



## 社会科教育と教育権独立論 (I)

社会科教育教室 細 川 哲

### (一) は じ め に

わが国における「教育をめぐる権利」に関する問題は、近年頻発する教育紛争、教育裁判等の展開を通じてますます困難な問題を提起するに至っているが、特に教育と法、権利の関係、教育と国家との問題は、社会科教育実践の上でも、極めて重大な問題として充分検討研究しなければならない点である。

戦前、明治憲法下の教育が、兵役・納税とならんで、国民の三大義務の一つとされていたことからわかるように、教育は国民の権利でなく「臣民の義務」であった。教育は、子どもが、人間らしい幸福な生活ができるように能力をのばしてもらうことを要求できる権利としてあったのではなく、臣民として、それを受けしなくてはならない義務であった。

ところが、戦後、新憲法は国民主権を宣言し、「そもそも国政は国民の厳粛な信託によるものであって、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する」といっている。その意味するところは、凡そ国政は、国民の信託によるもので、すべてその源を国民に発するものであり、権力は国家機関が行使するが、如何なる機関がこれを行使するにしても、それはすべて、国民に代り、しかも、国民の福利のためにするものでなければならぬというにある。この意味での国民主権主義の政治こそ人類普遍の原理 (universal principle of mankind) であり、新憲法は、この原理に基くものであり、この原理に反する一切の憲法、法令等を排除、否定することを明言している。従って「教育をめぐる権利」の問題も当然この原理の立場に立って考察されなければならない。

さらに憲法は、その第13条で「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」(傍点筆者)と規定し、国民が個人として尊重される旨を宣明すると共に、政治は「国民の権利」を最大限に尊重すべきことを定めている。戦前わが国においては国家主義的思想が強かった割には、正しい意味での個人尊重の思想は発達しなかった。殊に戦前は全体主義の思想や国家主義的統制の下に個人の権利自由はとかく抑圧され勝ちであったのであり、教育においても、国家の強い監督統制の下に国家主義的・全体主義的教育が展開せられていた。特に戦後社会科公民的分野の前身とも考えられる戦前の公民教育は「上からの公民教育」として、もっぱら「臣民の道」を教示することが根本理念であり、「公民」の形で天業翼讚のための忠良なる臣民の道を天降りの規定教育するといったような極端なナショナリズムを背景としたものであった。とくに昭和年代に入って、満州事変から支那事変へと戦争の拡大は、政府の文教政策を、ますます、国家主義・軍国主義の方向にもりたて、昭和10年には、文部省内に教育刷新評議会が設けられ、「国体の本義」に立脚し、「皇国の道」にのつとった皇国教学思想の確立をみることになったのであり、政

府の思想統制はますますきびしくなり、教育においても、公民科教育は全く「おゝみたから教育」「皇民教育」として、天皇に対する随順の道徳が打ち出され、民くさとしての聖業翼讃の道を教えたのであった。かくして戦前の社会科的教科の一つとしての公民教育が、その本来の意義を失い、政府の思想統制の一翼をにない、国策の具と化してしまったことは、当時のわが国の状況からは、ある程度、止むを得なかったとしても、まことに遺憾に思うものである。

戦後の社会科教育が前車の轍を踏まない為にも、このことは充分注意されなければならないが、後述の如く、社会科は、現実政治と密接な関係を持つが為に、現実政治の影響を受けやすい教科としての宿命性格があるだけに、この政治からの影響干渉は充分警戒されなければならないところである。そして、戦前の愚を繰返さない為には、教育の場においてもまず、子供の「個人人格の尊重」と人権としての「子供の学習権」が確立されなければならない。この個人人格の尊厳は近代の民主主義思想の根柢をなすものであり、正しい民主教育の発達のためにも、何よりも尊重されるべきことであるが、新憲法の「個人として尊重される」というのは、他人がいわゆる全体の分枝としての地位においてはじめてその価値が認められるという超個人主義的観念（überindividualistische Ideologie）を排して、個人それ自身に価値を認め、個人価値を一切の国家社会生活の基本とする趣旨で、いわゆる個人主義的国家観（individualistische Staatsauffassung）の表明である点は、現代における教育と国家の関係を考察する上で重要な視点である。

さらに、子どもの「個人人格の尊重」とならぶ、子どもの「学習権の確立」については、憲法は第26条で「すべて国民は、法律の定めるところにより、その能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利を有する」と規定し、国家以前の基本的な人権として「教育を受ける権利」を保障し、この権利を尊重し擁護するために教育の機会均等と義務教育の無償を規定した。このことは、戦前と戦後で教育に対する考え方を180度変えたことを意味するもので、「教育を受ける義務」から「教育を受ける権利」に教育の質的転換が行われたことになる。

これはまた、戦後、わが国教育の指針、基本を明確にした教育基本法の前文に、「われらは、さきに、日本国憲法を確定し、民主的で文化的な国家を建設して、世界の平和と人類の福祉に貢献しようとする決意を示した。この理想の実現は、根本において教育の力にまつべきものである。われらは個人の尊厳を重んじ、真理と平和を希求する人間の育成を期するとともに、普遍的にしてしかも個性ゆたかな文化の創造をめざす教育を普及徹底しなければならない。ここに日本国憲法の精神に則り、教育の目的を明示して新しい日本の教育の基本を確立するため、この法律を制定する」（傍点筆者）として、教育が憲法の精神に則り行なわれるべきことを宣言している点にもうかがわれることである。

この憲法、教育基本法によって尊重、擁護せられる「教育を受ける権利」を中心として、これを親、教師、国民、国家が如何に位置づけられるべきかということは、教育の質・教育のあり方を決定する問題として重要であり、特に社会科教育においては、政治や価値観にかかわる一面があり、為に時の政治や権力の干渉影響を受けやすい教科としての性格があるだけに、この子供の「教育を受ける権利」を正しく保障する為には、教師の教育権独立（Pädagogische Freiheit des Lehrers）の存否、その本質が検討されなければならない。

## (二) 社会科教育と教育権

社会科教育が、真にその教育効果を上げるためには、時の政府や政治に不当に干渉利用されるようなことが在ってはならない。これは、かつての公民教育が、「国体の本義」、「皇国の道」にのつとった教学思想の線に沿い、民主主義政治の行動原理とは全く違った「民くさ」としての聖業翼讃の道が、国家（政府）の要請により一方的に行われ、公民教育としての本来の姿が失なわれた経験を持つだけに、充分注意しなければならないことであり、しかも社会科は他教科（国語、数学、理科、芸術、外国語等）に比較し、政治との関係が深く、このことは特に必要なことと思われるので、この点をまず検討してみることにする。

中学校社会科の学習が地理的分野、歴史的分野、公民的分野に三分せられているのが、今日の形態であるが、政治に関する学習が、最も大きな比重を占めるのが、公民的分野の学習である。もちろん地理的分野や歴史的分野の学習において、人々の生活様式や産業、交通などのさまざまな人間活動が学習の内容として取り上げられ、政治的な資料が広く取扱われることは、政治学習の性格があるのであるが、政治そのものとして学習の対象となり、しかも現実の我が国の政治が、その対象として、学習の中により多く入って来るのは、公民的分野の学習であろう。我々の生活における経済的側面といい社会的側面といっても、それらは究極的には政治的側面に還元し得るもので、それは、現実の経済現象や、社会現象が、政治と密接な関係を持っているためであり、経済的事実や、社会的事実が、我々の生活につながりを持って来るのは、常に政治を媒介としてであり、政治のあり方によって、我々の経済生活、社会生活も変って来るのである。かく考えて来ると、社会科、とりわけ公民的分野の学習は、政治学習としての、従ってまた、政治教育としての性格を強く持つことになるのであるが、このことは、学習形態、教育方法からも、ますます、その性格を強くするのである。

