

「私学訴訟」に関する若干の問題

—昭和55年5月14日大阪地裁判決を素材として—

前 田 寛

目 次

- I はじめに
- II 本判決の事実の概要と判旨
 - 1 事実の概要
 - 2 判 旨
- III 教育を受ける権利の性質と法的性格
 - 1 教育を受ける権利の性質
 - 2 教育を受ける権利の法的性格
- IV 違憲審査基準
- V おわりに（本件立法不作為国家賠償請求訴訟の成否）

I はじめに

近時、在宅投票制度の廃止や議員定数不均衡など選挙権に係わる問題をめぐり、立法行為（立法不作為）の違憲性を国家賠償請求訴訟で争うことを認めた下級審判決が幾つか登場しており、学説上もそれに賛成する見解（肯定説）が有力である¹⁾。もとより、肯定説においても、「法律上の争訟性」な

注1) 判例・学説について、詳しくは、拙稿「在宅投票制度最高裁判決——1985. 11. 21最高裁判決——」・『徳山大学論叢』28号161頁以下、同「定数は正の遅延」・『徳山大学総合経済研究所紀要』10号103頁以下を参照されたい。

いし「訴えの利益」の有無、立法不作為と個人の受けた損害との間の相当因果関係、国会議員の故意・過失の認定など理論的に検討すべき問題も少なくないことは従来から指摘されていたところである。

ところで、かかる訴訟を肯定的に解した諸判例は、いずれも選挙権に係わる問題であるのに対し、本稿で考察の対象とする「私学訴訟」、つまり、私立高校生超過学費返還請求事件に関する昭和55年5月14日の大阪地裁判決²⁾(以下、「本判決」という)は、社会権(教育を受ける権利)に係わるものである。また、最近、最高裁は、国会議員の立法行為(立法不作為を含む)は、原則として、国家賠償法上違法の評価を受けないと判示している(詳細は後掲)。

そこで、本稿は、「私学訴訟」の概要を紹介した後に、教育を受ける権利に関する立法不作為の違憲を理由とする国家賠償請求訴訟の主要な論点として、教育を受ける権利の性質と法的性格、違憲審査基準、そしてかかる訴訟の成否について、若干の検討を試みることにする。

II 本判決の事実の概要と判旨

1 事実の概要

子女を私立高校に通学させている親である原告らが、国を被告として、公立高校の数が不足しているために私立高校への進学を余儀なくされ、高額な学費を負担しているのは、国が教育諸条件整備義務、具体的には、高校進学者全員を収容するだけの公立高校を設置するための法制、予算措置を講ずべき義務、私立高校の超過学費(公立高校の学費との差額分)額に相当する給

2) 判時972号79頁。本件の評釈として、中村睦男「判例評釈」・『判例評論』265号36頁以下、吉田善明「私立高校の学費と憲法26条——いわゆる私学訴訟第一審判決を中心にして」・『判例タイムズ』445号8頁以下、小林 武「教育を受ける権利と立法の不作為——『私学訴訟』第一審判決を契機にして——」・『南山法学』5巻4号57頁以下、大沢 勝「教育費負担と国の教育条件整備義務」・『季刊教育法』37号114頁以下などがある。

与制奨学金支給制度の整備をはかる法制，予算措置を講ずべき義務などがあるにもかかわらず，国会（または国会を構成する国会議員），内閣（または内閣を構成する国务大臣）は，故意または過失により，これらの施策を放置し，その不作為によって違法に原告らに対し超過学費相当の損害を被らせたと主張し，その損害の賠償を求めて国家賠償請求訴訟を提起した。

