

日本の刑事裁判における 事実認定論の批判的考察(4)

小野坂 弘

目次

はじめに

第一章 「裁判上の真実」という指導概念

- 1 事実認定論にいう「事実」とは何か (以上、34巻3号)
- 2 認定によらない「事実」
- 3 事実認定者の日常理論の介入
- 4 認定される事実は「裁判上の真実」に過ぎない (以上、35巻1号)

第二章 発見過程と実証過程

- 1 事実認定過程の構造
- 2 事実の発見過程の構造と推論
- 3 事実の実証過程の二重構造と推論 (以上、35巻2号)

第三章 合理的疑問の解消過程

はじめに

- 1 合理的疑問の解消過程の判断は蓋然性判断である
- 2 疑問の解消は実践的行為である——意思決定・問題解決行為
- 3 合理的疑問の解消機構 (以上、本号)

第四章 心証と証明

第三章 合理的疑問の解消過程

はじめに

言うまでもないことだが、合理的疑問の解消過程とは具体的心証の形成過程でもある⁽¹⁾。第一章4において、大森荘蔵の主張に基づいて、

裁判、特に刑事裁判における事実認定は複雑な総合判断であって、そもそもファジーなものであること。ハッセマーの述べるところに従って、「公式化」された刑事裁判において問題になる「事実」とは、「裁判上の真実」に過ぎないことが論証された。第二章においては平田勝雅の言うところに従って、訴訟的実証(=広義の証明)が蓋然的に止まる根本的理由として①過去の事実の証明(=歴史的証明)が還元的方法をとること、②「公式化」により証明本来の要請に反する制度が存在し、事実問題の解決の目的はいずれの命題がより真実に近いかという蓋然性の問題であること、③当事者主義訴訟構造の制約の三点を挙げた。

第三章では事実認定の過程が合理的疑問の解消過程であることに焦点を当てて、基本的な論点を考察する。詳細な心証形成過程と心証と証明の問題は第四章で論ずる。ここでも平田の論文に基づいて議論を進めるが、平田の叙述は合理的疑問の解消過程は具体的心証形成過程でもあること、疑問の解消が問題解決行為という実際の行為であることを指摘しており、これは正にその通りであり、特に後者の指摘は当時としては画期的なものである。しかしながら、これらの問題を一緒に論じているために、極めて分かりにくい。それに平田の論文は1965年に書かれたものだから、その後40年弱の関連研究の成果を取り入れて、目次に掲げる項目を立てて考察する。

1 合理的疑問の解消過程の判断は蓋然性判断である

(1) 刑訴法318条は「証拠の証明力は、裁判官の自由な判断に委ねる」と、いわゆる「自由心証主義」を定める。わが国の判例は次のように述べる。「訴訟上の証明は、自然科学者の用いるような実験に基づく論理的証明ではなく、いわゆる歴史的証明であって、前者が『真実』そのものを目標とするのに反して、後者は『真実の高度の蓋然性』をもって満足する。通常人なら誰でも疑いを差し挟まない程度に真実ら

しいとの確信を得ることで証明できたとするのである」(最判昭23・8・5刑集2・9・1123)(旧法事件)。「刑事裁判において、『犯罪の証明がある』とは『高度の蓋然性』が認められる場合をいい、それは、反対事実の存在の可能性を許さないほどの確実性を志向した上で『犯罪の証明は十分』であるという確信的な判断に基づくものである」(最判昭48・12・13判時725・104)⁽²⁾。

平田はこの論点に関してドイツの判例とわが国の判例は同じ立場であるとして、次のように言う。裁判官の確信が客観的確実性(又は蓋然性)の見地からみれば、蓋然性の領域にあることは否定できないが、これらの判決は裁判官の心証の実質に触れるところはなく、余りにも一般的な根拠から演繹している。およそ、人間の知識に対する哲学的な一般的懐疑と具体的な構成事実自体から生ずる特殊な疑惑は区別すべきである。有罪判決を阻止すべき具体的疑問は人間の認識可能性の一般的不十分性の意識から演繹できる性質のものではなく、真実の確信は具体的事実関係からの反対理由がもはや確実性の感情と対立しないとき、生ずるものであろう。また、たとえ人間の認識能力が制限されたものであれ、われわれはそのような認識的制約の下にありながら、なおかつ具体的事象の存否を主観的にあるときは確信し、あるときはこれを疑問となす自由を有している。裁判官の心証の解明において問題とするのは、この領域における疑問の排除であって、人間一般に存すべき先験的な認識制限とは直接の関係はない。次に、これらの判決は裁判官の確信を客観的にみることによって、裁判官の判断を純粹の合理的思考活動(理論的な判断)なるかの如く擬制している。かような仮定に止まる限り、確信の実質を内面から観察することはなされず、したがって心証形成における感情的要因〔情意的要因と言うべきであらう——筆者〕について触れるところもない。しかし、裁判官の判断は純粹の理論的判断ではなかろうと(平田・24-6頁)。平田の主張の実質的な内容はその通りであると思うが、問題は「これらの判決」

が平田の言うように、裁判官の事実認定は理論的判断であると主張しているのか、具体的な事実に関する疑問と人間の認識能力に対する一般的な懐疑を同視しているのか、である。以下、ドイツの学説・判例を吟味してみよう。

(2) まず、これらの問題に関して、ドイツ刑訴法がわが刑訴法と違った制度を採用していることを指摘しなければならない。第一に、わが国の場合とは違って(第一章2参照)ドイツ刑訴法244条2項が裁判所の職権による「解明義務」を規定していることである。「裁判所は真実を追及して、職権で、判決にとって意義のある全ての事実と証拠方法に対して証拠調を行わなければならない」。3項は証拠調の申立が拒否される場合を列挙している。解明義務は糾問訴訟から引き継がれたものであるが、今日の判例によると次のように理解されている。裁判所はその裁量権を義務に適切に行使しなければならない。解明義務の範囲と限界は事件毎に異なることは言うまでもないが、ある証拠方法が、裁判所にとって既知の事態がその活用を迫っており、あるいは少なくとも強く促しているにもかかわらず、活用されずに止まっている場合には、244条2項に違反しており、上告裁判所は行われていない証拠調が可能かつ重大か否かを吟味することになる。これらの場合には、証拠の提示あるいは証拠調の申立が重要である。証拠調は裁判所が被告人の刑事責任について心証を形成するために行われるのであり、解明義務(244条2項)は裁判所の自由心証主義(261条)を補完するものである。裁判所は認識可能かつ取調可能な全ての証拠方法を調べ尽くさなければならない。裁判所は特定の事態についての仮の心証が再び問題にされる証拠方法が存在する場合には、既に心証が形成されていることを根拠にすることはできない。「証拠の予断の禁止(Verbot der Beweisantizipation)」である。この禁止は244条2項の真実の追及義務から直接、明らかであると共に、244条3項に対

する反対解釈からも導出できる。244条3項は網羅的の列挙であり、ある証拠事実が証明済みであることはこの事由の一つであるが、反対事実が証明済みであることはこの事由に含まれないからである。この禁止は証拠事実と証拠方法の両者に適用される。証拠調と証拠評価は原則として区別されねばならない。証拠評価は証拠調が終わった時点で始まる。裁判官の心証形成について「客観的な基盤に基づく、主観的な最終判断」という言葉が妥当する限り、ここで証拠評価と解明義務が対立・矛盾することはない⁽³⁾。

第二は「実体的真実主義」の採否である。わが刑訴法1条は「事案の真相を明らかに」することを目的の一つに掲げるだけで、第一章と別稿で詳しく論じたように、実体的真実主義を採用していない。これに対してドイツ刑訴法244条2項により裁判所は「真実を追及する」ために証拠調を行う義務を持つが、この「真実」とは「実体的真実」であると解されている。しかし、それだけのことであるから、このことからドイツ刑訴法が実体的真実「主義」を採用しているとは言えない。論者の説明の仕方は違うけれども、この「真実」とは、実質的には「裁判上の真実」、「手続法的意味での真実」と同じ概念であると言って良い。すなわち、この「実体的真実」はいかなる犠牲を払っても追及さるべきものではなく、法治国家的なやり方に基づく行動だけが許される。法治国家的なやり方とは、特に被告人の人格の保護と無罪の推定の原則を考慮するものであると⁽⁴⁾。すなわち、解明義務について結論的に述べたように、調べ尽くしたこと、可能な限り最善で事態に最も近い証拠状態の獲得に努めたことが判断基準である。抽象的な可能性ではなく、それまでに確認された事実・証拠状態を慎重に考量して、これまでに確認された事実状態について合理的な疑問が生ずるか否かが問題なのである⁽⁵⁾。

(3) 鈴木茂嗣は次のように言う。「・・・事実認定上重要性をもつ

が裁判官の『確信』か、証拠から合理的に判断される『蓋然性』か、という問題がある。しかし、この争いには、様々な論点が複雑に絡み合っていると見えよう。「右の点と関連して、とくに刑事裁判における主観的確信の重要性を強調し、そこに民事裁判と異なる刑事裁判の特色を見出そうとする見解も有力である。刑事裁判では『非合理性の洞察』が必要であり、それ故主観的確信が必須のものだとするのである。しかし、非合理性の洞察を強調するあまり、刑事裁判における合理的蓋然性判断の意義を軽視することがあってはならない。自由心証主義は、『合理的心証主義』でなければならないのであって、犯罪や犯罪心理それ自体は不合理的なものかも知れないが、その認定は合理的なものでなければならない。ただ、刑事裁判の説得効果という観点からは、主観的確信の強調にも理由がないわけではない」。「単なる蓋然性の強調は、事実上、証明の程度（証明度）や審理の程度（解明度）を引き下げる傾向を生み出しがちであることにも注意を要する」と⁽⁶⁾。平田の上述の指摘とは論点がずれているが、ここでは確信か蓋然性かの問題について考える。その中で平田の指摘についても言及する。結論を先に言うと、判例学説の状況を、心証の主観的要因か客観的要因を一方的に強調するものとすることは疑問である。そこで論じられている諸論点はいずれも裁判官の心証形成を考える時に、軽視ないし無視することが許されない、重要な論点ばかりである。立場によって、余儀なくも考慮できなくとも良いような論点は、一つもない。したがって、これらの諸論点を全て考慮できる考え方が必要である。主観説か客観説かという選択は正しくないと思う。

①個人的＝人格的確信

前にも触れたように、事実審裁判官は被告人の運命を左右する決定的な任務を担っているから、自分の全人格を賭けた判断を行わなければならない。したがって、獲得された結果を事実審裁判官が本心から肯定すること、すなわち、事実審裁判官の個人的＝人格的確信は心証

の決定的要因として放棄できない。ドイツ刑訴法261条の規定する心証の主観的構成要素として、事実審裁判官の心証形成過程は優れて個人的＝人格的なものなのである。事実審裁判官がこの被告人が起訴されている犯罪の行為者であることと責任判断について、合理的な疑いを越えて確信していることが有罪判決の必要条件である⁽⁷⁾⁽⁸⁾⁽⁹⁾。以下、本文と注で述べる種々の批判的指摘にもかかわらず、生身の人間が生身の人間を裁く裁判、特に刑事裁判においては、裁判官の全人格を賭けた確信だけが被告人に辛うじて受け入れられる、最後の拠所なのである。グスタフ・ラードブルッフが「やましい良心」(私の表現ではまた、「刑事学者の石」)を要請する所以である⁽¹⁰⁾。

これらの議論は事実審裁判官の「個人的＝人格的」確信を語るのだから、単独制の裁判所の場合に限定されるが、合議制の裁判所についてはどうか。アイゼンベルクは「合議制裁判所の内部においても主観的確信は依然として決定的な基準である。しかし、この場合には心証形成は構成員の社会的相互作用の中で行われる」と言う。平田の以下の発言は現職裁判官の経験に基づくものだけに、傾聴に値する。合議体は一見すると裁判官の独立性と矛盾するように見えるけれども、一層深く考えると、合議体の構成員が各自の独立性を尊重することが真の独立性の基礎でなければならない。そのためには、先ず前提条件として目標一体感の認知と成員相互が道具的に依存しあっていることの知覚が必要であろう。「合議体による事実問題の解決は、いうまでもなく構成員の相互活動によって形成される。相互活動とは個人相互間の認知的、情緒的関与であり、各自が他者に自己のなにかを与えるとともに、各自のパーソナリティが相互の出会いによって変容される過程である・・・。一般に、問題解決集団における同調的行動は、刺激構造の知覚的明瞭性、集団内の力の性格、個人のパーソナリティの三要因によって決定されるものである」。個人がある事柄に対して情報量が不足している、あるいは、あいまいさがある場合には、同状況の

人びとがそれをどう判断し、どのように考えているかによって妥当性を得ようとする。つまり、社会的リアリティと同調することによって、社会的保障 (social reassurance) を求め、自己の知覚や判断の主観的妥当性を高めるようとするものである。刑事裁判における事実認定の不確かさを考えると、「事実認定における実際的確信の生起も・・・社会的リアリティに大なり小なり同調する現象はおそらく否定できないだろう。殊に、合議体による事実認定の場合には、構成裁判官の心証は合議体という集団が提供するリアリティによって促進されよう」と(平田・229-31頁)。アイゼンベルクも「特別の妥協の用意と調和、極端な立場の回避への傾向が認識され得ると想定されよう。個々の裁判官が合議制の判断において享受する一定の匿名性が、その上、個々の裁判官の個人的責任の量を軽減させるであろう」と言う。ヴァインフリート・ハッセマーはもっとシニカルである。「それぞれの裁判官は予期されるように、場面的理解の別々の結果を携えて表決室に入る。彼らは自分の理解の過程・理由について完全には報告することができないであろうから、自分の報告に対する他の裁判官の疑問が解消されて、合議の言説において共通の心証が余儀なくも構成されることになるのである。ある出来事の実実の判断に共同して関与した者の間で、その実実の心証の違いが除去できずに残る場合には、表決が適切な決定方法である」と。判決作成裁判官や裁判長の事実認定に対する影響も確かに有り得るであろう(アイゼンベルク、B・シュミット)⁽¹¹⁾。

②蓋然性

主観的な確信は、結論の実体的な正しさを保障しない。特に注(8)で述べた事情を考えると、被告人を誤った評価・判決に対して保護するためには、事実審裁判官の主観的な自由領域を客観的な枠で制限しなければならない。「必須の客観的な基盤 (das notwendige objektive Fundament)」(ペーテルス)、「支え得る事実の基盤 (eine tragfähige

Tatsachengrundlage] (ゴルヴィツァー) をどこに求めれば良いのだろうか。これらの論者はまた心証形成過程が外部の人間によって追試可能であることを要求している。刑事裁判においては「絶対的な真実」の判断や「歴史的に正確な過去の再構成」ではなく、認識可能で、要件事実の証明のために重要な証拠方法を尽くして、可能な限り真実(わが国の刑訴法で言えば「事案の真相」)の解明に近づくことが目的である。個々の事案で問題になる現実の断片である、個別事実は無限に多様であるから、論理法則、あるいは自然法則から必然的にある事実の真否が推論される場合は、刑事裁判においては極めて稀であり、そのような場合には合理的疑いの余地はない。事実認定が争われるほとんどの刑事事案においては、事実審裁判官にはそれぞれの事案の事実関係によって異なる、判断の幅が認められているのである。これが裁判官の自由心証主義なのである。たとえば、証人の証言の信頼性の判断、自白の任意性と信頼性の判断、責任能力の判断、被告人の行為と結果の因果性の判断、被告人の外に現れた行為からの故意の推論などを考えただけでも、事実審裁判官の認定の困難さは容易に理解できよう。さらに、多くの刑事事案では、複数の証拠方法による証拠の総合判断が必要であることが、認定の困難さに輪をかける。特に、判断すべき状況証拠の数が増す程、判断は益々難しくなる。このような総合判断に適用すべき一義的な、あるいは拘束力のある基準は、これまで見い出されていないからである。事実審裁判官が事実認定で直面する、このような実態を考えると、「確実性と紙一重の蓋然性 (Die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit)」という要求でさえも高か過ぎると考えられて、「それに対しては合理的な疑いがもはや表明され得ない、人生経験に従えば十分な確実性 (ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit)」という要求になったのである。概念それ自体を抽象的にあれこれと論じても、ほとんど意味が無いと思う。事実審裁判官の主観的心証を客観的に制約する枠組と

して、具体的にどんな手だてがあるのかを構想することが大切である。これまで述べて来たところからも、自然法則と論理法則に反する認定、事実認定で問題となる事実に関する種々の学問分野において認められている経験則を考慮していない認定、単なる抽象的・理論的な可能性だけに基づく認定は認められない。

③蓋然性と確信の関係

事実審裁判官の事実認定が「確実性と紙一重の確実性」をもってなされていても、その事実をその裁判官が確信していなければ、心証は得られない。すなわち、その裁判官がその事実を真実であると確信していることが必要であって、単に蓋然的であると考えただけでは足りない⁽¹²⁾。被告人の行為者性の確信を合理的にぐらつかせ得る事実が存在する場合には、もはや「確実性と紙一重の蓋然性」を語ることはできない。この蓋然性概念は、「それに反してはもはや、合理的な疑いが表明され得ない」ことが条件となっているから⁽¹³⁾。逆に、事実が客観的に一義的な、非常に確実な蓋然性をもって実証される場合には、それに反する裁判官の確信を引き合いに出すことは許されない⁽¹⁴⁾。このように言うことは、裁判官の個人的＝人格的確信と高度の蓋然性が同一であるという意味ではない。

しかしながら、問題になる刑事事案は上に述べたような場合ではない。前に述べたように、あらゆる現実的な疑いを排除する、極めて確実な蓋然性が達成されることは、ほとんど無い。したがって、実際に事実認定が争われる刑事裁判では、当該裁判官の人格と切り離せない問題として、その裁判官がそれ自体としては可能な疑いを克服できたのか、その疑いが有罪判決に必要な確信(「合理的疑いを超えた確信」)に至ることを妨げたのが決定的である。その際には事実審裁判官が主観的に自分の事実認定を真実であると思ったことではなく、その確信が「間主観的に追試可能な決定理由」に基づいていなければならない⁽¹⁵⁾。事実審裁判官の事実認定も可能な限り、論理的分析的な再吟味

の反省過程を経たものでなければならないからである。このような「合理的な議論の基準」が付け加えられることによって初めて、第三者がその事実認定・証拠評価そのものを批判的に検討することができる。理由の、したがって確信と蓋然性判断の合理性・納得性・議論可能性は、それらの理由・確信・判断次第である。たとえば、それらが論理法則・自然法則に基づくものか、あるいはそれらの法則に反するものであれば異論の余地なく、結論が出せる。経験則が問題である場合——ほとんどはそのような場合であろう——は、当該経験則の妥当性次第であろう。このような場合には事案についての判断を重ねることで、類型形成を行って段階的に妥当な結論に至る他は無いであろう⁽¹⁶⁾。

(4) 鈴木茂嗣は蓋然性判断に関して次のように言う。「また、蓋然性判断に関しても、近時、先験的蓋然性、客観的蓋然性、論理的蓋然性などに對して主観的蓋然性ということがいわれ、事実認定論への『ベイズ理論』の積極的導入が試みられるようになってきていることにも注目しなければならない。ベイズ理論は、不完全な情報の下での合理的意思決定の問題を扱うものであり、これに依拠する右の考え方によれば、蓋然性計算による事実認定の可能性が『理論的』に基礎づけられることになる。しかし、だからといって蓋然性計算による事実認定が、『実践的』にも実用性をもつものとして正当化されるわけではないのであって・・・、われわれとしては、さらに事実認定の正確性を担保する実践的・具体的方策を探求する必要がある」と⁽¹⁷⁾。

i) 蓋然性判断についてはこのように、事実認定論への「ベイズ理論 (Theorem von Bayes, Bayesianism)」による数量モデルの導入が、特にフランス、アメリカにおいて議論されている。わが国においては極く一部で論じられているに過ぎないが、ここで幾つかの蓋然性に関する議論を整理しておきたい。まず、ベイズ理論について簡単に述べる⁽¹⁸⁾。ベイズ理論の基本的な考え方は次のようである。

まず、ある出来事の蓋然性についての一定の観念（アプリアリの蓋然性、あるいは初期蓋然性）を持つ。付加的な情報が得られれば、初期蓋然性がどのように（アポステリオリ蓋然性、あるいは終局蓋然性へと）変化するかという問題が設定される。この理論は数学的モデルの形でこの変化を数量化して述べる。ベイズ理論は医学的診断、経営学、産業製造、考古学などの多くの学問分野にとって重要となっている。この理論は裁判上の証拠調と証拠評価、特に、情況証拠のそれらにとって意味があるが、しかし、ある出来事、あるいは情報の頻度の数量化が必要なために、裁判においては例外的にしか利用できない。つまり、ある出来事、あるいはある情報の初期蓋然性を数量化することは、極めて困難なのである。たとえば、生物学統計上の指紋による人物の識別⁽¹⁹⁾と父親性の認知⁽²⁰⁾、そしてDNA分析（後述のBHGの判例参照）がその例外である⁽²¹⁾。初期蓋然性が算定可能でない場合には、主要事实在存在する蓋然性は、存在しない蓋然性と同じであるとして、50%の「中立的な初期蓋然性」とする。父親性の認知の場合について、子供の母親が受胎可能期間中に複数の男性と性交渉を持った事案では、裁判官は具体的な初期蓋然性を算定して鑑定人に示さねばならない。裁判官がそれを示すことができなかつた時は、50%の初期蓋然性を想定することになる。また、複数の情況証拠の評価が関係する場合には、それぞれ的情況証拠が独立しているのか、相互に依存関係があるのか、あるとすればどの程度かについても、決定し、数量化しなければならない。これらは経験則の具体的な適用条件次第であり、判断・決定することも困難な問題であるが、数量化は特に難しい。このように重層的に問題が錯綜している状況証拠の評価に当たって、前述のような仮定の初期蓋然性の想定による主要事実の終局蓋然性に基づいて、証拠の総合的評価を行うことは余りにも安易なやり方であり、正当化できないであろう（「どうして、そうしなければならないのか？」）。

ii) ドイツの BHG の判例はこの点で厳格である⁽²²⁾。原審の判決は被告人を強姦で有罪とした。被告人は被害者の部屋に居たことは認めたが、性的接触に至ったことを否認した。原審は鑑定に基づいて被告人の反論を否定し、被告人は被害者と性交したことを認めた。鑑定は被害者の膣内にあった精子と被告人の血液を DNA 分析 (PCR 法) に因って比較した。精子の DNA と被告人の血液のそれとは、3つの多形性において同じメルクマールを示した。3つのメルクマールはヨーロッパの人口無作為抽出検査で、メルクマール M1 = 9.2%、メルクマール M2 = 19.2%、メルクマール M3 = 0.82% である。[$9.2\% \times 19.2\% \times 0.82\% = 0.014\%$] だから、被告人は 99.986% (= $100\% - 0.014\%$) の蓋然性をもって被害者の膣の精子の原因者であると確証され得ると。

これに対して BHG の判決はこの証拠評価を事実一法的に誤っていると異議を唱えた。その理由は3つある。①原審の鑑定人がどのようにしてデータベースを導き出したかを説明していないし、鑑定人の使用した方法は科学的な議論と統制を欠いている。このように流動的な分野で、確定的で一般に認められた認識がない場合には、特に、科学的推論の基盤が報告されるべきであるのに、原審はこれを怠った。中央ヨーロッパで稀にしか居ない民族出身者に対してもデータベースは代表的と見られるかも重要である。②原審の鑑定人は複数の証拠のそれぞれの蓋然性を掛けて 0.014% を計算しているが、これはそれぞれの証拠が統計的に独立していることを前提としている計算式である。原審はこの点で明確でない。③原審の計算式は初期蓋然性 = 50% を想定しているが、これに基づいた被告人が当該精子の原因者であるとする 99.986% の負荷責蓋然性は抽象的なものであり、被告人の具体的負荷責蓋然性と同置することは許されない。ハノーファー市の男子人口約 250,000 人中、35人が該当することになるからであると。BHG のこの判決は DNA 分析だけでは、

