

# 子どもの権利条約と学校改革〔II〕

—教育と人権、両親の自然権的教育権—

勝野尚行

- 第1章 国連「子どもの権利条約」と教育
  - 第1節 子どもの人権と教職員の規範意識
  - 第2節 規範意識の希薄さの由来
    - 戦後教育改革の問題 教職員団体の運動の問題
    - 規範意識の希薄さの証左
  - 第3節 「子どもの権利条約」を実効性あるものにするために
    - 教師教育権論（教育法学）に対する問題提起
    - 生活指導論（教育学）に対する問題提起 PTA 民主化論
  - 第4節 子どもたちにどんな権利があるか
    - 校則制定に際しての留意事項 管理主義的生徒指導の特徴
    - 子どもの人権カタログ
  - 第5節 日弁連基調報告書の提起する課題
    - 調査研究の課題設定 教育運動と労働運動を区別する
    - ……（以上、前号）
  - 第6節 教育と人権
    - 子ども・教職員の一般人権 子どもの一般人権
    - 教職員の一般人権
  - 補節 学校教育参加権の制度的保障
- 第2章 両親の自然権的教育権
  - 第1節 「国民的教育権」論の批判的分析
    - 両親的教育権 教師的教育権
    - 「国家的教育権」論の批判
  - 第2節 憲法的権利としての「教育を受ける権利」
    - 形式的権利としての「教育を受ける権利」 小 括
    - ……（以上、本号）

前回の本連載論文〔I〕には、近刊（1994年度内出版）予定の拙著『子どもの権利条約と学校改革』（仮題）の目次構成を示すとともに、その中の第3章に収録することを予定している「国連『子どもの権利条約』と教育」を発表しておいた。それは、すでに述べておいたように、まことに刮目に値する画期的な問題提起の著書である、かの日本弁護士連合会編著『子どもの権利条約と家族・福祉・教育・少年法』（こうち書房、93年2月）を検討の素材にした論文であった。

しかし、私自身としては、近刊予定の上記拙著（その章構成については前回論文で示したので、繰り返さない）の中では、とくにその第4章「教育基本法と子どもの権利条約」に最大の力点を置いて、これをまとめる予定にしている。

この拙著第4章論文の中では、その日本弁護士連合会編著『子どもの権利条約と家族・福祉・教育・少年法』の中の第3章「子どもの権利条約と教育」がよって立っているところの、換言すれば、日本弁護士連合会編著の本書がその立論の基礎に据えているところの、新しい教育法学説等の詳細な理論的検討（吟味・批判）を予定しているからである。目下のところ、そのような刮目に値する教育法学説として私自身が評価し射程に入れているものに、今橋盛勝著『教育法と法社会学』（三省堂、83年）に代表される、今橋の手になる一連の編著書、例えば、永井憲一・今橋盛勝共著『教育法入門』（日本評論社、85年）、今橋編著『教育実践と子どもの人権』（青木書店、85年）、今橋著『学校教育紛争と法』（エイデル研究所、84年）、今橋著『いじめ・体罰と父母の教育権』（岩波書店、91年）等々のほかに、堀尾輝久・兼子仁共著『教育と人権』（岩波書店、77年）に収録されている兼子論文「教育界における人権の状況」（第3部、3章構成）、兼子著『教育法〔新版〕』（有斐閣、78年）等に加えて、芦部信喜編『憲法Ⅲ（2）』（有斐閣、81年）に収録された奥平康弘論文「教育を受ける権利」（第7編第2章）、奥平著『憲法Ⅲ、憲法が保障する権利』（同、93年）、さらには牧柁名論文「体罰をめぐる学校の内と外」（星野安三郎・牧柁名・今橋盛勝共編著『体罰と子どもの人権』エイデル研究所、84年所収、第3章1）

その他の研究業績がある。

そして、これらの著書・論文に凝集された豊かな研究成果を理解することなしには、上記の日本弁護士連合会編著『子どもの権利条約と家族・福祉・教育・少年法』に盛り込まれた刮目すべき見識を理解し切ることが、到底できないだろうと思うからである。

そのような次第で、前回論文に引き続く本論文においては、さしずめまず、上記の兼子仁論文「教育界における人権の状況」と、奥平康弘論文「教育を受ける権利」および奥平著『憲法III，憲法が保障する権利』について、相当子細にみていくことにする。

## 第1章 国連「子どもの権利条約」と教育 (続き)

### 第6節 教育と人権

本章前節まででみてきた日弁連報告書の基礎には当然、多くの教育法学説・憲法学説等の豊富な研究成果が据えられている。それら法学説の検討は第2章以下でも行うが、70年代後半出版の兼子仁著『教育法〔新版〕』(有斐閣, 78年)は、髪型・服装・政治活動を事例にして「生徒等のみだしなみにかんする校内規範」等をすでに論じていた(同, 411頁)し、堀尾輝久・兼子仁共著『教育と人権』(岩波新書, 77年)の序には、すでに「国の教育統制と受験の圧力のなかで、自由と創造性を失った学校には、もはや教育は存在せず、教師は教師たることを放棄してしまうという歪んだ姿がここにある」「現代の学校と教育は『人権としての教育』の実感からはほど遠く、子どもの権利は守られ国民としての教育権は実現しているのか、その不可欠の条件としての教師の人権は守られているのかと問い直させる事実にとこと欠かない」から、人権としての教育は「それへの不断のたたかいなしには実現しない」という鋭い状況認識が示されていた。

そこで以下、まず兼子論文「教育界における人権の状況」の検討から始めることにしよう。

### 子ども・教職員の一般人権

(1) 兼子は第3部「教育界における人権の状況」(前出)で、教育に固有な「教育人権」(子どもの学習権・発達権等を含む)と「一般人権」(子どもにも普遍的な人間的権利を含む)とを区別して、前者については教育法学等によって相当の研究成果が蓄積されているが、他方「日本の教育界の現状にあっては、広く人間生活に通ずる一般人権としての、生命・身体・健康権、私生活の自由、思想・表現の自由、平等権、労働基本権などが、いまだ基本的にふまえられているとは言えない」として、教育にかかわる一般人権の問題状況の追究に力を入れたいと、執筆の動機を直截に述べている(同、217-218頁)。その上で「人権」を「人が人間らしく扱われることの憲法的保障」「すべての人を個人として尊重し人間に値する生存を憲法が保障する」ことなどと定義している(同、218頁)が、私は兼子が人権を「すべての人を個人として尊重することの憲法的保障」と定義していることに、とくに注目しておきたい。拙著『教育基本法制と教科書問題』改訂増補版(法律文化社、91年)等でも詳説しておいたように、「個人の尊厳を重んじ」ることこそ教育基本法の基調に据えられた根本思想だからである。なお、兼子の一般人権論の特徴は、子どもと教職員の人権とを合わせて考慮に入れていることである。

(2) 兼子は子どもの一般人権等をとくに問題にする理由について、西欧諸国では19世紀以来の長い近代史上で、一般人権が国民の意識のなかに定着し、教育のしくみも実質上それを踏まえたものに形成されてきたが、近代史の後進国たる日本の教育界では、そのような一般人権が大前提として踏まえられるまでに至っておらず、いままさに一般人権を十分に意識しそれを踏まえた教育のしくみづくりをしていかななくてはならない段階にあること、したがってこれまでともすると「教育熱心」のゆえに子どもの人権を強く制限

してはばからない傾きがあった日本の教育界においては、教育は子どもの一般人権を踏まえてこそ良いものになるはずだという意識を、国民の間に形成していく必要があること、等々の理由をあげている(同、236頁)。しかし、このような子どもの一般人権についての意識形成の課題性は、とりわけ80年代以降の現代日本における管理主義教育の普及・徹底のなかで格段に高まっているといわなくてはなるまい。

(3) 兼子は教育界において問題となる多様な一般人権のなかから、子どもの一般人権としては、いま少し具体的に、生命・身体の安全を守る人権である生命権・身体権、健康を守る健康権、私生活の自由とプライバシーの権利、思想・良心の自由、政治活動の自由、平等に扱われる権利である平等権などを取り出し、教職員の一般人権としては、私生活の自由、思想・良心の自由、政治活動の自由、労働者にとっての休息権やストライキ権を含む労働基本権などを取り出している(同、235-236頁)。そしてその上で、これら各一般人権の内容をそれぞれ具体的に・分析的に示している。

### 子どもの一般人権

(1) 兼子は子どもの人権保障の箇所では以下の6項目を立て、さらにこれら6項目の下に若干の小項目を立てて、子どもの人権に関して論及している。少しばかり瞥見しておこう。

1 生命・身体の安全と学校事故、体罰 (1) 子どもたちの生命・身体権について、(2) 学校施設・環境の悪さによる人命事故、(3) 教育活動条件の悪さによる人身事故、(4) 人身事故を招いている「体罰教育」等。

ここで兼子は「この世に生きる人間にとって生命こそ根本であり、したがって生命を守り守られる権利、すなわち『生命権』こそは、根本的な人権」であり、次いで「人の身体は、生命の具体的実体であり、あらゆる人間活動の生きた支えであるから、身体の安全を保障される権利、いわば『身体権』は、生命権に次ぎそれと一体的な人権であり、いずれも憲法第13条に含

まれると述べながら、子どもたちが学習権を保障されるべき日本の学校現場において、学校環境・施設その他の教育条件の悪さからくる学校事故、傷害・死亡をもたらす「体罰教育」等が多発していることを問題にしている(同、242—243頁)。

## 2 子どもの健康権と学校給食

子どもが健康に生き続ける権利としての「健康権」は、憲法第13条・第25条、児童福祉法等によって保障されている人権であり、子どもの成長権・発達権の基礎的人権である。この健康権を保障すべき学校保健法にも問題があるが、さらに学校給食法の問題がある。学校給食基準(54年、文部省告示)により国公立小・中学校で学校給食が行われているが、すべての児童・生徒に有料の給食を義務づけることの法的根拠には問題があるし、学校給食法には学校給食の目標が規定されているが、その目標も明確ではない。それ以前に、現在の給食が子どもたちの健康権・身体成長権を保障し得ているか、かえってそれを損なっていないかが問題であり、多くの子どもたちが「給食がまずくて食べられない」と言って残していることは、現在の学校給食体制に対する子どもたちの権利主張とみなければならぬと指摘している(同、261—262頁)。

3 私生活の自由・プライバシーの権利と生活指導、懲戒 (1) 子どもの私生活の自由とプライバシーの権利, (2) 生活指導における子どもの私生活の自由の尊重, (3) 学校生活と家庭プライバシー, (4) 生徒懲戒における名誉権と私生活の自由の保障。

ここでは兼子は「私生活の自由・プライバシー権・名誉権という一般人権をふまえて教育しようとする場合の問題点を論じ」ながら、生活指導から懲戒までの問題状況を解明しようとする。生活指導は「学校における子どもの人間生活にかんする教育指導活動」であり、子どもの生活行動の仕方に直接ふれる指導であるから、その教育的専門性が低くて行き過ぎがあったときには「子どもの私生活の自由やプライバシー権の侵害にいたりやすい教育分野

であることが十分に意識されていなくてはならない」と、強く教職員の注意を喚起しながら、とくに(2)では、身だしなみ(髪形、服装)規制問題と給食指導問題とを取り上げている。髪形問題では埼玉県大井町立O中学校の父母有志組織の運動経過を紹介しながら(私が別の論文で紹介した岐阜県「可児支部」の運動と著しく酷似している)、髪形問題は各学校ごとに教師・父母・子どもたちの間でよく話し合い討論していくべき問題であり、子ども・父母の全体的同意があるならばともかく、たとえ一家庭でも髪形規制に反対し続けるなら、どう調髪するかは本質的に各人の私生活の自由に属するから、その家庭の子に特定の髪形を学校が強制することは、生活指導の域を越えて人権問題を生ずると明快に述べている。制服問題についても、確かに服装も「各人の私生活の自由・プライバシーの領域に有る問題である」が、身体の一部である髪形に比べれば、服装の人権性は相対的に弱い。したがって学校が父母・子どもたちの同意を得て、ある種の服装規則をつくり、服装が華美になって家庭の経済力の差が学校内に持ち込まれることを防ぐ必要もある。しかし、かえって制服には不衛生(洗い替えの余地が少ない)とか、非活動的(子どもの身体発育に適合しない)などの難点があるから、学校内での子どもの服装選択という人権行使についてよく指導し、子どもの希望を組み入れた「標準服」制として自由服にともなう若干の条件的ルールを定めることが望ましいと述べている。給食指導問題については、子どもの食生活については各家庭が主導権をもっているから、学校給食はどこまで子どもの食生活に踏み込んでいけるのかという根本問題がある。偏食を直そうとする生活指導に熱心なあまり「三角食べ」を強制したり、食べない肉を口の中に押し込んだりするのとは「食事のとり方も各人の私生活・プライバシーに属する問題であるから、身体強制にまでわたれば明らかに人権侵害である」と認められるから、給食拒否権や補食権も認められなくてはならないと述べている。(3)では「家庭調査表」の内容を問題にし、多くの学校では入学時等に「家庭調査表」を子どもに持ち帰らせて親に記入させているが、その調査項目が各生徒の家族や親の

