

《論 說》

# 統合から分断へ アメリカ連邦最高裁の現在地

大澤 秀 介

## 1 はじめに

アメリカの連邦最高裁は、2023年6月29日の *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College*<sup>(1)</sup> (以下「SFFA 判決」という。)において、ハーバート大学の入学試験の志願者がマイノリティに属するか否かを考慮する入試方法を、修正14条の平等保護条項に反し違憲であるとした。

アフーマティブ・アクションは、人種差別の積極的解消策として、長年にわたってアメリカで用いられてきたが、すでに1960年代には白人に対する逆差別であるとして憲法上の重要問題となっていた。連邦最高裁は、*Regents of the University of California v. Bakke*<sup>(2)</sup>で、人種を意識的に基礎としたクォータ制のようなアフーマティブ・アクションは認められないが、当時のハーバード大学で用いられた入学許可の際の一つの要素として人種を考慮することは合憲であるとした<sup>(3)</sup>。この判決以後アフーマティブ・アクションは、アメリカ社会で広く用いられるようになったものの、保守派の反対も激しく、その後連邦最高裁は徐々にアフーマティブ・アクションの範囲を狭めてきた。

このようなアフーマティブ・アクションをめぐる状況のなかで、SFFA 判決は長年にわたってアメリカで保守派とリベラル派の対立の中心的な争点であったアフーマティブ・アクションの合憲性について、違憲と判断し決着を付けたものである。この違憲判決では、連邦最高裁

内の保守派裁判官6名とリベラル派裁判官3名とが明確に分かれ、法廷意見は保守派のロバーツ (John Roberts) 首席裁判官が執筆した。そのため、これまで連邦最高裁の保守化を進めてきた保守派からは喝采をもって迎えられる一方、リベラル派からは強い反発を受けている。

その意味で、SFFA 判決の評価は、現在のアメリカ社会における根深い保守派とリベラル派の対立を背景としたものといえる。対立はアメリカ政治においては民主党と共和党の党派的対立の激化となって表れており、さらにその根底にはアメリカの伝統的価値を重視する人々と、多民族社会や多文化主義を肯定する人々との分断という事態が存在する<sup>(4)</sup>。この分断化状況は、SFFA 判決が原意に乏しい原意主義によることやほぼ同一事案の先例である *Grutter v. Bollinger*<sup>(5)</sup> (以下「Grutter 判決」という。) を実質上破棄しているなど、法理論的な説明が困難となった一因といえる。

最近のアメリカの論者には、現在の連邦最高裁を評して帝王的最高裁 (Imperial Supreme Court) と指摘する見解も存在する<sup>(6)</sup>。帝王的最高裁の議論は、連邦最高裁への権力の集中が際立っているということの意味し、ケネディ (John F. Kennedy) 大統領によって始められ、議会によっても担われてきたアフーマティブ・アクション<sup>(7)</sup> を連邦最高裁が違憲としたこと、また最近連邦最高裁が下級審の判決を覆すことが多いことなどを背景とする。

そこで大きな問題として浮かび上がってくるのは、ビッケル (Alexander Bickel) によって指摘されて以来の問題とされてきた、連邦最高裁の違憲判決がそもそも民主主義に反しないかという、連邦最高裁の反民主主義的性格の難問 (The Counter-Majoritarian Difficulty)<sup>(8)</sup> である。この問題に対しては、1950年代の *Brown* 判決以後のリベラル派優位の時代には、多数決民主主義に対する立憲民主主義の優位という答えが示されてきたが、1980年代以後の保守派の巻き返しによって徐々にその答えに対する懐疑が増大し、今回の判決でその答えがほぼ否定されたといえる。

そこで、本稿では SFFA 判決を一つの切り口として、連邦最高裁の保守化、アメリカ社会の分断化状況、連邦最高裁への権力集中の状況、連邦最高裁の正当性の揺らぎなどについて、横断的に論じることとする。

## 2 入試選考プロセスに関するアファーマティブ・アクションをめぐる先例

### (1) SFFA の提訴の背景

SFFA 判決は、人種や民族に基づくアファーマティブ・アクションの違憲性、違法性を訴訟を通して明らかにする活動を行ってきた訴訟戦略家のブラム (Edward Blum)<sup>(9)</sup> の組織した団体 SFFA が、ハーバード大学とノースカロライナ大学に対して提起した訴訟についての判断が示されたものである<sup>(10)</sup>。SFFA は、公立、私立を問わず大学の入試選考でのアファーマティブ・アクションの使用を廃止することを求めてきた<sup>(11)</sup>。そして、ハーバード大学やノースカロライナ大学という全米でも有数の伝統をもつ難関大学の倍率の高い学部入試で用いられている入学選考方法が、アジア系の志願者や白人の志願者を差別しており、合衆国憲法修正 14 条の平等保護条項等に反し違憲であるとして、連邦裁判所に訴訟を提起したのである<sup>(12)</sup>。

もともと、大学の入試選考におけるアファーマティブ・アクションは、以前から連邦最高裁でその合憲性が争われてきた。その重要な先例は、すでに触れた Bakke、Grutter の各判決のほか Fisher v. University of Texas (以下「Fisher 判決」という。)<sup>(13)</sup> があげられる。これらの判決の先例としての位置付けは、つぎのようになる。

### (2) Bakke 判決

Bakke 判決は、1976年に連邦最高裁が初めて大学の入試選考プロセスにおけるアファーマティブ・アクションの合法性を判断したものである。当時、カリフォルニア大学医学部では、入試選考プロセスにおいて 100

名の入学者枠のうち16名分を人種的マイノリティのために割り当てるクォータ制を採用していた。そのため、入学試験の成績ではマイノリティ枠の志願者を上回りながら、枠のために不合格となった Bakke が、逆差別であるとして大学を訴え出たのである。連邦最高裁は、現行の入試選考プロセスでのクォータ制は市民権法に違反するとしたが、判決では各裁判官の意見が分かれ、明確な法廷意見は形成されなかった。その中で、指導的意見と見られたのが、パウエル (Lewis F. Powell, Jr.) 裁判官の意見であった。

パウエル裁判官は、カリフォルニア大学が主張したアフーマティブ・アクションのもたらす利益の多くを否定したが、唯一「多様な学生集団 (diverse student body) の形成」は、入試結果の判断で人種を考慮することを正当化するためのやむにやまれぬ利益 (compelling interest) にあたるとして認めた<sup>(14)</sup>。また、その利益を達成するためにとられる狭く形作られた (narrowly tailored) 手段として、入試選考で人種を1つの要素として考慮してもよいが、クォータ制のような明らかな人種的バランスを図るものは認められないとした。そして、今後の入試選考プロセスの合憲性は、厳格な審査基準の下で判断されるべきであるとしたのである。

### (3) Grutter 判決

Bakke 判決を是認した上で、ミシガン大学の大学院入試選考プロセスにおけるアフーマティブ・アクションを合憲と判断したのが、2003年の Grutter 判決である。同判決は、「多様な学生集団によってもたらされる教育的便益を得ることは、やむにやまれぬ利益」であり<sup>(15)</sup>、その利益を促すために入試選考プロセスにおいて、人種を多様な要素の一つとして採ることは狭く形作られた手段であって、平等保護条項によって禁じられたものではないとした<sup>(16)</sup>。

もっとも同じミシガン大学の学部入試選考プロセスにおけるアフーマティブ・アクションの合憲性が争われた Gratz v. Bollinger<sup>(17)</sup> では、

志願者が人種的マイノリティに属することによって自動的にポイントを付与する制度がとられているとして、厳格審査基準の下で違憲とされた。したがって、大学の入試選考プロセスでは、人種が多様な要素の一つとして判断されるべきであり、明らかに人種を基にして判断することは違憲であるとされた。それは、Grutter 判決で多様な学生集団に占めるマイノリティ学生を、量的な基準としての人数ではなく、目的達成にとって「重要といえる多数 (critical mass)」という判断基準を示したこと<sup>(18)</sup>にも表れている。

#### (4) Fisher 判決

3つ目の先例は、Fisher 判決である。一般に Fisher 判決と呼ばれるが、実際には原審判決がテキサス大学の入試選考プロセスにおけるアファーマティブ・アクションを Bakke 判決や Grutter 判決で求められた厳格審査基準を適用していないとして差し戻した Fisher I 判決<sup>(19)</sup>と、その3年後にテキサス大学の入試選考プロセスを修正14条の平等保護条項に反せず合憲とした Fisher II 判決<sup>(20)</sup>からなっている。