被告人の有罪を決定できないことを確認したものと言えよう。

- iii) 最後に、デーヴィド・シユムの蓋然性の議論に言及する⁽²³⁾。シユムは刑事裁判を劇の場面と役者で論じているのだが、ベイズ理論については上に述べたので、ここではジョナサン・コーエン [ベーコン/ミル/コーエン学派 (Bacon/Mill/Cohen School) とされている——筆者] の帰納蓋然性を取り上げる。シユムは以下のように言う。1977年にコーエンの著書が出版されて以来、「蓋然性論争」が再燃し、別の局面が付け加わったことはコーエンの貢献である。コーエンの理論についての議論は継続中であるが、「コーエンはベイズ理論に代わる特別な蓋然性システムを導入した。それは彼が論ずるところによれば、法に基づく裁判における証拠の提示・評価そして総合に関して経験が与えた現在のルールと一層良く一貫しているシステムである」。コーエンの理論は、原告・検察官が主要論点・問題、特に犯罪の手段・動機・機会についての証拠上の概念を提起する場面、支持されない可能性が議論から排除される場面、諸可能性・仮説・理論が証拠上のテストによって重みが付けられる場面、議論の関係的な構造化の場面で有効である。コーエンは特に最後の場面における証拠・推論上の微妙な細目に注目している。コーエンは問題となっている事柄に適切な重要な証拠上のテストによって、可能性・仮説・理論が試されることを強調する。ベーコンやミルが登場するのは科学の場合であるが、裁判においても、いかにして適切な証拠上のテストを考案するか、どのような戦略でそれらを実行するかは創造性が発揮される場面なのである。シユムはここで「不可能を排除せよ。そうすれば、残ったものは、それが如何に有りそうもなくとも、真実を含んでいるはずである」という、シャーロック・ホームズの言葉を引用している。コーエンはまた、パスカル＝ベイズ理論の意味での高い蓋然性と強力な証拠上の重みを混同しないようにと言う。コーエンは「合理的疑いを超えた心証」とは、パ

スカル・ベイズ理論が言うような高い蓋然性が問題なのではなく、見聞した証拠が疑いへの理由を残さないという意味なのであると言う。コーエンの理論は一般化に基づくが、一般化（たとえば、経験則）が可能な場合には、有効な理論だと言えると思う。

2 合理的疑問の解消は実践的行為である

(1) 心証形成過程とは合理的疑問の解消過程である。それはまた意思決定 (decision making) 過程、あるいは問題解決過程 (problem solving) でもある。人間の活動を理論的活動と実践的活動に分けると、裁判官の心証形成・疑問解消・意思決定・問題解決は、実践的行為なのである⁽²⁴⁾。この点は平田が力説するところである。平田の論述は複数の箇所違った表現で繰り返されており、しかも、かなりの数の論点に分かれるために、理解しにくい。ここで整理しておきたい。①わが国では、裁判官の心証形成を合理的思考活動、すなわち、理論的活動と擬制する理解が一般である。裁判官の活動をこのように理論的活動と捉えるとどのような結論になるのか。証拠の論理的支持力を理論的判断として追及する限り、疑惑を細分化することはできても、思考に浮ぶ微細な疑惑を全面的に排除することは殆ど不可能であって、確信は生起しないだろう (平田・18頁)。②裁判所は裁決強制の下にあり、まさしく賛成と反対が均衡するときといえども、いずれかに裁決しなければならない。これは裁判官の決定傾向となり、全ての判断行動はこれにより究極的に方向づけられる。この点において裁判官の判断行動には、知性的理解活動と意志的決断の双面を照応的に認めることができる。裁判官の思考に内在するいわば決定傾向は、その判断のあらゆる分岐点、又は曲り角において疑問排除に参加し、これを克服せしめる役割を演ずることは争えない。合理的分析は疑惑の完全排除をなしえないのであるから、右の決定傾向は思考全体を規制し、成全し、終局的に疑惑を克服せしめる心的機構を組成させることは否定で

きない(以上、平田・27-9頁)。^③裁判官の判断は実際の判断でありながら、思考全体が合理的反省によって可能な限り統括さるべきものである。この点、周知の如く『合理的疑いのない確信』というテーゼによく表現される(平田・29頁)。^④「われわれの思考は問題事態において働く。思考は疑問を解く人間の行為である。疑問ある課題に対する解決行為は関係主体の現実的行動である。つまり知性的、感情的及び意志的現象が有機的に結合としたものであって、純粹知性のみのものである」(平田・182頁)。^⑤「現実的解決行動は、ある問題に対するある主体の思考活動からなる。故に、実際の解決思考は関係主観をはなれては存在しない。その意味では、実践的解決行動はすべて間主観的なものである」(平田・182頁)。^⑥裁判官の事実問題に対する解決行動は、解決感情をもって随伴促進され、解決意識及び解決確認によって達成されよう。したがって、解決行動は解決行為、解決感情、解決意識及び確認に分節して考えることができる(平田・183頁)。^⑦事実問題が一義的に解決できないことは随所においてふれてきたところである。事実問題の解決は総合的理解における論理的調和を期待しうるととどまるものである。判断操作の知性的な面とこれを動かしている動因は現実の思考全体のなかでは分離できないものである。要するに、疑惑があつてこれが解消する過程(つまり心証形成過程)は、認識としての個々の判断が基準ではなく、これを含む思考全体において考察すべきである。してみれば、心証惹起の源泉は思考全体の力動性のうちに認められ、かような力動的形成本質は感情や意志であろう(平田・48頁)。^⑧「直観段階は知性的側面と感情的側面〔情意的側面と言うべきである——筆者〕が未分離な領域である。いわゆる非合理的な領域であり、この非合理的領域はいかにして残存し、かついかなる感作を主観的確信に与えるかを追及する必要がある」。直観の特質は対象把握の同時性、直接性及び全体性にみられる。解決感情もこれに即応して生起するとみななければならない。部分的疑問が

次々と解決され、間接的に心証が漸次蓄積されているのではなく、全体疑問が部分的疑問に凝集して、つまり具体化しつつ解消しており、その進展は全体の直接的崩壊である。部分即全体の同時的かつ直接の関係にあって、これは働いている。かようにして、直観的解決感情、これに伴う心証の形成は全体的疑問の具体的疑問を通じての直接的、同時的な排除過程であるとする(以上、平田・186-9頁)。

(2) 以上のように整理された平田の考え方は、結論を先取りすれば、基本的には妥当なものと言える。ただし、平田は直観的判断を強調するけれども、そのメカニズム(機構)については知性的側面と情意的側面が未分離な領域であって、非合理的(不合理ではない)な領域が残ると言うのみで、それ以上の説明がない。この部分(⑧)は第三節で論ずる。

i) まず取り上げるべきは裁判官の置かれている「判断強制」と、その結果として不可避免的に生ずる「決定傾向」である。前にも触れたように、科学者は十分な判断資料がない時には、判断を留保することが許される。これは「歴史的事実」を扱う点で、しばしば裁判官の立場と比較される歴史家についても言えることである。もっとも、特に自然科学の歴史を見ると、コペルニクスの地動説の主唱にせよ、アインシュタインの相対性理論の主張にせよ、強力で具体的な証拠なしに行われており、事態は必ずしも、上に述べたようには行われなくても⁽²⁵⁾、判断を留保することが許されることに変わりはない。これに対して裁判官の立場は、国民の裁判を受ける権利の保障(憲法32条「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪われない」)の故に、具体的な訴訟の場で、「分かりません」と言うことは許されない。「分かりません」と言うことは、裁判を受ける権利を否定することになるからである。民事訴訟では時効や訴えの利益がない場合、当事者適格が否定された場合に裁判はいわば門

前払になる。刑事裁判でも公訴時効が完成すれば裁判にはならないし、公訴権濫用による公訴棄却の場合にも実体に関する判断は行われない。しかし、それらは例外であって、それ以外の場合には裁判官は事実認定と法の適用の両面で判断を下さなければならないのである。

裁判官はこのように「判断強制」の下に置かれているだけではなく、また利用できる時間・金・人間、そして判断資料が制約されている。第一章でわれわれが問題にし得るのは「裁判上の真実」に過ぎないことを主としてハッセマーの言うところに従って詳細に述べたが、それどころか、裁判官はこのように刑事裁判に本質的な制約の下にあるのである。このような制約の下にある裁判官にとって、当該事実が厳密な意味で真実か否かは問題たり得ないのである。「保証された主張可能性 (warranted assertibility)」という用語を最初に使ったのは、アメリカのプラグマティスト・ジョン・デューイ (John Dewey) であるが、トム・バークは次のように言う (Burke, pp.236-45, esp. pp.237-40.)。デューイは1938年の『論理』以来、「真理」の代わりに「保証された主張可能性」という用語を使う。デューイにとって研究は具体的な問題解決行為であるから、デューイの概念は操作的であることが特徴である。「論理における作業概念として保証された主張可能性の観念を推奨する一つの理由は、判断の保証された主張可能性は、ある人の世界における具体的な行為によって明白に確認されるが、これに対してある人の主張の真理性は基底的には形而上の理想に止まるからである」。「・・・われわれがある判断の主張の真理性を考えることができるのは、無制限の資源、天賦の才、効率性、不屈さ、エネルギー、時間、そして研究のニーズに役に立つであろう、その他の理想的な能力・力量が与えられた場合に、理想的な研究者が達するであろうものとしてなのである」と。われわれは刑事裁判の事実認定論においては、この「保証され

た主張可能性」論によるべきであると考え。事実の認定について「**「**実際生活の目的から言えば、確実なものを見なして豪も差し支えない程度の信頼水準によって容認される確証 (=実証) である」という平田の言葉はこの意味で理解し得る (平田・80頁注 (2))⁽²⁶⁾。

- ii) 裁判官の事実認定過程 (=疑問の解消過程・心証形成過程) は、問題解決 (Problem Solving) ・意思決定 (Decision Making) 過程という、日常生活における生々しい現実を巡って行われる実践的行為である。ウォルはこれらの領域に自分が関心を持ったのは約30年前だと言う (Woll, p.xi)。研究の方向は理論的なものから、実践的なものへと大きくシフトして来ていると言える⁽²⁷⁾。それだけではなく、最近の顕著な特徴は、理論的知性・推論・合理性と実践的知性・推論・合理性は違ったものであることが、強調されていることである。さらにもう一つの重要な論点は、分節化・言語化する明示知・陽表知 [この用語はポランニ自身のものである——筆者] (explicit knowledge) に対する、分節化・言語化し得ない暗黙知 (tacit knowledge) の意義・役割の確認・強調である。この点は本節でも触れるけれども、主題としては第三節で論ずる。

知能研究は19世紀の後半のイギリスのサー・フランシス・ゴールトン (Sir Francis Galton) や20世紀初頭のフランスのアルフレット・ビネ (Alfred Binnet) 等を先駆とするが (知能検査の簡単な歴史は、Sternburg, pp.11-5.)、現在の知能研究の第一人の一人、ロバート・スターンバーグ (Robert J.Sternburg) はこれまでの知能概念はいずれも、限られた面だけを扱い、不完全であるとして、これらの知能理論を統合した人間の「知能の三部理論 (triarchic theory)」を唱える⁽²⁸⁾。スターンバーグは統合された知能を全ての人が重要な人生の目標を達成するために必要な「成功した知能 (successful Intelligence)」と名づけ、「分析的、創造的、そして実践的 (analytic, creative and practical)」の三つの知能により構成されると

言う。これら三つの知能は互いに比較的独立だが、関連・統合して働く。

分析的知能は批判的思考を伴い、アイデアを分析・評価し、問題を解決し、意思を決定する場面で働く。従来の知能検査で測定できる「学業的知能」と同じではないが、それを反映する。創造的知能は新奇で興味あるアイデアを生じさせるために、与えられたものを超え出ることを伴い、馴染みのある問題や状況を新しい見方で見ると場合や、新奇な問題・状況を従来のやり方で見ると場合働く。他人には見えない結合・統合を見付け出すから、「統合的能力(synthetic ability)」とも呼ばれる。解決に結びつく問題の立て方・解き方のアイデアを出す段階で重要である。実践的知能はアイデアとその分析を実践することを伴い、知能を現実世界の文脈で適応する場面で働く。「直観・勘(intuition)」とか、「知恵(wisdom)」、あるいは「日頃の賢さ(street smarts)」などと呼ばれて来たものである。日常の問題は何が問題なのかがはっきりしない、決まっていない、明確な正答・誤答が無いという特徴がある。したがって、従来の知能検査では測ることができない。

ウォルは現実世界と実験室における記憶作業についての研究、日常生活場面と形式的な問題解決研究の違いを以下のように要約している(Woll, p.23の表1.2)。あなたの固有の過去についてのあなたの記憶の研究 対 恣意的な一句や言葉リストについての記憶の研究。求職申込みやラヴ・レターでアイデアを表す言葉を探す 対 クロスワード・パズルで言葉を探す。あなた自体のために成分を混ぜる(例:ビール醸造) 対 教師の指定した化学実験のためにそうする。家族や友人と財政問題を議論する 対 実験室で一人で行う。(食料品店で) 計算機や単品価格を使う 対 あなたの頭の中で算術問題を解く。全ての重要な要素が明らかではない人間の問題 対 全ての情報が用意されている学校での問題。経歴や結婚の決

定 対 形式論理の問題。長期的な投資の決定 対 次の授業の前
に答えなければならない算術の問題。ある政治的な問題の熟慮 対
形式論理の問題。数カ月や数年にわたる病気の原因の決定 対
実験室での20秒の問題。違ったやり方で違った友人や生徒を扱う
対 論理や算数の一般法則を学ぶ。

認知心理学者のナイサーはこのような実験室の認知研究に対して、次の4点を指摘して批判する。①認知心理学は日常の環境内および自然の目的的な活動の文脈の中で起こっているものとして、認知を理解すべきである。②知覚し、思考する人々が現に住んでいる世界の細部、そして、その世界が人々に役立つような情報の微細な構造にもっと注意を払うべきである。③心理学は人々が実際に獲得することが可能な認知的技能の巧みさと複雑さ、このような技能が組織的に発達して行くという事実を認めるべきである。④認知心理学者は一層基本的な疑問——人間性の問題——に対する自分達の研究の意味を吟味すべきであると。日常生活における経験の構造については前に考察したのでここでは繰り返さないが、AIの第一人者ミンスキーのフレーム理論、認知学者シャンク/エーベルソンや犯罪学者のスタンレー・コーエン/ティラーのスクリプト、ゴフマンのフレーム分析、シュッツの生活世界、エスノメソドロジーの日常実践の分析などは学際的に広く認められている⁽²⁹⁾。

iii) 裁判官の事実認定過程が実践的行為であることを、ここで一応、確認した上で、次に、裁判官の事実認定過程が意思決定・問題解決行為であることについて簡潔に考えたい。意思決定・問題解決行為もまた、実践的行為なのであり、したがって以下の指摘は裁判官の実践的行為についても、原則として妥当すると考えて良い。意思決定論は普通、効用論の枠組で研究されるが(竹村和久「意思決定とその支援」4、81-105頁)、裁判官の事実認定過程のような現実世界での実践的行為は、その多くの本質的その他の制約から、全ての選択

肢を検討することは不可能であり、最大化や最適化の原理によらず、一定のところで満足の行く選択肢を選択する（「満足化の原理」。サイモン（松田／高橋／二村訳）『経営行動』1965年。竹村、97頁。Evans/Over, p.31.）。裁判官の事実認定過程は典型的な「不確定性の下での意思決定」の事例である。この問題においては、カーネマン／トベルスキーが代表的な論者である（Daniel Kahneman, Paul Slovic and Amos Tversky (ed.), *Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 1982.）。ここでヒューリスティック (heuristics) とは、推論や判断をする場合に行われる心的ショート・カットのことであり、これは容易に利用できるし、しばしば適切な問題解決・意思決定の判断を許すが、何時も適切な解決・意思決定を保証するわけではない。特に、問題の定義が適切でない場合に、そうである。カーネマン／トベルスキーは多くの研究を行ったが、「不合理性」を強調する傾向が見られる。しかし、この結論は被実験者（＝実験参加者）自身の問題の設定の仕方、つまり、彼らの前提・目標そのものや、カーネマン／トベルスキーが不合理とする肯定的前提への傾き、信念の再確認バイアスが実践的推論では合理的であることを考慮することに失敗し、実験者の判定を押し付けるものである。カーネマン／トベルスキーの研究は典型的な実験室の研究であって、日常生活場面で遭遇する問題解決・意思決定の判断の研究ではないところに、決定的な限界があると言える（Woll, pp.368-430, esp. pp.425-30.）。

意思決定論・問題解決の研究といっても、主流は極めて形式論理的なものであり、われわれには全く役に立たない⁽³⁰⁾。しかし、そうでないものもある。たとえば、マイケル・ポラニイは主としてケーラーのチンパンジーを使った実験を例にして、問題解決過程について論じている⁽³¹⁾。自分自身および環境の支配を維持しようとするルーティーンな努力から問題解き過程が出現してくるのを見ることが

できる。それは、この努力が二つの段階に分かれる傾向を示すときで、その第一段階は当惑で、それに続いて第二の、この当惑を追い払うために何かを<為ること>と<知覚すること>との段階がくる。動物が問題を見たと言うことが許されるのは、動物の当惑がある時間続き、また明らかに、自分を惑わせる状況に対して解を見出そうと努めているときである。問題を見ることは、知識の確定的な増加であ[る]。解き得る、そして解くに値する問題を認識することは、実際、それ自体が独自の発見なのである。知能的な問題解きは、動物では、W・ケーラーのチンパンジーによる実験に最も効果的に証示されており、その行動は既に、ポアンカレによれば、数学において発見がなされる特徴的な諸段階を現している。その段階の第一のもの——問題の感得——は既に示した。手の届かないバナナの房が見える檻の中のチンパンジーは、それを把もうとして無駄な努力をすることもないし、またその褒美を得るという欲望を諦めることもない。チンパンジーは、そうはせずに、尋常でない静穏さにひたり、眼は目標物の回りの状況を精査する——これは、状況を問題的なものとして認知し、解を探索しているのだ。これを、(ポアンカレに基づいたウォラスの用語によって)準備(Preparation)の段階として認知し得よう。この準備段階は、突然、それに知能的な活動が続く。その静謐を鋭く破り、動物はその目的を達する戦略にとり掛かるか、あるいは少なくともそれを成すための原理をつかんだことを示す。その躊躇しない様子が示唆するように、動物は提示された全操作の明確な概念に導かれているのだ。この概念はその操作の発見であるか、少なくとも——常に実行可能とは限らないのだから——その試行的発見である。この概念の発生に光明(Illumination)の段階を認知し得よう。洞察によって発見された原理の実際の実現は、しばしば困難に遭遇し、それは克服不能ですらあり得るから、動物がその洞察を実際の実現のテストに掛ける操作を検証(Verifi-

cation) の段階と看なせよう。実際にはポアンカレーは、発見の四段階を観察したのだ。それは、準備、孵化 (Incubation)、光明、検証である。その第二段階——孵化——はチンパンジーにおいては萌芽的な形式で観察され得るだけである。問題への深い専心は情動的な緊張をもたらし、その緊張を解く発見は喜びである。すなわち、何事もそれ自体では問題でも発見でもなく、それが問題であるのは誰かを当惑させ心配させる限りにおいてであり、発見であるのは、それが誰かを問題の重荷から解放する限りにおいてなのだ。当然のことだが、小さな発見的行為というものがあって、それは普通の知能の手に負えるようなものである。こうした知能は、実際、最低のレベルに到るまでの生命の適応能力と連続的なものである。既に見たように、実在との接触を得た (あるいは得たと信じた) とき、われわれは、この接触から導かれた知識の、将来における予期せぬ確証が未確定の拡がりを持つものであることを予想する。教育された心の解釈の枠組みは、常に、何程かは新奇な経験に遭遇し、そしてそれに何程かは新奇な仕方に対処する態勢になっている。この意味で、総ての生命は独創性を賦与されており、より高次の独創性とは、単に、普遍的な生物学的適応性の拡大された形式に過ぎないのだと

- iv) 平田は裁判官の事実認定 (と法適用) 過程が「合理的な過程」でもあることを強調する。この点で最も適切な研究はエヴァンス等の研究である。エヴァンスは1970年代から推論の研究をして来たのだが、1993年に二つの種類の合理性があることに気付く。エヴァンスは「個人的な合理性」を「合理性1」と呼ぶ。これは自分の目標を達成するのに一般的に信頼でき、効果的なやり方で考え、話し、推論し、決定を行い、あるいは行動することである。「非個人的な合理性」を「合理性2」と呼ぶ。これは規範理論によって裁可されることへの理由を持っている場合に、考え、話し、推論し、決定を行

い、あるいは行動することである。この定義で重要な点は「一般的に信頼できる」という句と、「理由がある時」という句である。両者は偶然や運で人々は合理的であったり、非合理的であったりはしないことを意味している。合理性2を評価する場合に、人々は自分の行っていることに良い理由を持っており、その理由は自分の行為の説明の一部でなければならない。たとえば、気圧計が下がりがつつある時には雨が降るだろうと推論する、良い理由を持っている。自分の思考や推論の言葉による報告を要求された時には、そのような理由が報告されていることをわれわれは期待する。

これに対して合理性1の場合は別である。人々は自分の目標を達成する自分の能力の程度に関しては、多かれ少なかれ合理的である。人々は自分の目標については普通、知っており、その目標を達成するのに必要な幾つかのステップについても若干は知っていよう。しかし、自分の通常の目標が達成されることを助ける過程については普通は知らないし、述べることもできないだろう(以上、Evans/Over, pp.1-14.)。

これらの二つの合理性の違いを、前に説明した理論的推論と実践的推論として整理しよう(Evans/Over, pp.14-6.)。たとえば、前述のように気圧計の低下から雨を予報する理論的推論と、それに基づいて、休日に何処に行くかを決める実践的推論があるのだが、この区別は信念は行動ではないという心理学的事実に基づいており、明日雨が降るだろうという信念の獲得はたとえば、傘を持つといった行動を行うこととは違った過程なのである。しかしながら、良い理論的推論と実践的推論は相互に依存し合っている。われわれが少なくとも世界をかなり正確に描くことができなければ、われわれが大抵のわれわれの目標を達成するチャンスはほとんどない。他方、世界を正確に描くためには、われわれは目を開いて対象を見つめ、それを操作し、他者を特定し、相互行為を行い、コミュニケーション

を行うなどの行為を行う必要がある。人々がこれらの基本的な活動において合理的1でなければ、正確であろうとかならうと、人々がそもそも何らかの信念を持つ根拠はないであろう。たとえば、われわれの目がわれわれが話したいと思う人を特定する。われわれが認知の専門家でない場合には、これがどのようにして為されたかについてほとんど何のアイデアもない。次にわれわれは途中に存在する障害物を避けて、その人に至る何らかのやり方を選ぶ。われわれはどのようにしてそれをやったかを大部分知らない。最後に、われわれは容易にその人と話し、その個人が返事で言ったことを理解する。良き実践的推論に従事することは、合理性1を持つことであり、それは多くの暗黙の情報処理過程を伴うのである⁽³²⁾。

