



Title	公教育と親の教育権（3・完） - アメリカ合衆国におけるその保障と制約原理 -
Author(s)	大島, 佳代子
Citation	北大法学論集, 44(1), 25-58
Issue Date	1993-06-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15513
Type	bulletin (article)
File Information	44(1)_p25-58.pdf



[Instructions for use](#)

公教育と親の教育権（三・完）

— アメリカ合衆国におけるその保障と制約原理 —

大島 佳代子

目 次

序論

第一節 本稿の目的と射程

第二節 アメリカ合衆国における教育制度

第一章 就学義務と親の権利

はじめに

第一節 義務教育法の合憲性

第二節 私立学校選択権

第三節 中等教育就学義務拒否権

第四節 家庭教育選択権

第五節 危険な学校への就学拒否（以上第四二卷第一号）

第二章 教育課程カリキュラムと親の権利

第一節 教育課程の目的

第二節 コモン・ロー上の親の教育権とその制限

第三節 修正第一四条による親の教育権の保障とその意義

第四節 宗教的理由に基づく教育課程の履修拒否

第一項 国旗敬礼行事への参加拒否

第二項 性教育の履修拒否

第三項 体育の履修拒否

第四項 視聴覚機器を使用した授業の履修拒否（以上第四三卷第一号）

結論

第一節 合衆国における親の教育権

第一項 合衆国における親の教育権と州の教育権限との調整原理

第二項 親の教育権と子どもの意思の関わり

第二節 我が国における親の教育権

第一項 民法第八二〇条と親の教育権

第二項 憲法と親の教育権

第三項 「親の教育権」の二つの側面

第三節 日本法への示唆（以上本号）

結論

第一節 合衆国における親の教育権

第一項 合衆国における親の教育権と州の教育権限との調整原理

アメリカ合衆国では、一九一八年にミシシッピー州義務教育法が制定されたことよって、全州に義務教育制度が導入されることとなった。それ以前の学校制度が未発達な段階では、我が子の教育に対しては親が絶大な権利を有していた。つまり、親には、その自然的関係に基づき、我が子を扶養し・保護し・教育する権利が、コモン・ロー上の権利として認められていたのである。⁽¹⁾従って、州の義務教育法が制定されるにつれて、その合憲性が争われるようになったのは当然のことでもあった。しかしながら、州の義務教育法の制定は州の福祉権能の合理的範囲内であることを理由に、比較的容易にその合憲性が肯定された。すなわち、州の教育権限を前提として、義務教育法の制定はその権限に属するものであり、著しい不合理がない限り合憲だと判断されたのである。けれども、州義務教育法が合憲であると認められたことよって、親の教育権がすべて否定されたわけではなかった。問題となっている事柄の性質に応じて、親の教育権と州の教育権限との間のバランスをどのように計るかといった視点から問題解決がなされていた。

かかる手法を採る場合には、次に、いかなる権利・利益をどのように調整するかが問題となる。すでにみてきたよう

に、まず、いかなる権利・利益が公教育との関係で親に認められていたかという点、私立学校選択権、中等教育就学義務拒否権、家庭教育選択権、危険な学校への就学拒否、教育課程の履修拒否権が親の教育権の内実として認められていたといえる。そして、これらの利益が、以下のようなかたちで州の教育権限と調整されていた。

〔私立学校選択権〕

私立学校選択権は、Pierce事件において、連邦憲法修正第一四条のデュー・プロセス条項によって保障された権利である親の教育コントロール権の内実として認められた。しかし、親の教育コントロール権が州の教育権限とどう関係づけられて理解されるのかについて、連邦最高裁は何ら言及していない。当時は、連邦最高裁が実体的デュー・プロセスを用いて個人の権利を保護した時代であること⁽²⁾を考慮に入れば、Pierce判決は親の教育権を積極的に保障しているものとするのではなく、むしろ本来教育は私的領域の事柄であり、むやみに州が介入すべきでないと判断したものと解するのが妥当であると思われる。そして、これ以後、親の教育権に関する議論の中で修正第一四条の持つ役割が後退し、代わって修正第一一条上の権利保障との関連で、公立学校での親と州の権限配分が争われていくようになるのである。

〔中等教育就学義務拒否権〕

中等教育就学義務の拒否も、連邦最高裁判決によって、連邦憲法上の権利として認められた(Wisconsin v. Yoder)。しかし、本件では、連邦最高裁が非常に厳格な解釈を行っており、同じ中等教育の就学拒否がアーミッシュ教徒以外にも認められるかどうかは疑問である⁽³⁾。また、宗教上の理由以外の拒否は明らかに認められない⁽⁴⁾。更に、初等教育の拒否はアーミッシュ教徒であっても恐らく認められなかったであろうと思われる⁽⁵⁾。その意味で、本判決により、中等教育の就学義務を拒否する権利が親に対して認められたと一般化することは妥当でないものと解される。

しかしながら、このように非常に限定的ながらも、アーミッシュ教徒社会のような伝統を有し、文明社会から隔離さ

れた独自の自律生活を営み、就学拒否が確固とした宗教上の信念に基づき、それが中等教育の拒否であり、子どもの健康、公的な安全・平和・秩序や福祉に対して害を及ぼす実質的なおそれがないときには、親の宗教上の自由が州の教育権限に優越することが認められる場合がありうるといえよう。

〔家庭教育選択権〕

家庭教育選択権の内容として問題となっているのは、公教育に相当する制度的でない教育 (noninstitutional education) を家庭で行う権利を親が有しているか否かということである。つまり、子どもを学校に通わせる代わりに親が自宅で子どもを教えたり、家庭教師を雇って教育を行う権利を有しているかという問題である。この問題については、学校に通わずに家庭で教育を行っていた親が義務教育法違反に問われ、義務教育法自体の合憲性を争うパターンと、家庭教育が州法上認められるか否かを争うパターンがみられたが、次第に後者の形で争う事例が一般的となった。

この問題については、家庭教育を法文上認めている州と特別に認めていない州とによって、その対応に違いがみられた。州法上それを認めている州では家庭教育が公立学校で行われている教育と同等であるか否かが問題とされ、州法上の規定を欠いている州では「学校」の定義が問題となっている。つまり「私立学校に家庭教育は含まれるか」ということになるのだが、これについての裁判所の見解は一致していない。家庭教育を認めない州もあれば、学校の定義づけを行いながら家庭教育を認めている州もある。結局のところ、家庭教育選択権の問題は、親が家庭で子どもを教育する権利と理性的市民の育成のため州が有する教育権限(例えば、かかる目的達成のために、いかなる教育制度を用意するかを決定すること等)とのバランスिंगの問題とすることができる。実際には、過半数以上の州で家庭教育が認められているというが、家庭教育選択権は連邦憲法上の権利としてではなく、州法の解釈を通して認められているものといえる。恐らく、今後も家庭教育選択権の問題は実定法に対する司法的解釈に委ねられるところが大きいと思われるが、その

際に留意されるべきことは、理性的市民の育成という公益のために家庭教育が全廃される必要があるのか、また、より制限的でない他の選びうる手段があるかどうかという点であろう。換言すれば、理性的市民の育成という公益が認められるからといって教育手段や方法まで決定する州の利益は一体何なのか、⁽⁶⁾ということが問い直されてしかるべきであろう。

〔危険な学校への就学拒否〕

危険な学校への就学拒否は何らかの法律によって認められた権利ではない。学校の環境が子どもにとって身体的・精神的に危険である場合に、学校運営に大きな影響が及ばない限りで、指定された学校へ通学させる代わりに家庭教育を認めたり、転校を認めたりしている。この問題については、危険に晒されている子どもの救済という点に重点がおかれ、緊急避難の性格が否めないように思われる。従って、理論的には曖昧な点が多く残されているが、子どもの身の安全のために、親には、指定された学校に通わせる代わりに何らかの代替手段を講じることが例外的に認められているということができよう。

〔教育課程の履修拒否権〕

合衆国においては、公立学校でどういう科目が教えられるべきかについてはすべての州が制定法に規定をおき、それを受けて教育課程に関わる詳細な事項の決定は地方教育委員会に委ねられている。このように教育内容の決定は州に委ねられているのだが、教育課程が将来のよき市民の育成に重要な価値を教えることに利用されることから、それらを通して明らかにされる社会的・政治的・宗教的価値等がある親たちにとっては共有できない場合が必然的に生じてくる。そこで、予定されている教育課程に親が反対している場合、州の教育権限と親の教育権のいずれが優越するのかという問題が表面化してくるのである。つまり、教育課程履修拒否権の問題は、公教育を通して社会的な目標を達成するため

