

# 外国人あるいは外国出身者の子どもの「教育を受ける権利」に関する序論的考察——日本語教育を受ける権利と母語教育を受ける権利の憲法的保障について——

栗田佳泰

## 一 はじめに——本稿の課題

本稿の目的は、外国人あるいは外国出身者（父母のどちらかが外国人だといったような外国とのつながりをもつ者を含む。以下、併せて「外国人等」という）の子どもの日本社会への受容という課題を憲法論が対象とするかについて、現状を確認し、ありうる選択肢をいくつか提示しつつ、外国人等の子どもの教育を受ける権利、具体的には日本語が不得意な場合に追加的な日本語教育を受ける権利と「母語」<sup>1</sup>（文化は言語によっても伝

---

1 「母語」のよく知られた定義は、その「起源」基準において「最初に習った言語だということ」、その「アイデンティティ」基準において「自分の言語だと自ら認識しているということ」（内的アイデンティティ基準）、「他者からネイティブスピーカーとして認められている言語だということ」（外的アイデンティティ基準）、その「能力」基準として「最もよく知る言語だということ」、その「機能」基準として「最もよく使う言語だということ」だ。「母語」だというためにこれらのすべてを満たす必要はない。また、一人の人間が複数の「母語」をもつことはありうる。なお、「言語的人権」論において「母語」として問題となるのは、「起源」基準と「アイデンティティ」基準を満たすものだ。Tove Skutnabb-Kangas and Sertaç Bucak, "Killing a mother tongue-how the Kurds are deprived of linguistic human rights," in

達されるため本稿では当然に母文化を含むものとして扱う）教育を受ける権利について考察することにある。これは今後、日本がどれだけの外国人を新たに受け入れるべきかとは関係がない<sup>2</sup>。新たな外国人の受け入れは、マククリーン事件最大判（最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁）の示す通り、国際慣習法上、国家の義務ではない。ただし、同判決の示す通り、日本在住の外国人にも日本国憲法第3章の規定が原則的に保障される以上、その権利保障を通じた日本社会へのその受容は国家の義務で喫緊の課題だ。一方、そうした観点から教育を受ける権利が考察されたことは、これまでほとんどなかった。しかし、近時にはいくつかの仕事が公表

---

*Linguistic Human Rights: Overcoming Linguistic Discrimination* (Berlin and New York: Mouton de Gruyter, 1995) at 360-361.

- 2 本稿は、新たな外国人を受け入れるべきか否かについていかなる提言も行おうとするものではなく、あくまで受け入れた場合の外国人の権利について専ら論じようとする。新たに外国人を迎え入れるべきか否かを検討するには多面的な考察が不可欠だ。例えば、外務省に提出された民間有識者会合の報告書において、移民あるいは「外国人材」には日本人と同じ労働関係法制の適用に加えて最低賃金の割増など、「日本人と同等以上」の雇用環境が確保されなければ、雇用主の雇用環境改善努力を阻害し日本人の雇用環境も悪化するとの指摘は注目に値する。外国人労働者政策有識者会合「外国人労働者政策に関する提言（最終報告）より適正で包括的な外国人労働者政策の実現を」（2018年7月23日）。法制度整備等が不十分なまま拙速に受け入れを進めれば、双方に深刻な不利益を生じさせるだろう。一方、これ以上受け入れなくても、現行の法制度が不十分なものなら双方に深刻な不利益が現に生じていることに変わりはない。ところで、同報告書は家族帯同については「慎重」で、雇用主側の論理の優先が見られる。家族の帯同は制約がありうるとしても原則的にはあくまで個人の判断によるべきだろう。家族帯同の権利を外国人の権利として主張するものとして、栗田佳奈『リベラル・ナショナリズム憲法学 日本のナショナリズムと文化的少数者の権利』（法律文化社、2020年）117-121頁。

されてきている<sup>3</sup>。本稿は、なかでも近藤敦の、いわば「人権条約」<sup>4</sup>アプローチを取り上げ、それとは異なる視角を提供しようとする。すなわち、リベラリズムの現代的展開を踏まえたアプローチだ。両者はともに人権概念の内包するいくつかの普遍的な価値を承認するが、前者が主に人権条約という国際法規範に依拠して憲法解釈を行うのに対し、後者は主に理論的背景（政治理論等）を明示し検討を加えることで憲法解釈を行う。

本稿の結論を先取りすれば、次のようだ。まず、マククリーン事件最大判を、外国人の人権享有主体性を原則的に認めたものと解する。次に、外国人等の子どもの教育を受ける権利は、子どもに対する公用語へのアクセス保障を国籍の有無で区別する合理的理由が見当たらないことから、法の下での平等を定めた憲法14条と、憲法26条とから日本国民と同様に保障されると解する。日本語を母語としない日本語が不得意な者は、日本語を母語とする日本語が不得意な者と同様、追加的な日本語教育を受けることが憲法上保障される。そして、外国人等の子どもの母語教育を受ける権利は、公用語へのアクセスに関する実質的な平等の要請からではなく、個人の民族文化的アイデンティティの尊重を要請する憲法13条と、憲法26条とから導かれると解する。このような立場は、学校に宗教的マイノリティに対する合理的配慮措置を過度なものにならない限りで実質的に義務付けている判例の立場との類比からも支持される。

---

3 近藤敦「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」名城法学66巻1・2合併号（2016年）305頁以下、石塚壮太郎「外国人の子どもの学習権と就学義務——学校教育法17条をどう読むか」法律時報93巻8号（2021年）114頁以下、堀口悟郎「就学義務の功罪——石塚報告へのコメント」法律時報93巻9号（2021年）114頁以下等。なお、堀口は、外国人の子どもの不就学問題を解決するのに「根本的な課題」は「日本語教育や母語・母文化教育の充実」だと指摘する。

4 近藤敦『人権法 第2版』（日本評論社、2020年）1頁。目次は一般的な憲法の教科書とあまり変わらないにもかかわらずタイトルに憲法の二文字のない同書は、近藤の立場を鮮明にしている。

本稿の構成は次のようだ。まず、外国人等の子どもの教育に関する現状を把握する（二）。次に、外国人等の子どもの教育を受ける権利の取り扱いについて、いくつかの教科書を取り上げる。教科書を取り上げるのは、それが用いられる高等教育において共通理解を形成する素材となり、そのような共通理解が専門家や官僚を通じて政策に反映され一般社会に浸透すると考えられるからだ。それでは、外国人等の子どもの教育を受ける権利に関する教科書記述はいかなるものか。明示的に肯定するもの、黙示的に肯定するもの、明示的に否定するものの三つに分けることができる。それらは、外国人等の子どもに対する教育施策につき「許容」するのみか抽象／具体的「要請」を導くかでさらに分かれる<sup>5</sup>（三）。一方、通説＝判例と説明されることの多いマクリーン事件最大判の教科書記述は2種類に大別でき、外国人等の子どもの教育を受ける権利の理解にそれぞれ関わっている（四）。これらを踏まえて、憲法学の基本——何を課題としてどのように解決するか——に立ち戻り、本稿の視角を示す（五）。

## 二 問題の所在——外国人等の子どもを取り巻く日本の状況

### 1 「日本語指導が必要な児童生徒」

文部科学省「日本語指導が必要な児童生徒の受入状況等に関する調査

---

5 社会権の裁判規範性に関するいわゆる「抽象／具体的権利説」の区別とは異なり、本稿における抽象／具体の区別はそのような形で裁判規範性に対応するものではない。ただし、これから見ていくように、抽象的「要請」説は既存の教育施策において外国人と日本国民とのあいだに区別がある場合に合理的理由の有無を裁判上の問題にする。また、具体的「要請」説はそれだけでなく裁判上の救済の可否とは別に外国人等の子どもに対する特別な教育施策を憲法上の要請として求める。

（平成30年度）」によれば、「日本語で日常会話が十分にできない児童生徒」及び「日常会話ができて、学年相当の学習言語が不足し、学習活動への参加に支障が生じており、日本語指導が必要な児童生徒」（以下、「日本語指導が必要な児童生徒」という）で外国籍の者は約4万人、日本国籍の者は約1万人存在している。外国籍の日本語指導が必要な児童生徒のうち、英語を母語とする者は約1100人、日本国籍の日本語指導が必要な児童生徒のうち、英語を母語とする者は約1200人、また、日本語を母語とする者も約1200人存在している<sup>6</sup>。近年の日本における英語教育の内容や時間数の増加は<sup>7</sup>、この問題を解決しない。これらの数字を前にして、こうした日本語指導が必要な児童生徒に対して日本語学習の機会を増やすことを躊躇すれば<sup>8</sup>、端的にそうした児童生徒を教育から排除し続けることになる。

