慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	教育権論再考：「公共性」論から「秩序」論へ
Sub Title	Rethinking the theory on the right to education
Author	堀口, 悟郎(Horiguchi, Goro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2011
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.21 (2011. 12) ,p.157- 224
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	リサーチ・ペーパー
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20111226-0157

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

リサーチ・ペーパー

教育権論再考

――「公共性」論から「秩序」論へ――

堀　口　悟　郎

序章　本論文の目的と概要
第１章　教育権論概観
　１　国家教育権説
　２　国民教育権説
　３　学テ判決
　４　近年の見解
第２章　「公共性」論としての教育権論
　１　公共性論の理論的要素
　２　公共性論としての教育権論
　３　公共性論としての教育権論が抱える問題点
　４　学テ判決の「特異性」
第３章　「秩序」論としての教育権論
　１　秩序論の思考様式
　２　学テ判決と秩序論
　３　秩序論としての教育権論
第４章　具体的問題の検討――学校選択制
　１　日本における学校選択制の歴史と内容
　２　公共性論としての教育権論による検討
　３　秩序論としての教育権論による検討
終章　「公共性」論から「秩序」論へ
　１　議論のまとめ
　２　今後の課題

慶應法学第21号（2011：12）

序章　本論文の目的と概要

本論文は、従来の教育権論は「公共性」論として構築されており、それゆえに理論的問題を抱えていたということを明らかにしたうえで、それに代わる教育権論（「秩序」論としての教育権論）を提示することを目的とする。

本論文の概要は、以下のとおりである。

第１章では、従来の教育権論を概観する。

第２章では、従来の教育権論が「公共性」論であったことを明らかにし、それゆえに理論的問題を抱えていたと主張する。そのうえで、旭川学力テスト事件判決（最大判昭和51年５月21日刑集30巻５号615頁。以下「学テ判決」という）は、例外的に、公共性論とは異なる理論を採用していた、ということを指摘する。

第３章では、従来の教育権論に代わる理論として、「秩序」論としての教育権論を提唱する。その際、学テ判決もこの理論を採用していたということを指摘する。

第４章では、秩序論としての教育権論の理論的有用性を証明すべく、近年の教育改革の中でも特に注目を集めている学校選択制の問題について、それが従来の教育権論では対応しえない問題であることを明らかにしたうえで、秩序論としての教育権論からの検討を行う。

終章では、これまでの議論をまとめたうえで、今後の課題を提示する。

第１章　教育権論概観

本章では、従来の教育権論を概観する。具体的には、第１節で国家教育権説、第２節で国民教育権説、第３節で学テ判決、第４節で近年の見解をみる。

１　国家教育権説

学テ判決の定義によれば、国家教育権説とは、「子どもの教育は、親を含む

国民全体の共通関心事であり、公教育制度は、このような国民の期待と要求に応じて形成、実施されるものであって、そこにおいて支配し、実施されるべきものは国民全体の教育意思であるが、この国民全体の教育意思は、憲法の採用する議会制民主主義の下においては、国民全体の意思の決定の唯一のルートである国会の法律制定を通じて具体化されるべきものであるから、法律は、当然に、公教育における教育の内容及び方法についても包括的にこれを定めることができ、また、教育行政機関も、法律の授権に基づく限り、広くこれらの事項について決定権限を有する、と主張する」見解である。

国家教育権説を採用した裁判例としては、高津判決（東京地判昭和49年７月16日判時751号47頁）が挙げられる。高津判決は、①議会制民主主義の理念からは、親の教育権は国家に付託されており、②教師の教育の自由は、教育行政の内的事項（教育内容・方法）への介入を妨げるほど排他性・絶対性のあるものではなく、③議会制民主主義の下では、国家のみが国民全体に対して直接責任を負うことができる、ということを理由に、国家が教育権を有すると結論づけた。

国家教育権説に対しては、国民の教育権や教師の教育権を一切否定する見解であるかのような見方がなされることが多い。しかし、国家教育権説は、必ずしも国民や教師の教育権を完全に否定するような見解ではない。たとえば、安達健二は、文部省（当時）や教育委員会が教育内容のすべてを決定すべきなのではなく、各学校も、文部省・教育委員会が定めた基準の範囲内で、学校の事情や児童生徒の実態に対応した教育課程を編成すべきである、と論じていた[1)]。また、伊藤公一は、教育の国家統制の危険性を意識し[2)]、国家の教育権が親や教師の教育権などにより制限を受けることを認め[3)]、国家の教育権の範囲を教育内容の大綱に限定すべきこと、特にイデオロギーの絡む事項については細心

1）安達健二「教育基本法第十条の解釈――宗像教授の所論をめぐって――」兼子仁編『教育基本法文献選集８　教育権と教育行政』（学陽書房、1978）43頁。ただし、この主張は、学術会議や教育研究集会などに教育内容の大綱の決定権を与えるべきだという見解（文部省などにその決定権を与えないとする見解）を批判する文脈でなされたものである。

2）伊藤公一『教育法の研究』（法律文化社、1981）95頁。

3）伊藤・前掲注2）49頁。

の注意を払うべきことを強調していた[4)]。

2　国民教育権説

学テ判決の定義によれば、国民教育権説とは、「子どもの教育は、憲法26条の保障する子どもの教育を受ける権利に対する責務として行われるべきもので、このような責務を担う者は、親を中心とする国民全体であり、公教育としての子どもの教育は、いわば親の教育義務の共同化ともいうべき性格をもつのであって、……したがって、権力主体としての国の子どもの教育に対するかかわり合いは、右のような国民の教育義務の遂行を側面から助成するための諸条件の整備に限られ、子どもの教育の内容及び方法については、国は原則として介入権限をもたず、教育は、その実施にあたる教師が、その教育専門家としての立場から、国民全体に対して教育的、文化的責任を負うような形で、その内容及び方法を決定、遂行すべきものであり、このことはまた、憲法23条における学問の自由の保障が、学問研究の自由ばかりでなく、教授の自由をも含み、教授の自由は、教育の本質上、高等教育のみならず、普通教育におけるそれにも及ぶと解すべきことによっても裏付けられる、と主張する」見解である。

国民教育権説を採用した裁判例としては、杉本判決（東京地判昭和45年７月17日行集21巻７号別冊）が挙げられる。杉本判決は、①教育の本質は子どもの学習権を充足させること等にあり、②その教育の本質に鑑みると、教育権は親を中心とした国民全体にあると考えられ、③国家はその国民の教育責務の遂行を助成する責務を負うが、教育は一般の政治とは異なって多数決原理に馴染まないので、その責務を果たすにあたって、国家に教育の内的事項に介入する権限は基本的に認められない、④それに対し、学校教育を直接担当する教師は、親から子どもの教育について信託を受けているので、教育権を有する、ということを理由にして、教育権は主に教師に帰属すると結論づけた。

国民教育権説の内容については、杉本判決の上記判旨に概ね網羅的に表れて

4）伊藤・前掲注2）99頁。

いる[5]が、なお4点ほど補足をしておく必要がある。

第1に、国家には教育内的事項に介入する権限が認められないとする点については、一切その権限が認められないとする見解（外的教育条件説）[6]のほかに、一定範囲でその権限を認める見解も存在している[7]。たとえば、大綱的基準説は、国家にも、不当な法律的支配にわたらない大綱的基準立法あるいは指導助言行政の限度で、教育内的事項に介入する権限が認められるとする[8]。また、学校制度的基準説は、国家にも、教育の外的事項に関する設置基準的条項の延長線上にある「学校制度的基準」（入学・卒業資格、教科目名、授業時間数等）を定めること、またそれ以外の事項について指導行政を行うことに限って、教育内的事項に介入する権限が認められるとする[9]。

第2に、教育が政治的多数決に馴染まないという主張は、主に以下の2つの理由による。1つは、議会政治的多数決では、政治的利害に左右されるとともに、政策単位の大まかな選択判断に依らざるを得ず、子どもの発達の法則性に即したきめ細やかな教育的専門性を確保できない、という理由である[10]。もう1つは、何が真理であるかは多数決では決められない、という理由である[11]。

第3に、教師に教育権が帰属するという点の根拠として、論者の多くは、教

5）それゆえ、杉本判決は、国民教育権説論者の多くから、「教育法学界における不滅の金字塔」（浪本勝年『国民の教育権の生成と展開』（成文堂、1976）49頁）として高く評価されている。

6）有倉遼吉『憲法理念と教育基本法制』（成文堂、1973）35頁。

7）ただし、以下に掲げる大綱的基準説・学校制度的基準説のいずれも、提唱者（兼子仁）自身の意図としては、国家に教育内的事項への介入権限を一切与えないものであった、という指摘をするものとして、黒崎勲『教育学としての教育行政＝制度研究』（同時代社、2009）第2部第1章。もっとも、仮に兼子自身の意図が黒崎の指摘する通りであったとしても、今日の一般的理解では、大綱的基準説や学校制度的基準説は、国家に一定限度で教育内的事項への介入権限を与えるものであるとされている。

8）兼子仁『国民の教育権』（岩波書店、1971）189頁。

9）兼子仁「教育権と教育行政――教育基本法10条の解釈」兼子仁編『教育基本法文献選集8 教育権と教育行政』（学陽書房、1978）26頁。

10）兼子仁『教育権の理論』（勁草書房、1976）255-256頁。

11）兼子・前掲注8）151頁。

師が真理の代理者であること[12]、ないしは教師が専門的自律性を有するということ[13] を掲げる[14]。

第４に、論者の多くは、教師個人よりも教師集団に教育権が帰属すべきであると主張する[15]。

３　学テ判決

学テ判決（最大判昭和51年５月21日刑集30巻５号615頁）は、国家教育権説及び国民教育権説について「いずれも極端かつ一方的であり、そのいずれをも全面的に採用することはできない」としたうえで、以下のような見解を提示した。

第１に、憲法26条の規定の背後には学習権の保障が存在し、子どもの教育は、学習権に対応して、その充足を図りうる者の責務に属する。

第２に、子どもの教育が学習権充足を図りうる者の責務に属するということからは、教育の内容及び方法を、誰がいかにして決定すべきなのかという問題についての結論は、当然には導き出されない。憲法の次元におけるこの問題の解釈としては、国家・教師・親などの関係者らのそれぞれの主張のよって立つ憲法上の根拠に照らして、各主張の妥当すべき範囲を画するのが、最も合理的な解釈態度である[16]。

第３に、具体的には、次のように教育権を分配すべきである。

まず、親の教育の自由は、主として家庭教育等学校外における教育や学校選択の自由に現れる。

12）たとえば、宗像誠也「教育基本法第十条の解釈――安達健二氏の議会万能論をめぐって――」兼子仁編『教育基本法文献選集８ 教育権と教育行政』（学陽書房、1978）33頁。

13）たとえば、兼子・前掲注10）302頁。

14）もっとも、それらの論者も、教師が現実に真理の代理者たりえている、ないしは教師が現実に専門的自律性を有しているとは、必ずしも考えていない（宗像・前掲注12）33頁、兼子・前掲注10）304頁）。

15）たとえば、堀尾輝久「国民の教育権の構造――子どもの学習権を中軸として――」兼子仁編『教育基本法文献選集８ 教育権と教育行政』（学陽書房、1978）77-79頁。

16）この解釈態度は、「教育権分配のアプローチ」と呼ばれている（内野正幸『教育の権利と自由』（有斐閣、1994）27頁）。

また、教師には、公権力によって特定の意見のみを教授することを強制されないという意味や、教授の具体的内容及び方法につきある程度自由な裁量が認められなければならないという意味においては、一定の範囲における教育の自由の保障を肯定できないではない。ただ、普通教育においては、児童生徒に教授内容を批判する能力が乏しく、子どもの側に学校や教師を選択する余地が乏しく、また教育の機会均等を図るうえからも全国的に一定の水準を確保すべき強い要請があること等から、完全な教育の自由を認めることは、到底許されない。教師による教育の自由の濫用は、教師間の批判や親からの批判だけでは、抑制しえない。

さらに、私学教育における自由も、限られた一定の範囲において肯定される。

最後に、それ以外の領域においては、国家が、必要かつ相当と認められる範囲において、教育内容を決定する権能を有すると解される。ただ、本来人間の内面的価値に関する文化的な営みとして、党派的な政治観念や利害によって支配されるべきでない教育に、政治的影響が深く入り込む危険があることを考慮すれば、教育内容に対する国家的介入はできるだけ抑制的であることが要請され、子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入は、憲法26条、13条の規定上からも許されない。

4　近年の見解

学テ判決が出される前は、教育権の所在について、国家教育権説と国民教育権説の間で激しい論争が展開されていた。その当時、憲法学・教育法学における通説は、国民教育権説であった。

しかし、学テ判決を境に、「国家教育権説」対「国民教育権説」という教育権論争には、「客観的には冷却期間とも言える期間」[17] が置かれた。そして、その後は、国家教育権説だけでなく国民教育権説をも批判する学説が、多数を占めるようになった。

17）永井憲一『教育法学』（エイデル研究所、1993）203頁。

その先駆的な論者が、奥平康弘である。

奥平は、国民教育権説の理論的な曖昧さを批判した。具体的には、国民に教育権があることは、常に必ずしも国家の教育権の否定を意味しない、という指摘をしたうえ[18]、国公立学校の教師・教師集団・学校設置者などを「国民」に含めることへの批判を展開し[19]、権利と権限を一緒くたにした混合物としての「教育権」は、少なくとも憲法学上は有用でも必要でもない、という主張を行った[20]。

上記のとおり、奥平は、国民教育権説をほぼ全面的に批判した[21]。それに対して、従来の国民教育権説に一定の意義を認めながら、その欠点を理論的に明示したのが、今橋盛勝である。

今橋は、まず、第一の教育法関係（国・自治体、教育行政機関・学校、教員・社会教育職員という教育関係諸機関内部の、権能・権限と責任・義務をめぐる法関係）と区別された、第二の教育法関係（国・自治体、教育行政機関、教育機関と、子ども・生徒・学生・父母・住民・研究者・出版社等との間の、法関係）の存在を指摘した（「二つの教育法関係」理論）[22]。そのうえで、従来の国民教育権説が、第一の教育法関係にばかり目を向けたために、第二の教育法関係における父母・子どもなどの権利に対する侵害を防げなかったと批判し、今後の国民教育権説は、第二の教育法関係をも意識した形で発展しなければならない、と主張した[23]。そして、国民教育権説が改善すべき点を、子どもの人権保障、父母の教育権保障、住民の教育権保障の各観点から具体的に指摘した[24]。

18）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）413-414頁。

19）奥平・前掲注18）414頁。

20）奥平・前掲注18）415頁。

21）例外的に国民教育権説と同内容の主張をしている点としては、国家教育権説に対して、教育が文化的営みであることを無視している旨の批判をしている、という点が挙げられる（奥平・前掲注18）420-422頁）。

22）今橋盛勝『教育法と法社会学』（三省堂、1983）25-26頁。

23）今橋・前掲注22）39頁。

24）今橋・前掲注22）特に60-65、127、129、191-192、239、248頁。

奥平が提示した、国民教育権説が用いる「国民」概念への疑問を、比較法的な観点から理論的に明確化したのが、樋口陽一である。

樋口は、日本の憲法訴訟における教育の自由（教育権）は、その現れ方自体が独特であると指摘した。すなわち、西欧では、教育の自由は「公教育からの自由」という形で現れる。その典型が、非宗教的な公教育に対抗する親が、信教の自由と同時に教育の自由を主張する場面である。それに対して、日本では、教育の自由（教育権）は、「公教育からの自由」ではなく、公教育の存立を前提にした、公教育の内容を充塡する権利という形で現れている。つまり、「国家の教育権」と「国民の教育権」の対立は、公教育のあるべき内容をめぐる対立という構図になっている[25)]。そのような対立構図の下では、「場合によっては親の信念に反してまでも国家が『自由への強制』を貫く」という公教育の本質が、著しく曖昧になる[26)]。このような指摘をしたうえで、樋口は、より基本的な対立軸として、公教育の存立そのものを争う「教育の自由」の立場があるはずだと論じた[27)]。

樋口の見解を参考にして、「『公教育からの自由』留意説」を唱えたのが、内野正幸である。

樋口の見解は、元々、「国家による自由」に注意を向けさせようとする文脈で提示されたものであった（「自由への強制」としての公教育の本質的性格を強調したのも、その趣旨であろう）。それに対して、内野は、「国家からの自由」としての教育の自由に着目した。そして、公教育と教育の自由とを厳しい緊張関係のうちに位置づける見方として、「公教育からの自由」への留意を説いた[28)]。

今橋盛勝と同様の問題意識を抱きながら、樋口・内野の見解に賛同し、従来の国民教育権説の理論的有用性をより徹底的に否定したのが、水島朝穂である。

水島は、体罰を伴う管理教育の現状を、「国民の教育権」の担い手であるは

25）樋口陽一『国法学〔補訂版〕』（有斐閣、2007）155-156頁。
26）樋口陽一『近代国民国家の憲法構造』（東京大学出版会、1994）134頁。
27）樋口・前掲注25）157頁。
28）内野・前掲注16）146-157頁。

ずの教師が、子どもの権利の「熱心な侵害者」となっているものと評価し[29]、その理論的原因を国民教育権説が教師に対する「牧歌的信頼」のうえに立っていた点に求めた[30]。そして、「国家の教育権」対「国民の教育権」という対抗図式は、「国（実体的には文部省）」対「国民＝教師（実体的には日教組）」という対抗図式が成立した時代の産物であり、「憲法学的に見れば、すでにその歴史的使命を終えている」とし[31]、今後の日本の教育には、教育の「私事性」にもっと光を照射し、家庭や地域社会の教育権能を復元することが必要である、と結論づけた[32]。

