

平田 敦 義

1. はじめに

本論文の目的は、児童生徒の在学関係論のうち、特殊部分社会在学契約論および学校自治関係在学契約論について、意義と課題を明らかにするものである。在学関係とは、児童生徒と学校との法的関係のことをいい、本稿では国公立学校の在学関係を中心に論じることとする。

児童生徒の在学関係は、1950年代から裁判上で問題とされ始めた。その後、1970年代おわりから1980年代の生徒・学生への懲戒処分や校則の問題が議論されることが多くなり、在学関係を問題とする論考が現れ始めた。当時は校内暴力の増加が問題となり、学校内の秩序維持のために、厳しく細かな校則をもって生徒を管理する風潮が生じていた。強力な生徒管理の結果、生徒への懲戒処分や退学処分などが急増し、それに伴い処分の取り消しや損害賠償を求める裁判が数多く提起されるに至る。これらの一連のいわゆる校則裁判では、生徒の非行行為の事実認定とそれへの処分の妥当性が焦点となる一方、処分の根拠となった校則自体の妥当性が重要な焦点とされた。ここで、校則の教育上の妥当性と法的根拠を導き出すひとつの論拠となったのが在学関係論であった。またこの他にも、在学関係が語られる文脈には次のようなものがある。学校事故裁判への実用的貢献を目指す法学研究がその一つである。学校事故への損害賠償請求をする際に、より被害者に有利な法論理構成を行うための根拠として在学関係を論じることにより、学校設置者の安全配慮義務をより重く広範に主張することを目指したからである。また、今日では、児童生徒の学習権保障を指向する議論の一部として議論されることも多くなってきている。子どもの権利条約の発効と前後して、日本においても学校における児童生徒の人権侵害の状況と人権教育のあり方への関心が高まってきている。児童生徒が権利主体として学校選択や学校参加を行い、学校での権利の確認を主張することを論じる中で、その根拠としてまた学校における児童生徒の法的地位の改善や見直しを考えるにあたって児童生徒の在学関係が議論されて

きたのである。

在学関係についての学説は、在学関係を特別権力関係としてとらえる特別権力関係論、在学関係を部分社会内の関係としてとらえる部分社会論、在学関係を特殊部分社会内での契約とする論、学校自治関係での契約とする論、の4つに分類することができる。はじめの特別権力関係論は、旧憲法下から存在し戦後も現行憲法に即した形に変化しながら広く用いられてきた在学関係論である。2番目の部分社会論は特別権力関係に代わり部分社会の特殊性を根拠に在学関係を論じるものであり、判例中に援用されることが多い説である。3番目は、特殊部分社会在学契約論であり、学校を一般市民法秩序とは異なった特殊部分社会と捉えることに特徴がある。4番目は学校には学校自治関係が存在し、在学関係を教育法上の契約関係と見なす学校自治関係在学契約論である。

本論文では、まず、特別権力関係論と部分社会論を概観し、それらへの批判点を整理する。この批判点は同時に特殊部分社会在学契約論と学校自治関係在学契約論の発生の契機となったものである。次に、在学関係を契約ととらえるいくつかの理論の根拠および内容を検討し、その意義と問題点を整理する。最後に、これらの問題点をふまえて在学契約論の理論的發展のための課題を提起する。なお、本稿では、学校自治関係在学契約論を論じるにあたり、そこで用いる学校自治とは各学校を単位とした教育自治もしくは教育自治関係を意味するものとする。

2. 在学契約論の構造

(1)特別権力関係論および部分社会論への批判

在学関係を特別権力関係とする説は、国公立学校の在学関係を公の营造物の利用関係として公法上の特別権力関係であると解釈するものである。特別権力関係下では、学校当局による強い公権力の行使がなされ、法律上の根拠なしに児童生徒への命令や権利の制限を行うことができ、教育上の措置や懲戒処分などは学校の権力行使とみなされ、著しく社会通念に反する場合

の他は訴訟が許されないというものであった⁽¹⁾。1960年代以降、特別権力関係への不要説も含め批判が高まり、国公立学校の在学関係についても行政法学説の反対が強くなった⁽²⁾。今日では、在学関係を特別権力関係として解釈する学説は支持されなくなっている。

特別権力関係論に代わる在学関係論として、裁判上で多用され始めたものが部分社会論である。在学関係を部分社会に特有の法律関係としてとらえる見解は、1977年の最高裁判決に端を発する⁽³⁾。部分社会論では、学校を一般市民社会とは異なった特殊な部分社会であるととらえ、教育という目的を達成するために必要な諸事項については、学校は法令に規定がない場合でも、学則等で規定し実施することができる自律的、包括的権能をもってしていると説明される。したがって、一般市民社会と直接関係をもたない内部的な問題は裁判所の司法審査の対象から除かれることが判例中では述べられている。

