

陪審の性格と証拠法 (Jury System and Evidence)

早野 暁

- 一 序
- 二 陪審の起源
- 三 陪審の性格の変化/ブッシュェルズ裁判
- 四 ブッシュェルズ裁判前後の判例
- 五 陪審制と参審制
- 六 結

一 序

「意思決定過程に対する民主的コントロール」、現代の陪審制度の主眼はそこにあると見てよいであろう (注1)。現代民主主義では、多数派意思が少数派国民に対して過度の自由の制約を課す可能性があるものの、政府主導の官僚主義の短所を考慮し、意思決定過程の情報の透明性を確保する上では、両者を適度の緊張関係におくことも、一つの方策といえる。一方、封建時代においては、君主の不当な抑圧からの解放、領主の領民に対する自治を確保する手段として、権利章典や法律というものが存在した。そして、陪審の発祥、その性格の変化、そしてそれに応じた証拠法則の発展は英国の王政時代に始まり、その遺産は現代に脈々と受け継がれている。よって、本稿は、陪審の制度性格の変化と証拠法則の確立の必要性、両者の間に密接な関係があるか否かを検証することを目的とする。また、付加的に、陪審制と参審制の両者を比較し、司法の民主化という課題に関して、共通の懸案事項を見出しうるかを検討してみる。(注2) したがって、公正な裁判を実現するための陪審構成の具体的要件の問題、及び、裁判官による事実認定 (bench trial) を要求する被告人が増加した場合 (注3)、陪審審理を受ける憲法上の権利 (注4) の性格をいかに再構成していくべきかの問題、それら両主題については今回詳述しない。

二 陪審の起源

陪審制度の前身はコモン・ロー時代のAssize だといわれる(注5)。陪審という仕組みは、最初は刑事司法上の目的ではなく、むしろ行政上の目的で用いられたものである上、事実認定者というより、争いの生じた地域の出来事に関して何らかの知識を取得している者(一種の証人)としての性格を有し、そのような証人としての役割が期待されていた(注6)。ある土地が、教会の不動産であるのか、国王の所有物であるのか、あるいは、隸農の占有権・耕作権の設定された不動産であるのかを決する判定手続、さらに、その土地の所有権には第三者の使用権が設定されているのか否かを審理する手続、いわば行政訴訟と民事訴訟の中間的な性格をもつものがアサイズ審理であったようである(注7)。Assize のために召集された陪審が、国の意思決定過程に関与することの真意は、同胞による事実審理(judgment by peers)(注8)の側面と、争訟の生じている地域の慣習・常識に則しているという意味での社会的に妥当な事実認定の側面(注9)に求めうる。国王の恣意や裁判官の独断に偏向した判断ではない旨を、被統治者に充分了解させるという目的、つまり、円滑な統治のための懐柔要素を、陪審は包含していたものと考えられる。よって、その時点で、既に、手続的要請(判断を受ける側の権利という問題)と事実認定の正確性の要請(純粋な事実認定の正確さの問題)とが、陪審という一つの制度枠組みの中に同時に据えられることになり、加えて、国王の権限の範囲と裁判官の権限の範囲との関係も複雑に絡んでくる問題であった(注10)。だが、民主主義社会あるいは自由社会における個人の権利保護の視点というものや、現代における当事者論争主義に基づく刑事裁判の理念というものは、残念ながら、当時の英国の統治者には強く顧慮されていなかった模様である。そのため、前述の陪審制度の目的を表明しながら、裁判官の意向に添わない評決をなした陪審には、陪審査問(attaint)を経た後に、陪審偽証罪のような過酷な処罰が当然の如く実施されていたのである(注11)。陪審が裁判官の意思の傀儡であることを余儀なくされていた時代には、事実上、陪審の判断の独立や陪審の事実認定権限というものは形式上のものにとどまり、陪審は権力者の判断の正統性を補完する「道具」として位置づけられるものに過ぎなかった。しかし、権力者が訴訟の事実認定に際し、民間の慣習や常識を反映させようとした事実は、時代の異なる現代におい

でも回顧する価値がある(注12)。初期の陪審は証人としての性格が強く、しかも、現代における証人(犯罪に関する事実の直接体験者で証言を提供する者)とは異なる性質を持つ証人、すなわち、争いの解決基準たりうる慣習や常識に明るく、かつ、事実認定という判断作用をも実際に担う機関であった(注13)。刑事裁判において、糾問主義、職権主義に由来する証拠法則(注14)を厳格に適用した場合、有罪の蓋然性のある被告人を不当に無罪とする虞を生じるため、その危惧に対応して、裁判官の自由心証を認め、陪審による有罪認定の道を開き、一方で、証拠法則を整備するという、刑事裁判制度全体のダイナミズムとの関係でも、陪審は「公正な裁判」の重要な構成要素と見ることができる。厳格な証拠法定主義は、一見、事実認定の正確性に寄与するよう見えるが、それは、被告人の権利保障という思想に根付くものではなく、かえって、法定証拠となっていた自白を、強制的に採択する実務を生み出してしまった。ただ、合衆国憲法第6修正の対決権条項の規定の成立に、職権主義的な理念も少しは関連していることは、注目すべき点であろうし(注15)、それと同様に、コモン・ロー時代の英国の裁判実務も、一面で職権主義的な運用に傾向した時期がなくはないことも認めざるをえない(注16)。ただ、制度運用者の器量次第で、職権主義の裁判であっても、正確な事実認定を実現することは可能であろうが、そこでは、権力濫用の危険への過小評価が前提となり易く、国の意思決定過程の過誤・誤判の不存在に対する安易な期待を生じやすい(注17)。