---

6 文部科学省「日本語指導が必要な児童生徒の受入状況等に関する調査（平成30年度）」。

7 文部科学省「新学習指導要領全面実施に向けた小学校外国語に関する取組について」（令和元年9月4日）。

8 近藤敦『多文化共生と人権 諸外国の「移民」と日本の「外国人」』（明石書店、2019年）33-34頁は、地方公共団体の「多文化共生」施策を母語や母文化の教育よりも日本語の習得に力点を置いていることから「同化主義的な要素」が多いと指摘する。母語教育も併せて行われるべきだとして（近藤・前掲注4）314-315頁）、それがどのような教育プログラムとして行われるべきなのか、また、どの程度（時間をかけて）行われるべきなのか、資金や教師の調達可能性と併せて検討すべき課題は少なくなく、日本語教育に力点が置かれていることをもって「同化主義」的と評するのはいささか厳しすぎるように思われる。ただし、母語や母文化を差別し排除するような仕方で教育されるならば、いかなる教育施策も「同化主義」にほかならない。ウィル・キムリッカ（角田猛之ほか監訳）『多文化時代の市民権——マイノリティの権利と自由主義——』（晃洋書房、1998年）144-147頁。

## 2 高等教育への狭き門

高等教育に目を向けると、一般に、私立大学に比して学費の安価な国立大学への入学は、その私立大学に比する定員数の少なさにおいて狭き門といえる<sup>9</sup>。学習にお金をかけられなかった子どもにとってはさらに狭く<sup>10</sup>、外国人等の子どもで日本語を母語とせず、限りある学習費のなかで日本語を学ぶのに十分なお金をかけられなかった子どもにとっては、さらに狭き門だということも想像に難くない。

ところで、「日本語の不得意な生徒向けに定員枠を設ける国立大」は「1校」だという<sup>11</sup>。そのような定員枠を設けることは、事実上、日本語が不得意なために日本語で行われるすべての科目（「国語」科目だけではない）で不利な立場に置かれる子どもに対して日本における高等教育の門戸をとくに開く施策といえよう。しかし、日本語が不得意な受験者に対する教育上の特別な配慮が「多文化共生」というスローガンにしか依拠しないのなら<sup>12</sup>、日本語が不得意な子どものために高等教育の門戸をとくに開こうとする国立大学が「1校」という数字は必ずしも過少とはいえない。その数字は「多文化共生」というスローガンがもつ政治的インパクトの多寡に比例するはずだからだ。その場合、少なすぎるのは定員数ではなく、日本社

---

9 国立大学の学生は全学生数の約21%（令和2年）だ。文部科学省統計要覧（令和3年版）。

10 平成21年度文部科学白書（2009年）は、「我が国の教育水準と教育費」というタイトルの特集で、両親の年収が低いほど高校卒業生の4年制大学進学率が低くなることを問題視していた。

11 宇都宮大学に限られるとされる。「日本語苦手 入試で挫折」日本経済新聞2021年8月27日朝刊。

12 出入国在留管理庁はその長を会長とする「国民の声を聴く会」を設置、設置目的に「多文化共生社会の実現」を掲げる。だが、一部の地方公共団体にほぼ同趣旨の基本条例は存在する一方で、それらに相応するような憲法の条文はもちろん法律も日本には存在しない。近藤・前掲注8）36-39頁。

会において「多文化共生」というスローガンのもつインパクトにはかならない。ようするに、日本社会はマイノリティに無関心だ<sup>13</sup>。一方、制度に不備があり十全な権利保障が確保されていないのならば、それを是正する義務が政府にはある。大学等への進学率が他に比して低いだけではない日本語が不得意な子どもの置かれた状況において<sup>14</sup>、何らかの権利が問題になっているとすれば、その数約5万人に対して、「1校」という数字はいかにも過少だ。

### 3 憲法は課題解決に役立つのか

各人の母語を忘れさせようとする教育や、母語や母文化を尊重するどころか差別するような教育は、「同化主義」として否定されるべきだ。一方、母語と公用語はどちらか一つだけが取得可能なものではないし、そうあるべきものでもない。母語が公用語と一致しない者には公用語も学習する機会が与えられるべきだ<sup>15</sup>。大学進学についても特別な定員枠を設けるなどの支援策が必要だ<sup>16</sup>。

---

13 オーストラリアやフィンランドでは非英語圏・非フィンランド語圏からの移民や難民の進学支援の取り組みが行われている。「[対象は国民] 進学阻む」日本経済新聞朝刊2021年8月28日。

14 日本語指導が必要な児童生徒が高校を中退する率は9.6%（全高校生等では1.3%）で、進学率は42.2%（全高校生等では71.1%）、非正規就職率は40%（全高校生等では4.3%）、進学も就職もしていない者の率は18.2%（全高校生等では6.7%）だという。文部科学省・前掲注6）。

15 このような権利は「言語的人権」の一つとして主張される。Skutnabb-Kangas and Bucak, *supra* note 1 at 361.

16 日本経済新聞・前掲注13）。文部科学省はそのような特別選抜について、「大学入学者選抜における実質的な公平性の追求や多様性を生かすキャンパスの実現の観点から意義が大きい、その趣旨・方法について社会に対し合理的な説明ができること（原則②：受験機会・選抜方法における公平性・公正性の確保）、志願者の入学後の教育に必要な学力の確保に留意すること

上に述べたような内容は、アド・ホックな政策で与えられる可能性のある事実上の恩恵なのか。それとも何らかの憲法上の権利なのか。前者なら、本稿の課題はそもそも憲法論の対象（憲法解釈が解決に資する事柄）ではない。後者なら、当然、憲法論の対象となる。日本の憲法学の一般的な理解では、それを分析する手順として、まず、日本国籍の有無が問題とされ、次に教育を受ける権利が問題とされることになる。

### 三 外国人等の教育を受ける権利に関する教科書記述

#### 1 黙示の肯定説——抽象的「要請」説？

近藤敦は、「多くの憲法の教科書」の2つの項目、すなわち「外国人の人権享有主体性」と「教育を受ける権利」について調べ、「外国人の教育を受ける権利の有無」が明示的には論じられていないと述べ、その理由を「外国人も教育を受ける権利を享有することは、性質上、当然であるとして、特に論じる必要を感じていない」からだとした<sup>17</sup>。

上の引用文の「性質上」とは、外国人の人権享有主体性を一般に認めたマククリーン事件最大判及びそれと同旨とされるところの、いわゆる権利性質説を前提とした表現だ。いったんここで、近藤の言うように、「外国人

---

（原則①：当該大学での学修・卒業に必要な能力・適性等の判定）が必要」と注意しつつ普及を図るべきだと提言している。文部科学省「大学入試のあり方に関する検討会議 提言」（令和3年7月8日）。

17 近藤・前掲注3）306-307頁。同306頁注2に例示列举された教科書の部分を適宜アップデートしつつ紹介すると、下のようだ。芦部信喜『憲法 第七版』（岩波書店、2019年）92-98、283-286頁。佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）142-150、368-372頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第5版〕』（2020年）94-102、343-347頁、長谷部恭男『憲法 第7版』（新世社、2018年）117-118頁、高見勝利ほか『憲法 I 〔第5版〕』（有斐閣、2012年）222-230頁〔中村睦男〕、516-522頁〔野中俊彦〕。



も教育を受ける権利を享有すること」について「多くの憲法の教科書」が黙示の「当然」の前提として「肯定」する肯定説を採用しているとしよう。次に問題となるのは、その具体的意味だ。「肯定」するのなら、外国人等の子どもに対する何らかの教育施策（追加的な日本語教育や学校への特別な定員枠など）が憲法上要請されるはずだ。仮にそれらの施策を積極的に違憲としないという意味にとどまるのなら、それは実質的には否定説と異ならない。外国人の社会権に関する古典的な否定説とされる宮沢俊義の所説においても、外国人に法律等でもって社会権の保障が行われることが違憲と主張されるわけではなく<sup>18</sup>、その理は一般に社会権の一つに類別される教育を受ける権利でも同じだからだ。一方、黙示にせよ外国人等の子どもにも教育を受ける権利を認めるわけだから、具体の教育施策を求めないまでも何らかの憲法上の要請を導く抽象的な「要請」説だと解する余地もある。ただし、仮にそれぞれの教科書の意図が後者だったとしても、そうは読めない（少なくとも誤読可能性が高い）書き方となっているものもある。これについては四で後述するとして、下では他の教科書記述を紹介していく。

