

教育をめぐる権利と義務の再解釈： 多様な教育機会の確保に向けて¹

近 藤 敦

目次

- 1 問題の所在
- 2 教育を受ける権利の主体
- 3 教育を受けさせる義務の主体
- 4 親の教育の自由
- 5 多文化共生社会における課題

1 問題の所在

一般に、従来の憲法解釈は、第1に、「教育を受ける権利」の主体が誰であるのかを明確にしていない問題がある。第2に、「教育を受けさせる義務」の主体が誰であるのかも不明な点がある。第3に、教育を受ける権利の内容として、「親の教育の自由」の側面を重視してこなかった。このため、第4に、義務教育における「多様な教育機会の確保」の問題が、等閑視されてきた。

こうした背景もあって、実務は、第1に、社会権規約や子どもの権利条約を考慮して、外国人の教育を受ける機会の確保には配慮するようになったものの、その権利性は不十分な状況にある。第2に、外国人の子どもの

1 本稿は、JSPS 科研費 15K03125 の助成を受けている。

親には教育を受けさせる義務はないとして不就学対策に熱心ではなく、外国人の子どもの中学校の退学処分を容認する判決もある。第3に、親の教育の自由に淵源をもつ、多様な教育のあり方を確保・支援する政策が乏しい。したがって、第4に、2016年に「義務教育の段階における普通教育の多様な機会の確保に関する法律案」が国会に上程され、継続審議となっているが、その対象範囲は限定的である。

そこで本稿は、人権諸条約を踏まえ、教育の権利と義務をめぐる憲法解釈を見直すものである。第1に、教育を受ける権利の主体、第2に、教育を受けさせる義務の主体、第3に、教育を受ける権利の内容としての親の教育の自由について検討する。第4に、教育をめぐる権利と義務の再解釈の要点をまとめ、最後に、母語教育やスカーフ問題を含む多文化共生社会における教育の多様性の課題について考察する。

2 教育を受ける権利の主体

日本国憲法26条1項は、「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」と定める。また、同2項が「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」と規定している。

多くの憲法の教科書は、外国人の人権享有主体性についての記述においても、憲法26条の教育を受ける権利に関する説明においても、外国人の教育を受ける権利の有無について、明示していない²。ただし、あえて明示しないのは、外国人も教育を受ける権利を享有することは、性質上、当

2 たとえば、芦部信喜『憲法 [第6版]』(岩波書店、2015年)91-97、273-276頁。佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年)142-150、368-372頁。長谷部恭男『憲法 [第6版]』(新世社、2014年)、115-121、283-287頁。高橋和之『立憲主義と日本国憲法 [第3版]』(有斐閣、2013年)85-93、304-307頁。野中俊彦ほか『憲法 [第5版]』222-230頁 [中村睦男執筆]、516-522頁 [野中俊彦執筆]。

然であるとして、特に論じる必要を感じていないのであろう。例外的に、明示的に論じる場合は、「日本に居住する外国人の子どもの教育は、本国政府による配慮を期待することができない以上、日本政府は配慮義務を免れることはできないと考える」のが肯定説の1つの論拠である³。また、「教育が経済生活の基盤をなす権利でありかつ精神生活形成の重要な機能を果たすという観点からすると、国籍によってこの権利を否定する根拠を見出すことはできない」と説明される場合もある⁴。ついで、「世界人権宣言でも国際人権規約でも、この権利を『すべての人』に具わったものとして宣言している」ことから「そもそも教育ということがらが、国籍といった人為的・制度的な属性と本来的に馴染むものかどうか…疑問である」といった根拠もある⁵。さらには、「憲法 26 条は『すべて国民』に教育を受ける権利を保障したが、今日では、『本条の権利の性質上、外国人を含める』という理解が有力になりつつある」として、「今日の通説で判例も支持している」「学習権説は、教育という目的を子ども個人の人格の発展から説き起こすので、教育に対する脱国家性、脱政治性を組み込んだ説明がしやすい」し、「世界人権宣言 26 条、社会権規約 13 条、難民条約 22 条 1 項などの認めるところでもある」といわれる⁶。したがって、外国人の人権享有主体性を権利の性質に求めるのであれば、権利の性質の判定基準として人権条約を参照する必要があるが、人権条約適的な憲法解釈からは、日本に居住するすべての人（とりわけ学齢期の子ども）が憲法 26 条 1 項

3 戸波江二『憲法 [新版]』（ぎょうせい、1998 年）140 頁。

4 渋谷秀樹『憲法 [第 2 版]』（有斐閣、2013 年）118 頁。木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール憲法』（日本評論社、2016 年）304 頁 [倉田原志執筆]。

5 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、1981 年）380 頁。なお、芦部信喜『憲法学 II』（有斐閣、1994 年）137-138 頁にも、難民条約「第 4 章において福祉 (...公の教育...)」について内外人の平等原則をかけた、社会権規約 2 条 2 項の「差別禁止」は「漸進的達成条項」とは違うことから、教育を受ける権利を含む外国人の社会権を肯定する人権条約適的な憲法解釈の視点がみられる。

6 江橋崇「外国人の子どもの教育を受ける権利」江橋崇・戸松秀典『基礎演習・憲法』（有斐閣、1992 年）152-153 頁。

の教育を受ける権利の主体と考えるべきである⁷。教育への権利は、第1に、功利主義的な立場からは、民主制を維持する上での「国民の権利」行使の前提条件と考えられるものの、第2に、個人の「人格の発展」のための前提条件であり、第3に、雇用・衣食住などの個人の福祉を確保するため、「人間の尊厳」の要請として、文字通りの「人権」として考えられる⁸。たとえば、社会権規約13条1項は、「この規約の締約国は、教育についてのすべての者の権利を認める。締約国は、教育が人格の完成および人間の尊厳についての意識の十分な発達を指向する」旨を定めており、この権利の性質を明確に位置づけている。

他方、否定説によれば、「憲法26条の効力は、外国人には及ばない。ただし、日本国内に住む外国人の子どもが日本の小・中学校への入学を希望した場合、日本人と同じ条件で受け入れている」という⁹。その論拠は定かではないが、おそらく、政府の解釈と実務に依拠するものと思われる。以下の政府関連の文書や国会答弁にみられるように、政府は、憲法26条1項を文言説的に解釈し、教育を受ける権利の憲法上の享有主体は「国民」に限られるものの、「すべての者（や子ども）」に教育を受ける権利を保障している社会権規約（や子どもの権利条約）の規定に基づいて、外国人の子どもが入学を希望するならば、無償の公立の義務教育を受ける機会を保障していると考えている。

たとえば、2003年の総務省の通知では「外国人子女については、我が国の義務教育への就学義務は課せられていないが、経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（昭和54年条約第6号）を受けて、入学を希望する者については、公立の義務教育諸学校への受入れが保障されている」

7 近藤敦『人権法』（日本評論社、2016年）5、315頁。

8 Klaus Dieter Beiter, *The Protection of the Right to Education by International Law: Including a Systematic Analysis of Article 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2006), pp. 26-27.

