



Title	民事陪審における絶対的忌避 一法廷における私人による人種差別についての考察一
Author(s)	紙谷, 雅子; KAMIYA, Masako
Citation	北大法学論集, 43(5), 408-380
Issue Date	1993-03-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15496
Type	departmental bulletin paper
File Information	43(5)_p408-380.pdf



民事陪審における絶対的忌避

— 法廷における私人による人種差別についての考察 —

紙谷雅子

1. 合衆国憲法第14修正⁽¹⁾や Civil Rights Acts⁽²⁾ にもかかわらず、アフリカ系アメリカ人が陪審の任務から排除されているという訴えが絶えない⁽³⁾。陪審サービスが選挙権と同じように基本的な政府の機能に市民が参加する機会を提供し⁽⁴⁾、民主主義の特色の一つであるとする、陪審になる資格を備えているにもかかわらず、人種のせいだけで陪審になれないことは、民主主義の根幹に関わる問題を提起すると考えられる。

本稿は、1991年に合衆国最高裁判所が民事陪審における絶対的忌避に対して第14修正の適用を認めた判決、Edmonson v. Leesville Concrete Co.⁽⁵⁾ を取り上げ、陪審制度のある側面⁽⁶⁾とその将来について示唆するところを探る試みである。

2. 合衆国最高裁判所は1868年の第14修正、1875年の Civil Rights Act に基づいて、陪審サービス義務を白人男性に限定した州法⁽⁷⁾、法律上の根拠がないにもかかわらず、アフリカ系アメリカ人を陪審の任務から排除した裁判官の行為⁽⁸⁾や実務慣行⁽⁹⁾といった明白な制度化された人種差別を否定したが、陪審の中にアフリカ系アメリカ人がいないことそれ自体は争い得ないと裁定していた⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾。

しかし、刑事訴訟における訴追側の絶対的忌避が問題となった1965年の Swain v. Alabama⁽¹²⁾ において、合衆国最高裁判所は、訴追側の忌避をたとえれば平等保護条項の対象とすることは絶対的忌避の性質を変更することになると述べたうえで、具体的な事件の属性の如何にかかわらず訴追側が、長期間、一

貫して計画的に絶対的忌避を用い、アフリカ系アメリカ人を審理陪審から排除するという慣行が存在することに疑う余地がない場合には、平等保護に抵触する恐れがないわけではないことを認めた。このとき、絶対的忌避の本質は公平で偏りのない陪審を保障することにあり、そのために、理由を述べない、問われない、裁判所のコントロールの対象とならないと指摘し、絶対的忌避は提示された証拠にのみ基づいて裁定するという陪審審理に不可欠であり、公平で偏りのない陪審を確保する目的で行われたと推定されると述べた。もっとも、たとえある人種が陪審の構成においてその地域の人口比から見ると過小代表となるとしても人種ごとに陪審員としての資格要件が異なるとか、いくつかの事件においてアフリカ系アメリカ人を訴追側が排除したという事実だけでない、計画的な州の関与を示すパターンを立証するのはほとんど不可能であったので、実際には第14修正に基づく主張は否定されたと理解された⁽¹³⁾。Swainの結果は、訴追側が人種、宗教、性別などの属性に基づいた陪審の選出を行ない得ることを意味したので、従来の第14修正の平等保護の法理と正面から衝突すると、普遍的な批判的となった⁽¹⁴⁾。1980年代になると、合衆国最高裁判所も、抵触する連邦裁判所の判決がないにもかかわらず、その見直しの必要性を十分認識するようになった⁽¹⁵⁾。

1986年のBatson v. Kentucky⁽¹⁶⁾は、Swainにおいて被告人に課された挙証責任について再考、修正した。すなわち、合衆国最高裁判所は、訴追側が人種に基づいて陪審員となり得る人を忌避することは平等保護に抵触すると判断した。そこで、当該事件において、1)被告人が認識可能な人種グループに所属し、訴追側は陪審予備団から被告人と同じ人種グループのメンバーを絶対的忌避を用いて排除したこと、2)被告人は絶対的忌避は差別をしたいと思うものが差別をするのを許す陪審選出の慣行の構成要素になっているという事実可依拠することができること、3)被告人がこれらの事実や関連する状況証拠から訴追側が人種を理由に陪審予備団のメンバーを審理陪審から排除していると推論の結果として示すことによって、当該事件に関して意図的な人種差別があったという一応の推定が成立する。すると、訴追側は絶対的忌避が人種に基づかないという説明をしなければならない。ある陪審の成立に関して意図的な人種差別があったという一応の推定を容易にしたことで、Batsonは、絶対的忌避であっても憲法上の要請に従わなければならないことを明らかにしたが、それがはたして刑事陪審に限定されるのかという問題を浮上させた⁽¹⁷⁾。

3. 本稿のきっかけとなった *Edmonson* は、ネグリジェンスに基づく損害賠償請求事件で、連邦裁判所に提起されている⁽¹⁸⁾。連邦の直轄地である Louisiana 州 Fort Polk の建設現場において、被告となった Leesville Concrete Co. の被働者が運転するトラックと機材との間に挟まれて負傷したというのが原告となった T. D. Edmonson という34歳のアフリカ系アメリカ人男性の主張である。原告が第7修正を援用したので、事実審理は陪審を用いて行なわれることになった。陪審を選出するにあたり、Edmonson は陪審予備団のうち、白人を3名理由を示さないで忌避し、Leesville 社はアフリカ系アメリカ人を2名と白人を1名理由を示さないで忌避した⁽¹⁹⁾結果、陪審は白人11名とアフリカ系アメリカ人1名で構成されることになった⁽²⁰⁾。陪審は原告勝訴の評決を下し、損害総額を90,000ドルと認定したが、Edmonson の側に80%の過失があるので、支払われるべき損害賠償額は18,000ドルと決定した。Edmonson は Leesville 社の行なった絶対的忌避が人種差別に基づいていたと主張して再審理を求めて、上訴した。連邦控訴裁判所は、最初、2対1で、*Boston* は私的な訴訟当事者の代理人で私人たる弁護士にも適用されるので、人種を根拠として陪審員を排除する目的で絶対的忌避を用いてはならないと判示して、原判決を覆した⁽²¹⁾が、第5巡回区所属の連邦控訴裁判所裁判官全員から構成される法廷での再弁論の結果、12対4で、地方裁判所の判断を維持し、民事訴訟における私的な訴訟当事者が行なった絶対的忌避が人種に基づくと主張されても、平等保護を根拠に、理由を示すよう要求され得ないと述べた⁽²²⁾。

合衆国最高裁判所は、連邦控訴裁判所の判断が分れている⁽²³⁾ことに鑑み、サーショレイライを認めて⁽²⁴⁾、原判決を覆した⁽²⁵⁾。Kennedy 裁判官の法廷意見に対して、O'Connor 裁判官の反対意見 (Rehnquist 首席裁判官と Scalia 裁判官が同調) と Scalia 裁判官の反対意見がある。

4. 法廷意見は、民事訴訟において陪審員選出の過程で人種に基づいて差別を受けることは陪審から排除された人に司法制度に参加する名誉と特権を拒否することから、刑事訴訟における訴追側による差別と同じような害悪であると述べた。そのうえで、民事訴訟における訴訟当事者が合衆国憲法上の制約に服する範囲に関して、*Lugar v. Edmonson Oil Co.*⁽²⁶⁾における政府の行為分析を用い、1) 主張される憲法上の権利剥奪が政府の権限を源泉とする権利や特権の

行使の結果として発生したかどうか、2)剥奪の責任を問われている私人である訴訟当事者を政府の行為に従事する人と叙述することが公平であるかどうかを検討した。本件の場合、1)審理陪審を務めることができる者を理由を示さずに排除する絶対的忌避の根拠は連邦法 28 U. S. C. §1870 にあること、2-1)私人であっても、政府の援助と利益に依存し、政府の手続を「政府公務員の公然たる重要な援助」を得ながら広く活用していること、2-2)私人が伝統的な政府の機能を遂行していること、そして、2-3)惹起された被害は政府の権限が伴っていたせいで他にはないような仕方で一層重くなっていることから、連邦地方裁判所において被告が絶対的忌避を行なったことは政府の行為となると、判断している。次に、民事訴訟において陪審から人種に基づいて排除されたことが陪審員となり得る人の平等保護の権利を侵害する場合、訴訟当事者が第三者の権利を主張できるかについて検討した結果、肯定した。

最初の点について、絶対的忌避はその性質上、法廷の外では意味がなく、その唯一の目的は訴訟当事者が事実の公平な審判者の選出において政府に協力することにある。絶対的忌避が認められるのは、制定法や判例法に基づいて、審理陪審を勤めるための要件を満たすにもかかわらず、一定の予め定められた人数を訴訟当事者が排除することを適切であると、政府が判断したときだけである。本件において行使された忌避が連邦の制定法⁽²⁷⁾の授権によることが明らかであることに鑑みると、政府の行為分析の検討が中心は *Lugar* テストの第2部、公平に見て、絶対的忌避を用いた私人たる訴訟当事者を、政府の行為に従事する者と見なすべきであるかどうかである。

第1に、私人が政府の設けた救済や手続を公務員の公然たる重要な援助のもとに広く用いるときには政府の行為と認定されている。連邦裁判所における陪審制度に関する連邦法の諸規定や事実審裁判官が陪審員資格に関する予備尋問について相当なコントロールをし得るという実務慣行が示すように、陪審審理の制度は、政府の公然たる重要な関与がなければ存在し得ない。訴訟当事者が行なう陪審忌避も、裁判所が陪審員になり得る人をその任務から免除することによって、排除された個人が審理陪審を勤める機会の「最終的かつ実質的な拒絶」となる。差別的に行使された絶対的忌避を執行することで、裁判所は重要なやり方で悪質な差別にかかわりあうようになる。

