

アメリカ連邦最高裁判所における ロークラークの選任と役割 ——多様性確保が判決にもたらす影響について——

重 村 博 美

はじめに

アメリカ連邦最高裁判所において、ロークラーク制度が導入されてから、100年以上が経過した⁽¹⁾。現在、ロークラーク⁽²⁾は、サーシオレイライ受理不受理の判断に用いるメモの作成、ならびに、裁判官の判決にいたる意思形成過程や判決の起草などの役割を担い、裁判官個々にとっても裁判所全体にとっても不可欠の存在である。また、ロークラークを志願する者にとっても、この経験は、自身の法曹としての将来展望を開くものとして大きな弾みとなる。

-
- (1) アメリカのロークラーク制度に関する邦語文献として、拙稿「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69頁(2003)、ピーター・J・スターン「アメリカの司法制度におけるロークラーク制度」国際商事法務26巻5号504頁(1998)、大越康夫「合衆国最高裁判所とロークラーク」社会科学研究42巻1号235頁(1996)、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—」1995 [アメリカ法] 1頁(1995) など。
 - (2) ロークラークの種別として、現在、大別すると、裁判官の職務に付随して法的アシスタントに専ら従事するロークラークと、連邦裁判所の職員として行政事務に専ら携わる Clerk of the Court (連邦裁判所のクラーク)・裁判官の行政的なアシスタントも担う司法アシスタント (Judicial Assistant) の二種類あるが、本稿では、前者のロークラークに限定して議論をする。Joseph L. Lemon, Jr., FEDERAL APPERATE COURT HANDBOOK -Law Clerk-, at 4-5 (2007). 拙稿(1)74-77頁参照。

しかし、ロークラークが裁判所において不可欠な存在となったゆえの問題点も指摘されるようになった。つまり、ロークラークに採用される人物像が歴史の経過とともに、著名なロースクール卒業、白人男性、連邦控訴裁判所のロークラーク職経験者といったいわゆるエリート層に集中し、多様な意見の反映が容易ではなくなったことである。

加えて、近年、連邦最高裁判所における個々の裁判官の立場が二極化しており、これがロークラークの採用にも大きな影響を及ぼした。個々の裁判官に雇用されるロークラークは、その任用した裁判官と同質な見解を持つ人物が当然のこととなり、ロークラークに対して本来的に期待されている裁判官との多角的な視点を持った議論ができなくなっているのではないかという。

そこで本稿では、ロークラーク制度導入から100年以上経過したこと、加えて、ロークラーク制度を著した拙稿から20年が経過し、連邦最高裁判所裁判官、訴訟の在り方なども大きく変化をしたことなどを踏まえ、現在、連邦最高裁判所裁判官ロークラーク職が直面する課題について、その任用・職務といった面から検討を行うこととする。そこで1章では、ロークラーク任用の歴史的展開・選考方法・役割について示し、2章では、ロークラークの役割について、サーシオレイライの判断過程と裁判官の意見執筆過程に分け検討し、ここで、それら過程におけるロークラークの裁判官への影響力を検討する。最後の3章では、ロークラークの多様性確保の問題を扱う。ロークラーク制度導入時とは異なった在り様が求められている現代において、ロークラーク制度の今後のあるべき方向性を示したい。

1章 ロークラーク任用の歴史的展開・選考方法・役割

本章では、ロークラークの任用の歴史、選考方法ならびに役割について、

その概観を示し、そこから2章以下で検討すべき問題点を示すこととする。

(1) ロークラーク任用の歴史

連邦最高裁判所におけるロークラーク任用の端緒は、1882年に、Horace Gray 裁判官に任用された Thomas Russell であるとされる⁽³⁾。この当時のアメリカは、南北戦争の最中にあり、また、人口増加や産業の発展を背景に訴訟数の増加が見られたという。そこで、Gray 裁判官は、自身がマサチューセッツ州最高裁判所において首席裁判官時に作り上げたモデルである、ロークラークの任用を行ったとされる。Gray 裁判官は、法律の調査や事件ファイルの作成の任務をロークラークに委ねるだけでなく、ロークラークとの議論を通じて、自身の判決の起草を行っていたとされる。この点、Russell は、ハーバードロースクールを卒業後間もなくであり、Gray 裁判官の要請にも応え得るもので、まさに適任であった⁽⁴⁾。しかも、ロークラーク任用が功を奏し、1886年の段階で、連邦最高裁判所が298もの署名付きの判断をするという実績が残すことができたという⁽⁵⁾。そのような状況に触発された、John Marshall Harlan I や Oliver Wendell Holmes, Jr. 裁判官といった一部の裁判官も、Gray 裁判官に倣って、ロースクール卒業後まもなくの人物をロークラークとして雇用している⁽⁶⁾。また、他の裁判官もロークラークといった形ではないが、裁判官の秘書的な業務を担う熟練したアシスタントを雇用し始めた。

(3) Chad Oldfather & Todd C. Peppers, *Judicial Assistants or Junior Judges: The Hiring Utilization, and Influence of Law Clerks*, 98 MARQ.L.Rev. 295(2014).

(4) Oldfather & Peppers, Id.

(5) Lee Epstein et al., *The Supreme Court-Compendium*(4th ed.), at 232-36. tbl 3-3 (2007).

(6) Todd C. Peppers, *Courtiers of the Marble Place: The Rise and Influence of the Supreme Court Law Clerk*, 53-54, 55-60(2006).

また、ロークラークの給与についても、Gray 裁判官がロークラークを任用した当初は、私費での雇用であった。しかし、他の裁判官がアシスタントを雇用し、その着実な仕事ぶりが評価されると、連邦議会は、その役割に着目し、stenographic、すなわち速記を目的としたクラークの雇用に必要な資金提供を始めた⁽⁷⁾。加えて、ロークラークに対しても、1919年、連邦議会は、額にして、1人当たり3,600ドルを超過しない範囲での給与支払いをすることを認めた。こうして、裁判官の秘書的業務を担うクラークとは異なる、裁判官の法的アシスタントとしてのロークラークの地位が確立した⁽⁸⁾。

連邦最高裁判所において各裁判官が任用するロークラークの員数は、連邦最高裁判所に上訴される事件数の増加と相まって、当初の1人から1940年代に2人へ、1970年代には3人と増員されていった⁽⁹⁾。2022年現在のロークラーク数は、Roberts 首席裁判官は6人⁽¹⁰⁾、Gorsuch 裁判官には、12人⁽¹¹⁾のロークラークが在籍するとされる。

(2) ロークラークの任用方法

次に、ロークラークの採用方法の概要を示す。一般に、連邦裁判所においてロークラーク職を希望する場合は、OSCAR（クラーク職応募と審査のためのオンラインシステム）を通じて応募することとなる⁽¹²⁾。OSCAR

(7) Act of Aug.4. 1886, ch 902, 24 Stat.222.254.

(8) Peppers, supra note 6. at 38-85, 90.

(9) Nadine J. Wichern, *A Court of Clerks, Not of Men : Serving Justice in the Media Age*, 49 *DEPAUL L. REV.* 621,624(1999).

(10) [https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_law_clerks_of_the_Supreme_Court_of_the_United_States_\(Chief_Justice\)](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_law_clerks_of_the_Supreme_Court_of_the_United_States_(Chief_Justice)) (2022/12/9 現在).

(11) [https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_law_clerks_of_the_Supreme_Court_of_the_United_States_\(Seat_9\)](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_law_clerks_of_the_Supreme_Court_of_the_United_States_(Seat_9)) (2022/12/9 現在).

(12) <https://oscar.uscourts.gov/about> (2022/12/9 現在).