これらの過程の大部分は暗黙知と明示知に関するもので、第三節で扱う。ここでは必要な限度で触れるの止める (Evans/Over, p.154)。明示的思考は意識と結び付いているけれども、それはまた、言語とも結合している。勿論、言語機構が主として暗黙レベルで働いており、内部的な構成単位に基づいていることを見逃すことはできない。われわれの主張は、人間がユニークな言語を所有していることがわれわれの反省的意識の特別形 (Reber の意識Ⅱ)、それ故に、われわれが明示的な合理性2の能力を持つことの先行条件であることは、ほとんど確実であるということである。合理性2は人間に特有なものなのである。われわれは言語が明示的思考の唯一の媒体であることまでは言わないが、意識Ⅱが言語なしにどのように達成されたかは、考えることが難しい。この理由で、われわれは演繹推論過程は言語的であり、言語上の理解過程と非常に密接に結び付いているという、ポーク/ニューエル (Polk and Newell, 1995) の議論に関心があると。

- v) 実践的行為はすべて間主観的なものであることについては、本章第一節で裁判官の心証形成において述べたので、ここでは繰り返さ

ない。最後に、裁判官の心証形成・疑問解消・問題解決・意思決定過程が実践的行為であり、知性的、感情的および意思的現象が有機的に結合したものであるという平田の指摘について検討しよう⁽³³⁾。

広松は言う(広松の用語は独特であるので、必要に応じて別の言い方で説明する)。「裏山の松の樹はガッシリとしているが、大枝はノタウッテいる。崖にかけて淡(くれ)竹がスクスクと伸びており、葉先はピンと張っている。・・小川はサラサラと流れ、魚はスイスイと泳いでいる。・・環界の情景は表情性に満ち充ちている」。広松は言う。「少なくとも、表情感得の原基的な部分に関しては直截な感受であることを論者たちも認めざるをえまい」。「知・情・意の三分法、ないしはまた、認知・情意・行動の継起観。これは旧(ふる)くからの便利なパラダイムであり、自分自身の体験を反省してみてもうまくあてはまるように思える場合が多い」。「体験的意識事実在即する限り、必ずしも認知→情意→行動という継起的順序に恒になっているわけではない。翻って惟うに、『知』『情』『意』ということは概念的区別としては明確に類別できるとしても、実際の体験においては、知情意が“融合”している」と(広松、9-15頁)。「論者たちは、概して、敵の認知→憎悪感→攻撃行動といった図式で考え、そのさい“認知”と自ら呼んでいる局面においてすでに緊迫感や行動性向が籠っている事実を看過ないし捨象して、純然たる認知を云々している、という始末なのである」。「まず、『ゾクッ』として、次の瞬間に、敵の姿が明識され、恐怖感がこみあげ、逃走行動が発現する、といった体験も現にある。このさい、まず最初『ゾクッ』と感ずる場面においてすでに、視覚性刺激の到来・受容がおこなわれてはいよう。が、敵の姿という明識的な知覚にはまだなっていない。『ゾクッ』と感ずる最初の局面では、知覚も感情も傾動も、それぞれが謂うなれば明瞭に分凝する以前の状態で“未分化的統一の相”にある。これが分化してはじめて、知覚と感情と

傾動という三者が区別的に云々されうようになる」。[現実の体験に即するかぎり「ゾクッ」とするところから事が始まるどころではなく、時によっては、まずは急ブレーキを踏み、ゾッと戦慄が走り、それとほぼ同時に横切つて疾駆する黒猫の姿を認める、といった場合すらある。・・・知覚的認知が明識される局面では、やはり、一定の感情や傾動が知覚と“融合”している]。「表情性感得は、知覚的認知と感情的興発と反動的態勢との融合的感受である」という既成的分割法に妥協した因子複合的な標記法を用いるほかはない。簡略化のために、「表情感得とは『情緒価と即応価とを内自化せる知覚的現認』という言い方もする」(広松、77-8頁)⁽³⁴⁾。

「・・・高級・複雑な役割期待の理解の場合には、無論、単なる表情性感得では成就しえず、いわゆる高等な“知的活動”を要する。が、そのさいの基底の構制は、やはり、表情性感得の機制に俟つものにほかならない」(広松、120頁)。

- vi) 感情 (feeling, sentiment) という言葉は、たとえば、イギリスの劇評家・レイモンド・ウィリアムス (Raymond Williams) や社会学者アルヴィン・グールドナー (Alvin Gouldner) が言う「感情の構造」のように、時代や社会理論の下部構造を表す場合もあるが⁽³⁵⁾、ここで問題にしているのは、裁判官という個人 (あるいは合議体の複数の個人) の感情である。デ・スーサは感情の合理性を最初に本格的に論じた一人であるが、次のように言う。「私の仮説は、われわれは『パラダイム・シナリオ (paradigm scenario)』と結び付いた感情の語彙 (the vocabulary of emotion) と馴染みになるのだ、ということである」。それらのシナリオは最初に、小さな子供としてのわれわれの日常生活から引き出され、その後、われわれが晒される物語・芸術そして文化によって強化される。さらにその後は文字文化において、それらは文学によって補充され、洗練される。パラダイム・シナリオは二つの局面を伴う。第一に、特定の感情タイ

ブに特徴的な「対象 (objects)」を用意する、ある状況。第二には、その状況に特徴的な、あるいは<正常な>「反応 (responses)」のセットであり、その場合、正常性は最初は生物学的なものであるが、次に全く直ちに文化的なものとなる。感情が一般に「動機づける」と考えられるのは、大部分はシナリの反応構成的要素によってである。しかし、これは、ある意味で後先が逆である。感情はしばしばその名前を反応の性質から受け取り、その後でのみ、感情を惹き起こすと想定されるから (de Sousa, p.182.)⁽³⁶⁾。

新生児は幾つかのパラダイム・シナリオの状況構成要素に特殊なやり方で反応するように遺伝子的にプログラムされている。しかし、何が状況構成要素として同定し得るかは、子供の発達段階次第である。教育の本質的部分は、シナリオの文脈において反応の名前を教えて、それらの反応を特定すること、そして特定の感情を経験することを教えることにある。正しい感情を感じることを学ぶことが、道德教育の中心部分なのである⁽³⁷⁾。

同様な考え方について、ジェフ・クルター (Jeff Coulter) は「社会的文化的次元は、感情的状態や感情的ふるまいを考察するうえで、最重要事項である」として、マイケル・ブリチャードの次の文章を引用する。「・・・一定の情緒〔クルターはこの言葉を感情と同じ意味に用いる——筆者〕を経験する能力があるかどうかは、一定の評価・評定のやり方を学習しているかどうかにか懸かっている。そして、その評価・評定のやり方を学習するためには、観察対象（「私的」なものであれ、「公的」なものであれ）をきちんと識別するしかたを学習すればよいわけではない。つまり、頭痛とはどうゆうもので、歯痛とはどういうもので、テーブルとはどういうもので、あるいは動いている列車とはいかなるものかを識別するしかたを学習すればよいわけではない。そうではなく、物事を規範、規準、原則に照らして解釈したり評価したりするしかたを、あるいはそのつど

の目的・目標に照らして解釈したり評価したりするしかたを、学習しなければならない。そのとき、その物事は、それ自体望ましいもしくは望ましくない、適切もしくは不適切、理にかなっているもしくは理不尽と判断されよう」と(クルター195頁)。クルターは言う。「罪悪感、恥、良心の呵責といったカテゴリー……の帰属が正当なものであるかどうかは、その違反者自身が、一定の行動規準を、つまり当該状況においてしたがうべき諸規則を認識しているかどうか、そしてその違反は(みつかったとき不快だ、というだけではなく)悪いことであるという理解をもっているかどうかに懸かっている。いまやつぎのことは明らかだ。ほんとうに恥なり罪悪感なり良心の呵責なりを体験できるかどうかは、自然言語に習熟しているかどうか、したがって文化的な知識および理由づけの慣習を会得しているかどうか、懸かっている」。帰属する側と帰属される側の間に齟齬がありうるが、齟齬の生じうる可能性には(論理的な)限界がある。「共通の基盤がなければ、わたしたちは情緒概念を教えることができないし、情緒を理にかなったしかたで認識することも表明することもできない。どのようなタイプの状況においてどのような情緒がふさわしいものとなるかについては、慣習により、だいたい枠づけられている。ただし、状況タイプとそのつどふさわしい情緒との関係は、決定論的ではない。それは生物学的なものではない。むしろ社会文化的なものである」と(クルター、201-2頁)。「状況によっては、恐れるべき状況、憎むべき状況、腹立たしい状況、驚くべき状況、というふうに、社会的にあらかじめ指定された性質をもっているものもあるのだ。いったんある状況がこのような状況の一つであると社会的に認知されたとき、もし社会の成員がその状況のとらえ直しをこころみたなら、それはある種けしからぬことと判断される可能性がある」と(クルター212頁)。デ・スーサ、広松、クルターが共通に引用している研究がある。シャクターとシン

ガーの一連の研究である。実験者たちは有志の被験者にエピネフリンを注射した。この物質は、いろいろな情緒的反應を経験するときと似通った変化を体内に作り出すことが分かっている。第一のグループはこの注射による生理的反應について伝えられたが、第二のグループには何の反應もないだろうと告げられた。第一のグループは怒り出すことも、幸せそうになることもなかったが、第二のグループはそこに居合わせたサクラの俳優の見せかけの情緒と同じ情緒をもつ傾向があった。この研究結果についてシャクター／シンガーは生理的興奮状態は情動の質に対していわば「中立的」「中性的」であると言うが、ともかく、身体的興奮状態が情動として感受される、情動は身体内部的に感得されると考えている点で批判を免れない。もっとも、このように考えることが、これまでの主流の研究の考えであるが(それは日常的な言語表現にも反映している。cf., Fauconier/Turner, pp.299-302.)。シャクター／シンガーはこれらの中立的・中性的興奮に喜び・怒り・悲しみといった質的差異を備えた「ラベル」を貼ることで、情動が完成すると言う。シャクター／シンガーはこの「ラベルの獲得形成・備蓄」がどのように行われるかについては、全く述べていない。これもこの研究の一大難点である。広松は言う。備蓄されている既成のものがあるわけではない。「実際には、一定の舞台的・与件的な条件下において一定の覚識態勢が現成する機制が既成化しているだけである。・・・この既成化は、極く一部は『生得的解発機構』であるにせよ、圧倒的な大部分は、後天的な体験の場を通じて経験的に形成されるものにほかならない。そして、当の『ラベルの獲得形成』過程に擬せられる経験的認知、それはあの『表情性知覚』体験にほかならない筈である。本具的解発機構に負う極く少数の情動価を別にすれば、“先天的ラベル”が保有されるべくもない道理であって、その都度の表情性知覚の経験場面で情動的質態の直截な感得が現成する。そして、その感得態の

“積み重ね”を通じて、俗に謂う“概念態の陶冶・形成”が進渉するのである」と(広松147-8頁)。

vii) これまで述べて来たところから、平田が言うように解決行動を解決行為、解決感情、解決意識、そして解決確認に区分した上で、解決感情について明確に定義することはできないと思われる。むしろ解決感情・解決意識・解決確認は一体として融合した状態で現成すると考えられるのである。そこで残された感情の諸側面についてまとめて見よう。

① 平田は裁判官の解決行為が証拠からの直観的表象に止まらず、関係表象の論理的吟味を経たものでなければならないこと、過去の痕跡である証拠からの推理(論理的判断)に基づくことから、問題になるのは知的感情であることを明言する。そこで、まず第一に、知的感情について検討しよう。

この論点についてマイケル・ストッカーは次のように言う。知性と科学についての伝統的な考え方は、「純粋な、形式的な見方」である。それは第一に、知性はそれだけでは何物も動かさないし、動くこともできない。第二に、知性はそれだけでは、知的なそれを含めてわれわれの行動を説明できない。第三に、われわれの行動を説明するのを助けるためには欲望が必要であるとすれば、知的行動の説明のためにも欲望が必要である。第四に、何物も知性だけでは創造・運動・統制・説明できないのであれば、それはある程度、非合理的である。第五に、その起源が欲望にあるとすれば、それは少なくともある程度は非合理的である。

ストッカーはこの伝統的な見方に対して以下のように主張する。われわれの知性は動く。われわれは知的な活動を行っている。特に方向づけられた、目的を持った活動においてはそうである。われわれは目的を達成するために、関心を満足させるために活動する。われわれは調査し、解答を試み、議論を行い、じっくり考え、

仮説を形成し、代案を考え、先行研究を概観し、想像力を用い、批判を行うなどなど。これらの活動こそが、科学的知性を含めて、知性が行うことなのである。身体的な活動と同様に、知的な活動においても、多くの動きがあり、多くの統制され、方向づけられ、目的に向けられた動きがあるし、多くの欲望・力・活気・エネルギー等々がある。科学研究を知的な活動の代表例とすると、科学研究はいろいろな目的で行われる。ある目的は科学に内在的であり、別の目的は外在的である。欲望、選択、感情、性格——それには知的なものも、知的でないものもある——が知的な活動においても、その他の伝統的な活動においても重要な役割を演ずる。社会が違えば、知識と知的な活動についての理想も違い、科学の分野毎に、また科学者個人毎に知的な感情・欲望・選択・性格の混合状態も違う。気遣いや訓練・規律などは科学的な活動には必要であるが、行き過ぎれば、逆機能的に研究を阻害することにもなる。このことは知的な感情や知的な徳についても言えることである。科学はしばしば、先行研究について不注意な、厳格な証明に無頓着な若い研究者によって進展する。しかしながら、ストッカーは次のように結論する。知的な徳・感情・欲望は第一に、知的な活動を行う場合、特にうまく行う時に有用である。第二に、人々は知的な活動を行う時に、知的な徳・感情・欲望を持って知的な活動を行う人々を手本とする。知的な徳・感情・欲望は知的な活動を行う者にとって自己評価・価値の源泉であるから、これらを否定することはそれらの人々の人生を否定することになる。第三に、これと関連して、知的な活動を心から、真正に、疎外されずに、コミットして行うことが肝要である。この要請に反する場合としてストッカーは、昇進の目的や他人を出し抜く欲望など、知的活動にとって外在的な態度で知的な活動を行うことを挙げている。第四に、知的な活動に内在する基準に従って行うという要

請にとって知的な徳・感情・欲望は本質的であり、それらは人間の善と良き人間生活にとって本質的であると (Michael Stocker, “Intellectual Desire, Emotion, and Action”, in: Rorty (ed.), pp.323-38.)。体験にしろ、知的な活動にしろ、それらを部分的な要素に分解した上でそれらを説明する「要素還元主義」的な説明は、確かに、今でも主流のやり方ではあるが、生命を持たない機械 (たとえば、コンピューター) については有効であっても、生命体たる人間の活動を説明する段になると、本質的な限界に突き当たる。脳科学は確かに長足の進歩を遂げつつあるけれども⁽³⁸⁾、人間は依然として良く分からない存在なのである。

- ② ポール・ゲワーツは被害者衝撃証拠 (victim impact evidence) の問題を論じた論文の中で次のように言う。論理的な反応と感情的な反応の幻の区別はあまりに単純すぎる。「この洞察は少なくともプラトンの時代まで逆上る。しかし、極く最近になって、哲学、心理学、神経生物学のような異なった分野の研究者たちが感情が認識局面を持つこと、そして種々の観点で信念と結びついていることを論証している。たとえば、感情は知ることと見ることの道を開き、それ故に推論することに貢献し得る (恐怖と気遣いはたとえば、一層多くの事実にわれわれの注目を向けさせることができる。同情は死刑判決における軽減証拠を適切に評価することの一部でありうる)。さらに、理性は一部は感情によって構成され、そして感情によって修正される (恐怖はわれわれの信念を変えることによって減少させることができる。ゲイの人々についてのわれわれの一般の見解は、われわれがゲイであるわれわれの近親者に対してわれわれが感じるようになる感情移入によって変えることができる)。その上に、感情は意識的な思考が隠している信念を暴露することがある (悲嘆はしばしばこのことを行う)。そして感情はしばしば合理的な反応を完成させるの

に本質的である（自分の妻が強姦され殺されたとしたらあなたは何を考えるかという質問に対する、マイケル・デュカキスの選挙キャンペーン中の答えを考えよ。完全に合理的な反応を示唆するには、あまりに抽象的で冷酷な解答になろう）(Paul Gewirtz, “Victim and Voyeurs: Two Narrative Problems at the Criminal Trial”, in: Brooks/Gewirtz (ed.), pp.135-61, esp. p.145.)。

われわれは証明と論証が始まる前に、人々には何か価値があるという感情的覚醒から始めなければならない。われわれの正義感の源泉は純粋な実践的理性の起動力ではなく、感情的な覚醒なのである (Solomon, p.52, 109.)。正義のセンスではなく、具体的な不正義に対する憤慨と告発の哲学、「否定の哲学 (philosophia negativa)」(ハッセマー)こそが発動されるのである (cf., Cahn, p.13.)。

以上の検討によって、平田の冒頭の指摘は、平田以後約40年の研究成果を考慮しても、原則的に維持できることが分かったと考える。

3 合理的疑問の解消機構

(1) まず初めに、平田がこの問題に関してどのように考えているかをまとめて述べる。平田の言うところは前節で述べたように、裁判官が置かれた判断強制からの決定傾向、純粋な理論的行動ではなく実践的・实际的行動であること、そのことから、純粋の認識だけではなく、決定傾向に規定された意思的・感情的側面を考慮しなければならないことを繰り返し強調している。また、このことも既に述べたことであるが、表面的には部分的疑問が個々にあるように見えるけれども、思考の実際においてはそうではなく、具体的疑問は常に全体的疑問の一部として具体化されたものであり、全体的疑問が部分的疑問に凝集

して、具体化しつつ解消され、全体的疑問が直接崩壊するのであると言う。「心証惹起の実際の過程は分析的証拠による心証の集積とみる通説と一致しないように思われる」(平田・189頁)。やや新しい視角から論じている点を以下にまとめると次のようになる。①推理過程の論理的前提として活用される経験的概念、一般類型又は経験的諸法則が概括的である限り、推理の結果も唯一可能なものではありえない。ある出来事の結果の破片から出来事そのものに還元する思考過程は概括的であって、異なる又は反対の事実を容れる余地がないほどに論理的に保障し得るものではない。この反証可能性を否定しえないところに歴史的証明における論理的機能の弱みがある。かような概括的集合のなかに、当該認定対象たる個別的事実を洞察するものは総合的直観であろう。個々の証明段階でも、個別の直観が介入していることも否定できない。訴訟的証明では右の個別の直観が判断の連続中に絶えず織り込まれざるをえないのである。②かような経験的直観は訴訟法の是認するところである。「事実の認定は証拠による」というのは、証拠たる事物の直接知覚による直証段階を認めることであって、この段階は論理的証明の反省段階ではなく、感性的な直観段階である。また、証拠による認定過程を説明せよといっても、その全部が論理的過程ではないので、それは不可能であろう。例えば、証人の信用性。直接知覚を概念化＝言語化し、これを論理関係において逐一説示することはできない。したがって、訴訟法は判決においてかような説示を要求していない(平田・30頁)。この意味において、上告審の事実審査権は直接主義の働く範囲内には存在しないという Peters の主張は正しい」(平田・117頁)。③証拠調が終って総合されるというのではなく、むしろ証拠調過程が分析と総合の過程であるといった方が正しいだろう。そして、右の総合は訴因たる行為の構造に規定され、総合の原理は行為の構造連関において指示される。個々の構成事実は、いわゆる間接事実にあたる部分も含めた意味であるが、この多数の個々の事実

は一つの主要事実を構成するものとして構造的に連関している。いま個別的な構成事実又は、その間接事実を支持する証明が一つも確実性をもって証明されないとすれば、証明が多いほど、全体的蓋然性を強化することは疑いない。しかし、この関係を仔細にみると、同一対象に対する限り、多数の証明力は総合されて高くなり、さらに個々の構成要素又はその間接事実そのものの主要事実に対する証明力は、その構成要素たる事実が行為像全体のなかで占める価値によって支配される。すなわち間接証明は割り当てられなければならない。したがって、総合はこの割当において働く。不十分又は欠缺する証明部分が存する。そこで、この部分が行為形成において占める価値によって証明全体の価値も決定される。支配的又は決定的な構成部分に対して証明があれば、爾余の証明がなくても全体の証明はできたとみて差支えない場合がありうる。実際において、過去の出来事が現実に利用可能な痕跡となって現在に残るものはそう多くはない。訴訟においても、裁判官の直接知覚に訴えうるものは、主要事実の人的、物的痕跡の一部にすぎない。痕跡なるものは主観的(裁判官に対する関係)には、すべて間接事実であり、主要事実との客観的關係でみても、その全部にわたる直接証拠となるものは極めて少ない〔原文では「少なくない」となっているが、誤植であろう——筆者〕。したがって、主要事実にいたる間接的延長上において、また主要事実を組成する部分的事実の全体的な再構成においてみれば、証拠の寡少性と脆弱性が現われ、その欠損部分は少なくないであろう。人間は欠缺せるものを無意識のうちに充足しがちなものである。実際の思考において、過去の出来事を認識するといっても、その実質は何であろうか。第三者にとっては構想的回復以外のものではなからう。そこに働く論理といったところで、僅かの痕跡からの遡及であり、実際の推理を事実へ架橋するものは、厳密には極めて概括的な経験則でしかない。すなわち社会生活において、先行事実 A が事実 B を継起し、又は随伴する反復現象を経験するう

ちに集合され、自然に体得された一般性である。その主体からの離脱は十分ではなく、主観的・客観的なものも少なくない。認定における推理は、痕跡を判断主体の体験的な一般性に同化する作用であって、これによりみえざる過去を構想させるものである。欠缺せる部分を無意識のうちに創造する傾向が生じやすい(平田・158-61頁)。^④職業的裁判官もその思考過程を一つ一つ合理的な論理の法則に従って支えることが少なくなり、多くは経験の累積とともに、無意識的に取得した熟練に基づいて判断するにいたるものである。その解決思考において、個々の行為状況の組み合わせのいろいろの可能性を直観的に洞察し、そのなかからしばしば純粹感情的に、慣行により固定した思考の文脈中で正しいとされた組み合わせを選択するようになりがちである。かような思考構造の体制化は多数の事例を通して経験的に習得されるものであり、時とともに熟練により、反省的な思考活動そのものが短縮され、正確な推理過程を流れず、推理の連続する多くの鎖を省略し、そのため出来事の個性と一回的な特徴を看過する危険が多分にあるわけである。裁判官自身にとって、証拠の間隙部分が無意識的に補充され、又は判断が水準化されていることを意識せしめることがなくなり、無批判に心証が生起することとなる。これは認定を迅速ならしめるに役立つように思われるが、それだけ誤認の危険を大きくするわけである。実務家の熟練による無意識的な思考短縮についてはBohneの指摘するところであり、それが意識の支柱を離れ、思惟の流れを左右する軌道になることは、Hirschbergが単線的審理とか裁判官の心的傾斜(psychische Gefälle)として警告するところである(平田・211-2頁)。しかし、われわれは正常なる心証充填の作用と異常なる心証充填現象を区別しなければならない。不注意や偏見又は予断若しくは理由なき説得による論理的脆弱性の看過のため、反面において生ずる心証充填作用も見逃せない。されば、可能な限りの自覚的な反省をなして、異常な心証融合又は凝集による不当な心証充填を阻止しなければ

