

# 黙秘権の解明

——非歴史的なるもの——

山口 邦夫

はじめに

一 黙秘とレトリック

二 沈黙の世界

むすび

はじめに

50 「何人も、自己に不利益な供述を強要されない。」と日本国憲法第三八条第一項に定められている。<sup>(1)</sup>これは、嫌疑をかけられた人が、官憲の問いかけに対して、供述することを強要されないという自由を保障するものであり、こ

れにより一般に、供述拒否権ないし黙秘権<sup>②</sup>が保障されていると説かれている。この憲法の規定は、さらに刑事訴訟法第三十一条第一項で、公判手続において、「被告人は、終始沈黙し、又は個々の質問に対し、供述を拒むことができる。」と規定し、被告人に対して、具体的に黙秘権行使の仕方をも明示して保障している。

この憲法の趣旨は、法律によって拡充され、いわゆる裁判外における被疑者<sup>③</sup>に対しても保障されている。すなわち、刑事訴訟法第一九八条第二項に、「……取調に際しては、被疑者に対し、あらかじめ、自己の意思に反して供述をする必要がない旨を告げなければならない。」このように、嫌疑をかけられて取調を受ける者に対しても、沈黙していて、供述する必要がない旨を、取調官は告げねばならない。これを告げずに供述させたしまった場合は、後に、証拠能力（自白法則）の問題として争われる。

さらに、右の取調以前においても同様である。いわゆる警察官による職務質問を受けた者は、「……答弁を強要されることはない。」（警察官職務執行法第二条第三項参照）

右のように、憲法、法律によって、国民一般は、公権力の発動たる職務質問をはじめとして、被疑者は取調の段階において、さらに被告人は裁判の段階において、自己の意思に反して供述することを強要されないことが基本的人権として保障されている。

しかし、このように、憲法、法律によって厚く黙秘権<sup>④</sup>が保障されているにもかかわらず、被疑者または被告人が、黙っている（正に、黙秘権を行使している）のを見たり聞いたりする多くの人々は、「何故、黙っているのだ。疚しいことがなければ、何か言ったらどうか。」という感情を被疑者や被告人に対して抱く。これは一体、何故だろうか。疚しいことを共有している者同士において、一般的には、一方が語りかけた場合、相手方はそれに応対して何か語る方が、

沈黙しているより望ましい（社会生活における社交辞令を考えれば当然である）。しかし、疑いをかけられた者は、その疑いをかけた相手に対して、何か語らねばならない理由があるであろうか。いや、全くないはずである。語るか、語らぬかは、個人の自由であり、語らねばならぬ如何なる義務も発生しない。

したがって、国家権力の発動たる職務質問、取調、公判などの各場面において、この「沈黙していて構わない」とする黙秘権を解明したい。断るまでもなく、言語を共有しない人間以外の動物にとつては、静寂のみがあり、沈黙という現象は存在しないと考える。

- (1) この規定が、アメリカ合衆国憲法修正第五条に由来し、成立したものであることは、つとに指摘され周知の事実である。法學協會編『註解日本國憲法上卷』（有斐閣・一九五三年）六六〇頁以下。
- (2) 黙秘権の歴史については、平野龍一「黙秘権」の論文に詳しい（刑法雜誌第二卷第四号三九頁以下）。なお、黙秘権否定論者として、ベンサムやパウンドが紹介されている。
- (3) かつては、黙秘権が、被疑者にも認められるかについては、田宮裕「被告人・被疑者の黙秘権」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座第一卷』（有斐閣・一九六三年）七一頁以下。
- (4) 黙秘という表現は、沈黙と違って「秘」には、何かを隠す意がこめられているので、単純に「無言」、「無言権」という方が望ましかったかもしれない。古来から黙然無言という表現がある。学的概念構成の際に、一工夫あってもよかつたのではないか。
- (5) 「黙秘権は、裁判所と私人との間の司法手続上の制度ではなく、国家機関が（それが何であれ）個人に対して、供述義務を課する（法律上または事実上）ことに対して、これを拒否する権利なのである。したがって、捜査官憲が国家機構の一部を構成する以上、個人はこれに対して黙秘権を主張することはできる。」田宮裕・註（3）八九頁。

## 一 黙秘とレトリック

嫌疑をかけられた者（被疑者または被告人）が、自己の行動や心情について、供述するか、沈黙しているかは、憲法上、全く自由である。これは基本的な人権の保障の一環として、日本国憲法第三八条において、黙秘権として保障されている。

とはいえ、一般社会における人の感情は、一旦、疑われた者は、その疑いをはらすためにも、素直に語るべきであるとか、自ら語る方が望ましいという考え方が、優勢ではなからうか。したがって、黙秘している人に対しては、「語らないのは、やはり何か自分に疚しいところがあるからだろう。」などと黙っている人に対して、あらたな疑いをいだいてしまうことすらある。そこまでの感情はなくとも、沈黙している人に対して、官憲の問いかけを無視しているとか、黙殺したなどと非難めいた感情をもつにいたる。

