

## 自己負罪拒否特権の形成過程

小 川 佳 樹

- 一 はじめに
- 二 職権宣誓と *nemo tenetur* 原則  
— 「自己負罪拒否特権の成立」をめぐって
- 三 18世紀コモン・ロー刑事手続と自己負罪拒否特権
- 四 自己負罪条項の成立
- 五 19世紀アメリカ — 自己負罪条項と自己負罪拒否特権
- 六 結びに代えて

### 一 はじめに

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」と規定するが、これは、直接には「何人も…刑事事件において自己に不利益な証人となることを強要されない(No person...shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself)」とするアメリカ連邦憲法修正5条、いわゆる自己負罪条項(Self-Incrimination Clause)をモデルとし、コモン・ローにその起源をもつ、自己負罪拒否の特権(privilege against self-incrimination)に由来するものとされる。刑事訴訟法における被疑者・被告人の「黙秘権」の保障(198条2項、291条2項、311条)はこの規定を受けたものであり、さらに、その保障は、証人(146条参照)、あるいは刑事手続以外の場面—民事手続(民事訴訟法196条参照)や行政上一定の報告義務を課す場合など—にも及ぶというのが一般的な理解だと思われる。<sup>(1)(2)</sup>

この「自己負罪拒否特権」は、以上のように広範な射程をもつものと観念されると、それが憲法上の権利であるという性質から、わが国における供述証拠収集システムを考える際の一つの大枠を形作ることになる。しかし、この特権については、その適用が問題となる個々の場面ごとないしは論点ごとに考察がなされることはあっても、それらを超えて体系的に検討が行われることは、従来、あまり多くはなかつた<sup>(3)</sup>。そしてまた、その構造や保障範囲の外延は、未だ必ずしも理論的に明確にされてはいないように思われる<sup>(4)</sup>。自己負罪拒否特権の保障を理論的に考察する際、一つのポイントとなるのは、それがどのような利益を保護することを目的としたものかという点についての考察、即ちその存在意義ないしは理論的根拠を明らかにすることだと思われるが<sup>(5)</sup>、この点についても、わが国において正面から議論がなされることは殆どなかつたということができよう<sup>(6)</sup>。

ところで、先に述べたような沿革から、従来、憲法38条1項の解釈に際しては、アメリカ法がしばしば参照されてきた<sup>(7)</sup>。わが国における自己負罪拒否特権の基本的な効果やその保障範囲についての理解は、アメリカのその影響を大きく受けたものだといえよう。そして、これを前提にするならば、この特権の存在意義ないしその理論的根拠を考察するにおいては、この特権がアメリカ、そして、元をたどればイギリスにおいてどのような意義をもって生まれ発展してきたのかを確認しておくことが有益なのではないかと考えられる。

また、このことは、現代のアメリカにおける自己負罪拒否特権を客観的に把握する上でも一定の意義を有するのではないかと思われる。現代アメリカの自己負罪拒否特権の実体は、修正5条についての連邦最高裁判例の集積によって形成されたルールだといってよい<sup>(8)</sup>。近年、彼地においては、その存在意義ないしは理論的根拠も含めてこのような従来の自己負罪拒否特権を改めて問い直し、自己負罪拒否特権論全体を再構成するという試みもなされるようになってきているが<sup>(9)(10)</sup>、いずれにせよ、そこで問題とされている最高裁判例の展開は19世紀の後半に始まっており、したがって、その時期

までのこの特権の歴史をみておくことは、その後100年に亘って形成された判例法理が、その出発点においてどのような枠組みに規定されていたのかを確認するという意味ももつことになる。

ところで、近年、特にアメリカにおいて、自己負罪拒否特権史の研究は活性化し、その理解は大きく塗り替えられている。これは、前述の彼地における理論動向とある程度連動したものといってもよいかもしれないが、いずれにせよ、そこでは、この特権の歴史は、従来のそれと比べると、より複雑な—あるいは、微妙な—ものとして描かれるようになって<sup>(11)</sup><sup>(12)</sup>いる。そこで、本稿は、基本的にこれら近年の研究に拠りつつ、19世紀後半までのこの特権の形成過程を素描することに<sup>(13)</sup>したい。

## 二 職権宣誓と *nemo tenetur* 原則 —「自己負罪拒否特権の成立」をめぐる—

自己負罪拒否特権の歴史については、古ユダヤのタルムードにまで遡って検討がなされることもあるが、<sup>(14)</sup>イギリスの<sup>(15)</sup>コモン・ローにおいて成立したものが植民地期のアメリカに受け継がれ、連邦憲法修正5条等に結実したものであるというのが、従来の一般的な説明であった。自己負罪拒否特権史研究のパイオニアであるウィグモアは、以上のうち、コモン・ローにおいてこの権利が成立するまでの過程を二つに分けて論じて<sup>(16)</sup>いる。その第一は、いわばこの特権成立の前史であり、高等宗務官裁判所や星室裁判所における手続とそれに対するピューリタンらの抵抗—リルバーンの裁判に代表される—が問題とされる。そして、第二が、コモン・ローにおいてこの特権が成立する過程であり、リルバーンらの闘争の影響により、17世紀後半に自己負罪拒否特権が成立したとするのである。

後にみるように、近年、このような見解には疑問が提起されているのであるが、以下ではまず、このウィグモアの議論をたどることから始めることにしよう。

## 1 「職権宣誓」と *nemo tenetur* 原則

(1) ウィグモアのいうコモン・ローにおいて自己負罪拒否特権が「成立」するまでの過程のうち、第一の段階において問題となるのは、コモン・ロー裁判所ではなく、教会裁判所などの非コモン・ロー裁判所の手続である。対象となる時代は、いわゆるピューリタン革命に至るまでの時期ということになる。そこでまず、ここで問題となる教会裁判所等の手続からみてみることにしよう。

イギリスにおいては、元来、宗教的な事柄を扱う独立の裁判所というもの存在しなかった。しかし、ウィリアム1世による征服(1066年)以降、国王の裁判所とは別体系の、ローマ教皇を頂点とする教会裁判所が設置されるようになる<sup>(17)</sup>。これら教会裁判所は広範な刑事裁判権を有しており、そこで適用されたのは、ローマ法に由来する法体系、カノン法(教会法)であった。他方、国王裁判については王座裁判所や人民間訴訟裁判所といったコモン・ロー裁判所が形成されていくのであるが、これらの手続に対し、教会裁判所のその特色をなしていたのが、いわゆる職権宣誓であった。

この宣誓の起源は、神判への聖職者の関与を否定してそれを事実上廃止する一方で、糾問手続の原型を作り出したものとして知られる、第4回ラテラン公会議(1215年)にある。この会議において、異端者の発見・処罰の実効化のために手続の改革がなされたのであるが、そこで導入されたのが「真実を述べる旨の宣誓(*oath de veritate dicenda*)」の手続であった<sup>(18)</sup>。そして、これは、1230年代にイギリスにももたらされることになる<sup>(19)</sup>。

この手続には様々なバリエーションがあったが、基本的には次のようなものであった。即ち、被告人は、手続の冒頭において以後なされる尋問全てについて真実を述べる旨の宣誓を行うよう命じられる。宣誓に続いて裁判所による被告人の尋問が行われるのだが、宣誓を行う段階では、被告人は訴追事実——即ち、尋問事項——を告知されることはない<sup>(20)</sup>。

宣誓及び尋問の手続は以上のようなものであったが、これと関連して、

カノン法における刑事訴追の方式をみておく必要がある。カノン法手続は、訴追の開始方法によって三種類に分けられていた。ここで重要なのはそのうちの職権による(*ex officio*)手続、特にその一種である純粹職権(*ex officio mero*)方式である。他の方式においては何らかの形で第三者の訴え——典型的には、告発者による告発——が訴追開始の要件となるのに対し、この方式によれば、訴追は、裁判官自身が得た情報に基づき文字通り職権で開始された。そして、このような手続の冒頭において尋問に先立って被告人に強制される前述の宣誓が、特に「職権」宣誓(*oath ex officio*)と呼ばれたのである。<sup>(22)</sup>

(2) ところで、16世紀前半、ヘンリ8世の離婚問題から端を発した一連の宗教改革により、イギリスにおける教会と国家(国王)との関係は、従来のそれから大きく変容することになる。即ち、1534年の国王至上法(*Act of Supremacy*)によって、国王は、「イギリス教会の地上における唯一最高の首長」とされるのである。これにより、以後、イギリスの教会はローマ・カトリック教会から分離して国王が支配するものとなり、教会裁判所からローマへの上訴は禁止された。教皇と国王の権力が並立するという二重支配体制に終止符が打たれ、その教会は国家の教会へと移行することになったのである。<sup>(23)</sup>そしてその後、エリザベス1世の王位継承(1558年)により、ヘンリ8世の法律を確認する国王至上確定法(*Act of Supremacy*)が成立し、<sup>(24)</sup>国教会体制は確立していく。<sup>(25)</sup>

このように教会権力と世俗の権力が国王の下に統合されたことにより、イギリスにおいては、宗教問題と政治問題は密接に結びつくことになった。<sup>(26)</sup>そして、特にジェームズ1世に始まるスチュアート朝期において、ピューリタンら反体制派の宗教的・政治的弾圧を担ったのが、高等宗務官裁判所(*Court of High Commission*)と星室裁判所(*Court of Star Chamber*)という二つの大権裁判所(*prerogative courts*)であった。

このうち、前者の高等宗務官裁判所は、宗教関係の刑事事件を扱う特殊な教会裁判所である。したがって、その手続はカノン法に基づいていた。<sup>(27)</sup>

他方、後者の星室裁判所とは、国王評議会の裁判所の一つである。この国王評議会の裁判所とは、コモン・ロー体系によれば救済を与えることができない場合に対処するために発展した裁判所であって、<sup>(28)</sup>星室裁判所は、それらの中で特に刑事裁判権を行使するものとして知られた。その手続は、必ずしも教会裁判所のそれと同一というわけではなかったが、コモン・ロー体系の欠陥を是正するために成立したという性質上、コモン・ローの手続とは異なっており、ローマ=カノン法の影響を受けたものであった。そして、事件によっては、高等宗務官裁判所のそれ(即ち、職権宣誓を用いた手続)<sup>(29) (30)</sup>に類似した手続がとられることがあったのである。

これら高等宗務官裁判所等における訴追に対し、ピューリタンらは前述の宣誓を拒み、コモン・ロー裁判所に禁止令状(writ of prohibition)の発給を求めるとして、これに抵抗するようになる。<sup>(31)</sup>そして、このような状況の中、わが国でも有名なピューリタン、ジョン・リルバーン(John Lilburne)の事件が起こることになるのである。

1638年、リルバーンは異端的・扇動的文書の印刷等の罪により星室裁判所において訴追されたが、彼はそこでその手続に対して激しい批判を行い、世の注目を集めた。<sup>(32)</sup>そして、国王とピューリタン主導の議会との関係が次第に悪化する中、いわゆる長期議会(1641-45年)において革命の直前に成立した一連の法律により、星室・高等宗務官両裁判所は廃されることになるのである。<sup>(33)</sup>さらに、この高等宗務官裁判所を廃止した法律には、職権宣誓を禁止する規定もおかれることになった。<sup>(34)</sup>

(3) このように、リルバーンらの批判によって職権宣誓は最終的に廃止されるに至ったのであるが、彼らによってしばしばその宣誓拒否の論拠とされたのが、“*nemo tenetur prodere seipsum*(何人も自らを告発するよう強制されない)”<sup>(35)</sup>(以下、*nemo tenetur* と略す)というラテン語の法諺であった。

