

供述拒否権が刑事手続理論に及ぼす影響

井戸田 侃

1 問題の所在

イ 戦前においても、供述拒否権は研究者によって事実上は承認されていた。しかし憲法はもちろん法律においてもこれを明文によって認める規定はなかった。そのために研究者の間においては、「供述拒否権」にふれない考え方が一般的であったといってもよい。したがって刑事手続理論もこれを無視してたてられていた。

しかし戦後においては、法律においてこれを明文化するのみでなく、国の基本法である憲法においてもこれをはっきりと保障することになった。のみならず（捜査においても、公判においても）取調べの前にこの権利の存在を供述者にわざわざ教示しなければならなくなったのである。正に自白取得は捜査手続、公判手続の目的ではないことを明示したという意味において、被疑者、被告人の位置づけについて革命的とも言える変更をもたらしたのである。しかし現在、学界においては、依然として被疑者取調べは証拠収集＝自白収集のためにあるという見解が通常になっているが、これはきわめて不可解であるという他ない。

ロ 供述拒否権は、一方当事者から他方の当事者に供述する義務を否定する権利であるから、これが公判手続のみならず捜査手続において、きわめて大きな意味をもつことはいうまでもない。しかも重要なことは捜査も公判も等しく扱い、被疑者も被告人も手続においては等しい地位を占めることをはっきりと示すことになったのである。被告人にのみこれらの権利

を認めるのではない。このことは、捜査手続や公判手続では、被疑者も被告人も同じように位置づけるべきことを示している。捜査は糾問手続、公判は訴訟構造であるということは、許されないのである。現に捜査機関に好意的な一部の研究者の見解にはこれに属するような考え方が主張されており、学説も一般に捜査手続の取調べは証拠収集のためにあるとしながら、他方、公判手続における被告人の取調べは、被告人の弁解を聞くためにあると考えられているし、また実務もそのように扱われているように見える。それは、現行法の建前とは異なるのではなからうか。それでは捜査ができないというのであれば、まずそのために自白に頼らなくてもよい客観的な証拠収集のための工夫がなされるべきであった。憲法、法律が変わったのであるから、状況証拠収集などの努力を尽くすべきであった。しかし現実には、自白中心の捜査の脱却などの捜査方法が戦前とは変わったという方向に動いていないと思われる。

八 被疑者、被告人は当の事件にかかわった疑いのある者であるから、その事件をやったかやらなかったかをもっともよく知っているとして古くから信じられていた。事実、これがわれわれ市民のもっとも素朴な認識であろうと思われる。それが故に最近まで古今、東西を問わず広く嫌疑者の供述を重視し、これを追求するのが刑事裁判であると考えられていたのである。拷問が堂々と認められていたのはそのためである。現在も、供述拒否権が憲法、法律によって認められ、拷問は絶対に禁じられるようになったけれども、自白尊重の考え方は変わらない。和歌山カレー毒物混入事件に見られるように、犯罪被害者が供述拒否権の存在を好ましくないと考えるのもよくわかる。民事裁判では、いまでも自白に絶対的な力を認め（民訴法179）、争わない事実については自白したと擬制している（民訴法159）、したがってその内容を裁判上の真実としているのである。しかし民事裁判と刑事裁判とは基本的に異なる。民事裁判は紛争解決を目的としているからである。刑事手続では、このような常識に反して、被告人、被疑者の供述の自由に任せておくことは大きな疑問があると認識するに至ったことはあ

きらかである。これが刑事手続理論に影響を与えない筈がない。

二 戦後、刑事訴訟法では、被疑者、被告人には黙秘する「権利」を与えたのである。本来、明文はなくても供述するか否かは供述者の自由である筈である。しかし刑事手続では真の意味での供述者の自由でなかったことは歴史の示すところである。(1) 供述の自由に委ねておくことはこれまでの判例にあらわれているような強大な権力を有する捜査機関からの権力を利用したあの手この手の供述取得方法を導き、結局は事実上、供述の義務を科することになり、強制的に供述を取得することを認めることになる(むりやり自白調書を作成することになる)。また(2) その結果得た供述調書記載内容も真実であれば話がわからないわけではないが、むしろこれが真実でないことが多かったことも歴史の示すところである。何のことはない、供述の自由を認めることは、捜査機関の疑いが誤りでなかったことを認めさせることになるからである。そういうこともあって、これを法律で明記するにとどまらず、憲法で明示し、のみならず予め被疑者、被告人にこの権利の存在を教示することまでも義務づけたのである。これは、紙の上に権利として保障しただけではこれまでの歴史からみて実効性を伴わないと考えたからであろう。これは理論上、刑事裁判構造にも、革命的な変更をもたらすものといわざるをえない。

