

日本の刑事裁判における 事実認定論の批判的考察(2)

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 事実認定論という「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

第三章 合理的疑問の解消過程

第四章 心証と証明

2 認定によらない「事実」

(1) 周知の様に、一口に「裁判」と言っても、民事裁判と刑事裁判とでは、依って立つ原理が違うのである。民事裁判は原則として「私的自治の原則」に基づくから、そもそも事実に関しても「裁判所において当事者が自白した事実及び顕著な事実は、証明することを要しない」(民事訴訟法179条)。自白の擬制(同法159条)や陳述の擬制(同法158条)も認められている。しかし、刑事裁判には被告人の「無罪の推定」や「疑わしきは、被告人の利益に」(「プロ・レオ原則」)が

妥当するから、刑事裁判では原告たる検察官が犯罪の成立要件、違法・責任阻却事由の不存在、客観的処罰要件など、公訴犯罪事実の存否について「厳格な証明」を行わなければならないのである。刑の加重減免事由についても同様である。刑事訴訟法は「証拠裁判主義」を採用する。「事実の認定は、証拠による」(法317条)。民事裁判においては大きな役割を果たす「挙証責任」と「法律上の推定」は、したがって、刑事裁判においては、原則としては認められない。挙証責任と法律上の推定に関する、わが国の刑事訴訟法学における論議は、多少の異説はあるものの、定着した状態にある。ここでは必要な論点を整理するに止める⁽²⁹⁾。まず、「挙証責任」について。

i) 証明を要する事実について証拠調べをしたけれども、真偽いずれについても確信が持てない、心証が得られない場合がある。裁判所ないし裁判官は「判断強制」の下にあるから、判断を下さなければならない。その場合に、不利な法的判断を受ける当事者の危険ないし不利益を「挙証責任」と言う。この場合、ある事実の不存在を認定しているわけではないが、その事実が存在したものと扱わないという意味で、その事実が存在しなかったと認定したのと、同じ結果になるのである。その事実の不存在が確定される。このように法的意味を持つ挙証責任は「客観的挙証責任」または「実質的挙証責任」と一般に呼ばれるが、単に「挙証責任」と言えば良いと思う。「自由心証主義」は事実認定についての原理であるから、この場合は自由心証主義の問題ではない。

ii) 構成要件該当性は積極的に確定されるが、違法性と責任は違法・責任阻却事由が無い場合に、あることになるという構成である(「否定×否定=肯定」)。違法阻却事由や責任阻却事由の不存在についても、法的には検察官が証明しなければならない(換言すれば、「挙証責任がある」)。構成要件に該当すれば一応は違法と推定されるから、違法性について当事者(検察官と被告人・弁護人)と裁判官が

全く疑問を抱かない場合にまでも、全ての起訴事件について検察官にこのような責任を負わせるのは、現実的ではない。そこで、被告人は必要と考える場合には——つまり、違法阻却事由の存在を示唆する証拠状態が既にある場合以外の場合には——違法阻却事由の存在を主張して、一応の証拠を提出しなければならないと考えられる。これを一般に「主観的挙証責任」または「形式的挙証責任」と呼ぶが、単に「立証の負担」と言えば良いと思う。一般的に言えば、法的に挙証責任を負っている者が実際的な立証の負担を負うと言える。当事者主義の下では挙証責任を負っている者が積極的にその事実の存在を立証しない限り、その事実は存在しないと確定されるからである。しかし、問題を具体的に考えると、立証の負担とは、裁判官の心証の状態を推測あるいは予測して、自分に不利にならないように、裁判官の心証に影響を及ぼそうとする当事者の実際的な負担なのである。

- iii) 当事者主義は当事者に自分に有利な主張・立証をさせ、相手方の不利な主張・立証に対しては反対主張・反証をさせるやり方が、裁判官が職権で裁判を主催するよりは、真実が明らかになるという、歴史的实践的経験に基づくものであるから、原則としてはそれで良い。しかし、検察官が構成要件該当の事実を立証したとしても、特に違法阻却事由の存在を疑わせる証拠が存在しない場合には、裁判官が違法性について合理的な疑いを持つことはないであろうし、検察官の提出した証拠の中に普通はそのような証拠は含まれていないであろう。被告人側が必要と判断すれば、そのように主張するであろうから、実際上はほとんど問題は無いであろうが、「無罪の推定」原理から被告人には違法阻却事由の不存在について法的な主張責任は無い。そこで、裁判所が必要と考える時に争点化する義務を負うことになる。このように被告人に有利になる可能性のある証拠については、裁判所は被告人・弁護人に立証を促し(規則208条1項2

項)、被告人側の立証が明らかに不十分である場合には、職権による証拠調の義務がある(法298条2項「裁判所は必要と認めるときは、職権で証拠調をすることができる」)。検察官との関係では裁判所にそのような義務はない(最判昭33・2・13刑集12・2・218)。

(2) 「法律上の推定」

「事実上の推定」は事実認定過程で普通に行われているものであり、経験則に則った事実の推定である。これに対して「法律上の推定」は、一定の事実(前提事実)の存在が証明された時には、他の一定の事実(推定事実)を推定すべきことが法律上裁判所に義務づけられる場合であるとされている。反証を許すものと許さないものに分けられる。後者は一種の擬制であり、実質的には実体法の要件の変更であるから、ここで問題にする必要は無い。前者は上述の考え方によれば、被告人への挙証責任の転換を伴う義務的推定であり、犯罪事実に関する場合には「無罪の推定」原理に反しており、また経験則に基づかない事実の推定を裁判官に義務づけることは自由心証主義に反する。したがって、一般に刑事裁判において、このような法律上の推定を認めることは疑問である。そこで、最近では、例外的に当事者の証拠不提出という態度自体をも認定上利用しても良い(許容的推定)とするのが法律上の推定であるとの説が有力である⁽³⁰⁾。

(3) 「証明の必要のない事実」

- i) 厳格な証明を要する事実であっても「公知の事実」、すなわち、日常の社会生活を営む、通常の知識経験を有する者が疑いを持たない事実⁽³¹⁾に属する時は、特に証明する必要は無い。公知であるか否かは時と場所によって相対的な判断である。判例は民事訴訟(民訴法179条)に準じて「裁判所において顕著な事実」についても厳格な証明を要しないとするが(たとえば、最判昭30・9・13刑集9・10

・2059)、判例が裁判上顕著な事実として処理した事実でも現在は公知の事実と言えるものがある。通説は刑事訴訟に関しては、裁判の公正の観点から、裁判上顕著な事実についても厳格な証明を要求する。公知の事実は少なくとも裁判が行われている当該地方の一般人に知られた事実でなければならない。公知の事実でなくとも、一般人が確実な資料で容易に確かめ得る事実は、これに準じて扱って良い。裁判の公正を害しないからである。「証明の必要の無い事実」についてのわが国の論議はあまりに簡単である。事実認定過程について深刻に考えないからであろう。この点でアメリカの連邦証拠規則についての議論が参考になると思うので、概略を述べる⁽³¹⁾。

ii) 「連邦証拠規則201条 判決事実の裁判上の認知

- (a) 規則の範囲——この規則は判決事実の裁判上の認知についてだけ規定する。
- (b) 事実の種類——裁判上認知された事実は、①その事実審裁判所の管轄区域内において一般的に知られているか、あるいは②その正確さが合理的には問題にされ得ない情報源に訴えることにより、正確かつ容易に決定し得るかのいずれかの理由で、合理的な争いの対象となるはずのないものである。
- (c) 裁量的な場合——裁判所は、要求されるか否かを問わず、裁判上の認知をなし得る。
- (d) 義務的な場合——裁判所は、一方の当事者によって要求され、必要な情報を与えられた時には、裁判上の認知を行う義務がある。
- (e) 聴聞を受ける機会——当事者は時宜に適った要求に基づいて、裁判上の認知を行うことの適否と認知される事柄の主旨に関して聴聞を受ける機会を持つ権利がある。
- (f) 認知を行う時期——裁判上の認知は手続のいかなる段階においても行うことができる。
- (g) 陪審に対する説示——民事事件または手続においては、裁判所

は陪審に対して、裁判上認知されたいかなる事実も終局的であるとして受け入れるように説示するべきである。刑事事件においては、裁判所は陪審に対して、裁判上認知されたいかなる事実も終局的であるとして受け入れることができるが、しかし、そのようなものとして受け入れることを要求されるわけではないと説示するべきである(1975年採択)⁽³²⁾。

- iii) 裁判上の認知が必要となる実質的な背景として、裁判上の推論を行うためには、膨大な基本的な事実データ(または、「証拠によらない事実」(non-evidence facts))の活用が不可欠であることがある。「裁判上の認知」の問題の第一人者デーヴィス(Kenneth Davis)は言う。「自動車事故の事件で証人が『車』(car)と言う時、裁判官や陪審を含めて誰もが自分自身の中にある、証拠によらない情報源から、『車』とは自動車であって、軌道車ではないこと、それは多分、内燃機関エンジンによって自身で駆動されていること、それは4つのゴムの空気タイヤを装備していると想定されることなどなどの補助的情報を供給する。裁判過程は全ての事案を、デカルトが『我思う、故に我あり』の要請に基づいて世界を制作したように、かき集めから構成することはできない。これらの事項を証拠調することは可能ではないだろうし、誰もそうすべきだと示唆はしない。それらはまた、事実の裁判上の認知という形式化された取り扱いの適切な対象でもない」と。これらの知識・情報は人によって様々な名前で呼ばれる。「常識」(ミンスキー)、「百科事典的知識」(エーコ)、「知識の社会的貯蔵庫」(シュッツ、ルックマン)など⁽³³⁾。

裁判上の認知の基本的な目的は、裁判上の便宜と経済性にある。当事者主義の手續に基づいて判決事実を認定することの明らかな(時間・エネルギー・お金の)コストは、事柄が本当は争い得ない場合には、正式の証明を免除することを正当化するのである。

裁判上の認知基準は2つの要件を挙げている(後述)。事実がこ

の程度の確実性を持っていない場合には、当事者主義の枠組の中で
の正式の証明が要求されるのである。デーヴィスは言う。「われわれ
が裁判タイプの手続を使う理由は、私が思うに、交互尋問と反駁
に委ねられる証拠調は、判決事実、すなわち、当事者に関係する事
実についての争いを伴う、紛争を解決する最善のやり方であると、
われわれは経験に基づいて実践的に判断していることである。われ
われが記録に基づいた決定を要求する理由は、判決事実についての
争いを解決する公平な手続とは、裁判所が目にするに至る事実に適
切なやり方で出会うチャンスをそれぞれの当事者に与えることを要
請していること、そして、争いのある判決事実に出会う適切なやり
方とは、反駁証拠、交互尋問、通常は対決、と(書面または口頭の
いずれか、あるいは双方の)議論を含むものであると、われわれが
考えていることである」と⁽³⁴⁾。

- iv) 連邦証拠規則201「裁判上の認知」は「判決事実」(Adjudicative facts) だけに関わる(201条(a))。201条は「裁判上の認知」という用語に含まれる概念の広い連続体の中の小さなパーセンテージをカバーしているだけである。「判決事実」と「立法事実」(Legislative facts) という用語を作ったのはデーヴィスである。「判決事実」とは「単に、通常は陪審裁判になる特定の事案の事実である」。「判決事実は誰が、何を、どのように、何処で、何時、そしてどんな動機または意図でやったか、という問題に関する。判決事実は当事者、彼らの活動・性状・仕事に関わる」⁽³⁵⁾。裁判所は裁判所による裁判と陪審裁判の双方において、判決事実についての裁判上の認知を行うことができるが、決定ができるのは裁判所だけである。特権を除く証拠法則は適用されない。他のタイプの裁判上の認知は①立法事実、②国内法、③外国法、④基本的な事実データである。

わが国の場合と同様に、裁判上の認知は証拠による認定を免除するのであるから、慎重に運用されている。しかし、後で述べるよう

に、わが国における判例の現状を遥かに越えて、かなり広く認められている。連邦証拠規則201条が制定されるまでには、長期にわたる議論が行われていた。二つの考え方が対立していた。一つはモーガン (Edmund Morgan) に代表される立場で、当事者に対する公平さを第一の関心事として、争い得ないこと、合理的には争うことができないものに適用を限定する。もう一つはタイヤー (James B. Thayer) とウィグモア (J.H. Wigmore)、最近ではデーヴィスの立場で、裁判上の便宜を図ることが目的であり、絶対に争い得ないことと共に、挑戦され得るとは思われぬ事実も対象に含める。公平さが憲法問題に達する場合にだけに公平さを優先させる。後者の立場は反証を許す「法律上の推定」と一致する。争われるまでは、争い得ないと見なすからである。連邦証拠規則201条の文言はモーガン説を採用する。わが国と同じく、裁判官が私的に知った事実は一々にそれが絶対に確実なものであったとしても——201条(b)の要件に合致しない限り、対象とならない⁽³⁶⁾。

- v) 連邦証拠規則201条(b)①は「事実審裁判所の管轄区域内において一般に知られた事実」である。コモン・ローの下でも「適用される共同体における共通の知識の中にある事実」が裁判上の認知の対象であったから、コモン・ローの基準とも合致する。社会の状況と人々の共通の知識は時代と共に変化するから、古い事案(判例)は価値が疑わしい。以下の事例(=判例)はほとんどが規則制定後のものである。

- ※少数人種の歴史的排除
- ※未成年者間の性的活動の存在
- ※2地点間の最小ドライブ時間
- ※2地点間の普通のルート
- ※高速道路の環境への影響
- ※預金者の月例銀行報告の受領

- ※雪ダルマの伝統的特徴
 - ※コカインの起源
 - ※高価な自動車の破壊行為の被害可能性
 - ※刑務所の状況
 - ※合衆国で販売されるコカインの供給源
 - ※特定地域の犯罪頻度
 - ※薬物取扱者の携帯電話の利用
 - ※被告人の行動への公衆の反応
 - ※法律事務所の秘密保持実務
 - ※郵便の休日過剰負担
 - ※州港湾局内での政治的討論
 - ※自動車の修理作業の健康障害
 - ※人口動態調査のデータ
 - ※普通の利率
 - ※変化した政治条件
 - ※一酸化炭素の障害性
 - ※初期癌はしばしば患者に分からない事
 - ※自転車のハンドルの調整
 - ※共同体の最新大規模建設計画参加者
 - ※宗教紛争の強度
 - ※普通のビジネス用語
 - ※集会・行進の効果
 - ※債務者の財産価値への共同貸借の効果
 - ※弁護士報酬率の合理性
 - ※支払い指示小切手の効果
 - ※商標の知名度
- 新聞で報道された事実は——それが共通の知識の対象でない場合を除き——しばしば一般的に知られているものとして受け入れられ

