

「教育を受ける権利」の意義・再考

大島 佳代子

はじめに

平成二三(二〇一一)年八月初旬、一年以上居場所が分からず、就学が確認できない学齢期の児童生徒が一一八三人(同年五月一日現在、岩手県、宮城県、福島県を除く)で前年度の約三・六倍であるとのショッキングな報道がなされた(ちなみに、平成一三(二〇〇一)年度以降、「一年以上居所不明」とされた学齢児童生徒数は約三〇〇人から四〇〇人程度で推移してきた)。地域別では、愛知県二七二人、東京都二〇〇人など、大都市を抱える都道府県に集中している。居所不明の原因についての調査資料はなく、保護者の病気による転居、ドメスティックバイオレンス(以下、DV)の被害からの避難、借金などによる一家失踪、海外への出国などが、理由として推測される。⁽¹⁾「一年以上居所不明」とされた後の状況もほとんど把握されていないようであるが、彼らの多くが就学の機会を奪われている状況にあること

は想像に難くない。平成二三年にその数が急増した理由として、調査を行った文科省は、後述するように調査方法の不徹底を挙げている。しかし、そもそも義務教育制度の整備された現代日本において、なぜ「一年以上居所不明」とされる児童生徒が存在するのだろうか。

他方、文科省の平成二三年度「学校基本調査」^②によれば、平成二二年度間の「長期欠席者数」(年度間に通算三〇日間以上欠席した人数)は、小学校で五万二五九四人、中学校で二万四五四四人、中等教育学校(前期課程)で二二二人であったと報告されている。その理由別内訳は、小学校においては不登校を理由とする者が二万二四六三人(約四三%)、病気・経済的理由・その他を理由とする者が三万〇一三一人(約五七%)、中学校においては前者が九万七二五五人(約七八%)、後者が二万七二八九人(約二二%)、中等教育学校においては前者が一七三人(約七五%)、後者が五人(約二五%)となっている。平成二二年度の学齢児童総数は六九九万三三七六人、学齢生徒総数は三五七万四〇七〇人であるから、小学校においては約〇・七五%の児童が、中学校においては約三・五%の生徒が何らかの理由で学校を長期欠席しており、小学児童の約〇・三%および中学生徒の約二・七%が不登校である(なお、不登校児童生徒の全児童生徒数に占める割合は、小学校においては平成一〇(一九九八)年度以降、中学校においては平成一三年度以降ほぼ横ばいである)。

長期欠席者についてはその原因となった状況が改善されれば登校は可能となるが、欠席している間に十分な教育を受けられない事態が起こりうる。更に、長期欠席者のかんりの割合を占める不登校については、そのきっかけも、いじめを除く友人関係をめぐる問題(一五・二%)、学業の不振(八・三%)、親子関係をめぐる問題(一〇・七%)、無気力(二一・七%)、不安など情緒的混乱(二三・七%)など様々であり、その改善のための対応策も一様ではない。不登校児童生徒の中には、フリースクールなどに通うことで教育を受けている者もいる一方、ほとんど教育を受けられない状

況に置かれている者もいるであろう。

そこで本稿では、このような学齢期に何らかの事情によって学校教育を受けていない児童生徒の問題を契機として、憲法二六条が保障する「教育を受ける権利」の意義の再検討を試みる。

- (1) 石川結貴『ルポ子どもの無縁社会（中公新書ラクレ・二〇二一年）三五―三六頁。
- (2) 平成二三年度「学校基本調査」（平成二四年二月六日に確定値公表）。http://www.mext.go.jp/b_menu/foukei/chousa01/kitou/kekka/k_detail/1315681.htm、最終閲覧日二〇二二年九月二日
- (3) 「不登校」とは「病気」や「経済的理由」以外の何かしらの理由で、登校しない（できない）ことにより長期欠席した者とされる。
- (4) 「病気」とは心身の故障やケガなどで入院、通院、自宅療養のため長期欠席した者をいい、自宅療養については、原則として、医師の指示や診断書を有無で判断されるが、本人の周囲の者が適切と判断した場合も含まれる。「経済的理由」は家計が苦しく教育費が出せない、本人が働いて家計を助けているなどの理由で長期欠席した者をいう。また、「その他の理由」は、「病気」「経済的理由」「不登校」のいずれにも該当しない理由により長期欠席した者をいい、例えば、①保護者の教育への考え方や無理解・無関心など家庭の事情、②外国での長期滞在、③国内・外への旅行等、④「病気」と「不登校」などの欠席理由が二つ以上あり主たる理由が特定できない者などが含まれる。
- (5) 平成二三年度「児童生徒の問題行動等生徒指導上の諸問題に関する調査」（文科省初等中等教育局児童生徒課、平成二三年八月四日公表 http://www.mext.go.jp/b_menu/hondou/24/09/_icsFiles/afieldfile/2012/09/11/1325751_01.pdf、最終閲覧日二〇二二年九月二日。

第一章 就学義務と不就学児童生徒

一、就学義務

憲法二六条第二項および教育基本法（以下、教基法）五条の義務教育の規定を受けて、学校教育法（以下、学校法）

一六条、一七条第一項・第二項は、保護者に対して、子に九年の普通教育を受けさせる義務を課し、この義務を、督促を受けてもなお履行しない者に対して、同法一四四条が「一〇万円以下の罰金」を科している。ただし、同法一八条は「病弱、発育不完全その他やむを得ない事由のため」就学困難と認められる者の保護者に対して、就学義務を猶予または免除している。「病弱、発育不完全」については特別支援学校における教育に耐えることができない程度とされ、「その他やむを得ない理由」として、①児童生徒の失踪、②児童自立支援施設または少年院に収容されたとき、③帰国児童生徒の日本語の能力が養われるまでの一定期間、日本語の能力を養うのに適当と認められる措置が講ぜられているとき、④重国籍者が家庭事情等から客観的に将来外国の国籍を選択する可能性が強いと認められ、かつ、他に教育を受ける機会が確保されていると認められる事由があるとき、が挙げられている^⑥。なお、学齢児童生徒が保護者と一緒に（一方の保護者のみの場合も含む）国外に転出した場合、学齢児童生徒が単独で国外に転出した場合、学齢児童生徒が祖父母等と国内に居住しその保護者が国外に転出している場合には、保護者に就学義務が課されないため、就学義務の猶予または免除には当たらない^⑦。また、就学義務の猶予または免除を受けるためには、保護者が市町村の教育委員会に願い出なければならぬ（学校法施行規則三四条）。就学義務を負う者は、日本国民である保護者であり、外国人の場合には義務が課されていない。更に、現行制度の下では、就学は学校法一条が定める学校（いわゆる一条校）への就学を意味し、インターナショナルスクールやフリースクールなどへ子を就学させても就学義務を履行したとはみなされない。ちなみに、平成二三（二〇一一）年度「学校基本調査」によれば、就学免除者は二二一人（学齢児童一五六二人、学齢生徒六四九人）、就学猶予者は一六八三人（学齢児童一二二九人、学齢生徒四五四人）である^⑧。