プライバシー（私生活をのぞかれない）の権利の侵害にまで及ぶものが多く、この種の権利は学校としてもいっそう尊重すべきものであるから、家庭調査は事の性質上その侵害にわたりやすいことがよく留意されていなくてはならないと注意を促している（同、266—272頁）。さらに兼子は(4)で生徒懲戒に関する問題にも論及しているが、その紹介はここでは割愛する。

#### 4 思想・良心の自由と愛国心教育 (1) 公教育における思想・良心の自由の問題、(2) 愛国心教育と思想・良心の問題。

各人が自由に自分の好む校風の私立学校を選ぶ私教育制度とは違って、公教育制度においては「そこでの学校教育内容はすべての（親と子の）思想・良心の自由を保障していくようであればならない」から、19世紀欧米諸国では「宗教的中立性のしくみ」が工夫され、親の宗教教育選択の自由や子を欠席させる権利を保障している。そして当然「宗教教育の自由は思想・良心の自由の問題を一体的にふくんでいる」けれども、宗教の自由が社会全体でさほど意識されてこなかった日本では、宗教教育を国公立学校からはずしただけで（憲法第20条③、教育基本法第9条②）、宗教教育の自由とかわって公教育における思想・良心の保障問題を正面から取り上げたという経験に乏しいから、議会制民主主義のルートで公教育内容を決めていくことが、教育を受ける国民各人の思想・良心の自由とはあたかも関係がないかのように思われている。しかし、58年文部省告示『学習指導要領』による「道徳」時間の特設およびその「道徳」教育内容は、子どもたちの思想・良心の自由を損なわないかは大きな問題なのである。このように兼子は指摘した後、その後の教育政策は学校行事に「日の丸」掲揚・「君が代」斉唱・建国記念日等を取り入れさせる国家主義的傾向の「愛国心教育」を推進しているから、このような政策傾向は本来「父母と子どもの思想・良心にとってシリアスな問題のはずである」と述べ（同、278—280頁）、これらの国家主義的「愛国心教育」を具体的に問題にしている。

国旗掲揚・国歌斉唱問題では、日本では「日の丸」を国旗とし「君が代」

を国歌と規定する法律はなく、まして学校行事に「日の丸」掲揚・「君が代」斉唱を義務づける法律はないから、学校で「子どもたちに日の丸敬礼や君が代斉唱を決まりとして行わせることは、思想・良心の自由の問題をはらむわけで」あるから、各学校ごとの「教育自治における重要テーマとして、教師・父母・子どもたちの主体的参加によって取り組んでいかななくてはならない」けれども、これが思想・良心の自由の問題である以上は「それを欲しない家庭の子どもには不参加の権利を認める扱いをすべきである」(同、282頁)。建国記念日問題では、66年6月25日に「国民の祝日に関する法律」改正法案が強行可決され、同年12月9日の政令で「国を愛する心を養う」建国記念日がようやく2月11日と定められた。この記念日に祝賀行事等を行う学校は稀だけれども、祝日法改正直後の66年10月31日に発表された「期持される人間像」には「正しい愛国心をもつこと」「象徴(天皇)に敬愛の念をもつこと」とある点、大いに注意を要する。各学校は建国記念日教育について「教育専門的に全き自治権を有しているはずである」かぎり、日本国憲法下の現在、以上のような趣旨の建国記念日教育は、親と子の思想・良心の自由にあえてチャレンジするものといわなくてはならない(同、285頁)。

**5 学生・生徒の政治活動の自由と校内教育秩序の維持** (1) 未成年者の政治活動の自由について、(2) 学生・生徒の政治活動と校内教育秩序とのかわり、(3) 生徒の政治活動にかんする教師の生活指導。

大学の学生の場合とは違って、高校生以下は未成年者であることを理由に、政治的活動の自由を認めない傾向にある。69年10月30日公表の文部省「高等学校における政治的教養と政治活動について」は、その代表的文書であるが、これを兼子は以下の2点から批判している。① それはいまだ選挙権を有しないことを理由にしているが、政治活動とは憲法第21条①にいう「一切の表現の自由」の行使を指しているから、未成年者だからといって、学校の内外での集会・デモ・署名活動・ピラまきなどに参加する政治的表現の自由が全面否定できるわけがない。② 生徒の校内での集会・デモな

どの政治的活動が物理的に教育・研究の条件に支障をきたす場合はともかく、それは「教育上望ましくない」として禁止可能と述べているが、教育指導を行う必要は認められるとはいえ、学校側が教育的・精神的観点から法的拘束力ある規制を行いうる理由はまったくない。まさにその法禁は生徒の政治的人権の侵害に当たる。より積極的にみれば、生徒の政治的活動は、生徒の生きた政治学習の機会でもありうるところから、すぐれた教育専門的指導を通して学習効果をあげようよう、教師たちは積極的な生活指導にのりだすべきだと考えられる。生徒の校内政治的活動に対する許可制も届出制も、その活動が生徒の政治的人権の行使であるかぎり、簡単に合憲とはいえない(同、285—293頁)。

この生徒たちの政治的活動の自由の問題については、さらに機会をみて、私自身としては教育基本法の立法思想にまでさかのぼって説明しておく必要があると思っている。

なお、その6として「平等権と家庭科女子必修問題」が置かれているが、女子生徒にだけ「家庭科」を必修とする男女差別問題は、すでにその後ひとまず解決された問題なので、ここでは論及しない。

(2) 以上、やや詳しく兼子による子どもの一般人権論をみてきたが、これをさきの日弁連報告書の子どもの人権カタログと対比してみると、日弁連報告書による子どもの一般人権論が以上の兼子説をよく踏まえながらも、格段に緻密なものになってきていることが知られよう。この差異から、70年代後半と90年代初頭とを比較してみたとき、子どもたちの人権がいま、いかに全面的な危機にさらされるに至っているかを、実によく知ることができるともいえよう。

(3) ところで兼子は、本論文で特別権力関係論に論及した際にも、従来から「学校関係の内部に憲法の人権保障を直接適用することについて、それを妨げるような法理論が存在してきたのであって、学校内に人権保障を貫徹させるためには、そのような法理論を乗り越えていかなければならない」と

述べ、すでに「60年代を中心に日本の憲法学説は転換されたとみられ」るから、今日の「支配的憲法学説に立つならば、もはや特別権力関係という一般論で特別に強い人権制限をジャスティファイすることはみとめられ」ないから、現行教育法制下にあつては、在学関係は「子ども・生徒の人権保障を貫いた非権力的な教育自治関係と解していくのが正しい」と述べている(同、227-230頁)。しかし、この発言はいみじくも、いかにして在学関係を教育自治関係に変えていくのか、いまなお日本ではそれが特別権力関係とされ続けたままなのか、これらの問題を教育法解釈学は十分に解明し得ないことをよく示していると思われる。これらの問題を解明するためにこそ、まさに教育法社会学的接近法が必要とされるのではないか。

### 教職員の一般人権

(1) 現代管理主義教育は、管理主義的生徒指導(管理教育)と管理主義的教職員支配を軸として構成されているから、これを問題にする我々は、前者にかかわって子どもの人権の実態を問うだけではなく、さらに少なくとも後者にかかわって教職員の人権の実態をも問わなくてはならない。その点で、兼子が本章第2節で、5項目9小項目に及んで教職員の人権を問題にしていることは、より全面的に現代管理主義教育に迫る接近法として、大いに注目される。しかし我々は同時にまた、現代管理主義教育における教職員支配が教職員の教育権の極端な制限・否定に走っているため、子どもの人権の保障はもちろん、その学習権・発達権の保障までも極度な困難に陥れていることに、よく注意しておかなくてはならない。命令服従主義・画一主義等からなる管理主義は、教職員の教育権の分野にまでも、つまり教育内容支配の分野にまでも深く広く浸透し、教職員の教育実践の中にまでも命令服従主義・画一主義等を持ち込ませているのだと考えられる。

(2) その上で、我々がよく留意しておくべきことは、現代管理主義教育体制下における、そのような教職員の人権・教育権の政治的・法律的・行政

的な全面的な制限・否定こそが、教職員による子どもの人権・学習権の制限・否定を生み出す最大の要因となっているということである。子どもの人権に関する教職員の規範意識の希薄さが指摘されている。そして、その希薄さこそが現代管理主義教育の体制を内側から支えていることは、間違いのない真実である。しかし、その際、教育の諸条件の整備確立を徹底して怠りながら、もっぱら教職員の管理支配に走っている行政責任を一切問うこともせず、つまりその規範意識の希薄さを生み出す行政責任を免罪にして教職員批判に走ることは、教職員自身による当該規範意識の自己変革の契機を見失わせることにもなり、一面的に過ぎて誤っている。そのような意味合いにおいても、教職員の人権・権利の実態にも迫ろうとする兼子の接近法は、高く評価するに値する。以下、兼子の教職員人権論を瞥見していくことにしよう。

(3) 初めに兼子は「教職員労働関係や教育公務員勤務関係においても、教職員の人間としての尊厳にかかわる基本的人権の保障は十分に貫かれていなくてはならない。ところがとりわけ私生活の自由やプライバシー・名誉権は、子ども・生徒のそれと同様、いや教師の場合はそれ以上に、学校教育関係のなかで軽んぜられやすかった」「私生活の自由やプライバシー・名誉権は、人が個人として尊重されることの証しであり、人間教育の主体である教師にとってだいじな人権だといえる。みずからの私生活の自由や名誉権が損なわれていて平気な教師は、生徒の私生活の自由や名誉権にも鈍感になる」と書き(同、299頁)、教職員の人権の問題を具体的に取り上げている。

### 1 私生活の自由と教職員の服務規律

ここではまず、ある私立学園で発生した「ノーネクタイ先生」解雇無効事件を取り上げ、学園側が当該教師の身だしなみを理由に解雇したのに対し、東京地裁が解雇無効判決を出した(昭46・7・19)が、教師の身だしなみは「教師の私生活に関する人権問題をはら」み、また「各人の自由な人格の発現として私生活の自由という人権に属している」かぎり、服務命令や解雇・免職などの法的拘束力によろうとすれば、人権侵害となると述べ、あくまで

「その是正は校長をふくむ同僚教職員の助言・説得によっていく」べきものであるという。同類の論理は子どもの頭髪・服装等の身だしなみの問題にも、そのまま当てはまるといってよいであろう。次に、生徒の制服制度との関係で「教師心得」に「背広上下、白ワイシャツにネクタイ着用、靴ばき」が指示されていたため、ある別の私立高校で発生した「ノーネクタイ先生」解雇無効事件を取り上げ、2教諭が解雇されたのに対し、東京地裁が解雇無効判決を出した(昭46・8・23)が、判決は「教師心得」を有効と前提し、服務規律違反があったと認めた上での、当該高校内の教職員間では「余り守られていない」服務規律運用の実情にてらしての無効判決であったという。教職員に対する「教師心得」遵守強要の是非こそ問題にされなくてはならなかったと思われる。この点は「生徒心得」に関しても、まったく同じことがいえよう。その他に兼子は、結婚退職制問題、海外新婚旅行計画問題、名誉毀損関連事件等についても言及している(同、299—306頁)が、ここではとくに論及しない。

