



Title	アメリカ公立学校における生徒の表現の自由（一） : Morse v. Frederick判決の分析を中心に
Author(s)	田中, 佑佳
Citation	阪大法学. 2013, 62(6), p. 179-204
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/60127">https://doi.org/10.18910/60127</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

# アメリカ公立学校における生徒の表現の自由(二)

—— Morse v. Frederick 判決の分析を中心に ——

田 中 佑 佳

はじめに――本稿の目的――

第一章 アメリカにおける「子ども」「生徒」と表現の自由に関する判例

第一節 「子どもの人権」「生徒の人権」と表現の自由への規制

第二節 生徒の表現の自由に関する判例とその評価

第二章 Morse v. Frederick 判決の分析

第一節 Morse v. Frederick 判決の内容 (以上、本号)

第二節 Morse v. Frederick 判決の評価

第三節 Morse v. Frederick 判決後の下級審の動向

第四節 生徒の表現の自由への規制に対する判断枠組み

おわりに――今後の展望――

はじめに――本稿の目的――

学校という場においては、子どもは、「子ども」であるがゆえの制約に加えて「生徒」としての制約も受けるこ

となる。アメリカ合衆国最高裁判所（以下、連邦最高裁または最高裁）は、生徒の表現の自由が問題となった一九六九年の *Tinker* 判決において、生徒の人権享有主体性を明確に認め、*Foras* 判事が、「憲法上の自由の用心深い保護が、アメリカの公立学校におけるよりも他に必要不可欠となる場所はない。教室は『思想の市場』である」と述べるように、生徒の表現の自由の重要性を認識してきた。<sup>(1)</sup> 学校は、子どもが人生の多感な時期、そして人間形成において重要な時期の多くを過ごす場であり、表現の自由の利益は、学校という環境においても尊重されるものといえる。<sup>(2)</sup>

しかしながら、生徒の人権享有主体性を明確に認め、学校による規制が許される場合の基準——実質的混乱の基準——を打ち立てた *Tinker* 判決以降、一九八〇年代の判決においてみられるように、判例は *Tinker* 判決の基準の適用場面を限定する形で展開されてきた。<sup>(3)</sup> そのため、最高裁の法理は不明瞭なものとなり、下級審そして教育現場に指導的な基準を提供できない状況にあったといえる。こうした問題を抱える中、連邦最高裁は二〇〇七年の *Morse* 判決<sup>(4)</sup>において生徒の表現の自由の問題に今一度取り組むこととなった。

そこで、本稿は、*Morse* 判決に焦点をあて、その内容、評価、影響等を分析することで、生徒の表現の自由の保障とその限界について考察を試みる。そこで、本稿ではまず、分析の前提として連邦最高裁の「子ども」、「生徒」の憲法上の権利に関する判例の流れを概観し、次いで表現内容に基づく規制について触れた上で、生徒の表現の自由に関する先例を参照する（第一章）。そして、*Morse* 判決について、同判決を受けて論者が主張するアプローチも含めて考察し（第二章）、今後の展望について述べる（こととする（おわりに））。

## 第一章 アメリカにおける「子ども」「生徒」と表現の自由に関する判例

### 第一節 「子どもの人権」「生徒の人権」と表現の自由への規制

#### (一) 人権の基礎づけ論の一環としての子どもの人権

人間一般の権利ではなく子どもの権利を問うのは、従来権利を十分には認められてこなかった子どもに権利を認めようという意図からである。<sup>(5)</sup> 一般に、子どもは当然に人権享有主体であるとは認められるが、その上で、その未成熟さ、あるいは心身の発達の不十分さゆえに成人とは異なった規制を受けることが正当化される場合がある。しかしながら、全ての権利がかかる規制に服するわけではなく、たとえば権利の性格による区分が必要とされる。<sup>(6)</sup>

アメリカにおいて、子どもの権利が議論されるようになったのは比較的最近のことであるが、一九六〇年代後半に入ると、連邦最高裁は、子どもの権利に関する領域において次々と憲法判断を下すようになった。<sup>(7)</sup> また、当初、子どもはもっぱら保護の客体として捉えられ、たとえば公教育をめぐる親の養教育権に関する紛争にみられるように、事件の当事者は親と政府であった。<sup>(8)</sup> しかし、非行を犯した子どもの処遇に関する事案である一九六七年の *Frederick Gault* とそれに続く裁判を契機に、子どもも、保護の客体から、一定の場合には大人と同様に権利を持つ主体として捉えられるように変化した。<sup>(9)</sup> こうした子どもの性質ゆえ、子どもの権利を保障するにあたっては、保護と自律を二者択一的ではなく、統一的に捉えることが必要とされる。<sup>(11)</sup> また、同時に、親の権限あるいは国家の権限も問題となるため、子ども、親、国家の三者の権利義務関係を検討する必要がある。<sup>(12)</sup>

具体的事案を見ると、たとえば、一七歳未満の子どもに対する性的描写のある出版物の頒布を禁じた *New York* 州法が問題となった事案である *Ginsberg v. New York* は、<sup>(13)</sup> 大人にとってはわいせつ物にあらず表現の自由の保

障の範囲内にあつても、子どもにはその出版が禁じられるとする、いわゆる可変的わいせつ概念を認め、子どもと大人で、表現の自由を享受する範囲が異なることを明らかにした。また、ラジオ放送での下品な言葉の使用の禁止が修正第一条に反するかどうかが問題となつた FCC v. Pacific Foundation<sup>(14)</sup> においても、下品な表現への子どもがアクセスが、成人と比べて制限されることを示唆した<sup>(15)</sup>。さらに、未成年者が墮胎を行う場合、原則として親の同意を要求する州法が問題となつた事案として、Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth<sup>(16)</sup>、未成年の避妊の自由が問題となつた事案として、Carry v. Population Services International<sup>(17)</sup> があげられるが、両判決においても、出産に関する子どもの決定権の保護を拡大しようとはしているものの、墮胎や避妊に関する自己決定権は、大人よりも制約を受けることを示唆した<sup>(18)</sup>。

このように、最高裁は、憲法上の権利が原則として子どもにも保障されることを認めながらも、個別具体的な脈絡においてその権利を制限できる理由や制限の程度を検討している<sup>(19)</sup>。その際、子どもの憲法上の権利保障が必ずしも成人と同等の保障でないとする際の根拠は、親の養教育権の保護、子どもの福祉の保護、子どもの判断能力の未成熟性などである。

## (二) 生徒の人權

学校という場において子どもは、子どもであるがゆえの制約に加えて生徒であるがゆえの制約を受ける場合があり、こうした二重の制約が生徒の人權規制の特徴である。その根拠は、たとえば、学校内の教育環境維持、本人および他の生徒の普通教育の保障、他の生徒の消極的自由の保護等に求められる。また、これらに加えて、「民主政を担う市民の養成」のための制限も正当化根拠として許容されるのかといった議論がある<sup>(20)</sup>。

