

論説

裁判員制度に関する一考察 －Tocqueville を通じて

2006年4月入学

鳥生真紗子

I. 本稿の目的

II. アメリカの陪審制と法律家

- 1 アメリカ独立期における陪審制と法律家
- 2 政治過程の民主化
- 3 ジャクソニアン・デモクラシー期の陪審制と法律家

III. テクストを読む

- 1 DE L'ESPRIT LÉGISTE
- 2 トクヴィルの法律家像
- 3 DU JURY AUX ÉTATS-UNIS
CONSIDÉRÉ COMME INSTITUTION
POLITIQUE

IV. 考察

- 1 意見書の考察
- 2 おわりに

I. 本稿の目的

裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（以下、裁判員法とする。）第1条には、「…裁判員が裁判官と共に刑事訴訟手続に関与することが司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資する…」と書かれている。裁判員制度は、司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上を図るための制度であるという。

裁判員制度は司法に対する国民の理解と信頼を高めることだけを目的とした制度なのだろうか。司法に対する国民の信頼は裁判の公開等を通じて確保されてきたが、新たに導入された裁判員制度には、従来の制度にはない独自の目的や、より具体的な目的が存在するはずである。しかし裁判員法ではこの点が必ずしも明らかではない。

そこで本稿は、司法制度改革審議会意見書¹⁾（以下、意見書とする。）を素材として、裁判員制度の目的を考察する。そしてこの考察を、Alexis de Tocqueville の、*De la démocratie en Amérique*²⁾（以下、本書とする。）を通じて行う。トクヴィルがアメリカの陪審制、特に民事陪審を高く評価したことは広く知られており、司法制度改革審議会でも佐々木毅氏（第4回）及び

1) 司法制度改革審議会『司法制度改革審議会意見書』（2001）。

2) Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique, I*, 1835, *Œuvres d'Alexis de Tocqueville, II*, Bibliothèque de la Pléiade, (Gallimard, 1992). 第1巻を扱う。邦訳として、アレクシス・ド・トクヴィル（松本礼二訳）『アメリカのデモクラシー第一巻（上）（下）』（岩波書店、2005）。引用は原則として原書から行う。

三谷太一郎氏（第43回）によって紹介されている³⁾。トクヴィルが陪審制について何と論じているか、陪審制に関する議論が本書全体の中でどのような意義を有するか、を理解することは、裁判員制度について考えるために有益であると思われる。もちろんトクヴィルを読む意義がそれにとどまらないことは言うまでもない。

以下では、トクヴィルを読む前に、まず18世紀後半から19世紀前半のアメリカの政治過程、及び、当時の法律家と陪審制に対する評価について確認する(II)。それをふまえて *De la démocratie en Amérique* のテキストを読み(III)、最後に裁判員制度の目的を考察する(IV)⁴⁾。

II. アメリカの陪審制と法律家^{5) 6)}

1 アメリカ独立期における陪審制と法律家

アメリカ独立前の18世紀半ば、植民地の住

人は、本国政府に対し、彼らも国王に忠誠を誓ったイギリス国民としてイギリス古来の自由を享受する権利を有すると主張した。陪審審理を受ける権利もその1つである。陪審審理はイギリス人の自由の保護にとって不可欠のものと考えられており、これはアメリカの裁判所でも認められていた⁷⁾。この点に関し Rossiter は、1765年から1774年の植民地の新聞9種などを引用しつつ、当時のアメリカで陪審制が自由の防壁としてきわめて高く評価されていたことを次のように述べる⁸⁾。

Concerning “that firmest Barrier of English Liberty, THE TRIAL BY JURIES,” colonial authors had little to say of an analytical nature. Certainly no one ever questioned its justice and workability...(中略)...The right to jury trial was generally considered to cover all other procedural rights, including “that great bulwark and palladium of English liberty,” habeas corpus.

他方、本国との抗争から独立、さらに合衆国

3) <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/>, 2008年9月15日最終検索。

4) 裁判員制度の憲法上の問題点について触れておく。従来の通説は、裁判官が陪審の評決に拘束されない陪審制であれば憲法上許されるとしていたが、これは旧憲法下でも行われていた陪審制であれば現憲法下でも許されるはずという以上の意味を有しているか疑わしい。日本国憲法は、旧憲法とは異なり法律の定める「裁判官」による裁判を受ける権利を保障しているわけではないこと、国民も裁判所の構成要素となりうることなどを根拠として、参審制の一種である裁判員制度も合憲であるとするのが近時の通説と思われる。以上につき、長谷部恭男「司法権の概念と裁判のあり方」ジュリスト1222号140頁、144頁(2002)、長谷部恭男『Interactive 憲法』(有斐閣、2006)1頁以下。最近の論稿として、土井真一「日本国憲法と国民の司法参加 一法の支配の担い手に関する覚書一」長谷部恭男ほか編『岩波講座 憲法4 変容する統治システム』(岩波書店、2007)235頁。石川健治教授は異なるアプローチをとられる。最高裁判所と下級裁判所の裁判官につき憲法79条6項、80条2項の報酬規定がおかれているが、これは司法官僚団につき制度体保障を認めたものといえるか、裁判員制度の創設による国民の司法参加は司法官僚団の存続に対する憲法律上の約束の本質的内容を侵害しないか、というアプローチである。教授は司法官僚団の制度体保障の有無については慎重な検討を要するとし結論を明らかにしていないが、否定的ではないかと思われる。石川健治『自由と特権の距離 一カール・シュミット「制度体保障」論・再考(増補版)』(日本評論社、2007)、特に275頁以下。

5) 18、19世紀のアメリカの陪審制に関する日本語文献は田中英夫氏によるものしか見つけることができなかつたため、本章の陪審制の記述はすべて田中氏の研究に依拠している。

