



Title	親権と子どもの教育を受ける権利
Author(s)	中川, 良延; NAKAGAWA, Yoshinobu
Description	論説
Citation	北大法学論集, 14(3-4), 44-64
Issue Date	1964-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27821
Type	departmental bulletin paper
File Information	14(3_4)_P44-64.pdf



親権と子どもの教育を受ける権利

中 川 良 延

- 一、序——問題の所在
- 二、民法旧規定第八七九条の「義務」をめぐる論議と学説
- 三、親権概念についての諸学説と問題点
- 四、子どもの権利を中核とした親権概念の試みと教育
- 五、結びに代えて

憲法第二六条はその第一項で、すべての子女国民に、「教育を受ける権利」を保障し、第二項は、子どもの教育を受ける権利を保障する手段方法として、子どもの親権者または後見人たる保護者に対し、子どもに「教育を受けさせる義務」を課した。そしてこのような憲法第二六条の建前は、すでに公法学者により、子どもの基本的人権たる「教育を受ける権利」を中核として教育の問題を把握する二〇世紀公教育法の典型であるとされ、それ故にまた、明治憲法下の国策的な臣民の教育義務を基盤とする義務教育制度を根本的に変革したものと解されている。¹⁾さらに、この憲法

第二六条の趣旨を受けて、教育基本法・学校教育法などの多数の教育法規が制定され、そこで、子どもの教育を受ける権利や保護者の就学義務が具体的詳細に規定されているわけである。

ところで、今日、憲法第二六条および教育諸法規の解釈にあたって、子どもの教育を受ける権利、保護者の就学義務および国家の教育上の責任という三つの関係をどのように把握するか、換言すれば、子ども・保護者（以下分りやすく単に「親」とよぶ）・国家（および教師）相互間の権利義務関係をどのように理解するかということが、とくに重要な問題となるに至った。²⁾ここで提起される問題を具体的な形で示すとつぎのようになる。すなわち、まず親子の間では、——子は親に対し教育を受けさせるよう請求できるか、あるいは教育を受けるのを親が妨害した場合その排除を請求できるか、親は子に対し自己の価値観にしたがった教育を受けさせる権利があるか。第二に、国家と子どもとの間では、——子どもは国家に対し教育を受けさせるよう請求できるか、国家は子どもに対し一定の価値観を押しつけることができるか。第三に、国家と親との間では、——親は子の価値観の決定に関し国家の教育行政権に対抗して発言することができるか、反対に、国家は親に対し無条件に就学義務を履行するよう請求しうるか。

これらの問題は、憲法および教育法上、公教育法の歴史と原理に照らして一応説明されてきた。ことに国家と子どもとの間および国家と親の間の法律関係は、憲法および教育法に固有の問題であるから、憲法学者および教育法学者によって、すでに相当詳細に論ぜられている。³⁾しかし親子間の権利義務関係は勿論のこと、国家と両親間の場合も家族法と密接な関連を有しており、とくに最近一公法学者により、「右の憲法・教育法上の子女・保護者・国家相互間の権利義務関係は、……より根本的には、近代家族法における親子関係の歴史および原理との関連において説明されなければならない」ことが示唆された。⁴⁾そしてまた、教育学者のなかでも、このことが早くから指摘され、すでに家族法とくに親子法の研究を基礎とした憲法・教育法上の法律関係の理論構成が試みられている。⁵⁾

公教育をめぐる法律関係をどのように把握するかという問題の重要性は、明治憲法下の教育を想起すればおのずから明らかである。そしてまた、ラートブルフが、かつて、親の教育権を社会から「信託された社会教育」であると捉えていたのを、ナチの強制教育の苦い体験から反省し、教育権は親の自然権であり、「信託された社会教育」ではなく、それ以上のもの、それとは別なものである、と修正していることは、注目しなければならない。

本稿は、このような極めて重要な問題について、公法学者や教育学者からの示唆に基づいて、近代家族法における親子関係の原理からアプローチしようとして試みたものである。しかし後に述べるように、このことは親子法とくに、その中心をなす親権概念の再構成という大問題に連なっているので、親権概念の歴史的比較法的考察を経なければならぬのであるが、その問題は一応別の機会にゆずり、ここでは問題提起を含む一試論の程度にとどめたい。なお以下の論述で「子ども」といっているのは、親権関係を対象としている関係上、「未成年者」を意味している。

(1) 兼子仁「教育法」(法律学全集、昭和三八年)七〇頁以下。

(2) それは、とくに文部省対日教組、つまり、教育課程基準の設定などで国の統制を主張する文部省と、教師の教育権の独立を主張する日教組の対立をとおして問題化してきた。教師の教育権は本稿の対象外であるので述べないが、(兼子・前掲書一一八頁以下参照)その対立も究極的には、国家の公教育における権限(国家の責任の無差別的な強調は教育それ自体の統制権の強化に通ずる)を重視するか、子どもの教育を受ける権利を強調するか、そしてその中間の保護者の権利義務をどのように見るか、に関係しているように思われる。

(3) 兼子・前掲書二五九頁に掲載されている諸文献。

(4) 兼子・前掲書七二頁。

(5) 堀尾輝久「教育を受ける権利と義務教育」社会科教育大系第二卷(昭和三六年)一九八頁以下。なお本稿は、本論文の他、兼子・前掲書、磯野誠一「家庭生活をめぐる国民的権利」法時三五卷(昭和三八年)四号三五頁以下に負うところが多い。

