

子ども、親、政府(二)

——アメリカの憲法理論を素材として——

目次

はじめに

第一章 公教育における親と政府の関係

一、分析の視点

二、親の選択権

(a) 家庭教育の選択

(b) 学校の選択

三、親の拒否権

(a) 課目の履習拒否

(b) 行事の拒否

子ども、親、政府(一) 米沢

米 沢 広 一

四、親の参加権

- (a) 障害児の親の参加
 - (b) 英語を話す能力に劣る生徒の親の参加
 - (c) 低所得家庭の親の参加
 - (d) 一般教育プログラムへの親の参加
- 五、親と政府の関係

第二章

子どもと政府の関係

一、分析の視点

二、手続的権利

- (a) 少年裁判所
- (b) 生徒の懲戒処分
- (c) 体罰

三、表現の自由

- (a) 「狸夔」的表現
- (b) 象徴的表現
- (c) 学校新聞等の発行
- (d) 学校図書館からの本の除去

四、避妊の自由

五、髪型、服装の自由

六、夜間外出の自由

七、子どもと政府の関係 (以上本号)

第三章 医療における子ども、親、政府の関係

一、分析の視点

二、妊娠中絶

三、精神病院への入院

四、治療一般

五、子ども、親、政府の関係

むすび

第二章 子どもと政府の関係

一、分析の視点

第一章では、公教育を素材として、親と政府の関係を分析したが、それらの事例での当事者は親と政府であり、子ども自身は必ずしも前面に現われていたわけではなかった。しかし、一九六七年の *In re Gault* (387 U. S. 1) 以降、子ども自身が当事者となって政府と争う事例、または子ども自身は当事者でなくとも子どもの権利そのものが正面から争われる事例が、多くみられるようになった。⁽¹⁾そこにおいて、裁判所は、子どもにも憲法上の権利の保障が及ぶとの前提にたつたうえで、どのような場合に子どもは成人と同等の権利保障をうけないのか、それはどのような根拠によるのか、などの問題を検討し始めている。⁽²⁾それに加えて、学説上および立法上においても、子どもの権利への関心が高まっている。⁽⁴⁾そこで本章では、次のような視点にたつて、子どもの権利保障の問題を、⁽⁵⁾具体的

子ども、親、政府 (一) 米沢

脈絡に即して分析したうえで、子どもと政府の関係についての全体的枠組を探ってみることにする。まず第一に、⁽⁶⁾子どもの権利は、親の権利から完全に独立した独自の権利として扱えられうるのか、また、子どもの権利は親の教育権によってどのような影響をうけるのか。第二に、子どもの権利保障は、成人と比べてどのような違いがあるのか、また、その違いは当該権利のどのような特性の故に生じてくるのか。第三に、子どもの権利制限の場合、合憲性判定の基準は成人の場合とどのように異なるのか。すなわち、どのような合憲性判定基準が成人の場合よりも緩和されるのか、また、緩和される場合にはどの程度緩和されるのか。⁽⁷⁾第四に、子どもにどの程度の権利が保障されるのかを決定するに際しては、子どもの年齢差や個人差はどのように考慮されるのか。第五に、子どもの権利が学校において制限された場合、それは子どもであるが故の制限であるのか、それとも、子ども—成人にかかわらず、教育環境維持のための制限であるのか。

- (1) Dembitz, "The Supreme Court and a Minor's Abortion Decision", 80 Col. L. Rev. 1251, 1252-3 (1980); Geiser, "The Rights of Children," 28 Hasting L. J. 1027, 1034-5 (1977).
- (2) See "Developments in the Law—The Constitution and the Family," 93 Harv. L. Rev. 1156, 1358 (1980).
- (3) 子どもの権利についての先駆的業績については、see Forer, "Rights of Children: The Legal Vacuum," 55 A. B. A. J. 1151 (1969); Foster, JR. & Freed, "A Bill of Rights for Children," 6 Fam. L. Q. 343 (1972).
- (4) アメリカでの子どもの権利についての議論を紹介したものとして、石川稔「子どもの権利」ジュリッポ六七号三八頁（一九七六年）参照。
- (5) わが国でこの点を論じたものとして、中村睦男「未成年者と基本的人権」L. S. 五五号三四頁（一九八三年）、広沢明

「子どもの人権の試論的考察」早大大学院法研論集二七号一九七頁（一九八二年）、等参照。

(6) 子どもの権利保障は、本章で検討する事例以外にも、信教の自由、集会、結社の自由、学校のロッカールの検査、など多くの脈絡において問題になるが、それらについての検討は、別の機会に譲りたい。

(7) See "The Supreme Court, 1977 Term," 92 Harv. L. Rev. 57, 160 (1978).

二、手続的権利

(a) 少年裁判所

当初、少年裁判においては、刑事裁判とは異なり、陪審による裁判をうける権利、裁判の公開、黙秘権、弁護人依頼権などが認められず、きわめてインフォーマルな手続がとられていた。⁽¹⁾二〇世紀初頭の約二〇年間、州裁判所および連邦下級審で、少年裁判所法の合憲性が争われたが、その大部分において合憲との判断がなされた。しかし、一九五〇年代以降、州裁判所や連邦下級審で変化が現われ、六〇年代にはいくつかの州で少年法の改正がなされた。⁽²⁾そして、六〇年代後半のいくつかの連邦最高裁判決によって、少年裁判所での手続的保護の問題が、脚光をあびることになった。

一六才の少年に対してなされた少年裁判所から刑事裁判所への移送決定を無効とした *Kent v. U. S.* (383 U. S. 541 [1966])⁽³⁾において、フォータス法廷意見は、「われわれは、審理は刑事公判上のすべての要件を満たすべきであるとしているのではなく、通常の行政審理の要件を満たすべきであるとしているのでもない。しかしわれわれは、審理はデュー・プロセスと公正な取扱いの本質にかなうものでなければならぬと判断するものである」(at 561)

と述べた。ついで、一五才の子どもの釈放を親が求めた事例である *In re Gault* (387 U. S. 1 [1967])⁽⁴⁾ において、*フォータス* 法廷意見は、少年裁判所においても、被疑事実の適切な告知、弁護士依頼権とその告知、反対尋問権、黙秘権とその告知が、保障されねばならないとした。その際に法廷意見は、*デュー・プロセス* 条項が「成人専用」の規定ではないことはすでに先例判決によって認められており (at 13)、わが憲法の下では少年だからといってカングルー式裁判「正式な手続を無視して行われる恣意的な裁判」にかけていいことにはならない (at 28) と述べて、手続的保護が子どもに及ぶことを強調している。また、政府の *パレンス・パトリエ* 権限についても、次のように述べている。「このラテン語「*パレンス・パトリエ*」は、少年を憲法的保障の枠組から排除する理由づけを求めている者には大きな助けとなることを立証した。しかし、その意味するところはあいまいであり、その歴史的根拠が少年裁判にとって関連性を有しているか否かは疑わしい」(at 16)。この言葉は、衡平法裁判所において、子どもが少年裁判と身体を保護する政府の権限を示すものとして用いられたが、刑事法の歴史には、この法理の跡は存しない、と。ただし、法廷意見は、「われわれはこういったからといって、少年裁判手続を卑しめたり、犯罪少年に関する制度に貴重な側面がないと示唆するつもりはない」(at 22) と述べているように、*パレンス・パトリエ* の理念に導かれた少年裁判所の理念そのものを否定しているわけではない⁽⁵⁾。すなわち、*Gault* 判決は必ずしも、少年裁判にも刑事裁判と全く同等の手続的保障が必要であったのではなかった⁽⁶⁾。

この点は、一五才と一六才の少年が陪審裁判をうける権利を主張した事例である。 *McKeiver v. Pennsylvania* (403 U. S. 528 [1971])⁽⁷⁾ によって、明示的に確認された、*ブラックマン* 多数意見は、まず「当裁判所は、犯罪に

つき訴追された成人に対し憲法上保障されるすべての権利が、少年裁判手続における少年にも強行され、適用されるべきであるとまでは述べていない」(at 533)とする。そして、本件で求められている陪審裁判をうける権利について、次のように述べる。刑事訴追において公平な陪審裁判をうける権利は、修正六条によって保障されている。しかし、そのことから自動的に、少年裁判所においても陪審裁判をうける権利が保障されるとの帰結が、生じてくるわけではない。告知、弁護人依頼権、反対尋問権、立証の基準などの要件は、少年裁判所での正確な事実認定のために必要であるが、陪審はそうではない。陪審裁判が憲法上の要件とされるならば、少年裁判手続は完全に対審化し、親しみのあるインフォーマルな保護手続の理想が消滅する恐れがある(at 540-5)と。

これらの連邦最高裁判決⁽⁸⁾については、次の点に留意する必要がある。まず第一に、これらの判決は、少年裁判手続にもデュー・プロセス条項の保障が及ぶことを明らかにし、子どもの権利論の幕あけともいべき位置を占めている。なお、これらの判決の影響をうけて、現行州法の多くは、少年裁判における手続的保障の要件を規定している⁽⁹⁾。しかし第二に、これらの判決は、少年裁判での手続的保障は刑事裁判でのそれと全く同等である必要はない⁽¹⁰⁾と述べ、少年裁判手続においても子どもは成人と同等の憲法上の保障をうけねばならないという考え方を、否定している。第三に、これらの判決から、子どもと親の關係についての連邦最高裁の一定の考え方が、よみとれる。すなわち、Gault判決は、子どもの自由だけでなく親の監護権が脅やかされていることを理由にして、子どもと親の両者に被疑事実の事前の告知が与えられねばならないとし(at 33-4)、弁護人依頼権が子どもと親の両者に告知されねばならず、その権利は子どもと親の両者に帰属するとしている(at 41-2)。また、自己帰罪拒否特権の放棄の有

効性は、子どもの年齢だけでなく親の立会いの有無や能力に依拠している (at 55) とも述べている。子どもと親を一体的に把えるこのような考え方は、少年裁判での子どもの「自由」が伝統的な成人の「自由」とは異質のものを含んでいることを、示唆しているといえる。⁽¹²⁾

- (1) 松尾浩也「少年法と適正手続」ジュリ四六四号八四頁(一九七〇年)。
- (2) 松尾浩也「アメリカ合衆国における少年裁判所運動の発展」(一九七三—二) アメリカ法二〇八、二二三頁。
- (3) 本件の紹介として、「少年の刑事処分手続」ジュリ三七七号九八頁(一九六七年) 参照。
- (4) 本件の全訳として、松尾浩也「菊池和典訳」ジュラルド・ゴルト事件「家庭裁判月報二〇巻五号」三頁(一九六八年) 参照。
- (5) 田宮教授は、Gault 判決が批判しているのは、パレンス・パトリエの思想それ自体ではなく、「それが少年裁判所の理念として援用されることになった歴史的過誤」と、「パレンス・パトリエの援用がデュー・プロセスの欠如を正当化したこと」に対してである、としている(「少年審判とデュー・プロセス」家庭裁判月報二四巻一一号二二頁(一九七二年))。
- (6) Walkover, "The Infancy Defense in the New Juvenile Court," 31 UCLA L. Rev. 503, 520 (1984).
- (7) 本件の紹介として、松尾浩也「少年法に関する連邦最高裁の新判例」例夕二六五号二二頁(一九七二年) 参照。また、本件の全訳として、高井吉夫「マッキーバー事件」家庭裁判月報二四巻七号一三二頁(一九七二年) 参照。
- (8) これらの判決以外にも、非行少年の予防拘禁制度をデュー・プロセス条項に違反しなかった Schall v. Martin (104 S. Ct. 2403 (1984)) などの判決があるが、ここでは取り上げない。
- (9) Walkover, supra note 6, at 524.
- (10) See "Note: The Minor's Right to Abortion and the Requirement of Parental Consent," 60 Va. L. Rev. 305,

315 (1974); Smith, Jr., "An Analysis of When Juveniles Must Be Afforded Due Process Rights," 58 Neb. L. Rev. 136, 139 (1978).

