

人権としての「教育を受ける権利」 の 一 断 面

森 田 友 喜

も く じ

- 1 教育を受ける権利の人権体系上の位置
- 2 教育を受ける権利の法的性格
- 3 教育を受ける権利と家庭教育
- 4 教育を受ける権利と入試制度

1 教育を受ける権利の人権体系上の位置

教育を受ける権利が基本的人権の体系上いかなる類型に属するかについては、憲法の性質や制定時期または国家体制等の相違により異なっている。近代国家における初期の憲法は「教育の自由 (Pädagogische Freiheit)」がその中心をなしているといつてよい。たとえば、フランスの2月革命によって成立した1848年の共和国憲法 (Constitution de la République Française) は前文において、「すべての者に不可欠な教育をすべての者の手の届くところにおかなければならない。」と宣言し、本文で、「教育は自由である。教育の自由は、法律の規定する能力および道徳性の条件に従い、かつ国の監督の下において実行される。この監督は、例外なくすべての教育および教化の施設にも及ぶものとする。」(9条)と定めているのは、その典型的な例といえる。さらに、教育の自由の理念はこんにち自由主義諸国の憲法に継承され、かつ明文化されているのがみうけられる。たとえば、ベルギー憲法は、「教育は自由である。これに対するいっさいの弾圧はこれを禁ずる。教育に伴う犯罪の処罰は、法律の定めるところによる。」(17条)と規定し、スペイン憲法も、「教育の自由は、これを認める。」

(27条1項)と定めている条項などがその例である¹⁾。

しかし、18～9世紀の人権宣言の教育条項が受動的意味あいにおいて規定されていたのに対して、20世紀憲法のそれはどちらかという積極的態度において定められている。たとえば、世界人権宣言 (Universal Declaration of Human Rights) は、「すべて人は、教育を受ける権利を有する。教育は、少なくとも初等および基礎的段階においては、無償でなければならない。初等教育は、義務的でなければならない。技術教育および職業教育は、一般に利用できるものでなければならない。また、高等教育は、能力に応じてすべての者にひとしく開放されなければならない。」(26条1項)と高らかに宣言している。また、フランスの第4共和国憲法 (Constitution de la République Française 1946) は、「国家は、児童および青年が教育、職業教育および教養を均等に受けることを保障する。すべての段階における無償かつ世俗的な公の教育を組織することは、国の義務である。」(前文13項)と定めており²⁾、その他自由主義諸国ではわが国の憲法をはじめ、韓国憲法 (27条)、台湾憲法 (21条)、ブラジル憲法 (166条)、インドネシア憲法 (31条)、スペイン憲法 (5条)などは、すべて「教育を受ける権利 (Recht auf Erziehung)」を保障している。

これに対して、社会主義諸国の憲法はほとんど「教育を受ける権利」の規定を有し、かつ詳細である。たとえば、ソ連憲法は、「ソ連邦市民は、教育を受ける権利を有する。」(45条1項)と定めているほか、「ソ連邦においては、市民の普通教育と職業教育を保障し、青少年の共産主義教育、精神的肉体的発達に役立ち、労働と社会活動のために青少年を教育する単一の国民教育制度が実施され充実される。」(25条)、「ソ連邦市民は、子どもの教育に配慮し、社会的有用労働ができるように子どもを訓育し、社会主義社会の成員としてふさわしい人間に養育する義務を負う。」(66条)というぐあいである。

同様に、中国憲法も、「公民は、教育を受ける権利を有する。国家は、各種の学校およびその他の文化・教育施設を逐次増加し、教育を普及させることによって、公民がこの権利を享受できるよう保障する。国家は、青少年の健全な成長にとくに配慮する。」(51条)と記し、その他、東ドイツ憲法 (25条、26条)、

ブルガリア憲法 (45条) , ハンガリー憲法 (59条) , ポーランド憲法 (72条) など
もこの範疇に属する。

このように、憲法の保障する教育条項は、国家体制の相違により規定の仕方
や保護の度合も異なっている。これを一般化すれば、自由主義諸国の教育規定
が抽象的ないしは簡略的である³⁾ のに対して、社会主義諸国のそれは具体的
ないしは詳細的であり、法的効力の点においても、前者がプログラム規定的性格
であるのに対して、後者は法的実効性をもつもののだといえよう。しかし、これ
らの区別はあくまでも相対的・概括的なものであって、絶対的なものではない。
したがって、自由主義諸国の人権としての教育条項をすべて政治道徳の宣言で
あるとか、法的に無内容なものであるとか一概に断定しうるものではない。要
はその国の憲法体系がいかなる意図や目的の下に制定され、それがその時代の
社会的状況とどう対応するかという点などを考慮に入れて解釈されるべきであ
ろう。

では、わが国の憲法の定める教育を受ける権利の人権体系上の位置づけはど
うであろうか。

まず、憲法制定後のいわば創設期には受益権ないしは国務請求権として説明
されてきた。たとえば、美濃部博士や佐々木博士が、「民主政は国民の総てが
政治に関与する政体であるから、其の健全なる発達を期する為には国民の総て
が政治に相当の理解力を備へ相当の関心を寄するだけの教育を受けて居ること
が必要であり、又特に優れた人才で進んで国政に寄与すべき天性の能力ある者
はそれに相当するだけの高等教育を受くる機会を得せしむる必要がある」⁴⁾ から、
「すべて国民は、その能力相応の教育を受けることを、国家に対して、要求
することを得る」⁵⁾ 権利であると説明されているのは、その展型的な例である。

