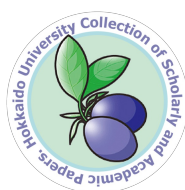




Title	4 合衆国最高裁判所におけるロー・クラーク
Author(s)	中林, 暁生
Description	憲法裁判における調査官の役割 (The Functions of Law Clerks in the Constitutional Litigation)
Citation	北大法学論集, 66(2), 127[252]-119[260]
Issue Date	2015-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/59602
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol66no2_11.pdf



合衆国最高裁判所におけるロー・クラーク

中林 暁生

はじめに

合衆国最高裁判所におけるロー・クラーク (law clerk) 制度については、日本において、すでに詳しい紹介がなされてきている¹。実際、日本の最高裁判事経験者の中にも、このロー・クラーク制度に言及する者がいる。

たとえば、団藤重光は、かつて、調査官の年齢が上がっていった結果、「すくなくとも、アメリカのロー・クラークの人たちにみられる生気・情熱といったものは、こちらの調査官室にはないのではないか」とした上で、「最高裁の裁判官じたいの若返りが簡単に実現できないとすれば、調査官のほうにもう少し若い要素を加えることも検討してよいのではないかとおもう」と述べていた²。

また、最近では、泉徳治が、「最高裁が一般法令違反審査機能を強化し、特に冤罪の防止をはじめとする個々の事件の個別具体的救済機能を充実させるため、調査官室の大幅増員が是非とも必要である³」とした上で、「各裁判官専属の調査官(ロー・クラーク)を1人でも配置することが望まれる⁴」と述べている。そこで期待されているのは、各裁判官が各自の意見を形成していくための議論の相手になることと、文献調査等を補佐することであり⁵、具体的な制度として

¹ マイケル・K・ヤング「アメリカの連邦最高裁判所——ロー・クラーク (law clerk) とその影響を中心として」[1979-1] アメリカ法1頁以下、リチャード・E・シャーウッド(牟田康子訳)『「ロー・クラーク」と合衆国最高裁』『ジュリスト』778号(1982年)35頁以下、大越康夫「合衆国最高裁首席判事とロー・クラーク」『社会科学討究』42巻1号(1996年)235頁以下、重村博美「アメリカ合衆国におけるロー・クラーク制度と裁判官」『近畿大学法学』51巻1号(2003年)69頁以下等を参照。

² 団藤重光「裁判官を助ける者——最高裁判所調査官とアメリカのロー・クラーク」同『実践の法理と法理の実践』(創文社、1986年〔初出は1985年〕)55頁。

³ 泉徳治「私の最高裁判所論——憲法の求める司法の役割」(日本評論社、2013年)136頁。

⁴ 泉・前掲註3)138頁。

⁵ 泉・前掲註3)138頁。泉の提言が、現行の調査官制度を増強することと共に唱えられているものであることに注意する必要がある。たとえば、現行の調査

は、弁護士1年生を、任期付職員として、2～3年、調査官として雇うことがイメージされている⁶。

日本の最高裁における調査官制度と対比される場合のアメリカのロー・クラーク制度の特徴としては、一般に、裁判官とロー・クラークとの関係が個人的な関係であることと⁷、ロー・スクール卒業後間もなく、「判決文の作成はどうか、裁判の経験もない⁸」者がロー・クラークを務めていることが挙げられる。以下では、このような形でイメージされる合衆国最高裁のロー・クラーク制度について概観することにするが、その前に指摘しておきたいことがある。

まず、ここで採り上げるのは、主に、合衆国最高裁におけるロー・クラークであり、連邦の下級裁判所および州裁判所におけるロー・クラークについては、ここでは採り上げない。また、ロー・クラークが、個々の裁判官にどのような影響を及ぼしているのか、という点も、紙幅の関係上、ここでは採り上げない⁹。

なお、前述のように、裁判官とロー・クラークとの関係は個人的な関係であるため、ロー・クラーク制度については、一般化になじまない事柄も少なくない。

官制度に代えて、ロー・クラークのような個人的調査官制度を導入することについては、大野正男が、「キャリア裁判官でない裁判官にとっては適材を得るのに困難であり、裁判所外の人材が現在調査官のしている仕事を全て行うことも考え難い」としている（大野正男『弁護士から裁判官へ』〔岩波書店、2000年〕59頁）。その上で、大野は、「確かに個別意見を書くためには、多くの苦心と時間を必要とするが、個人的調査官がいないことにその一つの原因があるとは思えなかった」とも述べている（同59頁）。

