

ポストモダン教育法のパラダイム転換

Paradigm Conversion of Post-Modern Educational Law

篠原 清 昭

(学校教育講座)

- I. 目的と視点
- II. モダン教育法のアーカイブスー「国民の教育権」論のレビューー
 1. 準備期における「国民の教育権」論
 2. 生成期における「国民の教育権」論
 3. 定着期における「国民の教育権」論
- III. モダン教育法の模索ー「国民の教育権」論の争論ー
 1. 展開期における法解釈学争論
 2. 展開期における法社会学争論
- IV. ポストモダン教育法の法現象と「国民の教育権」論の葛藤
 1. ポストモダンの教育改革と教育法現象
 2. 「国民の教育権」論の葛藤
- V. ポストモダン教育法のパラダイム構築
 1. 新しい「国民の教育権」論の法理論ー法解釈学的課題ー
 2. 教育における法化と新しい教育法の創造ー法社会学的課題ー
- VI. まとめ

I. 目的と視点

現在の教育改革は、マクロには公教育の制度の解体と再編を進行させ、同時に公教育の制度原理である「教育における公共性」の理論とその国家・社会規範である教育法原理の転換を求めている。例えば、過去「国民の教育権」論からの公教育制度原理であった「私事の組織化」原理は、教育の自由化や市場化が求める「教育の私事化」原理と葛藤をもち、その制度原理としての価値は、「フィクション（作り話）」⁽¹⁾であり、「空想である」⁽²⁾と厳しく批判されている。

また、ミクロには近年の公立小・中学校の学校選択の自由化により生じた新しい「国民の教育権」（学校選択の自由権）は、当該の学区現場では古い「国民の教育権」（就学保障の社会権）と矛盾・葛藤する状況を示し、「ポストモダンにおける教育権が、社会的個人権から消費者主権へ変容した」⁽³⁾ともいわれる。同様に、近年の新しい学校の法化として進行する学校の（行政）経営化（校長のリーダーシップ強化、民間人校長の登用、学校評議員制度の導入、職員会議の補助機関化、教員人事考課制度の導入等）は、「規制緩和」により「学校の自主性・自律性」を保障すると形容されるが、過去「国民の教育権」論にたつ学校法の法理であった「学校自治」論を取り込み、吸収する形で進行している。⁽⁴⁾

黒崎は、こうした教育法現象の変化と教育法理論の停滞と葛藤状況に対して、厳しく理論サイドの責任を突く。それは、「国民の教育権」論が国家統制と国民の教育の自由を対抗させることがリアリ

ティをもった歴史状況においてのみ有効であり、時代が推移し、問題となる課題が変質した現在においては、「もはや、国家の教育権対国民の教育権といった対抗図式は、少なくとも実際の教育制度の全体を規定しない」⁶⁾ という歴史的・時代的制約性をいう。確かに、「国民の教育権」論が、その生成の事情において、国家権力の教育政策への対抗の宿命をもち、「一種のイデオロギー闘争」⁶⁾ の過程で成立し、そこに「緊急的法理・理論」⁷⁾ の形成を余儀なくされたという限界をもつことは事実であろう。しかし、その限界をことさらに強調し、断罪的に批判することには禁欲的でなければならない。

重要なことは、教育法現象の変化とその変化の中で生じる教育法原理の変質を相対的に検証すること。そして、その上で過去の教育法原理を構成した考察枠組みである「国民の教育権」論を方法論的視点にたち、再構築することであるといえる。

本稿は、そうした視点にたち、第一に1950年代から1980年代初めにかけて成立、展開した「国民の教育権」論（モダン教育法）を総括し、その理論枠組みを再検討してみる。第二に、1980年代以降進行する教育改革による教育法現象の変化と教育法原理の変質を相対的、構造的に説明してみる。そして、第三にそうした教育法現象と教育法原理の変質に対して、どのように新しい「国民の教育権」論（ポストモダン教育法）を理論構築すべきかを検討することを目的とする。

II. モダン教育法のアーカイブスー「国民の教育権」論のレビューー

「国民の教育権」論の総括の価値は、単にその理論の歴史的限界を確認することではない。教育学の学問（学会）としてのアカウンタビリティにおいて、確かに「課題が変化しているのに、いまだに『初発の精神』にとどまることはドグマ化につながる」⁸⁾ 危険性をもつことも事実であろう。しかし、その「初発の精神」を意味する教育法思想（民主主義教育法思想）は、権利の葛藤現象が大きい現代においてもいまだに重要な市民法としての法規範的価値をもつ。むしろ、民主主義法としての憲法・教育基本法体制が、教育改革関連法（案）の進行により、解体されようとしている今こそ、その精神の確認は必要ともいえる。

また、われわれが単純に一括して「国民の教育権」論と呼ぶその法理論は、単に戦後史の一時期の産物ではなく、準備期・生成期・定着期そして展開期とも形容できる広い理論史と、その内にさまざまな論者の自己批判あるいは他者批判の展開による自省的な教育法理論探求の深いプロセスをもつ。教育改革の進行による新しい教育法現象の出現に対して、それを相対的に分析する新しい考察枠組みとしての教育法理論の形成が必要なことは当然としても、「国民の教育権」論を単に歴史的制約のある「古い」教育法理論として捨象することは無産的であろう。むしろ、現在そして将来の新しい教育法現象とそれに伴う国民の教育人権の侵害に対抗する新しい「国民の教育権」論の構築には、古い「国民の教育権」から継承される法理論の歴史的確認が必要といえる。総括の価値はそこにある。

「国民の教育権」の理論史をみってみる。なお、ここでの理論史の時期区分は、教育政策や教育裁判等の国家及び社会的・時代的背景といった外的影響や学問の内なる争論において、「国民の教育権」の理論が変化したと報告者が主観的に判断する区分による。それは、大きくは教育政策のUターン化とそれに関わる教育紛争の法制闘争化を背景とし、教育裁判の展開を中心に理論構築を展開した成立期（1950年代後半から1970年代後半）と、その後「国民の教育権」論が自己批判や他者批判により変容する展開期（1980年代以降）に分かれる。

まず、「国民の教育権」論の成立期をレビューする。森田明の分類⁹⁾ によれば、「国民の教育権」の（成立期の）理論形成は、大きく三つの時期に分かれるとされる。第一は58年から60年前半にかけての創世期、第二は教科書検定訴訟を契機に憲法上の視点がはっきり導入された60年代後半から70年

の杉本判決に至る時期（生成期）、そして、第三は先の二つの時期の争点が合流し、最高裁学テ判決によって一応の決裁がなされた76年までの時期（定着期）である。この区分は、教育裁判との相関において「国民の教育権」論が準備、生成そして定着する過程としての「成立期」に該当するといえる。以下、その時期区分論にしたがい、考察してみる。

1. 準備期における「国民の教育権」論

準備期において、「国民の教育権」論の口火を切ったのが宗像誠也であった。宗像は、新憲法の下では教育権は国家から解放され、親及び教師に移ったと『教育と教育政策』（岩波新書 1961年）で論じた。そこでは、特に教師の教育権が主張された。その内容は、教師の教育権が、自然権としての教育権を有する「親の付託を受けて」成立し、さらに「子どもの学習権の照り返し」として構成され、「真理の代理者」として「真理を教える義務を負い、権利を有する」というものであった。さらに、宗像は、教師の教育権を基軸に教育内容への公権力の排除を「内的事項・外的事項区分論」として主張した。以上は、教育の法理を権力の統制を受けるべきではないと言う意味で、（国家権力から）自由であるという戦後自由主義論により構成するものであった。この教育権論は、教育権の独立説であり、「教員の教育の自由説」（兼子）と呼ばれた。

その後、有倉遼吉がこの宗像の自由主義的教育権論のカテゴリーを継承し、教師の教育権を唱え、さらに教育基本法10条1項は教育内容について教育の自由を保障するものであると解し、文部大臣が教育内容にわたる国家基準を法的拘束力あるものとして設定することは教師の教育の自由を侵害する危険があると『教育と法律』（有倉遼吉編 1963年）で批判した。そこには、法学者の視点から、内的事項不介入論を、戦後教育改革の理念を憲法・教育基本法体制の法解釈論として再確認するという視点から構成するという考察枠組みがみられた。また、兼子仁も、同様に法学的観点から「教員の教育権限の独立説」を唱え、特に憲法26条の「教育を受ける権利」を重視し、展開した。そして、兼子はこれとは別に教育法制全般の法解釈論を構築した。兼子は、教育法制の歴史的形態論をベースに「現代公教育法は、19世紀的私教育法を土台としそれを修正したものにはすぎない」というシェーマを抽出し、『教育法』（有斐閣1963年）において、日本の教育法の構造と理論の全体把握を行った。また、同時期に、堀尾輝久は教育学（教育思想史）の観点から、教師の教育権の理論構築の「基礎作業」を行った。それは、教師の教育の自由の法理を「教育の本質論」（子どもの学習の本質論）から導出し、さらに新憲法下の近代的「親権」概念を子どもの学習権の観点から重視し、「親義務の共同化としての公教育」あるいは「私事の組織化としての公教育」という公教育制度の理念型を『現代教育の思想と構造』（岩波書店 1971年）によりテーゼしたことだった。以上、この時期の4人の「国民の教育権論」は60年代から70年代にかけて展開される教育権論の基線をなすものと評価されている。しかし、一方、「国家の教育権論」にカテゴライズされる側においても、この時期いくつかの「国家の教育権論」の基線がみられた。

具体的には、教育基本法の制定に大きな影響を与えた田中耕太郎は、『教育基本法の理論』（1961年）において、「義務教育に関する憲法26条2項の反面からして、国家に教育に関する権利が認められることになる」という解釈論を示した。また、相良惟一も同条同項の解釈において、「国家自ら両親に代わって教育権を行うというような国家の補足的ないしは後見的役割が明示されている」（「両親の教育権の実定法的考察」永井憲一編『文献選集日本国憲法教育権』1962年）と論じた。また、今村武俊は、文部当局者として現行法である学校教育法（特に20条、38条、43条）を根拠として、文部大臣に教育内容に関する権限が規定されていることを理由に、その行使が教育基本法10条の違反とはならない（今村武俊『教育行政の基礎知識と法律問題』初版 1964年）という「行政解釈」論を示している。

さて、この時期における「国民の教育権」論の特徴は、大きくは当時の歴史的・時代状況に規定されていることから生じている。当時、日米安保体制化における国家イデオロギーの普遍化は、当然