たしかに、受益権は国民が自己の利益のために国家の特定の行為を要求し、
国家が社会の福祉のために施設した設備を利用し、国から積極的な利益を受け
ることを内容とする国民の公権である⁶⁾ には違いないが、その実体は、本来、
各人の実体的な法益を内容とするものではなく、他の実体的な権利法益の保護
手段として成立しうるにすぎない、いわば形式的公権⁷⁾ にほかならないから、

この権利の利益を具体的に受けうるには、法律の定めるところにより決定される⁸⁾ ことになるので、実質的には法律上の保護ということになりかねない。したがって、この説によると、教育を受ける権利の人権上の保障の意義ははなはだ稀薄なものになってしまう。この点から教育規定を受益権として位置づけることは妥当でない。

つぎに、教育を受ける権利を「自由権 (Freiheitsrecht)」とみる見解もある。これは、かつての金森国務大臣の答弁にみられるように、国家が国民の教育を受ける自由な権利を妨害してはならないという義務を負うということ、いいかえれば、国民が自由に教育を受けるのを妨げられた場合、国に対してこの妨害の除去を請求しうるということであって、積極的に国の作為を要求する権利ではないということである⁹⁾。この見解はまえにみたように、自由主義的人権思想やその上に構築された国家体制等から演繹された帰結といってよからう。

しかし、教育を受ける権利は、たんなる「教育を受ける自由 (Freiheit auf Erziehung)」とは異なる。もし、国民が教育を受けるにあたって、国家権力をもってこれを妨害しえないというだけであるならば、現代憲法の役割は半減してしまう。なぜなら、現代における教育は、「学校・図書館・研究室等の施設や研究費等を不可分とするから、たんに権力の干渉の不存在だけでは、到底充足されえない」¹⁰⁾ からである。教育を受ける権利の実質的保障という観点からすれば、教育を受ける自由よりも、より積極的に教育・学習の条件を得ることの方が、ここでは主たる意味をもつものといえる。もっとも、このことは教育を受ける自由を排撃するものではなく、むしろ「一面では自由権でもあることを確認」¹¹⁾ することが必要であることはいうまでもない。

そこで、学説はこんにち教育を受ける権利をたんに自由権としてではなく、「社会権(droits sociaux)」として把握している。それによると、この権利は生存権の文化的側面の権利を具体化し表現したものとの理解にもとづいている¹²⁾。

周知のように、社会権は社会生活における人間の尊厳「(Würde des Menschen)」を実質的に確保するために、国民の人間らしい生活を保障することを目的とするものであって、主として社会的経済的弱者を保護・助成するという

国家の作為を請求できる権利である¹³⁾ ので、教育を受ける権利は、かかる人権体系にねぎした「現代国家によって積極的に保障されていくべき社会権的生存権」¹⁴⁾ として把握されているといつてよからう。

このように、教育を受ける権利を人権体系上社会権として位置づけるとしても、前述のように、「教育内容に対して国の介入や統制を加えられることなく、自由に教育を受けることができる」¹⁵⁾ 自由権的側面を有することはもちろん、教育の機会均等をも合わせて保障した平等権としての性質をもつ権利であることは否定しえない。

ようするに、教育を受ける権利は自由権や平等権を包含した、いわば複合的社会権として位置づけられるものといつてよからう。

注

- 1) 沖原豊 日本国憲法教育規定研究 17頁参照。
- 2) フランスの第5共和国憲法では教育規定は法律事項となり、憲法上の保障から脱落している。
- 3) もっとも、ワイマール憲法のように、「就学は、一般の義務である。その義務の履行は原則として少くとも8年の修学年限を有する小学校とこれに続く18才までの上級の教育学校への就学によってなされる。小学校および上級の教育学校における授業および学用品は無償である」(145条1項)といささか詳細に定めているのもあったが、かならずしも実効性があるものとはいえなかった。
- 4) 美濃部達吉＝宮沢俊義補訂 日本国憲法原論 162頁
- 5) 佐々木惣一 改訂日本国憲法論 429頁
- 6) 美濃部＝宮沢補訂 前掲書 158頁
- 7) 田口精一 「受益権」(田上穰二編憲法事典) 353頁
- 8) 佐々木 前掲書 430頁
- 9) 清水伸 逐条日本国憲法審議録 594頁
- 10), 11) 小林直樹 現代基本権の展開 89頁
- 12) 法学協会編 註解日本国憲法上巻 495頁, 橋本公亘 日本国憲法 394頁, 鵜飼信成 新版憲法 79頁
- 13) 大須賀明 「自由権と社会権」(吉田善明＝中村睦男編 憲法) 142頁
- 14) 兼子仁 教育法＜新版＞ 227頁, もっとも、教育を受ける権利を社会権に位置づけるとしても、いかなる理由からいかなる性質の社会権・生存権として保障されるかという点については、経済的・政治的生存権説, 経済的生存権説, 学習権の生存権説に分れている。
- 15) 佐藤功 日本国憲法概説＜全訂第二版＞ 229頁

2 教育を受ける権利の法的性格

教育を受ける権利が人権体系上、社会権の基本権に位置づけられることに「異説はない」¹⁾としても、法的にいかなる性格の権利であるかという点では、まだかならずしも見解は一致しているとはいえない。これについて学説は大別すると、プログラム規定説、抽象的権利説、具体的権利説に分けることができる。

