

日本の刑事裁判における 事実認定論の批判的考察(1)

小野坂 弘

はじめに

欧米においては1980年以後、「証拠法」、広く言えば「事実認定論」についての関心が高まり、議論が続けられている。たとえば、ウィリアム・トワイニングの著書やドナルド・ニコルソンの論文⁽¹⁾、P. ティラーズ/E.D. グリーンス編著⁽²⁾などを挙げるができる。この両者を見れば、論者の立場はいろいろであることが分かるが、とにかく議論が大いに盛り上がっていることは読み取れる。もっとも議論は現在進行中であって、今後も長く続くものと思われる。ひるがえって日本の現状を見ると、かなり事情が異なるように思われてならない⁽³⁾。本稿において現在の状況で、刑事裁判における事実認定論について考えて見たい。私の構想としては現状の批判的検討、刑事事案の構成(大森莊蔵ならば『制作』と言うであろう)、刑事事案の判断の三部構成で考えているが、本稿はまず第一部として、我が国の刑事裁判における事実認定論の批判的検討を行う。

我が国においても事実認定論の著書・論文はかなりの数に上る。そのほとんどが裁判官・元裁判官のものであるところに我が国の特徴があるように思う⁽⁴⁾。私の考えでは我が国の事実認定論の文献中で最も理論的な業績である、平田論文をベースにして他を参照しながら論を進めたい。

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、本号)
- 2 認定によらない「事実」 (以下、次号)
- 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

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

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

(1) 事実問題と法律問題⁽¹⁾

i) 伝統的な法解釈学の「判決三段論法」は大前提（法規範、構成要件あるいは個々の構成要件要素）に小前提（事案、構成要件あるいは個々の構成要件要素に該当する事実）が包摂されるという。ヘルメノイテイクは法規範と事案が相互に規定し合いながら「相応関係」にもたらされる循環＝螺旋関係を強調する。包摂あるいは「相応関係」にもたらされるのは概念と概念であるから、法概念の具体化と事実概念の抽象化が相互に、動態的に行われなければならない。既にその法概念に属するものと確定されている事案または事案群——これは一面では法解釈の所産である——に、抽象化された、その具体的な事案が比較・検討され同一視が成立した時に、包摂あるいは「相応関係」が成立するのである⁽²⁾。法規範は事実に適用されるというが、第三者で

ある裁判官による適用である限り、正確には「認定された事実」に対して適用されるのである。その意味では事実の認定過程が法の適用過程に論理的には先行している、あるいは法の適用過程は事実の認定過程を前提にしていると、原則として言える⁽³⁾。しかし、法規範は認定行動に対してフレームワークとして機能するから、法規範の具体化が進まないと事案の認定ができない事態が生じることもある⁽⁴⁾。たとえば、ある特定の犯罪の「故意」の定義が定まらなると、その定義に当てはまる事実を認定できない場合がある。

ある問題が事実問題か法律問題かは法律問題であるが、「事実問題」と「法律問題」の区別は個々の事態においては、かなり、あるいは極めて困難である。そこで次の基準が主張される。法律問題は裁判官が当事者の主張とは関係なしに独自に判断できるが、事実問題は当事者の主張・立証に基づいて判断しなければならない。また、事実問題は事実審裁判官の専権事項であるが（何故なら、事実審裁判官だけが尋問される証人を見、その証言を聞くことができるから）、法律問題は法律審裁判所の判断の対象になると。この基準は一見すると問題が無いように見えるが、一貫して適用できるか否かについては多くの論議がある。

何かが実際に起きたか否かという問題は、問われている「何か」が何らかの方法で記述され得る場合にのみ立てることができるところに、困難がある。記述され得るのは、日常言語または法律言語で表現され得るものだけである。多くの表現は両者の言語に共通であり、法律言語は特定の場合に限られる。したがって、多くの場合は「事実問題」なのである。日常言語の表現が法律言語へと導入された場合も、そうだといい。ある表現の特別の意味内容が、法秩序から初めて明らかになる場合、特に、具体化を必要とする基準において典型的な組み込み、多様な視点の考量と法的評価に基づいて、その意味が明らかにされる場合には、「法律問題」である。たとえば、Aが雨で濡れた

道路のカーブで制御が効かなくなって事故をおこした事例では、道路や速度は事実問題であり、Aの運転のやり方がそのような状況では「過失で」あったか否かは法律問題である。前者の場合には証拠による立証が可能である。また、たとえば、道路交通法の速度違反の場合などは、所定の速度を越えていれば犯罪が成立するから、事実問題しかないとも言える。しかしながら、たとえば、法的評価が含まれている用語が使われている場合には、両問題の区別はできず、それは「法律＝事実問題」と考える外はない。裁判所が扱いを変えることもしばしば見られる。事実問題として扱うと、時と所によって違いのある文化的標準を反映させることができるし、日常的な理解とも両立しうる。他方、法律問題として扱うことで、上訴裁判所のチェックによって一貫性・確かさを確保するのに適していよう⁽⁵⁾。

法律審裁判所による上訴・破棄の場合についてはどうか。上述の基準は貫徹できないのである。法律問題の決着が、事案ごとに違っている多くの細かい事情に左右される場合には、事実審裁判所は当事者に尋ねることによって詳細に明らかにできるから、事実審裁判所に一定の裁量権を認め、法律審裁判所の破棄権限は制約される。事実問題と法律問題の区別とは違った考慮が行われているのである。そこで、控訴裁判所の控訴・破棄理由には、法令適用の誤りの他に、事実誤認、思考法則違反や経験則違反、審理不尽、量刑不当が認められている。

ii) 日常言語による場合は事実問題であり、法律言語による場合は法律問題であるという基準を認めた場合には、ヘルメノイテークの立場に立つアルトゥール・カウフマンは新たな分析を提供する⁽⁶⁾。「人間は、言語があって初めて人間となる。しかし、言語を発明するためには、人間は既に人間でなければならない」と言ったのはヴェルヘルム・フォン・フンボルトであったが、カウフマンは言う。「・・・人間は言語によって自分自身をも我がものとし、『自分の世界』を生み出す」。それぞれの人間は全く同じ言葉を話し考えるわけではないし、