に「イデオロギー支配のうちで中心をなす文教政策」⁽¹⁰⁾ に波及し、国家は「教育法制の政治的・行政法的変容」⁽¹¹⁾ という戦略をとった。それは、具体的には、地方自治制や警察法制の再編とセットになった教育二法の成立(1954年)や地教行法の成立であり、国家は、戦後教育理念の法規範である「憲法・教育基本法制」への攻撃を行った。このとき、教育における逆コース化と言われる教育政策に対して、カウンター的な社会運動を展開する日教組は、1961年の「学力テスト」(以下学テと略す)や勤評の実施化に対して、それを阻止する直接的な政治行動を行った。それは、当時の教育紛争が「権力の教育政策・行政と国民の教育運動との対立・抗争」⁽¹²⁾ である政治的紛争であり、必然的に教育裁判の形をとることとなる。このとき、学問のサイドには、「憲法・教育基本法制」の維持のための理論構築と、刑事事件において訴追された組合教師を守る抗弁が求められ、教育法制の研究は、「法廷を中心舞台とする公開シンポジウム」⁽¹³⁾ の様相をもち始めた。そして、当時の「国民の教育権」論は、訴追された教師を弁護するため、「国家権力を被告席に立たせ、その反憲法的、反民主主義的教育政策を国民の側から告発」⁽¹⁴⁾ し、「紛争状態を『権力的に解決する過程』としての教育裁判」⁽¹⁵⁾ との相互作用を通じて、自らの存在価値をもったといえる。したがって、この時期の「国民の教育権」論は、教師の教育権を教育基本法の観点から主張する傾向をもち、「国民の」教育権の法理を憲法的観点から総合的・体系的に理論構築する段階にはなかったという欠点をもった。

2. 生成期における「国民の教育権」論

しかし、その後「国民の教育権」論は、1960年代後半から1970年の杉本裁判前後にかけて、憲法的観点からの理論構築への転換を求めていった。家永三郎は、1965年の教科書裁判第一次訴訟(国家賠償請求訴訟)と1967年の同第二次訴訟(検定不合格処分取消訴訟)を提起した。この教育裁判を契機に、「国民の教育権」論は教育基本法レベルの教師の教育権論から、憲法レベルの国民の教育権論へ変化し、本格的な「国民の教育権」論が成立へ向かった。

このとき、憲法レベルの国民の教育権論の立論は、大きくは憲法23条解釈論と憲法26条解釈論の二つを柱とした。まず、憲法23条解釈論に関しては、憲法学者の高柳信一(「憲法的自由と教科書検定」判例時報41巻10号臨時増刊1969年)が「憲法的自由」としての「国民の教育の自由」を主張した。それは、従来同条を教師の教育の自由の観点からせまく解していたレベルを脱し、国民の教育の自由の法理を、「国民の憲法的自由の重要な一環と考えなければならない」と主張した。また、兼子も同条の解釈論として、それが「子どもの学問学習の自由と一体をなす国民の教育の自由をも保障していると言っているのではなからうか」(『国民の教育権』岩波新書1971年)と述べた。この場合、高柳のテーゼは、これまで、憲法23条の解釈(学問の自由)が、大学等の高等教育機関の教授の自由に限定する「ドイツ的な残像」下の解釈を通説としてきたことへの生産的な批判であるという点と、「憲法学がこれまで『教育の自由』をあまりにも論じなすぎた」⁽¹⁶⁾ という国民の教育権論サイドからの批判に答えたという点で、「国民の教育権」論の成立に重要な契機となった。なお、学問の自由に教育の自由が含まれるという立論は、宗像が早くから主張し、有倉が支持していた。

憲法26条の解釈論は、早い時期から永井憲一(『憲法と教育基本権』劉草書房 1970年)が展開していた。永井の解釈論は、教育権を主権のカテゴリーでとらえ、「『教育を受ける権利』は、当然にわが国の(平和的で民主的な国の)将来の主権者たる国民を育成するという方向の、そうした内容の教育、つまり主権者教育を受けうる権利」であるとして「主権者教育権説」を唱え、さらに「教育権についても、それが国家権力の政策ないし行政に対する積極的な教育内容までわたる要求権をも含む」⁽¹⁷⁾ として、「教育内容要求権説」を唱えた。ここでは、特に「従来の『通説』であったその(26条の)のプログラム性は克服されるべきことが、26条の解釈として主に論じられた」⁽¹⁸⁾ と評価されている。なお、堀尾は、すでに26条の教育を受ける権利を子どもの基本的人権としての学習の権利の実定法的表現であると主張していた。そこで言われる自由権的基本権としての学習と教育の自由が、

同時に子どもの成長と発達の権利の中では生存権的基本権の主要な構成部分に転化するという教育権の統合論は、当時において憲法に即し説得的な教育権論であり、画期的な問題提起であったと評価されている。

1970年、東京地裁において教科書裁判第二次訴訟の杉本判決が出された。この杉本判決は、「学習権としての教育を受ける権利」と「国民の教育の自由」というこれまでの「国民の教育権」論の論点と論旨を全面的に取り入れ、「50年代後半から蓄積されてきた『国民の教育権論』の一里塚を築くことになった」⁽¹⁹⁾と評価された。杉本判決は、教師の教育の自由を学問の自由（23条解釈）から引き出し、国民の教育の自由を教育を受ける権利（26条）から引き出し、「国民の教育権」論に対して、オフィシャルな司法判断による承認を与えたという意味で、「国民の教育権」論の成立を公認する意味をもった。そして、翌年（1971年）、日本教育法学会が設立され、組織的にも「国民の教育権」論が成立する基盤が整った。

3. 定着期における「国民の教育権」論

70年代以降の「国民の教育権」論は、「杉本判決を足場にしつつ最高裁学テ、教科書検定訴訟控訴審に共通する論点の整理と精密化がなされる一方、『教育法学』の独立宣言とともに、教育法全般にわたって細かな議論が行われた時期」⁽²⁰⁾とされる。

その中心は、やはり杉本判決以降出された教育裁判や行政解釈における新たな「国家の教育権」論への対抗理論の構築であった。その新たな「国家の教育権」論とは、公教育における国家の役割と国民の教育保障に対する国家の権限・責任を強調し、そこから教育内容や方法に対して、国家が法律にもとづく権限を行使できるというものであった。それは、従来の「国家の教育権」論が、特に行政解釈を中心に現行実定法規の限定解釈論であったものとは異なり、議会制民主主義論の基礎の上に公教育の運営の法的責任を「(国家の)教育権」として構成するという主張である。このような考え方は、すでに、1969年に岩手教組学テ仙台高裁（1969年2月19日判決 判例時報548号39頁）で採用され、注目されていた。しかし、文部省は杉本判決直後に文部省初中局長通知（「教科書検定訴訟の第一審判決について」1970年8月7日）でその論旨を補強するとともに、教科書裁判第二次訴訟控訴審の文部大臣側の準備書面づくりで展開し、最終的には高津判決（東京地裁1974年7月16日判決 判例時報751号50頁）や最高裁学テ判決（1976年5月21日刑集30巻5号）が採用するところとなった。

こうした新しい「国家の教育権」論に対抗する「国民の教育権」論は、いくつかの局面で多角的に展開された。例えば、杉原泰雄（「公教育と現代の議会制」法律時報44巻8号）は、現代議会制のもつ多数党意思の表明としての性格を強調し、「『内的事項』は議会制の意思決定になじまない」として、議会制主義論に立つ「国家の教育権」論を批判した。また、「内的事項・外的事項区分論」⁽²¹⁾も、そうした議会制主義に対抗して、よりきめ細かな理論構成が試みられたとされる。しかし、この時期、「国民の教育権」論の定着において重要なことは、憲法学からの積極的なアプローチがあったという点である。

もともと、憲法学においては、「教育の自由」等に関する関心は薄かった。1960年代初頭以前の憲法学においては、憲法における教育の問題の考察は『『公共の福祉』の理論みたいなもので空回りしていた」⁽²²⁾といわれる。しかし、1965年、1967年の「家永教科書裁判訴訟」が提起されて後、全国憲法研究会が1966年に教科書検定問題を総会テーマにとりあげ、さらに日本公法学会が1969年に「憲法と教育」をテーマとしてとりあげ、憲法論として活性化した。このことは、「国民の教育権」論の側において期待をもって、受け入れられたと言える。1960年代の前半すなわち「学テ裁判」高裁段階までは、「あえて、憲法論抜きの教育裁判が展開され」⁽²³⁾、どちらかと言えば教育基本法10条をめぐる「教師の教育権」論が中心の議論であった。そのため、「国民の教育権」論の側においても、憲法論による教育権論の理論構築は大きな課題であったとされる。それは、「教育を受ける権利」と「教育の

自由」の関連を日本国憲法における教育人権の全体構造の解明により探るといった課題であったといえる。その課題は、しかし、憲法自体が直接に「教育の自由」を明記していないこともあり、「教育の自由」を憲法原理的な解釈論として裏付けることを必要とし、後に「国民の教育権」論は憲法解釈論の方向に展開していった。

Ⅲ. モダン教育法の模索—「国民の教育権」論の争論—

「杉本判決」により一定の学説として定着したと思われる「国民の教育権」論も、しかし、その法理論の構造上大きなアポリア（難問）を抱えていた。それは、教育権を二分的に構成する自由権的教育権論と社会権的教育権論の統合の理論の欠落であった。これまで、「国民の教育権」論は、目前の教育裁判の法制闘争のため、その両者をその都度使い分けてきたと言える。例えば、国家の「教育する権利」を論拠とした教育への介入を阻止するため、「親の教育権」や「教師の教育権」を「教育の自由論」の範疇でさまざまに主張した（民法820条論、憲法的自由論、教員の教育権限の独立説、憲法23条＝教育条理論等。）。また、「教育を受ける権利」の法的権利性を主張するために、それが単なる受動的な経済的措置要求権ではなく、「教育への権利」・「教育要求権」を意味する能動的で主体的な人権として捉え返した（公民権論、生存権論、文化権論等）。しかし、そうした教育権の二分法的な使用に対して、教育権の法的権利性が不十分であると評価され、「国民の教育権」論は、大きく両者を統合する法理論として「学習権」論へと「あるべき『教育権』論争」⁽²⁴⁾へ展開していった。この「学習権」論の特徴は、「国民の教育権」論との対抗において、それが『学び』の側からの主観的公権⁽²⁵⁾であり、「教育主体の権利に対して学習主体の自発性を含んだ権利」⁽²⁶⁾と主張する点にある。また、「発達の可能態」（杉本判決）としての子どもの成長・発達の過程そのものに権利性の内実をみるという点がある。したがって、学習権論への展開は「必然的に狭義の教育権を予想しその質を問いただす視点であるとともに、広義の教育権の構造化にあっての決定的に重要な契機」⁽²⁷⁾であり、『教育の自由』についての古典的な観念を『教育への権利』と結びつけ、憲法23条と26条を統一的に把握する視点⁽²⁸⁾として重要視された。

