

殺人の制作⁽¹⁾—Novelleあるいは探偵(推理)小説と 刑事証拠法

駒 城 鎮 一

事実というものはなく、あるのは解釈だけだ。

(ニーチェ)

「現に起こったとおりの過去」の歴史はありえない。
歴史的なもろもろの解釈があるだけで、そしてそれ
らのどれもが究極のものではありえず、どの世代に
もそれぞれの自分の解釈を組み立てる権利がある。

(ポパー)

目 次

1. 作家, 創作, 法
2. 『スキュデリー嬢』とカウフマン
3. 事実の認定と $verum=factum$
4. 事実の認定における推論
5. 事実の認定と実体形成
6. 証拠裁判主義と殺人の制作

1. 作家, 創作, 法

「作家」兼「法律家」E.T.A.ホフマンにあって、その裁判官としての経歴において彼の関心をひき、彼をしてもっとも多く悩ませたものは、「法哲学的ならびに法実務的性質をそなえた根本問題の詩的処理 (poetische Verarbeitung)」⁽²⁾であった。この問題についてホフマンがどのように対処したかについては、彼の創作『スキュデリー嬢』において一応の解決をみることができるが⁽³⁾、本稿では視角を若干変えて考察を試みたい。すなわち、「一定の精神病理学的状

態で企てられた行為の可罰性をめぐって、19世紀の初頭なおも解決にいたらなかった見解の争いにみられたような、個人の自己決定とそれに伴う責任能力の根本問題は、刑法の専門家にその固有の任務に対する潜在的な懐疑をいだかせることになった」という事態に対する、つまり、「明らかに、それによって決定されているように見える聖にして非合理的 (numinose) な力に直面した時の人間の責任の問題——精神病上の問題における意思決定能力をめぐる医学と司法とのあいだの争いという、法 - 政治上の日常的現実には未解決の問題」⁽⁴⁾ に対するアプローチとは異なる視点からの考察である。

わが国においては、ホフマンの法律家としての仕事は顧みられることがほとんどなく、したがって目下のところ法律家ホフマンの業績の整理は困難であるばかりか、その一部が言及されているにすぎない。1950年にオイゲン・ヴァルターは法律家ホフマンという主題で法律学の博士号請求論文⁽⁵⁾ を書いている。彼は文学と法学との相関関係を明示しようとする。すなわち、『スキュデリー嬢』『牡猫ムルの人生観』『蚤の親方』のなかに彼は煽動者弾圧訴訟⁽⁶⁾ についてのホフマンの文学上の対決を見出しており、その他の著作を手掛かりに彼は法 - 政治的な、犯罪心理学的なものとの責任概念に対するその関連をひきだし、『ヨハネス・ヴァハト親方』のなかにヴァルターは、19世紀初頭の歴史法学派と法典化運動との論争が主題化されているのを見てとっている⁽⁷⁾。

ザルフ・ゼーゲブレヒトは作家ホフマンと法律家ホフマンとを厳格に切り離すことに疑問を呈し、なかんづく訴訟手続の方式とその追行とにおいて、刑法上の外観と詩学上の外観との類似性について注意を促した最初の人である。すでに1967年⁽⁸⁾ に彼は法律家としての所見について手短な概要を述べており、完全に復刻されたシュモリング鑑定⁽⁹⁾ の分析において司法上の仕事と文学上の仕事とのあいだに、とりわけ認識の問題性に関して、明白に並行するものがあることを指摘している。1984年⁽¹⁰⁾ に書かれた論文において彼は、社会的アウトサイダーの二つの存在形式としての芸術家と犯罪者との、ならびに国家の絶対性要求に対するホフマンの抵抗と芸術家との、その密接な関係を明らかにしてい

るが、その際にゼーゲブレヒトが出発点としている前提は、ホフマンは、物語作家ならびに法律家として見方を変えることなく、ポエジーの権利を国家の攻撃に対して防御するという芸術家の立場から論じているということである⁽¹¹⁾。

ところでアルトゥール・カウフマンはホフマンの物語を短編小説 (Novelle) として分析する。新法 (leges novellae) の概念の由来から出発して彼は短編小説を、異常な事件から始まる短い物語りのテキスト (kurze Erzähltexte) であると定義する。つまり、新奇な、細部を関連づけ、全体を統一する求心的緊張を生み出す事件から始まる短い語り物が Novelle であり、この定義はとりわけホフマンの犯罪物語 (Kriminalgeschichte) に適合する。以下の考察はこのカウフマンの視角⁽¹²⁾からすすめられる。

「創作をする法律家は見たところ、二つの世界のあいだに身を置いている。すなわち、無味乾燥な秩序の王国とファンタジーの夢の王国のあいだに」⁽¹³⁾、とカウフマンは言う。つまり、「創作をする法律家」とは「二つの世界の住人」(The Man Between) に他ならないのであるが、これがカウフマンの視角の背後に流れる通奏低音である。

