

教育制度と慣習法

—— 就学校指定と「教育慣習法」の成否 ——

大 野 拓 哉

目 次

- 1 はじめに
- 2 就学校指定をめぐる法律関係と慣習法
- 3 「教育慣習法」論による仮設的検討
- 4 慣習法の捉え方
- 5 「教育慣習法」の成否
- 6 おわりに

1 はじめに

教育法学においては、いわゆる「教育慣習法」に法源性を承認する以下のような見解が存する。いわく、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場合ではあるところ、「これを教育慣習法について言えば、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”という規範意識が実在している必要がある」。さらに、今日の法学上、かように人々の法的確信に支えられて成立した慣習法が法律をはじめ成文法規を改廃する効力をも有することは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」⁽¹⁾という。

ところで、筆者は、かつて、このように法源性を承認される「教育慣習法」を前提とした、学校内における学生・生徒などの規律に関する「慣習法的規律」論とでも呼ぶべき見解を検討したことがある⁽²⁾。ただし、それは、「教育慣習法」なるものに触れつつも、いずれかといえば、直接的には、「慣習法的規律」論の機能の側面に着目した考察であったといえよう。

しかし、本稿では、一つの事例をとりあげたうえで、上記のように説かれる「教育慣習法」が成り立ち得る余地を検討してみようと思う。従って、以下の論述は、まず、検討に際しての素材となる事例を提示し、これを仮設的に「教育慣習法」の立場に抛って解釈すべく試み、次いで、慣習法一般の検討を経て、「教育慣習法」自体の成否の検討へと展開していくことになろう。

2 就学校指定をめぐる法律関係と慣習法

まず、検討のための素材を提示する。—— Y町A地区に居住する甲が小学校の就学年齢に達し、Y町教育委員会からY町立B小学校への入学期日の通知を受けたところ、甲の両親 X_1 、 X_2 は、甲をB小学校にではなく、隣接のZ町立C小学校に就学させるべく、一方で、Y町教育委員会に対しては本件処分の取消を、他方で、Z町に対しては甲をC小学校に就学させる権利の確認を求めて、行政訴訟を提起するに至った⁽³⁾。——

本件については、さしあたり、Z町に対する確認請求がいかなる種類の行政訴訟に当たるか（実質的当事者訴訟なのか、無名抗告訴訟なのか）ということ⁽⁴⁾、および、就学に関する法律関係について慣習法が成り立ち得るのか否かということ⁽⁵⁾が、それぞれ、論点となり得る。しかし、本稿では、課題との関係から、当然のこと、後者の論点にのみ触れることになる。

さて、判決に現われたところによると、本件において原告は以下のように主張したものとみられる。すなわち、原告らの子どもは、原告らの地区に住所を有することにより、隣接するZ町立C小学校に就学することができる権利を慣習法上取得している、あるいは、Z町教育委員会が原告らの地区の子どもの区域外就学を承認するか否かの裁量権行使にあたり承諾し続ける旨の慣習法が成立している、といった内容であろう。

（この間の事情は、本件に先立ち、原告らの居住する地区の五歳未満の子をもつ親らが、C小学校への従前同様の就学を確保すべく、Y町、Y町教育委員会、Z町、Z町教育委員会を相手取って、その子らを将来C小学校、Z町立D中学校に就学させる権利の確認を求めて提訴した際にも主張されたものとみえる⁽⁶⁾。）

これに対して、裁判所は、「一般的には、公法上の法律関係であっても、長年にわたる行政上の慣行等によって国民の権利を保護するとの見地から慣習法が成立することもないとはいえないが、公権力の行使を内容とする公法上の法律関係については、そもそも具体的な法令上の根拠がなければ行政権を行使することができないものであるから、法律による行政の原理を基本原則とする現行法制度の下においては、慣習法が成立

する余地はないといわざるを得ないし、右の理は、法例=条の趣旨に照らしても明らかである」との見地に立ち、学齢児童の就学をめぐる法律関係は公権力の行使をその本質とするものであるから、そこに慣習法の成立する余地はない、と判示する。

ところで、子の就学をめぐる法律関係をみると、日本国憲法26条2項によって国民に課されるところの、「保護する子女に普通教育を受けさせる義務」は、まさに「法律に定めるところにより」、現行法制度上は、「九年の普通教育を受けさせる義務」（教基法4条1項）、すなわち、学齢児童・生徒を小・中学校へ就学させる義務（学教法22条、39条）として具体化される。そして、親その他の保護者による当該義務の履行を監督する行政は、市町村・特別区の教育委員会に対して国から機関委任されている（地方自治法別表第四の三（一）、（五）の二）。