部分社会論に対し、兼子は「特別権力関係が唱えていた司法審査制限を部分社会の法的自律性によって新たに裏付けようとする」⁽⁴⁾のものであるとみなし、また、在学関係の非権力性についての確認が曖昧であることを指摘する。部分社会とその法的自律性の存在は否定することはできないとしながらも、部分社会内でのすべての問題が訴訟の対象外であると考えべきではないとしている⁽⁵⁾。部分社会論は、特別権力関係論の特徴であった学校内ではたらく強力な権力の存在を議論することなく、一般社会とは異なった社会での独特な規律権の有効性や包括的権能の妥当性を説明しうる理論であった。

これに対して、在学関係を特別権力関係としてとらえることを否定し、また部分社会論の批判点を乗り越える新たな在学関係論として1970年代の終わりから提唱され始めたのが、学校と児童生徒の関係を契約関係としてとらえるものであった。私立学校での在学関係を契約関係とする見方は判例上および学説上でも当時広く認められており、この理論を国公立学校の在学関係にまで援用する試みがここにおいて生じてきたのである。これらが、学校を特殊部分社会ととらえる特殊部分社会在学契約論と学校を学校自治体としてとらえる学校自治関係在学契約論である。

(2)特殊部分社会在学契約論の概要

伊藤は、学校事故に対する損害賠償請求裁判で問題となった在学関係について、1970年代終わり頃から契約理論を展開している。「教育関係における『国家の教

育権』を克服し、『教育の私事性』が主唱されるにつれ、契約関係説が最も正当な理論として必然的に位置づけられることとなる」⁽⁶⁾という認識がその出発点となっている。伊藤は、特別権力関係論について、学説の支持が得られなくなっている点、下級審にみられるような特別権力関係論を援用する判決が少数にとどまっていること、後述する兼子の指摘などを検討し、国公立学校の在学関係を特別権力関係として解釈するための決定的論拠が見あたらないことを指摘する。これに対し、在学契約論では、児童生徒と学校を対等な権利主体関係と位置づける点、さらに、自由な意思決定に基づき、学校の自治規範に拘束されながら教育に参加するという教育観に適合した法理として評価することができる点をあげ、「在学関係から権力作用を放逐して、学生・生徒と学校との自由意思にもとづく関係を形成づける法理論として契約理論によることが最も適切である」⁽⁷⁾と述べる。次に、伊藤は最高裁で示された部分社会論に対して、次のような疑問点を提示する。まず、特殊な部分社会における自律的、包括的な権限に基づく法規範のみを基礎とするだけでは学校と児童生徒の間の法的関係を処理することができないこと、次に児童生徒が自律的な法規範に一方的に拘束される法的論拠が示されていない点、である。これらの部分社会論への疑問点を提示した後、「『特殊な部分社会における法規範の適用関係』として第三の途を設定しようとして模索しているのではないかとも考えられないでもないが、その『特殊な部分社会における法規範の適用関係』を法的に根拠付けるにはやはり契約の理論を根底におかざるを得ない」⁽⁸⁾と指摘している。ここにおいて、学校を特殊部分社会ととらえた場合、児童生徒と学校との法的関係は自律的・包括的権能に基づく法規範だけをもとに処理することができないことから、それ以外の法規範として契約関係をもちいることを提案している。したがって、学校を「学則等を制定し、具体的指示命令を発し、学校慣習にもとづいて学生・生徒を規律できる一般社会とは異なった特殊部分社会」⁽⁹⁾と伊藤はとらえ、そのなかで契約関係がはたらくとするのである。すなわち、伊藤の提唱する在学契約論は、組織としての学校のとらえ方において部分社会論の系譜に属するということができ、特殊な部分社会の中での契約関係であり、特殊部分社会在学契約論ということができる。

契約の種類について、その法的性質から考え、伊藤は私法上の無名契約であると特定する。教育施設の利用関係としては賃借の要素が、教育実施役務提供や事

務処理からすると無形の仕事の請負の要素がみられ、「特殊部分社会的学校社会」への加入もしくは身分地位取得というこれまでの契約ではみることができない要素を包含しているため、既存の分類で説明することができないとしている。またその特徴としては、契約を基礎として学校自治規範によって規定されかつそれが契約の内容を形成するという側面をもった特殊な契約とも説明している⁽¹⁰⁾。

(3)学校自治関係在学契約論の概要

学校自治関係在学契約論は、国公立学校の在学関係を私立学校の在学関係と本質的に同様な「教育法上の在学契約関係」⁽¹¹⁾とするものである。これは、国公立学校の在学関係を公法上の特別権力関係であることを否定するだけでなく、一般行政法上の公法契約でも一般私法上の契約関係でもない、「主たる契約内容が特殊法たる現代公教育法の構成を採るところの、特殊契約関係たる教育法独特な契約関係」⁽¹²⁾と考えるものである⁽¹³⁾。