ホ ところが、現在における刑事訴訟理論、実務状況をみたととき、供述拒否権は、単に刑事手続における人権保障のための政策的な一つの問題点として処理するにとどまり、これを刑事手続全体の中に位置づけて理論的に評価されていないように思われてならないのである。したがって被疑者の取調べを証拠収集のためにあるという考え方を脱却できないだけでなく、供述拒否権行使の条件、内容を最小限のものとして考え、いわば現代における供述拒否権の位置づけをきわめて軽視することになるのではなからうか。それは、いまでは人権保障のための政策的な制度として矮小化してはならない。たとえば被害者の保護の重視という 政策の変更という名のもとにこれを縮小・抹消されてはならない。それはひいては、被告人、

とくに被疑者の構造的位置づけにも変更を及ぼす筈である。

そこで本稿においては、供述拒否権の存在が刑事訴訟理論に何を教えているかを分析し、この原則のもとにおける刑事手続上の若干の重要問題についての理論的結論を考えてみたいと思う。

2 「訴訟」構造，当事者主義構造¹⁾

刑事手続における諸問題を正しく理解するためには、個々の問題の基礎をなす、被疑者・被告人、司法警察職員、検察官、弁護士、裁判所という各当事者間の関係を正しく位置づけることが必要である。けだし捜査手続、公判手続の問題点の多くは、関与する各当事者間の法律関係の上に存在しているからである。単なる「観」というような観方の問題ではない。

イ 現行法は、被告人も訴訟主体たる地位を占めこれを基礎に当事者主義をとるといわれている。何故そうであるのかについては実は明確ではない。恐らく被告人にも証拠調請求権、上訴申立権をはじめ異議申立権等主体として当然に与えられるべき多くの権限が与えられているからであろうが、このような権限は、訴訟客体であっても一定、認めることができよう。むしろ当事者を懲表する大きな事実としては被告人に供述拒否権が与えられている点を憲法において明示することにあると思われる。糾問手続では、江戸時代の裁判のように被告人は取調べの客体になるのであるから、当然、供述の義務があるということになってしまう。ここでは拷問も許されていたのである。その意味で供述拒否権を明示することこそが被告人が訴訟主体であることを懲表する重要な事実であるというべきであろう。被告人を訴訟客体とみる糾問手続では供述拒否権はあり得ない。

このことは、被疑者としても同様のことが云えなければならない。被疑者は、被告人のように証拠調請求権などのような明文による権利はないけれども、被告人と同じく法により保障された供述拒否権があるからである。したがって被疑者も被告人と同じく手続の主体であるというべきである。

取調べの客体であるのではない。

そのような意味で私は、捜査手続は、検察官の起訴・不起訴の決定を求めるための被疑者、司法警察職員の関与する「訴訟」構造をとる手続であると考えている²⁾。かくしてそこで、被疑者も訴訟主体であることになる。

口 供述拒否権は、被告人・被疑者に真実追求義務がないことを示している。刑事手続の目的は刑訴法第1条に明記されているように、実体的真実追求にある。しかし法はあえて被告人・被疑者にこの義務から解放したようにみえる。これは何を意味するのであろうか。

よく考えてみると、これは被告人・被疑者に真実追求義務から解放しているわけではない。積極的実体的真実追求義務から解放したのである。消極的実体的真実追求義務は、被告人・被疑者にもある。つまり被告人・被疑者には片面的な実体的真実主義をとることを意味しているといえる。

それでは、何故、このような取扱を法は認めたのか。それは、人権保障を考えた結果であることは間違いないが、理論的には、それは、司法警察職員と被告人・被疑者という当事者間の対等化を考慮した結果であると位置づけることができるように思われる³⁾。いわば、当事者間の実質的対等化を考えた結果である。この実質的対等化の基礎は、当事者主義のもとで実体的真実主義をとったことにある。当事者主義は、両当事者の主張・立証を通して真実をあきらかにする構造である。しかし被告人・被疑者の証拠収集能力と相手方当事者である司法警察職員・検察官の証拠収集能力とは基本的な相違がある。その条件の下で正しい真実を見出すためには、一定の考慮をすることが不可欠である。その意味で被告人・被疑者には、自己に有利な事実のみの主張・立証の権利を与え、自己に不利益な事実についての真実追求義務を免じたものであると云うことができると考えている。換言すれば、でなければ強い捜査能力を有する司法警察職員・検察官の主張のみが真実であると結論づけられる可能性が大きいためである。