連邦最高裁の判断を概観すると、過去四〇年間のバーガー・コート、レーンキスト・コートでは、学校における生徒の権利を保護するとの決定は数少ないといえる。確かに、上述の *Tinker* 判決<sup>(21)</sup>において最高裁は、公立学校における生徒の憲法上の権利を明確に認めたが、同判決以降、生徒の権利に関わるほとんどの憲法訴訟で学校側の主張が支持されてきた。たとえば、連邦地裁は *Baker v. Owen*<sup>(22)</sup>において、体罰行使には手続的保護が必要であると述べたが、*Ingraham v. Wright*<sup>(23)</sup>において、最高裁は、学校が体罰を加える際の生徒への事前の告知と聴聞は憲法上の要件ではないとした。また、*New Jersey v. T.L.O.*<sup>(24)</sup>においては、かつてのように教師を親代わり (*in loco parentis*)<sup>(25)</sup>の地位とみることは、今日の義務教育制度と必ずしも調和するものではないという考えを述べる一方で、最高裁は生徒側による修正第四条の主張を退け、「相当な理由 (probable cause)」なくして学校が生徒を所持品検査に服させる権限があることを支持した。また、生徒への薬物検査が問題となった事案で、*Vernonia School District 47J v. Acton*<sup>(26)</sup>においては公立学校における運動選手への薬物検査を、*Board of Education v. Earls*<sup>(27)</sup>においては課外活動に参加する全ての生徒に対する薬物検査を要求する学校制度を容認した。ただし、*Safford Unified Sch. Dist. #1 v. Redding*<sup>(28)</sup>で、薬物所持の嫌疑に基づく一三歳の女子生徒になされた脱衣検査が修正第四条に反すると判示された点は注目に値する。

こうした判例の流れは本稿で検討する生徒の表現の自由についての判例にもあてはまり、「*Tinker* 判決からの不幸な退却<sup>(29)</sup>」と称されるように、その後の判決においては、学校による生徒の表現の自由への規制に対する厳格な審査基準を用いたとされる *Tinker* 判決とは異なった判断枠組みで、生徒への表現規制が許容されてきた。このように、過去四〇年間で、生徒の憲法上の権利を保護する最高裁の判決はほとんどないといえる。<sup>(30)</sup>

(三) 表現の自由に対する内容に基づく規制<sup>(31)</sup>

生徒の表現の自由について考察する前提を扱う本節のくくりとして、表現の自由、とりわけ内容に基づく規制についての議論につき、ここで言及しておきたい。合衆国憲法修正第一条は、「連邦議会は……言論またはプレス<sup>(32)</sup>の自由を……縮減する法律を制定してはならない」と規定し、表現の自由を保障する。しかしながら、全ての表現および意思伝達がこの規定の下に保護されるわけではない。この点、扇動的表現、けんか言葉、名誉毀損的表現、わいせつ表現、児童ポルノといった領域が保護の対象となるかが最高裁で広く争われてきた。<sup>(33)</sup>しかし、一般的には、特に内容 (content) に基づく規制、とりわけ見解 (viewpoint) に基づく規制から表現を保護することは、修正第一条の重要な理念の一つであるとされる。それゆえ、表現内容に基づく規制は原則として無効とされ、「やむにやまれぬ政府の利益」テストを満たす場合にのみ許容される。<sup>(34)</sup>また、表現内容に基づく規制といっても、見解、主題、話題、争点、表現の主体に基づく規制など様々なものがあり、最高裁の扱いは様ではないが、とりわけ見解に基づく規制については原則として許されないと判断している。<sup>(35)</sup>ここで、見解とは、思想と並べられていることから、特定の思想ないし意見を意味するものと考えられている。<sup>(36)</sup>

表現内容規制が厳格審査に服するとされる一方で、時・場所・方法への規制である表現内容中立規制については、実際の審査レベルは様ではないが、基本的には中間的な違憲審査基準が適用される。かかる二分論が妥当する根拠は、一般に、表現内容規制が、政府の不当な動機に基づく規制である可能性が高いこと、伝達的效果に基づく規制であること、特定の見解の伝達を妨げることにより公共討論を歪曲する効果があることがあげられる。<sup>(37)</sup>ここで留意が必要なのは、表現内容に基づく規制と表現内容中立規制の区分の基準が曖昧であること、さらには、内容に基づく規制の中でも、何をもって見解に基づく規制であると認定するのかといった点である。この点については様々

な基準が設定されていると思われるが、最高裁は、見解に基づく規制を広く認定していると考えられている。<sup>(38)</sup>

このように、表現内容に基づく規制における最高裁の認定方法やその審査枠組みは一樣ではなく、流動性があると指摘される。また、こうした内容規制と内容中立規制との二分的アプローチに異論がないわけではない。しかし、見解に基づく規制の場合、上述の理由からその制約はより厳しい基準に服するとされるのである。

## 第二節 生徒の表現の自由に関する判例とその評価

### (一) Tinker 判決 (一九六九年) —— 生徒の表現の自由についてのリーディングケース ——

Tinker v. Des Moines Independent Community School District は、親と相談の上でベトナム戦争に反対する意思を表明するために黒い腕章を学校で着用した生徒が停学処分を受けたことに對し、生徒の修正第一条の権利を侵害するとして停学処分の差止めと、名目的損害賠償を求めて提訴したものである。本件では、連邦地裁は原告の訴えを退け、<sup>(40)</sup>連邦控訴裁は連邦地裁を支持したが、<sup>(41)</sup>連邦最高裁は原審判決を破棄差戻した。

法廷意見は、修正第一条の権利は、学校という環境の特殊性に照らして適用されることで生徒にも利用しうるものであり、また、生徒が言論あるいは表現の自由の憲法上の権利を校門で放棄すると主張することは到底できないと述べる。<sup>(43)</sup>一方で、学校における生徒の活動に対する州と学校の包括的な権限を繰り返し強調し、それゆえ、本件の問題は、生徒の修正第一条の権利の行使と、学校の権限に基づいて制定された規則との衝突の調整であると判断した。<sup>(44)</sup>また、本件における腕章着用は「純粋言論」とほぼ同種のものであり、政治的な反対の表出のために腕章を身につけることは、修正第一条の自由な表現条項の範囲内であると判断した。<sup>(45)</sup>さらに、公立学校は全体主義の飛び地になつてはならず、教室は「思想の市場」であると述べる。<sup>(47)</sup>そして、法廷意見は、生徒の活動が実質的に授業活



動を混乱させる、相当な無秩序を含むこと（以下、実質的混乱の基準）、あるいは他人の権利の侵害を伴うことが証明されない限り規制は正当化されず、本件における腕章着用行為は、学校活動を妨害し他の生徒の権利を侵害するものではなかった、と判示した。<sup>(48)</sup>

(1) Pico 判決（一九八二年）

Board of Education, Island Trees Union Free School District No. 26 v. Pico<sup>(49)</sup> は、教育委員会が、「反アメリカ的、反キリスト的、反ユダヤ的であり、まったく明白に卑猥なものである」と判断した本を中学および高校の学校図書館から除去したことが、生徒らの修正第一条の権利を否定するものであるとして、生徒が、宣言的および差止的救済を求めて提訴したものである。連邦地裁は教育委員会勝訴の判決を下したが、連邦控訴裁はこれを破棄差戻し、連邦最高裁は連邦控訴裁判決を支持した。