**2 思想・良心の自由と教職員人事** (1) 教員採用における思想の自由の保障、(2) 公立学校教師の転任・分限人事における思想の自由の保障。

とりわけ教職員にとっては、思想・良心の保障が大切である。自ら教育内容を自由に決める思想・良心を持ち得ていることが自主的人間として教育に当たっていることの証しだからである。教職員に対し思想統制がなされているような教育界で、子どもたちがすすくと伸びていく教育が行われるとは、到底考え難い。どんな思想を持つ教職員も、子どもの学習権と人間的発達を保障するために必要な教育的専門性を高めるよう努力しなければならないが、自らの思想・良心を持つ自主的人間としての教職員こそが教育研究にも意欲的であり得る。ところが教育行政当局は、教職員の人物評定として精神面に注目し、教職員の思想面を問題にしがちである。思想・信条による差別的取扱は、一般の労働関係や公務員人事についても労基法第3条・地公法第13条によって禁止されているが、教育基本法第6条②の規定により、教職

員人事にあっては、それ以上に思想・良心の自由の特別な保障がなされるべきである。だから教育行政当局の人事裁量権は、思想・良心の自由の保障と思想差別の禁止という角度から、厳しい法的限定を受けなければならない(同、306—307頁)。およそ兼子は以上のように前置きして、教員採用試験における思想調査の出題の問題等に論及している。また、公立学校教職員の配転処分などは、たとえ「裁量権の濫用」に当る思想差別人事であっても、一般にはそれとしては公に証拠だてられる可能性は少ないけれども、ときに北海道教委が66年4月に行った小学校M教諭の僻地校転任が本意配転であることが偶然、秘密文書の出現によって明らかにされたため、札幌地裁の判決によって取り消されたということもある。その実証が極めて困難なため、その「身分の尊重」「待遇の適正」がとくに要求されているにもかかわらず、いまや「教職員人事一般のあり方が人権保障を踏まえるものになっていない」し、実に「裾野の広大な思想差別人事」が強行されていることが認められる(同、309—312頁)。この種の「裁量権の濫用」の危険に教職員がさらされているかぎり、子どもの人権擁護のための闘争への取り組みも、偏向思想に基づく闘争とみなされ、思想差別人事の対象とされやすいから、極めて困難な取り組みとなる。

### 3 教師の政治活動の自由とその制約 (1) 教師にとっての政治活動の自由、(2) 教師の政治活動の制約をめぐって。

兼子は政治活動が「現代社会に生きる人間である主権者国民にとって極めて重要な人権である」とした上で、教職員にとって政治活動がもつ意味について、次の2点から述べている。① 教職員各個人は職務外においては一市民であるから、国民・住民としての自由を基本的に持つべきであり、政治活動は思想表現行動の一形態であって、思想を持つ者は自らの思想をきたえ実現していくために政治活動を行おうとするから、自主的人間として思想の自由を持った教職員も、当然に政治活動の自由を求めることになる。学生・生徒の場合と同様、現代社会に生きる教職員たちにとっても、集会・集団行動

への参加は生きた政治学習の手だてでもあって、政治活動は教職員の人間的成長にも役立つ面がある。② 教職員の労働団体でもあり職能団体でもある教職員組合は、教育政策の是正から子どもの教育のためにも政治活動を必要としている。初めに以上の2点を指摘しながら、公職選挙法の第137条・第239条1号による教職員の地位利用選挙運動禁止の規定自体は合憲であるとしても、これが人権侵害にわたらないよう合理的な範囲に限定解釈されるべきであるという(同、312-314頁)。また、59年制定の教育の政治的中立性に関する2法律が現実には、公立学校教職員の政治活動制限を一般地方公務員よりも強めたり、同年の教育公務員特例法「改正」による公立学校教職員の政治活動制限が、選挙運動に限らず、より日常的な政治活動までを広く抑制しようとしている点で、いっそう深刻な人権問題をはらんでいる。さらに、49年制定の国家公務員の政治活動を罰則つきで制限してきた人事院規則14-7が、教育公務員であるという理由で公立学校教職員に準用されることになっている。そのため「公の機関において決定した政策の実施を妨害する」目的での政治活動がすべて禁止されているかのようにみえるが、これら制限規定も当然限定的に解釈されなくてはならない。政治的人権保障の見地からは、教育公務員各人の政治活動制限は一般公務員のそれよりも「教育の政治的中立性」の要請があるだけでいっそう強化されてもよいということには少しもならないという(同、316-317頁)。むしろかえって、その反対に、その制限緩和こそがはかられるべきだと思われるからである。

4 教職員の休息権——とくに婦人教師の人権 (1) 教師にとって休息権が持つ意味、(2) 教師の休息権保障の現行法制状況、(3) 婦人教師に特別な休息権保障。

国連「世界人権宣言」第24条が「何人も労働時間の合理的な制限と定期的な有給休暇を含む休息および余暇を得る権利がある」と書き、日本国憲法第27条②は「賃金、就業時間、休息その他の勤労条件に関する基準は、法律でこれを定める」と書いているが、労働者の生存権保障として、そこには

休息権という現代的人権が含まれているとみられる。本来この休息権とは、単に休養によって健康を守る人権に過ぎないものではなく、まさに「健康で文化的な生活を営む」生存権（憲法第25条）に含まれている人権である。教育基本法第6条の「適正な待遇」規定を考慮に入れて、兼子是要旨次のように書いている。

「あまりにも忙し過ぎる今の日本の教職員にとって、健康権としての休息権はまさに死活問題であって、少なくとも労基法は完全実施されなければならぬ。いかに『聖職』的に見える教職員もなま身の人間労働に依っている以上、休息権を踏まえないうくみは不条理である。教職員であるがゆえに労基法が定める最低労働基準を下回ってもやむをえないといった特殊性が認められることは、決してないはずで、なま身の人間労働によって子どもの教育にたずさわる教職員の労働条件は、子どもたちの教育をうける権利の保障にかかわる『教育条件』でもあり、いっそう良く保障されていかなければならぬ。」（同、319頁）

現代日本の教職員の労働・生活の実態にてらしてみたととき、極めて重要な指摘である。

さらに教育公務員特例法第19条・第20条の規定について「休息権が十分に保障されることによって文化的な人間生活の時間がもたらされることは、教職員にとって自主研修の条件としての意味を持つことになろう」と書き、教育研修が自主的職務研修であるほかに、個人的に教養を積む「修養」も職務外自主研修であることを考慮して「自宅研修を含めて教職員の休息権の時間的保障はそれだけ十分なものでなくてはならない」「教職員は休息権を、自らのためだけでなく、子どもたちの教育のためでもある人権として主張していけるのである」と書いている（同、320頁）。私自身は兼子説が以上に指摘しているような教職員に向けての休息権の保障こそいま、まったく時間的余裕もなく、極度に疲労困憊の労働・生活の状態に追い込まれている教職員にとって、決定的に重要な政策的・行政的な課題ではないかと思っている。

現代管理主義教育が教職員たちから人間的な「健康で文化的な生活」の権利をいっそう奪っている点、注意を要する。兼子は以下のようにも述べている。

地公法第 58 条③により労基法は原則的には教育公務員にも適用されるはずであるが、条件整備の行政的怠慢から教育労働負担は教職員たちに重くのしかかり、労基法上、1 日 6～8 時間労働の職場で途中自由に利用できる休憩時間が 45 分以上なのに、小・中学校では給食指導等のため休憩がとれないし、週 1 日の休日でさえ学校行事・部活動指導等のためにとることができず、条例等で年次有給休暇 20 日以上と規定しても、年休をとることも各種の困難がある。また、公立学校教職員の勤務時間制は、労基法第 32 条①の 8 時間労働制の原則を前提として都道府県条例で週 44 時間と規定されているが、実際には勤務時間限定の保障的役割を果たしていないから、50 年代以降に公立学校教師が全国各地で起こしていた超勤手当請求訴訟は、勤務時間の限定という人権主張の意味を持っており、ついに最高裁判決(昭 47・4・6)は当該請求の正当性を認めるまでに至った。しかし、その直前の 71 年 5 月の「給特法」制定は新システムを定め、公務員教師には本俸に 4% を上積みする代わりに労基法にいう超勤手当を支給しないことにし、超勤業務を项目的に限定することにしたが、現実には課外教育活動等の超勤の取扱の問題がまったく未解決のままに残されており、そのために新システムは勤務時間と超勤の限定という人権保障の実をまるであげていない。さらにまた、女性は母性保護のため特別な休息権を必要とするため、労基法は生理休暇や出産休暇を規定しているし、55 年制定の「産休法」や 75 年制定の「育児休業法」は、婦人教師が産前・産後の休暇や産後 1 年内の無給の育児休業を取りやすいように、当局に補助教員の臨時採用を義務づけているけれども、これらの法的人権保障が真に現実のものとなるためには、行政当局によるそのための条件整備が決定的に必要とされている。その際に基本となる「女性が子を産み育てること、そのための休息が最高度の人権性をになって」いるとい

う社会的認識の希薄さが、当局によるそのための条件整備の怠慢の要因の一つとなっているとよい（同、320—322頁）。

5 教職員の労働基本権——とくに教育公務員のストライキ権 (1) 私学教職員の団結権の人権的意味、(2) 教師のストライキ権と子どもの教育を受ける権利との関係。

労基法上からみても教職員は明らかに「労働者」であるから、私学教職員も労働基本権という人権を保障されて当然であるが、私学のなかにはいまだ団結権（組合づくり）さえ承認しない前近代的労使関係が支配している学校が少なくないという現実がある。次にスト権についていえば、日本の公立学校教職員に適用される地公法第37条①は、争議行為・ストを全面的に禁止する文言を規定しているが、その違憲性は明白であるところから、都教組勤評反対スト事件に関する最高裁判決（昭44・4・2）は、全通中郵事件判決に示された労働基本権の生存権説を受け継ぎ、地公法第37条①はスト制限を必要最小限度に行うものと合憲的に解釈すべきであると判示した。ところが、この都教組4・2判決は間もなく、全農林職組事件に関する最高裁判決（昭48・4・25）によって覆され、公務員ストの一律全面禁止も合憲であると判示されるに至った。この4・25判決によれば公務員ストはすべて違法とならざるを得ないが、しかし、これによって4・2判決の主旨が全面否定されたとは解し難い。もちろんのこと、生存権としての労働基本権も他の国民の生存権的人権と衝突するときには適当な調整が必要であるから、教職員のスト権も子どもの教育を受ける権利という生存権的人権との関係が問題となるが、教職員ストが常に基本的に子どもの教育を受ける権利と衝突するという見方は速断である。ストによる授業のおくれは概して挽回可能だからであり、平常授業とは比較にならない大事な事柄が問題提起されることがあり得るからであり、すぐれた教育専門的な「ストライキ生活指導」が前後に十分行われるなら、教師ストは人権教育的効果を伴い得る、等々の理由からである（同、323—329頁）。

(4) さて以上、私は相当子細に兼子の教職員の人権論を、これに大いに学びながらみてきたが、やはり問題は法解釈上で認められて当然の上記の教職員の各種人権が、現実には政策的・行政的にはまるで承認・保障されておらず、人権論の方面からみても教育権論の方面からみたとときと同様、教職員たちがこれらの人権の全面否定に近い実態に置かれていることにある。したがって我々としては、この両者の極端なまでの乖離背反の発生由来をどこに求めながら、この乖離背反の現実を教職員の多種多様な人権を政策・行政をして全面的に承認させ保障させるべく、どのように今後の教育の運動・実践をすすめていったらよいかの問題について、明確な解答を与えるべく努めなくてはならない。兼子説はここでもまた、法解釈学的接近法に自己限定して教職員人権論を展開している。だから、この問題に対しても兼子説が十分な解答を与えているとは到底考えられないから、今後我々としては、この実践的・運動論的な問題についての解答をこそ、法社会学的角度から模索していかななくてはならないということになる。

(5) 子どもの一般人権・学習権がいま侵害・否定されて危機にさらされていることも、その人権・権利の侵害・否定が直接的には学校教職員によってなされていることも、さきの日弁連報告書も指摘しているとおりである。我々のように「子どもの最善の利益」から出発して現代学校教育のあり方を考えていこうとする者にとって、こうした事実がもっとも深刻かつ重大な問題として直視されなくてはならないことも、また事実である。しかし、この事実だけを重視するの余り、我々がもっぱら教職員非難に走るだけだとしたなら、現代日本の各種の学校教育病理は一向に解決に向かわないであろう。なぜなら、そのような教職員非難は、教職員の人権・権利をも危機に追い込んでいく政策・行政の責任を看過してしまうことになりかねないからである。一体現在、学校教職員たちの一般人権・教育権はどんな実態にあるのか。90年代日本の政策・行政は、国連「子どもの権利条約」批准を転機にして、子どもたちの人権・権利をよりよく保障し得るような条件整備・法律