(6) たとえばラートブルフの「社会主義の文化理論」(一九二七年)の本文(ラートブルフ著作集8・野田良之訳)で「今日でもす

で、教育権は両親の固有権ではなくなつてしまつた。家庭教育は「両親に」委託された社会教育となつたのであつて、これを濫用したり怠つた場合には社会は自分の手にこれを取り戻すことができるのである。児童福祉法や少年裁判所法はこの方向への著しい進展である」(同書九二頁)としていたのに、一九四九年には「あとがき」として「われわれは両親の意思に反してまで行使された国家社会主義の義務教育の強制をあまりにも深い苦々しきをもつて味わつて来たので、家庭教育を《委託された共同体教育》であるなどと言ひ表わすことがいかに危険であるかを見誤ることはない」(同書一二二—一二三頁)と付した。なお、ラートブルフ「法学入門」の一九二九年版(尾高朝雄・碧海純一訳)一〇一—一二頁と一九五八年版(ラートブルフ著作集・碧海訳)一一四頁を比較せよ。

二

子どもの「教育を受ける権利」を中心に据えて、そこから国家・親・子どもの権利義務関係を理解するためには、親子の法律関係を権利義務の対応関係として把握することが必要不可欠である。そこでまず、親子の法律関係の中核をなしている親権概念について、民法典制定後のわが國における発展の跡を概観してみよう。

親権に関する一般的規定と解されている現行民法第八二〇条「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、旧法第八七九条をそのまま引き継いだものであるが、この規定のその後の運命を予言するような出来事が、その成立のときに起つた。それは、当時の法典調査会においての、起草者代表であつた梅謙次郎と提案条文(第八九二条)より親の「義務」という文字を削除すべしという穂積八束らとの論争である。⁽⁸⁾すなわち、調査会の議事速記録によると、穂積八束らの理由は、第一に、「権利ヲ有シ義務ヲ負フアルト精密ニ言ヘバ同等ノ者ノ間ニ行ハレル文字ノヤウニ思ハレル」が、親子は同等でなく子は親に服従するという権力関係であり、またこのような規定があると、「親ガ子ヲ教育シナイトキハ親ヲ裁判所ニ引張り出シテ親ト云フモノハ子ニ対シテ教育ヲ授ケルモノト云フヤウナコト」になり、実質的にもよくない、⁽⁹⁾ということと、第二に、親が子ども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ないから、それを民法に規定する必要はない、という事であつた。これに対し梅謙次郎は、「親權ト云フモノヲ民法デ規定スル以上ハ權利ト云フモノヨリハ寧ロ義務ノ方が主デアラウ」といい、さらに、「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」と明言し、⁽¹⁾外國の立法例なども援用しながら弁明している。採決の結果は、「義務」削除論者が少数であつたため結局原案通り成立し、旧法第八七九条となつたわけである。この法典調査会の論議とその結果からみて注目されるのは、まず、親の「義務」を刪るかどうかで主として議論の対象とされていたのが親の子どもに対する——監護教育といつた漠然とした意味では寧ろ——狭い意味での教育の問題であつたといふことである。⁽²⁾すなわち、「義務」削除論者の念頭にあつたのは、権力的父権的親子像だけでなく、これと関連して、明治一九年の小学校令以来の教育を受けるのは臣民の義務という教育制度であつたのであり、このことは当時この制度がすでに確固不動のものになつていたことを示すものである。つぎに、右のような強硬な反対意見が出されたにもかかわらず、結局「義務」という文字が存置されたことは、梅博士のような進歩的親子観がそのまま承認されたかどうかはともかくとしても、わが親子法の發展史上極めて重要な事実といわなければならない。なぜならば、明文化されたといふことは、それ以後の議論が、少なくとも規定の解釈という局面で行なわれねばならないことを意味するからである。

ところでこのように子どもの権利の確認という方向で制定された旧法第八七九条ではあつたが、その後またもや苦難の道を歩ゆまざるをえなかつた。すなわち、制定過程の論議で解決されたはずの問題、つまりここでいう「義務」は何人に対する義務かという問題が、解釈という場で新たな装いをもつて登場することになつたからである。

旧法第八七九条の「義務」の解釈として、一方では子に対する純然たる私法上の義務であるとす説もあつたが、⁽³⁾

他方社会ないし国家に対する義務であるとする説も有力に主張されており、どちらかといえれば後説が徐々に通説を形成して行ったといえるだろう。後説を代表するのはこの点だけでなくその進歩性⁽¹⁷⁾のゆえに家族法全体の発展に大きな貢献をもたらした穂積重遠博士であった。博士はその「親族法」(昭和八年)のなかで、親権が「子は親の所有物」という觀念から「子の利益のために親に与へられた権利」にまで進化した過程を概観した後、つぎのように述べている。⁽¹⁸⁾