陪審を制度採用した当時の統治者の意図と陪審制度の当時の効果、そして、現代の陪審制度が持つ意義と課題は、各々区別して評価しなければなるまい。なぜなら、形式上被統治者に有利であるとされながら、実質は権力者側の不遜な企図によって導入された制度であっても、結果として被統治者の権利保障に資する重大な転機をもたらすものがあるからである。要は、陪審制度が良いか悪いかではなく、意思決定過程に民主的コントロールを介在させる場合に、どのような長所と短所が見込まれ、長所に関しては制度のどの範囲で活用し、短所に関しては如何なるオプションや歯止め・安全装置(safeguards)を用意するかを論ずるべきではないか。その意味で、初期の陪審が独立した事実認定機関ではないとしても、少なくとも、その形式上の地位すら欠いていたのでは、後のプッシュェルズ裁判(注18)での変革にすらつながっていかないため、陪審という着想や制度の存在自体に

一定の存在価値を見出すことが可能かと、筆者は考える（注19）。

数種のAssize に由来するassisa（注20）の用語と同時に、jurata という用語も非刑事の訴訟過程（civil cases）で用いられ、両者は機能目的や召喚方法において元来区別されるものであったが（注21）、訴訟制度や証明方法の発展・拡充により、次第に同様の役割を果たすようになっていった模様である。

初期の陪審（陪審員）の資格は、(1) 自由民（liber homo）であり、かつ、宣誓する以前に訴訟関係人と利害関係のない者であること、(2) 違法行為の前歴がなく、かつ、3つ以上の財産（おそらく不動産あるいは不動産により生じる財産 three properties）をもつ者であること、(3) 不動産権（estate）（注22）に対する十分な知識及び判断能力を有する者であること、(4) 訴訟事実に対して予断がなく中立公平な判断を提供しうる者で、かつ、忌避の対象者でないこと、となっていた（注23）。

陪審の人数が12人へとまとまっていった経緯は、裁判の結果が被統治者の支持を得ていること（常識・慣習に合致していること）を印象づけるため、及び、事実認定の慎重さを印象づける効果を期したためと、訴訟経済上の適正規模との調和を目指したためであろう（注24）。事実事項（matters of fact）は陪審の判断に委ね、法律事項（matters of law）は裁判官の判断に委ねるといった権限の配分が行われるようになった背景には（注25）、陪審の不合理な事実認定や陪審による法の無効化（jury nullification）の内、極めて正義の要請に反するものについては、それら事態を牽制しなければならないとの統治者の企図が、内在していたように思う。現に、初期の陪審の判断・事実認定権限には十分な独立性がなく、必要以上に、すなわち、陪審制度導入の意義をかなり減殺してしまう程度に、陪審の権限は抑制されていたものと見られる。また、訴訟上の重要な争点というものは、概して、事実事項と法律事項の混在しているものである場合がある。よって、事実事項に関しても、職業裁判官の専門知識を駆使した理論構成次第では、裁判官は陪審の認定事項に介入しうるルートをもつことになる（注26）。

三 陪審の性格の変化/ブッシュェルズ裁判

陪審が、国王あるいは裁判官の傀儡であることを脱し、独立の事実認定

権限をもつに至ったとされる有名な事件は、1670年のブッシュェルズ裁判だとされる (注27)。クウェイカー教徒であったウィリアム・ペンとウィリアム・ミードが、ロンドン市内で不法集会を開いたとして騒擾罪 (tumult) に問われ、その起訴事実に対して、ブッシュェルを陪審長とする陪審が無罪評決を行い、その評決が明白な証拠と裁判官の説示に反するものとして、ブッシュェルは罰金を科され拘禁を受けた。裁判官の指示に反した陪審の事実認定に対する処罰の正当性を争う、人身保護令状をめぐる訴訟がブッシュェルズ事件である。

当該事件を担当した裁判長Vaughan 裁判長は、

“Without a fact agreed, it is as impossible for a judge, or any other, to know the law relating to that fact or direct concerning it, as to know an accident that hath no subject” . (注28)

という前提から出発し、

“Being return'd of the vicinage, whence the cause of action ariseth, the law supposeth them thence to have sufficient knowledge to try the matter in issue (and so they must) though no evidence were given on either side in court, but to this evidence the judge is a stranger.” (注29)

“They may have evidence from their own personal knowledge, by which they may be assur'd, and sometimes are, that what is depos'd in court, is absolutely false; but to this the judge is a stranger, and he knows no more of the fact than he hath learn'd in court, and perhaps by false depositions, and consequently knows nothing.” (注30)

“The jury may know the witnesses to be stigmatiz'd and infamous, which may be unknown to the parties, and consequently to the court.” (注31)

“In many cases the jury are to have view necessarily, in many, by consent, for their better information; to this evidence likewise the judge is a stranger.” (注32)

さらには、

“And it is as absurd to fine a jury for finding against their evidence, when the Judge knows but part of it; for the better and greater part of the evidence may be wholly unknown to him; and this may happen in

most cases, and often doth, as in *Graves and Shorts case*.” (注33)

との理論構成を採用し、

“It was said, a perjury in facie Curiae is punishable by the Judge; and such is it if jurors go against their evidence; perhaps a witness may be punished for perjury in facie Curiae (which I will not maintain to be law) but a jury can never be so punished, because the evidence in Court is not binding evidence to a jury, as hath been shew'd.” (注34)

と断った上で、

“But however, all the judges having, upon this return, resolved, that finding against the evidence in Court, or direction of the Court barely, is no sufficient cause to fine; the jury answers all these cases, if not answered before.” (注35)

と判示し、ブッシュェルズの釈放を命じた。

陪審が法廷外で知りえた事実（証拠）を活用して事実認定をなす事項に関しては、裁判官は十分な知識（証拠）を有しているわけではないとの理論構成は、決して証拠に基づかない裁判を認容する趣旨ではなく、また、陪審固有の証拠資料の内容と、裁判官に判明している法廷証拠資料の内容とが一致していないことを奨励するものでもなく、むしろ、地域の慣習に明るい陪審が最も適切な判断をなしうる認定事項に関しては、中央政府の官僚たる裁判官は陪審に判断を委ねるべきことを、意味しているのであろう。換言すれば、陪審裁判の判決は、陪審の事実認定と裁判官の法律解釈との協同作業の結果ともいえ、陪審の権限と裁判官権限の複合構成物（モザイク）であることを宣言する意図であろう。もっとも、裁判官の法解釈・法適用は、陪審の認定結果を基礎とせざるをえない点で、形式的には、陪審の事実認定が先決事項となるが。立法者の示した基準、従来の裁判所の先例の基準、その両者を被統治者（国民）の視点で受容するかが試され、国の制度及び意思決定の正当性がフィードバックされる可能性に富んだ「仕組み」としては、やはり、陪審制度は分権的な工夫を凝らした制度として評価に値しよう。（注36）司法判断の民主的コントロールという点では、裁判官に多くの権限を留保した参審制度に比し、陪審制のほうが、やはり、実効性は高いと思われる（注37）。陪審は、制度に基づいて、重大な責務、すなわち、事実事項に関する最終的な認定権限を与えられるか

