

学校生活と子どもの人権

大 野 拓 哉

目 次

- 1 はじめに
- 2 在学契約関係と生徒の人権制約の根拠
 - (1) 「自治法規理論」
 - (2) 生徒の人権の慣習法的規律
 - (3) 慣習法的規律の現実的妥当性
- 3 「契約」としての在学契約と生徒の人権
 - (1) 在学契約の要素と当事者の権利義務関係
 - (2) 「特殊部分社会」と学校の包括的規律権能
- 4 おわりに

1. はじめに

本稿は、そもそも、いわゆる校則⁽¹⁾によって何故に生徒等の人権制約をなし得るのかという、それ自体、単純で素朴な疑問に発するものである。

学生・生徒等と学校設置者（国・地方公共団体あるいは学校法人）との関係、いわゆる在学関係の法的な捉え方としては、特に国公立学校の在学関係について、大別して、特別権力関係論⁽²⁾と契約関係論⁽³⁾とが存するところ、前者は、もはや通説ではないといわれる。そこで、本稿では、一応、後者に拠って校則の法的拘束力につき検討を加えてみようと思う。

それでは、契約関係論に拠れば、校則による人権制約についてはこれを全て説明し尽せるのであろうか。——基本的には、これを検討することが第一の課題であり、より具体的には、そこで重視される「合意」であるとか、「慣習法的規律」であるとかが人権制約の正当化事由として妥当なものかどうかを検討されるであろう。

第二の課題としては、第一の課題の検討によって、「合意」等が人権制約の正当化事由とされることへの一定の疑問を導き出したということを前提にして、在学関係が「契約」関係であるところより、「契約」の内容から人権制約を考察することである。これも、より具体的にいえば、「契約」の内容たる教育上の諸役務の提供も生徒等の学習権・市民的諸自由からの制約を受けるものであることを明らかにしようと試みられるであろう。

2. 在学契約関係と生徒の人権制約の根拠

(1) 「自治法規理論」

いわゆる校則の法的拘束力は何に基づくのかという問題について、従来、在学関係を在学契約関係とみる見解にあっては、究極的には当事者の意思に論拠が求められてきたといえる。

かかるところ、「当事者の承諾だけにそれ〔＝法的拘束力の根拠。補足——引用者〕を求めることは論拠として不十分」だとし、諸見解の論拠とする附合契約理論、わけでも契約説に拠ったのでは、まず、「学校によって提示された学校規範（学則等）を学生・生徒等が一括して、その一つ一つについてまで了知しないまま承認し、これに拘束されるということは、本来の意義の契約と実質において程遠いものとなる」ということ、さらには、「在学契約成立後の学校と学生・生徒との関係も、学生・生徒はこの学校規範（学則等）にもとづいて学校の排他的規律を受ける点で、そこに契約によるよりも法規的支配を認めることの方が実情に近いといえそうである」ことを以て、結論的には、「自治法規理論」に前述拘束力の根拠を求める見解⁽⁴⁾が存する。

この見解によれば、「学校規範（学則等）」は学校という「特殊部分社会」における自治法規なのであり、それは学校の専門的教育権能に基づいて制定されるが、さりとて、「制定権能が学校にあるとしても、その制定にあたって、学校が独占的排他的にそれを行なうということにはただちに繋がらず」、「特殊部分社会における自治法規である以上は、その特殊部分社会を構成する構成員、すなわち学校、学生・生徒、親その他の教育権者もこれに主体的に参画してはじめて、それがその特殊部分社会において規範性を有するものとなることは、国の法規と何ら異なるところはないのである」といわれる。

ただ、この見解にあって、かくの如き拘束の状態が「法規」と完全に同一視されないのは、「そのような法規的支配を受けるかどうかは学生・生徒の自由な意思にもとづく判断に委ねられている」からであり、「学生・

生徒がそれを望む場合にはじめて、拘束をうける」(傍点——引用者)ということに因る。すなわち、学生・生徒が自治法規たる「学校規範(学則等)」によって拘束されるのは、学校という「特殊部分社会に自発的にその意思にもとづいて加入すること、すなわち在学契約によるためである」(傍点——引用者)、「一旦、加入した後は、その自治規範の具体的規律内容の細目の了解理解とは無関係に拘束さ」れ、また、「加入後それに拘束され服従することを欲しないときは、この特殊部分社会より脱退するほかない」(傍点——引用者)ののであるとして。——この見解も、それ自体が一定の批判を加えたはずの在学契約説の諸見解に、ここで帰一してしまう。つまり、この見解は、当事者の承諾だけに「学校規範」の拘束力の根拠を求めるのでは不十分である(いわく、「契約によるよりも法規的支配を認めることの方が実情に近い。»)として、「学校規範」の拘束力のもち方に着目し、その説明のための概念として「自治法規理論」を援用したのだが、学生・生徒等当事者がかかる「法規的支配」の下に入るについて、それらの者の意思にのみ法的拘束力の拠る所を求めるに変わりはなく、また、前述「理論」に拠っても、「学校という特殊部分社会の構成員たる学校、学生・生徒、親その他の教育権者の主体的な参画」を論証し得るわけではないのである。

(2) 生徒の人権の慣習法的規律

また、学校生活における生徒等の権利制限に関しては、次の様な見解も存する。すなわち、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なうよりも、「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。」「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拠して具体的に調整していく必要からであると解される」という見解⁹⁾である。

要するに、この見解によれば、生徒等の権利保障範囲が拘束的に画されるについては、「他の生徒や教職員の権利との衝突を(……)具体的に調整していく」ことが目的であり、「父母や生徒等の基本的な合意の下で慣習法的に(……)決められていくこと」が、かかる目的達成のための手段であると明らかにされる。

