

「在学関係」の考察

——特に、その法的根拠と「慣習法的規律」論をめぐる——

大野拓哉

目次

- 1 はじめに
- 2 「校則」による生徒等の人権制約に関する理論状況とその特色
 - (1) 「校則」制定と法令上の根拠
 - (2) 在学関係に関する諸説とその「根拠」
 - (3) 小括
- 3 「校則」と「慣習法」
 - (1) 「慣習法的規律」論
 - (2) 「慣習法」の捉え方
 - (3) 「慣習法的規律」論の検討
- 4 おわりに

1 はじめに

いわゆる「校則」による生徒等の人権制約が論じられるにつき、そこには、ごく素朴に考えても、以下の指摘^①のような問題があるのではなかろうか。

すなわち、「校則」の中には「生徒の髪の色をどうするか、その生徒の個人の問題、人権の制約にかかわること」があるので、「校則の制定について法律が何らの根拠も用意していないのは、問題だ」と思う。そして、「形式的に言えば、法律上何らかの根拠を置くべきである」と考えられるのであって、「契約という形であれ、処分という形であれ、在学関係の成立からして当然だというのは、人権制約の点からみて、形式上の問題は残る」と思われるなどといわれる。

かような指摘に触発されて、筆者なりに理論的課題として折出し得るのは、1°端的にいうと、「校則」に関しては法令が不備ではなかろうかということ、2°一般に、「校則」の法的性質をめぐる議論が直ちに「校則」による人権制約如何の議論となっていないかということである。つまり、「在学契約関係」説^②によっても、「特別権力関係」説^③によっても、さらには、「部分社会」説^④によったとしても、いずれにしても、法令の不備を前提にして「校則」の法的性質を論じる（あるいは、論じざるを得ないのかもしれない）のだが、結局は、何ら

か包括的な権能を学校に認めるところに落ちつくように見える。

そこで、本稿では、まず、かかる理論状況の素描を試みたい。そして、さらには、前稿^⑤の問題関心を継承し、「校則」による生徒等の人権制約にあたっての「合意」に基づく「慣習法的」な規律の理論^⑥、分けても「慣習法的」なる規律の在り方に触れ、それが上記の理論状況の打開に有効であるか否かを検討することとしたい。

2 「校則」による生徒等の人権制約に関する理論状況とその特色

(1) 「校則」制定と法令上の根拠

さて、以下の論述のためには、ここで若干の確認を行っておく必要がある。

まず、本稿においては、全体を通して「『校則』による生徒等の人権制約」を論述の俎上にのせるのだが、であるならば、学校生活においてかかる事態が主要に問題とされる領域の画定を行うことから始めねばなるまい。しかして、かような領域とは「生活指導」ないし「生徒指導」と通常称せられる領域^⑦ではあり、本稿ではそこに論及を限定する。その理由としては、「他の生徒や教職員の権利との衝突」の何らかの調整の必要は「教科教育よりも生活指導の領域に多く、そこでは主に生徒等の一般人権（人身の自由、私生活の自由、政治活動の自由など）の保障範囲にかんする」規律が問題になるであろう^⑧からであり、かつまた、近時、まさに上記の如く生徒等の「一般人権」との関連で注目に値する判決^⑨が散見されるからでもある。（なお、念のためにここで一言しておく、教科教育の領域においては、「学習権」をはじめとする「教育人権」のみならず「思想信条の自由」等の「一般人権」についても、生徒等の人権の侵害あるいは生徒等の間での人権・権利の衝突等が存しない〔存し得ない〕ということを上記は意味しない^⑩。）

他面、「生活指導」に関する現行の法令を求めてみると、文部省設置法第8条、文部省組織令第8条、地方教育行政の組織及び運営に関する法律第23条および48条、

さらには、学校教育法施行規則第52条の2といったように「法令上の生徒指導についての規定はこの程度しかない」といわれる。しかも同時に、「これらはいずれも組織規定であって、生徒指導の作用を定める規定ではないから、これらの規定をみても生徒指導の意義、内容は明らかとならない」⁴⁴。

また、このような「生活指導」の領域において、ともすると生徒等の人権制約にわたるものとして問題性を孕むであろういわゆる「校則」の制定に目を転ずると、まず、講学上「校則」が広狭あわせて種々の定義⁴⁵を有することが知られる。しかし、あるいは、むしろ原因ともいえないようか、法令上には「校則」なる表現は見出されず、わずかに学校教育法施行規則第4条にその必要的記載事項が挙げられ、3条、15条で一定の作為が義務づけられている「学則」に類似の表現を求め得るのみである。但し、4条の必要的記載事項にしたところで、それらは、修業年限・学年・学期及び休業日に関する事項（1項1号）；部科及び課程の組織に関する事項（2号）等管理・運営に関する事項である。もとより、これら以外を「学則」中に規定することを妨げる旨の規定は存しないが、さりとて、「校則」の定義の広狭はあれ、通常、生徒との間で問題になる類いの「生活指導」上の事項もまた含まれてはいない。

ところで、「生活指導」を「ひろく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」であって、その権能はいわゆる「教師の教育権」に含まれると解する立場⁴⁶からすると、こうした「各教師の教育権の直接の法的根拠」は学校教育法28条6項（「教諭は、児童の教育をつかさどる」〔40条、51条により中学、高校に準用される〕）となろう⁴⁷、といわれる。

以上、とりあえず論述の対象領域を「生活指導」の領域に限定しつつ、「生活指導」および（特にそれに関わって生徒等との間で人権制約の問題を生起せしめ得る）「校則」の制定の根拠を法令上に求めてみた。ここで確認し得るのは、おそらく、「校則の制定について法律が何らの根拠も用意していない」という本稿冒頭に引いた指摘を大きく出ることにはなからうということである。ただ、そのことが前引指摘のように「問題だ」といい得るかどうか、それは、「在学関係」に関する諸説における「校則」の捉え方如何を見る以下の論述にかかると考えられる。

(2) 在学関係に関する諸説とその「根拠」

a. 「特別権力関係」説

人は、国または地方公共団体の一般支配権（統治権）に服するとともに、「公法上の特別の目的のために認め

られる特別の権力に服する」ことがある。前者は「一般権力関係」または「一般支配関係」と呼ばれる。これに対し、後者は「特別権力関係」または「特別支配関係」と呼ばれ、「特別の法律上の原因（法律の定め又は本人の同意等）に基づき、公法上の特定の目的を達成するために必要な限度において、一方が他方を包括的に支配する権能を取得し、他方がこれに服従すべき義務を負うことを内容とする関係」である⁴⁸。

ところで、国公立学校の「在学関係」を公法上の「特別権力関係」であると解するなら、i) 国公立学校の在学関係は契約関係ではなく「学校当局による特別に強い公権力行使がなされる権力関係」であり、ii) 合理的な範囲内では「学校当局の特別権力が法治主義および人権保障原理の拘束を免れて、法律の個別的根拠規定なしに学校当局による学生生徒等にたいする命令や特別な権利制限が可能」なのであり、さらには、iii) 「在学関係内部における学校当局の権利行使については訴訟が許されず、退学処分などの対外行為についても広汎な自由裁量によって司法審査が制限される」ことになるといえる⁴⁹。

「特別権力関係」説そのものが、また、「在学関係」に適用されたそれが上記の如きものとなるなら、それらに対して種々の批判が加えられることは、あるいは当然ともいえよう。批判のうち主要なものは、（直前の整理でも知られるように）「特別権力関係」説が法治主義＝法律の留保の原則を排して公法上の特殊な包括的支配服従関係を認めるのに対して、「明治憲法から日本国憲法への憲法体制の転換を重視し、法治主義の貫徹強化の要求を前景に押し出して」、すなわち、「基本的には憲法41条（…）と現行憲法の基本的人権尊重主義に根拠を求めるとする否定論」⁵⁰である。

しかし、ここで検討を加えたいのは、むしろ、こうした関係がいかにして成立するかである。ちなみに、そのような関係が成立するには、大別して二つ、すなわち、「直接法律に基く場合（強制入院、公共組合への強制加入のごとし）」と「相手方の同意（国立大学への入学、公務員の任命のごとし）に基く場合」とが、さらに後者を分かって、「任意の同意に基く場合（公務員の任命、大学への入学のごとし）」と「法律によって義務づけられた同意に基く場合（学齢児童の就学のごとし）」とがある⁵¹という。「在学関係」の根拠づけを考察している本稿のここでは、とりあえず、「相手方の同意に基く場合」に限定して論ずることにはなるのだが、かかる場合にも実は理論的なジレンマが存するのではないかと思われる。すなわち、一方では、もし仮に、直接法律によって規定されることがなく、かつまた「相手方の同意」を