らこそ、真剣に審理を行うものと見るべきである。そしてそれは、決して、法理論をまったく無視した感情判断であることを意味しない。一方、終局的には、職業裁判官の意見が優先するような仕組みに対して、国民の信頼は高まると見てよいのかは、疑問に感じられる上、参審員の士気というものには、どうしても限界を生じると思われる。陪審による法の無効化等の現象は、極端な非常事態として把握するのが妥当で、全く短所のない完璧な制度を期待することにこそ誤りがあるのではないか。むしろ、陪審による法の無効化が生じてしまうとしても、それが官僚裁判官の法解釈によっては救済に限界のある事態を開閉するとき、あるいは、先例の思考枠組みでは達成できない正義を実現する機能を発揮するときには、かえって、歓迎されるものではないだろうか (注38)。

いずれにせよ、このブッシュェルズ事件において、初めて、陪審の事実認定権限の独立が認められたことは確かである。陪審の権限が独立したことにより、その結果、事実認定を規律する公正な証拠法則の確立が、一層重要になったことになる (注39)。例えば、陪審が判断を大きく誤らないために、裁判官の説示 (instruction) というものが必要になってくる。陪審が、証拠に基づかない判断をすること、制定法の基準を度外視すること、先例の判断枠組みを踏み越えること、これらの事態のうち、著しく正義に反するものについては、裁判官説示によってある程度防止できる。だが、奥ゆかしいのは、その説示とて、陪審の判断を強制的に拘束するものではないものと、英米法が位置づけている点である。民主主義の短所を認めながら、人民による統治 (注40) というものに正義の源泉を希求し、政府や官僚よりも、同胞国民に対して大きな信頼を寄せる法文化のあらわれであろう。

なお、陪審の判断に対する具体的な査問手続の様態については、John Lilburne 事件 (1653) に対する陪審査問を参考にしてほしい。(注41)

四 ブッシュェルズ裁判前後の判例

- ① Throckmorton 裁判 (1554) (注42)
- ② Slade 裁判 (1648) (注43)
- ③ Wood v. Gunston 事件 (1655) (注44)
- ④ The King v. Fenwick 事件 (1663) (注45)

- ⑤ The King v. Jackson 事件 (1663) (注46)
- ⑥ The King v. Jones 事件 (1724) (注47)
- ⑦ The King v. Davis 事件 (1691) (注48)
- ⑧ Lady Herbert v. Shaw 事件 (注49)
- ⑨ Bright v. Eynon 事件 (1757) (注50)
- ⑩ The Queen v. Scaife, Smith and Rooke 事件 (1851) (注51)

前記、すべての裁判の概要を逐一説明することは紙面の関係上できないが、各々出典を明記したので、読者の方々にはそれらを参照して頂きたい。また、陪審の判断、すなわち、事実審理結果の終局性という枠組みに着目して判例を摘出したために、民事事件と刑事事件とが混在しているが、決して、両者の陪審判断の性格を混同しているわけではないので、その点に関する批判は容赦して頂きたい。証拠法則においても、刑事裁判と非刑事裁判とで、少なからぬ差異が認められるのと同様、両者それぞれの陪審判断の意味にも、少なからぬ違いがあろう。

①の判例は、スロックモートン卿が大逆罪で訴追された事件であり、陪審評決は証拠不十分で無罪、裁判官は有罪を主張した事例である。訴追側主張によれば、被告人はスペイン軍を誘致し、ロンドン塔 (the Tower of London) (注52) を武力占拠する謀議に主犯として関与していたとのことだが、判決文を読む限り、確かに検察側の立証は、合理的疑いを容れる余地のないものとは断じ難い。なぜなら、検察側の主張を裏付ける証拠は、共犯者ウィンタとボーガンの自白であり、後者は出廷して証言台に立っているが、その証言内容は、被告人の大逆罪に関する外的行為 (overt act) (注53) を証明する程度のもものではなかったからである。共謀の存在の立証が不十分であることを理由に、陪審は無罪の評決をなした。ところが、その陪審は陪審偽証罪に問われ、かつ、新たな公判審理が行われ、スロックモートン卿は有罪となった (注54)。当時、政敵を失脚させる道具として刑事裁判が利用されることがあった歴史を窺わせると同時に、陪審という機関がいかに軽視されていたかを知らせる重要判例といえよう。このスロックモートン事件は、ウォルター・ローリー卿の裁判を連想させる (注55)。もっとも、被告人を共犯者と告発するボーガンが出廷し、不十分ながらも反対尋問を受けている点では、宣誓供述書のみで有罪とされたローリー裁判とは、大きく異なっている。

ウッド対ガンストン (③) は、複数の侮蔑的発言、特に「反逆者」との誹りを受けたことに対して、ウッドがガンストンを提訴した民事訴訟である。ウッドは勝訴し損害賠償請求権を認められたが、陪審は、常軌を逸する高額な賠償額を認定した。この陪審の評決に対し、再審理 (new trial) をなしうるか否かが争われ、結果として、両当事者の協議の結果、再審理が行われることになった。事実問題に関する陪審の判断の終局性をめぐって、裁判官の間で意見が分かれた事例である。

