

教育権理論の変遷過程：研究ノート

NOGUCHI, Kikumi / ノグチ, キクミ / 野口, 貴公美

(出版者 / Publisher)

法政大学社会学部学会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

社会志林 / Hosei journal of sociology and social sciences

(巻 / Volume)

46

(号 / Number)

3-4

(開始ページ / Start Page)

26

(終了ページ / End Page)

56

(発行年 / Year)

2000-03

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00015107>

教育権理論の変遷過程

—研究ノート—

野口 貴公美

1. はじめに～本稿の問題意識と構成
2. 1950年代型教育権理論～国家の教育権から教師の教育権へ
3. 1960年代・1970年代型教育権理論～国民の教育権から子供の学習権へ
4. 1980年代以降の教育権理論～新教育権理論
5. おわりに～法律学と理論に関する若干の考察

1. はじめに～本稿の問題意識と構成

〈1〉 本稿の問題意識

(1) 社会権の理論的宿命

「社会法とは、その市民法のもとで、市民社会の発展につれて生じたさまざまな混乱—貧困問題、労働問題、小作問題、土地問題、住宅問題など—に対処してそれを現実的に解決するために、その市民法を修正して現れた法であって、動態的な性格のものである¹⁾」。

歴史的に言えば、国家及び法体系は、もともと、国民が自らの権利（市民権—自由・財産権）を防御するために要請したものであったといえよう。そこにおける国家は「夜警国家」、すなわち、国家の役割は犯罪の防止や軍事・外交などのごく一部の領域に限定されるとされ、国家は国民の生活に極力介入すべきではないとされた。しかしながら、資本主義経済社会の発展、及びその発展過程で明らかになった資本主義経済社会の諸弊害は、市民生活への国家の積極的介入を要請することとなった。とりわけ20世紀に入り、「無産労働者大衆の貧困問題……はとうてい放置できるものではなく、また放置すべきものでもないということの認識が一般化²⁾」するなかで、国家の役割に対する国民意識は大きく変化することとなった。こうして、現代国家は、より政策的・積極的に生活秩序を構築する存在たるべきとの認識が高まり、従来は必要以上の介入は避けられるべきであると考えられてきた国家作用にも、より政策的・積極的な作用へという変容が生じることとなった。

このような国家作用の変容により、国家を取り巻く法制度にも大きな変化が生じることとなった。法関係をめぐる当事者についてみれば、従来は規制主体—被規制主体という二面関係であった当事者関係については、被規制主体（例えば大企業）と規制主体たる国家とが、常に必ずしも敵対的な関係には立たないということが認識されるようになった。また、国民が求める権利概念が近代型の「防御する権利」から現代型の「請求し構築する権利」へと変容したことにより、従来の法関係に第三の新たな当事者（国家の積極的介入を求める国民）が関与してくることともなった。こうして、国家が国民の生活に積極的に関与し、構築していくべき権利（社会権—生存権的基本権）が、新しい権利体系として構築される必要性が認識され、社会法、及び社会法によって規定される社会権のフレームワークが形成されていくこととなった。

このように、社会権及び社会権をめぐる理論体系は、その発生の契機上、もともと「資本主義社会の発展が不可避的に生み出した社会の混乱に対処するために要請されたものであった」といえよう。冒頭に引用した言及においても指摘されている通り、社会権は生来、さまざまな社会の混乱に対処すべく、動的に発展していく宿命を背負わされていると考えられる。したがって、社会権をめぐる理論体系は、法律学における理論のなかでも、とりわけ、現実社会の政治的・経済的・社会的変動等の外的要因の影響を大きく受けやすいという宿命を有しているものと推察される。

（２）日本国憲法における社会権のカタログ

日本国憲法も、現代社会における国家が、もはや近代的な夜警国家ではなく、より積極的に経済政策、教育政策、社会政策等の諸政策を講じ、国民全体の福祉を向上させていくよう努めるべき存在であるとの立場を明らかにしている。このような社会権の枠組みとして、日本国憲法はまず、その25条（生存権）において「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」と規定する。この25条をはじめとして、日本国憲法は26条で教育を受ける権利（教育権）を、27条で勤労権を、28条で勤労者の団結権を保障し、生存権的基本権（社会権）と呼ばれる権利体系の枠組を形成している³⁾。

既に述べた通り、社会権をめぐる理論体系が（自由権をめぐる理論体系に比較して）「現実社会の政治的・経済的・社会的変動の影響を大きく受けやすいという宿命」を背負わされているのだとすれば、日本国憲法における社会権のカタログを取り巻く法理論もその例外ではなかろう。以上のような問題意識に基づき、本稿では

試みに、憲法 26 条の教育権を取り上げ、戦後の教育権理論の変遷過程を「理論分析」という側面から考察してみることとしたい。

〈2〉 本稿の検討課題と構成

(1) 本稿の目的

教育権理論史に関する研究は多いが、本稿では特に、戦後の教育権理論の変遷過程を「理論分析」という側面から考察することを課題としたい。理論の変遷過程を追う上では、理論形成の外的要因と考えられる諸要因（政治的背景、社会的背景等）にも留意しつつ考察を進める必要がある。また、そのような考察の結果として、法学における理論（とりわけ社会権をめぐる理論）が、いかに理論形成の外的要因に対して脆弱であるか（影響を受けやすいか）についても検討してみることとしたい。

社会科学における理論を仮に「現実をみる装置」として捉えたとすれば⁴⁾、法学における理論は、理論とは名ばかりの「解釈論」に過ぎない側面が強いように思われる。しかもそこにおける解釈論は、時として運動論と強く結びついている。運動論の側面が強いというのは、何らかの目的のために理論（本稿では解釈論も含めて理論と称することとする）が提示されていることを意味する。極言すれば、社会科学における理論にはすべて目的があるわけだが、通常その目的性は本人の学問的興味を越えていくことが多い。しかしながら法学の場合にはこの部分が特殊で、本人の学問的興味というよりは、むしろ特定の人間の特定の権利を擁護するために理論が提示される傾向が強いようである。法律解釈における理論は、こうして元来は何か特定の権利擁護のために（目的論的に）構築されたものでありながら、理論が一度構築されてしまうと、その理論が「通説」・「趣旨」・「本質」といった思考停止概念で置き換えられてしまう危険性を常に孕んでいることに注意しなければならない。

本稿では、教育権理論の変遷過程を考察するに際し、自らの教育権理論の（内容的）構築・解釈論は、意識的に提示しないこととする。けだし自らが教育権理論を展開してみても、それは本稿の目的—理論形成の外的要因との関わりで理論の変遷過程を分析すること—には、何ら資するところはないからである。本稿で注目したいのは、教育権理論の「本質」や「原則」が何かということではない。本稿の目的は、各時代が提示した、教育権理論の「本質」や「原則」が、果たしてどのような背景（外的要因）を以て「本質」や「原則」と称されるようになったかを分析する

ための、序論的考察を行うことにある⁵⁾。

(2) 検討対象の絞り込み

本稿の検討対象として、日本国憲法における社会権のカタログのなかから特に教育権を取り上げる理由は以下の二つである⁶⁾。

- (i) 第一に、我が国における憲法理論形成の外的要因としては、憲法訴訟・憲法訴訟運動の影響力が特に大きいと考えられるが、この意味において、我が国では教育権の問題をめぐって多くの訴訟、運動が繰り広げられてきたことである⁷⁾。また、教育政策の領域は、戦後の民主化の過程で中央政府が最も重要視した政策領域の一つであり、したがって、当時の政治状況からの影響を如実に反映するものである。このように理論形成の外的要因に豊富に取り囲まれているという点で、教育権は社会権のカタログのなかでもとりわけ興味深い検討対象であると考えられるのである。

教育権理論は、日本国憲法の成立時から唯一無比のものではなかった。自民党の教育政策や、政策への抵抗としての教育裁判から大きな影響を受け、生成・変化し続けてきた。憲法学者をはじめとする国民の「教育」に対する関心も、当時の政策や実際の教育状況に応じて、常に変化し続けている。本稿ではそのような変遷過程を、いわゆる教育権理論の変遷のなかに読みとっていくことはできないかと考えている。

- (ii) 第二に、法律学における理論の変遷という本稿の問題意識との関係においても、教育権をめぐる議論が一つの興味深い素材を提供し得ると考えるからである。教育権理論は、戦前の憲法論的手法の遺産（実定法の解釈に憲法上の精査を加えず、憲法に対しては条文の解釈論のみを行うという手法）を受け継いでスタートするが、その後、教育政策への批判や教育裁判などを経て、単なる 26 条の解釈論から、内容的にも手法的にも多様な変化を遂げているものと理解される。

また、日本国憲法 23 条には、自由権として学問の自由が保障されている。このことからすれば、同じ教育という政策領域において、自由権である 23 条の理論展開と比較しながら、社会権である 26 条の理論発展過程を分析することもまた興味深い検討対象となろう。本稿では 23 条にまで踏み込んだ考察を行うことはできないが、将来の検討課題の一つとして注記しておくこととしたい。

(3) 構成

本稿では、日本国憲法公布（1940 年代後半）以降 1990 年代初頭に至るまでの教育権理論の変遷過程を追いながら、理論はどのような外的要因に規定され、変容していくのか」について考察することとしたい⁸⁾。

私見を結論的に述べれば、戦後日本の教育権理論には、これまで三回の転機があったものとする。そこで本稿では、この三回の転機に沿う形で論文の構成を定めることとする。まず第一の転機として、1950 年代の「教師の教育権」理論の確立