「親権が権利にして同時に義務だといふことについては、聊か説明を要する。後にも繰返す通り、民法第八七九条に『親権ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ監護及ビ教育ヲ為ス權利ヲ有シ義務ヲ負フ』とあるのを、従来或は親子間の個々の権利及び義務の綜合と説明し來つたが、これはむしろ親権其ものが権利にして同時に義務だといふ意味をあらはしたものと解した方が適切であらう。而して従来は親権を権利の方面から觀察したが、今後はむしろ『親義務』として義務の方面から觀察した方がよいと思ふ。即ち親は子を適當に養育教育する義務があるのである。さう云ふと直ぐに、それでは養ひ育てて貰ふのが子の権利と云ふことになつて面白くない、と云ふ批難があるかも知れぬが、義務者に対応する受益者が必ず権利者であると考へるのが抑も囚はれた話で、親が子を育てるのは、子に対する義務と云はんよりは、むしろ国家社会人類に対する義務と觀念すべきである。而して其義務たるや、勿論精神上及び物質上の負担に相違ないが、親に取つては頗る愉快な負担であつて、是非尽したい義務である。それ故親は他人に対して『我ニ親タル義務ヲ尽サシメヨ』と主張要求する。これが親権である。……即ち親権は義務を行ふ権利であり、権利を行ふ義務である。……而して親権は親の利益のための権利義務でないから、子の監護教育は親をして行はしめるのが最良の方法たるは勿論ながら、必ずしも親にのみ一任せらるべきでなく、次代の國民の發育につき國家が重大の利害關係を有することが意識されると共に、親権は多少の制限干渉及び援助を國家がら受けることになる。」

この穂積博士一流の名調子な文章のなかに、旧法時代の家族法学が到達した頂点を見出すことができるのであるが、それと同時に今日から顧みてその時代的制約を見出すわけにはゆかない。そこでつぎに、穂積博士の親権概念を中心にして、当時の親子法の論理の特質と限界を二、三指摘してみよう。

まず第一に指摘しなければならないのは、さきにみた法典調査会の論議で克服されたはずの「國家および社会に對

する義務」という見解が再び台頭してきたことである。民法に規定されている権利義務である以上純粹に私法上の權利義務であるという議論は、家族法の性格を純然たる私法から一步公法に接近させることによって（家族法の社会化）その矛をかかわされた。第二に、右のような結論は法典調査会での「義務」削除論の見解と同一であるが、その論理はまったく異なっていることに注意しなければならない。すなわち、穂積八束らの論理は、親子関係を権力服従関係とするわが国古来の家族制度を保持する立場から、子どもが親に対し権利をもつのはけしからぬ、親の義務はむしろ國家に対する義務だとしたのに反し、穂積重遠博士は、このような家族制度に批判的で、それに代わるものとして「小家族」を主張され、そしてこの小家族内で親権は「子のために」子どもを適當に養育する義務であり、他方國家も子どもの養育に重大な利害關係をもっているから、親権の義務性は國家社會に対するものになると把握している。つまり「子のための親権法」という理念が、一方で親権の権力性を否定し、他方それを國家社會の利害に結びつけるライト・モチーフになっっているわけである。さらに第三に、調査会の段階でむしろ議論の中心をなしていた子どもの教育そのものに関する問題は、時代が降るにしたがって家族法の書物のなかでだんだん影薄い存在になって行ったことも、注目しなければならぬ事實である。このことは、明治憲法下の義務教育制度が、私法ことに家族法の領域から完全に分離して公法体系のなかにはめ込まれ、家族法学者の手の届かぬものになって行ったことを示すのであるが、同時に、親の義務は國家に対するものとする家族法学者自身の主張が、自らを間接的にそのような地位に追いやってしまったともいえるのではないだろうか。

われわれは、子どもの基本的人権も確立されておらず、家族制度の保持を基調としていた明治憲法の体制のもとで、これらの家族法学者が子の利益確保のための親権概念を確立しようとしたことを高く評価しなければならないが（「子のため」の理念に関する問題は後述）、他面、子の権利を積極的に承認するという方向から逆行せざるをえな

かった時代の制約をも同時に認めなければならない。

- (7) 堀尾・前掲論文二〇〇頁以下、磯野・前掲論文三九頁。
 (8) 法典調査会議事速記録（巖松堂版）第一五一回四七丁以下。そこで削除を主張しているのは、穂積八束のほか、山田喜之助、尾崎三良委員である。
 (9) 穂積八束・前掲速記録四九丁。
 (10) 山田喜之助・前掲速記録五三丁。
 (11) 梅謙次郎・前掲速記録五一丁。
 (12) 梅謙次郎・前掲速記録五四丁。
 (13) もつとも尾崎三良委員の「親ガ子ヲ教育シナケレバナラヌト云フコトハ国家ニ対スル義務デアル。国家ノ成立ニ是レガ必要ニナツテクル。国家ノ発達シナイ社会ニハ成立ツテ居ラヌ。ドウシテモ此義務ト云フモノハ国家ノ組織ガ段々進ムニ從ツテ国家ニ対スル義務ニ違ヒナイ。ソレカラ子ヲ監護スルト云フコトモ国家ニ対スル義務デアラウ。自分デ拵ヘタ子ヲソコ等ニ打捨テ置クノハ善良ナル風俗ニ反スル。ソレ故私ハドウモ是レハナイ方ガ宜シイと思フ」という発言もある（前掲速記録五六丁傍点筆者）。しかし監護については「監護ト云フノハドウ云フコト言ヘバ、減多ニ飛出サレタリ遠方ニ往ツタリシテハイカヌト云フノデ、次ノ教育ト云フ言葉ヲ呼出ス言葉デアル」（梅・前掲速記録五一丁傍点筆者）という理解が当時の共通の理解と思われる。
 (14) 磯野・前掲論文三八頁は、「このような反対にもかかわらず、結局、上掲の条文が明治民法におさまったのは、実に、この義務とは子に対する義務ではなく、『国家に対する義務』（尾崎三良）であるという了解によつたものである」とされているが、そのようにいえるが疑わしい。むしろ速記録でみるかぎり、少なくとも梅委員は一貫して子どもの権利に対応するものと主張しているように思われる。
 (15) 和田千一「親子法論」（昭和二年）五二六頁（「親権を構成する個々の権利義務は子に対する私法上の権利義務である。蓋し親権制度が子に対する私法上の制度たる当然の結果に外ならない」）、外岡茂十郎「親族法概論」（昭和三年）二六三頁（「監護及び教育、親権者タル父母ガ其子ニ対シテ負担スル義務ナリ。此ノ点ニ於テ小学校令第三十二条ニ依ル学令児童ヲ就学セシムル学令児童保護者（即チ親権者又ハ其ノ後见人）ノ義務ト異ナル。蓋シ此ノ就学セシムルノ義務ハ親権者ガ国家ニ対シテ負担スル義務ナレバナリ」）。