これに対応して、市町村・特別区教育委員会は、毎年10月末日までに、10月1日現在当該区域内に住所を有する翌学年の就学予定者の学齢簿を作成し（学教法施行令1条、2条、同法施行規則30条、31条）、さらに、翌年1月末日までに、そこに記載された就学予定者のうち、当該市町村・特別区の設置する学校以外の学校に就学させる旨保護者から届出のあった者（施行令9条）、健康診断の結果判明した盲者、聾者等を除く全ての就学予定者に対して、入学期日の通知、および、就学すべき学校の指定を行わなければならない（施行令5条）¹⁷⁾。このような就学校の指定は、「就学校との関係において具体的な就学義務を発生せしめる行政処分」と解され¹⁸⁾、かくして、先の判決がいうところから従えば、就学校の指定が公権力の行使を本質とすることが確認される。

しからば、慣習法を認める立場では、公権力の行使を本質とする法律関係と慣習法との関係はどのように解されるのであろうか。

そこで、行政法における慣習法の成立を認める、次のような見解¹⁹⁾をみておきたい。それによれば、「国家の権力に基いて法たる制定法と、事実上の慣行に基いて法たる慣習法とが、共に、原始的法源（…）として並び存在する」といわれる。その理由は、制定法主義をとる現代国家において制定法が国家法秩序の大部分を占めることは否定し得ないということをも以てして、「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を含めて——が、広く一般の法的確信を得て法となることを無視することはできない」というところに求められよう。

とはいえ、この見解によっても、實際上、行政法としての慣習法の成立は稀でさえあるといわれる。その理由は、一方では、行政法において制定法主義がとられ、法律による行政の原理が基本原理として行われ、従って、「法律によらない、法律に反する行政が長年にわたり慣行として行われることを妨げ、また、そうした行政が一般の法的確信を得るまでに至ることは、甚だ稀である」ことに、他方では、行政の自由な裁量による場合にも、「そこには具体的事情の相違や事情の変遷に即応して措置されることが期待されているわけで、一般的法的確信を得るような慣行が生まれることは、そう多くない」ということに求められる¹¹⁰⁾。

この限りでいえば、かような見解によっても、本件判決が、「公権力の行使を内容とする公法上の法律関係については、そもそも具体的な法令上の根拠がなければ行政権を行使することができない」と判示するところは、基本的には是認され得るものと考えられる。

しかし、事情はそれほど簡単ではないようにもみえる。というのは、先のごとき見解は、慣習法もまた制定法とともに原始的法源たり得ると解するわけだが、その場合、慣習法が国家法秩序の一環として強制力をもって実現され得るためには、慣習法としての要件の具備如何を最終的には裁判所の判断に委ねるべきものとするとはいえ、制定法もまた慣習法同様に、かような操作を経る必要があることを説くからであり、さらに、「行政に関する長期にわたる事実上の慣行が人民の法的確信——これを国法として遵守しなければならないという意識——を生ぜしめ、これによって、その事実上の慣行が慣習法にまで高められ得るのであり、かような要件を與えた慣習法は、国家法の一環として、人民はもちろん、裁判所や行政庁のような国家機関をも拘束することとなる」とまで解する¹¹¹⁾からである。

もとより、この見解も、さしあたり、法律による行政の原理を真正面から否定するものとはいえない。すなわち、一応は、制定法の未整備、欠缺、法令相互の矛盾抵触といった場合に、「慣習行政法が生まれたり、また、法の内容が裁判所の判例や行政庁の実例等によって明確にされ、それがたびたび繰り返えされるうちに一般の法的確信を得るようになったりすることも少なくないし、地方的な慣習が慣習法にまで高められる例も決して稀ではない」¹¹²⁾という。

しかし、他方で、広く一般の法的確信を得て成立した慣習法は、「国家権力に基づく制定法（特に法律）と並ぶ原始的法源と認められるべきもので、慣習法によって制定法を改廃することも固よりあり得べきことといわなければならない。長年にわたる事実上の慣行が社会

一般の法的確信によって支えられて慣習法が成立するとともに、これと矛盾する制定法がこれを支持する法的確信を失って、もはや法として妥当しなくなるということは実際上にあり得ることである⁽¹³⁾との論述に接するとき、そこにおいて、なるほど真正面からの否定ではないにしても、法律による行政の原理との関係で微妙なものが存することは確かであろう。すなわち、この原理を、とりあえず、「行政活動は法律の定めるところにより、法律に従って行われなければならない、という原則」⁽¹⁴⁾と捉えたとすれば、先の慣習法理解によるなら、上記の定義にいう「法律」自体が慣習法によって改廃されることとて想定し得ないことではないからである。

かくして、かような想定からすれば、本件判決の判示するところとは異なり、就学校の指定が公権力の行使を内容とする法律関係であったとしても、そこにおける慣習法の成立は、あながち否定されるものでもなくなるかもしれない。

