

憲法にみるいわゆる「教育義務」に 関する一見

森 田 友 喜

1

憲法は26条1項において「教育を受ける権利」を保障している。一般に、この権利は学習権とよばれ、これに対応する関係を「教育権(Erziehungsrecht)」とか「教育をする権利 (Recht zur Erziehung)」などといわれることがある。この場合、教育権ないしは教育を行う権利がはたしていかなる意味において使用されているか問題になるのであるが、—それは後で検討することとして、—すくなくとも「権利(Recht)」ないしは「権限(Befugnis)」であって義務ではないことは明らかである。ここに単純素朴な疑問が脳裏をよぎる。つまり、一方が権利であるのに対して、他方も同様に権利という現象がなぜ起こりうるのかということである。もっとも、憲法をどうみるかという問題ともかかわってくるが、すくなくとも憲法はたんなる政策目標ではなく、まぎれもなく法であるという前提に立てば、尾高博士の「法は規範である。規範は、人間をば、一定の行為をなし、または一定の態度をとるように義務づける」¹⁾ものであるという論理が憲法にも妥当するであろう。ドイツ語の Recht, フランス語の droit を客観的にみれば、法 (objektives Recht, droit objectif) であり、主観的にみれば、権利 (subjektives Recht, droit subjectif) といわれるのであるが、これは、法規範が多くの場合個人に権利を認めると、一方、これに対応する「義務 (duty, Pflicht, devoir)」を他人に負担せしめるがためである²⁾。

このように、権利と義務とを車の両輪として、法を規範化せしめるということが法原理であるならば、憲法ことに人権規定上これを除外する特別の理由は

なからう。シュッツェル (W・Schätzel) がいうように、「ある者の権利に対して、相手方の義務 (Pflicht) が対応するということなしには社会権は考えられない」³⁾ のであるから、この権利は「行為義務を課する権利」⁴⁾ たる性質上、当然義務を予定しているといつてよい。したがって、社会権としての地位を占める「教育を受ける権利」はいうまでもなく、「義務」を前提にはじめて成立しうるものと考えられるので、「教育を受ける権利」の理念は「教育をする義務 (Pflicht zur Erziehung)」と対応して法規範を確立せしめるものと思われる。実際、これまで親の子に対する教育権について、「その内実は権利よりもむしろ親たるものの義務に重きがある」⁵⁾ と説明されてきたことは正当性を含むものとして評価されてよいが、子の権利を中核として把握すれば、親の子に対する義務という観念でとらえることができよう。最高裁の判決のいうように、親子の関係は、「人倫の大本、古今東西を問わず承認せられているところの人類普遍の道徳原理、すなわち学説上いわゆる自然法に属する」(最判昭25・10・11刑集4・10・2037)「条理 (Natur der Sache)」であることを根底にすえおき、父母のその子どもに対する権利は自然権 (Naturrechts) として理解され、実定法上の権利に指針を与えるものだと主張され、一般に認められてきた。

では、かかる自然法上の権利に対応する法理念としての自然権的な義務は存在しえないものかどうか。この点について、マウンツ (T・Maunz) は「基本義務 (Grundpflichten) にも、基本権 (Grundrechte) の場合と同様に、人間の義務 (Menschenpflichten) と国民の義務 (Brürgerpflichten) とが存在する。基本的な人間の義務の存在を承認することは、国家から、極端な自由国家 (Freiheitsstaat) の性格を取り除き、そしてその国家を同時に社会国家へとつくりあげることになる」⁶⁾ と述べて肯定的傾向を示唆している。かりに、この原理が認められるとすれば、親たちの子どもに対する教育関係も前法規的権利としての存在というよりも、むしろ自然法上の義務であると称することができるであろう。人類史上、大自然の法則ないしは摂理に従い、親が子の養育義務を履行してきたところに、こんにちの人間の存在と発展のあったことを思いめぐらした場合、このことは十分首肯しえるのではなからうか。たとえ、基本義務の成立が是認

されないにしても、さきにみたとおり、権利に対応する義務の存立は明白であるので、教育を受ける権利に相對する概念は教育をする権利や教育権ではなく、教育をする義務 (Pflicht zur Erziehung) ないしは教育の義務 (Erziehungspflicht) とよぶのが正鵠をえたものといえよう。

もっとも、義務といえども権利を否定するものではない。たとえば、国民が国に対して教育を受ける権利を主張した場合、これに対して国が教育の義務を負い、教育条件整備等の設置をすべき義務を課されることになるが、その設立事項に関するかぎりにおいて権限を有することはいうまでもない。この点に着目して通常教育をする「権利」とか教育「権」などといわれるのであるが、——それは別個検討されるべき課題であることは否定しえないが—— かならずしも正当とはいいがたい。それは丁度、教育を受ける権利が社会権として包含する諸種の義務をともなつたとしても、教育を受ける義務と称しないと同様に、教育の義務もかかる権利が付随することをもって、ただちに教育の権利とよぶのはやはり当を得た表現とはいえないように思われる。

注

- 1) 尾高朝雄 法哲学 165頁
- 2) 我事栄編 新法律学辞典 146頁, 246頁
- 3) W. Schätzel, Der internationale Schutz der Menschenrechte, F. Giese Festschrift, S. 217
- 4) 高原賢治 「国民の憲法上の義務」(清宮四郎・佐藤功編集 憲法講座2) 283頁
- 5) 小林直樹 <新版>憲法講義上 571頁
- 6) T. Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 89. もっとも、カール・シュミットは、基本義は憲法上の義務にすぎないとして、自然権的義務を否定する (Carl Schmitt, Verfassungslehne, S. 174. 尾吹善人訳 憲法理論 218頁)。

