裁判官に対する「国民の信頼」は、何のために必要か？

――カール・シュミット『法律と判決』を始点として――

小　西　葉　子※

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　カール・シュミット『法律と判決』
Ⅲ　『法律と判決』基準から見る司法権と「国民の信頼」
Ⅳ　むすびにかえて

Ⅰ　はじめに

渡辺康行教授（以下、敬称略）の研究関心は、博士論文である「憲法と『憲法理論』の対話」[1]から、最新の単著である『憲法裁判の法理』[2]に至るまで、一貫して憲法に関わる司法の在り方に向けられてきたといえる。この継続的研究関心に支えられた成果は、憲法訴訟の枠組における実務との架橋という局面で、現在、結実の過程にある[3]。

本稿で筆者が試みるのは、憲法訴訟の理論を、司法に対する「国民の信頼」という曖昧模糊とした概念の枠づけを通じて裏付けようとする議論である。

司法に対する「国民の信頼」が、司法の危機の時代以降、特に最高裁判所から

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 22 巻第 2 号 2023 年 7 月　ISSN 1347－0388
※　高知大学教育研究部人文社会科学系教育学部門助教
1）　渡辺康行「憲法と『憲法理論』の対話：憲法解釈方法論と憲法裁判論の交錯する場で」東京大学法学博士甲第 7951 号（1989）。
2）　渡辺康行『憲法裁判の法理』（岩波書店・2022）。
3）　2021 年 4 月から 2023 年 4 月まで、法律時報誌上で「憲法訴訟の醸成」と題する連載を行った「憲法訴訟の実務と学説」研究会は、渡辺の手によって創設・運営されている。

声高に叫ばれるようになったことを、渡辺は以下のように論ずる。

「「司法に対する信頼」については、「①司法制度に対する信頼、②その運用者に対する信頼、③これまでの活動状況に基づく信頼」からなっており、日本においては②が中心となってきたが、「漠然としたイメージ」に基づくものだった、と指摘されている[4]。「漠然としたイメージ」ではあったとしても、国民の信頼を失墜するような行為はすべきでないという要請がモラルである限り、司法行政の責任者によってあえて説かれたことがあるという文脈を離れれば、一般論としては理解できる。その要請違反が懲戒処分の事由となるといった形で法的義務に上昇している現在では、どの程度厳格に要求するのか、が争点となる」[5]。

筆者はこの見解について、「法的義務としての「国民の信頼」」の問題を問うのであれば、厳格性の以前に、法的意味における「国民の信頼」概念の枠づけが必要であると考えるが、その点について個別に検討する先行研究は十分でないように思われる。その背景には、そもそも「国民の信頼」論を実体的に解する立場そのものに対する反駁が有力に主張されてきたことが関係するが[6]、既に裁判所が「国民の信頼」を法的判断、とりわけ裁判官の分限の根拠として用いている以上[7]、「国民の信頼」概念そのものを検討する必要性は少なくない。実は、裁判官の分限にあたって「国民の信頼」論を実体的に解する立場に対する反駁の急先鋒であった小田中聰樹自身は、「裁判の正当性に対する一般的信頼」についての中村治朗の立場[8]を批判的に論じる中で、この信頼が「客観的正しさ→正当性→公正→公正の外観→権威→正当性への信頼」という展開の中に位置づけられるものである以上、「この展開の当否を各過程に即して逐一検討することが必要」と述べている[9]。しかし、そのような作業がその後の先達による研究として十分に

4） 見平典「ツイッター上の投稿内容をめぐる」論究ジュリスト29号（2019）115頁。
5） 渡辺康行「「裁判官の市民的自由」と「司法に対する国民の信頼」の間」同、前掲注2、224頁以下［初出2019年］。
6） 一例として、小田中聰樹「公正な裁判を受ける権利についての覚書」同『刑事訴訟と人権の理論』（成文堂・1983）35頁以下［初出1982年］。
7） 最大判平成10年12月1日民集52巻9号1761頁（寺西判事補事件）、最大判平成30年10月17日民集72巻5号890頁（岡口判事事件）参照。
8） 中村治朗『裁判の客観性をめぐって』（有斐閣・1970）193頁以下及び214頁以下参照。
9） 小田中、前掲注6、39頁。

なされていないように筆者には思われるのである。

本稿はこのような問題意識から、「裁判官に対する「国民の信頼」は、一体なんのために必要なのか？」という問いについて考える。検討の出発点となるのは、カール・シュミット（Carl Schmitt）が初期の著作で示した“「現代法学の素養を積んだ法律家の経験的な類型」に属する「他の裁判官も決定したであろうことが推論される」裁判官の決定は正しい（らしい）”という定式である。のちにみるとおり、この「正しいらしさ」は、解釈上の正しさではなく、ある裁判官の判断がひとまず正しいようだと推定されるために何が必要か、という問題を問うものである。

この基準には、裁判所の特性が深い関係を有する。メラース（Christoph Möllers）は、憲法裁判所に関する議論の中で、裁判所に共通する独立した決定の正当化にとって重要な要素に、①判決の理由づけ、及び②本質的に、自己イニシアティブで決定するものではないことを挙げた[10]。両者は権力分立制度内における裁判官という存在にとって、重要な指摘である。