の過程を扱う (2)。これは勤務評定を典型とする 1950 年代型復古主義的教育政策を外的要因とし、政策への批判と勤評裁判のなかで形成された理論であったと考えられる。続く第二の転機として、1960 年代・1970 年代の「国民の教育権」・「子供の学習権」理論の成立を取り上げる (3)。これは 1960 年代に入って頻発した教育裁判と、1960 年代から 70 年代にかけて顕在化した教育問題（受験戦争や選別教育の激化による子供への抑圧的状况）とを外的要因とし、主として教育法学者を中心として）繰り広げられたもので、1950 年代型教育権理論を（学ぶ者を主体として）再構築するものであったと位置づけられよう。第三に、1980 年代の「新教育権理論」の発生過程を分析する (4)。これは、1970 年代後半以降の教育の荒廃（いじめ・校内暴力・登校拒否・校則・体罰等の諸問題による教育の荒廃）のなかで登場してきた、従来型の教育権理論の抜本的再検討の動きであったと評価できる。最後に、本稿の分析を総括し、法律学における理論についての暫定的な結論を導くこととしたい (5)。

2. 1950 年代型教育権理論～国家の教育権から教師の教育権へ

〈1〉 1940 年代／教育権理論の萌芽

(1) 教育政策・理論形成をめぐる外的要因の不存在

教育改革への戦後最初の、そして最大の変化は、いうまでもなく日本国憲法の制定（1947 年 3 月施行）と、それに基づく教育基本法の制定（1947 年 3 月施行）であった。国民主権・平和主義・基本的人権の尊重という三大原則を掲げる日本国憲法は、教育の性格を戦前とは全く異質なものに变革させる規定を有していた。すなわち日本国憲法はその 26 条において、国民の教育を受ける権利を規定し、教育は勅令ではなく法律によって行われることを宣言したのである。

この憲法の規定を受けて制定された教育基本法は、戦前のような教育に対する政治権力支配を禁止し、権力による教育支配を厳しく抑制し、権力からの教育の自由を確立することを意図していた。このような、「権力からの自由」を基調とする教育政策は、学校教育法、国定教科書廃止、学習指導要領試案、文部省設置法（文部省の監督権限の制限）、教育委員会法（教育委員会の地方自治体住民による公選制）の各種法制度の成立によって具体化されていった。総じて、敗戦から 1950 年までにかけては、戦前の反省にたった、民主主義的な教育政策が展開されていたといえる⁹⁾。

敗戦直後の 1940 年代の日本は、占領軍の指導によって、自由で民主主義的な教

育政策が遂行された時代であった。日本国憲法や教育基本法の成立をめぐって「教育権の独立」という議論が無かったわけではない。しかしながら、1940年代の憲法学が、総じて「教育権理論（教育をめぐる理論）」に対して無関心であったのは、理論への外的要因（理論を発生させるような諸要因）の不存在に原因があったのではないだろうか。つまり、1940年代において教育権理論が流行らなかったのは、決して憲法学者の怠慢ではなくて、日本国憲法や教育基本法の成立の他に、さしたる外的要因が存在しなかったからではないかと考えられるのである。換言すれば、1940年代においては1950年代の復古的教育政策のような、理論形成に対する深刻な外的要因は存在していなかったということになる。

もっとも、当時において教育権理論が全く存在しなかったわけではない。例えば教育権理論のパイオニアともいえるべき田中耕太郎説は、ある意味で非常に進歩的な教育権理論を展開していた。また、憲法解釈論のレベルでも、憲法の審議段階の議論に忠実な解釈論が提示されている。

（2） 1940年代の教育権理論～田中説

憲法及び教育基本法制定時の文部大臣としての立場から主張された田中説は、教育権理論について戦後もっとも早くから論じられたものの一つであった。田中説は、26条の反面解釈から「国家の教育権」を唱えたとして国家教育権論として分類されることもある¹⁰⁾。しかしながら、田中説を簡単に国家教育権論と分類することには疑問を感じる。なぜなら、日本国憲法の審議における答弁などからも推察されるように、田中説において述べられる「国家の教育権」とは、「義務教育に関する設備（外的条件）を整える権利」という内容にすぎなかったと考えられるからである。田中説によっても、「ここにいう教育権とは広義に解すれば、教育を受ける権利又は請求権と教育をなす権利又は権能を含む」と定義され、「両親の教育の義務に対応して、子女の側における教育を受ける権利が存在し」、「子女のこの教育を受ける義務に対応して、教育をなす両親の権利が存在するのである」と論じられる。すなわち田中説においても、「教育をなす権利又は権能」が両親の自然的権利であることについて否定されてはいないのである¹¹⁾。

（3） 基本書における無関心

さて他方において、当時の憲法学界における理論状況はいかなる状況だったのだろうか。

戦後日本憲法界における初の基本書であった『注解日本国憲法』における解釈論は、驚くほど（新憲法策定の）審議段階の議論に忠実である。例えば、23条の箇

所によれば、「学問の自由とは、沿革的には、主として高等な学術研究機関の教師又は研究者の研究・論議・発表につき政治的、宗教的、経済的な社会力もしくは官憲の干渉を受けぬことを意味した」が、「本条で学問の自由を保障する場合、そこにいう学問とはこのような高等な機関で行われるものに限ら」れず、「およそ一切の学問的研究の自由を保障する趣旨である」。「[もっとも、本条が] 一切の学問研究を対象とする以上、本条の学問の自由が当然教授の自由を含むということはできない……下級の教育機関についてはそこにおける教育の本質上、教材や教課内容や教授方法の画一化が要求されることがある¹²⁾」。これらの解説は、いずれも日本国憲法の審議過程における田中耕太郎文部大臣の答弁と同じ内容であることが伺われる。

また、26条についても、「教育を受ける機会の平等とその最小の要請をみたす手段である義務教育の制度を憲法上認めたのが本条である¹³⁾」として、基本的に国会答弁どおりの解釈論が展開されている。ちなみに、憲法学者による当時のこの他の基本書には、『注解日本国憲法』以上の解説は見あたらない。

(4) 小括

敗戦直後の1940年代は、戦後の民主主義が「理想」ではなかった時代であった。教育政策も非常に民主主義的なものであり、この時代には、とりたてて教育学者の非難・批判の材料はなかったものと考えられる。方法論的にみれば、教育権理論についての方法論的考察は未だ不十分で、単なる解釈論が行なわれているに過ぎず、注目すべき理論的発展はない。しかしそれは法律学者が怠慢だったわけではなく、理論を発展させるような外的要因が存在していなかったことによるものと捉える方が適切であろう。

当時の憲法23条・26条解釈に関しては、以下のような論評が存在する。

「憲法二三条に学問の自由が規定され、二六条に教育を受ける権利の規定がみられることは、戦前、国民の思想・信条の自由が奪われ、教育は国民の三大義務の一つとして位置づけられていたこととあざやかな対比をなすものであった。にもかかわらず、法解釈のレベルでは、ここでも、『注解日本国憲法』に代表されるように、それを国家による義務教育の百パーセント実現の意味に解して、教育を国の側から規定するも、国民の側から規定するも、義務教育の実質に変わりはないと説かれたが、そのことは、教育を受ける権利が憲法上に規定された歴史的意義について理解を欠き、教育についての戦前的思惟が根強く残っていることを示している¹⁴⁾」。

しかしながら、敗戦直後の日本の教育政策において、憲法及び教育基本法ライン

の非常に民主的な教育政策が遂行されていたことを踏まえると、上記の批判はそのままにはあてはまらないように思われる。むしろ、『註解日本国憲法』や『宮沢憲法』がこのような解釈で十分としていたのは、その出版の年代が早くて、これらの法条の解釈が法廷で鋭く争われるようになるとは予想していなかったもので、このような解釈に止まっていたのだ、という事情があるだろう¹⁵⁾と考えるほうが、適当であろう。「教育は国民の三大義務の一つとして位置づけられていたこととあざやかな対比をなすものであった」と国民が実感するには、1950年代以降の復古的教育政策という外的要因の発生を待たねばならなかったのである。

〈2〉 1950年代／教育権理論への「負の遺産」－「教師の教育権」の成立

(1) 教育関係者の危機感

1950年代に進行した教育政策における「逆コース」は、教育学者や教師等の教育関係者に大きな危機感を与えることとなった。復古的教育政策は、教育権理論発展の外的要因として認識されることとなったのである。

1940年代後半の民主的教育政策に対する国民の「期待」は、1950年代の復古的政策への逆進によって「警戒」へと変化することとなった。1952年、政府は文部省設置法と学校教育法の改定によって文部省の権限強化をはかる一方、1954年には教師の政治活動と偏向教育とを取り締まる教育二法を制定した。さらに1956年には地教行法（地方教育行政の組織及び運営に関する法律）を可決し、教育委員の公選制を廃止した。

このような一連の教育「逆コース」立法が成立していくなか、法学界は教育に関する問題を強く意識するようになった。そのような意識のなかから、教育二法や地教行法による基本法体制の破壊に対して、教育関係者からの教育政策批判が発生することとなった。こういった復古的教育政策への抽象的な批判や危機感は、やがて勤評闘争という直接的契機を経ることによって「国民の教育権」という法的理論闘争へと具体化されていくこととなる。裁判闘争、そしてそれに伴う学術的研究の過程で、戦後直後は問題とはされなかった「国民が国家の介入から教育を守る権利」が再検討され、憲法にもとづく「教育権」という言葉で具体化されていくこととなったのである¹⁶⁾。

以下、当時の理論形成への外的要因と考えられる勤務評定裁判と、東大ポポロ事件という二つの裁判上の動きについて分析する。

(2) 勤務評定裁判

勤評裁判は、日本戦後教育史のなかにおいて、教育裁判の最初の形態とされ、この裁判闘争の現出が、復古的教育政策批判と教育権理論を橋渡しする役割を演じることとなったとされている。もっとも、勤評闘争は、教育権理論の外的要因として捉えるにはいささか不十分であることについても指摘がある¹⁷⁾。

確かに勤評裁判は、法廷においては「教育」の問題としてというよりも、「公務員の労働基本権の問題」として認識された側面が強い。しかしながら、裁判に関与した教育関係者にとって、勤評裁判が「国民（教師）の教育権」という概念について注意を促す契機となったことは否めない。漠然とした復古政策への危機感は、法廷闘争という契機を経て、憲法・教育基本法に基づく「国民の教育権」という法的権利に根づいた批判へと発展することとなったのである。

