

# 児童の教育を受ける権利

最高裁判所昭和五八年(オ)第一三八五号事件に関する意見書を中心として

小笠原 正

一、本件の実事関係等に関して

二、本件の教育法学上の意義

三、児童の権利保障の法理

(一) 国際人権規定における児童の権利

(二) 憲法・教育基本法制における児童の権利

(三) 児童福祉法の理念と児童の権利

四、私学の教育と児童の権利

(一) 私立学校の法的性格

(二) 私立学校の公共性と自主性

(1) 私学の公共性

(2) 私学の自主性

五、児童の権利の保障

一、本件の実事関係等に関して

本稿は、最高裁判所昭和五八年(オ)第一三八五号事件に關し最高裁判所に提出した意見書(鑑定書「昭和五九年二月一日」)を中心に、「児童の教育を受ける権利」を論求したものである。意見書は、名古屋高等裁判所昭和五四年(オ)第三四〇号損害賠償請求事件に關し、同裁判所が昭和五七年九月二十九日言い渡した判決に對し、全部破棄を求める上告の申立を行なうに當って、上告代理人の依頼により

作成され最高裁判所に提出されたものであるが、本件が「子どもの教育を受ける権利」保障の憲法解釈上、多大な問題を含み、特に特別の保護を受ける権利をもつ児童の成長発達権・学習権の保障と、「親権を行う者」としての親の思想による児童(当該幼児を指す)の幼稚園入園拒否という事実について、現代教育法学の成果をふまえた論証が必要であると考えたからである。

最高裁判所の判決は「本件上告を棄却する。上告費用は上告人らの負担とする。」(昭和五九年二月一八日判決言渡)というものであり、最高裁判所の受け入れる所とはならなかった。それは、本件を親権者又は監護者と幼稚園経営者との信頼関係の問題として矮小化し、児童の教育を受ける権利の法理、親の思想・信条という憲法解釈上の問題としなかった事にある。この点は以下の判旨に明確である。すなわち「私立幼稚園が、その教育方針に従って幼児を教育するため、当該幼児の親権者又は監護教育にあたる者が幼稚園の教育、経営方針に対して理解と信頼を示し幼稚園との信頼関係を保ちうることは重要なことであるとして、これを入園申込みに対し承諾を与えるための要件とし、この件を充足していない申込に対しては承諾を与えないこととしても、右の信頼関係が客観的に存在しないと認められる限り、公序良俗に反するものとはいえないと解するのが相当である。」<sup>(1)</sup>とするのがそれである。

以下若干の事実関係を述べ、本論に入る事とする。

一、二審判決が確定した事実関係によると、上告人山山さんは、次女静香ちゃ

んを、名古屋市天白区天白町八事 高照寺が経営する天道幼稚園（山田純正園長）内に設置された、三才保育研究会に通わせていた。

ところが、昭和四八年一月一九日四才児組への入園手続きの際、山田園長は出山さんの考えや態度では園の方針に反しているため「園との信頼関係が保てない」と判断、入園を拒否した。その結果静香ちゃんも転園し、四九年四月から愛知県立大学文学部付属幼稚園に通う事となった。右拒否の理由は、天道幼稚園に勤務する教諭五名が、労働組合を結成し労働条件の改善などを求めており、山田園長が出山さんを同組合を支持する反園の人物とみなし、又、園の教育方針に反していると判断したことによるものである。

この裁判において出山さん側は、(一)三才保育研究会入会契約は、入会者が小学校入学までの三年間連続して天道幼稚園に通園し、同園における幼稚園教育を受ける権利を有するものである。(二)私立幼稚園とはいえ、学校教育法にもづく公教育機関として公共性をもつものであり、親の思想信条を理由に、子どもの教育を受ける権利を奪う事はできない、と主張していた。一・二審判決は、(一)公立学校にくらべ、私立学校においては、入校申込に対する学校側の裁量はより広く、その拒否が教育法令その他の公序良俗に反するような場合をのぞき、右採否及びその前提となる選考基準の所定については、原則として園設置者の自由裁量に属するものというべきである。(二)両者間の信頼関係は全く失われており、その間に十分な意思疎通の生ずる余地は最早認め難く、又、園側の法令の趣旨ないし社会通念上著しく非難すべき点も見い出せないところから、本件拒否につき園と保護者との関係が重視せられたことをもって公序良俗に反する違法のものとはいえない、と判示している。出山さん側は、原判決には、判決に影響を及ぼすことの明らかな法令の違背及び審理不尽ないし理由不備の違法があるとして上告していたものである。