全く同じ世界を持つものでもない。言葉を通して人々の相互理解は、どうして可能となるのか。それは言語の社会性・間主観性に基づく。われわれはこの世に生まれ落ちて以来の社会・共同生活の中で、結局、『言葉の平均的意味』を習得する。それだけではない。言語の使用は、一定の現実理解を前提として初めて可能となる。「理解の地平(Horizont)の相関性」がなければならないと。

このようにして、人間は言語を通して、社会生活のルール、社会で実際に生きる術をも身につける。人間が規範的なものに会おうのは、他者との日常的な交渉や生活形態の伝承において明らかとなる具体的な『行動の型』という形で会おうのである。この『行動の型』——カウフマンは若干の留保つきで『ステレオタイプ』とも言う——は抽象的に固定したものではなく、その規範的内容・用法は状況の文脈によって変化するから結局は、『言語ゲーム』(ヴットゲンシュタイン)において初めて具体的な意味内容を持つのである。われわれ人間は、したがって、犯罪者・非行少年もまた、まずは日常言語の世界に生きているのである。犯罪・非行について実質的な「不法の意識」はあるが、形式的な「違法の意識」はない。カウフマンはこの「不法の意識」を『社会的侵害性(Sozialschädlichkeit)』の意識であると言う。つまり、行為者が行為時点で持つ不法意識(たとえば、<人殺し>についてのそれ)は、行為の社会的意味の認識によっており、殺人罪の構成要件といった特殊法的な表象によっていない。行為者は「素人仲間における並行評価」(メツガー)を持っていれば良い(以上の議論は〈中核刑法〉に関する。以下についても同様である)。

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、行為者が問題行動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、日常言語の世界(カウフマンは「対象のレベル」と言う)、行為者の「理解の地平」、『素人仲間の並行評価』における行

為者への帰責 (Zurechnung) (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」(Schuld) と定義すると。日常言語と法律言語の関係は「あれかこれか (Entweder-Oder)」ではなく、「多いか少ないか (Mehr-oder-Weniger)」である。「素人仲間の並行評価」と「裁判官仲間の並行評価」、換言すれば、「行為者の理解の地平」と「裁判官の理解の地平」を仲介するのが裁判官なのである。この両地平、両並行評価を「相応する」ところまでもって行かなければならない。それは「包摂」ではなく、「同化 (Assimilation)」である。それは行為者と裁判官との間のコミュニケーション過程であり、行為者が考えている『行動の型』と裁判官が考える法律上の概念が相互に媒介されねばならない。この過程は『責任対話』(ハフト) と言っても良いが、行為者は何時も「対話」を受け入れるわけではないし、受け入れない権利 (黙秘権) を持っていることを忘れてはならない。多くの事案では、訴訟の進展につれて行為者の「不法意識」は「違法意識」へと高められるが、法的責任は結局、裁判官が訴訟において、行為者とのコミュニケーション過程において作り出したものである。したがって、それは裁判官の頭の中にあるのである。しかしながら、行為者自身も、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別として、責任を持つのであると⁽⁷⁾。

(2) 裁判と物語 (あるいは、語り)⁽⁸⁾

i) 私は「物語の意義と構造」(一) において物語の意義を三点にまとめて述べた。第一に、物語はわれわれのリアリティ・現実・経験を生き生きと伝えるものであること。ここでは、人間の行為の物語的性質と、リアリティ・現実・経験、あるいは出来事の表現の物語性を論じた。第二に、物語は「法の物語」から排除された人々について語り、

理論や論理では伝えられない人々の思いを伝えるものであること。ここでは法の物語と忘れられた物語と、物語は「忘れられた人々」の思いを語ることを論じた。第三に、物語は事案を構成し、事案を判断する社会的枠組であること。ここでは、物語は事案を構成する社会的枠組であることと、物語はその整合性によって事案の正しい判断を可能にするものであることを論じた。特に第三点は本稿の論点と関係が深いので、繰り返しになるので述べない。参照してほしい。以下、物語の第三の意義についての二人の発言を紹介する。

ii) 「法と文学あるいは人間科学」運動において指導的な立場のジェームズ・ボイド・ホワイトは言う。「審理の基本となる前提は、二つの物語が対立あるいは競争において、そしてまた、二つの物語の間でなされた選択において、語られるということである。法をその文化の共通言語に翻訳することが可能であると主張することが、陪審員の役割である。あなたはあなた自身の物語があなたの言語で語られる（あるいは、あなたの言語に翻訳される）権利を持っている。そうでなければ、法は役に立たないことになる」。「依頼人の語る物語はそのまま法律家に受け入れられるのではなく、法律家の一つ一つ法的関連性を考察する際、質問と精密な吟味を受けることになる。正式な法的過程において、その物語は法律家、依頼人、そして第三者によって発展的、抗争的な形態をとって何度も繰り返し語り直され、その結果、権威があると判断され、あるいは同意される形態が作り上げられるのである。・・・この物語はまず最初、その物語の実行者たちの言葉で語られるであろう。そこから法が始まるのである。ある意味で、そこはまた法が終わるところでもある。というのは、法の目的は世界の中で有効に働いているそうした物語に結末を与えることだからである。それゆえ、物語が通常の言語と経験で始まり、終わっている以上、法の核心は日常言語から法的言語への、また逆に法的言語から日常言語への翻訳の過程であり、法が有効に働くのはその翻訳によってなのであ