このような感情は、どこから発生するのであろうか。言語を共有するものが、何らかの問いかけに対して、相応の応答がないと、何故か、不快・不安を感じるのはどうしてなのだろうか。

右のような、沈黙をしている人に対して、田中美知太郎は、「辯解について」と題する短文の中で次のように主張している。

「頑固な沈黙といふのは、人間性の否定であって、私たちはそこに人間的理解と、人間的交渉との杜絶を見なければならぬ。レトリックの仕事は、これを打開して、人間的な関係を取り戻すにある。それはまた同時に、相互

の人間性の回復することなのである。人間化といふのはつまりこれである」<sup>(6)</sup>

このように沈黙自体を、人間性の否定であると考えた哲学者の主張は、はたして素直に納得できるものであろうか。黙秘権が憲法上保障されていることを知るわれわれにとって、到底、理解できるものではない。

このように、沈黙自体を人間性の否定であると、何故言えるのか理解しがたい。

法的に、訴える者と訴えられる者との間の人間的理解とは一体何か。刑事訴訟法的に表現すれば、両者は共に対等な当事者である。訴えられた者が、自由に供述または弁解するのは、勿論自由である。自分でうまく弁解出来ない場合は、他人の力を借りて、あるいは他人に代わってもらって、弁解してもらうことも許されている。この助力をするのが弁護人<sup>(7)</sup>である。弁護人制度は、法的に確立している。

田中の言葉によれば、弁護の仕事は、いわゆる古来からのレトリックに課したものである<sup>(8)</sup>。と。このように沈黙とレトリックとの対峙にこそ、黙秘権を闡明にする糸口がある。

黙秘とは正反対に、自由に供述された言葉がある。なかでも自己に不利益な供述、さらに、自己の犯罪事実を認める旨の供述、すなわち、自白が黙秘の対極に位置する。

憲法及び法律は、被告人・被疑者の自由な供述を、法的に認めるだけでなく、自己に不利益な供述——広義の自白——をも期待するものである。被告人は、刑事訴訟において、何を供述してもよく、自己の良心にしたがって自白してもよく、また、黙秘したままでもよいのである。では、自白するのが正しいのか、黙秘するのが正しいのか。いや、この両者は、正・不正の問題ではあり得ない。自白したら、その自白の真・偽の問題が発生するにすぎない。

すなわち、自白の任意性の問題をクリアしても、真・偽の問題が残るのである。

実体的真実を追究する際、黙秘か自白か、どちらが真実を発見しやすいかの問題にすぎない。

刑事訴訟法第一条にいう「……事案の真相を明らかに」する目的のためには、被告人の自由な供述があった方がよいのか、沈黙のままの方がよいのか。つまり、第三者である裁判官にとつて、被告人の自由な供述といつても、なかでも自己に不利益な供述——広義の自白が存在する方が、黙秘権を行使されていて、物的証拠のみによつて判断をするのと、どちらの方が実体的真実発見に寄与するかの問題である。すなわち、裁判官が被告人に対して有罪の心証形成をする課程において、どちらの方が心証形成しやすいかの問題である。勿論、前者の方が、有利であることは間違いないであろう。但し、注意を要するのは、自白への過度の信頼<sup>9)</sup>である。しばしば、これが誤判をまねきかねないのである。したがつて自白の証拠能力<sup>10)</sup>、すなわち、自白の任意性が厳しく吟味されねばならない（この件は、註の文献にゆずりたい）。

被告人・被疑者に、自己に不利益な供述をさせようと促がそうとすると、これは、一步間違えば、自白の強要、ひいては、拷問への誘発につながりかねない。したがつて、物的証拠がなく、自白のみの場合、憲法第三八条第三項「何人も、自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には、有罪とされ、又は刑罰を科せられない。」と保障している。

平野龍一は、「黙秘権」と題する論文の中で「黙秘権の本質は、個人の人格の尊厳に対する刑事訴訟の譲歩にある。」<sup>11)</sup>と説いている。しかし、現代における刑事訴訟にかぎらず、一般社会生活においては、沈黙していることの自由は、言論の自由とともに自由主義社会における鉄則である。したがつて、刑事訴訟の譲歩<sup>12)</sup>であるという考えでは、黙秘

権という権利を消極的にしか評価していないことになる。嫌疑ある者に対して、国家権力の発動たる警察官や検察官の取調に対し、さらには起訴されて公判にかけられている被告人に黙秘権を保障していることは、積極的に弱者、すなわち国家権力に対して弱い立場に立たされている者を、権力から保護するという政治的・政策的意図から人権保障として宣言されているはずである。

