



法廷における科学的証拠の評価と利用：
イタリア刑事訴訟法学の視点

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 大阪公立大学法学会 公開日: 2024-06-07 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: チェッキ, マルコ, 岡成, 玄太 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24729/0002000919

法廷における科学的証拠の評価と利用

——イタリア刑事訴訟法学の視点——

マルコ・チェッキ (MARCO CECCHI)^(*)・岡成玄太

目 次

- I. はじめに
- II. イタリア法
 - 1. 導入—概観
 - 1.1 イタリアの刑事手続の構造・分節
 - 1.2 イタリアの刑事訴訟の論理的, 実践的, 規範的ダイナミクス
 - 2. 焦点となる2つの証拠法上の論点
 - 2.1 焦点1: 裁判官の職権
 - 2.2 焦点2: 科学的証拠の評価
 - 3. 小括
- III. 若干のコメント

I. はじめに

本稿は、訴訟における科学的証拠（あるいは、より一般的に専門的証拠）の取扱いを主題とする、イタリアの刑事訴訟法学者（Cecchi）と日本の民事訴訟法学者（岡成）による共著論文である。日本ではあまり類例のない試みであるから、まずは本稿を日本語で公表する意図を説明しておく必要がある。

(*) マルコ・チェッキ (Marco Cecchi): 法学 (刑事法) で博士号を取得。現在、フィレンツェ大学 (l'Università degli Studi di Firenze) 契約講師, il Foro di Prato で弁護士を務める。

現代の訴訟において、事実認定及び法解釈の妥当性を確保するため、社会科学・自然科学の知見を適切に利用する必要性が高まっていることには異論がないと思われる。また、その事情が民事訴訟と刑事訴訟とを問わず妥当することも論を俟たない。しかし、法廷における科学的知見の利用は本質的に困難を抱えた営みである。というのも、科学の素人である裁判官が、法廷に提出された科学的知見を多様な制度的制約の中で理解し、その妥当性を評価し、適切に利用することを規範的に要求されるからである。

さて、この問題について、コモンロー諸国にとどまらず、大陸法諸国（日本・イタリアもそこに属すると言ってよいであろう）にもインスピレーションを与え続けてきたのが、1993年のダウバート判決¹⁾を機縁とするアメリカ合衆国における議論であることは、衆目の一致するところであろう。彼国では、いわゆるジャンク・サイエンスが事実認定・法解釈に不当な影響を及ぼすことをいかにして排除するかという問題が、理論上・実務上の活発な議論の対象となり続けている。この問題の重大性を示す近時の象徴的事案としては、例えば、*McKune v. Lile*²⁾が挙げられる。同事案で、連邦最高裁は、アミカス・ブリーフ、つまり、当事者が提出したわけではない訴訟記録外の資料を典拠として、未治療の性犯罪者の再犯率は80%に上るという知見に言及した。この「恐ろしく高い」³⁾再犯率は、その後の訴訟でも繰り返し引用され、性犯罪者に対する法政策に影響を与えることになる。しかし、後に、この数字には十分な根拠がないことが判明している⁴⁾。これは、科学的知見がいわゆる立法事実として用

1) *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993). なお、日本語表記は「ドーバート」(“Daw-ber”) が一般的と思われるが、同事件の原告側代理人によれば、原告らは自分の名を“Dow-burt”と発音していたとのことなので (Michael H. Gottesman, *Admissibility of Expert Testimony after Daubert: The “Prestige” Factor*, 43 Emory L.J. 867 (1994)), 本稿ではそれに近いと思われる「ダウバート」という表記を採用する。

2) 536 U.S. 24 (2002).

3) *Id.* at 34.

4) See, Ellman & Ellman, “*Frightening and high*”: *The Supreme Court’s Crucial Mistake about Sex Crime Statistics*, 30 Const. Comment. 495 (2015); David ↗

いられた事例であるが、科学的知見が事実認定（事案説明）の為に用いられる場合にも、構造的に同一の問題が生じる⁵⁾。

我々の見るところ、この事例は、法廷における科学的知見の利用に関して、関連するが区別して考察すべき2つの問いを投げかけている。

第1に、科学的知見の信頼性を評価するために裁判官はどのような基準を用いるべきか、という問いである（実体的基準の問題）。ダウバート判決が示したいわゆるダウバート基準の意義・妥当性を巡るアメリカでの議論は、この問題に関わる。

これに加えて、第2に、科学的知見の信頼性を判定する実体的基準を裁判官が適用する際の方法・プロセスを、手続法としてどのように規制・規律すべきか、という問いが成立する（手続的基準の問題）。当事者に対する手続保障のあり方、判決理由のあり方、判断資料の収集方法等が問題となる。これらに関わる実務上の論点として、アメリカでは、例えば、科学的知見の信頼性を評価する目的で、裁判官が当事者の提出した証拠以外の資料にアクセスできるのか（できるとして、いかなる手続を踏む必要があるか）が論じられている。具体的には、アミカス・ブリーフへ依拠することの可否及び限界のほか、裁判官が専門文献の閲読、インターネット調査、専門家との非公式なコミュニケーションなどの独自調査（independent research）を行うことの可否、条件、限界が問題とされており、図式的に言えば、これを厳しく非難する見解と、これを肯定的に評価する見解とが対立しているのである⁶⁾。

さて、我々著者はこの2つの問い（実体的基準と手続的基準）に重要性を認める点で意見を共有している。もっとも、これらの問いについて、日本の民事

↘DeMatteo et al., *Expert Evidence: The (Unfulfilled) Promise of Daubert*, 20 *Psychological Science in the Public Interest*, 129, 132 (2019).

5) 科学的知見が法解釈（法形成）に用いられる場合と、事実認定に用いられる場合との区別は相対的であると考えられる。参照、岡成玄太「裁判官の私知利用の禁止：経験則・公知の事実・立法事実の基礎理論」大阪市立大学法学雑誌68巻1号（2021）1頁、29-32頁。

6) 以上のアメリカ法について、著者の1人（岡成）は別稿での紹介・分析を予定している。

訴訟法学が十分な検討を施してきたとは言い難いように思われる。

すなわち、第1の問題について、日本では、刑事訴訟法学がダウバート判決などを手掛かりに重厚な議論を展開してきたが⁷⁾、民事訴訟法学の側には、これと対話しようという意識は希薄であったと思われる。しかし、そのダウバート判決が民事判決であることも示唆する通り、同じ問題意識は（証拠能力論という議論枠組みを共有する必要はないとしても）民事訴訟法学においても共有されて然るべきであろう⁸⁾。また、後にも述べるように（II.2.2）、刑事訴訟における科学的知見の信頼性の評価方法と民事訴訟におけるそれとに決定的な相違があるという想定は、少なくとも自明のものではない。とすれば、議論の手がかりに乏しい民事訴訟法学が刑事訴訟法学の蓄積から——*mutatis mutandis* に——学ぶという選択は、ある意味で自然なものであろう。また、第2の問題について、日本の民事訴訟法学は、公知の事実論、（専門的）経験則論、立法事実論、あるいは鑑定、専門委員制度などの諸制度の解釈論などをトポスとして一定の議論を蓄積してきたが、なお多くの不明確さが残されている⁹⁾。これは、ある時代・社会における訴訟観にも深く関わる問題であり、普遍的に妥当する正解を導くことは不可能と思われるが、そうであればこそ、比較という手法——外国法との比較だけではなく、隣接する他分野との比較——が、認識の精度を高めるための魅力的なアプローチとして浮かび上がるだろう。

こうした観点から見るととき、イタリア刑事訴訟法学の視点を紹介することは、日本の（刑事訴訟法学はもちろん、）民事訴訟法学にとっても有益であると考えられる。その理由として、第1に、イタリアの最上級審判例が、（我が国同様、陪審制を知らない大陸国家でありながら）ダウバート判決を批判的に継受して、独自の「実体的基準」を構築していることが挙げられる。第2に、手続

7) 成瀬剛「科学的証拠の許容性（1）～（5・完）」法学協会雑誌130巻1-5号（2013）など。

8) 例えば、岡成・前掲注5・51-54頁。

9) 公知の事実、経験則、立法事実に関する従来の議論の整理として、岡成・前掲注5・6-24頁。

的基準についても、後述するいわゆる強化された理由付け義務、裁判所の職権の範囲・限界などをトポスとして、一定の議論の蓄積がある。

こうした認識を踏まえ、以下、上記の2つの問いに関連するイタリア刑事訴訟法学の議論を紹介し(II.)、日本法の(民事訴訟法学の)観点から若干のコメントを加える(III.)。なお、II.においては、本稿の主たる読者層であろう民事訴訟法の専門家がイタリアの刑事訴訟法に関する基本的知識を欠いていると想定されることを踏まえて¹⁰⁾、本稿の中心的なテーマ(II.2.)を論じるに先立って、イタリアの刑事訴訟に関する若干の概説(II.1.)を施した。

II. イタリア法

1. 導入——概観

裁判手続は、社会で共生する人々間の権限行使を、法的形式を通じて規制する技術である。

紛争が存在する場合、国家は、自力救済を禁止し(イタリア刑法392条、393条参照¹¹⁾)、社会的に共有された(第三者の介入を伴い、事案に応じて規律される)紛争解決方法に頼るよう義務づけている。その1つが、まさに裁判手続である。裁判手続は、「ある法秩序の内部で、正統性のある裁判を下すことを終着点とする、諸活動の抑揚ある連鎖である。長年にわたり、この裁判を客観

10) イタリア刑事訴訟法については松田岳士教授の一連の研究がある。例えば、松田岳士『イタリアにおける刑事手続改革と参審制度』(大阪大学出版会、2015)。また、刑事訴訟法典の翻訳として、法務大臣官房司法法制調査部『イタリア刑事訴訟法典(法務資料第475号)』(1997)がある。

11) イタリア刑法392条および393条は、「物に対する暴力を伴う自己の権利(ragioni)の恣意的行使」および「人に対する暴力を伴う自己の権利の恣意的行使」を犯罪として処罰する。次の思想は今や広く認められている。「社会は、各人が持つ復讐する権利と善悪を判断する権利を、自らのものであると主張すること、そうすることで共通の生活体系を規定し、法律を制定し、それを保護する権力を持つことを条件に、強固なものとなりうる」(B. SPINOZA, *Etica*, in B. SPINOZA, *Etica* (1677) - *Trattato teologico-politico* (1670), (a cura di) R. Cantoni - F. Fergnani, Torino, 2013, 299. V. anche B. SPINOZA, *Trattato teologico-politico*, in B. SPINOZA, *Etica*, cit., 706 e 722-723).