9 渡辺康行ほか編『憲法Ⅰ 基本権』（日本評論社、2016年）386頁 [工藤達朗執筆]。

と説明する¹⁰。また、文科省の下の「初等中等教育における外国人児童生徒教育の充実のための検討会」の2008年の報告書「外国人児童生徒教育の充実方策について」でも、「憲法及び教育基本法は、国民はその保護する子女に普通教育を受けさせる義務を負うものとしていることから、普通教育を受けさせる義務は、我が国の国籍を有する者に課されたものであり、外国人には課せられないと解される。しかしながら国際人権規約等の規定を踏まえ、公立の小学校、中学校等では入学を希望する外国人の子どもを無償で受け入れる等の措置を講じており、これらの取組により、外国人の子どもへの教育を受ける権利を保障している」と説明している¹¹。また、同報告書の参考資料では、「国際人権規約等」とは、以下の下線部の規定をさすことがわかる。すなわち、社会権規約13条「1 この規約の締約国は、教育についてのすべての者の権利を認める。 2 この規約の締約国は、1の権利の完全な実現を達成するため、次のことを認める。(a) 初等教育は、義務的なものとし、すべての者に対して無償のものとする。(b) 種々の形態の中等教育（技術的及び職業的中等教育を含む。）は、すべての適当な方法により、特に、無償教育の漸進的な導入により、一般的に利用可能であり、かつ、すべての者に対して機会が与えられるものとする。」、および子どもの権利条約28条「1 締約国は、教育についての児童の権利を認めるものとし、この権利を漸進的にかつ機会の平等を基礎として達成するため、特に、(a) 初等教育を義務的なものとし、すべての者に対して無償のものとする。(b) 種々の形態の中等教育（一般教育及び職業教育を含む。）の発展を奨励し、すべての児童に対し、これらの中等教育が利用可能であり、かつ、これらを利用する機会が与えられるものとし、例えば、無償教育の導入、必要な場合における財政的援助の提供のよ

10 総務省行政評価局「外国人児童生徒等の教育に関する行政評価・監視結果に基づく通知 公立の義務教育諸学校への受入れ推進を中心として」（平成15年8月）。

11 初等中等教育における外国人児童生徒教育の充実のための検討会「外国人児童生徒教育の充実方策について」（平成20年6月）。

うな適当な措置をとる」とある¹²。

加えて、安倍首相の 2006 年の国会答弁でも、「憲法におきましては国民の『教育を受ける権利』、こう書いてありますので、我々は日本国民としての国民を教育していくという義務を負って、まさにそういう国民を育成していくということになるわけですが、...私どもの教育基本法においても「国民」、このように書いているわけですが、いずれにせよ、義務教育については、外国人の子弟の方々が義務教育を希望されれば、当然、日本国民と同じようにその機会を現在保障している、このように承知をしている次第であります」とある¹³。ここでは、文言説的な憲法解釈が前提とされている。

さらに、2006 年および 2012 年の文科省通知でも「外国人の子どもが義務教育諸学校への入学の機会を逸することのないよう...就学案内を通知すること...就学機会が適切に確保されるように努めること」とあり、「就学手続時の居住地等の確認については」、(従来の)「外国人登録証」または(2012 年からの新たな在留管理制度による)「在留カード又は特別永住者証明書による確認を行うこと。...仮に、在留カード等の提示がない場合であっても、一定の信頼が得られると判断できる書類により、居住地等の確認を行うなど、柔軟な対応を行うこと」と通知している¹⁴。「仮に」以下の

12 同検討会の参考資料「外国人の子どもの公立義務教育諸学校への受入について」
< http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/chousa/shotou/042/houkoku/08070301/009/005.htm > (2016 年 8 月 24 日閲覧)。

13 安倍晋三内閣総理大臣答弁・衆議院・教育基本法に関する特別委員会 (平成 18 年 12 月 13 日)。

14 文部科学省初等中等教育局長通知「外国人児童生徒教育の充実について」(18 文科初第 368 号、平成 18 年 6 月 22 日) および文部科学省初等中等教育局長通知「外国人の子どもの就学機会の確保に当たっての留意点について」(24 文科初第 388 号、平成 24 年 7 月 5 日)。さらに、行政目的の達成のために入管法上の通報義務を免除している点については、法務省入国管理局通知「出入国管理及び難民認定法第 62 条第 2 項に基づく通報義務の解釈について」(法務省管総第 1671 号、平成 15 年 11 月 17 日) および阿部知子衆議院議員提出の質問主意書に対する内閣総理大臣答弁書 (内閣衆質 179 第 121 号、平成 23 年 12 月 16 日)。

記述は、在留資格の有無にかかわらず、公立の義務教育における無償の教育が受けられる機会を保障することを意味している。また、前川文科省大臣官房審議官の国会答弁において、「我が国に滞在する外国人が、その保護する子の公立義務教育諸学校への入学を希望する場合におきましては、すべての子供の教育を受ける権利の保障を求めております国際人権規約、児童の権利条約等の規定に基づきまして、在留資格のいかんを問わず、無償での受け入れを行っているところでございます」とある¹⁵。社会権規約委員会の一般的意見によれば、「子どもの権利条約2条¹⁶および教育における差別の禁止に関するユネスコ条約3条(e)¹⁷に留意し、無差別の原則は、国民でない者を含めて、締約国の領域内に居住する学齢期のすべての者に、その法的地位にかかわらず及ぶ」という¹⁸。「在留資格のいかんを問わず」とか、「法的地位にかかわらず」という表現は、非正規滞在の子どもの就学を認める趣旨である。

