



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	5 カナダ最高裁判所におけるロー・クラーク
Author(s)	佐々木, 雅寿
Description	憲法裁判における調査官の役割 (The Functions of Law Clerks in the Constitutional Litigation)
Citation	北大法学論集, 66(2), 118[261]-108[271]
Issue Date	2015-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/59601
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol66no2_12.pdf



カナダ最高裁判所におけるロー・クラーク

佐々木雅寿

はじめに

本稿は、カナダ最高裁判所（以下「カナダ最高裁」）におけるロー・クラーク（Law Clerk）（以下「クラーク」）の歴史、選考方法、仕事内容とその影響等を概観することを目的とする。しかし、カナダでは、クラークに関する文献が極めて少なく¹、本稿も限られた資料に基づくため、その説明も限定的とならざるを得ない。

I カナダ最高裁におけるロー・クラークの歴史

カナダ最高裁の Locke 裁判官は、1948年にカナダ最高裁でクラークを採用すべきとする最初の提案をしたが、実際にクラークが採用されたのは1968年からであった²。クラーク制度を採用した主な理由は、カナダ最高裁の仕事量が増加したことであったが、アメリカにおける同制度の成功も影響したと考えられる³。この点、1966年には、連邦制度を採用するカナダには連邦裁判所にクラークを採用すべき政治的利点があるといったカナダ特有の指摘もされている。すなわち、各州における政治的・社会的な考え方の変化が裁判官とクラークとの話し合いの中に反映され、また、クラーク経験者が各州で法実務に携わり、その結果、各州における連邦裁判所の評価が徐々に高まる可能性があるという主

¹ M. J. Herman, “Law Clerking at the Supreme Court of Canada” (1975) 13 Osgoode Hall L. J. 279; M. McInnes, J. Bolton & N. Derzko, “Clerking at the Supreme Court of Canada” (1994) 33 Alta. L. Rev. 58; L. Sossin, “The Sounds of Silence: Law Clerks, Policy Making and The Supreme Court of Canada” (1996) 30 U. B. C. L. Rev. 279.

McInnes 等は、ロー・クラークには守秘義務があるため、カナダ最高裁からの明示的同意がなければ、職務に関する内容を公表することができないことを指摘する (McInnes *et al.*, at 58 footnote 1.)。

² J. G. Snell & F. Vaughan, *The Supreme Court of Canada: History of the Institution* (University of Toronto Press, 1985) at 223.

³ McInnes *et al.*, *supra* note 1 at 60.

張である⁴。

1968年、最初にクラークが採用された際、カナダ最高裁の9人の裁判官にそれぞれ1人のクラークが認められた。その後、1983年には1人の裁判官に2人のクラークが、そして、1989年には、現在と同様、1人の裁判官に3人のクラークが認められた。クラークの数が増加された主な理由は、カナダ最高裁の仕事量の増加と、カナダでのクラーク制度の成功であった⁵。

クラークの主な仕事内容は、Ⅲで説明するように、①上訴許可に関するメモ (Leave Memoranda) (以下「リーブメモ」) の作成、②上訴事件に関するメモ (Bench Memoranda) (以下「ベンチメモ」) の作成、③判決理由の草案作成補助で、これまであまり変化していない。しかし、歴史的にみると、クラークの役割を変えるいくつかの重要な要因があった⁶。

第1は、上訴制限である。クラークが初めて採用された1968年、カナダ最高裁が判断したほとんどの事案は、権利として上訴されたものであった。しかし、1975年、最高裁判所法 (*Supreme Court Act*) の改正により、民事事件の権利としての上訴が廃止された。現在、ほとんどの民事事件と多くの刑事事件は、カナダ最高裁の裁量に基づく上訴許可 (Leave) がなければカナダ最高裁への上訴は認められない。その結果、上訴許可申請の数が増加し、カナダ最高裁の裁判官は、上訴の許否に関し、クラークのサポートを強く必要とするようになった。

第2に、1975年の最高裁判所法の改正は、判断する事案をカナダ最高裁自身が決定することを可能とし、カナダ最高裁とクラークの役割を変える効果を伴った。カナダ最高裁は、下級審の誤審を修正する裁判所から、国全体にとって重要な事案のみを判断する裁判所へと変化した。そのため、クラークによる調査も、判決の直接的な影響のみならず、判決がもちうる政策上の広範な潜在的意味合いをも考慮する必要が出てきた。特に1982年の「権利および自由に関するカナダ憲章 (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*)」(以下「人権憲章」) の制定は、カナダ最高裁に人権保障という新たな役割を加えた。

⁴ B. A. Crane, "Law Clerks for Canadian Judges" (1966) 9 Can. Bar J. 373 at 375.

