

教育の自由と国民主権(下)

—学校の自治と生徒、教師の教育権—

Educational Freedom and Popular Sovereignty III

大手前女子短期大学・大手前栄養文化学院

「研究集録」(伊丹学舎竣工記念)抜刷

昭和61年4月28日発行

北川 邦一

KITAGAWA Kunikazu

教育の自由と国民主権

(上) 兼子仁氏所説「現行教育法の基本原理」批判

第1節 教育の国民主権主義

第2節 公教育における権力

第3節 国民の教育の自由

(以上、本誌第4号)

(中) 教育基本法の教育目的規定の存在意義

第1節 教育基本法の教育目的規定の明文改定ないし実質的改変を旨とする動向

第2節 教育基本法の教育目的およびその存在意義に関する諸説

第3節 「真理と民主主義と平和の教育」法定の意義

(以上、本誌第5号)

(下) 学校の自治と生徒、教師の教育権 (本号掲載)

目 次

第1節 学校教育の直接責任…92

(1) 「法律に定める学校」の公の性質と国家の関与…92

(2) 教育に対する不当な支配の排除と学校の自治 …95

(3) 教育の直接責任と学校教育契約…97

第2節 学校の権利義務主体性と生徒、教師、設置者の権利義務…101

(1) 学校の権利義務主体性と在学関係の法的性格…101

(2) 生徒の権利義務…103

(3) 教師の教育権…105

(イ) 人権としての教育実践の自由…106

(ロ) 教職契約による教員としての身分・地位取得 …106

(ハ) 教師の教育実践権…108

(ニ) 教師の職務権限…110

(ホ) 教師の教育権と国民の主権…111

(4) 学校設置者の権能…111

(5) 学校教育契約の附従契約性と社会権としての教育権…113

注 …115

教育の自由と国民主権(下)

—学校の自治と生徒、教師の教育権—

Educational Freedom and Poul Sovereignty (Ⅲ)

北 川 邦 一
KITAGAWA Kunikazu

本誌4号の本稿(上)においては、兼子仁氏の所説を批判しつつ、憲法論的かつ教育本質論的に教育の自由の概念と人権としての教育権の概念とを明らかにした。つづいて、同誌5号の本稿(中)においては、今日のわが国における教育の質を実質的に規定すべき最も重要なものとしての教育基本法の教育目的規定の存在意義を説いた。本編では、以上のような基本的法理を前提として、そのもとでの学校の自治と生徒、教師等の教育に関する権利義務とその関連構造についてのあるべき法理の概要を解明したい。

第1節 学校教育の直接責任

(1) 「法律に定める学校」の公の性質と国家の関与

教育基本法6条1項は、「法律に定める学校は、公の性質をもつものであって、国又は地方公共団体の外、法律に定める法人のみが、これを設置することができる」と規定している。

ここにいう、「法律に定める学校が公の性質をもつ」ということの意味の解釈については、教育基本法案の起草時以来、二説がある。

一つは、「学校の事業の性質は、公のものである」とするものであり、もう一つは、「法律に定める学校の事業の主体がもともと公のものであり、国家が学校教育の主体であるという意味に解せられる。即ちかかる学校は、これを国家に専属する事業と為し、国家がみずからこれを行うのほかは、ただ国家の特許を受けることによるのみこれを設置経営せられべきものとなるのである」とするものである⁽¹⁾。近年に至るも、文部省当局者は、私立学校設置の認可の法的性格について、行政法学上の「認可(行政庁が第三者の法的行為を補充して、その法律上の効力を完成させる行為)」とする見解を退けて、「特許(特定人のために行政庁が新たに法律上の力を賦与する行為)」としており⁽²⁾、立法当時の起草者と同様、後者の見解をとっている。

しかし、正しくは、有倉遼吉氏が説いたように、「系統的学校制度において実現される

教育の自由と国民主権（下）

「学校教育事業」は、憲法26条1項・教育基本法3条の教育の機会均等理念のもとに、「一般国民のものとして、一般国民のために、その手によって行われるべきもの」という意味で公の性質をもつものであり、それを實現する場たる学校もまた公の性質をもつものといふことができる⁽³⁾、と解すべきである。

反対に、私立学校設置の認可を特許とする見解は、「国公立学校設置基準と同等以上の教育的水準を備えた学校を私人が設置することが他人の人権を損う、あるいは、公共の福祉に反する」との論証のない限り、各個人の自由を最大限に保障すべしという近代の民主主義・自由主義と日本国憲法第13条とに反するものであるといえよう。

さらに、この見解は、わが国が「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」(昭和54年条約6号)により、父母の私立学校選択の自由を人権として認めている(13条3項)現在では、いっそう採用し難い。なぜなら、私立学校選択の自由の実質的保障のためには、私立学校設置の自由が保障されておらねばならず、しかもそれが公の機関から独立な人権として認められているのでなければならない。私立学校の設置が公の機関の意思に従属させられるというのであれば、私立学校選択の自由の人権性は失せてしまうからである。

つぎに、上述のような学校教育事業の公共性を法的にどのように保障するかが問題である。

その最も重要な一つの方法は、学校制度の法定、すなわち、個々の学校における教育とその系統的あり方についての基準を主権者国民の教育意思の表明としての法律で定めることである。この点については、わが国では、一般的な国民主権主義、法治主義がとられているだけでなく、とりわけ、憲法第26条第1項、2項における「法律の定めるところにより」との規定により、教育を受ける権利の平等と義務教育を前提とする教育立法の法律主義が採用されている。これと前記教基法6条1項の規定をうけて、まず、学校教育法が教基法と同じ日に制定され、学校の種類、設置者、設置基準、設置廃止の認可等、管理・経費の負担、職員、組織、種類毎の学校教育の目的・目標、教育課程、児童・生徒・学生・幼児（以下、生徒ということとする）の就学・入退転学・修業年限・懲戒等について定めている。さらに、私立学校法、国立学校設置法、地方教育行政の組織および運営に関する法律、教育職員免許法、教育公務員特例法等を主なものとする法律の定めがある。

ここで、「学校制度の法定」の意味を明確にするためには、「法律に定める学校」と教育施設一般との異同を明らかにしておく必要がある。

ここで教育施設という語で、洋裁学校やスイミングスクール、予備校等を含めて世間で広義に学校といわれているものないしはそれに類似のものを指すこととする。すると、およそ、教育施設は、その要件として、1. 一定の教育目的・教育目標とそれを實現するための教育内容・方法から成る教育計画、2. 教育する者と教育を受ける者の集団からなる特別の社会的組織、3. 教育のための特別の施設・備品その他の場所的、物的条件、を備

大手前女子短期大学・大手前栄養文化学院「研究集録」

えているがゆえに、その設定する教育の目的・目標に関して一般の個人や集団、社会組織が及びえない特別の教育力・人間育成力を備えているものである。

このような教育施設の活動には、教師と生徒との直接的な精神的・人格的接触・交流としての教育実践を中心としながらも、このような教育実践の計画・総合調整、教師および生徒の集団の編成、物的条件の整備等を含む運営・管理事項が特有のものとしてつけ加えて含められている。

教育施設一般についても一般的な公序良俗に関する法律の定めがあり、教基法1条等による規律も及びうるわけであるが、それらの法律の定めは、ここに述べた教育事業をする組織体としての教育施設に特有の事項にわたって特別に定めているわけではない。それについては、当事者の私的自治に委ねられている（なお、前記国際人権規約第13条4項は、個人および団体がこのような教育施設を設置し管理する自由を認めている）。ところが、学校制度の法定とは、まさしく、上記のような教育施設に特有の事項について新たにそのあり方の基準を設定してそれを法律で定めるものであり、そこに教育施設一般と「法律に定める学校」との差異が生ぜしめられるのである。

なお、今日では学校教育法第1条で定められた学校以外にも、専修学校や各種学校、その他法律で特別に定められた教育施設があり、それらと「1条校」との差異は、結局、程度の問題となる。

しかし、学校の公共性を保障するには、学校制度を法律で定めるだけでは充分ではない。さらに、大別して二つの方途がありうる。

一つは、法律の制定そのものがいっそう民主的かつ教育の本質に沿った方法でなされるようにすることである。たとえば、教育立法への教職員、生徒・学生・父母、教育学者・専門家等の民主的参加をとり入れることや、国民投票をとり入れることなどである。今日、議会制民主主義による教育への関与の危険性がしばしば指摘される。しかし、国民教育の基本理念、学校教育の系統制の保持、限られた財源の重点的配分等をめぐっての教育的価値選択にあたって主権者国民集団の教育立法、教育政策決定等による関与は否定すべきではなく、一般国民集団の教育意思としての法律制定もその限りが必要である。したがって、議会制に代わりうるさらに民主主義的な政治制度を対置してそれに依るべきことを説くならば別として、そうでない限りは、議会制民主主義による教育への関与は、充分条件としてでなく必要条件としては認めなければならないであろう。現実の不当な法律による教育の自由の抑圧等には、議会制における民主主義の徹底および補完を旨として対応しなければならない。

いま一つは、どのようにして教育に対する一部の勢力の不当な権力を排して、自由で平等・対等な人々の意思に委ねるか、という問題である。そもそも、近代の民主主義が国民主権を原理としたのも自由と平等を保障するためには特権者の権力を排除することが必要

教育の自由と国民主権（下）

だったからにはほかならず、これは、その原理の教育への適用の問題である。とりわけ、教育はあらゆる機会にあらゆる場所で関係者それぞれの自主性・自発性と相互の敬愛と協力によって行われるべきものである。この教育の自主性を保障する固有の制度原理をもってするのでなければ、法理念としての議会制民主主義が現実政治の中で充分には機能し難い状況の下で、学校制度は議会制に名を借りた一部の権力者、とりわけしばしば行政官僚の支配するところとなり、学校の公の性質は損われてしまう。これをどのように防止するかが、課題となる。

(2) 教育に対する不当な支配の排除と学校の自治

そして、この課題は、わが国戦後教育改革に際して自覚され、その解決が追求されたところであった。すなわち、教育基本法の制定に際して、教育刷新委員会において教育行政改革の基本方針として「教育における公正な民意の尊重（教育の民主化）」「教育の自主性確保」「教育行政の地方分権」等があげられ、その際には、戦前の教育行政が教育内容面にまで立ち入った干渉をなしたことの克服と国民と教師の自主的な意思にもとづく教育行政制度の創出とが最大の課題とされた。そして、その結果として、教育基本法第10条が定められるとともに公選教育委員会制度の導入が予定され、後者はのちに「教育委員会法」⁽⁴⁾により実現されたのであった。

