



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	司法判断の信認理論
Author(s)	リーブ, イーサン・J; ポネット, ディヴィッド・L; セロタ, マイケル 他
Citation	新世代法政策学研究, 20, 1-87
Issue Date	2013-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/52485
Type	departmental bulletin paper
File Information	20_01.pdf



司法判断の信認理論

イーサン・J・リーブ (Ethan J. LEIB)
デイヴィッド・L・ポネット (David L. PONET)
マイケル・セロタ (Michael SEROTA)*
原口 佳誠 (訳)

* 本稿の執筆者のリーブ (Ethan J. Leib) は、フォードダム大学ロースクール (Fordham Law School) 教授であり、ポネット (David L. Ponet) は、国際連合児童基金 (UNICEF) の議会専門官 (Parliamentary Specialist) であり、セロタ (Michael Serota) は、フロリダ州南部地区連邦地方裁判所のロー・クラークである。著者名は、アルファベット順で表記されている。次の方々をここに記し、謝辞を捧げたい。クリドル (Evan Criddle) とフォックスディースント (Evan Fox-Decent) からは、最初に素晴らしい研究の指針を頂いた。アッカーマン (Bruce Ackerman)、ブリュール (Aaron Bruhl)、デヴィンス (Neal Devins)、フランケル (Tamar Frankel)、ガループ (Stephen Galoob)、ホーウィッツ (Paul Horwitz)、ミラー (Paul Miller)、オールドファーザー (Chad Oldfather)、シンガー (Michelle Singer)、スタスゼウスキ (Glen Staszewski)、およびストーンズウィート (Alec Stone Sweet) からは、原稿に対する見識あるコメントを頂いた。フォードダム大学ロースクールの学術研修会議 (Scholarship Retreat)、アメリカ法社会学会 (Law & Society Association) の公的信認の基礎を検討するセッション、ジョージア大学ロースクール (University of Georgia Law School) のファカルティ・コロキウム・シリーズ、ペイス大学ロースクール (Pace Law School) のファカルティ・ワークショップ、ならびに、北海道大学大学院法学研究科グローバルCOEプログラム「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」における講演会の聴衆からは、本稿の立論を精緻なものにする助力を頂いた。フォードダム大学ロースクールとカリフォルニア州立大学ヘイスティングズ校ロースクール (University of California, Hastings College of the Law) からは、惜しめない経済的援助を頂いた。なお、本稿には、著者の個人的見解が含まれており、国際連合児童基金、国際連合、あるいは連邦裁判所のいかなる公式見解も含まれていない。また、本稿は、カリフォルニア・ロー・レビュー (California Law Review) 第101巻に掲載予定である。Originally published in the California Law Review, volume 101 (2013).

序論

- I 公法における信認原理
 - A 信認原理
 - B 公的受認者
- II 裁判官は受認者か、誰に対する受認者か
 - A 裁判官を受認者として解釈する歴史的・機能的立論
 - B 裁判官を受認者として考慮する際の3つの課題
 - 1. 誰が受益者か
 - 2. 選挙される裁判官との差異はあるのか
 - 3. 受認者に対する司法のアカウンタビリティは必要か
- III 裁判官の信認義務
 - A 基本的な認識義務
 - 1 忠実義務
 - 2 注意義務
 - 3 率直・開示・説明義務
 - B 受認者の対話の命令
 - 1 熟議的アウトプット
 - 2 熟議的インプット
 - a. 憲法上の事件
 - b. 制定法上の事件
 - c. コモン・ロー上の事件

結論

序論

法学には、遙か昔から私たちが悩ませてきたいくつかの根本的な問題が存在する。カードーズ（Benjamin Nathan Cardozo）は、アメリカの民主主義における裁判官の役割について近代的な議論をはじめたのであるが、¹ 誰もその議論を完結できていない。私たちは、裁判官がもつ、多様な、そしてしばしば相反する責任について十分に説明する、司法判断についての納得のゆく理論を発見することができていない。合衆国最高裁判所におけ

¹ See BENJAMIN N. CARDOZO, THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS (1921).

る裁判官倫理²、州の裁判官選挙における選挙資金の寄付³、および裁判官の解釈において世論が果たす役割⁴をめぐる最近の全国的な議論は、裁判官の役割を明らかにする差し迫った必要性が高まりつつあることを強く示している。⁵ 良き裁判官の特性とは何か。裁判官の解釈を制約し、あるいは情報づける、民主制における裁判官に対する適切な規範的指針とは何か。裁判官の行動・行為に対する倫理の根拠は何か。本稿は、司法判断の信認理論（fiduciary theory of judging）を提示することにより、これらの根本的な問いについて、新たな地平を切り拓こうとするものである。

次に掲げる複雑な問題は、本稿の研究課題の核心における問いの重要性

² See, e.g., R. Jeffrey Smith, *Professors Ask Congress for an Ethics Code for the Supreme Court*, WASH. POST, Feb. 23, 2011, at <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2011/02/23/AR2011022304975.html>; Letter to the Judiciary Committee Re: Changing Ethical and Recusal Rules for Supreme Court Justices, March 17, 2011, available at http://www.afj.org/judicial_ethics_sign_on_letter.pdf; see also Ashby Jones, 'It's a Mistake,' Says Alito, After Discovering Disney-Stock Oversight, WSJ Law Blog, June 1, 2011, at <http://blogs.wsj.com/law/2011/06/01/its-a-mistake-says-alito-after-discovering-disney-stock-oversight>.

³ See, e.g., David E. Pozen, *The Irony of Judicial Elections*, 108 COLUM. L. REV. 265 (2008); Sandra Day O'Connor, *Take Justice Off the Ballot*, N.Y. TIMES, May 22, 2010, at WK9; Sandra Day O'Connor, *The Threat to Judicial Independence*, WALL ST. J., Sept. 27, 2006, at A18; *Caperton v. A.T. Massey Coal*, 556 U.S. 868 (2009).

⁴ See, e.g., Larry Alexander & Lawrence B. Solum, *Popular? Constitutionalism?*, 118 HARV. L. REV. 1594, 1594, 1640 (2005) (LARRY D. KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW* (2004) の書評); Erwin Chemerinsky, *In Defense of Judicial Review: A Reply to Professor Kramer*, 92 CALIF. L. REV. 1013, 1017 (2004); *A Symposium on The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, 81 CHI.-KENT L. REV. 809 (2006).

⁵ 裁判官の性質と役割の理論に対して、関心が再び高まっている。See AHARON BARAK, *THE JUDGE IN A DEMOCRACY* (2006); H. JEFFERSON POWELL, *CONSTITUTIONAL CONSCIENCE: THE MORAL DIMENSION OF JUDICIAL DECISION* (2008); RICHARD A. POSNER, *HOW JUDGES THINK* (2008); PHILIP HAMBURGER, *LAW AND JUDICIAL DUTY* (2008); DANIEL A. FARBER & SUZANNA SHERRY, *JUDGMENT CALLS: PRINCIPLE AND POLITICS IN CONSTITUTIONAL LAW* (2009). 書評として、See Paul Horwitz, *Judicial Character (and Does It Matter)*, 26 CONST. COMM. 97 (2009).

を物語っている。裁判官が、裁判官の面前の訴訟当事者に対して一定の義務を負い、かつ、「国家」に対してその法を実施する責任も負っていることは知られている。しかし、「国家」に対する責任は、対人的な責任ではない—そして、民主的国家における市民は、裁判官から、直接的な注意と応答を要求することも正当に行うことができる。民主的統治は、究極的には、治者と被治者の間の一連の関係によって構成されている。それゆえ、もし裁判官が私たちの統治を人によるものではなく法によるものであるとして慣例通りに解釈するとしても、⁶ 自己統治 (self-government) は、正確には、法が市民に由来することを確認しうる (traceable) のでなければならない、ということを指している。規範的にいえば、まさに裁判官こそが「法が何であるかを述べる」⁷のであるけれども、法を語る裁判官は、自らの判決が、裁判所にその権限を付与した人民の意見からあまりにかけ離れている場合に、アカウンタビリティを果たさなければならないのである。しかし、このアカウンタビリティの性質についてどのように考えるのか—それによって、どのように司法の独立の原則と司法の応答の原則を調和させるのか—は、複雑な問題である。なぜなら、司法判断にかんする確固とした民主的理論が存在しないからである。

裁判所はすべての民主的システムにおいて存在するが、裁判官の「人民」に対する関係についての概念的な明瞭さは驚くほどに欠けている。裁判官は、何らかの形式において人民の「代表 (representatives)」であると考えるのが最もふさわしいのか、⁸ あるいは議会に対する「代理人 (agents)」—つまり、現実の民主的代表として考えるのがふさわしいのか。⁹ あるい

⁶ See, e.g., *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 163 (Cranch 1803) (「合衆国の統治は、人による支配ではなく、法による支配であることが際だった特徴であり続けてきた。）。この論点につき、本一冊分にのぼる思索を行う傑出した業績として、See PAUL W. KAHN, *THE REIGN OF LAW: MARBURY V. MADISON AND THE CONSTRUCTION OF AMERICA* (1997).

⁷ *Marbury*, 5 U.S. at 177.

⁸ See *Chisom v. Roemer*, 501 U.S. 380 (1991) (投票権法 (Voting Rights Act) の趣旨に照らして、裁判官が「代表」であるのか否かを探究する)。

⁹ 裁判官を代理人として解釈する学説の要約として、See Thomas W. Merrill, *Faithful Agent, Integrative, and Welfarist Interpretation*, 14 LEWIS & CLARK L. REV. 1565, 1566-70

はより良い解釈として、おそらく、裁判官はある種の「受託者（trustee）」として理解されうるのではないか—裁判官は、独立しているけれども、緩やかな先例と裁判官に対する授権による制約に服しながら、基準を少しずつゆっくりと発展させようとし、アカウンタビリティのために弾劾や選挙に服する。裁判官の役割が、各要素の集合から構成されており、その集合がまだ十分に解明されていないという考えもありうる。しかし裁判官は、代表者・代理人・受託者という3つの役割を同時にもちうるのであろうか。おそらく、これらの問いに対する答えは、裁判官が、憲法上、制定法上、あるいはコモン・ロー上の問いのどれに直面するのかで変化するものである。では、裁判官が選挙される場合と任命される場合、州の裁判所制度に属する場合と連邦の裁判所制度に属する場合で、その分析は全く異なるのであろうか。

当然のことながら、裁判官を分析するための統合された理論は一切存在しないのかもしれない。¹⁰ 任命制・終身制の連邦裁判官は、[訳注：裁判官選挙候補者が所属政党を明示する]党派裁判官選挙により選任される州裁判官とは著しく異なるかもしれないし、党派裁判官選挙により選任される州裁判官は、[訳注：裁判官選挙候補者が所属政党を明示しない]非党派（non-partisan）裁判官選挙により選任される州裁判官、もしくは、[訳注：裁判官任期の終了に伴い対立候補のない]信任投票（retention elections）を受ける裁判官とは異なるのかもしれない。最高裁判所の裁判官は、控訴裁判所の裁判官とは異なるのかもしれず、控訴裁判所の裁判官は、事実審裁判所の裁判官とは異なるのかもしれない。¹¹ それゆえ、民主

(2010).

¹⁰ 「司法の専門化」の文献に対する最近の評価として、See Chad Oldfather, *Judging Expertise, and the Rule of Law*, 89 WASH. U. L. REV. 847 (2012), available at <http://ssrn.com/abstract=1799568>.

¹¹ 制定法解釈の慣行が、裁判所の階層（hierarchy）に応じて、裁判所間で異なるべきであるとする重要な学説については、See Aaron-Andrew P. Bruhl, *Why Other Courts Should Not Follow the Supreme Court's Lead in Statutory Interpretation*, 97 CORNELL L. REV. 433 (2012). 裁判所の階層の観点から、統一された理論がありうるのか否かを考察する初期の研究として、See Barbara Herman, *Comment on Gavison*, 61 S. CAL. L. REV. 1663, 1663-64 (1988)（「もし社会的役割が裁判所の価値を同定するのであれば、『良

制における裁判官の責任を含めた、十分に抽象的な観点から裁判官の役割を説明しようとすることは、ドン・キホーテにも似た試みなのかもしれない。本稿においては、その探究を行うことにより、裁判官倫理と解釈行為についての思考を洗練しうる、ひとつの説明に役立つ枠組みを示唆することにした。

次に、この複雑な状態にある司法の構成員たる裁判官を一さらに、裁判官を研究する研究者をより良く導きうる、十分に規範的な裁判官論が存在することを論ずる。¹² 信認関係の原理に立ち戻ることによって、裁判官の役割をより良く概念化する新しい観点を見出すことができる。私法の信認原理を、公法におけるアクターに対する一連の義務に置き換えることは、理論的に十分な根拠があり、¹³ かつ、合衆国憲法の起草において歴史的起源がある。¹⁴ 本稿は、政治システムにおける裁判官に対してこの文脈の置

き裁判官』という用語に実質的な内容を提供しうるだけの、裁判官の役割における統合性が裁判所間に存在するのかが問われなければならない。もしも根本的な差異が存在するのであれば、より下級の裁判所からより上級の裁判所への価値の変化を問題とする余地がある。)]

裁判所の階層と官僚制の説明から生じる複雑さは、その後の研究によっても解決されていない。司法制度がもつこれらの特徴は、今後研究されることが期待されている。ここでは、次のことを指摘すれば足りる。本稿の司法判断理論は、相当地に抽象的なレベルで展開されており、正義と法の支配を実現しようとする官僚制における何千もの人々に及ぶ機能的な司法制度を構築する際に中心を占める実務的な設計考慮事項により異議がなされ、あるいはさらに補完されるであろう。

¹² 前掲脚注 5 で挙げた最近の裁判官研究には、本稿のように裁判官の役割を受認者として説明しうることを考察する研究は全く存在しない。

¹³ 公法ならびに公職者に対する枠組みとして信認の義務を用いる最近の研究として、See Ethan J. Leib & David L. Ponet, *Fiduciary Representation and Deliberative Engagement with Children*, 20 J. POL. PHIL. 178 (2012), available at <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9760.2011.00398.x/pdf>; Evan J. Criddle, *Fiduciary Administration: Rethinking Popular Representation in Agency Rulemaking*, 88 TEX. L. REV. 441 (2008) [hereinafter, *Administration*]; Evan J. Criddle, *Fiduciary Foundations of Administrative Law*, 54 UCLA L. REV. 117 (2006) [hereinafter, *Foundations*]; and Evan Fox-Decent, *The Fiduciary Nature of State Legal Authority*, 31 QUEEN'S L.J. 259 (2005).

¹⁴ See Robert G. Natelson, *Judicial Review of Special Interest Spending: The General Wel-*

き換えを行うことにより、民主制において裁判官であることが何を意味するのかという点について洞察を与える。すなわち、裁判官信認理論の枠組みは、その職務にとって明確かつ中心と思われる裁判官職の特徴を確定する一方で、今日における裁判官についての最も論争的な議論の一部について指針を与えうる。¹⁵ 実に、信認関係を規律する何世紀もの歴史をもつ慣習に裁判官の役割を根拠づけることによって、本稿は、自由民主主義の基本的構造とその正当化事由について、新たな光を当てるのである。¹⁶

本稿の構成は次のとおりである。第 I 章は、私法における信認原理を紹

fare Clause and the Fiduciary Law of the Founders, 11 TEX. REV. L. & POL. 239, 245 (2007) [hereinafter, *Judicial Review*]; Robert G. Natelson, *The Constitution and the Public Trust*, 52 BUFF. L. REV. 1077 (2004) [hereinafter, *The Constitution*]; E. Mabry Rogers & Stephen B. Young, *Public Office as a Public Trust: A Suggestion the Impeachment for High Crimes and Misdemeanors Implies a Fiduciary Standard*, 63 GEO. L.J. 1025 (1974-75).

¹⁵ 「裁判官信認モデル」に対する批判—裁判官を、クラス・アクションにおける不在のクラス構成員に対する受認者として把握する点に限定された批判であるが—として、See Lisa L. Casey, *Reforming Securities Class Actions from the Bench: Judging Fiduciaries and Fiduciary Judging*, 2003 B.Y.U. L. REV. 1239, 1314-23. このモデルを、司法判断の一般的説明として特徴づけようと試みる先行研究としては、1995年の論文（3 頁分）が、このモデルを通じた思考プロセスを開始している。See Scott C. Idleman, *A Prudential Theory of Judicial Candor*, 73 TEX. L. REV. 1307, 1330-33 (1995). アイドルマンは、この理論について「受け入れがたいほどに非民主的な」点が存在すると考察している。*Id.* at 1332. しかし、本稿は、以下で述べるように、裁判官の受認者たる地位が、実際には裁判官の民主的な信頼性を擁護するものとして考える傾向にある。

¹⁶ 本稿では「徳性 (virtue)」法学ないし「徳論 (aretaic)」法学の論争—See, e.g., VIRTUE JURISPRUDENCE (Colin Patrick Farrelly & Lawrence B. Solum eds., 2007); Lawrence B. Solum, *Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging*, 34 METAPHILOSOPHY 178 (2003)—に立ち入るつもりはないが、司法判断をその法学から説明しようとする論者は、本稿の司法判断の信認理論において何らかの有用性を見出す可能性がある。実に、信認原理は、英米の自由主義の政治的伝統に遡ることができる明確な民主的正統性により、司法判断における「卓越さ (excellence)」を理解する、ユニークな制度論的アプローチを提供するのである。本稿のモデルが大陸法の法体制について考える場合に有用であるか否かは難しい問題であり、本稿ではその問題を検討していない。

介し、なぜ公職者が公的受認者として概念化されるべきであるのかを探究する。第Ⅱ章は、公的信認の原理を司法に適用し、信認モデルが、裁判官の役割の主要な特徴を適切に捉えていることを論ずる。また、裁判官が誰に対して受認者であるのか、選挙を受ける裁判官が、選挙を受けない裁判官の受認者の地位と同様の地位にあるのか否か、そうであるならばそれはどの時点なのか、という点も追究する。最後に、第Ⅲ章は、受認者たる裁判官を拘束する義務に焦点を当てる。裁判官信認モデルは、利益相反を避けるという裁判官の義務（忠実義務：duty of loyalty）を認めている¹⁷。同モデルは、事件を決定する際に注意する義務（注意義務：duty of care）を補強する。同モデルは、（注意義務の当然の結果としての）裁判官の免責の根拠を説明する。同モデルは、開示、説明、および率直（candor）義務を示唆する。¹⁸ さらに、同モデルは、裁判官が公的関心事項についての人民の見解を考慮することをおそらく要求するのである。

裁判官信認モデルから導かれる最後の教訓は、「人民立憲主義（popular constitutionalism）」の多様な支持者が、裁判官が社会の動向と世論に対して一裁判官の適切な役割の一部として一責任をもつ状態にとどまりうるメカニズムを理解する一助となる。¹⁹ 人民立憲主義の支持者は、裁判官が

¹⁷ 本稿でこれらの命令が「認められている」あるいは「支持されている」という場合、単に、これらの広範なアプローチが信認理論のなかで矛盾なく正当化できるということを指すのみであり、信認理論によって完全に決定づけられるということは意味していない。理論とは、実際には、完全に特定の方法において結果を決定づけるものではなく、少なくとも本稿の信認理論は、そのように機能することを想定していない。この点を明確化することができたのは、ホーウィッツ（Paul Horwitz）の助力があったことを記したい。

¹⁸ See generally Micah Schwartzman, *Judicial Sincerity*, 94 VA. L. REV. 987 (2008). 筆者の内の2名は、以前に、信認の義務には全く言及しないかたちではあるが、裁判官の率直性という価値を擁護したことがある。See Ethan J. Leib & Michael Serota, *The Costs of Consensus in Statutory Construction*, 120 YALE L.J. ONLINE 47, 51 (2010), <http://yalelawjournal.org/images/pdfs/900.pdf>. 本稿で明らかにするように、この価値は、意見執筆における信認義務になりうるものである。

¹⁹ See Michael Serota, *Popular Constitutional Interpretation*, 44 CONN. L. REV. 1637 (2012); Ethan J. Leib, *The Perpetual Anxiety of Living Constitutionalism*, 24 CONST. COMM.

しばしば「世論の裁判所（court of public opinion）」を追求することを、好ましい要素として主張するのが慣例である。²⁰ しかし、人民と裁判官との間のパートナーシップがいかにして機能するべきなのかという点については、不明瞭なままである。第三章B節で検討する、「熟議的積極関与（deliberative engagement）」²¹という公的受託者の義務は、世論が権威の正統な源泉となりうるメカニズムを説明するものである。

本稿で構築する裁判官信認モデルは、究極的には、司法の独立および自己抑制の双方の特徴を強調し、擁護し、発展させるものである。裁判官任命の諸形式、党派的エントレンチメント（partisan entrenchment）²²、弾劾の

353 (2007).

²⁰ See Jack M. Balkin, *How Social Movements Change (or Fail to Change) the Constitution: The Case of the New Departure*, 39 SUFF. U. L. REV. 27 (2005); Robert A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 6 J. PUB. L. 291 (1957). 司法の意思決定と世論についての政治学文献としては、See TERRI JENNINGS PERETTI, IN DEFENSE OF A POLITICAL COURT (1999); Barry Friedman, *Mediated Popular Constitutionalism*, 101 MICH. L. REV. 2596 (2003). この「多数派支配主義」の実証的説明—合衆国最高裁判所は、世論に従っている—は、最近、次の論稿によって批判を浴びている。Richard H. Pildes, *Is the Supreme Court a “Majoritarian” Institution?*, 2010 SUP. CT. REV. 103 (2010). 本稿での筆者らの主たる関心は、裁判所が世論に従うべきであるという、人民立憲主義の規範的価値評価（normative valence）にある。

²¹ 筆者ら2名は、熟議的積極関与という政治的義務を探究してきた。See generally Ethan J. Leib & David L. Ponet, *Representation in America: Some Thoughts on Nancy Pelosi, Gavin Newsom, Tim Johnson, and Deliberative Engagement*, 16 THE GOOD SOCIETY 1 (2007); Ethan J. Leib & David Ponet, *The Ethics of Representative-Constituent Relations*, FINDLAW’S WRIT (July 26, 2007), http://writ.news.findlaw.com/commentary/20070726_ponet.html. 筆者らは、この政治的義務を、信認義務より生じた義務として展開している。David L. Ponet & Ethan J. Leib, *Fiduciary Law’s Lessons for Deliberative Democracy*, 91 B.U. L. REV. 1207 (2011). 後述のように、この義務は、司法の信認の義務に適用できる。

²² See Jack M. Balkin & Sanford Levinson, *Understanding the Constitutional Revolution*, 87 VA. L. REV. 1045 (2001).

危険、および裁判官選挙²³は、司法のアカウンタビリティに対する独立の原因であり根拠であるように思われるが、ひとたび裁判官が受認者であると解釈されるならば、これらの伝統的なアカウンタビリティのメカニズムの全ては、異なった観点から一裁判官の信認義務を強化するように設計された基礎の一部として一把握されうるのである。最も重要であるのは、裁判官信認モデルが、被治者たる市民と、治者たる裁判官との間に根本的に民主的な関係を再構築することにある。

I. 公法における信認原理

信認原理は、私法に淵源を有するのであるが、国家と市民の間の関係の記述的説明—およびそれに対する規範的枠組み—を付与するためにも広く用いられてきた。まず、私法の文脈で発展した信認関係の3つの構成要素を論じ、これらの3つの構成要素がいかにして公法の文脈へと容易に置き換えられうるのかを説明する。また、これまで看過されてきた、公的制度を公的信認から解釈する歴史的系譜を明らかにしたい。

A. 信認原理

信認関係は、甲（受認者）が、乙（受益者）の資産あるいは法的利益に対して裁量（discretion）をもつ文脈において生ずる。²⁴ 私法における信認関係の古典的事例として、弁護士＝依頼人（attorney-client）、代理人＝本

²³ See David E. Pozen, *Judicial Elections as Popular Constitutionalism*, 110 COLUM. L. REV. 2047 (2010).

²⁴ See generally Evan J. Criddle, *Proportionality in Counterinsurgency: A Relational Theory*, 87 NOTRE DAME L. REV. 1073 (2012); Paul B. Miller, *A Theory of Fiduciary Liability*, 56 MCGILL L.J. 235 (2011). *Frame v. Smith* 事件におけるウィルソン（Wilson）裁判官の判決によれば、「信認の義務が課されている関係は、3つの一般的特徴を有している。すなわち、(1) 受認者が、一定の裁量権を行使する余地をもつこと、(2) 受認者が、受益者の法的・実質的利益に影響を与えるべく、権限あるいは裁量権を一方的に行使すること、(3) 受益者が、裁量権をもつ受認者に対して特に脆弱な立場にあること、である。」[1987] 2 S.C.R. 99, cited in Criddle and Miller *supra*.

人（agent-principal）、受託者＝受益者（trustee-beneficiary）、会社経営者＝株主（corporate officeholder-shareholder）、後见人＝被後见人（guardian-ward）、ならびに医師＝患者（physician-patient）、等がある。²⁵ これらの関係（および法がそれらとほぼ同様に扱っている関係）において、受益者は、受託者による搾取あるいは私的取引といった行為がなされてしまう脆弱性をもつ—しかし、それでもなお、受益者は受託者に信頼を置くのである。私法は、伝統的に、受託者が自己の利益よりも受益者の利益を優先するように規律しインセンティブを与える方法として、受託者に対する相当の義務を課してきた。²⁶

それゆえ、信認関係は、3つの構成要素によって同定されうる。すなわち、裁量、信頼（trust）、および脆弱性（vulnerability）である。裁量と脆弱性は、同じコインの表と裏とイいうるのかもしれない。²⁷ 受託者に属する裁量は、受託者による搾取ないし私的取引を通じた潜在的な権限濫用に対し、受益者が常に脆弱であるということを意味している。フランケル（Tamar Frankel）によれば、受益者の脆弱性は、受託者と受益者の間の交渉力に関する最初の不平等から生じるのではない。むしろ、受益者は、仮に十分に情報を与えられ、洗練され、かつ能力のある交渉者である場合でさえも、なお脆弱なのである。つまり、「[受益者]の脆弱性は、信認関係[それ自体]の構造ならびに本質から生じている。」²⁸ この脆弱性は、受益者の

²⁵ See D. Gordon Smith, *The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty*, 55 VAND. L. REV. 1399, 1400 (2002).

²⁶ See generally J.C. SHEPHERD, *THE LAW OF FIDUCIARIES* (1981); LEONARD I. ROTMAN, *FIDUCIARY LAW* (2005); L.S. Sealy, *Fiduciary Relationships*, 1962 CAMBRIDGE L.J. 69; Ernest J. Weinrib, *The Fiduciary Obligation*, 25 U. TORONTO L.J. 1 (1975); J.C. Shepherd, *Towards a Unified Concept of Fiduciary Relationships*, 97 LAW Q. REV. 51 (1981).