⑤の国王対ジョン・ジャクスン卿の事件を見てみよう。ジャクスン卿と大司教の間の侵害訴訟 (trespass) においてジャクスンが勝訴した。しかし、大司教は、侵害訴訟で証言した証人を偽証罪で提訴したため、ジャクスンは家臣に命じ、その証人を監禁してしまった。よって、その証人は出廷不能により無罪となるが、その後の大司教の求めた偽証罪の再審理の是非が争われた事例である。侵害訴訟の証人に対する偽証罪の無罪は、判決に重大な瑕疵があるとして無効となり (arrest of judgment)、再審理において、ジャクスンは偽証罪の主犯で有罪、さらに、逮捕監禁罪で有罪とされた。ただ、後に法廷は罰金の納付と善行保証を条件に、ジャクスン釈放した。皮肉にも、かなり悪辣な犯罪類型にあたる本件が、かの無罪認定を受けた被告人に対する再度の訴追を禁止する原則、すなわち、二重危険禁止法理の先駆けとなったようである。この判例は、現代においても重ねて評価されるべきであろう。いや、むしろ、英米法上の二重危険禁止法理は、大陸法の一事不再理原則とは異なり、一回の充分で公正な訴追に対し、その防御に成功した被告人を、早期に刑事手続から解放することを目的としているのであるから (注56)、無罪判決に対する、事実誤認を争う検察官上訴の禁止の「源流」にこそ、この判例を位置づけなければなるまい。したがって、現代米國法の二重危険禁止を論ずる際、現代米國法の判例を援用するのみではなく、当判例を回顧する必要も少なくはあるまい。

国王対ジョーンズ (⑥) は、陪審が証拠に反して無罪の評決を出した場合、新たな公判 (事実審理) を行ってよいか否かが争われた。当時は、未だ二重危険禁止効の法理が十分に成熟していなかった。自治都市住民の身分を有しないにもかかわらず、そうであるかのように振舞った被告人に対して、裁判所は陪審の評決を無効とし、詐欺罪の成立を認定した。裁判所の意見は分かれたが、明白な証拠を無視した、経験則に著しく反する陪審の事実認定は、法律問題の誤りとして、無効となしうるとの理由付けがな

された。この判例は、⑤のジャクソン事件から何十年と後のものであるが、いまだに陪審判断の終局性、あるいは、二重危険禁止法理が定着していないことを示唆してくれる。

⑦の事件で裁判所は、騒擾罪で一旦無罪とされたデイヴィスその他の共同被告人に対し、再度の公判審理を行うことは、陪審の流職が立証されているような場合を除き、原則として許されないと判示している。この時代においては、陪審の事実認定権限の独立はブッシュェルズ以後なので確立しているものの、二重危険禁止効に関しては、完璧には安定していないものと解すべきであろうか（注57）。⑥、⑧及び⑩の事件を、事例判断と位置付けるのであれば、この判例で二重危険禁止法理が揺ぎ無い段階に至ったと解することもできる。両原則の確立に、時間のずれのあることが、とても興味深く思われる。不思議なことに、陪審権限の独立と、二重危険禁止法理は、各々別問題でありながら、相互に密接な関連を有する主題である。

レイディー・ハーバート対ショー事件（⑧）は、Leedsの公爵である原告の父が、各陪審員に対して、自己の法廷への出席（傍聴）を知らせる信書を郵送していたため、被告が陪審の評決の無効を主張して、new trialを申請したというものである。裁判所は、原告の父の行為が、訴訟幫助罪（maintenance）や陪審員抱込罪（embracery）を構成するかどうかを審理した末、結果として、再審理の申請を認容しなかった。原告の父が陪審に私信を送付したのは、公判期日よりかなり前の時点であったこと、かつ、新たな陪審員の招集を求める被告の主張は、時機に遅れているものと解すべきこと、の二点が判決理由に示されている。もっとも、政治上の権力者が陪審に信書を送付すること自体は、陪審評決の中立・公正さに対する深刻な脅威であることを、法廷も認めていた。

Scaife 事件（⑩）。被告人3名は強盗罪で起訴され、検察側は、裁判官（magistrate）の面前で適法に録取された、証人アン・ガーネットの供述録取書を証拠に提出した。しかし、証人はスマスによって不当に買収され出廷しなかった。裁判所は、政府側に証言利用不能の立証を求めることなく、証人の供述録取書に証拠能力を認め、その結果、陪審はScaifeとロックには有罪、スマスに対しては無罪の評決をなした。本件では、政府側が証言利用不能の立証を果たす前に、裁判所が当該供述録取書の証拠決定をなした点につき、再審理の理由となりうるか否かが争われた。形式的には証拠決定手続の瑕疵が問題とされているが、被告人スマスが証人に不当な

影響を与え無罪となっている事態を、著しく正義に反するものと法廷は判断し、翌年、再審理が行われた事例である(注58)。被告人の正当な防衛活動の結果、無罪とされたケースではないことに注意すべきであろう。ただ、たしかに、無罪判決に対する再度の事実審理(公判)の当否という論点に関する事件には相違ない。

こうしてみると、ブッシュェルズ・ケイスは、確かに、陪審の判断の独立を宣言した重要判例であるが、その事実認定の終局性が揺ぎ無いものになるには、18世紀、19世紀にまで至る長い道りがあったことを忘れるべきでない。ブッシュェルズ裁判以後も、重罪については、相当の陪審への圧力が存在したようである。ただ、不思議なことに、社会の変革、大陪審制度の拡充、証拠法の整備に伴い、裁判官と陪審の間に、一定の協調関係を生じるようになったとも、言われている。(Green, *Verdict According to Conscience*, p.270) 陪審制ですら、何世紀もの歴史を経て、制度の安定を模索してきたのに、参審制、あるいは、変則型陪審制を参考とした裁判員制度に、残念ながら、そのような歴史は見出しがたい。陪審の判断権限の独立を原則とし、前記先例に多くみられる特異な事例を、苦心の末修正し正義を維持してきた、その様な歴史に充分に根を下ろした「工夫」というものが、英米判例法の真髄といえよう。これらの歴史に照らせば、単なる一時の法改正、あるいは、数回の法改正で、裁判における正義を実現したり、国民の法に対する信頼を回復したりできると考えるのは、思慮に富む発想とは言えないであろう。

