文の文言が要求するよりも広く解釈されるべきではない」との判示を例にあげた。

<sup>185</sup> Dennis, *op. cit.* n. 101, at p. 37.

よび 37 条は、アイルランド共和国の 1984 年刑事証拠法 18 条および 19 条<sup>186</sup>をモデルとする 1988 年（北アイルランド）刑事証拠法（Criminal Evidence Act 1984）の 5 条および 6 条<sup>187</sup>を模して制定された。もともと、34 条や 35 条と異なり、法改正の是非を巡る議論の中で、36 条および 37 条の立法の提案はなされなかった。そのため、両条文の立法目的や制定の経緯は不透明であり、学会においても、黙秘からの不利益推認との関係でそれほど関心を集めてはこなかった<sup>188</sup>。また、34 条に比べて両条文に関する判例法の集積も極めて乏しい<sup>189</sup>。

このように、従来、学説および判例上、34 条の問題性ばかりに注目が集まっていたが、その問題性に隠れるように 36 条および 37 条の問題性が見過ごされていることを警戒すべきであるとして、近時、次のような主張が展開されるようになった。すなわち、36 条および 37 条は、学会や司法による本格的な検討を免れつつ、黙秘の証拠としての価値を高め、かつ公判における事実認定者の関心を、訴追側の主張の説得力ではなく、訴追に対する被告人の返答の有無や態様に向けることで、黙秘権を損なわせているというのである<sup>190</sup>。では、36 条および 37 条の問題性が、判例および学説上見過ごされてきた原因は何であろうか。この点につき、その問題性が見過ごされてきたことに警鐘を鳴らす論者は、以下の三つの仮説を立てた<sup>191</sup>。①警察官による 36 条および 37 条に基づく権利告知を通じた不利益推認に関する警告が、被告人の有罪答弁を促すことで、本条の適用の是非が、公判で問題となるのを免れている。②36 条および 37 条の権利告知がなされた事件であっても、黙秘以外の証拠で十分に有罪立証が果たせることから、検察官が、両条文を援用せずに立証活動を行う場合が少なくない。③訴追に直面した被疑者の不合理なふるまいから同人の有罪を推認することはすでに判例上認められており、両条文は、そのような判例の法理の一部と把握されることで批判を免れている<sup>192</sup>。

---

<sup>186</sup> Criminal Evidence Act 1984, ss. 18, 19.

<sup>187</sup> Criminal Evidence (Northern Ireland) Order 1988, ss. 5, 6.

<sup>188</sup> See, Amber Marks, "Expert Evidence of Drug Traces: Relevance, Reliability and the Right to Silence" (2013) *Criminal Law Review* 810, at p. 821. この文献は、36 条の立法目的や制定の経緯を論じるものであるが、その 36 条に関するリーディングケースである 2002 年のコンプトン・ケース控訴院判決（*R v. Compton* [2002] EWCA Crim 2835）について、そこでなされた判断が 37 条に及ばないと解する理由はないことが指摘されている。Archbold, *op. cit.* n. 96, at p. 1868.

<sup>189</sup> Bempah, *op. cit.* n. 75, at p. 128.

<sup>190</sup> *Ibid.*, at p. 135.

<sup>191</sup> *Ibid.*, *op. cit.* n. 75, at pp. 128-130. ここでは、黙秘権を行使する被疑者の 39 パーセントに相当する全被疑者の 5 パーセントが、捜査段階で 36 条および 37 条の権利告知を受けるとする実証研究（Tom Bucke, Robert Street, & David Brown, *The Right of Silence: The Impact of the Criminal Justice and Public Order Act 1994* (2000), at p. 39）を根拠に、両条文が判例上問題とされてこなかったのはその適用例が少なかったからではないことが指摘されている。

<sup>192</sup> 被告人が、会社の倉庫の盗品の存在を警察官に説明しなかったことから、それらの物が盗品であることを知っていたと推認することは許されるとした陪審への説示を是認し、被告人の不合理な振る舞いから有罪を推定することが許されるとするいわゆる「近接所持」の法理を採用したものと、*R v. Raviraj* (1987) 85 Cr App R 93 をあげることがで



以上のような 36 条および 37 条に注目すべきであると説く見解を踏まえつつ、以下では、両条文の構造上の特徴を概観したうえで、学説上、両条文に関していかなる問題意識がもたれているのかを見ていきたい。

**(2) 構造上の特徴** 前述のように、36 条および 37 条は、被疑者が、特定の状況についての説明を求められる場面で、そのような説明を行わずに黙秘した場合に、事実認定者が、その黙秘から不利益推認を導くことを認めたものである。両条文の適用に際しては、被疑者の黙秘している事柄が特定の状況に関するものであることが要求されるため、その点では、34 条よりも適用範囲が制限されている<sup>193</sup>。その一方で、34 条が被疑者に促す供述の内容は、条文の文言を素直に理解する限り、被疑者自身が公判で主張するような、同人にとって有利なものに限られるのに対し、36 条および 37 条にはそのような限定はない<sup>194</sup>。つまり、両条文によれば、被疑者は、捜査官がすでに認識している事実で、かつ被疑者の有罪を指し示す事実に関連する供述を、捜査段階において求められるのである<sup>195</sup>。

34 条と同様に、36 条および 37 条にも、38 条(3)項の効果が及ぶため、不利益推認のみに基づく有罪判決や、主として不利益推認に基づく有罪判決は許されない<sup>196</sup>。もっとも、36 条および 37 条の適用の前提である特定の状況の存在自体が、被告人の犯人性を示す価値の高い情況証拠であるため、両条文の適用が問題となる場面では、有罪の証拠が黙秘のみとなることはありえない<sup>197</sup>。

また、36 条および 37 条についても、34 条と同様に、陪審は、両条文の適用に先立ち、司法研究委員会の説示モデルに沿った適切な説示を受けていなければならない<sup>198</sup>。控訴院も、36 条の適用の是非が問題となった判例（2002 年コンプトン・ケース控訴院判決）の中で、その適用に際し適切な説示がなされる重要性を強調したうえで、その説示の中に、陪審が、納得のいく説明を被告人が有していなかったと確信している場合に限り、説明がなされなかったことを被告人に不利に扱うことができるという内容が含まれていなければならないと判示した<sup>199</sup>。

**(3) 特定の状況についての「説明」が行われなかったこと** すでに確認したように、36 条および 37 条は、被疑者が特定の状況について「説明」を行わなかったという事実から、事実認定者が不利益推認を導くことを認めたものである。しかし、両条文は、不利益推

---

きる。

<sup>193</sup> Bempah, *op. cit.* n. 75, at p. 126.

<sup>194</sup> Choo, *op. cit.* n. 82, at pp.107-108.

<sup>195</sup> See, Wasik and Taylor, *op. cit.* n. 59, at p. 60.

<sup>196</sup> 欧州人権裁判所の立場に照らし、不利益推認に主として基づく有罪推認が許されないと指摘するものとして、Adrian Keane and Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence* (11th ed., 2016), at p. 471.

<sup>197</sup> Blackstone's Criminal Practice (2017), at [F20.39]によれば、36 条および 37 条との関係における 38 条(3)項の趣旨には、被告人が、説明を果たさずに手続に寄与しなかったという理由のみに基づき同人を有罪にしてはならないとの説示を行うよう裁判官を促す意図が含まれているのではないかとの推察がなされている。

<sup>198</sup> 説示モデルについては以下を参照。Judicial Studies Board, *op. cit.* n. 169.

<sup>199</sup> *Compton* (n. 188), at [37].

認を回避するための「説明」として、どのようなものが要求されるのかを何ら明らかにしていない。そのため、被疑者が完全に黙秘したわけではなく、部分的には何らかの供述をしたような場合に、その供述により「説明」が果たされたといえるかどうかは、必ずしも判然としない。加えて、被告人が、取調べ時には特定の状況に関する「説明」を行わなかったものの、公判においてその「説明」に対応する内容を主張した場合に、そのことがどのように考慮されるのかも明らかではない。そのため、両条文については、①被疑者が、取調べ時に特定の状況に関する「説明」をどの程度行っていれば、両条文の適用を免れることができるのか、②被告人が、特定の状況に関して、公判での主張を通じて説明を行った場合に、どのように処理されるのかという点が問題となる。

(a) 不利益推認を回避するために要求される「説明」の程度 被疑者が、取調べ時に特定の状況に関する「説明」をどの程度行えば両条文の適用を免れることができるのかという点について判断を下したリーディングケースは、2002年コンプトン・ケース控訴院判決<sup>200</sup>である。本件被告人らは、ヘロインが付着した多額の現金が自宅で発見されたのを受け、共謀、大麻およびヘロインの供給、ならびに麻薬密売の罪で起訴された。公判では、その現金に関し、被告人らが取調べ時に「説明」を行っていたかが争われた。3人の被告人のうちの2人は、36条の権利告知を受けた際に、その現金は適法な手段により獲得したものである旨を、他の1人は、自身がヘロイン中毒者である旨も付け加えて供述し、ヘロインを使用していた際に現金が付着したのであらうと説明した。さらに同人は、ヘロインが検出される前の取調べでは、自身の妻がヘロイン中毒者であった旨、および現金が父から受領したものと自動車の売却代金であった旨を供述した。しかし、ヘロインが検出された後に改めて行われた取調べでは、同人は黙秘権を行使していた。こうした経緯を踏まえて、控訴院は、被告人らが、ヘロインの付着した現金の存在について「説明」していなかったと結論づけた<sup>201</sup>。

では、学説上、本判決に対しては、いかなる問題意識がもたれているのか。まず、本判決で示された理解によれば、36条および37条は、被疑者に対して、警察取調べの過酷な性質に鑑みて非現実的なほどに具体的かつ詳細な「説明」を要求しているとの批判が加えられた<sup>202</sup>。ここにいう警察取調べの過酷な性質とは、困惑や情報不足に陥りがちで、黙秘するかどうかの判断が手続の帰趨に与える影響を十分に理解していない被疑者を、強力な身体的、精神的圧力のもとにおくという性質を指す。しかも、そうした要求が貫徹された場合、たとえば薬物の痕跡など、専門の鑑定人にとってさえも説明が困難な事柄についての「説明」が、

---

<sup>200</sup> *Ibid.*

<sup>201</sup> *Ibid.*, at [32], [34].

<sup>202</sup> Bempah, *op. cit.* n. 75; Bempah, *op. cit.* n. 143, at pp. 120-125. See also, Mark, *op. cit.* n. 188, at pp. 821-823. これによると、控訴院は、不十分な「説明」からの不利益推認を認めることで、36条および37条の適用範囲を、両条文のモデルであり、「説明」の内容の不十分さを問題にしていない1988年（北アイルランド）刑事証拠法よりも拡張しようとしたとされる。

取調べの時点で被疑者に求められることになりかねないことも危惧された<sup>203</sup>。

(b) 被告人が公判で特定の状況に関する主張を行った場合の処理 被告人が公判で特定の状況に関する主張を行った場合の処理に関し、前記のコンプトン・ケース控訴院判決<sup>204</sup>では、まず、34条の適用に際しては、被告人による取調べ時の供述態度と公判における主張との間の齟齬が問題となるのに対し、36条の適用に際しては、文言上、そのような齟齬は問題とならないことが確認された<sup>205</sup>。そのうえで、36条における唯一の関心が、取調べ時に、捜査官から提示された本条所定の特定の状況について、被疑者による「説明」が行われたかどうかにあることが明らかにされた<sup>206</sup>。こうした判断に従えば、被告人が、特定の状況に関して公判でいかに説明を尽くしたとしても、そのことは、不利益推認を導くかどうかの判断に影響を与えないこととなる<sup>207</sup>。

(4) 説明を期待することについての「合理性」の要件 「不利益推認条項」34条の適用の前提として、被告人が公判で主張した事実が、取調べ時に同人によって供述されることを合理的に期待できたこと、すなわち「合理性」の要件が満たされることが要求されるのに対し、36条および37条は、条文上、そのような「合理性」要件が設けられていない。前記コンプトン・ケース控訴院判決でも、この「合理性」の要件を、36条の中に見出すことはできないことが確認されている<sup>208</sup>。

では、両条項の適用に際して「合理性」要件が求められていないことについて、学説上、いかなる問題意識がもたれているのか。両条項の問題性が見過ごされてきた点を指摘した論者は、まず、36条の適用に「合理性」が要求されていない背景には、不法な行為を裏づける実質的な証拠が存在している場合には、黙秘が不利益に扱われることは正当であると見解<sup>209</sup>が潜んでいるのではないかとの見方を示した<sup>210</sup>。そのうえで、以下の2点を指摘し、「合理性」の要件を要求しない裁判所のアプローチに対して批判を加えた<sup>211</sup>。①仮に、不法な行為を裏づける実質的な証拠の存在が不利益推認を正当化する場合があるとしても、36条および37条が前提とする特定の状況は、不利益推認を正当化するために要求される

<sup>203</sup> *Ibid.*, at p. 823. ここでは「鑑定書を要するほどの極めて複雑な情報は、被告人の知識の範囲ないしコントロールの範囲には取まらない」との指摘が加えられている。

<sup>204</sup> *Compton* (n. 188).

<sup>205</sup> *Ibid.*, at [32].

<sup>206</sup> *Ibid.*

<sup>207</sup> 公判での主張が不利益推認の回避にとって無意味となることについて、訴追側が証拠として言及する黙秘に対して、被告人側が公判で弾劾するための術が失われてしまうとの指摘を加える文献として、*Pattenden, op. cit.* n. 91, at p. 145.

<sup>208</sup> *Compton* (n. 188).

<sup>209</sup> R. Kent. Greenawalt, “Silence as a Moral and Constitutional Right” (1981) 23 *William and Mary Law Review* 15, at pp. 32, 43. これによると、国民には、犯罪から生じる悪影響を現在から将来にわたりコミュニティの外へ排除するために、犯罪捜査に協力する道徳的な義務が課されており、この義務が、不法な行為を裏づける実質的な証拠が存在している場合に、不利益推認を正当化する根拠の1つであるとされる。

<sup>210</sup> *Bempah, op. cit.* n. 75, at p. 132.

<sup>211</sup> *Ibid.*, at pp. 132-133.

実質的な証拠にあたるといえるほど、行為者の有罪を高度に証明するものかは疑わしい。②両条文の適用可能性が、特定の状況の存在自体を超えて、その他の証拠の存在に依拠するわけではない以上、不法な行為を裏づける実質的な証拠の存否は、両条文の適用可能性に影響し得ない。この論者は、結論として、供述を期待することが合理的でない事柄についての黙秘から不利益推認を導くことは、自己負罪拒否特権を侵害する<sup>212</sup>ことを理由に、両条項に関しても、「合理性」の存在を要件化することを求めた<sup>213</sup>。

(5) 36条および37条と「被告人が話さなければならない」公判 「不利益推認条項」36条および37条の問題性が見過ごされてきたことを指摘した論者は、以下の2点を理由に、両条文に対し、本稿第一章において紹介した自己負罪拒否特権の確立過程に関する革新的見解にいうところの、自己負罪拒否特権が確立する以前の「被告人が話さなければならない」公判を想起させるものであるとの評価を加えた<sup>214</sup>。①被疑者が供述するよう促される内容が、同人にとって、公判で主張するような有利なものに限られる34条と異なり、そのような限定がない36条および37条の方が、むしろ自己負罪拒否特権に関して問題が大きい<sup>215</sup>。②両条文の適用に際して被告人に供述を期待することについての「合理性」の要件が条文上要求されていない。

### 3 「不利益推認条項」35条における不利益推認の性質

すでに確認したように、「不利益推認条項」は、捜査段階のみならず、その35条において、公判段階における被告人の黙秘から、事実認定者が適切な推認を導くことを許容している。近年になり、本条にも、36条および37条と同様に、34条とは異なり学会において関心がもたれてこなかったことが指摘されるようになった<sup>216</sup>。そこで、次に、公判段階での被告人の黙秘から事実認定者が適切な推認を導くこと認めた35条について見ていく。

(1) 構造上の特徴 前記の通り、34条には、公判で新たに主張された事実の存在、36条および37条には、犯罪の痕跡などに関する特定の状況の存在といった、いわば適用の引き金となる条件が付されている。他方で、35条には、そのような条件が付されていないため、被告人の黙秘が同人の有罪に直結しうる<sup>217</sup>。現に、前記マーレー・ケース欧州人権裁判

<sup>212</sup> Redmayne, *op. cit.* n. 61, at p. 887.

<sup>213</sup> Mark, *op. cit.* n. 188, at p. 823; Jennings, *op. cit.* n. 91, at p. 887. また、1984年警察および刑事証拠法78条における裁判官の裁量的な証拠排除の活用を提案するものとして、Bempah, *op. cit.* n. 143, at p. 124がある。

<sup>214</sup> *Ibid.*, at p. 136.

<sup>215</sup> Choo, *op. cit.* n. 82, at pp. 107-108.

<sup>216</sup> Bempah, *op. cit.* n. 81, at p. 690.

<sup>217</sup> *Ibid.*, at p. 691. See also, Pattenden, *op. cit.* n. 91, at p. 143. また、貴族院は、被告人が殺人未遂、および他人の生命を危険にさらす目的で拳銃を所持していた罪に問われた事案に関し、「不利益推認条項」35条類似の規定である1988年（北アイルランド）刑事証拠法4条の適用が問題となった1994年マーレー・ケース貴族院判決（*Murray v D. P. P.* [1994] 1 WLR 1）において、適切な場合には、証言が行われなかったことから被告人が有罪であるとの推認が導かれる場合があることを明言し、本条が従前の判例法上の原則を覆す意図に基づくものであると判示した。

所判決以前に下された、改正法に関する初期の主要な判断とされる<sup>218</sup>前記のコーワン・ケース控訴院判決において、テイラー裁判官は、本条が「訴追側の主張を補強するさらなる証拠上の要素を加えるもの」であることを明らかにしている<sup>219</sup>。そのため、本条の問題性が見過ごされてきた点を指摘した論者は、35条に対して、被告人の黙秘自体を疑わしいものとして扱うことで、証言するかどうかに関する被告人の意思決定の自律性に対し、他の条項以上に害を与える規定であるとの評価を加えた<sup>220</sup>。

(2) 陪審に対する説示 では、公判での黙秘を被告人の有罪に直結させようという構造的な特徴を有する35条の適用に際し、裁判官は、いかなる説示を陪審に対して行うことが要求されるのか。この点に関して、前記のコーワン・ケース控訴院判決では、本条の適用の是非の判断に際してなされる説示の内容に含まれていなければならない要素として、次の5つの点が示された<sup>221</sup>。①立証責任は依然として訴追側が負っている。②黙秘権は依然として維持されており、本条はその権利をはく奪するものではない。③証言が行われなかったこと自体が被告人の有罪を証明するわけではない。④訴追側が、本条の適用に先立ち、被告人が犯人であることを示す「一応の証明」を果たしていなければならない<sup>222</sup>。⑤陪審は、黙秘の理由を説明するために抛り所とされた証拠の有無やその性質にかかわらず、被告人が黙秘した理由が、話せることがなかったか、または反対尋問に耐えうる主張を有していなかったからであると合理的に結論づけることができる場合には、不利益推認を導くことができる。司法研究委員会の説示モデルを「正当な指針」として踏襲した本判決は、そのモデルの中のいくつかの要素を強調したものであった<sup>223</sup>。

<sup>218</sup> Jonathan Black, “Inferences from Silence: Redressing the Balance? (1)” (1997) 141 *Solicitor’s Journal* 741, at p. 742.

<sup>219</sup> *Cowan* (n. 100), at p. 822.

<sup>220</sup> Bempah, *op. cit.*, n. 143, at p. 127. See also, Munday, *op. cit.*, n. 149, at p. 32.

<sup>221</sup> *Cowan* (n. 100), at p. 822, at p. 824.

<sup>222</sup> こうした要求は、「避けられない論理」であるとされた。 *R v Birchall* [1999] *Crim LR* 311, at p. 313. もっとも、被告人が犯人であることを示す「一応の証明」が果たされており、被告人の答弁を要する事件が存在するとして正式審理を担当した裁判官の判断に対し、陪審が異論を差し挟むことのできる余地は乏しいため、不利益推認に先立ち、裁判官とは別に陪審による認定を要する「一応の証明」というものが何を指すのか、また、「一応の証明」の認定と被告人の有罪の認定にはどのような違いがあるのかという点は必ずしも明確ではないとの問題意識がもたれてきた。 See, Pattenden, *op. cit.*, n. 91, at p. 149; Redmayne, *op. cit.*, n. 61, at p. 1077; Dennis, *op. cit.*, n. 8, at pp. 535-536.

<sup>223</sup> *Cowan* (n. 100), at p. 824. 説示モデルの原文は以下の通りである。「被告人は証言を行わなかった。それは同人の権利である。しかし、すでに告げられていたように、法は、陪審の皆さんが、被告人がそうしなかったことから適切と思われる推認を導く場合があるとしている。証言が行われなかったこと自体は何も証明し得ないが、状況次第では、あなた方は、被告人が有罪か否かを判断する際に、その証言が行われなかったことを同人に不利に解することが許される。…もし、同人が証言台に立たなかったことから、その抛り所とする証拠が適切な証明を果たさない場合には、あなた方は、証言が行われなかったことを同人に不利に解することが許される。あなた方はそうしなくても構わない。皆さんは、被告人があなた方の前で証言を行わないと判断したことからいかなる適切な推認を導くことができるであろうか。もし、証言を行わないとする同人の判断についての唯一の合理的な説明が、同人が、自身に向けられた主張に対する返答、または反対尋問に耐え得るものを何ら有していなかったということであるならば、その場合、証言が行われなかったことを同人に不利に解することがあなた方に委ねられよう。そうすることが公正かどうかを判断するのはあなた

以上の5つの要素が認められる場合、陪審は「適切と思われる推認」を導くことができる。この「適切と思われる推認」に関する説示について、控訴院は、*Cowan*・ケース控訴院判決において、まず、35条(1)項(b)における義務的な例外とは別に、裁判官が、公判での黙秘からの不利益推認を導かないように陪審に説示することが許されるのは、そのような手続を採ることが事件の状況により正当化される場合に限られることを確認した。そのうえで、この場合にあたるといえるためには、その手続を採用すべきことを示す証拠に基づく根拠、またはその採用を公正なものにする当該事件における例外的な要素が必要となるとした<sup>224</sup>。他方、それにあたらない場合については、実際に適切な推認を導くべきかどうかの判断は陪審に委ねられると判示した<sup>225</sup>。この判示を受けて、学説上、不利益推認を導くべきではないと主張する被告人側に、新たに、あまりにも重い証拠提出上の負担が課されることになるとの批判が加えられた<sup>226</sup>。

**(3) 35条(1)項(b)の「保護措置」** 「不利益推認条項」35条に関しては、近年、本条(1)項(b)が規定する「保護措置」に関する問題がこれまで看過されてきたことが、とりわけ注目されるようになった<sup>227</sup>。そこで、次に、この「保護措置」について見ていく。

(a) 「望ましくない」の解釈 35条(1)項(b)には、被告人の身体や精神の状態により、証言を行うことが同人にとって「望ましくない」ものになると裁判官が思料する場合には、本条の不利益推認を妨げ、そのような状態にある「脆弱な被告人」を救済するための「保護措置」が設けられている<sup>228</sup>。ところが、35条の問題性が見過されてきたことを指摘した論者は、この規定の適用が判例を通じて厳格に制限されているため、その役割が十分に果たされていないとの問題提起を行った<sup>229</sup>。では、判例において、実際にはどのような判断が下されてきたのであろうか。

控訴院は、15歳の少年であった被告人が殺人の罪に問われた事案に関する1997年のフレンド・ケース控訴院判決<sup>230</sup>において、「保護措置」の適用の是非についての最初の司法判

---

方の役割である。」

<sup>224</sup> *Cowan* (n. 100), at p. 823. もっとも、本判決に対しては、裁判官が、公判での黙秘から推認を導くことを拒否し、不利益な推認を導かないように陪審に対して説示または助言すべきであることを示す証拠に基づく根拠、またはその採用を公正なものにする当該事件における例外的な要素について、説明が不十分であるとの苦言が呈されている。

Anthony Jennings, “Resounding Silence-3” (1996) 146 *New Law Journal* 821, at p. 822. See also, Kevin Browne, “An Inference of Guilt?” (1997) 141 *Solicitors’ Journal* 202, at p. 203.

