

〔論 説〕

教育訴訟と連邦裁判所・州裁判所
—Arizona 州と Washington 州の事例比較—

藤 井 樹 也

はじめに

昭和 25 年秋に、最高裁判所使節団の一員として約 1 か月半にわたりアメリカを視察した田中耕太郎最高裁判所長官（当時）は、その際の旅行記をまとめた書物にアメリカ連邦裁判所の法廷の様子を記述するに際して、以下のような興味深いエピソードを記録している。

法廷を支配するこの厳粛さは、通常裁判長の右に置かれている合衆国旗の象徴するごとく、国自体の権威から来るのである。法廷の尊厳を害うことは国民が国自体を侮辱することになるのである。従って法廷侮辱は厳重かつ迅速に罰せられるのである。われわれがニューヨークの連邦地方裁判所の、十一人の共産党員の裁判を担当した有名なメディーナ判事の話聞いたとき、同判事は日本で法廷侮辱罪の制度がないと聞いて……全く驚いていた¹。

この逸話が筆者にとって興味深いのは、ここから日米の法律家が当然視していた司法権の観念（あるいは司法権に当然内包されると観念される付随的権限の範囲）に相違があったことが推察でき、このような先入観や固定観念がしばしば比較法的考察の落とし穴になることが想像されるからで

1 田中耕太郎『アメリカ紀行』33 頁（1953）。

ある。

さて筆者は前々稿²で、Washington 州の教育予算訴訟を中心に、州憲法を根拠とする州裁判所での訴訟に関する考察を行った。そこでは連邦裁判所を舞台とする教育訴訟については考察の対象外としたが、連邦訴訟と州訴訟との間にどのような相違があるかという問題は、司法権のあり方を考えるうえで重要なテーマである。また、前々稿では進行中であった Washington 州の教育予算訴訟についても、その後約 1 年の間に事態の進展がみられる。そこで本稿では、前々稿での不足を補いつつ情報をアップデートするため、Arizona 州と Washington 州の教育訴訟を素材として、連邦訴訟と州訴訟の事例比較を試みたい。

ただし、本稿の目的は、比較法的考察一般にも妥当することであるが、具体的な教育訴訟で日本でも同じ結論を出すべきだと短絡的に主張することにあるのではなく、より一般的・根源的に司法権・違憲審査権のあり方を考察することにある。すなわち、アメリカの連邦裁判所および州裁判所による司法権・違憲審査権行使の態様およびその効果が、日本の裁判所による司法権・違憲審査権行使（および学説による司法権・違憲審査権理解）と異なる展開を遂げている事実を知ることにより、従来の固定観念から解放された自由な視点で、あらためて日本での司法権・違憲審査権のあり方を再検討することである。

以下本稿では、第一に Arizona 州の事例を、第二に Washington 州の事例を紹介し、第三にこれらを素材として司法権・違憲審査権のあり方に関する四つの問いをあげ若干の考察を行う。

1 Arizona 州の事例

(1) バイリンガル教育問題の背景

まず、Arizona 州でのバイリンガル教育をめぐる訴訟を紹介する。Arizona 州は、もともとスペインから独立（1821 年）したメキシコ領内に位置し、アメリカ＝メキシコ戦争後のグアダルルーペ＝イダルゴ条約（1848 年）によってアメリカ領となり（南部地域は 1853 年の購入—Gadsden Purchase—の結果アメリカ領に編入された）、1912 年に第 48 の州として準州から昇格したが、その際、英語を話さない先住民系およびメキシコ系

2 藤井樹也「教育に対する権利と司法権」成蹊法学 82 号 308(99)頁（2015）。

住民が多いことが州昇格に対する消極論の根拠として論じられた³。同州の南端はメキシコとの国境となっている。このような歴史的・地理的事情を背景に、現在でも同州のヒスパニック系またはラティーノウ系住民の人口比率は全米平均を大幅に上回るとともに、なお増加傾向にあり⁴、また、メキシコとの国境を越えて流入してくる不法移民がさまざまな社会問題の原因となっている。バイリンガル教育問題も、ヒスパニック系またはラティーノウ系住民の増加が生じさせた難題の一つであった。つまり、英語能力が十分でない子どもに対して言葉の配慮を十分に行わないで教育を施した場合、形式的に平等な教育が実質的には不平等な教育になり、その結果違法となるのではないか、かりにそれが違法であったとしてもその違法性を解消するためにいかなる措置が可能なのかという問題である。

Arizona州では1980～1990年代に、バイリンガル教育問題よりも一般的な言語問題—いわば英語優先主義か二言語併存主義かという問題—が全州規模の問題として争われた。すなわち、州憲法修正を通じた英語公用語

3 Toni McClory, UNDERSTANDING THE ARIZONA CONSTITUTION 21 (2d ed. 2010), Jeanne M. Powers, *Forgotten History: Mexican American School Segregation in Arizona from 1900-1951*, 41 EQUITY & EXCELLENCE IN EDUC. 467, 469 (2008).

4 アメリカ連邦商務省内の組織 (Census Bureau) が、連邦憲法1条2節3項および連邦法 (Census Act) を根拠に実施した2010年調査に基づき、2011年に公表した報告書の数値によると、総人口のうちヒスパニック系またはラティーノウ系住民の人口が占める比率は、全米で16.3%、Arizona州で29.6%であった。この数字は、2000年調査時の全米12.5%、Arizona州25.3%と比較していずれも増加している。また、2010年調査によると、全米のヒスパニック系またはラティーノウ系住民数のうち、Arizona州における人数の割合は3.8% (California, Texas, Florida, New York, Illinoisに次ぎ第6位) となっている。なお、ここにいう「ヒスパニック系またはラティーノウ系」とは、「キューバ系、メキシコ系、プエルト・リーコウ系、南米系もしくは中米系、またはその他のスペイン系の文化ないし起源を指し、人種に関わりない」ものと定義されている。United States Census Bureau, *The Hispanic Population: 2010—2010 Census Briefs* 2, 6, 7 (2011), <http://www.census.gov/prod/cen2010/briefs/c2010br-04.pdf> を参照 (2016年3月10日閲覧)。なお、後掲AOE判決により近い時点の統計として、紙谷雅子「英語を公用語とする州憲法修正に関する訴訟における当事者適格」憲法訴訟研究会=戸松秀典編『続・アメリカ憲法判例』426頁、432頁注(3) (2014) が、Arizona州の全人口中18.78%がラテン系、14.17%がスペイン語を話すことができたという数値を掲載している1996年の文献を紹介している。

化の動き⁵とそれに関する裁判闘争である。もともと、先述のように州昇格の時点で英語を話さない先住民系およびメキシコ系住民が多いことに対する懸念があったため、連邦議会による1910年のNew Mexico・Arizona両州授權法(20節5項)⁶の要請により、州憲法20条8節は、職務遂行のため通訳者の助けなしに英語を読み、書き、話し、理解する十分な能力が、州公務員および州議会議員に必要とされる資格要件であると規定していた。1988年に非営利市民団体Arizonans for Official English(AOE)が企てたイニシアティヴ(必要署名を集めProposition 106として提案)を受け、州民投票(賛成50.5%)による州憲法改正によって成立したArizona州憲法28条(2006年改正前の旧規定)は、「英語はArizona州の公用語である(The English language is the official language of the State of Arizona)」(旧1節1項)と宣言し、州政府に公用語である英語の役割を保全・保護し高めるための合理的措置を講じる義務を課し(旧2節)、州政府・州公務員が英語のみ(in English and in no other language)を使用して行為すべきこと、法執行、公文書作成も英語で行うべきこと(旧3節1項)、州民が本条の執行を請求する訴訟を州裁判所に提起するスタンディングが認められること(旧4節)が規定された。ただし、英語使用義務に対する明文上の例外の一つとして、英語能力が十分でない生徒を補助するため、連邦法を遵守するために必要な範囲内で、英語以外の言語による翻訳をできる限り迅速に提供することが許容されていた点が(旧3節2項(a))、後述のバイリンガル教育との関係で注目される。

5 他州での事例として、Alabama州の公用語を英語と定める1990年改正の州憲法修正509条に基づき、運転免許試験を英語のみにより実施することとした政策が、連邦補助金を受給する主体による差別的効果を生じさせる規制を禁止する1964年Civil Rights Act Title VIに反するとして、差止めを求めるクラス・アクションが提起された事例がある。連邦最高裁(Scalia法廷意見)は、本件連邦法規定(§ 602)が連邦機関に差別禁止規定(§ 601)を実現する権限を付与する一方で、私人による救済請求権を創設しておらず、明文規定は他の手段を排除する連邦議会の意図を示しているとして、原告の請求を却けた。Alexander v. Sandoval, 532 U.S. 275 (2001).

6 An Act —To enable the people of New Mexico to form a constitution and state government and be admitted into the Union on an equal footing with the original States: and to enable the people of Arizona to form a constitution and state government and be admitted into the Union on an equal footing with the original States, 36 Stat. 557, 570 (1910).