6) 陪審制の歴史の簡潔な説明として、クヌート・W・ネル(村上淳一訳)『ヨーロッパ法史入門 権利保護の歴史』(東京大学出版会、1999)127頁以下。

7) 田中英夫『アメリカ法の歴史(上)』(東京大学出版会、1968)58-62頁。

8) CLINTON LAWRENCE ROSSITER, *SEEDTIME OF THE REPUBLIC* 391 (Harcourt, Brace, 1953). 同書453頁以下には、1776年までに植民地で発行されたほぼすべての新聞の種類及び発行年が記されている。これによれば、ニューヨークでは14種類、ボストンでは13種類の新聞が発行されている。1831年に同地を訪れたトクヴィルは、アメリカでの活発な出版活動に衝撃を受け以下のように述べているが、そのような活発な出版活動は植民地時代からの伝統であると言えるだろう。「...le nombre des écrits périodiques ou semi-périodiques, aux États-Unis, dépasse-t-il toute croyance. » (アメリカでは、定期的ないし半定期的の刊行物の数は信じられないほど多い。) (Tocqueville, *op. cit.*, p.207)、*«...l'Amérique est-elle le pays du monde où l'on rencontre à la fois le plus d'associations et le plus de journaux.»* (アメリカは世界中で結社と新聞の数がどちらももっとも多い国である。) (*Ibid.*, p.627. これは第2巻からの引用である。)

憲法制定へという一連の過程において、法律家に対する不信の念が強まった。主な原因は、i) 法律家全体としては独立に反対する Loyalists が多く、独立達成時に何百人もの法律家が国外に逃げ去り、また引退したこと、ii) 独立後の経済的苦境の時期において、有産者を代弁し、債権の取立てを行い、抵当権を実行して土地を取り上げ、場合によっては債務者を債務者監獄に送るといった実務を担当する法律家に対する反感が強まったことにある。そして法律家に対する不信の念は、アメリカにおいてまだ法律家の数が十分ではなかったこととあいまって、バリスタ (barrister) とソリシタ (solicitor) が互いに職分を異にする独立の法曹団をなす、イギリス的な二元主義的法曹制度の採用を妨げた。法律家に対する不信感の中で、法律家中の法律家、エリート中のエリートたるバリスタ階級を作ることはできなかつたためである⁹⁾。

2 政治過程の民主化

独立後、初代大統領のワシントンは、財務長官に連邦派のハミルトンを、国務長官に共和派のジェファソンを任命した。ジェファソンはハミルトンとの対立によりまもなく国務長官を辞するが、第3代大統領に就任した後は、「われわれはみな共和派であり、われわれはみな連邦派である。」などといった大統領就任演説をして党派の争いを避けつつ、共和派の政策実現に努力した。彼の施策の背後には、一般の民衆に信を置き、人民の「ための」政治を目指すという彼の政治思想、すなわち、ジェファソニアン・デモクラシーがあった¹⁰⁾。ジェファソンは人

民の「ための」政治を主張したが、人民「による」政治を主張したわけではない。彼は、単なる多数による政治というものは、単一者独裁と同様に専制になりうると信じていたし、特に「大都市の群集」を信頼していなかった¹¹⁾。しかし、ジェファソンの唱えた人民の「ための」政治は、アメリカ国民の民主的欲求を刺激・自覚させて、その諸制度を民主化する運動を間接的に促進する一契機となった¹²⁾。この時代の民主化運動が、のちのジャクソン大統領を産むのである。

1828年に第7代大統領として選ばれたジャクソンは、西部出身の最初の大統領、大学教育を受けたことない最初の大統領であった。彼は貧しい移民の子として生まれ、14歳で両親を亡くし、独学で弁護士の資格を得た人物で、ニュー・オーリンズの戦い(1815年)でイギリス軍を撃破し国民的英雄となっていた。ジャクソンの当選は、人民が選んだエリートが人民のために政治をするのではなく、家柄・教育その他の点でとりたてて言うことのない普通の人間がいわば人民の中から選ばれて統治にあたるのが当然だと考える、人民「による」統治の実現を象徴していた¹³⁾。すべての人は互いに同等の能力をもち、同じように公務を処理する能力をもつとするこの民主主義は、ジャクソニアン・デモクラシーと呼ばれる¹⁴⁾。ジャクソニアン・デモクラシーは、特に州において統治機構に様々な変革をもたらした。立法部が人民の意思から離れていくことが懸念され、多くの州憲法が、立法部の権限を制限するため詳密化された¹⁵⁾。また選挙で選ばれる地位が増え、spoils system が採用されて、選挙で当選した者がその下の官職に就く者を任命した¹⁶⁾。

9) 田中・前掲注7)271-280頁、田中英夫『英米法総論 上』(東京大学出版会、1980)251-252頁。

10) 田中・前掲注7)148-149頁。

11) チャールズ・ビアードほか(松本重治ほか訳)『アメリカ合衆国史(新版)』(岩波書店、1964)214頁。

12) 藤原守胤「アメリカにおける政治過程の民主化とその現代的慣行の成立(1810-1840年)」法学研究27巻6号361頁、362頁(1954)。

13) 田中・前掲注9)258頁。

14) ジャクソンの思想と政策については、たとえばA・ネヴィンス=H・S・コマジャー(黒田和雄訳)『アメリカ史(上)』(原書房、1962)196-205頁参照。

15) 田中・前掲注7)319頁。

16) 田中・前掲注7)323-324頁。

3 ジャクソニアン・デモクラシー期の陪審制と法律家¹⁷⁾

このような流れの中で、より多くの民主主義一人民による統治—を要求した民衆は、司法部もまた直接人民の意思のもとにおかれるべきだと主張した。のみならず彼らは、法は専門家によってのみ運用される技術であるとの考え方に、強く反発した。

まず、裁判官が人民の期待に応える人物か否かをチェックする機会を任命権者に与えるため、裁判官の任期制を採用する州が増加した。1830年から45年までに9州が裁判官の任期制を定め、1846年以降後述の裁判官の公選制が広く採用されるようになると、任期制もその当然の結果として取り入れられた。

また、民主主義の建前からいって、裁判官も人民によって選挙すべきであると主張された。1832年にミシシッピ州が裁判官公選制を本格的に採用し、1846年にはニューヨーク州が全裁判官について公選制を採用した。ニューヨーク州の影響力は強く、1846年から65年の間に誕生した諸州はすべて裁判官公選制を取り入れ、1846年当時の29州のうち15州が、その憲法を改正してこれを導入した。