## 2 明示の肯定説——抽象的「要請」説と具体的「要請」説

外国人等の子どもの教育を受ける権利が明示される教科書記述もある。これはさらに抽象的なものと具体的なものとで二分できる。

渋谷秀樹は、「外国人の子女」が「教育を受ける権利」につき「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権利を果たす」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

---

18 高橋・前掲注17) 99頁。

とはできない<sup>19</sup>と明示的に述べている<sup>20</sup>。ただし、具体的に特定の教育施策の展開等を主張するわけではない。したがって、抽象的「要請」説といえる。

一方、近藤は、人権条約を踏まえながら、外国人の学齢期の子どもの退学や不就学放置、在留資格を理由に受け入れを拒否することを憲法26条上の国の教育義務違反としたり、憲法13条から「少数民族」に属する個人の文化享有権を認めた裁判例（札幌地判平成9年3月27日判時1598号33頁）と憲法26条を併せ読んで「多文化教育を受ける権利」を主張したりしている。なかでも「多文化教育」として「日本語（日本文化）教育のための公費助成」と外国人の「母語（母文化）教育への選択権の保障」等をいうところに特徴がある<sup>21</sup>。具体の教育施策の方向性が示されているので、明確な具体的「要請」説といえる。

### 3 明示の否定説——「許容」説

外国人等の子どもの教育を受ける権利を明示的に否定する教科書もある。それによれば、次のようだ。「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」<sup>22</sup>。

上の引用箇所の前後に特段の説明はなく、近藤が「多くの憲法の教科書」から析出して見せた「外国人も教育を受ける権利を享有する」という「当然」の前提とは異なる別の前提が示されただけのように読める。

---

19 渋谷秀樹『憲法 第3版』（有斐閣、2017年）120-121頁。

20 木下智史=只野雅人編『新・コンメンタール憲法 [第2版]』（日本評論社、2019年）323頁 [倉田原志] は、本文中に述べた渋谷説を明確に支持する。

21 近藤・前掲注4）311-315頁。

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

上のような否定説につき近藤は、いくつかの政府文書を参照して、「政府の解釈と実務に依拠する」のではないかと推測する。そうした政府文書の一つ、文部科学省の設置した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「外国人児童生徒教育の充実方策について（報告）」<sup>23</sup>は、「現状」理解として次のように述べていた。少し長いが引用しよう。「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、外国人の子どもの教育を受ける権利を保障している」。近藤は、こうした政府見解を「文言説」（「何人も」、「国民は」という憲法規定の文言から保障対象を分別する学説。「圧倒的多数の学説は性質説（引用者注：権利性質説と同義）」だとされる<sup>24</sup>。実際、宮沢説も採用していないし<sup>25</sup>、後述するように判例も採用していない）的解釈だと理解する<sup>26</sup>。

---

23 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（報告）」（平成20年6月）。なお、日本学術会議「提言 外国人の子どもの教育を受ける権利と修学の保障——公立高校の「入口」から「出口」まで」（令和2年（2020年）8月11日）も、児童の権利に関する条約や人種差別撤廃条約といった人権条約には言及するが、日本国憲法にはほとんど触れておらず（同10頁は日本国憲法に触れてはいるが「外国人には就学義務（憲法26条）が適用されない」と政府見解を繰り返すのみ）、本文中に述べる政府見解の問題性をそのまま存置している。本文中に見ていくように、判例とかけ離れた政府見解を当然の前提とするこうした議論の背景には、外国人等の子どもの教育を受ける権利にかかる問題を憲法論だと捉えようとしめない風潮もあるのかもしれない。

24 高見ほか・前掲注17）222-223頁〔中村睦男〕。

25 宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣、1971年）242-243頁。

26 近藤・前掲注3）308-311頁。一方、近藤とは異なる「人権」アプローチ

否定説は、ある程度の類似性（ともに外国人は憲法26条の対象外だとしつつ、その子どもを教育する必要性は肯定しているかに読める）から近藤の言うように上の文言説的な政府見解に裏付けられている可能性はあるが、仮にそう読んだ場合、同政府見解のもつあいまいさを引き継ぐことになる。それは、同政府見解の前段が親等の「教育を受けさせる義務」に触れているのに対し、逆接の接続詞でそれを受ける後段が子どもの「教育を受ける権利」に触れているという構造にある。外国人の親等には憲法上「教育を受けさせる義務」は課されていないけれども、その子どもに「教育を受ける権利」を保障しているという論理構造は、親等に憲法上「教育を受けさせる義務」が課されているから子どもに憲法上「教育を受ける権利」が付与されているという因果関係を前提としているかに読める。これは、少なくとも、憲法26条の「背後」に「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」を想定し、子どもに対する保障義務者として「大人一般」を置く旭川学力テスト事件最大判（最大判昭和54・5・21刑集30巻5号615頁、633頁）とはあまりにかけ離れた形式論だ。同政府見解がこのような形式論まで採用するものかははっきりしないが、こうし

---

を提唱する石塚壮太郎は、本文中に挙げた政府見解を前提とした現行法制下の実務における「親の「就学（させる）義務」に対応する子どもの「教育を受ける権利」という連関を維持しつつ、本文中に後述する「学習権」をそのような子どもの「教育を受ける権利」とは峻別し、前者を普遍的な（国籍により限定されない）「人権」、後者を特殊な（国籍により限定される）憲法上の権利に位置付ける。石塚・前掲注2）114-117頁。このような石塚のアプローチには、実務との齟齬をできるだけ抑えようとする意図が見受けられるが、一方で、憲法26条に関して文言説的解釈に立つ政府見解を前提とするため、「圧倒的多数の学説」との齟齬は大きい。なお、石塚のアプローチによっても、実務に対し「人権」たる「学習権」を重い考慮要素とすることを要請することとなり、憲法26条の「教育を受ける権利」として具体化されたそれを重い考慮要素とすることを要請する本稿のアプローチと、どちらがより実務との齟齬が小さいかについては、議論の余地がある。

たあいまいさからすれば、同政府見解は、少なくとも、説明責任が十分に果たされないままの政治的意思決定の表明にすぎない可能性が高い。そのようなものを否定説が黙示の根拠としているとみなすべきだろうか。また、上の否定説に関する引用箇所には同政府見解のように文言説のように読める部分（「憲法及び教育基本法は……義務を負うものとしていることから」）はない。したがって、文言説ではなく、下に示すような外国人に社会権の保障を認めない「従来の通説」<sup>27</sup>たる宮沢説に依拠している可能性がある。

宮沢説では、社会権について、「まず各人の所属する国によって保障されるべき権利を意味するのであり、当然に外国によっても保障されるべき性質の権利を意味するのではない」とされる<sup>28</sup>。

だが、否定説を採用する教科書は別の場所で「かつては社会権の保障は国民に限られるとする説も有力であった」<sup>29</sup>としており、宮沢説がやはり過去のものだということを示唆している。当該教科書が分担執筆であったために論者の見解の相違が浮き彫りになっただけのようにも読めるが、両箇所を整合的に読もうとすれば、否定説は宮沢説に依拠していないという可能性もある。それでは他のどのような学説に依拠しうるのだろうか。依拠しうる学説を紹介する前に、それと深く関連性を有するが、依拠しえない学説をまずは紹介したい。

上に引用した宮沢の所説は、判例上も「権利の性質上日本国民のみをその対象としている」参政権との類比で記述されており、文脈上、外国人に社会権の保障を認めない趣旨に確かに解される。一方、その後の箇所では「無国籍人」に対して「国民に準じて、社会権の享有をみとめられるべき」