化し、単なる恣意的行為から可能な限り遠ざけることが試みられてきたのである」¹²⁾。

近代史的な観点から言うと、刑事分野では、裁判権が行使される態様は主として2つのカテゴリーに分けられる。すなわち、糾問型と弾劾型である¹³⁾。理論上は、両者の間に大きな隔りがある。しかし実際上は、これらの理念型は互いに組み合わさり、糾問型・弾劾型の双方の典型的な特徴を示す混合的なシステムを生み出すことになる¹⁴⁾。簡単に述べれば、糾問型は、権威の原理に基づくもので、以下の特徴を示す。すなわち、(i)職権開始、(ii)職権による証拠調べの主導、(iii)秘密性、(iv)書面性、(v)証拠の無制限の許容、(vi)有罪の推定、(vii)裁判前の拘禁、(viii)複数の上訴、である。これに対して、弾劾型は、弁証法の原理に基づくものであり、以上と正反対の特徴を示す。すなわち、(i)当事者開始、(ii)当事者による証拠調べの主導、(iii)対審と公開、(iv)口頭性、(v)証拠の制限、(vi)無罪推定、(vii)公判前の拘禁の制限、(viii)上訴の制限、である¹⁵⁾。

1988年に制定されたイタリアの現行法典——いわゆるヴァッサッリ法典——

-
- 12) M. CECCHI, *La motivazione rafforzata del provvedimento. Un nuovo modello logico-argomentativo di stilus curiae*, Milano, 2021, 9-10. 刑事訴訟との関係では、裁判手続は、伝統的に、「刑事判決の言渡しに向けて時系列的に秩序付けられた一連の行為であって、その各々が有効に遂行される限りにおいて、後続行為を遂行する義務を生じさせると同時に、それ自身が先行行為により課せられた義務の履行として遂行されるもの」と定義されている。G. CONSO, *I fatti giuridici processuali*, Milano, 1955, 132. 同旨として、例えば、A. CAMON - C. CESARI - M. DANIELE - M. L. DI BITONTO - D. NEGRI - P. P. PAULESU, *Fondamenti di Procedura penale*, Padova, 2019, 226; F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 383 e 389; R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 1999, 20; M. NOBILI, *Crisi della motivazione e controllo democratico della giurisdizione*, in *Crit. dir.*, 1997, 124; G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015, 46 e 67-68; P. TONINI - C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2021, 64.
- 13) 参照、L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Bari-Roma, 2000, *passim*. (in part., 3-45 e 67-87).
- 14) P. TONINI - C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014, 10-14.
- 15) P. TONINI - C. CONTI, *Manuale*, cit., 5-10.

は、主として弾劾型の制度を提示している。もっとも、当事者が「主役」であるというアドヴァーサリー・システムの特徴は、裁判官による介入の可能性により希釈化されている。裁判官は、法律の尊重と正しい適用を保障し（適法性の原理 *principio di legalità*）、また、事実認定の認識論的妥当性を確保するために（刑事訴訟の認識的原理）、職権を行使できるとされているのである。

1930年に制定された旧法典（いわゆるロッコ法典）の規定は糾問型の傾向を示していた。しかし、同法典は1948年のイタリア共和国憲法に謳われた価値や原則、さらに、欧州その他の国際的な憲章や条約（例えば1950年の欧州人権条約）上の価値・原則との対応を欠いていた。そのため、イタリアの立法者は、刑事訴訟の枠組みを全く新たに（*ex novo*）成文化した。もっとも、この新たな法典は、その後の歴史的な偶然、また、現代における社会的関係・対人関係の複雑化の急速な進展のために、立法者自身による¹⁶⁾、また判例による多くの介入（いわゆる生きる法）にさらされてきたし、今もさらされ続けている。さらに、時代とともに、厳密には法律ではないものも含む他の法源（例えば、プロトコル、通達、運用基準、勧告、ガイドラインなどのソフトロー）も同法典の脇を固めるようになった。

そういうわけで、いくつかの法典外の規定等を参酌する必要はあるが、イタリアの刑事手続を分析する際に参照すべきは今なお1988年の刑事訴訟法である。このことを念頭において、刑事手続の構造を本稿の主題と特に関連する公判を中心に概略的に示し（§ 1.1）、刑事手続のダイナミクスを3つの観点（論理的・実践的・規範的な観点）から描きだすことにする（§ 1.2）。

1.1 イタリアの刑事訴訟の構造・分節

イタリアの刑事訴訟は、第一審、控訴審（または第二審）、破棄審（または

16) 1988年以降に刑事訴訟法の分野で行われた最も重要な立法措置のうち、以下のものを挙げておく。l. n. 356 del 1992; l. n. 332 del 1995; l. n. 267 del 1997; l. cost. n. 2 del 1999; l. n. 479 del 1999; l. n. 397 del 2000; l. n. 63 del 2001; l. n. 134 del 2003; l. n. 46 del 2006; l. n. 48 del 2008; l. n. 172 del 2012; l. n. 119 del 2013; l. n. 67 del 2014; l. n. 47 del 2015; l. n. 103 del 2017; l. n. 132 del 2018; l. n. 69 del 2019; l. n. 134 del 2021 (attuata dal d.lgs. n. 150 del 2022, conv. in l. n. 199 del 2022).

第三審）からなる。通常手続に関して言えば、第一審は以下の三段階から構成される。すなわち、予備捜査、予備審問、公判（dibattimento）である（末尾の図表も参照）。以下、公判の概要を説明する。

公判は、公平な第三者である裁判官の面前で、公開のもと行われる（裁判は国民の名において行われる。イタリア憲法101条1項）。公判は検察側と弁護側との対峙を通して証拠を形成する場であり、第一審手続の（より一般化すれば、弾劾型手続の）中核をなす。刑事訴訟法典は、この段階をさらに3つに区分している。公判前手続（atti preliminari al dibattimento）、公判（dibattimento）、公判後手続（atti successivi al dibattimento）である。

公判前手続ではいわゆる証拠開示（*discovery probatoria*）が行われる。当事者は、公判期日の少なくとも7日前までに、尋問したい供述者の一覧表（尋問の対象事項も表示する）を提出しなければならない（刑事訴訟法468条）。当事者が各自の主張の真实性と妥当性を証明するために用いる供述証拠が開示される必要があるのである。公判前手続では、刑事訴訟法392条が定める場合には、緊急証拠、すなわち公判を待つことができない証拠の取調べも許される。その後、公判期日では、公判の開始前に必ず、当事者の適正な構成が確認され、予備的な問題が議論される。

第2の局面である公判では公判審理が行われる。裁判官が公判の開始を宣言し、当事者は証拠により証明したい事実を示して証拠の申出をする。裁判所は、刑事訴訟法190条の基準にもとづいて証拠を採用する。具体的には、関連性があり（つまり、明らかに余分な証拠や判決に影響力を持たない証拠でないもの）、法律で禁止されていない証拠が採用される。被告人及び検察官は「反対証拠」、すなわち、相手方による本証の主題を構成する事実に関する反証の為の証拠を採用してもらう権利を有する。さらに、当事者の同意があれば、公判では通常は使用できない検察官のファイルに含まれる書面を採用することも可能である（いわゆる捜査書面の合意による採用）。最後に、証人尋問 *esame incrociato* が行われる。これは口頭証拠の取調方法であり、両当事者が被尋問者に質問を投げかけて対審により証拠を形成する際の一連のルールからな

る¹⁷⁾。

証人尋問は、主尋問、反対尋問、再尋問の3つのステップから構成される。主尋問は、主張する仮説を証明するのに有利な事実の供述を得る目的で当該供述者の尋問を要求した当事者が行う。尋問者は当該尋問から得られる情報について事前知っているとは推定されるので、示唆的又は暗示的な質問は禁止される。反対尋問は、必要に応じて（これは義務ではなく権利／権能である）供述者の尋問を要求した当事者とは反対の利害関係を有する当事者が、供述者の信用性、供述の信頼性を試す目的で行われる。そのため、示唆的又は暗示的な質問も認められている。最後に、直接尋問を行った当事者は、再尋問により、被尋問者の信用性、供述の信頼性を回復するため、被尋問者に再度質問できる。

主尋問、反対尋問、再尋問の後、裁判官は職権で質問をすることができる。但し、この場合、当事者は尋問を再開し、終了させる権能を留保する。さらに、裁判官は、公判での証拠に基づいて、尋問を完全なものとするために有用な、新しい、ないしより広範な証明主題を当事者に提案することもできる（刑事訴訟法506条）。また、証拠調べの終了後、裁判官が絶対に必要だと考える場合には、職権で新たな証拠調べを命じることもできる（刑事訴訟法507条）。この権限は、裁判官が新たに構成した仮説の当否を探るために行使されるのではない。検察側または弁護側が構成した仮説に関する認識上のギャップを埋めるために行使されるのである。いずれにしても、当事者には反対証拠の採用を要求する権能が認められている¹⁸⁾。

公判審理が終了すると、すなわち、すべての証拠が取得されると（証拠は原則として対審で形成されるが、イタリア憲法111条5項の例外規定、または刑事訴訟法511条以下の文書の参照により一方的に形成された書面が利用される

17) 刑事訴訟法典は、いわゆる弱者（未成年者、精神障害者、刑事訴訟法90条の4に掲げる者）の尋問について特則を定めている。すなわち、裁判所以外の場所での尋問、インターホンシステムを備えたミラーガラスを通した尋問、フィルター尋問（当事者が直接行わない尋問）、裁判官が事案ごとにad hocに定めたその他の非定型の方法による尋問、である。

18) イタリアの刑事訴訟における裁判官の職権については後述する（§2）。

可能性がある）、事件は最終的な議論 *discussione finale* に移行し、検察官と弁護人が各々の最終弁論 *conclusioni* をする。これにより、形式的証明責任（訴訟に証拠を導入する責任）だけではなく実体的証明責任（主張された仮説の妥当性を裁判官に納得させる責任）が果たされる。

裁判官は公判の終結を宣言し、評議室にこもり、判決を審議する。公判後手続である。

この点、刑事訴訟法典は、法律上の証拠評価方法（刑事訴訟法192条）を定めているが、これは裁判所の自由な確信 *il libero convincimento dell'autorità giudiziale* を制限するものではなく、その確信が法律と理性に合致していることを要求するものである。判決には理由を付す義務が存在し（憲法111条6項）、これに反すれば無効となる（刑事訴訟法125条）¹⁹⁾。

