

州の重罪事件の陪審についても連邦憲法は全員一致を要求しているか

—— RAMOS v. LOUISIANA, 590 U.S. -, 140 S. Ct. 1390 (2020)¹⁾ ——

君 塚 正 臣

【事実の概要】

2014年11月26日に女性の遺体がゴミ箱から発見された。2015年5月21日、被害者の膣内、ゴミ箱の取手から採取されたDNA型が容疑者のものと一致したとして、Evangelisto Ramosが第二級殺人罪で起訴された。供述には矛盾があった。解剖の結果、死因は腹部と首の刺し傷、死亡時刻は2014年11月25日夜から翌朝までと断定された。一審では、陪審の10対2の評決で有罪とされ、仮釈放なしの終身刑が宣告された。州控訴裁判所も控訴を棄却し²⁾、州最高裁も有罪とした³⁾。連邦最高裁は移送令状を出した⁴⁾。

【判 旨】 5対4で州控訴裁判決を覆す。

<ゴーサッチ法廷意見(二B, 四A, 四B(2)と五は相対多数意見)>

ギンズバーグ、ブレイヤー、ソトマヨール、カバノーが同調。但し、二B, 四B(2)と五はギンズバーグ、ブレイヤー、ソトマイヨールが同調、四Aはギンズバーグ、ブレイヤーが同調。

被告は陪審裁判を受ける権利を行使した。最終的に、10人の陪審員が彼に対する証拠を説得力があると感じた。しかし、2人の陪審員は、ルイジアナ州が合理的な疑いを超えて被告の有

罪を証明できなかったと確信した。

48州及び連邦の裁判所では、有罪判決を防ぐには、陪審員1人の無罪の判断で十分である。しかし、ルイジアナ州はそうではない。同州は、オレゴン州と共に、本件のような10対2の評決に基づいて長い間人々を罰してきた。ルイジアナ州は、1898年の憲法制定会議で、重大な犯罪に対する全員一致ではない評決を最初に承認した。ある委員会の委員長によると、その会議の公言された目的は「白人種族の覇権を確立すること」であり、作成された文書には、ジムクロウ(黒人差別)時代の罫の多くが含まれていた。それは、人頭税、識字率と財産所有権の組合せテスト、そして実際には白人居住者をこれらの要件の中で最も厄介なものから免除した既得権条項である⁵⁾。会議代表団は、人種の人口統計に注意を払いながら、「アフリカ系アメリカ人の陪審員サービスが無意味になることを保障する」ため、10対2の評決を許可する「人種に中立な」ルールを作成したのである⁶⁾。1930年代に採択された、全員一致ではない評決を許可するオレゴン州の規則は、同様に、クー・クラックス・クラン(KKK)の台頭と「オレゴンの陪審員に対する人種、民族、宗教的少数派の影響」を薄める努力にまで遡り得る⁷⁾。

— 修正6条は「全ての刑事上の訴追において、被告人は、犯罪が行われた州及び予め法律

によって定められる地区の公平な陪審によって行われる、迅速な公開の裁判を受け、また事件の性質と原因とについて告知を受ける権利を有する」とするが、「公平な陪審による裁判」が何を伴うかについては何も述べていない。

それでも、陪審裁判の要請は確かに何かを意味している。これらの要件の一つが全員一致であった。「公平な陪審裁判による裁判」という用語が、修正6条採択時に何を意味していたかを判断するために、コモンロー、建国時代の邦の慣行、又は直後に書かれた意見や論文など、どこを見ても、その答えは紛れもないものである。陪審は、有罪判決を下すために全員一致の評決に達する必要がある。陪審員全員一致の要件は14世紀のイングランドで出現し、すぐにコモンローによって守られるべき重要な権利として受け入れられた⁸⁾。ブラックストーンが説明したように、「あらゆる告発の真実が、無作為に選ばれた彼の同等者たる隣人の12人の満場一致の投票によって確認され、全ての疑いを超えるものでない限り、重大な犯罪で有罪となる人は誰もいない⁹⁾。「11人からの評決は全く評決ではない¹⁰⁾」。

これと同じルールが若いアメリカの邦でも適用された。コモンローと一致して、邦の裁判所が全員一致を陪審裁判の本質的な特徴と見做しているように見えたことが大事だ¹¹⁾。ジェームズ・マディソンが起草し、1791年に各邦が修正6条案を批准したのはこのような背景による。その時までには、全員一致の評決が約400年間要求されていた¹²⁾。同様の声明は、19世紀を通してアメリカの法学論文に見られる¹³⁾。本最高裁は、繰り返して、そして何年にもわたって、修正6条が全員一致を要求することを認めてきた。1898年には早くも、最高裁は、被告は「裁判所の共同行動と12人の陪審員の全員一致の評決を除いて、彼の自由を奪うべきではないことを要求する憲法上の権利」を享受していると述べた¹⁴⁾。最高裁は、陪審裁判に対する修正6条の権利は「米国司法制度の基本」であり、修

正14条に基づいて州に対して編入されていると長い間説明してきた¹⁵⁾。州裁判所でも同様にそれは必要である。

二A これらの一見単純な原則にも拘らず、ルイジアナ州とオレゴン州の州法はどのようにして現状が長い間続いてきたのか。1972年に、修正6条の単純な話が奇妙な方向に進んだ。Apodaca v. Oregon 判決¹⁶⁾とその同日判決である Johnson v. Louisiana 判決¹⁷⁾で、これらの州の型破りな計画に初めて直面した。4人の相対多数意見は修正6条について非常に異なる見解を示した¹⁸⁾。修正6条はルイジアナ州やオレゴン州の邪魔になるべきではないとしたのである。最高裁の9番目の構成員は、どっちつかずの立場を採用した。パウエル判事は、「歴史と先例の問題として、」「修正6条は有罪判決を下すために全員一致の陪審評決が必要である」とする¹⁹⁾。一方、修正14条は連邦政府に対するこの保障を州に対して完全に適用できるものではないと判示した。つまり、同じ権利でも、連邦政府と州政府のどちらに対して発動されているかによって、2つの異なる意味を持つ可能性があるという考えである。

B ルイジアナとオレゴンの両州は全員一致でなくとも有罪の評決を続けた。しかし、両州の慣行は常に不安定な状況にあった。パウエル判事の投票は将来の事件で同様の結果を支持できる根拠が明確ではなかった。Apodaca 判決の「判示」を理解する方法を誰も見付けていない。それは曖昧で一貫性がない²⁰⁾。本最高裁は、修正6条に基づく全員一致の陪審の正当性について決定的な判決を下したことは一度もなく、そして、本件で、全員一致の陪審が州裁判所と連邦裁判所で同様に許可されることを初めて判示する必要があるとする。

三 当然、ルイジアナ州はコモンローが全員一致を要求していることに異議を唱えていない。だが、修正6条の審議において、上院が「近隣の自由保有者の公平な陪審」を「犯罪が行われた筈の州及び地区の公平な陪審」に置き換

え、全員一致、異議申立ての権利、及び「他の慣習的な必要条件」への言及をしたことを強調した。これらの修正に照らして、ルイジアナ州は、コモンローの伝統的な全員一致の要件を放棄する意図を私たちに推測させると言う。しかし、この起草史の抜粋は、反対の推論を同じように簡単に支持できる。上院は、これらの言葉を、全て「公平な陪審員による裁判」の約束に非常に明白に含まれていたため、言葉の余剰を考慮して削除したのかもしれないのである。この論争より、議会が保持し、州が批准した文言を解釈する方が遥かに優れている。修正案採択時には、陪審裁判の権利とは、陪審員が全員一致の評決を下す裁判を意味していた。上院が「全員一致」という単語を削除したことで、残っている文言の意味が変わるといっているのであれば、他の削除された語句についても同じであろう。しかし、それが正しいことではあり得ない。彼らは、有罪判決に10票ではなく12票を要求しても意味のある改善はないとすぐに結論付けた。だが、そのような簡単な費用便益分析に自信を持っていると誰が公言できるのか。会計上の損失は、両州がそもそも彼らの独特の規則を採用した人種差別的な理由である。より深刻な問題は、Apodaca判決の相対多数意見がそもそも全員一致の陪審評決の古典的保障を独自の機能主義的評価にかけたことである。

四 A 反対意見の道は更にトリッキーである。ルイジアナ州でさえ、Apodaca判決が先例だと示唆しようとしていない。パウエル判事は、最高裁の過半数が既に却下した（そして却下し続けている）複線の編入理論に依存することによってのみ、異なる結果に達したのである。つまり、1人の判事による単独の意見が、本最高裁を既に却下した提案で拘束する権限を持つということである。先例を尊重するのではなく変更すべきであろう。

反対意見は、我々が Marks v. United States 判決²¹⁾に逆らう危険があると主張する。「細分化された最高裁が事件を決定し、その結果を説

明する単一の合理的根拠が5人の裁判官の同意を享受しない場合、最高裁の判決は、最も狭い理由での判決に同意した構成員が取った立場と見做すことができる。」²²⁾ だが、反対意見は、Marks判決の下で、Apodaca判決のどの意見が最も狭く、支配的であると考えているか、或いはそれは何故かを実際に私たちに伝えることが決してないことに注意したい。当事者は、Apodaca判決が支配的な意見を全く生み出さなかったことを認めている。特に、両当事者とも、パウエル判事の意見が私たちを拘束することはできないことを認めている。

反対意見でさえ、Apodaca判決でのパウエル判事の理由付けには統制力が欠けていることを認めざるを得ない。Apodaca判決の結果に関する反対意見の説明は、パウエル判事意見の理由付けの如く疑わしい。「州裁判所」なら全員一致でなくてよい理由は何処にあるのか。Apodaca判決ラインは、その事件の当事者のためにその事件を解決した。その意味で拘束力がある。しかし、修正6条及び修正14条に関する本最高裁の繰返しの既存の教義の否定のように、いかなる理由も取り除いて、その判決だけを読まれることはできない²³⁾。

B (1) Apodaca判決が先例を確立したという前提を受け入れたとしても、今日の法廷の誰もそれが正しく決定されたと言う準備ができていない。先例拘束性は「曲げられない命令」として扱われたことはない。そして、その教義は「私たちが憲法を解釈するとき、最も弱い」²⁴⁾、何故なら、その最高法の誤った憲法解釈は、他の手段で修正することがしばしば「事実上不可能」だからである²⁵⁾。Apodaca判決は重大な誤りを犯した。多数意見が修正6条の陪審裁判権、全員一致を要求する本最高裁の長い間繰返された声明、又はルイジアナ州とオレゴン州の法律の人種差別的な起源の歴史的意味に取り組むのに殆ど時間を費やさなかったというのは申し分のない事実である。5人の裁判官は、修正6条は全員一致を必要としないという多数意

見の結論を明確に拒否した。一方、パウエル判事は、本最高裁の編入に関する判例に従うことを拒否した。8裁判官はそれをエラーと呼んだ。

パウエル判事の複線的編入理論は1972年に既に締め出されていたが、当時の一部の人は、それが刑事手続の領域外で果たす役割があるかもしれないと主張していた。しかし、本最高裁は現在、それを全面的に却下している。本最高裁はその意味について少なくとも8回は伝統的な全員一致の要件に言及していた²⁶⁾。全員一致ではない評決が、48州と連邦の裁判所で无罪判決を下すには不十分であることを考えると、彼らがその考えを持っていたとしたら、それは非常に驚くべきことである。

両州は、直接控訴審で係争中の全員一致ではない評決によって重罪で有罪判決を受けた被告を再審理する必要があるかもしれない。事件を覆すことはその後の訴訟に向けて「破滅的な」「津波」を引き起こす。しかし、刑事手続の新しいルールは通常そうである。

(2) 反対意見の懸念は、上訴が既に完了している被告が、二次的（即ち人身保護）審査を通じて彼らの全員一致ではない有罪判決に異議を申し立てようとするかもしれないというものである。だが、Teague v. Lane 判決²⁷⁾の下、新たに認められた刑事手続のルールは通常、二次的審査では適用されない。また、ルイジアナ州は既に全員一致でない評決を廃止しているが、同州の判決は他の州にそれら自身の全員一致の要件を緩和するように勧めるであろう。反対意見は、アメリカ国民が憲法上保護された自由に置く信頼をなくし、2州のやむにやまれぬ利益を誇張している。

五 被告を一生刑務所に入れておく理由はどのようなものか。ルイジアナ州が修正6条に基づいて有罪判決を下す準備ができていているという最高裁の構成員は一人もいない。私たちの前にはエラーが無害であると示唆する人は誰もいない。州控訴裁判決は覆される。

<ソトマヨール一部同意意見（法廷意見の四Aを除く）>

一 多数意見と反対意見の両方が、先例拘束力は「建国以来、私たちの法理論の基本的な部分であった」ことを正しく強調している。実際、「その健全性に疑問を呈したとしても、我々は通常、以前の決定を遵守する。そうすることで、法原則の公平で予測可能かつ一貫した発展が促進され、司法的決定への依存が促進され、司法プロセスの実際のそして知覚された完全性に貢献する。」²⁸⁾ 寧ろ、Apodaca 判決は最初から不安定な状況があった。重要なのは、多数意見が正しく強調しているように、Apodaca 判決は一つの宇宙であり、決定の前後の両方で確立された憲法上の先例の一つだけでなく、独特に矛盾する意見だということである。同判決の5裁判官が、修正6条に対するその多数意見の反対の見解に同意しなかった。パウエル判事の複線的編入理論も、それ以上にうまくいかなかった。人々を投獄する州の権限が陪審裁判の権利の誤った解釈に基づいている場合、本最高裁はその判例の再考を躊躇してはならない。

二 刑事手続の文脈とは対照的に、「財産権と契約の自由が関係する場合には、先例拘束性を重視する考え方が彼らの絶頂にある。」²⁹⁾ その事実にも拘らず、本最高裁は最近、最高裁の変化が規制上及び経済上の多大な影響を脅かすところで判例を覆した³⁰⁾。対照的に、本件は、私人の経済的権利の広範な激変の恐れがある事案ではない。再審を回避するというここでの州の利益は遥かに軽い。

三 多数意見は両州の法律を生み出した人種差別の遺産を鮮やかに説明する。法律の差別的な目的と効果を除去する州のおそらく唯一の努力は、法律が完全に廃止されたときにやってきたものである。本最高裁は、違憲の手続に従って投獄されることを回避する権利が天秤にかかっている場合、その誤りを訂正することを躊躇してはならない。

＜カバノー一部同意意見（法廷意見の二B, 四A, 四B (2), 五を除く）＞

一 先例拘束力の法理はラテン語の格言「決定されたことは忠実に守り、既に決定していることを変えるな (stare decisis et non quieta movere)」に由来する。この教義は、以前に同じ問題を解決しようとした裁判官たちの蓄積された知恵への敬意を反映する。我々の憲法の起草者は、先例拘束力が「司法権」の一部であり、憲法3条に根ざしていることを理解していた。『フェデラリスト』78号で、アレクサンダー・ハミルトンは先例拘束力の重要性を強調した³¹⁾。また、最高裁長官の言葉によれば、先例拘束力「の最大の目的は憲法上の理想、つまり法の支配に奉仕することである。」³²⁾ 先例拘束力は勿論、裁判所は誤った先例を決して覆してはならないという意味ではない。現在本最高裁にいる全裁判官は、裁判所が誤った決定を覆すことが適切な場合があることに同意する。実際、最近の数開廷期で皆、複数の憲法判例を覆すことに賛成した³³⁾。歴史的に、本最高裁の最も注目に値する決定の幾つかは、先例を覆すことを伴った³⁴⁾。一方、ジャクソン裁判官が説明したように、「スキュラを避けるべきだからといって、カリュブディスに突進する理由はない」³⁵⁾。難しい問題は、誤った判例をいつ覆すかである。