カウフマンによれば⁽¹⁴⁾、法と創作との相互関係はきわめて多様な形態をとっている。そのうえさらに、その名称を法律学的なものから借用してきているという特有の芸術形式がある。die Novelle [新勅法] とは、周知のとおり、534年のユスティニアヌスの立法作業のことで、その後多数の個別法規によって続行されていったのであるが、これら個別法規は法典を単に補充したのではなくて、重要な部分をまったく新たに整理したので、人はそれら個別法規を leges novellae すなわち新法と名付けた。「新しいもの」というメルクマールは die Novelle との類比的意味において、14世紀にイタリア人によって発達せられた物語的創作の形式 die Novelle すなわち短編小説として、法律の改正法と共通するのである。切り詰める、そして濃縮するというその表現方法は、なにがしかの予想外のもの、因果的に導き出しえないもの、それどころか、さらには前代未聞のものを導入することで、die Novelle [短編小説] にとって特有の転機

を現出せしめる。ゲーテは『ドイツ避難民閑談集』(Unterhaltungen deutscher Ausgewanderten, 1794/95)のなかで、Novelleを次のように的確に定式化した。「出来事⁽¹⁶⁾に魅力を与えるのは何であるか？ それは出来事の重要性とかそれのもつ影響力とかではなく、新規性である。通常、新しいものだけが重要に見えるのは、それが他との脈絡なしに驚きを起こさせ、われわれの想像力を一瞬のうちに掻きたてるからである」。

文学のNovelleと法律学のNovelleとの比較において共通する様式上の契機は、本質的なものに向けての、あらゆる装飾的付属物のそぎ落としに向けての厳格な全力傾注である。この切り詰め技法は、また、NovelleとRomanとを分かたつものでもある。Romanにおいては一般的である包括的な時代像と生活像が展開されるのとは違って、Novelleの場合それは、まったく単刀直入に思いもかけないようなクライマックスとなる事件に向かって進む、ワンカットの物語に局限される。

文芸学においては、Novelleとは偶然や運命の気まぐれや生活の分断がそれぞれの場合に人間的現存在の根本的特徴として描写されるという文学的ジャンルである、という見解が主張されることがままある。だがそれは、全面的に正しいというわけではない。それは法においても、とりわけ刑法においても同様であって、それぞれの行為がその特異性において問題にされるのでは決してなく、行為の典型性、反復可能性、また類型性においてのみつねに問題とされるのであるから、したがって創作の領域においても、Novelleは人間の行為の典型的なものにその他の分野におけるよりもさらに興味をもつ芸術形式である。

短編小説上の根本的構想はすでにポッカッチョによってその『デカメロン』において完全無欠に展開されている。枠物語においては人物と状況は、せき止められた緊張のために思いがけないクライマックスとなる事件や、新規性が晴天の霹靂のよにとび出してくるという仕方の快適かつ策略に満ちた多弁によって、活写される。もっとも著名なものの一つは、『デカメロン』の五日めの第九話であるが、そこでは、一人のさげすまれ、そのためにまったく自暴自棄に

なった恋人が、予期に反して彼が熱愛するものの愛を得るのに成功するのであるが、それは、彼が彼女に彼の最後の財産である一羽の貴重な鷹を食卓に供することによってである。

鷹の物語は短編小説の模範となった。しかし鷹は古代の劇場の「機械仕掛けの神」ではない。「機械仕掛けの神」は難問題の解決をつねにもたらしたが、鷹は逃れることができ、したがって読者に二律背反の際立った対照性をいよいよもって明らかに示す。カフカにあっては、突然の結末が愕然とさせる空虚を意識させることをめざしているのは明白であり、ヘミングウェイ、ジョイス、フォークナー、スタインベックなどのshort stories (Novelleはこれに属するが、novelはRomanを意味する)においては、まさしくそのものがある。しかし、古典作家には相違もまたある。古典作家たちはカオスの深淵をわれわれに見せてくれるが、しかし、彼らは実存主義的仕方で無 (Nichts) を告げるためではなく、待ち伏せている危険に打ち勝つための力を呼び起こすためにそれを行なっているのである。『ノヴェレ (Novelle)』におけるゲーテ、『ミヒヤエル・コールハースの運命』におけるクライスト、『夜の画集 (Nachtstücke)』におけるホフマンがそれである。

無味乾燥な秩序の王国とファンタジーの夢の王国という異なる二つの世界の、その二重の要求に対応するのは困難ではある。しかし、法律家の秩序正しい思考と作家のあふれんばかりの独創力とのあいだの対立・緊張こそが、「創作をする法律家」の創作上の原動力となるのである。

2. 『スキュデリー嬢』とカウフマン

法律家、作家、凶案家、画家、作曲家、指揮者、音楽批評家、舞台設計家として活動した万能 (ある意味では器用貧乏) の人ホフマンは、彼自身としては作家よりもむしろ作曲家として後世名が残ると信じていたらしい。彼のかなり短いといえる生涯 (1776-1822) の最後の時期、すなわちベルリンの大審院判事の時期と重なる晩年の7年間 (1814-1822) は作家 (なかんづく短編小説家)

として、二足のわらじを履いてぼろぼろになって（脊髄癱による全身麻痺）死んだ。法律家としてのホフマンは法治国家の積極的な弁護人として、そしてそれにおとらず当時の警察国家に対する容赦のない敵対者として評価されている（『蚤の親方』）。

『スキュデリー嬢』（それと密接に関連するシュモリング鑑定）については別に考察済み⁽¹⁶⁾なので、ここでは法学者カウフマン（刑法学者にして法哲学者）による考察⁽¹⁷⁾を次に見てみよう。

