

論文の内容の要旨及び論文審査の結果の要旨の公表

学位規則第 8 条に基づき、論文の内容の要旨及び論文審査の結果の要旨を公表する。

○氏名	松倉 治代 (まつくら はるよ)
○学位の種類	博士 (法学)
○授与番号	甲 第 786 号
○授与年月日	2012 年 3 月 31 日
○学位授与の要件	本学学位規程第 18 条第 1 項 学位規則第 4 条第 1 項
○学位論文の題名	刑事手続における <i>Nemo tenetur</i> 原則 —ドイツにおける展開を中心として—
○審査委員	(主査) 浅田 和茂 (立命館大学大学院法務研究科教授) 森久 智江 (立命館大学法学部准教授) 倉田 原志 (立命館大学大学院法務研究科教授)

<論文の内容の要旨>

1. 本論文の概要

本論文は、刑事手続における自己負罪拒否特権の意義を研究しようとするものである。本論文は、ドイツにおける *Nemo tenetur* 原則の研究を手がかりに、わが国における同原則の存在根拠と理論を明らかにし、憲法的意義を有する同原則の真の意味での確立と実効的保障の基盤を得ることを目的とする。ドイツでは、ラテン語の法諺 *nemo tenetur se ipsum accusare* (誰も自身を告訴するよう拘束されない) に立ち返り、*Nemo tenetur* 原則という標語の下に、その憲法的根拠および射程に関する議論が行われてきた。それは、歴史的にわが国の刑事訴訟法の立法過程にも影響を与え、その展開に共通点も見られる。本論文では、*Nemo tenetur* 原則を最も広く「何人も自身にとって不利益なことを強制されず、義務づけられず、自己負罪から自由であることを意味する」と捉えたうえで検討を進めている。まず、*Nemo tenetur* 原則は歴史的産物であるという観点から、その起源であるイギリスにおける自己負罪拒否特権の形成過程に触れたうえで、ドイツおよびわが国におけるこの原則の歴史的展開を検討している。次に、わが国の刑事手続の各段階においては *Nemo tenetur* 原則と矛盾するような運用が行われており、被疑者・被告人の自己負罪の危険性が高いことを指摘し、わが国において真の意味で *Nemo tenetur* 原則が確立するためには、その存在根拠と保護内容を明確にする必要性が高いとされている。そこで、ドイツ法における *Nemo tenetur* 原則の憲法的根拠および理論的基礎に関する比較法的検討がなされてい

る。結論として、近代刑事訴訟法の基本原則である *Nemo tenetur* 原則は、憲法制定以前から存在し、憲法が保障する基本権に影響を与え、刑事司法および刑事手続全体を方向づける法原則であり、被疑者・被告人が「自己に不利益な供述」を拒否したり黙秘することが保障されるだけでなく、刑事手続の主体たる被疑者・被告人の供述の自由、つまり「供述するか否か、いつ、何を、どのように、どの程度供述するかについて自由に決定することができる」ことが保障されているとする。憲法第 38 条第 1 項および刑事訴訟法第 311 条等は、共に包括的黙秘権と供述の自由を保障しており、刑事手続は、憲法的原則である *Nemo tenetur* 原則によって方向づけられなければならないと論じている。

以下、本論文の構成を示したうえ、その内容を紹介する。

2. 本論文の構成

本論文は、次のとおり、「はじめに」「おわりに」の他、2 編 6 章からなる。

はじめに

第 1 編 *Nemo tenetur* 原則の歴史的展開

序章 イギリスにおける「自己負罪拒否特権」の展開

第 1 章 ドイツにおける *Nemo tenetur* 原則の展開

第 2 章 わが国における *Nemo tenetur* 原則の展開

第 2 編 *Nemo tenetur* 原則の理論的検討

第 1 章 わが国における *Nemo tenetur* 原則の現状

第 2 章 ドイツにおける *Nemo tenetur* 原則の憲法的根拠

第 3 章 ドイツ刑事訴訟における *Nemo tenetur* 原則

おわりに

(本論文は、すでに「刑事手続における *Nemo tenetur* 原則—ドイツにおける展開を中心として— (1) ~ (4・完)」として、「はじめに」から第 1 編第 1 章第 4 節までは、立命館法学 335 号(2011 年 6 月)138-282 頁、第 1 編第 1 章第 5 節から第 1 編第 2 章第 5 節までは、同 336 号(2011 年 8 月)168-262 頁、第 1 編第 2 章第 6 節から第 2 編第 1 章までは、同 337 号(2011 年 10 月)77-172 頁、第 2 編第 2 章から「おわりに」までは同 338 号(2011 年 12 月)186-276 頁に掲載・公表されている。)

3. 本論文の内容

「はじめに」では、わが国における自己負罪拒否特権および黙秘権に関する議論状況と問題意識が、次のように述べられている。先行研究は多いが、用いられる用語の意味の多様性のゆえに議論が混乱し、被疑者・被告人の黙秘態度のみを保障しているという見解さえ生じている。憲法第 38 条第 1 項と刑事訴訟法第 311 条等との関係も明確ではない。憲法