しかし、杉本判決や最高裁学テ判決以降、特に1980年代からの「国民の教育権」論の展開の理論史の特徴は、そこに大きく「争論」による自己批判や他者批判の展開があり、「国民の教育権」論の自省的变化がみられるという点がある。堀尾は、この時期について、「80年代中期から、国民の教育権論に同調的であった研究者の中からも、それは70年代にはすでに有効性を失ったとする批判的見解が生じた」⁽²⁹⁾時期と回顧している。しかし、この時期の意味は、先に述べた学習権論への展開が、一部そうした批判への応答として成立したという事情があり、より生産的な争論の時代ともいえよう。したがって、ここでは、以下その「争論」に中心をおき、「国民の教育権」論の批判史として1980年代からの展開期を考察してみる。このとき、その批判は、大きく「教育権」の法解釈学的次元の法理論上の批判と「教育権」を対象とする考察枠組みとしての研究方法論上の批判に分かれると考える。以下、それぞれについてパラレルにみえる。

1. 展開期における法解釈学争論

「国民の教育権」論への批判は、主に憲法学からの批判として展開された。まず、星野安三郎が主権・人権区別論にたつ「国民の教育権」論批判を行った。そこでは、「教育する自由や教育を受ける権利は人権の問題であるが、『教育権』は主権の問題であって、人権の問題ではない」⁽³⁰⁾（「人権と教育権」）として、これまでの「国民の教育権」論のもつ「教育権」認識のあいまいさを突いた。そのあいまいさは、「教育権」の定義論のレベルの拡散さに止まらず、これまで「国民の教育権」論が、

「国家の教育権」という「主権」に対して、「人権」としての「国民の教育権」を対時的に主張したことの矛盾を指摘するものであった。星野は、「教育権」が「学校教育を中心とする公教育の組織・編成・運用権の次元にあり、それは主権の内容をなし、権利と言うよりは権限ないし権能を意味する」⁽³¹⁾ といい、「国民の教育権」として説明される「教育を受ける権利や教師の労働権、教育の自由を内容とする教師の権利は、個人に属する人権的権利であり、教育権の内容に含まれない」⁽³²⁾ と主張した。

つぎに、奥平康弘が同様に「国民の教育権」論のあいまいさを突いた。奥平は、「国民の教育権」の意味するものが、「親・教師・教師集団・学校設置者その他の教育関係者という各主体のもつ種々の異なった権利や権限をひとまとめにした混合体にすぎない」⁽³³⁾ と指摘し、それが「憲法学的見地から有用でも必要でもない」⁽³⁴⁾ と断じた。この主張の背景には、「教育権」が憲法上の明文化された権利ではないこと。そのため、教育にかかわる自由や権利は、できるかぎり思想の自由とか信教の自由などの伝統的な市民的自由に読み替えるべきであるという固有な憲法論的認識がある。確かに、国家の教育権対国民の教育権の対立論争の中で、「国民の教育権」論者は多くの場合、両者の「教育権」の権利の性格や性質の違いを考慮せず、両者を同一の次元で解釈してきた傾向があった。それは、先に述べた「国民の教育権」論がもともと自由権的基本権と社会権的基本権の平行な構成原理をもつという点から生じていたと理解される。この点、「『国民の』『教育権』という概念は、運動・実践の理念としての機能を別にすれば、認識上あるいは解釈上の法概念としては必ずしも十分ではない」⁽³⁵⁾ といえ、兼子は「運動の中における『国民の教育権』は、原理に迫るところがあるとともに広汎さと多様性を残している」⁽³⁶⁾ と自己反省している。

その後、兼子は「教育内容を決定する機能を本質的に、国民の『教育人権』と国家の『教育権力』とに峻別し（たうえで）……『教育権』の語は『教育人権』の意味で用いることが正当である」⁽³⁷⁾ と修正している。また、永井はその「教育人権」を「人格権としての教育権、生存権としての教育要求権、公民権・文化権としての主権者教育権」として理論構成し、教育法を「教育基本権（教育人権）を保障するための法の総体とその体系」⁽³⁸⁾ と修正する。実際、1980年代後半から、「国民の教育権」という用語に代わって、「教育人権」という用語の使用が多発したが、それは、「『教育権』を法律論のレベルの権利論としてではなく、憲法論のレベルのそれへ（権利論から人権論へ）と高度化・純化させる」⁽³⁹⁾ 「国民の教育権」論側の自省的転換であったといえる。

奥平の批判の特徴は、しかし、そうした認識論上のあいまいさの指摘に止まらず、さらに「国民の教育権」論の学問的性格あるいは姿勢を厳しく問うた点にある。奥平は、「国民の教育権」論に対して、それがどこまでが憲法（解釈）論であって、どこまでが憲法の理念をふまえた政策提言であり、どこまでが教育（関係）実定法の解釈論であるのか、その境界線がはっきりしないと主張した。この主張は、単に「国民の教育権」論の誤謬性を指摘するのみではなく、その「国民の教育権」論を思想理念とする「教育法学」という学問の学的性格や姿勢を厳しく問うものであり、「国民の教育権」論の側には、「奥平康弘氏の投げた小爆弾」⁽⁴⁰⁾ とも形容できるインパクトがあったといえる。

つぎに、今橋盛勝が、「二つの教育法関係論」を主張した。今橋は、「教育法関係」を〈国・文部省—都道府県教委—市町村教委〉と〈学校・教師—子ども・生徒・父母・住民〉で構成される「第一の教育法関係」と、〈国・文部省—教委—学校・教師〉と〈子ども・生徒・父母・住民〉で構成される「第二の教育法関係」に分けた。その上で、学校・教師が子どもや親の権利を侵害するという学校教育病理の現状を重くみて、「第二の教育法関係」における権利の対立や葛藤を考察することを説いた。それは、これまで「『親の教育権』も『教師の教育権』も平和的に共存してあやしまない」⁽⁴¹⁾ という「親権の白紙委任に近い信託説」⁽⁴²⁾ であった「教師の教育権」説への批判であった。今橋は、「学校教育の具体的活動との関係で、『父母の教育権』が何らの法的意味をもたないとすれば、それは『教師の教育権』を導き出し、正当化するための単なることば、名目にすぎない」⁽⁴³⁾ とこれまでの教育法学

の主張の中には、楽観主義的な色彩が含まれている点を突いた。馬場健一は、この今橋の批判的立論を、「統制モデル（「国家の教育権」論）が提起した教師・学校による教育の自律性の侵害契機を承認しつつ、自治モデル（「国民の教育権説」）を継承し、その修正を主張する」⁽⁴⁴⁾ という意味で、「新・国民の教育権」と評価している。

さて、以上にわたるさまざまな「国民の教育権」論批判は、「国民の教育権」論側にどのように受けとめられたのであろうか。

1980年、当時日本教育法学会の会長であった堀尾は、その総会講演において「国民主権と国民の教育権」と題して、10年間の学会の総括を以下のように述べている。⁽⁴⁵⁾

この10年、国民の教育権対国家の教育権という仕方では、一つのパースペクティブがつくられたと思うんですが、しかし、その問題の立て方は正確な問題の立て方であろうか。…（中略）…。そもそも、現在の憲法・教育基本法体制のもとで、国家の教育権なるものが存在し得るのか。実際、文部省にしても、あるいは最近の判決にしても、国の教育権ということばはほとんど使っていない。むしろ、問題は国民の教育権の構造のちがいの問題、そういう仕方では問題が進展している。論争的論理の展開の中だけでは、批判されるべき論を国の教育権だといってすましてしまう安易さを生むことにもなり、国民の教育権論そのものを掘り下げていけないことになる。学テ最高裁判決を国家の教育権論の基準でみるのではなく、むしろ、国民の教育権論の構造の違いの問題として論点の違いを進展させていった方がよい。

こうした問題の前提となっているのは、主権の問題と人権の問題をどのように関連づけて構造的にとらえるか。国民の学習権をどう位置づけるか。（このままでは）判例に定着した学習権なるものがいわば空洞化してしまう。学習権と言ったからといって、そのことにより何の決着もつかない。

ここでの主張は、明らかに成立期における「国民の教育権」論の自己批判的総括を意味する。その総括は、部分においてドグマ化した「国民の教育権」論の停滞を批判しつつ、一方で「主権の問題と人権の問題をどのように関連づけて、構造的に捉えるか」という、新しい「国民の教育権」論としての教育人権論（学習権論）の構築の課題を示す内容と理解される。その意味では、先にあげたいくつかの「国民の教育権」論の「争論」は、一定の価値をもったと部分評価されよう。

2. 展開期における法社会学争論

方法論的観点からみれば、「国民の教育権」論は、「教育権」の法理論を考察するための法解釈学の範疇に属する。しかし、一方、法学的方法の次元では別に法社会学の方法論があり、「教育権」の分析において、法社会学的方法論の導入が求められていた。

例えば、兼子は早くから「法論理としての教育法」に対して、「法現象としての教育法」の究明の必要性を指摘していた⁽⁴⁶⁾。また、「教育裁判」に対して、「実践的運動論にとって教育裁判は現実的意義があるが、教育法社会的にみれば、教育法生成の現実態を科学的に研究」⁽⁴⁷⁾ する意義があると述べ、法社会学的方法論の価値を指摘していた。この場合、「教育権」研究における法社会学的方法論の導入は、教育についての実定法規とその作用する現実態との間に生じる教育法現象の中に、「教育権」の動態をみるという意味で、大きく「教育権」研究の重要な方法論であったといえる。以下、その理論史をみよ。

まず、戦後いち早く法社会学的方法論の導入の必要性を説いたのは宗像であった。宗像は当時「官僚のための教育法規の学」への積極的な批判のため、「教育行政の（法）社会学」の導入の価値を以下のように主張した⁽⁴⁸⁾。

これは、（教育行政の社会的・政治的考察の意味）は、現行教育法規ならびに制度をも社会的存在とし、

これを客観的な対象としようとするものであり、その意味において、現行法規の正当化解釈の立場とは対象的なものである。…（中略）…法律学の領域で、実定法の解釈学の立場ではなく、実定法自体をも客観的研究の対象とし、なんらかの意味で法の社会的在り方を、すなわち例えば法と事実との相即とか乖離とかの関係性を分析しようとする立場を法社会学と呼ばれているに拠って、私は教育行政の社会学と呼んでおこうと思う⁽⁴⁹⁾。

この宗像の主張は、思弁的言説と区別し現象的認識を重視する「教育行政の思惟様式」の次元の表明であり、「存在についての現実科学的な定義」として、「教育政策」を「権力に支持された教育理念」とした見方に通じるといえた。しかし、実際の研究実績においては、宗像自身が『『教育行政法規の解釈学』』に対抗する『非政府的立場の教育法規研究』を強いられ、（法社会学的研究が）実際にはそうはいかなかった⁽⁵⁰⁾と自己批判するように、法社会学的方法論のものではない。