そして、人民による統治の時代であるジャクソニアン・デモクラシー期には、陪審の役割は極端に重視されるようになった。

第1に、刑事事件においては必ずしも法律問題に関する裁判官の説示に従わなくてもよいという立場を取る州が出てきた。陪審に、事実問題のみならず法律問題についても判断させた例は、当時のイギリス法の影響のもと植民地時代以来見られるが、19世紀初めから、裁判官の説示の拘束力を強める努力がなされてきた。それがこの時期に入って停滞し、憲法で刑事事件について陪審が法律問題を決定する権限をもつ

旨を明示する州も現れる。

第2に、元来コモン・ロー上の事件に限られていた陪審審理を、エクイティ上の事件に広げた例が見られる。

第3に、元来イギリスで発達してきたコモン・ローでは、裁判官は、裁判官の意見は陪審を拘束しない旨を明らかにした上で、提出された証拠に関しコメントを加えることができるとされていた。証拠価値についてコメントを加えるという裁判官の権限は、素人である陪審が感情に流されたりして判断を誤ることを防止し、陪審審理を適正なものとするために不可欠のこととして考えられていた。しかし、陪審を重視するジャクソニアン・デモクラシーの信奉者は、この権限を削除するよう主張し、多くの州で裁判官が証拠価値についてコメントすることを禁ずる法律あるいは憲法が制定された。

トクヴィルがアメリカを視察したのは1831年から32年にかけてであり、まだ裁判官の任期制・公選制はあまり普及しておらず、陪審も極端には重視されていなかったと思われる。しかし、独立期から法律家に対する不信は存在し、また陪審制は高く評価されていたのであって、ジャクソニアン・デモクラシー初期の当時にもこの傾向は存在したと考えられる。

III. テクストを読む

1 DE L'ESPRIT LÉGISTE

以上の背景を前提に、トクヴィルを読み進める。陪審制について論じられている第1巻第2部第8章を中心にとりあげ、必要に応じて他の部分にも言及する。

トクヴィルが陪審制を論じる節の前の節には、「DE L'ESPRIT LÉGISTE AUX ÉTATS-UNIS, ET COMMENT IL SERT DE CONTREPOIDS À

17) 本節につき、田中・前掲注7)349-361頁、田中・前掲注9)269-271頁、田中英夫「アメリカにおける裁判官の選任方法」『英米の司法』(東京大学出版会、1973)359頁、田中英夫「1846年のニュー・ヨーク州憲法会議における司法部に関する論議—アメリカ的司法部観の形成過程に関する一研究—」同406頁、田中英夫「合衆国における陪審審理を受ける権利の保障—アメリカ訴訟法理解の一つの手がかりとして」『英米法研究2』(東京大学出版会、1987)375頁。

LA DÉMOCRATIE» (アメリカの法律家精神について、そしてそれがデモクラシーに対する均衡の重しとしてどのように役立つか)、という見出しがついている¹⁸⁾。ここで注意を引くのは、l'esprit légiste、すなわち法律家精神という言葉である。アメリカの人民を描くとき、トクヴィルは一貫して諸条件の平等 (l'égalité des conditions) を強調し、職業・地位にかかわらず財産や知識などの面であらゆる人々は平等だとしている。しかし、l'esprit légiste という言葉は、にもかかわらず、法律家は他の人々とは異なる特別な精神・思考力を持っていること、法律家は特別な存在であること、をうかがわせる。本節はこのように始まる。

Lorsqu'on visite les Américains et qu'on étudie leurs lois, on voit que l'autorité qu'ils ont donnée aux légistes, et l'influence qu'ils leur ont laissé prendre dans le gouvernement, forment aujourd'hui la plus puissante barrière contre les écarts de la démocratie¹⁹⁾. (強調は引用者。以下同じ。) (アメリカ人の法律を研究してみると、法律家に与えられた権威 (l'autorité) と、法律家に持たされた政治の中での影響力 (l'influence) とが、デモクラシーの逸脱に対するもっとも強力な防壁 (la plus puissante barrière) を形成していることがわかる。)

トクヴィルは続けて法律家について次のように述べる。法律を勉強した者は、秩序を好む習慣、形式を好む一定の気持ち、論理にかなったものの考え方に対するある本能的な愛を身につ

ける。これが彼らをデモクラシーの向こうみずな情熱に敵対させる²⁰⁾。法律家の心の底には、貴族の趣味と習慣が部分的に隠れている²¹⁾。法律家は民主政治を好むが、民主主義の傾向に染まったり、その弱点を見習うことがない²²⁾。さらに次のように述べる。

Les connaissances spéciales que les légistes acquièrent en étudiant la loi leur assurent un rang à part dans la société; ils forment une sorte de *classe privilégiée* parmi les intelligences.Ajoutez à cela qu'ils forment naturellement un corps²³⁾. (un corps の強調は原著者。) (法律の勉強を通じて得た特別な知識により、法律家は知識層 (les intelligences) の中で一種の特権階級 (classe privilégiée) を形成し、自然に1つの職業団体 (un corps) を形成する。)

Le corps des légistes forme le seul élément aristocratique qui puisse se mêler sans efforts aux éléments naturels de la démocratie, et se combiner d'une manière heureuse et durable avec eux²⁴⁾. (法律家団体 (le corps des légistes) は、民主主義本来の要素と無理なく混ざり合い、巧みにかつ持続的に結びつくことのできる唯一の貴族的要素 (élément aristocratique) を構成する²⁵⁾。)

Lorsque le peuple américain se laisse enivrer par ses passions, ou se livre à l'entraînement de ses idées, les légistes lui font sentir un frein presque invisible qui le modère et l'arrête. À ses instincts démocratiques, ils opposent secrètement

18) Tocqueville, *op. cit.*, p.302.

19) フランス語の原文を引用するときは、直後に抄訳を付する。訳を付する以上文法に沿った逐語訳にすべきか迷ったが、本文に必要な範囲の抄訳にとどめることにした。

20) *Id.*, p.303.

21) *Ibid.*

22) *Id.*, p.305.

