

研 究

アメリカ合衆国における捜査段階の黙秘と 不利益推認

A Silence during Investigation and an Adverse Inference in the U.S.

山 田 峻 悠*

目 次

- I. はじめに
- II. 不利益推認禁止原則に関する判例
 - 1. 公判段階における不利益推認禁止原則の展開
 - 2. 捜査段階における不利益推認禁止原則の展開
 - 3. 合衆国最高裁判所の立場と残された問題
- III. デュー・プロセスと捜査段階の黙秘からの不利益推認
 - 1. 合衆国最高裁判所の立場の検討
 - 2. イギリス連合王国からの示唆
- IV. 第5修正と捜査段階の黙秘からの不利益推認
 - 1. 捜査段階における不利益推認禁止原則
 - 2. 実質証拠としての利用と弾劾証拠としての利用の可否
- V. 第5修正と明示的援用原則
 - 1. 明示的援用原則とその例外
 - 2. 不利益推認との関係
- VI. おわりに

I. はじめに

我が国では、被疑者・被告人が黙秘したことから不利益推認を行うことは一切許容できないという立場が長年支配的であるとされてきた¹⁾。これ

* 中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程在学中

1) 例えば、平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）229頁、池田修・前田雅

は、黙秘からの不利益推認を認めることで、被疑者・被告人は結局供述するように強いられることになり、黙秘権を保障した趣旨に反するという理由付けに基づくものであった。一方で、近年では、黙秘から不利益推認を行うことが合理的といえる場合があり、そのような合理的な推論が禁止されなければならない理由はないのではないかという問題意識から、肯定説も支持され始めている²⁾。

このような議論状況の変化の中、肯定説と否定説のいずれも実は十分な論拠を示すことができていないことが明らかになってきているように思われる。とりわけ、検討が不十分である点は、捜査段階の黙秘に関する議論である。我が国の議論の中で、捜査段階の黙秘は、公判段階の黙秘に準じるものとして扱われ、別途検討されてこなかった³⁾。しかし、捜査段階の黙秘は公判段階に比べ、極めてあいまいであるという性質を有している。すなわち、公判段階では、検察官の立証を通じて、被告人が反証を行わなければ有罪にされる状況に追い込まれていると客観的に認識することができる場合があり、それにもかかわらず黙秘していることは反証を行えないことを示す証拠として扱うことができる。これに対して、捜査段階では、被疑者は捜査機関がどのような証拠を有しているのか認識できず、また、例えば、単純に捜査機関に協力したくない等の、有罪とは関連しない理由から黙秘する者もいる。したがって、私見では、公判段階では黙秘からの不利益推認が、そうすることが合理的な一定の場合に許されるという立場

英『刑事訴訟法講義（第5版）』（東京大学出版会、2014年）203頁、酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣、2015年）190-191頁、白取裕司『刑事訴訟法 第7版』（日本評論社、2012年）193頁参照。

- 2) 例えば、法務省法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会では、黙秘からの不利益推認を一定の場合に認める規定の導入が検討事項の一つとされた。法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji14_00070.html（2017年7月4日最終確認）、35-36頁。
- 3) 門野博「黙秘権の行使と事実認定」木谷明編著『刑事事実認定の基本問題』（成文堂、2008年）187頁。

に立つものであるが、捜査段階の黙秘からの不利益推認については公判段階とは別の保護策を必要とするように思われる。

そこで、本稿では、捜査段階の黙秘からの不利益推認に焦点を当てて検討していくが、検討に当たっては、アメリカ合衆国の議論を参照していく。アメリカ合衆国は、黙秘からの不利益推認を行うことは黙秘権の行使に対する制裁に当たることを理由の一つとして公判段階で黙秘したという事実を被告人に不利な実質証拠として用いることを禁止している。このような理論構成は我が国の否定説も前提としていると考えられる。また、アメリカ合衆国では、捜査段階の黙秘を公判段階と区別して議論しており、捜査段階の黙秘からの不利益推認を規律する様々な視点が提示されている。したがって、アメリカ合衆国の議論は我が国の議論に有益な示唆を与えるものであると考える。

以上述べてきた問題意識に基づき、本稿では、まず、合衆国最高裁判所が捜査段階における黙秘からの不利益推認をどのようにとらえてきたのかを概観することにする。後述するように、合衆国最高裁判所は、捜査段階の黙秘からの不利益推認を、①合衆国憲法第14修正のデュー・プロセス条項との関連、②合衆国憲法第5修正（黙秘権保障）との関連、③黙秘権の明示的援用原則との関連、という三つの視点から規律を加えてきている。本稿では、これら三つの観点それぞれについて、合衆国最高裁判所の判例に基づき分析を加えていくことにする。最後に、これらアメリカ合衆国の議論が我が国の議論に与える示唆について整理する。

なお、本稿で黙秘からの不利益推認という場合、黙秘した事実を被告人に不利な実質証拠として用いる場合と、弾劾証拠として用いる場合の双方を含むものとして用いることとする。

II. 不利益推認禁止原則に関する判例

本章では、アメリカ合衆国最高裁判所が捜査段階の黙秘からの不利益推認をどのような観点から規律してきたのかを検討する。アメリカ合衆国最

高裁判所は、公判段階の黙秘を出発点とし、捜査段階の黙秘へと議論を展開してきた。そこで、本章では、まず公判段階の黙秘からの不利益推認に関する先例を確認⁴⁾してから、捜査段階の黙秘からの不利益推認に関する議論を概観していくことにする。

1. 公判段階における不利益推認禁止原則の展開

黙秘からの不利益推認に関するリーディングケースは、*Griffin v. California*, 380 U.S. 609 (1965)⁵⁾である。*Griffin*では、公判において被告人が証言を行わなかったことに対して、説明若しくは否認を行うことが合理的である事実について証言しなかったことは被告人に対して不利な証拠とすると検察官がコメントを行い、また、裁判所も陪審説示において、そのような推認を行いうる旨を説示したことが第5修正に違反しないかが争われた。合衆国最高裁判所は、このような証言しなかったことへのコメントは第5修正の自己負罪拒否特権の保障に反すると判示した。このように判示する際に合衆国最高裁判所は、証言しなかったことへのコメントは自己負罪拒否特権を行使したことに対して裁判所が“制裁 (penalty)”を科すことになり、また、このようなコメントは、自己負罪拒否特権の行使を困難なものにすることで自己負罪拒否特権を否定 (cut off) することになるという理由付けを行った。

この理由付けをみれば、*Griffin*は、不利益推認を行うことそれ自体というよりも裁判所および検察官が黙秘したことに対してコメントしたことへ懸念を示していたようにもみえ、陪審がコメントを受けることなく自らの判断で不利益推認をすることまでは禁じていないと解する余地もあっ

4) 公判段階の黙秘に関する議論の詳細は、拙稿「アメリカにおける自己負罪拒否特権の行使と不利益推認」比較法雑誌51巻1号191頁(2017年)参照。

5) *Griffin*については、小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁Ⅳ—自己負罪拒否特権、(付)セントラルパーク事件』(成文堂、2014年)157頁参照。

た。しかし、*Griffin* 以後の *Lakeside v. Oregon*, 435 U.S. 333 (1978)⁶⁾ や *Carter v. Kentucky*, 450 U.S. 288 (1981)⁷⁾ では、陪審が“自身の感情に従って自由に”推認できるのであれば、*Griffin* と同様の制裁が自己負罪拒否特権を行使したことに対して科されることになる等とされ、黙秘から不利益推認を行うことそれ自体が許されないことを明らかにした。これら一連の判例を通じて、証言しなかったことを被告人に不利に扱うことを禁止する不利益推認禁止原則が確立されたといえることができる。

とはいえ、我が国とは異なり、合衆国最高裁判所は黙秘からの不利益推認を一切禁止するのではなく、黙秘から不利益推認が行われる場合を①実質証拠としての利用と②被告人の抗弁の弾劾目的での利用に区別して、前者についてのみ不利益推認禁止の原則が適用されるという立場を採用してきた⁸⁾。

Raffel v. United States, 271 U.S. 494 (1926) では、被告人が一度目の公判において証言台に立たなかったが、二度目の公判において政府側の証言に反証を行うために証言台に立ったところ、政府側が一度目の公判で証言しなかったことを被告人の証言の信頼性を弾劾する証拠として用いたことが第5修正に違反しないかが争われた。被告人は証言台に立つことで自己負罪拒否特権を放棄していたのであるから、他の証人と同じように自身の証言の信頼性を弾劾する反対尋問にさらされることになるとの理由から、合衆国最高裁判所はこのような黙秘の証拠利用を合憲とした。

Raffel は *Griffin* 以前の判断であり、黙秘の利用を禁止した *Griffin* と矛盾する判断ともいうことができたが、*Jenkins v. Anderson*, 447 U.S. 231 (1980)⁹⁾ において合衆国最高裁判所は、*Raffel* と *Griffin* は調和するもので

6) *Lakeside* については、渥美東洋編『米国刑事判例の動向Ⅱ』（中央大学出版社、1989年）36頁（第5事件 瀬川憲吾執筆）、小早川・前掲注5）、163頁参照。

7) *Carter* については、小早川・前掲注5）、186頁。

8) Kenneth S. Broun, et. al., *McCOMICK ON EVIDENCE*, §127, 735 (7th ed., 2013).