二二 学齡簿と一年以上居所不明者

「一年以上居所不明者」とは、文科省の「学校基本調査」の不就学学齡児童生徒調査の一項目として、前述の就学給予または免除者とは別に計上されている。

学校法施行令は、市町村教育委員会（以下、市町村教委）に対して、その区域内に住所を有する学齡児童および生徒について学齡簿を編成することを義務づけている（一条第一項）。それを受け、市町村教委は、一〇月一日現在で当該市町村に住所を有する者で翌年度の初めまでに満六歳に達する者（就学予定者）について学齡簿を編成しなければならぬ（同施行令二条）。学齡簿の編成義務とは児童生徒の入学時だけでなく、就学義務が終了するまで、これを整備し、保管することを意味する。¹⁰⁾

学齡簿の編成は当該市町村の住民基本台帳に基づいて行われる（同施行令一条第二項）が、台帳に記載されていない者であっても、当該市町村に住所を有するのであれば、学齡簿を編成することとされ、その場合、市町村教委は、住民基本台帳に脱漏または誤載があると認める旨を遅滞なく当該市町村長に通報することとされている。¹¹⁾ 転入または転居の届け出があったときは、市町村長は、速やかにその旨を当該市町村教委に通知しなければならない（同施行令四条）。また、市町村内の区域内に転住してきた学齡児童生徒を学齡簿に記載したときは、当該教委は、その旨を速やかに前住所地の教委に通知するよう求められている。¹²⁾

学齡簿には、学齡児童生徒に関する事項、保護者に関する事項、就学する学校に関する事項、就学の督促に関する事項、就学義務の猶予又は免除に関する事項、その他の事項（市町村教委が必要と認める事項）について記載しなければならぬ（学校法施行規則三〇条）。

このように、学齡簿は、就学義務の発生および履行状況を把握し、義務教育の実施を確保するために編成されている。

しかし、学齢簿の編成・整備が住民基本台帳に基づくことから、住民票を残したまま児童生徒が学校に来なくなったような場合には居所不明となる。そこで、そのような場合で、一年以上居所が不明であるときには、住民票が消除されるまでの間、その旨を学齢簿の異動事項欄に記入し、学齢簿の編成上、就学義務の猶予または免除のあった者と同様に別に簿冊を編成することとされてきた。¹³⁾ところが平成二三(二〇一一)年一月に文科省が五四の市区教委に行ったアンケート¹⁴⁾によると、そもそも約二割が学籍簿と別に簿冊を編成しておらず、居所不明者数の計上方法についても、約半数が通達とは異なる方法で計上していたことが明らかになった。このような調査方法の不徹底が、前年比三・六倍増の原因であったのである。

しかしながら、「一年以上居所不明者」の問題にはより深刻な問題が含まれている。すなわち、現行法の下では、保護者が住民票を異動できない事情を抱えている場合に、ひとたび居所不明となると、当該児童生徒がどこに居住しているかを把握することが難しいことに加え、転入届が出せないときには、転校もできずに就学の機会そのものを失うことになる点である。

(6) 文科省ホームページ「就学義務Q & A」八、就学義務の猶予又は免除について http://www.mext.go.jp/a_menu/shoutou/shugaku/detail/1310253.htm、最終閲覧日二〇二二年九月二日。

(7) 同右。

(8) インターナショナルスクールの中にも、幕張インターナショナルスクールのように一条校として認可された(二〇〇九年全国初の指定)学校もある。

(9) 「就学義務の猶予又は免除に関する就学事務処理上の留意点について」(平成二三年一月一〇日、二三初初企第七二五号)によると、保護者からの願い出がないまま就学義務の猶予や免除をしている例、国外に転居した学齢児童生徒を就学義務猶予または免除者として取り扱っている例が確認され、「一年以上居所不明者」同様、本通知により調査方法の徹底が図られた。

(10) 「学校教育法施行令の制定について」(昭和二八年二月七日、文総審第一一八号、文部事務次官連達)

(11) 「住民基本台帳法の制定に伴う学校法施行令および学校法施行規則の一部改正について」(昭和四十二年一月二日、文初財第三九六号、文部省初等中等教育局長通達)

(12) 「学齢簿および指導要録の取扱について」(昭和三十三年二月二十五日、文初財第八三号、文部省初等中等教育局長通達)

(13) 同右。

(14) 文部省は平成三年一月二十九日から二月二十八日にかけて、政令指定都市、県庁所在地、世田谷区、江戸川区、練馬区の各教育委員会(五四市区教委)に対して、「一年以上居所不明者数」の計上方法等について調査を行った(平成三年度学校基本調査『不就学学齢児童生徒調査』における「一年以上居所不明者数」の計上方法等に「う」] http://www.mext.go.jp/a_menu/shotou/shingaku/detai/1307960.htm、最終閲覧日二〇一二年九月二日)。その上で、前出の昭和三三年通達に基づいた調査を徹底すべく、平成三三年四月一日付で「学校基本調査『不就学学齢児童生徒調査』における「一年以上居所不明者数」の取扱について」という通知を出した(三生調企第一号)。

第二章 長期欠席者と修了認定

一、法制度

学校法三二条は「小学校の修業年限は、六年とする」とし、同四七条は「中学校の修業年限は、三年とする」と定める。同一七条は、保護者に対し、「子の満六歳に達した日の翌日以後における最初の学年の初めから、満一二歳に達した日の属する学年の終わりまで」小学校または特別支援学校の小学部に就学させる義務(第一項)を、「子が小学校又は特別支援学校の小学部の課程を修了した日の翌日以後における最初の学年の初めから、満一五歳に達した日の属する学年の終わりまで」中学校、中等教育学校の前期課程または特別支援学校の中等部に就学させる義務(第二項)を課している。また、学校法施行規則五七条は「小学校において、各学年の課程の修了又は卒業を認めるに当たつては、児童の平素の成績を評価して、これを定めなければならない」とする(同規則七九条により中学校に準用)。