以上の見解からも読み取れるように、学テ判決以後の学説は、従来の国民教育権説が、教師の権力者性に注意を向けず、親の教育権を教師に信託させたがために、学校教育において子どもの権利が侵害される結果を招いた、と主張する傾向にある。そして、その傾向は、西原博史の見解においてピークに達した。西原は、国民教育権説について、子どもと親を置き去りにしてきた[33]として激しく批判した[34]。そして、国民教育権説と国家教育権説が共に「国家からの自由」としての親の教育権と対立関係に立つと指摘した樋口の見解に賛同し[35]、国家教育権説及び国民教育権説の双方を斥けた学テ判決を高く評価した[36]。そのうえで、国家[37]や教師の教育権限を限界づけるものとして、子どもの人

29）水島朝穂「戦後教育と憲法・憲法学」樋口陽一編著『講座・憲法学（別巻）戦後憲法・憲法学と内外の環境』（日本評論社、1995）156-157頁。

30）水島・前掲注29）171頁。

31）水島・前掲注29）171-172頁。

32）水島・前掲注29）174-175頁。

33）西原博史『良心の自由と子どもたち』（岩波書店、2006）74頁。

34）西原博史「『君が代』伴奏拒否訴訟最高裁判決批判」世界2007年５月号137頁以下では、国民教育権説を「日教組御用法学」と呼んでいる。

35）西原博史「思想・良心の自由と教育課程」日本教育法学会編『講座現代教育法１ 教育法学の展開と21世紀の展望』（三省堂、2001）223頁。

36）西原・前掲注33）83-85頁。

37）国家による子どもの人権（特に思想・良心の自由）の侵害については、西原博史『学校が「愛国心」を教えるとき――基本的人権からみた国旗・国歌と教育基本法改正――』（日本評論社、2003）で詳細に論じられている。

権（特に思想・良心の自由）を重視し[38]、子どもの人権を担保するものとして、親の教育権（思想・良心の自由）の重要性を強調した[39]。

このように、学テ判決以後、徹底的な批判を加えられた国民教育権説であるが、最近ではその再建の動きもある。それらの見解に共通する特徴は、教育内容決定に国家の関与が必要であることを認めつつ、国民教育権説の意義を活かそうとする点にある。その一例が、戸波江二の見解である[40]。

戸波は、従来の国民教育権説が「教育の自由」を掲げ、教育内容に対する国家の思想的介入を排除しようとした点を、支持した[41]。もっとも、教育は国民全体の関心事であり、また教育の全国的な統一基準は法律で定めるのに適しているから、教育内容の決定は公的になされる必要があり、教育内容の決定権を国家が有することは認めなければならないとした[42]。そこで、教育内容の公的決定について市民的公共性の実現を図るとともに[43]、「教育の自由」を、教師の人権ではなく、国家が教育内容に権力的・恣意的に介入することを排除する憲法原則として捉えるべきである[44]、と主張した。

第２章　「公共性」論としての教育権論

本章では、従来の教育権論が「公共性」論であったこと、それゆえに理論的問題点を抱えていたことを明らかにしたうえで、学テ判決が公共性論とは異なる理論を採用していたことを指摘する。

38）西原・前掲注33）特に第２章。

39）西原博史『子どもは好きに育てていい』（日本放送出版協会、2008年）特に第３章。

40）ただし、戸波の見解に対しては、国民教育権説ではなく国家教育権説であるとの評価もなされている（たとえば、土屋清「憲法学における『教育権論』のパラダイム」戸波江二＝西原博史編著『子ども中心の教育法理論に向けて』（エイデル研究所、2006）212-216頁）。

41）戸波江二「教育法の基礎概念の批判的検討」戸波江二＝西原博史編著『子ども中心の教育法理論に向けて』（エイデル研究所、2006）53頁。

42）戸波・前掲注41）52-53頁。

43）戸波・前掲注41）22頁。

44）戸波・前掲注41）24頁。

具体的には、第１節では、公共性論を概観し、その理論的要素を抽出する。公共性論には多種多様なものがあるが、ここでは、その中でも代表的なものに限って取り上げる。具体的には、ハンナ・アレント、ユルゲン・ハーバーマス、ジョン・ロールズの公共性論を検討する。このうち、アレントの公共性論は、ハーバーマスなど多くの公共性論者に影響を与えており[45)]、公共性論を論じるうえで避けては通れないものである。また、ハーバーマスの公共性論は、日本憲法学に対しても多方面で多大な影響を与えており[46)]、その影響は教育権論にまで及んでいる。そして、ロールズの公共性論[47)]は、日本の有力な憲法学者らによって日本憲法学への応用が図られており[48)]、教育に関しても、公教育における価値教育の問題などで応用されている。

第２節では、従来の教育権論がその公共性論の理論的要素を充たすものであることを確認する。

45）日本においても、アレントの理論に影響を受けた公共性論者は少なくない。たとえば、齋藤純一は、アレントの公共性論における「複数性」という要素を継承しながら、独自の公共性論を展開している（齋藤純一『政治と複数性――民主的な公共性にむけて』（岩波書店、2008）参照）。

46）日本における、ハーバーマス理論の発展的継承として、特に重要であるのは、森英樹らによる市民的公共圏の研究（森英樹編『市民的公共圏形成の可能性――比較憲法的研究をふまえて』（日本評論社、2003）参照）や、毛利透による民主政・表現の自由に関する研究（毛利透『民主制の規範理論――憲法パトリオティズムは可能か』（勁草書房、2002）、同『表現の自由――その公共性ともろさについて』（岩波書店、2008）参照）などである。

47）ロールズの理論は、リベラリズムを代表する一つの理論であるが、それを公共性論として把握するのは、必ずしも定説的な理解ではない。私がロールズの理論を公共性論として把握するのは、リベラリズムを公共性の哲学として性格づける井上達夫の見解を参考にしたものである（最近のものとして、井上達夫「公共性の哲学と哲学の公共性」飯田隆ほか編『岩波講座哲学１ いま〈哲学する〉ことへ』（岩波書店、2008）205頁以下参照）。なお、井上は、ロールズの理論から「正義の基底性」という要素を抽出し、それを継承しながら、正義概念を中核に置いた独自の公共性論を展開している（井上達夫「公共性とは何か」井上達夫編『公共性の法哲学』（ナカニシヤ出版、2006）３頁以下参照）。

48）特に重要なものとして、長谷部恭男『比較不能な価値の迷路――リベラル・デモクラシーの憲法理論――』（東京大学出版会、2000）など。

第３節では、従来の教育権論が、公共性論として構築されたがゆえに理論的問題を抱えていた、ということを論じる。ここでは、従来の各教育権論が採用した公共性論自体の問題点についても言及するが、それは、従来の教育権論が公共性論として構築されていた（公共性論としての優劣を争っていた）ということを更に明確化するために過ぎない。従来の教育権論の根本的な問題は、あくまでも、教育権論を公共性論として構築したことによる問題点である。

第４節では、学テ判決が公共性論とは異なる理論を採用していたということを指摘する。なお、学テ判決が依った理論が何であるのかについては、第３章で論じる。

１　公共性論の理論的要素

結論を先に述べれば、公共性論の理論的要素としては、次の２点を抽出することができる。すなわち、①意見・価値観の多様性を承認すること、②集団的決定に関与する資格を平等にしようとすること、である。

②の要素については、若干説明を要する。まず、この要素では、集団的決定に関与する「資格」が問題にされているのであり、全員が現実に集団的決定に関与することまでは要求されていない。次に、ここでいう「平等」とは、発言内容の当否が、発言者の地位・身分によって判断されない、ということを意味している。最後に、「平等にしようとする」という表現からも明らかなとおり、ここでは、完全な平等が実現されることまでは要求されていない。公共性論の多くは、平等を目指しながらも、完全な平等を実現する理論を構築できていない。換言すれば、完全な平等を実現できているか否かは、公共性論としての理論的水準を測る要素ではありうるが、公共性論にあたるか否かを判断する要素ではないのである。

以下では、代表的な公共性論について、理論的要素①②があてはまることを確認していく。

なお、以下の検討は、あくまでも公共性論の理論的要素として①②を抽出できることを確認することを目的とするのであって、いずれの公共性論が妥当で

あるかを考察することは目的としていない。そのため、各公共性論の詳細にまでは立ち入らない。もっとも、ハーバーマスの公共性論は、教育権論においても応用されることが多く、本章の第２節・第３節においても言及することがあるので、ここでやや詳しく検討しておく。

(1) ハンナ・アレントの公共性論

公共性論を論じるうえで、まず初めに名前を挙げるべきは、ハンナ・アレントであろう。

アレントは、私的領域と公的領域とを区別した。私的領域とは、家族の領域であり、必要・必然の領域であり、生命の維持にかかわる活動力（労働）の領域である。それに対し、公的領域とは、ポリスの領域であり、自由の領域であり、共通世界にかかわる活動力（活動）の領域である[49)]。

活動とは、「始める」ということを意味する[50)]。人々は、活動によって、自分が誰（what〔何〕ではなくwho）であるかを示し、世界にその姿を現す[51)]。そして、人々は、活動を通じて、単に「互いに異なるもの」という次元を超えて抜きん出ようとする[52)]。

活動は、多種多様な人々がいるという人間の多様性を基本的条件としており、その人間の多様性は、平等と差異（複数性）という二重の性格を持っている。つまり、人間同士が互いに等しいものでなければ、互いを理解することは

49）ハンナ・アレント（志水速雄訳）『人間の条件』（筑摩書房、1994）49-52頁。なお、ここでいう自由とは、支配もしなければ支配されもしないということ、つまりは平等を意味している（同53-54頁）。

50）アレント・前掲注49）288頁。

51）アレント・前掲注49）291頁。

52）アレント・前掲注49）287頁。なお、アレントは、公的領域そのものであったポリスは、「激しい競技精神で満たされていて、どんな人でも、自分を常に他人と区別しなければならず、ユニークな偉業や精神によって、自分が万人の中の最良のものであること……を示さなければならなかった」、と述べている（同65頁）。アレントの公共性論について、卓越主義の要素があると評価されることが多いのは、そのためである。

できず、また過去の人々や未来の人々のことも理解できないが[53]、他方で、各人に差異がなければ、自分を相手に理解させようとして活動をすることはないのである[54]。

ここでいう平等（政治的平等）とは、等しくない者の平等のことであり、それゆえに平等化が必要になる[55]。また、複数性は、活動結果の不可予言性、活動過程の不可逆性、活動過程を作る者の匿名性という、活動における３重の欠点の原因をなすものである。そのため、複数性を取り除く企てとして、一人支配が行われることがある。一人支配は、短期的に見れば安定性・安全性・生産性という利点を有しているが、ほかならぬこれらの利点によって、将来的に権力が不可避的に失われる道が準備されてしまう。複数性は公的領域に必要不可欠の条件であるがゆえに、複数性を取り除こうとする企ては、公的領域そのものを廃止しようとする企てになるのである[56]。

以上のように、アレントの公共性論は、①意見・価値観の複数性を重視し、②公的領域における平等（化）を要請したものといえる。つまり、アレントの公共性論においても、公共性論の理論的要素は充たされている。

⑵　ユルゲン・ハーバーマスの公共性論

アレントの公共性論においては、公共性というものが、複数性を維持することを重視して語られていた。つまり、そこでは、人々が集団的決定のために合意をするということは、そもそも関心の外に置かれていた。

しかし、人々が社会生活を営むうえで、集団的決定は不可欠である。そし

53）ここでいう「理解」とは、人々をwhatではなくwhoとして見ることを意味している。つまり、人々が平等であるということは、すべての人々がその地位・身分など（what）で判断されず、唯一の存在（who）として扱われる状況を指す。

54）アレント・前掲注49）286頁。

55）アレント・前掲注49）342頁。ここでいう「平等化」とは、すべての者をwhoとして扱うということを意味する。whoとして扱われないということは、公的領域から追放されている（「パーリア」になっている）ということである。

56）アレント・前掲注49）348-350頁。

て、集団的決定の場面では、人々の意見・価値観が多様であるにもかかわらず、その集団における見解を１つに絞らなければならない。そうすると、自己の意見が採用されなかった人々は、自らの支持しない集団的決定に基づいて、何らかの強制を受けることになる。

それでは、そのような集団的決定は、いかにして正統性を有することができるのか。ユルゲン・ハーバーマスの公共性論は、この問題に対する１つの回答である[57)]。

57）ハーバーマスがこの問題に直面するまでには、以下のような理論的経緯があった。

ハーバーマスは、『公共性の構造転換』の中で、国家的公共性（国家によって規制されてきた公共性）に対抗する、市民的公共性（公衆として集合した私人たちの生活圏）の生成・発展と崩壊を分析した。その時点で、ハーバーマスは、市民的公共性の中心的アクターを、教養ある「市民層」（ブルジョワジー）と捉えており（ユルゲン・ハーバーマス（細谷貞雄＝山田正行訳）『公共性の構造転換〔第２版〕』（未來社、1994）34、102頁）、かつ、市民的公共性の主たる役割を、公共化された事態を批判的公衆の統制下に服させる機能と捉えていた（同184頁）。そして、当時のハーバーマスは、市民的公共性の現状と将来について悲観的な診断を下していた。すなわち、後期資本主義の進展に伴い、公的領域と私的領域の厳格な分離が崩れ、社会圏という中間領域が成立した。この中間領域では、社会と国家とを媒介する機能は、公衆の手から離れ、国家と協働して権力を担う団体・政党へと移る。そして、その団体・政党は、マス・メディアを駆使して、従属化された公衆の同意を取りつけようとする（同232-234頁）。このようにして、市民的公共性は崩壊したのだ、と。そのため、この時点では、上記問題を意識することはほぼなかった。

しかし、その後ハーバーマスは、時代状況の変化や自身の見解への諸批判などを踏まえて、理論を修正した。すなわち、公共性の中心的なアクターを、市民層から、自由な意思に基づく非国家的・非経済的な結合関係を制度的核心とする「市民社会」へと変更させ（同〔一九九〇年新版への序言〕 xxxviii頁）、公共性の主たる役割を、国家等の活動に対する監視から、討議を通じた政治的意思形成へと変更させた。

このことにより、ハーバーマスは、上記問題に直面することになった。すなわち、公共性のアクターを広げ、かつ、それらのアクターによって政治的意思形成をすることになると、人々が有する意見・価値観の多様性に向き合わなければならない。つまり、多様な意見・価値観を有する人々が政治的意思形成に関わることを前提にしつつ、その集団的決定がいかにして正統性を有しうるのか、という問題が生じるのである。

なお、『公共性の構造転換』における公共性論も、公共性論の理論的要素①②を充たすものであった。まず、①ハーバーマスは、『公共性の構造転換』の中でも、公衆の討議を重視していたことから、公衆における見解の多様性を一定程度承認していたと評価でき

この問題について、ハーバーマスは、「討議原理」による解決を図った。討議原理とは、「すべてのありうべき関与者が合理的討議への参加者として合意しうるであろう行為規範こそは、妥当である」[58] という原理である。要するに、この原理は、集団的決定への関与資格を平等に認めることを前提に、それらの関与者が合理的討議を経たうえで合意した（しうる）規範であれば、その規範（集団的決定）には正統性があるといってよい、ということを意味する。

ここでいう討議とは、コミュニケーション的行為の妥当要求の立証がなされる場であり、「より良い理由」のみが力を持つ場である。そして、コミュニケーション的行為とは、行為の参加者が相互了解を目指す行為であり、妥当要求の提示とその承認を通じた間主観的な過程である[59]。集団的決定の正統性は、この討議の合理性によって確保される。

もっとも、このような討議に参加することは、市民にとって、決定すべき問題の膨大性（情報のコスト）、及び期限までに決定をしなければならないという圧力（決定のコスト）による多大な負担を負わせるものである[60]。そこで、ハーバーマスは、この討議の場（公共圏）を、「政治システム」と「生活世界（通常の公共圏）」に区分した。生活世界とは、非公式の政治的意思形成が行われる場である。そこでは、決定のコストを負うことなく、自由な議論を継続的に行うことが可能である[61]。それに対して、政治システムとは、公式の政治的意思形成のための討議の場である。生活世界で形成された合意（公論）は、政治

る。また、②ハーバーマスは、一定の集団を元々排除した公共性は、そもそも公共性ではないと考えており（同116頁）、すべての者が教養と財産のある人物となれるような経済的・社会的条件が整った時に、初めて公共性が保証されるとしていた（同117頁）ので、関与資格の平等という要素も充たされていたといえる。

58）ユルゲン・ハーバーマス（河上倫逸＝耳野健二訳）『事実性と妥当性〔上〕』（未來社、2002）136頁。

59）ユルゲン・ハーバーマス（藤澤賢一郎ほか訳）『コミュニケイション的行為の理論〔中〕』（未來社、1986）42頁。

60）ユルゲン・ハーバーマス（河上倫逸＝耳野健二訳）『事実性と妥当性〔下〕』（未來社、2003）51-53頁。

61）ハーバーマス・前掲注60）32頁。

システムの決定に影響力を持ち、政治システムにおける審議・決定により、法案や拘束力ある決定になる[62]。そして、そのような集団的決定にこそ、正統性が認められるのである。