この説は、主に兼子によって提唱されはじめ、その根拠は次の通りとされる。第1に、学校制度を定めているのは教育基本法、学校教育法等であり、これらの法規が在学関係の基本をなし、国公立・私立の学校設置者の区別なく原則として等しく適用されていること⁽¹⁴⁾。第2に、学校設置者側に公教育遂行に関する義務性が強いことに加え、憲法原理上、子どもの人間的成長権としての学習権を保障すべきであるという立場から、児童・生徒およびその保護者は教育に関しての権利の主体性であり、児童・生徒と学校設置者との間には対等な権利義務関係が存在すべきであると考えられること。第3に、最高裁での学力テスト裁判判決などから、学校教育はもはや教育を施す側の支配的権能ではなく、その非権力性が認められ、在学関係は権力関係とすることができないと考えられていること。第4に、学校に認められる一定範囲における教育上の包括的決定的権能は、私立学校の在学契約関係と共通することから、児童・生徒側の基本的な合意に基づくもの（各学校の教育自治関係）であること、などである⁽¹⁵⁾。ここでいう教育自治とは学校自治の中心となるものであり、兼子の契約論では、学校に学校自治が存在することを理論的前提にしていることに特徴がある。この学校自治を前提とする点は、後に詳述する。

公立の義務教育学校における在学関係について、就学校の指定など私立学校への入学のように学校選択の自由が存在しないことから、私立学校の在学関係と同

様の契約関係と見なすことへの妥当性については、次のように説明される。学校への就学は、就学校指定や区域外就学承認など所管教育委員会による就学義務監督上の行政処分が前提であり、また義務就学違反には刑事罰則が付されていることから、公権力実体をもつ実体的行政処分ではあるが、在学契約の締結強制が行政処分の手続きによって担保とされているものと解釈すれば、在学関係全体が契約関係であることと矛盾しないという。現行制度の義務教育は、子どもの学習権を保障するために国の義務監督行政が機能しているものといえ、兼子によると、各学校の在学関係に変化をもたらすものではないという。

中野は、在学関係を契約関係としてとらえる根拠は兼子に依拠した上で、児童生徒の「個人の尊厳」を擁護する立場、すなわち、学校における学習権に含まれる権利と自由が制限される学校内での問題状況の克服を目指す立場から、私立、公立の別を問わず、ともに在学契約論をもちいる。兼子によって学校自治関係在学契約関係と捉える新しい在学関係論が提案されたとするならば、中野はその法的性質、契約の当事者、約款、契約の締結と債務、給付など各論について具体的に論じたものといえよう⁽¹⁶⁾。また、伊藤によって指摘された数点の今後の課題、すなわち、児童生徒と学校間における種々の関係が契約理論の中でどのように位置づけられるか⁽¹⁷⁾に対する一定の回答に相当する内容となっている点も注目すべきである。中野の学校自治関係在学契約論は、国公立学校での在学契約では教育条理が優先され、子どもの学習権を保障するために、契約法などの私法上の規定は教育条理に従い条理解釈されるとしている点、また、児童生徒が「学校共同体」の一員として、学校の「教育自治」に一定の参加権をもつとすることなど、兼子とほぼ同様の特徴があげられる。兼子が言及しなかった契約の種類について、中野は、民法上の典型契約のうち、在学契約が当てはまるのは委任ないし準委任に類似の非典型契約（無名契約）であるとし、「在学契約は、その学校の校長や教師たちに事実行為としての日常の教育給付を『準委任』し、単位取得・進級・卒業認定などの法律行為を『委任』する事を主たる内容とし、同時に学校自治共同体に参加する身分取得の内容を合わせもつ、期間を定めた継続的債権契約である」⁽¹⁸⁾と解釈している。

(4)特殊部分社会在学契約論および学校自治関係在学契約論の意義

特別権力関係論に対する批判点は、学校当局に強い

公権力の行使が認められ、それがゆえに法治主義や児童生徒との人権保障という拘束を免れて、法律の根拠なしに児童生徒に対して命令や権利制限が可能であり、そこには児童生徒側からの訴訟が許されず、司法審査が大幅に制限されるという点にあった。また、部分社会論においては、学校を一般社会とは異なる特殊な社会であるとし、その部分社会の規範を重んじるためにそこで生じる問題とその解決が司法審査の対象外となる結果を生じさせることであった。すなわち、部分社会論では法的根拠を明示せずに強制力のある命令などが可能である点とそれに対する司法審査の大幅な制限がなされていることから、特別権力関係論でいうところの司法審査制限を、特別権力ではなく部分社会内の自律性によって根拠づけようとするものであった。特殊部分社会在学契約論および学校自治関係在学契約論は、児童生徒と学校の関係の対等性を保障するという観点からこれらの説に対峙する理論を構築することによって、在学関係における特別権力関係論と部分社会論の欠点を乗り越えようとしたものであった。