---

27 辻村みよ子『憲法 第7版』（日本評論社、2021年）115-116頁。

28 宮沢・前掲注25）242-243頁。なお同箇所は文言説を明示的に否定もしている。

29 渡辺ほか・前掲注22）38頁 [宍戸常寿]。

ともされている<sup>30</sup>。もちろん外国籍保持者は「無国籍人」とは異なり自身の国籍国から社会権の保障を受けることができるしそうすべきだが、「居住する国家の権力」に服している点では一方が「全面的」で他方が部分的といったところで、そこに有意の差はないように思われる（結局、両者ともに日本国の支配を受けるという意味では同じだ<sup>31</sup>）。だとすれば、「無国籍人」だけでなく外国人に対しても（程度の差こそあれ）「国民に準じて、社会権の享有をみとめられるべき」と解することに特段の支障はないだろう。実際、芦部は、社会権の保障義務者が第一次的に国籍国だというにすぎず、「参政権と同じように、外国人に対して原理的に排除されていると解するのは、妥当でない」と指摘した（芦部説①）<sup>32</sup>。この芦部説を引用して宮沢説の克服を示唆する教科書もある<sup>33</sup>。したがって、否定説は、外国人に対する社会権の保障が参政権とは異なり原理的に求められているとする芦部説①には依拠しえない。

次に、依拠しうる学説を紹介しよう。正確には、上の芦部説①の別の読み方だといえる。芦部は、より簡略化された教科書のなかで、「財政事情等の支障がないかぎり、法律において外国人に社会権の保障を及ぼすことは、憲法上何ら問題はない」<sup>34</sup>としており、外国人に対する社会施策は「財政事情等の支障がないかぎり」において憲法上許容されているのみで要請されてはいないようにも読める説明を行っている。この場合、上の芦部説①の「原理的に排除されてい」ないとする表現は、法律で付与しても違憲の問題を生じないという意味だと解釈することになる。この説明は、否定説のように「憲法26条の効力は、外国人には及ばない」と考えることと整合する。芦部は同箇所では注意深く「参政権と異なり」外国人に認められ

---

30 宮沢・前掲注25) 242-243頁。

31 高橋・前掲注17) 94-95頁。

32 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）136-138頁。

33 辻村・前掲注27) 115-116頁。

34 芦部・前掲注17) 94頁。

ないものではないとしていることからすれば、芦部説①が芦部の真意のはずだが、上のように読まれうることは否定できない。これは否定説の依拠しうる、いわば芦部説②だ。ただし、「原理的に排除されてい」ないとする表現を法律で付与しても違憲の問題を生じないという意味だと読めば、すでに述べたように宮沢説も外国人に対する社会保障施策を法律で講じることを違憲と主張していたわけではない以上、宮沢説を別のことばで繰り返しているだけになってしまうし、そう読むことは、芦部説①によって宮沢説が克服されたと捉える教科書の読み方も齟齬することに注意が必要だ。

それでは、はたして判例は外国人等の子どもの教育を受ける権利について、どのような立場を明らかにしているのだろうか。この点について判例は明確だと思われるが、それを説明する教科書記述は分かれる。

## 四 判例——その2種類の教科書記述

### 1 マクリーン事件最大判（最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁）

外国人等の子どもの教育を受ける権利に関する最高裁の立場を確認するには、「いかなる基準でいかなる人権が外国人に保障されるかという、一般論」<sup>35</sup>を展開したとされるリーディングケース、いわゆるマクリーン事件最大判を再確認する必要がある。

マクリーン事件最大判の「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶ」とした箇所はよく知られている。また、当該事件で問題となっていたのは主に「政治活動」の

---

35 高見ほか・前掲注17) 223頁 [中村睦男]。

自由で、それが「外国人在留制度のわく内」で与えられているとの判示は、そのような権利行使が「在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障」を受けないということの意味した<sup>36</sup>。それ以外の点では原則通り、「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は……わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶ」。「憲法第三章の諸規定」には言うまでもなく憲法25条や憲法26条が含まれる。つまり同事件最大判は、憲法25条にせよ憲法26条にせよ、それらを保障する具体的な施策については言及しないし、それらの行使が在留期間更新の際に消極的な事情として斟酌されることはあると示唆しさえするが、それらが外国人にも原則的に保障されるとはいっており、抽象的「要請」説だと考えられる。

しかし、教科書におけるこの判決の説明の仕方には上とは異なる読み方をするものもある。

## 2 判例＝権利性質説（ポジティブリスト方式）

今日、外国人の人権享有主体性について通説とされる権利性質説の代表的な表現は、「外国人にも、権利の性質上適用可能な人権規定はすべて及ぶ」（強調は原文ママ）というものだ。マクリーン事件最大判と権利性質説とはほぼ同旨とされ、「通説・判例」と紹介される<sup>37</sup>。確かに、判例と権

36 もっとも、こうした国の裁量も裁判所の統制（裁量逸脱・濫用の違法性の認定可能性）を一切排除するものではない。「行政裁量とは、行政庁にフリーハンドの「自由」を認めるものではない」。櫻井敬子＝橋本博之『行政法〔第6版〕』（弘文堂、2019年）102頁。また、泉徳治「マクリーン判決の間違い箇所」判例時報2434号（2020年）133頁以下は、マクリーン事件最大判により外国人在留制度の運用に対する憲法的統制が不十分となっていると警鐘を鳴らす。

37 芦部・前掲注17）92頁。一方、マクリーン事件最大判の最高裁判所調査官解説は、それまでの判例について、「規定の文言を重視しているものもあるが、権利の性質上外国人に保障を及ぼすのが適当でないものを除いては



利性質説は同様に外国人と国民とのあいだの原則的な平等を認めている。だが、そこには、ネガティブリスト方式とポジティブリスト方式に相応した違いを看取しうる。

上のような権利性質説の説明では、「権利の性質上適用可能な人権規定」か否かがポイントとなるため、「権利の性質上適用可能な人権」ごとに個別の論証を別途要するように読める（「判例＝権利性質説（ポジティブリスト方式）」）。例えば、判例が外国人等の子どもの教育を受ける権利を明認しているというためには、それが「権利の性質上適用可能な人権」だと最高裁が判決文中で記述するのを待つことになろう。あるいは、その役割

---

外国人に対しても保障が及ぶものとの見解をとっている、と学説は理解している」とまとめたあと、項目を変えて、「権利の性質に従い外国人に対しても保障を認める学説にあつては、憲法の保障する基本的人権のうち、参政権及び社会権については、その性質上外国人にその保障が及ばないとすることにほぼ異論がない」として本文中に述べた宮沢説が当時の通説だと示唆しつつ、項目をさらに変えて、「本判決は、外国人の政治活動の自由についても、わが国の実質的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でない」と解されるものを除き、その保障が及ぶ」とする「制限説」だと「解される」という。越山安久「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和53年度（1982年）448-449頁。「本判決」が「外国人の政治活動の自由」について「制限説」を採用したとしても、当該事件で問題となっていない社会権について当時の通説を採用したかどうかは明らかでない。もっとも、各項目が順接で並列されていると読めば、上の「制限説」が当時の通説と組み合わせられていると読むことは可能だ。実際、同事件最大判の代表的な評釈は、「本判決において（最高裁が：引用者注）権利性質説に立つこと」が「明確化」されたとしつつ、段落を変えて、「権利性質説に立つ場合、外国人に保障されない人権の代表例として、参政権、社会権、入国の自由が挙げられる」としている。愛敬浩二「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ（第7版）』（有斐閣、2019年）5頁。つまりこれは、本文中に後述する「判例＝権利性質説（ネガティブリスト方式）」で、ネガティブリストに社会権を入れるものだ。ただし、こうした説明は、マククリーン事件最大判が外国人の社会権享有主体性を否定した判例とは一般に解されていないことと齟齬する点は指摘しておく必要があろう。

は学説が担うべきだ。逆に言えば、そうした判例や学説が形成されない限り、外国人等の教育を受ける権利は憲法上のそれとしては存在しないかに見える。外国人等の教育を受ける権利への侵害が深刻な問題を提起し最高裁に係属する事態は容易には想定し難い<sup>38</sup>。だとすれば、そうした判例が形成される見通しはきわめて暗く、現時点でそうした判例が存在しない以上、上のような権利性質説に立つ限り、実質的には否定説と径庭ない。多くの教科書が当該論点につき黙する現状では、通説の明確な確立を待つことも現実的ではない。つまり、外国人等の子どもに対する教育施策については実質的に「許容」説が維持される。

近藤の見立て通り、著者の主観として「外国人も教育を受ける権利を享有することは、性質上、当然」なので「特に論じる必要を感じていな」かったとしても、あるいは、外国人等の子どもに対する教育施策については