<sup>225</sup> *Cowan* (n. 100), at pp. 823-824.

<sup>226</sup> Choo, *op. cit.* n. 139, at p. 362; Pattenden, *op. cit.* n. 91, at p. 157; Browne, *op. cit.* n. 224, at p. 203. また、被告人の黙秘の理由を正当化するための証拠を提出することが被告人にとって常に容易ではないことから、無罪と整合する黙秘についての説明が存在するという事実を常に考慮することがより公正に合致するとの指摘が加えられている。

Bempah, *op. cit.* n. 143, at p. 128.

<sup>227</sup> Bempah, *op. cit.* n. 81.

<sup>228</sup> この条項は、心神喪失や限定責任能力の場合への対処を主な目的においたものと解されている。Jennings, *op. cit.* n. 224, at p. 822.

<sup>229</sup> Bempah, *op. cit.* n. 143, at p. 130; Bempah, *op. cit.* n. 81, at p. 691.

<sup>230</sup> *R v. Friend* [1997] 1 WLR 1433.

断を下した。本件における被告人の心身の状態に関する事実は以下の通りであった。正式審理を担当した裁判官は、被告人の精神年齢は約9歳であり、かつ身の上に関する説明を行ううえでの理解力や、その説明を行う能力が制限されていたとする心理学的証拠を受け入れつつも、同人が、異常に暗示にかかりやすいというわけではなく、取調べの間に一貫した説明を行っていたとして、保護措置の適用を排斥した。有罪判決が下された被告人の控訴を受け、控訴院は次のように判示した。「身体の状態の中にはてんかん発作が含まれ、精神の状態の中には、証言を行うという活動が華々しい陽性状態 (florid state) を引きおこす場合には潜在性統合失調症が含まれる<sup>231</sup>。しかしながら、「そのような被告人は、訴訟能力を欠く状態であると当初の段階で認められる場合が多いため」、「裁判官が、その精神状態に関する証言を行うことが被告人にとって望ましくないかどうかを判断する必要が生じるのは、ごく稀な場合に限られよう<sup>232</sup>」。

本判決に対しては、学説上、まず、事実認定者が、「脆弱な被告人」による証言の態様から、同人への偏見を抱いてしまうという事実を軽視し、「保護措置」の適用範囲を、証言を行うことそれ自体が被告人の健康状態を損ねるような場合にとどめるものであるとの批判が加えられた<sup>233</sup>。また、35条の適用の可否が問題となる場面、すなわち、被告人が公判において一定の質問に答えることができる状態にあるかどうか問われる場面とは無関係の事情を考慮することで、「望ましくない」の範囲を狭く解しているとの批判も寄せられた<sup>234</sup>。

以上のフレンド・ケース控訴院判決に対して、刑事事件再審委員会 (Criminal Cases Review Commission) の照会に基づき行われたフレンドに対する二度目の控訴審である2004年フレンド・ケース控訴院 (第2) 判決<sup>235</sup>では、被告人が注意欠陥多動性障害を患っていたとする新たな鑑定書に照らし、同人に対する有罪判決が破棄された。そこでは、注意欠陥多動性障害であった被告人は、公判手続に効果的に関与する能力を有しておらず、また、集中力を欠き、一貫性のない証言を行っていたと考えられる<sup>236</sup>ことから、仮に、正式審理を担当した裁判官がこうした事情を考慮していれば、35条の説示はなされなかったとの結論が下された<sup>237</sup>。

もっとも、35条の問題性が見過ごされてきたことを指摘した論者は、フレンド・ケース控訴院 (第2) 判決にもかかわらず、裁判所のアプローチは、その後の判例の展開に照ら

---

<sup>231</sup> *Ibid.*, at p. 1442.

<sup>232</sup> *Ibid.*, at p. 1440.

<sup>233</sup> Bempah, *op. cit.* n. 143, at p. 130; Redmayne, *op. cit.* n. 61, at p. 1078.

<sup>234</sup> Sybil Shape, “Vulnerable Defendants and Inferences from Silence: Part 1” (1997) 147 *New Law Journal* 897, at p. 843; Sybil Shape, “Vulnerable Defendants and Inferences from Silence: Part 2” (1997) 147 *New Law Journal* 897, at p. 897. 被告人が公判において一定の質問に答えることができる状態にあるかどうか問われる場面とは無関係の事情として、具体的には、訴訟能力の有無や犯行前後の被告人の行為といった事情があげられた。

<sup>235</sup> *Friend* (n. 230).

<sup>236</sup> *Ibid.*, at [26].

<sup>237</sup> *Ibid.*, at [30]. Bempah, *op. cit.* n. 143, at p. 130 は、本判決に対して、35条(1)項(b)のより広い解釈の可能性を切り拓くものであるとする好意的な評価を加えた。

せば、依然として「保護措置」の適用に消極的であると主張した<sup>238</sup>。その主張を裏づける判例の1つとして、被告人が職務中の警察官に暴行を加えた罪に問われた事案に関する2005年のカバナー・ケース高等法院女王座部行政裁判所判決<sup>239</sup>があげられた。本判決では、「保護措置」が適用されるためには、被告人が、何らかの形で心身の状態を患っているだけでは不十分であるうえ、証言に伴う被告人の困難の多くは、事実認定者により、証拠の証明力を判断する際に考慮されるべきであると判示された<sup>240</sup>。

さらに、判例法が「保護措置」の適用に消極的なアプローチを確立してきたことを裏づける判例の1つとの評価<sup>241</sup>が与えられているものとして、被告人が2006年テロリズム法5条(1)項に反してテロ活動の準備を行った罪に問われた事案に関する2009年のタバフ・ケース控訴院判決<sup>242</sup>がある。控訴院は、本判決において、前記カバナー・ケース高等法院女王座部行政裁判所判決を踏襲し、同旨の判示を行った<sup>243</sup>。

加えて、被告人が殺人の罪で有罪とされた事案に関する2013年のディクソン・ケース控訴院判決<sup>244</sup>でも、前記のタバフ・ケース控訴院判決を承認し、これを踏襲することが明言された<sup>245</sup>。

こうした判例の消極的なアプローチに対しては、学説上、訴訟能力を辛うじて有する無辜が、証言を通じて偏見を被るおそれを抱えていることを無視し、その無辜に証言を期待するものであるとの批判が加えられた<sup>246</sup>。

(b) 「特別な手段」 35条の問題性を見過ごしてきことを指摘した論者は、さらに、「脆弱な被告人」が、証言に際し、その補助のための「特別な手段 (special measure)」を利用できたとの事情が、35条(1)項(b)の「保護措置」の適用を検討するうえで、イギリス国内の裁判所および欧州人権裁判所の双方において考慮されたと主張し、この点を問題視した<sup>247</sup>。そこで、次に、この「特別な手段」の利用と「不利益推認条項」の関係について見ていきたい。

まず、「特別な手段」の利用が考慮されたとみられるイギリス国内の判例としては、前記のディクソン・ケース控訴院判決<sup>248</sup>があげられる。殺人の罪で起訴され、犯行当時17歳であった被告人について、鑑定書は、以下の①～⑩の点を示していた。①注意欠陥多動性障害

---

<sup>238</sup> *Ibid.*, n.153; Bempah, *op. cit.* n. 81, at pp. 693-694.

<sup>239</sup> *R v. Kavanagh* [2005] EWHC 820 (Admin).

<sup>240</sup> *Ibid.*, at [18].

<sup>241</sup> Choo, *op. cit.* n. 82, at p. 110.

<sup>242</sup> *R v. Tabbakh* [2009] EWCA Crim 464.

<sup>243</sup> *Ibid.*, at [11].

<sup>244</sup> *R v. Dixon* [2013] EWCA Crim 465, [2014] 1 WLR 525.

<sup>245</sup> *Ibid.*, at [52].

<sup>246</sup> Bempah, *op. cit.* n. 81, at p. 692-694; Redmayne, *op. cit.* n. 61, at p. 1087.

<sup>247</sup> Bempah, *op. cit.* n. 143, at pp. 131-132.

<sup>248</sup> *Dixon* (n. 244).



であった。②全検査 IQ (a full scale IQ) が 68 であった<sup>249</sup>。③非言語能力が低度であった。④作業記憶が乏しかった。⑤教育を通じて通常獲得される知識や概念を欠いていた。⑥語彙力や意味的知識 (semantic knowledge) が制限されていた。⑦激しい吃音をもっていた。⑧言語レベルが 7 歳から 8 歳相当であった。⑨迎合的で容易に誘導可能であった。⑩「陪審」、「抗弁」、「証言」、「宣誓」、および「申立て」といった言葉の意味を知らなかった。ところが、鑑定書の示した結果にもかかわらず、本判決において、控訴院は、正式審理を担当した裁判官には 35 条の不利益推認に関する説示を行う権限があったと認定し、被告人の有罪を維持した。その際、「保護措置」の適用を検討するにあたっては、「鑑定資料を超えて考察し、控訴人の行動、仲介人 (intermediary)<sup>250</sup>がいたという事実、および公平な心をもつ陪審により採用されることが期待されるアプローチといった他の要素を考慮することが認められる」と判示した<sup>251</sup>。ここで言及されている仲介人とは、警察官、法律家、および裁判所に対して、「脆弱証人 (vulnerable witness)」との完全で、適正で、かつ一貫したコミュニケーションを確保することを目的に公平な支援を提供する者をいい、その役割は、「脆弱証人」とのコミュニケーションを手助けすることにある<sup>252</sup>。1999 年少年司法および刑事証拠法 (Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999) の 29 条<sup>253</sup>により、仲介人は、その具体的な機能として、証人に投げかけられている質問を同人に伝達したり、そのような質問に対する同人の返答をその質問者に伝達したりする働きをもつ。証人は、同法 16 条所定の条件を満たせば仲介人を利用することができる。本判決では、被告人のコミュニケーションと理解力に関する実践的な問題を扱うに際して仲介人の利用の一層の増加が見込まれると判示された<sup>254</sup>。

次に、欧州人権裁判所の判例としては、申立人らが殺人の罪で有罪とされた事案に関し、「不利益推認条項」35 条類似の 1988 年 (北アイルランド) 刑事証拠法 4 条の「保護措置」の適用の是非が問題となった 2015 年のオドネル・ケース欧州人権裁判所判決<sup>255</sup>がある。本

---

<sup>249</sup> 本件においていかなる知能検査が用いられたのかは明らかではないが、全検査 IQ が示されていることから、ウェクスラー式知能検査が用いられたものと推察される。ウェクスラー式知能検査によれば、精神遅滞の程度につき、IQ69 から 55 が軽度、54 から 40 が中等度、39 から 25 が重度、25 未満が最重度に分類される。なお、スタンフォード=ビネー式知能検査によれば、IQ67 から 52 が軽度、51 から 36 が中等度、35 から 20 が重度、20 未満が最重度に分類される。福島章『精神鑑定』(有斐閣、1985) 236-238 頁を参照。

<sup>250</sup> 「仲介人」の訳は、山田・前掲注 (82) 367 頁を参照した。

<sup>251</sup> *Dixon* (n. 244), at [55].

<sup>252</sup> Penny Cooper and David Wurtzel, “A Day Late and a Dollar Short: In Search of an Intermediary Scheme for Vulnerable Defendants in England and Wales” (2013) 1 *Criminal Law Review* 4, at p. 4. また、仲介人の役割として刑事司法制度の中で果たされるべき責任や義務の中には、裁判所への一義的な責任が含まれているとされる。See, Ministry of Justice, *The Registered Intermediary Procedural Guidance Manual* (2015), at p. 8.

<sup>253</sup> Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999, s. 29.

<sup>254</sup> *Dixon* (n. 244), at [58]. 本判決において、仲介人の利用の一層の増加への見込みに言及がなされた点について、そこには、仲介人の利用の増加により、「保護措置」の適用例が減少しようとする裁判所の理解が表れているとの指摘を加える文献として、Choo, *op. cit.* n. 82, at p. 110.

<sup>255</sup> *O'Donnell v. United Kingdom* [2015] 16667/10.

件の被告人は、軽度の精神遅滞がみられ、英会話の理解力は6歳児程度のものでしかなかった。鑑定書の中で、精神分析医は、被告人が、第三者との適切な相談を通じた補助があれば、訴訟手続において積極的な役割を果たすことができると述べた<sup>256</sup>のに対し、臨床心理学者は、被告人の証言能力について「重大な留保」を示し、補助があったとしても、被告人が一貫した説明を行うことができるかは疑わしいと述べた<sup>257</sup>。両鑑定書を受けて、正式審理を担当した裁判官は、前者の鑑定書を採用したうえで、被告人が、同人に投げかけられた質問をよく理解し、適切に返答することができたため、不公正な結果は生じ得なかったと認定した<sup>258</sup>。有罪判決を言い渡された被告人は控訴したが、控訴院はこれを棄却した。被告人による申立てを受けた欧州人権裁判所は、正式審理を担当した裁判官が陪審に対して行った不利益推認に関する説示が欧州人権条約6条1項に違反しないとの結論を示した<sup>259</sup>。

本条の問題性が見過ごされてきたことを指摘する論者は、以上の欧州人権裁判所の判断においても、特別の補助を利用できたという事情が考慮されたことを指摘した<sup>260</sup>。そのうえで、両判決に対して次のような批判を加えた。すなわち、「特別な手段」を講じるのが適切であるとの事情は、本来、被告人による証言に困難が伴うことを示すはずが、実際には、そのような手段が利用できた以上、被告人は証言すべきであったとの認定に寄与することで、深刻な知的障害をもった被告人にさえもその証言を期待するものである<sup>261</sup>。

---

<sup>256</sup> *Ibid.*, at [16].

<sup>257</sup> *Ibid.*, at [17].

<sup>258</sup> *Ibid.*, at [18].

<sup>259</sup> *Ibid.*, at [58].

<sup>260</sup> Abenaa Owusu-Bempah, “Vulnerable Defendants and the Right to Silence O’Donnell v United Kingdom [2015] ECHR 16667/10” (2015) 79 *The Journal of Criminal Law* 322, at p. 324.

<sup>261</sup> Bempah, *op. cit.* n. 143, at p. 131.

### 第3章 アメリカにおける「黙秘からの不利益推認」を巡る議論

前記の通り、アメリカでは、20世紀の後半に、被疑者・被告人の現代的な黙秘権が成立した。後に詳述するように、それ以来、連邦最高裁は、この黙秘権をミランダ告知後の身柄拘束下の被疑者や、被告人が行使した場合に、当該黙秘を同人の有罪を示す積極証拠として利用することを厳格に禁止してきた。ところが、2013年に下されたサリナス・ケース連邦最高裁判決の相対的多数意見、および結論同意意見では、非身柄拘束下での取調べにおける被疑者の黙秘を実質証拠として利用することが許容され、これまで厳格に禁止されてきた実質証拠としての黙秘の利用が部分的に解禁された。これを契機に、アメリカでは、自己負罪拒否特権と「黙秘からの不利益推認」に関して新たな議論が生じている。そのため、現代に至るまでのアメリカにおける自己負罪拒否特権を巡る展開を理解するうえでは、「黙秘からの不利益推認」に関する判断を示した判例の展開や、その判例で扱われた論点を巡り戦わされてきた学説上の議論を正確に理解することが不可欠である。そこで本章では、アメリカにおける「黙秘からの不利益推認」を巡る議論を整理する。

#### 第1節 「不利益推認禁止」原則と「弾劾例外」

本節では、黙秘からの不利益推認が許されるかどうかに関する憲法判断を示した従来の連邦最高裁判決を概観する。後に詳述するように、連邦憲法違反を理由に不利益推認を禁止した連邦最高裁判決は、連邦憲法の修正5条の自己負罪条項、または修正14条のデュー・プロセス条項のいずれかにその根拠を求めている。そのため、修正5条を根拠とする不利益推認の禁止は、修正14条を介して（1964年マロイ・ケース連邦最高裁判決<sup>1)</sup>）、修正14条を根拠とする不利益推認の禁止も、同条により全ての州を拘束する。そのため、「黙秘からの不利益推認」を巡るアメリカの状況を正確に把握するためには、この論点に関する連邦最高裁の判断に着目することが欠かせない。

##### 1 黙秘の実質証拠としての利用に関する連邦最高裁判決

事実認定における訴追対象者の黙秘の証拠利用については、同人の有罪を積極的に指し示す証拠、すなわち実質証拠としての利用と、後に被告人が公判で行った証言を弾劾する証拠、すなわち弾劾証拠としての利用が考えられる。ここではまず、黙秘の実質証拠としての利用が、連邦憲法に照らして許されるかどうかについての連邦最高裁の判断から確認したい。

(1) 1965年グリフィン・ケース連邦最高裁判決　まずは、憲法論の観点から「不利益推認禁止」原則を論じたリーディングケースである、1965年グリフィン・ケース連邦最高

<sup>1</sup> Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1, 11 (1964). 本稿第1章第3節を参照。

裁判決からみていく。本件の事実関係は次の通りである。

謀殺罪で起訴された被告人は、陪審裁判に際し、自己が有罪かどうかについて証言を行わなかった。他方、目撃者の証言により、被害女性が性的な暴行を受けた末に死亡した日の夜に、被害者の死体が発見された裏通りにおいて、被告人が被害者と一緒にいたことが裏づけられていた。そこで、検察官は、この目撃証言を受けてもなお被告人が証言を行わなかったことについて、同人が有罪であることを示唆するものとして言及した。正式審理を担当した裁判官は、陪審に対し、被告人が証言を行わない憲法上の権利を有していることを確認したうえで、次のように説示した。

「被告人が知っている事柄であるために被告人による反証や説明を合理的に期待できる、同人にとって不利な証拠または事実に関して、同人が証言を行わない、または証言を行うも、そのような証拠等について反証や説明を行わない場合、陪審は、それらが行われなかったことを、その（検察官による）立証の真実性を示すものとして、かつ（それが行われなかったことから）合理的に導かれうる推認の中で、被告人に不利なものが存在する可能性が、他の可能性より優越することを示すものとして考慮することができる」。

さらに、裁判官は、被告人が知り得ない事柄に関しては、いかなる推認を導くこともできないと付言し、被告人が、知っているはずの事柄に関する立証に対して反証や説明を行わなかったことは、有罪の確信をもたらすものでも、そのこと自体による有罪の確信を正当化するものでも、検察官の立証責任を緩和するものでもないと述べた。以上の説示を受けて、本件の陪審は有罪評決に達した。

上訴を受けた連邦最高裁は、公判での被告人の黙秘に対する言及が、「憲法上の特権の行使に対して裁判所によって加えられる制裁」にあたり、「特権の行使に伴う負担を大きくすることにより、その特権を骨抜きにする」ものであると判示し、修正5条の自己負罪条項に違反するとした<sup>2</sup>。この判示で示された見解は、法学者の間で一般に制裁理論（the penalty doctrine）と呼ばれている<sup>3</sup>。この制裁理論に基づき、本判決では、黙秘に対する言及が、修正5条の禁止する証言の「強要」に該当するかどうかではなく、特権の行使に対する制裁に該当するかどうかの問題とされた<sup>4</sup>。

---

<sup>2</sup> Griffin v. California, 380 U.S. 609, 614 (1965). 本判決の判示内容のうち、本判決において示された法的分析は、本文中の鍵括弧内の二文からなるとの分析が示されている Ted Sampson-Jones, *Making Defendants Speak*, 93 *Minnesota Law Review* 1327, 1341 (2008). さらに、連邦最高裁は、自己負罪禁止条項の精神に言及し、「証言拒絶への言及は、修正5条が否定する『糾問的刑事司法』の名残」であるとして、この制裁理論を根拠づけた。Griffin (n. 2), at 613-614.

<sup>3</sup> Geoffrey Stone, *The Miranda Doctrine in the Burger Court*, 1977 *The Supreme Court Review* 99, 147 (1977). See also, Lukas Mansour, *The Sound of Silence: Evidentiary Analyses of Precustodial Silence in Light of Salinas v. Texas*, 105 *Journal of Criminal Law and Criminology* 271, 282, n. 67 (2015); Jeffrey Bellin, *Reconceptualizing the Fifth Amendment Prohibition of Adverse Comment on Criminal Defendants' Trial Silence*, 71 *Ohio State Law Journal* 229, 245 (2010).

<sup>4</sup> 本判決において、黙秘に対する言及が、修正5条の禁止する証言の「強要」に該当するかどうかではなく、特権の行使に対する制裁に該当するかどうかの問題とされた理由として、不利益推認により生じる強要の程度が修正5条の禁止

本判決に賛成する立場と反対する立場との対立点は、修正5条の自己負罪条項を、訴追対象者に対して沈黙の権利としての黙秘権を与えているものと解釈するか、不適切な態様の取調べからの保護を与えるものにすぎないと解釈するかという点にある<sup>5</sup>。前者の立場においては、被告人の黙秘が不利益推認から保護されることを認めた本判決は、刑事手続における当事者主義の理念に合致し、近代的な黙秘権を尊重するものであるとして支持される<sup>6</sup>。他方、後者の立場においては、本判決は、被告人の権利を過剰に保護し、刑事司法の実効性を損なわせかねないものとして受け止められることとなる<sup>7</sup>。そして、この後者の立場からは、本判決に対して次のような批判が加えられる。

第一に、不利益推認は修正5条の禁止する「強要」には該当しない<sup>8</sup>。ここでは、不利益推認により生じる脅威は、拷問や法廷侮辱罪により生じる脅威に比べて些細なものであることや<sup>9</sup>、不利益推認に伴う証言に向けた圧力は、訴追側による高度の証明が果たされているという状況が、被告人による反証を要求した結果にすぎないことが根拠としてあげられている<sup>10</sup>。

第二に、不利益推認の禁止には歴史的な裏づけがない<sup>11</sup>。ここでは、修正5条の禁止する「強要」は、歴史的には拷問や法廷侮辱罪による制裁に匹敵するものを指すと解されており、

---

の対象となる「強要」に至っているかどうかという困難な程度問題を回避したいという連邦最高裁の意図の存在が指摘されている。 *Id.*, at 251.