3 「教育慣習法」論による仮設的検討

本件就学校指定を慣習法の成立如何という観点からみると、以上のような相反する二つの帰結がもたらされ得るとも考えられるのだが、然らば、仮に、「教育慣習法」論を展開したなら、いかなる帰結がもたらされ得るだろうか。ただし、あらかじめ、若干の点について、ことわっておく必要がある。

一つには、本稿冒頭に紹介したところでも明らかなように、「教育慣習法」論は、基本的には、以上でみた慣習法なるものの把握を踏まえていると考えられるのだが、そうかといって、慣習法に対する「教育慣習法」の独自性には、必ずしも分明ならざるものがあるようにも思える。そのあたりは、ある程度、以下の論述から知られるかもしれない。すなわち、慣習法が教育法の分野において重要であり、法律と並んで教育法の原始的法源をなすと解される理由として、次のようなものが挙げられている。いわく、①教育社会は独自の法規範を形成するほどの自律性を有すること、②現行教育法では教育に対す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に法制が整備されてきたとはいえ、いまだ成文法の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、などが理由とされる⁽¹⁵⁾。

ところで、③にいわれる法の欠缺の問題それ自体は慣習法一般の成否の問題と事柄を同じくすると思われるし、④の点も、非権力的行政作用一般の問題として、法律による行政の原理が適用されないということを含意していよう。その限りで、これらの点だけで「教育慣習法」の独自性を根拠づけ得るとは考えられない。おそらく、その他の点こそが「教育慣習法」の成否にとって特有の条件になろう。すなわち、教育社会の自律性(①)、教育ないし教育事項の自律性(②)としてであり、また、これらを踏まえて、「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」⁽¹⁶⁾とされるのであろう。しかし、ここでは、「一般の行政慣習法」に対する「いろいろの特色」こそが知りたくなるのだが、それが明らかにされているとは思えない。とはいえ、「教育慣習法」の独自性を求めるために教育や教育社会、教育事項そのものの独自性を求めたとしても、両者は存在の地平を異にするはずだから、後者から前者が直接に導き出されるとも考えられないであろうが。

さて、次にことわっておかねばならないのは、以下では「教育慣習法」論に拠ったものとして論じていくことにはなるけれども、そうした問題設定自体は、あくまでも、仮に、かような論理を用いたならば、いかなる帰結がもたらされ得るかを知るべく、筆者が設定したものだけということである。

「教育慣習法」を認める先の論者が、特に本件のように「区域外就学の承諾や指定校変更の手続によることなく通学区制の制約を免れる手段を用いて住所地の学区外にある学校へ入学する」事態として想定しているのは、いわゆる有名校へ児童生徒が集中して社会問題化しているような「越境入学」の場合である⁽¹⁷⁾。この論者は、真に児童生徒の住所が移って適法な住民登録がなされている場合とは区別して、いわゆる空寄留・架空住民登録に基づく「越境入学」は、まず住民基本台帳法違反であり、ひいては、学校教育法令上も違法であるといい、事実調査の結果、不正登録が判明すると、住民票の削除、学齢簿の加除訂正および就学校指定の取消・変更処分がなされることになる⁽¹⁸⁾という。しかして、この論者の、こうした事態に対する態度は、以下の通りである。いわく、「かような違法の“越境入学”に対しても、通達等により全国的に一定の客観的認定基準を立てて対処することが必要であろう。と同時に、適切な教職員配置と施設設備の充実によって越境入学の原因である学校差の解消に努める教育行政施策が重要であることは、言うまでもない。また親としても、越境入学が真に子どもの学習権を保障するゆえ

んであるかどうか、居住地域の子どもたちと共に学ぶ学校の教育を充実させていく途はないものかを、考えぬいていく必要がある」との見解が示される。

判決にみられる限りでいえば、本件の場合、上で想定されている場合とは事情が異なろう。まず、本件の区域外就学は空寄宿や架空住民登録によるのではない。むしろ、行政区分とは無関係に密接不可分に結びついた地域社会を歴史的に形成してきたと主張される当該地域に居住していることの故に、隣接する町の町立小学校への就学を求めるというものである。この点に関する限り、かの論者が、「居住地域の子どもたちと共に学ぶ学校の教育を充実させていく途はないものかを、考えぬいていく必要がある」という場合の、まさに「居住地域の子どもたちと共に学ぶ」ということが問われているともいえよう。(また、子どもの「学習権」に関しては、本件に先立つ訴訟で、原告側によって、次のような主張がなされた。いわく、「そもそも通学区は、子どもの教育を受ける権利を具体的に保障するように設定されるべきであるから、それにより特定の子どもの権利が損われるような場合には、子どもは行政区を越えて別の行政区の学校に就学することを憲法上保障された具体的権利として教育行政当局に要求できるというべきである。’)こうしてみると、本件は、「通学区の運用を誤り地理的理由や児童の身体的理由等から他学校に入学する場合に比して児童や保護者に過重な負担を生ぜしめる場合」たる「不当な就学校指定処分」⁽¹⁹⁾にも相通ずる要素をもつといえよう。