擬制することすらなかったら、法治主義および人権保障主義の原理の拘束を免れることを理論上の一つの特徴とする「特別権力関係」を主張することはほとんど不可能だと考えられるであろう。しかし、他方では、つとに指摘されるように、「個人の同意が法律に代置されるという理論構成は、特別権力関係が一種の公権力の発動関係とされる限り、必ずしも充分説得的なものではない」、すなわち、「単純な個人の意思と国家機関としての議会の慎重な手続きを経た法律による意思とは、どのように考えても、一般的に等置できるものではない」し、そこは譲って両者の等置が可能だとしても、「法律による行政部への行政権力行使の一般的包括的授權が不可能であると解されなくてはならない以上、結論的には、個人の同意による侵害的な公権力の一般的包括授權は許されない」⁹⁹のである。

叙上の如く、「在学関係」成立に関する法令上の根拠の薄弱さ、それを前提とした上での当事者の「同意」重視の背理に照らしたただで既に、「在学関係」は「特別権力関係」として成立するという論理はかなり疑わしいということがわかっていく。

b. 「部分社会」説

ここで、「部分社会」説として取り上げるのは、かつて最高裁によって、「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機関であって、その設置目的を達成するために必要な諸事項については、法令に格別の規定がない場合でも、学則等によりこれを規定し、実施することのできる自律的、包括的な権能を有し、一般市民社会とは異なる特殊な部分社会を形成している」¹⁰⁰と判示されたところに代表される論理である。

なお、この論理が踏まえているとも評される¹⁰¹のは、「法秩序の多元性」論とも呼ぶべき論理ではある。すなわち、「凡そ法的現象は人類の社会に普遍的なもの」であり、「国家なる社会の中にも種々の社会、例えば公益法人、会社、学校、社交団体、スポーツ団体等が存在し、それぞれの法秩序をもっている。法秩序は社会の多元性に依りて多元的である。それ等の特殊な法秩序は国家法秩序即ち一般的法秩序と或る程度の関連があるものもあればないものもある。その関連をどの程度のものにするかは、(…)立法政策上の問題である」¹⁰²といった内容をそれは有する。

ところで、本稿の課題に即して先の「部分社会」説と法令上の根拠との関係を見ると、既に前引最高裁判決中に明らかのように、大学(これを広く「学校」と捉えてよいかどうかは本件判決からだけでは必ずしも知り得

ないが)は、「法令に格別の規定がない場合でも」設置目的達成に必要な諸事項を「学則」等で規定し、実施し得るものと解されている。かかる場合、「学則」にしろ(法令上には明らかな存在ではないが)「校則」にしろ、それにいかなる事項が盛り込まれるべきか必ずしも明確ではなく、そう考えると、いわば「法令に格別の規定がない場合」がむしろ恒常的ではないかとさえ思われる。その限りでは、「在学関係」を「特別権力関係」と捉えることの当否の問題と事情は同じになるといえよう。

しかし他方で、「部分社会」説の捉え方として、以下のような見解もある。すなわち、「『部分社会』は、むしろ、それぞれの根拠と理由に基づいて『内部規律の問題として自治的措置に任せ、必ずしも、裁判にまつを適当としない』事柄を包括的に捉えて説明する『説明概念』のごときものと見るべきではないか」といわれる。また、より具体的には、「その根拠は、私的団体については基本的には憲法21条の『結社の自由』の保障、国公立の大学については憲法23条の『学問の自由(大学の自治)』の保障(…)等々として考えるべきものではないか。そしてその理由は、団体の目的・性格・機能に鑑み、紛争の種類や程度をも考慮しつつ、個別具体的に探求されるべきものではないか」¹⁰³という。従って、この見解によって「部分社会」論の補足を行う限りにおいては、主として憲法23条あたりに大学という「部分社会」存立の法的根拠を求めることはできそうである。

しかし、かく理解するとしても、「学問の自由(大学の自治)」の保障の問題が有するところの、例えば、かかる保障は大学のみに関わるのであって初等中等教育段階の諸学校には及ばないのか、といった理論的課題、あるいは、上記見解によれば「私立学校は、憲法論的には、(…)21条の『結社』の一つとみるべきもの」¹⁰⁴とされるが、23条の保障とはいかに関わるのかといった課題は依然として残ることになる。

また、「特別権力関係」説にせよ後出の「在学契約」説にせよ、学生児童生徒(ないしはその保護者)と学校との間の関係を、その関係への加入・そこからの離脱・排除にも即しつつ理論化しようとするのではあるが、「部分社会」説(および、上記の如き補足的解釈)では、むしろ、「学校」を「部分社会」と捉えることにこそ力点が置かれ、「在学関係」の成立・そこからの離脱・排除については理論的に他に依拠しなければならぬと考えられはしまいか。つまり、「部分社会」説はそれ自体自足的な理論なのだろうかという疑問も浮かんでこよう。それかあらぬか、その基礎においては「在学契約関係」説に拠りつつも、「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なければならない」という見解⁹⁴も存する。

結局、「部分社会」説には、まず、その根拠を解明すべき課題が残されている(かかる解明がなされなければ、「部分社会」に包括的な規律が許されるのは、それが「部分社会」であるが故である、というトートロジーに陥ってしまう)ように思われるし、そうした「部分社会」設立の根拠が明らかになればこそ、仮にそこにおいて一定の規律が必要であるならば、何のためにそれが必要であるか、そしてどこまでそれが許されるかも確定し得ようというものである。他方、「部分社会」説それ自体ではかかる関係の成立・消滅のメカニズムは説明し得ないから「特別権力関係」説なり「在学契約関係」説なりに依拠せざるを得ないはずであり、であるならば、その限りで理論としての独自性に疑念がもたれ得るとも考えられる。

c. 「在学契約関係」説

「在学関係」を契約関係と捉えるのがこの理論の共通点ではあるうけれど、その細部、とりわけ「契約」の法的性質をめぐるのは、必ずしも論者の間で見解の一致をみていないようにも思われる⁹⁵。しかし、ここではその問題に深く立ち入ることはせず、本稿において他の「在学関係」法理について検討を加えてきたのと同じく、「在学契約関係」説が主張される根拠を見ることにする。

そこで、まず、法令上の根拠を求めようとすると、筆者の知る限り、「在学関係」を「特別権力関係」と捉えず「契約関係」と捉えるとしても、その法令上の根拠が示される例はないように思われる。例えば、おそらく有力な説であろう、「現行教育法制における公教育機関としての国公私立の正規学校の在学契約関係は、一般私法(民法)上の無名契約であることを超えて、特殊法上の特殊契約の一種として、まさに教育法独特な在学契約であると解される」⁹⁶という説にしる、あるいは、「在学契約の法的性質は、私法上の無名契約であり、教育施設の利用関係としては貸借の要素、教育実施役務提供ないしそのための事務処理としては無形の仕事の請負の要素を、特殊部分的学校社会への加入・身分地位取得というこれまでの私法上の契約ではみられなかった要素を包括したところの私法上の無名契約と解するのが妥当ではないか」⁹⁷という説にしる、法令上の根拠には全く触れずに、このように理論構成するのである。

とはいえ、かかる「契約」の「約款」として指定される⁹⁸であろういわゆる「校則」によって、場合によっては人権が制約されることすらあるのに、そして、確かに、

一応、現象面では「契約」による「私的自治」の問題とはみえるけれども、究極的にことが「人権」の制約如何の問題に連なると考えるならば、(先に「特別権力関係」説について触れたところにも通じるが)「契約」締結に際しての個人の「同意」が「法律」と等置されることが必要ではあるうのに、かような事情を担保すべき「契約」自体の法令上の根拠が示されないについては極めて奇異な感がありはしないだろうか。

もちろん、こうした「契約」を民法学でいうところの「無名契約」と解する⁹⁹なら、ことさら根拠たる条文を必要としないかもしれない。しかし、とりあえず、それは私立学校について妥当する¹⁰⁰かもしれないが、国公立の学校には当然には妥当しないはずである。であるなら、後者学校について、そのような法理を準用する旨の規定、あるいは、そうした解釈の余地がある規定、ないしは、何らかの条文に即した解釈そのものを示すことが必要ではなからうか。

さて、以上では、「契約関係」説における法令上の根拠の扱いがある程度知られたとして、次には、私立学校には妥当するとは思われる「契約」の論理が、いかにして国公立学校にまで妥当するとされるのか、その辺りを中心として「在学契約関係」説の理論的な根拠をみることにしたい。