相対多数意見<sup>(52)</sup>は、地方の教育委員会は学校業務を管理する幅広い裁量を有しているが、かかる裁量は修正第一条と適合する方法で行使されなければならないと述べる。<sup>(53)</sup> また、Tinker 判決を引用して、生徒が情報と思想の受益者であること、生徒の修正第一条の権利は学校という環境の特殊性に照らして適用されることを確認した上で、学校図書館という特殊性が生徒の修正第一条の権利の承認をよりふさわしいものとするとした。<sup>(54)</sup> 教育委員会が地域社会の価値を伝達する無制約の裁量を主張したのに対して、相対多数意見は、教育委員会が教室内の強制的環境における絶対的裁量の主張を学校図書館にまで広げようとするのは見当違いであるとした上で、教育委員会の実質的役割を肯定し、それゆえ問題は、修正第一条がどの程度図書館の本の除去に対し制約を課すかと判断した。<sup>(55)</sup> そして、Barnette 判決を引用し、地方の教育委員会は、単に彼らがその本に含まれる思想が好ましくないと考える

からという理由で、または、何が政治的に愛国心その他の事柄について正統なものかを規定する目的で本を除去することは許されず、こうした意図が教育委員会の判断の決定的要素にある場合は憲法に反すると判断した。<sup>(56)</sup> 本件では、生徒の主張と連邦地裁に出されたいくつかの証拠資料からして、教育委員会の除去手続は極めて異例であり、教育委員会の動機が疑わしい可能性を否定できない、と判示した。<sup>(57)</sup>

(11) Fraser 判決 (一九八六年)

Bethel School District No. 403 v. Fraser <sup>(58)</sup> Bethel 高校の生徒である Fraser が、高校が主催する自治活動の一部として授業時間に行われた集会において、六〇〇人以上の、その多くが一四歳の生徒の前で、生徒会役員に立候補したある生徒のために、巧妙であからさまな性的比喩を用いた内容の応援演説を行った。二名の教師は、彼に対し予め、この演説は不適切であり行うべきでないこと、行った場合「重大な結果」を引き起こすだろう旨警告していた。しかし、Fraser は予定通り演説を行ったため、副校長に呼び出しを受け、三日間の停学処分、卒業式における演説者リストからの除外を伝えられた。学校区は Fraser の停学処分を支持し、結果的に彼は二日間の停学処分を受けることとなったため、<sup>(59)</sup> これに対し連邦地裁に提訴したものである。連邦地裁と連邦控訴裁は、Tinker 基準の下で学校は修正第一条の権利を侵害したと判断したが、最高裁は、控訴裁判決を破棄差戻した。

法廷意見は、Tinker 判決を引用し、生徒も憲法上の人権享有主体であることを確認した上で、公教育の「民主的政治制度の維持に必要な基本的価値を教え込む」という目標を強調し、公立学校における生徒の憲法上の権利は、他の状況下における大人の権利と自動的に同一の広がりを持つものではないと述べる。<sup>(60)</sup> そして、本件の言論はいかなる政治的見解とも関連しないという点で Tinker 判決の言論と区別し、<sup>(61)</sup> 俗悪で不快な (vulgar and offensive) 言

論から生徒を保護する公立学校の役割を強調して、公的な演説において、俗悪で不快な用語の使用を禁止することは公立学校の高度に妥当な機能であり、教室内あるいは学校の集会においていかなる方法の言論が不適切かの決定は教育委員会に委ねられていると判断した。<sup>(65)</sup> また、最高裁はこれまで、言論が性的にあからさまで、子どもを含むうる聴衆に向けられた場合には、話し手の利益にさへ限界が課せられる（Ginsberg 判決）と同様に、未成年を、俗悪で不快な言論にさらされることから保護する利益を認めてきた（Pacifica 判決）ことを指摘する。<sup>(66)</sup> こうした前提の下、修正第一条は、教職員が Fraser の行ったような学校の基本的な教育的使命を害する俗悪でみだらな言論を許容するかどうかの決定を妨げない、と判示した。<sup>(67)</sup>

#### (四) Hazelwood 判決（一九八八年）

Hazelwood School District v. Kuhlmeier<sup>(68)</sup> は、Hazelwood East 高校の授業カリキュラムの一部としての学校新聞『Spectrum』の編集スタッフであった Kuhlmeier を含む生徒らが、教職員による当該新聞の二項目（妊娠と離婚）の削除が彼らの修正第一条の権利を侵害したとして、教職員や学校区を相手取って連邦地裁に提訴した事件である。連邦地裁は差止請求を退け、連邦控訴裁はこれを破棄したが、連邦最高裁は、控訴裁判決を破棄差戻した。<sup>(69)</sup> 法廷意見は、まず、Tinker 判決と Fraser 判決を引用し、生徒の憲法上の権利は必ずしも大人と同一の広がりを持つわけではなく、学校という環境の特殊性に照らして適用されなければならないと述べる。<sup>(70)</sup> また、学校は一般に無差別な使用に開放している場合に限りその施設がパブリック・フォーラムの性質を持つとされるところ、<sup>(71)</sup> 『Spectrum』は授業カリキュラムの一部で学校の教育的目的を意図するものであって、公に開かれたものではなくパブリック・フォーラムではないから、教職員は合理的方法で記事の内容を規制することができると判示した。<sup>(72)</sup>

そして、学校が後援する言論と、生徒個人の言論とを区別し、*Tinker* 判決の基準は学校が後援する言論には適用されるべきではなく、教育者は、彼らの行為が「正当な教育上の関心」と合理的に関連している限り、学校が後援する表現活動において生徒の言論を規制しても、修正第一条を侵害しないと判断した。<sup>(75)</sup> こうした前提の下、学校が後援する言論にあたる本件では、校長の行動は合理的であり修正第一条に反しないと判示した。

(五) 先例についての評価<sup>(76)</sup>

以上、学校における生徒の表現の自由に関する判例について見てきたが、ここで、先例についての若干の検討を試みる。最高裁は、修正第一条が修正第一四条に編入され州に適用されるようになって以来、兵士、囚人、生徒のような個人は、通常一般の大人が受けるのと同程度の修正第一条の保護を受けることはできないと判断してきた。<sup>(77)</sup> それゆえに、公立学校における生徒の憲法上の権利を明示的に認めた上で、これを制約する学校の権限との調整を初めて明確に扱った *Tinker* 判決をリーディングケースとして捉え、その後の *Fraser* 判決、*Hazelwood* 判決が、*Tinker* 判決の基準を具体的に展開するのではなく、その適用範囲を限定する形でその例外を作ったとの解釈がなされる。<sup>(78)</sup> そして、こうした判例の流れの根本には、*Tinker* 判決において生徒の表現の自由を強調する *Fortas* 判事と、市民の育成の場としての学校を強調する *Black* 判事のように、最高裁内部での教育観の違いがあり、判例は *Fortas* 判事の教育観から *Black* 判事の教育観へ変遷してきたと分析されている。<sup>(79)</sup> もっとも、*Tinker* 判決の有効性については論者の間でも議論があるとはいえ、その後の判決が同判決の「生徒あるいは教師が、言論または憲法上の権利を校門で放棄するわけではない」という部分を引用していることから、*Tinker* 判決の基準が今なおいくつかの生徒の言論に適用しうるものであるという点は維持されている。また、これまでに確立された判例によれば、