したがって、憲法は、外国人の教育を受ける権利を保障していないが、人権条約が外国人の教育を受ける権利を保障しているので、外国人の場合は、本人が希望すれば、公立の義務教育の学校も無償で受け入れると政府は考えているようである。こうした日本政府の立場は、「黙示の義務」と解することもできる。外国人の権利保障について38カ国の比較調査をしている移民統合政策指数(MIPEX)によれば¹⁹、日本のような状況は、

15 前川喜平文科省大臣官房審議官答弁・衆議院・総務委員会(平成21年6月18日)。

16 子どもの権利条約2条2項により「締約国は、子どもがその父母、法定保護者または家族の構成員の地位、活動、表明した意見または信念によるあらゆる形態の差別または処罰から保護されることを確保するためのすべての適当な措置をとる」締約国の義務がある。

17 教育における差別の禁止に関するユネスコ条約3条(e)では、「自国の領域内に居住する外国人に対し、自国民に対して与えるものと同じ教育の機会を与えること」と定めている。

18 社会権規約委員会・一般的意見13(1999年12月8日)34段落。

19 2010年のMIPEX調査については、参照、近藤敦「移民統合政策指数(MIPEX)と日本の法的課題」名城法学62巻1号(2012年)77-107頁。

表 1 権利としての義務教育

在留資格にかかわらず国民と同様の明示の義務が法に定められている	アメリカ、カナダ、スウェーデン、韓国、オーストリア、ベルギー、チェコ、デンマーク、エストニア、ギリシア、アイルランド、イタリア、ラトビア、ルクセンブルク、オランダ、ニュージーランド、ノルウェー、ポーランド、ポルトガル、スロベニア、スペイン
すべての子どもへの黙示の義務である	日本、イギリス、フランス、ドイツ、フィンランド、オーストラリア、キプロス、アイスランド、リトアニア、マルタ、ルーマニア、スイス、トルコ
移民の一定のカテゴリーへの制約が法に定められている	ブルガリア、ハンガリー、スロバキア

出典：MIPEX 2015.

明示の義務を法（アメリカの場合は判例法）²⁰ が定めている国、非正規滞在者の場合の制約を法が定めている国とは違い、すべての子どもへの黙示の義務である国と整理される。2014年段階の状況に基づくMIPEX2015調査の結果は²¹、表1の通りである。

ただし、表2のさいたま市議会が2015年に行ったアンケートにみられるように、在留資格などを理由に入学を認めない自治体の一部にみられることなどを考慮すると、黙示の義務の要素は弱く、政府の通知ではなく、法律で明示することが望まれる。

そもそも、教育を受ける権利をめぐる憲法と人権条約の解釈が整合性を欠くことは、教育を受ける権利の性質の理解を困難にする。政府がこのような権利主体の憲法解釈をすることの1つの要因は、憲法26条2項の教

20 Plyler v. Doe, 457 U. S. 202 (1982) では、何人も修正14条に基づく法の平等の適用を受けるとして、非正規滞在の子どもへの歳出を拒否するテキサス州を違憲と判示することで、非正規滞在の子どもが無償の教育を受ける権利を認めた。

21 MIPEX (Migrant Integration Policy Index) 2015. Available at: <http://www.mipex.eu/> (2016年8月24日閲覧)。

表 2 在留資格のない子の公立小中学校への受け入れ

	政令指定都市	東京 23 区	全体	割合
居住実態が確認できれば受け入れる	18	19	37	86%
居住実態があっても受け入れない	0	3	3	7%
事例なし	2	1	3	7%

出典：RAIK（在日韓国人問題研究所）「RAIK 通信」154号（2016年）21頁。

育を受けさせる義務の解釈との相関関係に基づいている。

3 教育を受けさせる義務の主体

憲法 26 条 2 項前段が「国民は...その保護する子女に普通教育を受けさせる義務を負ふ」と定めていることから、外国人の就学義務について政府は消極的に考えてきた。もっとも、当初、1948 年の文部省学校教育局長通達によれば「朝鮮人子弟であっても、学令<ママ、筆者注>に該当する者は、日本人同様、市長村立又は私立の小学校又は中学校に就学させなければならない」との立場を表明した²²。この立場は、戦後の一時期において、旧植民地の出身者とその子孫が日本国籍をもっていることから、導かれたものである。そのうえで、戦後、各地で設立された朝鮮学校の中で、比較的規模の大きいものは、日本の公立の学校へと改組された²³。

しかし、1952 年にサンフランシスコ平和条約の施行後、法務府（現在の法務省）の通達により²⁴、旧植民地の出身者とその子孫が日本国籍を喪失すると、1953 年の文部省初等中等局長通達では、「外国人を好意的に公立の義務教育学校に入学させた場合には義務教育無償の原則は適用されな

22 文部省学校教育局長通達「朝鮮人設立学校の取扱いについて」（官学第 5 号、昭和 23 年 1 月 24 日）。

23 田中宏「在日外国人の民族教育権に関する一考察」龍谷大学経済学論集 45 巻 5 号（2006 年）2 3 頁。

24 法務府民事務局長通達「平和条約発効に伴う朝鮮人、台湾人等に関する国籍及び戸籍事務の処理について」（民事甲第 438 号、昭和 27 年 4 月 19 日）。

い」との立場が表明された²⁵。ここには、権利でも、義務でもなく、「恩恵」として公立の義務教育学校への入学を認めるという発想がみてとれる。

その後、1965年の日韓条約以後、文部事務次官通達により、「日韓両国民の相互理解と親和の促進の見地」から、永住許可の有無にかかわらずコリアンの児童生徒に対し「授業料は徴収しない...教科用図書の無償措置の対象とする...就学援助措置...についても、日本人子弟の場合に準じ、同様の扱いとする...」との立場が示された²⁶。そして、日本が1979年に社会権規約を批准し、1994年に子どもの権利条約を批准した。このため、2003年の総務省の通知にあるように、社会権規約「第13条第1項及び第2項に基づき、我が国に在留する学齢相当の外国人子女の保護者が当該子女の公立の義務教育諸学校への入学を希望する場合には、日本人子女と同様に無償の教育が受けられる機会を保障することが義務付けられた」との指摘もみられる²⁷。ここには、教育が受けられる機会を保障する国の「義務」が明示されている点に注意する必要がある。ただし、「外国人子女については、我が国の義務教育への就学義務は課せられていない」との立場も明示されており²⁸、義務の主体と内容において、曖昧な点がある。

