

外国籍の子どもの教育への権利と教育法制（その2）

—— 国際人権法の視点から教育基本法「改正」問題を振り返る ——

戸 塚 悦 朗

（その1）¹ 目次

I. はじめに

II. 外国籍の子どもの教育への権利

II-1. 問題の所在

II-2. 実態調査の必要性

II-3. 外国人への就学案内の現況について

II-3-1. 都道府県教育委員会の対応

II-3-2. 市町村教育委員会の対応

II-3-3. 神戸市の先進的な取り組み

II-3-4. 就学案内の実態調査について

II-3-5. 就学義務に関する行政解釈

（その1）では、主として、外国籍の子どもの教育への権利が行政実務上どのように取扱われているのかを見た。なお、本稿は、（その1）の続編であり、原則として2006年教育基本法改正前の状況について述べている²。

III. 法的問題の整理の必要性

それでは、子どもの就学に関する国内法制度はどうなっているのでしょうか。それを詳しく見る必要がある。国内法制度と政府による国際人権法の解釈が外国人である子供の教育への権利を侵害しているのではないか。これらの法的問題を検討する必要がある。もしそれが解明できれば、政府及び自治体関係者は具体的にどのような政策を採用すれば問題を解決できるのかを知ることができるはずである。

Ⅲ-1. 国内法制度と法律

さて、そのためには、まず最初に「すべての子供の教育への権利」を保障するために定められた国内法制度を研究し、整理しておく必要がある。日本政府は、子どもの教育への権利保障のために学校制度を定めた。学校制度については、学校教育法がある。

Ⅲ-1-1. 学校教育法上の就学行政事務と就学義務

「すべての子供の教育への権利」を保障するために、学校教育法により就学義務制度（法22条、39条）が創設された。就学義務違反に問われた保護者に刑罰まで課するのが適当かどうかについては、憲法学の立場から異論もあるであろうが、その点を除いてこの制度の必要性については、ほとんどの人々に異存がないだろう。

筆者を含め国際人権法の研究者は、就学行政実務の実態を深く研究してこなかった。就学行政実務は、文部科学省及び地方自治体の行政担当者、教育者にとっては毎年繰り返される当たり前の日常業務である。しかし、国際人権法、とりわけ外国人を含めて「すべての子ども」の教育への権利の実現及びその制度的保障という視点から就学実務を振り返ったことがあっただろうか。そう質問すれば、ほとんどの関係者たちが「取り組んだことがない」と答えざるを得ないだろう。保護者も納税者も法律実務家もその詳細を知らされていない。そこで、まず基本的な制度を調べてみることにしたい。

- ①学齢期に達する子供（法第23条、第39条第2項）がいる場合は、市町村の教育委員会が、この子供たちをすべて登録する学齢簿をつくる（学校教育法施行令第1条第1項、同令2条）。
- ②市町村の教育委員会は、学齢期に達する就学予定の子供（法第22条第1項又は第39条）の保護者に対して、翌学年はじめの2ヶ月前までに通学する小学校を指定して入学期日を通知する（同令5条）。

③保護者が、子どもを就学させない場合は、就学義務違反として保護者に対して刑罰（10万円以下の罰金）まで課して、就学義務の履行の確保に努める（法91条）。

上記のとおり、就学義務制度の法令上の根拠は学校教育法であるが、興味深いことに同法は国籍条項を持たない。だから、同法は外国籍の子どもの保護者（子どもに就学義務があるのか否かについては後に検討する）にも保護する子どもを就学させる義務を課していると解釈することもできる。学校教育法がどの範囲の子どもをカバーしているのかは定かではない。その解釈次第で結論が変わる。もし、学校教育法が、外国籍の子供の教育への権利に関しても保護者に対して保護する子どもを就学させる義務を課していると解釈することができるなら、教育を受ける外国籍の子どもの権利を侵害しているとまでは、言い切ることはできなくなる。その逆に、外国籍の子どもについては、保護者に対し就学させる義務を課していないと解釈するなら、国際人権法違反の問題が起きる。

法解釈はどうであれ、実際には、就学義務違反を前提にした就学「通知」は、日本籍の子供の保護者にしか届かない。外国籍の子どもの保護者には、前記したとおり就学「案内」が送られる。それはなぜなのか。「通知」と「案内」では法的効果が異なる。「通知」に応じない保護者には、就学義務履行督促がなされる。無視すれば、就学義務違反行為と認定され、保護者は家庭裁判所で刑罰を課される（法91条）。だが、外国籍の子どもの保護者への「案内」にはその効果、つまり就学義務履行督促がないのである。

Ⅲ-1-2. 学校教育法施行令と学齢簿登載の基準

なぜ外国籍の子どものためには就学「通知」が出されないのだろうか。

市町村教育委員会は、行政実務上外国籍の子どものためには就学「通知」を出さない。そのような行政実務が実施されている法的根拠はどこに

あるのだろうか。学校教育法施行令（政令）は、就学通知を出すための名簿（学齢簿）を作成するために具体的方法を定めている。その定めかたに重大な差別的欠陥があることに問題がある。

同施行令第1条第2項は、市町村教育委員会が編成する学齢簿について「前項の規定による学齢簿の編成は、当該市町村の住民基本台帳に基づいて行うものとする」と定めている。このような定め方をすると、行政実務的には、就学予定者を載せる名簿である学齢簿に登載されるのは、住民基本台帳に記載されている者に限られてしまう。住民基本台帳に載っている者は、日本国籍を持つ者である。だから、学齢簿に登載されるのは日本国籍を持つ子どもに限られてしまうのである。

外国人の名前は、市町村長が管理する外国人登録原票（外国人登録法第4条）に登載されているため、住民基本台帳には載っていない。その結果、学齢簿には学齢期に達したすべての子どもから学齢期に達した「外国籍の子ども」を除いた日本人である子どもだけが載るという結果になる。折角「すべての子ども」を就学させるために創ったはずの学齢簿からは、外国籍の子どもはもれてしまうのである。だから、教育委員会は、学齢簿に載っていない外国籍の子どもを就学予定者としては取り扱わないことになり、就学通知を送らない結果になる。このような仕組みで、外国籍の子どもを学齢簿に登載せず、その結果就学予定者としての就学通知を送付しないという差別的取り扱いが発生するのである。ここに根本的な問題がある。

Ⅲ-1-3. 学校教育法施行令の欠陥

再度述べるが、就学義務の根拠となる学校教育法には、国籍条項がないのであるから、学校教育法上は、外国籍の子どものためにも保護者が子どもを就学させる義務（就学義務）があると解釈することは可能である。そうであるなら、学校教育法施行令は、外国籍の子供のための保護者の就学義務の履行については、自治体の立法政策に任せていると解釈する余地も

