

## 在学関係論の理論課題：特別権力関係論の検討

雪丸，武彦  
九州大学大学院人間環境学府博士後期課程

<https://doi.org/10.15017/8066>

---

出版情報：教育経営学研究紀要. 9, pp.43-50, 2006-05-31. 九州大学大学院人間環境学府(教育学部門)  
教育経営学研究室/教育法制論研究室  
バージョン：published  
権利関係：



## 在学関係論の理論課題 —特別権力関係論の検討—

雪丸 武彦  
(九州大学／大学院生)

- I. はじめに
- II. 戦後教育法制における特別権力関係論の残存
  1. 学説における残滓
  2. 判例における残滓
- III. 特別権力関係論の否定
- IV. 特別権力関係論における合意の位置と役割
- V. おわりに

### I. はじめに

本稿は戦後の在学関係論の一つである特別権力関係論を対象に、合意の位置づけに着目し考察するものである。本稿では特に義務教育学校における在学関係論を対象とする。

在学関係とは就学者と就学校との法関係のことを言う。この法関係は、教育行政の条件整備義務を課すわが国の教育法体系にあっては、給付行政の法関係と位置づけられる。

ドイツの給付行政の法関係論について論ずる村上によれば、警察行政のような秩序行政・侵害行政と一線を画する給付行政の特徴として以下のように指摘している<sup>(1)</sup>。

給付行政と侵害行政とを区別する基準としては、究極的には、協力関係ないしは協働関係(Kooperation)ではないかとされているのである。即ち、給付行政においては、単に法律によって定められただけの義務、即ち主要な義務を履行しておればそれで良いという訳にはゆかず、給付関係は時間的にみて継続的な関係に立っているゆえ、その過程においては、行政目標が日々具体化されなければならない、かつそれ故様々な副次的な義務の履行がなければ、給付目的は達成できない場合もあるのである。即ち協力関係が存在しなければならないのである。

以上のように協力というものを在学関係の特色ないし要素として考えた場合、協力を得るための相互

関係の形成が在学関係の前提的条件になるのは間違いないと言える。そして相互関係形成の手段として「合意」という仕組みが考えうる。

もともと教育法、教育経営という学問では合意というものに対しては親和的であったと思われる。例えば学校内部組織論として展開された「伊藤-宗像論争」<sup>(2)</sup>は、伊藤和衛による合理化論と宗像誠也による民主化論の争いと描写される。ここには断絶があるように見えるし、また両者の間の議論だけ見れば接合点を見いだすのは困難である。この背景には、「伊藤が学校経営の科学を構築しようとしていたのに対し、宗像は教育政策・行政にアンチとしてのまさに教育運動を展開しようとしていた」<sup>(3)</sup> 両者の立論の意図の差異がある。

だが、それにしても、両者にとって合意獲得は理論の基礎的・前提的な課題だといってよい。

伊藤の合理化論は、「民主化を後回しにした職務分析や内部報告制として、経営の民主化と合理化を前後的継起的に捉える方法論的誤りを犯していた点で、やはり『権力化へのお手伝い』の誤解が入り込みやすい余地があった」<sup>(4)</sup>との批判がある。しかしながら一方で伊藤の立論の基礎として、受教育権の保障の問題が掲げられていたことは見逃せない<sup>(5)</sup>。すなわち、合理化論を論ずることを可能にする素地としての戦後教育法制、そこにおける国民の事前合意を立論の基礎にしていたと説明が可能である。この合意の上での学校経営ないし公教育経営はいかなるものであるべきかを科学管理という視点から理論構成したのが伊藤の合理化論であった。

そして一方で宗像の民主化論は、その理論の特徴

である職員会議の議決機関説に見られるように、自主性ある専門職としての教員の間で合意を基礎としていた。

どの段階で合意を獲得するのかという認識が両論を分けたと整理できる<sup>(6)</sup>。

また、このような合意獲得問題は黒崎のいう正統性獲得の問題とも重なる。すなわち黒崎は「公立学校離れ」という現象に対し、以下のように指摘する<sup>(7)</sup>。

