

学問の自由・教育の自由と教師の教育権

Academic Freedom, Educational Freedom and Professional Rights of Teachers

—— 戦前日本の教育法制理論の歴史的検討（Ⅰ）——

岡 本 洋 三

HIROMI OKAMOTO

は じ め に

今日の教育行政上の係争問題の多くは教育法制をめぐる法解釈の争いを伴っているが、それは基本的には戦後の憲法・教育基本法の教育法制の本質認識と、その中核にある教育権解釈にかかわる問題である。戦後教育法制の認識は当然、戦前教育法制をいかに把握するかに密接な関連をもっている。教育権の解釈における諸説の差異は戦前・戦後の教育法制の本質をどうみるかを一つの分岐点としている⁽¹⁾。

戦前日本の教育法制は通常、教育勅語法制とか前近代的・絶対主義的国家教育法制と規定⁽²⁾され、戦後法制との断絶が強調されているが、そのことは勿論戦前法制に歴史的発展を認めぬとか戦前法制との連続面を全く否定することを意味するものではなかった⁽³⁾。しかしその断絶の認識の強調は、法制の把握を静態的なものにし、法制の歴史的展開・その矛盾の発展を検討する点でいささか不十分な傾向をもたらしたように思われる。今日、戦前と戦後との法制の断絶を明確に確認するとともに、その法制の基礎にある日本独占資本主義の土台の規定的作用およびそれとの矛盾の問題をその連続面において取りあげることは、戦後法制の把握を一層深め全面的なものにするために必要となってきたと考えられる。

この土台との照応および矛盾は法制それ自体と法制理論の二つの面において検討する必要があるが、ここでは主に法制理論（教育行政法学を中心として）の中から二・三の問題をとらえて検討する。その場合この法制理論の歴史的発展をもたらす要因として経済的土台の問題が根柢にあることは云うまでもないが、それとともに教育をめぐる階級闘争の水準（国民の教育要求の意識化・組織化の量質両面の水準がその中心にある）⁽⁴⁾に注目する。法制と理論に対する階級闘争の影響・関連を明らかにすることは今日の教育闘争にとって実践的な意義があるばかりでなく、現代教育法の構造・性格の解明に対する一つの有力なアプローチたりうると考えるからである⁽⁵⁾。

さてこの観点から戦前日本の教育法制理論史⁽⁶⁾を見ると、おおよそ四つの時期に分けることができるように思われる。第1期は明治20年代前半頃までで、教育法制準備期から確立期の初期（憲法・教育勅語・小学校令）にあたり、教育法制理論の輸入・移植の時期である。その学制的性格は西欧近代の理論の直訳的な継受であり、形成されつつある法制に必ずしも照応していなかった。この時期のものとして次の三つを検討の対象とした⁽⁷⁾。（以下引用にあたっては著者名の前につけた番号と頁数を・で連ねて示す。たとえばスタインの行政学教育篇の5頁は（1・5）のように）

著者名 著書名 発行所 発行年月

- 1 スタイン 行政学教育篇 文部省 明17・2
- 2 須多因氏講義筆記 宮内省 明22
- 3 有賀長雄 行政学 牧野書店 明23・3 (引用は上巻内務篇)

第2期は明治20年代後半から明治末に至る教育法制確立期にあたり、教育法制理論ではその法制の擁護・貫徹・権威づけを課題とする日本的法制理論を生みだし確立する。こうして所謂絶対主義天皇制教学の法制理論・官僚法学が確立される。この時期には前期の移植の・それゆえに近代的・自由主義的傾向を多分にもつ理論と法制との矛盾が次第に露呈しはじめ、他方では法制の性格に照応した「日本的」理論と自由主義法学との理論的対立が生れる。従ってこの時期は理論構成において自由主義的影響がみとめられる前期と教育勅語法制的理論的性格を完成した後期とに区別することもできる。またこの時期には法制の教育現場への貫徹をはかるため学校管理法の教科書類が多数あらわれたことも特徴の一つである。ここで検討した著書は次の通り。

- 4 山高幾之丞 実験小学管理術 金港堂 明27・6
- 5 織田萬 日本行政法論 六石書房 明27・7 (引用は明30・2の増訂再版)
- 6 小林歌吉 教育行政法 金港堂 明33・5
- 7 和田豊 小学校管理法 同文館 明34・4 (引用は明38・4の12版)
- 8 安田清忠 通俗学校管理法 博文館 明34・10
- 9 木場貞長 教育行政 金港堂 明35・1
- 10 里村勝次郎・増戸鶴吉 学校管理法及教育法令 吉川弘文館 明35・3 (引用は明37・4の訂正4版)
- 11 樋口勘治郎 小学校管理法 金港堂 明37・11 (引用は明38・7の訂正再版)
- 12 上杉慎吉 行政法原論 有斐閣 明37・11
- 13 禰苗代 日本教育行政法述義 清水書店 明39・4
- 14 渡辺辰次郎 実験学校管理法講話 宝文館 明39・7
- 15 織田萬 行政法講義 有斐閣・宝文館 明43・10 (引用は大6・10の改訂増補4版の下巻)
- 16 小山令之 小学教師之権利義務 巖松堂 明44・6
- 17 田村直臣 子供の権利 警醒社 明44・9 (引用は明45・4の再版)
- 18 渋谷徳三郎 明治44年改正小学校法規要義 宝文館 明44・11
- 19 松浦鎮次郎 教育行政法 東京出版社 明45・7

第3期は大正初期から昭和初期に至る法体制再編期で、日本帝国主義の成熟とその矛盾の激化を基礎に、法制と現実との矛盾が一方では法制の再編(再検討・新立法)となってあらわれ——たとえば臨時教育会議——他方では法制に対する民衆の批判がようやく運動となってあらわれはじめ、これらが法制理論に対して影響を及ぼしはじめる時期である。これはまた教育法制・教育行政に対する理論的アプローチの方法・視角にも反映する。従来の官僚法学の法解釈学以外の立場が、たとえば社会学的な、行政学的な、経営論的な、そして階級的立場を明確に自覚し標榜する社会民主主義的な、マルクス主義的な立場があらわれはじめる。この期で検討⁸⁾する著書は、

- 20 大山幸太郎 日本教育行政法論 目黒書店 大1・9
- 21 建部逕吾 教育行政研究 金港堂 大3・5
- 22 武部欽一 日本教育行政法論 日本学術普及会 大5・10

- 23 織田萬 教育行政及行政法 富山房 大5・11 (引用は大5・12の再版)
- 24 平瀬竜吉 児童の福利 北文館 大7・6
- 25 西山哲治 教育問題・子供の権利 南光堂 大7・10 (引用は大11・6の10版)
- 26 下中弥三郎 教育再造 啓明会 大9・11
- 27 建部遷吾 教政学 同文館 大10・5
- 28 渋谷徳三郎 教育行政上の実際問題 敬文館 大11・5
- 29 田制佐重編 義務教育問題 隆文館 大11・11
- 30 竜山義亮 教育制度の新潮 教育研究会 大11・12
- 31 関根悦郎 教育の社会的基礎 平凡社 大14・10
- 32 竜山義亮 教育制度の研究 日本学術普及会 大15 (引用は昭9・10の3版)
- 33 末弘厳太郎 民法講話上 岩波書店 大15・6
- 34 武部欽一 教育行政法 現代法学全集第27巻 昭5
- 35 竜山義亮 教育行政原論 甲子社 昭7・9
- 36 穂積重遠 親族法 岩波書店 昭8・3

第4期は所謂フェイズム期で法体制崩壊期とされている時期である。この時期についての検討は未だ完了していないので説明は省略する。

さて以上の時期区分に従って、とりあえず第1期から第3期までの教育法制理論における教育権思想を歴史的に検討するのがこの小論の課題である。今日の教育権論はそれ自体の概念規定やその解釈の理論構成のしかたによって所説がわかれるが、それらの分岐は、国家と教育・学問の自由・教育の自由・教職・親権の監護教育権などの解釈、その相互関係の構成如何にあるとみられるので、まずこれらの諸概念が戦前の教育法制理論でどのように解釈され、意味づけられていたかを(Ⅰ)で、次に国民の教育権に関する解釈論構成の可能性を検討するために「就学義務」をめぐる解釈論の検討を(Ⅱ)以下で、最後にこれらの検討のまとめとして、戦前の教育法制理論の歴史的変遷と法制の構造的変化について二・三の問題を論じよう。

なおこの研究は日本教育学会第24回大会において発表した共同研究「日本における教育行政法の歴史的検討」の筆者担当部分の一部⁹⁾である。

さて、戦前日本の教育法制において、学問の自由・教育の自由はともに実定法に規定された権利ではなかったが、学問の自由は慣習法的には大学の自治を根拠づける法源とみなされ承認されており、教育の自由も極めて形骸化された解釈ではあったが承認される場合もみられた。これに対して教師の教育権については殆んど認められず、唯、職務権限として比較的良好に論ぜられていたにすぎなかった。