²⁷ See Fox-Decent, *supra* note 13, at 299（「権限と脆弱性は、密接に関連している。争点となる脆弱性は、受益者の利益に対する受託者の一方的な権限を理由として生じている。」）

²⁸ Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, 71 CALIF. L. REV. 795, 810 (1983). 脆弱性の関係から包括的かつ革新的な政治理論を構築しようとする最近の研究として、See Martha Albertson Fineman, *The Vulnerable Subject and the Responsive State*, 60 EMORY L.J. 251 (2010); Martha Albertson Fineman, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the*

自律性あるいは影響力が欠如していることを指しているのではない。その逆こそが真である。すなわち、わずかな自律性と影響力を存続させるべく、受認者は、究極的には、受益者の利益を追求せざるをえないのである。

ひとつには、受益者の脆弱性と受認者の裁量のゆえに一そして、もうひとつには、受認者がしばしばもつ専門性のゆえに（その専門性のために受認者は最初に裁量を得るのであるが）一、信認関係は、相当程度の信頼あるいは信用に基礎づけられなければならない。²⁹ 信頼は、とりわけ、監視コストの節減として機能する。すなわち、受認者がもつ専門性のゆえに、受益者が受認者を監視することは困難であり、かつコストがかかる。そして、受認者の責任は必ずしも客観的な行為基準で規律されるものではないため、受益者は、常に受認者を監視したとしても、その関係の機能を促進させることはできない。³⁰ その関係は、受認者と受益者の間をつなぎ合わせることによって最もよく働くのであり、常に監視をすることは、むしろその関係を台無しにしてしまう。³¹ そのため、究極的には、受認者が誠実に (in good faith) その責任を引き受け、自己の利益のために受益者を搾取することを差し控える、という点に、受益者は依存しているのである。³² ここで、信頼という構成要素が、脆弱性という構成要素とも緊密に結合し

Human Condition, 20 YALE J.L. & FEMINISM 1 (2008).

²⁹ See Ethan J. Leib, *Friends as Fiduciaries*, 86 WASH. U. L. REV. 665, 682-84 (2009). See also *Higgins v. Chicago Title & Trust Co.*, 143 N.E. 482, 484 (Ill. 1924) (インフォーマルな信認関係は、「影響力が獲得されかつ恣意的に利用される事例、信頼が置かれかつ裏切られる事例のすべてのおいて存在する。信頼の原因は重要ではない。それは道徳、社会、家庭、あるいは個人的関係さえからも生み出されうる。」); *Hoge v. George*, 200 P. 96, 102 (Wyo. 1921) (信認関係は、「甲が信頼を置き乙がその信頼を承諾し、それにより、甲の乙に対する依存が生み出され、乙による影響力に服するようになる場合」に存在する。).

³⁰ See Kenneth B. Davis, Jr., *Judicial Review of Fiduciary Decisionmaking – Some Theoretical Perspectives*, 80 NW. U. L. REV. 1, 6 (1985) (信認に基づく法が、受益者が「受認者の監視を行う」ことを避けるために存在していると主張する。)

³¹ See Leib, *supra* note 29, at 692-97.

³² See Steven J. Burton, *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform Good Faith*, 94 HARV. L. REV. 369 (1980).

ていることを指摘したい。³³ 監視が困難になればなるほど、脆弱性はますます深刻化し、信頼の要求がますます明確化されることになる。したがって、受認者に課せられる義務の厳格さは、これらの構成要素が私的信認に基づく法の多様な位相を通じて異なったレベルで規定されるのと同じように、変化するのである。³⁴

また、信頼は、非対称な力と監視の障害といった枠を超えた理由から、信認原理の構成要素となっている。受認者は多くの場合、同意ないし明示の授權によってその権限をもつのであるが、明示あるいは黙示の同意のいずれも、信認が成立する不可欠の要素ではない。³⁵ 未成年者あるいは無能力者のために行動する後見人は、信頼が置かれているからそうするのである一しかし、その際に、同意は存在しない。それゆえ、信認関係の枠を超えて、信頼は、取得しあるいは明示的に付与されるというよりも、構造上、前提にされているのである。このように、信認の原理によれば、受認者の行為は、受益者が信頼を与える何らかの特別な行為を必要とせず、信頼の基礎に拠っている。このことは、正式な法律行為を通じてであっても、あるいは、心理的・精神的状態を通じてであっても変わらない。³⁶

³³ 信頼と脆弱性との間のつながりは、信頼にかんする哲学の領域の開拓者であるベイヤーの研究において、中核的特徴とされる。See ANNETTE C. BAIER, *Trust and Antitrust*, in MORAL PREJUDICES: ESSAYS ON ETHICS 132 (1995)（「我々が信頼するとき、我々は脆弱性を受け入れている。」）；*id.* at 133（「信頼は、警戒に代わりうる手段であり、…信頼できることは、ある者の許容されることと許容されざることを継続的に監視し、費用便益を繰り返し計算することの代替的手段である。信頼は、ある者に対して別の者が危害を加える力に対する脆弱性を受け入れることであり、その力は、ある者の利益に配慮する力とは切り離せないのである。」）。

³⁴ See Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Contract and Fiduciary Duty*, 38 J.L. & ECON. 425, 432 (1993)（義務からの逸脱は、どの関係が争点となるかという点に実質的に依存する。）；Smith, *supra* note 25, at 14-83-84（同旨）；Davis, *supra* note 30, at 23-34（同旨）。

³⁵ See Criddle, *Foundations*, *supra* note 13, at 126.

³⁶ See Fox-Decent, *supra* note 13, at 263（「法は、受認者が受益者の信頼に基づいて行動することを前提としている。もっとも、受益者のいかなる特定の行為でもなく、実際にはまさに法こそが受認者に対して権限を委ねている。」）。

監視は困難であるにもかかわらず、受益者は、通常、受託者の行為を監督する権利をまさに保有している。しかし、これらの監視のメカニズムは、むしろ信認関係が一その付随する義務の厳格さと併せて一いかに文脈によって異なりうるのか、ということを実際立させている。例えば、法的代理人の文脈においては、多くの場合、本人は、代理人に対して随意に介入し、通知なしに解雇できる。しかし、私法上の信託ないし受益権における違法行為のために受託者を解雇する場合は、裁判所による調停が必要とされる。³⁷ 受託者の残余コントロール権がとりわけ弱いものである場合には、受益者が侵害される脆弱性はより大きくなり、それゆえ、より高次の行為基準が受託者側に期待されることになる。³⁸

これまでみてきたように、信認関係とそれに伴う信認義務から見出せるのは上記の3つの構成要素であるが、裁量、信頼、および脆弱性がどの程度存在するのかという点は、信認関係の種類によって異なる。受託者とそれに付随する義務は、すべて同一という訳ではない—例えば、後見人は、会社の経営者と全く一致するものではなく、会社の経営者もまた、信託の受託者とは異なるのである。³⁹ 信認原理とそれに随伴する義務について顕著であるのは、監視コストが高く、かつ信認関係の機能のために深いつながりが決定的に重要であるという文脈において、楽観主義と裁量を管理し規制することに対する明白な懸念である。⁴⁰ 救済手段は、究極的には、濫用を躊躇させるという意味で補償にとどまらない趣旨をもつ。⁴¹ 程度の差はあれども、受託者のアカウントビリティを確保するためのメカニズムは存在しているのであるが、これら全ての強制手段は、不完全であり、部分的には受託者の利他主義に依拠している。次節では、公職者が受託者である理由と態様を説明し、信認原理がこの公的關係の文脈に対して、なぜ、いかにして置き換えられうるのかを論ずることにする。

³⁷ See Criddle, *Foundations*, *supra* note 13, at 129.

³⁸ See *id.* at 179.

³⁹ See Eileen A. Scallen, *Promises Broken vs. Promised Betrayed: Metaphor, Analogy, and the New Fiduciary Principle*, 1993 U. ILL. L. REV. 897, 910 n.48, 911.

⁴⁰ See Leib, *supra* note 29, at 683.

⁴¹ See *id.* at 680.

B. 公的受認者

信認のカテゴリーを政府の公職者に適用することは、確固たる派生領域である。政府が、その市民から信託を得て権限を有するという観念は、アリストテレス (Aristotle)、キケロ (Cicero)、プラトン (Plato) にまで遡る。⁴² すなわち、主権をもつ機関は、公衆の信頼において市民の利害を握っていると考えられ、主権機関の一部門がその政治的権力を行使する際には、その権力は信認の基準によって制約される。この深く定着した概念化は、政府の裁量権の濫用の可能性に対して市民が脆弱であること、ならびに、市民が、明示ないし黙示の授權によって、政府と公的機関に対して信頼を置かねばならないということが前提とされていた。⁴³

国家の権能がその精髓において本質的に信認にあると理解することは、広範かつ多様な文化において浸透しており、古代ギリシャからローマの政治思想・慣行に広がり、最終的には、イングランドにおいて、コモン・ローがその拠り所とされるに至った。⁴⁴ 公職者を公共信託の保持者とする考えは、植民地時代からの伝統を通じて、アメリカにも伝播した。⁴⁵ 実に、

⁴² See Natelson, *Judicial Review*, *supra* note 14; Natelson, *The Constitution*, *supra* note 14.

⁴³ クリドルが最近の論文で述べているように、「すべての公的機関と公職者は、…公衆の法的・実質的利益に対して、行政権の本質である裁量権を行使している。」Criddle, *supra* note 24, at 1010.

⁴⁴ See Paul Stanton Kibel, *The Public Trust Navigates California's Bay Delta*, 51 NAT. RESOURCES J. 35, 36 (2011) (「公共信託の起源は、千数百年以上も遡る、古いイギリス法とローマ法にある。しかし、公共信託は、今日、合衆国全体に広範囲な影響を及ぼしている。」); Mary Christina Wood, *Advancing the Sovereign Trust of Government to Safeguard the Environment for Present and Future Generations (Part I): Ecological Realism and the Need for a Paradigm Shift*, 39 ENVTL. L. 43, 69 (2009) (「公共信託の義務は、環境法の最古の表現であり、ユスティニアヌス帝期とローマ法にまでさかのぼる。信託と類似した代理管理の概念は、超記憶的な時代より、本来的な統治の中心にあり続けている。公共信託は、世界中の多くの国家の法制度において明示されている」)。

⁴⁵ See Joseph L. Sax, *Introduction to the Public Trust Doctrine*, in THE PUBLIC TRUST DOCTRINE AND ITS APPLICATION TO PROTECTING INSTREAM FLOWS: PROCEEDINGS OF A WORKSHOP 8 (G.E. Smith & A.R. Hoar eds., 1999) (「我々は、[イングランド国民の利

1662年、チャールズⅡ世（Charles II）は、「アメリカ、ニューイングランドにおける英領コネチカット植民地の総督ならびに会社」に対して、その植民地に居住する植民者の利益のために、信託に基づいて、国王の勅許状を与えた。⁴⁶ 独立宣言の採択後の各邦の憲法の大部分もまた、公共信託の法理に依拠したのであり、公職を「信託」および「公共信託（public trust）」として扱った。⁴⁷

1787年に合衆国憲法制定のための憲法制定会議が召集されるまでに、大部分の州憲法は既に信託の用語を用いていた。建国期の世代は、政府と被治者の間の関係を信託関係として理解していた—また、合衆国憲法の草案を議論し最終的に制定した人々は、合衆国憲法が、公職者の政治的裁量を制限することによって、信託の基準を促進するであろうと想定していた。そして、その想定通りに、合衆国憲法は、公共信託、さらに、公職者が「信託を受けていること（being of trust）」⁴⁸について多くの言及を行っている。ホイッグならびにギリシャ・ローマの政治思想を描出しつつ⁴⁹、憲法起草者らは、「私法の受託者による管理とよく似た管理を行う」⁵⁰政府を作り上げた。それゆえ、合衆国憲法は、「公権力の信託法」⁵¹として設計されたの

益のための信託において共有の自然資源を維持する受託者として]国王が果たしてきた役割を、州が代わりに行うという考えを発展させてきた。なぜなら、国王が主権をもつのとまさに同じように、アメリカにおける州は主権をもつからである。イングランドの法は、アメリカの法となった。我々は、信託の観念を輸入したが、その役割を国王から州へと切り替えたのであり、州は所有者でありかつ公衆に対する受託者となったのである」。

⁴⁶ Criddle, *supra* note 25, at 11-12.

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ U.S. CONST. art. I, § 3, cl. 7（合衆国憲法第1編3節7項「信託を伴う…公職」）; *id.* art. I, § 9, cl. 8; *id.* art. II, § 1, cl. 2（「信託を伴う公職（Office of Trust）」）; *see also* Natelson, *The Constitution*, *supra* note 14, at 1085-86.

⁴⁹ *See generally* JOHN LOCKE, OF CIVIL GOVERNMENT: SECOND TREATISE (Russell Kirk, intro. 1955) (1690), available at <http://www.constitution.org/jl/2ndtreat.htm>. 本稿では、ロックの構想を第Ⅱ章A節でより詳細に検討する。

⁵⁰ Natelson, *Judicial Review*, *supra* note 14, at 245.

⁵¹ *See* TAMAR FRANKEL, FIDUCIARY LAW 284-87 (2010).

であり、市民たる受益者の利益のために、政府の権限の限界を定め、政府をその利益へと方向づけるものであった。⁵²

結果として、合衆国憲法は、アメリカの裁判所に対して、公共信託を侵害する法律ならびに公職者の行為を無効とする権限を付与し、司法の公職者は、政治的アクターがその信託の義務に従わねばならないという概念を補強した。⁵³ この点、公共信託とインディアン信託の法理といった歴史的な法理に鑑みるならば、それらの法理自体が、統治の信託としての概念化を前提条件とすることは明白である。例えば、公共信託の法理は、主権をもつ政府が、市民の現在そして将来の世代の双方の利益のための信託において、可航水域やその下にある土壌⁵⁴といった、その政体の共有された自然資源をもつという信託原理を具体化する。⁵⁵ この主権的信託義務理論に基づいて、州と連邦の裁判官は、選挙された公職者が共有された自然資源に損害を与えることを防ぐ法理をごく普通に適用している。⁵⁶ ウッド

⁵² 建国の父祖の世代は、信託の「設定者 (settlers)」であると考えられるかもしれない。

⁵³ これは、Mary Sarah Bilder, *The Corporate Origins of Judicial Review*, 116 YALE L.J. 502 (2006) ならびに、Natelson, *Judicial Review*, *supra* note 14, at 281. で示された司法審査制にかんする見解といくつかの点で同じである。後記で強調するように、裁判官は被治者との関係で信託関係にあるごく一般的な公職者であり、信託の基準を強行するための何らかのメカニズムが要求されている、とする解釈に対しては、それほど注意が払われてこなかった。

⁵⁴ See, e.g., *Illinois Central R.R. Co. v. Illinois*, 146 U.S. 387, 453 (1892) (「可航水域とその下にある土壌のように、州民全体が利害関係をもつ」財産を保護するという州の信託義務について言及する)。

⁵⁵ See Wood, *supra* note 45, at 45 (「[公共信託の]法理の核心にあるのは、各々の主権をもつ政府が、一市民の受益者である現在および将来の世代である一人民のために『信託』において必須の自然資源を確保するという前提の原理である」)。; See generally Joseph L. Sax, *The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention*, 68 MICH. L. REV. 471, (1970); Mary Christina Wood, *Advancing the Sovereign Trust of Government to Safeguard the Environment for Present and Future Generations (Part II): Instilling a Fiduciary Obligation in Governance*, 39 ENVTL. L. 91 (2009).

⁵⁶ 連邦裁判所における公共信託の法理の適用については、See, e.g., *Illinois Central*

(Mary Christina Wood) が述べるように、「現在の環境法は、自然システムを統制し、資源を汚染・破壊する私的事業者に権利を配分する権限を政府機関に与える一方で、その信託は、政府機関に対する根本的な抑制として働いている。」⁵⁷

同様に、信託原理を直接適用するもうひとつの例は、インディアン信託法理においてみられ、「連邦インディアン法の主要な基礎」⁵⁸となっている。公共信託法理と同様に、インディアン信託法理は、選挙された公職者の行動が公共信託に従ったものであるよう確保するべく、裁判官が設計したものである。ここでは、公衆一般ではなく、インディアン部族が、信託のもと、インディアンの土地、資源、生活様式についての受益者となっている。ウッドが説明するように、インディアン部族に与えられた特別な受益者の地位は、インディアンの土地の移転と、移転の前提として連邦政府が部族の主権を保障するという約束からなる、歴史的な副産物である。⁵⁹

R.R. Co., 146 U.S. at 453; *Geer v. Connecticut*, 161 U.S. 519, 529 (1892); *United States v. 1.58 Acres of Land*, 523 F. Supp. 120, 122-23 (D. Mass. 1981). 州裁判所における適用については、*see, e.g., Nat'l Audubon Soc'y v. Super. Ct. of Alpine Cnty.*, 658 P.2d 709 (Cal. 1983); *Ohio v. City of Bowling Green*, 313 N.E.2d 409 (Ohio 1974); *Ariz. Ctr. for Law in the Pub. Interest v. Hassell*, 837 P.2d 158 (Ariz. Ct. App. 1991); *Ridenour v. Furness*, 504 N.E.2d 336 (Ind. Ct. App. 1987); *Shepard v. State*, 897 P.2d 33 (Alaska 1995); *see also* Wood, *supra* note 45, at 45-46 (合衆国においては、公共信託の法理が「合衆国最高裁判所による画期的判決を含めて、何百もの判決により裏付けられている」ことを指摘する)。

⁵⁷ Wood, *supra* note 45, at 68-69.

⁵⁸ *Dep't of the Interior v. Klamath Water Users Protective Ass'n*, 532 U.S. 1, 11 (2000) (quoting F. Cohen, *HANDBOOK OF FEDERAL INDIAN LAW* 221 (1982) (引用符は削除)). *See also* *United States v. Cherokee Nation of Oklahoma*, 480 U.S. 700, 707 (1987); *United States v. Mitchell*, 463 U.S. 206, 225 (1983); *Seminole Nation v. United States*, 316 U.S. 286, 296-97 (1942).

⁵⁹ *See* Mary Christina Wood, *Indian Land and the Promise of Native Sovereignty, The Trust Doctrine Revisited*, 1994 UTAH L. REV. 1471, 1495-1496 (1994) (インディアン信託法理の歴史的淵源を論ずる); Wood, *supra* note 45, at 71 n. 146 (連邦インディアン信託法理が完全にコモン・ローの起源を有しており、合衆国憲法に明文化されていないにもかかわらず2世紀の間維持されてきたことを指摘する)。

しかし、その歴史的な信義誠実（*bona fides*）よりもさらに印象的であるのは、信認原理を公的統治に適用するというその法理の高い有用性である。合衆国最高裁判所が、最近説明したように、インディアン部族と連邦政府との間の関係は、「コモン・ロー上の信託のもとに存在する関係であり、連邦政府が受託者であり、インディアン部族ないし個人が受益者であり、連邦政府によって管理される財産と天然資源は、信託財産である。」⁶⁰ それゆえ、国家を受託者として概念化する公共信託ならびにインディアンの信託法理は、アメリカ政治思想の中心の特徴であるばかりでなく、法的実務の領域にも広がりを見せている。

けれども公的制度を信認の観点から分析する際に、環境法と連邦インディアン法の文脈が特異なものでないことは明白である。むしろ、それぞれが、公的制度における信認の基礎が運用されてきた例証となる文脈といえる。いかなる文脈であれ、国家の機能の性質と、公職者と市民との間の関係は、私法の信認関係の特徴づける3つの構成要素を反映している。⁶¹ これは、政府の公職者が、政府のいかなる階層にある者であれ、委託した者の利益と資源に影響を与える決定をなす広範な権限をもつからである。それゆえ市民は、そのような権限の濫用の可能性に対して極めて脆弱であり、それにもかかわらず自らを統治する者を信託すること以外にほとんど選択の余地をもたないのである。⁶²

しかし、信認関係を確立するための3つの構成要素に合致するという点から離れてみたとしても、政治理論のより基本的理由が、信認からみた国

⁶⁰ *Klamath Water Users Protective Ass'n*, 532 U.S. at 11.

⁶¹ 実に、合衆国最高裁判所自体が、最近の公共信託の判決の文脈において、このことを強く示唆している。「州に委ねられた権限あるいは支配権は、…他のすべての政府の権限と同様に、人民の利益のために行使されるべきである。それは、人民から区別される政府の優位のための特権としてでもなければ、公共善から区別される私人の利益のための特権でもないのである。それゆえ、この権限を行使する目的からは、州は…その人民を代表し、その所有権は、統合された主権をもつ人民にあるのである。」 *Geer*, 161 U.S. at 529（下線は挿入）。

⁶² 選挙人団の代表に対する信託については、*See generally* WILLIAM T. BIANCO, *TRUST: REPRESENTATIVES AND CONSTITUENTS* (1994) and *DEMOCRACY AND TRUST* (Mark E. Warren ed., 1999).

家の統治機構の解釈を補強するのである。伝統的な自由主義の説明によれば、民主的国家の正統性は、被治者の同意に根拠づけられる。⁶³ だが、最も自由主義的かつ民主主義的な国家の市民であっても、国家の権能に対して意味のある同意を行うことはまれである。単に投票すること一つまり、移民により出国して反対の意を表すまでには至らないこと一は、市民の日常生活を支配する個人あるいは機関に対して確固たる同意を与えているとはいいがたい。このように、被治者の同意を得ていない公職者は一選挙されない官僚であるか、あるいは49%の選挙民が反対票を投じたか（小選挙区制で選出された者は、その者に対する反対票が多数を占める場合さえある）、理由はどうであれ一、被治者の現実の同意を要求する伝統的な自由主義的原理のもとで説明し、あるいは抑制することは困難である。しかし、民主的国家の統治機構を信認から理解するならば、裁量・信頼・脆弱性という事実上の関係は、究極的には、受認者の義務とそれに付随する受益者たる市民の政治的権利の範囲に根拠づけることができる。⁶⁴ このことは、信認原理が、民主政体における国家の統治機構を理解する上で、いかに有用で、魅力的で、かつ適切であるのかを物語る一例である。

もちろん、公職者を受認者として把握する際には、私的受認者と公的受認者との間で生じうる差異を考慮しなければならない。文脈を置き換えることは可能であるが、類似しないカテゴリーを類推することは、カテゴリーの誤りを導いてしまう。例えば、私的受認者は、しばしば、管理を託された特定の者に影響を与える決定のみを行う一本人に対する代理人、子どもに対する親、患者に対する医師を想起されたい。それに対して、公的受認者は、一般的に、市民という大きなクラスのために決定を行うのであり、市民のなかの一部ではその利益が損なわれることもありうる。⁶⁵ しかし、

⁶³ 独立宣言が表現したように、「被治者の同意」を通じてのみ、統治の「正当な権限 (just power)」が導かれる。THE DECLARATION OF INDEPENDENCE para. 2 (U.S. 1776). See Michael Serota, *Intelligible Justice*, 66 U. MIA. L. REV. 649 (2012) (「アメリカ政治理論の核心にあるのは、政治的権能が公衆の同意に根ざすという根本的な原理である」).

⁶⁴ Fox-Decent, *supra* note 13, at 288.

⁶⁵ See Malcolm Thorburn, *Justifications, Powers, and Authority*, 117 YALE L.J. 1070, 1103

このことは、それほど決定的な差異ではない。私法領域で複数の受益者—例えば、会社内の利害が衝突する株主、完全には一致しない利害をもつ集団の構成員の遺言あるいは信託に対する受益者、クラス・アクションにおける訴訟提起について同一のインセンティブをもたない一連の依頼人—が生じるような場合には、受認者は、すべての受益者に対して平等かつ合理的に行動することのみが求められる。⁶⁶ しかし、必ずしも文脈の置き換えが円滑にゆくとは限らず、公的受益者は形態構造的には類似しているものの、私法上の対応する事項とその由来は同一ではないことに注意すべきである。

それにもかかわらず、過去10年間に於いて、信認原理を公法領域に適用することの有用性が再評価されてきており、行政法、憲法、国際法、ならびに民主的代表理論と同じくらいに多様性をもつ信託原理分野への新しい洞察が生み出されてきている。⁶⁷ そのような潮流のなかで、本稿は、裁判官が受認者であるのか、誰に対する受認者なのか、選挙される裁判官は任命される裁判官と異なるのか、という点を問うことにより、国家の統治機構を受認者として解釈する公法プロジェクトを継続している。究極的には、裁判官を受認者として理解することは、司法の役割について多くのことを明らかにし、裁判官が被治者にいかにして積極的に関与するのかという指針を提供するものである。

(2008).

⁶⁶ See Fox-Decent, *supra* note 13, at 265 (「公法に典型的な複数の受益者の文脈において、忠実性 (loyalty) は公正さと合理性として現われている」).

⁶⁷ See Criddle, *Foundations*, *supra* note 13 (行政法); Criddle, *Administration*, *supra* note 13 (行政法); Natelson, *The Constitution*, *supra* note 14 (憲法); Natelson, *Judicial Review*, *supra* note 14 (憲法); Criddle, *supra* note 24 (国際法); Evan Fox-Decent & Evan J. Criddle, *The Fiduciary Constitution of Human Rights*, 15 LEG. THEORY 301 (2009) (国際法); Evan J. Criddle & Evan Fox-Decent, *A Fiduciary Theory of Jus Cogens*, 34 YALE J. INT'L L. 331 (2009) (国際法); Leib & Ponet, *supra* note 13 (民主的代表); Fox-Decent, *supra* note 13 (国家の統治機構); Ponet & Leib, *supra* note 21 (立法者).

Ⅱ．裁判官は受認者か、誰に対する受認者か

これまでに論じてきた信認の原理の背景と、その原理が描き出す公的制度の特徴をふまえた上で、裁判官が受認者とされるべきであるのか否かについての問いを検討してゆきたい。本章では、まず、裁判官を受認者とする考えが、アメリカの立憲主義の伝統においていかなる淵源を有しているのかについて説明し、裁判官を受認者として概念化するための機能的立論を明らかにしたい。次章のⅢ章では、この概念化を適用する前に解決すべき、3つの課題に取り組みたい。第1に、裁判官の受認者たる地位により保護される受益者のクラスはいかにして想定されるのか。第2に、選挙される裁判官と任命される裁判官の双方を受認者として取り扱うことは可能なのか。そして第3に、裁判官の信認義務の検討へ向けて、司法の文脈における信認のアカウンタビリティの問題に直面しなければならない。裁判官が通常、信認義務の「強行者」として考えられるのであれば、司法を私的な受認者として構想し、それを裁判官自身に対して適用しうるのであるのか。

A．裁判官を受認者として解釈する歴史的・機能的立論

アメリカの共和国の黎明期から、憲法起草者らは、公共信託の形式、つまり典型的な受認者の地位と類似するであろう司法を構想していた。この構想は、建国の父祖らによる建国期の著作—とりわけ、マディソン (James Madison)、ハミルトン (Alexander Hamilton) ならびにジェファソン (Thomas Jefferson) の著作—に深く浸透しているが、さらに、彼らに影響を与えたイギリスの政治思想とコモン・ローの慣行においても深く根ざしている。フェデラリスト・ペーパーズにおける、司法審査の正当化についての最も基本的な説明を想起されたい。

「裁判所は、何よりも議会をその権能として与えられた権限の範囲内にとどめておくために、人民と議会との仲介機関となるように構想された。…したがって、[合衆国憲法の]意味を確定し、立法機関が制定するいかなる特定の法律の意味も確定することは、[裁判官]の権限に属する。もし憲法と法律との間に調和しがたい矛盾が生じるならば、より優越する義務と

効力とが優先されるべきであるのは明白である。つまり、換言すれば、合衆国憲法が制定法より優先すべきであり、人民の意思がその代理人の意思より優先すべきなのである。」⁶⁸

この憲法と制定法解釈にかかる裁判官の二重の義務の権威的説明において、裁判官の職務は、人民の意思により信託され、人民を人民の「代理人」として行動する者から保護することである。⁶⁹ 統治の広範な責務を政治的代表へと委譲する結果として生じうる代理人のコストから民衆を保護するための自覚的な制度設計の選択として、法的権能は、授權された立法機関を、その公式な制約内にとどめておく態様として一しかし同時に、人民の意思を直接的に代表する態様としても一概化されるのである。⁷⁰

⁶⁸ THE FEDERALIST No. 78 (Alexander Hamilton) (Clinton Rossiter ed., 1961).