もはや学校は個々の教育成果において問われているのではない。学校の事実上の管理と運営を独占してきた現行の体制は、単なる非効率という点から非難されているのではなく、教育は誰の意志にしたがって行われるべきであるのかという、学校教育活動の正統性という点において批判的に問われるおされているのである。

在学関係がもつ給付関係という法的性質から導かれる合意の望ましさに加え、その関係が構築されること自体の正統性という観点からも合意の重要性が論じられうると言える。

しかしながらわが国において在学関係論は以上のような合意論という問題視角からは形成されてこなかったと考えられる。

やや結論的に述べてしまえば、わが国における在学関係論は権力関係の成否をめぐる論争の所産であった。近代行政法モデル（国家対市民）を留めたまま、「国家」の意思、そして「国民」の意思のそれぞれの意思反映の理論を在学関係論として形成した。特別権力関係論、部分社会論、在学契約論の3つの理論がそれである。

だがこれらの理論は権力の所在を説明しても教育の給付のあり方や内容を十分に説明するものではない。これまでの在学関係論では合意というものの存在は看過されてきたのである。

合意に着目して在学関係論を考察する意義は次の2点に求められる。

第1に、制度原理から根本的に問い直されている現在の教育制度改革において、合意を取り入れる必然性が見られることである。これは先に引用した黒崎の指摘と関わり、制度存在の正統性を保障する仕組みとして活用が望まれると言える。しかしながら、研究上合意形成問題は、学校組織内部について語られても、ほぼ毎年外部より組織内に入ってくる児

童・生徒やその保護者との接点について論じられることは少ないと言える。

第2に、合意形成の場面は学校選択制や新たなタイプの学校などの教育改革現象の中で多く見られ、それに対する考察も増加する一方で、どの段階の合意をいかに生かすかという視点は見られないということである。政策法学的視点から合意論を在学関係論の中に取り込む作業が求められると言える<sup>(8)</sup>。

本稿では上述の3つの在学関係論のうち、特に特別権力関係論を対象として合意の所在について検討し、在学関係論として課題点を明らかにする。特別権力関係論については言い尽くされている感もあり、今更検討の俎上に載せることに意味があるのか問われるかもしれない。

しかし、それが「あってはならない存在」であることを指摘することと、その存在のもつ含意やそれによって失われたものを指摘することは意味が異なる。本稿は後者の点において重要な意味を持つと考える。

本論では以下の構成をとる。

第1に、戦後教育法制下における特別権力関係論の連続性を論じる。ここでは学説と判例に分けて論述することにする。

第2に、特別権力関係論が否定された過程及びその論理について確認する。

第3に、合意の獲得という視座から特別権力関係論について検討を加える。

## II. 戦後教育法制における特別権力関係論の残存

### 1. 学説における残滓

戦後、日本国憲法の制定、教育法制の整備により、わが国においては新たな在学関係が形成されることとなった。新たな在学関係とは、憲法26条に規定される「教育を受ける権利」を保障され、教育基本法1条の教育の目的が達成され、10条1項にいう「不当な支配」を受けることなく、10条2項にいう教育行政の条件整備のもとで形成される教育給付の法律関係である。

だが、この新教育法体制のもとであっても行政法学の学説上、また判例上（すなわち裁判官の解釈上）戦前の在学関係論—特別権力関係論—を引き継いでいた。

特別権力関係論は19世紀後半、ビスマルク立憲君主制下でドイツ公法学により提唱された理論であり、明治憲法下、わが国において行政法学により取り入れられた特殊理論である。特別権力関係論は統治者の保持する行政権の自由な活動領域において権力服従者への絶対忠誠を求める理論として、プロイセン・ドイツの国法学者オットー・マイヤーが理論体系化した<sup>(9)</sup>。