このことは戦前教育法制の成立事情に多分に関係している。すなわち明治初期に日本の統治層が教育法制の整備・確立にあたって研究・模倣・移植しようとした欧米の教育法制とその理論が、基本的には教育の自由を根本原理とするものではあったが、既に義務教育法制の生成・確立の過程にあって修正・変容を余儀なくされている私教育法制とその理論であったという事情⁽¹⁰⁾に由来している。歴史的にいつて、日本の教育法制と理論は、否定すると肯定するとに拘らず、このような欧米

の近代私教育法制との関係避けて通ることはできなかった。

戦前日本の教育法制と支配的な理論は、これを否定し絶対主義的に変容する道を進んだ。学問の自由・教育の自由は実質的に否定されたばかりでなく、法理論の上においても形式的にも抹殺された。他方それは支配的な力をもつには至らなかったが、その自由の原理を可能なかぎり理論の根柢にすえようとし、それを日本の現実の要請にこたえる理論的武器にしたてあげようとする努力も行われてきた。以下において学問の自由・教育の自由が戦前の教育法制理論でどのように解釈されてきたかを先ず検討し、その中で教師の教育権を確立するための理論的可能性⁽¹¹⁾が生みだされたかどうかを追究する。

1. 移植期の「学問・教育の自由」説

シュタイン (Lorenz von Stein) は周知のように日本の「近代」法制の整備・確立に深い影響を及ぼした学者であり、その学説はとりわけ日本の行政学の直接的な源泉の一つでさへあった。ここに文部省訳・印行のスタイン「行政学教育篇」をとりあげ、その後の教育法制理論との関係で検討する所以である。

スタインは学問の自由について「職務教育法」⁽¹²⁾の項で「教授規則＝在リテ首トシテ原則トスルモノハ修業及教授ノ自由ナリ」(1・78)と述べ、教育の自由については「教政ノ組織ノ原則」の項で「教政自由ノ…原則ヲ概言スレバ蓋シ自治者(訳者曰我国ノ町村ノ類ヲ言フ)会社、一箇人各々自己ノ意見ト方法ト＝由リ教育ヲ為スノ権利アルヲ云フ」(1・23)とその解釈を示した。教育の自由は具体的には私学設立権としても示され「公立小学ノ外＝各人私ニ小学ヲ設立スル事ヲ得ルノ権利アル…蓋シ此権利ハ教授事務ノ自由＝基ク」(1・53)と指摘している。

彼は学問の自由と教育の自由との関係について特に論じてはいないが、教育の自由を規定するに当り「意見ト方法」の自由権とし、また私学設立権を「教授事務ノ自由」から基礎づけていることから、この教育の自由の内容をなすものは思想の自由とその表現の自由であると解され、そこから学問の自由と共通の自由権原理にもとづくものと解釈されていたと推定することができよう。そして教育の自由についてのスタインの解釈をこのように解することが可能であるとすれば⁽¹³⁾、それは当然教師の教育権をその中に含みうるものとして発展させて解することができる。

このようなスタイン説の解釈は、彼が「正シク彼ノ教育学方式ヲ実用スル…是レ所謂教授事務ノ主トスル所」(1・3)と教職の専門性を指摘し、さきの教授事務の自由の内実を示し、「教員集会、教員共同社ノ設ケ…其自治ヲ取ル此ハ共ニ教員事務ノ開進ニ向テ最モ其効アルヲ期スベシ」(1・43)と教員の職能的・自治的組織の効用を説いていることから、教育の自由の思想と教職の専門性の思想とが互に関連をもって彼の解釈を成り立たせていたのだとも考えうるのである。

スタインはとくに日本の法制に対する影響においては保守的・国権主義的であり、当面の政策としては「先ツ家長政治ヲ施シ、君ノ民ニ対スル猶ホ父ノ子ニ対スルカ如クニシ、以テ愛育ヲ行ヒ、以テ順従ヲ教フルヲ宜ントス」(2・167～168)という絶対主義天皇制に最もふさわしい助言を与えて

いるが、その理論の性格は「西洋ハ、国家ノ命令モ、其ノ理由ヲ知り得テ服従シ…学理ヨリ国家一
個人ノ関係及ヒ其権義ノ在ル所ヲ説キ」(2・2~3)「人ノ他人ニ対シ、及ヒ国家ニ対シテ有スル権利
ノ性質ニ関スル想念ハ、欧洲ノ哲学ニ密ニシテ、東洋哲学ノ全ク缺ク所ナリ。権利ノ性質ヲ究メン
トストキハ、必ス『我レ』ト『我レニ非サル者』トノ関係ヲ究メサルヲ得サルニ至レリ。是レ国
家ノ哲理ノ由テ起ル所ナリ」(2・169~170)という自由権の前提的承認のうえに成り立つものであ
った。この点にスタイン説の受容に二つの分岐⁽¹⁴⁾があったのである。

有賀長雄の行政学においてはこれらの問題がいかに扱われていたであろうか。有賀は明治20年の
海江田信義に対するスタインの国家学講義の通訳をしたことからスタインの思想を熟知してお
り、この点からも有賀がスタインの説をどのように受容したかは興味がある。有賀はスペンサーに
私淑し日本における社会学を学問的に成立させ⁽¹⁵⁾、後には法学に転じて穂積八束の天皇即国家とす
る議論に機関説をもつて反駁し、後の上杉・美濃部の論争にひきつがれる憲法解釈論争の一方の当
事者として活躍した、極めて幅広い学識をもった自由主義的な学者であった。しかも有賀は教育学
に対しても深い関心をもち、教育学に関する標註・訳書も何冊かあらわしていた⁽¹⁶⁾。

有賀は学問の自由について極めて明快な解釈を示した。「教授ノ自由」の項で「国家ノ機関ハ学理
ヲ支配スルコトヲ得ス(学理ノ自由)大学ハ国家公共ノ設立スル所ナルモ、其ノ主旨ハ学理攻究ニ在
ルヲ以テ…国家ノ立法行政ノ権外ニ置カサル可カラス」(3・524)と云い、更にロエスレルの説によ
ってその内容を詳細に説いている。科目・課程・教授法等「全ク他ノ拘束ヲ被ラサル事」「学理ノ意見
…学理其ノ物ノ外ニ之ヲ裁判スル者ナシ」「教便及他人ノ学理上ノ成績ヲ取捨スルモ全ク教授ノ自由
ニ属ス」教授資格は「学理上ノ裁定ニ付シテ之ヲ決ス」「大学ハ其ノ諸員ノ自治ニ任シ」等。更に教
授の自由から習学の自由(レルン・フライハイト)をひき出している。(3・525~527) また「教員ノ権
利」については「(一)法律規則ニ従ヒ教授ノ事業ヲ行フノ権(二)法律ニ依リ…俸給…ヲ受クルノ
権(三)其ノ土地ノ学務ニ参与スルノ権」(3・458)の三つをあげ、その第一に教授権を挙げているの
は極めて注目すべき点であろう。

有賀は学問の自由について極めて詳細・明確に規定し権利内容を積極的に解釈したが、教育の自
由の問題には全く触れていない。教師の権利もはっきりと取りあげながらその根拠や権利内容につ
いては必ずしも明瞭ではなかった。それは「教員ノ資格」について「公認セラレタル設営ニ於テ修
業シタルノ後公然ノ試験ヲ経タル者」(2・454)と専門職的规定を与へ、また学務への参与に関連し
て「第一ニ専門上ノ知識ヲ注入」(2・451)することを期待していた点から、教職の専門性と関連を
もつ権利と考えられていたであろうと推察しうるのみである。

有賀の理論では、学問の自由についての積極的な解釈・教師の教授権の指摘という自由主義的な
理論傾向がみられるが、他方これらの関連が全く明らかにされず、教育の自由に対する問題意識が
欠如している点に、その当時既に顕著に政策面にあらわれていた学問と教育とを分離する発想⁽¹⁷⁾が
影響していたのではないかとも思われるのである。しかし有賀の理論の積極的な側面は、多分に彼
の行政学に対する問題意識と関係があると思われる。彼は「本書ハ行政学上ノ著述ニシテ行政法上

「モノ＝非ス」といい、「立憲主義ノ行政」における「行政権ノ組織運用…行政＝関スル学理」を明らかにすることを課題とした。彼は「行政学ノ二元素」として「一方＝向テハ法文＝依リ、他ノ一＝於テハ外部ノ事理＝依ラサル可ラズ」(3・1～3)と指摘し、「外部ノ事理」即ち行政の対象たる事物の性質に注目した。このような方法意識が、教育行政法の解釈問題に対して教育内部の論理・教育それ自体から生ずる要請を解釈の基底におく態度をとらせたのではないかと考えられるのである。これは後にも触れるように木場貞長(9)にしても竜山義亮(30,32,35)にしても、現行教育法制にある程度自由な解釈を行っているものは、教育行政法の著述においてではなく教育行政(学)の著述においてであったということとも無関係ではあるまい。