ならない。けだし、これを阻止するものは精神の合理的にして自律的な緊張以外にはないからである(平田・162頁)。

これまで述べて来たところと全く違う論点が「疑問解消の機構」の項目で扱われている。平田は次のように言う。⑤厳密には、表象そのものの総合ということはありません。総合ということは表象のもつ意味が総合されるのである。部分的表象の相互又は事件全体の表式に総合する場合、われわれは意味の束、表象相互を結合した意味の経験的な束で考えるのである。われわれはその生活経験から出来事の発生(原因表象と結果表象)、事実と事実の関係を繰り返し体験しているうちに、出来事の経験が体制化される。個々の事実の相互関係を典型的なクラスとして体得してゆく。人は自分の心のうちに持つ出来事の経験的体系から事実判断をなすのである。この思考はピアジェのいう群性体(groupment)による操作である。ピアジェは以下のように言う。「疑問はわれわれがすでに心の中に持っている群性体との関連において起こっているのである。人は心の中に、分類、系列化、説明体系、自分だけの空間、時間、価値尺度などを持っている。このような群性体は疑問が起こると同時に突然に出てくるのではなく、その人の一生を通じて心の中にあるのである。われわれは幼児の頃から事物を分類し、比較し、時間及び空間の中に秩序づけ、説明し、目的と手段を評価し、計画し、等々のことをやっている。新しい事実が現れてきて、それが分類されておらず、系列化されておらず、説明されておらないときなど、まさにその程度に応じて問題が提起されるわけであるが、それはこの心の中の全体体系との関係においてなのである。その際に起こる疑問は、予見的シェーマに方向を与えるものだが、それも結局は心の中に前もって成立している群性体に応じて起こってくるものであるから、予見的シェーマといえども、この群性体の構造によって、課題解決の探求に対し強制される方向づけにすぎない。どの問題も結局は操作の特別体系以外のものから成り立っているわけではなく、そ

の特別体系がそれに対応するより広い全体的群性体の内部で、いかに自己を実現するのかというところに焦点がしぼられるのである。道に迷った場合、正しい道を見出すために、人は空間全体を再構成する必要はない。ある一地域の中でわからない部分だけを補填すれば、道はみつかる。事件の予想をしたり、自転車を修理したり、予算を立てたり、行動計画を定めたりする場合、今までに自分がつくり上げた因果律や時間のカテゴリーをやりかえたり、今まで自分が受け取っていた価値体系を再検討してみたりする必要はない。解決策は既存の関係や体系を延長し、又は補足するだけで簡単にみつかるだろう。群性体の細かい部分にまちがいのあることがわかったとか、群性体自体が漠然としか構築されていなかったもので、それを細分したり、分化したりするという群性体の修正、訂正は必要であろうが、群性体の全体を新しくつくり直すということは、しなくてもよいに相違ない。特に、証明の場合には、全く群性体の法則にしたがってやるより方法はない。つまり新しく提起された関係を、すでに存在する体系の中に適合させる、というやり方によってしか証明という操作はできないのである」と(ピアジェ『知能の心理学』86-7頁。平田・190-1頁)。

平田は言う。事実の現実性の証明においては、判断者の心のなかに体制化した経験的事実の諸関係(この意味に群性体をとる)にしたがって操作されるものである。殊に、実際の判断においては、この経験的に沈殿した群性体が見図式として働くと同時に、見図式の充填をもって、現実性の満足が感じられる。前述の分解過程も群性体に関連して部分表象に分析され、さらに、部分表象又は部分表象の全体表象への総合も群性体が見図式として働く。訴因を通して構想される全体的事件像はこれに対する抽象的疑問によって部分的形像に分解される。それは当該裁判官のもつ群性体の見図式的機能の結果である。分解過程は反省的分析の結果であり、部分的形像が証拠の知覚と同時に、具象をもって充填されると、逆転して全体的事件像に跳ね返る。

その跳ね返りは証拠との接触の都度、多くは異なる点で起こるだろう。この跳ね返りの過程及びその跳ね返り相互の総合は、少なくとも第一次的に直観的である。けだし、この総合は群性体の予見図式に裏打された全体の同時把握であって、一つ一つの理由が意識されるまでもない直観的融合である。それは人間における有機的反応であると(平田・191-2頁)。

(2) ピアジェの上の指摘は、裁判官の事実認定の判断というものが、他の実践的判断同様に、われわれがこの世に生まれ落ちて以来習得している知識体系・判断形式に基づいて行われることを述べるもので、平田の④での指摘に比べて、もっと規制力が強いものだと思う。なにしろ、大部分は無意識で働くものだから。前に引用したナイサー以後の認知科学において共通認識となっている⁽³⁹⁾。本節はこの問題について検討するのであるが、平田の考え方は心証(あるいは、疑問解消)に関するわが国の通説が実態に合っていないと言う。まず、この点に関して若干の検討をしたい。

i) トワイニングは全体論と原子論の間の不必要な不一致と誤解の事由のいつかを取り除くとして、次のように言う。第一に、実際の裁判と日常生活の実践的判断の大部分において、人々は時間・スタミナ・能力の点でウイグモアの厳格なチャート方式を実践できない。「最も熱心なウイグモア派でさえも、彼の方法が裁判所において議論を『提出』する局面では限定された価値しか持たないことを認める。その主要な利用は、法的な文脈では、法的実務における議論の準備に関しており、学問的实践においては議論の合理的再構成と事後的な評価に関している」。不要な困難なしに、ウイグモアの方法によって議論は合理的に再構成され、批判されることができのだが、そもそも、実際の裁判は迅速性の要求もあり、完全な分析は望むべくもない。「原子論と全体論の間で賭けられているのは、人々

が実際にどのようにして証拠を評価するのかではなく、そのように行うための最善のモデルを構成しているものは何かなのである。ウィグモア派は議論がどのように提出され、決定がしばしばどのように為されるかについてのラフな心理学的記述としての全体論に挑戦してはいない。その関心はその規定的な要求にある」と (Twining, p.325.)。

第二に、誤解の第二の事由は「納得性」と「一貫性」という用語の使用にある。「全体論者と原子論者双方とも、ある理論あるいは物語の信用性や納得性は、『出来事の共通の経過』、『共通感覚的一般化』、所与の社会における『知識の蓄積』、あるいは『われわれの信念の織物』としていろいろと言及される、世界についてのより一般的な信念を引き合いに出すことで、テストされることを一般には認めているように思われる。・・・ここで問題となっていると思われるのは、そのようにな標準の意義、あるいは信頼性ではなく、それらの標準を定式化しようと試みることがどの程度まで可能か、望ましいか、あるいは危険かである」 (Twining, p.325.)。ここで問題になる一貫性については理論・物語の内部的一貫性と、外部の事実との一貫性の二つがあり、後者については考慮された全ての見解が出来事についての見方と外部の現実(争われていない事実、あるいは争い得ない事実)との一致を認めていると思われるとトワイニングは言う (Twining, p.242.) [トワイニングが真理の一致説 (correspondence theory) を採用していることに留意——筆者]。トワイニングはさらに注で言う。「事案についての自分の理論を構成することと議論を提出することの双方において、厄介な事実(あるいは証拠)に直面しなければならないことは、弁護(と捜査)の基本的な教訓である。争われていない、あるいは信用し得る事実を無視したり、取り繕ったり、あるいは注意を逸らそうと試みすることは全体として見て、引き合わない。むしろ、それらの事実を説明し去り、再

解釈し、あるいは認めるべきであるが、しかし、自分の説明がそれらと一致していることを示そうと努めるべきである」と (Twining, note 116 at p.258.)。このように、問題になる一貫性とは内部的一貫性なのである。全体論はそのような定式化の困難と危険性を強調して、そのような事実判断を行う能力は、世界を言語で記述するわれわれの能力を超えているという (Twining, pp.325-6. Anderson/Twining, Analysis, chapter 5, 特に Trial Book に関する議論)。これに対してウイグモア派は正確には何が議論されているかを明らかにする点で定式化の価値を指摘し、背景的な一般化を前面にもたらし、注意深く批判的に検討することの価値を指摘する (Twining, p.326.)。後段の指摘は、後で詳述するように、少なくとも十分にはできないことを、できるとしている点で疑問である。

最後に、トワイニングはある種の事案はそもそも「分析を寄せ付けない」と言う。トワイニングの挙げる事例は個別的な特徴をリスト・アップすることで人々の性格を描くこと、顔をその諸要素を分析して思い浮かべることである。前者の事例は——事の良し悪しは別として——裁判においてもしばしば行われることであり、だからこそ、行為を証明する証拠として性格証拠を使うことへの制限規定があるのであろう⁽⁴⁰⁾。後者の事例は後で述べるマイケル・ボラニが暗黙知の典型例として挙げるところである。

- ii) もう少し具体的にトワイニングの言うところを、全体論に関する部分を含めて追ってみよう。トワイニングは「証拠に関するアングロアメリカの言説の伝統において、裁判上の証拠の組織化と評価に何かが関わっているかについての断然支配的な見解は、『原子論的 (atomistic)』であった」と言う (Twining, p.240. 以下については、pp.238-42, 319-31.)。もっともトワイニング自身は『全体論 (holism)』と『原子論』の関係は択一関係ではなく、相補関係であるべきであるという立場に立つが、基本的には「新しいウイグモア

ン⁽⁴¹⁾であるから、原子論的分析の重要性を強調する。これはトワイニングも言うように、証拠の総合・評価についての全体論がこれまでのところ、十分に展開されていないことから、少なくともウイグモアの構想に基づいてできるところまでやろうということであろう。アンダーソンの考え方も、ウイグモアの方法は時間・コストの面で実務家にとって実際的ではないと言っているけれども、基本的には同旨である (Anderson, in: Twining, pp.330-1.)。トワイニングは、新しいウイグモアの方法は問題を解決しないけれども、「資料を組織し、議論を構造化し、幾つかの可能性を排除し、そして事案についての一定の理論の価値を下げる点で、われわれを随分遠くまで連れて行くことができる」と言う (Twining, pp.324-5.)。また、「ウイグモアの分析の第一の価値は、それがあつた議論の全ての構成要素を命題の形で定式化し、そして潜在的に重要だと考えられる全ての命題の間の全ての関係を (必ずしも、生き生きとしたものではないけれども) 『チャート化』することを必ず伴うことである」 (Twining, p.323.)。この立場は論理と推論の意義を強調するところに特質があるから、論理と推論によって行けるところまでは行けるけれども、論理と推論に拠り得ないところでは役に立たないのである。

トワイニングは全体論についてどのように考えているのだろうか。トワイニングはこれまでの支配的な見解が原子論的であったと言った後で、ジョナサン・コーエンに代表されるベーコン派とベイズ派の「双方の側とも蓋然性の判断を結び付け (結合、補強、収斂)、『推論の鎖』を構成し、証拠命題を評価することは、(原則として) 可能であり、意味があると想定している。問題となって来たのは、裁判上の証明の文脈で、蓋然性についての判断を行い、評価するのに適用可能な基準とは何かという問題であった」と言う。その後でまず、アブ・ハレイラについては極く簡単な紹介をしている。「最

近、しかしながら、M.A. アブ・ハレイラが示唆したところでは、大抵の証拠の評価はまさしく、構成的であり、あるいは全体論的である。たとえば、『集積した証拠』の証拠力を評価する場合、われわれはその集積を別々の『項目』へと分析して、それぞれの項目に独立した証拠価値を与えるやり方で進めはしないし、進めるべきではない。むしろ、われわれは集積を全体として、ゲシュタルト、あるいは構成体として考え、そして、その全体としての証拠力あるいは納得性を分析を寄せ付けない仕方でも評価するのである」と。

次にトワイニングはティラーズの「むしろ異なった『全体論』の見方」を引用する。「われわれの側として言えば、われわれの推論が基づいている前提を体系的かつ包括的に述べようとする努力が、事実認定過程において重大な歪曲を生み出しているのではないかと信ずる傾向がある。その理由は一部は（ただ一部であるが）、そのような体系的叙述は、われわれが証拠を評価するのに実際に使っており、使うべきである複雑な心的過程を覆い隠すからである。われわれが知っていること全てを言明できるとすることは真実ではなく、われわれが言うことができる以上に言おうとする努力は、われわれの知識とそれを使うわれわれの能力をおとしめるかのようである。われわれの日常生活において、われわれは自分達がしばしば定式化・説明できない無数の前提と信念に信頼して基づいており、それらの前提・信念を言明できないというわれわれの無能力は、必ずしも、それらを正当でない、あるいは信頼できないものにするわけではない。同じことが、法廷における証拠の評価において、事実認定者が基づくところの、多くの信念についても真実であろう」と（以上、Twining, pp.240-1.）⁽⁴²⁾。

この両者の全体論は確かに強調点は違っているけれども、トワイニングが言うように、違った見解というわけではないであろう。アブ・ハレイラの言う「ゲシュタルト」の認識・判断は暗黙的であり、

ティラーズが言う「事実認定者の前提・信念」についても、少なくとも暗黙的である場合が多いからである。

- iii) トワイニングの論文「法律家の物語」は基本的には1987年のセミナーにおける報告に基づく。その約1年後に書かれたと思われる論文「トンプソンとウイグモア：新鮮な証拠と新しい視野」(Twining, chapter 9)においては全体論に対して若干の進展が見られる。もっとも、論文「著名事件・エディス・トンプソン事件の解剖」(Twining, chapter 8, pp.262-307.)の精緻なウイグモア的分析の方がトワイニングの得意分野であることは否めないが、9章で分析されているのは、ルネ・ワイスの『刑事裁判：エディス・トンプソンの本当の物語』(René Weis, *Criminal Justice: The True Story of Edith Thompson*, 1988.)とティラーズ/シュムの論文である(以下、両者で引用)。ここでの論点に関わるのは、後者である。両者は裁判のような複雑な証明手続の分析は、「法的構造化、時間的構造化、そして関係的構造化 (legal structuring, temporal structuring and relational structuring)」の三つの別々のやり方の分析を必要とすると言う (Tillers/Schum, p.907.)。法的構造化は主として実体法の問題である。ここでの論点で言えば、法的構造化が一応決着したところから、事実認定の問題が始まる。ウイグモアは証拠分析を主要事実については問題がなく、証拠が揃った段階から始める。ここにそもそものウイグモアの限界がある。第二の時間的構造化と第三の関係的構造化についてはどうか。両者は言う。「ウイグモアのチャート方法は関係的分析については光彩に満ちた説明を提供する一方で、それは証拠の法的秩序化の複雑さを適切には描かず、また、証明過程の多様な時間的次元を考慮していない。その結果、ウイグモアの証明理論は、主要事実と証拠が一定と見なされる相対的に動かない世界においてのみ働くことになる」。「ウイグモアは推論の最も中心的な成分の一つである『時間』を軽視した。

時間は多くの重要なやり方で、われわれの絵の中に入って来る。第一に、裁判において問題となる事柄の基底にある出来事は、時間と共に展開する。これらの出来事の時間的順序についての信念は重要な推論の要素である。第二に、裁判に提出さるべき議論についての弁護側の分析あるいは構造化は、『ダイナミックな』過程であり、同様に時間と共に展開し、多くの変化がその間に起こる。最後に、全ての実務を行う弁護士が認識しているように、事実認定団に対する証拠提示の時間的順序は、重要な要素なのである。・・・トラブルはウイグモアが物語的説明の重要性を軽視して、そのような時間的分析が彼のチャート方法が許している関係的分析とどのように結び付くかを認識することに失敗したことである」と(以上、Tillers/Schum, p.907, 942-3)。この両者の指摘はトワイニングが言うように、ウイグモアに対して必ずしも公平ではないが(たとえば、ウイグモアが問題の事実に関する証拠の時間的關係を示すものとして、「事前、事後、同時的(prospectant, retrospectant, concomitant)」を区別していたこと)、それよりも重要なことは両者の次の批判である。すなわち、ウイグモアは事案全体についての特定の推論と議論の強さを評価する基準を適切には扱わず、証拠チャートにおける推論の鎖の内において、そして鎖を横断しての証拠力の評価を結合するための手続を準備することに失敗したのだと(Tillers/Schum, p.939)。トワイニングは注で次のように言う。「出来事を単に時間的順序にリストすることは物語ではないし、ある特定の時間の瞬間のある場面や状況を記述あるいは喚起することが『全体論』的なものでもない。それら〔出来事・場面・状況〕を『全体論』に結び付けるのは、物語における構成的要素である。全体論者の主張は、もしわれわれの目的がある特定の過去の出来事に関する主張の真実性について、われわれができる最善の判断に至ることであるならば、その出来事の仮説的説明についての関係的・時間的構造化

(それら双方とも分析的、または「原子論的」である)は典型的に十分ではない。第三の要素、「構成体」がほとんど常に重要であり、ある場合には本質的である。ある意味で、構成体は分析を寄せ付けない」と (Twining, note 68 at p.330.)。

トワイニングはまた注でアンダーソンを引用して、テイラーズ/シユムの方法がウイグモアのチャート法と普通の訴訟を行う者の“Trial Book”のギャップに橋を架けるのに役に立つことを示唆すると言う (Twining, note 70 at p.330.)。

- iv) 最後に、トワイニングがカール・レウエリン (Karl Llewellyn) の「事実の言明こそ、議論の核心である」という主張の三つの解釈を考察するところも、ここでの論点に関係する。第一の解釈は最も弱いもので、「X が起こった」、「これは X タイプの事案だ」、そして「X が起こる時は何時も、Y が起こるはずだ」の言明における X の性格付の分析的相違を認めない。事実とルールは一致しているだけではなく、分析的には同じものである。この解釈によれば、事実の言明は議論の核心ではなく、議論そのものでもない。それはむしろ、議論における一つの決定的な一歩、適用可能なルールの形成を予測させると。

第二の解釈は次のように言う。事実の言明は、もしそれが一般的なレベルで明示的に行われたならば、効果がないか、あるいは多分許されもしないやり方で、暗黙の内に、価値やセンスに訴えることを許す。トワイニングはここでジェラルド・ロベスを引用する⁽⁴³⁾。

「事実が何を意味するかについての論議 (議論) は事実が何であるかについての論議 (物語を語る) よりも一層明示的に説得的であることを推奨されているけれども、説得の行為としての議論は物語を語ることがされていないやり方で大抵の文化において、制約されている。・・・物語はその性質そのものによって、文化において慣習上、依然としてタブーであるものに訴えることができる。事実その

ものが価値を表現し、反映するから、明示的には議論できないものが、物語の中にこっそりと入ることができる。それどころか、説得の行為としての物語を語る天賦の才は、事実の中に議論を隠すことである。物語はそうすることによって、見つかった事実と与えられ得る意味についての現在する制約を迂回することができる。別言すると、意義は物語にとっては、議論にとってよりも、ずっとルーズな基準なのである」と。

第三の解釈は、第二のそれと全く違って、暗黙の、表明されていない、漠然と認識された要素に訴えることに積極的な価値を見いだす。物語は「表明できないもの、説明できないもの」に向かう圧力を生じさせる点で、積極的な役割を演ずるのであると。この立場の代表格はジェームズ・ボイド・ホワイトである。レウエリン自身の立場もこの第三の解釈である。トワイニングが言うように、レウエリンは「状況センス (situation sense)」を強調する。この用語の中に「正しい」あるいは「賢い」、あるいは「意味を了解する」と感じられたものに対して——定式化された、論理的な正当化を構成するわれわれの能力の範囲を超えた——「判断」の観念を含めて考えるのである (以上、Twining, pp.230-2, 256.)。

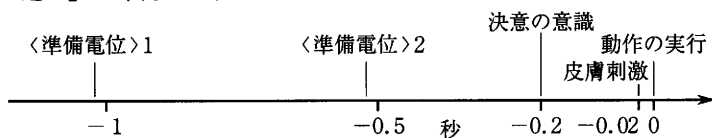
結局、結論としてトワイニングは言う。「われわれはわれわれの想像力を単に失われた成分を補充するためにだけ使うべきなのではなく、むしろ、意味のある、認識可能な全体性を作り出すために使うべきである。そのような絵を構築することは、過去の出来事について判断をする場合に重要な要素なのである。この点でわれわれがなし得る最善の判断は、われわれの分析能力の範囲を超えるか、あるいはそれとは全く違ったものである」と (Twining, p.326.)。

- (3) これまで述べて来たところから分かるように、事実認定は論理と合理的推論によって事実を説明できる限界まで、判断を言語によって

分節化できる限界までは、異論なく、あるいは異論を合理的な議論によって克服しつつ進むことができるのだが、そこで「説明できないもの」、「言説化できないもの」に突き当たる。しかし、それでも人間は判断することができるし、判断しなければならない場合がある。裁判こそは、そのような場合の一つなのである。アリストテレス論理学・ニュートン力学・ユークリッド幾何学の描く世界は全く合理的で、きちっとしているけれども、宇宙科学や量子力学の世界はそうではない。宇宙の始まりの時点で、「今日の宇宙に対応するその空間は、直径100分の1センチよりも小さかった」し⁽⁴⁴⁾、量子力学の世界では「シュレーディンガーの猫」は箱を開けて見るまでは、生きているか死んでいるか決められない⁽⁴⁵⁾。しかし、われわれがここで問題にしているのは、日常世界であり、極大なものを扱う宇宙科学と、極めて微小なものを扱う量子論の世界ではない。

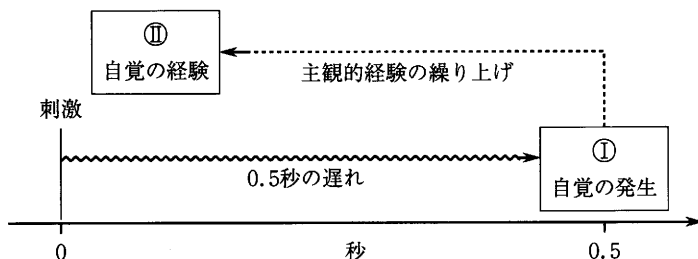
i) 「『西洋思想が2000年にわたって強力に主張してきたのが、人間の行動は統一された意識体系の所産であるという説だ』と、コーネル大学の神経学者マイケル・ガザニガは書いている。『この説は大多数を代表する見解であり、これを前提に構築された制度や科学的信念は枚挙にいとまがない。この説に異議を唱えて成果を上げるには、時間と非常な努力、そしてつねに、裏づけとなる、より多くのデータが必要とされる』(ノーレットランダーシュ、339頁)。ハイデルベルク大学生理学研究所のマンフレート・ツィンメルマン教授によれば、われわれ人間が感覚系から受け取る情報は毎秒1100万ビット〔情報の最小単位。肯定または否定の計測コスト〕(視覚系1000万、聴覚系10万、触覚系100万、味覚系1000、嗅覚系10万)のうち、意識が処理できるのは多く見積もって毎秒40ビット、おそらく毎秒1-16ビットに過ぎない(ノーレットランダーシュ、160-4、177、182頁)。情報の流れを毎秒あたりのビット数で測ったものを「帯域幅」と言う。意識の帯域幅は思春期後半にピークを迎え、その後年

齢と共に減少する (ノーレットランダーシュ、178頁の図14)。「
 ・ ・ある一瞬に意識を流れる情報量は限られている。次の瞬間には、
 まったく別のことが意識に上がりうるにしても、だ。これは至極単純
 な事実に見えるが、意識の容量は膨大だという、私たちの直感的
 な認識に反している」(ノーレットランダーシュ、164頁)。アメリカ
 の神経生理学者ベンジャミン・リベットは実験によって「意識の
 遅れ」を確認した。