9) *Jenkins* については、渥美東洋編『米国刑事判例の動向Ⅰ』（中央大学出版社、

あることを明らかにした。すなわち、この事件において合衆国最高裁判所は、*Griffin* は黙秘を実質証拠として利用することを禁止した判例であると解釈し、黙秘を弾劾目的で利用した *Raffel* は依然として有効であるととらえたのである¹⁰⁾。*Jenkins* については次節で詳述する。

2. 捜査段階における不利益推認禁止原則の展開

上述した公判段階での黙秘からの不利益推認について、合衆国最高裁判所は第5修正に基づき規律を加えてきた。一方で、合衆国最高裁判所は、捜査段階の黙秘について第5修正だけに基づくのではなく、第14修正のデュー・プロセスの観点からも規律を加えてきている。以下では、議論を整理するために第5修正の観点と第14修正の観点を区別して検討していく。

(1) デュー・プロセスからの要請

デュー・プロセスの観点から捜査段階の黙秘からの不利益推認を規律するという考えが最初に示されたのは、*United States v. Hale*, 422 U.S. 171 (1975)¹¹⁾である。この事件において、被疑者が身柄拘束下に置かれミランダ警告を与えられた後¹²⁾に黙秘した事実を公判で被告人として行った証言を弾劾する目的で利用することが許されるかが争われた。この事件で法廷意見は下級裁判所に対する監督権 (supervisory power) を行使して事件を処理し、憲法上の争点に立ち入ることはなかったが、ホワイト裁判官の

1989年) 119頁 (第9事件 中野目善則担当)、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究 2巻』(成文堂、1986年) 74頁(萩原滋担当) 参照。

10) 渥美・前掲注6)、127頁注1参照。

11) *Hale* については、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究 第1巻』(成文堂、1982年) 135頁(神坂尚担当) 参照。

12) ①被疑者は黙秘権を有していること、②供述したことはのちの公判において被疑者に不利な証拠として用いられること、③弁護人と接見することができること、④もし弁護人を雇う資力がない場合には、国選弁護人を付与されること、の4点につき権利告知を行い、この権利告知を欠いてなされた供述は不任意なものとして強く擬制されることになる。*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

結論賛成意見では次のような見解が示された。すなわち，“被告人が捜査段階でミランダ警告を受け黙秘した場合に，検察官がこの黙秘に陪審の注意を向け，黙秘していたことを理由として被告人の公判での証言の信頼性に関して不利益な推認を行うように求めることはデュー・プロセスと調和しない。被告人は黙秘が被告人に対して不利益に用いられるとは告知されておらず，ミランダ警告を受けた者は誰もそのように黙秘が利用されるとは考えないだろう”¹³⁾。

Doyle v. Ohio, 426 U.S. 610 (1976) では，このデュー・プロセスによる規律が法廷意見により明示的に採用されることになった。この事件において，被告人が捜査段階において身柄拘束下でミランダ警告を受けた後の取調べの際に言及しなかった抗弁を，後の公判においてはじめて提出したところ，検察官が捜査段階ではその抗弁に言及していなかったことを弾劾目的で用いたことが合衆国憲法に反しないのかが争われた¹⁴⁾。政府側は，被告人の黙秘を実質証拠として利用するのではなく，被告人の証言の弾劾という限定的な目的で利用しているにすぎず，また，被告人の証言に反対尋問を加える重要性に照らせば，この事件で黙秘を利用したことは憲法上許容できると主張した。これに対して，合衆国最高裁判所は次のような理由に基づきこの政府側の主張を退け，ミランダ警告を受けた後の黙秘を弾劾目的で利用することは第14修正のデュー・プロセスに反するとした。すなわち，第一に，ミランダ警告を受けた後の黙秘はミランダ上の権利の行使にすぎず，そのように権利行使した理由は極めてあいまいであり，証拠としての価値が低いこと，第二に，ミランダ警告により明示的に告知されていないが，ミランダ警告は黙秘したことに制裁 (penalty) を課されないという保障を被疑者に黙示的に与えるものであるので，ミランダ警告を受けた後に行われた黙秘を公判での証言を弾劾する目的で用いることは根本

13) United States v. Hale, 422 U.S. 171, 182-183 (1975) (White, J., concurring opinion).

14) デュー・プロセス以外にも様々な論点が挙げられていたが，合衆国最高裁判所はその他の論点には判断を示さなかった。

的に不公正で、デュー・プロセスを侵害することになる、という理由である。

この *Doyle* の理由付けは、ミランダ警告により与えられる黙示的な保障を政府が破ったことがデュー・プロセス違反に当たると解しているように思われるが、*Jenkins v. Anderson*, 447 U.S. 231 (1980) において合衆国最高裁判所はさらに説明をつけ加えた。*Jenkins* において、被告人は謀殺事件を行った2週間後に自首をし、逮捕されたが、公判において正当防衛の抗弁を提出した。これに対して、政府側は逮捕前の2週間にわたって被告人が自首しなかった点を被告人が黙秘していたとみて、この事実を被告人の抗弁を弾劾する目的で用いたため、このような身柄拘束を受けずミランダ警告を受ける前の黙秘を弾劾目的で利用することが合衆国憲法に反しないかが争われた。合衆国最高裁判所は、この事件における黙秘は、身柄不拘束下・ミランダ警告前に行われたのであるから、被告人は政府の行為により黙秘するように誘導 (induce) されたのではなかったとし、本件に *Doyle* 原則は当てはまらず、したがって、黙秘を弾劾目的で利用しても第14修正のデュー・プロセスに反しないと結論づけた。すなわち、*Jenkins* によれば、*Doyle* において黙秘を弾劾目的で利用することがデュー・プロセス違反に当たるとされたのは、ミランダ警告により黙秘権を告知し、黙秘権を行使したことを後の公判で利用しないと約束することで、政府側が被告人を黙秘するように誘導したにもかかわらず、その約束を破り黙秘を利用したためであるということが出来る。

このように合衆国最高裁判所は、ミランダ警告が与えられたか否かを基準としてデュー・プロセスの保護を与えている。そして、さらに、*Fletcher v. Weir*, 455 U.S. 603 (1982) (Per Curiam) は、たとえ身柄拘束下にあったとしてもミランダ警告前であれば黙秘したことを弾劾目的で利用することを認めている¹⁵⁾。

15) この事件において、身柄拘束下・ミランダ警告前に行われた黙秘を弾劾目的で利用したことがデュー・プロセスに反しないかが争われた。下級裁判所では、逮捕それ自身が被告人に黙秘するように黙示的に誘導する政府の行為であ

また、ミランダ警告が与えられた場合には、どのような黙秘の利用方法であっても禁止されることが示唆されている。Wainwright v. Greenfield, 474 U.S. 284 (1986)¹⁶⁾において、政府側が身柄拘束下でミランダ警告が与えられた後になされた黙秘を責任能力 (sanity) を証明する証拠として用いたことがデュー・プロセスに反しないかが争われた。政府側は、責任能力の証明は、根底となる犯罪を実行したことの証明とは全く異なるものであり、したがって、Doyle の理由付けは当てはまらないと主張した¹⁷⁾。これに対して、合衆国最高裁判所は、Doyle の判示のポイントは、黙秘を利用しないと逮捕された者に約束し、その後黙秘を弾劾目的で利用することでその約束を破ったことが基本的に不公正であるとした点にあり、責任能力を証明するために黙秘を利用することでこの約束を破ることも同様に不公正であるとし、この事件での黙秘の利用はデュー・プロセスに反すると判示した。すなわち、どのような目的であっても、黙示的に約束を行い、その約束を破り、その結果として刑罰を科したという意味では同じであるとされたのである。

一方で、Doyle 原則は被疑者が取調べにおいて単純に黙秘した場合のみに限定されてきた。Anderson v. Charles, 447 U.S. 404 (1980) (Per Curiam) では、身柄拘束下に置かれミランダ警告が与えられた後の取調べにおいて

るとし、Doyle を拡張しようとした。これに対して、合衆国最高裁判所は、Doyle は黙秘を利用しないという保障を政府側から受けた後で行われる黙秘の利用を禁じたのであり、ミランダ警告に具体化されるそのような保障を受ける前においてなされた黙秘を弾劾目的で利用してもデュー・プロセスに反しないとした。

16) Wainwright については、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究 4巻』(成文堂、1994年) 84頁(平澤修担当) 参照。

17) 合衆国最高裁判所は、政府側とは異なり、この事件において黙秘は主たる争点の積極的証明として用いられたと特徴づけ、このような黙秘の利用はとりわけデュー・プロセスを害するとした。というのも、この証拠を排除しても偽証を行うことを妨げられなくなる危険を生じさせないためである。Wainwright v. Greenfield, 474 U.S. 284, 292 note 8 (1986).