2 判 旨

本判決は，概ね，次のような理由で原告の請求を棄却した。

(1) 国の教育諸条件整備義務の根拠

「国民は，一個の人間として，自己の能力を発達させ，人格を完成させるために必要な学習をする生来の権利を有する。教育を受け学習することは，国民各自の成長，発達のために不可欠であるのみならず，日本国憲法のめざす民生的で文化的な国家の主権者として民主政治的能力を身につけ拡充していくために，さらには高度に発達した現代社会において人間の生存の基礎をなす労働の意欲と能力を習得するためにも不可欠であるといわなければならない。そして，単に学習の自由が保障されただけでは，国民とりわけ経済的弱者の教育を受ける権利が現実には充足されないことが認識されるに至り，教育を受ける権利は国家に対し積極的に教育諸条件の整備を要求する社会的基本権に高められ，これに対応し，被告国は，国民の教育を受ける権利が経済的条件等によって阻害されることなく，現実に保障されるように，教育に関する諸施設を設置し，奨学金を創設，拡充する等教育諸条件を整備する義務を負うに至ったものである（憲法26条，教基法3条，10条2項，11条）。」

(2) 教育諸条件整備義務の性格

① 「国会又は内閣は，最高法規である憲法の根本原則，諸規定から合理的に認められる裁量の範囲内において，政治的政策的かつ専門的見地に立って，いかなる種類，内容の立法措置，予算措置を講じるかを自由に決定する」が，「国会又は内閣が右裁量権の範囲をこえ又はこれを濫用して右各措置を講じなかった場合は，国会又は内閣の右不作為又は施策の不充分さは，作為義務に違反するものとして違憲違法になるものと解すべきである。」

② 憲法26条、教基法3条等の規定は、国会や内閣の政治的責務を定めたものにすぎず、法的義務を定めているものでないとの国の主張は、次の理由により採用できない。(イ) 憲法13条、98条1項は、自由的基本権と社会的基本権の保障について何ら差異を設けていない。(ロ) 社会的基本権は、資本主義経済を前提とし、資本主義経済が不可避に生み出す経済的弱者の生存権等を国家の積極的介入によって一定限度保障しようとするものであるから、教育を受ける権利が資本主義経済に基盤をもつ権利であるからといって、法的判断の余地が全く否定されるものではない。(ハ) 憲法26条1項の「法律の定めるところにより」とは、法律によらなければ、個々の国民に具体的な請求権が発生しないことを意味すると共に、そのために必要な法律の制定を国に義務づけた規定であると解すべきである。(ニ) 社会的基本権と自由的基本権との間における具体的内容の確定の困難さの差異は量的差異にすぎず、しかも、憲法の付随法的地位を有する教基法(3条2項)が、教育を受ける権利の具体的内容の確定の困難さをかなりの程度軽減している。(ホ) 教育諸条件の整備には多額の予算を必要とするが、予算は憲法の下位に位置し、憲法が義務づけている施策の実施に必要な予算措置は憲法によって義務づけられている。(ヘ) 立法不作為の違法確認訴訟を認めることは、憲法81条の解釈上かなりの困難を伴うけれども、憲法自身が右直接的司法救済の方法を規定していないことを理由に、憲法26条が、不作為を違法として国家賠償請求をする際の前提要件である作為義務(法的義務)の根拠となることまでも否定することはできない。(ト) 教育を受ける権利が社会的基本権だからといって、不作為が違憲であることが明白な場合にまで司法的救済の方法を閉ざすとの解釈は、いかに三権分立制を強調したとしても採用しえない。

(3) 国会、内閣の裁量権の限界(違憲審査基準)

(イ) 憲法26条は、無償制の義務教育制度の設置はこれを明確に義務づけているけれども(2項)、義務制とされない段階における教育諸条件の整備の内容については明確に規定しておらず、抽象的に規定するにとどまっており、その具体的内容は、その時代の文化、社会の発展の程度、教育に対する社会

の関心、熱意その他の諸状況によって変動しうるものである。(ロ) 教育を受ける権利は、自由的基本権と異なり、これを実現するためには莫大な額の予算を必要とするため、他の諸政策との調和を図りつつ、総合的かつ長期的展望に立った国会や内閣の政治的、専門的裁量が不可避である。(イ) 高校教育の充実のための施策は、国民の多数がかかわる問題であり、ごく少数者の自由的基本権が問題となる場合とは異なり、その国民の意思を選挙、請願等の手段を通じて政策決定の場に大きく反映させることが可能である。(ニ) 教育を受ける権利の保障は、国民の直接の生死にかかわる生活保護（生存権の保障）の問題に較べれば、緊急性、重要性の程度に差があり、しかも保障の限界の画定もより困難である。