この *nemo tenetur* という法諺は、— 後にコモン・ロー上の原則を表すものとしても用いられるようになるが — 元々は、ローマ=カノン法上の原則(ローマ=カノン法における *nemo tenetur* 原則)を表すものであった。

その理論的根拠は宗教的な意味合いが強いものであり、被尋問者が偽証を犯すこと、即ち、真実を述べる旨の神への誓いに背くこと——それは、死後、その魂が救済されないことを意味した——を防止することなどに<sup>(36)</sup>あった。

もっとも、この原則は絶対的なものではなく、例外が存在した。それは、高等宗務官裁判所の実務を擁護して出された9人のカノン法学者による意見書において次のように定式化されている。即ち「何人も自らを告発するよう強制されない。しかし、罪を犯したことが風評によって示されている場合には、その者は、自ら己の無実を証明し身のみを立てることのできるのか否かを示さなければならない (*Licet nemo tenetur seipsum prodere, tamen proditus per famam tenetur seipsum ostendere utrum possit suam innocentiam ostendere et seipsum purgare*)」<sup>(37)</sup>。

この後半の「自ら己の無実を証明し身のみを立てることのできるのか否かを示す」というのは、真実を述べる旨を宣誓し、尋問に答えるという<sup>(38)</sup>ことを意味する。つまり、ここでは、宣誓強制とそれに続く尋問という<sup>(39)</sup>手続が例外的に許容される要件が示されているのである。そして、その要件である「風評 (*fama* (又は、*fama publica*))」の存在が特に意味をもつのは、第三者による告発などを待たずに裁判官の職権によって手続が開始される、前述の純粹職権方式の場合においてであった。即ち、ここでは、いわゆる「職権」宣誓を強制した上で自己負罪供述を引き出すことが例外的に認められる条件として、告発者の機能的代替物 (= 風評) が求められているのである。つまり、カノン法における *nemo tenetur* 原則とは、その例外と併せて全体としてみるならば、告発を待たずに職権で訴追を開始し、訴追事実を告知しないまま真実を述べることを宣誓させた上で被告人を尋問するといった手続の濫用を抑制すること、換言すれば、フィッシング・エクスペディションを防止するという意義をもっていたのである。それは、いわば、現代でいう「相当な理由 (*probable cause*)」のような機能を<sup>(40)</sup><sup>(41)</sup>果たすものであった。

## 2 コモン・ローにおける自己負罪拒否特権の「成立」

次に、ウィグモアのいう第二段階、即ち、17世紀コモン・ローにおける自己負罪拒否特権「成立」の過程についてみてみよう。

(1) 最初に、以下の議論との関連で、当時のコモン・ローにおける被疑者・被告人の供述採取手続について簡単にみておくことにする。

まず後者についてであるが、当時、被告人は証人適格を否定されており、宣誓の上で供述することを絶対的に禁じられていた。しかし、それでは法廷において完全に沈黙することを強いられていたかということ、そうではない。それどころか、被告人は、裁判官らによる糾問的な尋問に晒されていた。つまり、被告人は、尋問に対し、無宣誓で供述していたので<sup>(42)</sup>ある。

次に、公判前の被疑者の供述採取について。当時の公判前手続を規定していたのは、メアリ保釈法(Marian bail statute)・拘禁法(Marian committal statute)と通称される、メアリ 1 世治世16世紀半ばに成立した二つの制定法<sup>(43)</sup>であった。そして、このうち後者の拘禁法によれば、治安判事は、その面前に重罪事件の被疑者が引致されてきた際、これを尋問し、その供述を書面に記録しておくことになっていた。また、治安判事には、告発者や証人を尋問するなどしてその結果を書面に記録するとともに、証人が後の公判に出廷して証言することを正式誓約書などによって確保しておくという役割も期待されていた。

この公判前の尋問に対しては、告発者や証人は宣誓の上で証言したが、被疑者は無宣誓で供述を行った。この被疑者尋問もかなり糾問的なものであったが、そこでの不利益供述を記録した書面は、後の公判で朗読されて<sup>(44)</sup>いた。

(2) このように、当時の被疑者・被告人は、裁判官らによる厳しい尋問に晒されていたのであるが、ウィグモアは、これらの尋問が特に問題視されたことはなく、コモン・ローそれ自体には自己負罪拒否特権を生む源と



なるような思考は存在していなかったとしている。<sup>(45)</sup>そこで、彼は、その成立を前述の職権宣誓廃止をめぐる動きが及ぼした影響によるものだと考えるのである。ウィグモアによれば、その過程は次のようなものであった。即ち、職権宣誓が廃止された1641年以降、コモン・ロー裁判所において、*nemo tenetur* という法諺を引きつつ「自らを告発する義務なし」との主張がなされるようになり、そのような主張は、まず被告人について認められるようになる。そしてそれは、証人についても、チャールズ2世治世(1660-85年)の終わりまでには認められるようになった。<sup>(46)</sup>もっとも、しばらくの間、これは単なる法準則の一つ(a bare rule of law)に過ぎず、公判において裁判官らが被告人を糾問的に尋問するという実務は1700年代初頭まで続けられた、<sup>(47)</sup>と。

ウィグモアは、以上のような経過をたどって、「現在のよう自己負罪拒否特権(the present privilege in its modern shape)<sup>(48)</sup>」が成立したとする。何をもってこの特権が成立したとみるかはそれ自体一つの問題であるが、ウィグモア説においては、それは、被告人及び証人の権利が認められるようになったことを指し、<sup>(49)</sup>また、被告人の権利の成立は、裁判官らによる(無宣誓での)糾問的尋問の実務の終焉とある程度相関関係にあるものと理解されているといえよう。

(3) 問題は、しかし、ウィグモアのいう前述の職権宣誓の廃止が及ぼした影響とはどのようなものであったのかである。またその前提として、ピューリタンら高等宗務官裁判所等の被告人、あるいは禁止令状を発給するなどしてその手続に介入したコモン・ロー裁判所によって、そもそもこの職権宣誓の何が実質的に問題にされていたのであろうか。

ウィグモアによれば、それは、職権宣誓の許容条件であったということになる。<sup>(50)</sup>即ち、リルバーンらは自己負罪を強制されない絶対的な権利を主張したわけではなく、<sup>(51)</sup>職権宣誓の許容条件、つまり、カノン法における*nemo tenetur* 原則の例外が認められるための要件である「風評」が実際には十分に存在していないにもかかわらず宣誓強制がなされているこ

と、あるいは、—「風評」の有無に関わらず—そもそもそのように告発者が存在しないのに手続が開始されることや、宣誓に先立って尋問事項(訴追事実)について告知されることがないなどの点が問題にされていたに過ぎないとするのである。しかし、このような手続は、元々コモン・ローとは無縁のものであった。

さらに、問題にされていたのは、*nemo tenetur* 原則が本来問題にしていたもの、即ち、尋問に際して宣誓を求めることそれ自体であったとも考えられる。<sup>(52)</sup> 一方で信仰に篤く、他方で訴追事実について現実に「有罪」であったピューリタンの被告人らにとり、真実を述べることを神に誓うよう強制されることは拷問にも等しいものであったと推測されるからである。しかし、この点も、少なくとも被告人については、これを無宣誓で尋問していたコモン・ローには関係ないはずである。

また、次のようにも考えることができよう。職権宣誓が問題とされたのは、ピューリタンらの政治的・宗教的迫害の文脈においてであった。これらは、いわば「〔信教、言論、出版及び集会の自由を保障する〕連邦憲法修正1条の存在しないシステムにおける、修正1条にかかわる事件」<sup>(53)</sup>であり、そこで実質的に問題にされていたのは手続というよりもむしろ、被告人らの思想・信仰を犯罪とする実体法であった。ピューリタンらの「自己を告発する義務なし」という主張は、したがって、信教の自由などの実体的権利が未だ確立されていないという時代的・法理論的制約の中で、これらの権利の「侵害」に対抗する手段であった、と。<sup>(54)</sup> しかし、そうだとすると、そこで主張された権利は、あくまでもそのような制約を前提にしたものに過ぎず、またそれは、あらゆる犯罪について妥当するものだとはいえないことになる。

いずれにせよ、ウィグモアは、前述のように、職権宣誓についてはその許容条件が問題にされていたに過ぎなかったとするわけであるから、彼のいう職権宣誓廃止がコモン・ローに及ぼした影響とは、必ずしも論理的なものではなかったということになる。即ち、問題は自己負罪供述の強制が

およそ許されるか否かではなく、それが許されるためにはどのような要件が必要かということであったのが、大権裁判所及び職権宣誓廃止の熱狂の中でこの区別が忘れ去られ、結果、自己負罪拒否特権が成立したとするのである。<sup>(55)</sup>

このように、ウィグモアによれば、コモン・ローにおける自己負罪拒否特権は、17世紀後半に、いわば偶然に成立したものだということになる。しかし、この時期にこの特権が成立したという結論に対しては、近年、18世紀コモン・ロー刑事手続全体の検証に基づき、疑問が提起されている。そこで次に、その主唱者であるラングベインの<sup>(56)</sup>見解を、やや詳しくみてみることにしよう。

### 三 18世紀コモン・ロー刑事手続と自己負罪拒否特権

#### 1 18世紀イギリス

近年、英米において、現代的刑事手続の成立過程の検証という視角から、18世紀イギリス刑事手続の研究が多くなされているが、<sup>(57) (58)</sup>ラングベインの自己負罪拒否特権の成立期に関する研究は、その一環として位置付けることができる。

ラングベインの主張の要点は、18世紀の終わりから19世紀にかけてコモン・ローの公判構造が変容を遂げ、現在のような当事者対抗主義刑事手続 (adversary criminal procedure) が成立するが、自己負罪拒否特権はこの当事者対抗主義の成立によって生まれたものだということにある。ラングベインによれば、それ以前においては、公判は、訴追に対して自らの言葉で反論する機会を被告人に与えるためのものであった(「被告人供述(the accused speaks)」型公判)。そして、その背景には、被告人に供述させることをまさに目的とした(あるいはそのような機能をもった)諸々のルール及び裁判実務の存在があったとするのである。そこでまず、ラングベインに従って、18世紀初めの時点において、この「被告人供述」型公判を基礎付けていた

事情をみとめることにしよう。

(1) ラングベインによれば、当時の公判を「被告人供述」型に規定していた最大の要因は、コモン・ローが弁護人を禁止していたことであつた。<sup>(59)</sup> 元来、コモン・ローは、重罪事件において被告人が弁護人の援助を受けることを許していなかつたのである。18世紀前半の間にこのルールは緩和されることになるが、それでも、実際に被告人に弁護人がつくのは稀であつた。また、弁護人がついていても、その活動範囲は法的な争点について論じたり証人の尋問・反対尋問を行うことに制限され、事実問題について弁論することは許されなかつた。<sup>(60)</sup> したがって、事実についての主張を行うためには、被告人が自らの口を開くしかなかつたのである。これにより、被告人の防御主体としての地位と証拠方法としての機能は分ち難く結びつくことになつた。<sup>(61)</sup>