このように、法制度としては、義務教育は、満六歳から満一五歳までの間、小学校六年間、中学校三年間と定められている。課程の修了および卒業の認定については「平素の成績を評価して」行われるが、その際、学年⁽¹⁵⁾の中途において学力の認定を行い上級学年に進級させることはできず、各学年の課程の修了は学年の終わりに認定すべきものとされ、各学年の課程を修了しないで上級学年への進級は認められない⁽¹⁶⁾。また、義務教育においても原級留置は認められるが、満一五歳を超えて原級に留まった場合には、保護者の就学義務は延長されない⁽¹⁸⁾。

そこで、問題になるのが、不就学・長期欠席児童生徒の課程修了および卒業の認定である。この点につき、昭和二八（一九五三）年、兵庫県教育委員会委員長の照会に対する初等中等教育局長回答⁽¹⁹⁾が、「学校の規定した総授業時数に満たない生徒についても適当な方法でその成績を評価することにより卒業を認定することはあり得る」⁽²⁰⁾が、「総授業時数の半分以上も欠席した生徒については、特別の事情のない限り、卒業の認定は与えられない」としている。もともと、本回答が出された時代と現代では不就学や長期欠席が生ずる社会的背景も異なり、今日、行政実例として「総授業時数の半分以上の欠席」が卒業認定の判断基準となっているとはいえないようである⁽²¹⁾。しかし、いずれにせよ、課程修了及び卒業認定については、校長に広い裁量権が与えられており、その違法性が争われることもほとんどないが、留年⁽²²⁾を希望する親の意に反して小学校の校長が進級させたことの取消しを求めたケースがあるので、以下に紹介する。

二. 神戸市立小学校進級処分取消請求事件（神戸地判平成五（一九九三）・八・三〇（確定）⁽²³⁾）

【事実の概要】

原告は昭和六三（一九八八）年に市立A小に入学し、一年から四年までの成績は普通から良の方で、身体の成長は良

好、性格も明るい生徒であった。五年に進級した後、原告がクラスで泥棒扱いを受けたり物を盗まれたりしたとの理由で、原告の父は平成四（一九九二）年六月から原告を登校させないようにするとともに、学校側にクラス替えを申し入れたが拒否された。原告は、同年六月二十七日から登校を再開したが教室での受講を拒否し、同年九月末日までの間、別室で一人でプリント等の学習をした。同年一〇月一日、原告の父は、原告を留年させるのが妥当であると考え、留年させるから別室指導は不要であると学校側に伝えるとともに原告の登校を止めさせた。これに対し、学校側は、教頭等から父に対し原告を登校させるよう促すとともに、担任からは原告に対し級友を通じて学校や学級の行事等を知らせる連絡等を行った。また、神戸市教委が隣接する小学校への指定外通学を提案したが、父はこれを拒否した。翌年三月に校長は原告を同校の第六学年に進級させるとの処分（以下「本件処分」）を行ったので、原告は、本件処分の取消しを求めて提訴した。

【判旨】

（一）進級認定の判断基準

小学校の各学年の課程の修了認定は、児童の平素の成績を評価して行う（学校法施行規則一七条（現行五七条））とされているが、その判断は、高度に技術的な教育的判断であるから、学校長の裁量に委ねられていると解せられる。そして、その認定は、義務教育であり、かつ心身の発達に応じた初等普通教育を施す小学校にあつては、…児童本人の性格・資質・能力・健康状態・生活態度・今後の発展性を考慮した教育的配慮の下で総合的判断により決せられなければならない。仮に、学業成績や出席日数のみに基づき、進級をさせないとした場合、小学校の段階では年齢により、体格・精神年齢・運動能力に顕著な差があり、一学年遅れると次学年の児童の間に溶け込むのに大変な努力が必要となる

し、社会的な違和感に耐える必要があるという著しい不利益を被ることを考慮すべきである。したがって、進級認定の可否を単純な成績評価や出席日数のみで判断するのは妥当でない。

(二) 別室指導を出席日数に含めて判断することの適否

(本件の) 事実からすれば、原告は、学校の監督下で学校側の指導方針に従って学習していたことが認められる。：そして、本件のように原告自身が正規の教室において授業を受けるのを拒否しているという特殊な事情の下で、学校側の人員の制約等を考慮すれば、：別室指導もやむを得ない措置であって、正規の授業と同視してもよいというべきであり、別室指導を出席日数に含めるべきでないとする原告の主張は採用できない。

(三) 七一日間²⁴の出席で進級を認めることが校長の裁量権の逸脱といえるか

原告は、学校法一九条(現行三二条)、文部省初等中等局長回答²⁵を挙げて、出席日数が年間の三分の一くらいに極端に少ない児童は、たとえ、成績が良くても進級させてはならないと解釈すべきであり、本件処分は校長の裁量権の逸脱であると主張する。しかし、(同)条は小学校は六学年制を採用することを明記しているだけであるし、右：回答は、学年の途中で学力の認定を行い上級学年に進級させることはできないとしているものであり、本件において直接の指針となるものではない。一般的に義務教育では年齢主義的な学年制の運用がされているが、殊に、初等普通教育においては「心身の発達にに応じて」教育を施すことを目的としており(学校法一七条(現行二九条)²⁶)、小学校の段階では年齢により、精神年齢・運動能力・体格等・心身の発達に顕著な開きがあることから、年齢別の教育が最も適するといえる。また、右の目的を達成するために小学校の教育の目標は社会生活・日常生活における経験に基づいて必要な能力を養うことに主眼が置かれている(同法一八条(現行三〇条)²⁷)が、この目標達成のためには、同じ社会生活・日常生活上の経験を有する同年齢の児童ごとに教育することが最も適していると解せられる。：：原告は、身体の成長が良好で、五年

