

# 最高裁「校則」判決の含意

——最高裁平成8年2月22日第一小法廷判決——

大 野 拓 哉

Takuya Ohno

## I 事実の概要

兵庫県A市立B中学校では、生徒心得（以下、本件校則）で、（男子生徒についての）「丸刈り」のほか、外出時の制服または体操服の着用などを定めていた。これに対して、同中学校の学区内に在住していた原告X<sub>1</sub>（提訴当時小学5年生、最高裁判決当時中学2年生）及びその弟である参加原告X<sub>2</sub>（提訴当時小学4年生、判決当時中学1年生）並びに彼らの両親である参加原告X<sub>3</sub>、X<sub>4</sub>は、本件校則は憲法13条、21条1項その他に違反し違憲、違法だとして、B中学校校長Y<sub>1</sub>及びA市教育委員会Y<sub>2</sub>を相手取って本件校則制定行為の無効確認又は取消しを求める訴えを提起するに至った。

本件での主要な争点は、①中学校の校則制定行為は抗告訴訟の対象となる行政処分当たるか否かであり、②X<sub>1</sub>やX<sub>2</sub>らの原告適格ないし法律上の利益の有無であったが、第一審（神戸地判平成6・4・27判タ868号159頁）は、①について、校則等は、学校という公の施設の利用関係を規律するための行政立法たる管理規則であって、一般的・抽象的な性格を有し、他の具体的な行為がなければ生徒に直接具体的な法的効果を生じさせるものではないと解して、これを否定し、②について、X<sub>1</sub>の転居、学区の変更、本件校則の改定、B中学校以外への進学等の可能性を考慮して、これを否定した。控訴審（大阪高判平成6・11・29）は、①について、本件校則は、一般的抽象的に同校生徒が守るべき規律を定めるものに過ぎないとして、その処分性を否定し、②について、X<sub>1</sub>らには本件校則の取消等を求める法律上の利益がないとし、以て、X<sub>1</sub>らによる控訴を棄却した。

これを不服として、X<sub>1</sub>らが上告していたものである。

## II 判 旨

原審の確定した事実関係及び記録によれば、本件の「中学校生徒心得」は、「次にかかげる心得は、大切にしてお守ろう。」などの前文に続けて諸規定を掲げているものであり、その中に、「男子の制服は、次のとおりとする。（別図参照）」とした上で、別図において「頭髪・丸刈りとする。」とする定めや、校外生活に関して、「外出のときは、制服又は体操服を着用し（公共施設又は大型店舗等を除く校区内は私服でもよい。）、行き先・目的・時間等を保護者に告げてから外出し、帰宅したら保護者に報告する。」との定めが置かれているが、これに違反した場合の処分等の定めは置かれていないという。右事実関係の下において、これらの定めは、生徒の守るべき一般的な心得を示すにとどまり、それ以上に、個々の生徒に対する具体的な権利義務を形成するなどの法的効果を生ずるものではないとした原審の判断は、首肯するに足りる。これによれば、右の「中学校生徒心得」にこれらの定めを置く行為は、抗告訴訟の対象となる処分当たらないものというべきであるから、本件訴えを不適法とした原審の判断は、正当として是認することができる。

## III 研 究

### 1 本件に関する評釈

本件に関する評釈を繙くとき、まず目を引くのは、「中学校の丸刈り校則等について、校則制定行為の処分性が判断された初めての最高裁判決である」<sup>1)</sup> というように、本件で争点となった中学校校則の制定行為が抗告訴訟の対象となる行政処分当たるか否かという論点<sup>2)</sup> に重きが置かれていることであろう。また、（上告審判決では触れられていないが、下級審では争点となった）原告らの原告適格に関する論点<sup>3)</sup> も大きく取り上げられてい

る。

もとより、これらの点は、高校の場合と違い、中学校の場合、とりわけ、その大多数を占める公立中学校では停学・退学が共に法禁されている(学校教育法施行規則13条)ため、いきおい、懲戒処分によるよりも事実上の「指導」の名の下に実効性が確保されることになるという中学校校則に特殊な事情があるだけに、重大な関心と呼ぶことになったのではあろう<sup>4)</sup>。