る」と。

iii) もう一人、1995年にアメリカのイエール大学ロー・スクールで行われたシンポジウムの報告の中からポール・ゲヴァーツの言葉を引用する。「裁判における語りの中心的な特殊性をはっきり示すのは——語りの形態と具体化についての特別規則に規制された——語りの断片性と相い争う複合性である。それは明らかに、語りの闘いがどのように解決されるかに対する高度の賭けに沿ったものである」。「確かに、熟練した法律家は常に断片を全体へと形成しており、少なくとも全体を暗黙のうちに狙っている。しかし、しばしば、法律家の最終弁論による、裁判のまさに終わりまで、どちらの側も部分を一緒に並べて、流れるような、一体となった語りを判断する人に提示するチャンスを持っていない。それに加えて、一方の側の語りは不断に他方の側の対抗の語り（あるいは、責任を回避する語り）に会戦し続けており、したがって、『現実』は何時も——最終宣明に賭けられた高い賭けを伴って——多元的で、衝突し、一部は重なり合うヴァージョン——それぞれのヴァージョンが真実として提示され、それぞれが『何が本当に起こったのか』を明らかにしているとして争う——へと分解されるのである」。しかし、このむしろ複雑な説明でさえも「たとえば、法律家が依頼人の物語を引き出し、形作る複雑なやり方を省いている。それは依頼人の物語の産出と提示に関与する法律家の——極めて興味があることに、多分、法律家は裁判過程を通じて、依頼人の物語と一体感を持つと同時に、距離を置く——その他の関係の複雑さを無視する。それは裁判の多くの聴衆——陪審員、裁判官、潜在的な依頼人、友達、TVカメラ、一般公衆——を区別しないし、聴衆がどのように語りの提示に影響するかを分析もしない・・・」と。

(3) 事実の概念⁽⁹⁾

i) 事実概念はいろいろに分類できるが、法適用の前提となる事実概

念は「自然概念」、「社会概念」そして「法概念」を区別することができよう。また真実の事実と虚偽の事実、証明が必要な事実と不要な事実、証明のできない事実と証明可能な事実を区別することができる。さらに、過去の事実、現在の事実、そして将来の事実を区別することもできる。この中で、将来の事実はたとえば、逃走のおそれとか、得べかりし利益などであり、現在の事実とはたとえば、審判妨害罪（裁判所法73条）や法廷秩序違反罪（法廷の秩序維持に関する法律2条）などで認定が問題になるに過ぎず、刑事裁判で問題となる事実はほとんどが過去の事実であると言って良い。しかしながら、たとえば、証人や被告人の供述は、それが過去の事実に関したものであっても、供述自体は現在の事実であるし、供述または証人・被告人の信用性の判断で問題となる事実はほとんどが現在の事実であろう。過去の殺人行為の凶器の認識は今、目の前に提出されている物についての認識であるから、これも現在の事実についての認識である。

エンギッシュは法律効果を定める三段論法の小前提の形成において、三つの契機を区別している。①具体的な生活事案、起こった事態の表象。②この事態が実際に起こったことの確認。③法律のメルクマール、より正確に言えば、大前提（法律上の構成要件）の第一の構成要素を提示するものとして、その事態を評価すること⁽¹⁰⁾。構成要件はそれを構成する諸要素に分解され、そのそれぞれに該当する事態の諸要素について上の三契機が満たされねばならないのである。法学ヘルメノイテイクが強調するように、「生の法規」と「生の事態」が相互媒介的に具体化と抽象化・要件化されて——それは「ヘルメノイテッシュな循環」である——相応関係にもたらされるのであるが、事態はまず、「言明」として言葉による表現形態において語られねばならないのである。語られた事態は法的な判断にとって意味のある事実・事情と意味のないそれらとを含んでいる。語られた事態は核心を持っている。たとえば、ラレンツはある女性が隣人の飼犬に咬まれて怪我をした場

合を挙げ、飼犬に咬まれたことと損害、そして隣人がその女性に飼犬に近づかないように注意をしていたことをその事態の核心であると言う。つまり、語られた事態はそのように、ある部分是不必要として省かれ、ある部分は補充されて、「最終的な事態」が形成されるのである。具体的な法規の適用にとって必要な事実は事態の叙述、「言明としての事態」に含めなければならない。ラレンツは上の事例の叙述には「動物の飼い主」(ドイツ民法833条)については述べられていないと言う。法的に判断されるべき事態は、したがって、事実の純粹の叙述ではなく、法的に重要な事柄を目指して、事実の一定の解釈と結合した結果を述べているのであると。

ii)「事案の構成」段階においては事実問題だけが主張されるわけではない。法律と事案の交互考察が行われるのだから、法的な主張が行われ、それを支持する事実があるか否かが争われるか、あるいは逆に、ある事実とそれに基づく法的主張がなされうるか否かが検討されて事案が構成されて行くのである。この点でザイベルトの挙げる民事法の事例は、事案とそれに対する法的主張の関係がいかに複雑であるかを示す。①旅行を予約した者は、旅行社に費用を支払わねばならない。②出発時刻に遅れた者は、それでも費用を支払わねばならない。③出発場所までの正確な到着は、各自が自分自身で配慮しなければならないし、普通、配慮できる。失敗した者は、費用を負担する。④到着の正確さについては第一に、その到着ルートを自分で提案した者が配慮しなければならない。その点では、旅行の主催者が権限を持つ。主催者が提案した時は、不利益が生じた場合には、お客にそれを負わせることはできない。そうでなければ、旅行社や一括旅行は利用され得ない。さらに、企画者が一括旅行との違いを明示しなかった場合には、一括旅行と同じ立場に立つという、ドイツ連邦裁判所の判例がある。旅行社がお客に対して出発点まで飛行機、船、自動車、鉄道のいずれを提案したか、具体的に時刻を指定したか、出発時刻までの間にどの