このように、日本の「教育裁判」というものが、「教師の教育権」を国家の復古的教育成策から守るという形態でスタートしたことは、日本特有の教育裁判の性格づけを導いたという意味で重要であろう。勤評裁判において、「教育権」という概念は教師の教える権利との関係で問題とされた。すなわちそれは「教育権」＝「教える権利・教育内容を決定する権利」という構図の確立でもあった。ここに、法的権利としての「教育権」理論が、教師の「教える権利」として出発することとなったのである。

（3） 東大ポポロ事件

他方において、1952年の東大ポポロ事件最高裁判決の有する外的要因性について検討してみよう。本判決は学問の自由を、(1)研究の自由及び研究発表の自由、(2)教育ないし教授の自由、の二種類に分け、一般国民は(1)については保障されるが、(2)については必ずしもこれを保障されないとし、大学に関しては(1)のみでなく(2)についても保障されることを判示した¹⁸⁾。

ポポロ事件最高裁判決については、「劇団の公演は学問的活動ではないので大学の自治の範囲外」とした判決内容そのものについての批判が高かった。しかし他方で、判決が「23条では初等中等教育機関の教育の自由は保障されない」としている点については批判されることはなかった。これは、「大学内部への警察官の侵入」という事実があまりにもショッキングであり、ポポロ事件がもたらした大学の自治を国家権力から擁護する観点から注目されたことによるためであろう¹⁹⁾。ポポロ事件判決は、これ以降1976年の学テ判決に至るまで、「憲法23条は大学以外の場での教育・教授の自由を認めるものではない」という最高裁の判例となった。このように、ポポロ事件というセンセーショナルな事件の発生により、爾後の憲法学にお

いては「23条＝大学の自治・大学の学問の自由を保障するもの」というイメージが与えられることとなったのである。

本稿の問題関心との関連からすれば、ポポロ事件判決が、憲法成立当初の23条理解（23条により、制限つきながら教育の自由を認める通説的見解）を覆し、大学以外（すなわち初等中等教育機関）の場所における「教育の自由」を23条の射程外においたことそれ自体に注目すべきであろう。けだし、ポポロ事件判決の存在によって、国民一般の「教育の自由」を考える際の法的根拠は23条ではなく、26条に求められていくようになったと考えられるからである。

（4）小括

1950年代は、復古的な教育政策へと教育政策の転換があった時代であると共に、戦後日本において、「教育」をめぐる問題が裁判という形で初めて顕在化した時代でもあった。と同時に、教育権理論にとっては、勤評裁判の間接的影響を受けつつ、教育学・教育法関係者の間で「教師の教育権」が成立したという点で、一つの転機をなす時代でもあった²⁰⁾。

ここにおいては、教育権理論の変遷への外的要因として、教育問題の裁判化の最初の形態が勤評闘争であったという点に、特に留意しておきたい。なぜならば、復古的な教育政策—教育からの国民の排除—は「教権の独立」という問題を不可避免的に意識させたが、勤評裁判の提起によって、それは所謂「国民（一般）の教育権」の主張という形ではなくて、（勤評裁判闘争のなかで復古的教育政策の影響を直接的に受けた）「教師の教育権」の主張という形をとることになったと考えられるからである。ここにおいて「国民の教育権」という問題は、親が子供に対して持つ自然権的な権利としてごくあっさりとして処理された。そしてむしろ赤の他人である教師がなぜ他人の子供を教育することができるのか（他人の子供にたいして教師が「教育権」を持つのはなぜなのか）という点が、より重要な法的問題として認識されることとなったのである。

このような形での教育裁判のスタートは、「教育権」という言葉を、「（教師の）教育する権利、教育に対する発言権」として意義づけることとなった。翻って考えれば、1950年代の教育状況における対立関係は「国家」対「教師（国民）」であったのであり、そこには「親（国民）の教育権」という概念も、ましてや「子供の教育権」という概念も、未だ存在する必然性はなかったのである。1950年代の教育権理論が「教師の教育権」という形で主張されたのは、当時の教育行政の状況に大きく規定されていたからだといえよう。

さらに、ポポロ事件裁判の提起とポポロ事件最高裁判決は、その事件の有する高度な政治性の故に、教育権のカテゴリーで論じられることが少なかった。しかもそれに加えて、直接的には憲法 23 条について判示するものであるポポロ事件判決により、最高裁は初等・中等教育機関における教育の自由を 23 条の枠外に置いた。この点において、ポポロ事件判決は憲法 26 条の教育権理論の発展を制約づける判例として機能したとも意義づけられよう。ポポロ事件判決の枠組みによれば、初等・中等教育機関における教育の自由を憲法上 23 条の遡上で論じることが不可能となる。実際、ポポロ事件判決以後、(23 条に関する) 憲法学界の通説的見解もまたポポロ事件判決の枠組みに支配されていくこととなった。このような憲法学界の通説的見解の成立は、教育学者達にとっては 1960 年代への「負の遺産」として引き継がれることとなるのである²¹⁾。

3. 1960 年代・1970 年代型教育権理論 ～国民の教育権から子供の学習権へ

〈1〉 1960 年代／教育法学による克服と教育裁判

(1) 1950 年代の「負の遺産」

1960 年代に入り、法律学理論の領域において、民法学者を中心に活発に「法解釈論争」が行なわれ、法律学の方法論が鋭く探求されることとなった。また、教育の分野では、1950 年代の復古的教育政策への批判が教育法学者たちの間で叫ばれ、このような教育裁判の提起を外的要因としながら、教育法学の研究が進行することとなった。しかし 1960 年代に入って教科書裁判や学テ裁判といった教育裁判が次々と提起されるようになっても、依然として憲法学者たちの関心は教育問題へはなかなか向かわなかった。

やがて教育法学者たちはこういった憲法学の状況を、「憲法学者の怠慢」だとして批判し始めるようになった。こうして、1960 年代の教育権理論は教育法学者らによる「憲法学批判」のなかで発展していくこととなる²²⁾。

(2) 憲法学への批判

当時の憲法学への批判の内容につき、その代表的論者の論及を考察してみるとしたい。

「この稿では法律学者への不満と要求とを総ざらえしておきたい気持が勃然と起こっているのである。法律学者の教育問題についての(あえていう)怠慢のために、教育学者がいかに苦しい闘いをしているかを、法律学者に思い知ってもらいたいと

思うのだ……誤った理論が権力の支持によって教育現場に悪影響を与えている、現に今そういう事実があるのだ²³⁾」。

この意見によれば、法律学者が教育法を論じることに怠慢であったことにより、「まともな法律学者が足を踏み入れないことをよいことに、この領域は文部官僚の闊歩横行にゆだねられている」との状況があることが批判される。さらに、憲法学が残した負の遺産—「憲法学界の通説」—に対しては、その不十分な解釈論が、通説としてはびこり、民主教育にかなりのマイナスを与えている点についても批判される。次のその批判の内容を紹介しよう。

『注解日本国憲法』によれば、憲法 23 条の保障する学問の自由と教授の自由とは、大学においては完全に認められるが、高校以下の下級の教育機関では「教育の本質上、画一性が要求されることがある」というように限定が付されており、これが憲法学界の通説として君臨している。また、26 条解釈は、26 条が保障するのは教育の機会均等についてであって、そこには「どんな教育を受けるか」という教育の内容については何らの定めもない。宮沢俊義説でさえ基本書のなかでそのような見解を明らかにしている。しかしながらこのような解釈論は、例えば 23 条解釈は「この論は内容・形式ともに誤っている」し、26 条解釈は「この法条の深い重い意味を、憲法学者がはっきり掴んでいないらしいのを残念」だと考えられる。さらに、そのような「憲法学界の通説」によって、教育現場へも悪影響が現われている。例えば、学テ裁判において「検事側は『憲法学界の通説』に助けられて、憲法二三条は高校以下の学校には関係なく、二六条は機会均等のみを保障したものである、とし」て学テの合憲性を主張していることはこの点を象徴している。こういった現状を打開し、(勤評裁判で争点とされた)教師の教育権及び(教科書裁判や学テ裁判で問題とされた)教育の自由を保障していくには、教育の本質に立ち戻って、学ぶものの権利(国民の学習権)論を引き出していかなければならない。それなのに、憲法学の解釈論が不十分なために、教育を巡る国家権力と国民との権利と義務の関係が、日本国憲法の定める関係とは逆転してしまっているのである²⁴⁾。以上が批判の内容の概要である。

(3) 教育裁判提起のインパクト

他方、1960 年代に提起された二つの教育裁判は、理論形成への外的要因として、教育権理論に対して大きな影響を与えることとなった。

(i) まず第一に、学テ裁判の提起は、生徒の成績評価を教師の主体的参加なしに教育行政措置として行なった点において、教育基本法 10 条と「教師の教育権」原理に対して

極めて緊張した問題を孕んでいた。岩手学テ裁判のように、法廷での争点が国公労ストライキの問題に移ってしまったケースもあるが、学テ裁判は典型的には（北海道旭川学テ裁判のように）、学テ教育政策に対して教師（及びその背後にある国民）が教育権を主張する権利闘争であると捉えられた。

- (ii) 第二に、教科書裁判の提起は、1950年代以来絶えず国家介入の危機にさらされてきた「教育の自由」を擁護する必要性を、研究者たちに強く印象づけることとなった。教科書裁判は、形式的には「検定行政の是非」を問うものであり、そのなかには憲法21条（表現の自由及び検定の絶対的禁止）、31条（行政手続法定主義）など、教育の問題とは直接はリンクしない論点も多数含まれた裁判闘争であった。しかしながら、教科書裁判は本質的には、国民の教育を国家の介入から守るという闘争（「国民の教育権」と「国家の教育権」との争い）であると認識されることとなった。また、「国民が国家を訴える」という訴訟上の主客の逆転は、関係者達に非常に大きなインパクトを与えることともなった。