なくはない。上記の就学名簿に登載されていないとしても、自治体教育委員会が外国籍の子供を就学名簿に登載して、「就学通知」を送付しても、違法ではないと解釈することが可能である。そうであるなら、同施行令が就学名簿の登載について明文で定めていない外国籍の子どもについて、就学名簿に登載するか否かは、自治体教育委員会の独自の判断に任されていると解釈することも可能ではないだろうか。

Ⅲ-1-4. 法制度上問題になる三段階の不作为

したがって、外国籍の子どもへの差別的取り扱いの原因となる法制度的な問題としては、①学校教育法施行令が外国籍の子どもを就学名簿に登載するよう命じていないという不作为、②自治体教育委員会が外国籍の子どものための就学名簿を別途作成していない不作为。③自治体教育委員会が外国籍の子どもに「就学通知」を出していないという不作为の三段階が問題になるであろう。

外国籍の子どもの就学名簿への登載を学校教育法施行令が自治体に義務付けることを怠り、自治体も就学名簿への登載を怠り、さらに就学通知を出さないという差別的取扱をすることは、国際人権法違法である。上位の法令はこの不作为をどのように評価をするであろうか。

Ⅲ-2. 国内法制度と憲法

まず憲法を検討する必要がある。

憲法26条（教育を受ける権利・義務教育）第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」とし、第2項で「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」と定めている。

同条は、教育への権利の主体を「国民」としており、外国人の教育を受

ける権利については、明記していない。外国人の教育を受ける権利については空白地帯になっており、憲法は、その内容を立法政策に任せていると考えてよいであろう。

憲法14条（法の下での平等）第1項は、「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」と定めている。24条と同様に、「国民」を権利主体としている。しかし、外国人について法の下での平等を明記していない点は気になる。国際法の原則である内外人平等の原則を憲法も実現する趣旨であるとして、憲法14条をできる限り外国人にも準用し、平等の取扱いを保障する余地はあるであろう。結局、憲法14条は、外国人の教育への権利に関する差別的取り扱いの可否にしても、立法政策に委ねていると考えてよいのではないだろうか。

Ⅲ-3. 国際人権法による権利保障

ところで、国際人権法上は、どのように定めているのであろうか。

Ⅲ-3-1. 国際人権法と憲法の関係

すでに述べた世界人権宣言だが、宣言自体は条約ではないので、各条の権利が慣習国際法となっていない場合については、原則として法的拘束力はない。

しかし、日本も批准済みの子供の権利条約、経済的社会的文化的権利に関する国際規約（社会権規約）は、条約であつて、法的拘束力を持つ国際法上の法源である。その他の人権条約も問題になるが、当面この二つの条約に限って検討してみたい。

これらは、憲法98条2項により国内法に編入され、裁判上の法規範となる。これに違反する法律は無効となる³。教育基本法、学校教育法、学校教育法施行令は、批准済みのこれら二つの国際人権条約より下位にある法

律である。

だから、法律が国際人権条約違反の場合は、すべて無効となる。また、創意工夫をこらして条約に適合的に解釈することも可能である。その場合は、条約違反の問題が起きないように柔軟な国内法解釈に努めることになる。

Ⅲ－3－2. 国際人権法による教育への権利の保障規定

- ①子供の権利条約28条1項は「教育についての児童の権利」を保障している、同条同項（a）は、すべての者に対して無償の義務教育としての初等教育を保障している。
- ②社会権規約13条1項もすべてのものに教育への権利を保障しており、同条2項（a）は、同様にすべての者に対して無償の義務教育としての初等教育を保障している
- ③社会権規約13条3項が保護者の学校選択権を保障していることにも留意すべきである。

結論を述べれば、前記国内法制度下の行政による外国籍の子どもの義務教育への権利を認めない取扱いには、上記国際人権法が定める権利を侵害する違法性があるというべきである。この論証の詳細は後に検討する。

Ⅲ－3－3. 政府報告書に対するカウンターレポート提出へ

国家の作意・不作為で国際人権法に違反する取扱いがなされた場合、外国籍の子どもの教育への権利を実現するために、その侵害を是正する国際的な人権救済手続きが発達してきた。

いくつかの国連通報制度があるが、関連する人権条約に関する政府報告書に対してカウンターレポート（NGOによる代替報告書とも云う）を提出することも可能である。国際人権法政策研究所本岡昭次所長（前参議院副議長）⁴は、2006年3月4日神戸で開かれた研究会で、外国籍の子どもが教

育への権利を奪われており、国際人権法違反であるのに日本政府が国連社会権委員会への報告書でこれに触れてこなかったのが、「研究所としてカウンターレポートを国連に提出することにしたい」と決意を表明した。

「教育と人権・国際人権法の視点から」とのテーマの下に、神戸市「ラッセホール」で開催された国際人権法政策研究所・第11回研究会（兵庫）は、兵庫県教職員組合と兵庫教育文化研究所の後援を得て国際人権法政策研究所が主催したものである。

この研究会には、「外国籍の子どもの教育への権利」の週刊法律新聞のレポート（週刊法律新聞拙著連載『国際人権レポート』2006年1月20日号、27日号）が配布され、討議の基礎とされた。

100名を越える参加者の多くは、外国籍の子どもたちを現場で教えている公立学校の教員で、中井伊都子教授（甲南大学）の講演「教育と人権：国際人権法の視点から」に熱心に聴きいていた。中井教授は、国際人権社会権規約を中心に専門的内容を分かりやすく説明し、社会権規約は「漸進的に達成」とされているが、「プログレッシブリー」という言葉は本来「前進的に」と訳されるべきもので、とくに「初等教育は、義務的なものとし、すべてのものに対して無償のものとすること」と定めている同規約13条2項（a）や差別からの自由に触れ、これらは、「即時に実施されなければならないもの」と強調し、これが子どもの権利条約28、29条でも保障されていることにも付言した。

「外国人の就学義務と国際人権法」と題するシンポジウムは、本岡所長がコーディネーターをつとめた。最初のパネラーだった筆者（研究所事務局・龍谷大学教授）は、学校教育法施行令が外国籍の子どもを学齢簿から除外し就学通知を送らないことにしていることが問題とし、子供の権利条約も社会権規約も外国籍の子どもを含めすべての子どもに無償の義務教育への権利を保障しているが、同令は義務教育への権利を否定する条約違反の差別的取扱をしていると批判した。

これに続いて、パネリストの中井教授、黒田一美（兵庫県会議員）、坂本研二（兵教組教文部長）の発言に続いて、多数の参加者が日本語も不自由な外国籍の子どもを教える難しさ、予算・人員不足の現状では多文化共生の教育への対応が困難だなどと日ごろの悩みを熱心に訴えた。