第 38 条第 1 項よりも刑事訴訟法の保護範囲は広いという見解は、憲法を文言どおりに解釈し、憲法は自己に不利益な供述の強要から保護するのに対し、刑事訴訟法は供述の有利・不利を問わず黙秘権を包括的に保障しているとする。これに対し、刑事手続に付される被疑者・被告人の供述はすべて不利益であり、憲法も刑事訴訟法も被疑者・被告人の包括的黙秘権と供述の自由を保障しているとする見解があり、むしろ本説の方が多数説である。この見解の相違は、黙秘権の不告知や被告人の主張明示義務の許否に影響する。また、わが国の自己負罪拒否特権は、憲法および刑事訴訟法に明文化されているにもかかわらず、一見すると常識に反しているかのようにも思われるため、捜査実務関係者、市民や一部の弁護人にも十分に理解されているとは言い難い。裁判員制度により市民が刑事裁判に参加する現在、市民が刑事裁判の基本原則を理解する必要性は高まっている。以上のところから、本論文は、この「理解されにくい権利」である自己負罪拒否特権が、刑事手続の基本原則として採用された歴史的経緯、その存在根拠および中核的内容を明らかにすることによって、自己負罪拒否特権が真の意味で「確立」するための道筋を示し、かつ、新たな捜査手法の導入を批判的に検討することも可能になるとしている。

第 1 編「Nemo tenetur 原則の歴史的展開」序章「イギリスにおける『自己負罪拒否特権』の展開」では、Nemo tenetur 原則の起源をめぐる Helmholtz 説と、その確立をめぐる Wigmore/Levy 説および Langbein 説を検討している。Nemo tenetur 原則の「起源」と「確立」を明確に区別し、Nemo tenetur 原則がなぜ必要と考えられたのか、いついかなる内容を獲得してきたのか、当該原則に影響を与えた要素は何かを明らかにすることが、この原則の存在根拠および内容の理解にとって有益であるとしている。

第 1 章「ドイツにおける Nemo tenetur 原則の展開」では、以下のように中世から現在に至るまでの歴史的展開が検討されている。刑事手続に糺問主義が採用され、裁判官が実体的真実の解明を重視するようになったとき、被疑者・被告人は真実供述義務および事案解明への協力義務を負い、自白が最も確かな証拠として扱われ、一定の要件の下に自白獲得目的のための拷問も行われた。Nemo tenetur 原則は、当初、拷問廃止の論拠のひとつとして援用された。しかし、拷問廃止後も、糺問訴訟が維持され、拷問の代用物として虚言罰・不服従罰および尋問術が真実探究方法として用いられていた。18 世紀末頃から、次第に糺問訴訟の欠陥が認識され、刑事手続が弾劾主義の方向へと改革されてきた（いわゆる「改革された刑事訴訟」）。被疑者・被告人の尋問の目的は、自白獲得ではなく、防禦と弁解の機会の提供であり、被疑者・被告人は自ら不利な証拠方法になる必要はないと理解されるようになった。虚言罰と不服従罰が廃止され、強制手段を用いた被疑者・被告人からの自白獲得が禁じられ、尋問術も批判された。しかし、「強制」が禁止されただけで、自白は依然として重要な証拠であった。自由心証主義への移行により、被疑者・被告人の否認や黙秘は、強情さの徴表として不利益に評価された。被疑者・被告人は、真実供述義務を課され、何かを供述しなければならず、行為後の態度を自由に決定することはできなかった。その中で Nemo tenetur 原則は、弾劾主義の帰結・本質的特徴と呼ばれ、自然法の観点や新

たな国家市民関係を刻印づけるものとして援用された。このように、ドイツ刑事手続の *Nemo tenetur* 原則の内実は、改革された刑事訴訟期に形成された。

1868 年に開かれたドイツ法曹大会において、無罪を主張する被告人は公判で応訴や自身の主張の正当化を行わなければならないか、という点が議論され、裁判官の役割と被疑者・被告人に対する尋問のあり方および供述拒絶権の告知が争点となった。改革された刑事訴訟期に弾劾主義の帰結として承認された *Nemo tenetur* 原則は、1877 年ドイツ帝国刑事訴訟法 136 条 2 項（「尋問は、被疑者・被告人に、彼に対して提示された嫌疑の根拠を排除する機会、かつ、彼にとって有利な事実を主張する機会を与えなければならない」）の基本思想として採用された。当時、*Nemo tenetur* 原則は、「被疑者・被告人は、自らの意思に反して有罪立証に寄与するよう要求されない」という狭義の意味で理解されていた。*Nemo tenetur* 原則は法律に採用されたが、被疑者・被告人の真実供述義務が否定されたわけではなく、供述拒絶権の告知は明文化されなかった。被疑者・被告人の黙秘は不利益に扱われ、被疑者・被告人は防禦のために何らかの供述を行わなければならなかった。

1908 年草案および 1920 年草案は、ドイツ帝国刑事訴訟法に残された糺問主義的要素の除去を企図した。1908 年草案は、被疑者・被告人に対する嫌疑内容および罰条の告知を規定したが、当該規定の警察官や検察官による尋問への適用や供述拒絶権の告知は規定しなかった。他方、1920 年草案は、弾劾主義の徹底と *Nemo tenetur* 原則の形骸化への対処として、被疑者・被告人は供述義務を負わない旨の告知、被疑者・被告人が公判で供述拒絶する場合、以前の供述は利用できない旨を規定した。ナチス期になると、1936 年草案において被疑者・被告人の真実供述義務が提案されたが、その後の議論では否定的に解された。しかし、被疑者・被告人は、訴訟の主体や当事者ではなく、国家の構成員として真実探究を妨害してはならないとされ、事実上、真実供述義務を課された。「強化された尋問」という名の拷問も行われた。ナチス期の *Nemo tenetur* 原則は、非常に制限されていたもののそれ自体は否定されず、被疑者・被告人に自ら有罪立証に寄与することまで要求することはできないと考えられていた。