この州憲法規定の是非が連邦裁判所と州裁判所の双方で争われ、1997年には連邦訴訟につき連邦最高裁 AOE 判決⁷が下されている。この事例は、英語とスペイン語を使用して職務に従事していた州公務員であった原告 Y が、州憲法 28 条が拡張的に解釈されるとスペイン語の使用継続を理由に解職等の不利益処分を受ける可能性があるとして、言論の自由を保障する連邦憲法修正 1 条（および修正 14 条）等違反を理由とする § 1983 訴訟を提起し、インジャンクションおよび宣言判決を請求したものである。連邦地裁は、州知事を適切な被告と認めつつ、州憲法 28 条が他の言語の使用を許容するという州司法長官の解釈は同条の文言に反するとしてこれを否定し、修正 1 条違反を宣言した。つづく連邦控訴裁（9th Cir.）は、訴訟の続行に消極的な州知事に代わって州側の利益を代弁する当事者として AOE（およびその代表者 P）の参加を認めつつ、原告 Y の退職によるムートの主張を斥け、原審の違憲判断を支持し名目的賠償を認容した。以上に対し、連邦最高裁（Ginsburg 法廷意見）は、州法解釈が主要争点となっている本件の性格を指摘し、連邦憲法 3 条の連邦裁判所の管轄権が限定的であることを考慮して、原告 Y が州公務員の身分を喪失した時点で現実の争訟性が失われている本件では、事件・争訟性の要件を充足せず、本件はムートになったと述べ、州憲法 28 条の正しい解釈とその連邦憲法適合性という争点に関する判断を示さないと結論した。また、州司法長官が請求した州最高裁に対する意見確認（certification）を連邦地裁が却下したが、州憲法 28 条の解釈が新奇な問題だったことを考慮すると、州司法長官の請求にもっと配慮されるべきであったと付言している。

この事例は、直接にはバイリンガル教育の是非を対象とするものではなかったが、英語以外の言語を使用した教育の是非という問題にも間接的に関わるものであった。連邦最高裁は、ムートの判断を示すに際して、州法解釈の問題に関わることを強調している。すなわち、連邦裁判所をフォーラムとして連邦憲法・連邦法を根拠に実質的平等を訴求する試みにとって、州法問題に対する過剰介入を許さない連邦制度が防壁ないし障壁となることが示された例とみることも可能だといえよう。

その後、英語とスペイン語の両言語を使用して職務を遂行していた公選

7 *Arizonans for Official English v. Arizona*, 520 U.S. 43 (1997). 本判決については、紙谷・前掲注（4）を参照。

の州公務員 4 名、非公選の州公務員 5 名と公立学校教師 1 名が原告となって、上記連邦訴訟と併行して州裁判所で州憲法 28 条の連邦憲法適合性を争っていた裁判で、Arizona 州最高裁は、同条のうち、英語を公用語と宣言し、州政府・州公務員が英語によってのみ行為すべきこととする部分が、連邦憲法修正 1 条および修正 14 条の平等保護条項に違反すると判断した⁸。州最高裁は、同条の制限を限定的に解釈しようとする州司法長官の試みは、同条の明文に反するとともに、同条の制定史にも反するとして、限定解釈によって同条の違憲性を除去することができないと判断している。そして、同条が英語以外の言語を使用した言論に対する広汎な制約となることから、修正 1 条違反を認定した。また、同条が英語以外の言語を使用する人々に不利益を及ぼし、これらの人々が情報および政府サービスを授受する能力を損なうことから、修正 14 条違反を認定している。

以上の連邦訴訟と州訴訟は、前者においては原告が途中で州公務員の身分を喪失したのに対し、後者においてはそのような事情が認められないため、州訴訟では連邦憲法 3 条の要求する事件・争訟性の要件を充足する必要がないとしても、単純に比較することはできない。ただ、結果だけをみれば、連邦訴訟で連邦制度が障壁となって司法的救済が実現しなかった問題について、州訴訟で司法的救済が実現した形となった。この事例では、連邦訴訟と州訴訟の双方で、連邦憲法に対する州憲法の適合性が問題とされたのであって、連邦訴訟では連邦法上の主張が、州訴訟では州法上の訴訟がなされるという区別があったわけではない。州法が連邦法・連邦憲法違反であるという主張を行う場合に、事実上、連邦裁判所よりも州裁判所をフォーラムとして選択するほうが原告にとって有利な結果をもたらした一例ということが許されよう。

以上を受け、Arizona 州憲法 28 条は、2006 年に州議会が提案した州憲法修正によって、英語を話さない人々に対する配慮規定を含む形に修正された⁹。その結果、「Arizona 州の公用語は英語である (The official language of the state of Arizona is English)」(2 節) と定める原則規定が維持される一方で、「公的行為は英語により行わなければならない」(4 節) と定める規定は「他の言語ではなく (and in no other language)」という強

8 Ruiz v. Hull, 957 P.2d 984 (Ariz. 1998).

9 JOHN D. LESHY, THE ARIZONA STATE CONSTITUTION 447 (2d ed. 2013).

調文言を削除する形に改められ、政府職員が英語を使用して公的職務を遂行する際に、英語以外の言語を使用して非公式のコミュニケーションを図ることは禁止されないという解釈ルールが明文化された（1節2項(i)、5節）。他方で、改正前28条中に存在していた、英語能力が十分でない生徒を補助するための英語以外の言語の最小限の使用を許容する規定（旧3節2項(a)）が2006年改正によって消滅し、教育現場に関わる例外としては英語以外の外国語を教える場合（1節1項2(a)——旧3節2項(c)に対応）が残存するにとどまり、この点は規定上むしろ厳格化している。他方で、連邦法の要請に従うため必要な行為についての例外規定が維持されており（1節1項2(b)——旧3節2項(b)に対応）、英語能力が十分でない生徒への配慮が仮に連邦法の要請だといえるなら、例外的に外国語の使用が容認されることになる。これらの点が、次に紹介するバイリンガル教育訴訟と関連する部分である。

(2) 連邦裁判所での是正の試み

Arizona州のバイリンガル教育訴訟の背景には、スペイン語のみを理解する（または英語能力が十分でない）子どもに対する教育方法をめぐる、アメリカが長年にわたって抱えてきた困難な状況がある。もともと20世紀前半までは、スペイン語のみを理解する子どもに対する学校分離ないし学級分離が一般的で、Arizona州でも州法上の根拠なしに、英語能力が十分でないという理由でメキシコ系アメリカ人のためのメキシコ人学校（Mexican School）を設置する慣行が学区によってとられており、人種分離を連邦憲法違反とした *Brown* 判決¹⁰の直前の時期には、施設の劣る分離された小学校でメキシコ系の児童を教育する慣行を違憲とした連邦地裁判決¹¹も現れた¹²。皮肉なことにこの時期のやり方によれば、分離自体に大きな問題があった一方で、分離されたメキシコ人学校では児童が理解可能なスペイン語による教育がなされたため、英語だけを使用した教育のもとで英語能力が十分な者と不十分な者との間に生じる実質的不平等という問題はさほど表面化してこなかったといえる。その後、学校が統合される一方で、ヒスパニック系またはラティーノウ系住民によるアイデンティ

10 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

11 *Gonzales v. Sheely*, 96 F. Supp. 1004 (D. Ariz. 1951).

12 Powers, *supra* note 3, at 472-475.

テイの主張が強まり、1968年連邦バイリンガル教育法（Bilingual Education Act of 1968）¹³による連邦補助金の助成を受けた英語とスペイン語の二言語によるバイリンガル教育が各地で試みられた。しかし、1980年代以降先述の英語公用語化運動が高揚するなど、バイリンガル教育に対する反動が強まり、英語能力が不十分な者を英語未修得者（English language learners: ELL）と位置づけ英語習得を目標と設定する立場から、さまざまなタイプのELL教育が実施されるようになり（英語を母語とする児童とスペイン語を母語とする児童が共存するクラスで、二言語による教育をそれぞれ実施し、双方が教える側・教わる側の役割を相互に果たすことを通じて、双方が両言語の習得を目標とする「双方向イマージョン」がその一例とされる）¹⁴、2001年の連邦法（NCLB法）により連邦補助金の支給条件も改められた¹⁵。Arizona州でも、2000年の州民投票（Proposition 203）

13 Elementary and Secondary Education Amendments of 1967, Title VII, §§ 701 *et seq.*, 90 P.L. 247 (1968).

14 各地でのバイリンガル教育の展開とその多様な手法については、牛田千鶴「バイリンガル教育」大泉光一＝牛島万編『アメリカのヒスパニック＝ラティーノ社会を知るための55章』164頁（2005）を参照。また、さまざまなバイリンガル教育方式の分類の一例として、California州がまとめている定義について、<http://www.cde.ca.gov/sp/el/ip/langedprogdefs.asp> を参照（2016年3月13日閲覧）。

15 2001年の連邦NCLB法は、英語での会話、読み書き、理解に困難がある3～21歳の生徒を、英語能力が不十分な（limited English proficient: LEP）生徒と位置づけ、その英語能力の向上を目標として、連邦補助金を受ける州に対応義務を課した。そこでは、州および地方機関の裁量を尊重しつつ、結果実現に対する責任を明確化し、受給州にパフォーマンス基準の設定とその向上度の評価（年度ごとの客観的到達目標の設定と学校等の目標達成責任）が要求された。No Child Left Behind Act of 2001 (NCLB), Title III, English Language Acquisition, Language Enhancement, and Academic Achievement Act, §§ 3101 *et seq.*, 107 P.L. 110 (2001). バイリンガル教育に対するNCLB法の影響については、齋藤桂「アメリカにおけるNo Child Left Behind Act 制定後の言語マイノリティにたいする教育の実態—カリフォルニア州・サンフランシスコ統合学区におけるバイリンガル教育の取り組みに焦点をあてて」京都大学大学院教育学研究科紀要54号359頁（2008）、齋藤桂「カリフォルニア州におけるテスト政策の展開—英語能力が十分でない子どもに焦点をあてて—」北野秋男＝吉良直＝大桃敏行編『アメリカ教育改革の最前線—頂点への競争—』125頁（2012）を参照。なお後注のように、NCLB法は2015年12月成立

による法改正が実施され、英語が全米の公用語であること、子どもが英語を身につけアメリカン・ドリームに参加することを移民の両親が願っていることが宣言されるとともに、すべての公立学校で英語による教育を行い、英語力が十分でない生徒ができるだけ早く英語を身につけることができるよう1年間の重点的なイマージョン・プログラム (SEI)¹⁶を実施することが定められた。

このような流れのなかで、Arizona州のバイリンガル教育が不平等であると主張するグループが、1992年以降連邦法を根拠に是正を求め、連邦地裁が長期にわたる一連の判決・命令によって州に対して履行を求め続けた事例が、*Flores* 訴訟¹⁷である。この事例では、同州 Nogales 統合学校区 (地理的にはメキシコとの国境付近に位置している) における英語の習得を要する生徒のためのプログラム (ELL program) の対象となった生徒とその親のグループが、同州が教育プログラムへの参加を妨げる言葉の障壁を緩和する適切な措置を怠ったのは連邦教育機会均等法 (Equal Educational Opportunities Act of 1974: EEOA)¹⁸違反にあたることを主張して、危機的状況にあるすべてのマイノリティと英語能力が十分でない子供たちを代表して宣言判決を求めるクラス・アクションを連邦地裁で提起したものである。プレ・トライアル手続等に約7年を要した後、連邦地裁は2000年に、

の新法 (ESSA) に置き換えられた。

16 「体系的英語イマージョン (structured English immersion: SEI)」と呼ばれる新たな教育法は、Proposition 203 の定義によれば、英語能力が不十分な生徒に対してもほぼすべてのクラスで英語による授業を実施し、教師は子どもの母国語で最小限必要となる説明をしてもよいが、英語以外の言語による授業は実施しないという方法であった。

17 *Horne v. Flores*, 557 U.S. 433 (2009).

