

アメリカ合衆国最高裁判所における 裁判官忌避手続の考察

土 屋 孝 次

はじめに

2004年1月、全米のマスメディアは、合衆国最高裁判所のスカリア判事が訴訟当事者であるチェイニー副大統領と鴨狩り旅行に出かけたと報じた。旅行には政府専用機が利用され、スカリアの家族も同行している。マスメディアは、控訴裁での敗訴を受けたチェイニーが最高裁で逆転を狙っていると訴訟の背景を説明し、スカリアの行動が裁判官としての公平性を疑わせるものであると批判した。事件は政治問題化し、上院司法委員会の民主党議員がレーンキスト最高裁長官に書簡を送り、スカリアの処遇について最高裁の立場を問い質した。これに対してレーンキストは、最高裁の歴史的慣行では、訴訟回避の決定は裁判官本人の判断に委ねられていると回答した。スカリア判事は、被上訴人からの忌避申立てを単独で却下し、大方の予想通りにチェイニー側勝訴の法廷意見に参加した。ただし、スカリアは、申立て却下の決定に際して異例とも言える長文のメモランダムを公表しており、最高裁判事の忌避制度を再検討するための重要な資料を提供したのである⁽¹⁾。

(1) *Cheney v. United States District Court for the District of Columbia*, 541 U.S. 913 (2004). 本件に関する邦語文献として、拙稿「最近の判例：訴訟」

裁判官忌避制度は、個々の訴訟に關与する裁判官の公平性に疑問がある場合、当該審理から排除する手続である。訴訟当事者にとって、公平な裁判所、偏見を持たない裁判官の存在は、合衆国憲法修正第5条が保障する適正手続を受ける権利の前提となる⁽²⁾。また、最高裁は、裁判官の忌避問題の検討に際して、特定の裁判における不公正のリスクのみならず、他の裁判において不公正を誘発するリスク、そして司法過程に対する国民の信頼を傷つけるリスクも考慮すべきであるとしている⁽³⁾。このように、忌避制度は、民主的正統性に欠ける裁判所に対して国民の信頼を確保、維持、増進するために不可欠なものと位置付けられる⁽⁴⁾。

1974年、連邦議会は、裁判官の回避、忌避に関する一般規定である28 U.S.C. § 455（以下、455条と略する）を改正した⁽⁵⁾。それ以前は、具体的ではあるが限定的な欠格要件が掲げられ、その判断において裁判官の「審理に關与する義務」(duty to sit)が尊重されていた。しかし、裁判官の倫理問題が相次いで顕在化し、事態を憂慮した連邦議会は、裁判官の公平性に「合理的な疑問が存する」場合、積極的に当該裁判官を審理から排除す

↳当事者と休暇を過ごした最高裁裁判官に対する忌避申立てが却下された事例」
〔2005-1〕アメリカ法（127頁）を参照。

(2) *In re Murchison*, 349 U.S. 133, 136 (1955). 「公平な裁判所における公平な裁判はデュープロセスの基本的な要請である。」 *Aetna Life Ins. Co. v. Lavoie*, 475 U.S. 813, 821-822 (1986). See also *Marshall v. Jerrico, Inc.*, 446 U.S. 238, 242 (1980); *Ward v. Village of Monroeville*, 409 U.S. 57, 61-62 (1972); *Tumey v. Ohio*, 273 U.S. 510, 523 (1927).

(3) *Liljeberg v. Health Services Acquisition Corp.*, 486 U.S. 847, 864 (1988).

(4) *Debra Lyn Bassett, Recusal and the Supreme Court*, 56 *Hastings L. J.* 657, 661-62 (2005).

(5) See Federal Judicial Center, *Recusal: Analysis of Case Law Under 28 U.S.C. §§ 455 & 144* (University Press of the Pacific, 2005). 連邦忌避法455条に関する研究として、山城崇夫「除斥、忌避、回避の基礎研究——アメリカ合衆国における展開を中心として——」, 比較法雑誌15巻2号127頁以下(1981年), 中村治朗「米国の裁判官審理関与排除制度瞥見(上)(下)」, 判例時報1178号3頁以下, 同1179号(1986年)などを参照。

べきであると方針転換を行ったのである⁽⁶⁾。司法部への信頼を促進する目的をもつ現行455条は、最高裁判事を含む全ての連邦裁判官を対象としている。

しかしながら、最高裁判事の忌避問題に関しては、その実体および手続において下級審裁判官と異なる取扱が存在する。まず、最高裁判事が回避した場合、あるいは忌避申立てに何らかの決定を行った場合、単にその事実だけが示され、回避にいたる事情、理由付けは示されない。また、最高裁判事は自らの忌避問題に関する最終的決定を単独で下しており、最高裁全体による再審理は行われぬ。このような不透明な慣行が続くことにより、最高裁全体の忌避に関する政策が曖昧にされているのである⁽⁷⁾。事実、マーシャル長官が事件の発端である令状発給手続の当事者であった *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) から、大統領選挙において近親者が共和党に関わっていたにもかかわらず複数の裁判官がブッシュ勝訴の多数意見に参加した *Bush v. Gore*, 531 U.S. 89 (2000) まで⁽⁸⁾、著名な訴訟に

(6) See Monroe H. Freedman, Essay: Duck-Blind Justice: Justice Scalia's Memorandum in the Cheney Case, 18 *Geo. J. Legal Ethics* 229, 234 (2004). また、山城・前掲注(5)134頁を参照のこと。

(7) かつてジャクソン判事は、最高裁判事の忌避に関する統一的慣行の不存在が混乱を生じる原因であると、その危険性を指摘していた。See *Jewell Ridge Coal Corporation v. Local No. 6167, United Mine Workers of America*, 325 U.S. 897 (1945).

なお、最高裁判事の訴訟回避は稀な事象ではなく、ある研究によると、2004年3月段階において現職にあった判事の任期中における訴訟不参加は、トータルで2,816件に及ぶ。See Lori Ann Foertsch, Comment: Scalia's Duck Hunt Leads to Ruffled Feathers, 43 *Hous. L. Rev.* 457, 460-61 (2006).