---

38 この点、障害者の「教育を受ける権利」が問題となった裁判例（神戸地裁平成4年3月13日行集43巻3号309頁）は、障害者に対する入学不許可処分の裁量逸脱・濫用を審査する際に「『世界人権宣言』や『障害者の権利宣言』を待つまでもなく『健常児となんら異なることなく学習し発達する権利』を重い考慮要素とみなしたことが注目される。一方、それまで実施されていた多文化共生・国際理解教育事業の縮小を「マイノリティとしての教育を受ける権利」の侵害だとして訴えた事件で大阪高裁は、そのような権利侵害の主張を容れなかった。原告の主張によれば、それは「公の費用負担のもと、マイノリティとしての教育を受け、マイノリティの言語を用い、マイノリティの文化について積極的に学ぶ環境を享受できる権利」だったが、大阪高裁は、原告の援用した人権条約につき、上のような「マイノリティとしての教育を受ける権利」を保障するものでないとした。そのうえで、憲法26条からもそれを引き出すことを否定した。大阪高判平成20年11月27日判時2044号86頁。そもそも財政事情の関係する事業の縮小について裁判所がいかにして裁量統制をなしうるかどうかについては長い議論があるが、憲法25条に関しても最高裁は制度後退禁止原則を採用しておらず（最判平成24年2月28日民集66巻3号1240頁）、「マイノリティとしての教育を受ける権利」に制度後退禁止原則を盛り込むのはいかにも容易でない。

「許容」説しか帰結しない芦部説②が通説として多くの教科書の黙示の前提とされていたとしても、マクリーン事件最大判と上のような権利性質説とを同視する説明は、同最大判の外国人の人権享有主体に関する判示事項「原則肯定、例外否定」を逆転させたうえでさらに憲法上要請されるべき基本的人権の保障を立法や行政の自由裁量にすり替えて「原則否定、例外許容」のように読者（教科書としての性質上、その多くは学生だろう）に理解される可能性がある。そうした可能性は、他に例えば、「問題は、外国人が憲法の定めるいかなる基本的人権をいかなる程度において享有するかである」、「社会権（特に生存権）については、その保障は各人の属するそれぞれの国の責務であるとの考え方の下に、外国人の享有主体性を否定する見解（Y説）が通説であり（宮沢俊義）、判例であった」<sup>39</sup>、「外国人にも一定の範囲内で人権の保障を認める……性質説は、憲法によって保障された人権の性質を検討して、できるだけ外国人にも人権保障を及ぼそうとする説である」<sup>40</sup>。「通説・判例が権利性質説を採用している昨今では、どのような権利が外国人に保障されるかを具体的に明らかにすることが問題となる」<sup>41</sup>といった表現にも看取される。

複数の代表的な教科書が上のように読まれる可能性をもつ現状においては、否定説が唐突に教科書中に登場しても、「原則否定、例外許容」という結論——外国人等の子どもに対する教育施策については「許容」にとどまる——としては他の複数の代表的な教科書と少なくとも明示的には齟齬しない以上、特段の説明が付されなかったとしても読者に違和感をもって受け止められることはなさそうだ。

---

39 佐藤・前掲注17) 144、147頁。

40 高見ほか・前掲注17) 222-223頁 [中村睦男]。

41 辻村・前掲注27) 113頁。

### 3 判例＝権利性質説（ネガティブリスト方式）

マクリーン事件最大判を字句通りに読めば、問題となるのは「除」かれるところの「権利の性質上日本国民のみをその対象としている」権利だ。このことについて意識的に権利性質説を説明する教科書も存在する（「判例＝権利性質説（ネガティブリスト方式）」）。

高橋和之は、「通説・判例ともに、権利の性質上日本国民のみを対象としている人権以外は、外国人にも保障されるという点で一致して」いるとし、「理論的な分析の手順としては、まず外国人に保障されない人権類型を明らかにし、次いで保障される人権に関して、外国人であることを理由にどのような制約が許されるかを検討するということになる」と、マクリーン事件最大判に正確に準拠している<sup>42</sup>。また、長谷部恭男は、「現在の支配的学説は、権利の性質によって外国人にも等しく保障される権利と、そうでないものが区別されると説く」としつつ、「社会権については、日本国民についても法律の根拠があってはじめて具体的に享受しうるとされており、しかも広範な立法裁量が認められていることからすると、外国人との憲法上の保障の差異がどこにあるかを見きわめることはむずかしい」と認識したうえで、「むしろ、国籍を規準として社会保障給付について差異を設けることが、国籍に基づく不合理な差別として平等原則に違背しないかという接近の仕方の方が有益」とする<sup>43</sup>。これらでは、同最大判の「原則肯定、例外否定」という判示事項がそのままの形で維持されている。当然、この理は社会保障給付についてのみ妥当するものでなく、「法の下での平等が外国人にも当然に及ぶことをも踏まえれば（最大判昭和39・11・18刑集18巻9号579頁）、国籍の有無によって、国民と異なる取扱いを認めるだけの事情があるかによって、基本権保障の有無および内

---

42 高橋・前掲注17) 96-97頁。

43 長谷部・前掲注17) 117、121頁。

容・程度を検討することになる」<sup>44</sup>。

なお、社会権が判例により「権利の性質上日本国民のみをその対象としている」権利とされたか否かについていえば、塩見訴訟最判（最判平成元年3月2日判時1363号68頁）が社会権を「権利の性質上日本国民のみをその対象としている」権利だと特定した判例だと読まれている可能性がある。佐藤幸治は実際、同最判を参照しつつ、「社会権（特に生存権）については……外国人の享有主体性を否定する見解（Y説）が……判例であった」とした<sup>45</sup>。しかし、長谷部が指摘したように、そもそも社会権については日本国民に対しても立法裁量が広く認められがちだ。だからといって、日本国民に社会権が保障されていないわけではない（抽象的に保障されている、というわけだ）。外国人が日本国民に比し劣位に取り扱われるのを立法裁量の範囲内としたことが、なぜ外国人の社会権享有主体性それ自体を否定したことになるのかは不明だ<sup>46</sup>。

マククリーン事件最大判に関するこれら2種類の教科書記述は国家試験等で扱われる際にも区別されるようだ。多くの代表的な教科書で「判例≒権利性質説（ポジティブリスト方式）」が繰り返されている現状からすれば、学界の共通理解に近いのはおそらく「判例≒権利性質説（ポジティブリスト方式）」で、そうすると、受験者が「裁判官、検察官又は弁護士となろうとする者に必要な学識及びその应用能力を有するかどうかを判定」（司法試験法1条）する司法試験で、「判例≒権利性質説（ポジティブリスト方式）」が優先的に扱われてもおかしくはない。実際、架空の出入国管理

---

44 渡辺ほか・前掲注22) 37-38頁 [宍戸常寿]。

45 佐藤・前掲注17) 147頁注66。

46 外国人に対して生活保護法上の受給権を否定した最判平成26年7月18日判例地方自治386号78頁についても本文中に述べたことと同じことがいえる。確かに同判決は生活保護法上の権利を否定した。しかし、だからといって、そもそも外国人の社会権享有主体性を否定したなどと考えるのは飛躍にすぎよう。

制度を素材に「妊娠・出産（以下「妊娠等」という。）を滞在の際の禁止事項とし、違反があった場合には強制出国させることが、自己決定権（憲法第13条）の侵害ではないか」等を主な論点として出題された平成29年司法試験の論文式試験において、出入国管理にかかる架空の特例法の合憲性を争うべき弁護人の主張を検討させる〔設問1〕では、「憲法14条違反については論じなくてもよい」と明示された<sup>47</sup>。憲法14条について論じることが仮に加点要素だとして、どのように論じれば加点されるのかは明らかでない<sup>48</sup>。

## 五 おわりに——リベラリズムの現代的展開を踏まえて

### 1 外国人等の子どもに対する教育施策に対する3つの憲法学説

#### ① 「許容」説（通説？）

見てきたように、外国人等の子どもの教育を受ける権利について、複数の代表的な教科書がマククリーン事件最大判とは少し違う権利性質説、すなわち「判例＝権利性質説（ポジティブリスト方式）」を前提としつつ、明示的に触れず、あるいは明示的に否定する。一方、外国人等の子どもに対する教育施策については、おおむね「許容」——外国人等の子どもに対す

---

47 平成29年司法試験ならびに「論文式試験出題の趣旨」。法務省「平成29年司法試験の結果について」[https://www.moj.go.jp/jinji/shihoushiken/jinji08\\_00142.html](https://www.moj.go.jp/jinji/shihoushiken/jinji08_00142.html) [2022年1月31日閲覧]。