本稿は、「裁判権の行使における中核的要素である〈〈法律の解釈・適用〉〉という作用に焦点をあてて、その際に裁判官はどのような憲法的拘束に服するのか」という北村幸也の問題意識[11]と同一の作用に焦点を当てているが、裁判官が服するべき「憲法的拘束」そのものを問題としているわけではない。また、金澤孝が指摘した「民主主義における裁判所の正当性とは、切り離して独立に存在する」問いとしての「解釈の客観性」という問題[12]について論じるものでもない。

10） クリストフ・メラース「連邦憲法裁判所の合法性・正統性・正統化」マティアス・イェシュテット／オリヴァー・レプシウス／クリストフ・メラース／クリストフ・シェーンベルガー（著）鈴木秀美／高田篤／棟居快行／松本和彦（監訳）『越境する司法 ── ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』（風行社・2014）317 頁以下及び 309 頁以下。

11） 北村幸也『裁判と法律のあいだ ── ドイツ憲法の視角から』（成文堂・2020）12 頁。同書の書評として、渡辺康行「北村幸也著『裁判と法律のあいだ ── ドイツ憲法の視角から』」一橋法学 20 巻 3 号（2021）461 頁以下参照。

12） 金澤孝「憲法理論の新局面 ── 反多数派支配主義という難点（Countermajoritarian Difficulty）からの解放に向けて」法律時報 79 巻 4 号（2007）86 頁。同様の問題意識について、碧海純一「裁判の客観性についての覚書」ジュリスト 554 号（1974）34 頁以下。

本稿で論じられる問題意識は、裁判官が服する法制度上の拘束（「システム」と言い換えてもいい）の中で、曖昧模糊とした「国民の信頼」がいかなる作用をもたらし、なんのためにあるものと理解されるべきなのか、ということである。

前提となる理解は、野坂泰司の言葉を借りれば、「法規範の適用の過程は、機械的な過程ではありえない。裁判官は、具体的事件の有意な事実に法規範を適用することにより当の規範を当該事件の現実に即して具体化し明確化しているのであって、その際裁判官には事実と規範の双方について微妙な評価と判断が要求される」ことである[13]。もし裁判官が、法律のもとで純然たる意味における羈束裁量しか有しないのであれば、少なくとも我が国においては裁判官自身による「国民の信頼」の調達など不要であるからだ（憲法41条参照）。

Ⅱ　カール・シュミット『法律と判決』

1. 概要

「国民の信頼」という概念を精査するにあたり、第一に取り上げる視座は、研究生活初期のカール・シュミットが著し、戦後にも第2版が刊行された論文「Gesetz und Urteil（以下、『法律と判決』）」である。

『法律と判決』の初版が刊行されたのは1912年である[14]。同稿は、種々のシュミット研究において、今後のシュミット学説の展開につながる初期の作品と位置付けられている。例えば塩見佳也は、初版の『法律と判決』を「自由法運動への応答として展開された立論」と位置付け[15]、更に1969年刊行の第2版をもって「裁判官の法適用の基準をめぐる問題に、第一次大戦前と第二次大戦後の双方の時期において、関与することにな」ったと指摘し[16]、クローチェ／サルヴァ

13） 野坂泰司「司法における裁量」公法研究55号（1993）168頁。

14） *Lorenz Kiefer*, Begründung, Dezision und Politische Theologie Zu drei frühen Schriften von Carl Schmitt, ARSP 1990, S. 479.

15） 塩見佳也「初期カール・シュミットの法適用論」九大法学89巻（2004）331頁。なお塩見は、シュミットが「客観的規範サイドに則してではなく裁判官の主観的サイドから、権利を確定するために必要な規範の発見を行う立場を選択して」いるという意味では、「自由法運動の前提を共有している」と評価する（同377頁）。

16） 塩見、同上、332頁。

トーレ（Mariano Croce/Andrea Salvatore）は「シュミットが『法律と判決』において提示した解は、この問題（引用者注：手段としての合理的な正当性の問題）に対する彼のより一般的なアプローチに関連する最初のヴァージョンとして検討されうる」と評価する[17]。

『法律と判決』において追究されているのは、「裁判の正しさ」そのものではなく、「法律的に“正しいらしい”裁判の基準」である。原文は冒頭で、「現今法律の実務においてなされている裁判は、いかなる時において法律的に正しいとみるべきか」が問題であり、「裁判が一般的に正しいとされるのはいつであるか」ということは問題ではないと強調する[18]。

前提にあるのは、裁判官は法律に服しなければならない一方で、法律は完全なものではありえない、という理解である。この点についてシュミットは、オーストリアの法律家であり政治家でもあるアンガー（Joseph Unger）の格言「法律（Gesetz）には欠陥があるが、法（Recht）に欠陥はない」ということばを引用する[19]。ここにいう法（Recht）がなんであるかは争いがあり、それゆえ、裁判官の判断には、「正しいらしい」ことが求められることになる。

『法律と判決』においては、裁判官が裁判官として裁判を遂行する際には、「その展開と作用が当の個人から独立しているところの一つの仕事に共同で携わる個々の裁判官として」行わなければならないとされる[20]。そこでは、裁判官の決定の正しさの「基準」は経験的観察ではなく、規範的次元に求められるが[21]、その現実における定式は「現代法学の素養を積んだ法律家の経験的な類型」に属する「他の裁判官も決定したであろうことが推論される」裁判官の決定は正しい、というかたちで形成されることになる（この定式を、以下『法律と判決』基準と呼ぶ）[22]。

17） *Mariano Croce/Andrea Salvatore*, The Legal Theory of Carl Schmitt, 2013, p. 149.