この点、市川昭午は「時務論、情勢論を本質として、エッセイに墮し、運動論に短絡的に結びつき、政治的考慮が優先しすぎて、せっかくの気運が結実するに至っていない⁽⁵¹⁾」と厳しく批判している。

つぎに、熊谷一乗の研究がある。熊谷は、教育法規の研究において、社会学的分析枠組みとしての構造機能分析の枠組みの導入により、教育法規が公教育システムの中でどのように位置し、機能しているかを構造的に描いてみせた。熊谷は、「教育法社会学」を「公教育制度の形成、変動の過程に生じる法現象を社会学的方法をもって研究し、そのダイナミックスの法則的認識を目指す経験科学的学問領域である⁽⁵²⁾」と定義し、マクロな視点で公教育システムの中の教育法現象の構造を説明した。それは、教育法の「社会学」的分析であり、教育の「法社会学」的分析とは異なる点があるが、これまで教育法規の社会的体系の分析が、単にその法形式（法のランクや内容）による分類の説明に終わる傾向にあったことをみれば、教育法の構造的なシステム分析としての価値をもったと評価される。それは、特に近年の教育における国家法の介入という「介入主義法」の構造分析にも有効といえよう。

先の熊谷がマクロな次元の「教育法社会学」であるとするれば、ミクロな次元で実証的に法社会学的方法論を導入した研究者として高野桂一がいる。高野は、成文法以外の法源である（学校）慣習法に着目し、学校内部規程を対象としてその存在形態を実証的に分析した⁽⁵³⁾。さらに、この分析の価値を、教育原理性や教職の専門性そして学校自治の観点から、学校における固有な「生ける法」としての特質に求めた点にある。また、高野は『生徒規範の研究』（ぎょうせい 1987年）や『学校経営のための法社会学』（榊達雄・篠原清昭と共著 ぎょうせい 1993年）において、不文法を含めた学校法の法社会学的分析を行っている。この一連の高野の法社会学的方法論の導入の意図は、（学校経営の科学が）まさに法社会学的方法という法科学的発想と方法の裏付けをもってこそ、初めて現実的な実践的迫力を発揮しうる科学としての逞しさを獲得できると主張する点にある。その意味では、あくまで学校経営学へ貢献しうる方法論として法社会学的方法論を位置づける動機が強い。しかし、教育法現象の実証的及び動態的分析により教育法規の理論構築を研究実践したという意味では、大きく「教育法社会学」の考察枠組みの一つとして価値をもつといえよう。

つぎに、今橋の方法論の研究がある⁽⁵⁴⁾。今橋の研究の特徴は、「教育法社会学」の事例的研究としてではなく、「教育法社会学」の方法論の研究である点に求められる。今橋は、「教育法社会学」の固有性を、その対象概念としての「教育法現象」と、その分析概念としての「教育法規・教育法関係・教育法制度・教育法意識」に求める。まず、対象概念としての「教育法現象」は、兼子が「教育に関わっている現実のすべて⁽⁵⁵⁾」という定義を越え、教育法規の意識や認識の次元（教育法意識やその法意識に含まれる法解釈論）にまで広げる。その上で、教育現象から教育法現象を抽出する認識過程を対象として、その「抽出」の道具として、「教育法規・教育法関係・教育法制度・教育法意識」の道具性が検証されるという構造をもつ。

例えば、「教育法関係」は、「教育機関内部の相互関係、教育行政・教育機関と生徒・父母・国民

(住民) の関係を、権利・権限と義務・職務に関する法関係として把握する分析概念⁽⁵⁶⁾ として有効であると指摘される。それは、確かに先に今橋が「第二の教育法関係論」により、子どもの学習権の社会的・相対的位置と構造を確定させ、より緻密にその学習権の「侵害契機と保障契機」を探る上で有効と理解される。また、「教育法意識」は、例えば「教育法規範」と「教育法制度」の関係性を実証的・動態的に検証するのに有効であったことと関連している。

しかし、今橋の研究の有効性は、今後インテンシブな「教育法現象」の動態的な事例的研究の蓄積の過程を経て、それぞれにおける考察枠組みの価値の検証を必要とする。「教育権」研究にみれば、「教育権」の法解釈学的分析に対する法社会学的分析の有効性は、「教育権」それ自体をも「教育法現象」とみる相対化とその上での実証化の研究姿勢を必要とするといえる⁽⁵⁷⁾。残念ながら、「国民の教育権」論の側にそうした研究姿勢は未だみられない。

「国民の教育権」論の総括の意味は、教育改革の進行とそれに伴う新しい教育法現象により、国民の教育人権が侵害される状況において、新しい「国民の教育権」の理論を構築するためと述べた。この場合、新しい「国民の教育権」の理論の構築の方法は、これまでの「国民の教育権」論が成立・展開の過程で構築した法理論（権利論）の有効性を検証してみることにある。例えば、成立期から展開期にわたる自由権的基本権と社会権的基本権の統合のための教育人権（学習権）への転換は、教育法現象の変化にかかわらず、現在においても普遍的な権利思想の原理的価値をもつ。特に、教育の私事化・市場化により「自由」や「自治」の操作的取り込みが巧みに進行している状況では、「教育の自由」と「教育の公共性」の法原理は揺れ、その法的権利の実質を見失わせている。その意味では、「教育権」の法原理の再確認が必要といえる。その場合、当時の教育法学が「教育権」を主な対象として、教育の本質を理念的に規定することから教育制度を媒介とした教育と法の関係を規範論的にとらえた認識枠組みは、現在においても重要な教育法学の固有性となる。

また、展開期にみられた法社会学的な方法論の導入の考察枠組みは、それが「教育権」の動態的な考察のため、いったん「教育法現象」の実証的な分析の枠組みを呈示したという意味で、やはり現在の混迷する「教育法現象」の構造的な分析に有効に働くといえる。むしろ、これからの新しい「国民の教育権」の法理論の構築は、その法原理が法現象の急速な変化により揺れている分、その理論構築の前提作業として、十分な「教育法現象」の動態的な分析を必要とするともいえる。

IV. ポストモダン教育法の法現象と「国民の教育権」論の葛藤

80年代以降、教育法の現象とその原理の変化は大きい。このとき、過去の教育法原理を価値づける「国民の教育権」論は、その理論的価値と方法論的価値について、大きくその自省的な検討が求められているといえる。ここでは、そうした意味から今後の新しい「国民の教育権」論の構築のために、いったん現在の教育法現象の変化を相対的に構造把握するとともに、その変化における教育法原理の変質に対して、過去の「国民の教育権」論がどのような理論的葛藤をもつかを検証してみる。

1. ポストモダンの教育改革と教育法現象

80年代以降の教育法規の変化の特質は、「教育改革立法」⁽⁵⁸⁾ の出現とそれによる膨大な法改正数にみられる法の量的拡大と公教育システムの変革と再編を志向する法の質的転換にある。特に、90年代後半から現在までの教育法改正の「量」と「質」の変化は大きく、量的にはこの5年間で教育法令改正項目は70を越え、その数は戦後初期の法システムの確立期に近い。その多くは行政改革（「規制緩和推進計画」）や地方分権改革（「地方分権推進計画」）等の国家改革と『綱引き』と『妥協』⁽⁵⁹⁾ された文部科学省の教育改革プログラム（1997.1）の具現化のための政策立法として出現している。そ

して、その法の具現化は「教育改革関連法案」として一括審議し、省令改正等の手続きによりトップダウン式に実効化されるという「法の政治化」・「法の政策化」の手法をもつ。

こうした近年の教育法現象の変化は、単に法の量的な変動を意味するのみではなく、法の価値の変化を含んでいる点で80年代以降の時期が教育法制的にみて特異な歴史区分性をもつことを表す。それは、戦後初期から50年代中期までの時期が基本的な教育法システムの形成期であり、「権利義務法」⁶⁰⁾の定立期であったこと。50年代中期から70年代までの時期が教育法システムの整備期であり、「資源配分法」⁶¹⁾の整備期であったことに対して、80年代以降（特に90年代後期から現在）の時期の教育法が大きくは教育法システムの再編期であり、「介入主義法」⁶²⁾への転換期にあたることを理由とする。

このとき、80年代以降の教育法は、現象的には教育改革の道具としての価値性に比重にあるが、その教育改革が大きくは福祉国家体制の解体と再編のため、自由化や市場化を志向する新自由主義的な経済改革と日本化を志向する新保守主義的な政治改革に連動しているため、これまでの「権利義務法」や「資源配分法」とは異なる法としての価値性が国家政策上求められたといえる。その法の価値性とは、第一に福祉国家的な公教育制度を解体するため、これまでの「権利義務法」を解体する「非・法化」であり、第二に新たな公教育制度に再編するため、教育の自由化・市場化により「資源配分法」を再分配する「法化」である。前者の「権利義務法」の「非・法化」は、大きくは戦後初期の時点で民主主義法制及び自由主義法制の原理にもとづき、教育における権利と義務を「国民の教育を受ける権利」と「国家の教育を条件整備する義務」として、公教育制度の理念と価値にもとづき法規規範化した「憲法・教育基本法体制」の解体を意味する。それは、特に憲法改正に連動する「教育基本法の改正」等に表れた。後者の「資源配分法」の再分配のための「法化」は、公教育制度の維持のための教育条件整備法がセットした「資源」（財的資源・人的資源そして権限資源）の分配方式の組み替えであり、教育における市場化や自由化のための法化を意味する。この法化は、しかし、単にこれまでのような行政国家現象の台頭における「管理法の増大現象」を示すのではなく、「一定の政策目的の確保・推進のための公権力の道具としての法は社会領域に介入」⁶³⁾し、教育における「資源配分」の再分配のために、その制度の運営の方法をダイレクトに指図し、制御している。その意味では、「介入主義法」と形容されよう。それは、特に「地教行法」・「社会教育法」・そして「学校管理規則」等の改正や「小・中学校設置基準」等の立法化に表れた。