かかるところ、現行の教育法制における国公立学校在学関係が、「私学の在学関係と本質を同じくする在学契約関係であると解される」根拠として、以下が挙げられる。すなわち、——「①在学関係の基本にかかわる学校制度的規定を定めている教育基本法・学校教育法という公教育法規が、国公・私立を問わずすべての正規学校に原則としてひとしく適用されている。②現行の在学関係は憲法原理上、子どもの人間的成長発達権たる学習権を保障すべき法律関係であって、学校設置者の側に公教育遂行にかんする義務性が強いとともに、生徒等および保護者側に教育要求権をはじめ権利主体性が高められており、生徒等と学校設置者との間には対等な権利義務関係が存すべきものである。③子ども・生徒の学習権を保障する学校教育はもはや『教育を施す者の支配的権能ではなく』(最高裁学テ判決)、教育の非権力性の原理が妥当しており(…)、教育的懲戒にふくまれる優越的意思も私学におけると同様で(学校教育法11条が共通の根拠)、権力行為と目するには当らず在学関係全体を権力関係ならしめる程ではありえない。④学校当局に認められる一定範囲における教育上の包括的決定権能も、私学の在学契約関係と共通するそれにはかならず、生徒等・保護者側の基本的な合意にもとづく各学校の教育自治関係であると見られる。」¹⁰¹——と。

それでは、上記は果たして「根拠」となり得るのだろうか。――

まず、①について。①は何をいわんとしているのだろうか。何よりも、この点が判然としない。しかし、①では「教育基本法・学校教育法という公教育法規」が国公立学校に「原則としてひとしく適用されている」といわれる以上、その問題を考えるについては、「法律に定める学校は、公の性質をもつ」という教育基本法第6条1項が主に参照されなければならないはずである。すると、教基法第6条1項が先のように規定している所以は、「系統的学校制度において実現される学校教育事業は、国民全体のものであるという基盤の上に行われるとき、公的事業であり、公共のために行われるものであるということができ、それ故に、公の性質をもつものというる」から、「これを実現する場たる学校もまた公の性質をもつものである」⁹⁹ということだと解される。

それでは、果たして、そこから、国公立学校と私立学校に共通する法理を、端的にいって、「契約」法理を引き出し得るのか、あるいは、そうすべきなのだろうか。しかし、この規定は、国公立という設置主体の如何を問わず、学校は「公の性質」をもつということを確認するもの（なお、私立学校法第1条にあっても、「私立学校の特性にかんがみ、その自主性を重んじ」ることのみでなく、「公共性を高めること」が配慮されている。）ではあれ、基本的にはそれに尽きるのではなからうか。また、そもそも、公の性質をもつ教育という事業を実現する「場」としての学校が「公の性質」をもつということと、特定の「在学関係」法理をとるべきだということとは、別の問題ではないのだろうか。

次に、②、③について。確かに、いわゆる「旭川学テ事件」最高裁判決¹⁰⁰において「学習権」が定着したとみることではできよう。しかし、問題は、そうした定着の意味なのである。すなわち、最高裁が「学習権」概念を採用したのは、「学習権概念が本来有する（…）両義性ないしは包括的理念的性格」¹⁰¹の故であり、従って、「学習権」は具体的にいかなる争訟の場面でいかなる機能を果たすか未解決のままでも定着し得たのではないかとみられている。また、こうした状況においては、むしろ、「学習権」の本来的な主唱者によってすら、「学習権」を「いうことの具体的、現実的意味が曖昧になってきた感をまぬがれない」¹⁰²という謙抑的な評価がなされるのである。

しかしながら、こうして、「学習権の具体的な内容が吟味され、内実をもった学習権論の法理論的構築が急務となっている」¹⁰³なか、「学習権の具体的な内容」としては、いわゆる「内申書裁判」第一審判決¹⁰⁴およびそれに

関する若干の論攷¹⁰⁵における、いわば「進学する権利」ぐらいしか明らかにされていないのではないだろうか。

このような理論状況を前提として考えるなら、②は「現行の在学関係は（…）学習権を保障すべき法律関係」であるとはいうが、「学習権」それ自体が一義的に確定されない以上、それをどのように保障すべきであるかも確定され得ないのではないだろうか。また、そもそも、「契約」法理によりさえすれば「学習権」はよく保障され得るのだろうか。こうした事情は、基本的に③についてもあてはまらう。

最後に、④について。④は、「学校当局に認められる一定範囲における教育上の包括的決定権能も、私学の在学契約関係と共通するそれにほかならない旨を挙げる。「共通するそれにほかならないから両者を基礎づけている法理も「在学契約関係」法理にほかならないというのであろうか。しかし、仮に、「権能」の内実が共通したとしても、そのことから直ちにそうした「権能」を根拠づけている法理も「共通する」とまでいえるのだろうか。本来、④では、仮に、国公立学校の「学校当局に認められる一定範囲における教育上の包括的決定権能」が、私学の在学契約関係におけるそれと「共通する」ものだとして、両者が「共通する」法理に基づくことと解さなければそのことを合理的に説明できないということが論証されて然るべきなのではないだろうか。そのようにしたなら、④に期待されている「根拠」の提示に繋がるであろう。しかるに、実際にはそうした手続きはとられず、ただ単に、両者は「共通する」と断定的にいわれるだけである。ともあれ、こうした平板な論証の仕方には、国公立学校の「在学関係」も私立学校のそれとともに「在学契約関係」であるという、本来的には結論にあたる部分を所与の前提としているのではないかという印象が付き纏わなくもない。なお、蛇足ながら、前引最高裁判決は、まさに、「国公立であると私立であるとを問わず」「部分社会」説を適用する。これは、最高裁なりに、両者では法理が「共通する」と解した結果ではあろう。さて、上記見解はこれをいかに解するのだろうか。――

(3) 小括

以上は、もとより、不十分な検討である。

にもかかわらず、以上を通じてある程度明らかになったであろうことは、「在学関係」に関する上記諸説は確たる実定法上の根拠なしに形成され、それでいて、そして、学校による包括的な規律権能を認めるということである。そのことは、「特別権力関係」説、「部分社会」説はいうにおよばず、「在学契約関係」説においてさえ変わりがないものといえるのではないだろうか。

こうして一括して論じられるについては、少なくとも「在学契約関係」説の立場からは異論もあろうはずである。例えば、「私法上の契約によっても、それが公序良俗に反しない限りにおいては、その契約の拘束力として契約の相手方の意向に従わなければならない場合もある」⁴⁰ こと、あるいは、「自治法規理論」に「学校規範(学則等)」の拘束性の論拠を求め得る⁴¹ こと、さらには、「在学契約」に「契約」としての実質を付与すべく、「契約」の諸要素を見出さんという理論的な営為⁴² がなされていることなどが挙げられるかもしれない。

しかし、筆者のみるところ、そうした営為が意味をもってくるのは、何故、「契約」法理によるべきなのか、実定法にも当然にその根拠を求めつつ、明らかにされたのちであろうと思われる。とはいえ、そもそも、「契約」法理が採用されるのは、特に、国公立学校へのその適用についてなら、先にみたような必ずしも説得的ではない理由によるのだし、でなくとも、一般に、「在学関係の法律関係として特別権力関係を拒否した以上は契約関係として捉え形成するより妥当な論理がないようである」⁴³ といった捉え方であるような印象を受けるし、さらには、「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」⁴⁴ といわれるところに尽きるのかもしれない。

ともあれ、「在学契約関係」説も、「在学関係」そのものにおける生徒等の人権制約の理由づけにおいては精緻化がなされるが、かかる理由づけを根拠づけるそもそもの理由づけにおいて不十分であり、その限りで問題性をもつという印象を免れがたいのではある。

そこで、以下では一応、「在学契約関係」を素材として、そこにおける人権制約の理由づけとしての「慣習法的規律」論をとりあげ、叙上の理論状況の打開がなされるかをみることにしたい。

3 「校則」と「慣習法」

(1) 「慣習法的規律」論

学校生活における生徒等の権利制限に関しては、次のような見解が存する。すなわち、それは、在学関係を在学契約関係と捉える見地においては、学校当局の包括的な規制権限について一般的解釈を行なうよりも、「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」⁴⁵、というものである。

ところで、このような、「慣習法」への期待とも称すべきものにはかなり根強いものがあるようで、「今日、

憲法や教育基本法のいう生徒の人権・学習権の保障に関しては、いわゆる成文法(…)の単なる狭義の法解釈論だけではもはやどうにもならない限界があり、「広い意味での教育条理的解釈」が重要であることはもちろん、「不文法たる学校内部規範(…)のいわゆる法創造による解決にまつものが大きい」⁴⁶ ともいわれる。