一組の児童中、体格が一番よいことが認められるし、更に、運動能力・精神年齢等が他の同年齢の児童と比して劣っていて一年下の学年の児童と共に教育する方が適すると判断される事情は全く認められない。したがって、本件処分が校長の裁量権の逸脱であるといふことはできない。

(15) 小学校の学年は四月一日に始まり、翌年の三月三十一日に終わる（学校法施行規則五九条、同七九条で中学校に準用）。

(16) 「学齢と進級についての法的解釈について」（昭和二九年一〇月一九日、雑初第三五六号、初等中等教育局長回答）

(17) 「課程の修了又は卒業の認定等について」（昭和二八年三月二二日、兵庫県教育委員会教育長あて、初等中等教育局長回答）は、学校法施行規則二七条（現行五七条、二八条（同五八条）により原級留置は可能であるとしている）。

(18) 同右。

(19) 同右。

(20) 昭和三〇年九月三〇日付の「義務教育諸学校における不就学および長期欠席児童生徒対策について」（文初中第三二七号・厚生省文見第一八八号・収婦第四四号、文部事務次官・厚生事務次官・労働事務次官通達）によれば、当時、不就学・長期欠席状態にある学齢児童生徒数が三〇万人を超え（学齢児童生徒総数は一六四万五二九三人）、児童生徒の不良化、不当労働慣行（いわゆる人身売買）等と関連していると報告されている。

(21) 例えば、平成四年九月二四日「登校拒否問題への対応について」（文初中第三三〇号、初等中等教育局長通知）は、登校拒否児童生徒が学校外の施設において相談・指導を受ける場合、一定の要件を満たせば、それらの施設で相談・指導を受けた日数を指導要録上出席扱いとすることができるとしている。また、いわゆる「保健室登校」も欠席者として扱われない（文科省「質疑応答集（初等中等教育機関、専修学校各種学校編）問三〇」）
http://www.next.go.jp/h_menu/foukei/chousa01/kinouqa/1292141.htm、最終閲覧日二〇二二年九月二二日）。

(22) 高校レベルでは、原級留置処分および退学処分の取消しを求めたケース（神戸地判平五・二二・三三、大阪高判平六・一一・二二、最判平八・三・八）、原級留置処分の無効確認を求めたケース（東京地判昭六二・四・一、東京高判昭六二・二二・一六）、原級留置処分の無効確認および債務不履行に基づく損害賠償を求めたケース（東京地判平一九・三・二六）がある。

(23) 判例タイムズ八三三号一七七頁。本件については、本案訴訟とともに、進級認定処分の執行停止が申し立てられたが、神戸地裁は「回復困難な損害を避けるための緊急の必要があるとき」に当たらないとして却下した（神戸地決平五・五・一一）。

- (24) ちなみに、平成四年度のA小学校第五学年の総授業日数は二三五日であった。
- (25) 「学齢と進級についての法的解釈について」（注（16）参照）。本回答は、小学校の三学年に在籍している児童（虚弱のため一年遅れて入学）を第一二期より四年生へ進級させることの可否を問う東京都教育長宛ての回答である。
- (26) 新旧いずれも「小学校の目的」に関する規定であるが、文言に若干の違いがある。
- (27) 新旧いずれも「小学校教育の目標」に関する規定であるが、内容的な修正がなされている。

【検討】

本判決は、修了の認定は、児童本人の性格・資質・能力・健康状態・生活態度・今後の発展性を考慮した教育的配慮の下で総合的判断により決せられなければならないと、進級認定の可否を単純な成績評価や出席日数のみで判断するのは妥当ではないとする。その上で、原告の学力、別室指導、出席日数（別室指導も含め、総授業日数の約三割）のいずれの点からも、裁量権の逸脱はないとした。

本判決の意義は、出席日数七一日間で進級を認めることとの関連で、小学校の段階では「年齢別の教育が最も適する」と説示したことにある。

義務教育制度における義務の完了を認定するに当たり、わが国においては、昭和一六（一九四一）年の国民学校令が「満一四歳二達シタル日ノ属スル学年ノ終迄」（八条）として以来、現在の学校法⁽²⁸⁾においても年齢主義⁽²⁹⁾が採られている。つまり、年齢に達したならば、自動的に義務教育は終了したと認めるものである⁽³⁰⁾。しかし、実際には、原級留置も、学齢超過者の公立中学への就学⁽³¹⁾も認められている⁽³²⁾。加えて、わが国の小・中学校では、児童生徒は所定の教育課程をその能力に応じて一定の年限の間履修すればよく、特に最終の合格を決める試験もなく、所定の目標を満足させるだけの履修の成果を上げることが求められていないとする「履修主義」が採用されている。修了認定について学校長に広範な裁

量権が認められている背景には、これらの考え方も影響しているものと思われる。

義務教育の目標を達成し児童生徒に学力を保障するために、義務教育の修了の認定や評価の考え方として、いかなる考え方に立つかは教育政策の問題ではある。しかしながら、教育政策も憲法の制約を受けることは論を俟たない。そこで、次章では、憲法二六条が保障する教育を受ける権利に関する憲法学説の展開を振り返りつつ、その保障の意味について考える。

(28) 学校法一七条第一項および第二項。

(29) これに対し、一定の教育課程の習得をもって義務教育が終了したとみる「課程主義」という考え方がある。「課程主義」は、児童生徒は所定の教育課程を履修し、目標に関し一定の成果を上げて単位を取得することが必要であるとする「修得主義」の考え方と親和的である。

(30) ここでの「年齢主義」「履修主義」「課程主義」「修得主義」の定義は、平成一五年に中央教育審議会初等中等教育分科会が受けた諮問「今後の初等中等教育改革の推進方策について」に対し、平成一七年に公表された「義務教育に係る諸制度の在り方について（初等中等教育分科会の審議のまとめ）」の中に示されたものに従った。http://www.next.go.jp/b_menu/shing/chukyov/chukyov0/foushin/05082301.htm、最終閲覧日二〇二二年九月二二日。

(31) 文科省ホームページ「就学事務Q&A」二. 学齢超過者の中学校への入学の許可について http://www.next.go.jp/a_menu/shotou/shingaku/detail/309971.htm、最終閲覧日二〇二二年九月二二日。