改正に、多少なりとも取り組もうとしているのであるか。例えば、子どもに対する教職員の体罰・暴力・侮辱等々は徹底して社会的批判にさらされなくてはならないが、そのような教職員に対する社会的批判を激しく加えるだけで、果たして教職員による体罰・暴力・侮辱等々は真に根絶されていくのであるか。行政責任の問題を核に据えて、教職員の人権・権利の実態を見定めていく必要があるだろう。

### 補 節 学校教育参加権の制度的保障

以上にみてきた兼子仁論文「教育界における人権の状況」は、子どもおよび教職員の人権の現状について論究しているだけではなく、子ども・父母・住民の学校教育参加権の法制度化の問題にも論究している。このような論究は、さらにまた、兼子著『教育法〔新版〕』（前出）でも試みられているところであるから、この問題に関する兼子説についても、以下引き続いて論及していかなくてはならない。とくに、今橋盛勝著『教育法と法社会学』（前出）は、この問題に関する兼子説について、すでに相当詳細に検討しているから、なおさらのことである。そこで、この兼子論文「教育界における人権の状況」の内容にかぎって、その第3章「教育人権をめぐる問題状況」の第2節は、とくに「親と国民の教育の自由」にあてられているので、ここで以下に若干の予備的検討をしておくことにする。

(1) 兼子は初めに、子どもの学習権と親の教育の自由（教育権）に関して、そのいずれもが「憲法的自由」に属しており、さらには憲法第23条の「学問の自由」の保障を受ける憲法的人権と解することもできると、次のように説明している。

「子どもはみずからの個性ある人間的成長発達にふさわしい教育をうけて学習していく『学習の自由』を持っていると解される（学習権の自由権段階）。親の教育の自由は、子の『学習の自由』に対応し代位しうるものにほかならない。日本国憲法では両者ともに明記されていないが、条理上

当然に保障されるべき『憲法的自由』に属することは否定できまい。また、『学問の自由』を、専門的な学問研究の自由に限らず、ひろく学問学習の自由をもふくむものと解しうれば、子の学習の自由と親の教育の自由はともどもに『学問の自由』の保障(日本国憲法第23条)にふくまれることになる。」(同, 349頁)

その上で兼子は、これらの子どもの学習権および親の教育権は、こんにちの公教育学校に関して、どのような具体的意味を持ちうるかと問い、まず初めに、子どもの学習権に関しては「人間的能力発達が教育専門的に保障されていくべき学校教育内容(教科教育など)については、学校教師の教育決定権が対応することになる」と述べて、いわば無条件的に子どもの学習権に教師の教育決定権を対応させながら、続けて、しかし「各人の人生の幸福をめざし個性に応じた人間の成長を期すべき学校教育内容(生活指導など)については、親と子のほうに多分に選択の自由が残されているべきであろう」と述べている(同, 349頁)。いわば教科指導と生活指導の峻別論である。この両者をこれほどまでに峻別して考えることに、果たして合理性があるのであるか。

(2) 親の教育権としては、公教育法制下においても私学教育の自由があるべきであり、私立学校を主にした学校選択の自由がなくてはならない。しかし、国公立学校制度にあっては、親の学校選択の自由は大幅に制限されることになる(小学区制をとれば原則として学校選択の自由はなくなる)から、それが教育人権侵害にならないようにするためには「各学校の教育自治において十分な父母・生徒の参加および教育選択の余地が認められている必要が有る」ことになり、さらに具体的には「学校内にあっても、親と生徒の側に、選択教科・自由参加行事・クラブ活動などについて、しかるべき教育選択の自由ないし拒否権が予定されているのが相当」ということになる(同, 350頁)。

以上のように兼子は述べているが、それが著しく生活指導の分野に傾斜した、親と子どもの教育選択権論であることは明白である。

その上で兼子は、教育選択の自由ないし拒否権が認められるとはいつても、その範囲を超えて「教師を選択する自由というものには一般には認められない」理由として、集団的な学校教育の仕組みにあつては「学校教師も集団自治的に存在している」こと、加えて「親にとって学校教師は、原則としてあくまで教育要求を向けていく相手」であることを上げている（同、350頁）。しかし果たして、子どもや親にとって、学校教職員は「あくまで教育要求を向けていく相手」に過ぎないのであるか。

(3) 兼子は「そこで多くの学校教育内容は、クラスないし学校の全体に通ずる問題となるわけであつて、ともに学ぶ子を持つ親たちの教育参加的かわりも、集団化されざるをえない。親たちは『父母集団』として学校に対して教育要求を出していく権利を持つと解され、それは教育専門的な事柄についても教師に『教育専門的判断を求める権利』として有りうるであろう」とも述べ（同、351頁）、父母・父母集団の教育要求権を明確に承認している。この点に関係して「父母集団の教育要求権は、どのような人権性をになつてゐるのか」を問題にした箇所でも、次のように明確に述べている。

「父母集団はたしかに、子どもたちの教育をうける権利＝学習権に代位して、学校に教育要求を出していく人権的根拠を有していると言えよう。学校に対する積極的な教育要求や条件整備要求については、まさしくその社会権的根拠が重要であろう。しかしこれはあくまで父母自身の人権ではないわけであるが、個々の親を超えて集団を成している父母自身には、国民としての学校教育参加の自由という教育人権が保障されているものと解されるのである。主権者国民ではなく『文化のにない手としての国民』が、子どもたちの教育にしかるべく参加していくという文化的教育参加の自由を持つ国民の立場が有ろう。したがって、PTAに法律的根拠が無くても、PTAなどを通じて父母が学校教育参加をしようとすることを、もし国家や学校当局が妨げるときには、そこに、教育参加の自由の侵害ありとすることができよう。」（同、352頁）

(4) しかし、父母の教育要求権は教師に「教育専門的判断を求める権利」に過ぎないのであろうか。子ども・親・教職員による教育内容(教科指導・生活指導、さらには部活動指導を含んで)の共同決定・共同編成などということは、到底考えられないことだともいうのであろうか。

確かに、兼子もいうように「学校教師の専門的な教育の自由は、教師が子どもと父母に対して直接に負っている教育責任を果していくために不可欠なのだ」という条理的根拠が、学問研究の自由の場合とは別に強調されてよいであろう。教師は、子どもたちの人間的な能力発達を真に教育専門性高く保障していくために、「教育専門的自律にもとづく自由を要求する」ことにもなる(同、364頁)。しかし、この学校教職員に向けて保障されるべき教育の自由・自治は、その直接教育責任を果していく上で、対国家的・対行政的な関係において必要とされる自由・自治の保障なのであって、その学校教職員が子ども・父母・住民との直接的関係の中で、いかにしてその直接教育責任そのものを十全に果していくかの問題は、まったく別途に考えぬかれなくてはならない問題である。反面からいえば、もしもいま対国家的・対行政的な関係において学校教職員に教育の自由・自治が保障されたとしても、その学校教職員が子ども・父母・住民との直接的関係の中で、その直接教育責任を直ちに十全に果していくことができるとは限らないからである。

事実、兼子自身が次のように述べている箇所もある。

「子どもたちの人間的な能力発達は『発達の法則』をふまえた教育によってこそ保障されるわけであるが、子どもの『発達の法則』が、教育学その他の児童科学によって、一律的教育内容を指示するほどに究明されるということは容易に有りえず、また子ども一人びとりの能力発達のしかたまでを児童科学ですべて認識することはのぞむべくもない。そこでどうしても教師は、教育責任を負う子どもたちの能力発達のしかたをみずから研究し実践的に確かめつつ、それにできるだけ見合った教育内容と教育方法を自主的に選定していかなければならない。ここに他者が強制的に介入すると

きには、結局において当該子どもたちの能力発達のしかたに見合った教育になる教育専門的保証が無くなってしまおう。」(同, 365頁)

事実はまさに、ここで兼子が指摘しているとおりであるが、そうだとすると、なぜに「子どもたちの能力発達のしかたを研究し実践的に確かめ」る人間は教師だけでなくてはならないのか、そしてまた「子どもたちの能力発達のしかたに見合った教育になる教育専門的保証」を確保するために子ども・父母・住民が教育課程編成に参加してはならないのか、なるほど「他者が強制的に介入する」ことは強く排除されなくてはならないが、ここでいう「他者」のなかになぜに子ども・父母・住民までも加えて全面排除してしまうのか(そのようにも解されるが)、不可解というほかあるまい。

(5) 最後に、本論文の結語「教育界における人権保障方式の特色」の部分のみておこう。教育にかかわる一般人権と固有な教育人権(=学習権)との区別は、法論理的には明確であり、これからの日本の教育界における人々の人権意識のあり方にも連なっていく有意義な区別であると思われるが、こんにちの日本の教育界にあっては、一般人権もいまだ十分には踏まえられていないので、子どもの学習権ともどもに「人権をふまえた教育と教育制度」の創造をめざして、今後とも意識的な取組がなされていかなければならない。しかし、教育界において両人権の保障を実現していこうとするときには、その保障実現の方式に特色が見られるのであって、教育界における人権保障は、権力を伴う教育行政に関してだけではなく、教育そのものによっても自治的になされていく必要がある。これらの人権保障のうち、とくに「教育の内容面たる内的事項の領域についても、教育行政の権力に対する自由権的人権保障が重要であるが、学校での教育の内的事項における人権保障は、教育関係者による自治のなかで実現していかななくてはならない」であろう(同, 368-369頁)。

兼子はおよそ、以上のように述べた後、教育行政に対する人権保障の要求は、必要に応じて社会的な権利擁護運動により、ひいては裁判に訴えること

も十分にありうるが、これに対し教育そのものに対する人権保障の要求は、その実現の方法が異なっていないとはならないとして、兼子は次のように述べている。

「学校内の教育をめぐる人権保障は、人権問題だからといって、ただちに對社会的活動に依ろうとしたり、裁判に訴えたりすべきではないのではないか。学校内の教育をめぐる人権の具体的なあり方は、各学校ごとに教育関係者たちの真摯な努力と自主的な判断によって見定められるのがふさわしく、それは法的には、自覚的な『学校慣習法づくり』であると言えよう。もちろん、その過程において権利主張者の『権利のための闘い』は有りうるが、問題解決はなるべく教育自治のなかで図るように努めるべきであろう。」(同、369頁)

確かに、我々が子ども・父母・住民の学校教育参加権の制度的保障(=法制化)を展望し、その実現を構想したとき、そのための条例制定ないし法律制定など、その実現を直ちにめざすべき筋合いのものではない。そうではなくて、子ども・父母・住民の学校教育に向けての参加を、まずは事実において教育運動等を通じて積み上げ実現していかななくてはなるまい。そうでなければ、新たに創設された学校教育参加法制も直ちに空洞化していく危険性が大いにあるからである。その意味において、まずは「学校慣習法づくり」ないし「事実上の学校教育参加」が当面の課題とされなくてはなるまい。しかし、そのことは、いつまでも学校教育参加が「学校慣習法」にとどまっていたよいことを、少しも意味しない。やはり我々がその実現をめざすべきは、参加条例ないし参加法律の制定なのであり、豊かな実体の伴った「学校教育参加権の法制度的保障」なのである。そのような制度的裏打ちなしには、子ども・父母・住民が参加した上での教育実践改革も学校管理運営制度改革も、到底不可能であるといわなくてはならないからである。

(6) ここで私が是非とも指摘しておかなくてはならないことは、そのような「学校教育参加慣習法」づくりの運動において、当面の困難の所在の問

題についてである。

その当面の困難は、父母・住民・教職員の教育運動等において、教職員と父母・住民との真の共同の形成がすでに困難を極めていることにあり、教育運動等をあくまでも学校教職員が自分たちの主導で組織しようとしてきたし、その伝統的スタイルは現在でも少しも是正されていないし、これを学校教職員が是正しようとしないうちにあり。教育運動のスタイルさえ改革し得ずしては、教育実践改革・学校管理運営制度改革など、到底不可能であろう。子ども・父母・住民が参加する学校教育法制の実現のためには、それ以前に、まずは教育運動等のなかにおいて、子ども・父母・住民と教職員との真の共同が実現されなくてはならないからである。