また、単に事柄として関心と呼ぶということを超えて、極めて重い指摘もなされ得るところである。例えば、校則の処分性を認めず、(校則があるばかりに、丸刈りにしないなどして、形式的に校則違反になってしまった)生徒が嫌がらせを受けるなどして精神的苦痛を味わっているような場合に、ただ事後的に損害賠償請求訴訟の中で校則の違法性を争えるというだけであれば、「高い可能性のある人権侵害を予防できず、『受忍せよ、そして賠償を求めよ』という警察国家時代と同じく、人権侵害を放置する放置国家に墮してしまう」ばかりか、「丸刈り強制による損害は多様で、賠償額を適切に算定できないから、損害賠償請求は事後的な訴訟としても機能しない。これでは、法治国家とは言えず、この状況は生徒にとって我慢の限度をこえると思われる<sup>5)</sup>」というようにである。

## 2 本稿の問題意識

こうした状況があるなかで、筆者に関心を抱かせるのは、ある論文(以下「市川論文」と呼ぶ)で示された次のような見解<sup>6)</sup>である。すなわち、それは、「生徒心得」「生徒規則」など様々な名称をもつ校則は、内容的には、単なる心構えを説く道徳律的部分のほか、髪型・服装、校外生活などに関する具体的な命令・禁止を含むのが通常だが、これら命令・禁止の違反に対する制裁規定は置かれていない、と述べた後、次のように続ける。いわく、「とすれば、最高裁の当該事実に即した判断の根拠は、中学校校則一般にある程度共通の事情であり、判旨に従えば、高校はともかく、中学校校則については、かなり一般的に、処分性も否定されるが、生徒側の校則服従義務も否定されることになる」。

この見解自体は、上告審判決を登載した判例集

に付された無署名の解説<sup>7)</sup>とは対照的なものであり、さしあたって、両者の間の展望の相違は一つの興味深い論点たり得よう。

しかし、ここでは、そうした相違それ自体ではなく、市川論文で示された見解が本件の評釈であることを超えてかなり一般的に及ぼすやもしれないところには注意を払っておかねばなるまい。すなわち、筆者なりに言えば、先の見解が本件最高裁判決の妥当な理解だとすれば、そのことは、とりもなおさず、従来、最高裁のみならず裁判所が依拠してきたと覚しき「部分社会」の法理<sup>8)</sup>に、少なくとも公立中学校の例に限っては、一つの風穴を開けられる手掛かりともなることを意味するであろうからである。果たして、そこまで期待できるのかどうか、それこそが本稿の主要な問題意識をなす。他方、そこまで言い切れなかったら、本件の諸判決とりわけ最高裁判決の含意とは何なのであろうか、それがいま一つの問題意識となる。

かくして、本稿では、先に紹介した市川論文の見解を慎重に検討するところから、以下の論述をスタートさせることになる。

## 3 本判決をどう読むか

市川論文が本件最高裁判決の射程をかなり長めに見積もること(あるいは、見積り得ること)は、ここで繰り返すまでもなからう。何分にも、(本件最高裁判決の)「判旨に従えば、(…)中学校校則については、かなり一般的に、(…)生徒側の法的な校則服従義務も否定されることになる」、すなわち、「校則違反は、“不心得”な行為であっても義務違反ではない」、だから、それに対する制裁もあり得ないし、そもそも、制裁規定そのものはないのである(ちなみに、かの見解によれば、最高裁は、「制裁規定がないことを校則の法的効果の否定の一つの根拠<sup>9)</sup>にしていたとみられるのは後に触れるが)。

このように、かの見解をあらためて見てみると、それが、従来、下級審において形成されてきた(かの見解の主が、かつて、「これまでのところ裁判所は、校則制定について学校側に広範な教育裁量を承認して、子どもと親の権利主張を退けている<sup>10)</sup>と評したこともある)流れの中において見ても、

また、それらの判決が依拠したと覚しきいわゆる「部分社会」の法理<sup>11)</sup>に照して見ても、十分に異彩を放っていることは確かであろう。のみならず、かの論者の説くところが正鵠を射ているならば、それは、生徒側の権利保障にも大いに資するはずである。

それでは、かの見解を手掛かりにし、これをより研ぎ澄ませていけば、そのことによって、従来、裁判所によって、「部分社会」の法理を基礎にして形成されてきた「校則裁判」をめぐる判断枠組み、そして、それによってもたらされてきた学生・生徒等の権利保障に関する閉塞状態に風穴を開けられるであろうか。