1950 年法統一化法により、被疑者・被告人の訴訟主体性は、人間の尊厳に由来し侵されてはならないことが確認された（ドイツ刑訴法第 136a 条）。1964 年の刑事訴訟法改正は、1858 年ブラウンシュヴァイク刑事訴訟法（第 43 条）以来 100 年以上にわたって要求されてきた被疑者・被告人に対する供述拒絶権の告知を明文化した。供述拒絶権告知の明文化は、被疑者・被告人に対する供述義務の完全な否定であった。しかし、道徳上の真実供述義務の有無、行為後の態度（黙秘や否認）の量刑段階での刑罰加重的ないし非減輕的な利用、被疑者・被告人尋問への弁護人の立会いなどの問題は残された。

以上の検討より、本論文は、ドイツの刑事手続における *Nemo tenetur* 原則が、拷問廃止の論拠、自己保存という自然法的思考、糺問主義の欠陥を認識し弾劾主義へと改革される中で援用されたことを示し、ドイツにおける *Nemo tenetur* 原則が、歴史的に徐々に内容を獲得し発展してきたことを明らかにした。*Nemo tenetur* 原則の意義は、被疑者・被告人の

法的地位を、真実発見のための道具ではなく、当事者かつ訴訟の主体として評価する点、検察官が挙証責任を負い、被疑者・被告人が自ら不利益な証拠や供述を提供する必要はなく、供述義務および協力義務を課されないという点にある。さらに、自白は証拠方法のひとつにすぎず、尋問の目的は、自白獲得ではなく、被疑者・被告人の弁解を聴き防禦の機会を与えることに求められるとする。裁判官は、被告人の供述獲得を目指すのではなく、中立な判断者として被告人の弁解を聴かなければならず、訴追機関は、被疑者・被告人の供述獲得に傾注すべきではなく、黙秘する者には応答さえも求めるべきではないことになるという。そして、供述拒絶権の告知は、**Nemo tenetur** 原則の実効的保障を意味し、被疑者・被告人に対する供述義務の否定の宣言であることが導き出されている。

第2章「わが国における **Nemo tenetur** 原則の展開」では、明治初期から 1953 年刑事訴訟法改正までの経緯が、以下のように紹介・検討されている。わが国における **Nemo tenetur** 原則の初めての援用も、ドイツと同様に拷問廃止の論拠としてであった（ボアソナードの拷問廃止建白書）。拷問廃止のために、改定律例第 318 条（凡罪ヲ断スルハ口供結案ニ依ル）が、「凡罪ヲ断スルハ証ニ依ル」に改められた。わが国最初の近代的刑事訴訟法である治罪法は、自白による有罪推定を危険視し、拷問、強制や詐術を誤判・冤罪を生み出す可能性があるとして禁じた。予審判事による被告人訊問は、徒に自白獲得目的で行ってはならず、事実の発見と被告人の弁解の聴取を目的とした。しかし、被告人は、予審判事による秘密の取調べを受け、十分な弁護権を有していなかった。自白は依然として最も強力な証拠であり、被告人は、沈黙せず弁解しなければならなかった。

明治刑事訴訟法において、**Nemo tenetur** 原則は、「被告人は自己に不利益な証拠を提出する義務を負わない」という意味に理解された。拷問、恐嚇や詐言による自白獲得が禁じられた。学説では、被告人訊問は、被告人に弁解させ防禦権を行使させる機会であるという見解と、依然として自白獲得目的に行われるという見解に二分していた。被告人の真実供述義務を認める見解も存在したが、消極的に解する見解が一般的であった。弾劾主義が意識される一方で、依然として自白は最重要の証拠であり、黙秘は被告人にとって不利に作用した。明治 32 年の改正により、被告人から自己負罪供述を獲得するためにも用いられた密室監禁制度が廃止された。明治 34 年案は、**Nemo tenetur** 原則を採用したドイツ帝国刑事訴訟法第 136 条と同趣旨で、「被告人ニ対シテハ被告事件ヲ告知シ其事件ニ付キ陳述スルコトアルヤ否ヤヲ問ヒ且其利益ト為ル可キ事実ヲ申立ツル機会ヲ与フ可シ」と規定した。大正 5 年案も、弾劾主義に基づく被告人の防禦権を重視し、被告人訊問の目的は、防禦主体たる被告人の弁解の機会の提供と解した。ドイツの 1908 年・1920 年草案の影響のもとに、被告人の供述の自由、弁護人の立会いや告知、供述義務の否定の明文化も議論され、大正刑事訴訟法に影響を与えた。**Nemo tenetur** 原則に基づき、被告人訊問は、当事者かつ訴訟の主体である被告人に対する弁解の機会の付与を目的とするもので、被疑者・被告人の供述義務を消極的に解する見解が一般的であった。被告人の自白は、有罪認定にとって最も有力な証拠であったが、自白の強要や促進は許されないとされた。しかし、被疑者・