いずれにしろ、以下は、「教育慣習法」を認める先の論者が想定していない場合を論ずるものである。

こうしたことわりを列ねたところで、繰り返し述べてきたように、「教育慣習法」なる概念を用いて仮設的に本件の解釈を試みるなら、おそらく、以下のように推論し得るのではないかと考える。すなわち、<「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ぬ”という規範意識が実在している」場合には「教育慣習法」が成立し、こうして成立した「教育慣習法」は法律をはじめ成文法規を改廃する効力をも有するところ、本件においては、原告らの地区の子どもが、Y町立B小学校にではなく、隣接するZ町立C小学校に就学し得ること、あるいは、Z町教育委員会が原告らの地区の子どもの区域外就学を承認するか否かの裁量権行使にあたり承諾し続ける旨の規範意識が実在している。従って、原告らの子どもはC小学校に就学し得、あるいは、Z町教育委員会はそれを承認しなければならない。>といった立論になろう。

とはいえ、実在すべきものとされる法的確信ないし規範意識をいかにして知るかについては、一言しておく必要がある。というのは、いわゆる慣習法の存在それ自体は、成文法とは異なり、明確でない場合が多いと思われるからである。しかし、ここでは一応、「法例第ニ条の慣習についても民法第九二条の慣習についても、慣習は裁判所に知れたものを除いて、当事者において立証責任を負い、ただ裁判所において職権で調査することができる」⁽²⁰⁾としておく。

ともかく、上記のような趣旨の主張をし得るやもしれない点を、さしあたり、「教育慣習法」論の可能性とでも称しておきたい。

しかし、果たして、慣習法、あるいは、「教育慣習法」の議論は、このように発展させられ得るものなのだろうか。

4 慣習法の捉え方

以上では、いずれかといえば、慣習法や「教育慣習法」の主張を承認し得るものと仮定して論じてきた。あるいは、少なくとも、その成否を問わないできた。しかし、そもそも、慣習法の成否については議論の余地がある。そこで、以下においては、慣習法なるものの主張に立ち戻って検討することにした。

まず、慣習法とはいかなるものとして主張されているかを、改めて、みておきたい。すると、ごく概括的には、「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」⁽²¹⁾とか、「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」⁽²²⁾などとして捉えられる。

この場合に、諸説に共通して求められ、また、それらの特徴をなすとも思われるのは、「法的確信」といった要素の存在である。すなわち、慣習法たり得るためには、「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いなければならぬ」⁽²³⁾といわれ、また、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」⁽²⁴⁾ともいわれる。

ことを慣習法の成立にかからしめるなら、「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」⁽²⁵⁾との主張に連なろう。

そうであるなら、このようにして成立するものとされる慣習法は成文法に対していかなる関係を有すると捉えられるのか。これについては、「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」⁽²⁶⁾し、また、裁判所の判断は「社会生活中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」⁽²⁷⁾といわれる。要するに、慣習法は国家法に先行して存在し、国家法による承認とは独立して、慣習法それ自体として存続し続け得ると解されているとみられる。

他方で、かような慣習法の主張は、いま一つの特徴として、成文法をなにかが変容させ得ることの承認を含む。すなわち、「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の優劣があるわけではない。慣習に国家法として効力を認めるためには、それが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ないといえ、「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には、その法的性格を否定する根拠は、どこにもない」ばかりでなく、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」⁽²⁸⁾との論述において、上記の趣旨は明らかにされる。

このような慣習法の主張を前にして、ここでは、慣習法と制定法の関係、そして、慣習法による制定法の改廃如何の問題に分けて議論を整理してみたい。

まず、慣習法と制定法の関係については、実定法解釈論としていえば、法例第2条を無視するわけにはいかない。ちなみに、法例第2条は、「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ラレ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」と規定する。要するに、法例第2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って、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、それを充たす慣習は「法律ト同一ノ効力」を有すると規定している。これを以て、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」⁽²⁹⁾で慣習法が規定されたということもできようけれども、しかし、法例第2条の文意は、「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、単に(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」⁽³⁰⁾のである。

このことは、制定法とは相対的に独立したものたる慣習法を措定する立場においても、「法例第2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」⁽³¹⁾として、一応は是認される。しかし、この立場は、あくまでも、「法的確信」による裏づけを慣習法成立の要件として重視し、そのことを、しばしば、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する。すなわち、民法92条の慣習は「法例第2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」⁽³²⁾といわれると、あるいは、「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味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」⁽³³⁾といわれるとを問わない。