教育基本法第10条は、1項において教育に対する不当な支配の排除と教育の国民全体に対する直接責任を、2項において教育行政の教育諸条件整備義務を定めている。

今日、この「不当な支配」に関して、「国民に主権を与え、国民全体に責任を負う民主主義の政治体制をとる限り、国会において立法上認められた範囲における行政上の支配は第10条が不当な支配であると否定しているものではない」⁽⁵⁾という解釈がある。

しかし、上述のような経過に照らすならば教基法10条2項は、不当な支配の排除規定と相俟って教育行政の任務を「教育諸条件の整備確立」に限定するものとして解釈されなければならない。そして、「不当な支配」については、上記の解釈とは反対に、兼子仁氏に従って、次のようにいわなければならない。

「『教育の自主性』の法的保障を全うするためには、教育行政による法的拘束力をもつ教育支配は、その制度的強さからして、定型的に『不当な支配』に当ると解さなければならない」⁽⁶⁾

教育行政の任務の教育条件整備への限定を言う際にはその「教育行政」概念に注意すべきである。すなわち、戦後のわが国において、地方自治体において教育立法機能を有する教育委員会が「行政委員会」の概念で把握されたこともあり、「教育行政」の概念が広義にもとらえられたが、この場合には、教育立法を含む教育意思の決定そのものは除いた狭義の意味で理解すべきである。たとえば、住民の教育意思決定機関としての公選教育委員会とは区別される狭義の行政機関としての（教育委員会の）事務局の機能のことを考え

大手前女子短期大学・大手前栄養文化学院「研究集録」

ねばならないということである。(もちろん、住民の教育意思決定も公選制教育委員会ですべて良しというのでなくこれをより民主主義的かつ教育的なものにする課題はそれとして追及されねばならない。)

教育行政の任務の条件整備への限定は、とりわけ、法理上当然に、行政機関による教育立法を禁ずるものとして理解されねばならない。一般に「国会は、……国の唯一の立法機関」(憲法第41条)であり、政令にさえも実質的な立法権は与えられておらない(同条73条6号)が、とくに学校制度に関しては、既述のように教育立法の法律主義の定め(憲法26条)があり、加えて、行政機関による教育立法こそは行政機関による教育統制の恒常化を意味するからである。それゆえ、学校設置基準(学校教育法3条、82条の2第2号、82条の6)、学生・生徒・児童の懲戒(11条)、教科・学科・保育内容(20条、38条、43条、45条4項、70条の3、73条、79条)、教科書検定(21条等)、就学義務の猶予・免除(23条等)、高等学校・同専攻科入学資格の特例(47条、48条2項)、高等学校入学・退・退学・転学等(49条)、大学入学資格、同専攻科・別科入学資格の特例(56条、57条2項・3項)、学士(63条2項)、大学院の入学資格の特例(67条)、学位(68条1項)、大学の公開講座(69条2項)、各種学校(83条3項)等、広汎にわたる事項について学校教育法が「監督庁」=文部省に法規制定権を白紙委任的に委ねていることは、同法制定時以来の重大な問題点として改革の課題である。

教育行政の任務の教育条件整備への限定・行政機関への実質的教育立法の委任の禁止は、法律の定めの下で、学校教育を含む教育を、これに直接に関与する国民個々人の自由とそれの複合的效果としての社会的自律に最大限度に委ねることである。

したがって、それは、法律の定めの下で、学校の自治や教育の地方自治を含む教育の自治を認めることを意味している。

このうちの学校の自治について、つぎに考察することとする。

これについては、「不当な支配」に関してさきに筆者がその所説を引用した兼子仁氏も次のように述べている。

「小・中・高等学校においても、教師がその教育権行使によって児童生徒と父母に教育責任を全うしうるためには、教育基本法10条1項によって確認された教育条理にふくまれる法原理として、『学校の教育自治』が肯認される⁽⁷⁾必要がある。」

教育行政機関の任務を教育の条件整備に限定し、学校の自治を認めるならば、学校における当事者の自主性発揮の可能性は飛躍的に拡大する。この場合には、学校運営の一般的規準は、法律(または、それに準ずる条例)という形で立法機関が定めるが、この一般的規準の個別具体的な状況への適用そのものは、一般の行政機関ではない当該学校関係者に委ねられ、国家権力機関の教育への関与は、法律違反が行われた場合にそれに対して原則として事後に裁判を通じて国家の実力をもって妨害排除、原状回復、損害賠償請求、懲罰

教育の自由と国民主権（下）

等を行なうことを担保とした間接的・可能的なものにとどまる。

学校制度法定の下での学校の自治は、民主主義的な国家制度の下での一般生活の私的自治と第一次的には同質である。法律の定め反しない限りでは、当事者の自由に委ねられる。前者が後者と異なるのは、学校制度について特別に定める諸法律（教育法）の存在の下での自治である点である。その限りで私的自治は、制限されている。同時に、その反面、学校の自治の下で当事者の権利は、国家の力によって強化されている。私的自治の下でも、契約当事者の権利は、契約の履行につき国家の保護を受けているが、学校の自治においてはそれ以上に教育法による特別の保護を受ける。たとえば、免許資格を有しないものは教職契約の当事者になれない、反面において有資格者は無資格者を就職競争から排除しており、学校教師は当該学校における優先的教育実践権限を専有する。公立義務教育学校において児童・生徒は退学・停学の懲戒処分を受けない、などである。教育立法による国民の主権は、学校の外側に止まっているのではなく、学校の内部における当事者の権利・権限・義務そのものに入り込んでいるのである。

なお、学校の自治と学校の国営ないし公営とは、両立しうる。国・公立学校の場合には、公の機関は、一方では、私立学校に対すると同様に国、公立学校に対する教育行政機関としてあらわれると同時に、他方では、私立学校の設置者の機関が教師、生徒に対すると同等の立場で、教師、生徒に対する学校の設置者の機関としてあらわれる。この場合には、この両者を峻別することが重要となる。学校の自治を認めるならば、たとえば、教育委員会による公立学校の予算執行・施設・設備等の物的条件整備は、当該地方公共団体の民主的な教育意思に従って執行されるが、その要素をなすものとしての各公立学校の条件整備は、当該教育委員会によって認められた範囲内で、各学校の自治に全的に従属するものとして執行されねばならない。地方公共団体の教育意思決定機関ならざる狭義の教育行政機関としての教育長やその補助機関としての教育委員会の事務局が学校内の条件整備に関して学校の自治的機関に優越する権限を行使することはできない。したがって、教育予算の各学校への配分そのものが始めから学校の自治を可能とするような方法と内容で決定されなければならないこととなる。勿論、この場合に、学校の設置者としての地方公共団体の機関が各学校の運営管理にかかわる権限をもつことは、住民を民主的に代表する限り学校の自治を侵さない範囲で認められうる。

(3) 教育の直接責任と学校教育契約

以上に、教育基本法第10条の規定に関して、教育行政の条件整備への限定と学校の自治について述べてきた。

同条の教育の国民全体に対する直接責任の規定は、第一には、教育制度については主権者国民の定める法律によって直接に定めるべしとするものであり、法理上、行政立法の禁止を意味するものである。第二には、詳論は略したが、公選教育委員会制度の創出であっ

大手前女子短期大学・大手前栄養文化学院「研究集録」

た。これは、地方公共団体における前記戦後教育行政改革の三原則の具体化であり、とくに、住民の一般政治意思とは区別される教育意思をより直接的に反映しうる特別の方法の制度化ということを含んでいる。第三には、上述のところにより、法律の定めの下での学校教育の責任は、教育行政機関が間接的に負うのではなくて、学校の自治の下に学校の直接的関係者に委ねられるべきことを意味する。

ところが、この最後の学校における教育の直接責任については、未だ問題が残されている。

この学校の直接教育責任に関連する見解として、いわゆる教科書裁判杉本判決後の文部省初等中等教育局長の通知⁽⁸⁾の中の次のものがあげられる。

「親が子どもの教育を信託するのは、国民の意思に基づいて定められた公教育制度に対してであって、個々の教師を自ら選択してこれに信託するものではない。したがって、教師は国民の信託に基づいて運営される国および地方公共団体の教育行政の管理のもとに教育を行なうことによって、国民に対し責任を負うことができるのである。」

この見解では、学校の自治の観点がかく欠落して、子どもないしは親が学校教育を受ける際には、公教育制度一般に対して信託するだけでなく、いずれかの学校を選んで信託するものであるということが捨象されている。公教育制度における学校選択の自由は、たとえ事実上の自由度が小さいとは言え、高等学校や大学、私立小・中学校を考えれば明白なように、是認しなければならない教育法理である。子どもないしその親は、個別的な学校に教育を受けることを信託するのであり、学校はその受託を通じて子どもないし親に直接に責任を負うとともに、法律の定めるところに従うことによって主権者国民一般に直接に責任を負うのでなければならぬはずである。

上記文部省通知により批判の対象とされた杉本判決のほうは、教育行政の任務を条件整備と限定的に解釈する点で基本的に教育基本法10条を正しく解釈するものであったが、そこに含まれているつぎのような見解には、なお問題が残されているといわなければならない。

「ここで（＝教基法10条で——引用者）『責任を負う』ということは、具体的に法的な責任を負うとか、あるいはまた、国民の一般意思を国会に反映させ、国会で制定された法律に基づいて行なわれる行政のルートを通じてのみ、国民に対して責任を負うということの意味するわけではない。ここで『教育は……責任を負う』というのは、教育および教育行政のあるべき姿を定めたものであって、責任というのも行政的な責任を意味するのではなく、教育自体によって『直接に』国民全体に対しいわば文化的ないし教育的意味での責任を負うべきものと解すべきである。」⁽⁹⁾（傍点、引用者）

これでは、「文化的ないし教育的意味での責任」が「法的な責任」を否定するものとして説かれており、教師ないし学校は生徒ないし親に対して直接的には法的には無責任ということになってしまう。そして、教師・学校の生徒・親への直接的な法的無責任を前提とすれ