(32) 二〇〇〇年の国勢調査の結果報告によれば、一六歳以上で小学校・中学校等に在学している者の数は四万九二五四人、そのうち一六歳から一九歳までの十代の在学者数は三万七六八〇人であった。第二次基本集計・全国結果・報告書掲載表第一四表参照。<http://www.e-stat.go.jp/SGL/estat/Xlsdl.do?smid=000000031831F>、最終閲覧日二〇二二年九月二二日。

第三章 教育を受ける権利の性格

一、「学習権」の承認

元来、憲法二六条の目的は、憲法二五条が文化的な最低限度の生活を営む権利を国民に保障していることを受け、「国家が教育の機会均等につき配慮すべきことを国民の側から権利として把握したもの」として、教育の機会均等を実現するための経済的配慮を国家に対して要求する権利として捉えられていた。⁽³⁴⁾

しかしその後、いわゆる家永教科書訴訟における教育権論争の中で展開された教育法学説を受け、憲法学説においても、教育を受ける権利を学習権を中心に構成するものがみられるようになった。例えば、小林直樹は「『教育を受ける権利』は、思想や学問の自由との関連で、主体の側に即してより積極的に、国民（とくに児童・青少年）の学習権として捉えることができよう」とし、奥平康弘も、学習権の発想には知る権利やマス・メディアへのアクセス権などの権利構成と似て主体的・能動的な面が強調されている点で、学習権的意義づけを評価している。⁽³⁵⁾

最高裁も、旭川学力テスト判決⁽³⁷⁾（以下、学テ判決）において、「この規定の背後には、国民各自が、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権能ではなく、何よりもまず、子どもの学習をする権利に対応し、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」と述べ、学習権を認めた。

二. 学習権の内実と教育を受ける権利との関係

このように憲法学説・判例のいずれもが学習権を認めるに至ったが、その内実および教育を受ける権利との関係については、見解の違いがみられる。

芦部信喜は「教育を受ける権利は、その性質上、子どもに対して保障される。その権利の内容は、子どもの学習権を保障したもの⁽³⁸⁾」とし、学テ判決を引用している。野中俊彦は「教育を受ける権利は、そのような子どもの学習権の観念を前提として、国民が国家に対して合理的な教育制度と施設を整え、適切な教育の場を提供することを要求する権利」であり、具体的な制度・設備の整備に関しては立法府の裁量が働くが、それは「学習権の保障という観点からの制約を受ける」と主張する⁽³⁹⁾。浦部法穂も、学習権を基底にすえてとらえることで、教育を受ける権利の意味は「国民が、おのの能力以外の理由によって教育を受ける機会を逃してしまうことのないように、国は条件整備をすべきである」というよりも、国民すべてが、ひとしく、おのの能力に応じた教育を受けられるように、国は条件整備をすべきであると解されるとする⁽⁴⁰⁾。

他方、学習権の具体的内容に言及する学説もある。例えば、洪谷秀樹は「教育を受ける権利を教育権と略すと教育を授ける権利との区別がいまいちなること、またもっぱら受動的に教育を施されるといふ含意をもちかねないことから、この権利を学習権と呼ぶ⁽⁴¹⁾」としたうえで、子どもの学習権の具体的内容として、「教育の制度・設備を整備し、機会均等の保障を政府に対して請求する権利」、「教育内容について、自己の精神形成にとって必要・十分な内容・水準の授業を要求する権利」、学習権を侵害する行為を排除する権利をもつとしている⁽⁴²⁾。松井茂記は「教育を受ける権利の出発点は、子どもが妨げられることなく学習する権利であり、教育はこの学習権を保障するためのもの⁽⁴³⁾」であるとしたりうえで、教育が政治参加のプロセスにとって不可欠な事柄であることからすれば、「すべての国民が自由に学び（学ぶ自由）、教

育を受け（教育を受ける自由）、そして自由に教育すること（教育の自由）が保障されていると主張する（もつとも、その根拠を二三条の「学問の自由」に求めている）⁴³。

こうしてみると、学習権の意味内容について通説的な理解があるようには思われない。教育を受ける権利と学習権を同義と捉えているもの、義務教育制度の整備に関して国に認められた裁量を統制するひとつの基準として学習権を位置づけるもの、学習権から具体的な権利を導き出そうとするものなど、様々である。

他方、判例は、子どもが「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」（学テ判決）と説示するが、最高裁自身、教育を自己に施すことを大人一般に要求する権利が具体的な請求権であると考えていないことは、この説示部分のすぐ後で、子どもの教育は「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」と言い換えていることから推測できる。その上、最高裁は、国民各自が有する「学習をする固有の権利」の具体的な内容については何も語っていない。この点につき、奥平康弘は「学校教育の場であれ社会・公民教育の場であれ、ある者が憲法上学習権をもつという場合、どんな権利が意味されているのだろうか。誰に対して、どんなときに、なにを要求する権利なのだろうか」と主張し、戸波江二は「学習権論は、教育を受ける権利に、子どもの教育主体性、子どもの学ぶことの教育学的意味を付与するものではあったが、そこから特別の法的意義を導き出す道具概念とはいいがたい」と述べ、その法律学的有用性に疑問を呈している⁴⁶。

確かに、憲法学説や判例が学習権を承認したことによって、その第一義的主体である子どもが学習権を有することの具体的効果としてどのような権利・利益を持つのか、それらがいかなる性格のものかといった議論が深められてきたようには思われない。それよりは、むしろ子どもの学習権を充足するための教師や親の教育の自由の問題として議論が展開されてきたといえよう。

三、複合的性格

教育を受ける権利の法的性格については、しばしば複合的性格の人権であると説明される。中村睦男は「教育を受ける権利の基底には教育の自由が存在し、両者の間に相互関連性がある」と述べ、自由権的側面として教育の自由を指摘する。⁽⁴⁸⁾佐藤功は、教育を受ける権利を「自由権としての性質と生存権的基本権としての性質の両面をもつ」とし、「自由権の側面としては、国民が、その受ける教育の内容に対して国の介入・統制を加えられることなく、自由に教育を受けることができることを意味する」と主張する。⁽⁴⁹⁾野中俊彦は「教育を施す自由はもちろんのこと、教育を受ける権利も、観念的にはまず自由権に属する」が、「現代の高度な技術文明の展開は、教育施設や教育専門家を具備した教育制度を前提とした教育を必然的に要求している」ことから、教育を受ける権利は自由権的側面と社会権的側面を併有した複合的性格の人権であると主張している。⁽⁵⁰⁾長尾一紘も「すべての国民は、生れながらにして、教育を受けることにより人間的に成長・発達していく権利を有するが、この権利が国家に対して条件整備を要求する権利にまで高められたのが、教育を受ける権利である」とし、自由権としての側面と請求権としての側面を認める。そして、自由権的側面は「児童・生徒等が内容において自由な教育を受けること」、「内容において中立な教育を受けること」、⁽⁵¹⁾「教育機関・施設ないし教育上の諸制度の利便の享受を妨げられない権利」⁽⁵²⁾を保障するとする。