は、合衆国裁判所事務局がロークラーク採用を一括して行うためのシステムであるが、ロースクールの卒業生またはロースクールの二年次の学生（ただし、応募が可能となるのは2年間の成績を持つ者）であれば、このOSCARに登録できる。登録希望者は、自身のプロフィールを作成し、自身をよく知る人物（例えば、ロースクールの教授など⁽¹³⁾）からの推薦状を付し、登録そして特定の裁判官への応募をする⁽¹⁴⁾。この応募者のなかから、裁判官（時として、同僚となる他のロークラークも含まれる）の書類審査や面談を経て、当該裁判官のロークラークとして雇用される。

この一連の採用プロセスを経た上で、ロークラークとして採用決定の通知がなされるが、この通知を裁判官側が自由に行うことはできない。ロースクール学生に対しては、裁判官が公式・非公式にかかわらず、応募者に直接アポイントができる期限が定められている⁽¹⁵⁾。加えて、裁判官が選考の結果、特定の応募者に対してクラーク職任用の申出をしたとしても、少なくとも48時間あるいは24時間はその応募者を自身のロークラークとして拘束することはできず、その間、応募者は他の裁判官と自由に面談することが可能となる⁽¹⁶⁾。これは、優秀なロークラーク候補者に対する、いわゆる

(13) 応募者自身により良い推薦状を得るための方法として、以下のような指摘もある。See also., <https://community.lawschool.cornell.edu/careers/judicial-clerkships/clerkship-resources-and-instruction/requesting-pdf-clerkship-recommendation-letters-for-federal-and-state-applications/> (2022/12/9現在).

(14) https://oscar.uscourts.gov/federal_law_clerk_hiring_pilot (2022/12/9現在).

(15) 例えば、2020年にロースクールに入学した学生の場合は、2022年2月2日東部時間午前8時にOSCARにアクセスが可能となる。しかし、2022年6月14日午後12時まで、裁判官側は、学生に対して直接または間接に連絡したり、面接を約束あるいは実施をしたり、採用のオファーをすることができない。ただし、卒業生にはこのルールは適用されない。https://oscar.uscourts.gov/federal_law_clerk_hiring_pilot (2022/12/9現在).

(16) https://oscar.uscourts.gov/federal_law_clerk_hiring_pilot (2022/12/9現在).

青田買いを防止するためであり、同時に、応募者に対しても選択の幅を広がることを意味する。

このようにみると、応募する学生の側に有利に働くともいえるが、実際は、自らが希望する裁判官への職を獲得するために、クリアすべき多くの条件が存在する。例えば、本稿が対象とする連邦最高裁判所のロークラーク職に着目すると、連邦最高裁判所のロークラーク職の応募者数は、パーガークコートならびにレーンキストコートの時代に爆発的に増加し、現在、1人の裁判官に対し、毎年1,000人を超える応募があるという⁽¹⁷⁾。これは、多くのロースクールが、ロースクール内に設置した、一般に、当該大学の教授陣から構成されるロークラーク委員会と称される場所を提供し⁽¹⁸⁾、そこでロークラーク職を希望する学生に対して、必要な情報提供をしたり、さらには候補者リストを作成したりして、これら学生を候補者に推薦する仕組みが整備されているためだという⁽¹⁹⁾。その結果、レーンキストコート時代には、調査によると、ロークラーク職希望者は、平均して、7.4人の裁判官に応募し、時間が経過した現在では9人全員の裁判官に応募することが一般化しているともいわれる⁽²⁰⁾。しかし実際に、ロークラークとして任用されるのは、例年、9人の裁判官に対して、30人から40人ほどとされる⁽²¹⁾。

(17) Artemus Ward and David L. Weiden, *SORCERR'S APPRENTICES-100 Years of Law Clerks at the United States Supreme Court*-, at 58(2006).

(18) 一例を挙げると、Cornell University や Drake University においても、Law School 内に同様の委員会が設置されている。 <https://www.drake.edu/law/careers/resourcesforstudents/judicialclerkships/judicialclerkshipcommittee/>. <https://www.lawschool.cornell.edu/careers/judicial-clerkships/> (2022/12/9 現在).

(19) Ward and Weiden, *supra* note 17. at 58.

(20) Ward and Weiden, *Id.* at 59. TABLE 2.1(2006). See also., Tejas N. Narechaia, *Certiorai in Important Cases*, 122 Colum. L. Rev. 923, 948(2022).

(21) Ward and Weiden, *supra* note 17. at 1 .

では、ロークラーク志願者が、これらの採用枠に入り任用される条件はどのようなものであろうか。まず、客観的な基準として捉え得るものとしては、まず、社会的な評価の高いロースクール、例えば、ハーバードやイエールといった大学のロースクールの学生であること。そして、初年度の高い成績評価を獲得するだけでなく、ローレビューの編纂に関与することなどが挙げられる。初年度の成績というのは、連邦控訴裁判所のロークラーク職の応募の申請がロースクール2年目に行われるためである⁽²²⁾。これら客観的な基準が示されるのは、連邦最高裁判所における「古き良き伝統」、すなわち、人脈ネットワークの存在が挙げられる⁽²³⁾。つまり、特定の大学の出身者であるということが、採用側である裁判官の安心材料に繋がるためである。

加えて、連邦最高裁判所のロークラーク職に就くためには、多くの場合、次に検討するように、連邦裁判所（特に、連邦控訴裁判所）のロークラークであるという経験が重視される傾向がある⁽²⁴⁾。それゆえ、連邦最高裁判所のロークラーク職を志願する学生は、まず連邦控訴裁判所の裁判官のロークラークとなり、その後、連邦最高裁判所のロークラークに就任するプロセスが一般的となる。そのため、志願生（ロースクールの3年目と最終学年）は、採用された連邦控訴裁判所の裁判官の承認を得て、そのロークラーク職としての任期終了後（1年半から数年先ではあるが）に、連邦最高裁判所ロークラーク職につくための応募も行う。この連邦最高裁判所

(22) Id. at 55.

(23) Id. これは、1991年の開廷期に、Clarence Thomas 裁判官のロークラークであった Steve Smith の発言とされる。

(24) Lawrence Baum & Corey Ditslear, *Supreme Court Clerkships and “Feeder” Judges*, 31 *Just Sys. J.* 26, 26(2010). See also, Lawrence Baum, *Law Clerks Selection : Sharing Court Law Clerks: Probing the Ideological Linkage Between Judges and Justices*, 98 *Marq. L. Rev.* 333, at 334(2014).

への応募に際しても、添え状 (description) が添付される。この添え状の内容は、多くの場合、応募者の持つ資格の簡単な説明と、申請者が裁判官ならびに裁判官関係者との個人的な関係性が示される⁽²⁵⁾。

これら条件をクリアしたのち、さらなる選考を経て、ようやく裁判官や同僚となるロークラークといった人物との面接が行われる。ただ、実際には、選考についての客観的基準はなく、裁判官毎に異なる。例えば、Warren 裁判官のように、スケジュールが許す限り、応募者との面談に応じる裁判官もいれば、Harry Blackman 裁判官のように、10人程度まで候補者を事前に絞って面談する裁判官もいるとされる。また、質問内容についても、志望理由を尋ねることが一般的とされるが、喫煙の有無を問う裁判官もいるとされる⁽²⁶⁾。加えて、政治的なイデオロギーが同質であることを重視する裁判官もいれば、イデオロギーに基づき選出することを好まない裁判官もいるという。とはいえ、後者の場合は、イデオロギーというよりも、全ての裁判官に適用できない人物を雇うことを好まず、人物重視で選任していることの表出だとの指摘も散見される⁽²⁷⁾。

さて、以上のように、志願する側にとって、非常に困難なプロセスを経てまで連邦最高裁判所裁判官のロークラーク職に就くことの意味は、当然存在する。ロークラークの任期は、多くの場合、1年から2年に設定されているが⁽²⁸⁾、在任中は、ロースクールを卒業した ‘academic excellence’

(25) Ward and Weiden, *supra* note 17. at 55.