五 陪審制と参審制

陪審の制度が、アサイズ審理に由来するものであれば(注59)、それは本来、土地の所有権や占有権をめぐる訴訟の事実認定、あるいは、証拠法則、証明方式を前提にしていた制度と解するのが妥当であろう。そして、神判(ordeal)という不合理な証明方法から脱却するための、また、決闘(battle)による証明というリスクから、土地所有権・占有権等を主張する者を開放するための、ひとつの知恵であったことにも注目すべきかと思う(注60)。つまり、陪審が、いかなる経緯を経て、刑事事件の事実認定機関として制度に定着していったかを回顧すると、必然の要素と偶然の要素とが混在し

ているように見える。最初から、刑事事件（重大犯罪）の判断形成過程に、民主的な関与を大幅に許容するようなシステムは、王政下では想定されていなかった。一方、現代民主主義政治の下では、職業裁判官の官僚主義に対する牽制手段として、究極には、三権分立の争点として、陪審制、参審制は、再構成されなければならない。よって、陪審制度、裁判員制度を導入する政府は、国民に対して、過去・現在・将来に亘る「司法の民主化」の正の部分、負の部分、中立・公正に明示し告知する義務がある（注61）。

また、民事訴訟の判断形成に民意を反映させることと、刑事事件の裁判結果に国民の意思を反映させることの、両者の異同を十分に議論した上で、なぜ民事裁判ではなく、刑事事件にのみ裁判員を置くのかについてもきちんと説明をしなければなるまい（裁判員法2条、3条）。中世の大逆罪事件に内在する、時の権力者による政治弾圧の可能性、そして、現代の重大犯罪の審理に潜在する、現代民主主義に特有のなんらかの危険、それらの比較・検討を経ずに、陪審制も参審制も理解することはできないであろう。

陪審による法の無視（jury nullification）という事態が、確かに、参審制では生じない（注62）。しかし、事実に関する認定権限を、独立して陪審に委譲したこと自体に、英米法は大きな意義を認めている。そうすることで初めて、裁判官の官僚主義に一定の影響を与えると判断しているようである。ブッシュェルズ裁判が、大きな転機と評価される理由は、陪審権限の独立を、ポーガン裁判官自身が明確に宣言していることにある（注63）。司法判断過程の民主化を企図するのであれば、民主主義や国民感情により派生する相応の負の効果を、一定限度で認容、覚悟する必要のあることを、少なくとも英米法は所与の前提としている。それ故、事実問題ではなく法律問題に関しては、法律専門家である裁判官の専権事項として、陪審の行き過ぎた判断を調整するといった、陪審と裁判官の間に、相互のフィードバック作用のあるシステムが用いられている。裁判員制度に見られる参審制においては、裁判官と裁判員の間に、緊張感のある権限の分配がなされているであろうか（注64）。結局は、裁判官が指導権を確保できるように法令が整備されているのであれば、司法の判断過程の透明化という点では評価できるものの、民意の現実の反映という点では、かえって、国民の信頼を得られない結果となるのではないだろうか。つまり、「日本が採用するのは裁判員制度という、いわゆる参審制である。」、「よって陪

審制のような問題は生じない。」「その結果、適正な司法の民主化が実現する。」「このような理論構成に説得力を持たせることは相当に困難である。民意を反映する制度を構築するということは、「市民の支持する正義」という不安定なものへの負の効果、負の危険を、統治者と被統治者双方が十分に了解し、かつ、引責することで、初めて可能となるのである。裁判員制度が、どの程度で民意を反映するものなのか、これまでの裁判官の権限を、どの範囲で裁判員に認めようとするものなのかに関して、前記のような意見が日本政府と国民の間に共有されていると、本当に、裁判員制度の支持者は考えているのであろうか（注65）。

最後に、アメリカ合衆国では、陪審裁判を受ける被告人の権利は、憲法上の権利と位置づけられている（注66）。日本では、裁判員裁判を受けることは、刑事被告人にとって、何を意味するのであろうか。裁判過程の透明性を確保するのに、公開裁判とすること（憲法82条1項）、判決に理由を付すること（憲法37条1項、刑事訴訟法44条1項）のみでは不充分と判断する根拠をしっかりと論証した後に、国民の司法参加という議論を持ち出す必要があるかと考える。

六 結

以上、陪審に関する古典を確認し、先人の切実な血の代償からのみ生じる、法制度上の英知というものを探索してみた。中世の英米法制度の理念が、現代の日本法制度のそれにそのまま妥当することはないが、温故知新という箴言にもあるとおり、陪審の歴史を熟知することで、初めて、適切な司法改革への出発点に立つことが可能となるものと考えられなくもない。したがって、今回の論述では古典の回顧に重点を置かせて頂き、参審制の歴史の詳細、西暦1800～1900年代の陪審制の具体的な変容、及び、近時の裁判員裁判の判例等、それらの議論に関しては、今後の機会に譲ることとしたい。（注67）

陪審制度の目指した「司法の民主化」というものは、誤解を恐れずに言えば、一定限度で司法判断に一般公衆の感情要素を容れることにあり、公平無私ではあるが画一的かつ冷徹な裁判官による官僚的な独断を牽制することが、陪審の使命であったと言えよう（注68）。陪審制や参審制におけ

る司法判断について、法外要素の除外の貫徹ということを主張する論者も見られるが、陪審制や参審制に関してそのような視点を過度に強調することは、陪審の歴史や英米法の古典をしっかりと熟読していない証左かと思われる(注69)。よって、わが国で導入された裁判員制度に関し、司法判断の法理論上の適正を必要以上に意識して、結果として裁判員を職業裁判官の傀儡と化すような制度を構築することは、ブッシュェルズ事件以前の弊の二の舞ということになる。方や、裁判員を、全く野放図な自由因子として位置づけることにも大きな障りがあり、裁判員の権限を統御するルールは確かに必要ではある。要は、裁判官の法律専門家としての経験と、陪審の法律専門家ではないが故の知恵との「合理的にバランスのとれたモザイク」のような司法判断過程を、日本の裁判員制度がどこまで実現できるかという問題に帰するであろう。