2

このように、教育を受ける権利に対応して教育の義務 (Erziehungspflicht) を抽出したとしても、その内容を明確にする必要がある。従来、教育義務は大別して二義に用いられてきた。一つは、国民とくに子どもが教育を受けなければならないという拘束状態を意味し、通常、義務教育 (compulsory educa-

tion) を受ける、いわゆる就学義務がこれにあたり、二つは、教育者的活動をしなければならない拘束を意味する場合である⁷⁾。しかし、こんにちでは憲法上教育の義務といった場合、親が子女に普通教育を受けさせる責務(26条2項)の意味と教育を受ける権利の主体に対して教育をしなければならない義務の意味とが考えられるが、一般的には、前者を指すことが多い。しかし、ここでは、もちろん後者をいうものであることはさきにもたとおりである。

それでは、いかなる教育の義務を負担しなければならないかといえば、ここでいう「教育」には本来の意味の教育はもちろんのこと、教育を効果的に発揮せしめうるような条件整備も含まれるのであるから、義務主体は教育の内的事項にかぎらず外的事項についても責任を負うことになる。しかも、教育内容はどのような粗雑な内容のものであってもよいというのではなく、人間が人間として健全に成長発達し文化的生存を可能ならしめるような社会権としての精神にマッチした教育であることを要するのであり、外的事項もかかる教育を助長推進せしめるにふさわしい条件設備たることが肝要で、かかる要請は憲法上の要件にほかならない。

つぎに、教育義務の法的性格について検討されなければならないが、これは26条1項の教育を受ける権利の場合と同様に考えて然るべきであるから、たんなるプログラム性としてみすごしてしまうか、それとも法的義務と解するかは、当然、議論の紛糾するところであろう。しかし、教育を受ける権利の法上の性質に関しては本誌前号(第11巻4号)においてすでに論述した⁸⁾のでさしひかえるが、ここでもやはり法的義務とみるべきであろう。

7) 田中耕太郎 教育基本法の理論 146頁

8) 拙稿「人権としての『教育を受ける権利』の一断面」(第一經大論集 第11巻第4号) 6頁以下

3

教育の義務と関連して検討しておくべきものに、さきにあげたいわゆる「教育権(Erziehungsrecht)」がある。これは従来から非常な論争的になり、そ

れだけ多くの学説を生む結果ともなってきたが、それは相次ぐ教育裁判のもたらした弊害とでもいうべきものの産物であったかもしれない。かつて、教育権論の多岐性にさらに拍車をかけ、まさに群雄割拠の様相を呈し、教育権なるものの概念規定はますます混沌としたものとなって、ともすると教育義務も教育権論争の渦中で公私混同、異句同音に使用されてきた経過を回顧するとき、教育義務の容貌と実体を明確にするために、あらためて教育権説のいくつかを取り上げてみるのもあながち無意味ではないように思われる。

第一に主権教育権論がある。この学説は、「学校教育を中心とする公教育の組織、偏成、運用権をいうのであって主権の内容をなすところの憲法制定権・憲法改正権・憲法解釈権・課税権・刑罰権・武装権・解散権・外交権、さらには、それらを内容とする立法権・行政権・司法権などと同様、権利というよりは権限ないし権能を意味する」⁹⁾と述べている。

つまり、この説によると、教育権は人権ではなく、「主権の内容そのもの」としてとらえている。しかし、教育の本旨は未成熟者の身体上および精神上の諸性能を発展させしめ善徳、知識を有する人格の完成をめざすものと考えられるのであるから、その根底には非権力的な「真理」が作用するのに対して、「主権 (Souveränität)」は国家の権力 (Staatsgewalt) とか、国政の最高の決定権とかを意味するものであり、論者のいう主権はまさに権力そのもの作用であり、教育と主権とは全く異なった世界を構成するものといえるような気がする。したがって、教育はそもそも権力にはなじまぬ性質のものであるから主権の枠組に組入れること事体適切ではなく、人権体系の中で把握すべきであろう。この場合、人権としての教育権がいかなる意義づけを有するかについて、吟味されなければならないことはいうまでもないが、それはここでひとまず除外することにして、教育権論を主権論に埋没させるよりも、むしろ教育の自由や教育を受ける権利などの人権を通じて国家機関の権力的関与を排除することの方が重要と思われる¹⁰⁾。

第二に、教育決定権説ともいうべきものがあって、教育権とは、学校教育において教育の内容を決定し、決定した内容を実施する権利であると説明してい

る¹¹⁾。

こんにち、教育権といった場合には、通常、この意味において用いられるといわれる¹²⁾。この説によると、教育に関する事項を外的事項と内的事項に分け、前者に関する決定権が国家に帰属する場合、これを国家教育権というのに対して、この決定権が国民にある場合にこれを国民教育権とよんでいる。外的事項に関する権利は、いずれの見解に立つも国家の掌握せしめることに異論をみないようである。この説の疑念とされる点は、教育の内的事項と外的事項のいわゆる教育の二分論の是非に対してである。その批判を聞いてみよう。「なるほど内的事項と外的事項は、観念的には区別することも可能であろう。しかし実際には、この両者は関連しているのである。たとえば、右にあげたように学校の設備は外的事項とされ、教授法は内的事項とされている。しかし理科の実験設備（外的事項）が良いか悪いかということは、ただちに理科の教授法に影響する。また教員給与の是非は、教員の資質に影響を及ぼす。教員の給与が悪ければ、教育の資質は向上しないであろう。その教員の資質は、児童・生徒の学習指導・生活指導を大きく左右する。このように外的事項と内的事項は関連している。したがって外的事項は教育行政にまかせられてもよいとするならば、教育行政が外的事項のコントロールを通して、教育の内的事項を左右することを認容することになる。したがって内的事項と外的事項を分ける立場は、……矛盾しているということができらるであろう。」¹³⁾