(4) 小括

- (i) 1960年代以降、教育学者によって達成された「1950年代の負の遺産の克服」は、教育権理論の変遷過程にとっては第二の転機であったと位置づけられよう。1960年代の「克服」の過程において、1950年代の憲法理論が残した課題を克服するために、自由権的な「教育を受ける権利（国家が教育を与える権利）」論ではなく、より社会権的な「国民が教育を求める権利」論が構築されることとなったのである。

憲法学者達が残した1950年代の課題は、教育裁判の提起によって明確に意識されるようになった。1960年代の教育裁判の提起は、1950年代的な教育問題（文部省・自民党の復古的教育政策から派生する教育問題）とは異なった教育問題の顕在化をも意味していた。1960年代の教育権理論には、当時の教育裁判に勝つための理論的武器として、実践性を有していることが必須の要請であった。こういった実践的な要請（教育裁判に勝利するという要請）のためには、1950年代型の「教師の教育権」論では理論武装としては甚だ不十分であることが自覚された。裁判に勝利するためには、より積極的に「国民（子供）の教育権」理論を構築していく必要が認識されたのである。

こうして教育問題のなかに経済主義的な問題点が含まれていることを見抜き、それに対応するものとして打ち出された「教育権・学習権」理論は、1950年代型教育権理論（「国民の教育権」）に比べ進歩的であるとの評価を受け、1960年代、70年代の教育権理論の主流を占めることとなった。

- (ii) 1960年代の理論闘争の出発点として、教育学者達は1950年代の憲法学の「負の遺産」を克服するために、憲法学者を「怠慢だ」と批判し、「憲法学の通説」を攻撃するところから始めなければならなかった。こうした批判のなかから、ようやく1960年代後半に入って、教育問題に関する憲法学界からの研究が進行することとなる。1960

年代後半に入って法律時報は『教育行政の今日的課題』（1965年）、『憲法と教育をめぐる論争的課題』（1967年）という二回にわたり教育特集を組み、また、1969年には『教科書裁判』という特集号を組んだ。続く1970年には、公法学会で初めて「教育」がテーマとされることともなった。

教育学者の「憲法学の通説」の克服の過程で1960年代に勃発した教育裁判は、教育学者にとっても憲法学者にとっても、理論形成の大きな外的要因となった。特に教科書裁判は、表現の自由（21条）、行政手続の法定（31条）、学問の自由（23条）、教育を受ける権利（26条）など、憲法的争点を多数含む裁判であり、また、国民が国を訴えるという（従来の教育裁判と比較して）主客の逆転は、憲法学者達に非常に大きなインパクトを与えることとなった。この意味で、憲法学者にとっての教育権理論形成についての最初の外的要因は教科書裁判であったといえるのかもしれない。そしてこのことは、憲法学者が教育権というものを「国家の教育権」に対抗する「国民の教育権」として認識したことを意味していた。けだし、教科書裁判は「国家の教育権」が認められるか否かというところに争点があったと考えられるからである。

- (iii) 「国家の教育権」理論（50年代型教育権理論）に欠けていたのは、1950年代型教育政策と1960年代型教育政策との質的な変化（復古的教育政策から経済主義的教育政策への変化）に関する認識と、その変化が教育状況や教育問題をも質的に変化させたことへの対応であった。1960年代型教育政策は教育に競争主義・差別・選別主義を持ち込んだ。その結果として教育の弊害を被っていたのは、他ならぬ子供達であったのである。

やがて1970年代以降、教育問題が末期的な教育の荒廃状況を呈するようになると、50年代型教育権理論（「国家の教育権」）と60年代型教育権論（「国民の教育権」）との乖離は、ますます明らかになっていった²⁵⁾。このような動きのなかで、1970年代に教育権理論は「子供の学習権」として結実していくこととなる。

〈2〉 1970年代／1960年代理論闘争の成果と課題

（1） 1960年代理論闘争の成果と課題

1970年代は、1960年代に頻発した教育裁判が、判決として結実した時代であった。この過程において、「国民の教育権」理論が発展的に展開され、やがて「子供の学習権」理論として具体化されていくこととなる。

教育内容の決定権能の所在をめぐる教育権論争を発展させることとなった「場」は、教科書裁判、学テ事件裁判といった裁判所の「法廷」であった。以下、その各々の判決について分析してみたい。

（2） 教科書裁判判決

1960年代に提起されていた教科書裁判は、1970年代に入って杉本（1970年）・高津（1974年）・畔上（1975年）の三つの判決を得た。とりわけ、教科書裁判第二次訴訟の第一審判決として下された杉本判決は、「国民の教育人権」を高唱して文部省の不合格処分を取り消した画期的な判決として知られている²⁶⁾。この杉本判決の教育法的な意義については、次のような指摘がある。

「第一に、それまで学テ判決がもっぱら教育基本法レベルで論じてきた教育権問題を、憲法論のレベルに引き上げた……[第二に]『学習権』を、教育判例用語に固めて教育界に対しても先駆的に宣言した。第三には……教師の教育の自由・教育権とならんで、親をはじめとする『国民の教育の自由』が現存することを明らかにするとともに、それらが“国民の教育権”の人権的実体として、議会民主制的な国家教育権説を斥けるものであることを明言した²⁷⁾」。

本稿ではさらに、杉本判決の功績として、学問的研究の発展が、訴訟理論の形成にも影響を与え得ることを、当時の研究者達に印象づけた点を指摘しておきたい。杉本判決が、憲法論のレベルで教科書・教育問題を受けとめ、その根底に「学習権」の思想を持ち出したことは、明らかに、1960年代の教育権理論闘争が、判決上の理論として結実したことを物語っている。そしてそのことは、「(法律的)理論闘争は判決に影響力をもつことができる」という認識を、関係者たちに強烈に印象づけたに違いない²⁸⁾。このように裁判所の判決が教育法学界の理論闘争とその成果を色濃く反映していた事実は、今後の理論闘争をますます裁判運動と結び付け、さらに実践的な傾向を強めることに貢献したものと考えられる。すなわち、「教科書裁判そのものが、学問研究をいちじるしく触発した²⁹⁾」と同時に、「学問研究が教科書裁判を触発したという事実が、翻って再び学問研究を触発する要因となった」とも解し得るのである。

(3) 学テ裁判判決

学テ裁判に関しては、1976年、北海道学テ裁判に関する最高裁大法廷判決が下されることとなった。この判決は、「日本の教育判例史とりわけ自主的擁護的教育法・判例の歴史において一つの大きなエポックを画するもの」であったと評されている。というのは、本判決は「教育権を争点とする教育裁判」に関し、最高裁が初めて下した判断であったと解されるからである。

学テ判決はポポロ事件判決を変更し、「教師の教育の自由」が制限つきながら23条の保障に含まれるとした判決であったと評される。本稿においては、本判決について、教育権理論形成へのインパクトという観点から、プラス派（判決が国家教育

権説を放棄したものとして好意的に受け入れたもの)とマイナス派(批判的に受け入れたもの)との二つの立場に大別して分析することとしたい。

- (i) まず、それを好意的に受け入れ、教育権理論へ還元したプラス派は、判決が「国の教育内容決定権」を肯定したことについて批判しつつ、それが無制限な肯定ではなく、教育人権原理による限定が付された「教育内容介入権」としての側面が強いことに注目する³⁰⁾。すなわち、判決が制約付きながら、憲法上の教育人権の存在を最高裁判例として初めて公認した点を評価し、26条の解釈として国民の「学習権」を肯定し、それに対応して「親の教育の自由」と「私学教育における自由」とを認めたことを、肯定的に解釈するのである。
- (ii) 他方、マイナス派によれば、判決が「すでに教育の自由を限定的にしか認めないことを基本的姿勢として示している³¹⁾」ことに対して、次のような批判的態度が示される。「判決が教育の自由の範囲を狭く画しながら、それ以外の領域を広く包括的な国政の領域とみる基本的態度」をとったものであり、「このように見てくると、前述の判決に対する評価〔プラス派の評価のこと〕……は必ずしも当らず、判決は『教育の自由』をこそ『部分的』にしか認めず、『国の教育内容決定権』は“国の教育権”とよべるような広範なものというべきである。「判決の考え方によれば、具体的に広く教育内容を決める『教育権』は……国の手にも認められたことに帰するのである」。
- (iii) 以下では、プラス派及びマイナス派の両派の主張の内容的相違ではなく、両派の主張が引き出された背後にある(理論形成への)外的要因の捉え方と、そこから導きだされた課題設定との相違に着目したい。

マイナス派は、「学テ(学力テスト)」を、1950年代以来の自民党・文部省の復古政策の延長線上に置く。すなわちこの立場によれば、判決はいまだに国に広範な教育内容決定権を授与しているものとされ、「国家教育権説から国民教育権説を守る」ことが教育権理論の課題として追求され続けることになる。

これに対してプラス派は、「学テ」のなかに、復古政策の要素のみならず、経済成長政策の影を強く感じ取る。この派によれば、学力テストの目的は、第一に(指導要領改訂と教科書検定強化による)教育内容統制と(勤務評定の実施による)管理体制の強化、第二に、人材開発政策の一環にあるものと分析される。そうした問題関心で学テの現実態を分析すると、問題は教育権の所在論争からは脱却しているのであり、むしろ、学テが教育現場に及ぼす悪影響の方が切実な問題であると認識される。こうしてこの立場によれば、解決されるべき課題は、教育権の所在論争ではなく、「学テが現実的に教育現場に及ぼす悪影響を指摘し、教育行政を監視していくこと」とされるのである。

- (iv) 以上の通り、各々の派の主張を考察してみると、学テが持つ経済成長政策の側面を指摘している分、プラス派の理論の方が進歩的であるように思われる。けだし、プラス派は、学テが1960年代以降の能力主義政策の一環で行われているものという問題性を