(8) ブッシュ候補の当選を導いた多数意見5名のうち、スカリア判事の息子達がブッシュ側の弁護士事務所に属していた点、オコナー判事が投票日にブッシュの勝利を望む発言をしていた点、および、保守系シンクタンクのスタッフであったトーマス判事の妻が係争中に新政権でのポストを得ようと活動していた点が疑問視された。See e.g., Sherrilyn A. Ifill, *Do Appearances Matter?: Judicial Impartiality and the Supreme Court in Bush v. Gore*, 61 *Md.* ↗

において、最高裁判事の公平性について評価が分かれていたのである。

そこで本稿は、司法制度に対する国民の信頼を維持、確保、増進する裁判官忌避制度の目的に着目し、現行の最高裁判事の忌避手続を批判的に検討する。まず、現行の連邦忌避制度について概観し、最高裁判事と下級審裁判官に関してダブルスタンダード化している点を指摘する。次に、最高裁判事が自らの忌避問題について公式にメモランダムを発表した事件を吟味し、現在の忌避手続が抱える問題点について確認する。最後に、忌避制度本来の趣旨に照らして改革案を検討する。

第1章 最高裁判事を対象とする忌避ルール

連邦裁判官の回避、忌避に関するルールには、連邦法の外、合衆国司法会議 (The Judicial Conference of the United States) が制定した連邦裁判官行為規則 (Code of Conduct for United States Judges)⁽⁹⁾、および、アメリカ法律家協会 (American Bar Association, 以下 ABA と略す) の裁判官行為典範 (Model Code of Judicial Conduct) がある。また、連邦下級審裁判官および州裁判官の忌避に関わる判例も多数存在する。もっとも、これらのうち最高裁判事に関して直接の法的拘束力を持つのは、一部の連邦法のみである。

連邦議会が制定した法律のうち、最高裁判事を対象とするのは455条のみである。オリジナルの455条はコモンローを受け継いだもので、1792年、憲法制定後の第1回議会が制定した⁽¹⁰⁾。当時の忌避事由は、裁判官が事件

↘L. Rev. 606, 608 & n. 10 (2002); Richard K. Neumann, Jr., *Conflicts of Interest in Bush v. Gore: Did Some Justices Vote Illegally?*, 16 *Geo. Legal Ethics* 375(2003).

(9) See <http://www.uscourts.gov/guide/vol2/ch1.html>

(10) Act of May 8, 1792, ch.36, § 11, 1 Stat. 278.

に対して金銭的利益を持つ場合、かつて弁護士として関与していた場合であり、その対象は下級審裁判官に限定されていた。司法審査制度を確立した Marbury 事件は、法廷意見を書いたマーシャル長官が国務長官時代に担当した治安判事任命手続の瑕疵が事件の発端であったため、現代的視点からは当然回避されるべき事例となる。しかしながら、当時の連邦法の狭い列挙事項では、最高裁判事が政府職員として事件へ関与していた事実は、回避、忌避事由ではないとみなせる。その後、連邦議会は忌避事由を拡大する改正を行い⁽¹⁾、1948年には最高裁判事を対象に加えた。さらに、最高裁のフォータス判事が金銭授受等に絡むスキャンダルにより辞任し、後任指名を受けたヘインズワース控訴裁判事が、株式を保有している企業のかかわる訴訟から回避しなかった点が批判されるなど、連邦議会内で裁判官の倫理問題がクローズアップされた。その結果、455条は1974年に大幅な改正を受け、現在に至っている。

現行455条は、回避、忌避に関する条項として(a)項と(b)項を持つ。まず、一般規定となる(a)項は新たに付け加えられたもので、「裁判官の公平性に合理的な疑問が存する」場合に事件からの回避を求める。ここでは、「現実の偏見」ではなく、立証が容易な「不公平の外観」が客観的に存在すれば、裁判官に回避義務が生じると解される⁽²⁾。次に(b)項は、具体的な回避、忌避事由を列挙したもので、裁判官が ①個人的な偏頗または偏見 (bias or prejudice)、争点に関する個人的知識を持つ場合、②弁護士、もしくは重要証人として事件に関与していた場合、③政府職員として顧問、助言者、重要証人として関与し、意見を表明していた場合、④裁判事項もしくは当事者に対して金銭的利益、その他の利害を有する場合、配偶者もしくは同一

(1) John Leubsdorf, Theories of Judging and Judge Disqualification, 62 N.Y.U.L. Rev. 237, 246 (1987).

(2) 山城・前掲注(5)143-44頁, 参照。

世帯にある未成年の子が利害を持つ場合、⑤本人、配偶者、三親等以内の親族およびその配偶者が、事件の当事者あるいは弁護士である場合、もしくは、それらが事件手続の結果に対して利害関係にあることを知っている場合、または、それらが重要証人となることを知っている場合、回避すべきであると定めている。

なお、455条は手続規定を持たない自動執行条項であり、同条の裁判官欠格事項に該当する場合、当事者の申立てを待たずに裁判官が自らを欠格とすべきことになる⁽³⁾。もっとも、裁判官が自ら回避しない場合には、慣例として当事者による忌避申立てが認められている。

現行455条に関する連邦議会の意図は明確である⁽⁴⁾。(b)項においては、厳格かつ広範囲に具体的な回避事由を列挙することで、連邦裁判官に関する忌避ルールを統一した。また、付加された(a)項は、(b)項の列挙事項に関わらず、「裁判官の公平性に合理的な疑問が存する」場合の回避を求めている。連邦議会は、従来忌避問題の判断に際して尊重されてきていた裁判官の「審理に関与する義務」を取り除くことで、公平な司法過程に対する国民の信頼を増進しようと考えたのである⁽⁵⁾。

他方、最高裁は、下級審裁判官のみを対象とする他のルールについても一定の配慮を見せている。まず、連邦法47条(28 U.S.C. § 47)は、事実審に関与した裁判官は控訴された事件を担当できないとしている。また、連邦法144条(28 U.S.C. § 144)は、訴訟当事者の権利として、裁判官が個人的な「偏頗または偏見」を持つと示した宣誓供述書(affidavit)を提出し

(3) Bassett, *supra* note 4, at 675 & n96.

(4) H. R. Rep. No. 93-1453.

(5) Christopher Riffle, Note: Ducking Recusal; Justice Scalia's Refusal to Recuse Himself from *Cheney v. United States District Court for the District of Columbia*, 541 U.S. 913 (2004), and the Need for a Unique Recusal Standard for Supreme Court Justices, 84 Neb. L. Rev. 650, 655-56 (2005).