48 上田健介「公法系科目〔第1問〕解説」法学セミナー編集部編『司法試験の問題と解説 2017』（日本評論社、2017年）10-11頁はいくつかの可能性を適示しつつも「よくわからない」と結論付けた。憲法14条や平等といったことばに触れなかった同年の「論文式試験出題の趣旨」や「採点実感」からも伺えない以上、法科大学院の教員は、限られた授業時間のなかで、今後、このような論点について憲法14条を引き合いに出すことに少なくとも積極的にはなりたくないだろう。

る教育施策が行われても積極的に違憲だとは言わない——説の結論で一致しているかのようだ。

どのような「許容」説も本稿の課題に応答しうるものでないことは論を待たない。「許容」説に立つならば、外国人等の子どもをどのようにして日本社会に受容すべきかは、新たにどれだけの外国人を迎え入れる（あるいは迎え入れない）べきかと同様、多くの解決すべき政策課題の一つにすぎず、法律や施策で外国人等の子どもに一定の教育を受ける権利を付与しても直ちに違憲の問題を提起することはないというだけで、そこに憲法解釈が積極的に寄与する余地はないからだ。

## ② 抽象的「要請」説（判例の立場）

マククリーン事件最大判に字句通りにしたがえば、憲法26条の教育を受ける権利は明示的に否定されない限り外国人にも保障されていることになる。そうした立場を示唆する教科書として、同最大判に正確に準拠しつつ権利性質説を紹介する高橋和之と、社会権に関しても同最大判の外国人の人権享有主体性に関する「原則肯定、例外否定」の立場を維持する長谷部恭男のそれ（それと同旨の宍戸常寿の分担執筆部分）を挙げた。こうした外国人の人権（社会権）享有主体性の一般論（外国人等の子どもに対する教育施策について黙示の抽象的「要請」説を採用するものといえる）とは別に、外国人等の子どもの教育を受ける権利に明示的に触れ、抽象的「要請」説を採用する教科書として、「外国人の子女」の教育を受ける権利を明認する渋谷秀樹のそれを挙げることができる。

抽象的「要請」説は、外国人等の子どもに対する具体的な教育施策が主張されない以上、本稿の課題解決に接近するところはほとんどないように一見、見える。しかし、「許容」説とは異なり、原則として外国人にも日本国民と同様に憲法26条の享有主体性を認めるのだから、例外的に国籍の有無で子どもたちを区別することに合理性が認められる場合を除き、外国人と日本国民とのあいだで教育を受ける権利の保障に不平等が生じるこ

とは許されないことになる。したがって、外国人の子どもに対する既存の教育施策の存置ではならず、すべての教育施策において国籍の有無で子どもたちを区別することの合理性が問われる。例えば、日本語の不得意な者に対する日本語教育の充実が図られるべきだとして、それは約1万人の日本国籍の日本語指導が必要な児童生徒に対してのみ認められるべきで、残り約4万人の外国籍の日本語指導が必要な児童生徒に対しては認められるべきではないとか、前者は優先され後者は優先されないとか、そうした議論をする必要はない。公用語としての日本語の習得が目的なのだから<sup>49</sup>、その必要のある者に当該教育を受ける権利を保障しようとするとき、その者の国籍や母語は問題にならない。一方、外国人等の子どもで日本語の不得意な受験者のために学校が特別な定員枠を設けることについては、とくに外国籍をもつ児童生徒に日本で的高等教育の門戸を開く政策上の意図がある場合に、国籍の有無による区別が合理的な理由をもつこともあるだろう<sup>50</sup>。また、それは日本語を母語とし日本語が不得意でない日本国籍をもつ者とのあいだの大学入試における実質的な不平等を是正するためのものに限定されることになるだろう。

もっとも、この立場は何らかの教育施策がある場合に国籍の有無で子ど

---

49 「個人の人格形成」は、「民主国家の存立と発展を担う国民の育成過程」だ。高見ほか・前掲注17) 516頁 [野中俊彦]。

50 逆に、そのような政策上の意図がない場合に、日本語を母語とするが日本語の不得意な者と日本語を母語としないために日本語が不得意な者とを区別して考えるべき理由が問われる。というのも、大学入試における多様な学生の確保というアドミッション・ポリシーだけではなく、カリキュラム・ポリシーやディプロマ・ポリシーも同様に問題となるが（「卒業認定・学位授与の方針」（ディプロマ・ポリシー）、「教育課程編成・実施の方針」（カリキュラム・ポリシー）及び「入学者受入れの方針」（アドミッション・ポリシー）の策定及び運用に関するガイドライン」（中央教育審議会大学分科会大学教育部会（平成28年3月31日））、日本語が不得意な者をどの程度受け入れることが可能か、また、どのようにしてそれでもなお高等教育を十全に施すことが可能かもはたして問題だからだ。



もたちを区別することの合理性を問うというものであり、外国人等の子どもに対する特別な教育施策を積極的に主張するものではない。

### ③ 具体的「要請」説

明示的に具体的「要請」説を採用するものとしては、「性質説」の紹介においては代表的なそれと大差ないものの<sup>51</sup>、外国人等の教育を受ける権利に関しては明示したうえで具体的な規範的主張を行う近藤敦のそれを挙げることができるだろう。この立場でも、教育を受ける権利は外国人にも享有されていると見るので、抽象的「要請」説で求められるような、教育施策における外国人と日本国民とのあいだの平等も当然に求められることとなる。顕著に違いが生じるのは、外国人等の子どもに対する特別な教育施策についてだ。

すでに述べたように、近藤は、外国人等の子どもの教育を受ける権利について、いくつかの主張を行っている。そのうち、外国人の学齢期の子どもの退学や不就学放置、また在留資格を理由に受け入れを拒否することは、教育へのアクセスの平等を損なう可能性があるため、それらに合理的理由があるかどうかで決せられるべきで、抽象的「要請」説からも同様の主張を行いうる。一方、「多文化教育を受ける権利」は個別に検討が必要な諸要素で構成されている。例えば、近藤は「多文化教育」として「日本語（日本文化）教育のための公費助成」と外国人の「母語（母文化）教育への選択権の保障」等をいうが、前者については、すでに見た通り、日本語が不得意な子どもに対する追加的な日本語教育として正当化され、抽象的「要請」説からも導出可能だ。ところが、後者については、様々な課題がある。例えば、母語の教師の調達が困難だったり、そうしたマイノリティの子どもに対して効率よく教育を行うのに十分な人数がまとまって暮らしていなかったりする。そうした様々な課題をクリアして、また資金も

---

51 近藤・前掲注4) 49頁。

調達できたとして、深刻な課題はなお残存する。それは理論的なものだ。日本語教育に関しては、外国人と日本国民とのあいだの差異性を否定することで正当化できる。国籍の有無に関係なく公用語にはアクセスできるべきだ。しかし、マイノリティ言語教育に関しては、逆に、外国人と日本国民とのあいだの差異性を肯定しなければ正当化できない。つまり、母語教育を受ける権利、すなわち外国人等の子どもにとくに認められるべき教育を受ける権利については、抽象的「要請」説からは導くことができない。

## 2 検討する視角

それでは、外国人等の子どもをどのようにして日本社会に受容すべきかという本稿の課題に対峙するのに、教育を受ける権利に関するどのような憲法論が妥当だろうか。この点、例えば、外国人に対する共感を多くもつ者は具体的「要請」説、そこそこの者は抽象的「要請」説、無関心な者は「許容」説（政策任せ）といったように、政治的選好から任意の学説（あるいは判例）をピックアップする、といったようなことに学問的な意味はない。

多くの教科書における外国人等の子どもに対する教育施策の「許容」説がそのアウトリーチの結果として高等教育（や司法試験等の対策）を通じ日本社会におけるマイノリティに対する無関心を維持・再生産しているとしても、その結果のみについて学問的批判を受けうるものではない（政治的には別論）。紙幅の制約もある。著者は限られた字数・頁数のなかで体系的に憲法を扱うため、論点の軽重を勘案し、また、著者の関心の大きさによって、各論点に対して割り当てる字数・頁数を決める。それらが教科書の執筆者や厚さによって異なるのは当然だ。だが、それだけだろうか。