程度の余裕をみていたか、定刻通りに出発したか、待てなかったかなどなど、様々なことが問題となろう。それぞれの場合に適用される法的ルールが違って来るのである⁽¹¹⁾。

iii) そもそも刑法上の制度は、極めて基本的な社会的文化的な行為モデル(たとえば、因果関係や社会的な責任性)を変えることができない。したがって、一見、事実判断のように見えるが、実は社会的文化的な行為モデルであることがある。たとえば、マッヒューが挙げる「他のやり方は無かったのか」、「彼は自分が何をやっているのか知っていたのか」などがそうである。これらの間の肯定あるいは否定は、大抵の場合、法的な主張として構成できるのであろう⁽¹²⁾。

iv) 語られ、主張された事実は立証されねばならない。事実と主張事実は区別されねばならない。不真実な主張事実は現実性(Wirklichkeit)または実在性(Realität)を持たない。したがって、事実とは現実性・実在性を持つものでなければならない。事実性(Tatsächlichkeit)と現実性・実在性は本来、一致する観念であるが⁽¹³⁾、主張事実についてはその現実性・実在性の有無が事実性を決定する。証明の対象は、主張事実の現実性である。刑事裁判で問題となる事実は外界に属する事物・事情および出来事、自己または他人という人間の内面における精神過程(瞬間的に通過する表象、状態として持続する観念および過ぎ去った心的諸現象)または歴史的現実関係に属する事実であろう。

事実についての言明は通常は知覚(Wahrnehmung)に基づく。エンギッシュは言う⁽¹⁴⁾。「直接的に知覚または記憶に与えられるか、若しくは基本的に知覚可能なものとして、直接的所与からの因果関係または表現関係の誘導により推理されるもの、または少なくとも直接的所与において、所与または推理された事実の総合その他の論理的加工としてみられる程度に基礎づけられて示されるならば、そのものは現実性がある」と。直接的知覚にも錯覚や幻覚、夢のように、現実性が

ないものもあるが、人間は正常な知覚または覚醒時の知覚に照らして、それらの仮象性を判断できる。ある事物をある事物として知覚できるのは、同一の先行知覚から同一の直接的同化が起こるといふ経験則が潜在し、また他人の知覚を自己の知覚に代用しうるのは、人は自分と同じように知覚するといふ経験則を前提としたものである。さらに、記憶が現実性を持つとは、人間は先行の知覚や体験を正しく再生し得るといふ経験則に基づく。このように、直接的所与から知覚可能でない現実への架橋を経験則や因果法則が果たす限り、直接的には知覚可能でないものの現実性も推理によって取得することができる。「かくして、訴訟における事実に対する直接的入口は知覚、記憶及び推理であるということができ、これにより認知できる限り、対象は現実性を有する。そして、記憶及び推理の初期条件が知覚に存するという点からみれば、知覚は現実性の基本的条件であるといわねばならない」⁽¹⁵⁾。

v) ラレンツは言う。「法律の構成要件は単純な知覚によって確認される事実に関するだけでなく、一部は、特に人間の行為や意思表示のように、たとえば、法律行為の意思の表明として、一定の仕方でも理解されるべき事実と出来事にも関連している。その他、構成要件が起きたことの法的評価さえも要求することも稀ではない。ある法律規範の構成要件が考えているものとしてある事態を認定する場合に要求される判断は、少なくとも常に知覚とその表象像だけに基づいている訳ではない。しばしば人間の行為の解釈、社会的経験、あるいはある評価に基づく判断が問題なのである」と。ラレンツは知覚だけに基づかない判断の中で人間の行為の解釈に基づくものが最も重要であると言う。われわれが知覚できるのは人間の行為の外側だけであるが、人間の行為はかなりの部分は目的を目指した行為である。われわれは自分あるいは他人についての経験に基づいて、それらの行為をたとえば、戸を開ける行為、支払い、身体傷害として理解する。特に複数の解釈の選択肢がある場合や、状況が多義的である場合には、難しい。ラレ

ントは社会的経験に媒介された判断の場合として、民法の加工（民法246条。ドイツ民法950条）の事例を挙げる。「他人の動産に工作を加えたる者あるときは、其加工物の所有権は材料の所有者に属す。但工作物に因りて生じた価格が著しく材料の価格を超ゆるときは加工者其物の所有権を取得す（1項）」。「加工者が材料の一部を供したるときは、其価格に工作に因りて生じたる価格を加えたるものが他人の材料の価格を超ゆるときに限り、加工者其物の所有権を取得す（2項）」。

しかし、修理のケースでは修理者は所有権を取得しない。しかし、加工の条文の要件を満たす場合には、どのように考えるべきか。一般的な経験則が利用できない、このような場合、法規範の基底にある考え方を考慮した、諸事実の比較考量と評価が行われることになる。それは多くの事例で重要だと認められた諸事実の考量であるから、未だ「価値判断」を語る必要はないとラレンツは言う。

vi) ラレンツは事態が法律規範の構成要件に該当するか否かの判断に価値判断が必要な場合として、認定者自身が具体化しなければならぬ、「内容を補充する必要がある」基準によって判断する場合を挙げる。一般条項による場合や、刑事法では「過失による」か否かの判断がそのような場合である。このような場合には、その法律の意味において、いかなる法律効果が「適切か」ということと分けて考えることはできない。

「価値」または「評価する」とは、内面的な態度決定の行為である。全ての人間あるいは分別のある人間であれば、追及すべき価値があることを「善」と呼ぶ。平和、健康、独立、強制・苦境の不在。承認と否認は、道徳的価値判断、あるいは、特殊法的な原則に基づく場合には法的価値判断において表現される。この価値判断は態度決定の表現であるから、まず第一に判断者の判断である。しかし、それは判断者が内面的に遂行した判断行為についての言明に過ぎないと結論することはできない。義務感情の心理学的確認と、義務についての価