行った事実の説明とは異なる事実を公判において被告人が抗弁として提出したところ、取調べにおいては述べられていなかったとしてその証言を政府側が弾劾したことがデュー・プロセスに反しないかが争われた。合衆国最高裁判所は、この政府側の反対尋問を単に供述の不一致部分を明らかにするためのものであったと特徴づけ、このような反対尋問に *Doyle* 原則は適用されないと判断した。ミランダ警告を受け、任意に供述を行った被告人は、黙秘するように政府側から誘導されたとはいえず、このように被疑者が取調べにおいて何らかの抗弁を提出していた場合には *Doyle* 原則は当てはまらないとされたのである。

(2) 黙秘権（自己負罪拒否特権）からの要請

第5修正の観点から捜査段階の黙秘からの不利益推認を規律しようとする立場は *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) の法廷意見の註釈ですでに示されていた。すなわち、“警察による身柄拘束下において個人が自己負罪拒否特権を行使したことに制裁を加えることは許容できない。したがって、検察官は、被告人が告発に直面して沈黙した (*stand mute*) という事実、あるいは、自己負罪拒否特権を援用したという事実を公判において証拠として用いることはできない”¹⁸⁾。

このように合衆国最高裁判所は、捜査段階で黙秘した事実を被告人に不利な実質証拠として用いることは第5修正上許容されないことを傍論で示唆したが、その後判決理由においてこの見解を明示的に採用することを回避してきた。

前述した *Jenkins* において、身柄不拘束下・ミランダ警告前の黙秘を弾劾目的で利用したことが第5修正に違反しないかについても争われていた¹⁹⁾。合衆国最高裁判所は、黙秘したことがのちに弾劾目的で利用されれば黙秘できなくなりうることを認めつつも、合衆国憲法は、政府側が憲法上の権利の行使を困難にすることをすべて禁止するものではないとした。

18) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 468, note 37 (1966).

19) 合衆国最高裁判所は、身柄不拘束下・ミランダ警告前の黙秘に第5修正の保護が及ぶかについては判断を留保するとした。

そして、重要な問いは、そのような困難を課すことがその権利の背景にあるポリシーを相当程度損なうことになるか否かだとした。合衆国最高裁判所は、① *Raffel* において、黙秘を弾劾目的で利用することを許しても第5修正上の権利を行使することに許容できないような負担を課すものではないと示していたこと、② *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971)²⁰では、ミランダ違反で得られた供述を弾劾目的で利用することが第5修正に違反するという主張を否定する際に、被告人に偽証を行う権利はなく、一度証言台に立てば、すべての質問に答える義務があると述べられていたこと、③黙秘を弾劾目的で利用することを認めることで、被疑者の以前の矛盾する供述や行動を精査することができ、刑事手続きの信頼性を向上できることを挙げ、少なくとも黙秘を弾劾目的で利用することは第5修正に違反しないと判断した。

このように *Jenkins* では、偽証防止の観点から捜査段階で黙秘した事実を弾劾目的で利用することは第5修正上の権利に許容できないような負担を課すものではないとされたが、第5修正に基づいて実質証拠として黙秘した事実を利用できるかについては判断されなかったのである。

近年でも *Salinas v. Texas*, 570 U.S. ___, 133 S.Ct. 2174 (2013) において合衆国最高裁判所はこの点につき判断する機会を得たが、黙秘権の明示的援用がなかったことを理由に第5修正の保護が及ばないとし、再び実質証拠としての利用の可否に関する判断を回避した。この事件では、警察署へ任意同行後、身柄拘束を受けずミランダ警告が与えられる前の取調べにおいて被告人は自身の犯罪に関する質問をなされた際に沈黙した。合衆国最高裁判所は、被告人は黙秘権を明示的に援用しておらず、したがって、第5修正の保護が及ばないと判断することで、不利益推認を行っても第5修正上の問題は生じないと判示した。第5修正の保護を受けるためには黙秘権

20) *Harris* については、小早川義則『ミランダと被疑者取調べ』(成文堂、1995年)108-110頁参照。この事件において合衆国最高裁判所は、ミランダ法理に違反して得られた供述を被告人の信頼性を弾劾する目的で利用することを認めた。

を明示的に援用しなければならないという原則を合衆国最高裁判所は採用してきたが²¹⁾、*Salinas* の複数意見は単に沈黙したのみではこの明示的な援用には当たらないと判断した。この明示的援用原則の下でも、例えば、身柄拘束下の取調べのような、政府側の圧力により自己負罪拒否特権を任意に行使できない状況に被疑者・被告人が置かれた場合に例外として明示的援用の要件を求めない²²⁾が、*Salinas* においては、被告人が、任意に警察署に赴き、また、退去の自由がある状態で取調べを受けていたことから、被告人はこのような圧力の下にはなく、明示的援用原則の例外には当たらないと判断された。

3. 合衆国最高裁判所の立場と残された問題

以上述べてきた先例を踏まえると、合衆国最高裁判所は捜査段階の黙秘からの不利益推認について主に第14修正に基づいて規律を加えてきたといえる。すなわち、合衆国最高裁判所は、第14修正の観点から、一度ミランダ警告がなされれば、実質証拠としての利用であれ弾劾証拠としての利用であれ、黙秘から不利益推認を行うことはデュー・プロセスに反することになると判断してきた²³⁾。一方で、第5修正の観点からは、少なくとも黙秘を弾劾目的で利用することは黙秘権保障に反しないとしているが、黙秘を実質証拠として用いることが禁止されるのかについては判断を回避してきた。

合衆国最高裁判所は、これら第14修正と第5修正の保障が及ぶ範囲につ

21) *Minnesota v. Murphy*, 465 U.S. 420 (1984); *Robert v. United States*, 445 U.S. 552 (1980); *Garner v. United States*, 424 U.S. 648 (1976); *Rogers v. United States*, 340 U.S. 367 (1951); *United States v. Sullivan*, 274 U.S. 259 (1927); *Vajtauer v. Commissioner of Immigration*, 273 U.S. 103 (1927).

22) *Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493 (1967); *Lefkowitz v. Cunningham*, 431 U.S. 801 (1977); *Lefkowitz v. Turley*, 414 U.S. 70 (1973).

23) Adam M. Hapner, *You Have the Right to Remain Silent, But Anything You Don't Say May be Used Against You: The Admissibility of Silence as Evidence After Salinas v. Texas*, 66 Fla. L. Rev. 1763, 1769–1770 (2014).

いて、①身柄不拘束下・ミランダ警告前、②身柄不拘束下・ミランダ警告後、③身柄拘束下・ミランダ警告前、④身柄拘束下・ミランダ警告後、という四つの段階に黙秘が行われた状況を区別して検討を加えてきた。以下では、それぞれの段階でなされた黙秘からの不利益推認に関して、合衆国最高裁判所がどのように解釈しているのかを整理する。

まず、①身柄不拘束下・ミランダ警告前について、第14修正の観点からは、ミランダ警告を与えられる前であるため、Doyle 原則は適用されない。また、第5修正の観点からは、少なくとも黙秘権（自己負罪拒否特権）の明示的援用がなければ、何ら保護を受けることはできない²⁴⁾。黙秘権の明示的援用がなされた場合については判断を留保している。②身柄不拘束下・ミランダ警告後について、第14修正の観点からは、ミランダ警告後であるため、Doyle 原則が適用される²⁵⁾。一方で、第5修正の保障に関しては①の場合と同様と思われる²⁶⁾。③身柄拘束下・ミランダ警告前について、第14修正の観点から保護されないが、身柄拘束下にあることから、自

24) 下級裁判所では、黙秘権は身柄拘束下に限られず、犯罪の捜査の過程で取調べを受ける者も行使しうること、身柄不拘束下であっても官憲が被疑者を捜査する目的で取調べを行い、被疑者もそれを認識したうえで沈黙した場合には自己負罪拒否特権の援用に当たることなどを理由に第5修正上の保護が及ぶと解し、Griffin 原則を適用する判例がみられる。See, e.g., Savory v. Lane, 832 F.2d 1011 (7th Cir. 1987); Coppola v. United States, 878 F.2d 1562 (1st Cir. 1991); United States v. Burson, 952 F.2d 1196 (10th Cir. 1991); Combs v. Coyle, 205 F.3d 269 (6th Cir. 2000); United States v. Okatan, 728 F.3d 111 (2nd Cir. 2013); Abby v. Howe, 742 F.3d 221 (6th Cir. 2014).