る⁽³⁷⁾。

vi) 201条(b)②は「正確かつ容易に決定し得る事実」である。上述の(b)①が伝統的なタイプであるのに対して、(b)②はより近代的なタイプであると言える。多くのカテゴリーがあり、それぞれのカテゴリー毎に代表的な事例を挙げよう。なお、代表的な情報源としては、辞書と百科事典、商業的指令集（たとえば、イエロー・ページ電話帳）、政府などの公的記録、地図、年鑑、大学刊行物が挙げられる。裁判所は新聞記事に報告された事実が要件に合う時には、認知することがある。

(イ) 裁判所判例集

- ※裁判所の文書ファイル
- ※裁判所の命令と判断
- ※裁判所に提出された証拠
- ※普及した商標調査実務
- ※児童福祉機関の活動
- ※債務者の支払記録
- ※雇人の資格要件
- ※譲渡の有効性
- ※不当労働行為の事実
- ※他の裁判所の行為と記録
- ※州裁判所の金銭判断
- ※連邦裁判所の金銭判断
- ※州裁判所の有罪判決
- ※外国の裁判所の有罪判決
- ※同一当事者間の係争中の州裁判所事件
- ※有罪答弁
- ※他の裁判所での並行訴訟
- ※連邦裁移管前の同一事件の記録

- ※関係破産事件の記録
- ※係争中の犯罪訴追
- ※大陪審の正式起訴
- ※他の裁判所での答弁
- ※関係手続の命令と判断
- ※当事者の訴訟歴
- ※以前の訴訟での当事者の代理人
- ※関連する裁判所・行政機関の決定
- ※刑事裁判所の判断事実
- ※他の裁判所の事実判断
- ※国境パトロールのチェック・ポイント
- ※答弁合意の事実

他の裁判所が争い得ないと判断した事実も裁判上認知し得る。ここで注意したいことは、たとえば、認知の対象はある判断がある裁判所で行われたという事実であって、そこで扱われた事柄の真偽ではないことである。

(ロ) 地理上の事実

- | | |
|-----------|----------------|
| ※国境 | ※地点間の距離 |
| ※地域の地理的特徴 | ※フロリダ・バハマの台風季節 |
| ※土地の利用 | ※川の航行性 |
| ※満潮 | |

(ハ) 歴史的事実

- ※譲渡行為
- ※政治的、軍事的、歴史的、そして自然の出来事または文書
- ※投票における差別の歴史
- ※父の日の日時
- ※労働運動の目的
- ※鉱山労働者組合の選挙での勝利

※当事者の TV ショウでの発言

(二) 政治的事実

※最近の政治的状況・出来事

※官僚についての事実

(ホ) 科学的、医学的事実

※科学法則

※政府の原因研究

※統計サンプルの適切な規模

※病気についての事実

※物質の特徴

※薬が時間が経つと効力を失う事

※DNA 分析の信頼性

※生存期待値

※ステンレスの容器物質としてのメリットについての科学文献
わが国では、鑑定・ポリグラフ・声紋・疫学的証拠・警察犬の臭
気選別・言語学的鑑定・DNA 鑑定・身体頸部の身体的特徴による
防犯カメラ画像の解析などについて、証拠能力が論ぜられている。

(ハ) 銀行・財政・保険に関する事実

※SEC ファイルの開示文書の内容

※標準財政率の定義

※マネー市場が利益を生むという事実

※利益率

※複合利益の計算式

※株式の終値

(ト) ビジネス・産業の事実

※仲裁規則

※ヒューズ航行機のレイオフ

※登録商標

(チ) 経済的事実

- ※石油価格と合衆国での掘削の利潤性
- ※会社のレイオフの出来事
- ※国内経済の異常年間
- ※経済における軽業の存在

(リ) 社会学的事実

- ※エスニックなユーモアと人種憎悪の関係についての科学文献
- ※分離されたヒスパニックという人種分類
- ※アフリカ系アメリカ人に対する暴力の擁護についてのクー・クラックス・クランの歴史

裁判所の意見はその時代の支配的な態度を反映するものであること、裁判上の認知の利用と範囲が時代と裁判官次第であること、事案と問題の性質次第であることに注目したい。上述したものは最近の事例である。

(ヌ) 宗教上の事実

- ※ユダヤ教の食事規律
- ※宗教紛争の強度
- ※ネイティヴ・アメリカ人の宗教的信条

(ル) 政府の記録・行動

- ※沿岸警備隊の記録
- ※SECのファイル
- ※司法長官の意見
- ※アメリカ陸軍戦場マニュアル
- ※ルイジアナの売上税
- ※行政機関の記録・決定
- ※連邦統計
- ※人口調査データ
- ※公的告知

※連邦委員会の目的

※会社についての公的記録

(オ) 雑事実

※刊行書物の好評書評

※ニュー・ヨークには武器生産者がいないこと

※トランジット（交通）・システムの財産価値

※ニュー・ヨーク生産交換クラブ間合意の規定

※大学の財政源

※アイス・ホッケーの性質

※集会・行進の効果⁽³⁸⁾

- vii) ①「判決事実」以外の「裁判上の認知」は連邦証拠規則201条の規制対象ではないが、その中でまず問題となるのは「立法上の事実」(Legislative facts)である。「立法上の事実」とは裁判所が法令を解釈・運用し、コモン・ローを拡大する時に行う、法的推論や法創造過程で使われる一般的事実であり、その事件の当事者には直接、関係がない。法令は固定した言葉で書かれているから、時代の進展と共に変化する事情を現行の概念へと同化し、場合によっては新たに基準を展開しなければならない。「立法府は、その固有の仕掛に委ねられる限り、効果的で、積極的な機関ではなくなっている。それは合意形成においてイニシアティヴを失っているからである。執行部門を通じて慣行的な知恵へと変形されない提案は、実を結ばずに終わる。システムにギャップが生ずるのである。裂け目の中へと裁判所が行進をして行く。そしてここ10年間、合意の競技場の外でのいかなる変化も、裁判所による立法に帰せられる」。このことはアメリカにおいては特に、法律審裁判所に顕著である⁽³⁹⁾。

「判決事実」と「立法上の事実」の区別はあまり明瞭ではない。ある事実は「判決事実」であると同時に「立法上の事実」でもある場合があるからである。また当事者主義の訴訟構造と整合的に問題

を扱う必要もある。裁判所は事前に裁判上の認知を行うことを当事者に告げて、反論情報を提出する機会を与えたり、当事者の意見書を提出させるとか、裁判所が案としての意見を表明し、立証状況により変更するなどの工夫が為される。②次に法令についてである。わが国では最高裁判所の判例がある。「裁判所が適用すべき法令については、裁判所に職権をもって調査する責務があり、原則として証拠調べの対象となるものではないから、特に必要がある場合のほか、法令の公布時期に関し、審理し又はこれに対する判断を判示する必要はない」(最判昭29・11・24刑集8・11・1866)。連邦裁判所においては憲法と連邦法、州法とそれに付随する規則などは義務的に裁判上の認知の対象である。多国籍企業に関する事案のような場合について、連邦法の原則によるか州法の原則によるかは判例が割れている。外国法、国際法、州より小さい地方自治体の条例などについては裁量的なものとされている。これらの場合には当事者の積極的な行動(要求と情報提供)が重要であろう。

3 事実認定者の日常理論の介入

(1) 「事実の認定は、証拠による」(刑訴法317条)のであり、検察官の立証活動にもかかわらず、合理的な疑いが残れば、「疑わしきは、被告人の利益に」の原則(「プロ・レオ原則」)によって無罪の判決をしなければならない。このことの意味するところは、刑事裁判は当該裁判における主張・立証だけに基づいて決着がつけられねばならないということである。アルトゥール・カウフマンは、必ずしも法学ヘルメノイティークと直接に関係付けられる訳ではないが、「論議・議論原理」(Diskurs-oder Argumentationsprinzip)と「手続的正義」(Verfahrens-oder procedurale Gerechtigkeit)の二つを主張する。カウフマンは手続の意義についてより積極的であると言える。「手続的正義」についてカウフマンは言う。手続的正義理論はそもそも何をなし得る

か。まず言うべきは「それが思考モデルとして大いに意味があり、有用であるということである。手続的正義理論は思考モデルとして発言と[発言の]納得性をコントロールすることに役立つことで、発見的価値を持つ。さらに、特に指摘さるべきは、手続理論が全く、一つの正しい局面を提示することである。確かに、真理(正当性)は規範的なものの領域では・・・ただ手続を通したこと(durch Verfahren)だけによっては生じないけれども、それでも、まさしく然り、手続において(im Verfahren)生まれるのである。何故ならば、規範的なものの認識は常に認識者の産物であるから」と⁽⁴⁰⁾。

(2) この大方針は正しいし、しかも刑事裁判の大部分において、守り得るし、事実守られている。しかし、この大方針は実際には完全には貫徹することができないのである。その理由は、事実認定においても、法適用においても認定者・適用者の日常理論が介入するからである。この日常理論は、経験則、実験則などと呼ばれる。因果法則のような自然法則は、特殊なものは専門家にしか分からないので鑑定によることになるが、実際の認定上は判断が難しい場合もあるけれども、必然的な法則である。この法則が適用される場合である限り、例外はない。しかし、大部分の経験則はそのような厳密なものではなく、精々、蓋然的なものに過ぎず、該当する場合もあれば、該当しない場合もある。このような経験則であっても、認定者が意識的に適用する時は、そのことについて争うことができるから良いが、問題はかなりの経験則は認定者が無意識に適用するものであることである。マックス・ウェーバーは「観点の主観性」を強調する。研究課題は研究者の価値理念によって決められる。この価値理念の選択は「信仰」の問題であり、人生は「神々の争い」よりなると。「これこれの実際上の立場はこれこれの究極の世界観上の根本態度・・・から内的整合を以って、したがって、また自己欺瞞なしに、その本来の意味を辿って導き出される

のであって、決して他のこれこれの立場からは導き出されないということ、これをわれわれは諸君に言明しうるし、また言明しなくてはならない」と。このウェーバーの考え方を最も良く受け継いだグンナー・ミュルダールも「価値前提の明示」を強調する⁽⁴¹⁾。確かに、このような知的誠実性の要請は重要であろう。先の問題に引き付けて言えば、認定者は自分が適用している経験則を明示するべく、できるだけ努力をすべきであろう。このような問題性を最も先鋭に意識しているハッセマーは当初、反省と議論の完全性を裁判官の行動の正当性の条件と考えた。この考え方は後でも維持されているが、法学ヘルメノイティークが言う「前理解」(それは、マイケル・ポランニの言う「暗黙知」(Tacit knowledge)に当たる)の場合、特に「場面的理解」の困難性に直面して、ハッセマーの立場は苦渋に満ちたものとなる。「前理解」や「暗黙知」はそもそも言説化・分節化しえないものであるからである。しかも、避けようと努力すれば避けられるわけではないところに、困難の根源がある。「明示せよ!」という要請は要請としては降ろすわけには行かないけれども、あくまでも努力目標に留まる外はない⁽⁴²⁾。

(3) 経験則の内容は非常に多岐にわたるので、ここでは証言の場合だけを取り上げる。証拠分析は第二章・第三章で詳細に扱うので、ここでは専ら経験則に絡む論点だけを論ずることとする。ここでは、裁判官は実際の裁判で日常理論に依存しているのだ、ということに専ら関心がある。以下ではユルゲン・ビュルクルの著書を中心に考察したい⁽⁴³⁾。

裁判官は前述したように、科学者や歴史家のように、不十分な知識、不確かな方法論しか利用できないので判断はできないとして任務から降りることは許されない。すなわち、裁判官は判断強制の下にあるのである。しかも、特にわが国の裁判官は他の西欧諸国に比べて、人数

が非常に足りないので、恒常的に負担過剰を余儀なくされている。したがって、裁判官は「日常理論」、あるいは「直観的な理論」に頼らざるを得ないのである。ここで「日常」あるいは「直観」とは、「科学的」に対する意味であるが、日常生活においては、決してマイナス・イメージを伴うものではない。しかしながら、判断の結果が重大な不利益をもたらす刑事裁判に携わる裁判官に関しては、事はそう単純ではない。現代の裁判は国民に納得され得るものでなければならないからである。

裁判官が自分自身の直接知覚で、要件事実を認定する場合は少ない。他の証拠、すなわち、物証と人証による場合が圧倒的に多いであろう。ここで扱っているのは、後者、つまり、証人の証言による事実認定である。ピュルクルは第一部で証人の証言の信頼性判断についての、裁判官の日常理論を再構成し、第二部で裁判官の判断活動の経験的問題と裁判官の日常研究の方法論を論じ、第三部で科学的な供述研究の成果を、裁判官の証人の供述の信頼性判断の分析結果と照合し、最後に第四部で結論を総括している。第三部では科学的な供述研究の成果を40頁にわたって詳細に述べている。ここでの問題関心に限定して、まず、第三部の後半、すなわち、証人の供述の信頼性判断に関する判決分析について概略を述べる。科学的な供述研究の成果については、分析結果の理解に必要な限度で触れるに止める。

- i) ドイツ・シュツットガルト上級裁判所 (OLG) 管内の大・中・小の区裁判所の判決書1,749の民事事件の中で争いがある事件では、1,785人の証人尋問が行われた。1,003人の証言について信頼性の有無の判断が行われたが、その中で290件(=28.91%)だけが判決理由において信頼性判断が行われた。その他の件では全く判断理由が述べられていないか、あるいは「決まり文句」(たとえば、「証人Zは信頼性をもって述べた」、「証人Zの信頼できる言明によると」、または「証人Zの供述には不真実性の根拠は明らかではないので、

以下のことが証明される」など)が繰り返されていた。したがって、以下の分析はこの290件の判決理由において述べられた判断基準に基づく。

- ii) ビュルクルの分析は三つの部分に分けて述べられている。①まず第一は、概観である。科学的な供述研究によると、供述のついでに判断基準は「供述の有能性」(Aussagetüchtigkeit)、「供述の信頼性」(Aussageehrlichkeit)、「統制基準」(Kontrollkriterien)、「その他」(Sonstige Kriterien)に分けられる。供述の有能性は「錯誤」の領域に関わり、知覚(=一般の用語では記憶の獲得)・記憶(=記憶の保持)・再生(=記憶の検索)の群に分けられ、供述の信頼性は嘘の領域に関わるもので、人格・動機状況・供述態度・狭義の供述分析に分けられる。統制基準は比較・一貫性・択一性の基準に分けられている。ここでビュルクルは「理論」——科学的理論あるいは日常理論——という用語を使っているが、この言葉は厳密な意味ではなく、概括的な意味で使用されている。すなわち、ここで「理論」とは、時空とは無関係に無数の対象に適用され、経験的にかなり良く実証され得る、「・・・である場合には、その場合には」(Wenn-dan)命題、あるいは「・・・であればある程、益々・・・」(Je-desto)命題として定式化される経験的言明である。それはまた「法則」、「法則性」とも呼ばれる。裁判で問題となる事態は常に時間と空間に規定された単称の事態であるが、このような事態を一般的な言明、すなわち、理論あるいは法則言明の助けを借りて、説明・記述・予測するべく試み、このようにして、裁判官の判断活動に際して生ずる経験的問題を、科学的な事実認識の局面で社会科学によって認識される問題と接合するのである⁽⁴⁴⁾。

