

資料

アメリカ民事訴訟におけるポピュリズムの一部後退

リチャード・L・マーカス[†]
金 美 紗／訳

本稿は、「石川明教授記念手続法研究所」の招聘を受けたマーカス教授 (Prof. Richard L. Marcus) の講演会 (二〇一九年五月一七日実施) における報告原稿 (原題: 「The Partial Eclipse of American Procedural Populism」) を訳したものである。

1 はじめに

政治の分野では、ポピュリズムの波がにわかに押し寄せられている。イギリスの Brexit 国民投票と二〇一六年のアメリカ大統領選の結果は、どちらも「ポピュリスト」の勝利を表すものであったと解されている。イタリア、ハンガ

リー、ポーランドにおいても、「ポピュリスト」とされる候補者たちが、選挙を制してきた。二〇一七年のフランス大統領選後には、ヨーロッパ諸国は、「ポピュリスト」のマリーヌ・ルペンが大差で敗れたことに安堵の息をついた。ドイツにおいてでさえ、AfD (ドイツのための選択) 党が、ポピュリスト的メッセージとおぼしきものによって、かなりの成功を収めている状況にある。ケンブリッジ英語辞典が、二〇一七年の「今年の言葉 (word of the year)」として「ポピュリズム」を選定したことも、驚くには値しない。⁽¹⁾ とはいえ、少なくとも部外者の目から見ると、日本は、こうした最近の政治におけるポピュリズムの猛威をかなり免れているように見える。

最近のポピュリズムの猛威が懸念されるのには、いくつもの理由がある。たとえば、前国連人権高等弁務官は、二〇一八年八月におこなわれた離職時の記者会見において、ポピュリズムが「再び席卷しつつある」ことへの危惧を示した⁽²⁾。また、ウォールストリートジャーナルのオプエドは、次のような予測を立てている。すなわち、来るべき金融危機に対処するために必要な政治的意思は、ポピュリズムによって蝕まれるであろうと⁽³⁾。こうした政治的プレッシャーに晒されずに済むとすれば、日本は、自らを幸運に感じることであろう。

さて、私たちは手続法学者であって、政治学者ではない。私がいまこの事態に言及したのは、どのような手続法上の装置であればポピュリスティックとみられ、また逆に、ポピュリスティックではないとみられるかを考えるためにほかならない。本日の講演では、私の母国であるアメリカを素材にこの問題を検討する。ある程度は、日本との対比も試みるつもりであるが、もちろん私自身は、日本の状況について生来的に詳しくと言える立場にはない。それでもなお、日本は、ほかの大陸法系の国々に似ているのではないかと考えている。実際にも、日本の手続制度は、ドイツの制度をモデルとして作られたものである。

本日は、アメリカ人としての視点から、長くアメリカの訴訟制度を際立たせたものとしてきた陪審制の有する役割と影響について、主に焦点を当てることにする。興味深いことに、日本の初の刑事訴訟手続に関する草案には、陪審制に関する規定が置かれていたが、一八八〇年に制定された⁽⁴⁾法典では、同規定は削除されている。^(註上)

本日の講演においては、アメリカの民事訴訟に固有の特徴とされるものの根底には、アメリカ社会が陪審制に対して抱く信頼があるということを明らかにしてみたい。まず、アメリカの政治におけるポピュリズムの長い歴史を概観することから始め、次に、陪審制が、そうした政治思想と少なくともいくつかの面で親和的であることを示す。そして、以上のことを背景として、アメリカの訴訟手続を独特なものとしての特徴のうち、陪審制に由来するものを、複数挙げることにする。他方で、二〇世紀にみられたアメリカにおける訴訟制度の発展は、陪審の権限を徐々に侵食するものであったと言える。このような発展は、最近の政治動向を警戒している人びとにとっては、好ましいものに映るかもしれない。しかしアメリカ国内では、とくに法学教授らは、こうした発展に対し、かなり懐疑的な見方をしている。

2 アメリカ政治とポピュリズム

ある意味では、少なくとも一八世紀における他の国々と比較して、アメリカは、自己統治といういくらかポピュリスト的な考えに基づき建国されたと言えるかもしれない。たしかにそれは、徳川幕府の下で、西洋人の目には比較封建的な制度と映るものにより、何世紀にもわたって統治されてきた日本とは、際立って異なっている。日本は、ポピュリスト的な政治制度とは反対に、階層制を固く信奉していたように見える。

アメリカでは、早い時期から、上院議員は国民によって直接選出されるべきか、それとも州議会によって選出されるべきかといった、国民主権に関する議論があった。この議論は、法の領域にもそのまま持ち込まれた。トクヴィル (Alexis de Tocqueville) が一八三〇年代に考察したように、アメリカ人は、多くの社会的または政治的課題を、法律問題として扱う傾向にあった。⁽⁵⁾

南北戦争が終わると、国内の経済問題が原因となり、一八八〇年代における人民党 (Populist Party) の結成をもたらした。これは、「アメリカ史上最大の民衆運動」で