このように事実問題に関して弁護人の援助を受けることを許さなかつたのは、まさに被告人に自ら事実について供述させるためであつた。この点に関して、ホーキンスは、その1721年の著書で次のように述べている。即ち、被告人は、もし無実であるならば、事実の問題については、自分自身がいわば最良の弁護人である。他方、被告人が真犯人である場合には、それは、しばしば、その弁解・反論の内容を吟味したりその際の被告人の態度などを観察することによって明らかにされるものである。弁護人が被告人の代わりに弁論を行うことになると、このようなことを期待することができなってしまう。したがって、被告人に弁護人をつける必要はない、と。<sup>(62)</sup>

さらに、当時、被告人の防御は様々な点で制約を受けていた。例えば、被告人には証人を強制的に喚問する権利が認められていなかつた。そして、証人が任意に法廷に現れた場合でも、訴追側証人とは異なり、宣誓することは許されなかつたのである。また、一般に、重大な犯罪で訴追された被告人は公判が終了するまでその身柄を拘束されていたが、このことは、弁護人の援助を受けることが禁じられていたことにより、被告人が自

已に有利な証人と連絡をとるなど防御の準備を行うことを困難にした。さらに、訴追事実の告知の点でも制約があり、公判段階に至っても正式起訴状の写しが被告人に交付されることはなく、アレインメントにおいて口頭でその概略を告げられるにとどまったのである。<sup>(64)</sup> 以上のような制約が存在していたことにより、自らの防御のために被告人ができることは限られていた。即ち、専ら、公判において訴追側の立証に対し自ら反論する他なかった<sup>(65)</sup>のである。

さらに、当時の被告人の地位を理解するためには、公判が非当事者対抗主義的(nonadversarial)なものであったことにも注意しなければならない。<sup>(66)</sup> 既に述べたように、当時において弁護人の果たす役割は法的にも事実上も限定されていたのだが、他方で、訴追側に弁護士がついていることもそれほど多くはなかった。その結果、訴追側弁護士及び弁護人に代わり、裁判官が主導的な役割を果たすことになったのである。裁判官は、一方で被告人の弁護人としての役割も負うのだとされ、<sup>(67)</sup> 他方で、訴追側の立証を援助する役割も担っていた。<sup>(68)</sup> 被告人の供述との関係でいえば、裁判官は、自ら被告人の尋問を積極的に行っていたのである。さらに、「主張事実(case)」や挙証責任の負担といった観念、あるいは「合理的な疑いを超える証明」のフォーミュラも、未だ確立していなかった。<sup>(69)</sup> 被告人が訴追側の立証に対し自ら反論するというのも、これらの事情と併せて考えなければならない。即ち、被告人は、訴追側が何か証拠を提出する度に、その一つ一つについて何か反論することがあるかどうかを裁判官に糾され、訴追側に誤りがあればそれを証明するよう求められていたのである。

以上から、ラングベインは、このような手続においては、被告人が供述を拒むことは、いわば、自殺行為に他ならなかったと結論する。そして、実際、ロンドンにおいて行われた1670年代から1780年代までの公判の記録をみても、そのようなことが権利として主張された形跡はないとするので<sup>(70)</sup>ある。

(2) 以上のような「被告人供述」型公判を基礎付けていた様々な事情

は、しかし、18世紀の間に次第に変化していくことになる。

変化が始まったのは、まず反逆罪事件についてであった。1696年の反逆罪法(Treason Act)の制定である。<sup>(71)</sup>この法律により、反逆罪に関しては弁護人の活動についての制限が完全に撤廃されるようになった。即ち、証人を尋問・反対尋問するのみならず、事実問題について陪審の前で弁論を行うことが許されるようになったのである。また、同法によって、被告人が証人を強制的に喚問し、宣誓の上で証言させることも認められ、公判に先立って正式起訴状の写しを交付されるようになった。<sup>(72)</sup>

これに対し、一般の重罪事件における弁護人の活動は、1730年代になってから裁判官の裁量によって認められるようになった。もっとも、この段階では、先に述べたように、全面的にその活動が許されたわけではなく、事実問題について陪審に対し弁論を行うことは許されなかった。しかし、少なくとも、訴追側の証人を反対尋問することは可能になったわけである。<sup>(73)</sup>また被告人側証人については、1702年の立法により宣誓の上で証言することが許され、<sup>(74)</sup>同法の解釈により証人を強制的に喚問することも認められるようになった。<sup>(75)</sup>

このように弁護人についての制約が解かれ、そして特に、被告人に代わって弁護人が効果的な反対尋問を行い、それによって訴追側の立証を動揺させるという防御方法が採られるようになると、公判は次のように変化していったといわれている。即ち、第一に、裁判官の地位が変容を遂げた。実際に弁護人が公判に登場することは、その禁止が解かれても1780年代まではそれほど多くはなかったが、しかし、その機会が徐々に増えていくに従い、これに対抗するために訴追側も弁護士を利用することが多くなっていった。その結果、裁判官が、訴追側の立証活動に積極的に関与する必要もなくなり、訴訟において受動的な地位に退くことになったのである。<sup>(76)</sup>

第二に、訴追側の「主張事実」という概念が成立し、訴追側の挙証責任の負担ないしは無罪推定の観念が明確になっていった。<sup>(77)</sup>これにより、立証過程を訴追側立証と被告人側立証に分け、前者が終了した段階でそれが不

充分なものであれば、被告人は立証を行うことなく無罪評決を受けるということも可能になった。訴追側が証拠を提出する度に、その一つ一つについて反論を行うという必要がなくなったわけである。

このようにして、コモン・ローの刑事手続は18世紀の後半から19世紀にかけて徐々に変容し、現在のような当事者対抗主義手続が形成されたと考えられている。これに伴い、公判は訴追側の主張を被告人側がテストするための場であると捉えられるようになった（「訴追テスト (testing the prosecution)」型公判）。そして、ラングベインは、これによって初めて、被告人が公判で沈黙しているということが可能になったとするのである。

## 2 植民地期アメリカ

18世紀のイギリスについては以上であるが、それでは、同時期のアメリカ、即ち北米植民地についてはどうであったのだろうか。次にこの点を簡単にみておこう。<sup>(78)</sup>

近年の研究に従えば、結論としては、北米植民地の刑事手続も、ラングベインのいう「被告人供述」型であったということになる。<sup>(79)</sup> 即ち、17世紀の終わりまでには、各植民地の刑事手続は、基本的にイギリスのコモン・ロー裁判所におけるそれに倣ったものとなっていた。<sup>(80)</sup>

北米植民地におけるこの「被告人供述」型手続の背景には、しかし、本国とは異なる植民地固有の社会経済的事情も存在していた。<sup>(81)</sup> 例えば、ラングベインのいう「訴追テスト」型公判への移行の担い手となった弁護人に関していえば、そもそも、植民地においては、正規の法学教育を受けた者の絶対数それ自体に限られているという制約が存在していたのである。そして、このような植民地刑事司法の「被告人供述」型の性格は、独立を前にした1760年代の社会混乱によって一層強められることになる。<sup>(82)</sup>

## 3 17・18世紀における *nemo tenetur* 原則の意義

以上みてきたように、ラングベインなどの見解の要点は、18世紀イギリ

ス及び北米植民地の手続は自己負罪拒否特権の観念の存在とは相容れないものであったというにある。そして、ラングベインらは、公判が「訴追テスト」型に移行したことによって初めて被告人が沈黙していることが可能になり、その過程でこの「沈黙」が被告人の権利として従来から存在した *nemo tenetur* という法諺に読みこまれるようになったのであって<sup>(83)</sup>、先にみたウィグモアなどの見解は史料解釈を誤ったものだとする<sup>(84)</sup>のである。

もっとも、ラングベインの分析は、当時の手続における被告人の地位に関するものであることに注意しなければならない。また、そこでその成立が問題にされている「自己負罪拒否特権」も、どちらかといえば、— 現代の証人のそれのような — 個々の質問に対して供述を拒む権利ではなく、現代アメリカにおける被告人の自己負罪拒否特権、即ち、包括的・全面的黙秘権<sup>(85)</sup>ないしは「質問を受けない権利」<sup>(86)</sup>のようなものであるように思われる。

このような意味での被告人の自己負罪拒否特権の生成を「訴追テスト」型公判の成立 — それを基礎付けるものの中で特に重要なのは、拳証責任の観念の確立ではないかと思われる — と結びつけるラングベインの見解は、この権利が公判をそのように構成することの裏返しであるという一面をもつことを示唆するように思われ、興味深い。しかし、そうすると、それは、例えば、自己負罪を理由に証人が証言を拒む権利が、ウィグモアのいう17世紀後半に成立していたことを積極的に否定するものではないであろう<sup>(87)</sup>。

これと関連して問題になるのは、当時のコモン・ローに存在していた *nemo tenetur* という法諺で表される原則(コモン・ローにおける *nemo tenetur* 原則)はどのような意義をもっていたのかである。それは、どのような根拠に基づき、具体的に何を禁止したものだったのであろうか。

このコモン・ローにおける *nemo tenetur* 原則の意義として、近年、特に注目されているのは、それが、拷問と並んで、宣誓の下で自己負罪供述を強制<sup>(88)</sup>することを禁じるものであったという点である。即ち、自己負罪的



事項について尋問されるという特に虚偽の供述を行う誘惑の強い状況において真実を述べる旨を神に誓わせることは、いわば、精神的な拷問であり、*nemo tenetur* 原則はこれを禁じるものだと考えられていたというのである。<sup>(89)</sup>

このように拷問や精神的拷問(=宣誓)の禁止、換言すれば、これら当時「不当な尋問方法」<sup>(90)</sup>と考えられたものを排除することが *nemo tenetur* 原則の内容とされていたのだとすると、それは、被告人について現実に問題となることは通常有り得ないルールだったということになる。先に述べたように、当時においては、被告人は証人適格を否定され、無宣誓で尋問されていたからである。また、公判前手続においても、被疑者は治安判事によって尋問されたのだが、証人などとは異なり、やはり無宣誓で供述させるべきだとされていたのであった。そして、実際、17世紀の代表的な治安判事手引書であるグルトンの著作においては、その理由は、「コモン・ローによれば、『何人も自己を告発する義務はない(*Nullus tenetur seipsum prodere*)』からである」と説明されていたのである。<sup>(91)</sup>

これに対し、証人については、宣誓に基づく自己負罪供述は、当然、現実に問題になり得る。そうすると、17世紀後半から18世紀にかけての「被告人供述」型公判の時期においても、証人については自己負罪を理由に証言を拒むことが認められていたとみることができよう。<sup>(92) (93)</sup>

#### 四 自己負罪条項の成立

アメリカ連邦憲法修正5条は、二重の危険条項や適正手続条項などと並んで、いわゆる「自己負罪条項」をおいている。現代アメリカにおける自己負罪拒否特権は、18世紀の終わりに成立したこの自己負罪条項の解釈によって導き出されるものである。そこで、以下では、この自己負罪条項の成立過程についてみておくことにしたい。<sup>(94)</sup>

## 1 邦憲法と自己負罪条項

北米植民地は、1775年、本国との戦争に突入し、翌年には独立を宣言することになる。独立に前後して、ロードアイランドとコネチカットを除く11の邦(state)は、それぞれ新しい憲法を制定することになった。そのうち7邦のそれには、統治機構についての規定に加えて権利章典がおかれていたが、これらはいずれも、いわゆる自己負罪条項を含んでいた<sup>(95)</sup>。そこでまず、修正5条成立に先行したこれら邦憲法における自己負罪条項について簡単にみておこう<sup>(96)</sup>。