早々に結論からいってしまえば、残念ながら、そこまで期待することはできないのではないかと考える。あるいは、ごく穏当にいて、いくつか合点のいかない点があると言わざるを得ない。

ここでは、とりあえず、三点指摘しておきたい。

第一は、かの論者にいわく、「判旨に従えば、高校はともかく、中学校校則については、かなり一般的に、処分性も否定されるが、生徒側の法的な校則服従義務も否定されることになる」<sup>12)</sup> (傍点：引用者)とされるところに関わる。すなわち、「高校はともかく」といわれることについては、ここでは敢えてこだわらないが、)たとえ、「かなり一般的」であっても、所詮、それは、中学校校則であれば当然にというようにはならないことに注意を要しよう。つまり、かの論者の論旨に従えば、ことは、たとえ「中学の場合、大多数を占める」<sup>13)</sup> ことはあっても決してその全てではないところの公立中学の事例にしか通用しないことになる(公立の小中学校といったほうが正確かもしれないが、それもここではこだわらない)。要するに、いわゆる「部分社会」の法理が、国公私立いずれの在学関係についても広く援用可能な法理だとの外観を呈する<sup>14)</sup>のに較べると、随分と限定的な帰結しかもたらさそうもないようにも思えるのである。

ところで、以上は、あくまでも、かの見解が本件最高裁判決の妥当な読みであり、そこから引き出された論旨に従えば、という留保つきではある。そこで、第二に、かの論者の見解は、「最高裁は、制裁規定がないことを校則の法的効果の否定の一

つの根拠にしており、違反に対する懲戒処分の制裁規定がセットされていることが多い高校校則については結論が異なってくる可能性がある」<sup>15)</sup> というが、これ自体、本件最高裁判決の読み方として妥当なのだろうか。

判決の該当部分では次のように判示される。いわく、「原審の適法に確定した事実関係及び記録によれば、本件の『中学生生徒心得』は」、前文に続けて諸規定を掲げており、その中に、男子の頭髪に関する定めや校外生活に関する定めが置かれているが、「これに違反した場合の処分等の定めは置かれていないというのである。右事実関係の下において、これらの定め [=男子の頭髪や校外生活に関する規定：引用者] は、生徒の守るべき一般的な心得を示すにとどまり、それ以上に、個々の生徒に対する具体的な権利義務を形成するなどの法的効果を生ずるものではないとした原審の判断は、首肯するに足る」と。

このくだりによれば、頭髪や校外生活に関する規定に「違反した場合の処分等の定めは置かれていない」ことと、「個々の生徒に対する具体的な権利義務を形成するなどの法的効果を生ずる」こととの間に、前者が根拠となって当然に後者が引き出されることになる論理的な関係まで読み取することは必ずしも容易でないのではなからうか(そう読み取ることが不可能ではないとしても。)敢えて言えば、本件校則における頭髪等に関する規定は「生徒の守るべき一般的な心得」を示すものであった(最高裁が「心得」なるものをいかなる性格のものか捉えたかは知り得ないが、おそらく、少なくとも、法としての性格を有しないものと捉えた)が故に、最高裁としては、まさしくそれに相応しい取り扱い(法的効果を伴わせるには及ばないという扱い)をしただけのことではなかったのだろうか<sup>16)</sup>。

このように解すると、「制裁規定の欠如」故の「校則服従義務の不存在」という図式は、とりあえず、成り立つものではなくなるであろう。そして、その限りで、かの見解によって「かなり一般的に」穿てるかもしれないと期待された風穴は幻に終わるであろう。

ただ、一言付言すれば、いわゆる制裁規定の有無ではなく、頭髪などに関する規定自体が「生徒

の守るべき一般的な心得」にとどまるのか、それとも、なにがしか法的な内容を有するのかを吟味することによって、一方で、制裁規定の有無に拘らず校則服従義務が伴い得ることを否定できないであろう反面、本件のように「心得」ほどの性格のものにとどまるものであれば、(本件とは違って)たとえその校則なりの制裁規定があろうとも、校則服従義務を否定できることにもなるであろうことは、最低限、本件最高裁判決から読み取れるのではなからうか<sup>17)</sup>。