政治的な生徒の言論については *Tinker* 判決の基準が、公教育が教化しようとする基本的価値に反する言論（俗悪で不快な言論）については *Fraser* 判決の基準が、学校が後援する生徒の言論については *Hazelwood* 判決の基準が適用されるという一応の分類はできる。しかしながら、*Fraser* 判決、*Hazelwood* 判決の示した法理は不明瞭であり、下級審に混乱をもたらし、過去四〇年間、下級審には生徒の言論に関する多くの裁判例があったが、*Tinker* 判決の基準を適用する判例、これを破棄されたかのように扱う判例、また各判例の異なった解釈などが混在し、一貫性のない判断を招いてきたのである。<sup>(80)</sup>

## 第二章 Morse v. Frederick 判決の分析

前章で考察した判例の流れを踏まえ、生徒の表現の自由について最高裁の法理の明確化が期待される中で下されたのが、本章で分析する *Morse* 判決である。

### 第一節 Morse v. Frederick 判決の内容

#### (一) 事案の概要

*Morse v. Frederick* の事案の概要は以下のとおりである。<sup>(81)</sup>二〇〇二年一月二四日に、Alaska 州 Juneau にある高校の校長たる *Morse* は、オリンピックの聖火リレーが学校前の公道を通過する様子を、学校行事の一部として見ることが生徒らに許可し、生徒らを見守っていた。聖火とテレビカメラが接近した際、同高校の生徒である *Frederick* を含む生徒グループが、“BONG HTS 4 JESUS”<sup>(82)</sup>という違法な薬物を唱道するようなメッセージを書いた一四フィートの横断幕を掲げた。校長はこれを降ろすように命じ、*Frederick* 以外の生徒はこの命令に従ったが、

彼だけはこれに従わなかったため、校長はこの横断幕を没収し、後に彼に対し一〇日間の停学処分を告げた。校長は彼に、彼が教育委員会の方針に反して違法な薬物使用を唱道したことを理由として、横断幕を没収した、と説明した。彼は停学処分を支持した学校区教育長に抗議したが、教育長は校長の処分を支持し、停学処分が八日に短縮されただけだった。学校区教育委員会は、教育長の判断を支持したため、Frederick が、教育委員会と校長が彼の修正第一条の権利を侵害したとして宣言判決、停学処分の差止め、名目的損害賠償を求めて連邦地裁に提訴した。連邦地裁は、校長に限定的免責 (qualified immunity)<sup>(83)</sup> を認め、また、Frederick の修正第一条の権利は侵害されていないとして、校長および教育委員会勝訴の判決を下した。<sup>(84)</sup>これに対し、連邦控訴裁は、校長の限定的免責を否定し、修正第一条の侵害を認めた。<sup>(85)</sup>これに対し、連邦最高裁は裁量上訴を認め、五対四で連邦控訴裁判決を破棄差戻した。本件では、以下の五つの意見が表明された。

## (二) 判決の内容

### Roberts 首席判事の法廷意見 (Scalia, Kennedy, Thomas, Alito 各判事同調)

まず、Frederick は、本件は学校の言論に関する事件ではないと主張したが、法廷意見は、当該表現は学校の時間内に、学校が承認する行事で、教師監督の下で起き、Frederick がその横断幕を生徒の体に向けて掲げた点を論拠にあげ、本件を学校における規制事例と捉えた。<sup>(86)</sup>

次に、当該横断幕の意味について検討し、当該横断幕は、「マリファナを吸おう」という命令的な解釈、あるいは「マリファナを吸うことは良いことである」という薬物使用を讃美するものという二通りの解釈が可能だと判断した。そして、この二つの解釈には大差はなく、他の解釈ができないため、当該横断幕がマリファナの使用を唱道

するものと判断することは合理的であり、無意味なものの、または政治的メッセージであるという解釈を退けた。<sup>(87)</sup>

また、法廷意見は、生徒の言論に関する先例について分析した。まず、Tinker 判決に言及し、同判決における言論は、政治的であり、規律の破壊や混乱を伴わない静寂かつ消極的な表現であったが、本件ではそうではないとして Tinker 判決と区別した。<sup>(88)</sup> 次に Fraser 判決に言及し、同判決は、生徒の表現の自由は、他の状況における大人の表現の自由と同一の広がりを持つわけではないこと、および Tinker 判決が学校における生徒の言論に常に適用

されるわけではないことを証明したものと述べ、もし Frederick が学校外でパブリック・フォーラムにおいて横断幕を掲げたのなら、その言論は保護されたであろうと判断した。<sup>(89)</sup> 最後に Hazelwood 判決に言及し、「教育者は、彼らの行為が正当な教育上の関心に合理的に関連する限り、学校が後援する生徒の言論の方式と内容に編集上の規制を行っても生徒の修正第一条の権利を侵害しない」という部分を引用し、Frederick の横断幕が学校から公認された言論であると合理的にみなす人はいないから、Hazelwood 判決は先例として機能しないと判示した。<sup>(90)</sup>

法廷意見は、次に、学生・生徒による薬物使用の抑制の重要性に言及した。ここでは、アメリカ合衆国における一〇代の若者による薬物使用が深刻な問題として存在するという主張を支持するために、統計学を用いて連邦議会の薬物抑制に対する予算を紹介し、また薬物に対する全国教育委員会の方針をあげ、一〇代の若者による薬物使用を抑制する目標が、「重要な、いやおそらく、やむにやまれぬ」利益であるとして、公立学校における薬物の唱道に対する懲罰を十分に正当化すると判断した。<sup>(91)</sup>

また、Frederick の言論は Fraser 判決におけるような「不快な」言論であったから制約することができるという学校側の主張に対しては、これは Fraser 判決の射程を広げすぎであり、本件における関心は、Frederick の言論が不快であったことではなく、当該言論が違法な薬物使用を唱道するとみなすことが合理的なことにであると判断した。<sup>(92)</sup>

こうして、教職員は、違法な薬物使用を唱道すると合理的に判断できる生徒の言論を規制できるとし、校長の行為は生徒の修正第一条の権利を侵害しない、と判示した。<sup>(93)</sup>