(1) 昭和五八年(特)第一三八五号事件最高裁判所第三小法廷判決 裁判長裁判官

伊藤正己、裁判官木戸口久治、安岡満彦、長島敦。

## 二、本件の教育学上の意義

教育は、人間の全人格の完成を目ざすと共に、次代を継承する国民を育成するために、国民自らが創造的に営む精神的・文化的・社会的活動である。人間は、一定の社会的文化的環境のなかで、可塑的・陶冶的生命体として人間能力を獲得し、人間としての自主的・創造的発達をはかるものである。カントが「人間は教育されねばならぬ唯一の被造物である」といい、オランダの教育学者ランゲフェルドが「児童―児童としての人間―は、ただ形成でき、教育できるだけでなく、教育に依存している。それは教育される動物 animal educabile であるばかりでなく、教育されねばならぬ動物 animal educandum である」というのも、単に環境に順応するのみでなく、環境に働きかけ、環境を変え、そして新しい環境をつくりだして行くという事であり、生物的発達はかりでなく、歴史の創造者・文化の創造者という歴史的・文化的発達態としての事実を明らかにしているのである。

このような人間能力の発達を保障する意図的・組織的活動が、学習を保障する教育であり、その一大組織体が制度としての教育である。この制度としての教育は、各社会(歴史的・政治的社会)のもつ特有の権力構造のゆえに、支配権力の思想的背景から、体制の後継者育成という実質的性格をもち、歴史的特質をそなえるものである。「教育の目的は、全体としての政治社会が、また個人に対して特に予定されている特定の環境が、子どもに対して要求する一定数の肉体的・知的および道徳的諸状態を子どもの中に現出させ、また発達させることである」というとらえ方は、教育制度が国家統一のための思想的教化であるという性格に着眼したためである。

たしかに現実の教育制度は、歴史文化の創造者としての教育を指向するというよりは、文化・イデオロギー政策としての色彩が濃い。遺憾ながら政治的な国家統制の法論理に立脚しているように思える。しかし、人間は、人間的特性を全面的に獲得し、人間として成長発達する権利をもっている。すなわち、人間が人間となるために教育が必要であり、そのような教育を保障するものとして、教育の組織化、教育制度の確立が必要なのである。人間は生まれながらにして知識を得

る権利がある。真実を知る権利がある。それは、次代をなう子ども達の権利であると同時に、終生の権利である。自主的で、創造的な教育こそが、人間を人間たらしめる教育であり、そのような教育を阻もうとする特権は誰にもない。

本件を現代教育法学の成果をふまえて検討するならば、このような「子どもの教育を受ける権利」保障の理念を中心に捉えて議論されなければならない。本意見書においては、本件の争点の一つである「私学教育の自由」と子どもの「教育を受ける権利」保障の法理を教育法学を研究する者の立場から究明しようとするものであるが、基本的には、拙稿『私学と教育条件の整備』（講座教育法4「教育条件の整備と教育法」日本教育法学会編・総合労働研究所、三〇四頁以下。）において論述しているように、「私学の自主性は、国民教育の自由に立脚し、憲法的自由として私学の自由の法理が成立するものであるが、私学設置者の憲法的自由は、独善的自由を許すものではなく、親の教育への権利、子ども・青年の教育を受ける権利、教師の学問・思想・表現・教育の自由の制約を受けるものである。」というに尽きる。以下論点を整理しながら逐次述べる事とする。

- (1) M・J・ランゲフェルド、和田修二訳「教育の人間学的考察」 未来社 六〇～六一頁。
- (2) デュルケーム、田辺寿利訳「教育の社会学」 石泉社 一〇四～一〇五頁。
- (3) 同旨、浦田賢治、法学セミナー別冊『コンメンタール教育法』（新版） 日本評論社 二二七頁。