<sup>5</sup> Albert Alschuler, *A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent*, 94.8 *Michigan Law Review* 2625, 2625-2627 (1996). 後者の解釈を採用する立場の代表的な論者として、いわゆる保守主義に属する重鎮として知られた（大林啓吾「スカリア判事の急逝」判例時報 2286号（2016）145頁以下、145頁）連邦最高裁判事であったスカリア裁判官をあげることができる。また、尾形健「静態的憲法解釈の行方」千葉大学法学論集 29巻1・2号（2014）175頁以下、178頁によれば、スカリア裁判官は、「問題となる条文（text）の語句（word）に最大の関心を向ける法解釈論」であり、「その文脈においてこれら（の語句）が示すもの」を、その条文の意味と解する「文言主義（textualism）」を標榜していたとされる。その「文言主義」（参照元では「原意主義」）は、保守主義の思想と結びつきやすいことが指摘されている。大林・前掲 146頁。スカリア裁判官は、量刑手続への自己負罪拒否特権の適用の是非に関する1999年ミッチェル・ケース連邦最高裁判決における反対意見において、この「文言主義」の見地からも、修正5条の文言からは読み取ることのできない「不利益推認禁止」原則を導き出した本判決を批判する。 *Mitchell v. United States*, 526 U.S. 314, 331 (1999)(Scalis, J., dissenting).

<sup>6</sup> Ian Kerr, *Beyond Salinas v. Texas: Why an Express Invocation Requirement should not Apply to Postarrest Silence*, *Columbia Law Review* 489, 496 (2016); Michael Hunter, *The Man on the Stairs Who Wasn't There: What Does a Defendant's Pre-Arrest Silence Have to Do with Miranda, the Fifth Amendment, or Due Process*, 28 *Hamline Law Review* 277, 281-282 (2004); Sara Ciarelli, *Pre-Arrest Silence: Minding that Gap between Fourth Amendment Stops and Fifth Amendment Custody*, 93 *Journal of Criminal Law and Criminology* 651, 661 (2002).

<sup>7</sup> Jones, *Supra* note 2, at 1338-1339; Donald Ayer, *The Fifth Amendment and the Inference of Guilt from Silence: Griffin v. California after Fifteen Years*, 78.6 *Michigan Law Review* 841, 842 (1980).

<sup>8</sup> Henry Friendly, *The Fifth Amendment Tomorrow: the Case for Constitutional Change*, 37 *University of Cincinnati Law Review* 671, 700 (1968).

<sup>9</sup> Jones, *Supra* note 2, at 1347.

<sup>10</sup> Ayer, *Supra* note 7, at 863.

<sup>11</sup> Jones, *Supra* note 2, at 1348-1349; Mitchell (n. 5) (Scalis, J., dissenting), at 335. See also, Jeffrey Bellin, *Improving the Reliability of Criminal Trials through Legal Rules that Encourage Defendants to Testify*, 76 *University of Cincinnati Law Review* 851, 888, n. 127 (2007).

その中に不利益推認は含まれていなかったことが強調される。

第三に、被告人の黙秘に対する言及や説示は、自己負罪拒否特権の行使に対する制裁には該当しない。ここでは、陪審が自然に導く推認や、そのような自然な推認を許容する裁判官の説示が禁止される理由はないということや<sup>12</sup>、不利益推認を禁止しても、陪審による事実上の推認による制裁は回避できないこと<sup>13</sup>、さらに、不利益推認が事実上なされうことは被告人の多くも認識しており、黙秘に対する言及には副次的な意味しかないこと<sup>14</sup>が指摘される。

本判決により、証言拒絶に対する言及が修正5条により禁止されたものの、被告人には、裁判官に対して、不利益推認を導かないよう陪審に説示するように要求する権利があるのか、裁判官はその要求に従い、そのような説示を行わなければならないのかという問題は未解決のまま残された<sup>15</sup>。その後、この問題は、被告人が第三級侵入窃盗罪および常習的重罪犯罪に問われた事件に関する1981年カーター・ケース連邦最高裁判決<sup>16</sup>において、そのような説示が要求されるとの判断が下されたことで解決を迎えた。

**(2) 1986年ウェインライト・ケース連邦最高裁判決** 前記の1966年ミランダ・ケース連邦最高裁判決においては、いわゆるミランダ法則についてだけでなく、身柄拘束下における被疑者の黙秘の証拠としての利用についても、「被疑者が、警察による身柄拘束下での取調べを受けている際に修正5条の特権を行使したことに対して、同人に制裁を加えることは許されない<sup>17</sup>」と判示された。

もともと、ミランダ・ケース連邦最高裁判決における不利益推認に関する説示は傍論であったところ、後に、1986年ウェインライト・ケース連邦最高裁判決<sup>18</sup>では、検察官が、ミランダ告知後になされた被疑者の黙秘を、その有罪を立証するために利用することが許されるかどうかについて改めて判断が下された。本件の事案は、性的暴行の嫌疑に基づき逮捕された被疑者が、ミランダ告知を受けた後、その告知に基づき黙秘し、供述に先立ち弁護士を呼ぶよう要求したというものであった。公判において、被告人側が心神喪失を理由に無罪を主張したのに対し、検察側は、被告人が、取調べ時にミランダ告知の内容を理解して黙秘し、弁護士を要求していた事実と言及したうえで、ミランダ告知を理解することができた同人

---

<sup>12</sup> R. Kent Greenawalt, *Silence as a Moral and Constitutional Right*, 23 William and Mary Law Review 15, 58 (1981)

<sup>13</sup> *Id.*, at 57. See also, Anne Poulin, *Evidentiary Use of Silence and the Constitutional Privilege against Self-Incrimination*, 52 George Washington Law Review 191, 210 (1983). また、日本の刑事手続での被告人質問において、証言拒絶に伴い事実上の推認が導かれるリスクについては、門野博「被告人質問の基本問題」季刊刑事弁護 95号(2018) 18頁以下、24頁も参照。

<sup>14</sup> Marcy Strauss, *Silence*, 35 Loyola of Los Angeles Law Review 101, 156 (2001); Stone, *Supra* note 3, at 147, n. 241.

<sup>15</sup> Bellin, *Supra* note 11, at 875.

<sup>16</sup> *Carter v. Kentucky*, 450 U.S. 288 (1981).

<sup>17</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 468, n. 37 (1966).

<sup>18</sup> *Wainwright v. Greenfield*, 474 U.S. 284 (1986). 本判決については、平澤修「ミランダ警告を受けた被告人が黙秘権を行使した事実を責任能力立証のための証拠とすることの適否」判例タイムズ 660号(1988) 47頁以下を参照。

は心神喪失ではなく健全であったと主張した。

以上の事実関係に基づき、連邦最高裁は、次節の2において詳述する、ミランダ告知後の黙秘の弾劾利用を禁止した1979年ドイル・ケース連邦最高裁判決<sup>19</sup>で示された禁反言理論に基づき、検察官が、ミランダ告知後の被疑者の黙秘に言及し、立証のために利用することは許されないと判示した<sup>20</sup>。この禁反言理論とは、ミランダ警告には、被告人の黙秘が不利益に扱われることはないという、当局との間で交わされる「暗黙の約束(implied promise)」が含まれており、当局がその約束を破ることは許されないとする理論を指す。この理論を採用した本判決により、ミランダ告知後の被疑者の黙秘は、一切の証拠利用が許されなくなった。

## 2 黙秘の弾劾証拠としての利用に関する連邦最高裁判決

以上で確認したように、身柄拘束を伴う捜査段階でなされた黙秘と、公判段階でなされた黙秘の実質証拠としての利用は、連邦最高裁により厳格に禁止されてきた。しかし、後の整理を通じて確認するように、連邦最高裁は、いわゆる「弾劾例外」として、黙秘を被告人の証言を弾劾する証拠として利用することは、例外的に許容する態度を示してきた<sup>21</sup>。この点に関し、黙秘の実質証拠としての利用と弾劾利用との間の相違点は、一般に、①弾劾証拠としての黙秘は、実質証拠としての黙秘と異なり、被告人の有罪を証明するものとしては事実認定者に考慮されない<sup>22</sup>、②弾劾利用の場合とは異なり、実質証拠としての黙秘の利用が問題となる場合には、訴追対象者による証言が一貫してなされず、その弾劾の機会がない点<sup>23</sup>にあると考えられている。

以上の相違を踏まえつつ、ここからは、黙秘の弾劾利用に関する憲法判断を示した連邦最

---

<sup>19</sup> Doyle v. Ohio, 426 U.S. 610 (1976).

<sup>20</sup> 連邦最高裁は、本判決の前提として、黙秘を犯罪事実の証明に利用することも、心神喪失の抗弁に対して被告人が正気であったことを示す証明に利用することも、その黙秘により被告人の有罪を立証しようとする点においては同じであるとの見解を示した。Wainwright (n. 18), at 292.

<sup>21</sup> Andrew Bentz, *The Original Public Meaning of the Fifth Amendment and Pre-Miranda Silence*, 98 Va. L. Rev. 897, 921-922 (2012). See also, Jane Notz, *Prearrest Silence as Evidence of Guilt: What You Don't Say Shouldn't Be Used against You*, 64.3 The University of Chicago Law Review 1009, 1023-1024 (1997); See also, Craig Strong, *A Contextual Framework for the Admissibility of a Criminal Defendant's Pre-Arrest Silence: United States v. Oplinger*, 150 F. 3d 1061 (9th Cir. 1998), 79 Nebraska Law Review 448, 452-453 (2000).

<sup>22</sup> See, Frank Herrmann and Brownlow Speer, *Standing Mute at Arrest as Evidence of Guilt: the Right to Silence under Attack*, 35 American Journal of Criminal Law 1, 14 (2007). これによれば、実質証拠としての黙秘が、被告人の有罪を証明するものとして事実認定者に考慮されるのに対し、弾劾証拠としての黙秘はそのようには考慮されないという相違点は、重大かつ決定的な違いであるとされる。See also, GEORGE FISHER, EVIDENCE, 447-448 (6th ed., 2013); Mansour, *Supra* note 3, at 280. また、訴追対象者の黙秘から同人の有罪を積極的に導くことが許されれば、黙秘は有罪の承認を意味することになるとの見方も示されている。Aaron Pettit, *Should the Prosecution Be Allowed to Comment on a Defendant's Pre-Arrest Silence in its Case-in-Chief*, 29 Loy. U. Chi. LJ 181, 214 (1997).

<sup>23</sup> Mansour, *Supra* note 3, at 282.

高裁の判決を概観する。

(1) 1926年ラッフェル・ケース連邦最高裁判決 まずは、「弾劾例外」の合憲性に関して初めて判断を下した、1926年ラッフェル・ケース連邦最高裁判決<sup>24</sup>から見ていく。本件の事実関係は次の通りである。本件被告人は、禁酒法違反の罪で起訴された。公判では、被告人の所有とされる居酒屋の捜索を行った酒類取締局調査官 (prohibition agent) が、その捜索の際に、被告人が、当該居酒屋の所有者であることを認めていたと証言した。この証言にもかかわらず、被告人は証言を行わなかった。その後、陪審が評決に至らなかったため、評決不能により二度目の公判が行われることとなった。二度目の公判においても、調査官は同様の証言を繰り返した。ところが、ここで被告人は、証言台に立ち、調査官の証言を否定する証言を行った。反対尋問の中で、被告人は、一度目の公判の際に、調査官が二度目の公判での証言と同じ内容の証言をしていたのを見ていたことを認めた。これを受けて、正式審理を担当した裁判官は、被告人に対し、一度目の公判で証言を行わなかったことや、その理由について説明するように求めた。以上のやり取りを経て、本件の陪審は有罪評決に至った。

被告人による誤審令状 (writ of error) の請求を受けた第6巡回区連邦控訴裁判所は、「二度目の公判において、被告人自身に対し、一度目の公判で自身のための証人として証言を行っていなかった事実を証人として明らかにするよう求めることは誤りであったかどうか」という争点の解決を連邦最高裁に委ねた。

それを受けて、連邦最高裁は、「証言拒絶についての免責は、被告人が、自ら証人として証言することで放棄しうるものである。同人が自身のために証言台に立つ場合、同人は、他の証人と同様の態様でそれを行い、適切な規則の範囲内で、問題となっている事実に関して反対尋問にかけられうる」とし、そこで同人が「知識を有していると思われる負罪的な状況について反証し、もしくは説明しないことは、不利益推認の根拠となる」と判示した<sup>25</sup>。これにより、二度目の公判で被告人が行った証言を弾劾する目的で一度目の公判での同人の黙秘に言及することは憲法に違反しないことが確認された。このような本判決の法理は、一般に放棄理論 (waiver theory) と呼ばれている<sup>26</sup>。この放棄理論によれば、公判で証言を行った被告人は、反対尋問において投げかけられた質問との間に「合理的に関連性が認められ、反対尋問の規則の範疇にある適格なものであれば、それらの排除を要求する証拠法の精神に関わる何らかの理由がある場合を除き、それらは適法な質問」と認められる<sup>27</sup>。そして、被告人が、「免責の衣 (cloak of immunity)」を脱ぎ捨て、自ら証言を行った場合には、反対尋問が同人にとって不都合なものであったとしても、再び証言を拒絶することは許されないこととなる<sup>28</sup>。他方で、本判決では、被告人が、終始一貫して黙秘し、証言を行わない

<sup>24</sup> *Raffel v. United States*, 271 U.S. 494 (1926).

<sup>25</sup> *Raffel* (n. 24), at 496-497.

<sup>26</sup> Marc Hennes, *Manipulating Miranda: United States v. Frazier and the Case-in-Chief Use of Post-Arrest, Pre-Miranda Silence*, 92 Cornell Law Review 1013, 1022 (2006).

<sup>27</sup> *Raffel* (n. 24), at 497.

<sup>28</sup> *Id.*



限り、その「免責の衣」をまとい続けることができ、当該黙秘を同人に不利益に扱うことは許されないことも確認された<sup>29</sup>。

本判決が下された後、本章第1節の1で確認したように、ミランダ・ケース連邦最高裁判決では、身柄拘束下での被疑者の黙秘を不利益に扱うことは許されないと判示された。しかし、そこで禁止された不利益な扱いの中に、黙秘の弾劾証拠としての利用が含まれるのかどうかは明言されなかった。そのため、ミランダ告知後、身柄拘束下での黙秘の弾劾利用を巡り、ラッフェル・ケース連邦最高裁判決で示された放棄理論により、その証拠能力が肯定されるのか、あるいはミランダ・ケース連邦最高裁判決の趣旨が弾劾利用にも及ぶことで、その証拠能力は否定されるのかという問題が生じることになった<sup>30</sup>。そして、ミランダ・ケース連邦最高裁判決が下された10年後に、この問題を解決したのが、次に見る1976年ドイル・ケース連邦最高裁判決<sup>31</sup>であった。

**(2) 1976年ドイル・ケース連邦最高裁判決** ミランダ告知後、身柄拘束下において被疑者が黙秘した場合に、その黙秘の弾劾利用が許されるのかどうかについて、被告人が強盗の罪に問われた事件に関する1975年ヘイル・ケース連邦最高裁判決<sup>32</sup>では、証拠法則の観点から、当該黙秘には証拠としての価値がなく、偏見を助長するものであるため、その利用は許されないと判断が示され、憲法上の議論には立ち入れなかった。この論点に関する憲法判断は、翌年、1976年ドイル・ケース連邦最高裁判決において初めて示された。

被告人ドイルおよびウッドが、10ポンドのマリファナを地元の麻薬捜査局の情報提供者に売却した罪に問われた本件において、オハイオ州タスカラワス郡の一般訴訟裁判所（the Common Pleas Court）における正式審理では、まず、検察側証人が、両被告人により本件犯行が行われた旨を証言した。これに対し、弁護人は、犯行現場の見晴らしの悪さを理由に、麻薬取引を現認した者はいなかった旨を主張した。そのうえで、両被告人は、本件の麻薬取引が、実は、情報提供者から両被告人への麻薬売却のためのものであり、取引上のトラブルから激昂した情報提供者が、1320ドルを両被告人らの乗る車の窓に投げ入れることで、自身らを犯人に仕立て上げたのであるとの証言を行った。両被告人による釈明には一定の信憑性が認められ、それと相反する直接的な証拠は存在しなかった。そこで、検察官は、両被告人に対する反対尋問の中で、ミランダ告知を受けた際に、犯人に仕立て上げられた旨の言い分を捜査官に伝えなかった理由を尋ねることで、その証言の弾劾を試みた。

結局、有罪判決を言い渡された両被告人は、裁判所が、検察官に、被告人の逮捕後の黙秘に関する反対尋問を認めたのは誤りであったとして、タスカラワス郡第5地区控訴裁判所に控訴した。しかし、控訴裁判所は有罪評決を是認した。また、オハイオ州最高裁判所も上訴を棄却した。そこで、両被告人は、連邦最高裁に移送令状を請求した。

---

<sup>29</sup> *Id.*

<sup>30</sup> Bentz, *Supra* note 21, at 923.

<sup>31</sup> Doyle (n. 19).

<sup>32</sup> United States v. Hale, 422 U.S. 171 (1975)

請求を受けた連邦最高裁は、ミランダ告知後の身柄拘束下での黙秘の弾劾利用は、修正 14 条のデュー・プロセス条項に違反するため許されない旨を判示し、両被告人の有罪を破棄した。本判決において、連邦最高裁は、実務上確立していた「弾劾例外」に対し、さらなる例外を設け、被疑者による黙秘の弾劾利用を認めなかったのである<sup>33</sup>。そうした判断の根拠は、まず、ミランダ告知に含まれるのは、話したくなければ話さなくてよいとして被疑者に黙秘を勧める内容であるため、その告知を受けてなされた黙秘の証拠としての価値は、「絶対的に曖昧 (insolubly ambiguous)」であるという点に求められた<sup>34</sup>。また、ミランダ告知自体が、「黙秘はいかなる制裁ももたらさない」という「暗黙の」約束 (“implicit” assurance) を告げるものであるため、ミランダ告知後の被告人の黙秘によって同人の公判での証言を弾劾することは「基本的に不公正」であるという点にも求められた<sup>35</sup>。このような理由づけは、一般に、禁反言理論 (estoppel theory) と呼ばれている<sup>36</sup>。

**(3) 1980 年ジェンキンス・ケース連邦最高裁判決**     ドイル・ケース連邦最高裁判決では、ミランダ告知後の黙秘の弾劾利用はデュー・プロセス違反を理由に禁止されることが明らかにされたが、連邦最高裁は、その判断の射程を、ミランダ告知後の被疑者による黙秘の弾劾利用の局面に「注意深く<sup>37</sup>」限定した。したがって、ミランダ警告前の非身柄拘束下での取調べにおける被疑者の黙秘の弾劾利用が許されるのかどうかという問題は、未解決のまま残された。この問題に関する判断が示されたのが、1980 年ジェンキンス・ケース連邦最高裁判決<sup>38</sup>であった。本件の事実関係は次の通りである。1974 年 8 月 13 日、被害者を刺殺した被告人は、犯行後、約 2 週間が経過した後に捜査当局に自首し、逮捕された。謀殺罪で起訴された被告人は、州裁判所での裁判において、当該謀殺は、被害者の方から被告人に襲い掛かってきたことで生じたものであるため、正当防衛であると主張した。被告人に対する反対尋問の中で、検察官は、事件直後に被告人が警察官等に当該殺人が正当防衛によるものである旨の被害申告をせず、行方をくらましていた事実と言及し、その証言の弾劾を試みた。また、検察官は、論告の中でも、陪審に向けて再び被告人が犯行直後に被害申告を行っ

---

<sup>33</sup> Bentz, *Supra* note 21, at 922.

<sup>34</sup> Doyle (n. 19), at 617.

<sup>35</sup> *Id.*, at 618.

<sup>36</sup> See, Bentz, *Supra* note 21, at 923.

<sup>37</sup> Strauss, *Supra* note 14, at 115. なお、本判決において、連邦最高裁が、黙秘の利用の禁止の根拠を修正 14 条に求め、修正 5 条の自己負罪条項には言及せず、そのため、修正 5 条の効果として不利益推認が禁止されるかどうかは明らかされなかった。そこで、このように言及がなされなかった点は、同条項を不適切な態様の取調べからの保護を与えるものにすぎないと見る狭い解釈を採り、前記のグリフィン・ケース連邦最高裁判決に反対する立場においては、同判決の論理を公判前の捜査手続に及ぼすことのできる根拠の乏しさが反映されたものとして受け止められている。Notz, *Supra* note 21, at 1017, and n. 36; Michael Patrick, *Toward the Constitutional Protection of a Non-Testifying Defendant's Prearrest Silence*, 63 Brooklyn Law Review 897, 907-908 (1997).

<sup>38</sup> *Jenkins v. Anderson*, 447 U.S. 231 (1980). 本判決については、中野目善則「黙秘を証言弾劾に用いることの可否」渥美東洋編『米国刑事判例の動向 I』(中央大学出版部、1989) 119 頁以下、萩原滋「事件の発生を警察に申告しなかった事実を弾劾証拠として利用することの可否」判例タイムズ 455 号 (1982) 72 頁以下を参照。

ていなかった事実に言及した。結局、本件の陪審は有罪評決に達した。

被告人による控訴を受けたミシガン州控訴裁判所は有罪判決を是認し、同州最高裁判所も上告を棄却した。そこで被告人は、ミシガン東部地区連邦地方裁判所に人身保護令状を請求した。これを受けて、地区裁判所は、人身保護令状による救済の申し立ては却下されるべきであるとする連邦治安判事の意見を採用し、その後、第6巡回区連邦控訴裁判所もその判断を支持した。そこで、被告人は、連邦最高裁に移送令状を請求した。

これを受けて連邦最高裁は、まず、前記のラッフェル・ケース連邦最高裁判決を踏襲し、同判決は、「先行する黙秘による弾劾の可能性が、修正5条の権利の行使に対する許容できない負担であるとの主張を明確に排斥した」判決であると位置づけた<sup>39</sup>。そのうえで、「許容できない負担」に該当するかどうかについては、「申し立てを受けた当局の行為の正当性を考慮し」「憲法上の権利の行使が許容できないほどに負担の大きいものになっているかどうかを判断する」という基準（以下、「許容できない負担」基準）<sup>40</sup>に依拠することを明らかにし、検察官による弾劾の試みは「刑事手続の信頼性を高める」と判示した。そして、ミランダ告知に先立つ非身柄拘束下でなされた黙秘の弾劾利用は、そのような「許容できない」ほどの負担を被疑者にもたらすものではなく、したがって、修正5条には違反しないと結論づけた。

次に、本判決では、ミランダ告知に先立つ非身柄拘束下でなされた黙秘の弾劾利用が、修正14条のデュー・プロセス条項にも違反しないことが明らかにされた。その理由づけとして、連邦最高裁は、当該黙秘が、ミランダ告知に先立つ非身柄拘束下でなされたものであり、同告知によって誘発されたものではなかったため、ドイル・ケース連邦最高裁判決で問題とされた基本的な不公正が生じない点をあげた<sup>41</sup>。

なお、非身柄拘束下におけるミランダ告知に先立つ被疑者の黙秘を、同人の有罪を示す実質証拠として利用することが許されるかどうかは、本判決の射程外であった<sup>42</sup>。この点は、次章で詳述するように、2013年サリナス・ケース連邦最高裁判決<sup>43</sup>において新たに判断が下されている。

**(4) 1982年ウィアー・ケース連邦最高裁判決** 前述の通り、判例上、ミランダ告知以降の身柄拘束下での黙秘の弾劾利用は、修正14条のデュー・プロセス条項に違反するため許されることが確認された（1976年ドイル・ケース連邦最高裁判決）。その一方で、ミランダ告知に先立つ非身柄拘束下での黙秘の弾劾利用は、放棄理論により、「許容できない負

---

<sup>39</sup> Jenkins (n. 38), at 236-237.