その場合、一方で、上でいわれる「権利衝突の調整」そのものは、そこでの「権利」を憲法上保障される人権をも含むものと解すれば、「憲法の保障する自由・権利

はすべての国民が等しく享受すべきものであるから、自己の自由・権利の濫用によって他者の自由・権利を不当に害してはならないことは当然の帰結である¹⁰⁾」といわれるところにも照らし、当然、何らかの手立ての必要性が感じられないでもない。

しかし、他方、生徒等の権利についての、「父母・生徒等の基本的合意」の下での「慣習法的な」制約というあり方については、そこでいわれるところを学校慣習法としての校則と捉えたとして、若干の疑問を感じないわけにはゆかない。——すなわち、そこにいわゆる「合意」は、果たして、人権の制約を正当化し得るのか否か、という疑問であり、さらに付随的には、かかる見解に基づく慣習法的規律は現実的な妥当性を有するのか否か、すなわち、それは信頼するに足るのか否か、という疑問である。

まず、第一の疑問に関わっては、先の見解によれば、例えば、「髪型は、人身の自由にも連なる私生活の自由に属する事柄なので、校則(生徒心得など)によるその規律は、まさに生徒や父母の基本的な合意に根拠して慣習法的になされているのでなければなら」ず¹¹⁾、校則にもとづく長髪規制を、「児童生徒の学校生活をめぐる人間的成長発達の指導助言活動¹²⁾」たるべき「生活指導の域をこえて懲戒その他の学校教育措置によって生徒に強制¹³⁾」したり、一家庭でも髪型規制に反対しつづける場合に「その家庭の子に一定の髪型を学校が強いる」ならば、挙げて、「私生活の自由という人権問題を生ずるものと考えられる¹⁴⁾」と、また、「生徒心得による髪型規制なども、学習権保障からの必要をこえて人身の自由や私生活の自由の侵害にわたるようであると、拒否権をよびおこすこととなろう¹⁵⁾」と説かれる。要は、「生活指導の域」をこえず、従って「強制」の契機を欠く規律である限り、それは「人身の自由や私生活の自由の侵害」にはならず(なり得ず)、しかし、ひとたびその域をこえ、従って「強制」の性格を帯びるやいなや人権侵害になるという論理である。

しかしながら、問題は、ここでの「合意」の位置づけに関わるはずである。つまり、「生活指導の域」をこえない限りでの髪型についての指導は強制力を有さないが故に「合意」の有無とは無関係でもあり得るのに対して、「生活指導の域」をこえ、強制力を有する髪型規制については、仮にここに「合意」が介在するなら、学校の側からの一方的な規制であったなら、それが人権侵害になるということで本来的には為し得ないであろう程度の人権制約まで可能にするはずであるから。「合意」が形成されているのだから、そしてそれ故、「強制」ではないのだからということを理由として。

在学関係を在学「契約」関係とみるなら、あるいは、こうしたこと自体、私的自治の原則に照らして、特に問題があるとはされないのかもしれないし、むしろ、その辺りを理論化すべく、論者によっては、かかる人権制約の根拠を、いわゆる「自治法規理論」に求めもするであろう。（既にみたところではあるが）およそ約款は、ある特殊部分社会が自主的に制定した法規であるところ、在学契約において約款にあたるところの「学校規範（学則等）」こそ、「学校という特殊部分社会において自主的に制定された自治法規である¹⁰¹」として。

この見解に拠ったとしても、やはり、「学校規範（学則等）」の制定主体が学校であるということを否定し得ず、また、制定過程へのその他の構成員の主体的参画のメカニズムを明らかにし得ないことは既にみた。そして、右見解は、せいぜい、「学校規範（学則等）」の解釈・適用の場面での若干の指針（＝客観的統一的解釈の必要、目的論的解釈の必要、及び、制限的解釈の必要）を挙げるにとどまる¹⁰²のではある。しかし、そのことは措いたとして、ここで、決して忘れられてならないのは、一般に、約款は「国家の制定した強行法規に反することができ」ず、そのことは、「法の種類によって効力に段階がある以上、当然の結果である¹⁰³」ということである。本稿に即していえば、かかる約款こそ「学校規範（学則等）」であり、「強行法規」こそ各生徒に保障されるべき人権諸条項ということにならざるを得まい。（「自治法規理論」に依拠する先の見解も、十分、この点は意識しているであろう。いわく、「学校規範（学則等）」は特殊部分社会の自治規範であるとはいえば、それは教育基本法、学校教育法等教育法令、教育目的にそつ慣習や条理、さらには一般市民法秩序を前提として存在」し、これらに抵触することになるような学校規範（学則等）自体及び解釈適用も当然司法審査の対象となるものと解すべきであろうし、このため、「とくに学生・生徒等の学習権その他の権利を一方的に制限するような場合には、司法審査の対象となりうるものと解してよいであろう¹⁰⁴」（傍点——引用者）と。しかし、特に、傍点を付した、「一方的に」なる理解には疑問なしとはし得ない。たとえば、そのような可能性という意味合いだけであるにしろ、「一方的」ならざる場合、言いかえれば、「合意」に基づく「制限」に考えを及ぼしたなら。）

なるほど、確かに、私立大学学生の政治活動の制限に関する「昭和女子大事件」上告審判決において、「いわゆる自由権的基本権の保障規定は、（……）専ら国又は公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互間の関係について当然に適用ないし類推適用されるものでな」く、（私立）「大学の学則の細則としての性質を

もつ（……）生活要録の規定について直接憲法の右基本権保障規定に違反するかどうかを論ずる余地はない¹⁰⁵」として、憲法の人権規定の私人間への直接適用を、最高裁は否定した。