野上久幸「親族法」(昭和四年)四〇〇頁(「親権が法律上の義務であると云ふのは父母が適当に親権を行使しないと其履行を請求し得べく、又子の親族等は父母に対し親権の剝奪の制裁を以て臨み得ることを意味」する)。

(16) 穂積重遠「親族法」(昭和八年)五五一頁以下、谷口知平「日本親族法」(昭和一〇年)四二〇頁(「今日、親権にかかる権力的な性質を認めることは許されないので、子の保護監督と云ふ親権制度の目的より見て直接に国家に対する義務性を認めねばならぬ。斯く解するに依りて監護教育権行使の限界及び濫用の防止が根拠づけられるのである」)。なお、末川博「親権の制限及び剝奪」(家族制度全集法律篇Ⅲ・昭和十二年)は、「子を養育するのは親の義務であるといつても、その義務に對立して子の権利が確立されるといふ程のことでもない。つまり、ここで権利といひ義務といふのは、社会ないし倫理的の要請がそのままに法律上の規範的要求となつて認められていることを表はしているのであつて、一応、親が監護教育を為しまた為すべき地位にあることをいつたのにとどまると解してよい」とされているが(一八四—一五頁)、この表現はさきの對立する兩學說に對し折衷的見解といえるだろうか。

(17) 川島武宜「穂積重遠博士の家族制度觀」(穂積先生追悼論文集「家族法の諸問題」所収)参照。
 (18) 穂積・前掲書五五〇—三頁。

三

子どもの権利を認めず、それ故にまた親権法發展の障害ともなつていた明治憲法体制を、一挙に、そして根本的に変革せしめたものは、昭和二一年に公布された日本国憲法であつた。憲法は基本的人権の保障を第一義的要素として構成され、すべての國民に「生命、自由及び幸福追求に対する権利」(第一三条)を保障し、家庭生活における個人の尊厳と両性の本質的平等をうたい(第二四條)、さらに子どもを含むすべての國民に「教育を受ける権利」(第二六條)を確保したのであつた。その結果、これらの憲法上の原則は、一方で民法親族相続編の改正をもたらし、他方現行規定の解釈の基本原則となつてゐる。したがつてかかる憲法の制定と同時に、親権およびその一環としての親の教育権は、右の憲法の規定に立つて再検討されなければならなかつたのである。⁽¹⁸⁾

しかし実のところ、今日に至るまで、親権法の分野においてはほとんどこの方向での努力が自覚的に行なわれなかったといっても過言ではなからう。このことは、民法第八二〇条が旧法第八七九条の文言をそのまま引き継いでいるということだけでなく、子どもの権利のように、およそ権利者が自ら権利を行使することが事実上ならびに法律上不可能な権利について、その権利の存在を確認するのが極めて困難であることを、ものがたっているのである。そこでつぎに、民法第八二〇条の親の「義務」に関する家族法学者の見解を紹介し、子どもの権利という観点から二、三の重要な事項について簡単な批判的考察を試みようと思う。

諸学説を子どもの権利を承認するものからこれを否定する（と思われる）ものへと順にならべるとつぎのようになる。

A 親の子に対する純然たる私法上の義務であるとする説⁽²⁰⁾。ここでは一般に、親権の義務性を強調し、それは、そもそも権利概念には義務性が内包されているという私権の通用性（民法第一条）をこえて、親権の「本質的内容」とされている。しかしまた、親権の権利性については、監護教育権は物権に類似した支配権的性質を有する、とする学説もある⁽²¹⁾。

B 親の子および社会に対する義務とする説⁽²²⁾。この説は、親権が「子を一人の社会人として養育すべき親の職分」であることの当然の結果として、親権の義務性を説明する⁽²³⁾。

C 「義務」の相手方を直接には問わないで、親権は統体法的権利であるから常に権利であるとともに義務であるとする説⁽²⁴⁾。もう少し詳しくいうと、親権をも含む身分権は、身分関係の本質社会的結合のゆえに、極めて支配的排他的物権的であり、またその統体法的特質のゆえに、身分権は常に統体のために行使されるよう義務づけられている、と説く⁽²⁵⁾。

D 社会ないし国家に対する義務であるとする説⁽²⁶⁾。その根拠は、「子は親に請求権をもつということが許されぬといふ親権思想にあるのではなく、子の個人としての人格完成につきべき国民としての義務にある」といわれ、また監護教育権の所有権的支配権的性質が肯定されている⁽²⁷⁾。