Fisher II 判決でケネディ (Anthony Kennedy) 裁判官が執筆した4対3の法廷意見は、Fisher I 判決で合憲性判断に関する3つの主要原則が示されていたとした<sup>(21)</sup>。第1に、入試選考プロセスが厳格審査の基準を満たすものでなければならないという原則、第2に、大学側が学生集団の多様性の確保から生じる利益をやむにやまれぬ利益であると立証し、その際大学の学術的判断に対する司法の敬讓は限定的なものにとどまるという原則、第3に、大学側の示す人種中立的な代替案は、入試選考プロセスの目的を達成しうる利用可能でうまく機能するものが存在しないことを立証する責任を負うという3つの原則である。

判決はこれら3つの原則に従って、まず厳格審査基準を適用した上で、やむにやまれぬ利益の有無の判断は数字的には示すことができないが、本件の場合には大学側が具体的に正確な目標を設定しており<sup>(22)</sup>、十分な

説明となっているとした。また、大学入試選考プロセスが狭く形作られているか否かについて、目的を達成しうる利用可能なそしてうまく機能するような人種中立的な代替案は、当時存在しなかったとした。結論として、判決は本件大学入試選考プロセスが平等保護条項に反しないとしたのである。

大学の入試選考におけるアファーマティブ・アクションについては、これまで述べてきた Bakke 判決、Grutter 判決、Fisher 判決の各先例によって、連邦最高裁の一応の判断原則が形成された。しかし、その後この種の事件でキャストイング・ボートを握っていたケネディ裁判官の退官、保守派裁判官の任命、アメリカの保守化傾向の中で、先例の安定性に疑問が抱かれるようになった。そのような中で、登場したのが SFFA 判決である。

### 3 SFFA 判決

#### (1) 事案の内容

本件での争点は、ハーバード大学とノースカロライナ大学の入試選考プロセスの合憲性であった。それでは、2つの大学ではどのような入試選考プロセスがとられていたのか？ここでは、ハーバード大学の場合を例に、そのプロセスを説明しておきたい<sup>(23)</sup>。

ハーバード大学では、まず志願者が大学に学業成績、推薦状、課外活動の資料を提出し、入学選考プロセスが開始されることになっていた。具体的には、まず第一読解者が志願者それぞれについて、学業成績、課外活動、運動力、出身高校からの推薦度、人物、総合評価の6項目について点数を記入するが、その際人種も考慮しうるとされていた。つぎの段階に入ると、入試小委員会が地域ごとにすべての志願者を審査するとされ、人種も考慮しうるとされた。そして、その後40人からなる入試委員会が、前年度と対比しながら、マイノリティの志願者が入学者全体に占める割合をあまり変動させないように調整を行ない、やや多めに仮合

格者を選び出すものとされた。その後さらに、卒業生の子弟<sup>(24)</sup>、リクルートされた運動選手、学費補助の有資格者、そして人種の4つの情報に基づいて、仮合格者について入学を認めるか否かが考慮され、この段階で切られる志願者は刈り込み(lop)リストに掲載され、最終的な合格者が決定されるものとなっていた<sup>(25)</sup>。ノースカロライナ大学の入試選考プロセスは、細かい部分では異なっていたが、ほぼ同様な方法を採用していた。

SFFAは、このようなハーバード大学の入試選考プロセスが市民権法第6編に反するとして訴訟を提起した。SFFAの主張は、大学の用いるアファーマティブ・アクションを違憲と争う当事者たちがこれまで主張してきた3点とほぼ重なるものであった。すなわち、当該入試選考プロセスは、憲法上許されない人種的バランシングであり、また人種を機械的にプラスの要素として用いるものであって、人種中立的な代替案を適切に考慮していないという主張である。SFFAは、これらの主張に加えて、ハーバード大学が意図的にアジア系アメリカ人志願者を差別しており、市民権法第6編に反すると主張した<sup>(26)</sup>。

これに対して、連邦地裁は先例に従って厳格審査基準を適用した上で、SFFAの主張をすべて否定し、原告敗訴の判決を下した。控訴審である第一巡回区控訴裁判所も原審判決を支持した<sup>(27)</sup>。そこで、SFFAは、連邦最高裁にサーシオレイライを求めた。これに対して、連邦最高裁はサーシオレイライを認め、またSFFAがノースカロライナ大学の入試選考プロセスについて修正14条の平等保護条項及び市民権法第6編に反するとして争っていた事件についても、高裁での口頭弁論前にサーシオレイライを認めた。

## (2)連邦最高裁判決

2023年6月29日に、連邦最高裁はハーバード大学とノースカロライナ大学の入試選考プロセスは平等保護条項に反するとし、それまでの先例であるGrutter判決を実質的に破棄し、公立大学および私立大学を問

わず、入試選考プロセスでのアファーマティブ・アクションを違憲とするインパクトの強い判決を下した。

連邦最高裁内部が、保守派6名とリベラル派3名に明確に分かれた中で、法廷意見を執筆したのは、保守派のロバーツ (John Roberts) 首席裁判官であった。法廷意見は、SFFA の当事者適格を認めた上で、まず平等保護条項の目的を、つぎのように述べた。修正14条の起草者は、同条の基本的原理は人種または肌の色に基づくいかなる法的区別も許さないと考えていた。また、修正14条に関する当初の諸判決も「修正14条が保障するものは、各州の法は黒人に対しても白人に対しても同一でなければならず」、また「すべての人は、有色人種であろうと白人であろうと、法の下では平等な立場に立つべきである」というものであったとした<sup>(28)</sup>。しかし、その後 Plessy 判決により、「分離すれども平等」という不適切な理解が長い間先例として機能していたが、1950年までには修正14条の正しい理解である分離それ自体が平等ではないとする考え方が復活したとする。

この観点から、法廷意見は1954年の Brown I 判決<sup>(29)</sup>の意義を、「公教育に対する権利は、平等な条件ですべての人に利用可能とされなければならない」<sup>(30)</sup>としたところにあり、その1年後の Brown II 判決の意義は、Brown I 判決に完全に沿った形で、人種の差別を生じさせることなく生徒を学校に入学させるよう求めたことにあったとする。そして、この Brown 判決の趣旨は公教育以外にも広がったが、そこから引き出せるのは、修正14条の「核となる目的」は政府による人種に基づくすべての差別を廃止することであったとした<sup>(31)</sup>。

つぎに、法廷意見は修正14条に対する例外として許容されるためには、厳格審査基準をみたさなければならないとした。その上でこれまでの先例でやむにやまれぬ利益とされてきた「人種的に多様な学生集団の存在から得られる利益」を実現する大学側の自由は、クォータ制をとりえないなど制約されたものであるとした<sup>(32)</sup>。そして法廷意見は、大学側の自

由が制限されるのはすべての人種に基づく政府の行為が伴う2つのリスクが存在するためであるとした。一つは、人種をステレオタイプで理解するゆえであり、もう一つのリスクは、特定の人種をプラス要素ではなく否定的要素として用いて、人種に基づく優先扱いを受けえない人種グループへの差別が生じることであった。さらに、Grutter 判決が人種に基づく入学選好は25年後には終了すべきであったのは、これら2つのリスクの存在を踏まえたものであった。

法廷意見は以上のことから、これまでの先例によって、人種に基づく入学選考が認められるのは、①厳格審査基準をみたし、②人種をステレオタイプで見たり否定的なものとしたりせず、③将来的に間違いなく終了するものである場合に限られるとした<sup>(33)</sup>。そして、本件にこの基準を適用し、①の厳格審査基準に関しては、大学側がやむにやまぬ利益として主張するものは好ましいものではあるが、基準として適用する際には量的に掴みがたいとした。②については、入試選考プロセスはゼロサムゲームであり、ある人種を有利に扱うことは他の人種を不利に扱うことを意味し、本件でもアジア系アメリカ人志願者が不利に扱われているとした。またある人種に属する志願者はその人種ゆえに皆同じように考えるというのは、許されないステレオタイプであったとした。③については、大学側が適切な終了時点を示し得ていないとした<sup>(34)</sup>。