以上のように、ハーバーマスの公共性論は、①意見・価値観の多様性を承認しながら、②集団的決定の正統性条件として、「すべてのありうべき関与者が合理的討議への参加者として合意しうるであろう行為規範こそは、妥当である」という（関与資格の平等化を志向した）討議原理を提示し、その合理的討議たる手続を構想したものということができる。つまり、ハーバーマスの公共性論においても、公共性論の理論的要素は充たされている。

(3) ジョン・ロールズの公共性論

上述のように、ハーバーマスの公共性論は、集団的決定の正統性条件という問題に対して、合理的討議たる手続の構想をもって答えるものであった。しかしながら、この見解に対しては、討議が合意に収斂する現実的保証はない、という批判がなされうる[63]。

この点、ハーバーマスとは異なり、集団的決定の正統性という問題を、手続的問題に帰着させることなく解決しようとしたのが、ジョン・ロールズである。

ロールズは、『正義論』において、功利主義を批判した。いわく、功利主義は、「善」を「正義」とは独立に定義し、善の最大化をもって正義とする。そこでは、諸個人の間で満足の総和をどのように分配するかが軽視されており、諸個人間の差異が真剣に受け止められていない[64]。しかし、善（善き生）の構

62）ハーバーマス・前掲注60）40頁。

63）たとえば、齋藤純一『公共性』（岩波書店、2000）34-35頁。ただし、齋藤は、合意形成に至らないという事態について、消極的な評価はしていない。むしろ、ハーバーマスが公共圏を合意形成の空間として捉えていること自体を批判し（同33-34、38頁）、討議が開かれたものであることの意義を、「不合意に公共的な光が当てられること」（同36頁）に求めている。合意形成の現実的困難性という事実は、ハーバーマスのように公共圏を合意形成の場と捉える立場にとってのみ、致命傷となりうるのである。

64）ジョン・ロールズ（川本隆史ほか訳）『正義論〔改訂版〕』（紀伊国屋書店、2010）34-39頁。

想は、人によって様々であり、特に価値観が多様化した現代社会では、それは通約不可能なまでに多元化している。そのため、功利主義に従って善の最大化を目指すのであれば、それは、通常理解される意味での不正義（たとえば、社会の大部分から忌み嫌われている宗教的・性的実践を抑圧すること）を導くおそれすらある[65)]。

功利主義の上記問題を打破するため、ロールズは、正義の善に対する優位を主張した。すなわち、いかに善の総和を増加させる基礎的制度・集団的決定であろうとも、それが正義に反するのであれば認められない、と[66)]。

正義の原理が確立された「秩序だった社会」[67)] においては、多数派の善き生の構想を満足させるために、少数派の善き生の構想が犠牲になることはない。集団的決定は、特定の善き生の構想に肩入れしてなされることはなく、正義の原理に基づいてなされる。各人は好きなように善き生の構想を立てることができ、善き生の構想の多様性はそれ自体善いものとされる[68)]。

以上のように、ロールズの公共性論は、①現代において価値観（「善き生の構想」）が通約不可能なまでに多元的であることを承認しながら、②集団的決定の正統性条件を、正義の善に対する優位に求めたものといえる（これは、どの善き生の構想にも基づかないという点で、集団的決定への関与資格を平等化している）。つまり、ロールズの公共性論においても、公共性論の理論的要素は充たされている[69)]。

65）ロールズ・前掲注64）590-591頁。

66）ロールズ・前掲注64）39-48頁。なお、その正義の構想として、ロールズは、正義の二原理を提示した（『正義論』における「正義の二原理」の最終版につき、ロールズ・前掲注64）402-404頁）。

67）秩序だった社会の厳密な定義は、「〔1〕他の人びとも同一の正義の原理を承認しており、そして〔2〕基礎的な社会の諸制度がその原理を充たしかつ充たしていることが周知されている、以上の２点を全員が承服・承知している社会」である（ロールズ・前掲注64）595頁）。

68）ロールズ・前掲注64）586-593頁。

2　公共性論としての教育権論

前節で検討したとおり、公共性論の理論的要素としては、①意見・価値観の多様性を承認すること、②集団的決定に関与する資格を平等にしようとすること、の２点を抽出することができる。そこで、次に本節では、従来の教育権論がその理論的要素①②を充たすものであったことを確認する。

第１に、国家教育権説は、議会制民主主義に基づく国家的決定をもって教育内容を決定しようとする見解であった。これは、①あるべき教育内容についての国民の意見は様々であるところ、②その国民の意見を適正に（全国民に平等な決定関与資格を認めて）公教育内容に反映しうるのは、議会制民主主義の下では国家しかない、という論理であり、公共性論の理論的要素を充たしている。

第２に、国民教育権説は、国家教育権説の上記主張に対して、議会政治的多数決では、子どもの発達の法則性に即したきめ細やかな教育的専門性を確保できないと批判し、国民的英知を結集できる文化的ルートによって教育内容を決定することを構想した[70]（ただし、結果的には、教師（集団）に教育権を信託させることになった）。

69）なお、ロールズの理論（「公正としての正義」）は、『正義論』の時点では、包括的見解として提示されていた（と解されていた）。しかし、ロールズは、各学問分野からの批判にさらされた結果、多元的である正義の諸構想の中で自身の正義構想を包括的見解として正当化し続けることを諦めた。そこで、理論を修正し、「政治的リベラリズム」という見解を提示した。この見解においては、自身の理論の正当性は、立憲民主主義の伝統を持つ政治社会の公共的政治文化に存在する「重合的合意」に求められた。そして、晩年に書かれた『公正としての正義 再説』では、「公正としての正義」の性格が、包括的見解ではなく「政治的構想」であることが明示された（ジョン・ロールズ（田中成明ほか訳）『公正としての正義 再説』（岩波書店、2004）vi-vii頁）。この理論的修正に対しては、批判も多い。ただ、ロールズ自身が述べるように（同vii頁）、価値観の多元性に対して、より慎重な注意を払ったものとはいえるだろう。つまり、後期ロールズは、善き生の諸構想のみならず、正義の諸構想もまた多元的であるという事実を、重く受け止めたのである。

70）堀尾輝久『人権としての教育』（岩波書店、1991）145頁。具体的には、教師代表、父母代表、学問・芸術分野の知識人が参加する「教育課程審議会」などが構想されていた（同146頁）。

前節での検討を踏まえれば、国民教育権説の理論はハーバーマスの公共性論に類似している、ということがわかる[71)]。特に、堀尾輝久が国家教育権説を批判して発した、「〔国家教育権説の議会制民主主義論は、〕国政への参加とは何年に一度かおとずれる選挙、それもその投票行為のことだと観念し、またそれがあたりまえだと思い込まされている受け身一方の『国民』には、いかにも筋の通った言い分に聞えよう」[72)] という言葉からは、ハーバーマスが市民的公共性の崩壊を前にして発した嘆きの言葉が想起される。

したがって、国民教育権説もまた、公共性論の理論的要素を充たす。すなわち、それは、①あるべき教育内容についての国民の見解が多様であることを承認しつつ、②その国民の意見を真に公教育内容に反映させるための方法として、全国民の英知を結集する文化的ルートを構想したものなのである[73)]（この見解が、なぜ教師集団に教育権を信託させる理論に変化したのかは、第３節において明らかになる）。

第３に、近年の見解は、国家教育権説を批判するだけではなく、国民の教育権を教師（集団）に信託させた国民教育権説をも批判するものであった。

近年の見解には、大きく分けて２つの流れがあった。

71）現に、堀尾輝久は、国民教育権説の視点から公教育を語った際に、ハーバーマスの『公共性の構造転換』を参考文献に掲げていた（堀尾・前掲注70）217頁）。その初出は既に国民教育権説批判が激しくなっていた1990年であるが、理論内容自体は学テ判決以前からほぼ一貫しているため、より早期にハーバーマスの公共性論を意識していたものと考えられる。

72）堀尾・前掲注70）124頁。

73）これに対し、戸波江二は、国民教育権説を「教育を私的なものととらえ、国家は私的な領域に立ち入ってはならないと説いた」理論（私事性論）として把握している。おそらく、戸波は、堀尾輝久の「私事の組織化」という言葉（勝田守一＝堀尾輝久「国民教育における『中立性』の問題」堀尾輝久『現代教育の思想と構造』（岩波書店、1971）383頁以下所収）に着目して、このような把握をしたのであろう。しかし、本文で述べたように、国民教育権説は、公共性論の理論的要素を充たしている。また、堀尾自身も、「私事の組織化」という言葉が誤解されやすい表現であったことを認め、その後は「子どもの存在のいわば社会的性格が教育の公共性の前提となり、単なる私事という言葉で表現できないものがあることを強調」している（討論「『教育の公共性』論の今日的課題」日本教育法学会年報22号（1993）79頁〔堀尾発言〕）。

１つ目は、教育権を「公共性」の問題としたうえで、それとは区別された「私事」として親の「公教育からの自由」を考察する流れである。たとえば、公教育内容を充塡する権利である「教育権」と「公教育からの自由」との対立関係を指摘した樋口陽一、「公教育からの自由」留意説を唱えた内野正幸、家庭・地域社会の教育権能復元の重要性を説いた水島朝穂、「公教育からの自由」を親の思想・良心の自由として理論構成した西原博史などの見解がこれにあたる[74)]。

２つ目は、教育権を「公共性」の問題としたうえで、その公共性を真に実現するための理論を探求する流れである。たとえば、親や地域住民の教育参加を重視する今橋盛勝や、従来の国民教育権説とは異なる形での市民的公共性の実現を構想している戸波江二などの見解がこれにあたる。

このうち１つ目の流れは、親の「公教育からの自由」を「私事」として捉えることにより、それと対立する「公教育の内容を充塡する権限」たる教育権を「公共性」の問題として位置づけるものである。つまり、そこでは、国民教育権説や国家教育権説と同様に、教育権論が公共性論の理論的要素①②を充たすものとして捉えられている[75)]。

２つ目の流れは、①あるべき教育内容についての国民の意見が多様であることを認め、②国民の意見を適正に公教育内容に反映するには、単純な議会制民

74）「国民」から教師を除外したうえ、親のいわゆる「教育権」（「教育の自由」）が「自然権」的なものであると指摘した奥平康弘の見解も、方向性としては１つ目の流れにあたるといいうる。ただし、奥平の意図は、教育権論を公共性論として性格づけることよりも、「教育権」という概念自体の必要性・有用性を否定することにあったといえる。そのため、本文では、奥平の名前を挙げなかった。

75）ただし、西原は、樋口や内野とは異なり、「公教育からの自由」を「教育権」から引き離さない。西原は、「教育権」を「公教育の内容を充塡する権限」と「公教育からの自由」という２つの内容を持つものであると捉える。そのうえで、教育には、公共的局面（知識伝達）と私事的局面（人格教育）があると指摘する。そして、教育の公共的局面は、国家の教育保証責任（教育権）が優先する領域であるのに対し、教育の私事的局面は、親の教育権が優先する領域であるとする（西原・前掲注39）122-123、149-163頁）。このように、西原の教育権論には、例外的に、公共性論の枠を抜け出している部分があるといえる（このことの意義と限界については、第３節で論じる）。

主主義では不十分であるとともに、教師集団に一任するのでも不十分であり、親の教育権を現実に（国家への付託や教師集団への信託ではなく）保障する必要があるとするものであるといえる。

以上のように、近年の見解も、公共性論の理論的要素を基本的に充たす。

3　公共性論としての教育権論が抱える問題点

前節では、従来の教育権論が公共性論としての性格を持つものであったことを明らかにした。次に本節では、従来の教育権論が、公共性論であったがゆえに理論的問題を抱えていた、ということを明らかにする。

それらの問題点は、２種類ある。１つは、各公共性論自体の問題点、もう１つは、そもそも教育権論を公共性論として構築したことによる問題点である。より根本的な問題点は、もちろん後者である。後者の問題点があるからこそ、私は教育権論を公共性論として構築すべきではないと主張する。前者の問題点にまで言及するのは、従来の教育権論が公共性論として議論されていた（公共性論としての優劣を競っていた）ということを、更に明確化するために過ぎない。

⑴　国家教育権説の問題点

国家教育権説の公共性論は、単に議会制民主主義に従って教育内容が決定されてさえいれば、公共性が実現しているといえる、という単純な見解であった。このような公共性論（国家的公共性論）は、遅くともハーバーマスの『公共性の構造転換』が著されてからは、ほとんど支持されていない。したがって、国家教育権説が、市民的公共性論を唱えていた国民教育権説から批判されたのは、いわば当然のことであった。これが、国家教育権説が採用した公共性論自体の問題点である。

また、第１章で指摘したとおり、国家教育権説論者も、教育内容の細部まで国家が決定するというのは、現実的でないうえ、教育に対する過度な国家的統制を招く危険があるということを、認めていた。そして、学校に一定の教育カリキュラムの作成権限を認めることを提案したり、国家の教育権が親や教師の

教育権により制約されることを主張したりしていた。これらの理論的修正は、結論としては妥当である。このことに異論はないだろう。

しかしながら、そのような理論的修正は、公共性論からは導かれないはずである。なぜならば、それらは、親や教師に一般国民にはない特別の教育権を付与するものであり、公共性論の理論的要素②（集団的決定への関与資格の平等）に反するからである。つまり、国家教育権説は、結論の妥当性を確保するためには、公共性論を貫くことができなかったのである。これが、教育権論を公共性論として構築したことによる問題点である。

⑵　国民教育権説の再評価

国民教育権説の問題点を論じる前に、国民教育権説の再評価をしておく[76]。国民教育権説が理論的水準の高い見解であったことを指摘しておくことにより、国民教育権説の真の問題点が、教育権論を公共性論として構築した点にあったということが、より明確になるからである。

国民教育権説は、国家教育権説の国家的公共性論を批判し、市民的公共性論に基づいた教育権論を提示した。「公共性」という言葉が肯定的な意味で活発に用いられるようになったのが、1990年代を迎える頃からであった[77]ことを考えると、1950年代[78]（ハーバーマス『公共性の構造転換』の刊行よりも前）に既に市民的公共性論を主張していたという事実は、当時における国民教育権説の理論的水準の高さを物語っている。

しかも、国民教育権説は、市民的公共性論をただ輸入するだけではなく、法学及び教育学の知見を総動員してそれを根拠づけた。これは、法学と教育学という異なる学問分野の間で協力体制を整えたからこそ可能となったことであ

76）以下の再評価は、私見に基づくものであり、必ずしも国民教育権説論者の説明に忠実に従うものではない。

77）齋藤・前掲注63）１－２頁。

78）堀尾輝久は、1950年代に書かれた論文のなかで既に、公教育を「私事の組織化」（市民的公共性）として捉えていた（堀尾・前掲注73）。

り、学際的研究協力の大きな成功例であると評価できる[79)]。

国民教育権説の法律論は、教師（集団）に教育権を独占させた点や、「教育条理」というマジックワードを多用した点が目立つためか、低く評価されがちである。しかし、それらの点に気を取られずに考察すれば、実は巧みな理論構成がなされていたということがわかる。

第１に、子どもの教育を受ける権利を十全に保障するために、「教育権の所在」という問題設定をしたことが、巧みである。

国家による教育統制を防ごうとする場合、素朴な発想としては、教育内容について子どもの人権（教育を受ける権利や、思想・良心の自由など）に対する侵害として法律構成することが考えられる。しかし、国家が教育内容を決定した場合であっても、その教育内容自体が子どもの人権を侵害したと評価できるケースは少ない。たとえば、全国学力テストにしても、テスト内容自体が子どもの人権を侵害していると評価されることは、まずないだろう。したがって、このような法律構成では、子どもを国家的教育統制から司法的に救済することが難しい。

それに対して、「教育権の所在」という問題設定をすれば、教育内容が子どもの人権を侵害するものでない場合であっても、教育権を有しない国家が教育内容を決定したということをもって、違憲・違法と判断することができる。つまり、「教育権の所在」という問題設定をすることにより、子どもの教育を受ける権利をより十全に保障することが可能となるのである[80)]。

しかも、「教育権の所在」違反という法律構成によれば、裁判所が教育内容を審理する必要もなくなる。つまり、国家（裁判所を含む）に教育内容の決定・判断をさせないという国民教育権説の基本的姿勢を、貫徹させることができるのである。

第２に、司法的救済を得やすくするために、「教育権の所在」違反を教師の

79）国民教育権説の生成・発展に特に大きく貢献した教育学者としては、堀尾輝久のほかに、宗像誠也、牧柾名などが挙げられる（宗像誠也『教育と教育政策』（岩波書店、1961）、牧柾名『教育権』（新日本出版社、1971）など参照）。

80）最近では、教育権の所在という問題よりも、教育のあるべき内容という問題のほうが重要視される傾向にある。具体的には、価値教育や憲法教育の問題が注目されている（その先駆的論者は、永井憲一である。永井の理論については、永井憲一『主権者教育権の理論』（三省堂、1991）参照）。

もちろん、教育内容がどうあるべきかという問題は、極めて重要であるし、理論的探求がなされるべき難問でもある。特に、価値教育や憲法教育については、リベラリズムの公共性論（ロールズなど）との関係等が重大な問題となる（阪口正二郎「リベラルな立憲主義における公教育と多様性の尊重」一橋法学第２巻第２号（2003）105頁以下参照）。したがって、教育内容の問題に対する関心が高まっていること自体には、一定の意義がある。