以上の諸説とくに後三説には三つの特徴が認められる。それは第一に、第一説の一部も含めて、多くの学者が親権を物権に類似した支配権と解していること、第二に、旧法時と同様、親権の義務性が強調されていること、それが結局国家社会に対するものと把握されていること、そして第三に、ここではことさら紹介しなかったが、いずれの学説によっても子の福祉、「子のための」親権法ということがその基調とされていること、である。この三点を子どもの権利という観点から再吟味する必要がある。

第一の、親権は所有権などの物権に類似した支配権的性質を有するという考え方は、憲法の個人の尊厳と自由・平等を基盤とする法体系と調和しうるのだろうか。もちろん今日親権の支配権性をとなえている学者も、往時の親権（父権）権力説、つまり親は子を支配し子は親に服従するという考えをとっているものでないことはいまでもない。そのような思考様式は親権概念の発展過程において完全に克服されている。しかし新しい意味で支配という言葉を用いるとしても、そこには少なからず子どもを権利客体とみる考え方がうかがえるのであって、このようない論構成は、およそ人は子どもも含めてすべて権利主体であって権利客体とはならないという近代市民法の建前と衝突するのではないかと思われる。親権の支配権的性質の現実的根拠として、親権者は子の意思を拘束し子を服従せしめることができる、ということが指摘されているが、このことだけならば物権的とか支配権的という言葉を持ち出す必要はない。債権関係でも、たとえば雇傭契約における使用者と労務者の間にも、一定の範囲で同様の関係が見られるからである。ともかく親権の支配権的性質は、子どもの権利主体性の側面から再検討する余地がある⁽³⁰⁾。

第二に、子どもの権利を積極的に確認しないで、親権者の義務を国家社会に対するものとし、しかもその義務性を強調することは、極めて危険な要素をはらんでいるように思われる。すなわち、これを子どもの教育という問題に関連させてみると、このような論理は、親は子どもを教育する権能を国家に白紙委任しているのだ、あるいはもっと正確にいうと、国家が第一次的に子どもを教育する権利をもっており、親の子どもに対する教育権は国家から委託された二次的なものであり、したがって国家はいつでも自由にその権利を親から取り上げることができるのだ、という結論を導くことになる。このような結果をもたらす論理は、欧米諸国のような宗教教育に關してはあまり問題はないとしても、価値観の全社会的規模での対立が存在し、かつ明治憲法下の義務教育制度で苦い経験を受けたわが国では、極めて重大な問題といえよう。第二次大戦後のドイツが、基本法第六条で「子供の育成および教育は、両親の自然の権利」であると宣言し、またラートブルフをして前記のような深刻な反省をうながしたのも、右のような危険を回避しようという配慮にもとづくものであり、日本國憲法第二六条がさらに一歩進めて子どもの「教育を受ける権利」を確認し、教育学者や公法学者がこの子どもの権利を中核として教育法制を再検討しているのも、まさにこの点を憂慮しているからであると思う。そしてこの問題は、親の教育権が親権のひとつの重要な要素をなしている以上親権概念一般の問題として検討されなければならない。

第三に、旧法時代以来広く、家族法学者から親子法あるいは親権法の指導理念とされていた子の福祉あるいは「子のため」という言葉も、いろいろな問題をもっているように思われる。すなわちこの言葉は、親権の権力性を否定し子どもを積極的に保護しようという側面では進歩的な役割をはたしたが、同時にそれは国家の権限を呼び出す合言葉でもあったわけである。したがってその限りで、前に述べたと同様の批判がくだされることになる。しかし問題はこれにとどまらない。さらに重要と思われるのは、「子のため」という言葉が、親との関係でもそうであるが、さらには

説
国家の積極的な役割を呼び出す場合に、それを、子どもの権利に対応する義務の履行という形でなく、子どもの権利の存否と無関係な、いわば「親心」的なものにするおそれがあるのではないか、ということである。⁽⁸²⁾ いずれにしてもこの理念もまた、子の権利の確認の上に立って再検討する必要がある。

われわれは、親子法発展のためにこれらの学説が大きな貢献をなしたことを卒直に認めるとともに、その限界をもまた正しく把握してゆかねばならない。したがって以上の諸点についてはもっと根本的考察をおこなわなければならないのであるが、それは別の機会にゆずることにし、つぎに子どもの権利を中心とした親権概念あるいは教育権がどのようなものになるかにつき、簡単に一試論を述べようと思う。

(19) 最近西ドイツにおいて、ボン基本法第二条第一項の基本権（各人は、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序または道徳律に反しないかぎり、その人格の自由な発展を目的とする）権利を有する）と関連して、親権概念を再構成しようという努力がはらわれている。Joachim Gernhuber, *Elterliche Gewalt heute: Eine grundsätzliche Betrachtung*, FamRZ, 1962, 3, 89. 以下の論述は上の論文に負うところが多い。

(20) 川島武宣「民法」(三)六八頁、柚木馨「親族法」(昭和二八年)二〇六頁（これを公の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といえる。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思ふ）、山本戸克己「中川編註親族法下」(昭和二七年)四三頁、磯野・前掲論文三八頁など。

(21) 山本戸・前掲書四三頁（親権者は子の意思を拘束し子を服従せしめることによつてその意思を子の身上に及ぼすことができるのであつて、その点では監護教育権は支配権的内容をもち、従つてその限りでは所有権などの物権に類似した性質を有する）。