<sup>40</sup> *Id.*, at 238. Ciarelli, *Supra* note 6, at 664 (“impermissible burden” test).

<sup>41</sup> *Id.*, at 240. See, Jan Rybnicek, *Damned if You Do, Damned if You Don't: the Absence of a Constitutional Protection Prohibiting the Admission of Post-Arrest, Pre-Miranda Silence*, 19 George Mason University Civil Rights Law Journal 405, 422 (2008).

<sup>42</sup> Mikah Thompson, *Methinks the Lady Doth Protest too Little: Reassessing the Probative Value of Silence*, 47 U. Louisville L. Rev. 21, 33 (2008).

<sup>43</sup> *Salinas v. Texas*, 133 S.Ct. 2174 (2013).

担」が存在しないため、修正5条の自己負罪条項には違反しないこと、また、ミランダ告知によって交わされる「暗黙の約束」も存在しないため、修正14条のデュー・プロセス条項にも違反しないことが明らかにされた（1980 ジェンキンス・ケース連邦最高裁判決）。もっとも、これらの判例からは、身柄拘束下でのミランダ告知後の黙秘の弾劾利用が許されるかどうかは明らかにならなかった。この点に関する判断は、1982年ウィアー・ケース連邦最高裁判決<sup>44</sup>で示された。

ナイトクラブの駐車場において、被害者とケンカになった本件被告人は、そのケンカの過程で、被害者により頭を地面に押さえつけられた。その後、被害者は突然立ち上がり、自分が刺された旨を訴える叫び声をあげ、最終的に、その刺し傷により死亡した。被告人はすぐに現場を立ち去っており、事件を警察には届け出ていなかった。逮捕後、被告人は、謀殺罪で起訴された。なお、被告人が逮捕された際に、同人がミランダ告知を受けていたかどうかは、記録上、明らかにはならなかった。カリフォルニア州裁判所での陪審審理において、被告人は、被害者を刺したことは認めつつも、それは正当防衛で行ったものであり、偶発的に刺さったにすぎなかった旨の証言を行った。この証言は、被告人による刺殺に関しての最初の釈明の機会であった。検察官は、反対尋問の中で被告人に対し、逮捕時に警察官に釈明を行わず、凶器となったナイフの場所を明かさなかった理由を尋ねることで、その証言の弾劾を試みた。

最終的に、本件の陪審は有罪評決に達し、ケンタッキー州最高裁判所での上訴審でも、その判決は是認された。

ケンタッキー西部地区連邦地方裁判所は、被告人による人身保護令状の請求を認め、第6巡回区連邦控訴裁判所もこれを是認した。同控訴裁判所は、ドイル・ケース連邦最高裁判決の法理が、警察官により被告人にミランダ告知がなされていた場合にしか適用されないわけではないとしたうえで、被告人の逮捕後の黙秘を弾劾目的で利用することは、修正14条により保障されるデュー・プロセスに違反すると結論づけた。

上訴を受けた連邦最高裁は、まず、非身柄拘束下でのミランダ告知に先立つ黙秘の弾劾利用を許容したジェンキンス・ケース連邦最高裁判決の中で、ドイル・ケースが、「当局が、被告人に対し、その黙秘が同人に不利に用いられないであろうと暗黙に約束することにより黙秘を誘発した場合の事案」として位置づけられていたことを確認した<sup>45</sup>。そして、ドイル・ケースとの決定的な相違点として、本件では、逮捕直後に被疑者が黙秘するに至るまでの記録上、同人がミランダ告知を受けていなかった点をあげた<sup>46</sup>。そのうえで、身柄拘束自体は、被告人による黙秘を誘発するものではなく、ミランダ告知の中に内在するような約束が存在しないとの理由から、ミランダ告知に先立つ身柄拘束下での黙秘の弾劾利用は修正

---

<sup>44</sup> *Fletcher v. Weir*, 455 U.S. 603 (1982).

<sup>45</sup> *Id.*, at 606.

<sup>46</sup> *Id.*, at 603. See also, Herrmann and Speer, *Supra* note 22, at 14.

14 条のデュー・プロセスに違反しないと述べ、原審の判断を覆した<sup>47</sup>。

なお、本判決においても、非身柄拘束下での黙秘の実質証拠としての利用の可否については明らかにされず、その射程はあくまで弾劾利用の場面にとどめられた<sup>48</sup>。次章で詳述するが、前記の通り、この点についても、2013 年サリナス・ケース連邦最高裁<sup>49</sup>において新たな判断が下されている。

### 3 「黙秘からの不利益推認」に関する連邦最高裁判決の動向の全体像

ここでは、本節で概観してきた判例を整理したうえで、不利益推認に関する連邦最高裁判決の動向の全体像を描写し、一連の判例に対して寄せられている評価を整理する。

まず、判例上、ミランダ告知後の捜査段階での黙秘と公判段階での黙秘を、実質証拠として利用することは許されない。公判段階での黙秘の利用は、制裁理論、すなわち裁判官や検察官が、公判で、被告人の黙秘に対して、同人に不利に働くように言及を加えることは、自己負罪拒否特権の行使に対する制裁にあたるとする理論により、修正 5 条の自己負罪条項に違反する（1965 年グリフィン・ケース連邦最高裁判決）。さらに、被告人には、不利益推認が許されない旨の説示を裁判官に要求することができる権利が認められた（1981 年カーター・ケース連邦最高裁判決）。こうした判例によって確立された「不利益推認禁止」原則は、アメリカの刑事裁判の特徴の 1 つとして、今日まで損なわれることなく維持されている<sup>50</sup>。また、身柄拘束中の捜査段階での黙秘の利用は、制裁理論が捜査段階にも及びることから、修正 5 条の自己負罪条項違反となる（1966 年ミランダ・ケース連邦最高裁判決）。さらに、1976 年ドイル・ケース連邦最高裁判決で示された禁反言理論、すなわちミランダ告知には「黙秘は制裁をもたらさない」という「暗黙の約束」が内在しているため、ミランダ告知により誘発された黙秘を被告人に不利に扱うことはその約束に反するとの理論により、修正 14 条のデュー・プロセス条項違反となる（1986 年ウェインライト・ケース連邦最高裁判決）。

他方、判例上、被告人の公判での証言に関する弾劾証拠としての黙秘の利用は、一定の場合に認められる。証言を行った被告人は黙秘権を放棄したと見なされ、証言内容と関連性を有する限り反対尋問を受忍しなければならず（放棄理論）、したがって、先行する公判での黙秘の弾劾利用は憲法に違反しない（1926 年ラッフェル・ケース連邦最高裁判決）。これを前提に、ミランダ告知に先立つ非身柄拘束下での黙秘の弾劾利用が許容される（1980 年ジ

---

<sup>47</sup> Weir (n. 44), at 607. 本判決の意義として、禁反言理論が、ミランダ告知に先立つ身柄拘束下の黙秘には及ばないことを確認した点をあげるものとして、Ian Kerr, *Beyond Salinas v. Texas: Why an Express Invocation Requirement Should Not Apply to Postarrest Silence*, 116 Columbia Law Review 489, 499 (2016).

<sup>48</sup> Larissa Ollivierre, *Suspects Beware: Silence in Response to Police Questioning Could Prove as Fatal as a Confession*, 65 Mercer L. Rev. 579, 580, and n. 11 (2013).

<sup>49</sup> Salinas (n. 43).

<sup>50</sup> Bellin, *Supra* note 3, at 248. 本稿第 2 章第 2 節の 3 も参照。

エンキンス・ケース連邦最高裁判決)。さらに、ミランダ告知に先立つ身柄拘束下での黙秘の弾劾利用も許容される(1982年ウィアー・ケース連邦最高裁判決)。これらの一連の判例を踏まえ、裁判所が「弾劾例外」を積極的に容認してきた理由は、一般に、以下の三点に求められている<sup>51</sup>。①訴追対象者が証言を行う場合には、その偽証に対応する必要が生じる。②公判において自らの意思で自己負罪拒否特権を放棄して証言を行った被告人は、もはや、その特権による保護を申し立てる立場にはない。③黙秘の実質証拠としての利用が認められれば、その黙秘から生じる不利益な結果は、被告人の有罪に直結する取り返しのつかないものであるのに対し、弾劾利用の限度であれば、証言を差し控えることで済む。

以上のように黙秘の証拠利用に関する「弾劾例外」が広く認められている中で、そのさらなる例外として、ミランダ告知後の黙秘の弾劾利用は、禁反言理論によりデュー・プロセス違反とされるのである(1976年ドイル・ケース連邦最高裁判決)。

このように連邦最高裁は、捜査段階での黙秘に関する「弾劾例外」を許容してきた一方、ドイル・ケース連邦最高裁判決を通じて、ミランダ告知を、黙秘の証拠利用の可否を分ける基点とした<sup>52</sup>。すなわち、ミランダ告知後の黙秘は、その証拠利用が一切許されなくなったのに対し、ミランダ告知前の黙秘は、少なくともその弾劾利用が、身柄拘束の有無にかかわらず許されるという状態を生じさせたのである<sup>53</sup>。そのため、ミランダ告知の時期に関する裁量を委ねられている警察官が、意図的に告知を遅らせることで、黙秘の証拠能力が認められる期間を長引かせつつ、ミランダ法則による自白の証拠能力に対する規律を先送りにすることが可能となった<sup>54</sup>。以上の連邦最高裁判例の姿勢に対しては、自白の獲得を容易にしつつ、黙秘権の具体的な保障態様を、その告知をよく知る大多数のアメリカ国民には理解しづらいものにするすることで、自白強要の防止と時期に適った権利告知の保障というミランダ法則の目的を損ねるとして、否定的な見方が少なくない<sup>55</sup>。

---

<sup>51</sup> See, Notz, *Supra* note 21, at 1023-1024.

<sup>52</sup> Brian Donovan, *Why Salinas v. Texas Blurs the Line Between Voluntary Interviews and Custodial Interrogations*, 100 Cornell Law Review 213, 220 (2014); Bentz, *Supra* note 21, at 923; Romantz, *Supra* note 52, at 27. See also, Anna Strandberg, *Asking for It: Silence and Invoking the Fifth Amendment Privilege against Self-Incrimination after Salinas v. Texas*, 8 Charleston Law Review 591, 609 (2013); Aurora Maoz, *Empty Promises: Miranda Warnings in Noncustodial Interrogations*, 110 Michigan Law Review 1309, 1323 (2011); Hennes, *Supra* note 26, at 1025, 1029; Meaghan Ryan, *Do You Have the Right to Remain Silent: The Substantive Use of Pre-Miranda Silence*, 58 Alabama Law Review 903, 914 (2006).

<sup>53</sup> 連邦最高裁がもたらした状況に対しては、愚鈍な警察官が律儀に取調べの際にミランダ告知を行えば、黙秘の弾劾利用ができなくなるのに対し、ずる賢い警察官が告知を行わずに取調べを行えば、黙秘の弾劾利用が可能となる事態をもたらしたとして、これを揶揄する見方が示されている。James Duane, *The Extraordinary Trajectory of Griffin v. California: the Aftermath of Playing Fifty Years of Scrabble with the Fifth Amendment*, 3 Stanford Journal of Criminal Law and Policy 1, 11 (2015).

<sup>54</sup> Donovan, *Supra* note 52, at 220. See also, Marty Skrapka, *Silence Should Be Golden: a Case against the Use of a Defendant's Post-Arrest, Pre-Miranda Silence as Evidence of Guilt*, 59 Oklahoma Law Review 357, 400-401 (2006).

<sup>55</sup> Herrmann and Speer, *Supra* note 22, at 12; Hennes, *Supra* note 26, at 1015, 1037; Pettit, *Supra* note 22, at 216-

【従前の「黙秘からの不利益推認」に関する連邦最高裁による憲法判断】

	黙秘の実質証拠としての利用		黙秘の弾劾証拠としての利用	
公判 段階	◇1965年グリフィン・ケース判決 →修正5条違反；制裁理論		◇1926年ラッフェル・ケース判決 →合憲；放棄理論	
ミラ ンダ 告知 後	◇1966年ミランダ・ケース判決 →修正5条違反（傍論） ◇1986年ウェインライト・ケース判決 →修正14条違反		◇1976年ドイル・ケース判決 →修正14条違反；禁反言理論	
ミラ ンダ 告知 前	身柄 拘束	◇1966年ミランダ・ケース判決 →修正5条違反（傍論）	身柄 拘束	◇1982年ウィアー・ケース判決 →適法
	非身柄 拘束		非身柄 拘束	◇1980年ジェンキンス・ケース 判決→適法

## 第2節 2013年サリナス・ケース連邦最高裁判決

ジェンキンス・ケース連邦最高裁判決では、非身柄拘束下での取調べにおける被疑者の黙秘の弾劾利用が認められたものの、実質証拠としての証拠能力は、同判決の射程外であった<sup>56</sup>。黙秘の実質証拠としての利用に関するウィアー・ケース連邦最高裁判決も、非身柄拘束下での黙秘の証拠能力に関する判断を示すものではなかった。そのため、非身柄拘束下での黙秘の実質証拠としての利用の可否は、明確にされてこなかった。

後に見るように、学説上、非身柄拘束下での黙秘の実質証拠としての利用を巡っては、適法説と違法説が対立していた。そうした状況の中で、検察官が、非身柄拘束下での取調べにおける被疑者の黙秘に対し、同人の有罪を示す実質証拠として言及することは許されるとの判断を示した2013年サリナス・ケース連邦最高裁判決<sup>57</sup>が登場した。本節では、同判決を巡り戦わされている議論を概観したい。

217; Barbara Snyder, *A Due Process Analysis of the Impeachment Use of Silence in Criminal Trials*, 29 William and Mary Law Review 285, 337 (1987); David Melson, *Fourteenth Amendment--Criminal Procedure: The Impeachment Use of Post-Arrest Silence Which Precedes the Receipt of Miranda Warnings*, 73 Journal of Criminal Law and Criminology 1572, 1586-1587 (1982).

<sup>56</sup> Rinat Kitai-Sangero and Yuval Merin, *Probing into Salinas's Silence: Back to the Accused Speaks Model*, 15 Nevada Law Journal 77, 77 (2014); Ollivierre, *Supra* note 48, at 580, and n.11; Khaled Mowad, *The Right to Remain Silent After Salinas v. Texas*, <<http://harvardcrcl.org/the-right-to-remain-silent-after-salinas-v-texas/>>

<sup>57</sup> Salinas (n. 43). 本判決については、英米刑事法研究会「英米刑事法研究（27）」比較法学48巻1号（2014）265頁以下、268頁（田中俊彦担当部分）、座談会「合衆国最高裁判所2012-2013年開廷期重要判例概観」アメリカ法2013年1号（2013）198頁以下、252-255頁（笹倉宏紀担当）。山田峻悠「アメリカ合衆国における捜査段階の黙秘と不利益推認」比較法雑誌51巻3号（2017）157頁以下も参照。

## 1 2013年サリナス・ケース連邦最高裁判決の背景事情

捜査実務では、本判決に先立ち、非身柄拘束下における取調べを活用することは、取調べの方法として広く推奨されていた<sup>58</sup>。もっとも、非身柄拘束下での黙秘の実質証拠としての利用を認めた本判決には、同判決が、非身柄拘束下での被疑者の黙秘を実質証拠として利用したいと警察に思わせ、ミランダ告知と身柄拘束を巧みに遅らせるように動機づけることで、警察による非身柄拘束下での取調べの活用をより一般化してしまいかねないとの懸念が抱かれている<sup>59</sup>。また、そのような一般化に向けた動きは、ミランダ法則の適用に多くの例外を設けることでその効力の弱体化を図るといふ、いわゆるミランダ法則に対する「切り崩し<sup>60</sup>」の一環としても受け止められている<sup>61</sup>。これまでミランダ法則に対する例外が設けられてきた背景には、次のような事情があった。すなわち、1960年から1970年代にかけ

---

<sup>58</sup> FRED INBAU ET AL., CRIMINAL INTERROGATION AND CONFESSIONS, 5-9, 20-21, 93 (4th ed., 2004). 宮川恵三「米国の取調べテクニック」捜査研究 733号(2012)17頁以下、23頁および脚注49、50によると、本書は、アメリカにおいて最も普及し、影響力のある取調べテクニックであるリード＝テクニック(“Reid-Technique”)について、その開発者らが体系的に解説したものであるとされる。

<sup>59</sup> Donovan, *Supra* note 52, at 222; Sangero and Merin, *Supra* note 56, at 78; Strandberg, *Supra* note 52, at 625. See also, Mowad, *Supra* note 56. また、意図的に身柄拘束やミランダ告知を遅らせることで、ミランダ法則の保護を回避しようとするアプローチを採用した警察が、被疑者に対し、黙秘が後に不利に働く場合があると告げることで供述を獲得するというような運用を行うようになることが、本判決によって助長されるとの予測もなされている。Neal Davis and Dick DeGuerin, *Silence is No Longer Golden: How Lawyers Must Now Advise Suspects in Light of Salinas v. Texas*,

<[http://www.lexisnexis.com/lncui2api/results/docview/docview.do?docLinkInd=true&risb=21\\_T27635434002&format=GNBFI&sort=RELEVANCE&startDocNo=1&resultsUriKey=29\\_T27635434006&cisb=22\\_T27635434005&treeMax=true&treeWidth=0&csi=154153&docNo=1](http://www.lexisnexis.com/lncui2api/results/docview/docview.do?docLinkInd=true&risb=21_T27635434002&format=GNBFI&sort=RELEVANCE&startDocNo=1&resultsUriKey=29_T27635434006&cisb=22_T27635434005&treeMax=true&treeWidth=0&csi=154153&docNo=1)>; See also, Matthew Thompson Jr, *Salinas v. Texas: The Fifth Amendment Self-Incrimination Burden*, 43 Capital University Law Review 19, 42 (2015); Christopher Totten, *Salinas v. Texas: Guilt by Silence and the Disappearing Fifth Amendment Privilege against Self-Incrimination*, 49 Criminal Law Bulletin 1501, 1512-1513 (2013). 本判決に先立ち同旨の見解を示していたものとして、以下の文献をあげることができる。Notz, *Supra* note 21, at 1033. さらに、非身柄拘束下での任意取調べの特徴として、明確な規律を欠き、記録されず、それゆえに「自白の汚染 (confession contamination)」を招く危険がありがちであるという点があげられている。Brandon Garrett, *Remaining Silent after Salinas*, 80 University of Chicago Law Review Dialogue 116, 118 (2013). 虚偽自白のメカニズムと「自白の汚染」の危険性、すなわち、取調官が被疑者に対して被疑事実に関する重要な事実をリークしたうえでなされる自白の危険性については、川崎英明「誤判と刑事司法改革」浅田和茂他編『刑事法理論の探求と発見』(成文堂、2012)227頁以下、231-235頁も参照。

<sup>60</sup> ミランダ法則に対する「切り崩し」については、“chip away” (Bernice Donald and Nicole Langston, *Fifty Years Later and Miranda Still Leaves Us with Questions*, 50 Texas Tech Law Review 1, 11, n. 84 (2017))、“undercut” (Kerr, *Supra* note 47, at 501)、“death-by-a-thousand-cuts” (Garrett, *Supra* note 59, at 116-117)といった表現が用いられている。

<sup>61</sup> Donald and Langston, *Supra* note 60, at 11, n.84; Donovan, *Supra* note 52, at 229. See also, Brooks Holland, *Miranda v. Arizona: 50 Years of Judges Regulating Police Interrogation*, 16 Insights on Law and Society 4 (2015); Andrew Odom, *Speak, or Be Sentenced: the High Price of Pre-Arrest Silence*, 5 Faulkner Law Review 335, 335, 350, 356 (2013); Totten, *Supra* note 59, at 1501, and 1518, n. 62.



て、都市部の治安が急激に悪化し、1981年にはアメリカ史上最悪の犯罪認知件数<sup>62</sup>が記録される中、ミランダ法則が自白率の低下を招き、証拠収集の困難を招いているとして、刑事司法の実効性が危惧されてきたとの事情である<sup>63</sup>。もっとも、そうした事情の前提にある、ミランダ法則により刑事司法の実効性が損なわれるとの見方に対しては、同法則による自白率または有罪率の変動はほとんど認められず、捜査実務に対する重大な悪影響はないとの反論が有力に示されてきた<sup>64</sup>。そのため、ミランダ法則に例外を設けようとする動きの一環として登場した本判決には、「犯罪統制」政策 ("crime control" agenda) や保守主義のイデオロギーに傾倒する裁判所の、自己負罪拒否特権の保障範囲の拡大に歯止めをかけようとする姿勢が現れているとの評価も見られる<sup>65</sup>。

## 2 2013年サリナス・ケース連邦最高裁判決以前の非身柄拘束下での黙秘の実質証拠としての利用に関する学説の概観

従来、非身柄拘束下での取調べにおける黙秘を実質証拠として利用を巡っては、適法説と違法説が対立してきた。以下では、両説の見解を整理する。

---

<sup>62</sup> 小林武仁「最近の米国の治安情勢」警察学論集 39巻9号(1986)39頁以下、41頁。ここには、連邦捜査局が発表する統一犯罪報告書 (Uniform Crime Report) をもとに作成された犯罪発生状況に関する表が掲載されている。

<sup>63</sup> 証拠収集の困難化の観点からミランダ・ケース連邦最高裁判決を批判する文献として、Paul Cassell, *Miranda's Social Costs: an Empirical Reassessment*, 90 Northwestern University Law Review 387, 389-391 (1995); Edwin Meese III, *Promoting Truth in the Courtroom*, 40 Vanderbilt Law Review 271, 272-273 (1987); Stephen Markman, *The Fifth Amendment and Custodial Questioning: A Response to Reconsidering Miranda*, 54.3 The University of Chicago Law Review 938, 945-48 (1987); Gerald Caplan, *Questioning Miranda*, 38 Vanderbilt Law Review 1417, 1419 (1985)をあげることができる。このうち、"Miranda's Social Costs: an Empirical Reassessment"は、小早川義則「取調べ受忍義務再論」法律時報 83巻2号(2011)10頁以下、13頁によると、強硬なミランダ法則廃止論者として知られるポール＝カッセル教授により執筆され、同法則の成立の30年後に、同判決に対する賛否を巡る論争が再燃したきっかけの一つであるとされる。英米刑事法研究会・前掲注(57)268頁(田中俊彦担当部分)、宮川・前掲注(58)82頁も参照。また、榎本正也「アメリカ合衆国における暴力犯罪の実情」法務総合研究所研究部紀要 27号(1984)173頁以下、175頁では、1960年代半ば以降のアメリカにおける治安悪化の要因として比較的よく言及されるものの一つに、都市化があげられている。なお、本判決の相対的多数意見も、理由づけの一つとして、犯罪捜査における捜査機関の利益への配慮をあげ、非身柄拘束下での被疑者の黙秘を特権の行使とみなさなければならないとすれば、ミランダ法則の要請と相まって捜査当局に過大な負担を課すことになるかと判示している。Salinas (n. 43), at 2180-2181. See also, Strandberg, *Supra* note 52, at 595.