⁵ McInnes *et al*, *supra* note 1 at 61 and footnote 85.

⁶ McInnes *et al*, *supra* note 1 at 61-62.

クラーク制度を発展させた第3の要因は技術の進歩である。初期のクラークは手書きのメモやタイピストが打ち出したメモを利用し、調査も判例カードや判例集の判例索引等を利用していた。しかし、今日、クラークは、コンピュータを使い、データベースを用いて調査を行っている。そのため、メモの分量も調査の範囲も増大している。

クラーク制度の導入とその発展は、カナダ最高裁の発展に十分に貢献したと評価されている。クラークの補佐を受け、カナダ最高裁は、私的紛争解決型の司法から、政策形成型の司法への変化を遂げたと評価されている。現在、クラーク制度は、カナダ最高裁の司法過程において、確立された不可欠な要素となっている⁷。

II ロー・クラークの選考方法

カナダ最高裁のホームページに、クラーク採用に関する情報があり、毎年27人のクラークが募集されている⁸。2016年8月または9月からのクラーク採用の手続は、2015年1月23日に締め切られた。クラークに出願するのは、通常、ロー・スクールの2年生であるが、3年生や修了後数年経ってから出願する場合もある⁹。

カナダ最高裁のクラークに出願する場合、願書は、特定の裁判官に対してではなく、カナダ最高裁に提出される¹⁰。多少古いデータではあるが、1993年の出願者は160人、1994年は211人であった¹¹。また、2011年の出願者は209人であった¹²。

すべての願書は、9人の裁判官に配布され、クラークが予備的な選考を行い、人数を絞ったりリストを裁判官に提出する。裁判官は人数を絞ったりリストからさ

⁷ McInnes *et al.* *supra* note 1 at 62-63.

⁸ Law Clerk Program (<http://www.scc-csc.gc.ca/about-apropos/empl/lc-aj-eng.aspx>)

⁹ McInnes *et al.* *supra* note 1 at 63.

¹⁰ Law Clerk Program, *supra* note 8; McInnes *et al.* *supra* note 1 at 63.

¹¹ McInnes *et al.* *supra* note 1 at 64.

¹² C. Schmitz, "SCC Seeks Imagination and Writing Skills from Clerks: LeBel Explains what He Looks for and how Judges Get their Pick" (April 15, 2011) 30 (46) *Lawyers Weekly* 8.

らに候補者を選び面接する。例えば、1994年、211人のうち80人が面接を受けたが、実際には234回の面接が行われた。これは、面接を受けた1人の出願者は平均3人の裁判官の面接を受けたことを意味する¹³。

面接の後、最終選考が行われる。長官は、3人のクラークを最初に選び、他の裁判官は、先任の順に、一度に1人のクラークを選び、1順目が終わると、2順目、3順目と進む¹⁴。

出願資格は、公認されたカナダの大学またはそれと同等の大学で法学士または法務博士 (Juris Doctor) の学位を取得した者で、かつ、カナダ国籍またはカナダの永住権を有する者か、カナダにおける就労許可を得ている者である。選考では、カナダ国籍を有する者が優先される¹⁵。

選考基準としては、公用語である英語とフランス語のうち1つの言語が堪能であることが必須条件で、出願者は、両方の公用語を読み、書き、話すことができるのかを示すことが求められる。選考は、推薦状、学歴と成績、言語能力、法律関係と非法律関係の経験内容等の総合評価で行われる¹⁶。この点、カナダ最高裁の LeBel 裁判官は、創造力 (imagination)、独創力 (creativity)、文書作成能力、そして時には、法律科教授の助手や連邦上訴裁判所等でのクラークの経験を重視することを明かす¹⁷。