### Thomas 判事の同意意見

Thomas 判事は、修正第一条は Frederick の言論を保護しないという点に同意し、さらに、Tinker 判決の完全な破棄をも主張した。<sup>(94)</sup> 彼は、原意的には修正第一条は学校に適用することを意図しておらず、Tinker 判決は学校という領域に表現の自由の保護を拡大したという点で誤っていると主張した。特に、親代わり (*in loco parentis*)<sup>(95)</sup> の概念に依拠し、アメリカにおける初期の公立学校は、学校に対する親の権利の委任が前提とされており、修正第一条が学校機能に適用されることは決してなかったものであり、<sup>(96)</sup> 公教育と生徒の表現の自由との不相容性ゆえに、最高裁は、Tinker 判決が確立した当初の前提に対する無数の例外を作り出すことを必要としたと述べる。<sup>(97)</sup> そして、こうした場あたりの (*ad hoc*) 判断の結果として、「我々の法理によれば、生徒は話す権利がない場合を除いては、話す権利がある」ということになる、と懸念した。<sup>(98)</sup>

### Alito 判事の同意意見 (Kennedy 判事同調)

Alito 判事は、法廷意見が他のいかなる規制 (特に、政治的社会的な言論への規制) の拡大をも支持しないものだと捉えていることを二度にわたり確認し、<sup>(99)</sup> 修正第一条は、教職員に、学校の「教育的使命」を妨害するどんな生徒の言論も規制しようという校長の主張を強く否定した。また、Thomas 判事の、親代わり理論は支配的であるという意見に反対した。<sup>(100)</sup> しかしながら、学校という環境においては、生徒の身体的安全への特別の危険が生じうると述べる。そして、薬物に関する言論の文脈においては、親たちが守ることのできない、学校における生徒の身体的安全を保護することの重要性を強調し、それゆえに一〇代の若者による薬物乱用の問題の深刻さを考慮すると、学



校が生徒の違法な薬物使用を唱道する言論を規制することができる、と判示した。<sup>(10)</sup>

### Breyer 判事の一部同意、一部反対意見

Breyer 判事は、修正第一条の問題を扱うことなく、限定的免責の理論を適用すれば、学校側勝訴の結論に到達すると主張した。<sup>(102)</sup> また、法廷意見は、学校に見解に基づく規制の権限をさらに与えるものであるし、現行の薬物規制法を無視することを唱道する政治的言論が禁止されるかどうかの問題を明らかにしていないと指摘する一方で、反対意見の採用は、学校の規律を維持する能力を妨害しうると判断した。<sup>(103)</sup>

### Stevens 判事の反対意見 (Souter, Ginsburg 両判事同調)

反対意見は、法廷意見は、「修正第一条に対する重大な侵害を行った」と述べ、法廷意見の問題点として主に次の二点をあげた。第一に、Tinker 判決によって基礎づけられた二つの重要な原理——表現内容に基づく規制、特に、見解に基づく規制は違憲であると推定されること、違法な行為の唱道を罰することは、その唱道が確実にかか  
る害悪を引き起す場合にのみ合憲となること<sup>(104)</sup>と (Brandenburg 判決を引用)<sup>(105)</sup>——を侵害したことである。本件は、かかる原理を侵害して、見解に基づく差別をもたらし、結果への恐れを理由に Frederick を罰することを許容したという。<sup>(106)</sup> 第二に、法廷意見の当該横断幕のメッセー  
ジの解釈が誤っているという点である。彼は、Frederick のメッセー  
ジは不明瞭なものではあるが、ただテレビに映りたいがために掲げられたもので特別な意味を持たず、実際にこれによる混乱は生じていないと判断した。<sup>(107)</sup> こうした前提の下、本件における学校の行為は彼の修正第一条の権利を侵害すると結論づけた。<sup>(108)</sup>

(一) Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 383 U. S. 503, 512 (1969) (quoting Keyishian v. Board of Regents, 385 U. S. 589, 603 (1967)). また、子どもの表現の自由の重要性を John H. Garvey の理論を用いて説明した文

献として、井上徹也「学校における子どもの表現の自由——アメリカ合衆国最高裁判所の判例をめぐって——」(二・完)同志社法学五三巻一号四三―四九頁(二〇〇一年)参照。ここでは、子どもの表現の自由が、「手段的機能」として重要であり、こうした見方が、生徒の表現の自由についての判例においても読み取れることを指摘する。

- (2) See Megan D. Hargraves, *Constitutional Law- First Amendment & Freedom of Speech- Students May Be Regarded as Closed-Circuit Recipients of the State's Anti Drug Message: The Supreme Court Creates a New Exception to the Tinker Student Speech Standard*, Morse v. Frederick, 127 S. Ct. 2618 (2007), 30 UALR L. REV. 565, 594-95 (2007-2008). Hargraves は、この根拠として、子どもは学校で民主社会の理論と実践を学ぶと、Thomas I. Emerson の提示する表現の自由の四つの機能(個人の自己実現、真理への到達、政策決定への参加、社会の安全弁)は生徒にも妥当するとこの点をあげる。See Thomas I. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 72 YALE L. J. 877 (1962-1963).

- (3) 本稿第一章第二節参照。

- (4) Morse v. Frederick, 551 U.S. 393 (2007).

- (5) 大江洋『関係的権利論——子どもの権利から権利の再構成へ——』(勁草書房、二〇〇四年) 一三―一四頁。

- (6) 米沢広一「未成年と人権」高橋和之・大石眞編『憲法の争点』(二〇〇八年) 六六頁。米沢教授は、必ずしも成人と同等の保障を受けない権利(信教の自由、表現の自由等)、成人と同等の保障を受ける権利(正当な補償を受ける権利等)、未成年にとりわけ保障される権利(無償の義務教育を受ける権利等)とに区分して検討することが必要だと述べる。

- (7) アメリカにおける子ども(学校における子どもも含む)の人権、判例につきとりわけ、ROBERT H. MINOOKIN & D. KELLY WEISBERG, CHILD, FAMILY, AND STATE: PROBLEMS AND MATERIALS ON CHILDREN AND THE LAW (Aspen Publisher, 6th edition, 2009)。邦語文献に、米沢広一『子ども・家族・憲法』(有斐閣、一九九二年)がある。また、石川稔「子どもの権利——アメリカにおける議論」ジュリスト六〇七号三八頁(一九七六年)、森田明「子どもの保護と人権」『ジュリスト増刊総合特集・子どもの人権』(有斐閣、一九八六年) 二三頁、佐藤幸治「子どもの『人権』とは」自由と正義三八巻六号四頁(一九八七年)、片山等「アメリカ連邦最高裁判例における子どもの人権の概況」同上六九頁、樋口範雄「子どもの権利のとらえ方——アメリカ法からの示唆」法律時報六一巻一三号一九頁(一九八九年)、橋本ひろみ「子どもの人権をめぐるアメリカの憲法判例」明治大学大学院紀要三〇集二〇一頁(一九九三年)参照。