た場合に忌避申立てを認めた⁽¹⁶⁾。当事者は係争中の事件につき一回のみ宣誓供述書を提出できる。47条および144条は最高裁判事を対象とはしていないが、裁判官が「個人的な偏見」を認めて関与を回避した *Public Utilities Comm'n v. Pollak*, 343 U.S. 451 (1952) にみられるように、その趣旨は慣例として尊重されてきていると評せよう。

1973年に合衆国司法会議が制定した連邦裁判官行為規則においても、連邦455条と同様の回避、忌避事項が挙げられている。もっとも、最高裁長官を長とする司法会議は、その管轄権を下級審裁判官に限定されており、当該規則を最高裁判事に拡大できない。

これに対して、連邦裁判官行為規則の制定、455条の改正の際に参考とされた ABA の裁判官行為典範については、全ての連邦裁判官が尊重すべきルールとみなされている。1972年に大幅に改訂された同典範は、司法の独立が裁判制度に対する信頼により維持されているとの認識に立ち、裁判官に対して適切かつ公正な行動を要求している⁽¹⁷⁾。連邦議会は455条改正の目的について、「裁判官として公平に活動する資格に合理的な疑問をもたれない」とする ABA の裁判官行為典範と適合させるためとしている⁽¹⁸⁾。

(3) 最高裁による455条の理解

連邦裁判官は、自ら審理への関与を回避する場合はもちろん、自身に対

(16) 同条は、455条と同様に「偏頗または偏見」という包括的な理由に基づき、宣誓供述書を利用した忌避申立て手続を定めており、455条と重複する。詳しくは、中村・前掲注(5), 10頁, および, 山城・前掲注(5), 134頁を参照のこと。

(17) 「裁判所の判決や判断に対する敬意は、裁判官の公平性と独立に対する公の信頼に依存している。」 See ABA Model Code of Judicial Conduct Canon 1 cmt. 同典範については、最高裁判所事務総局総務局「アメリカ法曹協会による新裁判官行為典範」法曹時報25巻8号27頁以下(1973)を参照。

(18) R. Matthew Pearson, Note: Duck Duck Recuse? Foreign Common Law Guidance & Improving Recusal of Supreme Court Justices, 62 Wash. & Lee L. Rev. 1799, 1808-09 (2005).

する忌避申立てに対しても、単独で決定を行っている。もっとも、下級審裁判官に関しては、申立て却下の決定に対して上訴の道が残されており⁽¹⁹⁾、その過程において、忌避申立ての理由、当該裁判官の判断理由、上訴裁判所の決定理由が示され、回避、忌避に関する判例の蓄積も見られる。ここでは、1974年改正後の455条に関連する最高裁判決を概観する。

まず、*Liljeberg v. Hearth Services Acquisition Corp.*, 486 U.S. 847 (1988) は、455条(a)項の「合理的な疑問」文言の意義を明確にした点で重要である。同事件では、地裁判事が自身会員として属する組織の訴訟を担当していた。法廷意見を書いたスティーブンス判事は、「故意は455条(a)の要件ではない」と指摘し、回避を行わなかった理由が一時的な記憶違いであったとしても同条違反に該当すると結論する。ここでは、「客観的観察者であれば、判事の公平性を疑問視する」⁽²⁰⁾ ような事情があれば、忌避すべき「合理的な疑問」が存することになる。

次に、*Liteky v. United States*, 510 U.S. 540 (1994) では、「不公平の外観」重視が確認された。同事件は、かつて政府施設損壊事件の被告人に対して嫌悪感を表明した地裁判事が、同じ被告人の同様の訴訟を担当することになったため忌避申立てを受けたもので、スカリア判事が法廷意見を書いている。まずスカリアは、問題となっている455条(a)項について、まったく新しい包括的な忌避条文であるとし、利害関係あるいは取引関係と偏頗または偏見の両者を包含するとする。その全てにおいて評価できる客観的根拠が求められるのであるが、その根拠は偏頗や偏見の事実ではなく、そのような外観であれば良い。スカリアは、忌避は公平さが合理的に疑問視できるものであればいつでも要求できると結論付けている。

(19) Jeffrey W. Stempel, *Rehnquist, Recusal, And Reform*, 53 *Brooklyn L. Rev.* 589, 632-39 (1987).

(20) *Liljeberg*, 486 U.S. at 861.

Sao Paulo State of the Federative Republic of Brazil v. American Tobacco Co., Inc., 535 U.S. 229 (2002) は、忌避申立てに際して事実誤認があった事例である。タバコの製造物責任事件を担当した地裁判事について、弁護士時代に代表であった団体が同じタバコ会社を被告とする訴訟において「裁判所の友」(amicus curiae)として参加しているとの事実により、忌避申立てが行われた。しかし実際には、同判事は問題となった「裁判所の友」の段階では代表を辞していて関わりがなく、ブリーフにおける名前の記載は誤記であった。そこで、最高裁は、per curiamにより、同判事の忌避拒否を正当と判断した。ここでは、忌避が要求されるのは、「全ての事情に通じた合理的人物」が、問題となった裁判官について事件に関する利害もしくは偏見を持つと予期する場合とし、本件事情に鑑みればそのような偏見は予期できないとしたのである⁽²¹⁾。

全体を通して、最高裁は下級審裁判官の忌避問題に関して455条を積極的に適用する姿勢を見せる。そこでは、「現実の偏見」ではなく、「不公平の外観」の存在が求められる。他方、最高裁判事に関しては、455条の適用、解釈自体が問題となった判事の最終決定に委ねられており、下級審判事に関する判例との間に乖離が見られるのである⁽²²⁾。

第2章 最高裁判事による忌避拒否の理由付け

最高裁においては、忌避を申立てられた裁判官自身の決定が最終のものとなり、当該決定に対して、最高裁長官、あるいは、最高裁判所全体による再審理は行われぬ。しかも、最高裁判事が審理への関与を回避する場合、その事情、理由は示されず、当該判事が審理に関与しなかった旨が一

(21) Sao Paulo State, 535 U.S. at 233. Liljeberg, 486 U.S. at 861.

(22) Bassett, *supra* note 4, at 682.

行で示されるに過ぎない。なんらかの欠格事項該当ゆえの回避なのか、体調不良、もしくは他の事情による辞退なのかは判然とせず、内外の事情通による推測が行われるだけである。同様に、忌避の申立てを却下する決定を下した場合にも、申立て却下の事実のみを表すのが一般的であった。

もっとも、ごく例外的に忌避申立てに対する決定理由が各判事の裁量で開示されることがある。このような理由付けの先例としての価値には疑問が残るものの、最高裁判事の忌避制度についての理解、連邦法455条の解釈等について伺い知ることができる。

(1) *Laird v. Tatum*, 409 U.S. 824 (1972).⁽²³⁾

最高裁判事が自らの忌避申立て拒否の判断理由を具体的に示した初のケースである⁽²⁴⁾。陸軍の諜報機関が合衆国内の政治団体に対して監視活動を行ってきた問題について、言論の自由を萎縮させる行為であるとの批判が高まり、当該活動の差止め命令訴訟が提起された。控訴裁が憲法修正1条違反を容認し、差止め命令を発給したため、被告政府側が上告を行った。1972年1月、最高裁は、レーンキスト判事を含む5名の多数意見により、訴訟手続的問題である原告適格の欠如を理由として、控訴裁判決を破棄した⁽²⁵⁾。

問題となったのは、最高裁判事就任直前まで司法省の Assistant Attorney General であったレーンキストが、上院の憲法的権利に関する小委員会において、陸軍による監視活動の合憲性を擁護する内容の証言を行い、小委員会に対して同じ内容のメモランダムを提出するとともに、ABA その他の場で同様の発言を繰り返していたことである。さらに、訴訟手続的

(23) 同事件について詳しくは、中村・前掲注(5)、3頁以下を参照のこと。

(24) *Laird*, 409 U.S. at 824. レーンキスト自身、このような決定理由の公表が異例であることを明言している。

(25) *Laird v. Tatum*, 409 U.S. 1 (1972).