最後のまとめで、本岡所長は、これまで日本政府が国連に対して「外国人には就学義務がない」と報告してきた事実を指摘し、6月30日に社会権規約政府報告書の提出期限が来ることを契機に、兵教組などの協力を得て研究所として兵庫の実態を踏まえたカウンターレポート提出する行動を起こしたいと決意を述べた。

このように、国際人権法政策研究所による研究が国連通報につながる成果を産んだことは、喜ばしい。ねばり強い研究と成果の普及努力が必要だが、今後国会論議への波及、国際社会での論議の発展も期待されるところである。

Ⅲ-4. 日本法は「誰のための教育」を保障するのか？

現行法を支える法思想を吟味しないと、なぜこのような国際人権法違反が生じてくるのかを理解することができない。根本的には、日本法が保障する教育への権利は、「国民」の権利なのか、それとも、「すべての人の権利」なのか？という問題がある。

Ⅲ-4-1. 国民国家の成立と義務教育

明治期初期にさかのぼって検討してみよう。日本で「義務教育」が導入されたのは明治初期であった⁵。①教育令（明治十二年九月二十九日太政官布告第四十号）の第九条は、「各地方ニ於テハ毎町村或ハ数町村連合シテ公立小学校ヲ設置スヘシ但町村人民ノ公益タルヘキ私立小学校アルトキハ別ニ公立小学校ヲ設置セサルモ妨ケナシ」と定めて、全国的に小学校を設置することとしている。②同第十三条は、小学校の学齢を「凡児童六

年ヨリ十四年ニ至ル八箇年ヲ以テ学齡トス」と定めた。③同第十四条は、「凡児童学齡間少クトモ十六箇月ハ普通教育ヲ受クヘシ」とし、同第十五条は、「学齡児童ヲ就学セシムルハ父母及後見人等ノ責任タルヘシ但事故アリテ就学セシメサルモノハ其事由ヲ学務委員ニ陳述スヘシ」と定めた。

明治12年といえ、西暦1879年のことであつた。教育令第14条は、児童に普通教育を受けることを義務づけたが、敗戦後とは異なり、児童に対して教育への権利を保障するのではなく、その通学を児童の義務としていることに注目すべきだろう。同第15条で、「児童ノ父母及後見人等」に「児童ヲ就学セシムル・責任」を負わせた。ここでは、保護者の就学義務について、今日の就学義務制度の原型を見ることができる。

教育についての根本的な思想が異なっていることが見える。教育の目的は、まず日本の近代化、すなわち富国強兵のために天皇の臣民＝国民を動員する必要があり、そのための必須の条件として義務教育制度が導入されたのだと思われる。

大日本帝国憲法の制定と教育勅語以下の勅令により、明治期の義務教育を含む教育法制が確立された。「神権天皇制を根本原理とした明治憲法には、もちろん思想・良心の自由にかかわる条文は存在しなかった」し、「教育勅語（1890年10月発布）が教育現場において明治憲法（1889年2月発布）と原理的に一体的であつた」とされる⁶。

教育勅語は、神権天皇制を前提として、「臣民克ク忠克ク孝ニ・・・」を「国体ノ精華ニシテ教育ノ淵源亦実ニ此ニ存ス」としたばかりか、「一旦緩急アレハ義勇公ニ奉シ以テ天壤無窮ノ皇運ヲ扶翼スヘシ」とし、さらに「是ノ如キハ独リ朕カ忠良の臣民タルノミナラス又以テ爾祖先ノ遺風ヲ顕彰スルニ足ラン」と臣民を指導していた。「臣民」である日本の子どもたちはこのような教育を受ける義務があつた。この義務教育は、天皇＝大日本帝国のために存在したのである。

教育が臣民個々人に対して個人の発展の機会を与えたことがあるとして

も、それは2次的なものに過ぎなかったのではなかろうか。教育勅語は、子どもたちが「忠良ナル臣民」となって、「一旦緩急アレハ義勇公ニ奉シ以テ天壤無窮ノ皇運ヲ扶翼」すること、すなわち戦時には天皇のため（また祖先のため）に命を捧げるべきことを教えたのである。そのような義務教育は、兵役の義務（大日本帝国憲法第20条）へ直結していた。つまり、教育勅語の下での義務教育は、兵役の義務の準備として必須の存在だったと思われる。

大日本帝国憲法には、教育を受ける臣民の義務も書かれていなかったが、天皇を神権的統治権を持つ絶対的存在としていた憲法体制と教育勅語以下の諸法規全体の下で、天皇の臣民たる子どもたちは「忠良ナル臣民」となる教育を受ける義務を負う存在として観念されていたのではないだろうか。「義務教育」は、恩恵であった半面、子どもたちがそのような意味での義務を果たすために受けなければならなかった教育だった。

日本の植民地統治政策は、被支配者である異民族の独自性を尊重するものではなかった。たとえば、朝鮮公立小学校規則（第9条）等は、教育目標として「忠良なる国民の育成」を掲げた⁷。植民地統治政策の行方次第では、多民族が共生する国家を目指すことも可能だったかもしれない。しかし、現実には日本語使用を強制するなど皇民化教育を徹底的に推進したことは公知の事実である。「一視同仁」「五族協和」など植民地政策の建前は掛け声に終わった。植民地下の朝鮮人である子どもたちも、内地の子どもたちに準じた「臣民」としての義務教育への義務を負わされたといえるだろう。

Ⅲ-4-2. 日本国憲法・教育基本法下の義務教育

敗戦後制定された日本国憲法第19条は、「思想及び良心の自由は、これを侵してはならない」と思想および良心の自由を規定した。その意義について、土屋英雄教授は、「明治憲法下で国家権力が神権天皇制の思想で

もって国民各人の思想・良心にまで抑圧的、統制的さらには強化的、洗脳的に侵入したことを二度と許さないということを確固として明示したことにある」とし、1948年6月「明治憲法下で猛威を振るった教育勅語について衆議院（「教育勅語等排除に関する決議」と参議院（「教育勅語の失効確認に関する決議」）で排除・失効の決議がなされた」事実を指摘している⁸。このように教育勅語の排除・失効が確認された以上、国民である子どもたちは、教育勅語が教えていた天皇のために命を捧げる心を学ぶ義務の排除・失効も確認されたといえよう。

それに代わって、新たに制定された日本国憲法（1946年11月3日公布）とその下で憲法と一体のものとして制定された教育基本法（1947年3月31日法律第25号）は、全く新しい教育政策を明示していた。

憲法26条第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」とし、第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」としている。第1項は、国民である子どもを教育への権利の主体としているのであって、教育への義務の客体と捉えていない。