ただ、注意すべきであるのは、教育内容の問題を重要視するあまり、教育権の所在という問題設定の有用性を否定する論調が存在する、ということである。たとえば、寺川史朗は、伝統的国民教育権説論者が教育内容の問題を軽視してきたと指摘し、それに対して「『文化的自治ルート』を通じて日本国憲法の価値原理が否定された場合、伝統的国民教育権論者は、それを甘んじて受け入れることになるのであろうか」との批判を加える（寺川史朗「教育主体観をめぐる試行的考察」戸波江二＝西原博史編著『子ども中心の教育法理論に向けて』（エイデル研究所、2006）198頁）。そして、本質的な問題は教育権の所在ではなく教育内容にあるというニュアンスを含ませて、「『国家』であろうが『国民』であろうが、また、『国家』の中の誰か、『国民』の中の誰かという議論は一切無視して、教育主体は誰でも構わない、誰でも教育主体になりうるという構成」を採ったほうが「かえってすっきりする」と主張する（同189頁）。

このような論調は、「不適切な教育内容は、誰が決定したものであっても、不適切であることに変わりない」という考えに基づいているものと思われる。しかし、そのような考えは、国民教育権説が打ち立てた「教育権の所在」という問題設定の意義を理解しないものといわなければならない。

たとえ教育内容が不適切であっても、それが違憲・違法でない限りは、裁判所による救済を得ることはできない。教育内容が憲法価値を正しく反映していないとしても、それが何らかの人権を侵害するものでなければ、司法的救済は得られない。そして、教育内容自体が違憲・違法であると判断されることは、実際上少ない。だからこそ、国民教育権説は、「教育権の所在」という問題設定をしたのである。つまり、国民教育権説は、教育内容の問題が重要であることは当然の前提としながら、教育内容を問題にするだけでは十分な司法的救済が得られないという事実に目を向けて、教育を受ける権利がより十全に保障されるために、「教育権の所在」に問題関心を集中させたのである。

このような国民教育権説の意義を理解していれば、教育内容の問題を重要視することによって、教育権の所在の問題を軽視するというようなことは、決して起こらないはずである。もしも、今後教育内容の問題ばかりに関心が集まり、そのために教育権の所在について理論的探求が停滞するようなことがあれば、それは、国民教育権説が果たした歴史的意義を無に帰すことになってしまうであろう。

教育の自由の侵害と構成した点も、（その理論には賛同しないが）巧みである。

前述のとおり、国民教育権説は、「教育権の所在」という問題について、国家教育権説の議会制民主主義論に対抗するため、市民的公共性論を提唱した。

もっとも、市民的公共性が実現されていないとして、それについて司法的救済を得るためには、どのように法律構成すればよいのか。

この点について、まず初めに考えられるのが、子どもの教育を受ける権利の侵害、という法律構成である。しかし、当時、教育を受ける権利は、一般に社会権（国家に対する請求権）と解されていた。社会権ということになると、国家によって内容決定された教育を受けられてさえいれば、人権侵害はないと評価されやすい（現に、国家教育権説は、そのような主張をしていた）。そこで考え出されたのが、教師の教育の自由の侵害、という法律構成である。つまり、自由権の侵害として構成することにより、国家による教育内容決定を人権侵害と評価されやすくしたのである。

なお、国民教育権説論者の多くが、教師を真理の代理者として性格づけたのも、教師に教育の自由が保障されるという見解を根拠づけるためであった。学テ判決が出される前、判例は、普通教育の教師に教育の自由は保障されないという見解を採っていた（東大ポポロ事件判決〔最大判昭和38年５月22日刑集17巻４号370頁〕）。したがって、国民教育権説は、判例を変更するほどの強力な論拠を必要としていた。だからこそ、国民教育権説論者の多くは、教師が真理の代理者であるという見解を、教師の実態がそれに反するということを認めながらも、なお主張し続けたのである。

第３に、国家教育権説を排斥するために、教育を受ける権利について学習権説を提唱した点が、巧みである。

前述のとおり、教育を受ける権利の法的性格が社会権であるとすると、それは国家に対する請求権として捉えられやすい。そのため、国家によって教育内容が決定されることは、むしろ当たり前ということになる。それに対して、教育を受ける権利の性格が学習権であるとすれば、それは学習要求を最も適切に充たしうる大人への請求権となる。つまり、国家ではなく親や教師に対する請

求権として捉えられやすくなるのである[81]。

以上の理論が巧みであったことは、それに対する学テ判決の対応からも明らかである。すなわち、学テ判決は、教育権の所在という問題設定をしたうえ、普通教育の教師に（消極的な内容であるが）教育の自由が認められると解釈し、さらに、教育を受ける権利について学習権説を採用した[82]のである。

(3) 国民教育権説の問題点

以上のように、国民教育権説は、当時としては非常に理論的水準の高い見解であった。しかしながら、国民教育権説も理論的問題を抱えている。

前述のとおり、国民教育権説の公共性論は、ハーバーマスの公共性論に類似した見解であった。そのため、ハーバーマスの見解に対するのと同様の批判を招いた。すなわち、国家教育権説論者から、国民の間で議会制民主主義によらずに合意形成をすることは困難である、という批判がなされたのである。

この批判を回避するために、国民教育権説は、その理論を２点修正した。１点目に、教育内的事項についても、一定の範囲において国家に介入権限を認めた（大綱的基準説、学校制度的基準説）。２点目に、国民に教育権があるという出発点に立ちながらも、国民を親に限り、親が教育専門家たる教師に教育権を

81）近年では、学習権概念は法的には無意味であるとの批判が有力になっている。たとえば、戸波江二は、学習権説に対して、「憲法二六条を学習権の保障と解することについても、それによって法的に意味のある解釈論的帰結が導き出されるのか、疑問なしとしない」と批判している（戸波江二「国民教育権論の展開」日本教育法学会編『講座現代教育法１　教育法学の展開と21世紀の展望』（三省堂、2001）109-110頁）。しかし、本文で述べたように、学習権概念には法的意味があるといえる。

82）学テ判決は、子どもの学習権を、その学習要求を充足するための教育を自己に施すことを「大人一般」（国家ではない）に対して要求する権利と定義した。そのうえで、憲法26条の背後に子どもの学習権を保障するとの観念が存在しているということは、「換言すれば」、子どもの教育が、「子どもの学習権の充足を図りうる立場にある者」の責務に属するものとして捉えられているということである、と判示した。この点から、学テ判決では、教育内容決定の責務を負う者（教育権の主体）を学習権充足の適任者（国家には限られない）とする理由として、学習権概念が用いられたと理解できる。やはり、学習権は法的に無意味な概念ではないのである。

信託したと擬制し、さらには教師の教育権を教師集団に帰属させた（国民教育権説が、市民的公共性論を採用しながら、教師集団に教育権を独占させることになったのは、このためである）。

たしかに、これらの修正をすれば、合意形成の困難性という批判は回避することができる。まず、全国的統一を図る必要のある教育内容の大綱（学校制度的基準）については、国家による決定が可能となる。また、国民の見解と教師集団の見解がイコールのものとみなされることにより、教師集団（日教組など）の内部で合意ができさえすれば、国民の間で合意形成がなされたことになる。

しかし、第１の修正点は、国民教育権説の市民的公共性論からは導かれないはずのものである。国民教育権説は、教育内容の決定が政治的ルートではなく文化的ルートによってなされることを、市民的公共性と捉えていた。教育内容の大綱（学校制度的基準）に限って政治的ルートで決定してよいという理屈は、この公共性論からは出てこない。

また、第２の修正点は、公共性論からは許されないはずのものである。公共性論の理論的要素②（集団的決定への関与資格の平等化）によれば、教育権は全国民に等しく与えられなければならないからである。近年の見解による国民教育権説批判も、この第２の修正点に向けられたものである。つまり、第２の修正点は、国民教育権説における「国民」を教師集団としてしまうことで、真の「国民」であるべき親などの教育権を有名無実化させてしまったのである。

以上のとおり、国民教育権説が採用した公共性論には、合意形成の困難性という問題があった。そして、国民教育権説は、その問題を克服しようとして無理に理論修正をしたために、公共性論としての水準を更に低下させてしまった。これが、国民教育権説が採用した公共性論自体の問題点である。

また、第２の修正点は、教育権論を公共性論として構築したことによる問題点をも明らかにしている。

先に、公共性論の理論的要素②によれば、教育権は全国民に等しく与えられなければならない、と述べた。たしかに、公共性論を貫くのであれば、就学年齢の子どもを持つ親であるからといって、また教師を職業とする者であるから

といって、一般国民に優越する教育権を与えられるべきではない。あくまでも、一国民という立場で、教育内容決定の討議に参加すべきである。

しかし、親や教師が一般国民とは異なる特別の教育権を有すべきことは、国家教育権説ですら認めているところである。たとえば、親は、子どものことを最も理解しているものとして、人格教育などの面で優先的な教育権を有すべきである。また、教師は、教育の専門家であり、教育現場で直接子どもに接する者として、授業方法などについて優先的な教育権を有すべきである。つまり、国民教育権説が、親や教師について国民一般とは異なる特別の教育権を付与したこと自体は、結論として妥当である。

このように、国民教育権説もまた、結論の妥当性を保持するためには、公共性論という理論枠組みを維持することができなかったのである。これが、教育権論を公共性論として構築したことによる問題点である。

⑷　近年の見解の問題点

前述のとおり、国民教育権説は、ハーバーマスに類似した市民的公共性論として出発しながら、合意形成の困難性という批判の前に理論修正を余儀なくされ、結果的に教師集団に教育権を独占させる理論となってしまった。

近年の見解は、その国民教育権説を批判した。その批判には、２つの流れがあった。１つ目の流れは、教育権論を公共性論と捉えつつ、教育権とは異なる「公教育からの自由」へと目を向けさせるものである。この流れは、「公教育からの自由」を私事性論として構築するものといえる。２つ目の流れは、教育権論を公共性論として捉えたうえで、その公共性論としての理論水準を高めようとするものである。この流れは、具体的には、国民教育権説が挫折した市民的公共性の実現を達成しようとしているものといえる。

したがって、公共性論としての教育権論が抱える理論的問題を分析するという本節の問題関心からは、近年の見解のうち特に２つ目の流れについて検討することになる。この流れに属する見解は、公共性論としての教育権論を理論的に発展させようとしているが、それでもやはり理論的問題を抱えている。第１

の問題は、近年の見解が採用する公共性論自体の問題点、第２・第３の問題は、教育権論を公共性論として構築したことによる問題点である。繰り返しになるが、より根本的な問題は、後二者の問題点である。

第１に、近年の見解は、市民的公共性の実現方法を明示できていない。

たとえば、戸波江二は、教育の公共性は「国家的公共性」ではなく「市民的公共性」であるべきであるという[83]。そして、そこでいう市民的公共性とは、「市民の自由な活動が社会の公的な善を促進するという意味での公共性」[84]であり、「ハーバーマスの説くところ」[85]であるとしている。しかし、その市民的公共性はどのようにすれば実現しうるのかについて、戸波は明確な見解を提示しえていない。ただ、国家的公共性を否定することの意味として、国家の教育内容への思想的・権力的介入を否定するということを述べるのみである[86]。

繰り返し述べてきたとおり、従来の国民教育権説においても、教育の公共性は市民的公共性として捉えられていた。ただ、教育内容決定について市民的公共性を実現しようとした結果、合意形成の困難性という問題に直面し、その理論を部分的に修正せざるを得なくなった。つまり、国民教育権説は、市民的公共性の実現方法（合意形成を可能にする制度の構想）という問題に真摯に取り組んだ[87]末に、それに挫折したのである。

そうであれば、従来の国民教育権説を批判し、その公共性論としての理論水準を高めようとする近年の見解にあっては、国民教育権説が挫折した、市民的

83）戸波・前掲注41）22頁。

84）戸波・前掲注41）22頁。

85）戸波・前掲注41）65頁注４。

86）戸波・前掲注41）23、53頁。

87）特に重要な取り組みとして、広沢明「教育における公共性」公法研究第54号（1992）45頁以下参照。広沢は、国家教育権説を「国家的公共性説」、国民教育権説を私事の組織化論を内容とする「社会的公共性説」（市民的公共性説）として把握したうえで、後者を妥当と評価するが、国家教育権説の公共性論（国家的公共性説）を批判するだけで済ませるような安易な議論には流れない。広沢は、国民教育権説の公共性論（社会的公共性論）にも「私事の組織化の具体的形態を構想すること」が「残された課題」として存在するということを明示し、その課題に対していくつかの具体的な提言を行っている。

公共性の実現方法という問題を解決しなければならないはずである。国家的公共性（単純な議会制民主主義）を否定し、市民的公共性を実現するため、いかなる制度によって市民の合意を形成するか。この難問の解決策を提示しえないうちは、近年の見解は、従来の国民教育権説の公共性論を乗り越えたとはいえない。

第２に、そもそも、通常の政治的決定に関する公共性論を、教育内容の決定に輸入するということ自体、理論的に問題がある。なぜならば、教育内容の決定においては、通常の政治的決定とは異なり、決定に基づく強制を受ける者と決定に関与する者とが一致していないからである。

たとえば、近年の教育権論においても注目されているハーバーマスの公共性論は、集団的決定の正統性条件として、討議原理を提示した。これはつまり、集団的決定に基づく強制を受けるすべての者が、合理的討議を経たうえで合意した（しうる）規範であれば、その規範（集団的決定）には正統性があるといってよい、という論理である。

このように、ハーバーマスの公共性論においても、強制を受ける者と決定に関与する者が一致していることは、前提とされている。これは、当然のことである。なぜならば、強制を受けない者がいくら合理的討議を尽くしたところで、強制を受ける者の意見は討議の場に提出されないからである。強制を受ける者の立場からすれば、そのような討議に基づく決定には、到底納得できないであろう。

しかし、教育内容の決定は、通常の政治的決定とは異なり、強制を受ける者と決定に関与する者とが一致しない。強制（教育）を受ける者は子どもであるのに対し、決定に関与する者は大人である。したがって、教育内容の決定については、通常の政治的決定に関する公共性論を輸入する前提を欠くのである[88)]。

88）もちろん、教育内容を子ども自身に決定させるというのであれば、強制を受ける者と決定に関与する者とは一致する。しかし、教育が未熟な子どもを一人前の人間へと育てる営みであることを考えれば、専ら子ども自身が教育内容を決定するというのは、現実的でないうえに妥当でない。

それにもかかわらず、従来の教育権論は、通常の政治的決定に関する公共性論を輸入してきた。その結果、そこでいう公共性論は、集団的決定の正統性条件とは無関係な、「偽物」の公共性論となった。

このような従来の教育権論の問題点を（意図せず）明らかにしているのが、皮肉にも、公共性論の発展により国民教育権説を再建しようとしている佐貫浩である。

佐貫は、「教育の自由の世界は、価値の多様性（対立を含んで）の空間であり、まさにそういう多様性の下でいかに公教育のための合意を作り出すかという斉藤〔ママ〕純一が言うところの公共圏[89]そのものである」[90]と述べる。そして、教育内容の決定が、個々の親の「私事」ではなく、「私事の組織化」のプロセスを得た合意によってなされることを求める[91]。つまり、佐貫は、堀尾輝久と同様、市民的公共性論（「私事の組織化」論）に基づいて教育権論を構築するのである。

しかし、佐貫は、このような私事の組織化が成功したとしても、それとは別に、子どもの価値観を保護する必要があるとする。その理由は、教育が行われるプロセスが「教育の公共性世界の価値的合意が一定の強制を伴って実現されるプロセス」であり、その強制によって「子どもの価値観形成の自由……を制限・抑圧する可能性」に注意しなければならないからであるという[92]。

以上の佐貫の主張は、いくら親の間で討議が尽くされ、その結果合意が形成できたとしても、それが子どもにとって正統性のある決定であるとは限らない、ということを明らかにしている。つまり、従来の教育権論でいわれるところの「公共性論」は、強制を受ける子どもにとって正統性のある決定を導き出

89）佐貫は齋藤の公共圏論を支持する旨述べているが、佐貫のいう公共圏の内容は、齋藤の公共性論とは異なる。脚注63）で指摘したように、齋藤は、合意の形成よりも「不合意に公共的な光が当てられること」を重視する。合意形成を重視する佐貫の公共圏論は、齋藤の公共性論よりも、ハーバーマスの公共性論に近い。

90）佐貫浩「政治世界の公共性と教育世界の公共性」教育学研究第74巻第４号（2007）499頁。

91）佐貫・前掲注90）501頁。

92）佐貫・前掲注90）501頁。

す理論とはなっていない。強制を受けない大人の価値観に反しない教育内容にする理論であって、強制を受ける子どもの価値観に配慮した理論ではないのである。それは、もはや「偽物」の公共性論と呼ぶべきものだろう。

第３に、近年の見解も、国家教育権説や国民教育権説と同様、「公共性論によりながら、いかにして親や教師に特別の教育権を付与しうるのか」という理論的問題を解決しえていない（私見によれば、そもそも解決しえない）。

前述のとおり、親や教師に対して一般の国民とは異なる特別の教育権を付与すべきであるということは、国民教育権説や学テ判決ではもちろん、国家教育権説においてさえも、ほぼ異論のないところである。そして、近年の見解においても、この点について反対する意見はほとんど存在しない。