3-1図

3-1図のように、動作(指を曲げる)は0秒の時点で実行される。被験者の時機特定能力を確認するために皮膚を刺激したところ、皮膚刺激は平均0.02秒で感じられた。発作的ではなく事前に考えて動作を行った場合、実行の1秒前に「準備電位」が見られ、発作的に動作を行った場合には、「準備電位」は実行の0.5秒前に確認された。実行しようという決意が意識されたのは、ようやく0.2秒前になってからだった。つまり、意識的に選択したはずの行為を、すでに脳が実行し始めていることに意識が気づくまでに0.3秒以上がかかっていることになる (ノーレットランダーシュ、267-78頁。特に269頁の図33)。



3-2図

リベットは頭蓋骨を開けた手術中の患者の脳に直接、電極をつけて実験する機会を与えられて、次の仮説を立てた。「自覚は皮膚を刺激してから0.5秒後に生じる。しかし、あたかも脳が<誘発電位>を示した時点で生じたかのように経験される。主観的な時間の繰り上げが起こり、自覚はまだ始まっていないが脳が無意識のうちに反応した瞬間に、皮膚刺激が起きたように、意識のうでに経験される。この瞬間は、皮膚刺激が与えられた時点に近い(3-2図)。主観的经验が時間的に繰り上げられる結果、EEGで<誘発電位>が記録された瞬間に意識が始動したように感じられる。この主観的感覚は、皮膚が実際に刺激されてから約0.02秒で生まれる。自覚が生じるのに必要な0.5秒よりずっと早い。EEGに現れる変化という、タイムマーカの役割を果たす<誘発電位>現象自体が、自覚を生じさせるわけではない。脳の電気活動が0.5秒持続してはじめて、自覚が始まる」。「言い換えれば、感覚皮質への刺激が体に投影されるのとまったく同じように、意識的经验が時間をさかのぼって投影されるのだ」と(ノーレットランダーシュ、288-9頁。特に図35・36)。これらのリベットの仮説は異論がないわけではないが、一般に受け入れられている⁽⁴⁶⁾。

- ii) 数学者クルト・ゲーデルは1931年にホワイトヘッドの『数学原理』とそれに類する体系が形式的演繹では論証不能(証明され得ないこと)であることを論証した。ゲーデルの定理が広く知られるようになったのは、ダグラス・ホフスタッターの著書『ゲーデル、エッシャー、バッハ——あるいは不思議の環』のお陰であるが、「この発見のせいで、科学者は、この世の中の事象すべてを証明し尽くすのが不可能なこと、この世界に関する人間の理解には証明しようのない直観的洞察が永久に含まれる運命にあること、そして、人間は形式的な演繹体系を通じて説明しうるよりも多くの事柄を知っている

ことを、認めざるをえなくなった。この発見が、人類の行った最も深遠な証明と言われているのもうなずける。それは、人間の知識がどこまで確かかという限界、人間がどこまで証明できるかという限界にかかわるもので、たとえ私たちには正しいとわかっているときにも、すべてを証明することはできないという証明だ」と(ノーレットランダーシュ、70頁。ゲーデルについては70-92頁参照)。

上に述べた意識の扱い得る情報量が極めて少ないことも、われわれの論点にとって重要である。それに「意識の単一性という性質がある。人間は一度に一つの対象を意識するか、一つの感覚様相、つまり、聴覚、視覚、触覚、味覚など、一種類の感覚作用を意識するかのどちらかしかない」(ノーレットランダーシュ、166頁)ことも併せて考えなければならない。さらに、言語の帯域幅もまた小さなものであり、精々毎秒50ビット位しかない。「しかし、最も根本的な問題は、人間は自分自身にとってガラス張りの存在ではなく、そのために、言語の持つ狭い帯域幅では、自分の欲求を明確化できないことかもしれない」(ノーレットランダーシュ、486頁)。そもそも母語を使う限り、文法処理は自動的であり、無意識に行われる(酒井、163頁)。閾とは生体の知覚できる最小刺激を言う。閾を越えた刺激は意識に上るが、それより弱い刺激は意識されない。閾下知覚とは、したがって、感知はされるが、弱すぎて意識には知覚されない。閾下知覚の研究は、無意識で確かに驚くべき活動が起きていることを示している。最も端的な事例は「盲視(blind sight)」である。これは視覚刺激を処理する脳の部位に重大な損傷があるために、視野の大部分で何も見ることのできない患者を被験者にして、視野の見えない領域に物体を呈示する実験である。患者は見えないと言うが、それを指し示すことも、つかむことも、正しく操作することも、その物体の向きを述べることもできた。視覚情報を処理する通常のルートが使えないために、患者は物体を見るという経験を持た

ず、したがって、意識には到達しないが、物体を感知はしているのである。次に「プライミング現象」の実験である。たとえば、タキストスコープで二つの画像を見せる。最初の画像の呈示時間はあまりにも短いので、被験者は何を見せられたのか分からない。二番目に呈示したもの（単語や絵）について被験者は何かを答える。二つの画像に関連がある場合には、ない場合よりもずっと正確にずっと早く答えられる。つまり、一番目の短じかすぎて知覚し得ない刺激から影響が及んでいるのである。心理学者ジョン・キルストロームは言う。「このような情報処理活動は、二重の意味で無意識の活動と言えるだろう。刺激そのものも、それをもとに行われる認知プロセスも、本人は自覚できないからだ。しかし、そのような二重の無意識のプロセスは、対人関係に重大な影響を及ぼしている。たとえば、私たちは社交上の判断用に定型化された手順を踏んで、相手に対する特定の印象を抱くが、その印象に至った知覚的・認知的根拠については、意識の上ではまったく気づいていない」。「社交上の判断や推論の多く、とくに第一印象を左右するものは、このような無意識のプロセスを経ているように思われる」と。「意識が精巧なのは、何が重要かを知っているからだ。しかし、それを知るための情報の仕分けや解釈は意識されない。閾下での知覚と情報の仕分けこそ、意識を支える陰の立役者なのだ」と（以上、ノーレットランダーシュ、210-15頁）。

これらの実験結果から次のようにノーレットランダーシュは言う。「私たちは、〈私〉と〈自分〉を区別しなくてはならない。〈私〉は〈自分〉と同一ではない。〈自分〉は〈私〉以上のものだ。〈私〉が決断しないときに決断するのは、〈自分〉だ。〈私〉は意識ある行為者であり、〈自分〉はその人全体である。〈私〉に支配権がない状況は多い。たとえば、急を要する場合がそうだ。〈私〉の担当は、考える時間がある無数の状況だ。だがいつも時間があるとは

かぎらない。「〈自分〉という言葉には、〈私〉、意識ある〈私〉が引き起こすことのない、あるいは実行することのない、体の動きや精神作用すべての主体が含まれる。〈私〉という言葉には、意識に上る体の動きや精神作用がすべて含まれる」。「〈私〉は〈自分〉が役になりきるのを許さなくてはならない。役の人物像が浮かび上がるにつれて、それを感じ取らせてやらなければならない。演劇では、〈自分〉を解き放ち、本領を発揮できるようにしてやる必要がある。〈私〉が〈自分〉を解放しなければ、やたらに禁止権が発動されて、演技はだいなしになってしまう。意識はつねに制御し監視したがる。その結果、演技がぎくしゃくし、迫真性を失う。どんな感情も、意識に制御され、妨げられているかぎり、真実味を持ちえないからだ」。「だが問題は、この自由を〈自分〉に与えるところにある。それをするには、〈私〉の側に信頼が要求される。・・あらゆる演技のカギを握るのが練習と準備だ。即興のセンスが望まれる演技についても、当然これが当てはまる。練習で最も重要なのは、〈私〉が〈自分〉を信頼するようになることだ。〈自分〉がしかるべき感情を感じ、しかるべき動作を行うことができると信じることを、〈私〉が学ぶのだ」。「演奏や演技は、この矛盾の上に成り立っている。技巧や表現や調和についての明確で秩序だった〈私〉の意識が一方にあり、それらの意図すべてに、無意識で、禁止の束縛を受けない感情移入の流れによって息を吹き込む、〈自分〉のやり方が他方にあり、その間を行ったり来たりすることで、成り立っている」と(ノーレットランダーシュ、316、324、325-6頁)。

日常生活の多くの状況で、同様な事態が進展しているのである。それでは、無意識の判断・行動は、今日、どこまで、どのように解明されているのだろうか⁽⁴⁷⁾。いくつかの代表的な見解を紹介した後で、まとめて検討することとする。

(4) まず、マイケル・ポラニイの「暗黙知」である。ここでの論点はポラニイの暗黙知論を論ずることではなく、裁判官が合理的疑問を解消する（心証を形成する）機構であるから、その問題に焦点を絞らなければならない。ポラニイの論議はその意味で直接に役立つものではないが、暗黙の過程の基本的な仕組を解明する。

i) ポラニイは言う。「われわれが主観的に意識していることは明示的に同定されうる。しかしいかなる知識も完全に明示化されることはありえない。なぜならば、ひとつには、言語の使用に際してその意味は暗黙的要素の内に存するからであり、またもうひとつには、言語使用はわれわれが背景の意識しか持ちえない身体活動を含んでいるからである。かくして、暗黙裏に知っていることは明示的に知っていることよりも基本的なこととなる。われわれは、われわれが述べうる以上に知ることができ、また述べえぬことに対する意識なしには何ごともし述べえないのである」と⁽⁴⁸⁾。

ii) 「意味の・・・連続的な水準には広がりがあるが、それでも、各水準を構成しているいくつかの三一構造 (triad) を同定するのは妥当であるように思われる。発話を例に取ってみよう。一つの語を意味する一連の発声音と、文法的に有意味な文を構成する一連の語られた語とがあり、一方、そのような一連の文が一つの有意味な散文を形成すると仮定してみよう。一片の散文を書いている A という人は、全体的な連続した一連の統合を同時に遂行しているわけである。その人が制御する連続した三一構造は、いっそう低次の水準が次に高次の水準に対して、全体従属的なものとして機能するような諸水準の階層として述べられよう」。これがポラニイの「層の理論」である。「実際、もう一つの連続した三一構造があるが、それは意味付与 (sense-giving) と意味読解 (sense-reading) という主要な問題にいっそう正確な光を投げかけるものである。私たちが今

まで行ったこともない国に旅行すると仮定してみよう。朝のうちに、私たちは新しい経験に満たされ、友人が私たちの便りを読み、私たちが経験したことを理解しようと努めてくれるように、友人に手紙でそのことを報告するであろう。ここにも連続した三つの統合がある。最初の統合は景色や出来事を知的に理解することであり、第二の統合はこの経験について言葉による説明を構成することである。そして、第三の統合は、報告される経験を再生するためにこの言葉による説明を解釈することである」。第一のものは専門家による標本の検証に見られるような、知覚過程の構造であり、どちらかと言えば、意味読解である。第二のものはむしろ、実際の技能の実行行為に似ており、どちらかと言えば、意味付与である。第三のものは有意味な経験へと手掛かりを統合する認知の一つであり、意味読解である (KB, p.186.『知と存在』、237-8頁)。

「私たちは、書き手が自分の経験を報告するために語を選ぶ方法とは逆の方向で、この問題〔言語上の伝達の問題〕に出会う。そこで、このような行為について考えてみよう。私は、経験を理解する暗黙の過程と、ある経験についての報告を理解する暗黙の過程とを、意味読解の二つの行為として述べて来た。書き手が自分の経験を叙述するために言葉を選ぶ過程において、私たちは意味付与の行為に出会うのである。そこで、普遍的な言葉が使われていることから考えて、この意味付与は概念的な包摂 (conceptual subsumption) の行為であると言えよう。それに対して、ある記述についての知的な読解を概念的な例証 (exemplification) の行為と呼ぶことができよう」と (KB, 189, 190.『知と存在』、242, 243頁)。「・・・私の旅行者のパラダイムでは、ある経験についての純粹な暗黙知が見られた。経験の全体従属的意識と焦点的意識とは、いずれも暗黙的であった。次の段階では、経験についてのこのような焦点的意識は、明示的 (=陽表的) (explicit) な知識の一例である伝達へと全体従

属的に導入されたが、その明示的な知識の意味とは暗黙的なものであった。全ての知識はこうした二つの部類の(いずれか)一方に分類される。すなわち、知識は暗黙的であるか、もしくは、暗黙知に根ざしているか、そのいずれかである」と(KB, p.195.『知と存在』、249頁)⁽⁴⁹⁾。

iii) ポラニイの暗黙知は、上に述べた事例の他に、顔の認識、自転車乗り、熟練した自動車の運転、ピアノその他の楽器の演奏、職人の仕事のやり方、科学者や医者の新入の訓練(徒弟制度)などの日常生活のルーティーンの在り方を明らかにする(ポラニイの著書の他、参照、福島)。これらはポラニイの業績の重要な一領域である。また、ポラニイは、ルーティーンとは違う科学的発見の問題にも大いに関心がある⁽⁵⁰⁾。

① ポラニイは事実の主張については次のように述べている。「事実の主張は若干の発見的ないし説得的な感情を伴っていないとすれば、それは何事も言っていない単なる言葉の形式に過ぎない。事実の主張を為し、あるいはテストするための精確な規則を定めることで、この個人的=人格的(パーソナル)な共同作用因を除去しようとする試みはどれも、初めから空虚の責めを負っている。何故なら、われわれが観察と検証(verification)の規則を導出できるのは、ただ、これらの規則を知る以前に真実として受け入れた事実言明の諸事例からだけであるから。そして、われわれの規則の適用は結局、必然的に、再び事実に観察に拠点を見出すことになろうし、それらの事実に観察の受け入れは、いかなる明示的規則にも導かれていない、個人的=人格的判断行為からである。そしてその上、そのような規則の適用は何時も常に、われわれ自身の個人的=人格的判断の導きに依拠しなければならないのだ。この議論は、事実のいかなる真剣な言明への話し手の参加を公式に確証するものである」と(PK, p.254.『個人的知識』、

238頁)。「・・・われわれはどのようにして、われわれの感覚感受または観察が単に確認されるばかりでなく、また同様に有意味だと知のだろうか。無意味な感覚感受を別にすれば、感覚感受に付与された有効な解釈という要素がないならば、『事実』と受け取れる経験は存在しない。ポラニイが言うところによれば、『このことは、日常生活の事実についてさえも本当である。日常生活の事実の性質は、出来事の受け入れられた解釈に依拠しているのだ。・・・研究を行っている科学者は、新しい・・・感覚感受を新しい事実を意味するものとするか、それともそうではなく、いかなる意味もないものとして拒否するか、間断無く判断を下さなければならぬ。これらの判断は、科学の諸前提とさらに特殊的には時代の通用の諸見解に、最終的には個人的＝人格的判断に導かれるのだ』と(Jha, p.55.)。また、ポラニイは言う。「科学の経験による検証について、他の分節体系には適用されない意味で語ることは、それ故に正当化できる。科学以外の、他の分節体系〔人間科学〕がテストされ、最後に受け入れられる過程は、対比して確認過程〔事実認定論でこれまで実証と言ってきたもの——筆者〕と呼ばれよう。われわれの個人的＝人格的参加は、一般に検証におけるよりも、確認においてより大きい」(PK, p.202.『個人的知識』、180頁。訳文一部修正)。

ポラニイは自然科学者として発見における事実の科学的価値、言明の経験によるテスト、間違いの可能性(fallibility)を認める(PK, pp.134-42.『個人的知識』、125-33頁)。ポラニイは随所で、いかに暗黙的推理、パースがアブダクションと呼んだ種類の有効な推理をする人間の力が働いているかを説明している。個人的＝人格的知識は、この暗黙的推理が客観的なものへと結び付くことによって確認され、あるいは検証され得るのである⁽⁵¹⁾。

- ② ポラニイの考察は、前述したように、ほとんどが科学的研究と

日常生活における技法・技芸に関したものである。ポラニイは「洞察 (insight) 」・「直観 (intuition) 」・「想像力 (imagination) 」の意義を強調する (Jha のそれぞれの項目の索引により該当部分を見よ)。「ポアンカレが強調するのは、光明は想像力が前もって働くのでなければ生じないということである。これは私が直観と呼ぶものにも当てはまる。探求にふさわしい問題は、いまだに発見されていない可能性について科学者の彷徨するヴィジョンに対応して、科学者に立ち現れて来るのだ。科学者はある問題を選択すると、手掛かりを求めて科学者はその想像力を広げる。そして、科学者がこのようにして発掘した資料は——思索によるものであれ、実験によるものであれ——直観によって新しい推測へと統合され、このようにして探求はその目的へと向かうのだ」と。直観とは想像力が発掘した「潜在的可能性の徴候を統合する能力」なのである。「直観の付随した想像力」の全体構想が暗黙知である (KB, pp.201-2, 203.『知と存在』、258—9、260頁。同旨・栗本・現代思想192—3頁)。裁判にも同様な事態があり得る。「……科学的探求の過程が、ある規則性が有意味なものと思なされるべきか、それとも偶然的なものとして無視されるべきかの決定に、どれ程深く依拠しているかをわれわれは理解する。このことは状況証拠を根拠に結論を引き出す陪審にとっても同様に当てはまる。陪審は、ある疑わしい状況が合理的疑いを超えて、被告人の有罪をまさに確立するか、それとも単なる偶然の一致として無視されるべきかを決定しなければならない。「そのような決定は議論の余地はあるが、なおいぜんとして実質的に非公式の判断に基づいている。このような判断は科学の場合には、格別の洞察力を必要とするであろう。われわれが自分たちの経験の中に意味——それはその後言葉で述べられ得る——を認める能力を負っているのは、これらの洞察力なのだ」。 (旅行者の事例を考

察した後で)、「有意味な経験の言葉による伝達を理解するために、われわれは通常、おなじみの経験についての、われわれの以前の理解に基づくことができる。しかし、われわれはしばしば、このことが当てはまらない言語を理解しなければならない。われわれの教育は大部分、諸経験に関する伝達を同化することに基づくが、それらの経験はわれわれには新規なもので、しかもわれわれが理解しない言語で記録されているのだ」と(KB, pp.187-8.『知と存在』、240頁)。

- ③ 法学におけるポラニイの重要性を指摘するのは、カール・フリードリッヒである(Carl J.Friedrich, "Man, The Measure: Personal Knowledge and the Quest for Natural Law", in: *Intellect and Hope: Essays in the Thought of Michael Polanyi*, 1968(市川欽也/堀田祐二訳「新たな規範基準としての人間: 人格知と自然法の探求」・現代思想202-15頁)。前述したトワイニングの考察と同じく、ここでもアメリカのリアリズム法学者カール・レウエリンの「状況センス」が導きの星となっている。まず、レウエリンの文章が引用される。「状況感覚は・・・典型的諸事実を前後関係の中で指示し、かつそれと同時に満足すべき結果を求める方向性の中で指し示す。その結果とは、知識、経験、それに価値観として、裁判官や判事が提起し、証拠につけ加えるどんなものもすべて含むものだ」。フリードリッヒは言う。「状況感覚とは明らかに、経験に根ざした全体性の理解、つまりポラニイの思想の中心的位置をしめるゲシュタルトまたは相対的配置なのである」。フリードリッヒは続けてポラニイの文章を引用する。「それ故、厳密に言えば、法廷における事実認定と、科学のおよび日常の経験のそれとの間には矛盾が生じる可能性はない」(PK, p.279.『個人的知識』、263頁)。フリードリッヒは言う。「経験をつんだ裁判官の状況感覚は、『先例拘束』の中にもっとも職人的

な道具を見つけ出す。このことは多くの司法権の及ぶ領域、特に安定した政治制度における論争解決にとって、非常に決定的な重要性をもつので、我々はそれを更に探求しなければならない」。

「オックスフォード英語辞典には、判例とは後に起こった事例に対する模範または、規則としてうけとられるか、あるいは同様の行為または状況を支持したり正当化するものとしてうけとられる先行する事例または事例とある」。対立する主張についての裁判官の判断は、その「情況感覚」、すなわち、暗黙知によっている。

「暗黙知の力は彼の決定がまさに依存している特定不可能⁽⁵²⁾な手がかりなのである」と。理由が明示された判断は、恣意性が少ない。フリードリッヒはここで「そのような件に関して重要なことは私が正しいと信じていることではない。私が合理的だと信じることは、他の正常な知性と良心をもつ人が合理的に正しいと見なすであろう」というカルドゾの言葉を引用する(以上、フリードリッヒ・現代思想208-9頁)。「人々の間の比較が、一般に受け入れられている諸価値に一致するということを前提としている限りは、『不可能でない』・『恣意的でない』・『虚偽でない』という三つの基準すべてが、法の機能を制限する・・・」と(フリードリッヒ・現代思想206頁)。フリードリッヒは「・・・裁判官が判例を選択する際に、暗黙知が決定的な役割を演じる」として、正義とか自然法という概念は法の「暗黙知の広大な領域を指す単なる簡潔な表現なのだ。それらは、賢明な裁判官の情況感覚へ、間接的に働きかける」と言う。それは「その範囲内で公平な判定者が共同体の価値観、利益および信念という見地から何が正当かを明言できるようなメタ準拠枠」である(フリードリッヒ・現代思想209頁)。「人間が法体系を発展させようとする時にはいつも繰り返し現れる契約とか義務とかの基本的な概念は、顕在的か潜在的かにかかわらず莫大な法的資料(データ)から抽出され得る

のである」と(フリードリツヒ・現代思想212頁)。

(5) 二人目はウンベルト・エーコである。エーコは記号論的研究について次のように言う。「ところで、さまざまな種類の記号についての記号論的研究の基本的問題は、なぜひとがなにかを直観的に理解するのか、という点だ」。「記号論的努力の(最重要ではないにせよ)ひとつは、あとで複雑な認識過程をいわゆる直観という名文句の下に発見するために、なぜなにかが直観的に見えるのかを説明することなのである」。「両方の行動様式が同じ効果を生じさせるのはどうしてなのかを説明するためには、(より深い)ものを探さねばなるまい。そういうより深い共通構造、つまり、両方の事象の根底に所在する認識的・文化的法則を探すこと、これが一般記号論の試みなのだ」と(エーコ、『言語哲学』1996年28-9頁)。

i) エーコは1997年の著書『カントとカモノハシ』で常識を働かせるために物語——それは語りの形での思考実験である——を多用しながら、経験概念を扱う。「私が意味したいのは、①(犬、椅子、歩く、食べ尽くす、山に登るのように)われわれが直接に経験した、あるいは経験するであろう対象物または状況について、②(アルマジロ、または虫垂切除術を行うのように)われわれは経験がないが、有り得る対象または状況について、③(恐竜とアウステラロピテクス〔化石人類の一つ〕のように)誰かが確かに経験していようが、われわれはもはや経験し得ない対象または状況で、それにもかかわらず、それらに関して共同体が、われわれがそれらを経験したかのように語るために十分な教示を伝えている、そのような対象または状況について語るやり方を、扱いたいのである」(Eco, p.124)。

ii) エーコはそのために三つの用具を用意する。「認識タイプ(CT. The Cognitive Type)」、「中核的内容(NC. Nuclear Content)」そして「溶解的内容(MC. Molar Content)」である。エーコは言