この理論の特徴は、行政主体について概括的に内部関係（特別権力関係）と外部関係（一般権力関係）とを峻別した上で、外部関係には国民の意思＝議会の制定する法律の適用を認めるが、内部関係においてはその関係の設定目的の達成に必要な範囲と程度において特別な権力の発動が可能であり、それら法律の留保、基本権、司法審査を認めないという点にある<sup>(10)</sup>。内部関係とされる在学関係においては、法治主義の原則の適用が排除され、具体的な法の根拠なしに包括的な支配権の発動が可能であり、この結果基本的人権が侵害されたとしても、それにより生ずる損害は訴訟対象にならないとされた<sup>(11)</sup>。

支配権の発動形態は2つのタイプがある。1つは命令権であり、権力行為者は具体的な法律の根拠なく必要な規則を定め、命令を強制できる。もう1つは規律権であり、権力行為者は秩序維持のために懲罰を課すことができる。学校の内部規則（校則）は特別権力関係論上においては行政法上の営造物管理規則となり、命令、規律を可能にすることになる（もっとも退学処分のように市民法秩序に関わる行為に司法審査が及ぶか否かは議論の分かれるところである）。

特別権力関係の発生する根拠は、特別の法原因（法律の直接の規定または服従者の同意）に求められる。ここには特別権力関係が適用される領域の性質（絶対的区別説）、またはその領域に立ち入るという意思（相対的区別説）のそれぞれの観点から特殊権限の受容が正当化された。

前者は、「特別権力関係は、本来は、一般権力関係とはその実質的基盤を異にし」、「従って一般権力関係に妥当する市民社会の法とはその性質を異にすべき」<sup>(12)</sup>とする。

後者は、個人の積極的な意思によって公の目的を持つ営造物を利用する以上、その目的に従って法律上の諸権利の制限や義務もやむを得ないものとする。自ら「国家的行政装置」の「能働的または受働的構

成員」となり、「一般臣民義務をこえる特別の諸義務を負う」ことになるのである<sup>(13)</sup>。

特別権力関係論は明治憲法下の緊急権国家<sup>(14)</sup>においては容認せられたとしても<sup>(15)</sup>、新憲法下においてはその枠外に異なる法秩序を形成するものであり、認める余地を持たないはずであった。

しかしながら、行政法学説においては必ずしも戦前、戦後の区分に従った理論修正が行われたわけではない。例えば戦前、戦後を代表する行政法学者であった田中二郎は1957年の著書で、「特別権力関係は、特別の法律原因に基いて成立する関係であり、公法上の特定の目的のために必要な限度において、特定の者に、包括的な支配権が与えられ、特定の者がこの支配権に服する。そして、この特別権力関係においては、法治主義の原理の適用が排除される。いいかえれば、具体的な法律の根拠に基かないで、包括的な支配権の発動として、命令強制がなされる」<sup>(16)</sup>と明確に特別権力関係論を肯定している。

特別権力関係論が行政法学において存続した影響もあり、戦前の天皇大権事項、内務行政の一部<sup>(17)</sup>であり、行政法学理論の対象として語られた教育分野においても特別権力関係論が継承されることとなった。これは主に教育行政実務家の手による行政解釈の体系書の中に見られる。

渋谷は教育行政事務の体系書を著し行政権の面から在学関係に触れる。渋谷は「行政権の主体と客体の間には、一般的な支配的關係と、特に公益のために特殊な秩序の状態におく管理関係とがある。この支配権管理権の關係のし方にも、一般権力関係と、…児童生徒の學校に対する在学關係のような、特定の目的のために成立する特別権力關係とがある」<sup>(18)</sup>と論じる。

天城勲は、営造物利用関係に立つ学生・生徒と学校との間に「学校目的の限度」で包括的支配権と特定の懲戒権に服する特別権力関係があり、それを前提とした校長の職務権限の態様の存在を認め「学則は行政命令による営造物規則であって、営造物たる学校を利用する生徒に対して設置者がその利用関係を規制した規則である」<sup>(19)</sup>とする。なお私立学校においては行政命令ではなく、学校設置者と生徒との契約事項の内容と解している<sup>(20)</sup>。