しかし、公共性論によるかぎり、集団的決定への関与資格は平等でなければならないはずである（公共性論の理論的要素②）。これを教育権論にあてはめれば、すべての国民は等しく教育権を有しなければならないのであって、人格教育について親の教育権が他に優先するとか、授業方法について教師の教育権が他に優先するとかいう見解（この見解は結論としては妥当である）は、厳しく排除されなければならないということになる。つまり、公共性論によると、教育権の分配について適正な結論を導き出すことができないのである。

なお、前に指摘したとおり（脚注75））、西原博史は、教育権について公共的局面（知識伝達）と私事的局面（人格教育）の双方があるとし、公共的局面は国家の教育保証責任（教育権）が優先する領域であるのに対し、私事的局面は親の教育権（思想・良心の自由）が優先する領域であるとした。この西原の見解によれば、親に特別の教育権が付与されるべきことを説明しうる。その点で、西原の教育権論には一定の意義がある。

しかし、西原の見解も、公共性論から完全には脱却できていないために、問題を残している。まず、西原の上記理論では、教師に特別の教育権が付与されるべき理由を説明することができない。また、その理論は、国家の教育保証責任（教育権）と親の教育権との調整原理をも十分に提示しえない。西原は、知識伝達については前者、人格教育については後者が優先されるべきだとする

が、それ以外の事項について、両者の調整をいかに図るのかを明らかにしえていないのである。

4　学テ判決の「特異性」

前節までの検討で明らかになったように、従来の教育権論は、公共性論として構築されており、それゆえに理論的問題を抱えていた。その理論的問題は、少なくとも２点ある。まず、親や教師に特別の教育権を付与するという（結論として妥当な）見解は、公共性論からは導くことができない。また、そもそも教育内容の決定については、通常の政治的決定に関する公共性論を輸入する前提を欠く（理論的問題はこれに尽きるものではない。第４章第２節でも、そのほかの問題点を指摘する）。それに対し、学テ判決は、教育権論を公共性論とは異なる理論に基づいて構築した。そして、そのために、公共性論としての教育権論が抱える理論的問題を回避することができた。本節では、学テ判決のそのような「特異性」を指摘する。

第１章第３節で見たように、学テ判決が示した見解には、主に以下のような特徴があった。

第１の特徴は、教育権を子どもの学習権を保障するための「責務」として性格づけた、という点である。学テ判決は、「子どもの教育は、教育を施す者の支配的権能ではなく、何よりもまず、子どもの学習をする権利に対応し、その充足を図りうる立場にある者の責務に属する」としたのである。

第２の特徴は、国民教育権説（教師による教育権の独占）を斥ける理由として、教育権の濫用を抑制するために、教育権を分配することが必要であると指摘した、という点である。すなわち、学テ判決は、教師の教育権濫用等の問題について、「教師間における討議や親を含む第三者からの批判によって、教授の自由にもおのずから抑制が加わることは確かであり、これに期待すべきところも少なくないけれども、それによって右の自由の濫用等による弊害が効果的に防止されるという保障はなく、憲法がもっぱら右のような社会的自律作用による抑制のみに期待していると解すべき合理的根拠は、全く存しない」と論じた。

第３の特徴は、教育権分配の在り方について、学習権保障という観点から当然に一定の結論が導き出されるわけではないとした、という点である。学テ判決は、「子どもの教育がもっぱら子どもの利益のために、教育を与える者の責務として行われるべきものであるということからは、このような教育の内容及び方法を、誰がいかにして決定すべく、また、決定することができるかという問題に対する一定の結論は、当然には導き出されない」としたのである。

第４の特徴は、教育権の分配にあたって、親、教師、国家のそれぞれの性質に着目し（ここで教育学的な考察を行った点も特徴的である）、適材適所の分配方法を示した、という点である。

具体的には、親については、「子どもに対する自然的関係により、子どもの将来に対して最も深い関心をもち、かつ、配慮すべき立場にある者」であると評価し、主として家庭教育等学校外における教育や学校選択について教育権を分配した。

また、教師については、「子どもの教育が教師と子どもとの間の直接の人格的接触を通じ、その個性に応じて行われなければならない」と評価する一方、「教師が児童生徒に対して強い影響力、支配力を有すること」等にも注意を払い、教授の具体的内容及び方法について一定限度の教育権を分配した。

最後に、国家については、「一般に社会公共的な問題について国民全体の意思を組織的に決定、実現すべき立場」にあると評価し、また普通教育においては「教育の機会均等を図る上からも全国的に一定の水準を確保すべき強い要請がある」ことなどを考慮して、必要かつ相当と認められる範囲の教育権を分配した。ただ、その一方で、「政党政治の下での多数決原理によってされる国政上の意思決定は、さまざまな政治的要因によって左右されるもの」であると評価して、「本来人間の内面的価値に関する文化的営みとして、党派的な政治的観念や利害によって支配されるべきでない教育」に対する政治的介入はできるだけ抑制的であることが要請されるとした。

以上の学テ判決の特徴は、公共性論の論理と著しく異なっている。

まず、第１の特徴に見られるように、学テ判決は、教育権論の目的を、教育

内容を多様な価値観を有する国民にとって正統性のあるものにすることではなく、子どもの学習権をよりよく充足することに求めている。つまり、学テ判決の見解は、理論の目的自体が公共性論とは異なっている。

次に、第２の特徴に見られるように、学テ判決は、教育権を分配する目的の１つとして、教育権濫用の抑制を掲げている。このような、権限（責務）濫用の抑制という論理は、公共性論からは導き出されないものである。

さらに、第３の特徴に見られるように、学テ判決は、教育権の具体的分配の在り方が動態的であることを示唆している。このような論理も、公共性論からは導き出されないものである。

最後に、第４の特徴に見られるように、学テ判決は、集団的決定（公教育内容の決定）への関与資格を平等化しようとはしていない。むしろ、親、教師、国家の性質の差異を積極的に認め、それぞれに異なった事項についての教育権を分配している。これは、公共性論の理論的要素②と真っ向から対立する論理である。

以上のように、学テ判決の教育権論は、他の教育権論とは異なり、公共性論以外の理論に基づくものといえる。

第３章　「秩序」論としての教育権論

前章では、従来の教育権論が公共性論として構築されていたのに対し、学テ判決は公共性論以外の理論に基づいて構築されていた、ということが明らかになった。

本章では、学テ判決の依った理論が「秩序」論であるということを明らかにしたうえで、秩序論としての教育権論という理論を提示する。具体的には、第１節では、秩序論の思考様式を分析するために、代表的な秩序論を概観する。第２節では、学テ判決の教育権論の特徴が、秩序論の思考様式に合致するものであるということを指摘する。第３節では、学テ判決の教育権論を発展させたものとして、私自身の教育権論を提示する。

1　秩序論の思考様式

「公共性」の意義を探求する諸理論は、「公共性論」として整理されて語られることが多い。それに対して、「秩序」の意義を探求する諸理論は、各分野で個別的に論じられるのが通常であり、「秩序論」という形で整理されて語られることは少ない。そのため、「秩序論」という言葉そのものに違和感を覚える者も少なくないだろう。

本論文において、「秩序論」とは、自由・権利を担保するための秩序を構想する理論を意味している。「秩序」という言葉は、一般に、自由・権利と対立する概念という印象を持たれがちである。しかし、秩序は、自由・権利と対立するものではなく、むしろ自由・権利を担保するものとして捉えることが適切である。

自由・権利を担保するための秩序を構想する理論は、様々な学問分野において提唱されてきた。その典型は憲法学の統治機構論であるが、それにとどまらず、政治学、経済学、法哲学、開発法学などの分野においても、そのような理論は多く存在する。ただ、それらは、当該学問分野の中だけで個別に語られることが多かったがために、「秩序論」という性格を有することが明確にされてこなかったのである。本節では、そのような様々な学問分野における一見無関係とも思える諸理論を、「秩序論」として整理し、その思考様式を抽出する。

秩序論には多種多様な見解が存在するが、それらには通底する思考様式が存在する。そのことを明らかにするために、ここではあえて、相互に関連づけられて論じられることがほとんどなかった諸理論を取り上げる。具体的には、モンテスキュー、岡田与好、井上達夫、松尾弘の理論を検討する。モンテスキューは権力分立、岡田与好は経済史、井上達夫はリベラリズム、松尾弘は開発法学の論者としてそれぞれ有名であるが、それらの関連性が指摘されたことはほとんどなかった[93)]。それらの一見無関係な諸理論を、秩序論として整理することにより、秩序論の思考様式が明らかになるものと思う。

⑴　モンテスキューの秩序論

秩序論の理論家として、まず初めに名前を挙げるべきは、モンテスキューである。

モンテスキューは、自由を担保するための、権力の在り方に関する理論（秩序論）として、権力分立原理を唱えた。その理論には、大きく分けて２つの内容があった。すなわち、権力集中（専制）の排除と、権力の抑制・均衡である。

第１に、権力集中の排除については、国家には立法権力・裁判権力・執行権力の３種の権力があるとしたうえで、そのうち２つ以上が１つの国家機関に帰属した場合には、自由が存在しなくなると論じた。すなわち、同一の人間あるいは同一の役職者団体において立法権力と執行権力が結合されるときは、暴君的な法律が暴君的に執行されるおそれがあり、自由は全く存在しない。また、裁判権力が立法権力や執行権力と分離されていなければ、公民の生命と自由に関する権力が恣意的となったり、裁判役が圧制者の力を持ちうることになったりするおそれがあり、自由はやはり存在しない。さらに、もしも同一の人間などが立法権力・執行権力・裁判権力を行使するならば、すべてが失われる、と[94)]。

第２に、権力の抑制・均衡については、まず、立法府を２つ（庶民院と貴族院）に区分し、両者間に抑制・均衡を保たせるべきであるとした。また、執行権力（君主）に立法府の企図を抑止する権力を持たせるとともに、他方で、立法権力に執行権力を監視する権能を持たせることで、執行権力と立法権力との間で抑制・均衡を保たせるべきであるとした[95)]。この権力の抑制・均衡の在り方は、当時のイギリスの立法府に当てはまるものであった。当時のイギリスの立法府は、庶民院と貴族院から構成され、法律の制定には両院の同意が必要

93）関連性が指摘されなかったということは、もちろん、論者自身が関連性を意識していなかったということまでは意味しない。また、特にモンテスキューの権力分立論は、秩序を構想するうえで避けては通ることのできない理論であるため、モンテスキューの理論と他の秩序論との（何らかの）関連性については、指摘するまでもなく明らかであったともいえる。なお、岡田与好と井上達夫との直接的対話として、井上達夫＝岡田与好＝樋口陽一「自由をめぐる知的状況」ジュリスト978号（1991）29頁以下がある。

94）モンテスキュー（野田良之ほか訳）『法の精神（上）』（岩波書店、1989）291-292頁。

とされており、さらに、執行権力の担当者である君主に立法裁可権が与えられていたのである。

⑵　岡田与好の秩序論

上述のように、モンテスキューの理論は、国家機関レベルでの秩序論であった。それに対して、国家・市場間での秩序論を提示したのが、岡田与好である。

岡田は、以下のように、法律学界の通説が営業の自由を「人権」（国家からの自由）として捉えることを批判し、営業の自由は「公序」として捉えられるべきであると論じた。

法律学界の通説のように、営業の自由を「国家からの自由」として捉えることは、たとえば、独占禁止法制を、公共の福祉に基づく営業の自由（人権）の制限とみなすことを意味する。しかし、独占禁止法制は、独占や営業制限を排除し、営業の個人的自由（取引の制限からの自由）を保障しようとするものである。換言すれば、個人が自由に営業を行うためには、独占やカルテルなどを排する独占禁止法制等の国家的制限（「公序」）が不可欠である。法律学界の通説のように、独占禁止法制をも人権の制約と捉えることは、「営業の自由を制限する自由」（独占やカルテルの自由）を正当化することを帰結してしまう[96)]。この「自由を制限する自由」の保障とは、自由の制度的否認以外の何ものでも

95）モンテスキュー・前掲注94）300-304頁。なお、日本国憲法が採用する権力分立原理は、権力の抑制・均衡の形が、モンテスキューの理論とは異なっている。本文で述べたとおり、モンテスキューのそれは、君主・庶民院・貴族院の３者間での抑制・均衡を説くものであり、立法府の構成に関する原理というべきものであった。裁判権力については、常設的な機関ではなく、人民の団体から一定時期に選ばれた人々に担当させ、ある身分にも職業にも結びつけないようにさせることで、「いわば眼に見えず無」のものとしていた（同293-294頁）。それに対し、日本国憲法における権力分立制は、「国家の諸作用を性質に応じて立法・行政・司法というように『区分』し、それを異なる機関に担当させるように『分離』し、相互に『抑制と均衡』を保たせる制度」であると解されている（芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第五版〕』（岩波書店、2011）277頁）。つまり、そこでは、立法機関内部の抑制・均衡ではなく、三権相互の抑制・均衡が重視されているのである。

96）岡田与好『経済的自由主義――資本主義と自由――』（東京大学出版会、1987）25頁。

ない[97]。

岡田の上記主張は、結果としては、営業の自由を「国家からの自由」として把握する法律学界の通説を変更するには至らなかった。しかし、岡田の主張は、憲法学にとって決して意味のないものではなかった。すなわち、日本の憲法学は、かつて「国家からの自由」に関心を集中させる傾向にあったが、岡田によって提起された「営業の自由論争」が一つの端緒となって、「国家による自由」にも問題関心が注がれるようになったのである[98]。

⑶　井上達夫の秩序論

上述のように、岡田の理論は、自由・権利を担保するための秩序というものが、国家機関のレベルにとどまるべきものではない、ということを明らかにしている。その延長線上に、国家・市場・共同体間の秩序を主張した井上達夫の秩序論が存在する。

井上は、リベラリズムの秩序構想（「自由の秩序」）として、「秩序のトゥリアーデ」という秩序論を提唱した。秩序のトゥリアーデとは、国家・市場・共同体という３つの秩序形成装置を併存させて、相互の抑制・均衡を保持することである[99]。ここでいう「均衡」は、諸力の拮抗状況そのものであり、安定的にとどまることのできる均衡点があるわけではない[100]。

井上は、このような多元的均衡化こそが、自由の秩序の基本条件であると論じる。すなわち、３つの秩序形成装置のうち、１つが肥大化し、他を圧迫した場合、秩序のトゥリアーデは、均衡を喪失した「専制のトゥリアーデ」と化し

97）岡田・前掲注96）62頁。

98）このような憲法学における岡田理論の部分的受容は、樋口陽一の働きによるところが大きい（樋口・前掲注25）133-144頁参照）。樋口は、営業の自由についても、「国家からの自由」と「国家による自由」という二義性を自覚した憲法論が求められている、と指摘している（樋口陽一『憲法〔第三版〕』（創文社、2007）249-251頁）。

99）井上達夫『哲学塾 自由論』（岩波書店、2008）58頁。

100）井上・前掲注99）114頁。

てしまうと主張する[101]。

具体的には、国家権力が肥大化して市場と共同体を圧迫した場合には、ナチズム、スターリニズム、毛沢東主義のような「全体主義的専制」が出現する。また、市場が肥大化して国家と共同体を圧迫した場合には、「資本主義的専制」が出現し、様々な共同体の特異性が失われ、生活形式の画一化・平準化が進む。さらに、共同体が肥大化して国家と市場を圧迫した場合には、「共同体主義的専制」が出現し、種々の中間共同体は、構成員個人に対してインフォーマルな制裁による社会的専制の圧力を無制約に行使するとともに、その集団的特殊利益を自己の既得権として強固に主張する、という結果を招く[102]。

⑷　松尾弘の秩序論

井上の秩序論と類似した秩序構想は、開発法学（法整備支援論）の分野でも提唱されている。松尾弘の秩序論がそれである。

松尾は、被支援国民の権利・自由を担保するための制度改革理念である「良い統治」を、「経済的組織（市場・企業）、政府組織（行政部・司法部・立法部）、および非経済的・非政府的組織（市民社会）が相互に固有の存在意義を発揮しつつ、良好な相互作用の均衡が成立した国家の理想状態」[103] と定義づけた。

松尾は、その理由を、次のように論じる。まず、社会の構成員が、良質な物を、安価に、迅速に、確実に入手するために、市場および企業という経済的組織が必要となる。次に、市場で行われる契約や企業の権利・義務関係をめぐるルールを確定し、実現するために、立法・裁判・執行の強制権限を持った政府組織が必要となる。さらに、強大な権限を付与された政府組織がその権限を濫用・逸脱しないように、それを回避・抑制するものとして、政府組織からも経済的組織からも独立した第３の組織として、市民社会が必要となる。このように、社会の構成員の権利・自由を担保する「良い統治」は、経済的組織・政府

101）井上・前掲注99）62頁。
102）井上・前掲注99）62-76頁。
103）松尾弘『良い統治と法の支配――開発法学の挑戦』（日本評論社、2009）13頁。

組織・市民社会が相互に抑制・均衡を保つことで実現される[104)]。

⑸　秩序論の思考様式

以上の検討から、秩序論は、以下のような思考様式[105)] を有するものといえる。

まず、ⅰ秩序論は、自由・権利を担保することを目的として、秩序を構想する。そして、ⅱそのような秩序構想は、各秩序構成機関に対して、その性質に適合した権力を付与するものとなる。権力を適材適所に分配するのである。