25) See, Salinas v. Texas, 570 U.S. ___, 133 S.Ct. 2174, 2182, note 3 (2013). 前述のように、この事件では、身柄不拘束下・ミランダ警告前の黙秘が問題とされ、被告人は第5修正違反の他にデュー・プロセス違反も主張した。合衆国最高裁判所は、もし被告人がミランダ警告を受けていれば、Doyle 原則が適用されたことに疑いはないが、被告人はミランダ警告を受ける前であったことを理由に被告人の主張を退けている。

26) 下級裁判所においても第5修正から検討を行ったものはみられない。See, e.g., Fencil v. Abrahamson, 841 F.2d 760(7th Cir. 1988); Kappos v. Hanks, 54 F.3d 365 (7th Cir. 1995).

己負罪拒否特権の明示的援用がなくても第5修正上の保護が及ぶと解される²⁷⁾。最後に、④身柄拘束下・ミランダ警告後において、第5修正および第14修正のいずれの観点からも保護が及ぶと解される。しかし、第5修正の観点に関しては、被疑者が質問に対して部分的に選択し黙秘した (selective silence) 場合にも保護が及ぶのかについては下級裁判所で争いがあり²⁸⁾、さらに、第5修正による保護を受けるためには別途黙秘権の明示的な援用が必要であると示唆する判例がある²⁹⁾。

このような合衆国最高裁判所の立場に関しては以下の点について検討を必要とするように思われる。第一に、デュー・プロセス条項による不利益

27) 下級裁判所では、ミランダ警告が与えられてはじめて被告人は供述を強要されることになるのであって、ミランダ警告以前には黙秘権保障が及ばないとする裁判例もみられた。See, *United States v. Love*, 767 F. 2d 1052 (4th Cir. 1985); *United States v. Rivera*, 944 F. 2d 1563 (11th Cir. 1991); *United States v. Frazier*, 394 F. 3d 612 (8th Cir. 2005); *United States v. Osuna-Zepeda*, 416 F. 3d 838 (8th Cir. 2005)。とはいえ、多くの法域では、ミランダ警告は第五修正上の権利を保護するための予防的手段であり、第5修正上の権利を作り出すものではないとし、身柄拘束下にあるか否かが重要な問いであることが強調されている。See, *United States v. Whitehead*, 200 F. 3d 634 (9th Cir. 2000); *United States v. Hernandez*, 948 F. 2d 316(7th Cir. 1991); *United States v. Moore*, 104 F. 3d 377 (D.C. Cir. 1997); *United States v. Velarde-Gomez*, 269 F. 3d 1023 (9th Cir. 2001); *United States v. Bushyhead*, 270 F. 3d 905 (9th Cir. 2001)。

28) この場合に不利益推認を許容する裁判例は、供述することで権利放棄を行った被疑者が行った黙秘は、権利放棄された供述の一部を構成するものであり、したがって、黙秘権 (自己負罪拒否特権) を侵害しない等と理由づけている。See, e.g., *United States v. Goldman*, 563 F. 2d 501 (1st Cir. 1977); *United States v. Andujar-Basco*, 488 F. 3d 549(1st Cir. 2007); *United States v. Pando Franco*, 503 F. 3d 389 (5th Cir. 2007); *United States v. Scott*, 47 F. 3d 904 (7th Cir. 1995); *United States v. Burns*, 276 F. 3d 439 (8th Cir. 2002)。一方で、不利益推認を禁止する裁判例は、黙秘権はオールオアナッシングのものではなく、官憲が行った個々の質問ごとに保障されるものであると理由付けを行っている。See, e.g., *McBride v. Superintendent, SCI Houtzdale*, 687 F. 3d 92 (3rd Cir. 2012); *Hurd v. Terhune*, 619 F. 3d 1080 (9th Cir. 2010); *United States v. May*, 52 F. 3d 885 (10th Cir. 1995)。

29) *Berghuis v. Thompkins*, 560 U.S. 370 (2010)。

推認禁止原則の理由付けについてである。Doyle 原則の下では、ミランダ警告が与えられたか否かが分水嶺となる。したがって、たとえ身柄拘束下にあったとしてもミランダ警告前にはこの観点からの保護が一切及ばないことになる。このような結論が妥当であるのか検討する必要がある。

第二に、捜査段階の黙秘からの不利益推認が第5修正の観点から禁止されるかについてである。合衆国最高裁判所はこの点について判断を避けてきているが、公判段階で黙秘について示された“自己負罪拒否特権を行使したことに対する制裁に当たる”という理由付けが捜査段階においても当てはまるのか、当てはまるとして、不利益推認は一切許容できないのか、あるいは、許容する余地があるのかそれぞれ検討を行う必要がある。

第三に、黙秘権（自己負罪拒否特権）の明示的援用原則についてである。前述のように、ミランダ警告が与えられる前の段階において、デュー・プロセスの保護は及ばず、したがって、第5修正による規律が重要となるが、身柄不拘束下での取調べでは明示的援用が行われたい限り保護が及ばないとしている。このような合衆国最高裁判所の立場には多くの批判が寄せられており³⁰⁾、明示的援用を求める理由とその妥当性について検討する必要がある。

次章以降では、これら三つの論点について検討していくことにする。

III. デュー・プロセスと捜査段階の黙秘からの不利益推認

1. 合衆国最高裁判所の立場の検討

合衆国最高裁判所は、一度ミランダ警告がなされれば、如何なる目的で

30) See, e.g., P. Green, *Pre-Arrest, Pre-Miranda Silence: Question Left Unanswered by Salinas v. Texas*, 7 Ariz. Summit L. Rev. 395, 407-410 (2013); H. Gee, *Salinas v. Texas: Pre-Miranda Silence Can Be Used Against a Defendant*, 47 Suffolk U. L. Rev. 727 (2014); B. Donovan, *Why Salinas v. Texas Blurs the Line between Voluntary Interviews and Custodial Interrogations*, 100 Cornell L. Rev. 213, 228-234 (2014).

あれ、黙秘を不利益に扱うことを禁止してきた。これは、ミランダ警告には、警告に従って黙秘したことを不利益に扱われないという黙示的な保障が含まれており、黙秘を被告人に不利な証拠として利用することはこの黙示的な保障に反し不公正であるという理由に基づくものであった。このように捜査段階における黙秘からの不利益推認を一律に禁止しようとする立場を合衆国最高裁判所が採用したのは、*Doyle* で強調されたように、捜査段階の黙秘は極めてあいまいであり、黙秘したとの事実が持つ証拠としての価値が低いことを理由とするものであると考えられる。すなわち、捜査段階の黙秘は必ずしも有罪とは関連せず、このような黙秘から不当な推認が行われる危険性が高いといえる一方で、証拠としての価値は低いのであるから、不利益推認を認めることはデメリットの方が大きいという判断が背景にあるように思われる。

とはいえ、この理由付けがどれほど説得的であるのかは疑問が残る。第一に、黙秘を証拠利用されないという保障がなぜミランダ警告により与えられることになるのかという点である。*Miranda* において述べられたように、ミランダ警告は自己負罪拒否特権を身柄拘束下の取調べにおいて保障するための手続き的保護策である³¹⁾。なぜ自己負罪拒否特権それ自体ではなく、ミランダ警告という手続き的保護策が与えられてはじめてそのような保障が生じるのだろうか。この点につき、合衆国最高裁判所は何ら説明を行ってこなかった。第二に、ミランダ警告を与えることで、政府側は被疑者を黙秘するように誘導していると理由付けている点である。ミランダ警告は黙秘権が保障されていることを告知することで供述するか否かを適切に被疑者が選択できるようにすることを目的としている³²⁾。したがって、ミランダ警告は、もし選択するのであれば、黙秘することができるかと被疑者に告知しているにすぎず、政府側が被疑者に積極的に黙秘を行うように促しているわけではない。第三に、仮にこの理由付けを受け入れると

31) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 467–473 (1966).