3 被告人・被疑者への取調べ⁴⁾

被告人・被疑者への取調べは、これまでの刑事手続の基本であったように思われる。

事実、これまでの捜査手続を自白中心の捜査と云われているように、疑のある者をまず逮捕し、身体を拘束して取調べをなし、その結果、えた自白にもとづいて証拠を収集し、これを裏付けるための捜査行為を行うのがその捜査方法であったし、公判手続も、自白を裏付ける証拠がどれだけあったのかを中心に事実を認定するものとされていたからである。したがって和歌山のカレー毒物混入事件のように供述拒否権を行使して自白のない事件については、事実認定に裁判所も非常に苦慮すると考えられていたのである。いまでも状況証拠による事実認定は特別のものと考えられているが、それは供述拒否権を認める以上、むしろ原則である筈である。

その考えの基本は、被告人・被疑者は、当該事件の真偽についてもっともよく知っている信じられているからであろう。そういうこともあって被告人・被疑者の取調べは証拠を収集するためにあると考えられていた。上手に自白をとる取調官が優秀な取調官であるとされていた。それがいまでも通説である。そういう考え方は供述拒否権が認められない時代においては当然であったかもしれない。そのため、取調べによって自白をとることのできない捜査官は、取調べが下手である＝劣った取調官であると考えられていたのである。すぐれた取調官と劣った取調官とは紙一重の差である。どれだけ上手に自白をとるかである。これで一応の説明がつかも知れない。しかし供述拒否権が認められる時代においてはそれは誤りであることがあきらかになった。これらがここでの問題である。

取調べの前に「云いたくなければ云わなくてもよい」と取調官が被疑者に注意したすぐそのあと「さて云ってもらいましょう」ということは、取調官も被疑者も心理的に矛盾を感じるのは当然である。この点については

すでに繰返し指摘したところであるが⁴⁾、これは、供述拒否権の承認のもとでは被疑者取調べの目的を証拠収集(自白収集)とみることの誤りであることを示している。

しからば被疑者取調べ(法198)は何のためにあるのかということであるが、わたくしは、被疑者の弁解を聴くためにあると考えている⁵⁾。実務においても、拘束されている被疑者が検察官等に対して「弁解をきいてほしい」「あれから取調べは全然ない」と被疑者が取調べを要求することは決して少なくない。いわば法198条は、due processの側面からいえば、起訴という被疑者の不利益処分を行うための、むしろ被疑者の弁解をする権利を与えるためにあるといえる。noticeとhearingは、起訴・不起訴処分的前提である筈である。これまでの通説のように、これを重視しない、つまりnoticeとhearingをせずに起訴してもよいと考えることこそむしろおかしいと云えるのではなからうか。逮捕・勾留をするためには、弁解録取、勾留尋問(法203条以下、61条等)が必ずなされている。にもかかわらず起訴・不起訴をするためには、これが不要となるのであろうか。現実には、起訴は処分を受ける者にとっては、不利益処分であることは疑いない。どんどん起訴して無罪をとった方が被疑者にとって有利であるという考え方のもとでそうは考えない見解はあるけれども、実際上はこの考え方は妥当ではなからう。起訴された以上そう簡単に無罪判決が取れる筈がない。これは、訴訟条件をどうみるかという問題と理論上関係するがここではふれない⁶⁾。

このことは、公判手続における被告人に対する取調べを考えてみればよい。いまでは被告人に対しては、その取調べを証拠収集のためにあると誰も云わないであろう。しかし糾問手続の時代、たとえば江戸時代の奉行所においては、証拠収集のために運用されていたのは事実である。いまの公判手続における取調べが証拠収集のためでないなら、捜査手続における取調べも、公判手続における取調べとひとしく証拠収集のためでないと考えべきではなからうかと思うのである。法廷にける「取調べ」と取調室に

おける「取調べ」とは同じ筈である。取調室では自白をとるためと考え、法廷は有罪とするための儀式的場ではない。密室では、自白をとるため厳しく調べながら、皆の見ている表では、優しく調べるということは正しくなかろう。取調べを弁解を聞くためにあるという考え方は、むしろ取調べは、被疑者・被告人の権利であると考えられることになる。