しかし、本判決については、人権規定の私人間効力との関わりで、「判決の全体の論旨と結論は、学校が国から補助をうけ、公の性質をもつ存在であること（私立学校法1条、教育基本法6条参照）への配慮を欠いていないか¹⁰⁶」という疑問が呈されるところではあるし、また、私立大学は、「国公立大学とともに、教育基本法以下の現行教育法制の適用を受けるのであり、学生を思想・信条などによって『教育上差別してはならない』（教基法3条）し、また『公民たるに必要な政治的教養は、教育上これを尊重しなければならない』（同8条）という法的義務を負った公的教育機関である¹⁰⁷」という指摘もなされる。

私的自治が原則的に尊重されるべきはずの私人相互の間の関係についてすら、それを単なる私人同士とはみず、かくの如く学説上説かれ、さらに、在学関係を在学契約関係として捉える立場に立ち、「現行の国公立学校在学関係は、公教育機関たる私学のそれと本質を同じくする¹⁰⁸」といわれるところを踏まえると、結局、生徒等と学校との間の在学関係には、それが国公立立いずれの学校であれ、何らの別なく、憲法上の人権条項が適用されるべきものと解さざるを得ない。また、そのことは、同時に、在学関係そのものが在学契約関係と捉えられ、自治法規たる学校規範（学則等）の拘束力の根拠が「自治法規理論」に求められるとしても、人権条項こそが自治法規＝学校規範（学則等）の効力限界たる「強行法規」だと解することを何ら妨げるものでないことを、否むしろ、そう解すべきことを意味するであろう。——このように、「合意」は、生徒等の人権制約の根拠にはなり得ないと考えられるのである。

（3）慣習法的規律の現実的妥当性

さて、次には、先に示した第二の疑問、すなわち、「合意」に拠る生徒等の人権制約あるいはその「慣習法的」あり方の現実的な妥当性、信頼性如何に触れておきたい。

具体的には、既述の、「各学校ごとの教育自治として、父母や生徒等の基本的な合意の下で慣習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」が在学契約関係の「常態」だとする見解の有効性を、いわゆる「男子中学生丸刈り校則事件」判決¹⁰⁹に照して検討したい。その際、本稿での基本的な関心事となるのは、先の見解の如き立場に立つてもなお、本件にあって、本件中

学校則の違憲(違法)性を主張し得るものなのか否かということである。——以下、若干の論点を挙げてみると、1°「校区制」の下、丸刈りを強制する本件中学に通学せざるを得ない限りで、本件校則は居住地による差別をなし、憲法14条に違反するという主旨の原告主張に対し、校則は学校毎に独自に定められるべきものであり、それによる差別的取扱いは合理的な差別であると判示するのが本件判決であるが、このことは、前述見解にいわゆる「各学校ごとの教育自治関係」と同旨であると解することすらできるのではないだろうか。2° 本件校則が、男子児童生徒の髪型は丸刈りなる旨の社会的承認を背景にもち、かつ、本件中学創立以来の慣行の明文化にすぎないと判旨はいうのだが、その限りで、むしろ、先の論者が「教育慣習法」なるものの要件として挙げる、「学校や地域などの教育社会において、教育にかかわる人々の、“自分たちにとっての法的しくみはこうでなければならない”という規範意識が実在している必要⁴⁴」を十分に(ノ)満たしているときといえるのではないだろうか。3° 男子丸刈りの維持が本件中学の教職員会議で確認されもしたということは、4° 本件判決が認定する如く、本件校則が規定の文言上も運用面でも「強制」の契機を欠いていることは、併せて、本件校則の制定・運用の“民主性”の証左ではないだろうか。——

1° 判決が校則を各学校のいわば“独自性”にかからしめる点については、「地域ごとに法の制定権がある場合には、法の内容に地域差が生ずるのは当然で、それはただちには平等原則違反にはなら」ず、「校則も各学校ごとにその特殊性に応じて異なる内容を持つことは認められる⁴⁵」と一応は解し得よう。しかしながら、そのようにいい得るためには(あるいは、抽象的にいって、真に「各学校ごとの教育自治関係」であり得るためには)、本件に例を採れば、男子生徒の丸刈りについて、まさに、学校ごとの、すなわち、本件中学の“特殊性”が見出されねばならないはずなのであり、そうでなければ、「他の多くの学校ではしていない規制をするについてはとくに慎重であるべきであろう⁴⁶」ということになる。しかるに、本件でかかる要素に該当するといえ得るやもしれないのは、判決の認定するところ、せいぜい、男子丸刈りが本件中学創立以来の慣行であること、あるいは、丸刈り支持の社会的意識が本件中学の地域にはあるとみられ、教職員会議でもそれが共有されているのではないかということぐらいであろう。こうした理由にしたところで、安易に「慣行」を引き合いに出せば済むというのではなく、なぜ丸刈りが慣行とはなり、また、依然としてそうあり続けねばならないのかを、敢えて本件中学の“特殊性”という脈絡で説得的に示すものでなければなら

ないはずなのである。けれど、髪型を選択する自由そのものは、諸論者によれば、憲法13条にいう「幸福追求権」の一構成要素とは見されるべき「人格的自己決定の自由⁴⁷」、「人格的自律権(自己決定権)⁴⁸」あるいは「憲法的自由⁴⁹」など、いずれにせよ、「人権」であると解されているのであり、かかる人権を制約する慣行が慣行として成り立ち、そのことにいささかなりとも疑いをもたれてこなかったこと自体が、憲法に照して評価されねばならないはずだからである。——こう考えると、各学校の独自性・特殊性を見出すにあたっては、特に人権の制約にそれが関わる場合には、かなり厳しい吟味を経なければならないようにみえる。わけても、当該学校内外の社会的意識を援用するについては、その実在を説くだけでは足りないであろう。詳しくは以下で述べる。