教育の自由と国民権（下）

ば、生徒・親の教師・学校に対する責任追及は、法律違反を正面から問う裁判ににわかには訴え難い現状では、いきおい教育責任を教育行政機関に対して追及することとなり、教育行政機関の学校教育への介入を是認することに陥り易い。¹⁰⁰

上記の杉本判決にみられるような、直接責任の法的性格を否定する見解に訂すべき大きな問題の存することは、体罰問題やいじめ問題、「管理主義教育」の問題をめぐって生徒や親が教師・学校の直接責任自体を法的にも追及せざるを得ないであろう状況となっている今日においては実感としても明らかであろう。

つぎに、兼子仁氏は、前記のように教育行政の任務の条件整備への限定を説き、かつ、基本的に学校の自治を認めているが、そのうえで、教師・学校の教育責任について、その法的責任を認めるつぎのような見解を述べている。¹⁰¹

- ①「〔「現行教育法たる教育条理上」——引用者補足〕現代公教育法制にあっては、子どもの学習権に人間的成長発達の保障を求める積極的な要求権が含まれており、親・父母の教育権にはそれに代位する教育要求権が、たんなる教育選択の自由を超えて、含まれているはずである。」
- ②「学校教育法（28条6項）が『教諭は、児童の教育をつかさどる。』と規定している学校教師の教育権の中心には、子どもの人間的な能力発達の保障にかんする教育専門的事項についての決定権が有ると解される。授業内容・教育方法・教材の選定、成績評価、全校的な教育課程編成などの『教育専門的事項』を決定することは、子どもの学習権を専門的責任をもって保障するために公認されている教師の『専門的教育権』に属すると考えなければならず、ここに親・父母が決定的な介入をすることは越権であろう。」
- ③「しかし他方、教師の教育決定権と親・父母の教育要求権とは、論理的にも現実にもけって矛盾せず両立できるはずである。親・父母が教師に対して一定の教育内容の請求権までを持つことは、教師の自主的な教育内容決定権と矛盾するが、親・父母が学校教育内容に関して要求を出していくという手続的な『要求権』を持つことは、教師・学校の最終的な教育決定権と両立する。（改行）この親・父母からの教育要求権は、教育専門的事項については、『教師に教育専門的判断を求める権利』という意味合いになると解される。」
- ④「教師は、親や父母代表から子どもの教育について話し合いを求められたら、これにしかるべく応じ、出された教育要求について教育専門的に判断して採否を決め、その教育専門的理由をしかるべく説明する義務を負う。……この教師の教育専門的・応答義務は、教育条理上、教師の専門的教育権（学校教育法28条6項）と直接的教育責任（教育基本法10条1項）に由来するものと解される。」
- ⑤「学校・教師の教育権行使が誤って子どもの学習権ないし親・父母の教育権を侵害して違法であるという場合でも、問題が校内の教育にかかわる以上、なるべく各学校内における父母の教育要求権の活用によって自治的に是正を図っていくことがのぞましいと考えられる。ただし、親の教育要求権には学校・教師の違法な教育権行使の是正を求めるというかぎりでは請求権が含まれているはずである

大手前女子短期大学・大手前栄養文化学院「研究集録」

から、やむをえない最後の手段としては、親が学校の違法教育の是正を求める訴訟を提起することもありえよう。」

このような兼子氏の見解は、まず基本的には、これが子どもの教育を受ける権利に対応して教師・学校が行政機関のルートを介さずに法的に教育責任を負うこと、教育上の義務を負うことを認めるものとして、肯定的に評価すべきものである。しかし、なお、次のような点で批判すべき問題を含んでいる。

第一に、子どもの学習権に「代位する」(上記①)ものとはされているが、基本的には以上の見解が「父母の教師・学校にたいする教育要求権」という題目の下に説かれており、「民法(820条)が規定する親の教育権」の問題として説かれていることが問題の本質を不明確にしていることである。学校の自治のもとで教師・学校の教育責任が問題となるのは何よりも生徒である子どもとの関係においてである。したがって、学校教育に対する親の権利は、未成年者子どもの行為能力(民法第4条)を補完する法定代理人としてであり、その根拠法規は民法820条ではなく民法818条と解すべきである。教師・学校の教育責任を追及しうるのは、当該学校において教育を受ける権利を有する主体としての生徒である。大学や高等学校の成年学生・生徒は親を介することなく教師・学校の教育責任を法的に追及でき、成年ならぬ生徒もその意思能力の程度に応じてそれに準ずると考えるべきである。ところが、兼子氏の所説においては、学生の大学教育自治参加は「学問の自由としての教師の教育の自由」という見出しの下に、学校運営への生徒参加は「父母集団による学校教育参加制度の慣習法的性格」という見出しの下に説かれており、教育を受ける者が学校・教師に対して有する権利に教育法原理上の独立した重みを与えられていない。

第二に、学校の教育専門的事項の決定に「親・父母が決定的な介入をすることは越権であ(り)」(上記引用②)、教師は親の話しあい要求には対応しなければならない(同④)が、法律に違反しない限り最終的には要求内容自体に応ずる教育をする必要はない(同⑤)、との所説によるならば、結局、本質的には、学校は「教育専門的事項についての決定権」(同②)、「最終的な教育決定権」(同③)を有する教師ないしは「教師・学校」の法的優位の下に置かれ、精神主義的に言う場合は別として、法的には生徒は学校の主人公たり得ないこととなっている。このことは、上記兼子氏の所説における親・父母の教育権を、第1に指摘した観点に従ってその本質をなすはずの生徒の教育を受ける権利と置き換えて考えてみれば明白である。生徒の教育要求を「越権」だとして退けてそれから守られるべき教師の「教育専門的事項についての決定権」なるものを想定してみるとそれが教育的には無力なこと、生徒が嫌がっているにもかかわらず違法でないからといって納得しない生徒の反対を押し切って教育をする権利をを考えるとその有害無益なことは明らかであろう。学校における教師の「専門的教育権」は、部外者の介入を排除するものではありえても、当の学校の生徒ないしその法定代理人としての親の当該学校教育を受ける権利ない

教育の自由と国民主権（下）

しそれを補完する権利を排除し、あるいはそれに優越すべきものではない。学校教育は生徒と教師とが互いの自主的・自発的な意思を尊重し相互の信頼と敬愛と協力に基づいて行うべきものであり、そのような教育関係を形成するためには生徒と教師とは立場は異なっても法的には対等な権利の主体でなければならないのである。

第三に、これが最も重要なことであるが、上記のような兼子氏の教育の直接責任論では、杉本判決のそれと同様、教師・学校の生徒・親に対する直接責任が、直接には学校が子どもを当の学校の生徒として入学を許可した事によっており、教師の責任は学校に対しては彼がその学校の教員として就任した事、生徒に対しては、学級担任・教科担任等を引き受けた事によって発生しているという全く自明の事実に触れられていないことである。

教育実践の自由（「教育する自由」）、教育を受ける自由、学校設置の自由が基本的人権として認められるべきであるならば、学校における関係者の教育に関する具体的な権利義務は法律の定めに従って自動的に生ずるのではなく、各個人の自由な意思の合致、すなわち契約¹³に基づいて形成されるべきであり、民主主義的な法律は、そのことを最大限度に可能とするものでなければならないはずである。一般の私的教育施設における関係者の権利義務が教育契約によるものとするのはごく当然のことであり、公教育学校も教育施設一般に通ずる性質を基礎とするものであることを考えるならば、以上のように考えるのはごく自然の発想である。そして、学校・教師の教育の権利・権限が契約によるものとするならば、その責任が契約の相手方に対する直接のものであること、それが法的責任を伴うことは言うまでもない。ここに、教育権論に教育契約の法理を導入すべき理由が存する。

そして、教基法10条の教育の直接責任の規定は、第一に教育立法の法律主義、第二に公選教育委員会制度、第三に学校の自治とともに、さらに第四に学校教育契約による教育の権利と責任を意味するものと解されるべきこととなる。

第2節 学校の権利義務主体性と生徒、教師、設置者の権利義務

つぎに、以上の考察を基礎として、学校における生徒、教師、設置者の教育に関する権利、権限、義務と学校の自治との関連構造の法理上あるべき姿の概要を述べる。その際、学校の存在意義が、まず何よりも、生徒一人ひとりの人格、能力その他の人間性の育成であり、そのことを通じての文化の伝達・発展であることから考えれば、学校における複合的な教育契約とそれに基づく権利義務関係の考察を、まず、生徒と学校との在学関係から始めることが適切であろう。

(1) 学校の権利義務主体性と在学関係の法的性格

わが国の既成の伝統的な法的観念においては、学校は権利義務の主体たりうる法人格を認められなかった。そこで重きを占めているのは学校設置者の主体性であって、この観点からは、学校は学校設置者の教育機関として位置づけられる。そして、学校の構成要素

大手前女子短期大学・大手前栄養文化学院「研究集録」

には生徒は含まれられず⁽¹⁵⁾、入学は設置者と生徒との間の学校の利用関係の設定であり⁽¹⁶⁾、入学の許可は、別段の定めのないかぎり、設置者の機関としての文部大臣、教育委員会、学校法人の理事が行うこととされ、高等学校・高等専門学校入学の校長による許可（学校教育法施行規則59条1項・同72条）、大学入学の学長による許可（同規則67条）は、法定委任として位置づけられる⁽¹⁷⁾。そして、とくに行政解釈においては、入学ないし在学関係の法的性格は、国公立学校の場合は営造物の利用関係であり公法上の特別権力関係であるとされ、私立学校の場合は私法上の契約関係であるとされる⁽¹⁸⁾。

しかし、およそ、生徒を抜きにして学校の存在は考えられず、教育学的には学校が構成員として生徒を含むものであることはいうまでもない。また、人権尊重の法理からは、「設置者の主体性」に重きを置き、これに生徒や教職員の教育人権を従属させるような法的関係は改められなければならない。とくに、民主主義的な国家・社会においては、国家・社会の単なる成員ではない積極的な「形成者」の育成が求められるのであり（教基法第1条）、そうであるとすれば、子ども・青年にとって重要な社会生活の場である学校においてこそ、法的にもその意思能力の発達に応じて「形成者」としての身分地位が認められ、意思能力の不足は法定代理人によって補完されるのでなければならない。また、既述のように学校の自治が認められなければならないこと、後述するようにそれが学校の教育実践の総体の自律性を主としたものでなければならないこと、学校の主たる教育実践主体はいうまでもなく教師であることを重視すれば、学校設置者の学校の自治への関与は、設置者団体の構成員諸個人の学校設置の自由人権の現われとしての限りで正当に認められるべきではあるが、それは生徒や教師の教育人権とともに学校の自治の一つの構成要素として位置づけられるのでなければならない。そして、法的にも、学校は、設置者の一定の関与の下に教職員と生徒・父母によって構成される一個の共同社会として認められるのでなければならない⁽¹⁹⁾。