2. 「国民の教育権」論の葛藤

しかし、一方そうした80年代以降の教育法の現象変化に対して、学問としての教育法学は十分な考察枠組みを持ち得ていないと批判される⁶⁴⁾。それは、大まかにはこれまでの「自由主義教育法学」に立つ「国民の教育権論」が、「一種のイデオロギー闘争」⁶⁵⁾の過程で成立した「緊急的法理・理論」(66)であり、「歴史的制限（限界）」⁶⁷⁾を持ち、「もはや国家の教育権対国民の教育権という対抗図式は、少なくとも実際の教育制度の全体を規定するものとはいえない」⁶⁸⁾というものである。むしろ、近年の教育改革立法にみられる「教育の自由化」への法化は、「規制緩和」による「地方分権」、学校の主体性・自律性保障による「学校自治」そして「学校選択」による「教育権」の政策化として、これまでの「国民の教育権論」がめざしてきたいくつかの教育法思想を具現化する要素を含み、その分本来の「国民の教育権論」のカウンター（反体制的）法学としての鋭さを失わせている。この点、黒崎は「市場に規定される教育制度に対して教育法学的な規制をもつアプローチをすることは、これまで抱えてきた教育法学の葛藤を明るみに出し、ある意味で教育法学の論理を破綻させる」⁶⁹⁾と厳しくいう。この批判は、「社会的実践上の『法規制的アプローチ』と研究方法上の『教育法学的アプローチ』の混同がある」⁷⁰⁾という問題点を部分にもつが、確かに現在の教育法現象の変化に対して、教育法学的アプローチによる法解釈に深い葛藤が存在することを明確に指摘している。

例えば、小・中学校の設置基準の制定を新しい教育権・学校設置権の出現とみるか、公立学校の民営化を方法とする義務教育制度の市場化とみるかという葛藤がある⁽⁷¹⁾。また、「『規制緩和』による教育行政の地方分権化」の教育法現象を、文字通り「教育における『地方分権』『地方自治』」の保障や拡大とみるか、中央集権的な教育官僚体制の「新たな装い」⁽⁷²⁾や「延長」⁽⁷³⁾による「不当な支配」(市場化への誘導)とみるかの葛藤がある。さらに、学校管理規則の改正による学校の自主性・自律性の拡大を、文字通り「学校自治」の拡大とみるか、職員会議の補助機関化や学校評議員制度の導入そして校長のリーダーシップ強化による学校の統治化とみるかという葛藤がある⁽⁷⁴⁾。

以上にあげたいいくつかの葛藤は、「教育改革立法」に代表される新しい教育法がこれまでの教育における「権利義務法」と「資源配分法」の法システムと法的価値そして法理論を変動させたことから生じている。特に、「学校設置権」や「学校選択権」といった新しい教育権の出現は、これまでの自由主義教育法学の範疇では予想しなかったものであり、そこにある種の動揺があると解釈される。この点を詳細に「学校選択権」という新しい教育法現象を事例に検討してみる。

「(公立)学校選択の自由化(就学指定の弾力的運用)」の法現象については、それを「学校選択権」という新しい教育権の出現とみるか、就学の機会を保障する伝統的な教育権の解体とみるかという法解釈論上の対立がある⁽⁷⁵⁾。このとき、「学校選択権」を主張する論は大きくは「学校選択の自由化」を進める教育改革政策の過程で法改正に伴う「行政解釈」(審議会答申、通達)として展開された。その特徴は、第一にこれまでの義務教育制度を保障する法システム(就学指定制度)の制度原理である「平等」(均等)を「機械的、硬直的」⁽⁷⁶⁾で、「学校教育の画一性、硬直性、閉鎖性と子どもの自主的精神・個性の伸長を妨げている一因」⁽⁷⁷⁾として否定すること。第二に、新たな義務教育の制度原理である「自由」(選択)を「多様な選択を行い、それぞれの自己実現欲求を満たしていく」⁽⁷⁸⁾これからの社会原理として肯定し、積極的に新しい教育権として肯定することにある。

一方、「学校選択の自由化」に反対する論は、「選択の自由」が「新しい衣装をまとった社会選別論」⁽⁷⁹⁾であり、「自己責任を押しつけるイデオロギー」⁽⁸⁰⁾であると批判するとともに、「学校選択の自由化」が学校教育を商品化し、保護者や子どもを消費者化する「教育の私事化」の弊害を指摘する。例えば、堀尾⁽⁸¹⁾は自らが公教育の制度原理として理論テーゼした「私事の組織化論」との比較で「教育の私事化論」を公教育論の観点から批判する。また、藤田⁽⁸²⁾は「学校選択の自由」がはらむ社会的問題を「強制された選択」「選別・差別・排除の制度化」のもつ社会的・現象的事実の観点から批判する。それは、「人権としての教育権」論の観点からの「市場化」批判であるといえる。

しかし、黒崎が批判するように、「人権としての教育の価値理念によって教育の民営化に対抗することは、理想の希求としては理解できても、論理的には混乱以外の何ものでもない」⁽⁸³⁾という葛藤をもつ。この葛藤は、「教育の市場化」というときの「市場」に対する認識の誤謬から生じているとも考えられる。「学校選択の自由化」批判にみられる反・市場化論は、市場原理の否定の上に教育を受ける権利の保障を措定する。しかし、否定される「市場(化)」は一方で教育政策における官僚支配や学校経営における教育専門職集団の寡占的支配を解体するという部分をもつ。また、「市場」の原理的理解からすれば、「市場」自体は「交渉」を介して個人の権利の平等性を前提とし、さらに一定の自生的秩序を創造する可能性をもつ。「学校選択の自由化」批判にみられる反・市場化論には、「市場」を高度に組織化された(独占的)資本主義体制と直接に仮定するあまり、そうした「市場化」の有効性と「市場」の原理的価値性を見落とすという形で、新しい形而上学的なドグマに固執している。この「固執」が続く限り、例えば、「人権論的・民衆的公教育論」(堀尾)は「自由化論のいうところの民営化にカテゴライズされる」⁽⁸⁴⁾ことになる。

V. ポストモダン教育法のパラダイム構築

新しい教育法現象に対する教育法学の葛藤を克服するためには、教育法の新しい考察枠組みを理論構築することが必要と考える。その課題は大きく二つある。一つは、教育法の法規範的価値である教育権（「国民の教育権論」）の枠組みを総括し、その上で新しい教育権を逆利用できる法解釈学的な次元での理論枠組みを発展的に構築することである（法解釈学的課題）。もう一つは新しい教育法現象（教育における非・法化と法化）を相対的に分析できる実証的考察枠組みをもち、さらに新しい市民社会法としての「教育法」の創造を法実践的な戦略としてもつことである（法社会学的課題）。

1. 新しい「国民の教育権」論の法理論－法解釈学的課題－

過去、「国民の教育権論」は自由権的教育権と社会権的教育権の二元性というアポリア（難問）の克服として、教育における主権の問題（23条解釈）と人権の問題（26条解釈）の関連づけに努力し、「憲法論のレベルのそれへと高度化・純化させる」⁽⁸⁵⁾形で「教育人権」論を構築した。その「教育人権」論は、現在においても変化する教育法の法理論的価値を評価（法解釈）する枠組みとして有効であり、「時代錯誤」だと単純に切り捨てられるものではない。むしろ、現代の教育における「法化」が「介入主義法」の形で「法の政策化・道具化」により権力的介入を進行させている事実は、過去よりも現在において「国家権力からの自由」を価値づける自由権的教育権からの批判を求める。それは、特に新保守主義的で国家主義的な教育の法化すなわち「教育基本法の改正」に有効と考える。

しかし、一方、「介入主義法」の侵略に対してその「自由権的基本権」の側面において有効性を持つと思われる「国民の教育権論」も、近年の新自由主義的な教育改革の法化（教育の市場化・私事化のための法）の側面に対しては、大きく理論的な課題をもつ。その課題とは、「教育人権」のもう一つの側面である「社会権的基本権」の理論が単純に教育の条件整備のための要求権に止まり、その問題性の確認と理論的展開の努力を怠ったためと考えられる。例えば、近年「社会権」の研究は、大きくは福祉国家における社会権の「ジレンマ」の自覚と新しい「社会権」の理論構築にある。このとき前者の社会権の「ジレンマ」とは、「社会権」それ自体が例えば「権利の無責任的特性」（他人の利益や国家資源に無関心・無責任）や「権利の非相互的特性」（何のお返しもしないで自己の利益を主張できる）⁽⁸⁶⁾をもち、したがってその社会権の制度化を通じた実質的平等の達成は、結果的に国家の社会資源（特に財政）を枯渇させたというものである。さらに、社会権の欲求は、「生活向上を自己目的化し、個人に対するパターンリスティックな保護干渉のなしくずし的拡大に対する思想的歯止めを失わせた」⁽⁸⁷⁾と解釈される。そこに、生存的基本権の最大保障という国民の個人主義的要求は、中間社会組織の利益要求に媒介され、政治化され最終的には福祉国家自体を解体させたというジレンマである。重要なことは、このジレンマへの自覚であり、その自覚の上に新しい公共性の形成の方法として「無責任的特性」と「非相互的特性」を極力除去した新しい「社会権」の理論構築が努力されなければならないといえる。

このとき、新しい「社会権」の理論構築のための戦略としては、手続き的権利や参加権の確立が有効と考える。それは、福祉国家の崩壊の中においては、ストレートな個人財の分配の要求権の権利としてではなく、その財の分配的行為への直接的な参加（権）を通して、形式的正義といわれる適正手続きにより財の分配を受ける権利を考える必要があるからである。そのためには、福祉国家の解体とともに進行する市場化の権利思想である「消費者主権」や「納税者主権」も新しい「社会権」の一つの可能性として検討する必要がある。それは、「消費者主権」や「納税者主権」は市場経済社会においては、少なくとも合理的な経済人として行動する基本的な権利を持つからである。それらは、マクロには市場経済の適正なコントロールと資源配分を要求する権利の延長に手続き的権利をもち、ミクロには知る権利・選ぶ権利そして意見を反映させる権利の延長に参加権をもつ。そして、さらに公権

力に対しては「アカウントビリティ」により適かつ効率的な行政運営の責任を「義務」として課す。教育における市場化のための法化に対抗する新しい「教育権」の法解釈論の可能性もそこから生まれると考える。

さらに、今後の新しい「国民の教育権」の理論構築においては、これまでの「国民の教育権」論の基軸を構成した「自由権的基本権」の側面についても、大きな理論転換が求められるといえる。例えば、現在の憲法学における基本的人権論は、「18, 19世紀的自由権から20世紀的社会権へ、その後の21世紀的個人権へ」⁽⁸⁸⁾ 移りつつあるといわれる。このとき、ここでいう「個人権」は、決して福祉国家を解体させる功利主義的な個人主義のものではなく、むしろ「功利主義の主たる論敵」⁽⁸⁹⁾ となるもので、いわば人間性論から人権を基礎づける「人格的自律権」と呼べるものを指す。

佐藤幸治は、その「人格的自律権」を以下のように説明している。

「人権とは、人が人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在としてあり続ける上で不可欠な権利であると解される。かかる権利は、道徳理論上各人に生まれながらにそなわる権利であり、その意味においては、普遍的な道徳的権利である。したがって、道徳的権利としての人権は、国家の承認をまっしてはじめて存在する権利ではない。そうした意味においては、人権は自然権であるということができよう。人権を憲法で保障するとは、人権のこのような性質の確認の上に、国家機関に対してその擁護を法的に義務づけ、その侵害を禁止することを意味する。」⁽⁹⁰⁾