木田宏もまた在学関係について特別権力関係の一つとして、「特別権力関係、即ち包括的な支配關係の成立は、通常關係者の合意、あるいは同意によって

成立する場合が多く、「その同意が、社会通念上許容される限度において、包括的支配関係に服することの承諾を与えたもの」と論じ、同意を特殊権限の発現契機としている。そして木田は、「行政当局は住民に対する公権力の主体としてというよりは、事業の経営主体として、一般の事業経営者とその事業や所属職員の経営管理に包括的な経営権、管理権を有すると同様の包括的支配権を有する」とし、公権力主体の地位とは距離を置くが、その一方で、「ただ、事業の経営主体が同時に統治権の主体であるところから、一般の事業主体以上に特に支配的地位について法の保護を受けることがあり、逆にまた、権限の規制をうけることもある」と権力の維持を示唆する<sup>(21)</sup>。

## 2. 判例における残滓

判例は 1950 年代まで公立学校の在学関係を中心に特別権力関係論を採用していた。しかし、この理論の特徴である「法律に基づかない支配権」については判断が分かれている。

1953 年の京都府立医科大放學処分事件控訴審を確認してみる。この事件では公立学校の学生に対する退學処分の取消の訴求可能性及び懲戒権の濫用が問われ、第一審では学生側の勝訴となった。控訴審でもまた学生側が勝訴となるのであるが、この際学生の在学関係を説明するために特別権力関係は以下のように使用されている<sup>(22)</sup>。

公立大学の学生はその自由意思によつて営造物である学校の設置者としての地方公共団体と特別権力関係に入つたものであるが、公立大学の学長が学生に対する懲戒として退學に処するには学校教育法第 11 条同法施行規則第 13 条の規定に従わなければならない…。学生を退學に処し、特別権力関係から排除するについて法規上何等の制限がないと解するのは不当であり又退學処分は学生たる身分を失わしめる—その学校において教育を受けることができなくなるといふ効果を伴うものであつて、或る特定の学校で教育を受け得るといふことは、その学生個人の享受する積極的な内容を有する利益といふべきであるから、…その学生の有する権利なりといふに妨げない。

公立大学の学長が懲戒権の行使として学生を放學

処分に付したのは、学長の行政庁としての管理権に基く行政処分であつて、私立大学の学長が学生に対してなした放學処分とその性質を異にする。もつとも特別権力関係内における行政処分に対しては特別の規定のない限り、争訟を提起することができるかどうかは困難な問題であるけれども、少くとも放學処分のように被処分者を特別権力関係から終局的に排除するものは、単に特別権力関係の内部的処分といふことができない…。

この判例では特別権力関係論の特徴であつた法律の留保の原則の排除は見られず、学生の権利という見地から、管理権に基づく行政処分としての懲戒処分を司法審査対象として認めている。もつとも特別権力関係内の行政処分については明言を避けている。結果として見れば、国・公立学校の在学関係という公法関係については特別権力関係を適用する、との形式論が先行し、その理論の内包した実益は一部看過された格好となっている。なお、上告審(1954 年)においては「特別権力関係」という言葉さえ用いられていない。

現在では私立学校の在学関係は通説では在学契約関係であるが、かつて私立学校の在学関係もまた特別権力関係であるとする判例もあつた。中央大学停學処分取消請求事件の東京地裁判決がそれである。やや長くなるが引用しよう<sup>(23)</sup>。なお、傍論ではあるが、この判例でも退學処分については学校の裁量権の限界があることを論じている。

公立学校の学生に対する停學処分も私立大学の学生に対する停學処分も、ともに教育施設としての学校の内部規律を維持し、教育目的を達成するため、学校教育法 11 条、同法施行法 13 条に則つてなされるべき懲戒作用たる点において、なんらその性質を異にするものではない。けだし法律の定める学校は公立私立に拘らず公の性質をもつもの(教育基本法 6 条)であつて、それ故に法令は学校長に対し、学内の規律を維持し、教育の目的達成に遺憾なからしめんがため、学生・学徒の懲戒権を付与しているのであり、私立公立を問わず学校長はこの公法的特別権力の授権によつて学生・生徒に対し懲戒処分をなし得るのである。