18 20 U.S.C. § 204 は、州が人種、肌の色、性別、民族的起源を根拠に個人の平等な教育機会を否定することを禁止し、(f) 項はその一場合として、教育プログラムへの生徒の平等な参加を妨げる言葉の障壁を緩和する適切な措置を教育機関が怠ること (the failure by an educational agency to take appropriate action to overcome language barriers that impede equal participation by its students in its instructional programs) をあげている。この「適切な措置」の内容については、メキシコ系住民が Texas 州の教育制度を問題とした事例に関して、州および地方教育機関の十分な裁量に委ねるのが連邦議会の意図であったとする連邦控訴裁の先例があった。*Castaneda v. Pickard*, 648 F.2d 989 (5th Cir. 1981).

当該学区における EEOA 違反を認定し、ELL のための特別な必要に対する州からの支出（英語能力が十分でない子ども一人あたり 150 ドル）が恣意的で現実のコストに関連していないと判断した¹⁹。被告らは上訴せず、連邦地裁はその後 8 年間にわたり、一連の付加的命令やインジャンクションを通じて判決の実現を試みた²⁰。連邦地裁は 2001 年には、原告らのインジャンクション請求を認容し、2002 年 1 月 31 日（またはそれまでに召集された州議会の会期末）を期限と定め、2000 年宣言判決に対応して現実に必要な金額を支出するよう求め、Nogales 以外の学区の生徒は本件クラスに含まれていなかったにも関わらず、また他学区での EEOA 違反を認定することもなく、救済を州全体に拡大する判決後救済命令を発令した²¹。さらに 2005 年 1 月に、連邦地裁が 9 か月の猶予期間のうちに ELL プログラムに適切かつ憲法に適合した支出をするよう州に命じたが、州がこの期限内に対応しなかったため、同年 12 月に、連邦地裁は州の裁判所侮辱を認定し、これまで当事者ではなかった州議会に対して、2006 年会期の開始後 15 日以内に 2005 年 1 月命令に従うよう命じ、期限以降も従わなかった場合には毎日制裁金を科すこと、その金額は一日あたり 50 万ドルから 200 万ドルまで増額する可能性があることを言い渡した²²。制裁金が上限の一日あたり 200 万ドルに達した後、2006 年 3 月に州議会が新州法（HB 2064）を可決し、ELL 支出を増加するとともに、2 種類の新たな資金（「体系的英語イマージョン基金」と「補習基金」）を創設して追加的支出に対処することとした（連邦補助金を受けた場合はそれ

19 Flores v. State, 172 F. Supp. 2d 1225 (D. Ariz. 2000). なお、この判決は本文中で言及した Proposition 203 に対する州民投票による州法改正よりも前の時点に下されたものである。

20 連邦地裁は 2000 年に、2001 年 1 月 1 日にはじまる会計年度に間に合うよう、ELL プログラムの効果の実現のために必要となるコストの調査検討を州に命じた。Flores v. Arizona, 160 F.Supp.2d 1043 (D. Ariz. 2000).

21 Flores v. State, 2001 WL 1028369 (D. Ariz. 2001).

22 Flores v. Arizona, 405 F. Supp.2d 1112 (D. Ariz. 2005). 裁判所侮辱の認定に至るまで、州側はいずれの地裁命令に対する上訴も行わなかった。その一因として、救済を州全体に拡大する 2001 年命令に州司法長官が従った際にあげた理由である、一般的かつ一律の公立学校への支出に対する Arizona 州憲法 11 条 1 節 A 項の要請があった。同条項の内容を概観するものとして、以下の文献を参照。Timothy M. Hogan, Donald M. Peters & Kristin Mackin, *Education and the Arizona Constitution*, 3 PHOENIX L. REV. 99, 102-106 (2010).

が代替する)。しかし、州知事が HB 2064 に反対の立場をとり、これに州教育委員会が同調し、州、州教育長、州議会両院総裁が参加して、HB 2064 の成立により裁判所侮辱を認定した連邦地裁命令を解除すべきことを求め、選択的に、事情変更を理由として連邦民事訴訟規則 60(b) (5) を根拠とする確定的命令の執行中止を求める救済を請求した。しかし、連邦地裁は、HB 2064 には致命的欠陥があるとして²³、裁判所侮辱を認定した連邦地裁命令に対する異議申立てを却下したが、連邦民事訴訟規則 60(b) (5) には言及しなかった。これに対して、連邦控訴裁 (9th Cir.) は、事情変更によって連邦民事訴訟規則 60(b) (5) を根拠とする請求が成立するかどうかを判断するための証拠調べを要するとして原判断を破棄し、裁判所侮辱を理由とする制裁金も無効として、事案を連邦地裁に差戻した²⁴。差戻後の連邦地裁は、連邦民事訴訟規則 60(b) (5) を根拠とする請求を棄却し、HB 2064 は ELL 教育の現実のコストに合理的に関連した資金制度を創設していないと認定しつつ、州に対し州議会の会期末までの猶予を与えて命令の履行を求めた²⁵。しかし、州がそれに応じなかったため、約半年後の 2007 年 10 月に連邦地裁は再び裁判所侮辱を認定した。差戻審を受けた連邦控訴裁は、原判断を支持し、Nogales 学区は 2000 年以降十分な進歩を遂げたが、連邦民事訴訟規則 60(b) (5) を根拠とする救済を正当化するには足りないとし、連邦民事訴訟規則 60(b) (5) は時宜を得た上訴の代替物ではないことを強調して、ELL プログラムのためにこれ以上のコスト増大がないこと、または、資金制度の変更があったことを州側が立証した場合のみ連邦民事訴訟規則 60(b) (5) に基づく救済が可能となるが、2001 年の新たな連邦法 (前出の NCLB 法) の制定が事情変更にあたるという主張も含め、州側による立証が成功したとは認められないと判断した²⁶。

23 連邦地裁が認定した 3 つの致命的欠陥とは、① HB2064 による ELL 資金の増額 (生徒一人あたり 80 ドル) は効果的な ELL プログラムとの合理的関連性を欠く、②各生徒につき 2 年間の上限を設けたのは理に反する、③連邦補助金が州の資金を補うのではなく代替するとした点で HB2064 は連邦法に反するという 3 点である。Flores, 557 U.S. at 443-444.

24 Flores v. Rzeslawski, 204 Fed. Appx. 580 (9th Cir. 2006).

25 Flores v. Arizona, 480 F. Supp. 2d 1157 (D. Ariz. 2007).

26 Flores v. Arizona, 516 F. 3d 1140 (9th Cir. 2008).

以上の長い道のりを経て、2009年に連邦最高裁 *Flores* 判決が下された。Alito 法廷意見（5対4、Breyer 反対意見に3名—Stevens, Souter, Ginsburg—が同調した）は、州教育長のスタンディングを承認した（州議会議員のスタンディングについては判断の必要がないとした）うえで、以下のとおり原判断を破棄し事案を差し戻した。すなわち、連邦民事訴訟規則 60(b)(5) は、判決・命令の執行が将来的に公正さを喪失した場合の救済であり、事実または法に重大な変更が生じて執行継続が公益を損なう場合にのみ判決・命令の改廃を認めるもので、制度改革訴訟においてとりわけ重要である。制度改革訴訟でのインジャンクションは、公教育のように州の核心的任務とされる事項に関わると連邦制度に由来する重大な懸念を引き起こす。とりわけ、本件のように連邦裁判所が州または地方の予算配分を左右する命令を下すと、連邦制度に由来する懸念は大きくなる。先例²⁷は、連邦民事訴訟規則 60(b)(5) を根拠とする請求について「柔軟なアプローチ」を要求した。本件争点は、2000年の連邦地裁宣言判決の命令が達成されたかという点であったが、連邦控訴裁は、連邦制度の懸念に十分な配慮をせずに過剰に厳格な基準で判断し、しかも資金の増額が十分かという過剰に狭い問題のみを検討した。EEOA による適切な措置の要求は、州に方法選択の裁量の余地を認めるものであるが²⁸、連邦控訴裁はこの点を看過し自己の政策判断を優先させた点で不当であった。また、差し戻審の連邦地裁も、事情変更による命令変更の要否でなく、資金の増額が2000年命令に合致するかということのみを判断した点で不当であった。従って、本件を差し戻し、以下の4点に関する事情変更の再検討を求める。すなわち、①州による新たな ELL 教育方法の採用、②連邦議会による NCLB 法の制定、③ Nogales 学校区での教育制度・運用の改革、④教育資金全体の増額である²⁹。さらに、連邦地裁による救済の州全体への拡大

27 Citing *Rufo v. Inmates of Suffolk County Jail*, 502 U.S. 367, 381 (1992).

28 Citing *Castaneda, supra*, 648 F.2d 989.

29 Alito 法廷意見は、以下の諸点を指摘している。①2000年州法改正（Proposition 203）により当該学校区での二言語教育が SEI 教育に変更され、2006年州法改正（HB 2064）により SEI 教育の実行体制が整えられた。②2001年 NCLB 法は、州による ELL 教育の改善を促進し、連邦補助金を大幅に増額し、ELL の対象となる生徒の向上度・達成度を実証できるようにし、州の裁量を認めつつ連邦の教育政策を変更した。③2000年から2005年にかけて、Nogales 学校区の教育長主導により教育制度・運用の改革が実施された。④

は、Nogales 以外の学校区での EEOA 違反の認定なしに行われ、統一的な公立学校制度を要求する州憲法規定のみがその根拠とされたが、これは連邦法上のインジャンクションを拡張する正当理由であるとはいえず、Nogales 学校区の水準に他を合わせるか Nogales 学校区を連邦法の要請による例外とするかの選択は州が決めるべき州法上の問題にすぎない。こうして、結局のところ事案は連邦地裁に送り返され³⁰、再検討が求められることになったのである³¹。