2° 本件判決では、校則の背後に存するものとしての社会的意識の存在が、校則による人権制約の正当化のために援用される(といっても、判旨では、原告主張の憲法上の諸論点〔14条, 21条, 31条違反〕は簡単に斥けられるので、結局、本件中学校長の校則制定に関わる裁量権の逸脱如何に問題は矮小化されるが)。しかし、本件事案は、そもそも、本件中学の地域で社会的承認を受けている髪型の禁止に関わるものなのではないことを忘れてはならない。そうではなく、むしろ、「幸福追求権」、「人格的自己決定の自由」あるいは「髪型の自由」などいずれと捉えようと、日本国憲法で保障されている「人権」は、およそ「日本国憲法の妥当するすべての地方で保障されると解すべき」であるということが重要なのであり、とりわけ、本件での「問題の中心が個人の自由な自己決定にある以上、たとえ一人の個人であっても保護されなければならない⁵⁰」のである。つまり、ただの「一人の個人」の前記権利・自由であっても、それが保護されるということは、とりもなおさず、その地方での社会的意識を共有している他の多数の諸個人の「前記権利・自由も保護されるということ」を当然に意味する。逆にいえば、ただの「一人の個人」の人権であるからといって、当該地方の社会的意識を理由に制限してしまえば、そのことは、抽象的にいえば、一見、その個人を除く他の諸個人の人権保障を貫徹させたかの如く思われようが、決してそうなのではなく、むしろ、それら多数者の人権保障の基礎を危くさせたにすぎないともいえるのである。

おそらく、生徒等の学校生活に関する法律以下の実定法規範の欠缺を理由にしてであろうか、いとも簡単に慣習法を想定してしまう傾きが先の如き見解には含まれているように思われるが、仮に実定法の欠缺があるにせよ、少なくとも特別権力関係説の立場に拠らないなら、あくまでも、憲法の諸条項(特に人権規定)の解釈を旨

とするという視点がもたれるべきであると考えられるし、社会的承認や社会的意識は、少なくとも、少数者の人権の制約が懸念される方向では援用されるべきではないと解されるのである。

3°「一般論としては、校則が民主的に制定されることは、校則の内容の妥当性を確保し、生徒の遵守を期待するためにきわめて重要である⁸⁸」(傍点——引用者)と考え得るし、校則制定を校長単独に委ねるのではなく、かかる過程に生徒・父母・教師(集団)等も参画し得るものと構想されるならば、「民主性」の担保がより充実したものとなろうことは容易に想像がつく。しかるに、「民主的に形成された校則の内容がすべて妥当なものとは限らないことを看過してはならない⁸⁹」のである。このことは、在学契約説にあって重視される「合意」についても同様に解されよう。つまり、生徒・父母等のみならず、本件の如く、教職員が参画する場合も含めて、およそ教育過程関係者総体の意思を民主的に校則の制定・運用に反映させること自体は重要であるが、かといって、そのこと自体は、特に生徒等の人権の制約を問題にする場合には、必要条件ではあり得ても、十分条件ではあり得ない(無いよりは有った方がよいという程度には必要とされようが、さりとて、その存在を以て、校則による生徒等の基本的人権の制約につき、当然の正当化事由とはされ得ない)といわねばならないのである。

4° 本件において「強制」の契機が欠けていたのは、専ら偶然の所産であるともいえる点を見落してはならない。すなわち、判決自体が認定する如く、懲戒処分として訓告の措置をとることも予定されていたわけであるし、実力による頭髪切除等が行われなかったのは、「原告が争って、(……)『一種の執行停止の状態』になったため⁹⁰」であるにすぎないとも推測されるからである。およそ「強制」について考える場合には、法の世界に属するそののみならず、さらに、事実の世界に属するそれをも考える必要があるだろう。その場合、重要なのは、「合意」が一旦形成された(とみなされる)なら、「合意」が、その形成を自己目的として独り歩きを始め、本来的には(=「合意」とは、各自の自由な意思の合致であると捉えるなら)自由であるべき各自の意思を無視して、「合意」の形成あるいは大勢への順応を各自に迫るという事態もあり得ると考えることである。かかる事態そのものは、法の平面に乗りにくいけれども、社会的意識等を背景として個人と対峙する場面を想像すれば、それが人権保障にとって少なからず重大な脅威となろうことは十分に意識されていなければならないであろう。⁹¹

以上からは、生徒の人権制約のためには、「合意」、ま

たは、「慣習法的」規律は正当化事由としてはかなり疑わしい、あるいは援用されるべきでないのではないかという結論が導き出され得るであろう。

しからば、校則による学生・生徒等の規律を、いかなる根拠に基づいて構想したらよいかという課題が次に問題となる。それについて、筆者は、在学関係を在学契約関係と捉えるなら、(たとえ、「在学契約概念は、学校と学生・生徒との関係を対等な立場での合意という観点から捉えるための道具概念にすぎ」ない⁹²としても)それが「契約」関係である以上、基本的には、「契約」(とされるもの)の内容自体に即して捉え直せばよいと考えるのである。