- (8) 保護を必要とする「子ども」に対応する国家の地位と権限がパレンス・パトリエ (*parens patriae*) であった。パレンス・パトリエの詳細につき森田・前掲注(7)参照。親と政府の対立事案として、たとえば、学校通学年齢に達した子どもに公立学校への通学を義務つけた州法の合憲性が争われた *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925)、州の児童労働禁止法に違反した後見人(子の叔母)の信教の自由が問題となった *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944)、アーミッシュ派の親たちが宗教上の理由で *Wisconsin* 州の義務教育法に反して子どもを義務教育年限の途中で通学させなかったことが、修正第一条の信教の自由の保護を受けるかが問題となった *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972) がある。
- (9) *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967)、これに続く裁判例に *Levy v. Louisiana*, 391 U.S. 68 (1968) 等がある。
- (10) 石川・前掲注(7)四〇頁、樋口・前掲注(7)一九頁等参照。ただし、*Gault* 判決は必ずしも少年裁判が刑事裁判とまったく同等の手続的保障を必要とするものだと述べたわけではない。See Andrew Walkover, *The Infancy Defense In The New Juvenile Court*, 31 UCLA L. REV. 503, 520 (1984)。
- (11) 米沢広一「子どもの人権」ジュリスト二一九二号七六頁(二〇〇一年)参照。アメリカでの議論の詳細につき、米沢・前掲注(7)一一四～一二八頁参照。
- (12) 米沢・前掲注(6)六七頁、片山・前掲注(7)七一頁参照。なお、本稿で扱う生徒の表現の自由についての事案は、いずれも子ども(親は子どもと一体と取れる)と政府の関係に関わるものである。
- (13) 390 U.S. 629 (1968)。
- (14) 438 U.S. 726 (1978)。
- (15) なお、*Ginsberg* 判決、*Pacific* 判決においても親の養教育権の尊重が示された。See *Ginsberg*, 390 U.S. at 639-40; *Pacific*, 438 U.S. at 749。両判決は、合憲とした一根拠としてそれぞれ、親が当該雑誌を自ら購入して子に与えることが可能である、ラジオ放送での下品な言葉が親の養教育権を侵害する、といった点をあげていることから、子どもの表現の自由については親と子どもの関係に留意する必要性があることを示唆しているといえる。
- (16) 428 U.S. 52 (1976)。本件は、争点のうちのひとつとして、一八歳未満の未婚少女の中絶手術を受けるという意思決定に対して親の同意を義務つけた州法が違憲とされた事案である(*Id.* at 74-75)。See also *Bellotti v. Baird*, 443 U.S. 622 (1979)。ただし、*H. L. v. Matheson*, 430 U.S. 398 (1981) において、最高裁は医者による親への通知要件を合憲と判断した。

- (17) 431 U. S. 678 (1977).
- (18) MNOOKIN & D. WEISBERG, *supra* note (7), at 141 ; Jonh A. Siliciano, *The Minor's Right of Privacy: Limitations on State Action After Danforth and Carey*, 77 COLUM. L. REV. 1216 (1977).
- (19) 片山・前掲注(七)七二頁参照。
- (20) 学校における子どもへの規制根拠につき、米沢広一『憲法と教育一五講【第三版】』（北樹出版、二〇一一年）三三―三三三頁、内野正幸『表現・教育・宗教と人権』（弘文堂、二〇一〇年）二二―二二三頁等参照。なお、アメリカにおいては、親代わり論が、政府の教育権限の根拠として伝統的に用いられてきた。
- (21) 393 U. S. 503 (1969). 事案の概要につき第一章第二節参照。
- (22) 395 F.Supp. 294 (M. D. N. C. 1975).
- (23) 430 U. S. 651 (1977). ただし、Goss v. Lopez, 419 U. S. 565 (1975) では、最高裁は停学処分については、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るべきと判示した (Id. at 579)。
- (24) 469 U. S. 325 (1985). ただし、本件では、修正第四条の不合理な搜索、押収の禁止条項は生徒にも及ぶとした。本判例については、樋口範雄「学校内での持物取調べと生徒の人権」ジュリスト八六〇号二一五頁（一九八六年）、高井裕之「公立学校教師による生徒の鞆の搜索と修正四条」判例タイムズ六一一号二一六頁（一九八六年）参照。
- (25) ただし、後述の Fraser 判決において、「親代わりの地位にあって行為する学校当局」との記述がある。Bethel School District No. 403 v. Fraser, 478 U. S. 675, 684 (1986). また、後述の Morse 判決における Thomas 判事の同意意見参照。
- (26) 515 U. S. 646 (1995).
- (27) 536 U. S. 822 (2002).
- (28) 557 U. S. 364 (2009). もっとも、被告の教職員らには限定的免責 (qualified immunity) が認められた。本件につき、大島佳代子「最近の判例」アメリカ法 [二〇一〇-一] 一三三頁参照。
- (29) See *The Supreme Court, 1987 Term, Leading Cases*, 102 HARV. L. REV. 143, 276 (1988).
- (30) See Erwin Chemerinsky, *How Will Morse v. Frederick be Applied?*, 12 LEWIS & CLARK L. REV. 17, 26 (2008).
- (31) アメリカにおける表現の自由、特に表現内容に基づく規制については、市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社

二〇〇五年）一四九―二〇六頁、松井茂記『アメリカ憲法入門「第七版」』（有斐閣、二〇一二年）第九章参照。

(32) たゞえば、偽証、殺人の教唆。これらは当然であり訴訟にもならない。

(33) 名誉毀損的表現、けんか言葉、わいせつ表現、チャイルド・ポルノといった類型にはその保護が及ばないとされてきた。See *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 672 (1942); *Valentine v. Christensen*, 316 U.S. 52 (1942); *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982)。ただ、*R. A. V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992) では、けんか言葉の内容に基づいてその一部のみを禁止することは許されないとの判断がなされた。市川・前掲注(31)一五〇頁参照。

(34) See *Rosenberger v. Rector and Visitors of Univ. of Va.*, 515 U.S. 819, 828 (1995); *R. A. V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992)。

(35) たゞえば *Erwin Chemerinsky* は、例として *Burson v. Freeman*, 504 U.S. 191 (1992) をあげて、主題に対する規制は時には支持されると指摘する。Erwin Chemerinsky, *Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech: Problem in the Supreme Court's Application*, 74 S. CAL. L. REV. 49, 56 (2000-2001)。

(36) See, e.g., *Members of the City Council of the City of Los Angeles v. Taxpayers for Vincent*, 466 U.S. 789, 804 (1984)。市川・前掲注(31)一五一頁参照。

(37) 同上・一七一一―一八五頁参照。市川教授は、アメリカにおける二分論の根拠について考察し、根拠が曖昧である、表現内容中立規制も同等に危険であるとして、二分論の批判的検討を行う。

(38) See, e.g., *Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School District*, 508 U.S. 384 (1993); *Rosenberger v. Rector and Visitors of Univ. of Va.*, 515 U.S. 819, 829 (1995)。また、市川・前掲注(31)一五二―一六二頁参照。