### 三、児童の権利保障の法理

#### (一) 国際人権規定における児童の権利

児童の権利としての教育を受ける権利の保障は、日本国憲法・教育基本法の法定する所（後述）であるが、それは、国際人権規定においても同意義であることが明確である。

国際連合は、一九五九年十一月二〇日第一四総会において『児童の権利宣言』を採択している。その前文五項は「人類は、児童に対し、最善のものを与える義

務を負うものである」と述べている。これは、ワイマール憲法（一九一九年）に端を発した、国民の生存権・社会権保障を児童の文化的・健康的生存権として自覚し、『世界児童憲章』（一九二二年）イギリス児童救済基金団体、『ジュネーブ児童権利宣言』（一九二四年）国際連盟の系譜の中で、人類史的教訓として受けつがれて来たものであるが、この格調高い言葉には、精神的にも身体的にも未熟な弱い立場にある児童に対し、大人社会のエゴイズムによって常に危機にさらされ、犠牲を強いられている社会的歴史的現実を直視し、「人類が負うべき義務」として、「最善のものを与える義務」を課した歴史的意義をもつ言葉である。さらに第一条において、児童の権利の無差別平等保障についての原則を明らかにし、大人並びに社会に対する子どもの権利を宣言したのは、児童をひとりひとりの能力以外のもので評価し差別してはならないという考え方によるものである。児童の権利の尊重は、教育はもとより福祉・医療・健康・安全・家族等あらゆる分野において保障されなければならない。

さらに、本件とのかゝり方で重要なのは、「児童の成長・発達の権利」を規定した第二条と、「児童の教育を受ける権利と遊ぶ権利」を規定した第七条である。

特に第二条は「児童は、特別の保護を受け、また、健全、かつ、正常な方法及び自由と尊厳の状態の下で身体的・知的・道徳的・精神的及び社会的に成長することができるとの機会及び便益を、法律その他の手段によって与えられなければならない。この目的のために法律を制定するに当っては、児童の最善の利益について最高の考慮が払われなければならない。」と規定しているが、これは、従来子どもの権利保障が生存権保障に留まっていたのに対し、それを発展させ、子どもの成長・発達の保障としてより拡大し、個別的権利の保障と人間的諸能力の発達、人格の完成・発達の保障をめざしたものである。子ども固有の権利性は「発達の可能態」として独自の存在である、これを保障するための体系は大人の義務であると同時に、国家の責務である、という事である。

この点、日本国憲法に於て制定された『児童憲章』（昭和二十六年五月五日）は、きわめて具体的に児童の成長発達権を規定しており、記憶してお

かなければならない。

一、すべて児童は、身心ともに、健やかに生まれ、育てられ、その生活を保障される。

四、すべて児童は、個性と能力に応じて教育され、社会の一員としての責任を自主的に果たすように、みちびかれる。

五、すべて児童は、自然を愛し、科学と芸術を尊ぶように、みちびかれ、また、道徳的心情がつかわれる。

一二、すべて児童は、愛とまことによって結ばれ、よい国民として人類の平和と文化に貢献するように、みちびかれる。

『児童の権利宣言』第七条は、児童の教育を受ける権利に関して、次のように規定している。「児童は、教育を受ける権利を有する。……児童はその一般的な教養を高め、機会均等の原則に基づいて、その能力、判断力並びに道徳的及び社会的責任感を発達させ、社会の有用な一員となりうるような教育を与えられなければならない。児童の教育及び指導について責任を有するものは児童の最善の利益をその原則としなければならない。――以下略――」

「人権中の人権」<sup>(1)</sup>といわれる学習権は、人間の本来の生存にかゝわるものであり、子ども期における文化の伝達と学習なくして、人間としての子どもの成長発達にはありえない。しかも、本件児童が、父母の思想信条を理由に入国を拒否された事に対し「一般的には入園の許可は当該本人を中心に決すべきものである。」<sup>(2)</sup>と認定しているにもかゝらず、私学における学校側の裁量をより広く解釈する為に、児童の教育を受ける権利を保障する学校入学を拒否した事は、本条における「児童の教育及び指導について責任を有する者」、すなわち、教師・学校設置者の教育指導者としての指導原理「児童の最善の利益」を原則としないものである。現代公教育思想における教育を受ける権利、教育の機会均等の保障原理を否定したものである。幼稚園が公教育機関である事は論をまたない所であるが、「社会及び公の機関は、この権利の享有を促進するために努力しなければならない。」（本条後段）とある点に留意すべきである。

児童の権利宣言の国際的保障規定を「教育を受ける権利」の保障、いわゆる成長発達権と学習権の面から考察してきたが、とりわけ成長発達権に關し『児童の権利宣言』第十条が重要である。