義務について規定している第2項は、保護者である国民がその保護する子女に法律の定めるところにより、普通教育を受けさせる義務が規定されているに過ぎない。ここで言う法律は、教育基本法であり、就学義務を定める学校教育法以下の教育法規である。

憲法26条第2項で言う「義務教育」は、先に排除・失効が確認された明治憲法と一体化していた教育勅語のもとでの義務教育とは全く別の新しいものと考えなければならない。

憲法26条によって就学義務を負う者の関係について、山内敏弘教授は、「ここにおいて留意されるべきは、第1に、義務の主体は、その保護する子女をもつ国民（一般）には、子どもに親権を行う者、それがいないときは

子どもの後見人（学校教育法二二条）であって、子女自身ではないということである。子女自身は、本条一項によってあくまでも、「教育を受ける権利」の主体なのである」としていることに留意すべきである⁹。

また、憲法上兵役の義務を国民に義務付ける規定はないのであるから、国民である子どもたちにも、兵役の義務と一体になっていた国家のために命を捧げる心を学ぶ義務もない。

したがって、戦後の日本国憲法・教育基本法のもとでの「義務教育」は、戦前の「義務教育」と文字は同じでも、その中身は全く違うものとなったと解釈しなければならない。

現行憲法下では、子どもは教育を受ける権利の主体であっても、国家による教育を受けさせられる義務を負う客体ではない。

子どもの保護者が、子どもが持つ教育を受ける権利を実現するために、教育を受けさせる義務があるに過ぎない。子どもの保護者は、子どもを養育し、扶養する義務を負うのである。保護者は、健康で文化的な最低限度の生活をおくる子どもの権利を充足するために、住居や食事を与える義務があるが、そのような義務のなかで、とりわけ重要なのが教育を受けさせる義務であるということを定めているのである。

国家は、憲法で保障された子どもの教育への権利を保障する義務がある。

Ⅲ-4-3. 憲法・教育基本法と国民概念

敗戦後、旧植民地出身者の「外国人」化によって、単一民族の神話としての日本「国民」概念が強調されるようになった¹⁰。

朝鮮人を外国人とした段階で、外国人をも教育への権利主体とする転換をする機会があったが、逆にすべての権利を「国民」に限定し、外国人の権利を切り捨てるという政策が採用された。

戦前の「臣民」の育成から「国民」の育成へと言葉は変わったものの、
(龍法 '10) 43-2, 180 (630)

教育が目的とするものが日本人以外のものを排除する点では、本質的な連続性が保たれた。だからこそ、憲法第26条の規定は、「すべて国民は」と教育への権利の主体を「国民」に限定したのである。

憲法を受けて制定された教育基本法1条も、教育の目的を「人格の完成をめざし、・・・自主的精神に充ちた心身ともに健康な」という普遍的な目的を掲げながらも、残念ながらこれを「国民の育成」と結んだところから、教育への権利の主体を「国民」に限定してしまった。そのために、外国籍も日本籍も含むすべての子どもの育成（「すべて人の育成」）を目的とすることにはいたらないという日本法の弱点を残してしまった。結局、外国人を同じ人権の担い手である人類の同胞と認めることができず、インクルーシブな教育を実現することができなかったのである。

このような教育政策を、尹健次教授は、「戦後日本の教育は、日本国憲法および教育基本法に依拠した国民教育である」と簡潔に要約している¹¹。「国民教育」こそ、偏狭なナショナリズムを再生産し、日本人が「異質」な外国人と共存することを困難にしてきたのではないだろうか。

Ⅲ-5. 行政による実質的な「立法」は許されるのか？

ところで、このような「国民教育」が憲法と教育基本法の規定に根拠を置いてなされることになったのであるが、外国籍の子どもの排除のために取られた行政措置は、実質的な「立法」とも言えるものであって、日本の官主導政治の典型の一つとしてあげてもよいであろう。

Ⅲ-5-1. 官主導政治の原点

大日本帝国憲法下の日本の政治が官主導であったことは、「国体」とされた天皇大権に根拠があった。だから、国体を根拠として、主権者であった天皇の官吏による行政が日本の政治を動かしたのは、法的にも根拠がないわけではなかった。

しかし、日本国憲法は、主権は国民にあるとし（憲法第1条）、象徴天皇制の下での官僚の地位は、国会と内閣に従わなければならないものに大転換したはずだった。主権者たる国民に選挙された国会議員が構成する国会が国権の最高機関となった（憲法41条）。行政権は、国会の議決によって指名される内閣総理大臣によって任命される国務大臣によって構成される内閣に属することになった（憲法65条）。官僚は、公務員としてこのように転換を果たした憲法を擁護する義務を負っている（憲法99条）はずである。

ところが、東西冷戦の影響もあったと思われるが、連合国による日本の占領軍政は、欧州のような徹底した断絶を断行するものではなく、むしろ戦前の日本政府・官僚機構をそのまま温存し、利用するというものだったため、日本の官僚機構は、戦前と連続性を保つことを許された。そのため、戦前の大日本帝国憲法下の官僚が持っていた実質的な力は、戦後の日本国憲法下の政治にも事実として残存してしまった。現実の政治には構造的に連続性が保たれたのである。（仮説ではあるが）その結果、神権天皇制下の官僚が操る行政措置による政治システムの統制力が継続し、官主導の行政による実質的な「立法」行為が行われる素地をも残したのではなかろうか。教育行政にもその弊害が現れている。理解を整理する意味もあるので、以下に若干の事例をあげてみたい。

Ⅲ-5-2. 行政による実質的な「立法」措置の事例

Ⅲ-5-2-1. 行政措置による国籍と教育を受ける権利の剥奪

外国籍の子どもの人権を剥奪する措置の第1歩は、憲法以前に布石があったのである。戦後最大の外国人口を占めた在日朝鮮人・台湾人の処遇を見てみたい。台湾人も朝鮮人は、戦前は、日本国籍を持つ「臣民」であったが、敗戦後は「解放民族」でもあり、日本国民でもあった。

1947年5月3日に施行された日本国憲法（第10条）は、「日本国民たる要（龍法 '10）43・2, 182（632）

件は、法律でこれを定める」ものと予定されていたのであるから、在日朝鮮人・台湾人の日本国民としての地位も国会が制定する「法律」によって定められるべきものであった。ところが、憲法施行の前日である同年5月2日、旧憲法下の最後の勅令によって在日朝鮮人・台湾人の日本国籍が剥奪されてしまったのである。旧憲法下の官僚による最後の天皇大権の行使が在日朝鮮人・台湾人の日本国籍剥奪だったという史実は、日本の戦後史のエポックとして記憶されるべきである。