⁶⁹ 立法者の役割を受認者として検討する先行業績として、See Ponet & Leib, *supra* note 21; Leib & Ponet, *supra* note 13.

⁷⁰ 裁判所も人民の明確な委任行為を通して授權がなされているがゆえに、憲法裁判所が代理人ないし受託者としてより良く考えられるか否かについての議論が存在している。See Giandomenico Majone, *Two Logics of Delegation: Agency and Fiduciary Relations in EU Governance*, 2 EURO. UNION POL. 103 (2001); Alec Stone Sweet, *Constitutional Courts and Parliamentary Democracy*, 25 W. EURO. POL. 77 (2002); Karen J. Alter, *Agents or Trustees? International Courts in Their Political Context*, 14 EURO. J. INT'L RELATIONS 33 (2008). 本稿での解釈によれば、受認者という観念が代理人＝受託者の議論と併存している。なぜなら、代理人・受託者の双方のカテゴリーが、本質的に受認者であるからである。Leib & Ponet, *supra* note 13, at 6-9 では、この議論の併存性を論じている。裁判官の中には、代理人に近いものもあれば（選挙によるアカウントビリティとより緊密に結びつけられている裁判官を想定しうる）、より明確に受託者である（自己の受益者と全く選挙によるつながりをもたない裁判官を想定しうる）ものもあるであろう。しかし、地元の有権者と選挙上のつながりをもつ裁判官でさえも、その意思決定にあたっては、裁判官に対する選挙権をもたず、あるいは反対の意思を示すことができない人々について配慮することが要求される。州の選挙される裁判官が、合衆国憲法上の問題を決定しなければならない場合を想定されたい。そのような文脈では、通常は代理人である裁判官が、受託者として行動しなければならないであろう。本稿の観点からは、すべての事例において、裁判官は、受認者なのである。

このことは、連邦制の統治機構においてもあてはまる。なぜなら、まさに州の統治システムにおいて、裁判官は選挙を通じて人民の意思とより直接的に結び付いているからである。マディソンがフェデラリスト・ペーパーズで唱えたように、「連邦政府と州政府は、実際には、それぞれが人民の代理および信託の機関であり、別個の権限で設立され、別個の目的を有している。」⁷¹ 州の裁判官であれ連邦の裁判官であれ、すべての裁判官は、この領域に入る。この文脈において、ジェファソンは、裁判官と市民とが「信頼 (confidence)」の関係で結ばれていると省察した。⁷² 信頼関係は、信託 (fiduciary) 関係とほとんど区別することができない。⁷³

ロック (John Locke) の著作は、アメリカ建国の父祖らに多大な影響を与えたが、彼によれば、全ての国家組織は、人民の信託を受けている。裁判官は、自らの職責を果たす際に、「人民の平和・安全・公共善の目的に対してのみ向けられている。」⁷⁴ そして、人民が立法権を政治的代表に委譲する際に、人民は「立法権を、人民がこの信託によってふさわしいと考える人の手の内に置こうとしたのであり、しかもそれには、宣言される法による支配を受けようという人々の信託が伴っているのである。」⁷⁵ 立法者に対する授権で重要なのは、立法者の行為は、信託に基づく人民の利益と結び付いた法的機関によって統制されるであろうということである。確かに、ロックは、立法部における人民の代表者がもつ信託上の受託者の地位に対して一そして、人民がその信託が侵害されたのか否かを判断する究極的な権限をもつことに対して、主たる関心があった。⁷⁶ しかしながら、司法権

⁷¹ THE FEDERALIST No. 46 (James Madison).

⁷² See KAHN, *supra* note 6, at 112 (citing Letter from Thomas Jefferson to Justice William Johnson, Oct. 27, 1822, available at <http://www.let.rug.nl/usa/P/tj3/writings/brf/jeff269.htm>).

⁷³ See, e.g., *Fipps v. Stidham*, 50 P.2d 680, 683 (Okla. 1935) (「信頼関係と信託関係は、法的な同義語である」); *Rieger v. Rich*, 163 Cal. App. 2d 651, 664 (1958) (「信頼関係あるいは信託関係…は法的にみて同義である」); see also BLACK'S LAW DICTIONARY 318, 658, 1314-15 (8th ed. 2004) (信託関係は、信頼関係と同義である)。

⁷⁴ LOCKE, *supra* note 49, at ch. 9, § 131.

⁷⁵ *Id.* at ch. 11, § 136.

⁷⁶ *Id.* at ch. 19, §§ 240, 242. See also ch. 13, §§ 149, 156.

と合法性は、それでもなお委譲された権限として想定されたのであり、裁判官の職務に対する授權それ自体が信託を構成すると考えられたのである。⁷⁷

このように、政治理論として裁判官を受認者として把握する歴史的系譜を説明してきたのであるが、イギリスならびにアメリカの弾劾手続をみれば、この概念が法実務においても適用されていることが分かる。実に、弾劾手続に対する信認の基準の適用は、イングランドに由来しており、パークリー（Robert Berkley）裁判官が弾劾を受けた1640年にまで遡ることができる。⁷⁸ ロジャース（E. Mabry Rogers）とヤング（Stephen B. Young）が考察したように、パークリー裁判官の弾劾手続は、「公職者がもつ信託された権限の主たる受益者として、国王が人民全体を代位することを裏付けたものであり」、まさにこの文脈では、その公職者に裁判官が含まれている。⁷⁹ この裁判官の役割を公共信託とする概念化は、イングランドからアメリカの植民地へと伝播した。すなわち、1774年のマサチューセッツ州における初期の裁判官弾劾手続は、裁判官の行動ないしその他のコミットメントが、「自己の代理人の能力を判断する人民の権利を侵害した」のか否かに焦点が当てられていた。⁸⁰ 弾劾を監督する者は、裁判官職が信託であり、公共善の促進を要求していることをよく理解していたのである。⁸¹

類似した信認基準は、アメリカ独立革命後の弾劾手続を通じて適用されている。合衆国憲法制定後、19名の公職者が弾劾され、その内の15名が裁

⁷⁷ この主題については、*Id.* at ch.18（「専制について（Of Tyranny）」）；第205節では、「裁判上の譴責や罪の宣告」に対する懸念が明示されている。Rogers & Young, *supra* note 14, at 1025-28 もまた、このロックの遺産の一部を再検討している。しかし、この先行研究は、ロックが司法権と裁判官について特別に言及することは相当に少なかったという事実に十分な注意を払わず、すべての政府権力を信託とする点で曖昧である。

⁷⁸ *Id.* at 1038-39 (citing *Articles of Impeachment of Sir Robert Berkley* (1640), 3 COBBETT'S STATE TRIALS 1283-85 (Thomas Howell ed., 1809)).

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ *Id.* at 1031（オリヴァー（Peter Oliver）裁判官の弾劾を詳述する。）。

⁸¹ *Id.* (citing BOSTON GAZETTE, Mar. 1774, at 2, col.3).

判官であった。⁸² これらの裁判官弾劾裁判のいくつかは、裁判官をあたかも受諾者のごとく取り扱ったことが明白である。例えば、ピカリング (John Pickering) 裁判官が1803年から1804年にかけて弾劾されたときには、彼は「自己の信託に反して」行動したことから起訴された。⁸³ 同様に、アーチボルド (Robert Archibald) 裁判官の弾劾を調査した委員会は、同裁判官の行為に対して信認原理を適用した。⁸⁴ 最も顕著な事例としては、連邦議会上院がリッター (Halsted Ritter) 裁判官の弾劾を検討したとき、マカドゥー (William McAdoo) 連邦議会上院議員 (民主党・カリフォルニア州選出) は、1928年のメインハード対サーモン事件 (*Meinhard v. Salmon*)⁸⁵ という信認基準を提示した古典的な判決を引用した。マカドゥーは、次のように述べる。裁判官は、「市場におけるモラルと比べてより厳格なモラル」に従わなければならない。廉直であるのみならず、最も繊細な名誉の細部事項までもが、その行為基準なのである。⁸⁶ ロジャースとヤングの研究は、

⁸² See Complete List of Senate Impeachment Trials, at http://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Senate_Impeachment_Role.htm#4. 本稿では、弾劾が連邦裁判所の裁判官を罷免するための唯一の方法であるか否かという論点については、いかなる立場も示していない。Compare Saikrishna Prakash & Steven D. Smith, *Removing Federal Judges Without Impeachment*, 116 YALE L.J. POCKET PART 95 (2006) (連邦議会は、「非行なき (good behavior)」裁判官を罷免する弾劾について、制約を受けないと論ずる); and Saikrishna Prakash & Steven D. Smith, *How To Remove a Federal Judge*, 116 YALE L.J. 72 (2006) (同旨); with Martin H. Redish, *Good Behavior, Judicial Independence, and the Foundations of American Constitutionalism*, 116 YALE L.J. 139 (2006) (弾劾は裁判官を罷免するための、議会にとって専属的な方法であるとする見解を擁護する)。ここでは、単純に次のことを指摘するにとどめたい。すなわち、合衆国憲法は、連邦政府の公職者に対する弾劾を授權しており、かつ、裁判官に対する弾劾 (15件) は、連邦議会上院議員 (1件)、大統領 (2件)、あるいは行政官 (1件) と比較して相当にポピュラーである。

⁸³ 13 ANNALS OF CONG. 319-322 (1804). ピカリング裁判官は、連邦議会上院によって最終的に有罪とされ、罷免された。

⁸⁴ See Rogers & Young, *supra* note 14, at 1044.

⁸⁵ 249 N.Y. 458 (1928)

⁸⁶ UNITED STATES SENATE, PROCEEDINGS IN THE TRIAL OF IMPEACHMENT OF HALSTED L. RITTER, S. Doc. No. 200, 74th Cong., 2d Sess. 656 (1936) (マカドゥー議員の発言)

他の弾劾の事例をさらに整理しており、裁判官を信認基準のもとで評価するという定着した慣行を明らかにしている。⁸⁷

現代の弾劾裁判は、ほぼ同じことを示している。例えば、1986年におけるクレイボーン（Harry Claiborne）裁判官に対する一連の弾劾は、同裁判官による脱税が「合衆国の人民の信託」に対する違背であるとされ、彼の行為はいくつかの信認義務に違反するものとして位置づけられた。⁸⁸ 1989年のニクソン（Walter Nixon）裁判官⁸⁹、同年のヘイスティングズ（Alcee Hastings）裁判官⁹⁰、2009年のケント（Samuel Kent）裁判官⁹¹、そして2010年のポーティアス（G. Thomas Porteous, Jr.）裁判官⁹²に対する最近の裁判官弾劾もまた、弾劾の一般的な基準が、裁判官の義務を公共信託を受けた者

(quoting *Meinhard*, 249 N.Y. at 464), *quoted and cited by Rogers & Young, supra* note 14, at 1044 n.137.

⁸⁷ See generally *Rogers & Young, supra* note 14, at 1042-44. この研究は、裁判官自体よりも、弾劾基準についてより関心を示している。

⁸⁸ See 132 CONG. REC. S. 16571, 99th Cong., 2nd Sess. (1986); 132 CONG. REC. S. 15481, 99th Cong., 2nd Sess. (1986)（「クレイボーン裁判官は、公的な信託に違反した…連邦裁判所裁判官は、独特の信託の地位にある。」）（ロディーノ（Rodino）連邦議会下院議員による発言）；132 CONG. REC. S. 14561, 99th Cong., 2nd Sess. (1986)（連邦議会下院・弾劾裁判審理報告書）（「すべての弾劾手続における究極的な論点は、公衆の信託に対する違反があったか否かという点である。」）（フェデラリスト・ペーパーズ第65編（Alexander Hamilton）を引用）「弾劾裁判を審理するよく構成された裁判所は、公職者の非行、換言すれば、公衆の信託を濫用しあるいはそれに違反したことから訴えられる違法行為[に対して存在する]」。

⁸⁹ See, e.g., 135 CONG. REC. H. 2476, 101st Cong., 1st Sess. (1989) (remarks of Rep. Sangmeister).

⁹⁰ See, e.g., 135 CONG. REC. S. 2548, 101st Cong., 1st Sess. (1989) (remarks of Rep. Bryant).

⁹¹ See 155 CONG. REC. H. 7055, 111th Cong., 1st Sess. (2009).

⁹² See 156 CONG. REC. S. 10229, 111th Cong., 2nd Sess. (2010)（レヴィン（Levin）連邦議会上院議員による発言）；156 CONG. REC. S. 8559, 8565, 111th Cong., 2nd Sess. (2010)（シフ（Schiff）連邦議会下院議員による発言）（フェデラリスト・ペーパーズ第65編（Alexander Hamilton）を引用）。

として把握する点にあることを裏付けている。⁹³ 最後に、通常の詐欺で訴えられた裁判官に対する、より一般的な事件において、裁判所は、リポートあるいは賄賂を受領する裁判官が信認の義務に違反していることを結論している。⁹⁴

しかし、歴史と慣行が、裁判官を公的受認者とする確固たる定着した概念を示している一方で、裁判官の役割の機能的分析は、この枠組みを裁判官に適用するための強固な規範的基礎を説明するものである。第 I 章で強調したように、受認者は、関連する 3 つの構成要素を用いることで同定されうる。すなわち、(1) 他者の法的利益あるいは資産について支配的な立場にある当事者に委譲される裁量あるいは権限、(2) 他者の法的利益あるいは資産について重要な統制を行う当事者に対してなされる信託、ならびに、(3) その結果として生じる、権限と裁量をもつ者により代理される利益を有する、従属的立場にある当事者の脆弱性、の 3 点を分析することになる。この枠組みにおいて、裁判官は受認者の資格が与えられる。

司法は、それが州レベルであれ連邦レベルであれ、法が何であるのかを述べる権限を有している。実に、人民主権という支配的理論は、司法権が特別に授権されることを要求する。それは、通常は、憲法を通じて授権されている。その役割を果たすために、裁判官は、自らの事件で法の支配を擁護するという委任された責務を達成するための一定の裁量権が与えられている。⁹⁵ その裁量は、制度的・文化的な独立を通じて付与される—そ

⁹³ 本稿は州レベルの裁判官に対する弾劾について分析を行うものではないが、1785 年から約 10 件の弾劾事件（および、32 件の弾劾に関連した調査）が存在する。州レベルにおいて裁判官は多岐にわたる方法で罷免されうるゆえに、罷免の基準もより多様である。See Christopher Reinhart, *Impeachment of State Officials*, Office of Legal Research Report (Connecticut), Feb. 9, 2004, at <http://www.cga.ct.gov/2004/rpt/2004-R-0184.htm>; American Judicature Society, *Methods of Removing State Judges*, at http://www.ajs.org/ethics/eth_impeachment.asp.

⁹⁴ See *United States v. Frega*, 179 F.3d 793, 803 (9th Cir. 1999); *United States v. Castro*, 89 F.3d 1443, 1443 (11th Cir. 1996). 判例評釈として、See Lisa L. Casey, *Class Action Criminality*, 34 IOWA J. CORP. L. 153, 205 (2008).

⁹⁵ 国家による「裁量の統制」は、国家の官吏を信義義務に服せしめようとするフォックスディーストによる重要な主張である。See Fox-Decent, *supra* note 13, at 294.

して、裁判官の権限内にあることが適当とされる、広範な許容される行為とその理由を認めることが共通している。裁判官が、事件の当事者と、事件で解釈され適用される法律のもとにある人々の双方の法的利益を統制しているということは、その定義からしてほぼ真実である。⁹⁶ というのは、裁判官は、私たちを刑務所に収監させることもできれば、私たちの財産と資産を侵害する判決を下すこともでき、憲法上あるいは制定法上の権利が何であるのかを教示することができ、私たちの子どもを私たちから奪うこともできるからである。

また、司法権の授権は、委託（*entrustment*）という形式をとる。信託は、その関係を適切に機能させるための要件である。なぜなら、裁判官に法的権限を委ねる者にとって、裁判官の権限行使を監視し統制することは極めて困難であるからである。⁹⁷ 司法権は人民の名のもとに行使されるのであるが、その人民は、法的専門性を欠くがゆえに、司法の意思決定を監視することは容易ではない。多くの受認者（例えば、法律家、医者、および

その主張は裁判官にまで適用を広げられるべきである（しかし、これまでのところ広げられていない）。

⁹⁶ ここでは、裁判官がもつ裁量的自由への一定の制限を正確に特定する必要も、あるいは、裁判官によって道徳的・社会的規範が実際に裁量の形式で不適切に特徴づけられているのか否かにかんする法理学の文献における争いに踏み込む必要も存在しない。See generally Kent Greenawalt, *Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters That Bind Judges*, 75 COLUM. L. REV. 359 (1975)（「裁量」のさまざまな意義を検討し、「裁量を一切認めない主張」がなぜ妥当と考えられないのかを説明する）；MICHAEL J PERRY, *THE CONSTITUTION, THE COURTS, AND HUMAN RIGHTS: AN INQUIRY INTO THE LEGITIMACY OF CONSTITUTIONAL POLICYMAKING BY THE JUDICIARY* (1982)（裁判官の広範な裁量を検討する）。

⁹⁷ 実際、私たちが継続的監視を求めているのかについては明確ではない。党派的裁判官選挙においてさえも、裁判官が各事件で常に監視を受け続けると想定する者は現実にはいない。（例えば、選挙の監視の文脈における）議員のアカウンタビリティに焦点をあてる最近の研究において、マンスブリッジは、相当に頻繁な直接的選挙により統制される場合でさえも、裁量と独立がなぜ求められるのかについて主張を展開している。See Jane Mansbridge, *A "Selection Model" of Political Representation*, 17 J. POL. PHIL. 369 (2009).

会社取締役)はその種の専門家であるが⁹⁸、裁判官がその領域における専門家であることは確かである。通常、人民は、人民の名の下に宣言される判決を信用しなければならない。司法の受認者がその信託に違反する際に制裁を設ける余地は(多様なアカウンタビリティのメカニズムを通じて)存在するのであるが、司法の独立は、司法判断の排除しがたい特徴である。なぜなら、信託それ自体が、独立の条件を必然的に与えるからである。さらに、(一般的には明示の同意なくして与えられる)信託は、市民が最初に権限委譲について同意し、かつ、その後も継続した形で市民が進んで法に従うことを、究極的には必要とするのである。⁹⁹

最後に、(法を適用あるいは解釈するという)重要な法的権限の委譲は、権限を委譲した当事者を、支配・略奪・濫用に対して部分的に脆弱な状態に置くことは明白である。裁判官が、人、財産、資産、自由ならびに権利に対してもつ権限および支配を考慮するならば、脆弱性は、裁判所内の市民の関係において構造的に埋め込まれたものである。私たちを収監し、私たちの住居を収用し、私たちに罰金を支払わせ、私たちの運転免許を取り

⁹⁸ See *Burdett v. Miller*, 957 F.2d 1375, 1381 (7th Cir. 1992) (Posner, J.). それでもなお、専門性が受認者となる要件とされてはいないことは、あまり認識されていない。See Paul B. Miller, *Justifying Fiduciary Duties* 20 (forthcoming 2013) (manuscript on file with authors).

⁹⁹ このことは、次の文献における、統治についての基本的洞察である。MELISSA S. WILLIAMS, *VOICE, TRUST, AND MEMORY* (1998); and Philip Pettit, *Republican Theory and Political Trust*, in *TRUST AND GOVERNANCE* 295 (Valerie Braithwaite & Margaret Levi eds., 1998). 伝統的な政治理論は議員と行政官に信頼を置くこの洞察を受け入れてきたのであるが、本稿は、その洞察をさらに裁判官へ拡張するものであり、このような拡張はタイラーの多くの研究によって支持されている。See, e.g., TOM R. TYLER, *WHY PEOPLE OBEY THE LAW* (1990).

ここでの信頼は、権限を委譲した当事者が常に裁判官に対して感じる心理的状态あるいは感情として実際に想定されている訳ではないのは明らかである。むしろ、信認原理がとりあげる信頼は、争点となっている信認関係の構造的特徴であり、権限の委譲を可能にし、受認者の決定に従う継続的意思を促進する潤滑油のようなものである。しばしば、いったん委譲された権限それ自体こそが、受益者が仮に心理的に受認者を信頼していない場合においてさえも、その受益者が信頼する必要がない状態に受益者を置くのである。

消し、私たちの憲法が私たちの考えるような意味ではないことを説き、その他の典型的な強制行為を行う裁判官の決定に対して、私たちすべてが脆弱な立場にある。

信認に係る3つすべての構成要素が裁判官の事例において合致するため、アメリカの歴史と慣行が、裁判官を受認者として扱うことを明確に示す理由が十分にあるといえる。本章の残りでは、裁判官を受認者として考える際の困難と課題について検討したい。さらに第Ⅲ章では、裁判官の信認義務に立ち戻り、裁判官倫理と裁判官の解釈の領域においてその信認義務がいかなる関係を有するのかについて説明を行う予定である。

B. 裁判官を受認者として考慮する際の3つの課題

1. 誰が受益者か

信認モデルを裁判官の役割に対して適用する前に、裁判官の信認の委託に対する受益者を同定する必要がある。この問題に対する答えは決して瞭然としたものではない。裁判官を受認者として構想した少数の先行研究（裁判官自身による研究も含む）のなかには、裁判官がクラス・アクションのクラスの構成員に対する受認者であると主張する研究もある。¹⁰⁰ し

¹⁰⁰ See, e.g., Judith Resnik, *Money Matters: Judicial Market Interventions Creating Subsidies and Awarding Fees and Costs in Individual and Aggregate Litigation*, 148 U. PA. L. REV. 2119, 2168 (2000); William C. Rand, *The Role of the Judge as Protector in Class Action Settlements*, N.Y.L.J., Sept. 24, 2002, at 4; Joseph A. Grundfest, *Attorneys Fees in Class Action Securities Fraud Litigation: A Proposal for Addressing a Problem That Has No Perfect Solution* 5 (June 1, 2001) (Third Circuit Task Force on Selection of Class Counselにおける証言), at <http://www.ca3.uscourts.gov/classcounsel/Witness%20Statements/grundfest2.pdf>; Susan P. Koniak & George M. Cohen, *Under Cloak of Settlement*, 82 VA. L. REV. 1051, 1122 (1996). この解釈を支持する主張として、See *Reynolds v. Beneficial Nat'l Bank*, 288 F.3d 277 (7th Cir. 2003)（「当裁判所および他の裁判所は、クラス・アクション訴訟の和解段階の地方裁判所裁判官を、そのクラスの受認者として認定するに至った。それゆえ、同裁判官は、法が受認者に対して求める高度の注意義務に服することになる。」）; *In re BankAmerica Corp. Sec. Litig.*, 228 F. Supp. 2d 1061, 1064

かし、この裁判官の受託者としての地位を狭く解釈する理解は、本稿の立場が示すところとは異なっている。本稿の歴史的・文化的立論は遙かに広範であり、それは、裁判官から信託の保護を要求するより広範な「クラス」を示唆するのである。統治政体において、法的利益についての権限を委譲し、信託を行い、司法の行為に対して脆弱性を有しているすべての者を対象とするためには、より広い網が必要である。そして、裁判官を「コモン・ローの信託財産」に対する「受託者」として考慮し、そのような地位を用いて、裁判官の「信託財産」に対する一定の信託義務を引き出そうとする研究¹⁰¹とは異なり、本稿の立論は、裁判官の信託義務を、裁判官に権限を授権し委譲した人々に対する裁判官の受託者たる地位と結び付いた、根本的に関係的な立論である。これまで説明してきたように、信託原理は、力と脆弱性の関係における者に対する統治のメカニズムなのであり、それゆえ、「コモン・ロー」は関連する受益者の関係の説明を行うためには不十分なのである。

むしろ、本稿の歴史的・機能的分析は、裁判官がその利益を信託されていると想定される受益者が、「人民」というクラスであることを示している。しかし、「人民」はその意義が明瞭でなく、とらえどころのない集団である—さらに、法域によって変化しうるものである。ある意味では、「人民」とは、人民の代表が「人民」の利益と意思について主張するときに現れる概念としてのみ存在している。カーン (Paul Kahn) は、次のように述べる。

(E.D. Mo. 2002); *In re Sunbeam Sec. Litig.*, 176 F. Supp. 2d 1323, 1332 (S.D. Fla. 2001); *In re Bausch & Lomb, Inc. Sec. Litig.*, 183 F.R.D. 78, 82 (W.D.N.Y. 1998); *In re Prudential Sec. Inc. Ltd. P'ships Litig.*, 985 F. Supp. 410, 414 (S.D.N.Y. 1997); *Feinberg v. Hibernia Corp.*, 966 F. Supp. 442, 446 (E.D. La. 1997); *In re Quantum Health Res., Inc.*, 962 F. Supp. 1254, 1256 (C.D. Cal. 1997); *In re Gould Sec. Litig.*, 727 F. Supp. 1201, 1203 (N.D. Ill. 1989); *In re Wash. Pub. Power Supply Sys. Sec. Litig.*, 19 F.3d 1291, 1302 (9th Cir. 1994); and *Grunin v. Int'l House of Pancakes*, 513 F.2d 114, 123 (8th Cir. 1975); *Greenfield v. Villager Indus., Inc.*, 483 F.2d 824, 832 (3d Cir. 1973). このモデルの否定としては、*See Casey, supra* note 15, at 1318-23.

¹⁰¹ *See Sarah M.R. Cravens, Judges as Trustees: A Duty to Account and an Opportunity for Virtue*, 62 WASH. & LEE L. REV. 1637, 1639-40 (2005).

「近代民主政体においては、代表の要求がなされなければならない。その要求は、人民に委ねられなければならない。人民は測りうるもの事柄として存在するのではなく、代表から離れて考慮されるものではないため、人民を代表するという要求は常に論争的である。ある代表の要求は、別の代表の要求と衝突する。いずれの要求も、人民自体に照らして測られうるものではない。」¹⁰²

しかし、カーンによるときに行き過ぎた擬制主義的見解—人民は、政治的分節（political articulation）の以前には、いかなる斟酌すべき意見・意思・選好も事実上もたないという見解¹⁰³—は、民主的統治の第一原則は、人民が「裁判官の意見の権威の概念的根拠」であり、人民が「法秩序の基礎」であるという彼の主張によってバランスが保たれている。¹⁰⁴ 裁判官の意見は、それが人民を代表していると妥当に考えられる限りにおいてのみ、正統なのである。¹⁰⁵

¹⁰² KAHN, *supra* note 6, at 200（脚注は削除）。*See also id.* at 204（「人民の代表から離れた現実の人民を明らかにする、いかなる偏りのない根拠も存在しない。人民は、代表される対象としてのみ現われる。授權された代表において、あるいは裁判所の法の支配[それ自体が代表の主張である]についての分析において、人民が見出されるのか。当然、その双方において人民は見出される。常に、至る所で、論争が存在する。」）*id.* at 206（「我々の民主的政治秩序における権力争いは、人民を代表するための対立する主張の間の争いである。いかなる者も、いかなる機関も、人民ではない。『人民の』という表現は、主張であり、権力の言い分であり、支配への要求である。人民は、多様な代表のなかに、あるいはそれらを通じて、自らを提示している。主権者たる人民とは、代表の論争的要求の領域を生み出す信条の対象なのである。そのような主張の各々が、解釈の論点を提供している。それら全体の空間において、それらは我々の政治的生活を特徴づける解釈上の討論を議論している。」）。

¹⁰³ *Id.* at 210（「最高裁判所の法廷意見は、人民の意見を顕現させるものである。」）；*id.* at 216（「人民の意見は、最新の世論調査や歴史的調査を通じて発見される事実ではない。その意見に現われる「真実」へ自律的に近づいてゆく方法は存在しない。人民の意見は、「最高裁判所の法廷意見」の小さな間隙以外に、存在しないのである。」）。

¹⁰⁴ *Id.* at 211.