<sup>64</sup> Yale Kamisar, *Remembering the Old World of Criminal Procedure: a Reply to Professor Grano*, 23 University of Michigan Journal of Law Reform 537, 585 (1989); Welsh White, *Defending Miranda: A Reply to Professor Caplan*, 39 Vanderbilt Law Review 1, 20 (1986); Michael Wald, et al., *Interrogations in New Haven: the Impact of Miranda*, 76.8 Yale Law Journal 1521, 1523 (1967); Richard Seeburger and R. Wettick Jr., *Miranda in Pittsburgh-A Statistical Study*, 29 University of Pittsburgh Law Review 1, 23 (1967).

<sup>65</sup> Harvey Gee, *Salinas v. Texas: Pre-Miranda Silence Can Be Used against a Defendant*, 47 Suffolk University Law Review 727, 728 (2014); Totten, *Supra* note 59, at 1518-1519. また、ローク・M・リード他『アメリカの刑事手続』(有斐閣、1987)67頁も、ミランダ法則を巡る議論は、「理念的」または「政治的」な意味合いの強いものとして理解しておくべきであるとする。

(1) 非身柄拘束下での黙秘の実質証拠としての利用に関する適法説 適法説を説く論者<sup>66</sup>は、以下の2点を理由に、非身柄拘束下での黙秘の実質証拠としての利用は、連邦憲法や証拠法則に違反しないと主張してきた。①非身柄拘束下での取調べは、その性質が任意であり、身柄拘束下での取調べに内在する「強制的」な性格を欠くため、不利益推認の禁止を含む修正5条の自己負罪拒否特権の適用を受けない<sup>67</sup>。②被疑者の黙秘の証拠利用が修正14条の規定するデュー・プロセスによって禁止されるのは、被疑者が、ミランダ告知に内在する「黙秘は制裁をもたらさない」との暗黙の「約束」に誘発されて黙秘権を行使した場合に限られる<sup>68</sup>。

(2) 非身柄拘束下での黙秘の実質証拠としての利用に関する違法説 その一方で、違法説に立つ論者<sup>69</sup>は、非身柄拘束下での取調べにも、身柄拘束下での取調べと同等以上の程度の「強制的」な性質が存在するため、自己負罪拒否特権の適用がありうるとの理解<sup>70</sup>を前提に、次の3点を理由に、非身柄拘束下での黙秘の実質証拠としての利用は、連邦憲法または証拠法則に違反すると反論してきた。①被疑者は、「過酷なトリレンマ」、すなわち虚偽供述や偽証による制裁、黙秘からの不利益推認による有罪判決、供述や証言が自己に不利な証拠として利用されることによる有罪判決のうち、いずれかの困難を受け入れなければならないという「進退両難」の状況に陥り、その意に反して供述せざるをえなくなる<sup>71</sup>。②誤った嫌疑をかけられた被疑者が黙秘を行う理由は多様であるため、非身柄拘束下での取調べ

---

<sup>66</sup> Romantz, *Supra* note 52; Adam Stewart, *The Silent Domino: Allowing Pre-Arrest Silence as Evidence of Guilt and the Possible Effect on Miranda*, 37 *Suffolk University Law Review* 189 (2004); Hunter, *Supra* note 6; Strong, *Supra* note 21; Stefanie Petrucci, *The Sound of Silence: The Constitutionality of the Prosecution's Use of Prearrest Silence in Its Case-in-Chief*, 33 *University of California Davis Law Review* 449 (1999). また、同様の見解は、裁判官からも示されていた。Jenkins (n. 38)(Steven, J., concurring), at 243-244.

<sup>67</sup> Romantz, *Supra* note 52, at 54. また、任意取調べにおいてなされる供述も黙秘も、被疑者の自由な意思により行われるため、修正5条の禁止する証言の「強要」は存在しないとされる。Stewart, *Supra* note 66, at 205. さらに、連邦憲法修正5条を根拠に黙秘からの不利益推認が禁止されることを明らかにした先例である前記の1965年グリフィン・ケース連邦最高裁判決との関係については、検察官が、公判廷における弁護人の助言に基づく被告人の権利行使に言及することで、その権利行使に対して制裁を加えたという同判決の前提事実を強調し、非身柄拘束下での被疑者の黙秘からの不利益推認の禁止の根拠を、同判決に求めるべきではないとの見解も示されている。Hunter, *Supra* note 6, at 282-283, 286.

<sup>68</sup> *Id.*, at 284-285, 286. 論者は、被疑者の黙秘の利用に伴うデュー・プロセス違反が、同人がミランダ告知により誘発されて黙秘権を行使した場合に限られるとする根拠を、ミランダ告知後の被疑者の黙秘の弾劾利用を禁止した前記のドイル・ケース連邦最高裁判決、および逮捕後・ミランダ告知に先立つ被疑者の黙秘の弾劾利用を肯定した前記のウィアー・ケース連邦最高裁判決に求めている。

<sup>69</sup> Bentz, *Supra* note 21; Strauss, *Supra* note 14; Alex Stein, *The Right to Silence Helps the Innocent: a Response to Critics*, 30 *Cardozo Law Review* 1115 (2008); Pettit, *Supra* note 22; Notz, *Supra* note 21; Maria Berger, *Defining the Scope of the Privilege against Self-Incrimination: Should Prearrest Silence Be Admissible as Substantive Evidence of Guilt*, 1999 *University of Illinois Law Review* 1015 (1999); Thompson, *Supra* note 42.

<sup>70</sup> Maoz, *Supra* note 52, at 1320; Pettit, *Supra* note 22, at 216.

<sup>71</sup> Stein, *Supra* note 69, at 1137; Pettit, *Supra* note 22, at 214, 218-219; Notz, *Supra* note 21, at 1013. See also, Bentz, *Supra* note 21; Strauss, *Supra* note 14, at 154-155, 161-162.

における黙秘の証拠としての価値は極めて曖昧である<sup>72</sup>。③当該黙秘の実質証拠としての利用は、検察官が立証責任を負うとの原則に反し、当局が、証拠源として被告人に依存することを抑制し、独力で証拠を収集してその立証責任を果たすことを要求する当事者主義の価値を損ねる<sup>73</sup>。

### 3 2013年サリナス・ケース連邦最高裁判決の概要

次に、2013年サリナス・ケース連邦最高裁の概要を見ていく。

**(1) 事件の概要** 本件被告人は、非身柄拘束下でのミランダ告知前の取調べにおいて、取調官からの謀殺に関するいくつかの質問に任意に返答していたが、同人保有のショットガンと犯行現場で発見された薬きょうについての弾道検査に関して質問が及んだ際には、沈黙し、床に目を落としたり、足を動かし、下唇を噛むなどして、頑なな態度をとり始めた。少しの間において、取調官が質問を変えると、被告人は再び返答するようになった。被告人は、未執行の交通令状 (*outstanding traffic warrants*) に基づき逮捕されたが、検察官が、謀殺罪で起訴するには証拠不十分であると判断したため、すぐに釈放された。その後、警察が、被告人が殺人を自供するのを聞いた旨の、ある男からの供述を獲得したことを受け、検察は、被告人を起訴することを決断したが、被告人は行方をくらまし、14年後、ヒューストンにおいて偽名で生活を送っているところを発見され、起訴された。公判において、検察官は、同人の有罪を示す証拠として、被告人が取調べの際に沈黙した事実に言及した。陪審が有罪評決に達したのを受けて、被告人は、検察官が当該黙秘を被告人の有罪を示す証拠として利用したことは、連邦憲法修正5条の自己負罪拒否特権に違反するとして上訴した。テキサス州控訴裁判所、同州刑事上訴裁判所がともに上訴を棄却したため、被告人は連邦最高裁に上訴した。

**(2) 相対的多数意見の判断内容** 連邦最高裁は、その相対的多数意見<sup>74</sup>の中で、「被告

<sup>72</sup> 学説では、多様な理由で行われる黙秘の例として、取調べに応じるに値しないと考えた被疑者が、抗議の意を示すために行う黙秘 (*Sangero and Merin, Supra note 56, at 98-99*) に加え、取調べに伴う恐怖心から思わずしてしまう黙秘や、第三者をかばうため、または自身が当然に有していると信じる黙秘権を行使するために行う黙秘 (*Berger, Supra note 69, 1039; Pettit, Supra note 22, at 219-220*) があげられている。See also, *Thompson, Supra note 42*. また、黙秘の証拠としての性質の曖昧さに関連して、そのような性質をもつ公判前の黙秘を証拠として利用することは不公正であり、かつそのような性質の黙秘を証拠として利用することが許されれば、自己負罪拒否特権の趣旨が許容できないほどに損なわれるため、非身柄拘束下での取調べにおける黙秘を含む公判前の実質証拠としての黙秘の証拠利用は、修正5条の自己負罪禁止条項、および修正14条のデュー・プロセス条項の両方に違反するとの見解も示されている。Strauss, *Supra note 14, at 144, 154-155, 161-162*.

<sup>73</sup> *Notz, Supra note 21, at 1034*. See also, *Pettit, Supra note 22*.

<sup>74</sup> 相対的多数意見は、アリトー裁判官が執筆し、ロバーツ首席裁判官とケネディ裁判官が賛同した。藤倉皓一郎＝小杉丈夫「アメリカ連邦最高裁判所の衆議のかたち」藤倉皓一郎＝小杉丈夫編『衆議のかたち2』（羽鳥書店、2017）1頁以下、7-11頁によれば、アリトー裁判官とロバーツ首席裁判官は、ともに保守主義的な傾向のある裁判官と目されており、ケネディ裁判官は、いずれにも与しない浮動票的な立場にあると目されている。また、任意取調べに対する修正5条の適用を一律に否定し、そこでの黙秘の実質証拠としての利用を認めることを主張する結論同意意見を執筆した

人は、(自己負罪拒否)特権の恩恵を得るためにそれを行使することが要求され、特権が行使されたと認められるための要件として、その行使が事前に「明確」になされていなければならないと判示した<sup>75</sup>。そして、本件において、被告人は取調べの際に、その特権を行使しなかったとして、被告人の主張を斥けた<sup>76</sup>。

以上の結論を導くにあたり、相対的多数意見は、まず、捜査当局が、必要な証人によるあらゆる証言を利用できる権利を有することが原則であるとする先例<sup>77</sup>に依拠しつつ、個人による自己負罪拒否特権の行使をその例外と位置づけた<sup>78</sup>。そのうえで、特権の行使にあたり自己負罪拒否特権が「明確」に行使されなければならない理由を、特権が行使されていることが取調官に明確に伝えられなければならないという点に求めた<sup>79</sup>。こうした要求は、①被質問者が返答を拒絶した事項が自己負罪性的かどうかを評価できるようにしなければならないとの要請、②返答を拒絶した被疑者に対する刑事免責等の措置の利用の可否を検討できるようにしなければならないとの要請に基づくものであった。そこでは、この2つの要請が満たされて初めて、一切の証言を獲得するという捜査当局に与えられた権利が確実なものとなると考えられたのであった<sup>80</sup>。

もつとも、相対的多数意見は、自己負罪拒否特権が「明確」に行使されずとも、その適用が認められる2つの類型があるとした<sup>81</sup>。第1の類型は、1965年グリフィン・ケース連邦最高裁判決で扱われた、被告人が公判で黙秘する場合である。なぜなら、このような場合、刑事被告人には「証言をしなくてもよい絶対的な権利」があるからである。2つ目の類型は、1966年ミランダ・ケース連邦最高裁判決で扱われた、身柄拘束下での取調べにおいて、適切な権利告知を受けていない被疑者が黙秘する場合である。なぜなら、身柄拘束下での取調べには「特異な強制的性質<sup>82</sup>」が認められるからである。

以上の点を踏まえると、非身柄拘束下での取調べは、その性質が任意であるため、「強制的」な性質がない以上、本件取調べ下での黙秘はいずれの類型にも該当しないことになる<sup>83</sup>。

---

トーマス裁判官と、それに賛同したスカリア裁判官も、ともに保守主義的な傾向のある裁判官に分類されている。他方、これらに反対し、任意取調べにおける木の実質証拠としての利用を許容すべきでないと言く反対意見に与した残りの裁判官は全員、リベラルな傾向のある裁判官と見られている。なお、スカリア裁判官に関しては、本稿第3章注(5)も参照。

<sup>75</sup> Salinas (n. 43), at 2179.

<sup>76</sup> *Id.*, at 2179.

<sup>77</sup> *Garner v. United States*, 424 U. S. 648 (1976); *Minnesota v. Murphy*, 465 U. S. 420, 425, 427 (1984).

<sup>78</sup> Salinas (n. 43), at 2179.

<sup>79</sup> *Id.*

<sup>80</sup> *Id.*

<sup>81</sup> *Id.*, at 2179-2180.

<sup>82</sup> *Miranda* (n. 17), at 467-468, and n. 37.

<sup>83</sup> Salinas (n. 43), at 2180.

#### 4 2013年サリナス・ケース連邦最高裁判決の評価

サリナス・ケース連邦最高裁判決は、検察官が、逮捕に先立つミランダ告知前の被疑者の黙秘を実質証拠として利用することが修正5条に照らして許されるかどうかに関するリーディングケースであり、捜査実務への重大な影響が予測されている<sup>84</sup>。

本判決に先立ち、非身柄拘束下での黙秘の実質証拠としての利用の是非に関して、憲法判断が待たれていた<sup>85</sup>が、本判決の相対的多数意見は、厳密には、修正5条に関する憲法上の論点には立ち入らなかった。そこでは、被告人が、自己負罪拒否特権を「明確」に行使していなかったため、その特権の侵害の有無は問題にならないとして、憲法判断が回避されたのであった。この「自己負罪拒否特権の適用に際し、その行使が事前に『明確』になさなければならない」との要件は、一般に、「明確な行使 (express invocation)」の要件と呼ばれている。

**(1) 2013年サリナス・ケース連邦最高裁判決に対する肯定的な見解** 本判決に対しては、どのような評価が加えられているのか。次に、この点について整理していきたい。

一部の学説においては、適法説から、供述の自由を行使してなされた供述が被疑者に不利な証拠として利用される以上、黙秘権を行使してなされた黙秘も、同人に不利な証拠として利用されることが認められるべきであるとして、本判決に肯定的な評価を加えるものも見られる<sup>86</sup>。また、本件において、被疑者は、自身の保有するショットガンと犯行現場で発見された薬きょうについての弾道検査に関して質問が及んだ際に、沈黙し、床に目を落としたり、足を動かし、下唇を噛むなどして、頑なな態度をとり始めたことと認定されている。このような認定を踏まえて、「明確な行使」がなされなかったことを理由に修正5条の適用を排斥した理由づけには反対しつつも、本判決の結論には問題はなかったとする評価も見られる<sup>87</sup>。このような評価の根拠としては、本件が、以上のような被疑者の態度を検察官が問題にしていれば、優に有罪が認定できる事件であったことがあげられている。

---

<sup>84</sup> Orin Kerr, Do You Have A Right to Remain Silent? Thoughts on the “Sleeper” Criminal Procedure Case of the Term, *Salinas v. Texas*, <<http://volokh.com/2013/06/17/do-you-have-a-right-to-remain-silent-thoughts-on-the-sleeper-criminal-procedure-case-of-the-term-salinas-v-texas/>>

<sup>85</sup> Sangero and Merin, *Supra* note 56, at 77-78. See also, Peg Green, *Pre-Arrest, Pre-Miranda Silence: Questions Left Unanswered by Salinas v. Texas*, 7 *Arizona Summit Law Review* 395, 407 (2013).

<sup>86</sup> Albert Alschuler, *Miranda's Fourfold Failure* 849, 866-868 (2017) <[https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2113&context=public\\_law\\_and\\_legal\\_theory](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2113&context=public_law_and_legal_theory)>

<sup>87</sup> Amanda Hornick, *Salinas v. Texas: an Analysis of the Fifth Amendment's Application in Non-Custodial Interrogations*, 9 *Liberty University Law Review* 43, 61 (2014). See also, Karen Brindisi, *Pre-Arrest Silence and Self-Incrimination Rights: Why States Should Adopt an Implied Invocation Standard Under Their State Constitutions in the Wake of Salinas v. Texas*, 84 *Miss. L.J.* 431, 463-464 (2014). もっとも、本件被疑者の黙秘の証拠価値との関係では、本判決の相対的多数意見に対しては批判もある。それは、黙秘の証拠としての価値が「絶対的に曖昧」であることを理由に「明確な行使」を要求する (*Salinas* (n. 43), at 2182) ことは、黙秘の証拠としての価値の曖昧さや有害さへの無理解の表れであるとの批判である。Thompson Jr, *Supra* note 59, at 57.

(2) 2013年サリナス・ケース連邦最高裁判決に対する否定的な見解 本判決に対する肯定的な見解が少数とどまったのに対して、学説の多数は否定的な見解で占められている。次に、本判決に対する否定的な見解を見ていく。

(a) 「明確な行使」の要件 相対的多数意見が「明確な行使」の要件を要求したことに対しては、学説において批判が加えられている。

相対的多数意見に対する批判の1つは、非身柄拘束下での自己負罪拒否特権の行使において、「明確な行使」の要件を求めなければ、2010年トンプキンズ・ケース連邦最高裁判決<sup>88</sup>と整合性をとるのが非常に困難になると述べて<sup>89</sup>、同判決に大きく依拠した<sup>90</sup>ことに向けられている。トンプキンズ・ケース連邦最高裁判決は、取調べにおいて、2時間以上にわたり沈黙し続けていた被疑者が、取調官からの「少年に発砲したことについて神の許しを求めるか」との問いに対して「はい」と答えたという事実関係を前提に、2時間以上にわたる沈黙そのものは黙秘権の行使とはみなされず、その行使は「明確」になされなければならないと判示したものである。もともと、同判決は、黙秘の証拠能力ではなく、自白の証拠能力を問題としたものであり、本件とは議論の射程を異にする<sup>91</sup>ため、トンプキンズ・ケース連邦最高裁判決に依拠することが妥当なのか疑問が投げかけられている<sup>92</sup>。しかし、これに対し、相対的多数意見は、判決文中ですでに、次のように判示していた。すなわち、「明確な行使」が不要とされる前記の2つの類型に該当しない限り、沈黙そのものは修正5条の保護に値しないため、トンプキンズ・ケース連邦最高裁判決の論理は、自白と黙秘のいずれの証拠能力に対しても等しく適用される<sup>93</sup>。

また、本判決の相対的多数意見が、非身柄拘束下での取調べの「強制的」な性質を否定し、その取調べを、修正5条にいう「強要」の存在しない「任意」の取調べとしておきながら、同条の自己負罪拒否特権の「明確な行使」を要求することは矛盾であると論難されている<sup>94</sup>。

加えて、いかなる態様で特権を行使すれば、その特権を「明確」に行使したと評価されるのかが明らかにされていないとして、「明確な行使」要件の内容が曖昧であるとの批判も見られる<sup>95</sup>。

<sup>88</sup> Berghuis v. Thompkins, 560 U. S. 370 (2010).

<sup>89</sup> Salinas (n. 43), 2182.

<sup>90</sup> Green, *Supra* note 85, at 408.

<sup>91</sup> Hornick, *Supra* note 87, at 62-63; Michael Brodlied, *Post-Miranda Selective Silence: a Constitutional Dilemma with an Evidentiary Answer*, 79 Brooklyn Law Review 1771, 1785 (2013).

<sup>92</sup> Thompson Jr, *Supra* note 59, at 37; Sangero and Merin, *Supra* note 56, at 87; Brindisi, *Supra* note 87, at 459; Strandberg, *Supra* note 52, at 624.

<sup>93</sup> Salinas (n. 43), at 2182.

<sup>94</sup> Tracey Maclin, *The Right to Silence v. the Fifth Amendment*, University of Chicago Legal Forum 255, 263-264, 276 (2016); Ollivierre, *Supra* note 48, at 595-596..

<sup>95</sup> Thompson Jr, *Supra* note 59, at 40-42; Garrett, *Supra* note 59, at 121; Kerr, *Supra* note 84. 「明確な行使」の要件に対する内容面での批判としては、さらに、特権の行使に際しては定型句 (ritualistic formula) が要求されるわけではないとする連邦最高裁自身による先例 (Quinn v. United States, 349 U.S. 155, 164 (1955)) との整合性がとれないとの批判もある。この批判によると、特権の行使に定型句は不要であるとしておきながら、他方で「明確な行使」を要求することは矛盾であるとされる。Sangero and Merin, *Supra* note 56, at 86-87; Brendan Villaneuva-Le, *When*

(b) 非身柄拘束下での取調べの「任意」的性質と自己負罪拒否特権 本判決の相対的多数意見および結論同意意見が、身柄拘束の前後で修正5条の自己負罪拒否特権の保障態様に差異を設けたことに対しては、学説上、多くの異論が差し挟まれている。相対的多数意見は、修正5条の禁止する「強要」を身柄拘束の「強制的」な性質と同視し、非身柄拘束下での取調べの「任意」的な性質を強調することで、身柄拘束の前後で自己負罪拒否特権の保障態様に差異を設けた。すなわち、一方で、身柄拘束後の被疑者の黙秘は、同人により特権が行使されたことを推認させる事情として扱われる。他方で、身柄拘束前に黙秘した被疑者が、その黙秘が実質証拠として利用されるのを回避するためには、先に自己負罪拒否特権を「明確」に行使するよう求められる。また、本判決の結論同意意見や一部の学説<sup>96</sup>は、さらに進んで、非身柄拘束下での取調べに関しては、その性質が「任意」であることから、不利益推認の禁止を含む修正5条の自己負罪条項の適用が一律に排斥されるべきであると主張するのである。では、本判決において、身柄拘束の前後で修正5条の自己負罪拒否特権の保障態様に差異が設けられた点には、いかなる批判が加えられているのか。

まず、非身柄拘束下での取調べ自体にすでに「強制的」性質が内在しているのではないかとこの疑問が呈されている<sup>97</sup>。その根拠として、次のような点があげられる。①被疑者が自ら出頭して行われる任意の取調べといっても、現実には同人がいつでも退去し帰宅できる状況にはなく、本質的に、個人の意思に反し、自己負罪を招く「強制的」な圧力が含まれている<sup>98</sup>。②被疑者が、取調官の手元に自己に不利になる証拠がありうると認識している状況は、取調べを受けているという状況そのものと相まって強力な圧力をもたらす<sup>99</sup>。

次に、非身柄拘束下での取調べにおいてなされた黙秘を実質証拠として利用することは、修正5条の禁止する「強要」に該当するとの指摘が見られる<sup>100</sup>。というのも、こうした黙秘

---

*Silence Requires Speech: Reviving the Right to Remain Silent in the Wake of Salinas v. Texas*, 16 Scholar 835, 857 (2013).