しかし、教育を受ける権利の複合的性格を認める学説においても、自由権的側面の意味するところに統一的な理解があるとはいえない。むしろこれまで、教育を受ける権利の自由権的側面は、主に「教育の自由」と同義（または、その一内容を指す）と理解する文脈で主張されてきたように思われる。

「教育の自由」をめぐっては、そもそも「教育の自由」とは何をいうのか―「教育する自由」なのか「教育内容を決定する自由」(この問題を論ずるときには、しばしば「教育権」という用語も使用された)なのかが問われた。また、

教育の自由の主体（教師、親、私立学校など）ごとに、各主体の有する教育の自由の法的性質やその具体的内容、そしてその根拠となる憲法の規定などにつき、様々な見解が示されてきた。たとえば、「教師の教育の自由」については、学テ判決が二三条に基づいて普通教育における教師に一定の範囲で教授の自由を認めたことで、二六条との関連性が問題となった⁽⁵⁴⁾。さらに、教師の公務員という立場の特殊性、教室の密室性などと関連して「教師の教育の自由」の権利としての性格も問題とされた。

こうして、教育を受ける権利の自由権的側面と教育の自由の異同について意識的に論じられないまま、「教育の自由」をめぐる議論が展開されてきた⁽⁵⁵⁾。もっとも、「教育の自由」の憲法上の根拠も、憲法二六条ではなく他に求める説も多い⁽⁵⁶⁾。たとえば、奥平康弘は「教育＝学習にかかわる精神生活にあつては、近代憲法は、思想・良心の自由、宗教の自由、表現の自由、学問の自由などの、精神活動の自由を広く保障している」と述べ、教育の自由の根拠を、これら精神的自由権に求めている。近時の憲法学の教科書において、教育を受ける権利を精神的自由権として取り扱うもの⁽⁵⁸⁾がみられるのは同様の考え方に立つものといえよう。これに対し、二六条に自由権的側面を認めることに不定的な主張もみられる。たとえば、佐藤幸治は「『教育を受ける権利』とは、国民が『幸福追求権』の一環として教育の自由を有することを前提に、国に対して合理的な教育制度と施設を通じて適切な教育の場を提供することを要求する権利」だとし、二六条の教育を受ける権利は社会権であると主張する⁽⁵⁹⁾。君塚正臣も、教育に関する精神的自由の側面は当該条項の問題とし、「憲法二六条の守備範囲を『ひとしく』という社会権的性⁽⁶⁰⁾格」だと主張している。

以上で概観したように、学習権の意義、教育を受ける権利の性格等の解釈をめぐって、様々な学説が示され議論の蓄積をみた。それによれば、これまでの憲法学の主たる関心は、教育を受ける権利を教育の自由と関連づけて論ずることにあつたといつてよいであろう。翻つて、社会権としての教育を受ける権利については、あまり活発に議論されてきた

とは言い難い。二六条一項が定める教育の機会均等との関連で障害のある子どもの学校・学級選択が問題とされ、二項が定める義務教育の無償との関連で無償の範囲をめぐる学説の対立がみられた程度である。そこで、今一度「その能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利」の意味について確認する。

四 「その能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利」

憲法二六条一項は「その能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利」を保障している。「能力に応じて」という文言の意味については、一般に「各人の適性や能力の違いに応じて異なった内容の教育をすることが許される趣旨」⁽⁶³⁾と解されている。つまり、適正公平な能力の判定によるほかは、性別・門地・人種その他による不合理な差別は許されないとする趣旨である。次に「ひとしく」の意味であるが、それが形式的平等を意味することは、教基法四条第一項が「すべて国民は、ひとしく、その能力に応じた教育を受ける機会を与えられなければならない」と規定しているところからも明らかである（傍点筆者）。しかし同時に、同条第二項が「障害のある者が、その障害の状態に応じ、十分な教育を受けられるよう、教育上必要な支援を講じなければならない」、同条第三項が「経済的理由によつて修学が困難な者に対して、奨学の措置を講じなければならない」と規定している。前者は障害児に対する教育機会の保障の要求に、後者は経済的能力の格差是正を目的とした実質的平等の要求に応えるものである。

実質的平等の保障は、資本主義経済の発展とともに明らかとなつた社会的・経済的その他諸々の現実の不等の是正を要求する。どこまで平等を実質化するかは第一義的には立法府に委ねられている。しかし、個別の状況の中では、憲法に基づいて実質化が求められることがありえよう。日本国憲法がいわゆる近代的意味の平等にとどまらず、「社会権の規定を設け、実質的平等の保障をも志向している」⁽⁶⁵⁾ことからすれば、社会権規定としての二六条の「ひとしく」の意

味は実質的保障を含む規定と解釈すべきであり、実定法による教育を受ける権利の保障が「ひとしく」与えられていないときには、本条を直接の根拠として実質的平等の実現が図られるべきである。とはいえ、どこまで「ひとしく」保障されなければならないかは、具体的な不平等（差異）状態に応じて、個別に検討する必要がある。