23) *Id.*, p.303.

24) *Id.*, p.306.

25) トクヴィル (松本訳)・前掲注2) 第一巻 (下) 175 頁は、le corps des légistes を「法曹身分」と訳す。corps を団体ではなく身分と訳すのである。他の箇所を見ても le corps des légistes の語に対しては法曹身分の訳があてられているようであるが (179 頁 1 行目、12 行目など)、筆者は、以下の2つの理由により、corps は身分ではなく団体と訳すことにした。i) トクヴィルは «...qu'ils forment naturellement un corps.» というように corps を語義通り団体ないし集団という意味で用いていると考えられること、ii) 貴族制における中間団体に代わるものとして、法律家集団を捉えていると考えられること。

*leurs penchants aristocratiques*²⁶⁾... (アメリカの人民が情熱や観念に引きずられそうなきときは、法律家はほとんど目に見えないブレーキ (un frein presque invisible) を人民に感じさせ、彼らをなだめ、引き止める。人民の民主的な本能に対して、法律家の貴族的な性向 (*leurs penchants aristocratiques*) をひそかに対置する。)

そしてまた次のように述べる。法律家精神は、裁判所の外に遥かに広がっている²⁷⁾。政治問題が司法問題に転化するアメリカでは、政治問題の処理に法律家固有の慣行と考え方が用いられる。陪審制を通じて法律家精神は社会全体に染みとおる²⁸⁾。

このようにトクヴィルはアメリカの法律家を貴族階級であるとし、彼らの法律家精神は社会のすみずみに広がりデモクラシーの均衡を保つために役立っているとす。しかしここで1つの疑問が生じる。ジャクソニアン・デモクラシー下のアメリカでは、人民による統治が強調され、司法も人民の意思のもとに置かれるべきとされたのではなかったか。すべての人は互いに同等の能力をもち、同じように公務を処理する能力をもつというジャクソニアン・デモクラシーには、裁判官の *l'autorité*、すなわち権威を否定する発想はあっても、裁判官にそれを与えるという発想はないはずである。トクヴィル自身、いくつかの州において裁判官の公選制、任期制が採用されていることを指摘し²⁹⁾、司法に民主的コントロールを及ぼそうとする傾向があることを認めている。にもかかわらず、なぜトクヴィルは、アメリカの法律家に、ジャクソニアン・デモクラシー下で語られるのとは異なる法律家像を見出すのか。

2 トクヴィルの法律家像

なぜトクヴィルはアメリカの法律家および法律家団体を *aristocratique* なものと評価したのか。その理由は、テキストから読み取れると思われる。

本書は、その題名どおり、アメリカのデモクラシーについて論じたものである。トクヴィルは、世界中のどこよりも諸条件の平等化が進んでいるアメリカにおいて、デモクラシーを安定させている要因を見出そうとした。

本書でトクヴィルはアメリカのデモクラシーを以下のように描いている。アメリカ人の社会状態はすぐれて民主的であり、財産、知識等において人々は平等である³⁰⁾。この平等は政治の世界にも浸透する。地域共同体 (タウン) に議会はなく、行政も目に見えず、選挙民が地域集会 (タウンミーティング) においてタウンに関する様々な事項を決定し、また多くの公職を任命するなど、直接民主政的な自治がなされる³¹⁾。

他方、地方自治の制度、裁判所の違憲審査権、結社の自由、そして法律家精神が、多数者の暴政・デモクラシーの逸脱に対する防壁としての役割を果たしている³²⁾。地方自治の制度は *démocratique* であると同時に、*démocratie* の逸脱から人民を守る。貴族制の国家においては貴族という自然の結社が権力の濫用を抑制するが、社会状態が民主的な国家においては、貴族に代わり、人為的かつ一時的な結社が暴政を防ぐ³³⁾。すなわち、基本的に、デモクラシーの逸脱はデモクラシー自体によって対処されると考えるのであり、そこに貴族的な要素を持ち込もうとしない。その唯一の例外が、法律家であ

26) *Id.*, p.308.

27) *Id.*, p.309.

28) *Id.*, p.310.

29) *Id.*, p.309.

30) 第1部第2章、第3章。なお先住民民族や黒人は別論とする。第2部第10章。

31) 第1部第5章。

32) 第1部第5章、第6章、第2部第4章、第2部第8章。

33) もっとも、結社に対しては慎重な態度をとっている。第2部第4章。

る。

そして本書の結論として、アメリカのデモクラシーを安定させているものは、環境、法制、習俗であるとし、環境よりも法制が、法制よりも習俗が、重要であるとする^{34) 35)}。

トクヴィルが本書でアメリカについて論じる時、彼はアメリカにみなぎる政治的活力を、具体的な経験や観察に基づいて生き生きと描く^{36) 37)}。視野を広く持ち、経験、観察した事柄を深く掘り下げて論じている。しかし、アメリカの法律家についてはどうか。

前述のように、まず彼は法律を学んだ者がどのような精神を身につけるかについて論じる。法律家一般に共通する特性として *l'esprit légiste* (法律家精神) を論じるのであり、特にアメリカを念頭に置いているわけではない。法律家が特権階級を形成する、法律家団体が民主主義と結びつくことのできる唯一の貴族的要素であるというときも、彼はアメリカを念頭においているわけではなく、法律家一般について論じているのである。続けてトクヴィルは、法律家精神に認められる貴族的性格はイギリスとアメリカにおいて特に明瞭である³⁸⁾、制定法主義のフランスと比較して判例法主義のイギリスやアメ

リカでは法律家は臆病かつ現状維持的な精神傾向を持つとする。ここでトクヴィルはイギリスとアメリカを区別することなく、必ず「イギリスやアメリカ」と併記している³⁹⁾。

そしてイギリスの法律家の貴族的性格について触れ、このように述べるのである。

Aussi est-ce surtout *en Angleterre* qu'on peut voir en relief ce type légiste que je cherche à peindre⁴⁰⁾... (したがって私が描こうとしている法律家の典型は、特にイギリスにおいて (*en Angleterre*)、はっきり見ることができる。)

トクヴィルが描こうとしている法律家像はイギリスに見出すことができるとする。では彼はアメリカの法律家をどのように描いているのか。彼がアメリカの法律家について述べていることは、以下の4点に限られると思われる。i) アメリカの貴族階級は弁護士の席や判事の椅子にいる⁴¹⁾。ii) 法律家団体はデモクラシーの均衡を保つ重しとなり目に見えないブレーキを人民に感じさせている。iii) アメリカの民事の法制がほとんど変更されていないのは法律家が新しいものを導入しようとしなないためである⁴²⁾。iv) 法律家の精神が保守的、既成事実を重視する偏見にとらわれているとの不満を聞いた⁴³⁾。

34) *Id.*, p.318.