それでは、かくも強く期待が寄せられている「慣習法」への期待の寄せられかたそのものはいかなるものであろうか。すると、「慣習法が現行法として成立するのは、一定の慣習・慣行が関係者たる人々の『法的確信』(…)に支えられていると認められる」、すなわち、「教育慣習法」についていうなら、「学校や地域など教育社会において、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」場合ではあるところ、「こんにちの法學上で、かように人々の法的確信に支えられて成立した慣習法は、法律をはじめ成文法規を改廃する効力をも有することが、ひろく認められている」。そして、「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」⁴⁷ といわれる。

しかし、このような「慣習法的生成のダイナミクス」は、成文法規を改廃するという「事の性質上、当初は形式的に見て“法規違反”の状態が人々の規範意識に支えられつつ進行することから始まり、「制度の建前と実態のずれという“二重帳簿”や、監督当局による違反の不追及ないし黙認」といった段階を経て、「ついに慣習的しくみのほうが現行法上の合法性を得るにいたる」⁴⁸ のだという。

(2) 「慣習法」の捉え方

ところで、かように、成文法規の改廃力まで承認される「慣習法」なのではあるが、ここでは、「慣習法」というものが、そもそもどのように捉えられるものなのかをみておくことにしたい。

すると、「社会の慣行によって発生した慣習律」が「いわゆる社会の法的確信または法的認識によって支持される程度に達すると、社会の中心勢力は、これを法的規範として承認し、強行するようになる。この程度に達した慣習律がすなわち慣習法である」⁴⁹ とか、あるいは、「慣習法は一つの社会における立法機関が制定した法ではなく、その社会内において慣習の形で存在する法」であって、第一に、「同一の原則が反覆して度々慣行されること」、第二に、「慣習法においては慣行が法的な性質のものであること」を要件とする⁵⁰、などと捉えられるよう

である。

そして、かような諸説がほぼ共通して承認するのは、一つには、「法的確信」が存すべきだということである。「社会心理に於いてそれを必ず守らねばならぬ規律であり、之に違反することは、義務法に在っては社会上許すべからざる不法であり、権利法に在っては定められた権威を発生しない無効のものであるとする意識が成立して居なければならぬ」⁵⁹ といおうと、あるいは、慣習法は「各人が慣習に従うことを法に従うものとして意識することを必要としないのであり、それが「無意識的に慣行されたところのものであっても、何人かがそれに反して行動した場合に違法の感じをもたせるときはすなわち慣習法が存在するのである」⁶⁰ ということを問わない。

他方、いま一つには、成文法との間では、なにがしか、それを変容させ得ることを承認する。例えば、「慣習法の効力の基礎は主として社会心理的なものであるが、実は制定法にしても社会心理的基礎を有しなければならない」から、「慣習法と制定法とは、本質的に効力に優劣があるわけではない」。「もちろん、慣習に国家法として効力をみとめるためには、国家的見地からは認められる性質のものでなければならぬ」が、「任意法規の内容と異なる慣習があってそれが法的確信の裏づけをもっているばあい、その法的性格を否定する根拠は、どこにもない」ばかりか、場合によっては、「強行法規でさえも、単に政策的理由から強行法規とされているものについては、おなじく政策的理由から、慣習に法的性格を承認してもよいばあいがありうるはずである」⁶¹ などといわれる。

しかるに、ここでは、「慣習法」一般なるものが論ぜられ得るわけでもなからう。そのあたり、一つには、「慣習法の発生は法域の性質に従って差異がある」、つまり、一般的にいって、「行為の自由の範囲および程度が広大であり、従って行為の反覆の機会が多い私法ことに商法の領域においては、慣習法の発生がもっとも容易である」のに対して、かような「自由がもっとも狭い公法の範囲では」慣習法の「発生に余地がきわめて少ない」⁶² ということが留意されてよいであろう。また、二つには、実定法解釈論としていえば（そして、上で成文法規の改廃如何が説かれる場合にも、実は、概ね、この趣旨でだと解されるのだが）、法例第二条の存在と規定内容を念頭に置かなければなるまい。すなわち、そこにおいては、「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認めタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ関スルモノニ限り法律ト同一ノ効力ヲ有ス」と規定される。

さて、こうして、「慣習法」に関する諸説が例示され、かつまた、実定法解釈論というような議論のレベルあるいは領域の限定（ここでは直接触れないが、後に本稿が

組上にのせたいと考えているのは、前引、「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」といった見解なのであって、そこにあつて「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」がとりあえず具体的なものでないとはいえ、すぐれて実定法的な取り組みが必要とされるに変わりはないのである。）がなされたとして、いま一度、議論を整理してみたい。

そこで、まず、以上の諸説にあつて「慣習法」は成文法（ないし制定法）に対していかなる関係にあるものとして捉えられているのかをみる。すると、どうやら、国家法（例えば、法例第二条）に先行して「慣習法」が存するものと捉え、しかし、あるいは、それ故に、国家法による承認にもかかわらず、「慣習法」はそれ自体として存在し得ると解しているように思える。例えば、「社会生活の流動する以上、慣習法がおのずから不断に発生し、成文法をいかに完備させても、これを永久に阻止しえない」⁶³ といわれるときに、また、裁判所の判断は「社会生活に行われる慣習法を確認するもの」にほかならず、慣習法は、「裁判所によって認識される機会を一度ももち得ない場合においても慣習法であることを失わないものであり、裁判所はそれが問題となった場合に既存の慣習法を適用するに止まり、それを創造するものではない」⁶⁴ といわれるときに、その間の事情が明らかなものとなるであろう。

だが、法例第二条は、(i) 当該事項については慣習による旨を制定法が承認している場合、または当該事項について制定法の規定が欠けている場合であつて、かつ、(ii) 当該事項に関する慣習が「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗」に反しないということを要件とし、これを充たす慣習は「法律ト同一ノ効力」を有すると規定している。これをしも、慣習に「『法律ト同一ノ効力』すなわち制定法と同一順位の法源性が承認されたという意味」⁶⁵ で、「慣習法」が規定されたということもできようが、しかし、あくまでも、法例第二条は、「同条をはなれて存在する『慣習法』を前提しているのではなく」、(上記(i)および(ii)という)「一定の要件のもとに『慣習』(慣習法ではなく)が『法律ト同一ノ効力ヲ有ス』ることを認めているにすぎない」⁶⁶ のである。かかる理は法例第二条の文言自体に明らかであるし、また、成文法とは相対的に独立したものとしての「慣習法」を承認する見解においても、「法例第二条そのものの解釈としては、どうしてもかような結論にならざるをえないであろう」⁶⁷ として、一応、是認せられてはいるのである。

次いで、上記と関わり、「慣習法」における「法的確

信」という契機が問題となるはずである。そして、「慣習法」を成文法とは独立したものと解する立場にあって、かかる契機が「慣習法」成立の鍵として重視されることは、先にみたほか、以下の通りである。すなわち、「国家の権力から離れて、長期にわたる事実上の慣行——裁判所や行政官庁におけるもののみに限らず、民衆の間におけるものも含めて——が広く一般の法的確信を得て法となることを無視又は否定することはできない」⁸⁰とか、「慣習は、民衆のあいだに法的確信——『ある一定の事項について紛争がおこったときはこの慣習によって解決されることになるのだ』という意識——が生じたとき、慣習法となる」⁸¹といわれる。

また、しばしば、こうした契機は、民法92条が規定するような、いわゆる「事実たる慣習」との対比において強調される。いわく、「慣習法は固より単純な事実たる慣習とは異なる。社会生活に於ける人間の意思及利益が事実上に或る法則に依って規律せられて居るとしても、それだけでは未だ直に法たる力を有するものではなく、結局、「社会心理に於いて強要的の規律として認められて居るや否やが、専ら事実たる慣習と慣習法とを区別すべき標準たるべきものである」⁸²とか、あるいは簡単に、民法92条の慣習は「法例第二条の慣習（慣習法）と異なり、社会の法的確信によって支持される必要はない」⁸³などと説かれる。

ところで、民法92条は、(i)その内容が法令中の「公ノ秩序ニ関セサル規定」（任意規定）と異なる慣習が存し、かつ、(ii)「法律行為ノ当事者」が、そのような慣習に「依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキ」には、その慣習に従う旨を規定する。そこで、法例第二条との関係が問題となるのだが、法例第二条は、一定の要件を充たす慣習に「法律ト同一ノ効力」を認めるという仕方で、他方、民法92条は、「慣習を以てする効果意思の補充したがって慣習規範にもとづく裁判規範の定立」⁸⁴という仕方でも、ともに「慣習が裁判規範（すなわち法規範）となることを認めている」のであって、およそ、「慣習が社会生活の半面で事実上の拘束力ない『法的確信』を有するかどうかによってこれらを区別すべきではない」⁸⁵と解されているのである。ここからすれば、おそらく、法例第二条にいう「慣習」も民法92条にいう「慣習」も、それぞれが担われる機能こそ違え、「慣習」であるに変わりはないのであって、一方が、成文法とは相対的に独立した「慣習法」である必要もないのではあろう。否、むしろ、一方がそのようなものであればこそ、かえって、「注目すべき現象」⁸⁶が生ずることは以下にみるところとなろう。