結論として、法廷意見は本件の2つの大学の入試選考プロセスは、いずれも修正14条の平等保護条項に反し違憲とした。また、志願者が自らの人種が人生に与えた影響を述べたことが評価されるのは、それが個々の志願者が大学に貢献できるユニークな能力や性格と具体的に結び付けられている限りにおいてであったとした<sup>(35)</sup>。

### (3) 法廷意見に対する批判

SFFA 判決は、ハーバート大学とノースカロライナ大学の入試選考プロセスが合衆国憲法および1964年市民権法に反するというものであつ

たが、実質的には公立および私立大学における入試選考プロセスでの人種の考慮を認めないというものである。しかし、法廷意見の論理については、つぎのような内在的な批判が指摘されてきた。

まず、ハーバート大学のような私立大学とノースカロライナ大学のような公立大学を一体としてとらえ入試選考プログラムを憲法違反と見る議論に対しては、私立大学と公立大学を同一に扱うべきではなく、私立大学の自由を重視するべきであるという異論が保守派の中に見られた<sup>(36)</sup>。もちろん、私立大学には連邦政府が大学への補助金、研究資金、そして学生への奨学金等の形で多くの連邦政府の資金が投入されており、公立大学と同様な取り扱いがなされうる余地が大きい。そうであるとすれば、今回の判決は、両大学の入試選考プロセスが1964年市民権法第六編に反するという形で処理できたようにも思われる。

この点について、ゴースッチ (Neal Gorsuch) 裁判官の補足意見は<sup>(37)</sup>、市民権法第6編が法律の中でも準憲法的地位にあり、その文言が明白に連邦政府の財政援助を受けたプログラムでの人種差別を禁じていること<sup>(38)</sup>を根拠に、憲法違反に触れることなく連邦法違反という形で事件を処理できたと指摘した<sup>(39)</sup>。それにもかかわらず、法廷意見は、あえて合衆国憲法の平等保護条項を持ち出し憲法に違反するとしたのは、人種に基づく大学の入試選考プロセスが、憲法修正14条に関する起草者意思や連邦最高裁の先例に反し、違法であることを強調したかったためであると考えられる。

さらに、法廷意見は軍の士官学校<sup>(40)</sup>での入試選考プロセスにおける人種の考慮<sup>(41)</sup>について、本件とは「潜在的に異なる利益」が見られるとして、判断しないと先送りした<sup>(42)</sup>。法廷意見が、「異なる利益」に言及した背景には、ベトナム戦争での経験<sup>(43)</sup>を背景に、黒人やヒスパニックの将校の必要性が認識され、軍の規律維持のために人種を考慮した選考プロセスが必要であり、それが国家の安全保障上の利益であるという議論の存在があると考えられる。これに対し、SFFA は早くも士官学校での人種を

考慮に入れた入試選考プロセスの合憲性を争う姿勢を見せており<sup>(44)</sup>、近い将来判断が示される可能性が存在する<sup>(45)</sup>。

## 4 トーマス裁判官とリベラル派裁判官の対立

### (1) リベラル系団体、ホワイトハウスの反応

SFFA 判決への内在的批判とは別に、外在的批判も存在する。SFFA 判決が下された際に、リベラル派からは判決に対する厳しい批判が寄せられた。フォード財団などのリベラル系諸団体は、共同ステートメントを発表し、本判決はアメリカを特権階級のみが教育と機会を保障されていた時代に引き戻すものであり、60年間に及ぶ多人種社会への流れを堰き止め、危険に陥れるものであるとした。さらに共同ステートメントは、人種に代えて社会経済的地位を入学指標として代用しても、大学の基本構造を強化する多様性を達成できないのであり、本判決は多様性を包含する大学キャンパスをつくりだすという極めて重大な事業を困難にするものであると指摘した<sup>(46)</sup>。

また、ホワイトハウスもハリス (Kamala Harris) 副大統領名で、本判決がこれまでの先例をくつがえし、現在のアメリカ社会の急速な多様化の進展をキャンパスが反映することによって、すべての学生が利益を得るという教育環境を害するとする批判的なコメントを発表した<sup>(47)</sup>。そして、当事者であるハーバート大学も、判決後大学関係者に今後も学問的優位性を保つために必要な多様性を追求するというメールを発信した<sup>(48)</sup>。

これに対して、SFFA 判決は、驚きの少ない予想通りの判決であったという評価も存在する<sup>(49)</sup>。SFFA 判決は、現在の裁判官の構成や世論からすれば当然の判決であったとするのである。さらにある保守派の論者は、この判決の注目点はトーマス (Clarence Thomas) 裁判官の補足意見が原意主義の観点から平等保護条項の意義をカラーブラインドにあるとする議論を初めて行なったことにあるとする<sup>(50)</sup>。たしかにこの点は、法

廷意見が平等保護条項の理解についてトーマス裁判官の見解に影響を受けていると見られる点で重要である。ただ、この判決にはさらに見るべきものとして、アメリカの伝統的価値である個人主義を重視する裁判官と多人種社会や多文化主義を肯定する裁判官の対立があげられる。そこでこの2点を瞥見する。まず原意主義の観点から平等保護条項がカラーブラインドを意味するというトーマス裁判官の立場と、それを批判するソトマイヨール(Sonia Sotomayor)裁判官の見解の対立から見ていく。

## (2) トーマス裁判官の原意主義と修正14条

トーマス裁判官は、修正14条の意義を原意主義の観点から説明する。トーマス裁判官によれば、修正14条を批准した人々の意思はすべて同じではないが、かなりの証拠から見て修正14条はハーラン(John Marshall Harlan)裁判官が *Plessy v. Ferguson*<sup>(51)</sup> で述べたように、カラーブラインドであることを明らかにした憲法原理であるとされる<sup>(52)</sup>。それは、法の下でのすべての人の絶対的平等を意味したとされる。そのような修正14条の原意は、修正14条が批准された後の1875年市民権法の内容、連邦最高裁の批准当時の判決からも明らかであるとする<sup>(53)</sup>。さらに、トーマス裁判官は修正14条のカラーブラインドの考え方は、建国時の核となる原理である平等概念を反映したものであるとする。

このようなトーマス裁判官の原意主義による修正14条の理解に対しては、そもそも憲法制定時の合衆国憲法の中に奴隷制を許容する条項が含まれていることをどのように説明するのかという問題が存在する。また、トーマス裁判官がカラーブラインドを絶対的なものと見ているとすれば、ソトマイヨール裁判官の指摘するように<sup>(54)</sup>、厳格審査基準の下で合憲となる範囲をどのように想定できるのか理解が難しいといえる。ただ、修正14条の批准前後における連邦議会の動向や批准に参加した人々の意思を議論の起点にした場合に、トーマス裁判官の見解がどの程度の説得力を持つのかということは重要となる。

### (3) ソトマイヨール裁判官の批判

この点に関連して議論の対象となりうるのが、批准前後に制定された連邦法や州法が、人種を考慮することによって立法の目的を達成することを許容したと見ることができるか否かである。ソトマイヨール裁判官の反対意見は、連邦議会が修正14条を提案する際に広範な平等の保障を織り込み、人種または肌の色に基づく市民間の区別を認めないというカラブラインドと受け取られる文言を入れることを拒否したとする<sup>(55)</sup>。また、ソトマイヨール裁判官は、修正14条の通過と同時に連邦議会が制定した解放局法 (Freedmen's Bureau Act) や1866年市民権法についても、人種を意識した法律であったとする。解放局法は、黒人を有利に扱い白人を不利に扱うものであることを前提にその賛否をめぐって人々の意見が分かれていたとするのである。また、1866年市民権法は、修正13条批准後に南部諸州で制定された黒人を標的にした黒人取締法 (Black Code) を根絶するための法律であり、カラブラインドではなかったとする<sup>(56)</sup>。

このソトマイヨール裁判官の説明は、これまでの通説的な説明であり、さらに一般的説明によればリンカーン (Abraham Lincoln) 大統領を継いだジョンソン (Andrew Johnson) 大統領が上記の2つの法律に対する拒否権を行使した理由も、これらの法律が黒人を利するものであるという認識にあったといわれる。これに対して、トーマス裁判官は、解放局法も1866年市民権法も、黒人のみを対象としているのではなく、特定の人種に対して特別な取り扱いを考慮したものではないとする。その見解は、これまでの一般的説明とは異なるものであるが、トーマス裁判官はその根拠を十分に明らかにしておらず、今後の説明を待つ必要がある。