これら邦の権利章典の中で最も早く成立したのは、1776年のバージニア権利宣言(メイソン(George Mason)起草)である。その第8条は次のように規定していた。即ち「重罪ないし他の犯罪のあらゆる訴追において(in all capital or criminal prosecutions)、人はその告訴の理由と性質を質し、告発者及び証人と対面し、自己に有利な証拠の提出を求め、全員一致の合意がなければ有罪の判決を受けることのない、12名の近隣者の公平な陪審員による迅速な裁判を受ける権利をもつ。何人も自己に不利益な証拠の提出を強要されることはない(nor can he be compelled to give evidence against himself)。また何人もこの国の法ないし同胞の判断による以外には、その自由を剥奪されることはないものとする<sup>(97)</sup>」。

このバージニア権利宣言に続いて、他の6邦の権利章典が制定されることになる。これらにおける自己負罪条項は、その文言等について邦により若干の差異がみられないわけではないが、基本的にバージニア権利宣言第8条をモデルとしているといつてよい<sup>(98)</sup>。共通点としては、特に、後にみる修正5条と異なり、ほぼ一致して「証拠の提出(to give evidence)」を強要されないという規定になっている点が目を引く<sup>(99)</sup>。そして、このような邦レベルの動きを経て、修正5条が制定されることになるのである。

## 2 修正5条の成立

連邦憲法案の作成は、1787年5月から、ロードアイランドを除く各邦の

代表者による連邦憲法制定会議において進められた。そして、同年9月にその最終案が確定される。しかし、この連邦憲法案には、周知のように、権利章典が設けられていなかった<sup>(100)</sup>。もっとも、この案を承認するか否かが各邦において討議される段階になって、この点が問題にされることになる。即ち、各邦の憲法会議において、この案が権利章典を欠いていることが憲法反対派の攻撃の対象となったのである。その結果、多くの邦において、連邦憲法案を承認する代わりに第1回連邦議会において権利章典の採用が議論されることを期待する旨の付帯決議がなされ、あるいは権利章典<sup>(101)</sup>の制定が承認の前提条件だとされて、その案が示されることになった。

これらの連邦権利章典案のうち、バージニア、ノースカロライナ、ロードアイランド、そして、自らの邦憲法には権利章典を定めていなかったニューヨーク、以上4邦のそれには、バージニア権利宣言第8条に做った規定が含まれていた。即ち、いずれの案においても、陪審裁判の保障等と同一条文中に自己負罪条項がおかれ、「あらゆる刑事訴追において」又は「重罪ないし他の犯罪のあらゆる訴追において」、「自己に不利益な証拠を提出すること」を強要されない、となっていた。<sup>(102)</sup>

このような諸邦の動きを受けて、連邦権利章典の原案がマディソン (James Madison) によって作成されることになる。この原案においては、後に修正5条として成立する部分は次のようになっていた。即ち「何人も、弾劾される場合を除き、同一の犯罪について二度以上処罰又は審理の対象とされることはない。何人も、自己に不利益な証人となることを強要されない (nor shall be compelled to be a witness against himself)。何人も、法の適正な過程によらずして、生命、自由又は財産を奪われることはない。また、何人も、正当な保障なしにその財産を公共の用のために剝奪されないものとする」<sup>(103)</sup>。

この自己負罪条項は、バージニア権利宣言第8条、あるいはそれをモデルとした各邦憲法及び4邦の権利章典案におけるそのいずれとも異なっている。最も大きな違いとしては、邦憲法及び4邦の案では「証拠」の提

出となっていたのが、この原案では「証人となること」とされている点であらう。<sup>(104)</sup>

この権利章典案は1789年の第1回連邦議会に提出されるが、自己負罪条項については、一議員の提案により、「刑事事件において(in any criminal case)」という文言を追加するという修正がなされる。<sup>(105)</sup>これにより、現在の文言が確定されたわけである。修正を施された権利章典案は議会で可決され、必要な数の州の承認を得て、1791年に成立することになる。

### 3 自己負罪条項成立の意義

以上のような過程を経て連邦憲法修正5条は成立したのであるが、それでは、この修正5条、そして元をたどれば各邦の憲法に、なぜ自己負罪条項が組み込まれることになったのであろうか。またそれらはどのような内容をもつものと考えられていたのであろうか。しかし、残念ながら、これらの点については、マディソンら憲法起草者達が資料となるものを残してくれてはおらず、また、これらの制定過程における議論の中でも自己負罪条項について言及されることが殆どなかったため、必ずしも明らかではない。修正5条についていえば、特に、邦憲法等では「証拠を提出すること」を強要されないとされていたのが、「証人となること」と文言が大きく変化している。にもかかわらず、審議の過程において特にこの点について議論がなされた様子は窺えないのである。<sup>(106)</sup>連邦議会での自己負罪条項についての唯一の言及は「刑事事件において」という文言を加えるという提案であるが、この提案についても特に議論が行われた形跡はみられない。<sup>(107)</sup>

しかし、注目しておく必要があるのは、各邦憲法及び修正5条成立後の刑事手続を観察しても、それまでの手続が特に変化したという様子は窺えないとされている点である。<sup>(108)</sup>そうすると、修正5条をはじめとする自己負罪条項は、せいぜい従来のコモン・ローを確認するものであって、少なくとも新たなルールを作り出して従来の手続のあり方を変革することを意図したものではなかったと考えることができよう。

ここでいう従来のコモン・ローとは、先にみた18世紀の刑事手続である。またそれは、被告人の地位に着目していえば、「被告人供述」型であった。

## 五 19世紀アメリカ — 自己負罪条項と自己負罪拒否特権

以上のように、18世紀の終わりに自己負罪条項はその成立をみたのであるが、修正5条についていえば、連邦最高裁によるその解釈が初めて明らかにされたのはそれから100年近くが経過した後、1886年のことである。連邦最高裁判例の展開はここから始まるわけであるが、以下では、それに至るまでの19世紀の状況のみをみることにしよう。<sup>(10)</sup>

### 1 19世紀初頭における状況

修正5条等の自己負罪条項は、その成立後、かなりの期間に亘って忘れられた存在であった。というのも、最初の自己負罪条項であるバージニア権利宣言第8条の成立から75年ほどの間、これらに言及した判例は見当たらないのである。<sup>(11)(111)</sup>

しかし、このことは、当然ながら、自己負罪強制に関するルールが当時全く存在しなかったということの意味するわけではない。ただ、問題が憲法と結び付けられて論じられることはなかったのがある。

そこで、まず、各場面ごとに、19世紀初頭における自己負罪の問題に関連する法状況をみてることにしよう。

まず、公判前の手続についてであるが、当時の被疑者は、治安判事によって無宣誓で尋問されていた。これは、既にみたメアリ拘禁法に由来するものである。アメリカにおいては、この公判前尋問は、18世紀の終わりにから批判を浴びるようになるが、しかし、その論拠として自己負罪条項に言及がなされることはなかった。<sup>(112)(113)</sup>

次に、公判段階について。この当時、被告人は未だ証人適格を否定されていた。この被告人の証人適格の否定は、類型的に偽証の虞のある者の証

人適格を否定するというコモン・ローのルール(証人適格否定ルール)に基づくものであった。ここでいう類型的な偽証の真とは、訴訟の結果に利害関係をもつことをいう。したがって、このルールによって証人適格が否定されるのは被告人だけではなく、民事訴訟の当事者も同様であったし、当事者以外の第三者も訴訟の結果に利害関係を有するとされれば同じであった。<sup>(114)</sup>

このように、当時においては、非常に広範囲の人々が証人となることを禁じられていたのであるが、被告人についていえば、既にみたように、あくまで宣誓して供述することが許されなかったにとどまる。しかし、その一方で、独立後、ラングベインのこのような公判構造の転換がアメリカにおいても進行し、それに伴って、被告人には沈黙している権利があるという観念が生まれていったと考えられる。<sup>(115)</sup>

他方、証人については、コモン・ロー上、民刑の手續において、自己負罪に基づく証言拒絶が認められていた。この証人の証言拒絶権(privilege)は、先にみたように、比較的早い時期に成立していたと考えられるが、この当時、その根拠は、虚偽の証言が公判に顕出されるのを防ぐことにあるとされていた。即ち、都合の悪いことについて証言を強制すると証人が嘘をつく可能性があるため、証言するか否かの選択権を与えるのだと説明されていたのである。<sup>(116)</sup>

証言拒絶権の根拠をこのように捉えると、論理的には、証言拒絶を認める事由を必ずしも自己負罪に限定する必要はないことになる。即ち、刑事上のものに限らず、「自己に不利益な」事項一般を含めることが可能である。そして、実際、当時、この証言拒絶権の及ぶ範囲は非常に広範であり、自己負罪の以外の場合、即ち、民事上の責任に関する事柄や名誉にかかわる事項についても証言拒絶が認められていたのである。<sup>(117)</sup> また、証言を拒むことができるのは、その証言自体が後の訴追において証拠となる場合だけではなく、それが犯罪事実発見の端緒となる場合も含まれるとされており、証言拒絶に対しては刑事免責を付与すれば証言強制が可能であった<sup>(118)</sup>

が、当時の免責法は証言にかかわる事項についての将来の訴追の絶対的免除(行為免責(transactional immunity))<sup>(119)</sup>をその内容としていた。

## 2 証人適格否定ルールの廃止と証言拒絶権の縮小

しかし、以上のうち証人適格否定ルールは、その後、19世紀の終わりまでに、殆どのコモン・ロー法域において廃止されるに至る。被告人についていえば、イギリスでは、1898年に証人適格が認められた。アメリカはそれよりも早く、メイン州がまず1864年にこれを認め、連邦法域については、1878年に改革が行われた。<sup>(120)</sup>また、その一方で、証人の証言拒絶権も、その保障範囲が次第に狭められていくのである。

このような変化は、当時のコモン・ローにおける証拠法の再編——従来の証拠法から現代的証拠法への転換——によるものであった。現代的証拠法の生成は18世紀終わりに始まるが、その契機は、弁護士(lawyer)——訴追側及び被告人側の——が公判において主導的な役割を果たすようになり、訴訟構造が当事者対抗主義に移行したことにありと考えられている。<sup>(121)</sup>

従来の証拠法は、次のような特色をもっていた。即ち①広範囲に及ぶ証人適格否定ルール、②書証への依存、<sup>(122)</sup>そして③証言の真実性を担保する手段としての宣誓の重視である。これらの特色が相互にどのように関連していたのかは興味深い問題であるが、<sup>(123)</sup>いずれにせよ、公判証言に関していえば、虚偽の証言をする虞のある人々については予め証人適格を否定して公判から排斥する一方で、実際になされる証言については専ら宣誓によってその真実性を担保するというのが、当時の証拠法の基本的なアプローチであったといえよう。

しかし、公判が当事者対抗主義化するようになると、このような状況に変化が生まれる。即ち、弁護士によって行われる反対尋問が証言の真実性を担保する手段として重視されるようになるのである。そして、これにより、一方で伝聞法則が発展し、他方で、反対尋問による吟味を待つことな

く、虚偽の証言をする虞を理由に予め一定の人々を一律に公判から排斥してしまう証人適格否定ルールは、不合理なものとして批判され、結局、廃止されるに至るのである。<sup>(124)</sup>