被疑者取調べをそのように考えれば、捜査は出来ないと考える向きがあるかも知れない。しかし以上のような考えは、何も特別なことを主張しているのではないのであって、それは、取調べにおいて供述拒否権の行使を厳守させるのを意味するだけである。法律上、当然の結論である。捜査出来ないと主張することの本心は供述拒否権の憲法・法律による明記をやめてほしいというのであろう。むしろその行使はやめてほしいというのであろう。供述拒否権の明記は、理論上は、取調べは自白収集のためでないことをあきらかにするとともに、実務上は、これまでの捜査方法の基本的な転換を求めることになる。

もっとも取調べが証拠収集のためにあるのではないといっても、弁解をきくときには、犯罪事実についてきいてはいけないというわけではない。この点は、現在の勾留尋問などとひとしく考えればよい。結果的には、この被疑者の自白が真の意味での任意な供述であるならば、これを証拠から排除する必要はない。公判廷における被告人の供述と同じである。法322条はそのためにある。法322条はその意味で例外的な証拠として理解する必要がある。現実には、膨大な自白調書を提出されるのが通常であるが、むしろ情況証拠による立証が通常でなければならない。

4 その効果

以上のように取調べを証拠収集のためではなく、被疑者の弁解をきくためにあると考えれば、多くの問題についての解決の方法を示すのではないかとと思われる。若干の点を指摘しておきたい。

イ 取調べ方法の改善

被疑者取調べを証拠収集のためではなく、弁解のために認められたものとする、客観的に証拠収集のためになされたときざるをえない取調べ方法は違法であるということになる。したがって被疑者の意思に反して任意同行して取調べのために4日間に亙ってホテル等に宿泊させたケース⁷⁾やまた徹夜で取調べたケース⁸⁾などは、被疑者が求めた取調べでないことはあきらかであるから、被疑者が求めたという証明のなにかぎり違法であるということになる。また連日、本人の意思に反して取調べ室へ連れ出されることも許されない。被疑者の真に任意な弁解を聞く限界を越えてはならないのである。任意性に疑いのないことが証拠能力を与える条件であるといながら、証拠収集のために被疑者の意思に反した自白をとることをその目的とすることは、自己矛盾であるといわざるを得ない。国家権力が法をうまくぐればよいというのでは法の権威はない。わたくしは、一般国民が常識的に考えるように、「任意」を日常語としてそのまま受け取るべきであると考え。日常用語の任意性とは、そういうものであると思われる。弁解を求めることこそ「任意性に疑いが無い」場合である。

被疑者が逮捕・勾留されているか否かは関係はないのである。どちらの場合も、証拠収集のための取調べは許されない。そうでなければ拘束されているか否かによってその差は余りにも大きい。不拘束であれば、取調べのために出頭する義務すらないのである。法198条1項但書は、「逮捕・勾留の効力を妨げない」というに過ぎない。

上記の問題のほか取調べの可視化が不十分であること、調書の録取が要点筆記になっていること⁹⁾、読み聞けさせても被疑者がすぐそこで加除訂正を申し出る余裕がないことなど取調べ方法に関しては、多くの問題がある。しかしこれも取調べにさいして真の意味での供述拒否権があり、文言どおり「云いたくなければ云わなくてもよい」ということになれば、解決することができる問題であろうと思われる。1968年、わたくしは当時の西ドイツケルンの検察庁を訪れたことがあるけれども、検事は、「被疑者は

しゃべらないし、弁護人が立会えばしゃべるといって、弁護人の取調べへの立会いを許している」のが検察庁での実務であると聞いたのを思出す。また供述調書を作成してから弁護人がそれを事務所へ持ち帰り、その後で被疑者の署名をするというのもあった¹⁰⁾。これが真の意味での供述拒否権の効果であろうと思われる。取調べに立会いを認めるように要求したが取調官はこれを認めない、くわしく書いてくれといったのに要点筆記の調書を作成した、その他取調べ方法の諸問題の改善には、もしそうしなければ、供述しない（取調べに応じない）、署名、押印しないという原則を守ればよいのである。