¹⁰⁵ *See id.*（「法の支配とは、選挙された公職者による政治活動と同じように、人民の代表でもある」）。*See also* PERETTI, *supra* note 20, at 84（裁判官の代表的資格が「直

それゆえ、「人民」という広範なクラスを信託として代表することは困難に思われるかもしれないが、民主的統治はまさにそれこそを求めている。裁判官が信託において公衆の利益を引き受けているということは、単なる修辞や類推を超えた意味を有している。つまり、人民は、裁判官の現実の受益者であり、かつ、裁判官は、その行為を信託の基準に合致させなければならない。確かに、連邦裁判官の標準的な事例においては、連邦裁判官の終身制、「法廷」意見による意見執筆者の秘匿、その他の制度設計上の特徴が、裁判官を没個性化し、代表の関係を見えにくくしている。¹⁰⁶ しかし、裁判官が人民を代表していると考えられることは、それでもなお明らかである。¹⁰⁷ —そして、受認者の資格において人民を代表していることも、明らかである。この裁判官の代表方式は、選挙を基盤とする議会の代表という、より典型的なつながりとは抵触するのかもしれないが、従来の民主的理論とはひとしく合致している。裁判官は、法について語りそれを適用するが、それは、人民の民主的な表現でもある。立法部の代表が、人民とその代表による裁量的意思決定との間の間隙を埋める必要がある—しかし同時に、自らが語る対象である人民との関係を失うことができない—の

接選挙により」強制されない場合でさえも、「裁判官の選任という価値前提 (value premises) と選任後の裁判官の判決という価値前提の間のつながりが重要であり、そのつながりが間接的な形式の政治的代表的間接形式を構成する」と主張する。).

¹⁰⁶ KAHN, *supra* note 6, at 218.

¹⁰⁷ *Chisom v. Roemer*, 501 U.S. 380 (1991) における議論は、裁判官が1965年投票権法の意義における「代表」であるのか否かについて、正面にこの論点を扱っている訳ではないが、示唆を与えるものである。この事件において合衆国最高裁判所は一その判示は選挙された裁判官に限定されるが一、以前の事件で示された見解をより基本的に否定している。その事件では、「裁判官を代表として特徴づけることは事実上誤っている。なぜなら、世論は裁判官の役割とは無関係であるからである。裁判官は、代表の機能は何であれ全く果たすことはない。裁判官は、いかなる者も代表しないのである。」 *Chisom*, 501 U.S. at 389. 合衆国最高裁は、チズム事件において、「裁判官職は代表職ではなく、それゆえその官職にある者は、代表者ではない」とするスカルリア (Scalia) 裁判官の反対意見 (*id.* at 404-17) において支持された一見解を最終的には否定した。 *Id.* at 389. チズム事件における決定は、確かに選挙される裁判官について述べているのだが、本稿のⅡ章B節2項で、選挙が裁判官を受認者たる代表として考える必須条件ではないことは説明したとおりである。

とまさに同様に、司法部の代表もまた、裁量権をもちながら、受益者たる人民の最善の利益に常に鑑みて行動しなければならないのである。

さらに議論を進める前に、2点、注意をしておきたい。第1に、受認者として裁判官を理解することは、裁判官と（「人民」の構成員たる）市民との間の関係を個人的にする（personalize）ものであるが、その関係をさらに個人的なものへとすることができるかもしれない（が、そうしていない）ということである。つまり、個人的な訴訟当事者を関連する受益者として概念化し、あるいは、代わりうる方法として、訴訟当事者を人民全体の直接の代役として扱うという方法である。¹⁰⁸ 一見したところ、これら双方のアプローチの魅力は乏しいようにみえる。なぜなら、裁判官は、自らの事件の訴訟当事者に対して、その主張を聞き十分かつ公正な配慮を行うという義務に加えて、デュー・プロセスと法の下での平等保護の原理と合致すべき義務を負っていることは明白だからである。¹⁰⁹

しかし、これらの訴訟当事者に対する義務は、直接的には信認ではなく、また、訴訟当事者に対してのみ負う義務は、ここで説明してきた裁判官の民主的理論とも合致しない。訴訟当事者に対する責任は、裁判官の信認義務の反射的責任ないし表出的責任として考えられるのかもしれない¹¹⁰が、現実の受益者は、実際に、人民というより広い範囲で考えられなければならない。訴訟当事者は、裁判官が公衆に対して負う義務から利益を受けるのであるが（そして、訴訟当事者は、裁判官に対して、違反について異議申立てを行いうる法的立場にあるがゆえにその義務を強制することができるのであるが）¹¹¹、裁判官は、全体としての（wholesale）公衆の信託に

¹⁰⁸ 一部が全体を表す修辞法は、「提喩法（synecdoche）」として知られている。政治理論における代表の工夫として提喩法を用いることは、次の研究で議論され批評されている。BRUCE A. ACKERMAN, 1 WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS 181-83 (1991). See also Christopher J. Peters, *Adjudication as Representation*, 97 COLUM. L. REV. 312 (1997)（裁判所における訴訟当事者は、司法のルール形成に参加しており、そのルールに拘束されるであろうのちの当事者の利益代表として行動することにより正統性が与えられていると主張する）。

¹⁰⁹ 訴訟当事者に対する義務についての詳細は、第Ⅲ章以下を参照。

¹¹⁰ 第Ⅲ章以下を参照。

¹¹¹ このように解釈することで、（例えば、会社のような法人や外国人のように）関

より、その職務に拘束されている。個別の（retail）レベルで裁判官職が与えられたり、司法権が授権ないし委譲されたりするのではない。裁判官が訴訟当事者間の和解を認める場合、裁判官は、当事者の利益のみならず、より一般的な公益も擁護しなければならないのである。¹¹²

もちろん、大多数の事件において—その事件が私法に係るものであれ公法に係るものであれ—、裁判官は主として、人民全体ではなく、裁判官の面前の訴訟当事者に集中していると考えられる。しかし、このことは、人民のための裁判官の職務が、法廷の扉で遮られているということにはならない。むしろ、人民に対する義務は、各々の訴訟へと及んでいる—そして、両当事者の間の公正かつ正当な司法的判断が、裁判官が人民に仕える方法なのである。裁判官は、その責任を公正かつ公平に果たし、その統治システムと法の支配を確認することによって、受益者に奉仕している。仲裁人は、訴訟当事者間の合意に基づき紛争を解決するが、「法」に仕え訴訟当事者に対して義務を負うのかもしれない—しかし、仲裁人は、民主制において裁判官職に就くものではなく、したがって、裁判官がそうであるように、人民に対して責任を負うということはない。¹¹³ まさにこの理由によって、公的な裁判官が、過度に私的な仲裁人として行動しようとする、人民の憤慨を引き起こすのである。¹¹⁴

第二の注意点は、制定法解釈の問題にかかわる注意点である。裁判官は、憲法解釈とコモン・ローの司法的判断と少なくとも同等かそれ以上の制定

係のある「人民」の実際上の構成員ではない訴訟当事者に対して、司法の義務をなお主張するためにエンパワーする有益な効果がある。

¹¹² See SEC v. Citigroup Global Markets, Inc., 2011 U.S. Dist. LEXIS 135914; Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P96, 597 (Nov. 28, 2011, Rakoff, J.).

¹¹³ バグチ (Aditi Bagchi) の示唆に感謝する。公益の考慮を取り入れた実体法を適用しなければならない—例えば、国内の契約法あるいは国際的な国境紛争の一事例における仲裁人の地位は、興味深い問題である。しかし、本稿のモデルは、公職にある公職者に焦点をあてている。

¹¹⁴ See, e.g., Randall Chase, *Group Challenges Secret Court Arbitration in Delaware*, BOSTON GLOBE, Oct. 25, 2011, available at http://www.boston.com/news/local/massachusetts/articles/2011/10/25/group_challenges_secret_court_arbitration_in_del/.

法解釈を行っており、¹¹⁵ 裁判官の人民に対する信認関係は、コモン・ローと憲法の事件において構築される信認関係とは異なっている。この相違は、制定法解釈において裁判官は立法部の代理人として考えられ、¹¹⁶ 立法部それ自体が、それが代表する人民の資格において受認者として行動していることが想定されている、ということに起因している。¹¹⁷ 第Ⅲ章において改めて裁判官の信認義務を特定する際にこの構造のいくつかの帰結について論ずる予定であるが、ここでは次のことを指摘すれば足りるであろう。1人の主人に仕える受認者でありながら2人の主人に仕える難しさはあるものの、¹¹⁸ 裁判官は、別の代表もまた国家統治において人民の最善の利益を追求していることが想定されているという理由で、人民との信認関係を放棄することはできない。権力の抑制と均衡のシステムは、一方の部門が他の部門に対して権力を放棄するということが決して存在しない場合においてのみ、機能するのである。

2. 選挙される裁判官との差異はあるのか

これまで裁判官受認者モデルにおいて問題となる受益者について明らかにしてきたが、本節では、州レベルの裁判官選挙が本稿の分析枠組みの

¹¹⁵ See Ethan J. Leib & Michael Serota, *Don't Focus Solely on the Constitution*, USA TODAY, June 30, 2010, at http://www.usatoday.com/news/opinion/forum/2010-07-01-leib30_ST_N.htm.

¹¹⁶ See Merrill, *supra* note 9. 裁判官を「関係代理人」として扱うより洗練された研究として See William N. Eskridge, Jr., *Spinning Legislative Supremacy*, 78 GEO. L.J. 319 (1989).

¹¹⁷ この主張は、筆者らの次の研究における中心的な主張である。Leib & Ponet, *supra* note 13.

¹¹⁸ See *In re Estate of Rothko*, 379 N.Y.S.2d 923, 935 (Sur. Ct. 1975)（「[受認者は] 2人の雇用者に仕えることはできない。もし受認者が自己の財産に対する義務と自己の法人に対する義務との間に利益相反がある場合には、受認者は辞任するか、裁判所に対して事前に指示を求めなければならない」）。*Modified*, 392 N.Y.S.2d 870 (App. Div.), *aff'd*, 372 N.E.2d 291 (1977). この論点については、本稿第Ⅰ章の脚注65, 66で検討している。

核心を変化させるのか否かを検討したい。上記の歴史指向かつ実務指向の分析の大部分は、連邦の裁判官に焦点を当てており、連邦の裁判官は選挙によるアカウンタビリティから「独立」し、大きな裁量を有し、市民に対するアカウンタビリティを補強するために信認モデルを要求するようと思われるが、裁判官が統治組織において様々な方法で選任されることは明らかである。州レベルでは、89%の州の裁判官が何らかのタイプの選挙を受けている。具体的には、[対立候補のない] 信任投票（上訴裁判所裁判官の42%、事実審裁判所の裁判官の19%）、非党派的裁判官選挙（上訴裁判所裁判官の20%、事実審裁判所裁判官の41%）、および党派的裁判官選挙（上訴裁判所裁判官の33%、事実審裁判所裁判官の38%）がある。¹¹⁹ 裁判官選挙は、伝統的に、活気がなく、競争的でなく、注目を集めないものであると考えられてきた（その顕著な例外は、1986年のカリフォルニア州最高裁判所における信任投票であり、州民は、3名の裁判官が再び裁判官職に就くことを、それまでに下した判決を理由に拒否した）のであるが、最近の多くの裁判官選挙は、政策に影響を与え、政治的論点への運動を結集し、裁判官をその職から退けるための、極めて顕著かつ効果的な方法となってきた。¹²⁰ そして、合衆国憲法における選挙資金にかかる最近の判決を

¹¹⁹ See Roy A. Schotland, *New Challenges to States' Judicial Selection*, 95 GEO. L.J. 1077, 1104-07 (2007); Jed Handelsman Shugerman, *Economic Crisis and the Rise of Judicial Elections and Judicial Review*, 123 HARV. L. REV. 1061, 1063-64 (2010).

¹²⁰ これらの裁判官選挙党派化事例の最近の進展を省察する論稿として、See Roy A. Schotland, *Iowa's 2010 Judicial Election: Appropriate Accountability or Rampant Passion?*, 46 COURT REV. 118 (2009-10); and David E. Pozen, *What Happened in Iowa?*, 111 COLUM. L. REV. SIDEBAR 90 (2011), http://www.columbialawreview.org/assets/sidebar/volume/111/90_Pozen.pdf. ショットランドの研究は、最近のアイオワ州の裁判官選挙を特に詳細に検討し、かつ、2010年のアラスカ州、コロラド州、フロリダ州、イリノイ州、ならびにカンザス州における顕著な裁判官選挙についても検討を加えている。Schotland, *supra*, at 119-20 n.3. より最近の分析を行うならば、ミシガン州とウィスコンシン州における裁判官選挙に着目すべきであろう。しかし、2008年においてさえも、ミシガン州の裁判官選挙は、裁判官の解釈の「政治化 (politicizing)」への手段であった。See Abbe R. Gluck, *Laboratories of Statutory Interpretation: Modified Textualism and Methodological Consensus in the States*, 119 YALE L.J. 1750, 1808-09 (2010).

併せて考慮するならば、¹²¹ 州の選挙される裁判官における独立が消えてゆく潜在的可能性についての懸念が高まりつつある。いかに裁判官選挙の望ましさが評価されるとしても、裁判官選挙の現状に鑑みれば、裁判官信認モデルが、裁判官選任のメカニズムとは無関係に、すべての裁判官に対して適当であるのか否か、という点についてさらに検討する必要が生じているといえる。

ある観点からは、選挙を受ける州の裁判官が連邦の裁判官と決定的に異なっていることは明らかであると思われる。¹²² 憲法理論の中核にある病的執着が、「反多数派支配主義の難点（*countermajoritarian difficulty*）」、つまり、選挙されておらずアカウンタビリティをもたない和仮定される裁判官が民主的多数派の制定した法律に判断を下すことにかんする論点にある限り、¹²³ その問題は、選挙される裁判官という文脈の中で相当に改善さ

筆者の内の2名は、ミシガン州におけるこれらの党派化の進展について検討している。Leib & Serota, *supra* note 18, at 52 n.16. ポーゼン (Pozen) の研究 (*supra*, at 98) は、アイオワ州の最近の選挙について鋭く分析しており (その指摘は一般化が可能であると考えられる) より重要である。「裁判官選挙罷免キャンペーンの最も深刻な影響は、アイオワ州内の目に見える影響にあるのではなく…州外の裁判所に対する目に見えない影響にあるということがあり得る」。

¹²¹ See, e.g., Joanna J. Weinberg, *Citizens United and Judicial Elections*, THE RECORDER, June 9, 2011, at 2. 特に裁判官選挙の文脈からみた *Citizens United* 判決に対する州の対応についての総合的な報告書 (カリフォルニア州議会下院司法委員会) として、See Carmen Lo et al., *Spending in Judicial Elections: State Trends in the Wake of Citizens United*, Public Law Research Institute, at <http://www.uchastings.edu/public-law/docs/judicial-elections-report-and-appendices-corrected.pdf>. *Citizens United* 判決以前においてさえも、裁判官選挙における特定の利益集団の選挙資金からみた裁判官の行動に対する憂慮は、広く行き渡っていた。See generally Joanna M. Shepherd, *Money, Politics, and Impartial Justice*, 58 DUKE L.J. 623 (2009); Jed Handelsman Shugerman, *The Twist of Long Terms: Judicial Elections, Role Fidelity, and American Tort Law*, 98 GEO. L.J. 1348 (2010).

¹²² ロードアイランド州においては、連邦政府と同様、裁判官は任命されかつ終身である。

¹²³ See, e.g., Mark A. Graber, *The Countermajoritarian Difficulty: From Courts to Congress to Constitutional Order*, 4 ANN. REV. L. & SOL. SCI. 361, 380 (2008); Barry Friedman,

れるようにみえる。¹²⁴ 現実問題として、州の裁判官が平均的な事件において連邦の裁判官よりも多数派の選好に対してより責任とアカウンタビリティをもつことは極めてありそうなことであり、¹²⁵ 選挙が司法の正統性を認識する一助となり、¹²⁶ あるいは実際に異なる司法審査の形態を正当化する¹²⁷といった理由があるのかもしれない。したがって、信認モデルは、

The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five, 112 YALE L.J. 153 (2002).

¹²⁴ See Pozen, *supra* note 3, at 324; Helen Hershkoff, *Positive Rights and State Constitutions: The Limits of Federal Rationality Review*, 112 HARV. L. REV. 1131 (1999). 反多数派支配主義の難点は、連邦裁判所の文脈においてさえも、なお奇妙な執着 (odd fixation) である (私たちの立法部の代表が本当に代表であると考える者はいのだろうか)。しかし、この論点の検討は別の機会に譲りたい。

¹²⁵ この研究については、See Neal Devins, *How State Supreme Courts Take Consequences into Account: Toward a State-Centered Understanding of State Constitutionalism*, 62 STAN. L. REV. 1629, 1659-71 (2010); Amanda Frost & Stefanie A. Lindquist, *Countering the Majoritarian Difficulty*, 96 VA. L. REV. 719 (2010); Joanna M. Shepherd, *The Influence of Retention Politics on Judges' Voting*, 38 J. LEGAL STUD. 169 (2009).

¹²⁶ 裁判官選挙が、州裁判所の正統性についての公衆の認識を補強しあるいは損傷するののかという点について、実証的研究と規範的研究の双方が存在する。Compare CHRIS W. BONNEAU & MELINDA GANN HALL, IN DEFENSE OF JUDICIAL ELECTIONS 17 (2009) (裁判官選挙は州裁判所へ正統性を付与すると主張する); James L. Gibson, Jeffrey A. Gottfried, Michael X. Delli Carpini, & Kathleen Hall Jamieson, *The Effects of Judicial Campaign Activity on the Legitimacy of Courts: A Survey-Based Experiment*, 64 POL. RES. Q. 545 (2011) (裁判官選挙は、裁判所の正統性の認識を促進することを立証する); with Sara C. Benesh, *Understanding Public Confidence in American Courts*, 68 J. POL. 697, 704 (2006) (裁判官選挙は、州裁判所の正統性の認識を損なうと主張する); Steven P. Croley, *The Majoritarian Difficulty: Elective Judiciaries and the Rule of Law*, 62 U. CHI. L. REV. 689 (1995) (裁判官選挙は、法の支配と立憲主義からは矛盾すると主張する)。

¹²⁷ See Pozen, *supra* note 23, at 2083-86; Hans A. Linde, *The State and the Federal Courts in Governance: Vive la Difference!*, 46 WM. & MARY L. REV. 1273 (2005); Helen Hershkoff, *State Courts and the "Passive Virtues": Rethinking the Judicial Function*, 114 HARV. L. REV. 1833 (2001); Burt Neuborne, *State Constitutions and the Evolution of Positive Rights*, 20 RUTGERS L.J. 881 (1989); Mark Tushnet, *Constitutional Interpretation and Judicial*

連邦の裁判官の説明としてよりふさわしいと考えられたとしても無理はない—憲法の構造からみれば、選挙が付与する定期的監視あるいはアカウントビリティを抜きにして独立に行使される権限の、より明確な公的信託として考えられるからである。しかし、これから説明するように、信認モデルは、連邦と州の司法部の双方に当てはまる、興味深いモデルである。¹²⁸

では、なぜ信認による代表の観念が、選挙される裁判官を受認者として考えることを排除しないのかを明確にしたい。要約すれば、裁判官選挙は、受認者の地位という核となる要素と取って代わるものではない。つまり、選挙される裁判官もまた、受益者を脆弱にさせる裁量権を委託されていることは疑いがないのである。選挙によって受益者のもつ監視の機会がさらに担保されるが、それでもなお、情報の非対称性の問題と、受認者たる裁判官と受益者たる市民の間の専門性の不平等に鑑みれば、監視するということは極めて困難なままであり続けている。ここで、マニン（Bernard Manin）による政治的代表的論理の説明が示唆に富む。すなわち、公職者の選挙それ自体がエリートの地位をもたらし、民主的指導者とその指導者が仕える人民との間の関係における優越性の要素を取り除くことはできない。¹²⁹ このことは、選挙される民主的な統治者が受認者である場合にさ

Selection: A View from the Federalist Papers, 61 S. CAL. L. REV. 1669 (1988).

¹²⁸ まさにすべての裁判官が受認者であるがゆえに、すべての裁判官が常に必ず同一の倫理的・解釈的義務をもつということにはならない。Compare Bruhl, *supra* note 11（裁判官が、自己の属する裁判所の階層にしたがっていかに異なる解釈上の義務を負うのかを検討する）。with Todd D. Rakoff, *Statutory Interpretation as a Multifarious Enterprise*, 104 NW. U. L. REV. 1559, 1571-72 (2010)（裁判官選任方式によっては、裁判官の解釈をめぐる規範は影響をうけないことを示唆する）。筆者の1名は、異なる選任方法が解釈の相違を生み出すのか否かを探究する論文を公表した。See Aaron-Andrew Bruhl & Ethan J. Leib, *Elected Judges and Statutory Interpretation*, 79 U. CHI. L. REV. 1215 (2012). 第I章で示唆しているように（引用文献について *supra* note 34 & 39）、信認義務の範囲と程度は、受認者の間で広く変わりうる。

¹²⁹ See BERNARD MANIN, *THE PRINCIPLES OF REPRESENTATIVE GOVERNMENT* 139-40 (1997)（「選挙 (election)」と「エリート (elite)」は同一の語源をもち、かつ、多くの言語において、その形容詞が傑出した人物や選ばれた人を意味するということは、偶然ではない）。

らに問題を深刻化させるのであり、それゆえ、統治者が信託における受益者の利益を確実にするよう管理するための厳格な倫理的条件を必要とするのである。立法部における選挙された代表が信託の義務を負うのとまさに同様に、司法部の代表もその義務を負っている。

古典的な「投票権者の無関心 (voter ignorance)」の問題は、立法部の文脈で大部分の民主的選挙につきまとう問題であるが¹³⁰、その問題は、裁判官選挙において一層深刻となりやすい。なぜなら、裁判官の行為は、一般的に、特別な専門的技術と専門的教育を要求するからである。裁判官選挙において、投票権者は、単一の論点のみに注目して、公職者の他の全ての評価を除外してしまうことが多く、選挙に有益に参加するにあたって不適切に知識や刺激が与えられているのが一般的である。¹³¹ 確かに、裁判官選

¹³⁰ See generally Ilya Somin, *Deliberative Democracy and Political Ignorance*, 22 CRITICAL REV. 253 (2010); Ilya Somin, *Voter Ignorance and the Democratic Ideal*, 12 CRITICAL REV. 413 (1998).

¹³¹ 政党に対する知識不足を改善できる可能性のある方法の議論として、See Ethan J. Leib & Christopher S. Elmendorf, *Why Party Democrats Need Popular Democracy and Popular Democrats Need Parties*, 100 CALIF. L. REV. 69 (2012). 政党名を明示する有用性は、党派の裁判官選挙が、非党派の裁判官選挙よりも実際には規範的に魅力である可能性を示唆している。See Brian Schaffner, Matthew Streb & Gerald C. Wright, *Teams Without Uniforms: The Nonpartisan Ballot in State and Local Elections*, 54 POL. RES. Q. 7 (2001) (非党派の裁判官選挙においては、現職効果がより高くなり、投票率はより低くなることを立証する); Gerald C. Wright, *Charles Adrian and the Study of Nonpartisan Elections*, 61 POL. RES. Q. 13, 13-16 (2008) (非党派の裁判官選挙においては、投票者は理に適った経験則を用いることがより少なくなる); Phillip L. Dubois, *Voting Cues in Nonpartisan Trial Courts: An Assessment*, 18 LAW & SOC'Y REV. 395 (1984) (同旨); Marsha Matson & Terri Susan Fine, *Gender, Ethnicity, and Ballot Information: Ballot Cues in Low-Information Elections*, 6 STATE POL. AND POLICY Q. 49 (2006) (同旨). 裁判官選挙における政党という手がかりにより、投票者を関連する基準へと目を向けさせる効果がありうることを論証する研究として、See Cindy D. Kam, *Implicit Attitudes, Explicit Choices: When Subliminal Priming Predicts Candidate Preference*, 29 POL. BEHAV. 343, 344-45 (2007) (裁判官の信任投票における政党の手がかりが、現実的な偏見をなくしうることを論ずる). But see Richard P. Caldarone, Brandice Canes-Wrone & Tom S. Clark, *Partisan Labels and Democratic Accountability: An Analy-*

挙の州外の利益集団の影響と、¹³² 多くの裁判官が立法部の議員と比較して相当に長い任期である現実に鑑みれば、¹³³ 投票権者が基本的な社会的・道徳的問題について相当に明確に意見を述べることはおそらくできるであろう。しかし、選挙が、司法部で適切な代表を選ぶための全ての必要な情報を与えると想定するのは誤りであろう。さらに、選挙された州裁判官が、州、宗教、あるいは国全体に影響を与える法の問題について語ることが要請されるとき、選挙は、関連する受益者に対して裁判官がアカウンタビリティをもつように確保するような、すべての利害関係者に対するレファレンダムではないということを認識することが重要である。すなわち、もし裁判官の判決が国家の問題に関係するにもかかわらず選挙が地方でのみ行われるのならば、国家の受益者は選挙に対する残余コントロールのメカニズムに対して全くアクセスができない。このように、意義のあるアカウンタビリティと現実の選挙の慣行の間の大きな齟齬を考慮するならば、裁判官の受認者としての地位は、なお重要かつ適切な機能をもちうる。裁判官選挙は、「絶対に確実な道德規準」¹³⁴ではなく、公職者に対する民主的コントロールを強化するための、ひとつの粗いメカニズムに過ぎない。裁判官の受認者たる地位は、別のメカニズムを反映しうるのである。

sis of State Supreme Court Abortion Decisions, 71 J. POL. 560, 571 (2009)（非党派的裁判官選挙により選任された裁判官は、党派的裁判官選挙によって選任された裁判官よりも中位投票者（median voter）の選好を追求する傾向が顕著であることを論証する）；Herbert M. Kritzer, *Change in State Supreme Court Elections: Is Voting Becoming More Partisan?* (forthcoming 2012), available at <http://ssrn.com/abstract=1879952>（非党派的裁判官選挙がより党派的になりつつあることを論ずる）。この文献の最新分析の一部は、次の著書においてみることができる。Christopher S. Elmendorf & David Schleicher, *The Known Unknown: On Voter Ignorance and Election Law* (forthcoming 2012).

¹³² See Nicole Mansker & Neal Devins, *Do Judicial Elections Facilitate Popular Constitutionalism; Can They?*, 111 COLUM. L. REV. SIDEBAR 27, 35-36 (2011), http://www.columbialawreview.org/assets/sidebar/volume/111/27_Mansker.pdf.

¹³³ See John O. Haley, *The Civil, Criminal, and Disciplinary Liability of Judges*, 54 AM. J. COMP. L. 281, 290-91 (2006).

¹³⁴ HENRY S. RICHARDSON, DEMOCRATIC AUTONOMY: PUBLIC REASONING ABOUT THE ENDS OF POLICY 34 (2002).