すなわち、現代は、すぐれて政治的時代であると言われる。それには、いろいろの意味が有るにしても、我々の生活が政治と密接な関係を持っているということである。特に現代は19世紀的自由権的国家原理に立つのではなく、国家（政治）が積極的に個人の生活に干渉して、人間らしい生活を保障しようとする社会権的国家原理に立っている為に、現代は政治というものの働きによって、個人の生活維持の基盤を確立しようという考え方が強いから、政治の関与する分野は極めて広く、政治は、社会生活のあらゆる機能に関して存在しているということが出来る。

しかも社会科教育は、この現実の社会——あらゆる面で政治的機能が存在している——が、直接学習の対象となるのである。すなわち、社会科教育が単なる知識教育に終るものではなく、政治的、経済的、社会的事象の学習を通じて、思考力、判断力をも養成する教育であり、その思考力、判断力は、現実の具体的現象にふれて、子供の身近かな経験もまじえて、養成せられる学習形態が取られる為に、しかも現実の具体的諸現象は政治と密接な関係が有る為に、社会科教育は政治と深い関係をもつことになるのである。

このことは、社会科教育が、現在及び将来の我が国政治の変革発展に大いに貢献するものであるとする基本的性格を持つものである。まことに現代の民主主義社会は、国民のすべてに高い政治的能力を要求している。そういうものを国民一人一人が持たなければ、この社会が自由と平等と友愛を実現しつつ、国民を幸福にしてゆくことは出来ないのである。要するに、国民一人一人が教養の高い、正しい判断力を持った政治的国民とならなければ、「人民の政治」(Popular Government)

は決して「善い政治」（Good Government）にはならないのである。専制政治、独裁政治においては、政治権力を行使する一部の特権者が優れておれば、権力の対象に過ぎない一般国民は、それほど高い教養が無くても政治は一応運用せられる。しかし、民主政では、一般国民が主権者として、主体的に政治に参与し、その多数の意志で事を行うものであるから、国民一人一人の政治的教養が直ちに政治の優劣となって現われるのである。かくして、社会科教育が正しく、効果的に行われるか否かということは、民主政社会においては、将来の政治の方向を決定する非常に大きな要素となるといわなくてはならない。

かくの如く、民主主義の政治は、国民一人一人の政治的教養、政治的能力を、あくまで基盤として成り立っているのであり、この政治的教養、能力の養成は社会科教育の関与するところが、極めて大きいのであるが、この政治的教養能力は、単に政治的知識を持っているというだけでなく、自分が、当面している社会の問題を自分で判断し、そこに如何なる政治が行われなければならぬかを判断していく能力であり、それは主体的自主的判断であり、その為には、単なる知識を持っているだけでなく、物の見方、考え方を心得ていることが大切である。如何に知識を持ち、いかに経験を持とうとも、自分で当面した問題について、自分で判断し得ないでは、何にもならない。刻々あられ変化する現実具体の問題に対する判断は、知識の外に、どうしても物の見方、考え方を身につけて、自分で処理していかななくてはならぬ、そういう能力をも子供につけさせるのが、政治的教養能力を与える教育である。つまり現実の問題を考ええるという社会的現実的認識や、具体的事実に基づく判断を尊重すること、そして、それが、適切正当に判断し得ること、そういうことが大切であり、この点は知識的構造を主とした教育と異なる教育を必要とするのである。

しかし、このことが、すなわち、社会科教育が、現実の政治と密接な関係を有し、将来の政治に大きな影響を与えるものであり、又社会科教育に、ある一種の物の見方、考え方を背景にして、思考力、判断力を養成するものであるとすることが、ひいては政治が社会科教育にかなり関与し干渉して来る理由ともなるのである。（かつての公民教育の如く）このことについて次に検討を加えてみたい。

教育は現実の社会を微妙に反映するものであり、とりわけ、社会科教育は、現実の政治的経済的社会的諸現象をもその学習の対象とするだけに、現実社会の、従って政治からの影響は、まぬがれがたいものがある。それは一定範囲までは現実的問題として認容し得るとしても、政治的社会的要請が、特定の政治的思想的性格や特定の価値観、イデオロギーを社会科教育の中に持ち込まれる場合、社会科教育の個々の領域が侵害せられ、その自律性が失われることになるのは、充分警戒されなければならないことである。

元来、教育が政治と密接な関係を持つことは、社会科教育に限ったことではない。すなわち、我が国の教育は、国家の手厚い保護の下に発達して来たもので、明治維新以来、近代資本主義、産業制度の発展は、国民をして職業教育、産業教育を必要ならしめ、加えて、ナショナリズムによる近代国家としての発展は、民族意識、国家意識の面からも教育の振興が要請せられ、これらが、国家の教育という形をとって、非常に急速に普及していったものである。特に近代国家の仲間入りをする為にも、政府は教育に関して非常に熱心であり、政府自から教育に対する責任をおい、率先して教育の普及に努力し、法令によって、中央政府から統一的に教育方針を指導したのである。そのことの是非は別として、我が国における近代教育が、政府の手で推進せられたことは注目せられなければならない。これは教育の普及という面や、特定のイデオロギー、国家意識の養成という面にお

いては、効果は大であったのであるが、それと同時に、教育に対する政府の権力というものを非常に強大ならしめる結果となり、特に戦前の公民教育が政治や政策の具とせられた観もあったのは、教育本来の立場からは誠に遺憾と考えるものである。

戦後、我が国の教育は急速に民主化せられ、教育基本法も、「教育は、不当な支配に服することなく……」（傍点筆者）と宣言して、教育の自律性を認め、又「普遍的にして、しかも個性ゆたかな文化の創造をめざす教育」（傍点筆者）として、教育の特定の政治的イデオロギーから独立を要請しているのである。戦前国家や政治の政策の具とせられた公民科の系統に立つ戦後の社会科教育においても、まずこの社会科教育の自立性、政治からの独立が何よりも必要であったのであり、戦後公民科の名称を廃したのも、その理由の一つと考えられるのである。かくして、戦後最初の学習指導要領では、社会科教育の自主性を大いに尊重したものであり、重松鷹泰委員を中心とする学習指導要領の作成委員会は、「社会科の本質は、問題解決の過程を通じて学習させるところにあり、その問題は固定していないのだから、教師の独創的活動に期待することができる。学習指導要領は、それにヒントを与えるものであって、それを拘束するものでない」（傍点筆者）とし、又「学習指導計画は各教師がたてるものであり、それは地域と子供の実体に即し得るものである」との学習指導要領作成の方針と、その性格を説明しているが、これは社会科教育の自律性、現場教師の主体性を充分尊重したものであったということが出来る。しかし現場の受入れ体制が必ずしも良好でなかったので、自主性がむしろ、あだになって現場に混乱を起す等のこともあって、その後、学習指導要領は、除々に指導方向の固定したものとなり、その基準性も強化せられて来たのである。しかもその基準性の強化は、昭和31年の「任命制教委制度」の成立、任命制教委制度下の「勤務評定制」の確立、「教科書検定制の強化」と関連して進められ、ここに国家、政治が教育に関与、干渉する比重が増して来ているのである。もちろん、国家が教育に対して、一定範囲の責任を持ち、又教育に——特に下級の学校になればなるほど——一定の基準性が必要であることも否定するものではない。問題はその基準が、如何なる内容のものであるかということである。少くとも教育が「不当な支配」に服することなく、「普遍性」を持って行われる為には、決して時の政治や権力により、曲げられたものであってはならないのであり、その為には、内容が科学的性格を基本的に有していることが必要である。それは社会科が、社会科学としての本質を持ったものであり、そうすることが、政治的中立をまっとうするゆえんであり、それが又人間の、もっとも人間らしい成長発達を保障すると考えるからである。