### (4) 集団として人種理解と個人主義

トーマス裁判官の補足意見の中でより注目されるのは、アメリカの伝統的な価値観である個人主義の観点から現在の人種問題を捉えようとし

ていることである。この点は、彼自身がアフーマティブ・アクションでイエール大学ロー・スクールに入学した前後の人種的優遇が、ステイグマをもたらすという個人的経験により強く育まれたものと見られる。トーマス裁判官によれば、アフーマティブ・アクションは、本来であれば難関大学に入ることの難しい黒人やヒスパニックの学生をエリート大学へ入学させるものであり、それらの学生は個人的に見れば白人学生に比べて学術面の成功の確率が低く、仮に成功したとしても、アフーマティブ・アクションで入学したからという劣等の刻印を押され続けるとする<sup>(57)</sup>。それゆえ、アフーマティブ・アクション政策は個人の評価をせず、人種間の軋轢を強める結果を招くのであり、人種問題の解決には逆効果であるとするのである。

トーマス裁判官はこのような立場から、ジャクソン (Ketanji Brown Jackson) 裁判官の反対意見に強く反発する。ジャクソン裁判官は、アメリカがこれまでカラーブラインドであったことはなく、世代を超えて不平等が引き継がれてきたとし、その観点から修正14条制定後の黒人取締法の時代、南部再建期後のシェアクロッパーの時代、第1次大戦前後の北部への大移動の時代などから現在に至るまで、政府の政策によって黒人以外の人々が優遇されてきたと強調するのである<sup>(58)</sup>。これに対して、トーマス裁判官は、今日まで社会がカラーブラインドでなかったことは事実であるとしても、修正14条の下では法はすべての人種的区別を無視しなければならないとするのであるから、そのことは憲法上問題とならないと反論している。

#### (5) SFFA 判決が黒人らに与える影響

SFFA 判決は、基本的にはトーマス裁判官と同様な観点に立って、公立・私立を問わず大学入試選考プロセスでの人種を一要素としてでも考慮することを禁じたものといえる。しかし、この判決が黒人やヒスパニックに及ぼす影響には非常に大きなものがある。事実、大学の入試関係者

は判決後大学における学生集団をどのように維持していくかに腐心しているといわれる<sup>(59)</sup>。それは、入試選考プロセスから人種的要素をすべて取り除くことによって、黒人やヒスパニックの学生の合格数の著しい減少が、カリフォルニア州での経験から明らかだからである。

カリフォルニア州では、1996年に公立大学の入試選考プロセスでの人種や女性に対するアファーマティブ・アクションを禁止する州民提案209号(Proposition 209)が成立して以後、その影響でカリフォルニア大学バークレイ校やロサンゼルス校などの難関校で黒人やヒスパニックの新入生が大きく減少した<sup>(60)</sup>。そして難関大学へ入学できなかったマイノリティ学生の卒業後の社会的地位が低くとどまるばかりでなく、より深刻な事態として階層的に低いあるいはエスニシティ色の強い地域における医療を担える人材として必要なマイノリティ学生を医学部が獲得できない状況が生じた。多様な人種やエスニシティからなるアメリカ社会に必要な人材をリクルートできなかったのである<sup>(61)</sup>。

いま述べたように、SFFA 判決が公立大学及び私立大学の人種を意識した入学選考プロセスを違憲としたことは、世論的にはRoe判決を覆したDobbs v. Jackson Women's Health Organization<sup>(62)</sup>ほどの大きな影響を与えたものとはいえないが、なお人種やエスニシティの多様性に起因するアメリカ社会および政治の分断状況を表しているといえる。

## (6) Biden v. Nebraska

その分断状況はSFFA判決後に下されたBiden v. Nebraska<sup>(63)</sup>によって一層明確になったといえる。この事件は、2020年の大統領選挙で当時民主党の候補者であったバイデン(Joseph Biden)が連邦の学生ローンを1万ドルまで帳消しにすると公約したことに端を発する。バイデンは当選後、学生のための高等教育救済機会法(Higher Education Relief opportunities for Student Act、以下「Heroes」法という。)に基づいて大統領命令を発し、年間所得12万5千ドル以下のものについては学生ロー

ンの返済を1万ドル免除した。Heroes法の緊急事態条項は、連邦政府が国家緊急事態に対応して学生ローンの変更を行うことを認めていたからである。これに対して、ネブラスカ州をはじめとする6州が、免除プログラムはHeroes法の下での教育省長官の権限を超えており、権限の濫用であるから、権力分立原理および行政手続法に違反するとして提訴した。この事件の主な争点は、学生ローン救済プログラムが教育省長官の法律上の権限を逸脱しているのか、濫用があったのかということであった<sup>(64)</sup>。

この点について、連邦最高裁の意見は、保守派裁判官6名とリベラル派裁判官3名とに分かれた。保守派であるロバーツ首席裁判官が執筆した法廷意見は、教育省長官はHeroes法の下で、学生ローン免除プログラムを設ける権限を有しないと<sup>(65)</sup>した。法廷意見によれば、Heroes法は教育省長官に学生ローンの放棄や修正の権限を与える条項を含んでいるが、学生の負債を免除する権限を認めていないとした。教育省長官の包括的負債免除プランは、公平に見て放棄と呼ぶことはできず、そのプランは当該条項を劇的に増大させ拡張するものである。それはまた実質的にまるまる新しい制度を導入するものであるから、単なる修正ではなくまた放棄と修正を組み合わせたものでもない。「放棄または修正」の意味は広範であるけれども、その文言は本件で生じているような法律を余すところなく書き直すという権限を付与したものではないとした<sup>(66)</sup>。

法廷意見は、本件にかかわる条文がHeros法の国家緊急事態条項であることを軽視するものと批判できる。国家緊急状態下では、今回のコロナ・ウィルスの発生と蔓延、多数の死亡者の発生に関連する予期せぬ事態に対応する場合に見られるように、行政機関のとの対応策は広範なものになりうる余地が大きいからである<sup>(67)</sup>。

この点ケーガン(Elena Kagan)裁判官の反対意見は、Heroes法は教育省長官に学生ローン借用者に対する緊急救済を与える広範な権限を付与したものであり、その中には通常の免除方法の変更を含むとした。著名

な行政法学者としても知られるケーガン裁判官は、連邦議会が行政機関に重要な規制手段をとることを認める広範な委任を行うときには、これまでのルールは変更されると指摘するのである<sup>(68)</sup>。ケーガン裁判官のように考えれば、法廷意見は連邦議会による緊急事態において適切な活動を行うための広範な権限の付与を否定する点で、民主主義や権力分立原理を損ねるものといえることになる<sup>(69)</sup>。

いずれにせよ、この判決によって最も打撃を受けるのは、低所得層出身で多額の学費ローンの負債を有する人々であり、実際には人種的グループとしての黒人やヒスパニックの学生や卒業生ということになる。そこには、SFFA 判決や本件判決など最近の連邦最高裁の判決動向の背景として、アメリカの伝統的価値観としての個人主義とアメリカ社会の人種的、エスニックの多様性を積極的にとらえる見解との対立を見ることができるといえる。

実際に、SFFA 判決で最も印象的なことは、法廷意見とソトマイヨール反対意見がいま述べた2つの立場に分かれていることである。SFFA 判決の法廷意見は、反対意見が修正14条は明示的に人種に基づいた方法を通して社会的差別の効果を救済することを許容しているとする見解に立っているとする<sup>(70)</sup>。その上で *City of Richmond v. J. A. Croson Co.*,<sup>(71)</sup> 以後は、過去の社会的差別の救済を人種の優遇の基礎として許容することはできず、それを認めることは過去の損害という本来的に計測不能な主張に基づく様々な優遇を求める声によって、平等な市民からなる国家という夢を失わしめることになるとする。それは、修正14条の核となるものが平等であるとする憲法条文の文言と精神の両者に反するというのである<sup>(72)</sup>。

また、法廷意見は「人種的差別を克服した学生の利益は、その学生の勇気と決心に結び付けられねばならない。…換言すれば、学生は彼又は彼女の個人としての経験に基づいて処遇されなければならない、人種に基づいて処遇されるべきではない。」と判決の結びで強調するのである<sup>(73)</sup>。