自白の任意性とはどういうことかについては、それが抽象的な要件であるため、その具体的内容については、学説上争いがある。判例も広い解釈するものから、狭く解釈するものまでいろいろある。実務は一般に広い。それは規定が抽象的であるため、裁判所は、証拠能力を認めるについては寛大にし、すべて証拠をみた上内容を吟味し、証明力の問題として処理しようとするからであろう。これは裁判官が真実の発見者であると考えられる結果であると思われる¹¹⁾。要するに言葉の真の意味での任意でないのに任意性ありとされているのである。自白が有罪、無罪を決定するのに、現在ではきわめて重要な証拠でありながら、任意性の概念内容が明確でないために、この判断が裁判官によりかなり巾がある。それは決してよいことであると思われない。もし上記のように取調べが証拠収集にあるのではないと考えると、およそ証拠収集のために取調べたと考えざるをえない取調べによってえた自白は、当然、原則として少なくとも任意性に疑いがあることになる。この基準を客観化することができるということは、何よりも重要なこの考え方の結果であろうと思われる。

□ 捜査方法の改善

従来、わが国の捜査の方法は、内偵をすすめながらも、逮捕の要件を充たしたならばまず逮捕し、これを勾留して自由を拘束したうえで取調べを行ない、自白をとったならこの自白に疑問がないことを裏付ける捜査をなし、

そうして起訴するというのが一般的な捜査のやり方であった。つまり原則として、まず被疑者を逮捕・勾留するというやり方である。そうして自白をとるというやり方である。つまり自白をとるための取調べに依存するというやり方である。もし取調べが自白取得のための手段でないということになると、

任意捜査が原則であって、強制捜査(逮捕・勾留など)が例外的な捜査方法であるということと結びつく。

捜査方法については、任意捜査が原則であることは、法197条1項においても明記されているところである。しかしわが国では、これが守られず、犯罪の嫌疑があるということになれば、まず逮捕する。それは自白をとるためである。これが当たり前になっている。それはあきらかに法に違反する。法的に云えば「逮捕・勾留」の要件である必要性という概念の内容が必ずしも明確ではなく、自白をとる必要性も当然にこの中に含まれると考えられているからである。しかし逮捕・勾留は、自白をとるのがその目的ではないことは、何人も認めている筈である。逮捕・勾留は証拠収集のためではない。その考え方を一貫すればよいのである。

取調べを以上のようなものであると考えれば、取調べの必要性のなかには、自白をとる必要性は含まれない。これは被疑者の権利であるからである。

いわゆる代監問題が処理できる。

代用監獄問題は、捜査機関(司法警察職員、検察官)と被疑者、弁護人の間におけるもっとも争われている問題の1つである。この論点の中心点は、代用監獄は、捜査機関にとっては、拘束中の被疑者から自白をとるためにはこの制度がきわめて好都合であるからである。つまりに述べたように自白をとるために逮捕・勾留がなされるから、いわば代用監獄問題はそこから生ずる問題であるといつてよい。取調べが証拠収集のためではないとすれば、連日に互って取調べをする必

要はないし、自白をとるために被逮捕・勾留者を取調官の手許においておくという必要はなくなるであろう。

拷問、ないし無理な自白収集がなくなる。

憲法は、明確に拷問を禁じており（憲36）、法319条、322条は、強制その他「任意にされたものでない疑のある自白」は、証拠能力がないものとしている。法は「疑のある自白」まで証拠能力を排除しているのに、この規定によって自白が証拠能力を排除されるのは、それ程多くない。その主要な理由は、密室における取調べのためその証明がきわめて困難であることにありと思われる。取調官が法廷で認めない以上は、この証明はほとんど不可能である。もし取調べが証拠収集のためでないということになれば、状況証拠によって、証拠収集のためになした取調べであることを立証すれば、原則として証拠能力が排除されることになる。つまり立証が非常に容易になると思われるのである。それは法の趣旨を活かすためにきわめて重要な点であろうと思われる。

解釈論から云っても「任意にされたものでない疑のある自白」（法319）ということは、弁解のための取調べを前提にしているといわざるをえないこと前述のとおりである。

法は、「強制、拷問、または脅迫による自白、不当に長く抑留または拘禁された後の自白」「その他任意にされたものでない疑のある自白」の証拠能力を認めないけれども、一般に少々の強制は認めるといような曖昧な基準をたてることなどによってその基準は益々曖昧化している。取調べが証拠収集のためにあるとすれば、少々の強制などは認めざるを得ないであろう。それがうまく自白を取るすぐれた取調官であるからである。したがってその適用の場面はきわめて少ない。その基準の明確化は、この規定を生かすためには何よりも重要であると思われる。