問題に関しても、控訴裁で係属中の本件事件について、市民が行政部の活動を禁ずる訴訟においては訴えの利益が認められず、原告適格が否定されるべき旨証言していた。原告らは、レーンキストが事件の審理から当然回避するものと考えていとされる⁽²⁶⁾。もし、レーンキスト判事が回避していれば、評決は4対4の同数となり原審の結論が維持されるところであった。そこで、原告はレーンキスト判事が回避しなかった点につき違法性があるとして、最高裁に対して再審理を求めた。これに対してレーンキスト判事は、申立て却下を単独で決定し、その旨を公表したのである。

レーンキストの忌避拒否の要点は、旧455条の適用性、先例との整合性、最高裁判事の特特殊性の3つである。まず、議会における発言は旧455条の忌避事由に該当しない。レーンキストは、司法省のスタッフとして上院小委員会において専門的証言を行ったのみであり、訴訟における証言記録上、もしくは、顧問弁護士としての資格において、訴訟手続に関与していたわけではなかったと指摘する。実際、ブリーフ作成に関与した *United States v. United States District Court for the Eastern District of Michigan*, 407 U.S. 297 (1972)、顧問的役割をになった *S & E Contractors, Inc. v. United States*, 406 U.S. 1 (1972) については自ら回避を行っている⁽²⁷⁾。このように、レーンキストは、司法省時代の活動が旧455条における忌避事由である「弁護士として関与」あるいは「実質的証人として証言」に該当しないとす。

次に、先例に照らせば、過去の法律的理解の表明は欠格事由に該当しない。例えば、ブラック判事は自らが上院議員として制定を主導した公正労働基準法に関する訴訟に関与しており、フランクファータ判事も大学教授時代に著書を著している労働法に関する事件に参加し、さらに、ジャクソ

⁽²⁶⁾ Stempel, *supra note* 19, at 592-93.

⁽²⁷⁾ Laird, 409 U.S. at 828-29.

ン判事も司法長官時代に関与したのと同様の事件に参加し、ヒューゴ最高裁長官も特定の事件の判旨を批判した後、同様の理由付けで判例変更を行っている。レーンキストは、最高裁判事の経歴に鑑みると、判事就任前に憲法問題についてなんら意見を述べていないとすれば、むしろそれは異常であるとさえ述べている。

最後に、レーンキストは、最高裁判事にはその特殊性に鑑み、「審理に関与する義務」がより強く求められるとする。すなわち、下級審と異なり最高裁には回避した判事の代替者が居らず、1名の回避により意見が同数で分かれて法廷意見を形成できず、原審維持という事態を生ずる危険性がある。このような事情により、最高裁判事は判例形成を妨げるような安易な回避は慎まなければならないのである。

さて、レーンキストは、忌避申立て理由が旧455条規定に該当しないとし、その結論を先例との整合性、最高裁判事の特殊性により補強している。本件に関しては、当該問題との具体的な関係性について公表せず、問題の残る忌避基準をあえて示すことにより固定したとの批判がある。また、レーンキストの事件への関与は、最高裁に対する公の信頼を維持するに不可欠な公平性の外見を欠いていたとの指摘もある。しかしながら、結論としては、当時の制定法に明確に反するものではないとの評価もみられた²⁸⁾。

²⁸⁾ See Note, Justice Rehnquist's Decision to Participate in *Laird v. Tatum*, 73 Colum. L. Rev. 106, 124 (1973). 同コメントも、先例とされた事例と異なり、レーンキストの議会証言と最高裁での審理との時間的近接性が存在する点、あるいは、司法部への信頼失墜等の観点から問題が存すると指摘している。

レーンキストの最高裁長官任命承認審査に際しての再評価では、①問題となった司法省時代の具体的な活動について情報を開示しておらず、「訴えの利益」に関する意見表明についても説明がなされていない、②公平性について合理的な疑問が存するかどうかを問う、より厳格な忌避要件を定めた ABA の典範を旧455条と同等のものとして軽視した、③司法的効率を増すために忌避を拒否する目的をもつ「審理を行う義務」と、忌避による裁判官構成の不能を

もっとも、レーンキストが依拠した旧445条は、政府職員としての証言を忌避事由とするように改正を施されており（455(b)(3)）、現在では参考とはならない。むしろ、本決定の現代的意義は、従来内容が不透明であり事後の吟味が困難であった最高裁判事の忌避問題について、連邦法の適用性、先例との整合性、最高裁判事の特特殊性により判断した旨を公式メモランダムで明示した事にあるとみなす。就任後わずか半年のレーンキストは、先例に依拠して忌避を拒否する旨、先例を無視して公にすることにより、最高裁判事の忌避問題を検討する端緒を開いたのである。

(2) **Statement of Recusal Policy, Supreme Court of the United State, 114 S. Ct. 52 (Nov. 1, 1993)** (以下 **Recusal Policy** と略す)

1993年当時現職にあった9名の最高裁判事のうち、子、配偶者などの近親者が弁護士職に就いている7名（レーンキスト長官、ギンズバーグ、ケネディ、オコナー、スカリア、スティーブンス、トーマス各判事）が共同で忌避に関わる申し合わせを行っている⁽²⁹⁾。

連邦議会は、近親者の事件関与に関して、現行法455条(b)(4)および(5)において定めている。これに対して、Recusal Policy は、近親者の属する法律事務所が関わる訴訟が最高裁に係属した事実、もしくは過去に弁護士として担当した事件が係属した事実のみでは自動的に回避を導かないとする。

↘回避し、訴訟当事者の利益を保護する「必要性のルール」を混同している、④レーンキストが依拠した先例の多くは、過去における最高裁の忌避政策の不適切性を示しているに過ぎない、等の批判を浴びた。See e.g., Stempel, *supra* note 19, at 598-608.

(29) Leslie W. Abramson, The Judge's Relative is Affiliated with Counsel of Record: The Ethical Dilemma, 32 Hofstra L. Rev. 1181 (2004). See also Caprice L. Roberts, The Fox Guarding the Henhouse?: Recusal and Procedural Void in the Court of Last Resort, 57 Rutgers L. Rev. 107, 158-63 (2004).

