

## 私立学校の法的性格と憲法論\*

笹川紀勝

本稿は、現行教育法制度全体の中で、私立学校はいかなる理由からいかなる法的性格をもつかそしてその問題点はなにか、という疑問の一端を学説の整理検討を通して多少でも明らかにすることを目的とする。私立学校の法的性格に関する学説を大別すれば、国民の教育権を中心とするものとそうでないものがあることに気付く。そして現実の学校教育は一応学校設置者・学生生徒・教員の三つの集団の相互的交差状況の中で営まれるが、この三つの集団の相互的交差状況を視野に入れたところの私立学校の法的性格の全体的説明を試みる学説もまた国民の教育権を中心とするものに見い出される。そこで私立学校の法的性格の説明のためには、国民の教育権にもとづくものとそうでないものとに大別することは意味がある。国民の教育権にもとづく私立学校の法的性格の学説を整理検討する前段階として、本稿は国民の教育権にもとづかない学説の整理検討をするように焦点を絞る。なお紙幅の都合もあり、国民の教育権にもとづく学説の整理検討その他を別稿で扱いたく思う。

従来の研究とのかかわりでいえば、私立学校の特許説との対抗関係で国民の教育権にもとづく私立学校の法的性格の学説が展開されてきたが<sup>(1)</sup>、国民の教育権にもとづかない学説は特許説だけでなく、詳しく調らべてみるとおおよそ五つの学説が見い出される。そのうち二つはほと

\* 学園創立90周年に当り創設者スミス女史の信仰と献身を覚え、また一昨年召天された加藤邦雄牧師（元キリスト教学担当教授）の信仰とその歩みを覚え、本稿をその記念としたい。

(1) 兼子 仁「教育法」有斐閣 1963、頁 94-95。小田信人「教育権と私立学校—私立学校は国の特許事業を行っているのかに論及する—」（東京私立中学高等学校振興協会「私学の性格についての研究」私学教育研究所 1966 所収）頁 33 以下。筆者も同じ関心から特許説を扱ったことがある。「私立学校法の『民主化』について」北星論集 1974、頁 79 以下、さらに「私立大学と大学の自治」奥平康弘・杉原泰雄編「憲法学 2、人権の基本問題Ⅱ」有斐閣 1976、頁 161 以下。その他多数の文献があるが省略したい。

んど学説史的意義をもつだけで現在は支持者がなく（特許説，公の施設説），残り三つが有力である（一般的自由権説，自然法説，教育の自由説）。それゆえにこれらの学説は充分批判的に吟味されるべきであろう。なおこれらの学説の整理検討は，できるかぎり主張者の全体的文脈に即して行い，その後で分析するものとする。

## 一 特 許 説

私立学校の法的性格づけをめぐる最初主張されたものは特許説である。「教育基本法の解説」（1947=昭22）は，法律に定める学校が「公の性質」をもつ（教育基本法6条1項）意味を次のようにいう<sup>(2)</sup>。

広義に解すれば，学校事業の性質が私の利益に対する「国家公共」の福利を目的としていることであり，狭義に解すれば，学校は「これを国家に専属する事業と為し，国家がみずからこれを行うのほかは，ただ国家の特許を受けることによるのみこれを設置経営せられべきもの」であるということである。

こうして「私人が国家の特許を得て設置経営するもの」が私立学校であると「教育基本法の解説」はいう。「公の性質」の解釈として狭義をとるのはいうまでもない。このように，私立学校の法的性格を国家の特許によって説明するのは明治憲法下での行政法の伝統であったが<sup>(3)</sup>，公企業の特許説が現行憲法下でも主張された点で，特許説は無視されない。特許説によれば私立学校が公立学校の補完的役割をもつことは当然視されていた。それゆえに，「わが国の国立，公立の学校は，その入学志願者を十分収容するに足りないので，私立学校が公の学校の機能を果しているのが現状である<sup>(4)</sup>」という文章は，また，伝統的な私立学校の補完的役割を肯定したものと思われる。

特許説によって戦後の私立学校の法的性格を詳しく論じ，大きな影響

(2) 辻田 力・田中二郎監修教育法令研究会「教育基本法の解説」国立書院1947，頁94-95。なお頁45-46も参照。

(3) 兼子「前出」。中村弥三次「文化行政法」日本評論社1940，頁205参照。

(4) 教育法令研究会「前出」頁95。

を世間に与えたのが、福田・安嶋「私立学校法詳説」(1950=昭25)である。

(1) 福田・安嶋氏は戦後の私学政策の出発点を次のようにいう<sup>(5)</sup>。一つは教育刷新委員会の私学問題の意欲的検討、二つは教育委員会法施行による公立学校教育行政の確定と私立学校教育行政の未確定、三つは私立学校の学校教育に占める地位の大きさと戦後インフレ経済に直面した私立学校の救済である。教育の機会均等と学校教育の振興をはかるには、私立学校を無視できなかったのである。そこで興味あることは、福田・安嶋氏がこれらの私学政策の出発点を、「私立学校に対する保護の徹底と併せて監督の強化を図ろう」とした戦前の私学政策と比較していることである<sup>(6)</sup>。それは、「終戦を契機として全く一変した」というのである。戦後の私学政策の特徴は「教育行政の面では教育の地方分権と自主権の尊重が強調され、特に私立学校に対してはノウ・コントロール、ノウ・サポートを目標として、私立学校の自主性を強く活か」そうとするところにあると、福田・安嶋氏は認識している。こうして私学政策のキー・ワードは自主性の尊重ということになる。この自主性の尊重とは「国公立学校に見ない特殊の学風及び伝統を十分に活かし [=ノウ・コントロールの原則]、私立学校の自主的経営によってその発展を図ろう [=ノウ・サポートの原則] とする思想」として表わされる。福田・安嶋氏は「国公立学校に見ない特殊の学風及び伝統」というものが私立学校に存在するという事実を承認し、この事実をこれからは活かし発展させるべく私学政策をたてていると思われる。

(2) 私立学校の特殊の学風と伝統すなわち自主性を活かし発展させる私学政策は、具体的に私立学校法第1条(「この法律は、私立学校の特性にかんがみ、その自主性を重んじ、公共性を高めることによって、私立学校の健全な発達を図ることを目的とする」)に結実したと、福田・安嶋氏は考えている。福田・安嶋氏はこの第1条の立法趣旨を次のようにいう<sup>(7)</sup>。

(5) 福田 繁・安嶋 弥「私立学校法詳説」玉川大学出版 1950、頁2-3。

(6) 同「前出」頁4-5。

(7) 同「前出」頁19。

「私立学校の特性にかんがみ、その自主性を尊重することと、他面その公共性を高めることの二つの基本方針を基礎にして、私立学校の健全な発達を図ろうとする」ことである。

したがって私立学校法第1条の基礎的なことは、① 特性、② 自主性の尊重、③ 公共性の高揚の三つである。そして①は②③の前提として理解されている。

① 特性について

福田・安嶋氏は私立学校の特性を「国公立学校に対する意味」と「私法人によって設置されているということ」とにみる<sup>(8)</sup>。「国公立学校に対する意味」とは、国公立学校が「公法人によって設置されている関係上ある面において平均的な、常識的に穏当な傾向を示し勝ち」であるが、私立学校は特有の精神・独特の学風をもっていることを述べている。これを事実上の特性であると福田・安嶋氏はいう。それゆえに事実上の特性とは、相対的な程度においてであるが、平均的・常識的なものと特有・独特なものとの対比で把握されている。さらに「私法人によって設置されているということ」とは、私立学校が公法人でなくて私法人たる学校法人によって設置されることである。これを法制上の特性と福田・安嶋氏はいう。

福田・安嶋氏はこのような特性の理解によって実際にをいうのであろうか。この疑問からみなおすと、特性とはたしかに私立学校法の大前提であり、自主性の尊重と公共性の高揚のレベルとは違う局面を述べている。そのためにこの大前提の意味をもう一度考えてみようと思う。