第三に、少し角度を変えて、すなわち、裁判所の側に視点を移して考えてみよう。すると、そもそも、裁判所は、従来、「部分社会」の法理に基づいて事案を処理してきて何の痛痒も感じないどころか、おそらく、その有用性の恩恵に浴していたであろうに、ここでそうした判断枠組みを放棄したり、その存立を危うくしたりしたと想像できるだろうか。少なくとも、筆者にはかく想像することはできない。

「部分社会」の法理一般の問題点<sup>18)</sup>はさておき、この法理を「在学関係」に適用する限りにおいては、これを維持し続けるに何の支障もないばかりか、むしろ、他の「在学関係」の法理を用いる以上の効能が期待できるのではないだろうか。例えば、「在学関係」の法理には、他に、一方で、「特別権力関係」の法理<sup>19)</sup>が、また、他方で、「在学契約関係」の法理<sup>20)</sup>が存するところ、前者は、「在学関係」への適用以前のところで、戦前以来のその法理の継承自体が批判の対象となり、なにがしか修正を迫られ、あるいは、否定説まで存することはつとに知られている<sup>21)</sup>。また、後者の法理は、元来、私学の「在学関係」に関する法理として用いられてきたものである。こうしたなかで、最高裁が「在学関係」については「特別権力関係」の法理を用いるに消極的であったことが指摘され<sup>22)</sup>、また、国公立学校の「在学関係」に「特別権力関係」の法理を用いばこそ、私学の「在学関係」に「在学契約関係」の法理を用いることとの間で、いわば、二元的な取扱いになることを甘受しなければならなかったであろう。

こうした錯綜した状況を収束させ、一元的な取扱いへと収斂させていくうえで、「部分社会」の法理が果たした役割は決して小さくなかったのでは

ないだろうか。

しかも、この法理へと傾斜していくについては、理論上、さして困難を伴わないであろう。すなわち、一方において、「特別権力関係」論のある論者は、いみじくも、次のように説く。「公的にしろ私的にしろ、人がつくる多種多様の社会関係のいちいちについて、常に法律によって規律しなければならないいわれはな」く、「公的にしろ私的にしろ、特別の社会関係を構成している以上、その社会関係を成り立たしめるための特別の規制は、合理的な範囲内においては、これを否定することができない」。今日、「特別権力関係」という観念は、「公法上の特殊の社会関係として、その目的に必要な限度の制約が加えられる関係にすぎ」ず、「そうした特殊の社会関係は、私法上にも認められる」。「社会が複雑化し、多元化するにつれて、そうした特殊の社会関係が成立し、その社会の法的規制が行われるわけで、特別権力関係という観念も、そうした一面を総合的に捉えるためのものにすぎない」<sup>23)</sup>と。

他方で、「在学契約関係」論のある論者は、「学校には、教育に関する特殊部分社会として、一般市民法秩序に属さない学校自治規範学則や学校慣習法を持ちこれによって学生・生徒を規律するとともに教育上の具体的指示命令により学生・生徒を拘束できる包括的権能のあることは認められなければならない」<sup>24)</sup>という。この見解は、基本的に、その内容において、「部分社会」の法理と異ならないばかりか、校則の法的拘束力が当事者の承諾だけにその根拠を求めるのでは論拠として不十分だとして、学校という「特殊部分社会」の自治法規たる「学校規範(学則等)」にその根拠を求める点では、「在学契約関係」の法理では必ずしも説明が容易ではない点の補強を行って余りあるものがあるであろう。

本件最高裁判決が、このように実務上および理論上維持し続けるにこれといった障害も予想されない「部分社会」の法理を放棄したなどはゆめゆめ想像できないところである。

なるほど、最高裁判決は、正面きって、「部分社会」の法理に依拠してはいない。しかし、原告側が、上告理由で、原判決が校則等を以て法律によらない行政立法である管理規則とした点で判例

(最一小判昭和39・10・29民集18巻8号1809頁)に抵触し、さらに、その根拠として、学校は法令に格別の規定がない場合でも校則を制定できるとするにあたって判例(最三小判昭和52・3・15民集31巻2号234頁<sup>25)</sup>)の適用を誤っている旨を主張したのに対して、(最高裁自身による)「右判断は、所論引用の判例に抵触するものではない」として一蹴しているところからは、その実、「部分社会」の法理を背後に据えていることは十分に伺い知れるであろう。