3. 「契約」としての在学契約と生徒の人権

(1) 在学契約の要素と当事者の権利義務関係

それでは、在学「契約」関係として当事者が負担すべき債務とはいかなるものであると理論構成されているのだろうか。

在学「契約」の要素の複雑さと一元的把握の困難さが指摘されはするけれど、概ね、以下の諸要素として捉えられるもののようである。すなわち、第一には、「教育研究に必要な物的施設の利用関係としての要素」が、第二には、「教育実施役務提供としての要素」が、第三には、「学校という特殊部分社会(団体)加入とそれによる身分地位取得という要素」が、さらに第四には、(在学契約の本質ではないが、公立義務教育学校以外の学校における在学契約には一般にみられるものなる)「有償性」という要素が挙げられる⁹³であろう。また、これらに加えるならば、学校事故等からの生徒等の生命・身体を安全を配慮する、いわゆる「安全配慮義務⁹⁴」が一要素ともなろう。

これら諸要素について、「学校設置者がどのような内容の教育実施役務を提供するかは、学校教育契約にとって最も重要な点のひとつであろう⁹⁵」といわれるところに、あるいは、より端的に、「教育役務のうちで最も重要なのは、いうまでもなく、学校、実際には教師の被教育者に対する教授の役務である⁹⁶」といわれるところに注目しておきたい。けだし、学校とは、そもそも、「人類が積み重ねてきた文化遺産を成長中の世代に伝え、またそれらの人格を陶冶するために、生活のための労働の場から離れて特別に組織された教育施設⁹⁷」であるとも定義され得るし、あるいは、物的施設としての学校の利用は、あくまでも「教育実施の手段にとどまる⁹⁸」と解されてもいるから。ともかく、ここでは、教育実施役務の提供を「学校教育契約の基本要素⁹⁹」とし、その他を

付随的な要素⁴⁰と解し、論を進めることとする。

かかるところ、在学契約上の学校／学生・生徒等の間の権利・義務関係として措定されるところをみると、一方において、学校は、「学則等の自治規範に従って所定の教育実施役務を提供する義務ないし教育施設を利用させる義務また、教育上の安全配慮義務を負い、自治規範に従って学生・生徒を規律できる包括的権能と有償の際は学費請求権を持つ」ものと考えられている。他方において、学生・生徒等は、「教育の実施に伴う学校の包括的規律権能に従う義務あるいは学費等納入義務を負い、教育施設利用や教育役務の請求などを包含した教育実施請求権を持つ」ものとされる。⁴¹これに徴すれば、学校／学生・生徒等の関係は、例えば、「教育の実施に伴う学校の包括的規律権能に従う」とされるところに明らかな様に、教育実施役務の提供をenjeu（賭け金）として、自治規範を媒介に規律／服従の関係に立つものとみえる。

(2) 「特殊部分社会」と学校の包括的規律権能

それでは、包括的規律関係とはいかなるものなのか。——それは、次の様なかたちで説かれる。すなわち、「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⁴²」、と。

ところで、この見解は、「大学は、(……) 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⁴³」という最高裁判決の論理と通底するものを有すると思われる。すなわち、いずれの場合においても、ア・プリオリに、学校は「特殊部分社会」であると捉えられ、かつまた、そうであることを前提にするかの如く、学生・生徒等を規律する包括的権能が学校に認められるのである。

このような「部分社会」論に対しては、「地方議会、国公立大学、私立大学、宗教団体、工場自治会、弁護士会、政党等々無限定の『社会』を、すべて概括的に『部分社会』として包摂し、そこに実定法上意味のある共通の法理を引き出すことのできるような性質のものなのかどうか⁴⁴」という疑問が呈されるところではあるし、およそ「部分社会」論一般との絡みで、それは「国家に対する自立的な諸集団を力づける自由主義的外観をもつと同時に、国家法によるコントロールから解放された社会

的権力を強大なものにする傾向がある、ということに、充分の注意が必要であろう⁴⁵」との指摘もなされるところではある。

他面、教育という部面に限定するならば、なるほど、学校を以て「特殊部分社会」とみること、いわゆる「学校の教育自治」という要請によって根拠づけることができないわけでもなからう。まさに、上の指摘でいわれる「国家に対する自立的な諸集団を力づける自由主義的」な意味合いでなら。また、「学校の教育的活動のなかには、教育課程編成・教育校務分掌・学校行事・校則制定・児童生徒身分取扱い（進級卒業判定・生徒処分）など、教師集団でのみ決定しようとするとともに共同で教育責任を果さなければならないものが少なくない」うえに、これら活動は「個別教師の教育権行使と有機的にむすびつき、その必須の教育制度的前提をなしている⁴⁶」と解されるが故であるなら。

このように、学校を「特殊部分社会」とみる余地がないわけではないと解したとして、そのことは、「特殊部分社会」と目されるもの一般と等し並にして、学校＝「特殊部分社会」と規定し、その視角から学校あるいは在学関係を論じ、また、学校も包括的規律権能を有すると解すべきことを意味しない。もとより、他との比較という視点そのものは重要であるが、既にみた様に、維多な社会団体を「部分社会」として概括することの有用性への疑問が、かつまた、包括的な「部分社会」論が「国家法によるコントロールから解放された社会的権力を強大なものにする傾向」を有することに対する「危惧」もあり、結局、具体的事例ごとに「団体の自律性と個人の自由・権利との調整をはかる必要がある⁴⁷」ことが指摘されるに至っている。そこで、本稿では、具体的な事例としての「学校という社会」へと視点の限局を行なうのだが、その場合の基本的な考え方としては、およそ、「学校という社会」については、あるいは「教育研究に関する⁴⁸」、あるいは「学生の教育と学術の研究とを目的とする⁴⁹」という性格づけに着目することこそが、むしろ重要であるということである。そこで、本稿としては、在学関係を在学「契約」関係と捉えようとするならば、それが「契約」である以上、先にみた如き「契約」としての諸要素、わけでも「教育実施役務提供としての要素」を考慮に入れようとするのである。