## 第2章 両親の自然権的教育権

芦部信喜編『憲法Ⅲ(2)』(有斐閣, 81年)の第7編第2章「教育を受ける権利」は、奥平康弘の手になる論文であるが、ここで奥平は、親の教育権の問題について、とくに掘り下げた論究をしている。そして奥平は、従前の国民教育権論に対して鋭く問題を提起している。その親の教育権論は、まことに多岐にわたって展開されているが、その核心は次の部分にあるといつてよい。

\* なお、その後に奥平は、奥平著『憲法Ⅲ, 憲法が保障する権利』(同, 93年)を単独出版し、この中でも第10章第2節で「教育を受ける権利」に論究しているが、これについての私の検討は、本章の第2節に回すことにする。

戦後教育法学史は「教育にかんする法律問題を、教員の『教育権』を中核として回転させる傾向があったし、いまでもあるように思う。『国民の教育権』という概念のなかに『親の教育権』も『教師の教育権』も平和的に共存していてあやしまないのも、それと関係がある。こうして、『教師』にも『学問の自由』の憲法保障が与えられるとし、公権力との対立関係に

おける教師の『教育権』が強調されれば強調されるほど、そしてまた、『親』ではなくて『国民』的な観点こそが重要であると主張されればされるほど、親を中心とした市民的自由と、『国民の教育権』は、分離し隔絶することになってしまったようにおもう。」(同, 410頁)

より具体的にいえば、いまや支配的となった国家教育権論に対置させて国民教育権論を理論構成しようとするとき、教育権者「親の立場を、一般的・抽象的に『国民』の立場に解消したり、『教師』の立場と一体化してしまうのは、決して正当ではない」のであり、公務員「教師の教育の自由というのは、実定法制度に内在して理解しなければならない面があるのであって、実定法制度を超えたところに自由をもち権利をもつ親の立場とは明らかに区別されなければならない」のであり、このように解される「親の立場を、私は重視すべきである」と考える(同, 410-411頁)というのが奥平の見地である。だから、これを親の自然権的教育権というのであり、この概念こそ、親の教育権の自然権性を明確にしようとするものだといえよう。そして、そうだとすると、子どもの代理人としての親の立場からみて、今後にもむしろ憲法論として考えるべきことは、子どもの学校教育過程に参加する親の方法・手続等の問題であり、この点についての親(子ども)の権利は何かということになる(同, 411頁)。この見地を核心に据えて奥平は、親の教育権論をより子細に展開し、従前の国民教育権論を批判していくが、そこには多くの傾聴に値する提言が含まれている。

### 第1節 「国民の教育権」論の批判的分析

従前の国民教育権論が親・教師・教師集団・その他の教育関係者を国民として総括し、それらのすべてに同じような教育権があるとする説に対して、奥平はくり返し批判を加えている。かれの主張の重点は、親と教師の教育権の法的内容的差異を個別具体的に解明しなくてはならないという点にあるといってもよいだろう。

(1) 国民一般が国民的視点に立って、国家の教育政策・教育行政について発言したり是正を要求したり参加したりすることは、主権者としての国民の憲法上の権利であるが、この権利を国民教育権と呼ぶことによって、その結果「親や教師の有する『教育権』と混交してしまうのも、学問的にみて適当ではない」。というのは、同じ教育権といっても『『国民』の『教育権』は、教育過程に抽象的にしかかかわらないのに対し、親または教師の『教育権』は、個別具体的な教育過程の中身にふかくかかわる権利または権限であり、したがって両者または三者の『教育権』の法的内容は、必ずしも同一ではない」(同、413頁)からであり、したがってまた「親と教師・教師集団を簡単に『国民』として総括してしまうのも、またこれら主体を異にした者に、同じ『教育権』を認めることも、いずれも正当ではない」(同、417頁)からである。

(2) 従前の国民教育権論は、学校教育における教育内容について決定する権限は国家にはなく国民にあると説いているが、この場合の教育権の主体である国民とは、一体だれを指すのか。親・教師・教師集団・学校設置者その他を一括して国民であるといつてよいのか。国公立学校の教師・教師集団についていえば、かれらは公務員としての地位において教育過程にたずさわっているのであって、国民の一員として教壇に立っているわけではないし、国公立学校の設置者はいかなる意味でも国民ではない。そうだとすれば、けっしてどの国民も学校教育過程の全内容を決定する権利(権限)を持つわけもなく、それぞれの局面である種の権利(権限)を持つか持たないかが問題となるに過ぎない。だから、憲法学的には国民教育権概念が権利主体および権利(権限)内容を異にした混合体であることを確認した上で、むしろこれらの「混合体の各単位をさすところの自由・権利(権限)を分析しながら、こういった個別具体的な検討を通じて、これと対抗関係にあるとされる『国家の教育権』の内容・限界を明らかにすることが望まれる」(同、415頁)ということになる。そこで以下、奥平の説く親および教師の教育権論をみてい

くことにしよう。

### 両親の教育権

奥平が親の教育権を自然権とみていることは、田中耕太郎『教育基本法の理論』(有斐閣, 61年)その他を参照しながら、例えば「親が、その子供を育てるのは、権利とか義務とか以前の自然的な関係においてそうあるといえよう。親が、自分の意思に基づいて自由に、子を教育することができるということを含意して親の『教育の自由』『教育権』というとするれば、それはまず憲法以前の『自然権』である」と述べたり、民法が親権という実定法的権利を設定しているのも、その自然権の実定法的反映であるとしたり、さらに59年国連「子どもの権利宣言」の第7条①, ②を援用したりしている(同, 393頁)ことから、この点は明白である。我々としては、親の教育権が自然権であればこそ、それは現行教育法はもちろんのこと、現行憲法の教育条項による実定法的制約を超えて、よりましな教育・教育法制を創造していく権利ともなるのだということを、よく確認しておくことが必要である。親(子ども)の教育に関する権利が自然権であればこそ、現行の教育・教育法制の改善・改革が可能となるのであり、元来それは現行実定法制の枠内に閉じ込められた権利ではないのである。

**就学させる義務** (1) 奥平は、憲法第26条②の定める就学義務規定を、この親の教育権を「憲法自体において制約したもの」と解し、この親への義務づけは「26条1項で保障されている子供の教育を受ける権利を保障する目的に仕えるもの」と解して、その限りで「親への義務づけは、さしあたり自分の子供との関係で、普通学校教育制度上における教育を受けさせない自由の制約を意味する」とする(同, 408-409頁)。しかし奥平は、この子どもを就学させる親の義務は、子どもの学習権・発達権に負う義務ではなく、公教育のうちの普通教育義務制という、すぐれて制度的な枠組みとの文脈においてのみ憲法上のものであることなどを理由にして、この義務は「国に対す

るものと解するほかない」旨を強調している。また、学校教育法の第22条および第39条の就学義務規定を受けて、同法第91条（保護者の就学義務不履行の処罰）が置かれていることからみても「保護者の義務は、国に対するものであることは疑いない」として、その理由として、ここでも「公教育制度（教育の社会化）の展開は、かかる制度を推進する国家（社会）が、親に就学させる義務を課することによって、親の就学させない自由（抽象的な教育の自由）を否定する契機をふくんでいた。すなわち、制度との関係で課せられる義務は、制度を創始し維持しつつある国家（社会）にむけられている」ことをあげている（同、375頁）。

(2) しかし、子どもを就学させる義務は、その義務不履行に対する国の罰則規定が置かれていようとも、やはり親が子どもの自然権的発達権に負う義務と解するのが正当であり、形式的にはなく実質的に考えてみれば、国による罰則は子どもに代わって義務不履行の親に国が課すものと考えなくてはなるまい。というのは、もしも親が国に対して子どもを就学させる義務を負うことになれば、たとえ「この認容は無制限なものではなく、ある種の教育内容に対しては、親は子供に代わって拒否する権利（自由）が留保されている」とはいっても、しかし「実際問題としては、就学を義務づけられた学校において子供に与えられる教育内容を——原則として——認容する効果をもたざるをえない」ということになり（同、409頁）、その限りで奥平説は、国家教育権説に著しく接近してしまう危険性を内包することになりはしないかと危惧されるからである。

**親の教育過程参加権**　しかし奥平説は、もちろん国家教育権説にくみするものではない。この点は、後にかれが国家教育権説自体を強烈に批判していることから知られる。より積極的にみていえば、義務教育無償制に言及した箇所、奥平が「義務教育課程のなかにさえ親の教育の自由が貫流しているとみる憲法論からしても、子供に対する親の責任・利害関係を軽視することは困難であるように思う。このように子供の教育につき、親が一定の権

利なり責任なりをもつと考えられる」と述べている(同, 378頁)ことから察知されるところであるが、さらにこの点は、かれの以下の①から③までの発言からも、より明白となろう。従前の教育法学説において一括して扱われてしまっている国民教育権の中から、まず親の教育権を取り出して、その自然権性を明確にすることによって、親の学校教育過程参加権の存在を明確にした、この奥平説の意義は極めて大きいといわなくてはならない。

まず奥平説によれば、就学義務は確かに、親の有する自然権的教育権を憲法が制約したと解することができる。しかし、この親が子を就学させる義務は、学校教育の内容に対する親の参加権を拒否するものでもないし、違憲の教育活動を親に受忍する義務を課すものでもない。かえって親の教育権は、学校での教育内容編成に関しても、その自然権性を強度に発揮することになると解さなくてはならない。

① かれはまず、違憲な公権力の教育介入を阻止する親(子ども)の市民的自由(憲法的権利)は「外わくの問題である」から、このような「実体法上の権利のほかに、教育過程そのものに即した、手続法上・組織法上の権利を育成することが望まれている」と重要な課題提起をする(同, 411頁)と同時に、「子供の教育に関して、親は、教育関係者(国・地方公共団体、それが設置する学校、それが使用する教員)に対して、教育課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求めたり、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により、教育の自由(教育権)を行使する」(同, 409頁)とも述べている。親が学校教育過程への参加権を有することを実に明快に指摘した部分であるが、かれは続けて「こうした、親の、学校教育との関係で生ずる行動のすべては、つねにかならずしも、憲法上の自由、憲法上の権利といえるわけではなく、また、いう必要もない」と書いているが、その含意は、親の学校教育過程参加権は憲法的権利を超え出るところの自然権的権利に属するという点にあると解される。さもなければ、かれの次のような発言を的確に理解することはできないであろう。

② 子の就学を義務づけられた親は「学校において子供に与えられる教育内容を認容しなくてはならない」といっても、その「認容はけっして無制限なものではない」ということの含意について、奥平は「公権力主体としての教育関係者が、憲法条項（たとえば、政教分離、表現の自由、平等原則など）に違反した教育活動を行う場合には、親は、自分の子供に対する違憲の教育活動を受忍する義務はないばかりではなく、これを受忍することは、自分や自分の分身である子供の市民的自由を侵害するのを受忍するのと同然であるから、憲法上の権利として、かかる教育活動の差止・撤回・修正をもとめたり、子供を教育の場から引き離すことができるのでなければならない。この場合、親が依拠しうる憲法上の権利がなにかは、当該教育活動がいかなる憲法条規に違反しているかによる」と説明している（同、409頁）からである。

子を就学させる義務は、親の教育権を「憲法自体において制約したもの」と解するならば、親は子に違憲の教育活動を受忍させる必要はなく、そのような違憲の教育活動の差止・撤回・修正を要求する権利を、まさに憲法的権利として有するという。その是正要求権は、憲法的義務（就学義務）に対応して必然的に生ずる憲法的権利だということになる。学校教育における政教分離、政治的中立、平等などの諸原則は、憲法学の観点からは、公権力が「およそ一般にその活動によって市民の自由・平等を侵害しないために守られるべき規範であるとみることができる」から、これらの原則が守られるべきことを主張することは「親（市民）の自由・権利の問題であるといえる」（同、409—410頁）という主張も、同じ主旨（憲法的権利論）のものとして差し支えあるまい。