第1に事実上の特性と法制上の特性の関係はどうであろうか。福田・安嶋氏の説明の中で、私立学校が「私法人によって設置されている」という文章と、「それ [= 私法人] に基いて」私立学校が独特の校風なり、学風を示しているという文章がある。この文章を基にして考えれば、私立学校は、私法人たる学校法人という法制度に依存してのみ、事実としての独特の校風・学風を示すことができるということである。

第2に、事実上の特性を規定している法制上の特性の内容はなにであらうか。福田・安嶋氏は次のようにいう<sup>(9)</sup>。

(8) 同「前出」頁71。

(9) 同「前出」頁26-27。

## 私立学校の法的性格と憲法論

「教育は国の事業である。従って、私人が教育事業を行う場合にも、国家的必要に基いて、これを特別の監督に服させるべきもので、国は私人に対して教育事業を行うことを特許する」ものであり、「国家が学校教育を行う主体である」。「従って、私学は、国が自ら行うべき事業を、国に代って行っている」。

この文章によれば、法制上の特性が先の「教育基本法の解説」にみられたと同じく、公企業の特許を意味するのは明らかである。行政法学で用いる特許の一般的概念は、私人に事業上の特権を付与することと、この事業遂行を行政監督下におくことを意味する。そこで第1と第2の疑問を合せて考えると次のようにいえる。私人は国から教育事業を付与され、それを独特の校風・学風の方式によって自主的に遂行し、他方国家の行政監督に服すると。このように特許は、私人の自主性と行政監督との共存関係を作り出すといえる。私立学校の特性はかかる意味を暗示しているようである。しかし、私立学校の特性の言葉は、両者の具体的関係にはふれてはいない。私人の自主性と行政監督の共存関係は、次の自主性の尊重と公共性の高揚との課題である。

### ② 自主性の尊重について

「私立学校法第1条の二つの基本方針」の一つである自主性の尊重は、主として私立学校法第2章「私立学校に関する教育行政」に盛られていると、福田・安嶋氏は解釈している<sup>(10)</sup>。この内容理解として次のようにいう。

「私立学校の自主性の尊重ということを、所轄庁の権限の縮小及びこの権限の行使に対する私立学校代表者の関与という方法において遂行した。いまだ、私立学校団体自らが私立学校の設置廃止その他の事件を処理して行くといった程度にまで至っていないけれども、現在の行政機構上こころが私立学校の自主性を尊重する最大限度ではないか」。

こうしてみると、自主性の尊重とは、私人が国から特許された、付与されたところの教育事業を遂行する自主性の巾にかかわり、その巾の制約の程度と方法について述べたものであるといえる。制約の程度として

(10) 同「前出」頁72。なお頁23参照。

いえば行政法学で用いる警察消極の原則であり、制約の方法としていえば代表者参加方式である。

③ 公共性の高揚について

福田・安嶋氏は、公共性を教育基本法第6条1項（「法律に定める学校は、公の性質をもつものである」）の「公の性質」に由来すると考える。そして次のようにいう<sup>(11)</sup>。

「私立学校が『公の性質』を有するということは、私立学校の教育事業が法律学者のいわゆる公企業の特許であるということを示すものである。」「私立学校の教育事業は、国家公共の福祉のためにその意義を認められるものであって、設置者の利益に奉仕し、またその恣意的な経営に委ねらるべきものではない」。ここに私立学校の公共性を高める必要がある。

福田・安嶋氏は公共性を国家公共の福祉にとらえ、私的利益に対抗させている。そこで公共性の高揚を、所轄庁の権限強化の方法ではなくて、主として私立学校法第3章「学校法人」に盛り込まれているように、私立学校ないし私立学校を設置する学校法人に関する諸規定を設け、この諸規定の中で私立学校ないし学校法人の「自主的方法」によって実現しようとしていると解釈する<sup>(12)</sup>。例えば学校法人解散時の残余財産の帰属先の制限と学校法人の定める具体的な帰属先、役員の数数の法定と学校法人の定める具体的な定数、役員選任の基準の法定と学校法人の定める具体的な基準、評議員会の必置主義と学校法人の選択余地としての評議員会の位置など。たしかに私人の活動を一方で制限し、他方で私人の活動余地を残すように私立学校法はしている。それゆえに、福田・安嶋氏は、伝統的な公企業の特許説に立ちつつも、私立学校の自主性の発揮できる方向を示し、肯定し、他方で私立学校の行政監督の方向を示し、肯定しているといえるであろう。福田・安嶋氏はつねに二つの方向性を示しているが、それにもかかわらず、私立学校の自主性を発展的に考えるようになり、しかも戦前と戦後の間の相違の理論化を試みたとも評価できるのである。

(11) 同「前出」頁73。

(12) 同「前出」頁72-73。

(3) 福田・安嶋氏は特許説に基いて私立学校の補完的性格を肯定しているといえるが、注目すべきことに次のような文章をみることができ(13)。

「私立学校といえども教育は、教育基本法にいう『公の性質』を有するものであり、教育基本法、学校教育法の適用を受けている」。

また次のような文章もある(14)。

「私立学校といえども学校教育法第1条に定めるいわゆる正規の学校である以上、学校教育法その他の一般教育法令の枠内においてのみその存立を認められていることはいうまでもなく、この観点からすれば国公立学校とならら区別すべき理由はない」。両者を区別する立法例は教育基本法第9条の国公立学校における特定の宗教教育の禁止と私立学校におけるその容認のようなものがあるが、この相違は「私立学校が私法人によって設置されているということに基くもの」である。

これらの文章によれば、私立学校は憲法を頂点とした法体系全体の中で考察されている。こうした実定法制度の側面からすれば、私立学校と国公立学校との相違は実定法の定め方にあるということになるだろう。本質的に両者が違うというのではない。重要な相違は実定法制度上の設置主体に求められただけである。また、特許説は学校教育の国家独占主義と結びついているから、私立学校教育も国公立学校教育と同じく、「国の事業」を担って「公の性質」を持ち、本質的にも両者の相違は否定されないから、私立学校と国公立学校との実定法制度上の共通性の主張はかえって強められたものになっている。それゆえに、私立学校の補完的性格という見方はなにか実定法とは別な次元からの主張のように思われ、慎重に扱われるべきではなかろうか。

以上福田・安嶋氏の特許説の検討を終えるにあたり、その特徴と意義を次のようにまとめておきたいと思う。それは、伝統的な概念を核とした私立学校の法的性格の説明が、私立学校の自主性を一定程度進展させようとする傾向を包含するにいたったということである。しかしはたして伝統的な概念が私立学校の法的性格の新しい側面を矛盾なく統一的に説

(13) 同「前出」頁3。

(14) 同「前出」頁70。

明できたかどうかは疑わしい。さらにそれ以上に現行憲法の精神からすれば教育の国家独占主義は否定されるべきだから、私立学校の存存それ自体からも私立学校の法的性格について新しい理論が要請されると思う。

## 二 公 の 施 設 説

私立学校の法的性格について特許説が主張されたほとんど同じ時期に、特許説とは違う学説もあった。相良「教育行政」(1949=昭24)は次のようにいう<sup>(15)</sup>。

「教育施設は教育の目的を達成するための公の施設であり、人及び物を構成要素とし、一定の場所において継続的に公衆に対し教育を行う施設である。」「教育に関する営造物」ともいうる。「教育施設は公衆に対し教育を行う施設であるとは、公衆という特定の利用者を対象として教育を行う施設であるという意味」であり、「公の施設というのは公によって設置されたものか又は公によって公式に認められた施設である」。すなわち「公設」のものと「公認」のものである。

以上の相良学長の文章によれば、二つの要点があると思われる。一つは、いうまでもなく公の施設ということであり、もう一つは、公衆に対する教育ということである。

### (1) 公の施設について

公の施設とは行政法学で用いる公物に相当している。行政法学の公物は「公設」のものは含むが「公認」のものは含まないと思われる。この点で相良学長は「公」を拡大的に解釈している。「公認」のものは文言からして私立学校をさしていることは明らかである。はたして適切な解釈であろうか。いずれにしる相良学長の「公」は国家的公共性の意味で用いられているといえる。