これに対して、ソトマイヨール裁判官は、法廷意見が示す先例理解を批判した上で、Brown 判決以後の人種差別廃止事件は、Brown 判決の究極の目標が機会の人種の平等を確保するための人種的に統合された学校制度であり、単に人種には盲目的な形式的ルールを課すことでないことを確認しているとした<sup>(74)</sup>。さらにソトマイヨール裁判官は、Grutter 判決を引用しながら<sup>(75)</sup>、人種的に統合された学校は、人種を超えた理解をもたらし、「人種的ステレオタイプを打破し」、学生が「今日の増大しつつあるグローバル市場で求められているスキルを、多様な人々、文化、思想、見解に広く触れることによって」確実に得られるとした<sup>(76)</sup>。そして、「結局のところ、今日の法廷意見を構成する選挙によって選ばれていない6名は、アメリカにおける人種が現在どのようなものであるかではなく、どのようにあるべきかについての自分達の政策的選好と、事実また法的に人種が常に重要な形で関係し続けている社会において、カラーブラインドという外観を優先することによって、現状をひっくり返す」ことを図っていると<sup>(77)</sup>。ソトマイヨール裁判官は、多様性というものはわれわれの周りでさまざまに変化しつつある多人種・多文化なアメリカのコミュニティに宿る基本的なアメリカの価値観であり、人種の多様性の追求は今後も続くであろうとするのである<sup>(78)</sup>。

## 5 連邦最高裁の政治化と正当性

### (1) 帝王的連邦最高裁の出現

このような状況の中で、レムリー (Mark A. Lemley) は、ここ数年で帝王的連邦最高裁 (Imperial Presidency)<sup>(79)</sup> が出現したとする。レムリーは、連邦最高裁の最近の動きはこれまでの議論と異なり、連邦の権限対州の権限、議会権限対司法権、司法積極主義対司法謙讓主義といった権限の分配と関係する対立軸のどちらの側を支持するかという見方では不十分とする。また、連邦最高裁の中でどの憲法理論が優位したかということにも関係しないとする。むしろ連邦最高裁の最近の判決は、これら

の軸とはかかわらない方向を目指しているとするのである<sup>(80)</sup>。

レムリーによれば、連邦最高裁は、連邦議会、連邦政府、州政府そして連邦下級審の権限をシステマティックに制約すると同時に個人の権利を制限しながら、権限を連邦最高裁に集中しようとしているとされる<sup>(81)</sup>。そして、連邦最高裁で絶対的多数を占める保守派の裁判官が、彼らの政策的に望ましいと考えるものを、連邦最高裁を除く、すべての政治的機関から一斉に権限を奪うという新しいそして厄介な方法で、実行し始めているとするのである。

たとえば、レムリーは、連邦議会の権限を奪った判決として、Federal Election Commission v. Ted Cruz for Senate<sup>(82)</sup>をあげる。この事件では、候補者の個人的な選挙運動資金の貸し付けに対する返済として用いることのできる選挙後の寄付金の制限額を25万ドルとする超党派選挙運動改革法(Bipartisan Campaign Reform Act、以下「BCRA」という。)4条および執行規則の合憲性が争われた。具体的には、BCRA 4条および執行規則が、候補者の政治的表現を不当に制限し修正1条に反するか否かが争われ、連邦最高裁は当該制約が修正1条に違反すると判示した。この判決について、レムリーは、連邦最高裁は連邦議会が違憲の形で立法を行う際には議会の権限を制約してきたが、この事件では、連邦議会が憲法上の権利を侵害したという判断を欠いたまま違憲とした点で注目されるとする。

このような判断を連邦最高裁の権限拡大という観点から見た場合に問題となるのは、連邦最高裁の法律に対する違憲判決を覆すためには、憲法改正というほぼ乗り越え難い厳しい壁が存在し、権限の拡大を制限することが難しいということにある<sup>(83)</sup>。

レムリーは、帝王的連邦最高裁の活動の特色として、連邦最高裁は意図的に他の統治機関の権限を脅かしたり、また人権を削減しようとしているわけではなく、連邦最高裁が欲することを行い、その目標にとって障害となるものを取り払おうとしているのであるとする。レムニーは、

このような状況は、かつてビッケルが連邦最高裁を「最も危険性の少ない統治部門」(least dangerous branch)と呼んだ際に指摘した制度的抑制要因の中で、他部門の裁量を尊重するという確立された規範を取り除こうとするものと見る。このような事態に対して、レムニーは連邦最高裁の裁判官の定数や任期の変更や管轄権の制限を図るべきとするのである<sup>(84)</sup>。

## (2) 正当性をめぐるファロンの議論

いま述べたようなレムニーの議論の中で注目されるのは、連邦最高裁への権力の集中が保守派の抱く憲法理論に基づいているものではなく、法リアリズムが説いてきた、裁判官ないし裁判官集団の目指す目的への到達を容易にするか否かの判断によって、権力の集中が生じているという指摘である。もちろん、そこから直ちに連邦最高裁の制度改革論に行き着くかには疑問が存在する。たしかに、アメリカではバイデン大統領が就任後設けた委員会による報告書が提出され、かつてのニューディール期を彷彿とさせるような連邦最高裁に対するコートパッキング政策を中心に興味深い議論が行われている<sup>(85)</sup>。ただ、そのような改革案が検討されるにいたった前提として、最近の連邦最高裁の行動が、その正当性への疑義を生じさせてきたことがあげられる。正当性をめぐる議論は、2016年にオバマ大統領の指名したガーランド (Merrick Garland) の連邦最高裁への任命が議会多数派の共和党によって阻止されたことや2018年に大学時代の性暴力が発覚したカバノー (Brett Kavanaugh) が僅差で連邦最高裁裁判官に任命された頃に盛んとなり<sup>(86)</sup>、その後も継続して行われてきたからである<sup>(87)</sup>。

たとえば、ファロン (Richard H. Fallon Jr.) は、2018年の著書の中で連邦最高裁の正当性への懸念を踏まえて、正当性を回復する方法の議論を行っている。ファロンは、正当性について、それを社会的正当性、道徳的正当性、そして法的正当性の3つに分ける。社会的正当性とは外部

から見て連邦最高裁が尊敬と服従に値するか否かにかかわるものである。道徳的正当性とは、人々が連邦最高裁を尊敬と服従に値するものとして取り扱うべきか否かにかかわるものである。法的正当性とは、裁判官が内的に法的世界で一般的に受容されうる解釈方法を用いているか否かにかかわる<sup>(88)</sup>。

ファロンは、これら3つの正当性の中で、道徳的正当性と社会的正当性を前提とした上で、法的正当性をめぐる議論を展開する。すなわち、人々は憲法を尊重しているため社会的正当性が存在し、また人々が憲法は拘束力のある法であるべきと考えているから道徳的正当性が存在することを前提に、法的正当性を維持する憲法解釈論の在り方を議論するのである<sup>(89)</sup>。このようなファロンの議論を、グローブ(Tara Leigh Grove)は「裁判官の意思決定に大きなテントをかけるアプローチ」(big tent approach to judicial decisionmaking)と呼ぶ<sup>(90)</sup>。ファロンは、この大きなテントの中で、裁判官が憲法解釈上争いのある点について、歴史、先例、価値観などの背景およびその影響を受けながら、法的コミュニティで許された原意主義や生きる憲法(living Constitution)などの憲法解釈の方法を用いて判断を行うべきとするのである<sup>(91)</sup>。

このようなファロンの議論は、社会的正当性が外部的圧力によって毀損されたり、人々の憲法に対する尊敬が低下するなどの事情があったとしても、基本的に裁判官が憲法の枠内で法的コミュニティで許容される憲法解釈方法論に従って法解釈を行い結論を導くようにすれば、道徳的正当性が維持され、結果的には連邦最高裁の正当性も保たれると考えるものである。しかし、グローブの指摘するように<sup>(92)</sup>、通常の時期には法的正当性という大きなテントの下で、例外的にのみ緊張関係に陥る社会的正当性とのジレンマが、政治的に大きなうねりが生じている時期には、裁判官が判決の法的正当性を犠牲にして、連邦最高裁全体の社会的正当性を維持することが求められ、法的正当性と社会的正当性が正面からぶつかり合うというジレンマに直面することがありうる点を軽視している