第2に、Leesville 社が政府の行為に従事する者であるかどうかは、問題の行為が政府の伝統的な機能と判断されるにかかっている。陪審は裁判所の権

限を、そして、裁判所に裁判管轄権を授与した政府の権限を行使することから、絶対的忌避は、統治体の選出に用いられていることになる。そして、すべての法域において、正当な評決は裁判所が執行し得る判決の一部となる。いずれも、政府の伝統的な機能である。政府が私人に政府の被傭者や公務員を選択する権限を授与したならば、その私人は憲法に拘束される。陪審選出過程において私人である訴訟当事者に絶対的忌避を認めることで、政府はその機能を委任している。人種に基づく差別が絶対的忌避について許されるならば、排除された陪審員になったかもしれない者への危害は政府の委任と関与の直接的な結果ということになる。

第3に、差別が裁判所内で行なわれたことは、訴訟の公平さに深刻な疑問を抱かせることになるので、被害は一層ひどくなっている。以上のことから、絶対的忌避を用いた私人たる訴訟当事者は、政府の行為に従事する者と見なすべきということになる。

第二の点、第三者の権利や利益を援用する当事者適格に関して、訴訟当事者が、その結果として具体的な救済可能な危害を被り、第三者と密接な関係があり、第三者が自らの利益を守る能力には何らかの妨害が存在することを示すことができるならば、第三者の代わりにその主張をすることができる。陪審から排除された人が自ら訴訟を提起するには障害が大きすぎることを、陪審員資格に関する予備尋問を通じて陪審予備団と排除を争う訴訟当事者の間には十分に密接な関係が形成され得ること、そして、刑事訴訟においてと同じように、重要な権利や利益が争われており、陪審は公平な事実認定を行い、その評決は判決の一部となることから、人種に基づく差別は司法過程に対する疑惑を招くので、訴訟当事者は陪審から排除された第三者の権利を援用する当事者適格がある。

最後に、本件において、絶対的忌避に関して人権とは無関係な説明が必要となるような、人種差別に基づく忌避があったという一応の推定が成り立つかについては、事実審裁判所の判断に委ねられるが、特定の人種の一人に対する忌避のパターンを含む、関連する事情をすべて考慮しなければならないという *Batson* のアプロウチが民事訴訟においても適用される。

5. 反対意見は、O'Connor 裁判官の意見と、Scalia 裁判官の意見とに分れるが、前者は主として政府の行為に関し、後者はこの判決の影響という政策的見地からのものである。

O'Connor 裁判官は、1) 私人である訴訟当事者が絶対的忌避を用いるにあたり、政府の公然たる重要な援助はなかった、2) 私人である訴訟当事者が絶対的忌避を用いることは政府の伝統的な機能ではないという理由から、私人である訴訟当事者による絶対的忌避は政府の行為ではないと判断している。

第1に、絶対的忌避はその性質上、恣意的に行使される、私人の選択であって、政府の関与は忌避された人に陪審の任務から免除されたことを伝えるにとどまっており、政府が差別をもたらす事態を奨励、強制、指示、要請しているわけではないので、公然たる重要な関与があったとはいえない。陪審選出過程のうち、絶対的忌避は政府が関与しない部分である。

第2に、政府の規制、政府の資金助成の如何を問わず、政府の排他的な特権の行使、あるいは、政府の重要な奨励がなければ、政府の行為として政府の責任を問うわけにはいかない。政府を依頼者とする代理人が絶対的忌避権を行使する場合、それは政府の行為であるが、私人間の訴訟において当事者の代理人が政府を代理しているとはとても言えない。

最後に付け加えると、人種差別が行なわれた場所が裁判所の中であっても、そのことで、代理人の行為が政府の行為となり、政府が責任を負うわけではない。

Scalia 裁判官は、法廷意見が原理的に間違っているだけでなく、意図した効果も挙げられないという指摘をしている。この新しい憲法上の準則を用いても、少数派訴訟当事者にとって人種的に多様な陪審を実現することにはならないだけでなく、あらゆる状況において絶対的忌避に対して人種を問題としているという疑いが提起され得るので、むしろ、正義の実現を阻害することになるという。

6. 合衆国憲法が刑事訴訟において訴追側の行使する絶対的忌避に適用されるのと同じように、合衆国憲法が民事訴訟における私人たる当事者の行使する絶対的忌避にも適用されるとすれば、その前提は、州の裁判所においてであっても、連邦の裁判所においてであっても、民事陪審の選出過程に「政府の行為」が存在するということである。民事陪審の選出に *Batson* と同じ基準が適用されるかどうかという問題に、合衆国最高裁判所の *Edmonson* に先立って、直面したのは、第4巡回区、第5巡回区、第6巡回区、第7巡回区、第8巡回区、第9巡回区、第11巡回区の連邦控訴裁判所と Alabama 州最高裁判所とであっ

た。もっとも、第4巡回区と第6巡回区の控訴裁判所は、*Batson*の法理が民事訴訟においても適用されるか否かの判断を回避したと指摘されている⁽²⁸⁾。

第5巡回区控訴裁判所には、アフリカ系アメリカ人が法人に対して不法行為の損害賠償⁽²⁹⁾を連邦地方裁に提起した *Edmonson v. Leesville Concrete Co. Inc.* について、地方裁判所に差し戻した3人合議法廷の判決⁽³⁰⁾と、地方裁判所の判決を維持した、訴訟裁判所に所属する裁判官全員で構成される合議法廷の判決⁽³¹⁾とがある。前者は2対1で、連邦地方裁における民事陪審選出手続で絶対的忌避を行使して人種に基づく差別を行なった私人たる訴訟当事者に *Batson* の適用を認めると判示した。そして、訴訟当事者が陪審を忌避する手続過程に政府は密接にかかわっており、訴訟当事者が絶対的忌避を申し立てたとしても、裁判官が個別的に陪審の任務からの免除を告げるので、裁判官が絶対的忌避の実施と監督を行なっていると、政府の行為を認定した。後者は12対4で、*Batson* は民事訴訟には適用されないと判示した。その理由として、第1に第5修正が適用される前提となる政府の行為がこの事件では存在しないこと、第2に民事訴訟の陪審として忌避されることは屈辱ではなく、司法制度の公平さを疑わせることでもないということを挙げている。政府の行為について判断するにあたり *Lugar* テストを用いて、絶対的忌避には裁判所のコントロールが及ばず、裁判官の行為は羈束的であって裁量の余地がないことから、また、訴訟代理人は損害賠償訴訟で私人を代理する私選の弁護士なので、いずれも政府の行為に従事する者ではないという結論に至った。さらに、政策的な観点から、民事訴訟は紛争解決のための場の提供にすぎないと指摘している。

第7巡回区控訴裁判所には、アフリカ系アメリカ人が法人に対して州籍の異なる市民間の訴訟であることを理由に⁽³²⁾連邦裁判所にネグリジェンスに基づく損害賠償を提起した *Dunham v. Frank's Nursery & Craft's, Inc.* について地方裁判所に差し戻した3人合議法廷の判決⁽³³⁾⁽³⁴⁾と、政治的、人種的理由に基づいて階級を不利に変更されたと主張して、白人警察官が、市、アフリカ系アメリカ人の市長、市警察署長などを市民的権利の侵害を理由に⁽³⁵⁾連邦裁判所へ訴えた *Maloney v. Washington*⁽³⁶⁾ から派生した、裁判官に対する職務執行令状の発給を認容した3人合議法廷の判決、*Maloney v. Plunkett*⁽³⁷⁾とがある。前者は2対1で、連邦地方裁判所における民事陪審選出手続で絶対的忌避を行使して人種に基づく差別を行なった私人たる訴訟当事者に *Batson* の適用を認めると判示した。*Batson* の判旨が第6修正の刑事陪審を受ける権利にではなく、

第14修正の平等保護条項に基づくことが指摘されており、そのことから *Batson* の適用は刑事陪審に限定されないと述べられている。法廷意見は、*Lugar* テストを用いて、陪審選出と絶対的忌避における裁判官の役割は私人である訴訟当事者の判断の単純な執行ではなく、全体として、裁判官は、審理の間、陪審をコントロールしているので、政府の行為があったという結論に達している⁽³⁸⁾。後者は全員一致で、*Batson* がすべての訴訟に適用されるかについては *Maloney v. Washington* が上訴されたときに争うことができる⁽³⁹⁾として判断を回避している⁽⁴⁰⁾。

第8巡回区控訴裁判所には、アフリカ系アメリカ人の遺産管理人が市、市行政委員会、警察官に対して、市民的権利の侵害を理由に連邦裁判所へ訴えた *Reynolds v. City of Little Rock* について地方裁判所の判決を一部取り消した3人合議法廷の判決⁽⁴¹⁾とアフリカ系アメリカ人を顧客とするローラースケート場の白人所有者が警察の検問行為を営業妨害であると市民的権利の侵害を理由に連邦裁判所において損害賠償を請求した *Wilson v. City of North Little Rock* の一部を再審理した *Wilson v. Cross* についてやはり地方裁判所の判決を維持した3人合議法廷の判決⁽⁴²⁾とがある。前者は全員一致で、刑事であると民事であるとを問わず、政府の行為に従事する者は特定の人種を排除する意図で絶対的忌避を行使してはならないので、民事陪審選出過程において政府が訴訟当事者である場合には *Batson* の適用を認めると判示した。*Batson* は、刑事と民事とを区別することなく、政府は差別的行為をしてはならないという命題を現わしていると理解したのである⁽⁴³⁾。なぜならば、政府と対立する当事者ばかりでなく、陪審から排除された人も差別的な陪審選出過程の犠牲者だからである。しかし、*Batson* が民事陪審一般に適用されるべきかどうかについての判断は保留している⁽⁴⁴⁾。後者も全員一致であったが、陪審として忌避されたのがアフリカ系アメリカ人で、白人である原告の人種と同じではないこと⁽⁴⁵⁾から、たとえ *Batson* が民事陪審に適用されるとしても人種に基づく差別があったという一応の推定は成立しなかったと述べ⁽⁴⁶⁾、民事陪審において絶対的忌避の行使を制限する意図であったかどうかについての判断を明示的に回避している⁽⁴⁷⁾⁽⁴⁸⁾。