値判断を混同してはならない。既に道徳的価値判断はその意味によれば、分別のある人間であれば誰でも肯定すべきである、その意味でそれは「正しい」要求であるとすれば、このことは法秩序の諸基準を援用して為される法的価値判断については、一層妥当する筈である。その種の価値判断は判断者自身の評価について述べているだけではなく、まず第一に、その事態は——判断者の良心的に形成された確信による限り——法的な視点、法秩序の要請と価値基準によれば、そのように判断されねばならないと言っているのである。一般的法思考と諸原則は「納得のゆく事例」で明確化され、それらの思考・原則に基づいて判断された他の事例と比較され、それらの思考・原則が際立った事例の法的分析に基づいて、一層のより特殊な法思考が作り出されることを通じて、司法は相対的に「漠然とした」基準を内容的に豊かにし、一定の事例・事例群に関して具体化し、そうすることを通じて、最終的には、新たに判断されるべき事例が大部分、組み込まれうる判断モデル網を作り出すことに、益々成功する。コンメンタールはそれらの集大成である。

事例分析・事例比較・類型化の方法には限界がある。価値基準の変化、社会状況の変化と非類型的事例の出現、比較事例の欠如など。しかし、このような不確実性にもかかわらず、裁判官は多くの事例において、自分に要求される価値判断を理由を持って正当化することができよう。裁判官の判断において明らかになる評価——それはそれで正当化される——をも考慮すると、事例比較と事例類型への整序の方法で行われる判断は現行法によって根拠づけられる判断である。ここで法的根拠づけは、価値判断が問題である限り、数学的または物理学的立証の論理的厳格さではなく、分別を持って為された考量によって、判断は現行法から正当化されるという意味である。以上のラレンツの分析は、納得できる。

vii) 最後にラレンツは裁判官に残された判断の余地について次の点を

指摘する。科学者は基準が不正確だとか、認識の現状が許さないなどの理由で、確実な判断がもはや可能でない場合には、そのように言わなければならない。しかし、裁判官は判断を強制されているから、降りることは許されない。法律家は、素人が立証可能な「正しさ」を期待する所で、しばしば単なる判断の「主張可能性」で満足するのは、判断の余地が残ることが避けられないことと、裁判官がその下にある判断強制のせいである。困難な事例で何が正しいかを言うよりは、何が正しくないかを言う方が容易であるから、裁判官はこのようにして、少なくとも、明らかに正しくない判断を避けることができる。裁判官に要求しなければならないことは、できるだけ自分の先入見から自由になり、自分の動機付を考慮し、誤った判断から学ぶことであると。エンギッシュは言う。法は「あらゆる部分において、有機的に、人格に拘束されて現れる、生命ある精神の産物なのである。自分の裁量に従った判断の権限があるということは、法の具体化の局面における、意味の実現に努める人格の即位なのである。それ故に、主観的な正当性はここでは、正当性一般なのである」と⁽¹⁶⁾。

viii) 「小前提の大前提への包摂」という言い方は、「包摂」がいかにも論理的な推論過程に尽きるように聞こえるけれども、実は論理的な推論過程とは言えない場合を含むのである。通常、「包摂」は概念関係であり、ある概念が他の概念に包摂されるのであるとされている。ラレンツによれば、包摂シェーマの推論は次のようになる。「①TはメルクマールM1、M2、M3によって完全に示される。②SはメルクマールM1M2M3を提示する。③したがって、SはTの一事例である」⁽¹⁷⁾。このような結論を得るためには、Tの定義に必要なメルクマールが、完全に定義されたSにも全て揃っていないとされない。ところで、生の事実、ラレンツの表現では「生の出来事としての事態」がそのまま「包摂」されるのではない。そもそもそのようなことは可能ではない。そうではなく、起きたものとしての事態につ

いての言明、言明としての事態が包摂される。言明としての事態は日常言語で述べられており、他方、大前提である法律上の構成要件は法律言語で述べられている。特に刑事法の法律言語は日常言語から遠く離れることは許されないけれども、罪刑法定主義の原則によって立法者は構成要件の定式化においてできる限りの正確さに専心努力しなければならない。そこで、どうしても技術的な表現やかなり高度の抽象的な概念が使われざるを得ないことになる⁽¹⁸⁾。したがって、日常言語で表現されている事態の要素たる事実（たとえば、被告は原告に、私はその協定に拘束されないとやったという事実）が、法律上の「取消」に当たるか否かの注釈が必要となるのである。しかし、このような定義と論理的推論の過程を何時までも続けるわけには行かないから、早晚、もはや推論によらず、自分または他人の知覚か、あるいは、一定の経験、特に、社会的な経験に基づく基本的な判断を下さざるを得ない。この最後の過程は、定義と論理的な推論の過程ではなく、むしろ、言葉では表現されているけれども、さらに定義づけはできない基準による言明された事態の判断なのである。小前提の形成を専ら「包摂」であると言うのは、判断の決定的契機を隠蔽するものであると言える。特にある生の出来事のある類型、あるいは、補充を必要とする評価基準の意味領域に属するとする判断は、包摂ではなく、評価による帰属決定である。

エンギッシュはこのような場合も包摂と呼んでいるが、それはエンギッシュが包摂を判断されるべき事例が法概念に既に帰属した事例と等置されることであると考えているからである⁽¹⁹⁾。全く同じ事例は存在しないから、この等置は類推によると言えよう。ラレンツがこの節で最後に挙げている事例は色彩の事例である。「この自動車は赤い」。色彩は定義できず、実物を直示することで学習させることしかできない。したがって、ラレンツも言うように、このような場合までも包摂であると言うのは妥当とは言えない⁽²⁰⁾。