他の特別の事情，たとえば，近親者の役割が中心となる弁護士の下である場合，事件の結果が近親者への報酬支払に影響する場合，が認められれば回避が求められるのである。

また，Recusal Policy は，不必要な忌避が最高裁の機能を害すると指摘する。近時の法律事務所の巨大な規模，最高裁に係属する訴訟の数に鑑みると，忌避問題が常時生じることになる。不必要な忌避は，訴訟当事者から9名の資格ある裁判官を奪い，実体審理において同数評決による不一致を導き，4名の賛同が求められる上告受理過程をゆがめる危険性を生じる。このように Recusal Policy は，最高裁の特殊な地位と構成が忌避に関する限定的解釈を必要とするまとめている。

さて，Recusal Policy において各判事は，現実の偏見が争われていない場合，忌避について否定的であるとの見解を強調した⁸⁰。Recusal Policy は，近親者がパートナーとして勤める法律事務所が関わる事件を最高裁判事が担当する事実が「偏見の外観」を構成する可能性を軽視しているのである。この意味において，Recusal Policy は，単に近親者に関する455条(b)(4)および(5)の限定的理解を示したにとどまらず，連邦議会が明確な意図を持って定めた455条(a)項について，最高裁自身が判例とは異なる扱いをする可能性を示したことになる。

(3) *Microsoft Co. v. United States*, 530 U.S. 1301 (2000).

次に自らに対する忌避申立てについて公式に語ったのは，またしてもレーンキストであった。レーンキスト長官の声明は，マイクロソフト社の独占禁止法違反が問われた注目の訴訟に関連して公表された。同社の分割命令を含む地裁判決については，当該命令の迅速な履行を求める地裁判事により直接上告の手続きが用いられた。これに対して，最高裁はレーンキ

⁸⁰ Ifill, *supra* note 8, at 625.

スト長官を含む8名の判断で上告を認めず、控訴裁での審理を求めた³¹⁾。その後、控訴裁はマイクロソフト社に有利な判断を示し、最終的には同社と司法省の和解により事件は終結している。

さて、問題となったのは、レーンキスト長官の息子がパートナーとして属するボストンの法律事務所がマイクロソフト社の地方における顧問をしており、息子がいくつかの独禁法事件を担当していた事実である。まず、レーンキストは、当該問題が455条の二つの項目にかかわるとする。まず、同条(b)(5)(iii)項は、裁判官が事件を回避すべき具体例として、裁判官の子が「当該訴訟手続きの結果により実質的な影響を受けることのある利害を有することを知っている場合」を挙げている。この点につきレーンキストは、マイクロソフト社が当該法律事務所と通常レートの時間単位制で契約していると指摘し、最高裁に係属した事件の結果が法律事務所もしくは彼の息子に影響を与えるとは考えられないとする。

次に、455条(a)項は、より一般的な回避事由として「公平性に合理的な疑問が存する」場合、裁判官が自ら回避すべきであると定めている。同条について最高裁は、Liteky 判決において「偏頗または偏見の現実ではなく、外観が問題となる」と指摘する³²⁾。この外観の検討は、客観的なものであり、事情全てについて情報を受けた合理的観察者の視点で行われる³³⁾。そこで、レーンキストは、最高裁の本件に関する決定が息子の個人的、経済的利害に影響しないことは説明済みであるとし、このような情報を十分に得た者が、息子が同社の他の事件における顧問弁護士である事情のみを理由として「不公平の外観」を見出すとは到底思えないとする。息子が担当する事件と本件には独占禁止法事件という共通性は存しており、最高裁

(31) Microsoft Co. v. United States, 530 U.S. 1301 (2000).

(32) Liteky, 510 U.S. at 548.

(33) Microsoft, 530 U.S. at 1302. See *In re Drexel Burnham Lambert, Inc.*, 861 F.2d 1307, 1309 (2nd. Cir. 1988).

による何らかの判断がマイクロソフト社の関わる他の事件に影響する事はある。しかし、連邦司法部の頂点に位置する最高裁判所の価値により、最高裁の多くの判断が与える影響は大ざっぱなものとならざるをえないのである。

最後に、最高裁判所の1名の判事であっても不必要な回避が否定的な影響を与える点が強調される。地裁や控訴裁と異なり最高裁においては代替裁判官はおらず、忌避により9名中1名の裁判官を失うのみならず、同数評決により下級審の判断を維持せざるを得ないリスクを負うことになる。

当該結論についてレーンキストは、先例を検討し、同僚の最高裁判事の助言を受けているとする。Microsoft事件は、Recusal Policyに言及していないが、内容的には1993年の申し合わせを具体的事例に当てはめたものとみなすことができよう⁸⁴。

(4) *Cheney v. United States District Court for the District of Columbia*, 541 U.S. 913 (2004).

最高裁判事が訴訟当事者と旅行に出かけた事実が忌避事由に該当するかが問題となった。チェイニー副大統領はエネルギー政策の立案過程に関する文書開示請求事件の名目上の被告となった。控訴裁が原告の訴えを認めて、地裁の文書開示命令を支持したため副大統領ら政府側が上告を行った。2003年12月5日、最高裁判所は上告を受理し、口頭弁論は翌年4月27日に予定された。ところが、全米の新聞がチェイニー副大統領とスカリア判事が泊りがけで鴨狩りに出かけたと報道したのである。1月16日、スカリア判事は、問題となった旅行について、最高裁判事と政府高官との社交行事の範囲内にあるとの声明を発表し、事実上訴訟手続からの回避を拒否した。これに対して原告は、国民および多数の新聞が判事の公平性を

⁸⁴ Ifill, *supra* note 8, at 626.

疑問視していると指摘し、「裁判官の公平性に合理的な疑問が存する」場合に該当すると申立てた。最高裁は、歴史的慣行に従ってスカリアに決定を委ねた³⁵⁾。

まずスカリア判事は、Microsoft 事件を引用し、ある裁判官の公平性に合理的な疑問が存するか否かの判断は、推測や報道ではなく、存在した事実に照らして行われるべきであるとする³⁶⁾。この点、問題となった鴨狩りツアーに関する事実は報道と異なり、最高裁に本件訴訟が係属する以前から計画されていた。スカリアによると、鴨狩りの間、副大統領とは別のグループに属しており、また旅程を通じて二人きりになったことはなく、さらに、本件訴訟について一切の会話は行われていない。このような事実は、裁判官の公平性に合理的な疑問を生じさせない。

次に、スカリアは、最高裁判事が忌避問題に関して控訴裁判事と異なる扱いを受ける事を指摘する。最高裁では代替の判事が居ないために、8名となった最高裁は同数評決によって重大な法的問題の解決を図れない可能性がある。スカリアは、Recusal Policy を引用し、不必要な忌避が最高裁判所の機能を損なう危険性があると確認した。

また、友好関係は、訴訟当事者の個人的な利益、自由に関わる事件の場合に限定して忌避理由となるのであり、本件のような副大統領職に付随する職務上の訴訟においては該当しない。実際、最高裁判事と大統領らとの友好関係の例は、アダムス大統領とマーシャル長官の時代から枚挙の暇がない。原告は、専用機の利用が係属中の訴訟当事者からの贈与にあたるとする。しかし、空席利用が同乗の条件であったため、当該利用は政府に対して負担をかけていない。スカリア判事は、今後も、最高裁判事と議員や

³⁵⁾ Supreme Court Order in Pending Case : Cheney v. United States District Court for the District of Columbia (Mar. 1, 2004).