以上の諸点を勧案すると、憲法は、高校教育にかかる教育条件の整備について、国会、内閣に対し極めて広汎な裁量を認めている。

(4) 公教育の無償性と裁量権の限界

国民の教育を受ける権利は、義務教育を受ける権利にとどまらず、高校教育や大学教育さらには社会教育等に及ぶものであり（教基法2条）、そのためには高校教育を無償制に近づける方策が抜本的施策として望ましいことは原告らの主張のとおりであるが、高校進学希望者全員を収容するに足る公立高校を設置するか否か、また、私立高校の超過学費額相当の給与制奨学金支給制度を設けるか否かは、高校教育の実態、高校教育に対する社会的要求、国や地方公共団体の財政状況、他の福祉政策等との間の予算の配分割合等について政治的専門的見地からの判断が必要であること等に鑑みると、被告国が原告ら主張のような施策をとらないことをもって、直ちに憲法26条に違反する違法な不作為であるとはいえない。

(5) 費用負担均等と裁量権の限界

① 教基法3条にいう教育の機会均等とは、形式的平等を宣明するにとどまらず、能力があるにもかかわらず経済的理由によって教育を受ける機会が阻害されることのないように、国が積極的な施策を講じ、実質的平等を図るよう努めるべきことを宣明したものであるが、実質的平等を図るための施策

を講ずる場合、いかなる程度の施策とするか、いかなる範囲の者を対象とするか、異なる複数の施策を併用するか否か等は、国会、内閣の広汎な裁量に委ねられており、かような裁量権の行使が違法となるのは、施策の対象者の限定が恣意に基づく等不合理であることが明白な場合に限られる。

② 公立高校と私立高校の授業料等の格差は数10倍にも及んでいるが、いかなる数の公立高校を設置するか、私立高校に対していかなる程度の助成を行うかは、国がその財政状況、将来の高校進学者数、私学助成の歴史的経過等さまざまな要素を総合考慮して決定すべき性格のものであり、公立高校生の入学者選抜方法に不合理な差別の認められない本件においては、国会、内閣が高校入学希望者数に見合う公立高校を設置するための施策をとらず、しかも私立高校の学費を公立高校のそれと同額にする施策をとっていないことをもって、それが恣意に基づく等教育の機会均等に反することの明白な場合にあたるとはいえない。

(6) 結論

原告らの子女の学費支出にともなう経済的困難及びその心情はこれを察しうるが、被告国の不作為を目して法的作為義務に違反する違法なものであるとはいえないとして、原告らの請求を棄却した。

そこで、原告らは控訴したが、昭和59年11月29日の大阪高裁判決³⁾は、本判決とほぼ同じ理由で原告らの控訴を棄却した。

Ⅲ 教育を受ける権利の性質と法的性格

立法不作為の違憲を理由とする国家賠償請求訴訟が成立するための前提条件として、憲法上立法義務が明確でなければならない。つまり、立法の不作為によって侵害されたと主張する権利が、立法府に作為を義務づけるに足る法的権利性（具体的権利性）を有するものでなければならない。そこで、まず、教育を受ける権利の性質、法的性格を明らかにしてみよう。

3) 判タ541号132頁。

1 教育を受ける権利の性質

憲法26条1項の教育を受ける権利が、人権体系の中でどのように位置づけられ、いかなる内容を有するかについて、学説は、生存権説、学習権説、公民権説に大別されている⁴⁾。

憲法学の通説は、教育を受ける権利を生存権の文化的側面をなすものとし、その内容を「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であって、国家は立法及び政策を決定するにあたってこうした点を充分顧慮しなければならぬということ、更に一步進んでその趣旨を実現するために適当な手段を講ずる責任がある⁵⁾」と理解し、生存権説を採っている。