ここでは、本稿の論述に必要な限りで、法例第2条にいう慣習と民法92条にいう慣習との関係について触れておきたい。

すると、民法92条は、「法令中ノ公ノ秩序ニ関セサル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行為ノ当事者カ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ従フ」と規定する。すなわち、同条は、(i)その内容が法令中の「公ノ秩序ニ関セサル規定」(任意法規)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している。

ここからして、法例第2条の慣習との間で整理を試みるならば、法例第2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がって慣習規範にもとづく裁判規範の定立」⁽³⁴⁾という仕方

で、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」のであり、およそ、「慣習が社会生活の半面で事実上の拘束力ないし『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」⁽³⁵⁾と解される。しかも、後にみるように、法例第=条にいう慣習をして「慣習法」とするのに対し、民法92条にいう慣習は「事実たる慣習」にすぎないと解するならば、そう解すればこそ、むしろ、それらが制定法を改廃し得るか否かの問題に関わって、前者は任意法規にさえ反し得ないのに対し、後者はそれを排し得るという「注目すべき現象」⁽³⁶⁾に逢着せざるを得なくもなる。

さて、次には、慣習法なるものが制定法を改廃し得るか否かという問題をみよう。すると、端的に実定法解釈論としていえば、法例第=条によるなら、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、それが単なる任意法規である場合であっても、慣習は法律としての効力を認められない、つまり、制定法を改廃し得ないということになる。しかし、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すれば、こうした結論は受け入れ難いところとなろう。そこからして、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同じく政策的理由から慣習に法的性格を承認し得る場合が存在するはずであることが主張されるのは、既にみたところである⁽³⁷⁾。ましてや、この立場にとって、法例第=条にいう慣習が上記のようなものであるにとどまるのに対して、民法92条のいわゆる「事実たる慣習」が法律行為の内容となって任意法規に優先し得ること、以て、「法としては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得ざるに反し、低度のものがかえって任意法規に優先する」⁽³⁸⁾といった「注目すべき現象」⁽³⁹⁾は、よく肯じ得るところではないはずである。

しかし、こうした議論自体には混乱があらう。そもそも、法例第=条が規定するところによれば、慣習が「法律ト同一ノ効力」を有するのは、①慣習を裁判規範にすべきものと法令自体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、これらの場合に関する限り、制定法とで効力が競合する関係にはないから、強行法規であるとか任意法規であるとか、あるいは、制定法を改廃し得るか否かということとは、とりあえず問題にはならないはずなのである。なお、ちなみに、民法92条が定めるところをみれば、慣習が裁判規範となるのは、

③法令中に規定があり、かつ、その規定が任意法規である場合であり、ここからすれば、法例第=条が想定するものと合わせて、これら三つの場合は相互に排他的でなく、併存し得る。すなわち、端的にいえば、制定法の改廃如何に関して、法例第=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」であり、他方で、民法92条によれば、「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ものであるから、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、以て、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」⁽⁴⁰⁾だと解される。

5 「教育慣習法」の成否

さて、以上の検討を「教育慣習法」にも及ぼした場合、特に、その成否はいかに解されることになるのだろうか。

ただし、ここでは、慣習法一般についていえたことが果たして「教育慣習法」についても当てはまるか否かにつき、一言しておかねばなるまい。端的にいえば、あてはまると考える、あるいは、そう考える以外にはないであろう。そう考えるについては、さほどの困難を伴うとも思えない。一つには、本稿冒頭で紹介した「教育慣習法」の主張は、その当否は別として、慣習法一般を前提にしていると考え以外にないこと、二つには、以上では主として法例第=条をめぐる論じてきたわけだが、その議論を教育法として「教育慣習法」について妥当させ得ないとする実定法上の根拠は存しないということが、その理由である。

第一の理由について付言すれば、慣習法一般につき、それが成り立つ余地がないとすれば、「教育慣習法」が成り立つ余地もまた失われるであろうと考えられる。よしんば、そういえなかったとしても、第二の理由に関わり、教育法や「教育慣習法」をその例外とするような実定法上の根拠が示されなければ、そのことによって「教育慣習法」の成立の余地は失われるのではあるまいか。

「教育慣習法」論は慣習法一般を前提として主張されていると思われるのだが、では、後者についていわれ得ることが前者にいかに関わってくるかを検討してみよう。すると、以上の検討においては、実定法解釈論としていって、「法的確信」やら「規範意識」やらの存在は、とりあえず、慣習法なるものの成立要件とはなり得ないこと、また、「法的確信」の裏づけをもつ慣習法なるものが制定法を改廃し得ないことも知られた。

となれば、実定法と相対的に独立した存在としての「教育慣習法」なるものは、少なくとも、実定法解釈論のレベルでは措置し得ないこと、「教育慣習法」の根拠とされる「法的確信」、すなわち、「学校や地域など教育社会において人々の、“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」は、とりあえず問題とはならないこと、さらに、「教育慣習法」なるものが有するといわれる制定法規改廃力は、「教育慣習法」が「法的確信」による支持を得ている限り一般的に備わっているわけではないことなどが確認されるであろう。