- (33) 法学協会『註解日本国憲法上巻』（有斐閣・一九五三年）五〇〇頁。
- (34) 橋本公巨『日本国憲法〔改訂版〕』（有斐閣・一九八八年）四〇二―四〇三頁。
- (35) 小林直樹『新版』憲法講義上（東大出版会・一九八〇年）五七〇頁。
- (36) 奥平康弘「教育を受ける権利」奥平信喜編『憲法Ⅲ人権（2）』（有斐閣・一九八二年）三八四頁。もっとも、奥平は、「教育を受ける権利」の本身・実体は、思想・信条の自由、表現の自由、学問の自由などの憲法保障のわく組みの中で確定し充足されると理解することから、憲法二六条レベルにおける「教育を受ける権利」は措置要求的な性格の権利だとしている（奥平『憲法Ⅲ』（有斐閣・一九九三年）二五六頁）。
- (37) 最大判昭五一・五・二一刑集三〇巻五号六一五頁。
- (38) 奥平信喜Ⅱ高橋和之補訂『憲法（第五版）』（岩波書店・二〇一一年）二六四頁。
- (39) 野中俊彦Ⅱ中村睦男Ⅱ高橋和之Ⅱ高見勝利『憲法Ⅰ（第五版）』（有斐閣・二〇一二年）五一七―五一八頁（野中執筆）。
- (40) 浦部法穂『憲法学教室（全訂第二版）』（日本評論社・二〇〇六年）一九九頁。
- (41) 渋谷秀樹『憲法』（有斐閣・二〇〇七年）三二四頁。
- (42) 同右書、三一五―三二六頁。
- (43) 松井茂記『日本国憲法（第三版）』（有斐閣・二〇〇七年）五〇〇頁。
- (44) 奥平『憲法Ⅲ・前掲書注（36）』二〇七頁。
- (45) 戸波江二「国民教育権論の展開」日本教育法学会編『教育法学の展開と二世紀の展望』（三省堂・二〇〇一年）一〇九―一一〇頁。
- (46) 内野正幸も早い段階から学習権の法的有用性を問題としている（内野正幸『教育の自由の権利と自由』（有斐閣・一九九四年）二二〇頁）。
- (47) 中村睦男『社会権法理の形成』（有斐閣・一九七三年）三二四頁。
- (48) 中村は、教育を受ける権利を学習権的に捉えることの意義を、教育を受ける権利（社会権）と教育の自由（自由権）との結びつきがより密接で、

両者が不可分であることを、学習権を媒介することによってより明確にしていることにみる。中村睦男『憲法三〇講（新版）』（青林書院一九九九年）一五〇頁。

(49) 佐藤功『日本国憲法概説（全訂第四版）』（学陽書房・一九九一年）二八八頁。

(50) 野中他・前掲書注（39）五一七頁。

(51) 長尾一紘『日本国憲法（新版）』（世界思想社・一九八八年）二七九頁。

(52) 公立学校においては教育内容が政治的・宗教的に中止であること、私立学校においては政治的に中止であることが要請されるという。同右書、二八〇頁。

(53) 同右書 二八〇、二八二頁。

(54) この点につき、有倉達吉『憲法と教育』公法研究三三三号三六頁も参照。

(55) このような議論状況に対して、内野正幸は「『教育を受ける権利の自由権的側面』という言葉は、『教育の自由』の同義語またはその一内容として理解されることもありえた。しかし、それは『教育の自由』とは原則的に別個のものとするべきであろう」と主張し、二六条から「教育を受ける側の自由」を導出する。内野正幸『表現・教育・宗教と人権』（弘文堂・二〇一〇年）一一三頁。

(56) 最高裁が、学テ判決において、教師の教授の自由一定の範囲で認められた際の根拠は憲法三三条である。

(57) 奥平『憲法Ⅲ』・前掲書注（36）一一二五頁。

(58) 浦部・前掲書注（40）は第二章「精神的自由権」の第四節二で「教育の自由と教育を受ける権利」として取り扱っている。また、渋谷・前掲書注（41）は第三編「人権各章論」の第三章「精神生活」第二節「内心の自由」の第三項「学習権」の中で教育をうける権利を論じている。

(59) 佐藤幸治『憲法（第三版）』（青林書院・一九九五年）六二六頁。

(60) 君塚正臣『社会権としての『教育を受ける権利』の再検討』横浜国際社会科学研究所第一五巻五号一一一五頁。本論論文は、憲法二六条の解釈論を、憲法学と教育法学に跨って丁寧に整理している。

(61) さしあたり、米沢広一『憲法と教育一五講（改訂版）』（北樹出版・二〇〇八年）一三八―一五四頁、竹中勲『憲法上の自己決定権』（成文堂・二〇一〇年）二二―三三頁参照。

(62) 無償範囲法定説、授業料無償説、就学必需費無償説ないし就学費無償説の対立がみられた。最高裁は、いわゆる教科書費国庫負担請求事件（最大判昭三九・二・二六民集一八巻一号三四三頁）において、授業料無償説を採用した。もっとも、昭和三八年に義務教育諸学校の教科用図書は無償措

「教育を受ける権利」の意義・再考

同志社法学 六四巻七号 四三三（二四五九）

置に関する法律が制定されたことにより、教科書は無償供給されるようになった。佐藤幸治は、これを「憲法の要請を越えた措置である」とする（『日本国憲法論』（成文堂・二〇一二年）三七二頁）。

(63) 野中他・前掲書注（39）五一九頁。

(64) 小林・前掲書注（35）五六九頁。

(65) 野中他・前掲書注（39）二八一頁（野中執筆）。

第四章 憲法二六条と実質的な教育機会の保障

先に論じた一年以上居所不明者や長期欠席者の問題は、実質的に教育を受ける機会を失っている児童生徒の存在を顕在化させた。もちろん、両者とも就学を猶予または免除されていない限り、就学すべき学校は指定されているので、形式的には教育を受ける機会は保障されている。しかし、憲法二六条、教基法四条が保障する教育の機会均等は、就学すべき学校を指定さえすれば、それで足りるのである⁽⁶⁶⁾。

一．一年以上居所不明者の場合

一年以上居所不明者の場合、住民票を残したまま転居せざるを得ない事情があることを考えれば、転居先で学校に通っている可能性は高くないであろう。DVの加害者から避難しているときには、子どもの転校先から避難先が判明することもあり、通学させることを躊躇っていることもありうる。加えて、借金を理由として失踪したときには、通学させる代わりに塾や家庭教師を利用することも困難であろう。このような状況下では、子どもは自らの意思や努力では変えられない親の事情によって学校教育を受けられない事態に陥っている。その上、これらのケースでは、保護者に対する