第十条は、差別的慣行からの保護に關し次のように規定している。「児童は、人種的、宗教的その他の形態による差別を助長するおそれのある慣行から保護されなければならない。……（以下略）」。これは、「人権に關する世界宣言」（「世界人権宣言」國際連合一九四八年十二月一日）が第一条において「すべて人間は、生まれながらにして自由で、かつ、尊厳と権利とについて平等である。人間は、理性と良心とを授けられており、同胞の精神をもつて互に行動しななければならない。」と規定し、第二条第一項が「何人も、人種・皮膚の色・性・言語・政治上若しくは他の意見・民族的若しくは社会的出身・財産・門地その他の地位としないようないかなる種類の差別も受けることなしに、この宣言に掲げられているすべての権利とを享有する権利を有する。」と規定したように、人間の自由・平等の尊重と、人種的・宗教的・信教的・政治的差別的禁止をすることによって子どもの成長発達権を権利として具体的に保障しようとしたものである。そして友愛と平和の精神、世界的兄弟愛の精神の下に、育くまれ成長する事を、子ども達とともに世界の大人達に期待したのである。

これらは、日本国憲法第二三条（個人の尊重・生命・自由・幸福追求の権利）、第十四条第一項（法の下の平等）<sup>(3)</sup>と趣旨のものであり、児童福祉法・『児童憲章』の精神も一体をなすものである。本件における幼稚園は、このような世界の子ども達の権利保障の思想、すなわち、常に内に秘めた成長発達の可能性を具体的に発展させようとする子どものエネルギーと、それゆえに「発達の可能態」として独自の存在であり、主体的人格を保護し、将来の成人としての市民を形成する人権主体として、「特別の保護」を受ける権利をもつ子どもを認める思想、「子どもの権利の思想」を社会的に具体化しようとする思想を否定するものである。公教育の制度的機関としての幼稚園のあるべき姿とは考えられない。親が子どもの「親権を行う者」として、子どもの権利を守るべき義務があり、「身心ともに健や

かに育成される」子どもの権利を、親の責任において、幼稚園の経営者・教師と話し合うのは当然の事であり、その内容をもって子どもの入園を拒否することがあってはならない。経営者の独善による企業的经营による幼稚園経営は、児童の権利の観点から許されるべきものではない。

(1) 堀尾輝久『国民の教育権の構造―子どもの学習権を中軸として』（有倉遼吉教授還暦記念「教育法学の課題」総合労働研究所、八三頁）。

(2) 本件第二審名古屋高等裁判所民事第三部判決、昭和五七年九月二十九日。

(3) 日本国憲法第一三条「すべての国民は、個人として尊重される。生命・自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」

第四条第一項「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種・信条・性別・社会的身分又は門地により、政治的・経済的又は社会的関係において差別されない。」

## (二) 憲法・教育基本法制における児童の権利

『児童の権利宣言』は、国際連合における宣言であるところから、法的拘束力をもつものではないが、その規定の内容と精神については尊重されなければならない。現実の国家・社会はこれに忠実に実現して行かなければならない。

日本においては、この『児童の権利宣言』に先がけて日本国憲法が制定された。第二次世界大戦の貴重な人類危機の歴史的体験から、自由・民主の国家、恒久平和を念願し、基本的人権を最大限に尊重する国家を指向する『日本国憲法』と、『児童の権利宣言』の精神は、同一線上にあり、さらに日本の教育法体系においてより発展的に敷衍されている。そこで次に、日本の教育法体系における児童の権利を検討することとする。

日本国憲法は第三章を「国民の権利及び義務」とし、その第一一条は「国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない。この憲法が国民に保障する基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与へられる。」というように、国民の基本的人権の享有と基本的人権の永久不可侵性とい

う、一般的原理を宣言し、諸個別的的基本的人権の中心理念を明確にしている。<sup>(2)</sup>

この基本的人権において、児童の権利と深く関連するのが、第二五条第一項の「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。」という生存権規定である。国家社会が、生存そのものを国民の権利として尊重し、保障することは、未成熟な弱い存在としての児童に対しては特に重要であり、「健康に発育し、かつ成長する権利」を保持する児童としては当然に享有するものである。<sup>(3)</sup>