### ① 「人権条約」アプローチ

学問的な検討対象は、なぜ、多くの教科書が文言説的な政府見解と同様

の「許容」説を明暗に採用するのか、だ。この点、近藤は、「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」ことが理由だと言う<sup>52</sup>。そうするとその解決方法は、憲法と人権条約の解釈をできるだけ同一にすることだ。実際、近藤は「人権条約適合的解釈」を標榜している。近藤の戦略は、憲法外の規範体系として人権条約に依拠しつつ憲法前文第3段の規定する国際協調主義を媒介に説得力と正当性を確保しようとするものだ。例えば、母語教育を受ける権利については、近藤は日本が1994年に批准した児童の権利に関する条約29条1項(c)「児童の父母、児童の文化的同一性、言語及び価値観、児童の居住国及び出身国の国民的価値観並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」を援用する<sup>53</sup>。

一方、形式的な効力の優劣関係としては優位する憲法の解釈に劣位する条約を用いるその主張を支持しうるかどうかは<sup>54</sup>、各人が人権条約にどれほどの権威を認めるかに左右されざるをえない<sup>55</sup>。また、政府が憲法よりも人権条約の方を気にかけている限りで説得力を有するが、それは同時に、政府が明暗に考慮する外圧の高低で説得力が上下する可能性も含む。

---

52 近藤・前掲注3) 312-313頁。

53 近藤・前掲注4) 315頁。

54 芦部・前掲注17) 13頁。

55 この点、人権条約に限定せず、より幅広の比較法素材を含めた「トランスナショナル人権法源」を単に説得力を有するものとしてではなくある種の「権威」をもったもの（「影響的権威」）として認めようとする主張について、山元一「『国憲的思惟』vs『トランスナショナル人権法源論』」同ほか『グローバル化と法の変容』（日本評論社、2018年）3頁以下。また、母語教育に公金を支出することを「人権」の一部とみなすことは国際法においても自明ではなく「論争的」だ。ウィル・キムリッカ（岡崎晴輝ほか監訳）『土着語の政治 ナショナリズム・多文化主義・シティズンシップ』（法政大学出版局、2012年）112頁。

## ② 「人権原理」アプローチ

あるいは、多くの教科書の理論的背景には、ある種の政治理論——主流派の憲法学において共有されるそれ——を看取しうるかもしれない。例えば、樋口陽一は「マイノリティの権利と厳格な意味での人権——すなわち個人たる人一般を主体とする権利——との間の矛盾」に注意喚起してきた<sup>56</sup>。「個人たる人一般を主体とする権利」の確立を最重視するなら、それと矛盾する可能性をもつマイノリティの権利が消極的に扱われるのは当然だ。理論上、「個人たる人一般を主体とする権利」が十全に保障されていれば、マイノリティの権利が別個に保障される必要はなく、特定の属性をもった集団を特別扱いはむしろ平等原則に反し許されない。外国人等の子どもに対して特別な教育を受ける権利を保障することは、外国人等の子どもたちに自分たちは他の子どもと違った存在だという観念を植え付け、差異を固定化し、結果、平等な市民としての育成を妨げかねない。

この「人権原理」アプローチは、近藤が「人権条約適合的」に憲法を解釈して、結論として外国人等の子どもにとくに認められるべき教育を受ける権利を引き出す場合でもその批判者として登場することになる。近藤自身も、そうした「集団の権利」に対する「消極論が憲法学者においては一般的」と評している<sup>57</sup>。

近藤の戦略は人権条約の普遍的妥当性に依拠するというものなので、児童の権利に関する条約の論理が日本に妥当する限り、上のような理論的課題はスキップすることが可能だ。だが、憲法を頂点とする国内法秩序との整合性を求める立場からすれば、人権条約が「集団-blindに諸個人の平等を期すのが本来である憲法」<sup>58</sup>の秩序をスキップする理由を求めるだろう。

56 樋口陽一「補論 マイノリティの憲法上の権利」同『憲法 近代知の復権へ』（平凡社、2013年）269頁。

57 近藤・前掲注4）31頁。

58 木下和朗ほか「学会展望 憲法」公法研究82号（2020年）263頁〔佐々木弘通〕。

この点、近藤は、児童の権利に関する条約29条1項から「学校における寛容の文化と多文化主義を促進す」べきだという規範を導くが、上の「集団-blindに諸個人の平等を期すのが本来である憲法」だとする立場からすれば、そもそも「学校における寛容の文化と多文化主義」自体が差異を固定化し平等な市民の育成を妨げるものではないかと疑義に付される。

### ③ 「リベラリズム」アプローチ

憲法は「集団-blindに諸個人の平等を期すのが本来」だとする言明の背景には、マイノリティの権利と「人権」との緊張関係の絶対視があるように思われる。だが、それもまた疑義に付されうるものだ。

ウィル・キムリッカ（Will Kymlicka）は、人権を「補完」するものとしてマイノリティの権利を位置付けている<sup>59</sup>。「人権原理」アプローチが従来型のリベラリズムとすれば、これは現代型のリベラリズムだ<sup>60</sup>。その背景には、従来の人権理論が様々なマイノリティに対する不正を放置してきたことへの問題視がある。例えば、主流社会は特定の言語に事実上偏向している（例えば、日本社会は日本語に偏向している）ため、言語的マイノリティ属する個人に形式的な言語的平等、つまり、当該マイノリティ言語を私的に使用する権利のみを認めるのみで集団間の実質的な平等を確保する何らの手段も与えないなら、当該言語的マイノリティは不正に扱われている（外国人等の子どもは主流社会に強制的に同化させられ、同化することができなければ排除される）と捉える。外国人等の子どもの主流社会の公用語教育を受ける権利や母語教育を受ける権利については、前者は市民としての共通の権利で<sup>61</sup>、後者はキムリッカの用語法においては、移民と

---

59 キムリッカ・前掲注55) 101-131頁。

60 キムリッカのリベラリズムと日本の憲法学との連関について、さしあたり、栗田佳泰「日本の憲法からリベラルへ」法律時報93巻1号（2021年）11頁以下。

61 キムリッカ・前掲注8) 171頁。

いう「集団」が主流社会に受容されるために特別に認められるべきマイノリティの権利たる「受容権 (accommodation rights)」だ<sup>62</sup>。

だが、主流社会の公用語教育を受ける権利が従来型のリベラリズムを厳格に捉えることから認められるとして、はたしてキムリッカの言うように、母語教育を受ける権利は、移民のもつマイノリティとしての差異性を主流社会が受容するために認められるべき権利なのだろうか。

本稿の見るところ、母語教育を受ける権利が保障されるべきなのは、母語が人のアイデンティティにとって重要な要素だからだ<sup>63</sup>。主流社会がマイノリティにある程度は譲歩しなければならないから認められるべきものではない。すなわち、人は母語をそのアイデンティティの要素とし、母語が尊重されることで自分自身も尊重されていると感ずることができる。母語を否定し差別されることは個人の人格に対する深刻な毀損だ<sup>64</sup>。実際、カナダ最高裁判所は、憲法が英語とフランス語の両方で州法を制定すべきと要請していたのに州が英語のみで州法を制定していたことについて違憲と判断した事件で、「言語権の重要性は、言語が人間存在と人格の発展、そして尊厳のために不可欠な役割を担うことから基礎付けられる」とした。というのも、「わたしたちが概念把握を行うのは言語を通してにほかならず、そうすることで、わたしたちは周囲の世界を構築し秩序立て」ることができ、「言語は孤立した人と地域社会との溝を橋渡しし、お互いを

62 キムリッカ・前掲注55) 73頁。

63 キムリッカもこのことは承認している。Will Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture* (Oxford: Oxford University Press, 1989) at 175. ただし、マイノリティの権利を、本文中で後述するようにマイノリティだけでなくマジョリティがアイデンティティを安定的に獲得・維持するための源泉と位置付ける本稿のような立場とは異なり、キムリッカはマイノリティを包容する観点から主流社会に施されるべき修正と位置付けている。

64 ロバート・フィリップソン＝トーベ・スクトナブ＝カンガス (木村護郎訳) 「言語的不正と言語権」言語権研究会編『ことばへの権利 言語権とはなにか』(三元社、1999年) 101-105頁。

尊重することからくる権利や義務を描くことを可能にし、そうして社会生活を可能にする」からだという<sup>65</sup>。この理は、日本とカナダとで何ら異なるところはないだろう<sup>66</sup>。また、マジョリティとマイノリティとで異なるところもない。こうした権利は、差異を固定化するためではなく変化を強制しない（同化を強制しない）ためのもので、マイノリティ「集団」に属する個人を尊重するために認められるべき「集団の権利」だ。変化を強制しないことはそれ自体リベラルな要請だが、それだけではない。マイノリティの権利は、マジョリティがマイノリティを受容するために許容しなければならないものではなく、主流社会が「自己」の民族的アイデンティティを獲得するための「他者」としてマイノリティを安定させるために認められるべきものだ。双方のアイデンティティが安定すれば衝突ではなく交流が生じ双方のアイデンティティは自然に変化するだろうが、それを受容というかどうかはことばの問題にすぎない<sup>67</sup>。

### 3 何を課題として、どのように解決するか——本稿の立場

本稿の目的は、外国人等の子どもをどのようにして日本社会に受容すべきかという課題につき、憲法論として採用しうる選択肢をいくつか提示し

---

65 *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at 744.