う。南米のアステカ族の人々はスペイン人の乗った馬を初めて見た後で、馬の3-Dモデルを作り、その認識の一貫性を確立したに違いない。彼らが知っていた鹿の名前を付けたことから、彼らが動物性を認識したことは明らかである。そもそも対象の動物性の認識は第一次的なものであり、前概念的で前科学的なものなのである (Eco, p.145)。馬のCTは初めから、多様なものを伝える (multimedial) 性質を持つから、形態だけではなく、それは人間が乗れるものであることを含めたタイプとして認識されている。CTは個々の事例 (トークン。token) のパラメーターとして語られている。CTがあれば、概念を持ち込む必要はない。「名付けることは、彼ら全てが、別々の時期に、様々な個体を同じタイプの事例として認識したことを自分たちに確信させる、最初の社会的行為である」。「誰もがその名前に一致した共通のCTを共有しているという確実性は、ぴったりの指示 (すなわち、成功によって王位に就いた指示) の場合だけに生ずる。・・・経験がわれわれに語る場所では、われわれが何ものかを指示し、他人がわれわれが指示しようとしたものが何であるかを非常に良く理解していることを示す場合がある」。「その名前によって両当事者が同じCTの事例を同定したという証明をわれわれは手にするだろう」。「[私が採用することを選んだ見地は] われわれがいまだに極大に有用だと考えている由緒ある哲学的概念を再生させること、すなわち、『常識』の見地から物事を考えること [である]。常識のこの基盤に立って、われわれは認識とぴったりの指示という二つの現象の証拠を見出すのだ」。認識過程はいまだにブラック・ボックスであるが、「われわれはブラック・ボックスにおいてCTを要請し得るのだ。何故なら、われわれはボックスのアウトプットを構成しているものを間主観的にチェックできるからである。われわれはこのアウトプットについて語る手段を持っている。そして、このことが多分、記号論が認知科学に対して、つ

まり、認知過程の記号論的局面に対して、為し得る貢献である」と (Eco. pp.130-3,136)。

- iii) 次に NC である。アステカ族の人々は最初は自分たちの CT が私的なものだと感じたであろうが、同じ動物を同じ名前と呼ぶことを繰り返すと、この CT が合意領域を確立したことを実感したに違いない。しかし、次第に、自分たちがその言葉で理解するものについての『集団的解釈』へと進む。彼らの CT (あるいは CTs) は私的であったが、彼らの解釈は公的であろう。ここでアステカ族の人々は確認された一連の『解釈項 (interpretants)』を持つに至る。アステカ族の人々は自分たちの CT が何であるかを明らかにするだけでなく、また、彼らがその表現に帰属させた意味を限定する。「われわれはこの解釈項のセットを中核的内容 (NC) と呼ぼう」。「CT が NC によって表現される解釈項を完全に決定し、NC が適切な CT を考えることを可能にしているという一定の場合には、CT と NC が実際に一致することはあり得る。それにもかかわらず、私は NC が公的なものに対して、CT は私的であることを、さらにもう一度、明らかにしたいと思う。われわれは同一の現象について語っているのではない。・・・一方において、われわれは認知記号論の現象 (CT) について、他方で、伝達の合意の現象 (NC) について語っているのだ。CT——それは見ることも触ることもできない——は認識・同定・ぴったりの指示という現象に基づいて、ただ要請し得る。NC はわれわれがどんな特徴が CT を構成するかを問主観的に、明らかにしようと試みるやり方を表している。NC は・・・見たり触ったりすることができるのだ」。「CT は必ずしも認知の経験からもたらされる必要はない。それは (NC の形で) 文化的に伝達されて、将来の認知経験の成功へと導くことができる」。「NC には言葉で、時には身振りで、時にはイメージや図を通じて表現される」。「われわれは CT を、NC を生み出す素因として要請し、NC

をCTがどこか周囲にあることの証明として扱うのだ」と。「ある用語のNCは同様に、そのタイプの事例の一つを同定する基準または教示を供給する」。そうすることで、NCは試案的なCTの形成へと向かわせる。NCが不十分な場合には、同定に失敗する(以上、Eco, p.136-40.)。

- iv) 最後に、MCである。アステカ族の人々はスペイン人たちと馬について話し合っ、スペイン人たちが馬について知っている所に到達する。「この場合には彼らは馬について複雑な知識と言われるものを持つようになる。私が『百科事典的』知識についてではなく・
・『拡張された知識』——それは認知的認識にとって不可欠ではない観念を含む——について語っていることに注意せよ。この拡張された能力に関して、私は溶解的内容(MC)〔1リットルの溶液に溶けうる1グラムの溶剤の率を1モルと言う〕について語るべきである」。「私はMCを命題形式で専ら表現される知識と同一視しないであろう。何故なら、それはまたいろいろな品種や年齢の馬のイメージを含みうるからである」。動物学者と騎手のMCは違う。諸MCの総計は、規制理念・記号論的要請としての百科事典と一致すると言おう」と(Eco, pp.141-2. 参照エーコ『言語哲学』の5.2)。
- v) エーコはこの著書でCT・NC・MCについて100頁を費やす。問題が多いのである。以下、エーコによって指摘された問題点について述べる(頁数のみを記す)。
- ① シューマとCT、NC、MCがあれば、概念は不要である(142)。
 - ② われわれが「言語領域に入る」瞬間に、前言語的な意味に向かう傾向がある。つまり、われわれ人間が内的に合意しているクラスの意味があるのだ。「動物性」はその一つ(144)。
 - ③ 百科事典的定義はネズミを見たことのない人にネズミを同定しないし(151)、ワインの専門家はそれぞれのワインのCTなしにはピノとトカイを区別できない(154)。
 - ④ 時間の順序を示すCT、

論理的関係を図で示すCTがあるし、スカンクのCTとNCはその強烈な臭いを含むし、カのCTはブーンという音を含む。ネズミのCTとNCは穴から穴へと走り回る物語を含む(157-8)。⑤CTもNCもリジッドに組織されているわけではなく、その時々には解釈の選択肢がある。ある場合には図像要素を、別の場合には命題要素を強調する。つまり、多様なコード化があり得るのだ。そもそも、組織化の形態も線形ではなく、ネットワーク状であり得る(162)。

『言語哲学』ではリゾーム状をも認める(158-9頁)。⑥経験的事例——それは認知経験に基づく——にはCTがあるが、文化的事例にはCTはあるのか。われわれが直接に認知したことがない対象に対しても、解釈によってまずNCを受け取り、次に試案的なCTを作り出すことが可能である。経験的事例ではCT⇒NC、文化的事例ではNC⇒CT(175)。⑦人々がどのようなCTを持つかは、所属集団、職業、環境、個人によって違う(183)。たとえば、人は故郷の生き生きとしたCTを持つ(220)。⑧CTは個々のものを認識させるために、しばしば特異な性質を持ち、公的に解釈したり、同定のための教示を用意することが難しい。NCに表現される特性は融通がきく(208)。⑨CTはステレオ・タイプの民衆板で、辞書と百科事典の混合物である(195)。⑩われわれは対象・状況についての多様なCTを持ち、むしろMCに属する特殊な能力(因果律スキーム、種々・複雑さの推論)を持つ。これらは他人が忠告できることから、公的な性質を持つし(205)、教育その他によって公的にしようとする動きもある(221)。無視すると致命的な結果が生ずるからである(205)。⑪芸術家のCTは普通の人のそれとは違う。ピカソ!(223)。⑫CT、NC、MCはいつも取引・協定可能である。たとえば、「砂糖は溶ける」という命題は語られる言語により指示対象が違うから、溶解の時間が違う(271)。つまり、この命題が「直ぐ溶ける」を意味するとすれば、当たる場合と当たらない場合があ

ることになるのだ。エーコは、われわれの認識シェーマと意義づけ・指示の両方が『契約』の観念に基づくと言う。すなわち、「記号過程についてのすぐれて『文化的』な見方を、いかに文化的システムの重みがあろうとも、経験の連続体にはわれわれの解釈に限界を設定する何かがあるという事実と調節しようと試みた」と(4-5)。

エーコは言う。「当然のことだが、共同体は証明と呼ばれるものを供給して来たが、われわれに確信させ、またはわれわれがそれを反証することを予防するのは、その証明そのものの権威性ではない。それはむしろ、証明を支える全体システム、パラダイムを覆すことなしには、一つの証明も問題にすることが困難なことである」。「知識のこの脱形而上化は、明らかにパースの影響を通じて、デューイの『保証された主張』の観念、または人々が現在、好む言い方によれば、『保証された主張可能性 (warranted assertibility)』において再び、持ち上がっている。それは依然として、知識についての多様な全体論的概念において現存している。しかし、この意味で、受け入れられる真理の概念が独立した知識の塊の構造的圧力に依存しているとしてさえも、この塊の内部では、それにも係わらず——次第次第に現れ、『経験に対して抵抗する』ように見える——事実がいつも出現しているのだ。そしてこのようなやり方で、単一で異論のないパラダイムの内部で、パースの見解によれば、常に共同体の基本的な問題(そして仕事)の一つであったものが再び現れている。それは、集団的に、そして終に否定・反対・拒否に衝突した後で、『連続体 (continuum)』の穀物をどのようにして認めるか、である」(Eco, pp.98, 120-2).⁽⁵³⁾。

(7) 最後は、バーナード・ジャクソンである。ジャクソンは著書の表題が示すように、物語論の立場に立つ。

i) ジャクソンは言う。「推論と蓋然性についての代替構想の關係に

ついでに最近の議論は・・・命題の意味論的内容をそれらの命題が語られる語用論的文脈から抽象している点で欠陥がある。推論は命題間の相対的な正当化可能性の問題になっている。語用論の次元——すなわち、誰が、どんな手段で、そして、何の目的で法廷を説得して特定の推論をさせようするのか——には、ほとんど注意が払われていない」(Jackson, p.10.)。「真実は言説ではなく、言説の言明 (the enunciation) の機能なのである。もしわれわれが (『事実の』あるいは『フィクションの』) 物語の意味論的内容が真実か否か判断できないとしても、われわれは少なくとも——彼/彼女が真実—要求を行う行為の誠実性の条件を満たしていることで、最も適切にわれわれを説得しているという意味で——誰が、われわれの考えでは、『真実を語っているか』判断することができる。われわれはそのような判断を、言明の行為の語用論を語り化 (narrativising) することで行う。そこで、われわれは誰が説得の活動において最も良く成功したかを問わねばならないし、われわれはそのような判断を行う時にわれわれを案内する語りモデルを持っている。このように言うことは、真実が専ら、呈示の問題であると言うのではない。納得性は意味論的レベルと語用論的レベルの双方の評価に加わるし、(両者にとっての) そのような納得性は、理解の社会的構造を通して構成されるものだし、理解の社会的構造は、それらが意義づけの普遍的構造を明示する限りにおいて、意味を伝えることができるのだ」と (Jackson, p.2.)。

「われわれが意味論および語用論を語り化する枠組を採用するならば、われわれはもはや裁判過程の客観性についての伝統的な見解と、裁判過程で述べられる事実についての言説による構成との間でどっちつかずの態度を取る必要はない。裁判過程そのものは語用論的相互行為の複合であり、それぞれの行為が個別的にも、相互行為の全てが集団的にも、それら自体言説による構成であり、それら行

為の了解性そのものがそれらの性格それ自体に基づいているのだ。何故なら『証拠』が典型的な社会行為の語り枠組の見地から判断されるだけではなく、参与者——特に法律家——の行動は典型的な法的行為の語り枠組の見地で判断されるのである。すなわち、弁護人は、判事は、陪審は特定の文脈でどのように行動したか、など。法廷における意思決定の研究は——決定がそれ自体語用論的相互行為であり、決定と共に、語り化することが必然的に伴うところの無意識の合理性の社会的荷物を携帯するから——このことを説明しなければならないのだ」と (Jackson, p.88)。さらに、「私が要求するところでは、この本が提案する物語的一貫性の理論は、哲学者と実務家の説明の双方の特殊性を越える、メタ言説を使っており、事実構成の諸過程に対して、両者の関心に留意する単一の理論的枠組を適用する。それは、専門家の実務を事実構成の語用論と考えることと、物語的一貫性の理論を、まさしくその語用論に適用することによって、そのように行うのである」と (Jackson, p.24)。

- ii) 次に、ジャクソンの事実認定に関わる文章を挙げる。「ある事実から別の事実へと推理を引き出すことは、明らかに、自分の事実認定の結果からのそのような推理が、推理を引き出す人にとって受け入れられるか否か次第である。この結論は、今日、新しくも、驚きでもない。しかし、そのような推論はまた、他の社会的文化的要因次第でもあり、かろうじて隠された (あるいは自分に隠された) 目的によって簡単には説明し尽くせない。何故なら、ある事実から別の事実への推論は——われわれがそれを検証として考えようと、あるいはポPPER流の反証として考えようと——科学的意味での『証明』の問題ではなく、むしろ、納得性の関係を伴っているからだ。そして納得性は——この本で議論されるように——その構造においては普遍的だが、その内容においては社会的文化的な条件次第である物語モデル、共通の経験 (あるいは少なくとも共通経験として社

会的に構成され、伝達されているもの)と、そのような集団的表現を形成する社会的文化的価値の双方を反映しているモデルによって構成されるのである。二つの形の納得性がここでは、評価され始める。推論のそれと推論の引き出しのそれである。物語モデルは、意味論的次元と語用論的次元の双方についてのわれわれの理解に貢献するだろう」と(Jackson, pp.10-1.)。

ジャクソンは次のようにも言う。「『事実』と『フィクション』は両方ともわれわれの生きた経験を通じて構成され、そのような経験から納得性を受け取る。このことは小説批評の伝統的な基準の一つである。つまり、われわれはそれが起きなかったことを知っているが、物語はそれがうまい具合に行ったかのように語られるのである。リクールが言うように、フィクションの語りは、『模倣性』を持つ。勿論、このことが当てはまらない、あるいは違ったやり方で適用されるジャンルがある。ソープ・オペラ、SF、その他の計画的なファンタジーの作品が例を提供している。しかしながら、それらのいずれについても、『了解性(intelligibility)』、生きた経験との意味の同調の要素が欠けていると言うことは本当ではないだろう。違いは、小説においては生きた経験とは『われわれのもの』であり、他方、ファンタジーの作品は、生きた経験についての——われわれはそれを分かち合いはしないけれども、それについて想像することはできる——違った世界の存在を前提にしているのだ。『事実』の構成は、原則として——一つの点を除いて——小説の信頼性についてのわれわれの判断と違ってない。『事実』は、真実であること(そして単に信頼できるだけではないこと)をまさしく要求する。小説における出来事はそうではない。しかし、グレマス学派にとっては少なくとも、この違いは意味づけの構造のいかなる変更も伴わない。何故なら、『事実』の構成にはあるが、『フィクション』のそれにはない、真実要求は、特定の言説が伝えようと求めるメッセ

ージの一部に過ぎないからである。記号論者は、『事実』の『意味』の構成についてのみならず、真実としてのその納得性の構成についても、説明を与える必要がある。私が『語用論の語り化』という用語で向かおうと努めて来たのは後者の問題である」と (Jackson, pp.156-7.)。

- iii) 最後に、ジャクソンは自分の物語的一貫性について、次のように言う。「この本の議論の主要部分は・・・それが『事実』と『法』の間の対立的階層制を意識的に逆転している限りで、脱構築的である。つまり、伝統的な認識論は、事実の発見に対して法に基づくモデルを適用しているのだ。私は法に対して物語的一貫性という事実に基づくモデルを適用する含意を考えて来た。そして勿論、『事実』と『法』の対立そのものがその過程の中で解消するのである」 (Jackson, p.190.)。ジャクソンの考えはヴィトゲンシュタインの「家族的類似性 (family resemblance)」によるものではない。何故なら家族的類似性は、その家族を性格づける特徴セットを要求するが、物語は家族 (あるいはその他の集団) にはまとめられないからである。「私が物語の比較のために提案するモデルは、類推のもっと緩やかなそれである。特定の (法的) 事案は、状況の——その時の文脈の目的にとって適切だと見なされる場所の——特徴や要素や特性の選択を通じて、既に述べられた手続のそれぞれの段階において、構成され、再構成される。この、適切な特性の選択は、メンタル・イメージを喚起し、あるいは当該集団の社会的知識を表現する物語の集積の一つに対して『意義あり (relevant)』と判断されるだろう。法的規則も歴史的方法も適切な特性の選択を決定はしない。物語構造それ自体も、そのような選択を制約はするけれども、決定はしない。メンタル・モデルの比較、あるいは可能な解釈枠組に対する、解釈さるべきものの意義は、類推的であって、必然的ではない。それは二つに共通する要素や特性の範囲次第であるだ

けではなく、特定の要素や特性それぞれに付けられた力や重要性次第でもある。そしてこの力や重要性は、物語の構造に内在的ではなく、解釈者の社会的心理学的文脈と、関与した特定の心理学的過程（認知、貯蔵、想起、伝達）に由来するものであろう」と（Jackson, p.170.）。

(8) 無意識の判断、直観による判断は本来、分析に馴染まないものであるが、そう言って放置すれば良いというものではない。特に最近はこの困難な課題にいろいろな方法で迫る研究が次々と現れて来ている。これらについて、既に必要な限度でかなり詳細に紹介した。順次、簡潔に検討する。

- i) ポラニイの「暗黙知」の理論は科学的発見に重点が置かれ過ぎているために、洞察を強調し過ぎるところがある。われわれの論点はポラニイが言う「小さな発見的行為」の場合なのである。ゲシュタルト・パターン、トワイニングの言う「構成体」の認識は暗黙的であるから、確かに、「説明できない」し「言明できない」ものが残る。そもそもポラニイの暗黙知は「われわれが述べる以上に知ることができる」のである。しかし、前述したところから分かるように、ポラニイは観察と検証の規則の導出が「これらの規則を知る以前に真実として受け入れた事実言明の諸事例からだけであり、「われわれの規則の適用は結局、再び事実に観察に拠点を見出すことになろう」ことを認める。この考え方はフリードリッヒによっても確認されている。
- ii) エーコの経験概念を扱う道具としてのCT・NC・MCはわれわれが経験的対象・状況について語るやり方を分析する場合に、極めて有用なものである。その結論としてエーコは「記号過程についてのすぐれて『文化的』な見方を、いかに文化シスムの重みがあろうとも、経験の連続体にはわれわれの解釈に限界を設定する何かがあ

るという事実と調節しようと試みた」と言う。エーコは「共同体の基本的な問題・仕事」の一つとして、「集団的に、そして終に否定・反対・拒否に衝突した後で、『連続体』の穀物をどのようにして認めるか」を確認する。この立場は共同体が認める経験の連続体にわれわれの解釈に対する規制としての意義を認める点でポラニイの個人的＝人格的 (personal) 知識としての暗黙知の立場と一見、衝突するように見える。しかし、ポラニイは科学的発見の意義は、発見の科学的価値の評価、科学の前提の順守、科学共同体の批判基準の保持によって定まるとしており、新人の専門家による訓練・教育を強調するのであるから、エーコの言う「連続体」の意義の強調と一致する考え方である。

iii) 最後に、B・ジャクソンである。ジャクソンは訴訟参与者の言説が必然的にそれぞれの人が身に帯びている無意識の社会的荷物をも含んでいることを認める。これは、ポラニイの暗黙知の立場と一致する。また、ジャクソンは物語モデルが共通の経験（あるいは少なくとも共通経験として社会的に構成・伝達されているもの）と、そのような集団的表現を形成する社会的文化的価値の双方を反映することを認める。これは、エーコの立場と一致する。そして、三者の立場は、これらの点で一致していると言って良い。確かに、ジャクソンの主張は事実認定論の枠組に関するもので、われわれのここでの論点と直接の接点はないかもしれないが、事実認定論を論ずる時、特に裁判の筋としての物語を考える場面では、極めて重要である。

iv) 本稿では扱えなかったが、この他にもヘルメノイティークの立場の研究もある。この立場の一つの現在における結節点として、ジョン・トンプソンの見解を示そう⁽⁶⁴⁾。やや長いが必要な部分を引用する。「社会科学における説明の要素は、行為と構造との関係にしたがって明らかにされなければならない。私は、行為と構造が制度と

いう媒介によって結びついていると述べておいたわけだが、この場合、制度とは、社会関係と物質的な資源との特殊な布置関係として把握できるだろう。制度は、どのような行為が許されるのか、そのパラメーターを決めるさまざまな図式によって特徴づけられる。そのような図式は、試行錯誤や模倣、共同で行われる教育を通じて伝えられ、当事者が日常生活においてルーティーン化した状況や新たな状況に対処することができるようにしてくれる。そして、図式は、行為主体の欲望、性向、態度、信念として刻みこまれていき、その結果、リクールが自発的な行為の根本にすえた価値の領域を形づくるのである。これと同じような脈絡で、ブルデューは、ハビトゥスを『永続的で、しかも変換可能な性向の体系』と特徴づけている。この体系は、行為を意識的、集団的に同調させる事態が前提として存在しなくとも実際の行為を規制するのである。さらに、リクールとブルデューが正しく示唆しているように、この場合にかかわりがある規制の形態は、独特の生成過程をへてきたものなのである。制度についての図式は、たとえ予測可能な状況のもとで形づくられるものであっても、行為の過程を特定することはないのであり、特定の行為を創造的に行わせる一般原理を提供してくれるだけなのである。そこで、私としては、人間の行為の『図式にもとづいた生成』について語っておきたい。この概念は、いくつかの伝統的な論争の文脈のなかに位置づけることによって明らかにすることができるだろう。図式にもとづいた生成という概念は、行為の動機や原因に訴えるのではなく、安定した、実のある性向を示すものであり、したがって動機なのか、それとも原因なのかを厳密に二者択一的に決める必要はないのである。というのは、一方では、こうした性向は、当事者が行為を遂行する際に見てとることができる理由として十分に概念化することができないし、また他方では、当事者に行為するよう強制する先行条件と把握することもできないからである。図式

にもとづいた生成という概念は、あらゆる制度化された行為について細部にわたって教育をほどこす必要がない場合には、役割理論を仮説化したり、物象化したりすることを回避するのである。同じように、この概念は、ある種の解釈学的な社会学に見られる還元主義もまぬがれている。というのは、この概念は、社会的な相互行為が、つねに、個々の相互行為がつかのまに見せるさまざまな側面の総計以上のものであることをきわだたせてくれるからである。図式にもとづいた生成は、当事者が身におびている歴史性がどのような位置にあるのかを示し、過去の慣習の集積が行為者と交錯し、未来を創造的に生みだしていく地点を明らかにしてくれる。最後に、初期のリクルールになぞらえてみると、図式にもとづいた生成という概念は、自由と必然とのディレンマを超えていく方向性を示してくれる。というのは、図式は、決定論的に行為を生成させるのではなく、予期しえない状況と交渉することができるように柔軟な境界線を設定してくれるからである。そのために、一定の状況のもとでは、行為主体は、集団としての利害関心にしたがってこうした図式について考えなおしたり、手を加えたりすることもあるという可能性を留保しておかなければならないのである」と。

このトンプソンの「図式にもとづいた生成」という考え方はピアジェの「群性体」と予見的シェーマの説明と基本的には一致している。ピアジェは群性体の形成を子供の認知発達によって説明する。ピアジェは「感覚運動期—前操作期—具体的操作期—形式的操作期」の発達ははっきりとした順序性を持ち、質的にも異なった段階であると言うが、その後の多くの研究によって、むしろもっとゆっくりとした漸進的なものではないかと疑問が提起されている⁽⁵⁵⁾。また、ピアジェは子供の言語の習得を模倣と学習で説明するが、この点もチョムスキーの生得説との関係でむしろ、劣勢に立たされている。このような問題点があるけれども、ピアジェの群性体と予見シ

ューマの理論は最も納得できる理論だと思う。この点でもピアジェに着目したことは、平田の卓見であったと思う。

同じものを同じに扱うことは、公正さの必要条件だから、合理的疑問の解消過程は結局、バリー・バーンズが言うように、「知識は事例と適用の改定可能な群化によって一時に一寸ずつ積み上げられ、拡張される」外ないのである(第一章1(4)参照)。暗黙知・想像力・直観による判断は、H.L.A. ハート/トニー・オノレの因果性の分析(第二章注(38)参照)に代表されるような、判例により受け入れられた膨大な事例集積の精密な分析による類型構成に待つ外ないのである。