もし州の裁判官が、裁判官選挙によってその意思決定で直接的な指図のもとに置かれるようになるとしても（少なくとも判決のなかには、おそらく何らかの多数派の圧力のもとで下されるものも存在する）、その関係はなお、信認関係にあるといえるであろう。もし州の裁判官の役割が、より代理人ないし受託者であることが明らかになるとしても、その代理関係は、信託関係と置き換えられるものであり、信認の代表概念は、代理人と受託者の関係に付随して生じている。¹³⁵ このことは、部分的には、信認原理を統治関係の構築のために用いることについて極めて説得力があることである。選挙される公職者がいれば、そうでない公職者もいる。より代理人指向の公職者もいれば、より受託者指向の公職者もいる。しかし、すべての公職者は、通常は、信認のレンズを通じて観察されうる。私たちが最終的に信認関係を強制するよう選択する方法は、ある関係がより代理的であるのか、あるいはより信託的であるのか否かと関係している。¹³⁶ しかし、それらはすべて信認の関係にある。代理人—特に、実際には、選挙に服するときでさえも、本人が通知なしに関係を終了しうる任意の代理関係の性質をもつことはない裁判所の代理人¹³⁷—は、最初の授権における裁量を本質的な特徴としている。大部分の裁判官選挙は、対立候補がなく情報量の乏しい環境であるため、裁判官選挙における監視は特に不完全である。この事実、裁判官選挙の新たな政治からみれば変化してゆく可能性があるが、裁判官選挙の大多数においては、このことは真実であり続けるように思われる。¹³⁸ そして、裁判官の受託者関係—連邦の司法部を説明する相当に直観的な方法—は、受託者の授権の範囲外で行動したり不正行為を行ったりする者に対して、不正の除去（弾劾）という一定の形式をなお認めているのである。

¹³⁵ この立論は、筆者の次の論稿で発展している。Leib & Ponet, *supra* note 13, at 4-9.

¹³⁶ See Criddle, *Foundations*, *supra* note 13, at 179 (「受益者に対する信認義務の範囲と効果は、受益者の脆弱性と直接的に関連している」)であり、それはまた、残余コントロール権の強化と関連している)。

¹³⁷ 私的代理人と受託者の関係における受託者の解雇を統制する規定について、See RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY § 406; AND RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 37.

¹³⁸ See generally BONNEAU & HALL, *supra* note 126.

このように、いかにして選挙される裁判官と任命される裁判官—州裁判官と連邦裁判官—が受認者として適切にモデル化されるのかという点を説明することにより、受認者の関連するクラスをさらに明確化することが容易となっている。ひとつの観点からは、選挙される裁判官の「人民」への奉仕は、その選挙人団に限定されるように思われるかもしれない。もし裁判官が、ウィスコンシン州フォンジュラック・カウンティの裁判区から選出されるならば、裁判官の受益者のクラスは、そのカウンティの人口を観ることにより導くのが1つの方法であろう。¹³⁹ つまるところ、シェボーガン、ポーティジ、およびアウタガミーの各カウンティは、それぞれ独自の代表をもつ。¹⁴⁰ 純粋に地方的事項については、このことは合理的であるかもしれない。すなわち、関連する「人民」は、フォンジュラック・カウンティ内の民衆となるであろう。

しかし、もし、フォンジュラック・カウンティにおける選挙される裁判官が全州—ないし全国—にかかわる問題を決定しなければならない場合、その裁判官をフォンジュラックにおける「人民」にのみ限定した受認者としてみることは決して合理的ではないことに注意されたい。実際の問題としては、裁判官は、自らの裁判区において投票権をもつ市民の選好と利害についてより大きな注意をはらうよう動機づけられているであろう。しかし、裁判官の受託者としての役割の責任とその厳守は、裁判官がより広いクラスの受益者と関連することを要求する。もし連邦議会が法律を制定して州の裁判官がそれについて解釈をしなければならないとき、その裁判官は、自らの選挙人団の利益についてのみ配慮することにより公共信託を保護するという職務を行うことはできない。いかなる選挙される州の裁判官も、連邦の事件を扱う際には、「人民」というより広範なクラスがその裁判官を選挙しないとしてもなお、「人民」全体の利益を追求しなければならないのである。このことは、選挙が受認者としての裁判官という本質的な役割をそれほど変化させないことを明らかにする。そして、州裁判所が、

¹³⁹ 本稿では、さしあたり、「選挙人団」が、無能力者・児童・不法滞在者・重犯罪人を含むか否かという問題は保留しておく。

¹⁴⁰ 2011年のウィスコンシン州のカウンティによる裁判官選挙の内訳については、
See http://judgepedia.org/index.php/Wisconsin_judicial_elections_2011.

連邦の事件を審理する際に、信認に基づく統治により保護されるべき「人民」の関連するクラスを拡大させなければならないのとまさに同様に、連邦裁判所は、州法の事件を審理する際に、その連邦裁判所が誠実であらねばならない「人民」のクラスを縮小しなければならないのかもしれない。¹⁴¹

本稿の裁判官信認モデルから導かれ、かつそのモデルを支える一般的な信認義務の解説を行う前に、本稿のプロジェクトに対するひとつの経済的な課題について論じたい。この課題は、第Ⅲ章で裁判官の信認義務を論ずるための導入としても、ここで検討する価値がある。

3. 受認者に対する司法のアカウンタビリティは必要か

裁判官の役割についてのこのモデルに対するもっともらしい反応は、信認の法の核となる特徴は、受認者の側の便宜主義を防止して信認の義務を司法が強制するための、民事上の訴訟原因ないしその訴訟原因発生の可能性を認める危険を確実に生み出すところにある、という反応かもしれない。換言すれば、信認原理は、その本質において司法的な原理であり、信認に基づく運営あるいは代表を引き受ける者に対して、司法的に強行可能な義務を課すものである。¹⁴² もしこの構図が基本的に正しいのであれば、裁判官を信認の義務に服せしめることは奇妙な組み合わせである。なぜなら、裁判官は、他者の信認義務を強制することを通常義務づけられており、慣例として、裁判官の役割に基づいて行われるすべての行為に対して民事的責任が完全に免責されるからである。¹⁴³

¹⁴¹ 地域的要素が連邦地方裁判所の意思決定に影響をもつという事実について、*See, e.g., C.K. ROWLAND & ROBERT A. CARP, POLITICS AND JUDGMENT IN FEDERAL DISTRICT COURTS* 58-116 (1996). 「交差事例 (cross-over cases)」(ある選挙人により選出された裁判官が、別の選挙人の代表により制定された法を解釈し適用しなければならない場合)に関連した複雑さに対する慎重な注意については、*See Bruhl & Leib, supra* note 128, at Part IV.C.

¹⁴² 信認についてのこの説明は、次の研究で検討されている。Miller, *supra* 98.

¹⁴³ *See, e.g., Randall v. Brigham*, 74 U.S. (7 Wall.) 523 (1868); *Alzua v. Johnson*, 231 U.S. 106 (1913); *Stump v. Sparkman*, 435 U.S. 349 (1978); *Mirales v. Waco*, 502 U.S. 9 (1991). Much turns on whether an act is classified as judicial. *See* Peter H. Schuck, *The Civil*

しかし、この構図は2つの点でミスリーディングである。第1に、信認の法は、信認に基づく行為に対する直接的な司法審査を有効化するためのみに解釈されるものではない。むしろ、法を通じた信認原理の再強化は、信認関係がもたらし信認の法が認めるより基本的な道德規範を示して構築してゆく、ひとつの方法に過ぎないのである。一般的問題として、その規範は大部分は裁判所外で機能することから、大規模なコンプライアンスを私的な信認義務と結びつけて考慮しがちである。¹⁴⁴ 確かに、信認の法は、受認者による重大な懈怠の事例において介入するよう設計されている。しかし、信認関係は過剰に細部まで法的管理を行うと破綻するであろうことは周知の前提であることから、不完全な強制が共通化し、かつ期待されているのである。¹⁴⁵

第2に、直接的な民事訴訟がない場合でさえも、裁判官に対する信認に基づく制約を強制することは可能である。弾劾は、裁判官に対して信認に基づく制約を強制する上で、最も直接的一かつ司法的な方法である。連邦制度において、連邦議会上院は、弾劾裁判所として機能し、裁判官職にある彼を有罪とし、罷免とするか否かについての決定を評価するために、信認の基準を用いることができる。¹⁴⁶ 裁判官に対する刑事訴訟—この場合、他の裁判官によって審理される—は、重大な信認の違反行為において提起されうる。¹⁴⁷ 裁判官を選挙し、罷免請求し、あるいは[任期終了後に]信任投票を行う管轄区域において、これらの選挙は、裁判官に対する信認

Liability of Judges, 37 AM. J. COMP. L. 655, 665 (1989). 本稿の第Ⅲ章A節2項では、これらの免責が、標準的な私法上の注意義務といかにして実際に一致すると考えられるのかを議論している。

¹⁴⁴ この一般的な主張として、*See Leib, supra note 29*, at 685-86; Lynn A. Stout, *On the Export of U.S.-Style Corporate Fiduciary Duties to Other Cultures: Can a Transplant Take?*, in *GLOBAL MARKETS, DOMESTIC INSTITUTIONS: CORPORATE LAW AND GOVERNMENT IN A NEW ERA OF CROSS-BORDER DEALS* 46, 47-48, 65 (Curtis J. Milhaupt ed., 2003).

¹⁴⁵ *See Leib & Ponet, supra note 13*, at 15.

¹⁴⁶ 弾劾手続における信認基準の利用について、*See Rogers & Young, supra note 14*. ここで「彼」という語を使用するのは、熟慮の上でのことである。女性の裁判官で弾劾を受けた者は、これまでに全く存在しないからである。

¹⁴⁷ *See Geoffrey P. Miller, Bad Judges*, 83 TEX. L. REV. 431, 435 (2004).

の基準を強制する手段（不完全な手段ではあるが）として極めて十分に概念化されているのかもしれない。そのような解釈において、信認原理の倫理は、「人民」が投票用紙箱において判断を明示することを通じて「法」とされるのである。司法部の委員会であれ立法部の委員会であれ、委員会もまた、現職の裁判官を監視・調査・規律している。¹⁴⁸ 裁判官の実績評価は、19州（とコロンビア特別区とプエルトリコ）で行われており、裁判官を管理するためにも用いられている。¹⁴⁹ 裁判官の信認義務を構成し強化するためのこれらの定式化されたメカニズムのすべては、裁判官の行為を規制する際に一般的な、より「インフォーマル」な名声の賞罰を増大させる。¹⁵⁰ そして、裁判官のアカウントビリティを確保するこれらのすべての手法は、受認者の懈怠に対する評価・分析・監視のためのベースラインとして信認義務を用いる。これらの信認義務違反に対する保護のための事後的強制メカニズムは、個人が裁判官職を第一義とすることに価値を置いているか否かを評価する信認原理自体の倫理を用いて、補強されうるし、そうされるべきである。信認の基準は、より生産的な裁判官任命承認手続のための有用な基準にもなりうるのであり、任命の妥当性を精査するための有意義な基準にもなりうるのである。

Ⅲ. 裁判官の信認義務

これまでの章において、統治システムにおける裁判官に対する信認モデルの基本的な適合性を立証したが、本章では、実務的な派生問題について検討してゆきたい。その検討を行うことで、一般的に認められている信認義務を特定する—そして、その義務が裁判官に対してどのような意味をも

¹⁴⁸ これらの概説について、See Haley, *supra* note 133, at 288-90.

¹⁴⁹ See Penny J. White, *Using Judicial Performance Evaluations to Supplement Inappropriate Voter Cues and Enhance Judicial Accountability*, 74 MO. L. REV. 635 (2009); Rebecca Love Kourlis & Jordan M. Singer, *Using Judicial Performance Evaluations to Promote Judicial Accountability*, 90 JUDICATURE 200 (2007).

¹⁵⁰ See Charles Gardener Geyh, *Informal Methods of Judicial Discipline*, 142 U. PA. L. REV. 243 (1993).

つのかを解釈する。信認義務の特定の適用は、裁判官が自らを司法の階層のどこに見出すのか、裁判官が選挙されるのか、任命されるのか、信任投票に服するのか、任期が終身なのか、あるいは有期なのか（既述のように、受認者の行為に対する厳格な審査がいかになされるべきなのかという点について、受益者の受認者に対する残余コントロール権が要素となり得るからである）、ということによって変化するのであるが、¹⁵¹ 一連の一般的な信認義務は、すべての裁判官に広く適用される。司法の公平性（impartiality）、民事的責任の免責、および法的調査と意見執筆のような司法判断の最も基本的な局面から、裁判官倫理や、論争的事件における世論の関係といったより議論を呼ぶ領域に至るまで、信認モデルは、アメリカの民主政における裁判官の役割を照らし出すのである。

本章では、最初に、裁判官に対する基本的な信認義務、つまり、忠実義務、注意義務、および、率直・開示・説明義務を裁判官に適用することから検討を開始する。¹⁵² その後、特に公職にある者に対する信認上の命令、つまり熟議的積極関与（deliberative engagement）義務についての分析を展開する。¹⁵³ 本章では、裁判官信認モデルを、現代の慣行を観察しながら説

¹⁵¹ See Criddle, *Foundations*, *supra* note 13, at 179.

¹⁵² 筆者の内の1名は、この法領域についての先行業績を調査し詳細に論ずるという作業を行っている。See Leib, *supra* note 29, at 673-78. 筆者らは、この論文から関連する義務を本稿で導いている。この文脈で、受認者の「誠実義務（duty of good faith）」を一方の側へと委ねているのであるが、それは忠実義務の一部として考えられる。See, e.g., Stephen M. Bainbridge et al., *The Convergence of Good Faith and Oversight*, 55 UCLA L. REV. 559, 582-88 (2008); Deborah A. DeMott, Letter to Ethan J. Leib, September 12, 2007, at 2（「私見では、これらの事件 [Stone v. Ritter, 911 A.2d 362 (Del. 2006) and *In re the Walt Disney Co. Shareholder Derivative Litigation*, 906 A.2d 27 (Del. 2006)] の読解として、これらは誠実義務を忠実義務の一部として扱っており、取締役の忠実義務が、同意なき自己取引を控えさせる消極的義務以上のものを含むということを明確化している」）。この信認義務からの潜在的な教訓として、See STEVEN J. BURTON, *JUDGING IN GOOD FAITH* (1992).

¹⁵³ 筆者の2名は、いかにして公職者に対する信認義務が熟議的積極関与の命令へとなるのかについて既に説明を行っている。See Leib & Ponet, *supra* note 13, at 11-15; Ponet & Leib, *supra* note 21, at 1215-19. 本稿では、以下、この裁判官に対する議論を拡張し、これらの論文からさらに、信認義務としての熟慮的積極関与を擁護する立

明し、裁判官をいかにして規制し、裁判官がいかに行動すべきであるのかについてより真剣に思考しうるモデルを採用できるであろういくつかの領域を示唆したい。

A. 基本的な信認義務

信認の関係が両当事者間でひとたび生じるならば、受認者に課される一連の標準的な法的義務が存在する。これらの義務は、何らかの抑制手段を通じて、関連する期待を遵守することを確保するように設計されている。¹⁵⁴ 所与の信認関係について適用される一連の義務の範囲ならびに内容の双方において、驚くべき多様性が存在するのであるが、¹⁵⁵ 主要な義務は、一般的には3つの項目で切り分けられる。すなわち、(1) 忠実義務、(2) 注意義務、および(3) 率直・開示・説明という一連の義務である。本節では、それぞれの義務について概説を行い、それぞれの義務が受認者たる裁判官に対して何を課しているのかを明らかにしたい。

1. 忠実義務

すべての受認者に対して適用されうる、核となる信認義務は、忠実義務 (*duty of loyalty*) である。その義務は、信認の文脈で適切に理解されるならば、利他的な義務に相当する。スタウト (Lynn Stout) が考察するように、「忠実義務の根本原理は、受認者が自らの権限を自己の利益のためではなく、受益者の専属的利益のために用いるという法的義務にある」。¹⁵⁶ 受認者は、自己の利益に基づく取引を行ってはならず、自己の利益ではなく受益者の利益を追求することが要求されている。¹⁵⁷ 忠実義務があまりに「柔

論を行いたい。

¹⁵⁴ See generally Deborah A. DeMott, *Disloyal Agents*, 58 ALA. L. REV. 1049 (2007).

¹⁵⁵ See Smith, *supra* note 25, at 1483-84.

¹⁵⁶ Stout, *supra* note 144, at 46.

¹⁵⁷ E.g., *Bayer v. Beran*, 49 N.Y.S.2d 2, 4 (Sup. Ct. 1944) (「継続した無条件の忠誠である忠実の概念は、明確な意義を有している。受認者は、自己の個人的・私的な利益

軟性を欠く（inflexible）」がゆえに、その忠実義務は、受認者に対して、その誠実さを「分割されえず」かつ「希釈化されえない」ものとすることを要求するのである。¹⁵⁸

忠実義務を会社法の文脈から司法の文脈へと移すことは、少なくとも最初はほとんど難しいことではない。裁判官が忠実であるべきであるという観念は、議論の対象にならない。つまり、受益者に対する忠実義務は、法廷の両当事者に対して公平であり続けるという要件へとまさに転換されるものである。¹⁵⁹ 裁判官の公平性は、歴史的にも、現代の裁判官倫理規則においても、裁判官の倫理的コミットメントの基礎である。

何世紀にもわたり、司法の姿は、文脈によってその姿を変えつつも、法の支配を擁護することに捧げられる公平な裁定者の姿を基本としてきている。¹⁶⁰ —そして、法の支配の概念は、アメリカの立憲主義の伝統のなか

と自己の義務が対立する場合には、後者を必ず優先させなければならない…」); RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY § 387 (1958) (「自己の代理とつながる全ての問題において、本人の利益のためにのみ行動する」受認者の義務を説明する)。

¹⁵⁸ Birnbaum v. Birnbaum, 539 N.E.2d 574, 576 (N.Y. 1989).

¹⁵⁹ 忠実義務は、極めて一般的に、受益者に対する義務である—しかし、忠実義務は、義務を「行う」最も一般的な方法である関連性のある訴訟当事者に対する公平性でもあることを注意されたい。それでもなお、忠実義務特有の義務は、(訴訟当事者ではない)受益者に対する義務なのである。Cf. Solum, *supra* note 16, at 186 (裁判官の汚職という欠陥は、「訴訟当事者が公平に扱われるという関心へと還元しうるものではない」)。

¹⁶⁰ See e.g., Deuteronomy 16:19 (King James) (イスラエルの民の裁判官に対するモーセの教えとして、「贈り物を受け取ってはならない。なぜなら、贈り物は、賢者の目を閉じさせ、正しい言葉を妨げるからである。」を注記する); Rick Haselton, *Of Judging and Judaism*, 15 LEWIS & CLARK L. REV. 483, 485 (2011) (ユダヤ法においては、裁判官が「高潔であり、かつ独立であるべきこと」が十分に確立されていることを指摘する); Richard M. Esenberg, *If You Speak Up, Must You Stand Down: Caperton and Its Limits*, 45 WAKE FOREST L. REV. 1287, 1287 (2010) (citing The Visigothic Code bk. II, tit. I, P XIX, at 28 (S.P. Scott ed. & trans., 1910) (「西ゴート族法典 (The Lex Visigothorum) は、…裁判官が、無知によるものではなく、最良、強欲、あるいは儲けのために不公平な裁定を行った場合、その裁判官はその不当な扱いを受けた当事者に対して補償を行わなければならない。」); Magna Carta para. 29 (1297) (「いかなる者に対し

に深く埋め込まれている。¹⁶¹ 合衆国最高裁判所は、「デュー・プロセスの憲法上の保護は、事件の結果について利害関係をもつ裁判官の忌避を要求することがあることをながく認めてきている」。¹⁶² 最近では、2009年のケイパーソン対マッシー事件（*Caperton v. A.T. Massey Coal Co.*）において、合衆国最高裁判所はさらに一步踏み込み、「偏見の潜在的危険（potential for bias）」つまり、実際に偏見をもつのではなく、「客観的・合理的認識に基づいた偏見の深刻なリスク」—さえあれば、デュー・プロセス条項違反になると判示した。¹⁶³ この判示は、「司法の廉潔は、…最も高次の国家利益である」¹⁶⁴ とする根本原理に依拠している。

ても、正義を売ってはならない」); Thomas Regnier, *Restoring the Founders' Ideal of the Independent Jury in Criminal Cases*, 51 SANTA CLARA L. REV. 775, 777 (2011) (古代の法の格言である「いかなる者も自己の事件における裁判官であってはならない (*nemo debet esse judex in propria causa*)」を紹介する)。

¹⁶¹ See, e.g., THE FEDERALIST No. 10 (J. Madison) (「いかなる者も、自分自身の訴訟において裁判官となることは許されない。なぜなら、彼の利害が彼の判決を偏らせるのは確実であろうし、彼の廉潔を腐敗させることもありうるからである。」); John P. Frank, *Disqualification of Judges*, 56 YALE L.J. 605, 615 (1947) (「合衆国最高裁判所の裁判官は、最も初期段階から、直接的な金銭上の利益にかかわる事件において、自ら回避を行ってきた。」); Stanley A. Leasure, *Cash Justice and the Rule of Law: Post-Caperton Financing of Judicial Elections*, 46 IDAHO L. REV. 619, 642 (2010) (「裁判所は、裁判官の公平性を司法制度の礎石のひとつとしてながく認めてきた」)。

¹⁶² Esenberg, *supra* note 160, at 1288. See, e.g., *Aetna Life Ins. Co. v. Lavoie*, 475 U.S. 813, 816-17, 820-25 (1986) (州最高裁判所の裁判官が、州の下級審裁判所で継続している事件における主要な原告である場合に、類似した審理を担当することはデュー・プロセス条項違反である); *Ward v. Vill. of Monroeville*, 409 U.S. 57, 57-62 (1972) (歳入の策定と執行について責任のある市の首長が、交通違反で訴えられた原告の審理を行い、もし罰金が支払われるとそれが市の予算に組み入れられる場合には、デュー・プロセス条項違反である); *Tumey v. Ohio*, 273 U.S. 510, 514-20, 531-32 (1927) (市長が、裁判官として審理を担当し、自己の課す罰金から支払いを受け取る場合は、デュー・プロセス条項違反である)。

¹⁶³ *Caperton v. A.T. Massey Coal Co.*, 129 S. Ct. 2252, 2263 (2009).

¹⁶⁴ *Caperton*, 129 S. Ct. at 2266-67.

それゆえ、連邦裁判官行動規程（Code of Conduct for United States Judges）の Canon 1 において、裁判官の公平性にかかる信認義務を宣明していることは、決して驚くべきことではない。「独立かつ榮譽ある司法は、我々の社会における正義にとって欠くべからざるものである。司法の廉潔と独立を保護すべく、裁判官は、高い行動基準を維持・強行し、自らこの基準を遵守しなければならない。」¹⁶⁵ Canon 3 は、裁判官が「公平」かつ「誠実（faithful）」であることの重要性を強調して、忠実義務に服する受認者としての裁判官という考えを補強している。¹⁶⁶ 実に、当該規程が偏見と利益相反に焦点をあてるのは、まさに、受認者の制約に服する者に対して期待されるであろう事柄と一致している。より最近では、一議論はさておき¹⁶⁷ 一〔訳注：裁判官をルールの公平な適用のみ行う審判員として比喻する〕審判員のメタファー（umpire metaphor）もまた、この公平の命令を採り入れようとしてきた。州の裁判官を律するルールも、概ねそれを採り入れている。¹⁶⁸

¹⁶⁵ CODE OF CONDUCT FOR UNITED STATES JUDGES, Canon 1 (2009), available at <http://www.uscourts.gov/RulesAndPolicies/CodesOfConduct/CodeConductUnitedStatesJudges/CodeOfConduct.aspx>. 読者は、この連邦裁判官行動規程における受認者への言及を、本稿のここでの議論と混同してはならない。すなわち、同規定は、裁判官は裁判官としての役割以外で信認の義務を負う場合について明文で論じているのであるが、本稿は、裁判官の行動の受認者の性質に絞って論じている。See also ABA MODEL CODE OF JUDICIAL CONDUCT, Preamble (2007)（「独立・公正・公平な裁判官は、我々の司法制度にとって不可欠である。連邦の法制度は、廉潔な男性と女性から成る独立・公平・有能な裁判官が、我々の社会を規律する法を解釈し適用するという原則を基盤にもつ。このように、裁判官は正義と法の支配の原理を保持する中心的な役割を担っている。本規程に規定されるすべてのルールに内在するのは、裁判官が、個人的にも集団的にも、公共信託としての裁判官職（judicial office as a public trust）を尊重して謹んで受けなければならない、法制度に対する信頼を維持し促進してゆく努力を行わなければならない」という訓示である）（下線付加）。

¹⁶⁶ CODE OF CONDUCT FOR UNITED STATES JUDGES, Canon 3.

¹⁶⁷ Aaron S.J. Zelinsky, *The Justice as Commissioner: Benching the Judge-Umpire Analogy*, 119 YALE L.J. ONLINE 113, 119-20 (2010), <http://yalelawjournal.org/2010/03/03/zelinsky.html>.

¹⁶⁸ レジャリーは次のように説明する。「州の規程は、典型的には、アメリカ法曹協会

確かに、裁判官の公平であるべき義務が普遍的に受容されていることは、信認モデルについての説得力をもつ。しかし、信認の忠実義務は、裁判官について既に知っていることを確認するのみならず、同時に、裁判官の公平性について十分に真剣に把握されていない分野についても明らかにするのである。

例えば、合衆国最高裁判所における裁判官倫理についての最近の議論をみてみよう。現行制度において、連邦裁判官行動規程は、合衆国最高裁判所の裁判官を除くすべての連邦の裁判官に対して適用されうる。個別の裁判官が自ら事件を回避しなければならない場合を規律するいかなる拘束力のあるルールも存在しない。¹⁶⁹ このように、連邦の地方裁判所・控訴裁判所の裁判官と同様にすべての州裁判所の裁判官による自ら決定した回避の決定は最高裁判所の審査に服するのであるが、反面、合衆国最高裁判所の回避の決定に対する正式な審査手続はどこにも見当たらない。かわりに、合衆国最高裁の各裁判官は、自己に対する忌避申立について自ら決定を行い、忌避申立がない場合には、自発的に (*sua sponte*) 回避するか否かを決定することを任されている。そのいずれの場合においても、書面による意見は一切要件とはされていない。¹⁷⁰ しかし、信認モデル—そしてそれに付随する公平の命令—を真剣にとらえるならば、合衆国最高裁判所の裁判官は、何らかの忌避ルールに服することを要求することはありうべきで

の裁判官行動準則規程と一致している」。See Leasure, *supra* note 161, at 640.