第9巡回区控訴裁判所には、*Batson* の適用について民事陪審の選出における人種差別に基づく絶対的忌避に関する判断はないが、ヒスパニック系アメリカ人女性が合衆国内で身元を証明する書類のないメキシコ人の移動の教唆と幫助

の罪に問われた *United Staves v. De Gross* についての地方裁判所の判決を覆し、差し戻した3人合議法廷の判決⁽⁴⁹⁾と、女性が法人に対して解雇と性的嫌がらせを原因とする精神的損害賠償請求を請求し、州籍の異なる市民間の訴訟であることを理由に連邦地方裁へ訴えた *Dias v. Sky Chefs, Inc.* について地方裁判所の判決を維持した3人合議法廷の判決⁽⁵⁰⁾とがある。前者は全員一致で、性別とアフリカ系アメリカ人以外の人種に基づく絶対的忌避の行使⁽⁵¹⁾についても *Batson* の法理が適用されると判断した。すなわち、人種の場合と同じく、性別に基づく絶対的忌避の行使も、特定の集団の一員であることが陪審を務めるのにふさわしくない、偏らない判断ができないという間違った前提や推定に基づいているので、平等保護の原則に抵触するだけでなく、被告人の絶対的忌避の行使は政府の行為であると述べている⁽⁵²⁾。後者は全員一致で、陪審予備団から男性3人が忌避された結果、女性だけで構成される陪審が選出された場合でも、法人には *Batson* の法理が適用されない⁽⁵³⁾だけでなく、*Batson* の法理を援用する当事者適格もない⁽⁵⁴⁾と判断した。

第11巡回区控訴裁判所には、アフリカ系アメリカ人が警察官とその上司に対して、市民的権利の侵害を理由に連邦裁判所へ訴えた *Fludd v. Dykes* について地方裁判所の判決を一部維持し、一部差し戻した3人合議法廷の判決⁽⁵⁵⁾がある。控訴裁判所は全員一致で、*Batson* の法理は刑事のみならず民事陪審一般にも適用されると判断し、民事陪審には適用されないと述べた地方裁判所の判決⁽⁵⁶⁾をそのかぎりにおいて破棄、差し戻した。アフリカ系アメリカ人が陪審の任務から除外される場合、排除決定の主体が他にあって、当事者の異議を退け、審理を行うことで、事実審裁判所が差別の主体となるので、*Batson* を民事訴訟に適用する際の憲法上の障害はない⁽⁵⁷⁾と判断したうえで、政策的考慮から、*Swain* ではなく、*Batson* で示された人種差別があったという一応の推定の要件を採用すると述べている⁽⁵⁸⁾。

Alabama 州最高裁判所⁽⁵⁹⁾では、白人が所有する法人である原告とアフリカ系アメリカ人の被告との間の契約違反に関する民事訴訟、*Thomas v. Diversified Contractors, Inc.* について、原告勝訴の陪審判決に基づく原判決⁽⁶⁰⁾を破棄差し戻す5対4の判決を下した⁽⁶¹⁾。州最高裁判所はもっぱら第11巡回区控訴裁判所の *Fludd v. Dykes*⁽⁶²⁾ に依拠して、*Batson* は民事陪審に適用されると判断した⁽⁶³⁾。

これらの法律審裁判所で提起された争点を要約すると、*Batson* の法理を民事

陪審に及ぼすことができるかどうかは、「政府の行為」⁽⁶⁴⁾があったということができるといえる。訴訟の一方当事者が政府であった *Reynolds v. City of Little Rock*⁽⁶⁵⁾ ではこの点は問題とされないが、訴訟当事者がいずれも私人であった *Edmonson v. Leesville Concrete Co. Inc.*⁽⁶⁶⁾ *Dunham v. Frank's Nursery & Craft's, Inc.*⁽⁶⁷⁾ *Fludd v. Dykes*⁽⁶⁸⁾ では、控訴裁判所は陪審選出過程が裁判所を巻き込んでいることに注目して、そこから「政府の行為」の存在を導きだしている。もっとも、裁判所が訴訟当事者の個別的な絶対的忌避という行為にだけ着目するときには、そこに裁判所の関与と公然たる重要な援助を見いだすのは困難であり、「政府の行為」はなかったと認定されている⁽⁶⁹⁾。*Batson* が一般論として民事陪審にも適用されるかどうかの決め手は、そこに「政府の行為」が見いだせるか、訴訟当事者とその代理人を「政府の行為」に従事する者と認定できるかにかかっている⁽⁷⁰⁾。

7. 「政府の行為」について考察する場合、その機能と救済が求められる権利や自由に着目して「政府の行為」の先例を整理することもアプロウチの仕方として考えられる。本稿での関心は、民事陪審における絶対的忌避を人種に基づく差別という観点から審査すべきであるかどうかという点に絞られており、それとの関連においてのみ、すなわち、人種差別にかかわる合衆国憲法の平等保護条項が私人の権利や自由に対する制約の契機として主張されるための必要要件である「政府の行為」について検討する⁽⁷¹⁾。

Batson が第6修正ではなく、第14修正を根拠としており、被告人の陪審審理を受ける権利ではなく、陪審から排除された人の権利に関わると理解されるかぎり、その法理を政府を相手方とする民事陪審に及ぼすことに問題はない⁽⁷²⁾。しかし、通常の民事訴訟の場合、私人である一方当事者が絶対的忌避を用いたことだけで政府の行為に従事したということは極めて困難であるように思われる⁽⁷³⁾。にもかかわらず「政府の行為」があったというためには、絶対的忌避を含む陪審選出過程が公務員選出過程と同等であると判断するか、陪審選出過程における裁判官の関与が訴訟当事者の行為を「政府の行為」にすると判断するかのいずれかしかなければならないと思われる。

前者は、陪審を重要な責任を負う有償の公務員であると性格づける。陪審は、事実上、臨時の裁判官 *judge pro tempore* である。審理の後、事実認定者として評決に達するが、その評決は（よほどのことがないかぎり⁽⁷⁴⁾）判決の一部

となるので、陪審は、一時的にせよ、統治機構の一つである裁判所の権限を行使する公務員である。すると、絶対的忌避は、政府の権限を行使する公務員の選出過程の一部を構成するので、有権者による選挙でないとしても「政府の行為」として取り扱うべきと主張してもおかしくないかもしれない。Edmonson における Kennedy 裁判官の法廷意見は、本選挙の当選者を指名するに等しい民主党予備選挙の候補者を選出する「選挙」に対して、私的な組織において行なわれるとしても憲法の適用があるとした *Terry v. Adams*⁽⁷⁵⁾ を援用している⁽⁷⁶⁾。

陪審の選出を公務員選出過程と同一視するアプロウチに直接反論することにはならないが、この議論は、結局のところ、陪審の決定を政府の権限の行使と見なすことを意味する。差別的な絶対的忌避の実質的な行使主体が誰であるか、そして訴訟が民事であるか、刑事であるかを問わず、すべての訴訟の過程の中で陪審が関与する局面であるならば、それはすべて一時的に公務員に準ずる地位を獲得した者が行なう決定であるので、「政府の行為」と見做され、憲法が適用されると主張されよう。すると、訴訟過程はすべて「憲法化」されるという見解の容認を意味する。確かに、1870年の *Strauder v. West Virginia*⁽⁷⁷⁾ は、第14修正の平等条項を援用し、同輩が構成する陪審で審理されることの重要性和、特定の集団が排除されることでもたらされ得るかもしれない偏見について指摘したことで、この「憲法化」を予告していたと考えることもできないわけではない。それでも、すべての訴訟の「憲法化」は、個人の自由と選択が尊重されるべき領域を著しく侵害する道を開く危険性を内在させている。もっとも、人種差別が裁判所で行なわれることによって、本来ならば人種差別の廃止を促すはずの司法制度への信頼にひびが入るかもしれない。制度に対する不信と実力行使しかないという思い込み、危機感が現実化する可能性は無視できない。裁判所で人種差別が行なわれるという外見の影響は多大である。だから、訴訟過程を「憲法化」するメリットはディメリットを上回ると主張されるかもしれない。これに対しては、裁判所のなかにおける *officers of court* 「裁判所の成員」の振る舞い全般に裁判所は責任を負うと考えるのでないかぎり、裁判官が裁判所として行なう行為と裁判所のなかで行なわれる裁判官が主体的に行なったとはいえない行為とは区別されるべきであるという反論が、当然、成り立つ。その意味においても、問題は、陪審に対する絶対的忌避にどこまで裁判官が関与しているとみるのかという点に絞られることになる⁽⁷⁸⁾。

「政府の行為」についての基準を示した1982年の *Lugar* テスト⁽⁷⁹⁾に従えば、当事者の行為は、制定法に基づいて授權された権限を行使した絶対的忌避の場合であっても、それだけでは「政府の行為」とはいえない。とすれば、後者の議論は、陪審選出過程における裁判官の関与の評価、あるいは、陪審選出における裁判官と訴訟当事者の役割分担の評価となる。