もっとも、権力の分配が適材適所になされたとしても、その権力が逸脱・濫用される等のおそれは残る。そのため、ⅲ権力の逸脱・濫用等を防ぐため、それらの間における抑制・均衡が重視される。そして、ⅳ抑制・均衡が重視される結果として、秩序は動態的なものとして捉えられることになる[106)]。

2　学テ判決と秩序論

前節では、秩序論の思考様式を抽出した。本節では、学テ判決の理論的特徴が、秩序論の思考様式に合致するものである、ということを明らかにする。

第２章第４節で述べたとおり、学テ判決の見解には、主に、次のような理論的特徴があった。すなわち、①教育権を学習権充足のための責務として把握する点、②権限濫用の抑制を教育権分配の目的の１つとする点、③教育権の具体的分配の在り方が動態的であることを示唆する点、④各教育権主体の性質に適合した教育権分配を行う点である。

これらの理論的特徴のうち、①教育権を学習権充足のための責務として把握する点は、ⅰ自由・権利を担保するための秩序を構想するという秩序論の思考

104）松尾・前掲注103）13、146-189頁。

105）公共性論の場合とは異なり、「理論的要素」という言葉ではなく「思考様式」という言葉を用いたのは、ここで指摘する思考様式が、必ずしもすべての秩序論（本文中で検討した諸理論も含めて）が備えている「要素」ではない、ということを意識したものである。

106）この点については、権力分立原理について「抑制・均衡」法理を重視し、権力分立の具体的在り方の動態性を指摘した、駒村圭吾の「関数としての権力分立」論が参考になる（駒村圭吾『権力分立の諸相』（南窓社、1999）特に第３章第２節、終章第５節）。

様式に合致する。すなわち、教育権を、大人の権利としてではなく、子どもの学習権を充足する責務として捉え、それをよりよく充足するための教育権分配を構想するというのは、子どもの自由・権利を担保するための秩序を構想することにほかならない。

次に、④各教育権主体の性質に適合した教育権分配を行う点は、ⅱ各秩序構成機関に対して、その性質に適合した権力を付与するという、秩序論の思考様式に合致する。

さらに、②権限濫用の抑制を教育権分配の目的の１つとする点は、ⅲ秩序構想において抑制・均衡を重視するという、秩序論の思考様式に合致している。

最後に、③教育権の具体的分配の在り方が動態的であることを示唆する点は、ⅳ抑制・均衡を重視した結果として、秩序の在り方を動態的なものとして把握するという、秩序論の思考様式に合致している。

３　秩序論としての教育権論

前節までの検討により、学テ判決が秩序論として教育権論を構築していたということが明らかになった。本節では、そのような学テ判決の教育権論を発展させた、私自身の教育権論を提示する。

私も、学テ判決と同様、教育権論は秩序論として構築されるべきであると考える。公共性論としての教育権論には、少なくとも、親や教師に特別の教育権を付与するという（結論として妥当な）見解を導くことができないという問題や、そもそも教育内容の決定については、通常の政治的決定に関する公共性論を輸入する前提を欠く、という問題があるからである。

秩序論として教育権論を構築する場合、まず、教育権は、権利ではなく、子どもの学習権を充足するための責務として性格づけられる。そして、教育権の分配は、子どもの学習権をよりよく充足するための秩序構想として捉えられる。教育権分配の在るべき秩序構想は、各秩序構成機関（教育権主体）に対して、その性質に適合した形で教育権を分配し、かつ、各秩序構成機関相互の抑制・均衡を保持させることである。これが、私の教育権論の一般的内容である。

以下では、私の教育権論の具体的内容を明らかにするため、いくつかの補足をする。

第１に、秩序構成機関（教育権主体）としては、少なくとも、親・教師・国家の３者が挙げられる。国家の実質は全国民であり、国民の意思から離れた抽象的な「国家」ではない。そして、国家（全国民）から区別された親・教師を独立の秩序構成機関（教育権主体）であるとすることは、親・教師に一般国民が有しない特別の教育権を付与するということを意味する。

第２に、学テ判決は、親・教師・国家の性質をいくつか指摘したが、それはもちろん事件の解決に必要な範囲に限られたものであった。そこで、それらの教育権主体が有する他の性質を、私なりに補うことにする。それらの教育権主体には、少なくとも、以下のような性質があるように思われる。

まず、親の性質としては、親密性、当事者性、理解性が挙げられる。親密性とは、子どもにとって最も親しい存在である、という性質である。当事者性とは、子どもと一心同体であるという感覚を持っており、そのために、子どもに対する教育を当事者として考察することができる、という性質である。理解性とは、子どもの成長過程を長期間近くで見守るがゆえに、子どもの性格等をよく理解している、という性質である。

次に、教師の性質としては、専門性、迅速性、柔軟性が挙げられる。専門性とは、教育の専門家である、という性質である。迅速性とは、学校という教育現場で働いているため、子どもの状態・反応に迅速に対応できる、という性質である。柔軟性とは、教育内容・方法の決定において、諸々の状況に応じて柔軟に判断することができ、さらに、一度行った決定もある程度柔軟に変更・修正することができる、という性質である。

最後に、国家の性質としては、強大性、平等性、公開性が挙げられる。強大性とは、権力が強大である、という性質である。平等性とは、教育内容・方法の決定において、基本的に全国一律の決定がなされ、そのために教育の平等が確保される、という性質である。公開性とは、国民に対して権限行使が公開される、という性質である。

第３に、教育権主体相互間での抑制・均衡が崩れると、子どもの学習権に危険が及ぶ。そのため、抑制・均衡を取り戻すために、圧迫を受けた教育権主体の教育権の拡大化が求められる。これまでの教育権論の理論的変遷も、この観点から再整理することができる。

まず、国家の教育権が肥大化し、教師・親の教育権が圧迫された場合、戦前の国家的教育統制のような事態が生じる。具体的には、教師は、教育の専門家ではなく、ただ決められたことを教えるだけの存在とみなされる。親の教育権は、単純な議会制民主主義によって実現するものとみなされ、無力化される。国家は、恣意的な教育内容決定を行い、国家にとって都合の良い子どもを作り出し、国民から国家への批判能力を奪っていく。このような事態を防ぎ、子どもの学習権を国家権力から保護することを目的としていたのが、国民教育権説である[107)]。つまり、国民教育権説は、国家の教育権の肥大化を、教師の教育権を拡大化させることで防ごうとしたのである。

しかしながら、教師の教育権が肥大化すると、今度は国家・親の教育権が圧迫されてしまう。この場合には、親の教育権は、教師に「信託」されたという形で無力化される。国家による統制が働かないがゆえに、学習指導要領のような教育の最低水準が消滅し、教育の平等が崩れる。教育内容を教職員組合が恣意的に決定することで、その政治色に染められた教育が行われ、子どもに対するイデオロギー的教化がなされる。教師による過剰な管理主義的教育や身体的・精神的体罰などが横行する[108)]。そのような危険を感知し、親の教育権を強調したのが、今橋盛勝や西原博史などである。つまり、今橋や西原などは、親の教育権を拡大化させることで、国家のみならず教師の教育権の肥大化をも防ごうとしたのである。

107）このような国民教育権説の危機意識については、何よりも、国民教育権説の生みの親である著者が、戦時中の自らの過ちをも告白・謝罪し、国家的教育統制の危険性と戦後教育のあるべき方向性を論じた、宗像誠也『私の教育宣言』（岩波書店、1958）が参照されるべきである。

108）広沢明『憲法と子どもの権利条約』（エイデル研究所、1993）、今橋盛勝『いじめ・体罰と父母の教育権』（岩波書店、1991）参照。

もっとも、親の教育権を拡大化させすぎると、今度は国家・教師の教育権が圧迫されてしまう。この場合には、教育について専門的知識を持たず、マス・メディアの流す情報や周囲の噂・風評に左右されやすい親の意見によって、教育内容が動かされる。その結果、子どもに真理を教えるという教育の本来的機能が弱体化する。教育は親にとって「スーパーの商品」のように選択の対象となり、各学校は親たちの評判によって序列化される。国家による規制がないがゆえに、裕福な家庭の子どもばかり序列上位の学校に進学することができ、貧しい家庭の子どもは序列化によって過小規模校となった学校に通うことを強制される。藤田英典などが日本の現代教育改革を「教育の市場化」として批判している[109]のは、このような危険を指摘したものである。

第4に、各秩序構成機関（教育権主体）相互間において抑制・均衡を保たせるということは、その結果として、教育権分配の動態性を導く。すなわち、教育権分配の具体的な在り方は、理論上画一的に定められるものではなく、常に変わり続けるものである。したがって、学テ判決が提示した教育権分配も、あくまでも当時における教育権分配であり、必ずしも今日においても通用するとは限らない（ただし、それは、かなり抽象度の高いものであったため、今日においても大きくは異ならないと思われる）。そのため、教育権分配の具体的在り方は、時代の変化等に応じて探求し続けられなければならない。なお、その探求においては、学テ判決も行ったように、教育学的考察を行うことが不可欠となる。そして、その教育学的考察においては、国民教育権説が築き上げた、法学と教育学との協働体制が、大きな意味を持ってくる。

第4章　具体的問題の検討――学校選択制

前章までの検討により、私の教育権論（秩序論としての教育権論）の内容を明らかにすることができた。

109）藤田英典『義務教育を問いなおす』（筑摩書房、2005）参照。

本章では、私の教育権論の有用性を示すために、それを用いて学校選択制の問題を分析することにする。第１節では、日本における学校選択制の歴史と内容について確認する。第２節では、従来の教育権論では学校選択制の問題に対応しえない、ということを論じる。第３節では、私の教育権論によれば学校選択制の問題にも対応できる、ということを主張する。

１　日本における学校選択制の歴史と内容

従来、公立の小・中学校に通う子どもは、教育委員会の指定する居住区の学校に就学するものとされてきた（学校教育法施行令５条、学区制・学校指定制）。この学区制・学校指定制が原則であるという点については、今日でも変わっていない。

しかし、1997年に文部省通知「通学区域制度の弾力的運用について」が出されたため、それ以後は、学校選択制を導入する自治体が増えていった。具体的には、1998年に三重県紀宝町が導入し、次いで2000年に東京都品川区が導入した。特に品川区の学校選択制は、公立小・中学校の改革手法として全国的に注目され、他の多くの自治体を学校選択制導入へと動機づけた。

2003年には、学校教育法施行規則が一部改正され、市町村教育委員会の判断により学校選択制を導入できることが明記されるに至った。これにより、いよいよ学校選択制の導入は、全国の自治体（特に東京都や埼玉県）に広がっていった。

現在日本で行われている学校選択制の多くは、学区制撤廃・緩和型である。学区制撤廃・緩和型とは、子どもの通学する学校を指定している学区ないし通学区域の規制を撤廃・緩和し、広い域内に存在する複数の学校の中から、就学する学校を選ぶことができるようにするものである[110)]。特に、日本の現行学校選択制は、学区制撤廃・緩和型のなかでも素朴な内容のものであり、教育の平等を保つための特別な国家的規制などは、ほとんど設けられていない。

110）藤田英典「疑似市場的な教育制度構想の特徴と問題点」小内透編『リーディングス日本の教育と社会第13巻 教育の不平等』（日本図書センター、2009）312頁。

2　公共性論としての教育権論による検討

学校選択制は、「親が子どもの通う学校を決定する」という制度であるから、子どもに対する教育内容を決定する権限の所在、すなわち教育権の所在の問題を提起するものといえる。したがって、教育権論によって（も）その是非が判断されるべきである[111)]。

しかし、結論を先に述べれば、従来の教育権論は、学校選択制という問題に対応しえない。その原因は、従来の教育権論が公共性論として構築されていた、という点にある。

(1)　個別的決定への公共性論の非対応

第２章で見たとおり、公共性論は、多様な意見・価値観の存在を承認すること、「集団的決定」への関与資格を平等にしようとすることを理論的要素としている。そのことから明らかなように、公共性論は、多様な意見・価値観を有する複数の人びとによって行われる「集団的決定」の場面で妥当する理論であり、「個別的決定」をその射程に含まない。たとえば、アレントの公共性論は、多様な意見・価値観を有する他者が存在する公共的領域という、「集団的決定」

111）学校選択制が導入される以前は、学校選択が教育権の問題であるということは、あまり意識されていなかった。学テ判決は学校選択の自由を親の教育権の一内容であると判示していたが、学区制が当然の制度であるかのように思われていた当時は、その判示は、私立学校選択の自由を指すものとして理解されるのが一般的であった。しかし、学校選択制が導入され始めた現在では、学校選択が教育権の問題であるということが一般的に認識されるようになった。

学校選択が教育権の問題であるということは、具体的には、次のことを意味する。すなわち、学校選択制を導入するということは、学校選択について親の教育権を拡大化させることとして捉えられる。それに対して、学区制を維持するということは、学校選択について国家の教育権を強大なままにすることとして捉えられる。かつては当然の制度と思われてきた学区制は、今では、学校選択について親ではなく国家に教育権を付与する制度として、問題化されるのである。そして、その問題意識からは、学区制は、国家が、子どもの個性や将来像とは関係なく、ただその子どもの住所のみを基準として、一方的に通学校を指定する制度であると分析される。

の場面について妥当するものであるし、ハーバーマスやロールズの公共性論は、多様な意見・価値観を有する者の間でなされる「集団的決定」について、その正統性条件を探求するものである。

したがって、公共性論として構築された教育権論も、教育内容の集団的決定の問題にしか対応しえず、教育内容の個別的決定の問題には対応しえない（第２章第３節では明らかにしなかったが、これも、公共性論としての教育権論が抱える理論的問題の１つである）。すなわち、集団的決定の問題については、公共性が実現されているか否かによって、その是非を判断することができるが、個別的決定の問題については、その是非を判断する基準を持たない。無理にその是非を判断しようと思えば、教育権論とは別の理屈による議論をするか、「教育内容の個別的決定はすべて不適切である」というような不当な議論をせざるを得ない[112)]。

112）もちろん、「そもそも教育権論は、教育内容の集団的決定にのみ妥当すべき理論であり、個別的決定には対応できなくともよい」と割り切ってしまう道もある。たとえば、教育権を「公教育の内容を充塡する権限」と定義づけ、それと対立するものとして「公教育からの自由」を位置づける樋口陽一・内野正幸らの見解は、このような方向を示すものといえる。

しかし、仮に教育内容の個別的決定が、教育権ではなく「公教育からの自由」の問題であるとして、それではその「公教育からの自由」が認められるか否かをどのように判断すればよいのか。樋口や内野らの見解では、それは、親の人権の問題（教育権論ではなく、通常の人権論の問題）として処理することになるのだろう。

たしかに、親の信教の自由や思想・良心の自由が問題となるケースであれば、それは通常の人権論でも処理しうる余地がある（私は、その場合についても、通常の人権論とは別に教育権論が問題とされるべきだと考えるが）。しかし、公立学校選択のように、それらの人権が問題とならない（親の人権の問題とはし難い）ケースは、どうか。公教育内容を決定する場面ではなく、また親の人権も問題にならない以上、学校選択制はそもそも憲法問題ではない、ということになるのか。そのような議論では、「国家が通学校を決定するよりも、親が通学校を選択するほうが、子どもの学習権保障の観点から適切ではないか」という重要な論点が抜け落ちてしまう。

また、仮に公立学校選択などの個別的決定を親の人権の問題とすることができた（たとえば、公立学校選択の自由が親の憲法上の人権として認められた）としても、通常の人権論による限り、やはり適切な議論はなしえない。なぜならば、そこでは、「国家が学校を決定することは、親の学校選択の自由の侵害ではないか」という問題に議論が絞られ、

学校選択制は、学習指導要領などの全国共通の教育内容を決定するような集団的決定の場面ではなく、各親が個別的に学校を選択するという制度であり、まさに教育内容の個別的決定の場面である[113)]。そのため、公共性論としての教育権論は、学校選択制の問題に対応することができない。

以上のことを確認するために、以下では、従来の教育権論の代表的論者による学校選択制に関する見解を検討する。

⑵　兼子仁の見解

兼子仁は、学校選択制を導入すると公立学校に受験校優先主義を持ち込むことになり得るなどという理由で、学校選択制の導入に反対する[114)]。

そもそも兼子は、学校選択制の導入が始まる前から、親に公立学校選択の自由は保障されないという見解を採っていた。その理由は、公立学校は地域のすべての子どもの学習権を一斉に均等な条件で保障しようとする学校制度である

「親が学校を選択することは違憲ではないか」という問題を議論することができないからである。つまり、通常の人権論では、「国家が通学校を決定するのと、親が通学校を選択するのと、どちらが子どもの学習権保障の観点から適切であるのか」という議論を十分にすることができないのである。

教育権論は、通常の人権論では子どもの学習権を十分に救済できないという問題意識から、「教育内容決定権限（責務）のあるべき帰属態様に違反していないか」という新たな観点を導入し、それによって子どもの学習権を十全に保障しようとした理論である。その教育権論の存在意義を没却させないためには、教育内容の個別的決定についても、教育権論の射程に取り込むべきである。教育権論の射程を集団的決定に限定し、個別的決定については通常の人権論で処理すればよいと割り切るのは、妥当ではない。

113）ここで混同しないように注意されたいのは、学校選択制に関して教育権の問題が生じるのは、地域住民が学校選択制導入を決定したという点についてではなく、その学校選択制により親に学校選択が委ねられるという点についてである、ということである。前者の点は、集団的決定の場面であるから、従来の教育権論によっても対応することが可能である。たとえば、地域住民の意見が決定に対して適正に反映されたのか否かを検討すればよい。それに対して、後者の点は、親が自分の子どもを通わせる学校を選択するという、個別的決定の場面であるため、従来の教育権論によっては対応できない。