決定的な／単に言及された基準群という観点による信頼性理論の頻度分布

基準群	決定的な、ないし 共に決定的な基準		単に言及された 基準	
	数	%	数	%
知覚	40	74.07	14	25.93
記憶	36	67.92	7	32.08
再生	2	100.0	0	——
人格	33	86.84	5	13.16
動機状況	65	58.04	47	41.96
供述態度	8	72.73	3	27.27
狭義の供述分析	98	86.73	15	13.27
比較基準	132	81.48	30	18.52
その他の基準	44	86.27	7	13.73
総数	458	76.85	138	23.15

- (イ) 判決理由で述べられた607の信頼性理論の中で、107(17.96%)が供述の有能性、284(46.79%)が供述の信頼性、162(26.69%)が統制基準、52(8.56%)がその他の基準であった。科学的な供述研究の成果に照らして、より確実に判断できる供述の有能性(錯誤の領域)の数・率が非常に少ない。
- (ロ) 裁判官が統制基準として述べている場合には、判決理由の簡潔な記述の仕方から、そのような表現になっているが、実は供述の有能性・信頼性の吟味を行っている場合がある。
- (ハ) 再生2(0.33%)、供述態度11(1.81%)と人格38(6.26%)の基準は極めて少ないし、狭義の供述分析113(18.78%)の基準は支配的とは言えない⁽⁴⁵⁾。
- (ニ) 動機状況の基準はかなり頻度が高い。これは供述研究においては最近、供述の信頼性判断において、動機に従来のような意義を

もはや認めていないこと、婚姻関係・友人関係・敵対関係といった客観的な関係⁽⁴⁶⁾から直ちに特定の動機状況を推論し得ないことを考えると、疑問である。

- (ホ) 人格は長い間、信頼性判断において標準的な方法であったことを考えると、頻度が低い。裁判官は証人の誠実な人柄、良い評判、高い社会的地位といった一般的な基準には重きを置かず、供述の具体的状況に高い推論価値を認めている。
- (ハ) 供述の有能性の基準の一つである知覚については56理論の中で目(=視覚)が46(82.14%)と圧倒的で、耳(=聴覚)は9(16.07%)、両者のまたがるものが2(3.5%)、触覚は1(1.79%)であった。両者にまたがる2理論を除く54理論の内訳は、感覚器官の限界と評価の混入がそれぞれ9(16.67%)、意味付け24(44.44%)、知覚者の心的状況10(18.52%)、不正確/不確かな知覚2(3.70%)である。意味付けとは早すぎる評価・抽象化、観察が前以て構造化されたり、観察物・人に対して共感や反感を持っていること、知覚内容を集団文化で埋めてしまうことなど。
- (ト) 記憶についての53理論の内、一般的な記憶の消失5(9.43%)、年齢と記憶4(7.55%)、選択的記憶28(52.83%)、記憶変更の機構4(7.55%)、記憶援助(カレンダー・日記など)2(3.77%)、確実な/不確実な記憶10(18.87%)であった。
- (チ) 狭義の供述分析は114理論になる(この内1理論は分類できなかった)。現実性基準73(64.60%)、嘘の印40(35.40%)。現実性基準は次のような基準に分布する。詳細性37(50.68%)、個別性1(1.37%)、唯一性と結合性はそれぞれ2(2.74%)、均質性と一貫性もそれぞれ4(5.48%)、非操作性6(8.22%)、明確性17(23.29%)。

嘘の印(「否定的な現実性基準」を含む)は次のように分布する。否定的詳細性3(7.50%)、否定的均質性と遠慮の印はそれぞれ6

(15.00%)、否定的一貫性11 (27.50%)、不明瞭性12 (30.00%)、貧弱化と構造破綻はそれぞれ1 (2.50%)。

取扱いが難しい基準・印、たとえば、現実性基準の構造の等質性や複雑性(出来事の経過が障害や中断、試行錯誤など複雑なこと)、嘘の印では構造破綻、貧弱化、ステレオ・タイプなどは全く、あるいは、ほとんど適用されない。「標準的な論議」の他に、科学的な供述研究が要請する、「感情判断」を越えた基準・印は全く、あるいは、ほとんど見られなかった。

- ii) ビュルクルは第二に、裁判官の信頼性理論それぞれの経験的価値を検討している。ここでは証人の供述が形式的・構造的な観点の下で分析されている。取り上げられている理論は、その構造または経験的内容において、科学的な認識と違っているか、少なくとも言及するに値する独自性を示しているものである。正確性の欠如が不明瞭で多義的な日常言語に基づく限り、いろいろな意味内容を確定して、より正確化された理論を、可能なそれぞれの意味に基づいて、科学的な供述研究と比較した。

① 供述の有能性の基準についての個別理論

- (i) 職業ルーティーンと職業体験の知覚に対する影響の理論 12の理論において、事態を観察した人が知覚対象に精通していればいる程、その事態についての報告が益々、現実一致したものになるとされている。知覚されるべき対象についての認識は通常、職業ルーティーン・体験から推論される。警察官や職人の供述が最も多い。科学的な知覚心理学の認識によれば、裁判官のこれらの理論は、知覚対象の認識が一般に一層早い把握と、情報のより分化した加工を可能にする限りで、経験的研究によって確証されている。

同じ事情はしかしながら、現実性内容を貧弱化する方にも導き得るのである。すなわち、職業ルーティーンによって獲得された

経験は、類似しているが、正確には同じでない感覚的印象を同じであると解釈させ、あるいは、特徴的だが断片的な感覚印象を複雑な全体像へと補完させる誘因となることも稀ではない。また職業ルーティーンと職業体験が一面的な注意の操縦を行い、把握能力の縮減を来すことも有り得る。このような「職業的盲目性」によって、特に、専門知識に関して関心があるものだけが、出来事について登録され、これに反して、「平均的証人」が容易に見逃さないものが、無視されることになる。この理論は他の方法で確証された事実が——証人はルーティーンに合致した出来事から出発したとしても——証拠調べで関心を引いた詳細として出来事の普通の経過に対して独自性を示すことの根拠となる場合には、条件付きで経験的な価値があると言える。

- (ロ) 確実な、または不確実な記憶が、供述の現実性内容に影響を及ぼすという理論 5 理論は、確実な、あるいは不確実な記憶という条件他には、供述の信頼性の前提条件を含んでいない。確実な記憶は何時も現実に合致した供述に、あるいは不確実な記憶は非現実的な供述に導くという考えは納得できるとされているからこそ、判決理由に頻繁に見いだせるのであろう。しかし、「確実」、あるいは「不確実」と言うだけでは、ほとんど記述概念とは言えないから、いかなる出来事、あるいは出来事クラスが「・・・である場合には」の要件に該当するか否かをはっきりと言うことはできない。したがって、経験的検討は直ちには不可能である。いかなる解釈の下で、裁判官は「確実」または「不確実」という概念を使っているか、そして、このような理論が科学的な供述研究とどのようにして比較し得るかが問題とされ得る。「確実な」記憶と言う概念が、証人が自分の記憶の完全性・確実性は確かであると主張していると言う意味に使う限り、科学的な供述研究によれば、供述の信頼性の基準とは言えない。記憶の範囲も確実性も

時間の経過につれて減退するが、完全かつ確実に記憶しているという、証人の主観的な確信は、しばしば逆の経過を辿るからである。このことの原因は、証人が出会った出来事を記憶の中で、繰り返し想起することにある。このような新たな想起は記憶モデルを強化するだけでなく、記憶の確実性の確信を引き起こす。したがって、証人が一定の間接事実に基づいて、認識されたものを確信しており、ただ漠然と記憶しているものや、事後的な想起にもとづくものと区別できる場合にだけ、基準とされ得る。

- (イ) 複雑な事態の一部の忘却は信頼性がないという理論 科学的な供述研究によれば、事態の部分の忘却が信頼し得るか否かは、当該事実が通常直ぐに忘れられるか、あるいは普通、長い時間を越えて、いまだに記憶に留められているか次第である。証人個人に関係があったり、別の顕著な事実と結び付いていたりして、通常、良く思い出す事実を忘れた時は、信頼性がない。さらに考慮すべきは、法廷での証人の記憶状況が普通、そうであるように、出来事は単についでに知覚されただけで、学習過程の意識的な対象ではなかった場合である。
- (ニ) 事後的に想起された事態は信頼できないという理論 出来事の直ぐ後には想起しなかったが、その後に確実に想起した事態に関する供述は信頼し得ないとされる。そのような記憶は原則として現実に合致していないからではなく、記憶が事後的な、主観的に色付けされた記憶部分の再構成、あるいは自己暗示によって生じた可能性を考慮しなければならないからである。証人がある時期には想起し得なかったが、他の証人の指摘やカレンダー、日記などの記述が契機となって、後で一部を想起する現象が心理学の研究から認められている。具体的な個別事例で自己暗示があったか否かは、記憶の基準からは分からない。それは狭義の供述分析の基準の下で吟味されねばならない。

② 供述の信頼性の基準についての個別理論

(イ) 情報提供者の一般的信頼価値についての理論 2事例で職業由来の一般的信頼価値があるとされている。一人は税理士、もう一人は家庭教師である。ある職業の人が原則として真実を述べると言うルールはないから、供述の信頼性基準としては適切でない。とにかく、非常に慎重に、一定の職業に従事・努力することが一定の徴憑でありうる、一定の性格特質から見て、他の人々に比較して相対的に信頼価値があるか否かを吟味すべきである。影響可能性に対する独立性、軽薄さに対する誠実性、自己顕示欲に対する自制などの性格特質が問題となろう。科学的な供述研究によれば、具体的な供述状況が供述の現実内容に大きな影響を及ぼすから、この点を考慮しない場合には、経験的価値は僅かであろう。

(ロ) 嘘の印としての動機状況の理論 前述したように(①(=))、この諸理論の過剰な適用は疑問である。客観的關係から特定の動機状況を推論し、次に、この動機状況から具体的な供述への作用を推論する。この両方の推論とも経験的な価値は条件付きであろう。確かに、客観的な人間関係の存在から嘘を言う動機付けを推論する場合は、事件に関与していない、偶然の証人の供述に比べれば、供述の主観的な真実性に関して一層の疑わしさがあるかもしれない。動機の理論は単独で、優先的に適用されるべきではない。他の基準(供述の仕方・内容など)、特に狭義の供述分析を考慮することでのみ、不確かさは無くすることができよう。

(ハ) 叙述のよどみの無さの理論 この理論は単独では、科学的な供述研究によれば、ほとんど経験的価値がない。よどみの無さは嘘つきの事前準備の良さの徴憑である可能性もあるし、証人が事態を細部に至るまで記憶していることの表れかもしれない。したがって、この理論は、狭義の供述分析によって吟味されねばならない。その際に現実性基準、特に個別性・唯一性基準と嘘の印が重

要である。空想の表象はよどみ無く述べられた場合にも、上述の経過と細部において、驚く程に生彩がない。これに対して、実際に体験された事態に基づく供述は、弾力的で、現実にも迫った叙述がなされる。その時々の実事の敷延は、はつらつとしたテンポにもかわらず、それまでの叙述にうまく適合する。

③ 狭義の供述分析についての個別理論

現代の供述研究によれば、供述分析において吟味される供述の特性は、それぞれの証人の個别人格を考慮して判断されねばならない。この点で裁判官の日常理論は、単に「子供のように」とか、「簡単さ」などと言うだけで、人格の特質にはほとんど触れていない。このように裁判官の日常理論は科学的な供述研究が供述の信頼性の有無で問題とする、現実性基準、あるいは嘘の印に関して決定的な条件を指摘していない。

(イ) 詳細性・等質性基準とそれらの否定、および不明瞭性の理論

科学的な供述研究によれば、これらの基準はそれぞれの証人の人格を背景として、現実基準、あるいは嘘の印として信頼性判断に適用されている。そもそも判決理由で述べられている、「詳細な」、「明瞭な」、「内容的に非常に豊かというわけではなく」、「本質的」、「正確さが少ない」、「等質的」などという言葉は、いかなる出来事クラスが「・・・という場合」に該当するのかを決めるのに適切ではない。そもそも表現の抽象性、漠然とした定式化は、経験的価値の吟味を不可能にする。

(ロ) 一貫性、あるいは一貫性の否定の理論　ここで問題になっているのは同一の証人の同じ立証対象に関する証言が一貫しているか否かであって、そもそも供述の信頼性の有無の判断にとって、一貫しているべきか、していなくても良いかについてはほとんど触れられていない。情報提供者にとって一貫しているべき核心領域の出来事か、あるいは時には変更される周辺領域の現象かがもっ

としっかりと考慮されねばならない。

- (イ) 明確性の理論 証人が自分の供述について、真実以外は言っていないと誓うか、または保証する決然性は、裁判官の実務において現実性基準として評価されている。しかし、「確信を持って」とか「明確に」とかいう定式化は、供述の明瞭性を指摘しているのか、表現の具体性を言うのか、あるいは証人の非動揺性を言うのか、暗示の試みに対する安定性を言うのか分からない。真実以外は述べていないと強調した説明はまさしく、本当の嘘の兆候である場合がある。真実を述べる意識を持っている場合は、供述者は取調べる者が疑っている可能性を全く思い浮かべない。嘘をついている者はこれに対して、真実でないことが暴露されるのではないかと何時も恐れているから、供述の仕方の明確性によって、迫力と確信力を与えようとする場合がある。

④ 統制基準の諸理論

判決理由の分析でほとんど唯一の統制基準は比較資料が現実と合致しているか否かであった。

- (イ) 他の証人の供述と一致しているという理論 これらの比較事実の現実内容を一層根拠づけることなしに、専ら一致が検討されている。供述研究は、全ての観察者に多かれ少なかれ現れる一定の現象と、特に非典型的な事象は知覚されないことが稀でないことを指摘している。このことには多くの理由がある。まず第一に、たとえば、それぞれの観察者が同じ知覚の錯誤に陥る場合がある。たとえば、非常な高速度で走っている自動車、あるいは明るさが不十分なために、速度の評価や色の認識がうまく行かない場合のように現実を歪ませる要素。また、取調べの前に証人同士が体験した事態について話し合ったために、その後の供述で同じ暗示の影響を被る場合。したがって、複数の証人の供述が一致したから信頼性があるという理論は、同じ立証テーマについての、既に独

立して吟味された複数証人の供述が統制可能なように比較される場合にのみ、有効であろう。

(ロ) 科学的な理論と裁判官の日常理論の一致と矛盾についての理論

「比較される」理論の経験的価値が決定的である。自然科学の理論が比較のために適用される場合には、かなり高い。たとえば、風速と建物・樹木の破壊、自動車事故の損害の査定について、因果法則の考慮。これに対して裁判官の日常理論の場合には、経験的価値は様々である。

