

外国籍の子どもの教育への権利と教育法制（その3）

—— 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2）²目次

- III-1-1. 学校教育法上の就学行政事務と就学義務
- III-1-2. 学校教育法施行令と学齢簿登載の基準
- III-1-3. 学校教育法施行令の欠陥
- III-1-4. 法制度上問題になる三段階の不作為
- III-2. 国内法制度と憲法
- III-3. 国際人権法による権利保障
 - III-3-1. 国際人権法と憲法の関係
 - III-3-2. 国際人権法による教育への権利の保障規定
- III-4. 日本法は「誰のための教育」を保障するのか？
 - III-4-1. 国民国家の成立と義務教育
 - III-4-2. 日本国憲法・教育基本法下の義務教育

-
- 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 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」龍谷法学42巻2号（2010年），168-197頁。

- Ⅲ-4-3. 憲法・教育基本法と国民概念
- Ⅲ-5. 行政による実質的な「立法」は許されるのか？
 - Ⅲ-5-1. 官主導政治の原点
 - 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
 - Ⅲ-5-2-2. 行政解釈（出版等）
 - Ⅲ-5-2-3. 行政解釈（通達）
 - Ⅲ-5-3. 行政による実質的「立法」の特徴
 - Ⅲ-5-4. 官主導から政治主導への転換の必要性
- 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？
 - Ⅲ-6-2. 差別是正のための法制度改革の課題
 - Ⅲ-6-3. 地方自治の時代の新政策は可能か？

（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。（その2）では、これに関連する日本の教育法制を分析した。なお、本稿は、（その1）及び（その2）の続編である。原則として2006年教育基本法改正前の状況を前提に、外国籍の子どもの義務教育への権利について、主として一般国際法の視点から論述している³。

Ⅳ-1. 問題の所在

まず、外国籍の子どもの義務教育への権利と就学義務に関する政権交代（2009年9月）前の政府国会答弁を見ることによって、問題の所在を明らかにしたい。

2006年3月22日参議院文教委員会で、小坂憲次文部科学大臣は、水岡俊

3 （その1）でも述べたとおり、本論文はすべて上記した法「改正」過程である2006年中の状況を基礎に執筆された。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ので、その点に留意されたい。

一議員の質問⁴に対して、次のように答弁した。

「国務大臣（小坂憲次君） 委員御指摘のように、外国人の子弟でありましても、国際人権規約、そしてまた児童の権利に関する条約等を踏まえまして、日本人と同一の教育を受ける機会を保障すべきだと、こう考えております。

総括的に申し上げますと、外国人児童生徒が公立の義務教育諸学校へ就学を希望する場合には、これらの条約、規約を踏まえて、無償で受け入れ、そして就学の機会を保障するというにしておりますけれども、一方、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というふうに規定しておくことから、義務教育を受けさせる義務は我が国の国籍を有する者に課せられていると考えるべきでございます。したがって、学校教育法に基づく保護者の就学義務は外国人には基本的には及ばないと解されております。これは、我が国における義務教育が一人一人の人格形成とともに国家社会の形成者の育成という役割を担うものであるために、外国人に対して日本人と同様の就学を義務付けることは適当ではないと考えられているからでございます。』⁵

ここで注目すべきなのは、以下の3点である。日本政府の法解釈は、①「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というふうに規定しておくことから、義務教育を受けさせる義務は我が国の国籍を有する者に課せられている」と就学義務を負うものを日本国民に限定していること、②「我が国における義務教育が一人一人の人格形成とともに国家社会の形成者の育成という役割を担うもの」と義

4 164国会参議院文教科学委員会平成18年03月22日会議録3号。「水岡俊一君 ……外国人の子供をめぐる不就学問題は、これは就学の要件をどうするのかというそういう問題から、やはり子供の教育を受ける権利を保障するという論点から少し視点を変えて取組を新たに展開をしていくと、こういうことが必要だというふうに思うんですが、大臣のお考えをいただきたいと思います。」

5 前掲164国会参議院会議録。

義務教育の目的を日本「国家社会の形成者の育成という役割」に限定していること（つまり、人類社会の形成者の育成という役割は義務教育の目的ではない）、③「外国人に対して日本人と同様の就学を義務付けることは適当ではない」と外国人を別扱いしていることに留意する必要がある。