尹権次教授は、以下のように述べている¹²。「1947年5月2日、すなわち新憲法施行の前日に、最後の勅令で「外国人登録令」を公布・施行し、旧植民地出身者を「外国人」として扱うという暴挙に出た。つまりこの外国人登録令は、今日でいえば入管法と外国人登録法を合わせもつ性格をもつものであったが、その第11条に「台湾人のうち内務大臣の定めるもの及び朝鮮人は、この勅令の適用については、当分の間、これを外国人とみなす」という「みなし規定」を設けることによって、在日朝鮮人・台湾人を「一般外国人」の範疇に放り込んでしまったのである」。

本来、国会が制定する法律によって定めるべき事項であったにもかかわらず、日本政府官僚は、勅令という形式の行政措置によって、多数の在日朝鮮人・台湾人の国籍を剥奪するという措置をとったのである。これが後に、これ等の人々及びその子孫の教育を受ける権利の剥奪に連なったのである。

Ⅲ-5-2-2. 行政解釈（出版等）

行政官僚は、憲法、国際法、法律等の法令を遵守する義務を負っている。自らこれ等を変更する立法権限を持ってはいない。ところが、通達などの行政解釈を通じて、憲法以下の法令を改正するのに等しい効果をあげてきた。立法権を持たない行政機関による実質的な立法は、違憲である。たとえば、憲法以下の法令を文字通り適用しないことによって、外国人の

教育への権利を剥奪する事例がある。

(その1) で国際人権条約を文字通りに適用しない行政解釈についての事例をあげた¹³⁾。ここで再度説明してみよう。

外国籍の子どもの公立小学校への就学に関する国際条約についての説明として、文部省担当官が行政基準を示すために執筆した『ハンドブック』は、以下のように述べている¹⁴⁾。

「国際人権規約は、・・・そのA規約第13条第2項 (a) には、「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こと」と規定されています。この規定の意味するところは、日本人については文字通り初等教育を無償の義務教育とすることですが、わが国に在留する外国人については、わが国の初等教育を強制的に受けさせるのではなく、希望する外国人に対して無償の初等教育の機会を保障することが求められていることと解されています」というのである。

この行政解釈は、第1に、A規約（経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約【いわゆる社会権規約】）13条違反の問題を起こす。

日本政府・文部科学省は、A規約第13条第2項 (a) の解釈を誤って、このような行政解釈をとっているのであるが、そのことによって、A規約がすべての子どもに保障している基本的人権（義務教育への権利）を、外国籍の子どもから剥奪していることに思いをいたすべきである。

問題はそればかりではない。

第2に、条約の解釈は、各国の政府が自分の都合で恣意的に行うことはできないことに留意すべきである。条約は「用語の通常の意味に従い、誠実に解釈す」べきであり¹⁵⁾、国際条約の解釈は、文字通り行うのが原則なのである。にもかかわらず、前掲『ハンドブック』で、「外国人については」（反対解釈をすれば）条約を「文字通り」解釈しないと文部省自ら宣言しているのである。したがって、日本を法的に拘束している条約法に関するウィーン条約のみならず、社会権規約13条違反をも同時に冒している

と言わざるを得ない。

行政担当官が、従わなければならない人権条約の規定を、権利の対象が外国人であるからという理由で、「文字通り」に適用しないという行政解釈行為は、官僚による条約の恣意的な改変であり、人権条約違反（憲法98条2項違反）であるだけでなく、内閣の条約締結権、国会の条約承認権を侵す違憲行為である。

Ⅲ-5-2-3. 行政解釈（通達）

誰が就学義務を負う義務者かの問題について、実質的な憲法改変とも言える通達行政がおこなわれている。（その1）で、奇妙な行政解釈が行われていることについて二つのケースをあげた。

【重国籍者について】

1984年（昭和59年）に、国籍法および戸籍法の一部改正（昭和60年1月1日施行）があり、父が外国人、母が日本人の間に生まれた子どもが母の日本国籍を取得するようになったことから、重国籍の子どもの就学事務が問題とされた。

このような場合について、文部省は、「国籍法の一部改正に伴う重国籍者の就学について」（昭和59年12月6日）という通知を出して取扱いの指針を示した。

前掲『ハンドブック』¹⁶は、この指針を説明しているのであるが、その前提として、「就学義務の範囲」として、「憲法第26条は、「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。」と定めており、小・中学校への就学義務を負うのは日本国民であり、外国人は就学義務を負わないと解されています」と述べている。

ここでも、就学義務を負う主体である「日本国民」とは、子どもの「保護者」を指している。だから、これと同列に論じられている「外国人」も、当然子どもの「保護者」を指すものであることは論理上明らかと考え

られるのである。前記したとおり、就学義務一般についての説明の際も、就学義務を負う主体は、「保護者」であり、子どもではないことは自明のこととされていた。

ところが、前掲『ハンドブック』¹⁷は、「重国籍者は、国際法上自国民として扱うとの原則に立つものです」と説明した上で、この通知の内容をあげ、「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こと」としている¹⁸。

ここで、義務教育を受けさせる義務（就学義務）を負う者は、重国籍者（子ども）の「保護者」であり、その限りで問題はないように見える¹⁹。ところが、この結論を導くための根拠を、重国籍者が「日本国籍を有する子女」であるところにおいていることから問題が生じるのである。

ここでは、「外国人」である保護者がその子女についての就学義務を負わないという行政解釈に問題があることはさておくとする²⁰。行政解釈がいうとおり、憲法、教育基本法、学校教育法上就学義務を負う主体が「日本国民」である保護者であることは、明文の規定から明らかであり、就学義務の範囲も、前述のとおり「保護者」なのだから、重国籍者がいずれの国籍を有するにしても、就学義務の有無の判断基準と法的根拠は、保護者が日本国籍を有するかどうかにあるはずである。保護者が日本国籍を持つのであれば、その保護する子女（重国籍者）が日本国籍を有するか、外国籍を有するかを問わず、就学義務を負うものとしなければならない。また、保護者が外国籍を持つのであれば、行政解釈によれば²¹、その保護する子女（重国籍者）が日本国籍を持っていたとしても、就学義務はないはずなのである。

ところが、この通達は、奇妙な論理を採用してしまい、「重国籍者は、国際法上自国民として扱うとの原則に立つものです」として、子どもである重国籍者が外国籍とともに日本国籍を持つことを根拠にあげて、「保護者」ではなく、子どもが日本人であることを判断基準として、就学義務を