114）座談会「戦後教育制度の変遷――戦後教育の軌跡と現況、将来の課題」ジュリスト1337号（2007）19頁〔兼子仁発言〕。

という点や、公立学校選択の自由は、私立学校選択の自由とは異なり、有名校を目指して激しい受験競争を行うことのみを意味するものであって、子どもの学習権をよく保障しない実質のものであるという点にあった[115)]。兼子が学校選択制に反対するのは、このような従来からの立場と一貫している。

私は、兼子の学校選択制に対する評価自体を問題にするつもりはない。むしろ、学校選択制により教育の機会均等が崩れる危険性への警戒視や、子どもが受験競争に巻き込まれ、学習という営みが「人格形成」ではなく「受験勉強」とイコールにされてしまうことへの危惧感には、共感をも覚える。私が問題にしたいのは、兼子の上記評価が、国民教育権説の理論と結びついていない、という点である。

前節で見たように、学校選択制は、国家による学区・学校指定を撤廃・緩和し、親に学校選択を委ねる制度である。それは、つまり、学校選択という事項について、従来強大であった国家の教育権を縮小し、その代わりに親の教育権を拡大化させるということを意味する。

また、学校選択制の実施は、教育の多様化の推進へとつながる可能性がある。なぜならば、各学校の教育が画一的であっては、親の多様な教育ニーズを充足するという学校選択制の目的を十分に実現できないからである。そして、教育の多様化が推進されるということは、国家が教育内容・方法を画一的に決定するのではなく、各学校において教師が教育内容・方法について創意工夫を凝らす、ということを意味する。

このように、学校選択制は、国家の教育権を縮小させ、親の教育権、教師の教育権を拡大化させる教育政策であるということができる。そうすると、「教育権は親・教師に帰属する」という国民教育権説の論理を貫けば、学校選択制導入に肯定的な立場に行き着くはずである。

しかし、兼子は、これらの点に言及することなく、教育の機会均等や受験競争の防止という、国民教育権説の理論とは直接結びつかない理由により、学校

115）兼子仁『教育法〔新版〕』（有斐閣、1978）208-209頁。

選択制の導入に反対している。このことは、国民教育権説が学校選択制（個別的決定）の問題に対応しえない教育権論であるということを、示しているといえる。

⑶　堀尾輝久の見解

堀尾輝久は、学校選択制は、公教育の私事化・解体を進めるものであり、それを導入すれば、教育が「商品」とみなされ、また教育に競争原理が持ち込まれ、その結果としてかえって教育内容の画一化が進行する、などとして学校選択制に批判的な立場をとる[116)]。

堀尾は、学校選択制の導入が始まる前から、「私事の組織化」と「教育の私事化」を区別し、後者を批判していた。すなわち、私事は組織化されてこそ公教育になるのであって、組織化されない私事は「個々の親のエゴイズム」であるとしていた[117)]。堀尾は、この従来からの見解を学校選択制にあてはめて、学校選択制が「私事の組織化」と対立する（「教育の私事化」を進める）という点を批判しているのである[118)]。

堀尾の学校選択制に対する評価自体は、日本における学校選択制に対する評価としては、決して不当なものではない。堀尾が指摘するとおり、日本における学校選択制は、教育に競争原理を持ち込むものが多い。そして、競争原理は、人気校と不人気校との分離を生じさせ、学校規模・教育水準の不均衡を招

116）堀尾輝久『教育基本法はどこへ』（有斐閣、1986）187-210頁。これは、現行学校選択制に対する評価ではなく、臨時教育審議会が提案した教育バウチャー制などに対する評価である。もっとも、堀尾は、その後、現行学校選択制を批判する内容の本を編集している（堀尾輝久＝小島喜孝編『地域における新自由主義教育改革――学校選択、学力テスト、教育特区』（エイデル研究所、2004））。そのため、堀尾は、現行学校選択制に対しても同様の評価をしているものと考えられる。

117）堀尾・前掲注70）137頁。

118）ただし、堀尾は、親の学校選択の自由に無関心であったわけではない。むしろ、堀尾は、親には本来的に学校選択の自由が保障されているのであり、それにもかかわらず学区制が正当であるのは、学校選択を無意味にするほどに、それぞれの学校が充実した教育を行っているからにすぎない、としていた（堀尾・前掲注70）135-137、199頁）。

くとともに、親のニーズ（受験対策の重視など）に合致した学校ばかりが人気校となる結果、かえって教育内容を画一化させるおそれがある。

しかし、それらの評価は、やはり国民教育権説の理論と論理的に結びついたものではない。そのことは、教育の不平等をもたらさず、また教育の多様化を促進するような学校選択制も理論上ありうるということに鑑みれば、明らかである。現に、世界における学校選択制の歴史に目を向ければ、そこでは教育の平等化、多様化を可能にするべく制度の改善が進められ、一定の成果を挙げている。学校選択制が教育内容決定について私事の組織化というプロセスを経ない制度だからといって、それが必ず教育の不平等化や画一化を招くと考えるのは、論理的ではない。

それにもかかわらず、堀尾は、教育の不平等化や画一化という上記評価も、私事の組織化論から導かれるかのように主張している。つまり、私事の組織化論という市民的公共性論によって、個別的決定（学校選択制）の是非をも判断しようとしているのである。

このように、個別的決定の問題をも無理に公共性論（私事の組織化論）で解決しようとすることは、教育内容の個別的決定をすべて不適切なものとして排斥するという結果を招きかねない。個別的決定の場面においては、私事が組織化されることはないため、個別的決定の是非を「私事の組織化がなされているか」という基準で判断することは、個別的決定はすべて不適切であると断ずることと、ほぼ同じだからである。

教育内容の個別的決定をすべて不適切と評価することの不当性は、論じるまでもなく明らかであろう。教育内容を集団的にしか決定しえないということは、親の教育権について、他の親や教師との合意を形成することでしか行使できないとすることを意味する。それは、親の教育権（樋口陽一らがいうところの「公教育からの自由」）を軽視する理論として批判されるべきである。親が他の親や教師と合意することは、特に個別的決定を望むような状況にある親の場合には、非常に困難であることが多いからである。

⑷　西原博史の見解

上述のように、兼子、堀尾らに代表される国民教育権説は、学校選択制の問題に対応しえない。そして、国民教育権説が学校選択制の問題に対応しえない根本的原因が、教育権論を公共性論として構築したことにある以上、従来の他の教育権論も、学校選択制の問題に対応することはできない。なぜならば、それらの教育権論も、公共性論として構築されているからである。

ただし、従来の教育権論のうち、西原博史の見解は、例外的に公共性論から抜け出している面があった。それでは、西原の見解によれば、学校選択制の問題に対応することはできるのだろうか。

西原は、教育には公共的局面だけではなく私事的局面も存在すると主張し、私事的局面については親の教育権が優先すると論じた。この西原の見解は、樋口陽一や内野正幸らが主張した「公教育からの自由」を、親の教育権の一内容として組み込んだものである。つまり、西原が重視する親の教育権は、主に、公教育内容の決定という集団的決定に関与する権限ではなく、その集団的決定とは異なる個別的決定をする権限なのである。これによれば、学校選択制のような教育内容の個別的決定についても、親の教育権（公教育からの自由）の問題とすることで、教育権論を適用することが可能となる。この点で、西原の見解は画期的であったといえる。

しかし、第２章第３節第４款で述べたように、西原の見解も、公共性論を部分的に引きずっているがゆえに、理論的問題を残していた。その問題の１つが、国家の教育保証責任（教育権）が優先すべき領域と、親の教育権が優先すべき領域とを、公共的局面（知識伝達など）か私事的局面（人格教育など）かという基準でしか区別しえない、という点である。この理論的問題があるがゆえに、西原の教育権論も、学校選択制の問題に対応しえない。

学校選択が個々の子どもの性格・将来像等に合った学校を選ぶ行為であるという点に着目すれば、それは私事的局面として把握されることになる。そうすると、西原の見解によれば、学校選択については親に教育権が分配されるべきである、つまり、親に学校選択を委ねる学校選択制の導入は、教育権の所在の

観点からは望ましい、ということになりそうである。

もっとも、多くの論者が指摘しているように、学校選択制には、教育の不平等を招くおそれや、教育内容が親のニーズに流されるおそれなどがある。それらの点も考慮しなければ、適切な解決は図れない。しかし、西原の教育権論は、国家の教育保証責任（教育権）と親の教育権との区別を、公共的局面か私事的局面かという基準のみによって行うものである。したがって、西原の見解による限り、教育の平等などの要素は、教育権の所在について考慮することができない。

このように、西原の教育権論も、学校選択制の問題に対応することはできない。そのため、無理に学校選択制の問題を解決しようと思えば、教育権論以外の理屈を持ち出して議論せざるを得なくなる。

現に、西原は、そのような議論をしている。すなわち、西原は、学校選択制は教育の不平等を増幅させてしまう、そもそも合理的な距離の中に学校の選択肢がない人々も多い、現在の教育は学習指導要領に縛られているため多様化しない、本質的な問題は学校が一人ひとりの親の教育権をどこまで尊重しようとしているのかという点である、などという理由を挙げて、学校選択制を親の教育権の実現だと評価することは、現時点では不適切である、と主張する[119)]。

たしかに、西原の学校選択制に対する評価は、日本の現行学校選択制に対する評価としては、鋭い。しかし、西原は、自身の教育権論と学校選択制の評価とのつながりを明確にしえていない（しえない）。たとえば、学校選択制が教育の不平等を増幅させるという点は、西原の教育権論へのあてはめにおいて、どのように考慮されているのか、明らかにされていない。また、本質的な問題が、学校が親の教育権をどこまで尊重しているのか（学校が親の意見を教育に反映しているのか）という点にある、という主張は、親の教育権を教育参加に限ることを批判し[120)]、「公教育からの自由」を重視していたはずの西原の教育権

119）西原・前掲注39）174-182頁。

120）西原・前掲注35）222頁。

論と、整合的であり得るのか、そもそも疑問である。

以上のように、従来の教育権論は、学校選択制の問題に対応しえないものであったということができる。

3　秩序論としての教育権論による検討

前節の検討で明らかになったように、従来の教育権論は、学校選択制の問題に対応しえないものであった。その根本的原因は、従来の教育権論が公共性論として構築されているがゆえに、学校選択のような個別的決定の問題をその射程に取り込めない、という点にあった。

これに対して、私の教育権論（秩序論としての教育権論）によれば、学校選択制の問題にも対応することができる。

第３章で述べたように、秩序論としての教育権論は、各教育権主体の性質に着目し、それぞれの性質に適合した形で、教育権を分配する。そして、各教育権主体間において抑制・均衡を保たせる。抑制・均衡の結果として、教育権分配の在り方は動態的なものとなる。たとえば、ある教育権主体の教育権が拡大化した場合には、教育権主体間の均衡状態を喪失させないように、他の教育権主体の教育権をも拡大化させなければならない。教育権主体間の均衡状態が崩れているということは、あるべき「教育権の所在」に違反し、違憲・違法と評価されうる[121]ということである。

教育権主体としては、少なくとも親、教師、国家が挙げられる。そして、それらの教育権主体は、それぞれ次のような性質を有する。すなわち、親には、親密性、当事者性、理解性という性質がある。また、教師には、専門性、迅速

121）もちろん、教育権主体間の均衡がわずかでも崩れれば、直ちに違憲・違法になる、というわけではない。むしろ、あるべき「教育権の所在」に対する違反は、それが強度でない場合、「違憲」「違法」ではなく「不当」という評価にとどまることも多いと考えられる。実際、学テ判決は、全国学力テストの妥当性には疑問の余地があるとしながらも、その違憲性・違法性を否定していた（ただし、妥当性に疑問の余地があるとの判示も、決して無意味なものではない。そのことを早期に指摘したものとして、伊藤正己「学力調査の適法性――永山中学校事件最高裁判決――」教育委員会月報310号（1976）４頁以下参照）。

性、柔軟性という性質がある。さらに、国家には、強大性、平等性、公開性という性質がある。教育権の分配は、各教育権主体が有するこれらの性質に適合した形で、適材適所になされなければならない。

このような私の教育権論からは、学校選択制の問題は、以下のように分析される。

まず、学校選択という事項は、個々の子どもに合った学校を選択するという行為であるから、当事者性・理解性という性質を有する親に教育権を与えるのに適しているといえる。学テ判決も、親の教育の自由（教育権）の一内容として、（公立学校選択まで意識していたかは不明であるが）学校選択の自由を掲げている。また、学校選択制導入の前提として求められる、各学校における教育内容・方法の創意工夫という事項は、専門性・柔軟性という性質を有する教師に教育権を与えるのに適している。これらの点だけをみれば、学校選択制は、教育権の所在の観点から望ましい制度であるようにも思える。

しかしながら、親や教師の教育権を拡大化させると、国家の教育権が圧迫されるおそれがある。そして、平等性という性質を有する国家の教育権が圧迫されると、教育の平等が崩れる。具体的には、教育内容についての国家的規制を緩和させるとともに、教師に教育内容・方法を自由に工夫させると、各学校間において教育内容・方法に差が出る。そのことは、教育水準の差にもつながりかねない。また、各学校の通学区域や規模などに関する国家的規制を緩和させるとともに、親に自由に学校を選ばせると、学校が人気校と不人気校に分かれ、経済的理由などにより不人気校を選択せざるを得ない親の子どもと、家庭が裕福であるために人気校を選択できる親の子どもとの間に、教育格差が生じる。加えて、不人気校が統廃合され、家から遠く離れた学校へ通わざるをえない子どもが出てくるおそれもある。

また、親の教育権の肥大化が進めば、国家の教育権だけではなく教師の教育権も圧迫されることになる。そして、専門性という性質を有する教師の教育権が圧迫されると、真理の伝達という教育の機能が衰退する。すなわち、親に選ばれない学校が不人気校・過小規模校となるようになれば、生徒数を確保しな

ければならない教師としては、親のニーズに合った教育を行わなければならなくなり、専門的な教育判断をすることができなくなるのである。

そこで、教育権主体間の均衡が失われないようにするため、国家の教育権をも拡大化させて、親や教師の教育権を抑制させることが求められる。教師に教育内容・方法の工夫を広く認め、親に学校選択を委ねながらも、なお教育の平等が崩れないようにするために、全国的に一定の学校規模・教育水準等を確保するための国家的規制を、従来よりも強力に行う必要がある[122)]。たとえば、学校の統廃合や、学校が人気校・不人気校に分かれることによって学校規模・教育水準に差が出ることを防ぐために、家から最も近い学校に優先的に入学できるような制度にすることや、各学校の定員を厳格に設定することが望まれる[123)]。そもそも、このような制度的規制は、平等性・強大性という性質を有する国家に向いている事項なのである（国民教育権説も、これら「外的事項」について、国家に決定権限を認めていた）。

これを日本の現行学校選択制について見てみると、本章第１節で確認したように、そこでは、教育の平等を確保するための特別な国家的規制は、ほとんどなされていない。ただ国家的規制を緩和するばかりである。したがって、現行学校選択制は、教育権の所在という観点から不適切な制度であると評価される。現に、現行学校選択制が導入された地域では、教育の平等が崩壊してしまっている。具体的には、学校の統廃合が進められるとともに、人気校と不人気校とで生徒人数等に大きな差が生じてしまっている。また、親の教育権の肥大化が進んだ結果、親のニーズに合った学校が生徒を多く集めるために、教師の専門的教育判断が委縮される状況が出現してしまっている[124)]。

以上のように、私の教育権論によれば、学校選択制の問題にも対応することが可能である。

終章　「公共性」論から「秩序」論へ

前章までの検討により、教育権論は公共性論ではなく秩序論として構築され

122）日本における現行学校選択制しか知らない者にとっては、強力な国家的規制を伴う学校選択制という制度構想は、奇異なものに見えるかもしれない。しかし、世界における学校選択制の歴史に目を移せば、むしろそのような学校選択制のほうが主流となっている。国家による強力な統制がなければ、教育の平等を保持することができないからである。

そもそも、学校選択制の萌芽とされるトマス・ペイン『人間の権利』（1791年）は、財源の再分配による平等の促進を目的とするものであった（トマス・ペイン（西川正身訳）『人間の権利』（岩波書店、2005）第２部第５章）。ペインに続いて、イギリスでは、ジョン・スチュアート・ミルが『自由論』（1859年）の中で学校選択制を提案したり（ジョン・スチュアート・ミル（山岡洋一訳）『自由論』（光文社、2006）233-234頁）、ボーン枢機卿が1926年に「すべての子どものための奨学金」を提案したりした（窪田眞二『父母の教育権研究――イギリスの父母の学校選択と学校参加』（亜紀書房、1993）39-51頁）。それから、1960年代には労働党のパブリック・スクール政策が進められ（同66-79頁）、1970年代には学校選択制の整備が進められ（同81-110頁）、1980年には教育法によって学校選択制が法制化された（同130-166頁）。1980年代当時の保守党政権を率いていたマーガレット・サッチャーは、教育に自由競争原理を導入する政策を進めており、学校選択制もその一手段とされた（赤林英夫「学校選択と教育バウチャー 政策と研究」市村英彦ほか編『現代経済学の潮流2007』（東洋経済新報社、2007）203-204頁）。そのため、その学校選択制には、教育の平等化という視点は希薄であった。

