

教

育

法

〔新版〕

兼子

仁

法律学全書

教 育 法

兼 子 仁

〔新 版〕

法律学全集

16-1



有 斐 閣

著者紹介

1957年 東京大学法学部卒業，同学部助手
1960年 東京都立大学講師
1962年 東京都立大学助教授
1965年 東京大学法学博士
1975年 東京都立大学教授（法学部）

主要著書

行政行為の公定力の理論（1961 東京大学出版会）
教育法学と教育裁判（1969 勁草書房）
現代フランス行政法（1970 有斐閣）
国民の教育権（岩波新書，1971）
行政手続・行政訴訟法〔共著〕（現代法学全集，1973 筑摩書房）
教育権の理論（1976 勁草書房）
入門教育法（1976 総合労働研究所）
教育と人権〔共著〕（1977 岩波書店）
条例をめぐる法律問題（条例研究叢書，1978 学陽書房）



法律学全集 16-I

教育法〔新版〕

昭和38年8月30日 初版第1刷発行
昭和53年7月20日 新版初版第1刷印刷
昭和53年7月30日 新版初版第1刷発行

著者 かね 子 まさし 仁

東京都千代田区神田神保町 2~17

発行者 江 草 忠 允

東京都青梅市根ヶ布 1~385

印刷者 白 井 倉 之 助

東京都千代田区神田神保町 2~17

発行所 株式会社 有 斐 閣

電話 東京 (264) 1311 (大代表)
郵便番号 [101] 振替口座東京 6-370 番
本郷支店 [113] 文京区東京大学正門前
京都支店 [606] 左京区田中門前町 44

印刷 株式会社 精 興 社
製本 株式会社 高 陽 堂
本文用紙 王子製紙株式会社春日井工場
クロス ダイニツク株式会社

© 1978, 兼子仁. Printed in Japan

落丁・乱丁本はお取替えいたします。

新版のしがき

本書の旧版は一九六三（昭和三八）年に刊行されていた。以来一五年の間に、わが国教育法制の「教育法」的な形成、および「教育学」の発展には、かなり目ざましいものが有ったと言えよう。一九七〇年に「日本教育法学会」が創立され、また、広く教育界における人びとの教育法的な取りくみも進んできている。しかも、このような「教育法」（教育を助長していく法）づくりは、一九六〇年代以来、西ドイツをはじめ西欧諸国においても、同じく意識されてきたところであるように見られる。

この新版において筆者は、比較法制史的視野をもふくめて、わが国の教育法および教育学の成り立ちと、七〇年代末の現時点における所見とを体系的に整理しておきたいと考えたのであるが、それは結局、旧版をほぼ全面的に書き改め、実質上新しい書物をつくることとなってしまった。

旧版執筆当時あっては参考文献を見出すのに苦心していたのが、今回は逆に引用文献の選択に困難を感じるほどであった。ここで、教育学界と法学界にまたがる教育法制研究の先行業績に対し、総括的にあらためて敬意を表させて頂くとともに、文献引用にあたっては筆者なりの教育学法的観点に立った選択をさせて頂いたことをおことわりしておきたい。本書は、基本的にはなお旧版と同じく、教育法総論の書物であって、教育法制度の諸分野にわたる網羅的な各論はこれを今後の課題としている。もっとも、旧版で全く触れていなかった「社会教育」制度については、今回、章を起しており、また教員免許制度や、障害児教育については、教育法の「基本原理」論にむすびつけて論及している。ただし、大学法制に関しては、教育法原理論および在学関係論などでかなり触れたとはいえ、本格的な追究にはほど遠い。大学法制ないし

大学問題の法学的研究は、むしろ教育法学にとどまらず、広く学術法学の観点からも取りくまれなければならないと考えられるのである。

この新版も所詮は、教育法と教育法学の発展途上における一経過点にすぎないであろうが、現下の教育問題や教育法制問題に取りくまれている方々に、多少なりともお役に立つところが有りうるならば、幸いと考える。