次に、「法律に定める」学校とは、「国の定めた学校系統の正系に属する学校であり、一定の基準をそなえ、法定の課程による教育をおこなう学校」である<sup>(16)</sup>。これが公の施設と考えられていることはいうまでもな

(15) 相良惟一「教育行政法」誠文堂新光社 1949, 頁 161-162。

(16) 同「教育法規」誠文堂新光社 1956, 頁 133。同「教育行政法」頁 163, 172 参照。



いだらう。

こうした相良学長の公の施設としての学校の説明から、いくつかのことに気付く。

第1に、国公立学校と私立学校とは共に「法律に定める」教育施設として、公の施設であるということをいい、両者間の優劣・代替・補完関係のようなことをいわない。

第2に、私立学校を「法律に定める」学校としての教育施設としたことは、教育の国家独占主義を排除することであると考えられている。そして国家独占主義とは、「教育事務はすべて国の事務であり国の授権または特許のある場合、地方公共団体や私人が学校を設置することができないという考え方」であり、これを否定したと相良学長は明瞭にいうのである<sup>(17)</sup>。しかし国家独占主義を排除したからといって、私人のだけでも私立学校を開設できるとは考えていなく、設置者の限定を指摘する。相良学長は私人一般ではなくて学校法人に限定したのは、「国民の教育に公共性を付与し、これをいわゆる公企業というような考え方で規律しようというところからきている」と解説する<sup>(18)</sup>。それゆえに「法律に定める」教育施設としての私立学校は強い国家統制・行政監督のもとにおかれることになるだろう。

また相良学長も私立学校の自主性を主張している<sup>(19)</sup>。

民主主義国家にあっては、いわゆる教育の機会均等の原則を実現するため、特定の教育制度を定めるなど、常に国民の福利と人権の尊重とを念頭におき、教育政策を樹立すべきである。国家は国民各個人そして人格を完成するために必要な最低の教養のための機会をえさせるために、無償の義務教育制度を定めるとともに、他方においては、家庭教育を尊重しあるいは教育の獨創性を發揮させるために私立学校における教育に最大限度の自主性を許容すべきである。」

この文章による私立学校の自主性の法的根拠はどこに求められるであろうか。この文章によれば、相良学長は民主主義国家における教育政策

(17) 同「教育法規」頁180。同「教育行政法」頁13-14参照。

(18) 同「教育法規」頁180。

(19) 同「教育法規」頁20。

として、一方で国家の積極的な役割を強調し、他方で国家の役割・機能の抑制ないし限界を論じている。それゆえに私立学校の自主性の法的根拠を大枠としての民主主義国家においていることと、私立学校の自主性の最大限度の許容の要請を「国民の福利と人権の尊重」から考えていることはわかるが、それ以上のことはわからない。しかし注目すべきことに、相良学長は私立学校の強い国家統制・行政監督とともに私立学校の自主性の尊重とを述べていることである。そしてこの両者の方向性を、私立学校の自主性の最大限度の許容において調和させていることである<sup>(20)</sup>。こうした相良学長の発想は、もはや特許説に立つものではないが、私立学校の自主性を強調するようになった点で、福田・安嶋氏にみられたと同じ発想に属すると思う。

(2) 公衆に対する教育について

相良学長は、公の施設は公衆すなわち住民の使用に供するものであるとか、「公の性質すなわち公共性ということは、国家社会公共のために奉仕する性格をそなえていることをいうのであり、このことは、私立学校についても同じ」であるとかいう<sup>(21)</sup>。さらに、「学校の公共性ということは、たとえば新聞が公器であり、公の性質をもっているという意味にとどまらず、そこで教育作用がおこなわれるという一種の、いわば倫理的な性格をおびたものであることをつけ加えることができよう」ともいう<sup>(22)</sup>。これらの文章からすれば、教育基本法第6条の「公の性質」や私立学校法第1条の公共性が国家的公共性として考えられているとはいえず、むしろ社会的公共性として考えられていると思う。そうすると相良学長のいう公の施設としての学校教育施設は国家的公共性をもち、その施設の対象は社会的公共性をもつということになるであろう。国家

(20) 相良学長は戦後の教育行政の一つの傾向として「教育の自主性尊重主義」（「教育行政法」頁13以下、「教育法規」頁65以下）を指摘している。私立学校の自主性の尊重に対する監督の程度について「最少限度」（「教育行政法」頁66）を求め、また「教育法規の限界」（「教育法規」頁18以下）を論じていることは重要である。限界については、法律による規律の限界をなしとしつつ、なお実際一定のわく、限界が存在するとも述べている。

(21) 同「教育行政法」頁161、同「教育法規」頁133。

(22) 同「教育法規」頁134。なお新聞を公器とする見方は教育法令研究会「前出」頁94において述べられている。

### 私立学校の法的性格と憲法論

的公共性と社会的公共性は次元が異なるものである。しかし社会的公共性も私立学校を制約する論理であることには変りがない。なぜなら、私立学校の設置主体を学校法人に限り、一定の手續をふんだ設置方式を法律をもって規定しているゆえんは、むしろ教育基本法に規定する学校の公共性に求めるべきではないかと、相良学長はいうからである<sup>(23)</sup>。もしもそうであるなら、社会的公共性は法律化されて、結局国家的公共性と同じ意味になり、わざわざ区別するほどのものでなくなる。公衆が社会的勢力として私立学校設置者を規制することはありうるが、法的に規制することは直接的にはありえない。必ず公衆の意図は議會を經由して法律形式に転化されなければならないからである。

以上の検討から次のようにまとめておきたい。教育の国家独占主義が崩壊した後ではもはや特許説は根拠がない。それに代る公の施設説は私立学校の法的性格を結局国家的公共性に求めたようである。この国家的公共性を民主主義国家において考えているけれども、しかし、まだ私立学校の自主性がなぜ存在すべきなのかについては明確に述べられていない。さらに、福田・安嶋氏と同じく、私立学校を強い国家統制・行政監督の下で考えつつも、それと共存するものとして私立学校の自主性の最大限の許容すなわち警察消極の原則を主張するにいたったのは、戦後の特徴というべきであろう。

### 三 一般的自由権説

木田「教育行政法」(1957=昭32)は、私立学校の法的性格を特許説や公の施設説とはちがう角度から相当詳細に述べている。木田氏の主張を以下4点について整理し検討してみよう。

(1) 木田氏は次のようにいう<sup>(24)</sup>。

「教育の仕事は、住民の生活に極めて密接な関係を有するものである。従って、これを自治行政の事務として国民の自治にゆだね、その努力に期待することは、極めて適切なことである。……しかしなが

(23) 相良「教育法規」頁134。

(24) 木田 宏「教育行政法」良書普及会1957(1968)、頁47-48。

ら、教育のことは、一面において極めて大きな国家的制度として、国民全体の関心事でもあり、その教育制度や教育内容には、国家的立場からの齊一さが望まれる。」

この文章によれば、原則的には教育を国民の自治具体的には地方公共団体の事務としつつ、教育を国家的制度として位置づけようとする。かくして「各地方公共団体の自主的に行う教育が国の教育に適正に位置づけられる」必要を主張する。「国の教育」実現のため国家の役割と権限が強調される<sup>(25)</sup>。それゆえに国の教育の視点からすれば、憲法第26条の教育を受ける権利も、福祉国家の内容として「国家的な教育制度が国民に保障されるという意味であり、教育制度の確立を国に義務付けたもの」とされる<sup>(26)</sup>。さらに国民は「その保護する子女に教育を受けさせること〔を〕、国家の建設に努むべき国民としての国に対する基本的な責務」であるといわれる。したがって、木田氏の主張は、福祉国家論に基づく国の教育権論によって国の役割と権限を強調するけれども、教育を国民の自治にゆだねたことの意味を十分に展開するものでないし消極的に評価したい。しかし教育を国民の自治に位置づけた視点は以下注目されるものである。