¹⁶⁹ See Smith, *supra* note 2; see also Jones, *supra* note 2 (「合衆国最高裁判所裁判官は、自分の忌避、つまり、利益相反により事件の担当を避けなければならない場合のルールを策定する。いいかえれば、裁判官は誰に対しても申し開きを行う義務はない」)。

¹⁷⁰ See Letter to the Judiciary Committee Re: Changing Ethical and Recusal Rules for Supreme Court Justices, March 17, 2011, available at http://www.afj.org/judicial_ethics_sign_on_letter.pdf. 大部分の読者が想起するように、合衆国最高裁のスカリア (Scalia) 裁判官は、*Cheney v. U.S. District Court* 542 U.S. 367 (2004) においてチェイニー (Cheney) との交友関係にもかかわらず、事件担当を回避しなかった。実際には、彼はその論争を呼ぶ事件を説明する書面のメモランダムを執筆している。See *Cheney v. U.S. District Court*, 541 U.S. 913 (2004) (Scalia, J.) (スカリア裁判官がなぜ回避すべきでないのかを説明する)。

あろう。信認の忠実義務は、司法のいずれの階層においても、最大限の独立を要求するのである。

信認の忠実義務からみれば統治政体が公平性を十分真剣には捉えていないことが示唆されるもうひとつの領域は、選挙された州裁判官を規律する裁判官忌避基準の文脈である。サンプル（James Sample）とポーゼン（David E. Pozen）が指摘したように、「司法の公平と公平の外観に対して顕現しつつある脅威のなかで、おそらく最も根本的な脅威は、金銭の影響である」。¹⁷¹ 以下の統計は、この点を十分に明らかにしている。最近のシェパード（Joanna Shepherd）による全国的な調査研究は、1995年から98年における州最高裁判所の28,000件以上の判決を分析しており、選挙における寄付と裁判所の決定との間の相関関係を解明している。¹⁷² 特に、シェパードの研究は、「党派的裁判官選挙において、様々な利益集団からの寄付は、裁判官が利益集団の支持する訴訟当事者に対して有利な判決を下す蓋然性につき、統計上有意な関係が認められる」とする。¹⁷³ 同様に、ボノー（Chris Bonneau）とカン（Damon Cann）による別の研究は、選挙への寄付者はミシガン州とテキサス州の最高裁判所に係属した事件の結果に対して影響を与えたことを論証した¹⁷⁴。さらに、オハイオ州最高裁判所の12年間にわたる諸判決に対するニューヨーク・タイムズの調査によれば、オハ

¹⁷¹ James Sample & David E. Pozen, *Making Judicial Recusal More Rigorous*, 46 JUDGES' J. 17 (2007).

¹⁷² Shepherd, *supra* note 121, at 628.

¹⁷³ *Id.* at 629.

¹⁷⁴ Chris W. Bonneau & Damon M. Cann, *The Effect of Campaign Contributions on Judicial Decisionmaking* (Feb. 4, 2009) (unpublished manuscript), at 19, available at http://ssrn.com/abstract_id=1337668. ボノーとカンの研究によれば、ネバダ州では、選挙の寄付と事件の結果との間の類似した関係は明らかになっていない。しかし、両者が指摘するように、このことは、ネバダ州は非党派的裁判官選挙を採用し、テキサス州とミシガン州では党派的裁判官選挙が採用されている事実と部分的には関連している。裁判官選挙を擁護し、人々が「裁判官を買収」しようという考え、あるいは党派的裁判官選挙が裁判官の正統性を減ずるという考えに対して、ほとんど実証的な根拠がえられないことを論証するより包括的な立論としては、*See generally* BONNEAU & HALL, *supra* note 126.

イオ州最高裁判所裁判官は、70%の事件において、自らの選挙運動に寄付を行った者へ有利な決定を行ったことが確認されている。¹⁷⁵ 最後に、アラバマ州最高裁判所により1995年から99年の間に行われた調査によれば、仲裁事件の領域における裁判官の投票と裁判官の選挙資金源との間には緊密な関係があることが確認されている。¹⁷⁶ 選挙における寄付について懐疑的なある州の控訴裁判所裁判官は、修辭的な問いを投げかけている。「裁判官は、少なくとも無意識的に自らの公平性を危うくすることなしに、自らが審理する事件ないし審理する見込みのある事件の弁護士・検察官あるいは訴訟当事者から選挙の寄付を受けることができるのであろうか。」¹⁷⁷ 先行研究に鑑みるならば、答えは「否」であろう。

実証的研究は、裁判官選挙の寄付が裁判の結果に対して影響を与えうる程度を明らかにする一方で、世論調査の資料もまた、裁判官選挙における選挙運動への寄付がいかんして法制度に対する公衆の態度に悪影響を与えうるのかを解き明かしている。法曹倫理研究者のスウィッシャー (Keith Swisher) が強調するように、10年以上におよぶ世論調査は、「裁判官選挙の投票者、法律家、そして裁判官自身の大多数が、選挙の寄付が裁判官の決定に影響を与えることを信じている」ことを示している。¹⁷⁸ 一連の研究は、少なくとも投票者の7割が、選挙の寄付が、裁判官が判決を下す態様に影響を与えると信じていることを明らかにしている。¹⁷⁹ さらに、これま

¹⁷⁵ Sample & Pozen, *supra* note 171, at 17 (citing Adam Liptak & Janet Roberts, *Campaign Cash Mirrors a High Court's Rulings*, N.Y. TIMES, Oct. 1, 2006, at A1).

¹⁷⁶ *Id.* (citing Stephen J. Ware, *Money, Politics and Judicial Decisions: A Case Study of Arbitration Law in Alabama*, 30 CAP. U. L. REV. 583, 584 (2002)).

¹⁷⁷ Haselton, *supra* note 160, at 488.

¹⁷⁸ Keith Swisher, *Legal Ethics and Campaign Contributions: The Professional Responsibility to Pay for Justice*, 24 GEO. J. LEGAL ETHICS 225, 238 (2011).

¹⁷⁹ *Id.* (citing Rosner Research Inc., JUSTICE AT STAKE: FREQUENCY QUESTIONNAIRE 4 (2001), available at http://faircourts.org/media/cms/JASNationalSurveyResults_6F537F99272D4.pdf; Press Release, *Justice at Stake, Poll: Huge Majority Wants Firewall Between Judges, Election Backers* (Feb. 22, 2009), available at http://staging.justiceatstake.sitevizerprise/media/cms/Justice_at_Stake_Campaign_Final_Tab_44B0AF6D36565.pdf; Annenberg Public Policy Center, PUBLIC UNDERSTANDING OF AND SUPPORT FOR THE

での世論調査の結果が悩ましいものであると同時に、裁判官の意識調査も決して楽観しうるものではない。例えば、2002年の裁判官に対する調査によれば、州事実審裁判所・控訴裁判所・最高裁判所の裁判官2,428名の内の26%が、裁判官の決定に対して少なくとも「かなりの影響（some influence）」があると報告しており、46%が、寄付は「少しの影響（a little influence）」を与えると述べている。¹⁸⁰ 当該調査は、すべての裁判官の半数以上が、「裁判官は、訴訟当事者の一方がその裁判官の選挙で金銭を支出した場合に、その事件を審理し決定を行ってはならない」と信じていることも明らかにしている。¹⁸¹ 別の2004年の調査は、ニューヨーク州の裁判官に対して行われたが、回答者の内の45%が「裁判官選挙の寄付がある程度裁判官の決定に影響を与えている」と報告し、およそ60%が、選挙の寄付が裁判官の公平性に疑義を生じせしめていることは無理のないことであると考えていることを明らかにした。¹⁸² 要するに、裁判官の偏見とそれに対する認識について、現実的な懸念が生じているのである。

しかし、そのような事実直面しているのにもかかわらず、忌避手続をめぐるルールは驚くほどに弱体である。次のような全国的な潮流を想起されたい。様々な法域において、選挙される裁判官は、自らの除斥と忌避申

COURTS 3 (2007), *available at* <http://www.law.georgetown.edu/Judiciary/documents/finalversionJUDICIALFINDINGSoct1707.pdf>; James L. Gibson & Gregory Caldeira, *Judicial Impartiality, Campaign Contributions, and Recusals: Results from a National Survey* (5th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper, July 16, 2010), *available at* http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1641272).

¹⁸⁰ *Id.* (citing Greenberg Quinlan Rosner Research & American Viewpoint, JUSTICE AT STAKE—STATE JUDGES FREQUENCY QUESTIONNAIRE 5 (2002), www.gqrr.com/articles/1617/1411_JAS_judges.pdf; Stuart Banner, Note, *Disqualifying Elected Judges from Cases Involving Campaign Contributors*, 40 STAN. L. REV. 449, 463-66 (1988)).

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² Swisher, *supra* note 178, at 238 (citing NEW YORK STATE UNIFIED COURT SYSTEM, COMMISSION CHARGED WITH SCRUTINIZING JUDICIAL ELECTIONS PRACTICES IN NEW YORK PROPOSES LANDMARK REFORMS (June 29, 2004), http://www.courts.state.ny.us/press/pr2004_14_1.shtml (マリスト大学世論研究所によるニューヨーク州の裁判官1,000名に対する調査を引用)).

立について決定を行う。州裁判所の訴訟当事者は、裁判官選挙運動の情報開示を求める際に重大な障害に直面する。すなわち、州裁判所の裁判官がそのような情報を開示する強制的な義務が課されていることは、全くないか、あるとしても稀有である。それゆえ、忌避と除斥の決定は、一般的には裁量権濫用の基準で審査されるのであり、このことは「上訴裁判所をその構図から本質的に除外してきたのである」。¹⁸³

以上のことをふまえるならば、信認モデルにより要求される公平の義務は、忌避プロセスにおいて、サンプルとポーゼンが最近提案したような一定の基本的改革を要求するであろうと考えられる。裁判官は、おそらく、「忌避申立を、直ちに、裁判長ないし首席裁判官により選任された裁判官に対して判断を任せるようにし」、「裁判官の公平性に影響を与えていると解釈されることは無理がないであろういかなる事実も」訴訟の最初の段階で開示し、かつ、「選挙寄付者に対する当然違法原則」を適用することが要求されなければならない。この当然違法の原則は、アメリカ法曹協会の裁判官行動準則規範規程の Canon 3E (1) (e) に規定される、「当事者、当事者の弁護士、あるいはその法律事務所が、裁判官に対して、総額で一定の金額を超える寄付を、一定の期間においてなすいかなる場合においても」忌避を要求するものである。¹⁸⁴ これらの提案の全ては、州の裁判所に対して忠実義務を課す信認モデルによって十分に根拠づけられていると考えられる。

このように忠実義務は裁判官倫理に対して重要な制約と指針を課しているのであるが、それでもなお、信認の義務の限界に注意することは重要である。すなわち、その義務は、受認者の資格において行動する場合にのみ適用されるのである。¹⁸⁵ 「受認者は、他の個人的な義務と活動を排除す

¹⁸³ See Sample and Pozen, *supra* note 171, at 21- 22.

¹⁸⁴ *Id.* at 22-23. サンプルとポーゼンは、「裁判官は、自己あるいは他の裁判官の欠格事由の申立てについて判断する際に、必ず書面によりその決定を説明しなければならない」ことも推奨する。*Id.* at 23. このことは、本稿における裁判官の信認義務と合致すると思われる。もっとも、本稿との関係でいえば、そのような報告の義務は後述の説明義務に分類するほうがふさわしいであろう。

¹⁸⁵ したがって、裁判官の性的指向は、その性的指向をもつ人々の結婚の可否にか

るかたちで信認の義務に応えることを義務づけられてはいない。¹⁸⁶ この信認の義務の特徴は、裁判官が、裁判所外の活動が「裁判官職の義務と合致している」—連邦裁判官行動規程 Canon 4 の文言より抜粋—限り自らが望むいかなる活動も行うという、裁判官の役割を離れた一定の自由をいかにして有するのか、という点を説明する一助となる。¹⁸⁷ 何をもって「合致している」のかという定義については、議論の余地があろう。しかし、裁判官を受認者として思考する枠組みは、利益相反を禁ずる命令の硬直性と、その義務の限定された範囲の双方について理解することを可能にするのである。

2. 注意義務

第2の信認の中核的義務は、注意義務である。¹⁸⁸ この義務は、合理的な注意（diligence）と慎慮（prudence）を要求する。¹⁸⁹ その義務は、ネグリジェンス（negligence）を回避することよりも少々重い義務であるように思われるが、¹⁹⁰ 現実に（単なる禁止的な注意義務とは異なる）積極的な義務が存在し、合理性に基づいた意思決定を要求する、という点は概ね認め

んする事件を審理することができるか否かという点とはおそらく無関係であろう。See, e.g., Scott Schafer, *When a Gay Judge Rules on Gay Rights*, N.P.R. June 13, 2011, at <http://www.npr.org/2011/06/13/137109321/when-a-gay-judge-rules-on-gay-rights>.

しかし、裁判官がその受益者たる地位のために開示の義務をもつかどうかは、はるかに厳格な要求である。後述のように、率直義務は、慎重な開示に対して影響を与えるかもしれない。

¹⁸⁶ Elizabeth S. Scott & Robert E. Scott, *Parents as Fiduciaries*, 81 VA. L. REV. 2401, 2426 (1995).

¹⁸⁷ CODE OF CONDUCT FOR UNITED STATES JUDGES, Canon 4.

¹⁸⁸ See generally ROBERT CHARLES CLARK, CORPORATE LAW 123-36 (1986); Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (Del. 1985).

¹⁸⁹ See Scott & Scott, *supra* note 186, at 2420.

¹⁹⁰ ゆえに、結局のところ、注意義務は信認に特有のものでは全くと主張する論者もいる。See Smith, *supra* note 25, at 1409.

られている。¹⁹¹ それでもなお、受認者は自らの責任を果たす上で実質的な裁量が与えられている（「経営判断不介入の法理（business judgment rule）」は、注意義務の分析において、最も有名な裁量権付与の例である）。認識ある過失（recklessness）と重大な過失（gross negligence）は、実務上の問題として判断基準となる傾向にある。¹⁹²

受認者たる裁判官に対して注意義務を適用するのは、難しいことではない。もちろん、裁判官は、合理的な注意と慎慮をもって責任を果たし、合理性に基づいた意思決定を行うことが期待される。¹⁹³ 私たちが裁判官に対して、法が何であるかを述べ、かつ訴訟当事者に正義を与えることを伝統的に要求している限りにおいて、その役割の責任は裁判官の注意義務に組み入れられている。裁判官は、訴訟当事者間の紛争を解決するようにその受益者から特に授權されており、注意をもってその職務を執行することを要求されているのであり、先例、類推に基づく理由付け、類似の事件の類似した取り扱いを通じて、法の支配に従って十分に基礎づけられた法源をもとに判決を導いている。訴訟当事者は、裁判官の直接の受益者ではないけれども（第Ⅱ章B節1項を参照）、しばしば、裁判官が判決を公正かつ法の支配に従い解決するという命令の受取人である。基本的な注意義務は、連邦裁判官行動規程Canon 3に明記されており、裁判官に対して、一定の責任を「相当な注意をもって遂行する」こと、さらに、その司法的・

¹⁹¹ See *Bayer v. Beran*, 49 N.Y.S.2d 2, 4 (Sup. Ct. 1944); Robert Cooter & Bradley J. Freedman, *The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences*, 66 N.Y.U. L. REV. 1045, 1047, 1049 & n.8 (1991).

¹⁹² See Scott & Scott, *supra* note 186, at 2423-24（「経営判断不介入の法理」、つまり、会社取締役はその信認義務にかかわらず適切な注意を払うという推定を検討する）。

¹⁹³ See, e.g., Alon Harel & Tsvi Kahana, *The Easy Core Case for Judicial Review*, 2 J. LEG. ANALYSIS 227, 249 n.23 (2010). 裁判官がいつ、どのように意思決定において宗教的「理由」に依拠することができるのか—および、公的理由と私的良心との間のより一般的な交差については、膨大な研究がある。See, e.g., Kent Greenawalt, *PRIVATE CONSCIENCES AND PUBLIC REASONS* (1995). 本稿では、この論点に立ち入るつもりはない。本稿は、裁判官が専断的あるいは恣意的ではないことを期待するという、よりありふれた主張を行っている。

行政的責任において「専門職としての適格性を維持」することを指示している。¹⁹⁴

また、裁判官は注意義務の遂行において裁量の余地をもつことはよく知られているが、このことは、「経営判断不介入の法理」が裁判官の職務へ適用されるものとする解釈と調和している。このことを裏付ける証拠として、裁判官が、いかにして選任されあるいは留任するのかにかかわらず、その職務の範囲において裁判官が民事責任の免責という広範な裁量をもつことほど良い例はないであろう。¹⁹⁵ 確かに、経営判断不介入の法理は、会社の経営でリスクを取ることを可能にするために存在していると考えられることが多い。しかし、裁判官の職務においてもこの法理から付随的に証明しうる命題がある。すなわち、裁判官に対して与えられる裁量の余地のおかげで、裁判官は、リスクを取り、判例法を発展させることができるのかもしれない。

注意義務は、本稿の受認者たる裁判官のモデルを確認するだけでなく、いくつかの論争的な慣習への着目を促している。注意義務は、包括的かつ相当の法的調査・執筆・訴訟指揮に携わるという主要な裁判官の責務を実行することを要求するのみならず、さらに、ロー・クラークが裁判官室で果たす役割について、重要な問題を提起しているのかもしれない。¹⁹⁶ 受認者たる責任を、はるかに専門性を欠く他者へ委譲するという受認者の能力に対しては、現実的な制約が存在する。¹⁹⁷ 裁判官信認モデルは、裁判官が、

¹⁹⁴ CODE OF CONDUCT FOR UNITED STATES JUDGES, Canon 3.

¹⁹⁵ 合衆国における裁判官の免責のルールと慣行の検討として、See Haley, *supra* note 133; Jeffrey M. Shaman, *Judicial Immunity from Civil and Criminal Liability*, 27 SAN DIEGO L. REV. 1 (1990).

¹⁹⁶ See Alex Kozinski, *The Real Issues of Judicial Ethics*, 32 HOFSTRA L. REV. 1095, 1100 (2004) (あたかも1年前にロースクールを卒業したばかりの何者かが全てを執筆したかのような意見が多くみられたことを指摘する); Richard A. Posner, *The Material Basis of Jurisprudence*, 69 IND. L.J. 1, 29 (1993) (「今日…、上訴審レベルの裁判官の意見の圧倒的多数は、ロー・クラークによって執筆されている。…古い型を守る上訴審裁判官のごく少なく減少しつつある少数派[のみ]が…自分自身の意見執筆を継続している…」).

¹⁹⁷ See FRANKEL, *supra* note 51, at 130-31 (「信認義務を委譲しない義務」を説明する).

自分自身の意見を執筆することについて、現行の慣習よりもより多くの責任を課すことを推奨しているということは考えられよう。¹⁹⁸

3. 率直・開示・説明の義務

信認義務における中核的義務である注意義務と忠実義務という2つの義務のほかには、一連の義務—率直・開示・説明義務¹⁹⁹—が存在しており、信認の義務と関連づけられるのが慣例である。これらの義務は、受認者たる医師に対して、担当する患者の個人的な経済的利益を（たとえ「患者の健康と関連しない」利益の場合でさえも）²⁰⁰開示するよう要求する形式をとることがあり、あるいは、より一般的な「説明」要件の形式をとることもあり、²⁰¹ その場合には、受益者が受認者に常に説明させようような正確な書面化が要求される。この一連の義務は、受認者がその義務に従うことを確実にするという、限定的な監視プロセスの一助となる。

裁判官を受認者として考えるならば、率直・開示・説明の義務は、司法に関連する現代の最も物議を醸している問題の一部を解明している。例えば、率直であることが裁判官の徳性であると直観的に考えられるかもしれ

¹⁹⁸ この論点については、多くの研究がある。最近、これを再検討するものとして、See Stephen J. Choi & G. Mitu Gulati, *Which Judges Write Their Opinions (and Should We Care)?*, 32 FLA. ST. U. L. REV. 1077 (2005); David McGowan, *Judicial Writing and the Ethics of the Judicial Office*, 14 GEO. J. LEGAL ETHICS 509, 555-67 (2001). ここでは、この論点に対しては、裁判官の受認者としての役割がこの議論の結果に影響を与えることを示唆するにとどめておきたい。

¹⁹⁹ See *Libby v. L.J. Corp.*, 247 F.2d 78, 81 (D.C. Cir. 1957); *Wendt v. Fischer*, 154 N.E. 303, 304 (N.Y. 1926) (Cardozo, J.) (「開示は、…そのあらゆる重要性に鑑みて、曖昧さや留保のない真実が明らかにされなければならない」); *Jordan v. Duffs & Phelps*, 815 F.2d 429, 436 (7th Cir. 1987) (受認者の開示義務を強制する); Deborah A. DeMott, *Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation*, 1988 DUKE L.J. 879, 882 (受認者は、「率直でなければならない」); Frankel, *supra* note 28, at 814.

²⁰⁰ See *Moore v. Regents of the Univ. of Cal.*, 793 P.2d 479, 483 (Cal. 1990).

²⁰¹ See 2A 1 AUSTIN WAKEMAN SCOTT & WILLIAM FRANKLIN FRATCHER, *THE LAW OF TRUSTS* 172, at 452 (4th ed. 1987); *Rosenthal v. Rosenthal*, 543 A.2d 348, 352 (Me. 1988); *Herring v. Offutt*, 295 A.2d 876, 879 (Md. 1972).

ないが、裁判官が率直であるべきか否か、どの場合に率直であるべきなのか、という点については、驚くほどに見解が相違している。²⁰² 確かに、裁判官の率直さという美德に対して支持する見解²⁰³と反対する見解²⁰⁴が存在し、その全ての議論を詳細に論ずることは、本稿の射程を超えている。

²⁰² その議論における主要な研究文献として、See David L. Shapiro, *In Defense of Judicial Candor*, 100 HARV. L. REV. 731 (1987); Mathilde Cohen, *Sincerity and Reason-Giving: When May Legal Decision-Makers Lie*, 59 DEPAUL L. REV. 1091 (2010); Paul Butler, *When Judges Lie (and When They Should)*, 91 MINN. L. REV. 1785 (2007); Scott C. Idleman, *supra* note 15; Robert A. Leflar, *Honest Judicial Opinions*, 74 NW. U. L. REV. 721 (1979); Nicholas S. Zeppos, *Judicial Candor and Statutory Interpretation*, 78 GEO. L.J. 353 (1989); Schwartzman, *supra* note 18. アイドルマンは、脚注において、裁判官を「受認者の根本的な義務のひとつは、率直さである」とする。Idleman, *supra* note 15, at 1331 n.70. それでもなお、最終的には、彼の理論である「慎慮主義 (prudentialism)」に基づいて、率直の規範の価値を減ずる理由を提供している。彼によれば、率直さは、もし信認モデルを真剣にとらえるならば要求されるのかもしれないけれども、受認者の裁量が受認者に率直であるべきか否かを決定させるために、彼自身の信認モデルにそれは含まれないとしている。Id. 本稿の立場は、受認者の率直義務の例外は想定しうるが、それら例外は、アイドルマンが主張するような、信認の「裁量」を利用するという自発的なものではありえない。信認の地位が与える裁量こそが、最初に率直義務を生み出すのである。

²⁰³ See Schwartzman, *supra* note 18, at 989 (「裁判所におけるより厳格な率直義務の支持者は、透明な意思決定が司法権の行使を制約し、裁判官を法に対してよりアカウンタブルにし、下級裁判所と訴訟当事者に対してより良い指針を与え、信頼を促進し公衆のシニシズムを抑制し、裁判所の制度的正統性を強化すると主張する」)。

²⁰⁴ See *id.* at 988-89 (率直義務の反対者は、率直義務が次の諸目的のために犠牲にされなければならないとする。すなわち、「司法部の認識された正統性を維持するため、争いのある判決に対する公衆の遵守を得るため、多数の構成員から成る裁判所に対する戦略的行動を通じたより望ましい結果を確保するため、法理に対する明瞭性、一貫性、持続性を維持するため、相反する道徳的価値の「悲劇的選択」がひろく認識される悪影響を防ぐため、および、裁判所内の協調と礼節を維持するため、ならびに個別意見の不必要な急増を防ぐためである。より一般的には、司法の意思決定における廉直の必要性を強調する「純粹主義者」は、裁判官が自己に帰せられた「慎慮」の諸機能を遂行する際に継続的に均衡を図らねばならないという無数の制度的考慮を無視していると批判される。誠実あるいは率直の規範を厳格に遵守する主張は、ナイーブで、無謀で、危険なユートピア主義者とさえいわれる」)。

しかし、裁判官を受認者とし、それに付随する率直の義務を認めるのであれば、裁判官が率直に意見を執筆し、その決定の理由を正直にありのまま説明すべきであるという、ひろく一般に行き渡っている見識を再確認できる。²⁰⁵ この要求は一信認義務が、すべての文脈で同じように適用される完全に厳格な命令というよりは、相対的な指標（benchmark）であるがゆえに一、裁判官の受認者たる地位から生じている。すなわち、裁判官は、自らの判決が意味するところを述べるべきであり、法理の不明瞭さの中ヘイデオロギー的な推論を押し込んで서는ならないのである。²⁰⁶

ここで、裁判官の受認者たる地位により付与される裁判官の裁量が、廉直であるべきか否かについての裁量を含んではならない、ということに注意すべきであろう。信認義務は、一面では効率的に受益者が受認者を監視すべくその裁量権を制約し受認者に説明をさせる地位におくために存在するのであり、裁量がそれを回避するように用いられてはならない。裁判官の廉直な意見は、「多数派に課される命令を説明し正当化しよう試みられることによる、民主主義に対する譲歩であり—エリート主義的権力行

²⁰⁵ 政治的指導者が極めて一般的に率直義務に服するべきであるという主張は、次の著書で緻密に検討されかつ擁護されている。JEFFREY EDWARD GREEN, *THE EYES OF THE PEOPLE: DEMOCRACY IN AN AGE OF SPECTATORSHIP* (2009). しかし、グリーンは自己の主張において信認原理を用いていない。

²⁰⁶ この主張のすべては、裁判官の率直さに対する独立した理由を決して損なうものではなく、その主張の一部は信認の率直義務をむしろ補強している。See, e.g., Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 457 (1897) (裁判所の先例に依拠してどの行為が予測されるかを人々が理解することの重要性を説く); Chad M. Oldfather, *Remedying Judicial Inactivism: Opinions as Informational Regulation*, 58 FLA. L. REV. 743, 747 (2006) (「裁判所の決定に対する明瞭な正当化事由を開示することにより、裁判官の意見は、多様な聴衆が裁判所の実績を監視しそれに応答して行動することを可能にする」); JOSEPH GOLDSTEIN, *THE INTELLIGIBLE CONSTITUTION: THE SUPREME COURT'S OBLIGATION TO MAINTAIN THE CONSTITUTION AS SOMETHING WE THE PEOPLE CAN UNDERSTAND* 19 (1992) (「合衆国最高裁判所は、われら、つまり治者と被治者のコミュニケーションにおいて、合衆国憲法の「欠陥」を発見し、その「瑕疵」について述べ、矯正方法を探すか否かを議論し決定する基礎を提供する義務がある」)。本稿での主張は、信認義務が、他の理由の有無に関係なく、実際には率直義務が含まれている、ということを書述べているにすぎない。

使に対する譲歩」である。²⁰⁷ 選挙された裁判官の領域においてさえ、裁判官の意見は、選挙人団が、個別の裁判官が選挙で再選出あるいは信任投票で信認されるべきか否かを評価し決定しうるために役立つのである。

裁判官に対して開示と説明の義務を適用することは、正当に争う余地のない命令についても明らかにする。すなわち、裁判官は、連邦裁判官行動規程に従って金銭的贈与および「その他の価値あるもの」の受領を開示しなければならない。連邦裁判官行動規程は、1989年裁判官倫理改革法（Ethics Reform Act of 1989）と他の適用される制定法・規制・命令において具体化された、類似した（より複雑かつ詳細な）説明原理を参照する形で組み込んでいる。²⁰⁸ これらの複雑に入り組んだルールならびに類似する州法の枠組みの基層にあるのは、受認者たる裁判官が、開示と説明の要求に服するという基本的原理である。

率直・開示・説明という受認者の義務から派生してきたと考えられるより論争的な指示は、法廷内におけるカメラの設置である。²⁰⁹ どのように立論がなされうのかをみてみよう。裁判官が行うことの大部分は、訴訟当事者の代理人による口頭弁論を扱うことである。法廷において示される主張の内容と、裁判官席において裁判官が行動する態様の双方は、受益者にとって現実的な関心事であり、それゆえ、それらは記録され、裁判官が「説明」を行うことを求める受益者に利用可能なようにしておかねばならない。²¹⁰ 上訴審裁判官は口頭弁論の重要性を低く扱うことがあるが、少なく

²⁰⁷ Ray Forrester, *Supreme Court Opinions - Style and Substance: An Appeal for Reform*, 47 HASTINGS L.J. 167, 173 (1995); see also Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353, 388 (1978)（「司法判断の公正さと効用は、理由づけられた意見によって促進される。そのような意見がなければ、両当事者は、司法の決定への参加が現実のものであること、裁判官が実際に当事者の証拠と主張を理解し考慮に入れているということを証拠無しに信じなければならないことになる」）。

²⁰⁸ See CODE OF CONDUCT FOR UNITED STATES JUDGES, Canon 4(H)(3).