現実の役割分担の検討にはいるに先立って、見かけの役割分担についても考慮する余地がある。陪審選出の手続が公開の法廷において行なわれるとき、陪審員として忌避されると、衆人環視の中で、あたかも（ある事件の）陪審員にふさわしくないと指摘されたようにみえるので、陪審の任務からの免除は市民としての権利行使の資格がないという「烙印」という印象を与えるかもしれない。陪審予備団の聞こえるところで訴訟当事者による忌避の行使が行なわれる場合はともかくも、裁判官と訴訟当事者、代理人とのやりとりが陪審予備団の聞こえないところで行なわれる場合には、誰が忌避の申し立てをしたのかは不明のまま、裁判官が最終的に陪審の任務からの免除を言い渡すことだけが表面化する。そのようなとき、一方の訴訟当事者がある人を自らの主張や立場に好意的でないかもしれない、その人が陪審のメンバーに入ることが一方当事者にとって不利に働くのではないかと判断して忌避したにすぎないにもかかわらず、その人があたかもその事件の陪審員にふさわしくないと決定を裁判官自身が判断し、決定していると、陪審予備団のメンバーや一般公衆が誤解してしまう危険は否定できない。陪審となる市民の権利を重視した結果、第14修正が絶対的忌避に対して適用されると判断するかぎりにおいて、これらの点に対してある程度政策上の考慮を払う必要がある。また、最終的に陪審の任務から免除すると告げるのは裁判官であるので、訴訟当事者の忌避は公然となされる裁判所の行為という重要な援助がなければ成し遂げられないという意味において「政府の行為」たる外見を備えている。裁判所が陪審の任務からの免除を告げないかぎり、当事者の意思は実現し得ないのであるから、免除の告知は、裁判官の公然たる重要な援助に他ならないといってもかまわないようにも思われる。もっとも、陪審員として望ましいかどうかに関する訴訟当事者の判断に裁判所が介入する、あるいは、裁判所が裁量権を行使する余地が全くないのであれば、訴訟当事者の人種差別的行為があったからといってその責任を裁判所に負わせるのは酷であるということも、当然、考えられる。双方の行為が陪審の選出に不可欠であるならば、訴訟当事者と裁判官は「共生関係」にあるとい

うべきなのかもしれない。このような「共生関係」という見かけは、現実の役割分担に示唆するところはほとんどない。もちろん、法律上の問題としては、裁判官と当事者の行為を「政府の行為」と評価できるのかの検討が別に必要である。

陪審選出過程における絶対的忌避に関して、裁判官の行為はすでに決定された陪審の任務からの免除という訴訟当事者の判断の執行に過ぎず、裁判官のコントロール、裁量の余地が全くないと見れば、それは「政府の行為」たり得ないが、裁判官が、忌避の申し立てに対する他方当事者の異議を却下し、陪審の任務からの免除を具体的に告知するという手続きをとることで忌避に関する判断を是認し、「免除の告知」という積極的行為を通じてその決定を実行に移すことから裁判官が、「政府の行為」に従事したといえることができるかもしれない。「裁判所の成員」たる訴訟代理人に関して述べると、public defender 公設弁護人の行為すら「政府の行為」たり得ない⁽⁸⁰⁾とすれば、その他の普通の代理人の行為が裁判にかかわることだけでは「政府の行為」となることはあり得ないことになる。しかし、代理人が「裁判所の成員」として「政府の行為」を行なうと見做されるような性質を備えているかどうかではなく、陪審を選出するという行為に着目するならば、刑事訴訟における弁護人の役割も民事訴訟における代理人の役割も訴訟当事者に有利と思われる陪審員をできるだけ多く選出し、不利と思われる者をできるだけたくさん排除するという意味において、違いはない。さらに、第14修正を根拠とするかぎり、侵害されているのは陪審から排除された者の権利であるとすれば、訴訟代理人の行為であること自体は民事訴訟と刑事訴訟とを区別する決め手とはならない。

陪審選出過程の中で、絶対的忌避に関して、訴訟当事者のどの行為を決定的にとらえるかによって、行為の性格づけは変化する。ある人に対して絶対的忌避を申し立てるといふ判断とその申し立てそれ自体は伝統的な政府の機能を遂行しているとは評価しにくい、ある特定の事件のため事実審理を行なう陪審を選出しているという過程全体を問題としているととらえるならば、それは事実認定をする裁定者の選定であり、伝統的な政府の機能、公務を遂行する者の選出といえることができる。

現実の役割分担について検討する際に、個別の絶対的忌避における裁判官の役割に焦点を絞ると、裁判官は訴訟当事者の選択を執行し、陪審を免除すると告知するだけあって、その関与は最小限度にとどまっているといえることができ

る。裁判所が人種差別に基づく選択を奨励したり、指示を与え、あるいは、人種差別をする意図がない当事者に差別となる行為を強制し、または、当事者の自発的な決定に介入するような権限も、なんらかのコントロールの権限もないといってよい。裁判官が、ある人を陪審の任務から排除するという私的な選択の結果を中立に執行することで、政府が共同行為の一端を担い、公然たる重要な関与をした、だから、「政府の行為」があったとはいえない。*Edmonson* における *O'Connor* 裁判官の反対意見は、州の監督に服する公営企業体と私人の電力提供契約の停止にかかわる *Jackson v. Metropolitan Edison, Co.*⁽⁸¹⁾ と倉庫業者に委託された保管物の州法に基づく処分権に関する *Flagg Bros., Inc. v. Brooks*⁽⁸²⁾ を採用することで、政府が提供するメカニズムを利用するだけでは、「政府の行為」とはいえないと述べている⁽⁸³⁾ が、その議論にはそれなりに説得力がある。

ある特定の人を絶対的に忌避するという訴訟当事者の行為は、裁判所の奨励、強制、指示、要請に従った結果ではない。反対に「免除の告知」を行なうよう、要請されているのは裁判官の側であるので、気の進まない人種差別を強いられているのは裁判所ということもできる。仮に、訴訟当事者があからさまな、システムティックな人種差別をするとき、あるいは、もっと微妙なかたちで行なわれてるとしても、人種差別ではないかという疑いの余地があるとき、その意図を問いたずらに権限が裁判所にあるならば、意図を確認する手続きを経たうえで、人種差別行為を中止させ、思いとどまらせる権限もあると考えることも可能である。しかし、裁判所に当事者の意図を確認する権限がないならば、「免除の告知」は実質的に裁判所の主体的な行為とはいえないということになる。

ところが、陪審選出過程における絶対的忌避に対する裁判官の関与にまで視野を広げると、異なる情景が出現する。たとえば複数当事者がいる場合の忌避の数の決定のみならず、原告と被告とが忌避権を行使する順序や理由を示した忌避の申し立てとのタイミングの関係など現実の運営における裁判官の裁量の余地は相当ある。裁判官が陪審選出過程を広範にわたってコントロールしているといってもよい⁽⁸⁴⁾ ⁽⁸⁵⁾。もっとも、これだけでは政府が差別をもたらす事態を奨励、強制、指示、要請したと認定するのは難しく、そこで「政府の行為」があったというには訴訟当事者がその意に反しても従わざるを得ないような裁判所のより積極的な関与があったと認定される必要があるように思われる。訴訟当事者の選択に対して人種差別ではないかという疑いの余地があるとき、

Batson が適用されるならば、裁判所はその忌避の申し立てが人種差別に基づいていないという中立的な説明を訴訟当事者に求めることができる⁽⁸⁶⁾ので、意図を確認する手続きを経たうえで、人種差別行為を中止させる権限もあることになる。すなわち、*Batson* の適用は「政府の行為」の存在を前提としており、「政府の行為」の存在は *Batson* が民事訴訟における陪審選出にも適用されることを前提としているということになる。

絶対的忌避が陪審の選出における有力な手段という認識に立つならば、偏見から自由な陪審が確保できるように裁判官が積極的にその選出過程をコントロールすべきであり、そのための努力を惜しむべきではない、陪審の選出それ自体が裁判所の権限と監督のもとに行なわれていると理解すべきではないかと主張され得る。また、絶対的忌避が差別的に行使される可能性があることを知りながら、おこり得る差別を未然に防止する仕組みを手続きに組み込むことなく、忌避の権限を訴訟当事者に委ねているのであるから、政府は差別に対する責任を免れることはできないという主張も成り立たないわけではない。すると、訴訟当事者が人種差別となる行為をするとき、裁判官が消極的に何もしないことが人種差別に積極的にではないとしても、加担したことになる、あるいは、裁判官には積極的に人種差別を予防する責務があるということになる。これでは、裁判官に過度の負担を課すことになると批判されても不思議ではない。

これに対して過去において法的な人種差別が制度に組み込まれていた結果、現在も人種差別の痕跡を払拭できないならば、積極的な差別行為に直接加担していないとしても、過去の差別を温存するのに手を貸しているという主張が成り立つかもしれない。過去の差別の痕跡を積極的に除去する努力をしないかぎり、事態をそのまま放置しておけば現存している差別はそのまま維持され、再生産されていく。即ち、過去に対する償いを積極的にしないことが、消極的であっても、差別の存続を否定してはいないことを意味する。過去に陪審の選出が法的制度的に人種差別と無縁でなかったこと、裁判所がそのような差別に対する挑戦を最近まで容易に認めなかったことは否定できない。とすれば、*Batson* の法理は、いわば陪審選出におけるアファーマティヴ・アクション的政策の採用を宣言したものとして、過去の人種差別の痕跡を積極的に払拭する意図を示しているのだと主張することも考えられなくもない。過去の法的制度的な差別を考慮に入れるならば、裁判所には積極的に人種差別を未然に防止する責務があるということになる。もっともアファーマティヴ・アクション自体の