32) *Ibid.*

しても、すべての場合にこの理由付けが当てはまるわけではないという点である。この理由付けは、被疑者がミランダ警告の内容を信じて、それに被疑者が依拠したことを前提にしている。しかし、例えば、自身に不利な状況を示されて、その状況について説明を行うように求められるにもかかわらず沈黙したような場合には、単純に答えに窮して沈黙していたととらえることができる³³⁾。このような場合に上述の前提が必ずしも当てはまるとはいえず、したがって、不利益推認を一律に行いえないとする立場の根拠としては妥当ではないように思われる。

2. イギリス連合王国からの示唆

では、捜査段階の黙秘からの不利益推認をデュー・プロセスの観点から規律する余地はないのだろうか。この点につき、立法により黙秘からの不利益推認を認めるイギリス連合王国の議論が参考になるように思われる。イギリス連合王国では、被疑者に黙秘したことで生じる正確な結果を知らせないことは不公正であると考えられ³⁴⁾、「あなたは黙秘権を有している。しかし、のちの公判で依拠する抗弁に言及しなかった場合、あなたのその抗弁が害される場合がある」という旨の告知がなされない限り、黙秘から不利益推認を行うことはできないとされている³⁵⁾。すなわち、黙秘権が保障されていると考えた被疑者が、黙秘を選択した結果、のちの公判でそのことを不利に扱われれば、そのような黙秘の利用はまさに被疑者にとって不意打ちであるといえ、不公正であることから、黙秘したことに伴う結果を事前に告知することを義務づけているのである。

このような理由付けはアメリカ合衆国においても受け入れることは可能

33) Doyle v. Ohio, 426 U.S. 610, 621-626 (1976) (Stevens, J., dissenting).

34) 拙稿「被疑者の黙秘の不利益推認について」中央大学大学院研究年報法学研究科篇44号331頁、346頁(2014)、「イギリスにおける黙秘からの不利益推認—イギリスの裁判所・ヨーロッパ人権裁判所の法理論・法実務を中心に」中央大学大学院研究年報法学研究科篇45号247頁、248頁(2015年)。

35) Criminal Justice and Public Order Act 1994, ss. 34 (1), 36 (4), 37 (3).

であるだろう。例えば、後に生じる結果を知らずに警察に協力したくないなどの有罪とは関連しない理由から黙秘することを被疑者が選択した場合に、その黙秘を被疑者に不利に利用することはまさに被疑者にとっては不意打ちであり、デュー・プロセスに違反するといえそうである。*Hale*においてホワイト裁判官が示した見解³⁶⁾はむしろこのイギリスの考え方に近かったように思われる。この考え方に照らせば、黙秘を行った結果について告知されない限り不利益推認を行うことは被疑者にとって不意打ちになるのであるから、ミランダ警告の前後を問わず、デュー・プロセスによる保護が及ぶことになる。

とはいえ、たとえこの立場に立った場合でも、すべての黙秘からの不利益推認がデュー・プロセスに違反するとはいえないように思われる。前述したような被疑者が沈黙するように追い込まれた状況において、被疑者が意図的に権利行使をしたわけではないのだから、黙秘を利用しても被疑者にとって不意打ちにはならないといえるだろう。

以上のように、いずれの理由付けの下でも、理論上、現行のミランダ警告の下で、黙秘からの不利益推認を許容する余地は残されていると考えられる。しかし、もし黙秘からの不利益推認を認めるのであれば、イギリス方式の権利告知が被疑者に与えられることが望ましいと考える。というのも、捜査段階の黙秘の理由はあいまいであるという性質を持っているためである。イギリス連合王国では、黙秘からの不利益推認を許容するために権利告知を義務づける理由として、上述した点の他に、被告人に抗弁があるならば提出するように促し、のちに公判で新たな抗弁が提出された場合にその抗弁の信頼性を弾劾しやすくすることが挙げられている³⁷⁾。すなわち、このような権利告知を行うことで、有罪であることとは関連しない理由でなされた黙秘から不利益推認が行われる危険性を除去し、なおかつ、抗弁のねつ造を防ごうとしているのである。

36) *United States v. Hale*, 422 U.S. 171, 182–183 (1975) (White, J., concurring opinion).

37) 前掲注34) 参照。

イギリス方式の権利告知にミランダ警告を修正することは、少なくとも弾劾目的利用に関しては、合衆国憲法に違反するとは考えらず、実際にそのような修正を行うように提案する論者もいる³⁸⁾。合衆国最高裁判所の理由付けに基づいた場合であっても、ミランダ警告をイギリス方式に修正することで、黙秘から不利益推認を行ったとしてもデュー・プロセス違反になるとは考えられなくなるように思われる³⁹⁾。したがって、黙秘からの不利益推認の問題を考えるに当たっては、権利告知の内容を再検討すべきであるといえる。

IV. 第5修正と捜査段階の黙秘からの不利益推認

1. 捜査段階における不利益推認禁止原則

合衆国最高裁判所はこれまで判断を留保してきているが、はたして捜査段階の黙秘から不利益推認を行うことは第5修正の規律の下に置かれるのだろうか。合衆国最高裁判所は、公判段階における“黙秘から不利益推認を行うことは黙秘権（自己負罪拒否特権）に対する制裁（penalty）を科すことになり、また、自己負罪拒否特権の行使を困難なものにすることで自己負罪拒否特権を否定することになる”という理由付けを示してきたが、捜査段階の黙秘から不利益推認を行うことも同様にこの制裁にあたるといえるだろうか。

ここでいう制裁の内容について合衆国最高裁判所は明確にしてこなかった。しかし、合衆国最高裁判所は *Jenkins* において、ある文脈においてなされた沈黙を不利益に扱うことが第5修正上の権利を行使したことに対する制裁にあたるか否かを判断するにあたっては、それが自己負罪拒否特権（黙秘権）の根底にあるポリシーをどの程度損なっているかが重要な問い

38) Craig M. Bradley, *Interrogation and Silence: A Comparative Study*, 27 Wis. Int'l L.J. 271, 290-297 (2009).

39) *Ibid.*

になるとし⁴⁰⁾、この自己負罪拒否特権の根底にあるポリシーに関して Mitchell v. United States, 526 U.S. 314 (1999)⁴¹⁾の傍論で、政府側の挙証責任が関連することを示唆してきた。すなわち、合衆国最高裁判所は、不利益推認禁止原則との関連において、“政府側が、被告人の協力をえることなく、被告人が訴追された行為を行ったと証明しなければならない”⁴²⁾という自己負罪拒否特権の側面が重要であることを示したのである⁴³⁾。この示唆に基づくのであれば、不利益推認禁止原則という制裁の内容は、黙秘から不利益推認がなされることで、本来ならば政府側が負っている挙証責任が果たされないまま、被告人が有罪とされることになり、結局のところ、被告人がこの立証の過程に協力させられることになるということであると考えらえる⁴⁴⁾。

40) Jenkins v. Anderson, 447 U.S. 231 (1980).

41) この事件については、洲見光男「外国判例紹介 有罪答弁と量刑審査における自己負罪拒否特権の保障 Mitchell v. United States, 526 U.S. 314 (1999)」朝日法学論集24号23頁(2000年)参照。この事件は、量刑に影響を与える犯罪事実の認定において被告人が証言しなかったことを不利益に扱うことは許されないとされた事例である。

42) このような自己負罪拒否特権の考え方は我が国にあまりなじみのないものであるが、アメリカ合衆国では、自己負罪拒否特権の主要な正当化根拠とされてきた。See, D. Dolinko, *Is There A Rational for the Privilege against Self-Incrimination?*, 33 UCLA. Rev. 1063, 1083-1084, 1089 (1986).

43) 合衆国最高裁判所は、自己負罪拒否特権は複数の諸価値に支えられる原理であるとの認識を示してきたが、自己負罪拒否特権の保護範囲を考えるに当たって、それらすべての価値が関連するわけではなく、個別具体的な状況に応じて、どのような価値が関連してくるのか検討しなければならないことも示唆してきた。See, e.g., Murphy v. Waterfront Comm'n of New York Harbor, 378 U.S. 52 (1964); United States v. Balsys, 524 U.S. 666 (1998); Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966); McGautha v. California, 402 U.S. 183 (1971).