19) 裁判官の最終判断は判決に記載される。判決文は、理由付け *motivazione* と主文により構成される（546条）。理由付けにおいて、裁判官は、訴訟の過程で得られた証拠に基づいて、被告人が行ったとされる歴史的事実を再構築し、次いで法律を解釈して、刑法が想定する構成要件事実を特定し、最後に、歴史的事実が構成要件事実該当するかどうかを評価する（適合性判断）。主文では、裁判官は、適合性判断から結果を導き出す。すなわち、証拠に基づいて再構成され被告人に帰せられる歴史的事実が、法律が規定する構成要件事実適合する場合、裁判官は有罪判決を下し、証拠に基づいて再構成された歴史的事実が構成要件事実適合しなければ、裁判官は刑事訴訟法典が定める公式の1つにより被告人を無罪とする。「裁判官が法律を具体的なケースに適用する」という簡潔かつ効果的な表現で語られるのは、これらすべてのことである。要するに、主文とは、判決文の中で裁判官が有罪判決または無罪判決のいずれかを下す部分のことである。

この問題に関して、2017年の法律第103号は、理由付けの法的・理性的モデル（*un modello legale e razionale di motivazione*）を課した。このモデルは、主として、裁判官がたどった論理・論証の道筋を明示し認識可能にすることを目的とする不可欠なステップに分節されるものであり（刑事訴訟法546条1項e）1～4号）、上訴権行使の目的でも、判決理由の理解を容易にする。特に、理由付けにおいて、裁判官は、判決の根拠となる証拠を示し、それを信頼できる理由と、反対証拠が信頼できない理由の双方を述べることによって、確信の根拠を示さなければならない（いわゆる理由付けの弁証法的または二項的性質）。要するに、「裁判官は、ある主張が証明されたあるいは証明されなかったとみなされた理由を述べなければならない」（G. TUZET, *La prova ragionata*, Milano, 2023, 2）のであって、裁判で採用した証拠を用いたこと、甲の証言、乙が実施した専門家の報告結果、司法警察による

以上が第一審手続である。控訴審（第二審）では、不服の対象となった判決が事実の面と法の面の双方から再び判断される。これに対して、破棄院（第三審）の判断は法の側面に限定される（憲法111条7項参照）。

1.2 イタリアの刑事訴訟の論理的、実践的、規範的ダイナミクス

犯罪が実行された場合、国家は（法的な抑圧装置を用いて）訴訟上の真実を認定し、犯人を罰するために行動すると同時に、その自由と権利、およびその尊厳の尊重を可能な限り確保しようとする²⁰⁾。

ㄨ 捜索に基づいて事実認定に至ったということを一般的に述べるだけでは不十分なのである。その代わりに、証言の内容、専門家の意見、または捜索の結果も示さなければならぬ。このようにして初めて、理由付けは恣意に対抗する救済策となる。というのも、裁判官の論証の制御可能性は、「証拠要素」と「認定事実」の関係から生じるからである。しかし、証拠を並べるだけでは事実問題としての理由付けの義務を尽くすには十分ではない。実際、理由付けとは、「公訴事実の存在（または不存在）の断定に至るために用いられた論証規範も明示する」ことを意味する（A. AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, 209）。それ自体として当然に受け入れられる事実や、アプリアリに価値が決定される証拠など存在しない。反対に、あらゆる場合において、裁判官の推論活動が陳述の信用性と情報源の信頼性を認定するためには必要なのである。そのため、裁判官には、その決定の論理上・論証上の道筋を具体的に叙述して、行った作業と達成された結果について説明することが要求されるのである。したがって次のように言える。一方では、証拠の評価は、適法に取得された証拠に基づいて行われるため、法的な活動である（刑事訴訟法526条）：適法に取得されたものだけが判決の目的のために評価されうる（というより、されなければならない）。また、他方では、これを補う意味で、証拠の評価は理性的活動でもある。なぜなら、判決を理由づける義務、すなわち、合理性の基準に従って、つまり論理、科学、および現在の経験という3つの次元のルールを尊重して、判決を正当化する義務が生じるからである。これらの基準は、今日では、合理的疑いを超えるという証明責任の基準と関連付けられなければならない。裁判官は、検察側の証拠が、弁護側が提出した証拠に照らしてもなお被告人の有罪に関するすべての合理的疑いをなくすようなものである理由、あるいは逆に、検察側が提出した証拠とは異なる事実の再構成の余地を残すものである理由を、説明しなければならないのである。

- 20) 現代法文明の原則（特に、無罪の推定の原則。イタリア憲法27条および EU 指令2016年343号参照）に照らせば、「刑事裁判は、犯罪者からの社会の保護手段と被告人の防御手段とを、同時に構成しなければならない」（A. MALINVERNI, *Principi del processo penale*, Torino, 1972, 19）。

かような刑事手続は、一言で言えば、2つの主要な問題を中心に展開される。「事実の問題」と「法の問題」である。

第1に、事実の問題として、捜査当局による調査を出発点に、また、検察官が作成した起訴状——これが裁判の対象を画定する——に基づいて、ある過去の出来事存在が認定される。この失われた事実 *lost fact* は、訴訟法のルールに従い、証拠により再構築される。科学的反証主義の方法論の観点から言えば、その目的は、公訴事実の訴訟法上の確実性（高度の論理上-証拠上の確率²¹⁾）を証明することである。この目的のために、帰納、演繹、アブダクションに依拠して、推論規則 (*modus ponens* と *modus tollens*) に基づく論証が行われることになる²²⁾。

第2に、法の問題として、こうして認定された事実に対し、事前に調査、特定、解釈された法律の規定が適用される。当事者の弁論活動を通じて、また、とりわけ裁判官の推論を通じて、法の間から見て重要な特定の歴史的・実践的・価値的な意味付け（この場合、法的意味付け）がなされるのである。

論理的観点から言えば、事実の問題と法の問題という2つの認識的作業は異なる平面で行われる。一方、事実の構成は、ある事象の存在・不存在に関する（より精確には、ある事象の存在・不存在の主張に関する²³⁾）訴訟上の真偽の

21) この表現は、「合理的な疑いを超えた訴訟上の確実性」を意味する。この点については、C. CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, in AA.VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, (a cura di) A. Scafati, Milano, 2006, 87 e G. CANZIO, *L'“oltre il ragionevole dubbio” come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 304-305.

22) 例示的に、P. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, (a cura di) M. Bessone - R. Guastini, Padova, 1994, 342-348 e F. M. IACOVIELLO, *Breve viaggio all'interno della struttura della motivazione e della logica di un processo di parti*, in AA.VV., *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, cit., 349-357.

23) 実際、「現在よく使われる言葉遣いではあるが、『事実の証明』という言い方は絶対的に間違っている。『事実』を事後的に証明することは不可能であり、せいぜい、それが起きた時に経験したり確認したりできるに過ぎない。証明されるのは（といっても、人間の能力が許す範囲内で、また、実体的・手続的な法制度に謳われた価値体系に従う範囲でのことだが）、まさに主張が真実か否かである。……事実

認識という文脈に位置づけられる。他方、法の構成は、法規範の適用に関する解釈論上の合理性と不確実性についての決断・評価というシナリオの中で現れる²⁴⁾。そうすると、訴訟上の真実とは、「事実の面で確率的で、法の面で不確実な」²⁵⁾ものと言えよう。そうであるからこそ、刑事訴訟法典は、有罪判決をするために、一方、事実の面では合理的な疑いを超えた厳格な根拠づけを期待しており、他方、法の面では、採用された解釈の合理的な説得力を、法律への適合性（刑事訴訟法606条1項 (b), (c), (d) 参照）、理由付けの存在、理由付けに明白な非論理性、非矛盾性がないか（刑事訴訟法606条1項 (e) 参照）の観点からチェックするよう求めているのである。

実践的な観点から言えば、事実の問題と法の問題は、当事者と裁判官とが、口頭と書面の両方により議論する。口頭性と書面性は、かくして、互いに交差し補完し合うのであるが、両者は刑事責任の確定へと至る過程で反比例的な関係を示すことになる。すなわち、判決の確定に近づくにつれ、口頭性は徐々に書面性へと移行する。具体的には、第一審では、一般に、書面に先立って証人

ゝは『ある』か『ない』かであるが、それに関する陳述は『真』か『偽』でありうる」(G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, 91)。

24) このテーマについては、D. CANALE - G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino, 2020, 62-63; F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2017, 3, 1, 317; P. COMANDUCCI, *La motivazione in fatto*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, (a cura di) G. Ubertis, Milano, 1992, 232-244; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., *passim.*; P. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, cit., 342; R. E. KOSTORIS, *Giudizio (Dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1997, 7-8 (e seguenti); M. TARUFFO, *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 2-6.

25) L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario. In difesa del positivismo giuridico*, Modena, 2018, 20. また、参照、G. CANZIO, *La "Dike" degli antichi e la "Giustizia" dei moderni: "Edipo Re" e "Antigone"*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 aprile 2018, 3-5; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1975), Berlin, 1991, 451; A. A. SAMMARCO, *Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale*, Milano, 2001, 1-2; G. TUZET, *Ragionamento giuridico, prove e regole*, in *D&Q*, 2011, 1073-1075; G. UBERTIS, *Prova, verità e processo*, in *Arch. pen.*, 2020, 2, 1.

尋問と（場合により）被告人の自白（これは「証拠の女王」ではなく、他のすべての証拠とともに評価されるべきである）と向き合うことになる。一方、控訴審では、「物言わぬ」書面が供述者の「生の声」と「体の雄弁さ」に優先する²⁶⁾。これらの要素は、控訴審では補充的な役割しか担わず（弁論の更新の事例を参照）、法律審、つまり破棄院においては完全に後退する。通常、破棄院では、単に申立てに言及されるか、せいぜい、すでに上告書に記載された不服申立て理由が簡潔に説明されるにとどまるのである。

規範的観点から言えば、「事実」と「法」の認定は、適法性の原則に最小限の共通項を見出す。つまり、両者は一般的に、事前に立法により確立されたルールに従ってなされるという点である。そのルールとは、イタリア憲法111条1項に基づく「適正手続」（giusto processo）を実現する刑事訴訟法のルールに他ならない。

2. 焦点となる2つの証拠法上の論点

以上の一般的な概観を踏まえて、証拠に関する2つの特定の問題に焦点を当てることにしよう。

証明は「刑事手続の心臓部」である²⁷⁾。

法的な主張を証明する必要性は、「民事訴訟におけるのと同様、刑事訴訟においても、真実の探求に対する最も正当な衝動と最も粘り強いコミットメントを表している。ここでいう真実とは、人間が正当に希求しうる真実、『人間の条件』から逃れうるなどと夢想することなく目指すべき真実のことである」²⁸⁾。

26) この表現は以下の文献による。F. M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale* (1787), Bologna, 2010, 113. 「生きた声が語る時、同時に、顔、目、色、動き、声の轟き、話し方、その他多くの些細な状況も語っている。それらは一般的な言葉の感覚を修正し、発展させるし、その言葉を肯定あるいは否定する為の多くの手がかりを与える。トゥリウスの言葉を借りれば、無言の舌、身体の雄弁は、言葉よりも興味深く、真実を語るものであり、真理を一層明らかにする。他方、無言の筆記の中では、あらゆる認識された徴憑が失われてしまう」。

27) P. TONINI - C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 1.