ホフマンの物語の手法は、幻想（Phantasie）と現実（Realität）とのあいだの対立・緊張によって強力に刻印されている。ポエジーは、彼にあってはいく度もいく度も美しい幻影（Illusion）となるが、しかしそれは、現実（Wirklichkeit）からその仮面をイローニッシュにはがし、現実のデモーニッシュで化け物じみた性格をあらわにするという危険な能力を保持している。存在と仮象とのあいだの、目覚めと夢とのあいだの境界は相互に入り交じって移行する。ホフマンの強みは、外面的生と同程度に内面的生の諸矛盾の摘発や、「存在のくだらなさ」（Faxen des Seins）の暴露や、幻想と現実（Wirklichkeit）のグロテスクな結びつけに見られる。多くの人々は彼のことを、幽霊物語の「お化けのホフマン」（Gespenster-Hoffmann）としてのみ見ている。しかし彼は、はるかにそれ以上の存在である。彼は、文学的な犯罪物語の、しかり近代的な短編小説一般の始祖である。

短編小説『スキュデリー嬢』を単なる犯罪物語としてのみ判断することはできない。デーモンに憑依されている金細工師カルディラックと善なる力を愛好するスキュデリーという二人の対照的な芸術家の本性を文学的に造形することもまたホフマンにとっては問題なのである。しだいに犯罪捜査学的な契機は、物語の進展とともに法的问题性に席をゆずって後退していく。明らかにここにエドガー・アラン・ポーに先立って、犯罪物語の古典的構造が展開される。それは、いわくありげな犯罪とそれの探偵による解明、そして最終的には正義が修復される、という三分割である。

法的問題性は、三人の中心人物カルディラック、オリヴィエ、スキュデリーにまつわりついており、彼らはそれぞれ固有の仕方では負い目 (Schuld) をかかえており、それゆえ負い目から逃れることが必要である。出生前の影響を通じて「邪悪な星」によって支配されているカルディラックは、彼の芸術作品の引き渡しを彼の人格の一部の喪失と感ずるので、彼によって作り出された細工物を身につけている者の殺害に駆り立てられる。彼は自分にかけてられた呪いに悩まされ、救済を希望しているが、その救済を彼に与えることができるのは徳の高いスキュデリーだけであり、もともとは聖女マリアのために作られた芸術的に完全無欠の装身具を捧げ物として彼女が受け取り、身に付けた場合である。だがスキュデリーは理解せず、彼女は装身具を受け取りはするが、しかしそれを身に付けるつもりはない。そうこうするうちに、カルディラックは自分が仕掛けた襲撃を反撃されて殺されてしまう。オリヴィエは親方カルディラックの悪行を知っていたが親方の娘マデロンを愛していたがゆえに沈黙を守り、あらぬ嫌疑をかけられて絶体絶命に陥る。

オリヴィエはカルディラック殺害については無実であるが、カルディラックの引き起こした殺人事件を関知していた点では負い目 (Schuld) がある。スキュデリーにはカルディラックの懇願を理解しなかったという負い目がある。カルディラックは「邪悪な星」のもとに生まれた負い目によって自滅してしまう。しかし、ホフマンは問題の解決を正規の法の次元においては求めない。すなわち、オリヴィエは国王の「恩赦」によって、スキュデリーは生前のカルディラックの「希望」をかなえることによって、故カルディラックは掠奪した宝石と装身具のうち所有者不明の品は「教会」に寄贈されることによって、それぞれ救われるのである。そこにもたらされたものは、実定法をこえる形而上的正義である。

3. 事実の認定と verum=factum

カルディラックは注文を受けてみずから制作した精巧な金細工にちりばめら

れた宝石に、あるいは宝石がちりばめられた精巧な金細工に、そしてそれらのすべてに、必ずしも金銭欲が動機ではない異常な執着があり、それらを取り返すために彼は人知れず一連の殺人を犯した。カルディラックが殺害されたのは、そのような事件での、予期せざる反撃によるものであった。たまたま事件の真相を知ることになったオリヴィエは、愛するマデロンに彼女の父親が凶悪な殺人者であったなど言えるはずがない。カルディラックが何者かによって殺害されて後は強盗殺人は跡を絶ってしまうが、それはオリヴィエ逮捕の結果だと思われ、一連の殺人事件の容疑までもオリヴィエにかけられることになり、情況は日に日にオリヴィエに不利になる。ここに登場するのがスキュデリーである。彼女はマデロンの無垢とオリヴィエの至純に動かされて、罪のない青年を救おうと苦心のすえ事の真相をつきとめる。しかしそれはオリヴィエが彼女にひそかに告白したからであって、証拠によって事案が究明されたというのではない。結局は、ルイ14世の興味をオリヴィエとマデロンに向けさせることにスキュデリーは成功して刑事手続は中止され、オリヴィエは放免されることになるのである（マデロンと結婚してともにパリ所払い）。しかしそれは、あくまでも国王の慈悲の結果である。カルディラックをめぐる真実は細工物を作った者だけが知っている。真実はそれを作った者だけが知っている。その意味ではスキュデリーは依然として何も知らないと言えそうである。

verum=factum（真なるものは作られたものに等しい）ということが言われる。事物を知ることができるのはその事物を作ったものだけである、という考え方である。ヴィーコは言う。「幾何学的方法の力によって真理として引き出された自然学のことごらは単に真らしいだけのこと〔蓋然性〕であり、また幾何学から確かに方法は得ているにしても、証明を得ているわけではないのである。われわれが幾何学のことごらるを証明するのは、われわれが〔それらを〕作っているからである。もしかりに、われわれが自然学のことごらるを証明できるとしたら、われわれは〔それらを〕作っていることになってしまうであろう」