- (6) 田中美知太郎『哲學的人生論』（河出書房、市民文庫16・昭和二六年）六二頁。
- (7) 日本国憲法第三七条第三項。
- (8) 註(6)六三頁。
- (9) 自白への過信を諫めるものとして、戦前から裁判官自身の主張がある。三宅正太郎『裁判の書』（牧野書店・昭和一七年刊）二〇五頁以下。戦後のものとしては、横川敏雄『裁判と裁判官』（有斐閣・昭和四八年）六二頁以下。
- (10) 守屋善輝序・吉野辰雄『自白の證據能力——英米の判例を中心として——』（みのり書房・昭和二四年）。ちなみに、糾問訴訟においては、自白は「証抛の女王」(confessio regina probationum)であったが、訴追主義においては、物的証抛の方が重要であることは間違いない。
- (11) 註(2)平野龍一・黙秘権五〇頁以下。

## 二 沈黙の世界

マックス・ピカール (Max Picard [pi'ka:ɾ], 1888-1965)<sup>12)</sup> は、その著「沈黙の世界」で、次のように述べている。「沈黙の中では、真実 (Wahrheit) は、消極的 (passiv) であり、真実は、沈黙の中で眠っている。しかし、言葉

の中では真実は、目覚めて (wach) おり、言葉の中では、真実と虚偽が積極的 (aktiv) に決定される。」

真実 (Wahrheit) とは、言葉と事実との一致である、と一般に解されている。したがって、言葉と事実とが不一致ならば、それは、偽となる。言葉が一旦発せられれば、常に、真か偽かが、直ちにか、あるいは徐々に表面化する。これに対して言語がまだ発せられていない沈黙している状態において、真実はどこにあるのか。ピカール曰く、消極的に言葉の中に眠っている、と。

これを法の世界に置き換えて考えてみると次のようになる。

被告人（被疑者）が、黙秘しているのは、何かを積極的に隠そうとしているのではなく、ただ、ある一定の言葉を発することをひかえているにすぎない。したがって問いかけた事実のみが、客観的に提示されているだけである。すなわち、真実は、消極的に存在している（眠っている）だけであるということになる。

これに対して、自由に供述した被告人（被疑者）は、話者として目覚めており、その発話は、常に積極的であり、その発言の内容は、論理的に、真か偽かのどちらかを表現するものとなる。

したがって、被告人（被疑者）が自由に供述した場合には、それが自己に不利益なものであると、自己に有利なものであると、常に、真か偽かの二者択一に判断される（客観的に）。前者の場合が、いわゆる広義の自由といわれるものとなる。

法学的に理解すれば、被告人（被疑者）が黙秘している状態は、決して何かを積極的に隠そうとする意図を有するものではなく、沈黙だけでは何かを隠すという積極的な作為は存在しない。供述するという積極的な表現がなく、ただ消極的に語らず（不作為）に沈黙しているだけである。

この沈黙すること自体は、言語を共有する人々にとって、当然あり得る現象である。にもかかわらず、人々が、一般に沈黙していることが、何か悪いことのように感ずるのはどうしてであろうか。

沈黙そのもの、すなわち無言には、二つの場合が考えられよう。問いかけに対する沈黙と問いかけのない沈黙とが区別される。問いかけのない沈黙、すなわち沈黙自体にマイナスのイメージを感ずる背景には、キリスト教、とりわけカソリックの影響があるかもしれない。昔から、いわゆる「懺悔」をするという宗教的儀式があり、心につらいことや何か自己に疚しいことがあれば、教誨師の前で懺悔をすることによって、救われるとか「清くなる」という思想がある。このような世界では、沈黙自体がしばしばマイナスの印象を与えるのかもしれない。

しかし、社会生活を営んでいるわれわれは、常に、他人との関係において、他人に話しかけたり、問いかけをするのは、日常茶飯事である。その際に、相手がこちらの語りかけや問いかけに、無反応で、何も応答がなく、無言で対応された場合、一体、どう感ずるであろうか。その時は、素直に言って、相手に不快感をいだいたり、不安感をおぼえたり、何か相手に対してマイナス面を考えてしまうはずである。この現象は、言語を共有する人間の性（性）と言える。

人間の性としてかたづけてしまうのでは、文学的ではあっても学問的ではない。このような感情は、どのようにして起るのであるうか。一つのヒントとして、哲学者・心理学者のW・イェルザレム（W. I. Zelenskiy）の次のような考えがある。

言語の発生は、動物の鳴き声などと異なり、Gefühltaute（感情音）から，Sprachlaute（言語音）へ移行することによって言語が成立したという考えである。このような現象があったとすれば、Sprachlauteとして成立した言語による問いかけに対して、沈黙されているとGefühltauteを背景にしていた感情だけが残っていて、何かSprachlauteを期待してしまっているのではなからうか。この期待が裏切られた時、不安や不信が生まれるのではなからうか。

