

# 親の教育権と子どもの権利保障\*

西原 博史

## 1. 教育法の対象としての親の教育権

### 1.1 子どもの成長・発達プロセスと法

「教育法」という法分野の捉え方は、国際比較で見ると、よく言って特異、正確には珍奇である。「学校法」という法分野なら、多くの国にある。公的課題として遂行される学校教育の運営方法と内容を民主的統制の下に置き、教育の受け手の権利・利益を確保するためには、法規範の関与は不可欠でさえある。そうした観点で、学校教育が指向する教育目標を意識的に憲法による体制選択の対象と位置づけることも、不自然ではない。それに対し、教育というプロセスすべてを法の下に置こうとすることは、明らかに常軌を逸している。

というのも、教育というのは、学校における意識的な働きかけだけを指すわけではない。親が乳児にミルクをやり、大人が隣の家の子に挨拶するのも、すべて教育でもある。こうした過程の全般を法の下で一元的に規範化することは、可能でも適切でもない。

それにもかかわらず、現在の日本では教育法という法分野が存在すると考えられている。これは直接には、1947年に制定された旧教育基本法（2006年教育基本法の制定によって廃止。以下、1947年教育基本法）を受けてのことである。この法律は、戦前・戦中の天皇中心主義教育を支えた教育勅語に代わって、民主的な社会において教育が目指すものを国民代表の決定によって明確化することを目指していた。そして、臣民＝赤子に配慮する大御心、という家族メタファーを用いて天皇制を構造化していた教育勅語体制の中で親による子の躰までもが天皇中心主義的に再編成されていたことを受け、教育基本法も、皇民理念からの親の解放をも射程に収め、民主的な教育理念を親に受容させることまで目標に据えていた。そこから、親による子の躰までもが国家によって目標を定められる、一

---

\* 本稿は、日本教育法学会編『教育法の現代的争点』（法律文化社、2013）に収録された同名の拙稿を準備する過程で得られた知見を反映している。同学会および同書編集委員会に、問題を深める機会の提供を受けたことを感謝したい。

種の国家的事業として遂行される枠組は、全体主義から民主制への体制転換を乗り越えて——遵守を確保する手段を欠いたがために実効性なく、ただ、人間の生きるべき道を決める最終決定権限を国家に留保する理論的な基盤としては極めて強力に——生き残ることになった。

もちろん、これは民主制の下で当然の前提として組み込まれる、個人の精神的自律性という基本原理に反する事態であった。2006年に教育基本法が改正された際、親の「第一次的責任」がようやく法律の明文において承認されることとなったのも、日本国憲法下で60年も喉に刺さった棘であり続けたこの親の教育に対する法律の支配が引き起こしていた違和感と無縁ではない。

こうして、親の教育は、ようやく法律によって受け取ったミッションであるばかりでなく、むしろ第一に親の権利に関わる問題だということが認められることになった。もちろん、後述のように、子という第三者への関与を対象とする教育権は、極めて特殊な性質のものであり、行使しないことの許されるものではない。その意味で、親の教育権からミッションとしての側面を剥ぎ取ることは可能ではない。ただ、もともと存在していた基本的人権としての親の教育権に、ようやく光が当たるようになり、具体的な権利の内容と限界を語るができる段階を迎えたということである。

## 1.2 国際比較および国際人権法における親の教育権

ドイツのようなカトリック自然法論の影響が強いところでは、親の教育権の基軸性は、憲法によって表現される基本原理としての地位にまで高められることが少なくない。ドイツ基本法6条2項は、「子の養育と教育は、親の自然的な権利であり、まず第一に親に委ねられた義務である。この義務の履行については、国家共同体が監督を行う」と定める。他の権利においては登場しない「自然的」という形容詞が、親の教育権保障に込められた独特の思いを表現している。

ここで「教育」と訳した *Erziehung* という概念は、学校教育において想定される知識・技能の伝達を指す *Bildung* とは区別された、倫理的・宗教的な価値原理の伝達を主軸とする範疇を指す。日本語の「教育」という概念は極めて多様なものを含み込みながら、すべてを大人の側の善意に解消していくような包摂感を伴う点には、議論の中で注意が必要である。