28) S. PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*, Milano, 1961, 154.

より具体的には次のように言える。「裁判官は主張と証拠に従い (*secundum alligata et probata*) 判断しなければならないという基本原則の適用は、真実への到達を妨げない。主張は判断対象を限定する手段であり、証拠は、真実の認定のための調査手段である。『主張と証拠に従い』という限定は、定義上、真理からの離反の原因とはならない。その限定の範囲内でこそ、人は真実を探求できるのであり……、人が経験的領域において実現を目指せる (目指すべき) 真実とは、そのような真実である」²⁹⁾。より正確に言えば、法的領域で達成される真実とは、いわゆる訴訟上の真実、すなわち、訴訟という特有の手續の態様により規定される真実である。

刑事証拠 (*preuve pénale*) に関する規律は、2つの基本的な手續の体系——糾問主義と弾劾主義——の間での選択に影響される (§1 参照)。

刑事証拠は、糾問型の体系ではほとんど規律されないが、弾劾型の体系では詳細に規律される。この違いは両体系の根底にある相反する原則に起因する。

糾問型の体系は権威の原則に基づいている。この原則によれば、真実は、捜査機関に権力が与えられれば与えられるほど、よりよく確認される。裁判のすべての機能は、この機関に集約される。捜査機関は (同時に) 裁判官であり、訴追者であり、被告人の弁護人である。この原則を受け入れれば、審問官という一人の人物に、証拠を探し、許容し、取調べ、評価する全権限が与えられることになり、証拠に関する事項を詳細に規制する必要はない。それどころか、いかなる規律も、審問官による効果的な真実発見に対する制限、あるいは少なくとも障害となろう。

これとは逆に、弾劾型の体系は弁証法の原理に基づいており、それによると、対立する利害関係を有する主体の間で手續上の機能がバランスよく配分されて

29) S. PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*, cit., 150 e 147. 同書では、次のように述べられている。「これらの考察から、裁判官の調査に課された限界とは、(真理を) 探求する方法、すなわち解釈学的方法論の技術的な公準・規範と一致する、と正当に述べることができる。もし人が法的真理について語りたいのであれば、かかる真理と、その修飾語が指し示すところの法的な経験との結びつきを強調することは重要であり、それにより真理の価値そのものが否定されることにはならない」。

いるほど、真実はよりよく確認される。第三者として公平な立場にある裁判官は、当事者の対審のもと、検察側と弁護側により発見・提出された証拠に基づいて紛争を解決する。この原則を受け入れれば、証拠を探し、許容し、取調べ、評価する権限は、刑事訴訟の多様なアクターの間で分担されなければならない。同時に、これらの権限、権利、権能を誰も濫用できないようにする仕組みが整っていないと見られる。かかる体系においては、証拠に関する慎重な規制が不可欠である。

1988年のヴァッサリ法典は、若干緩和された形ではあるが、弾劾型の立場を採用した。1987年の委任法第81号が指示する方向性に従い、刑事訴訟法典第3編は正真正銘の「証拠法」を描き出している。

証拠調べ手続において、証拠を探求し、その採用を要求し、その取調べを進める作業は、若干の例外を除き（§2.1参照）、原則としてもっぱら当事者の責任に属する。裁判官は、もちろん、検察側と弁護側が主張する構成に照らして、証拠の全体を評価する義務を負う。そしてこの手続方式は、科学的証拠を含むあらゆる種類の証拠に適用される（§2.2参照）。

2.1 焦点その1：裁判官の職権

民法2697条1項は、「裁判で権利を主張しようとする者は、その根拠となる事実を証明しなければならない」としている。

ここで「証明する」とは、裁判所に提起された請求（刑事訴訟の場合は刑罰）を正当化する歴史的事実が法的に存在すると裁判官に納得させることである。これは実体的証明責任と呼ばれる。当事者がその責任を果たせなければ請求は棄却され、逆に当事者がその責任を果たせば請求は認容されるのである。

検察官が被告人の罪（犯罪の構成要件とその事実が被告人に帰属すること）を証明した場合、次は被告人が、事態が（検察側の主張に合理的な疑いを抱かせるような）異なる経過をたどったこと、あるいは相手側が主張・立証したことが信憑性や信頼性を欠くことを証明する責任を負う³⁰⁾。

30) 日本では証明の必要と表現されることがらである。

被告人は、検察官が自分に帰せしめる行為をしていないこと、またはその事象

裁判官の確信と関係する実体的証明責任と区別されるのは、実体的責任を果たすのに有用と考えられる証拠の採用（裁判への導入）に係る形式的証明責任である。

証拠の採用要件は刑事訴訟法190条に定められている。それによると、証拠は、訴訟の対象と関連性があり（*pertinente*）、一見して不要ではなく、判決に影響力を持ち（*rilevante*）、適法である（つまり法律で禁止されていない）必要がある。

この点、刑事訴訟法190条1項は、「証拠は、当事者の申立てにより、採用される」と規定している（いわゆる処分原理 *principio dispositivo*）³¹⁾。しかし、この原則に対しては同条2項が直ちに例外を設けている。すなわち、「法律は、職権で証拠を採用する場合を定める」とされる³²⁾。

ここに、裁判官の職権証拠調べ権能という問題が現れる。当事者の事前の申立てなしに証拠を提出できる事例は、処分原理からの逸脱を意味するから、法

ゝが発生しなかったことを直接証明することもできる。これは、いわゆる否定証明 *prova negativa* と呼ばれるもので、反対の主張を対峙させて（例えば、アリバイなどの論理的に両立しない状況の存在）、事実の存在を否定することを目的とした証明である。

- 31) Il *principio dispositivo* の訳語としては、処分権主義の方が自然かもしれない（実際、松田・前掲注10・193頁は、*principio dispositivo in materia probatoria* を証拠処分権主義とする）。もっとも、民事訴訟法を専門とする読者にとっては、処分権主義という用語は、訴えとの関連性を想起させてしまうであろう。そこで、民事訴訟法の専門家をも読者として想定する本稿では、さしあたり、処分原理という訳語をあてておく（なお、現代のイタリア民事訴訟法学では、*principio dispositivo* は弁論主義の意味で用いられることが多い）。
- 32) 刑事訴訟法190条2項を具体化する規定のうち、前述の刑事訴訟法507条のほか、以下のものを挙げられる。190条の2（特別な場合の立証の要件について）、195条2項（間接的証言について）、196条（証言能力について）、224条（鑑定について）、237条（被告人に由来する文書について）、409条4項（事件終了の請求の場合の追加捜査の必要性について）、422条（予備審理における訴訟終了の裁判の目的）、441条5項（簡易公判）、464条の2第5項（保護観察を認める目的）、468条5項（証拠事故において任命された専門家の職権召喚の場合）、506条（完全性のための立証事項の拡大について）、511条、511条の2（朗読について）、603条3項（控訴審に關して）、666条5項（執行段階）。

律で明確に規定されなければならない（例えば、刑事訴訟法507条1項——公判において、「証拠の取調べが終了した後は、裁判官は、絶対に必要である場合には、職権でも新しい証拠方法の提出を命じることができる」）。

破棄院（連合部、グレコ判決-2006年）および憲法裁判所（2010年判決第73号）の判決を頂点とする一連の判例により、裁判所の職権発動は、当事者の懈怠を補充する行為として構成されている。裁判所がこの権限を行使すれば、当事者は改めて自分の証拠調べ権能を行使できる。

法体系上は、処分原理の緩和は、刑事裁判が個人の自由に及ぼす直接および/または間接的な影響を考慮して、正当化される。基本的で不可侵かつ不可欠な憲法上の利益（イタリア憲法13条）が問題とされている以上、そうした利益が、事実認定が完全に当事者の手に委ねられる結果として損なわれることは容認できない³³⁾。具体的な事件に対する司法の運営は、特にそれが（たとえ潜在的であれ）自由の制限につながる可能性がある場合、裁判所の判断が認識論的な妥当性（la bontà epistemologica）を備えるよう要求する。認識論的な妥当性の確保には、事実認定が尽くされる必要がある。そのことは、熟慮に基づく、なるべく現実に対応した判断をするための不可欠の前提でもある。

刑事訴訟が必ず達成すべき認識的価値というものがあり、それはイタリアという法治国家で現在獲得されている文明の原則を構成する。刑事手続の認識的性格の結果として、証拠の全体像に穴があり、補足が必要な場合、裁判官は職権で介入しなければならない。緩和された弾劾型モデルでは、裁判官と当事者との間の機能分離の原則は、裁判官による職権介入の可能性によりバランスを保持されているのである³⁴⁾。

33) F. M. IACOVIELLO, *Processo di parti e poteri probatori del giudice*, in *Cass. pen.*, 1993, 290 によれば、「権利の証拠を処分することは権利そのものを処分することである。権利が利用できない場合には、証拠も利用できない。処分原理は憲法に厳格な限界を見出す」。

34) 一方、対審の原理と当事者の弁証法的な争いが事実を確認する最良の方法を構成するのだとしても、他方、個人の自由の処分可能性と刑事裁判の認識的機能に鑑みて、法秩序は、証拠法の漂流〔立証活動が流れに任せて展開すること〕を容認しない（この表現は、M. R. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva* (1997), (trad. ↗

しかし、裁判官が行使できる証拠調べ権限は、手続に証拠を導入する責任である形式的意味での立証責任にのみ影響する。逆に、特定の法的再構成を受け入れるように裁判官を説得する責任である実体的証明責任には影響しない。