⁽¹⁸⁾。このヴィーコの知識論は、さらに『イタリア人の太古の知恵』第1巻第

1章において次のように敷衍される。「真理の規準ないし尺度は当の真理自体を作ったということである、と言うことができる。ひいては、われわれの知性の明晰かつ判明な観念は、他のもろもろの真理の規準でありえないばかりか、知性自身の〔それが存在することの真理の〕規準でもありえないことになる。というのも、知性が自己を認識するとき、知性は作ってはいないのであり、そして作ってはいないがゆえに、自己を認識する際の類型または様式を知ってはいないからである」⁽¹⁹⁾。

要するにヴィーゴにとって真理とは、デカルト的真あるいは明証としての数学における真理ではなくて、人間、社会、歴史の研究における真理であり、ひいては、法廷で争われる真理である。かつて筆者も次のように論じたことがある。「現実にはわれわれが住まう法の世界は、絶対的な真実ではなくて事件の真実をめぐる蓋然性が支配する世界である。刑事法廷において、検察官と弁護人とが真実発見のために、いわば綱引きをしているような場合に、そこにデカルト的真あるいは明証があるはずがない。それがあり得るのは探偵（推理）小説の世界である。なぜならば、必ず事の真相が明らかになり、犯人が明らかになるのであればならぬその言語空間においては、論理的明証としてのデカルト的真が要請されるからである」⁽²⁰⁾。

探偵（推理）小説の世界には、いわば全知全能の、あらかじめ事情を熟知し、出来事の一切を超越的に見渡して統御できる作者がいる。しかし、『スキューデリー嬢』におけるホフマンはそのような作者ではない。そのかぎりでは『スキューデリー嬢』は探偵（推理）小説としては論理的整合性に欠けるところがあるが、その分、多分に現実の刑事法廷における事実認定に近いものをもっていると言えるかも知れない。「破局から始まるホフマンの文学上のお気に入りの技法は、疑いもなく彼の法律家としての職業によって創始された」（アルノ・シュミット）と言われるが、ひょっとするとホフマンは、刑事法廷においては「過去の客観的事実というものはなく、あるのは証拠の解釈だけだ」と考えていたのかも知れない（シュモリング鑑定についてのホフマンの態度が一例である）。

4. 事実の認定における推論

一般的に言って推論には、deduction (演繹推論), induction (帰納推論), abduction (遡及推論) の三種があり、次のように定式化できる。

deduction ; rule+case→result

規則(法規)を立て、具体的な事件(事例)をもってくる。それから何が言えるか。

例：刑法199条がある。太郎が花子を殺した。太郎は死刑か無期懲役か3年以上の懲役になる。

induction ; case+result→rule

具体的な事件が起こり、法的に解決された。それから何が言えるか。

例：太郎は花子を殺したために殺人罪で罰せられた。人を殺せば罰せられるのが決まりである。

abduction ; rule+result→case

一般的な法則のもとにそれに或る結果が結び付くとすれば、何が起こったと言えるか。

例：職務質問をしたらその者は脱兎のように逃げ出したので、警官は何らかの犯罪が行なわれたと推定した。

犯罪捜査に用いられる推論は主としてabductionであるが、そこに登場するrule, result, そしてcaseとは、通常、次のようなものである。

rule ; 自然法則, 一般的真理, 経験, 常識 (犯罪は素質と環境の関数的表現である)

result ; 観察された事実, 事件 (誰何されて逃げる挙動不審者がいる)

case ; 仮説的判断 (その者は犯罪を行なったに違いない)

abductionには二種類のものがあると言われる。その一つは、「一つまたはそれ以上の意外な特殊事実から出発して一般的法則の仮説に至るもの(科学的発見のすべての実例はこれであると思われる)」であり、もう一つは、「一つまたはそれ以上の意外な特殊事実から出発して一般的法則の仮説に至るabduction

の原因だと想定される別の特殊事実の仮説に至るもの（犯罪の捜査の実例はこれであると思われる）」である⁽²¹⁾。

最近の研究によればabductionは医者や歴史家の推測手続と同一ではないかと、記号論学者ウンベルト・エーコは次のように言う。「さて医者は一般的法則と固有の特異な原因の双方をさがし求めるし、歴史家は歴史的法則と特定の出来事の特定の原因の双方を確認しようとする。いずれの場合でも歴史家と医者は、見たところ繋がりのない一連の要素のテキスト的な特性について推測しているのである。彼らは多の一への還元 (a reductio ad unum of a plurality) の操作をしているのである。科学的発見、医学的探知と犯罪捜査、歴史的再構成、文学テキストの文献学的解釈（文体上の手掛かりに基づく或る著者の推定、欠落した文章や語の「公正な当て推量」）は、すべて推測的思考の実例である」⁽²²⁾。