文科省のHPによれば、「就学義務とは、日本国民である保護者に対し、子に小学校（特別支援学校の小学部を含む。）6年間、中学校（特別支援学校の中学部等を含む。）3年間の教育を受けさせる義務を課したもの」と説明され、「就学義務を負う者は、日本国民である保護者であり、外国人の場合はこの義務は課されていません」とある²⁹。したがって、文科省

25 文部省初等中等教育局長通達「朝鮮人の義務教育学校への就学について」（文初財第74号、昭和28年2月11日）。

26 文部事務次官通達「日本国に居住する大韓民国国民の法的地位及び待遇に関する日本国と大韓民国との間の協定における教育関係事項の実施について」（文初財第464号、昭和40年12月25日）。

27 総務省行政評価局、前掲。

28 同上。

29 文部科学書HP「小・中学校への就学について」<http://www.mext.go.jp/a_menu/shotou/shugaku/>（2016年8月24日閲覧）。

が考えている就学義務の主体、また同時に憲法 26 条 2 項の教育を受けさせる義務の主体は、「日本国民である保護者」であり、「外国人である保護者」にはこの義務が課されていないものと思われる。

一方、1984 年の国籍法改正により父母両系血統主義の導入後、重国籍者の就学についての文部省初等中等教育局長通知によれば、「重国籍者であっても、日本の国籍を有する子女で学齢にある者については、その保護者は、義務教育を受けさせる義務を負う」とした。ただし、「重国籍者の保護者から、就学義務の猶予又は免除の願い出があった場合には、重国籍者が将来外国の国籍を選択する可能性があることにかんがみ、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には…保護者と十分協議の上、猶予又は免除を認めることができる」とある³⁰。したがって、ここでは重国籍者の子どもの国民である保護者だけに原則として義務を課しているのか、重国籍者の「外国人である保護者」にも、義務が原則として課せられ、例外的に免除されるのかは、必ずしも明らかではない。

他方、裁判所の判決は、少し違った表現をしている。不登校による在日コリアンの公立中学生の母からの退学届の受理を適法としつつ、受理の際に原告の意思の確認を怠ったことを違法とした 2008 年の大阪地裁判決において、つぎのように判示している。「学校教育の特色、国籍や民族の違いを無視して、わが国に在留する外国籍の子ども（の保護者）に対して、一律にわが国の民族固有の教育内容を含む教育を受けさせる義務を課して、わが国の教育を押しつけることができないことは明らかである（このような義務を外国人に対して課せば、当該外国人がその属する民族固有の教育内容を含む教育を受ける権利を侵害することになりかねない。）。したがって、憲法 26 条 2 項前段によって保護者に課せられた子女を就学させるべ

30 文部省初等中等教育局長通知「国籍法の一部改正に伴う重国籍者の就学について」（文初小第 319 号、昭和 59 年 12 月 6 日）。

き義務は、その性質上、日本国民にのみ課せられたものというべきであって、外国籍の子どもの保護者に対して課せられた義務ということではできない」という³¹。ここでは、憲法 26 条 2 項の教育を受けさせる義務の主体は、「日本国民」である「保護者」であり、「外国籍の子ども (の保護者)」にはこの義務が課されていないとある。文科省のHPでは、「外国人」の保護者と表現されている場合との違いに留意すべきである。

おそらく、判決は、現実には、日本国民の子どもの保護者が日本国民、外国人の子どもの保護者が外国人とは限らない問題を見落としているものと思われる。国際離婚や国際婚外子などの場合に、「日本国民の子どもの保護者が外国人」であったり、国際結婚のいわゆる連れ子の場合に、「外国人の子どもの保護者が日本国民」となる組み合わせもあったりする。

の場合、文科省のHPの立場からは「外国人である保護者」として教育を受けさせる義務を負わず、逆に、重国籍者についての通知の立場からは教育を受けさせる義務を原則として負う可能性がある。また の場合、文科省のHPの立場からは「日本国民である保護者」として教育を受けさせる義務を負い、判決の立場からは、「外国籍の子どもの保護者」として教育を受けさせる義務を負わないことになる。ことほどさように、教育を受けさせる義務の主体の解釈は、曖昧な点がある。しかしながら、結局のところ、外国人の保護者か、外国人の子どもの保護者に、教育を受けさせる義務を課さないことから、外国人の子どもの教育を受ける権利の保障が、国民の場合とは区別される関係をまねいていることには変わりがない。

そもそも、日本のように、教育を受けさせる義務を保護者に課することで義務教育を担保する国ばかりではない。義務教育に等しい教育を用意できるのであれば、親・保護者の義務を免除する国もある。たとえば、デンマーク憲法 76 条は「学齢期の子どもはすべて、初等・中等学校 (folkeskole)³² において無料で教育を受ける権利を有する。自ら子ども・

31 大阪地裁判 2008 (平成 20) 年 9 月 26 日判タ 1295 号 198 頁。

32 デンマークの folkeskole は、9 年間の学校であるが、2009 年からは、幼稚園の

被保護者のために初等・中等学校に等しい教育を用意できる親・保護者は、その子ども・被保護者を初等・中等学校で教育を受けさせる義務を課されない」と定めている。ここでは、家庭教育を選択した場合の親の就学させる義務が免除される。いわば、教育を受けさせる義務は、就学義務を意味するものとは限らない。学校教育以外の方法でも、教育を受けさせる義務の履行が可能な国もある。そして、こうした内容が、人権条約の内容と適合する。子どもの権利条約 28 条の解説書では、「義務教育」は、「就学義務」を意味するものではないという³³。「教育」と「学校」は、同義語ではない。たとえ、通常ではないとしても、子どもは、学校以外でも教育されるし、残念ながら、就学していることが、必ずしも子どもが教育されていることを意味するものでもない³⁴。学校教育以外の方法で教育を受けさせる義務を履行する問題は、人権条約上は、親の教育の自由の問題として規定されている。