⁶ 泉・前掲註3）138頁。当然のことながら、適切な人材を得ることができるか、という問題もあるが、この点について、泉は、「現在、日本の大手法律事務所は、多数の若手弁護士を任期付職員として2年程度の期間で行政省庁等へ出向させており、調査官を志望する弁護士は十分にいる」としている（同138～139）頁。

⁷ 判事と調査官との関係は、夫婦、親子、恋人同士の関係に準ずる親密な関係であると評される。Patricia M. Wald, *Selecting Law Clerks*, 89 MICH. L. REV. 152, 153 (1990). 重村・前掲註1）78頁。

⁸ 大野・前掲註5）56頁。

⁹ See, e.g., ARTEMUS WARD & DAVID L. WEIDEN, *SORCERERS' APPRENTICES: 100 YEARS OF LAW CLERKS AT THE UNITED STATES SUPREME COURT* 150-199 (2006).

1 ロー・クラーク制度の歴史

合衆国最高裁におけるロー・クラーク制度は、グレイ (Horace Gray) が、1882年に合衆国最高裁裁判官に就任したことによって始まる¹⁰。すなわち、マサチューセッツ州最高裁首席判事時代の1875年に、グレイはすでにロー・クラークを雇っており、グレイの合衆国最高裁裁判官就任に伴い、彼のロー・クラークも、合衆国最高裁のロー・クラークとなったのである¹¹。そして、グレイに倣って、他の裁判官たちもロー・クラークを雇うようになったが、この当時のロー・クラークは、各裁判官により、私的に雇われていた。

1886年に、合衆国議会が、各裁判官毎の速記クラーク (stenographic clerk) の公費負担を認めた。さらに、1919年には、合衆国議会が各裁判官に、ロー・クラークの公費負担を認めることとしたが、これが、速記クラークに加えてロー・クラーク (law clerk) の公費負担をも新たに認めるということ意味するのは、必ずしも明確ではなかったとされる¹²。とはいえ、翌1920年に、合衆国議会は、各裁判官毎の速記クラークとロー・クラークの公費負担を明確に認めた。その後、各裁判官毎に2名 (1941年)、3名 (1970年)、4名 (1974年) と、ロー・クラークの増員が行われて、今日に至っている。

2 ロー・クラークの選抜

ロー・クラークの選抜は各裁判官が行う。その際にどのような点を考慮するのかは、裁判官によって様々である¹³。

¹⁰ 裁判官を補佐する者としては、メッセンジャー (messenger) がすでにいた。合衆国議会は、1867年に、メッセンジャーの公費負担を認めている。Chester A. Newland, *Personal Assistants to Supreme Court Justices: The Law Clerks*, 40 OR. L. REV. 299, 300 (1961). メッセンジャーの仕事内容は、各裁判官により異なるが、使いっ走りや給仕あるいは運転手といった仕事を行っていた。Id.

¹¹ See Todd C. Peppers, *Birth of an Institution: Horace Gray and the Lost Law Clerks in* IN CHAMBERS: STORIES OF SUPREME COURT LAW CLERKS AND THEIR JUSTICES 17 (Todd C. Peppers & Artemus Ward eds., 2012).

¹² Newland, *supra* note 10, at 302-303. See also TODD C. PEPPERS, COURTIER OF THE MARBLE PALACE: THE RISE AND INFLUENCE OF THE SUPREME COURT LAW CLERK 83 (2006).

¹³ 別の人に選抜を頼む裁判官や、資格審査委員会を設け、その委員に面接をさ

まず、考慮要素として考えられるのは、出身ロー・スクールであろう。ロー・クラーク制度発足当初は、ロー・クラークの出身ロー・スクールはハーヴァードに限られていたが、その後は——出身ロー・スクールの多様性を考慮する裁判官もいることから——出身ロー・スクールの数も増加してきており、ウォード (Artemus Ward) とウェイデン (David L. Weiden) の研究によれば、出身ロー・スクールの数は77校にまで増加している (データ等は2002年までのものである)¹⁴。とはいえ、これらのうち23校は1人のロー・クラークを、14校は2人のロー・クラークを、10校は3人のロー・クラークを輩出したにとどまっている。全体の45%はハーヴァードとイエールの出身者によって占められており、さらに、シカゴ、コロンビア、スタンフォード、ヴァージニア、ミシガンの5校を加えた7校が全体の73%を占めている¹⁵。