学校自治関係在学契約論にたつ兼子は、「たしかに校内問題は学校教育自治の中で解決されていくのが良く、訴訟的解決は最終的手段と心得られるのがふさわしい」が、退学処分などの直接的な対外行為に限定せず、懲戒処分や進級の問題などの学校教育的措置においても、「学生生徒等の学習権その他の権利の一方的制限が有る以上は出訴の対象となりうる」⁽¹⁹⁾とし、司法審査が学校内に及ぶ可能性を指摘している。同様に特殊部分社会在学契約論を提唱する伊藤も、「在学関係の法理論上の構成のために私法上の契約理論が関わりを持っているのだとすると、教育関係における学生・生徒の権利の侵害や、教育権そのものに対する侵害のための救済法理として、私法の理論もおおいに関わりを持ち利用できる」⁽²⁰⁾として、学習権侵害に対する損害賠償請求の法的根拠として、在学契約論は大きく貢献するものであることを示している。つまり、学校での教育措置についても司法審査の対象となる点で、かつ救済法理として在学契約論は有効であるというのである。

中野は、学校の教務措置や懲戒処分などは、校長と教師集団の教育的裁量に任せられるとしながらも、処分の手続きや判断に過失があった場合、裁量権の逸脱があった場合には、生徒や保護者はその処分の是正の請求や損害賠償請求をすることができることを特に明言する。さらに裁量権の限界の逸脱については細かな考察がなされており、以下のようにその内容が想定されるとする。裁量権の範囲逸脱として、行政行為におけ

る裁量権の逸脱基準に準拠しながら、処分要件に関する事実誤認、処分効果における比例原則・平等原則の違反、裁量基準とその事実個性に応じた適用の違反、事案の特殊事情の収縮の無視、要考慮事項についての考慮不尽を列挙している。裁量権の濫用については、他事考慮、不法な動機に基づく裁量処分であることが相当するとしている⁽²¹⁾。このように、在学関係を特殊部分社会在学契約論でとらえても、学校自治関係在学契約論としてとらえた場合も、司法審査になじむことが主張されていることは共通に確認できるのである。

以上のような特殊部分社会在学契約論および学校自治関係在学契約論の立場は、学校から児童・生徒への一方的な包括的支配を認める特別権力関係論を否定することによって、児童・生徒が学校によってとられた処置に対して請求権の存在を確保し、両者の間をより対等な権利・義務関係としてとらえることを目的とし、それを契約関係として理論化したものであった。すなわち、学校と児童生徒の法的関係は権利義務関係として対等であり、学校内での権利侵害に対しては司法審査に服することへの可能性を大きく発展させた点において、特別権力関係論と部分社会論への批判点を一定程度克服したものと評価されるものであり、その点で意義とみなすことができる。

3. 在学契約論の問題点

(1) 包括的権能の存在

在学関係が議論されはじめた契機となったのは、特に国公立学校において、学校当局が児童生徒等の権利制限をなす絶対的な包括的権能をもつ根拠を問い直し、その限界を明らかにするという必要性があったからであった。これへの答えとして考案された在学契約論では、「現行教育法制下で在学関係を在学契約関係と捉える見地においては、学校と教育の包括的な規制権能について、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権利の保障範囲・制約が決められていくのが常態」⁽²²⁾であるとみなし、「十分な生徒等の自発性にもとづく教育指導に伴うものとして各学校の内部規範ができあがっている限り、生徒等の権利を一方的に制限するというような法的問題を生じないのが、在学契約関係の常態」⁽²³⁾であるものとされる。その中で児童生徒に対する権利制限について、「学校当局が懲戒処分その他の措置によって生徒等の権利保障範囲を拘束的に画さなければならないのは、他の生徒や教職員の権利との衝突を学校関係者の基本的な合意に根ざ

して具体的に調整していく必要があるから」⁽²⁴⁾であると説明している。ここでは、特別権力関係にみられたような学校当局の児童生徒に対しての絶対的な権力ではない、学校自治の中で合意された教師の包括的権能の存在へとその性質が変化している。それは、教育内容に関する以下の記述にもみられる。「教師の教育決定権と親・父母の教育要求権とは、論理的にも現実的にも決し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教育内容の請求権までを持つことは、教師の自主的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ような手続法的な「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」⁽²⁵⁾。この理由は、「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」⁽²⁶⁾ことが担保されるからである。ここでは、父母の教育内容に対する要望をだす権利を認め、その実現は教師の専門家としての決定をもってなされることによって保護者と教師の間に合意が成立することが明示されている。