(2) 木田氏は教育を国民の自治に位置づけたが、このかかわりからみると、次の文章は大きな意味をもつ<sup>(27)</sup>。

「元来、教育を行うということは私人の自由なる行為と考えられる。親の子に対する教育はもとより、私人が塾を開き、会社、団体等の社会集団がその構成員に教育をほどこすことも、国民の一般的自由権の一態様である。従って、公共の福祉という観点からこれに規制を加える場合には、その制限のみならずその禁止も考えられる。」

この文章によれば、私人による教育を国民の一般的自由権としつつ、それに対して法律による規制すなわち制限と禁止を肯定する論理があることがわかる。この論理は私立学校についてもいわれる<sup>(28)</sup>。

(25) 同「前出」頁48。

(26) 同「前出」頁57。

(27) 同「前出」頁65。

(28) 同「前出」頁65-66。

## 私立学校の法的性格と憲法論

「私人が自ら学校を設置し、学校という機構によって多数の者に継続的組織的な教育活動を行うことも、私人の自由な行為であり、憲法の予定する国民の一般的自由権の一部をなすものである。」これに対して、教育基本法第6条第1項（「法律に定める学校は……国又は地方公共団体の外、法律に定める法人のみが、これを設置することができる」）は「重大な制約を加えようとするものに外ならない」。「それ以外の者に対して、学校による教育作用を禁止した」。

私立学校の法的性格を、憲法の一般的自由権に根拠づけ、法律による規制を肯定した論理は、これまでの特許説や公の施設説と比較すると大きな理論上の進歩を示している。以下この理論的進歩の特徴を分析することにしたと思う。

(3) 木田説は「公の性質」に関して次のようにいう<sup>(29)</sup>。

法律が、学校による教育活動の主体を限定し、公共の福祉の観点から一般国民の自由な活動を禁止したのは、「学校という組織体による教育活動の国家社会に及ぼす影響が極めて大きいことから、これを国家社会に真に有意義なものたらしめようとする意図」による。かかる意味で法律に定める学校は公の性質をもつ。いいかえれば次のようである。「教育機関は公的な機関である。公衆に対する教育は単に個人の事のみではなく、社会公共の事に関する。したがって教育機関は、公設のものも私設のものも公共的性格を有し、法律又は法律に基く執行機関（行政庁）の行為により公認されたものであることを要する」。

これらの文章によれば、教育基本法第6条第1項の「公の性質」は教育が国家社会、公衆、社会公共にかかわっていることを意味する。したがって公の目的に供することを一般公衆の利用に供することと解することもできる。それゆえに「公の性質」とは公立学校私立学校の教育が共に一般公衆とかかわることを意味する。こうした「公の性質」の解釈は社会的公共性を意味するといえるであろう。

ところで、木田氏のいう「公の性質」すなわち社会的公共性は、憲法上の一般的自由権の規制の原因となっている。そして社会的公共性は法律に転化することによって実際規制をなしうる地位に達するから、社会

(29) 同「前出」頁66, 129。

的公共性は法律による規制の実態的内容でしかない。そうすると結局社会的公共性は国家的制度にかかわる国家的公共性と同一ことになるのではないだろうか。それゆえに社会的公共性も憲法上の一般的自由権としての私立学校の自主性を制約する論理でしかない。とするならば、木田氏の主張は、相良学長の主張と結論的には同じことになる。相良学長が私立学校の自主性自体の法的性格を十分に明らかにしていなかったことを木田氏は憲法上の一般的自由権をもって答えた、そしてそこに両者の相違と理論的進歩とを見い出してもよいであろう。

では憲法上の一般的自由権と法律による規制の関係は教育について具体的にどうあらわれるであろうか。木田氏は運営の基本として教育基本法第10条第1項の「教育は、不当な支配に服することなく、国民全体に対し直接責任を負って行われるべきものである」を引用して、「教育の諸制度並びにその公けの運営が、教育の主体性を尊重するという考え方に立って、立法上、行政上取扱われるべきものである」と主張している。ようするに憲法上の一般的自由権の制約は法律により、そして警察消極の原則が働くということ以上ではない。この点では、木田氏は、福田・安嶋氏や相良学長と同じ考え方である。それならば、憲法上の一般的自由権に法的根拠をもつ私立学校は、法律による自由の制約を憲法問題として提起できるであろうか。おそらく全面的であれ、条件付きであれ、私立学校の法制度的廃止や設置運営の自由の剥奪以外には違憲問題は生じないのではないだろうか。

(4) 木田氏は、「公の性質」をもつ学校においては「教育の自由ということ、一般的には成り立たない概念である」と主張し、「少なくとも、学問の自由と同様な意味において、教育の自由を、このような学校において論ずることはできない」と述べている<sup>(30)</sup>。「教育の自由」の意味内容は明確ではないが、学問の自由にみられる研究と教授の自由とに對比すれば、それは教授の自由であるように思われる。国公立学校私立学校ともに教授の自由としての「教育の自由」は否定されているようである。結局木田氏が「教育の自由」の否定として言おうとすることは、「公の性質」をもつ学校は「国家、社会に真に有意義なものたらしめよ

(30) 同「前出」頁66。

#### 私立学校の法的性格と憲法論

うとする意図」に拘束されており、教育基本法第6条第2項の「法律に定める学校の教員」は全体の奉仕者性により拘束されているということであるらしい。木田氏によれば私立学校は一般的自由権をもつけれども徹底して法律に規制されているということになるであろう。とするならば私学の自由とはどういうところに存在するのであろうか。

以上のような木田氏の説明によれば、私立学校と国公立学校との間に教育の性質上の区別はなく、学校設置主体の区別が意識されている。この点はこれまでの学説と同じであるように思われる。そして憲法上の一般的自由権を前提し、ここに私立学校の法的性格を位置づけたが、法律による規制を肯定し、「教育の自由」を否定した。それゆえに憲法上の一般的自由権の本質が問題として浮び上ってきたといえるのではないだろうか、また、国家統制・行政監督の限界を警察消極の原則で考えているようだが、いったいこれもどう考えるべきであろうか。

#### 四 自然法説

田中「教育基本法の理論」(1961=昭36)は教育を両親の自然的本源的権利とみ、国公立学校の教育を両親の委託から、また私立学校の教育も同じく両親の権利から基礎づけ、教育の個人的私的性質を主張する<sup>(31)</sup>。当然国家の学校独占を批判する。しかし「教育自体の性質と学校教育自体の性質」とは区別すべきことを主張し次のようにいう。

「教育は私的のものであっても、それが学校という特別の施設によって行われる場合には、その学校は公的の性質のものなのである」。

この論理は、一方で私的性質に由来する私立学校の教育の自由と自主性を認め、他方で「教育の面において国家の機能の重要な一部を分担する」私立学校の教育の自由と自主性の制限とを主張する論理になっている。ここにおいて私人の自然的本源的な教育の自由・自主性と國家的な学校教育制度との緊張関係が認識されているといえる。田中はどちらか一方の決定的優位を主張しているわけではない。この緊張関係はどのように維持されるべきなのか。田中は一つには宗教と良心の自由を指摘

(31) 田中耕太郎「教育基本法の理論」有斐閣1961、頁154、663-664。

し、国家的学校教育制度の限界を主張する。この場合私立学校が教育の自由と自主性をもつことになる<sup>(32)</sup>。二つには宗教と良心の自由にかかわらないものを政策問題として「国家の行う意図的な教育」にゆだねている。

また、田中は、私立学校の公共性を「大衆性と社会性」として理解し、教育基本法の「公の性質」とは区別している<sup>(33)</sup>。「公の性質」とは国家的教育制度の意味である。したがってここでも社会的公共性と国家的公共性の関係が問われるであろうが、ことがらはずでに検討した学説と同じことである。

以上のような田中の私立学校の法的性格は、両親の自然法的教育権に根拠をもつから、木田氏の憲法上の一般的自由権にもとづく私立学校の法的性格と共通する面がある。したがって両者の関係が一層精密に論究されなければならないであろう。しかし、田中は私立学校の自主性・教育の自由を一般的自由権と関係させず、具体的な宗教と良心の自由と関係させて論じている。この相違は、木田氏の主張した憲法上の一般的自由権と法律による規制の抽象的説明の中に、田中が具体的に人権を持ち出してきたことに原因しているのではないだろうか。もしもそういえるなら、法律による規制には、警察消極の原則にとどまらずに、具体的な人権による限界づけも登場したことになるであろう。