もとより、こうした結論が常に必ずしも妥当だとはいえないかもしれない。例えば、慣習法が制定法を改廃し得るか否かということに関連して、事実上、強行法規に反する取引慣習が行なわれ、しかも、社会通念や条理ないし解釈者の価値感情からみて、法規の内容より慣習の内容の方が合理的であり、慣習の効力を認めることが望ましいと思われる場合が、決して稀ではないことが指摘される。そして、「法律の規定が、はじめから社会の実情に合わなかったり、あるいは、立法当時に合理的であったものが、その後の社会経済事情の変化に伴って合理的でなくなる、などの事情のために、法規よりは慣習の方が社会的要請にこたえうるという場合にも、形式論理によって慣習の効力を否認することは、かえって取引秩序の混乱を招くことになり、ここからして、「制定法のことばの形式論理解釈よりは、この社会的事実を重視して、強行法規に反する慣習にも法的効力を与えるべきであるという見解が出てくる」⁽⁴¹⁾といわれる。

なるほど、そういうことはあり得よう。しかし、それがただちに、法例第=条そのものの解釈の変更や、そこで規定されている「慣習」は制定法とは独立した存在であるところの慣習法であるとの理解につながると思えない。というのは、一つには、いわゆる慣習法の「発生の難易は法域の性質に従って差異がある」からである。すなわち、一般的にあって、「行為の自由の範囲および程度が広大であり、従って行為の反復の機会の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、かような「自由がもっとも狭い公法の範囲では」慣習法の「発生の余地はきわめて少ない」⁽⁴²⁾との指摘には留意しなければならぬ。二つには、上で指摘されるような事態は、まさに、「法律の規定が、はじめから社会の実情に合わなかったり、あるいは、立法当時に合理的であったものが、その後の社会経済事情の変化に伴って合理的でなくなる、などの事情」こそが原因であるわけだから、

こういう「事情」を改めることによって対応すればよく、また、そう対応すべきだからである。かような事態に対応できないが故に招く「取引秩序の混乱」もさることながら、かような事態に“対応”するが故に招くであろう法秩序の混乱もまた決して小さいものではないのではあるまいか。

こう考える限りにおいて、いわゆる「教育慣習法」の前提となる慣習法なるものは成立する余地がないようにみえる。従って、「教育慣習法」も成り立つとは思えないのだが、そこは譲って、慣習法一般とは異なり、「教育慣習法」が成り立つとしたら、その条件はいかなるものであり得るだろうか。

これにあたるものとしてただちに想起し得るのは、先にみた四つの理由である。だが、これらにしたところで、同じく先にみたように、理由として十分なものとは考えにくい。繰り返しになるところもあるが、例えば、③として挙げた法の欠缺の問題にしても、そのこと自体は、慣習法一般につき、その成否を問題にする場合と事柄を同じくしようから、慣習法一般についていえることは、「教育慣習法」についてもあてはまるはずである。とはいえ、これをしよ、**「そもそも教育法としては、成文法・法規よりも、関係法文が存しない『法規の欠缺』の場合にも存すると認められる現行法としての、『不文法』のほうが本質的に主要な存在形式ではないか」⁽⁴³⁾**といわれることがあるとしても、これを一様に解することはできないのではないだろうか。文字どおりの欠缺か否かということは、まさに場合によるけれども、仮に、そうみることができるところであったとして、そこで問題になる法的な関係がいかなるものであるかによって決せられねばならないであろう。例えば、本稿でとりあげた事例においては、本件処分が公権力の行使を内容とするものであるから、法律による行政の原理との関係から、慣習法の成立を否定するといった具合にである⁽⁴⁴⁾。

理由の④について一言触れるなら、教育および教育行政が非権力的社会作用になったとはいわれるが、しかし、局面ごとの検討を必要としよう。例えば、本件はまさに権力的な側面ではないだろうか。そこにおいては、到底、「法規の根拠がなければ制度の運営ができないわけではない」とはいえない。

理由の①と②については、既に述べたところに多くを譲ることになるが、とりあえず、一括してみておきたい。ところで、そこで注目されるべきは、教育社会、教育、教育事項なるキーワードであろう。しかし、他方で、「教育慣習法」論の論者はいう。すなわち、「教育法の規律をうけるとともに、その条理として直接に

教育法論理を指定している、という意味で教育法の適用領域を成すものは、教育にかかわる制度たる『教育制度』にはかならない⁽⁴⁵⁾、と。だとすれば、教育、教育社会、教育事項といったように、教育という営みそのもの、ないし、それと密接な関係を有する事物の自律性は、いわば教育制度の内容物の自律性をさすのであって、それは直ちには教育制度の自律性を要請するものではないのではあるまいか。