McInnes 等は、①英仏2か国語が堪能な者、②コモン・ローとケベック州の民法典の両方の教育を受けた者、③法的調査と法的文書作成に関する適性を示すことができる論文等の執筆経験を持つ者等は、クラークに選ばれる可能性が比較的高いとし、重要な素質のひとつは、重圧の下、効率よく、かつ、機嫌よく仕事をするということであると指摘する¹⁸。

現在、クラークは1年間雇用され、年俸は、64,505カナダドル、日本円で約

¹³ McInnes *et al*, *supra* note 1 at 64.

¹⁴ McInnes *et al*, *supra* note 1 at 64. この点、カナダ最高裁の LeBel 裁判官は、1順目は先任順に選び、2順目は逆の順番で選び、3順目はまた先任順で選ぶと説明する (Schmitz, *supra* note 12)。

¹⁵ Law Clerk Program, *supra* note 8.

¹⁶ Law Clerk Program, *supra* note 8.

¹⁷ Schmitz, *supra* note 12.

¹⁸ McInnes *et al*, *supra* note 1 at 65-69.

594万円（1カナダドル=92円換算）となっている¹⁹。

通常は、ロー・スクール修了後直ちにカナダ最高裁のクラークとなるため、20代後半のクラークが多い²⁰。

Ⅲ ロー・クラークの仕事内容

「ロー・クラークは、自分が補佐する裁判官の指示の下、法に関する調査、法に関するメモの準備、そして、裁判所における裁判官の仕事の一般的な補佐をする」²¹。もちろん、クラークの仕事内容や性質は、各裁判官の要求と期待度によって大きく異なり、例えば、裁判官が法廷外で行うスピーチや、論文作成の補佐を求められることもある。しかし、すべてのクラークによって行われる基本的な仕事内容は、①リーブメモの作成、②ベンチメモの作成、③判決理由の草案作成補佐である²²。個別の事情によって異なるが、通常、クラークの仕事量の約25%がリーブメモの作成、約50%がベンチメモの作成、約15%が判決理由の草案作成補佐、約10%がその他となっている²³。

1 上訴許可に関するメモ (Leave Memoranda) の作成

最高裁判所法40条1項は、「公共的な重要性 (public importance)」がある問題、または、法の重要な問題が含まれる事案等に上訴許可を与える旨規定する。2013年に上訴の許可が判断されたのは全体で517件、そのうち上訴が認められたのは46件、ペンディングが57件であった。2003年から2012年10年間、上訴の許可が判断されたのは年平均528.6件、上訴が認められたのは年平均65件、上訴が認められる確率は年平均12.3%であった。また、2013年に上訴の許可が判断された517件のうち、憲法に関係する事案は全体の23%であった²⁴。

通常、上訴の許可は、3人の裁判官で構成される、3つの部 (panel) において、書類審査で判断され、結論のみが示され、原則として理由は示されない。

¹⁹ Law Clerk Program, *supra* note 8.

²⁰ McInnes *et al*, *supra* note 1 at 66.

²¹ Law Clerk Program, *supra* note 8.

²² McInnes *et al*, *supra* note 1 at 70.

²³ McInnes *et al*, *supra* note 1 at 74.

²⁴ Statistics 2003 to 2013 (<http://www.scc-csc.gc.ca/case-dossier/stat/index-eng.aspx>).