しかし、第二次教科書検定訴訟第一審判決（昭和45年7月17日東京地裁判決⁶⁾）を契機として、とくに教育法学において、学習権説が有力に唱えられるようになった。

この判決は、憲法26条は「いわゆる生存権的基本権のいわば文化的側面として、国民一人一人にひとしく教育を受ける権利を保障し、その反面として、国に対し右の教育を受ける権利を実現するための立法その他の措置を講ずべき責務を負わせたものであって、国民とくに子どもについて教育を受ける権利を保障したものといえることができる。」とした上で、「憲法がこのように国民ことに子どもに教育を受ける権利を保障するゆえんのは、……教育が何よりも子ども自らの要求する権利であるからだと考えられる。すなわち、近代および現代においては、個人の尊厳が確立され、子どもにも当然その人格が尊重され、人権が保障されるべきであるが、子どもは未来における可能性を持つ存在であることを本質とするから、将来においてその人間性を

4) 学説につき、詳しくは、兼子 仁「教育を受ける権利」（芦部信喜他編『演習憲法』青林書院新社・昭和50年所収）365-367頁、有倉遼吉編『基本法コンメンタール 新版憲法』日本評論社・昭和52年・117-118頁（山崎真秀）、奥平康弘「教育を受ける権利」（芦部信喜編『憲法Ⅲ 人権（2）』有斐閣・昭和56年所収）382-385頁などを参照されたい。

5) 法学協会編『註解日本国憲法 上巻』有斐閣・昭和45年・500-501頁。

6) 行裁例集21巻7号別冊1頁。

十分に開花させるべく自ら学習し、事物を知り、これによって自らを成長させることが子どもの生来的権利であり、このような子どもの学習する権利を保障するために教育を授けることは国民的課題であるからにほかならない」と判示している。その後、最高裁は、学力テスト旭川事件（昭和51年5月21日最高裁大法廷判決⁷⁾）において、憲法26条は「福祉国家の理念に基づき、国が積極的に教育に関する諸施設を設けて国民の利用に供する責務を負うことを明らかにするとともに、子どもに対する基礎的教育である普通教育の絶対的必要性にかんがみ、親に対し、その子女に普通教育を受けさせる義務を課し、かつ、その費用を国において負担すべきことを宣言したものである」とした上で、「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。……個人の基本的自由を認め、その人格の独立を国政上尊重すべきものとしている憲法の下においては、子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家介入、例えば、誤った知識や一方的な観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強制するようなことは、憲法26条、13条の規定上からも許されない」（傍点筆者）と判示し、教育を受ける権利が、社会権的側面と自由権的側面との両面を有する権利であること（複合的性格）を明らかにし、かつ、学習権と教育諸条件整備義務とを対応させて捉えている⁸⁾。

最近、教育法学では、学習権説が通説となっている⁹⁾。また、憲法学にお

7) 刑集30巻5号615頁。

8) 芦部信喜『演習 憲法』有斐閣・昭和57年・185頁。

9) この説を代表するものとして、兼子 仁『教育法〔新版〕』有斐閣・昭和53年・195頁以下がある。

いても、この見解を取り入れるものが有力になっている。例えば、教育を受ける権利を、社会権として捉えながら、学習権を基礎に置いて構成したり¹⁰⁾、あるいは、この権利が社会権の側面と自由権的側面との2つの側面を有する権利であることを肯定している¹¹⁾。確かに、社会権の保障には、自由権的側面を含んでいる（前提にしている）と解されるので、教育を受ける権利が複合的性格を有することは明らかである¹²⁾。

本判決は、教育を受ける権利を、社会的基本権として捉えながら、「学習をする生来の権利」（学習権）を基礎にして、「国民各自の成長、発達のため」だけでなく、「主権者として民主的政治能力を身につけ拡充していくために」、さらに「人間の生存の基礎をなす労働の意欲と能力を習得するために」不可欠な権利であるとして、前掲の学力テスト旭川事件最高裁判決と同様に、教育を受ける権利の複合的性格を認め、かつ、学習権と国の教育諸条件整備義務とを対応させて捉えている。この考え方は、大体において、通説・判例の立場によったとみられるもので、一般論としては、妥当なものといえる。