この事例では、連邦地裁による宣言判決に関する州に対する長期にわたる履行要求が、連邦最高裁判決によって再検討を求められる結果になった。ここでも、連邦制度に由来する制約が強調され、州の裁量を尊重した柔軟なアプローチが求められていることが特徴的である。その後、2013年の連邦地裁判決は、対象となる公立学校の生徒が1日あたり4時間の英語の特別授業を求められる、2007年に採用された Arizona 州 ELL 教育プログラム (ELD) が、EEOA の要求する「適切な措置」とは言いえないという主張を斥け、連邦民事訴訟規則 60(b)(5) を根拠とする請求を認容して本件執行のための管轄権を今後保持しないこととした³²。そして、2015年の連邦控訴裁判決 (9th Cir.) は、当該学校区での ELL プログラムが EEOA にいう「適切な措置」に該当すると認定し、一日あたり4時間の英語の特別授業の負担を根拠とする EEOA 違反の主張は、州全体での EEOA 違反を主張するものではないので、連邦憲法3条のもと州全体でのインジャンクション執行を正当化するには足りないと判断した³³。この経緯をみると、2009年の連邦最高裁判決を節目として州の裁量を尊重する傾向が強まり、近年は連邦裁判所が主導して連邦法に基づき平等を実現しようとする姿勢が消極化している感がある。ただし、1992年の本件訴え提起以来すでに25年近くが経過しており、その間に連邦法・州法の度重なる改変

Nogales 学校区で使用可能な教育資金が全体的に増額された。557 U.S. at 459-470.

30 Flores v. State of Arizona, 577 F.3d 1014 (9th Cir. 2009).

31 これに対し Breyer 反対意見は、連邦民事訴訟規則 60(b)(5) を根拠とする請求について「柔軟なアプローチ」によるべきだという点に関しては法廷意見に同意しつつ、本件下級審は事情変更を十分に考慮していたと主張した。

32 Flores v. Arizona, 2013 WL 10207656 (D. Ariz. 2013).

33 Flores v. Huppenthal, 789 F.3d 994 (9th Cir. 2015).

を通じて同州の教育制度に相当の変化・改善をもたらされているので、同州での連邦裁判所の監督下での制度改革という傾向の退潮は、連邦裁判所の態度変化によるものなのか、あるいは制度改革の進展によるものなのか、ここでの即断は困難である。

2 Washington 州の事例

(1) 教育予算問題

つぎに、Washington 州での近年の教育訴訟を紹介する。一方は教育予算訴訟、他方はチャーター・スクール訴訟であり、いずれも州最高裁による州憲法違反判決が下され、その結果教育現場に大きな影響が生じるとともに、州議会もその対応に追われることとなり、州政上の注目を集めている。第一の教育予算訴訟に関しては、2012 年の州最高裁 *McCleary* 判決³⁴を軸として、州最高裁と州議会との間の一連の綱引きが継続している。2015 年 3 月までの推移については前々稿で紹介したので³⁵、以下ではそれ以降の展開の補足を中心に説明する。

McCleary 訴訟は、高校以下の学校制度 (K-12 school systems) に対して州政府が十分な給付をしていないと主張する原告らが提起した訴訟である。2012 年の州最高裁判決は、州憲法 9 条 1 節にいう「十分な」給付とは完全かつ十分な給付を意味するとして、本当のコストを反映していない当該制度が州憲法 9 条 1 節違反であると認定し、管轄権を保持して州政府を監視することとした。その後、毎年州議会報告を前提とする度重なる州最高裁命令により、2018 学年度を最終的な期限と定めて州議会に対し教育に対する十分な給付を実現する制度改革が求められたが、州最高裁が満足する回答が得られなかったため、2014 年 9 月 11 日州最高裁命令は、州政府が先行する 1 月 9 日命令に違反したとして、州による裁判所侮辱を認定した。しかし、州最高裁は直ちに制裁を発動せず、州議会に是正期間を付与し、その執行を 2015 年会期の終了まで猶予することとしたのである³⁶ (ここまでが前々稿で紹介した事態の推移であった)。

その後、2015 年 4 月 24 日に州議会の通常会期が終了し、4 月 27 日に

34 *McCleary v. State*, 269 P.3d 227 (Wash. 2012).

35 *McCleary* 訴訟に関する 2015 年 3 月までの推移については、藤井・前掲注 (2) 293(114)～288(119)頁を参照。

36 *McCleary v. State*, 2014 Wash. LEXIS 898 (Wash. 2014).

「2014年9月11日命令に対する州政府によるメモランダム」が提出された。これは、州議会が州最高裁命令を履行することができなかった場合に提出するよう義務づけられていたものであった。4月27日メモランダムには、予算に関する最終決定に至らず、依然として検討中であること、州知事が4月29日から特別会期の議会を招集するので、特別会期の終了時に州知事が予算に対処するか州議会が *McCleary* 判決関連法案を可決してからメモランダムを再提出することが記載されていた。これを受けた4月30日州最高裁命令は、2015年特別会期の終了時まで裁判所侮辱を理由とする制裁を猶予することとした³⁷。ところが、最終決定に至ることなく、5月28日に特別会期が終了し、5月29日から30日間の第2次特別会期の議会を州知事が召集し、州政府は再び制裁発動の猶予を求めるメモランダムを提出した。これを受けた6月8日州最高裁命令は、7月27日または特別会期終了15日後を期限として、州議会が年次報告書を提出することを求め、州憲法9条1節に合致した内容の制度改革が達成されたかどうかをみた上で、裁判所侮辱を理由とする制裁を科すかどうかを判断することとした³⁸。その後召集された第3次特別会期の議会において、政府機能停止直前の6月29日ようやく2015-2017年度一般予算が成立し、大幅に増額された教育予算（K-12教育のための約13億ドルを含む）が認められたものの、7月27日に提出された2015年州議会報告³⁹を受けた2015年8月13日州最高裁命令は、特別会期の終了後も州憲法に合致したプランが示されなかったため、直ちに対応する必要があるとして、命令当日より、違反が継続する限り1日あたり100万ドルの制裁金を州に科すこととし

37 *McCleary v. State*, No. 84362-7 (Wash. Apr. 30, 2015). 州最高裁ウェブ・ページ (http://www.courts.wa.gov/content/PublicUpload/Supreme%20Court%20News/84362-7SupremeCourtOrder_20150430.pdf) に掲載されている命令原文を参照（2016年3月16日閲覧）。

38 *McCleary v. State*, No. 84362-7 (Wash. Jun. 8, 2015). 州最高裁ウェブ・ページ (<http://www.courts.wa.gov/content/PublicUpload/Supreme%20Court%20News/84362-7%20McCleary%20v.%20State%20order%206-8-15.pdf>) に掲載されている命令原文を参照（2016年3月16日閲覧）。

39 2015 report of legislative Joint Select Committee on Title IX Litigation (Jul. 27, 2015). 州最高裁ウェブ・ページ (<http://www.courts.wa.gov/content/publicUpload/Supreme%20Court%20News/2015%20Report.pdf>) に掲載されている報告書を参照（2016年3月16日閲覧）。

た。ただし、この金銭は基礎的教育のために使用される別会計に組み込んでよいこととされ、州知事に召集を促す特別会期中に最高裁命令が完全に遵守されれば、会期中に加算された制裁金を解除するとしたのである⁴⁰。

この事例では、2014年9月の州最高裁による裁判所侮辱の認定後、約1年間制裁の発動が猶予されていたが、州議会による度重なる命令不履行の結果、2015年8月以降高額の制裁金が科されることになった。その命令は、州最高裁の広い裁量を反映する内容となっている。その後も州議会は州最高裁の命令に応じておらず、州議会と州最高裁の応酬とともに、州知事および州議会議員たちの綱引きが続けられている。

(2) チャーター・スクール問題

第二のチャーター・スクール訴訟の背景には、近年全米で展開されてきたチャーター・スクール運動がある。アメリカの初等中等教育は、公立学校と私立学校によって分担されてきたが、子どもを私立学校に通わせるためには相当高額の学費を要するのが一般であり、その支払いが困難な家庭にとっては公立学校への通学のみが実質的な選択肢とならざるを得ない。公立学校教育においては、過去の人種分離と *Brown* 判決⁴¹以降の人種統合に非常に多くの労力が注がれてきた。Washington州においても、事実上の人種分離を是正するための各種措置が長年にわたって講じられてきたが、近年では、第一志望者が超過した高校における人種構成と生徒個人の人種を決定要因 (tiebreaker) として通学校を割り当てる学校区による措置を連邦憲法修正 14 条違反とした連邦最高裁判決⁴²も現れ、過去の人種

40 *McCleary v. State*, No. 84362-7 (Wash. Aug. 13, 2015). 州最高裁ウェブ・ページ (http://www.courts.wa.gov/content/publicUpload/Supreme%20Court%20News/843627_081315McClearyorder.pdf) に掲載されている命令原文を参照 (2016年3月16日閲覧)。

41 *Brown, supra*, 347 U.S. 483.