²⁰⁹ 信認モデルは、このような特別な指示を発展させることについてはあまり機能しないが、この立論を追求する者をまさにある程度助力するものである。

²¹⁰ 書面による事件記録と口頭弁論の記録が入手可能であることは必要である。しかし、人のコミュニケーションにおいて身体が果たす役割を考慮すれば、なお十分とはいえない。

とも、一定の場合において、口頭弁論は判決に対して決定的なものでありうる。すなわち、それは、当事者が主張を裁判官に聞いてもらう機会になるだけでなく、裁判官の合議体が相互にコミュニケーションをとる方法にもなりうる。²¹¹ もし裁判官がその受益者に対して十分に説明を行うべきであるならば、受益者は裁判官がその法衣を纏っている間の裁判官の行動を一瞥できるようにすべきである。アマー (Vik Amar) が論ずるように、「公衆に対して、各裁判官が自らの職務を行う世界をみせること、そして、その世界で裁判官が、裁判官に対して求められている鋭敏かつ積極的なリーガル・マインドを実際にもっていることを見せることは、ときに良いことである。」²¹² 書面による意見が受益者にとって裁判官の職務を監視するひとつの手段として機能するのとまさに同じように、法廷におけるカメラは、人民が裁判官を監視し、裁判官が実際にその行動を信認の基準に従わせることを確保するのである。

B. 受認者の対話の命令

公的信認と私的信認は多くの類似点を共有しているが、各役割にともなう信認の義務は完全には一致しない。ここまでは、多かれ少なかれ私的アクターから公的アクターへと直接的に置換しうる基本的な信認の義務について探究してきた。しかし、裁判官はまた、公的信認の役割から固有に導かれる信認の義務を有している。本稿の筆者の2名は、以前の研究において、公職の文脈で信認の義務がいかにして受認者から受益者への「対話の命令 (dialogic imperative)」を生み出すのか、ということを説明した。²¹³ この倫理的な命令は、治者が被治者を代表する場合の、信託法により含意さ

²¹¹ See Nina Totenberg, *Five Years Later, Justice Thomas Still Silent*, NPR NEWS, Feb. 22, 2011, available at <http://www.npr.org/2011/02/22/133971220/5-Years-Later-Justice-Thomas-Still-Silent> (「ジョンソン (Timothy Johnson) は、…口頭弁論が、裁判官が、尋問を通じて相互に話し合い、意思決定に向けて動く最初の段階であることが学術研究により示されていることを指摘する」)。

²¹² *Id.*

²¹³ See Ponet & Leib, *supra* note 21; Leib & Ponet, *supra* note 13.

れる一定の熟議の美德に根ざしている。筆者が「熟議的積極関与」と呼称する義務で示唆される信託法における次の原理を考えてみよう。すなわち、(1) 受認者が忠実義務に従うことを確実にし、かつ譴責を受けないようにすることを確実にするため、受認者に対してなされることが想定されているインフォームド・コンセント (informed consent)、(2) 注意義務によって要求される合理的な行動指針 (course of action)、(3) 受益者の利益のために決定を行うことを信託された場合に、受認者として良い仕事を行うために受益者の選好と利害について知識をもつことの有用性、および、(4) 広範な裁量権をもつ者の監視を促進するために繰り返し行われる、開示と説明の義務という確固たる対話の基盤、である。²¹⁴

したがって、熟議的積極関与は、公的信認の代表者が信託された利益をもつ者との対話を行う積極的な義務である。この対話の命令は、受益者が欲する可能性のあるものという単なる仮説的な推定ではなく、選好を明白にしようとする真正な努力を要求する。公的受認者が実際にその受益者の選好を明らかにしようとすることを要求することがなければ、受認者たる代表はあまりに無制約であり、自分自身の利益と、受益者に属すると自らが考える利益とが一致することを前提としてしまいがちである。確かに、受認者は、受益者の選好をひとたび考慮に入れるならば、人民による評価ではなく自らの専門的評価を選択することを常に授權されている。しかし、受益者の選好を常に誠意をもってとりいれようとし、進んで説得されようとするとなしには、公的受認者は、その授權の淵源からあまりに危険に離れ浮遊してしまうことになる。

熟議的積極関与の義務は、元来、執行部と立法部の公職者の公的信認の役割を探究することから発展したのであるが、司法部の公職にある者に対しても適用されう。なぜなら、司法部の公職者も同様に人民の信託によってその公職にあるからである。「人民」を司法部の「選挙人団 (constituency)」として考えることは議論の余地がある（そして、その選挙人は、裁判所が地方・州・連邦の事項を扱っているのかどうかで変化しう）²¹⁵ けれども、

²¹⁴ See Ponet & Leib, *supra* note 21, at 1215-19; Leib & Ponet, *supra* note 13, at 11-13.

²¹⁵ 選挙人団の観念について論ずる最も重要な研究書のひとつにおいて、裁判官論が一切含まれていないことは、欠陥ではないが、不注意であるとはいえよう。See

裁判官の人民との信認関係は、熟議的積極関与の類似した関連する義務を示唆している。すべての信認の義務と同様に、関連する文脈によって必然的にその適用の度合いは変化するのであるが、熟議的積極関与の義務は、一定の形式において、受託者たる裁判官に対して適用されるのである。²¹⁶

では、いかにして、裁判官についての熟議的積極関与の信認義務を理解すべきであろうか。既に、熟議的積極関与の要件の妥当と考えられる適用である共通した司法慣行が存在している。すなわち、多くの事件における口頭弁論、準備書面、公開の法廷、書面による明瞭かつ入手の容易な意見、大多数の事件における公表されかつ引用可能な決定、²¹⁷ ならびに、アミカス・キュリィの参加に対する緩やかな基準、等は、熟議的命令に服する受託者としての裁判官の役割を確証しかつ擁護するものとして容易に挙げられる。しかし、続く2つの小項目では、裁判手続のこれらの基本的特徴をこえて、熟議的積極関与の公的信認の義務のより論争的な適用について探究する。まず、熟議的なアウトプット (output) のありうる要求—受益者が理解し、取り決め、監視しやすい方法で受益者に対し報告を行う義務—を分析する。次に、熟議的なインプット (input) のありうる要求—信認

ANDREW REHFELD, THE CONCEPT OF CONSTITUENCY: POLITICAL REPRESENTATION, DEMOCRATIC LEGITIMACY, AND INSTITUTIONAL DESIGN (2005). それでもなお、司法政治の研究は、裁判官を代表として考慮することに躊躇しない。See, e.g., Melinda Gann Hall, *Justices as Representatives: Elections and Judicial Politics in the American States*, 23 AM. POL. Q. 485 (1995).

²¹⁶ See Peters *supra* note 108, at 347 (裁判官と訴訟当事者の間の熟議関係を説明する)。

²¹⁷ この命令が、裁判官の受託者(受託者は受託者と互換可能な語である)たる地位からくるとする学説として、See Cravens, *supra* note 101. 本稿の立場は、クレイヴェンスのものとは異なる。なぜなら、この立場は、受益者を非人格化し、「コモン・ロー」の「信託財産」として扱うからである。書面化は実際にはより悪しき意思決定を生み出す可能性があるという反直観的な主張として、See Chad Oldfather, *Writing, Cognition, and the Nature of the Judicial Function*, 96 GEO. L.J. 1283 (2008). 書面による意見はコストがかかるかもしれないが、裁判所の階層内ならびに受益者による監視を可能にするためには何らかの説明が必要である。

関係の範囲内の事柄について受益者に対し誠実かつ責任をもって行動する義務—を探究する。

1. 熟議的アウトプット

受認者たる裁判官が、公衆との熟議的積極関与の責務を果たすために用いるコミュニケーションの中心的手段は、公表され—それゆえ公衆にアクセス可能な—裁判官の意見を通じたものである。²¹⁸ しかし、熟議的な裁判官のアウトプットに対する基礎は、理解が容易で（comprehensible）意味が明瞭な（intelligible）裁判官の意見であり、一定の相互理解なくしては有意義な対話は成立しえないのである。その対話は、司法部を監視しかつ拘束するために重要である。

しかし、熟議的積極関与の義務のもとでは裁判所に対する極めて基本的な問題が存在する。すなわち、法準則と法理の複雑性により、相当に限られた法的知識しかもたない「人民」とコミュニケーションを取ることが際だって難しいという点である。²¹⁹ 最近の例を挙げると、ロバーツ・コート（Roberts Court）における裁判官の意見において明瞭さと物怖じしない饒舌さを欠いていることは、その問題を悪化させるだけである。²²⁰ もちろん、訴訟当事者に対して意味が明瞭であることは重要であるが、大概の事件において、裁判官は訴訟当事者を越えた「人民」にまで拡張された義務を負っている。しかし、もし裁判官が「人民」との熟議に携わる義務のもとにあるのならば、裁判官は、いかなる所与の事件においても主張の範囲を十

²¹⁸ レフラー（Robert Leflar）がかつて述べたように、「裁判官の意見は我々の裁判所の声であり、その意見は、裁判所が果たす役割に奉仕している」。Robert A. Leflar, *Some Observations Concerning Judicial Opinions*, 61 COLUM. L. REV. 810, 819 (1961).

²¹⁹ Michael Serota, *Intelligible Justice*, 66 U. MIAMI L. REV. 648 (forthcoming 2012).

²²⁰ See, e.g., Adam Liptak, *Justices Are Long on Words but Short on Guidance*, N.Y. TIMES, Nov. 17, 2010（ロバーツ・コートによる意見の多くが明瞭さを欠くことを指摘する）; Ryan C. Black & James F. Spriggs II, *An Empirical Analysis of the Length of U.S. Supreme Court Opinions*, 45 HOUS. L. REV. 621, 629 (2008)（合衆国最高裁の多数意見の長さの中央値（4,751字）と反対意見・同意意見を含めた全体の長さの中央値（8,265字）の双方が常に高値であることを指摘する）。

分に説明しようと取り組むであろう。²²¹ 熟議的積極関与という受認者の義務は、人民の低いレベルの知識—簡潔さと明確さのみでは組みこめたことにはならないかもしれない現実—によく配慮した改革を促している。²²²

筆者の1名がこれまでの研究で指摘してきたように、信認原理と合致した信認原理と合致した魅力的なアプローチが存在する。それは、公表にかなする2層のシステムであり、裁判所が、平均的なアメリカ人の知性・学歴・時間的制約に対応するように特別につくられた補完的な媒体へ裁判官の意見を「翻訳する」ことに献身する市民教育のスタッフを雇用するのである。受認者が自らの義務を満たすのに助力を必要とする他の文脈と同じように、司法の「オンブズパーソン (ombuspersion)」が、裁判官が受益者の利益のために行っていることを要約し明確化しうる。²²³ 筆者らは、報道機関（いわゆる「[訳注：統治の] 第4部門 (fourth branch)」）が、公的受認者を説明させるというその役割を減少させることを望んではないのであるが、司法それ自体が、ひとつの制度として、公衆とのコミュニケーションについてより努力をすることができるのではないかと考える。²²⁴

²²¹ 裁判官の意見に対する多くの異なる聴衆についての熟慮として、See Abner J. Mikva, *For Whom Judges Write*, 61 S. CAL. L. REV. 1357 (1984).

²²² See, e.g., Serota, *supra* note 219. (政治的無関心についての政治学研究を引用する); Ilya Somin, *Political Ignorance and the Counter-Majoritarian Difficulty: A New Perspective on the Central Obsession of Constitutional Theory*, 89 IOWA L. REV. 1287, 1371 (2004) (「アメリカ市民の間で政治的知識が低レベルであることは、すべての社会科学において最もよく認められた事実のひとつである」).

²²³ 受認者の熟議的義務を実現するためのオンブズパーソンの利用について、Leib & Ponet, *supra* note 13, at 15-21.

²²⁴ 主流メディアによる裁判所の報道は、下級裁判所はもちろんのこと、最高裁が扱う問題の範囲についても人民に情報を与え続けるには常に不足している。See Serota, *supra* note 219. (「報道における裁判所の判決は、不規則でしばしば皮相的な報道である」); Rorie L. Spill & Zoe M. Oxley, *Philosopher Kings or Political Actors? How the Media Portray the Supreme Court*, 87 JUDICATURE 22, 28 (2003) (「メディアは、最高裁の事件記録を十分に反映していない。」そして、「この最高裁の事件記録の不十分な反映は、雑誌、新聞およびテレビのニュースでみられる。」); Elliot E. Slotnick, *Media Coverage of Supreme Court Decision Making: Problems and Prospects*, 75 JUDICATURE 128, 131 (1991) (「時事解説で司法を十分に扱わないことが、しばしば報道に

オンブズパーソンは、受認者の諸々の責務を完全には代行することはできず、またそうするべきでもない—これまで論じたように、受認者が自らの責務を他者に再委譲する（sub-delegation）ことは、受認者の懈怠へとつながるのであり、このことは、裁判官のロー・クラークが意見全体を執筆する場合と同様である。しかし、受認者が、その職務の範囲内で関連する責務についてより適任である可能性のある他者の助力を求めることについては、これまで論争の余地が生じたことはない。²²⁵ このより軽微な委譲は、裁判官がその熟議的積極関与の要件を満たす一助となりうるものであり、同時に、裁判官の判決の根拠を十分かつ廉直に説明する義務を擁護するものでもある。²²⁶

対する批判となってきた。』。

²²⁵ See FRANKEL, *supra* note 51, at 130-31.

²²⁶ カナダ最高裁判所が、行政法務官 (Executive Legal Officer: ELO) を雇用し、特に最高裁の意見を報告することによりカナダのジャーナリストを支援する責務を負わせていることは、注目に値する。ソウヴァジョウ (Florian Sauvageau)、シュナイダーマン (David Schneiderman) およびタラス (David Taras) が指摘するように、1980年代において、ジャーナリストは、カナダ最高裁判所の裁判官が用いる「複雑かつ抽象的な法律用語」について何度も不満を表明し、より一般的には、裁判官の仕事全般の愚鈍さを批判してきた。FLORIAN SAUVAGEAU ET AL., *THE LAST WORD: MEDIA COVERAGE OF THE SUPREME COURT OF CANADA 200* (2008). これらの不満に应运、最高裁はELOの地位を設置したのであり、ELOは、最高裁の多様な行政職務を補佐し、裁判官のためのスピーチ原稿を執筆することに加えて、「裁判所と報道メディアとの間の連携」となる。*Id.* at 201. ELOの地位には、通常は、カナダの大学の法学教授団から任命される。ELOは裁判所に雇用されるが、それにもかかわらず、裁判官からは相当程度に独立してその連携の役割を行う。ソウヴァジョウらが述べるように、ELOは「裁判官が述べたことを擁護し、声明化し、装飾し、あるいは長々と物語るために存在するのではなく」、むしろ「中立かつ独立の専門家として位置づけられる」。ELOは法を説明し、裁判官が直面する問題について解説し、ジャーナリストらに判決の要点を指し示す。*Id.* ホーウィッツにこの示唆を感謝したい。

これは、裁判官の意見の明瞭さを促進するという側面に限れば、顕著な制度改革であり、かつ正しい方向へのステップであることは間違いない。しかし、熟議的積極関与の基準から要求される事柄をなお付加できるかもしれない。すなわち、最高裁判所から人民自身に向けられる、アクセス可能な司法のコミュニケーションである。

2. 熟議的インプット

受認者モデルは、司法の構成員に対して、その受益者とのコミュニケーションが広範にアクセスできかつ公衆にとって理解しやすいものであることを確実にするよう義務づけている。しかし同時に重要であるのは、受認者モデルは、司法部が人民あるいは他の政治部門に対して耳を澄ませることを要求している、ということである。熟議的積極関与は相互的關係 (two-way street) なのであり、このことは、訴訟当事者でない第三者が事件と争訟について述べるのが、司法部にとってリップ・サービス以上のものとして受け止められることを意味する。裁判官に対して適用される受認者モデルは、世論が、司法の意思決定プロセスにおいて一定の役割を果たす、ということを裏付けている。それでもなお、「傾聴すること」と「積極的に関与すること」は、「従うこと (following)」と同義ではない—そして、受認者モデルは、裁判官を、人民、立法部、その他のものに対する単なる世論調査屋 (pollsters) になさしめるものではない。そうではなく、熟議的積極関与は、所与の事件において含意される受益者のクラスに対して説明を行う、思慮、配慮、そして究極的には、理に適った決定を伴っている。しかし、受益者のクラスは事件ごとに異なるため、憲法・制定法・コモン・ローの事件の順に個別に検討することにしたい。

a. 憲法上の事件

裁判官は、憲法典を解釈する際に何らかの形式で人民に対して「傾聴する (listen)」義務をもつ、という概念は、何世紀にもわたり、各世代の憲法理論に浸透してきた²²⁷ —そして最近では、その概念は人民立憲主義と

²²⁷ See CHRISTOPHER G. TIEDEMAN, *THE UNWRITTEN CONSTITUTION OF THE UNITED STATES* 154 (1890) (「法の生ける法源たる人民の現在の意思を認識すると同時に、我々は、法を解釈する際に、人民の現在の意思と意味に従い、効果を与える義務を負っている」); CARDOZO, *supra* note 1, at 108 (いかなる明確な法的な答えもない場合、裁判官は「コミュニティの受容された基準に従う義務」を負うことを指摘する); JED RUBENFELD, *FREEDOM AND TIME: A THEORY OF CONSTITUTIONAL SELF-GOVERNMENT* 58

いう衣を纏っている。²²⁸ 人民立憲主義は、世論と社会運動が果たしてきた重要な役割を強調し、²²⁹ より中核的には、憲法の発展において、それらが重要な役割を果たすべきであるとする。²³⁰ 確かに、人民立憲主義は決して一枚岩ではなく、人民立憲主義の権威的解釈がいかにあるべきか、という点については、その支持者の間でも異なる見解が存在する。²³¹ そのような支持者内の論争はさておき、人民立憲主義の支持者で最も穏健な立場をとる者であってもなお、憲法の発展における世論について中心的役割を認めており、²³² 他の立場との違いは、正確にはいかなる者が「人民」であるの

(2001) (他の裁判官と研究者、例えばブレナン (William Brennan), サンダロウ (Terrence Sandalow) およびウェリントン (Harry Wellington) らは、裁判所は事件において世論を考慮すべきであるとすることを指摘する)。

²²⁸ See, e.g., KRAMER, *supra* note 4; MARK TUSHNET, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS* (1999); William N. Eskridge, Jr., *Some Effects of Identity-Based Social Movements on Constitutional Law in the Twentieth Century*, 100 MICH. L. REV. 2062 (2002); Larry D. Kramer, *Foreword: We the Court*, 115 HARV. L. REV. 5 (2001); Reva B. Siegel, *Constitutional Culture, Social Movement Conflict, and Constitutional Change: The Case of the de Facto ERA*, 94 CALIF. L. REV. 1323 (2006).

²²⁹ See BARRY FRIEDMAN, *THE WILL OF THE PEOPLE: HOW PUBLIC OPINION HAS INFLUENCED THE SUPREME COURT AND SHAPED THE MEANING OF THE CONSTITUTION* (2009); Barry Friedman, *The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review*, 72 U. CINN. L. REV. 1257 (2004); *but see* Tom Goldstein & Amy Howe, *But How Will the People Know? Public Opinion as a Meager Influence in Shaping Contemporary Supreme Court Decision Making*, 109 MICH. L. REV. 963, 967 (2011) (フリードマンの説明に反して、「合衆国最高裁の近代的な憲法法理の圧倒的多数は、諸々の決定が公共の議論を生成し、それに裁判官が順応する、というモデルには対応していない」); Pildes, *supra* note 20, at 155 (同様に、最高裁が多数派の機関であるという考えを否定する)。

²³⁰ See generally sources cited *supra* note 228.

²³¹ See Pozen, *supra* note 23, at 2060-70.

²³² See Joseph Blocher, *Popular Constitutionalism and the State Attorneys General*, 123 HARV. L. REV. FORUM 108, 109 (2008) (「人民立憲主義の説明は個別に異なっているものの、すべては『人民』が憲法解釈において役割を果たすという考えによって結ばれている」); see also Frederick Schauer, *Judicial Supremacy and the Modest Constitution*, 92 CALIF. L. REV. 1045, 1050 n.26 (2004) (人民立憲主義は、「人民が憲法解釈において

か、という点と、人民の意見をいかに確実に判別するのか、という点に、困難を見出していることである。²³³

それでもなお、学界における人民立憲主義の印象的な成長²³⁴にもかかわらず、公衆が憲法解釈の争いのある問題について語ってきた—それにより世論を憲法の正統な法源としてきた—という命題に対しては、異論ないし誹謗中傷が存在しないわけではない。²³⁵ 人民立憲主義をめぐる活発な討論は、少なくとも部分的には、次の事実に起因するものであろう。つまり、世論が少なくとも一定の憲法上の事件の解決において役割を果たしていると考えられることが立証されてきているのであるが、²³⁶ 裁判官と人民との間のパートナーシップがいかに機能すべきであるのか、あるいは、なぜそのように機能すべきであるのか、という点があまり明確に論証されるに至っていない、という事実である。²³⁷ 本稿の信認モデルは、このギャップを埋めることができると考えられる。

「熟議的積極関与」という公的信認の原理は、司法の応答ならびに司法の独立の双方を補強する。つまり、受認者たる裁判官は、憲法上の事件において人民に傾聴しなければならないが、いかなる声に対しても—あるいは、多数派の大合唱に対しても—拘束されると感じる必要はないのである。²³⁸ この義務の二分された性質は、2つの分野横断的な信認の指向の産

主要な役割を果たすべきであるとする考え」であると説明する)。

²³³ 人民を区切る輪郭を描くこと、さらに、人民の意見を知ることがいかに難しいのかという点にかかる学説として、*See Pildes, supra note 20*.

²³⁴ *See, e.g., Andrew B. Coan, Well, Should They? A Response to If People Would Be Outraged by Their Rulings, Should Judges Care?*, 60 STAN. L. REV. 213, 238 (2007) (「人民立憲主義は、…最近10年間において嵐のごとく憲法理論を席巻した」)。

²³⁵ *See e.g., Alexander & Solum, supra note 4*.

²³⁶ *See FRIEDMAN, supra note 229; Friedman, supra note 229*.

²³⁷ *See, e.g., Serota, supra note 19*. (人民立憲主義者が、これらの問題に回答していないことを指摘する); Suzanna Sherry, *Putting the Law Back in Constitutional Law*, 25 CONST. COMMENT. 461, 463 (2009) (同旨); Larry Kramer, *Response*, 81 CHI.-KENT L. REV. 1173, 1182 (2006) (同旨)。

²³⁸ *Cf. Amy Gutmann, How Not to Resolve Moral Conflicts in Politics*, 15 OHIO ST. J. DISP. RESOL. 1, 4-5 (1999) (「基本的自由と機会を侵害する決定は、多数派支配から生み出

物である。すなわち、第1に、裁判官は、受益者の明確な意思について留意しなければならない、第2に、裁判官は、合衆国憲法に内包されている公共の利益を確認する裁量を有している、ということである。²³⁹ その結果、受認者たる裁判官は、明確な公衆のコンセンサスにまで結晶化している場合には世論を無視する自由がなく²⁴⁰、また、いかなる所与の事件においても、世論を判決の拘束的なルールとして盲目的に固定する自由もないのである。実に、裁判官信認モデルにおいて本来備わっている司法の独立は、裁判官の役割が、必然的に、世論調査の指示に従って行動する単なる代表以上の何らかの役割であることを意味するのである。²⁴¹

されたという事実から単純に正当化されうるものではない。多数派支配は、それでもなお多くの政治的紛争を解決する最も良い手続的基準でありつづけるかもしれないが、それが十分な基準であると信ずる理由は全くないのである…」).