以上のように、特別権力関係論は法制の戦前、戦

後区分には従わず、国・公立、さらには私立の学校を対象として伝承されていた。もっともその理論の本来の意義については全て存続したわけではなかった。

### Ⅲ. 特別権力関係論の否定

戦後においても学説、判例上で継承された特別権力関係論は、1960年代には日本に理論を輸入した行政法学から否定されることとなる。この否定は特別権力関係論が法治主義を採らないことへの疑問視からなされた。

特別権力関係論の否定の端緒は1950年代中頃には見られ、磯崎辰五郎は特別権力関係の存在、それによる基本権の制限を是認するが、日本国憲法下ではこの制限は必ず法律の根拠を必要とすると主張している<sup>(24)</sup>。これと異なる論考では、「いかなる場合にも国民の基本的人権は法律によってのみ制限するのであり、その意味で、特別権力関係は全く存在せず、特別の従属関係と称しうる諸法関係は、それらが公権力の発動関係であるかぎり、すべて法治主義が全面的に貫徹する関係である」<sup>(25)</sup>とも論じている。佐々木惣一もまた「国民の権利義務条項の拘束もうけずに、特別権力関係設定の目的達成に必要な限度において、特別権力の発動を求めていた明治憲法下の特別権力関係論を反省して、特別権力関係の観念を、国民の基本的人権を尊重する立場から、狭く限定」<sup>(26)</sup>すべきと論ずる。

これらの批判はある領域に限り法治主義というフィルターなしに包括的権限、基本権侵害を認める特別権力関係論を否定するものであった。

1960年代以降になると批判はより強固なものとなる。川上は「日本国憲法は、特別権力関係理論を憲法以前に成立している実在の理論とみることを禁止しているとするのが正当な解釈であると思われる」<sup>(27)</sup>とし、憲法規定外の権力関係を否定する。室井もまた緻密に特別権力関係論の出自と憲法下の存続を検討し否定する<sup>(28)</sup>。1970年代になるともはや特別権力関係は存続の余地を持たなくなる<sup>(29)</sup>。特別権力関係論の支持者であった田中二郎も1974年の著書ではそれを修正するに至っている。「今日では、『特別権力関係』という観念そのものを否定する見解が多い…たしかに、従来、『特別権力関係』として説明

されてきた分野が、現行憲法のもとに新しく法律の規制するところとなり、特別権力関係として説明する余地がなくなったということもある…また、基本的人権の尊重確保の趣旨が徹底してくるにつれ、特別権力関係であることを理由として、基本的人権に対する制約を無条件にジャスティファイすることは許されず、特別権力関係という観念を用いることの意味がほとんど失われてしまったということもあるであろう。しかし、これらのことが特別権力関係の観念そのものを全く否定し去るべき理由といえるかどうか、問題がないわけではない<sup>(30)</sup>。田中は結論として「多元的部分社会関係説」<sup>(31)</sup>を主張するのであるがこれに対しても批判がある<sup>(32)</sup>。

特に1960年代からは、教育学者あるいは行政学者から教育行政を対象に、いわゆる「逆コース」化によるその権限の強化の正当化の理論として用いられた特別権力関係論を批判する声が見られた。

その主要な論者として宗像が挙げられる。宗像は特別権力関係論を「官僚の教育統制を正当化する『理論』的武器」<sup>(33)</sup>として非難し、特別権力関係論者（特に文部省官吏）との対立姿勢を見せた。

ドイツの特別権力関係論を対象にその生成段階からの研究を行った室井もまた、1950年代後半の日本の教育行政の現状に対する批判として、「特別権力関係論の果した歴史的役割を抜きにして、いかなるものであれ特殊な法律関係ならばそれを特別権力関係と称するとき態度は、特別権力関係論の性格を無視した濫用であろう」<sup>(34)</sup>と論じ、日本の教育行政の特殊な特別権力関係論の論理に警告を鳴らしている。