35) *Id.*, p.366 (第2部第9章。 *Des causes du maintien de la république démocratique*). « Mon but a été de montrer, par l'exemple de l'Amérique, que les lois et surtout les mœurs pouvaient permettre à un peuple démocratique de rester libre. »

36) フランス革命に関するトクヴィルの問題意識は彼の観察や思考に強い影響を及ぼしていると思われるが、その点については本稿では論じない。

37) たとえば、以下のように述べる。« À peine êtes-vous descendu sur le sol de l'Amérique que vous vous trouvez au milieu d'une sorte de tumulte; une clameur confuse s'élève de toutes parts; mille voix parviennent en même temps à votre oreille; chacune d'elles exprime quelques besoins sociaux. » (アメリカの地に降りたつとすぐ、ある種の喧騒の只中いることに気づく。雑然とした大声があちこちであがっている。無数の声が耳に同時に届く。それぞれの声は何らかの社会的要求を訴えている。) *Id.*, p.278.

38) *Id.*, p.306.

39) *Id.*, pp.306-307. « Chez *un légiste anglais ou américain*, le goût et le respect de ce qui est ancien se joint donc presque toujours à l'amour de ce qui est régulier et légal. » « *Le légiste anglais ou américain* recherche ce qui a été fait, le légiste français ce qu'on a dû vouloir faire; l'un veut des arrêts, l'autre des raisons. » « Lorsque vous écoutez *un légiste anglais ou américain*, vous êtes surpris de lui voir citer si souvent l'opinion des autres, et de l'entendre si peu parler de la sienne propre, tandis que le contraire arrive parmi nous. » « Cette sorte d'abnégation que fait *le légiste anglais et américain* de son propre sens, pour s'en rapporter au sens de ses pères... » « *...l'homme de loi anglais ou américain* ressemble en quelque sorte aux prêtres de l'Égypte... » « La position que les hommes de loi occupent en *Angleterre et Amérique*, exerce une influence non moins grande sur leurs habitudes et leurs opinions. »

40) *Id.*, p.307.

41) *Id.*, p.308.

42) *Id.*, p.310.

43) *Ibid.*

しかし、筆者には、以上のいずれについても、トクヴィルが実際にアメリカの法律家に着目しその観察や経験に基づいて論じたものであるとは、思われない。i) は、法律家が貴族階級を形成するという法律家一般に関する議論をアメリカにあてはめただけではないか。ii) については、法律家精神が実際にアメリカのデモクラシーに影響を及ぼしているとする根拠がない。法律家精神が目に見えないブレーキを感じさせるはずだ、との推論の域を出ていない。iii) について、民事法の改正が少ないのは、アメリカが制定法主義ではなく判例法主義をとっていることが影響しているのではないか。iv) について、トクヴィルによれば、法律家精神が保守的だというのは法律家一般に言えることであるし、既成事実を重視するというのは判例法であるイギリスとアメリカに共通する特徴ではあって、特にアメリカの特徴であるというわけではない。

結局、彼がアメリカの法律家について論じる部分は、法律家一般について述べたところを繰り返しているに過ぎないように思われる。彼はアメリカの法律家を論じる際、アメリカの法律家がどのような話をし、どのような思想を持ち、そこからどのような印象を受けたかを論じるのではなく、イギリスの法律家像を、アメリカにあてはめるのである。トクヴィルがアメリカの法律家に、ジャクソニアン・デモクラシー下で語られるのとは異なる法律家像を見出す原因は、ここにあると考えられる。

DU JURY AUX ÉTATS-UNIS 3 CONSIDÉRÉ COMME INSTITUTION POLITIQUE

続く節は、「DU JURY AUX ÉTATS-UNIS CONSIDÉRÉ COMME *INSTITUTION POLITIQUE*」(政治制度 (institution politique) として見たアメリカの陪審制について) という見出しがつけられており、まずこう述べられている。

Il faut distinguer deux choses dans le jury : *une institution judiciaire et une institution politique* ⁴⁴⁾. (陪審制の中の2つのものを区別しなければならない。司法制度 (une institution judiciaire) と、政治制度 (une institution politique) である。)

トクヴィルが司法制度というとき、具体的に何を意味しているのだろうか。司法制度としての陪審制は、以下のような文脈で論じられている。i) 裁判を適切に行うのに陪審制がどこまで役立っているか (...jusqu'à quel point le jury... sert à la bonne administration de la justice) 疑問である ⁴⁵⁾。ii) イギリス人が繰り返してきた司法制度が正義の精神 (l'esprit de la justice) に反するはずがない ⁴⁶⁾。iii) 陪審員のリストにあげるべき人の知識・能力 (les lumières et la capacité) は司法制度の問題である ⁴⁷⁾。以上のことから、トクヴィルが司法制度というときは、知識・能力のある人が、正義の精神をもって、適切な裁判をする制度であるという意味であると考えられる。より端的には、司法制度は、妥当な裁判を実現する制度であると考えられる。

そして陪審制を司法制度として見ることに限るとすれば思考を著しく狭めるとし、理由を次のように述べる。

44) *Id.*, p.311.