4 親の教育の自由

親の教育の自由は、(後述する自由権規約 18 条 4 項に加え) 社会権規約 13 条 3 項において「父母および場合により法定保護者が、国が規定または承認した最低限度の教育上の基準に適合する公立学校以外の学校を子どものために選択する自由ならびに自己の信念に従って子どもの宗教的・道徳的教育を確保する自由を有する」と定められている。この「親の教育の自由」は、社会権規約 13 条 3 項の「親の自由」と同 2 項 (a) の初等教育の「義務」と同 4 項の「個人・団体が教育機関を設置・管理する自由」との 3 つの原理との相関関係で理解する必要がある。義務教育は、子ども

0 学年も義務教育となっている。

33 Mieke Verheyde, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child: Article 28: The Right to Education (Leiden: Martinus Nijhoff, 2006), p. 24.

34 Rachel Hodgkin and Peter Newell, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child 3rd ed. (New York: UNICEF, 2007), p. 422.

が親によって経済的に搾取されることから国が保護する重要な手段である。他方、親は、私立の学校を設置し、自分の子どものための教育方式を選ぶ権利によって、国の教育の全体主義的な傾向から保護される³⁵。

さらに、親の教育の自由は、社会権規約 13 条 3 項において「公立学校以外の学校を子どものために選択する自由」にとどまらず、「自己の信念に従って子どもの宗教的・道徳的教育を確保する自由」も内容として含んでいる。後者の内容について、ヨーロッパ人権条約第 1 選択議定書 2 条も、類似の規定を定めている。すなわち、「何人も、教育の権利を否定されない。国は、教育・授業に関連して負ういかなる任務の行使においても、自己の宗教的・哲学的信念に適合する教育・授業を確保する父母の権利を尊重しなければならない」とある。ヨーロッパ人権裁判所は、いわゆるデンマーク性教育事件において、同条を根拠に公立学校での性教育の受講の免除を申し立てた親の主張をしりぞけながら、「客観的、批判的、多元主義的方法でカリキュラムが運営されている」ので、親の権利は侵害されないとした³⁶。したがって、逆に、特定の宗教的・道徳的・哲学的信念を教え込むような教育は、親の教育の自由を侵害することになる。同時に、特定の宗教的信念を教える義務的な宗教教育は、親の自由に反することになる³⁷。

また、「自己の信念に従って子どもの宗教的・道徳的教育を確保する自由」は、自由権規約 18 条 4 項においても「この規約の締約国は父母および場合により法定保護者が、自己の信念に従って子どもの宗教的・道徳的教育を確保する自由を有することを尊重することを約束する」と定められている。この点、自由権規約委員会は、*Hartikainen v. Finland* (1981) において、宗教と倫理の歴史の授業への参加を生徒に義務づけることを同

35 Manfred Nowak, *The Right to Education*. In Asbjorn Eide et al. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights* 2nd ed. (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 2001), p. 262.

36 *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 1 EHRR 711 (1976).

37 Nowak, *op. cit.*, p. 263.

項違反とする無神論者の教師からの申し立てに対して、「中立的・客観的方法での代替授業がなされ、無神論者の親や保護者の信念が尊重されるのであれば」同項に合致するという³⁸。

親の教育の自由のため、公立や私立の学校に加え、義務教育としての家庭教育の選択肢が認められている国も多い。アメリカでは、*Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972) において、連邦最高裁は、ウィスコンシン州法が就学を強制することが修正 1 条の信教の自由違反となる場合があり、アーミッシュの親に 8 年生を超える子どもの就学義務の免除を認めた³⁹。米国教育統計センターによれば、2003 年、2007 年および 2010 年において学齢期の子どもの 2.2%、3.0%および 3.4%が家庭教育の状況にあると推計されている⁴⁰。カナダでも 1%ほど、オーストラリアやニュージーランドでも増えており、数は少ないものの、オーストリア、ベルギー、チェコ、デンマーク、エストニア、フィンランド、フランス、ハンガリー、アイルランド、イタリア、ルクセンブルク、ノルウェー、ポーランド、ポルトガル、ルーマニア、スウェーデン⁴¹、スイスでも一定の家庭教育が認められている⁴²。イギリスの 1996 年の教育法 7 条によれば、「すべての学齢期の子どもの親は、(a) 年齢、能力、才能、(b) 特別な教育上の必要に応じて、すぐれた全日制の教育を通学その他の方法で子どもに受けさせなければな

38 *Hartikainen v. Finland* CCPR/C/12/D/40/1978 (1981).

39 *Wisconsin v. Yoder*, 406 U. S. 205 (1972).

40 NCES, Number and percentage of homeschooled students ages 5 through 17 with a grade equivalent of kindergarten through 12th grade, by selected child, parent, and household characteristics: 2003, 2007, and 2012. Available at: https://nces.ed.gov/programs/digest/d14/tables/dt14_206_10.asp (2016 年 8 月 24 日閲覧)。

41 ただし、スウェーデンでは、2011 年 7 月 1 日施行された新法により「特別な事情」がある例外的な場合に家庭教育を制限している。Harriet Pattison, Interview with Jonas Himmelstrand. *Other Education: The Journal of Educational Alternatives* 2: 1 (2013), p. 68

42 Robert Kunzman and Milton Gaither, *Homeschooling: A Comprehensive Survey of the Research*. *The Journal of Educational Alternatives*, 2: 1 (2013), pp. 33-34.