同様の趣旨で、いわゆる別件逮捕・別件勾留の必要がなくなる¹²⁾。

別件逮捕・別件勾留の問題も、現在における捜査手続の1つの問題点である。被疑者を逮捕・勾留したい。しかし本件(通常は重大な犯罪)では、その要件がない。それで一般にはささいな犯罪行為を探してきて逮捕・勾留する。その間に本件についての取調べを続行して自白をとる。これが別件逮捕・勾留の典型的な場合である。それは正しく別件による逮捕・勾留を本件についての自白獲得の手段として用いるためにある。そうして本件についての捜査をするためにある。しかし取調べが証拠収集、つまり自白獲得のためにあるのではないということになれば、別件逮捕・勾留をする必要はなくなるのである。

学説は一般に別件逮捕・勾留については批判的である。しかし実際上は、これが別件逮捕・勾留であるかどうか分からない問題がある。捜査官も「この逮捕は別件逮捕であります」という筈はないからである。一般に小さな犯罪について逮捕しても、大きな余罪について取調べをすることを妨げないことは認められている。そうなれば、その逮捕・勾留が別件逮捕・勾留かどうか分からないのである。そのため、別件逮捕・勾留が違法であるといっても、それが違法な別件逮捕・勾留であるかはわからないので、余程、特殊なそれが明確な場合にしか違法という判断を受けない。この点は実務上もきわめて重要な事実であろうと思われる。

身体を拘束されている被告人・被疑者と弁護人との間のいわゆる接見交通権をめぐる諸問題を解決の方向に導く¹³⁾。

身体を拘束されている被告人・被疑者と弁護人との接見交通権(法39)に関して深刻な問題があり、最高裁判決が一定の判例を出したけれどもいまなお決着に至っていないことは、あきらまなところである。

この問題は、弁護人は被疑者と接見して事実をきかなければ弁護人として活動しようとしても活動できないことから、弁護人はできるだけ早く接見を求めることに基因する。他方、捜査機関は弁護人の接見を禁じておいて、その間に被疑者より自白をとろうとするためにでき

るだけ弁護人との接見を認めないようにすることになる。この問題の本質は、捜査機関が取調べによって被疑者の自白を獲得しようとするところにあるから、被疑者の取調べは自白獲得にあるのではないとすることによって、接見交通権をめぐる多くの問題を解決することができるのではないと思われるのである。ここでも被疑者取調べは証拠収集のため、つまり自白獲得のためであるのではないとするのが、これら諸問題の根元を絶つことになるのである。

以上、若干の問題点を中心に私の意見を述べたが、取調べの目的を改めることによって現在問題となっている捜査方法の主要な問題点の解決の方向を与えるのではなかろうかと考えている。

八 事実認定方法の改善

戦後、供述拒否権が憲法上も認められたけれども、実務は依然として自白を中心として事実認定を行なうやり方が裁判における事実認定の方法とされてきた。裁判官も自白があれば、安心して有罪を言渡すことができるようである。しかし最近、和歌山カレー毒物混入事件などいくつかの著名な事件において自白がない事件があらわれるようになり、新聞などにおける解説をみても、これがきわめて異常な現象であるかのような解説がみられる。被害者も、被告人の全面的な供述の拒否をさして、これがきわめて不当なような意見がみられる。また情況証拠による事実の総合認定が危険であるかのような意見もみられる。しかし憲法が供述拒否権を認め、法がその行使について注意を促している以上、これは当然のことであって、むしろ自白中心の事実認定こそ異常であったのである。成程、情況証拠による事実の総合認定はきわめてむづかしいのは事実である。しかし自白による事実認定も、一見簡単のようにみえながら、ほんとうは、自白の証拠能力、証明力においてその認定ははるかにむづかしい判断を要する筈である。しかしこれまで捜査機関を信頼し、そうして当の本人が「自分がやった」と認めるのであるからという理由で自白によりかかって事実を認定してきた。しかし供述拒否権を認める以上、情況証拠による事実認定が中心とな

るのは必然的成行である。その意味で、本来、裁判官など訴訟関係者は情
況証拠による事実認定こそが現代刑事手続の原則であることを認識する必
要があると思われる。つまり状況証拠による事実認定の習熟がいま求めら
れるのである。