といえる。そのときに、どのようにして連邦最高裁全体を支える正当性を担保するのが問題になるからである<sup>(93)</sup>。

### (3) 社会的正当性と法的正当性のせめぎ合い

もちろん、一つの重要な憲法判決が保守派またはリベラル派の勝利に帰したからといって、それがただちに連邦最高裁の正当性を揺るがすものになるわけではない<sup>(94)</sup>。ただ、重要な憲法事件に対する判決が次々と下される中で、リベラル派が常に敗者となった場合には、それら判決は保守的なイデオロギーに基づくものと見られ、連邦最高裁の社会的正当性そして全体的な正当性の危機が高まることになるといえる<sup>(95)</sup>。このような事例として念頭に浮かぶのは、ニューディール期における保守的な連邦最高裁と革新主義的なニューディール政策を推進したルーズヴェルト (Franklin Roosevelt) 大統領との対立である。連邦最高裁が1935年から36年にかけて *Schechter Poultry v. U.S.*<sup>(96)</sup> など革新的なニューディール政策を次々と違憲としたことを受けて、ルーズヴェルト大統領はコートパッキング政策<sup>(97)</sup> を内容とする法案を連邦議会を通すことを図った。この対立は、ルーズヴェルト大統領が民主党優位の議会でかなりの賛成を集めたものの、結局法案は成立しなかった。他方、連邦最高裁内では、保守派のロバーツ (Owen Roberts) 裁判官が *West Coast Hotel v. Parris*<sup>(98)</sup> で、それまでの見解を切り替えて (switch)、社会経済規制立法を合憲として支持することによって、連邦最高裁は救われることになったといわれてきた<sup>(99)</sup>。

この例から社会的正当性と法的正当性のせめぎ合いを乗り越える方策の一つは、重要な憲法事件で連邦最高裁内の一名ないし数名の裁判官が、自らの解釈理論を柔軟に修正することによって、連邦最高裁の判決の方向を変更し、連邦最高裁に加えられてきた批判を回避し、社会的正当性を維持する可能性である<sup>(100)</sup>。最近の例としては、オバマケアに関する法律 (*Affordable Care Act*) の合憲性が争われた *National Federation of*

Independent Business v. Sebelius<sup>(101)</sup>で、法廷意見を執筆した首席裁判官のロバーツがそれまでの individual mandate を違憲とする見解を変更して、法律を課税権限に基づき合憲であるとすることによって、連邦最高裁の威信を維持したことがあげられる<sup>(102)</sup>。しかし、このような裁判官の見解の変更 (switch) は、具体的事件ではなく戦略的な観点に焦点をあてて憲法判断を行うものであり、法的正当性の観点からする批判が存在する<sup>(103)</sup>。

もっとも社会的正当性と法的正当性が衝突する場面において社会的正当性を重視する立場に立てば、保守派とリベラル派の二極化が存在する中では、裁判官が見解を柔軟に変更することは、連邦最高裁の威信を保持するために有効な手段ということになる。さらに、この立場からは、連邦最高裁は保守的な判決とリベラルな判決をミックスすることによって、外部からの批判を避け、威信を保持することができるとされることになる<sup>(104)</sup>。しかし、このような方法にも限界が存在する。それは、ニューディール期における対立は、連邦最高裁の判決を契機とする民主党優位の連邦議会を背景にしたルーズヴェルト大統領という政治部門と連邦最高裁の対立関係であった<sup>(105)</sup>。これに対して現在の状況は、共和党優位の連邦議会とトランプ (Donald Trump) 共和党大統領主導の裁判官の任命によって、保守派の裁判官が連邦最高裁の絶対的多数派を構成するようになった中で、リベラル派にとって致命的な一連の判決が引続き下されているところに特徴があるからである<sup>(106)</sup>。

このような状況では、常に敗者であるリベラル派が外部から連邦最高裁の社会的正当性を批判し続けるという構図が出来上がってくることになる。そのため、連邦最高裁が保守的な判決とリベラルな判決を下すことによって、自らの威信を確保するという手段はもはや有効とはいえない段階にあるといえる。そこでは、正当性の確保のための方策は連邦最高裁の手を離れ、政治過程の中で連邦最高裁の組織・構造をどのように考えるのかという、世論を背景とした政治の場での議論が重要な意味を

持つ段階に到っているのである。レムニーが、連邦最高裁の裁判官の定員数の変更、任期制限また管轄権の制限を図るべきだとする構造的改革を提唱する背景には、そのような認識があると考えられる。

また、現実の政治でもバイデン大統領によって任命された「合衆国最高裁に関する大統領委員会」(Presidential Commission on the Supreme Court of the United States)が、多くの専門家を集めたうえで、これまでの連邦最高裁の改革の歴史を振り返りながら、種々の構造的、手続的改革案を検討したことがあげられる<sup>(107)</sup>。ただ、そこでの議論は種々の改革案の内容、意義、限界を多様な観点から検討し、意見を集約することに主眼が置かれており、具体的な改革案を提示するものではなかった。具体的な改革案の成否は、世論を背景に多様な利害を取り込み判断する政治過程に委ねざるを得ない状況である。

もちろん、政治過程での議論に解決案をゆだねるということは、多くの相互に相反する立場を包括するような見解をまとめることを意味している以上、解決までには多くの時間を要することになる<sup>(108)</sup>。とくに、連邦最高裁の判決をめぐる保守派とリベラル派の対立が、連邦議会における公聴会等を中心とする任命過程の機能不全から生じているところもある以上、政治過程それ自体に単純に委ねることによって、連邦最高裁の社会的正当性の問題に関する具体策を早急に得られるものではない。その意味では、政治過程それ自体の様相とその機能をも含めて、慎重かつ広範な形で議論が行われるべきということにならざるを得ないであろう。

## 6 小括

本稿では、アメリカでの重要な政治および憲法問題とされてきたアフターマティブ・アクションに関して、連邦最高裁が大学の入学選考プロセスにおけるアフターマティブ・アクションをほぼ全面的に否定したSFFA判決を一つの切り口として、連邦最高裁の保守化状況、アメリカ

社会の分断状況、連邦最高裁への権力集中の状況、連邦最高裁の正当性の揺らぎの状況などについて概括的に見てきた。その結果、これらの状況が相互に深く関連していることが明らかになったように思われる。もちろん、これらの状況は個別的に深く検討する必要性を示していることは疑いない。その点を今後の課題として認識した上で、紙幅の関係もありとりあえず本稿を閉じることにしたい。

※本論文は、科研費(課題番号：23K01085)の研究成果の一部である。

- (1) *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College*, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023) (Hereinafter SFFA).
- (2) 438 U.S. 312 (1978).
- (3) *Id.* at 316.
- (4) 参照、サミュエル・ハンチントン(鈴木主税訳)『分断されるアメリカ』(集英社、2017年)。
- (5) 539 U.S. 306 (2003).
- (6) Mark A. Lemley, *The Imperial Supreme Court*, 136 HARV. L. REV. F. 97 (2022).
- (7) 本田創造『アメリカ黒人の歴史』(岩波新書、1991年)218頁。
- (8) ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS*, 16-17 (1962).
- (9) Lulu Garcia-Navarro, *He Worked for Years to Overturn Affirmative Action and Finally Won. He's Not Done*, NY TIMES (July 8, 2023), <https://www.nytimes.com/2023/07/08/us/Edward-blum-affirmative-action-race.html>. ブラムが、大学入試選考におけるアファーマティブ・アクション反対する訴訟を最初に提起したのは、後述する *Fisher v. University of Texas* である。