われわれ人間は、観察した状況が何であったのか必ずしも正確には分からない場合でも、その観察から真理に至る強力な暗示を引き出すことがままあるが、多くの場合、その推測はabductionに拠っている。abductionにおける仮説的判断 (case) は、ruleとresultとの組み合わせから論理必然的に導き出されるのではないから、deductionにおけるようにつねに論理的に正しいとはかぎらない。abductionとは、端的に言うならば、後件から前件へ進む推論のことである。推論の安全性つまり確実性の度合から言えば、deduction が最高であり、inductionからabductionへ移るにつれて確度は急激に減少する。しかし、発見の方法という点では、逆にabductionが最高であり、deductionは最低となる。

刑事法廷における事実の認定とはabductionにおける仮説的判断 (case) の成否の問題のことであり、単に過去の客観的事実を再現することではない。そもそも過去の事実を再現することなど人間には不可能である。語弊を恐れずにあえて言えば、事実の認定とは証拠による過去の再構成、すなわち過去の制作である。

5. 事実の認定と実体形成

小説の内的形式についてルカーチは次のように言っている。「小説にあっては、倫理、つまり志向は、どのような細部の形象のうちにも見いだされる。したがって、倫理はそのもっとも具体的な内容性において、詩文学そのものの有力な構成要素なのである。だから小説は、他のジャンルのように、完全に仕上げられた形式のうちに安らかに存在しているものとちがって、生成の途上にあるもの、つまりひとつの過程として現われるのである。それゆえ、それは芸術的にはもっとも危険にさらされた形式であり、多くの人々によって、問題性と問題的であることとを同一視することから、半芸術と呼ばれたのである」⁽²³⁾。ルカーチの主旨からすれば、「完全に仕上げられた形式のうちに安らかに存在している」小説は、探偵（推理）小説である。

三島由紀夫が推理小説を嫌ったのはよく知られているが、その本質的理由はそこにある。「はじめから主題が作家にわかってゐる小説は、推理小説であって、私が推理小説に何ら興味を抱かないのはこの理由による。外見に反して、推理小説は、刑事訴訟法的方法論からもっとも遠いジャンルの小説」⁽²⁴⁾であると三島は言う。三島にとっては、「文学、殊に私の携はる小説や戯曲の制作上、その技術的な側面で、刑事訴訟法は好個のお手本であるやうに思はれた。何故なら、刑訴における『証拠』を、小説や戯曲における『主題』と置きかへさへすれば、極言すれば、あとは技術的に全く同一であるべきだと思はれた」⁽²⁵⁾のである。それにはわけがある。東大法学部の学生であったころ三島は、団藤重光の刑事訴訟法を学んで大いに魅了されたのである。かつて「若手のチャキチャキであった」と三島に評された団藤は、三島の自決の翌年（1971〔昭和46〕年）に当時を回想して、三島の言う「証拠」とは「『証明のテーマ』つまり『要証事実』とあるべきところだ。『要証事実』そのものが、わたくしの見解によれば、単に対象的な所与ではなくて、むしろ目標であり、それじたい発展性をもつものなのである」⁽²⁶⁾と補説して三島の主張を肯定した。

すでに見たようにルカーチは、小説とは「生成の途上にあるもの、つまりひ

とつの過程として現われる」ものであるから、「芸術的にはもっとも危険にさらされた形式であり、多くの人々によって、問題性と問題的であることを同一視することから、半芸術と呼ばれた」と言ったが、三島も同主旨のことを言っている。「小説といふものは、芸術といふ資格の一等あやしげな、もっとも自由で、雑然たる文学形式だといふことになってゐる。そしてそれは、生成発展するのが構成上の特長をなすところの、もっともダイナミックな文学上のジャンルだといふことになっている」⁽²⁷⁾。

小説作法における主題と刑事訴訟法との関係について三島はつぎのように述べている。

「刑事訴訟法は手続法であつて、刑事訴訟の手続を、ひどく論理的に厳密に組み立てたものである。それは何の手続かといふと「証拠追究の手続」である。裁判が確定するまでは、被告はまだ犯人ではなく、容疑者にとどまる。その容疑をとことんまで追ひつめ、しかも公平に審理して、のっぴきならぬ証拠を追究して、つひに犯人に仕立てあげるわけである。

小説の場合は、この「証拠」を「主題」に置きかへれば、あとは全く同じだと私は考へた。小説の主題といふのは、書き出す前も、書いてゐる間も、実は作者にはよくわかつてゐない。主題は意図とは別であつて、意図ならば、書き出す前にも、作者は得々としゃべることができる。そして意図どほりにならなくても傑作ができることがあり、意図どほりになつても意図だふれの失敗作になることがある。

主題はちがふ。主題はまづ假定（容疑）から出発し、その正否は全く明らかでない。そしてこれを論理的に追ひつめ、追ひつめしてゆけば、最後に、主題がポカリと現前するのである。そこで作品といふものは完全に完結し、ちゃんとした主題をそなえた完成品として存在するにいたる。つまり犯人が出来上がるのである。