伊藤は、包括的権能がみられる場合を学則などによる児童生徒の規制と学習指導上とに分けて記述している。「学校には、教育研究に関する特殊部分社会として、一般市民秩序に属さない学校自治規範学則や学校慣習法をも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」⁽²⁷⁾とするのが前者である。また後者の例としては、時間割とおりの授業の実施やクラス編成、授業担当教員の決定、個別教科と行事に関することなど、教育実施のための具体的な事項について、「個別具体的に教育をどのように実施していくかという決定および具体的遂行は、教育の特質である高度の専門性のために、またその専門的な判断にもとづく柔軟で適切な教育遂行のために、学校側に留保されるべき」⁽²⁸⁾と児童生徒への規律上・学習指導上の包括的権能を認めている。

学校自治関係在学契約論にたつ中野は、「包括的権能」という文言を用いない。授業の具体的内容や教授方法、すなわち教育の内的事項については、専門家である教師に委任した事項であるため、兼子がいう父母の要求権とそれへの教師の応答義務を引用しながら同様の見解を示している。親や子どもに専門的知識がないため内的事項に関する詳細な選択と判断ができないという

根拠から、医療分野でのインフォームドコンセントを例としながら、教育に関する情報提供の重要性を指摘し、教育情報の請求権の必要性を指摘している。教育の内的事項が子どもや親の要求と一致しない場合、子どもからの教育内容要求権により教育課程の編成などに関して父母や生徒の意見を聞き応答することが求められ、子どもの自由や人権を著しく侵害するような場合は、生徒と父母は異議申し立てを行うことができるとしている。

特殊部分社会在学契約論および学校自治関係在学契約論が提唱され始めた当時は、国家の教育権力から教師の教育権を守り、教師の教育権を通して子どもの学習権が守られるべきであるという教育権論が盛んであった時代背景があり、兼子、伊藤の契約論では教師の包括的権能をやや強調する内容となっているのではないかと考えられる。教師の包括的権能の強調は、そこで権能の範囲や存在の妥当性が明らかにされていない点から、提唱当時の課題として残された部分であると考えられる。

しかしながら、それから約20年後の中野の論考では、このことに変化がみられる。教師の教育権と児童生徒・父母の教育権の対立が生じることを前提に児童生徒の権利を擁護するスタンスがとられているため、教師がもつとされた包括的権能が全面的に展開されていない。教師の専門知識に基づいた専門性を根拠として、児童生徒への一定の権能について言及するにとどまり、包括的権能の範囲や限度の検討こそはないが、それに違法性がある場合や妥当性を欠く場合をたえず想定し、教師の包括的権能の肥大化による児童生徒の人権の制限を避けることを主眼において在学契約論を唱えている。中野の論考では、兼子、伊藤にみられるような教師の教育権の強調と学校・教師と児童生徒・父母の意思の合意について予定調和的關係はみられなくなっていることから、教師の包括的権能を絶対視しないという点で、学校自治関係在学契約論に学問的前進をもたらしたものであると考えられる。

(2)学校自治の存在

学校自治関係契約論を提唱する兼子、中野に共通してみられるのは、理論的前提として学校自治論が存在することである。兼子は在学契約関係における教師の包括的権能が教育自治関係の中で教師と父母との合意のもとでその範囲が決定されていくことを論じているのは、先に引用したとおりである⁽²⁹⁾。中野も、「在学契約論では、学校を教育的自治共同体と考え、その教育

自治関係において子ども・父母が権利主体であることを確認している」⁽³⁰⁾と述べていることから、兼子と同様、在学契約論では学校自治の存在を理論的前提としていることがうかがえる。

学校自治論は、1960年代から学校教育への国家統制や支配が進む中で、支配的な教育政策への対抗理論として生まれたものである。教師の教育権に基づく教師主体の学校教育自治を目指す理論から生徒や父母に対する教育責任の原理が組み込まれ、「学校の自治の制度的中心は、その『教育自治』であって、生徒等・父母に教育責任を果たしていく学校教師のその集団による教育権の自主的行使」であるとして理論的枠組みを構成していった。その後、学校自治の担い手を教師だけではなく子どもや父母、地域住民へ拡大することの必要性が指摘され始めるといった発展を遂げている。しかし、担い手の拡大が教師の専門・自主的な決定権に保障をもたらすのかどうか、学校自治の担い手間には予定調和よりも対立をはらんでいることなどが指摘されたが、これらの検討の必要性や方向性への明確な答えがなされないままに、實際上、学校自治論の発展は停滞していたとみることができるといえる⁽³¹⁾。