42 *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701 (2007). 本判決については、藤井樹也「学校における人種統合とアフーマティヴ・アクション (1)、(2・完) —アメリカ連邦最高裁ロバーツ・コートの新たな動向—」筑波ロー・ジャーナル 2号 69頁 (2007)、3号 161頁 (2008)、溜箭将之「初等中等教育機関における人種統合のゆくえ—The Story of *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District*, 551 U.S. 701 (2007)」大沢秀介=大林啓吾編『アメリカ憲法判例の物語』47頁 (2014) を

分離に対する救済施策または新たなアフーマティヴ・アクション施策の是非をめぐる問題が、なお論議を呼んでいる。さらに、前述の教育予算訴訟では、基礎的教育のための予算不足が問題とされ、州最高裁判決に対する対応が政治上現在進行形の大問題となっている。アメリカの公立学校には、このような人種による棲み分けに由来する人種問題、各学校区の資金不足に起因する財政問題に加え、州による教育内容・教育組織等に関する諸規制や地方学校区における地方住民による強度のコントロールに由来する教育・運営の画一化、硬直化等の問題が生じていた。これらの問題に対処するため、マグネット・スクール（マイノリティ居住区、白人居住区を含む広域の子どもが通学可能な優良校）、スクール・バウチャー（公立学校でなく私立学校に入学する子どもに付与される州による奨学金）などのさまざまな新形態の教育制度が試みられ、1990年代以降これらに代わって登場したのが、公立学校の運営を独立主体に委ねるチャーター・スクールであった⁴³。Washington州では、当初チャーター・スクール法案が州民投票による拒絶を受けていたものの⁴⁴、2012年の州法によってこれが創設された。そこにはいわゆる進学校型の学校だけではなく、ホウムレス化の危機にある子ども等をサポートするいわば救済型の学校など、多様な類型のチャーター・スクールが創設されている点に注意が必要である⁴⁵。また、これらの新たな形態の公立学校は、従来の公立学校が苦心してきた人種統合の努力との関係でも議論を呼ぶこととなった⁴⁶。

参照。

- 43 チャーター・スクールとその登場の背景については、ジョー・ネイサン（大沼安史訳）『チャータースクール あなたも公立学校が創れる—アメリカの教育改革』78～87頁（1997）、鶴浦裕『チャーター・スクール アメリカ公教育における独立運動』5～20頁（2001）、チェスター・E・フィン Jr. =ブルーノ・V・マンノ=グレッグ・バネリック（高野良一監訳）『チャータースクールの胎動 新しい公教育をめざして』16～28頁（2001）を参照。
- 44 杉浦慶子「米国ワシントン州におけるチャータースクール法制化の拒否—No Child Left Behind 法下の模索—」教育制度学研究 14号 116頁（2007）。
- 45 Washington州のチャーター・スクールについては、Washington State Charter Schools Associationsのウェブ・ページ（<http://wacharters.org/enroll/>）の一覧表を参照（2016年3月17日閲覧）。
- 46 前出の *Parents Involved* 判決との関係でチャーター・スクールと人種バランスの問題を考察するものとして、以下の文献を参照。John Oluwole & Preston C. Green, III, *Charter Schools: Racial-Balancing Provisions and Parents In-*

以上を背景に争われた Washington 州のチャーター・スクール訴訟で問題となったのは、2012年11月のイニシアティブ (I-1240) で成立した州チャーター・スクール法 (Charter School Act)⁴⁷に基づいて新設された以下のような学校制度である。まず同法の目的は、両親に学校教育に対するより多くのオプションを提供することであるとされ、新設のチャーター・スクールはすべての子どもに開かれた公立で無料の「コモン・スクール」とされる。チャーター・スクールの特徴は、地方住民によるコントロールと地方住民に対するアカウンタビリティが要求されない点にある。すなわち、チャーター・スクールは伝統的な公立学校と同様の基礎的教育 (公立学校の教育内容を規定する essential academic learning requirements, EALRs に準拠) を提供し、パフォーマンスの評価を受け、州全体の下位 25% 内に転落すると契約終了とされる一方で、他の諸規制からは解放され、スタッフ配置とカリキュラムにつき柔軟な決定が認められる。そのため、スケジュール、人員、予算、教育プログラムなどに関して学校区・教育委員会に適用される多くの州法令に対する適用除外が認められた。チャーター・スクールの設立は、独立機関として設置された委員 9 名による Washington チャーター・スクール委員会による設立、または、学校区による州教育委員会に対する設立認可申請によって行われる。チャーター・スクール設置者 (Authorizer) と位置づけられるチャーター・スクール委員会または学校区は、申請処理や運営 NPO とのチャーター契約交渉等を行ったのち、設置されたチャーター・スクールに対する監督を行うが、チャーター・スクールの自律を不当に害することは許されず、別の民間団体である全米チャーター・スクール設置者協会 (National Association of Charter School Authorizers) の定めた基準に沿った監督でなければならないとされた。また、チャーター・スクールの日常的な運営も、公選の教育委員会ではなく任命制のチャーター・スクール委員会 (charter school board) によって実施される。そこには、人員の任用、管理、解雇、資金の受領、支出、契約の締結、入学者数の決定などが含まれる。運営予算は公立学校区と同等に入学者数ベースで配分され、そこにはコモン・スクールに支出される基礎的教育基金・施設基金が含まれていた。以上をまとめ

involved, 61 ARK. L. REV. 1 (2008).

47 Chapter 28A.710 RCW, §§ 28A.710.005-28A.710.260.

ると、同州法によって設置されたチャーター・スクールは、公立学校に対して支出される公金を受領する点では従来のコモン・スクールと同様だが、その設置・運営に関しては、地方住民のコントロールから解放され独立の設置者による監督下に置かれる点で従来のコモン・スクールと異なっていたといえることができる。

本件は、複数の住民および団体が原告となって州憲法（2条37節、3条22節、7条2節（a）項、9条1～3節）⁴⁸違反の宣言判決を求める訴えを州裁判所に提起した事例である。チャーター・スクールを支持する複数の住民および団体（州チャーター・スクール協会、Washington, D. C. 地区を根拠にチャーター・スクールを運営する事業者、I-1240の推進者など）がこの訴訟に参加した。州事実審は、1争点を除き被告州側（およびチャーター・スクールを擁護する訴訟参加者）勝訴のサマリ・ジャッジメントを下したものの、チャーター・スクールは州憲法9条にいう「コモン・スクール」に該当しないとして、コモン・スクール施設資金をチャーター・スクールのために支出してはならないと判断したが、支出規定は他の法規定から分離可能であるとして、他の部分の合憲性を維持した。

このような事案に対して州最高裁は、以下の判断を下した⁴⁹。まず、本件の考察対象はチャーター・スクールのメリット・デメリット（これは州議会および市民が判断すべき問題だという）ではなく、州憲法の要求が何

48 Washington 州憲法 2 条 37 節は、州法を改正する場合に、そのタイトルのみを指定するのではなく、改正対象となる法律またはそのセクション全体を参照する方法をとることを求める規定、3 条 22 節は、州教育長が、公教育に関わる全事項を監督するとともに、州法が個別に定めた特定の職務を遂行すると定めた規定、7 条 2 節（a）項は、財産課税を制約する規定のうち、追加的課税について該当地区の有権者の特別多数（5 分の 3）による事前承認を要求し、コモン・スクールのための追加的課税に関しては 4 年、学校施設建設のための追加的課税に関しては 6 年の期間制限を要求しつつ、学校区のための追加的課税に関しては通常多数（過半数）による承認で足りると定める規定、9 条 1 節は、教育に対する十分な支出を人種・性別等に関わらず平等に行うことが、州の至上義務であると定める規定である。これに対し州最高裁判決は、9 条 2 節・3 節に依拠した。

49 *League of Women Voters of Washington v. State*, 355 P.3d 1131 (Wash. 2015). なお、他州でチャーター・スクールを州最高裁が合憲とした例が多くみられたことについては、以下の文献を参照。Kate Gallen, *The Role of the Judiciary in Charter School's Politics*, 77 MO. L. REV. 1121, 1130-1131 (2012).

か、本件イニシアティヴが合憲かという問題であることを確認する。州先例によれば、イニシアティヴは州民に留保された立法権を反映するものであるので、州憲法の要求に従わなければならないのであって、イニシアティヴによる州憲法の修正は許されないとされる⁵⁰。州憲法9条2節は、「州議会は一般的かつ統一的な公立学校制度を創設する。公立学校システムには、今後創設されるコモン・スクール、高等学校、師範学校（normal schools）、技術学校がある。ただし、コモン・スクール基金およびコモン・スクールのために徴収される州税に由来する収入は、コモン・スクールの維持のためにのみ使用されなければならない」と規定している。州チャーター・スクール法（I-1240）は、チャーター・スクールが州憲法9条にいう「コモン・スクール」に該当し、他の公立学校と同様の基準により資金を充当されると規定した。I-1240の投票者パンフレットにも、コモン・スクール用の資金をチャーター・スクールのために移動することが明記されていた。州憲法9条2節に関する確立した先例である1909年の州最高裁 *Bryan* 判決⁵¹によると、「州憲法の意味するコモン・スクールとは、一定の年齢、能力のすべての子どもに共通な学校であり、学校区内の資格を有する有権者によるコントロールに服する学校である」とされ、完全なコントロールが最重要だとされている。本件チャーター・スクールは任命制の委員会またはNPOに運営され、地方有権者のコントロールに服さないのので、州憲法9条にいう「コモン・スクール」に該当しない。ところが、州憲法9条2節はコモン・スクール用の歳入をコモン・スクールのためにのみ使用すべきことを規定し、3節はコモン・スクール専用の独立の施設基金を創設しているのので、これらの基金をコモン・スクールの維持以外の目的に使用することはすべて州憲法違反となる⁵²。本件州法は、使途が限定された資金をコモン・スクールに該当しないチャーター・スクールに配分

50 *Id.* at 1135, citing *Gerberding v. Munro*, 949 P.2d 1366 (Wash. 1998).

51 *School District No. 20 v. Bryan*, 99 P. 28 (Wash. 1909).