一方でドイツのように、そして明文化されなくても欧米の議論の中で前提に組み込まれているように、近代立憲主義における人権保障の枠組に親の教育権が当然のように属するものとされる例が一方にある。それに対して日本では、親の教育権は、「親権」という民法上の概念として法制度に組み込まれたに留まり、基本的人権としての質を正面から認められることは少なかった。ただ、憲法26条2項が「保護する子女」に教育を受けさせる

義務を語り、その限りにおいて親によって子の「保護」が行われている事実状況を前提として受け容れている状況があるに過ぎない。このことが持つ権利保障における意味においては、後述(2.4)する。

ただ、日本における黙示的な承認とは異なって、親の教育権に明文上の位置づけを認めようとする流れは、国際人権法の中でも定着してきている。1947年教育基本法とほぼ同じ時期に定められた世界人権宣言(1948年に国連総会で採択)の26条では、1項で日本国憲法26条と同様の趣旨で「教育を受ける権利」の存在と初等教育の無償を宣言するとともに、2項で1947年教育基本法1条と同様の方向で「教育は、人格の完全な発展並びに人権及び基本的自由の尊重の強化を目的としなければならない」こと等を定める<sup>1)</sup>。日本の法制度がそこで立ち止まるのに対して、世界人権宣言は第3項を付け加え、「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」ことを定める。家庭教育だけではなく、学校教育の領域においても、親の教育権が効力を及ぼし、子どもに代わって教育コース選択等に親が関わるのが想定されている。

それを受け、国際人権規約では、1966年採択の自由権規約18条における思想・良心・信教の自由の保障の一環として、4項において父母などが「自己の信念に従って児童の宗教的及び道徳的教育を確保する自由」を保障するとともに、同年採択の社会権規約では13条で教育についてのすべての者の権利を承認する中で、3項において父母などが「公の機関によって設置される学校以外の学校であって国によって定められ又は承認される最低限度の教育上の基準に適合するものを児童のために選択する自由」ならびに「自己の信念に従って児童の宗教的及び道徳的教育を確保する自由」を有することを認める。

これらはいずれも、子どもの教育に関わる事項において、学校教育の対象となるような知識・技能伝達について、開かれたプロセスが保障された中で子どもの教育が確保されるべきことを子どもの権利に関わる問題と見、そこにおいても親の思想・良心に基づく一定の関与を認めるとともに、他方において子どもの倫理的・宗教的な指導については親の専権事項と位置づけていく方向を目指す。

### 1.3 20世紀後半の日本における親の教育権

国際人権法における親の教育権についての厳密な位置づけ方と異なり、20世紀後半の日本においては、親の教育権が明瞭な権利論の文法で語られることは少なかった。

日本の法学において親の教育権が包括的な性質を持つ基本的人権に関わるものとして発見されたのは、教育法学の黎明期における堀尾輝久の論考の中においてであった<sup>2)</sup>。彼

1) ちなみに、ドイツ語訳では当然、これは *Bildung* を受ける権利の問題とされている。

2) 以下の構図は、堀尾輝久『現代教育の思想と構造』〔岩波書店、1971年〕167-172頁、199-202頁。

は、憲法 26 条で「権利」として保障された教育が教育勅語体制下における「国家に対する義務」としての教育と根本的に異なる構造のものであることを論証するにあたり、権利としての教育の一翼に親の教育権を置き、子どもの学習権との緊張関係の中で、親を第一的な学習権の保障者と位置づけていった。ただし、そこにおける親の教育権は、彼の理解では、子どもの権利を保障する親義務に解消するものであって、少なくとも知識伝達の場面で「共同化」され、学校における教師に「委託」されるものとなっていく。

このように堀尾は、教育内容に関する教育行政官庁の無権限を理論的に擁護する中で、国家機関に代わって教育内容を決定する「国民の教育権」による開かれたプロセスを構想するにあたって、「親義務の共同化」という理論要素を打ち出した。国家的事業としての学校教育に参加することが無条件に肯定されていた初期の憲法学における憲法 26 条解釈を批判しながら、教育のプロセスをいったん私事の領域に置きなおし、そこから私事の共同化という形で公共性を再構築する論法を採用するものだった。