校了直前の短い間に、教育研究者の見地から本書の文献引用等に関して助言の労を惜しまれなかった立正大学文学部の浪本勝年助教授に御礼を申し述べたい。

一九七八年六月一日

兼 子 仁

目 次

第一編 教育法と教育法学	一
第一章 教育法の存在次元	一
序 説	一
第一節 法論理としての教育法と教育運動のなかの教育法	二
第二節 法規範としての教育法と法現象としての教育法	四
第二章 教育法の概念	七
第一節 現代「特殊法」としての教育法	七
第二節 教育法論理の適用領域としての「教育制度」	一五
第三節 教育法における機能的三種別	一八
第三章 現行教育法規範の存在形式（法源）	二二
序 説——教育法解釈の方法をふくめて	二二
第一節 成文教育法（教育法規）	二四
第二節 不文教育法——教育条理法と学校慣習法	三七
第四章 教育法学	四六

第一節	日本における教育法学の形成……………	四六
第二節	欧米諸国における教育法研究の展開……………	五九
第二編	各国公教育法の歴史と原理……………	六九
第一章	一九世紀西欧の私教育法制と教育の自由……………	七〇
第一節	一九世紀西欧における近代教育法制の成立……………	七〇
第二節	私教育法制のしくみ……………	七三
第二章	二〇世紀西欧の公教育法と教育をうける権利……………	八六
第一節	二〇世紀西欧における現代教育法制の展開……………	八六
第二節	現代西欧における公教育法の基本原理……………	八九
第三章	プロイセン・ドイツおよび戦前日本の国家教育法制……………	一三六
第一節	国策的義務教育制度……………	一三七
第二節	国家権力的教育行政制度……………	一四三
第四章	戦後日本および西ドイツにおける公教育法の形成……………	一五二
第一節	わが国戦後教育改革の法制史的意義……………	一五二
第二節	一九六〇年代前後の日本および西独における教育法の形成をめぐる動態……………	一五八
第三編	現行教育法の基本原理……………	一六三

序 説——教育法原理の法規範的意味……………一三

第一章 国民の教育の自由と学習権……………一五

第一節 子ども・国民の学習権と学習の自由……………一五

第二節 親の子にたいする教育の自由……………二四

第三節 文化のない手としての国民の教育の自由……………二一

第二章 国民の教育をうける権利（学習権）を保障する公教育制度……………二七

第一節 学習権の生存権的保障としての教育をうける権利……………二七

第二節 国家が条件整備義務を負う教育としての公教育……………二四

第三章 教師の教育権と父母の教育要求権……………二七

第一節 教師・学校の教育権——憲法二三・二六条および教育基本法一〇条一項による保障……………二七

第二節 父母の教師・学校にたいする教育要求権……………二〇

第四章 教職の専門職性と特別身分保障……………三一

第一節 教職の専門職性……………三一

第二節 教師の自主研修権……………二九

第三節 教師の身分・労働者権の特別保障……………三七

第五章 教育行政・学校経営の教育条件整備性……………三三

第一節 条件整備作用としての教育行政——教育基本法一〇条一項の解釈……………三三

第二節 条件整備的教育内容行政としての「指導助言」	三五四
第四編 現行教育法上の諸制度	三五九
第一章 法定の学校制度と国の学校監督行政	三五九
第一節 学校設置にかんする監督	三五九
第二節 就学義務の履行にかんする監督	三六三
第三節 学校制度的基準の法定	三六九
第二章 在学関係および学校の自治	四〇〇
第一節 学生生徒等の在学関係	四〇〇
第二節 学校の自治	四一五
第三章 教育委員会による公立学校管理	四七五
第一節 教育委員会の学校管理権	四七五
第二節 公立学校教職員の記事	四八六
第四章 学校事故をめぐる責任と救済	四九七
第一節 学校事故の防止と責任問題	四九七
第二節 学校事故をめぐる被害者救済の法制	五二二
第五章 社会教育制度	五四三