44) 不利益推認禁止原則という制裁の内容についてはその他に、“黙秘からの不利益推認を認めることで、被告人は、供述して負罪するか、黙秘をして不利益推認がなされるか、否認して偽証罪に問われるかというトリレンマに追い込まれることになり、これが被告人の尊厳を害することが制裁にあたる”という考

とはいえ、捜査段階における黙秘からの不利益推認に関してはさらに別途考慮が必要である。というのも、合衆国最高裁判所は、供述をするように法的に義務付けるという伝統的な自己負罪拒否特権の他に、捜査段階においては黙秘権が保障されると判断しているためである。

この点を検討するに当たって、身柄拘束下の取調べの規律に関するリーディングケースである *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)⁴⁵⁾ を検討する必要がある。この事件においては、身柄拘束下の取調べ中になされた供述の許容性が問題とされたが、以下のように判示内容を整理できる。第一に、身柄拘束下の取調べの特徴付けを行ったことである。身柄拘束下の取調べにおいて被疑者は、警察官が圧倒している雰囲気の中で、外界から遮断された状態にあり、あらゆる心理的優位を奪われることになることとされ、したがって、たとえ拷問等が行われることがなくとも、身柄拘束下の取調べには個人の意思を抑圧し、供述を強制しようとする内在的圧力が存在していると合衆国最高裁判所は摘示した。第二に、自己負罪拒否特権上の諸原理が、身柄拘束下の取調べにおける官憲の強制にも適用されるとした点である。自己負罪拒否特権の根底にあるポリシーを守るために、アメリカ合衆国の弾劾主義的刑事司法制度は、政府側が自らの責任によって、個人を処罰するための証拠を提出するように求めており、相手の口から証拠を強制するような残忍な方法によってはならないとし、したがって、身柄拘束下の取調べにおいて、被疑者が自身の意思により供述しない限り、被疑

え方ができる。しかし、この考え方が依拠する、個人の尊厳の尊重という自己負罪拒否特権のポリシーの側面が自己負罪拒否特権の保護範囲を確定するのにあまり資するものではないこと、刑事手続きにおいて被告人に課される圧力のうち、なぜ不利益推認に伴う圧力が禁止されるのか説明できない等の理由から、この考え方を不利益推認禁止原則を規律する主な原理として解することは難しいように思われる。拙稿・前掲注4)、209-211頁参照。

45) *Miranda* については、例えば、芝原邦爾「捜査段階における自白の許容性—ミランダ事件判決の意味するもの」ジュリスト356号(1966年)106-115頁、藤倉皓一郎ほか『英米判例百選 [第3版]』(有斐閣、1996年)114頁、小早川・前掲注20)、55-104頁参照。

者には黙秘する権利が保障されると判断された。第三に、このような自身の意思に基づいた任意性のある供述を確保するための予防的な手段としてミランダ警告を要件としたことである。合衆国最高裁判所は、黙秘権等の権利告知を行い、権利の内容と放棄の結果を認識したうえで任意に権利放棄を行った場合でない限り、身柄拘束下の取調べにおいて入手された証拠は一切証拠として許容できないと示している。要するに、*Miranda* では、自己負罪拒否特権が本来対象とする法律上供述を行うように義務づける“強要”ではなく、身柄拘束の取調べにおいて、被疑者が自身の意思に反して供述を行うように“強制”されることに懸念が示され、供述するか、否認するか、黙秘するかを選択する権利である黙秘権が第5修正により保障されることが認められたのである⁴⁶⁾。

この *Miranda* の考え方に基つけば、黙秘権保障の趣旨は、供述の強制の防止にあるということが出来る。したがって、捜査段階の黙秘から不利益推認を行うことが黙秘権の行使に対する制裁に当たると解する場合、次のようなことを指すものであると考えられる。すなわち、黙秘から不利益推認を認めることで、被疑者に供述するように圧力がかかり、供述するか否認するか沈黙するかを選択することができなくなるということである。*Miranda* において黙秘権がなければ、自己負罪拒否特権の根底にあるポリシーは実現できないとされたことに照らせば、このように黙秘権が行使できなくなることには *Griffin* の懸念が当てはまるということが出来る。したがって、第5修正に基づく不利益推認禁止原則は、被疑者が黙秘権に依拠している場合にも適用されるべきである。

2. 実質証拠としての利用と弾劾証拠としての利用の可否

上述した考え方に基つけば、黙秘から不利益推認を行うことが、供述するか否認するか黙秘するかを選択する権利を行使できなくなる場合に黙秘からの不利益推認は禁止されることになる。一方で、黙秘権に対して圧力

46) 渥美東洋『全訂 刑事訴訟法 第2版』（有斐閣，2009年）463-464頁参照。

がかかったとしても、それが不当なものとはまではいえないような場合には黙秘からの不利益推認を許容することができるであろう。合衆国最高裁判所は、黙秘の利用方法を、①弾劾目的での利用と、②実質証拠としての利用に区別して議論を展開しており、以下ではこの区別に従い、検討を加えていく。

合衆国最高裁判所も認識していたように、①弾劾目的での利用であっても、黙秘したことがのちに提出した抗弁を弾劾する目的で利用された場合、供述するように圧力が働くことは確かである。とはいえ、例えば、真実であるとすれば、取調べ時に言及することが期待された抗弁について、取調べ時には黙秘して公判段階になってはじめて提出した場合に、なぜ取調べ時に黙秘していたのかとこの抗弁を弾劾できないことは妥当であるだろうか。他のすべての考慮事情を排除して、黙秘からの不利益推認で生じる圧力すべてを禁止することには疑問が残るように思われる。

この点につき、弾劾目的での黙秘の利用を許容する際に合衆国最高裁判所が偽証防止という観点を重視していたことに注目したい。偽証は刑事司法制度の運用を著しく損なう行為であり、合衆国最高裁判所は被疑者・被告人に偽証を行う権利はないという立場を長年とってきた⁴⁷⁾。このような考えを前提とすれば、ねつ造された抗弁を弾劾する目的で黙秘が利用されることにより、黙秘権が行使しづらくなる圧力が課されるとしても、その圧力に対する保護を与える必要はないといえるだろう。また、のちに提出した抗弁が真実であり、何らかの理由により捜査段階で黙秘していた場合であっても、黙秘した理由についてはのちの公判で説明すればよいのであり、沈黙するという選択肢をとることを妨げるものではないように思われる。したがって、黙秘を弾劾目的で利用したことで生じる圧力は、黙秘権の行使をできなくするほど強いものであるとはいえないだろう。以上の理由により、黙秘を弾劾目的で利用することは第5修正上許容しうるとい

47) *Walder v. United States*, 347 U.S. 62 (1954); *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971); *Oregon v. Hass*, 420 U.S. 714 (1975); *United States v. Havens*, 446 U.S. 620 (1980); *James v. Illinois*, 493 U.S. 307 (1990).

ことができ、合衆国最高裁判所の立場は適切であると考えられる。

では、②実質証拠としての利用については、公判段階と同様に一律に禁止されるべきであるだろうか。この点につき、例えば、黙秘したことから抽象的に有罪を推認された場合には、黙秘するという選択肢を実質的に奪われることになることから第5修正上許容できないということができそうである。しかし、すべての実質証拠としての利用が禁止されるべきかは疑わしいといえる。例えば、自身に対して示された不利な状況について説明を求められているにもかかわらず、被疑者が黙秘した場合、それは被疑者が意図的に黙秘を選択したというよりは、事実上黙秘するように追い込まれたと解することができる。そのような黙秘を実質証拠として用いても、被疑者が供述するか否認するか沈黙するかという選択をできなくしているとはいえ、したがって、理論上、黙秘を実質証拠として利用する余地は存在しているということができるといえる。

問題は、捜査段階でなされた黙秘は、その理由が極めてあいまいであるという点である。実務上、被疑者が上述したように黙秘するように追い込まれていたのか、それとも、何らかのほかの理由から黙秘することを選択していたのかを区別することは極めて困難であると思われる。立法により一定の指針が示されているイギリス連合王国においても、被疑者が黙秘した理由を陪審が判断することは極めて困難であり、黙秘からの不利益推認を行うべきではないという主張が多くの論者によりなされている⁴⁸⁾。この点に鑑みれば、アメリカ合衆国では、なおさら陪審は困難な判断に直面することになる。

一方で、捜査段階での黙秘を実質証拠として利用することのメリットは少ないものであるように思われる。前述のように、黙秘を実質証拠として利用するにしても、その許容範囲は、被疑者が、自身に不利な状況を示さ