に教育課程を利用しようとする州の教育権限とコモン・ロー上認められてきた親の教育権との権限配分の問題と言い換えることができる。

しかしながら、コモン・ローの先例を考察した限りでは、この問題に一定の解答が与えられたとはいえない状況にあった。親の教育権に好意的な判決の多くは子どもの最善の利益を代弁し得るのは親であるとの理由から親の履修拒否を認めているが、この他にも、義務教育法制定以前には教育が義務でないことを理由とする判決もみられた。これに対し、州の教育権限に好意的な判決は、公教育制度の下にあつては、ひとたび入学した生徒の教育に関して学校関係当局の完全なコントロール権が及ぶとの判断を前提としていたようである。それでも、今世紀初頭までは、親の権利行使が学校の効率性や善良な秩序に影響を及ぼさず、他の生徒の権利を侵害しない限りで、親が自ら反対している教育課程を我が子に受けさせないことができるという見解が、州裁判所の支配的な見解であった。しかしながら、各州で義務教育法が制定され公教育制度が定着するとともに、個々の親の意見をひとつひとつ取り入れることが困難になり、コモン・ロー上の親の教育権に優越性を認める判決にも、公教育制度の枠内で親の教育権を保障しようとする傾向がみられるようになってきた。義務教育制度の発展が不十分だった時代には、ほぼ無制限に近い親の教育権が認められていたことと比べれば（我が子を学校に通わせない自由も、親が反対する授業を受けさせない自由も、コモン・ローで認められた親の教育権の内実であるとされていた）、親の教育権に公教育制度の枠内でそれを認めるといふ制約が課せられたということができよう。そして、このような親の教育権を限定していこうとする傾向は、親の教育権が連邦憲法上問題とされるようになり、更に増大していったのである。

今世紀に入り、親の教育コントロール権に連邦憲法修正第一四条のデュー・プロセス条項の保護が及ぶことが認められると、従来のコモン・ロー上の親の教育権のうち、いずれが修正第一四条のデュー・プロセス条項が保障する「自由」

に該当するものが問題となってくる。もつとも、従来、コモン・ローで認められていた親の教育権が修正第一四条の保護を受けるものではないとされたからといって、それらが直ちに否定されるわけではない。しかし、以前は単に親の反対があれば比較的容易に教育課程の履修拒否が認められたりしていたが（コモン・ローもそれを容認していた）、時代が下がるにつれて、次第に親の反対する教育課程の履修拒否も宗教的価値観に反するものに限定されていった。

第二章第四節で詳述したように、具体的には、国旗敬礼事への参加拒否、性教育の履修拒否、体育の履修拒否、視聴覚機器を使用した授業の履修拒否等が問題となった。そして、そこでは、教育された市民の確保という州の利益と親の宗教の自由に基づく教育コントロールの利益が比較衡量された上で、親（または子）の宗教の自由の優越性が認められ、それらの活動への参加拒否が認められたのである。しかしながら、それらの権利はあくまで我が子の履修を拒否する権利であって、問題となっている教育課程そのものを廃止できるものではなかった。つまり、いかなる教育課程を生徒に与えるかについては、州に対して広範な裁量権が親の教育権に優越するものとして前提とされているが、しかし、親が信教の自由に基づいて反対している場合に、州が当該教育課程の履修を強制することは修正第一条に反することになる。けれども、親の反対を容れる履修免除等の代替手段が用意されていれば、問題となっている教育課程を存続させることは州の正当な権限の範囲内のこととして容認されるのである。

以下、第二節以降で右のような合衆国の理論状況が我が国にとっていかなる示唆を与えるかを考察するが、それに先立ち、親の教育権と子どもの意思の関わりについて、ここで一言しておく。

第二項 親の教育権と子どもの意思の関わり

本稿では、専ら「親」対「州(政府)」という対立図式で、親の教育権について考察してきた。ここでは、親の見解と子どもの見解の一致が前提とされていた。⁽⁷⁾しかしながら、親の見解が常に子どもにとって最善の利益であり得る保証はない。とりわけ、親が宗教上の理由によって就学義務や教育課程の履修を拒否する場合、親の見解をそのまま子どもの見解であると理解することには疑問の余地がある。

中等教育の就学義務が問題となった Yoder 事件連邦最高裁判決において、ダグラス裁判官は反対意見の中でこの点を指摘した。⁽⁸⁾ 法廷意見はこの論点について何も答えていないが、被上告人の子どもが高校への進学を希望していた場合には、親の権利が優先されるのか子どもの権利が優先されるのが当然問題となったはずである。この点について未だ連邦最高裁の判断は出されていないが、特定課目の履修拒否で取り上げた Davis v. Page 事件(州地裁)判決が示唆深い指摘をしているので若干触れておく。

Davis 事件では、親の宗教上の理由から視聴覚機器を用いる授業の履修を拒否することが問題となった。⁽⁹⁾ Davis 事件の原告は Yoder 事件同様、親の教育権と宗教上の権利が侵害されると訴えている。その点で両事件は非常に似かよっているのだが、結論が異なったのは裁判所のアプローチの違いによるものと思われる。すなわち、Davis 事件では州と子どもの利益が同一であると看做され、州には親の特殊な宗教上の見解(the idiosyncratic religious views)から子どもを守る義務があると考えられたのである。⁽¹⁰⁾ かかるアプローチは、親に対して、子どもの宗教的信念を形成する権利を認めた Yoder 事件⁽¹¹⁾とは全く異なるものである。Yoder 事件では、子どもが小学校を終了したことで基本的技術や社会的規範に触れさせようという州の利益は満たされたとし、それ故、その後、進んだ教育もしくはアーミッシュの特殊教育のいずれを受けるかは親がコントロールすべきであると判断したのである。⁽¹²⁾ところが Davis 事件では、小学生に対しては(原告の子どもは小学生であった)より大きな州のコントロールが必要であることを理由に Yoder 判決と異なる結論が⁽¹³⁾

説
導かれた。

Davis 事件は、子どもの見解が優先されるのはいかなる場合なのかという問題に直接言及したわけではない。小学生にとつては、親の特殊な宗教的信念に基づく教育権よりも州の一般的教育権限の方が優先するといったにすぎない。しかしこのことは、小学校を終了した子どもならば、州の一般的教育権限よりも親の特殊な宗教的信念が優先するものと反対解釈できる。それならば、その際少なくとも親の宗教的信念に対して反対の見解を明示した子どもには、その子独自の憲法上の権利が優先すると解釈することができるのではないだろうか。そういう意味で、本判決が小学校終了によつて基礎的能力が習得されたと看做したことは、子どもの見解を優先して採用する可能性の一基準を示唆したものであるであろう。

註

(1) R. HOROWITZ & H. DAVIDSON, LEGAL RIGHTS OF CHILDREN 2-4 (§1.02) (1984) によれば、子どもの法的地位に関する合衆国の歴史は次の四期に分類されている。

第一期 (二七世紀〜一九世紀初)

第二期 (一九世紀初〜一九世紀後半)

第三期 (一九世紀末〜一九六七年以前)

第四期 (一九六七年以降)

子どもは親(父親)の財産

産業革命を社会的背景とし、子どもの救済が問題とされる

児童労働の規制法や義務教育法の制定が始まる

保護者としての国の登場

少年裁判所の普及

子どもについても人権の享有主体性が認められた

(2) この時代のデュー・プロセス条項の適用状況に関する邦文文献として、さしあたり、田中英夫『デュー・プロセス』(東大出版会・昭和六二年) 一七〇—一九二頁参照。

- (3) *T. van GEEL, THE COURTS AND AMERICAN EDUCATION* LAW 21 (1987). 例えは、一九八五年、連邦最高裁は、アイオワ州最高裁が下した判決に対する上訴を認めなかった。アイオワ州では宗教上の理由による就学義務の適用除外を州法で定めてあるのだが、その適用除外をパプティスト派の子どもたちにも拡張することを、アイオワ州最高裁は否定したのである。その理由として、同裁判所は、州法の適用除外はアーミッシュ教徒にのみ限定されることを予定していたと述べた。つまり、アメリカ文化に晒されることよって、宗教上脅かされない教義の宗派に属する生徒は適用除外されなうとしたのである (*Johnson v. Charles City Community School Board of Education*, 368 N. W. 2d 74 (Iowa 1985), cert. denied sub nom. *Pruessner v. Benton*, 474 U. S. 1033 (1985)).
- (4) *Id.* See *Yoder*, 406 U. S. at 215. 一九七六年に、ノースカロライナ州上訴裁 (appeals court) は、「インディアン」の伝統は就学義務を拒否する理由としては不十分であると判示している (*Matter of McMillan*, 226 S. E. 2d 693 (N. C. App. 1976)).
- (5) *Id.*
- (6) *Wolfs, Compulsory Attendance at School*, 20 *Law & Contemp. Prob.* at 3, 10(1955).
- (7) 樋口範雄氏によれば、子どもの権利をめぐる合衆国の判例の展開は、一九六七年を境に、それ以前と以後の二つの時期に分けることができる。そして、六七年以前には、厳密な意味で子どもの権利を認めた判例は存せず、この時期の特徴として、子は権利主体ではなく、保護を受ける客体であるという思考の強さがあるとしている。従って、この時期の子どもをめぐる紛争においては、親と州が主体として登場することになるのである。しかしながら、一九六七年のゴールト判決 (*In re Gault*, 387 U. S. 1 (1967)) によって、子どもが合衆国憲法上の権利主体であると認められて以後は、紛争は州と親と子どもという三極関係で争われることになり、とりわけ「州対子ども」および「親対子ども」という形の紛争が増加したと指摘している。
- 本稿の分析の対象となった事例の多くが一九六七年以前のものであることを考えれば、子どもに保護を与える第一次の主体である親と保護を受ける客体である子の見解が一致しているのは当然であると考えられていてもやむを得ない状況にあったといえよう (参照: 樋口範雄「子どもの権利」思潮の展開」『講座現代家族法』第三卷(日本評論社・平成四年)五五一―六二頁)。