そこで、最後に、慣習法が制定法を改廃しうるか否かという問題をみる。すると、法例第二条によれば、法令

に規定のある事項に関する限りは、その法令が強行法規である場合はもちろん、単なる任意法規にすぎない場合であっても、慣習が法律としての効力を認められないことになるのだが、対するに、慣習法を制定法とは相対的に独立したものと解する立場からは、任意法規の内容と異なるが法的確信の裏づけをもつ慣習に法的性格を否定する根拠はないこと、のみならず、強行法規であっても単に政策的理由によるそれについては、おなじく政策的理由から慣習に法的性格を承認しうる場合が存するはずであることが主張される⁸⁷。あるいは、また、同様な立場から、法例第二条と民法92条の対比において、前者にいわゆる「慣習法」は任意規定の存する場合には成立しえないのに反して、後者のいわゆる「事実たる慣習」は「法律行為の内容となることによって」任意規定に優先すること、すなわち、そこからは、「慣習によって任意規定が改廃される結果」が生じ、以て「注目すべき現象である」ことがいわれる⁸⁸。

しかし、こうした議論は、やや混乱している感がある。それは、何よりも、法例第二条にいう「慣習」が「慣習法」であると解するところに発しているのではなかろうか。そうではなく、それもまた「慣習」であるにすぎないと解すれば、このほか、事情は明快になるであろう。すなわち、法例第二条が規定するところによると、慣習が「法律ト同一ノ効力」を有するのは、①慣習を裁判規範とすべきものと法令に規定されている場合、および、②当該事項に関して法令に規定が欠けている場合である。つまり、これら場合ということに関する限り、強行法規であるとか任意規定であるとかはとりあえず問題にならないはずなのである。他方、民法92条によれば、慣習が裁判規範となるのは、法令中に規定があり、かつ、その規定が任意規定である場合である。ここからすると、論理的にいて、これら三つの場合は相互に重なることなく並存し得るのであり、従って、上でいわれる如き「注目すべき現象」は起こり得ようはずもないのである。

こうしてみると、制定法の改廃如何に関して、法例第二条は、慣習による制定法の改廃の「余地を認めない趣旨で規定していることは明らか」だが、民法92条では「任意法規（公ノ秩序ニ関セサル規定）と異った慣習が法律行為を媒介として法源性をもつのであるから、場合によっては任意法規の現実的妥当が廃止されるに至ることもあり得る」ということになり、そのこと自体は、「法解釈学の立場においては、きわめて簡単な問題」⁸⁹だと解されるのである。

以上からは、少なくとも、次のようにいうことができよう。まず、前提として、実定法の解釈論としては、制定法と相対的に独立した「慣習法」なるものを認める余

地はないということである。他方、そう解すればこそ、いわゆる「慣習法」成立の根拠とされる「法的確信」の契機を考慮してさえ解消されない解釈論上の齟齬（いわゆる「慣習法」と、いわゆる「事実たる慣習」との間で、「法としてむしろ高度の性質を有するものは任意法規に反して成立しえざるに反し、低度のものがかえって任意法規に優先する」⁷⁰という「注目すべき現象」⁷¹が生ずるということ）も、容易に、かつ、合理的に説明し得るということである。こうみえてくると、実定法解釈論としていうならば、「慣習法」というものを措定することはできないし、かつまた、措定すればこそ解釈論上不合理も生じ得ようから、措定する必要もないと考えられてくるのである。

(3) 「慣習法的規律」論の検討

ここでは、以上を踏まえつつ、前述の「慣習法」的規律の論理について、若干の検討を行う。

1° まず、いわゆる「慣習法」が教育法の法源となる理由として挙げられるところをみることにする。すると、それは以下の四点ほどであるという。すなわち、①「教育社会は独自の法規を形成するほどの自律性を有すること」、②「現行教育法における立法的規律には限界があり、従って、「教育事項については立法権の他律的規律によるよりも教育社会の新しい自律的な規範形成にまつほうが妥当な場合が少なくないこと」、③「戦後の教育改革以降、法制が整備されてきたにもかかわらず、「いまだ成文法が存しない領域が存すること」、④「教育および教育行政が非権力的社会作用になったとすれば、「法規の根拠がなければ制度の運営ができないというわけではないこと」などであるという⁷²。

以上に徴して、問題となり得るであろう若干の点を挙げてみたい。すると、一つには、上記①から③までの「理由」は、「独自の法規を形成するほどの自律性を有する」であるとか、「自律的な規範形成にまつほうが妥当な場合が少なくない」であるとか、あるいは、「成文法が存しない領域が存する」であるとか、いずれにしろ、非常に相対的な程度というか、量というかの差異に依存せざるをえないような印象を与える。だから、例えば、「独自の法規を形成するほどの」とは、どれ「ほど」を意味するのか（ということとは、「独自の法規を形成しない[しえない]ほど」とは、と問うてもよいだろう）とか、かかる程度は何を以てはかられ得るのかとか、（おそらく、①から④までを総合的に勘案すべきなのだろうが、敢えていえば）教育社会がさような「自律性を有する」として、そうだからといって、何故、「独自の法規を形成する」ことを承認されることになるの

か、など様々な疑問が浮かんできはしないだろうか⁷³。

さらに、いま一つには、上記④の「理由」もまた非常に含みをもつということに注目しなければならない。だが、そもそも、教育および教育行政が権力的作用であるか否かと法規の根拠の要否とはどのように関わるのだろうか。考えてみれば、教育および教育行政が全般的にみて権力的作用であったとして、それでもなお「法規の根拠がなければ制度の運営ができないというわけではない」といい得る局面があり得るかもしれない（「特別権力関係」説は、かかる局面を全面的に拡張するものといえよう）。しかし、また、教育および教育行政が非権力的作用であったとしても、「法規の根拠がなければ制度の運営ができない」局面は残るにちがいない（④は、おそらく、そうした趣旨で、「というわけではない」というのであろう）。このことは、とりもなおさず、そこで問題となる事柄如何にかかると思われる。そして、「人民の権利義務に関する行政権の発動は、すべて、法律の根拠に基き、法律の定めに従うべき」⁷⁴ことが求められる（「特別権力関係」論に対してかかる観点から批判が加えられることについては既にみた。）のだが、教育および教育行政が非権力的作用であれば、この理が妥当しなくともよいということにはならないはずである（もし、そうでないなら、「校則」等による生徒等の人権の制約・侵害を問題にする余地はなくなる）。要は、「法規の根拠がなければ制度の運営ができないというわけではない」事柄と、やはりそうした根拠を要する事柄とを見定めることが重要なのだと思われる。ちなみに、先の見解は、「具体的に慣習法の成立が指摘されるのは、学校の自治的運営・内部組織（…）およびそれと管理機関の学校管理権との関連、さらには各地域においてである」⁷⁵という。しかし、これらとて、例えば、「学校の自治的運営」一つをとっても、そこにおいては種々の要素が混在するのであるから、それらに関するさらなる分析・検討がなされねばならないはずである。

以上からは、「慣習法が教育法の分野においては重要であり、法律とならんで教育法の原始的法源をなすと解される」⁷⁶といわれる如き積極的な「理由」を見出すことができるのであろうか。筆者にとっては、①から④は、少なからず相対的で不分明な「理由」のように思われ、教育に関する何らかの事項について、いわれるところの「慣習法」が成り立たなくもないという印象はもち得ても（そして、それも事柄によるという留保をつけざるを得ないであろうが）、より積極的に「慣習法」の法源性を主張し得るとは思えないのである。

2° 次に、先にみた「慣習法」の実定法解釈論的考察に照らして、「教育慣習法」ないしそれによる規律の論

理を検討する必要がある。

この問題に関して、多分に結論的というならば、一般に「慣習法」といわれているところに対して解釈論の見地から先のような無視しがたい重要な枠づけがなされた以上は、「教育慣習法」といわれるものにも同様な概念上の限定が施されねばならないであろうと考えられる。

というのは、まず、「教育慣習法」を積極的に主張する先の見解にしたところで、「慣習法」という限りにおいては、一般に「慣習法」といわれているものの成立要件、さらには効力に関して諸説が説くところに基本的に依拠しているからである。と同時に、「教育慣習法」は、「一般の行政慣習法に対しいろいろの特色をもっていると考えられる」といわれるけれども、結局、「教育の自由と自治や、教育行政の地方自治と独立性の原理があるために、学校別慣習法や地域的慣習法の傾向が強いことに注意すべきであろう」⁷⁾といわれるだけであり、「いろいろの特色」こそ知りたいのだが、明らかにはされないのである。「いろいろの特色」が明らかになり、そして、それらが「教育慣習法」を独自のものとするに足りるならともかく、ここではさような事情はなく、従って、さしあたり、「教育慣習法」を別個に論ずる必要はないとも考えられる。