- 1) ここで、ことばの問題についてふれておきたい。糾問手続、当事者主義、職権主義など
ということばは、必ずしも定まった概念として使われていないからである。糾問手続と職
権主義とは、同じような意味の概念として使用し、糾問手続と当事者主義と対立するもの
とみるなどという用法もあるからである。わたくしは、糾問手続(糾問構造)と訴訟構造
とは、対立する概念であって、訴追者が裁判機関以外の第三者か否か、被告人は手続の主
体か客体か、手続が三者構造か否かによって区別されるものと考えている。そうして、訴訟構
造をとった場合には、訴訟における主導的な役割をなすのが裁判所か当事者(検察官、被
告人)かによって職権主義、当事者主義に分かれると考えている。職権主義・当事者主義
は、訴訟構造をとることを前提としているのである。

なお、捜査手続においては、公判手続では出てこない弾劾的捜査観、糾問的捜査観とい
う言葉が使われる。これは単なる観、つまり捜査の観方をいうのであって、わたくしは、
これを当事者と当事者の関係を示す構造論ではないと思っている。

- 2) これは、かねてからのわたくしの主張である。たとえば古いものでは井戸田・「捜査の
構造序説」(立命館法学39, 40号)(刑事手続の構造序説67頁以下 以下、序説という)、
最近のものでは、「訴訟的捜査の構造論・再論(法学紀要40巻別巻)(刑事訴訟理論と実務
の交錯20頁以下 以下、交錯という)。現に実務は、検察官の起訴・不起訴の決定によ
って捜査手続が終わる。被疑者も証拠収集することができる。捜査機関のみが主体である一
方的な手続ではない。その意味では捜査手続も「訴訟」手続である。ただ司法警察職員と
被疑者の間には、現行法上、その権限に相異があることに注意すれば足りる。その代わり
司法警察職員と被疑者の義務も異なる。口で述べるように被疑者にも 被告人と同じく
真実追求義務はない。

なお、検察官の起訴・不起訴の決定の基準は、(わたくしのいう)訴訟条件の有無でな
ければならない。捜査手続の終結は、公判手続の目的である被告人処罰の要否を決めるた
めの第1段の過程である。訴訟条件を具備した者のみ処罰へ近づく。その第2段は第1審
判決である。

- 3) これについては、井戸田・「検察官の当事者たる地位の濫用」(権利の濫用、上)(序説
145頁)、「刑事訴訟法要説」,(35頁)などを参照。
- 4) この具体的な説明については、最近では、井戸田「被疑者取調べ」(季刊刑事弁護4号)
(交錯48頁以下)。
- 5) これは決して異常な考え方ではない。たとえばドイツ刑事訴訟法136条、とくに第2項
を参照(「136条2項、尋問は、被疑者に対して、嫌疑の根拠を弁明し、かつ、自己に有利
な事実を主張する機会を与えるものとする」。また同法163条aは、デュー・プロセス原
則からみて重要である。同条第2項は、被疑者は、消極的実体的真実主義に寄与するもの

供述拒否権が刑事手続理論に及ぼす影響（井戸田）

であることを認めている（「163条 a 1 項，被疑者は，遅くとも捜査の終了までにはこれを尋問しなければならない。ただし，手続を打切るときは，この限りでない。簡単な事件においては，被疑者に書面で陳述する機会を与えれば足りる。」以上，法務資料460号による）。

- 6) これについては，井戸田・「訴訟条件の機能と内容」（立命館法学62号）（序説89頁以下）などを参照。
- 7) 最昭59・2・29決，刑集38・3・479。
- 8) 最平元・7・4 決，刑集43・7・581。
- 9) この問題の指摘については，井戸田「供述録取書作成の現実とその問題点」（法学セミナー79号）（生きている刑事訴訟法，107頁以下）。
- 10) 井戸田「西ドイツの刑事手続とイギリスの刑事手続」（立命館法学87，88号）（序説17頁以下）。
- 11) わたくしは，刑事裁判の課題は，「検察官の主張・立証に対して，被告人・弁護人側の批判に耐えかつ合理的な疑いを容れない事実を決定することである」と考えている。井戸田・「刑事裁判の課題」（能勢追悼論集）（交錯303頁以下）。
- 12) この詳細については，井戸田・「別件逮捕・勾留禁止の本質」（高田古稀論文集）（交錯60頁以下）を参照。
- 13) この問題についても，井戸田・「弁護人の接見交通権」（民商法雑誌122巻6号）（交錯70頁以下）を参照。