この批難にみられるように、教育の内的事項と外的事項とを分断することは事実困難であろう。しかし、両者が「密接不離だからといって……同一でなければならないという結論は生じないし、ボーダーラインの不明確性という例外現象ゆえに原則部分を否定することはできない」¹⁴⁾との再批判があるように、かりに観念的といえども両者の限界点をどこに見い出すかの検討はなされるべきであろう。もともと、社会的現象は明確な形で存在し識別できるものばかりとはかぎらない。かかる状況にいかに対処しうるかというところに法の世界の重要性とその任務があるといってさしつかえなからう。

二分論の当否は別としても、たんに区別の困難性をもって、すべて教育事項

は国の権限に属するという極論は避けねばなるまい。いたずらに、教育に関する内的事項と外的事項という文言にかかずらって教育行政が教育全般に及ぶという論理を構成するよりも、教育内容・教育方法に対して、国の関与が許されるかどうかの判断基準を指導・助言にとどまるか、それともそれ以上の効力を有しうるかどうかにかからしめようとする思考態度の方が、はるかに真摯的かつ説得的であろう。この見解の示すところによると、国の教育内容にかかわる事項でも、指導・助言の非拘束的・教育専門的なやり方で行われているかぎりは、「条件整備的」な教育行政、つまり外的事項の範囲にとどまるが、それを越えて、拘束力をもつような指揮監督による権力的行政行使に至る場合にはいわゆる内的事項に及ぶものと解するのである¹⁵⁾。

しかし、内的事項・外的事項の区分の是非論はさておき、教育内容決定権をなぜ教育権というまぎらわしい用語により表現しなければならないのか、教育内容決定権は教育の義務の一形態としてとらえて明確にすべきであるように思えてならない。

第三には、教育をする権利・教育を受ける権利を含むという説であるが、この論者は国民の教育権の立場から教育権の観念をとらえ、その内容を親の教育権、教師の教育の自由、児童生徒の教育を受ける権利の三者を含む包括的な理念であるとする¹⁶⁾。

この説はおそらく国家権力の干渉を排除し、国民の教育を防禦するために考案された教育権論であろう。それはそれなりに評価すべきことではあるが、もしそうであるなら、主権教育論のところ述べてきたように、教育の自由——学問の自由、包括的自由ないしは憲法的自由、市民的自由など——や子どもの教育を受ける権利により、教育権理論をもち出すまでもなく、教育の保障は十分考慮されるのではなからうか。また、用語の点からも国民の「教育権」と親の「教育権」とでは、同じ教育権の用語がどのような意味をもつのか明確でない。親の教育権は子の教育を受ける権利に対応する概念であるとするなら、それを権利性論でとらえることの不当性はまえにみたとおりである。教師の教育の自由は、その対象としての学習権の主体、すなわち子どもに対して向けられたも

のではなく、公権力に対する堡壘であるとすれば、教育権論によって、再度、国家の障害を除去しなければならないというメリットはないように思われる。ここで、特別に教育権論を構成しなければならない理由も、その権利の内容も、またその性格も明らかでない。

第四として、教育権とは教育をする権利を意味するという説がある。この見解によれば、教育を受ける権利は教育を受けて学習する者の立場が自主的・積極的なものであるべきことを表現している点から「学習権 (right to learn)」と称するのに対して教育をする者の権利を歴史上、法理論上「教育権 (right to teach)」と命名しようというのである¹⁷⁾。

この説が教育を受ける権利を中核とし、これに対応する教育権をとらえ、人権としての位置づけをしようとしているのは、憲法の自然な解釈といってよからう。しかし、まえに若干検討したように、法規上、一方の権利は他方の義務を負担させしめるというのが法の原則であるから、26条1項もその例外たるをえないであろう。教育権の原型としてよく引用される「親」の教育権を、実定法上民法の「親権」に求め、とりわけ、820条の子の教育をする権利によって説明する。しかし、これは私法上では一般に、純然たる権利というよりも「親の職分であることの当然の結果として、義務的色彩の強い」¹⁸⁾「親の子に対する責務」¹⁹⁾の宣言であると説かれている。

また、教育法学の視点からも「両親の教育権とは、権利と義務とを伴う包括的な性格を有するものであり、これはこどもを教育することは、両親の重要な職分であるという考え方にもとづくものである」²⁰⁾から、「権利を有し、義務を負うとは権利と義務の並存を意味するのではなく、親権者にとって権利であると同時にまた義務でもあることを現わしたもの」にほかならないが、もっとつきつめていえば、「むしろ義務たる要素の方がより本質的内容を成していることができる」²¹⁾として、親の教育権を権利というより義務の方にウェイトをかけ、あるいは義務の意味に解しているといつてよからう。

このような親の教育権を父母の子どもに対する教育義務であると解する教育法学論を手がかりに、憲法上に視点を移した場合、この論理はやはり妥当性を

有するようと思われる。したがって、人権規定に義務主体の「義務」が明規されていなくても、解釈上明確な場合には義務を課せられているものとみるべきであるから、教育を受ける権利は当然のこととして教育をする「義務」を予想しているものといってよい。つまり、義務なくして権利は成立しえないからである。教育をする義務すなわち教育の義務を教育権と呼称することは、憲法學上、いたずらに困乱を惹起するだけで特別のメリットはないように思われる。再度、付言すれば、「両親の教育権自体は、両親の教育に関する義務であり、子どもから見るならば教育を受ける権利となる。」²²⁾(傍点筆者) というのは適切な説明であり、しかも「子どもが憲法に保障される基本的人権をひろく保障される権利をもつ主体であることが確認され、その上にたった子のための親義務でなければならない」²³⁾(傍点同) ということを明記しておく必要がある。