⑤ 供述の真実内容に対する宣誓の影響の理論

36の事例で供述の信頼性の理由として、供述が宣誓の上でなされたことが述べられているが、科学的な供述研究ではこのような場合には、ほとんど経験的価値を認めない。供述者の人格を特に考慮して慎重に判断されねばならない。

iii) 証人の供述の証拠価値についての裁判官の評価

証人の証言が、最も不確実というわけではないにしても、不確実であることについては一般に認められており、法律家仲間においても争いが無い。しかしながら、少なくとも民事裁判所の実務に関しては、錯誤や嘘のはっきりした根拠がない限り、多くの裁判官が証人は原則として信頼しなければならないと考えている。その理由は判決理由の分析では分からない。それぞれの供述が実際に真実であるか否か、信頼できるか否かも分からない。科学的な供述研究も錯誤あるいは嘘に基づく供述の率については何も言っていない。供述が争点にとって重要でない場合や、挙証責任で処理される場合には、言及されない時がある。

1,785人の証人の中で信頼される934人(52.32%)、信頼されない69人(3.87%)、未決定312人(17.48%)、立ち入らず470人(26.33%)であった。信頼の有無に限定すると、信頼できる93.12%、信頼できない6.88%である。科学的な供述研究によれば、多くの証言

には錯誤、嘘、あるいは錯誤と嘘の中間の事例がある。

① 「反対証人」のいる場合といない場合の供述

「反対証人」がいる場合は、信頼できる310人(86.59%)、信頼できない48人(13.41%)、いない場合では、信頼できる624人(96.74%)、信頼できない21人(3.26%)である。明らかに有意差がある。そり理由は判決理由の分析では分からない。

② いわゆる「中立的」証人の供述

デューリングス(Eric Dörings)は、裁判官は「利害関係の無い」、いわゆる「中立的証人」を特に信頼すると言う。中立的証人も錯誤を犯すことは有り得るし、科学的な供述研究によると、知覚・記憶心理学上、現実に合致した供述を可能にする要因が、中立的証人には欠けているのである。すなわち、知覚の感情強勢からいって、出来事に関心があったり、自分自身で関与している証人は、そうでない証人に比べて、一層長く記憶を保持・再生することができる。デューリングスは25件の中立的証人の事件の中で24件では信頼できるとされたと言う(1件は挙証責任で処理された)。裁判官は信頼できないと確信する証人を中立的証人とは呼ばないのだという反論がありうる。69人の信頼できないと判断された証人の中で8人については、当事者に有利、あるいは不利な動機付けについて述べられていない。しかしながら、判決理由の分析では、デューリングスの理論については確かめられない。

(4) ビュルクは「総括と結論」として前述の内容を整理しているが、ここでは繰り返さない。証人の供述の信頼性の判断の領域で裁判官の日常理論は、科学的な供述研究の成果に比べて、その不十分さが認識されているにもかかわらず、裁判官の「前理解」についての反省、議論なしに適用されているのが、現状である。わが国においても事情はあまり変わらないと思われる。裁判官の人員不足と余儀ない過剰負担

を考えると、わが国の事情は一層、深刻であろう。本節の冒頭でも述べたように、全ての刑事裁判に科学的な鑑定を用いることは実際的とは言えないであろう。そこでビュルクも提案しているように、法曹の養成・再養成過程で供述心理学を初めとする捜査学(Kriminalistik)を取り入れることが不可欠であろう。供述研究の成果は統計的な蓋然性として考慮すべきものであり、そこから批判的で個別的な判断が始まると考えねばならない。したがって、実際の実務研修なしには身につけさせることはできない。

裁判官として経験を積み身につけることができるという反論は、当たらない。ビュルクの研究が示すように、実際の裁判実務の実態は到底、このような反論を許すものではない。そもそもわが国の刑事裁判では無罪判決は極めて稀であるから、そのような経験を積むことはほとんどの裁判官にとって無縁であろう。わが国の最高裁判所判事の中で検察官出身者の有罪率が最も高いことから分かるように、職業的な経験は「両刃の剣」なのである⁽⁴⁷⁾。

心理学者ロフトスやグッドジョンソンの経験からも分かるように、刑事裁判においては、目撃証人や子供の証人、あるいは性犯罪や性的虐待についての被害者の証言などについての心理学的な専門家証言がなかなか認められない。それどころか、証言をした専門家が加害者側に立っていると非難されることさえある。わが国では鑑定の問題ということになるが、この問題は確かに、微妙な問題であるが、統計的な蓋然性についての証言であることを踏まえて、冷静に対処しなければならない。少なくとも、頭ごなしに拒否すべきではないであろう。必要な場合には、大いに活用すべきであろう。わが国においても、被告人の供述分析や目撃証人の供述分析が実際に行われ、それなりに効果を上げた事例がある⁽⁴⁸⁾。問題意識の欠如こそが、問題なのである。

4 認定される事実は「裁判上の真実」に過ぎない

(1) 既に、別稿「わが国の刑事訴訟法は実体的真実主義を採用していない——日本の刑事裁判における事実認定論についての疑問」においてこの点について述べたが、ここでは別稿では全く、あるいは簡単にしか扱えなかった論点を検討したい。まず、「殺人の制作」という論点である。二人の論者を取り上げる。一人は哲学者・大森荘蔵である⁽⁴⁹⁾。「過去の制作」論、内容としては「過去想起説」、あるいは「物語(り)としての過去」である。現在の出来事については、われわれは自分の五感(視・聴・嗅・味・触覚)によって直接、知覚・認識できる⁽⁵⁰⁾。しかし、過去の出来事は、われわれの五感では知覚・認識できない。大森は言う。過去の出来事はただ、想起できるだけである。しかも、真とされる過去命題を系統的に接続すれば一つの物語ができあがるが、この物語こそが想起による過去なのである。したがって、過去想起は、知覚体験である現在の認識とは全然種類を異にした、命題的で言語的なものなのであると。実在論は現在の知覚の実在性だけを追及して過去の世界には無頓着な傾向があるが、およそ実在論であるためには、過去の実在性を説明できるものでなければならない。大森はこれらの問題についてかなりの数の論文を書いている。説明の仕方はいろいろであるが、それらの複数の説明は互いに補いあって説得的である。以下、順次、それらの説明を紹介する。

i) 大森は言う。「実在論とは一体何を意味しうるのか」(以下は「色即是空の実在論」による)。それは、われわれが日常生活で普通に使っている実在論、「実用的実在論」の意味である。それが実在論の可能な意味の一つであることには何の疑いもないだろう。生活の中で現に実用され、実用に堪えてきた実在論なのだからと。そこで問題となるのはもちろん、日常的事物の実在性以外ではありえないだろう。これらの事物は全て、3D(三次元)物体、立体である。

大森は別の論文でそれらの三次元事物をメソ (mesoscopic) (中間規模) 事物と言う (『意識』からの解放)。われわれは3D物体を一定の視点から見ると、無限箇の見え具合 (知覚風景) の二つ以上を同時に知覚することは論理的に不可能である。したがって、特定の時と所にあつて何か3D物体に面するとき、その物体の立体形が何であるかを100%正しく確認することはできない。だから、それが実在するなどとは到底言えたものではない、と哲学者は言う (若きカルナップ、バートランド・ラッセル、ハインリッヒ・リッケルトなど)。しかし、大森はこれらの哲学的疑惑はすべて見当違いだと言う。第一に日常生活にあつては100%の確認といった、実行不可能な極端を求めることはありえない。生きるためには「ほどほどの懐疑」(modest scepticism)、それが「人間の本性」(Human Nature) だと (ヒューム)。大森はここで「全局的帰納法」を提唱する。「人間に可能であり、事実採用しているのは、物体世界全体での相互的確かめ合いなのである。今机の下に走り込んだ猫は、ラッセルに言われるまでもなく誰にも見えない。まだそこにいるのかいないのか誰にもわからない。しかしわれわれはこれまでの無数の物体・・・が一時物陰にかくれたが消滅したわけではないことを経験してきている。その経験から今ラッセルの目の前で机の下に入った猫も無事存在し続けているだろうとする」と。今日では帰納法の論理的証明などはないだろうということが教科書的事実であるが、「帰納法をフルに使う生活が成功し、一方帰納法にさからえば恐らく命を落とすだろう。この命のかかった生活の事実が帰納法を正当化するのである」。進化論的言い方をすれば、帰納法に従うライフスタイルのわれわれが、今日生存していることが、全局的帰納法を正当化するのである。「生活の中で実用されている实在論がその生活の成功によって正当化されるということは全く理の当然と言うべきだろう」。「簡単に言えば、実用的实在論あつての科学的实在論なの

であり、科学的实在論は(時間空間的に)より精しい実用的实在論に他ならない。その意味では、科学的实在論と実用的实在論は同一のものである」。

- ii) 大森は著書『時間と自我』の中で「過去の制作」、「言語的制作(ポイエーシス)としての過去と夢」、「過去概念の改訂」の諸論文で、『時は流れず』の中で「物語りとしての過去」、「殺人の制作——過去制作の一断片」、「『後の祭り』を祈る——過去は物語り」、「『意識』からの解放」の諸論文によって自説を展開している。①大森は言う。「過去と記憶について常識は二つの最も基本的な誤りを犯していると思われる。その一つは、・・・想起という意識の中で内在的に経験される過去性を超越的に外在する過去の实在性に祭り上げるといふ『超越化の誤り』である。今一つは、想起される過去をこの超越化された過去の記憶像とする『記憶像の誤り』で(ある)。「この『記憶像の誤り』が前の『超越化の誤り』に連動していることは容易にみてとれる。そして連動することによってこの二つの誤りが互いに強め合っているのである」。「更に、過去想起に関するこの二つの誤りは、知覚経験という現在知覚に関する二つの誤りと対応している。すなわち、知覚経験に内在的に経験される事物の強固な实在性を外的世界として超越化する超越化の誤りがあり、知覚風景をその外的世界の表象や写しとする『表象の誤り』が記憶像の誤りに対応している。「・・・過去と現在に関わって対応する誤りのペアは素朴实在論の双子の誤りと呼んでいいだろう。誤りというのが一方的にすぎるとすれば、素朴实在論の双子の要請と呼ばばよい」。この要請を拒否することはそれ相応の代償が必要で、穏やかで安心できる日常生活と自然科学を断念する他に、素朴な対応真理論が使えなくなる。この一見打破不可能にみえる状況から、どうやって真なる過去を設定できるのか。それは日常生活の至る所、夫婦・友人間の口論、職場の会合、警察の取調べや裁判所での論争、

政治家の嘘八百から歴史家の著作、宇宙論、進化論など、あらゆる所で行われている過去確定の様子を観察すればよい(「言語的制作としての過去と夢」)。

②大森はしばしばカントの「物自体」(Ding an sich)と「過去自体」(この用語は大森の造語)の平行性に言及している(ここでは「殺人の制作」による)。大森は言う。カントの物自体とは、「外的現象を・・・われわれとわれわれの感性にかかわりなく実際に存在し、それだからまた純粹悟性概念に従ってわれわれの外に存在しているような物自体と見なす」(『純粹理性批判』A300)。カントは知覚からそのような物自体を推論することは不確実をまぬかれないと言ひ、意識の直接所与である表象をカテゴリーによって結合統一して客観的対象を構成する、経験的实在論を唱える。知覚経験において知覚風景の持つ鮮明で重量感のある存在感に誤導されて物自体という、経験に先行する实在を確信したと同様に、想起経験においては、随伴する、想起内容の知覚的図解に誤導されて過去自体の誤認概念が生まれたのではないか。確かに、殺人者が自分の犯行を想起するときには、犠牲者の苦悶に歪んだ顔といった知覚的情景がまざまざと浮かぶだろうし、それは忘れようとしても抑えがたい強迫力で迫ってくる。しかし、それは知覚的図解に過ぎないのであって、いくら注視しても、細部はわからない。そもそもそのような知覚的図解は現在進行中の殺人の情景であって、「人を殺した」という過去の知覚情景ではない。何であれ、過去性を知覚的に描写することは不可能なのである。想起内容は実は言語的命題群であって、このような随伴する知覚情景ではない(「殺人の制作」)。

③想起経験(フッサールの用語では「ノエシス」)は現在経験であるが、想起内容である過去(「ノエマ」)は「現在より以前」であるという時間順序が含まれている。大森はこのことを「離隔の事実」によって説明する。知覚体験の代表格である視覚体験においては、

見えている物は必ず離れて見える。すなわち、どんな場合にも、見えている物の手前に前景空間がある。想起体験においては、視覚体験の空間的な離隔の事実に対応して、時間的な離隔の事実がある。想起されるのは過去の知覚・行動経験、つまり、過去形の知覚・行動経験である。痛かった、おいしかった経験、海で泳いだ、浜辺で角力をとった経験なのである。少なくとも想起体験にあつては、過去の経験と過去形の経験とは同義同一のものなのである。「海で泳いだ」ことの意味は想起体験において、「すんでしまった」、「終了した」という性格で、過去形の意味を十分に了解している(「過去の制作」)。

④過去が言語的的制作であることについて大森は言う。幼い子供が過去について語ることを学習する過程を想像的に観察してみよう。子供は昨日した遊びや買物や食事の話年長者にすると、その言葉を訂正され正しい言い方を半ば強制的に繰り返し練習させられる。これは言語の学習であるとともに、過去の学習でもある。その言語訓練の中で子供は過去形の正しい使い方を習う。動詞の過去形の意味を了解すると同時に、真なる過去記述と誤った(偽なる)過去記述の区別を理解し、そして、嘘のつき方を覚える。その時に、大部分の子供は想起に随伴する知覚的図形(映像)に惑わされて、その情景を言葉で言うことが正しい過去記述であると誤解するであろう。これはわれわれにも当てはまる、強固な誤解である。すなわち、想起の外に、想起される過去の経験がまずあって、それが記憶に保持されている。それを想起するのだと。この二重の発明、つまり、想起の外にある過去の経験とその保持としての記憶の発明を証拠だてるものは何もないのである。このことは夢の場合を考えれば、誰にでも分かる。夢の想起以外に、夢見を証拠だてるものは何一つないからである。覚醒時の過去想起の仕組みは、夢の想起の同じである。この誤解は、一般に言葉の意味を映像的浮遊だとする誤解に根

ざしている。これらの誤解をいっさい振り捨てるのが、ヴィトゲンシュタインの「言語ゲーム論」であると大森は言う。過去なるものが実在しそれについて語る、というのを逆転して、過去形での語りの中で過去なるものが初めて出現するのである。言語ゲーム論はこの逆転を要求し、かつ、可能にすると。この考え方はカントの物自体の拒否と経験的实在論の構築——カントは現在世界について述べたのだが——にならって、想起経験を統一的に編成することで、言語的に「過去を制作する」のである。過去は想起される命題の言語的意味の中に実在する。「昨日デパートで彼と会った」という想起命題の意味の中に、昨日という日やデパートや彼の過去が実在しているのである。