さらに、「教育慣習法」論は、その法規改廃力は、「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」⁸⁾というのだが、「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」をのりこえるというのは、まさに、法源としての「慣習法」を問題にしているわけであり、とりもおさず、解釈論のレベルで議論することを含意しているのである。となれば、一般に「慣習法」といわれているものを先に考察したところでなされた一定の枠づけが、ここでもなされることになる。

その場合、確認しておくべきは、第一に、実定法と相対的に独立した存在としての、いわゆる「慣習法」なるものは、少なくとも解釈論のレベルでは措定し得ないということ、第二に、かかる「慣習法」の根拠たる「法的確信」、いわゆる「教育慣習法」についていえば、「学校や地域など教育社会において、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」⁹⁾は、とりあえず問題とはならないということ、第三に、「慣習法」が有するといわれる制定法規改廃力は、「慣習法」が「法的確信」によって裏付けられる限り一般的に備わっていると解されるのではなく、先にみた通り、まさに場合によるということ、などではあろうか。

3° 最後に、仮に「慣習法的規律」論によったとして、そこで生じるであろう問題点を検討し、かかる論理の現実的な妥当性をみることにしたい。

ここで検討の素材としてとりあげるのは、しばしば引いてきた、次のような論理、すなわち、「人々の法的確信に支えられて成立した慣習法は、法律をはじめ成文法規を改廃する効力をも有することが、ひろく認められている」。「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」¹⁰⁾というそれである。

また、かかる論理をめぐってとりわけ問題にしようと考えているのは、「慣習法」をかように援用するについての方向性とも呼ぶべきものである。

まず、端的に言って、上の論理は、「慣習法」を援用することの正の側面といおうか、ともかく、積極的な側面に焦点が当てられているように思える。そのことは、「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」のりこえていこうとするときに「きわめて重要であろう」というところに窺えよう。

それでは、「慣習法」の援用には、そのような側面だけがあるのだろうか。それに直接触れることは後に譲るが、もちろん、上記論理とて、「慣習法」援用のいわば負の側面あるいは消極的な側面にも配慮していないわけでもなかろう。すなわち、「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」¹¹⁾というからである。

そこで、以下では、「慣習法」を援用するについての積極面、消極面に分けて論を進めてみようと思う。――

a. 「慣習法」援用の積極面

ここにおいて「積極面」なる、必ずしも熟さない表現を用いるのであるが、そもそも、「慣習法」(「教育慣習法」とか「学校自治慣習法」と呼ばれることもある。)を援用する場合には、多かれ少なかれ、こうした側面が強調されるから、一般に「慣習法」の援用が説かれる文脈に近い表現を用いれば、その意義とか可能性などといかえることができるかもしれない。

それはともかく、「慣習法」を援用するについては、先に引いた見解のほか、次のように捉えるものが存する。すなわち、「現代慣習法としての学校自治慣習法は、今日の学校運営にいかなる役割(法的機能)を果たしているのだろうか」という文脈で説かれるのだが、その

「役割」とは、第一に、「現行教育法の法論理上、教育行政当局等の権力的関与に対して、人権としての教育権保障に不可欠な『教育の自主性』、『学校の自主性』を確保すべく、『対外的自治性』を認めるといこと、第二に、「その『対外的自治』性の存在基盤ともいべき各学校内部の教職員・父母、児童・生徒等の各々および相互間に生ずる自治的規範（教育自治に固有な規範論理と規範強制力を有する『対内的自治』性）が形成されることにより、学校内における円滑な運営に寄与すること」⁶⁴だとみられる。かくいわれる第二の点は後に触れるとして、第一の点は、その趣旨に関しては、先に引いた見解と同一なものとみてよからう。さすれば、「慣習法」を援用するについては、そのみに集約されるものではないとしても、こうした対外的な自治・自主性というあたりに強調点が見出せそうである。

しかし、ここでは再び、「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」という先の見解に立ち戻ってみたい。そして、このうち、「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」場合の対象たる「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」に注目してみる必要があるように思われる。

というのは、かような「成文法規」に関しては、その違憲性・違法性が問題とはなるであろうし、また、解釈論上は、そのことをめぐって論じられれば足りると思われるからである。つまり、かような「成文法規」それ自体は、それが「教育を支配したり教育条件整備を妨げたりする」ことの故に、おそらく、この場合だったらさしあたり、憲法26条あるいは23条あたりに違背するであろうし、教基法10条1項との関係でも問題になるものと思われる。

もとより、かかる事態への対応には様々あり得るのであって、場合によっては、違憲性・違法性を主張し、訴訟を提起することも考えられるし、また、それに至らぬ段階において、あるいは、訴訟という手段に訴えることなく、まさにいわれる如く「慣習法」的に取り組まれることもあろう。だから、後者の如き場合を指して、人々の「法的確信」や「規範意識」に支えられて「慣習法」が成立しているとみること、必ずしも差し障りのあることではないかもしれない。

しかし、あくまでも、問題の焦点は、当該「成文法規」の違憲性・違法性にあるのであって、少なくとも解釈論としては、違憲・違法の疑いがある当該「成文法規」に対し、憲法・教基法等に適合した解釈を規範論理的に提示することにこそ、第一義的な任務があるものと考えら

れる。こうしたレベルとは異なるレベルにおいて「慣習法」が援用され、事実上の状態として「成文法規」がのりこえられることがあっても、そのことは、直ちには、解釈論的には実益を有さないのである。ましてや、先の見解の如きは、人々の「法的確信」やら「規範意識」やらに「慣習法」の成立をかからしめる⁶⁵けれども、予定調和的にそれが得られると考えるのは必ずしも妥当ではなく、逆に、それが得られない場合には理論的に破綻するわけであって、その限りにおいて、問題性をもっているともいわざるを得ないであろう。

また、こうしてみると、「慣習法」には、違憲・違法な「成文法規」をのりこえることが期待されるのだが、たとえ事実の上でのりこえたとしても、かような「成文法規」は、裁判所の判決によって否定されない限り、存続しつづけるのであるし、歴史上、ストライキ権をはじめとする労働法の成立過程に多くみられたような合法性獲得の「ダイナミクス」が「慣習法」の生成にどれほど期待されようと、それは論理必然的に合法性の獲得に至るわけでもないし、さらに、いわゆる「慣習法」はそれ自体として存在し得るとされる以上、むしろ、「形式的に見て“法規違反”の状態」が、その状態のまま存続する（あるいは端的にいて、放置される）ことすら考えられるのではないだろうか⁶⁶。

b. 「慣習法」援用の消極面

筆者がかかるとの側面に考え及ぶのは、いわゆる「丸刈り校則」判決⁶⁷をどのように考えるかに関わるからである。というのは、同判決は、その判決理由の中で、当事者の主張とは独自に、男子中学生の「丸刈り」を規定する本件校則を是認すべく若干の事実を認定したのだが、そこでは、本件校則は、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、といったことほかが認定されているからである。これを以て直ちに「慣習法的規律」論に接合するのは拙速かもしれないが、「慣習法的規律」論が「慣習法」を援用するところからすれば、理論的には考慮すべき点多かろうと思われる。

そこで、本件のように生徒等の人権を制約する方向で人々の「法的確信」が形成され、それに支持されて「慣習法」が成立しているといったような場合を想定してみよう。

おそらく、いわゆる「慣習法的規律」論では、こうしたいわば負の方向での「慣習法」の援用は想定されてはいないのではなかろうか。そこでは、せいぜい、「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⁸⁸といわれるぐらいであろう。とはいえ、この場合も、実は、当然のことを、やや角度を変えていっているにすぎないのではなからうか。というのは、いわゆる「慣習法」が「人々の法的確信に支えられて成立」するものなのであれば、かかる支持が減少し、あるいは、はなはだしい場合、それが消失したなら、「失効ないし不存在」を認めるのは当然のはずだからである。

しかし、本稿の想定は、この場合とは異なる。むしろ、「旧慣としての学校慣習」が支持を失うどころか、強く支持されている場合といってもよいであろう。

というところで、おそらく、「慣習法的規律」論にすれば、異論があるだろう。すなわち、「公序良俗」に反する「慣習法」は認められない、と。しかし、かような反論は論理をなさないであろう。というのは、いわゆる「慣習法」を認める立場にあっては、「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習」であって一定の要件を充たすものに限って「法律ト同等ノ効力ヲ有ス」という法例第二条に先立ち、かつ、独立して、「慣習法」は存在すると解する⁸⁹わけであるから、「公序良俗」に反するか否かという裁判所の判断を受けることなく、あるいは、「公序良俗」に反するという判断を受けたとして、「慣習法」は存続し得るといわなければ、論理として平仄があわなくなると考えられるからである。