(22) 我妻栄「親族法」(法律学全集・昭和三六年)三一六頁。もっともこの説は、八二〇条の「義務」の解釈としてそう述べているわけではなく、「親権の内容は子の哺育・監護・教育という職分」という点からそれを導いている。

(23) 我妻・前掲書三二八頁。

- (24) 中川善之助「親族法」(下)昭和三十三年(四七一頁)。
(25) 中川「親族法」(上)昭和三十三年(一四頁以下、三八頁以下参照。教授のこの理論は、旧法時代の、「身分法の基礎理論」(昭和一四年)・「身分法の総則的課題」(昭和一六年)以来、一貫してとられているものである)。
(26) 谷口知平「親権」(家族問題と家族法IV昭和三十三年)二九九頁、青山道夫「家族法論」(昭和三十三年)一九〇頁。なお中川教授も別なところでつぎのように述べておられる。「いわゆる小家族が原則的型態になって……」「くる」につれて、人々は、従って子も、家のものであるよりも、社会のものであると觀念されるようになった。己れの子をどうしようと親の勝手だと永い間考えられて来たのが、社会は、すべての子が餓えないように、病まないように、楽しめるように育てられ、また成長して立派な市民となるように教え導かれることに深い関心をもつべきものとされるようになった。子は親の私物ではなく、社会の公物だとされ、子の福祉を保障することは、社会全体の義務であり、権利であると考えられた。ここに親権法再度の転調が起る」(中川編註親族法下)一四頁。傍点筆者)。
(27) 谷口・前掲論文。もつとも青山教授は、親権法の支配権的性質を否定する。
(28) 支配という意味で親権が物権に類似しているという考え方は、「子ども」を「物」に類似させることになる。
(29) 山木戸・前掲書四三頁(前註②参照)。
(30) J. Genhuber, FamRZ, 1962, 3, 89f. この論文も、親権の支配権的性質を問題とし、「今日に至ってはじめて、権利主体を、特定の法律関係において、しかも部分的にせよ、権利客体と把握することに抵抗が生じてきた。およそすべての私権の主体に認められている自由と平等は、かつてあれほど広く活用されていた他人の人格に対する支配権(Beherrschung an fremden Personen)というカテゴリーを粉砕せしめている」とのべている(S.89)。
(31) ボン基本法第六條第二項「子供の育成および教育は、両親の自然の権利であり、かつ、何よりもまず両親に課せられている義務である。その実行にたいしては、国家共同社会がこれを監視する。」第三項「子供は、教育権者に故障ある場合、または子供がその他の理由で放任されるおそれがある場合に、法律の根拠にもとづいてのみ、教育権者の意思に反して家族から引きはなすことが許される。」
(32) 福祉国家という觀念もいろいろと問題があることについては、磯野・前掲論文参照。

子どもの権利を基点とし、これとの関連で親権および国家の役割を把握する法律構成は、憲法および家族法をそれぞれの中核とする公法と私法の關係、いささか大げさにいえば全法体系に連なる大問題になるが、そのようなことはもとよりわたくしの能力からみて到底およびえないところである。ここではただ、親子關係の中核をなす親權概念に焦点をあわせ、それを子どもの教育という側面から照射してみたいと考えているにすぎない。

一 そこでまず、子どもの権利は、いかなる根拠にもとづいて認められ、またそれがどんな内容の権利であるかを確定することが必要である。

子どもも国民の一人である以上、原則として憲法第三章に規定されている基本的人権を保障されていることはいうまでもない。ただ例外的に、ある特定の個々の権利は、子どもが精神的肉体的に未成熟であることから、直接問題とされていないのである。したがってひろく基本的人権の内容を集中的に表現した、憲法第一三条の「生命、自由及び幸福追求に対する権利」こそ、子どもの権利の中核をなしているものといえる。この基本権は、その包括的な内容のゆえに多くの場合他の個別的な基本権と合体して憲法上の意味をもってくるが、同時に憲法各条に個別的に列挙されていないもので、人格的生存に必要な諸権利を排除するものではない³³。したがってこの基本権は、そこから憲法上の個別的な基本権を流出し、また個別化されていない諸権利を導き出す源である。これを子どもの基本権についてみると、この条項から、子どもの成育状態に応じ、かつ成長にとり不可欠な個々の具体的権利が発生する。そしてこのような権利のひとつの具体例が憲法第二六条第一項の「教育を受ける権利」³⁴であるといえることができる。要するに、子どもの権利は、基本的一般的には憲法第一三条により、そして個別的には第二六条第一項により保障されているといえるのである。

とここで、憲法上保障されているこれらの子どもの権利を、直ちに親子関係における子どもに対する権利、というふうにもって行くことには、ひとつの問題が横たわっている。それは、憲法上の権利が私人間にも直接妥当して私法上の権利を発生するか、という問題である³⁶⁾。周知のように、わが憲法学界では、「憲法上の権利は、国家に対する人民の権利としての性質をもつから、私人間においては、当然には妥当しない」という説が多数をしめている³⁷⁾。しかしそのような理解には疑問がないだろうか。最近、国家権力と関係のない私人の行為によって、基本的人權が侵害せられる事態が若干の憲法学者によって注視されているが³⁷⁾、この問題は今後の憲法学界のひとつの課題といえよう。それはともかく、西ドイツの私法学者が、憲法のなかには、国家の憲法だけでなく、国家内の生活、さらにはその生活の一断面、たとえば経済・社会生活・家族生活・文化生活の憲法も存する、この場合には、自由な人格の領域は国によって尊重されるのみならず、他の個人の攻撃からも保護されなければならない、として、基本法第二條第一項から私法上の契約自由の原則を導き出したり、一般的人格権という私法上の権利を構成したりしているのが注目される³⁸⁾。この問題もまたここで詳論する能力と余裕がないが、少なくとも、通常の私人間の法律関係と異なり、自らの意思にもとづいて権利を行使することが制限されている子どもをめぐる法律関係については、憲法上の子どもの権利は同時に私法上の権利であるとして、子どもの権利を私人の侵害からも守る法的構成をする必要があると思う³⁹⁾。このようにして、子どもには幸福を追求し、その手段として教育を受ける権利があり、その権利は、国家に対してはもろろんのこと私人に対しても主張しうるということが確定されよう。