(1) プログラム規定説 プログラム規定説の代表的著書はつぎのように述べている²⁾。いわく、「ここにいう権利とは、国家が教育の機会均等につき配慮すべきことを国民の側から権利として把握したものであって、国家は立法及び政策を決定するにあたってこうした点を充分顧慮しなければならぬということ、更に一步進んでその趣旨を実現するために適当な手段を講ずる責任があることを内容とする」ものであって、「ここに権利といっても、それは特定個人が本条(26条)によって、教育を受けるにあたって必要な費用の支払を国家に請求するというような具体的な権利まで与えているのではない」したがって、「この権利は具体的には法律の定めるところに従ってその内容が定まる」のである。

ようするに、プログラム規定説によると、憲法が国に対して国民が教育を受けることができるようにすることを政治的・道徳的義務として課したもので、これをいいかえると、教育を受ける権利は国民のたんなる訓示的権利にすぎないのであって、法的規範力を有する権利ではないというのである。

しかし、教育を受ける権利をプログラム規定と断定してしまうことの不合理性は、いわゆる朝日訴訟をめぐる生存権について、多くの論者によりするどく指摘され、はげしく批判されてきた³⁾のでここではくりかえさないが、それにしても、憲法とくに人権規定をたんなる「綱領的規定(Programmsatz)」とみるのは妥当ではなく、原則として規範的効力をもつものと解すべきである。その証拠に、憲法は「最高法規(supreme law)」としての地位を有することを確認し、その法的効力を確保するために裁判所に対して「違憲審査権(richterliches Prüfungsrecht)」を付与せしめていることから明らかである(98条、81条)。し

たがって、人権条項を訓示的規定と断言するためには、憲法上明文の規定がある場合か、「合理的な根拠を明確に論証」⁴⁾した場合にかぎられるであろう。もっとも、教育を受ける権利についていえば、「法律の定めるところにより」とのいわゆる「法律の留保 (Vorbehalt des Gesetzes)」が付されているといったところからプログラム規定説の根拠づけもみられようが、この条項は国民が教育を受けるための手続等の事項を法律に委任する趣旨であって、この権利そのものを法律に白紙委任したものとはとうてい解されない。教育は人間形成の根源であり、「すべて人間は教育を受けて学習することによって人間として成長・発達していく」⁵⁾うえに、必要不可欠の要件であって、人間の生れながらにして有するいわば「自然法的権利 (Naturrechte)」であるから、憲法が法律に対する全面的委任はとうてい許さるべきではない。したがって、この説は国家の教育内容の介入という点ともからんで、いきすぎた議論、極論をふくむ議論、大雑把すぎる議論であると批難するむきもある⁶⁾。

(2) 抽象的権利説 この学説は教育を受ける権利のプログラム規定性を排斥して社会権としての権利性を主張する。この場合、この権利の内容を二分化し、一方自由権的側面としての権利を認め、他方社会権的側面としての権利性を承認する。前者には裁判規範性を付与して、たとえば、国公立学校が差別をおこなった場合やそのような立法を制定した場合には、その違憲性を主張して司法判断をあおぐことができるとするので、このかぎりにおいては法的拘束力を有する権利ということができる。しかし、後者の場合には抽象的権利を付与したにすぎないのであるから、法律の制定がなければ、26条1項だけでは単独に作用しえないとする⁷⁾。

このように、抽象的権利説は自由権的側面としての教育を受ける権利と社会権的側面としての教育を受ける権利に分離し、それぞれ実定法的効果の発生を区別している。前者については法的権利を認めて国の妨害や違法行為を廃除しようとするので、その点では高く評価されよう。しかし、かんじんの後者については抽象的権利にしかすぎないとする。抽象的権利もたとえ抽象的であるとはいえ権利であるから、その下に制定される法令の「解釈原則 (Auslegungsre-

geln)」として行政府や司政府を拘束するので、立法府は人権規定を具体化するための法律の制定義務を負い、国民はこの法律を通じて具体的に権利を行使するのであるから、もし立法の不存在は憲法違反となる。しかし、だからといって裁判的救済の途はないとするのがこの説の考え方である⁸⁾。したがって、この説によると、教育を受けるに必要な設備条件等を国が不作為により放置している場合や法令不備・欠如の場合には拱手傍觀のやむなきにいたり、いかに理論的には、「憲法の明文の規定する基本的態度という点では（プログラム規定説と比べて）全く反対である」⁹⁾との説得の努力にもかかわらず、結局は多かれ少なかれ綱領の規定説とそうたいして変らない結果になってしまう¹⁰⁾。つとに、プログラム規定説のなかにも国の行為により国民の具体的権利を侵害している場合には、国民は法律の存立の有無にかかわらず、憲法規定を根拠として具体的現実的な利益維持のために主張しようとして自由権的效果を認定しようとしているものもある¹¹⁾ので、この説はなおさら色あせたものにみえてくる。

(3) 具体的権利説 教育社会権は個人の抽象的な人格価値や個人の現業の生活を国家が具体的に保障するために、憲法のレベルで承認された権利であるから、国の教育整備条件等の不作為に対して、当該国民が権利救済の法的手段として違憲確認訴訟を提起しようと説くのが具体的権利説である。この説によると、権利主体になりうるのは、教育の種類に応じて異なる。すなわち、家庭教育については親または保護者、学校教育にあつては教師・親・保護者、社会教育では国民一般であり、26条規範の名宛人は立法権と司法権であつて、行政権には該当しない。というのは、近代国家にあつては法律による行政の原理が支配している関係上、行政権の作用はすべて法律によって行政機関が一定の行政処分をなしうるほどの具体的、明確、詳細な規範内容をもたないからであるとす¹²⁾。