#### IV 小 括

筆者は、元来、「校則」裁判について、次のような問題意識をもってきた。それは、まず、「校則」裁判に関して、そこにいかなる人権が関わるかとか、違憲審査基準はいかにあるべきかといったアプローチだけで足りるだろうかという思いであった。つまり、「校則」の違憲主張の根拠とされる自己決定権や親の教育権などが「いずれも新しい形成途上の人権で、内容や根拠法条など議論の渦中にあ<sup>26)</sup>る、などといわれるのに対して、「かくいわれる『自己決定権』や『親の教育権』にしても、それらが、内容や根拠法条などにつき議論を呼ばなくなるほどに成熟したと仮定して、それで果たして、その主張がより受入れられ易くなるものなのだろうか、という疑問」を抱き、「端的に言えば、筆者は、『校則』をめぐる事案は、必ずしも、人権を主張するのに適した枠組みの中で処理されてはいまい」と考えた<sup>27)</sup>。

そして、そうした事態を招来せしめているものこそ、いわゆる「部分社会」の法理ではないかと考えたのである。かかる観点から、「校則」諸判決や「在学関係」諸説の論理を検討した結果、「校則」諸判決が下敷きになっている「部分社会」の法理というものは、実は、他の、そして、相対立し合うもののように目に映る「在学関係」諸説、すなわち「特別権力関係」説や「在学契約関係」説との間で、相互乗り入れ的な関係をもつことに気付くに至った。

筆者は、これを以て、『校則』をめぐる生徒等の人権保障の問題が、仮にもせよ、かくも融通無碍で、しかも、その融通無碍さといえば、『部分社会=制度そのものの秩序形成・秩序維持作用に着

目し、それを強調することによって制度内構成員の権利・自由の制限を正当化することを志向する』ところに収斂する『部分社会』論の枠組みの中で扱われ、また、扱われざるを得ないのだとすれば、そのことが人権保障にとってもつ意味は、おのずと知られるところとなると考えられる<sup>28)</sup>と評したのである。

かかるところ、本件とはといえば、叙上のような筆者なりの仮説がその有効性を問われる事例であったといえよう。

そうしたなかで、本件の下級審判決は、本件校則制定の行政処分としての性格を否定する根拠にするなどといったように、存外簡単に、「部分社会」の法理を用いて処理をしようとしたと見える。しかし、こうした手法については、「右の法理は、部分社会の内部問題は司法審査に親しまないとするものであり、処分性を否定する根拠になるかどうかには疑問がある<sup>29)</sup>」との批判がある。また、同法理には、部分社会の内部問題にとどまり、一般市民法秩序と直接の関係がない場合に司法審査の対象にならないという含意もあるところ、「本件で争われている丸刈り強制とか校外での制服着用義務は些細な問題ではなく、中学校三年間という長期間連日の人権規制であり、「しかも、学校外の行動・生活を拘束するから、学校の内部規律の問題にとどまることなく、市民としての人権の規制というべきである<sup>30)</sup>」とも批判されるところとなった。総じて、ここにおいては、従来、「校則」事件を処理するについて、とにもかくにも、「部分社会」という判断枠組みを用いることに急なあまり、校則がいかなる事項を規律しようとしているか、そして、それが一般市民法秩序と関係があるのか否かといった検討なしに判断されてきたことが、端なくも、浮き彫りにされていると言えるかもしれない。

これに対して、上告審判決は、上記のような難点を予想してか、「部分社会」の法理に正面きって触れることなく判断をしているものと推測される<sup>31)</sup>。しかし、だからといって、先にも述べたように、同法理を放棄するなどしているわけでもなかろう。おそらく、本件校則が(最高裁判決が指摘するように)「次にかかげる心得は、大切に守ろう。」などという前文のもとに頭髪の規定や

校外生活の規定を置いているところから、同法理を用いるまでもなく、本件校則それ自体の法的性格を否定し、従って、これに従うべき法的な義務をも否定するという論理構成を採り得たのではなからうかと推測される。この場合、頭髪規制が、あるいは、校外生活の規制が一般市民法秩序と直接に関係があるか否かは、一切、問題になる余地もなかったであろう。結局、これは、本件校則が、そのような規定の仕方をしていたという一点のみにかかるのであって、それ以上でも、それ以下でもないであろう。とはいえ、望むらくは、本件校則以外にも、その合理性に疑問の余地のある校則や本件のように「心得」にすぎない校則があまた存在し、それにもかかわらず、学校内の「指導」や「事実上の強制」によって担保されているという現実<sup>32)</sup>に対して、本件上告審判決が一つの警告となって欲しいということではある。