あったと言われている。⁽⁶⁾ こうしてポピュリズムは、一九世紀後半には、アメリカにおける強大な政治勢力となった。

一九二九年の株価暴落後、アメリカでは大恐慌が始まり、一九三二年に大統領に当選したフランクリン・ルーズベルトは、ニューディール政策を実施した。ニューディール政策は、何百万もの市民の経済的苦難を和らげることを明らかに目指したものではあったが、ポピュリスト政策ではなかった。むしろそれは、ほぼ完全に、ワシントン D. C. の行政機関で働くエキスパートたちによって遂行されていた。こうした行政機関をめぐることは、行政機関が連邦議会の権限を超越しているのではないかという問題を中心に、法的な議論が展開されることになった。当時の論争は、拡がりすぎたと言われている連邦政府の権限に関する、ここ数年の政治論争によく似ている。社会学者のミルズ (C. Wright Mills) が、一九五六年の著書『パワーエリート』において書いているように、「政治秩序は、かつては数十の州の非集権的な集まりにすぎなかったが、現在では、集権的な行政装置となった。それは、以前は散らばっていた多くの権力を自らの下に集約させ、今では社会構造の隅々まで浸透していつている」。⁽⁷⁾

他方で、経済的権力もまた、いっそう集中していった。

アイゼンハワー大統領が一九六一年にホワイトハウスを去った際には、退任演説において、「軍産複合体 (military-industrial complex)」が国を支配しているとの警鐘を鳴らすほどであった。ある一定の期間は、こうした権力の集中は、中産階級に利益をもたらした。実際、中産階級は、終戦から一九七〇年代にかけて、大いに繁栄を享受した。しかし、一九七〇年代に入ると、中流階級の賃金上昇は止み、それどころか逆転的に減少するようにさえなった。

中流階級の繁栄が終わりを告げるにつれ、ポピュリスト的な政治候補者が再び登場するようになった。一九六八年と一九七二年には、アラバマ州知事であったジョージ・ウォレスが大統領選に立候補し、かなりの成功を収めた。一九九二年には、パット・ブキャナンが、明らかにポピュリスト的な支持基盤に支えられて立候補し、共和党の予備選挙区でかなりの成功を収めた。そして二〇一六年には、ドナルド・トランプが共和党指名を獲得し、大統領選に勝利した。

戦後におけるポピュリズム思想は、ミルズが「パワーエリート」と表現したのから、統治権を「取り戻す」ことを強調する。実際、「エリート」という言葉は、現在のポピュリストたちのレトリックにおいては、顕著な存在感を

示している。しかしながら、ポピュリストの旗印の下で展開された立法政策が、経済的・政治的發展から「取り残された」人々に真の恩恵をもたらすものであったかは、議論の余地がある⁽⁸⁾。

3 アメリカ民事訴訟における陪審制

——ポピュリズムの連結点としての陪審

アメリカは、イギリスから陪審制を受け継いだ。しかしいくら皮肉なことにも、アメリカで陪審制が開花したのは、それがイギリスでは衰退していったのと同時期のことであった。イギリスでは、民事陪審は、一九世紀後半までには事実上消滅した。これに対し、アメリカでは、民事陪審はいまだに根強く支持されている(ただし、実際に陪審審理がおこなわれることは稀である)。合衆国憲法本文においては、刑事事件における陪審審理のみが保障されていたが、その後ほとんど直ちに(一七九一年に)、民事事件における陪審審理を保障する旨の修正条項が加えられた。すべての州の憲法もまた、民事事件における陪審審理を保障している。

ここで、アメリカの制度との対比に有益であるため、民

事事件の審判方式に関する典型的な大陸法的アプローチ、すなわち日本の制度を、ごくおおまかにスケッチしてみたい。大陸法制度における訴訟当事者は、訴訟を開始するために、裁判所に対して詳細な主張を提出しなければならぬことが多く、ときとして、主張を裏づけるための証拠も添えなければならぬものとされている。⁽⁹⁾ こうして大陸法制度の下では、この時点から、主導権の重要な部分が裁判官に渡ることになる。ハザード教授の言うように、そこでは、「裁判官が、民事訴訟における証拠調べを適切に管理するという理念が、……本質的なものである」⁽¹⁰⁾。

日本では、この理念は、いっそう本質的なものと解されているかもしれない。というのも、日本では、本人訴訟がかなり頻繁におこなわれているからである。おそらくこのことも一因となり、裁判官は、正しい結論に到達することこそが、司法府としての自らの責任の根幹であると考えている。裁判官は、当事者とその弁護士が、判決に必要な証拠を自ら提出ないし調達したり、あるいはそうした証拠を入手するよう裁判官に働きかけてきたりするのをただ待っていて良い立場にはない。そうではなく、裁判官自身が、そうした役割を果たす責任を負っている。