もっとも、教育を受ける権利が具体的権利であるとする意義づけやとらえ方については、生存権説、公民権説、学習権説とによってそれぞれ見解を異にしている。

第一に、生存権説によると、教育を受ける権利は生存権の文化的教育的側面

のあらわれにほかならないから、能力があるにもかかわらず、資力が乏しいため教育を受けられない者に対して教育を受けられるように、国がかかる必要な措置を講じ、その経済的配慮を行うべきことを義務として課せられた趣旨であると主張する¹³⁾。

第二に、公民権説は憲法教育原則は教育基本法前文、1条および2条に明確に規定されている民主主義と平和主義の教育を内容とするものであるから、憲法26条はかかる内容の教育を受けることを要求し、それが国家権力から干渉されることなく実現されることを権利として保障しているが、これはつまり平和主義と民主主義を体得した将来の国の主権者として、ふさわしい国民を育成する教育を実現また享受するために、必要なかつ積極的な行為を国に要求する権利であるとする¹⁴⁾。

第三に、学習権説によると、教育を受ける権利の保障は現代国家における憲法政策的意味にとどまるものではなく、人間の生来的学習権の現代的発展という教育条理上の必然性になうものであるがゆえに、すべて国民は生れながらにして、教育を受け学習することにより人間的に成長発達していく権利を有している。この生来的学習権は、まず近代憲法下に学問学習の自由や教育を受ける自由とそれに対応する国民の教育の自由として、国家権力の支配介入を受けないことが保障されたのであったが、その後の歴史的過程において、国民の学習権は現代に生きる人間としてその能力を全面的に発達させるような教育が受けられるように、国家に対して積極的な条件整備を要求する社会的人権に高められるにいたったのである。ようするに、教育を受ける権利は社会権として現代国家の積極的な働きを求めているけれども、それは国民の学習権を充実させ開説させるためという一段と高い文化的次元をねらっていると説く¹⁵⁾。

さて、これら3説のうち、生存権説に対しては、教育を受ける権利はその文化的権利内容を教育条理に即して豊かにとらえていくべきであるにもかかわらず、この権利の生存権の経済主義的側面のみを把握し、強調するきらいがあって、この権利の文化的性質を十分みているとはいえないとの批判がなされている¹⁶⁾。

これに対して、公民権説については、民主主義の理念を根本原理にすえおき、その上に国家体系を構築するため、「とりわけ子供にとって、主権者として現実に参加することを前提としての学校教育における政治教育は、教基法8条をまつまでもなく、大事である」¹⁷⁾には違いないが、これをもって教育の目的とするのは、その一面的把握であって全部とするのはかならずしも適切とはいえない。民主主義国家や民主政治の維持発展は人権保障の見地からすれば、その手段と結果ではありえてもけして目的そのものではない。教育を受ける権利は本来、個人が人間としての成長、人格の完成を目的とする権利であるから、第一義的には人権保障を使命とするものであり、それが十分に遵守され目的を達成した結果、民主政の維持、発展が可能になるものといえるだろう。したがって、民主制体維持のための国民の育成という政治的働きが教育を受ける権利の主たる保障理由であってはならないのである¹⁸⁾。教基法が教育は人格の完成をめざし、平和的な国家および社会の形成者として、真理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ることを目的としていることをうたっているのもそのあらわれといってよからう。

これら2つの説には若干の問題が内包されているが、この点を克服したのが学習権説といえるだろう。すなわち、この説は、「教育を受ける権利の主体に側してなされ、多面的・発展的で拡がりのある教育という営為を過不足なくカバーし、かつ生存権的な教育観も公民権的なものの見方も包括しているという点において無難である」¹⁹⁾といえよう。ただ、学習権説が教育法学や教育学のなかに埋没して、憲法とのかかわり、とくに法的権利性の面をどのように把握するかという点の論述が稀薄になっているのが懸念される。

このように、教育を受ける権利の意義づけの面において、学説はそれぞれ違ったとらえ方をしているが、3説ともに、「国家（内閣、国会）に対する条件整備の具体的要求権であるという権利性を引き出し」、しかも、それが、「教育条件を整備するため具体的請求権であると主張している」点では「共通している」といわれる²⁰⁾ので、ここでは包括的に具体的権利説としての範疇に含めていい

ように思われる。

そこで、前に述べたことから具体的権利説についてみると、この説は国が教育設備条件等を不作為により放置している場合、当該国民は裁判所に訴えて救済を求めうるのであるが、具体的方法として法治行政の原則から法律によらなければならない。ところが、かかる法律が制定されていない場合、立法不存在は憲法違反となるので違憲確認訴訟を提起するというのである。しかし、この学説も法理論的に諸種の問題を含んでおり、その問題点については生存権上の具体的権利説に対する批判として指摘されてきたので詳述はさけるが、現行憲法上国会の立法の不作為がはたして違憲審査の対象となりうるかどうか疑義があろう。憲法は審査の対象として、「法律、命令、規則、処分」を規定しているにとどまる(81条)ので、はたして不作為がこれに含まれるかどうか。かりに、これらの事項を例示的規定と解して不作為をこれに該当させるとしても、いかなる訴訟類型をもって提起するか定かではない。また、行政部は法律による行政の原則の点から人権規定の名宛人になりえないというが、この理論は近代の自由放任主義下における「国家からの自由(freedom from the state)」を最高価値とした消極行政の理念にねざした行政観であるから、現代行政のなかにこれを無制限に導入することには疑問を抱かざるをえない。20世紀の福祉国家にあっては各個人の人権保障を実質的に確保するため、憲法の要請にもとづき行政の積極的活動が期待されているのである。したがって、憲法は内閣に対して、人権総則的にはその保障につき国政上最大の尊重責務を課し、各則的には教育設備条件等の設置施行義務を負わせ(13条、26条)、制度的には行政事務全般の職務行為を命じ、これを具体化せしめる方法として憲法施行のための命令権を認めるとともに、内閣の構成員たる国务大臣に憲法尊重擁護の義務を強制しているのである(73条、99条)。もっとも、これがため法治行政の原理が廃除されることを意味するのではないことはいうまでもない。