(11) See Rosenberg, "The Constitutional Rights of Children Charged with Crime: Proposal for a Return to the not so Distant Past," 27 UCLA L. Rev. 656 (1980).

(12) See Garvey, "Child, Parent, State, and the Due Process Clause: An Essay on the Supreme Court's Recent Work," 51 S. Cal. L. Rev. 769, 776-7 (1978).

(b) 生徒の懲戒処分

生徒の懲戒処分に際して、手続的保護が及ぶのか、及ぶとすればどのような内容の手続的保護が必要であるのかについて、連邦下級審と州裁判所の判断は、必ずしも一致していなかった。⁽³⁾連邦最高裁は、一九七五年の *Goss v. Lopez* (419 U. S. 565) において、この点について初めての判断を示した。本件において、事前の手続的保護なしに一〇日間の停学処分をうけた公立の中等学校の生徒九名が、事前の手続的保護を規定していないオハイオ州法(ただし、同法は事後の親への告知と教育委員会での聴聞については規定していた)がデュー・プロセス条項に違反するとの宣言的判決等を求めて出訴した。ホワイト法廷意見はまず、後述の *Finker v. Des Moines Independent Community School District* (393 U. S. 503 [1969]) を引用して、生徒は校舎の入口で憲法上の権利を放棄するわけではないと述べ、生徒の懲戒処分にもデュー・プロセス条項が適用されることを確認する。そして第一段階の審査として、生徒がデュー・プロセス条項によって保護されるべき「財産」または「自由」を有するか否かを検討する。この点については、生徒は公教育を受ける正当な資格 (entitlement) を有し、かつ、停学処分が将

来の高等教育や雇用の機会を害することを理由に、「財産」と「自由」を有するとみなす。次に第二段階の審査として、与えられるべき手続的保護の内容を検討する。この点については、停学処分の際には、少なくとも事前の「ある種の告知とある種の聴聞が与えられねばならない」(at 579)と述べる。そして利益衡量により、本件の場合には、処分の原因となった非行についての事前の口頭または書面による告知が生徒に与えられねばならず、生徒がその事実を否認する場合には、処分の前に学校側が有する証拠の説明と生徒側の言い分を提示する機会が与えられねばならないとした。ただし、法廷意見は、当人の存在が人や財産に対する継続的危険または学業課程を崩壊させるような進行中の脅威となっているような特殊な場合には、即座の処分が許されるが、その場合にもできるだけ早く事後の告知と聴聞が与えられねばならないとしている。また、法廷意見は、一〇日間のような短期間の停学処分に際して、上述の要件以外に、弁護士依頼権、反対尋問の機会などを与えることは、かえって教育プロセスの実効性を破壊するとしている。

Goss 判決については、次の点に留意する必要がある。まず第一に、同判決の意義としては、(i)生徒の懲戒処分にもデュー・プロセス条項が適用され、(ii)短期間の停学処分の際には原則として事前の告知と聴聞が必要であるが、(iii)教育プロセスの実効性確保の視点から、そこで与えられる聴聞はインフォーマルなものでよいとした点が、あげられる。ただし、第二に、同判決からは、長期間の停学処分、「退学」(expulsion)⁽⁴⁾ 処分、学業不振を理由とする落第処分⁽⁵⁾などの場合に、どの程度の手続的保護が与えられるべきかについては、明らかにはならない。⁽⁶⁾ 第三に、同判決は親の手続的権利に直接言及していないが、本件でのオハイオ州法を含む多くの州法が、手続的保護の対象

を子どもだけでなく親にまで拡大している点に、注目する必要がある。たとえば、メリーランド州法⁽⁸⁾は、五日以内の停学処分の際して、生徒または親に対して停学期間中の校長との協議の場が与えられねばならないとしている。また、バージニア州法⁽⁹⁾は、一〇日以上停学処分または「退学」処分を行うに先だつて、処分の事実と理由、教育委員会で聴聞をうける権利を有していることを、生徒と親に書面で告知せねばならない、と規定している。また、中には、サウス・カロライナ州法⁽¹⁰⁾のように、停学処分の告知の対象者や学校側との協議への参加権者を親とし、子どもの参加については言及していないものもみられる。このように、懲戒処分の際には、子どもだけでなく親にも手続的権利が保障されていることが多い。その理由としては、(i)子どもには十分な弁論能力が備っていないので、親が子どもの主張を代弁する方が、子どもの利益になる、(ii)親が学校規則に反対している場合には、その学校規則に子どもが従わなかったことを理由とする懲戒処分は、親の教育権への直接的侵害となる、(iii)懲戒処分に対する親と子どもの見解や利益が異なることが、例外的に生じうる⁽¹¹⁾、などの点が考えられる。このように、懲戒処分の際の手続的保護の問題についても、親の位置づけを考慮することが必要となる。そこでの親と子どもの関係について一般的に述べるならば、子どもの年齢が低い場合には、主に主体は親であり、子どもの年齢が上がるにつれて主体は子どもに移っていくといえる。ただし、親と子どもの利益が反する場合には、両者に独自の手続的保護が与えられねばならない⁽¹²⁾、と思われる。

(1) 大学生の懲戒処分に対する手続的保護については、See "Developments in the Law—Academic Freedom," 81 Harv. L. Rev. 1045, 1134-43 (1968).

- (2) この判決の詳細については、see Buss, "Procedural Due Process for School Discipline: Probing the Constitutional Outline," 119 U. Pa. L. Rev. 545 (1971).
- (3) "Note: Procedural Due Process in Public Schools: The 'Thicket' of *Goss v. Lopez*," [1976] Wis. L. Rev. 934, 939 (1976).
- (4) 同判決はこの点についての判断を明示的では留保してゐる。なお、アメリカで用ゐられてゐる「退学」という言葉の意味は、必ずしもわが国の退学に合致しない。「退学」は、当該学年の残りの期間の出席停止や他の公立学校への強制的転校などを意味することがあり、その内容は一定してゐない（上原崇・アメリカの生徒の権利と義務二二六—三〇頁〔一九八四年〕参照）。
- (5) 大学生に関する事例もあるが、Board of Curators of University of Missouri v. Horowitz (435 U. S. 78 [1978]) は、学業不振を理由とする退学処分手続について、本件処分は学問上の専門的評価を必要とするので、独立した七名の教員による審査と手続的保護の要請が満たされつつある、と判断してゐる。See Buss, "Easy Cases Make Bad Law: Academic Expulsion and the Uncertain Law of Procedural Due Process," 65 Iowa L. Rev. 1 (1979).
- (6) See GOLDSTEIN & GEE, LAW & PUBLIC EDUCATION 325-9 (1980).
- (7) E. g., Mass. Gen. Law Ann. 76 § 16~18 (1982); Cal. Educ. Code § 48901-4 (1978).
- (8) Ann. Code of Maryland § 7-304 (1978).
- (9) Code of Va. § 22. 1-277 (supp 1984).
- (10) Code of Law of South Carolina § 59-63-230 (1976).
- (11) See Buss, supra note 2, at 587-9.
- (12) Ibid. 589.

(c) 体罰

教師による生徒への体罰⁽¹⁾に関する憲法上の争点としては、(i)教師による体罰は親の教育権の侵害にあたるか、(ii)体罰を加えるにあたって手続的保護が必要か、必要であるならばどの程度の手続的保護が必要か、(iii)体罰を加えることが修正八条の禁じる「残酷で異常な刑罰」にあたるか、などの点があげられる。第一の点については、判例上一貫して、教師は親の意向にかかわらず合理的な体罰を加えうるとされている。⁽²⁾ たとえば、*Baker v. Owen* (385 F. Supp. 294 [1975]) において、親の反対にもかかわらず教師が体罰を加えることは自己の子どもへの懲戒処分を決定する親の権利の侵害にあたるとの主張が、斥けられている。第二の点については、下級審の判断は一致していない。⁽⁴⁾ たとえば、*Sims v. Board of Education of Independent School District* (329 F. Supp. 678 [1971]) は、事前の告知、聴聞を与えずに体罰を加えても、手続的デュー・プロセスに違反しないとされている。他方、*Baker* 判決は、一定の行為を行った場合には体罰が加えられることの事前の告知、体罰を加える際の他の教員の立会い、体罰を加えた理由と立会人の氏名の親への告知(親からの要求があった場合)等の手続的保護の必要性を、示唆している。第三の点については、多くの下級審判決は、学校での体罰には修正八条は適用されないとしている。

連邦最高裁は、一九七七年の *Ingraham v. Wright* (430 U. S. 651)⁽⁶⁾ において初めて、公立の中等学校での体罰についての憲法問題を扱った。本件において、教師の指導に従わなかったために事前の手続的保護なしに板片で打たれた生徒が、当該体罰が修正八条および修正一四条のデュー・プロセス条項に違反するとして、宣言的および差止的救済を求めた。パウエル法廷意見は、修正八条については生徒の体罰には適用されないとする。修正一四条

の問題については、第一段階の審査として、体罰はデュー・プロセス条項によって保護されている「自由」とかかわっていると述べ、本件へのデュー・プロセス条項の適用を認める。次に第二段階の審査として、同州法の下では過度の体罰を加えた教師は民事・刑事上の責任を問われうるが、それを越えて、体罰を加える際に事前の告知と聴聞を要求することは、体罰が教育上実効的に用いられることを妨げることになるとして、事前の告知と聴聞は憲法上の要件ではないと結論づけている。

Ingraham 判決は、Goss 判決とは異なり、事前の告知と聴聞が憲法上の要件ではないとしているが、その相違は、Garvey によれば、次のように説明される。停学処分の場合、その期間中教育が中断され、その効果は進学や就職など将来にも継続するので、そのような害悪を避ける利益は、本人がその効果を認識しえるか否かにかかわらず（本人の年齢や判断能力の成熟度にかかわらず）、保障されるべきものである。他方、合理的な体罰から生じる苦痛は、一時的なものであり、継続性をほとんど有していない。体罰は、子どもの判断能力が十分発達していない場合には、何が許容されえない行為であるのかを示す効果的な手段となりうる。それ故、停学処分のように、被害の程度が本人の年齢や判断能力の成熟度と無関係である場合には、子どもは成人と同等の手続的保護を与えられるべきであるが、体罰のように、その効果が本人の成長段階によって異なる場合には、子どもは成人よりも低い程度の手続的保護を与えられる⁽⁷⁾、と。