(26) *Id.* at 65. これは Harry Blackman だとされている。

(27) *Id.* at 59.

(28) *Id.* at 31-32. TABLE 1-2. 1-3. これによると、現在まで在籍した1,736人の任期は、1年のみが1,585人、2年が106人、3年が、13人、4年・5年がそれぞれ6人、9年あるいはそれ以上が12人という。また、1882年から2002年の間で、最も長く務めたロークラークは、Fuller (1889-1895, 1897-1905) と Field (1896) 各裁判官のロークラークであった、Clarence M. York と、Brewer 裁判官のロークラーク、Frederic J. Haig で、いずれも17年間に在籍した。しかし、

の地位に位置付けられた、連邦政府の職員となり、相応の給与支払いや各種の社会保障を受けることとなる⁽²⁹⁾。それだけに留まらず、任期終了後には、司法省での勤務や連邦裁判所裁判官、トップクラスに位置するロースクールでの教授職、さらには、最大で20万ドルとも称される契約金の支払があるともいわれるが、ニューヨーク、ワシントン、あるいはロサンゼルスなどの都市にある一流のローファームへの入所⁽³⁰⁾などといった、法律の専門職としての卓越したキャリアパスの獲得を可能にする⁽³¹⁾。

(3) feeder judgeの存在

1970年代以降、連邦最高裁判所のロークラーク職において、下級裁判所ロークラーク職にあった人物の採用が顕著になった⁽³²⁾。特に、1990年中頃以降は、連邦控訴裁判所のロークラークであった人物が、連邦最高裁判所ロークラークに任用されているという⁽³³⁾。例えば、1975年から1984年の期間では、86%のロークラークが連邦控訴裁判所でのロークラーク職の経験を持ち、2005年から2014年の間では、実に96%もの人物が連邦控訴裁判所裁判官のロークラーク職にあったとする調査結果もある⁽³⁴⁾。もちろん、連

↘ この表によると、5年以上のロークラーク職にあった者のいずれも、1947年以前には職を離れており、以降は、5年以下の任期である。

(29) Debra M. Strauss, BEHIND THE BENCH – The Guide to Judicial Clerkships, at 171 (2nd ed.) (2002).

(30) Peppers and Zorn, *supra* note 6. at 54.

(31) Mary L. Dunnewold, Beth A. Honetschlager, Brenda L. Tofte, JUDICIAL CLERKSHIPS : A Practical Guide, at 4 (2010).

(32) Lawrence Baum & Corey Ditslear, *Supreme Court Clerkships and “Feeder” Judges*, 31 Just Sys. J. 26, 26(2010). See also., Baum, *supra* note 24. at 334–335.

(33) *Id* at 31. at 26. See also., Baum, *supra* note 24. at 334–335.

(34) Baum & Ditslear, *supra* note 32. at 26(2010). See also., Baum, *supra* note 23. at 334–335.

邦最高裁判所裁判官ロークラークの選出においては、その人物のロースクールでのランキングや出席状況、ロースクール教授からの推薦状といった個人的資質の部分での考慮もなされるものの、それらを踏まえた上で、連邦控訴裁判所のロークラークであったという事実が、連邦最高裁判所のロークラーク職を獲得するための重要な要因となりうる⁽³⁵⁾。

これら連邦最高裁判所裁判官のロークラーク職に就く人物を送り出す側の連邦控訴裁判所裁判官（あるいは連邦下級裁判所裁判官）は、一般に、feeder judge と称される⁽³⁶⁾。しかし、feeder judge と称される裁判官は、裁判官一般の職務行為の一環として、feeder（供給者）となるのではない。feeder judge と称される裁判官の多くは、feeder judge としての自らの立場を、つまり自身の裁判官としての「名声」を高めるためのものと捉えており⁽³⁷⁾、それらの自覚の下で、feeder となっているという。

では、連邦最高裁判所裁判官の多数が feeder judge からのロークラークを積極的に受け入れる背景にはどのようなものがあるのだろうか。まず、思想的背景の同質性が挙げられる⁽³⁸⁾。このような傾向は、1990年代初頭より、特に、顕著になったとされる⁽³⁹⁾。この理由として、この時期以降、連邦最高裁判所内において、リベラルと保守といった思想的分断が進

(35) Ward and Weiden, *supra* note 17. at 68.

(36) *Id.* at 239(2006). 連邦最高裁判所に、最も多くのロークラークを送り出している feeder judge は、第4巡回区の J. Michael Luttig 裁判官とされ、例年、自身のロークラークをほぼ3人ずつ送り出しているという。

(37) Baum & Ditslear, *supra* note 32. at 31(2010).

(38) Baum, *supra* note 24. at 334. See also., Corey Ditslear & Lawrence Baum, *Research Note, Selection of Law Clerks and Polarization in the U.S. Supreme Court*, 63 J. Pol. 869(2001).

(39) Neal Devis and Lawrence Baum, *Spilit Definitive—How Party Polarization Turned the Supreme Court into a Partisan Court—*, 2016 Sup. Ct. Rev. 301, 355 (2016).

み⁽⁴⁰⁾、裁判官自身が、ロークラークにも自身と同じイデオロギーを享有することを要求したためである⁽⁴¹⁾。

その一例として、次のような調査結果がある。リベラルな連邦最高裁判所裁判官は、リベラルな下級裁判所裁判官のロークラークであった人物からロークラークを任用するといった、同質性を持つ人物からの選任となるという⁽⁴²⁾。2010年から2014年の調査ではあるが、民主党に任命された連邦の下級裁判所裁判官に仕えたロークラークがリベラルに位置づけられる連邦最高裁判所裁判官のロークラークとして着任した割合は、Sotomayor, Kagan 各裁判官の70%, Ginsburg 裁判官の68.4%を始めとして、Breyer 裁判官の63.2%と高い数値が見られる⁽⁴³⁾。加えて、こちらは2005年から2016年までの調査結果であるが、共和党が任命した連邦裁判所裁判官に仕えたロークラークが、保守的な立場にある連邦最高裁判所裁判官のロークラークとして着任した割合は、Thomas 裁判官97.9%, Scalia 裁判官97.7%, Alito 裁判官94.4%, Roberts 裁判官80.9%, Kennedy 裁判官79.2%である⁽⁴⁴⁾。このように数字の上からも、リベラル・保守といった思想的背景が各連邦最高裁判所裁判官のロークラークの任用に影響を及ぼしていることが理解できる。

加えて、連邦最高裁判所裁判官が feeder judge からの推薦を受け入れ

(40) Baum, *supra* note 24. at 335. See also., Shanto Lyengar, Gaurav Sood & Yphtach Lelkes, *Affect, Not Ideology: A Social Identity Perspective on Polarization*, 76 Pub. Opinion Q. 405, 421 (2012).

(41) Devis and Baum, *supra* note 39 at 355. See also., Ward and Weiden, *supra* note 17. at 83-84.

(42) Baum, *supra* note 24. at 334. See also., Baum & Ditslear, *supra* note 32. at 38-40.

(43) *Id.* at 337 Table 1. 反対に、Alito, Scalia各裁判官は、いずれも0%, Thomas裁判官は、5%である。

(44) Devis and Baum, *supra* note 39. at 356. Table 4.