2. 絶対主義的教育法制理論の確立

明治19年の学校令公布以来、教育法制の絶対主義的整備・確立が急速に進行し、これに伴って教育法制理論の性格も明らかに変化しはじめた。学問と教育とを分離し、「帝国臣民ノ義務ヲ尽ス…我帝国＝必要ナル善良ノ臣民」⁽¹⁸⁾を養成するための教育には徹底的な国家統制が必要であるとする政策が着々と実行され、それは教育法制理論の根本的立場に影響を与えた。西欧近代の学問・教育の自由の思想は、明治憲法の制定過程において否定され、憲法上の規定としては存在し得なかった⁽¹⁹⁾。しかもそれは単に憲法上の明文の保障を欠いたにとどまらなかった。より一層積極的に「神法」⁽²⁰⁾たる教育勅語を発布することによって教育と教育法制の根幹的価値を決定したのであった⁽²¹⁾。こうしてこの期の教育行政法の著作の殆んどが、学問の自由に関する考察を放棄し、教育の自由については無視し、教師の権利としての教育権のかわりに、教師の職務権限に関する国家主義的解釈が説かれるようになった。

学問の自由については、学校管理法の著作にはもとより問題意識なく、小林歌吉(6)小山令之(16)渋谷徳三郎(18)も小学校関係の法規解説を主としたので全く触れず、木場貞長(9)禱苗代⁽²²⁾(13)松浦鎮次郎(19)は制度としての総長・大学評議会・教授会の規定・職務を紹介するにとどまり学問の自由・教授の自由・大学自治の問題には全く触れなかった。

教育の自由についても、学校管理法の著作は勿論のこと、禱・小山・渋谷・松浦も全くこれに触れなかったが、この期の初期に属する小林・木場には問題の意識はあった。

小林は「教育ノ自由」の章を設けて論じているが、「今日吾人ノ感想ヲ以テ之ヲ見レバ、教育ノ自由トイフ言辞ハ寧ろ贅疣ニ属スル」というのがその結論であった。それは「吾人ハ其好ム所ニ從ヒ如何ニ高尚ナル學術教育…モ受ケント欲シテ禁ゼラルルコトナク特ニ小学教育…ノ如キハ国家ノ強迫ヲ以テ受ケシムルコトナリ、此時代ニ生レテ教育ノ自由トイフ言辞ヲ怪ムハ当然ノコトナリ」(6・87)という理由からであった。

小林の教育の自由についての認識が封建的身分的な教育独占の打破という点におかれていたことは「何レノ邦国ト雖モ、古代ニ於テハ一般人民ニ對スル教育ノ自由存セズシテ単ニ貴族等ノ専有物トナリタリシナリ…故ニ教育ノ自由トハ…只或特種ノ人類ノ専有物トナサズシテ一般人民ヲシテ修

業セシムル主旨ナリト知ルベシ」(6・88~89)と述べていることから明らかであり、それはそれなりに近代的なブルジョア的自由の把握として誤ってはいなかった。しかし小林は教育の自由を教育機会の形式的な開放と解するにとどまり、そこに含まるべき教育価値にかかわる自由として捉える、教育の自由の実質的・内面的把握には及ばなかったばかりか、寧ろそれに対しては否定的に解したのであった。即ち「教育ノ自由トイフ言辞ヲ解シテ…教育ヲ受クルト受ケザルトハ 勿論其教育ヲ受クルニモ種類性質ノ如何ヲ 問ハズ皆人民ノ自由勝手ニナシ得ル所…ト解スベカラズ…総ベテ国権ニ服従スル所ノ人民ハ決シテ絶対的ノ自由ヲ有スル者ニアラズ…国家ガ教育事務ニ干渉シテ 種々ノ強制ヲ加フルハ勿論」(6・88~89)であると。木場も亦小林と同旨の解釈をとり「学校ハ国家ノ干与セザル限リハ就テ学ブモ個人ノ自由ナリ之ヲ設ケテ世人ノ望ニ応ズルモ 亦個人ノ自由ナリ然レドモ国家ハ国民ノ教育ニ関シ至大ナル利害ノ関係ヲ有スルヲ以テ盛ニ此事ニ関与スルハ 蓋シ文明諸国ノ特色」(9・19)であると述べている。

小林や木場らはともかく教育の自由を正面から問題とし、一応それを承認した。しかしその論旨は明らかに、教育の自由が実質的に否定されている現実を合理化し、正当化する方向に展開されていた。教育の自由を外形的・形式的な教育機会の開放と内的・実質的な教育価値の選択とに分離し、後者を「教育の自由」の枠外に締め出し否定することによって、教育の自由を形骸化する。こうして教育機会の形式的開放をもって教育の自由は保障されていると解することによって「吾人ハ明治ノ聖代ニ生レ教育ノ自由ノ盛世ニ遭遇ス」(6・89)という自由万歳の結論がひき出された。小林らは教育の自由の盛世にあって教育の自由を論ずる意味はどこにあるかと自問し、結局それは論ずるにも値しない「贅疣」ではないかと自答し、こうして小林らの「教育自由万歳」は「教育自由無視」に反転する。小林らの「教育の自由」解釈論は、形式的な意味においても教育の自由を全く認めず人民の権利の全面的否定を主張する松浦らの絶対主義的な理論への橋渡しをするものであったといえよう。

以上のような学問・教育の自由に対する否定的あるいは消極的な解釈論の立場から 教員の権利に対する積極的な把握が生れる筈がなかったのは当然であろう。当時の通説が教員の権利と解していたのは、身分上の権利(栄誉権、判任待遇ヲ受クル権、席次ヲ保ツノ権、地位保障ノ権など)と財産上の権利(俸給権、実費弁償ヲ受クル権、年功加俸・恩給・旅費等ノ受領権など)であった。〔小林(6・363~) 樋口(11・124~) 禱(13・120~) 渡辺(14・337~) 小山(16・10~) 松浦(19・176~) などはば上記と同様の説明〕しかもこれらの権利は教育行政法の著作では多くみられたが、師範学校の教科書として文部省の検定を受けた学校管理法の著作では殆んど権利としては扱われなかった⁽²³⁾。このような状況の中で禱と小山のみが、この外に教員の権利として教師の教育活動にかかわる権利を含めて解釈論を展開していた(後述)。

教師の教育活動上の問題は多くの場合、事実行為としての職務として論ぜられるか、教員の職権・職務権限として考察された。このような考察のしかたは学校管理法の教科書や著作に多く⁽²⁴⁾、そこでとりあげられたのは、児童懲戒権、児童出席停止権、授業時数配当権などで〔里村・増戸(10・

175～) 樋口 (11・122) など] 論者によりこれに知事郡長以外の監督を受けざる権などいくつかの職権が附加された〔和田 (7・183～) 渡辺 (12・379～) 渋谷 (18・80～)〕。それらの著作の多くは、これらの職権を羅列し表面的な説明を加えるのみでその職権の内容・性質に及ぶものは稀れであった。(禰・小山の解釈はこれらとやや性格を異にするので後述する)

これらの職務権限論は、小学教育は国家の事務であることを根本に、その物に関する事務は自治体に委任され、人に関する事務はその執行を市町村長に機関委任しているが、その最も重要な内容に関する事務即ち教授・訓練等の如きはこれを国の直接監督の下に留保され、広い意味での国の官吏たる小学校教員の職務として行わせているという解釈をとるのが通説であった〔たとえば渋谷 (18・79～) 小山 (16・1～及び108～)〕。つまりこの論を構成するのは教育＝国家事務説、教育事務配分論、教員＝官吏説であり、その職務権限の根拠は教師の職務の実質的内容に発するのではなく、専らその職務が国の事務であり教師が官吏であるという国家権力の行使という観点から生れるものであった。従ってその職権は国民に対抗することを本質とするものであり「知事・郡長以外の監督を拒否」するということも、地方自治体の長としての市町村長に対する「官」の優越性の主張を意味した⁽²⁵⁾。

この国権的官僚的解釈の意味するところは、この職務権限がその職務の対象たる児童に向けて行使せられるとき一層明らかとなる。たとえば禰は、教員の権利の一つとして「職務の執行に際して特別の保護を享くるの権」を挙げているが、それは「官吏⁽²⁶⁾は其職務の執行…を妨げられざるが為又其威厳を保持せしむる必要よりして、其職務を行ふに際して之を抗拒し又は之を侮辱するものに対して刑法上の制裁を加へて其保護をなせり」(13・120)と述べられていた。

以上検討してきたところから絶対主義的教育法制理論の性格が歴史的に形成されてくる過程はほぼ明らかになったが、その前期の小林・木場らと後期の松浦に代表されるものとの差異の意味を、その教育行政研究の方法意識の面から、今一度触れておこう。

小林はその著書の方法について「海外各国ノ諸法ヲ参酌シテ、現行教育法令ノ原理ト応用トヲ論ジ、名ケテ教育行政法ト云フ」(6・1)と述べ、欧米の教育法の原理から日本の現行法の原理と解釈に及ぼうとした。その限りで、彼の解釈は欧米の近代教育法制の原理である「教育の自由」を一応解釈の出発点とせざるを得なかったのである。

木場は「主トシテ我国ノ教育制度ヲ本トシ…併テ其沿革ニ及ボセリ」といい欧米の制度・原理との連関に着目し、他方では「教育行政ニ於ケル解剖学・生理学ノ用ヲ為スコト」(9・1)と教育行政それ自体に対する客観的な解剖とその論理を明らかにしようとする。そこに後の法規絶対・法規ベッタリの現行法制正当化の官僚法学の意識とは異った観点が生れる余地があった。実際、木場の著書では現実問題(入試制度、浪人など)に対する関心もあちこちにみられ、批判的な見地・解釈(委任事務についての通説の解釈、教員免許制に関連して教員待遇菲薄、師範の修業年限の男女差問題、実業学校政策の意図などの批判)を示しているところもみられるのである。