45) *Ibid.* トクヴィル (松本訳)・前掲注2) 第一巻 (下) 182 頁は、sert à la bonne administration de la justice を「裁判の正しい運用に役立つ」と訳す。しかし、筆者はトクヴィルが bonne に込めた意味を厳密に理解することができなかったため、bonne は「正しい」ではなく、あえて曖昧な「適切な」とした。また、ここではよりよい裁判をするために陪審制が役立つか、ということが問題になっていると思われるから、administration は「運用」ではなく「行うこと」とした。そして全体をつなぐため、「裁判を適切に行うのに役立つ」と訳した。

46) *Id.*, p.312.

47) *Id.*, p.314.

s'il exerce une grande influence sur le sort des procès, il en exerce une bien plus grande encore sur *les destinées mêmes de la société*. Le jury est donc avant tout *une institution politique*⁴⁸⁾. (陪審制は、訴訟の帰趨に大きな影響を及ぼすとしても、社会の運命それ自体 (*les destinées mêmes de la société*) により一層大きな影響を及ぼす⁴⁹⁾。それゆえ、陪審制は何よりも前に政治制度 (*une institution politique*) である。)

トクヴィルは、陪審制は社会の運命それ自体に大きな影響を与えるから政治制度であるとしている。「政治制度」が具体的に何を意味するかがまさにここでの問題となるが、結論からいえば、筆者にはそれを厳密に説明することができなかった。したがって、本稿ではさしあたり、社会に大きな影響を与える制度であると言葉どおりに理解するに止める⁵⁰⁾。

ただ、トクヴィルが以下のように陪審制について述べた2点は、政治制度としての陪審制を考える際の手がかりになると思われる。

第1に、政体に着目し、陪審制は共和的な制度であるとする。陪審の制度は、陪審員をどの階級から選ぶかによって、貴族的にも民主的にもなりうる。だがそれは、社会の実質的指導権を為政者ではなく、被治者ないしその一部の手に委ねるという点において、ある共和的性格をつねに保持する⁵¹⁾。アメリカの陪審制は、普通選挙と同様に、人民主権の教義の直接かつ極

端な帰結である、すなわち民主的性格の強い制度である⁵²⁾。

第2に、陪審制、特に民事陪審制は、陪審員に精神的な変化をもたらすとする。陪審制は国民性 (*le caractère national*) に多大な影響を及ぼす。特に民事陪審制は、裁判官の精神的習性の一部をすべての市民の精神に植えつけるのに役に立つ。その精神的習性は、まさに、人民をもっともよく自由に備えさせるものである⁵³⁾。陪審制は判決の尊重と法の観念をあらゆる階級にゆきわたらせ、衡平原理の実践を教え、人民に政治的徳性を身につけさせる。すべての人に社会に対して果たすべき義務のあることを感じさせ、また統治に参加しているという実感を与える⁵⁴⁾。陪審制は人民の判断力・理解力を増進させる学校である。その学校では、権利を学び、上流階級のもっとも学識も見識もあるメンバーと交わり、現実に即して法を教わり、弁護士の努力、裁判官の見解、当事者の情熱などによって法律を理解することができる⁵⁵⁾。

以上に述べた陪審員の精神的変化はあらゆる国民にあてはまるとし、次にトクヴィルはアメリカ人、一般的には民主的な国民においてだけ、以下のことが言えるとする。すなわち、民主政体では法律家、特に裁判官が人民の動きを沈静させることができる唯一の貴族団体 (*le seul corps aristocratique*) を形成する。その権力の主要な源泉は、まさしく民事陪審の制度にあ

48) *Id.*, p.312.

49) トクヴィル (松本訳)・前掲注2) 第一巻 (下) 184頁は、*le sort des procès* を「訴訟のあり方」と訳す。sortをどう訳すかが問題であるが、訴訟の結果が問題とされているなら「あり方」よりも「帰趨」の方がふさわしいし、*sort* と *destinées* が対になっているなら *sort* も運命、帰趨などとすべきではないかと考え、帰趨という訳を選択した。

50) 三谷太郎『政治制度としての陪審制—近代日本の司法権と政治』(東京大学出版会、2001) 35頁は、「時代の政治的要請に応ずる政治制度」という言葉の使い方を示す。そして、戦前日本の陪審制は強大化し政治化した司法部をいかに政党制の中に組み入れるかという問題意識のもと成立したとして、陪審制の成立を政治制度の成立として捉える。また同8頁以下では「欧米における陪審制の政治制度としての意味」について述べる。三谷氏が政治制度という言葉で言わんとしていることは漠然と伝わるが、やはり現在の筆者には政治概念が厳密に理解できない。

51) *Id.*, p.313.

52) *Ibid.* 司法に民主的コントロールを及ぼすことによって裁判内容の妥当性を確保するという面では、人民主権に基づく陪審制は司法制度でもあり得ると考えられる。

53) *Id.*, p.315.

54) *Ibid.*

55) *Id.*, pp.315-316.

る⁵⁶⁾。刑事訴訟では陪審員は裁判官の意見に警戒的なうえ、刑事訴訟は良識で容易に判断のつく単純な事実にもっぱら関わるものであるから、裁判官と陪審員は同等である (*le juge et le juré sont égaux.*)。

しかし民事訴訟では裁判官と陪審員の関係は異なる。民事訴訟において、裁判官は次のような存在である。

Il n'en est pas de même dans les procès civils; le juge apparaît alors comme un arbitre désintéressé entre les passions des parties. Les jurés le voient avec *confiance*, et ils l'écoutent avec *respect*; car ici son intelligence domine entièrement la leur. C'est lui qui déroule devant eux les divers arguments dont on a fatigué leur mémoire, et qui les prend par la main pour les diriger à travers les détours de la procédure; c'est lui qui les circonscrit dans le point de fait et leur enseigne la réponse qu'ils doivent faire à la question de droit. Son influence sur eux est presque sans bornes⁵⁷⁾. (裁判官の知識は陪審員を完全に圧倒するほど上回る。そのため陪審員は裁判官を信頼 (*confiance*) をもって見、裁判官の話を尊敬の念 (*respect*) をもって聞く。裁判官は、陪審員が疲れて覚えていない様々な議論を彼らの目の前で整理する。手続が曲折を経る中で、陪審員の手を取って彼らを導いていく。陪審員を事実の問題にとどめ、法律問題についてどう対応すべきかも教える。裁判官の陪審員に対する影響力は、ほとんど限りがないのである。)