る別の理由が存在する。先述のように、連邦最高裁判所裁判官クラーク職に応募する人物の急激な増加が挙げられる⁽⁴⁵⁾。ロークラーク職が、自身の将来のキャリアを見据えた場合に魅力的な職であるとの認識が一般化し、また、ロースクールにおける就職支援も整備された結果、ロークラーク職への応募が増加し、結果的に、ロークラーク職希望者の多くが9人の裁判官全員に応募することが標準化したのだという⁽⁴⁶⁾。

以上のように、連邦最高裁判所裁判官のリベラル・保守といった思想的分断、そしてロークラーク職に応募する人材の急速な拡大が、feeder judgeからのロークラーク採用を受け入れる要因となったといえる。確かに、feeder judgeによる推薦は、その応募者の人となりを知るものとして信頼できる紹介となることは言うまでもない。それだけに留まらず、ロークラークを受け入れる側の最高裁判所裁判官が、自身と同じイデオロギー領域にある若い法律家に経験とキャリアを与えたいと願う気持ちもあり、同質的なロークラークを受け入れへとつながる⁽⁴⁷⁾。こうした、応募者・連邦最高裁判所裁判官・feeder judge、その三者に有利に働くものとして、feeder judgeの存在は、重要なものとなった。

2章 ロークラークの役割

ロークラークは、ロークラーク制度が、年々増加する上訴事件への対応

(45) Baum, *supra* note 24. at 354-355. See also., Ward and Weiden, *supra* note 17. at 106-107.

(46) Todd C. Peppes, *Courtiers of the Marble Palace : The Rise Influence of the Supreme Court Law Clerk*, 35(2006). See also., Baum, *supra* note 24. at 355.

(47) Baum, *supra* note 24. at 340. See., Kozinski & Bermstein, *Clerkship Politics*, 2 *green Bag* 2d 57. 58(1998).

として、連邦最高裁判所に導入されて以降、連邦最高裁判所内で、その役割を拡大させてきた。特に、1925年に、連邦最高裁判所に導入されたサーシオレイライは、ロークラークの役割を拡大させた。その反面、ロークラークへの過度の権限移譲を疑問視する見方もある⁽⁴⁸⁾。そこで本章では、実際のロークラークの役割とそれに伴う問題点について言及する。

(1) 概説

ロークラークは、制定法上、義務づけられた職務は存在せず、任用された裁判官個々の指示に従い、職務を遂行する。それは、各裁判官が個々に事件の判断をし、プロとしてのキャリア遂行の過程で仕事の習慣を身につけてきたためだとされる⁽⁴⁹⁾。

とはいえ、実際に、多くの裁判官がロークラークに求める役割は、法律上の調査と摘要書の作成が一般的である。具体的には、法律上の調査、ベンチメモの準備、裁判官の記した命令と法廷意見の編集や校正、判例などの引用の確認が含まれる⁽⁵⁰⁾。これを連邦最高裁判所のロークラーク職に当てはめると、上訴の際に示された問題点についての調査と摘要書の作成が主要な職務となる⁽⁵¹⁾。つまり、裁判官がサーシオレイライの受理不受理を決定するための基礎となる‘pool memo’の作成、そして、法廷意見の執筆のための草案作りが基本となる。

その反面、これらロークラークの職務上、ロークラークと裁判官との関係性が裁判官の意思決定過程に与える影響が従来から指摘されてきた。ある調査によると、ロークラークの見解が裁判官の考えを改める契機となる可

(48) Ward and Weiden, *supra* note 17. at 246.

(49) The federal Judicial Center, - LAW CLERK HANDBOOK, 1 (4th ed.) (2020).

(50) *Id.*

(51) *Id.*

能性が高いものとして挙げているのは、やはり、サーシオレイライの決定が最も多く、回答した133人（複数回答あり）のロークラークのうちの34%（50人）である。二番目には、法廷意見に関する法的そして実質的な内容は、29%（43人）、さらに、法廷意見の文体内容が20%（29人）、他となる⁽⁵²⁾。

そこで、サーシオレイライならびに判決起草という連邦最高裁判所裁判官のロークラークに要請される職務に注目をし、それら職務遂行において、ロークラークの影響が裁判官の意思形成過程にどのような影響もたらされるのか、その問題点を示すこととする。

(2) サーシオレイライの判断過程とロークラークの影響

①サーシオレイライ導入の経緯

サーシオレイライにプロセスにロークラークが関与することとなった経緯とサーシオレイライプロセスについて示す。

サーシオレイライ導入の契機は、1891年に制定された裁判所法である。この法律は、連邦最高裁判所に、上訴事件について連邦最高裁判所が判断すべき事件選択のための広範な裁量権を与えた。そして、それを発展する形で、1925年の裁判所法では、連邦最高裁判所自身はその取扱事件を選択することを可能としたサーシオレイライ（上告受理）制度を導入した⁽⁵³⁾。

そして、このサーシオレイライ制度を運用する上で、特徴的な方法も導入された。‘dead list’の導入である。1935年に、当時の連邦最高裁判所

(52) Ward and Weiden, *supra* note 17. at 191. TABLE 4-2 (2006). その他の要因として、事件の結果（5人・3%）などがある。

(53) Tejas N. Narechania, *Certiorari in Important Cases*, 122 *Colum. L. Rev.* 936 (2022). なお、サーシオレイライ制度については、拙稿「アメリカにおけるサーシオレイライ制度の展開と法の支配」近畿大学法学49巻4号59頁以下を参照（2022）。

の Hughes 首席裁判官が、裁判官会議において議論の対象とはならない事件を類型化した ‘dead list’ 制度を導入し⁽⁵⁴⁾、これに基づき、サーシオレイライの受理不受理が決定された。当初は、首席裁判官が、裁判官会議で用いる、各事件の事実や争点を要約したものを用意していたが⁽⁵⁵⁾、それでは年々増加する上訴事件数に、対応しきれなくなった。これは、Docket（未決事件）が拡大しただけでなく、すべての訴願が会議での議論対象となった結果であり、裁判官は、ロークラークの作成したメモに依存せざるを得なくなったという⁽⁵⁶⁾。このような背景の下、1941年に、Hughes 首席裁判官が退任するまでの間に、サーシオレイライ審査におけるロークラークの関与は制度化された⁽⁵⁷⁾。実際、ロークラークがサーシオレイライに関与する場面は、裁判官毎に異なり一様ではないが、Burton, Rutledge, Cardozo, そして Vinson 首席裁判官は、自身のロークラークに本案事件での口頭審問の前に、ベンチメモの準備指示をしていたという⁽⁵⁸⁾。

その後、1953年に就任した Warren 首席裁判官は、ロークラークの役割を飛躍的に拡張した。Warren は、これまで首席裁判官のみが扱っていた裁判官会議での資料の作成について、今度は、裁判官全員に平等に意見草案を執筆することを割当てた。この中には、サーシオレイライ申請に関するメモランダムの起草、本案事案のメンチメモの作成、多数意見・同意意

(54) Ward and Weiden, *supra* note 17. at 113(2006). David R Stras, *Book Review Essay : The Supreme Court's Gatekeepers: The Role of Law Clerks in the Certiorari Process : Courtiers of the Marble Palace: The Rise and Influence of Supreme Court Law Clerk. By Todd C. Peppes. : SORCERR'S APPRENTICES - 100 Years of Law Clerks at the United States Supreme Court, By Ward and Weiden*, 85 *Tex. L. Rev.* 947, 951(2007).

(55) Ward and Weiden, *supra* note 17. at 37(2006).

(56) *Id.* at 37. Stras, *supra* note 54. at 951.

(57) Peppes, *supra* note 6. at 94. Stras, *supra* note 54. at 951-952.

(58) Ward and Weiden, *supra* note 17. at 40. Peppes, *supra* note 6. at 143. table 4.1.