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

れて、沈黙するように追い込まれた場合のような、被疑者が自ら選択して黙秘していたとはいえない限定的な状況に限られる。実際に、合衆国最高裁判所で判断された事例の多くで、弾劾目的利用が問題とされてきた。また、政府側が捜査段階の黙秘を実質証拠として利用する場合、被告人は公判段階においても証言を行っていないことが想定される。前述のように、公判段階の黙秘からの不利益推認に関して政府側の挙証責任と関連づける立場を採用すれば、公判段階の黙秘を実質証拠として利用することも一定の場合には可能であるように思われる⁴⁹⁾。このような公判での黙秘の利用可能性に照らせば、あいまいさという危険のある捜査段階の黙秘を実質証拠として用いることを検討することにどれほどの実用性があるか疑問であるといえることができる。

以上のように、捜査段階の黙秘を実質証拠として利用することを認めることは、許容できないような推認を陪審が行う危険性が高い一方で、得られる利益が少ないといえることができるだろう。したがって、(理論上可能であったとしても、) 捜査段階での黙秘を実質証拠として利用することは禁止するべきであると思う。

V. 第5修正と明示的援用原則

1. 明示的援用原則とその例外

合衆国最高裁判所は、捜査段階において第5修正の保護を受けるためには、黙秘権を明示的に援用しなければならないとしてきた。供述するか否認するか黙秘するかを選択する権利があるといっておきながら、黙秘した

49) アメリカ合衆国においても、公判での黙秘を実質証拠として利用することは一切禁止されている。しかし、正当防衛などの不存在を“推認”することが許されている根拠に照らせば、政府側の立証の結果、被告人が反証を行う立場に事実上追い込まれたにもかかわらず黙秘した場合のような一定の場合には、不利益推認を許容する余地が出てくるように思われる。拙稿・前掲注4)、212-217頁。

のみでは保護を受けることができないとするのは一見するとおかしな結論であるように見える。以下では、このような原則がとられている理由と不利益推認との関連について検討を加えていく。

自己負罪拒否特権は時宜にかなって明示的に援用しなければならないという原則は、第5修正の文言からは導き出せないが、合衆国最高裁判所により長年支持され続けてきた⁵⁰⁾。このような原則を求める背景には、政府側が、如何なる者からも証言を得る権利を有しており、自己負罪拒否特権はその一般原則の例外であるという考えがあるとされている⁵¹⁾。すなわち、証人のみが、証言することが自己負罪になりうることを知っているのであるから、自己負罪拒否特権を時宜にかなって行使する責任は証人側にあり、証人がこのように異議を申し立てない限り、政府側は証言が自己負罪に当たるとは考えないと理由づけられている⁵²⁾。

しかし、すべての場合に自己負罪拒否特権の明示的な援用がなければ第5修正の保護が及ばないのではなく、合衆国最高裁判所は一定の場合に例外を認めてきた⁵³⁾。この典型的な場面の一つが身柄拘束下の取調べのような政府側の圧力がかかる場合である⁵⁴⁾。Garner v. United States, 424 U.S. 648 (1976) では、*Miranda* を、自己負罪拒否特権が明示的に援用されているか否かにかかわらず、自己負罪拒否特権が有効に放棄されていない限り、被疑者が行った供述は任意性を欠くと判断された事例であると解し、

50) See, e.g., Robert v. United States, 445 U.S. 552 (1980); Rogers v. United States, 340 U.S. 367 (1951); United States v. Sullivan, 274 U.S. 259 (1927); Vajtauer v. Commissioner of Immigration, 273 U.S. 103 (1927).

51) Broun, *supra* note 8, §118.

52) Garner v. United States, 424 U.S. 648 (1976).

53) See, e.g., Marchetti v. United States, 390 U.S. 39 (1968); Grosso v. United States, 390 U.S. 62 (1968), Leary v. United States, 395 U.S. 6 (1969), Albertson v. Subversive Activities Control Bd., 382 U.S. 70 (1965); Garrity v. New Jersey, 385 U.S. 493 (1967); Lefkowitz v. Cunningham, 431 U.S. 801 (1977).

54) Garrity v. New Jersey, 385 U.S. 493 (1967); Lefkowitz v. Cunningham, 431 U.S. 801 (1977).

Miranda で問題とされた、供述を行うか否かの選択権を害する固有の圧力が働く身柄拘束下の取調べを自己負罪拒否特権の明示的援用原則の例外として合衆国最高裁判所はとらえた。

一方で、*Garner*とは対照的に、*Berghuis v. Thompkins*, 560 U.S. 370 (2010)⁵⁵⁾は、身柄拘束下の取調べにおいても自己負罪拒否特権の明示的援用が必要であることを判示している。この事件において、身柄拘束下の取調べにおいて被疑者はほとんど沈黙するのみであったが、取調べ開始約三時間後に一転して犯罪事実を承認した。被告人はこの供述の許容性について争った。合衆国最高裁判所は、三時間にわたって沈黙していたことに関して、黙秘権を援用していないと結論を下した。その理由付けにおいて、合衆国最高裁判所はミランダ上の弁護権の援用について明示的に行うように求めた *Davis v. United States*, 512 U.S. 452 (1994)⁵⁶⁾を引用し、取調べを中断させることで自己負罪拒否特権を保護しようとする目的は共通するものであり、異なる取り扱いをする理由は見いだせないとした。また、明示的な援用を要件とすることで、客観的事情に基づく判断により認定が行われることで立証上の困難を回避できるとしている。

このように *Berghuis* では身柄拘束下の取調べにおいても、ミランダ上の権利の援用は明示的に行わなければならないと判示され、上述してきた判例と一致しないようにもみえる。この点につき、*Salinas* では、*Miranda* を“権利告知のない (unwarned)”身柄拘束下において内在する強制の契機にさらされている被疑者は自己負罪拒否特権を明示的に援用する必要はないと判断した事例と説明することで、これら先例の不一致を解消していると解することができる。すなわち、*Salinas* によれば、明示的援用原則の例外が認められるのは、被疑者が身柄拘束されたのちに、権利告知を受けない状態で取調べがなされる場合であり、身柄拘束下・ミランダ警

55) *Berghuis* については、米国刑事判例研究会「アメリカ刑事法の調査研究 (128)」比較法雑誌45巻2号289頁 (2011年) (柳川重規担当)、松田正照「米国刑事法研究 (20)」比較法学45巻2号242頁 (2011年) 参照。

56) *Davis* については、小早川・前掲注20)、162頁以下参照。

告後においてはなお自己負罪拒否特権を明示的に援用しなければ、第5修正により保護を受けることができないという解釈ができるのである。

以上のように、明示的援用原則に関連する諸判例を整理すると、身柄拘束下・ミランダ警告前の状況を除き、黙秘権を明示的に援用しなければ、第5修正による保護を受けることができないということができそうである。

2. 不利益推認との関係

このような判例の立場にも一定の合理性が認められる。身柄不拘束下の黙秘に関しては、前述のように被疑者が黙秘権（自己負罪拒否特権）に依拠しているのか否か不明確な状況が多々ある。例えば、*Jenkins*では、被告人が自首するまでに二週間かかっていたことが問題とされたが、これは黙秘権を行使していたといえるだろうか疑問が残る⁵⁷⁾。黙秘権に基づいているか否かを知ることができる立場にあるのは被疑者のみであり、身柄不拘束下という政府側の圧力が働かないこの段階において黙秘権に依拠していることを示す責任を被疑者に科しても不当であるとはいえないだろう。

身柄拘束下に関しては、*Miranda*において黙秘権が行使された場合には取調べを中止しなければならないと判示された点に留意しなければならない⁵⁸⁾。もし明示的援用を要件とせず黙示的な援用のみで取調べを中止することを認めれば、どの段階で取調べを中止するべきであったか捜査機関にとって極めて不明確な状態が生じることになり、取調べを中止するべきであったのに中止しなかったとして、供述を証拠排除するように求める主張が濫発されるおそれもある。また、合衆国最高裁判所は、取調べ中のいかなる段階においても黙秘権を行使できるとしていることから、被疑者が黙秘権を行使するまでは取調べを行い続けることができるということを前

57) スティーヴンズ裁判官の反対意見では、*Jenkins*の事例は、被疑者が黙秘権に依拠した事例ではないと結論づけられている。*Jenkins v. Anderson*, 447 U.S. 231 (1980) (Stevens, J., dissent opinion).

58) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 473-474 (1966).