52 目的外使用を州憲法違反とするのが一貫した州最高裁先例だとされる。355 P.3d at 1137-1138, citing *Leonard v. City of Spokane*, 897 P.2d 358 (Wash. 1995) (都市部の再開発), *Mitchell v. Consolidated School District No. 201*, 135 P.2d 79 (Wash. 1943) (私学通学のためのバス運行), *State ex rel. State Board for Vocational Education v. Yelle*, 91 P.2d 573 (Wash. 1939) (職業再訓練), *Sheldon v. Purdy*, 49 p. 228 (Wash. 1897) (学校区公債の利子償還), *Bryan, supra*, 99 P. 28 (師範学校の付設学校) *State v. Preston*, 140 P. 350 (Wash. 1914) (同左)。

した点で州憲法違反である。州はコモン・スクール用に配分される基礎的教育基金となる財産税収入を別会計にしていないが、別会計の学校施設基金と同様、目的外使用は州憲法違反である。いずれにせよ一般財源から配分可能な生徒に対する支出であるとしても、コモン・スクールに通学しない生徒にコモン・スクール用資金を配分してよいことにはならない。さらに、違憲の州法規定は他の規定と密接に関連し、本件州法の基本部分をなすので、本件州法全体が州憲法違反となる。つまり、チャーター・スクールは資金源なしには成立せず、投票者がそれを承認したとも考えられない。以上が多数意見であった。

本判決には、Fairhurst 裁判官による以下の一部反対意見が付されていた。同意見は、チャーター・スクールがコモン・スクールに該当しない点で多数意見に同意しつつ、本件州法はコモン・スクール用資金からの支出を明示的に要求しておらず、使途が限定されていない一般財源からの支出可能性もあるとして、同州法の該当部分が合憲であると論じた。つまり、州の公教育の資金は原則として一般財源であり、本件州法は、使途がコモン・スクール用に限定される、恒久的コモン・スクール基金 (permanent common school fund)、コモン・スクール用の州税、コモン・スクール施設基金のいずれについても、チャーター・スクールへの流用を要求していない⁵³。多数意見が指摘する「同一の支出基準」を定める州法規定は、金

53 Fairhurst 一部反対意見は以下のように説明する。①州憲法9条3節により1889年に創設された恒久的コモン・スクール基金は、元金部分と利子部分に分かれ、州法および州憲法により元金部分の取り崩しが禁じられた。また、州憲法上利子部分はコモン・スクールだけのために使用されることとされていたが、1966年11月州民投票による州憲法改正によって、この利子部分はコモン・スクールの施設建設に使途が限定される新設のコモン・スクール施設基金(③)に移行することとされた。以上の制度的仕組みを前提にすると、恒久的コモン・スクール基金がチャーター・スクールのために流用されることが立証されたとはいえない。②コモン・スクール用の州税は、州法(RCW 84.52.065)により、3.60ドル/1000ドルの比率で課税対象財産に対して賦課され、一般財源に計上されたのち(RCW 84.52.067)、公立学校のために支出される。2015会計年度の場合、公立学校全体に対する支出は約709.5万ドル、そのうち使途が限定されたコモン・スクール用の州税による収入分は約200.3万ドル(約28%)であり、多くは使途が限定されない一般財源からの支出であった。本件州法は、使途が限定されたコモン・スクール用の州税をチャーター・スクールのために支出することを明示的に規定していない。③州憲法9条3

額に関する定めであって財源に関する定めではない。また、本件州法は多数意見が依拠する州最高裁先例⁵⁴にも反しないという。また、本件州法はイニシアティブによって成立したので、合憲性の推定が働き、合憲的適用がいかなる場合にも不可能であることを原告側が証明する必要があるが、本件原告はその立証責任を果たしていない⁵⁵というのであった⁵⁶。

本判決は、現実に通学中の生徒が存在するチャーター・スクールを州憲法違反とした点で驚くべきものであったといえる（日本であれば、「時代錯誤の」、「温情に欠ける」、等の型にはまった批判がメディア等により加

節の上記改正により創設されたコモン・スクール施設基金は、その用途がコモン・スクールの施設建設に限定されたが、本件州法はチャーター・スクールに対してコモン・スクールの施設建設に匹敵する資金（matching funds）の支出を認めているに過ぎず、また、公立学校の施設建設資金の過半は、用途が限定されていない一般的な施設建設資金から支出されている。以上から、コモン・スクール施設資金からチャーター・スクールの施設建設のために資金が流用されることが立証されたとはいえないというのである。355 P.3d at 1142-1143.

- 54 Fairhurst 一部反対意見によれば、*Bryan, supra*, 99 P. 28 は、一般財源からの支出は可能であることを承認していたという。また、*Yelle, supra*, 91 P.2d 573 については、用途が限定されない一般財源による支出方式が一般化するという事情変化がその後生じているという。さらに、*Mitchell, supra*, 135 P.2d 79 では、州自身が限定的財源からの支出を認めていたという。355 P.3d at 1144-1145.
- 55 Fairhurst 一部反対意見は、①チャーター・スクールが用途を限定された3種の資金からの支出を受けたことが証明できていないこと、②公立学校予算が2年ごとに更新される制度のもと、州議会がチャーター・スクールの資金を一般財源からの支出に限定することが将来的に可能であることから、本件原告は本件州法の合憲的適用の余地がないことの立証責任を果たしていないと論じている。355 P.3d at 1146-1147.
- 56 Fairhurst 一部反対意見は、以上に加え、①用途がコモン・スクール用に限定された資金がチャーター・スクールに移動するという誤解を投票者用パンフレットが投票者に与えたとはいえないこと、②違憲部分を分離可能とする条項が明らかに誤りだといえないので、仮にチャーター・スクールがコモン・スクールに該当しなかったとしても、投票者が本件州法を承認したと考えられること、③本件州法の目的はチャーター・スクール40校を5年以内に設立することであり、チャーター・スクールがコモン・スクールに該当しないことになっても、この目的は達成可能であることを指摘している。355 P.3d at 1147.

えられたかもしれない)。しかも、その根拠規定は1889年に成立した古い州憲法規定であり、州最高裁の多数意見自体が、その判断が必ずしも政策として賢明なものであるとはいえないという考えを判決文の冒頭で匂わせていた点も注目し得る。もっとも、本違憲判断の根拠はチャーター・スクールの資金の出所の問題であり、州議会が資金源を一般財源に変更すればチャーター・スクールの存続が可能となるという点で、見かけほど影響が大きな違憲判断だとはいえないということも可能である。ただ、機能不全のコモン・スクール自体を柔軟な形態に転換していこうという立場からは、本判決の結果、既存のコモン・スクールとは別枠のチャーター・スクール設置を余儀なくされることは大きな後退とされよう。本判決後、同州のチャーター・スクール8校が存続の危機に直面し、存続を支持する人々がTVコマーシャルによるキャンペーンを展開した。2016年3月の時点で、州議会がチャーター・スクールの運営資金をコモン・スクール専用の財源以外の一般財源（州の宝くじの売上金はその候補として検討されている）に変更する州法改正について審議しており、これが成立すればチャーター・スクール8校が存続可能となる見込みである。

3 司法権・違憲審査権のあり方を再考する

以上のArizona州とWashington州の教育訴訟は、従来の固定観念を除去して司法権・違憲審査権のあり方を再考するうえで非常に示唆に富む実例である。具体的には、以下の諸点を問い直し、従来の先入観ないし固定観念を再検討するきっかけになると考える。

第一に、司法府が憲法による権利保障またはその他の憲法上の要求を実現するため、立法府による是正措置を要求することができるか、さらに、立法府がその履行に消極的（または敵対的）である場合にも司法府は是正要求をすることができるのかという問題がある。Arizona州のバイリンガル訴訟の事例では、当初は連邦裁判所が州立法府に対する積極的な是正要求を試みたが、連邦制度に由来する懸念が障壁として作用し、連邦最高裁判決を境として連邦裁判所の監視の下での制度改革が消極化した。これが連邦裁判所の態度変化によるものなのか、あるいは同州における制度改革の進展によるものなのかについては、ここでの即断は困難である。また、*Flores* 判決後連邦最高裁が制度改革訴訟に消極的になったという指摘もあるが⁵⁷、制度改革訴訟全般に一般化して論じることができるかどうかとい

う点についてはなお検討を要しよう。ここで興味深いのは、Arizona 州の事例では、連邦裁判所が人種統合を推進したのと同じ管轄権保持の手法⁵⁸により、連邦法を根拠とする実質的平等を実現すべく、一種の人種分離を通じた人種的アイデンティティの保全という、人種統合とは相反すると理解することも可能な結果を実現しようとしたことである。マイノリティのためのバイリンガル教育が新たな人種分離であって *Brown* 判決に反する形式的不平等をもたらすのか⁵⁹、実質的平等の実現こそが連邦法の要求する平等だといえるのか⁶⁰という問題自体、非常に解答困難である。Arizona 州では不法移民規制の問題が現在進行中の課題となっており⁶¹、

57 Rachel Dunnington, *A Barrier to Child Welfare Reform: The Supreme Court's Flexible Approach to Federal Rule of Civil Procedure 60(B) (5) and Granting Relief to States in Institutional Reform Litigation*, 36 SEATTLE U. L. REV. 1527, 1550 (2013).

58 アメリカの裁判所による管轄権保持の手法については、川嶋四郎「アメリカにおける差止的救済の実現過程の基礎について—公共訴訟における『裁判管轄権の保持 (Retention of Jurisdiction)』の手續・序説—」同志社法学 351 号 357 頁 (2011)、川嶋四郎「アメリカにおける差止的救済の強制執行過程について (1) —『公共訴訟事件』における多様な『救済実現アプローチ』考—」同志社法学 369 号 1 頁 (2014) を参照。

59 ELL 教育がスペイン語を主言語とする子どもに対する事実上の分離であるとしてこれを否定する立場に反対する立場からの論稿として、以下の文献を参照。Jasmine Wightman, Note, *ELL Education in Arizona: Unconstitutional Segregation or just Inappropriate?*, 16 TEX. HISP. J.L. & POLY 121 (2010).

60 EEOC の要求する有意義な教育機会を付与するための「適切な措置」の定義の曖昧さを指摘し、NCLB 法の要求に応じて州が設定した基準をその判断基準とすることを提唱するものとして、以下の文献を参照。Jeffrey Mongiello, *Language in the Classroom: Comment : The Future of the Equal Educational Opportunities Act §1703(f) after Horne v. Flores: Using No Child Left Behind Proficiency Levels to Define Appropriate Action towards Meaningful Educational Opportunity*, 14 HARV. LATINO L. REV. 211 (2011).