被告人の供述は重視され、黙秘ではなく何らかの供述をすることが求められ、虚偽供述は、正当な防禦ではないと批判された。戦時刑事手続においては、被疑者・被告人に対する人権蹂躪が行われ、個人に対する全体の優位性や当事者主義の誇張を警戒し真実供述義務を課する動きが生じた。実際には *Nemo tenetur* 原則は大幅に制限されていたが、理論上、*Nemo tenetur* 原則自体を否定する見解はなく、被疑者・被告人に対する真実供述義務の賦課に対して慎重な見解が多数を占めていた。

戦後、総司令部は、わが国の捜査機関の自白偏重と人権蹂躪を問題視し、憲法および刑事訴訟法に刑事手続に関する規定を設けるべきであると考えた。*Nemo tenetur* 原則は、マッカーサー草案で提案され、日本国憲法第 38 条第 1 項が制定されるに至った。マッカーサー草案と憲法改正草案要綱に合わせ、刑事訴訟法にも「被告人が自己に不利益な供述を拒むことができることを明らかにすること」が求められた。起草段階では、供述拒絶権の告知は明文化されていなかったが、最終的に総司令部側の要求により、被疑者および被告人に対する供述拒絶権の告知が明文で義務づけられた。日本国憲法および刑事訴訟法に *Nemo tenetur* 原則が明文化されたことは大きな成果であったが、その制定過程においてこの原則の内容や本質に関する議論はあまり行われてはいなかった。現行刑事訴訟法施行後間もなく、捜査実務側は、被疑者に対する供述拒絶権告知規定（刑訴法第 198 条第 2 項）の削除を求めた。この見解によれば、憲法 38 条 1 項は、「不利益な」供述の「強要」を禁じるのみであり、刑事訴訟法第 198 条第 2 項は憲法を拡張している。これに対し、供述拒絶権告知規定を維持すべきであるとする見解によれば、「不利益」な供述の強要に限るとその他の一般的事項や利益供述に関する供述義務が肯定されうることになる。特に、わが国の取調べにおける被疑者の状況を考慮する必要があり、被疑者は、密室で取調べを受け、取調官に対して主張することが困難であるだけでなく、供述を強要される危険性が高い。供述拒絶権の告知は、取調べの場（フォーラム）を改善し、被疑者に自由意思に基づく供述を可能にし、*Nemo tenetur* 原則に基づく権利の行使の機会を与える。議論の結果、同項の改正は、若干の文言の変化に止まり、その内容は保持された。しかし、このような見解の対立は、現在も根強く残っている。

以上の検討の結果、本論文は、わが国における *Nemo tenetur* 原則に関しては、「口供結案」を廃して「依証断罪」を採用し、拷問を廃止して以来、被疑者・被告人の供述に依拠する刑事手続からの脱却を目指す人権保障的な方向と、拷問に代わる真実探究方法を模索し被疑者の取調べを重視する方向とが、緊張関係にあるという。*Nemo tenetur* 原則は、直線的に発展したわけではなく、公判段階から捜査段階および捜査前の段階へと保護範囲を拡大してきたとし、*Nemo tenetur* 原則が、戦後、憲法および刑事訴訟法に明文化され、供述拒絶権告知が捜査機関にも義務づけられたことは、非常に大きな成果であったが、1953 年の刑訴法改正時の議論に見られる *Nemo tenetur* 原則の目的や保障範囲に関する意見の対立は、現在も根強く残っているとしている。

第 2 編「*Nemo tenetur* 原則の理論的検討」第 1 章「わが国における *Nemo tenetur* 原則

の現状」では、わが国の刑事実務が *Nemo tenetur* 原則に追いついていないということが指摘されている。本論文は、その原因として、①*Nemo tenetur* 原則に関する明文規定が憲法および刑事訴訟法におかれた点は大きな成果であったが、その内容に関する議論が乏しかった点、②依然として被疑者・被告人の供述（自白）に依拠した取調べが行われている点、③一見すると常識に反するよう見える *Nemo tenetur* 原則が十分に理解されていない点を挙げている。そして *Nemo tenetur* 原則に沿った方向で憲法および刑事訴訟法を解釈すべきであるという。次に、わが国における *Nemo tenetur* 原則の存在意義に関する議論を以下のように概観している。わが国においては *Nemo tenetur* 原則の存在根拠を人間の尊厳および人格権に求める見解が、一般的である。近代刑事手続法における個人は、単なる客体ではなく訴訟の主体として尊重される。国家は、個人の人格的領域に不当に介入してはならず、捜査や真実探究という目的達成のために人格を侵害してはならない。国家が個人に自己負罪させることは、人間の尊厳および人格に対する侵害である。*Nemo tenetur* 原則の本質は、個人の人格の尊厳に対する刑事訴訟の譲歩であり、近代法の産物である弾劾主義の発展とともに変遷してきた。被疑者・被告人は、内心の内奥をのぞき見されず、自己犠牲を強要されず、自らの意思で供述するか否かと供述の内容について決定することができる。*Nemo tenetur* 原則は、近代以前の苛烈な糾問や拷問による人権蹂躪を防止してきた。*Nemo tenetur* 原則が、歴史的に思想に関する沈黙の自由由来していることから、良心の自由（憲法第 19 条）との関連性も指摘されている。また、*Nemo tenetur* 原則は、刑事訴訟法上の基本原則である無罪推定原則、当事者対等主義（武器対等の原則）および挙証責任とも密接に関連している。各原則は、独立の法原則であるが、相互に作用することにより、刑事手続におけるより実効的な保障を可能にする。特にわが国における *Nemo tenetur* 原則の中核的意義は、身体拘束下の被疑者取調べの規制にある。捜査訴追機関である国家は、被疑者に供述義務を課さず、自由な意思決定を可能にしなければならない。被疑者・被告人は、刑罰を科されうる立場にあり、特に身体拘束下の密室の取調べにおいて、不利な言動をしやすく自己負罪する危険性が高い。被疑者は、*Nemo tenetur* 原則によって、何も弁解をせずとも訴訟主体として防禦することができる。