次に、教師が体罰を加える際の親の位置づけを考察してみよう。連邦最高裁の判旨には、教師による体罰の問題から親の教育権を切り離して扱えていると思われる部分がある⁽⁸⁾。すなわち、Ingraham 判決は、初期の判決は教師

の体罰権限を親によって委任されたものとみなしていたが、義務教育の普及と共に現在では、子どもの適切な教育と集団の秩序維持のために必要な合理的体罰を学校当局自体が加えうるとみなされている (at 662) と述べ、教師の体罰権限を親から独立したものとみなしている。また、上述の Baker 判決も、連邦最高裁によって支持されている (aff'd, 423 U. S. 907 [1975])。しかし他方で、いくつかの州法は、体罰への親のかかわりを認めている。たとえば、キャリフォニア州法⁽¹⁰⁾は、「親または後見人による事前の書面での同意なくして、生徒に体罰を加えてはならない。書面での同意はそれが提出された学年度を通じて有効であるが、親または後見人は随時その同意を取り消すことができる」と規定し、同州法のみが、体罰に親の同意を必要としている⁽¹¹⁾。また、Ingraham 事件でのフロリダ州法⁽¹²⁾も、本件出訴後の一九七六年に次のように改正され、親への通知を要求している。(i) 教師が体罰を用いるためには前もって校長の許可を得ておかねばならないが、校長の許可は個々の体罰ごとに得る必要はない。(ii) 教師または校長が体罰を加える場合、その理由を前もって告げられた成人の立会いが必要である。(iii) 親から要求がある場合には、体罰を加えた理由と立会人の氏名を、親に書面で通知しなければならない。

(1) 教師による体罰を総合的に論じたものとして、牧征名『今橋盛勝編著・教師の懲戒と体罰』(一九八二年)、杉田荘治・学校教育と体罰(一九八三年)、同・アメリカの体罰判例30選(一九八四年)参照。なお、わが国においては、学校教育法 一条により、教師による体罰は禁止されている。

(2) See, e. g., Ware v. Estes, 328 F. Supp. 657 (1971); Gonyaw v. Gray, 361 F. Supp. 366 (1973).

(3) "Note: Corporal Punishment in Public Schools: Constitutional Challenge After Ingraham v. Wright," 31 Vand. L. Rev. 1449, 1455 (1978).

- (4) Ibid. 1457-8.
- (5) See, e. g., *Gonyaw v. Gray*, *Supra* note 2.
- (6) 本件の紹介として、熊本信夫「最近の判例」〔一九七八—〕アメリカ法二三三頁、片山等「親・教師の懲戒権と子どもの権利(上下)」青山社会科学紀要一〇巻一頁、一一巻一―二七頁(一九八一―二年)参照。
- (7) Garvey, "Child, Parent, State, and the Due Process Clause: An Essay on the Supreme Court's Recent Work," 51 S. Cal. L. Rev. 769, 779-83 (1978).
- (8) See *ibid.* 779 n. 57.
- (9) *Ingraham* 判決が示すところによれば、二三州が体罰に関する州法を有している。そのうちの二つの州法が体罰を全面的に禁止し、いくつかの州法が何らかの親のかかわりを認めている (at 662)。体罰に関する州法を図表にして対比したものとして、上原崇・アメリカの生徒の権利と義務一六二―三頁(一九八四年)参照。
- (10) Cal. Educ. Code § 49001 (a) (1978).
- (11) GOLDSTEIN & GEE, LAW & PUBLIC EDUCATION 430 (1980).
- (12) Fla. Stat. Ann. 232. 27 (1977).

三、表現の自由

(a) 「猥褻」的表現

連邦最高裁は、*Ginsberg v. New York* (390 U. S. 629 [1968])⁽¹⁾ において初めて、成人にとって猥褻とはいえないものでも子どもにとっては猥褻になりうること(年齢による可変的猥褻概念)⁽²⁾を、明確に支持した、本件で問題になった州法は、完全に不透明なおおいをかけずに、女性の尻部、乳首よりも下の胸部などを示し、かつ、それ

が(i)未成年者の好色的、恥ずべき、不健全な興味に主として訴え、(ii)未成年者が見るに適するものについての成人全体の考える支配的基準に明らかに反し、(iii)埋め合わせできるような社会的価値を全く欠いているような雑誌等を、一七才未満の者にそれと知りつつ販売する者を、軽罪とするものであった。上告人は、そのような雑誌を一六才の少年に販売したとして起訴されたが、その際に、一七才以上の者にとって猥褻にあたらぬ雑誌へのアクセスを一七才未満の者に禁ずることは、一七才未満の者の自由の剝奪となり違憲であると主張した。それに対して、ブレナン法廷意見は、子どもの行為への州の規制権限は成人の場合よりも広範に及ぶと述べたうえで、成人にとって猥褻にあたらぬものの販売を一七才未満の者に対して禁ずることは、次の二つの利益によって正当化されるとする。その第一の利益は、家庭において子どもの教育内容を決定する親の利益である。実際に同法は、何が「未成年者にとって有害」であるかを決定する基準として、「未成年者が見るに適するものについての成人全体の考える支配的基準」をあげており、未成年者にとって何が有害であるのかを決定する際の親を含めた成人全体の役割を認めている。更に、同法は、親が自分の子どもに読ませるために当該雑誌を購入することまでは禁じていない。第二の利益は、子どもの福祉を保護するという州独自の利益である。州裁判所判決が述べているように、子どもの監督は親に委ねるのが最善であるが、親の監督が常になされるとはかぎらないことや、子どもの福祉を保護する社会の利益によって、州による合理的な制限が正当化される。州は、子どもが自由で独立した市民に成長するように子どもを保護する利益を有している。法廷意見は、このように年齢による可変的猥褻概念を認めた後、猥褻は表現の自由の保障の範囲外にあるので、同法による制限を支持するにはそれが不合理でなければよいとして、同法を合憲と結論す⁽³⁾

けている。なお、スチュワート同意意見は、子どもは少なくとも一定の明確に限定された領域において、修正一条の保障をうける前提となる十分な選択能力を有していない、との指摘を行っている。

Ginsberg 判決と同日になされた Interstate Circuit, Inc. v. City of Dallas (390 U. S. 676 [1968])⁽²⁾ において、一六才未満の青少年に「適する」映画と「適さない」映画とに類別し、後者について、親に伴われない一六才未満の青少年の入場をそれと知りつつ許容した者、偽って入場した一六才未満の青少年などを処罰する市条例の合憲性が、映画業者によって攻撃された。それに対して、マーシャル法廷意見は、「性の混乱」、「好ましい、受け入れられる、または適切な」等の条例の文言が漠然として、違憲との判断を示している。その際に法廷意見は、注目すべき点として、許容される漠然性の程度は、子どもの表現に関する州の規制権限の程度に正比例するわけではない、との指摘を行っている。その理由としては、法律の適用をうける者と執行を行う者がその適用範囲を理解できるよう明確に規定することの必要性は、成人に関する法律と同様、子どもを保護する法律においても不可欠である、との点があげられている。

自動車乗り入れ用劇場で、ヌードが登場する映画を公道からみえるよう上映することを禁じる市条例を違憲とした Erznovich v. City of Jacksonville (422 U. S. 205 [1975]) において、市側は、同条例は子どもを保護するためのものであるとの主張を行った。その点につきパウエル法廷意見は、州や地方自治体は、成人よりも子どもに対する場合の方が、そのアクセスの対象をより制限しうるが、子どもも修正一条の保障を受けるのであって、子どもへの制限は狭く明確に限定された場合においてのみ許容される、とする。そして、子どもにとってすべてのヌー

ドが猥褻にあたるわけではないにもかかわらず、同条例がすべてのヌードを禁じている点で、同条例は過度に広汎であるとしている。

FCC v. Pacifica Foundation (438 U. S. 726 [1978])⁽⁷⁾ での争点の一つとして、ラジオ放送での「下品な」言葉の使用の禁止が、修正一条に違反するか否かが争われた。ステューブンス法廷意見は、ラジオ放送の特異性として、(i)ラジオは家庭生活の中に入り込んでおり、スイッチをつけると警告なしに聞きたくない内容の放送が耳に入ってくることもある。(ii)ラジオは読む能力のない幼い子どもでさえ容易に利用することができ、子どもの福祉と親の教育権を保護する州の利益が侵害されうる、との二点をあげ、合憲との判断を示している。

「猥褻」的表現と子どもの表現の自由との関係について言及している Ginsberg 判決以降の連邦最高裁判決は、以上のとおりであるが、深めるべき重要な点がいくつか残されている。その第一は、Ginsberg 判決が採り入れた年齢による可変的猥褻概念である。学説の多くは、基準の明確さなどを条件として、それを支持しているが、⁽⁶⁾「猥褻」的表現は成人よりも子どもに対しての方が有害であることの立証がなされていない、との批判もみられる。⁽⁷⁾年齢による可変的猥褻概念を採る場合には、基準の明確さに加えて、何才を「猥褻」的表現についての「未成年者」とみなすのか、⁽⁸⁾子どもの年齢差をどのように考慮するのか、⁽⁹⁾「猥褻」の範囲が過度に広汎ではないかなどの点を、慎重に検討することが必要である。⁽¹⁰⁾

第二に、子どもの表現へのアクセスを制限する規定の明確性の程度は、成人の場合のそれと同等であるべきか、という点が問題となる。Interstate Circuit, Inc. 判決は、その点を肯定している。それ故、連邦最高裁判決によ

れば、子どものアクセスしうる対象は成人に比べて制限されるが、制限規定の明確性は成人の場合と同等でなければならぬことになる。

第三に、これらの連邦最高裁判決の法理の妥当範囲が問題となる。Ginsberg 判決は、子どもにとって「猥褻」にあたる表現への、Interstate Circuit, Inc. 判決は、子どもに「適しない」表現への、FCC 判決は、「下品な」表現への、子どものアクセスが成人の場合と比べて制限されうることを示している。そこで、これらの判決の法理は、これらの事例だけでなく、表現の自由一般について妥当するのか。⁽¹¹⁾ という点が問題となる。