とくに、学校が学校設置者の一般的意思決定機関から独立した自治的な法的権利義務主体性を有することは、すでにわが国現行実定法規にも一定の範囲で反映されているところである。すなわち、学校教育法施行規則において、学校の課程の修了・卒業の認定は「学校において」行う、各学校の入、退、転学等の許可、卒業証書の授与、懲戒処分は校長が行う、大学においては、これらのことは「教授会の議を経て、学長がこれを定める」とされていること等がそれである⁽²⁰⁾。これらの規定における校長の権限は、組織体としての一定の独立性を有する学校を代表する地位・職務に伴うものと見なすべきであろう。

以上によるならば、生徒の在学関係の相手方は、法理上は、学校設置者ではなく、学校設置者の一定の関与の下に教育活動を行っている生徒・父母、教職員によって構成される一個の組織体としての学校でなければならないといえよう。

つぎに、この在学関係の性格についてであるが、これを、国公立学校については公法上

教育の自由と国民主権（下）

の特別権力関係、私立学校については私法上の契約関係とする見解は、国公立学校、私立学校のいずれについても誤っているといえる。

まず、特別権力関係説そのものが人権尊重の徹底とともにその存立の意味を失ってしまっていること、現行学校制度下で、国、公、私立学校とも等しく正規の学校であり、その基本法制上、学校の性格そのもの、在学関係の性格そのものを区別しなければならないような実定法規の根拠に欠けること、等の理由により、国公立学校在学関係は、公教育施設たる私立学校のそれと本質を同じくするものと解すべきである。²¹⁾

なお、この点とかわかって、最高裁判所は1977年の富山大学経済学部単位不認定事件判決において、大学は、国、公、私立を問わず、「自律的な法規範を有する特殊な部分社会」であるとの見解を示している。²²⁾ これによるならば、国、公立大学在学関係については特別権力関係説は公権的解釈としてもすでに廃棄さるべきものとされているといえよう。また、この判旨のように、大学の自治的権能を認め学生がその包括的規律権能に服すべきことをいうのであれば、そこでは法的に学生が大学社会の構成員であることが当然に前提とされているといえよう。

つぎに私立学校の在学関係を単に私法上の契約関係と解するのは、既述のように学校制度そのものが法定されており、在学契約の主体、内容、方法にわたって直接的に法規による制約がある現状に即さない。²³⁾

以上のような理由で、基本的に兼子仁氏の所説に従って、結局、在学関係は国、公、私立学校を通じて「教育法上の在学契約関係」と解すべきであるといえる。²⁴⁾

さらに、前記最高裁判決にみられる、大学は、自律的な法規範を有する特殊な部分社会であるとの法理を既述の学校の自治の観点から学校一般におしおよぼし、それを上述の在学契約の法理の中に位置づけるならば、生徒の在学契約は、伊藤進氏の述べるように、「学校という特殊部分社会への加入・身分地位取得契約」と解すべきである。²⁵⁾

そして、この契約における生徒の相手方は、法理的には団体としての学校であり、わが国現行法規において学校に法人格が認められていない現状で学校設置者の機関が契約にあたる場合があるとしても法理上はそれは学校の機関としての地位によってであると見なすべきである。²⁶⁾

(2) 生徒の権利義務

国民は、憲法26条の教育を受ける権利に含まれた教育を受ける自由と契約の自由とを行使して自らの意思で、もしくは、親の法定代理によって、学校社会の一員として教育を受ける地位に立つこと、すなわち生徒となることを契約するのである。

この在学契約の要素としては、1. 学校社会への加入とそれによる生徒としての身分・地位の取得、2. 教育実践の享受、3. 学校の物的施設・教育財産の利用、4. 多くの場合、なにほどかの学費負担、²⁷⁾ があげられる。

大手前女子短期大学・大手前栄養文化学院「研究集録」

この契約によって、生徒はその人権としての教育を受ける権利を学校教育関係における具体的権利として実現させるのであるが、その権利は、法律と学校の自治・在学契約に反しない限りで、自らの要求する教育を選び求めるという積極性をもった権利である。生徒は、それを他の生徒たちとともに、生徒集団を含む学校において有するのであり、生徒たちは学校の提供する教育実践、物的施設・教育財産の単なる利用者ではなく、学校社会の積極的な形成者（教基法1条）としての身分・地位を取得するのである。そして、それと同時に、在学契約にもとづいて、学則、学校慣習等の自治的規範を含む学校の規律に従う義務を負う。

この在学契約の結果、学校は一定の範囲で生徒を包括的に規律し、生徒はそれに従うべきこととなる。つぎに、その根拠と限界について述べる。

社会制度の一環としての各個の学校の教育は、構成員各個人の間での個々の教育的行為の集合であることを超えて、集団における一定の規範とそれに基づく行為の型ができ上がっているところに存在している。したがって、在学契約に際して、生徒と学校（の機関）が教育を受ける権利の平等・機会均等に反しない等の一定の条件の下で個別に交渉をして「特約条項」を定めることは妨げられないとしても、生徒は当の学校の存在理由をなすような学校規範の基本的部分は、ひとまずそれを認めるほかはない。このことは、また、必要なことでもある。ここに、生徒が、在学契約に際して、その存在を知ってそれに従うことを契約する学則等の個々の成文諸規定や諸慣習等の範囲を超えて、自治的規範を含む規範によって学校が生徒を包括的に規律しうる権能を有することの理由が存する。

同時に、この学校の包括的規律権能は、当然ながら、一定の範囲内のものである。学校教育に関して法律を定め行政機関による権力的関与を排するのは、教育の本質に従いその自主性を保障するためであり、学校の自治は、そのために、学校関係者の教育人権その他の人権の相互ないし総合調整を当事者自身に委ねるものである。それゆえ、学校自治規範といえども、それが生徒の一般人権やとりわけ教育を受ける権利と抵触する場合には、学校における他の人々の人権との相互ないし総合調整の必要に基づくその存在理由を論証しえない限り、それによって生徒の人権や教育人権の行使を抑制することは、教育法理上、できない。（なお、以上の学校の包括的規律権能および人権によるその限界についての法理は、教師等、生徒以外の学校構成員についてもあてはめよう。）

したがって、学校における生徒ないしその法定代理人の教育に関する権利は、学校教育の目的・目標、方針、教育課程、生活指導事項を含めた学校の運営・管理への参加の権利を含むものである。憲法・教育基本法により、教育は個人の尊厳を重んじて行い（教基法前文）、自主的精神に充ちた国民の育成を期すものであり（同第1条）、学問の自由を尊重し自発的精神を養い、自他の敬愛と協力によって行うべきもの（同第2条）とされている。これらのことからすれば、生徒自身あるいは生徒たる子どもが受ける学校教育の目的・目

教育の自由と国民主権（下）

標、方針、教育課程、生活指導事項等について、生徒あるいは法定代理人としての親が、意思表示をし、その決定に参加すべきことは当然のことといえる。西ドイツ諸州、フランス、イタリア、イギリス等における生徒、学生あるいは親の学校運営への（代表）参加の制度の法定は、このような法理の普遍性を示すものである。いじめ、体罰、管理主義の諸問題が横行し、生徒・親を含めた学校の全関係者の自主的努力によってそれらを克服することが必要とされている今日的状況においては、このような法理に従い、生徒・親の学校運営への参加の事実を形成すること、それを促すような具体的な法規を制定することが緊急の課題となっている。

つぎに、生徒としての身分・地位取得により生ずる権利の主たるものは、学校教師の提供する教育実践の享受であり、生徒の義務の主たるものは教育実践に総じて受容的に応じつつ学校の目的・目標に従い学習その他自らの発達・成育に必要な活動にとりくむことである。

上記の学習・教育実践の権利義務に付随して、生徒は、物的施設、設備等教育財産を学校の目的・目標に応じて利用する権利・義務を有する。

在学契約は、必ずしも有償の必要はなく、有償の場合も、教師の教育実践役務提供の対価あるいは教育財産利用の対価であるとは限らない。学校の教育目的遂行は、設置者あるいは教師の理想や要求の実現という性質をも有しており、また、学費には団体加入・地位身分取得のための出捐という要素もあるからである。

(3) 教師の教育権

(1) 人権としての教育実践の自由

本稿(上)既述のように、教育法理上、諸個人は基本的人権として教育の自由を有し、その実定法上の根拠は、最も基本的には、憲法第13条、前記国際人権規約第13条1項にある((上)第3節「国民の教育の自由」、とくに27頁)。

この教育諸人権のうちで、教師の教育権の直接的根拠となるものは、教育実践の自由である。これは、しばしば、通俗的に、「教育する自由」といわれるものである。

ここに、教育実践とは、教育を受ける者との精神的ないし人格的な直接の接触・交流を通じてその学習・発達・成育に必要な活動を組織し方向づけ援助し指導する活動である。

一般に、教育実践は、変化・発展する個別具体的な状況において多様な可能性をもって変化・発達する個性的でかけがえのない個々の子どもの学習・発達・成育に応じなければその効果をあげえないところから、教育実践主体には一定の自由が保障されるべきことが要請される。この自由の必要は、教育実践のつぎのような諸要因、とりわけ、その最後のものから生じている。1. 諸種の社会生活の発展に照応して必要な人間の人格や知識・技能その他の人間的諸特性を教育実践の目的・目標として設定し、2. そのような人間性・人格の育成に必要な文化内容を選択し、3. それを人間性・人格の発達法則を踏まえて教

大手前女子短期大学・大手前栄養文化学院「研究集録」

育・教授内容、教育を受ける側からいえば発達と学習の活動内容として構成・配列し、
4. 教育を受ける者（子ども）の具体的な個性や特性およびその成育条件・環境等に即して、その学習・発達・成育を方向づけ組織し援助し指導する。