³⁶⁾ See Microsoft, 530 U.S. at 1302.

政府高官との間によく知られた友好関係や社交は維持されるであろうとする。そして、本件で忌避を決定することは、政府高官と社交関係、友好関係にある最高裁判事への拒否権をプレスに付与することになると批判する。

さて、スカリアによる理由付けは、455条の適用否定、先例の支持確認、最高裁の特殊性の強調を主としており、Laird 事件の理由付け構成を踏襲したものとなっている³⁷⁾。このうち455条の適用に関しては、申立て人が依拠した報道が不正確であるとし、忌避に関する審査は、事件にかかわる事実および状況について十分な情報を提供された合理的観察者の見解により決定されるべきであるとする。たしかに、判事本人の責めに帰すことのできない誤報に基づく忌避決定は、裁判官の独立に深刻な影響を与える。しかしながら、本件におけるスカリアとチェイニーとの関係は、裁判官の公平性に合理的な疑問を持つような「一方当事者との会話」に該当するのではないかと思われる。また、政府専用機の利用が金銭面以外での利便性の提供とも解せられる。さらに、挙げられた事例全てが455条改正前の古いものであり、先例としての価値は少ない。このように、少人数での旅行が単なる社交関係を越えた、訴訟当事者と裁判官との間で公平性を疑わせるような親密な友好関係と評価することもできよう³⁸⁾。

Laird 事件が判決後の再審理申立てに関する決定であったこと、Microsoft 事件が上告不受理に関する決定であった事に比較すると、本件は、マスメディアによる忌避キャンペーン、スカリア判事の回避拒否コメント、議

³⁷⁾ Timothy J. Goodson, Comment: Duck, Duck, Goose: Hunting for Better recusal Practices in the United States Supreme Court in Light of Cheney v. United State District Court, 84 N.C.L. Rev. 181, 213(2005).

³⁸⁾ Jeremy M. Miller, Judicial Recusal and Disqualification: The Need for a Per Se Rule on Friendship (Not Acquaintance), 33 Pepp. L. Rev. 575 (2005).

員による政治的圧力、本案前の忌避申立て却下、そして、副大統領側が逆転勝訴したことで、国民の注目を集めるとともに司法部に対する信頼に深刻な影響を与えた事件であった。

第3章 最高裁における忌避手続の問題点と改革の方向性

(1) 同数評決の危険性

まず、回避、忌避を認めない理由として最高裁の構成の特殊性が強調されてきている。合衆国憲法上「1つの最高裁判所」(3条1項)である最高裁には代替裁判官制度が無く、裁判官1名の回避は偶数員数による同数評決の危険性を生じる。その結果、最高裁の法廷意見が構成できず、原審が維持されることになる⁽³⁹⁾。最高裁における忌避申立てが上訴人に対する反対票と呼ばれる所以である⁽⁴⁰⁾。この理由付けに関して最高裁全体のコンセンサスが存することは、レーンキスト、スカリアによる Laird, Microsoft, Chenny 各事件のみならず、Recusal Policy においても「不必要な回避」を避けるべき事情として記されている事からも分かる。

しかしながら、このような同数評決の危険性は、忌避拒否を正当化する理由付けとしては問題があり、あくまでも、補足説明に過ぎないと考える。

まず確認すべきは、同数評決を避けるために「不必要な回避」を行わないという論理は、コモンロー上の「必然性のルール」(Rule of Necessity)とは異なる点である。このルールは、適格な全ての裁判官が訴訟担当を回避せざるを得ないような状況にある場合、訴訟当事者の裁判を受ける権利

(39) Laird, 409 U.S. at 837; Microsoft, 530 U.S. at 1301; Cheney, 541 U.S. at 915-16.

(40) Ruth Bader Ginsburg, The Day, Berry & Howard Visting Scholar: An Open Discussion with Justice Ruth Bader Ginsburg, 36 Conn. L. Rev. 1033, 1039 (2004).

を保障するため、各裁判官は回避を行わないという概念である⁽⁴¹⁾。典型例は、連邦裁判官の報酬に関わる訴訟である。この場合、全ての連邦裁判官が事件の結果に関して金銭的利益を持つため連邦法455条上回避が義務付けられ、その結果として連邦裁判所での法的解決は望めなくなる。そこで、このような裁判不能という望ましくない事態を避けるため、各裁判官は回避を行わないのである。

たしかに、最高裁において6名の定足数を維持できなければ、①地裁からの直接上告事件の場合、最高裁長官が控訴裁に事件を送付し、②他の上訴の場合、最高裁判事の過半数が次期開廷期において定足数を維持できないと確信した場合原審を維持することになっている(28 U.S.C. § 2109)。このように定足数不足は、実体審理、もしくは、上告受理についての審理すら受けることができなくなるケースであり、当事者の裁判を受ける権利を著しく損なう。このような事情の下では、4名以上の裁判官の適格性が問題となる場合、「必然性のルール」に従い、連邦法の適用を若干緩めて忌避を行わないことも認められるであろう。

しかしながら、1名もしくは3名の裁判官の回避、忌避は、4対4あるいは3対3の同数評決の可能性を生じるものの、それは確実に予定されるものではない。データベースを利用した研究によれば、1946年から2003年までの間、6,815件の上告受理事件のうち、回避、忌避その他何らかの理由により最高裁判事の構成が偶数となった事件が1,319件ある。しかし、そのうち、最高裁が同数評決に陥ったのは、わずか74件に過ぎない(全体の1%、偶数判事構成件数の6%)⁽⁴²⁾。最高裁における偶数構成は、各判事が

(41) United States v. Will, 449 U.S. 200, 213-17 (1980).

(42) Ryan Black & Lee Epstein, Recusal on Appeal: Recusals and the "Problem" of an Equally Divided Supreme Court, 7 J. App. Prac. & Process 75, 85-86 (2005).