本最高裁の判例は、法律レベルの判例と憲法判例で区別される。法律の場合、歴史が示し、本最高裁がしばしば述べているように、先例拘束力は比較的厳格である。それは、議会と大統領が新しい法律を制定することによって判例を変えることができる。対照的に、憲法事件では、最高裁は繰り返し、そして今日もまた、先例拘束力の原則は「柔軟性がない」ものではないと述べている³⁶⁾。その理由は単純である。オコナー判事がかつて法廷意見で判示したように、憲法判例は「唯一、憲法修正によってしか変更できず、或いは先例を覆すことによって変更できるので、我々が憲法を解釈する際の先例拘束力は

それほど厳格ではない。」³⁷⁾ しかし、最高裁は「判例が誤って決定されたという信念に加えて」何かを要求する³⁸⁾。スカリア判事が述べたように、先例拘束力は常に「覆された意見が間違っていたという、単なる実証を超えた理由」を要求する。「そうでなければ、教義は全く教義ではないからだ」³⁹⁾。本最高裁は様々な個々の要因を明確にし、適用したが、全ての要因を纏めて分析する方法についての一貫した方法論やロードマップを確立することはなかった。その混乱は法の支配と本最高裁に問題を引き起こす。最高裁が先例を覆すためには、それが法律の問題として酷く間違っている必要がある。第2に、先例が法理論上又は現実世界に重大な悪影響を生じさせたかである。第3に、先例を覆すことで信頼の利益を不当に混乱させるかである。これらの3つの考慮事項は、誤った憲法上の判例を覆すかどうかを決定するための構造化された方法論とロードマップを一緒に提供する。それらは、覆される判例の数を制限し、法的安定性を支える⁴⁰⁾。誤った判例をいつ覆すかを決定する際の司法の裁量も制約する。本最高裁の構成員は誰も、Apodaca 判決の結論が正しいと主張していない。しかし、最高裁裁判官の何人かは Apodaca 判決を覆すことについて激しく反対している。

二 以上の3つの考慮事項から、Apodaca 判決を覆すという本最高裁決定に同意する。

まず、Apodaca 判決は酷く間違っている。元の意味と本最高裁の判例は、修正6条が全員一致の陪審を必要とすることを立証している⁴¹⁾。Apodaca 判決が決定されたとき、それは既に最高裁の法理論の外れ値であり、時が経つにつれてそれは更に外れ値となった。

第2に、Apodaca 判決は重大な悪影響を引き起こす。同判決は、適切な憲法上のルールの下では有罪判決を受けない可能性のある一部の被告に有罪の制裁をしている。しかも、ルイジアナ州は19世紀を通じて刑事事件で全員一致の陪審を要求した。しかし、1898年の州憲法

会議で全員一致ではない陪審を州憲法に安置した。州は1868年の修正14条および1875年の公民権法を通じて陪審員を務める権利を獲得した黒人陪審員の影響力を減らしたいと考えていたのである⁴²⁾。1896年のPlessy v. Ferguson判決⁴³⁾での州の勝利に続き、1898年の憲法制定会議は「白人の覇権を確立する」ことを明確に求めた⁴⁴⁾。10人の陪審員は「異なる人種又はクラスの仲間の見解をただ無視することができる」⁴⁵⁾。サーグッド・マーシャル判事がApodaca判決での反対意見で力強く説明したように、「異議を唱える陪審員を囲い込むことは、共同体の声を遮断し、陪審についての私たちの概念全体が現在基づいている原則を掘り崩す」⁴⁶⁾。ルイジアナ州とオレゴン州の全員一致ではない陪審制のジム・クロウの起源と人種差別的影響（及びその認識）が重要であり、私の敬意を表する見解がそれを覆すことを支持していることを大いに考慮すべきである。

第3に、Apodaca判決を覆すことは、信賴の利益を過度に混乱させることではない。2州だけが刑事事件で全員一致ではない陪審制を採用している。本日の最高裁の判決により、判例集に記録されたか、或いは事件がまだ直接審査中である全員一致ではない有罪判決が無効になる。しかし、その結果は、政府を支持する刑事訴訟の判例が覆された場合に殆ど常に起こる⁴⁷⁾。更に重要なことに、本最高裁は、刑事事件における却下の破壊的な影響を軽減するために、別の非遡及の原則を適用する。本最高裁判例では、新しい憲法上のルールは直接の審査に適用されるが、通常、人身保護審査には遡及的に適用されない⁴⁸⁾。「(1)ルールが刑事実体法に関する場合、又は(2)規則が」刑事手続の基本的な公平性と正確性を示唆する「『刑事手続の分水嶺』となるルール」である場合は例外である⁴⁹⁾。だが、本事案は例外ではない。

弁護士は陪審員全員一致が必要であるという憲法上の議論を提起しなかった。それは、最高裁判例が州の刑事事件において全員一致ではな

い陪審を繰り返し許可していたので、憲法判例が覆されるという予測又は主張に効果がない⁵⁰⁾と判断したからであった。

要するに、Apodaca判決は酷く間違っており、重大な悪影響を及ぼしており、それを覆すことは、信賴の利益を過度に混乱させることもない。よって、私は、Apodaca判決を覆すという本最高裁の決定に同意する。

＜トーマス結果同意意見＞⁵¹⁾

本重罪判決が違憲という最高裁の判断に同意する。だが、私は、「公平な陪審員による裁判」の意味の新たな分析を行うことなく、修正6条には重罪の有罪判決に全員一致を要するという要請が含まれるという長年の見解に基づいてこの訴訟を解決するため、別に意見を述べる。

— A 本最高裁は、1898年のThompson v. Utahで初めて、修正6条が全員一致の権利を保護すると決し、繰り返し確認した。

B 問題は、これらの決定に先例拘束力があるかどうかである。修正6条の中の「陪審による裁判」という文句は、重罪の有罪判決が全員一致であることを要求すると、建国以来理解されてというかなりの証拠がある。よって、我々の先例は許容される解釈の範囲にある。

(1) 互いに孤立した17世紀の植民地慣行にも拘らず、「アメリカ人がイングランドのコモンローの詳細に精通し、独自の植民地法制の下でそれらの詳細を採用したため、全員一致は18世紀には受け入れられたルールになった。」⁵²⁾ルイジアナ州は、幾つかの州憲法で使用されている明示的な文言に照らして、修正6条での明示的な全員一致要件の省略は意図的な選択を反映していると主張した。この議論は、最高裁の決定が明らかに誤っていることを立証することができない。上院が全員一致要件を拒否したという「具体的な証拠はない」⁵³⁾。

(2) この理解が修正14条の批准まで続いたというかなりの証拠もある。例えば、州裁判所は、重罪の有罪判決で全員一致を要求するため

に「陪審による裁判」という文句を解釈し続けた⁵⁴⁾。南北戦争後の再建時代の論文も同様にこの立場を採用した⁵⁵⁾。

二 残る問題は、その権利が米国で保護されているかどうかである。私の見解では、特権又は免責条項がこの保護を提供する。私は、Apodaca 判決を含む適正手続の編入を適用する本最高裁の決定、及び、そう見える本件での本最高裁の意見を支持しない。『「特権」および「免除」という語は、『権利』の同義語として確立された意味を持っていた。』⁵⁶⁾ 最高裁は、適正手続条項が特権条項又は免責条項が果たすべき機能を果たすようにしている。特権又は免責条項は、「米国民に、その地位に起因する特定の権利の集合、即ち、特権又は免責」を認めているが、最高裁はこの条項を「非常に狭く」解釈した⁵⁷⁾。適正手続条項の編入は修正 14 条の誤った解釈である。「人が生命、自由、又は財産を奪われる前に人々に『手続』のみを保障する憲法の規定は、これらの権利の実体を馬鹿正直に定義できるという考えは、この言葉の最も無頓着な使い手にとってさえも馬鹿正直さを損ねる。』⁵⁸⁾ Apodaca 判決の意見は全て適正手続条項に対応しているため、ここでの適切な問題は特権条項又は免責条項の範囲であるから、その修正 14 条部分は我々を拘束しない、と私は単純に判示する。

三 本事案で、陪審による裁判につき修正 6 条の本来の意味を証明する必要はない⁵⁹⁾。適正手続条項や漠然とした意味での修正 14 条でなく、特権条項又は免責条項に依存する必要がある。よって、私は結論にのみ同意する。

<アリトー反対意見 (ロバーツ、ケイガン (但し 3D を除く) 同調) >

我々の先例を覆すための基準を下げた酷く分裂した多数派は、決定が齎した多大な信頼を殆ど考慮せずに、重要で長年確立された決定を捨てている。ほぼ半世紀前、Apodaca 判決で最高裁は、修正 6 条は州の刑事裁判で全員一

致ではない評決を認めていると判示し、それ以来ずっと、同判決を再考すべきだと仄めかした裁判官さえいなかった。今日、最高裁は Apodaca 判決を廃し、結果、両州の裁判所と刑事司法制度に潜在的に圧倒的な負担を課す。しかし、最高裁はその結果を無視している。同判決は大きくかつ完全に合理的な信頼を引き出してきた。そして、本最高裁が介入することを決定する前は、その決定は今後、実際的な重要性が殆どないように見えた。ルイジアナ州は現在、全員一致の評決を廃止しており、オレゴン州はその寸前のように見える⁶⁰⁾。

一 両州が何年も前に最初にルールを採用した理由が何であれ、後年、異なる状況下で規則を再採用したのである。1974 年のルイジアナ州の憲法制定会議は、新しい、より狭いルールを採用したが、その目的は「司法の効率」であった。より重要な点は、今日の決定が両州に特有のものに限定されないということである。全ての州の刑事裁判において陪審員全員一致を要求していると判断した。数年前、英国議会は全員一致ではない評決を許可する法律を制定した⁶¹⁾。プエルトリコ憲法は非全員一致評決を認めている⁶²⁾。非全員一致評決は、かつてアメリカ法律協会 (American Law Institute) とアメリカ法曹協会 (American Bar Association) によって提唱された⁶³⁾。皆、人種差別主義者なのか。

二 A 多数意見の 3 裁判官は、Apodaca 判決は先例でないという立場を採った。この議論に対する唯一の真に適切な反応は「本当に？」だ。そうだとしたら、過去 48 年、法曹界全体が騙されたことを意味する。全員一致ではない評決によって有罪判決を受けた被告が本最高裁で再審理を求め、同判決を覆すよう求めたときはいつでも、本最高裁はその要求を拒否してきた、たった一つの反対意見もなしに⁶⁴⁾。

B Apodaca 判決は先例、「同様の事実又は問題を含む後の事件を決定するための基礎を提供する決定された事件」であった⁶⁵⁾。

C 3 人の同僚はルイジアナ州が Apodaca

判決は先例ではないことを認めたことを示唆するが、この解釈は疑わしい。同州が譲歩をしたとしても、非全員一致評決を続けているオレゴン州は譲歩していない。

3人の同僚の次の試みは、過半数が結論の理由に同意しない場合、判決理由がなくなるので、Apodaca判決は拘束力を持たないと主張することである。付け焼き刃的に作られたこの主張は、最高裁が、Marks v. United States判決が採用した、法廷意見が存在しない場合に決定の判旨を決するためのルールへの攻撃を構成するものである。Marks判決のルールの下、「細分化された最高裁が判決を決め、その結果を説明する単一の理由付けが5人の裁判官の同意を得られていない場合、最高裁の判決は、最も狭い基準で結論に同意した裁判官が採った立場と見做すことができる。」

3人の同僚は、「1人の裁判官単独意見が拘束力を持っている」というのは「新しく疑わしい提案」だと主張する。Marks判決の下では、それが拘束力を有するか、についての明確な答えはイエスである。次に、分裂した決定によって確立された判例が先例を覆す場合に、Marks判決のルールが異なる方法で適用されるかどうか。これについては、同判決のルールがこの状況では異なって適用されると判示した判決はないことを私は知っている。そして、Apodaca判決におけるパウエル判事の複線的編入理論が拘束力ある先例であるかどうかという質問に対する答えはノーである。本最高裁又は下級裁判所の誰も、パウエル判事とApodaca判決の多数意見の人々との間の狭い共通点を見付けるのに苦労しなかった。州は憲法を遵守するために全員一致を要求する必要はない、ということだ。

これら全ての理由から、Apodaca判決は明らかに先例であり、最高裁は、同判決を覆すことが何故、先例拘束力の教義と一致するのかを説明しなければならない。

三A 先例拘束力は、建国以来、我々の法理論の基本的な部分であり、重要な教義である。

しかし、何度も言ってきたように、それは「融通が効かない命令」ではない⁶⁶⁾。最高裁が先例変更を決定した場合には、その判決について説明する義務がある。教義は、特定の結果を支持するツールに変換されるべきではない⁶⁷⁾。

B 本日の多数意見は、Apodaca判決を「酷く四分五裂している」と批判している。しかし、現在先例と見なされている多くの重要な決定は、法廷意見なしに決定された⁶⁸⁾。Apodaca判決を覆す多数意見の主な理由は、ホワイト判事の多数意見とパウエル判事の個別の意見の「質」が低いと思われる点にある。だが、第1に、ホワイト判事は、その2年前、Williams v. Florida判決⁶⁹⁾の法廷意見に対する彼の意見の中で、既にそれを行っていたのだから、修正6条の陪審裁判権の本来の意味の詳細な議論に関与しなかったと彼を批判することは非常にアンフェアである。彼は、その歴史を調べた後、修正6条に、コモンローの権利の全ての特徴が編入しているわけではないと結論付けた。第2に、陪審員全員一致についてコメントした以前の決定について議論しなかったとしてホワイト判事を批判することも同様にアンフェアである。これらの決定は何れも、それがコモンローの権利の特徴であると言ったり、全員一致が必要であると大まかに述べたりすることを超えていない。第3に、ホワイト判事（及びパウエル判事）がルイジアナ州法とオレゴン州法の人種差別的起源と思われることを考慮していないことは、既に述べた理由から欠陥と見做されるべきではない。第4に、機能主義的批判は、ホワイト判事が陪審裁判権の根本的な目的に目を向けるように導いた難しい問題を巧みに^{かわ}隠している。修正6条がコモンロー陪審裁判権の核心を組み込まれていることに疑問の余地はないが、それは権利の全ての特徴を組み込んだのだろうか。何故12がマジックナンバーなのか誰にも言えないのに、12人の陪審員がいるという要件を憲法化したのか。修正6条の採択時（そしてその後何年もの間）、女性は被告の仲間として働くの