2 教育を受ける権利の法的性格

a 教育を受ける権利の法的性格について、学説は、社会権（とくに、憲法25条の生存権）に関する判例を契機として活発に論じられている。

そこで、まず、生存権の法的性格に関する学説、判例を概観しておこう。現在の学説は、プログラム規定説（憲法25条は、立法者に対し政治的、道

10) 奥平康弘・前出注（4）382-385頁、芦部信喜・前出注（8）185頁など。なお、橋本公巨教授は、「教育を受ける権利を保障する根拠として、憲法に明文の規定はないが、こどもの学習権をあげる学説が有力になりつつある」とし、学力テスト旭川事件最高裁判決の学習権に関する説示を掲げている（同『日本国憲法』有斐閣・昭和56年・394頁）。

11) 芦部信喜・前出注（8）184-185頁、大須賀 明他『憲法講義 2 基本的人権』有斐閣・昭和60年・255-258頁〔藤井俊夫〕、佐藤 功『ポケット註釈全書 憲法（上）〔新版〕』有斐閣・昭和58年・448頁など。

なお、この区分については、中村睦男・前出注（2）37頁参照。

12) とりわけ、山下健次「社会権の法的性格」・『ジュリスト』500号69-70頁を参照。

徳的義務を示したものにすぎず、国民に対して具体的な請求権を付与したものであるとする説であり、通説・判例の立場である。)、抽象的権利説(憲法25条は、国家に対して、健康で文化的な最低限度の生活を営むために、立法その他国政の上で必要な措置を講ずることを要求する抽象的権利を有するものであるとする説である。)、そして具体的権利説(憲法25条は、直接、国民に対して、生存のための具体的作為請求権を保障しているとする説であり、国の立法不作為に対し、国民は違憲確認訴訟を提起できるとする。)に分類される¹³⁾。

次に、この問題に関するリーディング・ケースは、周知のように、食糧管理法違反事件最高裁判決(昭和23年9月29日最高裁大法廷判決¹⁴⁾)であり、判決は、憲法25条1項は「すべての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営み得るよう国政を運営すべきことを国家の責務として宣言した」にとどまり、国家は「個々の国民に対して具体的、現実的にかかる義務を有するのではなく」、「社会的立法及び社会的施設の創造拡充に従って、始めて個々の国民の具体的、現実的の生活権は設定充実せられてゆく」と判示して、生存権の具体的作為請求権性を否定している。この論旨が、いわゆるプログラム規定説に立脚していることは明らかである。

その後、朝日訴訟第一審判決(昭和35年10月19日東京地裁判決¹⁵⁾)を契機

13) これらの学説について、詳しくは、大須賀 明他・前出注(11)237頁以下、佐藤 功・前出注(11)421-425頁、橋本公巨・前出注(10)383-387頁、法学協会編・前出注(5)487-489頁、奥原唯弘他『憲法講義』啓正社・昭和54年・152-153頁、中村睦男「生存権」・『法律時報』49巻7号90頁以下、さらに、これらの文献中に掲げられている参考文献などを参照。

なお、いわゆるプログラム規定説においても、「第25条が全く具体的効果を欠くとするわけではなく、本条に一定の裁判規範としての効力を認めている。すなわち、国が生存権の実現に障害となるような行為をなすときは、そのような法律は無効であるし、また処分も違法となる(いわゆる第25条の自由権的效果)。さらに、第25条がその下位にある法律の解釈上の基準として効力をもつことも認められている。」(奥原唯弘他・同上・153頁。その他、中村睦男・同上・92頁、伊藤正己『憲法入門』有斐閣・昭和48年・177頁など参照)のである。

14) 刑集2巻10号1235頁。

15) 判時241号2頁。

として、学会における生存権の法的性格を再検討する動きが活発化したのである。

朝日訴訟は、憲法25条を具体化した法律である生活保護法に基づいて厚生大臣が決定した保護基準が、同法3条、8条2項にいう「健康で文化的な生活水準」を維持するに足るものでないがゆえに、同法の保障する生存権を侵害するものであるとし、この保護基準によってなされた保護変更決定に対する取消訴訟を提起した事件である（この事件は、直接に憲法25条を根拠として争ったものではない）。