繰り返し強調するほどには、避けられてきてはいない⁽⁴³⁾。また、数字上、同数評決の危険性もわずかだといえる。この意味において、同数評決の回避が455条の適用を見合わせる理由とはならない。優先されるべきは、公平な裁判官による裁判の確保であり、最高裁の特殊性に甘んじた連邦法の適用緩和ではない⁽⁴⁴⁾。

(2) 決定理由の公表

連邦司法部は、最高裁判事に限らず全ての裁判官について、回避、忌避に関する決定を当該裁判官に行わせている。「自らの事件を担当できない」⁽⁴⁵⁾という司法の基本原則の例外が認められるのは、「利害関係」や「偏見」という外部からの評価の困難な問題についての判断を事情に通じた本人に委ねる意図がある。裁判官は、就任宣誓において述べるように、「アメリカ合衆国憲法および法律」に基づき公正な裁判を行う義務を負っている⁽⁴⁶⁾。各裁判官は、自己および家族の経済的活動が担当する事件と関係を持つかどうか、自らが当該事件に対して偏見を持っているか否か等について、常に調査、検討する事になる。

しかしながら、上訴により再審査の道が残されている下級審裁判官と異なり、最高裁においては各判事の決定が最終であり、理由付けの開示も各

(43) そもそも、1790年から1807年まで最高裁判所は6名の偶数構成であった。

(44) ある論者は、制度趣旨にかなった忌避手続の維持と同数表決のリスク回避を両立させるため、回避、忌避等によって事件を担当する最高裁判事が偶数となった場合に、代替の裁判官を利用する制度を設けるべきであると主張する。代替裁判官の候補となるのは、13ある控訴裁裁判所長官、および、退職した最高裁判事である。Steven Lubet, *Disqualification of Supreme Court Justices: The Certiorari Conundrum*, 80 Minn. L. Rev. 657, 673-75 (1996). See also Riffle, *supra* note 15, at 670.

(45) *In re Murchison*, 349 U.S. at 136. 裁判官自身の事件を担当することはできず、事件結果に利害を持つ者も裁判官にはなれないことを確認した。

(46) 28 U.S.C. § 453 (2000).

判事の裁量に委ねられている。このような慣行は、公正な裁判を行う義務が履行されているか否かの検討を妨げる。司法の独立を維持しつつ、司法に対する公の信頼増進を諮る手続が求められる。

そこで、最高裁判事は、忌避に関して結論のみを示すのではなく、その理由付けを書面により開示すべきである⁽⁴⁷⁾。

慣行として最高裁は、個々の裁判官の回避、忌避に関してその事実のみを記した1行コメントを表示してきた。例えば、S & E Contractors, Inc. 事件判決では、末尾に「レーンキスト判事は、本件の審議、決定に関与しなかった」と記されている⁽⁴⁸⁾。Laird 事件における再審理申立て却下に際してレーンキスト判事が述べているように、同事件の回避理由は司法省勤務時代に当該訴訟の「顧問的役割」を果たしていたことであった。このように、1行での説明では、なんらかの除斥理由該当ゆえの回避なのか、体調不良、もしくは他の事情よる辞退なのかは判然としない。

これに対して、自らの回避理由について例外的に説明したのが、Public Utilities Comm'n v. Pollak, 343 U.S. 451 (1952) である。同事件は、ワシントン D.C. の公共交通機関におけるラジオ放送が乗客の憲法上の権利を侵害しているか否かが争われていた。最高裁のフランクファータ判事は、事件に対する自身の個人的見解が判断に影響するとして回避を決定した。フランクファータは、前提として、訓練、職業的習慣、自己規律などによって裁判官が司法過程に個人的見解を差し挟むことはないとする。しかしながら、理性でコントロールすることのできない無意識下の感情が司法的判断に影響すると信じる事情があれば、もしくは、そのような影響があると他者が信じるようであれば、裁判官は自ら回避を行うべきであ

(47) Goodson, *supra* note 37, at 214.

(48) S & E Contractors, Inc., 406 U.S. at 19.

る⁴⁹。「指導的考慮は、司法権の行使が実際に公平であると同様に、合理的にみて公平に見えることである。」そこで、フランクファータは、自身が争点となっているラジオ放送の被害を受けているとの感情を持っていると明かし、事件からの回避を決定したのである。

フランクファータ判事の回避決定は、事件事実に対する偏見の存在を理由としたものであり、その判断において「不公平の外観」に言及した点が注目された⁵⁰。本稿の関心からは、回避理由となったフランクファータの偏見が、公共交通機関内における音楽、告知、広告放送を不快に思っていたという、外部から窺い知れない感情であった点である。フランクファータが慣例に従って理由の説明抜きに事件を回避した場合、このような事情を推察するのは困難であったろう。この意味において、本件は回避、忌避に関して何らかの事情説明が必要である状況が存在することを示したものとして貴重であり、同様に、Laird, Microsoft, Chenny 各事件におけるメモランダム⁵¹の公開も、重要な先例として積極的に評価すべきであろう。このように回避、忌避に関わる理由付けが蓄積されることによって、最高裁のみならず下級審において先例的利用が進み、評価も可能となる。少なくとも、当事者による忌避申立てを却下する場合には、最高裁判事による理由付けの開示を制度化すべきであろう。

(3) 最高裁による再審査制

最高裁判事が忌避申立てを拒否した場合、再度の申立てにより最高裁全体で最終審査を行う必要があると考える。

レーンキスト長官やギンズバーグ判事によれば、忌避問題が生じている

⁴⁹ Public Utilities Comm'n, 343 U.S. at 466-67.

⁵⁰ 谷口安平, 「民事裁判とフェアネス」『裁判とフェアネス』(谷口安平・坂元和夫編著) 法律文化社, 1998年) 5頁以下参照。

場合、各裁判官は同僚裁判官からの助言を受けているとされる⁵¹⁾。この種の同僚による非公式の合議は、終身任期を保障されたわずか9名の裁判官で構成された組織においては、機能的意義を有するとみなせる。しかしながら、非公式の手続では、国民に対する説明義務は果たせない。現行の制度を維持しつつ、「自分自身の裁判を行う」ことに対する倫理的問題解決の安全弁として、最高裁全体による審理が求められる。

このような主張に対しては、最高裁全体による再審理という煩瑣な手続が各判事にオーバーワークを強い⁵²⁾、さらに、当該手続が最高裁内部、最高裁判事同士の関係において不必要に緊張感を高めてしまい、本来の司法機能に害を与えるのではないかとの批判が予想される⁵³⁾。

しかしながら、このような機能上の不利益を理由として、憲法が最高裁に認めた法に関する最終決定者としての地位は放棄できない。実際、忌避審理のあり方は最高裁の裁量に委ねられるため、適切かつ機能的な手続を検討し、採用することで各種の危険を避け、状況を改善できる。Cheney事件においてスカリア判事は、「最高裁判事ともあろうものが旧友とのハンテイングや専用機への招待程度で買収されると合理的に考えているのであれば、この国は想像以上の困難に直面している」と言い切っている。このような見解が「不公平の外観」を忌避の判断基準とする455条の法解釈として適切なものかどうか、最高裁全体で審理することに正統性の問題は生じない。

また、最高裁全体の決定であれば、決定内容に対する外部からの批判に

51) Ginsburg, *supra* note 40, at 1039. See also Stempel, *supra* note 19, at 641.