この生存権を教育の面において、具体的に保障する規定が第二六条である。すなわち、「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。」(第一項)、「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。義務教育は、これを無償とする。」(第二項)、というものである。教育基本法も、この日本国憲法の精神を受けて、「個人の尊厳を重んじ、真理と平和を希求する人間の育成を期するとともに、普遍的にしてしかも個性ゆたかな文化の創造をめざす教育を普及徹底」(前文)する為の、日本教育の基本を次のように定めている。憲法第二六条との関係で見ると、第二條「教育の目的は、あらゆる機会に、あらゆる場所において実現されなければならない。この目的を達成するためには、学問の自由を尊重し、實際生活に即し、自発的精神を養い、自他の敬愛と協力によって、文化の創造と発展に貢献するように務めなければならない。」第三條「すべて国民は、ひとしく、その能力に応ずる教育を受ける機会を与えられなければならないものであつて、人種・信条・性別・社会的身分・経済的地位又は門地によって、教育上差別されない。」(第一項)、「国及び地方公共団体は、能力があるにもかかわらず、経済的理由によって修学困難な者に対して、奨学の方法を講じなければならない。」(第二項)、「昭和二年法律第一六四号」は、第一條「すべて国民は、児童が心身ともに健やかに生まれ、且つ、育成されるよう務めなければならない。」(第一項)、「すべて児童は、ひとしくその生活を保障され、愛護されなければならない。」(第二項)、第二條「国及び地方公共団体は、児童の保護者とともに、児童を心身ともに健やかに育成する責任を負う。」、第三條「前二条に規定

するところは、児童の福祉を保障するための原理であり、この原理は、すべて児童に関する法令の施行にあたって、常に尊重されなければならない。」と規定している。『児童の権利宣言』『人権に関する世界宣言』が、「初等の段階」「初等、且つ基礎的の段階」というふうに、無償かつ義務制の教育を受ける権利の認識の上に、年齢を限定した初等段階の児童観に立っているが、日本の教育法体系においては、誕生から幼児教育を含んで、人生の全ての段階に、しかもあらゆる機会、あらゆる場所において教育を受ける権利を保障しようとするものである。

それでは、憲法・教育基本法制における「教育を受ける権利」とは、どのような内容をいうものなのであろうか。

人間は、人間生活の基盤である社会的・人間的環境において、成長発達するものである。教育はこのような人間の全人格的可能性に対する、高度な文化的精神的活動であるといえる。国民が教育を受けるという事は、他のいかなる権力にも支配されることなく自らの成長発達を、自己の自由な意思によって決定することであり、子どもに関していうならば、親の社会的地位・思想・信条・学校設置者の裁量等によって左右されるべきものではない。それは、人間的に成長発達する権利(生存権)の具体的権利形態として、教育への権利・学習の権利(教育人権)、すなわち、国民の学習権として保障されているものである。

「教育権」が、主として教育主体の側から教育内容を決定しうる機能として構成され、親・教師の教育権・私学開設権(私学教育の自由)などといわれているのに対し、「学習権」は教育を受ける学習主体の側から、教育を受ける権利・教育への権利などと呼ばれ、学習者の権利・人権として構成されるものである。このように学習権は、人間すべての権利・人権であり、子ども・青年・成人・地域住民・国民一般がその主体であるが、特に子どもたちには、国際人権規定(前述)においても明らかであったように、「憲法・教育基本法制」においても最大限に保障されなければならないことについては変りがない。<sup>(5)</sup>

- (1) 一九四八年二月一〇日国際連合総会において宣言された『人権に関する

世界宣言』では、教育を受ける権利に関して第二六条が次のように規定している。

1、何人も、教育を受ける権利を有する。教育は、少なくとも初等且つ基礎的の段階においては、無償でなければならない。初等教育は、義務的でなければならない。技術教育及び職業教育は、一般に受けることのできるものとして、また、高等教育は、能力本位で、すべての者にひとしく開放しなければならない。

2、教育は、人格の完全な発展と人権及び基本的自由の尊重の強化とを目的としなければならない。教育は、すべての国及び人種的又は宗教的団体の間における理解・寛容及び友好関係を増進し、且つ、平和の維持のための国際連合の活動を促進しなければならない。

3、親は、その子に与えられる教育の種類を選択する優先的権利を有する。  
(2) 日本国憲法における基本的人権の一般的原理規定には、自由・権利の保持、その乱用の禁止、利用の責任を規定した第一二条、個人の尊重・生命・自由・幸福追求の権利を規定した第一三条、および基本的人権の本質を規定した第九七条がある。他の個別的的基本的人権は、これら一般的原理を規定した条項に反する解釈はしてはならない。