指摘しているからである³²⁾。

対するマイナス派の側は、学テをもっぱら復古政策の延長として理解していた傾向が強かったものと考えられる³³⁾。しかしながらこのようにマイナス派が「このような教育本来の目的を歪める保守政権の学力テスト政策自体をどう判断するか……もし最高裁がそれを是とすれば、わが国の保守政権による教育支配を合理化し、すでに戦前から経験ずみの『権力的教育政策のもたらす国民的不幸』が再び繰り返される危険に陥ることともなりかねない」として、問題を復古主義—教育権の所在論争に集約させてしまっている点は、疑問である。なぜなら、ここにおけるマイナス派の歴史認識には、1960年代に入って、明らかに1950年代の復古主義的教育政策とは異なった、経済成長政策の一環としての教育政策が遂行されてきた、という事実が看過または軽視されてしまっているからである。詰まるところ、両者の対立点は、国家の教育への介入を、国家の「教育権」とみるか、「介入権」とみるかという理解の相違に起因しているのではないだろうか。さらに突き詰めていくと、結局はその見解の相違は、学力テストという文部省の政策を戦後の教育政策のなかでどのように位置づけるのか、という相違に起因していたものとも解せよう。

(4) 小括

- (i) 1970年代には教育裁判における理論闘争が判決として結実し、1960年代において教育裁判とともに発生・発展してきた1960年代型教育権理論が、子供の「学習権」理論として確立することとなる。教科書裁判杉本判決及び学テ最高裁判決における「学習権」理論の採用は、裁判の為の理論構築の重要性とその可能性（理論構築が裁判判決に影響を与えることがあるのだという可能性）を研究者に強く印象づけたという点で、理論の変遷過程において重要な意義を有するものであった。
- (ii) 60年代・70年代型教育権理論は、教育権理論界において不動の地位を確立したかのようにも思われた。しかしながら、学テ判決以後、経済成長至上主義政策の一環としての教育政策の齟寄せが教育現場において体罰・いじめ・登校拒否等の教育問題（教育の荒廃）として露呈し、その状況は「教育の危機」だとまでいわれるようになると、60年代・70年代型教育権理論にも陰りが見えはじめた。1970年代後半以降、教育についての争いの場は既に法廷から教育の現場へと移行していた。このため、裁判運動理論としての教育権理論はその必要性を失い、急速に収束し始めたのである。
- (iii) 戦後日本において「教育の危機」は何回となく叫ばれてきたが、1970年代後半の「教育の危機」は、教育の現場における荒廃であった点に最たる特色があった。いじめや暴力という問題は確かに裁判の俎上に乗せられはしたが、むしろそれは例外的な場合であり、最終的な手段としてではなかった。1980年代以降の教育問題にとっては、裁判の判決は個別的な解答にはなりえても、それは決して最終的な処方箋にはなり得なかったのである。

これまで教育権理論は、主に裁判闘争に勝つための手段として機能し、また理論を形成する側もそのような機能に沿うものとして理論を提示してきた。しかしながらこのような教育問題の深刻化と、教育問題の争いの場の移行は、1960年代・70年代には有効たり得た従来の教育権理論に、その存在意義を見失なわせることとなった。従来の教育権理論は、新しいタイプの教育問題の発生によってその存在意義を失っていくのみならず、その理論が現実とあまりに乖離しすぎている点につき「いま日本の教育が相当厄介なところにあるにもかかわらず……それとかなり離れた場所で空中戦みたいなことをやっている」と批判されるまでに至る。やがて、こうした批判が、1980年代に入って「新教育権理論（従来の教育権理論の批判）」という形でより積極的に論じられるようになっていくのである。

4. 1980年代以降の教育権理論～新教育権理論

〈1〉 1980年代／従来の理論批判の発生

(1) 新教育権理論の登場

1976年に最高裁大法廷で下された学テ判決は、従来教育権理論の中心的争点であった「国民（教師）の教育権か、国家の教育権か」又は「国家は教育の内部事項にどこまで関与できるのか」という争点に、一定の判断を下し、以後の最高裁の判例となった。しかし、1970年代後半に「教育の荒廃」という問題が顕在化してくると、今度は従来の教育権理論に対する批判が現れ始めるようになる。

これまで、教育権理論には「教師の教育権」理論（50年代型教育権理論）、「国民の教育権」及び「子供の教育権」理論（60年代・70年代型教育権理論）という二度の転機が認められた。このような把握との関係でいえば、1980年代の新教育権理論の台頭は理論変遷の第三の転機であったと位置づけることができよう。以下では、従来の教育権理論を批判する内容の理論を新教育権理論と総称し、その新教育権理論発生の外的要因に言及しつつ、その考察を試みることにする。

〈2〉 外的要因と新教育権理論の構築

(1) 教育権理論停滞の三つの要因

1980年代に入っていくつかの新教育権理論が提示されるようになった外的要因性について、本稿では、三つの外的要因—教育権理論の複雑化による停滞、教育問題の緊迫化、教育を争う場の変化、という三つの外的要因—を指摘したい。また、その各々の要因に応じて、新教育権理論を類型化し得るのではないかという点についても検討してみたい。

(2) 第一のタイプ／「教育権理論の複雑化」と新教育権理論

(i) まず第一の外的要因として本稿でとりあげるのは、教育権理論の複雑化に伴う理論の停滞状況である。

教育権理論の変遷過程において、50年代型教育権理論と60年代型教育権理論の間には次のような共通点と相違点とが認められる。50年代型教育権理論（教師の教育権）と60年代型教育権理論は、総論的には共に文部省—自民党の教育政策に対抗する理論であったという点で共通点を有する。しかし、各論的に見れば（対抗する対象である）教育政策の質的相違に起因して、両者の間には権利主体・内容・構成方法等について、同列には扱うことのできない格差が生じていたのである。

このような相違点を無視する形で、1960年代以降の議論においては、「教育権」という便利な言葉のなかに、当時の教育政策に対抗する手段としての思想を次から次へとどんどん包摂させてしまうこととなった。このような不幸な経緯が故に、1970年代末葉には教育権理論の複雑化の度合はピークに達してしまった。理論が何らかの目的のために構築されるとすれば、理論の内容はシンプルであればあるほど目的達成の効果が大きいといえよう。そうだとすれば、1970年代末葉の複合型教育権理論はまさに理論としては末期的状況に至っていたということになる。

しかも、1970年代末の教育問題は、これまで以上に深刻な様相を呈していた。すなわち当時は、教育の現場も教育権理論もまさに「瀕死状態」だったのであり、教育権理論の再生のためにはその総整理が必至であったものと推察される。

(ii) このような外的要因の下で形成されたのが、新教育権理論の第一のタイプであったと考えられる。代表的論者たる奥平説によれば、教育権理論にあまりにも多様な概念が内包させられてしまったが故に、教育権理論が混乱状態にあることに対して、以下のような批判が展開されている³⁴⁾。

「憲法論上、あるいは教育法論・教育論上、『教育を受ける権利』に関連して、『教育の自由』『教育権』の概念が用いられ、議論される。しかし、この両概念の内容は必ずしもはっきりせず、そのこともあって議論が紛糾する傾向があるようである……『教育の自由』が『教育する自由』という意味を媒介にして、『教育する権利』と同義に用いられて、そして『教育権』と融合してしまう傾向がある……こうして『教育権』となると、『親の教育権』『国民の教育権』『教師の教育権』『国の教育権』と、さまざまな『教育権』が飛びかうことになる……これらは、ひとしく『教育権』という共通語を使うが、それぞれが有する法的内容は著しく相違する。「教育の自由」と『教育権』の異同関係に加えて、憲法23条でいう『学問の自由』が登場し、親、国民、教師、子供の『学問の自由』が語られることによって、紛糾は一段と深められている観がある³⁵⁾」。

このように、第一のタイプの新教育権理論は、現在「教育権理論」は「紛糾」しており、憲法学としてはその整理が必要だとし、親の「教育の自由」と親の「教育

権」とを分離して考察することを主張する。また「国民の教育権」論についても、「こうした包括的・多義的な権利構成は不可欠なのか、有用なのか、憲法論としては深刻な疑念を表明せざるをえない³⁶⁾」と批判する。

さらに続けて、国民の教育権・親の教育権・教師の教育権の三者を混用させてしまうことについても、「この権利（国民が教育の在り方について発言する権利）を『教育権』と呼ぶことによって、親や教師の有する『教育権』と混交してしまうのも、学問的にみて適当ではないように思う。ひとしく『教育権』といっても、『国民』の『教育権』は個別具体的な教育過程の中身にふかくかかわる権利または権限であり、したがって両者または三者の『教育権』の法的内容は、必ずしも同一ではない。同一でないものは、呼称のうえでも区別した方が理論上は正当であろう」、
「教育にかんするあれやこれやの権利・権限・権能を一緒にして『教育権』と呼ぶこと [は] ……少なくとも憲法学的考察からすれば、これら混合物（コングロマリット）としての『教育権』概念は、どうも有用でも必要でもないようである³⁷⁾」とされ、その不必要性が主張される。そして、このような（憲法学的には）不必要な「教育権」理論のかわりに、「憲法学的な次元でいえば、思想・信条の自由、出版・言論の自由、学問の自由といった、多かれ少なかれ伝統的な市民的自由」の法理を使えばよい、との主張がなされることとなる。

以上、第一のタイプの新教育権理論を要約すれば、それは教育法学界が、「教育権」という曖昧で茫洋とした概念をあたかも画一的・一義的な法理論であるかのように構築してしまっていることに対する反論ということになる。そしてこれは、教育法学界の「教育権理論」が憲法学的概念以上のものを煩雑に含んでいることに対する批判だとも考えられる³⁸⁾。

(3) 第二のタイプ／「教育問題の緊迫化」と新教育権理論

(i) 第二に考えられる外的要因としては、教育問題のますますの緊迫化を指摘したい。

1970年代末葉の教育の荒廃は「教育の危機」だと評された。実際、当時の教育は大学から小学校に至るまで末期的様相を呈していた。

このような切実で緊迫した教育状況のなかにおいて必要とされるのは、従来の（机上の）教育権理論ではなく、もっとより教育の現場・現状に密着した、より現実的な理論であると考えられたのである。