これに対して学校管理法の教科書の類が現行法令の有権的解釈の紹介に終始したのは当然であっ

たとしても、教育行政法の学術的な著述にもまた極めて「禁欲」的な意識が強く支配しはじめるのである。

松浦はその著「教育行政法」について云う。「夫レ既往＝鑑ミ将来ヲ察シ国家カ教育行政上当＝施為スヘキ所ヲ論究スルカ如キハ因ヨリ本書ノ試ミントスル所＝非サルナリ」(19・2) ここでは「既往」を探って欧米近代教育法制の原理とされたものを日本の法制において確めてみることや、教育行政法と現実との矛盾を考察し法解釈によってその矛盾の解決に近づくことは「教育行政法」の研究課題となりえないかのようなのである。それは恐らく絶対主義官僚の法学イデオロギーである概念法学的法実証主義の方法意識⁽²⁷⁾、彼らの「法」の否定と「法規」絶対の思想に由来するものであろう。

松浦に典型的にあらわれているその思想は次のようなものであった。「国家の目的及利益ハ其ノ構成分子タル各人ノ目的及利益ノ集合＝非ス」(19・4) この国家の目的を決する国家意思は「君主国＝於テハ君主ナル一人ノ自然人カ自己ノ意思ヲ以テ国家ノ意思ト為スコトヲ得ル」(19・5) のであり、それ故「我国ノ法律ハ外国＝於ケルカ如ク最高ノ効力ヲ有スル国家ノ命令＝非ス…天皇ハ 議会ノ協賛シタル法律案＝裁可ヲ与ヘラルルト否トハ全ク自由」(19・26) ということになる。その意味するところは「彼ノ基本法 Grundrechte ト称スルモノ…憲法カ臣民ノ権利トシテ規定セルモノハ…国家カ統治ヲ行フ＝当リ自ラ遵守スヘキ方法ヲ定ムルニ止マリ臣民＝権利ヲ与フルノ 趣旨ヲ有スルモノ＝非ス」(19・127～128) という権利の全面的否定、法規を全く一方的な命令と解することであったから、教育行政法(学)も法規(国家権力)の要求するところを法規に即して明らかにすることに主力がおかれることになる。このような思想は一般に絶対主義的な官僚法学の法思想⁽²⁸⁾に共通するものであるが、これが明治憲法体制における、極めて限定された立憲法治主義の枠からさへもはみ出して「一大変例」⁽²⁹⁾であるとされた教育勅語教育法制に奉仕する教育行政法学において、一層強められ自乗化せられていたことは特に注意すべきことである⁽³⁰⁾。

3. 絶対主義的教育法制理論の変容の徴候

これらの諸説に対して禰苗代や小山令之の権利論にはやや異った観点がみられた。彼らは小学教育が国の事務であり教師は官吏であるとして権利・権限を解釈する点では通説と同様であるが、権利の中に「学校管理権」と「懲戒権」を含めている点と、職務権限の解釈に教職専門性の論理を援用している点において、その解釈はより精緻になっており、またその中にその後の発展の方向をひそめていた。

彼らは当時の学校＝営造物論から特別権力関係の法理をもって学校管理権の解釈を行った。小山は学校管理権を教員(小学校管理者)に認め「茲に管理権とは…小学校長及教師が教授訓練をなすに就き児童及就学義務者に対して有する権利を云ふ…営造物権は営造物の 利用関係に基く特別の権力にして…作為不作為を命ずる事あり或は懲戒処分を命ずる事あり、小学校の管理者は入学したる者に対して懲戒権を有し学校の校規に違反したる時は停学を命ずる事あり」(16・54～55)と述べた。(禰同旨 p. 43～46)

このように小山は教員の懲戒権を営造物権から説明しながら、他方ではこれと区別された教育作用としての懲戒権を「校罰」として特にとりあげ次の様に論ずる⁽³¹⁾。「校罰は児童の改悛善化を目的として法が教師に許容する所の刑罰にして営造物たる学校の秩序維持を目的とする管理権の作用とは其の目的を異にす…校罰は教育に基くものなる故教育関係にある凡ての教師が之を行ふ事を得るに反し出席の停止は学校の教育事務の管理者たる校長之を有するに過ぎず」(16・68)と。

小山が何故小学校長・教員の懲戒権全体を一括して営造物権によって説明しようとせず、教育作用としての懲戒権を分けて別個の法理から説明しようとしたかは明らかでない。推測されることは小学校令で「児童出席停止権」(第38条)が小学校長にのみ与えられその事由が「他ノ児童ノ教育=妨アリト認メタル」ときとされ、一方「懲戒権」(第47条)は小学校長・教員の両者に与えられ「教育上必要ト認メタルトキ」と規定されたその差異を説明するためであろうと思われる。

しかし小山が営造物権の本質を「営造物の秩序維持を目的とする」ものと解し、またそこに解釈を限定しようとしたこと、従って「教育上」の必要から要求される「権」を別個の法理より解釈しようとしたことは極めて注目すべき観点であり、意味深いものといわなければならない。なぜならこの「教育上」の必要に注目する観点は、教師の「権」をその実質的な作用の内容(教育そのもの)において把えるという観点であり、通説の「教育は国の事務」であり「教員は官吏」であるからという法的性質からのみその「権」の根拠を考えようとするものとは明らかに異なる発想が含まれていたと考えられるからである。

勿論、小山にあってはこれは必ずしも自覚的ではなかったが、教員の職務権限の具体的な解釈において、その教師の職務内容(教育活動)に即して考えようとする態度があきらかによみとれる。

次にやや詳細に小山の説を検討しよう。

「学校長の職務権限」

(甲) 校務の整理 校務は国の教育事務を執行する場合に発生する事務にして学校の内部の事務の整理と学校を外部に代表する場合とを包含し…其重なる事項…

一 法令に列举せるもの (イ) 停学処分…(ワ)…(13項目…内容省略)

二 規則を制定する事 小学校は営造物なるが故に営造物権の一作用として営造物の秩序を維持するがために学校規則を定むる事を得、学校の規則は或は職員の職務に関するものあり或は児童に関するものあり学校の規則は児童及職員に対してのみ効力あるもの…(イ)…(ロ)…

三 事務の分担を定むる事

四 職員会議を開く事

(乙) 所属職員の統督 現行の小学校令では小学校長は所属職員を統督すと規定せらるれ共旧法令では…監督すとありたり…依て按ずるに意味一定せる監督と云ふ文字を捨てて曖昧なる統督なる文字を以てしたるより…異りたる意味を有するものと見ざる可らず然るに今各種の官吏法規に就て見るに監督なる文字に大要左の三意義あるが如し。

一、軍人の如き上下の関係絶対にして事務上の独立を全く認めざるものでは…絶対の命令権…

二. 事務上に就ては上官は下官に対して指揮命令の権利を有するも 相互関係は絶対にあらざるもの…行政官の如し。

三. 身分上には監督の下に立つも事務の執行に就ては全然独立にして 上官の指揮命令の権なきもの…裁判官即ち是なり。

依て統督の意義は此三義の外に求めざる可らず然るに他の法文にも統督なる文字なく 故に文字解釈に依りては 其意義を定むる事難く己むを得ず 一般理由に依りて 是に定むる外なし。惟ふに 校長は一校の統轄…なる故に其学校の経営上多少所属職員に対して指揮命令の権利なかる 可らず然し他の官吏の如く決して明瞭なる関係を有するにあらず只学校長は 所属職員が法令の規定に背反せざる様注意を促し並に適当に其事務を取扱ふ事を訓諭する事及所属職員を統率して 其一致を保ち同一の方向に向へ進ましむる職権を有するに過ぎず決して教師の教ふる 学科の内容、授業方法等迄干渉する権なき者なり而して所属職員にして法令に背反し適当に事務を行はず 又校内の秩序を紊乱する者あるも校長は当該監督官庁に対して是を申告し其懲戒、訓諭を待つ事を得るに止り決して自己には是が処分をなすの権限なき者なり…校長の天職は一片の法文に依りて重をなすにあらず 校長は法律の上にあり法の後光の因りて光るものにあらず校長自身の人格に依りて輝くものなり。

正教員の職務権限…(甲)教育の担任(乙)附属の事務 一、教案を作る事 二、教室に於ける児童の規律を保持する事 三…五…

教師相互の関係は独立対等にして権力服従、指揮命令の関係にも立たず仮令年令、俸給の多寡、席順其他種々の差等あるも其服務関係に於ては一切平等対峙にして 一の教師は他の教師に対して…職務上に於ても何等容喙の権なきものとす。

小学校長及教師の処理す可き一定の事務を其職務と云ひ此一定の事務が 定まる時は自己の有する職務の範囲を超へて他の事務を処理する事能はず又同時に他の者は其範囲を犯す 事能はず故に其の事務の範囲は其者の職務なると同時に其権限なり」(16・110～117)