(3) 『児童の権利宣言』第四条。

(4) 明治憲法下においてとられた教育勅語を頂点とする勅令主義教育体制を否定し、教育主権の担い手である国民の基本的人権としての「教育を受ける権利」を保障する日本国憲法の精神に則り、教育の目的・方針等、日本の教育の具体的展開の基本原則を定めた教育基本法と日本国憲法を一体的にとらえ、日本国憲法・教育基本法によって示された教育理念諸原則にもとづいて制定された教育諸法令・教育法制を「憲法・教育基本法制」と呼んでいる。

(5) 「教育を受ける権利」「教育の自由」に関する解釈論については、拙著『憲法理念と教育法』(学陽書房)、特に七九頁以下を参照されたい。

### 〔三〕 児童福祉法の理念と児童の権利

一九三二年(大正一一年)、英国児童救済基金団体連合は、『世界児童憲章』を発表し、児童保護の具体的方策を取りまとめた。前文の他、総則四ヶ条、憲章条文二八ヶ条からなるこの憲章は、児童の権利に関する国際的宣言として最初のも

のである。

一方日本においては、昭和二六年五月五日、日本国憲法の精神にしたがい、児童に対する正しい觀念を確立し、すべての児童の幸福をはかる為に『児童憲章』（前出）を制定した。又、国際連合は先に見てきた通り、昭和三四年（一九五九年）『児童権利宣言』を宣した。これら一連の児童に対する権利保障の宣言は、いづれも児童の生存権・成長発達権・教育を受ける権利、幸福追求権を保障しようとするものである。児童に対する人類の責務は、児童に最善のものを与える義務を負うという系譜の中でとらえられ具体化されなければならない。このような観点に立つ日本の重要な法律に『児童福祉法』（昭和二年二月法律一六四）がある。児童福祉法は、憲法第二五条の生存権を児童に対し具体的に保障する為に制定された、児童の福祉に関する総合的基本法である。<sup>(1)</sup>

児童福祉法は、児童福祉の基本理念をその第一条及び第二条において規定している。<sup>(2)</sup>すなわち、「すべて国民は、児童が心身ともに健やかに生まれ、育成されるよう務めなければならない。」（第一条一項）という国民の義務を規定するとともに、子どもの「心身ともに健やかに生まれる権利」「育成される権利」<sup>(3)</sup>を保障している。これは児童が肉体的・精神的発達の上においてはもとより、社会的にも弱い立場にあり、親・教師・使用者等児童をとりまくすべての大人は、細心の注意をもって育成しなければならない義務のあることを意味する。児童は、憲法が定める国民主権の原理にもつき、将来の日本を担う者として教育（育成）されなければならない存在であるという認識によるものである。また、「すべて児童は、ひとしくその生活を保障され、愛護されなければならない」（第一条二項）として、「愛護される権利」を有することを規定している。この規定は憲法第二五条の生存権規定に照応しつつ憲法第十四条に照応し、すべて児童は、人種・信条・性別・社会的地位・身分・国籍などによって差別されることなく、平等にその生活を保障され愛護される権利を有するということである。

この児童の権利を保障し健全に育成する責任は、第一義的には保護者にあるが、保護者とともに国・地方公共団体も児童を心身ともに健やかに育成する責任

を負う（第二条）ものである。解釈上は、保護者が児童の育成について十分な責任を果たせないときに、国・地方公共団体が公的責任をもつとする解釈と、より積極的に、親が十分に責任を果たせるように国・地方公共団体が努力する義務があるとする解釈があるが、児童の成長発達に対する育成の義務と権利には民法上親権として親にあり、教育権もまた第一義的には親にあると解されるから、国・地方公共団体は親の親権を十分に果せるように、あるいは児童の権利が守られるようにする義務があると解すべきである。

- (1) 児童福祉法制定過程において、中央社会事業委員会は、「すすんで次代のわが国の命運をその双肩に担う児童の福祉を積極的に助長するためには、児童福祉法とも称すべき児童福祉の基本法を制定することが喫緊の要務」であるとして、児童福祉法要綱案を示している。これは、従来の要保護児童の保護だけを対象とする思想から、これを超えて「次代のわが国の命運をその双肩に担う児童」全て（児童一般）の健全な育成を基本精神とするという事である。
- (2) 児童福祉法の制定過程・児童福祉施策・児童福祉法の理念等については、拙著『現代法の展開』二〇一頁（学陽書房）以下を参照されたい。
- (3) 小川政亮『社会保障法を学ぶ』（有斐閣）二八六頁。