そして、この反対尋問を重視する新たなアプローチからの批判は証言拒絶権にも向けられることになる。証人適格否定ルールが虚偽の証言を行う虞のある「者」を問題にするのに対し、証言拒絶権は、そのような証言がなされる虞のある「状況」——証人に不利益な事項について証言を強制する——を問題にするという違いはあれ、やはり、反対尋問に晒す以前に一定の証言を公判から排斥してしまうものであったからである。そして、その結果、証言拒絶権もその保障範囲が狭められていくことになる。<sup>(125)</sup> また、この時期、刑事免責について、当該証言の使用のみを禁ずる使用免責 (use immunity) 型の法律が従来の行為免責型に代わって主流となるが、このことも、証言拒絶権縮小の一つの現れだということができよう。<sup>(126)</sup>

### 3 コモン・ローと自己負罪条項

そして、このようにコモン・ローの証言拒絶権の保障が狭く解されるようになったことによって、ようやく自己負罪条項に目が向けられることになる。即ち、証言拒絶権の保障範囲の縮小はどこまで許されるのかという関心の下で、憲法の自己負罪条項の意義如何という問題が浮かび上がったのである。<sup>(127)</sup>

この自己負罪条項の意義、換言すれば、従来の証言拒絶権と自己負罪条項の関係についての当時の代表的な判例が、ニューヨーク州最高裁判所 (Court of Appeals) のケリー判決 (1861年) である。<sup>(128)</sup> この事件においては、修正 5 条とほぼ同一の文言をもつ同州の自己負罪条項の保障と刑事免責法との関係が問題とされたが、この免責法は、従来のような行為免責型ではなく、使用免責のみを与えるものであった。そして、この判決において、裁判所は、同州の自己負罪条項の保障は従来のコモン・ローの証言拒絶権よりも狭く、証言拒絶が認められるのは「証人がある犯罪について有罪であ



るということを証明する事実」についてのみであり、名誉にかかわる事項について証言を強制することや刑事免責に基づいてなされた証言を手掛かりにして得られた証拠を後の訴追において使用することは憲法に反するものではないとして、当該免責法を合憲としたのであった。<sup>(130)</sup>そして、自己負罪条項のこのような理解は、その後、他の州や連邦法域においても一般的なものとなっていくのである。<sup>(131)</sup>これにより、証言拒絶権の縮小の動きは以上のような限度で停止することになった。換言すれば、縮小されたコモン・ローの証言拒絶権の法理が自己負罪条項に読みこまれることになったのである。

#### 4 連邦最高裁判例の始動

ところが、19世紀の終わりになってから、状況は再び変化する。修正5条の自己負罪条項に関する連邦最高裁判例の展開はこの時期から始まるのであるが、そこでは、一度は従来のコモン・ロー上の証言拒絶権に比べて限定された保障を与えるに過ぎないと考えられるようになった自己負罪条項に、広い保障範囲が認められることになるのである。そして、そのような自己負罪条項の保障の理論的根拠として措定されたのは、国家の介入に対する私的領域の保護——プライバシー保護——の観念であった。<sup>(132)</sup>

証人の証言拒絶に関するものではないが、修正5条の自己負罪条項についての最初の連邦最高裁判例は、1886年のボイド判決である。<sup>(133)</sup>事案は、上告人ボイドが硝子板の輸入に際し関税を不正に免れたことを理由に被上告人(連邦政府)が当該硝子板の没収を求め、これを審理する手続において、連邦地方裁判所が、被上告人の申立てに基づき、本件以前に行った硝子板輸入に関する文書の提出を上告人に命じたというものであった。

この没収の性質は法律上民事(civil)だとされており、また、本件では供述ではなく文書の提出が問題となったのであるが、最高裁は、本件提出命令は不合理な搜索・押収を禁じた修正4条及び修正5条に反し違憲であるとした。その理由として、まず、本件没収の性質については、形式的には

「民事」であっても実質的には「刑事」ないしは「準刑事的」なものであるとする。<sup>(134)</sup>「刑事事件」を比較的緩やかに解したものといえよう。その上で、最高裁は、プライバシー保護の重要性を強調しつつ、修正 4 条と修正 5 条は密接な関連を有するとして、<sup>(135)</sup>「私的な帳簿や文書の提出をその所有者に強制することは…〔以上のような本件没収の性質に照らすと〕憲法修正 5 条のいう自己に不利益な証人となることを強要するものであり、同時に、修正 4 条のいう搜索・押収、即ち、不合理な搜索・押収に等しいものである」と判示したのである。<sup>(136)</sup>

そして、その 6 年後、ボイド判決と並んでこの時期を代表する連邦最高裁判例、カウンセルマン判決が<sup>(137)</sup>出されることになる。事案は次のようなものであった。1887 年制定の州際通商法 (Interstate Commerce Act) は、鉄道会社等の輸送運賃を規制し、その違反について罰則を定めていたが、上告人は、複数の鉄道会社について同法違反の疑いで捜査していた連邦大陪審に喚問され、証言を求められた。同法によりその証言については使用免責が<sup>(138)</sup>付与されるはずであったが、上告人は、これを拒否したため、法廷侮辱により拘禁された。

先にみたように、当時の理解としては、自己負罪条項の保障に代わるには本件のような使用免責で充分であるとするのが一般的であった。しかし、本件において、最高裁は、強制された証言を手掛かりとして得た証拠を後の刑事訴追において使用することは許されず、したがって、本件のような使用免責では修正 5 条の保障に代わるには不十分だとして、<sup>(139)</sup>上告人の証言拒否を正当としたのである。

このように、この時期の連邦最高裁は、修正 5 条に「リベラルな<sup>(140)</sup>解釈」を施し、その保護を広く認めたのであるが、しかし、それでは、このような緩やかな解釈を連邦最高裁に採らせた実質的な理由は何であったのだろうか。

この点については、次のような説明がなされている。即ち、19 世紀前半における証人の広範な証言拒絶権の保障は、「虚偽の虞のある証言の排斥

による事実認定の正確性の担保」によって理論的に説明されていたわけであるが、その後、その前提となっていた証拠法の基本的アプローチが転換したことにより、証言拒絶権は——反対尋問による証言の真実性の担保を強調する立場からすれば——証人適格否定ルールと同様に本来的には廃止されるべきものであった。しかし、それが憲法規定である自己負罪条項の存在によって妨げられたために、あくまで「縮小」にとどまったのである。そして、当時の人々は、結局、このように限定された証言拒絶権の法理——それは、自己負罪条項に読みこまれることになった——を、新たな理論によって積極的に基礎付けることができなかつたのである、と。<sup>(142)</sup>

しかし、以上は、どちらかといえば消極的な理由というべきであろう。これに対し、より積極的な理由も指摘されている。即ち、これらの判決における連邦最高裁の関心は、実は、自己負罪強制という手続的な問題それ自体ではなく、経済活動に対する国家の規制の妥当性という実体的な問題にあったというのである。<sup>(143)</sup>

19世紀末は、アメリカにとって、資本主義の急速な発展に対応した経済・社会立法の始まりの時期でもあった。このような状況の中、連邦最高裁は、19世紀末から1930年代後半まで、いわゆる経済的実体的デュー・プロセス論を用いて様々な経済・社会立法を憲法に反するものとし、自由放任主義の経済哲学の擁護者として活動することになる。<sup>(144)</sup>

そして、連邦最高裁が自己負罪条項について「リベラルな解釈」を行った実質的理由も、この自由放任主義の経済哲学にあったのではないかと考えられている。ここで、ボイド事件もカウンセルマン事件も、殺人・強盗といった伝統的な犯罪ではなく、経済活動の規制に関する事件であったことに注目しなければならない。また、これらの事件で問題となった文書提出命令などは、当時、通常の犯罪に関する手続とは殆ど無縁のものであったが、それを違憲とすることが国家の経済規制法規の執行に大きな影を落とすであろうことは想像に難くない。<sup>(145)</sup>つまり、ボイド判決等は、実質的には、経済的実体的デュー・プロセス論を展開した諸判例と同様に、国家に

よる経済活動規制を制約するという連邦最高裁の関心を反映したものであり、自己負罪条項はそのような目的を達成するための手段として利用されたのだと考えられるのである。<sup>(146)</sup>

もっとも、カウンセルマン判決以後、連邦最高裁は、このような関心を自己負罪条項の解釈に反映させるという立場から離れていく。<sup>(147)</sup>そして、連邦最高裁の以上のようなねらいは、経済的実体的デュー・プロセス論によって果たされることになるのである。

## 六 結びに代えて

現代アメリカにおける自己負罪拒否特権は、憲法の自己負罪条項が保障する、被疑者・被告人、あるいは証人などの権利を包括する概念である。しかし、これは、自己負罪条項が成立した当初からそうであったわけではない。「憲法の保障する」という点についていえば、自己負罪条項は、19世紀後半に至るまでの長い間、忘れられた存在であった。また、被告人の権利と証人の権利については、両者は、少なくとも歴史的には、その系譜を異にすると考えられる。<sup>(148)</sup>

従来、自己負罪拒否特権の起源は、*nemo tenetur* という法諺によって表現されたコモン・ローの原則にあるとされてきた。そのこと自体は必ずしも誤りというわけではないが、しかし、注意しなければならないのは、この原則がどのような根拠に基づき、何を禁じるものであったのかである。それが専ら宣誓の下での自己負罪強制だとすれば、これは、被告人については、当時、現実の問題となることは通常有り得ないものであり、供述を拒むという被告人の権利——それが包括的黙秘権であれ個々の質問に対し供述を拒むものであれ——を基礎付けるようなものではなかったということになる。これに対し、この原則の存在によって、証人については、現代の自己負罪拒否特権に近い姿を備えた権利が比較的早くから成立し、そしてそれが現代に受け継がれてきたと考えることができる。ただ、

自己負罪を理由に供述を拒むというその「形式」の点はともかく、それを基礎付ける「根拠」は以上のようなものであったし、また、後には、それは、虚偽の虞のある証言を排除することに求められていた。つまり、この権利の基礎にあった問題関心は、宣誓というもののもつ意味や当時の証拠法の基本的アプローチなど、その時代の価値観や法システム全体のあり方に規定されたものであったのである。

「自己負罪拒否特権」という語は、19世紀の前半においては、一般的には、コモン・ローにおける証人の証言拒絶権を指すものであった。<sup>(149)</sup>現代の自己負罪拒否特権概念は、これら元は別々に成立したものであった被告人の黙秘する権利や証人の証言拒絶権が、自己負罪条項の保障内容として読みこまれたことによって成立したと考えられる。いわば、異なる系譜をもった二つの権利が、比較的最近になって、『自己負罪条項』の保障する『自己負罪拒否特権』という概念に統合されたといえるのではなかろうか。

そして、19世紀後半を起点として、「修正5条の自己負罪拒否特権」についての連邦最高裁判例の展開が始まり、以後、現代アメリカの自己負罪拒否特権が形成されていく。その出発点において、コモン・ローの様々な先例を遺産として受け継ぎつつ、連邦最高裁がこの特権保障の理論的根拠に措定したのは、個人のプライバシーであった。このプライバシーの保護という観念は、その後現在に至るまで自己負罪拒否特権に関する判例の中で繰り返し言及されることになるが、しかし、連邦最高裁は、実質的には、これによってこの特権の保障を基礎付ける立場から次第に離れていくことになる。<sup>(150)</sup>

このようにして形成された現代アメリカにおける自己負罪拒否特権については、しばしば、それを一貫した理論的根拠によって説明することは困難だという指摘がなされることがある。<sup>(152)</sup>しかし、この現代の自己負罪拒否特権、即ち、19世紀の終わりから現在まで積み重ねられた連邦最高裁の諸判例が、実質的にはどのような利益の保護を問題にしてきたのかについて