見・及び反対意見の起草も含む。反面、これら各裁判官の役割が拡大するにつれ、これらの作成に、時間を要する遅筆の裁判官は、ロークラークに多くを依存せざるを得なくなったという⁽⁵⁹⁾。

その後も、連邦最高裁判所へのサーシオレイライ請求は増加し続けた。これに対応するため、1970年代早期に、連邦最高裁判所において‘cert pool’を導入するが、結果として、さらなるロークラークへの依存へつながった⁽⁶⁰⁾。Powell 裁判官は、早速1972年の段階において、裁判官席それぞれが提出した訴願を審査するのではなく、裁判官がロークラークをプールして、それぞれの事件についてメモの作成を要請したが、当初、Douglas, Brennan, Stewart, Marshall 各裁判官は、この要請に拒否の姿勢を示したという⁽⁶¹⁾。ただし、連邦最高裁判所に申し立てられる事件数の急激な増加への対応は急務であった。それゆえ、1988年の連邦最高裁判所事件選択法⁽⁶²⁾を制定し、義務的上訴事件の領域を縮小する方策が採られたが、実際上は、裁判所で扱う事件の量の減少には結びつかなかったという⁽⁶³⁾。

そこで、連邦最高裁判所内部での更なる負担の軽減策として、サーシオレイライの審査方法の変更が行われた。サーシオレイライ申立の受理を審理するシステムが、裁判官毎といった個別評価から、サーシオレイライ審理のためにロークラークを共有する共同評価のシステムに移行した。このシステムへの変更は、ようやく連邦最高裁判所における事件の審理数の削

(59) Ward and Weiden, *supra* note 17. at 46. 203-204. Peppes, *supra* note 6. at 148-150. Stras, *supra* note 54. at 952.

(60) Ward and Weiden, *supra* note 17. at 117(2006). Stras, *supra* note 54. at 953.

(61) Peppes, *supra* note 6. at 187. Ward and Weiden, *supra* note 17. at 117.

(62) Supreme Court Case Selection Act of 1988. Pub. L. No. 100-352, 102 Stat.662. Narechaia, *supra* note 20. at 981.

(63) Narechaia, *Id.*

減に寄与することになった⁽⁶⁴⁾。しかし次で検討するように、この方法が、連邦裁判所裁判官の意思決定過程におけるロークラークの過度な影響として問題視されることとなる。

さて、現在のサーシオレイライ制度は、連邦最高裁判所を「最終的な法の解釈者」としての地位に置き、その役割を全うさせるために、年間7,000～8,000件程度あるとされるサーシオレイライ訴願申請⁽⁶⁵⁾のなかから連邦最高裁判所での審理すべき事件を選択するための方法として理解される⁽⁶⁶⁾。つまり、サーシオレイライは、最高裁判所規則10条が定める連邦最高裁判所で審理すべき「やむにやまれぬ理由」が示されていないければ、上告は認められない⁽⁶⁷⁾。

ただし、最近の連邦最高裁判所の取扱事件の傾向として、いわゆる‘shadow docket’⁽⁶⁸⁾と称される方法での上訴が散見されるようになった。つまり、緊急性を要する判断といった理由で、連邦地方裁判所から、連邦巡回裁判所での最終的な判断を待つことなく、連邦最高裁判所での審理を求め方法である。このような訴願の場合、短期間に連邦最高裁判所での判断がされるが、通常の手続とは相違し、裁判官の署名のない短い要約文が示される⁽⁶⁹⁾。しかし、‘shadow docket’に基づく訴願について、その判

(64) Narechaia, Id. at 948.

(65) サーシオレイライ訴願数については、開廷期ごとの変化はあるが、ここでは一般的な数字を挙げる。https://www.supremecourt.gov/about/courtatwork.aspx (2022/12/9 現在).

(66) Aaron L. Nielson & Paul Stancil, *Gaming Certiorari*, 170 U. Pa. L. Rev. 1129.1135(2022).

(67) SUP.CT.R.10.

(68) William Baude, Foreword: *The Supreme Court's Shadow Docket*, 9 NYU J. L. & Liberty 1 (2015). において、初めて ‘shadow docket’ という言葉で表現したとされる。

(69) Shadow Docket に該当する事件に該当し、審理の対象となる事件について、28 U.S.C. § 2101(f). また、具体的な手続については、See also., Alex Denny, ↗

例拘束性を疑問視する立場から、訴願を認めないようにすべきとの見解もある⁽⁷⁰⁾。そうした状況下で、連邦最高裁判所内で最も早く事件に接触するロークラークの存在、そしてその役割が、‘shadow docket’の運用に一石を投じるとの指摘である。つまり、ロークラークに、裁判官との関係性のなかから、裁判官に対して訴願を認めないように積極的に促すことを期待する見解である⁽⁷¹⁾。このような指摘は、ロークラークが、連邦最高裁判所での事件審理に大きな役割を担うことを示すものといえよう。

②サーシオレイライプロセスにおけるロークラークの影響

ここでは、連邦最高裁判所における意思決定過程のなかで、まず行われるサーシオレイライの受理不受理の決定ならびに判断に際して、ロークラークの存在がその判断に及ぼす影響について示す。始めに、サーシオレイライの受理不受理の決定プロセスを示す。

サーシオレイライは、先に示したように、連邦最高裁判所における事件の審理数を削減し、最高裁判所において審議する事件を厳選し、効率的に審議をすることで、裁判所の能力向上させることを目的とした制度である⁽⁷²⁾。このサーシオレイライの受理あるいは不受理の決定に際しては、サーシオレイライの申立て件数の増加により、裁判官がすべての申立てに関与することの困難から、‘cert pool’の手法が採られることとなる。ちなみに、これは、Powell 裁判官が提案した方法といわれる。

↘ *Comment in Light : Rejecting the opacity of the Supreme Court’s Shadow Docket*, 80 UMKC. L.Rev. 675. 676-679(2022).

(70) Nielson & Stancil, *supra* note 66. at 1133.

(71) これは、アメリカ法曹協会 (ABA) が示した見解である。Nielson & Stancil, *supra* note 70. at 1165.

(72) William D. Blake, Hans J. Hacker and Shon R. Hopwood, *Article on Society and The Supreme Court: Seasonable Affective Disorder: Training and the Success of Certiorari Petitions*, 49 Law & Soc’y Rev. 973. 976(2015).

‘cert pool’の実施に際して、ロークラークは、裁判官に先立って提起された事件に接し、サーシオレイライの受理のための裁判官会議に供されるメモを作成する。メモの作成は、特定の裁判官のロークラークではなく、無作為に選出されたロークラークに割り当てられることとなる⁽⁷³⁾。このメモは定型のものであるが、法的問題、重要な事実、及び上訴前の裁判所の判断に関する簡単な要約や、その判断をした裁判官の氏名が付されるだけでなく、メモを作成したロークラーク自身の事件の分析、当事者の主張の要約、及び、サーシオレイライを許可するか否かの判断が含まれる⁽⁷⁴⁾。そしてこのメモが、‘cert pool’に参加するすべての裁判官に配布され、そこで、各裁判官並びにその裁判官のロークラークにおいて追加検討をし⁽⁷⁵⁾、最終的に、裁判官会議において、最終的な受理不受理のための判断が行われる。ただ、裁判官会議の場に、ロークラークの出席は認められていない⁽⁷⁶⁾。

しかし、このロークラークの作成したメモが、連邦最高裁判所裁判官の意思決定に多大な影響をもたらし、実質的にサーシオレイライ受理不受理の決定を左右するとの指摘がある⁽⁷⁷⁾。例えば、ほとんどのロークラークは、ロークラークに要請されている公平性に基づき ‘pool memo’ を作成するが、まれに戦略的に動機づけられたメモを作成するロークラークも過去に

(73) Blake, *supra* note 72. at 976. See also., *Id.* at 981. ある指摘によると、メモの作成を無作為に割り当てることの意味について Rehnquist 首席裁判官は、結果に個人的な関心がある場合、つまり「ロークラークが中立的な立場ではない可能性がある場合に、(ロークラークに) pool memo を作成させることを回避するため」としている。Perry, H.W. *Deciding to Decide : Agenda Selling in the United States Supreme court.* at 159(1991).

(74) Blake, *supra* note 72. at 976.