社会科は、前述の如く、現実の政治と密接な関係を有するだけに、しかも政治は、現実の社会秩序の維持を大きな目標とする為に、政治から社会科教育への要請は必然、「現実適応」「現状肯定」の社会科となりやすいものである。しかるに社会科は、社会をよりよく改善改良してくる「社会科改良社会科」でなければならぬ。その為には、現在の社会の矛盾や問題にも目が向けられると同時に、社会科教育の自律性が保持されねばならず、それはまた教師の主体性、自主性が尊重せられることが必要である。ここに教育権、特に教師の教育権の問題が、いわゆる、親の教育権、国家の教育権との対比において、検討されなければならない。

### （三）教育権の帰属

#### 1. 教育権の意義

1960年代より教育権論争が教育界・教育法学会で活発に行われているが、「教育権」という概念ないし用語は教育を行うべき主体や教育を担当する者の機能によって、いろいろの意味において用いられており、国民の教育権と国家の教育権からはじまって、教師や親の教育権、さらに「教育権の独立」あるいは「教育権の確立」から「教育を受ける権利」まで包含して極めて多義的に使用せられており、この面からはいまだ法律上必ずしも熟したものとなっていないが、天城勲氏は今日使われている教育権を次のように整理し叙述する<sup>(※1)</sup>。

(1)親の教育権、親が子に対して有する教育を行なう権利をいい、民法820条「親権を行う者は、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う」にその実定法上の根拠が求められるが、田中耕太郎氏の所説によれば、親の教育権は、民法の規定をまつまでもなく、法以前の自然法上の原理であり、子に対する教育活動の根源は、親権としてのこの教育権に由来するものであるとされる。

(2)国の教育権、国家が国民の信託を受けて次代をになうべき学齡児童・生徒に対して有する教育を行なう権利をいい、憲法26条2項「すべて国民は、法律の定めるところにより、その保護する子女に普通教育を受けさせる義務を負ふ」の反面解釈として導き出されるものである。

(3)教員の教育権、教員が自然的教育権を有する親の付託を受けて児童・生徒に対し自由に教育を行なう個人的権利をいい、故宗像誠也氏の所説によれば、教員が親一般には期待できない「真理の代表者」たる資格を有することに根ざすものであり、戦後の教育改革の基本的理念であると説明される。

(4)国民の教育の自由、親を中心とする国民が子どもを教育する責務をいい、いわゆる教科書訴訟の杉本判決で示された考え方であり、憲法26条が子どもに教育を受ける権利を保障していることおよび教育の本質にかんがみて、教育は国民の自然的責務であるとされる。

(5)教員の教育の自由、公教育としての学校において直接に教育を担当する教員が国民全体の教育意思を受けて教育に当たるべき責務をいい、右の杉本判決で示された考え方であり、理論的には(3)の説に近い。

(6)国家機関の教育権限、国または地方公共団体が行なう教育機能におけるそれらの機関の有する権限をいい、三権分立に対比して「教育権の独立」といわれる場合の概念である。

(7)教員の教育権限、職務上の専門性を有する教員が指揮監督を受けることなく児童・生徒に教育を行なう職務権限をいい、兼子仁氏の所説によれば、教育基本法10条1項「教育は不当な支配に服することなく、国民全体に対し直接に責任を負って行われるべきである」に教育の行政的中立性の保障が含まれているとされる。

(8)教員集団の教育権限、学校における意思決定機関である教員集団が学校教育について有する権限をいい、日教組講師団の見解によれば、その理論的根拠は(7)に求められる。

(9)教育者の機能、被教育者の人格の完成をめざす教育活動を行なう教育者の守るべき職業倫理をいい、田中耕太郎氏の所説によれば、教育者の活動の自由・独立性が法と秩序の枠内において教育基

注(※1) 天城勲「教育法規解説」, 第一法規出版, 1971, P88参照

本法10条1項により保障されるものとされる。

(10)国民の教育を受ける権利、憲法26条1項に規定する「すべての国民は、法律の定めるところにより、その能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利を有する」をいい、(1)から(9)までの概念とはまったく異質のものであるが、単に「教育権」という場合には、この意味において用いられることがある。木田氏は、「教育権」の内容として、①親権、②職業選択の自由と同じ意味での教育を実施する自由権、③国民が教育を受ける権利、④国または地方公共団体の行なう教育機能の独立性と定義する<sup>(※2)</sup>。この場合、①、②は具体的な権利であり、裁判所も保障する権利であるが、③はそういう意味での権利ではない。④は、教育行政機関の権限であって、権利ではない。

このように教育権は種々雑多に使用せられ、今村武敏氏も<sup>(※3)</sup>、「以上みてきたように『教育権』ということば自体が、まだじゅうぶん熟したことばではない。権利なのか権限なのかさえ固まっていない。論者によって説が異なる。説は多岐にわたっている。とすれば、『教育権独立の原理』などという原理は、ずいぶんあいまいな、いい加減な原理である。幾何学の公理や定理と違って、きわめて常識的な、おおざっぱな観念である。わたくしの観察するかぎりでは、『教師集団の考え方に行政当局の関与を許さない。』という一部の人々の主張を裏づけるための便利な相言葉として使用されている感がある。そして、そういう主張に同調する学者たちが、もっともらしい学術的用語の粉飾をこらして利用している言葉でもあるという印象がある。」と指摘している。さらに「教育権ということばは、まだ十分に落ちついたことばになっていない」としながら「ここでは教育に対する権利、発言権というくらいの意味でゆるやかに理解しておいてほしい。」<sup>(※4)</sup>等といわれている。

また高橋恒三氏は<sup>(※5)</sup>、「教育権という言葉はまだ熟したものでなく、使う人によってニュアンスが異なると思うが、少なくとも、『教育権の独立』といい、教育内容についての行政的権限の介入の排除を主張する場合の『教育権』とは、このような意味の自由権でないことは間違いない。教育内容についての文部省や教育委員会のどのような配慮も教育権の侵害であると主張するところをみると、教育権とは、教育内容の決定についての教師あるいは教師集団が有する独立的かつ独占的な地位とその地位の制度的な保障を意味しているように思われる。そうだとすれば、そのような教育権は、教師の権利でもなく、法律上主張する何の根拠もないものである。」とし教育権概念を実定法上明確な根拠の無いことと合せて、これを否定している。

しかし多義的ということでは、問題の所在がぼやかされてしまうし、使う人によってニュアンスが異なるのでは論議の焦点がぼけることになる。そこでまず教育権概念を明確にしておきたい。

およそ教育は、教育者が被教育者に働きかける文化的・精神的・個人的活動であり、教育者と被教育者の内面的関係である。そこには法的要素が介入する余地はなく、そこに支配する法則は教育的条理の原理である。この意味において教育の世界は主体性と自主性をもっている。しかし教育が公教育（教育権と公教育の関係は後述するが）の一環として行われる限り社会的側面をもっていることも否定出来ない。そしてその社会的側面の一部分は法秩序によって維持されなければならない。教育関係が無秩序、混乱状態に陥らないためには、教育に関して利害関係を有する個人（当事