以上の検討の結果、本論文は、近代的刑事手続を規定するわが国の憲法および刑事訴訟法における *Nemo tenetur* 原則は、人間の尊厳を有し人格を尊重されるべき訴訟主体である被疑者・被告人が、当事者主義のもとで、無罪を推定され、公平な裁判を保障され、疑わしきは被告人の利益となる刑事手続の各段階において、自由な意思の自己決定による効果的な防禦を行うことができるとともに、刑事訴追機関による捜査および取調べを規制するという意義を有しているという。しかし、わが国の *Nemo tenetur* 原則の存在根拠は、必ずしも明らかにされておらず、憲法的根拠論と *Nemo tenetur* 原則の保護範囲との関係も検討する必要があると指摘する。

そこで、第 2 章「ドイツにおける *Nemo tenetur* 原則」に移り、以下のように紹介・検討している。ドイツの刑事手続における *Nemo tenetur* 原則によれば、被疑者・被告人は、真

実供述義務を課されず、虚偽供述を理由に制裁を科されることもない。ドイツ基本法および刑事訴訟法は、**Nemo tenetur** 原則を直接明文で規定していない。ただし、刑事訴訟法第136条第1項第2文および第243条第4項がその理解に資するとされている。**Nemo tenetur** 原則が、全刑事手続の上位の法原則であり、憲法的地位を有する点は争いが無いものの、その憲法的根拠については様々な見解が主張されてきた。

Nemo tenetur 原則の憲法的根拠は、まず、各基本権に求められた。良心の自由（基本法第4条第1項）に根拠を求める見解、被疑者・被告人の供述や黙秘を「意見」と捉えることにより意見表明の自由（基本法第5条第1項）に求める見解などがある。法律上の審問を請求する権利（基本法第103条第1項）によれば、事件について事実や法の観点から発言できることを意味し、当事者が訴訟の資料に関する完全な情報を与えられ、裁判の論点を認識できることを前提とし、当事者が手続へ積極的に参加することを保障するとし、**Nemo tenetur** 原則が供述義務を否定し、国家による自己負罪強制を許さないことによって、被疑者・被告人は、手続に影響を及ぼし、自由に発言、否認や黙秘し、訴訟で自由なコミュニケーションを行うことができるとする見解もある。しかし、いずれの見解も、**Nemo tenetur** 原則の特徴の一部を捉えているものの、**Nemo tenetur** 原則の保護範囲が狭く、刑事手続においてこの原則を包括的に保障するためには不十分であることが指摘された。そこで、**Nemo tenetur** 原則の憲法的根拠を人間の尊厳および一般的人格権に求める見解が有力に主張された。人間の尊厳に依拠する見解によれば、供述義務の賦課は、倫理的に過剰な要求であり、国家による被疑者・被告人の内心領域や人格に対する介入であって、自己負罪強制は、被疑者・被告人を単なる客体に貶め、自由な意思決定を不可能にする。しかし、人間の尊厳という概念の曖昧さに批判があり、自己叙述の権利、自己保存の権利および情報自己決定権を保障する一般的人格権に依拠するという見解が主張されてきた。自己叙述の権利に **Nemo tenetur** 原則の憲法的根拠を求める見解によれば、被疑者・被告人は、供述の相手や範囲を自己決定でき、国家による真実探究活動に対して、自身の秘密を暴かれることを妨げることができる。さらに、被疑者・被告人は、有罪判決によって自由や財産等を失い得るという緊張状態にある。そのような被疑者・被告人に自己負罪を要求することは、過度の要求であり、人間の自己保存本能による心理的限界を超え、人格領域に深く介入するという観点から、憲法的根拠を自己保存の権利に求める見解が主張された。さらに、1983年に連邦憲法裁判所によって示された情報自己決定権に **Nemo tenetur** 原則の憲法的根拠を求める見解もある。この見解によれば、供述義務は、個人情報の放棄や使用について自己決定する権利を侵害し供述の「強制」だけでなく、行政手続等で獲得された自己負罪供述が引き続き刑事手続において利用されることによって過度の侵害をもたらす。本論文によれば、**Nemo tenetur** 原則の憲法的根拠を基本権に求める見解は、保護範囲を拡大するために徐々に変化してきたが、これらは、相互に排他的関係にあるのではなく、人間の尊厳および一般的人格権によってその中核を保障すると同時に、各基本権によって部分的に **Nemo tenetur** 原則の特質を特徴づけているとされている。