兼子は『教育法〔旧版〕』において教育企業経営説の立場から、非権力関係である在学関係に特別権力関係は妥当しないと論じている<sup>(35)</sup>。また、『教育法〔新版〕』においても、部分社会説を参照する形で、「教育法学的にはそれはまさに現行教育法下の教育条理に反すると言わなくてはならない」<sup>(36)</sup>と批判している。

また、教育裁判や大学紛争を背景に、特別権力関係論を否定する主張が見られる。永井は大学紛争の原因を「大学の、いわゆる旧来の营造物理論あるいは、研究優先主義の思想による学生の教育をうける権利あるいは学問の自由にもとづく要求を軽視ないし無視する態度ないし体質が問題とされる」<sup>(37)</sup>とし、戦後教育法制下における権力関係の形式的存続を問題にする。

1980年代になるとほぼ特別権力関係論の主張は消滅するのであるが、新たな装いをもって一部に見られる。それは、国立や私立の学校を選択するのは親・子どもであり、その在学関係は契約によって成立するが、公立の小・中学校の場合、就学義務の規定により子どもは入学を強制され、学校と児童・生徒は特別権力関係に入るという見解である<sup>(38)</sup>。特別権力関係論自体が成立せざる理論となっているため、この見解は採用困難である。だが、在学関係が特別権力関係であるとする根拠に就学義務を据えた点で、また選択を契約として捉えた点で、教育意思の存否に着目した重要な提起であったと言える。

#### IV. 特別権力関係論における合意の位置と役割

特別権力関係論は、憲法枠外に法秩序を形成する法関係論であり、公の目的という範囲内での行政権の濫用を企図していた。そして行政領域においては、ア・プリオリに行政権の優越し、命令、規律等の公権力が発動する領域が存在することを認識せしめた。結果、戦前・戦後区分に従わず、特別権力関係が存在しているとの認識から、行政法学理論が形成され、また判例も形成されていたと言える。

教育給付関係上において「所与のもの」として特別権力関係が存続し得たのは、他にも上記の認識を支えた2つの要因があると考えられる。

第1に、教育という活動の本質に関わる。教育という営みは本質的に対等ではない当事者によってなされ、命令や規律を包含する。この本質が、法律上には存在せず条理として存在した特別権力関係に、存続の余地を与えてしまった可能性がある。

第2に、教育給付制度上の要因である。義務教育制度には強制的行政処分としての就学指定事務が存在する。これが戦前の強制教育と類似していることも、法原因としての根拠を与えた点において、特別権力関係を存続させた要因であると考えられる。つまり、特別権力関係の発生する場として学校という制度があると決定づけた可能性がある。

特別権力関係論上において合意は上記の要因を支える力を与えるものとして構成された。すなわち法治主義という法原理については棚上げする一方で、「自己決定ゆえの自己拘束」という近代法原理のみ該当するものとした。この点において合意は行政の

特殊権限を支持する道具としての役割を果たしたとすることができる。

よって特別権力関係論において、教育給付関係のもつ「協力」の関係という性質は、合意によって達成されるというよりは、合意の名によって強制されるものとなった。ここでは逆転現象が発生していると言える。

また、黒崎の論じた正統性獲得の視座から言っても、特別権力関係論が特殊な行政権限を温存させた理論だけあり、教育を受ける者の姿は理論内に描かれていない。「教育は誰の意志にしたがって行われるべきか」という質問に対して、特別権力関係論は「法律により権能を与えられた教育行政の意思により」という答えを返すであろう。この点伊藤和衛の理論基盤であり理論関心であった受教育権の法律による保障という問題は、教育行政に対する全権委任に都合よく置き換えられてしまうという危険性を孕んでいた。これは法律という合意形式の危険性とも言える。法律自体がいかに高い理念を掲げようとも、その運用手続きの正統性がない場合には、理念は陳腐化することになる。繰り返しになるが、特別権力関係論はこの点において合意を自身の機能としながら、一方で合意を軽んじたわけでもある。