本論文の目的は、このような日本政府の法解釈が現在の国際人権法の下で適法なのか否かを解明することにある。

IV-1-1. 一般国際法と就学義務

なぜ、このような日本政府による外国籍の子どもに対する差別的な法解釈がなされるようになったのかについて、日本政府は説明をしていない。単に、外国人に対して日本人と同様の就学を義務付けることは「適当ではない」と言うに止まる。

筆者は、その根源を探求しようとしてきたが、ようやく、一般国際法の外国人の義務に関する学説のなかにそれらしい論理を見つけることができた。「身分上の義務」であることを根拠に、外国人は、「兵役の義務」と同じように「教育の義務」を負わないとする学説に出会ったのである⁶。

IV-1-1-1. 横田喜三郎教授の学説

後に第3代最高裁判所長官をも勤めた横田喜三郎東京大学法学部教授（国際法）が、1960年『国際法Ⅱ【新版】』（有斐閣）で、「外国人は、原則として、在住する国の国民と同じように、その国の法の下に立ち、国民と同じ様な義務をおう。外国の領土に入ることによって、人はその領土主権に服するからである。……例外として、主として身分上の義務について、外国人は在住する国の国民と同じ義務をおわない。もっとも重要なのは、兵役の義務である。外国人は、在住する国で、兵役に服する義務がな

6 龍谷大学で開いていた外国人学校問題研究会において、2006年4月20日、発表者戸塚悦朗（法科大学院教授）が「問題点＝義務教育に関する国際法学者の見解」として報告。

いのである。教育の義務についても、同じである。』⁷としていたのである。

IV-1-1-2. 高野雄一教授の学説

横田喜三郎教授の後に東大教授をつとめた高野雄一教授（国際法）は、外国人の義務に関して横田喜三郎教授の学説を継承し、1960年「滞在する国の法の下に立ち、原則としてその国の国民と変わらない。裁判、警察、課税（税については、旅行や一時滞留の場合を除く）等に関する義務についてそうである。身分上の義務については例外がある。兵役の義務、教育の義務などはそれで、これらを負わないのが原則である。』⁸とした。

IV-1-1-3. その他の同様の学説

その他、横田喜三郎教授の学説を継承したと推定できる学説は、小畑郁説⁹、加藤信行説¹⁰、河野真理子説¹¹などかなりある。

外国人は「教育の義務」を負わないとする学説の根拠について、横田喜三郎教授、高野雄一教授、その他の学説には注記がないという共通点があ

7 横田喜三郎『国際法Ⅱ【新版】』法律学全集56有斐閣（1960年初版、1972年新版初版第1刷、1990年新版初版第9刷）、227頁。

8 高野雄一『全訂新版国際法概論（上）』弘文堂、（1960年初版1刷、1969年新版1刷、1985年全訂新版1刷、1990年同4刷）、370頁。

9 小畑郁説は、「外国人は滞在国の主権に服し、原則として内国民と同様の義務を負わなければならない。しかし、国家は、外国人に対し、その国の国民であることを前提とする義務（義務教育など）を課してはならない、とされる。」とする。松井、佐分、坂元、小畑、田中、岡田、薬師寺共著『国際法〔第4版〕』有斐閣、（1988年初版第1刷、2002年第4版第1刷、2003年第4版第5刷）、168頁。

10 加藤信行説は、「・・・ただし、兵役や義務教育などは、自国民にしか課すことのできない性質の義務とみられ、外国人はこれらを免除される。」とする。杉原、水上、白杵、吉井、加藤、高田『現代国際法講義〔第2版〕』有斐閣、（1992年初版第1刷、1995年第2版第1刷）、215頁。

11 河野真理子説は、「・・・ただし、兵役、義務教育など、国籍を根拠にした義務については、原則としてこれを課されることはない」とされる。」とする。小寺、岩沢、森田共編『講義国際法』有斐閣（2004年初版第1刷）、312頁。

る。だから、学説の根拠を知ることもできず、その客観性の検証は困難である。しかも、理論的な根拠としては、「身分上の義務」という極めて簡略な理由をあげるだけであって、説得力も十分とは言えない。