61 不法滞在者の取締りを強化した 2010 年の Arizona 州法規定の執行差止めを求める連邦政府の主張の多くを認容した例として、*Arizona v. United States*, 132 S.Ct. 2492 (2012) がある。本判決については、藤井樹也「『オバマ改革』に対する司法判断」成蹊法学 77 号 222(1)頁、216(7)～212(11)頁 (2012) を参照。また、2014 年 11 月に Obama 大統領が新移民政策を公表し、市民・合法的永住者の親である不法移民 400 万人以上に合法的滞在資格を付与し州・連邦からの受給を可能にする施策 (Deferred Action for Parents of Americans and

バイリンガル教育問題にも影響が及ぶことが予想される。他方で、Washington州の *McCleary* 訴訟においては、州最高裁の度重なる是正要求に州議会が応じなかったため、裁判所侮辱の制裁金が科される事態に発展し、なお未解決の状態が継続している。Washington州最高裁の試みに対しては、立法府の反発・無視を招くリスクがあるものの、司法府の沈黙によって教育に対する積極的権利が害されることを考慮して、この試みはリスクに値すると評価する見解もある⁶²。Arizona州の事例と比較すると、

Lawful Permanent Residents: DAPA プログラム) と、米国外で出生し米国内で育った若者に猶予資格と労働許可の申請を認める施策 (Deferred Action for Childhood Arrivals: DACA プログラム) を実施に移すこととしたが、形式上は大統領命令 (Executive Order) の発動ではなく、国土安全保障省 (Department of Homeland Security) 長官による関係各部署に対するメモランダ発令による恩赦権限の行使という形式がとられた。これに対して、26州が訴えを提起し、連邦憲法2条3節の定める大統領の法律誠実執行義務違反などを主張したが、2015年11月に連邦控訴裁 (5th Cir.) が APA 違反を理由とする差止請求を認容する原判決を支持する判断を下し (Texas v. United States, 809 F.3d 134 (5th Cir. 2015))、2016年1月に certiorari 請求を受理した連邦最高裁が今後これに対する判断を示す見通しとなっている。Obama 大統領による新移民政策の公表直後の動向については、西山隆行「オバマ大統領が目指す移民改革 行政命令で“強行”した背景」THE PAGE 2014年12月19日 (<http://thepage.jp/detail/20141219-00000002-wordleaf>, <http://thepage.jp/detail/20141219-00000002-wordleaf?page=2>, <http://thepage.jp/detail/20141219-00000002-wordleaf?page=3>) (2016年3月18日閲覧) を参照。TV 演説やブログ・SNS 等を活用して自己行為化した下位機関の行為を通じて政策を実施してゆく近年の大統領の執政手法については、Kathryn A. Watts, *Controlling Presidential Control*, 114 MICH. L. REV. __ (forthcoming, 2016), on University of Washington School of Law Research Paper No. 2015-12, <http://ssrn.com/abstract=2598850> (2016年3月19日閲覧) を参照。さらに、上記新移民政策公表後の2015年12月に、Obama 大統領は NCLB 法に代わる連邦教育補助金制度を定める新法 (Every Student Succeeds Act: ESSA—達成度評価に際してテスト結果を考慮する州・地方学校区の裁量を拡大した) に署名した。新制度の概要については、ホワイトハウスのウェブ・ページ (<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/12/10/white-house-report-every-student-succeeds-act>) を参照 (2016年3月19日閲覧)。

62 Recent Case, *Education Law--Washington Supreme Court Holds Legislature in Contempt for failing to Make Adequate Progress toward Remedying Unconstitutional Education Funding Scheme.—McCleary v. State, No. 84362-7* (Wash. Sept. 11, 2014) (*Order of Contempt*), 128 HARV. L. REV. 2048 (2015).

州最高裁による州憲法に基づく是正要求には、連邦裁判所による是正要求と比して、連邦制度に由来する障壁が存しないという大きな相違があり、筆者は前々稿で、連邦裁判所よりも州裁判所の司法権・違憲審査権に日本の司法権・違憲審査権と重なりあう部分が大きいため、州司法に注目すべきことを指摘し⁶³、例えば議員定数不均衡訴訟において、期限付き是正命令を立法府に対して発動するという救済方法を活用することが検討されるべきだと指摘した⁶⁴。巽智彦が述べるとおり、選挙無効訴訟に対する各種判決様式の検討という問題が「喫緊の重要性」⁶⁵を有していることから、司法権・違憲審査権に関する従来の固定観念をいったん除去して上記のような手法の可能性を検討する必要性を、本稿でもあらためて強調しておきたい。さらにこの点に関連する日本の事例として、諫早開門間接強制事件に関して、諫早湾干拓地の排水門の開放を命令した確定判決である福岡高裁平成 22 年判決⁶⁶に国が従わないため間接強制として課された制裁金を、一日あたり 45 万円（一人あたり 1 万円）から一日あたり 90 万円（一人あたり 2 万円）に増額した平成 27 年最高裁決定⁶⁷が注目される。この事例は、具体的作為命令の執行に際し、これが政府に対する執行であっても、法律の根拠があれば過度に抑制する必要がないという姿勢を日本の裁判所が示した例ということもできよう。この事例から、憲法上の司法権・違憲審査権に最低限付随する権限として、憲法の権利規定を直接の根拠として同様の強制権限の発動が可能となるという帰結が当然に導かれるとはいえないであろうが、本稿の立場からは注目される。

63 なお、Arizona 州憲法の英語公用語化規定や Washington 州のチャーター・スクール法は州民による直接投票制度を通じて制度化されたものであり、このような場合に州司法がどのように対処するべきかという問題は、日本の司法と異なる考慮要素であるといえる。州民投票制を念頭におきつつ州司法のあり方を考察したものとして、以下の文献を参照。安部圭介「アメリカ憲法における直接民主主義の要素と司法権の役割—単一主題のルールに関する Oregon 州最高裁判所の判決を素材として」アジア太平洋研究 39 号 101 頁 (2014)。

64 藤井・前掲注 (2) 283(124)～282(125)、280(127)～279(128)頁。

65 巽智彦「法令等の違憲・違法を宣言する裁判の効力—「違憲判決の効力論」を手がかりとして」成蹊法学 83 号 152(183)頁、150(185)～149(186)頁 (2015)。

66 福岡高判平成 22 年 12 月 6 日判時 2102 号 55 頁。

67 最一決平成 27 年 12 月 21 日裁時 1620 号 4 頁。

第二に、古い時代に制定された憲法規定が政策的に不当・不合理な（いわば時代遅れな）内容のものであって、あるべき政策としては当該憲法規定を無視する（またはあるべき政策に合わせて憲法規定の内容を曲げて解釈する）のがよいと考えられる場合であっても、司法府はその憲法規定に形式的に従わなければならないかという問題がある。Washington州のチャーター・スクール判決は、この問題を考える素材として有用な事例だといえよう。この事例で問題となった州憲法規定（9条2節）は、日本でいえば大日本帝国憲法が制定された年にあたる1889年に成立した古い規定であり、本件考察対象がチャーター・スクールの長短ではなく本件州法の合憲性の問題であることを念押しする州最高裁判決の冒頭部分は、同規定（およびこれに基づく判決結果）が政策としては必ずしも賢明なものであるとはいえないという考えを濃厚に匂わせていたといえることができる。しかし州最高裁は、私立学校に子どもを通学させる資力のない家庭の子女に安価で良質またはニーズに合致した教育を提供しようとするチャーター・スクールが政策として望ましいものであるという考えからこれを合憲とするのではなく、100年以上前に成立した古い州憲法規定に照らし本件州法が違憲であるという判断を下したのであった⁶⁸。この態度は、望ましい政策論をそのまま正しい憲法解釈論として正当化するのではなく、憲法規定の意味内容が望ましい政策に合致しない場合には、それに応じて法令を改変するか、または憲法改正権者が望ましい政策に合わせて憲法規定を改変できるよう憲法改正を發議するかという選択を、州民と政治部門に委ねたものと評価できる。そしてこのような姿勢は、憲法解釈を科学ではなく実践と位置づけ、従来しばしば望ましい政策論をそのまま正しい憲法解釈論として正当化してきたように見受けられる日本の一部憲法学説とは大いに異なるように感じられる。その種の憲法学説の背後には、日本国憲法の諸条項が政策的に不合理な内容を含有することがあってはならないという、いわば「憲法の無謬性」ドグマとでもいうべき想定があるようにみえるが、研究対象の聖典化が当該学問分野の自由度を毀損する弊を生むこ

68 Washington州憲法9条2節の起草者意図に照らし、チャーター・スクールは一般的で統一的なコモン・スクール制度に包含されないことを指摘していたものとして、以下の文献を参照。L. K. Beale, Note and Comment, *Charter Schools, Common Schools, and the Washington State Constitution*, 72 WASH. L. REV. 535 (1997).

とはいうまでもない。筆者はかつて、日本の憲法学説に意外にも「現状追認的な傾向」があることを指摘し、いくつかの例をあげたことがあるが⁶⁹、その傾向の背後には「憲法の無謬性」を主張することによって憲法改正の不要性を正当化しようという意識的または無意識的な実践的意図があった可能性も考えられよう⁷⁰。このような先入観ないし固定観念をいったん除去し、日本国憲法が想定する司法権・違憲審査権のあり方を再考することが、学問としての憲法学にとっては必要であるように思われる。

第三に、司法府は立法府との対話を通じて憲法価値の実質の実現を図るべきかという問題がある。Arizona州の事例やWashington州の教育予算訴訟の事例では、連邦裁判所または州裁判所が長期間にわたって管轄権を保持し、州議会および州政府を相手あるいは命令を発し、あるいはその履行を一定期間猶予するなどの措置を通じて、判決内容の漸次的な実現を試みている。この事態を、司法府が立法府との対話を通じて憲法（または連邦法）の要請の実現を図る営みとみることもできよう。日本でも近年、マイルドな手法を通じて立法府に対する根気強い説得を行う司法府の行為を対話的司法と位置づけ、ときにこれを積極的に評価する見解が注目される⁷¹。しかし、本稿でみたアメリカの事例の場合には、日本型の対話的司

69 筆者がそこで例示したのは、天皇の公的行為、7条解散、法人の人権享有主体性、弱者保護法制、内閣の法案提出権、私学助成に関する議論であった。藤井樹也「違憲性と違法性」公法研究71号112頁、119頁、124頁注(47)(2009)。近年の状況に鑑みると、ここに自衛力保持および緊急事態条項の問題を加えてしかるべきであるように思われる。これに対し筆者はかつて、後者を憲法改正論の課題であると位置づけた。藤井樹也「9.11と日本国憲法」アメリカ法2006-1号26頁、38～39頁(2007)。また、前稿では前者についても憲法改正の必要性を指摘した(次注を参照)。

70 これに対し私見によれば、日本国憲法に含まれる政策的に不当・不合理な規定の例といえるのが9条2項であるが、かりに当該条項に反すると思われる法令の憲法適合性の問題が訴訟の土俵に乗ってきた場合には、司法部門としては政策的考慮を排して違憲判断を下すことが憲法上の職務というべきだと考える。藤井樹也「回避法理と憲法の最高法規性」成蹊法学83号210(125)頁、191(144)～190(145)頁(2015)。