堀尾の立論が、世界における議論においても親権の義務性（本稿の用語では受託的権利としての性質）に関心が集中していた時期の理論的背景に規定され、権利としての側面に十分に注意を払っていないことについては、親の教育権の性質を問題とする中で改めて触れていきたい。ここで確認しておくべきことは、20 世紀後半の日本において親の教育権が発見された時、それは民主制の中で当然に想定される個人の見解の多様性を前提とするものではなく、子どもの発達段階に関する「科学的」認識を前面に押し出して、教育のプロセスを学校という組織の中に集団化し、一元化していく方向性と結び付いていたことである。その意味で 20 世紀後半の日本において発見された親の教育権は、子どもの興味関心の多様性や、その認識を踏まえた教育の本質的な私事性を認める基盤とはならなかった。

このような形で 1960 年代における親の教育権の発見は、国民の教育権の枠組で教師の教育権限の正当化根拠を提供するに終わり、親の教育権を権利として実質化することに向かわなかった。そこで取り残された様々な問題の解決が、現在、焦眉の急となっている。

## 2. 民法上の親権と憲法上の親の教育権

### 2.1 民法上の親権とその受託的性格

日本の法秩序における親の教育権は、民法上の親権に基づくものとして成り立っている。民法 818 条 1 項は「成年に達しない子は、父母の親権に服する」と定める。その親権の内容につき民法 820 条は「親権を行う者は、子の利益のために子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う」と、身上監護権を包括的に規定し、この身上監護の具体的な側面に関して民法 821 条は親権に基づく居所指定権、822 条は懲戒権、823 条は職業許可権

を定める。さらに民法 824 条は、身上監護権と並んで親権の基本内容となる財産管理権を定める。

特に民法 820 条の規定に現れるとおり、この親権は権利であると同時に義務でもあり、行使しないことの許されない性質のものである。こうした親権の構造は近代以降の市民法秩序の中である程度共通した発展を遂げている。

もともと親権の元となったのは、家父長制の下で家産と家族の身体に対する家長の支配権だった。これが近代法の中で個人主義化し、父権へ、そして原則として父母が共同で行使する親権へと発展してきた。また、家父長制の下に存在したのは家長の子に対する一方的な支配権であり、子の労働力を搾取する権限を当然のように含んでいた。それが、20 世紀における発展の中で、子どもの権利という発想が組み込まれることにより、親権の義務的・受託的性格が強調されることになる。前述の民法 820 条における「子の利益のため」という親権行使の準拠点についても、2011 年の民法改正によって新たに明示されるようになったところである。

この親権の義務的・受託的性格は、子どもが親権行使の対象となる親権者の付属物ではなく、独立の権利主体であるという認識を踏まえることによって発展してきた。この流れの一つの到達点といえる 1989 年採択の子どもの権利条約は、一方において子どもの特別な保護の必要性を認める（前文）とともに、子どもを表現の自由（13 条）、思想・良心の自由（14 条）をはじめとする一連の権利の主体であると位置づける。この条約において、子どもを取り巻く法的・制度的な仕組みの準拠点とされているのは「子どもの最善の利益」である。すなわち、同条約 3 条 1 項は、「児童に関わるすべての措置をとるに当たっては、公的若しくは私的な社会福祉施設、裁判所、行政当局又は立法機関のいずれによって行われるものであっても、児童の最善の利益が主として考慮されるものとする」と定めている。親権保障の枠組を確保するための法律を制定し、維持し、運用する立法者や裁判官にも、この「子どもの最善の利益」による拘束は妥当する。

## 2.2 親の教育権制限としての虐待防止

この子どもの最善の利益という観点は、児童福祉法の領域では、「子どもの福祉」という用語で説明される。そして、消極的な側面において——すなわち、子どもの福祉に対する積極的な侵害行為の防止という側面において——子どもの福祉を確保するために親権の制限が問題になる典型的な状況が、親による児童虐待のケースである。

2000 年制定の児童虐待の防止に関する法律（以下、児童虐待防止法）は、虐待の類型として、親または他の保護者によるもので、①身体的な暴行、②わいせつな行為、③ネグレクト（放置）および同居の第三者による虐待の放置、④著しい暴言や DV（家庭内暴力）など児童に著しい心理的外傷を与える言動、を挙げている。実際、深刻な虐待事例は

後を絶たず、たとえば2010年度に関する厚生労働省調査では心中以外で45例51人の児童（ここでは18歳未満）が虐待によって死亡している。同じ時期の児童相談所での児童虐待相談対応件数は、56,384件にのぼる<sup>3)</sup>。