66 カナダのような移民国家では、マイノリティに対してマジョリティが伝統的に寛容だから、その結果として憲法や法律で多文化主義が明示されるというのはありそうな誤解だ。近時、19世紀から20世紀にかけて先住民の子どもたちを集めた寄宿学校で過酷な同化主義施策がとられた過去が明らかとなり、日本でも報道された。「カナダ、先住民学校に215人の遺骨 過去に同化政策、国連「調査を」朝日新聞2021年6月6日朝刊。

67 栗田・前掲注2) 114-117頁。なお、日本におけるアイヌや沖縄の人々のいわゆる「ナショナル・マイノリティ」としての「集団の権利」にも言語権が含まれるが、「外国人」に認められるべきそれとは理由付けや内容において異なるところがある。

つつ、外国人等の子どもの教育を受ける権利について考察することになった。見てきたように、「人権原理」アプローチは、論者により異なるが、それに対して無関心か、消極的か、あるいは憲法論が対象とすべきでない課題だとして積極的に放逐する。しかし、「人権原理」アプローチからでも抽象的「要請」説は採用することができ、公用語のアクセスにつき国籍の有無で区別することの合理性を問うことの意味は決して小さくない。少なくとも、日本語が不得意な者に対する追加的な日本語教育は国籍の有無を問わず要請されるはずだ。一方、マイノリティの権利に対しては否定的で、外国人等の子どもに対する特別な教育施策、例えば母語教育を受ける権利に対しては消極的だ。この点、「人権条約」アプローチや「リベラリズム」アプローチは、それらを憲法論の対象と積極的に捉えうるものだ。

「人権条約」アプローチは、人権条約を媒介にしており、その国内での権威をどの程度と捉えるかに説得力を左右される。また、その問題を解決しようとする際に憲法ではなくなぜ人権条約を参照しなければならないのかという理由を問われざるをえない。一方、「リベラリズム」アプローチは、理論的な分析の順序として、まず何を課題として、どのように解決するかを問う。二で述べたように、日本語の不得意な子どもを取り巻く教育環境は、その他の子どもに比して劣悪だ。「リベラリズム」アプローチは、なぜそのような教育環境の改善が必要かを、人権条約の規定からではなくリベラリズムから直接明らかにしようとする。具体的には、憲法14条は、従来型のリベラリズムを踏まえた人権原理から主流社会の公用語を学ぶ権利保障における実質的平等の根拠として、憲法13条は、人権原理をマイノリティの権利で補完すべきとする現代型のリベラリズムを踏まえてマイノリティの権利としての言語権を引き出す根拠として登場しうる<sup>68</sup>。

上のような考察から本稿の見るところ、憲法上、追加的な日本語教育を受ける権利を保障して実質的な平等を確保するのは憲法14条と憲法26条

---

68 栗田・前掲注2) 274頁。



からくる要請だ。また、母語教育を受ける権利を憲法上の権利に位置付けるのに、「民族的または種族的、宗教的および言語的少数者に属する者の権利に関する宣言」を待つ必要もない。憲法13条は、「すべて国民は、個人として尊重される」と規定している。文言説をここであえて採用しなければならない必然性はない。したがって、憲法13条と憲法26条から日本語を母語としないマイノリティに対してとくに保障されるべき権利として、母語教育を受ける権利が導出される。

なお、本稿の立場では、近藤の所説と援用する条文は重なるが理由付けの仕方が異なる。近藤の所説では、日本語教育を受ける権利も母語教育を受ける権利も一様に「多文化教育を受ける権利」とされる。本稿の立場は二つを区別し、前者を個人の平等を志向する人権原理から導き（外国人と日本国民とに同様に保障されるべき公用語としての日本語教育を受ける権利の一部分だと解する）、後者を、人権原理を補完する「集団の権利」としてマイノリティの権利に位置付ける（マジョリティに対しては前者で十分だがマイノリティに対しては前者だけでは不足するために特別に保障されるべき権利の内容だと解する）。

また、マイノリティに配慮すべき憲法上の要請は、子どもの宗教についてもある。近藤は、「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」を行うということが必ずしも浸透していない問題がある」と指摘した<sup>69</sup>。子どもが宗教をもつ場合、自らが選び取るというよりもむしろ親から伝達されたものといえる（「子どもの宗教的出自」）。子どもの宗教的義務の履行について、子ども自身に判断を強いることはいかにも酷だ。子どもの宗教的義務の履行に学校は寛容でなければならず、そのことは、すでに最高裁も認めるところだ<sup>70</sup>。最高裁は同判決で信教の自由を規定する憲法20条1

---

69 近藤・前掲注3) 327頁。

70 エホバの証人剣道実技拒否事件、最判平成8年3月8日民集50巻3号469

項前段を直接的には援用しなかった。同判決に対して裁判所は裁量審査にあたっても憲法上の権利の作用を明確に認めるべきだという批判はありうるとしても<sup>71</sup>、信仰を理由として学校から宗教的マイノリティを排除すべきでないという判決の趣旨がマイノリティに属する個人を尊重するものなのは確かだ。

人権条約に依拠するにせよ、政治理論に依拠するにせよ、比較法素材に依拠するにせよ、憲法学説にとって大切なのはどれにいかにして依拠するかではなく、それらに依拠することでどのような課題にいかにして対峙するかだ。本稿は、リベラリズムの現代的展開から本稿の課題が憲法論の対象となることを示し、外国人等の子どもの日本語教育を受ける権利は従来型のリベラリズムを理論的背景としても憲法14条と憲法26条から導くことができ（ただし、それは正確には、日本語が不得意な者に対する追加的な日本語教育を受ける権利と位置付けられることになる）、その母語教育を受ける権利は、現代型のリベラリズムを踏まえて人権原理を補完するマイノリティの権利として憲法13条と憲法26条から導き出されると論じた。具体の施策については財政事情等を勘案しなければならないため立法その他施策に委ねられるが、少なくとも、外国人の子どもに教育を受ける権利が憲法上保障されていないという政府見解は、マククリーン事件最大判や旭川学力テスト事件最大判と齟齬するうえに、どのような学説に依拠するかも定かではなく学問的な支持に耐えないだろう。

ところで、およそ学説であれば理由が常に問題となるはずだ<sup>72</sup>。否定説

---

頁。

71 栗田佳泰「学校における信教の自由と裁量審査、合理的配慮——カナダ最高裁判決を素材に——」憲法理論研究会編『岐路に立つ立憲主義』（敬文堂、2018年）127頁以下。

72 「もちろん、戦後憲法学における解釈学説は、法律構成の過程よりもその結論部分にこそ力点をおいてきた」という安念潤司の指摘は重い。安念潤司「『外国人の人権』再考」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開

は、政府見解がそう明言している以上、外国人等の子どもの教育を受ける権利が憲法上の保障を受けないという前提の下に現行の教育施策があるという「現状」認識においては正しい。読者が著者の規範的主張としてそれを理解するか否かは措くとして、読者にその理由を問うものだということは確かだ。そして、少なくとも、憲法上の権利が保障されていないという現状は、今後も保障しなくてよいという理由にはならない。

※本研究はJSPS科研費20K01269の助成を受けたものである。

---

（上）』（有斐閣、1993年）165頁。なお、安念は同論文で外国人の人権は在留制度の枠内でしか作用しないのと同様、日本国民の人権も国籍制度の枠内でしか作用しないと言いうるとも示唆したこと（同178頁）を確認しておきたい。