未来もまた同じく言語的制作である。それに止まらず、およそ知覚不可能な事態、たとえば、遠隔の地の現象や分子原子レベルの現象、想像上の事態、数学の全領域も言語的制作なのである。ここで注意しなければならないことは、過去言語制作論では、想起には何の根拠もないことである。何かが想起されるには何の理由もなく何の根拠もない。この想起の無根拠性、不条理が最も明白に現れているのが夢の想起である。しかし、だからといって、全ての想起が夢の想起と同様に、何の取り留めもないわけではない。信ずべき過去なるものがあり、その中に夢が点々と間欠的に埋め込まれている以上、想起は無理由無根拠ではあるが、無規律で恣意的ではない(「言語的制作としての過去と夢」)。

⑤生物の偶然的突然変異に自然選択(淘汰)が働いて進化があるように、理由なしに想起される過去にも自然選択が働いて「真なる過去」が形成されて行くように見える、と大森は言う。社会生活の諸方面で実用されている、過去の真理概念は次の通りである。「(a)証言の一致。すなわち複数の人の想起命題の一致、少なくともその整合。(b)想起命題の自然法則、心理法則、経済法則等の法則との合致。

つまり、命題内容が法則外れでない。(c)物証。物理的世界の現在に円滑に接続する」(「物語りとしての過去」)。「まず不自然な過去が廃棄される。自然法則や人間の自然な心情や行動に適合しない不自然な過去は『ありうべからざる』として拒否される」(「言語的的制作としての過去と夢」)。この点に関しては別の説明がある。(a)と(b)を「いわば法的真理条件」とした上で、H・ムーアが口火を切り、ヴァイトゲンシュタインが展開した「日用」と呼びたい真理条件がある。それは「私には手が二本ある」というムーアの例示のように全くありふれた真理である。この日用真理は法的真理条件を損なわないという以外には何の規制もなく、いわば「判例集」として機能する。その日用真理の集合を通観し参照することで新しい日用真理の取捨が規整される。それは法的真理条件と同等の規制力を持っている。こうして法的真理条件と並んで、この日用真理の社会的ストックがともに「過去」という意味の制作に参加するのである。こうした意味制作が最も明示的にみられるのが、人間が使用する言語の意味である。この過去の意味の制作は、実生活での生存競争の圧力の中で行われて来たものなのである。

更に、現在との接続である。「昨日デパートで彼と会った」という過去記述は、その時、彼は遠く離れた土地にいたとか、そのデパートはその時は倒産して閉店していた場合には、現在と接続できない。彼は入院中だったとか、デパートは改装中だった場合には、何とか接続できるかもしれない。このように事は簡単なイエス、ノーでは決まらない。法廷で証人の記憶を判定するには実に様々な考慮が加えられるが、過去記述の評定に当たっては複雑な総合的判断が必要になる。それに一番似ているのは科学における理論が評価される場合の複雑な判断であろう。実験や観測事実にとどれだけ適合するかが評価の中核であるが、それ以外にも既成の理論との親和性、実験の選択性、理論提出者の学問的信憑性、それどころか党派性や

個人的感情が絡む場合さえある（「言語的制作者としての過去と夢」）。「意識してみれば、科学的真理条件が様々な裁量の道を残したファジイなものであることに気づくはずである。それもこれも科学が過去物語りであるところから、その物語りが『よくできた話』であるかどうかの判定が総合的でファジイにならざるをえないことに根ざしている。『話のうまさ』（plausibilityと言ったほうがいい）の判定になると、生命倫理といった価値的・道徳的判断と同様に、一挙に黒白を定めることができず、甲論乙駁きりのない論議が続（く）」。過去自体の信仰が、対応説的真理観に誤導するのである（「『意識』からの解放」⁽⁵¹⁾）。

(2) もう一人は北田暁大である⁽⁵²⁾。まず編者・上野千鶴子によると、構築主義の基本的な前提は(a)現実社会的に構成される、(b)現実が言語によって構成される、(c)言語は物語によって組織化される、の三点である（同書278頁）。

①北田はまず「殺人の制作？」で次のような殺人？事件を提示する。「打者Bの頭部に向けて『危険球』が投じられ、ベンチにいたAが突然『よけろ！』と大声で叫んだ。その声に驚いたCが心臓発作で倒れ病院に担ぎ込まれたが、必死の治療もむなしく一時間後に死亡してしまう。後日、その場に居合わせた野球仲間が、『①Aは音声を発しただけだ』『②AはBに警告を与えた』『③AはCに心臓発作を起こさせた』『④AはCを殺したのだ』・・・と証言したとしよう」と。

「行為を行為者の主観的意味に即して理解しつつ解明する」理解社会学者であれば、端的にAがBに警告することしか意図していなかったのだとすれば、Cの死亡という出来事はAの行為の意図せざる結果にすぎないと言うだろう。これに対して、過去の出来事に関する表象＝記述に、事実との対応如何によって真理値を与える

歴史家の営みに懐疑的な構築主義者は、記述の真偽から記述の適切性(説得/受容可能性)へと関心をシフトさせる。このような指向を持つ議論を総じて「歴史的構築主義」(Historical Constructionism、以下ではHCと略す)と呼んでおかなければ、分析の焦点は「殺人=出来事の有無」から「『殺人』記述=表象の現在性」に移行する。

②HCは記述の説得可能性に照準するレトリック論や物語論、想像の共同体を担保する歴史叙述の政治性を告発する記憶論やメタ・ヒストリー論など様々である。北田はまず、<分析素材を徹底して構築物として扱う>ラジカルな立場を想定する。「(C1) あらゆる過去の出来事=現実eは、記述がなされる時点tにおける記述者の信念・知識(の表象)によって構成される」。北田は言う。この立場は過去の出来事eの实在を許容しない反实在論を含意する。しかし、このラジカルなHCに対する抵抗感には根拠がある。反实在論と反本質主義(<美しさ>などの属性は物理的に決定されるものではなく、社会的な表象行為によって構成される、という立場)は違う。一般的な構築主義は反本質主義であるが、その属性が帰属される対象の構築性を云々するものではない。対象oが存在しないと考える必要はない(本質主義も同様)。(悪)名高い「存在論的ごまかし」(ontological gerrymandering)(実態を問わないとする構築主義が、実は実態の存在を前提にしているのではないかという疑義)の議論は、「本質主義/反本質主義の軸(属性記述が一意的に特定可能か/不可能か)と实在論の軸(述定される対象が存在するか/しないか)とを混同したがゆえの疑似問題」にすぎない。

③ところが、分析の対象を「過去の出来事」に設定するHCの場合には、事情が異なる。この場合には、過去の出来事に関する反实在論を呼び込んでしまうからである。<「対象oの存在は構築されたものだが、対象oは存在する」>という言明は、自己論駁的である。その理由は、「『・・・は存在する』という述語は他の属性述語—

—最も先鋭的には否定述語すらも——を使用するさい須らく前提とせざるをえないメタ述語、その構築性がいかなるものなのかを我々が到底理解しえないような述語なのである」。そこでHCは、「(C2) (a)過去の出来事eについての記述 D^1 、 D^2 ・・・ D^n は、記述がなされる時点tにおける記述者が述べる信念・知識(の表象)によって構成される。(b)eが存在する／しないの判断については態度を留保する」と弱められる。

この弱いHCは「ホロコースト」や「従軍慰安婦問題」は本当に存在したのかという主張に対しては、「記述Dは真あるいは偽である」の判断を留保しうが、「記述Dは真か偽のいずれかである」の判断を回避できない。北田は言う。「歴史の裁判官は、状況証拠からだけでは犯行を認定できず、過去の出来事と因果的につながりのある物証を必要とするし、判決を下した後もなお冤罪でありえることは否定しない(实在論を手放したとき、我々はもはや冤罪という概念を有意味に理解することすらできなくなってしまう)。实在論を認めてしまったHCは実はこの裁判官と同じ位置にあり、そしてメタ・ヒストリーなるものも裁判官を裁く法廷に与えられた名前なのだとは考えられないだろうか」と。

④北田は言う。「おそらく、《ホロコースト》という認識が頓挫する極限が我々に突きつけてくるのは、HCが暗黙のうちに前提する《認識論による存在論の抑圧》に対する实在からの抵抗、《存在の金切り声》とでも呼ぶべきものの頑強さなのであり、歴史家(構築主義者であれ実証主義者であれ)はそれに応答する責任を持つのである。「歴史の観察者は、自らの立場を『・・・主義』『・・・派』と囲み込んでしまう前に、表象の透明性なるものに懐疑を抱きつつも、それでも《存在の金切り声》を抑圧することのない、そんな文体を模索し続けなくてはならないのだ」と⁽⁵³⁾。⑤《存在の金切り声》問題のわが国における代表的事例である南京虐殺・731部隊につい

て、弁護士・渡辺春己は次のように総括している⁽⁵⁴⁾。渡辺はまず、三人の歴史学者の言葉を引用して、基本的な立場を設定する。「歴史的认识は①個別事実の確定、②大きな歴史事象・時代などについての一定の史的評価・史的意味づけを含む歴史像の形成、③それを踏まえた通史的認識＝叙述、という三段階＝側面を含むものであるが、その三者を貫徹する歴史認識が、論理の一貫性をもち、個別事実や歴史事象・時代の把握などをめぐって、相互間に矛盾を生じていないか、整合性を失っていないかが学問としてまず要求されることである。この点は歴史学の基礎的存立条件であるから、歴史教育・歴史教科書においても当然要求されることである」(永原慮二)。具体的史実の認定について「歴史学研究者は、自分の描き上げる絵(歴史叙述)について、その絵が、素材によって裏付けられ得ることを証明しなければならない。その証明は、自分の選択しなかった、捨ててしまった素材によっても反対証明されるものではないことを示すものでなければならない。また、自分が選択した素材が、自分がそれに対して加えた解釈によって以外には正しく理解できないことを証明しなければならない」とされている(弓削達)。両者とも資料批判は当然の前提とされており、たとえば書証についてはその真偽、作成過程、その内容についても当該文書の文言のほかに、作成過程の前後の事実の流れから書面の趣旨と内容を確定してゆく。証言についても、証人の利害関係、証言内容の合理性、他の資料との照合の中で、その証言の中で取り得べき点と信用性の乏しい部分を分けて評価を行っている。また、「証拠は常に断片的部分的であるから、証拠の直接証明しうる範囲は限られている。この限られた証明力をもつ証拠から、これを基礎にして、次第に存在の歴史の全体像に近づいていくのが、実証的だということである」(太田秀通)。

ここでは、南京虐殺事件に関する笠原十九司と、731部隊に関す

る松村高夫の資料間の照合についてみると、両者ともに極めて慎重かつ丁寧に、徹底的な照合を行っていることがわかる。この点で「自虐史観」反対派が立証過程を基本的に欠いていることと全く対照的である。詳しくは本書を読んでもらう外はないが、笠原は日本軍側資料、中国軍側資料、そしてアメリカ人の資料を「突き合わせて、内容が照合しているものについては事実であると認定していいわけです」と言う。また、松村は「凍傷実験では、アメリカ、ソ連、中国の資料を照合させると一致します。ほかの細菌でも一つひとつ見ていくと、一致するものがいくつもあります。三つの資料が一致する場合もあるし、そのうち二つだけが一致するものもあります」と言う⁽⁵⁵⁾。このように徹底的な手法による歴史事実の認定は、大森が言う「過去の制作」の公共的真理概念と一致する。

(3) ハッセマーは刑事法における「事案」の意義を強調して、事案とは法律と共に、法律家の仕事の材料であると言う。事案については前述の大森が明確に指摘し、縷々説明したように、予め存在しているのではなく、想起によって構成されたものなのである⁽⁵⁶⁾。ハッセマーは「事案の構成」の理論的基礎として「言語」「選択性」「理解」の三つの問題について説明している。ハッセマーの主張をまとめると、次のようになる。①事案は特に、言語による表現・伝達の仕方（ハッセマーは明示的には伝達にだけ言及するが、説明内容は表現の仕方にも及んでいる）、事案を形成するデータの選択と纏め方において違っている。その意味でも事案は存在するのではなく、構成されるのである。②事案の構成は理解過程において行われる。③理解を可能にし、保障することが法の任務である。理解に対する一般的要請は実定法によって法の種々の分野に対して具体化されている。④そもそも人間の認識能力の限界、前理解と種々のルーティーンの人それぞれの違い。個々のルーティーンと個別的理解の遂行を評価して、それぞれの場所・権

利を指示し得る超ルーティーンやメタ理解は存在しない。間主観性、選択性、前理解、諸ルーティーンを承認する「真実」概念とは、「裁判上の真実」である⁽⁵⁷⁾。以下、順次、述べる。

i) 言語 数学の言語のような形式言語に比べれば、刑罰法規の言語は非常に自然であるが、日常言語と比較すると技術的である。刑罰法規の言語は法律言語であるが、経験を扱い、専門家ではない関係者に対する媒介という課題を負う故に、かなり日常言語に近い。法律言語が日常言語と離れすぎると、これらの課題を果たせなくなる。しかし他方では法律言語は「事案の構成」と「事案の判断」のために欠くことのできない指示をしなければならない。硬直した法律言語という前門の虎と、漠然とした指示という後門の狼の間を擦り抜けなければならない。法律家の言語能力とは、高度の専門言語を駆使すると共に、それを日常言語に翻訳することにある。

一定の言語を選択することは偶然ではなく、社会的な行動であり、単に文法的ルールに従っているわけではない。被疑者・被告人自身の言語は日常ルーティーンに属しており、その他のルーティーンと同様に、そのルールを明らかにすることは難しい。調書は捜査機関等の所属員が職業上行動する場合に使われる言葉で書いてある。それは被疑者・被告人自身の言語ではない。言語はこのように集団帰属の印であり、話し手の社会階層における立場の印でもある。言語によって述べられる対象についての印象はまた、言語それ自体が呼び起こす印象によっても決定される。日常言語において、そしてまさしく人間の特に重大な侵害について述べなければならない刑事法の言語においては、特に「随伴感情」を呼び起こす言葉が多い。それらは言葉の選択自体において、既に一定の否定的な、非難の評価を含んでいる。また、言語の社会的ルールは状況次第である。日常の実践において、特に刑事法上重要な関連においては言語上の表現が選択・操作されていること、その報告を受けた者もまたそのよう

に理解するということがある。つまり、「事案と現実の間には、それを媒介する言語が立っており、したがって、事案とは、刑事法実務においては、ほとんど常に媒介された事案なのである」。法律家はこのことに留意しなければならない。

- ii) 情報の選択性 次に「情報の選択性」である。この場合には、誰が選択するのが重要である。「選択性」とは、三つの事を意味している。①既に知覚生理学的・知覚心理学的理由から、全てを取り上げるのでできない、膨大なデータ・情報から、事案・事案群に含まれているものが選ばれていること。②その際に選択原則・モデルに従っていること。③それらの原則・モデルは事案・事案群それぞれに違っていることである。選択する人間はたとえば、自分の期待に応えるデータ、ある意味・あるゲシュタルト・ある全体・ある周知のことを示すデータを取り上げる。このようにして選択者は「自分の」現実を総括する。その際に選択者は選択原則・モデルに従うが、これらの原則・モデルは私的なものではなく、自分の言語・文化圏、自分の職業や階層などに共通のものである。たとえば、交通事故の被害者の友人と救急医は、全く違った事態を認識する(個人的契機——友人とそうでない人——と社会的契機——救急医のルーティーン)。刑事裁判の関与者はそれぞれに違った事案を「構成」するのである。刑法各則の「・・・する者」は誰にでも適用されるように見えるが、実は特定の階層の人々に偏って選ばれていることは否定できない。