裁判官が証拠を導入した場合でも、通常証拠法上の規律が妥当する。

すなわち、裁判所にも当事者と同様の証拠能力の制限や禁止が適用される（例えば、供述者の自己決定の自由に影響を与える可能性がある方法・技術の使用禁止-刑事訴訟法188条など）。また、合理的な疑いを超えて犯罪の事実を証明する責任は常に検察官が負う（刑事訴訟法533条第1項³⁵⁾。他方、裁判官は、独自に構成した仮説を検討することができない。裁判官が職権で採用する証拠は、当事者がすでに主張した構成の範囲内に収まらなければならないのである。実際、補充的な職権は、証拠の全体からうかがわれる、検察側または弁護側の懈怠による明らかなギャップを埋めることのみを目的とするものである。

証拠を取り調べた裁判官は、証明の対象との関係で、その証明力を評価する（刑事訴訟法187条）。このことは、その証拠が当事者によって提出されたか裁判官自身によって導入されたかを問わない（いわゆる証拠取調べの原則）。

このように見ると、裁判所は審問機関に特有の性質を備えてはいない。裁判官が起訴内容を定めるのに有用な証拠を探すために現場に実質的に降りていく

↘it.) F. Cuomo Ulloa - V. Riva, Bologna, (a cura di) M. Taruffo, 2003 を思い起こさせる。したがって、裁判官が適法にそれを是正することができ、そうすることで憲法112条により義務的に開始される（この点について、松田・前掲注10・176頁）手続の適法性を完全に保障する限りで、事実認定の手続が検察側および／または弁護側の懈怠により条件づけられてしまうことはないのである。

裁判官の補充的な役割は、当事者の1人が無関心、過失、またはその他のより深刻な理由のために活動しないままであるため、対審手続が生理的な機能不全に至っているすべての事案において、認定の完全性（したがって認識論的妥当性）を保障することを目的とする。その証拠に、職権が行使されると、検察側と弁護側は、各々の権能をいかなる意味でも害されることなく、再び証明を主導することができるのである。

35) 参照, Cass., Sez. un., 18 dicembre 2006, n. 41281, Greco, in Guida dir., 2007, 2, 86. それによると、「言うまでもなく、処分原理を逸脱した権限の行使は起訴の根拠を証明するという検察官の責任を取り除くものではないし、ましてや、既存の証拠法上の禁止を遵守する裁判官の義務を失わせるものでもない」。

ことはないし、それはできない。捜査活動および罪状の構成は、犯罪事実の線引き——それが裁判官の活動権限・義務の限界を画する——の支配者である検察官の仕事である。

当事者の構成の外では、裁判所は、いわば「純朴で無知」である。なぜなら、裁判所は犯罪現場に直接、具体的かつ現実にはアクセスできず、したがって、手続全体の歴史を知らないからである³⁶⁾。裁判所の介入は抽象的になされる。それは、法的な信頼性・妥当性の観点から見て告発に十分な理由があるかを検証する理性の行使なのである。証拠調べの結果、証明がなされていない、あるいは不確かである（つまり疑わしい）場合、無罪判決が下される（刑事訴訟法530条2項）。他方、証拠調べの結果、判決にとって決定的だが、十分に検討されていない観点が「証明の原則（訴訟対象との関連性（*pertinanza*）と判決に対する影響力（*rilevanza*）とが知られている）」³⁷⁾に照らして浮かび上がる場合、「裁判官は、疑念に屈する前に、その観点を検討するよう当事者に促す義務がある」³⁸⁾。

こう考えると、認識に関する受動的な態度を放棄しても、裁判所の中立性は消滅しない。むしろ、裁判所の中立性は、裁判官の介入とその点に関する当事者の対審を経て認定が証明の観点から見てより豊かになるという事実によって、

36) 敷衍しておくが、本文にいう「純朴」と「無知」は、裁判官が捜査を指揮・遂行する権限がないという事実から生じるものである。確かに裁判所は予備捜査の過程で行われた再現不可能な行為を認識しているし（刑事訴訟法431条（公判ファイル））、公判で形成されたものではないとはいえ、予備捜査の段階で適法に取得された全要素を知ることができるが（刑事訴訟法526条）、それでも、捜査官として振る舞うことは許されないのであるから、歴史的な出来事の成り行きとの関係では中立を保ち、厳密に法的な観点から（すなわち法的に重要な側面に限って）、専ら当事者の提供する再現（*rappresentazione*）を媒介にして、これと接するのである。法的に重要な側面の特定、証拠の採用、手続を適法に進めるのに不可欠な訴訟指揮は、起訴を目的とする捜査——現場の入念な検証と自身が擁護する観点から過去の出来事を再構成するのに有益な証拠の慎重な選別により行われる——とは全く異なる行為である。後者の行為が有する側面は裁判官の活動とは異質である。

37) Cass., Sez. V, 8 gennaio 2019, n. 556, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 226 (con nostra annotazione, che qui in parte si riproduce).

38) C. CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, cit., 114.

実際には強化されるのである。その結果、全体として、最終的な判断は、事件についてのより深い理解をもってなされることになる。

2.2 焦点その2：科学的証拠の評価

私たちが特に注目する2つ目の問題は、科学的証拠の評価である。最初に、裁判官の証拠調べ権限について述べたことは、ここでも妥当することを確認しておこう。例えば、裁判所は、専門的な問題を「より良く見る」ために、あるいは当事者の専門家証人（*cunsulenti tecnici*）の間に生じた対立を解決するために、鑑定人（*perito*）の職権による任命（同220条）が「絶対に必要」（同507条）だと考える可能性がある。科学的証拠の取得（職権での取得を含む）に関する以上の前提を踏まえて、専門的知識の評価という側面に着目して話を進めよう。

現代の訴訟では、過去と比べて多くの専門家が登場していることは明らかである。証拠によって再構築され法律の適用対象となる事実の認定は、今やほとんどの場合、特定の技術的、科学的、芸術的な専門的知識の存在（少なくとも他人の専門的知識を使えること）を想定している。

紛争の重要な側面の多くは、その特定の事項に関する専門家の介入なくしては解決できない。もっとも、最終判断はいかなる場合にも裁判官に委ねられるから、その意味では、専門家の介入は決定的なものではない。科学者（広義のそれ：特定の技術的、科学的、芸術的能力を持つ者）の証言や書面は、訴訟に持ち込まれた他の証拠資料と同列のものであり、それらは全体として、当事者の主張及び裁判所の最終決定の基礎となるのである。

かくして、以前よりもずっと頻繁に、法律家、とりわけ「事件の事実に関して私知を利用することができず、いわゆる職務上の知識だけを利用できる（利用する義務がある）」³⁹⁾裁判官が、専門家が訴訟に持ち込む専門的情報、いわゆ

39) S. PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*, cit., 128. 同書は、「この制限の理由は、糾問型の裁判でも存在する類のものである。裁判官は、証人と判定者の機能を併せ持つことで、その機能を果たす上で不可欠なモメントである（第三者としての公平な）コントロールを自分自身の宣誓証言に対して行使することができなくなるため、曖昧な状況に陥ることになろう」と付け加える。

る専門的証拠（又は広義の科学的証拠）をどう評価すべきかという問題が現れることになる。

我々が置かれている状況は、少なくとも一見すると、逆説的である⁴⁰⁾。最初は、法律家が科学者に「助けを求める」。なぜなら、必要な専門的知識を法廷に持ち込むことができるのは科学者だけだからである。しかし、ひとたび専門的知識が訴訟に持ち込まれると、非専門家（すなわち、裁判官、弁護士、検察官）は、魔法にかかったように、専門家が提示した専門的知識の妥当性を評価できるようになる。というのも、非専門家はそれを評価し、それについて意見を表明する義務を負うからである。以下では、厳密に科学的な性質を持つ専門的知識⁴¹⁾を取り上げる。

この点で、旧来の実証主義的な科学観が有効であった限りは、評価に関して特に問題は生じなかったことに注意すべきである。その当時においては、無制限（一般的かつ絶対的）で、唯一で、無謬とされる知識の宝庫である科学者の権威ある言葉 *ipse dixit* が、そのまま法的判断の根拠となった。法律家は、専門家を任命し、その結論に隷属的に従うだけでよかったのである⁴²⁾。

40) M. TARUFFO, *Considerazioni su scienza e processo civile, in Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, (a cura di) G. Comandè - G. Ponzanelli, Torino, 2004, 492: 「逆説は次の事実の中に存在する。裁判官は、文化的素養に関する厳格な自己批判に基づき、自分が判決に必要な専門的ないし科学的知識に欠けると判断する場合に鑑定人を任命する。しかし、まさに文化的素養が欠けた状態で、裁判官は、事実認定への利用の可否を判断するために鑑定結果を評価すべき立場に置かれるのである。要するに、裁判官は、事前には所有していなかった専門的・科学的知識を事後的には評価できると想定されているのである」。

41) 本稿では、「科学」を、「自然界の事実を対象としていること、科学的法則と呼ばれる、体系的に結びつけられた、一連の一般的な規則に従って整理されていること、規則の定式化、検証および反証可能性において、学者により制御可能な方法を受け入れていること、という諸特徴を備えた知識」(P. TONINI - C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., 164) と理解しておく。

42) ところで、このようなやり方、手続は、完全に克服されたと考えることはできない。というのも、今なお、しばしば、刑事法の分野でも、またとりわけ民事法の分野では、そのようなことが行われているからである。刑事法の分野では、本稿の主題との関係に限らず一般論として、他人の考察の受動的な引用という現象を抑制するため、理由付け義務が、立法レベルでも判例レベルでも、繰り返し強化されて

しかし、20世紀半ばあたりから状況に変化が生じた。ポスト実証主義と反証主義の台頭により、パラダイムシフトが起きたのである。科学が誤り得ることを前提に⁴³⁾、科学者の言葉に対する法律家の評価アプローチが一変した。専門家証言や鑑定人の意見には、もはや認識論的な拘束力がないとされ、(合理的な理由があれば)問題なく無視することができるようになった。

とりわけ裁判官に関しては、裁判官は鑑定人の鑑定人である (*iudex peritus peritorum*) というイメージが広く浸透している⁴⁴⁾。裁判所は、適切に正当化