(39) 393 U.S. 503 (1969)。本判決につき、久保田きぬ子「最近の判例」アメリカ法「一九七二」三二九頁、毛利透『表現の自由——その公共性ともろもろについて』（岩波書店、二〇〇八年）一九〇―一九二頁参照。また、*Tinker* 判決以前の判例として、*Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940)、*West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943) があげられる。前者は、州の法律で規定された国旗敬礼を行わなかった二名の生徒が学校から除籍された事案で、最高裁は、単なる宗教的信条の保持をもって、政治的責任の義務を市民から免除するわけではないから、本件における法律は合憲であると判示した。後者は、エホバの証人派に属する生徒が、偶像崇拜であるとして国旗敬礼を拒

否したため、第二次世界大戦中における合衆国の愛国心昂揚のために制定された、国旗敬礼を公立学校の正課として強制し、それを拒否する生徒は退学処分にするとの規則によって退学処分に処せられたところ、生徒の親が信教の自由、表現の自由を侵害するとして処分の執行停止を求めて争った事件である。連邦地裁は本請求を容認したため、州の教育委員会が直接連邦最高裁に上訴したが、最高裁は地裁判決を支持した。Jackson 判事の法廷意見は、国旗敬礼を表現の自由として捉え、修正第一条の権利は学校においても慎重に保護されなければならない、国旗敬礼の強制は修正第一条に反すると判断した。Barnette 判決の意義を深く考察した文献として、蟻川恒正『憲法的思惟』（二〇〇一年、創文社）参照。

(40) 258 F. Supp. 971 (S. D. Iowa. 1966).

(41) 383 F. 2d 988 (5th Cir. 1967).

(42) 本件では、七対二の Fortas 判事が法廷意見を書き、Stewart 判事、White 判事の同意意見、Harlan 判事、Black 判事の反対意見が付されている。

(43) 393 U. S. 503, 506 (1969).

(44) Id. at 507.

(45) Id. at 505-08. 連邦地裁は、見解を表明する目的でなされた腕章着用を、修正第一条の自由の領域に入るが、通常の言論規制よりも容易に合憲とされうる象徴的表現行為だと判断した。これに対し最高裁は、Tinker の行為は、現実のあるいは潜在的な秩序破壊行為とは完全に切り離された受け身の行為であり、純粹言論にきわめて近いものだと判断した。

(46) Id. at 511.

(47) Id. at 512 (quoting *Keyishian v. Board of Regents*, 385 U. S. 589, 603 (1967)).

(48) Id. at 509, 513. なお、本判決では、学校における規律と秩序に重きを置く Black 判事が法廷意見に激しく反対した。Black 判事は、法廷意見は、学校が生徒を管理する権限を最終的に連邦最高裁に委ねる全く新しい時代の到来を告げるものである (Id. at 515 (Black, J., dissenting)) という言葉から始まり、公立学校の生徒は、政治的その他の見解を広めるためにではなく、大人と比して未熟と考えられる子どもは学ぶことが必要であるから学校に通うのであり (at 522)、それゆえ、どこまで表現の自由が認められるかの決定権を教育機関に与えるべきである (at 524) と述べる。そして、本件で問題となった生徒の行為は、生徒の集中力を授業活動からそらすものであったとして (at 517-18)、法廷意見のよって、

連邦憲法がアメリカの公立学校システムの管理権を生徒に譲り渡すことを、教師、親、職員に強いていると判断することに強く反対した (at 526)。また、同じく個別に反対意見を書いた Harlan 判事は、その中で、特定の学校による措置が正当な教育的関心以外のもの（たとえば、支配的な意見の表現は許容するが、人気がない見方の表現を禁止しようという願望）により動機づけられているかどうか、という代替的基準を提案した (Id. at 526 (Harlan, J., dissenting))。

(49) 457 U.S. 853 (1982).

(50) 474 F. Supp. 387 (E. D. N. Y. 1979).

(51) 638 F. 2d 404 (2nd Cir. 1980).

(52) 本件では、Brennan 判事の相対多数意見 (Marshall, Stevens 両判事同調)、White 判事の結果同意意見、Blackmun 判事の一部同意・一部結果同意意見、Burger 首席判事の反対意見 (Powell, Rehnquist, O'Connor 各判事同調)、Powell, Rehnquist, O'Connor 各判事による個別反対意見が付されている。

(53) *Pica*, 457 U.S. at 863-64.

(54) Id. at 866-68.

(55) Id. at 869.

(56) Id. at 871-72.

(57) Id. at 875. なお、Burger 首席判事の反対意見は、学校の教え込みの機能を重視し、相対多数意見が図書の除去を容認できる場合としてあげている「教育上の適切性」という理由が有効なものかにつき異議を唱えた (Id. at 889-90 (Burger, C. J., dissenting))。また、Rehnquist 判事は個別反対意見において、学校内で教育者が必要と考えるもの以外の情報に生徒がアクセスする権利を持つという相対多数意見の考えは、公教育が有する教え込みの機能の本質に反するものだと主張した (Id. at 910, 915 (Rehnquist, J., dissenting))。

(58) 478 U.S. 675 (1986).

(59) Id. at 677-79.

(60) 755 F. 2d 1356 (9th Cir. 1985).

(61) 本件では、Burger 首席判事が法廷意見を書き (White, Powell, Rehnquist, O'Connor 各判事が同調)、Brennan 判事

の同意意見<sup>62</sup> Blackmun 判事の結果同意意見<sup>63</sup> Marshall 判事と Stevens 判事の反対意見が付されている。

(62) *Fryer*, 478 U. S. at 680-81.

(63) *Id.* at 682.

(64) *Id.* at 680, 685.

(65) *Id.* at 683.

(66) *Id.* at 683-84.

(67) *Id.* at 685. また、二日間の停学は、刑事訴追に適用される手続的デュー・プロセス保護の完全な一式を必要とする刑罰のレベルに達してはいないとして、停学処分が適正手続に反しているという生徒側の主張を退けた (p. 686)。

(68) 484 U. S. 260 (1988). 本件につき、青柳幸一「学校が後援する生徒新聞の検閲と修正一条」ジュリスト九四三号一〇三頁 (一九八九年) 参照。

(69) 607 F. Supp. 1450 (E. D. Mo. 1985).

(70) 795 F. 2d 1368 (8th Cir. 1986).

(71) 本件では、White 判事が法廷意見を書き (Rehnquist 首席判事, Stevens, O'Connor, Scalia 各判事同調)、Brennan 判事の反対意見 (Marshall, Blackmun 両判事同調) が付されている。

(72) *Hazelwood*, 484 U. S. at 266.

(73) *Id.* at 267.

(74) *Id.* at 270.

(75) *Id.* at 270-73.