虐待が発見された場合には、児童福祉法にいう要保護児童の保護に関わる手続に従って、親の権利に必要な制約を加えながら、子どもの福祉を確保するために必要な措置が行われる。すなわち、保護者等との相談により、あるいは発見者からの通告（児童福祉法25条）によって保護を要する子どもを発見した場合に児童相談所は、状況把握や指導を行い（同法25条の6～25条の8）、親に訓戒を加えながら子どもを親元に置いたまま保護したり（同法27条1項1号）、あるいは親権者の同意を得て子どもを親元から引き離して児童養護施設等に入所させ（同法27条1項3号）、虐待のケースなどで特に必要な場合には親権者の同意がなくても家庭裁判所の承認を得て親元から引き離しの措置を取ることができる（同法28条1項）。

親の意思に反する形で施設への収容を行っても、親に親権が残る場合、子どもの連れ戻しなどが発生すると子どもを十分に保護できなくなる可能性がある。そこで児童虐待防止法15条は、民法に規定する親権喪失の制度を適切に運用するよう求めている。この親権喪失とは、家庭裁判所の審判によって、特定の父または母につき、親権喪失を決定するものであり（民法834条）、親権に対する最強度の制限を意味する。親権喪失が認められる要件は、「虐待又は悪意の遺棄があるときその他父又は母による親権の行使が著しく困難又は不適當であることにより子の利益を著しく害するとき」とされる。

この親権喪失に関する手続は、その結果が完全な親子関係の消滅であり、心理的にも関係的にも様々な修復不可能な傷を残すことから、実際に用いるにはハードルの高い制度であることが知られていた。そこで、2011年の民法改正では、2年を越えない範囲で親権を停止する親権停止の審判をすることができるようになった（民法834条の2）。

### 2.3 親権の権利としての実体と子どもの福祉に関する親の解釈優位

児童虐待のケースは、子どもの福祉に対する親の侵害行為が歴然としており、濫用される形になっている親権を制限する必要性が明らかな場面である。しかし、たとえばネグレクト概念の定義によっては、子どもが不登校に陥っている状態がネグレクト認定され、子どもが施設に収容されて強制的に通学させられ、結果として取り戻せない心理的外傷につながるような、児童相談所の権限濫用と見られるような運用も生じ得ることになる。境界線上においては、虐待と親の正当な教育権行使との区別は、そう簡単ではない場合があり得る。

3) 厚生労働省「子ども虐待による死亡事例等の検証結果（第8次報告の概要）」<http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/2r9852000002fxos.html>（2013年5月7日閲覧）。

そこにおいて問題になるのは、「子どもの福祉」なり「子どもの利益」なりの実体的内容が何であるのか、あるいは実体的内容に不確定の部分が残るとするならば、その実体的内容を決める権限を持つのが誰なのか、である。親の教育権の義務的・受託的性格をどのように理解すべきかという問いが、ここに関係する。

日本の民法学でも、一方において、義務あるいは職分としての側面を重視し、親権に関わって親としての独自の権利という側面を否定する見解が唱えられている<sup>4)</sup>。そうした見解によれば、親権は第三者に対して妨害排除を主張する限りにおいても権利ではなく権限でしかなく、権利行使をする側が自己利益を追求し得る権利ではあり得ないのであって、親権は子の利益のためにのみ行使され得るものとされる<sup>5)</sup>。これはもちろん、利益相反行為を厳密に回避する民法 826 条に現れるように、財産管理的な側面については純粋に妥当する。しかし、教育権固有の内容に関しては、話はそう単純ではない。

民法学においても他方において、親権に残る権利としての側面を——特に対国家の関係で——意識する見解がある<sup>6)</sup>。ここでは、親権行使において親としての決定の要素が不可避であり、それに代わって国家機関が過度に自らの子どもの福祉観を絶対化させることに對する一定の警戒感がある。

虐待事例のように、親の行為が子どもの福祉に適わないことが明白な場合はよいとしても、子どもとの接し方において複数の合理的な可能性が存在し、そのいずれが特定の子どもの利益に適っているかが一義的に決定できない場面は存在し得る。もちろん、虐待の認定を行う児童相談所や、下記 (3.2) の関係で教育の専門機関として関わる学校は、一定の専門性に基づき、自らの観念する子どもの福祉を他者に向けて説明する上では情報優位の立場にあるだろう。しかし、特定の子どもと長く深く付き合ってきた親の決定が、専門家の目から見て最善のものでないからといって、一義的に子どもの利益に反するものと認定できるかどうかは、相当程度に微妙である。少なくとも、子どもの福祉の実体的内容について「親の解釈優位」<sup>7)</sup>が妥当する。