52) もっとも、忌避申立てが裁判官の個人的事情に対する批判を含む以上、勝訴を得たい訴訟当事者が手続利用を躊躇するとも予想できる。

53) See also Marianne M. Jennings & Nim Razook, Duck When a Conflict of Interest Blind You: Judicial Conflicts of Interest in the Matters of Scalia and Ginsburg, 39 U.S.F.L.Rev. 873, 922-24 (2005).

対抗しやすい。Cheney 事件においては、スカリアの忌避を求める民主党議員がレーンキスト長官に最高裁全体での審理を求める質問状を送りつけ⁶⁴、ギンズバーグ判事が女性人権団体主催の講演会で発言した点に関して、共和党議員が妊娠中絶など女性の人権が争点となった訴訟から回避すべきであると圧力を加えている⁶⁵。個々の裁判官による忌避拒否の決定について最高裁内部に公式の事後審査制を設けることで、連邦議会、行政部、国民、メディア等外部からの圧力を排除し、同時に、適切な忌避手続を進行させることで司法制度に対する公の信頼を維持できることになろう。

おわりに

2006年3月8日、スイスを訪れていた最高裁のスカリア判事は、Freiburg 大学で講演を行い、捕虜となった敵性戦闘員には合衆国憲法修正5条が定める陪審裁判を受ける権利は認められない旨発言した。4月3日、最高裁において、米軍基地で拘束されている捕虜（オサマ・ビンラディンの運転手とされる）の審理を特別に創設された軍事審問委員会で行えるか否かについて口頭弁論が開始され、スカリア判事が事件に予断を持っているとして、忌避問題が取りざたされた。同事件は、ブッシュ政権の推し進めてきた反テロ戦争の法的評価が求められた注目の訴訟である。すでに、控訴裁判事時代に同事件を担当したロバーツ長官は関与を回避しており、最高裁は8名の裁判官により構成されることになっていた。このような事情において、スカリア判事は忌避問題について公式にコメントせず、

⁶⁴ See Letter from Patrick Leahy & Joseph I. Lieberman to Chief Justice Rehnquist (Jan. 22, 2004); Letter from Henry A. Waxman & John Conyers, Jr. to Chief Justice Rehnquist (Jan. 30, 2004).

⁶⁵ See Letter from Joe Pitts and 12 other Republicans to U.S. Supreme Court Justice Ruth Bader Ginsburg (Mar. 17, 2004).

事件への関与を続行する姿勢を示したのである。イラクで息子と戦っているテロリストを許さないとの発言が裁判官の公平性を合理的に疑問視させるものなのか否かの判断は、慣行に従い、その発言者本人に委ねられたのである⁵⁶⁾。

もっとも、不適切な回避、忌避が発生したとしても、忌避に関わる連邦法は当該裁判官に対する罰則を設けていない⁵⁷⁾。例外的に、当該判事の任命承認手続に関連して忌避問題に対する政治的統制が行われることがある。1986年、上院は65対33の賛成票でレーンキスト判事の最高裁長官就任に同意したが、この審議の過程で Laird 事件における同判事の忌避観が厳しく問い質された。また、2006年1月に行われたアリトーの最高裁判事承認手続においても、控訴裁判事就任後、前職の検察官時代に関与した刑事裁判を担当した件、自らが投資している企業に関する事件に関与した件、近親者が勤務する法律事務所が代理人となっている事件に関与した件などが追求された。アリトー判事の承認が58対42と僅差であったのは、このような忌避に関する対応が問題視されていたと見て間違いない。

最高裁判事の裁判所外における活動が活発化すること自体は、国民に対して最高裁判所に関する情報を提供する上で意味がある。レーンキストが述べるように、就任前に法的問題について専門的立場から発言する機会がないような人物が最高裁判事にふさわしいとは思えない。また、スカリア判事やギンズバーグ判事のように大学、学会、ABA その他の場所で積極的な講演活動を行うことも有意義である。判事の友好関係、社交関係は法

56) 6月29日、最高裁は、5対3により軍事審問委員会手続を連邦法等に反するとした。Hamdan v. Ramsfeld, 126 S. Ct. 2749 (2006)。スカリア判事は評決に加わり、反対意見を述べている。

57) Stanley A. Kurzban, Legality, Ethicality, and Propriety of Justice Breyer's Participation in United States v. Ottati & Goss, 20 J. Legal Prof. 139, 149 (1995)。

的な規制対象ではなく、判事の近親者が法律事務所に勤務し、判事が連邦法の規制の下で投資を行う事にも問題はない。そのような諸活動が具体的な訴訟に関して「不公平の外観」を構成する場合、最高裁判事といえども審理に参加する権利はなく、忌避義務が生じるだけである⁵⁸⁾。

近時の連邦議会においては、司法部の積極主義を批判する主張が見られ、これに関連して裁判官の倫理問題が注視されている。各判事の忌避決定に関して、「司法部への信頼を著しく失墜させた」「連邦法に明確に違反した」とみなされた場合、連邦議会が弾劾権行使による罷免手続の発動を検討する危険性も忘れてはならない。

さて、最高裁判事の員数、定足数、および、最高裁判所の管轄を決定する権限は連邦議会にある⁵⁹⁾。本稿で検討した忌避制度の改革事項は、連邦議会の立法権限行使の範囲といえる。しかしながら、回避、忌避に関わるルールの細目設定とその運用は、審理担当者の具体的決定という司法の中核に関わる事項であり、連邦司法部に委ねられる。最高裁における現行の忌避手続が歴史的慣行に基づく点に着目すれば、まず改革の担い手となるべきは司法部である。連邦議会が示す忌避制度に関する方針に合致するよう、最高裁が規則制定権を行使し、可能な限り現行制度の改革を進めるべきであろう。最高裁判事をめぐる忌避制度のあり方は、連邦議会や行政部、マスメディアの圧力から裁判官の独立を維持しつつ、国民に対するアカウントビリティの実現をはかり、司法への信頼を確保するために重要に

⁵⁸⁾ Republic Party of Minn. v. White, 536 U.S. (2002) においてスカリア判事は、司法の脈絡における公平性の維持という命題が、修正1条の諸権利を制限するための「やむにやまれる政府利益」に該当しないと結論している。同事件においては州法違反が裁判官立候補者の法曹資格等に影響する危険性があるため、表現活動への萎縮効果が容認できる可能性もある。しかし、裁判官の個人的利益とは関わらない忌避問題に関しては、このような公平観を前提条件とすべきではない。

⁵⁹⁾ Stempel, *supra* note 19, at 656.

なると考える。

(本稿を作成するにあたって、第204回広島公法研究会において報告し、会員諸氏より貴重な意見、示唆をいただいた。また、本稿のもととなった研究には、(財)学術振興野村基金より研究助成を得ている。記して感謝したい。)