に相応しいとは見做されていなかった。18世紀後半の慣習をその場で凍結する意思がない限り、編入された機能とされなかった機能を区別するための原則を見付ける必要がある。第5に、ホワイト判事が陪審員全員一致を要求するという費用便益分析に基づいて結論を下した、というのは正確ではない。彼の主張は、陪審裁判権の基本的目的として最高裁が既に特定したものは、11対1又は10対2の評決を許容することで損なわれなかったということであった。

多数意見はパウエル判事の見解を特異なものとして扱っているが、それは嘲笑すべきものではない。憲法は特定の憲法上の権利の解釈にある程度の柔軟性を与えるという理解は、長い間、最高裁のアプローチであった。現在でも、権利章典の全ての条項が連邦政府と州に同じように適用されるとは限らない。最高裁は、大陪審条項は州を拘束せず、起訴を進めることを許可する決定が被告の同輩ではなく裁判官によって行われる予備審問に取って代わる可能性がある」と判示した⁷⁰⁾。

多数意見の他の唯一の理由は、Apodaca判決が関連する決定及び最近の法的進展と矛盾していることである。私は、編入に関するパウエル判事の見解が我々の判例法の大部分と調和していないことに同意するが、「最近の法的進展」に関する多数意見の主張は誇張である。多数意見は重要なことを無視している。Apodaca判決の多数意見の理由付けは、Williams判決の中で、修正6条が陪審員は12人だというコモンローの要件を憲法化していないという僅か2年前に判決した分析と同じ基本モードに基づいている。多くの州が6人の陪審員を認めている⁷¹⁾。Apodaca判決の理由付けを否定すると、ほぼ確実にWilliams判決を覆すことが求められるだろう。

C Apodaca判決を維持すべきだと私に納得させるのは、ルイジアナ州とオレゴン州の多大な信頼の利益である。両州は48年間、同判決が良き法であると信じて、全員一致では

ない評決を許容するルールの下で何千もの裁判を行ってきた。オレゴン州は、Apodaca判決が覆された場合、訴訟がまだ直接上訴されている1,000人以上の被告が有罪判決に異議を申し立てることができる危険性があると主張している。直接上訴が終了した囚人は、今日の決定により、二次的審査を求めて有罪判決に異議申立てができ、これらの主張が成功した場合、ルイジアナ州とオレゴン州の裁判所はほぼ間違いなく圧倒される。この危険性に対する多数意見の反応は猫騙しである。Teague v. Lane判決の下では、「古いルールは直接審査と二次的審査の両方に適用される」が、今日の決定が新しい手続的規則を構成する場合、囚人は、それが「刑事手続の基本的な公平性と正確性」を意味する「分水嶺規則」と呼ばれるものである場合にのみ、「二次的審査でそれを頼ることができる」⁷²⁾。多数意見の他2裁判官は、Apodaca判決が先例であり、したがって、おそらく今日の決定を「新しい規則」と見做すであろうが、今日の決定が「分水嶺規則」として適格であるかには疑問は残る。多くの事例では、全員一致の投票が必要だった場合、陪審員は評議を続け、1人か2人の最終抵抗者が最後は有罪票を投じた可能性がある⁷³⁾。

D この判決の信頼は、過去の判例が覆された最近の事例で主張されたもの⁷⁴⁾を遙かに上回る。本件で問題となるのは、ルイジアナ州とオレゴン州の議員の時間と労力ではなく、莫大な訴訟負担と、それが必要な場合に全員一致の評決で終わった危険性のある訴訟を再実行できない危険性である。大規模で完全に合理的な信頼があった先例を打ち破ることによって、多数意見は先例拘束力についての重要な先例を設定する。多数意見に入っている人は将来同じ基準を適用すると思える。

我々が近年取った先例拘束力アプローチの下、Apodaca判決は覆されるべきでない。したがって、私は謹んで反対する。

【研究】

1 先例の整理

アメリカ連邦最高裁は、1972年のApodaca判決の同日判決であるJohnson v. Louisiana判決において、ルイジアナ州裁判所における重労働罪事件での9対3の評決での有罪を認めた。犯罪の増大で裁判所がそれに対応するため、重罪の場合を除いて伝統的要件を緩和したとも受け取れる⁷⁵⁾。同判決は、州でも連邦でも陪審での全員一致は必要ないとする4裁判官の相対多数意見、共に全員一致が必要だとする4裁判官の反対意見の中、パウエル判事のみが、連邦裁判所では全員一致が必須だが州裁判所についてはそうではないとする姿勢を採り、これが結論となったものである。

陪審の人数についても、連邦最高裁は、州裁判所におけるものに関しては柔軟性を見せる。1900年のMaxwell v. Dow判決において、ユタ州裁判所による民事事件での8人陪審は連邦憲法に反しないとされたように、州裁判所は連邦憲法修正14条には拘束されないとされた⁷⁶⁾。そして、1970年のWilliams v. Florida判決では、死刑事件を除き、州裁判所における6人の陪審が許容された⁷⁷⁾。陪審員が12人というのは14世紀中に決められた歴史的偶然であるとされ、12人という伝統は厳密には守られなくなった。1973年には、連邦民事裁判で6人陪審を定めても合憲とされた⁷⁸⁾。しかし、1978年、猥褻な映画を上映した者が罪に問われた事件で、5人陪審を定めたジョージア州法について、連邦最高裁は、評決が不正確となり、偏向する恐れがあるなどとしてこれを違憲とした⁷⁹⁾。これが陪審の人数の下限を決めることとなった。だが、6人はよいが5人はダメという理由は不明である。そして、1979年のBurch v. Louisiana判決では、6人陪審での5対1の評決は「公正な裁判を受ける権利」を害すとして違憲とされた。だが、9対3はよいが5対1はダメという理由も不明である。それでも、これら

がJohnson判決の「強力な反対意見や研究者からの批判に応じた結果であることには疑いない。」⁸⁰⁾

結局、本判決により、以上の一部が修正され、現在の判例は、連邦裁判所は必ず12人陪審全員一致を要するが、州裁判所は重罪事件においては少なくとも6人以上の陪審全員一致を要するというものになったものと纏められる。パウエル判事の複線的編入理論の正当化理由が不安定であるなど、当初から「多くの手厳しい批判が起こっ」て⁸¹⁾おり、それが本判決多数意見で、Apodaca判決反対意見の立場に収斂したと言える。複線的でない編入理論への道はもう後戻りできまい⁸²⁾。本判決は原意主義の成果を読み込んでいるとの指摘⁸³⁾もある。そしてこの展開から、本判決多数意見の論理はWilliams判決を掘り崩すのではないか、という予感も生まれよう。また、これまで、黒人被告人の刑事事件で、専断的忌避の結果、陪審が全員白人となることは許されないとされ⁸⁴⁾、民事小陪審における専断的忌避の結果、全員女性となったものは違憲とされている⁸⁵⁾。陪審に関するルールは、現在、建国当初のものとは別の意味で厳しくなっている⁸⁶⁾。その意味では、原意とは異なる変化があると言え、本判決多数意見のように、陪審が12人であることだけが原意主義的に憲法の要請だと言い張れるのかは微妙である。

本判決のゴーサッチ意見は歴史的文書を証拠として次々と挙げ、District of Columbia v. Heller判決⁸⁷⁾におけるスカリア判事のような論評もある⁸⁸⁾。ゴーサッチ意見の、陪審の評決は全員一致でなければならないという部分は判例であるが、Apodaca判決に先例性を認めないとした部分は法廷意見ではなく、相対多数意見部分を抱え、安定した敬意を表されるものにならなかった⁸⁹⁾。両州の非全員一致評決の規定が人種差別だと断定したことが法廷意見部分の決定打のように見える。しかし、それでも修正6条が「全員一致」を削除した本当の理由は解明できない⁹⁰⁾。人種差別を機能的に含むも

のは許せないというのであれば、アメリカの議会選挙の小選挙区制すら疑わしい。陪審に限っても、州のものの方が疑わしい。正当化理由は限られている。修正6条によって全員一致は、なおも単純に憲法化されていないのかもしれない⁹¹⁾。このため、本判決は、Apodaca判決を不安定として斬り捨てた返り血を存分に浴びて立ち尽くすことになろう。

Apodaca判決反対意見はスチュワート、ダグラス、ブラックマン、マーシャルというリベラル派で構成されており、同判決は保守対リベラルで意見が割れたと言えようが、本判決の意見の割れ方は、保守かりベラルかでは説明が付かない。長官というものは信頼の利益を優先するのかもしれない⁹²⁾とは言い、これには、Roe v. Wade判決⁹³⁾も維持するのでしょうか、という皮肉も聞こえる⁹⁴⁾。ケイガンが反対意見に回ったのは、先例拘束性を強調することで、Roe判決など、リベラルな先例を守ろうとしたのかもしれない⁹⁵⁾。ソトマヨールもApodaca判決の先例拘束性を否定した部分にだけは賛成していないのも同じことかもしれない。逆に、では何故、本判決多数意見はApodaca判決や本判決の反対意見の機能主義を批判し、原意主義的な一致を見せたのかはよく解らない。

こう言った事情もあり、本判決の影響は限定的である。大陸法圏⁹⁶⁾にあるルイジアナ州ですら2019年に全員一致の陪審制という英米法の伝統に服し、全員一致でない陪審制はオレゴン州だけになったからである⁹⁷⁾。保留中の事案を再実行するだけである⁹⁸⁾。ただ、陪審全員一致の絶対化は軍事法廷に影響を及ぼすであろうという指摘⁹⁹⁾もある。

2 陪審制の歴史

本判決ゴーサッチ意見は、歴史に頼って多数意見を纏めてきた。しかし、歴史はそれほど単純ではないであろう¹⁰⁰⁾。陪審の歴史は特にそうではないのかもしれない。日本では当然の知識ではないので、以下に纏めておく(ただ、こ

れも以前から有力な説による説明であり、不明な点が多いことは要注意である)。

古代ギリシャにも201人を定足数とする陪審制があったが、英米の陪審はこれを継承するものではない¹⁰¹⁾。陪審制は、ゲルマン法に由来するとされ¹⁰²⁾、一説によると、829年にフランク王国のルイ敬虔王の命令によって作られた、国王の権限に関する問題をその地域で最も優れ、最も信頼できる人々によって宣誓された陳述において確認する審問制度であるところのInquisirioに始まるとされる¹⁰³⁾。これにより、真実を述べることを宣誓した上で証言させることや、反対証人との決闘を申し込まれる危険がなくなり、証明力が高まったとされる¹⁰⁴⁾。911年にノルマン人首長であるロロがノルマンディー公として封じられ、ノルマンディー公国が成立すると、軍事・財政・裁判などの特権からそれを超えて独立王国のように振る舞い始め、ここにInquisirioもまた採り入れられることとなったようである¹⁰⁵⁾。そして、1066年のノルマンディー公ウイリアムのイギリス征服により、フランクやノルマンディーで浸透した審問制度がイギリスにも持ち込まれることとなった¹⁰⁶⁾。1085年から翌年にかけて行われたドームズデイ・ブック(Domesday Book)と呼ばれる検地帳の編纂に際し、国王派遣の官吏の質問に答えた判決発見人(Domesman)などが宣誓の上、供述した。初期の陪審(jury)はまさに「宣誓した(juré)人」、自ら見聞きした知見を正直に述べる人という意味であった¹⁰⁷⁾。

この方法がヘンリー2世による1166年のクラレンダン条令(Assize of Clarendon)と1177年のノーサンプトン条令(Assize of Northampton)によって刑事裁判に導入され、百戸邑(hundred)から選ばれた12人の適法な人々などに強盗や殺人、窃盗、放火、文書偽造とその蔵匿を告発することを命じることで、巡回裁判と告発陪審に法的根拠が与えられたのである¹⁰⁸⁾。制度としての陪審制のレギュラー化である¹⁰⁹⁾。犯罪処罰は罰金と没収を伴っていたため、国庫

にとっても重大な関心事であった¹¹⁰。しかし、告発が義務である百戸邑の陪審は、告発しながら被告人を「嫌疑がない」ため無罪とした例も多く、そうすることで、訴追がなければ百戸邑自体に科せられた罰金を免れることもできた。このため、百戸邑の抵抗は、巡回裁判の回数や告発すべき犯罪を制限するという議会を通じた請願に向かい、14世紀にはその実現を勝ち取って、併せて私訴による決闘での決着を回避するようになった¹¹¹。そして、1215年の第4回ラテラノ公会議で証拠法としての神判が廃止されたとき¹¹²、大陸法は糺問手続を選択したが、イングランドでは1220年に審理陪審による評決を選択するようになる¹¹³。また、1352年に告発者は審理者になれないとする法律が制定され¹¹⁴、大陪審と小陪審の分離が始まった。1367年には全員一致が規定された¹¹⁵。1401年には答申に至るまで、陪審は飲食と就寝は許されたが解散は許されず、翌日に答申を出せとする規定があった¹¹⁶。

だが、陪審制度には、裁判官の指示に反した評決を行った場合、24人の特別陪審による陪審査問 (attaint) によって処罰されるのか、という問題があった¹¹⁷。特に、その権限を星室裁判所 (The Court of Star Chamber) が手に入れると、国王と市民の対立が激しくなった事案で、国王の利益に反する評決をした陪審員を「墮落した」として処罰するようになった¹¹⁸。「最初国王によって、人民から情報を集めるための手段として用いられ、それ故に人民によって敬遠されていた」陪審「制度は、15世紀、16世紀において陪審が腐敗したために一層不評をかった」が、「国王が議会派を弾圧するために行った」「政治的裁判」である1554年のThrockmorton's Caseで陪審が大逆罪に無罪の評決を行い¹¹⁹、1670年のBushell's Caseにおいても「陪審が」「被告人に有利な評決をなし、しかも」星室裁判所などの「大権裁判所がその評決を破棄し陪審員を処罰」し¹²⁰、そして餓死状態になるまで3日間拘禁されても陪審員が

評決を変えずに投獄され、人身保護令状によって釈放される¹²¹という事件に至るまで、全員一致は、自由に与えられた独立した審議ではなく、陪審員への強制、拷問、脅威によって日常的に達成され、それ以後も陪審員の独立性は低かったと指摘される¹²²。また、そもそも陪審は死刑事件の多くでは無罪の評決をして死刑を回避した、つまり法を無視した¹²³。ブラックストーンが陪審制度を理想化した18世紀になっても、弁護士が少なかったため、裁判官は陪審員に圧力をかけていたという¹²⁴。