18） *Carl Schmitt*, Gesetz und Urteil, 1969, S. 1 f.（中野峯夫「法律と判決（一）」創価法学 1 巻 1 号（1971）92 頁参照、訳は変更している）。

19） Ibid., S.16.（中野、同上、101 頁参照。訳は変更している）。

20） Ibid., S.101 ff.（塩見、前掲注 15、346 頁以下の本文注訳参照）。この点についての批判的論及として、同 378 頁が引用する *Stefan Korioth*, Erschütterungen des staatsrechtlichen Positivismus im ausgehenden Kaiserreich, AöR 117, 1992, S. 220 参照。

21） Ibid., S. 45, S. 60, S. 118（塩見、同上、346 頁参照）。

2. 評価

『法律と判決』で示されたシュミットの見解は、実務にいかなる影響を与え、また他の論者においてどのように評価されたのだろうか？

本書を「謎の書」と呼んだ須貝脩一[23]は、従来の議論と同書におけるシュミットの主張について、1911 年刊行のケルゼン（Hans Kelsen）による『国家理論の主要問題』において示された「法段階説」を断ち切るには、本書に「展開された種類の議論によるほかはないように考えられる」と指摘した上で[24]、「かれの結論たる第四章全体が実はケース・ローの理論にほかならなかった」とする[25]。そして、「判例法国における最近（引用者注：須貝の論稿は 1981 年刊行）の研究とカール・シュミットの議論との関係」として、ドウォーキン（Ronald Dworkin）が『権利論』（1977）の中で、ハート（H. L. A. Hart）の『法の概念』（1961）における「法実証主義の体系を批判する際に、ルールとデシジョンとの中間項として用いられるプリンシプルの議論を展開することによって、ハートが一種の法段階説とも見られるものをケルゼン理論の換骨奪胎によって説いているのを打ち破ろうとしている」ことを取り上げ、「カール・シュミットの法的実践理論は、すでに 1912 年という早い時点において、最近の英米法における新研究の成果とパラレルなものであり、これを先き取り（引用者注：原文ママ）するものであった」と、後世の重要な理論への影響を指摘する[26]。

須貝はこのような見立ての上で、「この書をなぜかれが後日かくして引用するところがなかったのかの例の謎はついにわからずじまいであった」というが[27]、この点、宮本盛太郎／古賀敬太／川合全弘の三訳者によるベンダースキー（Joseph W. Bendersky）の訳書[28]の訳者あとがきは、ブックビンダー（Paul Bookbinder）の博士論文[29]のタイトルである「他の裁判から他のドイツ人へ」

22） Ibid., S. 72（塩見、同上、348 頁参照）。
23） 須貝脩一「カール・シュミットの法律学」長尾久衛ほか『矢野勝久教授還暦記念論集 現代における法と行政』（法律文化社・1981）59 頁。
24） 須貝、同上、81 頁。ただし須貝は、「かれはそのような大人気ない意図をもっていたものではなかろう」と前置く。
25） 須貝、同上、81 頁以下。
26） 須貝、同上、82 頁以下。
27） 須貝、同上、83 頁。

の意味を説明する箇所において、シュミットの議論について以下のとおり説明する。「シュミットは、1912年の『法律と判決』で、「（中略）『他の裁判官』とは、近代的法学教育を受けた法律家という経験的なタイプを指す」と答えているが」、「ブックビンダーによれば、1933年、シュミットは、判決の基準は何か、何であるべきかということについての考えを変えた」、と[30]。またあるシンポジウムにおいてシェーンベルガー（Christoph Schönberger）は、『法律と判決』において示された立場が、『憲法の擁護者（Der Hüter der Verfassung（1931））』において「明確に否定された」と評価しているという[31]。

ベンダースキー自身は、「ケルゼンや他の規範主義的思想家たちは、「学問的客観性」（引用者注：傍点は原文ママ）に気をとられるあまり、政治的・社会的現実を看過したというのがシュミットの主張であった」と、シュミットの1922年の著作である『政治神学』を根拠に記述し[32]、「シュミットの法理論から見て、重大な法的問題は、「誰が決断するのか」という一点に集約された」と言う[33]。