された。例えば、2015年の法律第47号で、立法者は、予防措置の特定の適用要件について「自律的な評価」の義務を導入した。これはそもそも司法活動の本質をなす要求であるが、これを明示し、決定の理由付けからそれが明らかになるよう要求することが不可欠である(反すれば無効となる)、と考えられたのである。その目的はコピー・アンド・ペーストの歪んだ慣習に対抗することにある。この慣習によると、裁判官が検察官の申立て(そしてこれも、司法警察官のメモを部分的又は完全に引き写している可能性がある)を複製してしまう結果、裁判が一種のコラージュとなり、申立ての妥当性について自律的な評価が行われないのである。同様に、判例も、連合部プリマヴェーラ判決(Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, Primavera, in Cass. pen., 2001, 69)を端緒として、判決理由の説明が裁判官自身が吟味修正していない他人の思考の単なるコピーに還元されてしまうのを防ぐため、他の書面を漫然と参照することで裁判を理由づける可能性に制限を加えてきた。この意味で、参照による理由付け(*motivazione per relationem*)が適法になされたとみなされるためには、その裁判が以下の要件を満たしている必要がある。すなわち、(i)適法な手続書面を参照しており、その手続書面の理由付けが裁判を正当化する要請に照らして適切であると考えられること、(ii)裁判所が裁判理由の実質的な内容を認識し、それについて熟考して、自身の判断と一致すると考えたことを説明していること、(iii)参照する書面が理由付けられる裁判に附属又は転記されていない場合、それを評価し批判し場合により上訴する当事者の権能、また上訴の結果として上訴裁判所による統制権が行使できる時点において、関係者に知られているか、少なくとも閲覧に供されていること、である。

43) ポスト実証主義の登場以来、科学は限定的で(人間は現象のあらゆる側面を把握し説明することはできない)、多様で(科学的な調査や分析には複数の方法がある)、誤りやすい(エラー率を持ち、常に修正可能で、反証されれば克服される)ものと考えられている。

44) このテーマについては、刑事手続法の観点からは、G. CARLIZZI, *Iudex peritus peritorum*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, 27 及び同所に掲げられた諸文献を参照。著者によれば、法体系上、「*iudex peritus peritorum* という公式は、『専門家証拠』の分野において、自由心証主義の原理を具体化するものであり、裁判官の全知全能

することを条件として、専門家証人や鑑定人の専門的知見や考察から離れ、それと異なる独自の選択を採用することができるのである。

したがって、科学的証拠は、他の証拠と同様に（但し *mutatis mutandis* に）、裁判官による自律的な評価の対象となる。

しかし、どうすれば裁判官の裁判が、単なる恣意的な行為ではなく、科学的に支持できるものとなりうるのであろうか。裁判官と科学者との間には仕事の仕方に大きな違いがあることを念頭におくとき⁴⁵⁾、非専門家たる法律家が専門家とコミュニケーションをとり、専門家の主張を意識的に理解し、それを「法的言語」に翻訳することは、どうすれば可能なのであろうか。

これらの問いに答えを与えるのは、いわゆる専門的知識の手続化（*processualizzazione del sapere specialistico*）という概念である。

科学が法廷に持ち込まれるとき、科学は法の手続的な（ひいては認識論的な）韻律に従わなければならない。しかし、このことは、科学者が訴訟に持ち込む知識の内容が法的に影響を受ける（受けなければならない）ということではない。専門的知見の内容は、あくまでも完全に専門家証人や鑑定人の手中に

ゝに対する（ありえない）信頼によってではなく、裁判官が裁判をする役割を排他的に担うこととの整合性により正当化される」（28頁）。

- 45) 科学者は、(再現可能な)一定の事実のカテゴリーを経験的に特定し、その恒常的な関係及び現象形式を実験を用いて研究して、一般的な射程を有する、反証されるまでに限って有効な法則を導き出す。反対に、裁判官は、人間による過去の出来事（同じ条件では再現できない歴史的事実：失われた事実 *lost fact*）を、科学的証拠を含む証拠を用いて手続上のルールに従って再構築し、具体的な事件に法律を適用して、特定の名宛人だけを拘束する個別的な射程を有する、確定した後は原則として覆すことができない判決を下す。科学者が目指す認識行為が純粹に記述的-認識的であるのに対して、裁判官が目指す（そして達成する）ものは、本質的に実行的-命令的であり、単なる確認ではない。科学的法則（ルール）の基礎は「存在の世界」にあり、それとの関係で真偽の関係を観念できる。これに対して法的ルールの基礎は、「為の世界」にあり、それとの関係で適法性/違法性、正当性/不当性の関係を想定できる。さらに、科学者が判断を保留し、その問題を当座は解決できないと宣言することができるのに対して、裁判官は、それなりに長いが限定された時間の中で行われる裁判手続の終わりに必ず判決を下さなければならない (*non liquet* の禁止) (P. TONINI - C. CONTI, *Manuale*, cit., 265 e nt. 78-79; *amplius*, 263-271).

とどまる。これに対して、重要なのは、科学的証拠が裁判に持ち込まれ法律家により評価される方法は、専門家の管轄外である、ということである。

これは憲法上・法体系上の正統性の問題である。高権 *imperium* を付与された裁判を根拠づけられるのは、(判決を支える)裁判所の認識だけなのである。これは、革命が起きない限り撤回されえない基本的な態度選択であり、憲法が秩序づける法治国において、法に従い運用されている諸権力は、この態度選択を基礎として成り立っている⁴⁶⁾。そのため、専門的証拠——「裁判官に帰属せず、また帰属させられない(帰属すべきでもない)科学的知識の成果」⁴⁷⁾——が訴訟上の事実認定、ひいては公権力の行使としての裁判の結果を、それ自体単独で根拠づける力を持つと考える余地はない。

裁判所による専門知のこうした選別は、裁判権の行使という事の性質上不可欠であるが、論理的・実体的な観点からも不可欠である。実際、科学が事実の再構成を有効にサポートするとしても、それが判決に至るには、必ず、少なくとももう一段の知的作業、つまり、科学的推論から自動的には導かれない複雑な評価を含む少なくとももう1回のアブダクションが要求される⁴⁸⁾。この意味で、2013年のカントーレ判決が述べているように、裁判官は、専門家の助けを借りて、判決を嚮導する信頼できる知識を特定することを義務づけられているのであり、また、その知識の複雑さを理解した後に、それを慎重に利用し、法的に取り扱い可能なものとするを義務づけられているのである。専門家は、もはや(これまでも決してそうであってはならなかったのだが)、訴訟の帰趨

46) 法律家、特に裁判官は、専門家によって手続に導入された科学を自分のものになければならない。なぜなら、法的カテゴリーを用いてのみ、憲法(101条、102条、108条および111条)に従った裁判 *ius dicere* 活動を最終的に完了させられる(裁判官以外の法律家は、訴訟当事者として、その完了を助けることができる)からである。

47) Cass., Sez. V, 7 settembre 2015, Knox-Sollecito, in *Mass. Uff.*, n. 264863.

48) そこで問題となりうる更なる知的作業は、事実の問題(*quaestio facti*)と法の問題(*quaestio iuris*)の双方に関連しうる。前者においては、(科学的法則に加えて、最後の推論過程として)経験則が利用される。後者の領域では、「存在の世界」から「当為の世界」への移行がなされ、純粹に法的な価値判断が行われる。注45参照。

を決定づける判断者ではなく、最終的な判断権が自分にないことを自覚して、判決と関係する分野の科学的知見の枠組みを裁判官に開示する科学者に過ぎないのである⁴⁹⁾。

以上に見た「専門的知識の手続化」というテーマは、科学的証拠を手続に導入する方法と、それを評価する方法の両方に関連する。しかし、ここではもっぱら第2の側面、特に裁判官による評価に注目したい。また、ここでは刑事法の分野での展開を基礎として考察するが⁵⁰⁾、そこで想定される構成は、他の法

49) M. CECCHI, *L' "autonoma valutazione" del giudice quale baluardo contro l' appiattimento sulla prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 919 e 921-922 (同所では *Cass. pen.*, Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, in *Cass. pen.*, 2014, 1670 にも言及した) で行った検討を繰り返すことにしよう。要するに、法学者（特に裁判官）が法的カテゴリーを使って受容し使いこなせないものは、法的世界の外に留まらなければならないのである。なぜなら、法的に統御できず、合理的に正当化できないものはすべて、民事と刑事の両方の領域において「証拠法」が長年、数世紀にわたって経験してきた質的な洗練を完全に否定して、我々を神判的な儀式の深淵へとつながる滑り台に乗せる危険があるからである。例えば、刑事手続では、証拠法は、神判的な証拠（広い意味で神話的な証拠）から法定証拠（特定の証拠と特定の証拠価値の対応 *tariffari legali*）に移行し、さらにその後、内的確信（人間の魂の秘密の部屋における心と理性との結合）、そして最後に、自由な確信（法的かつ合理的な正当化によって支持されるもの）へと移行した。これは、判断（被告人の有罪が合理的疑いを超えるか否かを判断することを目的とする判断）とその説明の合理性を洗練させる歩みである。

50) このテーマについて、例えば、AA.VV., *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milano, 2005; AA.VV., *"L'operazione decisoria" da emanazione divina alla prova scientifica. Passando per Rabelais*, (a cura di) L. De Cataldo Neuburger, Padova, 2014; AV.VV., *La prova scientifica nel processo penale*, (a cura di) L. De Cataldo Neuburger, Padova, 2007; AA.VV., *La prova scientifica nel processo penale*, in *Dir. pen. proc. - Dossier*, 2008; AA.VV., *La prova scientifica nel processo penale*, (a cura di) G. Carlizzi - G. Tuzet, Torino, 2018; AA.VV., *Processo alla scienza*, (a cura di) R. Borsari, Padova, 2016; AA.VV., *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. Canzio - L. Lupária, Milano, 2018; AA. VV., *Prova scientifica, ragionamento probatorio e decisione giudiziale*, (a cura di) M. Bertolino - G. Ubertis, Napoli, 2015; AA.VV., *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, (a cura di) G. Amato - G. Flora - C. Valbonesi, Torino, 2019; AA.VV., *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, (a cura di) C. Conti, Milano, 2011; F. CAPRIOLI, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo* ↗

分野、特に民事法においても適用可能であると考えられる。証明責任の基準の相違（例えば、刑事法上の「合理的な疑いを超える」証明と民事法上の「そうでないよりも、そうである可能性が高い」とは明らかに異なる）にかかわらず、科学を評価するための推論技術は、異なる法領域においても同じである可能性が十分にある⁵¹⁾。