二 それではつぎに、子どもの権利との関係で、両親がその子に対し有している親権はどのように理論構成されるべきか。民法第八二〇条の「義務」が國家社会に対するものという見解のとりえないことはいうまでもない。とすれば、この義務は子どもの権利に対応する義務だということになろう。つまり子どもは「幸福追求の権利」をもって

るが、その能力がまだ完全でないため自らその権利を行使実現できないので、法は親をその義務の第一次的な履行者としていのである。親権は子どもの権利実現の手段にはかならない。⁽⁴⁰⁾もとより子どもの「幸福追求の権利」は、その成育の段階に応じて具体的内容を異にするが、同一の段階でも、消極的に、権利の侵害に対しその回復・実現という形で作用する場合もあり、また積極的に、自らを精神的肉体的および社会的能力者に養育するよう要求する権利も含んでいる。そしてこの子どもの権利に対応して、親権者たる親は、前者の場合につき侵害が国家あるいは他の者によるときは子どもの権利を代行し、後者の権利実現に関しては、場合によりその目的の範囲内で子ども自身を拘束する権利をもつことになる。また侵害が親によるとき、あるいは親が子どもに対する義務を履行しないときは、子がその回復・義務履行を親に対して請求することができ、さらに後に述べるように、国家機関がそれを支持援助する。親権喪失等の制度もこの観点から把握されるべきものと思う。

ところで右のような親権概念からは、親の教育権はどのように把握されるべきか。わが国において、明治憲法下の義務教育制度のもとではじめから、子どもの教育はすぐれて国家の管轄事項とされ、したがって公法体系に組み込まれていたため、ほとんどの親族法の教科書・概説書でこの問題が積極的に取扱われていないが、諸外国では宗教教育の問題ともからんで、親権を説明するさいに大きく扱われているようである。⁽⁴¹⁾ここで諸外国の立法例や学説を紹介することは控えるが、たとえばさきにちよつと触れたドイツについていうと、ワイマール憲法が第一二〇条で、「子を教育して、肉体的、精神のおよび社会的に有能にすることは、両親の最高の義務であり、かつ自然的権利であって、その実行については、国家共同社会がこれを監督する」と定めて以来、親の教育権と国家の教育行政権のどちらが優先するかで論争があり、ナチの台頭にもなって教育行政権優位の思想が確立されて行ったようである。⁽⁴²⁾ボン基本第六條が親の教育権を強調し、その剝奪は、「教育権者に故障ある場合、または子どもがその他の理由で放任されるおそれ

のある場合に、法律の根拠にもとづいてのみ」(第三項)許されるとしているのは、ワイマール憲法の運命に対する深い反省に由来するものであろう。⁽⁴⁸⁾ところでわが国でも、親の子に対する教育権は前国家的・始源的な自然権であるとの見解が有力である。しかしその自然権的教育権の正当根拠についてどのような見方をとろうとも、われわれがこれまでとってきた観点からすれば、それは、子どもの広い意味での教育を受ける権利に対応するものだと把握しなければならぬ。つまり親の教育権は、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ってくることになる。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、ともいえるよう。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しうるかは、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、といわざるをえないわけである。

この憲法第二六条の「教育を受ける権利」の内容は公法とくに憲法固有の問題なので、ここでは省略する。⁽⁴⁹⁾

三 さいごに、子どもの監護教育という局面で国家はどのような役割をはたしうるか。それはこれまで述べたことからおのずと明らかである。すなわち、子どもの権利は、親に対してのみでなく、国家に対しても向けられているわけであるから、子どもの権利に対応する義務の履行こそまさにそこではたすべき国家の役割であって、それ以上のものでない、ということになる。つまり国家が、子どもの福祉のためにいろいろな施策をとることは、親心的な恩恵でも、また権利の行使でもなく、国家の義務の履行そのものにほかならない。両親が第一次的な義務者であるが、国家も第二次的に、かつ両親と並んで義務者であるから、積極的に子どもの養育のための施策をとらねばならないのみならず、つねに親の義務履行に気を配り、もし子どもの権利に対する侵害が親であるときは、子どもの権利の回復実現

のために、子どもの権利行使を支持援助する責務を負っているわけである。家庭裁判所等を通しての親権に対する干渉制限（たとえば民法第八三四条以下）はこの点から把握されるべきものと思う。