ロー・スクールでの成績や、ロー・スクールの教授による推薦状等に加えて、ロー・レビューの編集委員を務めていたことを重視する裁判官もいる。この場合、学界における最新の理論などを知っていることが期待されているといえるが¹⁶、たとえば、合衆国最高裁判官および同首席裁判官を務めたレーンクイスト (William H. Rehnquist) は、編集委員としての仕事を通じて、他の人々と共に仕事をする能力等が得られること¹⁷も指摘している。

下級裁判所判事のロー・クラークとしての経験を積んでいることも、近年では考慮要素の一つになってきている。たとえば、レーンクイスト・コート (Rehnquist Court) の時代 (1986-2002) には、600人のロー・クラークのうち589人 (全体の98%) が、合衆国最高裁のロー・クラークに就く前に、すでに下級裁判所においてロー・クラークとしての経験を積んでいる¹⁸。

せる裁判官もいる。シャーウッド・前掲註1) 36頁。

¹⁴ WARD & WEIDEN, *supra* note 9, at 72.

¹⁵ *Id.* at 72-73.

¹⁶ 重村・前掲註1) 79頁。

¹⁷ WILLIAM H. REHNQUIST, THE SUPREME COURT 231-232 (New Ed., 2006). ウイリアム H・レーンクイスト (根本猛訳) 『アメリカ合衆国最高裁』(心交社、1992年) 308～309頁。

¹⁸ WARD & WEIDEN, *supra* note 9, at 77. ロー・クラーク経験者の中でも、特に、連邦控訴裁判所のロー・クラーク経験者が多数を占めるようになっている。バーガー・コート (Burger Court) の時代 (1969-1985) は、連邦控訴裁判所のロー・

このようにロー・クラークとしての経験を積んでいることが一般的になってきたことの理由として、ウォードとウェイデンは、まず、合衆国最高裁のロー・クラーク志願者間の競争が激しくなってきたことを挙げている¹⁹。すなわち、合衆国最高裁のロー・クラークを務めたことが、その後、一流法律事務所や政府機関への就職につながっていくことから、ロー・クラーク志願者の数が増大したため、エリート・ロースクールを良い成績で卒業しても、合衆国最高裁のロー・クラークの地位が約束されているわけではなくなっているのである。そこで、志願者達は、下級裁判所の判事の下でロー・クラークとしての経験を積み、かつ、その判事の推薦状をもらうことで、それらを自らのセールスポイントにしようとするのである。

ウォードとウェイデンは、また、——後にみるように——ロー・クラークの責任が時代とともに増大してきたことに伴い、合衆国最高裁の裁判官が、ロー・クラークの経験を評価するようになってきたことも、ロー・クラーク経験者の増加の理由として挙げている²⁰。

裁判官の中には、地域的バランスを考慮要素とする者もいる。たとえば、ウォーレン (Earl Warren) は、委員会を設けて、その委員会にロー・クラークの選抜を委ねていたが、その際に、少なくとも西部から1名、東部から1名は選ぶようにさせていたという²¹。また、ブラック (Hugo Lafayette Black) が、将来、その者が南部に戻ることを期待して、南部出身者を探るようにしていた、というのは比較的良好に知られている²²。

性別や人種も、少なくともかつては、考慮要素となっていたかもしれない。たとえば、初めての女性ロー・クラークは、1944年開廷期に、ダグラス (William

クラーク経験者はロー・クラーク経験者の85%を占めていたのに対し、レーンクイスト・コートの時代には、92%まで増大している。パーガー・コートの時代は、ロー・クラーク経験者のうち、連邦地方裁判所のロー・クラーク経験者が12%、州裁判所のロー・クラーク経験者が3%だったのに対し、レーンクイスト・コートの時代には、連邦地方裁判所のロー・クラーク経験者は7%、州裁判所のロー・クラーク経験者は0.3%となっている。*Id.*

¹⁹ *Id.* at 78.

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.* at 85.