#### 2.4 書かれざる憲法上の権利としての親の教育権

民法学においては、私法的観点における親権の位置づけが主として問題になり、子どもとの関係と第三者との関係それぞれにおける性質が問われる。しかし、親権の限界を定め、様々な親権制限措置を授けられた国家は、単に第三者のうちの一人としてそこに関わ

4) 端的に、米倉明「親権概念の転換の必要性」加藤一郎古稀『現代社会と民法学の動向下巻』〔有斐閣、1992年〕359頁(396頁以下)、体系書において、二宮周平『家族法』〔第3版、新世社、2011年〕207頁。

5) 米倉・前掲(注4)364頁。

6) たとえば、大村敦志『家族法』〔第3版、有斐閣、2010年〕117頁以下。

7) 西原博史『良心の自由』〔増補版、成文堂、2001年〕147頁、横田光平『子ども法の基本構造』〔信山社、2010年〕227頁以下、565頁以下。

るわけではない。それを考えた場合、民法における親権保障の裏に、憲法上の基本的人権としての実質を持った親の教育権が不文ながらも存在していることが伺える。

日本国憲法も、前述のように26条2項で親が子どもを「保護」する関係を当然の前提としており、その意味で近代法に共通する親権の存在を踏まえている。問題は、その対国家的な防御権としての実質がどの基本的人権によって保障されているかである。

根拠条文の一つに、憲法13条が挙げられることがある。そこでは、「子どもを養育し、宗教的・道徳的価値観を伝え」ること<sup>8)</sup>が最狭義の自己決定権に関わる問題として、親自身の人格の発露という観点において位置づけられる。ただし、この親の価値観伝達などといった要素が、親個人の問題として語られるか、それとも「家族の形成」という最小単位のコミュニティ形成に向けられたものとして語られるかによって、推論過程は若干の分岐を見せる<sup>9)</sup>。前者の流れとしては、価値観伝達をあくまで個人の人格との関係で捉え、憲法19条における思想・良心の自由と連続したものと位置づけながら、13条+19条を親の教育権の根拠と捉える方向性があり得る<sup>10)</sup>。親の決定権一元論とでも呼ぶべきこの見解は、対国家の関係において親の解釈優位を確保することを主目的に、親の決定権を純粋な親の側の権利だと想定することによって子どもの権利による対抗・制約の関係を構成し、国家の役割をあくまで権利調整的なものに限定しようとする。

それに対し、家族の自律性保障という観点を純化させ、憲法13条による基礎づけを拒絶し、親の教育権を憲法24条で保障されると見るのが横田光平である<sup>11)</sup>。この見解は、ドイツにおける議論を踏まえ、他者を対象とする限りで親の教育権は他の基本権と異質であること、そこにおいては親の権利行使にあたっての絶対的な照準点としての子どもの福祉への拘束が常に前面に立つべきことを強調し、親権行使に実態において親の利己的な自己実現としての要素があることは承認しつつ、子どもの権利との理念的接合性を確保するためにあえて特殊な集団的権利として親の教育権を描き出す。この見解は、対国家の関係で親の解釈優位を確保しようとする点で親の決定権一元論と重なるが、その目的に向けて、子どもとの関係において子どもの福祉という絶対的な照準点を常に機能させるために親独自の人格による基礎づけを拒否する点に特徴がある。親が最善の子どもの福祉の認定者であるとする擬制を親の立場から推論に組み込むものである。それが現実の事例において専門性を基礎に置いた国家介入に対する十分な防壁になり得るかどうかという実践的な判断に、理論選択の分岐点があるように思われる。

8) 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』〔有斐閣、2002年〕147頁。

9) 後者の流れとして、佐藤・前掲書(注8)147頁、竹直勲「親密な人的結合の自由」法学教室176号(1995年)49頁、米沢広一『憲法と教育15講』〔改訂版、北樹出版、2008年〕168頁以下。