このような意味では超歴史的普遍性をもった教育実践の自由の要請を現代において基本的人権としての要請たらしめているものは、ほかでもない、あるべき現代教育の特質である。現代とは、人間の歴史の発展段階において、すべての個人の尊厳・その自由・基本的人権の尊重と各国においてそれを保障すべき民主主義ないし人民主義とが世界的に法規範となっている時代である。このような時代の教育は、各個人の人格およびその基本的自由の充分な発達・育成をめざすものでなければならない（経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約第13条1項、教育基本法第1条）。このような自由な主体を育成する教育においては、人間的文化的価値の伝達・習得・創造のための直接的な精神的・人格的交流が人間として共通な意識の働きとその発達との自律性に従って教育する者と教育を受ける者との共同の活動として行われなければならない。その際、教育実践主体に彼の人間としての存在そのものに根ざす自由が本質的に保障されているのでなければ、彼の意識の自律性は期待され難く、したがってまた、その教育を受ける者の意識の自律的な働きとその自律的な発達は期待され難い。それゆえ、現代の教育実践においては、その主体に自由が保障されなければならないが、この自由は彼の人間としての存在そのものに基づく自由でなければならないゆえに、教育実践の自由は基本的人権として保障されねばならないのである。同時に、同じ理由で、教育実践主体には、直接的な教育実践の時と場をこえた彼の人間としての存在そのものに基づく自由、すなわち基本的人権一般も保障されねばならないのである。

以上のような基本的人権としての教育実践の自由は、現代における最も基本的な人間育成の場としての公教育学校においてこそ認められなければならない、そうであるとすれば、学校における主たる教育実践者である教師にこそそれが認められなければならないのは当然である。

(ロ) 教職契約による教員としての身分・地位取得

学校教師の教育権が上述のようにその人権に基づいているとともに、他方で、彼の学校における教育に関する諸々の具体的な権利、権限、義務が、彼の学校という組織体の一員、すなわち、当該学校の教員としての身分・地位に基づいていること、学校教育法28条6項の「教諭は、児童の教育をつかさどる」との規定が学校教員の職務権限を定めるものであることも明らかである。

わが国教育学界においては、教師の教育権の性格に関して、これを基本的人権とするか、職務権限として把握するかについて議論があり、それを踏まえて、兼子仁氏は、教師の教育権は「人権性と自治的権限性」との複合としての性格をもつ、と述べている。この

教育の自由と国民主権（下）

見解は一定の成果として基本的に肯定できるが、つぎには、教師の職務権限はどのようにして発生するか、彼の教育人権と職務権限との相互関係をどのように理解するか（単なる並存か否かなど）が問題となる。

この問題については、学校教師の、父母や他の学校の教師や単なる教員免許取得者その他一般人と区別される、まさに当該学校の教師としての固有の教育権は何によって発生しているかを考えると、決定的には彼が当該学校において教職に就くということによってであるという自明の事実に基づいて立論することが重要である。この観点に立てば、既述の在学契約による生徒の権利義務の法理になぞらえて、学校における教師の権利、権限、義務を「教職契約」によるものと解すべきことに思い至る。

私学における教師の在職関係が民法上の労務提供契約、労働法上の労働契約により成立するものと解することは、従来、自明のこととされてきた。また、教育法学上は、教育委員会の公立学校管理関係および公立学校における公務員勤務関係を従来の伝統的な行政法的見地から特別権力関係であるとする見地はこれを否定して、「所管教育委員会の公立学校管理権は、学校設置者による公教育事業経営権の本質を有する⁶³」と解すべきである。すなわち、公、私立学校を通じて設置者による学校管理権に本質的に差異はなく、従って、公立学校教師の学校における勤務関係も、私学におけると同様、契約関係と解すべきこととなる。国立学校についても、ほぼ同断であろう。それゆえ、学校教員の勤務関係は、国、公、私立学校を通じて、民法上の労務提供契約、労働法上の労働契約の性格を含んだ「教職契約」というべき契約によって成立する契約関係と解することができよう。

つぎに、この教職契約の法理を学校＝特殊部分社会論の中に位置づけるならば、既述の、生徒の在学関係を学校社会への加入・身分地位取得契約によるものと解した論法にならって、教師の教職契約は、学校社会への加入・教員としての身分地位取得契約であると解すべきこととなる。そして、これも既述の在学契約についての論法にならって、この教職契約の要素として、1. 教員としての身分地位取得、2. 教育実践、3. 物的施設・教育財産の利用、4. 報酬の享受、の4つをあげることができよう。

人は、職業選択の自由に基づき、教員免許資格等一定の資格を備えたうえで、教職契約により教職に就くことによって、自己の人権としての教育実践の自由を当該学校において日常的に行使しうる権利を有することとなる。この教職契約の相手方は、学校設置者の一定の関与のもとに、生徒ないしその法定代理人としての親、教師を中心として構成される一定の組織的独立性を有した団体としての学校、いかえれば、部分社会としての学校共同体である。教師は、学校への加入契約により、個々の契約条項に従う義務を負うとともに、自治的規範を含む学校規律に一定の範囲で包括的に従う義務を負う。

学校教員については、教育職員免許法、大学設置基準等による資格制度がとられている。教育職員免許制度の法定の法的性格は、今後教育法学的に本格的究明を要するとみられる⁶⁴

大手前女子短期大学・大手前栄養文化学院「研究集録」

が、基本的には、一般の教育施設において一般人が有する教育についての契約の自由・教育実践の自由に対して、公教育学校について主権者国民が国民の教育を受ける権利を保障するために一定の基準によりそれに制約を加えるものであり、既述の学校制度の法定の一環をなすものである。学校教員資格の法定は、既述の学校制度一般の法定と同様、教育関係者の代表参加等による教育の本質を踏まえた方法で、かつ、民主主義的に法律でなされるとき、教育実践の自由の、憲法13条が保障する自由という意味での、基本的人権としての性格を損ねないものであり得る。

(イ) 教師の教育実践権

教師の学校における権利義務の主たるものが教育実践であることは言うまでもない。

学校教師の教育実践権は、既に触れたように、彼が一人の人間として有する人権としての教育実践の自由を基本的部分として含んでいるとともに、学校組織体の一員としての教員の職務権限を含んでおり、また、それによって特有の力を与えられている。

教師は、教職契約によって学校社会に加入し、その教育実践の自由は、主として生徒の教育を受ける権利により、また、一定の範囲で、他の教師および設置者団体の構成員等の教育人権により制約を受ける。しかし、この契約が教師が自らの自由な意思で選んだものであるならば、そこには「自律の自由」が貫かれる。また、学校制度の法定が前記のように民主的に行われ、学校の運営管理が当事者の民主主義に委ねられるならば、そのいずれにおいても「民主的自由」が貫かれ、教師の自由は保障される。そして、基本的人権尊重の法理は、教職契約、学校制度の法定、学校の運営管理についても、人権に勝る価値を認めないはずであり、教師の教育実践権の人権性を要請するものと考えられる。それゆえ、学校への加入により教師の教育実践の自由は、法律と学校の自治規範に従って、学校構成員の教育人権との相互ないし総合調整に委ねられるとしても、否定されるのではない。むしろ、教師たる個人の教育実践人権は、設置者等によってそれを日常的に行使しうる場所と機会を与えられ、また、何よりも生徒に受け入れられることによって始めて教育実践の力としての本来の意義を継続的に発揮しうることとなるのである。

それだけでなく、教師の教育実践権は、彼自身の人権でなければならず、それを、専ら彼以外の誰か、即ち、生徒の親や学校設置者団体の構成員たる諸個人やその他の者の教育実践権を委任、雇用、請負その他の何らかの方法で委譲あるいは伝授されて行使するものであると解することはできない。

なぜなら、まず第一に、現代における教育は、既述のように、おしなべて自由な主体へと発達しゆく被教育者の人間性と人格の育成をはかるものでなければならないが、このことは、普通教育を基礎とする制度における学校教育においてはとりわけ重要である。かけがえのない存在としての生徒各個人の人格の育成を尊重する限り、集団的教育の場としての学校においても生徒を集団の中の個性を捨象された一員として扱うだけに止まることは

教育の自由と国民主権（下）

許されず、学校教育は、生徒と教師との個別的かつ直接的な精神的人格的接触交流により生徒の個性に即して教育を行うという個別教育関係を不可欠の要因として含むのでなければならない。そして、この自由な主体の育成としての個別的な教育実践そのものが、教育実践主体に人権としての教育実践の自由と、さらには基本的人権一般とが保障されるべきことを要請するものであることは、既述のとおりである。

つぎに、教師が本来的には他人のものである教育権を行使するのであるとしたら、教師が生徒に直接責任を負えないことは明白である。

なお、学校教師の教職契約も最も基本的なところは、私的教育施設における私法的な教育の契約と共通するものであり、その限りでは、民法上の教育契約の考察を適用することができよう。

ところで、この民法上の雇用契約のうちの典型契約、とくに委任に関しては次のようにいわれる。

「委任とは、当事者の一方（委任者）が法律行為その他の事務を処理することを相手方（受任者）に委託し、相手方がこれを承諾することによって成立する契約である（民 643 条・656 条）。（中略・改行）事務の処理とは、一定の目的のもとに統一された労務を供給することであって、……受任者は……委託された事務を、その目的にしたがい、ある程度の自由裁量をもって、もっとも合理的に処理する権利義務を有している。」「委任は事務の処理を目的としている点で、労務の供給じたいを目的とする雇用、仕事の完成を目的とする請負と、区別される」。委任においては、「受任者は雇用のばあいのように使用者の指揮・命令にもとづいて労働を供給するのではな（い）。」「委任は委任者と受任者のあいだの信任関係にもとづくといわれる……それゆえに受任者は、請負人が下請人を使用できるのと異なって、みずから事務の処理をしなければならず、これを他人にまかせることは許されない。」⁶⁶

以上の限りでは、私的教育契約は、民法上の典型契約のうちの労務提供契約の中では、雇傭や請負とよりも委任と共通する性質をもっている。したがって、私的教育契約による教育者の教育実践権を被教育者ないしはその親、あるいは私的教育施設の設置者の雇傭や請負依頼によるものと解することはできない。とくに、学校における教師の教育実践権が設置者の雇用や請負依頼によるものと解することはできない。