(75) Blake, *Id.*

(76) Blake, *Id.*

(77) Blake, *Id.*

存在したという⁽⁷⁸⁾。それだけにとどまらず、ロークラークが作成した法廷意見のメモが、ほとんど、あるいはまったく変更されずに、裁判官の意見として公開されているとする見解も存在する⁽⁷⁹⁾。

そこで、実際、ロークラークの側はどのように裁判官との関係性を捉えているのか、この点につき、ロークラークの存在が、裁判官の意思決定過程に影響を及ぼす要因についての調査がある⁽⁸⁰⁾。ちなみに、この調査は、より重要度が高いと考えるもの5点から重要ではないとするもの1点まで、ポイント化する⁽⁸¹⁾。これによると、1950年代の調査では、裁判官の司法哲学のスコア(4.26)が最も高く、次いで、特別な事件要素(4.15)、先例(4.07)と続き、ロークラークに関わる部分で示せば、ロークラークの調査に基づくもの(2.87)、そしてロークラークの説得(2.09)となっており、数値の上では、裁判官の司法哲学に及ぶものではない。しかし、時間の経過とともに、これを連邦最高裁判所の長官毎で比較すると、やはり裁判官がロークラークの影響を重要視するとみたロークラークの割合は、若干の増減はあるものの、Rehnquist コートでは、増加していることが見て取れる。例えば、ロークラークのリサーチに関して、Vinson コート(1946-1952)では、2.75の値であったものが、Rehnquist コート(1986-2005)では、3.06となり、ロークラークの説得に関しては、2.13であったものが、2.44といった高い数値に変化しており、ロークラーク自身も、裁

(78) Blake, *Id* at 989. See also., Bryan Amanda, *Principled Agents or Legal Rasputins ? : Influence, Ideology, and the Cert.* (<http://www.tc.umn..edu/>) (2015/3/4 現在)。

(79) Ward and Weiden, *supra* note 17. at 241.

(80) *Id.* at 195. Table 4-3.

(81) *Id.* この採点方法について、具体的には、最も重要視するものは5点、重要であるもの4点、適度に重要であるもの3点、あまり重要ではないもの2点、(決して)重要ではないもの1点とポイント制で計算されている。

判官に対する自身の影響力を感じるとる調査結果が示された⁽⁸²⁾。この数値が示すことを読み解くならば、最近のロークラークが、事件に関する個人的な信念を裁判官に伝え、事件や問題について裁判官を説得したり、反対したりする可能性が高いことを示していること⁽⁸³⁾、それだけ、ロークラークの存在が、裁判官の職務に大きく影響を及ぼすことを示している。

(3) 裁判官意見の執筆におけるロークラークの影響

次に、法廷意見の執筆過程におけるロークラークの関与とその影響について示すこととする。通例、サーシオレイライ手続を経て上告が受理された事件は、連邦最高裁判所において正式に判断がなされる。この段階で要求されるロークラークの役割は、判例検索や論点整理などの法律上の調査に関わる部分と、法廷意見ならびに各裁判官意見の起草、ならびに起草された裁判官の意見に用いられた引用などの形式的なチェックや脚注の作成などである。

これらロークラーク業務のなかで、裁判官の意思決定過程に影響を及ぼすとみられるのは、やはり法廷意見の執筆であろう。先述したように、法廷意見は、Vinsonが首席裁判官の時代に、それまで首席裁判官が執筆していた法廷意見を各裁判官に平等に割り振ることとなり、また、各裁判官の意見に執筆についても、他の裁判官との歩調を併せる必要が生じたことから、遅筆の裁判官が、ロークラークに意見の起草を委ねたことも、ロークラークに法廷意見の起草を委ねる契機となった⁽⁸⁴⁾。

とはいえ、各裁判官がどの程度においてロークラークに裁判官の意見の起草を委ねるのか、そこにロークラークからの過度な影響が及んでいるの

(82) Id. at 197 Table 4-4.

(83) Id. at 241.

(84) Id.

ではないかとする疑念は、早い段階から生じていた。例えば、既に1944年の段階において、*Korematsu v. United States* 事件⁽⁸⁵⁾で示された Murphy 裁判官の反対意見の最初の起草を、同裁判官のロークラークである Eugene Gressman が行ったことは周知の事実であるとされているし⁽⁸⁶⁾、1962年の有名な *Baker v. Carr* 事件判決⁽⁸⁷⁾ ほか、多くの反対意見を示した Felix Frankfurter 裁判官の意見もほぼ完全に、ロークラークに委ねられていたとの指摘もある⁽⁸⁸⁾。

ただ、全ての裁判官がフリーハンドにロークラークに裁判官の意見作成を委ねているというわけではない。1970年代に Blackmun 裁判官のロークラークであった人物は、ロークラークが書いたすべての法廷意見の起草は、裁判官によって改訂されたとも懐述しているし、Powell 裁判官も、同様の姿勢であったという⁽⁸⁹⁾。加えて、クラークに対して行ったある調査によると、ロークラークの書いた意見の起草案の70%で全部改訂され、大部分の改訂と回答したものは19%、それに対して僅か、あるいはまったくないとした回答はそれぞれ2%とされ、多くの場合は、ロークラークの起草案に裁判官の改訂が加えられたことが分かる⁽⁹⁰⁾。そしてその改訂が加えられた内容は、特定のパターンに限定されず、すべての事件に対して行われたとする回答が、回答者の7割以上にも及んでいる⁽⁹¹⁾。

以上の点からも、最終的な裁判官の意見執筆は、ロークラークと裁判官双方の協力的な関係性のなかで構築されていくとの理解⁽⁹²⁾は正鵠を射る

(85) 323 U.S. 214(1944).

(86) Ward and Weiden, *supra* note 17. at 204.

(87) 369 U.S. 186(1962).

(88) Ward and Weiden, *supra* note 17. at 205.

(89) *Id.* at 224.

(90) *Id.* at 225. Table 5-2.

(91) *Id.* at 227. Table 5-3.

(92) *Id.* at 241.

ものとなろう。しかし、先述のように、ロークラークと裁判官双方が、特定の思想や背景を享有しその職務を遂行するとき、その判断において、多様な視点を欠く判断とならないであろうか。この点につき、次章で検討をする。

3章 ロークラークの多様性確保

ロークラーク、特に、連邦最高裁判所のロークラークに任用される人物像がある。それは、いわゆるエリート校と呼ばれるロースクールの卒業生であって、白人の男性、上流階級出身者とされる⁽⁹³⁾。そこでこれらを論証するものとして、連邦最高裁判所ロークラークの歴史のなかでこれら条件に該当し、実際に採用にいたった割合を示す。

まず、大学名では、ハーバード全体の24.8% (434人)、イェール19.0% (333人)、シカゴ8.2% (143人)、スタンフォード8.2% (118人) が上位である (1950年から2015年までの間の調査)⁽⁹⁴⁾。特に、ハーバードは、ロースクールの下位97%をあわせたよりも多くの連邦最高裁判所ロークラークを輩出しており、この数字は、NYUやペンシルベニアの10倍以上、UCLAやデュークの20倍、コーネルの40倍にも匹敵するという⁽⁹⁵⁾。加えて、上位20校まで拡大すると、その占有率は、93%まで上昇する⁽⁹⁶⁾。

(93) Deeva Shah & Greg Washington, *Beyond Symbolism : Accepting the Substantive Value of Diversity in Law Clerk Hiring*, 97 *Norte Dome L. Rev. Reflection* 317.319(2022). See also., Olivia Warren, *Enough is Not Enough : Reflection on Sexual Harassment in the Federal Judiciary*, 134 *Harv. L. Rev. F.* 446, 448(2021).

(94) Jason Iuliano and Avery Stewart, *The New Diversity Crisis in the Federal Judiciary*, 84 *Tenn. L. Rev.* 247. 297. Table 5 (2016).

(95) *Id.* at 296. Table 5.