<sup>96</sup> Stewart, *Supra* note 66, at 205-207.

<sup>97</sup> See also, Hornick, *Supra* note 87, at 44; Sangero and Merin, *Supra* note 56, at 98; Maoz Aurora, *Empty Promises: Miranda Warnings in Noncustodial Interrogations*, Michigan Law Review 1309, 1320-1321 (2012). さらに、本節の2(2)の違法説も参照。

<sup>98</sup> Brindisi, *Supra* note 87, at 455; Rinat Kitai-Sangero, *Respecting the Privilege Against Self-Incrimination: A Call for Providing Miranda Warnings in Non-Custodial Interrogations*, 42 New Mexico Law Review 203, 210 (2012). 加えて、Greer Goldberg, *Silence Is Not Golden*, 48 The John Marshall Law Review 821, 834-838 (2015)では、非身柄拘束下での取調べの「強制的」な性質に関する実証研究が整理されている。

<sup>99</sup> *Id.*, at 838, 840.

<sup>100</sup> 本節の2(2)の違法説も参照。また、非身柄拘束下での任意取調べでの黙秘が後で自己に不利に扱われうることが被疑者が認識する場合、同人は、捜査機関側からの積極的な働きかけがなくとも、憲法上の保護を放棄して供述するよう強いられていると感じる一方で、黙秘が不利益に扱われうることが被疑者が認識していなかったとしても、そのような被疑者がした黙秘を公判で不利益に扱うことは、前記のグリフィン・ケース連邦最高裁判決で禁止された黙秘に対する制裁に該当するため、不利益推認が導かれうることが被疑者が実際に認識していたかどうかは問題がないとされる。

Rucci Mark, *State v. Lovejoy: Should Pre-Arrest, Pre-Miranda Silence Be Admissible during the State's Case-in-Chief as Substantive Evidence of Guilt*, 67 Maine Law Review 396, 407 (2014). See also, Notz, *Supra* note 21, at 1020.

の利用を許せば、被疑者による取調べの拒否や取調べ室からの退去が黙秘として扱われ、理論的には任意であるはずの取調べが、事実上、退去不可能なものとなり<sup>101</sup>、被疑者は「過酷なトリレンマ<sup>102</sup>」に陥ってしまうことが考えられるからである<sup>103</sup>。さらに、捜査官は、あえて逮捕を遅らせ、被疑者にとって不利となる証拠として、供述か黙秘かのどちらかを必ず獲得できる状況を作り出すことができるようになる。そのため、非身柄拘束下での取調べが、ミランダ法則の保護の及ぶ身柄拘束中よりもはるかに強力な供述強制をもたらすものとなりかねない点も問題視されている<sup>104</sup>。

(c) 非身柄拘束下における被疑者に対する包括的な黙秘権の保障 以上の批判を前提に、本判決に対しては、身柄拘束の前後で自己負罪拒否特権の具体的な保障態様に差異を設ける理由がない以上、非身柄拘束下の被疑者にも、ミランダ法則により身柄拘束後に認められるものと同程度の包括的な黙秘権が与えられるべきであるとの批判が加えられている。そのような批判の積極的な理由づけとしては、次のような説明が試みられている。

まず、被疑者は、非身柄拘束下での取調べにおいても、返答自体や、返答を行わない理由についての疎明を通じて、自己の負罪を招いてしまうかもしれないとの「合理的なおそれ」を抱きうるため、包括的な黙秘権の保障が必要である<sup>105</sup>。

また、非身柄拘束下で取調べを受けることで刑事訴追に直面する被疑者には、当局の「敵対者 (adversary)」として、その地位に認められる特別な保護、つまり包括的な黙秘権が保障されるべきである<sup>106</sup>。すなわち、捜査当局により嫌疑をかけられ、その取調べを受ける被疑者は、捜査当局との間で対立状況 (situation of conflict) におかれることになる<sup>107</sup>。そのような状況におかれた被疑者は、特別な保護が与えられるべき当局の「敵対者」としての地位にあるといえる。この「敵対者」としての地位は、逮捕やミランダ告知から生じるのではなく、訴追に直面しているという状況、つまり、捜査当局により嫌疑をかけられ、その取調べを受けているという状況から生じる。そうした状況下で被疑者に付与される特別な保護のために、当局は、当局自身を支援させるためにその「敵対者」である「刑事訴追に直面す

---

<sup>101</sup> Thompson Jr, *Supra* note 59, 39-40; Donovan, *Supra* note 52, at 215.

<sup>102</sup> 本節の2(2)の違法説を参照。

<sup>103</sup> Totten, *Supra* note 59, at 1512; Brindisi, *Supra* note 87, at 433, 468; Kirk Ogrosky, *Murad Hussain and Charles Weinograd, Silence as Evidence: U.S. Supreme Court Holds that the Fifth Amendment Does Not Bar Using a Suspect's Silence as Evidence of Guilt*, <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=61f0c293-44b7-4614-9437-98574bb319c3>>. なお、捜査官に対する虚偽供述は、テキサス州法 (CODE ANN. §37.08 (West 2011))・連邦法 (federal law, 18 U.S.C. § 1001 (2012)) の双方において刑事罰の対象とされている。

<sup>104</sup> Berger, *Supra* note 69, at 1043.

<sup>105</sup> Cameron Oakley, *You Might Have the Right to Remain Silent: an Erosion of the Fifth Amendment with the Use of Pre-Arrest Silence*, 49 Creighton Law Review 589, 616, 621 (2015).

<sup>106</sup> Sangero and Merin, *Supra* note 56, at 79; Sangero, *Supra* note 98, at 225; Michael Green, *The Privilege's Last Sound: The Privilege against Self-Incrimination and the Right to Rebel against the State*, 65 Brooklyn Law Review 627, 706-707 (1999).

<sup>107</sup> Sangero and Merin, *Supra* note 56, at 79.



る者」を利用することが禁止され、「敵対者」は、自己を訴追する当局との接触を適法に拒むことができる。その際、自己負罪拒否特権の行使は、「刑事訴追に直面する者」という地位そのものから暗示されるため、黙秘を選択したことに関する説明や特権の「明確な行使」を同人に要求すべきではない<sup>108</sup>。

さらに、訴追側の立証に焦点があてられなければならない刑事手続では、被疑者・被告人は、時期を問わず、黙秘を防御戦術として利用することができる立場にあるはずが、非身柄拘束下での被疑者に包括的な黙秘権が与えられなければ、立証責任が転換され、自己負罪拒否特権の趣旨が損なわれることになる<sup>109</sup>。

以上のような説明を前提に、非身柄拘束下で取調べを受ける被疑者にも包括的な黙秘権が認められるべきであるとする立場からは、サリナス・ケース連邦最高裁判決に対して、以下のような批判が加えられている。黙秘権の行使に先立ちその旨を「明確」に主張するよう被疑者に求めることは、多くのアメリカ国民が、黙秘権は国民みなに与えられた権利であると信じている状況では非現実的な要求である。それにもかかわらず、そのような困難な要求を被疑者に突きつけた本判決は、非身柄拘束下の黙秘権をはく奪したものである<sup>110</sup>。この批判においては、そのような状況を招いた根本的な原因として、本判決が、不利益推認の禁止を含む包括的な黙秘権の存否を、身柄拘束の有無にかからせた点があげられている<sup>111</sup>。

---

<sup>108</sup> Green, *Supra* note 106, at 706-707. なお、当局の「敵対者」には特別な保護が与えられなければならないとする主張については、社会契約説を前提に、当局が社会契約に反して個人を訴追にかけることになるとの考え方にその理論的根拠を求める見解 (Sangero and Merin, *Supra* note 56, at 98, 102. See also, Sangero, *Supra* note 98, at 225) と、国際法上の概念である「戦争の道義 (the morality of warfare)」にその理論的根拠を求める見解 (Green, *Supra* note 106, at 706-707) に分かれる。ここにいう「戦争の道義」とは、戦時下において、たとえば、自国が敵国の兵士に対し、自国の制服の着用や自国の国旗への敬礼を強要することは、非人道的であるため禁止されなければならないといった、戦時下における敵兵の処遇に関する考え方を指す。

<sup>109</sup> Lisa Savadjan, *Student Scholarship, Silence Should Not Speak Louder Than Words: The Use of Pre-Arrest, Pre-Miranda Silence as Substantive Evidence of Guilt*, 42 (2013).

<sup>110</sup> Kerr, *Supra* note 6, at 491; Thompson Jr, *Supra* note 59, at 43; Maclin, *Supra* note 94, at 260-262; Donovan, *Supra* note 52, at 215; Sangero and Merin, *Supra* note 56, at 78; Totten, *Supra* note 59, at 1508; Erwin Chemerinsky, *The Court Affects Each of Us: The Supreme Court Term in Review*, 16 Green Bag 2D 361, 367-368 (2013). また、Ollivierre, *Supra* note 48, at 590-591, 596によれば、本判決により、訴追対象者を「過酷なトリレンマ」に追い込んでではなく、国家と個人の間の均衡を意味するフェア・プレーの観念が求められるとする自己負罪拒否特権の伝統的な原理が損なわれたことが指摘される。加えて、ミランダ法則との関係では、サリナス・ケース判決に至るまでの過程を「長大な演劇」にたとえ、その第一幕を、弁護人を要求するにあたりその「明確な行使」を要求した1994年デービス・ケース連邦最高裁判決 (Davis v. United States, 512 U.S. 452 (1994))、第二幕を、取調べの中止に同じく「明確な行使」を要求したトンプキンズ・ケース判決、そして本判決を第三幕に位置づけたうえで、これらの一連の法理は警察官による過剰な取調べを促すものであり、「あらゆる取調べに先立ち被逮捕者が黙秘権についての告知を受けなければならないというミランダ・ケース判決の(その本来の)要請を忘れ去った」ものであるとの評価も寄せられている。Gee, *Supra* note 65, at 728-730.

<sup>111</sup> 他方、本判決の相対的多数意見は、修正5条が包括的な黙秘権を保障しているとの理解は「広く知れ渡った誤解」であると断じている。Salinas (n. 43), at 2182-2183.

## 第4章 若干の検討

第1章では、自己負罪拒否特権の形成過程を巡り戦わされてきた議論に基づき、英米両国において、その特権が実効性を獲得するに至った経緯を整理した。自己負罪拒否特権の成立過程に関する革新的見解によれば、自己負罪拒否特権が実効性を獲得し、公判構造が、「被告人が話さなければならない」公判から、「訴追側の主張を吟味する」公判への転換が果たされた19世紀ごろに、自己負罪拒否特権は確立したとされる。そして、19世紀以降、英米両国では、訴追対象者に保障されるべき現代的な黙秘権が成立した。

次に、第2章では、イギリスにおける「黙秘からの不利益推認」を巡る議論を概観した。その第1節では、『第11報告書』公表以前の、訴追対象者の黙秘の証拠法上の扱いが問題とされた判例の動向と、同報告書以降に公表された各種報告書を参照し、20世紀後半における不利益推認に関する議論の展開を把握した。そして、第2節および第3節では、1994年刑事司法および公共秩序法の「不利益推認条項」に関する判例・学説の整理を行った。

そして、第3章では、アメリカにおける「黙秘からの不利益推認」を巡る議論を概観した。その第1節では、非身柄拘束下での黙秘の実質証拠としての利用を許容した2013年サリナス・ケース連邦最高裁判決が下されるまでに、連邦最高裁が、連邦憲法との関係で「不利益推認禁止」原則とその例外についていかなる判断を下してきたのかを整理した。第2節では、前記のサリナス・ケース連邦最高裁判決を巡り戦わされている議論を整理した。そこでは、非身柄拘束下での取調べにおける被疑者の黙秘を実質証拠として利用することを許容した本判決が、当該取調べにおける被疑者の自己負罪拒否特権・黙秘権をなく奪したものとさえ評されていることが確認できた。また、本判決が、身柄拘束の前後で自己負罪拒否特権の保障態様を区別した点が、とりわけ問題視されていることも明らかとなった。

本章では、以上の整理を踏まえて、英米における「黙秘からの不利益推認」に関する連邦憲法上の問題を巡る議論から、日本国憲法38条1項にいう「不利益」な供述の内実にも迫るうえで、いかなる有益な示唆を得ることができるか、若干の検討を試みたい。

### 第1節 イギリスにおける「黙秘からの不利益推認」に関する検討

ここからは、イギリスにおける「黙秘からの不利益推認」を巡る議論の整理を踏まえて、若干の検討を行いたい。

#### 1 イギリスにおける従前の「不利益推認禁止」原則

第2章での整理を通じて明らかになったように、20世紀における『第11報告書』が公表されるまでの、訴追対象者の黙秘の証拠法上の扱いに関するイギリスの判例法の姿勢は、次の通りであった。捜査段階での黙秘そのものの処理に関しては、被告人が「説明を行わなか

ったことを理由として、その者に不利な意見を形成するよう陪審に促すものであった場合には、誤った説示となりうる」との判示が、判例法の基本的な姿勢を示していた（捜査(e)判決）。また、被告人が、公判で主張した事実を捜査段階で供述しておかなかったことについて、裁判官が被告人に不利になるように説示することは許されていなかった。さらに、公判段階における黙秘に関しては、1898年刑事証拠法が、被告人の証言拒絶についての説示に関する裁量を裁判官に与える一方で、被告人が「証言を行わなかったことを理由に有罪の推認を導くことができる」という印象を陪審に与えるような説示がなされた場合には、そのことが控訴理由になるとされていた。

このように1960年代までは、「黙秘を有罪認定の指標とする不利益推認や、黙秘が有罪認定の指標であるかのような心証を抱かせる説示」は禁止され、かつ被告人が、公判で主張した事実を捜査段階で供述しておかなかったことに対して、裁判官が被告人に不利になるように説示することは厳しく制限されていた。

## 2 イギリスにおける「不利益推認禁止原則」の動揺

刑事法改訂委員会は、『第11報告書』の中で、以上の判例法の姿勢が常識に反すると断じて、不利益推認を許容する法改正を提案した。その際、テロリストを典型とする経験豊富な犯罪者が黙秘権を濫用することへの対処の必要性がとくに強調された。

『第11報告書』公表直後には、そこで示された不利益推認に関する提案は、訴追対象者の権利保障がまだまだ十分ではないという事情から、棚上げされることとなった。しかし、サッチャー政権下の内務大臣であったダグラス＝ハードが、テロリストを含む経験豊富な犯罪者への対応の必要性から、不利益推認に関する再検討が不可欠であると発言したのを受けて、この問題は、内務省ワーキンググループで再び取り上げられた。ワーキンググループは、一定の保護措置の設置を通じた権利保障の充実を条件に、捜査・公判段階における黙秘からの不利益推認を許容する提案を行った。この提案がなされた時期は、増加の一途をたどる犯罪への対策が議会の総選挙での争点となり、各政党の選挙綱領にも掲げられるようになるなど、「法と秩序」を巡る課題の政治問題化が指摘<sup>1</sup>された1980年代にあたる。そのため、サッチャー政権下で推進されていたハードな「法と秩序」政策が、不利益推認を許容する提案を後押ししたのは想像に難くない。

こうした不利益推認を許容する法改正を推進する動向に対抗した王立委員会は、二度にわたり法改正の提案を却下した。それにもかかわらず、保守党政権は、警察や公訴局、および多数の裁判官の支持を得て、1994年刑事司法および公共秩序法を制定し、「不利益推認条項」の導入に踏み切ったのであった。犯罪の増加現象にいかに向かい向かうかという課題を問

---

<sup>1</sup> 瀬川晃「イギリス刑事法の変遷と展望」ジュリスト919号(1988)18頁、同『イギリス刑事法の現代的展開』(成文堂、1995)67頁。

われ続けた保守党政権<sup>2</sup>が、その刑事政策の中にサッチャリズムを復活させたマイケル＝ハワード内務大臣のもとで、政治的アピールのために、訴追の妨げとなりうる黙秘権を攻撃の対象に選んだことは、自然な成り行きであったといえよう<sup>3</sup>。また、前記のハードの発言や、ハードの「いわゆる黙秘権は、テロリストにより容赦なく悪用されている」との発言から明らかなように、「不利益推認条項」は、黙秘権を濫用するテロリストへの対応策としての側面をも有していた。もっとも、この側面における同条項の意義は、1993年に、保守党メジャー政権下のイギリスとアイルランドによる共同和平宣言が発表されたのを契機に、北アイルランド問題が沈静化に向かったことで薄れることとなった。しかし、「不利益推認条項」の導入は妨げられなかった。そこでは、「交換的廃止」論が、その条項の支持者らにより展開され、20世紀後半の刑事司法改革が、訴追対象者を過剰に保護しており、不利益推認を許容しなければ、権利保護と捜査権限との間の適正なパワーバランスを維持することができないとして、「不利益推認条項」の正当性が図られたのであった。こうした、対テロ措置の側面をも有した「不利益推認条項」が、一般的な証拠法に関する規定として北アイルランド問題の沈静化後も撤廃されなかったという状況は、臨時的・例外的な措置として導入された立法を、通常の刑事司法制度や警察活動などに取り込み、恒久化・一般化する傾向があると指摘されるイギリスのテロ対策の特徴<sup>4</sup>にも符合する。

では、「不利益推認条項」は、従前の不利益推認の禁止に対していかなる変更を迫ったのであろうか。「不利益推認条項」は、取調べ時に被疑者によって供述されることが期待される事実についての黙秘(34条)、特定の状況についての説明が求められる場面での黙秘(36・37条)、および公判における黙秘(35条)のそれぞれから、裁判官や陪審が「適切な推認」を導くことを認めるものである。もっとも、文言上、その推認の内容に関しては、「適切と思われる」ものとしか明らかにされておらず、せいぜい、本法38条(3)項において、黙秘からの推認のみに基づく有罪認定は認められないと明記されているにすぎなかった。そのため、文言通りに条項が適用された場合、訴追対象者の有罪を示唆する証拠がわずかでも存在すれば、同人の黙秘からその有罪が推認されるという事態が生じることにもなりかねなかった。「不利益推認条項」がそのような事態を許容するものであったとすれば、この条項は、まさに自己負罪拒否特権や黙秘権を廃止したものととの評価に値したといえよう。

実際に運用が開始されてみると、「不利益推認条項」は、文理のみに従った適用がなされ

---

<sup>2</sup> 三宅孝之「イギリスにおける保守党政権下の刑事政策—ポピュリズムと『法と秩序』」秋山賢三他編『民衆司法と刑事法学』(現代人文社、1999) 514頁。

<sup>3</sup> 法案成立直前に公刊された邦語論文において、保守党政権が議会内外の強い反対にもかかわらず法案成立の一手手前までたどり着くことができたのは、増加し続ける犯罪に不安を抱く多くの国民による厳しい対策を求める声を議会が無視できなかったことによるとの指摘が加えられている。井上正仁「黙秘権制限法案(2・完)」ジュリスト1054号(1994) 91頁を参照。

<sup>4</sup> 田島泰彦「欧米のテロ対策」法学セミナー41巻2号(1996) 51頁。江島晶子「テロリズムと人権」社会科学研究59巻1号(2007) 35頁以下では、イギリスのテロ対策の特徴として、暫定的なテロ対策立法が、テロ対策全般の限度で恒久化・一般化する傾向にある点が指摘されているが、田島は、そのような意味での一般化を超え、刑事法などへの流入を通じて通常法化する傾向が認められることを強調する。

ることはなく、38条(3)項には、黙秘のみに基づく有罪判決だけでなく、主として黙秘に基づく有罪判決の禁止も含まれると解された。さらに、判例法上、「不利益推認条項」の適用に先立ち被告人が犯人であることを示す「一応の証明」が果たされていなければならないとの制約が課された。しかしながら、「一応の証明」の要件は、それ自体、「合理的疑いを超える」証明に至るものではない<sup>5</sup>ため、不利益推認に対する制約としては不十分であるといわざるを得ない<sup>6</sup>。仮に、「不利益推認条項」が、訴追対象者の黙秘を理由に、「一応の証明」を、「合理的疑いを超える」証明に底上げすることを認めるものであるとすれば、「合理的疑いを超える」証明水準が引き下げられることになる。そうすると、「不利益推認条項」は、自己負罪拒否特権や黙秘権、その他の刑事手続の諸原則との抵触を避けられないであろう。なぜなら、自己負罪拒否特権の確立過程に関する革新的見解を説く論者らが主張しているように、「合理的疑いを超える」証明水準が引き下げられた場合、訴追対象者が訴追側による不十分な証明に対する反証を求められるようになることで、自己負罪拒否特権や黙秘権が行使困難な権利となり、刑事手続が、再び、「被告人が話さなければならない」公判を前提とするものへと墮することになるからである。

さらに、学説においては、「不利益推認条項」が黙秘に証拠としての価値を付与したことにより、不利益推認の脅威が、本来的には供述や証言を期待することが困難な状況におかれているはずの被疑者・被告人に対して、その供述や証言を間接的に強制していることが懸念されるようになった。

まず、「不利益推認条項」34条に関しては、とりわけ弁護人の助言と不利益推認の関係について関心が寄せられた。判例法上、被疑者の黙秘の理由に合理性を要求するアプローチ、すなわち、弁護人の助言に従って黙秘したことが、合理的な判断であったと認められない限り、その助言を理由に不利益推認が回避されることはないとするアプローチが採用された。それ以降、法律の素人である被疑者が、法律の専門家である弁護人の助言に頼ることができず、自らの判断で黙秘するかどうかを決断しなければならない立場におかれてしまうことが危惧されるようになった<sup>7</sup>。黙秘するかどうかの判断が刑事手続の帰結に与える影響が大きいことに疑いはない。そして、その判断にとっての弁護人の助言の有効性に向けられる疑義が杞憂でないとするれば、弁護人を頼りにできない被疑者が、不利益推認の脅威に屈して供述を迫られるということにもなりかねない。したがって、そのような疑義が生じているとの

---

<sup>5</sup> たとえば、被告人またはその妻のいずれかが子どもを殺害したことは状況証拠から明らかであるが、妻よりも被告人の方が犯人である可能性がわずかに高いことを示す証拠しかない場合には、被告人が犯人であることを示す「一応の証明」が果たされたことは認められるとしても、被告人が妻をかばって黙秘している合理的な疑いが残るとの指摘がなされている。Ian Dennis, "The Criminal Justice and Public Order Act 1994" (1995) *Criminal Law Review* 4, at p. 18.