また、「受任者の事務については委任は成立しない」と⁶⁷される。そして、教育者と被教育者一対一の個別教育契約の場合を考えると、前者は後者に代わってその学習その他の教育を受ける活動をするのではなく、教育者の教育実践と被教育者の学習等とは、それぞれの主体が固有に為すべき行為であって、前者がそのまま後者に代わり得るものではないということは教育学的には自明の基本的事実である。それゆえ、個別教育契約の場合、教育者の教育実践権は被教育者の委任によるものではない。また、被教育者が未成年の場合、

大手前女子短期大学・大手前栄養文化学院「研究集録」

法定代理人としてその教育を受ける意思能力を補完する親の委任に基づくものでもない。このことから、とくに、学校教師の教育実践権は、生徒の親の教育実践権の委任に基づくものではないことが明らかである。

さらに、教員免許資格が一身専属的なものであることも教師の教育権が彼自身の固有の権利に基づくものであることを示している。

なお、教師各個人の教育実践の集積・統合として学校の教育活動があり、これが生徒の学習・発達の活動とともに教育事業体としての学校の主たる活動をなしているが、この学校教育には、教育実践の自律性に基づく自治が必要とされる。なぜなら、学校教育は総体として、個々の生徒の個性とその集団の特質に即しつつ、生徒の人格、能力その他の人間性の調和的発達を、その人間普遍的法則性に従って方向づけ組織し援助し指導すべきものであり、そこには、個別教育関係において生徒の自由な主体としての人間的発達の必要に基づいて教育者に人権としての教育実践の自由が要請されるのと同様に、人間の意識活動とその発達の自律性が貫かれなければならないからである。学校の自治が要請されるのは、教育本質論的には、この学校の教育実践の自律性の保障のためである。

学校における教師各個人の教育実践の自律の自由は予定調和するものではないから、その総合的調和としての学校教育実践の自律性を可能にするものとして、学校制度の法定と学校の自治とがなければならない。そして、学校の存在は、その教育活動を主とするものであるから、学校の運営管理もそのような学校の自治を成り立たせるものでなくてはならない。

(二) 教師の職務権限

各教師は、学校のあるべき規律に従い、自己の教育力を学校の教育実践の総体と調和したその一環とすることによって、単独で教育実践を行う場合よりもはるかに有効なものとすることができる。

各教師の教育権は、以上のような教育実践の自由人権を中心としながら、同時に、私的個別教育契約によっては一般には得られ難い学校教育契約に特有のその権限、すなわち、教職員集団の一員としての権限と学校の物的施設・財産の利用の権限によって強化されている。

学校における教師の職務権限を整理すると次のようである。

①個別に教育実践を行い、それに直接する教育計画の作成、教材使用、評価、懲戒、研究を行う自由

②学校教職員の集団的教育実践、集団的研修に参加する自由

以上の自由は、学校という組織体において、たとえば特定の学級、特定の教科等、わりあてられた職務の範囲内のものであるという点では、職務権限としての自由であるが、その範囲内では、既述のような教師の教育実践人権としての性格をもつものである。

教育の自由と国民主権（下）

③学校の施設・財産を利用し、学校の経費で研修、調査、教材作成等を行う権限

④学校の教育目的・目標・方針の作成、教育課程の編成・教育計画の策定、入退学・卒業・進級・留年・単位取得の認定、成績評定、生徒懲戒等、教学事項の協議・決定に参加し、それらを分掌する権限

⑤学校の運営・管理に参加しそれを分掌する権限

(※) 教師の教育権と国民の主権

つぎに、以上のような教師の教育権と教育に対する国民主権との関係について述べておく。

第一に、教育職員免許法、教育公務員特例法その他教員に関する法規は、教育に対する国民主権の現われとして、教員の教育権限の基準、資格、服務規律の基準等を定めることによって学校教育の一定の質を保障すべきものである。ここでも、教育に対する国民主権は、単に教育の自由を制限するわけではなく、むしろ、国民社会に普遍的な教育的価値を創造・確認・保障するという積極性をもつものとして働かなければならない。

第二に、教師各個人ないしその学校集団の教育は、事実行為として教育効果を生ずるだけでなく、単位修得・進級・入退学・卒業の認定、懲戒処分等により法律効果を生じ、そこには法ないし社会正義に適う・適わないとの裁定が含まれている。その権限行使がこのような法的裁定を含む限りで、教師は、私立学校教師も含めて、教育に対する国民の主権を分担行使している。この意味で、「法律に定める学校の教員は、全体の奉仕者」（教基法6条2項）であり、公務員と共通する法的性格を有している。

第三に、以上のような教師の存在は、主権者国民にとって利益であるはずである。それゆえ、教師の身分保障と待遇の適正は、法律の定めにより、特別に重視されることとなる。教育基本法6条2項、ILO・ユネスコ「教員の地位に関する勧告」第45、46、114、115項はその旨を概括的に規定しており、義務教育費国庫負担法、私立学校振興助成法の教員給与にかかる部分、育児休業法、教育公務員特例法等は部分的にそれを具体化している。

第四に、学校教師は、現代公教育制度の中での主たる教育実践主体として、一般国民・住民、生徒・父母、学校設置者団体の構成員たる個人等と比して、捨象し得ない特別の教育的価値創造力を有している。この特別の教育的価値創造力を理由として、公教育学校教師に公教育制度の組織・運営への特別の参加権を認めることは、目的合理性、正義、安定の実現という法の理念にも合致するものであろう。教育に関する立法・政策決定・行政への教師の参加権が、ILO・ユネスコの「教員の地位に関する勧告」（75～78項）、フランスの利益代表制教育会議制度、西ドイツの協同決定制教育会議制度等において認められており世界的動向となりつつあるのは、この理由によると考えられる。

(4) 学校設置者の権能

学校における設置者の権能は、主として、基本的人権としての学校設置の自由に基づい

大手前女子短期大学・大手前栄養文化学院「研究集録」

ているとともに、人権としての財産権に基づいている。すなわち、設置者としての国、地方公共団体、学校法人の教育権は、それらの設置者団体の構成員としての国民、住民、有志私人の上記のような人権を統合したものである。

この設置者の学校に関する権利義務に関して、学校教育法第5条は、「学校の設置者は、その設置する学校を管理し、法令に特別の定のある場合を除いては、その学校の経費を負担する。」と定めている。

行政解釈は、この「管理」に、①人的管理、②物的管理および、③運営管理を含める。³⁹そして、その管理権限は、設置者の学校管理機関としての文部大臣、地方公共団体の長または教育委員会、学校法人の理事が有するとする。その際の「管理」の観念は、「ある対象について一般的な公の支配権を持つ者が、その支配権に基づいて、対象となるものの存立を維持したり、その本来の目的をできるだけ完全に実現するようあらゆる行為をすることを『管理』という。」⁴⁰というものである。

このような解釈も、「教育機関」ないしその長としての校長の「学校管理機関」からの「ある種の独立性」は認める。すなわち、「校長の職務執行が公法上の効果を伴うもの」ないしは「およそ被教育者を対象とする教育本来の仕事については、学校管理機関の校長に対する指揮監督は細部に及びえない」と解する。⁴¹同時に、それ以外の仕事については、「人事についても、財務・会計事務についても、学校の管理機関は校長に対して包括的支配権を有し、明白な違法を内容としないかぎり各種の職務命令を発することができるのである。」⁴²と解する。⁴³

このような解釈が、教職員、生徒等、学校の構成者諸個人の教育人権の法理およびこれら諸個人を含んで成立する統一的組織体としての学校の自治の法理を踏まえない点で誤ったものであることは、すでに述べてきたところで明らかであろう。

学校設置者の権能は、学校の教育実践の自律性を主とする学校の自治の構成要素として位置づけられなければならない。

私立学校法は「学校法人の業務は、寄附行為に別段の定めがないときは、理事の可半数をもって決する」こと（36条）ほか、役員⁴⁴の職務（37条）を定めているが、学校法人は法令の規定に従い寄附行為によって定まった目的の範囲内で権利を有し義務を負う（民法43条、私立学校法29条）。したがって、教育基本法第10条の教育の直接責任の原則から教育実践の自律性に基づく学校の自治の原則が導き出され、学校教育法28条等が学校教職員の職務を特定している現行法制においては、学校法人の権能は学校教職員の上記職務権限に介入し得ない。私立学校法37条2項が「理事長は、この法律に規定する職務を行い、その他学校法人内部の事務を総括する」と規定しているのも、この意味で解すべきである。

学校教育法第5条の「管理」の意味は、私立学校をも通じるものであるから、前記行政解釈におけるように「一般的な公の支配権に基づく」ものと解すべきではない。また、そ

教育の自由と国民主権（下）

れにおけるように包括的なものと解すべきでもない。むしろ、民法上の公益法人の事務についていうときと同様、一般に事務についていうときの、「その目的に従って、これを処理し、又は執行すること」⁽⁴⁴⁾ という意味で解すべきである。

私立学校設置に際しての資産の出捐は、一定の教育目的に従い、それに応ずる教育実践を期待してなされる。ここには、教育的価値の創造・選択・決定が含まれており、この意味において、私立学校設置の自由は、単なる物的条件の整備権ではなく、まさしく教育権である。学校設置者の実体をなす資産の出捐者等学校を設置しようとする諸個人の教育意思は、寄附行為・学則等の学校の自治的規範とそれに基づく教職契約、在学契約により学校の活動全体を通じて実現される。

学校設置者の権能とかかわって重要なこととしては、とくに、一般地域住民も、学校設置の自由人権の担い手としての身分・地位において公立学校の設置・管理に参与する権利を有することが重視されるべきである。この住民の権利は、国民主権の分権形態としての地方自治権の担い手として教育の地方自治一般に参与する権利とは、一定程度、区別されるものである。昭和23年8月2日の教育刷新委員会第22回建議中の「私立学校法案について」において、各私学代表者および各私学生徒保護者代表者それぞれの互選により選出される委員等で構成される「私学教育委員会」と並列するものとして公選制教育委員会が位置づけられていたことにもみてとれるように、公立学校に対する教育委員会の権限は、公立学校生徒・父母の権利とともに学校設置者としての住民の権利に基づくものと解すべきである。そして、公選ないし準公選の民主主義的な教育委員会制度によって、一般国民が地方自治制度の下で学校設置の自由人権とそれに基づく学校管理権の主体として、学校の自治に正当に参加する道が拓かれなければならないのである。