他方、*Nemo tenetur* 原則の憲法的根拠を法治国家原理に求める見解も有力である。学説および判例において、被疑者・被告人の供述の自由は、法治国家的思考の表われであるとされ、特に、法治国家原理の下位原則である無罪推定原則、公正な裁判を受ける権利（武器対等の原則）と *Nemo tenetur* 原則の密接な関連が指摘されている。無罪推定と *Nemo tenetur* 原則は、相互に補完し、部分的に独自の保護範囲を有する。しかし、両原則は、挙証責任が国家（検察官）にあり、被疑者・被告人は立証に協力する必要はないという点で共通している。公正な裁判を受ける権利は、刑事訴訟法の解釈において各規範を常に基本法に方向づけて解釈するように作用する。公正さの要請は、被疑者・被告人が弁護人による弁護により有効な防禦活動を行うことや、被疑者・被告人に対する告知義務のような後見的規定を把握する点で適している。本論文によれば、*Nemo tenetur* 原則の憲法的根拠を法治国家原理に求める見解は、刑事手続の特殊性を考慮し、法治国家的刑事手続を実効的に保障する点に着目しているという。

第3章「ドイツの刑事訴訟における *Nemo tenetur* 原則」では、同原則の中核部分と射程に関する学説と判例を以下のように紹介・検討している。Rogallによれば、*Nemo tenetur* 原則は、被疑者・被告人を積極的な自己負罪的行為から保護する「受動性に関する権利」を保障する。保護範囲を広く認めるため、かつ、被疑者・被告人に対する自己負罪強制が過大な要求であることから、人間の尊厳と結びついた（一般的）人格権に憲法的根拠を求める。*Nemo tenetur* 原則の保障の限界は、刑事訴追や処罰を積極的に妨害する自己庇護行為にあるという。Schneiderは、*Nemo tenetur* 原則を、法治国家思考の実体的構成要素と理解し、司法基本権として手続法的な国家市民関係を規定するものと解する。*Nemo tenetur* 原則は、被疑者・被告人に対する自己負罪「強制」を禁止し、黙秘のような「受動的態度」を保護するものであり、逃亡や虚偽供述のような積極的な自己庇護行為は原則として「不法」であるという。Wolffも、人間の尊厳および一般的人格権に憲法的根拠を求める見解の曖昧さを指摘し、*Nemo tenetur* 原則の憲法的根拠を責任原則に求め、部分的に各基本権に求める。しかし、*Nemo tenetur* 原則の保護範囲を「積極的行為／消極的受忍」に着目して決定するこれらの見解に対しては、疑問が呈されている。

GrünwaldおよびReißによれば、*Nemo tenetur* 原則は、被疑者・被告人に対する心理的強制（*vis compulsiva*）や害悪の予告によって、その意思形成に影響を与えることを禁じており、法律が予定するかぎりでの物理的強制（*vis absoluta*）は許される。Grünwaldによれば、*Nemo tenetur* 原則は、被疑者・被告人の主体的地位と人間の尊厳から導き出され、自己負罪的協力をするか秩序罰や強制拘禁等の他の害悪を甘受するかという選択を行うことによる「苦痛」から解放する。これに対し、Reißは、*Nemo tenetur* 原則の憲法的根拠を法治国家原理に求めることにより、法共同体を代表する国家に対し、情報所持者である被疑者・被告人に対する強制的な介入すべてを禁止する。刑事訴追機関は、被疑者・被告人の協力なしには獲得しえないような不利な証拠方法を被疑者・被告人に創出させるようないかなる強制も禁じられ、被疑者・被告人の態度に依拠することなく有罪の立証を行わ

なければならないという。さらに、**Bosch** は、被疑者・被告人の行為後の態度を自由な自己描写とし、被疑者・被告人の行為後の態度である供述や黙秘を等価値の防禦と捉えることによつて **Nemo tenetur** 原則の保護範囲をより広く解した。つまり、**Nemo tenetur** 原則は、武器対等の原則や無罪推定原則と密接な関係にある法治国家原理の構成要素であり、被疑者・被告人を強制から保護するだけでなく、刑事訴訟上の意思決定の自由の保護と刑事手続への協力に関する自己決定の保持も目的としている。被疑者・被告人が、刑事訴追機関からの影響を受けることなく、自身の供述態度と防禦方法を決定することによつてはじめて、公正な手続が行われていると感じ、判決を受け入れることができ、社会への再編入の機会を得る準備ができるという。また、**Böse** は、**Nemo tenetur** 原則の憲法的根拠を法律上の審問を請求する権利に求め、**Nemo tenetur** 原則の中核は、被疑者・被告人に、結果未決定の刑事手続に、防禦や自由な意見陳述によつて影響を与える可能性を与える点にあるという。このような **Nemo tenetur** 原則の保護範囲を拡張する動きに対し、近年、一部で、**Nemo tenetur** 原則が過度に拡張されているという指摘がある。**Verrel** は、**Nemo tenetur** 原則は憲法に根拠を有するが、過度に強調するべきではなく、限定的に解釈するべきであるとし、**Nemo tenetur** 原則を限定的に解釈するための基準を提案している。

以上の検討の結果、本論文によれば、1977年に **Rogall** による包括的な研究が著されて以来、ドイツ刑事手続における **Nemo tenetur** 原則は、その憲法的根拠と保護内容について検討が重ねられ、その保護範囲を拡張する流れにあったが、近年、新たな法制度や捜査手法の発展に伴い、**Nemo tenetur** 原則の保護範囲を制限する見解も主張されており、議論がますます先鋭化しているという。