このように、教育権の概念定義は諸種に分れ紛糾していることから、この権利ないしは権限に対する批判もみられる。たとえば、今村武敏氏の言を借用すれば、『教育権』ということば自体が、まだじゅうぶん熟したことばではない。権利なのか権限なのかさえ固まっていない。論者によって説が異なる。説は多岐にわたっている。とすれば、『教育権独立の原理』などという原理(?)は、ずいぶんあいまいな、いい加減な原理である。幾何学の公理や定理と違ってきわめて常識的な、おおざっぱな観念である。わたくしの観察するかぎりでは、『教師集団の考え方に行政当局の関与を許さない。』という一部の人々の主張を裏づけるための便利な相言葉として使用されている感がある。そして、そういう主張に同調する学者たちが、もっともらしい学術的用語の粉飾をこらして利用している言葉でもあるという印象がある²⁴⁾ として、教育権そのものについて深い疑念をもたれ、その成立を否定されている。もっともこの理論にはもっぱら行政サイドに立った行政優先的議論といった色彩が強く、学問上の批難とは受けとり難い。

このように、学説が多岐に分れ、異説の出るのは学問研究上真理探究のプロセスとして不可欠の要件であって、もとより最初から異論のないのはとくに社会科学において例外に属する。学説の多岐性は教育権の成立を否定する理由と

はなりえないが、その内容や性格、法の次元性などを明確にしなければ困惑をきわめるだけで実益がない。

通説といわれる「教育内容決定権説」は、教育事項の内的事項と外的事項の分割を前提とするが、かかる二分論は、はたして、「憲法論上の理論枠組みとして有用でありうるのかどうか」²⁵⁾ 問題であろう。

憲法理論上特別新しい用語や概念規定を用いなくても、権利保障が得られ十分な説明が可能であれば、内容の不明確な造語の乱発は当惑と混乱をもたらすだけで、なにほどにも人権保障に寄与するものではない。それどころか、かえって人権の主体や客体の権利、義務を不明朗ならしめる危険性の方が大きく、懸念される場所である。教育権が憲法上いかなる位置や内容、性格を有するのか、確信をもっているわけではないが、今さしあたってこの文言を用いなければならぬ必然性はないように思われる²⁶⁾。

- 9) 星野安三郎 「主権と教育権」(永井憲一編 文献選集日本国憲法8教育権) 86頁
- 10) 有倉遼吉 「国民の教育権と国家の教育権」(兼子仁編 法学文献選集8法と教育) 97頁
- 11) 永井憲一 「教育の自由」(清宮・佐藤・阿部・杉原編新版憲法演習2) 51頁, 渡辺孝三・下村哲夫 講座現代公教育の論争点⑥増補改訂教育法規の争点 12頁, 兼子仁 教育法<新版> 295頁, この説も厳密に言えば, 教育内容を決定する権限と教育内容を施行する権限とに分け, 前者から国家教育権論または国民教育権論を, 後者から教育権分有論を導くようである。
- 12) 永井 上掲 51頁
- 13) 渡辺・下村 前掲書 59頁
- 14) 有倉 前掲 99頁
- 15) 奥平康弘 「教育を受ける権利」(芦部信喜編 憲法Ⅲ人権(2)) 423-424頁, 兼子前掲書 354-358頁
- 16) 長尾一紘 設例憲法教室 225頁
- 17) 兼子仁 国民の教育権 33頁, 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) 69頁, 田中 前掲書 146頁, 小林 前掲書 571頁
- 18) 我妻栄 親族法 328頁
- 19) 我妻栄・有泉享 親族法・相続法 195頁, たとえば, フランス民法では, 両親の教育義務のみが規定され, その他の関係においても親の利益のための権利というより, 義務の面からつよく打ちだされる傾向は一般的に認められているといわれる。
- 20) 相良惟一 「両親の教育権の実定法的考察」(永井編 前掲書) 202頁
- 21) 平原春好 「公教育と親の発言権—親権と子どもの権利—」(永井編 前掲書) 211頁

- 22) 相良 前掲 198頁
23) 平原 前掲 211-212頁
24) 星野 前掲 82頁
25) 奥平 前掲 424頁, さらに, 同頁は外的事項, 内的事項の二分論は, 憲法論ではなくて教育法理論であると指摘する。
26) 永井 前掲 51頁が「教育権という用語は, 本来, 憲法25条により保障される人権が, 国民の『生存権』あるいは『生活権』といわれるように, また, 憲法27条により保障される人権が, 国民の『勤労権』といわれるように, 憲法26条によって保障される国民の人権としての『教育を受ける権利』を意味するものとして用いられて然るべきであった。」と述べているように, 憲法上の教育権を認めるとすれば, 「教育を受ける権利」の意味で用いる方が妥当であるように思われる。

4

つぎに, 教育の義務について問題になるのは義務の主体である。つまり, 憲法の保障する教育を受ける権利の責務を, 一体誰が負うのかということである。この問題に関連して参考になるのが, 国家の教育権かそれとも国民の教育権かを基軸として熾烈を極めてきたいわゆる教育権所在の論争である。したがって, 教育権の帰属を論ずることは教育の義務主体を導く手がかりになるので, 各説の主張をつぎにみておきたい。