(4) 事実認定と知識の獲得過程との類比

i) ここで知識社会学者のバリー・バーンズの考え方が参考になると思う。バーンズの分析の出発点は知識獲得についてのトーマス・クーンの考え方である。クーンは言う。一人の少年が父親と歩いており、鳥の種類について学んでいる。少年は既に何種類かの鳥について学んでおり、今回はハクチョウとアヒルとカモについて学ぼうとしている。少年の父は自分達の共同体で承認された用法を、少年に実物を示すことで教えようとしている。父は特定の鳥を指さして、あれはハクチョウだと言う。今度は少年がある鳥を指さして、あれはハクチョウだと言う。父は少年の同定を肯定するか、否定する。多くのハクチョウの実例を見て、父の指導の下にこれらの同定を実践して、少年はこれらの鳥を同定できるようになる。少年が獲得したのは「学習された類似性関係」である⁽²¹⁾。

ii) バーンズはクーンの指摘を敷衍して言う。この関係はある共同体が好む整理の仕方として自然に課された秩序づけであり、自然よって強制されたものではない。文化人類学が示すように、共同体が違えば、違った秩序づけがあろう。われわれが膨大な類似性と相違性の中からどのような群を構成するかを自然は気にしない。それはコンベンションなのである。このようなコンベンションを学ぶことによって知識は増大する。このような文化の獲得は子供に対して、経験の手掛かりを与える。この学習過程を見ると、それは権威の適用を伴った社会過程である。しかし、権威は子供の認識装置に代わることはできない(子供が目を閉じている場合を考えよ)。生来の認識能力という自然のものと、権威モデルという社会的なものの両者によって初めて、概念適用における技術の獲得がなされると⁽²²⁾。

言語は全ての複雑さ・豊富さにもかかわらず、経験の方がずっと複雑で、豊富である。自然の対象・出来事は決して自明的に同じではなく、性質も同じではない。用語の新しい事例に出くわすと、新しい事

例と過去の事例の間の、過去の事例の間の一連の類似性と相違性の問題に直面する。この事例がこの用語の下に帰属するという主張は、類似性が相違性に優るといふ彼のその時点の判断に過ぎない。ある特定の共同体における承認された用法は、その共同体の実践における同意以上のものではない。承認された用法に従う経験は、われわれが言語を何も考えずに、ルーティーンとして使うことを保障する。しかし、いかなるルーティーンも適用しようのない事態が生じた場合には、標準的用法が社会的相互作用の中で拡張され、新たなルーティーンが設定されねばならない。これは交渉事項であり、合意形成事項である。現在の用法同様に、過去・将来の用法も判断と合意を伴う。要約すれば、概念適用は個人のレベルでは判断の問題であり、共同体のレベルでは合意の問題であると⁽²³⁾。

iii) 「われわれが規範的な考えを伝える概念は、基本的には、経験的概念を教えるのに使われるやり方と違ったやり方では教えられない。後者の場合には出来事の状態の有限の群が生み出されるが、前者においては承認された行動様式の有限の群が生み出されるのである。そして、経験的-科学的観念の最も一般的なものである、全体としての理論が依然として有限の群であるのと全く同様に、規範的な観念の最も一般的なものである、価値は同様に、依然として有限の群に留まるであろう。ある理論が承認された適用の群であるように、価値は承認された行動様式の群なのである。あるいはむしろ、このように言うことは、単なる言葉上の定式化以上のものであると見なされるべきであるとすれば、それは価値が有り得る最上のものなのである」と⁽²⁴⁾。

iv) バーンズの上の主張はクーン自身のものではない。バーンズも指摘しているように、クーンの考え方は機能主義であると言えるところがあるからである。バーンズの以下の指摘は、極めて重要である。われわれは普通、理論とは言明の体系、あるいは数学的形式の構造を持ち、そこから特定の解答が演繹され、あるいは論理的に引き出される

と考えて来た。特定の問題解決は一般理論の適用とみなされた。しかし、形勢は一変したのである。理論はその適用例の中に含まれることによって、適用を定義し、そうすることによって適用例を「同じもの」にするよりはむしろ、適用例によって定義されるのである。理論は端的に、その適用と呼ばれるものの群によって定義されるものである。勿論、「ある理論の適用例」は全く結び付きがなく、独立しているわけではなく、多くの類似点が見いだされる。しかし、重複し合う類似点は、理論の適用事例の「内部、背後、あるいは上に」基本的な論理構造や、形式や、本質があることを含意しないのである⁽²⁵⁾。

v) パーンズはさらに言う。科学的推論は経験的推論一般と同様に、演繹的ではない。それは類似性や類推に基づいて、特定から特定へと進められる。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⁽²⁶⁾。一般的な要求の範囲と有効性についてのわれわれのセンスは、われわれが特定例の間の類推を展開し、特定例を群化するやり方から生じている。「経験的現象についてのいかなる『演繹』も、類推の一步を伴っている」と。このことは価値に関わる場合にも当てはまる。「価値についてのいかなる一般的センスも、特定事例の持続的で、行動的な、改定可能な群化によって維持されねばならない。諸価値は行動的活動の産物なのであって、共同体の基礎の一部ではないのである」と⁽²⁷⁾。

バーンズが指摘する形勢の転換は「言語学的転換」の内部での意味論から語用論への転換、法学ヘルメノイティークにおけるテキスト理解から場面的理解へ、社会構築主義あるいは社会構成主義における「構築の過程あるいは構築の実践」の一層の重視に現れている。たとえば、ベネット／フェルドマンのモデルに対するバーナード・ジャクソンの批判は、その一表現である⁽²⁸⁾。