(76) Tinker 判決から Hazelwood 判決までを分析した邦語文献として、松倉聡史「アメリカにおける生徒の表現の自由

(一)」(六・完)——ティンカー判決以後の判例の分析を中心にして——北海道大学法学研究二六卷二四四頁、三七卷二四四五頁 (二〇〇一年)、三七卷三三七頁、三八卷一四二頁、三八卷二四三七頁 (二〇〇二年)、四一巻三三三頁 (二〇〇五年) 参照。また、宮原均「アメリカにおける生徒の表現の自由」大学院研究年報「法学研究科」[中央大学] 一八号一頁 (一九八九年)、世取山洋介「アメリカにおける公立学校市民的自由——公民教育法にお



る修正第一条法理の展開」市川須美子他編『教育法学と子どもの人権』（三省堂、一九九八年）一二五頁、井上徹也「学校における子ども表現の自由——アメリカ合衆国最高裁判所の判例——」（二）同志社法学五二巻五号三二頁（二〇〇一年）、同・前掲注（一）、青野篤「アメリカ公教育における価値の教え込みと生徒の修正一条の権利」（二）（六）大阪市立大学法学雑誌五一巻二号二二頁、五一巻二号二三五頁（二〇〇四年）、関沢修子「生徒の表現の自由について——アメリカにおける判例の展開——」東北法学二五号二七頁（二〇〇五年）、中川律「アメリカ公立学校における生徒の憲法上の権利——公立学校での生徒の言論の自由に関する連邦最高裁判例の分析を中心に——」法学研究論集（明治大学）二二二号二頁（二〇〇五年）参照。

(77) See Michael J. O'Connor, *School Speech in the Internet Age: Do Students Shed Their Rights When They Pick up a Mouse?*, 11 U. PA. J. CONST. L. 459, 462-63 (2008-2009).

(78) See, e.g., Mark Yudof, *Symposium: Twenty-Five Years After Tinker: Balancing Students' Rights: Tinker Tailored: Good Faith, Civility, and Student Expression*, 69 ST. JOHNS L. REV. 365 (1995); Megan D. Hargraves, *supra* note (2); Erwin Chemerinsky, *Students Do Leave Their First Amendment Right at the Schoolhouse Gates: What's Left of Tinker?*, 48 DRAKE L. REV. 527 (1999-2000). 以下「Tinker 判決」と批判的な論者がある。See, e.g., David A. Diamond, *The First Amendment and Public Schools: The Case Against Judicial Intervention*, 59 TEXAS L. REV. 447 (1981). 以下「Tinker の基準」と Burnside v. Byrns, 363 F.2d 744 (8th Cir. 1966) の「実質的かつ実体的な侵害」という物理的な混乱を基礎としながら、「予測する（forecast）」という文言を挿入しており（*Tinker*, 393 U.S. at 514）「基準として曖昧なものになつてしまつた」と考へられる。

(79) See Chemerinsky, *supra* note (78), at 542-43. 世取山・前掲注(76)参照。異なる見解として、中川・前掲注(76)一〇一六頁参照。以下では、生徒の言論に関する最高裁判例は一つの統一的な体系の流れにある、すなわち、生徒の言論には（一）社会的機能と（二）アカデミックな機能が存在し、（一）が重視されるときに学校側が生徒の表現の自由を制約するものが許容されやすくなる、と理解し、以下 James E. Ryan の論文（*The Supreme Court and Public Schools*, 86 VIRGINIA L. REV. 1335 (2000)）を紹介し、判例の再検討を行つてみる。

(80) See Chemerinsky, *supra* note (79), at 542-45.

- (81) 551 U. S. 393 (2007). 邦語文献として、東川浩二・Lexis Nexis 判例速報二七号 (二〇〇八年一月二〇日)、中川律「最近の判例」アメリカ法「二〇〇八二」一一六頁、青木宏治「アメリカ連邦最高裁判所の公教育への関与と生徒言論の自由——Tinker 判決 (一九六九年) とその後の展開」甲南法学五〇巻四号一九七頁 (二〇一〇年)、青野篤「違法薬物使用の唱道と生徒の言論の自由」大分大学経済論集六一巻第五号七九頁 (二〇一〇年) 参照。
- (82) この言葉の意味については、本件の争点ともいえるものであるが、この点、リーダーズ英和辞典【第三版】(研究社、二〇一二年) によれば、「bong」は「(マリファナ吸引用の) 水ギセル、水パイプ」の意味があり、「hit」には、「麻薬【<ロイン>】の注射、(マリファナなどの) 吸引」という意味がある。法廷意見は、この「bong hit」に焦点をあて、当該横断幕が、潜在的に違法な薬物使用を唱道するものと解釈した。
- (83) 公務員の行為が、通常人であれば知っているであろう憲法上ないし制定法上に明白に確立された権利を侵害しない場合、裁判所が裁量で免責を与え、公務員を民事上の損害賠償から保護する理論をいう。See *Wilson v. Layne*, 526 U. S. 603, 609 (1999); *Harlow v. Fitzgerald*, 457 U. S. 800, 818 (1982).
- (84) *Frederick v. Morse*, No. J 02-008 CV (JWS) (D. Alaska, May 27, 2003).
- (85) *Frederick v. Morse*, 439 F. 3d 1114 (9th Cir. 2006).
- (86) *Morse*, 551 U. S. at 396, 400-01. *Frederick* は、本件は、横断幕の掲示が学校内ではなく公道で行われたことを理由のうちに、学校における生徒の言論ではなく、単なる公道における言論であると主張したが、(*Frederick*, 439 F. 3d, at 1117) 法廷意見は本件を学校が許可し指揮した (school-sanctioned and school-supervised) 行事における表現活動として他の判事も用語は異なるものの、概ねこれを肯定した。唯一、*Stevens* 判事のみが、学校における事例かどうか疑問を示しつつも (551 U. S. at 440 n. 2 (*Stevens*, J., dissenting))。
- (87) *Id.* at 402.
- (88) *Id.* at 403-04.
- (89) *Id.* at 404-05.
- (90) *Id.* at 405-06.
- (91) *Id.* at 407-08.

- (62) Id. at 409.
- (63) Id. at 397.
- (94) Id. at 422 (Thomas, J., concurring).
- (95) 親代わり論とは、学校内においては、教育者が親権者に代わって教育に必要な監督、指導権、懲戒権等を行使しうることを、コピンロー上の法理でもある。See 1 W. BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND, at 441 (1765); MNOOKIN & WEISBERG, *supra* note (7), at 127. また森田・前掲注(7)参照。
- (96) 551 U. S. at 410-11, 419.
- (97) Id. at 421.
- (98) Id. at 418.
- (99) Id. at 423, 425 (Alito, J., concurring).
- (100) Id. at 423-24.
- (101) Id. at 424-25. なお、Alito 判事が同意意見で学校における生徒の身体的安全への「特別の危険」について述べたのは、Columbine 事件（一九九九年四月二〇日、Colorado 州にあるColumbine 高校において、同校の生徒二人が銃を乱射し、生徒と教師を多数射殺した事件）をはじめとして、学校における多くの銃乱射事件の発生という事情を考慮してのものである。See MNOOKIN & WEISBERG, *supra* note (7), at 130.
- (102) 551 U. S. at 425 (Breyer, J., concurring in part, dissenting in part).
- (103) Id. at 426-27.
- (104) Id. at 435 (Stevens, J., dissenting).
- (105) See *Brandenburg v. Ohio*, 395 U. S. 444, 449 (1969).
- (106) *Morse*, 551 U. S. at 436-38.
- (107) Id. at 444.
- (108) Id. at 435.