それでも、陪審制度は近代になって王権からの独立が確立され¹²⁵、大きく変わった。もともと地域的偏差も大きく、運用もまちまちであり、陪審に関する慣習などを整理・統一した近代法は1825年の陪審法以降であると言ってよい¹²⁶。つまり、陪審制は「国王の特権と利益を守るための制度であった」が、「数世紀にわたって繰り返された国王権力と民衆の闘争の結果」、「民衆の自由と権利を守るための制度とな」った¹²⁷ものと言えよう。その後、イギリスでは1933年に大陪審が廃止されたが、その非法律家の判断を信じる精神は治安判事裁判所に移っている¹²⁸。1967年刑事司法法は、陪審員が11人以上では10人以上、10人であれば9人の多数決による評決の制度を導入した¹²⁹。また、1974年陪審法により、その資格者は18歳から65歳までの、5年以上イギリスに住んだ選挙権者に改められ、1988年の立法により70歳までに改められて¹³⁰、施行前の、陪審は「中年で、中庸の精神を持った、中産階級の男性」という特徴は失われ、「明らかに労働者階級の特徴」を有するようになった¹³¹。1988年の刑事裁判法の改正で、専断的忌避を廃止した¹³²。2003年には、刑事裁判法改正で、それまで約半数が陪審から外されていたことに鑑み、法律家や聖職者、警察官などが召集に応じねばならなくなった¹³³。そして、一定の詐欺事件などで訴追側の申立てにより陪審なしの正式起訴状による裁判が認められることになるというイギ

リスの長い陪審裁判の歴史の中で画期的な改正もなされていた¹³⁴⁾。

陪審制は、1607年、ジェームズ1世がバージニア・カンパニーに特許状を付与したところから、植民地時代のアメリカにも引き継がれた¹³⁵⁾。それは、ジャーナリストが植民地総督を批判して名誉毀損で投獄された事件で、陪審員が、その内容は真実であるとの理由で無罪の評決を行った1735年のゼンガー事件¹³⁶⁾に象徴されるように、イギリス本国の裁判官や検察に対抗すべく、被告人を守る最後の砦となった¹³⁷⁾。この事件は、弁護士であったハミルトンが、陪審には事実問題だけでなく法律問題も判断する権限があると陪審を説得した事案である¹³⁸⁾。法理論上の拠り所はマグナ・カルタであったが、その内容の一つに公平な陪審による刑事裁判があったとされる。その頃は、英本国からの訴追の命令に抗して、アメリカで大陪審が訴追しないことで裁判を拒否するところから、一種の抵抗権としての大陪審が強調されていた¹³⁹⁾。中でも1670年のBushell's Caseは、建国に纏わる憲法事件として、イデオロギー化された「建国理念」の一部となった¹⁴⁰⁾。1774年の大陸会議でも陪審裁判の保障が確認された¹⁴¹⁾。ほか、これを殆どの独立諸邦の憲法は掲げており、連邦憲法に修正10箇条の挿入が要求されたときもその最大の眼目は陪審制の保障であった¹⁴²⁾。初期においては、被告人と同じ経済的・社会的・人種的・民族的集団に属する同じ階層 (peers) から構成されることが本質的とされた¹⁴³⁾が、次第に社会の横断的代表性 (cross section of society) の要件に変わっていった¹⁴⁴⁾。ジャクソニアン・デモクラシーによって陪審への信仰は強まったとされる¹⁴⁵⁾。1850年代に逃亡奴隷取締法違反を、1920年代には禁酒法違反を度々無罪にすることで、不合理な法令を陪審が無力化したことも指摘できる¹⁴⁶⁾。ベトナム戦争時の徴兵忌避も同様であった¹⁴⁷⁾。陪審制については様々な弊害も指摘されている¹⁴⁸⁾ものの、「他人の裁判が」いつか「自分の

裁判」となることを、歴史的事実から学んできたこと、12人の素人の事実判断が1人の裁判官より優れているとの信念が陪審制を今日まで維持させていると言えよう¹⁴⁹⁾。或いはまた、市民活動を推進し、市民としての責任感や政治的効果の人々に吹き込む効果もあると指摘されてもいる¹⁵⁰⁾。

陪審は12人、事件の「近くで」行われること、そして男性自由民であることが含まれている筈である¹⁵¹⁾が、とりわけ第3の点は今日維持できる筈もない。陪審が何故12人なのかについては、「ヤコブの12人の子孫、ヤコブの子孫を祖とするといわれるイスラエルの12支部族、ソロモンの12名の臣官及びキリストの12名の使徒等に求める、宗教的色彩を持った説がいくつも存在しているが、現在最も信頼できるのは、一方当事者に有利な見解を形成するのに十分な人数が必要であること、さらに当時のイングランドでは、10進法が嫌われ、12進法が利用されていたことによる」とされる¹⁵²⁾。「民衆は12を完全な数とみなしているようである」ことも理由であろうか¹⁵³⁾。「一説には、既に」8ないし9世紀のフランク王国の「カロリング朝時代の文書で12人という証人の人数が使用されているとされる。」¹⁵⁴⁾ただ、刑事事件については12人が比較的肯定的と言える¹⁵⁵⁾ものの、民事事件ではあるが、1214年のミクマス開廷期における聖職推挙権回復訴訟、トリニティ開廷期の新侵奪不動産占有回復訴訟が6人であったこともあり、16名や24名や36名であることも多く、ただ、奇数は稀である¹⁵⁶⁾。スコットランドでは15人で、多数決による評決がなされている¹⁵⁷⁾。そしてそもそも、アメリカの刑事裁判では陪審による審理を受ける権利を放棄できるほか、90%程度、司法取引や冒頭での罪状認否で有罪を認めるなどの理由で事実審理に進まない¹⁵⁸⁾。このため、陪審についての様々な保障は、限られた事件での問題だと言える。本判決の多数意見は、全員一致は必須と言い切ったが、その根拠は不安定であった。

判例を見る限り、12人未満の陪審を認めるかについてもそうであろう。では、何が憲法上の「陪審」の要件なのか、連邦と州は異なる理由は何か、不明である。こういったことは、「歴史的正確性よりも長い間、人々が歴史上信じてきたイデオロギーや精神史のほうがはるかに影響力が大きい場合がある」¹⁵⁹⁾ ことをよく示している。「主に17世紀以降、近代において『無意識的修正史観』により作り上げられた陪審制度の起源をマグナ・カルタ39条に求め、人身の自由や人身保護令状との関係で陪審制度を捉える思想」¹⁶⁰⁾ が多数意見には色濃いように思われ、特に、合衆国憲法制定者が見ていたイングランドの陪審が18世紀までの混乱したものであったことを思えば、最早、陪審制が美しい神話(作られた伝統)であるかのようにも感ぜずにはいられない。

3 先例拘束性について

本Ramos判決は、先例拘束性に関する論争も巻き起こした。相対多数意見は、Apodaca判決が1人の裁判官によって支えられていることを主な手掛かりに、同判決の先例拘束性を抹消してしまった。

しかし、本判決の結果、一貫通貫の法廷意見がない場合、「最も狭い理由」を採用したと見做すという、Marks判決のルールを拗らせてしまう恐れがあった¹⁶¹⁾。このルールの扱いを巡っては巡回区で意見が割れており、多数意見と同意意見に緊張関係があるとき、第9・DC巡回区は最も説得的な意見を採用すればよいとするが、それ以外の巡回区は最も狭いと認識できる意見に拘束されるとする¹⁶²⁾。皮肉にも本判決は、「酷く分裂した意見の束」の判決を巡る「酷く分裂した」決定となった¹⁶³⁾。説得的でないパウエル意見を排除すればよいとしてApodaca判決に先例性を認めない裁判官はゴーサッチなど3名であり、認める6裁判官の意見の方がRamos判決の意思と読める。たった一人の意見であっても、当該判決を決する

意見であれば判例として取り扱ってきた筈である¹⁶⁴⁾。例えば、Affirmative Actionを巡っても、Regents of the University of California v. Bakke判決¹⁶⁵⁾ はやはりパウエル一人の、人種の考慮は許容されるが割当制(クォータ)は違憲であるという部分が判例であり、司法審査基準については過半数の意見がなかったので判例はないということであった。その後、Metro Broadcasting Inc. v. FCC判決¹⁶⁶⁾ における、州のAffirmative Actionに対しては厳格審査だが連邦のそれに対しては中間審査だという過半数賛成の判例(この判決はまた、本判決とは逆に州に連邦より強い憲法上の制約を課すものであった)を経て、Adarand Constructors Inc. v. Peña判決¹⁶⁷⁾ において連邦のそれであっても厳格審査を及ぼしながら、その司法審査基準を「理論上厳格、事実上致命的」なものとはしないことで決着するのである。

このような事態は特に問題ではなく、本当に問題なのは結論と2つの理由付けが三竊みになったような場合であろう¹⁶⁸⁾。本判決の多数意見は、Apodaca判決の主要部分は複線の編入理論の拒否であるかのように述べている¹⁶⁹⁾が、そう読むべきかは疑わしく、そうであればまさに三竊みになってしまうであろう¹⁷⁰⁾。しかし、判例が複数の意見で成り立っているとき、そもそも無謬ではいられない以上、これを合理的になるべく一つの意思であるように読もうとすべきではあるまいか。また、連邦と州で統一的なルールが妥当すべきだとするような意見は、具体的に何が妥当するのかでは一致しないことが多く、これを持って一つの意思と捉えたことが混乱の元のようにも思え、先例を探すときのルールに値するのかも疑問である¹⁷¹⁾。Bakke判決が後に覆ったのは、一裁判官の意見に支えられていること自体というよりも、結論を支える理由付けが不安定だったために見える。そう考えると、Apodaca判決は先例であったこと、しかし、結局それは否定されたこと、陪審は全員一致の評決がなされなければならないこと、

というのが本判決のミニマムな意思だということに尽きるのではないか。判例は、誤りを改める裁判所の法創造によって変更され得るが、合理的疑いを超えて納得できる場合に限られ、司法に相応しい適切な理由が必要である¹⁷²⁾。ただ、本判決の反対意見には、Apodaca 判決はそう不合理ではないとする理由付けが十分になされていないとの批判部分¹⁷³⁾もあるが、多数の意思としては、誤った先例は覆されるだけではないかとの感想もある。中間の2裁判官は、Marks 判決のルールに従い、Apodaca 判決からパウエル意見に「最も狭い理由」を発見し、これに先例性を認めつつも、これを過小評価して、結論の転換を図った。本判決で、州と連邦で憲法上の要請が異なるとされていた数少ない例外の一つが消え、全員一致の評決が州裁判所においても憲法の要請であると確認し直されたのである¹⁷⁴⁾。Marks 判決のルールは不確実性があるが、中間の2裁判官の理解が一般化していよう¹⁷⁵⁾。更に、解決できる事案まで解決を保留しておくべきであったとの指摘¹⁷⁶⁾もある。以上のことはまた、本判決も先例としての盤石な基盤を有していないことを自白するものである。

4 日本法への示唆

本事案は英米法独特の陪審制を主とするものであり、陪審制を導入していない日本法への示唆はない、という突き放した観方もあろう。しかし、刑事裁判における評決の在り方、特に、類似の方法とも言える裁判員裁判について何らかの示唆を与えないとは言いきれない。裁判所が被告人を有罪とするのは合理的な疑いを越えた確信がある場合とされることが近代法のルールとして共通するであろうことは大きい。

日本では、ボアソナードが1879(明治12)年の治罪法草案において導入を「半ば当然のように企画」し¹⁷⁷⁾、それが挫折して、1923(大正12)年制定の陪審法が戦中から戦後まで凍結され続けた¹⁷⁸⁾。裁判官が陪審の答申に拘束され

なかったこと、事実誤認を理由とする上訴が不可能であったこと、被告人が陪審の費用を負担する危険性があったこと、皇族の犯した犯罪や内乱・外患の罪、騒擾の罪、選挙法違反や治安維持法違反などがそもそも陪審不適事件とされていたこと¹⁷⁹⁾などの欠陥があった¹⁸⁰⁾。他方、事実認定や社会通念の認識の面で優れていることなどを理由に復活を望む声は多かった¹⁸¹⁾。

だが、市民の司法参加として日本で今世紀初頭に導入されたのは陪審制ではなく、参審制¹⁸²⁾の一種と思しき裁判員制度である。裁判員法67条1項は、「構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見による」とあるので、裁判員中5名が賛成しただけでは足りず、その1名に代わって裁判官の1名がそれに賛成して初めて判決が下せる構造になっている。単純多数決に一つ要件が加算されている。参審制は量刑、即ち法の解釈・適用にも市民の考えが反映される制度であるが、アメリカ型の付随的違憲審査制であることから、もし、憲法判断が必要となれば、多くの大陸法系諸国のそれとは異なり、これにも市民は参加することになる¹⁸³⁾。その場合でも上記の原則は同じ筈である。

しかし、このような裁判員裁判の評決ルールは日本では例外である。裁判所法77条1項は、「裁判は、最高裁判所の裁判について最高裁判所が特別の定をした場合を除いて、過半数の意見による」としており、あくまでも過半数の決定が不動の鉄則である。なお、最高裁判所裁判事務処理規則12条は「法律、命令、規則又は処分が憲法に適合しないとの裁判をするには、8人以上の裁判官の意見が一致しなければならない」としている。大法廷での違憲判決は例えば7対5では下せないという意味で特殊である。この場合の「意見」の「一致」とは、少なくとも法令の一部についての違憲との結論については「8人以上」の合意があることであり、違憲の理由の一致までは必要なく、8人に満たない理由付けは判例としての意味が限定される

ということであろう。

このようなことは刑事事件でも同じであり¹⁸⁴⁾、死刑事件ですら例外ではない。三鷹事件最高裁判決¹⁸⁵⁾は8対7で原審の死刑判決が維持された¹⁸⁶⁾。この際、被告人が直接弁明する機会が最高裁でなかったため、死刑事件では口頭弁論が開かれる慣行が生まれた。また、凍結中の陪審法は、12名陪審員による評決は、その91条の規定により、「犯罪構成事実ヲ肯定スルニハ陪審員ノ過半数ノ意見ニ依ルコトヲ要ス」として、過半数で決することとなっており、過半数信仰は陪審制をも動かしてしまったようである。「疑わしきは被告人の利益に」であり、「合理的な疑いを超えた証明が必要である」ということが原則でありながら、合議制の場合の議決のルールがおおよそ特別多数決ですらないことは、長年それに慣れているところではあり、また、多数の裁判官や裁判員が「合理的な疑いを超えた証明」がなされたとの心証を抱けば十分だとの反論はあろうが、疑問の残る点である。陪審制を有する英米と伝統が異なる、で片付け、近代立憲主義の基本ルールである適正手続の中身の議論をしないで済むのか、やはり疑問である。過半数で有罪等を決定すべきでない¹⁸⁷⁾理由として、全員一致などにすれば充実した評議を齎す点と、単純多数決は合理的疑いの基準を結果的に引き下げる危険性、或いは証明責任を実質的に無罪を主張する側に転換させる危険性があることが挙げられる¹⁸⁸⁾。刑事事件に関しては、憲法の原則に見合う手続を構築すべく、再考を要しよう¹⁸⁹⁾。

なお、本判決の議論の中では憲法判例の変更は相対的に容易かという論点も浮上していた。法解釈である以上、最高法規で改正が困難であるからと言ってその差はなく、改正困難性のために著しく不合理な状態の発生が目立つだけ、と解したい。条文が一般に開放性が高いことも(例えば、新しい人権を承認するなどの形で)判例変更が生じ易い理由であろうが、さりとて、(例えば、集団的自衛権を認めるような)憲法改正限界