シュミット＝ベンズ（Walter Schmidt-Bens）は、2013年の著作において、「裁判所の判決はどの程度正しいのだろうか？」という問いを検討するに際し、一方ではルーマンの理論の意義を明瞭にする対立見解として[34]、他方では法的明確性（Rechtsbestimmtheit）の問題についての先駆的な研究として[35]、中心的に『法律と判決』を取り上げる。シュミット＝ベンズは、その理由を「初期のドイツ連邦共和国の政治的精神史はカール・シュミットの名前なくしては済ませられず、またシュミットの影響は、彼の教え子たるフォルストホフ（Ernst

28）ジョーゼフ・W・ベンダースキー（著）宮本盛太郎／古賀敬太／川合全弘（訳）『カール・シュミット論』（御茶の水書房・1984）。
29）*Paul Bookbinder*, From the Other Judge to the Other German: Carl Schmitt 1910–1936, 1972.
30）宮本／古賀／川合、前掲注28（訳者あとがき）、373頁。
31）Kelsen, Schmitt und “der Hüter der Verfassung”: Weimar, 1931（23. 06. 2006, Berlin, Deutschland, http://www.hsozkult.de/conferencereport/id/fdkn-119966（最終閲覧日2023年4月10日））.
32）*Carl Schmitt*, Politische Theologie, 1922, S. 25.
33）ベンダースキー、前掲注28、43頁。
34）*Walter Schmidt-Bens*, Wie richtig kann ein Gerichtsurteil sein?, JURA 2013, S. 1032.
35）Ibid., S. 1033.

Forsthoff)、「フーバー（Ernst-Rudolf Huber)、ベッケンフェルデ（Wolfgang Böckenförde)」らのおかげで、現代に達しているから」だと説明する[36]。そして、「立法者の意志も法律の意図も、単に解釈の正しさに関係するのであって、判決の正しさに関係するのではない」としたシュミットの見解は、解釈が「類推と反証を問題とし、新たな法命題（Rechtssatz）をもたらす」という理解をとった上で、「適法性（Gesetzmäßigkeit）として探究されるべき」有用な基準を、「法的明確性の要請」に見出だしたものである、と理解する[37]。「彼にとって、法の意義とは、一般的にはその規定により与えられる。彼の考慮は、第一に法律が確定されようということに由来し、それゆえに法的明確性が生み出されるべきとされる。そこで、どのように、そしてなにが法律を確定するのか、これが彼の第二の疑問である。法実践に内在する正しさの基準は、法的明確性の要請から獲得される。その要請の選択は、（例えば公正性という点において）それぞれの判決に答えを与えることができることを通じて正当化される。また法実践は、この考えにより、予測可能な判決をもたらすようコントロールされる。同僚の裁判官による判決は、先例（Präjudizien）の考慮と、法解釈における個人の特色との調整に貢献する。それを通じて共通の法的明確性、伝達可能性に到達する」から、「他の裁判官もそう判断するであろうこと」が基準となることとなる（下線は引用者が付した)[38]。

シュミット＝ベンズの分析の下線部は、判決に表れることが避けがたい「法解釈における個人の特色」という側面を示すことにより、『法律と判決』基準を法実践の中に捉える際の困難を暗示している。すなわち、『法律と判決』基準は、「判決の正しいらしさ」と「解釈上の正しさ」を切り離しているが、『法律と判決』基準に現れる「他の裁判官の判断」という要素は、法解釈と切り離すことができないという困難である（ただしこの困難は、『法律と判決』基準を、現代にの法実践の内部において一般的に理解したときに生ずるものであり、シュミット自身の理解によれば、この切り離しは可能かもしれない。しかし本稿は紙幅の関

36） Ibid.
37） Ibid., S. 1034.
38） Ibid.

係上、この点に立ち入らない）。

Ⅲ 『法律と判決』基準から見る司法権と「国民の信頼」

1. 連邦憲法裁判所への影響

第二次世界大戦後のドイツにおいて、『法律と判決』基準の影響が明文で現れている裁判例は、管見の限りないと思われる。しかし連邦憲法裁判所による「裁判官による法形成とその限界」についてのリーディングケースとして、実定法領域においてはまさしく渡辺康行の手でわが国に紹介された1973年のソラヤ決定は、『法律と判決』基準に非常に近い考え方を示しているように思われる[39]。

ソラヤ決定においては、一般的人格権侵害を理由とする精神的損害に関する損害賠償請求が明文で認められていないことから、この点に関する裁判官による法形成が「基本法20条2項及び3項で確立された権力分立に違反して」いるとして争われた[40]。基本法20条3項は、「立法は憲法適合的秩序に、執行権及び裁判は法律及び法に拘束されている。」とする[41]。本決定は、基本法20条3項における「法律および法（Gesetz und Recht）」の解釈として、まず「厳格な法律実証主義が否定され」、「成文法律に対して修正的に作用する力を持つ」法が別途存在すること、そして「この法を発見し、判決において実現することは、裁判の任務である」ことが承認されることから、「裁判官の判決は、実践理性の基準および『共同体の確立した一般的な正義観念（fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft）』に従って」、成文法の「欠缺を補充する」と判断した[42]。

39） BVerfGE 34, 269. 渡辺康行「裁判官による法形成とその限界――ソラヤ決定」ドイツ憲法判例研究会（編）『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社・2003）384頁以下。併せて、植松秀雄「判決の理由付けについて（一）――法施行のパラダイム転換」岡山大学法学会雑誌39巻1号（1989）1頁以下参照。