言語を共有する人々において、発話した者は、相手に何らかの反応・応答を期待しているはずである。この期待があるからこそ、また語りかけるのである。だから、相手の沈黙自体に不快感ないし不安感を覚えてしまうのは、右のようなこちらの期待感が裏切られたと心理的に感ずるからではないであらうか。さらにまた、沈黙が、こちらの語りかけ自体を、積極的に否定したとすら感じてしまう場合もある。すなわち、自分の語りかけを無視したとか、こちらの問いかけを黙殺したとすら、積極的に考えてしまうことがある。一般的には、一方の発話に対して、相手方が無言、沈黙という対応は、もはや言語だけの世界を越えて、対話における一定の態度として、認識されるのが常である。その態度にこそ、心理的に反感を抱いたり、否定的感情を抱いたりしてしまうのである。

しかしながら、ピカールの言うように、沈黙を、あくまでも言語の世界の問題として理解するならば、言語の消極的な（決して否定的ではない）表現は、当然、真実が眠っている状態にすぎない、と考えるよかろう。

黙秘権の本質は、言語を共有する者同士の間における、言語の問題を根底にしているものであり、沈黙自体は尊重されるべきものである。

歴史的にみて、国家権力の発動によって、嫌疑をかけられた者（被疑者・被告人）を、その権力から保護するため、政治的・政策的に、黙秘権という権利として保障するようになったと理解するだけでなく、本来、言語を共有する人々の間において、沈黙の何たるかをお互いに理解し合うことが必要である。したがって、黙秘権を行使する者に対しては、本来、不快感や不安感を抱くべきではなく、寛容であるべきである。

心の中にあり未だ発せられない言葉と発話された言葉とは、本来、同一の言葉であるにもかかわらず、ある一定の事実との関連においては、前者は、真・偽における決定がなされない沈黙（ピカール流に言えば眠っている）状

態、後者の場合は、発せられた言葉の内容が、直ちにか、あるいは徐徐にか、真・偽の問題となってしまうのである。

- (12) Max Picard, *Die Welt des Schweigens*, 4. Aufl., Eugen Rentsch, 1977, S. 27. カタカナ書きについては、Vgl. Brockhaus, *Enzyklopädie*, 21. Auflage 2006 Bd. 21, S. 450. 和訳として、マックス・ピカート（佐野利勝訳）『沈黙の世界』（みすず書房・一九六四年）がある。著者名はピカールではなく、ピカートと表記されている。

- (13) Jerusalem, Wilhelm (1854-1923), *Lehrbuch der Psychologie*, 6. Aufl., W. Braumüller, 1918, S. 108ff., §38. Entstehung der Sprache.

## むすび

ピカールの言うように、沈黙（黙秘）は、本来、言語の世界の問題であるのに対して、法の世界における黙秘（沈黙）は、黙秘権という権利（行使）の問題となる。

沈黙が、言語の問題として、本来、何ら心理的には、好・悪、善・悪の問題ではないのに対して、法の世界における黙秘は、基本的人權の一環とした権利保障の問題である。

したがって、権利の保障——黙秘自体——が、一旦実行されて黙秘が継続している状態ないし態度が、他人に対して与える心理的影響は、もはや言語の世界の沈黙を越えて、その権利行使に対しては、好・悪や、善・悪の心理と直接結びついてしまうのである。ここに、言葉と心理との不可分の関係が読み取れる。純粹に、沈黙自体——言葉が眠っている状態を越えて、社会的心理の世界の問題になっていることに気がつく。

心理は言葉によって表現され、言葉は心理を端的に現わす。

本論で述べたように、沈黙の「中立性」ないし「尊厳」は、言語を共有する者同士の間で充分配慮されるべきである。したがって、黙秘権の保障は、自白の強要を避けるため、ひいては、拷問への誘発を断つために、歴史的に人権保障として確立されたことは間違いないのであるが、しかし、法以前の問題として、言語の世界における「沈黙の世界」の存在を認めて、相互に理解し合うことが、人間性の尊重そのものとなるのであり、ひいては、人権保障として黙秘権が誕生すべくして誕生したと理解すべきである。

したがって、ピカールの「沈黙の世界」において説かれているように「沈黙は、真実がその中に眠っているだけで、真実は消極的に言葉の中には存在しているが、法的には、提示された事実（または問いかけられた事実）に対する対応としての沈黙は、黙秘権という権利の行使そのものにすぎない。

実体的真実<sup>14</sup>の追究は、自白に頼らず被告人がたとえ黙秘権を行使しても、物的証拠によって追究されるべきものである。

(14) 実体的真実と真実との区別については、山口邦夫・刑事訴訟における実体的真実（『一九世紀ドイツ刑法学研究——フオイエルバハからメルケルへ——』所収、八千代出版・昭和五四年）参照。