らない」とある。そして、「その他の方法」の規定が、家庭教育の根拠規定となっている⁴³。公立や私立の学校よりも、家庭で子どもを教育することを選択する親の権利は、ヨーロッパ人権条約第1選択議定書2条の宗教的・哲学的信念の問題と解される⁴⁴。

一方、家庭教育を認めず、すべての学齢期の子どもに就学を義務づける国も一部にある。ドイツでは、Leuffen v. Germany (1992) において、ヨーロッパ人権委員会は、学齢期の自分の子どもを就学させず、家庭で教育させる能力は彼女にはなく、子どもの教育を受ける権利の方が親の権利よりも優越し、第1選択議定書2条は、国が義務教育を確立することを妨げるものではないとした⁴⁵。その後、Konrad v. Germany (2006) において、ヨーロッパ人権裁判所は、デンマーク性教育事件を援用して、学校の役割を「多元主義の保障」とみて、ドイツ連邦憲法裁判所の判決にある「国が教育を提供する義務は、知識の習得だけでなく、民主的な多元主義的社会に参加する責任ある市民の教育という観点」から、「宗教的・哲学的信念に基づく並行社会の出現を防止し、この分野でのマイノリティを統合する」という利益から⁴⁶、家庭教育を認めないドイツの義務教育を正当化した⁴⁷。しかし、多くの国が家庭教育を認めている中、家庭教育が「並行社会」をもたらすかどうかは、明らかではない。

他方、日本でも、義務教育の多様性を求める声がある。国会に継続中の「義務教育の段階における普通教育に相当する教育の機会の確保等に関する法律案」では、子どもの権利条約等の趣旨にのっとり、フリースクールも義務教育の対象とすることに道を開くことを求めている。将来的には、

43 Daniel Monk, Problematising home education: challenging 'parental rights' and 'socialisation' *Legal Studies* 24: 4 (2004), p. 571.

44 Simon Whitbourn, *Education and the Human Rights Act 1998* (Slough: National Foundation for Educational Research, 2003), p. 118.

45 Leuffen v. Germany (1992) Application No 00019844/92.

46 BVerfGK 1, 141 (2003).

47 Konrad v Germany (2006) Application No 35504/03.

家庭教育やインターナショナルスクール・外国人学校・バイリンガル学校なども含め、親の教育の自由の保障の問題として論じる余地をもちうる。教育の自由は、日本国憲法に明文の規定はないものの、憲法 13 条、23 条または 26 条に基づくとして、憲法上の権利であると一般に考えられている。子どもの学習権に対応して、親の教育の自由と教師の教育の自由が問題となる。親の教育の自由は、親のもつ自己の教育方針に沿って子どもを教育する自由を意味し、公権力の干渉からの自由を要求する自由権的側面を有する。具体的には、家庭教育の自由や学校選択の自由の形であらわれる。旭川学力テスト事件判決では、「子どもの将来に対して最も深い関心を持ち、かつ、配慮をすべき立場にある者として、…認められる…親の教育の自由は、主として家庭教育等学校外における教育や学校選択の自由にあられる…教師の教授の自由も、…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」という⁴⁸。教師の教育の自由は、教師の教育実践の自由として、具体的には、授業の内容や方法、生徒の成績評価などについて、一定の自由な裁量を有する。

自由権規約 18 条 4 項・社会権規約 13 条 3 項が明文で定めるものの、日本国憲法では明文の規定を定めていない、親の教育の自由は、日本国憲法 26 条と結びついた 13 条が融合的に保障し、個々の子どもの人格の発展を尊重するために、親の教育を選択する自由は、「公共の福祉に反しない限り」という制約のもと「立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要」とするものと解しうる。したがって、比例原則に照らし、親の教育の自由の制約は、必要最小限の教育水準の確保などの観点によるものであり、画一的・全体主義的な国民形成のために教条的に教え込むことは、許されない。また、親の教育の自由は、国の制約との緊張関係があるだけではなく、子どもの自己決定権との緊張関係もある。子どもの権利条約 12 条は、「子どもの年齢および成熟度に従って相応に考慮される」「自己の意見を表明する権利」を定めており、同 14 条は、「思想・良心・宗教についての子ども

48 最大判 1976 (昭和 51) 年 5 月 21 日刑集 30 卷 5 号 615 頁。

の権利」を定め、「父母・保護者が子どもに対しその発達しつつある能力に適合する方法で指示を与える権利・義務を尊重する」にすぎない。したがって、子どもの成長とともに親の教育の選択と子ども自身の選択が異なる場合には、親の教育の自由の幅は狭まる。日本国憲法 26 条と結びついた 13 条が保障する親の教育の自由も、子どもの最善の利益を踏まえ、子どもの自己決定と統合的な親の教育の自由であることを確認しておこう。

5 多文化共生社会における課題

最後に、国籍や民族などの異なる人々が、互いの文化的ちがいを認め合い、対等な関係を築こうとしながら、地域社会の構成員として共に生きていく「多文化共生社会」にあって⁴⁹、教育をめぐる権利義務関係の憲法解釈は、人権条約と統合的であることが望まれる。人権条約の理念を尊重することは、日本国憲法前文に由来し、教育基本法 2 条 5 項後段が定める「他国を尊重し、国際社会の平和と発展に寄与する態度を養う」国際協調主義の理念とも合致する。人権条約適合的解釈からすれば、性質上、憲法 26 条 1 項・2 項の「国民」は、日本に在住する外国人も含む「すべての人」と解すべきである。

社会権規約 13 条（または子どもの権利条約 28 条 1 項）が「教育についてのすべての者（または子ども）の権利を認め」、「初等教育は、義務的なものとし、すべての者に対して無償のものとする」と定めているのは、学齢期にある子どもの教育を受ける権利に対応する国、自治体、教育委員会および学校の教育を提供する義務を意味する。たとえば、社会権規約委員会の一般的意見によれば、「13 条 2 項 (a) に従ってすべての者に初等教育を提供する義務」は、締約国が守るべき「最低限の中核的義務」とされている⁵⁰。人権条約上、国に教育を提供する義務が課されていることに、

49 参照、多文化共生の推進に関する研究会「報告書」（総務省、2006 年）、近藤敦編『多文化共生政策へのアプローチ』（明石書店、2011 年）。

50 社会権規約委員会・一般的意見 13（1999 年 12 月 8 日）57 段落。なお、「無償教育の漸進的な導入」とは、国は無償の初等教育に優先順位をおかなければな

ここでは留意する必要がある。本来、権利義務関係のあり方は、憲法上も、個人の権利に対応して公的機関の側の義務が対応する。子どもの教育を受ける権利に対応するのは、国・自治体の側の教育を提供する義務である。社会権規約（子どもの権利条約）上、こうした権利と義務があるだけでなく、性質上、日本国憲法においても、教育を受ける権利と国・自治体の側の教育を提供する義務が外国人にも認められるはずである。ただし、憲法 26 条 2 項の保護者の教育を受けさせる義務を受けた学校教育法 144 条に基づいて、保護者の就学義務不履行に対し 10 万円以下の罰金を課するという意味においては、外国人の子どもの保護者を除く運用は、外国人学校を就学義務対象校とするか、就学義務の免除要件に加えるまでは、必要かもしれない。