また、人々の「法的確信」が常に「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」などという、敢えていえば憲法や教基法に適合的な方向で形成される保障などないのではなからうか。あるいは、いわゆる「慣習法」を承認する立場では、「規範意識」「法的確信」に全幅の信頼を寄せるけれども、「慣習法」が成立するか否かは、どんな内容の「規範意識」「法的確信」であっても、ひとえに、それらが「実在している」か否かにかかるのみなのではなからうか。

こうしてみると、憲法や教基法に反する「慣習法」も、人々の「法的確信」に支えられることにより、しかも、憲法や教基法とは独立して、存続することになると考えることも可能になってこよう。まさに、こうした状況は、先に「慣習法」援用の積極面に関し、違憲・違法な「成文法規」はそのままだに、「形式的に見て“法規違反”の状態が人々の規範意識に支えられつつ」存続するのではとみたのとは裏腹に、実質的にみて「“法規違反”の状態」が同様に存続することにほかなりはしないだろう。

筆者にしてみれば、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」⁹⁰だと思われるのだが、こうして人々の「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があるのではないだろうか。そもそも、「人身の自由にも連なる私生活の自由に属する」髪型の規律は「生徒や父母の基本的な合意に根ざして慣習法的になされているのでなければならぬ」⁹¹などとして、「人権」の制約を「合意」や「慣習法」に委ねてしまう発想そのものが、奇異に感じられてしかたがないのではあるが。

4 おわりに

以上、本稿は、二つの部分から成る。

一つは、普通、「在学関係」論として語られるものは、確たる実定法上の根拠をもたずに論じられているということを確認することに主眼がおかれる。

いま一つは、かかる理論状況を打開するために、「慣習法」を援用することが妥当なのかどうかを検討するものである。

これらを通して、ここでいえることは必ずしも多くはないのだが、おそらく、いわゆる「慣習法」まで動員して論ずる（論じざるを得ない）ことの背景には、やはり、生徒等の規律というレベルでの法論理の精緻化では足りず、それを支える根拠の問題があるのではないだろうか。

それに関して、いわゆる「特別権力関係」説は、法令の格別の根拠なしに論理を構成するというかたちで、この問題をバイパスするのだが、それに対しては、当然ながら批判が加えられる。その要点は、法治主義の原則ではあろう。しかし、かようにして批判を加える立場にも同じことが問われはしまいか。「在学関係」を「在学契約関係」と捉えるとして、そして、私立学校についてそのことが妥当したとして、国公立学校にも妥当するものなのか、その根拠は何か、と。

私立学校当局が有する包括的権能が国公立学校のそれと「共通する」ものとみえたとして、そのことを以て、直ちに、「在学関係」成立の論理まで「共通する」と解してよいのだろうか。私立学校も教基法6条1項により「公の性質」をもつとされるのではあるが、それと、私立学校が全くなくなったとしても依然として憲法26条1項の「教育を受ける権利」を保障する義務を負う国・地方公共団体が設置する国公立学校とを同列におくことはできるのであろうか。そこまで問題を詰めるのが本稿の意図なのではないが、筆者自身にとっての一つの課題という意味もこめて触れておく。

他方、教育法学における通説とも思われる「在学契約関係」説ではあるが、そのなかでも、特に「慣習法」的な論理構成がいかなる得失をもつかに、筆者は関心を有する。それは、そもそも、何故、「人権」が「慣習法」的に制約され得るのかというところに発するのだが、とりあえず、本稿では、この問題を「慣習法」援用の積極・消極の両面を検討することによらしめた。筆者としては、前出「丸刈り校則」事件が、仮に、ある地方において社会的承認を受けている髪型を禁止するが如き校則をめぐって生じているのなら、当該地方の人々の「法的確信」やら「慣習法」やらを援用するに吝かではないのだが、本件に即して考えると、「慣習法的規律」論では「人権」制約的に働く危険性があると思ひ、そこから当該論理の妥当性自体に考え及んだのではある。

最後に、印象批判になってしまうかもしれないが、こうして、「契約」や「慣習法」のように、個々人やそれらから構成される人々のレベルに問題を引きおろして考えると、民法学等の成果によって緻密な議論が展開され得るようにもみえるのだが、他方では、国が国民に対して保障すべき「教育を受ける権利」といった私人と国との関係が視野に入りにくくなるようにも感じられてしまうのである。

註

- (1) 「座談会・校則問題を考える」『ジュリスト』912号(1988年)6頁〔塩野宏発言〕。
- (2) 伊藤進「教育法と民法の交錯・2」『季刊教育法』30号(1978年)151—152頁。加藤永一「学校教育契約」遠藤浩・林良平・水本浩監修『現代契約法体系第7巻』(1984年)255頁以下。新美育文「在学契約」伊藤進編著『契約法』(1984年)255頁以下。なお、伊藤前掲論文153—156頁では、「在学契約関係」の法的な性質をめぐる諸学説の分類、および、かような契約が私法上のものなのか教育法上のものなのかという検討がなされる。
- (3) 田中二郎『新版 行政法 上巻 全訂第二版』(1974年)89—95頁。原龍之助『公物營造物法〔新版〕』(1974年)384頁以下(特に、408—415頁、435—447頁)。また、室井力『特別権力関係論』(1968年)399頁以下。
- (4) 最三小判昭52・3・15民集31巻2号234頁以下(いわゆる「富山大学単位不認定等違法確認訴訟」上告審判決)。
- (5) 大野拓哉「学校生活と子どもの人権」『弘前学院大学・弘前学院短期大学紀要』24号(1988年)33頁以下。
- (6) 兼子仁『教育法〔新版〕』(1978年)410頁以下。
- (7) 菱村幸彦『生徒指導の法律常識』(1977年)26—28頁。兼子前掲書431—433頁。なお、前者は「生徒指導」、後者は「生活指導」の語を用いる。また、か

かる「指導」の領域に関し、兼子前掲書431—432頁は「小・中・高等学校での生活指導」として、(a)担任教師の学級活動としてのその他、(b)学校行事、(c)クラブ活動、(d)児童・生徒会活動の助言指導を挙げ、(a)を分かつて、①授業中の行動指導、②ホームルーム、③給食指導、④進学指導、⑤個人生活行動の指導等とする。本稿では「生活指導」の語を用い、他方、上記(a)⑤の領域(それは「出欠状態・身だしなみ・政治活動をふくむ生活行動の指導」であるという。兼子前掲書431頁。)を主として念頭におく。

- (8) 兼子前掲書410頁。
- (9) 熊本地判昭60・11・13 行集36巻11=12号 1875頁、『判例時報』1174号(1986年)48頁。千葉地判昭62・10・30『判時』1266号(1988年)81頁。高知地判昭63・6・6『判例タイムズ』668号(1988年)252頁、『判時』1295号(1989年)50頁。
- (10) 大野前掲論文39頁。
- (11) 菱村前掲書19—22頁。
- (12) 例えば、市川須美子「校則裁判と生徒の権利保障」『ジュリスト』918号(1988年)56—57頁における定義の試み(のみならず、そこで検討を加えられる諸見解も)参照。また、高野桂一『生徒規範の研究』(1987年)によると、「『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。)」(同書7頁)ともいわれる。;「校則」の実例としては、前掲『ジュリスト』912号18—21頁、坂本秀夫『生徒規則マニュアル』(1987年)、日本弁護士連合会『自由と正義』36巻9号(1985年)89頁以下、等参照。;なお、本稿では、定義するというよりは以下のようなものを「校則」として想定しておくことにする。すなわち、それは、市川前掲論文の定義によるところの「各学校で生徒の生活、行動を直接かつ継続的に規制する生活指導上のきまり」(同論文57頁)よりは広く、高野前掲書によるところの広義の「校則」よりは狭く、同書の用語法に従えば(「本来的には内面的な心がまえとしての倫理規範である」「生徒心得」と「法規範としての」「生徒規則」を併合する場合に広義に呼ぶところの)「生徒規範」(同書4—5頁)と称されるものである。
- (13) 兼子前掲書431頁。
- (14) 同書416頁。
- (15) 田中(二)前掲『行政法 上巻』89—90頁。
- (16) 兼子前掲書400頁。