は、そのこととは別に慎重な検討を要するであろう。そして、わが憲法における自己負罪拒否特権の問題を考察するにおいても、以上のような現代アメリカの自己負罪拒否特権の基礎にある利益の分析や、その出発点となった19世紀後半に至るまでの経緯を踏まえた上で、わが国において、現在、どのような利益の保護を、特に「憲法38条1項の自己負罪拒否特権」という概念の下で捉えるべきなのかを考える必要があるのではなかろうか。<sup>(13)</sup> その検討については他日を期しつつ、ひとまず稿を閉じることにしたい。

- (1) 以上につき、例えば、法学協会編『註解日本国憲法上巻』344頁(1948年)、樋口陽一ほか『憲法Ⅱ〔註解法律学全集2〕』360-361頁(佐藤幸治)(1997年)参照。
- (2) なお、「特権」ではなく、自己負罪拒否「権」と呼ぶべきだと主張もあるが(LEVY, *infra* note 11, at vii-viii; 澤登・後掲注(13)「歴史的展開(1)」157頁。また、渡辺修『『刑事免責立法化』と田宮理論』法律時報68巻12号93頁以下〔95頁〕(1996年)も参照)、本稿では一応、従来の語・訳語に従っておく。
- (3) わが国における自己負罪拒否特権(黙秘権)についての包括的な研究としては、例えば、平野龍一『捜査と人権』83頁以下(1981年)参照。
- (4) この点、例えば、自動車事故の報告義務の問題につき、奥平康弘『憲法Ⅲ』361-362頁(1993年)参照。
- (5) この点につき、例えば、酒巻匡「憲法38条1項と行政上の報告義務」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集下巻』75頁以下〔119頁〕(1998年)参照。
- (6) わが国においてこの点を正面から問題にしたものとしては、例えば、鴨良弼『刑事訴訟法の基本理念』79頁以下(1985年)参照。
- (7) 最近のものとして、例えば、酒巻・前掲注(5)、小早川義則「黙秘権の行使と不利益推認—アメリカ法を中心に」井戸田侃先生古稀祝賀論文集『転換期の刑事法学』435頁以下(1999年)などがある。
- (8) 修正5条は修正14条を通じて州にも適用がある(Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964) [本判決につき、田宮裕・[1965] アメリカ法149頁以下参照])。もっとも、州の多くはそれぞれの憲法に自己負罪条項を規定し、その中には修正5条と異なる文言をもつもの、あるいは修正5条の解釈とは異なる解釈を与えられているものもある(1 McCORMICK ON EVIDENCE §116 (5th ed. 1999); see also Note, *The Georgia Right against Self-Incrimination: Historical Anomaly or Vanguard of Justice?*, 15 GA. L. REV. 1104 (1981))。
- (9) そのような試みとして、e.g., A. R. AMAR, *THE CONSTITUTION AND CRIMINAL PROCEDURE: FIRST PRINCIPLES* 46-88 (1997)。
- (10) このような近時の理論動向の背景には、一つには、被疑者・被告人の黙秘から

不利益な推認を行うことを許容したイギリスの法改革の影響があると思われる。イギリス法の近時の動向については、井上正仁「イギリスの黙秘権制限法案—1・2完」ジュリスト1053号39頁以下、1054号88頁以下(1994年)、青山彩子「イギリスにおける『黙秘権の廃止』立法について」警察学論集48巻12号111頁以下(1995年)、ニコラス・フィリップス(渡辺修訳)「『黙秘権』考」神戸学院法学26巻4号831頁以下(1996年)など参照。

- (11) 従来、自己負罪拒否特権史についての基本文献とされてきたものとしては、8 J. H. WIGMORE, *EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW* §2250 (McNaughton rev. 1961) ; L. W. LEVY, *ORIGINS OF THE FIFTH AMENDMENT: THE RIGHT AGAINST SELF-INCRIMINATION* (1968) [紹介として、小早川義則・法学雑誌22巻4号617頁以下(1976年)参照]がある(両者の相違点については、see, e.g., Macnair, *infra* note 22, at 66, 67-68)。
- (12) これら近年の研究を代表するのが、R. H. HELMHOLZ ET AL., *THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION: ITS ORIGINS AND DEVELOPMENT* (1997)である。本書は、6人の著者による6篇の論文を中心に構成されており、うち5篇は既発表論文が基礎にされている(*id.* at viii. うち、Langbein, *The Historical Origins of the Privilege against Self-Incrimination at Common-Law*, 92 MICH. L. REV. 1047(1994)の紹介として、吉村弘・北九州大学法政論集23巻1・2号453頁以下(1995年)参照)。なお、LEVY, *supra* note 11で展開された見解を維持しつつ、本書を中心とする近年の研究に対して包括的な批判を行うものとして、Levy, *Origins of the Fifth Amendment and Its Critics*, 19 CARDOZO L. REV. 821 (1997)。
- (13) 邦語文献で自己負罪拒否特権の歴史を主題とするものとしては、既に、安倍治夫「英米における自己負罪拒否特権の形成」法律のひろば10巻6号33頁以下(1957年)、多田辰也「捜査の構造再考序説—黙秘権の歴史的考察を手掛りとして」立教大学大学院法学研究3号1頁以下(1982年)、澤登文治「自己負罪拒否権の歴史的展開(1)(2・完)—合衆国憲法修正5条の意義」法政理論24巻2号153頁以下、25巻1号124頁以下(1991-92年)〔「歴史的展開」として引用〕がある。また、グランヴィル・ウィリアムズ(庭山英雄訳)『イギリス刑事裁判の研究』33頁以下(1981年)も参照。
- (14) See LEVY, *supra* note 11, at 433-41.
- (15) 以下、本稿では、基本的にイングランドを指して用いる。
- (16) 8 WIGMORE, *supra* note 11, §2250, at 269.
- (17) LEVY, *supra* note 11, at 43.
- (18) *Id.* at 23.
- (19) *Id.* at 46.
- (20) See *id.* at 23-24.
- (21) 8 WIGMORE, *supra* note 11, §2250, at 275 n.28 ; LEVY, *supra* note 11, at 25.
- (22) Macnair, *The Early Development of the Privilege against Self-Incrimina-*

- tion, 10 OXFORD J. LEGAL STUD. 66, 79-80 (1990).
- (23) 26 Hen. VIII c.1.
- (24) 今井宏編『イギリス史 2』38-40頁〔清水祐司〕(1990年)。
- (25) 1 Eliz. I c.9 (1558-59).
- (26) 今井編・前掲注(24)40頁〔清水〕。
- (27) 高等宗務官裁判所について詳しくは、澤登・前掲注(13)「歴史的展開(2)」127-134頁参照。
- (28) J・ベイカー(小山貞夫訳)『イングランド法制史概説』88頁(1975年)。
- (29) 例えば、リルバーンの事件について、澤登・前掲注(13)「歴史的展開(2)」166頁参照。
- (30) 星室裁判所について詳しくは、小山貞夫『イングランド法の形成と近代的変容』239頁以下(1983年)、澤登・前掲注(13)「歴史的展開(2)」134-144頁参照。
- (31) 宣誓強制に対するコモン・ロー裁判所の対応については、see Gray, *Self-Incrimination in Interjurisdictional Law: The Sixteenth and Seventeenth Centuries*, in HELMHOLZ ET AL., *supra* note 12, at 47.
- (32) リルバーンはその生涯において三度訴追されることになるが、これはその最初の事件である。リルバーンの事件については、8 WIGMORE, *supra* note 11, §2250, at 282-83; LEVY, *supra* note 11, at 271-313; 澤登・前掲注(13)「歴史的展開(2)」160-180頁参照。
- (33) 16 Car. I cc.10, 11 (1640).
- (34) 16 Car. I c.11 §4 (1640). なお、王政復古後にも、職権宣誓の禁止が法律により確認された(13 Car. II c.12 §4 (1661))。
- (35) 柴田光蔵『法律ラテン語格言辞典』167頁(1985年)においては「誰も自身を暴露するよう拘束されない」と訳されているが、ここでは、Wigmore, *Nemo Tenetur Prodere Seipsum*, 5 HARV. L. REV. 71, 83 n.2 (1891)の英訳を参考にした。
- (36) Macnair, *supra* note 22, at 71.
- (37) 8 WIGMORE, *supra* note 11, §2250, at 275-76. 訳については、Wigmore, *supra* note 35, at 83 n.2; Macnair, *supra* note 22, at 70の英訳を参考にした。
- (38) Macnair, *supra* note 22, at 70 n.27.
- (39) 8 WIGMORE, *supra* note 11, §2250, at 276.
- (40) Alschuler, *A Peculiar Privilege in Historical Perspective*, in HELMHOLZ ET AL., *supra* note 12, at 181, 186.
- (41) カノン法における職権宣誓に関するルールについて、詳しくは、Macnair, *supra* note 22, at 70-73, 79-80; Helmholz, *The Privilege and the Ius Commune: The Middle Ages to the Seventeenth Century*, in HELMHOLZ ET AL., *supra* note 12, at 17.
- (42) 8 WIGMORE, *supra* note 11, §2250, at 286-87.
- (43) 1 & 2 Phil. & M. c.13 (1554-55); 2 & 3 Phil. & M. c.10 (1555).



- (44) 8 WIGMORE, *supra* note 11, §2250, at 285-86. メアリ拘禁法について詳しくは、J. H. LANGBEIN, *PROSECUTING CRIME IN THE RENAISSANCE: ENGLAND, GERMANY, FRANCE* 5-125 (1974); 栗原・後掲注(58)「オールド・ベイリ(3)」9-16頁参照。
- (45) 8 WIGMORE, *supra* note 11, §2250, at 285-89.
- (46) *See id.* at 289-90 & n.102-5.
- (47) *Id.* at 291.
- (48) *Id.* at 269.
- (49) LEVY, *supra* note 11, at 325も、18世紀の初頭までには、メアリ拘禁法による被疑者尋問が行われていた公判前手続を除くあらゆる手続において、この特権が確立されていたとする(拘禁法による尋問のその後については、後注(113)参照)。
- (50) 8 WIGMORE, *supra* note 11, §2250, at 285.
- (51) *Id.* at 285, 289.
- (52) Alschuler, *supra* note 40, at 188.
- (53) Stuntz, *The Substantive Origins of Criminal Procedure*, 105 *YALE L. J.* 393, 413 (1995).
- (54) *See id.* at 413-14; *see also* Friendly, *The Fifth Amendment Tomorrow: The Case for Constitutional Change*, 37 *U. CIN. L. REV.* 671, 696-98(1968).
- (55) 8 WIGMORE, *supra* note 11, §2250, at 289, 291-92. なお、このような主張は、既に、19世紀イギリス法改革の主唱者でもあった功利主義哲学者ベンサム(Jeremy Bentham)によってなされていた(*id.* at 292)。
- (56) Langbein, *The Privilege and Common Law Criminal Procedure: The Sixteenth to the Eighteenth Centuries*, in HELMHOLZ ET AL., *supra* note 12, at 82.
- (57) ラングベインによるものに限れば、例えば、以下のものがある。Langbein, *The Criminal Trial before the Lawyers*, 45 *U. CHI. L. REV.* 263 (1978) [hereinafter Langbein, *Lawyers*]; Langbein, *Shaping the Eighteenth-Century Criminal Trial: A View from the Ryder Sources*, 50 *U. CHI. L. REV.* 1 (1983) [hereinafter Langbein, *Ryder*]; Langbein, *Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources*, 96 *COLUM. L. REV.* 1168 (1996) [hereinafter Langbein, *Evidence*]。このような研究動向についてはまた、栗原・後掲注(58)「オールド・ベイリ(1)」161-168頁参照。
- (58) 近年のわが国における18世紀イギリス刑事手続についての研究としては、鯉越溢弘「イギリス刑事法の近代化—法執行制度の変遷を中心として」柏木千秋先生喜寿記念論文集『近代刑事法の理念と現実』139頁以下(1991年)、松本英俊「18世紀イギリスにおける弁護人の援助」九大法学70号57頁以下(1995年)、栗原真人「1730年代のオールド・ベイリ(1)-(3)(未完)」香川法学18巻1号145頁以下、同3・4号79頁以下、19巻2号117頁以下(1998-99年)〔「オールド・ベイリ」として引用〕などがある。
- (59) Langbein, *supra* note 56, at 82. なお、18世紀における弁護人の問題について