注 第三章

- (1) 事実認定過程の性質については「説得過程」であるとする見解がある(曹鴻蘭「事実認定の心理構造(一)」刑法雑誌17巻3=4号15-7頁)。平田の場合は、そのように積極的なものではない。平田は「証明は心証惹起の全動因ではなく、心証が狭義の証明以外の刺激にも開かれているとすれば、証拠の証明力と心証形成の合理的均衡が破れる理由も是認さるべきであろう」という文章で、狭義の証明以外の刺激の例として「説得」を挙げる(平田・54頁と56頁の注17)。曹の見解が説得過程以外の性質を認めないというものであるとすれば、妥当ではない。後述するように、刑事裁判官は被告人の運命を左右する、他の誰も代替できない、重い任務が委ねられており、それ故に、事実認定過程は「主体して」の裁判官の確信=心証形成を中心に理解しなければならないからである。なお、陪審員・参審員・裁判員の場合には、「人民の、人民による、人民のための裁判所」の構成員であるという、別の観点も重要である。
- (2) 民訴法247条も自由心証主義を規定する。「裁判所は、判決をするに当たり、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果をしん酌して、自由

な心証により、事実についての主張を真実と認めるべきか否かを判断する」。判例は民事裁判における「弁論の全趣旨」について次のように言う。「判決が証拠調べの結果と弁論の全趣旨を総合して事実を認定している場合、弁論の全趣旨が具体的に判示されていなくても記録の照合によりおのずから明らかであれば、理由不備の違法はない」(最判昭36・4・7民集15・4・694)。民訴法247条は明文で「弁論の全趣旨」を斟酌することを認めているからである。これに対して刑訴法318条について次の判例がある。「弁論の全趣旨といっても何が証拠となったものが判明しないし、訴訟関係人の意見は証拠とならないものであるから、弁論の趣旨が直ちに事実認定の証拠となるものではない」(札幌高等裁函館支判昭29・3・16高裁刑特32・95)。平田は注(1)で引用した、証明以外のものが心証を惹起する場合として、弁論の全趣旨を挙げ、訴訟法もこれを許容しているとして、わが民訴法の規定とドイツの民訴法286条・刑訴法261条を挙げる(平田・56-57頁の注17)。平田のドイツ刑訴法261条の理解は妥当であろうか。ドイツ刑訴法261条は「証拠調べの結果については、裁判所はその自由な、審理の総体から形成された確信に従って決定する」と自由心証主義を明文で規定している。平田は「審理の総体 (Inbegriff der Verhandlung)」は「審理の全内容 (gesamte Inhalt der Verhandlung)」と同義であるとして、上のように主張する。“Inbegriff der Verhandlung”の解釈が問題である。

この「審理の総体」は「一般に認められている見解によれば、判決の基礎は公判手続において口頭で述べられた訴訟資料だけが許され、他の認識源は許されない」(Bertram Schmitt, Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozeß: Eine Studie zu Wesen und Funktion des strafprozessualen Grundsatzes der “freien Beweiswürdigung” sowie zu den Möglichkeit und Grenzen einer Revision in Strafsachen; zugleich ein Beitrag zum Verhältnis

von Kriminalistik und staatlicher Strafrechtspflege, 1992, S.395.)。この原則は、B. シュミットも認めるように、複雑で、長期的な裁判では維持できない理念に過ぎないが、「少なくとも訴訟資料はあらかじめ訴訟手続に合致したやり方で確定され、被告人は斟酌の可能性について指示されていなければならない」(BGH StV 88191. Ulrich Eisenberg, Beweisrecht der StPO: Spezialkommentar, 3. Aufl., 1999, Rdn.99.)。平田のドイツ刑法261条の理解は妥当ではない。

- (3) B.Schmitt, op.cit., SS.176-182, 390-395, 418-425. Ulrich Eisenberg, op.cit., SS.60-70.
- (4) B.Schmitt, op.cit., S. 392. 「訴訟法的意味での真実」はシュミットのものであり、「裁判上の真実」はドイツ刑法261条についての Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung: Mit GVG und Nebengesetzen, 45. Aufl., 2001, S.915. のものである。Kleinknecht/Meyer-Goßner, op.cit., S.2 は民事訴訟の形式的真実と対比して論じている。U.Eisenberg, op.cit., S.156 (Beweisverbot) はシュミットと同様の説明をしている。実体的真実の追及という課題は刑事裁判においては絶対的な価値ではない。真実の取調には法的な制限が設けられている。真実の取調は他の諸価値を考慮して、原則として訴訟上許される方法で、訴訟上許されるやり方でのみ行われることが許される。他の諸価値とは個人の尊厳の保障、比例原則、法治国家の威信あるいは手続の法治国家的統合性の保持、そして人権である。「これらの共通諸価値を守るという利害を考えて、真実の取調が事情によっては滞ったり、あるいはそれどころか全く妨げられうること、またはそれにもかかわらず獲得された認識が——実体的に真実に合致しているとしても——証拠の禁止に基づいて刑事裁判において考慮することが許されないとしても、甘受しなければならないのである」と。ここまでの議論はハッセマーの「公式化」論と同旨である。この基本的構想が憲法に由来することにつき、Lemke/Julius/Krehl/Kurth/Rautenberg/

Temming, Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 3. A., 2001, S.3.

- (5) U.Eisenberg, op.cit., S.62 f.
- (6) 鈴木茂嗣「事実認定をめぐる諸問題」・【刑事訴訟法の基本問題】、1988年175-6頁。確かに、ドイツ刑訴法が現在でも実体的真実概念を維持している理由として、事実認定が安易に流れることに対する危惧がある。そもそも自由心証主義は領邦諸国がそれぞれの法律で証拠規則を廃止して採用した後で、それが1877年の帝国刑事訴訟法に取り入れられたことに始まるが、ただそのように考えた・信じただけではだめなのである(B.Schmitt, op.cit., SS.177(解明義務に関する), 407.)。
- (7) B.Schmitt, op.cit., SS.405, 409-10は思考法則・自然法則上、合理的な疑いがそもそも可能でない場合には裁判官の確信の要因は放棄し得ると読めるが、そのような場合に当該裁判官が事実認定について確信していないとは考えられない。事実審裁判官の確信が何故、必要不可欠かは本文に述べる通りであり、放棄し得る要件ではない。
- (8) 1930年代に既にジェローム・フランクが裁判官のパーソナリティが事実認定に影響することを認めている(Jerome Frank, Law and the Modern Mind, 1930, pp.106, 338-9.)。フランクはこの考え方を後で一層詳細に展開している。J.Frank(古賀正義訳)【裁かれる裁判所】上下(Court on Trial)第10章(「裁判官は人間であるか」)・第11章(「心理学的アプローチ」)(この著書はフランクが1946年以降イェール大学ロー・スクールで担当した事実認定論の講義テキストを骨子とするものである(訳者まえがきと著者序文))。裁判官は「法律の口」とであるというモンテスキューの要請は今日では維持できない。フランクは前掲書で「社会学的法学」(パウンド、フランクファーター、パウエルなど)は裁判官の社会的・経済的・政治的背景(「社会的諸力」)を強調したけれども、パーソナリティの影響を軽視したことと、法律審である上級裁判所の研究に偏向して事実審や事実問題を無視したこ

とを批判している。個人的な要因と共に社会的・文化的要因の影響も考えねばならないことは言うまでもないが(vgl. Wassermann, Richterliche Gewalt, 1985, S.136 ff.)、ここでは専ら訴訟内部の問題に焦点を絞って、B・シュミットの重要な幾つかの指摘に触れたい(B. Schmitt, op.cit., SS.427-35.)。①裁判官は公判で提出された資料の一部だけを取り上げ、更にその一部だけを検討する。証拠の評価の前に証拠の認識過程があるのだが、そこでは選択が行われる。重要な事実が見逃される危険がある。②裁判官は大抵の事案では被告人の生活の仕方、社会的環境、性格と無縁で、彼らの行動の理解に欠けている。被告人が裁判官とは非常に違った心理学的、社会的条件の下で生まれ、育ち、犯罪行為に及んだことを十分に理解できないために、裁判官は被告人について判断する際に、自分を基準に選びがちである。特に、犯罪行為の動機を分析する際に、このようなことが起きる。同旨の指摘はアルトゥール・カウフマンやハッセマーによってなされている。③捜査記録を単独裁判官と裁判長が公判前に見ることで、捜査・訴追側の当該被告人・犯罪に対する見解——それは普通、被告人に不利な方向に偏向している——が裁判官の心証に影響を与える危険性が指摘される。最悪の場合には、既に心証が形成されてしまうこともあろう。このような第一印象は後で修正することが困難なことが少なくない。このような危険を裁判官が強く意識していることが必要である。単独裁判官・裁判長は自分の判断が捜査・訴追側の調書に基づいているのか、公判手続での認識に基づいているのかを区別できないことが多いであろう。特に時間のかかる裁判では記憶の減退を伴って、このような可能性が高まるであろう。自分の第一印象や予断の禁止に反して形成された心証に合致するものだけを受け取る危険性が高いであろう。この危険は直接主義と口頭主義が骨抜きにされているわが国の刑事裁判においては、ドイツ以上に切実である。

Bシュミットの考え方は第一章で詳説したように、裁判官個人がい

から努力しても「前理解」という先入見は排除できないという、ハッセマーの極めてシニカルな考えから見れば、大甘の見解ではあるが、三点は適切な指摘ではある。

- (9)アルトゥール・カウフマンは刑法上の責任判断が一つの「責任非難」を含んでいることについて、マックス・シェラーの言葉（「倫理的諸価値の共同の担い手である他者の絶対的な一身の人格領域の認識は」われわれには欠けており、したがって、「お互いに関する究極的な倫理的判断を差し控えることが、・・・有限の人格の義務である」。「それゆえ、この義務に違反することは、それだけですでに・・・他者の人格の侵害と悪業を含んでいることになりはしないか」）を引用して、刑法上の責任は単に法学上の責任に関わるものにすぎず、有罪者の倫理的人格には手をつけないという理論構成は刑事裁判実務の厳然たる事実からして、維持できないと言う。そこで、ある人間の責任に関する判断は、その人固有の良心に任されていることを認めながらも、カウフマンは次のように主張する。「しかし、基本的倫理の根本的な掟すなわち最も単純で最も一般的な、いわば最も始原的な、そしてそれゆえに実際には何ひとつによっても疑問に付されないような共同体生活の諸要求に制限された——制限されざるをえない——刑法は、個人の良心の中だけでなく、公共の集団意識の中にも生きているのである。それゆえにここでは、良心の諸決定が広く一般化されうるのである」。「・・・『倫理の最小限』である基本的倫理の領域においては、良心は、いわば『代替可能な事物』であり、そしてそれゆえにここでは、他者——裁判官——が、『あたかも彼が行為者自身であるかのように行為者に内面的に結合して』、行為者に成り代って行為者を裁くことが可能となるのである。このような裁判官の代理的良心判断(stellvertretendes Gewissensurteil des Richters)は、しかし、このまったく基本的な、単純な倫理的掟への違反が問題となる場合にのみ、為されうるにすぎない」と。ここで問題となっているのは、汝殺すなかれ、

略奪するなかれ、盗むなかれ、暴力をふるうなかれといった場合である。「この領域においてのみ、人間の共同生活のこれほどに明白にして放棄することのできない倫理的諸要求は、問題となるのであるから、このような倫理的諸要求に対する違反は、法的に思考しているすべての者によって、当罰的で有責なものとして承認されるであろう。そしてそれゆえにこの場合にのみ、裁判官は、法の侵害者に対して内面的確信をもって立ち向かうことができ、そして、パリサイ人のような思い上りをもつことなく責任判断を下すことができるのである」と(アルトゥール・カウフマン(甲斐克則訳)『責任原理——刑法的・法哲学的研究』、200年(1976年)、435-7頁)。カウフマンはその後、同じ主張を繰り返すのだが、この時は次の点が付け加えられている。「自身で早速、刑事判決を下さねばならない者は誰でも、他者に対する責任判断は「その人間についてのわれわれの理解が途絶えるところでは」、もはや行い得ないというエンギッシュの確認を追認するであろう。行為者がいまだ理解できる場合にのみ、われわれが名付ける『代理的良心判断』は可能である——すべてを理解することは、まさしく、すべてを許すことを意味しない」と(Arthur Kaufman, *Die Parallelwertung in der Laiensphäre: Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre*, 1982, SS.38-9)。『責任原理』の場合には被告人が認めている場合が想定されているとすれば、カウフマンの主張は納得できる。しかし、『並行評価』ではどうか。カウフマンは刑法上の帰責が裁判官と行為者の間でのコミュニケーション過程であり、「責任対話(Schulddialog)』(ハフト)であると把握した後で、次のように言う。「しかし、裁判官と行為者が、当該違反者の責任についての合意が最後に彼らの間で成立するやり方で、相互にコミュニケーションするかのよう理解しようとするのは、やはり、現実に全く目を閉ざすことを意味しよう。被告人が裁判官との本当の対話に入る用意がそもそもないのは極く普通であり、われわれの刑訴法によれば、

被告人はそうするには全く及ばない。被告人は公判を黙秘でじっと我慢することができるのである（なんなら、その場合には弁護人が被告人のために語ることができるし、語るであろう）」と。カウフマンはその後で「代理的良心判断」の主張を展開する。カウフマンの主張は彼独特の責任判断の構成に基づくものだとも言える。カウフマンは言う。裁判官は刑事訴訟において、法律の役割と被告人の役割という二つの役割を引き受けなければならない。裁判官はまず、行為者が問題行為について日常言語上の〈不法〉と理解していたことを確認して〔カウフマンはそれは行為の社会的有害性の認識であると言う——筆者〕、日常言語の世界（カウフマンは「対象のレベル」という）、行為者の〈理解の地平〉、『素人仲間の評価』における行為者への帰責（それは「事実上の責任」である）を行う。次に、それに基づいて、裁判官は専門言語＝法律言語の世界（「メタ・レベル」）、裁判官の〈理解の地平〉、『裁判官仲間の並行評価』において行為者の責任を「法的責任」と定義する。「行為の社会的意義についての、この漠然とした行為者—意識が今や、裁判所の前でのコミュニケーション過程において、行為の法的意義についての正確な裁判官—意識へと濃縮される。違法性の意識は訴訟において裁判官によって初めて構成されて、責任判断において行為者に帰属させられる。法的意味の責任はそれと共に本当は裁判官の頭の中に潜んでいるのである（という訳で、『ラベリング・アプローチ』の理論が一つの正しい局面を提示していることにも同意したい）。このことはしかし、行為者自身はいかなる責任もないということを意味しない——行為者は、道徳的意味か、社会倫理的意味か、あるいは社会的意味かはわれわれはここでは未定にしておくけれども、責任を持っているのである」と（op.cit., S.40. 小野坂「アルトゥール・カウフマンの『ヘルメノイティーク』」・『刑事法の思想と理論』（莊子邦雄先生古稀祝賀）、平成3年、第一法規、16—7頁で『素人仲間の並行評価』という用語を使ったが、これは誤解であっ

たので、『素人仲間の評価』と変更したい)。『並行評価』においても、行為者=被告人が自分の行為の不法性を理解していたことが前提になっており、問題はないと思う。ハッセマーも基本的には同じ認識に立脚する(W.Hassemer, "Person, Welt und Verantwortlichkeit: Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht", in ders., Strafen im Rechtsstaat, 2000, SS.137-59.)。なお、被告人が承認していない法に基づいて行われる刑事裁判についてのR・A・ダフの主張は(R.A.Duff, Trials and Punishments, 1986, pp.135-43。小野坂「ヴィンフリート・ハッセマーの裁判論の批判的検討」・『変動期の刑事法学』上、平成7年、384-5頁を見よ)、裁判において法の道徳的批判に基いて法に従うことを拒否することは、その法がしかるべき手続で改正されるまでは、できないというものである。この議論は、わが国では憲法81条の裁判所の違憲立法審査権を考えると、そのままでは妥当しない。また、法の内容によっては道徳的権利に基づく違法拒否がありうる(参照、小野坂「刑罰制度の構成原理としての憲法」刑法雑誌24巻3=4号499頁、同「死刑と憲法秩序」刑法雑誌35巻1号72-3頁)。

- (10) 第一章注(58)を見よ。
- (11) U.Eisenberg, op.cit., Rdn.94.; Winfried Hassemer, Einführung, SS.176-7.; B.Schmitt, op.cit., S.434.; 平田・226-43頁は本文引用のところ以外で〔裁判官-検察官(原告)-被告人(被告)〕の集団性を論じている。
- (12) たとえば, Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommntar (以下ではLRと略す), 24. Aufl., 3.Bd, § 261 (Walter Gollwitzer), Rdn.9.
- (13) たとえば, LR, § 261 (Gollwitzer), Rdn.13.
- (14) たとえば, B.Schmitt, op.cit., S.410 f.
- (15) たとえば, Peter Rieß, "Zur Revisibilität der freien tatrichterli-

chen Überzeugung, GA, 1978, SS.257, 272,277.; LR, § 261 (Gollwitzer), Rdn.7, 13. ゴルヴィツァー (Rdn.8) とアイゼンベルク (Rdn. 90) はここで問題になる疑いが人間の一般的な認識能力の限界から抽象的に考えられる理論的な疑いではなく、具体的な事案の特別の事実状態に基づいて当該裁判官が排除できない疑いであることを明確に述べている。平田の主張は妥当でない。

- (16) 小野坂「日本の刑事裁判における事実認定論の批判的考察」(1) 法政理論34巻3号、2001年188-90頁参照。なお、上告の問題は第四章で論じる。
- (17) 鈴木茂嗣「事実認定をめぐる諸問題」176頁。
- (18) Bender/Nack, op.cit., Bd. 1, 1995, Rdn.399-424. 以下の本文についてもこの引用部分参照。
- (19) L.Jonathan Cohen, "The Role of Evidential Weight in Criminal Proof", in: Peter Tillers and Eric D.Green (ed.), *Probability and Inference in the Law of Evidence; The Uses and Limits of Bayesianism*, 1988, pp.123-4 は言う。指紋による人の同一性の証明はパスカル[=ベイズである——筆者]の高い蓋然性に基づく。二人の別々の人物が違った指紋を持つ蓋然性は桁はずれに高い。この高い蓋然性は二人の別々の人物がこの、あの、そしてその他の特徴を共有しないという、個別の特徴の蓋然性の乗数の結果である。8つの特徴の比較で十分とされている。指紋の場合はあまりにも高い蓋然性のために、二人の人物の指紋は認識可能な細目で違っていると想定され、この事実が合理的疑いを超えて被疑者・被告人を特定するとされると。
- (20) BHG (連邦裁判所) は父親性の認知においては99.85%の蓋然性で有責判決には原則として十分であるとしている (BHG, NJW 1974, 1427) (Bender/Nack, op.cit., Bd. 1, Rdn.376.)。
- (21) わが国の科学的証明に関する代表的判例には次のようにものが挙げられる。①伝統的筆跡鑑定方法に関して、裁判所は、自由心証により、

これを罪証に供することができる(最決昭41・2・21判時450・60)。

②刑訴法326条1項の同意のあったポリグラフ検査結果回答書について、(要件が満たされた場合には)相当と認めて、証拠能力を肯定してよい(最決昭43・2・8刑集22・2・55)。

③声紋による鑑別方法は、その検査の実施者が必要な技術と経験を有する適格者であり、使用した器具の性能・作動も正確でその検査結果は信頼あるものと認められるときは、その検査の経過及び結果についての忠実な報告に証拠能力を認めてよい(東京高判昭55・2・1判時960・8)。

④「[疫学的証明ないし因果関係が、刑事裁判上の種々の客観的事実ないし証拠又は情況証拠によって裏付けられ、経験則に照らし合理的であると認むべき場合においては、刑事裁判上の証明があったものとして法的因果関係が成立する]との立場に立ち、疫学的証明のほか病理学的な証明等を用いることによって合理的な疑いを超える確実なものとして事実を認定したことに誤りはない」(最決昭57・5・25判時1046・15)。

⑤警察犬による臭気選別が、(要件が満たされる場合には)臭気選別の結果を有罪認定の用に供し得る(最決昭62・3・3刑集41・2・60)。

⑥話者の言葉の言語学上の特徴点、すなわちアクセント、音韻、語法、語いなどの異同を比較することによって、話者の出身地、話者の同一性を鑑定するいわゆる言語学鑑定については、言語学の専門的知識及び技術を有する適格者が行ったもので、その結果が信頼できるものと認められる場合は、鑑定の経過と結果についての正確な報告には、証拠能力を肯定できる(東京地判平2・7・26判時1358・151)。

⑦DNA型判定の手法として、MCT118法は、科学理論的、経験的な根拠を持っており、より優れたものが今後開発される余地はあるとしても、その手段、方法は、確立された、一定の信頼性のある、妥当なもの認められるのであり、したがって、DNA資料の型判定につきMCT118法に依拠し、専門的知識と経験のある、練達の技官によって行われた本件DNA型鑑定の結果を証拠として用いることができる(東京高判

平8・5・9高判49・2・181)。⑧PCR法によるHLA-DQA1型のDNA鑑定信用性を認めた事例(名古屋高判平8・3・16判時1577・129)。⑨人体頸部の身体的特徴が個人識別の指標となり得ることは医学的に肯定されているので、医学の専門知識を有する鑑定人が、被告人の頸部を直接検査して頸部の特徴を把握しつつ、防犯カメラに録画された犯人画像を解析し、これと被告人画像を対比して同一性を判定した鑑定結果には合理性が認められる(東京地八王子支判平9・4・24判時1615・147)。

- (22) Bender/Nack, *op.cit.*, Bd. 1, Rdn.425-6.
- (23) David A.Schum, "Probability and the Process of Discovery, Proof, and Choice", in: P.Tillers and E.Green (ed.), *op.cit.*, pp.213-70, esp., pp.241-47. コーエンの著書はL.Jonathan Cohen, *The Probable and the Provable*, 1977.
- (24) 以下の叙述で引用する文献を一括してここに挙げる。それ以外の文献は別に引用する。Amélie Oksenberg Rorty(ed.), *Explaining Emotion*, 1980 (著者・論文名と頁数で引用)。Daniel Kahneman, Paul Slovic & Amos Tversky (ed.), *Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 1982 (Kahneman et al.と頁数)。Robert C. Solomon, *A Passion for Justice: Emotion and the Origin of the Social Contract*, 1995 (Solomonと頁数)。Jonathan St.B.T.Evans/David E.Over, *Rationality and Reasoning*, 1996 (Evans/Overと頁数)。Ronald de Sousa, *The Rationality of Emotion*, 1998 (de Sousaと頁数)。Tom Burke, *Dewey's New Logic: A Replay to Russell*, 1998 (Burkeと頁数)。Robert J.Sternberg et al., *Practical Intelligence in Everyday Life*, 2000 (Sternbergと頁数)。Renée Elio (ed.), *Common Sense, Reasoning, and Rationality*, 2002 (著者・論文名と頁数)。Stanley Woll, *Everyday Thinking: Memory, Reasoning, and Judgement in the Real World*, 2002 (Wollと頁数)。『認