科学的知識を扱い、法的に翻訳できるようにするためには、たとえ専門家の知識が結局のところ内容的に非専門家には馴染みがないものであるとしても、何とかして専門家の知識を「理解」する必要がある。

例えば、科学者がある結果を得るために使った計算方法を開示し、なぜ他の方法ではなくその方法を採用したのかを説明すれば、法律家は（複数の科学者の間の対話の中で、その問題をさらに深掘りできるかもしれないが）、問題とされている専門的な作業を自ら行うことはできないとしても、その科学的構成の妥当性を評価することができる。

↘ *penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3520; G. CARLIZZI, *Giudice 2.0 e uso del sapere specialistico nel processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 732; G. CARLIZZI, *La valutazione della prova scientifica*, Milano, 2019; C. CONTI, *Evoluzione della scienza e ruolo degli esperti nel processo penale*, in AA.VV., *Medicina e diritto penale*, (a cura di) S. Canestrari – F. Giunta – T. Padovani, Pisa, 2009, 335; C. CONTI, *La prova scientifica*, in AA.VV., *La prova penale*, (a cura di) P. Ferrua – E. Marzaduri – G. Spangher, Torino, 2013, 87; O. DOMINIONI, *L'esperienza italiana di impiego della prova scientifica nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 601; O. DOMINIONI, *Prova scientifica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2008, 976; G. GENNARI, *Nuove e vecchie scienze forensi alla prova delle Corti. Un confronto internazionale e una proposta per il futuro*, Santarcangelo di Romagna, 2016; P. RIVELLO, *La necessità di evitare l'ingresso della junk science nelle aule giudiziarie: un ripensamento circa alcune ricorrenti affermazioni*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 novembre 2017; P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1341; G. UBERTIS, *Prova scientifica e giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1192.

51) したがって、科学的証拠に関する判断と正当化の方法——端的には「科学的に強化された理由付け」と呼び得るもので、これについては後述する——は、法の一般理論として、法秩序のあらゆる分野で、その分野と調和する形で適用されうる。

ここで単純な（射程の限定された）比喩を用いることをお許しいただきたい。サッカーを例にとろう。たとえボールを蹴るのが苦手で、自らピッチに出て試合をすることはなくても、ゲームのルールや戦術に精通していれば、例えば、選手がルール通りにプレーしているか、戦術的に一定の配置になっているか、得点は有効か無効か、などを理解することができる。試合終了時には、AチームとBチームのどちらが勝ったか、あるいは引き分けたか、さらには、自分たちが知るゲームのルールや戦術の観点に限定されるとはいえ、誰がより良いプレーをしたか、ということまでわかるようになろう。ゲームのルールや戦術を共有することで、サッカーを知らない人が（精確には、ルール・戦術しか知らない人）が、サッカーに精通している人と対話し、コミュニケーションすることができるのである。

さらに言えば、これは、人間同士のコミュニケーションを可能にしているのは共通・共有の基本言語（口頭言語・非口頭言語）の存在である、という平凡な日常経験の反映でもある。

科学と法の関係において、科学者と法律家の間で共有される基本言語を構成するのは、科学的方法である。そして、学説が正しく説くように、裁判官の役割とは、「証拠が形成される方法を管理することで、証拠が科学的性質を備えているかを判断する門番 gatekeeper となることである。さらに、自らの選択を正しく理由づけることも裁判機関の任務である。……これは基本的なステップである。科学的知識のような『他所の』知識の内容自体を取り扱うことは困難であるから、当該理論に対する評価とその方法論に対する評価を一致させるという意図のもと、方法に焦点が当てられるようになった」⁵²⁾。

52) C. CONTI, *Il BARD paradigma di metodo: legalizzare il convincimento senza riduzionismi aritmetici*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 834. 著者は、「強化された理由付け」という表現を、第一次的には科学的証拠を念頭において用いていることを確認しておこう（同書833頁、また、C. CONTI, *Il "diritto delle prove scientifiche": percorsi metodologici della giurisprudenza nell'era post Franzese*, in *Cass. pen.*, in corso di pubblicazione; C. CONTI – C. ROSSI, *Metodiche sperimentali e motivazione rafforzata: il processualista interroga lo scienziato*, in AA. VV., *Frodi agroalimentari: profili giuridici e prospettive di tutela*, (a cura di) A. Natalini, ↗

整理すれば、「裁判官は科学的証拠をどのように評価するのか」という問いに答える上で、我々は以下の2点を意識すべきことになる。第1に、その評価は訴訟（及びそれを規律するルール）という枠組みの中で行われること。第2に、その枠組みの中で、法律家と科学者は科学的方法という共通言語を用いて科学の良し悪しを論じるということ、である。

さて、科学的方法に注意を払わなければならないと述べたが、「方法に注意を払う」とはより正確に言うとはどういうことか。

判例上、新奇で争いのある科学的仮説が問題となる事例に関して、「良い」科学と「悪い」科学を区別するために、ある方式——いくつかの質問からなる作業手順を我々に提供する——が考案されている。つまり、イタリアの刑事判例において、コッツィーニ判決およびそれに続くカントーレ判決、サルトーリ判決、ノックス-ソッレーチト判決、ボルドーニヤ判決、カッペル判決、ペゼンティ判決、チロッコ判決、ベドウスキ判決、パレスキ判決、ボッセッティ判決、デサンティス判決、スパツランザーニ判決、チロッコ第2判決などにより受容、強化、完成された⁵³⁾、いわゆるダウバート・テスト⁵⁴⁾のことである。

↘Milano, 2018, 191; C. CONTI, *Scienza controversa e processo penale: la Cassazione e il "discorso sul metodo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 848)。強化された理由付けという制度に関する一般的な研究として、M. CECCHI, *La motivazione rafforzata del provvedimento. Un nuovo modello logico-argomentativo di stilus curiae*, Milano, 2021 を挙げるのが許されよう。

53) この点については、C. CONTI, *Scienza controversa e processo penale*, cit., 848. を参照のこと。本文に引用の諸判例の書誌情報は以下の通り。Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini, in *Mass. Uff.*, n. 248943; Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, in *Giust. pen.*, 2013, 695; Cass., Sez. IV, 13 febbraio 2015, n. 8527, Sartori, in *Mass. Uff.*, n. 263435; Cass., Sez. V, 25 marzo 2015, n. 36080, Knox-Sollecito, cit.; Cass., Sez. IV, 3 novembre 2016, n. 12175, Bordogna, in *Mass. Uff.*, n. 270385; Cass., Sez. IV, 3 ottobre 2017, n. 1886, Cappel, in *Mass. Uff.*, n. 271943; Cass., Sez. IV, 10 novembre 2017, n. 55005, Pesenti, in *Mass. Uff.*, n. 271718; Cass., Sez. IV, 16 aprile 2018, n. 16715, Cirocco, in *Mass. Uff.*, n. 273096; Cass., Sez. IV, 15 maggio 2018, n. 46392, Beduschi, in *Mass. Uff.*, n. 274272; Cass., Sez. I, 18 maggio 2018, n. 11897, Palleschi, in *Mass. Uff.*, n. 276170; Cass., Sez. I, 12 ottobre 2018, n. 52872, Bossetti, in *Mass. Uff.*, n. 275058-04; Cass., Sez. IV, 16 novembre 2018, n. 412, De Santis, in *Mass. Uff.*, n. 274831; Cass., ↗

具体的には、いわゆるジャンク・サイエンスが判断の基礎にされるのを避け、問題の科学の科学的妥当性を（裁判の時点で利用可能な最善の知識に基づいて）確認するために、裁判官は、専門家証人または鑑定人が提示した新奇または争いのある科学的仮説を、少なくとも以下の観点から検討しなければならない。

- (i) 専門家の世界での普及（例：権威ある科学雑誌への掲載、査読）および共有（一般的受容 *general acceptance*）
- (ii) その過誤の割合に関する知識・知見 (*rate of error*)
- (iii) 反証の試みに晒されていること（反証主義）と、検証可能性・実験可能性（実験室で同じ結果を得ることでの再現性）
- (iv) その出所となる典拠・人物（専門家の経歴や誠実さ、さらに実施された研究の目的など）
- (v) 認定されるべき事実との関係での証拠としての有用性

これらが、新奇あるいは争いのある科学的証拠の科学性をチェックする際に裁判官が必ず考慮すべき本質的かつ決定的な点・側面である（ただし他の考慮事由を排除するものではない）。

この「科学に対する尋問」モデル⁵⁵⁾が依拠する基準は、客観的なもの（過誤の割合など）と主観的なもの（専門家や実施された研究の誠実さなど）の両方を含むが、決して網羅的ではなく、問題の学問分野の特殊性に応じて拡張され

↘Sez. IV, 13 giugno 2019, n. 45935, Spallanzani, in *Sist. pen.*, 13 febbraio 2020; Cass., Sez. III, 6 settembre 2021, n. 32860, Cirocco, inedita.

54) 「ダウバート-ジョイナー-クムホ 3 部作」と呼ぶのがより精確である (Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993); General Electric Co. v. Joiner, 522 U.S. 136, 146 (1997); Kumho Tire Co., Ltd. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999))。この 3 部作は、20 世紀初頭のいわゆるフライテスト (Frye v. United States, 293 F. 1013, D.C. Circ. (1923)) ——ある理論が科学的であるか否かは、(実際には専ら、とまでは言わないとしても) 主として専門家集団の合意に支えられている (一般的受容性の基準) ——を (克服的・分節的に) 発展させたものである。

55) コッツイーニ判決について、D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 141 は、「科学に対する尋問という厳格な歩みを示すもの」だと語っている。

うる（これらは不可避な最小限のものに過ぎない）。さらに、これらの問い（そしてそれに伴う関連する議論）は、更なる問題・議論を排除するものではなく、むしろ呼び起こすものである。

したがって、この方式が確実にかつ特に有効であるのは、新しい科学や論争の的となる科学の質を評価する場合であるが⁵⁶⁾、それに限らず、（特に、分析すべき個々の主題の特徴に合わせてさらなる質問を加えれば、）あらゆる科学の評価に問題なく拡張できるのである。

結局、重要なのは、この特殊な作業手順である。訴訟では、裁判所は、他の場所で形成され、強化され、あるいは徐々に強化されつつある科学的知識を理由を付けながら篩にかける。このようなことができるのは、専門家のおかげであるが、専門家の助けは、その後、信頼性（能力、公平性、健全性）の観点から検証され、複数の専門家の意見を対審で突き合わせるによりテストされるのである。