右のことは、子どもの教育に關しての國家の役割についてもいえる。要するに、國家は子どもの「教育を受ける權利」を保障する責任を負っているのであり、國家教育權という思想の入る余地はない。したがって、教育課程を統制して特定の価値体系を子どもに教え込むことができるかどうか（たとえば道徳教育）が問題とされているが、教師の教育權の独立性⁽⁴⁾に關する問題は一応別として、これも子どもの教育を受ける權利の内容と關連して答えられるべきである⁽⁴⁾。さらに、憲法第二六條第二項は親權者に「子女に普通教育を受けさせる義務」を課しているが、これはもちろん明治憲法下の義務教育とその意味をまったく異にし、「子女の教育を受ける權利を積極的に保障するために、保護者の『教育の自由』（教育しない自由）に対して制約を加え」たものと理解すべきであろう⁽⁴⁾。

(33) 「幸福追求の權利」に關する最近のすぐれた研究として、種谷春洋・法学教室七号（昭和三八年）三〇頁参照。

(34) 永井憲「教育を受ける權利と教育を受けさせる義務」法学教室七号（昭和三八年）二二頁以下参照。この權利の性質および具體的内容をどのようにみるかについては、兼子・前掲書七〇頁以下参照。

(35) 森順次「憲法上の基本的人權の保障と私人間の法律關係」法学教室五号（昭和三七年）一一八頁以下に、わが國憲法の學說のみならず諸外國の學說・判例・立法例が要領よく述べられている。

(36) 註解日本國憲法上卷(2)（昭和二八年）二九九頁。その他ではたとえば宮沢俊義「日本國憲法コンメンタール」（昭和三〇年）一九〇頁など。

(37) 宮沢「憲法Ⅱ」（法律學全集・昭和三四年）二一四頁以下。

(38) 五十嵐清「ボン基本法と契約の自由」（北大法學論集第一〇卷合併号・昭和三五年）五一頁。なお同「西ドイツ民法學の現況」（北大法學論集第一一巻一号・昭和三五年）八四頁参照。

(39) 永井・前掲論文は、「少なくとも、幸福追求の權利は、憲法上の權利のみならず、私法上の權利をも含むもの」と解している（三一

- 頁)。また Gerhuber の論文が、基本法第二条第一項と関連して親権概念の再構成を試みていることは前註(19)参照。
- (40) 磯野・前掲論文三八頁参照。なお Gerhuber はつぎのように述べている。「ボン基本法第二条第一項は、親権を、自らによる自己実現をまだ認められていない青少年に、その生活面での人格の妙味ある発展を確実にし、もし成熟すれば能力が付与されるとその目的のため責任ある人格として教育するよう十分に配慮されている」手段と考えているわけである」(FamRZ, 1962, 3, 92)
- (41) たとえばマインツでは H. Mittels, Bürgerliches. Recht, Familienrecht, 4 Aufl., 1949, S. 6f, 135f; H. Lehman, Deutsches Familienrecht 3 Aufl., 1960, S. 144-6, 167f; G. Boehmer, Einführung in das Bürgerliche Recht, 1954, S. 105f; G. Beitzke, Familienrecht, 10 Aufl., 1962, S. 133-5. ヲキックスでは P. H. Pettit, Parental Control and Guardianship, in "A Century of Family Law, 1957", pp. 77-81; T. E. James, Child Law, 1962, pp. 79-87.
- (42) Güther Holstein, Elternrecht, Reichsverfassung und Schulverwaltungssystem, Archiv des öffentlichen Rechts, Neue Folge 12 Bd (Der Ganzen Folge 51 Bd.) 1927, S. 187f.
- (43) ライトブルフ「法学入門」(ライトブルフ著作集3・碧海訳)一一四頁参照。なお前註(6)参照。
- (44) 田中耕太郎「教育基本法の理論」(昭和三六年)一五四頁以下、宗像誠也「教育と教育政策」(岩波新書・昭和三六年)四六頁以下。宗像教授はワイマール憲法やボン基本法を考察した後、「私は、教育に関する親の発言権を、より高い次元で——ということとは、最高の義務をとまらう自然的権利としての自覚に立つものとして——強化すべきだ、という結論になるほかないと思う。そのことは、子の発言権を強くする一方、親の国に対する、教育行政権に対する、発言権を強くする、ということだともいえよう」とされる(五八頁)。
- (45) 兼子・前掲書七一頁は、「能力」以外の点では教育上不公平に扱われないこと、義務教育学校では授業料は無償とされること、教育をうけるにあたり児童生徒が思想・信教の自由および学問の自由を侵されないこと、の三つの内容については、憲法によって直接に具体的権利として保障されている、としている。
- (46) 兼子・前掲書一一六頁以下に詳細に論ぜられている。
- (47) 憲法が思想・信教の自由および学問の自由を保障しているが故に、子どもの教育を受ける権利の具体的内容として、少なくとも「中立な教育を受ける権利」が含まれていると解するならば、この問題は否定的に解答されねばならない。兼子・前掲書一二六頁以下参照。

48 兼子・前掲書七二頁。なお堀尾・前掲論文二二三頁は、「教育に対する公的配慮の実質は、親義務の共同化（私事の組織化）であり、公教育は親の任務の補完代替的機能をもつもの」とされている。

五

以上親権概念についていくつかの基本的な問題を提起しながら、極めて大それた、にもかかわらず大きっぱな論述を行ってきた。具体的に個々の規定の解釈と関連させることがなかったので、抽象的な議論に終始したが、ともかく問題提起の役割をはたせば幸である。この問題を、親権概念発展の歴史や個々の規定とりわけ法定代理制度の検討を通して考察してゆくことは、私自身の今後の課題としたい。

（一九六四、一、一四）