各クラークは3つの部のうち1つに配属され、リーブメモを準備する。このメモで、クラークは上訴許可申請の予備的スクリーニングを行い、上訴を認めるべきか否かの提案を行う。メモの長さは、4頁から40頁の間で、多くは15頁程度であり、1人のクラークは1年間で約20のリーブメモを作成する。リーブメモの内容は、重要な事実、手続きの流れ、下級裁判所の判決の要約、争点、当事者の主張内容の要約、そして最も重要で最も長い部分として上訴の許否に関する分析である²⁵。

上訴許可の判断過程においてクラークの影響を正確に評価することは困難であるが、①カナダにおいてクラークが不当な影響力を発揮する危険性は最小限に留まっている²⁶、②裁判官の最終判断と比較すると、クラークは、裁判官よりも多くの場合に上訴を認めるべきという提案をする傾向がある、③クラークがこの段階で裁判官を一定の方向へ誘導するインセンティブをもたない、④上訴許可の判断過程においてクラークの、若い、多様性のある観点や、ロー・スクールでの最新の教育内容を裁判官に示すことは有益である、⑤クラークの影響は、上訴を望む者にとって不利にではなく、有利に働く²⁷等の評価がされている。

2 上訴事件に関するメモ (Bench Memoranda) の作成

カナダ最高裁は、2013年に75件の事案を審理し、2003年から2012年の10年間、年平均75.8件の事案を審理した。また、2013年にカナダ最高裁が審理した75件のうち、憲法に関係する事案は全体の28%であった²⁸。

カナダ最高裁が事案を審理する場合、口頭弁論が行われる。通常、クラークは、裁判官に依頼され、弁論前にベンチメモを準備する。これは、クラークにとって最も重要な仕事である。裁判官が関与するすべての上訴事件についてメモの準備を要求される場合もあれば、いくつかの事案についてのみメモの作成を依頼される場合もある²⁹。

²⁵ McInnes *et al*, *supra* note 1 at 70-72.

²⁶ McInnes *et al*, *supra* note 1 at 73.

²⁷ Sossin, *supra* note 1 at 290-292.

²⁸ Statistics 2003 to 2013, *supra* note 24.

²⁹ Sossin, *supra* note 1 at 292.

ベンチメモには通常、事実の概要、手続きの流れ、下級裁判所の判断の要約、当事者の主張内容の要約、結論の提案等が含まれ、その分量は、リープメモよりもかなり長く、平均すると20頁から45頁である。メモの長さは、争点の数と複雑さ、事実・争点・法的主張が述べられているファクトム (factum) を提出する当事者や訴訟参加者の数、裁判官の指示内容と期待度、クラークの調査や書き方の違いによって異なり、75頁必要な時も、15頁で足りる場合もある³⁰。

クラークは、下級裁判所の判決、ファクトムを読み、当事者が言及する先例や議論を批判的に検討し、その説得力を評価し、問題点を見つけ出すこと、また、弁護士が主張しなかったアプローチを示唆したり、考慮されていない先例を指摘することも求められる³¹。一般的には、クラークの役割は、一方当事者の主張を擁護することではなく、両当事者の主張を批判的に分析し、適用可能な法の綿密な解説を裁判官に提供することである³²。ベンチメモにどの程度の重要性を見いだすのかは裁判官によって異なるが、メモは、しばしば、裁判官が上訴事件を最初に検討する際のフィルターとして機能する³³。

ベンチメモを受けとった裁判官は、メモを作成したクラークに、さらなる調査を依頼したり、議論のある争点について当該クラークと議論することもある。クラークとの議論は、裁判官にとっては、適用すべき法の適切な解釈や特定の事案がもつ政策上の影響等についての考えをまとめるためのものである。しかし、それは、クラークの教育のために行われるという側面もある³⁴。

クラークとの議論にまったく影響を受けない裁判官がいるとは考えられないし、クラークとの議論の内容がそのまま判例理論となることもほとんど考えられない。しかし、裁判官とクラークとの議論は、裁判官とクラークの仕事のやり方を規定し、最終的には、組織としてのカナダ最高裁の文化を形作るのに役立つとの指摘がある³⁵。

また、裁判官とクラークとの議論と同様、クラーク同士の議論も重要な影響

³⁰ McInnes *et al*, *supra* note 1 at 74; Sossin, *supra* note 1 at 292.

³¹ Herman, *supra* note 1 at 281.

³² McInnes *et al*, *supra* note 1 at 74.

³³ Sossin, *supra* note 1 at 292.

³⁴ McInnes *et al*, *supra* note 1 at 74; Sossin, *supra* note 1 at 292-294.

³⁵ Sossin, *supra* note 1 at 293-294.