を超える判例変更はできないと思われる。

おわりに

陪審制は日本ではあまりイメージできない。このため、その神話性は心底からは理解できない面がある。ただ、大陪審類似の検察審査会においては、起訴相当については11人中8人の特別多数決が規定されている¹⁹⁰⁾。市民を有罪にする手続とはそういうものではないか。このようなことを端緒に、刑事裁判の評決の在り方を再考することはなされてもよいのではあるまいか。陪審制を通観し、日本に残る糺問的裁判観を払拭することが、本判決の日本法への示唆に思える。

注

- 1) 本件の評釈には、緑大輔「米判批」判例時報 2456号144頁(2020)、勝田卓也「米判比」アメリカ法[2020-2]365頁などがある。
- 2) See, *State v. Ramos*, 231 So.3d 44 (La. 2017).
- 3) 257 So. 3d 679, 253 So. 3d 1300 (La. 2018).
- 4) 139 S. Ct. 1318 (2019).
- 5) OFFICIAL JOURNAL OF THE PROCEEDINGS OF THE CONSTITUTIONAL CONVENTION OF THE STATE OF LOUISIANA 374 (H. HEARSEY ed. 1898); Eaton, *The Suffrage Clause in the New Constitution of Louisiana*, 13 HARV. L. REV. 279, 286-287 (1899); *Louisiana v. United States*, 380 U.S. 145, 151-153 (1965).
- 6) *State v. Maxie*, No. 13-CR-72522 (La. 11th Jud. Dist., Oct. 11, 2018), App. 56-57; see also, *Frampton, The Jim Crow Jury*, 71 VAND. L. REV. 1593 (2018).
- 7) *State v. Williams*, No. 15-CR-58698 (C. C. Ore., Dec. 15, 2016), App. 104.
- 8) THAYER, EVIDENCE AT THE COMMON LAW 86-90 (1898); W. FORSYTH, HISTORY OF TRIAL BY JURY 200 (J. MORGAN ed., 2d ed. 1875); 1 W. HOLDSWORTH, A HISTORY OF ENGLISH LAW 318 (rev. 7th ed. 1956); Smith, *The Historical and Constitutional Contexts of Jury Reform*, 25 HOFSTRA L. REV. 377, 397 (1996).
- 9) 4 W. BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 343 (1769).
- 10) THAYER *supra* note 8, 88-89, n. 4 (quoting Anonymous Case, 41 Lib. Assisarum 11

- (1367)); *see also*, 1 M. HALE, PLEAS OF THE CROWN 33 (1736).
- 11) *See, e.g.*, *Commonwealth v. Bowden*, 9 Mass. 494, 495 (1813); *People v. Denton*, 2 Johns. Cas. 275, 277 (N. Y. 1801); *Commonwealth v. Fells*, 36 Va. 613, 614-615 (1838); *State v. Doon & Dimond*, 1 R. Charlton 1, 2 (Ga. Super. Ct. 1811); *see also*, *Respublica v. Oswald*, 1 Dall. 319, 323 (Pa. 1788) (reporting Chief Justice McKean's observations that unanimity would have been required even if the Pennsylvania Constitution had not said so explicitly).
- 12) 確かに、幾つかの植民地は、設立のかなり前に全員一致の要件を緩和（そしてその後回復）していた。例えば、17世紀後半の20年間に、カロライナは封建的な社会構造を奨励するように設計された非コモンロー制度の実験をした。この「反動的」憲法は、多数決による有罪判決を認めた。カロライナ憲法69条（1669）参照。in 5 THORPE 2781; Reinsch, *The English Common Law in the Early American Colonies*, in 1 Select Essays in ANGLO-AMERICAN LEGAL HISTORY 407 (1907)。しかし、ルイジアナ州が認めているように、修正6条が採択されるまでに、全員一致が再び受け入れられ、規則になった。See, Brief for Respondent 17.
- 13) *See, e.g.*, 6 N. DANE, DIGEST OF AMERICAN LAW, ch. LXXXII, Art. 2, § 1, p. 226 (1824); 2 J. STORY, COMMENTARIES ON THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES § 777, p. 248 (1833); J. POMEROY, AN INTRODUCTION TO MUNICIPAL LAW § 135, p. 78 (1864); J. TIFFANY, GOVERNMENT AND CONSTITUTIONAL LAW § 549, p. 367 (1867); T. COOLEY, CONSTITUTIONAL LIMITATIONS 319-320 (1868); 1 J. BISHOP, CRIMINAL PROCEDURE § 897 (rev. 2d ed. 1872).
- 14) *Thompson v. Utah*, 170 U.S. 343, 351 (1898). *See also*, *Maxwell v. Dow*, 176 U.S. 581, 586 (1900).
- 15) *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1, 10-11 (1964). 本件の評釈には、田宮裕「米判批」アメリカ法 [1965] 149頁などがある。
- 16) 406 U.S. 404 (1972) (plurality opinion). 本件の評釈には、吉田一雄「米判批」藤倉皓一郎ほか編『英米判例百選』(第3版) 128頁(1996)、丸田隆「米判批」樋口範雄ほか編『アメリカ法判例百選』126頁(2012)などがある。
- 17) 406 U.S. 356 (1972).
- 18) *See*, *Apodaca*, 406 U.S., at 414-415 (Stewart, J., joined by Marshall and Brennan, JJ., dissenting) (「今日まで、全員一致評決は修正6条の陪審裁判の不可欠な要素であることが普遍的に理解されている。私はこれらの既に解決された修正6条の判例に従う」); *Johnson*, 406 U.S., at 382-383, 391-393 (Douglas, J., joined by Marshall and Brennan, JJ., dissenting).
- 19) *Johnson*, 406 U.S., at 371 (concurring opinion).
- 20) *See, e.g.*, *Burch v. Louisiana*, 441 U.S. 130, 136, and n. 9 (1979) (describing both plurality opinion and Justice Powell's separate writing); *Brown v. Louisiana*, 447 U.S. 323, 331 (1980) (plurality opinion) (describing neither); *see also* *McKoy v. North Carolina*, 494 U.S. 433, 468 (1990) (Scalia, J., dissenting) (same). 幾つかの機会に、おそらく *Apodaca* 判決は修正6条が全員一致を全く必要としないことを意味すると我々は示唆した。See, *Ludwig v. Massachusetts*, 427 U.S. 618, 625 (1976) (quoting *Apodaca* plurality); *United States v. Gaudin*, 515 U.S. 506, 510, n. 2 (1995) (same); *see also*, *Holland v. Illinois*, 493 U.S. 474, 511 (1990) (Stevens, J., dissenting) (same)。しかし、別の機会に、特定の権利が修正6条の陪審裁判の保障に根ざしているのか、修正14条の適正手続の保障に根ざしているのかによって違いが生じる可能性があることを示唆した。See, *Schad v. Arizona*, 501 U.S. 624, 634, n. 5 (1991) (plurality opinion). 反対意見は、これらの事件は「*Apodaca* 判決が確立していたものを何度も繰り返した」と主張した。Post, at 6 (opinion of Alito, J.)。より正確には、これらの「繰り返し」は、様々なことと様々な時期を示唆している。*Burch* 事件の評釈には、手塚雅之「米判批」渥美東洋編『米国刑事判例の動向Ⅲ』272頁(中大出版部, 1994)などがある。*McKoy* 事件の評釈には、麻妻和人「米判批」椎橋隆幸編『米国刑事判例の動向Ⅴ』221頁(中大出版部, 2016)などがある。
- 21) 430 U.S. 188 (1977)。本件の評釈には、萩原滋「米判批」鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究第1巻』325頁(成文堂, 1977)などがある。
- 22) *Id.*, at 193.
- 23) 反対意見は、*Apodaca* 判決を明確にしようとしている諸々の事件における本最高裁の移送令状の否認が *Apodaca* 判決の先例の力の証拠であることを示唆するとき、異なる理論を浮かび上がらせている。しかし、「移送令状の請願を拒否することの重要性はもはやない筈である。議論が必要である。本最高裁は、そのような拒否は、請求の利益に関係するものが何であれ、法的重要性はないと何度も何度も何度も述べてきた。」*Darr v. Burford*, 339 U.S. 200, 226 (1950) (Frankfurter, J., dissenting).
- 24) *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203, 235 (1997)。本件の評釈には、佐々木弘通「米判批」アメリ

- カ法 [1998-2] 290 頁などがある。また、同「アメリカ合衆国の政教分離判例における分離派・覚書—宗教学校助成の諸事件に見る」東洋学術研究 38 巻 2 号 174 頁 (1999) なども参照。
- 25) *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 828 (1991). 本件の評釈には、清水誠「米判批」椎橋隆幸編『米国刑事判例の動向 V』129 頁 (中大出版部, 2016) などがある。
- 26) *Gaudin*, 515 U.S., at 510; *Richardson v. United States*, 526 U.S. 813, 817 (1999); *Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466, 477 (2000); *Southern Union Co. v. United States*, 567 U.S. 343, 356 (2012); *Blakely v. Washington*, 542 U.S. 296, 301-302 (2004); *United States v. Booker*, 543 U.S. 220, 238 (2005); *Descamps v. United States*, 570 U.S. 254, 269 (2013); *United States v. Haymond*, 588 U.S. ___, ___-___ (2019) (plurality opinion) (slip op., at 6-7). *Apprendi* 事件の評釈には、岩田太「米判批」ジュリスト 1200 号 196 頁 (2001), 同「米判批」樋口範雄ほか編『アメリカ法判例百選』120 頁 (2012), 高山佳奈子「米判批」アメリカ法 [2001] 270 頁などがある。また、勝田卓也「米国における陪審審理を受ける権利と量刑に関する近年の最高裁判決 (1)」大阪市大法学雑誌 54 巻 1 号 409 頁, 422 頁 (2007) なども参照。Southern Union Co. 事件の評釈には、津村政孝「米判批」アメリカ法 [2016] 189 頁, 山田峻悠「米判批」比較法雑誌 50 巻 2 号 391 頁 (2016) などがある。また、田中利彦編『アメリカの刑事判例 2』191 頁 (成文堂, 2019) [野村健太郎] なども参照。Blakely 事件の評釈には、田中利彦「米判批」法律のひろば 59 巻 6 号 66 頁 (2006) などがある。また、勝田卓也「米国における陪審審理を受ける権利と量刑に関する近年の最高裁判決 (2・完)」大阪市大法学雑誌 54 巻 3 号 213 頁 (2008), 田中利彦編『アメリカの刑事判例 1』69 頁 (成文堂, 2017) [田中利彦] なども参照。Booker 事件の評釈には、渋谷年史「米判批」NBL803 号 6 頁 (2005) などがある。また、田中利彦編『アメリカの刑事判例 1』98 頁 (成文堂, 2017) [二本柳誠] なども参照。Haymond 事件の評釈には、勝田卓也「米判批」アメリカ法 [2020] 146 頁などがある。また、英米刑事法研究会「アメリカ合衆国最高裁判所 2018 年 10 月開廷期刑事関係判例概観」比較法学 54 巻 1 号 239 頁, 253 頁 (2020) [野村健太郎] なども参照。
- 27) 489 U.S. 288, 311-312 (1989) (plurality opinion).
- 28) *Alleyne v. United States*, 570 U.S. 99, 118 (2013) (Sotomayor, J., concurring) (quoting *Payne*, 501 U.S. at 827). 本件の評釈には、勝田卓也「米判批」アメリカ法 [2014] 218 頁などがある。また、田中利彦編『アメリカの刑事判例 2』223 頁 (成文堂, 2019) [野村健太郎], 八百章嘉「アメリカ量刑法の一断片—Apprendi 準則の動向と Alleyne 事件判決の意義」富大経済論集 60 巻 2 号 379 頁 (2014) なども参照。
- 29) *Payne*, 501 U.S., at 828.
- 30) *Janus v. State, County, and Municipal Employees*, 585 U.S. ___ (2018); *id.*, at ___ (Kagan, J., dissenting) (slip op., at 23) (法廷意見は、「数千人の労働者を対象とする数千人の契約」に疑問を投げかけたことに注意); *see*, *South Dakota v. Wayfair, Inc.*, 585 U.S. ___, ___ (2018) (slip op., at 21) (最高裁による判例変更が、以前の決定に依存して事業を開始した行商人に課す「正当な」負担に留意せよ)。Janus 事件の評釈には、松井孝太「米判批」アメリカ法 [2019] 85 頁などがある。Wayfair, Inc. 事件の評釈には、川田剛「米判批」月刊税務事例 50 巻 12 号 97 頁 (2018), 溝口史子「米判批」旬刊経理情報 1520 号 24 頁 (2018), 木南敦「米判批」アメリカ法 [2019] 62 頁などがある。
- 31) *THE FEDERALIST* No. 78, p. 529 (J. COOKE ed. 1961).
- 32) *Citizens United v. Federal Election Comm'n.*, 558 U.S. 310, 378 (2010) (concurring opinion). 本件の評釈には、東川浩二「米判批」アメリカ法 [2010-2] 423 頁, 同「米判批」樋口範雄ほか編『アメリカ法判例百選』72 頁 (2012), 宮川成雄「米判批」比較法学 44 巻 3 号 156 頁 (2011) などがある。また、落合俊行「アメリカ連邦選挙運動資金における『選挙広告支出制限』規制の憲法学的考察—Citizens United v. Federal Election Commission 事件連邦最高裁判決 (2010 年) の法理」北九州市立大学法政論集 38 巻 3 号 247 頁 (2010) なども参照。
- 33) *See, e.g., Knick v. Township of Scott*, 588 U.S. ___ (2019); *Franchise Tax Bd. of Cal. v. Hyatt*, 587 U.S. ___ (2019); *Janus*, 585 U.S. ___ (2018); *Hurst v. Florida*, 577 U.S. ___ (2016); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015); *Johnson v. United States*, 576 U.S. 591 (2015); *Alleyne v. United States*, 570 U.S. 99 (2013); *see also*, Baude, *Precedent and Discretion*, 2020 S. Ct. Rev. 1, 4 (forthcoming) (「法廷の誰も絶対的な判例を信じていない」).
- 34) *See, e.g., Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015); *Citizens United v. Federal Election Comm'n.*, 558 U.S. 310 (2010); *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778 (2009); *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004); *Lawrence v.*