## 五 教育の自由説

私立学校の法的性格を教育の自由から説明するものとして市川「教育行政の理論と構造」(1975 = 昭50)と相良「私立大学の本質およびそこにおける『大学の自由・大学の自治』に関する一考察」(1976 = 昭51)とを検討の素材としたい<sup>(34)</sup>。市川氏と相良学長との間に共通点と相違点がみられ、各々別個に扱われるべきであると思われる。

(32) 同「前出」頁662-663。

(33) 同「前出」頁664-665。

(34) 市川昭午「教育行政の理論と構造」教育開発研究所1975と相良惟一「私立大学の本質およびそこにおける『大学の自由・大学の自治』に関する一考察」聖心女大学論叢(48)1976とを代表的なものとしてとりあげたい。



A 市川氏の場合

(i) 市川氏は私立学校の法的性格を述べるにあたり公教育の定義に注意をはらっている。そして教育の自由を主張し詳細に議論を展開する。

まず市川氏は公教育の定義をデ・ジュレではなくてデ・ファクトの問題として考察するといつて次のようにいう<sup>(35)</sup>。公教育とは「近代国家の権力制度に編成された教育の形態が公教育制度」であり、具体的には国公立学校の教育であると。この定義はボレミッシュであつて、「公開性もしくは教育の自由」に求める公教育論すなわち「公共的規制の面を排除」する公教育論に反対するものである。

市川氏によれば、教育の自由は私学の自由すなわち私学開設の自由と親の学校選択の自由であつて、「教師の教育権の独立を意味するものでもなければ、まして国の関与を否定するものでもなかつた」。こうして市川氏は公教育と私教育は、たしかに共に教育行政の対象とはなつても、各々異なる基本原理に基づくと主張する。私立学校の基本原理は、公立学校にはない教育の自由であるというわけである。

では市川氏は教育の自由をいかにして私学の自由であると根拠づけるだろうか。次のようにいう<sup>(36)</sup>。

教育の自由は「フランス革命当時には、アンジャン・レジームの下で教会や国王の特権であつた学校の開設を誰でもできるということの意味した。しかし、その後しだいに公教育制度が整備され、遂には学校教育の国家独占さえはかられるようになると、従前とは逆にカトリック教会などによる『私学の自由』を意味するようになる。」

(35) 市川「前出」頁117, 119-120, 127。

(36) 同「前出」頁122。なお同旨のものに今村武俊「改訂教育行政の基礎知識と法律問題」第1法規1971(初版1964)頁58-59がある。すなわち、教育権には、親および私学経営者の『教育をする自由』という意味もある。親および私学経営者が国家的干渉を受けないで、子や教師を法的に支配する自由を意味するのである。この場合の教育権とは、まさに権利(傍点ママ)であり、その権利主体は親および私学経営者という市民である。この意味での市民の自由権は19世紀前半のフランス憲法に明文でその保障がうたわれていた。この時代は、教会が経営する学校の教師は当然のこととして特定宗派の宗教教育を行なうことを命令されたのであつて、『教師が教育をその意思に基づいて行なう自由』は法律的に保障されていなかった。」今村氏は明確に教育の自由=親・私学経営者の、子・教師に対する支配権ととられている。

この文章の歴史的事実性は別として、教育の自由を私学の自由であるとする根拠は歴史解釈にある。法解釈としていえば、歴史解釈も重要な一方法ではあるが唯一のものではない。私立学校の法的性格を現代日本において論ずる場合に、私立学校にかかわる学校教育制度全体等の認識もまた解釈の重要な視点であり、教育の自由を私学の自由に限定できるかどうかは争われうるのであろう。この関連でいえば、木田氏は教育の自由の概念を否定していたのである。

(2) 市川氏は教育の自由の本質を次のようにいう<sup>(37)</sup>。

教育の自由は「本来教育主体にかかわる自由権であって、学習主体にかかわる社会権ではない」。

この主張の意味は、「教育の自由はやはり〔子どもの〕学習権の付属物ではなく、それ自体として存在意義を有するもの」であるという文章にみられるごとく、教育主体としての私人が対国家との関係で子どもを教育する自由をもつことを強調することにより、子どもの学習権の保障のために教育の自由が要請されるとする主張を否定することにある。市川氏は、また、「教育の私的自由の原理」としての教育の自由が、歴史的には「教育機会の均等化や義務教育など受教育権保障のための教育の公共性原理によって制約をうけるようになったとはいえ、あくまで私事性の原理として存在し続けている」ことを強調し、それが「生存権的基本権に転化してゆく必然性はない」と主張する。学習権の保障のためにという学習権への付属的性格を肯定することが社会権の主張になるかどうかは別として、教育の自由が教育の私事性の原理として存在するという指摘には重要なものがひそんでいる。かかる教育の自由を市川氏は憲法的自由であるという<sup>(38)</sup>。

教育の自由は、「憲法の何々の条項というよりは、憲法的自由として保障されているとみるのが比較的妥当な解釈といえよう。強いて根拠条項を求めると11条ないし13条ということになる」。

こうした市川氏の教育の自由の理解を、すでに整理検討した学説と比較すると次のようにいえると思う。

(37) 同「前出」頁144。

(38) 同「前出」。

## 私立学校の法的性格と憲法論

第1に、市川氏が教育の自由を私学の自由として憲法的自由の中に位置づけた点は、木田氏が私立学校の法的性格を憲法上の一般的自由権の中に位置づけた点と類似する。更に、田中が私立学校の法的性格を両親の自然的本源的権利の中に位置づけた点とも類似する。しかし市川氏の論旨は木田氏により近いからこのかかわりでみれば、市川氏は憲法的自由によって教育の自由を肯定し、木田氏は憲法上の一般的自由権によりつつ法律による規制を前提として教育の自由を否定した。教育の自由の用語は同じでも意味内容が同じかどうかはわからない。市川氏ははっきり教育の自由を私学開設の自由と親の学校選択の自由と解している。私学開設の自由は当然私学運営の自由を含むものと思われる。この運営の中になにを盛り込むか(=管理の自由、教授の自由、研究の自由等々)ははっきりしない。しかし教育の私事性の原則をどのように具体化するのか。

第2に木田氏は私立学校の法的性格を憲法上の一般的自由権によって根拠づける以上は、市川氏と同じく私学開設の自由と親の学校選択の自由とを認めていると考えても支障はなく、木田氏も私学開設の自由の中に私学運営の自由を含ませているであろう。とすれば木田氏はこの私学運営の自由をも警察消極の原則の下で考えていよう。もしも木田氏が教育の自由を教授の自由ととらえそれを否定しているとすれば、市川氏はこの点を教育の私事性の原則からどう考えるであろうか。私事性の原則を侵害する法律や行政行為がある場合、それは憲法的自由の侵害となり、違憲問題が生ずるかどうか。国家が特定の教科内容を教授するように私立学校に要求する場合、私立学校は、教育の私事性を理由としてかかる要求を違憲と判断し排除できるかどうか<sup>(39)</sup>。

第3に市川氏は私立学校の法的性格を教育の私事性という憲法的自由から説明し、田中は両親の自然的本源的権利から説明した。田中は教育の本質を私的なものととらえるから、この点田中と市川氏は共通する。ところが田中はこの両親の教育権を宗教と良心の自由に不可分に結びつけていた。田中の言葉を引用すれば、「宗教的または民族的の少数者の

(39) 同「前出」頁144-145は、教育の自由の制限を「公共の福祉や受教育権等」からみている。これらの制約の観点からみると教育の自由は「大部分有名無実化している」とし、「教育の自由を実質化するためにはこれらの諸点の再検討が必要」とされると主張しているのは注目される。

教育をうける権利が、私立学校によって保障される」のは「両親の自然的教育的教育権の結果である。」田中の主張からは、場合によっては違憲問題が本質的に生じうる。市川氏は私事性に田中ほど絞りをかけていない<sup>(40)</sup>。