- (10) 参照、吉田仁美「アフターマティブ・アクションとエスニック・マイノリティの権利保障」中村民雄編『多様化するアメリカと合衆国最高裁判所—ロバーツ・コートの軌跡と課題』（成文堂、2023年）53頁、57頁-63頁。
- (11) 参照、SFFA のホームページ(<https://studentsforfairadmissions.org/>)。
- (12) Pete Williams, *Supreme Court will consider challenge to affirmative action in college admissions*, NBC NEWS (Jan. 24, 2022), <https://www.nbcnews.com/politics/supreme-court/supreme-court-will-consider-challenges-affirmative-action-harvard-unc-admissions-n1287915>.
- (13) 後述のように、Fisher 判決は Fisher I と Fisher II の両判決からなる。
- (14) 438 U.S. at 343.
- (15) 539 U.S. at 333.
- (16) *Id.* at 343.
- (17) 539 U.S. 244 (2003).
- (18) 539 U.S. at 330.
- (19) 570 U.S. 297 (2013).
- (20) 579 U.S. 365 (2016).
- (21) *Id.* at 376-77.
- (22) 大学側は、学生集団の多様性の確保から得られる利益として、人間間の相互理解を促し、人種的ステレオタイプを打ち崩す助けとなり、学生がますます多様性が増加する労働市場や社会に備えるために必要であることなどをあげていた。*Id.* at 382.
- (23) 詳細は、*Students for Fair Admissions, Inc. v. President & Fellows of Harvard College*, 980 F.3d 157 (1st Cir., 2020) (slip op., at 8).
- (24) ハーバート大学等では卒業生や大学への寄付者の子弟は、入試選考で有利な扱いを受けるものとされている。それが不平等な取り扱いではないかという議論は少ない。Tristan Kavanagh, *Students For Fair Admissions v Harvard: Affirmative Action in Crisis?*, TCLR ONLINE, <https://trinitycollegelawreview.org/students-v-harvard/>.
- (25) *Students for Fair Admissions, Inc. v. President & Fellows of Harvard College*, 980 F.3d 157, (1st Cir. 2020) (slip op., at 21).
- (26) Constitutional Law, Recent Case, *Students for Fair Admissions, Inc. v. President & Fellows of Harvard College: First Circuit Holds that Harvard's Admissions Program Does Not Violate the Civil Rights Act*,

- 134 HARV. L. REV. 2630, 2632 (2021).
- (27) *Students for Fair Admissions, Inc. v. President & Fellows of Harvard College*, 980 F.3d 157 (1st Cir. 2020) (slip op., at 103-04).
- (28) SFFA, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023) (slip op., at 10) (citing *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303, 307-309 (1880)).
- (29) 347 U.S. 483 (1954).
- (30) SFFA, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023) (slip op., at 12).
- (31) *Id.* at 13-14.
- (32) *Id.* at 18.
- (33) *Id.* at 20-21.
- (34) *Id.* at 23-34.
- (35) *Id.* at 39-40.
- (36) Neal McCluskey, *Harvard and UNC Should Be Treated Differently*, CATO AT LIBERTY (July 5, 2023, 11:16AM), <https://www.cato.org/blog/harvard-unc-should-be-treated-differently>.
- (37) 600 U.S. \_\_\_\_ (2023) (Gorsuch, J., concurring) (slip op., at 2).
- (38) 42 U.S.C. §2000d の文言は以下の通り。“No person in the United States shall, on the ground of race, color, or national origin, be excluded from participation in, be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any program or activity receiving Federal financial assistance.”
- (39) この点に関して、ハーバート大学関係の下級審は、市民権法第六編と憲法修正14条の平等保護条項を一体のものとして把握している。*Students for Fair Admissions, Inc. v. President & Fellows of Harvard College*, 980 F.3d 157 (1st Cir. 2020) (slip op., at 58).
- (40) 軍の士官学校としては、ウエストポイントと呼ばれる陸軍士官学校(U.S. Military Academy)、海軍士官学校(U.S. Naval Academy)、空軍士官学校(U.S. Air Force Academy)がある。
- (41) その結果、2027年度卒業予定の士官候補生の内訳は、1240名のうちアフリカ系アメリカ人が127名、ヒスパニック系アメリカ人が137名、アジア系アメリカ人が170名、そしてネイティブアメリカ人が18名となっている。Camilo Morgan, *The next affirmative action fight could be at West Point*, USA TODAY (Aug4. 2023) (Source: [www.nytimes.com](http://www.nytimes.com)), <https://>

usatoday-news/the-next-affirmative-action-fight-could-be-at-west-point.

- (42) SFFA, 600 U.S. at 22 n.4.
- (43) ベトナム戦争では、アメリカ軍内部で黒人の将校が少なかったために、人種的対立や軍規の乱れが発生した。Morgan, *supra* note 41.
- (44) SFFA は、軍で求められているのは軍人同士のチームプレイであり、人種やエスニシティは重要ではないと主張している。
- (45) 士官学校の場合には国家の安全保障上の利益がかかわっており、また士官学校の入学者の数も限られていることから、仮に判決が下されるとしても、SFFA 判決のような大きな社会的影響はないと思われる。
- (46) フォード財団などの諸団体は、判決を批判するステートメントを公表した。Ford Foundation, News and Press, *Statement in response to the US Supreme Court's Decision in Students for Fair Admissions v. University of North Carolina and Students for Fair Admissions v. President and Fellows of Harvard College*.
- (47) White House, *Statement by Vice President Harris on the Supreme Court's ruling in Students for Fair Admissions v. Harvard and Students for Fair Admissions v. University of North Carolina*, (June 29, 2023), <https://www.fordfoundation.org/news-and-stories/news-and-press/news/statement-in-ina-and-students-for-fair-admissions-v-president-and-fellows-of-harvard-college/>.
- (48) E-mail from Harvard University Leadership, *Supreme Court Decision* (June 30, 2023).
- (49) Will Baude, *The Unsurprising Affirmative Action Decision in Student for Fair Admissions v. Harvard*, VOLOKH CONSPIRACY (June 29, 2023), <https://reason.com/volokh/2023/06/29/the-unsurprising-affirmative-action-in-students-for-fair-admissions-v-harvard/>.

たしかにアフーマティブ・アクションに対する世論の支持は、後述するカリフォルニア州やミシガン州でアフーマティブ・アクションを禁じる州民提案が可決されたことなどから見て、Roe 判決ほどには支持を受けているわけではない。ピューリサーチセンター (Pew Research Center) の 2022 年の調査では、36% の人がアフーマティブ・アクションを良いことであるとし、29% の人が悪いことだと回答しているものの、2023 年春の調査で高等教育機関における人種を考慮した入学選考プロセ

スにおけるアファーマティブ・アクションについては、否定する回答が50%であるのに対して、肯定する回答は33%にとどまっている。もっとも、人種別に見ると白人とアジア系は否定が多く、黒人は肯定が多くなっている。また、政党支持別でも民主党系は54パーセントが肯定し、共和党系は74%が否定している。したがって、入学選考プロセスにおけるアファーマティブ・アクションについては、人種別及び党派別での見解の対立が依然として深刻であるといえる。John Gramlich, *Americans and affirmative action: How the public sees the consideration of race in college admissions, hiring*, PEW RSCH. CTR. (June 16, 2023), <https://www.pewresearch.org/short-reads/2023/06/16/americans-and-af...public-sees-the-consideration-of-race-in-college-admissions-hiring/>.

- (50) Baude, *supra* note 49.
- (51) 163 U.S. 537 (1896).
- (52) SFFA, 600 U.S.\_\_\_\_ (2023) (Thomas, J., concurring) (slip op., at 3).
- (53) *Id.* at 13-15. (Thomas, J., concurring) (slip op., at 13-15).
- (54) SFFA, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023) (Sotomayor, J., dissenting) (slip op., at 41).
- (55) *Id.* (Sotomayor, J., dissenting) (slip op., at 6). ソトマイヨール裁判官は、この選択は、修正14条が人種を意識した政策を一律に禁止することを課したものであることを明確にしているとする。
- (56) *Id.* (Sotomayor, J., dissenting) (slip op., at 6-8).
- (57) SFFA, 600 U.S.\_\_\_\_, (Thomas, J., concurring) (slip op., at 39-41).
- (58) SFFA, 600 U.S.\_\_\_\_, (Jackson, J., dissenting) (slip op., at 2-11).
- (59) Richard J. Pierce Jr, *Students for Fair Admissions Inc. v. President & Fellows of Harvard College and Students for Fair Admissions v. University of North Carolina: Affirmative Action Is Unconstitutional in Both Public and Private Schools*, GEO. WASH. L. REV. ON THE DOCKET 1,4 (July 3, 2023), <https://www.gwlr.org/students-for-fair-admissions-affirmative-action>.
- (60) NPR Hour Program Stream, *Examining the impact of California's ban on affirmative action in public schools*, (June 27, 2023) (opinion of Professor Zachary Bleemer), <https://www.npr.org/2023/06/27/1184461214/examinig-the-impact-of-californias-ban-on-affirmative-action-in-public-schools>.