一方、アメリカにおいて学校選択制が注目されたのは、ミルトン・フリードマンが教育バウチャー制（授業料クーポン制）を提唱してからのことである。フリードマンは、教育の平等を実現するための制度であるはずの公立学校制度が、実際には教育の不平等を生じさせているという事実を指摘し、教育の平等を実現する手段として、教育バウチャー制を提唱した（ミルトン・フリードマン（西山千秋訳）『選択の自由』（日本経済新聞社、1980））。アメリカにおける学校選択制も、やはり教育の平等化という問題意識から出発していたのである。しかし、このフリードマンの主張は、日本の新政策研究提言機構「世界を考える京都座会」等に影響を与えたものの、アメリカでは激しい批判を受けた。フリードマンの教育バウチャー制は、市場原理を万能視した「自由型教育バウチャー」であり、国家的規制を緩和するばかりであったために、かえって社会階層間の不平等を招くとされたのである（窪田・前掲171頁）。

そのフリードマン批判の先頭に立っていたクリストファー・ジェンクスは、不利な環境にある子どもの利益を守るための「セーフ・ガード」を備えた「規制された教育バウチャー」を提唱した（黒崎勲『教育と不平等』（新曜社、1989）258-266頁）。このジェンクスの提案は、カリフォルニア州アラムロックの教育バウチャー制として実現され、高い評価を受けた（黒崎勲『学校選択と学校参加――アメリカ教育改革の実験に学ぶ』（東京大学出版会、1994）36-38頁）。また、ジェンクスの提案に賛意を示していたジョン・クーンズは、教育の平等を更に徹底させるため、教育機会の選択に対する家庭財力の影響力を排除する

なければならない、ということが明らかになった。本章では、これまでの議論をまとめたうえで、今後の課題について述べる。

1　議論のまとめ

第１章では、従来の教育権論を概観した。

まず第１節では、国家教育権説の理論内容を確認した。国家教育権説は、議

ための教育バウチャー制（「家庭財力平等化プラン」）を構想し、それは、1970年代末に実際に制度化された（黒崎・前掲『教育と平等』281-284頁）。そして、アメリカにおける1990年代以降の教育バウチャー制は、ジェンクスやクーンズが提唱したような、強力な国家的規制を伴うものが主流となった（坂田仰「日本における教育バウチャー論の軌跡と行方――『私事の組織化』論と教育バウチャーの距離」ジュリスト1337号（2007）56頁、赤林・前掲194-196頁）。

ただし、現在のアメリカでは、教育バウチャー制はほとんど行われていない。その代わりに、アメリカの教育関係者が熱心に提唱しているのが、「スモール・スクール」などの公立学校選択の制度である。スモール・スクールとは、小さな規模で、一貫したカリキュラムを有し、自発的に参加する教職員が存在し、実質的な学校自治が実現しており、排他的でない入学方式が採られ、学術的にも行動的にも生徒の積極的な側面を強調する、等の諸点を特徴とする、実験的な公立学校のことである（黒崎勲『教育行政学』（岩波書店、1999）123頁）。スモール・スクールの最大の成功例として有名なのは、イーストハーレムにおける実践である（黒崎・前掲『学校選択と学校参加』第４章参照）。

以上のように、学校選択制は、公立学校制度が教育の不平等を生じさせているという問題意識から出発し、教育の平等を実現する手段として生成・発展してきた。そのため、教育の平等を担保するための強力な国家的規制を伴う制度が、その主流をなしてきたのである。

123）本論文では、学校選択制の政策論については立ち入らない。ただ、日本の現行学校選択制とは異なり、教育の平等などにも配慮した精緻な理論に基づく学校選択制構想として、黒崎勲による研究が存在するということだけ、指摘しておく（詳しくは、黒崎勲『教育の政治経済学〔増補版〕』（日日教育文庫、2006）参照。ただし、私は黒崎の理論に全面的に賛同するわけではない）。

124）そのことを示す調査結果として、嶺井正也＝中川登志男編著『選ばれる学校・選ばれない学校――公立小・中学校の学校選択制は今』（八月書館、2005）、嶺井正也＝中川登志男『学校選択と教育バウチャー――教育格差と公立小・中学校の行方』（八月書館、2007）参照。また、このような状況が生じることの教育社会学的説明として、藤田・前掲注109）156-159頁、藤田英典「学校選択制――格差社会か共生社会か」藤田英典編『誰のための「教育再生」か』（岩波書店、2007）117頁以下参照。

会制民主主義を主な論拠としていた。もっとも、国家教育権説も、親や教師に特別の教育権を付与すべきことは認めていた。

次に第２節では、国民教育権説の理論内容を確認した。国民教育権説は、国家教育権説の議会制民主主義論を、政策単位の大まかな選択判断に依らざるを得ず、子どもの発達の法則性に即したきめ細やかな教育的専門性を確保できないなどと批判していた。もっとも、国民教育権説も、その多くは、教育内容の大綱（学校制度的基準）に限り、国家に一定の介入権限を認めていた。また、国民教育権説は、教育権が国民（親）にあるとしながらも、その教育権が教師集団に信託されるとしていた。

そして第３節では、学テ判決の理論内容を確認した。学テ判決は、子どもの学習権の充足を図りうる者の「責務」として教育権を把握したうえで、教育権分配の具体的在り方が確定的には定めらないことを指摘し、親・教師・国家などの関係者らに対して、教育権を分配した。その教育権分配においては、教育権濫用の抑制という視点を示すとともに、親・教師・国家がそれぞれ有する性質を教育学的に考察し、それらの性質に適合した教育権分配を行った。

最後に第４節では、近年の見解の理論内容を確認した。近年の見解の大きな特徴は、国家教育権説のみならず国民教育権説をも批判する点にあった。奥平康弘は、国民教育権説が用いる「国民」概念や「教育権」概念等の適切性・有用性を否定した。今橋盛勝は、従来の国民教育権説が「第二の教育法関係」を軽視してきたことを批判し、父母や住民の教育権保障を強調した。樋口陽一は、日本の憲法訴訟における教育の自由（教育権）が、「公教育からの自由」ではなく「公教育内容を充塡する権限」として現れている、ということを指摘した。内野正幸は、樋口の見解を参考にして、「『公教育からの自由』留意説」を提唱した。水島朝穂は、教育の「私事性」に光を照射し、家庭や地域社会の教育権能を復元することの重要性を説いた。西原博史は、国家や教師の教育権限を限界づけるものとして子どもの人権（特に思想・良心の自由）を重視し、子どもの人権を担保するものとして親の教育権（思想・良心の自由）の重要性を強調した。戸波江二は、国家が教育内容決定権限を有することは認めなけれ

ばならないとしつつ、教育内容の公的決定について市民的公共性の実現を図るべきこと等を主張した。

第２章では、従来の教育権論が公共性論として構築されていたということ、それゆえに従来の教育権論が理論的問題を抱えていたということ、それに対して学テ判決は公共性論以外の理論によって構築されていたということ、を論じた。

まず第１節では、公共性論の理論的要素を抽出すべく、代表的な公共性論を分析した。具体的には、ハンナ・アレント、ユルゲン・ハーバーマス、ジョン・ロールズの公共性論を検討した。その結果、①意見・価値観の多様性を承認すること、②集団的決定に関与する資格を平等にしようとすること、という２つの理論的要素を抽出することができた。

次に第２節では、第１節で抽出した公共性論の理論的要素を、第１章で概観した従来の教育権論にあてはめた。その結果、従来の教育権論は公共性論の理論的要素を充たしている、ということを確認することができた。まず、国家教育権説は、①あるべき教育内容についての国民の意見は様々であるところ、②全国民の意見を平等に公教育内容に反映しうるのは、議会制民主主義の下では国家しかない、という論理である。また、国民教育権説は、①あるべき教育内容についての国民の見解が多様であることを承認しつつ、②その国民の意見を真に公教育内容に反映させるための方法として、全国民の英知を結集する文化的ルートを構想するものである。さらに、近年の見解には２つの流れがあるところ、そのいずれも公共性論の理論的要素を充たすものである。まず、教育権を「公共性」の問題としたうえで、「私事」として親の「公教育からの自由」を考察する流れにおいては、国民教育権説や国家教育権説と同様に、教育権論が公共性論の理論的要素①②を充たすものとして捉えられている。また、教育権を「公共性」の問題としたうえで、その公共性を真に実現するための理論を探求する流れは、①あるべき教育内容についての国民の意見が多様であることを認めつつ、②国民の意見を適正に公教育内容に反映するには、単純な議会制民主主義では不十分であるとともに、教師集団に一任するのでも不十分であり、親の教育権を現実に保障する必要があるとするものである。

そのうえで第３節では、従来の教育権論が、公共性論として構築されたがゆえに、理論的問題を抱えていた、ということを論じた。その理論的問題は、少なくとも２点あった。１つは、公共性論の理論的要素②（集団的決定に関与する資格の平等）からは、親や教師に特別の教育権を付与するという妥当な結論を導くことができない、という点である。もう１つは、そもそも教育内容の決定については、通常の政治的決定に関する公共性論を輸入する前提を欠く、という点である。通常の政治的決定とは異なり、教育内容の決定は、決定に関与する者（大人）と、決定に基づく強制（教育）を受ける者（子ども）とが一致しない。そのため、いくら決定関与者に熟議をさせても、それが集団的決定の正統性を担保するものとはならないのである。

最後に第４節では、学テ判決は公共性論以外の理論によって構築されたものであった、ということを指摘した。具体的には、①教育権論の目的を、教育内容を多様な価値観をもつ国民にとって正統性のあるものにすることではなく、子どもの学習権をよりよく充足することに求めている点、②教育権を分配する目的の１つとして、教育権濫用の抑制を掲げている点、③教育権の具体的分配の在り方が動態的であることを示唆している点、④集団的決定（公教育内容の決定）への関与資格を平等化しようとはしておらず、むしろ、親、教師、国家の性質の差異を積極的に認め、それぞれに異なった事項についての教育権を分配している点、などの学テ判決の理論的特徴が、公共性論からは導かれない（むしろそれと対立する）ものであるということを述べた。

第３章では、学テ判決の教育権論が秩序論として構築されており、それゆえに従来の教育権論が抱える理論的問題を免れていたということを主張したうえで、学テ判決の教育権論を発展させたものとして、私自身の教育権論を提示した。

まず第１節では、秩序論の思考様式を抽出するために、代表的な秩序論を概観した。ここでは、「秩序論」という一般的でない理論整理を行うため、従来関連性が指摘されてこなかった諸理論を検討した。具体的には、モンテスキュー、岡田与好、井上達夫、松尾弘の秩序論を検討した。その結果、秩序論には、次のような思考様式が存在することが明らかになった。すなわち、ｉ自由・権利

を担保することを目的として秩序を構想する点、ⅱ各秩序構成機関に対して、その性質に適合した権力を付与する点、ⅲ権力の逸脱・濫用等を防ぐため、各秩序構成機関相互間における抑制・均衡が重視される点、ⅳ抑制・均衡が重視される結果として、秩序の在り方が動態的なものとして捉えられる点である。

次に第２節では、第１節で抽出した秩序論の思考様式を、学テ判決の理論的特徴と照らし合わせた。その結果、両者が合致することが確認できた。具体的には、①教育権を学習権充足のための責務として把握する点は、ⅰ自由・権利を担保するための秩序を構想するという秩序論の思考様式に合致する。次に、④各教育権主体の性質に適合した教育権分配を行う点は、ⅱ各秩序構成機関に対して、その性質に適合した権力を付与するという、秩序論の思考様式に合致する。さらに、②権限濫用の抑制を教育権分配の目的の１つとする点は、ⅲ秩序構想において抑制・均衡を重視するという、秩序論の思考様式に合致している。最後に、③教育権の具体的分配の在り方が動態的であることを示唆する点も、ⅳ抑制・均衡を重視した結果として、秩序の在り方を動態的なものとして把握するという、秩序論の思考様式に合致している。

最後に第３節では、学テ判決の教育権論を発展させた、私自身の教育権論を提示した。私も、学テ判決と同じく、教育権論を秩序論として構築する。すなわち、まず、教育権は、権利ではなく、子どもの学習権を充足するための責務として性格づけられる。また、教育権の分配は、子どもの学習権をよりよく充足するための秩序構想として捉えられる。そして、教育権分配の在るべき秩序構想は、各秩序構成機関（教育権主体）に対して、その性質に適合した教育権を分配し、かつ、各秩序構成機関相互の抑制・均衡を保持させることであると解される。私の教育権論が学テ判決の見解を発展させている主な点は、教育権主体たる親、教師、国家の性質について、学テ判決よりも詳細に検討している点である。具体的には、親の性質としては、親密性、当事者性、理解性を挙げた。また、教師の性質としては、専門性、迅速性、柔軟性を挙げた。さらに、国家の性質としては、強大性、平等性、公開性を挙げた。

第４章では、私の教育権論の有用性を確かめるために、それを用いて、学校

選択制の問題を検討した。

まず第１節では、日本における学校選択制の歴史と内容を確認した。そこでは、日本の現行学校選択制の多くが、通学区域の規制を撤廃・緩和だけの単純な制度であり、教育の不平等を防止するための国家的規制は特になされていない、ということを指摘した。

次に第２節では、従来の教育権論では学校選択制の問題に対応しえない、ということを論じた。従来の教育権論が学校選択制の問題に対応しえない根本的な原因は、それが公共性論として構築されていたという点にあった。公共性論は、集団的決定に妥当する理論であり、個別的決定をその射程に含まない。そのため、公共性論として構築された従来の教育権論も、学校選択のような個別的決定について、その是非を判断するための基準を有しないのである。

最後に第３節では、私の教育権論によれば学校選択制の問題にも対応することができる、ということを示した。私の教育権論からは、学校選択制の問題は、次のように分析された。まず、学校選択という事項は、当事者性・理解性という性質を有する親に教育権を与えるのに適している。また、学校選択制導入の前提となる教育内容・方法の創意工夫という事項は、専門性・柔軟性という性質を有する教師に教育権を与えるのに適している。しかしながら、親や教師の教育権を拡大化させると、国家の教育権が圧迫されるおそれがある。平等性という性質を有する国家の教育権が圧迫されると、教育の平等が崩れる。また、親の教育権の肥大化が進めば、国家の教育権だけではなく教師の教育権も圧迫されることになる。専門性という性質を有する教師の教育権が圧迫されると、真理の伝達という教育の機能が衰退する。そこで、教育権主体間の均衡が失われないようにするため、国家の教育権をも拡大化させること、すなわち、全国的に一定の学校規模・教育水準等を確保するための国家的規制を、従来よりも強力に行うことが必要である。これを日本の現行学校選択制について見ると、第１節で確認したように、それは教育の不平等を防止するための国家的規制をほとんど行っていない。よって、日本の現行学校選択制は、教育権の所在の観点からは不適切である。

以上が、前章までの議論のまとめである。これらの議論により、従来の教育権論が公共性論として構築されていたこと、それゆえに理論的問題を抱えていたこと、その理論的問題を克服するためには教育権論を秩序論として構築すべきこと、が明らかになった。

2　今後の課題

今後は、この秩序論としての教育権論を更に理論的に発展させていくことが、課題となる。

私は、第３章第３節において、学テ判決の示した秩序論としての教育権論を発展させるべく、その理論に若干の補足を行った。しかし、この補足は十分なものとはいえない。たとえば、教育権主体は親、教師、国家に尽きるのかという問題は、未解決のまま残されている。また、各教育権主体の性質についても、教育学に基づいた専門的考察を行ったわけではなく、ただ常識的に考えられる性質を列挙したに過ぎない。さらに、各教育権主体の性質を指摘するにとどまっており、それらの性質に適合した教育権分配の具体像については、学校選択制の問題を検討する際にその一例を示しただけで、それ以上の検討を行っていない。加えて、教育権論を秩序論として構築する場合に、従来の教育権論を何らかの形で活かすことはできないのか、という問題にも、ほとんど言及していない。

このように、私は、「秩序論としての教育権論」という理論枠組みを提示することはできたものの、その理論内容の具体化は未だ十分にできていない。秩序論としての教育権論の内容を具体化させ、子どもの学習権を司法的に救済するための有効な手段とするためには、更なる議論が必要である。

私は、先ほど、未解決の問題の１つに、秩序論として教育権論を構築する場合に、従来の教育権論を何らかの形で活かすことはできないのか、という問題があると述べた。今その問題に答えるのであれば、従来の教育権論を、秩序論としての教育権論の発展に活かすことは、可能であると考える。

たとえば、教育権主体として何を挙げるべきか、各教育権主体の性質として

何を挙げることができるか、などの問題は、教育学的考察を不可欠とするものである。したがって、この点では、国民教育権説が築き上げた、法学と教育学との協働体制が大きな意味を持つ。また、親に教育権を分配すべき事項の１つとしては、親の親密性・理解性という性質に適合した、人格教育という事項が挙げられる。この人格教育における親の教育権の優位という主張は、既に西原博史によって精力的に行われてきたものである。したがって、この点については、西原が築き上げてきた精緻な理論が、今後も重要性を持つ。

このように、秩序論としての教育権論は、従来の教育権論の理論内容をすべて排除するわけではない。むしろ、従来の教育権論を上手く活かすことができれば、秩序論としての教育権論を発展させることが可能である。私は、従来の教育権論者と協力して、秩序論としての教育権論を発展させていけることを、望んでいる。