もちろん刑事訴訟でも、証拠不十分で、元の空阿弥になる訴訟はたくさんあり、小説でも、最後のどんづまりになつて、主題がうまいぐあひにポカリと現

はれてこず、作品として失敗する例は数多い。しかし、そこへゆくまでは、仮定に立って、論理で責めて責めてゆくほかはないのである」⁽²⁸⁾

先にも見たように、「証拠追究の手續」における「証拠」を、団藤の指摘どおり「証明のテーマ」つまり「要証事実」の意味に読むならば（三島が「証拠不十分」と言うときの証拠は文字どおり「証拠」の意味である）、三島の小説作法は団藤刑訴法理論の文学的表現である。なぜならば、団藤刑訴法理論は、「カントの『物じたい』の世界をおもわせるような、訴訟から超絶した『訴訟の対象』をはじめから前提してかかる訴訟法理論を拒否して、『あたえられたもの』ではなく『課せられたもの』として実体形成を考える立場を提唱した」⁽²⁹⁾理論であるからである。

団藤刑訴法理論の根幹は次のように摘記できるであろう。

「訴訟は発展する」⁽³⁰⁾。「実体法学では静的観察方法が用いられるべきであるのに対し、訴訟法学では動的観察方法が用いられなければならない。前者は実体法的観察方法であり、後者は訴訟法的観察方法である。刑法では例えば、『人ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期若ハ三年以上ノ懲役ニ処ス』という規定を考えるばあいにおいて、『人ヲ殺シタル』という事実は『与えられた』(gegeben)ものとして前提され、またその刑も法定刑が抽象的に考えられるにすぎない。ところが、この規定を刑事訴訟で具体的に適用するばあいには、『人ヲ殺シタル』という事実は決して純粋に客観的に与えられたものでなく、それはまさに認定されるべき事実として『課せられた』(aufgegeben)ものである。また刑を考えるについても、その法定刑の範囲内で、ある具体的な刑を定めなければならない。かような意味で実体法的な観察は絶対的であるのに対し、訴訟法的な観察は相対的である。前者には絶対的な確実性・客観性が認められるが、後者にはある程度の不確実性が本質的であり、またそれは純粋に客観的ではありえず、主観的＝客観的である」⁽³¹⁾。

「刑事訴訟は具体的事件における刑法の実現を目的として行われる。かような具体的法律関係は訴訟手続を超絶して考えられるものではなく、むしろ訴訟

手続の発展に伴ってその上に形成されるものと考えなければならない。すなわち手続の発展と実体形成とは、訴訟の両側面として相即不離の關係に立つものである。前者を手続面、後者を実体形成面、或は簡単に実体面と称することができるであろう」⁽³²⁾。

「私は『訴訟の対象』という觀念を認めないで、いわゆる『訴訟の対象』に関する問題も『実体形成』の理論に組み替えて訴訟理論を構築している。私の理論からも、もちろん『訴訟の対象』ということ想定することができないわけではなく、むしろ常識的にはこれを認めるほうがわかりよいであろう。しかし、世の中に実際に起こった真の『事実』というものは、訴訟の世界を超絶したものである。訴訟的にみるかぎり、『公訴事実』は、いわば仮説的なものである。ドイツの学者が訴訟の対象の『仮説的性質 (hypothetische Natur)』ということ説くのは、その趣旨である。仮説的なのは、検察官が存在を主張するところの『公訴事実』だけではない。確定判決において認定された『犯罪事実』でさえも、それは『真実とみなされる (Res iudicata pro veritate habetur)』だけのことであって、再審の可能性が否定されないばかりでなく、再審にならない場合であっても、それが真に間違いのない本当の『事実』であるかどうかは、まさに神のみぞ知るである。・・・神のみの知る真の『事実』を想定して、訴訟の上でそれに可及的に近づこうとするのが実体的真実主義であるが、それはいわば理念的な想定にすぎない。これを『訴訟の対象』として捉えるよりも、むしろ訴訟の実体面としての『実体形成過程』として捉えるほうが、もっと理論的であろう」⁽³³⁾。

「主題はまづ假定 (容疑) から出発し、その正否は全く明らかでない。そしてこれを論理的に追ひつめ、追ひつめてゆけば、最後に、主題がボカリと現前するのである。そこで作品といふものは完全に完結し、ちゃんとした主題をそなへた完成品として存在するにいたる。つまり犯人が出来上がるのである」⁽³⁴⁾と三島が言うとき、「犯人が出来上がる」とは「犯人をでっちあげる」ことではないのは勿論である。日本が独立した1952 (昭和27) 年に起きた列車脱線

妨害の「青梅事件」で、最高裁小法廷の岩田誠裁判長は、「『証拠をどう組み立てても被告の犯行にはならない』と一、二審の有罪判決を破棄して、無罪の突破口を開いた」⁽³⁵⁾が、これを言い直せば、証拠をどう組み立てても「犯人が出来上がらなかった」ということである。証拠裁判主義といえども、過去の事実を証拠によって再現することはできず、できるのは証拠の解釈⁽³⁶⁾だけなのである。