(1) 国家教育権 国家教育権説 (Staatserziehungsrechttheorie) は教育権の主体は国家であるという主張であるが, 論者によってはその根拠づけは若干の相違がみられる。たとえば, この学説の代表的理論としてよく引用される憲法26条2項論は, 「義務教育に関する憲法第26条第2項の反面からして国家に教育する権利が認められることになる。」²⁷⁾と説明している。また, 教育権信託論者は, 「『国家は教育に対する権利・義務を要するのである。何故ならば, 国家の第一の義務は, 共通善を保護し, 奨励することにあるが, 国民が良い教育を受けることは共通善の重大な要素であるから, 国家は国民の教育に対し無関心であってはならない。』ということなのである。」とグルドフの言を引用したのち, 「憲法26条は, 『国に対し, 子どもの教育を受ける権利を実現するための立法その他の措置を講ずべき責務を負わせ』たものであり, なおまた, 国家は, 『親の子どもに対する教育の責務の遂行を保障したもの』なのである。国家

がこのような責任をもつということ自体、そのことはとりもなおさず、国家には教育に関する権利・義務が存するというにほかならない。」そして、国家教育権の法制上の理論的根拠は、「憲法前文の、『そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであって、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する。』という規定、さらに、憲法65条の『行政権は、内閣に属する。』という規定に、国家の教育関与、国家教育権の根拠を求めることが可能かつ妥当であると考えるのである。」と述べている²⁸⁾。

さらに、議会制民主主義論の見地から、「議会制民主主義をとるわが国においては、国民の総意は、法律に反映されるので、法律の定めるところにより国家が教育の内容に関与することが認められるべきである。」²⁹⁾として国家教育権論の正当性を主張している。

判決としては国家教育権説の立場から判断を下しているものに、いわゆる高津判決がある。この判旨はおよそつぎのようである。いわく、「日本国憲法は、福祉国家の理念を宣明するとともに、その施策の一環として国民の教育を受ける権利を保障し、国に対し、その権利を実現するため義務教育はじめ各種の必要な施策を実施する権限と責務を課している」「議会制民主主義のもとでは国民の総意は国会を通じて法律に反映されるから、国は法律に準拠して公教育を運営する責務と権能を有するというべきであり、その反面、国のみが国民全体に対し直接責任を負いうる立場にある」「現代公教育においては教育の私事性はつとに捨象され、これを取りこえ、国が国民の付託に基づき自からの立場と責任において公教育を実施する権限を有する」「国は法律に準拠して公教育を運営する責務と権能を有するというべきであり、その反面、国のみが国民全体に対し直接責任を負いうる立場にある」(東京地判昭.49・7・16 判時751・50)。

(2) 国民教育権 国民の教育権説 (Volkserziehungsrechttheorie) は国民が教育権を保有するという見解であるが、その説く方法は論者によっては多種多様で、実にとらえにくい。たとえば、まえに引用したように主権的教育権説は、「教育権とは、学校教育を中心とする、公教育の組織・編成・運用権であっ

て、国民主権国家においては教育権は、「主権者で国民が保持している」ものであると主張し、また、人権論の観点からは、「わが子の幸福を考える親をはじめ、全体として文化をになっていく国民ひとりひとりの教育の自由（国民の自由）にほかならない」³⁰⁾と述べ、さらには、別の点より『国民の教育権』とは、太平洋戦争後のわが国に制定された国民主権原理の日本国憲法により、その第26条において、はじめて国民の教育をうける権利が保障（規定）されたが、その権利を現実には保障するための国民がもつ教育に関する権利というのである。……いい換えれば、国民の“権利としての教育”の保障がなされたものといえるのである。」³¹⁾などと説明され枚挙にいとまがない。ようするに、国民教育権論は、「子どもの教育は、その『教育を受ける権利』に対する義務として行われるもので、この義務をになう者は、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べきものである。したがって、国の子どもの教育に対する係わりあいは、本来、国民の教育義務の遂行を側面から助長するための諸条件の整備に限られ、子どもの教育の内容・方法に対する介入を認めるものではない。教育は、その実施に当たる教師が、その教育の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、その内容や方法を決定し、遂行すべきものである。いわゆる教育の自由、ないし『教師の教育権』の独立の保障は、すでに国際常識である。」³²⁾というのがこの主旨といえよう。

なお、判決としていわゆる杉本判決は、「このような教育の本質にかんがみると、前記の子どもの教育を受ける権利に対応して子どもを教育する義務をになうものは親を中心として国民全体であると考えられる。」（東京地判昭45・7・17判時604・1）と述べて、教育権の所在は国民にあるとしている。

（3）教育権分有 従来、教育権に関して、国民の教育権か国家の教育権かと、きわめて相対立する概念において二者択一的に論じられてきたのであるが、いわゆる旭川学テ最高裁判決を契機として、上記二説の折衷ともいべき教育権分有説が主張されてきた。この学説はつぎのように説明している³³⁾。「子どもの学習権を保障するための教育権というものは、国家にすべてがあるとか、国

民（実際は国民の名を僭唱している一部の^{人々}）にすべてがあるとか考えるべきものでなく、親、国・地方公共団体、教師等が、それぞれの立場に存在する教育権を協力的に行使し、子どもの成長と発達とを助長すべきであると考えられる。このように子どもの学習権を保障するという基準点から、教育権を親、国・地方公共団体、教師のそれぞれに認め、これらの協力によって、子どもの十全の成長を図ることを目的とする学説を、国家教育権説、国民教育権説を統合するものとして、『教育権分有説』と唱えたい」と。