第四に、子どもの表現の自由については、親と子どもの関係を考慮に入れる必要がある。Ginsberg 判決は、合憲と判断したことの一つの根拠として、親が当該雑誌を自ら購入して子どもに与えることが可能である、との点をあげている。Interstate Circuit, Inc. 事件でも、親に伴われた場合は入場が可能であった。FCC 判決は、合憲と判断したことの一つの根拠として、ラジオ放送からの下品な言葉が親の教育権を侵害することをあげている。これらの事件ではいずれも、親の教育権の尊重が示されている。そこで、親の教育権尊重の見地から、親が「猥褻」的表現を子どもに与えることを立法上許容するのが、適切であると思われる。なぜならば、子どもには個人差があり、親が子どもに与えることも有害でない⁽¹²⁾と判断することがありうるし、また、同じ「猥褻」的表現であっても、親の説明や親との議論を伴ったならば、その効果が全く異なることもありうるからである。⁽¹³⁾ ちなみに、州法は一般に、その処罰対象から親を除外している。⁽¹⁴⁾ たとえば、キャリフォニア州法は、それと知りつつ未成年者に有害物 (harmful matter) を頒布した者等を処罰するとしているが、親による頒布、親に伴われてのアクセスを例外としている。

- (1) 本件の紹介として、時国康夫「最近の判例」〔一九六九—〕アメリカ法六六頁参照。
- (2) この点についての Ginsberg 判決以前の判例理論の詳細については、芦部信喜・現代人権論二〇九—六〇頁（一九七四年）参照。
- (3) 猥褻な表現を修正一条による保障の対象外とする連邦最高裁の見解自体を検討する必要があるが、ここでは論じない。
- (4) 本件の紹介として、時国康夫「最近の判例」〔一九六九—〕アメリカ法七〇頁参照。
- (5) 本件の紹介として、阪本昌成「最近の判例」〔一九八〇—〕アメリカ法一四八頁参照。
- (6) See, e. g., "Note: Separate Obscenity Standard for Youth: Potential Court Escape Route from Its 'Super-censor'," 1 Ga. L. Rev. 707, 730 (1967).
- (7) 芦部、前掲註(2)一四八—五一頁参照。
- (8) 大部分の州は、「一八才未満を「猥褻」的表現についての「未成年者」とみなしているが、フロリダとニュー・ヨーク州が一七才未満、ハワイ州が一六才未満を「未成年者」とみなしている (Israel & Burns, "Juvenile Obscenity Statutes: A Proposal and Analysis," 9 J. of Law Reform 413, 495 & n. 347, 348 [1976]) だが、Paramount Film Distributing Corp. v. City of Chicago (172 F. Supp. 69 [1959]) は、「一ニ才以上二ニ才未満の年齢制限を不合理とみなしている (at 72)。」
- (9) See Israel & Burns, *ibid.* 452.
- (10) See "Constitutional Law: Freedom of Expression of Minors Not Infringed by a Variable Obscenity Standard Stating Sufficiently Definite Classifications," 35 Brooklyn L. Rev. 109, 116 (1968).
- (11) See "Comment: Censoring the School Library: Do Students Have the Right to Read," 10 Conn. L. Rev. 747, 765 (1978).
- (12) Israel & Burns, *supra* note 8, at 422, 506.

(13) Ibid. 506-7. See, e. g., Hawaii Rev. Stat. tit. 37 § 712-1215 (1976).

(14) Cal. Pen. Code § 313. 1~2 (supp 1983).

(b) 象徴的表現

学校内の生徒の表現の自由を明確に認めた連邦最高裁判決が、*Tinker v. Des Moines Independent Community School District* (393 U. S. 503 [1969])⁽¹⁾である。本件において、公立学校の生徒が、親と相談のうえ、ベトナム戦争反対を示す黒い腕章をつけて登校したため、停学処分をうけた。そのうちの「一三才、一五才、一六才」の生徒が、停学処分の差止と名目的損害賠償を求めて出訴した。これに対してフォータス法廷意見は、次のように述べて原告の訴えを支持した。本件での腕章の着用は、現実のまたは潜在的な破壊行為とは全く別のもので、「純粹言論」にきわめて近いものである。修正一条の権利は、その適用において学校という特殊性が考慮されるけれども、教師および生徒に対して認められている。生徒や教師が校舎の入口で表現の自由を捨て去るとは、とうてい主張しえない。生徒は、学校内においても学校外においても、憲法の保障をうける「人」である。*Keyishian* 判決⁽²⁾は、教室は思想の市場であると述べている。生徒は「教育活動における適切な規律の維持を著しくかつ実質的に妨害せず、かつ、他の生徒の権利を侵害しない限り」、ベトナム戦争のような論争的問題についても、表現の自由を有する (at 513)。

Tinker 判決については、次の点に留意する必要がある。まず第一に、学校という場を離れた場合、子どもの表現の自由は成人と同等の保障をうけるのかという点が問題となる。この点について、法廷意見は必ずしも明確に答

えていない。そこで、Tinker 判決に対しては、(i)同判決は子どもの表現の自由が必ずしも成人と同等の保障をうけるわけではないことを明らかにしたものであるとする見方⁽³⁾と、(ii)教育環境維持のための制約は成人の教育施設にも該当するので、同判決は成人と同等の表現の自由を子どもにも認めたとする見方⁽⁴⁾とが、生じている。なお、この点について、スチュワート同意意見⁽⁵⁾は、Ginsberg 判決を引用して、子どもは少なくとも一定の明確に限定された領域において、修正一条の保障をうける前提となる十分な選択能力を有していないので、子どもの表現の自由は必ずしも成人と同等の保障をうけるわけではない、としている。

第二に、子どもの表現の自由を論ずるにあたっては、表現者としての子どもとその受け手としての子どもとを区別する必要がある⁽⁶⁾。すなわち、子どもの表現の自由が問題となる場合として、(i)本件や学校新聞の発行のように、表現者と受け手の双方が子どもである場合、(ii)学校図書館からの本の除去のように、表現者が成人で受け手が子どもである場合、(iii)街頭での子どもによるビラ配布のように、表現者が子どもで受け手が成人である場合、とがあることに留意すべきである。

第三に、表現の自由は子どもにとってどのような機能を果たすのか、また、その機能は成人の場合とでどのように異なるのか、という点が問題となる。Tinker 判決は、この点についての検討を行っていないが、Garvey は次のような主張を行っている。表現の自由は子どもにとって、手段的 (instrumental) な機能を果たす (子どもは十分な選択能力を有していないが、実際に表現の自由などの選択の自由を行使することによってのみ、その能力をつけることができる) ために、保障されねばならない⁽⁷⁾。すなわち、子どもにも表現の自由を保障することの第一の根拠

は、表現の自由が、民主的な自治能力を有する成人へと子どもが成長していくのを援助する点に求められる。つまり、子ども達の自由な討論が現在の自治に直接必要であるためではなく、子ども達の成長にとって必要であるために、表現の自由が子どもにも保障されるのである。⁽⁸⁾ 第二の根拠は、子どもの自己実現において表現の自由が果たす機能に求められる。つまり、子どもにとって表現の自由は、(i)自己表現から生じる充足感を子どもに体験させる、(ii)論理的な議論を行うのに必要な技能をみがく機会を与える、(iii)自己の表現からどのような結果が生じるのかを認識させる、という点で手段的な機能を果たす。⁽⁹⁾ 第三の根拠は、真理発見のための手段として自由な表現を用いうるような成人へと子どもが成長するのを、表現の自由が援助する点に求められる。つまり、子どもが現在真理を追求するためではなく、真理を追求する能力をみがく必要があるために、子どもにも表現の自由が保障されるのである。⁽¹⁰⁾ それ故、子どもにも表現の自由が保障されねばならないが、その保障の程度は成人の場合と必ずしも同等である必要はない。⁽¹¹⁾ と。

第四に、法廷意見が用いた「実質的妨害」テストは、生徒の表現の自由を保障する機能を果たしうる反面、具体性に欠け保障をうける表現の範囲が必ずしも明確ではない⁽¹²⁾ という弱点を有している。生徒の表現の自由の問題を扱った *Tinker* 判決以降の連邦下級審判決は、「著しくかつ実質的な妨害」という要件について、理解を異にしている⁽¹³⁾ が、その大部分は、表現を規制するには、妨害が生じる「明白かつ現在の危険」ではなく単なる「合理的な予測」があれば足りるとしている。⁽¹⁴⁾ たゞしばしば *Karp v. Becken* (477 F. 2d 171 [9th. Cir. 1973]) は、表現の自由の制限を正当化する「妨害の程度」は、教育における州の利益のために、公道に比べて学校における場合の方が、相対

的に低くてもよ (at 175) としている。

第五に、本件の場合には、生徒が腕章をつけることに親が同意していたという事実留意する必要がある。法廷意見は表面的には、子どもの権利の侵害とみなし、親の権利の侵害については何ら言及していない。しかし、ベトナム戦争に反対している親と相談の結果腕章をつけたという事実からすれば、本件は親と子どもの結合した権利への侵害ともみなしうる事例である。⁽¹⁵⁾ それ故、本件を厳格に子どもの権利にのみかわる事例とみなすことは適切ではなからう。このように、子どもにどのような権利がどの程度保障されるのかを決定するに際しては、親子関係を考慮に入れる必要がある。⁽¹⁶⁾

第六に、Tinker 事件での原告の年齢は、一三才から一六才であるが、子どもの年齢差や個人差によって、表現の自由の保障の程度が、どのように異なるのか、という点が問題となる。⁽¹⁷⁾ しかし法廷意見は、その点については特
に言及していない。

(1) 本件の紹介として、久保田きぬ子「最近の判例」二一九七一—二一九七二「アメリカ法三一九頁参照。

(2) Keyishian v. Board of Regents, 385 U. S. 589 (1967).

(3) Keiter, "Privacy, Children, and Their Parents: Reflections on and beyond the Supreme Court's Approach," 66 Minn. L. Rev. 459, 467-8 (1982).

(4) "Developments in the Law—The Constitution and the Family," 93 Harv. L. Rev. 1156, 1359-61 (1980);

"Note: Parental Consent Requirements and Privacy Rights of Minors: The Contraceptive Controversy," 88 Harv. L. Rev. 1001, 1009 (1975). なお、この有名な見方を示す論者は、Ginsberg 判決の法理は「猥褻」的表現と見

限定的な場合にかゝる所となつてゐる。

- (5) スチムソンの同意意見は、法廷意見や、予審官たる成人と同等の表現の自由を保障したものとみなしてゐる。
- (6) See Tushnet, "Free Expression and the Young Adult: A Constitutional Framework," [1976] U. of Ill. Law Forum 746, 752; Diamond, "The First Amendment and Public Schools: The Case Against Judicial Intervention," 59 Tex. L. Rev. 477, 493 (1981).
- (7) Garvey, "Freedom and Choice in Constitutional Law," 94 Harv. L. Rev. 1756, 1768 (1981). See "Note: State Indocination and the Protection of Non-State Voices in the Schools: Justifying a Prohibition of school Library Censorship," 35 Stan. L. Rev. 497, 516 (1983).
- (8) Garvey, *ibid.* 1771.
- (9) *Ibid.* 1773; Garvey, "Children and the First Amendment," 57 Tex. L. Rev. 321, 347-9 (1979).
- (10) *Ibid.* 342-5, 350.
- (11) *Ibid.* 339, 347.
- (12) Letwin, "Regulation of Underground Newspapers on Public School Campuses in California," 22 UCLA L. Rev. 141, 152 (1974).
- (13) 「著しへんが美質的な妨害」の発出(おたがの日報社)を認めたる決まり、see *Guzick v. Drebus*, 431 F. 2d 594 (6th Cir. 1970); *Melton v. Young*, 465 F. 2d 1332 (6th Cir. 1972). やまや藤倉なるいだ障害の決まり、see *Butts v. Dallas Independent School District*, 436 F. 2d 728 (5th Cir. 1971); *Aguirre v. Tahoka Independent School District*, 311 F. Supp. 664 (1970).
- (14) Garvey, *supra* note 9, at 352. See Developments, in the Law, *supra* note 4, at 1362.