6. 証拠裁判主義と殺人の制作

「世界を言葉で再現することができれば、もって瞑すべきである」⁽³⁷⁾とゲーテは言ったことがあるが、含蓄のある立言である。ところで、刑事訴訟法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刑事訴訟手続において採ることを明らかにしている。しかし、証明力の判断を裁判官の自由な心証に委ねるといっても、裁判官の恣意的な判断を認めるというのではない。判例も「もとより証拠の証明力は裁判官の自由な判断に委ねられているのであるが、この自由心証は裁判官の恣意を意味するものではなく、論理の法則、経験則に基づく合理的なものでなければならない」⁽³⁸⁾と判示しており、最高裁も「自由に証拠能力があるかどうかを決定することは事実審たる原審の自由裁量に委ねられているところではあるが、その自由裁量たるや、合理的判断にもとづくものでなければならず、経験則に反するものであってはならないことは勿論である」⁽³⁹⁾とこの点を明らかにしている。この論理の法則と経験則が、先に述べたabductionにおけるruleに組み入れられるならば、証拠の証明力の判断はabductionの推論となって、特定の帰結（仮説的判断）に導かれることになる。すなわち、特定の過去の世界（行為事実）が言葉によって、いわば再現されるのである。

「特定の過去の世界（行為事実）」を「再現」するとは、団藤刑訴法理論に拠れば、次のようなことである。「事実は客観的なものであるはずであるが、絶対的な真実はいわば神の目から見た場合のことであって、人間の認識能力が

相対的なものである以上、訴訟における真実は性質上やはり相対的なものであり、その意味では事実の認定は、認識ないしは発見ではなくて、むしろ創造的なものだというべきである」⁽⁴⁰⁾。真犯人が必ず分かるというのは神の目で見るということであり、それは、「刑事訴訟法的方法論からもっとも遠いジャンルの小説」であるところの探偵（推理）小説の作者の視点にはかならない。探偵（推理）小説における犯人捜しはフィクションであるが、しかし、刑事裁判におけるそれは創造的な制度的現実である。この点が肝要である。

「殺人の制作」とは、近代哲学の祖デカルトを批判し、一元論的な見地に立って独自の認識哲学を展開した哲学者大森荘蔵の時間論に現われる用語である。その著書『時は流れず』⁽⁴¹⁾の1～4章で時間の問題が論じられているが、第2章の標題が「殺人の制作——過去制作の一断片」なのである（他の3章の標題は、第1章「物語りとしての過去」、第3章「『後の祭り』を祈る——過去は物語り」、第4章「時は流れず——時間と運動の無縁」）。以下、大森の時間論を必要最小限援用して、「事実の認定は、認識ないしは発見ではなくて、むしろ創造的なものだというべきである」という団藤刑訴法理論の基本的テーゼを、少しばかりバックアップしてみたい。

「私たちの生活世界の事実としての過去とは、人間が言語的に制作（ポイエーシス）した『過去物語り』にほかならず、「自然科学の全体をも宇宙的な過去物語りとしてみうること」、「一言でいえば、過去とは経験を超越した何か実体的なものではなく、言語的制作物である」⁽⁴²⁾というのが、大森の基本的立場である。要するに、過去とは過去物語りなのであるが、しかし、それは、「虚構としての小説等とは違って、真なる過去物語り」である⁽⁴³⁾。すなわち過去物語りとしての過去は、「あまた作られてきた虚構の物語り類と全然違って制度的真理性を持つ物語り」⁽⁴⁴⁾である。そして、「過去ということの意味も時間ということの意味もともに実生活での社会的制作の産物」であって、そのことは、「『過去自体』という物自体的概念を不要にする」⁽⁴⁵⁾のである。

物自体としての過去自体が存在しないとすれば、そして、「殺人事件の捜査

とは殺人物話りの制作であるならば、それはまさに殺人という過去を制作することそのことになるはずである」⁽⁴⁶⁾と大森は言う。言うまでもないことであるが、「殺人物話りの制作」とは「殺人物語り」の単なる「でっちあげ」ではない。「科学者は高価な観測道具と素人をよせつけない高度の数学を使うのに対して、刑事たちはもっぱら『足を使って』かぎ回る違いがあるが、要はそれぞれが抱く過去物語りを現在証拠で固めてゆく点では異なるところはない」⁽⁴⁷⁾のである。