- iii) 理解 ①「事案の構成」は「理解 (Verstehen)」の過程によって表すことができる。状況、事案、人生経過、歴史の諸段階でさえも、理解過程の産物なのである。理解において事案が獲得するゲシュタルト・範囲・構造——個々の要素が全体に結び付けられる形態——は、必然でも偶然でもない。それが必然でないことは、「現実」を理解する者、事案と状況において現実を体験する者は、それらを

「独自に」体験・理解するのであって、他人とは違って体験するからである。彼らは単に友人、救急医という役割において体験するだけでなく、彼らが「生活史において」獲得した多様な期待・感情・態度からも体験するのである。このように、実際の行動様式が問題になる場合には、役割と生活史は明確に区別できないのである。ある役割を引き受けることから、生活史的な、私的な固定化・沈殿が生じ、「職業上の歪んだ形成 (déformation professionnelle)」が起こるのである。ある役割が許容する役割演技の幅の中で、それぞれの生活史が彼の役割演技を共に決定する。それに加えて、役割の担い手は多くの役割をそれぞれ違った混合関係で担っているのである。以上述べたことは、理解過程において形成される事案・状況のゲシュタルト・範囲・構造が偶然でないことを意味している。役割とは、その担い手が通常はごく僅かしか変更できない、または距離をとって演じられない、社会的理解＝行動モデルなのである。生活史もまた単に私的なものではない。それらは大部分、他人の前で再演され、他人に媒介され、他人によって対応されるものだから。

②あらゆる経験、あらゆる理解は、すなわち、予め用意されているのである。われわれがモデルと呼んで来たものを、理解の理論、ヘルメノイテイクは「前理解 (Vor-Verständnisse)」と言う。いかなる人間的な体験も、体験の対象を純粹に持ち得ない。いかなる対象も自分が携えており、対象へともたらず前理解からしか、それを理解できない。その限りでは、対象とは理解過程において初めて現実的なものになり、そこで前とは違ったもの、理解過程において構成されたものになるのである。懸命に努力すれば、このような前理解・先行判断 (Vor-Urteil) を脱して、事案に近づくことができる。と考えることは全くの間違いである。しかし、このような洞察を我が物にしている者も、理解の不確かさ・主観性・変更性という制約を免れない。ここに刑事法律家のための「やましい良心」(ラー

ダブルフ)の根拠があるのである⁽⁵⁸⁾。

③ヘルメノイティークは次の点を指摘する。イ) 前理解は排除できないし、判断されるべき事案は法律家に課題として与えられているものであるから、法律家は自分が見得る全てのデータ・情報・議論・選択肢を考慮しなければならない。法律家は完全に反省し、議論しなければならない。ロ) 事案の構成とそれに基づく判断は専ら法律家に委ねられているから、法律家は当事者に対してその手続・判断を可視的にして、手続・判断に当事者が介入する可能性を開いておく義務がある。結論を正当化するのは、当事者が自分の利害を手続において主張して、結論に働きかけるチャンスなのである。このような介入の前提となるのは、何が起きているのか、自分達に対する結果はいかなる理由に基づいているのかを当事者が理解していることである。裁判官は自分の前理解を公表すべきである。ハ) 裁判は重要な国家的、社会的任務をも果たすものであるから、単に手続に直接関与する者だけではなく、裁判によって影響を受ける社会のことも考慮しなければならない。裁判は社会に開かれているだけでなく(公開性と可視性)、「全ての人々の正義」を活動の基礎・基準としなければならない。

④「場面的理解(Szenisches Verstehen)」別稿と若干、重複するがハッセマーの刑事訴訟法理論の鍵概念であるから、ここで「場面的理解(英語で言えば、Scenic Understanding)」について概略を述べる。構成済みの事案についての理解概念(=テキスト理解)を話された言葉による事案の構成にまで広げるならば、手続、過程、行為の連続、場面という次元を取り上げなければならない。このような理解概念を「場面的理解」と呼ぶ。場面的理解の概念は解釈学の伝統と関連して精神分析の理論によって作り出されたものである。それは自分の生活史を局面と状況ごと具体的に思い出すこと、すなわち、それらの場面を再現することによる理解である。そうするこ

とで、それらは初めて現在のものになり、手を加えることができるようになる。刑事手続は精神分析とは違った目的・当事者関係・道具立てを持つから、両者は同じでないことは言うまでもない。場面的理解について留意すべき点は次の通りである。イ) 場面的理解の場合には理解は「逃げ去る」対象に向けられ、身振り・表情・声の調子を伴った、話す人が見える。ロ) 特に裁判において話すことは全会話状況を引き受けることである。ハ) それは「逃げ去る時間」、相互行為、行為の連続、刑訴法という手続モデルと関係している。ニ) テキスト理解は過去に属するが、場面的理解は現在と未来に属する。それは「成就の疑い」の下にある。ホ) テキスト理解は書かれた言葉について理解の成就を確認できるが、場面的理解はそのように対象を持たず、ただ想起によることができるだけである。それは虚偽のチャンスが高く、検証性のチャンスは低い⁽⁵⁹⁾。

(4) ハッセマーは『刑法解釈学と刑事政策』において、次のように言う。社会統制の目的はそもそも、逸脱の単なる抑圧ではなく、社会紛争の技術的に一貫した解決でもない。社会統制とは、社会規範を遵守した儀式的な手続なのである。社会統制の一分野としての刑事政策は、逸脱行為との交渉における生産的で長期的な戦略として展開されているのである。このような戦略は言語化されて社会的に論議され、予測・検証過程に委ねられて、必要な場合には修正される。社会統制の「法化」は、これらの手段・手続を検証し、構想し、戦略的に実行する可能性を意味する。「刑事政策」という品質証明は、これらの前提条件を満たすものに留保されるべきであると⁽⁶⁰⁾。

i) ハッセマーはここで、社会紛争処理行動の「効率性」概念があまりに素朴に理解されて来たことを指摘し、社会関係を公式化して、長期にわたって耐え得るものにする工夫として、「礼儀作法」を取り上げる。礼儀作法は逸脱への直接的反動を媒介して、距離を置き

た行動手本と結びつける。逸脱ないし逸脱が生み出した紛争が礼儀正しく「見逃される」、反応手段も礼儀作法の観点から制限され、反応の実行も直接的反動（たとえば、怒り）は抑えられ、遅らせる行動スタイルに結びつけられている。礼儀作法はそもそも、効率的な紛争処理に反対する行動スタイルとして、社会規範と社会的制裁によって保護されているのである。このようなやり方によって、全体としての社会紛争解決という目的に近づくのである。刑事政策——それは最も重大な逸脱・紛争を最も苛酷な手段で処理するものである——もまた社会統制の一分野として、このような方向をめざさなければならない。刑事政策は既に存在している社会統制の他の分野を前提にして、それらと適合するものでなければならないから、その限度で制約を受けることになる。同時に刑事政策は他の社会統制分野に影響を及ぼすと⁽⁶¹⁾。

ii) ハッセマーは言う。刑事法が極めて重大な逸脱・紛争に対して、最も苛酷な手段によって対処するものであるが故に、高度の抑制と慎重さが要求される。この抑制・慎重さを「公式化」(Formalisierung)と呼ぼう。刑事法体系がこの公式化に成功することが、刑事法体系の本来の正当化なのである。

①社会統制は多かれ少なかれ公式化されているが、刑事法体系の公式化が最も程度が高いのは当然である。公式化は刑事法上の社会統制の存在そのものではなく、どのように、そして、どこまでかを指し示すのである。統制領域の公式化の程度が高ければ高い程、益々、当事者の方向づけ、すなわち、自分に起こるであろうことを予期し、それに備えるチャンス——自分の行態(Verhalten)が逸脱と見なされ扱われるか否か、反応を評価し、弁護を用意するチャンス——が大きくなるのである。

われわれが逸脱・紛争と付き合うことを容易にしているのは、単に当事者の方向づけを通じてだけでなく、また控えめ、公正さ、

あるいは顧慮を通じてでもあり、良い時期にあっては許しと忘却によってでもある。これらの仲介メカニズムがなければ、結局、社会統制の解決潜在力は危うくされるであろう。

②刑事法の公式化は第一に、全刑事法的保護テクニック (Schutztechnik) を法化することで、犯罪統制における当事者の権利保護の前提条件としての体系の透明性と制御可能性に関して、多くのことを達成している。それは規範、制裁、手続に三つにわたる。たとえば、規範の侵害を否認し、当事者に償いをし、重大な場合には加害者を処罰する。当事者に自分の立場、防御・介入の可能性、弁護・言説の反復、ルール遵守の追試のチャンスを持つシナリオを指示する。犯罪統制の均等性と目的規定性に有利に被害者とその仲間を中和する。刑事政策の目標が当事者に過剰な負担を要求する場合には、自分の失敗に目をつぶる。社会統制を逸脱状況の性急さと情緒性から、距離・平穏・釣り合いが経過を規定する手続へと移行させると。しかし、それだけでは十分でない。透明で制御可能な体系も弾圧を行い、不当に負担をかけるかもしれない。そこで、「公式化」は法侵害に対する第二の保障確保、すなわち、犯罪統制の内容上の制限、つまり、刑事法上の行動を価値原則で拘束することを必要とする。均衡性の原則、あるいは責任原則の制限的機能。弁護を受ける権利・黙秘権の保障。証拠の禁止。法的聴聞の請求権。プロ・レオ原則。これらは刑事法上の犯罪統制の抑制の諸原則であり、刑事法の素朴な「有効性・効率性」概念に反省を迫るものであり、事実上の疑いと規範的な疑問に理由がある場合には犯罪統制の貫徹を放棄する。

iii) ハッセマーは上述の理解は否定的な課題設定であり、諸原則の最も深い存在理由に届いていないと言う。ハッセマーはそこで「刑罰理論——日常的社会統制モデル」を展開する。

①行為応報論のメッセージ

予防理論は目的志向の結果実現を目指す故に、過剰な目的追及、当事者の過重な負担、刑罰の機能化という弊害に向かう傾向を免れない。行為応報論を採用すると、刑罰は破られた法を再建し、法の否定を否定し、「特殊意思」を止揚し、正義を満足させるべきなのである。その際に、刑罰自身が正しくあるべきであり、人間の尊厳を尊重すべきであり、人間を国家の強制・保護の客体にすべきではないのである。それは法内在的である。

②積極的一般予防論 (positive Generalprävention)

心理的強制説は威嚇によっていることと、そのあまりに技術主義的な人間像の故に、憲法と法治国家に反する。統合予防論(Integrationsprävention)は刑罰は正しくなければならないと言うが、刑罰の課題は国民を規範意識に習熟させることであると言う。統合予防論は犯罪化局面という刑事法体系の「暗い」、自由を制限する面を見ているけれども、非犯罪化過程という刑事法体系の「明るい」、自由を可能にする面、すなわち、慎重さと寛大さを見ていない。つまり、刑事法の「公式化」が見えていない。確かに、刑事法と刑罰は、社会統制の観念から考察すると、実体刑法の基本的な規範を主張・保障し、われわれが一緒に存在できるためには全ての市民が守らなければならない、自由の限界を指し示すという課題を持っている。しかし、この課題だけに限定すると、刑事法は国民に一方的に押し付けられるものとなる。

これに対して、積極的一般予防論は「刑事法上の犯罪統制」というメダルの両側面、すなわち、犯罪化と非犯罪化、「暗い」、自由を制限する面と「明るい」、自由を可能にする面、国民・市民と国家・社会の両側面が社会統制の形成において豊かな結果を伴うものとなる時に初めて成立する。それは「公式化」の概念に示されるように、刑事法と刑罰は「逸脱・紛争との人間的な交渉の規範に基づくモデル」となるのである。したがって、刑事法と刑罰は人間の自

律性を頼みとしなければならず、極端な場合にのみ強制・恐怖を通じた感銘性に待つということである。このように考えて来ると、積極的一般予防論の問題は、経験的一方法論的水準ではなく、実践的一政治的な水準にあることが分かる。それは課題設定であり、刑事法体系の理想的な状態への先行把握であり、現状の記述ではないと⁽⁶²⁾。

以上述べて来たところから、刑事裁判で問題となる「事実」とは「裁判上の真実」に過ぎない、という命題は論証されたと思う。このように、多様で、しかも極めて困難な諸要件を満たさなければならない「事実」とは、大森が科学的真理条件について認めたように、総合的でファジイなものにならざるをえないからである。それは「物語論」に馴染む。

注

(29) 民事裁判に関しては伊藤滋夫『事実認定の基礎：裁判官による事実判断の構造』1996年125頁以下。刑事裁判に関しては斎藤朔郎『事実認定論』1954年1-92頁、松尾浩也「挙証責任及び推定」・『刑事訴訟法講座』二巻1964年113頁以下、田宮裕『刑事訴訟法入門』三訂版1982年179頁以下、鈴木茂嗣「挙証責任と法律上の推定」・鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』1988年185-96頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法』改訂版1990年197-202頁。

(30) 平野龍一「刑事訴訟における推定」法学協会雑誌74巻3号1957年1頁以下。同『刑事訴訟法』1958年184-7頁。

(31) 注29・30で引用した諸文献の他、アメリカの刑事裁判については、Richard O.Lempert/Stephen A.Salzburg, *A Modern Approach to Evidence*, 2.ed., 1983, pp.803-37; Weinstein's *Federal Evidence*, vol.1, pp.303-1-303 App. 101, Supreme Court Standard 303 (Presumption in Criminal Cases) revised by Susan Chazin in 1997.