(15) Burt, "The Constitution of the Family," [1979] Sup. Ct. Rev. 329, 350. See Burt, "Developing Constitutional Rights of, in, and for Children," 39 Law & Contemp. Prob. 118, 124 (1975).

(16) See Garvey, *supra* note 9 at 323.

(17) See Letwin, *supra* note 12, at 144 n. 8.

(c) 学校新聞等の発行

生徒による学校新聞等の発行の規制を直接扱った連邦最高裁判決は存しないが、この点については多くの連邦下級審判決がみられる。学校新聞等の発行の許可制が違憲となるか否かについて、許可制自体が事前抑制になり違憲であるとした *Fujishima v. Board of Education* (460 F. 2d 1355 [7th Cir. 1972]) などの少数の例外を別にすれば、大部分の連邦下級審判決は、生徒の判断能力の未成熟さ⁽²⁾、秩序だった教育環境維持の必要性⁽³⁾などを理由として、許可制そのものを違憲とする立場をとっていない⁽⁴⁾。違憲との判断を示した判決の大部分は、その理由を、許可基準が漠然としている、禁止の範囲が過度に広汎である、手続的保護に欠けている⁽⁵⁾、たとえば *Jacobs v. Board of School Commissioners* (490 F. 2d 601 [7th Cir. 1973]) は、「学校の通常の教育プロセス、機能、目的を多大に破壊するか、他の者を侵害する」との文言を、漠然としてみるとみなし、「ひきおこす、またはひきおこしやす」との文言を、過度に広汎であるともみなしている。また *Baughman v. Freiemuth* (478 F. 2d 1345 [4th Cir. 1973]) は、「事前抑制を課する規定は事後制裁を課する規定よりもはるかに正確でなくてはならず、前者は「限定され、客観的で合理的な基準」(at 1350) を含まねばならないとする。そして、「中傷

的、「猥褻な」、「違法な行為を唱道し、または、他の集団や個人を多大に侮辱する」との文言を、漠然としていとみなしている。それに加えて、*Baughman* 判決は、迅速な許否決定、迅速な決定がなされなかった場合の効果、適切で迅速な不服申立手続といった手続的保護を、規定する必要があるとしている⁽⁶⁾。

生徒による学校新聞等の配布についても、*Tinker* 判決について述べたのと同様、それが学内で配布された場合と学外で配布された場合とで、どのような差異が生じるのか、という点が問題となる⁽⁷⁾。この点について、*Thomas v. Board of Education* (607 F. 2d 1043 [2nd Cir. 1979]) は、放課後学外で配布を行った生徒への停学処分を修正一条違反とするに際して、学外において生徒は成人と同等の表現の自由の保障をうけることを示唆している (at 607)。

下級審で争われた上述の点以外の争点としては、記事の著者が学外者である場合には違いが生じるのか、匿名記事⁽⁸⁾を禁止しうるのか、⁽⁹⁾ などの点をあげることができ、その詳細⁽¹⁰⁾については別の機会に譲りたい。

- (1) 大学での学生新聞発行の規制については、See "Developments in the Law—Academic Freedom," 81 Harv. L. Rev. 1045, 1129-30 (1968).
- (2) See *Quarterman v. Byrd*, 453 F. 2d (4th Cir. 1971).
- (3) See *Shanley v. Northeast Independent School District* (5th Cir. 1972).
- (4) *FISCHERS & SCHIMMEL, THE RIGHTS OF STUDENTS & TEACHERS* 52 (1982); "Note: Prior Restraints in Public High Schools," 82 Yale L. J. 1325-6 (1973).
- (5) "Developments in the Law—The Constitution and the Family," 93 Harv. L. Rev. 1156, 1363 (1980).

(9) See, e. g., *Shanley v. Northeast*, supra note 3.

(7) この点についてはある論者は、新聞等の発行について、中等学校の生徒は、成人と同等の保障をうけるが、学内では教育環境維持のための制約をうける、と述べている (Letwin, "Regulation of underground Newspapers on Public School Campuses in California," 22 UCLA L. Rev. 141, 144 & n. 8 [1974]).

(8) *Jacobs* 判決は、その点は合憲性判定基準に何ら関係しないとしてゐる。

(9) *Jacobs* 判決は、匿名記事のために、学校活動への著しいまたは実質的な妨害が発生するわけではないとしてゐる。

(10) これらの点の詳細については、*Sss FISCHERS & SCHIMMEL*, supra note 4, at 42-75.

(d) 学校図書館からの本の除⁽¹⁾去

一九七〇年代以降、教育委員会が独自の判断により、または、親などの一定の者の要求に基づき⁽²⁾、学校図書館から一定の本を除去するように決定し、それに対して、生徒、親、教師などが、生徒の知る権利の侵害を理由にして、裁判所に救済を求める事件が、多く現われてきている。それについての連邦下級審の判断は、分かれて⁽³⁾いる。⁽⁴⁾ たとえば、*Minarcini v. Strongsville City School Dist.* (541 F. 2d 577 [6th Cir. 1976]) は、教育委員会は特定の本を図書館に入れるよう義務づけられてはいないが、いったん図書館に入れた以上は、委員の社会的、政治的好みによって本を除去しえないとしてゐる。それに対して、*Presidents Council, Dist. 25 v. Community School Board No. 25* (457 F. 2d 289 [2nd Cir. 1972]) は、そのような区分論を否定して、いかなる場合にも教育委員会が最終的決定権限を有するとしてゐる。

この点についての連邦最高裁の初めての判断が、*Board of Educ. Island Trees, Etc. v. Pico* (102 S. Ct.

子ども、親、政府 (c) 米沢

(三二七) 四七

2799 [1982]⁽⁵⁾ においてなされた。本件は、公立の中等学校の図書館から「反アメリカ的、反キリスト教的、反ユダヤ的、明らかにみだらな」本数冊を除去するとの教育委員会決定が、修正一条の権利を侵害するとして、当該学校の生徒達が宣言的および差止的救済を求めた事例である。連邦地裁 (474 F. Supp. 387 [1979]) は、原告の訴えを斥ける略式判決を行った。連邦控訴審 (638 F. 2d. 404 [2nd. Cir. 1980]) は、「政治的意図から本の除去が行われたか否かについて事実をめぐる真の争点が存在するので略式判決は認められないとして、地裁判決を破棄差戻すとの判断を示した。

連邦最高裁のブレナン多数意見は、まず次のような基本的態度を示す。教育委員会は学校事項について広範な裁量を有しているが、その裁量は修正一条の要請に合致するよう行使されなければならない。裁判所は、「基本的な憲法上の価値」が「直接かつ鋭くかわる」(Epperson v. Arkansas, 393 U. S., at 104) 場合を除いて、「日常的な学校運営から生じる紛争に介入すべきではない。しかし、生徒の修正一条の権利は、学校図書館からの本の除去に直接かつ鋭くかわりうる。生徒は、情報にアクセスすることによって、多元的で議論好きな社会へ積極的かつ実効的に参加する準備を行うのである。生徒に認められる修正一条の権利は、「学校環境の特別の性格に照らして」(Tinker v. Des Moines School Dist, 393 U. S., at 506) 解釈されねばならない。しかし学校図書館は、生徒が自発的に未知の領域やカリキュラムに規定されていない領域を探究しうる場所であるので、生徒の修正一条の権利を認めるのに特に適している。次に、学校図書館から本を除去する教育委員会の裁量に対して、修正一条がどの程度の制限を課しているのかを検討する。教育委員会の裁量は、偏狭に党派的または政治的方法で行使されてはな

らない。当該除去が修正一条の権利を侵害するか否かは、教育委員会の政治的意図が除去の決定的要素であるか否かにかかっている、と。多数意見は、このように述べた後、本件の場合には、教育委員会が裁量を行使する際に憲法上の限界を逸脱したか否かという事実をめぐる真の争点が存在するので、略式判決は認められない、としている。なお、同判決がなされてから数ヶ月後に、教育委員会は当該図書を図書館に戻すとの決定を行っている。⁽⁶⁾

Pico 判決には、法廷意見 (majority opinion) がなく、四名の多数意見 (plurality opinion)、一名の同意意見、四名の反対意見から成り立っており、同判決の先例としての価値を複雑なものにしている。⁽⁸⁾ 多数意見は、本判決は図書館に入れる本についての教育委員会の裁量には何ら影響を与えないと述べ、本の選定と除去とを区別する姿勢を示している。それに対して、反対意見は明確にそのような区分を否定している。学説上も、この区分論への評価は分かれている。ある肯定説は、次のように主張する。本の選定時には、一般に、その本の教育的価値、生徒の年齢との適合性などの教育的要素が考慮される。そのようにして決定された本を後に除去する場合には、教育的要素以外の点が考慮されて除去されたとの推定が働くので、教育委員会は除去決定が合理的な教育的考慮に基づいていることの立証責任を負う、⁽⁹⁾と。それに対して、ある否定論者は、図書館にバランスのとれた本の設置が必要であるならば、その必要性は本の選定と除去の両方の場合に妥当するので、両者を区分する根拠がない、⁽¹⁰⁾と主張している。また、その点以外にも、多数意見は、図書館の本は読むことを強制されるものではなく、授業での教材やカリキュラムなどとは異なるとして、⁽¹¹⁾本判決の法理は図書館の本の除去に限定されるとしているが、反対意見は両者の違いを認めていない。

- (1) See O'Neil, "Libraries, Liberties and the First Amendment," 42U. of Cin L. Rev. 209 (1973).
- (2) 図書館からの本の除去に際して、親などの参加権が規定される場合がある。たとえば、Sheck 事件では出訴後、次のような手続が規定されている。本の除去を求める者は、まず図書館長と交渉し、インフォーマルな解決が図られる。解決されない場合には、行政官、生徒、一般人、図書館職員からなる審査委員会が召集される。同委員会が、校長と教育長、または学校委員会 (school Committee) の同意を得たうえで、書面で除去の勧告をした場合には、本が除去される (Sheck v. Baileyville School Committee, 530 F. Supp. 679, n. 4 [1982])。See Bicknell v. Vergennes Union High School Board, 475 F. Supp. 615, 617-8 (1979).
- (3) 連邦下級審判決を紹介したものととして、大滝則忠「図書館蔵書をめぐる米國憲法判例の動向」法時五二卷一一号四五頁(一九八〇年)参照。
- (4) "Note: Schoolbooks, School Boards, and the Constitution," 80 Col. L. Rev. 1092, 1116 (1980).
- (5) 本件の紹介として、角替晃「公立学校図書館の図書排除と第一修正の権利」ジュリ七九三号六六頁(一九八三年)、大滝則忠「学校図書館蔵書をめぐる憲法問題の状況」図書館と自由第五集・学校図書館と図書館の自由七六頁(一九八三年)、等参照。
- (6) Sorenson, "Removal of Books from School Libraries 1972-1982: Board of Education v. Pico and its Antecedents," 12 J. of L. & Educ. 417, 430 (1983).
- (7) ブラックマン裁判官は多数意見に加わっているが、一部分についてのみ同意意見を述べている。
- (8) See Sorenson, supra note 6, at 434.
- (9) Note, supra note 4, at 1116-7. 他の論者は、本の選定について教育委員会に広範な裁量が認められるのは、教育委員会の価値観を生徒に押しつけることを憲法が許容しているからではなく、選定の動機の立証がほとんど不可能であるため

りある」の指摘が行われる (“Developments in the Law—The Constitution and the Family,” 93 Harv. L. Rev. 1156, 1364 [1980]).