第一節	社会教育施設と社会教育関係団体	五十四
第二節	社会教育職員の法的地位	五十三
主要文献		六一
事項索引・法令索引・判例索引		卷末

第一編 教育法と教育法学

第一章 教育法の存在次元

序 説

げんみつに法論理としての教育法は、次章にのべるとおり、「教育制度に特有な法論理の体系」であると考えられる。

教育界でもまさにそれが問題になっているが、むしろ、教育界ないし教育学界においては、教育にかかわる立法・判例や、あるいは「教育権」などの教育法的概念が、げんみつな法論理としてよりは、はるかに多様に、思想・教育原理・歴史的現実分析・政策論・運動論・権利意識・教育制度論などの諸次元にわたる存在として、捉えられていることが多いようである。教育法が、がんらい人類の豊かな文化活動である教育にかかわる法である以上、かような広い存在次元を持つことは当然と言えよう。そこで「教育法学」としても、教育界とのそのようなかかわりから、また法学の内にも法解釈学と法社会学との別が有ることに基づいて、教育法を、いくつかの存在次元にまたがる多様な存在として、豊かに捉えていくことがのぞましい。ただしその際に注意しなければならないのは、右の各次元によってその教育法ないし教育法的概念の意味内容や働きがかなり異なり、必ずしも同一でないということである。人々が、たとえば「教育権」を語り論議する際に、このことはお互いにふまえている必要があるろう。それとともに、やはり、教育法ないし教育法的概念がそれとして

固有なげんみつな論理を示す可能性が最も強いのは、「法論理」としてのそれであって、法論理としての教育法が、他の存在次元における教育法ないし教育法的概念を考えていく場合に有用な目安になりやすい、ということもまた認められてよいであろう。

本書においては、旧版がまったく法論理としての教育法のみに限定していたのに比して、他の次元、とくに「教育運動のなかの教育法」などにも、なるべく論及していくつもりである。しかし、右のごとき教育法の固有でげんみつな法論理を、伝統的な法学的専門性を擁する法解釈学の方法で究明・評価していくことを、いぜん主にしたほうが、本書として、より多く社会的責任を果すゆえんであると思われる。

第一節 法論理としての教育法と教育運動のなかの教育法

ここで、一定の社会的な教育問題の解決に取り組む人々の集団行動を「教育運動」とよぶならば、その中で教育法ないし教育法的概念が取り扱われ意識されていくということが少なくない。教育立法の要求または反対の運動はもとより、教育行政措置の実施または撤回によって権利を実現しようとする運動や、学校のエデュケーションまたは措置撤回によって権利を実現していく運動の場合がそうであり、また、それらの運動を機として、人々に教育法的な権利・義務が実感ないし自覚されていくことがありうる。たとえば、運動にたずさわるなかで、「これが「国民の教育権」という権利なのだ」という実感があつた、というように言われる。日常の教育活動においても、教師が、教育権や「子どもの学習権」といった権利の意識を十分に持っているか否かで、教育にちがいが出てくるのではないか、と言われる。このような、教育界の人々の「法意識」「権利意識」における教育法は、現実になかなか大きな働きをしていると見られるが、その内容は、必ずしも

論理的に明確性・一義性を備えているとは限らず、むしろ多くは、原理に迫るところがあるとともに大まかで広汎、論理的に多様さを残していることであろう。たとえば、運動のなかにおける「国民の教育権」は、教育が国民の権利であるべきこと、国民の「権利としての教育」という基本的考え方を表現しているであろうが、そこにはなお、父母と教師の教育権や子どもの学習権などが広汎・多様に含まれているであろう。