評価が揺らいでいるとき⁽⁸⁷⁾に、過去の不祥事に対して現在が償わなければならないという議論は説得力に乏しいかもしれない。

8. 絶対的忌避は、偏らない、公平な陪審の外観と現実を実現するという。少なくとも、絶対的忌避の目的は、外見上からも、事実上も、公平な陪審を達成することであるといわれており、極端な偏見を排除するだけでなく、当事者に対して、事件を審理する陪審員たちは法廷で呈示された証拠に基づいてのみ裁判するというのを保障することがその機能であると説明されている⁽⁸⁸⁾。しかしながら、原告が理想と考える陪審像は被告のそれと、訴追側のそれは被告人のそれと、正反対とまではいわなくとも両立しないのではないだろうか。現実に出選される陪審は原告と被告の望ましい陪審像の綱引きの結果であるように思われる。刑事事件において偏らない陪審を受けるのは憲法上保障された権利であるが、絶対的忌避は制定法上の権利でしかなく、立法府はいつでも自由に変更し、廃止することができる。社会の多様な構成を反映するという期待、一般公衆が司法過程に関与するという民主主義に支えられた信念に基づいて、合衆国において陪審の任務を果たす資格が緩和されるにつれて、陪審に対する疑問、不信、屈折した思いが、絶対的忌避の活用となったのではないかというのは考え過ぎであろうか⁽⁸⁹⁾。

Swain において、Goldberg 裁判官は、第14修正にしたがって陪審を選出する権利と絶対的忌避の権利を比較衡量しなければならないとしたら、前者を選択すべきではないかと述べた⁽⁹⁰⁾。*Batson* において、Marshall 裁判官は、人種に基づく絶対的忌避を禁止するという方法では差別をなくすことができないと考え、訴追側の絶対的忌避を廃止し、州に被告人側の絶対的忌避を廃止する権限を与え、できれば、絶対的忌避を全面的に廃止することこそ、偏りのない陪審と公平な裁判を実現する方法であると示唆している⁽⁹¹⁾。カンに基づく判断を説明するのに、平等保護に抵触しない、非常に重要な理由を挙げなければならないというのはほとんど無意味である。結局は実質的な裏付けのないもっともらしい言い訳を容認することになるだけではないかと思われる。訴訟当事者とその代理人は、刑事であれ、民事であれ、それぞれが自らの主張に有利な、むしろ公平でない、中立でない陪審構成を実現しようとする。同じ数だけ絶対的忌避を行なうことができるとするならば、陪審予備団の中の、そして、おそらくは社会の中の少数派が排除される蓋然性が高くなることは否定できない。絶

対的忌避があるかぎり、陪審は社会の多様な構成員を代表するのではなく、社会の主流を占めている多数派をより多く代表することにならざるを得ない。その意味において本件における Scalia 裁判官の政策的見地からの批判⁽⁹²⁾は的を射ている。

理由はいらぬはずなのに、人種差別に関する平等保護条項という例外を設けた、絶対的とはいえない絶対的忌避は、絶対的忌避それ自体の将来を危うくする。いずれ、第14修正にしたがって陪審を選出する権利と絶対的忌避の権利との選択を迫られることになることが予想される⁽⁹³⁾が、それは裁判所の判例を通じてではなく、議会の制定法を用いてである可能性が高いように思われる。

註

- (1) 第1節 合衆国に誕生し、または合衆国に帰化し、合衆国の権限に服しているすべての人は、合衆国の市民であり、かつその居住する州の市民である。州は、合衆国の市民の特権または免除を制約する法律を制定してはならない；州は、何人からも、法の適正な過程によらずに、その生命、自由または財産を奪ってはならない；また州は、その権限内にある者から法の平等の保護を奪ってはならない。
- (2) 市民としての個人的な権利を平等に保護、実現するために制定された連邦法である Civil Rights Acts には、第13修正を補完する意図で制定され、すべての市民に白人と同じ権利があると規定した1866年法 14 Stat. 27、1868年の第14修正を根拠に1866年法を再制定した1870年法 16 Stat. 140 et seq.、1871年法 17 Stat. 13 et seq.、公共の利用に供する施設を対象とする1875年法 18 Stat. 335、Civil Rights Commission を設立し、投票権の行使を保護する1957年法 71 Stat. 634、選挙権登録の妨害に関する1960年法 74 Stat. 86、州際通商条項に基づく包括的な1964年法 78 Stat. 241、1965年の Voting Rights Act 79 Stat. 437 et seq.、住居に関する1968年法 82 Stat. 696、1970年の Voting Rights Act 84 Stat. 314、最近では1991年法 Pub. L. No. 102-166, 105 Stat. 1071 などがあるが、ここでは、合衆国の管轄権内にいるすべての人に白人市民が享受している権利を保障した1866年法 §1 に基づく、現行の 42 U. S. C. §1981 を念頭に置いている。
- (3) 1992年4月から5月にかけて、California 州 Los Angeles 市を戒厳令下においた暴動は、4月29日に California 州 Ventura 郡の裁判所で審理をしていたアフリカ系アメリカ人のいない陪審（白人10名、ヒスパニック・アメリカ人1名およびアジア系アメリカ人1名で構成されていた）が、アフリカ系アメリカ人に対して4名の白人警察官が暴行を働いたと主張

された事件で、実力行使は正当な権限の行使の範囲内であったと3名に対して無罪の評決をしたことをきっかけとしている。

(4) *Carter v. Jury Commission*, 396 U. S. 320, 330(1970).

(5) 111 S. Ct. 2077(1991). 以下、*Edmonson* という。

(6) 陪審の選出は、陪審の資格がある市民のリスト作成過程、作成されたリストからの氏名無作為抽出過程、そして、裁判所へ召喚された市民からなる venire 陪審予備団からの petty jury 審理陪審もしくは grand jury 起訴陪審選出過程の3段階に分けられる。本稿の問題は、アフリカ系アメリカ人が陪審の任務を果たすことになる市民のリストから事前に排除されているので、そこから無作為抽出とされる陪審予備団が社会の断面図とならない場合は合衆国憲法違反となるという確立した法理 e. g. *Taylor v. Louisiana*, 419 U. S. 522(1975), see also 28 U. S. C. §1862(amended Mar. 27, 1968, Pub. L. 90-274, 82 Stat. 53, §101) とは異なり、陪審予備団から具体的な事件の審理のために審理陪審、起訴陪審が選出されるときに用いられる絶対的忌避に関してである。具体的な実務慣行は法域により差があるといわれているが、struck 抹消方法と sequential 連続方式とに大別される。前者では必要な陪審員の数に法律で認められた絶対的忌避の最大数の合計の人数の者をまず陪審予備団から選び出して、陪審員資格に関する予備尋問を行ない、理由を示したうえで忌避を申し立て、排除し、さらに陪審予備団から人を補充して、予備尋問と理由を示した忌避に基づく排除を繰り返して、あらかじめ定められていた人数になった時点で、絶対的忌避を一方の訴訟当事者が一度に、もしくは、双方の訴訟当事者が相互に申し立て、その結果残ったものが陪審を構成する。後者では陪審の数だけ陪審予備団から選び出して、ひとりひとりに対して予備尋問を行ない、理由を示した上での忌避を申し立て、あるいは、絶対的忌避をする。法律で認められている最大数の絶対的忌避をすべて行使した後に必要な数の陪審が確保された時点で陪審の選出は完了する。

多くの陪審選出手続が公開された法廷において行なわれることが、あるいは、偏らない陪審による公平な裁判の問題であると同時に、陪審の任務を果たすという市民の権利として理解されることと結びつけられている理由かもしれない。

(7) *Strauder v. West Virginia*, 100 U. S. 303(1880).

(8) *Ex parte Virginia*, 100 U. S. 347(1880).

(9) *Neal v. Delaware*, 103 U. S. 370(1880).

(10) *Virginia v. Rives*, 100 U. S. 339(1880).

(11) 1880年から後述の1965年までの間、第14修正に基づいて陪審選出過程における人種差別を指摘した事件がなかったわけではない。E. g. *Thomas*

- v. Texas, 212 U. S. 278(1909); Norris v. Alabama, 294 U. S. 587 (1935); Smith v. Texas, 311 U. S. 128 (1940); Avery v. Georgia, 345 U. S. 559 (1953); Williams v. Georgia, 349 U. S. 375(1955). その意味するところが見過ごされたというべきかもしれない。
- (12) 380 U. S. 202. 以下、*Swain* という。
- (13) E. g. *McCray v. Abrams*, 750 F. 2d 1113, 1120 (2d Cir. 1984).
- (14) See *McCray v. New York*, 461 U. S. 961, 964 and n. 1(1983). *McCray v. New York* の邦語の紹介としては、宮城啓子「サーシオレイライ拒絶の意味について — *McCray v. New York*, 103 S. Ct. 2438(1983)」ジュリスト827号79頁 (1984) がある。
- (15) *McCray v. New York*, *supra*, note 14 at 961.
- (16) 476 U. S. 79. 以下、*Batson* という。邦語の紹介としては、藤田浩「『公平な』陪審と無条件忌避 — *Batson v. Kentucky*, 106 S. Ct. 1712(1986)」判例タイムズ642号51頁 (1987) がある。
- (17) *Batson* が、第14修正ではなく、刑事陪審を保障する第6修正を根拠にしていたのならば、その射程について、本稿で問題としているような疑問はおそらく生じなかったと思われる。
- (18) Fort Polk は連邦の直轄地なので、28 U. S. C. §1331 に基づいて、連邦裁判所に提訴された。
- (19) この段階で、裁判所に対して、Edmonson は *Batson* を引用しながら、Leesville 社に忌避のやり方が人種に中立であるとはっきり説明せよと要求するよう、請求した。地方裁判所は *Batson* は民事訴訟には適用がないという理由でこの請求を拒否した。Edmonson v. Leesville Concrete Co. Inc., *supra*, note 5 at 2081.
- (20) 28 U. S. C. §1870 は、原告と被告それぞれに3人、理由を示さないで行使できる絶対的忌避権を授与している。
- (21) Edmonson v. Leesville Concrete Co. Inc., 860 F. 2d 1308(5th Cir. 1988).
- (22) Edmonson v. Leesville Concrete Co. Inc., 895 F. 2d 218(5th Cir. 1990).
- (23) Compare Edmonson v. Leesville Concrete Co. Inc., *supra*, note 22 with Dunham v. Frank's Nursey & Craft's Inc., 919 F. 2d 1281(7th Cir. 1990).
- (24) Edmonson v. Leesville Concrete Co. Inc., 111 S. Ct. 41(1990). 1990年の合衆国最高裁判所規則は、サーシオレイライに基づく上訴は当裁判所の裁量に基づくと明記したうえで、同一の事柄についてある連邦の控訴裁判所の判決が別の連邦控訴裁判所の判決と抵触する場合と合衆国最高裁判所が最終的な判断を下すべきにもかかわらずまだ決着がつかない重要な連邦法上の問題について連邦の控訴裁判所が判断した場合とを、上訴が認められるかもしれない特別な重要な根拠の一つの例として挙げ