- Texas, 539 U.S. 558 (2003); Ring v. Arizona, 536 U.S. 584 (2002); Agostini v. Felton, 521 U.S. 203 (1997); Seminole Tribe of Fla. v. Florida, 517 U.S. 44 (1996); Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833 (1992); Payne v. Tennessee, 501 U.S. 808 (1991); Batson v. Kentucky, 476 U.S. 79 (1986); Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority, 469 U.S. 528 (1985); Illinois v. Gates, 462 U.S. 213 (1983); United States v. Scott, 437 U.S. 82 (1978); Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976); Taylor v. Louisiana, 419 U.S. 522 (1975); Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969) (per curiam); Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967); Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966); Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964); Wesberry v. Sanders, 376 U.S. 1 (1964); Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963); Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962); Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961); Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954); Smith v. Allwright, 321 U.S. 649 (1944); West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943); United States v. Darby, 312 U.S. 100 (1941); Erie R. Co. v. Tompkins, 304 U.S. 64 (1938); West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937). Ring 事件の評釈には、岩田太「米判批」アメリカ法 [2003] 210 頁などがある。また、小木曾綾「米判批」椎橋隆幸編『米国刑事判例の動向V』417 頁 (中大出版部, 2016) なども参照。Batson 事件の評釈には、藤田浩「米判批」判例タイムズ 642 号 51 頁 (1987) などがある。また、橋本裕蔵「アメリカ刑事法の調査研究 (30)」比較法雑誌 20 卷 3 号 111 頁, 120 頁 (1986), 宮崎英生「米判批」鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究第 4 卷』118 頁 (成文堂, 1994) なども参照。
- 35) 「スキュラ」はイタリア本土とシチリー島の間にある巨岩、もしくは洞窟に住む海の怪物であり、「カリュプデイス」はシチリー島沖合の大渦潮。船を飲み込む怪物である。併せて、船はカリュプデイスに進んで沈没するよりも、スキュラを通過して少数の船員を失う方がまだよい、という意味になり、「前門の虎、後門の狼」に近い意味の、より小さな悪の方を選ぶべきだという格言である。See, Jackson, *Decisional Law and Stare Decisis*, 30 A. B. A. J. 334 (1944).
- 36) Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U.S. 393, 406 (1932) (Brandeis, J., dissenting); see also, Payne, 501 U.S., at 828; Scott, 437 U.S., at 101.
- 37) Agostini, 521 U.S., at 235.
- 38) Allen v. Cooper, 589 U.S. ___, ___ (2020) (slip op., at 9). See, <https://www.obwbip.com/04D540/assets/files/News/JP-Allen-v-Cooper.pdf> (Louis K. Bonham による).
- 39) Hubbard v. United States, 514 U.S. 695, 716 (1995) (opinion concurring in part and concurring in judgment).
- 40) 判例を覆す数を制限する別の重要な要因は、当事者が覆すことを要求しない限り、又は少なくとも最高裁が先例拘束力問題についてのブリーフ等を受け取らない限り、通常、判例を覆さないことにある。
- 41) See, e.g., Patton v. United States, 281 U.S. 276, 288 (1930); Thompson, 170 U.S., at 351.
- 42) See, Strauder v. West Virginia, 100 U.S. 303, 308-310 (1880); T. Aiello, JIM CROW'S LAST STAND: NONUNANIMOUS CRIMINAL JURY VERDICTS IN LOUISIANA 16, 19 (2015).
- 43) 163 U.S. 537 (1896). 本件の評釈には、紙谷雅子「米判批」樋口範雄ほか編『アメリカ法判例百選』76 頁 (2012), 小早川義則「米判批」名城ロースクール・レビュー 34 号 165 頁 (2015) などがある。また、山中美潮「1890 年代ニューオーリンズにおける有色クレオールの人種隔離運動—クルセーダー紙とプレッシャー対ファーガソン裁判を中心に」アメリカ史評論 29 号 1 頁 (2012) なども参照。
- 44) See, Aiello, at 16-26; Frampton, *The Jim Crow Jury*, 71 VAND. L. REV. 1593, 1620 (2018).
- 45) Johnson, 406 U.S., at 397 (Stewart, J., dissenting).
- 46) Johnson, 406 U.S., at 402 (Marshall, J., dissenting in both Johnson and Apodaca).
- 47) See, Ring, 536 U.S. 584; Batson, 476 U.S. 79.
- 48) See, Teague, 489 U.S., at 311 (plurality opinion); Griffith v. Kentucky, 479 U.S. 314, 328 (1987).
- 49) Whorton v. Bockting, 549 U.S. 406, 416 (2007).
- 50) See, e.g., Walker v. United States, 810 F. 3d 568, 577 (CA8 2016); United States v. Smith, 241 F. 3d 546, 548 (CA7 2001); Honeycutt v. Mahoney, 698 F. 2d 213, 216-217 (CA4 1983); see also, Steiner v. United States, 940 F. 3d 1282, 1293 (CA11 2019) (per curiam); Snider v. United States, 908 F. 3d 183, 192 (CA6 2018); Green v. Johnson, 116 F. 3d 1115, 1125 (CA5 1997).
- 51) トーマスの意見は忍耐力に欠け、結局は先例拘束力を認めないものとなるとする批判がある。Nina Varsava, *Precedent on Precedent*, 169 U. PA. L. REV. Online 118, 131 (2020).
- 52) Apodaca, 406 U.S., at 408, n. 3 (plurality opinion).

- 53) *Baldwin v. New York*, 399 U.S. 66, 123, n. 9 (1970) (Harlan, J., dissenting); *see also*, Letter from J. Madison to E. Pendleton (Sept. 14, 1789), in 1 *Letters and Other Writings of James Madison* 491 (1867).
- 54) *See, e.g.*, *Opinion of Justices*, 41 N. H. 550, 551-552 (1860).
- 55) *See, e.g.*, 1 J. BISHOP, *CRIMINAL PROCEDURE* § 761, p. 532 (1866).
- 56) *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 742, 813 (2010) (Thomas, J., concurring in part and concurring in judgment). 本件の評釈には、浅香吉幹「米判批」アメリカ法 [2011] 238 頁などがある。また、田中利彦編『アメリカの刑事判例2』124 頁 (成文堂, 2019) [田中利彦], Huizenga Shawn 「銃規制と合衆国憲法第2修正の解釈—*McDonald v. City of Chicago*を題材として」近畿大学法学 59 巻 2=3 号 117 頁 (2011) なども参照。
- 57) *Id.*, at 808 (opinion of Thomas, J.).
- 58) *Id.*, at 811 (opinion of Thomas, J.).
- 59) 同様に、私は、全員一致の権利がいかに基本的であるか、刑事陪審の他のどの属性が特権又は免責条項によって保護されているか、軽罪の場合にどの権利が保護されているか、又は民事裁判でどのような権利が保護されているかについても見解を示さない。
- 60) *See*, Brief for State of Oregon as Amicus Curiae 1-2.
- 61) *Juries Act 1974*, ch. 23, § 17 (replacing *Criminal Justice Act 1967*, ch. 80, § 13). *See*, Lloyd-Bostock & Thomas, *Decline of the "Little Parliament": Juries and Jury Reform in England and Wales*, 62 *LAW & CONTEMP. PROB.* 7, 36 (Spring 1999); *see also*, Leib, *A Comparison of Criminal Jury Decision Rules in Democratic Countries*, 5 *OHIO ST. J. CRIM. L.* 629, 642 (2008).
- 62) P. R. Const., Art. II, § 11 (12 人の陪審員のうち少なくとも 9 人の「多数決による評決」を確立する)。
- 63) *ALI Code of Criminal Procedure* § 355 (1930); *id.*, Comment, at 1027; *ABA Project on Standards for Criminal Justice Compilation*, Trial by Jury 318 (1974).
- 64) *See, e.g.*, *Magee v. Louisiana*, 585 U.S. ___ (2018); *Sims v. Louisiana*, 584 U.S. ___ (2018); *Baumberger v. Louisiana*, 583 U.S. ___ (2017); *Jackson v. Louisiana*, 572 U.S. 1088 (2014); *McElveen v. Louisiana*, 568 U.S. 1163 (2013); *Miller v. Louisiana*, 568 U.S. 1157 (2013); *Bowen v. Oregon*, 558 U.S. 815 (2009); *Lee v. Louisiana*, 555 U.S. 823 (2008); *McIntyre v. Louisiana*, 449 U.S. 871 (1980); *Hodges v. Louisiana*, 434 U.S. 1074 (1978). *Apodaca* 判決が下された直後の 1972 年 6 月 7 日、最高裁は、州の陪審裁判における全員一致の権利を認めるよう裁判所に求める多くの事件で、裁量上訴を却下した。 *Blevins v. Oregon*, 406 U.S. 972; *Martinka v. Oregon*, 406 U.S. 973; *Andrews v. Oregon*, 406 U.S. 973; *Planck v. Oregon*, 406 U.S. 973; *Riddell v. Oregon*, 406 U.S. 973; *Mitchell v. Oregon*, 406 U.S. 973; *Atkison v. Oregon*, 406 U.S. 973; *Temple v. Oregon*, 406 U.S. 973; *Davis v. Oregon*, 406 U.S. 974; *O'Dell v. Oregon*, 406 U.S. 974; *Miller v. Oregon*, 406 U.S. 974. 私は、多数意見に反して、裁量上訴の否認が先例であると主張しているのではない。そうではなく、州の裁判で全員一致が必要かどうかという問を提示する事件での審査を拒否する最高裁のパターンは、本最高裁が *Apodaca* 判決を先例と見なした証拠だと言いたいのである。
- 65) *BLACK'S LAW DICTIONARY* 1366 (10th ed. 2014) ; *see also*, J. SALMOND, *JURISPRUDENCE* 191 (10th ed. 1947); M. GERHARDT, *THE POWER OF PRECEDENT* 3 (2008); Landes & Posner, *Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis*, 19 *J. LAW & ECON.* 249, 250 (1976).
- 66) *Payne*, 501 U.S., at 828; *Gamble v. United States*, 587 U.S. ___, __ (2019) (slip op., at 11-12). *Gamble* 事件の評釈には、浅香吉幹「米判批」アメリカ法 [2020] 83 頁などがある。また、英米刑事法研究会「アメリカ合衆国最高裁判所 2018 年 10 月開廷期刑事関係判例概観」比較法学 54 巻 1 号 239 頁, 251 頁 (2020) [小島淳] なども参照。
- 67) 最高裁が全体として、「判例に関する判例」を遵守することも重要である。 *Allyne*, 570 U.S., at 134 (Alito, J., dissenting). 個々の裁判官が過去の決定を覆すために異なる基準を適用する場合、教義の全体的な効果は中立ではない。
- 68) *See, e.g.*, *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012); *Williams v. Illinois*, 567 U.S. 50 (2012); *J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro*, 564 U.S. 873 (2011); *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 742 (2010); *Shady Grove Orthopedic Associates, P. A. v. Allstate Ins. Co.*, 559 U.S. 393 (2010); *Baze v. Rees*, 553 U.S. 35 (2008); *Crawford v. Marion County Election Bd.*, 553 U.S. 181 (2008); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006); *Medtronic, Inc. v. Lohr*, 518 U.S. 470 (1996); *Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989); *Bakke*, 438 U.S. 265; *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976) (joint opinion of Stewart, Powell, and Stevens, JJ.).

- 69) 99 U.S. 78, 92-100 (1970).
- 70) *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516, 538 (1884). 大陪審の起訴なしに被告が重罪で起訴されることを許可する 28 州にとって非常に重要な判例である。
- 71) *See*, *Ariz. Rev. Stat. Ann.* § 21-102 (2013); *Conn. Gen. Stat.* § 54-82; *Fla. Rule Crim. Proc.* § 3.270 (2019); *Ind. Code* § 35-37-1-1 (b) (2); *Utah Code* § 78B-1-104 (2019).
- 72) *Whorton*, 549 U.S., at 416.
- 73) 研究によると、評議の開始頃に過半数の評決で固まると、通常、全員一致の評決が下されるそうである。 *See generally*, Devine, Clayton, Dunford, Seying, & Price, *Jury Decision Making: 45 Years of Empirical Research on Deliberating Groups*, 7 *PSYCHOLOGY PUB. POL'Y & L.* 622, 690-707 (2001).
- 74) 昨年、我々が過去の 2 つの決定を覆したとき、先例拘束力の将来についての恐れを表明する激しい反対意見があった。 *See*, *Franchise Tax Bd. of Cal. v. Hyatt*, 587 U.S. ___, ___ (2019) (Breyer, J., dissenting) ; *Knick v. Township of Scott*, 588 U.S. ___, ___ (2019) (Kagan, J., dissenting). *Hyatt* 事件の評釈には、浅香吉幹「米判批」アメリカ法 [2020] 86 頁などがある。
- 75) 藤田浩「アメリカにおける刑事陪審をめぐる論議」判例タイムズ 531 号 33 頁, 38 頁 (1984).
- 76) *See*, *Walker v. Sauvinet* 92 U.S. 90 (1875); *Hurtado*, 110 U.S. 516; *Hallinger v. Davis* 146 U.S. 314 (1892); *Twining v. State*, 211 U.S. 78 (1908); *Frank v. Mangum* 237 U.S. 309 (1915); *New York Central R. Co. v. White* 243 U.S. 188 (1917); *Hawkins v. Bleakly*, 243 U.S. 210 (1917); *Wagner Elec. Mfg. Co. v. Lyndon* 262 U.S. 226 (1923). 田中英夫『英米法研究 2—デュー・プロセス』377 頁 (東京大学出版会, 1987).
- 77) 丸田隆「アメリカ陪審制度の理念と問題点」法律時報 64 巻 5 号 34 頁, 37 頁 (1992).
- 78) *Colgrove v. Battin*, 413 U.S. 149 (1973). 民事陪審について、小島武司「6 人多数決陪審と 12 人全員一致陪審の比較—ニュージャージー州における調査結果を中心として」比較法雑誌 14 巻 2 号 1 頁, 31-32 頁 (1980) 参照。
- 79) *Ballew v. Georgia*, 435 U.S. 223 (1978). 本件の評釈には、中村千春「米判批」渥美東洋編『米国刑事判例の動向Ⅲ』263 頁 (中大出版部, 1994) などがある。以上、藤田前掲註 75) 論文 37 頁参照。
- 80) 399 U.S. 78 (1970). 本件の評釈には、今井雅子「米判批」樋口範雄ほか編『アメリカ法判例百選』124 頁 (2012) などがある。
- 81) 丸田前掲註 77) 論文 37 頁。
- 82) Carol S. Steiker, *Keynote Address the Warren Court And Criminal Justice: Some Lasting Legacies And Unfinished Business*, 49 *STETSON L. REV.* 223, 229 (2020).
- 83) Justin D. Rattey, *Gap Filling: Assessing the Constitutionality of Virtual Criminal Trials in Light of Ramos v. Louisiana*, 125 *PENN ST. L. REV. PENN STATIM* 1, 3 (2020); Nicholas M. Mosvick & Mitchell A. Mosvick, *The Bill of Right: The Heller-ization of Originalism: Ramos v. Louisiana and the Problem of Frozen Context*, 2020 *CATO SUP. CT. REV.* 309, 316 (2020).
- 84) *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986).
- 85) *J. E. B. v. Alabama ex rel. T. B.*, 511 U.S. 127 (1993). 本件評釈には、紙谷雅子「米判批」アメリカ法 [1995] 139 頁, 中山道子「米判批」ジュリスト 1082 号 172 頁 (1996), 丸田隆「米判批」藤倉皓一郎ほか編『英米判例百選』[第 3 版] 130 頁 (1996) などがある。なお、*Ballard v. United States* 329 U.S. 187 (1946) などでは陪審からの女性排除は違憲ではないとされていた。田中前掲註 76) 書 382 頁参照。
- 86) 他方、日雇労働者を排除した陪審について、憲法上の要請としてではなく、連邦下級裁判所に対する司法の運営に対して最高裁のもつ監督権を根拠に再審理を命じた例がある。 *Thiel v. Southern Pacific Co.* 328 U.S. 217 (1946). 田中同上同頁参照。
- 87) 554 U.S. 570 (2008). 本件の評釈には、富井幸雄「米判批」アメリカ法 [2009] 153 頁, 同「米判批」樋口範雄ほか編『アメリカ法判例百選』106 頁 (2012), Huizenga Shawn「米判批」近畿大学法学 57 巻 2 号 109 頁 (2009), 青山武憲「米判批」日本法學 76 巻 1 号 29 頁 (2010) などがある。また、田中利彦編『アメリカの刑事判例 1』235 頁 (成文堂, 2017) [田中利彦] なども参照。
- 88) Mosvick & Mosvick, *supra* note 83, at 310.
- 89) Varsava *supra* note 51, at 133.
- 90) Mosvick & Mosvick, *supra* note 83, at 311.
- 91) *Id.*, at 338.
- 92) *See*, Thomas J. Molony, *Taking Another Look at The Call on The Field: Roe Chief Justice Roberts And Stare Decisis*, 43 *HARV. J.L. & PUB. POL'Y* 733, 776 (2020).
- 93) 410 U.S. 113 (1973). 本件の評釈には、「米判批」ジュリスト 530 号 107 頁 (1973), 佐藤幸治「米判批」アメリカ法 [1975] 111 頁, 高橋一修「米判批」藤倉皓一郎ほか編『英米判例百選』[第 3 版] 82 頁 (1996) 高橋一修「米判批」藤倉皓一郎ほか編『英米判例百選』[第 3 版] 82 頁 (1996), 小竹聡「米判批」樋口範雄ほか編『アメリカ法判例百選』96 頁 (2012)