(9) Garvey, “Children and the First Amendment,” 57 Tex. L. Rev. 321, 371-2 (1979).

(11) 多数意見のこの区分論を批判するものとして See “Note: State Indoctrination and the Protection of Non-State Voices in the Schools: Justifying a Prohibition of School Library Censorship,” 35 Stan. L. Rev. 497, 508 (1983).

四、避妊の自由

避妊の自由については Griswold v. Connecticut (381 U. S. 479 [1965])⁽¹⁾ が、既婚者による避妊用製品の使用禁止を、プライヴァシーの権利の侵害にあたるとして、違憲とした。この Eisenstadt v. Baird (405 U. S. 438 [1972]) は、Griswold 判決の下で既婚者への避妊用製品の頒布禁止が許容されないならば、未婚者への禁止も同じく許容されないと述べて、未婚者への避妊用製品の頒布禁止を平等条項違反とした。⁽²⁾

その Carey v. Population Services International (431 U. S. 678 [1977])⁽³⁾ において、さへつかの争点のうちの一つとして、未成年者の避妊の自由が争われた。本件では、(i) 一六才未満の未成年者に避妊用製品を販売・頒布すること、(ii) 免許を得た薬剤師以外の者が一六才以上の者に避妊用製品を販売・頒布すること、(iii) 避妊用製品を陳列・広告すること、を禁じるニュー・ヨーク州法の合憲性が、避妊用製品の販売会社等によって攻撃された。ブレナン法廷意見はまず、避妊の自由一般について、次のように述べる。連邦最高裁はプライヴァシーの権利の外郭を示していないが、個人が政府の不当な介入をうけずに行いうる決定中に、結婚、出産、避妊、家族関係、子ども

もの養教育に関する私的な決定が含まれることは、明らかである。子どもをつくるか否かの決定は、プライヴァシーの権利の歴史において、特に重要な位置を占めている。「成人の」避妊の自由を規制しうるためには、やむにやまれざる州の利益が存在し、規制方法がその利益に厳格に適合したものでなければならぬ、と。ついで、ブレナン多数意見は、未成年者の避妊の自由に関する(i)の規定の合意性について、次のように述べている。「われわれは『青少年と州の関係についての全体像』を確定するのを躊躇してきた」(at 832)が、そこには一定の原則が認められている。つまり、未成年者は憲法上の保護をうけるが、未成年者の行為を規制する州の権限は、成人の場合よりも広範に及びうる。未成年者のプライヴァシーの権利の制限は、成人の場合と異なり、重要な(significant)州の利益に仕える場合に有効となる(重要な州の利益テストは、成人のプライヴァシーの権利の制限の場合に適用されるやむにやまれざる州の利益テストよりも、厳格性が緩和されたテストである。このようなテストが未成年者の場合に適用される根拠としては、(i)未成年者の行為について州は成人の場合よりも広範に規制することが許されている。(ii)未成年者は重要な決定を行う能力が成人よりも劣るとみなされてきた、との二点があげられる【脚注一五】)。州側は重要な州の利益として、未成年者の性行為の抑止をあげるが、そのような主張は先例によって否定されている。更に、未成年者の避妊用製品の入手を制限することによって、未成年者の性行為が抑止されることの立証を、州側はなしえていない。よって、同規定は違憲である、と。

Carey 判決については、次の点に留意する必要がある。まず第一に、同判決は、未成年者の妊娠中絶に関する後述の Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth (428 U. S. 52 [1976])と同様、重要な州の利

益テスト⁽⁵⁾という中段階の審査基準を適用している。そこで、中絶と避妊の両方の場合に、同じ合憲性制定基準を適用しうるのが問題となる。この点に関連して、ステイブンス一部同意意見は、中絶の場合には中絶をしなければ出産しなければならぬのに対して、避妊の場合には性交を自制することによって出産を回避しうる点で、両者は基本的に異なるので、避妊用製品を使用する権利に、中絶をする権利と同等の憲法上の保障が及ぶとはいえない。(at 713)⁽⁶⁾と述べている。第二に、同判決は、重要な州の利益テストを適用する根拠を二点明示している点で、注目される。ただし、前者の根拠は循環論法にすぎないので、事実上後者の根拠から重要な州の利益テストが導き出されていることになる。第三に、後述の未成年者の中絶に関する判決では、成熟した未成年者と未成熟な未成年者とが区別されているが、未成年者の避妊に関する本判決では、そのような区別がなされていない。そこで何故にそのような違いが生じるのが問題となるが、その点は、第三章で検討することにする。

なお、未成年者が避妊用製品を取得するに際して、親の同意や親への通知を必要とした場合には、子どもと親の対立という新たな問題が生じるが、この点も、第三章で未成年者の中絶の問題を検討する際に、併せて論ずることにする。

- (1) 本件の紹介として、塚本重頼「コネティカット州の産児制限禁止法の違憲性」判時四七〇号一三頁（一九六七年）参照。
- (2) 詳細は、橋本公巨「プライバシーの権利」アメリカ憲法の現代的展開1人権三頁（一九七八年）参照。
- (3) 本件の紹介として、阪本昌成「最近の判例」二一九七九—二〇一〇アメリカ法三〇四頁、「避妊用薬品器具の広告禁止等の違憲性」ジュリ六四九号八二頁（一九七七年）参照。

- (4) (i)の規定の合憲性に関する部分については、スチュワート、マーンシャル、ブラックマンの三名の裁判官の支持を得た多数意見となっている。
- (5) ある論者は、本件の場合にも成人の場合と同様、やむにやまねざる州の利益テストを適用すべきだが、対象が未成年者である場合、やむにやまねざる利益を成人の場合よりも広く認めるべきだとしている (“Note: The Minor’s Right of Privacy: Limitations on State Action After Danforth and Carey,” 77 Col. L. Rev. 1216, 1232 & n. 88 [1977]).
- (6) See “Comment: Parent versus Child: H. L. v. Matheson and the New Abortion Litigation,” [1982] Wis. L. Rev. 75, 83-4. なお、重要な州の利益テストの適用を明示的に支持する裁判官は、四名にとどまっていた。
- (7) “Developments in the Law—The Constitution and the Family,” 93 Harv. L. Rev. 1156, 1239 (1980).
- (8) Garvey, “Child, Parent, State, and the Due Process Clause: An Essay on the Supreme Court’s Recent Work,” 51 S. Cal. L. Rev. 769, 791 (1978).

五、髪型、服装の自由⁽¹⁾

髪型規制の合憲性についての連邦最高裁判決は存在していないが、連邦控訴審レベルでは、半数の巡回区が髪型の自由を憲法上の自由とみなし、正当な教育目的遂行にとって髪型規制が必要であるとの説得性のある証拠を学校側が提示しない限り、髪型規制は違憲になるとの基本的態度を示している。⁽²⁾ ただし、髪型の自由の憲法上の提拠については、裁判所間で一致していない。⁽³⁾ ここでは、いくつかのリーディングケースを紹介することにする。⁽⁴⁾ Bishop v. Colaw (450F. 2d 1069 [8th Cir. 1971]) は、髪型の自由はわれわれの社会的価値のスペクトルの中で高い地位を占める自由として、デュー・プロセス条項による保護をうけるとする。そして、教育目的を遂行するうえで髪

型規制が必要であることの立証責任を学校側が負うが、学校側はその必要性を立証していないとして、違憲と判断してゐる。Breen v. Kahl (419 F. 2d 1034 [7th Cir. 1969]) は、髪型の自由は表現の自由の半影としてであれ、修正九条に含まれるものとしてであれ、憲法上保護された自由であるとする。そして、学校側がその必要性を立証していないので違憲であるとしている。なお、同判決は、本件の場合には親が長髪に同意しているので、親による信託論は適用されないとしている。⁽⁵⁾

他方、残りの巡回区⁽⁶⁾は、重要な連邦憲法上の争点が存在していないので、連邦裁判所は規制の賢明さを判断すべきではないとしている。⁽⁷⁾たとえば、Karr v. Schmidt (460 F. 2d 609 [5th Cir. 1972]) は、(i) 髪型規制による自由の侵害は一時のかつ軽微であり、(ii) 学校運営についての学校の裁量を広く認める必要があるため、髪型の自由は移動権のような基本的自由とはみなしえないとする。そして、本件の場合には基本的自由が争われてはいないので、連邦裁判所は介入すべきではない、としている。

服装規制の合憲性についても、連邦最高裁の判断は示されておらず、下級審の判断も、髪型規制の場合と同様分かれて⁽⁸⁾いる。ただし、いくつかの判決は、髪は身体の一部であり規制の効果は下校後も継続するのに対して、服装規制の効果は在校中だけであるので、服装規制の場合は、髪型規制の場合に比べて、その正当化根拠は弱くてよい、との立場にたっている。⁽⁹⁾

(1) わが国でこの問題を論じたものとして、永井憲一「広沢明「生徒指導をめぐる問題事例と裁判」季刊教育法四七号三五頁(一九八三年) 参照。

- (2) "Developments in the Law—The Constitution and the Family," 93 *Harv. L. Rev.* 1156, 1364 n. 88 (1980); FISCHER & SCHIMMEL, *THE RIGHTS OF STUDENTS AND TEACHERS* 367-8 (1982).
- (3) 修正一条、修正九条、修正十四条のブリュー・ホロセス条項と平等条項が、その根拠としてあげられている (COBB, AN INTRODUCTION TO EDUCATIONAL LAW 120 [1981])⁹。
- (4) 下級審判決の詳細については、See FISCHER & SCHIMMEL, *supra* note 2, at 351-68.
- (5) See Moskowitz, "Parental Rights and State Education," 50 *Wash. L. Rev.* 623, 647-8 (1975); *Sumption*, "The Control of Pupil Conduct by the School," 20 *L. & C. Prob.* 80-1 (1955).
- (6) See, e. g., *Gfell v. Rickelman*, 441 F. 2d (6th Cir. 1971).
- (7) FISCHER & SCHIMMEL, *supra* note 2, at 368.
- (8) *Ibid.* 372.
- (9) *Wallace v. Ford* (346 F. Supp. 156 [1972])
- (10) FISCHER & SCHIMMEL, *supra* note 2, at 372-3.