<sup>6</sup> 邦語論文において、「一応の証明」がもつ「不利益推認条項」に対する限定機能を疑問視するものとして、三島聡「イングランド＝ウェールズにおける黙秘からの不利益推認」季刊刑事弁護 38号(2004) 63頁。

<sup>7</sup> 不利益推認の効果により、捜査段階で黙秘を勧めるかどうかの選択を迫られ、将来の公判の見通しを強く要求されるようになった刑事弁護人の抱える技術的問題が、証拠開示を媒介に、間接的に被疑者の供述主体性を脅かしかねないとの指摘が加えられている。中島洋樹「被疑者・被告人の供述主体性(2・完)」大阪市立大学法学雑誌 51巻2号(2004) 191頁。

指摘は、決して無視できるものではない。

また、「不利益推認条項」35条については、同条(1)項(b)が設けている「保護措置」、すなわち、被告人の身体または精神の状態により、証言を行うことが同人にとって望ましくないものになる場合、不利益推認を許さないとする措置と不利益推認との関係にも注目が集まりつつある。具体的には、判例法上、その「保護措置」の適用が、極めて制限されていることに加え、その是非の検討に際して仲介人等の「特別な手段」の利用が考慮されることで、さらに厳格化していることが、「脆弱な被告人」による証言への期待を助長しているのではないかとの疑念が抱かれるようになった。

では、「不利益推認条項」36条および37条についてはどうか。たしかに、両条文の適用要件である「特定の状況」は、被告人を疑わしいと感じさせるには十分なものである。もっとも、それ自体が「合理的疑いを超える」証明に届くものとはいいがたい。また、34条と異なり、「合理性」要件、すなわち、被告人が取調べ時に供述しておかなかった事実が、その当時存在していた状況のもとで、同人によって供述されることが合理的に期待できたものであることが要求されていない。こうした点から、両条文には、「被告人が話さなければならない」公判を想起させるものであり、各条項の中で最も自己負罪拒否特権との抵触が疑われるとの評価も見られた。

### 3 イギリスにおける根本原理としての「不利益推認禁止原則」

以上のような、「不利益推認条項」に抱かれている懸念により、学説上、同条項は、不利益推認の脅威を通じて、過酷な取調べの影響下にある被疑者や、証言に困難を伴う「脆弱な被告人」の自己負罪拒否特権や黙秘権の実効性に対して暗影を投ずるものとして受け止められているのである。

もっとも、「不利益推認条項」には、判例法上、さらに厳格な前提条件が付け加えられている。34条に関しては、前記の2003年のペトカー・ケース控訴院判決<sup>8</sup>において、説示の中に含まれていなければならない必須の要素として示された要素、すなわち、「有罪の推認を導くには、被告人の黙秘についての唯一の合理的な説明が、被告人が、質問に対する返答、または追及に耐えうるものを何ら有していなかったというものである場合に限られなければならない、いいかえれば、当該推認が導かれるのは、当該事実が供述されなかったことについての合理的な説明が、ほかに存在しない場合に限られなければならない」という要素は、欧州人権裁判所判決においても、説示に含まれるべきものとして重要視されている<sup>9</sup>。この

<sup>8</sup> *R v. Petkar* [2003] EWCA Crim 2668. 第2章第4節1(6)(a)を参照。

<sup>9</sup> 「不利益推認条項」に対する歯止めとして重要なのは、被告人の黙秘についての唯一の合理的な説明が、同人が、質問に対する返答、または追及に耐えうるものを何ら有していなかったというものである場合に限定されることであるとする邦語文献として、山田峻悠「イギリスにおける不利益推認の展開」中央大学大学院研究年報法学研究科篇46号(2016)362頁、365頁。

要素は、被告人が黙秘した理由についての説明が、同人が有罪であることとしか一貫し得ないことが、不利益推認の前提として強調されなければならないとの判示（2003年ベックルズ・ケース欧州人権裁判所判決<sup>10</sup>）を踏まえれば、当該事実についての供述がなされなかったことに対する合理的な説明が、被告人が犯人であること以外に存在しない場合にしか推認を導くことは許されないとしたものと解される。したがって、この要素が説示の中で示される限り、被告人が犯人であることを示す十分な証拠が、不利益推認に先立ちすでに要求されているといえよう。また、35条の適用にあたっては、この要素が要求されることに加えて、同条により、被告人による証言を強制することが可能となるわけではなく、かつ同人が証言を行わなかったことを理由に法廷侮辱の罪で有罪とされることはないと明記されていることから、同様の結論を導くことができるものと思われる。さらに、36条および37条についても、2002年のコンプトン・ケース控訴院判決<sup>11</sup>において示されたように、両条文の適用は、黙秘についての合理的な説明が、被告人が犯人であること以外に存在しない場合に限られなければならないこととなる<sup>12</sup>。このように、判例を通じて「不利益推認条項」に施された厳格な制限と、その制限を運用面で担保する裁判官による説示をも考慮すれば、「不利益推認条項」のもとにおいても、法改正以前の判例法が示していた、「黙秘を有罪認定の指標とする不利益推認や、黙秘が有罪認定の指標であるかのような心証を抱かせる説示」は許されないとの基本的な姿勢自体は、その命脈を保っているとの評価が許されるものと思われる。

しかしながら、従前の判例法が示していた基本的な姿勢が維持されているとの評価が正しいとすれば、「不利益推認条項」は、その導入を求めてきた人々の期待に応えることができているのかという疑問が生じよう。

まず、訴追対象者の黙秘を証拠として活用する立場にある捜査機関の期待について考えてみたい。最大23日間の起訴前身柄拘束下での綿密かつ長時間の取調べを予定している日本の刑事手続と異なり、イギリスの刑事手続は、1984年警察および刑事証拠法41条(1)項において、起訴前の身柄拘束期間を原則24時間以内という極めて短時間に設定している。また、その取調べは、自白獲得を目的とした追及的なものではなく、被疑者供述の矛盾点を浮き彫りにすることを目的としたものにすぎないとされる<sup>13</sup>。こうしたイギリスの刑事手続における取調べの意義に照らせば、「不利益推認条項」は、捜査段階で供述しておかなかった事実を公判で主張したことが被告人に不利に働く場合があることを同人に警告できるようにしたことで、一定程度、捜査機関の期待に応えることができたのではないかと思われる。

<sup>10</sup> *Beckles v. United Kingdom* (2003) 36 EHRR 162. 第2章第4節1(6)(b)を参照。

<sup>11</sup> *R v. Compton* [2002] EWCA Crim 2835. 第2章第4節2(2)を参照。

<sup>12</sup> 付言すれば、すでに確認したように、両条文の適用要件が満たされている状況では、被告人が公判で新たに主張した場合には、34条が適用される一方で、主張しなかった場合には、35条が適用されるので、36条および37条の適用範囲は、34条と35条の適用範囲と競合することになる。そのため、両条文の独自の適用領域の存在は疑わしいものとなることから、両条文に関する実際上の問題性は乏しいとも考えられる。

<sup>13</sup> 小島吉晴「英国の刑事司法制度の特徴」法律のひろば50巻6号(1997)53頁。

また、「不利益推認条項」の導入には、多数の裁判官も支持を表明していた。その代表的な立場にあったテイラー高等法院女王座部首席裁判官は、以下の2点をその支持の根拠としてあげていた。①刑事裁判に携わる裁判官のほとんどが、実情としては陪審により黙秘が考慮されていることを法改正以前から強く認識していた。②価値の高い訴追側証拠が存在する状況において、自身だけが返答することのできる質問に返答しようとしなない被告人の態度を目にしたほとんどの陪審は、被告人が有罪であると断定するまではいかずとも、少なくとも疑わしいと感じる。被告人の黙秘からの不利益推認と、黙秘に対する不利益な説示が一定の条件下で許容されることで、規範と実情との齟齬が緩和されたことには、裁判官らにとっても意義があったといえよう。同時に、訴追対象者の黙秘に対する一切の言及が禁止されてきた訴追官らにも、公判で黙秘に言及することが認められるようになったことは、検察官らの不満を晴らす結果に結びついていよう。要するに、その導入を推進してきた人々にとっての「不利益推認条項」の意義は、適切な推認の可能性を明記することで、過度にアンタッチャブルなものとして扱われていた訴追対象者の黙秘に対する裁判官や訴追側による言及を、常識に適う範囲で許容し、事実認定のプロセスを合理化した点に求められるといえよう。逆にいえば、この程度の意義にとどまるものでなければ、「不利益推認条項」は、自己負罪拒否特権や黙秘権、「合理的疑いを超える」証明水準を含むその他の刑事手続の諸原則との抵触を避けられないのではないかと思われる。

以上の分析によれば、「不利益推認条項」は、その導入を推進してきた人々の期待に一定程度応えられているといえる。その一方で、刑事訴訟法学の視点からみれば、黙秘から推認を導くことを明示的に許容した法律が設けられたにもかかわらず、従前の判例法の立場が示していた基本的な姿勢がこうして今なお命脈を保っているという事実も確認できたことは、次のことを指し示している。すなわち、少なくとも事実認定に関して、従前の判例が示してきた意味での黙秘からの不利益推認の禁止、すなわち、「黙秘を有罪認定の指標とする不利益推認や、黙秘が有罪認定の指標であるかのような心証を抱かせる説示」の禁止が、利益衡量によっては変更を加えることの許されない根本原理であることが、イギリスの判例法の動向を通じて示されたのである。

## 第2節 アメリカにおける「黙秘からの不利益推認」に関する検討

ここからは、アメリカにおける「黙秘からの不利益推認」を巡る議論の整理を踏まえて、若干の検討を行いたい。

### 1 アメリカにおける従前の「不利益推認禁止」原則

判例上、黙秘の実質証拠としての利用の禁止は、ミランダ告知以降の捜査段階と、公判段階の両方において、現在でも堅持されている。この判例の姿勢を明らかにしたミランダ・ケ



ース、およびグリフィン・ケースの2つの連邦最高裁判決は、2013年に、非身柄拘束下での取調べにおける被疑者の黙秘を実質証拠として利用することを許容したサリナス・ケース連邦最高裁判決においても、訴追対象者の黙秘が、同人による自己負罪拒否特権の行使を推認させる2つの類型として言及されることで、その有効性が再認識されている。このうち、ミランダ・ケース連邦最高裁判決における不利益推認に関する判示は傍論にとどまるものであったが、ミランダ告知後の黙秘の実質証拠としての利用が、修正14条のデュー・プロセス条項を根拠に禁止されることは、1986年ウェインライト・ケース連邦最高裁判決でも確認されており、ミランダ告知自体が憲法上の要請であることに鑑みれば<sup>14</sup>、その告知により誘発された黙秘の実質証拠としての利用の禁止が、憲法上の要請として位置づけられるものであることは明らかといえる。このようにアメリカでは、ミランダ告知以降の取調べにおける黙秘や、公判での黙秘を実質証拠として利用することは、憲法上の要請として厳格に禁止されているのである。

他方、アメリカでは、1926年ラッフェル・ケース連邦最高裁判決を皮切りに、逮捕の後を問わず、ミランダ告知に先立つ黙秘の弾劾証拠としての利用を認める「弾劾例外」が広く認められてきた。これらの判断は、公判で自ら証言を行った被告人は、自己負罪拒否特権を放棄したと認められるため、証言内容と合理的に関連性の認められる範囲で反対尋問を受忍しなければならないとする放棄理論に基づくものである。この理論によれば、被告人は、証言しないならば最後まで証言しないことを、証言するならば全てを正直かつ正確に証言することを選択しなければならないこととなる。その一方で、連邦最高裁は、「弾劾例外」に対するさらなる例外として、ミランダ告知に含まれる「黙秘は制裁をもたらさない」という「暗黙の約束」に誘発されて行われた黙秘は、修正14条のデュー・プロセス条項により、弾劾証拠としても利用できないとしてきた（1976年ドイル・ケース連邦最高裁判決）。

もともと、ミランダ告知を起点に、その前になされた黙秘の弾劾利用を一律に許容し、その後になされた黙秘の弾劾利用を一切許さない連邦最高裁の判断枠組みには、イギリスの1994年刑事司法および公共秩序法における「不利益推認条項」<sup>15</sup>の下で黙秘が弾劾証拠として利用される場合と比較し、疑問がないではない。権利告知後の被疑者の黙秘の弾劾利用を許容する「不利益推認条項」の34条には、判例や説示モデルを通じて、「被告人の黙秘についての唯一の合理的な説明が、被告人が、質問に対する返答、または追及に耐えるものを何ら有していなかったというものである場合に限られなければならない、言い換えれば…当該供述がなされなかったことについての合理的な説明が、他に存在しない」場合に限り、不利益推認を導くことができるという限定が付されている<sup>16</sup>。弾劾利用も、非常に厳格な要

<sup>14</sup> 2000年ディッカーソン・ケース連邦最高裁判決（*Dickerson v. United States*, 530 U. S. 428 (2000)）において、ミランダ・ケース連邦最高裁判決が、議会によっては変更できない憲法判断としての地位にあることが再確認されている。

<sup>15</sup> Criminal Justice and Public Order Act 1994, ss. 34-37.

<sup>16</sup> *Petkar* (n. 8), [51]; Judicial Studies Board, *Crown Court Bench Book: Directing the Jury* (2010), at pp. 264-265 and Appendix 2. See also, Abenaa Owusu-Bempah, *Defendant Participation in the Criminal Process* (2016), at p.

件の下で認められているにすぎないのである。そうすると、仮に、アメリカの連邦最高裁が示してきた「弾劾例外」が、公判で初めて被告人が証言を行ったという一事をもってその証言が常に弾劾されうるとの結論を容認したものであるとすれば、連邦最高裁は、同種の黙秘からの明示的な推認を認めたイギリス以上に緩やかに黙秘の弾劾利用を許容していることになる。黙秘の理由が多様であるのと同様に、偽証の理由も多様であることに照らせば、先行する黙秘と後の公判での証言との間に生じた食い違いを十分に吟味することなく、黙秘の一事をもってその証言の信用性を否定することには、問題があるように思われる<sup>17</sup>。

ただし、放棄理論を踏襲したジェンキンス・ケース連邦最高裁判決が明らかにした「許容できない負担」基準によれば、たとえ訴追対象者が黙秘権を放棄して供述・証言を行ったとしても、その放棄の前後の黙秘を実質証拠として利用し、同人の有罪に直結させることが許されれば、取り返しのつかない「許容できない負担」を同人に課すことになるかと一般に解されており、基本的には、そのような実質証拠としての利用は認められていない<sup>18</sup>。そのため、放棄理論を前提とする「弾劾例外」は、黙秘の実質証拠としての利用を正当化するものではなく、従来のアメリカの刑事手続では、訴追対象者の黙秘を、同人の有罪を直接導きうる証拠として利用することは厳格に禁止されてきたのである。

## 2 アメリカにおける「不利益推認禁止原則」の動揺

では、「弾劾例外」が広く認められてきた点を除けば、2013年にサリナス・ケース連邦最高裁判決が下されるまでの間、アメリカにおいては、イギリスで生じた黙秘権を制限する動きや、そのような動きを後押しした背景事情に対応するものは存在しなかったのであろうか。結論からいえばそうではない。本稿第3章第2節の1で見たように、これまで連邦最高裁は、ミランダ法則の効力に対する「切り崩し」とも評される、ミランダ法則の例外を設けることで黙秘権・自己負罪拒否特権の保障範囲を狭める判断を相次いで示してきた<sup>19</sup>。また、

---

112; Andrew Choo, *The Privilege Against Self-incrimination and Criminal Justice* (2013), at p. 102.

<sup>17</sup> この点に関しては、石田倫識「被告人の主張明示義務に関する批判的考察」九大法学 91号（2005）1頁以下を参照。また、中野目善則「黙秘を証言弾劾に用いることの可否」渥美東洋編『米国刑事判例の動向 I』（中央大学出版部、1989）119頁以下、125頁は、被告人が、当然の権利を主張した事実を、その法廷での態度と一致しないものであるとして、そこに虚偽の疑いがあると見るのは妥当でないと指摘する。

<sup>18</sup> 本稿第3章第1節を参照。また、萩原滋「事件の発生を警察に申告しなかった事実を弾劾証拠として利用することの当否」判例タイムズ 455号（1982）72頁以下によれば、ジェンキンス・ケース連邦最高裁判決は、比較衡量により、実質証拠としての利用は許容されない証拠であっても、弾劾証拠としては許容される余地があったうえで、ミランダ告知に先立つ黙秘の弾劾利用を認めたものであるとされる。加えて、山田峻悠「アメリカ合衆国における捜査段階の黙秘と不利益推認」比較法雑誌 51巻3号（2017）157頁以下、181頁も、黙秘を実質証拠としての利用が許されない理由を比較衡量に求めている。

<sup>19</sup> 川端和治「ミランダ・ルール例の例外」ジュリスト 856号（1986）120頁以下、121頁では、連邦最高裁が、ミランダ法則を正面から変更するのではなく、その効力の例外を設けることで同法則に制限を加えることを試みるようになった理由として、同法則が、ルールとしてわかりやすく、その遵守が容易である点、および実務において確立したルールとして定着している点があげられている。現に、連邦最高裁長官であったバーガー裁判官も、ミランダ法則の意味内容

同節で確認したように、警察官に対して、非身柄拘束下での取調べを積極的に活用するよう促す動きが生じていることも指摘されており、そのような動向をも、前記の「切り崩し」の一環として捉える見方もある。こうした見方においては、非身柄拘束下での取調べの積極的な活用は、「弾劾例外」を前提に、取調官が、ミランダ告知を遅らせることで被告人の自白か黙秘かいずれかの証拠を獲得することを可能にする一方で、自白強要の防止と時期に適った権利告知の保障というミランダ法則の目的を骨抜きするものとして受け止められることとなる。ミランダ法則に対する例外を設ける司法判断が積み重ねられる一方で、非身柄拘束下での取調べの比重が高まりつつあるという以上のような状況下で登場したのが、非身柄拘束下での取調べでなされた黙秘を実質証拠として利用することを許容した 2013 年サリナス・ケース連邦最高裁判決であった。

このサリナス・ケース連邦最高裁判決に至るまでの黙秘権制限に向けた動きの背景には、本稿第 3 章第 2 節の 1 で見たように、ミランダ法則による自白率の低下が証拠収集の困難を招き、刑事司法の実効性が損なわれていることが危惧されてきたとの事情があった。もっとも、ミランダ法則が刑事司法の実効性に対して現実に悪影響を与えたかどうかについては必ずしも実証されておらず、むしろ、ミランダ法則が確立された前後で警察実務には変化がなかったとする見解が有力に主張されてきた。そのため、「犯罪統制」政策や、刑事司法に関する保守主義的なイデオロギーに向けられた連邦最高裁の傾倒を指摘する声も見られた。たしかに、本判決における相対的多数意見、結論同意意見に賛同する裁判官は、浮動票的な立場と目されているケネディ裁判官を除き、全員が保守主義的な傾向のある裁判官であった。もっとも、ミランダ法則が確立されて以降、アメリカでは、1960 年から 1981 年をピークに、深刻な治安悪化が生じており、裁判所としても、こうした実情を無視することができなかったとの側面も否定はできない<sup>20</sup>。そうすると、理想的にも見えうる厳格な人権保障の水準を示したミランダ法則に対して、連邦最高裁が、その適用の場面で多くの例外を設けることにより、現実との折衝を図ってきたと見る余地もあろう<sup>21</sup>。いずれの見方を採るにしても、アメリカにおける刑務所の過剰拘禁の問題に関する文脈ではあるが、かつての刑務所の収容人員の変化は、有罪を言い渡された者に対する量刑や処遇方法の変化によるも

---

が明確化し、実務にも浸透したため、同法則を覆す必要はないと発言している。Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291, 304 (1980)(Burger, C.J., concurring).