そして、次のように述べる。

C'est surtout à l'aide du jury en matière civile que la magistrature américaine fait *pénétrer* ce que j'ai appelé *l'esprit légiste* jusque dans *les derniers rangs de la société*⁵⁸⁾. (私の言う法律家精神 (*l'esprit légiste*) をアメリカの司法官が社会の最底辺 (*les derniers rangs de la so-*

ciété.) まで浸透 (*pénétrer*) させているのは、とりわけ民事陪審制のおかげである。)

陪審制が陪審員に精神的変化をもたらすということに関し、2点指摘することができる。

第1は、どのような場合に大きな精神的変化が生じるか、についてである。トクヴィルの刑事陪審と民事陪審の評価を分けるのは、裁判官と陪審員の関係である。刑事陪審では陪審員は裁判官に対して警戒的で、彼らの関係は対等である。それに対し民事陪審では、陪審員は裁判官を信頼し、尊敬する立場にある。民事陪審こそ、その知識により特権階級を形成する裁判官、*aristocratique* な要素を持つ裁判官が現れる場面であると考えられる。陪審員は裁判官を信頼しているからこそ、裁判官から無限の影響を受け、裁判官の法律家精神が社会の最底辺にまで浸透する。トクヴィルは陪審員として裁判に参加すること自体にも、陪審員の精神的変化、言い換えれば、教育的効果を認める。しかし陪審制を通じた教育的効果は、陪審員が裁判官を尊敬・信頼する民主的國家の民事陪審制において、特に期待することができるのである。

第2は、アメリカのデモクラシーを安定させている要因を見出すというトクヴィルの問題意識との関係についてである。先に引用したように、トクヴィルは法律家精神をデモクラシーの均衡に役立つものとする。陪審員は訴訟に参加することによって多くを学ぶことができるが、アメリカのデモクラシーを安定させている要因を見出すというトクヴィルの問題意識からは、陪審員に法律家精神が浸透するという点、すなわち、法律家精神が浸透し人民がデモクラシーの行き過ぎを抑える精神を身につけるといふ点が重要なのであって、それゆえトクヴィルはアメリカの陪審制を高く評価するのである。

56) *Id.*, p.316.

57) *Ibid.*

58) *Id.*, p.317.

IV. 考察

1 意見書の考察

意見書には以下のような記述がある⁵⁹⁾。
 「21世紀の我が国社会において、国民は、これまでの統治客体意識に伴う国家への過度の依存体質から脱却し、自らのうちに公共意識を醸成し、公共的事柄に対する能動的姿勢を強めていくことが求められている。国民権に基づく統治構造の一翼を担う司法の分野においても、国民が、自律性と責任感を持ちつつ、広くその運用全般について、多様な形で参加することが期待される。」(以下、A部分とする。)

国民は公共意識を醸成し、公共的事柄に対する能動的姿勢を強めるべきである。訴訟にも自律性と責任感をもって参加すべきである。すなわちA部分は、国民の司法参加の目的は、国民の統治客体意識からの脱却という国民の啓発・教育にあるとする。これは、裁判員制度を、国民の精神的変化を求めるための政治制度と捉えるものである。

また次のような記述もある⁶⁰⁾。

「一般の国民が、裁判の過程に参加し、裁判内容に国民の健全な社会常識がより反映されるようになることによって、国民の司法に対

する理解・支持が深まり、司法はより強固な国民的基盤を得ることができるようになる。」(以下、B部分とする。)

裁判内容に国民の健全な社会常識を反映させよ。すなわちB部分は、裁判員制度の目的は、裁判内容に社会常識を反映させることにあるとする。これは、裁判員制度を、裁判内容の妥当性を確保するという点では司法制度と、また、国民権原理ないし民主主義の帰結という点では政治制度と捉えるものである^{61) 62)}。

3点指摘したい。

第1に、国民の啓発・教育について。統治客体意識から統治主体意識への転換というのは司法制度改革の重要な理念の1つであって⁶³⁾、その問題意識には筆者も共感を覚えるし、問題解決を試みることは評価すべきである。しかし、裁判所に国民の教育・啓発を委ねることを、正面から認めてよいのだろうか。問題は、「裁判員制度は、単なる司法制度に止まらず、日本の民主主義を支える『能動的な人民』を将来に向かって育成して行く重要な『政治制度』たるべきものである⁶⁴⁾。」という主張に対してどう答えるかである。この点、裁判所は具体的紛争につき法を解釈・適用して紛争を解決する機関であって国民の教育機関ではない、裁判所の構成はあくまでよりよい司法を実現するという観点から決すべきであって国民の公共意識を醸

59) 意見書101頁、「国民的基盤の確立」より。

60) 意見書102頁、「刑事訴訟手続への新たな参加制度の導入」より。

61) 意見書103頁には「裁判員が関与する意義は、裁判官と裁判員が責任を分担しつつ、法律専門家である裁判官と非法律家である裁判員とが相互のコミュニケーションを通じてそれぞれの知識・経験を共有し、その成果を裁判内容に反映させるという点にある。このような意義は、犯罪事実の認定ないし有罪・無罪の判定の場面にとどまらず、それと同様に国民の関心が高い刑の量定の場面にも妥当するので、いずれにも、裁判員が関与し、健全な社会常識を反映させることとすべきである。」とある。結局社会常識を反映させるべきとしているので、B部分に包含されるものと考え、この箇所は扱わなかった。他方、村上淳氏はルーマンを引用しつつ、「現在『国民の司法参加』が求められているのは、裁判システムを法的コミュニケーションのシステムとして理解しその自己塑成を活性化させる必要があるからであろう」とする(村上淳「ドイツの参審制の現在(中)」UP 344号1頁、4頁(2001)。もし意見書が村上淳氏のこの議論を採用したのであれば、個人を捨象しシステムを基礎として社会を捉えるその前提の当否を検討しなければならないだろう。もっとも、意見書では「コミュニケーション」の語がルーマンの議論を離れて一人歩きしている感がある。