これにたいして、「教育裁判」とその判決において争点となり決着づけられていく教育法は、現行法の体系的法論理として、諸主体の権能と義務、各行為の要件と効果といった論理構成を明確にしていなければならない。もっとも、この法論理としての教育法においても、憲法に連るような「法原理」の次元では、運動中における法意識に類する本質志向的な大まかさが重要でありうる（たとえば、教育基本権の主体としての「国民」とは何か、について）。しかし、具体的な「法制度」のしくみを決める教育法論理には、それが権力の根拠と限界、ないし最終的にそれに連っていく国民や公務員の行動基準を決めるものである以上、十分に一義的な明確さがなくてはならないであろう（たとえば、文部省告示の学習指導要領が法規的効力を有するか、学校事故に際して問われた関係教師の注意義務の範囲、など）。このような具体的法論理は、そこに教育法にふさわしい豊かな内容が有るはずではあるが、それが現行法の内容として十分な明確さを保つために、一定の論理的体系性と、他の関連法分野との接合性とを備えることが、どうしても必要である。そこで、西欧系の資本主義国の現行法は多く形式論理的な構成をとり、弁証法的法則や思想的概念などはそのままでは必ずしも現行法論理に受容されえない、という傾向をもつようである。現行法論理にあつては、形式論理的に範囲を区切ることによって要件・効果の外延を明確にする必要が多いが（たとえば、教育の内的事項と外的事項の区別など）、それはしばしば、思想や運動の見地からは、問題のわい小化であると思われやすいであろう。しかし、教育運動が要求を具体的な法制度上に実現しようと欲する以上は、右のような法論理的形式に依らざるをえないのである。さらに教育裁判運動ともなれば、人々の意識がすべて法論理に枠づけら

れてしまう必要はけっして無いとしても、教育要求に見合った一定の法論理の判例化（判例を通ずる現行法化）こそが運動的になってくる。

ところで、近年、各学校の教育関係の内部にかかわる教育法論理が、父母・生徒が学校・教師を訴追する事件において、裁判上の問題とされる傾向が目立ちはじめている。たしかに、子どもの学習権を十分に保障する教師の教育権行使のあり方にかんする教育法論理も、一定範囲において有りうるであろう。しかしその性質からして、教育行政権を拘束する法のように常に裁判規範として機能せしめられるのがふさわしいとは必ずしも言えず、権利・義務という法論理が関係者に意識されていくとしても、『教育自治体としての学校』内における教育関係者にとっての「行為規範」として、「慣習法」的に働かせられるのがふさわしく、それが「裁判規範」化せしめられるのは最後の場面と心得られるべきではなからうか。

第二節 法規範としての教育法と法現象としての教育法

以上にのべてきた「法論理」とは、現行法としてあるべき法規範の内容である。それは必ずしも現実と一致せず、むしろ現実がそうならない場合にこそ、行なわれるべき現行法規範を強調する意味がある。教育内容面にまで議会民主制的根拠を名とする権力行使を広汎に為している教育行政の現実があるような場合に、教育にかかわる行政にとってあるべき教育法的な現行法規範の適用によって現実を是正していくことは、きわめて重要であろう。そのように、教育界の現実を適切に是正し、教育にかんする国民の権利を正しく現実のものとしていくのに役立つような、現行法の法規範論理を究明し評価していくことが、教育法の法解釈学の仕事である。

これにたいし、現実をよく知ることは人間行動の基礎として常に必要であるが、一定の法規範に対応するものとして事

実を見、現実に実現・機能している法（「生ける法」という視点から、法的現実としての「法現象」を実証的・法則的に究明していくことも、やはり重要であろう。このような法現象すなわち現実態としての教育法をもっぱら研究対象とするのが、教育法の法社会学である。ここでは、教育制度に特有な法規範としての教育法（法論理的に固有な内容のそれ）の現実態だけでなく、刑法・行政法・労働法など他の一般的な法規範が教育界において一定の現実的機能を演じている場合までをふくめて広く、「教育法現象」（教育にかかわっている法的現実のすべて）が捉えられることであろう。