負うとの結論を根拠付けてしまった。意識的に混乱した論理を採用したのかどうかは、不明だが、このような論理のすり替えを行ったため、このあとで、子どもが日本国籍を持つことが就学義務の根拠として採用されてしまうことになった。その結果、憲法と法律の明文には書かれていないのに、「子ども」が就学義務の主体であるかのような行政解釈が生まれることとなり、さらなる論理的混乱を招いてしまったのである。

【保護者が外国人である場合について】

「来年4月に学齢に達する子どもは日本国民ですが、その保護者は、外国人です。この場合に、外国人たる保護者に就学義務が課せられるのでしょうか」という質問に対する文部省の回答は、どうあるべきであろうか。

上記したとおり、前掲『ハンドブック』の「就学義務の範囲」に関する行政解釈は、「憲法第26条は、「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。」と定めており、小・中学校への就学義務を負うのは日本国民であり、外国人は就学義務を負わないと解されています」と述べている²²のである。そうすると、当然「質問の子どもが日本国民であっても、その保護者は外国人であり、憲法26条の定めるところにより、本件の保護者（外国人）は就学義務を負わない」という結論にいたるが論理的解釈であるはずである。

ところが、前掲『ハンドブック』は、同じ憲法26条及び教育基本法4条第1項をあげたうえで、「これらの規定については、就学義務が課せられるものとしては、日本国民を規定しており、外国人は予定されていないものと解されてきました」²³とした上で、奇妙なことだが、次のとおりこれと逆の結論を出しているのである。

その論理をおってみよう。

まず、外国籍の子どもの増加についてつぎのような現状認識を述べている。

「しかしながら、最近の国際交流の進展に伴い、今後、保護者とその子

女の国籍が異なるケースが増加することが予想され、就学義務の存否について疑義が生じることも考えられます。すなわち、就学義務が課せられるのは、保護者が日本国籍の場合か、子女が日本国籍の場合か、あるいは、保護者および子女の両者とも日本国籍の場合かという問題です。」とする²⁴。

そして、「この問題については、現在までのところ、判例、行政実例のいずれも示されていませんが、「国籍法の一部改正に伴う重国籍者の就学について」（昭和59年12月6日）がこの問題を考える際の参考になります。」と上記通知をあげている²⁵。

次に、この通知を根拠にして奇妙な結論を以下のような論理で導き出すのである。

「この通知は、子女が重国籍である場合の就学の取扱いを示しており、重国籍者であっても、日本の国籍を有する子女については、保護者の国籍のいかんを問わずに就学義務を課しています。

したがって、本設問のように保護者が外国人であっても、子女が日本人である場合についても同様と解されます。」という論理に反する行政解釈を作り出してしまった²⁶。

ここで、疑問なのは、以下の点である。

第1に、行政自らが就学義務の根拠としてあげている憲法26条と教育基本法4条1項の条文の文言が外国人には就学義務を課していないのに、明文の規定に反して、非論理的な解釈によって外国籍の「保護者」に就学義務を課す解釈をとっている点に疑問がある。

第2に、外国人に義務を課すにあたって、その法的根拠を文部省の通知に求めることができるのか、という基本的な疑問がある²⁷。

第3に、就学義務違反には処罰²⁸がともなうことを想起すべきである。この通知によって就学義務を課された外国人である保護者が日本国籍の子女の就学についての義務に違反したとされた場合にも、罰金という刑事罰（学校教育法91条）が加えられることになる。憲法及び法律に違反して行（龍法 '10）43・2, 188（638）

政による通知で恣意的な処罰制度の創設が可能なのであろうか。この場合は、憲法や法律の規定に基づかず、省庁の通知のみを根拠にして、処罰がなされることになる。法律によらない処罰制度として、憲法が定める適正手続（憲法31条）に違反する行政解釈と批判せざるを得ない。

このような無理な結論を招く行政解釈がはたして合理的なものといえるだろうか。

Ⅲ-5-3. 行政による実質的「立法」の特徴

2009年9月の政権交代後、官主導から政治主導へ向かって、日本の政治は大きな転換期を迎えている。行政による実質的「立法」については、今後十分な研究を要する。ここでは、このような官僚主導による行政による実質的な「立法」行為の特徴を列挙しておきたい。

- ①憲法、条約、法律その他の法令の徹底的な無視が為されるが、国連機関による勧告が繰り返されても、行政機関が自ら誤りを認めて政策を転換することはない。
- ②同じ行政措置は、どのような違法であろうと、行政が通達その他の行政解釈の流布などによって、パターン化するための工夫が制度化されて、構造的なシステムを創りあげている。
- ③それに基づいて、官僚集団の組織的な抵抗が行政措置の形でなされ、国会、内閣による是正をも怠り、無視し、拒絶することさえできた。
- ④多くの場合、通達行政が活用される。
- ⑤通達をさらに解釈し、広く通用させるために、行政担当者による解釈のための出版がなされ、流布される。
- ⑥官僚による国会答弁、記者会見などによって、国会議事録、マスメディアなどを通じて行政解釈の固定化がはかられてきた。政権交代後、この弊害は除かれつつある。立法措置が進行中である。
- ⑦官僚による国際機関への説明もこれ等の行政解釈によってなされて来た

のであって、政治主導の指導を拒絶してきた。

- ⑧法令上の根拠なしに、長年開催されてきた事務次官会議は、行政解釈の擁護者として、閣議決定の原案を事前に左右していた。これは、憲法上も法令上も何の根拠もなしに神権天皇制時代の歴史的な政治制度を持続していたものであって、国民主権を原理とする憲法下では、内閣の行政権を実質的に侵すものとして、憲法違反の制度の疑いが濃い制度だった。そのために、政治主導による法令の遵守励行さえ構造的に受け付けられなかったのである。

Ⅲ-5-4. 官主導から政治主導への転換の必要性

2009年民主党中心の連立政権によって、官主導から政治主導への転換が図られつつあるが、まだ途上である²⁹。2009年秋、政権交代後の鳩山内閣によって事務次官会議が廃止された。明治以来の官僚主導政治を象徴する牙城を取り壊した歴史的な大転換であり、この一事をもって、鳩山内閣の政治改革の業績を高く評価することができる。これによって憲法に違反する官僚制度の壁は取り除かれたが、今後の政治情勢次第では、復活する可能性も否定できない。

行政による実質的「立法」措置の事例にも目を向け、この転換を完成する必要がある。

Ⅲ-6. 国内法制度是正の必要性和そのための政策

Ⅲ-6-1. なぜ、差別撤廃が必要なのだろうか？

外国籍の子どもを日本籍の子どもと異なる取扱いをすることを当然とする日本人の潜在意識の底には、「外国人は、納税していない」という偏見が潜んでいるのではないだろうか。実は、これは誤解である。外国人は、「居住者」として、日本人同様に納税義務を課されているが、このことが案外知られていない。