- (8) 詳しくは、拙稿『公教育と親の教育権(一)』北大法学論集第四二卷第一号八四頁以下参照。
- (9) 詳しくは、拙稿『公教育と親の教育権(二)』北大法学論集第四三卷第一号一五四頁以下参照。
- (10) *Project Education and the Law: State interest and individual rights*, 74 Mich. L. Rev. 1373, 1436 (1976).
- (11) Yoder, 406 U. S. 205, 233 (1972).
- (12) *Project*, *supra* note 10, at 1436.
- (13) Davis, 385 F. Supp. 395, 398 (D. N. H. 1974).

第二節 我が国における親の教育権

従来、我が国においては、親の教育権は「親権」との関わりから説明されることが多かった。このことは、例えば、民法第八二〇条の「親権を行う者は、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う」という規定は「親の教育権が『親権』の一部に相当し、親の子にたいする個人的権利であることを明らかにしている」⁽¹⁾とか、「親権とは子どもの成長と学習の可能性を有効かつ有用に実現する義務である」⁽²⁾といった言辞にみられる通りである。親の教育権に関する先駆的な究明を行ったとされる田中耕太郎氏も、親の教育権は「人類普遍の原理である自然法上の権利」⁽³⁾であり、その実定法上の根拠として民法第八二〇条の規定があると述べている。これは、憲法には「親の教育権」が明示されていない一方で、その義務のみが第二六条第二項に規定されていることと関係しているものと思われる。

このように、従来、親の教育権についての議論は、民法の「親権」規定をめぐるなされることが多かった。そこで、以下、親の有する権利・義務の相手方は誰か、その具体的内容は何かという点について、民法の議論をみてみることに

する。

第一項 民法第八二〇条と親の教育権

民法第八二〇条の「親権を行う者は、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う」という規定は、民法旧規定第八七九条の規定⁽⁴⁾を引き継いだものであるが、現行の親権は家制度からの制約⁽⁵⁾を免れ、未成年者の福祉・利益を保護するために、親が未成年の子を監護・教育する任務をその主要内容とするものであり、権利というよりも義務的性格の強いものであると解されている。そして、これを権利だというのは、「この義務を履行するために、他人に濫りに干渉されないという意味⁽⁶⁾」であるとか、「他人を排斥して親が子を監護・教育することができるという意味⁽⁷⁾」であるとされる。つまり、親は親なるがゆえに子を監護し、教育すると同時に、民法上、親権者としての義務を果たさなければならず⁽⁸⁾、民法第八二〇条の親権規定は、未成年子に対する最も適当な養育者としての親に、次の世代の育成を義務づけたと解することができる⁽⁹⁾。

そこで、民法学においては、かかる義務が誰に対するものかということがしばしば問題とされてきたのであるが、これについては、民法旧規定第八七九条の制定過程当時より議論がなされていることは周知の通りである⁽¹⁰⁾。

同条の制定過程⁽¹¹⁾において、穂積八束氏は、次のように述べて、提案条文より親の「義務」という文言の削除を主張している。すなわち、権利・義務関係とは同等の者同士間に行われる関係であるところ、親子関係は権利義務の同等な関係ではなく子が親に服従する関係であるので、親が子を教育する義務があるとしても、それは国家に対する義務であつて子どもに対するものではないから民法に規定する必要はないとする。これに対して、起草委員であつた梅謙次郎氏は、

「親ガ子ヲ教育セヌデモ宜シイ監護シナイデモ宜シイト云フコトハナカラウ、親ト云フモノハ必ず教育スル義務ガアル、ソレハ国家ニ対シテデナク子ニ対シテデアラウト思フ」と述べ、權利を有し義務を負うのは、私法上の関係から親が子に対してであるとしている。

この論争は、その後いろいろな形で議論され今日に至っているが、現在では、第八二〇条の義務を、国家社会に対する義務であるとする公的義務説⁽¹²⁾、親の子に対する私法上の義務であるとする私的義務説⁽¹³⁾、親の子および社会に対する義務であるとする折衷説の三つに大別することができる⁽¹⁴⁾。

戦前および戦後の一時期は公的義務説が通説であつたが、近時はむしろ折衷説が通説であるといえよう。しかしながら、このような見解の相違は、民法の領域に限っていえば、実際上は具体的な解釈においてあまり大きな結論の差異をもたらしていないことが指摘されている⁽¹⁵⁾。むしろ、これらの諸説に対しては、親の「子の哺育・監護・教育という職分⁽¹⁶⁾」に対して、国家が社会公的な見地から各種公法的な規制を通じて関与している結果として、子の養育・保護に関する法律関係⁽¹⁸⁾——本稿との関係では国民の就学義務をめぐる法律関係が問題となる——が、子ども・親・国をめぐる三面関係⁽¹⁹⁾となつてゐることを看過してゐるとの批判がなされることとなる。この批判を敷衍すると、以下のようにいわれてゐる。

日本国憲法第二六条第二項前段は、「すべて国民は、法律の定めるところにより、その保護する子女に普通教育を受けさせる義務を負ふ」と規定している。これを受けて、教育基本法第四条第一項は、「国民は、その保護する子女に、九年の普通教育を受けさせる義務を負う」と規定し、学校教育法は、その第二二条第一項および第三九条第一項で保護者（子女に対して親権を行う者、親権を行う者のないときは後見人をいう）に対して、その子女を就学させる義務を明記し、第九一条でその義務の不履行に対する罰則を規定している。つまり、現行法上、保護者が負っているその子女に

普通教育を受けさせる義務は国に対する義務であるということができる。これは親の監護教育権に対する国家の直接的な干渉であるが、この問題は公法に属するものとして、かつては民法の親権の考察対象から意識的に排除されていたとされる。⁽²⁰⁾ 例えば、私法義務説は、親義務に対応する子どもの権利を認めてはいるが、それが学校教育法などの公法と切斷された私法の枠内にとどまり、成長発達する存在としての子どもにとって家庭教育と学校教育が有機的に統合されておらねばならないという視点を欠いていた⁽²¹⁾と批判されるゆえんである。また、公的義務説は、子どもの教育における学校教育の重要性を認識していたが、子どもを教育を受ける主体としてではなく単なる客体と捉えていたことから、いわゆる義務教育における両親の就学義務を絶対化する国家教育権の思想を招致する基盤をつくつた⁽²²⁾として批判されている。そこで、就学義務との関連で、親権概念を再構築しようとする試みがみられた。⁽²³⁾ それによれば、「親の教育権は、なによりもまず子どもの教育を受ける権利を実現する義務であり、子どもの権利が親に対してだけでなく、国家社会にも向けられているかぎりにおいて、親の義務が権利的色彩をもつてくることになる。また、子どもの権利が自然的かつ最高の権利とするならば、子どもとの自然的血縁を通して子どもの権利を実現すべき第一次的義務者とされている親の義務は最高の義務であり、さらに国家社会に対する関係では親の教育権は自然的かつ最高の権利となる、ともいえよう。このように考えると、また、親が教育権者として国家社会に何を要求できるかは、子どもの『教育を受ける権利』の具体的内容によって定まる⁽²⁴⁾のである。要するに、親は子どもに十分な教育を与えるために就学義務を負うが、それによつても学校教育制度や教育内容についての親の権利(子どもの権利の代行としての)⁽²⁵⁾が基本的に留保されているというのである。

かかる見解は、子どもの監護教育をめぐる公法と私法との全体を視野に入れて、子ども・親・国などの権利義務関係を明らかにすることを目的として主張された。確かに、監護教育の義務が子に対する義務か、国または社会に対する義