#### 四 私学の教育と児童の権利

##### (一) 私立学校の法的性格

日本の近代的教育制度の創始とされる『学制』（明治五年・一八七二年）は、私立学校に関して官公立学校と差異なく、公教育の一翼を担うものとして位置づけていた。<sup>(1)</sup>これは、『教育令』（明治一二年・一八七九年）にも受けつがれたが、明治一三年の『教育令改正』においては、私立学校に対する法的規制は一段と強化されている。当時の明治絶対主義政府にとっては、私立学校は国公立学校の補充的機関にすぎず、学校教育事業は国家が独占すべきものと考えていた。この伝統は、大日本帝国憲法の制定（明治二年・一八八九年）、教育勅語の発布（明治二年・一八九〇年）、私立学校令の制定（明治三年・一八九九年）と続き、私立学校の設立・廃止はもとより、学校の維持・経営から、教育の条件、教員の身

分、そして教育の内容に至るまで、一切が国家統制の下におかれ、私立学校は国家目的を実現させる国公立学校の補助的機関として位置づけられた。

戦後の私立学校の基本的性格は、日本国憲法の制定（昭和二年・一九四六年）並びに教育基本法の制定（昭和二年・一九四七年）により、天皇主権から国民主権へと憲法原理が転換した事によって基礎的に確立した。戦後日本教育の民主的改革に多大な影響を与えた第一次米国教育使節団報告書（昭和二年三月三十一日）は、私学の地位ならびに私学改革について次のように指摘している。第一に、一部私立学校における宗教教育を除いては、官公私立の学校間に、何等本質的相違は存在しない。第二に、私立学校にとっては、経営に必要な資金が保証されなければ、門戸は開放できない。必要な資金は国庫から補助金として支出されるべきである。等々と明記されている。すなわち、学校教育は、国家の独占事業であり、私学は国家の特許事業の対象であるとしていた戦前の私学教育機関を、国民の教育を受ける権利を保障する国公立学校と同一な体系による公教育機関とし、自由と権利を保障すべきものであると明示したのである。その後、日本の教育制度・教育行政の基礎的確立を指導した教育刷新委員会は、その建議事項において『学校法人法』の構想を示し、現在の『私立学校法』が制定（昭和二十四年）された。私学法制の理念から私立学校の法的性格を明確にするならば、次のようになる。

教育基本法第六条が学校の「公の性質」を、私立学校法第一条が、その「公共性」を認めている。加えて学校教育法第二条・第三条において、国公立と同等に法人による学校の設置が認められた。すなわち、現代教育の指導理念である「教育の機会均等」の原則は、すでに近代教育の歴史的発展過程において明らかやうに、「すべて国民は、法律の定めるところにより、能力に応じてひとしく教育を受ける権利を有する」（憲法第二十六条一項）ものであることから、系統的学校教育制度が要請され、しかも一部特定人のあいだでのみ行われるべきものではなく、国民全体の為に、国民の手により行われるべきものであることを明確にした。私学は国家の教育事業の不足を補うために存在するものではなく、あるいは、国家が独占している学校教育権を、一定私学に特許として分けあたえたものでもな

い。国民のもつ「国民の学校設置権」「学校選択の自由」から「国民の教育の自由」が保障されなければならない。私立学校は、このような「国民の教育を受ける権利」「教育の自由」の要請として具現されたものであり、とりわけ憲法第一四条「法の下平等」、第二五条「生存権」、第二六条「教育を受ける権利」に明記されている憲法上の権利を実現するものである。

公教育における「公の性質」とは、国家が公的機関として学校教育制度を系統化し、法的規制をなすことをもって「公」としたのではない。生存権としての教育を受ける権利が自然権であり、何人も平等に保障を要求し得る権利であるがゆえに「公の性質」なのである。そして、この「公の性質」を法的に確定し、制度化したのが、公教育としての学校教育制度である。学校教育が国民全体のものであるという立場に立つて「公の性質」が位置づけられるのであり、単に私立学校が「公の性質」をもち、教育として公的事業であることから「公の支配」に属するというものではないのである。