(96) *Id.*

次に、人種であるが、実に、全体のうちの92.9% (398人) が白人であるとの調査結果 (1971年から1998年までの調査) であり⁽⁹⁷⁾、明らかな人種の偏りを見て取ることができる。さらに、男女比でみると、男性が占める割合も高い。女性のロークラーク職の割合が、1998年の開廷期において39%、2002年では37%との結果⁽⁹⁸⁾ からすると、男性は、少なくとも60%以上を占めることから、性別に基づいた人口構成比を反映したものとは言えない。

さて、これらの調査結果が示す内容は、連邦最高裁判所裁判官のロークラークを志願する者に対しての、明文化されたものではないが、実際には、やはり採用のステージに難なく立つための必要な条件ともいえよう。そして、この条件に該当し、連邦最高裁判所のロークラーク職に採用された人物は、今後その人物が、法曹のなかでの将来の活躍を約束される他では得難い「比類なきアクセス」⁽⁹⁹⁾ を得ることは、これまでのロークラーク採用の歴史のなかで証明済である。それゆえ単純に、これらの条件の外にある場合、採用にいたるプロセスでの困難を示すものとなる。

しかし、上記に示したこれら画一化された条件に基づきロークラーク選任することは、将来の司法全体を見据えた場合に、非常に問題があるという⁽¹⁰⁰⁾。つまり、これらロークラークが任務終了後に実社会で法曹としての

(97) Ward and Weiden, *supra* note 17. at 97 Table 2-14 (2006). (ここに含まれる裁判官は、Rehnquist 首席裁判官, Stevens, O'Conner, Scalia, Kennedy, Thomas, Ginsburg, Breyer である。) その他の人種構成でいえば、アジア系アメリカ人18人 (4.2%), アフリカ系アメリカ人7人 (1.6%), ヒスパニック系5人 (1.2%) である。

(98) Ward and Weiden, *supra* note 17. at 91. Table 2-1.

(99) Shah & Washington, *supra* note 93. at 322. See also., Susan Harp, *Clerking - Something Every First Year Law Student Should Know*, 29 Stetson L. Rev. 1291. 1293(2000).

(100) *Id.* at 338.

仕事を遂行していくうえで、ロークラーク時代獲得した経験や判断に基づき、画一化した見解が反映される可能性が危惧されることから、ロークラーク人材に多様性の確保を要請するものである⁽¹⁰¹⁾。そこで本章では、ロークラーク職獲得のための条件と多様性の確保に関する議論の検討を行う。

(1) マイノリティのロークラーク職就任における問題点

連邦最高裁判所裁判官のロークラークが多くの場合、エリート校に在籍し、男性かつ白人という人物像に固定化した理由は、いくつかある。

まず、ロースクール入学前から生じる問題がある。ロースクールに入学するためには、多くの場合、LSATテスト（ロースクール入学試験）の受験が必要となる⁽¹⁰²⁾。この試験は、入学前に、当該学生のロースクールでの適正と、1年次のロースクールでの成績を予測のために実施されるというのが表向きの理由であるが、その実、マイノリティの才能を過小評価するものだとする見方がある⁽¹⁰³⁾。それは、LSATテストの準備段階での情報格差に起因するものと考えられ、この差が、その後の人生をも左右する。結果的に、LSATテスト下位となったマイノリティは、下位に位置づけられるロースクールに入学することとなる。例えば、2019年の調査によると、最下位のロースクールでは、39%（ヒスパニック系23%・黒人16%）が、マイノリティの属性にあるものであったが、上位のロースクールでは、マイノリティの学生が15%（ヒスパニック系9%・黒人6%）であり、その構成比の差は、2倍以上である⁽¹⁰⁴⁾。

(101) Id. at 321.

(102) LASTについては、次のHPを参照。https://www.lsat.org/lsat (2022年12月9日現在)。

(103) Shah & Washington, supra note 93. at 332.

(104) Id. at 333. See also., Derek T. Muller, Visualizing Law School Clerkship ↗

そして、ロークラーク職を獲得するための条件の一つに数えられるロースクールでのローレビュー編集委員の就任においても、永らくマイノリティが排除されてきた歴史が存在する。連邦最高裁判所でのロークラーク任用率が最も高いハーバードでも、黒人がローレビューの編集委員長を務めたのは、1990年になってからであり、当時ハーバードの学生であったオバマ元大統領が最初であったという⁽¹⁰⁵⁾。

最後に、女性については、どのような状況であろうか。他のマイノリティの属性に該当するものと同様、女性についても、ロークラーク職に就くためには不利に働くという見方が存在する。例えば、ある講演会において、ロースクールに在籍する女性の学生が、当時連邦最高裁判所裁判官であった Scalia に対して、女性が連邦最高裁判所のロークラーク職となることの可能性を質問したところ、返事は ‘Not Good’、すなわち、任用の可能性がないことを示唆したという⁽¹⁰⁶⁾。とはいえ、実際は、Scalia 裁判官に任用されたロークラークであっても0%ではなく、2002年の段階では、若干名、全体のうちの15%に相当する2人が職についている。ただ、女性の任用については、裁判官毎に大きな隔りがあり、女性の裁判官である

↙ Placement, Excesss of Democracy (May 15, 2017), <https://excessofdemocracy.com/blog/2017/5/visualizing-law-school-federal-judicial-clerkship-placement-2014-2016> (2022年12月9日現在).

(105) Adam Chilton, Justin Driver, Jonathan S. Masur & Kyle Rozema, *Assessing Affirmative Action's Diversity Rational*, 122 Colum. L. Rev. 331, 331 (2022). 批判的見方をするものとして、オバマ元大統領が編集委員長を務めることができた理由に、人種を挙げるものもある。しかも、人種という多様性を重視したことにより、ローレビューの質が低下したともいう。それを裏付けるものとして、このオバマ元大統領が編集委員長を務めたハーバードローレビューの104巻は、発刊以降の100年の歴史の中で、最も引用数の少ない巻であるともいう。Id. at 333-6.

(106) Iuliano and Stewart, *supra* note 94. at 292. See also., Adam Liptak, *On the Bench and Off, the Eminently Quatable Justice Scalia*, N.Y. Times, May 11, 2009, at A13.

O'Conner 裁判官, そして Ginsburg 裁判官は, 積極的であった。各々の裁判官で示すと, 全ロークラークのうちの45% (40人), 40% (16人)⁽¹⁰⁷⁾ となっている。

その他, 稀有な例であるが, これらの典型例に該当しない独自の基準を持つ裁判官もいるという。例えば, 黒人の Clarence Thomas 連邦最高裁判所裁判官は, 自身はイェール大学の卒業であるが, ロークラークの選任においては, 南部出身者, 公立学校出身者, 貧しい家庭・小作農の出身者といった人物を欲し, 裁判官のために働く人物であれば, 大学名を問わず採用することを公言していたという⁽¹⁰⁸⁾。

(2) ロークラークの多様性確保が司法部に与える影響

① 多様性確保が裁判所の判断に影響を及ぼす可能性

連邦最高裁判所は, 1970年代後半から多様性の問題を取り扱うようになり, 以降, 多様性確保は, アメリカの法律とアメリカ社会に大きな影響を及ぼしたとされる。例えば, 大学, ロースクール, ローレビューさえも, 人種の多様性を促進する独自の政策を制定する動機づけに少なからぬ役割を果たしたといわれる⁽¹⁰⁹⁾。加えて, 法曹人口といった数の面からみても, 現在では, 女性, アフリカ系アメリカ人, ヒスパニック系, アジア系アメリカ人が, アメリカの人口統計学的数値と比較しても, ほぼ同等の割合で存在しているとされる⁽¹¹⁰⁾。率直な見方をすると, そこに更なる多様性に関する議論の余地は存在しないのかもしれない。加えて, Roberts 首席裁判官が, 公聴会で発言したように, 裁判官の職務を「ボールとストライクを

(107) Ward and Weiden, *supra* note 17. at 92. Table 2-12. 93.