この佐藤の「人格的自律権」の形成理論は、「各人がそれぞれの自己の幸福を追求して賢明に生きる姿に本質的価値を認める道徳理論」⁽⁹¹⁾ によって根拠づけられ、そのため「道徳的権利としての人権」という特徴をもつ。しかし、その立論の根拠には「自由権的基本権」を単に自然法上の法観念から哲学的・倫理的に主張した次元と異なり、人権や自由の基盤に「ありのままの人間の生存のあり方を経験論的に直視」⁽⁹²⁾ している。さらに、これまでの人権論が多く「『制度』との関係を無視して論じてはならない」⁽⁹³⁾ として、実定法の人権を国家権力からの逃避において認識していた次元と異なり、直接に「思想としての人権」（「自然法上の人権」）を再構築する姿勢をもつ。

このような、新しい自由権の思想は近年の国家改革への反撃が単に「権力からの逃避」という消極的な自由権の継承のみではなく、より積極的な自由権の再構築により可能であることを示唆している。むしろ、「自由権」が運動論的な形而上学的なドグマに埋もれ、「社会権」が個人的幸福追求の功利主義や個人主義に流れ、別々に拡散化している状況の中では、「人格的自律権」という新しい人権思想は、自由権と社会権の二元性というアポリアを克服する新しい可能性をもつともいえよう。

このとき、自由権的教育権と社会権的教育権の二元性の克服のために理論構築された「教育人権」論も、「人格的自律権」の思想的枠組みから再検討すべき可能性があるといえる。それは、自己実現による個と主体の形成である学習に深く関わる「国民の教育権」論が、より積極的に「思想としての教育人権」（「自然法上の教育人権」）を再構築する法学的課題をもつことを意味している。

2. 教育における法化と新しい教育法の創造—法社会学的課題—

教育法における考察枠組みの展開の可能性は、新しい教育権の理論構築といった法解釈論上の課題のみでは達成できない。それは、進行する教育改革による法化が拙速であり、法解釈論に同時進行的な理論構築を要求するという難題があることと、先行する法実践の展開がその法実践の経験的蓄積の過程から新しい法解釈を生むという事情があるということをも理由としている。そのため、教育法の新しい考察枠組みの課題は、変化する教育法現象を相対的・構造的に考察し、その上で新しい市民法としての教育法を創造する法実践の方法論を考える法社会学的な考察枠組みを必要とする。

このとき、教育法現象の法社会学的枠組みとしては、福祉国家後期以降の国家改革法による法の政策化を批判的・構造的に捉え、さらにそれに対抗する新しい法の形成の理論を模索する「法化論」（Verrechtlichung, Juridification）が有効と考える。この「法化」論は、主に西ドイツを中心に展開

されている新しい法の考察枠組み論を指す。その理論的特徴は、第一に現代国家（後期福祉国家）の法すなわち「介入主義法」⁽⁹⁴⁾が社会領域に介入することによって生じる形式法の実質化現象の問題を構造的に説明していること（実証的考察枠組みの次元）。第二に、単に現代法の問題点を説明するのみではなく、それに対抗する市民法から発展する新しい法（「自省的法」(Reflexive Law)⁽⁹⁵⁾の創造を予定していること（理論的枠組みの次元）があげられる。

例えば、前者の実証的考察枠組みの次元では、ハーバーマスは近年の法現象にみられる「法化」を、国家が「メディア（貨幣と権力）を生活世界につなぎ止めておこうとするプロセス」⁽⁹⁶⁾であり、自律化された生活領域（教育を含む）に対する国家権力による新たな介入すなわち「生活世界の植民地化」⁽⁹⁷⁾とみる。そして、トイプナーは「法化」を古典的・法治国家的な「形式的法」を国家が社会制御的な介入により、「実質的法」（介入主義的法）に転化する現象とみる。いずれも、近年の教育法を含む新しい国家法の特質を、国家が固有な社会・生活システム領域に介入し、その領域の内的規範を統治化するという「介入主義法」にみるという点で、ポスト福祉国家の法の問題性を鋭く批判する。この点、例えば、近年の新しい教育法の現象を国家の法による教育の自律世界への介入とみる実証的考察の枠組みに示唆を与える。

一方、「法化」概念はそうした新しい教育法現象を相対的にみる考察枠組みの構築に有効であると同時に、その先に新しい教育法の理論的枠組みの形成にも有効な考え方を示している。例えば、トイプナーは「介入主義法」や「実質的法」による葛藤や病理現象を解決する策として、社会結合や自己再生産を傷つけない形での間接的・手続きの権利さらにはそれを可能とする「自省的法」の創造をいう⁽⁹⁸⁾。この「自省的法」は法の社会的価値を機能分化した社会に適応的な法論理に求め、その自律社会における「対話」・「連帯」・「支援」の作用を通じた自己調整によるオートポイエシス（「自己産出」）的な社会規範をいう。

この「自省的法」の法理論は、例えば、今後の自治体における地方の自治法としての子どもの権利条例の法化や、一部の学校で制定されている「類似学校評議員」と形容される学校自治慣習法としての学校評議会規則の法化のモデル理論として示唆を与える。

一方、この「自省的法」の特質を内包する新しい教育法の例として、近年アメリカ全土で制定されているチャータースクール法（Charter School Law 以下CS法と略す。）があると解釈する。このCS法は、「選択」と「参加」を通じて父母・住民等が公教育を統治する権利を積極的に新しい教育権として承認するものであり、そこに教育自律社会における「対話」と「連帯」を通じた「自己産出」的な教育法規範の創造という「自省的法」としての特質性を部分的にみることができる。例えば、CS法の価値基準としてStrongとFlexibleがあるが、“Strong”は規制力の強さを意味するのではなく、法による自律性や拡張性の保障の強さを意味する。また、“Flexible”は教育官僚支配からの自由性を意味するとされる⁽⁹⁹⁾。こうしたCS法の制定と運用の過程を対象として、「選択」と「参加」による新しい教育権の創造の思想と方法を分析することは、「自省的法」としての新しい教育法の形成のヒントとなろう。

例えば、馬場は、すでにこの「法化論」の枠組みにより教育法の新しい考察枠組みを試論的に考察している⁽¹⁰⁰⁾。馬場は、「参加モデル」（今橋教育法・「新国民の教育権説」）を承認し、さらにその欠点すなわち「教育が自由、法が強制（規制）の関係から言えば、法をもって教育を規定し、あるいはこれを改革するというのは、形容矛盾に近い困難を伴う」⁽¹⁰¹⁾という葛藤を克服するため、教育法における新しい法として「自省的法」の創造を主張する。この主張の背景には、これまでの「国民の教育権」論が法を強制とのみ位置づけ、それが紛争解決や社会の合意を調整するという社会的機能をもつという側面を見落としていることへの批判がある。そこには、現在の法化の進行を不可避的な事実として認め、法強制の実効や非法化の措置を抑制し、その流れを機能分化した社会に適合させようとする新しい法理論としての「自省的法」への期待がある。

「自省的法」は、自治領域を尊重しつつその内面的な問題にも対抗し、調整を加えていくという社会システム規範としての価値をもつ。自治領域社会の内部的な紛争解決手段を保障し、関係当事者の情報格差を減らし、対話のフォーラムの代表方式を工夫し、各人の各種権限を適正に強め、社会的弱者に対しては法的な措置を与え、交渉力のアンバランスを正し、内的な自己調整機能を造り、支援していく法として構想される。

以上の「法化」論は「自省的法」の理論モデルの構築を含めて、それ自体現状では十分な完成度をもたず、また（日本）国内においてはその汎用性がまだ低い。しかし、現代の教育法の考察枠組みが単に近代市民法への原点回帰的な観念規範ではなく、現実の「介入主義法」を利用可能な形で腑分けし、さらに一方で個体化された組織エゴの弊害や内部的な「侵害契機」を除去する「自省的法」の構えを持つことが必要であることは大方自覚されている。

その意味では、「国民の教育権論」を発展させ、超克する新しい教育法理論は、教育法現象から遊離した観念論の範疇ではなく、一方で法創造実践の方法論の範疇で展開される教育生活世界の手法を模索するとともに、そこから自生的に生成される新しい教育法の価値を理論的価値として構成する戦略をとらざるを得ない。今後の教育法の考察枠組みの形成の可能性は、こうした「自省的法」としての教育法の法創造や法実践の過程から生じると考える。

VI. まとめ

本稿は、1980年代以降の教育改革による教育法現象の変化と教育法原理の変質を構造的及び理論的に考察し、新しい教育法の考察枠組みを検討することを目的とした。そのため、第一に現在の教育法現象の変化に対してこれまでの教育法の理論的枠組みである「国民の教育権」論が有効であるかどうかを総括的に考察した。第二に、現在の教育法現象の変化の構造と教育法の機能の変質を相対的に考察した。そして、第三に新しい教育法現象とその法機能の変質に対して有効と考えられる方法論を、法解釈学的理論枠組みと法社会学的理論枠組みの両面で試論的にテーゼした。

まず、「国民の教育権」論の総括においては、「国民の教育権」論は当初政治的な「緊急的法理・理論」であり、部分において法解釈学的方法理論としての学問的限界や時代的制約性を持ったが、同理論の持つ教育における民主主義的・自由主義的法原理の主張は、教育法原理の本質を規定するものであり、むしろ現在の「憲法・教育基本法体制」の解体化の進行の中では再確認すべきものと評価された。また、その方法論においてもどちらかといえば運動論的な思弁的・形而上学的な枠組みへの固執がみられたが、法解釈学的には教育における主権の問題と人権の問題を相関的に憲法論として統合する教育人権論への展開がみられた。また、法社会学的には一方向的な「教師の教育権」論への予定調和論を排して、教育法の基礎理論や教育法現象の実証的な考察枠組みを形成しようとする自省的な理論構築の実績がみられた。これらの成果は、これまでの教育法学を単に時代錯誤的だと断罪的に批判することを否定し、むしろ近年の新しい教育法現象に対抗する新しい教育法の考察枠組みの形成に有効に働く方法論を部分的に提供すると考える。

一方、現在の教育改革による教育法現象は過去「国民の教育権」論が対抗した行政国家の台頭による法による国家支配の状況とは明らかに異なる状況を示していた。「教育改革立法」による新しい教育法は、むしろ、国家による教育支配を「規制緩和」し、教育の運営を大きく自由化した。そこには、過去「国民の教育権」論が追求した「教育自治」や「学校自治」の尊重の要素を含み、国家権力批判を死命とする「国民の教育権」論はその方向を見失う状況があった。しかし、より相対的・構造的に現在の教育法現象をとらえたとき、そこには福祉国家期における「権利義務法」や「資源配分法」と異なり、国家が教育の運営に関して直接に教育の自治及び自律領域に直接に介入する「介入主義法」