40） 渡辺、同上、384頁。

41） ドイツ連邦共和国基本法の条文訳は、高田敏／初宿正典（訳）『ドイツ憲法集（第8版）』（信山社・2020）によった（以下同様）。

42） BVerfGE 34, 269, Rn. 38. 訳は、渡辺、前掲注39、385頁に依拠しながら、一部、北村、前掲注11、56頁以下を参照した。

北村幸也は、「ドイツでは、ソラヤ決定に対して否定的な学説の方が多数であるといってよい」として、その「最も的確なものの一つ」として、オッセンビュール（Fritz Ossenbuhl）の見解を取り上げる。これによれば、オッセンビュールは、ソラヤ決定によって「裁判官は、法律の修正を」職務上委任され、その根拠として「基本権の放射効果（Ausstrahlungswirkung）」が用いられたが、それは「民主的法治国家の国家秩序と法秩序」に対して大きな危険をはらむと指摘する[43]。

基本法 20 条 3 項の前提となっているのは、同条 2 項「すべての国家権力は、国民（Volk）に由来する。国家権力は選挙及び投票において国民により、また、立法、執行権及び裁判の個別の諸機関を通じて行使される」である。しかしソラヤ決定を扱った基礎法学領域の先駆的研究において、植松秀雄が「この憲法裁判を動機づけているのは、BGHZ の判決にたいして憲法異議申立人が反論を提起したこと ── pro-contra 関係の成立 ── であ」り、「連邦憲法裁判所は、「ここでいま（hic et nunc）」正義なのは」どちらかという「「問い」に答えなければならない」という点を態々表現したように[44]、この決定の本質は、国民主権の行使の発露と直接は結びつかない裁判制度の領域において、いかに「裁判官の判決」の正しいらしさを証明するのか、という、まさに前章で扱った問題にあるのである。

この問題に対して、一つの観念的な応答をすることができる。基本法 20 条 2 項を根拠として、ドイツでは、すべての裁判官の言説は「Volk（民衆）の名において（Im Namen des Volkes）」として公表される[45]。カント（Immanuel Kant）は、「道徳的公共体の公的立法者とみなすことができるのは、Volk 以外のものでなければならない」と言った[46]。ここから、道徳の立法者としての神が析出されるのだが、村上淳一はこの立論を、「命令者としての立法者のモデル

43） 北村、同上、138 頁以下。Vgl. *Fritz Ossenbühl*, Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat, in ders., Freiheit, Verantwortung, Kompetenz, 1994, S. 338 f.

44） 植松秀雄「判決の理由付けについて（二）── 法施行のパラダイム転換」岡山大学法学会雑誌 39 巻 2 号（1989）325 頁。

45） *Andreas Voßkuhle/Gernot Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, S. 673.

と、人間の道徳的・内面的自由との両立」の試みと評している[47]。法的公共体における立法者のモデルにおいては、Volk が主体となりえるが、道徳的公共体の“立法者”は神だけである、という立論である[48]。この理解を、「Volk の名において」に現れる Volk の意味内容だと捉えると、少なくとも形式的には、裁判官にとって、Volk の名を冠した判断をすることの重みが科せられる、とはいえそうである。

ただし、ソラヤ決定に対する批判とも関連して、この文脈で基本法 20 条 3 項を読み解いてもよいのかどうか、という点には、議論の余地がある。つまり、ここでいう Volk が抽象的な集合体であるにもかかわらず、裁判所の終局的且つ個別具体的な判断の裏付けとして用い得るかという問題である。同様の問題は、Volk を国家の正統性の根拠として捉える理論構成に対しても指摘し得るが、両者には決定的な違いがあるように思われる。それは、裁判所が構造上、（部分的にさえ）実効的な人民の意志を反映しないのではないか、ということである。裁判所にとって事実上の「人気」が必要である理由、そしてその「人気」を判決の理由付けの蓄積により賄うほかないという事実は、この構造の反射的効果ともいえよう。

2. 裁判と裁判官

基本法 20 条 2 項に現れる Volk が、「国民の信頼」に言うところの「国民」とある程度実態を共有すると仮定したとき、『法律と判決』基準からはいかなる知見が与えられうるだろうか？

同基準に登場する「他の裁判官」は、特定の誰かを指すものではない。塩見は、「シュミットの意図は、『他の裁判官』を内省における予測の準拠点とすることによって、ここ・いまにおける法を確定」し、「『裁判官の行為のあらゆる評価の基本的条件[49]』、しかも反制定法的判決などの場合での、ここ・いまのプラクシス

46） 訳は、村上淳一「歴史と偶然」国家学会雑誌 104 巻 9・10 号（1991）91 頁参照（イマニュエル・カント（著）北岡武司（訳）『カント全集 10　たんなる理性の限界内の宗教』（岩波書店・2000）131 頁参照）。
47） 村上、同上。
48） 村上、同上、98 頁参照。