はじめに

- (1) William Twining, *The Theories of Evidence: Bentham & Wigmore*, 1985. Terence Anderson/W.Twining, *Analysis of Evidence: How to do Things with Facts*, 1991. W.Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, 1994. ドナルド・ニコルソン (稲田隆司訳)「素人による裁判と英米法における事実認定の諸理論」・越越溢弘編『陪審制度を巡る諸問題』1997年191-222頁。
- (2) P.Tillers/E.D.Green (eds.), *Probability and Inference in the Law of Evidence*, 1988.
- (3) 鈴木茂嗣「学説の形成と発展」・鈴木茂嗣『続・刑事訴訟法の基本構造』上1996年48-9頁は「訴訟法学的観点から最も学問的究明の遅れていると思われるのが、狭義の認定論すなわち・・認定方法論である」とし、既存の業績は「なお部分的ないし概括的であって、各論的になお開拓すべきところが多いし、未だ認定論全般にわたってそれを理論化・体系化するところまで至っていない」と言う。妥当な総括だと思う。
- (4) 先駆的業績としては斎藤朔郎『事実認定論』1954年がある。刑法学会ではしばしば共同研究が行われている(たとえば、刑法雑誌29巻3号、1988年)。最近では民事裁判に関するものだが、伊藤滋夫『事実認定の基礎: 裁判官による事実判断の構造』1997年、その少し前には小林充=香城敏磨編『刑事事実認定——裁判例の総合的研究』上下1992年があり、関連したものとしては竹澤哲夫・渡部保夫・村井敏邦編『刑事弁護の技術』上下1994年がある。足立勝義、青木英五郎、藤野英一、平田勝雅の司法研究報告書や渡部保夫、守谷克彦の著作も参照されるべきである。特に、平田勝雅『裁判における心証形成の諸問題』(司法研究報告書14輯8号)1965年は法律学の他に、哲学・論理学・心理学・歴史学等の文献を検討しており、極めて理論的な水準が高い。

第一章

- (1) 小野坂「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」・『内田古稀記念論文集』2001年も参照。本稿の内容は上掲の別稿のそれとは重複していない。
- (2) Karl Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. A., 1963, SS. 22-37. K.Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 2. A., 1956, SS. 55-58. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. A., 1991, SS. 278-311.
- (3) 平田・前掲書3-4頁。
- (4) 以下の議論については参照、K.Larenz.op.cit., SS. 307-11. W.Twining /David Miers, *How to do Things with Rules*, 4.ed., pp. 160-5. 扱っている対象が英米法とドイツ法と違うので違いもあるが、内容は同旨。
- (5) James Boyd White, *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, 1985, p. 160は言う。「法律家が知っているように、自分の事案を本当である主張するためには、法律家は事実命題の真実性あるいは蓋然性を立証するだけでなく、事案を意味のある全体として裁判官や陪審員に提示しなければならない。事案は事実の可能性としてだけでなく、判断の根拠付として、行動の基礎としても意味のあるものにしなければならない。事案は技術的意味では、一つの要素あるいは別の要素が論破されることによって否認されるが、法律家は分かっているように、それ以上のことを行わなければならない。すなわち、法律家は裁判官や陪審員に自分が立つ代わりの場所、事案を全体として意味のあるものにする別のやり方を提供しなければならない。自分の仕事を行うために、つまり、法律家は諸事実を正確に再度語ることに従事すると同時に、それらの事実が意味するものについての自分固有の主張をしなければならない」と。

- (6) Arthur Kaufmann, Die Parallelwertung in der Laiensphäre: Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre, 1982. 小野坂「アルトゥール・カウフマンの『ヘルメノイテイク』」・『刑事法の思想と理論』1991年1-22頁, 特に15-7頁。言語と人間については参照、小野坂「日々の生活世界における経験の構造」(一) 法政理論28巻4号(1996年)35-77頁とステイブン・ピンカー(椋田直子訳)『言語を生み出す本能』上下1995年。
- (7) W. Hassemer, Einführung, in die Grundlages des Strafrechts, 2. A., 1990, SS. 219-22は言う。責任を負ったり負わなかったり、非難をしたりしなかったりする、われわれの日常経験は既に子供時代にその起源を持っており、法史学が示す主観的帰責論の発展の諸段階は個人の発達史で繰り返される。実証的な帰責研究も主観的帰責のいろいろな方法がわれわれの社会生活の不可欠の手段であることを示している。刑事法は文化的な行動モデルから遠く離れることはできない。責任との交渉、因果性との交渉などの非常に基本的なモデルが制度を規定するのであって、その逆ではない。そのようなモデルを変えることは、刑事法体系のような制度には可能でない。それは何に基づくのか、それは何によって説明されるか、誰が何を惹起したか、誰が何に責任を負うか。このような事柄に代わるべき代案を見付けることはできないと。
- (8) J. B. White, op.cit., p. 42, 36. Paul Gewirtz, "Narrative and Rhetoric in the Law", in: Peter Brooks /P.Gewirtz (ed.), Law's Stories, 1996, p. 8. なお、物語の意義については参照、小野坂「物語の意義と構造」(一) 法政理論29巻4号(1997年)1-67頁。
- (9) 主としてKarl Larenz, op.cit., SS. 278-311と平田・前掲報告書95-123頁による。
- (10) Engisch, Logische Studien, S. 19.
- (11) Thomas-Michael Seibert, "Fall, Regel und Topos", in: O. Ball-