しかし、大陸法制度には、これよりもさらに中心的な特

徴がある。それは、裁判官が、事件の勝敗を決める最終責任者とされていることである。非常に簡単な例を挙げると、たとえば日本の交通事故訴訟において、原告と被告のどちらが青信号を渡ったかが重要な争点である場合、正確な事実認定をおこなうために必要な証拠を集めるのは、第一審裁判所の裁判官の責任とされている。そして、控訴審裁判所は、場合によっては第一審の裁判官の下では用いられなかった新たな証拠にも依拠しながら、第一審裁判所にした事実認定を再考しなければならない。

これに対し、アメリカのアドヴァーサリーシステムという全く異なるアプローチの下では、陪審が中心にいる。そして、陪審こそが、アドヴァーサリーシステムの鍵として位置づけられる。トーマス教授によれば、陪審はさらに、行政府、立法府、司法府と並ぶアメリカ統治機構の一部門としても位置づけられ得るとい⁽¹¹⁾う。

このように見ると、裁判官中心型の大陸法制度とは歴然とした違いのあるアメリカの制度においては、陪審こそが制度の要となることがわかる。実のところ、陪審の存在は、弁護士の訴訟活動さえ制限し得る。そのため、フリードマン教授は、いまからおよそ三〇年前に、陪審とは政治機関にほかならないと説いた。すなわち、

「陪審は、『個別の事件における裁判官の権限を監督する』役割を果たすものである。司法権にこうした制約が課されることにより、憲法に規定された三権分立が促進される。すなわち、陪審は、下級審裁判所の判決を再考する立場にある上級審裁判所の裁判官とともに、トライアル裁判官が慈悲深い独裁者のような存在になることを妨げる。こうした陪審制の正当性にとって何より重要なものは、明らかに、陪審の役割に結びつけられた象徴性である。陪審を通じて、『トライアル審理中の『強大な声 (a greater voice)』が、訴訟における権限の再分配をもたらし、その結果、象徴的な形で、かつおそらくは現実的な形で、裁判所の監督がおこなわれる。そして、陪審員の関与に込められたこのような象徴的意義が、国民代表としての陪審という概念を強化していく。

陪審の役割が拡大すると、少なくとももう一つの重要な場面で、象徴的な権限分配のあり方に変容が生じる。通常は、トライアルにおいて提出されるべき証拠、訴訟戦略、証人への質問事項については、弁護士に主たる決定権が与えられている。……ところが、より熱心な陪審は、弁護士に認められているこうした広い権限に反対する傾向がある⁽¹²⁾」。

ポジュリストの言葉では、「国民の声 (the voice of the people)」と言われるこの陪審の役割は、一連のポジュリスト思想によく合致する。さらに、訴訟構造の中心に陪審がいることは、アメリカの民事訴訟制度が有するさまざまな特徴の基盤にもなっている。ところで日本は、一部の刑事事件について陪審審理を導入している。ほかの国々も、一部の事件については、時おり陪審による審理の機会を保障している⁽¹³⁾。しかし陪審は、日本の民事訴訟制度の中心的な機構とはなっていない。

4 陪審制がアメリカ民事訴訟にもたらすポジュリスト的帰結

陪審制が機能するかどうかは、日本などの大陸法諸国の制度とは異なる、アメリカの司法制度に固有の特徴に依存している。こうしたアメリカの制度の特徴は、陪審制という審判方式から論理必然的に派生するものではないとしても、陪審制への信頼と結びつけることができるものである。

・緩やかなプリーディング要件

一九世紀半ば以降、アメリカにおける手続法の改革者た

ちは、厳格なプリーディング要件と捉えられてきたものを緩和することに努めてきた⁽¹⁴⁾。これによって、アメリカの裁判所は、「正義をおこなう」ことが可能になった。二〇〇七年のある判決において、反対意見を書いた連邦最高裁判事の言うように、「ここでの理念は、紛争当事者を法廷の外へ追いやることではなく、彼らを法廷の中へ招き入れることであった⁽¹⁵⁾」。つまり、厳格なプリーディング要件の下では、紛争の実体について、正義が蹂躪されかねないと危惧されたのである。陪審が最終的な判断権者とされている制度においては、おそらくは、このような緩やかな開始要件を採る方が合目的的であると思われる。さらに、裁判官が証拠を収集することは予定されていないため、このプリーディング・レジームにおいては、訴え提起の初めから証拠を提出することは要求されない⁽¹⁶⁾。加えて、アメリカのプリーディングは、修正に寛容である⁽¹⁶⁾。というのも、訴え提起の時点で最も重要であると思われる事項ではなく、紛争の実体が、確実に審理対象となることが目指されているからである。

・広範なデイスカヴァリ

日本の裁判官は、正確な判決に達するにはどのような追

加的証拠が必要になるかを判断するために、かなり具体的な主張と、おそらくは原告側の証拠を必要とする。これに対し、アメリカの制度の下では、裁判官は、そうした追加的証拠の提出を当事者に任せることができる。これが、まさしくアメリカのアドヴァーサリーシステムの根幹である。