(3) 市川氏は憲法的自由に基づく私立学校の存在理由を次のように述べている<sup>(41)</sup>。

「今日大多数の国々が私学の存在を望ましいと認めている理由としては、積極的には学校教育には多様性がもたらされること、消極的には公教育費の節減に役立つことがあげられている」。

市川氏はまず教育の多様性について詳しく述べている。建学の精神とか独特の学風という程度のものなら国公立学校にも存在するから、「公立学校では絶対に真似のできない私学の私学たる所以は何か？」という疑問に市川氏は次のように答える<sup>(42)</sup>。

「それは国公立が『政府立』(governmental)で『公開的』(public)なのに対し、政府から『独立した』(independent),『非公開的』(private)たるところにある」。「単なる特色程度の差異ではないのだ。アメリカに限らずそれは何等かの意味で『差異のある』(distinctive)教育を行うことを設立目的としている。その差異の基準が信仰、社会階級、言語や人種等のいずれであるにせよ、それは『特定の人の間のみ行われるべきもの』だから、有倉氏の定義するような『公の性質』を有するとはいえない。この点、私学教育を公教育に包摂しているのはわが国特有の現象である」。

こうした私立学校の理解を踏まえたくえで市川氏は次のように断定する<sup>(43)</sup>。

(40) 同「前出」頁143ではたしかに各種の憲法条項が引用されている。「日本国憲法では直接『教育の自由』を謳った条項は見当たらないが、これに関係する条項は多く、一般に教育の自由が認められているものと解されている。」11条、13条、19条、20条、23条、26条、89条。「このうち教育権の根拠とされているものとしては、憲法的自由説の11条ないし13条、学問の自由説の23条、受教権保障説の26条がある。この主張は、一般に国民の教育権に基づいて主張される教育の自由を、そのまま私立学校の場に限定的に適用したものである。」

(41) 同「前出」頁131。

(42) 同「前出」頁135。

(43) 同「前出」頁136。

わが国の私学はセクト的な独自性に乏しく、基本的には国公立補完的な存在であった。したがって宗派、社会階級、少数民族、人種といった特定の社会基盤を余りもっていない。つまり国公立との間に教育内容についても、利用者についても明確な差異がない」。

次に公教育費節減への貢献について以下のようにいう<sup>(44)</sup>。

公費助成には「自ら限度がある。その理由は何より私学に対する助成は決して国公立並みにはならない。何故なら教育の性質自体は国公立と何等変わらぬことを前提とする私学にとって、国公立より少ない公費支出で済むというただ一つのメリットが失われてしまうからである」。

こうした文章は、私学人に冷水をあびせかけるものである。しかし、市川氏が私立学校のなんたるかを問い、我国の私立学校の現状を鋭く問題としたことに学問的意義を筆者は認めたい。だが、学問的関心から冷静に市川氏の主張を顧みるならば、私立学校が教育の多様性をすなわち自主性とか独自性といわれるものを発揮しようとして発揮しえないでいる要因分析をしていない<sup>(45)</sup>。これはまことに残念である。

さて、市川氏がかかげたところの私学の存在理由は、結局教育の多様性の存否に焦点が絞られている。そこで市川氏のかかげた教育の多様性すなわち私立学校の自主性の論旨を検討してみよう。一見しただけで、市川氏の自主性論が一般的に論じられるものより鋭く特異なものであることがわかる。

市川氏の自主性論は二つの文献を背景にもつものである。「独立」と「非公開」に関するユネスコ編「世界教育調査」<sup>(46)</sup>と「差異」に関するエリクソン編「非公立学校と公的統制」<sup>(47)</sup>である。紙幅の都合上後者に

(44) 同「前出」頁139。

(45) わずかに教育の自由の有名無実化を指摘した個所がある。前註(39)参照。

(46) Unesco, World survey of education, V. Educational policy, legislation and administration. Unesco 1971.

(47) Erickson, Donald A., Public controls for nonpublic schools. Chicago U. P. 1969. この本は、1967年の、「非公立学校の国家統制」(State Regulation of Nonpublic Schools)に関する全米的な会議を基に生れている。アーミッシュ(Amish)の教育問題が大きく扱われている。坂井信生「アーミッシュの文化と社会」ヨルダン社1973は参考になる。

かかわる問題点の整理検討は省きたい。

以下 ユネスコ編「世界教育調査」(=「ユネスコ」)に基づき以上の市川氏の論旨の問題点の整理検討をしよう。

第1に、ユネスコは、私立学校教育は国民教育制度の一部であるという。そして次のようにいう<sup>(48)</sup>。

私立学校は多くの場合「公立教育事業の望ましい補完的存在 (a desirable supplement to the public educational services) とみられているが、その理由は、それが「国家のために教育費をいくらか節減する」(save the State some part of the cost of education) からであり、また「教育をあたえる際のいくらの多様性が社会に評価されている」(some variety in educational provision is valued by the community) からである。

このユネスコの文章は、私立学校と公立学校を比較して、私立学校の存在理由を述べていることは明らかである。しかし注意したいことは、文脈的にみると、私立学校の存在理由が各国の状況の事実としての相違を前提にしていわれているものであり、それゆえに相対的に述べられていることである。そして「いくらかの」(some)という言葉は無視されてよいものではない。また、ユネスコは、国々によって私立学校に対する態度が事実として異なることもいう<sup>(49)</sup>。すなわち、私立学校を全く廃止する国、寛大に扱う国、「多様性と潜在的革新との望ましい源泉」とみる国等がある。こうしたユネスコの叙述からもわかるように、ユネスコは特定の国のあり方こそ私立学校のあり方であるとはいっていない。しかし市川氏はユネスコを資料として、特定の国の傾向こそ私立学校のあり方を示すかのようにいうとすれば、それは言い過ぎではないだろうか。

第2に、私立学校と公立学校の相違を扱うユネスコの文脈を検討してみよう<sup>(50)</sup>。

国民教育制度は公的機関・一般市民団体・教会組織によって設立される。「公立学校」(public schools)は「政府機関」(governmental

(48) Unesco, op. cit. p. 44.

(49) Unesco, op. cit. p. 28.

(50) Unesco, op. cit. p. 27-28.

## 私立学校の法的性格と憲法論

authorities) によって設置統制され、「私立あるいは独立学校」(private or independent schools) は教会や一般市民団体のような「非政府団体」(non-governmental bodies) によって設置される。一般に公立学校は「同じ条件で、社会のすべての階層の子どもたちに開かれている(open)」が、この学校は「通常、社会の大多数の人々が受け入れないところのいかなる信条と教義(any beliefs or doctrines)も教授しようとしな。しかしながら歴史的には数多くの教育施設が多く、国で色々な教会によって作られてきた。教会はその特色のある(distinctive)信条によって子どもを教育しようとした。一般市民団体の多くは、自分たちの社会的地位・行動・子どもの要求にかなった特色のあるタイプの学校を設けてきた。色々な人種と言語のグループもまた、自己の学校を設置維持することにより、特色のある個性を保持しようとした。」

以上のユネスコの文章によれば、公立学校と私立学校の対比が明らかに意識されている。① 設置者別による公立(public)と私立(private)、政府立(governmental)と非政府立(non-governmental)。② すべての社会階層に開かれている(open)公立と一般市民の社会的地位等によって特色ある(distinctive)教育をする私立。③ 特定の信条教義を教授しない公立と特色のある信条を教授する私立。これらの対比は事実として述べられている。それゆえに公立と私立の対比を固定的絶対的に述べてはいない。例えば、公立がすべての社会階層に開かれていることはその通りだが、市川氏のように、私立は「特定の一部の人の間にのみ行われるべきもの<sup>(51)</sup>」とはっていない。

こうして私立学校の存在理由にかかわる整理検討を行ったところ、市川氏はユネスコの文献を自己の価値判断に適合的に用いていると思われる。論証の資料操作としては厳密でない。しかし市川氏が教育の私事性を具体的に教育の多様性として突き詰めた自己主張をしたことは興味深い。教育の私事性は徹底して行けば公立学校教育とは差異のあるそして閉鎖的な教育に行き着くからである。ところがこれでは教育基本法第6条1項の「法律に定める学校」の「公の性質」とは矛盾してしまう。田