なお、本件に関する評釈<sup>33)</sup>においては、下級審、上告審とも校則の制定行為に処分性を認めず、また、原告適格を認めなかったことについて、概して批判的であるが、筆者としては、上告審判決が、煩瑣な法技術的な迷路に迷い込むよりは、「法」ならざる「心得」を以て、それに相応しい取扱いをするというシンプルな論理構成を採ったとすれば、その限りでは、妥当な判断だったようにも思える。

#### 【注】

- 1) 市川須美子「中学校校則の処分性」『法学教室』191号98頁。
- 2) 本件下級審判決に関する評釈であるが、阿部泰隆「丸刈り強制校則の処分性と入学前の生徒の原告適格」『ジュリスト』1061号117頁。
- 3) 2)のほか、前田雅子「生徒心得における丸刈り等の定めと抗告訴訟の可否」『ジュリスト』1113号臨時増刊『平成8年度重要判例解説』40頁。
- 4) 市川・前掲論文99頁、阿部・前掲論文118-119頁、前田・前掲論文41頁。
- 5) 阿部・前掲論文119頁。
- 6) 市川・前掲論文99頁。
- 7) 「本判決は、あくまでも本件の具体的事案に即して、本件行為が行政処分にあたるかどうかについての判断のみを示したものにすぎないことに注意を要する。すなわち、学校の校則一般が生徒に遵守義務を負わせるものではないとしたものではないし、また、学校が本件のような生徒心得の定めを守るよう指導することや、さらには右指導に従わない生徒に対して懲戒処分等を行うことを否定する趣旨を含むものでもない。」(『判例時報』1560号74頁。)
- 8) 「大学は、国公立であると私立であるとを問わず、学生の教育と学術の研究とを目的とする教育研究機関であって、その設置目的を達成するために必要な諸事項については、法令に格別の規定がない場合でも、学則等によりこれを規定し、実施することのできる自律的、包括的な権能を有し、一般市民社会とは異なる特殊な部分社会を形成している」(「富山大学単位不認定等違法確認訴訟」上告審判決・最三小判昭和52・3・15民集31巻2号234頁以下)。
- 9) 市川・前掲論文99頁。
- 10) 市川「校則裁判と生徒の人権保障」『ジュリスト』918号55頁。
- 11) さしあたっては、①熊本地判昭和60・11・13、②千葉地判昭和62・10・30；東京高判平成元・3・1；最三小判平成3・9・3、③高知地判昭和63・6・6；高松高判平成2・2・19、④東京地判平成3・5・27；東京高判平成4・3・19、⑤東京地判平成3・6・21；東京高判平成4・10・30。
- 12) 市川・前掲『法学教室』191号99頁。
- 13) 同論文98頁。
- 14) 例えば、注11)②は私立高校の事例であった。その第一審判決(千葉地判昭和62・10・30)などは、一方において、「憲法第三章の基本権規定は本来国または個人の関係を規律するものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない」として基本的人権の私人間効力を否定する。しかし、他方では、「高等学校は公立私立を問わず、生徒の教育を目的とする公的な施設であり、法律に格別の規定がない場合でも学校長は、その設置目的を達成するために必要な事項を校則等により一方的に制定し、これによって在学する生徒を規律する包括的権能を有する」として、事案の処理自体は基本的に「部分社会」の法理に依拠して行う。
- 15) 市川・前掲『法学教室』191号99頁。
- 16) 山田洋「演習・行政法」『法学教室』191号95頁によれば、「当該心得の拘束的な法規範としての性格自体を否定したものであると読むのが素直であろう。」とされる。
- 17) ここでは、いささか事柄を単純化し過ぎてると批判されることは予想できる。一つには、本件に関する評釈その他でいわれる「指導」や「事実上の強制力」を考えに入れなければ実態とかけ離れているからである。(なお、この問題については、坂本秀夫『校則裁判』[1993年]74頁以下が示唆に富む。)二つには、「部分社会」の法理に依拠して判断される場合、校則の制定や懲戒処分に関して学校長に認められる教育専門的な裁量も考えに入れねばなるまい。しかも、こうした裁量の余地はほとんど無制限に拡大されかねない。例えば、かつての「昭和女子大退学処分事件」上告審判決(最三小判昭和49・7・19民集28巻5号790頁)では、学則制定権も無制限ではあり得ず、「在学関係設定の目的と関連し、かつ、その内容が社会通念に照して合理的と認められる範囲においてのみ是認される」(傍点:引用者)とされていたものが、一連の「校則」判決では、わずかに、校則の内容が「著しく不合理でない」ことが限界とされ