しかし、裁判員候補者(注70)の構成を社会的に分析する視点を欠き、米国における理由のない忌避等の制度趣旨の十分な理解を欠き(注71)、判例の集積があったとしても、判決理由の明快さにおいて説明不足の印象の残る判例の多い事情に鑑みれば、今後の制度改革が形式的な「司法の民主化」にとどまってしまうおそれがある。欧米の陪審制は、たしかに多様な問題点を孕んでいるが、その制度の短所を補うために、二重三重の安全装置を用い、層の厚い工夫を、長期に亘り実践してきている。(注72)裁判員制度であれば陪審制度とは別物なのであるから、陪審制度に見られる問題はすべて最初から生じないと短絡的に思料することも誤りかと思われる。なぜなら、陪審ほどの強い権限を持たない裁判員が、官僚裁判官の必要以上の指導・介入を受ければ、過去の「傀儡陪審」以上に脆弱な存在となりかねないのだから、また、民主的なコントロールがさほど実現していない場合でも、裁判員の形式的・物理的な関与の事実のみをもって、司法の民主化を、制度運用者(国家権力)側が過大評価する口実となりうることに注意しなければならないのだから、陪審制度の導入においても、裁判員制度の採用においても、共通の懸念材料は存在する。加えて、国民の権利拡張を「銘打つ」制度は、一旦成立すると、事実上、後にその廃止が著しく困難となる可能性が高いことも、忘れてはならないだろう(注73)。過去に、日本でも陪審制が存在し、それら法規は停止されている。旧刑訴法の職権主義下で陪審を試み、あまり効果的に機能しなかったため、現行法の当事者論争主義下では、参審制をとることにしたというのであれば、

それも何か、違和感のある選択に感じられる。参審制は、どちらかといえば、職権主義に親しむものだからである(注74)。端的に、裁判員に、どのような機能・作用を、国は期待しているのか、それが、今回の司法制度改革から見えてこないのは、筆者だけであろうか。

司法過程の透明性の確保、司法手続に対する国民の関心の向上という制度改革に、筆者は支持を表明したい。がしかし、現在導入された改革の手段、手法については、少なくとも周到な段階にまでは至っていないのではないか、というのが私の率直な意見である。制度の要改善箇所を疾病に例えるならば、制度の問題点に対する診断は適正でも、治療計画、処方及び投薬の用量については適正とは判断し難い状況のように思われる。数百年の歴史を経て(注75)、ようやく形成された陪審制、そして現代米国において、有罪答弁による訴訟処理、裁判官審理が圧倒数を占める中、陪審制が存続していることの意味を熟慮せずに(注76)、それに劣後しない裁判員制度を、法改正のみで実現できると考えている法務省には、正直脱帽せざるを得ない。また、裁判員裁判を受けることを、被告人の権利と位置づけるのか、あるいは、被告人の義務と捉えるのかについて、十分な説明を欠いたまま、国民に対してはただただ「制度改革」「司法の民主化」ということのみを説明していて、一通りの広報活動しかせずに、制度導入に踏み切ってしまったことにも、問題があるのではないか。真に民意を反映していない司法制度が、実際に「民主化された司法」の外観を得てしまうことに、筆者は少なからぬ憂慮、あるいは、脅威を感じる。なぜかというと、民主主義は、独裁政治よりは、はるかに安全な統治体制とはいえ(注77)、歴史の教訓からすれば、悪意ある統治者の下では、容易にファシズムに転化してしまうものと思われるからである。民主的コントロールという安全装置は、評価するも過信してはならず、完全無欠の統治体制はないとの前提で、各種の統治制度を構築しなければならないであろう。証拠法上の評価の枠組みを超えて、陪審制度という事実認定機関が果たしてきた役割は、その制度の欠点が指摘され続けてきているとしても、なお、司法の民主化の実現に向けた果敢なチャレンジであったことを忘れてはなるまい。陪審が辿ってきた苦難の道というものを、政府は国民に充分に告知し、陪審制の長所・短所、参審制の長所・短所をすべて開示し、さらには、陪審制でも参審制でもない、他の司法の民主化の手段の可能性をも誠実に探求し、その上で、今後の司法制度を考案していくよう、刑事法運用者に強く求め

たい。それらの前提を現実に確認した後であれば、数十年、数百年の期間を想定して、陪審制度、参審制度を超える司法制度が実を結ぶことを目指し、至難の道のりを共有することには、一人の国民として異存はない。

注

注1 A.B.A Standards, *Trial by Jury* 40 (1968). Broeder, *The Functions of the Jury—Facts or Fictions?*, 21 U. Chi. L. Rev. 386 (1954).

注2 裁判員裁判制度の導入に際し、英米の陪審とは異なる制度を考案すれば、陪審制度の短所を論拠とする批判に対して、すべて容易に反論できそうだが、それが失当であることを、本稿は検証したい。

注3 欧米では、被告人が陪審裁判を受ける権利を放棄した場合、裁判官による事実認定が行われる。Kamisar/Lafave/Israel/King, *Modern Criminal Procedure* 9th ed., p.1364.

注4 アメリカ合衆国憲法第6修正及び第7修正参照。

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.

注5 Holdsworth, *History of English Law*, vol.1.p.327.

注6 前掲(注5)。同書321頁。

注7 前掲(注5)。Thayer, *A preliminary Treatise on Evidence*, p.110.