ともあれ、こうした理由自体は、「教育慣習法」が成り立つための、必要かつ十分な理由とはいいい難いようにみえる。

さて、最後に、「教育慣習法」をして法例第ニ条のいわば例外として成り立たしめ得る実定法上の根拠があるか否かをみておこう。

そもそも、法例第ニ条の文意は既にみたところだとして、かといって、実定法上、およそ同条には例外が許されないというわけでもない。例えば、商法第一条は、「商事ニ関シ本法ニ規定ナキモノニ付テハ商慣習法ヲ適用シ商慣習法ナキトキハ民法ヲ適用ス」と規定し、「慣習規範が商事について『民法典に優先する法源』である旨を規定する⁽⁴⁶⁾。ただし、その趣旨は、同条の文言に明らかなように、法例第ニ条中の「法令ニ規定ナキ事項ニ関スルモノニ限」という要件の適用を除外するものであり、「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル」という要件を除外はせず、従って、商法第一条は、「民法中の任意規定(…)」と異った商事慣習が、制定法と同一順位で(すなわち民法の任意規定を排除して)裁判規範となる旨を定めている⁽⁴⁷⁾と解されている。商法のかような規定も、もとより、法例第ニ条の定めるところを越えるものではないが、商法・民法という特別法・一般法の関係において、単に法例第ニ条によるのみでは任意法規にすら劣後する「慣習」に、少なくとも民法の任意規定には優先し得るというかたちで限定的に、制定法の改廃を認めているわけである。

しからば、「教育慣習法」に関して、それを法例第ニ条の例外となさしめる実定法上の規定が存するであろうか。ないはずである。少なくとも、本稿で扱ったごとき事例においてだけでも「教育慣習法」を成り立たせる規定は存しない。

こうした検討に及ぶまでもなく、「教育慣習法」が成り立つとみることはできない、これこそが、ここまでの一応の結論とはなるであろう。

6 おわりに

筆者は、論述を通してわかるように、「教育慣習法」なるものを認めない立場をとる。しかし、反面で、「教

育慣習法」の主張は魅力的であるとも思う。本稿では、そのあたりを「教育慣習法」の可能性と称した。

そうした主張がなぜ魅力的に思えたかという点、本稿で取り上げたような事例においては、行政区分とはかかわらない地域社会が形成されていることがあり得るところ、制定法にのみ依拠した場合には、形式論理的に、せいぜい、本件判決が判示したぐらいのことしかいえないであろうのに、「教育慣習法」の考え方の延長線上では、必ずしも形式論理的でない結論を導き出し得ると考えられるからである。それ故に、「教育慣習法」論の論者によって想定されてはいない本件の事例についても、強引に仮説を立てたのである。

およそ、「教育慣習法」論によれば、「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”という規範意識が実在している⁽⁴⁸⁾」限りで、「教育慣習法」が成り立ち得るはずであろうし、それが「地域的慣習法」たるべきことも期待されるであろう。本件の事例の場合のように、行政区分にかかわらず歴史的・文化的に形成されてきた地域社会の教育ニーズに応えるには、格好な理論だろうと思う。

しかし、他面、筆者は、「教育慣習法」論がもつ、かなり“自由な”発想に危惧の念を抱かないわけにはいかない。形式論理であるとか、成文法主義だという批判を覚悟しているなら、一つには、法例第ニ条という国家法に先立ち、相対的に独立した慣習法を指定することで、制定法の存在それ自体のもつ意味が無化されてしまうおそれがないわけではないということ、二つには、「法的確信」や「規範意識」の内容自体が不明確であり、場合によっては、憲法で規定される人権の保障を低めることとて考えられないでもない(慣習法が制定法とは独立したものであるとするなら、人権保障に適わない慣習法であっても、一方で、事実上、存立の可能性はあるし、他方で、事実上そのようなものであるのを、慣習法であるが故に法的にもさようであるとしてしまう、という二重の意味でのおそれがないだろうか。)ことなどを理由とする。

こうした理由などによって、筆者は慣習法を認めないのだが、それでは、本件の事例のように地域社会の歴史的・文化的な背景を重視し、その教育ニーズに応えるには、いかにしたらよいのであろうか。

これによく応える能力は、筆者には欠けているけれども、本稿の論旨を踏まえていうなら、立法上ないし制度運用上、行政区分にかかわらない対処が求められていくことにはなる。もちろん、これだけでは心許ないことになってしまうけれども、その際、かの論者

が、「親としても、越境入学が真に子どもの学習権を保障するゆえんであるかどうか、居住地域の子どもたちと共に学校の教育を充実させていく途はないののかを、考えぬいていく必要があろう」⁽⁴⁹⁾というのを、単に、親の心構えの問題にしてしまわずに、憲法26条の「教育を受ける権利」を保障する義務を第一義的に負う国の義務として理論化することが必要にはなってくるであろうと考える。