第一審判決は、「憲法第25条第1項は国に対しすべての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営むことができるように積極的な施策を講ずべき責務を課して国民の生存権を保障し、同条第2項は同条第1項の責務を遂行するために国がとるべき施策を列記したものである」とし、食糧管理法違反事件最高裁判決の趣旨を引用した上で、生活保護法は「憲法の前記規定を現実化し、具体化したものに外ならない。（同法第1条参照）同法第2条は……積極的に国に対して同法第3条の規定するような健康で文化的な『生活水準』を維持することができる最低限度の生活を保障する保護の実施を請求する権利、すなわち、保護請求権を賦与することを規定したものと解すべきである。」。生活保護法3条の規定する「健康で文化的な生活水準」が、「憲法第25条第1項に由来することは多言をまたないところであり、『健康で文化的な』とは決して単なる修飾ではなく、その概念にふさわしい内実を有するもの」であり、「理論的には特定の国における特定の時点においては一応客観的に決定すべきものであり、またしうるもの」であって、「それはあくまで前記憲法から由来する右法第3条第8条第2項に規定せられるところを逸脱することを得ないものでありその意味においてはいわゆる羈束行為といふべきものである。従ってこれがはたして本条に適合するかどうかは、それが争われるかぎり裁判所において判断される筋合のものである。」とし、さらに、「最低限度の水準は決して予算の有無によって決定されるものではなく、むしろこれを指導支配すべきものである。」と判示している。この判決は、憲

法25条と生活保護法を一体的に捉え、生活保護法に違反する厚生大臣の保護基準が、「ひいては」憲法25条に違反するとして、その限りで、憲法25条に裁判規範性を認めたものといえる¹⁶⁾。

朝日訴訟最高裁判決（昭和42年5月24日最高裁大法廷判決¹⁷⁾）は、傍論ではあるが、憲法25条1項は「すべての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営み得るように国政を運営すべきことを国の責務として宣言したにとどまり、直接個々の国民に対して具体的権利を賦与したものではない……。具体的権利としては、憲法の規定の趣旨を実現するために制定された生活保護法によって、はじめて与えられているというべきである。」とし、食糧管理法違反事件最高裁判決の趣旨を踏襲した上で、厚生大臣の定める保護基準は、「結局には憲法の定める健康で文化的な最低限度の生活を維持するにたりるものでなければならない」が、その認定判断は「いちおう、厚生大臣の合目的な裁量に委されており、その判断は、不当の問題として政府の政治責任を問われることはあっても、直ちに違法の問題を生ずることはない。ただ、現実の生活条件を無視して著しく低い基準を設定する等憲法および生活保護法の趣旨・目的に反し、法律によって与えられた裁量権の限界をこえた場合または裁量権を濫用した場合には、違法な行為として司法審査の対象となる」と判示している。この判決は、いわゆるプログラム規定説を採っているが、憲法25条を具体化した法律である生活保護法上の裁量権の限界を認めることにより、その限りで、本条が裁判規範性を有することを否定しているわけではない¹⁸⁾。

その後、児童扶養手当と障害福祉年金との併給禁止の合憲性が問題となった堀木訴訟最高裁判決（昭和57年7月7日最高裁大法廷判決¹⁹⁾）は、食糧管理法違反事件最高裁判決の趣旨を踏襲した上で、「憲法25条の規定の趣旨に

16) 中村睦男・前出注(2)38頁、佐藤 功・前出注(11)427頁、宮沢俊義（芦部信喜補訂）『全訂日本国憲法』日本評論社・昭和53年・269頁など。

17) 民集21巻5号1043頁。

18) 中村睦男・前出注(2)38頁、佐藤 功・前出注(11)428-429頁など。

19) 判時1051号29頁。

こたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄であるといわなければならない」と判示し、いわゆるプログラム規定説を採り、かつ、違憲審査基準として「立法裁量論」ないし「明白の原則」を採用している。