10) 内野正幸『教育の権利と自由』〔有斐閣、1994年〕107頁以下、西原・前掲(注7)『良心の自由』311頁、西原博史『子どもは好きに育てていい』〔NHK出版、2008年〕99頁以下。

11) 横田・前掲書(注7)565頁以下。

## 2.5 子どもの成長による親の教育権の後退

民法上の親権は、子どもの成人とともに消滅する。それとともに、憲法上の親の教育権も子どもの成人とともに対象を失う。ただ、子どもという別人格との関係が生じる教育権については、子どもの精神的発達とともに、行使する上での独特の制約が生じる。

特に、子どもにとって必要な価値理念の選択という形で現れる決定権の側面は、子どもの成長とともに、子ども自身が形成してきた価値観と衝突を来す。これは、思春期以降に誰しもが経験することだろう。ただ、その衝突の中において最終的な決定権が親に帰属する場面と、子ども本人に帰属する場面を切り分けることは簡単ではない。たとえば、親から独立に自らの宗教を決定する権利は、子どもに帰属するのか、帰属するとするならば年齢や条件に関し、どのような基準が満たされた場合なのか。この点について、ドイツなどには宗教成人という観念があり、14歳をもって基本的に自らの教会所属について決定する権利が認められている。これは、修道院入所決定の効力や幼児洗礼の意義をめぐる千年以上の論争を踏まえたものである<sup>12)</sup>。しかし、この14歳という基準が、たとえば日本において直ちにカルト宗教から子どもを連れ戻す親の権利を排除する基準として適切かと問われれば、もちろんそこでは別種の考慮が必要になる。

まず何よりも、決定に際しての十分なコミュニケーションが必要になる。子どもの権利条約12条は、「締約国は、自己の意見を形成する能力のある児童がその児童に影響を及ぼすすべての事項について自由に自己の意見を表明する権利を確保する。この場合において、児童の意見は、その児童の年齢及び成熟度に従って相応に考慮されるものとする」と規定する。子ども本人の視点と親の視点が相互に共有された上で合意を形成することが望ましいのであり、そこに向けて十分なコミュニケーションが積み重ねなければならない。

その上で、最終的に見解の対立する場面では、親か子どもか、いずれか一方の意思決定をもって法的な子どもの意思と決定しなければならないことになる。この現象に関する説明枠組は、上記(2.4)の理論的分岐によって変わってくる。親の独立の決定権が想定されれば、子どもの意思との緊張関係は親の決定権に対する子どもの権利による直接的制約の問題となる。他方、親の権利が子どもの利益確保のためにのみ認められると考える場合、子ども本人の意思が子どもの利益と認められる基準が問われる<sup>13)</sup>。

いずれにせよ、子どもの自己決定能力は、年齢とともに変化するし、その他様々な事情によって尊重を要求できる度合いが強まってくる。憲法上の親の権利についても、それまで100パーセントで存在していたものが突然にゼロになるのではなく、子どもの自己決定能力の成長とともに領域的に制限を受けていくものと捉えられる。

12) 西原・前掲(注7)『良心の自由』155頁。

13) 横田・前掲書(注7)609頁以下。

### 3. 親の教育権と学校教育

#### 3.1 教育基本法における親の教育責任の優位

対国家の関係における親の教育権の意義は、日本国憲法によっては黙示的に措置されるだけであった。その状況に若干の変化をもたらしたのが、2006年教育基本法改正である。

前述のように、改正前の1947年教育基本法は、家庭教育を「勤労の場所」などにおける社会教育と同列に置いて奨励の対象としつつ、その実質においてこの法律による目的規定に服従させる形式のものであった。背景には、天皇中心主義から民主制への根本的な意識の変革が必要な時期にあつて、家庭をも民主教育のエージェントとして動員しようとする構造があつた<sup>14)</sup>。それに対し、法律上定められた教育目的による拘束において学校教育を主たる対象と意識しながら、親としての独自の立場を承認することになったのが、2006年教育基本法10条1項である。この条文は、「父母その他の保護者は、子の教育について第一義的責任を有するのであつて、生活のために必要な習慣を身に付けさせるとともに、自立心を育成し、心身の調和のとれた発達を図るよう努めるものとする」と定める。