力を持つ可能性がある。カナダ最高裁の場合、クラークは、裁判官室から離れた、大部屋で仕事をし、5人から9人のクラークが、同時に同じ事案について調査することもある。その場合、クラーク同士が当該事案について議論し、それが、それぞれのクラークが作成するベンチメモの内容に影響することもある。もちろん、クラーク全員が同じ結論になることもあれば、別の結論に達することもある³⁶。

3 判決理由の草案作成補佐

カナダ最高裁は、2013年に78の判決を出し、2003年から2012年の10年間、年平均75.1の判決を出した³⁷。

判決理由の作成にクラークがどの程度関与するのは裁判官によって異なる。多くの裁判官は、クラークを校正のために活用するが、一般的には、それ以上の仕事をクラークに任せている³⁸。

まず、裁判官が、ベンチメモを準備したクラークに対し、明確な言葉で、採用すべき理由づけと結論とを示し、草案の全部または一部の作成を依頼する場合がある。その後、出来上がった草案に何度も修正を加え、クラークが作成した最初の草案は完成版の単なる青写真としての意味を持つに過ぎなくなる³⁹。また、裁判官が骨組みの草案をクラークに示し、クラークが必要な調査をしたうえで、引用を加え、骨組みに肉付けをする場合もある。さらに、裁判官が、クラークに2つの異なる結論の草案を作らせ、どちらがより説得的かを検討した例もあった⁴⁰。

草案作成に加え、クラークは、草案の校正作業も行う。クラークは、批判的なプロの読み手として、判決内容の明確性や説得性を評価し得る立場にもいる。もちろん、草案作成段階でかなりコミットしたクラークは、独立した客観的な読み手や批判者としての役割は減少するが、それでも草案を読み返すことに多

³⁶ Sossin, *supra* note 1 at 294.

³⁷ Statistics 2003 to 2013, *supra* note 24.

³⁸ McInnes *et al*, *supra* note 1 at 75.

³⁹ McInnes *et al*, *supra* note 1 at 75.

⁴⁰ Sossin, *supra* note 1 at 296. See B. Babinski, “Backstage at the Supreme Court of Canada” (April 1993) 17 (3) Canadian Lawyer 11.

くの時間が費やされる⁴¹。

草案が完成すると、他の裁判官に回付される。クラークが作成した草案に重要な変更を加えることなく草案を回付する裁判官も、また、クラークの補佐を一切受けることの無い草案を回付する裁判官もいない⁴²。他の裁判官から回付された草案を受け取った裁判官は、しばしば、当該草案に修正を加えずに、または修正を加えたうえで、同調すべきか否かを判断するために、当該事案についてベンチメモを作成したクラークにコメントを求める⁴³。

アメリカ合衆国では、連邦最高裁のクラークが不当な権力をふるい、クラークが判決を書いていると指摘されることがある。しかし、カナダの場合、クラークが不当な権力をふるうことはなく、裁判官が判決を書く責任を放棄しているとの指摘は間違いであることが指摘されている。カナダ最高裁の判決は、あくまでも、9人の裁判官の作品であり、クラークがどのように判決作成に関与したとしても、判決が自分自身のものであると考えるクラークはいないことがクラーク経験者によって強調されている⁴⁴。もちろん、そのことはクラークの影響を完全に否定するものではない。その意味では、判決理由は、せいぜい、裁判官とクラークの共同作業による作品であるとの指摘⁴⁵がより適切であろう⁴⁶。

もう1つ、クラークの影響として指摘すべきことに、クラーク同士のコミュニケーションがある。裁判官同士のコミュニケーションが必ずしも十分ではない場合、クラーク同士のコミュニケーションが、判決の内容に一定の影響を与える場合がある。1つは、ある裁判官のクラークが、他の裁判官のクラークを説得し、多数意見の形成を手助けする可能性がある。このような、クラークのネットワークによる、裁判官同士の対話の代行は、判断形成過程をゆがめるものと評価できよう。もう1つの例は、クラークのネットワークによって、調和的な判決が形成される可能性である。カナダ最高裁は、5人の裁判官による判断、7人による判断、9人全員による判断を行う場合がある。2つの裁判体で

⁴¹ Herman, *supra* note 1 at 285.