注(※2) 鈴木安蔵、星野安三郎「学問の自由と教育権」、成文堂、1972、P16参照

注(※3) 鈴木・星野、前掲書、P17参照

注(※4) 宗像誠也「教育と教育政策」、岩波書店、1972、P92参照

注(※5) 高橋恒三「教師の権利と義務」、第1法規出版、1972、P21参照

者）・団体等の相互の関係が法秩序によって規整されることが必要である。もし、かような規整が適正になされない場合には、ある者の発言権が不当に増大し、教育の関係の内容に悪影響を及ぼさないとはいかざらないのである。

そこで教育関係者の権利義務の存否とその本質の解明が必要となるのであるが、教育権もこの問題の一環として、まずその概念規定を明確にする必要があるのである。

教育権については「教育権 (Erziehungsrecht) には二つの意味がある。その一つは、教育を受ける被教育者の権利または教育の請求権 (Recht oder Anspruch auf Erziehung) である。その権利の主体は教育を必要とする者 (教えられる子ども) である。その二は教育をなす権利、または権能 (Recht oder Befugnis zur Erziehung) である。この主体は教育者である。我々が普通に教育権という場合には第二のものを指している。」<sup>(※6)</sup> としながら、「……教育というのは、立法権、司法権というごとく教育的機能の全体をいうものである。それは両親が個人として子女に対してもっているところの親権 (Elternrecht) の一種である自然法的な教育権 (Erziehungsrecht) —民法では『監護及び教育をする権利』(民法第 820 条) —と同一ではない、それは教育を全体として観察して、教育が教育外の世界からの不当な干渉侵害から守られなければならないことを意味する。」とするものがあるが、「教育的機能の全体」と「教育をなす権利権能」とはかなり範疇の異なる概念である。また徳武敏夫氏の如く、「教育とは、『教育をすること』と『教育を受けること』との両者を含めて教育というものが本質的に全面的に国民に帰属するものであることを権利として把握した概念である。」<sup>(※7)</sup> としているが、「教育をすること」と「教育を受けること」は主客が転倒することになるので、これを同一の概念の中に包含させることは、決して妥当ではない。さらに、宗像誠也氏は、「教育権は現在の日本の国家権力の教育政策への対抗の性質を帯びているのである。この性質を抜きにしては、教育権を論議する理由がなくなる。」<sup>(※8)</sup> と述べているが、教育権概念の中にかゝる思想的政策的政治的要素、イデオロギーを最初から持ちこむことも適当と思われぬ。また、「基本的人権としての教育権」<sup>(※9)</sup> に言われる如き教育権は「教育を受ける側の権利」のみをさしているのであれば良いが「教育をする権利」を含めて言われる場合は、基本的間違いを侵していることになる。すなわち、「教育をする権利」は決して基本的人権ではなく、「国民の教育権」、「国家の教育権」にみられる如く、むしろ、これは主権 (Sovereign power) と関連した問題なのである。

以上、現在教育権概念の混乱はあるが、「教育権とは教育をなす権利権能を言う。」と、単純明解に定義をするのが妥当と考える。一筆者は以後かかる意味で「教育権」の用語を使用することにする。一かかる意味の「教育権」は「権利性」の極めて稀薄なものであるべきと考えるが故に将来の方向性としては、後述するごとく「教育する義務・責務」へと止揚 (aufheben) さるべきものとするが次に問題になるのは、このような教育権が、基本的、本質的に誰に帰属するかということである。

## 2. 親の教育権

教育権が根源的にまず親に帰属すべきことについては、民法第 820 条の規定をまつまでもなく

注 (※6) 田中耕太郎「教育基本法の理論」、有斐閣、1969、P 146参照  
 注 (※7) 徳武敏夫「教科書裁判の思想」、新日本新書、1971、P 54参照  
 (※8) 宗像誠也「全書国民教育」、明治図書、1970、P 17参照  
 (※9) 牧木正名「教育権」、新日本出版社、1972、P 6参照



当然のことであるが、親の教育権が人間性の中に深く根ざしているところの人類普遍の原理である自然法上の権利であり、自然法的性格を有するものである点については、わが国の実定法上においては触れるところがない。しかし、ドイツのヴァイマル憲法第120条は、両親の教育についての最高の義務および自然的権利を承認し（*oberste Pflicht und natürliches Recht der Eltern*）そうして国家には青少年の保護のため監視権を与えているのみである。またドイツ連邦共和国（西ドイツ）基本法第6条第2項は「子の養育および教育は両親の自然の権利であって、何よりも先に両親に課せられた義務である」とする。

なお世界人権宣言第26条第3項が「親はその子供に施さるべき教育の種類を選択するについて、優先的の権利を有する」としているのも、両親の自然法的教育権を認めているものと解することができる。

かくして日本法に教育権の自然法的性格に関して直接の規定を欠くにしても、理論上これを承認せざるを得ないと考えるものである。

両親の教育権が自然法上の権利であるところからして、両親の教育権は不可侵であり従って奪うべからざる性質のものなるばかりでなく、その自然法的性格からして自己の意思を以ても譲渡し得ない性質のものである。それは国家に先行して存在し、国家の意思を以てするもこれを否定しまたは奪うことはできないものである。このことからして、親以外の者が有している教育権はすべて親の委託にもとづくものであって、親の教育権を補充するものであるとの見解が出て来る。

すなわち田中耕太郎氏によれば、教育の担当者は、「両親以外に家庭教師、私立学校、教会、国家その他の公共団体各種に存在しているが、これらの教育担当者が被教育者に対して行使する教育権の基礎は両親の教育権に由来し、両親から委託されて教育を行うものであるとして、両親の教育権こそ本源的な教育権である」としている<sup>(※10)</sup>。

本源的な教育権が両親にあるとしても、人類文化の進展に伴い、学問や技術は日進月歩があり、到底両親の教育能力の及ぶところでないし、また社会生活も複雑多岐にわたり、人間が国民や公民として尽すべき権利義務の範囲も著しく拡大しつつある。かくして両親は教育の目的を以て一定の年齢に達した子女を一定の期間他人に委ねる必要が起ってくる。従ってもし両親が真に子女の教育の重大性を自覚し、その完全な履行を念願するならば、両親が教育の一部について他人の協力を要請するのは当然のことといわなければならない。しかしながら、この点に関して、両親が如何に広範囲に教育を他人にゆだねるにしても、それは両親が自己の有する本源的な教育権を他人に譲渡することを意味するものではない。両親はかような伝来的な教育権者が存在する場合においても、教育の権利義務を有することにおいて変わりはないのである。「従って国家その他の者が有するところの伝来的な教育権は、その範囲において広狭の差はあるにしても補充的（*subsidiär*）のもものと見なければならぬ」<sup>(※11)</sup>との見解が生れるのである。

しかし親の教育権を本源的な権利として位置づけること自体は間違いではないが、これを絶対無制限のものとしたり、その権利性を強調するのは問題である。

すなわち、親が子どもを教育する教育権は親権の一部であるが、それは当然義務性に重点が置かれるべきである。つまり教育を受ける権利である子供の学習権、子供の権利がその根源にあり、その子供の権利を実現するために、親権は子のための親の義務として性格づけられるべきである。