務かという二者択一的な議論はあまり有益であるとは思えない。⁽²⁶⁾すでに述べた通り、現行法上、親が負っている就学義務は国に対するものであるといえるが、だからといって、親の子に対する監護教育の義務が否定されるものでもないからである。従って、この見解が公教育に関わる当事者の相互関係を法的に位置づけようとした点は評価し得るものの、親が、公教育において、誰との関係で、どのような具体的な権利・義務を有するかについては十分には明らかにされてこなかったのである。

第二項 憲法と親の教育権

では、憲法学においては、親の教育権についてはどのように議論されてきたのであろうか。

周知の通り、日本国憲法には「教育権」を定める規定は存しない。あるのは「教育を受ける権利」を保障する規定のみである。従来の通説的見解によれば、憲法第二六条が社会権の中に分類されていることを根拠に、「教育を受ける権利」とは、教育の機会均等を実現するための経済的配慮を国家に要求する権利と理解されていた。⁽²⁷⁾しかし、その後、「国民の教育を受ける権利は、『子どもの成長・発達の権利と、その実質を保障する学習の権利』を基底にした親および教師の教育の自由である⁽²⁸⁾」⁽²⁸⁾といういわゆる国民の教育権説が主張され、今日では、教育を受ける権利は「教育の自由」を基底にした権利である⁽²⁹⁾と一般的に理解されている。けれども、「教育の自由」という概念の内容や「教育権」⁽³⁰⁾との異同は必ずしも明らかでなく、その主体も国民一般であったり、親であったり、教師であったりとさまざまである。⁽³³⁾ここでは、親の教育の自由について言及している見解をみてみる。

まず、高柳信一氏は、「われわれ国民は『教育の自由』——やがて成熟して我々に代わって主権の担い手となるべき次

の世代を権力に干渉されずに国民的立場において教育する自由——をもつ⁽³⁴⁾と主張する。そして、かかる自由は憲法には列挙されていないが、憲法第一三条によって保障されている「憲法的自由」であるとする。かかる「教育の自由」は、その主体である「国民」が具体的に誰であるかによって中身が異なってくる⁽³⁵⁾。つまり、この見解によれば、「親の子を教育する自由」とは、体制擁護的な価値体系に基づく国家の画一的インドクトリネイションの要求に対する「親の子の教育に対する多様で自由な要求」であるとされるのである。同じく親の教育の自由を憲法第一三条に根拠づけるものとして、佐藤幸治氏の説がある。それによると、憲法第二六条の「教育を受ける権利」の前提として、国民が「幸福追求権」の一環として教育の自由を有するとされる⁽³⁷⁾。その具体的な内容は、人がその選ぶところに従って適切な教育を受ける権利であり、また、親権者がその子女をどのように教育するかというのである⁽³⁸⁾。

これに対して、兼子仁氏は、子の学問学習の自由に代位するものとして「親の教育の自由」が憲法第二三条の「学問の自由」中に保障されていると主張する。つまり、憲法第二三条の学問の自由は、「専門的な学問研究の自由だけではなく、国民すべての学問研究の自由を含む」み、「学問学習の自由の実体は、社会教育をふくめて自分のうける教育を選び求める自由、つまり『教育を受ける自由』にはかならない」ことを前提に、「子どもの学習の自由・教育を受ける自由は、肉親の愛情をもつ親と、文化の発展をねがう国民一般の、教育の自由によって実現される」と主張するのである⁽³⁹⁾。そして、その具体的内容として、私立学校を選ぶ自由・学校教育内容選択の自由(例えば、学校内における教育選択の自由——選択教科制、課外活動参加——、学校教育にたいする不参加権・拒否権、給食辞退権、髪型規制にたいする拒否権、学校儀式における君が代斉唱の拒否権・不参加等)⁽⁴⁰⁾が挙げられている。

このようにみえてくると、一口に「親の教育の自由」といっても、その具体的内容や親が誰に対してそのような自由を有しているのかといったことについて、必ずしも明確にされているとはいえないようである。また、「教育の自由」は

説
親のみが有するものではなく、さまざまな主体が教育の自由を有するのであるが、従来は、その主体相互の関係について、とりわけ、ある主体（例えば教師）の教育の自由が他の主体（例えば親）の教育の自由を侵害するような場合に、⁽⁴¹⁾いずれの自由が優越するのかにについて検討されてきていない。

以上、第一項では民法第八二〇条の親権規定との関わりから、そして、第二項では憲法との関わりから、従来の親の教育権に関する議論を概観してきた。しかしながら、これらの議論を通して、「教育権」の内容についても、その相手方についても、その根拠についても、明確にされたとはいえない状況にあるものと思われる。そこで、次項では、親の教育権とは具体的に何をその内容としているのか、それはいったい誰に対して有しているのか、その根拠は何処に求められるのか、民法第八二〇条の親権規定と憲法はいかなる関係にあるのかについて検討を加えていきたい。

第三項 「親の教育権」の二つの側面

以上、第一項および第二項における検討から、「親の教育権」といつても、親が親なるがゆえに、つまり自然的な親子関係に基づいて、我が子を養育し教育することを意味する場合と、そのような親の権利（義務）を遂行するために第三者に対して有している妨害排除請求権的な親の教育権が存するということが看取できよう。

前者の意味での「親の教育権」は、親が子に対して有している自然権的教育権とも言い換えることのできるもので、かかる権利を親が有していること自体に疑義はないものと思われる。そして、民法第八二〇条は、かかる親の自然権的教育権を法定法上保障したものと理解することができる。⁽⁴²⁾この意味での親の教育権は、具体的には子が成長するにいたるまでのいっさいの面倒をみるという⁽⁴³⁾ことであり、⁽⁴⁴⁾権利とはいうものの、その基礎にあるのは親の利益をはかることで

はなく、子の利益・福祉の理念であるとされている。⁽⁴⁴⁾ 従って、この意味での親の権利は、義務的性格の強いものであるとか、親義務であると説明されていた。また、憲法学においても、佐藤説が、親権者がその子女をどのように教育するか
の自由は憲法第一三条によって保障されているとして、この意味での親の教育権の存在を指摘していたといえる。

これに対し、後者の意味での「親の教育権」は、親が第三者との関係で有する教育権（妨害排除請求権）であるといえる。例えば、民法レベルでは、親権者の意思に反して第三者が子を手もとに抑留しているような場合には、親権者から当該第三者に対して子の引渡しを請求することができるとされている。⁽⁴⁵⁾ このような子の引渡し請求は、親権者の親権行使に対する妨害排除請求権として解されているのである。⁽⁴⁶⁾ この意味での親の教育権は、更に、親権者の行う監護教育権に対する公的規制、とりわけ、本稿との関係では公教育制度との関連で問題となってくる。第二項でみたような、国家の画一的インドクトリネーションの要求に対する「親の子の教育に対する多様で自由な要求」であるとか、親の私立学校を選ぶ自由・学校教育内容選択の自由といったものは、「親」の「子」に対する自由ではなく、「親」の「国（学校）」に対する妨害排除請求権と捉えることができようである。

ところが、従来の公教育をめぐる親の教育権に関する学説は、以上のような権利の相手方およびその内容の異なる「親の教育権」の異同について意識的に議論していない。⁽⁴⁷⁾ では、両者の関係はどのように整理できるであろうか。まず、親の子に対する「自然権的教育権」という意味での「親の教育権」については憲法に明文規定を持つものではなく、⁽⁴⁸⁾ 民法第八二〇条が実定法化しているものではある。しかし、憲法の規定とまったく無関係であるわけではない。憲法第二六条第一項は「すべて国民は、法律の定めるところにより、その能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利を有する」と規定している。この規定によると、教育を受ける権利を有しているのは「国民」とされているが、義務教育を受ける権利との関係でいえば、この規定のいう「国民」とは第一義的には「子ども」を指すものといえる。換言す