- weg/T.-M.Seibert (hrsg.), Rhetorische Rechtstheorie: Theodor Vieweg zum 75. Geburtstag, 1982, SS. 321-35.
- (12) Peter McHugh, "A Common-Sense Conception of Deviance", in: J.D.Douglas (ed.), Deviance and Respectability: The Social Construction of Moral Meanings, 1970, pp. 61-88.
- (13) Engisch, Logische Studien, S. 39. 実在性は観念から独立した客観的存在性を強調するのに対して、現実性は真実・真理に対応する存在性の意味が強いであろう(平田98頁)。
- (14) Engisch, Logische Studien, S. 60.
- (15) 平田・前掲報告書98-101頁。平田は自分の立場を「素朴な実在論」、
「素朴な経験的実在論」と呼ぶが、ミス・リーディングだと思う。平田は過去の事実は直接的知覚ではなく、記憶の想起によって現実性を持つことを認め、また推理による現実性の取得も認めるのだから、その限度では実在論ではないからである。平田・前掲報告書101-4頁は言う。①前述した「逃走のおそれ」や「得べかりし利益」という将来の事実は、現実に存在する状態を基礎にした出来事の可能性・蓋然性であり、現実性を是認しうる。②取引上の慣行の現実性は、そのような取引をする者の人間行動の知覚に基づく。③事実としての慣習や風習は歴史的・生活的な共同関係によって結合した人間集団のうちに形成されたものとして現実性がある。④個人と同様に、家族、親族、国民、民族など、個人を越えた全体そのものの現実性は是認し得るし、夫婦関係や親子関係も実在しうる。
- (16) Engisch, Einführung, S. 132. アルトゥール・カウフマンは言う。創造とは概念必然的に、創造者が創造物の中に自分の人格の何かを持ち込むことを意味している。法律規範と事実関係の理解は理解する者の創造的な仕事であるから、先行判断、確信、個人的社会的情態性[われわれがこの世界の中で、その都度のある特定の状況の中に、そしてその状況の内部での、ある特定の心身状態、特定の気分づけられた状

態にあること——ハイデッガーの概念]を帯びた人格が常に、必然的に理解過程の中に入り込む。それ故、正しい行動・判断の基準はまた、理解・行動する人格と、理解・行動状況に関係づけられねばならない。裁判官は自分自身をも反省へと関係づけなければならないのである。

「・・・注意しなければならないことは、人格は実体ではなく、関係、もっと正確に言えば、関係体における関係項の構造的統一であることである。この意味で人格は(正義判断の)『あり方』と(正義とは)『何か』が、規範的論議の『主体』と『客体』が一つになったものである。人格はこのように論議過程の内部においても、外部においても存在するものであるとともに、課題として与えられているものでもある。それは静止した、無時間的なものではなく、ダイナミックで歴史的形態において自由に意のままにできるものではない。そして、このことから自ずから明らかになるのは、あらゆる理解の(『ヘルメノイティシユな』)循環は人間の人格性に根差すものであって、それ故に、廃棄できないものであるということである」と(小野坂・前掲論文・『刑事法の思想と理論』9-10、14頁)。

ハッセマーが「否定の哲学」について触れているのは罪刑の均衡性についての一箇所で、「軽すぎない」「重すぎない」という外枠の形成の部分である。また、先入見、偏見などの排除に関しては極めて厳しい見方を示す(W.Hassemer, Einführung, S. 224 (前者), und SS. 84-8 (後者).)。

- (17) Larenz, op.cit., SS. 273-6. 以下についても、同様である。
- (18) A.Kaufmann, Die Parallelwertung, SS. 27-36.
- (19) Engisch, Einführung, SS. 55-8.
- (20) もっとも、何度か、ある色彩について実物の直示で学習した後で、次の機会に同じ色彩を示された時には、前の事例と同化することができよう。しかし、「包摂」が概念関係であるとすれば、本文で述べるエンギッシュやバーンズの考え方(後述)はそもそも「同化」であっ

ても、「包摂」ではないであろう。普通に「包摂」と言われているものは、「同化」と「包摂」、あるいはラレンツの言う「帰属決定」をも含むものとして使われていると思われるが、ラレンツが言うように、適切ではない。。平田・前掲報告書104-7頁はその意味で多様な事実認定の実態を反映していない。

- (21) トーマス・クーン (安孫子=佐野訳)『本質的緊張』2、1992年、12章。
- (22) (23) Barry Barnes, T.S.Kuhn and Social Science, 1983, pp. 22-30.
このコンベンションは「言語ゲーム」と共同体の合意に基づくから、慣習または協約ではなく、慣習と協約の両要因を含むから、慣習=協約と言うべきである。
- (24) (25) B.Barnes, op.cit. pp. 120-1.
- (26) たとえば、わが国の「サル学」ではチンパンジーは大形種のノーマル・チンパンジーと小型種のピグミー・チンパンジーとに分類されていた (立花隆『サル学の現在』1991年245-78頁)。しかし、今では後者はボノボという別種のサルであると考えられている。ボノボの最も有名な個体はアメリカのジョージア州立大学が飼育している兄妹である。アーノルト・ゲーレンはボルクの「停滞」あるいは「胎児化」の学説を採用し、それをアドルフ・ポルトマンの主張によって深めるが、その内容の一つに、「類人猿の親指の短形化」がある。しかし、ボノボの親指は長く、親指と人差し指でネジを外すことができる。これは、他の類人猿にはできない。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28巻4号44-5頁1996年。
- (27) B.Barnes, op.cit., pp. 122-4.
- (28) 上野知鶴子編『構築主義とは何か』2001年。中河伸俊・北澤毅・土井隆義編『社会構築主義のスペクトラム：パースペクティブの現在と可能性』2001年。マックナミー/ガーゲン (野口裕二・野村直樹訳)『ナラティブ・セラピー——社会構築主義の実践』1997年。Kenneth

J.Gergen, *Realities and Relationship: Soundings in Social Construction*, 1994. K.J.Gergen, *An Invitation to Social Construction*, 1999. Ian Hacking, *The Social Construction of WHAT*, 1999. W. Hassemer, *Einführung*, SS. 84-8, 115-74. W.L.Bennett/M.S.Feldman, *Reconstructing Reality in the Courtroom: Justice and Judgement in American Culture*, 1981. Bernard Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, 1988.