注8 前掲(注1) *Trial by Jury*。なお、Kamisar/LaFave/Israel, *Modern Criminal Procedure* 4ed. p.1293 参照。さらに、28 U.S.C. 1863。

- 注9 前掲(注8) Kamisar。
- 注10 前掲(注5) 316、320頁。Holdsworth, *History of English Law*, vol.5.p.232. なお、国王と議会の権限の関係については、同書202頁～209頁参照。
- 注11 もっとも、陪審の判断が、一定度の尊重を受けていたことを、否定はできず、事後、陪審偽証罪の罰則が適度に軽減されていったことも事実ではある。前掲(注7) 149、151、153頁参照。
- 注12 真の「司法の民主化」を実現するのであれば、少なくとも、国民の「一般人としての良識」に対し、不安感や不信感を抱くのではなく、信頼と礼譲の気持ちで、司法制度運用者の側になくしてはならないことを、歴史は示唆しているように思われる。精密司法に必要な以上に固執し、国民の健全なる常識を、一定度のリスクを覚悟で信頼できない状況下で、おそらく司法の民主化は困難であろう。ちなみに、米国では、素人陪審の認定が著しく困難な、専門的な事実が争点となっている民事訴訟に関し、特別陪審を招集・構成することの是非が、問われる場合がある。そのような場合ですら、裁判官審理(bench trial)よりも特別陪審員(special jury)による審理のほうが、システムとして優れているとの主張をする裁判官が多いと聞いている。それほどまでに、信頼され尊重される「陪審」という存在に、「裁判員」はなれるだろうか。Kirkham, *The Case for Special Juries in Complex Civil Litigation*, Yale Law Journal Vol.89: 1134, 1980. 当論文は、特別陪審というものが、イングランド時代にも存在していたことを指摘しており、大変興味深い。
- 注13 J. H. Thomas, ESQ. *Systematic Arrangement of Lord Coke's First Institute of the Laws of England* vol.3 p.365. 前掲(注5) 317頁。W. Blackstone, *3 Commentaries on the Laws of England* p.368.
- 注14 当事者論争主義と職権主義は、刑事法運用理念としては明確に区別されるべきだが、相互に影響を与え続けてきたことも事実である。
- 注15 Crawford v. Washington, 541 U.S. 36. の法廷意見を参照されたい。
- 注16 前掲(注5) 315頁、316頁、320頁、326頁。
- 注17 渥美東洋『全訂 刑事訴訟法 第2版』。刑事手続の運用は、やはり、法制度の運用者に対する不信感の解消手段、権力者の権限濫用に対する人民のチェックの機構という枠組みから、議論を出発させなけ

ればなるまい。それは決して当事者論争主義の理念のみに完全性を認め、職権主義の理念に一片の価値も認めないということではない。ただ、制度の中心の柱はいずれか一つに定め、修正はあくまで修正であることを忘れるべきではない。

- 注18 Bushell's case, Vaughan, 135; 124 English Reports 1006.
- 注19 陪審という制度が偶然の産物であるとの意見が多いが、筆者は発生が偶然であることは認めるものの、制度として定着していった歴史の経緯に関しては、必然、あるいは、確かな必要性によるものだと考えている。
- 注20 前掲（注5）327頁。
- 注21 前掲（注5）330頁。
- 注22 田中英夫編『英米法辞典』307頁。
- 注23 前掲（注13）Thomas 同頁。W. Blackstone, 3 *Commentaries on the Laws of England* p.362.
- 注24 前掲（注13）Thomas 362頁～364頁。Thayer, *The Jury and its Development*, Harvard Law Review, vol.5 no.7, p.295-296.
- 注25 前掲（注13）Thomas 365頁。
- 注26 前掲（注8）Kamisar 同頁。
- 注27 前掲（注18）。
- 注28 前掲（注18）、Vaughan 147, 124 English Reports 1012。事実認定がなされた後に、法律の適用があることは、確かに自明の理である。
- 注29 前掲（注18）、Vaughan 147, 124 English Reports 1012。裁判地の慣習、係争事実、あるいは、訴訟の原因である事実に関して、十分な知識を有するのは、裁判官ではなく、陪審員であることを確認している。
- 注30 前掲（注18）、Vaughan 147, 124 English Reports 1012。
- 注31 前掲（注18）、Vaughan 147, 124 English Reports 1012。裁判の証人の性向をよく知っているのは陪審であることも確かであろう。
- 注32 前掲（注18）、Vaughan 147, 124 English Reports 1012。この文のくだりから、陪審員12人の意見の一致が求められていたのは、確かな証明力の根拠とするためであったことを窺わせる。
- 注33 前掲（注18）、Vaughan 149, 124 English Reports 1013。裁判地の慣習、風土、領民気質、紛争の性質に、十分な情報、知識を有する

ものが、係争に関する適切な事実認定をなしうるとの発想、ここに中央集権の弊を緩和する「分権」の存在価値を見出しうる。

注34 前掲 (注18)、Vaughan 152, 124 English Reports 1015。法廷での宣誓をなした上での偽証とは、異なる問題であることを、法廷意見は指摘している。なお、Facie やCuria のラテン語については、Black's Law Dictionary 6th ed. p.591, p.381 参照。

注35 引用した文章は、あくまで最小限の範囲と思って頂きたい。ポーガン裁判官が、Vaughan 151 前半から Vaughan 153 にかけて、先例を追って論証をなしている箇所も、当然重要である。

注36 前掲 (注3) Kamisar 1355頁。Dunkan v. Louisiana, 391 U.S. 145.

注37 最終的には、職業裁判官の権限が優位になることを留保した、司法の分権化というものは、おそらく、国民の信頼を勝ち得ないであろう。(裁判員法66条、67条)。

注38 前掲 (注3) Kamisar 1361頁。

注39 前掲 (注1) A.B.A. Standards.

注40 前掲 (注4)。ジョン・ロック『市民政府二論』。独立宣言 (The Unanimous Declaration of the Thirteen United States of America)。

注41 *Cobbett's Complete Collection of State Trials* vol.5 p.445. 当資料には、Lilburne を無罪とした陪審員の査問の様子、及び、11人の陪審員の氏名が記録されている。当時から、多様な職業に就く国民から無作為に陪審が抽出されていたことを確認できる。

注42 *Cobbett's Complete Collection of State Trials* vol.1 p.869. 判決文、というより、法廷での検察側、被告人、裁判官、証人の発言の全記録が、ステイト・トライアルには記述されている。驚くべきは、当時の貴族の教養の高さであろうか。スロッキモートン卿は、検察官、裁判官に劣らぬ法律議論を展開して、自己の潔白を証明せんと、力強い主張をするも、その用いる英語の言葉遣い、物腰には、何ともいえない品位がある。

注43 Style, 138.