注 (※10) 田中, 前掲書, P 160参照

注 (※11) 田中, 前掲書, P 160参照

この面の検討のために実定法上の規定が如何になっているかをみると、一般に親権の内容は、(イ)子を監護および教育する権利・義務をはじめとして、(ロ)子の居所を指定する権利、(ハ)必要な範囲内で子を懲戒する権利、(ニ)子が職業を営むことを許可する権利、(ホ)子の財産を管理するとともにその財産に関する法律行為を代表する権利、(ヘ)未成年の子の婚姻にたいする同意権その他が挙げられるが、この子どものための親権という趣旨からして、親権を行使できる状態にない場合は、家裁の許可を得て権利または管理権を辞退できることとされ、さらに親権を行なう者等が児童を虐待または放任しているため刑罰法令にふれるような場合には、家裁の承認を得れば、親権者の意思に反しても、都道府県知事が児童を里親に委託したり、施設に入所させたりすることができることとされ、また施設の長は、入所児童で親権者・後見人のないものにたいし親権を行なうことができ、親権者・後見人のあるものについても監護、教育および懲戒に関し、児童の福祉に必要な措置をとることができるなど、親権に関する規定が民法以外でもなされている。これらの規定は、事実上親の行使する親権の制限であるが、これはその権利が行使され得ない状態またはその権利の行使が子どもにとって明白に有害である状態に対処しようとするもので、いわば親権の不在または親権の濫用にたいする措置であるが、いずれにしても親権は子の福祉を護る「子どものため」のものであって、決して「親のため」のものではない。

親の教育権＝教育義務に関する規定も、これを直接規定する民法820条のほかに、関連条項としては親権者が子どもに義務教育を受けさせる義務があると規定する憲法26条、教基法4条、学校教育法22～23条、39条があり、特定の施設では施設長が保護者に準じて就学義務を負うとする児童福祉法48条などがある。

その民法820条の「親権を行う者は、子の監督及び教育をする権利を有し義務を負う」という条文は、旧民法879条の「親権ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ監護及ヒ教育ヲ為ス権利ヲ有シ義務ヲ負フ」をそのままひきついだものであって、文言上にはさほどの変化はみられないが、新憲法下における親の権利または義務の性質は、旧民法の場合と同一であってはならないことはいままでもない。

家長制家族制度が漸次崩壊するにしたがい、親権から支配権力的性格が次第に失われて、「親権は『子の保護のための権利』であるとせらるるにいた」るが、旧民法は「欧米的親族法の上に或いはそれと並んで戸主家族の関係を規律する法規を置いており、家族制度的色彩を濃厚に有せしめていた」ものであり、親権は親の子にたいする身分上の支配権としての性格が強く、「親本位のもの」であった<sup>(※12)</sup>。

「子のための親子法」としての今日の民法のもとでは、「子を監督及び教育する権利を有し、義務を負う」とは権利と義務の並存を意味するものではなく、「親権者にとって権利であると同時にまた義務でもあることを現わしたものであるが、むしろ義務たる要素の方がより本質的内容を成しているということができ「親権は義務を行う権利」であり親権の中核は義務と考えるのが妥当である。

だが、この親権の義務性に関して、この親の義務が何にたいする義務であるかについては、論議が分れているところである。それを大まかにまとめれば、(イ)子にたいする純然たる私法上の義務であるとする説、(ロ)子および社会にたいする義務とする説、(ハ)社会ないし国家にたいする義務とする

注(※12) 鈴木・星野，前掲書，P266参照

説、および(=)義務の相手方を直接に問わない説、または対立的に子の権利が確立されるほどはつきりした義務ではないとする説<sup>(※13)</sup>などになる。

親の義務を国家・社会にたいするものとする理解は、子どもの権利の積極的な確認を欠いたとき、国家が第一次的に子どもを教育する権利をもち、親の教育権は国家からの委託にもとづくものだという結論を導くことになり、親の教育権が本源的なものであるという前提をくつがえすことになる。

その点では、純然たる私法上の義務だとする見解の方が妥当であるように思われる。

しかし、親の義務を子のための義務とする場合、単に「子の福祉のため」と解するだけでは不十分であり、子どもが、福祉を恩恵的に与えられる立場から、権利として福祉を受ける立場に変わっていることが確認される必要がある。その上にたった子のための親義務でなければならない。

かかる親権の内容としての親の教育権は子どもの利益のために親に与えられた権利であり、子供の基本的人権としての「教育を受ける権利」を保障するためのものである。権利であるより義務性の方がより本質的であり、その義務を遂行する手段としての権利が与えられているに過ぎないと考えるべきである。

かく考えるとき、教育権の根源は親の親権から発するというよりはむしろ、「子どもの教育を受ける権利」—「学習権」—を中核として構造化されるべきものとする。

### 3. 国家教育権論

社会科教育と政治の問題・社会科教育と価値観、学習指導要領等を考える際に最も大きく関連するのは、国家の教育権の問題であるので以下ややくわしく検討してみたい。

教育権の帰属に関する現在の最も大きな論争点は国家の教育権と国民の教育権の対立である。これは、教科書訴訟における杉本判決が国民の教育権を正面から打ちだし、反面国家の教育権を否定した画期的なものといわれることに対する評価、批判分析を通じて、その対立は一層深められつつある。以下国家の教育権の存否本質について検討を加えてみたい。

国家教育権論の理論的根拠の第一は、田中耕太郎氏の説である。同氏の説によったとみられる判決に、昭和39年10月25日、和歌山県教組勤評反対事件の判決がある。これは和歌山県教組執行部を有罪としたものであるが、判決文の「弁護人らの主張に対する判断」の項に、次の文がある。

「教育は、先ず、家庭教育に始まる。子供に対する本源的教育権者はその両親であり、民法820条は、このことを規定しているが、このことは法律の規定をまつまでもなく、法以前の自然法上の原理である。しかし、教育をなす権利は両親のみが有するものではない。国家もまた共同の福祉の実現者として、次代をになう子供達に対し、教育権を有することは、憲法26条2項の反面解釈上疑を容れないところである。」

この判決は「国家に教育権があることを主張した戦後はじめてのものである。」この判決は元文部大臣でもあり元最高裁長官である田中耕太郎氏の説に拠ったものである。

田中氏によれば「教育をなす権利の実定法上の根拠としてはわが国では民法第820条（親権を行う者の子の監護および教育をする権利に関する規定）に規定が存する。（中略）しかし教育をなす

注(※13) 鈴木・星野、前掲書、P269参照、詳細は我妻栄、親族法、法律学全集23、1961、P316、中川善之助、親族法（下）、1958、P471参照

権利は両親のみが有するものではない。義務教育に関する憲法第26条第2項の反面からして国家に教育をする権利が認められることになる。」という<sup>(※14)</sup>。

「すべて国民は法律の定めるところにより、その保護する子女に普通教育を受けさせる義務を負ふ。」という規定の反面解釈上、国家が教育権をもつというのである。おそらく憲法は国民と国家の権利義務関係を規律する法であるという観念を前提として、国民が教育をうけさせる義務を負うと憲法に書かれているのは、すなわち、国家が教育をする権利をもつことなのだ、という論理なのであろう。

しかし、この論理は誤りを犯しているといわざるをえない。それは、憲法第26条第2項の義務の解釈の誤りである。

憲法第26条は前条（25条）において健康で文化的な最低限度の生活を営む権利が国民の基本権の1つとされている。その権利の経済的側面に関しては、その維持の手段として29条において財産権を、27条において勤労権を保障しているが、これに対してその文化的側面にかかわる規定として設けているのである。