62) 司法制度改革が、佐藤幸治氏の「法の支配」というナラティブによるものであることについて、後藤卷則ほか「法における人間像を語る」法律時報80巻1号4頁、18頁〔石川健治発言〕(2008)、巻美矢紀「日本国憲法に『物語(narrative)』はあるか—歴史主義と反歴史主義」法律時報80巻6号48頁(2008)。

63) 意見書4頁など。

64) 三谷太郎「裁判員制度と日本の民主主義」法律時報77巻4号52頁、54頁(2005)。

成するという観点から決すべきではない、とすれば、A 部分は裁判員制度の目的として妥当でないことになる。

第2に、裁判内容に社会常識を反映させる点について⁶⁵⁾。B 部分の背景には、リーガル・プロフェッションに対するシヴィリアン・コントロールという議論があると思われる⁶⁶⁾。専門家の判断の妥当性を確保するためには専門家集団の自律に委ねた方がよいか、素人を関与させた方がよいか、それ自体大きな議論のあるところである⁶⁷⁾。そして仮にリーガル・プロフェッションに対するシヴィリアン・コントロールの必要性を認めるとしても、重大な刑事事件にのみ参加し、かつ量刑判断まで関与する裁判員制度においては、国民の社会常識は素朴な処罰感情に基づく厳罰化の要請という形で現れてしまい、裁判所がもっとも守るべき国民の自由を守れなくなってしまうおそれがある。

第3に、仮にそれぞれの目的は妥当であるとしても、両者は矛盾し、1つの制度で両方の目的を実現するのは難しい、という点について。訴訟に参加すること自体によっても一応の教育的効果を期待しうるが、裁判官に対する信頼があればより高い効果を期待することができるのであるから、A 部分は裁判官に対する信頼を前提にしている。他方、B 部分は、職業裁判官のみでは裁判の内容に社会常識が十分反映されていないという、裁判官に対する不信を前提としている。一方は裁判官に対する信頼を、他方は裁判官に対する不信を前提にするのである。

この矛盾ゆえに、国民の教育・啓発と、社会常識の反映という目的は、たとえば以下のような経緯により、いずれも達成されない可能性が

ある。ある裁判員が、裁判内容に社会常識を反映させるため、合議で裁判官や他の裁判員に自分の意見を伝えようとした。しかし、この訴訟を機にたくさんの方を学んでほしいと考える熱心な裁判官は、限られた時間の中で多くのことを伝えまた経験してもらうため、裁判員の意見のうち、理由のあると思われるもののみを取り上げ、当該裁判員の意見は取り上げなかった。自分の意見—たとえば経験則に関する意見—がなぜ取り上げられなかったのかわからない裁判員は、裁判官に対する不信感を募らせ、審理に受動的な態度で臨むようになり、結局公共意識は醸成されなかった。このように、裁判官と裁判員の双方が裁判員制度の目的に応えようと努力したがゆえに最後は裁判員が司法に対する不信感を強めるという、不幸な結果が生じてしまわないだろうか。

2 おわりに

本稿は、裁判員制度の目的は i) 国民の啓発・教育と ii) 裁判内容への社会常識の反映であるとしたうえで、i) は議論の余地がある、ii) は、仮に一般的に裁判内容に社会常識を反映させるべきとしても、反映させるべきでない社会常識もある、加えて iii) 2つの目的を1つの制度で実現するのは難しいということを指摘した。裁判員制度については賛否両論あるが、やみくもに反対することにはあまり意味がない。論点を明確にして、厳密な批判をし、議論を尽くすことが重要である。近時は裁判員制度の実施を控え技術的な議論が積み重ねられているが、裁判員制度の目的—なぜ裁判員制度を導入するのか

65) 国民主権概念と司法が直接結びつくものではないことについては、多言を要しない。また裁判内容と社会常識—多数派の見解—も、直接結びつくものではない。たとえば、樋口陽一「裁判と裁判官」小林直樹監修『現代憲法大系 11 憲法と裁判』(法律文化社、1988) 60 頁以下。

66) 第43回司法制度改革審議会の三谷太一郎発言。(http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai43/43gijiroku.html, 2008年9月15日最終検索。) またこれに関し、高橋和之ほか「憲法60年—現状と展望」ジュリスト1334号2頁、14頁〔佐藤幸治発言〕(2007)。

67) 専門職の職責、あるいは専門職能を理由とする固有法則性について、たとえば、樋口陽一「学問と大学」社会科学の方法1巻2号10頁、10頁(1968)、石川・前掲注4)276頁以下、蟻川恒正「国家と文化」岩村正彦ほか編『岩波講座現代の法1 現代国家と法』(岩波書店、1997) 191頁以下。

一ということについても、なお議論を尽くす必要がある⁶⁸⁾。

本稿では裁判員制度に関する考察を行ったが、筆者の問題関心は、裁判員制度そのものというよりむしろ、古典を「読む」ことにあった。古典を「読む」ことによって、現代社会に距離をとることができるし、また厳密な思考を身につけることもできる。しかし果たして自分は「読む」ことができるのか。そこで「読む」ことを実践しようとしたのが本稿である。その結果明らかになったのは、*De la démocratie en Amérique*の向こうには政治学や歴史学の膨大な蓄積があり、今の筆者にはほとんど読めない、ということであった。書けば書くほどテキストから遠ざかってしまう、ということも痛感した。また、原文の意味を確保しつつ読みやすい日本語に直す翻訳という作業が、いかに困難で、いかに気の遠くなる仕事であるかということも、垣間見ることができた。

このように拙い論文ではあるが、アメリカ史の参照の仕方、トクヴィルの読み方、裁判員制度の考察等について、厳しい批判をいただければ幸いである。

(とりう・まさこ)

68) 裁判員を「統治の批評者」として位置づけ直すことを提案するのは、高橋ほか・前掲注 66) 14 頁〔蟻川恒正発言〕。蟻川氏は、裁判員制度を裁判の公開の延長上において位置づけ直し、国民を、間近で裁判権の発動を監視し、裁判権力を批判するという位置に立たせることを提案する。あくまで裁判の責任は専門家である裁判官に全うさせるとするものであり、興味深い。