他方、連邦憲法裁判所は、1981年のいわゆる破産者決定において、**Nemo tenetur** 原則の意義と根拠について初めて言及した。刑事訴訟法が保障する黙秘権は、**Nemo tenetur** 原則の一部であり、人間の尊厳の尊重という中心思想に基づく法治国家的な基本姿勢のあらわれであつて、その限界は、「第三者の利益」と「共同体関連性と共同体拘束性」にあるという。さらに、1995年決定によれば、憲法によつて保障される黙秘権は、手続法によつて補われ、一般的自由権（基本法第2条第1項）と結びついた基本法の法理国家原理から導き出される法治国家的な公正な手続によつて保障される。被疑者・被告人は、法治国家において手続の単なる客体ではなく、刑事手続の各段階や結果に影響を及ぼす可能性を与えられる。黙秘や回答拒絶を有罪の証明に利用することは、心理的な供述強制であり、許されないとされた。連邦通常裁判所2009年決定等によれば、**Nemo tenetur** 原則は、自己負罪「強制」を禁じ、被疑者・被告人が積極的に事実解明に協力したいか否かを自己決定する自由を保障する。同原則は、憲法上、人間の尊厳と人格の自由な発展（基本法第1条第1項と結びついた第2条第1項）によつて保障され、欧州人権条約によつて保障される公正な刑事手続を受ける権利の中核領域の一部を形成しているとされ、被疑者・被告人は、供述義務を負わず、黙秘による不利益推認を受けないとされた。連邦通常裁判所1995年決定等は、黙秘等の被疑者・被告人の受動的態度を **Nemo tenetur** 原則によつて保護し、供述や

否認等の被疑者・被告人の積極的態度を「適切な防禦」によって保護しようとする。被告人の否認を刑罰加重的に考慮することは許されないとするが、被告人の行為後の態度が行為者の法敵対的心情、非常に強情であること、他の犯罪行為に関連する人格の欠陥、あるいは将来の犯罪行為の危険性を示す場合には、その態度を刑罰加重的に評価してもよいとしている。

「おわりに」では、本論文全体が次のようにまとめられている。**Nemo tenetur** 原則は、拷問廃止の論拠として援用されて以来、刑事訴追機関等による激しい批判があったにもかかわらず、(保障範囲に差はあるものの) 保持されてきた。ドイツのナチス期やわが国の戦時刑事手続においても、**Nemo tenetur** 原則自体が否定されることはなかった。これは、**Nemo tenetur** 原則を廃止(制限)すると、拷問や拷問代用物たる不服従罰・虚言罰を行使していた糺問主義刑事訴訟に戻る(後退する)ことになるという危惧感が持たれたからであった。つまり、**Nemo tenetur** 原則は、近代刑事訴訟法の基本原則のひとつであり、これを制限することは近代法に反することになる。同原則の憲法的根拠が「人間の尊厳」や「一般的人格権」に求められる所以はここにもあり、**Nemo tenetur** 原則は、憲法制定の前から存在し、憲法が保障する基本権に影響を与え、刑事司法および刑事手続全体を方向づける法原則である。それゆえ、わが国の憲法および刑事訴訟法が採る **Nemo tenetur** 原則によれば、被疑者・被告人が「自己に不利益な供述」を拒否したり黙秘することが保障されるだけでなく、刑事手続の主体たる被疑者・被告人の供述の自由、つまり「供述するか否か、いつ、何を、どのように、どの程度供述するかについて自由に決定することができる」ことが保障されていると考えるべきである。**Nemo tenetur** 原則は、被疑者・被告人に対する供述「強要」からの保護を意味するだけでなく、供述の自由を侵害する捜査手法からの保護を保障している。黙秘、否認、虚偽のすべてを被疑者・被告人の行為後の態度として保護すべきである。したがって、**Nemo tenetur** 原則に関し、包括的黙秘権を保障する刑事訴訟法のほうが憲法第 38 条第 1 項よりも広いという解釈には疑問がある。確かに、憲法第 38 条第 1 項と刑事訴訟法の文言は異なるが、共に **Nemo tenetur** 原則を内容としていると考えるべきである。**Nemo tenetur** 原則は、憲法上の原則であり、これを制限する場合には正当化を要し、捜査の必要性を理由として容易に制限されるものではない。それゆえ、**Nemo tenetur** 原則に沿った刑事手続の再構成を行うべきである。

<論文審査の結果の要旨>

本論文は、ドイツおよび日本における **Nemo tenetur** 原則の歴史的展開および理論を詳細に論じたものである(全文 358 頁、注は 1332 に達する)。自己負罪拒否特権、黙秘権という用語ではなく **Nemo tenetur** 原則という用語を用いたのは、それが近代刑事訴訟法の基本原理のひとつとして、現行法の解釈論を超えて妥当すべき原理であることを示すことにある。黙秘権に関する先行研究としては、佐伯博士、平野博士、田宮博士、久岡教授などの研究のほか、比較的最近のものとして、石田倫識氏、中島洋樹氏の研究があるが、本論文