- ている。Rules of the Supreme Court of the United States (RSC) 10. 1(a) and (c).
- (25) Edmonson v. Leesville Concrete Co. Inc., 111 S. Ct. 2077 (1991).
- (26) 457 U. S. 922 (1982). 以下、*Lugar* という。
- (27) 28 U. S. C. §1870.
- (28) 実際には、第4巡回区と第6巡回区の他に第7巡回区も判断を回避したと言及されている。Edmonson v. Leesville Concrete Co., *supra*, note 22 at 235 n. 96. 具体的には、第4巡回区の事件1件と第6巡回区の事件2件の他に第7巡回区の事件1件である。4件目として挙げられていた第7巡回区の事件については、第7巡回区について記述する箇所において (see *infra*, notes 36-40 and accompanying text)、改めて取り上げる。
- Edmonson v. Leesville Concrete Co., *supra*, at 235 n. 96 で列挙された残りの事件、Nowlin v. General Tel. Co. of the Southeast, S. C. Lake City Dist., 892 F. 2d 1041 (4th Cir. 1989); Robinson v. Quick, 875 F. 2d 867 (6th Cir. 1989); Boykin v. Hamilton County Bd. of Educ., 869 F. 2d 1488 (6th Cir. 1989) は判例集に判決未掲載であるので、具体的にどのような事実関係に基づく事案であるのかは不明である。
- なお、判決、とくに連邦控訴裁判所の判決の判例集未掲載の問題については、R. A. POSNER, THE FEDERAL COURTS: CRISIS AND REFORM 120 (1985) 参照。
- (29) 42 U. S. C. §1331.
- (30) Edmonson v. Leesville Concrete Co. Inc., *supra*, note 21.
- (31) Edmonson v. Leesville Concrete Co. Inc., *supra*, note 22.
- (32) 28 U. S. C. §1332. 訴額が50,000ドルを越える州籍の異なる市民間の訴訟は、連邦裁判所に提訴することができる。Dunham たちは Indiana 州 Lake County の住人であり、Frank's Nursery & Crafts, Inc., は Michigan 州で設立された法人で、主たる営業地も Michigan 州である。
- (33) Dunham v. Frank's Nursery & Craft's, Inc., 919 F. 2d 1281 (7th Cir. 1990).
- (34) 原告の請求を拒絶する評決の後、被告が陪審予備団唯一のアフリカ系アメリカ人を理由を示さずに忌避し、原告が忌避について説明を要求するよう異議申し立てをしたにもかかわらず、裁判官が説明を要求しなかったことが上訴で争われた。
- (35) 42 U. S. C. §1983.
- (36) Maloney v. Washington, 690 F. Supp. 687 (N. D. Ill. 1988).
- (37) Maloney v. Plunkett, 854 F. 2d 152 (7th Cir. 1988).
- (38) 第7巡回区控訴裁判所は、このとき、*Batson* が刑事訴訟における被告人の絶対的忌避に対する憲法上の制約の如何について判断していないの

- で、被告人側には平等保護条項が適用されていないとしたら、陪審選出にかかわる裁判所の行為を政府の行為ということではできないという第5巡回区控訴裁判所の合議判決の理解 (Edmonson v. Leesville Concrete Co., *supra*, note 22 at 222) を否定した。Dunham v. Frank's Nursery & Craft's, Inc., *supra*, note 33 at 1287.
- (39) Maloney v. Plunkett, *supra*, note 37 at 155.
- (40) 問題となった裁判官の命令は、陪審として選出されなかった者をその任務から免除し、新たな陪審の選出を命じ、陪審の選出し直しの際、訴訟の両当事者に制定法上の権利である絶対的忌避の行使を禁止するものであった。白人であることで逆差別を受けたと主張する原告は一貫してアフリカ系アメリカ人を陪審から排除しようとし、被告は白人の排除を試みた。その結果、1988年2月の第1回目陪審選出では予備の陪審員を含めた陪審の構成は白人5人、アフリカ系アメリカ人5人、1988年7月の第2回目陪審選出では白人5人、アフリカ系アメリカ人1人の陪審員と白人3人の予備の陪審員が残った。Plunkett 裁判官は、第1回目の陪審では特定の人種が陪審から排除されなかったとして審理に移ったが、第2回目の陪審では特定の人種が排除されていると判断し、*Batson* がすべての訴訟当事者に適用されるという理解に基づいて、選出された者を陪審の任務から免除し、絶対的忌避を用いずに第3回目の陪審を選出し直すよう命じたのであった。Maloney v. Washington, *supra*, note 36.
- (41) Reynolds v. City of Little Rock, 893 F. 2d 1004 (8th Cir. 1990).
- (42) Wilson v. Cross, 845 F. 2d 163 (8th Cir. 1988).
- (43) Reynolds v. City of Little Rock, *supra*, note 41 at 1008.
- (44) *Id.* at 1008 n. 2.
- (45) 最初の事実審理において Hanson 裁判官は陪審に、42 U. S. C. §1983 に関して原告の請求を認めないという評決を、州法上の不法行為に基づく損害賠償請求に関して一部の被告について認めないという評決を指示した結果、陪審は残りの被告に関してだけ損害賠償を認定する評決を下した。原告は §1983 に関する指示評決だけを争い、上訴した。第8巡回区控訴裁判所は、§1983 に関しては検問を行なった警察官の責任を検討すべきであると、地方裁判所へ差し戻した。Wilson v. City of North Little Rock, 801 F. 2d 316(8th Cir. 1986). 2度目の事実審理において陪審は原告の請求を再び退けたので、原告は被告がアフリカ系アメリカ人2人に対して絶対的忌避を行使したことを理由に上訴した。
- (46) Wilson v. Cross, *supra*, note 42 at 165.
- (47) Gibson 裁判官は、*Batson* には民事陪審において絶対的忌避の行使を制限する意図があったという主張に強い疑いを表明している。*Id.* at 164-64.

- (48) 第8巡回区の地方裁判所には、1987年10月7日 Connecticut 区地方裁判所において係争していた 42 U. S. C. §1983 に基づく民事訴訟において被告の代理人が絶対的忌避を行使してアフリカ系アメリカ人をすべて排除しようとしたことをきっかけとする *Clark v. City of Bridgeport*, 645 F. Supp. 890 (D. Conn. 1986) と、12人の陪審予備団のうちで2人しかいないアフリカ系アメリカ人を絶対的忌避を用いて排除した被告の行為を *Batson* に違反していると主張した *Esposito v. Buonome*, 642 F. Supp. 760 (D. Conn. 1986) がある。前者において裁判所は、政府が訴訟当事者として意図的に人種差別に基づく絶対的忌避を行なった場合には憲法上の平等保護の要請は民事訴訟においても適用があると述べたが、後者においては、自ら民事訴訟を開始したアフリカ系アメリカ人ではない原告と、刑事訴訟で不承不承、被告人となった *Batson* とを区別し、また、仮に *Batson* を適用したとしても原告と同じ特定の人種が排除されたという立証がないとして、原告の主張を退けた。しかし、合衆国最高裁判所は、第14修正の平等保護条項を用いて人種に基づく絶対的忌避を争うとき、刑事被告人と絶対的忌避により陪審サービスを免除された人とが同一の人種であることは要求されていないと判示している。 *Powers v. Ohio*, 111 S. Ct. 1364 (1991).
- (49) *United States v. De Gross*, 913 F. 2d 1417 (9th Cir. 1990). この事件では、控訴裁判所に所属する裁判官全員で構成される合議法廷で再審理の申し立てが認容された。930 F. 2d 695 (9th Cir. 1991). 合議法廷は、被告人側と訴追側双方において、憲法に抵触する忌避権の行使があったと認定して、原判決を破棄、差し戻した。960 F. 2d 1433 (9th Cir. 1992).
- (50) *Dias v. Sky Chefs, Inc.*, 919 F. 2d 1370 (9th Cir. 1990).
- (51) 第1審裁判所は、訴追側の絶対的忌避を容認して唯一のヒスパニック系アメリカ人であった女性を陪審から排除したが、被告が男性を複数陪審から排除しようとするのは性別に基づいた絶対的忌避の行使と判断した結果、陪審は男性3人、女性9人で構成された。陪審は有罪評決を下している。 *United States v. De Gross*, *supra*, note 49, 913 F. 2d at 1419-20.
- (52) 絶対的忌避は政府が創り出した権利であること、その手続き実現には公務員の公然たる重要な関与があることから、被告人の絶対的忌避は政府に帰属させるのが相当であると判断している。 *Id.* at 1423-24.
- (53) 法人に、陪審から排除された男性と同じ集団に所属する、合衆国憲法との関係で疑わしい分類の対象である、あるいは、絶対的忌避は法人を集団として不合理に差別的に取り扱ったとはいえない。 *Dias v. Sky Chefs, Inc.*, *supra*, note 50 at 1378-79.
- (54) 第三者の憲法上の権利を援用する当事者適格の要件として、1) 権利侵