²³⁹ ジャクソン裁判官がかつて指摘したように、「無制約の多数派支配は、少数派の個人を保護されない状態に置く。これが[純粹ポピュリズムと反多数派支配主義との間の]ジレンマであり、各人が選択を行わなければならない。合衆国憲法の制憲者は、制限された多数派支配主義を選択した」。ROBERT H. JACKSON, *THE SUPREME COURT IN THE AMERICAN SYSTEM OF GOVERNMENT* 79 (1955). *See also* FARBER & SHERRY, *supra* note 5, at 29 (合衆国最高裁が、その判決に内在する反ポピュリズムにかかわらず、「いかなる民主政も尊重すべき基本的権利を擁護してきた」事例を賞賛する)。

²⁴⁰ このように、本稿は、プライマスの次の主張に賛同する。「公衆によって強く支持されている見解」、つまり「単一の多数派の選好よりもコンセンサスにより近い見解」は、憲法上の問題における正しい答えの要素でありうる。」Richard Primus, *Public Consensus As Constitutional Authority*, 78 GEO. WASH. L. REV. 1207, 1218 (2010). *See also* Richard Primus, *Double-Consciousness in Constitutional Adjudication*, 13 REV. CONST. STUD. 1, 18-20 (2007). それでもなお、コンセンサスは斟酌するのにふさわしいであろう世論の必要条件では決してない。十分に発展した少数派の意見が同程度に健全であるかもしれない。このことは、多数派の世論が、無視、偏見に誘発された場合、あるいは、特定の憲法上の問題に注意を向ける動機や準備が単に不足している場合に特にあてはまる。

²⁴¹ *See* Pozen, *supra* note 23, at 2082 (裁判官が「単なる世論の導管」とならないのであれば、意思決定プロセスにおいて世論を評価することができることを指摘する。また、裁判官は「法的な答えが不安定であると思われる一方で、公衆の意見が明確で、広範で、かつ憲法領域内にあるような事例」においてのみ世論に依拠してもよ

世論が、憲法上の事件の解決において権威的な役割を果たしうるという概念自体が、多くの人々の感情を刺激しているのかもしれないが、²⁴² 他方で、その概念の範囲の限界について認識することも重要である。すなわち、世論が結果に対して関連をもつであろう多くの事件は、原則というより例外である。なぜならば、多様な論者が指摘しているように、人民は、裁判所に提起されている憲法上の論点の大部分について、はっきりとした意見をただ単純に持ち合わせていないのである。²⁴³ それでもなお、裁判官信認モデルが特に要求するのは、世論がはっきりと立ち現れる事件においては、裁判官は他の多くの考慮事項のなかから、世論を、憲法の意義のひとつの源泉として考慮する、ということである。²⁴⁴ このようにして、信認モデル

いことを説明する)。

²⁴² See, e.g., Gail Pison Montany, *Aspen Ideas Festival: Should the Supreme Court Follow the People?*, ASPEN BUSINESS JOURNAL, June 29, 2011 (合衆国最高裁判所のブライヤー裁判官とオコナー (Sandra Day O'Connor) 元裁判官は、「裁判官の決定が世論に影響されるであろう」という考えに対して強い反対を示した)。オコナー裁判官は、同時に、議論において次のことを明らかにしている。つまり、一般衍して説明すれば一裁判官が新聞を読むということは、ある問題についての世論が何でありうるのかということを読するのための測定基準として利用されることを示唆する。

²⁴³ See Primus, *Public Consensus As Constitutional Authority*, *supra* note 240, at 1223 (「大部分のアメリカ人は、裁判所において提起されている憲法問題のほとんどについて見解を全くもっておらず」、それゆえ「このことは、憲法条項と先例法理の解析と実施を含む派生論点についてとりわけ当てはまる」); Louis L. Jaffe, *Was Brandeis an Activist? The Search for Intermediate Premises*, 80 HARV. L. REV. 986, 994 (1967) (裁判所に提起される法的争点の多くについての「一般的思考」は一切存在しないことを述べる); Lawrence Baum & Neal Devins, *Why the Supreme Court Cares About Elites, Not the American People*, 98 GEO. L.J. 1515, 1549 (2010) (同旨); Neal Devins & Nicole Mansker, *Public Opinion and State Supreme Courts*, 13 U. PA. J. CONST. L. 455, 476-77 (2010) (州裁判所の判決の文脈で、同旨)。

²⁴⁴ 明らかに、先例拘束性の法理は、憲法上の意思決定についての別の権威的法源である一そして、下級審裁判所においては、決定的な結論にしばしばなりがちであり、世論をはるかに弱い法源にしてしまう。注意義務を固守すること一先例に従うことは、その命令の一部であると思われる一は、世論を測定しそれに従うよりも、しばしば、より重要で信頼される一連の行為でありうる。それでもなお、重大な世

は、人民立憲主義的解釈に権威的地位を与えるための明確な規範的基礎を確認する一方で、このポピュリズムの形式が、多数派の圧力からの司法の独立が法的紛争の解決において果たすべき疑うべくもない中心的役割と、いかに共存しうるのか、という点も明らかにしているのである。²⁴⁵

b. 制定法上の事件

文脈を変え、制定法解釈を信認モデルのレンズを通じて分析するならば、問題も異なってくる。この形態では、選挙された代表が公衆と共有する信認関係が介入しており、必然的に、熟議的積極関与の義務がある程度異なって適用されることになる。制定法解釈の場合には、公衆自身の政策形成を行う受認者、つまり立法部の明確な意思が判明しているため、受認者たる裁判官は、世論について直接的にそれほど大きな関心をもつことはない。²⁴⁶

これまで検討してきたように、信認モデルは、司法権の行使のみならず、それ以外のものに適用される。実に、人民と立法部における選挙された代表も、信認の関係を共有している。このことは、州と連邦の立法部の公職

論の関心事において、公衆が先例を覆すべきであるという見解をもつ場合、受認者たる裁判官は、そのことを衡量評価しなければならない。

²⁴⁵ See Chemerinsky, *supra* note 4, at 1017（純粋な人民立憲主義者は、「人民の支持のない、周縁化された集団に対する憲法上の保護を腐食させる」であろうことを説明する）。

²⁴⁶ スタスゼウスキは、問題は憲法上の事件においてそれほど異ならないであろうことを鋭く観察する。結局のところ、憲法は、大部分が、自ら信認義務を負う国家のアクターの正当性と合法性を決定することにかんするものである。このことは、筆者らにとってもまさに真であると思われる—ただし、憲法上の事件における裁判官の役割が、人民の声たる憲法が何を要求するのかということについて独立に判断を下すことにあるという点は除く。憲法上の事件においては、受認者を調停するための敬讓のルールが適用される—このことは、セイヤーが唱える敬讓について考える興味深い方法でもある。See James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129 (1893) —しかし、フェデラリスト・ペーパーズ第78編の伝統的読解では、公職者の行為に対する憲法上の審査に対するこの構造を明らかにすることはできない。

者の双方が、その民主的代表の役割において、公衆に対して類似した一連の信認の義務を負うことを意味している。これらの義務は、立法部の構成員が、選挙人団に対して真正かつ有意義に熟議的積極関与を行うことを要求している。²⁴⁷ この欠かせない対話を維持することは、政府における公共信託が保護されるのを確実にするだけでなく、制定された法律の民主的な正統性を促進するのである。²⁴⁸

したがって、制定法解釈の事件においては、立法部と人民との間に共有される信認関係が「介入している (intervene)」のであり、それにより一立法プロセスを通じた公衆の受認者である一立法部は、人民の肩代わりを行い、この文脈において主たる受益者として奉仕するのである。立法部が法律を制定する際に人民の受益者として行動するのとまさに同様に、司法部はその法律を解釈する際に立法部の受認者として行動する。司法部を立法部という本人に対する代理人として理論化することは一般的である²⁴⁹—そして、代理は伝統的な信認関係にある。²⁵⁰

この制定法解釈における複雑な構成の結果として、世論は、憲法解釈の文脈においてもつ権威的な地位と同一の地位をもつことはもはやありえない。ただし、同時に、それが完全に無関係になるということもない。裁判官が立法機関と共有するユニークな信認関係により、立法部の意思にまず焦点をあてることに変化するのであるが、立法部がその信認の資格において義務を果たしていないことが明白になる事例においては、受認者たる裁判官は、人民、つまり究極的な受益者に対して直接関心を向けることができる。信認モデルが制定法解釈の慣行に対してもっているこれらの重要な含意について、さらに説明をしたい。²⁵¹

²⁴⁷ See Leib & Ponet, *supra* note 13, at 12-13.

²⁴⁸ See *id.* at 14.

²⁴⁹ See Merrill, *supra* note 9, at 1566-70.

²⁵⁰ See Smith, *supra* note 25, at 1400.

²⁵¹ 本稿では、これ以降、立法部の命令を行政機関が執行することについて触れていないが、もし行政官もまた受認者であれば、敬讓についての類似の諸原理は適切である。行政機関の信認的性格について、法と学説は対立していない。See generally *Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984); Criddle,

第1に、裁判官が立法部にまず従うべき立場にあることは、立法の文言に対して可能な限り従い、より一般的には、立法部の優越という重要な原理と慣例実務に従うことを要求する。²⁵² このように、制定法の文言が裁判所に提示される法的論点に対して明確な答えを与える場合には、裁判官の信認義務は、一般的には、その答えを適用することを要求している。そして、地方・州・連邦の法律でたびたびみられるような複数の文言の曖昧さに裁判官が直面する、より課題の多い事件においては²⁵³、裁判官の受認者としての役割に基づき、裁判官は可能な限り制定法の根底にある立法部の意思を判別する努力を行うことが要求される。ブライヤー（Stephen Breyer）裁判官は、議会の目的と結果を強調するこのアプローチの類型を、「連邦議会との強固に機能しうる関係を維持する」手がかりとして強調する。²⁵⁴ 信認モデルの基礎にある構造力学は、ブライヤーの主張と要点を補強すると考えられる。

だがそうであるとしても、当然のことながら、立法部の目的と意思は、制定法上の事件に固有の事実と状況に鑑みれば、解明が難しいのかもしれない。立法部の意思が解釈不能な位置に到達している場合には、受認者たる裁判官は、「公共の利益という広範に基礎づけられた概念から導かれる

Foundations, supra note 13; Criddle, *Administration, supra* note 13.

²⁵² See generally Daniel A. Farber, *Statutory Interpretation and Legislative Supremacy*, 78 GEO. L.J. 281 (1989).

²⁵³ これらの曖昧さは、議会の時間的制約と近視眼性、政治的妥協、および英語の制約と行った諸要素の必然的結果である。See Amanda Frost, *Certifying Questions to Congress*, 101 NW. U. L. REV. 1, 9-10 (2007)（制定法における曖昧さにかかる多様な理由について述べる）；Robert A. Katzmann, COURTS AND CONGRESS 61 (1997)（同旨）；Richard A. Posner, *Statutory Interpretation—In the Classroom and in the Courtroom*, 50 U. CHI. L. REV. 800, 811 (1983)（「制定法が適用においてしばしば曖昧である基本的な理由は、不完全に立法されたからではなく一多くの立法は不完全ではあるが一、立法者がその制定法で達成しようとしていた事項そのものについて合意がなかったからでもない—立法者が合意に至らないのはしばしばであるが一。むしろ、制定法は、その適用の前に起草されなければならない、その適用において生じるであろう問題について不完全な認識しかもたないからである」と説明する）。

²⁵⁴ STEPHEN BREYER, MAKING OUR DEMOCRACY WORK: A JUDGE'S VIEW 88 (2010).

考慮」²⁵⁵、いわば、受益者の背後にある司法部の受益者との関係における規範的正当化事由を発見するという原理を斟酌しなければならない。それゆえ、仮に立法者が誠実に自らの信認の義務を果たそうとする場合においてさえ、立法部の優越の原理は破棄できるのである。

しかし、立法者が自己の信認義務を果たすことができないか、あるいは、信認義務に従って行動しようとしていないと合理的な疑いをもつような事例についてはどうであろうか。立法部の優越が、立法部と公衆との間の信認関係の副産物であることに鑑みれば、裁判官の究極的な受益者の利益がもはや制定法によって保護されない状況において、立法部への敬讓の要求は後退し、裁判官が自らの意思決定を通じて直接的に公衆の信認を保護することが要求される。同じように、古い制定法がもはや現行の多数派の意思を反映していない場合、議員が（例えば、選挙資金、ロビイング、選挙法において）勢力強化ないし勢力争いを特に行いがちである場合、公共選択の病理によって民主主義の赤字が示唆される場合、あるいは、代表の補強が不可欠である場合、受認者たる裁判官が、現行の世論もしくは公衆の価値観を通じて、公衆の意思を解釈の指針として斟酌することが正当化されるであろう。²⁵⁶ このように、世論の権威的地位は、憲法上の問題と比較すると制定法上の問題において弱められるのであるが、その地位が完全に消滅する訳ではないのである。²⁵⁷

第2に、信認モデルは、政府の部門間の熟議的積極関与をよりよく促進しうるかもしれない一定の解釈原則や制度改革の採用についての考えを

²⁵⁵ Posner, *supra* note 253, at 820.

²⁵⁶ アルディサート裁判官が述べたように、「立法部が変化する社会秩序に合致して行動しておらず、かつ、そうすることを意図していないと思われるときは、裁判所は、コンセンサスにおける変化を考慮するという権限のみならず、おそらく義務も有している」。Ruggero J. Aldisert, *Judicial Declaration of Public Policy*, 10 J. APP. PRAC. & PROCESS 229, 239 (2009). See also Hillel Y. Levin, *Contemporary Meaning and Expectations in Statutory Interpretation*, 2012 U. ILL. L. REV. 1103.

²⁵⁷ 実に、立法部への敬讓と、必要がある場合の立法部への規律との間の相互作用は、ハミルトンのフェデラリスト・ペーパーズ第78編の言葉を想起させる。すなわち、裁判所の適切な役割は、「人民と立法部との間の媒介機関として」機能し、「立法部に対して、それに付与された権限の制約内に」とどまらせることである。

も解明する。これらの重要な洞察は、熟議的積極関与の義務—政府の諸部門間の義務は、政府の一部門と公衆の間の義務と比較して、直観からは認識がより困難な概念である—を、ユニークな司法＝立法間の信認関係へと移行する機能である。これらの解釈原則と制度改革の採用は、部門相互の対話を促進するものとして一般的に理解されうる。

各事例について検討しよう。互換可能な対話促進型の原理は、司法部が制定法の先例に対して「きわめて強固な」先例拘束性原理を適用する際に発見されうる。²⁵⁸ 合衆国最高裁と多様な研究者の双方が指摘してきたように、制定法の事件の先例を尊重することは、連邦議会に対して、好まざる先例を破棄する重要なインセンティブを与える。²⁵⁹ このことは、翻って、実りの多い「裁判所＝議会の対話関係」²⁶⁰を生み出すのであり、その関係

²⁵⁸ See *CBOCS W., Inc. v. Humphries*, 128 S. Ct. 1951, 1958 (2008); William N. Eskridge, Jr., *Overruling Statutory Precedents* GEO. L.J., 76 1361, 1362 (1988)（「きわめて強固な」先例拘束性という語を用いる）; Einer Elhauge, *Preference-Eliciting Statutory Default Rules*, 102 COLUM. L. REV. 2162, 2226 (2002)（「基礎的法準則 (blackletter rule) は、制定法上の先例は、とりわけ強い先例拘束性の効果をもつということである」ことを指摘する）(citing *Square D Co. v. Niagra Frontier Tariff Bureau, Inc.*, 476 U.S. 409, 424 n.34 (1986)).

²⁵⁹ Elhauge, *supra* note 258, at 2226 (citing *NLRB v. Int'l Longshoremen's Ass'n*, 473 U.S. 61, 84 (1985); *City of Oklahoma City v. Tuttle*, 471 U.S. 808, 818 n.5 (1985); *Williams v. Crickman*, 405 N.E.2d 799, 802 (Ill. 1980); *City of Boston v. Mac-Gray Co.*, 359 N.E.2d 946, 948 (Mass. 1977); *Higby v. Mahoney*, 396 N.E.2d 183, 184-86 (N.Y. 1979); *James v. Vernon Calhoun Packing Co.*, 498 S.W.2d 160, 162-63 (Tex. 1973)); see also Lawrence C. Marshall, "Let Congress Do It": *The Case for an Absolute Rule of Statutory Stare Decisis*, 88 MICH. L. REV. 177, 183 (1989). 合衆国最高裁判所が自ら述べているように、制定法上の先例である *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164, 172 (1989)に「特別な力」を与えることによって、裁判官は連邦議会に対して「賢慮を欠き不公正であると思われる制定法を是正する責任を行使するという」インセンティブを与えている。 *Neal v. United States*, 516 U.S. 284, 296 (1996).

²⁶⁰ See Michael E. Solimine & James L. Walker, *The Next Word: Congressional Response to Supreme Court Statutory Decisions*, 65 TEMP. L. REV. 425, 428 (1992)（「裁判所と議会の対話」を促進する強固な形式をもつ制定法上の先例拘束性の価値を確認する実証研究）。

によって、立法部は、自らの代表としての法形成の義務（および立法部自体の信認義務）に焦点を当て続けるのである。

さらに、信認モデルから派生する対話促進の命令は、解釈原理のみの採用よりも部門間の熟議的積極関与をより良く促進する可能性のある一定の制度改革も支持しうる。制度設計について細かく掘り下げることは本稿の射程を超えているものの、少なくとも、信認のレンズを通してみる場合にとりわけ説得力があると思われるひとつの改革をここで指摘することは価値があるであろう。最近、フロスト（Amanda Frost）は、制定法上の問題が連邦議会によって認証されるプロセスを提案している。「連邦裁判所が、適用にかかる重要な争点が不明瞭なままであると解釈せざるをえない場合に、裁判所は訴訟手続を停止し、連邦議会にその問題を移送することができる。」²⁶¹ フロストの提案は、連邦議会に対して、「合衆国憲法第1編における二院による審議と大統領への送付の要件に従って法律を修正することにより」文言上の曖昧さを是正する機会を与えるものである。²⁶² 法律の修正が完了すると、裁判所は、その係属中の事件に対して修正された文言を適用しうる。²⁶³ 信認の観点からは、制定法の問題を認証するプロセスは、対話促進の慣行であるため、とりわけ望ましい。そのプロセスにより、裁判官は、直接的・非媒介的な部門相互の対話を行い、立法部の受益者との熟議的積極関与の義務を達成することができるのであり、同時に、「他の」受益者、つまり「人民」を擁護することができるのである。

c. コモン・ロー上の事件

アメリカの法制史を通じて、法学者は、コモン・ローと民主主義の間の

²⁶¹ See Frost, *supra* note 253, at 3. 本稿の目的からは、フロストの提案という広範な業績についてのみ論じたい。筆者らは、その提案の詳細を含めたすべてに賛同するわけではないが、その提案は本稿で賞揚し擁護した対話の価値の一部を描写する上で極めて有用な出発点である。

²⁶² *Id.*

²⁶³ *Id.*

緊張関係と格闘してきた。²⁶⁴ その理由を理解するためには、フェデラリスト・ペーパーズを読むだけで足りるであろう。マディソンは次のような洞察を行っている。「裁判権が立法権と結合するならば、臣民の生命と自由は専断的支配にさらされることになるであろう。なぜならば、裁判官が同時に立法者となるであろうからである」。²⁶⁵ マディソンの観点からは、「コモン・ローの法形成と民主主義との間の厄介な関係」は明らかである。²⁶⁶ では、コモン・ローを通じて宣明されるルールは、立法者や立法過程に対しては存在する民主的制約を欠いているにもかかわらず、いかにして正統であると評価されうるのであるのか。

実に、民主的原理は、裁判官ではなく立法者が、コモン・ロー上の事件で必然的に行われる公序にかかる決定について責任を負うべきであることを示唆している。²⁶⁷ スタイレン（Matthew Steilen）が説明するように、「民主的な法律が正統であるのは、我々がその法律について決定したからであり、それゆえ、我々は自らが決定した法律によって拘束されることについて不満を述べることは極めて困難である」。しかし、「コモン・ローの司法的判断では、法の内容について決定をするのは裁判官であり、法に拘束される人民ではない。…この理由から、裁判官が創造した法（judge-made law）は、民主的な法と区別する特別な正統性を欠いている」。²⁶⁸ 換言すれば、かつてホームズ（Oliver Wendell Holmes, Jr.）裁判官が指摘したように、コモン・ローの司法的判断は、「コミュニティにとって便宜なものについ

²⁶⁴ See ANTONIN SCALIA, A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW 10 (1997); Robert Rantoul, Oration at Scituate (July 4, 1836), in KERMIT L. HALL ET AL., AMERICAN LEGAL HISTORY 317, 317-18 (1991).

²⁶⁵ THE FEDERALIST No. 47 (James Madison).

²⁶⁶ SCALIA, *supra* note 264, at 10.

²⁶⁷ See, e.g., Aldisert, *supra* note 256, at 231（「裁判所は、公序（public policy）を、コモン・ローの内容形成にあたって斟酌することが継続的に求められている」）; Roger J. Traynor, *Reasoning in a Circle of Law*, 56 VA. L. REV. 739, 749 (1970)（裁判官はまた、コモン・ローの事件において政策決定を行っていることを指摘する）。

²⁶⁸ See Matthew Steilen, *Democratic Common Law*, 2011 J. JURIS. 237（法創造の権限を裁判官の手に置くことの民主的問題を論ずる）, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1872445.

ての考慮」—法創造（*law making*）の真髄としての性質の考慮に要約される。²⁶⁹ なおかつ、コモン・ローの意思決定の性質とそれに内在する実質的な裁判官の裁量は、民主主義にとつての課題であるようにみえる一方で、信認モデル—とりわけ、熟議的積極関与の義務—は、コモン・ローによる司法判断と民主的正統性との間の表面的緊張関係の緩和の一助になるのである。

まず、コモン・ローの司法判断の文脈では、公衆は、受認者たる裁判官との関係で、構造的にみて直接的な受益者として働くという点が際立っている。したがって、制定法解釈の文脈では存在したような、いかなる媒介的な信認関係も存在しない。裁判官と公衆との関係は、実際には、ここで最も直接的な関係といえる（なぜなら、憲法上の事件においては、通常、審査を受けるのは政府の行為だからである）。公衆の直接的受認者として奉仕することの重要な副産物は、熟議的積極関与の義務である。この義務は、裁判官が一法廷の訴訟当事者と公衆一般の双方に対して—「傾聴すること、および、合理的であり、アクセス可能であり、かつ透明性のある意見の提示を通して行われる熟議的「アウトプット」を行うことを要求している。これら対話の命令の双方は、受認者たる裁判官のコモン・ロー上の意思決定に対してあてはまる。裁判官が、公衆が承認しあるいは正式に制定された法文を欠いているコモン・ローの文脈で裁判官がもつ広範な裁量に鑑みれば、憲法と制定法を解釈する際に受認者たる裁判官に指針を与え制約する法文を欠くという意味で、ここでのその信認の義務はより強固でさえある。²⁷⁰ こうして、世論は、コモン・ローの事件の決定において正統な権威的根拠として働きうるのである。²⁷¹

²⁶⁹ OLIVER WENDELL HOLMES, JR., THE COMMON LAW 35-36 (1881).

²⁷⁰ See Benjamin J. Roesch, *Crowd Control: The Majoritarian Court and the Reflection of Public Opinion in Doctrine*, 39 SUFFOLK U. L. REV. 379, 407-08 (2006) (裁判官がコモン・ローの文脈で法を積極的に創造するため、「人民が法が何たるかを決定する声をもつべきであるということが、民主的価値観から示唆される」ことを指摘する).

²⁷¹ See, e.g., Aldisert, *supra* note 256, at 239 (「裁判所は、コンセンサスにおける変化を考慮する権限のみならず、おそらく義務も有している」); Harry H. Wellington, *Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication*, 83

熟議民主政の観点からは、上記のコモン・ローの司法判断における信認の義務は、民主的規範との対立を実質的に和らげている。ロールズ（John Rawls）²⁷² および他の論者²⁷³ が洞察したように、民主的な意思決定の核心は、熟議（deliberation）、つまり、争いのある政治的問題をめぐり、合理的な人間ならば正当化しようと判断することができる理由により証拠づけられながら、意見を交換することにある。この民主政観のもとでは、コモン・ローの民主的正統性は、コモン・ローの意思決定プロセスが、この熟議民主政の標準と合致する手続をどれだけ編入するのかにかかっているといえる。²⁷⁴ このように熟議的積極関与は、コモン・ローの熟議民主政的な信頼を擁護する。受認者たる裁判官がコモン・ローの事件で司法的判断を行う際に、裁判官は、公衆と活発な対話を維持しなければならず、法廷にある訴訟当事者の主張と、関連するならば、公衆の利益の双方に対して敏感でなければならない。そして、裁判官の究極的な訴訟解決は、公衆のアクセスが可能で、かつ合理的人間が正当であると認めうる意味のある理由によって基礎づけられた、透明性のある裁判官の意見により構成されなければならない。

つまり、裁判官の熟議的積極関与の義務に合致することにより、受認者たる裁判官は、受益者たる公衆に対する必須の責任—民主的正統性の試金

YALE L.J. 221, 236 (1973)（世論は、コモン・ローの発展において関連性をもつべきであることを指摘する）。

²⁷² John Rawls, *The Idea of Public Reason Revisited*, in *THE LAW OF PEOPLES* 137-38 (1999).

²⁷³ See, e.g., Joshua Cohen & Charles Sabel, *Directly Democratic Polyarchy*, 3 EUR. L.J. 313, 327 (1997)（「民主政の熟議概念の核心にあるのは、集団的意思決定が、熟議により進められるべきであるという考えである—それは、市民が、自由かつ平等な他者が合理的と認識しうる諸々の考慮を行いながら、提案を提出し擁護することによって進められる。」）；AMY GUTMANN & DENNIS THOMPSON, *WHY DELIBERATIVE DEMOCRACY?* (2004).

²⁷⁴ Steilen, *supra* note 268, at 484（「熟議民主政の理念的な熟議のプロセスを特徴づける自由と平等の条件のもとで遂行される熟議の手続を取り入れる限りにおいて、コモン・ローは民主的正統性を有する」）。

石一を維持するのである。²⁷⁵ もし、コーエン（Joshua Cohen）が示唆するように、「民主主義とは、ある決定と、その決定により自己の行動が規制されるであろう者の利害・判断とを結びつける、集団決定をなすひとつの方法である」²⁷⁶ ならば、コモン・ローの法形成プロセスは、信認モデルにおける熟議的積極関与の義務の観点から確かに民主的なのである。

結論の前に、最後のポイントを指摘しておきたい。司法運営の現実をみれば、すべての事件が、憲法上の事件、制定法上の事件、およびコモン・ロー上の事件という上記の3つのカテゴリーのひとつに適合するという訳ではない。裁判官は、コモン・ローの争点を扱う制定法の事件、コモン・ローの制定法を解釈する事件、あるいは、制定法とコモン・ローの争点が（州憲法であれ合衆国憲法であれ）憲法上の問題として現れている事件を、日常的に扱っているであろう。しかし、これらの複雑性は、本章で論じた構造的パラダイムにとって決して致命的なものではない。ここで検討してきた異なる理念型の事件における裁判官に対する異なる要求は、裁判官が、自己の受認者たる地位から生ずる複雑に組み合わせられた要求を努力して満たしてゆく一助となる道標にすぎない。それでもなお、筆者らは、これらの基礎は、裁判官が、民主的国家における公的受認者たる自己の地位に敏感でありつつ、憲法上、制定法上、およびコモン・ロー上の問題を解決してゆくための重要な羅針盤を—もし裁判官が常に正確な地図を確保しているとは限らないのだとしても—与えていることを願っている。

²⁷⁵ See *id.* at 439 (ある者の決定が適用される者に対する責任を、「民主的正統性の特徴」として説明する)。

²⁷⁶ Joshua Cohen, *Reflections on Deliberative Democracy*, in PHILOSOPHY, DEMOCRACY, POLITICS 329 (2009); see Joshua Cohen, *Procedure and Substance in Deliberative Democracy*, in DEMOCRACY & DIFFERENCE: CONTESTING THE BOUNDARIES OF THE POLITICAL 95 (Seyla Benhabib, ed. 1996) (「民主的正統性の根本的観念は、国家権力の行使に対する授權が、その権限により統治される社会の構成員の集団的決定から生じなければならないということである」)。

結論

本稿で筆者らが試みたのは、ある再生のプロジェクトである。本稿で提示したように、裁判官を受認者として概念化することは、政治哲学とアメリカ政治思想に深いルーツを有しているのであるが、それらは政治哲学・思想領域の全景からは色褪せてしまっている。なぜ、そしていかにして、この司法判断のヴィジョンが閉塞してしまったのかは、筆者らの現在の関心事である。しかし、この司法判断の説明は、いまなお永続性と有用性があることが分かっている。裁判官信認モデルは、現代の政治環境において極めて論争的となった課題である、裁判官の行動の適切な基準について、説明し導いてゆく一助となる。信認原理は、いかにして司法部の反多数派支配主義の構造が民主的統治に対する深いコミットメントと合致させられうるのかということも解明しているのであり、裁判官と人民を裁量・信託・脆弱性—さらに信認の義務に付随するすべてのものの—の関係でつないでいる。裁判官（州の裁判官、連邦の裁判官、選挙を受ける裁判官、および選挙を受けない裁判官）のすべてのクラスに信認原理がいかに生じているのかをみることで、本稿は、アメリカ民主主義における司法の行動と裁判官の役割について最も悩まされている一部の問題に対して光をあてているのである。

たしかに、裁判官信認モデルは、裁判官の役割について思考する貴重な枠組みを提供し、将来の制度改革にとって有益な道標を提供するものである。しかし、それでもなお、このモデルは出発点にすぎない。本稿は、司法判断の完全な理論ではなく、部分的説明を提供しているにすぎない。本稿におけるいかなる立論も、裁判官の間の現実的差異、裁判所の階層と官僚主義の現実、さらに、法の支配が訴訟当事者に対して要求するかもしれない事柄についてのより特別な学識の必要性を否定するものではない。これらの問題の詳細については、我々の民主主義において裁判官をむすびつけるもの—そして、その裁判官を人民と結びつけるものが本稿によって再生されたことをふまえれば、より良い分析が可能になるであろう。