提としているように思われる。これは、被疑者を説得し、供述を得る機会を捜査機関に与えているものであると考えられる。取調べを中止する権利を黙示的に行使できるとすれば、捜査機関が被疑者をこのように説得する機会が失われてしまうことになりうる。したがって、このような事態を回避するために、被疑者に黙秘権を明示的に援用するように求めることは合理的であるだろう⁵⁹⁾。

では、このように黙秘権を明示的に援用することに合理的な理由があったとしても、第5修正に基づく不利益推認禁止原則による保護は、明示的援用を行うまで一切受けられないと考えるべきであるのか。このことは、身柄拘束下の取調べにおいて問題になるように思われる。黙秘権を明示的に援用する前の捜査機関とのやり取りにおいて沈黙していたことを後の公判で自由に利用することを認めることが妥当であるだろうか。

身柄拘束下・ミランダ警告後の取調べにおいて明示的援用を求めた *Berghuis* は、被疑者が三時間の黙秘後に行った供述の許容性についてなされた判断であり、この三時間の間行われていた黙秘に第5修正上の保護が及ぶかについては判断されていないという指摘がなされている⁶⁰⁾。また、*Berghuis* は、弁護権との関連で取調べを中止する権利を扱った *Davis* を引用していることから、黙秘権に関する判断ではなく、取調べを中止する権利に関する判断と解されている⁶¹⁾。このような解釈に基づけば、取調べを中止する権利とは別に不利益推認禁止原則の保護範囲を考えることも可能であるように思われる。黙秘権により被疑者に供述するか沈黙するかを選択する自由が保障されるのであれば、沈黙したことには第5修正の保護が

59) 黙秘権があると告知されるのに黙秘したことで保護が与えられないことへの批判にこたえるために、アメリカ合衆国では、ミランダ警告に「もし質問に答えたくないならば、あなたはいつでも取調べを中断することができる」と修正することが主張されている。柳川・前掲注55), 303頁。

60) Michael A. Brodlieb, *Post-Miranda Selective Silence — A Constitutional Dilemma with an Evidentiary answer*, 79 Brook. L. Rev. 1771, 1782 (2014).

61) The Supreme Court 2009 Term Leading Cases, 124 Harv. L. Rev. 189, 194 (2010).

及ぶと解するべきであり、実際に *Miranda* においても沈黙したこと（stand mute）を被告人に不利益に扱うことはできないとしていた⁶²⁾。たとえ明示的な援用を行う前であっても、被疑者が身柄拘束下の取調べにおいて行った沈黙が、のちの公判で自由に利用することが許されれば、被疑者が黙秘するという選択を行えなくなると考えられ、したがって、不利益推認禁止原則はこの沈黙にも適用されるべきといえる。

身柄不拘束下に関しては、明示的な援用を行うことが求められるが、“身柄拘束下”という概念や明示的な援用を緩やかに解釈し、第5修正上の保護を広く及ぼすべきであると考えられる。合衆国最高裁判所は、自己負罪拒否特権援用原則の例外に当たるか否かを、被告人が自由に供述することができたか否か、退去の自由があったか否か等の事情に基づいて判断してきた⁶³⁾。とはいえ、退去の自由が保障されているからといって任意性を否定するような圧力が存在しないとは直ちにいえぬように思われる。警察と対峙して明示的に退去の意思を表明できる被疑者はむしろ少数派であるといえるのではないだろうか。*Salinas* の反対意見⁶⁴⁾が指摘しているように、被疑者が置かれた状況に照らして具体的に、被疑者が黙秘権を任意に行使しえない状況であるか否かが判断されるべきであるだろう。また、明示的な援用要件に関して、どのような場合に明示的な援用を行ったとすることができるのか、合衆国最高裁判所は明確な立場を示していない⁶⁵⁾。しかし、合衆国最高裁判所は、自己負罪拒否特権を行使するための決まった形式はなく、特定の文言で自己負罪拒否特権を行使することは求められないとし、政府側に被告人が自己負罪拒否特権を援用しようとしていると合理的に理

62) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 468, note 37 (1966).

63) See e.g., *Robert v. United States*, 445 U.S. 552 (1980); *Rogers v. United States*, 340 U.S. 367 (1951).

64) *Salinas v. Texas*, 570 U.S. ___, 133 S.Ct. 2174 (2013) (Breyer, J., dissent opinion).

65) どのような言動もしくは行為が自己負罪拒否特権を明示的に行使したことになるのかについては判例からは決して明らかではない。合衆国最高裁は自己負罪拒否特権の明示的な行使に関して一貫した立場を示してこなかったと指摘されている。See, e.g., *Broun*, *supra* note 8, §118.

解させるような何らかの言動で足りると判示しており、この点についても柔軟な解釈が求められているように思われる⁶⁶⁾。

以上述べてきたように、必ずしも明示的援用原則と不利益推認禁止原則の適用範囲を関連づけてとらえる必要はなく、身柄拘束下の取調べにおいて、たとえ被疑者が黙秘権を明示的に援用していなくても、不利益推認禁止原則は適用される場合があると解するべきだろう。

VI. おわりに

アメリカ合衆国において、捜査段階の黙秘からの不利益推認は第14修正のデュー・プロセスと第5修正の黙秘権という観点から規律されてきた。

第14修正の観点に関して、ミランダ警告が与えられた場合には黙秘から不利益推認を行うことはすべてデュー・プロセスに違反するという立場を合衆国最高裁判所は採用している。この点、我が国においても取調べ開始時にアメリカ合衆国と同じような権利告知がなされる⁶⁷⁾ことから、権利告知後の黙秘からの不利益推認は一切禁止されるべきであると考えられることも可能である。しかしながら、合衆国最高裁判所が行ってきた理由付けが妥当であるかは極めて疑わしいといえ、この理由付けを受け入れるとしても、すべての場合に不利益推認が禁止されるわけではないように思われる。したがって、我が国で現在行われている権利告知の方式で黙秘からの不利益推認を認めても、例えば、被疑者が自身に不利な状況を示され黙秘するように追い込まれたような一定の場合においては、適正手続きの要請に反するとはいえないだろう。

第5修正の観点からは、実質証拠としての利用について *Griffin* で示された公判段階での不利益推認禁止原則の論拠は、捜査段階についても等しく当てはまりうるといえる。捜査段階では、供述するか黙秘するかを選択

66) *Quinn v. United State*, 349 U.S. 155 (1955).

67) 刑事訴訟法198条2項参照。

する権利が被疑者に与えられるが、不利益推認を行い、これが実質証拠として用いられることになるとこの選択権を行使できなくなり、結局のところ供述を行うように強制されることになると考えられる。とはいえ、このような立場に立っても、不利益推認を行いうる場合がある。実際に、アメリカ合衆国最高裁判所も、弾劾目的での黙秘の利用は許容している。我が国においては、公判段階と同様に、黙秘からの不利益推認は一切許容できないとする立場が支配的であるが、アメリカ合衆国と同じように考えることができるように思われる。たとえ弾劾目的であったとしても不利益推認を行うことで黙秘権を行使しづらくなることは確かである。しかし、これを黙秘権に対する許容できないほどの圧力とみることはできないであろう。さらに、合衆国裁判所が強調していたように、被告人が抗弁をねつ造することは許されず、このような事情すべてを除外して、被疑者の黙秘を保護することは妥当とはいえないだろう。実質証拠としての利用も、例えば、自身に対して示された不利な状況について説明を求められているにもかかわらず、被疑者が黙秘したような被疑者が意図的に黙秘を選択したとはいえないような場合には理論上は可能であると考えられる。しかし、捜査段階の黙秘が極めてあいまいなものであり、有罪とは関連のない理由の沈黙から推認が行われうる危険性が高いことに照らせば、わざわざ許容すべきものではないように思われる。

合衆国最高裁判所の判例の中にはさらに、不利益推認禁止原則の保護を受けるためには黙秘権を明示的に援用することが必要であると判示した判例がある。しかし、これは我が国とは異なり、身柄拘束下の取調べにおいて取調べを中止する権利がアメリカ合衆国では被疑者に保障されていることを理由とするものであると思われる。我が国では、取調べ時に黙秘権を行使しても取調べを中止するように求められてはならず、したがって、合衆国最高裁判所のように考える必要はないだろう。

以上、アメリカ合衆国の議論から得られる示唆を整理してきたが、本稿では、我が国の黙秘権に関する議論とどのように整合性をとっていくかなどについて十分に論述することができなかった。これらの点については稿

アメリカ合衆国における捜査段階の黙秘と不利益推認

を改めて考察することにする。

[付記] 本稿は、公益財団法人升本学術育英会平成29年度学術助成の研究成果の一部である。