小山は校長の権限を解釈するにあたって、「規則制定権」は営造物権により説明したが、「職員の統督権」については専ら対象たる教師の職務の性質から解釈しようとしていることが 明らかに読みとれる。そして小山は教師の職務の性質が裁判官のそれに似たものとして 教師の職務上の独立性を保障する解釈を行っていることは、統督の解釈、教員の相互関係、職務権限の説明にはっきりとあらわれている。しかしその職務上の独立の説明自体は必ずしも明瞭ではなく、また職務＝教育の専門性の論理⁽³²⁾も明晰とはいいい難いものがあった。

禰は小山とはやや異った論理でこの問題を扱っている。学校長の権限については、児童懲戒権は特別権力関係論から説明するが(13・44～45)、職員の監督やその他の職務については「学校長は主権者の委任により限定せられたる教育行政事務の一部に就き法律上の決定権を有する 国家の機関にして行政官庁なり」(13・78)という解釈にもとづいて説明する。さらに校長の職務の実際について、行政作用と職務上の事実行為に分け、後者については行政法の対象とすべきでないと考えるのである。即ち「学校長は教授細目を制定すべきは小学校施行規則第22条…によりて定まり…府県令によ

りて教員に教案を作るべきを命令せるあり…故に必ず作製せざるを得ずといへども 其内容は…法令に矛盾せざる範囲に於ては自由なり…其以外には干渉を受くべきものにあらず故に 行政作用と職務上の事実行為との界限は法の命じたる所にありて其干渉し得べからざるの範囲即ち 自由裁量に属する範囲に於ては仮令其方法当を得ずと雖も行政法上の効果を発生すべきものにあらず 管理訓練に於ても…その法文の命ずる範囲が即行政作用の及ぶ界限にして 其以外は所謂教育なる技術の範囲なりとす」(13・26～27)

このような教育と教育行政の分離の思想(13・22)は禱のやや独特な法治主義の「依法行政」観(13・24)と結びついて、教員の職務の独立権を支える論理の一つとなっている。たとへば、教員の教材選択について云う。「小学校用は文部省に於て之を編纂したるを…必ず用ゐざるべからざるも…其以外の材料は決して之を使用すべからざるの趣旨にあらざるは…明らかなり…従て法定の 目的を達するに法定の材料を用ゐたる以上は其以外に如何なる材料を以て其目的を達せんとするも 所謂独立なる職務執行にして郡視学や県視学等の敢て干渉すべき所にあらざるなり」と。(13・25)

では禱は職務上の独立をどう扱っていたかをみよう。彼はこの問題を「第八款 官吏の義務 第一項 服従の義務 第二 従順の義務」の個所で次のように述べた。「官吏は時として其職務の執行に当り自己独立の判断を以て之を処理する権を有し此点に於ける上官の命令は不法の干渉と 看做さるものなり官吏が斯くの如き独立の判断権を有する場合は之を称して職務上の独立といふ

職務上の独立を有するの最も明瞭なるは裁判官なり…斯くの如き 職務上の独立を有する者…学校の教官等は…学説の教授に就ては上官の命に服従するものにあらざるは 職務当然の性質上より生ずる当然の結果なりと…教授の方法の如きは独り大学に於てのみ独立にあらずして 小学校の教授の如きも教則の目的小学校の本旨に反せざる限りに於ては職務上の独立権の範囲内なり 校長といへども猥りに干渉すべきにあらざるなり地方の郡視学が其方法に関して猥りに干渉する如きは…之れ不法越権の行為」(13・142～143)

禱の教員の権利論は官吏の職務執行にあたっての独立性という、いわば下官の上官に対する権利論であった。そしてこの論のポイントは職務上の事実行為(教育そのもの)に対して行政作用は及ばないとする論理であり、校長を行政官庁なりとしながら、その上官の監督権(行政権力の作用)を下から制約する発想である。これに対して小山のは、校長自体の法的性格づけ、その権限の性質を法規の条文に密着して解釈するよりは教育的な論理で解釈することによって、校長の統督権の行政権力的側面を柔らげ、教員の職務上の独立性を保障しようとするものであったとみることができよう。禱と小山の説は、教師の職務上の独立、教育権(限)に対する解釈の二つのアプローチの仕方をしめしていたのであった。

さて、禱や小山らが、一方では教育＝国の事務・教員＝官吏説をとりながら、通説的な職務権限論に満足せず、以上のような論を進めて来たのはなぜであろうか。禱は「我邦立憲の制を樹て法治の制を布かれ社会の秩序之れによりて以て維持せられ又之によりて 活動せざるべからざるに独り教育社会に於て職務を処理するもの治外法権の観ありしより 有司者或は職権を蹂躪せられ或は其自己

の権限を行使する能はざりしを以て斯道の萎靡振はざるや久し」(13・1~2)と述べ、また小山も「小学教師其人…に乏しきは何の故ぞ抑も亦教師の優遇宜きを得ざるの罪か 将又教師の権利義務を明らかにせざるの罪か教師の優遇方法を説き又権利義務を闡明するは本書の目的」(16・2)と述べている。彼らは絶対主義的教育体制の矛盾が激化している事を敏感に感じとり、その矛盾の解決を「立憲法治主義的」な教育行政の実現に期待したのである。勿論彼らは絶対主義的な教育法制そのものを根本的に批判するのではなく、むしろその法制の強化のために、法解釈によってその現実との矛盾を解決しようとはかったのであるがその矛盾に注目する限り、教育そのものの論理をそこに反映せざるを得なかったのであろうし、教師の側からの要求をもくみあげざるを得なかったのであろう。そこに職務権限の解釈における重点の移動(官吏としての身分的な保障から職務の独立への)があらわれて来たものと思われる。それは絶対主義的教育法制理論の変容の徴候でもあったのである。

4. 自由主義的教育法制理論

移植期の比較的自由主義的な理論を換骨奪胎して 権利否定の絶対主義的国権的教育法制理論が形成され、次第に主流的な地位を占めて来ていたとき、自由主義法学の立場から一貫して学問の自由・教育の自由を積極的に擁護する解釈論を展開したのは織田萬であった。

織田は、明治43年の著書で学問の自由について大学の総長・評議会・教授会の組織・職権を説明し「是レ国家カ帝国大学ニ対シテハ一種ノ自治権ヲ与フルコトヲ表明スルモノトス 蓋シ学理ノ研究ハ独立自由ナルコトヲ貴ヒ国家ノ権力ヲ以テ左右スルコトヲ避ケサルヘカラス」(15・416)と述べていたが、大正5年の著書では、更に詳しく西欧の大学の歴史から説きおこし、真理探究の必須の条件として学問の自由が大学に確立されたことを具体的に大学の組織・編制の説明の中で明らかにしている⁽⁸³⁾。

教育の自由については「教育ノ事務ヲ国家ノ専業トセサルノ謂ナリ故ニ仮令ヒ国家カ人民ノ父兄ヲシテ其ノ児童ヲ就学セシムルノ義務ヲ負ハシムルモ又教育ニ従事スルモノヲシテ 国家ノ検定セル資格ヲ有スルノ義務ヲ負ハシムルモ若シ国家カ某ノ学科ヲ強ヒ某ノ学科ヲ禁シ又ハ一私人若クハ一私人ノ集合ニ成レル学校ノ設立ヲ禁スルカ如キコトナクムハ教育ノ自由ハ何レノ国ニ於テモ存立スルコトヲ得ヘシ」(5・546)と述べている。ここには1で指摘したスタイン説の可能性が、明確な表現で実現されていた。教育の自由を教育独占の否定と捉え、具体的には私学設立権がその一つとされている点では、後の小林説と差異がないようにみえるが、織田は単にそのような形式的な捉え方にとどまらず、その自由を教育内容の面にまで及ぼした点で、極めて本質的な把握に近づいていたといわなければならない。

このように織田は内容上の自由に留意しながらも、現実の日本の教育行政の絶対主義的な極めて厳重な教育内容統制に対しては必ずしも科学的な批判の見地を示さなかった。織田は現実の日本の教育行政において「教育の自由」があたかも存在し、認められているかの如くに論ずる。即ち「今日ニ於テハ此憲法ノ保障(歐洲の憲法が教育の自由を規定していること—岡本注)ハ殆ト具文タルノ観ナ

キニ非ス…我憲法カ教育ノ自由ヲ保障セサリシハ固ヨリ事理ノ当然」(15・393～394)と。

ここに述べられた限りでは、小林の「贅疣」論と全く同じ論理である。このような解釈の形式化が生れる理由は、確かに現実認識の浅さにもとめられるが、他方では当時の就学強制を要求する社会的現実に沿った解釈であったとみられないこともない。織田が国家が就学強制の制を設けたり教育事務を国の行政事務とすることは教育の自由と抵触するものでないと説いたのは「国家ハ寧ロ其ノ義務トシテ教育ノ完備普及ヲ図ラサルヘカラス」(5・547)という「国の義務」を強調する意味を含んでいたと解される面があるからである。後に再説するように、織田はここで義務教育無償の問題をこの国家義務とからめて論じているのである。従って、この織田の解釈は「教育の自由」を擁護しその内的な自由を指摘しながら、教育の完備・普及を要請し就学強制の一層の徹底を要求している社会的現実に沿って教育に対する「国家義務」を明らかにしようとする点に力点がおかれていたとみることもできる。