れば、本項は子どもが教育を受ける権利、すなわち学習権を有すること、学習権を実現するために国が教育条件を整備する義務を負うことを規定しているものである。⁽⁴⁹⁾そして、第二六条第二項後段が「義務教育はこれを無償とする」と規定していることより、国が学習権を実現するために負っている教育条件整備義務のうち、義務教育制度を整備し一定の範囲⁽⁵⁰⁾でその教育を無償とする義務を「国民」に対して負っていることが、憲法上要請されているということが出来る。これに対し、第二項前段は「すべて国民は、法律の定めるところにより、その保護する子女に普通教育を受けさせる義務を負ふ」と規定している。この義務は、すでに述べた通り、現行法上（教基法第四条第一項、学教法第二二条第一項、第三九条第一項、第九一条等参照）保護者の国に対する義務である。要するに、憲法第二六条第一項は子ども（国民）に対して学習権を保障しており、子どもは学習権が、それを実現するための関係者各々の教育の自由または教育権限の制約原理として機能するものといえることができる。更に、同項は、子どもの学習権を実現させるために国に対して教育条件を整備する義務⁽⁵¹⁾を課すという社会権的側面も併せ持っている。そして、第二項後段では、国に対して無償義務教育制度の整備を憲法上の要請として義務づけており、その制度を前提として、同項前段は国民（親）のその子女に普通教育を受けさせる義務を、制度創設・維持を行う国に対して負うものと規定しているのである。このように憲法第二六条第二項が国民（親）に対してその子女に教育を受けさせる義務を課したことによって、「親の自然権的教育権」および民法第八二〇条の「親の子を教育する権利」に制約が加えられることになる。つまり、「親の自然権的教育権」には制度的な教育を受けさせない権利も本来的には含まれるはずであるが、憲法が導入した公教育制度によって、義務教育を受けさせない親の権利が認められないようになったといえる。⁽⁵²⁾これによれば、民法第八二〇条を根拠にしても、我が子に義務教育を受けさせないという親の権利を主張することはできず、「自然権的教育権」として親に残されるのは、主として学校教育外の教育について親が子に対して有する権利である。

それでは、公教育と関わって親はどのような権利を有しているのだろうか。公教育との関係では、親の教育権は、憲法第二六条が保障する子どもの学習権を基礎とし、それを実現するために関与する者との関係において考えられなければならないこととなる。つまり、ここで問題となる親の教育権は「子に対する親の自然権的な教育権」ではなく、我が子の憲法上の権利である学習権を実現するために「親が他の教育関係者に対して有する権利」と言い換えることができるものなのである。権利の相手方が異なることから、上述の「親の自然権的権利」と一応区別される。その内容を学説に沿って例示すれば、「子の教育に対する自由な要求」⁽⁵³⁾や「私立学校選択権、学校内での教育選択権の自由、学校不参加・拒否権、給食辞退権、髪型規制にたいする拒否権、学校儀式における君が代斉唱の拒否権・不参加権」⁽⁵⁴⁾や他の教育関係者に対して「教育過程に参加したり異議をのべたり、既定の方針や行動の修正や撤回をもとめたり、あるいは教育過程から——一時的に——子供を引き離したりすること」⁽⁵⁵⁾等が考えられる。

従来の学説は、このような具体的内容を有する親の教育権を一括して捉え、それが憲法上認められる権利であるとの主張を裏付けるための根拠を憲法的自由や学問の自由の中に見い出してきた。しかし、右のうち、例えば、学校儀式での君が代斉唱の拒否・不参加が思想信条や宗教的理由に基づいている場合には、それらの行為を「親の教育権」の行使であるとして構成するよりは、親もしくは子どもの思想信条ないしは信教の自由の行使であり憲法第一九条ないしは第二〇条の問題であると構成すべきである。また、髪型規制の問題は「親の教育権」の問題というよりは、子どもの人権に関わる問題として把握すべきであろう。このように憲法に明文で規定されている市民的自由に還元できる問題を、従来の学説は、何故敢えて「親の教育権」として捉えるのかについて沈黙している。⁽⁵⁶⁾公権力の主体としての教育関係者が憲法条項（例えば、思想信条の自由、信教の自由、表現の自由等）に違反するような教育活動を行った場合、侵害された市民的自由との関係で違憲問題が生じるはずである。つまり、学校側が儀式において君が代斉唱を強要することは思

思想信条または信教の自由に対する侵害であつて、このような場合には憲法的自由や学問の自由に対する侵害として構成する必要はないのである。更に、従来の学説の欠点は、異なる性格の権利を一括して「親の教育権」として憲法上保障されていると主張していることである。例えば、思想信条や宗教を理由とする君が代斉唱の拒否は、親または子ども思想信条の自由もしくは信教の自由と捉えるか親の教育権と捉えるかは別にして、個人の思想信条または信教という利益に関わるものであると解することができる。しかしながら、学校内での教育選択の自由の具体例として挙げられていた選択教科制や課外活動参加は右のような利益に関わるものでないばかりか、そもそもいかなる憲法上の権利・自由に関わるものかも明確にされていないのである。

このようにみえてくると、従来は、公教育との関わりで親が有している教育権の内容が必ずしも明らかにされていないか、つたことに加え、憲法上保障される権利とそうでないものをひとくくりに捉え、それによつて憲法上の根拠が曖昧となつていたということができそうである。

註

- (1) 兼子仁『国民の教育権』（岩波新書・昭和四六年）四九頁。
- (2) 堀尾輝久「現代における教育と法」『岩波講座現代法八 現代法と市民』（岩波書店・昭和四一年）二〇二―二〇三頁。
- (3) 田中耕太郎『教育基本法の理論』（有斐閣・昭和三六年）一五四頁。しかし、この田中説は、「教育をなす権利は両親のみが有するものではない。義務教育に関する憲法二六条二項の反面からして国家に教育をする権利が認められることになら」（同・一五〇頁）という部分のみが強調され、国家の教育権説として位置づけられてきた。そのため、田中説は、国民がその子女に教育を受けさせる義務を負うことは国家が教育する権利を有することを認めるものと理解され、第二六条二項のいう義務の解釈を誤つたものとの批判（永井憲一『憲法と教育基本法（旧版）』（勁草書房・昭和四五年）一五四―一

五六頁)に晒された。

- (4) 「親権ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ監護及ヒ教育ヲ為ス權利ヲ有シ義務ヲ負フ」。
- (5) 明治民法には家制度が規定されていたことにより、親権は戸主権と併存させられただけでなく、親権者決定に当たっても「家ニ在ル父」として、親権の家長権たる性格を明らかにしていた。また、親権に服するのは未成年の子に限らず、独立の生計を立てている成年の子を除き、子は生涯父の親権に服するかのごとく規定されていた(旧第八七七条一項「子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス但独立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限ニ在ラス」)。
- (6) 我妻栄Ⅱ有泉享『民法Ⅲ』(一粒社・昭和三八年)一九〇頁。
- (7) 島津一郎樁寿夫編『民法(親族・相続)講義』(青林書院新社・昭和四四年)八九頁(中川良延執筆)。
- (8) 有地享『家族法概論』(法律文化社・平成二年)一六五頁。
- (9) 星野英一他編『民法講座七』(有斐閣・昭和五九年)二二六頁(國府剛執筆)。
- (10) 制定過程の議論については、有地享「未成年子にたいする監護養育義務」民商法雜誌第四六卷三三三頁(昭和三七年)以下、中川良延「親権と子どもの教育を受ける権利」北大法学論集第一四卷三・四号四二八頁(昭和三九年)以下に詳しい。
- (11) 法典調査会『民法議事速記録六』(商事法務研究会・昭和五九年)四二七―四三二頁。
- (12) 公的義務説は、第八二〇条の義務を、国家社会に対して負う意味と解している。その根拠は、子は親に対して請求権をもつということが許されないとする親権思想にあるのではなく、子の個人としての人格完成へつくすべき国民としての義務にあると主張している(谷口知平「親権」『親子 家族問題と家族法Ⅳ』(酒井書店・昭和三二年)二九九頁。他に、我妻Ⅱ有泉・前掲書『民法Ⅲ』一九〇頁、青山道夫「改正民法と子の監護」『近代家族法の研究』(有斐閣・昭和二七年)四一頁、太田武男「親族法概説』(有斐閣・平成二年)三四一頁等、参照)。
- (13) 私的義務説は、親権者の有する義務を、公的義務として子の親に対する請求権を排せんとするは、なお依然として親のための親権たるの思想を払拭しきれない考え方であると批判し、これを子に対する純然たる私法上の義務と解し、これに対する子の請求権を認めることは、子の人格の尊重という見地よりするときは、何等怪しむべき結論とはいえないとする(柚木馨「親族法」二〇六頁。他に、於保不二雄編『注釈民法②』(有斐閣・昭和四四年)七二―七三頁(明山和夫執筆)等、参照)。

(14) 折衷説は、親権の内容は子の哺育・監護・教育という職分であると主張する。「職分」というのは、他人を排斥して子を哺育・監護・教育する任に当たりうる意味では権利であるにしても、その内容は、子の福祉をはかることであつて、親の利益をはかることではなく、またその適当な行使は子及び社会に対する義務だとする（我妻栄『親族法』（有斐閣・昭和三十六年）三一六頁）。

(15) 中川・前掲書『民法講義』八九頁、明山・前掲書『注釈民法』七二―七三頁。つまり、私法義務説をとつた場合には、子の側から親権者に対して、自己の監護教育をなすべしと私法上請求することができることになるが、子が意思能力をもたない幼児であるときに、子自身から具体的にどのような手続によつて訴求しうるかについて未だ不明確なものが残されているし、他方、公的義務説に立つても、民法に関する限りでは国は親権者の監護教育義務の履行について直接には何らの干渉手段も有していないのであるから、どちらの説をとるかによつて具体的結論に差異をもたらすことはあまりないと思われる。