わが国で刑事裁判における挙証責任の転換、あるいは法律上の推定とされている場合については、「無罪の推定」、自由心証主義とでできるだけ抵触しないように解釈することが必要である。刑法207条(同時傷害特別共犯例)、刑法230条の2(名誉毀損罪における真実性証明に関する規定)、爆発物取締罰則6条、公害罪処罰法5条、いわゆる両罰規定の解釈については鈴木茂嗣・刑事訴訟法の基本問題192-6頁。

アメリカの連邦法の刑事事件における推定は連邦証拠規則の一部ではなく、連邦最高裁判所の基準303である。アメリカ下院はこの規定を改正連邦刑法典に入れようとしていたが、改正が成立しなかったため、このような形になったのである。基準303の主要部分は以下の通りである。「推定される事実が有罪を確定するものであるか、犯罪の要素であるか、あるいは防御を無効にするものである場合には、合理的な陪審員が前提事実を含めた、証拠全体に基づいて合理的疑いを越えて、有罪あるいは推定される事実を認定した時に、その時に限り、有罪あるいは推定される事実の存在の問題を陪審に付託しても良い。推定される事実がより少ない効力を持つ場合には、推定される事実の存在は、前提事実が実質的証拠によって支持されるか、その他のやり方で確定される時には、証拠が全体として推定される事実の存在を否定しない限り、陪審に付託され得る」。裁判官の陪審に対する説示もこの内容と整合している。したがって、挙証責任は検察官に常にあるから、憲法上の問題は生じないのである。

(32) R.O.Lempert/S.A.Salzburg, *A Modern Approach*, pp.838-51; Weinstein' *Federal Evidence*, 2.ed., vol.1, Article II (Judicial Notice), chapter 201 (Judicial Notice of Adjudicative Facts), revised by Fay Hulett-Nelson in 1999, pp.201-1-201 App.-11. 後者は要約した関係判例を網羅しており、極めて詳細である。

(33) 参照、小野坂「日々の生活世界における経験の構造」(一)・法政理論

29巻2号1996年、同「物語の意義と構造」(二)・法政理論30巻2号1997年のウンベルト・エコーを扱った部分。またハイエクの次のような発言をも参照せよ。「デカルト的意味における完全に合理的な行為を実現するには、すべての関連ある事実についての完璧な知識が必要である。設計者や技術者がいくつかの物を組み合わせて望む結果を得ようとする場合には、彼はそれらの物をコントロールし、操作するためのすべてのデータと力とを必要とする。しかし、社会においてある行為が成功するかどうかは、人が知ることのできる以上の個別具体的な事実にかかっている。したがって、その結果、われわれの全文明の存立は、デカルト的な意味で真実であるということを知ることが不可能な多くのことをわれわれが信じるということに基づいているのであり、基づかざるを得ないものなのである」と(ハイエク(矢島=水吉訳)『法と立法と自由』一、1987年20頁)。

- (34) K.Davis, "A System of Judicial Notice based on Fairness and Convenience", in: Perspectives of Law 69, p.73, 93, 1964 (未見), cited in: Weinstein's Federal Evidence, vol.1, p.201-14-15 and p.201 App.01 (2).
- (35) K.Davis, "An Approach to Problems in Evidence in the Administrative Process", Harv.L.Rev., vol.364, 1942, pp.404-7.
- (36) Weinstein's Federal Evidence, vol.1, pp.201-8, 201-11-201.12, 201.16-201.20.
- (37) Weinstein's Federal Evidence, vol.1, pp.201.21-201.26.
- (38) Weinstein's Federal Evidence, vol.1, pp.201.21-201.50.
- (39) Roberts, "Preliminary Notes toward a Study of Judicial Notice", 52 Cornell L.Q., 1967, P.210, 232. アメリカの裁判官の中にも「裁判官による立法」(Judge-made Law)を否定する人達がいる(Susan U.Philips, Ideology in the Language of Judge: How Judges Practice Law, Politics, and Courtroom Control, 1998.)。なお、「立法上

の事実」以下については Weinstein's Federal Evidence, vol.1, p.201-85-201.97.

- (40) Arthur Kaufmann, "Abschiedsvorlesung vom 27. Juli 1988", in: L.Philipps und H.Scholler (hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus: A.Kaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, S.4. カウフマンは次のように付け加える。「しかし、真理過程が自分自身で自分の頭を泥沼から引き上げるといった、ミュンヒハウゼンの企て [できもしない大ぼらの意味——筆者] と同置されべきではないとすれば、認識は単なる認識者の産物には止まらない。規範的な論議もまた一つの【対象】を持っているはずである。ある規範の正当性はその内容を考慮することなしには、決して明らかにしえない」と。
- (41) マックス・ウェーバー (徳永訳) 「社会科学および社会政策的認識の『客観性』」・浜島=徳永訳・ウェーバー社会学論集1971年3-82頁。グンナー・ミュルダール (丸尾訳) 『社会科学と価値判断』1971年。以上について参照、小野坂「犯罪学におけるパラダイム革命論——予備的考察」・川崎=重倉古稀記念『現代の民事法』1977年347-87頁。
- (42) W.Hassemer, *Tatbestand und Typus*, 1968. W.Hassemer, *Einführung*, 2. Aufl., 1990. 参照、小野坂「刑法解釈学と刑事政策——ヴィンフリート・ハッセマーの見解」法政理論24巻1号115-62頁、同「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1995年361-88頁。
- (43) Jürgen Bürkle, *Richterliche Alltagstheorien im Bereich des Zivilrechts-mit einer Analyse amtsrichterlicher Urteile in Zivilsachen zu richterlichen Theorien für die Glaubhaftigkeitsbeurteilung von Zeugenaussagen*, 1984. なお、民事裁判における経験則については伊藤・前掲書88-104頁、後藤勇『民事裁判における経験則——その実証的研究』1990年がある。ビュルクルの前掲書は成人証人を扱って

いるが、問題はむしろ子供の証言の方にある。邦訳のあるものをまず挙げる。E.F. ロフトス(西本武彦訳)『目撃者の証言』1987年。G. グッドジョンソン(庭山/渡部/浜田/村岡/高野訳)『取調べ・自白・証言の心理学』1994年。E.F. ロフトス=K. ケッチャム(巖島行雄訳)『目撃証言』2000年。綿貫聡『目撃証言の虚構』1992年。原聰「供述分析——体験への進入」・佐々木正人編『想起のフィールド——現在のなかの過去』1996年155-88頁。David C.Raskin(ed.), *Psychological Methods in Criminal Investigation and Evidence*, 1989. S.Ceci, D.F.Ross and M.P.Toglia(ed.), *Perspectives on Children' Testimony*, 1989. J.R.Spencer and R.Flin(ed.), *The Evidence of Children: The Law and the Psychology*, 1990. J.F.Schumaker(ed.), *Human Suggestibility: Advances in Theory, Research, and Application*, 1991. D.Ross, J.D.Read & M.P.Toglia(ed.), *Adult Eyewitness Testimony: Current trends and developments*, 1994. M. Steller und R.Volbert(hrsg.), *Psychologie im Strafverfahren: Ein Handbuch*, 1997. J.Boros, I.Münnich and M.Szeged(ed.), *Psychology and Criminal Justice: International Review of Theory and Practice*, 1998.

- (44) J.Bürkle, op.cit., SS.46-7. なお、本文のこれ以下に関しては、科学的な供述研究の成果についてはSS.96-138. 判決分析の結果についてはSS.139-76.
- (45) 再生の基準がほとんど触れられていないのは、多分、捜査段階で疑問のある証人が排除されているのかもしれない。この点は判決理由の分析では明らかにできなかったとビュルクルは言う。狭義の供述分析の重要性についてはUdo Undeutsch, "Die Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen", in: U. Undeutsch(hrsg.), *Handbuch der Psychologie*, Bd.11: *Forensische Psychologie*, 1967, S.125. 供述態度の基準については慎重な対応が求められる。cf., Rolf

Bender/Armin Nack, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, Bd. I :
Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, 2. Aufl., 1995, SS.84-8; John M.
Conley "The Law", in: William M.O' Barr, *Linguistic Evidence :
Language, Power, and Strategy in the Courtroom*, 1982, pp.41-9.

参照、M.F.ヴァーガス (石丸正訳) 『非言語コミュニケーション』 198
7年; M.L.パターソン (工藤力監訳) 『非言語コミュニケーションの
基礎理論』 1995年。

(46) 古い研究であるが、Hansgeorg Teichmann, *Meineidige und Mein-
eidsituationen*, *Kriminalistische Abhandlungen*, 21, 1935 は38の偽
証罪裁判で27は家族・友人・取引関係等から被告人の責任を軽くする
ために行為に及んだと言う。同旨、Karl Peters, *Fehlerquellen im
Strafprozeß: Eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren
in der Bundesrepublik Deutschland*, Bd.2, 1971, S.71.

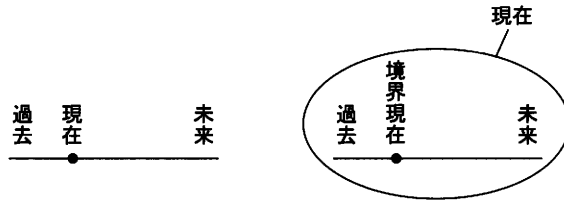
(47) W.Hassemer, *Einführung*, S.85 は「職業上の歪んだ形成」(déforma-
tion professionnelle) について指摘する。社会学の研究に関するアル
ビン・グルドナーの指摘は極めて厳しい。<知的誠実性> (マックス
・ウェーバー) を満たすことは極めて困難である。この困難は決して
個人的なものではない。「社会学の制度的発展のためにもっとも多く
の資源を供給してくれる人々が、実は知識の社会的探求をもっとも
歪める人々である」という事態がある。このような歪曲の危険はむし
ろそれが「社会学者自身の内部の性質やキャリアへの利害関心と結び
つくときにもっとも強力な効果を発揮する」。「・・・一社会学者自
身が権力と同類であるときにこそ社会学 (は) ・・・もっとも深く歪
められる」と (グルドナー (栗原=瀬田=杉山=山口訳) 『社会学の
再生を求めて』 3、222-3頁)。参照、小野坂「犯罪学におけるパラ
ダイム革命論」前掲書366-7頁。なお、この結論部分については同旨
の主張が Bertram Schmitt, *Die richterliche Beweismittelwürdigung im
Strafprozeß*, 1992, SS.537-545 に見られる。アングロアメリカ法に

関しては cf. Terrence F.Kiely, *Forensic Evidence: Science and Criminal Law*, 2001, pp.25-71.

- (48) 子供の虐待についてはイアン・ハッキング(北沢格訳)『記憶を書きかえる——多重人格と心のメカニズム』1998年。ロフトスとグッドジョンソンについては注(43)の前掲文献。わが国の心理学鑑定については浜田寿美男『自白の研究』・『私のなかの他者』・『自白の心理学』と原聰「供述分析」前掲書。
- (49) 大森荘蔵の著書・論文は単行本の他に、現在では『大森荘蔵著作集』全9巻(岩波書店)に収められている。たとえば、『時間と自我』は第8巻に、『時は流れず』は第9巻にある。
- (50) 大森が以下の本文で強調するように、事件が生起する客観的世界とは、実は人間の知覚経験と行動経験をベースにして制作された言語的・思想的・世界的世界なのである。大森は言う。当然ながら、客観的事件の先後関係もまた知覚・行動経験の間の先後関係を基にして制作されたものである。それゆえに線型順序としての時間が成り立つのは、第一義的には知覚・行動の経験である。知覚・行動経験はもともと「現在経験」である。だが、この現在経験の間に時間的先後関係を付する場合には、それらの現在経験は既にもはや現在ではなく、過ぎ去った現在経験、すなわち、過去として想起される現在経験なのである。二つの現在経験の時間的先後を判定する場合に比較されるのは、実は二つの過去形命題なのである。このような過去命題を以前以後の順序で配列する可能性を担ったものが時間座標軸の過去部分にほかならない。当然それと平行的に未来部分がある。それは予期・予想され意図される事柄を述べる言語命題である。このように過去と未来の時間座標軸が制作されると、この過去と未来をつないで一本の無限直線で表示するのは全く自然のなりゆきであろう。

このような過去の先端より「より以後」、未来の先端より「より前」の場所に、現在ただ今を入れて[過去-現在-未来]の時間座標

軸が完成する。ここで問題が生ずる。この時間座標軸はそれ自身は固定化されていて運動とは無関係な全く静態的時間軸である。しかし、現在ただ今の経験は生き生きとした、知覚・行動の運動に満ち溢れたものである。このように矛盾したものを強引に一つの時間軸に押し込んだのである。大森はこのような、現在経験と区別される現在を「境界現在」と呼び、現在経験の中に過去と未来の時間軸を考える代案を提唱する(下の図参照)。



- (51) ベネットとフェルデマンは言う (W.L.Bennett/M.S.Feldman, op.cit. 頁数はこの本のそれ)。物語は象徴についての証拠あるいは経験的保証と、物語として提示された象徴間の内部的な構造関係の両者によって判断されるのである。つまり、われわれは物語を「それはそのように起こったのか」と「それはそんなふうになり得たか」という二重の基準によって判断する。物語の構造は、証拠と同じ位に重要なのである。さらに、証拠(あるいは事実)もまた象徴化されており、説明の中の諸事実当てられた象徴に関しては常に何らかの程度の選択が存在している。その上、行為についての推論は常に象徴化された事実または情報の間の暗黙の結びつきに基づかねばならないし、象徴の収集と関係づけは物語というコミュニケーション方策と結びついた慣例に従うのである(33, 67-8頁)。物語の構造的性質は、①事実あるいは証拠がない場合、②事実あるいは証拠が相い争う解釈に委ねられている場合に、特に重要である。これらの場合には、最後の判断を決めるのは事実あるいは証拠ではない。判断は事実あるいは証拠に最も良く適合する解釈構造次第である。大抵の裁判は第二の場合に属する。

たしかに、物語は問題の出来事についての証拠に基づいているから、事実あるいは証拠が語り得る物語に対して一定の制約を及ぼしている。しかし、証拠に基づく事実は物語の中で再定義され、位置づけを変えられているから、事実の制約は一般に考えられている程には強くないのである(89-90頁)。裁判とは言語とレトリックからなる一つの象徴的宇宙であり、それは物語形式で象徴的に表現された行為の宇宙の上に築かれているのであると(143頁)。

野家啓一は大森のいわゆる真理条件について、次のように言う。「・・証言の食い違いは、過去の事実と想起との対立なのではなく、原告の想起(過去)と被告の想起(過去)との対立にほかならない。いずれの証言が正しいかは、過去の事実との照合によってではなく、彼らの他の発言や別の目撃者の証言との『整合性』によって決められるほかはない。過去に関する言明の真偽を決定する基準は、事実との『対応』ではなく、他の諸々の言明との『整合性』、つまりは過去を語る『物語の筋の一貫性』なのである」。「なるほど、物的証拠は心強い味方ではある。だが、それは過去の事実そのものではなく、『過去の痕跡』であるにすぎない。われわれは物的証拠という『過去の事実』と想起内容とを比較しているわけではなく、物的証拠という『過去の痕跡』から遡及的に再構成された過去の事実と想起内容との整合性を確かめているのである。物的証拠が法廷で『証拠』として採用されるためには、その年代の決定、血液型の鑑定、指紋の照合などさまざまな条件が満たされねばならない。それは要するに、物的証拠を過去の『物語』の中に整合的に組み入れるための予備作業にほかならない。それゆえ、物的証拠もまた、想起から独立に同定される客観的過去ではなく、想起を通じて語られる『過去物語』の、重要ではあるが、やはり一要素にすぎないのである」と(野家啓一『物語の哲学——柳田国男と歴史の発見』1996年109-111頁)。