織田の教育自由の解釈におけるいま一つの特徴は、この教育の自由を親の教育権と結びつけ、それを基礎としている点である。織田は国家の教育権と親の教育権との関係を、親の権利が根底で、国はこの親の権利の正当な実現に奉仕するものと意味づけ、更に親の権利は実は子の教育をうける権利を現実化する「神聖ナル義務」であると解釈している。(Ⅱ参照)織田の説が前述のような問題点を持ちながら、基本的な性格を自由主義法学のそれとする所以は、まさにその論理の基底に個人の自由権優位の思想が厳然としてあるからであり、またそこに織田説の発展の可能性が存在していたのである。

織田の大正5年の著書においては「教育ノ自由」について一節(7頁)が設けられ、この点がより明確にあらわれている。それは先ず「我憲法カ教育ノ自由ノ原則ヲ載セサリシハ(現今の国家はこれを承認して)其必要ナカリシヲ以テナリ…之カ為メニ我憲法ノ下ニ在リテ教育ノ自由ナキモノト思惟スヘカラス…憲法ノ保障ノ有無ニ拘ラス立憲国家ノ原則トシテ各人ハ個人的自由ヲ保有セサルヘカラス」(23・105)と教育の自由を積極的に主張している。その論理は先の引用と大きな違いはないようにみえるが、前の著書においては「教育の自由は事実として保障されているから、憲法上に規定するのは具文であり、従って我憲法には規定がないのだ」という論理で憲法上に規定されていない理由の解釈にとどまっていたのに対し、この著書ではこの解釈からもう一度根本に立ちかえて「憲法上の無規定の意味は、教育の自由を保障すべきことが当然であり、立憲国家の原則から自由権の存在は前提とされているのだから、解釈の根本にこの教育の自由がおかるべきだ」という、教育法制の解釈の原則に教育の自由を位置づけようとしていた点で積極的なニュアンスをもっていた。

それは教育の自由の内容に対する解釈において更に一層明らかとなる。「教育ノ自由ハ教フルノ自由ト学フノ自由トノ両方面ニ亘リテ存スルモノニシテ畢竟思想若クハ信仰ノ自由ニ外ナラス教フルノ自由ハ各人カ自由ニ己ノ思想若クハ信仰ヲ他人ニ伝フル所以ニシテ学フノ自由ハ各人カ自由ニ己ノ好ム人ニ就キテ其思想若クハ信仰ヲ受クル所以ナリ而シテ我憲法ハ言論ノ自由ト信教ノ自由トヲ規定シテ思想及信仰ノ自由ヲ保障スル以上ハ教育ノ自由モ亦自ラ保障セラレタリト謂フコトヲ得唯

其直接＝憲法＝規定セラレサルノ結果教育ノ自由＝対スル制限カ必スシモ法律＝依ラサルコトヲ得ルノミ」（23・105～106）これは教育の自由の実質に対する洞察とその憲法上の規定による根拠づけとにおいてこれまでの曖昧な、形式的な解釈からはっきりと区別されるものであった。そして思想・信仰の自由から教育の自由を導き、それを教授と学習の両面からとらえることによって、それは教師の教育権とこどもの教育権の定立への道をひらいたのである。これが先に指摘した親の教育権の問題と密接に関連するものであることは云うまでもあるまい。即ち、織田は云う。「児童＝教師ヲ選択スルノ能力ナキコトハ言フ俟タサレトモ父母ハ選択権ナシト謂フヘカラス蓋シ父母カ其児童ヲ扶養スルノ義務アルコト…其結果トシテ児童ヲ教育スルノ義務ナカルヘカラス又從テ自己ノ欲スル所＝依リテ教師ヲ選択スルコトヲ得サルヘカラス」（23・107）と、従って「国家カ教育普及ノ必要上初等教育ヲ強制スルノ主義ヲ取ルヘ憲法カ個人ノ自由ヲ保障スル趣旨ト矛盾スルコトナシ」（23・108）と云うのは「同時＝或ル学説⁽³⁵⁾ヲ教フルコトヲ命令シ又ハ之ヲ禁止スルカ如キハ絶対的＝之ヲ為スコトヲ得サルナリ」（23・108）という国家の教育権の制約のもとにおいてであると解釈したのである。

織田の「教育の自由」の解釈論は論理的に教師の教育権を帰結するものであるが、それは織田理論の発展の中で明確になってくる。織田の明治28年の著書では「教員ハ特殊ノ学芸＝依リテ教育ノ施設＝任スルモノニシテ…特殊ノ資格ヲ要スルコト恰モ医師又ハ弁護士等ト同一ナラサルヘカラス」として教職の専門性をはっきりと指摘しており、「故＝方今何レノ邦国＝於テモ国家ハ特定ノ造営物ヲ設ケテ教員ヲ養成シ其ノ修業ヲ卒ヘテ免許ヲ得タル後＝非サレハ教員ノ資格ヲ与ヘサルヲ原則トス」（5・565）とこの教職の専門性を法制的に示しているのが免許制の本質であると解した。そしてこの原則の故に「校長及教頭ト通常教員トハ之ヲ區別セサルヘカラス校長及教頭ハ学校ノ行政事務ヲ管理シ教員ハ単＝教授ノ任＝当ル故＝校長及教頭ノ資格ハ教員ト同一ナルヲ要セス一般官吏ノ資格ヲ以テ之＝適用スルコトヲ得」（5・566）と述べ行政官と教育者、学校管理の行政的側面と教授・教育を峻別するのである。しかしながらこの時期の織田の論では教員の教育権はまだ確認されておらず、教員の権利には身分上と財産上の権利が挙げられるにとどまっていた。

これが大正5年の著書になると小学校職員に「職務上ノ権利」がはっきり示めされるようになる。即ち「職務上ノ権利トハ小学校職員カ其所属ノ小学校＝於テ法令＝從ヒ教育上ノ事務ヲ行フノ権利ニシテ…学校長ハ校務ヲ整理シ所属職員ヲ統督シ正教員ハ児童ノ教育ヲ担任シ之＝属スル事務ヲ掌リ…（施、134条乃至136条）而シテ職務上ノ権利中尤モ緊要ナルハ児童＝対スル懲戒権ナリ懲戒ハ教育ノ効果ヲ達スルノ目的ヲ以テ必要ノ場合＝児童ヲ強制威嚇スルノ手段ニシテ法律上此權利ヲ与ヘラルル者ハ親権者及親権者＝代リテ親権ノ行使ヲ許サルル者（例ヘハ感化院長）ノ外実ニ小学校職員トス…（令47条）小学校令カ学校長＝性行不良ニシテ他ノ児童ノ教育＝妨アリト認メタル児童ノ出席停止権ヲ与ヘタルハ懲戒方法ノ一トシテ視ルコトヲ得」（23・215～217）

織田の「教員の職務上の権利」の解釈が教育の自由に由来する「教育する自由」に基づくものであることは先に指摘したが、それはまた教師の専門職としての性質とも関連していることはこれま

での引用にも明らかであろう。この関連について織田自身は述べていないが、それは教育する自由の行使の条件として教師の資格要件を規定するものであるから、この教職の専門性は教育する自由を現実に教育関係において行使するための必要条件とみなされていたと思われる。さらに織田はこの教師の教育権のうちとくに懲戒権につき、これが親権の内容をなす懲戒権と同質のものとみなしたことは、教師の教育上の権利を親の監護・教育権との関係で意味づけようとする解釈への可能性を含んでいたとみることが出来る。

こうしてそれは先に指摘した親権の親義務解釈と子の教育権との関連において、こどもの教育権を根拠としその実現を保障するためのものとして親の教育権と教師の教育権を関連づけ、さらにそれら全体をこどもの教育権のために監督・制裁するものとして国の教育行政権を意味づけ、それら全体の構造の中核に思想・信仰の自由とそのコローリーとしての教育の自由が位置づけられるという理論構成が可能となった。国の教育行政権は教育の自由の法理によって教育内容への権力的な統制を制約され、教師の教育権は教育行政権の教員資格基準の設定によって条件づけられ、その専門家としての資格で職務上の独立を認められる。そしてそれらがいずれも究極的にはこどもの教育権に奉仕すべきものとして「教育の自由」の法制の中に位置づけられる。このように織田の理論を解することは以上の織田説の紹介から必ずしも無理な推論ではないであろう。少なくともこのような理論構成を可能とする思想と方法がそこには含まれていたとみることができるのである。

この織田説の性格は、彼の教育行政法学に対する基本的な研究態度と密接に関連している。彼は「現行教育法規ノ解説ヲ主トシ」といいながら「制度ノ本質＝論及」しようとし、また「教育行政ハ行政学ノ一部＝属シ教育＝関スル制度ノ本質ヲ研究スルヲ以テ趣旨トス…教育＝関シテ国家カ当ニ取ルヘキノ主義方針、機関ノ組織作用並ニ国家カ公力ヲ以テ干涉シ得ヘキノ限界等ヲ明解スルコト」(23・1～3)と述べている点に、彼が行政法の解釈学の立場よりはむしろ行政学的な観点から「制度ノ本質」を問題にしようとする態度や、政策批判ならびに国家権力の作用の限界を明らかにするというデモクラティックな立場がよくあらわれている。これらの点で織田の理論的立場・方法意識は明らかに絶対主義的教育法制理論のそれとは異っていた。後者が主として国家機関内部の権限配分・調整を論じ、国家と人民との関係においては国家権力の絶対優位の立場から専ら国家権力の作用の及ぶところを示したのに対し、織田のそれは人民の権利の側から国家権力を制約するという方向で論じられていたのである。