したがって、学校自治関係契約論が前提とした学校自治の存在は、1980年当時の教育行政の管理から教師の教育権と教育の自由を保障することが目的とされ、学校のあるべき姿を理念的、理想的に描いたものであり、その具体化、すなわち制度的実現を伴ったわけではない。また、子どもの学校における学習権や人権を保障することが指向されている今日まで、学校自治論の目指すところや内容が変化してきている⁽³²⁾一方、学校自治関係在学契約論における学校自治に関する言及に進展みられたわけではなかった。このため、学校自治そのものの内容についての記述が省略され、学校自治と契約関係の関係が明示されていないことから、学校自治関係契約論の存在意義や具体的内容が曖昧になってきていたと考えられる。

一方、特殊部分社会在学契約論にたつ伊藤は、児童生徒と学校との細部にわたる関係は、「契約の存在を基礎とはするものの、その関係は学校の自律的包括的権能によってまた学生・生徒や父母の参加によって形成されていく」⁽³³⁾のものであり、学校は「いわゆる学校自治規範に基づいて学生・生徒を規律できる一般市民社会とは異なった特殊部分社会」であると説明する。この点で、契約論では学校自治の存在を前提にしない論理構成の可能性を見て取ることができる。しかしながら、ここで注意しなければならないのは、「本来学校は、

学則等を制定し、具体的指示命令を発し、学校慣習法にもとづいて、いわゆる学校自治規範にもとづいて学生・生徒を規律できる一般社会とは異なった特殊部分社会であり、学生・生徒とはこの学校の在学契約にもとづいて、かかる社会の一員としての地位を取得することの結果としてその学校自治規範によって規律されるものである」と⁽³⁴⁾して、学校の包括的権能の存在と自治規範の拘束力の根拠を示していることである。特殊部分社会在学契約論は、部分社会論への主な批判点である部分社会が司法審査から除外されるとした点を克服しているにもかかわらず、また、学校を学校自治体ととらえないオリジナルな視点を備えているにもかかわらず、その後の在学契約論としての理論的発展がなされなかったことにより、包括的権能の範囲と自治規範の内実については不明瞭なままとなっている。

(3)学校における慣習法の存在

大野は法令の不備を前提として、慣習法として校則を論じることは何らかの包括的権能を学校に認める結果となることを指摘する⁽³⁵⁾。すなわち、兼子が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権利の補償範囲・制約が決められていく⁽³⁶⁾と説明する点について、「慣習法への期待とも称すべきものには根強いものがある」⁽³⁷⁾と評価する。人権を制約する方向で働く「負の方向での慣習法の援用」について、体罰の容認や著しく児童生徒の人権を制限する校則が教育的判断や学校への期待などから教師や保護者の規範意識として支えられる可能性を指摘する。つまり人権の制約を否定することが「人々の『法的確信』に支えられた『慣習法』によれば、場合によっては、『学校自治・地域自治的に]のりこえられてしまう危険性」⁽³⁸⁾を指摘し、人権の制約を「合意」と「慣習法」に委ねることの危うさを論じる。すなわち、慣習法の負の側面の検討なしに、慣習法を契約関係を支える重要な要素とすることへの警鐘である。

この指摘からみると、学校自治関係在学契約論にたつ兼子は、大野の批判を免れ得ない。また、中野については、「学校自治は各学校ごとの慣習法であるので、各学校の特色と歴史的事情によって差があることを認めなければならない」⁽³⁹⁾として、教育自治規範としての学校慣習法の存在を容認する姿勢をとっている。ただし、中野は、上記引用部分のみで慣習法について言及しているにすぎず、在学契約論を展開する際、慣習法の存在を前提とするものではない。しかし、学校自治関係在学契約論にたつ中野は学校自治の存在を認め

る立場にあることから、学校自治成立要素のひとつに学校慣習法の存在がある⁽⁴⁰⁾ため、「学校慣習法の負の方向での援用」の危険性という批判をうける可能性があることを指摘しておかなければならない。

特殊部分社会在学契約論にたつ伊藤は、特殊部分的社会としての学校では、学校慣習に基づいて児童生徒を規律することができるとしている⁽⁴¹⁾。伊藤は、学校慣習が児童生徒と学校生の対等性を失わせるような負の機能についての議論は行っていない。そのために、先に指摘したように教師の包括的権能を負の側面を考慮することなく一定限認め、その範囲や程度を限定的にとらえようとする試みはなされていない。