- などがある。また、松平光央「プライバシーの憲法保障—Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)におけるダグラス裁判官の同意意見を中心にして」明大法律論叢 54巻4号1頁 (1982)、山崎康仕「翻訳 人工妊娠中絶をめぐる規範の形成—Roe v. Wade」神戸大国際文化学研究 40号143頁 (2013)、小竹聡「翻訳 Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) 判決」拓殖大政治・経済・法律研究 17巻1号113頁 (2014) なども参照。
- 94) Molony, *supra* note 92, at 789 (2020).
- 95) 緑前掲註1) 評釈146頁。
- 96) 例えば、現在のルイジアナ州に位置する1808年にはオーリンズ準州で、1804年のナポレオン法典にスペイン法を加味した法典が作成され、仏文と、これを英訳したものの双方が正文とされた。田中英夫『英米法総論上』275頁 (東京大学出版会, 1980)。現在でも、全米でほぼ同州法だけが「基本的には英米法系よりはむしろ大陸法系に属する。」同書 255頁。
- 97) *Leading Cases: SIXTH AMENDMENT: Right to Jury Trial—Nonunanimous Juries—Ramos v. Louisiana*, 134 HARV. L. REV. 520 (2020).
- 98) *Id.*, at 524.
- 99) *See*, Captain Nino C. Monea, *Reforming Military Juries in The Wake of Ramos v. Louisiana*, 66 NAVAL L. REV. 67 (2020)。Ramos 判決は軍事裁判所に拘束力は有さないが、その原則に従う必要がある。*Id.*, at 92。なお、そこでは6人による陪審が行われている模様である。繁田実造「英国の陪審制度について」自由と正義 35巻13号28頁 (1984)。
- 100) Mosvick & Mosvick, *supra* note 83, at 317–18。「陪審の起源については、アングロ・サクソン起源説、ゲルマン起源説、スカンジナビア Nämnd 起源説、カロリング朝起源説、ノルマン朝の行政的審問手続きに求める説 (Heinrich Brunner)、ローマ法のテオドシウス法典の境界確定の規定に求める説、カノン法の境界確定や血縁 consanguinitas に関する証拠規定に求める説、カノン法の『評判 Fama』に関する証拠規定に求める説、誓約に求める説など様々であるが、複雑に重複しあいながら関係しあっており一説に定めることは難しい。」加藤紘捷「イギリスの陪審裁判の変遷と2003年刑事裁判法による近時の改正」中京大社会科学研究所 33巻2号1頁, 28頁 (2013) [菊池肇哉]。また、英国の陪審制度については、繁田実造「英国における陪審制度に関する文献の紹介 (1–10・完)」龍谷法学 9巻3=4号133頁, 10巻2号103頁 (1977), 4号101頁 (1978), 15巻3号104頁 (1982), 4号48頁, 16巻1号35頁, 2号68頁, 3号89頁 (1983), 4号203頁, 17巻1号58頁 (1984)、大野真義『罪刑法定主義』[新訂第2版] 57–109頁 (世界思想社, 2014) も参照。
- 101) 斎藤敏「アメリカの陪審制度」日本法學 3巻1号52頁, 55–57頁 (1966) 参照。
- 102) ノルマン伝来説の中にも、9世紀頃のデンマークの法制を経た説、ノルマンが大陸で創造した法制を伝えたとする説、ローマ法に負うところのある法制を伝えたものとする説、フランク王朝の法制を伝えたとする説などがある。穂積重威「英国陪審制度の起源」正義 2巻11号8頁, 8–9頁 (1926)。これ以外に、各郡において主催される moot に、12名の年長の土地保有自由民が代官と共に出席し、自分の手に置かれた聖宝に、いかなる無辜をも告発せず、いかなる罪人をも隠匿しないことを誓う旨が、10世紀から11世紀にかけてのエゼルレッド2世の法律で規定されており、告発陪審の起源はここにあるとする説がある。捧剛「陪審とは—陪審制の比較法文化論—総論」比較法研究 56号9頁, 15頁 (1995)。
- 103) 星野哲也「イギリス憲法史における陪審制度の研究—初期陪審制度の形成を中心にして」東洋大学大学院紀要 45集55頁 (2008)。
- 104) 同上 56頁。
- 105) 同上同頁。
- 106) 同上同頁。
- 107) 鯨越溢弘「イギリス陪審の歴史と現状」法律時報 64巻5号26頁 (1992)。
- 108) 同上同頁。
- 109) 加藤前掲註100) 論文 32頁 [菊池肇哉]。
- 110) 鯨越前掲註107) 論文 27頁。
- 111) 同上同頁。
- 112) 第2回、第3回のラテラノ公会議でも同様の議決がなされており、第4回議決18条 (canon18) はその更新に過ぎない。しかし、それ以降の教皇は神判に反対の態度を採るようになる。捧剛「イングランドにおける刑事審理陪審の成立」国學院法学 30巻4号41頁, 43–45頁 (1993)。
- 113) 鯨越前掲註107) 論文 28頁。1281年の巡回裁判、チベナム・ハンドレッドの例の記録として、朝治啓三「13世紀イングランドの巡回裁判と陪審の評決の記録」法制史研究 45号145頁 (1995) 参照。陪審員は、少数の騎士の他はその百戸邑に土地を有する自由保有者であった。また、捧同上 48頁は、しばしば、陪審制がマグナ・カルタの保障であるかのように言われるものの、それは6月15日であり、第4回ラテラノ公会議が11月1日召集であることからして両者間に直接的関係はなく、刑事陪審成立の直接的なものではないと指摘する。また、同論文 62頁は、「むしろ刑事審理陪審成立への道は、1215年以前から開かれており、たとえ

- 神判の禁止という劇的な事件が存しなくとも、遅かれ早かれ刑事審理陪審は登場していたようにも思われる」とも指摘する。あるいは、我々は、ブラックストーンやエドワード・コーク(クック)などによって国王との対抗上作られたマグナ・カルタの「神話」からも解放されるべきなのかもしれない。
- 114) 鯨越同上同頁。
- 115) 湯浅恭三「英国陪審裁判の歴史と特質」正義3巻5号9頁, 14頁(1927)。このあたり、團藤重光『刑事訴訟法』〔7訂版〕8-9頁(創文社, 1967)も参照。
- 116) 湯浅同上15頁。
- 117) 星野前掲註103) 論文62頁。
- 118) 鯨越前掲註107) 論文28-29頁。
- 119) 星野前掲註103) 論文63頁。
- 120) 田中前掲註76) 書375頁。
- 121) 鯨越前掲註107) 論文29頁。なお、星室裁判所は1641年に廃止される。
- 122) Mosvick & Mosvick, *supra* note 83, at 325.
- 123) マルコム・M・フィーリー(平山真理訳)「アメリカの陪審制度と民主主義一ひとつの評価」青山法務研究論集11巻11号167頁, 172頁(2016)。
- 124) Mosvick & Mosvick, *supra* note 83, at 327-28.
- 125) 星野哲也「イギリス憲法史における陪審制度の研究—王国共同体と地域共同体」東洋大学大学院紀要46集169頁(2009)。
- 126) 鯨越溢弘「イギリス—陪審制の比較法文化論」比較法研究56号35頁, 36頁(1995)。また、1819年に決闘裁判を廃すべきとの決議が国会でなされ、1833年には宣誓保証人による訴訟が廃止された。湯浅前掲註115) 論文14頁。
- 127) 鯨越前掲註107) 論文26頁。
- 128) 加藤前掲註100) 論文6頁。
- 129) 庭山英雄「グランヴィル・ウイリアムズの陪審制度論」自由と正義35巻13号21頁, 26頁(1984)。また、繁田実造「英国の陪審制度論」平場安治還暦記念『現代の刑事法下』52頁, 57-58頁(有斐閣, 1977)によると、1975年当時、陪審の遅延のほか、「多数の職業的犯罪人が法網をくぐり抜けておち、彼等は、たとえ起訴されたとしても、その陪審評決において無罪となる率がありにも高すぎる」という問題があったという。
- 130) 及川伸「イギリスの陪審制について—その現状と問題点を中心に」比較法研究52号104頁, 106頁(1990)。
- 131) 鯨越前掲註107) 論文30頁。
- 132) 及川前掲註130) 論文107頁。
- 133) 加藤前掲註100) 論文11-12頁。
- 134) 同上16頁。
- 135) 藤田前掲註75) 論文34頁。
- 136) 同上34頁。
- 137) 丸田前掲註77) 論文34頁。
- 138) 勝田卓也「米国における陪審審理を受ける権利と量刑に関する最近の最高裁判決(1)」大阪市大法学雑誌54巻1号409頁, 410頁(2007)。
- 139) 加藤前掲註100) 論文23頁[菊池肇哉]。
- 140) 同上24頁[菊池肇哉]。但し、植民地時代、メリーランド邦、ニューネーデルラント邦、バージニア邦では当初、陪審制は採られていなかった。Mosvick & Mosvick, *supra* note 83, at 323.
- 141) 丸田前掲註77) 論文35頁。
- 142) 田中前掲註76) 書375-376頁。
- 143) 例えば、13世紀イングランドには、ユダヤ人の被告人事件にはユダヤ人が関わらねばならないという原則が存在したという。星野哲也「イギリス憲法史における陪審制度の研究—Judgment by Peers 概念の展開」東洋大学大学院紀要47集131頁, 143-144頁(2010)。
- 144) 丸田前掲註77) 論文35頁。
- 145) 田中英夫『英米法総論下』445-446頁(東京大学出版会, 1980)。
- 146) 藤田前掲註75) 論文35頁。
- 147) フィーリー(平山訳)前掲註120) 文献175頁。
- 148) 森倫洋「米国陪審裁判の実情(4)—米国における陪審裁判の実情」判例タイムズ1042号68頁(2000)によれば、その事実認定能力、法律の誤解又は法律の無視、法律問題と事実問題の峻別困難性、陪審員の職務に臨む態度、陪審裁判に伴うコストが指摘できるという。畑博行「陪審裁判は是か非か—アメリカの陪審制を中心として」福山平成大学経営法学年報1号12頁, 16頁(2000)は、時間がかかり過ぎるとの指摘も紹介する。
- 149) 丸田前掲註77) 論文39頁。
- 150) フィーリー(平山訳)前掲註120) 文献177頁。
- 151) Mosvick & Mosvick, *supra* note 83, at 322.
- 152) 捧前掲註102) 論文10頁。
- 153) 繁田前掲註99) 論文29頁。
- 154) 加藤前掲註100) 論文30頁[菊池肇哉]。
- 155) 捧剛「イングランドにおける陪審制度の展開(1)」国学院法学32巻4号47頁, 66-67頁(1995)。
- 156) 同上56-57頁。
- 157) 鯨越前掲註126) 論文37頁。
- 158) 八嶋幸彦「陪審制度について」レファレンス498号5頁, 9頁(1992)。
- 159) 加藤前掲註100) 論文21-22頁[菊池肇哉]。
- 160) 同上21頁[菊池肇哉]。

- 161) *Leading Cases*, *supra* note 97 at 520.
- 162) *Id.*, at 527.
- 163) *Id.*, at 529.
- 164) Varsava *supra* note 51, at 122.
- 165) 438 U.S. 265 (1978). 本件の評釈には、高橋一修「米判批」アメリカ法 [1980] 153頁、同「米判批」藤倉皓一郎ほか編『英米判例百選』〔第3版〕66頁 (1996) などがある。また、久保田きぬ子「アメリカにおける「差別」判決の動向—バッキー判決を契機に (1-3・完)」ジュリスト 674号 83頁、677号 70頁、679号 121頁 (1978)、市毛由美子ほか「『平等』考—バッキー判決を契機として」中大英米法学 23号 32頁 (1982)、小林富久子ほか「アメリカ高等教育におけるアファーマティブ・アクションの経緯—ブラウン判決 50周年にあたって」早稲田教育評論 20巻 1号 313頁 (2006) なども参照。
- 166) 497 U.S. 547 (1990). 本件の評釈には、長谷部恭男「米判批」ジュリスト 981号 113頁 (1991)、西村裕三「米判批」アメリカ法 [1992] 109頁などがある。
- 167) 515 U.S. 200 (1995). 本件の評釈には、君塚正臣「米判批」東海大学文明研究所紀要 17号 27頁 (1997) などがある。また、有沢知子「積極的平等施策と合衆国最高裁判所—アランド判決と積極的平等施策の今後」中大法学新報 103巻 2=3号 209頁 (1997)、吉田仁美「アファーマティブ・アクションの退潮」同志社アメリカ研究 36号 71頁 (2000) なども参照。
- 168) 例えば、裁判官の意見が3人ずつ A・B・Cに割れ、A・Bが被告有罪の結論を出し、B・Cが当該適用法令を違憲と主張し、C・Aが一部一致する理由 *a* を判示した場合で、当該適用法令が違憲かつ理由 *a* を加味すると被告を有罪にできない場合などである。この種の事案では、当該事案の結論 (認定した事実関係と被告有罪) だけが「判例」となるのであろうが、事実上、先例としての効力はなきも同然となろう。
- 169) *See*, Varsava *supra* note 51, at 127.
- 170) *See, id.*, at 128. 示している例は、「修正6条は連邦と州に同じ権利を保障する」、「修正6条は連邦の陪審の評決で全員一致を命じる」、「修正6条は州の陪審の評決で全員一致を命じない」という理由付けがそれぞれ過半数を獲得している場合である。
- 171) 日本の例を挙げるとすると、議員定数不均衡問題で、過半数を得るように見える「衆議院と参議院は同じ基準であるべきだ」というのをルールとしてしまうと、例えば、「衆議院は厳密な1対1原則」という過半数の意見と、「参議院はそこまで厳格ではない」という過半数の意見を共有する少数意見にして法廷意見である意見と矛盾する。これは、政教分離原則でも平等権の問題でも、都道府県と市町村区の関係などに置き換えても同じであろう。
- 172) 君塚正臣『司法権・憲法訴訟論上』355頁 (法律文化社, 2018)。
- 173) Michael Gentithes, *Janus-Faced Judging: How The Supreme Court Is Radically Weakening Stare Decisis*, 62 WM. & MARY L. REV. 83, 109 (2020).
- 174) 緑前掲註1) 評釈 146頁。
- 175) *Leading Cases*, *supra* note 97, at 529.
- 176) *Ibid.*
- 177) 新倉修「序論・陪審裁判の歴史と理念」法律時報 64巻 5号 22頁、23頁 (1992)、大竹昭裕「稲田周之助の陪審制論」青森法政論叢 16号 78頁 (2015)。
- 178) 詳細は、八嶋前掲註 158) 論文 12-17頁など参照。
- 179) 利谷信義「日本の陪審法—その内容と実施過程の問題点」自由と正義 35巻 13号 4頁 (1984)、西村健「考えられる刑事陪審制」法と政治 70巻 1号 503頁、508-509頁 (2019) など参照。
- 180) 現在の日本で、仮に陪審制を導入してもそれを違憲とする議論は少ないと思われる。その中でも、西野喜一『司法過程と裁判批判論』86頁以下 (悠々社, 2004)、同「日本国憲法と陪審制」新潟大法政理論 38巻 2号 26頁 (2005)、同「日本国憲法と陪審制・再論」同 41巻 2号 1頁 (2009) は数少ない違憲論であるのだが、「旧帝国憲法下のような特殊な陪審制ならともかく」(「再論」1頁) と述べるなど、通常、欠陥として指摘された、裁判官を拘束しないということが寧ろ合憲となる可能性を有する点に留意が必要であろう。ただ、被告が有罪答弁をしても陪審を行うとすれば、憲法 38条違反ではないことになるのではなかろうか。なお、裁判所法 3条 3項は(無論、憲法に反しない限りで)陪審制を許容している。
- 181) 棟居快行「陪審制の憲法問題—司法権の独立を中心として」成城法学 61号 51頁 (2000) など。
- 182) 「現在ヨーロッパ大陸諸国に存在する参審制度は、19世紀における英国陪審制度への政治的関心の高まりにより大陸法諸国に合うように変更を加えた上で導入されたものが多い。」加藤前掲註 100) 論文 27頁 [菊池肇哉]。
- 183) 君塚前掲註 172) 書 267頁。
- 184) 裁判員法 67条 2項は、「刑の量定について意見が分かれ、その説が各々、構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半