伝統的には、少なくとも裁判官が陪審によらずに判決を下すことのできたエクイティ事件では、裁判官が、証拠収集過程の管理に努めていた⁽¹⁷⁾。しかし、これはうまく機能しなかった。いまや一世紀以上にわたり、アメリカのデイスカヴァリは、非常に独特なものとなっている⁽¹⁸⁾。

一九三八年における連邦民事訴訟規則の採択は、デイスカヴァリの革命的な拡大をもたらした⁽¹⁹⁾。その時以来、アメリカのデイスカヴァリは、伝説と言えらるほど有名になり、いくつかの国は、デイスカヴァリが自国内でおこなわれるのを阻止するために、「対抗 (Docketing)」法を制定するようになされた。日本は、過去二〇年ほどの間に、いくつかのデイスカヴァリ手続を導入してきたが、アメリカ人の目には、とても控えめなものに映る。これに対し、当事者による証拠の提出と単一の継続的トライアル(下記を参照)に傾倒しているアメリカにおいては、デイスカヴァリは制度の要である。

アメリカのデイスカヴァリは、明らかにポビュリスト的な起源を有している。というのも、デイスカヴァリは、あらゆる訴訟当事者——「国民 (the people)」と表現する者もいるかもしれない——に、次のような権限を与える。すなわち、他人（政府までも含まれる）に情報提供を強制するよう、国家権力に要請することができる権限である。アメリカの裁判官たちは、時として、デイスカヴァリによる情報の獲得を主目的とし、それ以外の、救済を得ることは予定していないような訴訟でさえも許容してきたように見える。⁽²⁰⁾そのため、アメリカの「国民」は、緩やかなブリーディング要件の下で、容易に訴訟を提起することができる、さらに原告は、デイスカヴァリによらなければ知られることはなかった情報を「国民」に提供するために、デイスカヴァリを利用することができる。

・単一の継続的トライアル

大陸法系の裁判官は、一度にすべてを判断する必要はない。むしろ多くの場合、まずは、最も簡単に解決できると思われる争点に焦点を合わせ、それから必要に応じて、他の争点に取り組むことが理にかなっている。早期に処理された争点の帰結次第では、他の争点についての判断が不要

になることもある。こうして、証拠収集は集中的におこなわれるようになり、訴訟は慎重に進んでいく。

ところが、陪審制の下では、このやり方はうまくいかない。陪審は、事件を解決するために、日常生活の中から時間を割くことを求められた一般人によって構成されている。そのため、彼らには、数か月ないし数年にわたって飛び飛びで審理をおこなうことは期待できない。このことは、すべての証拠収集は、トライアルが始まるよりも前に終えられなければならないということも意味する。そのため、アメリカにおけるデイスカヴァリの範囲は、日本では有効に機能していると思われる裁判官による証拠収集に比べ、いっそう広範なものとなる。

さらに、継続的審理がおこなわれることにより、国民は、裁判を傍聴し、その内容を理解することができるようになる。この点において、陪審制は、また別のポビュリスト的な目的に適合するものであると言える。たとえば、ロバート・ジャクソン元連邦最高裁判事が、彼のキャリアの初期に関与した数々のトライアルに関する、次の記述を考えてみてほしい。

「ジャクソンがキャリアの初期に担当した事件は、法的事件であるのと同程度に演劇のようなものでもあった。地

域社会は、トライアルを、一日分に値する娯楽とみていた。訴訟は、裁判官の面前でおこなわれるのではなく、弁護士資格を有さない治安判事の面前でおこなわれた。トライアルは、通常の法廷でおこなわれるのではなく、集まるスペースを確保することのできるあらゆる場所で、すなわち、学校、教会、メソニック・テンプル (Masonic Temple) のダンスホールなどでおこなわれた。ジャクソンの記憶によれば、なかには、納屋でおこなわれたトライアルまであった⁽²¹⁾。

・法を提供する当事者の責任

なかには、少なくとも判決を導くために必要な法的規律については、裁判官がすすんでこれを陪審に提供すべきであると考えられる者があるかもしれない。たしかに裁判官は、事実にはなじみがなくとも、法を知っていることは予想される。しかし現実には、当事者の側から、陪審説示の内容を提案する必要があるとされている⁽²²⁾。すなわち、当事者は、ある特定の内容の説示を自ら要求しない限り、当該説示が与えられなかったことを理由に、不服を述べることができない。また、当事者は、相手方が要求した説示の内容に異議を述べない限り、この説示が与えられたことを理由に、

不服を述べることができない。

さらに言えば、「法の無視 (jury nullification)⁽²³⁾」と呼ばれることもある理念の下では、陪審は、裁判官の説示を自由に無視することさえできる可能性がある。たとえば、寄与過失という法原則——アメリカの裁判所では、二〇世紀後半に最終的に廃止された——は、同原則に従うよう十分な説示がなされたにもかかわらず、陪審によって頻繁に無視されてきたと言われている。ポピュリストの言葉を使えば、これは、「民衆の正義」の形と言うことができるであろう。