科学的法則にまつわる専門的な論証と反論に耳を傾けることで、裁判官は、その法則が信頼できるか否かを事前かつ抽象的に確定できる（例えば、基礎となる研究に一貫性がなく矛盾している、関連する側面が未解明である、実験の再現が同じ結果をもたらさない、など⁵⁷⁾）。特定の専門的知識を信頼できると考え、その利用を決定した場合、続いて裁判官は、具体的にかつ事後的に、その科学的法則が現実とどう対応するかを確かめなければならない⁵⁸⁾。裁判官は、適法に取得した証拠を基礎として、その科学的法則の実際上の表現の痕跡を辿

56) L. ALGERI, *La prova neuroscientifica nel processo penale*, Padova, 2020, 202-206 は、神経科学に基づく証拠にいわゆるダウバート・テストを適用している。

57) こうした精査は、コモンローの体系では専門家証拠を許容する瞬間にのみ行われるが（陪審員がジャンク・サイエンスに取り返しのつかない影響を受け、それに基づいて（理由を述べずに）評決を下す危険を避けるため）、大陸法（civil law）の体系では、科学的法則が訴訟手続に導入される瞬間にとどまらず、合理的に理由付けられる必要がある証拠評価の段階でも行われる。

58) 本文で述べた二段階（事前と事後）の評価スキームは、2000年代初頭のFranzese判決によって説明されたもので、今では完全に定着している（Cass., Sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese, in *Foro it.*, 2002, II, 601）。

り⁵⁹⁾、当該科学的な仮説と手元の事件の論理的・法的な論証とを組み合わせ、結論を導くのである。最後に、裁判官は決定を適切に理由付けなければならない。

このシナリオにおける科学の（方法的）信頼性に関する裁判所の評価の在り方は、〔科学的証拠とは異なる文脈で〕判例によって精緻化され、学説によって洗練されてきた、裁判所による判断と正当化の方法と完全に重なる。その方法とは、判決に至る論証を複数の義務的な論証段階に分割する、という方法であり、強化された理由付け義務（l'obbligo di motivazione rafforzata）と呼ばれている。

いわゆる強化された理由付けとは、「一方で、特定の法的観点について慎重な決定を促し、他方で、裁判が正統性を持つためには検証が不可欠であると考えられる問題（精確に言えば論点）につき、頑健な理由付けの構造を練り上げることを要求する定式である。この判断（判決）と正当化（判決理由の論拠を伴う説明）の方法に固有の特徴は、〔判断の形成及び判決理由の執筆の過程で〕裁判官が一連のステップないし理路を踏むことを義務付けられるという事実にある。そのステップないし理路とは、共有・確立され、間主観的に検証可能な指標・基準に照らして評価（すなわち、具体的事案の特殊性に内容的に適合）されるべき、事案の特に重要な側面に関する論証により構成されるステップ・理路である」⁶⁰⁾。

59) 訴訟では、ある科学的仮説の実際上の表現の痕跡は、証拠要素 a が現実の出来事・現象 β と等価であることを確認することで辿られる。例えば、壁に付着した弾丸の痕跡から、 γ 法を採用して行われた弾道復元によれば、その銃弾は δ という種類の武器から発射されたことが推論される。

60) M. CECCHI, *La motivazione rafforzata del provvedimento*, cit., 437. この裁判及びその理由付けの方法は、裁判所の判断に関する論理－論証モデルであり、明確な拡大傾向にある。複数の事例で、実効的な保護を必要とする重要な法的地位にとって、ある要件に関する、重要かつ基本的な法上－論証上の側面についての強化された理由付けが、その法的地位の保障にとっての生命線となるような場合があるのである。具体例として、刑務所での終局判決に先立つ勾留の命令をあげよう。この事例では、裁判官が必ず踏むべき論証のステップは、(273条、274条などの要件を認定することは当然として、)より権利侵害的でない手段をとることの可能性を検討することである（例えば、電子プレスレットを伴う／伴わない自宅拘禁、重疊的にも

「科学に関する強化された理由付け」の場合、(共有及び又は確立され間主観的に検証可能なパラメータや基準によって方向づけられる、) 評価を回避できない論点とは、新しい、あるいは争いのある科学の信頼性を確認するのに役立つ諸要件のチェック〔具体的には前述の (i) - (v)〕である。前述のように、こうした論点は、考慮中の学問分野の特殊性に関連して今後拡大・展開する可能性があるし、拡大・展開されるべきである。

いずれにしても、このような「科学の訴訟上の取扱い」においては、評価されるべき科学性の多様な指標の「用量問題」はオープンなままである⁶¹⁾。ある理論の信頼性と判断対象たる事案への適用可能性は、事案ごとに判断・解決するしかない問題なのである。

3. 小括

本章の著者 (Cecchi) は本稿が手続法研究者の対話に貢献することを望んでいる。

外国の法制度の手続上の概観を知ることは、新たな制度を採用し、既存の制度を修正する契機とも、自国の制度の現状が(比較対象たる他の制度と比較し

↘適用できる他の強制措置・禁止措置 (275条))。この重要かつ基本的な点を考慮した上でなければ、刑務所での終局判決に先立つ勾留を命じることはできない。このステップを踏まない裁判は違法とされる (具体的には、刑事訴訟法292条2項により無効となる)。裁判官は、比例性、妥当性、段階性という (共有され、確立され、間主観的に検証できる) 基準に照らした自律的な評価により、この不可避の論点——刑務所での勾留よりも軽度な措置で対処できる可能性があるか——を検討しなければならない。実際、刑事訴訟法292条2項 c-bis 号によれば、刑務所での勾留を命じる裁判は、「弁護人が主張する事情が重要でないと考えられる理由に関する説明及び自律的な評価、ならびに、刑務所での終局判決の前の勾留が適用される場合には、274条の必要性が他の措置によっては満足させられえない具体的かつ特定された理由の説明及び自律的な評価」を含んでいなければならない、とされている (M. CECCHI, *La motivazione rafforzata del provvedimento*, cit., 549-550)。

科学的証拠の評価との関係で、上記 (i) - (v) の要素の検討を裁判所が不可避免的に求められることは、この強化された理由付けという発想の一例である、といえる。

61) C. CONTI, *La prova scientifica alle soglie dei vent'anni dalla sentenza Franzese: vette e vertigini in epoca di pandemia*, in www.sistemapenale.it, 9 febbraio 2021.

て）良好であると納得する契機ともなりえよう。

本章の締めくくりとして、現在の多様な刑事訴訟手続の間の比較を刺激するべく、今日のイタリアの状況を総合的に考察しておくことにしよう。

現在のイタリアでは、1791年のフランスと似たことが起こっている。革命期の立法者は、当時のフランス法に（弾劾主義の表現と考えられている）イギリスの刑事裁判を導入したが、その移行は段階的ではなかった。その結果、弾劾型の制度は、他の概念的・文化的スキームに慣れていた判事や弁護士のメンタリティと衝突した。かくして、1811年のナポレオン法典の登場まで、約20年間、継続的な修正が繰り返されたのである。

同様に、1988年法典によりイタリア法に導入された弾劾型——裁判官の職権による介入権によって緩和されているとはいえ——のモデルは、依然として糾問型が主流であった土地に接ぎ木されたものである。そして実際、少なからぬ価値観、原則、概念が、未だ一部の法曹関係者の意識に根を下ろしていない。それゆえ、伝統的ないわゆるアドヴァーサリー・システムの構造に明確な独創性を与えるような修正が次々に行われていることは驚くにはあたらない。この規範の絶え間ない階層化がもたらした不断の革新を踏まえて、「イタリア式弾劾主義（*sistema accusatorio italian style*）」を語るができる。

立法者、憲法裁判所、破棄院、裁判官、弁護士、学説は、現行の手続構造の建設に協力してきた。「建設現場」は常に開かれており、異なる国の法律家の出会いによっても、この進行中の作業に対する意義ある貢献が保証される。複数の異なる方法論的アプローチの比較は、思考の開花、解決策の発見、喫緊の問題によりよく対処できる創造的ツールの誕生の可能性を高める。そのような知識とアイデアの（幸福な）循環の一翼を本稿が担うことができれば望外の幸せである。

Ⅲ. 若干のコメント

以上のイタリア刑事訴訟法学の現状について、日本法の（特に民事訴訟法学の）観点から若干のコメントを付して本稿を閉じる。

論 説

実体的基準⁶²⁾との関係では、専門的知見の審査基準の設定に関して事実審裁判官の裁量を強調する方向に進んだアメリカとは異なり⁶³⁾、イタリアの破棄院が上記 (i) - (v) の要件の検討を必要最低限のものとしてリジッドに捉え、その限りで安定的な運用を志向していることが注目される。また、こうした実体的基準を用いた裁判官による能動的な審査の必要性を、単に主流の科学観の反映として自明視するのではなく、司法権の正統性という観点から憲法学的に検証する姿勢が見られる。この問題意識は我が国でも共有されるべきであろう。

本稿の観点から特に興味深いのは、以上の実体的基準論が、強化された理由付け義務という特有の議論を媒介に、判決理由の在り方という手続的基準の問題と関連付けられていることである。このことは、裁判官が自らの専門性を主張できない問題について裁判官の判断過程・思考過程を法的に統制するという目下の課題に対して、ひとり実体的基準の洗練によるのではなく、手続的基準との組み合わせでアプローチすることの必要性・有効性を示している。

さて、その手続的基準との関係では、強化された理由付け義務に関する議論のほか、裁判所の職権介入について、その介入の根拠が憲法の観点から論証されていること、また、当事者に対する手続権の保障、裁判所の中立性の確保など、他の要請との関係に一定の整理がつけられていることが議論の参考になる。また、アメリカで一部の論者が主張する科学に関する独自調査を奨励する方向の議論が存在しない（少なくとも、主流ではない）と思われることも貴重なデータである。

民事訴訟法学と刑事訴訟法学は、裁判所による公権力の行使の統制という公法学上の使命を共有する。然るに、訴訟における科学的知見の評価・利用という問いは、公権力の行使としての裁判の正統性という問題を強烈に意識させずにはおかない。この問いとの関係で、民事訴訟法学が刑事訴訟法学から、また他国における思想の蓄積から学び取ることができるものは、ことのほか多いと言えよう。

62) 実体的基準・手続的基準という本稿の言葉遣いの意義については、I. を参照。

63) アメリカ法の詳細については別稿を予定している。

法廷における科学的証拠の評価と利用（岡成）

図表：イタリアの刑事手続の概観