は、松本・前掲注(58)も参照。

- (60) Langbein, *supra* note 56, at 87-88.
- (61) *See id.* at 83.
- (62) *See* 2 W. HAWKINS, PLEAS OF THE CROWN ch.39, §2 (reprint, Professional Books, 1973 [1721]).
- (63) Langbein, *supra* note 56, at 88-89.
- (64) *Id.* at 90.
- (65) また、以上に加えて、公判前手続—メアリ拘禁法による手続—や量刑実務も、被告人が供述せざるを得ない状況を作り出すように作用していた (*id.* at 90-95).
- (66) *See* Langbein, *Ryder*, *supra* note 57, at 123.
- (67) *See* Langbein, *supra* note 56, at 84-86. もっとも、被告人がそのような役割を裁判所に期待できるのは、法律問題に限られていたといわれる (*id.* at 85).
- (68) *Id.*
- (69) Langbein, *Ryder*, *supra* note 57, at 124; Langbein, *supra* note 56, at 98.
- (70) Langbein, *supra* note 56, at 95-96.
- (71) 7 & 8 Will. 3 c.3.
- (72) Langbein, *supra* note 56, at 96-97.
- (73) 一般の重罪事件で弁護人が認められるようになったのは、訴追側が弁護士を利用するケースが増え、その結果生じた当事者間の不均衡が裁判官に認識されたためであると考えられている。また、これに先行した反逆罪事件における弁護人の許容も、同様の理由によるものとされる (*id.* at 97)。なお、重罪事件において弁護人が事実問題について弁論することは、1836年の法律によって認められた (6 & 7 Will. 4 c.114)。
- (74) 1 Anne. st. 2, c.9, §3.
- (75) Langbein, *supra* note 56, at 89.
- (76) *Id.* at 99.
- (77) *Id.* at 98.
- (78) 以下の叙述は、Moglen, *The Privilege in British North America: The Colonial Period to the Fifth Amendment*, in HELMHOLZ ET AL., *supra* note 12, at 109による。なお、これと分析はかなり異なるが、北米植民地における自己負罪拒否特権についての文献としては、他に、Pittman, *The Colonial and Constitutional History of the Privilege against Self-Incrimination in America*, 21 V.A. L. REV. 763 (1935); LEVY, *supra* note 11, at 333-404; Urick, *The Right against Compulsory Self-Incrimination in Early American Law*, 20 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 107 (1988)がある。
- (79) *See* Moglen, *supra* note 78, at 109-27.
- (80) *Id.* at 111-12.
- (81) *See id.* at 122-27.

- (82) *Id.* at 127.
- (83) Langbein, *supra* note 56, at 99; Moglen, *supra* note 78, at 144.
- (84) Langbein, *supra* note 56, at 103-5. もっとも、特権の成立期について両者の結論にこのような違いが出たのは、依拠した史料(裁判記録)が異なることによるとも考えられなくもない。ウィグモアは、いわゆる『政治裁判判決集(STATE TRIALS)』に掲載された事件一つまり、反逆罪等の特殊な事件であって、そこにおいては、既にみたように弁護人の援助を受ける権利など被告人の権利保障が一般の重罪事件よりも早く認められるようになり、また、実際にも弁護人がついていることが多かった一を主たる分析の対象にしているのに対し、ラングベインの研究は、殺人・窃盗といった当時のごく日常的な重罪事件の記録を素材にしているのである (*see id.* at 243 n.117; *see also* Helmholz, *Introduction*, in HELMHOLZ ET AL., *supra* note 12, at 1, 12-13. ラングベインが用いた史料については、Langbein, *Ryder*, *supra* note 57, at 3-18; 栗原・前掲注(58)「オールド・ベイリ(1)」147-150頁参照)。
- (85) 現代のアメリカにおいては、わが国の多数説と異なり(この点につき、例えば、田宮裕『変革のなかの刑事法』167頁以下〔169-170頁〕(2000年)参照)、修正5条の自己負罪拒否特権は、このような包括的黙秘権(被告人の証人適格が認められており、証言台に上ることを強制されない権利として発現する)を被告人に保障しているという理解が一般的ではないかと思われる (*see, e.g.*, *South Dakota v. Neville*, 459 U.S. 553, 563 (1983); *see also* 5 W. R. LAFAVE ET AL., *CRIMINAL PROCEDURE* §24.5, at 529-30 (2nd ed. 1999))。
- (86) ウィリアムズ・前掲注(13)33-34頁。
- (87) ウィグモアが17世紀後半に自己負罪拒否特権が成立したとする論拠として引用している事件のうち、その半数は証人に関するものである(8 WIGMORE, *supra* note 11, §2250, at 290 n.105)。もっとも、ラングベインは、これらの事件についても、証人の特権を認めたものではないとしている(Langbein, *supra* note 56, at 99)。
- (88) Moglen, *supra* note 78, at 118-19; Alschuler, *supra* note 40, at 190-92; *see also* Langbein, *supra* note 56, at 247 n.134.
- (89) *See* Alschuler, *supra* note 40, at 191. つまり、これは、カノン法における *nemo tenetur* 原則の「原則」部分と同じ内容が盛られていたということを意味しよう。ちなみに、これは、現代において自己負罪拒否特権の理論的根拠としてしばしば挙げられるトリレンマ(cruel trilemma)論—真実を述べて処罰されるか虚偽の証言をして偽証罪に問われるか、あるいは沈黙して法廷侮辱の制裁を受けるかという進退兩難の地位に人を陥らせることは酷だという議論 (*see, e.g.*, *Murphy v. Waterfront Commission*, 378 U.S. 52, 55 (1964))—に類似しているが、しかし、ここで問題とされていたのは、法律上の犯罪としての偽証以上のものであったことに注意すべきであろう。
- (90) Alschuler, *supra* note 40, at 192.
- (91) M. DALTON, *COUNTREY JUSTICE* 273 (reprint, Professional Books, 1973 [1619]).

- (92) Alschuler, *supra* note 40, at 193, 201; Nesson & Leotta, *The Fifth Amendment Privilege against Cross-Examination*, 85 GEO. L. J. 1627, 1637 (1997).
- (93) もっとも、以上のように宣誓に基づく自己負罪強制などを排除することがこの法諺によって要請されると考えられていたとしても、この法諺の意味が当時それほど明確なものであったのかは、疑問がないわけではない。この点、19世紀イギリスの状況についてであるが、*nemo tenetur* という言葉は、当時、かなり緩やかに用いられていたことが指摘されている (Smith, *infra* note 109, at 150)。また、18世紀の判例には自己負罪の文書を提出するよう強制することを禁じるものがあったが (e.g., R. v. Mead, 92 Eng.Rep. 119 (K.B. 1703))、これも、この法諺に基づくものと理解されていたと思われるのである (なお、この文書提出強制の禁止は、実質的には、財産権の保護ないしは現代でいうプライバシー保護のような観念に基づいたものではなかったかと思われる。この点、捜索・押収の文脈においても、当時、文書というものに特別な(絶対的な)保護が与えられていたことにつき、Stuntz, *supra* note 53, at 397-404, 415-16)。
- (94) なお、前注(8)参照。
- (95) これら自己負罪条項を規定した邦は、バージニア、ペンシルバニア、デラウエア、メリーランド、ノースカロライナ(以上、1776年)、マサチューセッツ(1780年)、ニューハンプシャー(1784年)である。また、1791年までは「形式的には独立の共和国であった」ヴァーモントの権利章典も自己負罪条項をおいていた(1777年) (Levy, *supra* note 11, at 409-10)。
- (96) 邦憲法及び修正5条の自己負罪条項の成立過程を簡潔に整理したものとして、Rossum, "Self-Incrimination": *The Original Intent*, in E. W. HICKOK, JR. (ed.), *THE BILL OF RIGHTS: ORIGINAL MEANING AND CURRENT UNDERSTANDING* 275 (1991)がある。
- (97) N. H. COGAN (ed.), *THE COMPLETE BILL OF RIGHTS: THE DRAFTS, DEBATES, SOURCES, AND ORIGINS* §9.1.3.8, at 330 (1997). 訳は、斎藤眞・五十嵐武士(斎藤解説)『アメリカ革命』131頁〔五十嵐訳〕(1978年)を参照した。
- (98) これら6邦の自己負罪条項については、COGAN, *supra* note 97, §9.1.3.1, at 328 (Del.), §9.1.3.2, at 328 (M.L.), §9.1.3.3.b, at 328 (Mass.), §9.1.3.4, at 329 (N.H.), §9.1.3.5, at 329 (N.C.), §9.1.3.6.a, at 329 (Pa.)。これらの自己負罪条項のうち、他と若干異なっているのは、デラウエア、メリーランドのそれである。他の邦はバージニア権利宣言第8条をほぼそのまま引き写したかのような規定を設け、自己負罪条項を陪審裁判の保障等と併せて一条とするという体裁を採っているのに対し、この2邦は自己負罪条項を独立の一条としている。またこの2邦は、他の邦にみられる「刑事訴追において」といった文言を欠いており、他方で、「コモン・ローの裁判所において」(デラウエア)、「コモン・ローその他の裁判所において」(メリーランド)という他の邦にはない文言が付け加わっている(メリーランドに関しては、さらに「ただし、本邦においてそれがこれまで一般に行われてきた場合、又は立法府によ