六、夜間外出の自由

いくつかの地方自治体は、いわゆる青少年夜間外出禁止条例を制定して、親に伴われていたり仕事の帰りなどの場合を除いて、青少年が夜間の一定の時間帯に、公道などの一定の場所を徘徊することなどを禁じている。このような青少年夜間外出禁止条例については、青少年に対してのみ⁽¹⁾そのような制約を課すことが憲法上許容されるのか、という点が問題となる。

連邦最高裁は、青少年夜間外出禁止条例の合憲性について直接論じてはいない⁽²⁾が、この点を論じたいくつかの連邦下級審判決とかなりの数の州裁判所判決⁽³⁾がみられる。これらの判決は、合憲判決⁽⁴⁾と違憲判決とに分かれており、更に違憲判決は、制限規定が漠然していることまたは過度に広汎であることを理由に違憲とするもの⁽⁵⁾と、青少年の移動権等も成人と同等の保障をうけるべきであるとの点を理由に違憲とするものとに分かれている⁽⁶⁾。ここでは、いくつかの判決を紹介することにする。最初の連邦下級審判決である *Bykofsky v. Borough of Middletown* (401 F. Supp. 1242 [1975]) は、次のように述べて、「ごく一部の漠然とした規定を除いて、当該条例を合憲としている。未成年者の行為は、成人の場合よりも広範に規制されうる。夜間自由に外出する未成年者の利益は、成人のそれと比べて重要性が低く、当該条例は青少年の保護や青少年犯罪の防止などのための合理的な規制である。原告（二才の子どもの親）は親の教育権が侵害されるとの主張も行っているが、当該条例は親に伴われた場合の未成年者の夜間外出を例外的に認めており、子どもと社会への害悪の防止という州の利益は、親の教育権を上まわる。また、年齢による類別は疑わしい類別ではないので、本件には合理性のテストが適用され、平等条項にも違反しない」と。それに対して、違憲判決である *In re Doe* (54 Hawaii 647, 513 P. 2d 1385 [1973]) が、「歩かぬ歩く」との規定が漠然とし、かつ過度に広汎であると判断し、*Johnson v. City of Opelousas* (658 F. 2d. 1065 [6th Cir. 1981]) は、当該条例の下では、外出禁止時間帯の学校での集会、スポーツ活動への参加、家の前の歩道での散歩までも禁じられることになるので、過度に広汎であるとしている。また、*McColleston v. City of Keene* (514 F. Supp. 1046 [1981]) は、当該条例の下では、外出禁止時間帯に、親が子どもを祖父母の家に泊りに行かせる、親が病氣

のために子どもに医者呼びにやらせることなども禁止されることになり、親の合理的な教育権の行使が侵害される、との指摘を行っている。他方、同じ違憲判決であっても、*People v. Chambers* (32 Ill. App. 3d 444, 335 N. E. 2d 612 [1975]) は、青少年の移動権は成人と同等の保障をうけるとの前提を明らかにしたうえで、夜間外出の禁止は、緊急時の一時的なものを除いて、許容されないとしている。また、上述の *Doe* 判決は、漠然性故無効としているが、その際に、本件での青少年の権利は成人と同等の保障をうけると述べている。

青少年にのみ夜間外出を禁止することが憲法上許容されうるかについて、ある論者は次のように述べて肯定している。青少年は十分な判断能力を有せず仲間の影響をうけやすいので、成人の場合には違憲となるような制限を青少年の移動権に課すことも許容される。青少年の非行や犯罪からの社会の保護、青少年自身の保護、親の教育権の強化という政府の利益は、一般に青少年の移動権を上まわる。それ故、青少年夜間外出禁止条例それ自体は、違憲ではない。ただし、年齢制限が高すぎる場合、外出禁止の開始時間が早すぎる場合、文言が漠然としている場合、規制が過度に広汎である場合、「親に伴われている」とか「仕事の帰り」などの例外規定が存しない場合には、特定の規定が違憲になることがある、と。しかし他の論者は、青少年夜間外出禁止条例は青少年の移動権という基本的権利を侵害し、移動権の価値はそれを行使する者が青少年であるからといって減少するわけではないので、成人の場合と同様、やむにやまれざる州の利益テストを適用すべきであるとする。そして、青少年にとって何がやむにやまれざる州の利益にあたるかについては、成人の場合と同様、緊急事態の発生がそれにあたるが、それに加えて、青少年の安全が脅やかされているか、青少年の犯罪率が異常に高い地域に限定して条例が適用される場合には、青

少年の保護、青少年犯罪の減少という州の利益も、それにあたるとして⁽⁸⁾いる。

- (1) 青少年だけでなく成人をも適用対象とする夜間外出禁止条例は、緊急時に一時的に制定される場合を除いて、一般に違憲と判断されてきた (“Note: Assessing the Scope of Minors’ Fundamental Rights: Juvenile Curfews and the Constitution,” 97 Harv. L. Rev. 1163, 1164 [1984])。
- (2) ただし、*Bykofsky v. Borough of Middletown* (cert. denied, 429 U. S. 964 [1976]) の三名の裁判官による反対意見は、青少年のデュー・プロセスの権利が成人のそれよりも低い保障をうけるか否かは、先例判決によって明確な解答がなされていない問題であるので、サートンレイライを認めるべきだとしている。
- (3) 一九五〇年代以前の州裁判所判決を紹介したものととして、塚本重頼「アメリカ合衆国における、青少年の夜間外出禁止条例の違憲性」判時一六三三頁(一九五八年)参照。
- (4) See, e. g., *People v. Walton*, 70 Cal. App. 2d 862, 161 P. 2d 498 (1945); *City of Eastlake v. Ruggiero*, 7 Ohio App. 2d 212, 220 N. E. 2d 126 (1966); *Thistlewood v. Trial Magistrate for Ocean City*, 236 Md. 548, 204 A. 2d 688 (1964).
- (5) See, e. g., *Naprstek v. City of Norwich*, 545 F. 2d 815 (2nd Cir. 1976); *City of Seattle v. Pullman*, 82 Wash 2d 794, 514 P. 2d 1059 (1973).
- (6) Note, *supra* note 1, at 1165.
- (7) “Note: Juvenile Curfew Ordinances and the Constitution,” 76 Mich. L. Rev. 109, 131, 137, 141-5, 147 (1977).
- (8) “Note: Assessing the Constitutional Validity of Juvenile Curfew Statutes,” 52 Notre Dame Law. 858, 879-81 (1977). See “Note: Constitutional Law—Juvenile Rights—Juvenile Curfew Ordinance does not Violate Constitu-

tional Rights of Minors," 54 Tex. L. Rev. 822 (1976).

七、子どもと政府の関係

子どもと政府の関係についての全体的分析を行うにあたって、まず上述の判例に現われている連邦最高裁の基本的立場を整理し、それについての若干の評価を加えることにする。まず第一に、連邦最高裁はしばしば、子どもの権利と親の教育権とを一体的に把握している(それに加えて、立法上もしばしば、親の教育権への配慮がなされている)。そこで、政府が子どもの権利を制限しようとする場合には、子どもの権利だけでなく、親の教育権へも十分な配慮を払わねばならない。すなわち、子どもの保護は、第一義的には親に委ねられるべきであり、親の個人的監督だけでは子どもの保護が十分期待できない場合や、親の教育権の濫用を防止する必要がある場合に、初めて、子どもを保護するための政府による制限が許容される⁽¹⁾。ちなみに、Ginsberg 判決は、子どもの監督は親に委ねるのが最善であるが、親による監督が常になされるとはかぎらないことや、子どもの福祉を保護する社会の利益によって、州による合理的な制限が正当化される (at 640) と、州裁判所判決を引用して述べている。第二に、連邦最高裁は、憲法上の権利の保障が子どもにも及ぶことを認めているが、注意深く、必ずしも成人と同等の保障が及ぶわけではない⁽²⁾として⁽²⁾いる。そして実際には、少年裁判手続 (McKeiver 判決)、「狼狽」的表現 (Ginsberg 判決、Erznoznik 判決)、「避妊の自由 (Carey 判決)」に関する事件で、必ずしも成人と同等の保障が及ぶわけではないと述べている。しかし連邦最高裁は、どのような権利が成人と同等の保障をうけるのか(またはうけないのか)を判

断するためのメルクマールを示していない。第三に、連邦最高裁は、子どもに成人と同等の保障が必ずしも及ばないことの根拠として、親の教育権の保護（Ginsberg 判決、FCC 判決）、子どもの福祉の保護（Ginsberg 判決、FCC 判決）、子どもの判断能力の未成熟性（Carey 判決、Ginsberg、Tinker 事件でのスチュワート同意意見）をあげている。⁽³⁾しかし、それらの根拠が相互にどのような関係にあるのかは、連邦最高裁判決からは必ずしも明確にならない。第四に、合憲性判定基準の具体的な違いとして、Carey 判決は、未成年者の避妊の自由については、成人の場合に適用されるやむにやまれざる州の利益テストではなく、重要な州の利益テストが適用されるとしている。ただし、重要な州の利益テストを適用するとしても、対象が未成年者である場合に、何が重要な州の利益にわたるのかという点が問題になるが、その点は連邦最高裁判決からは必ずしも明確にならない。第五に、子どもの権利の制限が学校においてなされた場合、連邦最高裁は、生徒の権利が「学校環境の特別の性格に照らし」た制限をうけることを認め、裁判所は「基本的な憲法上の価値」が「直接かつ鋭くかわる」場合を除いて、日常的な学校運営から生じる紛争に介入すべきではない、としている。学校における子どもの権利保障の問題については、子どもであるが故に制限に加えて、「学校という特別の場でいかなる保障ないし制約を受けるのか」という点を、私立—公立学校、初等—中等学校、授業時間中—外、などの具体的脈絡に即して検討することが必要であるが、その点の検討は、別の機会に譲りたい。第六に、連邦最高裁は、上述の事例においては、子どもの年齢差、個人差についての分析をほとんど行っていない。

上述の事例から、以上のような連邦最高裁の基本的立場が導かれる。しかし、これらの点は、個々の事件のたび

ごとに、断片的に述べられたものである。連邦最高裁自らが、「われわれは『青少年と州との関係についての全体像』を確定することを躊躇してきた」と述べているように、連邦最高裁判決だけからでは、子どもと政府の関係についての全体的枠組は、必ずしも明確にならない。⁽⁶⁾