(108) Iuliano and Stewart, *supra* note 94. at 294.

(109) Chilton, Driver, Masur & Rozema, *supra* note 105. at 340.

(110) Iuliano and Stewart, *supra* note 94. at 299.

コールする」と例えたように⁽¹¹¹⁾、法の形式的・機械的適用を行うものとするれば、多様性の確保は声高に叫ばれる必要のないものとなる。

しかし、現代において、司法部における人種や性別といった多様性とは、多様な人材をその人口比に応じて確保するだけに留まらない、その多様性ゆえに生じる影響力へと変化している⁽¹¹²⁾。当然のことであるが、マイノリティの裁判官といえども、通常、白人の裁判官と異なる方法で判断をするわけではない⁽¹¹³⁾。しかし、裁判所の意思形成過程において人種や女性といったマイノリティの存在が法廷にあるだけで、マイノリティ不存在の場合の判断とは異なった判断がなされるというのである。実際、裁判官席に黒人の裁判官がいると、非黒人の裁判官がアフーマティブアクションプログラムを支持する可能性が高くなるという調査結果も存在するほどである⁽¹¹⁴⁾。

加えて、連邦最高裁判所裁判官は、下級裁判所の裁判官とは異なり、意思決定過程において機械的な適用をするというよりも、新しい視点にさらされ、それまでの議論の再評価をすることが求められる⁽¹¹⁵⁾。これらの実践において必要とされるのは、多様な価値観、態度、経験といった、数値で

(111) Shah & Washington, *supra* note 93. at 326. See also., Confirmation Hear on the Nomination of John Roberts, Jr. to be Chief Justice of the United States : Hearing Before the Committee on the Judiciary, 109th Cong. 56 (2005) (statement of John Roberts, Jr.).

(112) Iuliano and Stewart, *supra* note 94. at 266-267.

(113) *Id.* at 266-267. See also., Jennifer L. Peresie, *Note, Female Judges Matter: Gender and Collegial Decisionmaking in the Federal Appellate Courts*, 114 *Yale L. J.* 1759(2005).

(114) Shah & Washington, *supra* note 93. at 328. See also., Sherrilyn A. Ifill, *Racial Diversity on the Bench : Beyond Role Models and Public Confidence*, 57 *Wash. & Lee L. rev.* 405. 456(2000).

(115) Shah & Washington, *supra* note 93. at 326-327. See also., Richard C. Chen, *The Substantive Value of Diversity in Investment Treaty Arbitration*, 61 *Va. J. Int' l. L.* 431.445(2021).

は測れないものである⁽¹¹⁶⁾。このような理解の下で、これまで主に白人男性により形成されてきた裁判所において、裁判官が固有のバイアスをもつことの弊害が指摘され、ロークラークの多様性確保の必要性は、より現実味を帯びる⁽¹¹⁷⁾。

② ロークラークの多様性確保

連邦最高裁判所のロークラークが裁判官に対して大きな影響力を与えることは、先述した。しかし、連邦最高裁判所のロークラークに任用される人物像である、白人や有名なロースクール出身者、そして feeder judge からの推薦といった人的構成に基づくことは、裁判官自身も同質的な見解を持つ人物であることから、多様な価値観の反映とは言いがたいものとなるのではないかと考える⁽¹¹⁸⁾。

そもそもロークラークと裁判官の関係性は、任用者と事務員といった単なる支配関係ではなく、協力関係にあるとされる。ロークラーク制度が裁判所に導入されたときに、ロークラークに期待された役割とは、裁判官とは異なる視点を受け取ったり、裁判官の意見に対するフィードバックを求めたり、特定の判決の結果や影響について議論したりするといったものであり、ロークラークはこの裁判官側の要請に基づき、その自らの知識をもって、裁判官の先入観や暗黙の偏見への挑戦がなされることを意味していた⁽¹¹⁹⁾。現在のように、著名なロースクール出身者、白人、そして feeder

(116) Iuliano and Stewart, supra note 94. at 262.

(117) Id. at 258.

(118) Shah & Washington, supra note 93. at 331. See also., Shih-Chun Steven Chien, Ajay K. Mehrotra & Xiangnong Wang, *Sociolegal Research, the Law School Survey of Student Engagement, and Studying Diversity in Judicial Clerkships*, 69 J. Legal Educ. 530. 542(2020).

(119) Shah & Washington, supra note 93. at 330.

judge の下でロークラークの経験を積んだ者という条件をもつ、同質的なロークラークであるということは、同じ視点、同じ価値観、同じ背景が毎年、裁判官の執務室内で繰り返される可能性を示唆するものとなる⁽¹²⁰⁾。しかも、これらロークラークは、将来、連邦裁判官を始めとする法曹を支える人材となっていく⁽¹²¹⁾。そして自身の経験に基づき、行動をすることとなる。これらの同質的なつながりがもたらす永続的な影響が、多様性の確保を主張するひとつの理由となる⁽¹²²⁾。

とはいえ、これらの多様性の確保に向けた試みは、その必要性が声高に主張されたとしても容易に解決できる問題ではない。先述したように、ハーバードを頂点としたロースクールでは、ロークラーク職へのアクセス方法が形成されているが、低位の大学に多くが進学するマイノリティである場合、そのアクセスに参加することは容易ではない。これは、マイノリティがそもそもロークラーク職について限定的な情報しか持たず入学していることに加え、仮に在学中にロークラーク職に興味を持ったとしても、ロークラーク職任用に必要とされるロースクール教授との関係性の構築ができず、満足な推薦状が得られといった構造的な問題があるとされる⁽¹²³⁾。

加えて、先述のように、ロークラーク職は、名誉なものと捉え、連邦裁判官職への就職も視野に入れた将来のキャリアへの布石と捉えられるのが一般的である。しかし、実際的な見方をすれば、卒業後に同じ学生が就職可能とされる民間部門のポジションと比較して、給与の面で劣る。また、休暇などの社会保障の面でも不十分だという⁽¹²⁴⁾。給与などの福利厚生と

(120) Id. at 338.

(121) Iuliano and Stewart, *supra* note 94. at 295.

(122) Id.

(123) Shah & Washington, *supra* note 93. at 330-340.

(124) Id. at 323. See also., Trenton H. Norris, *The Judicial Clerkship Selection Process: An Applicant's Perspective on Bad Apples, Sour Grapes, and Fruitful Reform*, ↗

いった面に固執する理由としては、マイノリティ学生は、そもそも経済的に恵まれない学生が多く、学生によっては、数十万ドルともいわれる学生ローンを抱えるケースも少なくない⁽¹²⁵⁾。これらがマイノリティ学生のロックラーク職への着任を阻害する要因の一つとなっている。

おわりに

Rehnquist 元首席裁判官は、Jackson 裁判官のロックラークであった、1952年に、「ロックラークを選出する権限を裁判官のみの手に委ねられるべきではない」と著した⁽¹²⁶⁾。ロックラーク導入の本来の目的は、多様な事件に対して多様な意見を反映する必要性から生じた、裁判官とロックラークとの切磋琢磨にあったはずである。しかし、ロックラークと裁判官が同質化している現状においては、ロックラークが、その役割を果たすことに困難を生じているのではないかとさえ思われる。ロックラーク制度が連邦司法部に導入されてから既に1世紀が経過した。連邦最高裁判所における裁判官構成や上訴手続、双方の変化が顕著となった現在、ロックラークの選任方法の在り方を見直すべき時期が到来していると思われる。

↘ 81 Calif. L. Rev 765, 767-68(1993).

(125) Shah & Washington, *supra* note 93. at 323.

(126) Ward and Weiden, *supra* note 17. at 243.