(5) 学校教育契約の附従契約性と社会権としての教育権

以上、教育の自由と国民主権を原則として諸個人の自由な意思の合致としての契約にもとづいて学校教育関係が形成されるべきことを説き、そのような法理による生徒、教師、設置者の学校における教育の権利義務のあるべき姿の大要を述べてきた。しかし、いうまでもなく現実の学校制度は既成の社会制度の一環であって、そこにおいて、単に諸個人の自由な意思の合致のあるべきことを主張するだけでは充分ではないことは、契約の自由一般をいうだけでは今日の資本主義的社会制度の高度化の中で諸個人の自由を十分に保障し難いと同様である。

すなわち、今日、我々の周囲には、本来、自由意思の合致として成立すべき契約がたとえば次のように説明されるような「附合契約」または「附従契約」へと化している現象が広くみられる。

「附従契約 *contrat d'adhésion* 電気・ガス・水道等の供給、運送、保険、労働者の雇傭等の大規模な企業形態における集团的取引においては、経営者ないし企業者は、取引の

大手前女子短期大学・大手前栄養文化学院「研究集録」

簡易化・迅速化のために、多数の需要者が契約の条項についていちいち商議する余地のないように一方的に契約内容をあらかじめ定めている。したがって個々の需要者は相手方が専権的に決定しているところに附従して (adhérer) 契約をなすほかはない。かかる場合の契約を附従契約または附合契約という。資本主義の高度化に伴う独占化と大規模取引の進展に基づく契約の変質現象であり、ここでは契約自由の原則は実質を失っている。⁽⁴⁾

これを教育契約に即して考察すると次のような事情がある。

①現代資本主義社会の支配的階級とその国家が一般諸個人に一定の類型の人間となることないしその要素としての資質、能力を備えることを要求しており、一般諸個人は一定の範囲でこれに応じてそれに必要な教育を受けるのでなければ生活の安定・向上が困難である。とくに、後発資本主義国として明治以降のわが国政府が、帝国大学を頂点とする学校制度をその殖産興業・文明開化・富国強兵政策に必要な人材の選別・開発・配分機構として位置づけ、一般国民にとっては、この学校体系のより上位に位置づく学校教育を受けることが特権的生活への接近ないしはよりよい経済生活の可能性を意味した。そして第2次大戦後も学校制度の人材選別・開発・配分機構としての性格はいっそう強まって今日に至っている。

②今日の大規模化した学校を設置するには一般諸個人には容易ならざる資産準備と文化的組織力とが必要であり、それに関与しうる少数者の意思が契約において優位に立つ。

③とくに、教育実践の自由人権の担い手として、教職を希望する者も一般的には生活費獲得のために教育労働者化せざるを得ない。

④以上のような基本的には資本主義的私有財産権に基づく事情以外に、学校における教育契約の附従性には社会制度一般に大かれ少なかれ存する次のような事情も大きく影響していると考えられる。すなわち、人は、自らの意思でこの世に生まれ出るのではないから、好むと好まざるとにかかわらず既に他の人々によって一定程度つくりあげられた規範の支配する制度の中にあとから入ってゆかざるを得ない(社会契約論が一つの擬制 fiction でしかあり得ない理由は、ここにある)。この傾向は、成長中の子ども・青年が学校社会へ入ってゆくときには、とりわけ強くあらわれる。

以上のような学校教育契約にありがちな附従契約性に伴う契約当事者の実質的自由の縮減による問題点を克服するためには、主権者国民の立法的関与の下に、既に憲法26条の教育を受ける権利規定によって一定程度は保障されている教育権の社会権性を、次のような手段を講ずることによっていっそう高めてゆくことが重要であろう。

①各学校において、生徒ないし親と教師がそれぞれ集団として学校設置者との協議により学校の運営・管理にあたる制度を形成する。同時に各集団の内部と学校の全生活を通じて各個人の人権と民主主義を尊重する。これらにより、生徒個人、教師個人が在学契約、教職契約の締結と履行において設置者に対して一方的に不利になることを避けるとと

教育の自由と国民権（下）

もに、既成の制度の不合理を可能な限り修正する。

②たとえば教育委員会の公選制ないし準公選制など、一般国民ないし一般住民が国、公立学校の運営管理に民主主義的に参加しうる制度を形成する。これにより、特別の資産をもたざる一般的個人も学校設置の自由人権を実質的に行使しうる。

他方、私立学校については、各種類の学校の設置基準の法律による定めと、その下での私立学校の生徒・親、教職員、法人、学校それぞれの民主主義的代表参加による設置認可制度と私学助成の制度により、私立学校の自主性を尊重しつつ公共性を高める。

③国、地方公共団体の教育立法・教育政策決定自体が学校教育の本質を踏まえて行ないうるよう、議会制民主主義に加えて教育立法・政策決定への生徒・親、教職員、学校設置者、校長の民主主義的代表参加の制度を形成する。

注

- (1) 教育法令研究会『教育基本法の解説（国立書院、1947年）94・95頁、同書は、第2の見解をとる。
- (2) 鈴木勲（当時文部省大臣官房長）編著『逐条学校教育法』（学陽書房、1980年）39頁。なお、同旨、今村武俊・別府哲共著『学校教育法解説』（第一法規、1968年）93頁。
- (3) 『教育関係法Ⅱ』（日本評論社、1958年）91・92頁。
- (4) この間の事情につき、前記『教育基本法の解説』125～133頁、参照。
- (5) 文部省地方法令研究会編著『新学校管理読本』（第一法規、1975年）49頁。なお、同様の見解が注(8)後記の文部省初等中等教育局長「教科書検定訴訟の第一審判決について（通知）」において示されており、教育行政の現実問題としては、そのほうが重大である。
- (6) 『教育法（新版）』（有斐閣、1978年）294頁。
- (7) 同前・298頁。もっとも、ここで、自治の主体が専ら教師とされており、生徒・父母、設置者が捨棄されていることと、「教育自治」というときの兼子氏の「教育」の語義がほぼ「教育実践」にあたりとみられる極めて狭義のものであることには、批判すべき問題が含まれている。
- (8) 「教科書検定訴訟の第一審判決について（通知）」昭和45年8月7日、各都道府県知事、各都道府県教育委員会教育長宛。
- (9) 第二次教科書裁判（検定不合格処分取消訴訟事件）第一審判決（昭和45年7月17日東京地裁民事第2部）理由「第四」の「一」の「4」の「(二)教育基本法10条の趣旨」。有倉遼吉『憲法理念と教育基本法制』68～73頁も、この見解に従う。
- (10) 教育法学におけるその実例として、伊藤公一『教育法の研究』（法律文化社、1981年）69～89頁の見解がある。
- (11) 前掲書300～302頁。
- (12) それぞれ兼子・前掲書286頁、309頁。
- (13) ここで、契約とは、わが国において法学上一般に「相対立する2個以上の意思表示の合致によって成立する法律行為」（遠藤浩ほか編『現代法辞典』ぎょうせい1982年・丸山英気執筆）と定義されているものであって、近代法において、「契約自由の原則」ないし「私的自治の原則」のもとに、公の秩序に反しない限り、私法関係を規律する基本的な法律行為として認められているものである。
「契約自由の原則」については、たとえば次のように説明されている。「個人は社会生活において、その意思にもとづき自由に契約を締結して私法上の関係をみずから律することができ、またそうすべきものであって、国家はみだりに干渉すべきものではない、とする近代私法の原則」「契約自由の原則は、私的所有権絶対の原則および過失責任の原則とともに、近代私法（財産法）の三大原則とよばれる。」（遠藤浩ほか編『体系民法事典』青林書院新社、1982年、431頁・広中俊雄執筆）
また、「私的自治の原則」に関しては、次のように述べられている。「私的自治の原則とか法律行為自由の原則とかいうばあいには、契約自由の原則だけでなく、遺言自由の原則や社団設立自由の原則もふくまれる。」（前注つづきの箇所）
なお、星野英一氏は、契約自由の原則と私的自治の原則とを峻別し、後者は「意思主義」の意味で用いることが妥当であると、これを「何故人は人に対して義務づけられるか」という問題に対する「人は自らそれを欲したが故に拘束される」という一つの「思想」としての回答であるとする。それに対して、契約自由の原則については、それは「社会関係、とりわけ経済体制に関する政策の次元の問題であると共に、各国の法律中に事実上存することのある現象である」としている（星野「現代における契約」・加藤一郎編『現代法と市民』岩波書店・1966年、212～214頁。なお、同氏「契約思想・契約法の歴史と比較」・岩波講座『基本法学4——契約』1983年所収、参照）
- (14) やや長文の引用となるが、基本的なことなので、その代表例として前掲今村・別府『学校教育法解説』における本文記述と注記を次に示す。
「社会的には、学校が一つの組織体として、自然人の一人々々と並列して存在しているような感覚をもっている。（中略）あたかも、自然人のごとく学校を擬人化して意識するのである。……子供の時代からそのように意識し、世間一般もそれで通用するの

大手前女子短期大学・大手前栄養文化学院「研究集録」

だから、学校が社会の一構成員として主体性をもって活動しているという常識的な考え方を、社会的に否定する必要はさらさらな
ない。(改行)けれども、いったん法律学上の観念として論議するときは、そのような常識的な概念が通用しなくなるのである。…
…実はこのようなものの考え方の差異が——概念構成の差異が——学校を単一の経営体としてとらえるのか、学校を設置した設置
者こそ主体性のあるものとして理解した上で設置者の管理組織および学校組織を含めた全組織を一の経営体としてとらえるかの岐
れ路となっているように思われるのである。」(145・146頁)

「安達健二氏は、その著『改訂新版校長の職務と責任』中に、学校は、(1)校長、教員等の人的要素を有し、(2)校地、校舎等の物
的要素を有し、(3)一定の課程により、相当の期間反覆継続して、不特定多数の子弟を集めて、これに教科、技術等を教授すること
を主たる目的とし、(4)公に設置したもので、監督庁の許可を得たものである(24—25ページ)と述べた後、『学校は法人ではない
から、学校そのものが法律上の権利をもったり、義務を負うことはない。法律上の権利義務の主体となるのは、学校の主体である
国、地方公共団体または学校法人である。』(38—39ページ)と解説している。……(冗長となる解説は省略して——引用者簡略
化)……ここでは、わが国の法制では、学校に法人格が与えられていないこと、したがって学校は権利義務の主体とはなり得ない
ものであること——この点が擬人化された学校の主体性(前述。これは社会通念となっている。)とはまったく違うこと——およ
び、学校とは設置者(法人)が設けた教育を行なう機関であることを述べるにとどめておこう(注3、4)。