義務の督促も困難である。

そもそも、保護者の就学義務不履行に対する罰則規定（学校法一四四条）の趣旨は「義務教育の徹底を期するために、それについての自覚のない保護者から子を守り、国民として必要な最低限度の教育を保障しよう」⁽⁶⁷⁾とするものと解される。しかし、右のようなケースでは、保護者の無自覚というよりは、子どもを通学させたくてもさせられない事情による義務の不履行といえる。そして、その不履行は、不就学という形で子どもに反映する。憲法二六条の趣旨が、憲法二五条が「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」を国民の基本権として保障したことに対して、その文化的側面に關して教育を受ける機会の平等と最小の要請を満たす義務教育の制度を認めたものである⁽⁶⁸⁾という、その社会権的意義に立ち返れば、右のような状況にあつて保護者が義務を果たせないときには、国家が義務を果たすべきであろう。憲法二六条の教育を受ける権利を法的権利として具体化する教基法は、その五条第二項で、義務教育は「各個人の有する能力を伸ばしつつ社会において自立的に生きる基礎を培い、また、国家及び社会の形成者として必要とされる基本的な資質を養うことを目的として行われるもの」と定める。このように、義務教育は、社会的な自立と国家・社会の形成者として必要とされる最低限度の教育であるといえる。

したがって、自らの意思や努力では変えられない親の事情で不就学になった児童生徒は、憲法二六条が保障する最低限度の教育を無償で受ける機会を失った状態に置かれているのであり、国家によつて教育の機会を実質的に保障されなければならぬ。失われた機会をどのように補填するかは第一義的には教育政策の問題ではある。しかし、少なくとも、当該児童生徒が学齢期を過ぎても義務教育を受けることを望めば、憲法二六条に基づき、それは無償でなければならぬ⁽⁶⁹⁾。

二、長期欠席者の場合

長期欠席者の中にも、欠席している間に教育を受けていない児童生徒が存在する。長期欠席者の不就学状態は、必ずしも自らの意思などでは変えられない親の事情によって惹起されているわけではないので、一年以上居所不明者の場合と同様に議論することはできないであろう。しかし、何らかの事情で登校できず、その間に教育を受けていないのであれば、実質的な教育を受ける機会を失しているといえ、二六条の「ひとしく教育を受ける権利」の問題となる。

ところが、第二章で述べたように、このような状態にある児童生徒も学年の修了や卒業が認められ、進級や中学への進学が可能となる。義務教育段階での修了認定は、年齢主義と履修主義の考え方の下で、学校長に広い裁量が認められているからである。したがって、登校できず（その理由が自他いずれにあるかはともかく）、その間に代替教育も満足に受けられないまま長期欠席が続いている場合であっても、現行法下では、学齢期が過ぎれば義務教育の対象外とされる。もちろん、憲法二六条から修了認定のあり方が一義的に導出されるわけではないから、年齢主義や履修主義を採用する。現行の制度自体が違憲とはいえない。けれども、法律によって定められた学齢期に登校できず代替教育も受けていない児童生徒は、義務教育を受けていない状態にあるのである。このような場合には、不就学期間の遅れを取り戻すために原級留置を求める権利が認められるべきであろう。

また、例外的に、一年以上居所不明者の場合と同様の状況であるとみなされれば（例えば、児童虐待の発覚を恐れて親が子を登校させず不登校扱いになっているような場合など）、学齢期を過ぎても無償の義務教育を受ける権利が保障されよう。

(66) この点、永井憲一は「教育を受ける権利は、人間が自立して生活する基礎能力を保障するためのもの」であり、「教育の機会均等の現実における

保障は、単なる学校教育への「就学」条件としての、たとえば「授業料や教科書費だけを免除する」というような形式的保障では足りず、実質的な「学習」による「発達」が保障される「修学」までの保障に重点がおかれなければならない」と主張する（中村睦男「永井憲一『生存権・教育権』（法律文化社・一九八九年）一六七―一六八頁）。もともと、実質的保障が法的権利として、憲法上要求されると考えているかどうかは判然としない。

(67) 鈴木勲『逐条学校法（第七次改訂版）』（学陽書房・二〇〇九年）一一〇九頁。

(68) 註解・前掲書注（33）四九五頁。

(69) 平成二二（二〇一〇）年に「公立高等学校に係る授業料の不徴収及び高等学校等就学支援金の支給に関する法律」（いわゆる「高校無償化法」）が施行されたことにより、公立高等学校については原則授業料が徴収されないことになった（ただし、入学金などの授業料以外の費用は対象外）。また、私立高等学校等に在学するすべての生徒に対して、就学支援金が支給されるが、高校をすでに卒業していないこと、三六以上在学していないこと等の要件が課されている。

公立高校の授業料が無償化されたからといっても、高等学校は憲法上無償とされる義務教育ではなく、学齢期を過ぎた生徒が必ず進学することを要求されるわけではない。実際、二〇〇〇年の国勢調査結果報告によれば、一六歳から一九歳までで小学校・中学校等に在学している者は三万七六八〇人に登っている（参照註（32））。

おわりに

以上、一年以上居所不明者・長期欠席者の問題を手掛かりに、教育を受ける権利の意義の再考を試みた。

これまでの憲法二六条に関する憲法学の主たる関心は、学習権や教育の自由との関連で教育を受ける権利を解釈することであった。他方で、国家による義務教育制度の条件整備に関する議論はほとんどなされてこなかった。憲法学界においても多くの支持を得た国民の教育権説の下では、国家の義務教育の条件整備の権能について論ずることは、国家が教育内容に対して介入する口実を与えるものとの危惧があつたのかもしれない。

筆者自身は、学習権や教育を受ける権利の自由権的側面を否定する立場に立つものではない。しかし、本稿で取り扱った問題は、「ひとしく教育を受ける権利」が実質的に保障されていないケースであり、まさに社会権としての教育を受ける権利に関わるものである。憲法二六条を受け、経済的理由で就学な困難な者に対する様々な奨学制度が講じられてきたが、同条の保障する「ひとしく教育を受ける権利」は経済的理由に基づく差別を禁ずるにとどまるものではない。あらためて、社会権としての教育を受ける権利の意義を問い直し、無償の義務教育制度の合理性・適切性を「教育を受ける権利の保障」という観点から再考すべきであると考ええる。もともと本稿は未だ試論の域を出ず、ここで述べた権利を法的権利として訴訟において要求しうるのか、できるとしていかなる訴訟を提起すべきかなど検討すべき点は多く残されている。今後の課題としたい。

（二〇一二年九月二一日脱稿）