における行為の準拠基準[50]を析出する」ことにあると分析する[51]。すなわち「具体的・実務的すなわち実践的討議は、裁判官の主体の意志や主観的理性によってではなく、裁判官共同体ないし法曹身分の客観的構造に条件づけられるものであり、討議の帰結は、判決理由中の判断に現れ、その判断理由は他の共同体の読者の批判に開かれる」ことにより担保されるのである[52]。

冒頭に野坂の言説を引用して示した前提のとおり、この理解にはあまり違和感がないかもしれないが[53]、「司法」という作用を抽象化し、「その権力主体に属する共同体の他の構成員の判断と同じであろうことを、当該権力主体の正当化根拠とする」と表現すると、全く当然のものではないことが確認できる。

すなわち他の権力活動と比べたとき、なぜ司法活動では、「（他の裁判官の判断と）同じであろう」で、許されるのか、という疑問である。行政権と司法権の分化という歴史的な議論にとどまらず、佐藤岩夫が分析するとおり、「司法制度の運用や司法サービス」が「判決の統一性・等質性」をその内容として含むことを、行政と同様のサービスとして司法を位置づけて要求し、それが結果として「司法消極主義的な方向での判決の統一性」として顕現してきた「日本の司法のめざましい特徴」であったといえることに鑑みると[54]、この点については検討を要する。

行政活動において、行政内部の他の構成員の判断と同じであることは、法令により担保されている。同じであろう、ではなく、均一なサービスを要求され、そ

49） *Schmitt,* Fn. 18, S. 89.

50） Ibid., S. 111.

51） 塩見、前掲注15、382頁。

52） 塩見、同上、387頁（BVerfGE 34, 269参照）。

53） 芦部信喜「司法における権力性」同ほか（編）『基本法学6　権力』（岩波書店・1983）235頁が引用するコンラート・ヘッセ（著）岩間昭道（訳）「ドイツ連邦共和国における憲法裁判権の任務と限界」自治研究55巻12号（1979）3頁は、「裁判とは事実を規範の下に包摂する作用にほかならないのだという擬制に今日でもなお固執している人ならば、ここ〔憲法裁判権〕に権力分立の精神と文言に反する大罪を見出すであろう」が、「現代の法理論と解釈学はかような見方を久しく支持し難いものだとしてきた」とする。いうまでもなく、ドイツにおいて憲法裁判権は、最も広く法創造の役割を果たしている権力である。

54） 佐藤岩夫「司法の〈統一性〉と〈非統一性（Uneinheitlichkeit）〉」佐藤岩夫『司法の法社会学Ⅱ』（信山社・2022）93頁以下［初出2000年］。

の中に裁量権を有する範囲があるという構造である。その一方で、なぜ司法活動においては「同じであろう」で許されるのか、というのが、佐藤の指摘である。均一なサービスを提供できないことは、不平等や恣意を招くのではないか、という趣旨が、この指摘には含意されている[55]。

この点、あるドイツ連邦憲法裁判所決定は、「同一の規範が様々な裁判所によって異なって解釈されるということは、平等取り扱い命令（基本法３条１項）を侵害するものではない。裁判官は独立であり、ただ法律にのみ従う。それゆえ、裁判所は規範の解釈・適用に際して、支配的見解に従う必要はない。」とする[56]。また、裁判官による法形成の限界を検討したアーレンス（Peter Arens）は、キルヒホッフ（Paul Kirchhoff）の「立法と司法の関係は命令と執行の関係ではなく、原則と具体化の関係である」という見解[57]を引き、この見解によれば、「主張可能な限界」の中では、「法律要件と法律効果の不特定性は立法の過誤ではなく、法規が状況および発展に開かれていなければならないということによって要請されている」と指摘する[58]。

ここでは、裁判官の独立が重要な役割を果たしている。つまり、裁判官の独立と法的明確性（＝正しさ）の相剋において、裁判官自身の判断の「正しさ」に介入することはできないのだから、法的明確性の仮定（＝正しいらしさ）を要求することができない、つまり「同じであろう」でよい、といわざるをえない、ということである[59]。しかし、これは裁判官の独立の反射的効果による現状を示しているに過ぎない。積極的に、「同じであろう」でよいと考えることが出来る要

55） 佐藤、同上。
56） BVerfGE 87, 273. 訳は、佐藤、同上、102 頁以下によった。
57） Vgl. *Paul Kirchhoff*, Der Auftrag des Grundgesetzes and die rechtsprechende Gewalt, in; Hochschullehrern der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg（Hrsg.）, Richterliche Rechtsfortbildung, 1986, S. 24 f.
58） ペーター・アーレンス（著）佐上善和（訳）「ドイツ連邦共和国における裁判官による法形成」松本博之／吉野正三郎（編訳）『ドイツ民事訴訟の理論と実務』（信山社・1991）238 頁。なお同 231 頁は、「連邦憲法裁判所の判例からは、裁判官による法形成の許容性についての明確で適用しやすい限界づけは引き出せない（中略）。この限界は個々のケイスにおいて苦労して決定されなければならない。」と述べ、引用するキルヒホッフの見解にたってもなお、明確な限界を画しえないという見解を示す（同 238 頁）。
59） 小西葉子「裁判員の権限と義務」法律時報 94 巻 11 号（2022）130 頁参照。