の存在があり、その「介入主義法」を使った国家による権力的な教育統治（ガバナンス）支配の構造がみられた。

部分において過去の「国民の教育権」論が求めた「私事の組織化」や「教育自治（学校自治）」を尊重し、部分において巧みな介入主義的な教育統治（ガバナンス）支配を強行する複雑な教育政治構造の中で、教育法の考察枠組みは新しい理論構築を求められているといえた。

このとき、新しい教育法の考察枠組みづくりに関しては、法解釈学的な次元と法社会学的な次元の両面で現在の教育法現象と教育法的価値の変質を相対化し、超克するという難しい作業（研究）が求められる。まず、法解釈学的次元では「国民の教育権」を構成する「自由権的教育権」と「社会権的基本権」のそれぞれに関して、理論的総括と展開が必要とされる。前者・「自由権的基本権」については、それが「憲法・教育基本法体制」の解体の中で理念的にはそのまま有効だとしても、単に「権力からの（逃避的）自由」を求めるのではなく、より積極的に18、19世紀的自由権から21世紀的個人権に集約する新たな理論構築を必要とする。また、「社会権的教育権」についてはその権利のもつジレンマ（権利の無責任的特性や非相互的特性）への自覚を踏まえて、市場化や自由化の中で提供される新しい権利（選択権、自治権等）を逆利用する形で再構築することが必要と考える。

また、法社会学的な次元では、近年の教育法現象を相対化する構造把握と「介入主義法」に対抗する新しい教育法の創造が求められる。教育法現象の構造把握に関しては、国家の法による教育の自律領域への介入を構造的にみる「法化」理論における「介入主義法」の批判的検証が有効と考えられる。また、その「介入主義法」に対抗する新しい教育法の創造については、同じ「法化」理論における「自省的法」の理論的援用が求められる。

ポストモダンの国家状況の中で変動する教育法の現象と価値に対しては、新しい教育法の創造は少なくとも国家法の次元に対して市民法の次元での自律的な立法化と経験的な蓄積による法理論形成を求める。その実践の前提として新しい教育法のモデル理論が構築されなくてはならない。

注

- (1) 内野正幸『教育の権利と自由』有斐閣 1994年 64頁。
- (2) 黒崎勲「子ども・父母の人権・権利保障の問題に照らして」『教育制度学研究』第2号 日本教育制度学会 紫峰図書 1995年 140頁。
- (3) 藤田英典「岐路に立つ学校—学校像の再検討」『学校像の模索』（岩波講座2・現代の教育）岩波書店 1998年。
- (4) 篠原清昭「教育委員会と学校との関係改善—学校管理規則改正による新しい学校管理の法化—」日本教育法学会編『自治・分権と教育法』（講座現代教育法3）三省堂 2001年 141頁～155頁。
- (5) 黒崎勲 前掲論文 142頁。
- (6) 内野 前掲書 56頁。
- (7) 今橋盛勝『教育法と法社会学』三省堂 1983年 367頁。
- (8) 黒崎勲『教育行政学』岩波書店 1999年 77頁。
- (9) 森田明「教育を受ける権利と教育の自由」『法律時報』臨時増刊号第49巻7号 1977年。
- (10) 影山日出弥「憲法学と教科書裁判」『法律時報』8月臨時増刊号増補版 1969年 191頁。
- (11) 兼子仁『教育法』（新版）有斐閣 166頁。
- (12) 本山政雄・川口彰義・榊達雄・柴田順三『日本の教育裁判』（教育法学叢書5）頸草書房 1974年 250頁。
- (13) 兼子仁「戦後教育判例の概観—教育法学の見地から—」『教育判例百選』（別冊ジュリスト41）有斐閣 1973年 12頁。

- (14) 名古屋大学教育裁判研究会・榊達雄・川口彰義「教育裁判の展開とその基盤」『法律時報』6月臨時増刊号 1972年 144頁。
- (15) 成嶋隆「フランスにおける公教育法制の成立(1)」『(新潟大学)法政理論』11巻2号 1978年 43頁。
- (16) 奥平康弘・兼子仁「対談 教科書裁判と教育権理論」『法律時報』51巻9号 有斐閣 1977年 16頁。
- (17) 永井憲一『憲法と教育基本権』 251頁。
- (18) 森田明 前掲論文 85頁。
- (19) 兼子仁 前掲書 132頁。
- (20) 森田 前掲論文 85頁。
- (21) 杉原康雄「公教育と現代の議会制」『法律時報』44巻第8号 1981年 25頁。
- (22) 奥平・兼子 前掲論文 18頁。
- (23) 同上論文 19頁。
- (24) 永井憲一「教育権」『法律時報』第41巻第5号 有斐閣 1981年 82頁。
- (25) 森田明 前掲論文 86頁。
- (26) 兼子仁『教育権』岩波新書 1981年 115頁。
- (27) 堀尾輝久「人権思想の発展的契機としての国民の教育権」『日本教育法学会年報』第3号 日本教育法学会 1974年 28頁。
- (28) 同上論文 16頁。
- (29) 同 35頁。
- (30) 星野安三郎「主権と教育権」永井憲一編『教育権』三省堂 1977年 83頁。
- (31) 同 86頁。
- (32) 同 87頁。
- (33) 奥平康弘「教育を受ける権利」芦部信喜編『憲法Ⅲ人権(2)』有斐閣 1981年 412頁。
- (34) 同 415頁。
- (35) 同 412頁。
- (36) 堀尾輝久「日本の教育 この百年・総括と展望」『学校選択の検証』民主教育研究所年報 創刊号 2000年 13頁。
- (37) 兼子仁『日本の自由教育法学』学陽書房 1998年 34頁。
- (38) 永井憲一『教育法学の原理と体系』日本評論社 2000年。
- (39) 江幡裕「学習権の動向—教育権から教育人権へ—」『教育制度学研究』第7号 日本教育制度学会 2000年 123頁。
- (40) 内野正幸 前掲書 80頁。
- (41) 奥平康弘 前掲論文 410頁。
- (42) 佐藤全『米国教育課程関係判決例の研究』風間書房 1984年 3頁。
- (43) 今橋盛勝『教育法と法社会学』三省堂 1983年 129頁。
- (44) 馬場健一「社会の自律領域と法(1) —学校教育と法との関わりを素材として—」『神戸法学』127巻5号 1997年 65頁。
- (45) 堀尾輝久「国民主権と国民の教育権」『日本教育法学会年報』第10号 日本教育法学会 1981年 6～7頁。
- (46) 兼子仁『教育法』(新版) 145頁。
- (47) 兼子仁「教育権実現の手だてとしての教育裁判」『日本教育法学会年報』第6号 1977年 有斐閣 122頁。
- (48) 宗像誠也『教育行政学序説』有斐閣 1954年
- (49) 同上書 179～180頁。
- (50) 宗像誠也『教育行政学序説(増補版)』有斐閣 1969年 2頁～3頁。

- (51) 市川昭午『教育行政の理論と構造』教育開発研究所 1975年 365頁。
- (52) 熊谷一乗「教育における法現象と構造機能分析—教育法社会学への試論—」『教育学論集』第2号 創価大学教育学会 1977年 69頁。
- (53) 高野桂一『学校経営の科学化を志向する学校内部規程の研究』明治図書 1977年
- (54) 今橋盛勝 前掲書
- (55) 兼子仁 注46の前掲書 5頁。
- (56) 今橋 前掲書 35頁。
- (57) 筆者自身のこれまでの教育法学の研究方法論に関する研究は、以下の拙論で行った。参照されたい。
「現代教育法学批判」『東海女子短期大学紀要』第12号 1986年 101頁～113頁。
「教育法社会学の基礎理論」『教育行財政研究』第13号 関西教育行政学会 1986年 88頁～100頁。
「教育経営研究における法の問題—法社会的観点から—」『日本教育経営学会紀要』第32号 日本教育経営学会 1990年 119頁～121頁。
「教育法学におけるパラダイム転換の可能性—法社会学的研究方法論の視点から—」『岐阜教育大学紀要』第26号 1993年 183頁～197頁。
- (58) ここでいう「教育改革立法」とは、法形式論的には「教育改革をめざす教育立法あるいはそれら一連の教育立法の総称」と定義される。しかし、戦後初期の教育改革立法との比較で近年の教育改革立法をみた場合、法実質論的には、「学校制度をはじめとする公教育のシステムの変革・再編をめざす教育立法」と定義されよう。この点、三上氏は、教育改革立法の特徴を一般の教育立法との比較で以下のように定義している。①教育理念の何らかの転換ないしは見直しを基底にもつ。②既存の教育法制度の大きな変革を含んでいる。③それがめざす教育改革が一部の教育分野に止まらず、一定の統合性を持っている。こうした定義づけは、教育法学の新しい考察枠組みの形成のための前提的作業として重要な意味をもつ。しかし、教育法学の新しい考察枠組みの形成のためには、その定義づけから発展し、近年の教育法の現象変化の特質をより構造的にとらえる枠組みの定立が必要とされる。本発表はそれを課題とする。(三上昭彦「教育改革立法の総合的検討—『構造改革』と教育改革立法を中心に」『日本教育法学会年報』第31号 2002年 有斐閣)
- (59) 久富善之「日本型学校選択制度はどうはじまっているか」池上洋通・久富善之・黒沢惟昭共著『学校選択の自由化をどう考えるか』大月書店 2000年 94頁。久富氏は、日本の教育改革の特性を、官僚統制への批判が弱く、官僚機構の側が既得権益にしがみついて手放せないというところにあるとして、それを「日本型規制緩和」路線という。確かに、80年代の臨教審から現在までの教育改革の政策化の変化は、文部官僚が政界・経済界の行政改革と対立・交渉・妥協した結果という部分があり、そこが英米における教育改革の政策構造と大きく異なる点と理解される。日本の教育改革研究においては、その点が一方向的な「反・市場化論」の中で捨象されていると考える。
- (60) この「権利義務法」という見方は、戦後初期の時点で民主主義法制及び自由主義法制の原理にもとづき、国民の自由権と社会権の保障のために憲法体制が確立される初期の福祉国家期の社会法の状況をいう。広瀬清吾「日本社会の法化」『現代の法15 現代法学の思想と方法』岩波講座 岩波書店 1997年 151頁。
- (61) 平井宜雄『法政策学』有斐閣 1995年 132頁。
- (62) 「介入主義法」とは、福祉国家の一定の政策実現のための道具として社会領域に介入する法律群を指すが、その本来の概念適用の意味では、特に福祉国家後期（ポストモダン国家への転換期）における国家による社会制御の手段としての法が生じさせる機能不全に対する批判的含意をもつ。榎木秀夫「介入主義法の限界とその手続化—「法化」研究序説」『九大法学』23巻2号 1998年 45頁。
- (63) 田中成明『現代法理論』有斐閣 1989年 40頁。
- (64) 70年代までの教育法学主に「国民の教育権論」の総括については、以下の拙稿で詳述した。篠原清昭「『国民の教育権論』の総括—教育法学のアーカイブス—」『日本教育経営学会紀要』第44号 日本教育経営学会 第一法規 2002年 144頁～149頁。