そこで、教育実施役務として提供されるべきところを考えてみると、それは、「基本的には学則その他学校の定めたもので定められる⁵⁰」ことにはなるが、より具体的には、「教師の被教育者に対する教授の役務」、これに基づいて学習する被教育者の「到達度を審査判定する」役務、「いわゆる課外授業ないし課外活動に対する役

務」,「これらの役務提供を可能ならしめるために,被教育者の施設利用を認め,これらを維持管理する」役務,さらには,「これらを運営していくための事務処理の役務⁵⁰」といったものとして想定されることになる。そして,これらのうち,特に教科の教授,成績評価については,いわゆる「教師の教育権」の中心には,「授業内容・教育方法・教材の選定,成績評価,全校的教育課程編成などの『教育専門的事項』についての決定権が据えられる⁵¹」と解されるところから,また,こうした部面では,役務の提供それ自体が,教師,すなわち,「科学的真実と芸術価値にもとづく教育内容の研究者」であり,「子どもの知性や感性の発達の順次性に即して」「適当な教材を準備することのできる専門家⁵²」であるべき教師によってなされるところから,「教育課程をどのようなやり方で消化し,その到達度を判定するかは,ある程度まで教師の裁量に委せられると解すべき⁵³」(傍点——引用者)であるかもしれない。

しかし,だからといって,「被教育者は,学校の教授その他の役務提供に対応し,これを学習し,教師の指導監督に服する義務を負う⁵⁴」(傍点——引用者)とか,学生・生徒等は「教育の実施に伴う学校の包括的規律権能に従う義務」を負う⁵⁵というだけならば,少しく不正確の感が否めない。というのは,教育実施役務も,「その給付内容が適切なものが問題となる⁵⁶」ことが十分に考え得るからである。それは,すなわち,教育を受ける学生・生徒等の側の学習権保障の要請からする教育を施す側の教育目的達成のための広範な裁量権に対する制約⁵⁷であり得る。このことは,いわゆる「教師の教育権」概念に既に内在しているところでもある。すなわち,学校教師(個人及び集団としての)の「専門的教育の自由は,子どもの教育を受ける権利の保障(憲法26条)の一環を成すという意味で現代的な教育人権性を有して」いるのであり,さらに,教師(集団)の自治的権限としての「教育権限」の範囲内での教育権それ自体は,教師の人権ではないが,「子どもの教育をうける権利保障の一環をなすという」制度⁵⁸である,として。また,他面,教育実施役務の給付内容に対する制約は,学生・生徒等の親が有する,いわゆる「教育の自由」(教育権)の問題としても現出し得ると考えられる。すなわち,学校の側が,例えば,政教分離,表現の自由,平等原則等の憲法条項に違反した教育活動をなす場合に,「親は,自分の子供に対する違憲的教育活動を受忍する義務はないばかりでなく,これを受忍することは,自分や自分の分身である子供の市民的自由を侵害するのを受忍するのと同然であるから,憲法上の権利として,かかる教育活動の差止・撤回・修正をもとめたり,子供を教育の場から引

き離すことができるのでなければならない」という論理⁵⁹である。

また,「他の生徒や教職員の権利との衝突」の調整の必要は「教科教育よりも生活指導の領域に多」いといわれる⁶⁰が,なにも,そのことは,教科教育の部面で権利衝突があり得ないことを意味しないだろう。生活指導の領域よりも,権利衝突が相対的に少ないが故に,あるいは,そこでの役務の内容が教師の教育専門性に負っており,教師に広範な裁量権が認められているが故に,とりわけ教科教育の領域においては,あたかも,学校側に包括的規律権能が付与されているかの如く映ずる可能性はあろう。しかしながら,前述の如く,この領域においても,教育実施役務の給付内容をめぐって,「教師の教育権(限)」と生徒等の学習権,市民的諸自由との衝突は考えられるわけであり,やはり,両者の間での調整の必要は存するのである。そして,それが調整であるとしても,場合によっては,教師の裁量権の逸脱として違法性を帯びることはあり得る。すなわち,「生徒等は,学則および具体的指示命令が適法,かつ,社会的妥当性を有するときはそれに従わなければならない⁶¹」,「学生・生徒の人権を無視するような規範や,教育の理念,国の教育法規に反するような規範については,その有効性が問題になるわけであるから,その点では司法的にも争いうる⁶²」と,依然として解されるのである。

4. おわりに

最後に,ここでは,若干のまとめを行なっておきたい。

既にみたように,「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」という見解⁶³がある。

これを素材に,以下いくつか述べれば――

- 1° 学校＝「特殊部分社会」と捉えることについては,「学校教育自治」という要請によって上記定式化を肯定する余地がないではないが,雑多な社会団体を「部分社会」として一括することの有用性には疑問があるし,「部分社会」論が「国家法によるコントロールから解放された社会的権力を強大なものにする傾向」を有することへの懸念は消失しない。仮に,「学校教育自治」という脈絡で,学校＝「特殊部分社会」と捉えるなら,あくまでも,それは,「教育研究に関する」「特殊部分社会」なのだとはい

う性格付けこそが重要なのであり、さらに、在学関係¹を在学契約関係と捉えるなら、「契約」を「契約」たらしめる諸要素によって在学関係は分析されねばならないであろう。

2° かかる視角から考えると、「契約」の要素たる「教育実施役務」は、多くを教師の教育専門性に負うものであり、その意味で、教師には広範な裁量権が認められると一応解されるが、かかる裁量権自体は、被教育者の側の学習権、市民的諸自由からの制約を当然に受けるものであり、決して学校に包括的規律権能が付与されているわけではないのである。