(ii) このような外的要因に伴って形成されたと考えられる教育権理論（第二のタイプの新教育権理論）の代表的論及を考察してみよう。

『『国家の教育権』説の背後には……教育関係の行政担当者に対する楽観主義的な信頼があると思われる。しかし似たようなことは、別の意味で、アンチ『国家の教育権』説

の論者にも認められる」。 「いずれにせよ、教師の教育権についての規範を提示する際に前提にすべきものは、理想的教師像などのあるべき現実なのか、それとも実際にある現実なのか、といった方法論的問題を検討しておく必要がある³⁹⁾」。

ここにおいては、従来の教育権理論が教師に対しても、そして子供に対しても「楽観主義」的であったために、理論が（学校荒廃という）現状と断絶し、学校荒廃という現状の認識が一面的になったことが批判されている。

これまでの教育権論においては「荒廃」の主要な原因をもっぱら管理主義教育のあり方に求め、対処法としては子供の人権の擁護が主張されてきた。「しかし“荒廃”のおもな原因を管理主義体制に求めるのは、一面的であろう……既成の教育権論にあっては、教師の対生徒暴力は厳しく糾弾されている。しかし、生徒の対教師暴力の方は、あまりとりあげられていない傾向にある……のみならず、教育権論のなかでは、次のようないわば醜い教育現場の実態は、直視されることがあまりない。それは、相当数の高校や中学における授業の（完全）実施の非容易化（場合によっては授業の不成立）という実態である」。

このように、第二のタイプの新教育権理論の主眼は、従来の教育権理論が“良い子”ばかりを前提とし現在の教育現場で“悪い子”が起こしている問題（対教師暴力によって授業が成立しにくくなっている状況）を看過していることを批判するところにある。「これまでの教育権論は、美しい理念を掲げるという色彩をもつものが、少なくなかったと思われる。既成の『教師の教育権』論もその例である。また、憲法二六条一項所定の『教育を受ける権利』については、『学習権』（ないし場合によっては『教育への権利』）という言葉で捉え直される傾向にある。しかし、同条所定の権利をこのような（豊かな内容を匂わす）言葉でいいかえてみても、法技術的にみるかぎり、そこに新しい何かが付け加えられるわけではない、と考えるべきであろう」。

ここにおいてはさらに、従来の教育権論は「醜い教育現場の実態」を直視しない「ネアカの教育権」であるとされ、「かかる教育権論は、教育現場で起こっている、そのほかの種々の問題に、ジャストミートしていないことが多いのではなかろうか。これからは、醜い現実を少しでもマシな方向に改めていくことをめざすネクラの教育権論も、必要になってくるであろう」と批判的な主張が行なわれることとなる。

（４） 第三のタイプ／「教育を争う場の変化」と新教育権理論

（i） 第三に指摘すべきは、教育問題について争う場が法廷から教育の現場（教室等）に移動した、という外的要因である。

1960年代の教育裁判を外的要因として誕生した60年代型教育権理論は、極言すれ

ば裁判闘争のための裁判理論であり、実践性が強い点をその特徴としていた⁴⁰⁾。しかし1970年代後半からの教育の荒廃状況は「教育」に関する争いの場を法廷から教育現場へと移動させた。確かに、教育の荒廃という問題が「教育裁判の新しい形」として法廷で争われることもあった。しかしそれらは例外的な場合であり、最終的な手段として取られた措置に過ぎなかった。通常は、教育問題は法廷ではなく、例えばいじめとか体罰とか登校拒否等のように、教室（教育の現場）において顕在化していたのである。

こうして教育問題の争いの場が法廷から教育現場に移動したことにより、法廷理論（裁判理論）たる従来の教育権理論はその存在意義を失うこととなった。と同時に、教育問題の争いの場の移行は、新教育権理論を発生させる外的要因として働くこととなったものと推察される。

- (ii) 以上のような状況を背景として主張される第三のタイプの教育権理論の代表的見解として、芹澤説を参照しよう⁴¹⁾。

芹澤説によれば、教育権論争と教育裁判が様変わりしたことによって、現在では新しい教育上の権利概念（芹澤説はこれを「教育への権利」と呼ぶ）が必要となっている、とされる。すなわち、従来の教育権理論は「子ども・親と教師との信頼関係を前提としなければ成立しえない教育法理論」であったが、「近年の教育紛争はいささか様変わりしてきている」。近年の教育紛争においては、例えば「いじめ」の放置や教師の加担、法により禁止されている体罰の横行、「厳しすぎる・細かすぎる」校則（丸狩り強制・パーマ禁止・バイク「三ない」などの校則）への異議申し立てといったように、子供・親対教師・学校という対立が顕著になっていると考えられる。「こうなると、親の教師への信託に基づく『国民の教育権論』はこれまで通りの姿では立ち行かなくなり、教師への『お任せ』論から、親の教育権や家庭の教育機能を重視せざるをえなくなる」。このように「教育という営みにかかわる多種多様な権利を主張するに至る（と）かくも豊富な、見方を変えれば雑多な内容は、在来の教育に関する権利概念をもってしてはカバーしきれない。そこに『教育への権利』概念が新たに生み出される必要があった」とされるのである。

ここにおける主張を考察すると、明示的ではないにせよ、第三タイプの新教育権理論の背後には、「教育に対する要求が裁判だけではなく教育の現場で多種多様に噴出した結果、新教育権理論が要請される」という問題意識が存在しているものと推察されるのである。

〈3〉 小括

(1) 新教育権理論—その名称付けの適否は別として—は、従来の教育権理論を批判する内容をその中核とするが、しかしながら、新教育権理論自体は必ずしも具

体的な権利論を展開しているわけではない。その意味では、至極過渡的な性格が強いともいい得るであろう。

この点、すなわち「新教育権理論は理論とはいえ従来の理論批判に過ぎない側面が強いという点」からすれば、このような理論批判を一つの「理論の登場—変遷過程の一契機」として扱うことには疑問が生じる余地もあろう。しかしながら、個別の理論の内容にではなく、「従来の教育権理論を批判する内容の理論が発生している」というその状況そのものに注目すれば、1980年代の一連の理論批判を「新教育権理論」としてひとまとめに括ることに一定の意味を見だし得るように思われる。けだし、ここにおける状況からは、教育権理論の過度の複雑化、教育問題の深刻化・緊迫化、教育を争う場の変化、という三つの新しい外的要因が背景となって「教育権論批判」が登場してきたこと、すなわち、理論形成に際して影響を与えた外的要因の存在を看取し得るからである。

(2) これから新たに「教育権」を学ぶ者の側からすると、これまでの「教育権理論」は極めて複雑化しているとの印象は免れ得ない。例えば日本国憲法の基本書の26条の箇所をみても、「教育の自由」、「親の教育内容決定権」、「国の教育内容の決定権の有無」、「教育の機会均等」、「子供の教育を受ける権利」といった様々の内容が列挙されており、要領を得ない。法律学の理論が運動論として提示されてもよいのか、専ら解釈論として提示されるべきなのかの争いは抜きにしても、「教育権理論」のこのような混乱状況はまさに「(理論として)手に負えない状況」といわざるを得ないのではないだろうか。そしてこのような理論の混乱状況こそがまさに、本稿の冒頭に述べた法律学理論（特に憲法上の社会権理論）の理論的宿命を暗示しているように思われてならないのである。

50年代型教育権理論の成立以来、日本の教育権理論の変遷過程は常に「いかにして理想的な教育環境を実現させるか」という問題関心に規定され続けてきたといえるのではなかろうか。そのような問題関心は、現在に至る教育権理論（及び新教育権理論）の理解においても、未だ脈々と受け継がれているように思われる。教育問題は、国にとっても、そして国民一人一人にとっても、欠かすことのできない重要問題である。だとすれば、教育の荒廃の進行状況に対応するためには、教育権理論も絶え間なく変革し続けることが要請される可能性は非常に高いと考えざるを得ない。このような目的論的理論構築の是非はさておき、ここからは次のことが帰結し得よう。すなわち、「理論構築が上記の問題関心によって規定され続ける限り、教育権理論の将来的発展の方向を占うのは非常に困難だ」ということである。

5. おわりに～法律学と理論に関する若干の考察

〈1〉 総括

(1) 教育権理論の三度の転機

以上、概略的に考察してきた約50年間の理論的変遷において、教育権理論には三回の転機があったと考えられることを改めて確認しておきたい。

第一の転機は1950年代の「教師の教育権」理論の成立であった。これは勤務評定を典型とする50年代型復古主義的教育政策を外的要因とし、教育政策への批判と、勤評裁判のなかで形成された理論であった。

第二の転機は1960年代・70年代の「国民の教育権」・「子供の学習権」理論の成立であった。これは1960年代に入って頻発した教育裁判と、1960年代型、1970年代型教育問題（受験戦争・選別教育の激化による子供への抑圧状況）を外的要因とし、教育法学者達によって行われた、学ぶ者を主体とする50年代型教育権理論の再構築であった。

第三の転機は1980年代の「新教育権理論」の発生であった。これは1970年代後半以後の「教育の荒廃状況」（いじめ・校内暴力・登校拒否・校則・体罰等による授業実施の非容易化）のなかで発生しつつある「従来の教育権論の再検討」と位置づけられた。

(2) 教育権理論の変遷過程について

本稿の序論的考察を総括するにあたり、ここでは特に以下の諸点を指摘しておきたい。

(i) まず第一に、1970年代の教育裁判の判決において60年代型教育権理論の成果が採用されたことによって、その後の教育権理論の方法論としての運動論の重要性（理論の実践性）が非常に強まったと考えられることである。このため、理論構築に際する目的論的思考が高まったが、その反面、一つの理論のなかに様々な目的が複雑に包摂されていく原因となったのではないかと分析される。