- (65) 内野正幸『教育の権利と自由』有斐閣 1994年 64頁。
- (66) 今橋盛勝『教育法と法社会学』三省堂 1983年 367頁。
- (67) 井深雄二「教育の公共性の再構築と私事の組織化論」『教育制度学研究』第7号 日本教育制度学会 紫峰図書 2000年 44頁。
- (68) 黒崎勲「子ども、父母の人権・権利保障の問題点に照らして」『教育制度学研究』第2号 日本教育制度学会 紫峰図書 1995年 140頁。
- (69) 黒崎勲 同上論文 141頁。
- (70) 仲田陽一「教育制度研究と教育法学的アプローチ『親の教育権と父母参加制度』を手がかりに」『教育制度学研究』第3号 日本教育制度学会 紫峰図書 1996年 132頁。
- (71) 篠原清昭「義務教育の市場化と教育の構造改革」『教育評論』Vol.663 アドバンス・ジャーナル 15頁～18頁。
- (72) 坪井由実「教育基本法10条と教育委員会制度」『教育学研究』65巻第4号 日本教育学会 1998年53頁。坪井は、90年代の「行革」下の中教審の教育分権化政策を、教育の自主性を尊重した分権や自治の推進とは言い難いとして、それが国の関与の縮減廃止の方向に向かうというよりも、文部（科学）省の関与の見直しとして、都道府県教委や校長の権限強化によって、中央集権的な教育官僚体制が新たな装いを行ったものとして分析している。
- (73) 青木宏治「『規制緩和』『分権』と教育人権」『ジュリスト』No.1133 有斐閣 1998年 165頁。青木は教育行政における分権化の法的問題の視角は、国家の介入・関与としての中央政府による規制の当否であり、どこまで事務を委譲するのではなく、自治体の自治権と「住民の自己決定権」を含む「自治」への国の関与や介入の当否にあると指摘する。
- (74) 篠原清昭「教育委員会と学校の関係改善—学校管理規則改正による新しい学校管理の法化—」日本教育法学会編『自治・分権と教育法』（講座現代教育法3）三省堂 2001年 141頁～155頁。
- (75) 篠原清昭「学校選択制が公教育にもたらす変化」 同「学習権を制約しない学校選択制の運用」小島弘道編『親の学校選択と学校経営』（『学校経営改革の考え方・進め方』第V巻）教職研修2月増刊号 教育開発研究所 2001年 60頁～63頁, 172頁～175頁。
- (76) 臨時教育審議会答申『教育改革に関する第三次答申』1987年
- (77) 同上
- (78) 『多様な選択ができる社会』経済企画庁国民生活本部 1998年 2頁。
- (79) 『「学校選択」の検証』民主教育研究所年報 創刊号 2000年 135頁。
- (80) 同上書 136頁。
- (81) 堀尾輝久「日本の教育この百年 総括と展望」『民主教育研究所年報』創刊号 民主教育研究所 2000年 4頁～24頁。堀尾は、「私事の組織化論」との対比で「教育の私事化」の問題を以下のように批判する。①私事の組織化論も新自由主義も、ともに教育の私事性を前提にしているが、前者は「新しい公共性」の創造の理論であるのに対して、後者は教育の私事化論であり、公共性の縮小・解体論である。②両者は、ともに「国権論的公共性論」とは対立しているが、前者は「国家が教育を管理統制して内面世界に介入することを拒否」するのに対して、後者は「国民統合論」を前提にしており、現実には「国旗・国歌法」の押しつけにみられるような統制主義的方策と相互補完的な関係を為している。
- しかし、この堀尾の「教育の私事化」批判に対しては、その対抗理論とされる「私事の組織化論」自体の時代錯誤性とカウンター性の葛藤が厳しく糾弾される。黒崎は、端的に「堀尾が私事の組織化論を擁護しつつ、新自由主義的教育政策として提示されている学校選択の自由化論を『教育の私事化論』と批判するところに、国民の教育権論に包摂された私事の組織化論の理論的破産をみる」（黒崎勲『教育行政学』岩波書店 1999年 107頁。）という。この指摘は、「教育の自由化論」も論理としては「私事の組織化としての公教育」という論理をもっているという点で、「私事の組織化論」の「理論的弱点に鋭く肉薄している」ことを問題としている。確かに、「私事の組織化論」と「教育の私事化論」は共に「国家的公共性」に対して「市民的公共

- 性」の構築を主張するものである。しかし、前者の「私事の組織化論」は「国家的公共性」を緊急避難的に拒否する論理であり、より生産的に「市民的公共性」を方向づける具体的な理論を持たない。その意味では、「教育の私事化論」はそれが公教育制度の解体の論理であるとしても、その解体の手法として「私事の組織化」を具体的に含んでいる点で、新しい公共性の形成のための具体性と実践性をもつのである。
- (82) 藤田英典「学校選択か学校づくりか」『教育の政治経済学』(岩波講座9 現代の教育) 岩波書店 1998年 258頁～287頁。
- (83) 黒崎勲「教育の市場化・民営化と教育行財政－規制された市場と学校選択－」『日本教育行政学会年報・26』日本教育行政学会 教育開発研究所 2000年 9頁。
- (84) 羽田貴史「自由化論と公教育の課題」『教育社会学研究』第52集 日本教育社会学会 東洋館出版 1993年 28頁～29頁。
- (85) 江幡裕「学習権の動向－教育権から教育人権へ－」『教育制度学研究』第7号 日本教育制度学会 紫峰図書 2000年 112頁。
- (86) 伊藤は、「権利の無責任的特性」について、その権利の保護が権利主体のみに与えられる排他的なものであり、権利主体以外の利益や価値、例えば他人の権利や国家財政・資源の制約について無関心、無責任的であることと指摘し、さらに「権利の非相互的特性」として、権利を有するということだけで、特定の相手方に対して何のお返しになるようなことをしない場合でも、自己の襟益を主張し、相手方の義務を想定することを指摘している。伊藤周平「福祉国家における権利と連帯の法社会学」『構造変容と法社会学』第50号 日本法社会学会 有斐閣 1997年 24頁。
- (87) 井上達夫「パターナリズムと人権」『ジュリスト』有斐閣 1989年 74頁。
- (88) 渡辺康行「人権理論の変容」『現代の法1 現代国家と法』岩波書店 1997年 69頁。
- (89) 井上達夫『共生の作法』創文社 1986年 146頁。
- (90) 佐藤幸治『憲法』青林書院 1995年 392頁～393頁。
- (91) 佐藤幸治『国家と人間』放送大学教育振興会 1997年 35頁。
- (92) 阪本昌成『憲法理論II』成文堂 1993年 62頁。
- (93) 奥平康弘「ヒューマン・ライツ」『和田英夫教授古希記念集・戦後憲法学の展開』日本評論社 1988年 140頁。
- (94) 詳細については、以下の文献が詳しい。榎木秀夫「介入主義法の限界とその手続化－「法化」研究序説」『九大法学』23巻2号 1998年 45頁
- (95) 「自省的法」とは、1980年代初頭にギュンター・トイプナー (Teubner, Gunter) によりテーゼされた新しい法の概念 (考察枠組み) をいう。「規制された自律性 (Autonomie) をめざすものであり、しかも社会のさまざまな部分における手続法と組織化を促進するための『統合のメカニズム』 (integrative Mechanism) である」と定義される。この場合、自省的法の価値 (機能) は、「介入主義法」や「実質的法」による葛藤や病理現象を解決し、同時に社会結合や自己再生産を傷つけない形での間接的・手続きの権利さらにはそれを法化する点にあるという。なお、トイプナー自身、近年はこの「自省的法」は法の社会的価値を機能分化した社会に適応的な法論理に求め、その自律社会における「対話」・「連帯」・「支援」の作用を通じた自己調整によるオートポイエシス (「自己産出」) 的な社会規範であるとも説明し、その解釈は多様であるとされている (田中茂樹「近代法の変容の三段階－自省的法の構想について－」『阪大法学』40巻3/4号 1991年 165頁～189頁)。
- (96) J・ハーバーマス『コミュニケーション的行為の理論 (下)』(丸山他訳) 未来社 1987年 125頁。
- (97) 同上書 122頁。
- (98) G. Teubner "Substantive and Refleive Elements in Modern Law" Law and Society Review, vol.1,17,no.2 (1983).pp.239-285
- (99) Robert ,Maranto.et al. School Choice in the Real World .Westview Press,2001

- (100) 馬場健一「社会の自律領域と法（1）－学校教育と法との関わりを素材に－」『法学論叢』（京都大学）127巻5号 1989年 134頁～154頁。同「社会の自律領域と法（2）－学校教育と法との関わりを素材に－」『法学論叢』（京都大学）127巻6号 1990年 156頁～172頁。同「第3章 法化と自律領域」棚瀬孝雄『現代法社会学入門』法律文化社 1995年 73頁～89頁。同「学校教育紛争とその法化」棚瀬孝雄編著『紛争処理と合意』ミネルバ書房 1996年 43頁～60頁。
- (101) 黒崎勲 注9の論文 141頁。なお、市川昭午も「法＝権力としてそれを強く排しつつ、なぜ最終的手段とはいえ、司法介入が認められるのか」と同様の指摘を行っている（市川昭午「教育にとっての教育裁判」『季刊教育法』 総合労働研究所 1973年 14頁）。現状では、「国民の教育権論」者が自らの教育権の具現化のために最終的に「法」に求めることに対して、「国民の教育権論」の批判論者が共通にその自己矛盾性を突くという状況がある。この批判は、「法」の機能性である強制性や権力性から「法」を全面的に認識し、「法」の目的性である民主性や代表性を捨象しているという偏見性をもつと考える。また、「法」を法形式上国家実定法を中心に狭くとらえ、それ以外の教育法例えば学校慣習法や地方教育条例の存在価値を承認していないともいえる。むしろ、現状では学校評議員制度の発展としての学校自治法や「子ども権利条例」といった地域教育自治法の生成がみられ、創造的な教育法の出現がある。これらの新しい教育法はいわば教育という自律領域で生成し、形成される「自省的法」としての特質を内包しており、教育改革立法としての「介入主義法」に対して、それと対決する要素をもつ。