知心理学4 思考』(市川伸一編)2001年(著者・巻数と頁数)。

- (25) アインシュタインについては、たとえばトーマス・クーン(中山茂訳)『科学革命の構造』1971年第8章。コペルニクスについてはウンベルト・エーコ(谷口勇訳)『記号論と言語哲学』、1996年89-90頁。
- (26) Christopher Norris, *Truth Matters: Realism, Anti-realism and Response-Dependence*, 2002 はリアリズムと反リアリズムの対立の克服、換言すれば、真実要求と「保証された主張可能性」との間の妥協が極めて難しいことを述べる。「保証された主張可能性」論はリチャード・ローティ・(野家啓一監訳・伊藤/須藤/野家/柴田訳)『哲学と自然の鏡』1993年191、320、353頁)が取り上げて以来、再び論争の中核概念の一つとなった(たとえば、Ch.Norris, *op.cit.*, *passim*; Richard L.Kirkham, *Theories of Truth: A Critical Introduction*, 1997, pp.49-54 など)。いずれにしても、哲学上の議論は、日常生活の実践的行為とは無縁な議論だと思ふ。
- (27) たとえば、William M.Goldstein/Robin M.Hogarth (ed.), *Research on Judgment and Decision Making: Currents, Connections, and Controversies*, 1997 の内容はほとんどが理論的な研究のレビューである。しかし、本文で論ずるように、実践的な研究がどんどん増えて、しかも議論の内容が緻密になって来ている。たとえば、翻訳されたものとしてはジーン・レイヴ/エティエンヌ・ウエンガー(佐伯胖訳)『状況に埋め込まれた学習——正統的周辺参加』1993年、ジーン・レイヴ(無藤/山下/中野/中村訳)『日常生活の認知行動：ひとは日常生活でどう計算し、実践するか』1995年。レイヴ等の状況認識主義者の立場は、伝統的な認識研究が実験室で、実世界の問題とは懸け離れた形式的な問題だけを扱うこと、学校での、たとえば、算術や算数の学習が実生活で役に立たないことなどの点で正当な批判である。しかし、知識がある状況から別の状況に移転はできないという主張や、学習者が学習によって<周辺参加者→完全参加者>になるという主張

などは、過度の一般化の事例であると思われる (Woll, pp.431-52)。

- (28) Sternburg, pp.11-31, 91-103. 松村暢隆「スターンバーグによる知能の三部理論」関西大学文学論集48巻3号17-46頁、1999年。なお、スターンバーグ (松村/比留間訳)『思考スタイル：能力を生かすもの』、2000年227-36頁に松村による三部理論の簡単な紹介がある。
- (29) U・ナイサー (古崎敬/村瀬晃訳)『認知の構図——人間は現実をどのようにとらえるか』1978年7-8頁。小野坂「日々の生活世界における経験の構造(2)」・法政理論29巻2号1996年1頁以下。
- (30) たとえば、猪原健弘『合理性と柔軟性』、同『感情と認識』2002年。
- (31) マイケル・ボラニー (長尾史郎訳)『個人的知識——脱批判哲学をめざして』、1985年111-115頁。
- (32) われわれの手や心的過程は進化の結果であるが、われわれの意識的・明示的な認識過程はもっと最近の起源であり、進化が用意を整えなかった現在の問題にしばしば必要とされる (Evans/Over, p.16). cf. Denise Dellarosa Cummins, "The Evolutionary Roots of Intelligence and Rationality", in: R.Elio (ed.), pp.132-47.
- (33) 注(24)に掲げたものの他、次のものによる。広松渉『表情』1989年 (広松と頁数で引用)。ジェフ・クルター (西阪仰訳)『心の社会的構成：ヴァイトゲンシュタイン派エスノメソドロジーの視点』1998年 (クルターと頁数)。Edmond Cahn, *The Sense of Injustice* 1949 (Cahnと頁数)。P.S. Perinbanayagam, *Signifying Acts: Structure and Meaning in Everyday Life*, 1985 (Perinbanayagamと頁数)。Peter Brooks/Paul Gewirtz (ed.), *Law's Stories: Narrative and Rthoric in the Law*, 1996 (Brooks/Gewirtzと頁数)。Gilles Fauconnier/Mark Turner, *The Way We Think: Conceptual Blending and Mind's Hidden Complexities*, 2002 (Fauconnier/Turnerと頁数)。
- (34) 本文の「知覚的現認と感情的興発と反応的態勢のゲシュタルト的な全一態」の説明として、熊野純彦の例が分かり易い。「横断歩道をわ

たろうとしているとき、トラックが猛スピードで接近してきた、とする。『恐ろしい』いきおいで近づいてくる四トン車は、まさに『身をかかわす』べきものとして知覚野にとつぜん出現する。『怖ろしい』トラックを知覚がとらえたとき、ひとはあるいはすでに硬直し、あるいは身をおよがせ、身をひるがえしていよう。ここに存在するのは、まずトラックの姿を知覚がとらえ(知覚的現認)、つぎにその姿が恐怖の感情をよびさまし(感情的興発)、最後に回避の動作がころみられる(反応的態勢)といった、三段がまえの事態ではない。猛スピードで接近する四トン車は、端的に『恐ろしく』『身をかかわすべき』対象として、その相貌をあらわし、ひとはトラックの走行それ自体を、その切迫した表情とともに認知するのだ」と(熊野純彦「解説」・広松涉著作集第五巻1996年464-5頁)。

- (35) Raymond Williams, *The Long Revolution*, 1961, pp.48-9. アルヴィン・グールドナー(栗原/瀬田/杉山/山口訳)『社会学の再生を求めて』第三巻1975年80-96頁。参照、小野坂「パラダイム転換論の諸論点」法政理論25巻4号1993年179-203頁。
- (36) デ・スーサのシナリオは、ミンスキーのフレーム、スタンレー・コーエン/ロリー・テイラーやロジャー・シャンク/ロバート・エイベルソンのスクリプトと同じものだと考えて良い。参照、小野坂「日々の生活世界における経験の構造」(2)法政理論29巻2号1996年17-26頁と、シナリオ・スクリプトの上位概念である物語の意義については同「物語の意義と構造」(1)法政理論29巻4号1997年1-67頁を参照されたい。

アイブル=アイブスフェルトは簡単な反射鏡つきの対物レンズ——それは自分がカメラに写されていることを分らなくする工夫である——で地球上の多くの地域の人々の挨拶の表情を記録した。アイブル=アイブスフェルトは地域や人種・民族によって明確に違っているだろうと考えたのだが、それらは驚く程に共通しており、アリソン・ジョ

リーが指摘するように、他の動物の表情の継承をうかがわせるものであった。そこで彼は次のように言う。人間は「・・・行動を促す仕組みをそなえ、行動を解き放つ一定の刺激状況をあらゆる経験に先行して識別することを可能にする。つまり種の保存のためにそれに応答することを可能にするところの生得的解発機構を備えているのである。・・・じじつ人間は・・・むしろ系統史の上での適応能力によって、人間の行動が適応できる範囲内の方向と限界が定められてゆくのである。・・・系統史上の適応能力をそなえているとはいえ、人間が文化的存在だということは正しい。人間に生まれつきそなわった衝動を制御するには、本質的に文化的な制御の型を通じて達せられるのだ」。

「人間の場合には伝統的な儀式が大きな役割を演じる。たしかにわれわれの場合には、芝居じみた表現行動のレパートリーはほとんど生まれつき備わっているものなのだ。われわれは笑い方とか泣き方をはじめに学ぶ必要はない。だが文化的に伝承されているものも多いのである」と(アイブル=アイベスフェルト(日高敏雄/久保和彦訳)『愛と憎しみ——人間の基本的行動様式とその自然史』1974年、1の2章、特に46-7頁と3章、特に75頁)。

- (37) ベリンバナヤガムは短いが重要な指摘をしている。「感情が生理学的な現れを示すところの深い生物学的特性であるということは、真実かもしれないし、そうでないかもしれない。しかし、子供である生物学的創造物が社会化され、自己意識を発達させるにつれて、そのような特性は一貫した感情の語彙へと形づくられ変遷させられる。ヒルドレッド・ギアーツ(Hildred Geertz)が観察したように、『文化はそれらの状況においてどのように振る舞うかに対する示唆された解答のセットを提供するだけでなく、自分の行為についてどのように感じるかについての手掛かりをも提示するのである』。彼女の結論はジャヴァにおける子供達の社会化、特に、感情が定義・分類・経験される適切な語彙への社会化の研究に基づいている。換言すれば、フィー

リングと感情は自我の構成と、コミュニケーションにおいて理解され得る言語単位としての社会的行為の遂行において地位を手に入れるのである」と (Perinbanayagam, pp.86-7.)。

- (38) たとえば、立花隆『脳を究める——脳研究最前線：脳はどこまでわかってきたのか?』1996年、R・M・レスタック (半田智久訳)『化学装置としての脳と心：リセプターと精神変容物質』1995年、ジョージ・ジョンソン (鈴木晶訳)『記憶のメカニズム：ニューロン・AI・哲学』1995年、V・S・ラマンチャンドラン/サンドラ・ブレイクリー (山下篤子訳)『脳のなかの幽霊』1999年。
- (39) 参照、注 (29) 引用の小野坂・法政理論29巻2号。ここで本節で引用する文献を一括して掲げる。その他の文献はその都度、引用する。William Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, 1992 (Twiningと頁数で引用)。「特集=マイケル・ポラニー：暗黙知の思考」・現代思想1986年3月号 (著者名と頁数・現代思想)。Stefania Ruzsits Jha, *Reconstructing Michael Polanyi's Philosophy*, 2002 (Jhaと頁数)。グラハム・ダンスタン・マーティン (長尾力訳)『暗黙知の領域』、1995年 (マーティンと頁数)。福島真人『暗黙知の解剖：認知と社会のインターフェイス』2001年 (福島と頁数)。Michael Polanyi, *Personal Knowledge: Towards a Post-Critical Philosophy*, 1958 (邦訳・長尾史郎『個人的知識——脱批判哲学をめざして』1985年。PKと頁数)。M.Polanyi, *The Study of Man*, 1959 (邦訳・沢田/立山/吉田『人間の研究』1986年。SMと頁数)。M.Polanyi, *The Tacit Dimension*, 1966 (邦訳・佐藤敬三『暗黙知の次元』1980年。TDと頁数)。M.Polanyi, *Knowing and Being*, ed. by M.Green, 1969 (邦訳・佐野/沢田/吉田監訳『知と存在』1985年。KBと頁数)。Umberto Eco, *Kant and the platypus: Essays on Language and Cognition*, translated from the Italian by Alastair McEwen, 1997 (Ecoと頁数)。ウンベルト・エーコ (谷口勇訳)『記号論と言語哲学』1996年。

Bernard Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, 1988 (Jacksonと頁数). ジャン・ピアジェ (波多野完治/滝沢武久訳) 『知能の心理学』1960年 (ピアジェと頁数)。

(40) Weinstein's *Federal Evidence*, vol.2, chapter 404 (Character Evidence not admissible to prove Conduct; Exceptions; Other Crimes). R.Lempert/S.Saltzburg, *A Modern Approach to Evidence*, pp.304-5.

(41) このウィグモア (Wigmorean) という用語はマルクシアン (Marxian) を想起させる。この用語はマルキスト (Marxist) = マルクス主義者とは違うが、マルクスの考え方を重要視する者という意味で使用されている。トワイニングは「修正された」あるいは「新しい」という形容詞を付けているが、これはウィグモアの考え方そのままではないという意味であろう。トワイニングが全体論の文献として引用しているのは、M.A. Abu Hareira, *A Holistic Approach to the Analysis and Examination of Evidence in Anglo-American Judicial Trials*, unpublished ph.D.thesis, Warwick, 1984 (未見). Abu Hareira, "An Early Holistic Conception of Judicial Fact-finding", *Juridical Rev.*79, 1986. David Schum/Anne Martin, "Formal and Empirical Research on Cascaded Inference in Jurisprudence", 17 *Law and Soc. Rev.*937, 1982. Peter Tillers, "Modern Theories of Relevancy", in: J.H. Wigmore, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol.1 (revised by P.Tillers, 1983). Tillers/Schum, "Charting New Territory in Judicial Proof: Beyond Wigmore", 9 *Cardozo L.Rev.* 907. Schum/Tillers, "Research on Marshalling of Evidence and the Structuring of Argument", unpublished, 1988 (未見). Terence Anderson, Personal Communication to Twining, in: Twining pp.330-1.

(42) Abu Hareira は文献名だけの引用。P.Tillers, 1983, 986 n. この

注でトワイニングは次のように言う。両者とも争われた事実問題に関する議論の分析、妥当性・納得性の論理的試験に役割を否定していない。「アップ ハレイラは、ベネット／フェルドマンと同じく、評価の過程において証拠の項目を個別化しようとする試みは、分割できないものを分割しようとする、人工的で、正しいとは認められず、しばしば危険な試みを伴う手続において、下位のテストを用意するものとして、そのような分析に二次的な地位を与えている。彼の理論は『過度に論理的な』アプローチについての実務を行う法律家の伝統的な疑問を反響する。他方、ティラーズは、ウィグモアと最近の蓋然性の論議の大抵の参与者によって喚起された合理性の考え方に挑戦する場面で、自己意識的に、違った哲学的伝統に訴えている」と (Twining, note 114 at p.258.)。

- (43) Gerald P.Lopez "Lay Lawyering", 32 UCLA Law Rev. p.659.
- (44) トール・ノーレットランダーシュ (柴田裕之訳) 『ユーザーイリュージョン：意識という幻想』2002年423頁 (ノーレットランダーシュと頁数)。ユーザーイリュージョンとはコンピューターに何ができるかについての幻想・作り話である。ノーレットランダーシュはわれわれの意識は自己と世界についての、そのような幻想なのだと言う。以下、この段落で引用する文献を挙げる。ジョン・L・キャステイ (佐々木光俊／小林傳司／杉山滋郎訳) 『パラダイムの迷宮：AI・生命の起源・ET・言語・・・未解決の謎をめぐる科学の法廷』1997年 (キャステイと頁数)。酒井邦嘉 『言語の脳科学：脳はどのようにことばを生みだすか』2002年 (酒井と頁数)。ダグラス・ホフスタッター (野崎昭弘／はやしじめ／柳瀬尚紀訳) 『ゲーデル、エッシャー、バッハ——あるいは不思議の環』。
- (45) キャステイ、425-7頁。電子を使った二重スリット実験では1または2のスリットだけを開けておくと、弾丸を使った場合と同様に、検出器の蛍光面に的中する。二つのスリットを開けておくと、干渉が

起きて途中は波動現象を示す。つまり、波としての性質を示すが、蛍光面には弾丸と同じ的中する。つまり、粒子としての性質を示す(キヤスティ、405-8頁)。

- (46) リベットの実験結果を受け入れると、われわれが行為の決意を意識する前に既に脳が活動していることになる。しかしながら、確かに脳が既に活動を始めた後に、行為の決意の意識が生じるが、それは手が動く前でもある。決意を意識してから実行までに0.2秒あるから、意識は行為の実行を止めさせることができる。これがリベットの自由意思救済案である。この救済案は実験的裏付けを持っている(ノーレットランダーシュ、296-7頁)。
- (47) マイケル・ポラニイは自分の暗黙知論が無意識論や意識の縁暈(ウィリアムス・ジェームス)とは違うと言う。後で述べる「焦点的意識」が十全に意識的であることは勿論であるが、副次的〔全体従属的の方が良い—筆者〕意識は闕下のものから十全に意識的なものまで、ありうると(参照、『知と存在』、248、271頁)。
- (48) ジェリー・H・ギル(野矢茂樹訳)「ワイトゲンシュタインとポランニー」・現代思想、79頁。1964年のHarper Torch-books出版のPKの序文からの引用とあるが、私の1958年のシカゴ大学出版のPKの序文にはない。
- (49) 栗本慎一郎は「しかし、我々が言語を話すことと他人が話したことを理解することにおいて、言語の使用が暗黙的機能であるのとちょうど同じように、他のすべての明示的な思考、例えば測定も同様に暗黙(知的)機能によっている。測定は、暗黙的機能によってだけ発展させられ、理解されることができるのだ。測定はいつも暗黙知に基づいており、暗黙知がなければ文字通り無意味なのだ。だからすべての知は、暗黙的であるか、暗黙知に根ざしているかの、必ずどちらかである」(MG, pp.60-1)を引用して、「『暗黙的であること』と『暗黙知(に根ざす)』を二つに分けているのはおそらくポラニイ自身の見解

ではない」と言う(栗本慎一郎「非決定とイマジネーション：ポラニイにおける『意味』と『意味論』の核心」・現代思想122頁)。しかし、筆者が引用したように、マジョリー・グリーンが編集した『知と存在』

(KB)にも同じ文章があること、栗本引用の部分にも「測定」(＝「明示的な思考、例えば測定」)は「いつも暗黙知に基づいており」とあることから、「暗黙知に根ざす」とは、明示知も暗黙知に基づいているという意味に理解すれば良いのではないかと思う。また、土屋恵一郎は「話し手もしくは聞き手のみが言葉によって何事かを意味することができて、言葉それ自身は何事も意味しない。(中略)なぜなら、どんな厳格になされた形式的操作も非人格的なものであって、話し手の人格的な意味への関与を伝達することはできないにちがいないからだ」(PK, p.253)を引用して、「ウィンチもサールも、きわめて常識的なことを言っている。つまり、言語が社会によって共有されている制度的なものであり、個人の意図や信念に還元することのできないコードをふくんでいると言いたいのである」としてポラニイを批判する(土屋恵一郎「日常中の秘法」・現代思想118-20頁)。しかし、この批判は引用部分の文章に「話してもしくは聞き手」とあるのに、専ら話し手の意味の専有を批判しており、ポラニイが意味付与と意味読解をセットで述べていることを無視したもとして失当である。

- (50) ポラニイはアドルフ・グリユバウム (Adolf Grünbaum) の批判に対する回答において、科学的発見と科学的知識の検証について次のように述べる。①外部世界についての知識は、一般に、完全には特定できない手掛かりに基づいて獲得される。②発見は、ルーティーンの研究とは違う。実地調査は明示的に確立された手続で行われるが、他方、発見は推測の何らかの明示的に確立された規則を知ったうえで適用することによっては、達成し得ない。発見について通用している全ての規則は、漠然としており、不明瞭である。・・・それらは有用なヒントを提供するけれども、それらに厳格に依拠しようとする試みは、い

ずれも、ただばかばかしさを生み出すだけであろう。発見のための適切な規則を定式化することが不可能であることは、発見者にオリジナリティを帰せしめることで表明されている。③最高の程度のオリジナリティでさえも、ただ、現行の解釈枠組のいくつかの要素を当然とするだけで働き得るのだ。科学においては、これらの諸要素が、科学者によって採用されている前提と方法を形成している。それらは科学者の一般的目的を定義し、彼らの発見的ヴィジョンを鼓舞し、そして結局、彼らの問題を生み出すのである。良い問題とは、隠された真実と情熱を持って親しむことである。良い問題を思い付くことが、重要な達成なのだ。われわれが隠された真実に近づいていることを感じる能力なしに、発見を追い求めることは不可能である。④私は発見と知識の保持を検証する、これらの予見力が継続して働いていることを認めている。科学者が何らかの真実の知識に到達したと確信することは、彼が問題を認識した力と類似している。・・・われわれが真実を（その実り多さ）によって認識すべきであると示唆することは、ばかばかしい。その逆に、真実の知識の一片についてのわれわれの認識は、知られていない結果の・・・予見なのだ。（この予見）とは、真実の知識は、いまに明らかになり得る・・・隠された現実の一局面なのだという信念の表明である。・・・私は、グリェンバウム博士の観察が相対性原理の発見についての私の説明について持つ意義を理解できない。・・・私はただアインシュタインの全ての手掛かりは特定出来ない、またそれらを評価する彼のやり方も特定できないと意味しただけなのに、博士は私が相対性原理の発生における実験の結果を完全に考慮していないと考えるのであると (Polanyi, "Notes on Professor Grübaum's Observations", in *Current Issues in the Philosophy of Science*, ed. H. Feigl/G. Maxwell, 1961, cited in: Jha, p.139.)。

- (51) 暗黙的推論は演繹・帰納ではなく、パースのアブダクションである。それは、類推的推論、発見的推論、パターン認識、理解の完成の期待

・追及を特徴とする推論である (Jha, note 66 at pp.294-5.)。

- (52) ポラニイは真理構想を必要にする条件として五つの不確定性を挙げている (Jha, p.120.)。①自然における現実の確認は常に、広範囲に不確定な内容を持つ。②われわれがそれによって自然における現実を認識するところの、記号の定義できない性質 (探求されているものを指し示す、事情のパターン)。③自然において真の一貫性を確立する正確なルールを与えることが不可能なこと (経験的知識の不確定性)。④全体従属的なもの、手掛かりが、少なくとも原則として、特定できないこと (それらを追跡することの困難なこと。手掛かりは、それらに焦点を合わせた時には、機能を止める)。⑤科学的判断の根拠を修正する場合の実存的選択の不確定性。

不確定性・不特定性を扱う場面についてエーコの指摘は鋭い。神経学者サックス博士の患者Pは「妻を帽子と間違えた男」として有名な症例である。Pは抽象的な形やチェスのルールについての認識は完全であったが、人の顔の認識は——ほくろなどの識別特徴による以外には——できなかった (マーティン、30-7頁)。この症例についてエーコは言う。「個人のタイプを念入りに仕上げる場合に、われわれは普通、このように進むように私には思われる。われわれがシェーマと『第一級のスケッチ』を構成する能力を持っていることは確かであり、われわれは無数の特定なものから抽象することができ、それぞれの最小の個別的詳細を長々と考えるわれわれの傾向を制止する。それにも係わらず、われわれは規制された不均衡を受け入れ、顕著な局面を捉えようとして、それらを大いに注意して記憶に保持する。私のジョニイについての人相学的タイプはマイクのそれとは違う。何故なら、われわれの双方とも (非常に限定された程度で) P氏に似ているからである。結局、われわれをして完全にはP氏の様にならないことを義務づけているのは、継続的な社会的相互行為なのだ。何故なら、正常であると定義されるためには、(良くも悪くも) 共同体によって策

定され——必要な場合には修正された——規則を、一步一步、守ることで十分だからである」と (Eco, pp.209-10.)。

- (53) 引用した箇所ではエコは「経験の連続体」について述べている。さらに、エコはまた、「シェーマはまた、それらが自然には存在していないという意味で、非自然的と考えられ得るが、このことはシェーマが「動機づけられている」という事実を変えはしない。「連続体」の穀物が明らかになるのは、この動機づけのヒントにおいてである」と言う (Eco, p.122.)。動機づけの注でエコは次のように言う。「記号の動機づけの概念——それは慣行性 (conventionality) を排除しない——と共に動機づけられている、代替的な表現の存在については、『記号論』の3.5を見よ」と (note 35 at p.400.)。参照箇所では連続体について述べられているけれども、動機づけには何も触れられていない (エコ (池上嘉彦訳) 『記号論 ii』1996年75-126頁)。思うに、記号というものは何かを表現しようとして使われるものである。このことを記号の動機づけと言ったのかもしれない。そのような動機づけによって穀物が生み出されると。

- (54) ジョン・B・トンプソン (山本啓/小川英司訳) 『批判的解釈学：リケールとハーバマスの思想』1992年254-5頁。
- (55) スティリングス/ファインシュタイン/ガーフィールド/リスランド/ローゼンバウム/ワイスラー/ペーカー=ワード (海保博之/牧野義隆/吉田茂/川崎恵理子/坂口恭久訳) 『認知科学通論』1991年第3章。M・ドゥ・メイ (村上陽一郎/成定薫/杉山滋郎/小林博司訳) 『認知科学とパラダイム』1991年第12章。