この規定は、「児童の養育及び発達」についての親の第一義的責任を明記する子どもの権利条約18条と、その目的で指示・指導の責任と権利を親に保障する同条約5条を踏まえる。同時に、条文の後ろ半分で明示的に法律の定める目標に親の教育を服従させる構造であることも否定できない。もともとの提案趣旨としては、「親の教育能力の低下」キャンペーンの中で子どもの道徳的墮落に対する恐怖心を煽りながら進められた教育基本法改正の動き<sup>15)</sup>の下で、道徳的な躰の責任を親に自覚化させようとする意図は見え隠れする。

しかし、その10条の条文において親に「子の教育についての第一義的責任」を認めたことは、育成すべき自立心とは何か、心身の調和がとれた状態はどのようなものかに関する、親の解釈権限の優先を現行法秩序の中に組み込む役割を果たすことになった。包括的な親の教育権の実定法的な承認であると捉えることができる。

#### 3.2 親の教育義務と親の教育権

憲法26条2項は、「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。義務教育は、これを無償とする」と定める。子どもの知的発達との関係で成り立つ狭義の教育に関して、親が負うのは「普通教育」を受けさせる義務である。

学校教育法は16条でこの趣旨を繰り返し、「次条で定めるところにより、子に9年の普

14) 西原博史「教師の〈教育の自由〉と子どもの思想・良心の自由」広田照幸編『自由への問い5教育』〔岩波書店、2009年〕130頁（138頁）。

15) 批判的な記述に、西原博史「教育基本法改正」〔岩波ブックレット、2003年〕22頁以下。

通教育を受けさせる義務を負う」としながら、17条で子が6歳に達した後の学年はじめから12歳に達するまで小学校または特別支援学校小学部に（1項）、それに続けて15歳まで中学校、中等教育学校前期課程または特別支援学校中等部に（2項）、それぞれ「就学させる義務を負う」と定める。こうして、普通教育を受けさせる義務は、「次条に定めるところにより」という句を咬ませることにより、就学義務と等しいものとされる。なお、学校教育法18条は、子どもが病弱などの理由で「就学困難」と認められる時、教育委員会が親に対して就学義務を「免除」ないし「猶予」できるとするが、この発想は、あたかも親の義務が国家に対するものとして成り立っているかのような誤った印象を与える。

意味論的には、普通教育を受けさせる義務と就学義務とは異なる意味を持つ。親が義務づけられているのはあくまで「普通教育を受けさせる」ことであり、親自らが、あるいは親が専門家を任命する方法を通じて、子どもの学習権を充足するに足る十分な質の教育環境を確保できるのであれば、そうした義務教育の果たし方は憲法上、否定されるものではないはずである。にもかかわらず現在の日本の法制度では、学校教育法上の学校に通わせる以外に義務教育を果たす道は認められていない。

この間の間に落ち込むのが、不登校のケースである。学校における人間関係に適応できないなどの理由により、子どもが学校に通うことができなくなることがあるが、それでも就学義務が形式的には貫徹し、実際には通ってなくても「在籍校」で出席の読み替え措置が行われ、卒業認定が行われる。子どもの教育を受ける権利を保障する責任を負った国家が、自らの制度的不備のゆえに十分に責任を果たせていない事実を、形式的に子どもに卒業資格だけを与えることで取り繕う仕組みである（それでも、こうした柔軟な対応策の方が、子どもに通学を強制し続けることによって心理的外傷を負わせるような、不登校問題が認識された初期の対応方法よりは害悪の度合いが小さいことは重要である）。

現在、学校教育法上の学校以外の教育施設で子どもに学ばせることを選ぶ親や、不登校の結果として自らの責任で子どもの教育環境を構築しなければならなくなった親、そしてそうした子どもたちに居場所と学習機会を提供しているフリースクールなどにより、親が学校教育法上の学校以外の場で普通教育を受けさせることを認める法律上の枠組を整えるための立法準備が行われている。もちろん、そうした制度を作る際には、子どもの教育を受ける権利を実効的に保障するために、子どもが享受する学習環境が「普通教育」として十分な質を保っていることを担保する仕組みが必要になる。その基準の策定は簡単ではないが、硬直的で画一的だと言われる学校システムの外にも憲法上の「普通教育を受けさせる義務」を履行する場があり得るといって、現実としてはすでに成り立っており、法的にも憲法解釈上十分に成り立つ状況を追認するために不可欠なステップであろう。