(ii) 第二に、1960年代に起こった教育裁判が複合的な問題性を孕んでいたことによって、それを外的要因として形成された60年代型教育権理論もまた、内容的に複雑化することを回避し得なかったのではないかということである。

例えば、学テ裁判で争点とされた学力テスト政策は、1950年代の復古的な側面と1960年代の経済主義的な側面とを複合的に併せ持つ政策であった。他方において、教科書裁判において争点となった教科書検定は極めて1950年代型政策の側面が強い政策であった。しかしながら教育権理論の方はこれらの問題の質的な相違を明確に区別する

ことなく、「学習権」という至極 1960 年代的な（経済主義政策に対抗するための）概念によって包括的に処理してしまった。もちろん、ここで教育法学者達が「学習権」という新しい概念を持ち出し、それは「憲法全体から導くことのできる、憲法的な権利である」と説明した背後には、「学習権」理論と「(50 年代型) 教育権」理論との質的な差異についての認識があったのかもしれない。しかしそうであったとしても、50 年代型「教育権」理論と 60 年代型「学習権」理論は、(理論提示者の思惑をよそに) 次第に融合していくこととなってしまう。これは後に奥平説において批判されたように、研究者達が解釈論と運動論を明確に区別せずに議論してしまったことにも起因していたものと考えられる。

(iii) 第三に、1970 年代後半以降の新しいタイプの教育問題の顕在化という外的要因が、理論形成にこれまでとは異なる方向性を与えたと考えられることである。1960 年代・70 年代型教育政策の弊害はオイルショック以後に急激に露呈し、受験競争の激化による子供達の無気力化、いじめの発生、登校拒否、校内暴力、体罰など、教育現場は「荒廃」状態にあるとまで評されるようになる。このような 1970 年代後半以降の教育問題は、従来の教育権理論では対応しきれない問題であり、したがって新たな理論構築を要請する契機となったと考えられるのである。

(iv) 第四に、第三の点と関連して、1980 年の理論構築の外的要因として、「従来の理論の無力性」が露呈したことである。80 年代型教育権理論（新教育権理論）が従来の理論とは一線を画し、新たな理論構築の方向性を示唆した理由は、まさにこの点にあったと考えられる。1980 年代の新教育権理論は、教育権理論の複雑化に伴う理論の停滞、1970 年代・80 年代型教育問題の緊迫化、教育を争う場の変化を外的要因として発生した「従来の教育権理論へ向けられた批判」であった。ここではさらに以下の三点について付言する。

第一に、教育権理論の変遷過程において、長い間支配的地位を占め続けた 60 年代型教育権理論は、教育裁判闘争の過程で生まれ、裁判闘争の過程で育ったという性質上、裁判闘争に一定の決着（1976 年の学テ最高裁判決）がつくことによって収束していかざるを得なかったこと。第二に、従来の教育権理論は、裁判闘争に勝つための理論として運動論的側面・実践的側面が強く、また解釈論と運動論との境目がはっきりしていなかったこと。そしてこのために、理論の内容がどんどん複雑化し、また教育運動への効果が減少していくとともに、翻って運動には役に立たなくなり、収束してしまったこと。第三に、従来の教育権理論は自主的擁護的「自由権」の主張として誕生したので、社会権的・請求権的な要求に対しては完全に対処していくことができなかったと考えられること、である。

〈2〉 法律学（憲法学）における理論とは何か

（1） 外的要因から受ける影響

本稿におけるこれまでの分析から一つの暫定的結論を導出しようとするれば、それは「法律学（とりわけ憲法学）における理論構築は、外的要因から受ける影響が大きい」ということではなかろうか。「憲法解釈論と運動論とのけじめという点で私をもっとも困惑させるのは、教育法学者のおこなう憲法論においてである⁴²⁾」と述べられたように、とりわけ憲法理論構築においては、一つの議論の遡上に解釈論・認識論・政策論等といったような、多様なレベルの議論が（無自覚的に）雑然と持ち上がってしまうことが往々にしてある。そしてこのことは、法律学理論が裁判運動の一環として（目的論的に）展開される傾向が強い、ということとも関連しているように思われる。

本稿において考察してきたように、憲法 26 条の教育権理論には、多様なレベルの理論が包摂され過ぎてきた点は否めない。これはひとえに、理論構築が「現状の教育を改善したい、悪化した教育環境を良好なものに改善したい」というモチベーションに方向付けられた結果であろうと考えられる。

ここにおいてはまず、このような目的論的思考の下で理論が提示されること自体の適切性への評価が下されなければならない。そして、もし仮に「教育権」理論というものが目的論的に（「教育を良くする」という目的のために）提示されることを肯定的に捉えたとしても、果たして複雑になりすぎた「教育権理論」が設定された目的にプラスに働くことができるのかという新たな疑問が浮上してくることとなる。後学者が理解に戸惑うほどに複雑化した「教育権」理論が、やがては運動論的な要請にも応えられなくなる危惧は否めない。この危険性は、これまでに敷衍した五〇年余りの教育権理論の変遷史からも示唆されよう。1980年代に展開された新教育権理論構築の動きは、まさにこのような状況を打破する必要性に迫られて登場したものであると捉えられるのである。

（2） 運動論のための目的論的理論構築

概して、法律学の理論はその理論そのものに対するスタンス（メタ理論）への関心が薄く、解釈論と運動論との明確な線引きがあまり自覚的ではない。これは、本稿において考察してきた教育権理論の変遷過程についても例外ではない。教育権理論は、当時の教育問題に対応する礎として運動論の一環として呈示され、そこに解釈論及び政策論が複雑に絡まってきた。そこでは政府の教育政策が批判され、教育政策が生みだした教育問題を解決することが眼目とされた。したがって教育権理論

は、教育政策の転換によって質的に変容することを余儀なくされ、教育問題の変容によっても大きく方向づけられることとなった。このような目的論的理論構築が外的要因に対して有する「過度な脆弱性」に鑑みると、果たしてこのような目的論的理論構築が「社会科学的」といい得るか否かには疑問の余地があり得よう。

しかしながら、法律学における理論が運動論的な側面を有すること（有しやすい傾向を有すること）に対して、直ちに反論を唱えるべきではないというのもまた一つの主張である。けだし、理論構築をする際に、「自らがどのようなスタンスから理論を構築しているのかに対し、必要以上に自覚的であること」を遵守することによって、先に指摘したような「目的論的理論構築のジレンマ」を回避し得る可能性もあると考えられるからである。

結局、法律学の場合には、このような「理論への自覚」が他学問に比して重要な位置を占めるということに尽きるのではなかろうか。法律学とは、解釈論・立法論・政策論といった異なるスタンスの理論構築が錯綜するフィールドである。解釈論に対し立法論や政策論で反論するのが無意味なのは、相撲の土俵で柔道やプロレスを始めることが不毛であることと同値なのである。

法律学の理論、とりわけ社会権理論を提示しようとする際に、我々は改めて本稿の冒頭で示された命題（「社会法とは……動態的な性格のものである⁴³⁾」）に立ち戻る重要性を自覚すべきであろう。本稿一研究ノート一はこの問題について考えていくための、未だ一つの端緒的分析に過ぎない。

注

- 1) 高藤昭『福祉法学—福祉国家の法と生活』iv-v ページ（学陽書房，1994年）。以下、本稿はこの高藤説に啓発を受け、日本戦後史のなかでの教育権理論の変遷過程について分析する序論的考察（研究ノート）である。
- 2) 高藤・前掲 1) 39 ページ。
- 3) 高藤・前掲 1) 40 ページ。
- 4) 社会科学における「理論」を考える啓発的論文としては、山本吉宣「冷戦と国際政治理論」『国際政治』100号（日本国際政治学会編，1992年）を参照。
- 5) 本稿における方法論を考えるにあたっては様々な書物・論文に影響を受けたが、以下では本稿に直接に関わりを有するものを列挙するにとどめる。

方法論については、杉原泰雄他「憲法学の方法（討論会）」『法律時報』1968-10号（日本評論社，1968年），宮沢俊義「国民代表の概念」『憲法の原理』（岩波書店，1972年），永井憲一「教育権理論と教育法学の発展過程」『法律時報』1974-12号（日本評

論社，1974年），渡辺治「表現の自由理論史」『法律時報臨時増刊・憲法30年の理論と展望』（日本評論社，1977年）。永井憲一『教育法学の展開と課題』（学陽書房，1978年），池田政章「憲法の観念」『立教法学』33号（1989年）。内野正幸「憲法学学の意味と課題」『法律時報』1993-1号（日本評論社，1993年）等。

憲法史，憲法学説史については，池田政章「法律学の成果と課題・憲法」『法律時報』37巻5号（1965年），池田政章「憲法（戦後）」『ジュリスト・学説100年史』400号（1968年），小林直樹「戦後憲法史・総説」『法律時報臨時増刊・憲法30年の理論と展望』（日本評論社，1977年），長谷川正安編『憲法学説史』（三省堂，1978年），長谷川正安『日本憲法学の系譜』（勁草書房，1993年）等。

- 6) 以下，教育権に関する既存研究のなかから，本稿に直接関わりを有するもののみを限定的に列挙しておく。

教育権理論史に関しては，永井憲一「権利理論としての“国民の教育権”論—従来の教育権理論の整理・その一—」『立正法学』6巻1・2号。森田明「教育を受ける権利と教育の自由」『法律時報臨時増刊・憲法30年の理論と展望』（日本評論社，1977年），中村睦男「教育権理論史と憲法」『ジュリスト増刊・教育—理念・現況・法制度』（有斐閣，1979年），後藤道夫「臨教審批判と国民の教育権論」『競争の教育から協同の教育へ』（青木書店，1988年）等。

教育政策に関しては，山崎政人『自民党と教育政策』（岩波新書，1986年），渡辺治「80年代の教育改革」『労働法律旬報』1189号（1988年），渡辺治「現代日本国家の特殊な構造」東京大学社会科学研究所編『現代日本社会1・課題と視角』（東京大学出版会，1991年）等。