現代公教育制度をめぐる現実（現代の教育現象）には、一般にかなりの法現象が織りこまれていますが、国情によって教育現象・教育行政現象中における法現象の比重がきわめて高まることがある。日本の教育界は、戦前・戦後を通じて、各時期ごとに様相をちがえているにせよ、教育法現象の比重をきわめて高くしてきたと見られよう。とするならば、日本では、教育学のなかでも教育史学や教育行政学などにおいては、教育法の法社会学を内蔵しているようであれば、十分な科学的水準を保ちえないのではなからうか。たとえばアメリカでは、教育行政学（educational administration）がまさに行政学（public administration）として、多分に経営学的ニュアンスの研究を主にしえたのであったが、日本では事情が大いに異なるわけである。故 宗像誠也教授が『教育行政学序説』（一九五四年初版二〇二—三頁）において、日本における科学的な教育行政学は、戦前のような教育行政法解釈学的なものでも、アメリカにおけるごとく技術的能率主義的教育行政の経営学的研究でもなく、教育行政の現実的動態を究明する「教育に関する法社会学」でなければならない、と指摘されていたことをあらためて玩味すべきであろう。

教育法の法社会学、法現象としての教育法の研究は、教育学と法学とが対等に入り会い、共に教育法学的成果を挙げ合っていく分野であると考えられる。ただし教育法の法社会学にあつては、ここでつぎのことが留意されてよいであろう。がんらい「法現象」とは、一定の法規範の実現と同時に他の法規範の不実現としての現実（総じて法規範の実現と不実現

の状況)であるはずで、そこで研究上重視されてよいのは、すでに実現されている法の状況だけでなく、むしろ、十分に実現されないでいる法の状況に関して、その原因や将来的変動の条件などである。つまり、法規範の現実 is 正機能について、その条件や過程の研究が重要である。教育法の法社会学的研究には、かようなダイナミックス・動態の法則の分析が含まれるはずで、教育運動による現行法上の教育権・学習権の実現の条件や過程などが、まさに究明されてよい教育法現象であると言えよう。もとより、そのような条件や過程が、国家体制全体の矛盾的構造のなかでそれに枠づけられて実在していることは、現実科学として注視せざるをえないが、その体制的限界内においても教育法現象に内在している右のようなダイナミックスの法則分析の余地が現に有るのであり、それは、体制的限界が具体的に現実の問題になるにいたるまでは、けっして過小評価されるべきではなからう。そして法社会学的研究の専門的水準が高められることによって、右のダイナミックスが具体的にどの程度のものが明らかにされうるであらう。

第二章 教育法の概念

第一節 現代「特殊法」としての教育法

一 教育法の法論理的定義

現行法の法論理としての教育法は、「教育制度に特有な法論理の体系」であると定義される。教育制度だけに独特な体系的法論理より成る法、それが法論理的意味における「教育法」である。^(一) 教育制度にかかわるすべての法を考えると、それは前述の、法現象としての教育法（法社会学的意味のそれ）ではありうるが、ここで言うげんみつな法論理としての教育法（現行法の法解釈学的意味のそれ）ではない。教育制度には、民法・刑法・行政法・労働法などの一般的諸法が一般法としては妥当するが、教育制度だけに独特な法論理が現行法として存するかぎりで「教育法」が有り、その教育法は当然優先的に妥当するのである。このことは後述するとおり、教育法が、現代における社会生活の各分野ごとに独特な法として生じている「特殊法」の一つであることを意味している。

このような教育法の捉え方は、現行の教育関係法が、教育という事柄の性質に即して正しく条理解釈できるものであることにむすびついており、教育制度に特有な法論理という点に、教育の側からの要求に沿う現行法でありうる可能性が示されているわけである。

(一) Hans Heckel=P. Seipp, *Schulrechtskunde*, 5 Aufl., 1976, Luchterhand, SS. 7-8. は「学校法とは「学校および学校制度にかかわる法規の総体」を言うとしながら、純然たる民法は除外し、また行政法・公務員法は「学校に特有な着色」(eine besondere,