(注3) 兼子仁 法律学全集『教育法』189—190ページに次のような説明がある。

公立学校は地方公共団体が設置管理するいわゆる『営造物』である(自治法2条3項5号の改定規定は、『営造物』の語を廃し
て『施設』としている)。営造物とは、国・地方公共団体等の行政主体により行政目的に供用するために形成された人的・物的手
段の综合体であり、一種の行政機関である。これには、行政主体から独立の法人格を認められた独立の営造物・営造物法人と、
法人格をもたない『非独立的営造物』(unselbständige, nicht rechtsfähige öffentliche Anstalt)との2種がある。わが
国およびドイツの国公立学校は後者であり、行政主体を代表する行政庁に附置された機関として位置づけられている。これに対し
フランスでは、公立小・中学校は右とほぼ同様であるが、国立の中学校以上大学までは営造物法人(établissement public)で
ある。フランスでは伝統的に営造物の自律性(autonomie)を保障するために営造物法人が通常の形態とされてきており、法人
格にとともなう自律権として、寄附受領・財産所有の権利、財政的自律権、独自に出訴・出廷しうる権能などがあげられている。わ
が国やドイツの国公立学校は非独立的営造物であるので、かような自律権は認められていない。

(注4) 国家行政組織法第8条第1項、文部省設置法第14条、国立学校設置法第2条第2項によれば、国立の大学・高等専門学
校は文部省の『附属機関』であり、高等学校以下の国立学校は各国立大学の附置機関である。公立学校も同様に法的には、地方公
共団体の長または教育委員会の附属機関と解される(地教法30、32)。(147・148頁)

なお、上記注(4)記述に関してその後法律改正があり、国家行政組織法旧第8条第1項は現行第8条の2の類似規定に改正、文部
省設置法旧第14条は廃止されている。

- (15) 天城勲『教育関係法Ⅰ』(日本評論社、1958年)22頁、有倉・前掲『教育関係法Ⅱ』80頁、鈴木勲・前掲書14頁、青木宗也・教基
法第6条注釈『基本法コンメンタール新版教育法』(日本評論社、1977年)所収・67頁、吉本二郎・「学校」同氏ほか編『現代教育
用語辞典』(第一法規、1973年)など。なお、学校概念にかかわる法規解説においても、このことの問題性を指摘していないも
のが多い。
- (16) 鈴木勲・前掲書361頁、今村、別府・前掲共著331頁、文部省地方課教育法令研究会編著(代表野崎弘)『教育法令用語の基礎知識』
(第一法規、1983年)207・208頁、天城・前掲書188頁。
- (17) 天城・前掲書188・189頁。
- (18) 今村、別府・前掲書332頁、前掲『教育法令用語の基礎知識』「入学」の項。新井雄啓「入学」・『学校用語辞典』(牧昌見、池沢正
夫編、ぎょうせい、1985年)790頁も同旨。
- (19) フランスにおける「学校共同体」communauté scolaire 概念とそれに伴う教職員、生徒、父母の学校管理運営への参加の法
制度は、このような法理を示す実例である。アビ法 Loi relative à l'éducation 法律75—620号(1975年7月11日公布)第13
条、海老原治善ほか編『資料・現代世界の教育改革』(三省堂、1983年)所収・217頁。
- (20) やや詳細にこれに関する現行法規の主な定めをあげれば、次のとおりである。
小、中、高等、盲、聾、養護、高等専門学校の課程の修了または卒業の認定は「学校において」行なう(学校教育法施行規則27、
55、63②、65①、73の14、73の16②)。
高等学校、高等専門学校の入学、編入学、転学、転籍、休学、退学は校長が許可する(同前59—62)。
「(大学の)学生の入学、退学、転学、留学、休学、進学の課程の修了及び卒業は、教授会の議を経て、学長がこれを定める」(同
前・67)。
退学、停学及び訓告の懲戒処分は、校長が行う(同前・13②)。
生徒の健康診断は「学校において」行なう(学校保健法6)。
伝染病による出席停止は校長が行う(同法12)。
予防接種義務履行の保護者に対する指示は校長が行う(予防接種法4)。
年少労働者の就労が就学に支障なしとの証明書は校長が与える(労基法57)。
なお、各学習指導要領では、教育課程の編成は「各学校において」するものと述べている。
- (21) 兼子仁『教育法(新版)』400—410頁、および、伊藤進「在学関係と契約理論」・『季刊教育法』30号(総合労働研究所、1978年)
149—153頁、参照。
- (22) 最高裁第3小法廷昭和52年3月15日判決、単位不認定等違法確認請求事件、昭和46年(行ツ)第52号。要点は次のとおり。
「ひと口に法律上の係争といっても、……例えば、一般市民社会の中にあつてこれとは別個に自律的な法規を有する特殊な部
分社会における法律上の係争のごときは、それが一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題にとどまる限り、その自主

教育の自由と国民権（下）

的、自律的な解決に委ねるのを適当とし、裁判所の司法審査の対象にはならないものと解するのが相当である（当裁判所昭和34年（オ）第10号昭和35年10月19日大法院判決・民集14巻12号2633頁、参照）。そして、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施設であって、その設置目的を達成するために必要な事項については、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のであるから、このような特殊な部分社会である大学における法律上の係争のすべてが当然に裁判所の司法審査の対象になるものではなく、一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題は右司法審査の対象から除かれるべきものであることは、叙上説示の点に照らし、明らかというべきである。（青木宗也ほか編『戦後日本教育判例大系』第3巻・労働旬報社1984年、所収「富山大学経済学部単位不認定上告事件1」37頁）。

㉓ 同旨、兼子・前掲書406頁。

㉔ 同前・同頁。

㉕ 伊藤・前掲論文153～157頁、とくに157頁。なお、伊藤氏が「私法上の契約」とするのは、既述の理由により、賛同できない。また、前記最高裁判決が当該単位不認定事件を「一般市民法秩序と直接関係を有しない内部的な問題」として「司法審査の対象から除かれるべきもの」としている点には組まないことを念のためつけ加えておく。

㉖ この点に関して、伊藤進氏が、前記論文において在学契約＝学校社会への加入・身分地位取得契約説をとりながら、在学関係を学生・生徒と「厳密には学校設置者としての国ないし地方公共団体」との関係あるいは「厳密には学校設置者としての学校法人」との関係としている（150頁、152頁）のは、矛盾ないしは論及不足と言えよう。

また、加藤永一氏は「学校教育契約」を学校と被教育者（在学生）との間の契約としている（『学校教育契約』『現代教育法大系』第7巻・有斐閣1984年・266頁）が、その学校概念は、わが国実定法上の、ないしはそれに沿った教育法学上の伝統的な学校概念であり（同265・266頁）、かつ、同氏の所説においては教師の教育権の独立性に関する教育法理が明確でないままにないしは学校設置者と教師との間の対立的契機把握が明確でないままに教師が学校の債務履行の「履行補助者」として位置づけられている（同270頁）ので、その所説は実質的には、在学契約を生徒と学校設置者との間の契約とするものかわかりがたいと言えよう。

なお、生徒の在学契約の相手方としての主体性が争点となる事件として、青山学院大学編入学拒否事件がある。東京地裁昭和46年5月1日決定（前掲『戦後日本教育判例大系』第3巻17頁）参照。

㉗ 伊藤進・前掲論文156・157頁参照。

㉘ 兼子・前掲書406頁、伊藤・前掲論文156、157頁もこれを認めている。

㉙ 例えば、海老原治善編『資料・現代世界の教育改革』（三省堂、1983年）、『季刊教育法』54号（エイデル、1985年）、頓田充「西ドイツにおける学校の会議法制」・『阪大法学』122号（1982年）所収、小野田正利「学校運営への父母参加法制——フランス教育経営研究——」・名古屋大学大学院教育学研究科『教育論叢』24号（1980年度）所収、参照。

㉚ この概念は、堀尾輝久氏の所説に用いられている。本稿（上）25頁以下、参照。

㉛ 兼子仁『教育法』1963年版126頁以下、同「教員の教育権と国民の教育権」『ジュリスト』1970年9月号76頁、有倉遼吉「国民の教育権と国家の教育権」（初出1971年10月）・『憲法理念と教育基本法制』68～73頁、参照。

㉜ 共著『教育と人権』（岩波書店、1977年）359・360頁、同旨・『教育法（新版）』274頁以下。

㉝ 兼子『教育法（新版）』478頁。

㉞ 例えば、次のように述べられている。

「教員の免許は、医師免許と同様の性質を有し、法令により、一般の人々には禁止されている行為を特定の条件の下に特定の人々に解除するものであり、免許取得の条件を設定し、規制することにより、教職への入職者の職務能力の水準を維持するという機能を果たしている。」（牧昌見・池沢正夫編『学校用語辞典』〔ぎょうせい、1985年〕「教員免許制度」の項・若井彌一執筆）。

㉟ 「自律の自由」「民主的自由」につき、本稿（中）37頁に既述。

㊱ 以上、『民法事典』（青林書院新社、1982年）541頁、浜田稔執筆。

㊲ 我妻栄『債権各論 中 巻2』（岩波書店、1962年）668頁。

㊳ 以上のゆえに、個別教育契約は、民法820条の親権を委託する契約とは質的に区別される。また、公教育を「親義務の共同化」ととらえるのは正しくない。

㊴ 鈴木勲・前掲書61頁。同旨、『教育法令用語の基礎知識』47頁、文部省地方課法令研究会編著『新学校管理読本』（第一法規、1969年）32～34頁・344頁、木田宏『改訂逐条解説地方教育行政の組織及び運営に関する法律』（第一法規、1962年）141頁・217～219頁など。

㊵ 今村、別府・前掲書148・149頁、鈴木勲・前掲書61・62頁。

㊶ 『新学校管理読本』344頁。同文、『教育法令用語の基礎知識』47頁。

㊷、㊸ 今村、別府・前掲書163・164、165頁。

㊹ 林修三ほか編『法令用語辞典』（学陽書房、1976年版）「管理」の項・吉国一郎執筆。

㊺ 末川博編『法学辞典』全訂増補版（日本評論社、1976年）。

——1986年2月3日——