日本政府は、日本籍の子供の保護者に対するのとまったく同様に外国籍の子供の保護者にも、納税義務を課している。しかも、外国籍の子供の保護者が支払う税金は、日本籍の子供の教育のためには使われているのに、納税者である外国籍の子供たちの教育のためには使われていない。外国人学校は学校教育法第1条の正規の学校（「1条校」）と認められていないため、良くて各種学校どまりであって、私学助成がない。この負担と行政サービスの間の不均衡は、極端にバランスを欠いている。それは、民主主義に関する健全な常識人の感覚からすれば、耐え難いレベルのものであって、なぜこの不均衡がこれまで社会的・政治的問題とされなかったのかは、理解が困難である。

公立小中学校は、外国人の子供の就学を拒絶してはいない。しかし、確実に就学させる努力をしていないことは明白である。世界人権宣言及び国際人権条約が日本に求めているのは、義務教育としての無償の初等教育である。日本籍の子供はもとより、外国籍の子供を含むすべての子供が無償の初等教育を受けることができるような制度を確立しない限り、世界人権宣言が求める「すべての子供のための教育を受ける権利」を保障したことにはならない。

すべての日本籍の子供が就学する制度を作り上げた日本政府・自治体・住民・学校・教育者・研究者の努力には絶大な敬意の念を表す。しかしその努力が、なぜすべての外国籍の子供の就学を実現する制度の確立に及んでいないのであろうか。根本的には、後述するように外国籍の子供の義務教育実現のための国内法上の法整備が遅れていること、すなわち法制度の欠陥こそが原因であるといわざるを得ない。

Ⅲ-6-2. 差別是正のための法制度改革の課題

文部科学省、都道府県、市町村の行政担当者は、実務的には外国籍の子どもを日本籍の子どもと異なる実質的な差別をしているのではなく、平等

な取り扱いがなされていると、認識しているのではないか。しかし、実際は、上記【(その1) 参照】のとおり差別的な扱いがなされているのであって、これを是正する方法があるかどうかを検討する必要がある。

課題は、国際人権法に基づいて、外国籍の子どものために保護者の就学義務を認めるかどうか最大の論点になる。もし肯定するならそれに基づいて、学校教育法施行令（政令）又は・及び学校教育法をどのように改正する必要があるかが問題になるであろう。

現実には、平成3年度以降、就学案内を始めていて、外国人の就学が着実に進行し、現実が先行している。したがって、法制度の改革によっても、教育現場には大きな混乱はないであろう。

その場合、現状との違いは、外国籍の子どもと日本籍の子どもの間の法的な差別がなくなることが最大の成果になる。

具体的には、以下の点が課題となる。

- ①就学の督促を徹底することが可能になる。
- ②就学義務の免除については、外国籍の子どもについても行うことが必要になり、公立学校のなかで、外国籍の子どもも、日本籍の子どもも全く平等の扱いを受けることになる。
- ③ただし、その場合は、現実的には、朝鮮学校、ブラジル学校、中華学校、ペルー学校などの、いわゆる外国人学校³⁰に進学することを希望する子どもも多数あるであろうから、これらの学校を各種学校として承認できるような措置を進め、各種学校として認められている外国人学校に通学する外国籍の子どもの保護者についても就学義務があるから、1条校通学でなくても就学義務を満たしているものと認める必要がある³¹。
- ④また、その場合は、外国人学校の法的位置づけを改め、私立学校並みの公的補助の対象とする必要が出てくるであろう。

これ等を実現するための全国的な政策としては、以下の方策があり得る。

政府と国会が協力して、国レベルで教育基本法³²及び学校教育法などの法律改正を実現して差別を是正することが可能である。

上記の通り、政府・文部科学省が学校教育法施行令などの政令を改正して不平等を是正することもあり得る。この場合は、法律の改正までは必要がないから比較的に容易である。

Ⅲ-6-3. 地方自治の時代の新政策は可能か？

国レベルの政策不在だけが人権条約違反の原因であるとすることはできない。自治体の政策の不在、さらには教育委員会の不作為が直接的な原因となっているとも言えないだろうか。自治体が外国籍の子供を就学させるために十分な努力をしていないことにも、差別的取り扱いの原因があるのではないか。

その点を自覚し、条例制定など積極的な取り組みを開始するなら、国レベルの政府・国会による政策変更を待たなくても、自治体・住民・学校・教育者・研究者の努力によってこの問題を解決できる可能性が出てくる可能性はないであろうか。

地方自治の時代である。自治体関係者の努力に期待したい。

経験上一般的には全国レベルの法的改革には長期間の時間とエネルギーを要する。したがって、外国人の子供の教育への権利の侵害の重大性を認識し、対応することを厭わない自治体に対応する道を選ぶことも可能である。そのほうがより機動性があるのではないかとも思われる。

上記のような問題提起を受けて、自治体が自発的に公的な実態調査と制度改革の方法の研究を行い、小さな改革を開始することができないであろうか。具体的には、特区を活用してもよい。自治体関係者が教育差別撤廃のための条例の制定を提案することができないであろうか。

このような論議と試行錯誤を自治体レベルで積み上げることができれば、居住者の意識を変えることもできるだろう。やがては、全国レベルの

新政策を創りあげる契機にもなるのではないか。

末尾に筆者の条例骨子私案を資料として添付したので、各方面のご意見・ご批判を期待したい。関係者が今後条例を検討する際の参考にしていただければ幸いである。

(その3) に続く。

(資料)