- 害された陪審予備団の権利を精力的に弁護するほど十分な関係があること、2)陪審予備団の一員が権利の主張をするのは実際には不可能であること、3)合衆国が全体として被害を蒙ることを挙げ、被告は第1と第3の要件を充たせないという。 *Id.* at 1379-80.
- (55) *Fludd v. Dykes*, 863 F. 2d 822 (11th Cir. 1989), certiorari denied sub nom *Tiller v. Fludd*, 110 S. Ct. 201 (1989). White 裁判官は解決すべき重要な争点があったにもかかわらず、サーショレイライを認めなかったと指摘している。 *Id.* at 261. この事件に関するコメントである *Recent Cases*, 102 HARV. L. REV. 586 (1989) は、人種差別からの保護は陪審の真理発見機能に良い影響があるが、政府の行為の境界について曖昧さを導入するのではという懸念を表明している。
- (56) 15人の陪審予備団から6人の陪審と1人の予備の陪審を選出する手続きとして、原告も被告もそれぞれ4人を絶対的に忌避できることになっていた。被告は絶対的忌避を行使してアフリカ系アメリカ人を2人排除した。その結果、選出された6人の陪審は白人だけになった。このことに、原告は異議を申し立てたが、第1審裁判官は *Batson* は民事訴訟には適用されないと、異議を退けた。 *Fludd v. Dykes*, *supra*, note 55 at 823, 824.
- (57) *Id.* at 828.
- (58) *Id.* at 829.
- (59) 連邦法上の問題を判断した場合にだけ、州の最高裁判所の判決から合衆国最高裁判所へサーショレイライに基づく上訴をすることが可能になる。1990年の合衆国最高裁判所規則は、連邦法上の問題について、連邦の控訴裁判所の判決と州の最高裁判所の判決とが抵触する場合を、上訴が認められるかもしれない特別な重要な根拠の一つの例としてあげている。 RSC 10. 1(a) and (b).
- (60) アフリカ系アメリカ人4人と白人24人で構成される陪審予備団から陪審の選出に当たり、当事者はそれぞれ8人絶対的忌避を行使することができることになっており、原告はアフリカ系アメリカ人4人全員を忌避するのに成功した。被告は裁判官に異議を申し立てたが、裁判所はそのまま審理に入った。 *Batson* は民事事件には適用されないという見解をとっていたようである。 *Thomas v. Diversified Contractors, Inc.*, 551 So. 2d 343, 344-45 (Ala. 1989).
- (61) *Thomas v. Diversified Contractors, Inc.*, 551 So. 2d 343 (Ala. 1989).
- (62) *Fludd v. Dykes*, *supra*, note 55.
- (63) *Adams* 裁判官は、特別に同意意見を表明して、第11巡回区控訴裁判所同様、事実審裁判所が政府の行為に従事する者であることを強調している。 *Id.* at 348.
- (64) 合衆国憲法は連邦の統治機構の組織と権限について規定している。そ

ここで、合衆国憲法は連邦の統治機構だけを制約するというのが原則であり、1868年の第14修正の結果、州とその統治機構にも適用される場面が出現したが、私人の行為を制約することは予定していない。そこで、私人の活動がこの憲法の対象になるのは、立法、司法、行政など、連邦もしくは州の統治機構の権限に基づいていると見なすべき、「国家の行為」、「州の行為」と同一視される場合である。とすれば、「国家の行為」というのが穏当であるが、通常は、第14修正を通じて州に適用される憲法上の制約は「州の行為」と見なされた私人の行為にも及ぶというコンテキストにおいて「州の行為」というカテゴリとして議論されている。そのため、合衆国憲法の制約が私人の行為を制約するときの理論は「州の行為」という主題の下で形成されてきた。この判決を含めて私人の行為を憲法の対象とするというコンテキストにおいては「国家」と「州」とが互換性をもって用いられる。以上のことを前提にすると、日本語としては「公権力の行使」と表現するほうが適切であるかもしれないが、従来の慣行に従い、本稿では両方を含めて「政府の行為」を用いている。この場合の「政府」には、立法、司法、行政各権が含まれる。

(65) *Supra*, note 41.

(66) *Supra*, note 21.

(67) *Supra*, note 33.

(68) *Supra*, note 55.

(69) *Supra*, note 22.

(70) 「政府の行為」と第14修正の適用について検討する前に、第6修正と第7修正との関係について言及する必要があると思われる。第6修正は、すべての刑事訴追において、被告人は、犯罪の行なわれた州、および地区——この地区は、予め法律で定められたものでなければならない——の公平な陪審員によって行なわれる・迅速で公開の裁判を受け、かつ事件の性質と原因とについて告知を受ける権利；自己に不利な証人に対質を求める権利；強制的手続きにより自己に有利な証人を得る権利、並びに自己の防禦のために弁護士への援助を受ける権利を有すると、規定している。それに対して、第7修正は、コモン・ローの訴訟において、訴額が20ドルを超えるときは、陪審審理を受ける権利が維持され、陪審によって審理され〔認定され〕た事実、コモン・ローの準則に基づくほかは、合衆国のどの裁判所においても再検討されてはならないと、規定している。

1965年の *Swain* の結果、絶対的忌避に関して第14修正の適用は原則としてないと理解されていたので、*Batson* に至るまで、人種に基づく疑いのある絶対的忌避を争う場合、*Swain* が第6修正の適用について判断していないことを理由に、その根拠を第6修正に求めることができるかが

争点となっていた。第6修正の適用を肯定した連邦控訴裁判所の判決としては、Booker v. Jabe, 775 F. 2d 762 (6th Cir. 1985); McCray v. Abrams, 750 F. 2d 3 (2d Cir. 1984)がある。Batsonの結果、合衆国最高裁判所は、Booker v. Jabeを破棄差し戻した*infra*, note 73が、McCray v. Abramsに対してはサーショレイライを認めなかった。See, *supra*, note 14. 但し、United States v. Childress, 715 F. 2d 1313 (8th Cir 1983) (en banc), certiorari denied, 464 U. S. 1063 (1984); United States v. Whitfield, 715 F. 2d 145 (4th Cir. 1983)のように、第6修正適用の可能性を否定したものもある。See *Batson*, *supra*, note 16 at 82 n. 1. 合衆国最高裁判所は*Batson*において、第6修正に基づく分析を全くしないで、第14修正だけを根拠として問題の解決をはかったことから、仮に、第6修正を根拠とした場合、その射程について、たとえば第6修正を援用すれば訴追側のみならず被告人側にも当然、適用されるのか、人種に基づく以外の集団的属性にも適用があるのかといった点については、全く未解決であり、第7修正を援用したとしても、その場合に参考となるような示唆を与える判決が乏しいことは事実である。

第6修正と第7修正とは全く同一の事柄を、一方は刑事訴訟に、他方は民事訴訟について規定しているのではない。まず、第6修正は州および地区の「公平な陪審員による迅速で公開の裁判」を、第7修正は「陪審による審理の権利」を保障しているという文言の違いがある。しかし、どちらも陪審による審理を保障していることに着目すれば、刑事における陪審と民事における陪審とで、権利が全く根本的に異なっていると考えerことは困難となる。というのは、陪審の果たす機能のうちでもっとも大切なのは事実審裁判官の権限を制限することであり、その点は、刑事であれ、民事であれ、違いはないということが出来るからである。社会の構成員の一部分をある集団に帰属することだけから討議の過程から排斥することは経験則に基づく判断が大きな部分を占めると思われる事実についての討議の幅を狭くするので、適切な結果を得られないかもしれないという疑いを生じさせるだけでなく、社会の構成員に対する偏見に関する司法過程の中立性をも疑わせる。陪審を、社会共同体のさまざまな部分の縦断的な代表となるように、少なくとも特定の集団に帰属することをもってア・プリオリに陪審員として排除される人が出現しないように、選ぶことで、公平な陪審による偏らない審理が保障されると評価するならば、第7修正に「公平な」という文言がないことは「公平」な陪審を要請することに対する特段の障害にはならない。

次に、刑事訴訟で争われているのは生命や自由であり、民事訴訟における財産よりも、重要であるという区別が主張されるかもしれない。さらに、刑事訴訟の被告人は、自発的に選択して訴訟を開始する民事訴訟

の当事者と異なり、自らの意に反して訴訟の当事者となり、法廷に出頭させられるという指摘もあり得る。もっとも、法は伝統的に民事訴訟の当事者の利益よりも刑事被告人の利益に多くの関心を示し、配慮してきている。刑事訴訟においては、民事訴訟にはない手続き上の安全策が講じられているので、問題となっている権利の重要性だけでは単純に比較できないということもできる。絶対的忌避に関していえば、当事者が行使できる数は民事手続きにおいてよりも刑事手続きにおけるほうが多いということがそのような配慮として挙げられよう。たとえば、連邦裁判所における手続きだけに限定しても、民事陪審においては3人、28 U. S. C. §1870 (1991) であるが、刑事陪審においては、最高20人、Federal Rules of Criminal Procedure Rule 24 (1992) となっている。

公平な陪審でなければ、実質的に陪審審理を保障したことにはならないこと、事実審理における陪審の機能、そして、司法過程に対する一般公衆の信頼の維持を考慮するならば、第6修正と第7修正との文言の差異に過度な比重をかける必要はないように思われる。もっとも、第6修正に依拠する場合も、第7修正に依拠する場合も、「公平な陪審による審理」を援用できるのは訴訟当事者に限られている。このことは、第14修正の場合と異なり、侵害されたのは排除された陪審となったかもしれない者の権利ではなく、訴訟当事者の陪審審理を受ける権利であること、訴訟当事者と排除された陪審予備団のメンバーとの集団的属性の異同を問題としなくてもよいこと、おそらくは一般公衆の司法過程に対する信頼の確保よりも訴訟当事者の正義感を重視することの必要性を意味することになると思われる。

(71) ここでの「政府の行為」は、裁判所の救済を受ける前提として憲法が本来は制約を受けないはずの私人の権利や自由を制約する契機、人種差別に関わる平等保護の権利についての救済が認められるための必要前提条件となっている。「政府の行為」のもう一つの側面は、私人の自由を確保するため、連邦の規制権限が及び得る範囲を限定することである。

(72) E. g. *Reynolds v. City of Little Rock*, *supra*, note 41.