4. むすびにかえて

特殊部分社会在学契約論および学校自治関係在学契約論を詳細に検討してきたが、そこには、包括的権能の絶対視、学校自治の存在の前提、慣習法への論理依存などの問題点を見ることができるといえる。特殊部分社会在学契約論には包括的権能の絶対視と慣習法への論理依存がみられ、学校自治関係在学契約論では、3点すべての問題点が指摘された。ただし、学校自治関係在学契約論は、中野によって理論的發展がなされており、3点の問題点のうち、包括的権能の絶対視という問題は解決され、慣習法への論理依存の度合いはほとんど問題とならなくなってきた。しかしながら、上記のような問題点があるが故に、特殊部分社会在学契約論および学校自治関係在学契約論の存在意義や具体的内容は曖昧になり、さらに、そのことが契約が制度として実現する可能性やその仕組といったイメージを構成させにくいものとなっている。また、その現実性の乏しさが、在学契約論が目指した学校で生じている問題や課題の解決という貢献を阻むものとなってきた。

そこで、在学契約論の学問的成果をさらに発展させ、理論的に今日の問題状況の解決に寄与するために、次のような課題を指摘することができる。

第一に、教師の教育的裁量と在学契約における児童生徒の権利のバランスについての議論の必要性である。包括的権能や教師の専門的判断の範囲は、従来のように個々の判決によって個別に議論されるほかに、兼子がいうような教師と児童生徒・保護者の間に合意が現実的に形成可能か、また、その方法はどのようなものか、合意の形成に契約関係は具体的にどのように関わるのか、などがその内容としてあげられる。

第二に、学校の教育自治と在学契約関係論の関係性について、一方が他方の理論的根拠となる、もしくは構

成要素として不可欠であるのか、または、両者は完全に分離して検討可能であるかどうかなど両者の間の関係性を明らかにすること。この課題には、特殊部分社会在学契約論を進展させ、学校自治を前提としない在学契約説の構築可能性の有無という議論も含まれる。

第三に、学校における慣習法について、在学契約論の立場から、その内容を検討する必要がある。学校の慣習法の存在は広く認められているところではあるが、それにより、かえって児童生徒と学校の対等性が阻害されている可能性をふまえ、在学契約論の中での慣習法の位置づけを明確にしなければならない。

第四に、教育自治論の中で議論が保留されていた児童生徒と保護者の学校自治活動への参加について、より具体的な議論が必要であること。学校自治関係在学契約論ではもちろんのこと、特殊部分社会在学契約論でも児童生徒と学校とは対等関係として、児童生徒が教育に参加していくことが想定されていることから、学校自治関係在学契約論、特殊部分社会在学契約論それぞれのなかで、児童生徒の学校教育への参加について議論が必要である。児童生徒の学校参加は、これから制度的にその実現が図られつつあるものであり、在学関係を論じるにあたりその理論的前提となるものではないからである。在学契約論が規範論であるにしても、そこでもちいられる前提はより現実的な内容で構成することで、問題および課題解決の糸口になると考えられる。

第五に、学校自治関係在学契約論においては、従来から語られてきた教育自治と今日的な改革課題である校長を中心とした学校の自律性確立との関係を明らかにした上で、制度改革の中での学校自治関係在学契約論の妥当性と有効性を求めていかなければならない。本論文での主題が在学関係諸説の再検討であるため、学校の教育自治論の検討には立ち入ることは控え、以上のような課題を指摘するに留まるが、学校の自律性の確立が指向される教育改革のなかで従来からの学校教育自治論がどのように位置づけられるか、その中で在学関係はどのような理論的寄与が可能かなど、今後の研究の視点となっていくと考えられる。

註

(1) 兼子仁『教育法(新版)』有斐閣、1978年。結城忠「学校における生徒の法的地位—学校特別権力関係論と学校部分社会論」『教職研修4月号』教育開発研究所、1997年など。