以上のように、通説・判例においては、憲法25条の生存権（その社会権的側面）の法的性格について、いわゆるプログラム規定説——裁判規範性を完全に否定する純粹なプログラム規定説²⁰⁾ではない——を採り、具体的作為請求権性は否定しているが、憲法25条が、本条を具体化した法律上の解釈の基準になることは認められており、一定の裁判規範性を有することまで否定しているわけではない。

b 憲法26条の教育を受ける権利の法的性格について、憲法学の通説（前掲）は、「権利」といっても、「それは特定個人が本条によって、教育を受けるにあたって必要な費用の支払を国家に請求しようというような、具体的な権利まで与えているのではない²¹⁾」とし、いわゆるプログラム規定説を採っている。

これに対し、学習権説は、通例、「社会権としての『教育を受ける権利』の規範内容は、教育整備要求権（……）である²²⁾」とし、また、具体的権利説は、憲法25条の「最低限度の生活」水準を具体的に確定することは可能であるから、その生活水準に見合うかたちで、整備されるべき「外的条件」の程度を総体的に確定することは可能である²³⁾、と解している。

ところで、憲法26条2項後段は、義務教育の無償を定めているが、「無償」の範囲について、学説は、法律の定めるところによるとする無償範囲法定説、授業料のみに限られるとする授業料無償説、そして就学に必要な一切の

20) 佐藤 功・前出注(11)422頁。

21) 法学協会編・前出注(5)501頁。

22) 有倉遼吉編・前出注(4)119頁。

23) 大須賀 明「『社会権』の権利性」・『法律時報』43巻1号29頁。

経費を無償とする就学必需費無償説に大別される。それについて、義務教育費国庫負担請求事件最高裁判決（昭和39年2月26日最高裁大法廷判決²⁴⁾）は、「国が義務教育を提供するにつき有償としないこと、換言すれば、子女の保護者に対しその子女に普通教育を受けさせるにつき、その対価を徴収しないことを定めたものであり、教育提供に対する対価とは授業料を意味するものと認められるから、同条項の無償とは授業料不徴収の意味と解するのが相当である。……もとより、憲法はすべての国民に対しその保護する子女をして普通教育を受けさせることを義務として強制しているのであるから、国が保護者の教科書等の費用の負担についても、これをできるだけ軽減するよう配慮、努力することは望ましいところであるが、それは、国の財政政策等の事情を考慮して立法政策の問題として解決すべき事柄であって、憲法の前記法条の規定するところではない」と判示し、憲法26条2項後段について、授業料不徴収の範囲ではあるが、直接に裁判規範性を認めている。

本判決は、教育を受ける権利の法的性格（その社会権的側面）について、憲法は自由的基本権と社会的基本権の保障の間に何ら差異を設けていないこと、教育を受ける権利が資本主義経済に基盤をもつ権利であるからといって、法的判断の全く入り込む余地のないものと解するのは相当でないこと、教育諸条件整備のためには多額の予算を必要とするが、憲法が義務づけている施策の実施のために必要な予算措置をとることは、憲法によって義務づけられていることなどを指摘し、従来のプログラム規定説の主要な論拠をことごとく否定して、その法的権利性を肯定している。

思うに、憲法26条1項の教育を受ける権利の自由権的側面について、これが裁判規範性を有することは明らかである。これに対し、その社会権的側面については、この権利——とくに、教育諸条件整備要求権——の内容は「その対象範囲においてかなり広範囲にわたるものであるから、これはすべてが具体的な権利内容として憲法上確定されているものとはいえない²⁵⁾」が、か

24) 判時363号9頁。

25) 大須賀 明他・前出注(11)257頁。

といて、法的権利性（裁判規範性）を全く否定することも不当である。つまり、前掲の生存権に関する学説および最高裁の諸判例においても、一定の裁判規範性を有することは否定されていないからである。もちろん、本条の法的権利性が否定されないといっても、それは、立法による具体化を前提としており、その意味で、抽象的権利性ないし「弱い意味で権利性²⁶⁾」が認められるに過ぎない。

IV 違憲審査基準

本判決は、教育を受ける権利の違憲審査基準について、憲法26条は、義務制とされない段階における教育諸条件整備の内容を明確に規定しておらず、その具体的内容は社会や時代により変動すること、教育を受ける権利を実現するためには莫大な予算を必要とすること、教育諸条件整備の施策は、国会の場で決定されること、そして教育を受ける権利の保障は、生存権の保障の問題に比べて緊急性、重要性の程度に差があり、保障の限界の画定も困難であること、の四点を理由として、国会・内閣に対し極めて広汎な裁量権を肯定し、広い「立法裁量論」ないし「明白の原則」の立場から違憲の主張を斥けている。