(51) 市川「前出」頁135。

中は教育の私的性質と学校教育の「公の性質」とを区別していたが、この区別の必要性和区別の判断基準の問題にあらためて気づかせられる。〔我国の場合、教育基本法は私立学校をも教育の機会均等の下に拘束している。つまり私立学校も「開かれている」ことが要請されている。この点でも教育の私事性の及ぶ範囲と効果の問題にぶつかる。〕

以上市川氏の学説を整理検討したところをまとめておきたい。一つには、市川氏が私立学校の法的性格を憲法的自由として説明する場合、それは公立学校教育との対抗関係において論じられていた。教育の自由は私学の自由とされた。二つには、市川氏は木田氏と同じく私立学校の法的性格を憲法的自由求めたから、木田氏の提出した法律による規制の論理を市川氏もとるのかどうか、学説の論理として問題となる。もし公共の福祉等により法律による規制の論理を承認するならば<sup>(52)</sup>、私立学校の自由は結果的に法律の範囲内に閉じ込められることになる。そうすると憲法的自由や教育の私事性の原則を主張した意味がなにであったのかと問われる。三つには、憲法的自由としての教育の多様性を主張した点は、私立学校の自由・自主性を強調したものと考えたいが、今度は法律制度とのかわりの点で問題があり<sup>(53)</sup>、具体的にしかも緻密に論究されるべきものであろう。

#### B 相良学長の場合

(1) 公の施設説に立った相良学長は前述した最近の論文で注目すべき主張を展開している<sup>(54)</sup>。

「私立大学は果たして、公企業、営造物、あるいは公の施設と呼ばれるべきものなのかどうか……それについては、私立大学は現在において、そのいずれにも該当しない。」

この文章は以前の公の施設説の明瞭な変更であるけれども、今回の論文は変更の特段の説明をしていない。

しかし、相良学長は現行憲法の全く新しい私立大学の考え方として次

(52) 前出註 (39) 参照。公共の福祉とはなにかが問題にされるべきであろう。

(53) 前出註 (39) 参照。

(54) 相良「私立大学の本质およびそこにおける『大学の自由・大学の自治』に関する一考察」頁7-8、10。



のようにいう<sup>(55)</sup>。

「私立学校こそは教育の自由という発想にもとづき独自の存在を主張するものである。……ここにいう教育の自由とは学校設置の自由、学校運営の自由をいう。……こんにち私立大学は一定の条件をみたしさえすれば……誰しも設置可能なのである」。いいかえれば、「私立大学が私立大学である所以は、それは公権力主体から本来規制を受けない独自の性格を有することにある。それで、私立大学の教育は、公権力主体の行うところの公教育とは縁なきものである。私立大学とはあくまで私的なものであり、それは私的発意（プライベート・イニシアティブ）によって設立され、私的自治（プリファート・アウトノミー）によって運営されるものなのである」。こうした教育の自由そして「私立大学に強く見られるその自主性」の法的根拠は、憲法 23 条の学問の自由よりもむしろ憲法 21 条の表現の自由にある。

この文章は、私立大学を設置する学校法人の法的性格を憲法 21 条の表現の自由から述べている。注目すべき主張である。相良学長が、私人ないし私的機関が教育施設を設置する法的根拠を憲法 21 条の表現の自由によるとするのは、表現の自由の一態様たる結社の自由から考えているからであると思われる。私立大学が結社なら「公権力主体から本来規制を受けない独自の性格」を有し、内部的に私的自治をもつのも、当然である。この主張自体は憲法論として肯定される面をもつ。しかし相良学長の従前の主張からすると、今回の論文は大きい変化を示したから、憲法論をあらためて検討したい。

第 1 に、以前の公の施設説は私立学校を国家的公共性の視点から位置づけていた。「法律に定める」学校教育施設が私立学校の自主性を最大限度の許容すなわち警察消極の原則によって規定していた。そしてこの私立学校の自主性を民主主義国家とか「国民の福利と人権の尊重」とかによって根拠づけていた。ところが今回の論文は私立学校の法的性格を憲法 21 条の表現の自由から考え、「本来規制を受けない独自の性格」・自主性を強調し、教育の自由を主張する。これは無視できない視点の変

(55) 岡「前出」頁 10-11, 13, 15。憲法 21 条を市川氏は引用していなかった。前出註 (40) 参照。

化である。この変化は、「教育を個人的、内面的のもののみ考えず、社会的、公的なものとして、法規をもって規制」するところに教育法規の本質をみた立場から<sup>(56)</sup>、「本来規制を受けない」独自の性格・自主性の強調への変化として把握できるものであろう。したがって、「私立大学は一定の条件をみたしさえすれば……誰しも設置可能なのである」という文章は「一定の条件」と私学設置の自由とを関連づけながらも、後者を強調しているといえる。

第2に、今回の論文にみられた相良学長の主張は、木田氏の憲法上の一般的自由権や市川氏の憲法的自由に著るしく類似する傾向を示した。ところですでに述べたように、木田氏は私立学校の自主性つまり憲法上の一般的自由権と法律による規制の問題を扱っていた。市川氏はこの問題点を公共の福祉等によって指摘しつつ、将来に検討をゆだねていた。相良学長が「一定の条件」を指摘する以上は、私学設置の自由と緊張関係にあるものとして、「一定の条件」を認識している。したがって、木田氏や市川氏の問題提起は相良学長にもみられるというべきである。しかし、相良学長は「一定の条件」と憲法21条との関係を詳しく論じているわけではない。すでに以前の公の施設説にみられたごとく「一定の条件」を最大限度の許容という警察消極の原則から考えるかもしれない。いずれにしろ、今回の論文にみられた「一定の条件」と憲法21条との関係はどう説明されるべきかという問題が残されている。

第3に、相良学長は、「一定の条件」と憲法21条つまり私立学校の自主性との関係を法学的に充分つきつめていないままに、にもかかわらず私立学校の設置の自由と運営の自由を強調している。自主性の強調である。この強調の結果私立学校の教育は「公権力主体の行うところの公教育とは縁なきものである」といわれる。そして私立大学を「公教育施設ないし公教育機関」であるとする意見を批判して次のようにいう<sup>(57)</sup>。

公教育とは「国・地方公共団体のような公権力によって行われる教育のことをいい、したがって国公立学校における教育をさす。」した

(56) 同「教育法規」頁3。

(57) 同「私立大学の本質…」頁11。

## 私立学校の法的性格と憲法論

がって、「私立大学のそれをも公教育と呼ぶ」のはおかしい。「公の性質」や「公共性」は「国家社会の利益のためにといったような意味合いにすぎない」のであり、「いかに私立学校、私立大学がこのような性格を持つからといっても、そのことから直ちに私立学校、私立大学を公教育機関、公教育施設と考えるのはまことに飛躍があり、無理というべきである」。

この文章から、相良学長の主張が私立学校の法的性格を憲法論によって根拠づけ、それによって国公立学校と私立学校との教育を対比していることは明らかである。なぜ設置主体の法的性格の相違が教育そのものをも対比させることになるのであろうか。

相良学長の理解する公教育の「公」は「公」教育機関、「公」教育施設と同じく国・地方公共団体など公権力すなわち国家的公共性にかかわっている。これは以前の公の施設説でみられた「公」の理解と同じである。他方「公の性質」や公共性の「公」は社会的公共性に関し国家的公共性と区別されているのも以前と同じである。したがって相良学長は今回の論文において、国公立学校を以前と同じく公の施設と解し、私立学校を公の施設から除外したと考えられる。しかし、こうした説明は設置主体の相違を述べるものでしかないのではないか。

こうしてみると、相良学長が憲法 21 条に基づいて私立学校の法的性格の根拠を述べた点までは相当程度説得的であったが、それ以上に憲法 21 条論が、私立学校と国公立学校の法的性格の相違を強調し、教育そのものまで「縁なきもの」とするように発展させるのは、説得的でない。むしろ、教育と教育制度が憲法 2 条とどのようにかわるのかが十分に追求される必要があると思われる。このような理論的問題を残しながら、相良学長は私立学校の自主性を強調しているといわざるをえない。