(未完)

注

- 1) 兼子仁 教育法 法律学全集 16 有斐閣 p. 118 以下、持田栄一 教育管理 国土社 p. 338 以下 など参照
- 2) 宗像誠也 教育と教育政策 岩波新書、兼子仁 教育法制理論の課題と方法 岩波現代教育学 3 参照
- 3) 宗像誠也 教育内容の決定権—教育内容行政の民主的・科学的なあり方について 日教組法制部資料 p. 7 はこの点についての注意を喚起している。
- 4) 拙稿 帝国主義教育に対する批判の運動と思想 東京大学教育学部紀要第6巻参照。
- 5) この視角からの具体的検討は今回の論稿では直接あつかわれていないが、私の研究視角の軸となつている

ものであり、その具体的展開は続稿のⅢで示す予定である。

- 6) 全法制の時期区分については講座日本近代法発達史 勁草書房（特に2巻 p. 313 以下参照）の説を参考としながら、教育法制理論史の時期区分論として試みた。時期区分論は本来、研究の作業仮説であるとともに研究成果のその段階における集約でもあるが、教育法制理論史におけるこの種の研究の現状から、ここでは当面の作業を進めるための仮説以上の意味はもたない。この小論がその一部であるわれわれの共同研究の集約のうでであらためて検討し提起する予定である。
- 7) 検討の対象とした著書の選択は出来るだけその期の代表的な著作をとりあげようとしたが、今日までにその著書を閲読する機会がないため重要なものを逸していることがある。またとくに価値の低いものも取り上げているがこれは当時の学説の普及度をみる意味で、その著作自体に価値があると考えたからではない。
- 8) 第3期は紙数の関係で今回はほとんど触れられなかった。
- 9) 共同研究者は平原春好（東大）神田修（東大）山崎真秀（東京学芸大）と私で、全体の構成は次の通り（ ）は発表分担（研究分担とは必ずしも一致せず）
「日本における教育行政法の歴史的検討」
第1部 教育行政法ならびにその法理論の検討の基礎的諸問題（山崎）
第2部 教育行政の原理的問題（神田・平原）
第3部 権利・義務の問題（平原・岡本）

私の今回の研究の構成は次の通り。

- I 学問の自由・教育の自由と教師の教育権（今回発表はこの前半部分）
- II 就学義務規定解釈における教育権思想
- III 国民の教育権思想への動向
- IV 戦前教育法制理論の2,3の問題
注（Iの後半から II, III, IV は次稿）

- 10) 私教育法制における「教育の自由」の原理自体が形骸化しつつあるとうけとられたこと（たとえば後述の小林歌吉の説を参照）、私教育法制では本来的に教師の教育権は保障されていない（次の注11の兼子論文参照）という事情と関係があると思われる。なお私教育法制については、兼子仁 教育法 p. 19 以下参照。
- 11) 兼子仁 教育行政法の現代的課題 思想 No. 427 p. 84~85 参照 ここでは私教育法制の原理である、近代的な「教育の自由」のうちには…「教師の教育の自由」が少くとも法制上には本来含まれていないとする否定的な見方が示されているが、この点を日本の法制理論の問題として検討するのがこの一つの課題である。
- 12) スタインは「教政ノ次序（システム）」を三つに分けた。人民教育（教育ノ初級）職務教育（専門教育）一般教育（社会教育のこと一岡本注）がこれである。（1・16~17）従つてここに言う職務教育法とは所謂職業教育ではなく大学に関する法制を意味する。
- 13) 私教育法制における「『教育の自由』は、国および公共団体が教育を法的にも事実上にも独占せず、教育権が私人に憲法上の自由権として保障されていることを意味する、教育に関する私的自治である。具体的にいえばそれは第一に、親の家庭教育の自由と学校選択の自由であり、第二に、教会をはじめとする私立学校設置者の学校経営の自由を意味する。」（兼子仁教育法 p. 21）といわれておりスタインの説それ自体は基本的にはこの私教育法制における教育の自由の通説的解釈であるとみられるが、「教育ヲ為スノ権利」の内容をスタインの解釈を手がかりに、本論に述べたように、より積極的なものと解することが、スタイン説を受容する側の解釈として成り立つ可能性があつたのではないかと考えるのである。
- 14) その絶対主義的な受容の状況についてはスタイン氏講義における海江田信義の言葉に、また政策的の面については、海老原治善 現代日本教育政策史 三一書房 p. 91 以下 に詳しい。本論では他の一面である「西洋近代の権利観」の側面のもつ可能性について検討した。

15) 明治文化史 5 学術編 洋々社 p. 580.

16) 有賀の学問的関心とその立場を知る参考に主な業績を次にかかげる。

明14 『哲学字彙』(井上哲次郎と共著)

16 「社会と一個人との関係の進化」

16 『社会学』

18 『註訳如氏教育学』(ジョホノットの訳)

19 『標註斯氏教育論』(スペンサーの訳)

19 『標註・斯氏教育学』(スペンサーの全訳・標註を細かく附したもの)

20 『麟氏教授学』(リンドネルの訳)

20 スタインの講義の通訳

22 『帝国憲法論』

22 『須多因氏講義筆記』(有賀編)

22 『国家学』

23 『大臣責任論』

23 『行政学』(本論で検討するもの)

これ以降の業績については省略する。

17) 勝田守一・中内敏夫 日本の学校 岩波新書 p. 96 参照

18) 日下部三之介編 文部大臣森子爵の教育意見 金港堂

19) その経緯問題点については、海老原治善前出書、沖原豊 明治憲法の制定と教育 教育学研究第 31 巻 2 号 など参照

20) 磯村哲 市民法学 日本近代法発達史 7 勁草書房 p. 102.

21) 「ヨーロッパの近代国家においては、超世俗的な倫理・宗教・真理等の諸価値に対する国家の無関与という意味におけるトレルチのいわゆる「比岸性の原理」が貫かれている。法は世俗的外部的な物的秩序にかかわるもので…わがくににおいても、大陸法の体系的論理的な法体系が継受され、その限り、…それは一応完結的な物的秩序の性格をもっている。しかし、国家はそれ自体倫理的実体をなすものであり、国家権力は、同時に、法的=物的秩序をこえる「精神秩序」のトレーガーとして現われ、かような「国家的」精神秩序が「法外」の官僚権力によって「強制」される…明治憲法と教育勅語はまさに国家権力のかような存在構造の象徴である。」(磯村哲 前出論文 p. 101~102) これが最も強烈に典型的な姿であらわれたのが教育法制であろう。後にも触れるように教育法制においては「神法」たる教育勅語が世俗的外部的な物的秩序たる教育行政法の頂点に位置して明治憲法体制においても「一大変例」たる特質を示したのであった。

22) 禱は学問の自由や教授の自由を全く否定していたわけではない。たとえば「国家と教育の関係」の節で「高等教育は其の本質上…一層自由にせざるべからざるものたり即學術は元來強制又は專占を許すべきものにあらざればなり」(13・16) といい、教材選択の自由(13・26) 教授の自由(13・143) (後述) にも触れているが、それを学問の自由・教授の自由・大学の自治という基本的理念の問題として取扱おうとはしなかった。従つてこれらの問題は第二編第二章帝国大学(p. 387~399) では全く扱われないのである。

23) 学校管理法の教科書で教師の財産上の権利の問題が全く扱われなかったというのではない。権利として論ぜられなかったことをいうのである。私の調べた中で、樋口勘次郎のものだけが「権利」とうたつていたが、これは樋口の特異な立場(彼の国家社会主義的教育論に示されているその思想)と考えあわせると興味深い例外であろう。

24) 教育行政法の著書の場合に「権利」という概念が比較的良好にあらわれるのに対して学校管理法の著書の場合には「権利」が影をひそめ「職権」「職務権限」が多くあらわれるのは、それぞれの考察の方向や論述の目的と関係があらう。前者の場合には国家との関係が大きな問題であるのに対し後者では国家の官吏としての教員と国民一般との関係が問題で、学校管理法は教員が国民に対して有する権限を明らかにすることを課題としたからであらう。このことの中にも絶対主義的な教育法制における教育・教師観の性格があらわれてい