- って以後それが命じられる場合は別とする (but in such cases as have been practised in this State, or may hereafter be directed by the legislature)」との一文が加えられている。この「但書き」の意義については、see LEVY, *supra* note 11, at 410; Moglen, *supra* note 78, at 135)。
- (99) マサチューセッツでは「自己を告発し、自己に不利益な証拠を引き渡すこと (to accuse, or furnish evidence against himself)」となっている。ニューハンプシャーもほぼ同様である。
- (100) その理由については、田中英夫『アメリカ法の歴史上』133-136頁(1968年)など参照。
- (101) 同前131-132頁。
- (102) See COGAN, *supra* note 97, §9.1.2, at 326-28.
- (103) *Id.* §9.1.1.1.a, at 315.
- (104) また、ここでは、邦憲法の多数及び4邦の案と異なり、自己負罪条項は、陪審裁判の保障等についての規定とは切り離され、別の条文におかれている(陪審裁判の保障等についての規定は、修正6条として成立することになる)。
- (105) COGAN, *supra* note, §9.2.1.2, at 330-31 (remarks of John Laurence, N.Y.).
- (106) もっとも、この点については、当時、“witness”とは「証拠(evidence)を提出する者」を意味しており、修正5条の文言は実質的には邦憲法などのそれと同じものだと考えられていたという説がある。この点、確かに、原案の審議過程において「刑事事件において」という文言を追加する旨が提案された際にも、提案者は「〔原案の〕何人も…証拠を提出するよう強要されない、という部分」と発言したかのよう記録されている(*id.*)。そして、論者によれば、このような「証拠を提出する」などの文言が採用されたのは、自己負罪の文書を提出するよう命令することを禁じたモン・ローの判例(前注(93)参照)が憲法起草者達の念頭にあったからだということになる(Nagareda, *Compulsion “to be a Witness” and the Resurrection of Boyd*, 74 N.Y.U. L. REV. 1575, 1605-23 (1999))。
- (107) このような修正がなされた理由については、see LEVY, *supra* note 11, at 425-26.
- (108) Moglen, *supra* note 78, at 139.
- (109) 以下の叙述は、基本的に、Witt, *Making the Fifth: The Constitutionalization of American Self-Incrimination Doctrine, 1791-1903*, 77 TEXAS L. REV. 825 (1999)に依拠している。なお、19世紀アメリカの自己負罪拒否特権についての近年の文献としては、他に、Hazlett, *The Nineteenth Century Origins of the Fifth Amendment Privilege against Self-Incrimination*, 42 AM. J. LEGAL HIST. 235 (1998) が、同時期のイギリスについては、Smith, *The Modern Privilege: Its Nineteenth-Century Origins*, in HELMHOLZ ET AL., *supra* note 12, at 145がある。
- (110) Witt, *supra* note 109, at 833. なお、修正5条に初めて言及した判例は、United States v. Quitman, 27 F.Cas. 680 (C.C.E.D.La.1854) (No.16,111)だといわ

- れている (Hazlett, *supra* note 109, at 240-41)。
- (111) なお、判例以外のもので、当時の自己負罪条項の理解を示すものとしては、後注(112)参照。
- (112) Moglen, *supra* note 78, at 141-42. もっとも、被疑者尋問の文脈において自己負罪条項に言及されることが全くなかったわけではない。この点、例えば、19世紀初めにアメリカで出版された治安判事手引書においては、自己負罪条項は、宣誓の上で被疑者を尋問することを禁じる論拠とされていた (*id.* at 142-43)。ここでは、自己負罪条項は、先にみた17・18世紀コモン・ローにおける *nemo tenetur* 原則を憲法が明文化したものと理解されているといえよう。なお、宣誓に基づく尋問によって採取された自白は、一その論理はいま一つ明確ではないが一自白法則によって排除されるべきものとされていた (Witt, *supra* note 109, at 834; *see also* Smith, *supra* note 109, at 155-56)。
- (113) なお、メアリ拘禁法による被疑者尋問については、イギリスでは、1848年の法律(11 & 12 Vict. c. 42 (Sir John Jervis' Act))により、「黙秘権」告知制度を導入するという改革がなされることになる(同法につき、*see* Freestone & Richardson, *Sir John Jervis and his Acts*, 1980 CRIM. L. REV. 5 [紹介として、大野真義ほか「イギリス刑事法の形成(その3・完)」阪大法学131号275-282頁(1984年)参照])。そして、19世紀後半以降、被疑者の供述採取の機能は、新たに成立した警察による取調べに受け継がれていくことになる。以上につき、羽山忠弘「英国における供述拒否権告知制度の沿革」警察学論集10輯76頁以下(1950年)、多田辰也『被疑者取調べとその適正化』309頁以下(1999年)など参照。
- (114) このルールの沿革については、2 J. H. WIGMORE, EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW §575 (Chadborn rev. 1961)。
- (115) *See* Moglen, *supra* note 78, at 140.
- (116) *See* Smith, *supra* note 109, at 158.
- (117) Witt, *supra* note 109, at 840-43.
- (118) *See* Smith, *supra* note 109, at 157.
- (119) Witt, *supra* note 109, at 843-48. なお、名誉にかかわる事項等についても証言拒絶権が及ぶとなると、刑事免責はおよそ不可能となるはずであるが、この点は問題として意識されていなかったようである (*id.* at 844)。
- (120) アメリカでは、1900年までに、ジョージアを除く全ての州で、被告人の証人適格が認められるようになった(ジョージアの被告人証人適格承認は、1962年)。被告人の証人適格否定ルールが廃止される過程については、*see* Bodansky, *The Abolition of the Party-Witness Disqualification: An Historical Survey*, 70 KY. L. J. 91 (1981-82)。
- (121) Langbein, *Evidence*, *supra* note 57, at 1172. 現代的証法法の生成過程については他に、*see, e.g.,* Gallanis, *The Rise of Modern Evidence Law*, 84 IOWA L. REV. 499 (1999)。

- (122) Witt, *supra* note 109, at 860.
- (123) この点については、see Fisher, *The Jury's Rise as Lie Detector*, 107 YALE L. J. 575 (1997); see also Witt, *supra* note 109, at 851-52.
- (124) Langbein, *Evidence*, *supra* note 57, at 1194; see also Witt, *supra* note 109, at 860-68.
- (125) Witt, *supra* note 109, at 868-69.
- (126) See *id.* at 876-87.
- (127) See *id.* at 875-76.
- (128) *People ex rel. Hackley v. Kelly*, 24 N.Y. 74 (1861).
- (129) See *id.* at 81.
- (130) *Id.* at 82-84.
- (131) Witt, *supra* note 109, at 894.
- (132) See *id.* at 900.
- (133) *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886).
- (134) *Id.* at 634.
- (135) See *id.* at 630, 633.
- (136) *Id.* at 634-35. なお、文書それ自体に修正5条の保護が及ぶという本判決のルールは、後の判例によって否定されている (*Fisher v. United States*, 425 U.S. 391 (1976) [本判決については、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究第1巻』53頁以下〔神坂尚〕(1982年参照)]。また、コモン・ローにおける文書提出強制の禁止につき、前注(93)参照。
- (137) *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892).
- (138) See Act of Feb. 25, 1868, ch.13, 15 Stat. 37.
- (139) 142 U. S. at 586. このカウンスルマン判決を受けて、議会は行為免責法を制定することになる (Act of Feb. 11, 1893, 27 Stat. 443)。もともと、本判決においては、いわゆる派生的使用免責 (use and derivative use immunity) であれば憲法に反しないとされる可能性も示唆されていた (142 U.S. at 566. 後に、最高裁は、このような立場を採ることを明言することになる。 *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972) [本判決については、『英米判例百選 I 公法』184頁以下〔田宮裕〕(1978年)など参照])。
- (140) *Counselman*, 142 U. S. at 584.
- (141) もともと、自己負罪条項の保護の対象となるのは被告人のみであって証人にはその保護は及ばないという解釈を採ることも、選択肢としては有り得たのではないかと思われる (修正5条に関してではないが、そのような解釈が実際に存在したことにつき、Witt, *supra* note 109, at 876)。この点について、Hazlett, *supra* note 109は、本文が依拠しているウィットの見解とは異なり、ポイド判決までは修正5条の「刑事事件において」という文言が「文字通りの意味 (plain meaning)」 (*id.* at 242) に理解され、憲法は被告人にのみ保護を与えるものだと考えられていたと

している(この点についてはまた、Witt, *supra* note 109, at 893-94 n.293)。

- (142) Witt, *supra* note 109, at 894-95.
- (143) Stuntz, *supra* note 53, at 419-33; Lillquist, Note, *Constitutional Rights at the Junction: The Emergence of the Privilege against Self-Incrimination and the Interstate Commerce Act*, 81 V.A. L. REV. 1989 (1995).
- (144) 経済的実体的デュー・プロセス論については、田中英夫『デュー・プロセス』150-201頁(1987年)、松井茂記『アメリカ憲法入門 [第4版]』257-263頁(2000年)など参照。
- (145) See Stuntz, *supra* note 53, at 423-24.
- (146) See *id.* at 421-22. これは、先にみた、信教の自由等の実体的権利が確立されていないという時代的制約の中で、これらの自由の侵害に対抗する手段として「自己を告発する義務なし」という主張がなされたというのと、構図としては同じだといえることができる(本文二2(2)参照)。
- (147) See *id.* at 428-33. この時期の判例としては、例えば、名誉に関わる事項についての自己負罪条項の保護を否定するなどして1893年の刑事免責法(前注139参照)の合憲性を確認した、Brown v. Walker, 161 U.S. 591 (1896)がある。なお、このように連邦最高裁の姿勢が変化したのは、経済活動の規制を行う利益と個人の利益を衡量し、当該規制が合理的なものか否かという事例に応じた処理を行うことが可能な実体的デュー・プロセス論などと比べ、自己負罪条項を用いたアプローチがその性質上柔軟性を欠き、事案によっては不当な結果を導く虞があると考えられたこと(*id.* at 431-32)、また、これ以上解釈を広げると経済活動の規制以外の場面一伝統的な犯罪の処理—にも影響を及ぼすことになることが懸念されたためだといわれている(Lillquist, *supra* note 143, at 2035)。
- (148) Alschuler, *supra* note 40, at 201. なお、修正5条の自己負罪条項が被疑者一身柄拘束中の取調べにおける「黙秘権」をも保障するものだということが明確にされたのは、Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966) [本判決についてはわが国においても多数の文献があるが、例えば、芝原邦爾「捜査段階における自白の許容性—ミランダ判決の意味するもの」ジュリスト356号106頁以下(1966年)、田宮裕・[1966] アメリカ法328頁以下、小早川義則『ミランダと被疑者取調べ』(1995年)など参照] によってのことである(なお、19世紀半ばに導入された被疑者尋問における「黙秘権」告知制度につき、前注(113)参照)。
- (149) Hazlett, *supra* note 109, at 235.
- (150) E.g., Murphy v. Waterfront Commission, 378 U.S. 52, 55 (1964).
- (151) 鈴木編・前掲注(136)58頁〔神坂〕参照。近時の判例としては、United States v. Balsys, 524 U.S. 666, 690-93 (1998)が、プライバシー保護によって自己負罪拒否特権の保障を説明することの限界を指摘している。
- (152) 連邦最高裁自身によってそれが認められることもある(e.g., Schmerber v. California, 384 U.S. 757, 762 (1966))。なお、特権保障の理論的根拠をめぐるアメ



リカの議論状況については、*e.g.*, 8 WIGMORE, *supra* note 11, §2251; Friendly, *supra* note 54; Dolinko, *Is There a Rationale for the Privilege against Self-Incrimination?*, 33 UCLA L. REV. 1063 (1986); 3 LAFAYE ET AL., *supra* note 85, §8.14(c)-(e).

(153) なお、そのような特権保障の根拠となる利益は、必ずしも単一でなければならないというわけではないと思われる(この点について、*see* 1 McCORMICK ON EVIDENCE, *supra* note 8, §116, at 457-58)。

(追記) 校正中、伊藤博路「自己負罪拒否特権の確立期についての一考察—イギリス法を中心に」帝塚山法学5号135頁以下(2001年)に接した。本稿でも紹介したラングペインの見解を中心に、自己負罪拒否特権の成立期をめぐる議論について検討がなされている。

(付記) 本稿は、2000年度早稲田大学特定課題研究助成費(課題番号2000A-806)による研究成果の一部である。