・アドホックに適用される弾力的な法規範

陪審が裁判官の説示に従う場合であっても、たびたび陪審は、事件を解決するうえで彼らに広い裁量を与えている法規範に基づき判断を下すよう求められてきた。パーバンク教授とサプリン教授の言うように、「アメリカの法規範には、それを適用した判決がコミュニティによって受け入れられるようになるには、そのコミュニティのインプットを必要とするものが多い。たとえば、過失、意図的な差別、重大な契約違反、不当競争といった事項は、科学的証明が可能な事実でもなければ、純粋な法律問題でもない。これ

らは、事実と法律の要素が混在した概念であり、陪審によつて代表される市民が、コミュニティが許容できると考えた範囲を決定したときに、初めて正規の行為規範となる⁽²⁴⁾。

これに対し、大陸法系の制度において結論を左右する法規範は、裁判官（陪審ではない）に対するより正確な法的指示を基礎としており、そのため、裁判官が「正当 (right)」か「不当 (wrong)」かを個別に決定できる自由裁量の幅は狭いように、少なくともアメリカ人の目には見える。もちろんアメリカのアプローチは、ある程度は、モンロー系の制度一般に共通する特徴である。しかし、陪審制においては、裁判官の事実認定権が制限されているため、大陸法系との違いがいつそう顕著になる。

・事実認定における裁判官の限定的な権限

アメリカ人の視点からみると、大陸法系の制度における裁判官には、アメリカの裁判官に比べ、はるかに強大な権力をふるう契機が一つ存在する。すなわち、大陸法諸国の裁判官は、事実に関する争いを決着させる権限を有している。実際には、この裁判官の権限は、日本においてそうであるように、事実認定の結果が正しいものとなるよう努め

る裁判官の責任と結びついている。

これに対し、アメリカの裁判官は、事実認定の結果が正しいものとなるよう努める責任を負ってはいない。それだけではなく、アメリカの裁判官には、彼自身が誤判だと考える陪審の判断を拒否する権限も、与えられていない。陪審がどちらに判断してもおかしくないとと思われる合理的な根拠が一切ない場合にだけ、裁判官は、陪審審理によらずに事件を処理することができる。この形の事件処理は、トリアル前になされる「サマリジャッジメントを求める申立て (motion for summary judgment)」⁽²⁵⁾に基づき、または、トリアルの段階でなされる「法律問題としての判決を求める申立て (motion for judgment as a matter of law)」⁽²⁶⁾に基づき、おこなわれることになるであろう。

以上のことが意味するのは、証拠上、判断がどちらかに分かれうる合理的な根拠があるときは常に、陪審だけが、事件について判断を下すことができるということである。たとえば、裁判官が事件について陪審と異なる心証を抱いた場合であっても、裁判官は、陪審の判断を承認することが義務づけられる。

もちろん裁判官は、「再審理 (new trial)」を命じ、別の陪審に事件を付託することもできないではない。しかし

それができるのは、裁判官が、陪審の下した判断は、「司法の機能不全」にあたるほど明らかに証拠に反すると確信した場合だけである。⁽²⁷⁾ このような再審理の申立ては、一八世紀半ばから認められてきたものであり、著名なイギリスの判事であったマンズフィールド卿によれば、陪審制に必要な安全弁であるとされる。⁽²⁸⁾ しかし、この権限によっても、裁判官は、陪審がした事実認定と異なる判断に基づいて判決をすることができるようになるのではない。そうではなく、当初とは別の陪審によって事実認定がおこなわれることを命じることができるだけである。⁽²⁹⁾

・控訴審裁判所の制限的権限

陪審制の下におけるトライアル判事の権限が限定されているように見えるとしても、その権限の範囲は、控訴審裁判所の権限に比べればそれでもまだかなり広い。日本の控訴審裁判所には、その他の大陸法と同様、第一審裁判官が認定した事実を再び審理する権限が与えられている。グッドマン教授は、日本の第一審裁判官がおこなう審理は、実際には、控訴審裁判所による本審理のためのウォームアップにすぎないとさえ述べている。⁽³⁰⁾

これに対し、アメリカ憲法は、アメリカ連邦控訴審裁判

所による似たような活動を禁じている。すなわち、修正第七条の再審理条項と呼ばれる部分は、「陪審によって認定された事実は、コモンローの準則による場合を除き、合衆国のいずれの裁判所においても再び審理されることはない」と規定する。⁽³¹⁾ したがって、控訴審裁判所のレビューは、第一審裁判所が法の適用を誤ったかどうかを判断することに尽きる。控訴審裁判所は、事実上の争点に関する判断を再考することはできない。また、第一審裁判所の記録に存在しない訴訟資料を考慮することもできない。さらに、当事者の異議についても、第一審裁判所において提出され、かつ、第一審裁判所によって判断されたもの以外は、考慮することができない。

もちろん、ここに挙げたもののほかに、アメリカの手続と大陸法（およびアメリカ以外のコモンロー系諸国）⁽³²⁾ の手続との間には、多くの重要な違いがある。しかし、陪審制への根本的な傾倒が、ほかにさまざまな形で波及していることは明らかである。