確かに、義務教育以外の高校教育、しかも、私立高校に対して、国がいかなる程度の教育諸条件整備義務を負うかは、一般論としていえば、国会・内閣の広汎な裁量に委ねられているといえよう²⁷⁾。

V おわりに（本件立法不作為国家賠償請求訴訟の成否）

在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決（昭和60年11月21日最高裁第一小法

26) 橋本公巨・前出注（10）384頁。

27) 中村睦男・前出注（2）39頁，芦部信喜・前出注（8）186頁，佐藤幸治・『憲法』青林書院・昭和62年・427頁。

廷判決²⁸⁾は、概ね、(イ)「国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ。）が同項〔国家賠償法1条1項〕の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかの問題であって、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容が憲法に違反する廉があるとしても、その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」。(ロ)「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではない。」(ハ)したがって、「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けない」と判示している。

要するに、立法行為（立法不作為）が国家賠償法上違法と評価されるのは、国会議員（個々の具体的特定の国会議員ではない）が個別の国民に対して負っている職務上の法的義務に違反したとき、つまり、国会が、憲法の一義的な文言に違反する立法を敢えて行い、または憲法の一義的な文言によって義務づけられた立法を敢えて行わないような場合に限られる。そして、かかる場合には、その立法に関与した議員全体に故意・（過失）が内在するといえよう²⁹⁾。

本判決は、「教育を受ける権利が社会的基本権だからといって、不作為が違憲であることが明白な場合にまで司法的救済の方法を閉ざすとの解釈は、いかに三権分立制を強調したとしても採用しえない」とし、教育を受ける権利に対応する国の教育諸条件整備義務について、その立法不作為の違憲を理由として国家賠償請求訴訟で争うことを認めている³⁰⁾。

28) 判時1177号3頁。

29) 以上、抽稿・前出注(1)掲載順に172頁、109頁より原注を省略して引用したことをお断わりしておく。

30) なお、本判決は、立法不作為に対する直接的司法救済の方法である違憲確認訴訟（次頁脚注へ続く）

しかし、前述のように、義務教育以外の高次教育、しかも私立高校の教育諸条件整備については、国会・内閣の広汎な裁量に委ねられており、かかる訴訟の前提条件である憲法上の立法義務が一義的に明確であるとはいえない。したがって、少なくとも、本件のような事案については、かかる訴訟の成否につき、一般的には、否定的に解さざるをえない³¹⁾。

ところで、そもそも、このような訴訟は、「一方で、利益をうける者の受益を適切に処理できない以上、利益は利益として放置しつつ、不利益のみを国家による損害填補の対象と考えることが不当」であり、「国家賠償による救済になじむかどうか疑問である」との指摘³²⁾があるが、筆者も同感である。

(1988. 8. 28)

訟を認めることは、憲法81条の解釈上かなりの困難を伴う、と述べているのみであるが、この訴訟に対しては、「①憲法の定める三権分立の原則に反しないか、②特別の憲法事件訴訟という類型が存在しない現行訴訟法上可能か、③違憲判決の効力はどうなるのか」(中村睦男・前出注(2)38頁。その他に、芦部信喜・前出注(8)185-186頁、佐藤 功・前出注(11)424頁など参照)といった問題点が指摘されているように、否定的に解さざるをえない。

31) なお、現在は、「私立高校と公立高校との格差是正について、国は公立高校の学費負担の増大によって格差是正をはかっている」ので、公立・私立間格差による違憲論は根拠を失っているとの見方もある(中村睦男・同上39頁)。

32) 遠藤博也『国家補償法 上巻』青林書院新社・昭和56年・455頁。

更に、シンポジウム「いま、国家賠償責任訴訟は」・『法学セミナー』384号54-55頁の古崎、遠藤、国井各氏の発言も参照されたい。