#### V. おわりに

本稿では在学関係論の一つである特別権力関係論を対象にし、合意に着目して理論の検討を行った。特別権力関係論において合意は都合よく利用されていたと整理ができるであろう。そしてそれはもはや過去の出来事であるかのようにも見られる。

しかし例えば国・公立大学の法人化問題は、現実には特別権力関係の構造が現在においても継続していることを提起したと言える。「教育が誰の意志にしたがって行われるべきか」という問いに対し、国・公立大学法人化問題においては、少なくとも学生の意思にしたがってという答えの導出は極めて困難であった。

そしてまた現在の就学義務制度もこの構造は変わらない。現在においても、教育に関する当事者間の取り決めがないままに教育給付は行われている。教育給付のために用意された教職員や学校施設、教材はある。そして教育給付を受ける者もいる。だが、

教育法制上、この間の接点は実のところ強制的行政処分以外にはない。教育の意志の反映は極めて困難な法制度となっている。

この点では、「日本国憲法の誕生によって『義務としての教育』から『権利としての教育』へ教育法制構造は決定的な転換を遂げた筈であるが、こと『学校法制における親の位置』に関しては、依然として、『義務としての教育』が存続して」おり、また子どもについても「『教育を受ける権利』(学習権)の憲法上の保障にも拘らず、学校法制上、その地位は学習の主体・学校の構成員としてよりも、教育の客体・学校营造物の利用者として位置づけられている」<sup>(39)</sup>という結城の指摘は正当であると言わざるを得ない。教育法制の不備が存続していることに対する自覚は必要であろう。

今後は冒頭で述べた3種類の在学関係論のうちの残りの理論、すなわち特別権力関係論の後を引き継いだ部分社会論、そして日本教育法学会の通説となっている在学契約論の合意論の視座からの検討を課題とする。