²² *Id.*

Orville Douglas) によって採用されたが、2人目の女性ロー・クラークが採用されたのは、1966年開廷期においてである²³。その後は、時代の推移とともに女性ロー・クラークの数は増加していき、1998年開廷期には、女性ロー・クラークが全体の39%に達した²⁴。また、初めてのアフリカ系アメリカ人のロー・クラークは、1948年開廷期に、フランクファーター (Felix Frankfurter) によって採用されたが、2人目のアフリカ系アメリカ人のロー・クラークが採用されたのは、1967年開廷期においてである²⁵。

そのほかには、思想が考慮要素となる余地がある。たとえば、保守的な団体に属していたのか、それともリベラルな団体に属していたのか、志願者がどの下級裁判所判事の下でロー・クラークを務めていたのかなどが、裁判官の考慮に何らかの影響を及ぼしている可能性はある²⁶。とはいえ、ウォードとウェイデンは、思想が、ロー・スクールでの成績や下級裁判所におけるロー・クラークとしての経験よりも重要な考慮要素となっているわけではないとする²⁷。

3 ロー・クラークの任務

ロー・クラークの任期は、多くの場合、一開廷期である²⁸。

ここでは、裁量上訴 (certiorari)、口頭弁論 (oral argument)、そして、意見の執筆 (opinion writing) の各段階に分けて、ロー・クラークの任務を概観することとする。

²³ *Id.* at 89.

²⁴ *Id.* at 91.

²⁵ *Id.* at 94. その後も、アフリカ系アメリカ人、アジア系アメリカ人、ヒスパニックの比率が高くなってきているわけではないが、この問題は、ロー・スクールの優秀な卒業生における人種的バランスが影響していることに注意する必要がある。*Id.* at 96-98.

²⁶ *Id.* at 107.

²⁷ *Id.*

²⁸ 合衆国最高裁の開廷期は、10月の最初の月曜日から始まり、通常は翌年の6月に終わる (田中英夫編集代表『英米法事典』[東京大学出版会、1991年] 847頁)。レーンキリストは、新ロー・クラークには合衆国最高裁が夏休みに入る7月初めに仕事を始めることを求め、前のロー・クラークの1人には、10日程残って、新ロー・クラークが仕事に慣れるよう指導することを求めていた。REHNQUIST, *supra* note 17 at 232. レーンキリスト・前掲註17) 309頁。

(1) 裁量上訴

合衆国最高裁に対しては、一開廷期に7,000件を超す上訴がなされているが、そのすべてにつき、合衆国最高裁は本案にまで立ち入って審理しているわけではなく、実際に合衆国最高裁が口頭弁論を開き、合議を行い、意見の執筆者も明らかにして判決を言い渡すのは、一開廷期当たり100件に満たない²⁹。上訴を受理するか否かは上訴を受ける裁判所の側の裁量に委ねられており、実際には、9名の裁判官のうち4名の裁判官が審理を行うにふさわしいと考えれば、裁量上訴の申立てが認められることになる (rule of four)³⁰。

かつては、各裁判官のロー・クラークが、別個に各事件についてのメモを作成し、そのメモに基づいて、各裁判官は裁量上訴についての判断を行っていた。その後、1973年に、パウエル裁判官が、希望する裁判官がロー・クラークを出し合い、そこに属するロー・クラークが作成したメモ (プール・メモ) ——すなわち1つの事件につき、1人のロー・クラークが作成したメモ——を各裁判官が共有するという方策を提案した (裁量上訴プール [Cert. Pool])。このような形を採ることで、ロー・クラークの負担は軽減されることとなった。このようにして作成されたメモ (プール・メモ [Pool Memo]) には、事件の争点と概要および上訴を受理するべきか否かについての勧告が記されている³¹。

作成されたプール・メモは、裁量上訴プールに参加している各裁判官に配布される。裁判官は、このプール・メモを自分のロー・クラークに検討させ、プール・メモに同意するか、それとも、より詳細に事件を分析した上で、プール・メモには同意しない旨を記させるが³²、そのようにはしない裁判官もいる³³。

なお、裁量上訴プールに参加しない裁判官は、自分のロー・クラークの作成したメモを使用することになる。

当初は、5名の裁判官がこの裁量上訴に参加していたが、その後、裁量上訴

²⁹ 紙谷雅子「レーンキスト・コートの裁量上訴」宮川成雄編『アメリカ最高裁とレーンキスト・コート』(成文堂、2007年) 91頁。

³⁰ 紙谷・前掲註29) 104～105頁。

³¹ WARD & WEIDEN, *supra* note 9, at 125.