- 数の意見にならないときは、その合議体の判断は、構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見になるまで、被告人に最も不利な意見の数を順次利益な意見の数に加え、その中で最も利益な意見による」としている。なお、兼子一=竹下守夫『裁判法』〔新版〕265-266頁(有斐閣, 1978)は、被告人に有利かどうかは主刑につき刑法9条の順によるので、「禁錮3年は懲役2年よりも有利な刑であり、懲役2年執行猶予2年は、懲役1年よりも不利な刑」ということとなると解説する。
- 185) 最大判昭和30年6月22日刑集9巻8号1189頁。本件評釈には、小野清一郎「判批」法律時報27巻9号49頁(1955)、高田卓爾「判批」我妻栄編『判例百選』〔第2版〕190頁(1965)、城富次「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和30年度』475頁(法曹会, 1957)、鈴木茂嗣「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第3版〕240頁(1976)、所一彦「判批」平野龍一=松尾浩也編『刑法判例百選Ⅱ』〔第2版〕156頁(1984)、山火正則「判批」松尾浩也ほか編『刑法判例百選Ⅱ』〔第4版〕158頁(1997)、萩原滋「判批」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅱ』〔第5版〕170頁(2003)、吉田宣之「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅱ』〔第6版〕182頁(2008)、「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第10版〕256頁(2017)などがある。このほか、高見澤昭治「三鷹事件—謀略事件に担担する検察法と民主主義454号19頁(2010)などもある。
- 186) 当時の刑法127条(往来危険記者電車転覆破壊)には「ヲ致シタル者亦前条ノ例ニ同シ」とあり、126条は1項で「人ノ現在スル汽車又ハ電車ヲ転覆又ハ破壊シタル者ハ無期又ハ3年以上ノ懲役ニ処ス」とあり、3項で「前2項ノ罪ヲ犯シ因テ人ヲ死ニ致シタル者ハ死刑又ハ無期懲役ニ処ス」とある。無人電車を暴走させて6人が死亡した事案で、真野毅は罪刑法定主義を楯に死刑に反対した。「最高裁の保守派が懸命になって、やっと『竹内死刑』を維持しえた」ものである。山本祐司『最高裁判物語上』176頁(日本評論社, 1994)。
- 187) 坂井豊貴「陪審定理と多数決の正当性」一橋大経済研究67巻2号125頁, 126頁(2016)は、陪審制を前提に、「陪審員が11人ならそのうち6人、約55%が正しければ多数決の結果は正しくなる」とするが、陪審制で単純過半数はあり得ない。この議論は、日本の裁判員裁判の判断に近いことになろうが、9人では不足するし、通常の裁判における法廷にいる裁判官の数はおよそ足りない。多数決原理の単純化が過ぎようか。
- 188) 平野龍一『刑事訴訟法』271頁(有斐閣, 1958)、中川孝博『合理的疑いを越えた証明』281頁以下(現代人文社, 2003)。緑前掲註1)評釈146頁より引用。
- 189) 君塚正臣「経済的自由・社会権ほか—教科書的憲法記述(3)」横浜法学30巻1号掲載予定(2021)参照。
- 190) 検察審査会法27条は「検察審査会議の議事は、過半数でこれを決する」とするが、39条の5により、「起訴を相当と認めるとき起訴を相当とする議」については「検察審査員8人以上の多数によらなければならない」としており、41条の6により、起訴議決でも同じである。検察審査会については、最高裁判所事務総局編『検察審査会執務提要』(法曹会, 1958)、増山登「検察審査会の制度およびその活動状況」時の法令556=557号63頁(1966)、小林充「検察審査会制度」判例タイムズ201号233頁(1967)、佐藤千速ほか「特集・検察審査会の現況と将来」判例タイムズ222号2頁(1968)、最高裁判所事務総局刑事局「検察審査会20年の歩み」法曹時報20巻8号64頁(1968)、松尾浩也ほか「特集・25年目を迎えた検察審査会制度」ジュリスト544号68頁(1973)、三井誠ほか「特集・検察審査会法30年」法律時報50巻9号8頁(1978)、最高裁判所事務総局『検察審査会50年史』(法曹会, 1998)、神村昌通「刑事訴訟法及び検察審査会法の一部を改正する法律の概要等」ジュリスト1185号2頁(2000)、宇藤崇ほか「特集・検察審査会制度の改正」法律のひろば62巻6号4頁(2009)、出口雄一「検察審査会法制定の経緯」法社会学72号153頁(2010)、河上和雄「検察審査会について」神奈川法学43巻1号183頁(2010)、新屋達之「検察審査会の光と影—司法の民主化をどう確立するか」世界(811)67頁(2010)、今関源成「法律時評・検察審査会による強制起訴—『統治主体』としての『国民』」法律時報83巻4号1頁(2011)、越田崇夫「検察審査会制度の概要と課題」レファレンス733号93頁(2012)、山下幸夫ほか「特集・改正検察審査会法施行後7年」自由と正義67巻12号35頁(2016)、篠原亘「検察審査会の機能の変化と問題点—米国の大陪審制度を参考に」中大法学新報124巻7=8号145頁(2017)、船山泰範「検察審査会は民主化の進展に役立っているか」日大法学紀要61集139頁(2019)、同「検察審査会から刑事司法市民参加を考える」専修大学法学研究所所報61号18頁(2020)、平山真理「検察審査会の強制起訴制度施行後11年と今後の展望を考える」法と政治71巻2号285頁(2020)など参照。

【付記】

本研究は2021年春に学習院大学東2号館8階会議室で行われる合衆国最高裁判所判例研究会(紙谷雅子会長)での報告を纏めたものとなることとなったが、新型コロナウイルス感染症の蔓延による緊急事態宣言などで同研究会は9月18日に延期となったため、研究会で多くの意見を頂いて修正されるべき点があり得ることを留保しつつ、それ以前に判例研究として公表するものである。本稿は、平成30年度-令和4年度日本学術振興会科学研究費基盤研究(C)一般「憲法訴訟論の適正手続・身体的自由への発展・展開」(課題番号18K01243)による研究成果の一部である。また、令和2年度・3年度横浜国立大学国際社会科学研究院法律系サバティカル(但し、3年度は委員等免除のみ)中の成果である。本稿では、原則として敬称は略させて頂いた。

【付記2】

取材を受け、「チャートで読む政治—憲法のかたち 世界と比較」日本経済新聞2021年5月3日朝刊9面にコメントが掲載された。この際、以下のような取材メモを手元に残した上で取材に応じた。記事は相当要約されているので、ここでこれを公表する。

日本の最高裁が違憲判決を出さない理由は司法消極主義だから、というのがよくある説明であった。しかし、司法権は手厚い身分保障がなされ、かつ、憲法判断の裁量を抱えることは組織としての権限の拡大であって、司法積極主義に傾くのが普通である。消極主義を示す判決理由などもあまり見ない(ただ、在任期間が短いので、あまり政権に抗する姿勢を示すと、同じ属性の者を後任に採ってくれなくなるという計算はあったかもしれない)。単純に日本の最高裁の裁判官が古い世代で、明治憲法時代の憲法感覚だったから、ということなのかもしれない。ただ、公務員の労働事件などで進歩的な判例が重ねられてくると、保守長期政権は、保守的な法律家を送り込んで全農林警職法判決でこれを覆させるようなことはあった。また、実務家は民法や商法、刑事法を扱っており、学者枠もこれらか行政法、他は行政官か外交官ということで、憲法の専門家は初期の河村又介(九州帝国大学教授)が辛うじてそうだとと言える程度にしかいなかった。つまり、憲法判断をどうしていいか、わからなかったのではないか。その証拠に、数少ない違憲判決は皆法令違憲である。付随的違憲審査制であるならば適用違憲から入るのが普通であるが、自分たちが憲法裁判所であるかのような振

る舞いになった。こうなると、法令違憲と宣言するのは思い切ったことなので、ますます伝家の宝刀を抜くことは稀になっていった。しかも、日本では、内閣法制局が内閣提出立法のチェックを行っており、問題ある立法がされ難い。違憲となった法令の殆どは、明治憲法時代の法令か議員立法か条例などである。内閣法制局による法令の事前審査の民主的正当性は危うい面もあるが、法律の専門家としての職人肌の仕事ぶりは流石と思わせるものがあつた。こういったことが重なって、日本では最高裁による違憲判決が少なかったように思われる。

本取材の趣旨に適合するかどうか微妙だが、実は1997年(それまでほぼ4件)の愛媛玉串料訴訟あたりから違憲判決は最近増えているとも思える(現在、高校の現代社会の教科書を執筆しているが、違憲判決の一覧表はだんだん欄外のスペースに収まりきらなくなってきている)。これには、まず、最高裁の裁判官の世代交代により、戦後教育を受けた、つまり新しい憲法感覚を有する人が最高裁に入ったことがあるのかもしれない。空知太訴訟や那覇孔子廟訴訟は、多数派から見れば宗教的と言うほどではないケースでも違憲とし、もはや靖国神社への首相の公式参拝は違憲状態であると言ったも同然である。議員定数不均衡問題も、以前は特に参議院や地方議会の特例選挙区などについては緩い判断も目立ったが、かなり厳しくなってきた。技術的には是正できないなら格別、是正できる限りは違憲状態としており、一県一区と各県まず一議席のようなものは論外となり、人口比例原則は徹底化しつつある。これはまた、「実質的意味での憲法」である選挙法についても上位法である日本国憲法に反する法規は許されないとしていることでもある(在外法人選挙権訴訟も同様)。公法ではないから感覚的に違憲審査の問題ではないかのように思われてきた民法(家族法)でも、非嫡出子相続分規定、女性の再婚禁止期間規定など、違憲判決が続いた。関連して、国籍法3条も違憲とされた。無論、この中には、裁判官の個性による理由もあり、行政法学者である藤田宙靖が憲法感覚溢れる個別意見を示したり、官僚出身でも福田博が議員定数不均衡問題などで踏み込んだ判断を示したり、女性の裁判官が夫婦別姓訴訟で現行法を違憲とする個別意見を挙げて示したことなどはインパクトを与えたと言えよう。その意味では、大多数が一致した法令違憲か全くの合憲かということではなく、個別意見で適用違憲や合憲限定解釈、将来効、原告の訴えそのものは斥けつつ判決理由では違憲の方向性を示すなど、立法や行政が変わらざるを得ないようなものも増えてきた。公務員の政治活動をめぐる堀越事件のように、猿払事件と「事実の区別」(distinction)を行うことで、事実上、判例を変更したと思われる例もある。こ

うしたことは、憲法学説が、芦部信喜・佐藤幸治以降の憲法訴訟論の隆盛により、憲法が手続法・訴訟法でもあることにも目覚め、その理論を深めてきたこと、それを裁判所が反映してきていること、時間の経過に伴い、憲法訴訟的ノウハウが蓄積されている、つまりは憲法学説と判例の接近が見られることも大きい。このため、憲法訴訟と言えば、一大政治闘争であった時代とは異なり、ごく日常の問題に、司法裁判所が事案の解決の延長として必要に応じて憲法判断に進むようになっていくことが大きい。岩沼市議会事件では、地方議会の内部自治について、判例の引き方に矛盾を突かれたのが痛かったのか、従来の部分社会論の判例が変更された。もしかすると、安倍政権が内閣法制局の中立性を害するような人事を行うなど、行政の中立性よりも自分たちが選挙で選ばれたのだからそれに服従しろとの姿勢が強まっているため、皮肉にも、内閣提出立法への信頼が低くなり、最高裁も法令を違憲とするハードルが下がっていることもあるのかもしれない。

以上のように、実は、最高裁の違憲判決は増えており、ドイツや、無論、アメリカに比べるとそれは少ないかもしれないが、多くの人が思っている、およそおかしい法令でも生き残らせてきたような事態でもない。懸念材料は、安倍政権が内閣法制局人事に手を出したばかりか、最高裁の裁判官人事にも手を出すようになっており（菅政権が日本学術会議会員人事に手を出したこともあり）、政権の意向に沿った最高裁人事が進み、しかも政権交代がおよそない状態に逆戻りすると、最高裁は政権のラバースタンプに成り下がる危険もあり、（多数派である自分に人権侵害はあり得ない、ということはないので）監視が必要である。また、法科大学院を巡る大きな混乱を躓き石に、憲法学界が「人文主義」志向を強めてきている印象もあり、最高裁の憲法判例を適切にチェックする力が落ちているとすれば、憂慮すべきだ。

[きみづか まさおみ 横浜国立大学大学院国際社会科学研究院教授]