教育を受ける権利の思想においては、教育を受ける権利の主体は子どもないし新しい世代で、それを保障する義務を履行する権利をもつのは親である。

すなわち、「すべての国民は（中略）その保護する子女に普通教育を受けさせる義務を負ふ」とされるその国民の義務は、26条1項に宣言されている国民の（子女の）教育を受ける権利を十全に保障する義務、つまり国民（子女）にたいする義務なのであって、国家に対する義務なのではない。したがって国家は、教育をする権利の主体ではなく、「子どもの権利の充足のために、学校設置、学習条件の整備、長欠児等に対する家庭への説得、就学条件の確保（たとえば、生活保護や教育扶助の積極的適用、児童労働への適切な配慮等）の義務を負う」<sup>(※15)</sup>と解釈されなければならないのである。

親権利から親義務への転換は今日親権の当然の帰結であるが、今日における「親権」解釈の問題は、「親のための権利か、子のための権利か」として提起さるべきではなく、「親義務」の中身すなわち、それが第一義的には子どもに対する義務（従って子どもの権利の承認）なのか、国家に対する義務なのかが問われなければならないのである。そして、「子どもに対する義務」は、当然子どもの権利、子どもの教育を受ける権利の承認とであり、かつこの思想は、近代の人権思想の徹底、貫徹と考えられるのに対し、「親義務が国家に対する義務であるという思想にとっては、親権の権利性の主張から義務性の強調という解釈の変化は、実は、家族（親）の教育権（狭義の）を奪い、教育権を国家に集中するための媒介的意義を負わされているといえることができる。そして、このような親権の、国家に対する義務性の強調は、19世紀後半に成立する現実の義務教育制度及びそれを支えた思想の中核をなしていた」<sup>(※16)</sup>のである。たとえば、近代及び現代国家の憲法中、教育に関して最も多くのスペースをさいているドイツのワイマール憲法の教育条項では、教育は国民の権利として確認されておらず、「むしろ国民（親）の国家社会（staatliche Gemeinschaft）への義務性に重点が置かれ、学校は根元的に国家的制度（grundsätzlichestaatliche Einrichtung）と

注（※14）田中耕太郎「教育基本法の理論」、有斐閣、P 1969、P 150参照

注（※15）宗像・梅根・宮原・勝田・川合「全書国民教育第1巻」、明治図書、1970、P 143参照

注（※16）堀尾輝久「現代教育の思想と構造」、岩波書店、1972、PP.174～175参照

して現れている」<sup>(※17)</sup> が、この国家的制度への親の義務が強調せられたのは、まさに19世紀的発想と言うべく、田中耕太郎氏の憲法第26条第2項の反面解釈から国民の国家に対す義務を引き出し、国家の権育権を肯定するのはこの面からして筆者としては承認し得ない説である。

国家教育権論の理論的根拠の第二は教育行政における特別権力関係論である。特別権力関係（*besonderes Gewaltverhältnis*）というのは、国民が国又は公共団体の一般統治権に服することによって生じる国又は公共団体と国民との関係を一般権力関係というのに対し、「公法上の特別の原因に基づき、公法上の特定の目的に必要な限度において、包括的に一方が他方を支配し、他方がこれに服従すべきことを内容とする関係」である。

特別権力関係が成立する原因は、「直接法律に基づく場合」(法定伝染病患者の強制入院等)と「相手方の同意」による場合（公務員の任命、国公立学校への入学等）とがある。また、特別権力関係において認められる包括的な支配権がどの範囲に及ぶかという点、当然その目的によって限界があり、一般的にはその目的に照らし、客観的に必要な範囲であり、それが社会通念上、合理的と判断されうる範囲とされる。支配権発動の形態は、一は命令権であり、二は懲戒権である。かくして特別権力関係は、一般権力関係における以上に人民が特別権利の特殊な包括的支配に服する地位にたつ関係で、一般権力関係においては、法治主義が全面的に妥当するのに対し、特別権力主体は、当該特別権力関係設定の目的と本質とに必要な範囲および限度において、特別権力服従者に対して、各個の場合に法律の留保を排して、つまり法規の根拠なしに命令強制をなしうるものとされる。

このように、特別権力関係の観念の特色は、一方で特別権力の発動を一種の公権力のそれと考え、他方でその特殊な公権力の発動については個別的な法規の根拠を要しないという点にある。そして右のことを前提として、特別権力服従者の一般国民たる地位において有する基本権も、必要な範囲と限度において必ずしも法規の根拠に基づかずして制限されうるとし、かつまた特別権力関係内部における諸権力行為に対する訴訟は原則としてこれを提起できないものとし、さらにそれが提起できる場合といえども抗告訴訟によるべきものとするのが普通である。かくして特別権力関係に関する主な論点は、「その法律の留保、基本権および司法審査に対する関係の三つにしばられる」<sup>(※18)</sup> という。

この特別権力関係論は現在の教育行政の分野において、大きな影響力を有しているといわれる。その主要は一例として現在、文部省当局をはじめ、校長、教頭、市町村教育長、管理主事らによって教育行政上主要な参考書とされている今村武俊氏の「教育行政の基礎知識と法律問題—校長・教頭・市町村教育長・管理主事のために—」<sup>(※19)</sup> によれば、「法的根拠はどうだと問われるとそれだけでどぎまぎして、おれは法律を知らない。条文を調べてみたが何も書いてなかったと不安がっている校長・教頭に接するたびに、戦後の混乱を感じず。どんな考えで20何年も教育界のめしを食ってこられたのかと反問したくなる。人生は法律だけだと理解しておられますかと詰問したくなる。」と述べ、「特別権力関係の法理を考えていただければ明らかである。いちいちの実際の行為について法的根拠がいるというのであれば、先生をA校からB校へ転勤させるということを法律に書いておかなければならない。」「法律や条例になにも根拠がないのに、生徒の長髪を禁止した

注(※17) 堀尾, 前掲書, P 183参照

注(※18) 室井力「教育行政における特別権力関係論」, 法律時報, 1967・2, P 4参照

(※19) 今村武俊「教育行政の基礎知識と法律問題」, 第1法規出版, 1966, P 16参照

り、下駄ばきをやめさせたりすることができるのは、その生徒が特別権力関係のなかにあるからである。」「学校の利用関係においては、校長が代表する設置者と児童・生徒は売買契約の当事者のように対等に立つものではなく、……かりに対等者間の関係であるとするならば、児童・生徒が教室にもち込んだパチンコの玉を取り上げて、その所有権を奪うことなど、もっての外のことであり、まさに不法行為に該当するのである。私法関係においては不法行為と目される行為を、校長・教員は、公法関係の優越的立場において実定法上の法的根拠もなしに、日々行なっているのである。」「校長は……職務命令を発し、二人以上私談することを禁じ、小用に立つにも校長の承認を得ることとせしめた」としても「『非常の際』には形式的な違法性を阻却されることもあろう」「校長は、職務命令を発して教職員に校務を分掌させ、教職員の職務遂行を監督する権限を有し、反面、教職員はいや応なしにそれに従う義務がある。義務違反に対しては制裁（懲戒処分）をもって臨むということで、このことを担保さえしている。また、このような秩序が学校で確立していなければ校長として落第である」等教育行政上特別権力関係を大いに利用することを示唆していると共に、明治憲法以来の伝統的特別権力関係論が、今日まで継承され誇示されているのがうかがわれる。もちろん、教育行政の分野でも、特別権力関係論を再検討しようとする試みは全くなかったわけではない。

1955年頃までは、戦前法制との断絶において成立した憲法＝教育基本法制のもとで、統制の理論的根拠として正面きって活用されはしなかったが、教育行政に関する説明理論としては残っていた。