71 立法府と司法府の対話的關係に注目する文献として、佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』(2013)、釜田泰介「司法審査制の下での立法府と司法府の権力関係—議員定数不均衡訴訟50年を振り返って—」同志社法学351号91頁(2011)を参照。また、2015年秋の関西憲法判例研究会において、政治・社会

法とは根本的に異なる部分がある。すなわち、アメリカの事例においては、裁判所がいったん違憲判断を下したうえで、救済・執行段階では政策的考慮を加えつつその裁量により柔軟な対応を行うのに対し、日本の場合には、合憲・違憲判断の部分で手加減を加えた（つまり違憲の主張をする当事者を敗訴させ政府側を勝訴させた）上で、傍論中でのメンションなどを通じて（いわば本人の自覚を促すような形で）政治部門に対する根気強い対話が試みられている点である。筆者はかつて、アメリカの司法府と立法府の関係を手がかりに、立法府が積極的に社会問題に取り組み、司法府による違憲判断が下されればそれを受けて立法府が手直しをするというダイナミズム—いわば司法府と立法府との間のキャッチボール—が日本でももっとあってよいと指摘したことがあるが⁷²、これは違憲判断を受けたいうで政治部門がそれに応じた手直しのコストを払うという関係を想定してのものであった。日本型の対話的司法は、権利を主張する原告に形式上の勝訴という見返りを付与しない点で問題であり、そこからはまた思いがけない副作用も生じているように思われる。すなわち、アメリカでは、権利を主張する原告側にとって訴訟を提起し裁判で争い報酬を得る「リティゲイタ」と称される類型の弁護士が存在するが、クラス・アクション制度や成功報酬制と相まって、この種の弁護士職は単に一攫千金を目指す活動としてではなくビジネスとして十分に成立しているように見受けられ、またリティゲイタの活動が権利の実現や法の発展に大きく貢献しているように感じられる。これに対して、日本のいわゆる人権派弁護士は、どちらかといえば

領域と司法府の「対話」をテーマとする尾形健報告があった由であるが、残念ながら筆者は在外研究中であったため直接拝聴することが叶わなかった。

- 72 「(アメリカでは) 例えば、残虐ゲームのような社会問題に対して州議会が規制を試み、その問題点が連邦最高裁によって明らかにされています。それを受けて、そういう問題をまた議会の側で手直ししていくことになるでしょう。このような議会と裁判所の相互作用のようなものが読み取れるように思いました。」「例えば日本でも、東京都による児童ポルノ規制が話題となり、いろいろな批判がありました。私などは、地方議会が積極的に社会問題に取り組み、どんどん裁判所で争って、ダメなら違憲判決を出し、それを受けて議会がまた手直ししていくというダイナミズムがもっとあっていいと感じています。」浅香吉幹=駒村圭吾=笹倉宏紀=芹澤英明=東川浩二=藤井樹也「座談会 合衆国最高裁判所 2010-2011 年開廷期重要判例概観」アメリカ法 2011-2号 301頁、393頁（藤井樹也発言）(2012)。

裁判ビジネスで十分な報酬を得ることが美德であるとは観念されず、その活動が政治的主張を動因とする報酬度外視の団体活動ないし政治運動の一部となっている場合もあるように思われる。しかしむしろ、憲法訴訟分野での健全なリテゲイタを育成してこれを安定したビジネスとして成立させることが重要なのであり、そのためには、憲法訴訟において権利主張を行う原告に形式上の勝訴という形での報償を付与することの意味を再検討する必要があると考える⁷³。

第四に、違憲判断が政治的・社会的混乱をもたらし、無駄なコストを生じさせることを理由に、司法府が違憲判断を差し控えるべきかという問題がある。この点で、Washington州最高裁による *McCleary* 判決は、州政府・州議会に大幅な予算の増額を迫り、州政に大混乱を生じさせ、その混乱は現在でも継続している。また、チャーター・スクール訴訟では、州最高裁が現実に通学中の生徒が存在するチャーター・スクールを州憲法違反とした点で、日本の常識からすれば驚くべきものであった。この違憲判決は資金源を明確化する法改正を行えば州議会の判断で解決可能であるともいえ、見かけほど大きな混乱が生じていないとの理解も可能であるが、形式を整えるだけのために法改正の手間をかけさせること自体が、政治資源の無駄使いになっていることは確かであろう。しかしこのように、違憲判断によって大いに無駄な政治的・社会的コストが生じているにもかかわらず、Washington州の政治部門は当然のようにその後始末に取り組み、ときに予算不成立の危機に直面しながらも州最高裁とのやりとりを繰り返しながら事態の解決に向けた諸措置を重ねているのである。これらの事例から、違憲判断によって生じる政治的・社会的停滞を、司法権・違憲審査権の有効な機能のために支払うべきコストとして甘受すべきであるという観念についてあらためて考える必要がある。この点で、広島市暴走族追放条例判決⁷⁴の藤田宙靖反対意見と田原陸夫反対意見が、多数意見の合憲限定解釈が合理的通常人の理解の域を超え、精神的自由に対する萎縮効果を生

73 このことは、抽象的な政治的・社会的正義の実現よりも、具体的な当事者の権利・利益の救済を弁護士の第一次的任務とみる見方とも関連している。この点との関わりで、司法制度改革に際し「自助支援型弁護士モデル」の可能性を論じた興味深い論稿として、以下の文献を参照。川嶋四郎『民事救済過程の展望的指針』89～94頁（2006）。

74 最三判平成19年9月18日刑集61巻6号601頁。

じさせるためいったん法令違憲とし、議会による適用範囲の限定と明確化の手間をとらせるべきだと主張した意味を考え直す必要がある。すなわち、法改正により結果的には合憲限定解釈をするのと同じ規制が実現されることから、違憲判断は資源の無駄であるともいえるにもかかわらず、このような手続的コストを払うことに意味を認める考えである。前述の憲法学の現状追認的傾向にも、議論の「実益」がない場合には無駄な違憲論を主張しないというコスト思考が含まれていたように思われる。しかし例えば、「いずれにせよ談合的解散が可能なので7条解散違憲論には実益がない、だから違憲という必要はない」と論じるべきか、「7条解散を違憲としたうえで、憲法の関係規定を改正しないのであれば、無駄なようでもいちいち69条解散の形式をふませることに意味がある」と論じるべきか。このような問題を、あらためて考えてみる必要がある。

おわりに

以上、本稿では、第一に Arizona 州の事例を、第二に Washington 州の事例を紹介し、第三にこれらを素材として司法権・違憲審査権のあり方に関する四つの問い—すなわち、①司法府が憲法上の要求を実現するため、立法府がその履行に消極的である場合にも是正要求をすることができるのか、②憲法規定が政策的に不当・不合理な内容のものである場合であっても、司法府はその憲法規定に形式的に従わなければならないか、③司法府は立法府との対話を通じて憲法価値の実質的实现を図るべきか、④違憲判断が政治的・社会的混乱をもたらし、無駄なコストを生じさせることを理由に、司法府が違憲判断を差し控えるべきかという諸問題—について若干の考察を行った。

近年日本では、「立憲主義」の語が流行している感があるが、この用語は各論者によって（しばしば好ましいものを形容する概念として）多様な意味で使用され、ときには既存の憲法規定を絶対視し改変を禁止すべきであるとの主張（いわゆる「護憲」）の意味に使用されるケースも散見されるようである。これに対し、本稿の立場から立憲主義の概念に何らかの意味を見出そうとするならば、以下の2点が考えられる。第一に、いかに政策的に不当・不合理な憲法規定であっても、また、いかに時代遅れな憲法規定であっても、それが存在する以上は存在しないものとして扱ってはならないということである。そして第二に、そのような不当・不合理な（あ

るいは時代遅れな) 憲法規定と下位の法規範・事実との間に上下矛盾が生じている場合には、司法権・違憲審査権の担い手である裁判所は、明確な違憲判断を示したうえで、憲法上付随する救済・執行権限の行使に関してはその柔軟な裁量のもと、下位の法規範・事実の除去を命じる一方で、事情に応じ一定の猶予期間を設定して、憲法改正の発議を含めた政策選択の余地を政治部門に与えなければならないということである。この種の不当・不合理な憲法規定の延命は、第一次的には憲法改正権者の懈怠責任というべきであろうが、憲法改正権者が正しい判断を示すためにはその条件整備が必須であって、それは司法部門・政治部門の責任である。立憲主義の概念になんらかの意味があるとすれば、このような無駄ともみえる手間をかけコストを支払うことにより手続的正当性を確保するという手続的価値にあるのであって、特定の実体的価値の固定化にあるのではない。また、立憲主義の観念が個々の憲法規定の改正という選択肢を論理的に排除するかなのような誤導的な論は、政治的思惑という以外に説明困難であり、法律論としては避けるべきであろう。

本稿では先入観や固定観念をいったん除去して司法権・違憲審査権のあり方に対する一般的・根源的な考察を試みたが、現実には各国の政治的、社会的その他の制約により、憲法が想定したように司法権・違憲審査権が機能しないケースがありえよう。そのような場合に、司法権・違憲審査権のあるべき機能を実現することは政策論の課題であり、下位の法令の改廃によってそれが達成できない場合には、あるべき政策の実現は憲法改正論の課題となろう⁷⁵。そのためにも、諸国の憲法状況との比較法的考察を通じた一般的・根源的考察にはなお意味があるというべきである⁷⁶。

75 この点との関係で、2008年の憲法改正によって事後審査制を導入したフランスの事例など、諸外国の状況を注視してゆくことには今後とも価値があると考えられる。フランスの憲法改正による憲法院の権限変更については、池田晴奈「1958年憲法におけるフランス違憲審査制の制定経緯—2008年憲法改正による事後審査制導入に見る—」同志社法学 351号 447頁 (2011)、井上武史「フランス憲法院への事後審査制導入の影響—通常裁判所の法解釈に対する違憲審査—」岡山大学法学会雑誌 62巻 1号 164頁 (2012)を参照。

76 本稿は成蹊学園の助成による平成 26～28年長期在外研修の成果の一部である。