<sup>20</sup> ただし、連邦捜査局 (FBI) が発行する「統一犯罪報告書 (UCR)」のデータ版<<https://ucr.fbi.gov/ucr-publications>>によれば、1991 年以降、暴力犯罪・財産犯罪ともに、その犯罪率は 2013 年に至るまで減少傾向にある。もっとも、暴力犯罪については、2013 年においても、深刻な治安悪化が叫ばれた 1970 年代と同程度の数値を示しているため、アメリカの治安は依然として深刻な状況にあるともいえよう。なお、1991 年から 2012 年までのアメリカにおける犯罪減少要因について分析した邦語文献として、藤田周良「アメリカにおける犯罪減少の要因」犯罪と非行 177 号 (2014) 177 頁 148 頁以下。なお、1970 年代の犯罪率に関するデータは、原典を参照することができなかったため、同論文の 149 頁に掲載されている図表を参照した。

<sup>21</sup> バーガー・コート以降の裁判所が示した被告人の権利拡大に対する抑制的な姿勢について、個別事件における諸権利の保護の現実的なあり方を問題にしたものであるとの評価を加えるものとして、久岡康成「刑事訴訟における適正手続とフェア・トライアル」立命館法学 231・232 号 (1993) 216 頁以下、1141-1142 頁。

のであり、「検察官や裁判官がより多くの人々に有罪宣告をしていると結論すべき理由も、ほとんど存在しない」ことが指摘されていた<sup>22</sup>。言い換えれば、そこで志向された厳罰化は、あくまでも有罪判決後の量刑や処遇に関する厳格化にとどまるものであるとされていたのである。しかし、非身柄拘束下での黙秘の実質証拠としての利用を許容した連邦最高裁の姿勢は、その当否は別として、量刑や処遇を超えて、安易な無罪評決を許さないという意味での有罪評決の確保を追求するものになったといえよう。こうした見方は、バーガー、レンキスト、ロバーツ各首席裁判官の時代の連邦最高裁の法廷の特徴として、捜査に対する手続的制約よりも適切な証拠評価による事実認定を志向する傾向が指摘されている<sup>23</sup>こととも符合する。

では、サリナス・ケース連邦最高裁判決は、どのように評価されるべきであろうか。

その評価を加えるのに先立ち、まずは、本判決の結論同意意見をはじめとする、非身柄拘束下での取調べへの修正5条の適用を一律に否定する見解の妥当性について検討したい。この見解は、非身柄拘束下での取調べの性質が任意であり、そこには「強要」が存在しないことを理由に、当該取調べに対する修正5条の適用は一律に排斥されると説く。しかし、個別の質問の内容と、質問を受けている被疑者との関係を考慮せず、取調べの性質のみを根拠に「強要」の存在を否定することには疑問がある。なぜなら、質問の内容が犯罪事実と密接に関わるものであるなど、負罪的な性質が認められる場合、そのような質問を投げかけられた被疑者には、仮にその人物が無辜であったとしても、供述に向けられる強力な心理的圧力が生じうるからである。しかも、そのような質問が負罪的なものといえるかどうかの判断は同人にとって極めて困難であることが、そこで生じる心理的圧力をより強化しているといえる。それにもかかわらず、自己負罪条項の適用にあたり、個別の質問の内容と、質問を受けている被疑者との関係が一切考慮されないのは妥当ではない。

以上を前提に、本判決の相対的多数意見について検討してみたい。この意見に対する最大の批判は、黙秘権を行使するために、先にその権利の行使を明確に主張しなければならないというのは矛盾しているというものである。もっとも、この批判は、非身柄拘束下で取調べを受けている被疑者にも、ミランダ法則の保障する包括的な黙秘権が与えられなければならないとの主張を前提としたものである。では、身柄を拘束されていない被疑者には包括的な黙秘権が認められないと仮定し、その一方で、個々の質問内容との関係では修正5条の適用がありうることを前提にする場合には、いかなる結論が導かれることとなるのか。相対的多数意見では、捜査当局が、必要な証人によるあらゆる証言を利用できる権利を有することが原則とされ、典型的には公判や議会の証人に与えられる自己負罪拒否特権は、その例外に位置づけられた。いうまでもなく、証人が自己負罪拒否特権を行使する場合には、その理由を疎明することが求められる。そして、公判廷と、身柄拘束下での「強制的」な雰囲気のも

<sup>22</sup> Reiss, Albert J. Jr. (宮澤節生訳)「アメリカ合衆国における刑務所過剰拘禁」ジュリスト 863号 (1986) 62頁以下、63頁。

<sup>23</sup> 洲見光男「ミランダ判決の45年」『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、2012) 751頁以下、754-755頁

とでは、訴追対象者に包括的な黙秘権が与えられ、これらの場面で訴追対象者が黙秘した場合、その黙秘は特権の行使とみなされることも確認された。以上の相対的多数意見の見解を踏まえて考察してみると、包括的な黙秘権を有しない当該被疑者には、個々の質問との関係では、証人に認められる証言拒絶権と同程度の供述拒否権が認められるべきであるということになる。そうすると、自己負罪拒否特権の行使にあたっては、少なくとも、その権利を行使することを「明確」に主張することが要求されることとなろう。このように考えれば、「明確な行使」を要求した本判決の論理は、一見すると理論的に一貫したものであるようにも見える。しかし、そもそも、身柄を拘束されていない被疑者とはいえ、これを一般的な証言義務を負う証人と同列に論じることは許されるのか。そこで、次に問題となるのは、非身柄拘束下で取調べを受けている被疑者にも、ミランダ告知後や起訴後の訴追対象者と同程度の自己負罪拒否特権、すなわち包括的な黙秘権が保障されなければならない、あるいは少なくとも、その黙秘の実質証拠としての利用の禁止が適用されなければならないといえる場合があるのかどうか、という点であろう。

この点に関し、非身柄拘束下の被疑者に包括的な黙秘権を保障することを求める立場は、自己負罪拒否特権により禁止される「強要」の存在が、身柄拘束自体ではなく、捜査当局の「敵対者」として、当局による刑事訴追に直面しているという状況から生じるとの理解を前提に、非身柄拘束下での取調べによってもそのような対立状況が生じると主張する。したがって、この主張によれば、身柄を拘束されていない被疑者にも、ミランダ法則に準ずる保護が与えられるべきこととなる。

また、刑事訴追に直面している被疑者にとって、不利益推認は、被疑者を「進退両難」に陥れることで、同人自身に不利益な供述を強いるものとなると考えられており、同様のことは、非身柄拘束下においても妥当すると主張されている。この主張によれば、任意であるはずの非身柄拘束下での取調べからは、事実上、退去不可能となる。しかも、連邦の刑事手続を念頭に置けば、当該取調べにおける虚偽供述は、刑事制裁の対象となる。したがって、逮捕に先立ち任意取調べを受ける被疑者が、仮に、その取調べから退去すれば、そこから同人の有罪に直結する不利益推認が導かれる脅威にさらされ、それを回避するために虚偽供述を行えば、刑事制裁の脅威にさらされることとなるのである。そうすると、被疑者に残されるのは、供述するという選択肢のみとなる。こうした状況は、伝統的に自己負罪拒否特権を通じて忌避されてきた「進退両難」の状況に他ならない<sup>24</sup>。

もちろん、本判決の射程は、被疑者がその自己負罪拒否特権を「明確」に行使した場合には及ばず、その場合には不利益推認が回避されると見る余地はある。しかし、そこで求められる特権の「明確な行使」は、被疑者に投げかけられている質問の内容が、まさに自己の負罪に関わるものであることを自認するよう求めるものであるといえる。そのため、法律上の問題は別としても、そのような特権の「明確な行使」は、事実上、被疑者による自白に等しいものと受け止められてしまいかねない。したがって、結局のところ、前記のような「進退

<sup>24</sup> 第3章第2節の2(2)の違法説を参照。

両難」の状況は回避され得ないのである。

しかし、はたして本判決は、非身柄拘束下での取調べに関して、そのような状況が一般化することを正当化するものなのであろうか。本件については、被疑者が、保有するショットガンと犯行現場で発見された薬きょうに関する弾道検査について質問が及んだ際に、不審な態度を示した事実と他の証拠関係を踏まえれば、優に有罪が認定できる事件であったとの評価も示されている<sup>25</sup>。本判決が、質問に答えていた被疑者の挙動が急に不審なものとなったことをわざわざ認定している点も、そうした評価の正当性を裏づけているように思われる。このような理解が正しいとすれば、本判決の射程は、当該被疑者の沈黙が、同人が有罪であることとしか整合しないと認められるような場合にしか及ばず、したがって極めて限定的なものにとどまると見る余地が残されよう。この場合、被疑者の黙秘は、すでに果たされた検察官立証を追認するうえで、確認的に考慮されるにすぎないものとなる<sup>26</sup>。

とはいえ、以上のように理解したとしても、本判決により、被疑者が、通常は弁護人のつかない非身柄拘束下での取調べで、後に黙秘が自身の有罪を示す証拠となりうるという状況において、供述するか、黙秘するかという、刑事事件の帰結にとって極めて重大な選択を迫られるようになったことには変わりがない。このことは、アメリカの刑事手続における被疑者への黙秘権保障が、著しく不安定になったことを示すものといえよう。仮に、本判決の射程が、当該被疑者の沈黙が同人の有罪にしか結びつかない場合以外にも及ぶとすれば、本判決に対しては、非身柄拘束下で取調べを受ける被疑者の黙秘権をはく奪したもののとの評価を加えざるを得ないであろう<sup>27</sup>。その場合、アメリカの刑事手続において、非身柄拘束下での取調べの比重がいつそう高まりつつある中で、そのような取調べにおける黙秘の実質証拠としての利用を許容した本判決の影響力は、計り知れないものとなることが予測される。その理由は次の通りである。黙秘が被告人の実質証拠としての利用が許されるということは、被告人が黙秘したかどうかは同人に対する有罪認定を左右する、言い換えれば、有罪の決め手となることが許されうることを意味する。そうすると、自己負罪拒否特権の確立過程に関する革新的見解を説く論者らが主張しているように、自己負罪拒否特権や黙秘権は、もはや行使困難な権利となり、刑事手続が、再び、「被告人が話さなければならない」公判を前提とするものへと墮することになるからである。

なお、本判決の相対的多数意見・結論同意意見が、修正5条の自己負罪条項の保障態様を身柄拘束の有無によって区別した点に批判的な学説の問題意識を敷衍すれば、身柄拘束の

---

<sup>25</sup> Karen Brindisi, “Pre-Arrest Silence and Self-Incrimination Rights: Why States Should Adopt an Implied Invocation Standard Under Their State Constitutions in the Wake of *Salinas v. Texas*” (2014) 84 Miss. LJ 431, at pp. 463-464.

<sup>26</sup> なお、山田峻悠「アメリカにおける自己負罪拒否特権の行使と不利益推認」比較法雑誌 51 巻 1 号 (2017) 191 頁以下は、「黙秘からの不利益推認」に関する連邦最高裁判決を分析し、被告人が、訴追側の立証により証拠提出を行うように追い込まれたにもかかわらず、それを行わなかったとの事実を、同人の有罪を示す 1 個の状況証拠として扱ったとしても、自己負罪拒否特権には反しないとする。

<sup>27</sup> 第 3 章第 2 節の 4 (2) を参照。

「強制的」な性質を修正5条の禁止する供述の「強要」と同視してきたミランダ・ケース連邦最高裁判決以来の連邦最高裁の一連の司法判断について、その再考の余地が見出されることになるものと思われる。今後、連邦最高裁は、修正5条の適用の「引き金」を身柄拘束のもつ「強制的」な性格に求めてきた従来の枠組みを再考する方向に進むのか。あるいはサリナス・ケース連邦最高裁判決の射程を拡大し、被疑者が特権を「明確」に行使した場合にさえも、その特権を行使した事実を実質証拠として利用することを許容する方向に進むのか。その動向に注視する必要がある<sup>28</sup>。

### 3 アメリカにおける根本原理としての「不利益推認禁止」原則

前述の通り、イギリスでは、黙秘からの明示的な推認を認める法改正がなされた前後の司法判断の比較から、「黙秘を有罪認定の指標とする不利益推認や、黙秘が有罪認定の指標であるかのような心証を抱かせる説示」に対する禁止という意味での「不利益推認禁止」原則が、利益衡量によっては変更を加えることの許されない根本原理として受け止められていることが明らかとなった<sup>29</sup>。

他方、黙秘権制限に向けた動きの一環として、非身柄拘束下での取調べにおける黙秘を実質証拠として利用することを許容するサリナス・ケース連邦最高裁判決が登場したアメリカについても、同判決において前提とされた事実関係に照らすと、その射程は、黙秘以外の証拠で有罪認定が可能になっているという極めて限定的な場面にしか及ばず、当該黙秘は、すでに果たされた検察官立証を追認するうえで、確認的に考慮されるものにすぎないと見る余地があることも明らかとなった。したがって、このような見方を前提とする限り、アメリカの刑事手続でも、「黙秘を有罪認定の指標とする不利益推認や、黙秘が有罪認定の指標であるかのような心証を抱かせる説示」に対する禁止という意味での「不利益推認禁止」原則が堅持されているといえる。一層の検討を要するものの、このような意味での「不利益推認禁止」原則の存在が確認できたことは、訴追対象者の沈黙自体が憲法レベルの要請として保護されているという意味で、証人の自己負罪拒否特権としての証言拒絶権とも、立法政策上の要請としてその保障が求められる法律上の黙秘権とも異なる、「憲法上の黙秘権」の概念が認められるべきであることを示唆している。

---

<sup>28</sup> さらに残された課題として、ミランダ告知に先立つ身柄拘束下での黙秘の実質証拠としての利用の可否をあげることができる。サリナス・ケース連邦最高裁判決の相対的多数意見では、当該黙秘は、被疑者による権利行使を推認させる類型として言及されていた。そのため、同意見に従えば、当該黙秘からの不利益推認は許されないこととなる。もっとも、本判決で法廷意見が示されなかったことに加え、当該黙秘からの不利益推認が禁止されたとしたミランダ・ケース連邦最高裁判決では、不利益推認に関する判示は傍論であったため、この論点に関する連邦最高裁の判断に注目する必要がある。

<sup>29</sup> 第4章を参照。

## むすびにかえて 日本法への示唆

本稿のむすびにかえて、日本国憲法 38 条 1 項の自己負罪拒否特権の解釈論に取り組むにあたり、英米の自己負罪拒否特権、とりわけ「黙秘からの不利益推認」を巡る判例や学説、立法の動向から、学ぶべき点がどこにあるのかを確認したい。

### 第 1 節 英米における黙秘権制限に向けた動きからの示唆

すでに述べた通り、英米両国における黙秘権制限に向けた動きの背景には、いずれも、①深刻な治安悪化、②訴追対象者の権利の拡充に伴う犯罪捜査・刑事訴追の実効性への危惧という事情があった。

イギリスでは、本稿第 2 章でみたように、①について、不利益推認条項の導入を提案する『第 11 報告書』が公表された 1972 年当時から、「不利益推認条項」が導入される 1994 年まで、悪化の一途をたどる治安への対応が求められ続けた。②については、20 世紀後半の刑事司法改革により訴追対象者の権利保障が拡充されたのを機に、その権利保障の維持と引き換えに、不利益推認条項の導入が要求されるようになった（「交換的廃止」論）。

他方、アメリカでは、本稿第 3 章でみたように、①について、1960 年代に都市部の治安が急激に悪化して以来、現在に至るまで、その犯罪情勢は深刻なものであり続けた。②については、ミランダ法則による自白率の低下、証拠収集の困難化が招く刑事司法の実効性への懸念を背景に、非身柄拘束下の被疑者の黙秘を実質証拠として利用することを許容した 2013 年サリナス・ケース連邦最高裁判決が登場した。

では、以上の事情は、日本にも妥当しうるものなのか。まず、①については、平成 29 年版の『犯罪白書』によると、平成 28 年には、刑法犯の認知件数は 99 万 6120 件となり、戦後初めて 100 万件を下回った一方、近年の犯罪発生率は、殺人、強盗、窃盗、強姦のいずれについても英米両国に比べ、かなり低い数値を保っている<sup>1</sup>。したがって、英米両国の状況が、日本にも妥当するとはいえない。もっとも、②については、平成 28 年 5 月 24 日に成立し、同年 6 月 3 日に公布された、刑事訴訟法等の一部を改正する法律により、取調べの録音・録画の導入や弁護人による援助の充実化を含む、被疑者・被告人の権利保障を充実させるための制度が新設された。このように訴追対象者の権利保障の拡大が法改正によって実現されつつある日本の現状は、英米両国における前記の②の事情と似通ったものとなっている。現に、刑事訴訟法の改正に向けて、時代に即した新たな刑事司法を構築するための法整備についての検討を行った法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」においても、すでに、黙秘からの不利益推認に関する積極的な検討を求める声があがっていた<sup>2</sup>。そして、

<sup>1</sup> 近年の日本は「犯罪減少」の時代を迎えていると評する文献として、吉開多一「平成 29 年版犯罪白書を読んで」法律のひろば 71 巻 1 号（2018）4 頁以下、8-9 頁

<sup>2</sup> 法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会「第 5 回会議 議事録」3 頁[大久保委員]<



取調べの録音・録画を典型とする、改正刑事訴訟法における被疑者・被告人の権利保障を拡大する新制度の運用が定着した後に、不利益推認に関する積極的な議論を求める機運が高まる可能性がないともいえない。そのため、英米における、訴追対象者の権利の拡充が果たされた後の「不利益推認禁止」原則を巡る議論を参照することには、日本法における黙秘権・自己負罪拒否特権の解釈論としての「不利益推認禁止」原則に関する検討にとっても一定の意義を有するといえる。

では、英米両国における黙秘権の制限に向けた動きが従来の「不利益推認禁止」原則に加えた変化から、いかなる示唆を得ることができるか。

イギリスでは、「不利益推認条項」が、黙秘が訴追対象者に不利益に扱われうるという環境をもたらし、その中で、供述するか、黙秘するかという、刑事事件の帰結にとって極めて重大な選択を訴追対象者に迫った。また、弁護人の助言に基づく黙秘であっても、その助言に従った訴追対象者の判断が合理的なものでないと認定されれば、当該黙秘からの不利益推認は妨げられないことが確認された。そのため、訴追対象者は、事実上、自己責任で供述するか黙秘するかを選択しなければならなくなった。「不利益推認条項」は、こうした状況をもたらしたことで、過酷な取調べの影響下にある被疑者や、証言に困難を伴う「脆弱な被告人」の自己負罪拒否特権や黙秘権の実効性が危惧されるようになった。

アメリカでは、2013年サリナス・ケース連邦最高裁判決により、非身柄拘束下での被疑者の黙秘を実質証拠として利用することが許容された。これにより、被疑者は、通常は弁護人のつかない非身柄拘束下での取調べにおいて、後に黙秘が自身の有罪を示す証拠となりうる中で、供述するか、黙秘するかという、刑事事件の帰結にとって極めて重大な選択が迫られるようになった。取調べにおける非身柄拘束下での任意取調べの比重が高まりつつある<sup>3</sup>中、当該取調べにおける黙秘の実質証拠としての利用が許容されたことで、被疑者に対する黙秘権保障は著しく不安定なものとなった。

このように、「不利益推認条項」やサリナ・ケース連邦最高裁判決が登場したことで、英米両国における黙秘権保障が危うくなった側面があることは否定できない。とくに、イギリスにおいて、「不利益推認条項」が、当初、捜査当局によって期待されたような、文理のみに従った適用がなされるようになっていけば、同国における黙秘権は、根本的に否定されることになっていたであろう。しかし、すでに見たように、同条項の適用は、裁判官による司法判断を通じて限定がかけられている。これは、捜査当局が期待するような、条文の文理のみに従った適用は許されないと考えた司法が、そのような適用に歯止めをかけた結果であるといえよう。では、当の裁判官の間でも、不利益推認の容認を求める見解が示されていたのはなぜなのか。その理由は、次のように説明することができようと思われる。すなわち、陪審裁判を前提とする英米では、従前、一方では、「裁判官がいかに黙秘権に配慮した説示

---

<http://www.moj.go.jp/content/000095262.pdf>>2017年11月28日最終アクセス、同「第18回会議 議事録」43頁 [大野委員] <<http://www.moj.go.jp/content/000108753.pdf>>2017年11月28日最終アクセス。

<sup>3</sup> 本稿第3章2節の1を参照。

を行ったとしても、陪審が黙秘を考慮してしまうことが事実上黙認されてきた」との認識が、法曹関係者の間でも共有されており、規範と実態との乖離が見られた。他方では、他の証拠と照らして黙秘のもつ証拠としての意味内容が特定可能な場合もあるにもかかわらず、黙秘への言及が過度に禁止されることで、そのような黙秘についてまで、まるでなかったものとして扱うような不合理な評議が行われかねないことが懸念されていた。そのため、裁判官は、こうした懸念に配慮して、黙秘に対する言及の過度な禁止を緩和し、事実認定プロセスを、陪審のもつ常識的な感覚に近づけることで、その乖離を埋めたいと考えたのである。

以上の英米の刑事手続に対して、日本の刑事手続は、裁判官裁判や裁判員裁判を前提とする。そこでは、判決に理由を付すことが要求され、上訴審での事後審査を通じた検証可能性も担保されている。刑事手続のあり方の違いを踏まえると、英米において、裁判官が、不利益推認の容認を求める動きに与したことには、一定の理由があったということができるのではないかと。そして、そうであるからこそ、英米で不利益推認が許容されたからといって、日本でもこれを容認すべきであるとの結論を導くことも、妥当ではない。

## 第2節 英米における根本原理としての「不利益推認禁止」原則からの示唆

英米の刑事手続では、黙秘権の具体的な保障態様に対して、不利益推認を容認するという形で修正が施されてきた。そのことは、日本においても、法律上の黙秘権の保障が、絶対的な要請ではなく、社会の変化によって変容しうるものであることを示唆している。一方で、「黙秘を有罪認定の指標とする不利益推認や、黙秘が有罪認定の指標であるかのような心証を抱かせる説示は許されない」との意味での「不利益推認禁止」原則が、政策的な理由や法律の変更によっては揺るがすことのできない、すなわち利益衡量によっては変更を加えることの許されない根本原理として、今なお堅持されていることが確認できた。このような意味での「不利益推認禁止」原則の存在が確認できたことは、訴追対象者の沈黙自体が憲法レベルの要請として保護されるという意味で、証人の自己負罪拒否特権としての証言拒絶権とも、立法政策上の要請としてその保障が求められる法律上の黙秘権とも異なる、「憲法上の黙秘権」の概念が認められるべきであることを示唆している。英米両国は、ともに当事者主義的刑事手続を採用し、とりわけアメリカは、日本国憲法38条1項の規定する自己負罪拒否特権の直接の母国である。そのうえ、両国では、訴追対象者の権利の拡充に伴い、犯罪捜査・刑事訴追の実効性が危惧されただけでなく、深刻な治安悪化への対応の必要性が絶えず叫ばれてきた。以上のような状況にもかかわらず、両国の刑事手続では、根本原理としての「不利益推認禁止」原則が今なお堅持されているのである。そうすると、同じく当事者主義的刑事手続を採用している日本でも、そのような意味での「不利益推認禁止」原則が、利益衡量によっては変更を加えることの許されない根本原理として受け止められるべきであるといえる。このことから、不利益推認の脅威が訴追対象者に対して促す供述が、弁解等の自己に有利な事実であるとして、「不利益推認禁止」原則を法律上の黙秘権の問題

として捉えてきた従来の有力な理解を再考する必要があるとの帰結を導くことができる。そして、こうした帰結は、日本法における、訴追対象者の沈黙自体を保護する自己負罪拒否特権、すなわち「憲法上の黙秘権」の存在を裏づけうるものでもある。この帰結を得られたことは、日本でも現に立法化が主張されている、不利益推認を許容する法律の合憲性を巡る議論や、実際の裁判で不利益推認によって事実認定が行われた場合、その事実が上告理由となるかどうかといった議論にも、一定の示唆を与えうる。以上の示唆を踏まえ、今後、日本法の解釈論として、自己負罪拒否特権により保護されるべき「不利益」な供述の内実を明らかにしていくにあたり、陪審裁判を前提とする英米と、裁判員裁判や裁判官裁判を前提とする日本の刑事手続との違いを踏まえつつ、日本における自己負罪拒否特権や黙秘権の沿革にも立ち返り、刑事手続の各段階における自己負罪拒否特権等の根拠論に根ざした検討に取り組みたい。「憲法上の黙秘権」の概念から「不利益推認禁止」原則が導き出されるとしても、そのことは、黙秘の事実をなかつたものにするを求めるものではない。したがって、訴追対象者による黙秘と、事実認定における犯罪事実の客観的・主観的な要素、犯人性、供述の信用性等の認定との関係、勾留手続における勾留理由となる嫌疑の有無や罪証隠滅・逃亡のおそれの認定との関係、ならびに量刑判断との関係等を、綿密に検討し、明確化する必要があるといえる。その検討を経たうえで、文理上、日本国憲法 38 条 1 項による保護の対象は「不利益」な供述に限られるところ、同項による訴追対象者の憲法上の黙秘権を導くことができるのかという解釈論を展開したい。