そこで、かつて、教育を受ける権利を定める憲法 26 条 1 項の「国民」は、外国人も含む「すべての人」と解釈すべきとしても、教育を受けさせる義務を定める同 2 項の「国民」の場合は、外国人も含む「すべての人」と解釈することには、慎重な意見も理由がありえた⁵¹。しかし、すべての学齢期の子どもを学校に受け入れる国の教育義務があるとともに、フリースクール、バイリンガル学校、インターナショナルスクール、外国人学校、家庭教育などの多様な教育の機会を確保することを前提とするならば、すべての学齢期の子どもを保護者の教育を受けさせる義務があるとの考え方が、適当と思われる⁵²。したがって、学齢期の外国人の子どもを、退学と

らないものの、無償の中等教育および高等教育の達成に向けて具体的な措置をとる義務も負っていることを意味している（同 14 段落）。

51 竹内俊子「教育を受ける権利主体としての『国民』の意味 - 外国人の教育を受ける権利について」立命館法学 333・334 号（2010 年）861 頁。藤本富一「外国人の憲法上の義務」上智法学論集 52 巻 1・2 号（2008 年）203 頁。奥平、前掲、373 頁。

52 たとえば、イギリスとフィンランドでは、類似の教育を受けさせる義務を外国人の親にも課している点については、参照、戸塚悦郎「外国籍の子どもの教育への権利と教育法制（その 5） - 国際人権法の視点から教育基本法「改正」問題を振り返る」龍谷法学 44 巻 1 号（2011 年）108、134 頁。なお、両国は、就学義務というよりも、家庭教育を含む教育義務（教育を受けさせる義務）である点については、参照、結城忠「就学義務制と教育義務制（1）」教職研修 36

することも、不就学を放置することも⁵³、在留資格を理由に受け入れを拒否することも、憲法 26 条 1 項の教育を受ける権利（およびその裏返しとしての国の教育義務）に反する。文科省の通知にとどまることなく、法律で明示の権利義務関係を明示すべきである。その際、現行の学校教育法 1 条の定める 1 条項に対する就学義務だけが、教育を受けさせる義務ではなく、多様な学校への就学義務や家庭教育に対する教育を受けさせる義務の具体化が検討される必要がある。

また、差別禁止の観点から、社会権規約委員会は、「高等学校等就学支援金制度が朝鮮学校に通学する生徒にも適用されること」を日本政府に勧告している⁵⁴。他方、子どもの権利条約 18 条 1 項が「締約国は、子どもの養育・発達について父母が共同の責任を有するという原則についての認識を確保するために最善の努力を払う。父母または場合により法定保護者は、子どもの養育・発達についての第一義的な責任を有する。子どもの最善の利益は、これらの者の基本的な関心事項となるものとする」と定めている⁵⁵。そこで、「こどもの最善の利益」の観点および無差別条項の適用から、

巻 10 号 (2008 年) 117-119 頁。

- 53 文科省の行う学校基本調査では、外国人の不就学に関する調査を行っていない。2002 年に外国人集住都市会議が行った不就学の推計も、居住実態が不正確なため、不就学の状況を正確に把握することができていない。岐阜県可児市で 2003 年および 2004 年に 3 回実施された対象者の戸別訪問を行う調査によると、学齢期の外国人登録者 283～370 人のうち 12～25 人が「不就学」の状態にあった。27～28%の所在不明者を除くと、対象者の 6%～10%が教育の機会を逸していることになる。小島祥美『外国人の就学と不就学』（大阪大学出版会、2016 年）38-41 頁。文科省の委託を受けた 1 県 11 市の戸別訪問（ただし、1 市はアンケート）調査による外国人の不就学率の平均は、1.1%とある。文科省 HP：「外国人の子どもの不就学実態調査の結果について」http://www.mext.go.jp/a_menu/shotou/clarinet/003/001/012.htm（2016 年 8 月 22 日閲覧）。なお、文科省の調査は「公立学校等及び外国人学校等のいずれにも就学していない者」という狭い「不就学」概念を採用しているのに対し、可児市の調査は、途中退学の場合や年間 30 日以上を欠席している不登校の場合も含む広い「不就学」概念を用いている。
- 54 社会権規約委員会・一般的意見 13（1999 年 12 月 8 日）27 段落。
- 55 加えて、子どもの権利条約 28 条 1 項 (c) は「子どもの父母、子どもの文化的同一性、言語および価値観、子どもの居住国および出身国の国民的価値観ならびに自己の文明と異なる文明に対する尊重を育成すること」を指向している。

母語教育などの移民の子への特別な扱いは、正当化されると解されている⁵⁶。スウェーデンでは、母語教室への参加は義務ではないが、同じ母語の生徒が5人以上希望しており、適当な教師が見つかるかぎり、自治体は、母語教育を提供する義務がある。フィンランドでは、自治体の義務ではないが、自治体は、母語教育を提供する場合に、国からの補助を受け、4人以上の生徒がいる場合に週に2時間の授業を行う。カナダは、課外授業として行う場合が多く、アメリカでは移民の母語にあたる言語の教育に国の助成金制度がある。ドイツでは、州が母語教育に責任を負う場合もあれば、二国間協定に基づいて母語教育を提供する州もある。フランスでは、モロッコ、アルジェリア、チュニジア、ポルトガル、スペイン、イタリア、トルコとの二国間協定に基づく母語教育がある。また、これらの国では、公立のバイリンガル学校・学級もみられる。母語教育やバイリンガル教育は、帰国を前提とした子どもの場合の便宜に仕えるだけでなく、親とのコミュニケーションを促進し、自己のアイデンティティの形成に役立ち、他のカリキュラムのための学習言語の発達を助け、グローバル人材としての可能性を広げる。表3は、MIPEX2015にみられる各国の母語（移民の言語）教育の選択肢の提供について整理したものである。

さらに、宗教上の「合理的配慮」が必要である。アメリカでは、1964年の市民権法7編の解釈から職場における宗教上の合理的配慮が導かれ、1972年の法改正で明文化されたように、障害者差別の問題だけでなく、宗教差別の問題としても、合理的配慮が要求される。アメリカの憲法の影響を受けて、日本国憲法20条3項で「国及びその機関は、宗教教育その他いかなる宗教的活動もしてはならない」と定めるなど、政教分離原則をかけたている。教育基本法15条2項も「国及び地方公共団体が設置する学校は、特定の宗教のための宗教教育その他宗教的活動をしてはならなら

56 Jacqueline Bhabha, Children, Migration and International Norms. In T. Alexander Aleinikoff and Vincent Chetail (eds.), Migration and International Legal Norms (The Hague: T. M. C. Asser Press, 2002), p. 210.