すべての外国籍の子どもの教育への権利を保障するための 条例案骨子（私案）

第1に、国際人権法が定める教育の理念を、外国籍の子どもへの教育理念として掲げる。

第2に、国際人権法上³³の教育への就学義務規定³⁴およびその差別禁止規定にかんがみ、

①これを根拠に、外国籍の子どものためにも保護者の就学義務³⁵を規定する。

②市町村の教育委員会は、外国人登録原票（外国人登録法）をもとに、外国籍の学齢期の子どもについても、学齢簿を編成しなければならないこととする³⁶。

第3に、①外国籍の子どもにも、平等に公教育を保障するという規定をおく。

②外国籍の子供に対しても、初等教育は義務教育であり、無償とすることとする。

第4に、①公教育以外の教育を保護者が選択する場合は、一定の基準を満たす学校³⁷の選択権を認める。

②この場合は、就学義務の猶予または免除を行う。

第5に、第4の①に定める学校には、私立学校並の助成を行う。

注

- 1 戸塚悦朗「外国籍の子どもの教育への権利と教育法制（その1）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40巻1号（2007年）、38-71頁。
- 2 （その1）でも述べたとおり、本論文の基礎になった小論はすべて上記した法「改正」過程である2006年中に執筆された。本論文で「教育基本法」という場合は、2006年法「改正」前の教育基本法を指しているほか、関連法規と行政実務について触れている場合も当時の法令と実務を指しているため、その点に留意されたい。
- 3 戸塚悦朗『国際人権法入門』明石書店（2003年）、19頁。
- 4 本岡昭次「外国籍の子どもの「教育を受ける権利」」国際人権法政策研究 第2巻第2号（2006年）、7-22頁。
- 5 文部科学省ホームページには以下の教育令が掲載されている。2010年6月6日閲覧。
http://www.mext.go.jp/b_menu/hakusho/html/hpbz198102/hpbz198102_2_013.html
- 6 土屋英雄『思想の自由と信教の自由——憲法解釈および判例の法理』尚学社、6-7頁。なお、土屋教授が「『日本国憲案』（1881年）のなかに、信教の自由、言論・出版・集会の自由と並んで、「日本人民ハ思想ノ自由ヲ有ス」（49条）と明記されていたことは、これを起草した「植木の憲法思想の鋭い先見性を示していた」と明治憲法と植木の憲案を対比している点に注目すべきである。
- 7 金富子『植民地期朝鮮の教育とジェンダー——就学不就学をめぐる権力関係』世織書房、52頁。
- 8 前掲土屋『思想の自由と信教の自由』、6頁。
- 9 山内敏弘=吉川純『憲法の現況と展望』北樹出版（1989年）、229頁。なお、山内教授は、ここで学校教育法91条の規定する就学義務違反の保護者に対する罰則規定は、「憲法上少なからず疑義が存するように思われる」としている。
- 10 尹権次『日本国民論』筑摩書房（1997年）、116-122頁。
- 11 尹権次『異質との共存 戦後日本の教育・思想・民族論』岩波書店（1987年）、101頁。
- 12 前掲尹『日本国民論』、116-122頁。
- 13 （その1）、52-53頁。
- 14 前掲『ハンドブック』、75頁。
- 15 条約法に関するウィーン条約（昭和56年条約第16号外務省告示第282号。同年8月1日日本について効力発生）第31条「解釈に関する一般的な規則」第1項「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする。」とされている。これは、日本が批准済みの条約であって、憲法98条2項により、日本政府は締結済みの条約の遵守義務を負っているものであるから、同条約により、社会権規約13条を含む国

際人権条約も文字通り解釈しなければならないことに留意しなければならない。

16 前掲「ハンドブック」、42頁。

17 前掲「ハンドブック」、43頁。

18 前掲「ハンドブック」、43頁。

19 なお、前記昭和59年12月6日付け文部省通知は、「重国籍者である子どもについて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、学校教育法第23条（39条3項において準用する場合を含む。）の規定により、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こと。」としている。前掲「ハンドブック」（44頁）は、「この通知において、「他に教育を受ける機会が確保されている」場合としては、単に家庭で教育を受けている場合などは該当しませんが、たとえばインターナショナルスクールに在学している場合などが考えられます」としている。

20 筆者は、後述するように国際人権法の規定から、外国籍をもつ保護者もその保護する子女を就学させる義務を負うと考えている。

21 後述するような国際人権法を適用しなければであることに留意されたい。

22 前掲「ハンドブック」、42頁。

23 前掲「ハンドブック」、46頁。

24 前掲「ハンドブック」、46頁。

25 前掲「ハンドブック」、46頁。

26 前掲「ハンドブック」、46頁。

27 筆者のように、国際人権法を根拠に外国人にもその保護する子女を就学させる義務を認めるのであれば、別である。

28 就学義務違反としての処罰は、学校教育法に基づいてなされる。学校教育法第91条は、同法第22条第1項（小学校）又は第39条第1項（中学校）「の規定による義務履行の督促を受け、なお履行しない者は、これを十万円以下の罰金に処する」と定める。義務履行の督促は、学校教育法施行令21条「教育委員会の行う出席の督促等」の規定に基づき教育委員会が行う。具体的な処罰の裁判は、後記のとおり家庭裁判所の審判手続きによる。学校教育法違反被告事件に関わる岐阜家庭裁判所判決昭和50年（少イ）第1号昭和51年2月12日、家庭裁判月報28巻10号214頁。

29 第174回国会:閣法 13号:「政府の政策決定過程における政治主導の確立のための内閣法等の一部を改正する法律案」は、2010年6月6日現在衆議院で審議中である。衆議院ホームページ同日閲覧。http://www.shugiin.go.jp/index.nsf/html/index_gian.htm

30 ①月刊「イオ」編集部『日本の中の外国人学校』明石書店（2008年）。②江

原護『民族学校問題を考える——江原護論考・資料集』アジェンダ・プロジェクト（2003年）。③高賛侑『国際化時代の民族学校』東方出版（1996年）。

- 31 現在は、日本籍の子どもの保護者には、子どもが学齢に達する前に就学通知が出され、1条項通学の証明ができなければ、就学義務違反となる。日本籍の子どもを外国人学校（インターナショナル・スクールを含む）に通学させることは、原則として就学義務違反の違法行為とみなされるから、罰則の対象となる。ただし、重国籍の子どもの場合で成人後外国で暮らすことになる場合、帰国子女の場合（日本語を習得する間、帰国後3年程度の臨時措置）などであれば、文部科学省の通達により例外と認められ場合がある。これ等の場合は、市町村長の教育委員会が、例外的に就学義務を免除（または猶予）を与える場合がある。
- 32 民主党提案の日本国教育基本法案が参考になるが、その検討は、後述する。
- 33 以下の権利を参照。①社会権規約および子供の権利条約に基づく教育への権利、就学義務、差別の禁止規定。②自由権規約26条に基づく法の下での平等。これは就学義務の根拠となる国内法（法律）である学校教育法および同法施行令（政令）より強い効力を持つ。
- 34 学校教育法上は、就学義務を国民に限っていないことに注目する必要がある。憲法は、外国人の子供の教育への権利を明文で保障していないが、内外人平等の原則は一般に承認されている。地方自治体が国際人権法上の差別禁止規定に違反することを避けるために条例を制定することができるためには、外国人の子供の教育への権利を保障することを国内法令が禁止していないと解釈できることが条件である。
- 35 学校教育法22条、39条1項参照。就学義務違反に対する刑罰は必要ない。憲法違反との学説もあることを考慮する。
- 36 学校教育法施行令1条参照。同例はこの条例を禁止していないと解する。
- 37 外国人学校、国際学校を含め、法令の最低基準を満たしているものは選択権の範囲であるとする。「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」学校を選択権に就いては、社会権規約13条4項参照。