素はないのだろうか。

一つの観点としては、裁判官の専門性に対する制度的信用が法的明確性の仮定を補強する、という見方がある（この点については、本稿で詳述することができないため、別稿にて論ずる）。

もう一つの観点として、司法権が、原則として出訴を待って判断する機関であり、更にはその出訴に対しては何らかの決定を下さなければならない、すなわち冒頭に引用したメラースの言葉を借りれば、裁判所は「自己イニシアティブで決定するものではない」からだ、という見方がある。原則として能動的に法律を執行することを求められる行政権との性質的差異は、ここにある。

ここで注目したいのは、1964 年の日本法社会学会シンポジウムにおける討論における川島武宜の発言である。川島は、「判例の拘束力」についての議論に付言するかたちで、「裁判に対する社会統制のメカニズムは大へん（引用者注：原文ママ）複雑なもので、「制度的」な側面だけの指摘はあまりにも「法律家的」で、非社会学的・非現実的であ」るとするのだが、現実的な裁判に対する社会統制のメカニズムの一として強調されるのは「一番重要なのは、判事が誰に向って（引用者注：原文ママ）言っているのか、誰のことを考えて判決しているか」という点であり、戦前は「上級審でどうなるか、破られないか、ということを専ら考え」ることで「裁判の統一をして」いたし、「それはそれで相当の価値があった」のだが「またそれは絶対にいいというわけでもない」という（傍点は引用者が付した）[60]。

ここで明らかになるのは、自己イニシアティブで動くわけではない裁判所にとって、「事案を見る行為」は受動的発露に基づくが、「どちらの方向を見るか」ということは、川島の言う「裁判に対する社会統制のメカニズム」のもとで可能な範囲における、裁判所の能動的決定によるということである。このことの意味するところは、「裁判に対する社会統制のメカニズム」は、「いかなる方向を見るか」の動機付け、あるいは特定の方向を向くことができないよう事実上強制する仕組みのいずれかとして機能するということである。

60）「討論」法社会学 17 号（1965）63 頁。

理論上、裁判官が「いかなる方向を見るか」は、法律により示されているはずである。しかし、法律による方向指示は、様々な理由により（多くの場合は現実に対応するために）法律上あまりに限定した表現をすることができないことから、十分でない。ドイツ連邦憲法裁判所長官を務めたリンバッハ（Jutta Limbach）は、「多くの法律規範の方向指示能力の不足並びに憲法条文の漠然性と未決定性は、裁判官に権力分立制度を侵犯しない責任を負わせる」という[61]。この言葉を借りれば、「権力分立制度を侵犯しない責任」の範囲内で、裁判官は法律の方向指示を補塡することができるといえる。

そうだとすると、ここでの問題は、ある判決が真に「国民の信頼」を獲得しなければならないという方向を見ているのかどうか、ということはさておき、「国民の信頼」が、いかなる方向を見るための動機となっているのか、そしてその動機の背景にあるものはなにか、である。ここでいう「方向」は、広く国民、狭くは訴訟当事者、あるいは裁判所内部、国家機関間、国際関係などが想定される。この「方向」の具体的な内容については、本稿では論じることができないが、「国民の信頼」に言及する具体的な裁判例の評釈を通じて検討されるべき事項であるといえ、この意味で、「どちらの方向を見るか」の判断と、「国民の信頼」確保の意義は、深く関係していると推察される。

ここまでの議論をまとめると、受動的な存在である司法の活動にとって、“「他の裁判官も決定したであろうことが推論される」裁判官の決定は正しい（らしい）”という命題は、裁判官共同体の客観的構造に支えられ、共通の法的明確性・伝達可能性への到達を指向するものであり、その中で「国民の信頼」は、裁判官の向くべき「方向」の重要な現れの一つであるといえよう。

Ⅳ　むすびにかえて

以上を踏まえ、「裁判官に対する「国民の信頼」は、一体なんのために必要なのか？」という問いについて応答するべく、本稿の議論と日本の学説を接続する

61） ユッタ・リンバッハ（著）青柳幸一／栗城壽夫（訳）『国民の名において』（風行社・2001）11 頁。

ことをもって、むすびにかえたい。

畑尻剛は、「連邦憲法裁判所がうまく機能している証としてよく挙げられるのが、連邦憲法裁判所に対する国民の信頼の高さである」と指摘し、「連邦憲法裁判所に対する国民の信頼の高さが何を意味するのか」を「憲法の規範力」という観点から検討する[62]。ここでいう「憲法の規範力」は、ヘッセ（Konrad Hesse）及びヴュルテンベルガー（Thomas Würtenberger）の用いる意味の語であり、「憲法と憲法現実」の関係性の中に「開かれた憲法とその内容の継続的形成」を置き、この開かれた憲法に「古典的な解釈ルール（法認識）ではなく、法創造として憲法規定を継続的に発展させること」を求める理解である（法創造的憲法発展）[63]。