注44 Style, 466, 82 English Reports 864, 867.

注45 1 Sid. 153, 82 English reports 1025, 1027.

注46 1 Lev.124, 83 English Reports 330.

- 注47 8 Mod. 201, 88 English Reports 146.
- 注48 1 Show. K. B. 336, 89 English Reports 609.
- 注49 11 Mod. 117, 88 English Reports 937.
- 注50 1 Burr. 390, 97 English Reports 365.
- 注51 17 Q. B. 237.
- 注52 ロンドン塔での収監者の生活に関しては、Raleigh Trevelyan, *Sir Walter Raleigh*, Henry Holt and Company (2004) p.398~409 が一つの参考になろう。
- 注53 前掲 (注42) 889頁。
- 注54 前掲 (注42) 899頁、902頁。
- 注55 拙稿「伝聞例外と特信情況」比較法雑誌第41巻2号119頁参照。
- 注56 前掲 (注17)。
- 注57 前掲 (注7) Thayer 177~179頁。
- 注58 17 Q. B. 244 の注 (a)²
- 注59 前掲 (注5)。
- 注60 前掲 (注7)。なお、神判、決闘のほか、雪冤宣誓 (compurgation) という証明方法もあった。
- 注61 柳瀬昇『裁判員制度の立法学』、堀部政男・石井光・酒井安行・新倉修・保倉和彦『刑事司法への市民参加』。
- 注62 刑事法ジャーナル24号 (2010)「裁判員裁判1年の課題と展望」、上野芳久「裁判員制度とフランス陪審制」(『刑事司法への市民参加』191頁)。田口守一「裁判員制度の理論的基礎」・宮城啓子「裁判員制度と上訴審のあり方」(現代刑事法13号2008)。四宮啓・棟居快行・高田昭正「司法参加の到達点と残された課題」(月刊司法改革 第2巻8号)
- 注63 前掲 (注32)。
- 注64 裁判員法6条、66条、67条。
- 注65 前掲(注61)。法務省ホームページ、最高裁判所ホームページ。確かに、国民に対する説明責任を、一程度は果たしている内容が、両ウェブサイトには掲載されている。
- 注66 前掲 (注4)。
- 注67 確かに、本稿では、参審制の制度研究が不十分である。
- 注68 W. Blackstone, 3 *Commentaries on the Laws of England* p.349,350.

- 前掲 (注8) Kamisar 。
- 注69 松田龍彦「刑事司法制度への国民の参加と法外要素の除外についての一考察」ぎょうせい『法と政治の現代的諸相・松山大学法学部20周年記念論文集』325頁。
- 注70 裁判員法13条、15条、21条。一方、中立公正 (impartial) な陪審の構成の工夫に関しては、中世からの歴史の集積がある、W. Blackstone, *3 Commentaries on the Laws of England* p.363-365 参照。
- 注71 28 U.S.C. § 1861~1875. Taylor v. Louisiana, 419 U.S. 522 (1975).
- 注72 Notes, *Peremptory Challenges and the Meaning of Jury Representation*, Yale Law Journal vol.89 p.1177. 裁判員法36条。
- 注73 もっとも、裁判員法附則 (平成19年6月27日法律第95号) 9条には、経過を見て法内容を修正する条項があるが。
- 注74 Mirjan R. Damaška, *The Faces of Justice and State Authority* (1986) 。
- 注75 前掲 (注5)、(注7)。
- 注76 前掲 (注3) Kamisar 。
- 注77 ドイツのナチス政権が誕生したのは、ワイマール憲法という民主的な憲法下の統治体制からであったことを忘れるべきではなかろう。
長尾一宏『日本国憲法 第3版』

注に記載したもの以外の参考文献

O. J. Simpson' s Case

手塚雅之 Duren v. Missouri, 439 U.S. 357 (1979) 渥美東洋編『米国刑事判例の動向Ⅲ』245頁、瀬川憲悟 Taylor v. Kentucky, 436 U.S. 478 (1978) 渥美東洋編『米国刑事判例の動向Ⅱ』30頁、隅田勝彦 比較法雑誌37巻2号247頁

Donald Nicolson, *Truth, Reason and Justice: Epistemology and Politics in Evidence Discourse*, Modern Law Review Vol. 57, No.5: 726, (1994).

Thomas Andrew Green, *Verdict According to Conscience*, University of Chicago Press (1985).

クヌート・W・ネル著、村上淳一訳『ヨーロッパ法史入門・権利保護の歴史』(1999)

大場茂馬『陪審制度論』

シヨーン・エンライト/ジェームズ・モートン著、庭山英夫/豊川正明訳『陪審裁判の将来—90年代イギリスの刑事陪審—』

鯉越溢弘編『陪審制度を巡る諸問題』

西野喜一『裁判員制度批判』

東京弁護士会編『陪審裁判—旧陪審の証言と今後の課題—』

Kairys, Kadane, Lehoczky, *Jury Representativeness: A Mandate for Multiple Source Lists*, 65 Calif. L. Rev. 776 (1977).

Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, p.131 (アテナント) p.125-127 (陪審制の初期の定着課程) p.357-362 (クラレンドン法とアサイズ).

Alschuler / Deiss, *A Brief History of the Criminal Jury in the United States*, 61 U. Chi. L. Rev. 867.

Zeisel / Diamond, *The Effect of Peremptory Challenges on Jury and Verdict: An Experiment in a Federal District Court*, 30 Stanford Law Review 491.

天方徹「裁判員制度の可能性」中央ロー・ジャーナル第6巻3号77頁

椎橋隆幸編『プライマリー刑事訴訟法 第3版』35頁

最大判平成23年11月16日裁判所時報1544号1頁