親の教育権が自然権的権利でもあり憲法的権利でもあるとすれば、かの「親の教育の自由は、主として家庭教育等学校以外における教育や学校選択の自由に現われるものと考えられる」という見解（76・5・21最高裁北海道学力テスト事件判決）は、決定的に退けられてしかるべきだということにもなる。

③ 国連「世界人権宣言」第26条③は「親は、子に与える教育の種類を

選択する優先的権利を有する」と規定し、これが宗教教育に関する親の優先権を規定したものと解されているが、これは「拡張的に理解してさしつかえあるまい」と述べて、奥平は親の教育権の発現形態を、より具体的に例示している。親は「その子を委ねた学校の教育の仕方に、異議を述べ修正を求め、場合によれば、授業や学校行事に子供を参加させないこともできるだろう」と述べた上で、例えば、58年『学習指導要領』により、特設道徳時間が置かれることになったが、特設すること自体および「道徳」の内容も、学校儀式に「日の丸」「君が代」を導入して愛国心教育をはかることになったことも、いずれも親の思想・良心の自由に違反するのではないか。だから親には、この種の授業や行事に子どもを参加させない自由があるのではないか。その他、学校教育活動の一環として実施されている学校給食につき、親に給食辞退権が認められるべきではないか。また、子どもの髪形や服装の規制その他のいわゆるライフ・スタイルに不合理に厳しい制限を加える学校側の措置に対して、プライバシーや自己決定権を理由に、親(子ども)は拒否権を行使できるのではないか。このように例示的に親の教育権について述べた後、奥平は「こういった側面において、親の『教育の自由』が存在意義を有し、一定の有用なはたらきをすることを承認しなければならない」(同、395—396頁)とも書いているからである。

**市民的自由としての親の教育権** 現行日本国憲法上では明記されていない親の教育権を、例えば高柳信一らのように「憲法的自由」と説明すること——この点、田中耕太郎説の場合も同じであるが、高柳説および田中説の詳細については、拙編著『教育実践と教育行政』(全訂版、法律文化社、79年)の拙稿第2部第1章論文参照のこと——に対し、そのような説明では、親の教育の「自由の保障は、定かではなく、また低い程度の保障しか与えられない可能性がある」(同、403頁)と述べて、これに奥平は著しく批判的である。このような奥平の結論は、最近のアメリカ合衆国最高裁判例の分析から得られたものである。奥平は「合衆国最高裁の判例が、教育に関係する憲法問題を、単に教育の領域

にかぎって特殊化することなく、教育問題のそれぞれの側面に応じて、表現の自由、信教の自由などの一般的な市民的自由と不可分にかかわらせながら、取りあつかうようになってきている」(同、401頁)とか、合衆国では「親を中心とした教育にかんする憲法上の権利の問題は、現在では、憲法修正1条(信教の自由、表現の自由などの精神活動の自由を保障する条項)の傘のもとで、したがって優越的な保障を享受しうる権利(市民的自由)の問題として、処理されるようになってきている」(同、406頁)などと、当該判例の動向を分析・総括しながら、親の教育権を「通常の市民的自由とはなにか distinct にちがった『教育に特有な』自由とみなす傾向」に疑問を出している(同、409頁)。そのような修正第1条に基づく市民的自由として構成することによって、親の教育権は「憲法上優越的な保障を与えられる」ことになるという。その意味は、国家・州の側の「真にやむをえない理由」に基づく、真に必要な最小限度の制約しか受けない自由となるというにある。かの憲法的自由が国家の不合理な介入は受けない(合理的な介入には服さざるをえない)というのに対比して、格段に優越的な憲法的権利としての取扱いを受けることになるというわけである。だから、これを憲法的自由から救い出す必要があることを、この傾向は示唆しているのではないかと述べている(同、404頁)。

「なぜ(親の)『教育の自由』を、憲法が明示的に保障しているところの思想・良心の自由(19)、信教の自由(20)、表現の自由(21)、学問の自由(23)から切り離して、別個独立に『憲法的自由』の世界におかなければならないのか。」「教育は学問に関連するだけではなくて、市民生活の諸側面にかかわると私には思える。それだけに、教育をめぐる憲法問題は、学問の自由の排他的領域と考えるよりは、問題の性質に応じて、思想・良心・信教・表現等々の諸自由が選択的に動員されるような、そのような市民的自由の領域と考えられないものだろうか。」(同、398、400頁)

このようにも述べて、奥平は「教育にかんする親の自由は、市民的自由一般と切り離して特殊的に構成するよりは、可能なかぎりふつうの市民的自由

の一環として、それに近いところで、法的構成がなされるべきだという点では、わが国も本質はおなじであるように思う」(同、410頁)と結論することになる。いまだ親の教育権を自然権とみることと、これを以上のような市民的・憲法的な自由とみることとの関連を問う仕事が残されているけれども、この問題はまた、別の機会に解明することにしよう。

### 教師の教育権

奥平は教師の教育権を市民的自由として、とりわけ「学問の自由」との関連で論じられてしかるべきだとはする(同、416頁)が、しかし親と教師・教師集団の教育権を国民教育権のなかに総括することに批判的である。教師は教育公務員であるから国民のなかに親とともに括することはできないという理由からである。

(1) ① 親は「自分の子供との関係において、いわば自然的に権利を有し義務を有する。親の教育権は、この延長上にある」から、親の教育権は憲法・教育基本法等の規定に制限されることさえもなく、どこまでも教育改革・学校改革の(いわば果てしない)要求権として発現する。しかし教師は親とは違うのであって、教師は「教育を施す子供たちとの関係では、学校教育制度という一定の制度の枠組みにあるかぎりで権限を有し義務を持つにすぎない」から、その教育権は国民だれでもが有する国民教育権ではなく、さらに「それ自体はけっして憲法上の権利でもない。憲法以下の法規範が創設する実定法上の権限である」というのが奥平の教師教育権論である。

「教師の、学校教育制度という枠組みのなかにおけるありようは、複合的である。それは、子供たちとの関係、親との関係、教師集団(学校)との関係、学校設置者との関係などから成り立つ。」「こういった諸関係のなかで、教師は、親の直接的な信託(私立学校の場合)もしくは間接的な信託(国公立学校の場合)、および国民一般の抽象的な信託に基づいて存立するところの学校設置者の agent(機関)として、子供たちと接する。教師の

『教育権』は、こうした制度的な制約のもとにおいてのみ成立するものであるから、権利というよりは、権限である。」(同, 417頁)

このように述べて奥平は、教師の教育権が実定法的・制度的な制約の下にある権限であることを強調し、自然権的・憲法的な権利としての親の教育権と明確に区別しようとする。あくまでも教師の教育権は教育基本法制度の枠内にある制度的権限だという。② この点でも奥平説は、かの国家教育権論に通じていく危険性を内包しているといえるのではないか。教師の教育権が制度枠内の権限に過ぎないということは、たとえその教育制度が憲法的・教育基本法的制度だとしても、純粋に論理的に考えて、その憲法・教育基本法的制度には欠陥・矛盾がないといえるのであるか。憲法や教育基本法の教育理念にてらして、現行の教育基本法制度には、もっといって憲法自体・教育基本法自体には、いささかの欠陥も矛盾もないといい切れるのであるか。そしてもしも、そこに欠陥や矛盾があった場合、教師の教育権が制度枠内の権限であるとすれば、教育基本法制の根本的教育理念から出発して、それらの欠陥や矛盾を超え出る教育は一切許されないということになるのであるか。その上、教師の教育権は制度的権限であると規定する場合、その教育制度はいうまでもなく教育法解釈から導き出される制度であるとすれば、その教育法解釈に民官側で決定的な対立が事実上存在するとき、その制度はどちらの教育法解釈に立った制度であるか。以上のような問題を掘り下げて考えてみると、制度枠内の権限説は教師の教育権を著しく矮小化してしまう危険性がある。

(2) しかし当の奥平説によれば、教師の教育権が実定法制度的権限に過ぎないといっても、このことは教師が教育の事柄について「いかなる意味でも憲法上の権利を有するものではない」という意味ではない。というのは、例えば「当該実定法制度そのものの内部で、統治機関が違憲な行為を行った場合には、ある種の教師は、これを自己の市民的自由の名において、違憲無効の挑戦を行う権利を有する場合がある」(同, 418頁) からである。ある制

定法が特定の政治理論を学校教育の場で教えることを禁止し、この禁止に対する制裁として懲戒が規定されている場合、この制定法違反の疑いで制裁を課せられそうな教師は「かかる制裁規定もしくは当該制裁が教育内容に対する憲法上許容されない侵害であるばかりでなく、教師の市民的自由に対する侵害であって、違憲無効であると訴える権利がある」とみなければならない。したがって、例えば「君が代」「日の丸」「元号」などの使用を統治機関が『学習指導要領』その他の公式文書で指示強制し、その強制に服さなかった教師を懲戒処分にしたような場合、その指示および処分を違憲無効として争うことができることになるからである(同、418頁)。

しかし、このような違憲無効の訴えは、いわば事後処理に過ぎず、教職員にとってみれば、何ら創造的な教育実践を創造的に展開する自由を保障する憲法的権利ではないし、しかも当該処分の違憲無効性を理由に裁判に持ち込んだ場合、被処分者は果たして制度枠内権限論によって違憲・不法の判決をかちとることができるのであるか。

(3) すでに明白なように、奥平は親と教師の教育権の法的性格を厳格に区別しようとし(私も両者のそれを別の意味でなら区別する意義は大いに認めているけれども)、親の教育権の自然権的・憲法的な権利性を明示しながら、教師の教育権は制度的権限に過ぎないと説く。もちろんのこと「憲法によって構想される『国民』が享有すべき『教育を受ける権利』は、ある範囲において、憲法自体によりその内容が規定されている」から、その内容は「けっしてそのときどきの政治的勢力が多数決によってどうにでも決定できることからは」と述べている(同、421頁)ものの、教師の教育権を教育公務員としての制度的権限と規定し、教師の教育権の憲法的権利性を否認しながら、あえて教師の教育権は「憲法上の権利としての『教育を受ける権利』と、その権利を実定法上具体化するために政策的に制度化した、その制度の範囲内で認められる、あるいは構築される、実定法上の権利」と規定する(同、390頁)とすれば、子どもの自然権的・憲法的な権利としての「教育を受ける権

利」は、果たして十分に学校教職員の手によって保障可能なのであるか。制度的権限だと規定してしまっ、果たして教職員は憲法・教育基本法に厳格にそくして教育を展開する「教育の自由」を享受していることになるのであるか。制度的権限説には、違憲性・違法性の極めて濃厚な、現行日本の教育法制度の実態に関する誤認がありはしないか。このような疑問が次々に生まれてくるが、かれが制度的権限だというときには、教職員の「教育の自由」は、子どもの「教育を受ける権利」を保障すべく専門職的職責を遂行するために、憲法および教育憲法たる教育基本法の理念的枠内でだけ行使可能な自由だということを意味しているのであろうか。

(4) 奥平が教師の教育権説に対して消極的な理由は、さらに、かりに国民概念の曖昧さを不問に付するとしても、従前の教育法学は教育権概念の中に「教育を受ける権利」も「教育をする権利」も含めて使用しているが、このような議論は法律学外で通用する議論ではあっても、法律学的な概念の処理方法としては、このような混交は許されてはならないという点にある。というのは、子どもの「教育を受ける権利」に対して、いわれている「教育する権利」ないし「教育を受ける権利」は、第一義的には公権力に向けられた権利ではなく、国家以外の他者（子ども、国民）に向けられた権利であるが、近代的な精神を踏まえた日本国憲法の下で、ある国民が他の国民に対して教育する権利があるとは容易に肯定できないということにある。したがって、憲法第26条で国民には「教育を受ける権利」が保障されていることを前提にして「『国民』は他の『国民』を『教育する権利』があると立論するのは、短絡のそしりをまぬかれないように思う」ということになる（同、416頁）。親が子を教育する自然権的権利を別にして、他の国民たる教職員が子どもを教育する権利があるとすれば、その権利とはどこから生まれた、どのような中身の権利なのかについて、緻密な論議を積み上げなくてはならないという。確かに、思想・信条・良心・表現・学問などの内面的自由を憲法的権利として保障した近代憲法下で、親以外の誰に、どのような理由から、子ども