のように、ドイツ法を中心に詳細に論じたものは見当たらない。

現在、わが国の刑事手続は正に変革期にある。これまで、代用監獄での取調べにおける自白の強要、弁護人の接見交通権の制限、自白調書・証人尋問調書の重視（調書裁判）、否認事件や重大事件ではなかなか保釈を認めない人質司法、検察官手持ち証拠や警察にある記録の不開示、無罪判決に対する検察官上訴などの実務が、学説から批判的とされてきた。このような閉塞状況の中で、裁判員裁判の導入に伴う直接主義・口頭主義・公判中心主義への移行の展望、公判前整理手続における証拠開示の（若干の）拡大と全面開示要求、検察官によるフロッピーディスクの改ざんや再審無罪判決を契機に高まってきた「捜査の可視化」、一審無罪判決の重視など、状況を打破する動きが見られるようになってきている。本論文は、とりわけ一般市民には「理解されにくい権利」である自己負罪拒否特権について歴史的・理論的に検討を加えることにより、わが国における *Nemo tenetur* 原則の実効的保障を促すものとして貴重である。わが国の実務を支配している取調受忍義務に対する批判にも理論的根拠を提供するものといえよう。

第1編の歴史的展開では、ドイツにおいて、拷問廃止後も続いた自白の強要に対し、改革された刑事訴訟の時代に *Nemo tenetur* 原則が意識され、その後の展開において徐々に確立してきた経過が丹念にフォローされている。とりわけ、1964年刑事訴訟法改正（いわゆる「小改正」）で実現した被疑者・被告人に対する供述拒否権の告知の規定が、1858年ブラウンシュヴァイク刑訴法第43条以来100年以上にわたって要求されてきたものの明文化であったという指摘は、歴史的研究ならでは叙述といえる。わが国の歴史的展開についても、これほどに詳細な研究はこれまでの先行研究には見られない。*Nemo tenetur* 原則の発想自体は、すでに戦前において定着していたことが具体的に明らかにされている。ドイツ帝国刑事訴訟法が明治34年案に、1908年草案が大正5年案に、それらと1920年草案が大正刑事訴訟法に影響を及ぼしていた。同時に、供述拒否権告知の規定についても、ドイツでは19世紀初頭からの議論の積み重ね（紆余曲折）のうえに実現したのに対し、わが国では戦後GHQの指導の下に必ずしも十分な議論はないままに規定されたという対比も興味深い。ドイツ法の歴史研究が、わが国の議論においても大いに参考になることが示されているといえよう。

第2編の理論的検討では、わが国の判例・学説・実務が検討され、とりわけ取調べの問題点が適切に評価されている。そして、わが国の問題の解決のためにも、ドイツの議論が参考になるとし、*Nemo tenetur* 原則の憲法的根拠をめぐる議論、同原則の中核部分および射程をめぐる最近の議論が、丁寧に紹介・検討されている。この点は、わが国のこれまでの議論では、すでに日本国憲法および刑事訴訟法に規定があることから自然にその解釈論が中心となってきたが、なかなか実務における実効的保障に結びつかなかった状況の下で、本論文は、*Nemo tenetur* 原則の歴史的展開と理論的根拠を明かにし、それが憲法および刑事訴訟法の基礎にある原則であることを示すことによって、実務の変革を促す基礎を提供するものといえる。いずれにせよ、本論文は、わが国におけるこの分野の研究水準を確実

に一步進めたものと評価できるであろう。

本論文申請者の研究内容は、2012年2月15日（水）15時から16時30分まで学而館第3研究会室において開催された公聴会において報告され、本学教員および大学院生の出席の下に活発な質疑応答が行われた。Nemo tenetur原則と自己負罪拒否特権および黙秘権の関係はどうか、憲法に規定がないドイツ特有の事情があるのではないかと、Nemo tenetur原則の射程が問題になるのは刑事手続を超えて行政手続の領域ではないかと、この原則の起源を明らかにすることも重要ではないかと、自然権的なものという説明では不十分ではないかと、この原則を自然権的なものと捉えたとするとその限定が不可能になるのではないかと、この原則に違反した場合の制裁としてどのようなものが考えられるかと、嘘をつく権利を認めるのか、この原則の中核部分といているが、そうすると周辺部分もあることになるが、それは何か、この原則の例外があるとすると、それは何か、情報自己決定権に根拠を求めるとするときわめて広がるが、そのように理解しているのか、アメリカ法の検討が必要ではないかと、もっと自分の見解を前面に出した方が良かったのではないかなどの質問・意見が出された。これに対して、報告者は、いずれの質問に対しても適切に解答した。さらに、今後の課題として、アメリカ合衆国憲法修正第5条（日本国憲法第38条第1項の由来）の検討のほか、Nemo tenetur原則の各論的検討として、錯誤に基づく自己負罪とNemo tenetur原則、身体内部への侵襲による証拠獲得とNemo tenetur原則、量刑手続における行為後の態度とNemo tenetur原則、行政手続で得られた供述や資料の刑事手続への利用とNemo tenetur原則、法人や法人格なき団体へのNemo tenetur原則の適用可能性を予定していることが示された。本論文は、ボアソナードの「沈黙の自由」という拷問廃止の根拠を適切に評価している点で、それを条約改正問題との関連でしか見てこなかった日本法制史にも課題を投げかけている、証拠があるのに自白を要求する律や日本の古くからの考えの根本に何があるのかという課題もあるというコメントもあった。

<試験または学力確認の結果の要旨>

本審査委員会は、松倉氏が、本学学位規程第18条第1項該当者であり、本論文の内容に加えて、公表済みの論文（上記「本論文の構成」参照）の水準、公聴会における質疑応答を通じて、博士の学位に相応しい学力と十分な学識を有することを確認した。

以上の次第で、審査委員会全員一致で、松倉氏に対し、本学学位規程第18条第1項に基づいて、「博士（法学 立命館大学）」の学位を授与することが適当であると判断する。