教育権分有説の嚆矢的または決定的判例ともなった、いわゆる旭川学テ判決は、親、教師、国のそれぞれの教育分野について、およそつぎのように述べている。いわく、「親は、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、かつ配慮する一定の支配権、すなわち子女の教育の自由を有すると認められるが、このような親の教育の自由は、主として家族教育等学校外における教育や学校選択の自由にあられるものと考えられる。」「教師が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において、また、子ども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なわなければならないという本質的要請に照らし、教授の具体的内容及び方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授の自由が保障されるべきことを肯定できないではない。……子どもの側に学校や教師を選択する余地が乏しく、教育の機会均等をはか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等に思いをいたすときは、普通教育における教師に完全な教授の自由を認めることは、とうてい許されないとことといわなければならない。」「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国は、国政の一部として広く適切な教育政策を樹立、実施すべく、また、しうる者として、憲法上は、……必要かつ相当と認められる範囲において、教育内容についてもこれを決定する権能を有するものと解さざるをえず、これを否定すべき理由ないし根拠は、どこにもみいだせない。」（最判昭.51・5・2刑集30・5・615）。

上にみてきた教育権論のうちで、国家教育権説および国民教育権説に対してすでに数多くの批判がなされている³⁴⁾ので、ここでは教育権分有説について若干の検討をくわえておくにとどめたい。

さて、教育権分有説によると、親の教育権は家庭教育や学校以外の教育、学校選択権を分有するというが、26条は一般に学校教育や社会教育 (adult education) の外、家庭教育をも保障した趣旨と解している。しかし、本条は学校教育や社会教育などのいわゆる公教育 (public education) を保障した趣旨とみるのが自然であるから、家庭教育はこの対象外と見ていいのではなかろうか。そうでないと、家庭教育に対する教育権も国家や教師も分有しうることになって、はなはだ奇妙な結果を招くことになる。家庭教育の義務負担や決定権は、本来親の占有にかかるものであって、義務違反ないしは濫用にわたらないかぎり、国家の介入する余地はないものと考えられるから、分有権説の矛盾が露呈されてくる。したがって、本条における教育関係は、私教育をも含むいっさいの教育を意味するのではなく、公教育をさすものであって、公教育に対する義務を誰がどのように分担しうるかということが中心課題とならなければならない。ところが両親の教育分有は、公教育、とくに学校教育にあっては、学校選択に限定されているので、ほとんど無きにひとしい。まして、義務教育における公立学校の場合には、その選択の余地すら奪われているので、親の教育分有は皆無に帰してしまう。

つぎに、教師に対しても教育の分有を認め、一定の範囲内においてはあるが教授の自由を認める点においては評価されてよかろう。しかし、教育機会均等、一定水準の確保の面から制約は免れないという点にウェイトをおくことになれば、——その調節機能を国、とくに行政部が完全に掌握し、運用を誤れば——教師の教育分有否定論にもつながることになる。

さらに、この分有権論によると、国の分有する教育権は、議会主義の立場から教育の外的事項はもちろんのこと内的事項についても立法者意思に従って確定し、いずれに対しても関与することができ、もしそうでなければ、教育基本法も否定することになるという。しかしこれには、多少、論理の飛躍があり、

混同されているようである。そもそも、国、とくに国会は「唯一の立法機関」として立法権を行使しうるのは憲法の明規するところであって、これを否定する議論はみあたらない。したがって、立法部が教育関係の諸法規を制定しうるのは当然のことであるから、教育基本法の否定にはつながらない。ただ注意すべきことは、国会といえども万能ではないということである。法の定立にあたって、憲法の命ずる趣旨や精神に従ってのみ立法化が許される(81・98)という強い制約を受けるといってよい。ことばをかえれば、憲法は国会に対してけして白紙委任をしているわけではないのである。明治憲法下におけるような「『法律の留保 (Vorbehalt der Gesetze)』論は、憲法規範が立法権をも拘束するものであるということを知らない19世紀ドイツ国法学の流れをくむ古臭い理論である。それは、日本国憲法の下では、通用しない。』³⁵⁾ という批判のあることを想記すべきであろう。

教育権分有論も教育権の比重のかけかたいかんによっては、随分跛行的分有となり、極端な場合には分有の内容が空洞化され、国家教育権説または国民教育権説と変わらないという結果になりかねない。

このように、教育権分有説も諸種の問題を内包していることは否定できないが、しかし、教育義務の主体論に関するテーゼについて、ひとつの指標を提示している点では高く評価してもよいように思われる。

27) 田中 前掲書 150頁

28) 相良惟一 「教育権をどう考えるべきか」(兼子編 法と教育) 119-120頁、
なお、27)、28)の論者は教育権の所在は国家のみが独占するのではなく、両親にもあるとするので、理論的には国家教育権説とはいえないかもしれない。しかし、これらの説は教師の教育権には消極的であり、また親の教育権は国家に信託されるというから、事実上、教育権は国家の独占することになるので、国家教育権説といったらよからう。

29) 渡辺・下村 前掲書 13頁、教職研修 1974年9月号 33-34頁

30) 兼子仁 教育権の理論 3頁

31) 永井憲一 国民の教育権<改訂版> 1頁

32) 渡辺・下村 前掲書 179頁

33) 渡辺・下村 同上 24頁以下

34) 国家教育権論に対する批判にはおよそつぎのようなものがある。たとえば、永井「教育の自由」(清宮・佐藤・阿部・杉原編 前掲書) 52頁、同 憲法と教育基本権 154頁、有倉 前掲 90頁以下、小林「国家と教育」(兼子編 法と教育) 90頁

以下、奥平 前掲 421-422頁、
また、国民教育権についての批難にはつぎのようなものがあげられる。すなわち、
渡辺・下村 前掲書 55頁以下、鈴木勲 全訂教育法規の理論と実際 56頁、相良
前掲 120頁、奥平 前掲 413-415頁、有倉 前掲 98-100頁
35) 奥平 前掲 421頁