に教育する権利が生ずることになるかは、深く解明されてしかるべき問題となるように思われる。

(5) 後にも紹介するように、奥平による田中耕太郎説の理解は、世俗的理解をはるかに超え出ているところがある。周知のように、田中耕太郎は「司法権の独立」を援用しながら「教師の職務権限の独立」(教師の教育権)を説いているが、この点について奥平は「教師がたずさわる仕事においては、専門的な知識・経験が決定的に重要な役割を果たし、したがってその職務遂行にあたっては、教師の専門的な判断を尊重する必要がある」と田中説を要約・紹介した後、「そのことは大いに強調されなければならない」と、これをまず高く評価している(同、418頁)。しかし、かつて私もくり返して指摘しておいたように、教師の教育権を「司法権の独立」のアナロジーからだけ説明することには所詮無理があり、私見ではそれは、教育と司法の本質的・政治的な差異からくる。この点について、奥平は「けれども、司法あるいは司法過程と、教育あるいは教育過程とは、その内容・形式にけっして簡単には等置できないものがあるから、『教育権の独立』にとって『司法権の独立』は、たんなるモデルとしての意味しか持たないと憲法論上は考えられる。教師の職務権限の独立性を実定法制度上いかに裁判官の職務権限の独立性に近いものとして構成するかにつき、明確な基準を憲法規範(76)自体に求めることは、むずかしいものがあるように思える」(同、418-419頁)と説明している。確かに、憲法第76条③には「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職責を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」とあり、裁判官個々人の職務権限の独立を規定しているけれども、このような規定は現行憲法上、教育に関しては存在しないし、この規定が直ちに教師個々人にも適用されるものとは考えられないからである。しかし反対に、だからこそ、この点を田中耕太郎は、現行憲法の重大な欠陥だと指摘していたのである(拙著『教育基本法の立法思想』前出、674頁以下参照)。

(6) さらに奥平によれば、教師の職務権限の独立が「司法権の独立」に

なぞらえられながらも、それが結局のところ理念論にとどまるのは、教育法学が個々の教師とは別に、専門家の集団である教師の集合体もまた教育権の主体であると説いていることからくる。いわゆる教師集団の教育権ということになれば、それはもはや憲法ではなく、実定法制度が定めるものというほかなくなる。教育専門家集団内部の自由な討議と検討の重要性を認めるなら、さきのアナロジーは到底適用不可能となる。「こうして『教育権』の集団的な性格を強調すればするほど、一方では裁判官の職務権限のあり方との間に距離があることを承認しなければならないし、他方では人間個人の権利(基本的人権)というよりも実定法制度が創設するものであるという性格が濃くなってこざるをえない。そしてその分だけ、憲法学そのものの対象たる性格が薄れる」(同、419頁)とも述べ、奥平はあくまで人権は個人的なものであるとあって、集団的権利というような人権は成立しないと述べているようにもみえるが、必ずしもそうではない。この点では、奥平説には矛盾があるようにもみえる。かれは「専門家としての教師集団の権限の独立性を確保することが、教育の自由な展開にとって、決定的に大事である。これを教育過程における教育(専門)関係者らの『内部的な自由』という観念でとらえる」ならば、これは報道・言論機関の労働者たちの内部的自由と、かなり近似のものとなるから、この種の自由は「伝統的な憲法学でいう『自由権』とはやや性質を異にし、ただちに、個人に保障された憲法上の権利とはいいい難いものがある」けれども、しかし他面「これは、現代的な自由を構成する不可欠の構成要素であることは疑いなく、憲法学がこの『制度的』な『自由』をどう把握し体系化するか、もっとも重要な課題の一つである」とも述べている(同、419頁)からである。そうだとすれば今後、教職員集団の内部的自由を憲法学が新たに制度的自由として、もっといって憲法的自由権として構想し体系化する可能性が大いにあることになるからである。

教職員個々人の教育権は制度的権限に過ぎず、教職員集団には「教育の自由」を認めようとし、教職員の集団的憲法的自由権を構想し体系化する可能

性があるというのでは、あまりに論理的につじつまが合わないのではないか。

### 「国家の教育権」論の批判

ある人が他の人を教育するという行為は、極めて独特なものがあり、近代憲法規範の上に容易には乗りにくいから、いささか国民教育権論や教師教育権論に対して消極的な考察を加えてきた、という前置きで始まる国家教育権論の箇所では、これに対して奥平は厳しい批判を加えている。とくに小・中・高の学校教育における教育内容の決定権限は統治機関が有するとする国家教育権論に対してである。より具体的には、〈憲法第26条には「法律の定めるところにより」とあるが、これはいわゆる法律留保をしたものであって、国民の「教育を受ける権利」は、その内容・範囲・様式などすべてにおいて、教育条件整備のことも教育内容のことも、結局は国会の法律で決められ、そこに立法上の限界はないから、国会は特定の教育監督庁に対して、教育内容のすみずみにまで介入し関与する権限を付与し執行させることができる〉とするような国家教育権論に対してである。そして奥平は、およそ次の4点から「統治機関は教育内容にむやみに立ち入ってはならない」旨を論証している。

(1) この議論が前提とする法律留保論は「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」から、日本国憲法が個人の尊厳・平等を原則とした基本的人権の体系を主軸に据えた国民主権の原理によって構成されている以上、日本国憲法によって構想される国民の「教育を受ける権利」は、すでに「憲法自体によりその内容を規定されている」と考えなくてはならない(同、421頁)。したがって、その時々々の政治的勢力が多数決により自由自在に法律を制定するというようなことは、到底できないことである。

(2) さらに、この議論は「教育というものの持つすぐれて人間の精神

的・内面的な側面にかかわる微妙な性格を無視し、また、公教育制度が私的自由と公的管理とのたえざる緊張のなかで細かい配慮を払って慎重な展開の軌跡をたどってきたことを忘却して、教育を行政一般へと解消してしまう傾向にある」から、行政一般と同一視して公教育をとらえてしまい、教育のあり方を国会の立法裁量により単純に決定できると解してしまっている（同、421頁）。そうなれば、教育は容易に政治の侍女に転落してしまうであろう。

(3) この議論はまた、教育と教育行政との本質的な差異を無視している。教育行政というものは「教育という中身の容れ物にかかわる作用」であり、教育の「制度や運用を多かれ少なかれ一般的かつ合理的な見地から行うもの」であり、そのようなものとして「他の行政作用と共通する性格を有する」ものである。ところが教育は「一定の制度のわくのなかで成立する個別の人間関係にあつて交流し合う特殊なコミュニケーション伝達であり、ケース・ワーク的な性格がつよい」から、教育は「統治作用になじみにくいことがらであり、通常の意味での『法律の留保』の対象にはなりにくい性質のものである」（同、422頁）にもかかわらず、論者たちはこのような教育の特殊性に、まるで無頓着である。

(4) 一般に「政治的中立の確保は、教師、とくに義務教育諸学校における教師に対する義務づけとして理解されている」けれども、このような解釈が果たして正当であるか。確かに、54年6月に「義務教育諸学校における教育の政治的中立の確保に関する臨時措置法」が成立せしめられたけれども、この政治的中立の要請が「もっともつよく向けられねばならないのは、通常『国家』という総称名称で呼ばれるところの統治機関（国会、中央および地方の教育行政機関）に対してである」（同、422頁）。この点は、教育基本法第10条①の規定からも明白であるが、もっといえば本来、当該法律の第1条（この法律の目的）の規定からも明らかなことである。というのは、そこには「この法律は、教育基本法に基き、義務教育諸学校における教育を党派的勢力の不当な影響又は支配から守り、もって義務教育の政治的中立を確

保するとともに、これに従事する教育職員の自主性を擁護することを目的とする」とあり、本法の本来的な立法主旨は、義務教育を党派的・政治的な不当な支配から守り、もって教職員の自主性を擁護することを目的とすることにあるからである。その意味では、この法律はまさに、教育基本法第10条①の禁止する「不当な(政治的・行政的な教育に向けての)支配」を排除すべく制定されたとみなくてはならない。総じて奥平は、学校教育における政治的中立の確保の要請は、まさに国家教育権を制約するものとして、ただ「たんに教育基本法が定めているにとどまらず、日本国憲法自体が命じているところでもある」(同、424頁)と、明快に結論づけている。

## 第2節 憲法的権利としての「教育を受ける権利」

奥平の上記論文が収録されている芦部編『憲法』(前出)には『II, 人権(1)』『III, 人権(2)』があり、相当体系的な人権論であるから、私としても機会をみて本格的に精読してみたい。さらに芦部著『憲法学II, 人権総論』(有斐閣, 94年)もある。しかし、その後に奥平は単独で『憲法III, 憲法が保障する権利』(同, 93年)を出版し、再び第10章第2節で「教育を受ける権利」論を展開した。そして奥平は、本書で2つの新たな手法を打ち出しており、それは従前の人権と「憲法が保障する権利」とを区別するという手法と、いま一つは「憲法が保障する権利」を権利と制度を結合してとらえるという手法とである(同、3頁)。このような手法によって「教育を受ける権利」を扱えば、一体この権利の内容等はどうなるのか。

(1) そもそも、憲法が教育のことに言及するということはどういうことか、現代社会では国家と教育の密接な関係は自明であり、憲法に教育条項があるのは当然のこととされているが、それは「どんな意味で当然なのだろうか」と、教育を「洞窟のなかの囚人たるわれわれが、暗闇のなかから光明を求める営為」(プラトン『国家論』より)と定義しながら、奥平は本論文を書き始めている。このような問題を初めに奥平が提起するのは、近代憲法は元

来、経済活動の自由を保障すべく、所有権の不可侵、職業選択の自由、社会権的生存権等を規定しているが、他方で精神生活については、思想・信条、宗教、表現、学問等の自由を広く規定しているから、たとえ教育・学習の自由は「明示されていない場合でも、ことの性質上暗黙理に、憲法上の保障内にあると了解されていたと見るべきである。自由権保障は、自由のありように国家は関与してはならない、国家は無関心であるべきだという意味である」。たとえ19世紀中葉プロイセン憲法が教育条項に言及した理由はそうではなかったとしてもである（同、251—252頁）。

(2) 以上のような「教育を受ける権利」の中身についての奥平の理解の仕方は、さしずめ極めて合理的に見えて、実はこの権利の生存権的 = 社会権的な理解を退けている点で大いに問題がある。というのは、この権利は「形式的な性格の強い権利である」と結論しているからである。

### 形式的権利としての「教育を受ける権利」

(1) 第25条第1項解釈に具体的権利説があるのに対し、第26条第1項解釈に具体的権利説を唱える立場がないのは、ここに「法律の定めるところにより」「その能力に応じて」という文言上の2つの留保があるからというより、「ことがらの性質からくる理由のほうが大事である」と述べ、その事柄の性質をおよそ次のように説明している。

教育に関する国家的な関心・配慮で肝心なのは、社会のなかで単に自由に任されており、したがって偶然や恣意に支配され勝ちな教育という営為のある部分を社会化し制度化することである。むしろ、ある種の教育活動を現実におこなう場を提供すること、施設の整備など必要な措置を講ずることに、眼目が置かれている。適切な制度が設けられ、そこで教育活動が展開されれば、おのずから人々はそれに参加し、結果として教育を受ける権利が充足されるという構えなのである。具体的に権利の中身が決まらないのは、科学的に権利内容ができるようなものと違って、人間の内面的

な、あるいは文化的な、その意味では人間的生存におけるソフトウェア・コンポーネントにかかわるものだからでもある。「教育を受ける権利」の本当の中身・実体は、むしろ思想・信条、表現、学問などの自由の憲法保障の枠組みのなかで、教育当事者（教える者と教えられる者）のコミュニケーションによってはじめて確定し充足されることになることさえ言えるだろう。そうしてみると、憲法第26条レベルにおける「教育を受ける権利」とは、措置要求権的な性格のもの、すなわち多かれ少なかれ形式的な性格の強い権利であると言うべきことになる、と。

そして、この論理に従って奥平は家永教科書裁判にも触れ、憲法第26条の「教育を受ける権利」を子どもの学習権の方面からとらえ、当該裁判の違憲性・違法性を解明する手法に疑問を出し、その違憲性の問題は、憲法の第21条・第23条の方面から解明し「市民的自由の一環としての教育の自由、表現の自由、学問の自由の問題である」と述べている（同、256頁）。