このような点を考えてみると、具体的権利説も実は具体的権利とはいえないように思われる。

そこで、この問題に関する有倉教授の提言は大変興味深い。同教授は25条生

生存権の規範性を引用しながらつぎのように述べておられる。すなわち、『『最低限度の生活水準については、生活保護法の規定は、憲法25条をなほほどにも具体化していない。……判決のいうごとく、生活保護法の規定が厚生大臣の定める保護基準の適否を判定しうるものであるとすれば、憲法25条も当然、直接に同様の任に堪えるはずである。判決がこのことを特に主張していなくとも、判決の論理必然の結果として推測せられ、ここに判決の意義を見出すものである』……。憲法26条についても同様のことがいえる』²¹⁾と。つまり、生存権は憲法より法律の媒介なく直接効力を発し、立法部、司法部はいうまでもなく行政部をも直接拘束しうるものと解されるから、同じ社会権として位置づけられる教育を受ける権利にもこのことが妥当するというのである。その理論構成については明かではないが、この結論には傾聴に値する見解として賛同をおくり深い興味をおぼえる。

しかし、教授が文中、判決のとったプログラム規定を批判して直接適用の可能性を論述し、26条への類推適用をはのめかしておられるのは、主として26条2項の義務教育の無償制についてのようである。というのも、後半の部分で、「授業料に関するかぎり、法律をまつまでもなく、憲法上の具体的権利となる……（の）であって、そのかぎりで正当ということが出来る」²²⁾といっておられる点を考慮すると、はたして、教育を受ける権利に関しても直接効力説をとられる趣旨であるのかあやしい。むしろ否定的見解とみてよからう。

注

- 1) 山崎真秀 「教育を受ける権利」(奥平一杉原編 憲法学2 人権の基本問題Ⅱ) 214頁
- 2) 法学会編 註解日本国憲法上巻 500-501, 503頁, 佐藤功 憲法 182頁, 沖原豊 日本国憲法教育規定研究 337頁も同旨
また、判例も教科書費国庫負担請求事件において、「もとより、憲法はすべての国民に対しその保護する子女をして普通教育を受けさせることを義務として強制しているのであるから、国が保護者の教科書等の費用の負担についても、これをできるだけ軽減するよう配慮、努力することは望ましいところであるが、それは、国の財政等の事情を考慮して立法政策の問題として解決すべき事柄であって、憲法の前記法条の規定するところではないというべきである」(最判昭和39・2・26 民集18・2・343)と述べているのもプログラム規定説によったものといえる。
- 3) 大須賀明 「憲法上の不作為」(早稲田法学44巻1・2号) 152頁以下, 横川博「生存

- 権の保障」(清宮＝佐藤編憲法講座2) 225頁以下
- 4) 大須賀その他 憲法講義2 基本的人権 34頁, 山崎真秀 「教育を受ける権利, 教育の義務」(永井編 日本国憲法8 教育権) 234頁
 - 5) 兼子仁 「学習権の範囲と構造」(室井＝鈴木編 教育法の基礎) 45頁
 - 6) 奥平康弘 「教育を受ける権利」(芦部編 憲法Ⅲ人権(2)) 371頁
 - 7) 藤井俊夫 憲法講義2 基本的人権 256-257頁
 - 8) 橋本公亘 日本国憲法 385-386頁
 - 9) 横川 前掲 230頁
 - 10) 有倉遼吉 憲法理念と教育基本法制 43頁は, 抽象的権利説について, 「具体的効果からみれば, 裁判規範性が認められない点でプログラム規定説と同一範ちゅうに属するものといえる」として, この説をプログラム第2説とよんでいる。
 - 11) 佐藤功 「生存権の保障・法律と予算」(清宮＝佐藤編 憲法演習) 61頁
 - 12) 大須賀明 「『社会権』の権利性」(永井編 前掲書) 175頁以下
 - 13) 宮沢俊義 憲法Ⅱ<新版> 435-436頁
 - 14) 山崎 前掲 233頁以下, 永井憲一 憲法と教育基本権 49-50頁, 251頁
 - 15) 兼子仁 教育権の理論 217-218頁, 同 国民の教育権 116頁
 - 16) 兼子 教育権の理論 217頁
 - 17) 奥平 前掲 383頁
 - 18) 兼子 前掲書 217頁
 - 19) 奥平 前掲 384頁
 - 20) 吉田善明「私立高校の学費と憲法26条」(判タ No. 445) 9頁
 - 21) 有倉 前掲書 44頁
 - 22) 有倉 前掲書 46頁