るとどまる事例(例えば、本稿注11)①、②、③)すら見られるからである(この点については、阿部泰隆『行政の法システム(ド)』[1992年]700頁以下を参照)。

このように、単純化の誘いを自覚しつつ、本文のように述べたのは、次のようないわゆる「慣習法的規律」論に対する懸念からである。ここで「慣習法的規律」論と呼ぶのは、「在学関係」を「在学契約関係」と捉える見地においては、学校当局の包括的な規制権限について一般的解釈を行うよりも、「各学校ごとの教育自治関係」として、父母や生徒等の基本的な合意の下で慣習法的に生徒等の権利の保障範囲・制約が決められていくことが常態なのであると見られる(兼子『教育法[新版]』[1978年]410頁)という考え方である。この考え方は学校の自治の尊重という点で大いに魅力的であるが、反面、「一定の集団に自治が認められ、それが個人のことがら、とりわけその人権の制限を決定するさいには、憲法上の問題を生じる余地は大きい。何故なら、そこで支配するのは多数決の原理であり、それが、本質的に多数決になじまない少数者の権利や文化的な権利などをふくむ基本的人権を不当に制限し、民主主義の本質に違背する事態を招来する危険性があるからである」(大須賀明「バイク規制校則(「バイク」ない原則)」と生徒の権利保障』『ジュリスト』935号臨時増刊『昭和63年度重要判例解説』12-13頁)という指摘を忘れてはなるまい。筆者も、かつて、「慣習法的規律」論について、特に、人権制約的な「慣習」(例えば、「丸刈り」)でもむしろ支持を失うどころか強く支持されているような場合を想定して検討を加えたことがある(大野拓哉「学校生活と学生・生徒等の人権保障」大須賀編『社会国家の憲法理論』[1995年]386頁以下)。

18) それに対する批判も含めて、佐藤幸治『現代国家と司法権』[1988年]147頁以下、樋口陽一「社会的権力と

人権』『岩波講座 基本法学6権力』[1983年]367頁以下。

- 19) これは、大略、「在学関係」をして「特別の法律上の原因(法律の定め又は本人の同意等)に基づき、公法上の特定の目的を達成するために必要な限度に置いて、一方が他方を包括的に支配する権能を取得し、他方がこれに服従すべき義務を負うことを内容とする関係」(田中二郎『新版 行政法 上巻 全訂第二版』[1974年]89-90頁)に擬する考え方(菱村幸彦『生徒指導の法律常識』[1977年]33-34頁)である。
- 20) これは、「在学関係」を以て非権力的な「在学契約関係」と捉える考え方であるが、そのうえで「契約」の法的性質をどう解するかについては、「私法上の無名契約」と解する見解(伊藤進「教育法と民法の交錯2」『季刊 教育法』30号158頁)や「特殊法上の特殊契約の一種として、まさに教育法独特の在学契約」と解する見解(兼子・前掲書408頁)が存する。
- 21) 室井力『特別権力関係論』[1968年]。
- 22) 阿部・前掲書697頁。
- 23) 田中(二)・前掲書94頁注(1)。
- 24) 伊藤・前掲論文156頁。なお、伊藤「教育法と民法の交錯3」『季刊 教育法』34号123頁以下も参照。
- 25) この判決こそ、本稿注8)に引いたもので、「部分社会」の法理が「在学関係」に適用された原型ともいえるべき判決である。
- 26) 市川・前掲『ジュリスト』918号55頁。
- 27) 大野・前掲論文379-380頁。
- 28) 同論文386頁。
- 29) 前掲『判例時報』1560号73頁。
- 30) 阿部・前掲『ジュリスト』1061号120頁。
- 31) 前掲『判例時報』1560号74頁。
- 32) 坂本『「校則」の研究』[1986年]に詳しい。
- 33) 本稿注1)、2)、3)、16) 掲記の各論文。