これが、地方教育行政法の成立をみる項になると、教職員の上下秩序の確立の為に特別権力関係の存在が強調されるようになる。たとえば、木田宏氏によると<sup>(※20)</sup>、「公務員の勤務関係についてもこのことに変わりない。法律は職員がその職務を遂行するについて上司の職務上の命令に忠実に従わなければならないことを明示しているがこれは公務員であると否とを問わず勤務関係成立の基本的な法関係であると言わなければならない、この勤務関係における使用者の包括的な支配権は、特定の勤務関係を適正に成立させる上に社会通念上許容される限度において認められる。この範囲においては、使用者は指揮監督権を内容とした支配権をその職員に対して行使しうるのである。（中略）公法の世界において、このような包括な支配権を一方の当事者が有するとき、そこに特別権力関係がある」と説明されている。

また今村武俊氏も<sup>(※21)</sup>、「教育委員会が学校を管理するという、その管理権の内容は、先ほど述べた法律の3ヶ条だけが根拠となるものではなく、実は行政法の基礎理論、特別権力関係の理論に根ざしているのである。」としているが、これは教育行政に特別権力関係を新しいかたちで復活させたものである。

ところで右のごとく教育行政関係において、その存在が主張される特別権力関係とは如何なるものか、しばらく検討してみることにする。元来、特別権力関係論は、オットー・マイヤーによって絶対主義体制擁護の理論として生れたことに注意しなければならない。特別権力関係論の基本は、19世紀後半ドイツ立憲君主制下において、まずラーバントが、官吏関係の説明に際して、そこに特殊の権力関係の存在することを認め<sup>(※22)</sup> たが、「特別権力関係（das besondere Gewaltver-

注(※20) 宗像・梅根・勝田他、前掲書、P 162～P 163参照

注(※21) 宗像・梅根・勝田他、前掲書、P 164参照

(※22) 室井力、前掲書、P 4参照、詳細は P.Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.I, Aufl, 1886, S,386ff.

hältnis)」という表現を、はじめて意識的に全行政法体系の中で「一般権力関係 (das allgemeine Gewaltverhältnis)」と対比しつつ使用したのは、オットー・マイヤーであった。マイヤーは、特別権力関係の典型を官吏関係に見出しつつ、単にそれにとどまらず、その他の諸法域にまでこの関係を及ぼし、さらに法律の留保の原則 (法治主義) とこの関係との関連を論じて、このドイツ的特別権力関係理論の原型を示し、そしてその後この理論の基本は長く学説上採用されてきた。

マイヤーによれば<sup>(※23)</sup>、「一般権力関係においては全面的に妥当する法律の留保の原則は、特別権力関係においては妥当しない。そこでは、行政権はより自由な活動領域をもち、権力服従者はより強い包括的義務を負う。特別権力関係における特別権力は、各個の場合に法律の根拠を有する要なく権力服従者の包括的服従を基礎として、それぞれの行政目的を達成するために、既存の法律の範囲内で (法律の優位の原則はここでも妥当する)、必要な命令、強制をなしうる」のである。「このような特別権力関係の故に発せられる拘束的な規律 (Bestimmung) は、命令 (Anweisung) とよばれる。」<sup>(※24)</sup> 命令 (Anweisung) は、行政行為のように具体的個別的な場合に特定の権力服従者に対しても発せられうるが、それは司法判決や行政行為と異なり、執行権自体をも拘束するものではなく、一方的に権力服従者に関するものであって、権力把持者の自由に委ねられている。すなわち、それはなおも警察国家における官憲的行為のごときものである。命令 (Anweisung) はまた、「一般的規律 (allgemeine Regel) の形で発せられ、行政規則としての形をとることがあるが、これも、法律からの伝来的な法としての法規とは異なり、双方向的拘束力をもたず、行政の独自の一方的な権力行使として権力服従者の全体に対するものであり、特別の服従関係を基礎とするものである。このような特別権力関係の例として、マイヤーは、公の勤務関係、公の営造物利用関係および公の特別監督関係などを挙げている」<sup>(※25)</sup>。

すなわち、彼にあっては、公法関係=行政法関係の特質的性格は、それが権力関係=不対等法主体関係である点にあり、特別権力関係は、それが権力関係であるという点においては、一般権力関係と本質的に区別せられるものではない (相対的区別説) が、そこでは後者の特質すなわち公法関係の決定的メルクマールが最も明らかに鋭く現われるのである。一般権力関係における法律の留保の原則という行政の独自の活動に対する一応の制限は、特別権力関係においては取り除かれるのであり、そこに入りこむ個人の自由および財産権は公行政の目的の要求する限り、形式的な法律の留保原則の保障すらうけることなく、個人の行政に対する包括的服従はさらにより強化されるのである。このようなマイヤーの特別権力関係論は、その後ほとんど何らの基本的修正をうけることもなく、長くドイツ行政法学の伝統的理論として維持されたのであった。ところで、特別権力関係に関する右のような伝統的理論は、19世紀末葉、ドイツ立憲君主制下において、まず官吏関係に関して説かれ、後にその他の諸関係にまで適用されるにいたったということを注目しなければならない。

19世紀ドイツ立憲国家は、「絶対主義的君主の支配を制約するものとして、これに対立する市民的勢力が、議会を通じて自己を主張するようになったところに、その本質がある」。そして、出来上った「ドイツ立憲君主政 (konstitutionelle Monarchie) の本質は、国民代表的立法機関と君主の行政府との間の妥協にある。」といわれるが<sup>(※26)</sup>、この特別権力関係理論は、特別権力関係と

注 (※23) 室井力「特別権力関係論」, 勁草書房, 1972, PP.241~242参照

(※24) 室井力, 前掲書, P 241参照

(※25) 室井力, 前掲書, P 241参照

(※26) 室井力, 前掲書, P 246参照

されている若干の行政法関係から、右の形式的法治主義（とりわけ法律の留保の原則）すらこれを排除するものであるということは、注目に値する。

かくして、この伝統的理論は、特別権力関係を、法律による行政の原理の支配下になっても、なおも法から自由な行政領域として構成したのである。そのことによってそれは、当時の現実になおも残存し活発であった君主＝行政部の非伝来的に独自の命令権力を法治主義の範囲外におき、軍隊および官僚制度をその支柱とする君主＝行政部の法から自由な諸特権の残存という政治的現実を合理化したのである。かして、一方における議会の優位の要求と他方における行政の特権的地位の確保の要求との妥協の産物として、特別権力関係論は生れ構成されたのである。

いずれにしても「特別権力関係」なる用語は、呪文の言葉であり、絶対的な議会と裁判所から自由な「支配者権力の全体的な網の目の確立のための黄金の鍵」であったといわれる<sup>(※27)</sup>。

この伝統的特別権力関係論は、その基本においてほとんど変ることなくその後ワイマール憲法体制下およびより強化拡充された形でナチス体制下にまでうけつがれていったが、第二次大戦後のボン基本法下の実質的法治主義の説かれる今日では、西ドイツにおいても、伝統的特別権力関係論をそのまま採用する者は皆無といわれる。基本権尊重と権利救済の拡大の要請とのかかわりの中で、特別権力関係論は、大きく修正されたり、または全く否定されんとすらしめている。わが国においても、特別権力関係論は、大幅に修正され、あるいは否定され、分解され、再構成されつつあるのであり、「少なくとも伝統的な特別権力関係論は通説の王座から引きおろされ、それは根底からの動揺のさなかに立たされている観がある<sup>(※28)</sup>」のである。