そこで、子どもと政府の関係について、更に深めることが必要となるが、その点について、Garvey が有益な指摘を行っているので、次に彼の主張を紹介することにする。彼は、憲法上の権利を、選択の「自由」とそれ以外の「権利」とに区分する。彼のいう「自由」とは、一定の行為を遂行するか否か、一定の条件を追求するか否かの選択の「自由」を意味する。たとえば、表現の自由は、表現する自由と沈黙する自由の両者を保障しており、実体的デュー・プロセスは、子どもをつくる自由と作らない自由とを保障している。それ以外に、彼のいう「自由」には、信教の自由、投票権、集会、結社の自由、結婚する自由、などが含まれる。それに対して、彼のいう「権利」は、一定の行為または条件を政府の介入から保護するものであるが、反対の行為または条件を追求することを選択する「自由」を保障するものではない。たとえば、修正五条の二重の危険の禁止は、被告が二重の危険を要求することと認めるものではない。それ以外に、彼のいう「権利」には、修正四条の不合理な捜索、押収をうけない権利、修正七条の陪審裁判をうける権利、正当な補償をうける権利、手続的保護、などが含まれる。⁽⁷⁾

そして彼は、次の二点を理由として、「権利」については、子どもにも成人と同等の保障が及ぶが、「自由」については、必ずしも同等の保障が及ばないとする。すなわち、第一に、「自由」は選択を保障するものであるので、合理的な判断能力に欠ける子どもに「自由」を保障すれば、予測しえない社会的、個人的コストが生じる。たとえ

ば、子どもに投票権を保障すれば、選挙プロセスに多大に不合理な効果をもたらすという予測しえないコストを伴うのに対して、不合理な搜索、押収をうけない権利を子どもに保障しても、そのような特別のコストを伴わない。第二に、「自由」の価値は、個人の判断能力に依りて異なるのに対して、「権利」の価値は、すべての人にとって同一である。たとえば、合理的な判断能力に欠ける子どもにとっての信教の自由の価値は、成人の場合よりも低いものに対して、手続的保護の価値は、個人の判断能力によって異なるものではない。⁽⁸⁾

しかし彼は、「自由」の保障自体は、必ずしも成人と同等ではないが、子どもにも及ぶのであって、政府が子どもの「自由」を制限する前に、次の三段階の考慮が必要であるとする。⁽⁹⁾まず第一に、「自由」の保障は、個人の尊厳や幸福の前提となるので、その保障をうける者の範囲を、可能な限り拡大せねばならない。そのことから、「自由」の剝奪の結果があまりにも苛酷である場合には、子どもの判断能力を個別的に判断し、成人と同等の判断能力を有している子どもには、成人と同等の「自由」を保障せねばならないとの法理が導かれる。この法理は、判例上、妊娠中絶に関する事例において、用いられている。⁽¹⁰⁾第二に、子どもが合理的な判断能力を身につけるためには、「自由」を行使する「練習」をすることが、必要となる場合がある。それ故、子どもへの「自由」の保障が、手段的機能を果たすか否かを、検討せねばならない。たとえば、表現の自由は、子どもが民主的自治を行いうる成人へと成長することを援助するという手段的機能を果たすので、成人と必ずしも同等ではないが、可能な限り子どもにも最大限保障されねばならない。⁽¹¹⁾第三に、上述の二つに該当しない場合でも、そのことからただちに政府の介入が認められるのではなく、その前に子どもと密接な関係にある代理人（具体的には親）による選択に委ねられるべき

場合がある。この点の分析は、子どもの治療に関する事例において、有益である。⁽¹²⁾ 以上の三点の考慮がつけられた後、政府は子どもにかわって選択することを許されるが、その場合には、通常親が子どもに対して負うすべての義務を、政府が負わねばならない。⁽¹³⁾

このように、「自由」と「権利」を区分したうえで、(i)子どもの判断能力の成熟性、(ii)「自由」の手段的機能の有無、(iii)親による「自由」の代替的行使の可能性、を問う彼のアプローチは、十分注目に値するものであるが、他方、いくつかの問題点もあるように思われる。まず第一に、彼の「自由」―「権利」の区分論はあくまで原則であって、具体的な脈絡に沿った分析が必要となる。すなわち、「自由」の保障の程度は、すべての脈絡において、判断能力の程度によって左右されるわけではない。たとえば、特定の信仰や思想などを強制されないという消極的自由については、判断能力の程度にかかわらず、子どもも成人と同等の保障をうけるべきだと思われる。⁽¹⁴⁾ また逆に、「権利」は、すべての脈絡において、判断能力の程度とは無関係であるとはいいきれない。たとえば、手続的権利は通常の場合には判断能力とは無関係であるが、体罰の際の手続や少年裁判所手続は、子どもの判断能力と関係しており、必ずしも成人と同等の保障を与える必要はない(この点については、上述のように、彼自身も生徒の懲戒処分と体罰との差異を認めている)と思われる。第二に、彼は、成人と同等の「自由」が保障されないことの根拠の一つとして、子どもにとっての「自由」の価値の低さをあげているが、はたして「自由」は子どもにとって価値が低いといい切れるのか、また、価値が低いことから保障の程度が低くてもよいとの帰結が当然に生じるのか、といった疑問が生じる。ちなみに、未婚の未成年者の妊娠中絶に関する *Washington v. Koome* (84 Wash. 2d 901,

530 P. 2d 260 [1975]) は、子どもが成人には許容されないような制限をうけるのは、子どもの権利が成人の権利よりも劣位にあるからではなくて、子どもの保護という点に政府の特別の利益が存するからである (at 263)、と述べている。⁽¹⁵⁾ 子どもの「自由」が成人には許容されない制限をうける根拠としては、むしろ、子どもの未成熟な判断によって、子ども自身が傷ついたり他の者に明白な害悪が生じることの防止、親の教育権の保護、といった点を総合的に考える必要があると思える。⁽¹⁶⁾

彼の主張には、上述のような問題点があるにもかかわらず、多くの重要な示唆をみることができると言える。すなわち、まず第一に、子どもに成人と同等の権利保障が及ぶか否かを決定するために、「自由」―「権利」の区分論を導入したうえで、「自由」については上述の三段階の検討を行うという彼の主張の全体的構造は、評価に値する。なぜならば、同じく子どもの権利といっても、その権利の内容、それを行使する子どもの年齢差や個人差、権利を行使する対象の違い、親のかかり方などによって、質的な差異が生じるからである。この点について、子どもと成人との区別を、疑わしいまたは疑わしきに準ずる類別とみなし、平等条項の下での厳格審査または中段階審査を、一律に適用することも、考えられる。しかし、そのような考え方については、子どもの権利といっても具体的脈絡に即した質的差異があるのではないかという点に加えて、子ども時代は誰もが通過する時代であるので、年齢による類別を疑わしいまたは疑わしきに準ずる類別とみなしうるのかという点が、問題となる。ちなみに、警官の五〇才停年制を合憲とした Massachusetts Board of Retirement v. Murgia (427 U. S. 307 [1976]) は、老齢を疑わしい類別とみなすことを拒否している (at 313)。⁽¹⁷⁾ 第二に、子どもの「自由」について、その手段的機能の有無

を問うべき点とした点が、評価に値する。なぜならば、同じく子どもの「自由」といっても、表現の自由、集会、結社の自由などのように、その手段的機能によって子どもへの保障が正当化されるものと、投票権、結婚の自由などのように、それによっては正当化されないものがあるからである。前者の「自由」については、その手段的機能の保障という見地から、可能な限り成人と同等の保障がなされるべきだと思われる。第三に、彼が、成熟した未成年者の法理の適用の可能性を探っている点が、注目に値する。第四に、彼が、政府による介入を認める前に、親による代替的判断の可能性を探っている点が、注目に値する。この第三と第四の論点は、更に深める必要があるが、判例上および立法上、医療領域で顕在化しているので、第三章で詳しく分析することにする(もちろん、医療領域での検討から導かれた法理が、すべての領域に妥当するわけではないが、他の領域に対しても重要な示唆を与えうると思われる)。

- (1) See Teitelbaum & Ellis, "The Liberty Interest of Children: Due Process Rights and Their Application," 12 *Fam. L. Q.* 153, 162 (1978).
- (2) "Comment: Parent Versus Child: H. L. v. Matheson and the New Abortion Litigation," [1982] *Wis. L. Rev.* 75, 99-100.
- (3) See Teitelbaum & Ellis, *supra* note 1, at 160-6.
- (4) 中村睦男「学校における生徒の人権の保障」ジュリ六九四号五九頁(一九七九年)。See Stevens, "Invasion of Student Privacy," 9 *J. of L. & Educ.* 343, 344 (1980).
- (5) "Developments in the Law—Academic Freedom," 81 *Harv. L. Rev.* 1045, 1154-6 (1968); Nahmod, "First

Amendment Protection for Learning and Teaching: The Scope of Judicial Review," 5 Wayne L. Rev. 1479, 1492 (1972).

(9) "Note: Assessing the Scope of Minors' Fundamental Rights: Juvenile Curfews and the Constitution," 97 Harv. L. Rev. 1163, 1167-8 (1984); "Note: The Minor's Right of Privacy: Limitations on State Action After Danforth and Carey," 77 Col. L. Rev. 1216, 1220 (1977).

(10) Garvey, "Freedom and Choice in Constitutional Law," 94 Harv. L. Rev. 1756, 1756-8 (1981).

(11) Ibid. 1756-61.

(12) Ibid. 1794.

(13) Ibid. 1765-7.

(14) Ibid. 1768-75.

(15) Ibid. 1783-5, 1794.

(16) Ibid. 1794.

(17) 一章の三(ロ)で紹介した *Barnette* 判決は、政府が支持する価値観による教化からの自由を強調しているが、この点の保障は、子どもも成人と同等に及ぶべきだと思われる。

(18) See "Comment: Domestic Tranquility and the Right to Privacy: Is There a Right to Privacy within the Family," 18 S. Tex. L. J. 121, 137 (1977).

(19) See Wald, "Children's Rights: A Framework for Analysis," 12 U. of Calif. Davis L. Rev. 255, 266 (1979); Diamond, "The First Amendment and Public Schools: The Case against Judicial Intervention," 59 Tex. L. Rev. 477, 495 (1981); RODMAN, LEWIS & GRIFFITH, *THE SEXUAL RIGHTS OF ADOLESCENTS* 33 (1984).

(17) See "Note: Juvenile Curfew Ordinances and the Constitution," 76 Mich. L. Rev. 109, 138-9 & n. 153 (1977).

【付記】 一九八五年一月一五日に、教師による生徒の所持品検査が修正四条の禁ずる不合理な搜索、押収にあたらないとする連邦最高裁判決 (New Jersey, Petitioner v. T. L. O. [53 L. W. 4083]) がだされたが、印刷技術上の問題から本稿に収録しえなかつた。