教育権理論一般に関しては，山住正己・堀尾輝久『教育理念・戦後日本の教育政策2』（東京大学出版会，1976年），永井憲一「教育権」『法律時報臨時増刊・憲法30年の理論と展望』（日本評論社，1977年），中村睦男・永井憲一『生存権・教育権』（法律文化社，1989年）。

- 7) 教育裁判については，さしあたり以下の代表的研究を掲げるにとどめる。

ポポロ事件判決について，高柳信一「学問の自由と大学の自治」『ジュリスト増刊・憲法の判例』（1966年）等。

教科書裁判判決について，「特集・教科書裁判」『法律時報』1969-8臨時増刊号（1969年），「緊急特集・教科書裁判検定判決」『ジュリスト臨時増刊』461号（1970年），「特集・教科書裁判杉本判決」『法律時報』501号（1970年），家永三郎『教科書裁判』（日本評論社，1981年），新井章『体験的憲法裁判史』（岩波同時代ライブラリー，1992年）等。

学テ判決について，「特集・最高裁学テ裁判と国民の教育権」『労働法律旬報』1975-12上旬号（1975年），「総特集・最高裁学テ判決の総合的研究」『季刊教育法』1976秋

季号（1976年）、「特集・学力テスト最高裁判決」『ジュリスト』618号（1976年）等。

- 8) 研究ノートと銘打ったことから明らかなように、本稿における分析は多分に概要的記述に留まらざるを得ない。あらかじめお詫び申し上げたい。
- 9) 戦後直後の日本の教育政策、とくに日本国憲法と教育基本法の成立をめぐる状況等に関してはさしあたり、山住・堀尾・前掲6)第5章、第6章（堀尾執筆部分）を参照。
- 10) この点につき、例えば中村・永井・前掲6)264-265ページ（永井執筆部分）を参照。
- 11) 田中耕太郎「教育権の自然法的考察」『法学協会雑誌』69巻2号（1951年）を参照。
- 12) 法學協會編『註釈日本国憲法（上）』458-460ページ（有斐閣，1953年）。但し括弧内は引用者による。以下同様。
- 13) 法學協會編・前掲12)495ページ。
- 14) 堀尾輝久・兼子仁『教育と人権』156ページ（岩波書店，1984年）。
- 15) 宗像誠也「現代における国家と教育」『特集・教科書裁判』・前掲7)所収）8ページ。
- 16) このように、1950年代型復古的教育政策の進行によって、教育法学者や教育行政学者・教育関係者たちのなかからは、教育政策に対する批判が現われることとなった。しかしながらその一方、憲法学者たちの反応は極めて冷淡であった。実際、当時の憲法の基本書のなかにも、法学雑誌のなかにも、教育権理論についての新しい記述はみられない。

それでは、1940年代と異なり、復古的教育政策・ポポロ事件・勤評闘争など、教育権理論の外的要因が存在していたにもかかわらず、なぜ憲法学の領域では教育権理論の「変遷」は起こらなかったのであろうか。私見によれば、これは恐らく、復古的教育政策・ポポロ事件・勤評闘争が、憲法学者にとっては、教育権理論の外的要因として認識されなかったためであろうと考える。ポポロ事件は、警察権の介入というインパクトが大きく、治安との結び付きが強かったため、憲法との関わりでは「教育」問題としては認識されなかった。また、勤評闘争は、裁判発生当初は教師の教育権との関連で教育関係者の関心を集めたものの、判決内容は、もっぱら公務員の争議権の問題を論じるものであった。このため、憲法学者は勤評闘争を教育権の問題としてではなく、労働基本権の問題として捉えたのでであろうと推察される。

- 17) この点については「教育裁判」の語を生み出したのは“勤評裁判”であったが、教育法論理について判決されるようになったのは学テ（全国学力テスト）裁判からであった」との指摘が存在する。参照、兼子仁「教育判例の概観」『教育判例百選』2ページ（有斐閣，1992年）。

ここで指摘されている通り、勤評裁判の提起時は「教師の教育権」という教育的問題が意識されたものの、1962年から次々と判示された勤評裁判の判決においては、「勤評反対ストという公務員の争議行為を煽った行為が地方公務員法違反に問われるか否か」という労働争議権の問題が焦点とされていた。このため、判決以後、勤評裁判は

教育権理論との関わりでは論じられることがなかったのであろう。

- 18) 判示は次のように述べる。「憲法二三条の学問の自由……は、学問的研究の自由とその研究結果の発表の自由とを含むものであって……一面において、広くすべての国民に対してそれらの自由を保障するとともに、他面において、大学が学術の中心として深く真理を探究することを本質とすることにかんがみて、特に大学におけるそれらの自由を保障することを趣旨としたものである。教育ないし教授の自由は、学問の自由と密接な関係を有するけれども、必ずしもこれに含まれるものではない」。
- 19) この点については、「これらにあってはあまりに教育と治安とのむすびつきが強く、憲法学的研究の対象として大いに注目されたが、学説・判例ともにこれを教育法的素材として意識することは少なかった」との論及が存在する（兼子・前掲 17）4 ページ）。
- 20) この点と関連して、宗像誠也説によれば、教育目的が（教育基本法のラインで）もっと具体化されるべきであったことが主張される。参照、上原専禄・宗像誠也『日本人の創造：教育対話編』（東洋書館、1952年）。
- こういった意識は、独立と平和への努力を惜しまず、民主主義教育を実践的に推し進めようとする当時の教師達に共通する意識であったと考えられよう。
- 21) 参照、兼子仁「最高裁学テ判決における教育人権論」『ジュリスト特集・学力テスト最高裁判決』（1976年）。
- 22) この背景には、1960年代に入り、政府の所得倍増計画に即応した人づくり政策のため、教育の国家統制が進行したという当時の政治状況が影響していたものと考えられる。参照、永井憲一「教育権」『法律時報』49巻7号、314ページ（「国の責任」の強調から、六〇年代には、しだいに『国家の教育権』論が主張されるようになっていった……このような『国家の教育権』論とその政策の動向が、それを批判し、それに対抗するものとしての“国民の教育権”論を理論的に固める教育法研究をいっそう深化させることともなった」）。
- 23) 宗像誠也「現代における国家と教育」『法律時報特集・教科書裁判』（1969年）。以下の引用は同論文による。
- 24) この点については、「学テ裁判がはじまった一九六〇年代当初には、これらの憲法学説・判例による『教師の教育の自由』の否認は、そうとうに厚く高い壁と見られていた。六〇年代に登場した教育法学は、その克服に尽力したわけであった」との指摘も存在する。兼子・前掲 21) 論文を参照のこと。
- 25) この両者の対立は、後に学テ裁判の判決に対するプラス派とマイナス派の対立となって顕在化したと考えられる。この点については後述する。
- 26) 杉本判決は、弁護団の一員である新井章をして、「基本的人権としての教育権（憲法二六条）の在り方を国民の前にあらためて示した憲法判決として、いくら高く評価してもし過ぎることはない」との評価を受けている。新井・前掲 7) を参照のこと。

- 27) 兼子・前掲 17) 6 ページ。
- 28) この点については、参照、有倉遼吉「杉本判決にみる教育権論」『法律時報』501号 32 ページ (1970年)。
- 29) 鈴木英一「教育基本法と杉本判決」『法律時報』501号 43 ページ (1970年)。
- 30) 例えば、プラス派の代表的論者は次のように述べる。「今回最高裁が、子どもの学習権と国民・教師の教育の自由を大前提として、部分的に認めた『国の教育内容決定権』は、けっして“国の教育権”とよべるような広汎なものではなく、せいぜい『教育介入権』とよべるものにすぎない。判決は『教育権』の話を避けたが、具体的に広く教育内容を決める『教育権』は、判決の考え方によればもとより（教育の自由を持つ）国民と教師の手にのみ有することになろう」。参照、兼子仁「最高裁判決と国民の教育権」39 ページ。
- 31) 有倉遼吉「教育法学からみた学テ判決」『季刊教育法』6 ページ (1976年)。以下、引用は同論文による。
- 32) 「あの文部省学テには明らかに、誤れる“能力主義教育”の問題がふくまれ、こんにち引き続いている」。参照、兼子仁「教育裁判としての“学テ裁判”の今日的意義」『特集・最高裁学テ判決と国民の教育権』労働法律旬報 1975-12号 (1975年)。
- 33) 参照、永井憲一「最高裁学テ裁判と教科書裁判」『特集・最高裁学テ判決と国民の教育権』労働法律旬報 1975-12号 (1975年)。(「……『学力調査』を全国一斉に強行実施したことを文部省の正当な権限行使として認めるのか否か、の点が最も注目されるどころとなる。そして、その判断は、現行の憲法・教育基本法制に照らして、教育権の所在を国家に認めるか、それとも国民に認めるか、ということになる)。
- 34) 「教育を受ける権利」芦部信義編『憲法Ⅲ』人権(2)第二章(奥平執筆部分)。
- 35) 芦部編・前掲 34) 392 ページ。
- 36) 芦部編・前掲 34) 412 ページ。
- 37) 芦部編・前掲 34) 413-415 ページ。
- 38) 別の論稿においては、憲法の解釈にあたっては憲法判断・憲法政策論・立法政策論の各々を区別して議論しなければならないことが指摘されている。参照、奥平康弘「試論・憲法研究者のけじめ—とくに教育法学者に教えをこう」『法学セミナー』369号 (1985年)。
- 39) 内野正幸「教育権論の批判的再検討」『ジュリスト特集・第一次家永教科書訴訟最高裁判決』1026号 (1993年)。以下、引用は同論文による。
- 40) 参照、芦部編・前掲 34) 413 ページ。
- 41) 芹澤齋「教育への権利」『法学教室』157号 (1993年)。以下、引用は同論文による。
- 42) 奥平・前掲 38) を参照のこと。
- 43) 高藤・前掲 1) iv-v ページ。