(73) *Batson* が第6修正ではなく、第14修正を根拠とするという理論構成を前提とすると、同じ「政府の行為」にかかわる困難が、刑事陪審における被告人側の人種に基づく差別に関しても生じ得る。*Batson* において法廷意見はこの問題について判示しないと明記している *supra*, note 16 at 89 n. 12, see also *supra*, note 70 が、反対意見の中で Burger 首席裁判官は、被告人に対する憲法上の制約は当然であると述べている。Id. at 125-26. 被告人が無罪となった場合、訴追側からの上訴はないので、裁判所が刑事事件の上訴審理における争点としてこの問題に判断を下すことはないように思われるが、現実には被告人の絶対的忌避に言及し、争

点とする判決がいくつかないわけではない。

訴追側と被告人がともに人種に基づく差別を行なった結果（ただし、忌避が人種に基づくことを訴追側は否定していないが、被告人側ははっきりと否定しており、両当事者がともに人種に基づく差別を行なったというのは事実審裁判所の認定である）選出された陪審について、第6巡回区控訴裁判所は、第6修正が規定する「偏らない陪審」ではないと判断している。Booker v. Jabe, 775 F. 2d 762, 763 (6th Cir. 1985), vacated and remanded sub nom. Michigan v. Booker, 478 U. S. 1001 (1986), previous judgment not affected, Booker v. Jabe, 801 F. 2d 871 (6th Cir. 1986).

白人住居区に迷い込んでしまったアフリカ系アメリカ人を攻撃、殺害した嫌疑をかけられた被告人は、陪審の選出においてアフリカ系アメリカ人を一貫して忌避した。訴追側は人種に関して中立的な説明を要求し、事実審裁判官は、*Batson* は被告人にも適用されると述べた。有罪判決に対する上訴において、被告人は刑事陪審から特定の人種を排除する権利を主張したが、New York 州最高裁判所は、意図的な人種差別に基づく絶対的忌避は、(陪審サービスを「市民の特権」と規定する)州憲法第1条1項、(誰も、人種、皮膚の色、信条または宗教を理由に、他の人、企業、団体、組織、州、州の機関、州の一部から、市民的権利に関する差別を受けないと規定する)州憲法第1条11項と州の市民的権利に関する法律に抵触するだけでなく、州が陪審を排除する手続過程に必然的で分離不能な形で係わっており、「政府の行為」があるので(誰も、州およびその一部における法の平等保護を否定されないと規定する)州憲法第1条11項に抵触すると述べて、被告人にも *Batson* が適用されると判断している。People v. Kern, 75 N. Y. 2d 638, 555 N. Y. S. 2d 647, 554 N. E. 2d 1235 (Ct. App. 1990).

他にも、性別に基づく差別に関する事件であったが、被告人が一貫して差別的に絶対的忌避を行っていると主張して、訴追側が説明を請求し、裁判官が却下した事案において、事実審理を担当する裁判官に対する職務執行令状と禁止令状の発給を請求する請願が訴追側から提起された事件がある。State v. Levinson, 795 P. 2d 845 (Hawaii 1990). Hawaii 州最高裁判所は、(誰も、法のデュー・プロセスによらずして、生命、自由もしくは財産を剥奪されること、法の平等な保護を否定されること、または、人種、宗教、性別または先祖を理由に市民的な権利の享受を否定され、もしくは、差別されることはない)と規定する)州憲法第1条5項に基づいて、被告人が絶対的忌避を用いて、人種、宗教、性別、先祖を理由に陪審員となり得るものを差別していると一応の推定が成立するとき、裁判所は、陪審員を免除する前に、忌避について差別的でない説

明を要求する義務があると判示し、令状を発給した。法廷意見は、絶対的忌避が制定法に基づいており、裁判官が陪審を排除することから、被告人の行為は「政府の行為」へ転換すると判断した *id.* at 849 が、反対意見は、第三者の権利を主張する州の当事者適格と審理陪審を勤める「権利」に疑問を呈している。 *Id.* at 851.

(74) 裁判官は、事実に関する真正な争点がないと判断すると、事実審理が行なわれたにもかかわらず陪審の認定を形式にとどめ、裁判官の指示どおりに評決する指示評決を命じ、あるいは、陪審の評決があるにもかかわらず、評決と異なる判決をすることができる。Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) 50.

裁判官は、陪審の評決が明らかに証拠の判断を誤っている場合、陪審の認定した損害賠償額が明らかに過大、過小な場合、陪審の評議の過程で不公正な事実があった場合などにおいて、あらためて最初から事実審理をやり直すよう、命じることもできる。FRCP 59.

(75) 345 U. S. 461 (1953).

(76) *Supra*, note 25 at 2085-86.

(77) *Supra*, note 7.

(78) Notes, *The Civil Implications of Batson v. Kentucky and State v. Gilmore: A Further Look at Limitations on the Peremptory Challenge*, 40 RUTGERS L. REV. 891, 959 (1988).

(79) *Lugar v. Edmonson Oil Co.*, *supra*, note 27.

(80) *Polk County v. Dodson*, 454 U. S. 312 (1981).

(81) 419 U. S. 345 (1974).

(82) 436 U. S. 149 (1978).

(83) *Supra*, note 25 at 2091-94.

(84) 第8巡回区の連邦地方裁判所は忌避の用い方について説明を求めている *Reynolds v. City of Little Rock*, *supra*, note 41 at 1008; *Clark v. City of Bridgeport*, *supra*, note 48 at 892-93 が、第5巡回区、第7巡回区、第11巡回区の地方裁判所は、*Batson* が民事訴訟に適用されないことを根拠として、陪審の選出に対してなされた異議申し立てを退けた。 *Edmonson v. Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc.* *supra*, note 25 at 2081; *Dunham v. Frank's Nursey & Crafts, Inc.*, *supra*, note 33 at 1282; *Fludd v. Dykes*, *supra*, note 55 at 823.

(85) 128 U. S. C. §1860 以降。

(86) *Batson* が適用されるならば、裁判官は一方当事者の忌避が人種に基づくものであるという他方当事者の申し立てを裁定することで、忌避を自動的に執行するので裁判官に裁量の余地はないという主張は覆されることになる。

- (87) See, e. g. *Board of Education v. Dowell*, 111 S. Ct. 630 (1991).
- (88) *Supra*, note 12 at 219.
- (89) 絶対的忌避の歴史は大変古く、陪審審理に必然的に付随すると信じられている see, e. g. *supra*, note 16 at 118-120, and note 12 at 211-219 が、それが今日と同じ形で用いられていたとはいえないようである。たとえば、すべての忌避がある意味では for cause 理由を示した忌避であったが、同時に絶対的忌避でもあったと考える論者がいる。それは、陪審予備団の中にある人に対して何か陪審から免除するような言い訳があると当事者が主張するだけで、裁判官はその主張が本当に陪審から排除するに値する理由かどうかを検討することなく、直ちにそれを受け入れ、別な人に替えるという陪審の忌避についてのプラクトンの説明をその根拠としている。A. W. Alschuler, *The Supreme Court and the Jury: Voir Dire, Peremptory Challenges and the Review of Jury Verdicts*, 56 U. CHI. L. REV. 153, 165 n. 51 (1989). 14世紀のイングランドでも、18世紀のイングランドにおいてさえも、忌避はほとんど用いられなかったという研究もある。*Id.* at 166 n. 52. しかしながら、ブラクネットは、中世においては、民事、刑事を問わず、陪審忌避は自由に用いられていたと記述している。その根拠は、陪審が宣誓する際に述べた誓約の内容「選ばれ、審理され」に基づく。T. F. T. PLUCKNETT, *A CONCISE HISTORY OF THE COMMON LAW* 433 (5th ed. 1956). しかも、これらの議論はもっぱら刑事陪審についてである。コモン・ローでは、民事陪審に絶対的忌避はなく LORD DEVLIN, *TRIAL BY JURY* 31 (rev. ed. 1966)、絶対的忌避は民事陪審に不可欠であると主張するのは困難である。
- (90) *Supra*, note 12 at 244.
- (91) *Supra*, note 16 at 106-108.
- (92) *Supra*, note 5 at 2095.
- (93) たとえば刑事陪審を念頭において、訴追側の絶対的忌避の廃止を主張する見解がある。E. g. *Due Process Limits on Prosecutorial Peremptory Challenges*, 103 HARV. L. REV. 1013 (1989); Note, *The Case for Abolishing Peremptory Challenges in Criminal Trials*, 21 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 227 (1986).