- (61) この問題を解決するために、大学側は今後志願者の社会経済的地位や高等教育を受けたことのない家庭の出身者であることを重視して、黒人やヒスパニックの入学者を確保しようとするのではないかという指摘がある。Pierce, *supra* note 59, at 5.
- (62) 597 U.S.\_\_\_\_ (2022).
- (63) 600 U.S.\_\_\_\_ (2023) No.22-506. (Hereinafter Biden).
- (64) Biden, (slip op., at 7). 別の論点として、ネブラスカ州など6州が憲法上の当事者適格を有するかというものがあったが、法廷意見はそれを肯定した。これに対して、否定するケーガン反対意見は、当事者適格が事実上の損害を要求しているのは連邦の司法権に対する基本的制限をかけるためである。ネブラスカ州などは、バイデン政権の政策を争うために法廷を利用しているにすぎず、それは連邦最高裁に政治的および政策的紛争の調停者の役割を求めるものであると批判した。Biden, (Kagan, J., dissenting) (slip op., at 3-4).
- (65) Biden, (slip op., at 27).
- (66) Biden, (slip op., at 13-20).
- (67) Constitutional Accountability Center, *RELEASE: In Striking Down the Biden Administration Student Debt Relief Plan, the Supreme Court's Conservative Supermajority Substitutes Its Policy Judgement for that of Congress*, (June 30, 2023), <https://www.theusconstitution.org/news/release-in-striking-down-the-biden-administration-student-debt-relief-plan-the-supreme-courts-conservative-supermajority-its-policy-judgment-for-that-of-congress>.
- (68) Biden, (Kagan, J., dissenting) (slip op., at 25-26).
- (69) Democracy Forward, *Statement on the Supreme Court's Decision in Biden v. Nebraska* (June 30, 2023), <https://democracyforward.org/updates/student-debt-decision-stmt>.
- (70) SFFA, (slip op., at 34).
- (71) 488 U.S. 469 (1989).
- (72) SFFA, (slip op., at 35-36).
- (73) *Id.* at 40.
- (74) SFFA, (Sotomayor, J., dissenting) (slip op., at 12).
- (75) Grutter, 539 U.S. at 330.

- (76) SFFA, (Sotomayor, J., dissenting) (slip op., at16).
- (77) *Id.* at 38.
- (78) *Id.* at 69.
- (79) Imperial Supreme Court という言葉は、シュレジンジャー (Arthur M. Schlesinger, Jr.) の用いた Imperial Presidency を想起させるものである。ARTHUR M. SCHLESINGER, JR., THE IMPERIAL PRESIDENCY (2004).
- (80) Lemley, *supra* note 6, at 97.
- (81) *Id.* at 113.
- (82) 596 U.S. \_\_\_\_ (2022). この事件は、2018年の選挙日の一日前に、上院議員のテッド・クルーズ (Ted Cruz) が「テッド・クルーズを上院へ」(以下「クルーズ委員会」という。)に選挙運動資金として26万ドルを貸し付けたが、クルーズ委員会は選挙後20日を過ぎても返済しなかった。この点に関して、超党派選挙資金改革法 (Bipartisan Campaign Reform Act、以下BCRA という) 4条と執行規則は、候補者が選挙前に行った貸し付けに対して選挙後20日過ぎて候補者が返済に使用できる献金は、25万ドルを上限とするとしていた。そのため選挙後20日が過ぎた段階で、貸付上限はBCRAの25万ドルの制限を超え、1万ドルは選挙献金とされた。クルーズ委員会は、その後25万ドルを1万ドルの選挙献金とともに返済したが、FECは、1万ドルの返済を制限した。そこでクルーズ委員会は、BCRA 4条および執行規則が憲法などに反するとして、BCRA 4条の無効と執行停止を申し立てたという事件である。
- (83) 連邦議会調査局 (Congressional Research Service) は、本稿で最初に取り上げたSFFA判決が、人種に基づく政府活動に対する効果について、市民権法違反というものであれば、連邦議会が法律改正という形で連邦最高裁の判決を乗り越えることもできようが、違憲判決ということであれば、それを乗り越えるためには憲法改正を図らざるを得ないと指摘する。CRS Legal Sidebar, *The Supreme Court Strikes Down Affirmative Action at Harvard and the University of North Carolina*, 1, 5 (Updated June 30, 2023), <https://crsreports.congress.gov/LSB10893>.
- (84) Lemley, *supra* note 6, at 114-15.
- (85) この点については、後日の検討を期したい。
- (86) カバノーについては、学生時代の性的暴行事件への調査が不十分であることなどが引き金となって、議論が行われた。See, e.g., BBC NEWS, *Brett*

- Kavanaugh 'sexual assault victim' speaks out*, (Sept. 17, 2018), <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-45542415?zeph-modal-register>.
- (87) See, e.g., Erwin Chemerinsky, *With Kavanaugh Confirmation Battle, the Supreme Court's Legitimacy Is in Question*, SACRAMENTO BEE (Oct. 5, 2018, 10:50 AM), <https://www.sacbee.com/opinion/california-forum/article219317565.html>.
- (88) RICHARD H. FALLON Jr., LAW AND LEGITIMACY IN THE SUPREME COURT 21 (2018).
- (89) *Id.* at 168-69.
- (90) Tara Leigh Grove, *The Supreme Court's Legitimacy Dilemma*, 132 HARV. L. REV. 2240, 2246 (2019) (reviewing RICHARD H. FALLON Jr., LAW AND LEGITIMACY IN THE SUPREME COURT (2018)).
- (91) *Id.* at 2247.
- (92) *Id.* at 2250.
- (93) この問題に関する最近の司法審査理論の動向について、黒澤修一郎「アメリカ政治の分極化が連邦最高裁判所に与える影響と司法審査理論の動向に関する序論的考察」只野雅人・佐々木雅寿・木下和朗編著『統治権力と対抗関係—代表・統制と憲法秩序をめぐる比較論的考察』(日本評論社、2023年)279頁以下参照。
- (94) 2013年頃までは、連邦最高裁の判決は保守的な判決とリベラルな判決がまじることによって、威信を確保してきたとされる。Brandon L Bartels and Christopher D. Johnston, *On the Ideological Foundations of Supreme Court Legitimacy in the American Public*, AM.J. POL.SCI. 184, 196 (2013).
- (95) Grove, *supra* note 90, at 2250.
- (96) 295 U.S. 495 (1935).
- (97) コートパッキング政策については、大林啓吾「裁判官の数をめぐる司法と政治—アメリカのプラクティス—」『法学研究』96巻2号(2023年)63頁、79頁-81頁。
- (98) 300 U.S. 379 (1937).
- (99) 大沢秀介『アメリカの司法と政治』(成文堂、2016年)171頁-173頁。
- (100) この種の swing vote を握る裁判官として、近年ではケネディ (Anthony Kennedy) 裁判官が知られる。

- (101) 567 U.S. 519 (2012).
- (102) See, e.g., Jan Crawford, *Roberts Switched Views to Uphold Health Care Law*, CBS NEWS (July 2, 2012, 9:43 PM), <https://www.cbsnews.com/news/roberts-switched-views-to-uphold-health-care-law>.
- (103) Grove, *supra* note 90, at 2263.
- (104) *Id.* at 2261.
- (105) 中岡望「バイデン政権に黄信号！最高裁の『超保守化』という不都合な真実」(週刊エコノミスト Online), <https://weekly-economist.mainichi.jp/articles/20220118/se1/00m/020/066000d>.
- (106) Grove, *supra* note 90, at 2272.
- (107) PRESIDENTIAL COMMISSION ON THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (FINAL REPORT) (Dec. 2021).
- (108) たとえば革新主義の立場からは、コートパッキング政策のように連邦最高裁の人員構成の変更という人的改革 (Personnel Reform) ではなく、管轄権の制限などの権限削減の改革案 (Disempowering Reform) が提唱されている。Ryan Doerfler and Samuel Moyn, *Democratizing the Supreme Court*, 109 CAL. L. REV. 1703 (2021). これに対して、連邦高裁の裁判官をすべて連邦最高裁の裁判官として任命し、それらの裁判官が2週間交代で審理に当たるパネル制を提唱する見解も存在する。Daniel Epps and Ganesh Sitaraman, *How to save the Supreme Court*, VOX (Updated Oct 10, 2018, 11:25AM), <https://www.vox.com/the-big-idea/2018/9/6/17827786/kavanaugh-vote-supreme-court-packing>.