る。それはまた前者が行政関係者（希望者を含め）を対象とするのに対し後者が教員を対象とする点での差異をも反映しているものと考えられる。

- 25) この権限の主張が、現実的な効果として地域支配層の教員に対する圧迫・干渉の排除を助け、現場教師の要求にマッチする面をもつていたこと、そして現場教師が屢々この要求をかかげたことと、ここの論述とは矛盾するものではない、それはこの国家権力に直接依拠する解釈によつて教師は益々権力の末端に自らを位置づけ国民の本質的な教育要求に背を向ける結果となつたことから明らかであろう。
- 26) 禱がここで述べているのは勿論官吏の権利であるが、禱は教員＝官吏説をとり、この節は「官吏（教員を含む以下同じ）」として論ぜられているので、これは教員の権利とみてよい。
- 27) 「法ヲ取扱フニ論理以外ノ方法ヲ用ユヘカラサルハ法ノ本然ノ性質ニ属ス既ニ法ハ純粹ナル形式ナリ 其ノ内容実質因果シテ幾許ノ倫理的価値ヲ存スルヤ果シテ自然ノ道理ニ適スルヤ果シテ文明諸國ノ法制ト一致スルヤ又果シテ社会ノ必要ニ応スルヤト云フカ如キハ毫モ規則トシテ相關セサル所ナリ」というのが概念法学の固有の論理であつたとされる。（磯村哲 前出論文 p. 103）
- 28) その概括的特徴については 平野義太郎 官僚法学 日本近代法発達史 3 p. 222 以下参照
- 29) 美濃部達吉 行政法撮要 下巻 有斐閣 p. 501（昭和8年版）
- 30) 穂積八束と共に絶対主義的な官僚法学の代表者と目されている上杉慎吉の学説においても、松浦ほどに学問の自由、教育の自由は否定されてはいなかつた。以下にやや詳しく上杉説を紹介しておく。引用はすべて（12）より傍点は岡本。彼は「教育ハ…各人ノ責任ニ属シ…各人ノ自由ナル精神内部ノ作用ナリ…児童ヲ教育シ…人格ヲ訓練スルハ其ノ両親ニ属スル義務及ヒ權利ナリ」（803）と教育の私事性・私教育の自由、親の教育権を前提としながら、それによる「国家ノ教育ニ干渉スルヲ排斥スル者」には「教育ノ事ハ…国家ノ全体ノ為メニ国家ノ負フヘキ職分ノ重要ナルモノ」であるからと批判する。（804～805）

しかし上杉はその国家干渉の限界について次のように述べる。「国家ノ望ムトコロハ教育ノ普及ニ在リテ其ノ方法種類ノ画一ニ在ラス…極端ナル国家独占ノ制度ハ必要ノ程度ヲ超エ而モ教育學術自由ノ精神ニ直接ニ撞スルモノナリ…智能、道德ノ開発ハ大人ノ心情ノ作用ヲ要シ形式ヲノミ尊官官庁政治ノ方法ニ依リテ施行スルハ或ハ不適当ノモノアリ…国家ハ教育ニ干渉スルモ全然之ヲ独占スルハ實ニ必要ナキノミナラス教育ノ性質ノ許ササルトコロナリ」（806～807）

こうして、所謂 *interna=externa* 論を展開する。「国家ハ或ル一定ノ程度ノ教育ヲ受ケシムルコトヲ法律ヲ以テ強制シ而シテ其ノ之ヲ授クル学校ノ設立ハ必スシモ之ヲ国家ニ独占セス自由ナル私人ノ設備ニモ委ネ教育ヲ受ケシムルノ義務アル者ヲシテ其ノ何レノ方法ニ依ルカハ自ラ之ヲ定ムルノ自由ヲ保有セシムルヲ最モ適当ナル制度ト為ス…児童ノ智能、道德ヲ開発スル教育ノ事ハ原則トシテハ之ヲ一家ノ内事トシ両親ハ其ノ児童ヲ家庭ニ於テ教育スルモ私立ノ学校ニ通学セシムルモ公立ノ学校ニ入ラシムルモ總テ之ヲ其ノ自由ナル選択ニ任シテ国家ハ唯タ或ル一定ノ程度ノ教育ナキ者カ其ノ構成分子タルコトヲ欲セス之ヲ防止スル職分ヲ有スルカ故ニ公ノ力ヲ以テ其ノ方法ノ如何ハ之ヲ問ハサルモ或ル程度ノ教育ハ之ヲ受クルコトヲ強制スルナリ…教育ノ方法ハ固ヨリ両親ノ自由トスヘキモノニシテ公立ノ学校ハ自ラ補充ノ性質ヲ有スヘク」（807～809）と西欧の近代私教育法制的教育の自由の思想をほぼ忠実に述べているのである。こうして現行法の解釈にもこの思想から両親の児童就学の義務について「此ノ義務ハ小学教育ヲ受ケシムルノ義務ニシテ公立ノ小学校ニ入学セシムルノ義務ニ非ス是レ前述教育自由ノ趣旨ニ出ツルモノ」（813）と述べた。

学問の自由についても「學術ノ発達ハ其ノ自由ナル討究ニ待タルヘカラサルヲ以テ国家カー時ノ政略ノ為メニ真理ノ闡明ヲ妨クルカ如キハ最モ忌ムヘキコトニシテ縦令曲學邪説ト雖モ国家ノ権力ハ決シテ之ヲ圧服スルコトヲ得ヘキニ非ス…故ニ學術ノ蘊奥ノ攻究ハ之ヲ私立ノ大学ヲシテ任セシムルコトヲ要スルハ…更ニ著シト為ス故ニ國ニ依リテハ公立ノ大学ト雖モ或ル程度ノ自由ヲ許シテ學術自由ノ精神ヲ貫徹センコトヲ期スルモノアリ」（811）と述べ、「學問自由ノ趣意ヨリシテ大学ヲシテ独立ノ地位ヲ制度上保有セシメンコト」が必要であるが「我カ帝国大学ハ未タ毫モ独立ノ大学タル地位ヲ有スルモノニ非ス大学ノ行政ハ上下隸屬ノ關係ヲ有スル国家ノ官吏ニ依リテ行ハル…独逸ニ於テハ大学總長ハ教授ノ互選スルトコロナルモ我カ國ニ於テハ全然國家ノ任命ニ依ル」（822）とかなり批判的なニュアンスで論じているのである。しかし上

杉は教師の権限問題には全く言及していない。

この上杉の所説は彼が大学院にあつた26才のときの著書によるものであるから、その所説が西欧の学説の影響を受ける点が多かつたとも考えられるが、かなりの点で後に検討する自由主義法学者の織田万の所説に似ていることが指摘できるのである。

- 31) 禱は小山のように区別せず一括して特別権力関係にもとづく懲戒権として説明する。(13・45~46) なおこの造物の作用範囲について禱は保護者を含めていない(13・80)。上杉慎吉は懲戒権を造物権から解釈しながら「懲戒ノ目的ハ一般ノ懲戒ト異ナリ唯タ小学校ノ秩序ヲ保ツカ為メノミナラス其ノ目的タル教育ノ一ノ方法ナリ」(12・819)とやはり教育上の観点を入れているが、それ以上には論を進めていない。
- 32) 教職の専門性という観念自体は、既に述べたように有賀にもまたこの期の木場貞長にもみられる。木場は教員免許制に関連して「外国ニ於テ免許状ヲ与フルノ趣旨ハ…尚医師又ハ弁護士ノ免許ニ於ケルテ敢テ異ナルコトナシ」(9・100~101)と指摘している。しかしここで小山がその職務の独立性の解釈への手がかりにしたのはこのような職務の専門的な資格の観点からではなく裁判官を例とするような職務自体の自立性の観点であつた。ここでは未だ明確になつていないが教師の教育権(限)論はこのどちらを主要な根拠とするかによつてその内容を変えるので、これは重要な問題であつた。
- 33) ただし解釈のしかたは少し変つてきた。明治43年の著書では「自治権」の承認という解釈であつたが、この大正5年の著書では「実質上の機能」の問題とされている点である。即ち「評議会及教授会ハ其法律上ノ性質ニ於テハ共ニ諮問機関ニシテ議決機関ニ非ス又其形式上自治団体ノ機関ニ非サルコトハ論ナシト雖モ国法カ独リ帝国大学ニ此ノ如キノ機関ヲ設ケシハ其学理教育ノ任務ヲ完ウセシムルカ為メニハ実質上組織アル一団トシテ自治的機能ヲ認ムルノ必要アルニ由ル」(23・324)。
- 34) 明治43年の著書もほぼ同旨の説明(15・393~394)
- 35) この教育内容の自由に関する織田の説明は明治28年(5・446)、明治43年(13・393)の両著書にもほぼ同様の表現で述べられているが、それらではいずれも「学科」でありこの大正5年の著書ではじめて「学説」とされた。この学科から学説への変化にも、織田の解釈が内的な自由へと深められていることが読みとれよう。さらに織田は「教育の自由」解釈を教科書統制の批判に及ぼしていることを指摘しておこう。「願フニ教科用図書ノ改良ハ出版ノ自由ニ待タサルヘカラス…我政府カ検定主義ヲ改メテ国定主義トシタルハ退歩タルヲ免レス若シ発行者間ニ競争ノ弊アラハ其監督ヲ嚴ニスレハ足ル中等教育ノ教科書ニ於テハ依然トシテ検定主義ヲ採リ小学校教科書ニ就キテモ其一部分ハ検定主義ニ依ル以上ハ政府ノ恐ルル所ノ弊害ハ畢竟程度ノ論タルニ過キス全部ニ涉リテ検定主義ヲ採ルノ勝レルニ若カサルナリ」(23・161) 織田はこのようなはっきりと国定主義を批判し、政府の「弊害」の口実に含まれている矛盾を鋭くあばき出している。

(1965. 10)