5

さて、上に述べてきた教育権の主体論にヒントを得ながら、教育義務の所在に言及してみよう。

まず、国は教育の義務の主体たるべきかどうかである。周知のとおり、憲法は国民に対して「教育を受ける権利」を保障しているが、この権利は社会権として位置づけられている点からみて、国は国民の「教育を受ける権利」に対して、何らかの形において「責務(responsibility)」を負わなければならないのは明らかである。社会権にはその性格として国民の「国に作為を要求する権利については、国民は必ずその権利に対応する義務を負う」³⁶⁾という原理が成り立つといわれているが、そうだとすれば、かかる原理は、社会権としての権利に対応する義務、すなわち、国家が一定の行為を履行すべき義務の場合についても当てはまることが予想される。この論理を前提にすると、一定の作為義務を負担する国も義務履行のために必要な限度において、権利を有するといってもよかろう。たとえば、国が教育の義務を負担した場合、教育諸条件の整備については権利を保有するものと解されよう。この権利性に焦点を当てたのがいわゆる教育権であるが、教育権なるものがあたかも「教育を受ける権利」に対応する概念でもあるかのようにとらえられ、しかも、学習権主体不存在の論議へとエスカレートしてきたところに、この論争をますます紛糾せしめた要因があったように思われる。それは、教育権としての意味内容や位置づけを正当に把握しなかった誤解から生じたものであるといえよう。

ところで、国家が教育の主体となりうる根拠づけに、信託論(Treuhandtheorie)があった。信託は委託者が受託者を信用して依託するのであるから、国は委託物を自己のものとすることなく、「つねに国民に対する責任を忘れてはな

らないという意味³⁷⁾に解せられ、その限りでは批判の余地はない。ただ、教育を憲法体系の中で信託論としてとらえた場合、はたして妥当性をもちうるかどうかという点にいささかの疑念がないでもない。憲法が前文において国民が信託するのは「国政 (government)」であって「教育 (education)」ではない。いわゆる旭川学テ判決における最高裁のいうように、「教育は国政の一部にすぎない」という理論もあろうが、いささか無理があるような気がする。すでにみたように、政治の本質は権力作用 (powerful process) であるのに対して、教育の本質は非権力作用 (powerless process) であり条理にもとづかなくてはならず、学問研究による真理を根底におくものであって、本来、法的規制になじむものではなく、自由な存在である³⁸⁾から同一視していいものかどうか疑問である。かりに、百歩譲って教育を国政の一部とみて論をすすめると、それは「国民の代表者がこれを行使」(前文)するのであるから、国はすべて教育事項を独占的に掌握することになって、国民とくに親の子に対する公教育への義務の免除という効果とともに、これに随伴する権利をも完全に剝奪される結果を招来せしめることになってしまう。国の教育に対する任務は国民ないしは子女の親から付託されたものではなく、憲法みずからが付与せしめたものとみるべきであらう。

つぎに、教師も教育義務の主体たりうるかどうかである。教師は学校教育という面からみて、教育を受ける者にとってもっとも密接な立場にある関係上、負担の任にあることはいうまでもない。この任務について、いわゆる杉本判決は、「児童、生徒に対し、児童、生徒の学習する権利を十分に育成する職務」と、「親ないし国民全体の教育意思を受けて教育に当たるべき責務」のあることを指摘している。いいかえれば、前者は教師が児童、生徒に対して教育義務の主体たることを意味するが、後者の場合は親ないし国民に対しての教育責務と解せられる。

ところで、これらの責務は実定法上いかなる法レベルでの責務であるか明確でない。ここで問題の憲法上の教育義務の主体に焦点をしばらくと、かかる教師の職務ははたして憲法上のものであるかどうか疑わしい。なぜなら、憲法は

本来統治権力を制限して国民の権利自由を保障しようとすることをねらいとしてきたところから、その効力はいきおい国民と国家との関係において及ぶものとされてきた。この原理からすれば、教師は国家ないしは政府の機関 (Staats order Regierungsorgan) たらなければ、憲法上教育を受ける主体の対象とはなりえない。

それでは、学校教師をはたして国家機関とみていいものかどうか。国公立学校教師の位置づけをどうみるかという点は疑義が残るとしても、私立学校の教師についてはまったくその枠外におかれることになる。教師群を二分して、一方、国公立学校の教師は国家機関の構成メンバーとして憲法規範の対象とし、他方、私立学校教師についてはその範疇外におくことも理論上考えられうるが、教育人権においてみるかぎりではあまりにも形式論的すぎはしまいか。かかる点をも考慮してか、教師をすべて「学校設置者の agent (機関)」とみて、教師の教育権は憲法上の権利ではなく、憲法以外の法的規範が創設する実定法上の権限であるとの見解³⁹⁾も故なしとはしない。

この考えによると、学習権主体に対応する国家の義務とそれにとまなう権利が、憲法から直接に演繹されるのに対して、教師は法律上の義務負担者ということになろう。しかし、教師の義務の軽減は、国の教育権限の増大化現象を生ぜしめ、議論の紛糾した国家教育権への途を開くことになり、その結果、「国家権力によって法的拘束力の与えられた教育内容と方法を細かに指令され、それを効果的に子どもにわからせる」⁴⁰⁾だけの授業の強行性への先鞭をつけることにならないかという懸念が生じてこよう。このような危惧の念を一掃せしめ、「教育を受ける権利」を実質的ならしめるためには、「教育の自由 (Unterrichtsfreiheit)」の保障を確保する必要があるだろう。

従来から教師の教育は、「原理上——法律的には一種の『擬制』としてだが——すべて“父母たる国民”から信託され」たものであり、教育の「授権の構造は、子→親→教師」という経路をとるものである⁴¹⁾から、教師は児童・生徒に対して職責を有するとともに、彼らの親に対しても責任を負うといわれてきた。しかし、教師が教育の義務を履行するに際して何故、親から信託されたも