3 教育を受ける権利と家庭教育

教育を受ける権利の「教育」は, 一般に, 「学校教育 (school education)」について論じられてきたので, 教育を受ける権利といえは, 通常, 学校教育を受ける権利といった意味でとらえられてきた。しかし, 教育の種類を学校教育のみに限定するのは狭きに失し, 「社会教育 (adult education)」もこれに含めてよく, こんにち, その必要性和からんで多く言及されてきている点からもうなずけよう。

ところが, 「家庭教育 (home education)」になるとはたして26条の保障の対象になりうるのかどうか, 前二者ほど明確ではない。これについて, 通説的見解は, 「教育を受ける権利という場合の『教育』とは, 家庭教育や社会教育・公民教育を含む広義のものである」¹⁾ として, 家庭教育も26条の保障するところであるとす。これを前提に考えると, 具体的にはどのようなになるであろうか。

教育を受ける権利は学習権説の主張するところによると、国民が学習するにあたって、教育設備条件等を国に対して要求しうる権利で、しかも具体的な法的権利であるとするので、学校教育については国に対して学校教育を受けるにふさわしい施設や設備を要求しうることであり、社会教育においては、「図書館の整備・拡充その他の方法によって、金を使う必要なしに教育を受ける可能性を大衆に確保する」²⁾ ことの具体的保障との意味になり、学校教育はもちろん社会教育についても憲法上保障する値うちは十分にある。

ところで、この理論を家庭教育について当てはめた場合にはどうなるか。子が親に対して教育を受ける権利をもつがゆえに、家庭内の教育設備等の不足につき、子は国に対してその購入を請求しうることになるう³⁾。しかし、家庭教育はかなり広範囲にわたるものであって、家庭生活のほとんどの面は家庭教育と密接なかかわりをもっているといえる。とすると、家庭教育の設備条件を求めうることは、つまり、すべての家庭生活費の要求ができるということにもなりかねない。これは大変結構なことであるには違いないが、憲法的視点から教育の輪をここまで広げるのは法理論的にも妥当でなく、また実現の可能性もなく实际的でない。もっとも、憲法——教育を受ける権利——を政策的理念とみて、法的権利を否定するプログラム規定とみるならばともかく、いやしくも法規範としての実効性を有する権利と解すれば、すくなくともかかる点を明確にせねばなるまい。

また、家庭教育を受ける権利は子の親に対する教育要求権をも意味することであるが、憲法規範は私人間には直接効力を発するものではないというのが従来からの学説判例の態度であるから、この立場からすると、親子の権利関係のごときは私法により規律されるものであって、憲法の関与するところとはならないはずである。

このように、教育を受ける権利の「教育」に家庭教育をも含めると解釈上かなり無理が生ずるように思われる。したがって、通説のように26条の教育の範囲を広げるよりも、むしろ「多く法制度とかかわらない自然的な人間関係のなかで営まれる家庭教育は、本来、法とくに権力的要素をふくむ法には馴染みに

くいのもの⁴⁾として、その枠外におくほうがよほどすっきりする。ようするに、憲法の対象とする教育は学校教育や社会教育などのいわゆる「公教育 (public education)」を意味すると解するのが、論理的には明確になるであろう。

では、家庭教育について憲法はまったく関与しないのだろうか。そもそも、親が子を教育し、子が親の教育を受けるのは人間の本性にもとづくものであって、国家以前のいわば自然法的権利の關係に属する事柄といってよい。かかる事項につき国によっては憲法上明規しているところもある。たとえば、西ドイツ基本法は、「子の育成および教育は、両親の自然の権利 (natürliche Recht) であり、かつ、何よりもまず両親に課せられている義務である。その実行については、国家共同社会 (staatliche Gemeinschaft) がこれを監督する」(6条2項)と定め、イタリア憲法も、「子を……教え、学ばせることは、親の義務であり権利である」(30条)と宣言している。しかし、このような明文化をもたないわが国の憲法は、明確な論拠がなければその埒外においているとも考えられる。憲法は自然法上の価値体系を実定法的に法規範としての最高性を認められ、国家にこれを遵守せしめて人権保障の実現化をめざすものであるから、侵害のおそれのある自然法上の権利に対して、すくなくとも実定法上の保護を認めているものと考えられる。したがって、親子の教育關係は法体系の構造に起因する。すなわち、家庭教育は私教育に属する領域であるから、公権力の規律を意図する憲法の関知する事項ではなく、私的自治をたてまえとする市民法原理により法律レベルでの保護が妥当性をもつものとして、民法の「親権を行う者は、子の……教育をする権利を有し、義務を負う」(820条)との規定によるものと解することもできよう。

しかし、法規範としての最高の価値を認める憲法に自然権としての家庭における教育を受ける権利が投影され、保障されているとみるのもまた自然なような気もする。ケルゼン (H. Kelsen) のいう法段階構造の理論は、わが憲法の明言するところであるから (81条, 98条)、法体系の統一化とその最高位の憲法に至上の法価値を認めるのが20世紀憲法の理念であるとすれば、家庭教育の保障もやはり憲法の容認しているところといってよく、そうとらえる方が憲

法の精神にも合致しよう。

さきに述べたように、子の親に対して教育を受ける権利は、自然法上の権利であるから、憲法はこれを基本的人権として保障しているものといわなければならない。すなわち、家庭内の教育関係は、侵すことのできない永久の権利であるがゆえに、何人といえども奪うべからざる権利であるとともに、自己の意思をもってしても他人に譲渡しえない性質のものとして現在および将来の国民に与えられたものと解される⁵⁾ (11条, 97条)。