「開かれた憲法」による法創造的憲法発展の、社会実装上の支えとなるのが、「国民の信頼」である。栗城壽夫は、「制度を通して表現されたコンセンサス自身は非制度的なコンセンサスによって担われていなければなら」ず、この非制度的なコンセンサスは「自由」且つ「啓蒙されたものでなければならない」ところ、特に後者を満たすためには「憲法裁判所が、その判決の詳細な理由づけ、とりわけ論拠と反対論拠との比較・衡量を通じて、非制度的なコンセンサスに熟慮と自主的判断のための十分な材料を提供」することが求められると述べているが[64]、まさにこの「非制度的なコンセンサス」が、ここでの問題である。

判決の理由付けの役割について、野坂泰司は、「「司法における裁量」の統制」として「最も実効的なものは、裁判官に課される、判決に理由を付してこれを説明し正当化する義務であ」るとし、その統制は具体的に、「判決を「書く」ことにより、裁判官は、自己の結論に至る判断過程を論理化するとともに、それが広く批判にさらされることを覚悟しなければならない」というかたちで立ち現れると指摘する[65]。これは、本稿で論じた『法律と判決』の「法律的に“正しいら

62） 畑尻剛「憲法の規範力と憲法裁判 ── ドイツの連邦憲法裁判所に対する世論調査を素材として」法学新報 123 巻 5-6 号（2016）732 頁。
63） 同上、735 頁以下。
64） 栗城壽夫「国民の基本的コンセンサスを保持するものとしての憲法裁判制」社会正義 17 号（1998）18 頁。
65） 野坂、前掲注 13、169 頁。

しい”裁判の基準」が、現実としての「信頼」を形成する過程とも関わっていることを示す。つまり、ピア・レビューに耐える「判決の理由付け」は、“正しいらしい”ことを担保することを通じて、「国民の信頼」を支える。更にピア・レビューの正当性を支えるのは、法曹制度に支えられた裁判官の専門性、そして裁判所の性質としての受動性である。

だからこそ、見平典が指摘する裁判所の「政治的情勢判断」の存否は、客観的には「判決の理由付け」により検証されることとなる[66]。見平は、「最高裁判所が政治的情勢判断を行う理由」として、①当該事件の背後にある紛争・問題の悪化の懸念、②判決無視の回避、③司法権の基盤に対する政治部門からの攻撃の回避、④裁判所に対する国民の支持の低下の懸念を挙げる[67]。その上で、「最高裁判所が政治的情勢判断に基づく判決形成を行うことの経験的合理性は、司法に対する国民の期待の内容によっても左右される」と指摘する[68]。期待が裏切られると、「信頼」は損なわれる。つまり、判決の傾向（抑制的だったり、積極的だったりという傾向）は、「判決の理由付け」を試金石として間接的に確かめられる「国民の信頼」と関係している。

要約すると、他の裁判官を基準として判決の理由付けの正しいらしさを見る『法律と判決』基準は、判決の理由付けの評価を通じて事実上の「国民の信頼」を形成する。その意味で、裁判官への「国民の信頼」は「非制度的コンセンサス」の表出としての意味を持ち、裁判官に対する事実上の民主的な統制力として、一定の必要がある、と言い得る。

しかし、Ⅲで示したとおり、この「国民の信頼」は裁判官の独立を前提とした裁判所の判断の「方向性」として現れる、あくまで事実上の「社会統制」であり、裁判官の独立を侵犯するための道具として用いられうる性質のものではない[69]。そうだとすれば、事実上の「国民の信頼」が（例えば行政上・司法上の効果を有するという意味において）規範的なレベルで作用するものとなりうるかどうかは、

66） ただし見平自身は、実際に当該事件に関わった人物の後日談等を参照しており、判決のテクストそのものからこの点を推察する手法を採用していない（見平典「憲法裁判における政治的情勢判断」論究ジュリスト 38 号（2022）213 頁以下）。
67） 同上、217 頁。
68） 同上、218 頁。

更なる議論を要する問題であることは、きわめて重要な留保である。

［付記］

本稿執筆にあたり、草稿の段階で、野坂泰司名誉教授（学習院大学）、山田哲史教授（京都大学）及び一橋大学大学院同窓各位から、ご指導ご鞭撻をいただいた。

厚く御礼を申し上げるとともに、本稿におけるすべての誤りは、当然ながら執筆者個人の責任によるものであることを申し添え、本稿を我が師である渡辺康行教授に捧げたい。

69） 大久保史郎「公務員の政治的自由と「国民の信頼」論」労働法律旬報886号（1974）21頁は、東京地判昭和44年6月14日刑集28巻9号796頁（総理府統計局事件第一審判決）において、検察ははじめて「国民の信頼」論を採用したと指摘した上で、最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁（猿払事件大法廷判決）においても同様の主張がなされたことで、「政治活動規制の根拠として」最高裁自らの「司法行政の論理がそのまま問われざるをえない」こととなったと評している。「国民の信頼」の性質そのものに向き合うという本稿の取り組みは、このような権力関係の中で歪められてきた概念をまっさらなレンズで見直す必要性を示唆するが、一方でこうした事実上の権力関係から全く離れた「国民の信頼」論がありうると考えるのも、また現実的ではない。