⁴² Sossin, *supra* note 1 at 296-297.

⁴³ McInnes *et al*, *supra* note 1 at 75-76.

⁴⁴ Herman, *supra* note 1 at 288; McInnes *et al*, *supra* note 1 at 77; Sossin, *supra* note 1 at 298.

⁴⁵ Herman, *supra* note 1 at 288.

⁴⁶ Sossin, *supra* note 1 at 306-307.

類似の争点を判断し、それぞれが異なるアプローチをとる可能性がある場合、クラークのネットワークによって、調和的な判決が形成される場合もあり得る。これは、裁判官同士の対話不足を、クラークのネットワークが補うもので、肯定的に評価し得よう⁴⁷。

おわりに

カナダ最高裁のクラーク制度は成功していると評価できよう⁴⁸。第1に、クラークは、判決の質を高めるのに役立っている⁴⁹。カナダ最高裁の判決が、法的根拠のみならず、哲学、社会科学または政策上の議論を踏まえて、広汎な理由を示し、長大となったことは、クラーク制度の存在と無関係ではない。特に、1982年に制定された人権憲章に関する多くの判決は、27人のクラークによって支えられていると評価できる⁵⁰。

第2に、クラークは、カナダ最高裁の仕事の効率性を高めるのにも役立っている。2003年から2012年10年間、①上訴許可申請から上訴の許可が判断されるまでの時間は平均3.65月、②上訴が許可されてから口頭弁論までの時間は平均8.76月、③口頭弁論から判決までの時間は平均5.92月、④上訴申請から判決までの時間は平均18.33月である⁵¹。クラーク制度がなければ、このように早く判決を出すことはできないであろう⁵²。

第3に、クラークの経験は、クラーク個人にとっても、かけがいのないものとなっている⁵³。クラークの経験は、必ずしも成功を約束するものではないが、成功の可能性は高めている⁵⁴。

近年、カナダ最高裁のクラークの役割はますます増大している。しかし、だからといって、カナダのクラークが、重大な説得力や影響力を持つことになるとは言えまい。なぜなら、裁判官とクラークとの間には知識と経験において大

⁴⁷ Sossin, *supra* note 1 at 294-296.

⁴⁸ McInnes *et al*, *supra* note 1 at 79.

⁴⁹ McInnes *et al*, *supra* note 1 at 78, 79.

⁵⁰ Sossin, *supra* note 1 at 298-304.

⁵¹ Statistics 2003 to 2013, *supra* note 24.

⁵² McInnes *et al*, *supra* note 1 at 78, 79.

⁵³ McInnes *et al*, *supra* note 1 at 79; Herman, *supra* note 1 at 292.

⁵⁴ McInnes *et al*, *supra* note 1 at 69.

きな差があり、クラークは1年間しか仕事をせず、その間に裁判官の信頼を得ることは難しいからである⁵⁵。そうであれば、クラークは、カナダ最高裁の判決に、重大で、直接的な影響を与えているのではなく、最高裁の判断過程と政策形成に、微妙で間接的な影響を与えていると評価⁵⁶すべきであろう。

カナダのクラークに関して特徴的なことは、アメリカと比較すると、クラークに関する研究が極端に少ないことである。アメリカではセンセーショナルリズムが、そしてカナダでは、守秘義務に基づく沈黙が強く支配している。

カナダでクラークへの関心が低かった1つの理由として、社会の中でカナダ最高裁が政策形成機関であるとの認識が、近年まで少なかったことがあげられる⁵⁷。しかし、カナダ最高裁が人権憲章に関し司法積極主義的傾向を示し、1990年代に入り、政治学者からカナダ最高裁の民主的正当性を疑問視する議論が出され、それとの関係で、クラークにも関心が向けられつつある。今後の議論が注目される。

⁵⁵ McInnes *et al*, *supra* note 1 at 78.

⁵⁶ Sossin, *supra* note 1 at 303-304.

⁵⁷ Sossin, *supra* note 1 at 305.