大森は歴史制作について言う。過去の意味の社会的制作の巨大な流

れの中で、個々の人間の自己史の細流が制作されてゆく。それは公共的な過去の意味の個人的実践であると同時に、その過去の意味の微小な一片としてそれに参加し、その一部となる。この自己史の制作過程で、社会の法的真理条件と非明文的な日用真理による真偽判定と、反論や抗議の技術などの法廷戦術が学習されるだろう。この学習は言語習得での日常会話の学習と並んで、社会への参入の必須なイニシエーションであり、そこで一段と拡大する公共的過去制作が習得される。この「私の履歴書」制作の中核は、氏名生年月日親兄弟等の「常備記憶」（この用語は大森の造語）という常習の想起経験である。こうして自分を囲む小社会から公認された「我が生涯」の物語が誕生する。これこそが歴史の原型・礎石なのである。この物語はあらゆる機会に参照され、調整改修され語り続けられてゆく。こうしてそれは「語り存在」（『時間と存在』——著作集第8巻）という存在性を獲得する。複数の自己史の統合合体によって、社会共有の過去が制作されてゆく。歴史の誕生である。法的真理条件や日用真理集合も現在の歴史制作と同時に様々にテストされ、調整改修されて今日の形になったものであるが、それらは常時係争中なのであり、真理の内容も動揺する。

更に、大森は科学も物語なのだと言う。リッケルトやビンデルバントは歴史は一回限りの個性的事件であるが、科学は繰り返し可能な物質的事件の間の法則がその対象であると言った（法則定立的）。これは歴史的な大間違いである。今日では科学は物語であることが承認されている（大森の他には、野家啓一、河本英男など）（以上は『『意識』からの解放』）。

- (52) 北田暁大「<構築されざるもの>の権利を巡って——歴史的構築主義と実在論」・上野千鶴子編『構築主義とは何か』2001年255-73頁。
- (53) 高橋哲也は言う。物語＝歴史叙述としての<歴史>には還元されない、「出来事としての歴史」があり、それはわれわれの記憶しうることにも還元しえない。<われわれの現在>に想起によって現前しう

るもののみが《歴史》であるという、この〈われわれの現在〉の自明性こそ《歴史》の原一暴力にはかならない。「『痕跡の消滅』や『物語ることの不可能性』(『想像すること』や『理解すること』の不可能性)ゆえに、〈われわれの現在〉をそもそもの初めから逃れていく他者たち、これらの〈記憶されえぬもの〉や語りえぬものにも何らかの場所を、『記憶の非場所』を与えなければならない」、「記憶の要請への応答も、けっして想起=内化されえない歴史的他者たち、けっして物語られ叙述されえない歴史的他者たちの〈不可能な〉記憶、終わることのない喪を含むのでなければ、あの別の記憶、別の解釈、別の物語の暴力に抗すると自認しつつ、《歴史》の原一暴力を無意識裡に反復することになってしまうだろう」と(『記憶のエチカ：戦争・哲学・アウシュヴィッツ』1995年33-4頁)。

しかし、そのような「記憶の要請への応答」はいかにして可能となるのだろうか。高橋はこの疑問に対して、レヴィナスの証言論の骨子を要約して、以下のように主張する(高橋・前掲書151-7頁)。高橋はレヴィナスの証言論の中で、『兄弟のイスラエル』に繋がる「繁殖性」の次元を認めない。ナショナルなものに繋がるからである(なお、レヴィナスの著書からの引用は別記)。岡田真理『記憶/物語』2000年112頁によれば、論点は「難民的生」である。「『難民』——〈出来事〉をナショナルな歴史/物語として、決して領有しない者たち、人間が〈出来事〉を領有するのではなく、〈出来事〉が人間を領有する、そのような〈出来事〉を生きる者たち、〈出来事〉の記憶を『物語』として領有するのではなく、〈出来事〉として分有するのは、この、難民的生を生きる者だけだ。〈出来事〉の記憶の分有の可能性とは、私たちが『難民』に生成すること、難民的生を生きることなのである」と。このような立場はアウエルバッハ(高木/岡部/松田訳)『世界文学の文献学』1998年417頁、カルロ・ギンズブルク(上村忠男訳)『歴史・レトリック・立証』207頁、上村忠男『ヘテロピアの思考』1996

年に共通するものであり、以下に述べるようにレヴィナスが立つ基本的な立場である。【『客観的』ないし『公的』な歴史は、それが『客観的』であり『公的』であること自体から不可避的に帰結する個別者への『侮辱』に盲目である。・・・とすれば、意志が求める真の裁き——『真理の裁き』——は、もしそれが可能であるならば、見えないものを見るものでしかありえないだろう。』「歴史の裁き、すなわち可視的なものへの裁きから帰結する不可視の侮辱は、それが叫びや抗議としてのみ生起し、あくまで私のうちで感得される場合には、いまだ裁かれる以前の主観性あるいは裁きの忌避を証示するにすぎない。しかしながら、この不可視の侮辱は、それが≪他者≫・・・の顔を通して私を見つめ、私を告発するとき、裁きそのものとして生起する。というのも、この耐え忍ばれた侮辱、この異邦人、寡婦、孤児としての位格こそが≪他者≫の顔の公現だからである。死に対する意志の怖れが殺人を犯すことへの怖れに転じるとき、意志は神の裁きのもとにある」(E・レヴィナス(合田正人訳)『全体性と無限——外部性についての試論』1989年378頁)。レヴィナスの≪他者の倫理≫の中心にある≪顔≫とは、『歴史の裁き』から被った『侮辱』を耐え忍ぶ顔であり、『公的』歴史の外に打ち捨てられた満身創痍の≪証人>たちの、『異邦人、寡婦、孤児』たちの顔なのだ。この顔を見ること、またこの顔に見られることによって、『私』の『侮辱』・・・は『恥辱』・・・へと変じる。『私の独断的自由は、私を見つめる眼を通して自分自身を恥じる。私が≪歴史≫を構成する「生き残り」の側にいることを、私が初めて発見するからである。他者は私に≪無限責任を担え>と促す。『他者の眼を通して第三者が私を見つめている』。ここで第三者の「(非現前の) 現前」とは「われわれを見つめ、われわれに関係する人間全体の現前」である。『貧者、異邦人としての≪他者≫は、自分が悲惨の只中にもかかわらず、すでにして第三者に仕えているのだ』(レヴィナス・前掲書324頁以下)。「だがそうだと

すれば、〈他者のために他者に代わって証言する私〉にとっての『他者』は、それ自体〈他者のために他者に代わって証言する私〉であることになるだろう。そして、『他者』がこうして『第三者』の〈証人〉であるなら、『私』の〈証言〉は『他者のために他者に代わって』の〈証言〉である以上、〈証人のために証人に代わって〉の〈証言〉であることになる。『他者』が『第三者』の〈証人〉であるなら、『他者』の〈証人〉である『私』は〈証人〉の〈証人〉である。ここに、〈証人に代わって証言する証人〉の可能性があることは否定できない。……もしもこの構造がなかったら、〈公的空間〉に現出した満身創痍の証人たちの声を通して、決して現出しない『他者』たちの声、はじめて忘却されてしまった『他者』たちの声を聞くことはできないだろう」と。

「犠牲者の跡形もない消滅」と犠牲者のあらゆる具体的記憶の抹殺（以下、高橋・前掲書6-12、19-34頁。岡真理・前掲書参照）。「一人の人間がかつてこの世に生きていたことがなかったかのように生者の世界から抹殺されたとき、初めて彼は本当に殺されたのである」(H・アレント(大久保和郎・大島かおり訳)『全体主義の起源3 全体主義』1981年224-5頁。なお、アレントの『忘却の穴』からの後退の批判については高橋・前掲書第一章「補論」と第二章参照)。犯された罪のあまりの途方もなさそのものために、犠牲者たちの真実の申立よりも、むしろ殺人者の偽りの言葉を信じてしまうということ(アレントの言う「自動安全装置」)。精神的死者にならずには生きていけない、生還者自身の側の「物語ることの不可能性」。証言の言葉は絶えず寸断され、際限なく分裂し、極度に断片化することは避けられないこと。しかし、それにもかかわらず、証言はなされなければならないのだ。

北田論文に対する編者・上野知鶴子の評言を最後に引用する(上野編『構築主義とは何か』295-7頁)。上野は「語られない過去」「抑

「圧された記憶」について齋藤学『「封印」された叫び——トラウマ性記憶と性的虐待』1999年の言葉「経験は言語化されることを通じてはじめて経験となる」を引用して言う。「それなら『経験の言語化』以前に経験はない、のだろうか。出来事はあるが、経験はない、というのが適切だろう。言語を通じてはじめて出来事は経験となり、記憶の中に統合される。そして自己というものが記憶の集合から成っているとすれば、直面することがあまりに苦痛を伴うために記憶の中に統合されない経験は、自己をばらばらの複数の自己に断片化・・・しさえする。トラウマ性の体験がもたらす多重人格障害は、このような自我の防衛規制から来ていると解釈される」。「齋藤の議論からわたしたちが学ぶのは、自己もまた言語化された経験の集積として絶えず構築されている、ということだ。そして精神科臨床においても、言語が核心的な位置を占めており、当事者の語りが促されていることである」。「<存在の金切り声>という表現で、北田が主張しているのは、『たった一人の証人』によっても歴史は書き換えられる、ということであると。過去は不確定なのである(野家啓一『物語の哲学——柳田国男と歴史の発見』1996年第三章。イアン・ハッキング(北沢格訳)『記憶を書きかえる——多重人格と心のメカニズム』1998年17章)。

- (54) 渡辺春己「事実の認定はどうあるべきか」・笠原/松村/吉見/高嶋/渡辺編『歴史の事実をどう認定しどう教えるか——検証◎731部隊・南京虐殺事件・「従軍慰安婦」』1997年216-25頁。

野田正彰『戦争と罪責』1998年は日本軍が中国で行って来た残虐行為について、語り始めた少数の元兵士の聞き取りを通じて、それぞれの元兵士の内面の問題の分析を徹底的に行う。野田は言う。われわれ日本人は、戦争の時代と戦後を通じて自分の行為に直面して責任を取ることを放棄して来たために、「悲しむ力」を失ってしまった。それが現在のわれわれ日本人の心の中の欠落と抑圧をもたらしている。われわれはまずいかにして、豊かな感情と傷つくことのできる精神を取

り戻すことができるかを真剣に考えねばならないと。

- (55) 渡辺春己が引用しているのは、永原慮二「意見書」・『家永教科書裁判高裁編 第9巻』1997年、弓削達『歴史学入門』1986年、太田秀通『史学概論』1965年。
- (56) 大森の「過去想起説」に対して野家啓一は言う。過去は想起を通じて「構成」されるものであるから、間主観的に再構成されるのである。想起は「想起の共同体」に支えられた解釈学的再構成である。「・・・思い出は本来的に間歇的、断片的であって、明確な筋と脈絡をもっていない。その間歇性と断片性を補完し、思い出に筋と脈絡とを与えるのが物語行為である」。「思い出と歴史叙述との違いは、前者が比較を許さない独自の輝きをもった珠玉の一回的出来事であるのに対し、後者が断片的な過去の出来事の間因果の糸を張り巡らし、起承転結の結構をしつらえることによって、『なぜ起きたか』という素朴な疑問に答えつつ出来事の由来を説明するところに存する」。これは物語行為による「構造化」なのであると（『物語の哲学』、1996年、153-62頁）。「ここで、経験を伝承し共同化する言語装置をわれわれは『物語』と呼ぶことができる」。「・・・経験は物語られることによって初めて経験へと転成を遂げる」（78頁）。「経験が因果の関係了解である以上、経験は『物語』を語る言語行為、すなわち、物語行為を離れては存在しないのであり、逆に、物語行為こそが『経験』を構成するのである・・・」（80-1頁）。物語は「経験の解釈装置」なのである。ここで経験とは何か。「一度限りの個人的な体験は、経験のネットワークの中に組み入れられ、他の経験と結びつけられることによって、『構造化』され、『共同化』されて記憶に値するものとなる」。「体験を経験へと解釈学的に変形し、再構成する言語装置こそが・・・物語行為にほかならない。それゆえ物語行為は、孤立した体験に脈絡と屈折を与えることによって、それに新たに意味づける反省的な言語行為といえるであろう」（107頁）。「過去を現在の時点から再構成

し、構成された過去によって逆に現在が意味づけられ、現在の自己理解が変容されるという往復運動を起動させることにおいて、物語行為は二重の意味で過去構成的なのである」と(101頁)。ここでネルソン・グッドマンの立場に言及すべきであろう(ネルソン・グッドマン(菅野盾樹/中村雅之訳)『世界制作の方法』1987年)。

- (57) 以下については、W.Hassemer, Einführung, SS.80-88. なお、参照、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」・前掲書、361-88頁。
- (58) 別の表現を使うとすれば「刑事学者の石」である。この言葉は新約聖書ヨハネの聖福音書8章1-11節の姦淫の女に対する石打の刑の現場でキリストが言った言葉、「汝等の中で、罪のない者は、先ず、この女に石を投げよ」、つまり、「あなた方はこの女に石を打てる程、罪なき者か」との問いの言葉に由来する。犯罪者を処罰しようとしている刑事学者に「あなたは罪のない者か」と問う。16世紀の画家、ペーター・ブリューゲル(父)と息子のペーター・ブリューゲルにこの場面を描いた絵がある。構図は少し違うが、キリストの言葉に驚愕して、石を手に帰る群衆が描かれている。
- (59) W.J.オング(桜井直文/林正寛/糟谷啓介訳)『声の文化と文字の文化』1991年82-124頁は「声の文化」の特徴として①累加的であり、従属的でない、②累積的で、分析的でない、③冗長ないし「多弁的」、④保守的ないし伝統主義的、⑤人間的な生活世界への密着、⑥闘技的トーン、⑦感情移入的あるいは参加的であり、客観的に距離を取るのではない、⑧恒常性維持的、⑨状況依存的であって、抽象的ではないの9点を挙げている。また、「逃げ去る時間」についての同様な指摘、「声の文化」に特有な記憶の在り方の記述がある。ハッセマーのものは「文字の文化」に移行した現代人についての分析であり、オングは「声の文化」時代の人々——その中には現代に生きる人々についての分析も含まれるが——の分析であるが、重なり合う部分がある。

「場面的理解」についてのハッセマーの記述は、いわゆる記憶の「フラッシュ・バック」に基づくものであると言える。この問題については、ハッキング・前掲書と岡田真理・前掲書、さらにJ.L. ハーマン(中井久夫訳)『心的外傷と回復』1999年増補版を参照。

- (60) W.Hassemer, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974. 参照、小野坂「刑法解釈学と刑事政策」法政理論24巻1号。
- (61) 礼儀作法については、アーヴィング・ゴフマンの著作が参照されるべきであるが、とりあえず、小野坂「ドラマツルギーの世界の構造——『共在』の秩序と技法」法政理論30巻4号1998年189頁以下。
- (62) 私の刑罰論は議論の運び方は違うが、ここでハッセマーが展開しているものと、問題意識の点で共通のものがある。小野坂「刑罰制度の構成原理としての憲法——刑罰論・処遇権を中心に」刑法雑誌24巻3=4号473頁以下、同「『責任と予防』について」法学47巻5号、同「死刑と憲法秩序」刑法雑誌35巻1号。