(2) この奥平の説明は、憲法理論から離れて「ことからの性質」にそつての、つまり教育の性質（本質）にそくしての説明となっている。しかしそうになると、到底そのままにこれを容認することは難しい。というのは、憲法第26条「教育を受ける権利」にいう教育の内容は、その制定過程から概観しても明白なように、憲法のバランス上、当時「教育憲法」と呼ばれた教育基本法に豊かに盛り込まれ、その教育基本法は前文・第1条・第2条において、教育理念・教育目的・教育方針を明示したからである。戦前日本を強力に支配した極端な軍国主義・国家主義の教育勅語教育体制の徹底的打破を根本課題として、戦後教育改革期に憲法・教育基本法が形成されたという、戦後教育法制形成の日本の特殊性に、我々は特別な注意を向けなくてはならない。憲法を含む法律で教育の目的・内容・方法を規定することには当然に現在でも異論がある。田中耕太郎さえ50年代以降になると、教育内容の法的規定には異論を出していた（拙著『教育基本法の立法思想』前出、567頁以下参照）。しかし戦後教育改革期に、教育勅語教育体制に代えて教育基本法制

を構築し、教育勅語的教育観を一掃しようとした教育改革者たちの努力は、もっと高く評価されなくてはなるまい。50年代後半以降の極端な教育反改革政策動向をみて、これを「教育内容は教育当事者間で自由に確定されるべき事柄」と規定するのは、余りにも極端に形式的な政策動向批判に過ぎるといわなくてはならないと思う。こと教育基本法に関しては、我々は法律形式論よりも法律内容論に重点を置いて、論議すべきではないかと思う。

**学校教育の義務性** (1) 本論文でも奥平は「教育に関しては、義務はすべて国家が負うべきであって、市民に義務を課するのは間違いだとして、これを非難する誤教育法学理論があるが、こういった非難は、憲法論上はもちろん、その他の実体論上も成立しがたい」と、第26条第2項にいう保護者がその子に「普通教育を受けさせる義務」は、あくまで保護者が国家に負う義務であると主張している(同、257頁)。しかし奥平は、その前に「第26条第2項は子どもたちにあまねく教育の機会を保障するため、教育事業を社会化し制度化するさい、子の養育者に対し、子どもに実際の教育を与えることを義務づけている。養育者へのこうした義務づけは、憲法の権利保障システムと少しも矛盾しないであろう」と書いている(同、257頁)が、学校教育は「子どもたちにあまねく教育の機会を保障するため」に国家が創設した制度だとか、保護者への義務づけは「憲法の権利保障システムと少しも矛盾しない」などという理解は、国家による保護者への就学義務づけ論と、果たして論理上矛盾しないのか。この点は、極めて不透明である。だから奥平も「他方、親その他養育者は、子どもを育て教育する自然的な自由があり」「それは精神活動の自由として『憲法が保障する権利』のうちに入る」から、かくて「親への子どもの就学強制=義務と、その者がもつ憲法上の自由=権利とが、矛盾対立することが出てくるかもしれない。学校の教育内容が、親などの側の教育観に相反する場合、こうした局面が顕在化し争いとなる」などと述べるに至っている(同、257頁)。

(2) 教職員にせよ親その他にせよ、いかに精神活動の自由を憲法的権利

として享有していようと、教育基本法的教育観に反するような、あるいはその水準以下の教育観に導かれた中身の教育をする自由はないはずである。かえって教育基本法的教育観の水準を超え出るような教育観に基づいて教育する自由しか、学校教育にせよ社会教育にせよ、その立法思想上からみて、憲法上・教育基本法上では存在しないはずである。

(3) 奥平は「日の丸」「君が代」の学校教育への強制導入の問題について、親が子を登校拒否させることは、就学義務に抵触するか、適法な教育の自由の行使かは「微妙な問題」であり、個別特定の教育内容と関係しているというだけでは、就学「義務からの解放を引き出すのは、いささかむずかしいであろう」と述べ、アメリカ合衆国最高裁で多数派が「あるレベルの読み書き算数で十分、それ以上を強制することは信教の自由を侵すことになる」と判示したのに対し、ダグラス裁判官が「親の立場ではなくて、将来の展望＝可能性を踏まえた子どもの立場を斟酌したならば、親が十分とみる水準以上の教育を受けるチャンスを保障することが大事である。州が義務強制する場合、子どものために親に代位して子どもの利益を確保しているのだと見るべきであり、したがってこの制度は合憲と解すべきである」という反対意見を展開したことに触れ、ダグラスは「親の自由を否認することによって、子どもの将来を選択する自由を、子どもに代わって確保してやるのが現代国家の役目であると解したのであった」と、このダグラス反対意見を高く評価している(同、257-258頁)。しかし、このような評価は一般的抽象論としては成立しても、現代日本の総体的教育政策のなかでの「日の丸」掲揚・「君が代」斉唱の強制に対しては、まるで通用しないのではないか。というのは、80年代から現在にかけて、現代日本国家の教育政策が格段に国家主義的傾向を強め、その一環として「日の丸」「君が代」の強制に乗り出し、かの外相の「ペナルティー発言」まで飛び出してきているときに、国家に親が子を就学させる義務を負う以上、子に登校を拒否させることは「微妙な問題」だと片付け得る問題であるか。ダグラス判事は首尾一貫して公権力によ

る自由制限に厳しい態度をとってきたが、この事件で「公権力による義務強制、それによる親の信教・教育の自由の制限を肯定すべし」と少数意見を書いたと奥平はいう(同、258頁)が、一体このダグラス説は首尾一貫していたといえるのであるか。

**義務教育の無償性** (1) 憲法第26条第2項の解釈としては、奥平によれば、授業料無償説と就学必要経費無償説の2つがある。前者は通説・判例の支持するところであって、後者については就学経費のどこまでを無償とするかは「憲法自体には決め手になるものがない」から、そうなると「憲法解釈の場においては、少なくともはっきりしている線——最低限の線——で憲法の命令を受けとめるしかない」から「授業料は徴収しないという線に落ちつく」というのが奥平説である。しかし、授業料不徴収は戦前でさえ公立学校での慣行的制度であったから、この線で落ちつくなど「まことにさえない話である」のに対して、後者は就学必要経費と生活経費とは区別可能であるから、就学必要経費無償説は成立すると説く。第一説が最低限保障説であるのに対し、第二説はいわば最大限保障説であるが、第二説は例えば「貧困家庭の子どものために必要」「社会全体利益を社会全体が負担するのは当然」などと述べて、その正当性を理由づけようとしているが、教育の私事性を前提とする憲法体系の中で、この程度の正当化論では余りに説得力に欠けているから、通説・判例の授業料無償説がいつまでも生き残るのも止むをえない。現実には教科書その他の経費が無償になってきているが、これとて「憲法が規範的に命じたものと言うにすれば、無償範囲の限定を憲法論的にうまく説明できない点で問題がある」などという(同、258—260頁)。

(2) 以上が奥平説の全容であるが、この問題でも私は、奥平説には到底賛成できない。というのは、憲法第26条第2項の解釈をする際、あくまでも憲法自体の解釈から無償範囲を無理やり確定しようという方法論には、私自身は憲法学には素人ながら、憲法学の研究的方法論としても正当であるか疑問があるからである。確かに、教育基本法第4条第2項は授業料無償説を採

用した。しかし無償性に関する憲法論議、教育基本法論議のなかで、教育の私事性を論拠にして「授業料無償性で十分である」という主張は提示されたのか。むしろ事実、その反対であったのではないか。ほんの一例だけを上げておけば、かの文部省調査局『教育基本法説明資料』(47・3)は「義務教育の無償は授業料の不徴収のみならず、学用品の無償配給にまで及ぶのが理想であるが、現在の日本の経済財政状態では、まだそこまで達していない」(同、11頁)と述べ、敗戦直後の経済状態の現在では「学用品の無償配給にまで及ぶ」のは無理だけれども、就学必要経費無償性を近く実現したいと述べていた。憲法解釈をする際に、憲法制定当時の政治的・経済的・社会的な状況とか、憲法の各規定を法律化するとき、どんな観点が提示されて当該規定が生まれたのか、これらの問題は憲法研究の射程に入っていて当然ではないか。

## 小 括

以上、本論文の第2章で憲法学者・奥平康弘の教育権論(子どもの「教育を受ける権利」論も含んで)をみてきた。この奥平説は極めて厳格な、憲法学に固有専門的な視角からの教育権論であるから、まことに刮目すべき研究成果＝見識が随所で提起されており、学ぶところの多い教育権論であると評価することができる。この奥平の教育権論に含まれる、それらの刮目すべき見識の多くを、再度以下に整理して列挙することは、ここでは控えることにするけれども、さらに深く奥平説の核心に迫る努力を私自身、今後とも継続していかなくてはならないと思っている。

しかし、すでに本文中でも述べてきたように、奥平の教育権論には若干不可解な部分もあり、今後私自身、さらに思索を重ねていかなくてはならない部分もある。そこで再度、それらの部分を以下若干整理し列挙した上で、さらに私自身の若干の補足的な考察を加えておくことにしたいと思う。

その第一は、憲法第26条②の親の就学義務規定(「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)の解釈に関する問題であり、奥平はあくまで、この「保護者の義務は、国に対するものである」と解していることである。この親の就学義務規定が憲法上に規定された義務規定であり、子に普通教育を受けさせない親の自由を憲法上で制約した義務規定であるかぎり、これが親の憲法的義務であることは間違いない。しかし、この義務が親が子に負う憲法的義務であるということは、この義務が親の「国に対する義務」「国に負う義務」であるということになるのか、根本的に疑問がある。この就学義務規定をそのように解するところから、奥平は一方では「就学を義務づけられた学校において子供に与えられる教育内容を——原則として——認容する効果をもたざるをえない」と述べたり、他方では「この認容はけっして無制限なものではない」「義務教育課程のなかにさえ親の教育の自由が貫流している」「親は自分の子供に対する違憲の教育活動を受忍する義務はない」などと述べたりすることになり、まことに不透明な結果になってしまっているといわなくてはなるまい。

むしろ奥平説の特徴(画期的価値)は、親の教育権は「憲法的自由」さえ超え出る自然権的な憲法的権利であり「市民的自由」であるから、論理必然的に、親は学校教育過程への参加権を有し、親の教育権は違憲の教育活動の差止・撤回・修正等を要求する権利(是正要求権・拒否権から、さらには教育改革・学校改革の要求権)としても発現することになると主張する点にこそあるとすれば、このような主張は、就学義務規定を親が国家に負う義務規定と解する解釈を退けて、首尾一貫して、これを親の子に負う憲法的義務規定と解釈することによって、より明快に成立してくるのではないか。

一体、奥平が従前の教育法学の通説を退けて、あえて子を就学させる親の義務を「国に対するもの」「国に負うもの」と解する真意はどこにあるのであろうか。

その第二は、教師の教育権に関する理解の仕方の問題であり、奥平はこれを親の教育権の法的性格とは明確に区別して、これを「憲法以下の法規範が

創設する実定法上の権限である」と解釈していることである。奥平は教師は「学校教育制度という一定の制度の枠組みにあるかぎりでは権限を有し義務を持つにすぎない」という。いまや、このように制度枠内の・実定法的な権限として教師の教育権をとらえる制度的権限説は、兼子仁説から始まって今橋盛勝説にまでも及んで、教育法学界における通説ともなりつつあるから、この問題はいつてしまえば、このような教育法学界における通説的理解をどのように評価するかという問題ともなる。

私自身は従来から、この教師の教育権を憲法第23条「学問の自由」等に成立根拠を有する憲法的自由(=憲法的権利)と理解してきた(例えば、拙編著『教育実践と教育行政』全訂版、法律文化社、79年、第2部第1章論文等)から、ここで容易に結論を出すことはできないが、この制度的権限か憲法的権利かの問題は確かに、90年代現在における学校教職員の現実の権利享受状態にてらして、再考する余地のある問題かもしれない。

さて、その他にも奥平説のなかには、憲法第26条「教育を受ける権利」の理解の仕方の問題や、義務教育無償性の理解の仕方に関する問題などがあるが、これらの問題については、機会をあらためてさらに論究してみることにはしたい。

(以下、次号に続く)