かくして特別権力関係については現在、次のようなコメントが付されている<sup>(※29)</sup>。第一は、特別権力関係と私法上の特殊の社会関係の問題で「今日、特別権力関係という概念」は、むしろ「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ない」し、そうした特殊の社会関係は、「私法上にも認められる」（会社・銀行・私立学校における私人の勤務関係、私立大学における学生の大学管理権に服する関係）「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、その社会的規制が行なわれるわけで、特別権力関係という概念もそうした一面を把えたものにすぎない」とする。

第二は、特別権力関係と法治主義の原則で、特別権力関係は、原則として、法治主義の原則は妥当しないが、「しかし、特別権力関係の内容を明確にするために、法律または法律に基づく命令によって、その具体的な定めをなし、特別権力の発動を制限するとともに、服従者の権利を保障することがある」。（国家公務員法およびこれに基づく人事院規則の例）「その限りで、法治主義の原則は妥当するといえるし、法の保障を任務とする裁判所のコントロールに服するといわなくてはならぬ。」（この点は、特別権力関係における裁量権、および裁判権の問題とも関連する）。

第三は、特別権力関係と基本的人権であるが、それは「基本的人権保障の精神からいえば、特別権力関係においてもできるだけこれを尊重すべきであることはいうまでもないが、特別権力関係設定の目的に鑑み、社会通念に照らし、合理的と認められる範囲において、一般人については許されない制限を課することも不可能でない」（国家公務員法における居住地の制限や大学内の集会制限）とし、このことは「私法上の関係についてもあてはまる」とする。

注（※27）室井力「教育行政における特別権力関係論」、法律時報、1962年2月号参照

（※28）和田英夫「特別権力関係への疑問」、法学セミナー、1962・2、P50参照

（※29）和田、前掲書、P52参照



これら諸点で注目すべきことは、まず第一については、特別権力関係は社会の複雑化・多元化に対応する「特殊の社会関係の一面」として捕える観点に移動され、あるいは、その説明を弾力的にしていること、第二については、特別権力関係の内容の明確化のために法治主義の原則も妥当することもあること、第三については、合理的な範囲における人権の制限は、特別権力関係においても可能であるとともに、このことは私法上の関係についても妥当することである。以上三点（とくに第一の論述）が、少なくとも伝統的な特別権力関係論からの発展的修正であることは疑いない。かかる面から「特別権力関係」の話に代えて「特殊的法律関係」（宮沢俊義）や「特別従属関係」（磯崎辰五郎）または「社会的・機能的権力関係」（杉村敏正）などの語が用いられ伝統的特別権力関係は再検討されつつある。

教育行政における特別権力関係論は、教育行政においては、通常、国公立学校の教職員の勤務関係について、これを公法上の勤務関係＝特別権力関係とし、国公立学校の学生・生徒・児童の在学関係について、これを公法上の営造物利用関係＝特別権力関係とする点に現われる。さらに前者は、国公立学校が営造物であるとされるところから、具体的には、学校管理権＝営造物管理権に基づく学校管理規則や職務命令にもかかわってくる。

ところでまず、教育行政とは、今村氏によれば、「およそいかなる行政も行政主体が行政客体たる人民を相手とする統治作用である」から、「教育公務員は教育行政の担い手として一般住民に対して」とされる<sup>(※30)</sup>。たしかに、立法・司法以外の一切の国家作用が行政であるという一般の定義（それは、立法および司法に対して行政を一般的に特色づけるためのもの）の次元では、教員が公務員として行なう教育を行政とよんでよい。

しかし、教育はその内容上統治作用とよばないところにその本質的意味があるのである。すなわち、明治憲法下にあったのプロイセン的公権力的教育観に基づく、教育作用そのものを公権力の発動とみることを排して、今日では、教育は本質上非権力的作用と解されている点に問題の出発点があるのである。その意味では、国公立学校による教育も私立学校による教育も、ともに「公の性質をもつもの」ではあれ、その法的性格において非権力的であることがまず確認されなくてはならない。したがって、「教育行政」は、権力的要素は可能な限り排除されねばならない。

つぎに、国公立学校の教職員が、教育公務員として、教育委員会、校長等の指揮命令を受けたり、懲戒処分を受けたりする関係が公法上の特別権力関係かどうかという点である。大規模集団組織が一定目的のために統一的作業を行なう上からは、そこに上下指揮命令系統をなす機関構成が必要なことは自明であり、その機関構成員に対して上司が職務上必要な指揮命令をなすことの必要性は、何人もこれを否定しない。しかしこの点については、私企業の使用者が労働者に対してだすいわゆる業務命令と公務員に対する職務命令とは本質上相異なるものではない。これを一種の支配服従関係とよぶならよんでよい。しかしだからといって、公務員に対する職務命令を特別権力関係に基づく特別権力＝公権力の発動と解し、私企業における業務命令を法上それと基本的に異なる性質のものとする理由はない。したがって、「法令に違反する職務命令は、その違反がいわゆる重大かつ明白な違法にまでいたらなくとも、私企業の業務命令と同様にただちに無効となり、公務員は

注 (※30) 室井力, 前掲書, P 7 参照, 今村武俊「教育行政の基礎知識と法律問題」, 第一法規出版, 1966, PP.70~71参照

これに服従する義務はない<sup>(※31)</sup>」とされる。

いずれにしても教育行政に無批判に特別権力関係論を導入することは、妥当ではない。教育も教育行政の一面であるとし、「教師は教育行政の客体として、任命権者の指揮監督の下に教育していればよい。もしそれに不服ならば、教師になる際に、教師になることに同意しなければよい」という考えもあるが、教育と教育行政とは異った性格をもつものであり、教育の場は権力的な支配と服従に親まないものである。教育は可能な限り自主的、自律的、自由な雰囲気の中で、よくその真価を発揮するものである。

かくして、教育行政における特別権力関係論を理論的根拠として、国家の教育権を肯定することは出来ないが、国家の教育権の問題は、特に「教師の教育権の独立」(Pädagogische Freiheit des Lehrers)を考察する上で重要な論点であると考えるので、次報で稿を改めて、公教育論、主権論等の立場から更に検討を加えることにする。

#### 参 考 文 献

- 1) 天城 動：教育法規解説，第一法規出版1971
- 2) 鈴木安藏，星野安三郎：学問の自由と教育権，成文堂，1972
- 3) 宗像誠也：教育と教育政策，岩波書店，1972
- 4) 高橋恒三：教師の権利と義務，第一法規出版，1972
- 5) 田中耕太郎：教育基本法の理論，有斐閣，1969
- 6) 徳武敏夫：教科書裁判の思想，新日本新書，1971
- 7) 宗像誠也外：全書・国民教育，明治図書，1970
- 8) 牧木正名：教育権，新日本出版，1972
- 9) 堀尾輝久：現代教育の思想と構造，岩波書店，1972
- 10) 室井 力：教育行政における特別権力関係論，法律時報，1972，2月号
- 11) 今村武俊：教育行政の基礎知識と法律問題，第一法規出版，1966
- 12) 室井 力：特別権力関係論，勁草書房，1972
- 13) 和田英夫：特別権力関係への疑問，法学セミナー，1972，2月号
- 14) H. Krüger：Das besondere Gewaltverhältnis，1957
- 15) 細川 哲：政経社教育と公民教育，鳥取大学教育学部研究報告，教育科学第10巻第2号，1968

注(※31) 室井 力，前掲書，法律時報，P7参照。なお兼子仁氏も有倉遼吉編，「教育と法律」，新評論，1970，PP.278～279ではほぼ同じ旨趣の見解を述べている。