このような理解に立てば、家庭における教育を受ける権利は基本的人権の一般原理として宣言され、その具体的保護は私法の分野に委ねるとともに、その基本的精神は憲法 26条の指導原理としての役割をになっているものとみてよいのではなかろうか。

注

- 1) 法学協会編 註解日本国憲法上巻 501頁、佐藤功 憲法 183頁も同旨、宮沢一芦部補訂 日本国憲法 274頁は、『『教育』とは、主として、学校による教育を意味するが、そのみにかぎらない。いわゆる社会教育をも含む(教基法7条)』と述べ教基法7条を引用しているところから、家庭教育も含まれるものと解しているところから、家庭教育も含まれるものと解しているとみてよからう。
- 2) 宮沢俊義 憲法Ⅱ<新版> 436頁
- 3) 教基法が、「家庭教育及び勤労の場所その他社会において行われる教能は、国及び地方公共団体によって奨励されなければならない。」(7条1項)と定めているのはそのあらわれといえよう。しかし、家庭教育を社会教育のなかに含めて規定しているところにそもそも無理があるように思われる。
- 4) 奥平康弘 「教育を受ける権利」(芦部編 憲法Ⅲ人権(2)) 386-387頁
- 5) 田中耕太郎 教育基本権の理論 155頁は、両親の教育権をこのような理論構成において説いている。

4 教育を受ける権利と入試制度

憲法はまえに検討したような法的性格をもつ教育を受ける権利を保障しているのであるが、学校教育における義務教育を除いて、中等以後の学校教育においては、入試制度との関係において、ある者にとっては教育を受ける希望と権利とを有するにもかかわらず、その享有を妨げられ放置されることになるう。

このことは、とくに高校進学を目ざす中学生にとって教育上重大な問題といつてよい。これまでの入学試験は試験（一般にペーパーテスト）の結果一線を描き、合格者と不合格者とを選別する制度であるから、見方によっては、特定の者に対して教育を受ける権利と機会とを剥奪する制度だといえないこともない。しかし、このような受験制度は、長年、社会的に当然のこととして認められ、推進すらされてきたので、教育法学や教育行政上からも、これを盲目的に追認してきたきらいがないとはいえない。

では、かかる入試を憲法の教育を受ける権利の見地からみた場合どうだろうか。憲法26条1項の「能力に応じて」の読みとり方と深い関係があるように考えられる。したがって、その文言の解釈のいかんによっては、せっかく憲法の保障している教育の権利も入試の前ではほとんど無内容なものになり沈黙せざるをえなくなるだろう。学説は能力に応ずる教育の把握について対立している。

第一の見解によると、26条1項にいう能力とは、「教育を受けるに適するかどうかの能力」¹⁾ のことであるから、これをいいかえると、教育ないしは学業の内容を理解しうる能力を意味し、したがって、国は、「教育を受けるに必要な能力が具わっているかどうかを判断するために、その性質に応じて入学試験を行い、合格者のみを入学させても憲法上許される」²⁾ のであって、26条に違反することにはならないと主張する。

第二の見解は、能力の意味を「人間の発達への可能性という能力」³⁾ と解し、「すべての子どもが能力の発達のしかたに応じてなるべく能力発達ができるような（能力発達上の必要に応じた）教育を保障されるという意味」⁴⁾ と把握している。ほかのことばでいえば、「すべての人がその個性と独自の発達過程にそくして能力をなるべく全面的に開花できるようにという意味だと解すべきで、教育機会の均等化が、教育内容・方法の画一化ではないこと、しかしまた同時に、国民の教育を受ける権利の保障に能力に応ずる制限があってはならないことを意味している」⁵⁾ というのである。

まず、第一の見解は教育の内容または学業の内容等を理解しうる能力があるか否かによって、教育を受ける権利があるとするので、一見合理的で文理にか

なった主張にみえる。しかし、この説は教育を受けうるに値する能力の有無の判定が存在することはいうまでもなく、教育を受ける能力があると認められた者は教育を受けることができるが、能力なしと判断された者は、教育を受けられないという歴然とした結果をみちびく。しかも、この理論は現在有する知識量の大小により合否を決定するあまり、ともすると人間性の本質をまったく無視しがちとなる。そもそも人間は能力に違いがあり差があるのが通常であるから、その能力や個性の相違に応じていかにこれを助長進歩発展せしめるかが教育の任務でなければならない。このような視点からすれば、この説には、教育の本質を内容におこうとしない重大な欠陥があるものといえる。

また、高度成長文明が社会の構造、意識、人と人の自然的なつながりを大きく変えてしまった⁶⁾ ため、地域や家庭に教育の隔差を生ぜしめている現況では、理解能力や知識量にはかなりの拒離が存在するにもかかわらず、これを無視して、「公開競争試験などの適正公平な能力の判定」の名のもとに教育を受ける道を閉ざすのは、憲法の問題にもとるものといわなければならない。公開競争試験や入学試験のもつ性格が、特定の者に対して教育を受けることの拒否を当然の前提とする制度であるかぎりにおいて、教育を受ける権利とは相容れないものと考えられる。このように、不合格者をして教育を奪う制度は、エリート的優越感や立身出世主義にもとづく利己主義に胚胎するものであって、憲法の保障する教育を受ける権利や法の下での平等、幸福追求権等に照らして疑義の念がもたれよう。根津菊次郎氏は最近の校内暴力で補導された少年のうち77%までが中学生であって、その原因が入試制度と深いかかわりのあることを指摘して、つぎのように提言されている。