3° 学校自治規範や学校慣習法、あるいは、「合意」に基づく「慣習法的規律」がいとも簡単に説かれてしまうけれど、在学契約論は「合意」を擬制するが、教育関係者たる親、生徒等の参画を理論化していないし、また、生徒等の人権制約にあたって、「合意」や慣習法の背景たる「社会的意識」を援用することは、人権保障の程度を低い方へと平準化する危険性を有しているとは危惧されるのである²。

これらをも踏まえて、現在、筆者なりに構想しているところを記すと、それは、学校にア・プリオリに包括的規律権能を認めてしまうのではなく、生徒等有する人権・権利は、これを「学校」という「社会」の外でと同様に享有することを得せしめ、他方、学校には、生徒等の人権・権利が「他の生徒や教職員の権利との衝突」を生じさせた場合の調整をなし得る権能を認め、その限りでは、生徒等もかかる権能には服する義務を負わせる、というものである。そこで、これを在学契約の一構成要素として構想するならば、生徒等の人権・権利を保障する役務とはなし得るであろうし、より具体的には、かかる観点から各生徒等の人権・権利相互の調整をはかる役務とはなし得るであろう。

註

- (1) 高野桂一『生徒規範の研究』(1987年)。「『校則』とは、個々の学校においてその内部管理上の必要から規定される学校内部(法)規範の総体を意味する。ここには生徒に関する規範としての入学・退学・懲戒等の諸規則のみならず、教職員に関する諸規範、学校の組織・編制や施設・財政等の諸規則のすべてが含まれる。したがって、今日いう『生徒心得』『生徒規則』は『校則』の一部と考えられるものである(同書6頁)」。この定義を広義と解すると、他方では、「各学校が、教育委員会等の行政の承認のもとに組織・編制をはじめ教員の勤務関係や生徒の在学関係や基本財産等の内部管理の基本枠組について規定する行政規則的性格の濃い部分を『校則』と狭義に解することが多い(これは学校教育法施行規則

第4条の『学則』=『校則』の必要記載事項におよそ依拠している。)。」ともいわれる(同書7頁)。さらにまた、兼子仁・神田修編著『教育法規事典』(1979年)によると、「学則」とは、「主として学校の内部規律・内部組織・在学関係など、学校の内部的管理・運営に関する事項について各学校が定めた規則をいう。学校のいわば自律法である。」(同書19頁。野上修市執筆)といわれる。——この様に、「校則」なる表現には広狭両義が存し得るのに加え、「学則」とはほぼ同義に用いられる場合もあり、用語法として必ずしも統一されていないとみられる。本稿では、筆者自身はいわば広義に「校則」なる語を用いるが、引用等において諸論者の用語法には従がうところであるので、全体としては、用語法上の不統一・不正確の観を呈するおそれが無いわけではないであろう。予め記しておくことにしたい。

- (2) 兼子『教育法〔新版〕』(1978年)400頁以下、参照。
 (3) 同書405頁以下、参照。
 (4) 伊藤進「教育法と民法の交錯 3」『季刊教育法』34号(1979年)123頁以下。
 (5) 兼子前掲書410頁。
 (6) 佐藤幸治「自由および権利の保持責任・濫用禁止・利用責任」樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注釈 日本国憲法』上巻(1984年)250頁。
 (7) 兼子前掲書411頁。
 (8) 同書431頁。
 (9) 同書411頁。
 (10) 堀尾輝久・兼子仁『教育と人権』(1977年)269頁(兼子執筆)。
 (11) 兼子前掲書209頁。
 (12) 伊藤前掲『季刊教育法』34号124頁。
 (13) 同論文125—126頁。
 (14) 西原寛一『商行為法』(第3版 1981年)52頁。
 (15) 伊藤前掲『季刊教育法』34号126頁。
 (16) 最三小判昭49・7・19民集28巻5号790頁以下、『判例時報』749号(1974年)3頁以下。
 (17) 佐藤(幸)『憲法』(1981年)308頁。
 (18) 永井憲一「私立大学における学生の思想・表現の自由」『教育判例百選(第二版)』(1979年)39頁。
 (19) 兼子前掲書406頁。
 (20) 熊本地判昭60・11・13行集36巻11=12号1875頁以下、『判時』1174号(1986年)48頁以下。
 (21) 兼子前掲書38頁。
 (22) 阿部泰隆「男子中学生丸刈り合法判決の問題点」『月刊生徒指導』(1986年2月号)15頁。
 (23) 同論文15頁。
 (24) 戸波江二「丸刈り校則と自己決定の自由」『法律時報』58巻4号(1986年3月)93頁。
 (25) 佐藤(幸)「個人の尊重・幸福追求権」前掲『注釈』302頁。
 (26) 高柳信一「憲法的自由と教科書検定」『法時』(1969年8月臨時増刊)56—57頁、奥平康弘「熊本地裁『丸刈り』判決を読んで」『法学セミナー』374号(1986年2月)10頁。
 (27) 戸波前掲『法時』96頁。
 (28) 同論文96頁。