表3 (学校内外にかかわらず) 移民の言語を学ぶ選択肢の提供

国の規定がある/国が奨励している。	カナダ、フィンランド、ドイツ、スウェーデン、アメリカ、オーストラリア、オーストリア、ベルギー (フラマン語圏)、エストニア、ギリシア、ラトヴィア、ノルウェー、ポルトガル、スイス
二国間協定または他国による財政支援がある。	フランス、ベルギー (ワロン語圏)、ハンガリー、ルクセンブルク、ポーランド、スロベニア、スペイン
提供していない。民間またはコミュニティ主導のものに限られる。	日本、韓国、イギリス、ブルガリア、クロアチア、キプロス、チェコ、デンマーク、アイスランド、アイルランド、イタリア、リトアニア、マルタ、オランダ、ニュージーランド、ルーマニア、スロバキア、トルコ

出典：MIPEX 2015.

ない」と定めている。しかし、同1項で「宗教に関する寛容の態度」に加え、「宗教に関する一般的な教養」が、教育上尊重されなければならない旨を明記していることに着目すべきである。特定の宗教の教義を教え込むことは禁じられているが、むしろ特定の宗教の禁忌などの特徴を教養として学び、特定の宗教の定める禁忌にしたがう生徒の行動に対しても寛容な態度をとることは、奨励されている。これに対し、ヨーロッパ人権裁判所は、フランスにおいてイスラーム教徒の女生徒が公立の学校でスカーフをかぶることを禁止されても、通信教育での学業の継続も可能であり、比例原則に反するものではないとしたことがある⁵⁷。一方、ドイツでは、イスラーム教徒の生徒のスカーフ着用は認められるものの、公務員である教師の場合に禁止する州もあったが、2015年にドイツ連邦憲法裁判所は、これを違憲とした⁵⁸。他方、スウェーデンの学校では、スカーフは問題がないのだが、ブルカのように目以外を隠す服装は、テストと本人確認の点で問題

57 Dogru v France [2008] ECHR 1579.

58 BVerfGE 108, 282 (2003) は、当初、教育の中立性ゆえに合憲判決であったが、BVerfGE 138, 296 (2015) では、信仰と宗教観に基づく平等違反 (3条3項1文、33条3項) とした。

があり⁵⁹、教育庁のガイドライン上、学校で禁止することは可能である⁶⁰。この点、日本では、裁判などで争われていないものの、服装をめぐる若干の課題が教育現場ではみられる場合がある。多くの、生徒の服装については、学校ごとに校長の裁量で決まっており、中には、スカーフは認めるが、夏に長袖やアームカバーを着用することを認めない学校もある。画一性を好み、特別扱いを廃する日本の学校文化にあっては、過度な負担にならないかぎり、宗教上の「合理的な配慮」を行うことが実質的な平等にかなうとする理解が必ずしも浸透していない問題がある。なお、親の教育の自由は、親自身の利益のために行使するものではなく、子どもの最善の利益を促進するために行使するものである。親の教育の自由と子どもの教育の権利との対立する場面も考慮する必要がある。また、子どもの成長とともに、子どもの自己決定権が尊重される必要もある⁶¹。したがって、スカーフをかぶるかどうかは、子どもの意思が尊重されるべきであることは言うまでもない。

「憲法 26 条と結びついた憲法 13 条」が保障する親の教育の自由は、子どもの成長に応じた自己決定権との整合性を内在的な制約として備えており、比例原則としての「公共の福祉に反しないかぎり」⁶²、文字通り「個人として尊重される」「教育を受ける権利」が「立法その他の国政の上で、最大限の尊重を必要とする」「自由」を確保する。憲法 13 条の個人の尊重

59 Sara Gustafsson, Education Rights in Sweden. In Jan de Groof and Gracienne Lauwers (eds.), No person shall be denied the right to education: the influence of the European Convention on Human Rights on the right to education and rights in education (Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2004), p. 517.

60 Karin Borevi et al., Layers of Inconsistency: Layers of Inconsistency: The Swedish National Agency for Education's Guidelines on Muslim Headscarves. In Anna-Sara Lind et al. (eds.), Reconsidering Religion, Law, and Democracy: New Challenges for Society and Research (Nordic Academic Press, 2016), p. 191.

61 Beiter, op. cit., pp. 558-559.

62 参照、近藤敦「比例原則の根拠と審査内容」岡田信弘ほか編『憲法の基底と憲法論』（信山社、2015年）819、834-835頁。

は、多様性の確保を命じており、往々にして画一的・全体主義的な側面をもちかねない憲法 26 条の教育を受ける権利と相まって、真に普遍的な人間の権利としての多様な教育を受ける権利を要請していることに、今後は目を向けるべきである。そうした多様な教育を受ける権利に対応して、多様な教育を提供する義務が国にあり、保護者に多様な教育を受けさせる義務を課しているのであって、子どもの最善の利益からフリースクール、バイリンガル学校、インターナショナルスクール、外国人学校、家庭教育などを選択する場合には、国は一定の財政支援などにより補佐することで、多様な教育を受ける権利を尊重し確保することになる。教育の多様性の課題を検討する上で、「個人として尊重される」憲法 13 条の規範的意味を人権緒条約に照らし確認しながら、憲法 26 条の「教育を受ける権利」と「教育を受けさせる義務」がすべての人にある人権条約適合的な憲法解釈を基本に据えるべきである。