(2) 相良学長の私立学校の自主性の強調は以下のように私立大学の「外的管理」つまり対国家権力とのかかわりにあらわれる<sup>(58)</sup>。(1) 憲法 21 条に基づく大学の設立行為自体の自由と、「私立学校振興助成法の制定に伴う私立学校法の改正で、文部大臣が一定期間設置認可をしないもの

(58) 同「前出」頁 19-21。

とするという規定をしたこと」の違憲性の疑い。(ウ) 自由はいちおう保障されているが、「エイド・ウィズ・コントロールになり終わっている」私学助成法の国庫助成の問題。(ク) 理事会内部の紛争、理事会と教授会との間の紛争や、大学紛争には、文部省は異例の措置として臨時立法で対処すべきであること。次に私立大学の「内的管理」つまり内部とのかかわりを見てみると<sup>(59)</sup>、例えば学校法人と教授会の間での学校法人の優位する場合、傾向企業としての学校法人による解雇権の正当性、大学教員の身分取扱いに関する学校法人・学長の教授会に対する拒否権などが論じられている。

「外的管理」に関する自主性の強調は、憲法 21 条とどう結びつくであろうか。(イ) の場合は、木田氏や市川氏の憲法的自由からも主張できるかもしれない。(ウ) と (ク) の場合はまさに、法律による規制を憲法 21 条が承認するものとなっている。すでに述べたように法律による規制の限界の問題が「一定の条件」についてだけでなく(ウ) や (ク) に関して検討される必要がある。また「内的管理」に関する私的自治の強調は、学校法人の地位の強調に終り、学生生徒・教員の法的地位をあいまいにしている。この点両者のバランスが充分にとられているといえるかどうか、それは疑問である。例えば、相良学長によれば、学校法人は憲法 21 条に基づいて対国家との関係で私学設置の自由と私学運営の自由をもつにとどまらない。対内的にも学生生徒・教員に優位性をもつようになっている。しかし、私立学校もまた「法律に定める学校」であり、法律に基づいた学校が憲法に違反することはできず、私立学校の学生生徒・教員も人権保障を受けていると解されるし、さらに実際学校法人の寄附行為は、法人の目的に関して「この法人は、教育基本法及び学校教育法に従い、学校教育を行なうことを目的とする<sup>(60)</sup>」といている。法人目的が教育基本法

(59) 同「前出」頁 21 以下。

(60) 文部省内大学設置問題研究会「大学設置の手びき」第 1 法規 1964, 頁 406, 文部省私学法令研究会編「私立学校法逐条解説」第 1 法規 1970, 頁 296 は、私立大学審議会が「学校法人寄附行為作成例」を 1963 年(昭 38) 3 月 12 日に決定したことを報じている。そして「この作成例は、一般的な例であるから、学校法人のそれぞれの特殊事情を考慮して画一的に取り扱うことのないように留意する」という注がつけられている。しかし、多分ほとんどこの作成例にそった行政指導があるものと思われるし、また法解釈上は「教育基本法及び学校

## 私立学校の法的性格と憲法論

と学校教育法の範囲内においてしか存立しえないのである。そうするならば憲法・教育基本法・学校教育法によって保障されている学生生徒・教員の法的地位もまた私立学校の法的性格の中に見出されるべきでないのか。

さて相良学長の主張を全体としてふりかえてみよう。従来みられなかったほど私立学校の法的性格が憲法論として展開されていた。しかしこの憲法論は狭く私立学校にのみかかわっていた。それゆえに国公立学校の法的性格と緊張関係におかれていた。木田氏の提起した憲法上の一般的自由権と法律による規制の問題に相良学長もぶつかっているが、明確な主張はみられなかった。法律による規制の限界が十分に論じ展開されないままに私立学校の自主性を強調しても、それはほんとうに私立学校の独自性・自主性を発展させることになるのかどうか。今後問題が残されている。しかし、相良学長が私立学校の自主性を対国家とのかかわりだけでなく対内的かかわりをも視野に入れるに至ったことは、理論上の進歩である。

---

教育法」に従うことが私立学校は義務付けられているから、現実の寄附行為にはかかる文言が法人目的の中に入っているものと思われる。往々にして、我国の私立学校論では、教育基本法に違反しても、その自主性によってカバーされるかのごとき議論がなされる。これには賛成しがたい。例えば、「註解日本国憲法」(上) 有斐閣 1953, 頁 461-462 は、「私立の研究機関(例えば私立大学)においても、学問の自由が保障されるのはいうまでもないが、その研究機関の設立目的等に照らし、その内部においてその研究や教授に一定の制約が附せられることはありうる。例えばキリスト教を奉ずる私立大学において、唯物論を講ずることを禁止したとしても、本条に反するとはいえない」という。そしてこの「註解」の説明は、傾向企業の解雇権の正当化に用いられている(相良「私立大学の本質…」頁 22)。しかし、教育基本法第 2 条が「学問の自由」の尊重を謳っている以上、しかも寄附行為で教育基本法の遵守をかかげている以上、私立大学においてもそれは保障されるといわなければならない。憲法・教育基本法・学校教育法に違反するものは「法律に定める学校」としての私立学校ではありえないのである。「学問の自由」を否定する私立大学は、各種学校あるいは私塾ではあるかもしれないが「真理」(教育基本法前文と第 1 条)を探究し教授する大学ではなく、その名に値しない。それは、少なくとも教育基本法や学校教育法でいわれる大学ではない。なお、私学設置者の思想・信条を強調し、傾向企業としての私立大学の「異質思想の排除」の権利を主張するものに、上草 顕「私学と思想・信条・表現の自由」目白学園女子短期大学研究紀要第 13 号 1976, 頁 31 以下がある。

むすびとして

私立学校の法的性格を国民の教育権によらないで説明する五つの学説の整理検討を試みた。五つの学説を学説史的順序で論じてきたところ、私立学校の法的性格に関する叙述に一定程度の共通性を見い出せたように思える。一つには、特許説以来私立学校の自主性は否定できない前提となっている。二つにはこの自主性を憲法論として展開するようになっている。それは人によって、憲法上の一般的自由権、自然法、憲法的自由、憲法 21 条の表現の自由と違ってはいても実質的にはほとんど共通した内容である。三つには、憲法論に根拠づけられた私立学校の自主性を制約する法律の性格と限界については、せいぜい警察消極の原則や公共の福祉等しか論じられていない。しかも自主性を制約する現行法規の詳細な分析はなされていなかった。むしろ現行法規をたな上げするか、あるいはそれを前提して私立学校の自由が強調されていた。それゆえにまだ抽象的な論議しか展開されていないと思われる。四つには、近年に入り、私立学校の法的性格を教育の自由によって根拠づけた主張をすることにより、私立学校と国公立学校の存在基盤の相違を強調する学説があらわれている。これは国民の教育権を教育の自由から論ずる議論への対抗としてもなされている。しかし、すでに述べたように、かりにそうだとすると、私立学校の存在の根底にある教育の自由自体空洞化しているあるいはされているという現実もあると思われる。この現実レベルまでおいて来て教育の自由が論議される必要が大きいと思う。五つには、私立学校の法的性格を憲法論によって根拠づける学説は、私立学校の管理者の権限を結果的に強調し、学生生徒・教員は管理される立場におかれるようになっている。自主性の強調が私立学校内の学生生徒・教員の自主性を抑圧するとすれば、それは、憲法・教育基本法・学校教育法からはどう見られるべきかという問題である。なお判例の分析は、国民の教育権の整理検討のあとで扱いたいと思い、本稿ではとり上げなかった。

Some theories about the relation of private  
school and the constitutional law.

Norikatsu SASAGAWA

There are about six theories about the relation of private school and the Japanese constitutional law. This article discusses five of them :

1. "licence" theory.
2. "public institution" theory.
3. "unlimited liberty" theory.
4. "natural law" theory.
5. "liberty of education" theory.