- 62) 同論文96頁。
- 63) 阿部(泰)「男子中学生丸刈り校則」『月刊法学教室』65号(1986年2月)15頁。
- 64) 以上本判決についての論点の設定と考察は、拙稿「『丸刈り』校則と生徒の人権」時岡弘編『人権の憲法判例』第5集(1987年)1頁以下、に基本的に拠る。
- 65) 伊藤「教育法と民法の交錯 2」『季刊教育法』30号(1978年)156頁。
- 66) 同論文157—158頁。
- 67) 奥野久雄「学校教育契約」『法時』59巻3号(1987年3月)41頁。
- 68) 同論文41頁。
- 69) 加藤永一「学校教育契約」『現代契約法大系』第7巻(1984年)270頁。
- 70) 兼子・神田前掲書29頁(平原春好執筆)。
- 71) 伊藤前掲『季刊教育法』30号157頁。
- 72) 加藤前掲論文 270頁。
- 73) 同論文273頁〔註41〕,「教育役務提供が基本要素として、その他は付随義務と解するのがすなおであろう。もっとも、学校は、人的・物的施設を有する有機体なので、施設利用の面が強くていくことは否めない。しかし、これは教育役務提供にともない、その範囲内のものである。」
- 74) 伊藤前掲『季刊教育法』30号158頁。
- 75) 同論文 156頁。
- 76) 最三小判昭52・3・15,『判時』843号(1977年)22頁以下。
- 77) 佐藤(幸)「法・権力・社会——『部分社会』論に寄せて」長尾龍一・田中成明編『現代法哲学』第3巻(1983年)370頁。
- 78) 樋口「社会的権力と人権」『岩波講座基本法学 6—権力』(1983年)369—370頁。
- 79) 兼子前掲書 298頁。
- 80) 阿部照哉「私法関係と人権」樋口編『憲法の基本判例』(1985年)18頁。
- 81) 註42参照。
- 82) 註43参照。
- 83) 加藤前掲論文 270頁。
- 84) 同論文270—271頁。
- 85) 兼子前掲書300—301頁。
- 86) 堀尾『現代教育の思想と構造』(1971年)326—327頁。
- 87) 加藤前掲論文 270頁。
- 88) 同論文 271頁。
- 89) 伊藤前掲『季刊教育法』30号158頁。
- 90) 奥野前掲論文41頁。
- 91) 札幌地判昭56・11・16,『判時』1049号(1982年)110頁以下。本判決では、教師の「成績評定権」及び、「授業などにおける教育指導の具体的な内容、方法などを編成する権能」における広汎な教育的裁量に対して一定の場合、生徒の「学習権」による制約がかかる旨判示する。なお、いわゆる「内申書」記載にあたっての教育評価権に対する生徒の「学習権」からする制約を認めた判決として、「内申書裁判」一審判決、東京地判昭54・3・28,『判時』921号(1979年)37頁以下、参照。
- 92) 兼子前掲書273—274頁。
- 93) 奥平「教育を受ける権利」芦部信喜編『憲法Ⅲ人権(2)』(1981年)409頁。
- 94) 兼子前掲書410—411頁。
- 95) 上井長久「学校における子どもの権利と法的地位」日本教育法学会編『講座教育法』第5巻(1981年)42頁。
- 96) 伊藤前掲『季刊教育法』34号125頁〔註46〕。
- 97) 註42参照。
- 98) 兼子前掲書38—39頁、によると、今日の法学上、(本稿註41)に引いた如く)人々の法的確信に支えられて成立した慣習法には、それが「法律をはじめ成文法規を改廃する効力を有することが、ひろく認められて」おり、「この慣習法の法規改廃力は、教育を支配したり教育条件整備を妨げたりする成文法規を教育慣習法が学校自治・地域自治的にのりこえていこうとするときに、きわめて重要であろう」と、慣習法援用のいわば積極面が強調される。もちろん、そこでは、「しかしまた反対に、戦前いらい長く続いてきた旧慣としての学校慣習が近年にいたって急速に人々の規範意識において支持を失ったような場合には、慣習法の失効ないし不存在を認めなければならない。たとえば学校の『生徒心得』による髪型・服装の決まりなどについて、そのような場合がないとは言えないであろう」ということが忘れられているわけではない。しかし、後者指摘は、決して、慣習法援用の消極面を正しく衝いていないのではなかろうか。というのは、そこで問題とされているのは、せいぜい、「人々の規範意識」における「支持」の有無・多少であるにすぎないからである。また、いわれているところにしても、「慣習法」を援用する以上、当然のことからなのである。しかるに、本稿2(3)の事例にあっては、かかる「支持」は失なわれてなどいなかったばかりか、「法律」どころではなく「憲法」で保障されるとは解される「人権」と対峙していたのではなかったのだろうか。その様な事例につき上で引いた如き見解に拠ればいかに解決がはかられ得るのか筆者としては知りたくなるところではある(本稿2(3)の事例についていえば、「髪型」に関する自由は、憲法論上、必ずしも一義的に解釈が固まってこそいないものの、およそそのところ、13条のうちに何らかの形で含まれ、保障されるものと解されている。すなわち、「人権」保障の問題とみるのが妥当だというのである。かかるころ、上の見解は、規制の仕方如何では「人権」侵害にあたる[同書411頁]とはいうが、「髪型」に関しては、総じて、これを「戦前いらい長く続いてきた旧慣としての学校慣習」なるものの問題とするにとどまっていはいないだろうか。この辺りに本稿との問題意識の違いが感じられてしまうのだが、それは専ら筆者の浅学の故なのであろうか)。とはいえ、それは措くとしても、上の見解では、前引「教育を支配したり教育条件整備を妨げたりする成文法規」を「学校自治・地域自治的にのりこえていこうとするとき」といった具合に一定の方向付けが与えられてはおり、それが、いわば「歯止め」としての役割を果たし得るとは期待されないでもなか

ろう（本稿で筆者としても「社会的承認や社会的意識は、少なくとも少数者の人権の制約が懸念される方向では援用されるべきではない」などと敢えて迂遠な言い回しを用いたが、それは、かかる期待を含意してのことである。）。しかし、そうした方向付けが有効かつ適切に与えられるという保証は一体どこ

にあるのだろうか。また、それは、何によって担保されるのであろうか。これを挙げて「人々の法的確信」やら「人々の規範意識」やらに求めるというなら、もはや、筆者としては、語るべきところを有さなくなるであろう。