## 【註】

- (1) 村上武則『給付行政の理論』有信堂、2002年、p. 99。
- (2) 雑誌『教育評論』、『教育』で展開された、伊藤の著書『学校経営の近代化入門』及び『教育課程の近代管理』に対する宗像の批判とそれに対する批判的応答の一連の議論である。テーラーの科学的管理法に基づく組織論を基盤とする伊藤の重層構造論と、教師の専門職論を基盤とする宗像の単層構造論とが対置された。論争を概観するものとして神田修『『学校重層・単層構造』論争』久木幸男・鈴木英一・今野喜清編『日本教育論争史録第三巻現代編(上)』第一法規、1980年、pp. 342-348を参照。
- (3) 中留武昭「戦後学校経営論の再吟味(3)-経営争点からの点検③」『教職研修』2003年11月号、p. 124。
- (4) 高野桂一「教員の専門職性と教育条理法・学校慣習法-学校経営の重層構造論争とかかわって-」高野桂一編著『学校経営のための法社会学』ぎょうせい、1993年、p. 205。
- (5) 伊藤和衛「教育経営の研究と方法」伊藤和衛編著『教育経営の基礎理論』第一法規、p. 3。
- (6) 近年(と言っても論争の始点は10年以上前になるが)雑誌『教育学年報』上で行われた「藤田-黒崎論争」もまた合意獲得問題として整理可能である。だが重要なことは、ここでの論争は法との関わりを視座を欠いていたことである。
- (7) 黒崎勲『教育の政治経済学』東京都立大学出版会、2000年、p. 211。
- (8) 阿部泰隆『政策法学講座』第一法規、2002年参照。
- (9) もっとも特別権力関係論と一口に言っても相当の多様性がある。室井力『特別権力関係論』勁草書房、1968年、第一篇参照。
- (10) 同書、pp. 275。
- (11) 伊藤和衛『学生の基本権と行政参加』明治図書、1974年、pp. 87-90。
- (12) 田中二郎『行政法総論』有斐閣、1957年、p. 224。
- (13) 室井、前掲書、p. 243。
- (14) 今井弘道「緊急権国家としての『明治国家』の法構造」『北大法学論集』第53巻第6号、p. 6。今井は明治国家が、そのモデルとしたドイツの憲法体制の特徴である「強大な君主権」と「相対的に制約された議会議会権及び基本権」の不均衡を、より拡大させながら継承したと論じている。
- (15) このような特別権力関係論の容認を唱えるものとして佐々木惣一『日本憲法要論』金刺芳流堂、1933年、p. 162; 美濃部達吉『日本行政法(上巻)』有斐閣、1936年、p. 132。
- (16) 田中、前掲書、p. 224。
- (17) 下村壽一『教育行政撮要』岩波書店、1933年、pp. 2-3。
- (18) 渋谷徳雄『実務のための教育行政学』学陽書房、1954年、p. 10。
- (19) 有倉遼吉・天城勲『教育関係法』日本評論社、1958年、p. 77、p. 132。
- (20) 同書、p. 57。同旨、安達健二『改訂校長の職務と責任』第一弘報社、1961年、pp. 67-69。
- (21) 木田宏『教育行政法』良書普及会、1957年、p. 22、pp. 25-26。同旨、相良惟一『教育行政学』誠文堂新光社、1967年、pp. 182-183、今村武俊『教育行政の基礎知識と法律問題-校長・教頭・市町村教育長・管理主事のために-』第一法規、1964年、pp. 115-116。
- (22) 大阪高裁昭和28年4月30日、高等裁判所民事判例集6巻3号、p. 140。
- (23) 東京地裁昭和30年7月19日、行政事件裁判例集6巻7号、p. 1804。
- (24) 磯崎辰五郎「特別権力関係の理論と日本国憲法」谷口知平・石本雅男・加藤新平編『法解釈の理論-恒藤



- 先生古稀祝賀記念』有斐閣、1960年、p. 227。
- (25) 磯崎辰五郎『行政法（総論）』1955年、pp. 33-34。
- (26) 佐々木惣一『日本國行政一般法論』有斐閣、1952年、pp. 78-79。
- (27) 川上勝巳「特別権力関係における基本的人権」田中二郎編集代表『日本国憲法大系第八卷基本的人権Ⅱ』有斐閣、1965年、p. 145。
- (28) 室井、前掲書、p. 424。
- (29) 山内一夫「特別権力関係論批判」雄川一郎編集代表『公法の理論（上）』有斐閣、1976年、pp. 227-256。
- (30) 田中二郎『新版行政法上巻』（全訂2版）弘文堂、1974年、p. 91。
- (31) 同書、p. 94。
- (32) 例えば結城は部分社会論について、①法治主義原則、②基本的人権の発現、③学校紛争における司法権の限界問題、④私学と国公立学校との同列視問題などの難点があることを論じている。結城忠「学校部分社会論」
- 結城忠編著『教育法規重要用語 300 の基礎知識』明治図書、2000年、p. 171。
- (33) 宗像誠也『教育行政学序説（増補版）』有斐閣、1969年、p. 277。
- (34) 室井力「教育行政における特別権力関係論」『法律時報』451号、日本評論社、p. 8。
- (35) 兼子仁『教育法〔旧版〕』有斐閣、1963年、pp. 219-226。
- (36) 兼子仁『教育法〔新版〕』有斐閣、1978年、p. 401。
- (37) 永井憲一『憲法と教育基本権—教育法学のために—』勁草書房、1970年、p. 179。同様の見解として伊藤和衛がいる（伊藤、前掲書、pp. 86-108）。
- (38) 菱村幸彦『Q&A 生徒指導の法律相談』教育開発研究所、1985年、p. 4。
- (39) 結城忠「教育法制における親と子の地位」日本教育法学会編『日本教育法学会年報』第26号、有斐閣、p. 58。