(1) 拙著『憲法理念と教育法』（学陽書房）一七一頁以下参照願いたい。

## （二）私立学校の公共性と自主性

### （1）私学の公共性

昭和五年五月二日最高裁判所大法廷は、「旭川学力テスト事件上告審判決」において次のように述べている。

「まず親は、子どもに対する自然的関係により、子どもの将来に対して最も深い関心をもち、かつ、配慮をすべき立場にある者として、子どもに対する一定の支配権、すなわち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以外における教育や学校選択の自由にあられるものと考えられるし、また、私学教育における自由や前述した教師の教授の自由も、それぞれ限られた一定の範囲においてこれを肯定するのが相当である。」

この判決は、私学の公共性と自主性を不完全ではあるが、初めて容認したものであるとして評価されているものである。すでに述べたように、私立学校法第一条は



「この法律は、私立学校の特性にかんがみ、その自主性を重んじ、公共性を高めることによって、私立学校の健全な発達を図ることを目的とする。」と定め、私学の公共性を明確にした。これは、国公立学校と同等の地位と役割をもつ公教育機関として、体系づけられている事を意味する。

日本の私学法制においては、私学は国家の教育事業を補完する特許事業から、国民の教育を受ける権利を保障する公的教育事業として位置づけられているという事である。それは、国家的公共性という意味ではなく、社会的公共性という意味である。

## (2) 私学の自主性

私学の自主性は、国公立学校と同じように国民の教育の自由を基礎とする。私学の教育の自由は、この国民の教育の自由の一環をなすものであり、憲法的自由として憲法上保障されているものである。先に上げた「旭川学力テスト事件上告審判決」も容認するところである。すなわち、憲法が保障する基本的権利であり、主権の存する国民固有の権利であるという事である。国民は、このような「権利としての教育」を実現する為に、教育の画一性を排し、自由にして多様な教育を行なう事のできる教育制度を確立し、民主的教育活動を保障する私学の設置を求めたのである。それゆえ私学の自由は、私学設置の自由と私学教育の自由とを内包する学問・思想・表現の自由と一体をなす概念であり、親の学校選択権に答えるものでなければならない。とりわけ、宗教教育をはじめとする、独自の校風と建学の精神による、自由な教育を保障するものである。

## 五、児童の権利の保障

すでに明らかになったように、被上告人が経営する幼稚園は、公教育を担う教育機関として、児童の教育を受ける権利を最大限に保障しなければならない責務があるにもかかわらず、親の思想を理由に入園を拒否しており、児童の成長発達権を著しく妨げている。すなわち、先の最高裁大法廷判決がいみじくものべている、「国民各位が、一個の人間として、また、一市民として、成長・発達し、自

己の人格を完成・実現するために必要な学習をする固有の権利を有すること、特に、みずから学習することのできない子どもは、その学習要求を充足するための教育を自己に施すことを大人一般に対して要求する権利を有するとの観念が存在していると考えられる。換言すれば、子どもの教育は、教育を施す者の支配的機能ではなく、何よりもまず、子どもの学習する権利に対応し、その充足をはかりうる立場にある者の責務に属するものとしてとらえられているのである。」という点に対する認識が重要であろう。

本意見書において度々述べてきたように、私学設置者の自由は、決して独善的自由を許すものではない。生来的権利・自然権としての成長発達権を保障する憲法的自由として、親の子どもに対する教育への権利、子どもの教育を受ける権利、教師の学問・思想・表現・教育の自由によって制約を受けるものである。なぜなら「子どもの教育は、子どもが将来一人前の大人となり、共同社会の一員としてその中で生活し、自己の人格を完成、実現していく基礎となる能力を身につけるために必要不可欠な営みであり、それはまた、共同社会の存続と発達のためにも欠くことのできないものである。」(前出「旭川学力テスト事件上告審判決」)からである。

最後に、本件に関し結論的に述べるとするならば、本件上告人は、自己の思想・信条のもとに、幼稚園の教育内容・科目編成等に対し、変更を申し入れたわけではなく、まして、親の思想・信条による学校経営の変更を求めたものでもない。幼稚園による入学決定又は拒否は、純粹に教育的配慮による園と子どもの関係において判断されるべきものであり、親の思想・信条を理由にその適否を決定する事はできない。園の教育方針・伝統・校風を理解し、親として子どものために幼稚園に対し一定の教育的要求をもち議論することは、子どもに責任をもつ親権の帰属者として、当然の権利である。本意見書で示唆した「児童の教育を受ける権利」を、本件において前むきに検討願えれば幸いである。

後注 本稿中、本件訴訟に関する既述は、上告人代理人より提供を受けた第一

・二審における両当事者の全主張と全証拠を資料とするものである。