5 一九七〇年代以降のアメリカにおける手続法改革——陪審の権限の縮小化

アメリカにおける陪審の権限の範囲は、おそらく二〇世紀初頭から半ばにかけて、ピークに達したと言うことができる。それ以後は、さまざまな発展により、その権限の範囲は狭まっていった。法社会学者のギャランター教授が一九七四年の著名な論文で考察したように、こうした傾向は、アメリカの訴訟制度改革における強者の勝利を示している。⁽³³⁾ここでは、最近の傾向のいくつかについて、簡単に説明しておくことにしたい。

・陪審から事件を取り上げる司法権限の拡大

当事者が陪審審理を求めた事件については、まず例外なく、裁判官によって審理されることがあってはならないと解する立場がある。陪審の権限を極めて広く捉えるこうした立場からは、サマリジャッジメントの申立てや法律問題としての判決の申立てには、ブレイキがかけられる。実際、トーマス教授は、これらのすべての法発展は、修正第七条に違反すると解している。⁽³⁴⁾かつて一九四三年に、連邦最高

裁が、法律問題としての判決の申立ては修正第七条に違反しないと判断を下した際には、ブラック判事が、多数意見に反対を表明していた。判事は、陪審審理を受ける権利は、「欠かすことのできない市民的自由の擁護者」であると解したうえで、多数意見は、「この一五〇年の間に、修正第七条による基本的保障の大部分をゆっくりと蝕んできた、司法侵食という漸進的なプロセスを継続するもの」であると強く非難した。⁽³⁵⁾

一九八六年に、連邦最高裁は、サマリジャッジメントを求める当事者が通らなければならない険しい道のりを、なだらかなものに変えた。連邦最高裁は、その理由を次のように述べた。すなわち、「いみじくも、サマリジャッジメントの制度は、手続上の忌まわしいショートカットと解されるべきものではない。むしろ、『すべての事件について、公正・迅速・安価な解決をもたらす』ためにデザインされた連邦民事訴訟規則全体を構成する、統合的なパートの一つであると解される」⁽³⁶⁾。

この判決によって、「裁判所は、証拠上、申立人の相手方に有利な判断をすべき合理的な根拠が一切ない場合にだけ、陪審から事件を取り上げることができる」との法的基準自体が変わったわけではない。しかし、以前よりも多く

のサマリジャッジメントや法律問題としての判決が認められるようになったことは事実である。ただし、それでもなお、アメリカのトライアル裁判官の権限は、真に争われている事実問題について自ら判断を下すことができるという日本や他の大陸法国の裁判官の権限には、はるかに及ばない。

・専門家証言に与えられた「ゲートキーパー」としての力

専門家証言は、アメリカのトライアルに頻繁に登場する。実際、「専門家バトル」の様相を呈する訴訟は多い。アメリカ以外の国にとっては、これは不可解な現象に見えるかもしれない。他の多くの国では、裁判所が中立的な専門家を指名することが多く、両当事者が対立的な立場にある専門家証言をそれぞれ提出することは、禁止されている場合さえある。

アメリカの裁判官も、自ら専門家を指名することができる(37)わけではない。しかし彼らは、めったにそうしない。裁判官が、その中から専門家を指名することができるような公認のリストやオフィシャルなリストといったものは存在しないし、アメリカの裁判官は、ある専門家を自分が選

んだことにより、直ちに事件の帰結が左右されてしまうかもしれないことを恐れている。そのため、専門的証拠の扱いは、他の多くの事柄と同様、当事者対抗的なプロセスに委ねられている。

当事者対抗的なプロセスの中では、順番に、専門家証言に関連する広範なデイスカヴァリの機会が与えられる。また、弁護士の接触が専門家証人に与えた影響については、デイスカヴァリからの保護が与えられる。証言候補者とされる専門家の質を、(かなり高額な報酬をもらって)マーケティングするという活発なビジネスも存在する。デイスクロージャー規定は、こうした専門家証人に、非常に広範な事項にわたる(かつ高額な)トライアル前の報告を要求している(38)。その後、各当事者は、相手方サイドの専門家について、デポジションを実施することがある。ただし、その専門家の雇用主である相手方弁護士と専門家間のコミュニケーション(39)は、通常は、デイスカヴァリから保護されている(40)。

ときには、陪審の前で練り広げられる専門家バトルの結果が、陪審には理解しづらい科学的証拠によって左右される性質のものとなる場合もある。とりわけ、原告の身体傷害は複数の製品への曝露によって引き起こされたものか、

る事項は、包括的なものではなくなるかもしれない。たしかに、ディスカヴァリとの関係で比例性が重視されている現在では、当事者は、望み通りの証拠を入手できないことがあるかもしれない。しかし、その基本構造は、今も変わらないままである。