「これまでの受験戦争の中で偏差値偏重が、教師と子どもたちのかかわりを曲げてきたことはたしかでしょう。事実、学校教育はテストの点数でひたすら子どもたちを選別してきました。高校進学率が94%を超えたいまの状況のなかで、子どもたちは中学校の段階で、偏差値序列によってこまかく輪切りにされてしまうのです。戦前、旧制中学への進学は10人に2人程度だったのが、いまは9人以上が高校をめざすようになっているのです。よくトランプのパバ抜きにたとえられるのですが、最後の1枚のパバをだれが引くか、それが親や子どもの緊張感を強め、学校への不信を深めてきたともいえましょ

う。もっとも偏差値は、ぎりぎりの受験者を救いあげるカギとして考え出されたものの、逆に落ちこぼれを切り捨てる凶器になってしまったというものです。偏差値で切られ志望の学校に入れない時のせつなさや失意を親や先生はわかってくれない、子どもは考える。そういう非人間的な受験の仕組みに不信感をもち、時には暴力をふるったりして荒れるのでしょう。もちろん、暴力は否定しなければなりません、根有的解決策は、こうした無理な受験制度の改革に求めなければならないと思います。

さらに、もっと突きつめて考えますと、学歴社会の信仰を打破することでしょう⁷⁾と。

つぎに、第二の見解によると、「能力発達上の必要に応じて」ないしは、「身体的、精神的能力に応じて」学習をなしうる意味と解するので、前説と異なり、人間と教育のかかわりが強調され、教育の本質に着目した意義づけがなされる。この説は、また「能力に応じて」の意を「個性に応じて」との意とも異なるとしている。たとえば、前者による解釈として、いわゆる杉本判決があり、これは、「人間的発達の法則をふまえた教育的専門性」にねざした判決と評価されているのに対して、後者に従った、いわゆる学テ判決は、「個性に応じて人格を完成させる権利といった人格主義的教育観」が強く、「学習権の中身として十分に押えられていない憾みを残して」いるとして批難されている⁸⁾。また、「能力の発達のしかたに応じて」というのは、たとえば、障害児の場合その児童の事情により必要とされる特別の治療、教育、保護などが与えられることを意味するのであるから、能力に応じた教育の多様化は教育の画一化による学習権の侵害にほかならず許されないとする。それはおそらく、「(生徒)の構成を多彩にして、(学校)教育そのものを豊かにする」⁹⁾からであろう。まさにそのとおりといえる。

したがって、この説によると、テスト成績順位による教育の段階づけや進路の上下ふり分けは教育人権の侵害になるのである¹⁰⁾から、一般公開入学試験のような制度をもうけて、合格者だけに学校教育を受ける権利を認めることは、学習権違反ということになるはずである。しかしながら、この説は、「定員の限定を伴う入試制度の有るかぎり、テスト成績の相対評価による上下のふり分けは避けがたい」¹¹⁾と述べているのは論理的矛盾をきたしているように思われる。憲法26条が「一人びとりの子どもの能力発達のしかたに応じて全員に能力

発達を可能ならしめるような教育がうけられること」¹²⁾ を保障した趣旨であると解するならば、すくなくとも、精神的、肉体的に未成熟で、かつ発達段階の途上にある中学生に対してテストの成績順により入学者の有無を決定する切捨て免の受験制度は憲法に違反するといえれば論理が一貫する。しかも、「定員の限定を伴う入試制度の有るかぎり」やむをえないといっているのは、本末転倒であり、制度は憲法の趣旨にそってこそ制定されるべきであって、現行の制度に適合するように憲法をゆがめて解釈すべきではない。もし、そうでなければ、人権保障は形骸化することになるであろう。

このような事情とこんにち「学校が教育の場から子どもを選別する機関になり」¹³⁾ はてているとの批難を考え合わせた場合、教育の本質や学校の使命、さらには憲法的視点から、教育を受ける権利を剝奪するような受験制度は憲法に抵触するおそれがあるといわざるをえなくなるだろう。もっとも、この見解も現実問題として諸種の難問に逢遇することが予想されよう。たとえば、希望者全員入学制を採用すると、特定の学校（有名校や進学校など）に希望者が集中した場合の処置である。かかる現象は、こんにち十分考えられる。しかし、それにはそれだけの理由と原因があるはずである。したがって、集中化現象のような悪弊の原因究明とその改善策は、憲法の保障する教育を受ける権利の精神にしたがって教育法学、教育行政、教育学などの領域から十分検討されなければならないということになろう。

注

- 1) 宮沢俊義—芦部信喜補訂 日本国憲法 274頁
- 2) 奥平康弘「教育を受ける権利」（芦部編憲法Ⅲ人權(2)）373頁、小林直樹 憲法講義上<新版> 569頁も同旨。
- 3) 有倉遼吉編 基本法コンメンタール新版教育法 50頁
- 4) 兼子仁 教育法<新版> 231頁
- 5) 兼子仁 国民の教育権 139頁
- 6), 13) 1982. 1. 3 朝日新聞
- 7) 根津菊次郎「明日の教育を考える」（1982. 1. 1 朝日新聞）
- 8) 堀尾輝久—兼子仁 教育と人権 343頁
- 9) 1981. 11. 17 朝日新聞
- 10) 11) 堀尾—兼子 前掲書 344頁
- 12) 堀尾—兼子 前掲書 343頁