(2) 室井力『特別権力関係論』勁草書房、1968年。原

- 龍之介『公物营造物論(新版)』有斐閣, 1974年など。
- (3) 最高裁昭和52年3月15日第三小法廷判決, 昭和46年(行ツ)第52号, 昭和46年(行ツ)第53号, 最高裁判所民事判例集31巻2号234頁, 280頁。
- (4) 兼子, 前掲書1978年, 401頁。
- (5) 結城, 前掲1977年も同趣旨。
- (6) 伊藤進「在学関係と契約理論(在学契約論1)」『季刊教育法30号』エィデル研究所, 1978年, 140頁。
- (7) 伊藤, 前掲1978年, 152頁。
- (8) 伊藤, 前掲1978年, 152頁。
- (9) 伊藤, 前掲1978年, 158頁。
- (10) 伊藤, 前掲1978年。
- (11) 兼子, 前掲書1978年, 406頁。
- (12) 兼子, 前掲書1978年。そのほか, 結城忠『学校教育における親の権利』海鳴社1994年など。
- (13) 契約が私法上のものか教育法上のものかという議論がみられるが, どちらととらえても, 契約内容そのものに変化はみられないと考えられるため, 本論文では, その区別をあえて行わないことにする。ちなみに, 伊藤は, 「むしろ, 契約の存在を基礎とはするものの, その関係は学校の自律的包括的権能によってまた学生・生徒や父母の参加によって形成されていくものであり, この部分においてこそ教育法や教育理念を強調していけばよく, 契約理論自体につき教育法特有の契約理論があるかのごとく解する必要がない」という理由から, 私法上の契約であることを説明する(伊藤前掲1978年)。しかしながら, 学校教育では特殊法としての教育法がはたらくため, ここでの契約は教育法独特のものであると兼子, 中野らは説明する(兼子前掲書1978年, 中野進「在学契約上の権利と義務 個人の尊厳を中心にすえて」三省堂1999年ほか)。
- (14) これを主な理由として同様の主張を行うものに, 伊藤, 前掲1978年がある。
- (15) 佐藤司「教育法と行政法」日本教育法学会編『講座教育法第1巻教育法学の課題と方法』総合労働研究所, 1980年, 156~191頁においても同趣旨。
- (16) 中野進「在学契約上の権利と義務 個人の尊厳を中心にすえて」三省堂, 1999年。
- (17) 伊藤, 前掲書1978年, 149頁。
- (18) 中野, 前掲書1999年, 96頁。
- (19) 兼子, 前掲書1978年, 402頁。
- (20) 伊藤進「教育法と私法—教育私法序説—」日本教育法学会編『講座教育法第1巻教育法学の課題と方法』総合労働研究所, 1980年所収, 229頁。
- (21) 中野, 前掲書1999年, 104頁。
- (22) 兼子, 前掲書1978年, 410頁。
- (23) 兼子, 前掲書1978年, 410頁。
- (24) 兼子, 前掲書1978年, 410頁。
- (25) 兼子, 前掲書1978年, 301頁。
- (26) 兼子, 前掲書1978年, 301頁。
- (27) 伊藤, 前掲1978年, 156頁。
- (28) 伊藤, 前掲1978年, 158頁。
- (29) 兼子, 前掲書1978年, 406頁。
- (30) 中野, 前掲書1999年, 124頁
- (31) 植田健男「学校自治の法的課題—学校づくりの法戦略—」日本教育法学会編『講座現代教育法3 自治・分権と教育法』三省堂, 2001年。
- (32) 小島弘道「学校における自治の理論的課題—学校自治の理論的課題を中心に—」日本教育法学会年報『教育立法と学校自治・参加』有斐閣, 2000年, 101頁~113頁。
- (33) 伊藤, 前掲1978年, 156頁
- (34) 伊藤, 前掲1978年, 157頁
- (35) 大野拓哉「『在学関係』の考察—特に, その法的根拠と『慣習的規律』論をめぐって—」『弘前学院大学・弘前学院短期大学紀要第25号』1989年所収。
- (36) 兼子, 前掲書1978年, 410頁。
- (37) 大野, 前掲1989年, 72頁。
- (38) 大野, 前掲1989年, 78頁。
- (39) 中野, 前掲書1999年, 95頁。
- (40) 兼子, 前掲書1978年, 37頁など。
- (41) 伊藤, 前掲1978年, 157頁。

Reconsideration on Theories about Legal Bases of Student-School: Their Significance and Problems

Atsuyoshi Hirata

This paper discusses the legal relation between students and public schools. Interpretation of the legal relation can be grouped into four theories. First is the theory that explains relation as special privilege in which schools have absolute power over students. Second is theory that interprets it as the peculiar relation in the school as a small society (bunshakai) that has autonomous norm. The other two are theories that regard it as contract relation. About the latter two theories, this paper tries to make clear significance and the problem to be studied.

One of the theories as contract is advocated by Susumu Itou. In his theory, the legal relation is regard as contract relation in the school as a small society. A school has autonomous norm, but in his theory the judicial intervention is accepted if some conflict arise in a school. The other was proposed by Masashi Kaneko and has been developed by Susumu Nakano.

The significance of both theories are that they denied the schools' absolute autonomy over student and approval judicial intervention in school conflicts. Therefore it was confirmed that students have equal legal status with the school.

On the other hand, the problems to be studied are as follows;

(1) The both theories allow the teachers' absolute power for students. But unlimited autonomy has risk of infringement on student's right. Studies on the limits and degree of teacher's autonomy are needed.

(2) About the assumption that schools are managed as self-governing bodies, we should reconsider of its appropriateness, because the school autonomy has not been legislated in Japan.

(3) The customary laws in school are regarded very important on both theories. The existence of the laws has been recognized well. They have two functions, expected and unexpected effects, but argument about the unexpected ones is not sufficient in these theories. So there is possibility that teachers' complete power may expand and it may reduce student's right.