³² H. W. PERRY, JR., DECIDING TO DECIDE: AGENDA SETTING IN THE UNITED STATES SUPREME COURT 42 (1991).

³³ Dan T. Coenen, Book Review, 10 CONST. COMMENT. 180, 183 (1993).

に参加する裁判官の数は増加している³⁴。

(2) 口頭弁論 (oral argument)

裁判官は、ロー・クラークに、口頭弁論および合議の際に使用するためのベンチ・メモ (Bench Memo) を作成させる。ベンチ・メモには、事実の詳細、事案の分析、さらに、多くの場合は本案についてのロー・クラークによる勧告が記されている³⁵。

これに対し、レーンクイストは、ロー・クラークにはベンチ・メモを作成せなかったという。彼は、口頭弁論に先だって、当該事件についての下級審の意見、上訴人の書面 (brief)、被上訴人の書面の順に読むことにしていたが、その事件を担当するロー・クラークにも同様の作業を行わせていた。その上で、そのロー・クラークと意見交換を行って (上訴人らの書面では十分でない場合には、ロー・クラークにその点についてのメモの作成を頼むこともある)、口頭弁論の準備を行っていた³⁶。

(3) 意見の執筆

³⁴ マーシャル (Thurgood Marshall) が退官した後は、裁量上訴プールに参加しなかった裁判官はスティーヴンス (John Paul Stevens) のみであった。Nancy S. Marder, *Justice Stevens' Jurisprudence of Respect*, 44 LOY. L.A. L. REV. 843, 844, n. 2 (2011). なお、2006年に合衆国最高裁裁判官となったアリート (Samuel Anthony Alito, Jr.) は、一度は裁量上訴プールに参加したものの、2008年に裁量上訴プールから離脱している。Adam Liptak, *A Second Justice Opts Out of a Longtime Custom: The 'Cert. Pool'*, N.Y. TIMES, Sept. 26, 2008, at A21, available at http://www.nytimes.com/2008/09/26/washington/26memo.html?_r=0 (last visited Mar. 24, 2015).

³⁵ WARD & WEIDEN, *supra* note 9, at 3.

³⁶ REHNQUIST, *supra* note 17, at 240-241. レーンクイスト・前掲註17)319～321頁。フランクファーター裁判官のロー・クラークを務めたシャーウッド (Richard E. Sherwood) によると、フランクファーターは「口頭で議論するのが大好きで、事件について他人の見解を押しつけられたり、こういう質問をしたら等という示唆を受けることを好」まず、「事前に準備書面を読んでおくか、さもなければ直接、弁論の場において当該弁護人の陳述に基づいて質問するといったやり方」を採っていたという (シャーウッド・前掲註1) 37頁)。

裁判官による意見の執筆の際のロー・クラークの関わり方もまた、多様である。この関わり方を、ウォードとウェイデンは、「委任 (delegation)」、「保持 (retention)」および「共同 (collaboration)」に分類している³⁷。

「委任」とは、裁判官が第一稿の執筆をロー・クラークに委ね、裁判官が、その草稿の修正を行うという形でのロー・クラークの関わり方をいう。「保持」とは、意見を執筆するのはあくまでも裁判官であり、ロー・クラークが、引用、脚注、校正などの作業を行うという形で関わる関わり方をいう。「共同」とは、裁判官とロー・クラークが、共同して、一つの意見を構築していくという形でのロー・クラークの関わり方をいう³⁸。

かつては「保持 (retention)」が一般的であったが³⁹、今日では、「委任 (delegation)」が一般化している⁴⁰。「共同 (collaboration)」は、「保持 (retention)」や「委任 (delegation)」と比べれば数は少ないものの、この方式を採る裁判官もいる⁴¹。

³⁷ WARD & WEIDEN, *supra* note 9, at 212.

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.* at 214. 1990年～1992年にスティーヴンズ裁判官のロー・クラークを務めたマーダー (Nancy S. Marder) は、「私がスティーヴンズ裁判官のロー・クラークとして働いていたとき、彼は、自身の意見の第一稿を執筆していた唯一の裁判官だった」と述べている。Marder, *supra* note 34, at 844.

⁴¹ WARD & WEIDEN, *supra* note 9, at 212.