(16) 我妻・前掲書『親族法』三一六頁。

(17) 例えば、児童福祉法は、児童の保護者が、国および地方公共団体と共に、児童を心身ともに健やかに育成する責任を負う旨宣言し（同法第二条）、保護者の保護が不適切な場合について児童相談所長ないし都道府県知事のとるべき措置について明確に規定し（同法第二五条―第二八条）、その上、児童の親権者がその親権を濫用し、または著しく不行跡であるときについては児童相談所長からの親権喪失宣言の請求を可能としている（同法第三三条の五）。その他にも、親権の行使を規定する法律として、労働基準法第五八条・第五九条・未成年者飲酒禁止法第一条、未成年者喫煙禁止法第三条、精神保健法第二〇条・第二二条・第四一条、予防接種法第二条・第一二条等がある。

(18) 就学義務と私法上の監護教育権との関係について、委託義務説と補完義務説が説かれている。委託義務説は、「親権者の監護教育権は、子供の監護教育を受ける基本的な人権に対応しつつ、親が子に対して有する前国家的・始源的な自然権である」と見られるけれども、社会公共の見地から各種の公法規定が、親権者の監護教育義務履行について補完的・代替的・監督的機能を果たすための規制を設定しているので、監護教育の程度方法はそれらに合致するものでなければならぬ。例えば、義務教育に関しては、親権者は、保護者として、九年間の普通教育を受けるように教育機関に子の教育を委託する義務を負う」と主張する（明山・前掲書『注釈民法』六三頁）。これに対して、補完義務説は、次のように説く。すなわ

ち、「親は自分の子どもに対して監護教育の責任を負うが、近代社会に必要な高い水準の教育をすることはできないし、また、近代国家も一定以上の水準の教育を維持する必要があるから組織的、画一的教育として公教育を整備している。公教育の実施後、親も子の学習権を保障する責任を果たすために、子に対して公教育を受けさせる義務を負っている。このようにして、親は学齢期に達した子の教育を公教育制度に委ねるが、この委託は親が子に本来的に負う監護教育義務の延長にあるとみるべきである。したがって、親は自分の子が公教育を受けていても、本来的な監護教育義務を免れるわけではないし、その監護教育義務が公教育によって補充されるだけであって、親は子どもに対する教育義務を全面的に国などの教育機関に委ねてしまうのではない」(有地享「教育を受ける権利と親の責任」季刊教育法五〇号三二—三三頁)。

両説はいずれも、子どもに公教育を受けさせることを、親の子に対する監護教育義務の一内容として取り込み、親の子に対する私法上の義務のひとつであるとして捉えているところに共通の特色があるとされる。けれども、委託義務説では、就学義務の相手方は国ないし社会であり、それとは別に子に対する教育委託義務があると考えているのに対し、補充義務説では、就学義務の相手方は子であり、この子に対する就学義務の履行が同時に国ないし社会に対する義務履行と考えられている点で違いがみられる(加藤永一「教育と親の監護教育権」法学四九卷九〇—九〇四頁)。

しかしながら、これらの学説も、親権が誰に対する義務なのかという論争と同様に、対立的なものではない。また、これらの議論を通して、公教育をめぐるの国家の教育権限や親の義務の具体的内容が明らかにされたわけではない。

(19) 本文で取扱った中川説の他に、同様の批判を展開しているものに久貴忠彦他『民法講義七 親族』(有斐閣大学双書・昭和五二年)二五七頁(阿部徹執筆)がある。すなわち、「身上監護は、民法の枠をこえて、公法上・社会法上の諸制度と密接に関連している」が、「この点に関連して、監護教育の義務が子に対する義務か、国または社会に対する義務かが争われることがある。しかし、このような二者択一のかたちでの論争にはあまり意味がないであろう。たとえば、子の教育に関して親権者の有する権利義務は、子に対する権利義務であると同時に国または社会に対する権利義務でもある。さしあたり公法上の義務として規定されている、子に普通教育を受けさせる義務にしても、民法上の監護教育義務と矛盾するものではない。重要なのは、全法体系のなかで親権者は、その親権に服する子に関して、だれに対していかなる権利義務を有するのであるかを明確化すること」であると述べている。

(20) 奥田昌道他編『民法学七』(有斐閣双書・昭和五一年)一六三頁(中川良延執筆)。

- (21) 中川・同右書、一六五頁。
- (22) 同右。
- (23) 中川・前掲「親権と子どもの教育を受ける権利」四四五頁。
- (24) このような試みは、民法第八二〇条のいう義務を子どもの権利に対応する義務であると解する見解として分類される場合がある(國府・前掲書『民法講座七』二六〇頁)。
- (25) 中川・前掲書『民法学七』一六九頁。
- (26) 阿部・前掲書『民法講義七 親族』二五七頁。
- (27) 『註解日本国憲法』上巻(法学協会編・昭和二八年)五〇〇頁。
- (28) 宗像誠也「教育権論の發生と展開」國民教育研究所編『國民と教師の教育権』(昭和四二年)四八頁。堀尾・前掲「現代における教育と法」一八一頁参照。
- (29) 「シンポジウム 最高裁と教科書裁判」法律時報六四卷一號(平成四年)七頁(中村睦男発言)、伊藤正己『憲法(新版)』(弘文堂・平成二年)三七七頁、浦部法穂『憲法学教室Ⅰ』(日本評論社・昭和六三年)一三三頁。
- (30) そもそも、教育の自由は「政治権力の手による教育の統制ないし支配の意図にもとづく政策と行政に『抵抗』ないし『對抗』する『國民の教育権論』の核心をなすもの」(永井憲一『憲法と教育基本法(新版)』(勁草書房・昭和六〇年)五七頁)として主張された。従って、今日でも、教育の自由は「教育内容に対する国家(政府)の介入を原則的に否認する『國民の教育権』説の主張を意味するものとして使われる傾向にある」(内野正幸『教育の自由』法理の再点検)ジュリスト臨時増刊一九八七年五月三日号『憲法と憲法原理』二三三頁。具体的には「國民の教育権の理論と教育の自由の原理は、子どもの学習権と親の教育権(義務)、その共同化社会化された義務の委託としての教師の研究と教育の自由、親の教育への積極的な発言権、さらに社会の、具体的には地方公共団体の教育機会配慮の義務と、教育内容への権力的不介入の原理を含む包括的原理」(堀尾・前掲「現代における教育と法」二〇四頁)であると説明されている。
- このように、教育の自由の具体的内容として親の発言権や教師の研究と教育の自由等が挙げられていたが、当時の教育裁判を通して(いわゆる一連の勤務評定、学力テスト、教科書検定に関する裁判であるが、これについては永井憲一『國民の教育権』(法律文化社・昭和四八年)九八頁以下に詳しい)、「おもに教師の教育の自由、すなわち教育の自律性ないし

教師の教育権の独立を要求する「国民の教育権」の理論の形成に主力が注がれていた」（永井・同右書、二〇四頁）といわれている。

(31) 「教育権」という用語も、「教育の自由」同様、さまざまな意味で使用されている。例えば、田中耕太郎氏によれば、教育権には「教育を受ける被教育者の権利または教育の請求権」と、「教育をなす権利または権能」の二つの意味があると思われる（田中・前掲書『教育基本法の理論』一四六頁）。また、宗像誠也氏は、いかなる教育がいかように行われるべきかの決定に際しての政府（国家権力）、国民、親、教師、子どもの発言権ないしは参与権と捉えているようである（宗像・前掲『教育権論の発生と展開』一八頁）。憲法学においては、しばしば教育権の所在をめぐる議論が活発になされてきたが、そこにおいては、「具体的教育内容を決定ないし実施する権能」（兼子・前掲書『国民の教育権』三五頁）という意味で用いられている。

(32) 奥平康弘氏は、「教育の自由」が「教育する自由」という意味を媒介にして、「教育する権利」と同義に用いられて、「教育権」と融合してしまふ傾向があると指摘している（奥平『教育を受ける権利』芦部信喜編『憲法Ⅲ』（有斐閣・昭和五六年）三九二頁）。

(33) この他に、教育の自由を有する主体として、私立学校、教科書執筆者、学者研究者等が挙げられている（兼子仁「教育の自由と学問の自由」公法研究三二号（昭和四五年）六一―六三頁、高柳信一「憲法的自由と教科書検定」法律時報一九六九年八月臨時増刊「教科書裁判」六九頁）。