6 おわりに

日本や他の国々の目には、アメリカの訴訟手続は、恐ろしいものに見えるかもしれない。アメリカの弁護士は、企業の役員会議室に「メッセージを送る」よう、陪審員たちに働きかけることができる。たとえば、ラウンドアップと呼ばれる除草剤によってがんを発症したと主張する原告を代理した弁護士は、昨年、サンフランシスコの陪審に次のように語りかけた。「被告会社の役員たちはいま、『たくさんシヤンパン』を用意して、『電話が鳴るのを待っています』。それというのも、『賠償額がそれほど高くなければ、シヤンパンのコルク栓が飛び散ることでしょう』⁽⁴⁵⁾」。この除草剤は、世界各国の専門家によって安全性が確認されたものであったが、原告側は、これと異なる見解を示す少数派の専門家の見解を抛りどころにしていた。陪審は、三九〇

〇万ドルの補償的賠償および二億八九〇〇万ドルの懲罰的損害賠償を認める原告勝訴の評決を下した。最終的に、裁判官によって、懲罰的損害賠償の額は三九〇〇万ドルに引き下げられたものの、被告は、総額七八〇〇万ドルの支払いに直面するはめになった。本件の被告は、控訴している。

なかには、この事件を、次のように評する論者もいるかもしれない。除草剤の安全性については、広範な専門家の見解の一致があったのであるから、この事件は、専門家バトルを理解することはできなくとも、弁護士のポピュリスティック議論には応じることのできる陪審による、陪審ポピュリズムの事件であると強調する論者である。たしかに、この訴訟の結果は、悪いタイプのポピュリズムに起因するものであると見ることもできる。もちろん私たちは、「ポピュリスト」という用語をあまりにもたやすく使っているのかもしれない。ニューヨークタイムズ紙の最近のオプエドは、ポピュリストには「軽蔑的な意味が込められて」おり、「否定的な言葉」になつていくとの理由から、この言葉を使うのをやめようと力説している⁽⁴⁶⁾。しかし、この用語を使い続けるかどうかにかかわらず、私には、今後も引き続き、アメリカの民事訴訟の現実には、明らかにポピュリスティックな側面が残るように思われる。

* 翻訳に際して三木浩一・慶應義塾大学教授の監修を受けた。
ここに記して謝意を表す。

十 カリフォルニア大学ハイステイニングズ校ロースクール教
授

(1) Fontana, *Unbundling Populism*, 65 UCLA L. Rev. 1482, 1484 (2018).

(2) Edith Lederer, *Outgoing Rights Chief Warns of Spreading Populism*, S.F. Chron., Aug. 5, 2018, at A8.

(3) Ip, *The Economic Cost of Fraught Politics*, Wall St. J., Sept. 13, 2018, at A2.

(4) C. Goodman, *Justice and Civil Procedure in Japan* 55 (2004).

〔訳注一〕 ここで言う「日本の初め刑事訴訟手続に関する草案」とは、一八七七年にボアンナードによって起草された「治罪法草案」を指す。「一八八〇年に制定された法典」とは、明治一三年に公布され、明治一五年に施行された「治罪法」を指す。

(5) See Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* (1835).

(6) L. Goodman, *The Populist Moment* vii (1978).

(7) C. W. Mills, *The Power Elite* 7 (1956).

(8) かなり皮肉なことに、ポピュリストの旗を振り回す人々によって提唱される政策には、通常、富裕層に対する税の引き下げと貧困層に対する政府支援の減少が含まれているのが現実である。

(9) 近年の例を一つ挙げれば、ALI / UNIDROIT による国際民事訴訟手続規則 (二〇〇四年) 12・1条は、次のように規定している。「原告は、請求の根拠となる事実を主張し、その主張を裏づける証拠について説明し、および、請求の基礎となる法律上の根拠 (外国法が適用される場合には、当該外国法を含む) を述べなければならず、”The plaintiff must state the facts on which the claim is based, describe the evidence to support those statements, and refer to the legal grounds that support the claim, including foreign law, if applicable.”」。

(10) Hazard, *Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions*, 73 Notre Dame L. Rev. 1917, 1925 (1989).

(11) S. Thomas, *The Missing American Jury* 4 (2016).

(12) Friedman, *The Competency and Responsibility of Jurors in Deciding Cases*, 85 Nw. U. L. Rev. 190, 207-08 (1990), quoting Higginbotham, *Continuing the Dialogue: Civil Juries and the Allocation of Judicial Power*, 56 Texas L. Rev. 47 (1977).