のと擬制しなければならないのか明らかではなく、まして、子が親に教育の義務の授権をすべきなのか、不可解である。このような教育の信託論をとることは、すでに述べたとおり、両親の子どもに対する公教育の風化作用という犠牲の上に成り立っているように思われてならない。

ようするに、教師の学習をする権利の主体に対する教育関係は、国から委託されたものでもなければ、親から付託されたものでもなく、直接憲法によって与えられたものであると考えられるのではなかろうか。その法的根拠は、憲法26条1項に求められよう。同条項は国民の教育を受ける権利を保障しているが、ここにいう「教育」はどのような内容のものでもよいというのではなく、この権利が社会権としての性格を有するものである以上、人間に値する文化的内容を包含した生存的諸条件を可能ならしめ、25条の生存権を骨子とする社会権に根ざした教育の本旨を内容とする教育の総合体を意味するのであって、教育基本法の宣言する「個人の尊厳を重んじ、真理と平和を希求する人間の育成を期するとともに、普遍的にしてしかも個性ゆたかな文化の創造をめざす教育」(前文)ないしは、「人格の完成をめざし、平和的な国家及び社会の形成者として、真理と正義を愛し、個人の価値をたっとび、勤労と責任を重んじ、自主的精神に充ちた心身ともに健康な国民の育成を期す」(1条)る教育たることを要するといつてよい。このような内容の教育を受けうるからこそ26条1項の基本理念である。したがって、かかる内容を包含する教育は、個別科学の成果と学問研究の方法をマスターし、具体的内容を自分の思想において全体的真理のなかに位置づけながら、すべて子どもたちにわからせうような授業を展開せしめうる高度の専門的力量を有する専門家を予定してはじめてなりたつといつてよかろう⁴²⁾。このように考えてくると、26条1項の教育を受ける権利は教育専門家の存在を前提として成立するものであるから、教育専門家としての教師は、その主体者に対して、かかる内容の教育を付与すべき責務を憲法上負担させられているものとみてよいのではあるまいか。もし、このことが正しいとすれば、教師の教育の義務と権利とは親や国から信託されたものではなく、憲法により直接付与されたものであるということができよう。

ところが、このような理論構成をとると、憲法論上別の疑義を惹起せしめよう。すなわち、教師をおしなべて国家機関とみることは無理であるから、国民としてとらえた場合、人権規定の私人間への適用論上、教師を教育を受ける権利の名宛人とするものの困難性ということである。伝統的憲法理論によると、私人間への適用を拒絶しているので、この点からみるともはや絶望的といってよい。しかし、古典的人権論によっては、とうてい現代人権の価値体系を十分汲み上げることにはできないという批判にさらされてきたことを考えると、憲法上、明文の条規や論拠があれば、いわゆる「第三者効力 (Drittwirkung)」を是認するのにやぶさかであってはならない。その道標を暗示するのが、28条の労働基本権であって、この権利は社会権として勤労者に労働三権を付与して、生存の維持を保障しているのであるが、その相手として私人たる使用者を念頭においていることは十分読みとれる。したがって、この論理は教育条項にも類推適用しうるように思えるから、社会権としての地位を占める教育を受ける権利に労働権との共通の指標をみるとき、上記の法理が妥当するものと考えてきしつかえなからう。

最後に、両親の学校教育に対する憲法上の責務ということについては、いささか疑問視されよう。なるほど、教育関係の始源は、親の子に対する「人類普遍の原理」に発するものであるから、自然法上はもちろんのこと、実定法上においても、その任務を負うべきことはいうまでもないことである。したがって、家庭教育等の私教育にあっては、民法の明言するところであり、また、憲法上においても、人権総則の一般原理宣言の中にこれを瞥見することができるであろう。

ところが、公教育としての学校教育に対しても同様に解しうるかどうかが明確ではない。むしろ否定的に解した方が、理論的にはすっきりするようにも思われる。実際の面においても、学校教育はすべて国と教師に委任をし、責務を免れるとともに、その義務主体 (Pflichtssubjekt) の地位から脱落させられてきたといってよい。かかる理論的根拠は、いわゆる教育授權論であって、この美名の下に父母の自然的責務としての教育の委譲が行われ、完全に空白状態に陥

ってしまったものと考えられる。

しかし、憲法をつぶさにみても、国政の信託はあっても、教育の付託、しかも全面的授權の下命は発見できないばかりか、26条1項の子女の「教育を受ける権利」は、公教育上、両親の教育の義務主体的地位を否定すべき何程の根拠もみあたらない。したがって、同条項はむしろ親の子どもに対する学校教育の義務主体たることを認めているものと解せられる。従来、親の学校教育の義務や権利の剝奪や大幅な制限がくわえられてきたことに対する批難には率直に耳を傾けるべきであろう⁴³⁾。

36) 高原 前掲 283頁

37) 宮沢俊義・芦部信喜補訂 全訂日本国憲法 37頁

38) 坂本秀夫 「『教育の信託』構造素描」(兼子編 教育権と教育行政) 186頁, 兼子教育法<新版> 195頁

39) 奥平 前掲 417頁, 同頁によると, 教師の教育権は学校設置者の機関として, こうした制度的制約のもとにのみ成立すると指摘している。

40) 坂本 前掲 187頁

41) 小林直樹 「現代教育における人権」(兼子編 前掲書) 58頁, 上記杉本判決も「教師はそれぞれの親の信託を受けて児童, 生徒の教育に当たるものと考えられる」と述べ同旨。

42) 坂本 前掲 187頁

43) 渡辺・下村 前掲書 182頁は, 国および教師の学校教育の独占に対する批判は, ようやく世界的にたかまりつつある旨指摘している。