(34) 高柳・同右、五七頁。

(35) この見解によれば、「教育の自由」の主体は一応国民と考えられているが、その国民が「具体的状況に応じて異なるに従って」親、児童、教師、学者研究者に分けられるとする。そして、各主体が有する「教育の自由」の具体的内容は、児童の場合は「児童の教育を受ける権利」であり、教師のそれは「教育の場における創意、自主性、主体性」であり、学者研究者のそれは「科学的探究によって認識しえたところの自然と社会の法則を次の世代に伝える権利」とであるとされる（高柳・同右、六八―六九頁）。

(36) 高柳・同右、六八頁。

(37) 佐藤幸治『憲法（新版）』（青林書院・平成二年）五四六頁。

- (38) 同右書、五四五―五四六頁。
- (39) 兼子・前掲「教育の自由と学問の自由」六一頁。
- (40) 兼子仁『教育法(新版)』(有斐閣・昭和三年)二〇八―二一〇頁。
- (41) このことは、すでに述べたように、教育の自由が国民の教育権説の中核をなすものとして主張されてきたこと、そして、国民の教育権説がとりわけ教科書訴訟を通じて「おもに教育行政のあり方をめぐる教育内容の決定権能をめぐる主体ないし限界に関する法制論」(永井・前掲書『国民の教育権』三六頁)として展開され、国家の教育権に対比した「国民」の教育権として、親または教師の教育の自由が論じられてきたことと関係があるものと思われる。つまり、ここでは「国民」内部での権利・自由の矛盾は予定されていなかったのである。
- (42) 田中・前掲書『教育基本法の理論』一四六頁、一四九頁。奥平・前掲「教育を受ける権利」三九三頁。
- (43) 阿部・前掲書『民法講義七 親族』二五六頁。
- (44) 阿部・同右書、二五八頁。この意味で、親権と呼ぶことがすでに不適當と考えられている(我妻・前掲書『親族法』三一六頁)。
- (45) 子を不法に手許におく者に対して親権者が子の引渡請求権を有することは、我が国の民法には明文の規定はないが、判例・学説上異論のないところとして認められている(我妻・同右書、三三一頁、明山・前掲書『注釈民法(23)』七五頁以下等、参照。判例は、大判明治三四年九月二日民録八輯二五頁、大判大正七年三月三日民録二四輯六〇九頁等)。
- (46) 有地・前掲書『家族法概論』一七七頁。判例としては、最判昭和三年三月一五日日民集一四卷三三〇頁等、参照。
- (47) ある論者によれば、「子の教育にかんする親の権能は、ローマ法上の家長権から近代民法上の親権およびその義務性へ、という歴史の変遷をふまえたうえで、現代法制では、子どもの学習権を保障する人間教育という教育特有な条理によって根拠づけられているもの」と解される。つまり、「親の教育権は、勝手気ままではなく子どもの学習権を保障するように行使されるべきもの」なのである。そして、この親の教育権は「自然の親子関係に条理上基づいている権利として」「自然権」とよばれてよいが、親が血を分けたわが子だから自然的に教育権を持つというのではなく、右のように自然の親子関係に教育的意味が認められることに基づくのである」とする。この論者によると、「学習・教育について本来的に人権を持つのが子ども本人である以上、親の教育の自由は主に、人間の成長・人生的幸福面に關して子の学習の自由に応じて代位する

という性質の自由権であり、「親の教育権は性質上わが子の教育についての自由であるが、ここにあらわれる教育の私人性は、親個人の私生活的自由というよりは、子ども一人ひとりにとつての学習による人間的成長と幸福追求の個人性にはかならない」とされる。そして、このように子の学習の自由に代位する親の教育の自由が、憲法上学習の自由による保障を受けると解してよいとされるのである(兼子・前掲書『教育法(新版)』二〇四—二〇六頁)。また、他の論者は、親権の中核的内容として、両親には子どもの成長と学習に対して第一次の責任を負い、そのことに対する他からの不当な干渉を排除する権利が存すると主張する。そして、「親権と子どもの権利の関係は、親の人権(とりわけ生存権)が保障されていない社会条件のもとでは親権の濫用による子どもの人権無視となつて社会問題化する可能性をもつ」ので、親義務の共同化したものとして学校を設け、公教育が整備される。そして、学校へ自分の子弟を就学させることが親の義務であり、親の教育権を代替的(間接的)に行使することを意味するとされる(堀尾・前掲「現代における教育と法」二〇二—二〇三頁)。

(48) そもそも「親の教育権」を「自然権的教育権」と解するのであれば、かかる親の教育権を必ずしも憲法に明文化する必要もないといえる。何故なら、親の自然権的教育権は我が子に対して有するものであるからである。つまり、「親」対「子」の関係において親が教育権を有しているのであるから、対国家との関係で国民(市民)の権利・義務を規定している憲法の射程から外れることになるといわれている。

(49) 兼子・前掲書『国民の教育権』二一八—二一九頁。

(50) 義務教育の無償の範囲については、国家の財政等を考慮して法律によって具体化されるとする「無償法定説」と授業料の徴収をしないことを意味するとする「授業料無償説」と授業料のほか、教科書代金、教材費、学用品等義務教育就学に必要な一切の費用を無償とする「就学必需費無償説」が存する。授業料無償説が通説・判例(最大判昭和三九年二月二六日民集一八卷二号三四三頁)である。

(51) この義務の内容については、国の義務が法的な義務かどうかという問題が生じる。つまり、「教育を受ける権利の保障は、特定の個人に教育制度の強化・拡充を求めて出訴する権利を具体的に認めているかどうかという問題である」と言い換えられる。これについては、いわゆる私学訴訟の一番判決が、憲法第二六条は「不作為を違法として国家賠償請求する際の前提要件である作為義務(法的義務)の根拠になる」と判示している(控訴審もほぼ同旨)。このことは、要するに、第二六

条から直接具体的な教育措置要求権を導くものではないが、教育を受ける権利を具体的に実現すべき法が整備されていない場合には、その立法の不作為を理由に国家賠償請求を行い、権利の実現をはかることが可能であることを示したものと見えよう（戸波江二「教育の自由」芦部信喜編『ユーブンゲ憲法』（有斐閣・平成元年）八五―八六頁）。

(52) 奥平・前掲「教育を受ける自由」三九四頁。

(53) 高柳・前掲「憲法的自由と教科書検定」六八頁。

(54) 兼子・前掲書『教育法（新版）』二〇八―二一〇頁。

(55) 奥平・前掲「教育を受ける自由」四〇九頁。

(56) 同右、四〇〇頁。

第三節 日本法への示唆

以上みてきたように、「親の教育権」には二つの側面があったといえる。このことを前提として、親が公教育と関わって有している利益のうち、いかなるものを公教育との関係で憲法上の親の教育権として構成することができるかを合衆国の議論を素材として改めて考察する。

まず、合衆国において、親の教育権と州の教育権限（我が国では国家の教育権）について議論する場合、我が国にみられるような二者択一的な議論はなされず、利益状況によって適切な解決を図ろうとしている態度がみられる。これに対して、我が国の学説状況をみると、教育権の所在をめぐって国民の教育権説と国家の教育権説との間で水掛論的な議論状況が続いている。この論争においては、主に国家に対抗するかたちでの教師の教育の自由が論じられ、親の教育権

は教師に委託したものととして、それ自体の解明が十分なされないまま現在に至っているといえる。更に、親が教師に対してどの程度権利を委託したのか、また親の権利と教師の権利との間で矛盾が生じた場合にどのように解決するのかといったことも明らかにされていない。このような我が国の論争状況と対比してみるとき、そもそも合衆国にみられるような教育に関わる者の間でのバランスによる利益調整という視点自体が示唆に富むものであると思われる。このような視点から各教育関係者の有する利害を調整することによってはじめて、これらの者相互間での適切な権利調整・権限配分ができると考えられるからである。では、親が公教育に関わって有する利益としては、どのようなものが考えられるのであろうか。

この点につき合衆国では、親の利益の具体的内容として、私立学校選択権、中等教育就学義務拒否権、教育課程の履修拒否権が連邦憲法上の権利として、家庭教育選択権が州法上の権利として、そして、危険な学校への就学拒否が一定の状況においては州の教育権限に優越するものとして認められていた。これらの利益は、我が国においてはどのような位置づけられるのであろうか。

例えば、合衆国においては、中等教育就学義務拒否権および教育課程の履修拒否権が一定の範囲で親の信教の自由を根拠に認められていた。前者では義務教育制度を創設・維持する州の利益と信教の自由を理由に義務教育を拒否する親の教育権がバランスシテされ、後者においては教育プログラムに関する州の教育権限と親の信教の自由のバランスシテが行われている。このような親の教育権は、我が国においても憲法第二〇条を根拠に認められるものと理論的には解されるであろう。とりわけ、教育課程履修拒否の中でも、国旗敬礼行事への参加拒否の問題は、我が国での学校行事における日の丸掲揚・君が代斉唱問題を考える場合に有効な示唆を与えるものと思われる。もともと、国旗敬礼行事への参加拒否については、親・生徒側が宗教上の理由に基づいて拒否権を主張しているのに対し、連邦最高裁をはじめ、合衆