- (31) See S. Thomas, *The Missing American Jury*, Chp. 6 (2016).
- (14) See Marcus, *The Revival of Fact Pleading Under the Federal Rules of Civil Procedure*, 86 Colum. L. Rev. 433 (1986).
- (15) *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007) (Stevens, J., dissenting). スティーブン判事が反対意見を書いた本判決は、原告に対し、自らの請求を「もっともらしい (plausible)」と思わせるに足る事実を主張することを要求した。この基準は、おそらくアメリカ以外の国にとっては、過度に要求の厳しいものとは映らないであろう。しかしアメリカでは、強い反発を招くことになった。
- (9) See Fed. R. Civ. P. 15 (a) (裁判所は、修正をすすんで許回すくあびせぬよれぬ)。
- (17) A. Kessler, *Inventing American Exceptionalism* (2017) (本書では、一九世紀初頭において、ニューヨークやその他の州が、証拠収集過程を管理しようと努力しつめたつたが述べられてる)。
- (8) See Marcus, *Retooling American Discovery for the 21st Century: Toward a New World Order?*, 7 Tulane J. Intl & Comp. L. 153 (1999).
- (6) See generally Marcus, “*Looking Backward*” to 1938, 162 U. Pa. L. Rev. 1691 (2014).
- (20) See, e.g., *Chicago Council of Lawyers v. Bauer*, 522 F.2d 252, 258 (7th Cir. 1975) (民事訴訟は、国民のため情報を獲得する自己を目的として提起されるべきである); *Olympic Ref. Co. v. Carter*, 352 F.2d 260, 264 (9th Cir. 1964) (国民への「完全な開示」を強制するため、フェイスバリアを利用するべきを是認しているヤンに読ぬぬ)。
- (21) N. Feldman, *Scorpions: The Battles and Triumphs of FDR’s Great Supreme Court Justices* 45 (2010).
- (22) See Fed. R. Civ. P. 51.
- (23) See Noah, *Civil Jury Nullification*, 86 Iowa L. Rev. 1601 (2001).
- (24) Burbank & Subrin, *Litigation and Democracy: Restoring a Realistic Prospect of Trial*, 46 Harv. Civ. Rts.-Civ. Liberties L. Rev. 399, 402 (2011).
- (25) See Fed. R. Civ. P. 56 (a) (申立人が、「真正な事実上の争点がおよそ存在しないことを証明した (“shows that there is no genuine dispute as to any material fact”)」やあに、裁判所は「サブリン・ヤンメン・アヤト・アヤト規定」を規定する)。
- (26) See Fed. R. Civ. P. 50 (a) (別の判断をしように、合理的な陪審ひもれば法的に十分な証拠の基礎を認めな

いであらう (“a reasonable jury would not have a legally sufficient evidentiary basis”)と認められるものに、裁判所は、法律問題としての判決をすることができると規定する。

(27) See Fed. R. Civ. P. 59 (a).

(28) See *Bright v. Eynon*, 97 Eng. Rep. 365 (K.B. 1757): 「民事事件における陪審制は、今日では、何らかの方法で再審理を認める権限なくしては存在し得ない。……事件を新たなトライアルにおいて再審理する機会が、多くの場合に保障されなければならぬというのは、司法にとって不可欠な要請である。」

(29) なお、Fed. R. Civ. P. 50 (b) によれば、陪審が評決に至る前に法律問題としての判決をすることを拒否した裁判官であっても、評結後に、法律問題としての判決をすることができるとされている点に注意が必要である。この場合も、法律問題としての判決をするための要件は異ならぬ。

(30) C. Goodman, *Justice and Civil Procedure in Japan*, Chp. 9 (2004).

(31) U.S. Const. Amend. VII.

(32) たとえば、訴訟費用の敗訴者負担原則、完全成功報酬制、高額な慰謝料または損害賠償額の認定を可能とする仕組み、懲罰的損害賠償を得られる潜在的機会などが挙

げられる。損害賠償額の認定は事実問題であるため、これに比べて、陪審の判断によって結論が下されることになる。

(33) Galanter, *Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 *Law & Soc. Rev.* 95 (1974).

(34) See S. Thomas, *The Vanishing American Jury* (2016).

(35) *Galloway v. United States*, 319 U.S. 372 (1943) (Black, J. dissenting).

(36) *Celotex Corp. v. Catrett*, 477 U.S. 317 (1986).

(37) See Fed. R. Evid. 706 (裁判官が専門家を指名するべき認めない)。

(38) See Fed. R. Civ. P. 26 (a) (2) (B).

(39) See Fed. R. Civ. P. 26 (b) (4) (A).

(40) See Fed. R. Civ. P. 26 (b) (4) (C).

(41) See Fed. R. Evid. 702.

(42) See Galanter, *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in State and Federal Courts*, 1 *J. Empir. Studies* 439 (2004).

(43) See Hatfield, *Where Have All the Trials Gone?*, 1 *J. Empir. Studies* 705 (2004).

(44) 私は以前、日本への議論に触れたことがある。See

Marcus, *Reining in the American Litigator: The New Role of American Judges*, 27 *Hast. Intl & Compar. L. Rev.* 3 (2003).

〔訳注2〕 邦語訳については、リチャード・L・マーカス（山田文訳）「アメリカの訴訟弁護士を制御する——アメリカにおける裁判官の新しい役割」民訴雑誌五〇号（二〇〇四年）一二七頁。

(45) Rosenblatt, *Champagne Remark May Cost Lawyer \$289 Million Bayer Award*, *Bloomberg Law News*, Oct. 15, 2018.

(46) Cohen, *It's Time to Depopularize "Populist"*, *N.Y. Times*, July 14, 2018, at A20.