- (17) 室井前掲書346頁以下。なお、「特別権力関係」論を維持する論者にあっても、かかる批判は無視し得ないところであろう。そうした対応を示すものとして、田中(一)前掲『行政法 上巻』94—95頁〔注(2)および(3)]参照。また、併せて、原前掲書414頁参照。
- (18) 田中(一)『行政法総論』(1957年)226頁。
- (19) 室井前掲書374—375頁。
- (20) 最三小判昭52・3・15〔本稿注(4)]。なお、国立大学に関わる本件とは事案が異なり、また、「部分社会」なるものへの明示的な言及はなされていないが、いわゆる「昭和女子大事件」上告審判決(最三小判昭49・7・19民集28巻5号790頁以下)では、次のようにいわれる。すなわち、「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を目的とする公共的施設であり、法律に格別の規定がない場合でも、その設置目的を達成するために必要な事項を学則等により一方向的に制定し、それによって在学する学生を規律する包括的権能を有する」と。これら二つの判決では、大学が包括的な権能をもつということによって導かれる結論の論理的次元の違いはあるが、『「国公立であると私立であるとを問わず」、一定の団体の内部事項には一般市民社会のルールが適用されない、ということをもとめる点で、両者は基本的に共通している』(樋口陽一「社会的権力と人権」『岩波講座 基本法学 6』(1983年)368頁)という指摘は重要であろう。
- (21) 佐藤幸治「『部分社会』と司法審査」樋口編『憲法の基本判例』(1985年)193頁。
- (22) 最大決昭28・1・16民集7巻1号12頁以下(いわゆる「米内山事件」最高裁決定。とりわけ田中耕太郎少数意見)。併せて、田中(耕)『法律学概論』(1953年)17—25頁。
- (23) 佐藤(幸)前掲『基本判例』195頁。
- (24) 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 3』(1983年)373頁。
- (25) 伊藤前掲『季刊教育法』30号156頁。
- (26) 新美前掲『契約法』256—257頁。ちなみに、ここでは、主たる見解の概観として四説に分類されている。すなわち、それらを類型化すると、第一は、「在学契約を(私法上の無名契約であることを超える)教育法上の特殊契約ととらえる説」であり、第二は、「学生たる身分の取得のための契約ととらえる説」、第三は、「私法上の無名契約たる附合契約ととらえる説」であるという。なお、同所では、第四説として、「在学契約を人的信頼関係を基礎とした継続的債権契約たる私法上の無名契約としたうえで、それは、賃貸借契約、請負契約、学生身分取得契約、というような様々な要素を包括する契約であるとともに、附合契約的な性質をも部分的に有する契約であるとする説」(本稿注(20)文献343—344頁参照。)を挙げ、留保つきながら、「在学関係が教育を目的として様々な要素を包摂していることを率直に認めるならば、第四説が妥当だというべきであろう」という。しかし、当の第四説主張者の方は、新美論文以前に既に、本稿注(20)の引用のように改説していた(伊藤前掲『季刊教育法』30号159頁〔注(初)]。そのことを銘記して参照されたい。また、その他三説それぞれについては、ここでは出所は割愛する。新美同所を参照されたい。
- (27) 兼子前掲書408頁。
- (28) 伊藤前掲『季刊教育法』30号158頁。
- (29) 兼子前掲書408頁。
- (30) 伊藤「各種の無名契約」稲本洋之助・中井美雄・伊藤・他『民法講座 5 契約』(1978年)327頁以下。
- (31) 伊藤前掲『季刊教育法』30号152頁。
- (32) 兼子前掲書405—406頁。
- (33) 有倉遼吉・天城勲『教育関係法Ⅱ』(1958年)92頁〔有倉執筆)。
- (34) 最大判昭51・5・21刑集30巻5号615頁以下。
- (35) 森田明「教育判例と『学習権』概念」日本教育法学会編『講座教育法 2 教育権と学習権』(1981年)164頁。
- (36) 堀尾輝久「学習権論の教育学的基礎」前掲『講座教育法 2』34頁。
- (37) 同書34頁。
- (38) 東京地判昭54・3・28『判時』921号(1979年)20頁以下。
- (39) 例えば、奥平康弘「内中書裁判と教育裁量」『法律時報』53巻8号(1981年)68—69頁、森田「教育評価権制約の論理と『学習権』」『ジュリスト』694号(1979年)65頁、など。
- (40) 伊藤前掲『季刊教育法』30号156頁。
- (41) 伊藤「教育法と民法の交錯・3」『季刊教育法』34号(1979年)124—125頁。
- (42) 本稿注(2)諸論文参照。
- (43) 伊藤前掲『季刊教育法』30号152頁、室井前掲書403頁。
- (44) 伊藤前掲『季刊教育法』30号156頁。
- (45) 兼子前掲書410頁。
- (46) 高野「教育基本法と学校現場に根ざす法創造」『日本教育法学会年報第17号・教育基本法40年の現実と課題』(1988年)49頁。なお、同論文では、「教育基本法下の戦後の教育法の本質に見合って、新しく『法社会学的方法』が開発され、すぐれて学校現場の法創造を促し、学校の生徒規範体制を前向きに再構成していくことこそが、今日の問題解決をいっそう活性化するのはないだろうか」としたうえで、かような「問題意識にもとづく試論的提案を行う」という(51頁)。かかるところ、「真の意味で生徒規則の規範内容が見直されようとするならば、今日いわれているように、それが単に敵しいとか、そうでないとか、人権侵害になるとか指摘する以上に、じっくりと歴史的法則や問題性に照して具体的に分析し考察する手だてをまず講ずる」必要がある(61頁)といわれる。そこで、かかる観点に立つてのアプローチの「実践的効用」(本稿としては、実は、これにこそ関心があるのだが。)ということになると、まず、「法社会学の容観的科学的認識が教育裁判や教育行

「在学関係」の考察

政執行上の、または学校自体の法解釈に素材として取入れられて実践的に役立つことが挙げられる。だが、それにもまして、「学校現場の校長や教師がこの法社会学的方法をもってする価値は、むしろ、この方法がもつ固有の科学的認識方法をもって、日常の生徒規範問題をより本質的に実践場面の一コマにそくして分析し、解決の方途を編み出すという点にこそあり」、「その意味で、この方法論的効用にははかりしれないほど大きなものがあると思われる」（66—67頁）という。しかし、思えば、これらは、ことのほか慎重しやかではないだろうか、生徒規則が「人権侵害になるとか指摘する以上に、じつくりと」分析・考察するに比して。

- 47 兼子前掲書38頁。
 48 同書38頁。
 49 我妻栄『新訂 民法総則』（1965年）17頁。
 50 田中(耕)前掲書282—284頁。
 51 美濃部達吉『法の本質』（1948年）152頁。
 52 田中(耕)前掲書284頁。
 53 団藤重光『法学入門』（1973年）161—162頁。
 54 田中(耕)前掲書285頁。
 55 我妻前掲書19頁。
 56 田中(耕)前掲書285頁。
 57 川島武宣『民法総則』（1965年）22頁。
 58 同書23頁。渡辺洋三『法社会学研究 4 財産と法』（1973年）308—309頁。
 59 団藤前掲書161頁。
 60 田中(耕)前掲『行政法総論』151頁。
 61 団藤前掲書160頁。
 62 美濃部前掲書151—152, 154頁。
 63 我妻前掲書252頁。
 64 川島前掲『民法総則』252頁。
 65 同書253頁。
 66 我妻前掲書253頁。
 67 団藤前掲書162頁。
 68 我妻前掲書252—253頁。
 69 川島前掲『民法総則』24頁。
 70 末弘巖太郎『民法雑記帳(上)』（1953年）60頁。
 71 我妻前掲書253頁。
 72 兼子前掲書37頁。
 73 ②の「理由」について：「妥当な」とは何を以ていうのか。妥当であったり、妥当でなかったりする場合は、それぞれどのような事柄に関するどのような場合であるのか、等々。；③の「理由」について：「成文法が存しない」というが、それはどういう場合であって、また、解釈論では対処し得ないものであるのか、等々。
 74 田中前掲『行政法総論』190頁。
 75 兼子前掲書37頁。
 76 同書37頁。
 77 同書37頁。
 78 同書38頁。
 79 同書38頁。
 80 同書38頁。
 81 同書39頁。
 82 喜多明人「学校自治慣習法の形成と意義」日本教育法学会編『講座教育法 5 学校の自治』（1981年）49—50頁。
 83 「慣習法」についての法社会学的分析としては、川島『近代社会と法』118頁以下（「規範意識」あるいは「法意識」については、同書132—138頁参照。）
 84 本稿注48参照。
 85 本稿注9熊本地判。
 86 兼子前掲書39頁。
 87 本稿注59および60参照。
 88 戸波江二「丸刈り校則と自己決定権」『法時』58巻4号（1986年）96頁。
 89 兼子前掲書411頁。