註

- (1) 兼子仁『教育法[新版]』(1978年)38頁。
- (2) 大野拓哉「『在学関係』の考察—特に、その法的根拠と『慣習法的規律』論をめぐって—」『弘前学院大学紀要』25号67頁。
- (3) 福岡高判平1・7・18判タ721号139頁。原審は、佐賀地判昭62・11・20判例地方自治47号48頁。
- (4) 鈴木庸夫「当事者訴訟」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法大系5』(1984年)77頁、村井正「予防的訴訟」同書23頁、塩野「無名抗告訴訟の問題点」『新・実務民事訴訟法講座9』(1983年)113頁、雄川「行政行為の予防的訴訟」『杉村章三郎先生古稀記念 公法学研究 上』(1974年)131頁、ほか。
- (5) 田中二郎「行政法における慣習法」田中・原龍三郎・柳瀬良幹編『行政法講座 第1巻』(1956年)267頁、杉村章三郎「行政法に於ける慣習法」『公法雑誌』1巻2号21頁、ほか。
- (6) 佐賀地判昭60・12・11判時1196号95頁。なお、控訴審判決は、福岡高判昭61・8・6行裁例集37巻7・8号1009頁。
- (7) 鈴木勲編著『逐条 学校教育法』(改訂版1984年)175頁以下、今村武俊・別府哲『学校教育法解説(初等中等教育編)』(1968年)309頁以下。
- (8) 兼子前掲書364頁、鈴木前掲書218-219頁、225-226頁。
- (9) 田中(ニ)前掲論文276頁。
- (10) 同論文277-278頁。
- (11) 同論文276頁。
- (12) 同論文278頁。
- (13) 同論文276頁。
- (14) 藤田宙靖『行政法(総論)』(1980年)49-50頁。
- (15) 兼子前掲書37頁。なお、この論者は、成文法の文理解釈よりも、「扱われている教育制度の性質に即してそこに有るべき法論理としての『教育条理』に叶った解釈をすること」が必要であること、そして、「教育現場の真の要求に沿うものとして非権力的に成立する法」たる慣習法・条理法といった不文法こそが、教育法にとっては「本質的に主要な法形式であるように考えられる」ことを指摘する(同書21-23頁)。しかし、他方では、「理念型」としての教育条理が、無媒介的に、い

いかえるなら、何の条件もなく『教育条理法』という法形式に転化するわけではないということ(今橋盛勝『教育法と法社会学』(1983年)8-9頁)にも、特に注意を要しよう。

- (16) 兼子同書37頁。
- (17) 同書366-367頁。
- (18) 同書366頁。川西誠「越境入学後の法律問題」『時の法令』314号20頁以下、田中館照橋「越境入学をめぐる法的検討」『季刊教育法』26号158頁以下。
- (19) 兼子前掲書364頁。
- (20) 松阪佐一『民法総則[第三版・増訂]』(1982年)21-22頁。
- (21) 我妻栄『改訂 民法総則』(1965年)17頁。
- (22) 田中耕太郎『法律学概論』(1953年)282頁。
- (23) 美濃部達吉『法の本質』(1948年)152頁。
- (24) 田中(耕)前掲書284頁。
- (25) 団藤重光『法学入門[増補]』(1986年)160頁。
- (26) 我妻前掲書19頁。
- (27) 田中(耕)前掲書285頁。
- (28) 団藤前掲書161-162頁。
- (29) 川島武宜『民法総則』(1965年)22頁。
- (30) 同書23頁、渡辺洋三『法社会学研究 4 財産と法』(1973年)308-309頁。
- (31) 団藤前掲書161頁。
- (32) 我妻前掲書252頁。
- (33) 美濃部前掲書151-152、154頁。
- (34) 川島前掲書252頁。
- (35) 同書253頁。
- (36) 我妻前掲書252-253頁。
- (37) 団藤前掲書162頁。
- (38) 末広殿太郎『民法雑記帳(上)』(1953年)60頁。
- (39) 我妻前掲書253頁。
- (40) 川島前掲書24頁。
- (41) 渡辺前掲書309-310頁。
- (42) 田中(耕)前掲書285頁。
- (43) 兼子前掲書22頁。
- (44) 法社会学の立場からみて、慣習規範が強行法規をさへ空文に帰せしめる場合があり得ることとは別問題である。この点については、川島前掲書23-25頁、同『近代社会と法』(1959年)118頁以下。
- (45) 兼子前掲書17頁。
- (46) 川島前掲『民法総則』22頁、大隅健一郎『商法総則[新版]』(1978年)80頁以下。
- (47) 川島同書22頁。
- (48) 兼子前掲書38頁。
- (49) 同書366頁。