団藤刑訴法理論の基本的テーゼは、以上に略記したように、大森哲学の時間論によっても裏打ちが可能であると筆者は考えるが、より詳細な考察は他日を期したい。

注

- (1) 大森莊蔵『時は流れず』（青土社、1996）第2章。なお、参照、本稿の6「証拠裁判主義と殺人の制作」。
- (2) Hartmut Mangold, Gerechtigkeit durch Poesie. Rechtliche Konfliktsituationen und ihre literarische Gestaltung bei E.T.A.Hoffmann,1989,S. 11.
- (3) 参照、拙著『社会システムと法の理論』（世界思想社、1996）103ページ以下。
- (4) Mangold,a.a.O.,S.12.
- (5) Eugen Walter, Das Juristische in Hoffmanns Leben und Werk, jur.Diss. Heidelberg 1950.
- (6) 参照、吉田六郎『ホフマン——浪漫派の芸術家』（勁草書房、1971）460ページ以下。
- (7) Mangold,a.a.O.,S.15.
- (8) Wulf Segebrecht, E.T.A.Hoffmanns Auffassung vom Richteramt und vom Dichterberuf. Mit unbekanntem Zeugnissen aus Hoffmanns juristischer Tätigkeit.In:Jahrbuch der deutschen Schillergesellschaft 11,1967,S.62 - 138.
- (9) 参照、拙著『社会システムと法の理論』181ページ以下。
- (10) Segebrecht, Beamte,Künstler,Außenseiter—Analogien zwischen juristischer und dichterischer Praxis E.T.A.Hoffmanns. In:Imprimatur. Ein Jahrbuch für Bücherfreunde. Neue Folge XI,Ffm.1984,S.295—307.
- (11) Ebd.,S.305.
- (12) Arthur Kaufmann, Beziehungen zwischen Recht und Novellistik. In: Neue Juristische Wochenschrift 1982, Heft 12.S.606—610.
- (13) Ebd.,S.606.
- (14) 同上論文を単行本にした Beziehungen zwischen Recht und Novellistik / von

Arthur Kaufmann. Richard Boorberg Verlag GmbH & Co.,1987,S.7 - 11に拠った。

- (15) カウフマンは、Was gibt einer Besonderheit den Reiz? と引用しているが、ゲーテの原文はBesonderheitではなくBegebenheitであり、邦訳も「出来事」となっている。文脈からもBegebenheitが正しく、カウフマンの誤記であろう。
- (16) 拙著『社会システムと法の理論』103-203, とりわけ181-203ページ。
- (17) Kaufmann,a.a.O.,S.13-18に拠った。
- (18) ヴィーコ『学問の方法』(上村忠男・佐々木力訳, 岩波文庫, 1978) 40-41ページ。
- (19) ジャンバッティスタ・ヴィーコ『イタリア人の太古の知恵』(上村忠男訳, 法政大学出版局, 1988) 44ページ。
- (20) 拙著『ポスト・モダンと法文化』(ミネルヴァ書房, 1990) 143ページ。
- (21) Umberto Eco, Horns, Hooves, Insteps:Some Hypotheses on Three Types of Abduction, in The Sign of Three: Dupin, Holmes, Peirce, edited by Umberto Eco & Thomas A.Sebeok, Indiana Univ.Press,1983, P.204.
- (22) Ibid.,P.205.
- (23) ジェルジ・ルカーチ『小説の理論』(原田義人・佐々木基一訳, ちくま学芸文庫, 1994) 83ページ。
- (24) (25) 三島由紀夫全集第30巻 評論(6)(新潮社, 1975) 181ページ。
- (26) 団藤重光『この一筋につながる』(岩波書店, 1986) 115-116ページ。
- (27) 三島全集第31巻 評論(7),1975,151ページ。
- (28) 同書257-258ページ。
- (29) 団藤前掲書116ページ。
- (30) 団藤『訴訟状態と訴訟行為——刑事訴訟における——』(弘文堂, 1949) 2ページ。
- (31) 同書3ページ。
- (32) 同書7-8ページ。
- (33) 団藤「刑事訴訟法における主体性の理論」(ジュリストNo.905,1988.4) 51-52ページ。
- (34) 三島全集第31巻258ページ。
- (35) 山本裕司『最高裁物語』上(講談社+α文庫, 1997) 311-312ページ。
- (36) 「証拠とは常にそれが証明しようとするものの函数であって、独立して獲得できるものではない。すなわち、証拠となりうるものを決定するのは解釈であり、証拠を選び出すことが可能なのは、まさしく解釈が(すでに)仮定されているからである」(スタンリー・フィッシュ『このクラスにテキストはありますか』[小林昌夫訳, みすず書房, 1992] 37ページ)。
- (37) エッカーマン『ゲーテとの対話』1825年4月20日
- (38) 東京高判昭37.1.23下刑集4巻1=2号16ページ。
- (39) 最大判昭26.8.1刑集5巻9号1684ページ。
- (40) 団藤「刑事訴訟法における主体性の理論」49ページ。

- (41) 大森莊蔵『時は流れず』（青土社、1996）
- (42) 同書8 - 9 ページ。
- (43) 同書25ページ。
- (44) 同書29ページ。
- (45) 同書66ページ。
- (46) 同書53ページ。
- (47) 同書56ページ。大森は次のようにも言っている。「極端に申しますと、証拠調べそのものも、例えば、どっかの警察署の刑事さんがでっち上げるわけですね。要するに、たかさんのでっち上げのうちでつじつまが合うのを真実だと言うのは（笑）、どうも三百代言の真実だ。これは悪い意味で言っているんじゃないんですよ（『哲学の饗宴』大森莊蔵座談集、理想社、1994、332ページ）。なお、「それぞれが抱く過去物語りを現在証拠で固めてゆく」ことそのものが論じられているのではないが、過去の事実とは物語りとして構成されるのだと、内田隆三はコナン・ドイルの『緋色の研究』について、同趣旨のことを次のように述べている。「緋色の研究とは『逆向き』の推理であり、それは『過去』という深さを探査し、過去の追想のなかに現在の事件を目覚めさせるという手法をとるものである。それは事実を物語として構成する『時間の深さ』にかかわっている」（『探偵小説という形式』『思想』No.879、1997.9、28ページ）。