国では、通常、言論の自由（心に思っていないことの表明を強いられないという意味での言論の自由）と把握されている。このように理解するならば、我が国での日の丸掲揚・君が代斉唱が行われる学校行事への参加拒否の問題は、「国家権力が人の内心の『思想』を強制的に告白させまたは何らかの手段を持って推知することを禁止」した憲法第一九条に反するものとして構成することもできよう。

また、私立学校選択権も合衆国においては連邦憲法上の権利として認められていた。この権利は、我が国においても、最高裁が学テ判決の中で親の教育の自由として認めた学校選択の自由に含まれるものと解される。しかしながら、最高裁はかかる権利を必ずしも憲法上のものと捉えていたわけではなさそうである。というのも、最高裁は「まず親は、子供に対する自然的関係により、子供の将来に対して最も深い関心を持ち、かつ、配慮すべき立場にある者として、子供の教育に対する一定の支配権、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ものと考えられる」と述べているからである。⁽¹⁾ここでは、私立学校選択権は自然的な関係によって親が子どもに対して有している教育の自由と捉えられているのである。問題はこのような自然権的教育権がどのような法的効果と位置づけを与えられるかである。

親の有する自然権的教育権は、民法第八二〇条によって実定法化され、その内容は、我が子を養育し教育するという意味の親の子に対する教育権（親義務と言ひ換えられる）と、かかる権利（義務）を遂行するために第三者に対して親が有する妨害排除請求権の二面性を持つものである。しかしながら、我が国では、従来、民法第八二〇条の親の権利は公教育との関係では義務教育に服するという面だけが強調されてきており、我が子を教育する権利は主に家庭での教育に関して有するものであるとされてきた。そして、この意味での親の教育権は親の子に対する権利であって、憲法の射程外であると考えられてきたようである。けれども、このような親が我が子に対して有する自然権的教育権を前提とし

た上で、親がかかる権利を遂行するために第三者に対して有する権利、つまり、我が子をどのように育てるかということとをめぐって、他人に濫りに干渉されずに、親が我が子に対して有する教育権の存在が、公教育との関係でまったく認められないはずはないであろう。そもそも、憲法第二六条によって親の自然権的教育権に対して課せられた制約は、義務教育を受けさせることだけである。義務教育を受けさせる義務が、直ちに公立学校で教育を受けさせる義務を含んでいるとまではいえないであろう。憲法第二六条は、親が我が子を公立学校ではなく私立学校に通わせる権利までも奪うものではないといえる。むしろ、義務教育を受けさせる義務以外の我が子の教育については原則的には家族の自律性に任されており、そのような親の教育権は、個人の尊厳に基づく家族関係を要求し過度の国家的介入を排除する⁽²⁾憲法第二四条第二項によって憲法上保障されていると解することができるものと考えられる。このように解釈すれば、学校で教育を受けさせる代わりに家庭で教育を行うという意味での家庭教育選択権や危険な学校への就学拒否も、我が国においては憲法第二四条第二項に保障された親の教育権に含まれるものと解される。しかしながら、これらの権利が憲法上のものと認められたからといって、それが無制約に認められるわけではなく、問題となっている状況に応じて、他の教育関係者が有する権利または権限との間で利益の調整が図られることになるのである。例えば、家庭教育選択権が認められたからといって、それは義務教育制度の枠内で認められるものであって、それとの関わりから一定の制約が課せられる。合衆国を例にとれば、家庭教育を行う教師の資格、生徒の数、教育を行っている場所の環境等が考慮された上で、それが法律の予定する「学校」に該当するものかどうかが評価されている。他方、危険な学校への就学拒否については、個別の具体的な状況に応じた解決が図られているのみで、何らかの制約原理が提示されているわけではないが、就学拒否が子どもにとって最善の利益となり得るような場合には、このような親の教育権が優先されることとなる余地がある。

本節では、合衆国の議論を参考に、我が国での「親の教育権」といわれる場合の、その内容、権利の相手方、憲法上の根拠を明らかにしようとして試みた。原則的には、憲法の個別の人権規定によって保障されている親または子どもの権利が公教育活動によって侵害されているような場合には、当該人権規定を根拠に公教育活動の合理性・合憲性を問題とすることが妥当であると思われる。しかしまた、我が国にあっては、親が子に対して有する自然権的な教育権を遂行しようとする際に、それを妨害するような第三者に対して、親は妨害排除請求権を憲法上の権利として有しているということができるものと思われる。しかしながら、このような憲法第二四條第二項を根拠に親に対して認められる親の教育権の具体的な内容については、本稿では必ずしも明らかにできなかった。今後の課題としたい。

註

(1) これに対し、合衆国連邦最高裁は、親の私立学校選択権を修正第一四條の「自由」に含まれる親の我が子をコントロールする権利の具体的内容であると解している。我が国においては、修正第一四條に該当する憲法条項は存しない。従って、前述の宗教上の理由に基づく中等教育就学義務拒否や教育課程の履修拒否の問題のように、類似の憲法条項を根拠に私立学校選択権を憲法上の権利と構成するには無理があろう。

(2) 「本条(憲法第二四條)は、家庭生活における個人の尊厳と両性の平等を要求し、封建的家族制度における家のため、男子のための拘束から、個人特に婦人を解放することを目的とする。この点で、第一三條の個人尊重及び第一四條の法の下の平等の立法を通じての私人間の身分関係、家庭生活関係における発現にはかならないものともいえる。それだけに又本条は、国民にとって消極的な自由権的人権を保障するに過ぎない」(『註解日本国憲法』上巻(法学協会編・昭和二八年)四七一頁)。ここでは封建的な家制度からの個人(とりわけ婦人)の解放に主眼がおかれた説明がなされているが、第二四條が家族生活のあり方として個人の尊重と両性の平等を基本原理とする自由権的人権であると解することができる。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. XLIV No. 1 (1993)

SUMMARY OF CONTENTS

Public School Education and the Rights of Parents

— The Contents and Limitations of these Rights in the United States —

Kayoko OSHIMA*

TABLE OF CONTENTS

INTRODUCTION

Sec. 1 The Scope and Purpose of this Article

Sec. 2 Legal Structure of the U. S. Educational System

CHAPTER 1 Compulsory School Attendance and Parental Rights

Introduction

Sec. 1 Constitutionality of Compulsory Attendance Laws

Sec. 2 Right to Attend Private Schools

Sec. 3 Right to Refuse Compulsory Secondary Education

Sec. 4 Right to Choose Home Education

Sec. 5 Excuse from Unsafe Schools

CHAPTER 2 Public School Curricula and Parental Rights

Sec. 1 The Purpose of Curricula

Sec. 2 Parental Rights Grounded in the Common Law and Their Limitations

Sec. 3 Parental Rights Guaranteed by the 14th Amendment and Their Significance

Sec. 4 Right to Excuse one's Child from Religiously Objectionable Instructions

(a) Flag Salute

(b) Sex Education

*Research Assistant, Faculty of Law, Hokkaido University; Doctor of Law (Hokkaido University).

- (c) Physical Education
- (d) Audio-visual Education

CONCLUSION

Sec. 1 Parental Rights to Education in the U. S.

- (a) Balancing Parental Rights and State Power of Education
- (b) Relationship Between Parental Rights and Children's Will

Sec. 2 Parental Rights to Education in Japan

- (a) Art. 820 of the Civil Code and Parental Rights
- (b) Art. 26 of the Constitution and Parental Rights to Education
- (c) Dual Aspects of Parental Rights to Education

Sec. 3 The Implication of the U. S. Law : A Guide for Japanese Law

The controversy on who has the right to educate is fought between two theories. The theory of "PEOPLE'S RIGHT TO EDUCATE" (KOKUMIN NO KYOUIKUKEN SETSU) asserts that the right belongs to the people. On the other hand, the theory of "STATE'S RIGHT TO EDUCATE" (KOKKA NO KYOUIKUKEN SETSU) insists it belongs to the State. The Supreme Court of Japan held either theory "extreme and one-sided", and rejected both (the so-called ASAHIKAWA GAKUTE CASE). The Court attempted, in accordance with the Constitution, to specify the boundary of parental rights, teachers' authorities, rights of private schools, and the power of the state. Such approach necessarily requires the clarification of the contents of those rights, authorities, and power. In this article, I examine the U. S. case law regarding the relationship between the parental right and State power. This analysis will reveal the concrete contents and limits of the parental right to educate.