IV-1-1-4. 横田喜三郎教授の学説の源流の研究

横田喜三郎教授の学説には注記がないので、その根拠を見出すことが困難である。そこで、国際法研究者¹²⁾にその源流の研究を依頼した。以下は、外国人学校問題研究会での研究発表：「一般国際法上における外国人の教育義務の位置づけ——横田喜三郎学説を中心にして」のレジメに依拠している¹³⁾。

横田喜三郎教授は、大正11年（1922年）4月東京帝国大学法律学科（独法）卒業、国際法研究助手、大正13年（1924年）助教授、昭和5年（1930年）～昭和32年（1957年）東京大学教授（国際法講座担当）を歴任した。東大助手当時の研究室には、立作太郎教授（国際法）と山田三良教授（国際私法）がいた。国際法研究のため、1926年から1928年の間、フランス、ドイツ、アメリカに国費留学した。

① 横田喜三郎教授による国際法教科書としては、『横田助教授講述 平時国際公法・完 昭和5年東京帝国大学講義』（1930年）¹⁴⁾が最も古い。そこ

12 大塚泰寿氏：法学博士・龍谷大学非常勤講師・国際法専攻。

13 外国人学校問題研究会第13回研究会（2006年9月28日）龍谷大学深草学舎紫英館2階第④共同研究室、講師：大塚泰寿氏（法学博士・龍谷大学非常勤講師・国際法専攻）研究発表：「一般国際法上における外国人の教育義務の位置づけ——横田喜三郎学説を中心にして」。この研究発表レジメからの引用を許可された大塚博士に感謝する。同博士の報告が今後研究誌に掲載されることを期待したい。なお、このレジメ掲載の文献については、筆者も閲覧して確認した。ただし、貴重書である後掲書、横田喜三郎『横田助教授講述 平時国際公法・完 昭和5年東京帝国大学講義』は未確認である。

14 横田喜三郎『横田助教授講述 平時国際公法・完 昭和5年東京帝国大学講義』文信社・非売品、昭和5年（1930年）、237頁。貴重書であるが、神戸大学図書館の田岡文庫が所蔵する。

では「但シ身分上ノ關係ニ於テハ外國人ハ本國ノ統治權ノ下ニ立チ在留國ノ統治權ガ排除サル、從ガツテ例エバ國家ハ外國人ヲ兵役ニ服セシムルコトヲ得ズ、領域カラ去ルコトヲ禁ズル事ヲ得ナイ。」と述べていた。ここでは、「教育の義務」への言及がなかった。

ところが、昭和8（1935）年の『國際法（上巻）』¹⁵では、「(b) 例外的に、外國人は國民と同様の義務を負わぬ。主として、身分上の義務についてである。最も著しいものは兵役の義務である。國家は外國人に兵役の義務を課することを得ない。教育の義務についても、同様である。」とした。この段階で、「教育の義務」への言及が新たに加えられたのである。

横田喜三郎教授は、以来一貫して、外国人が国民同様の義務を負わない例外の事例として、「兵役の義務」と「教育の義務」をあげていた¹⁶。だが、それがどのような根拠によるのかに関する注記はみつからなかった。

② そこで、大塚博士は、「身分上の義務」に着目して調査し、明治42（1899）年の著者「無名氏」による外国人の地位に関する興味深い論文¹⁷を見出した。これには、在留外国人児童の就学義務について、「在留外國人は小學校令第三十二條に規定する児童の就学義務を負擔せず但し外國人はその志望に依りて本邦官公立學校に入校することを得「文部省直轄學校外國人入學規定」（三四年文、省令第一五号）「清國人を入學せしむる公私立學校に関する規定」（三八年文、省令第一五号）「關東州公學堂官制」（四〇年勅令第五〇号）「關東州公學堂規則」（四一年関、府令第一五号）は何れも外國人就中清國人の本邦公私立學校に入學すべき手續を規定せり」との記載がある。これは、明治42（1909）年当時、外国人の「就学義務」に関して、すでに今日と同様の取り扱いがなされていたことを示唆している。

15 横田喜三郎『國際法（上巻）』有斐閣、昭和8年（1933年）、282頁。

16 横田、1960。前掲書『國際法Ⅱ【新版】』、227頁。

17 著者無名氏「本邦における外國人國法上の地位」國際法雜誌7卷10号（明治42年）52頁。

③ 大塚博士は、また法務省官僚畑野勇氏他の学説¹⁸が、2000年に横田喜三郎教授の学説と同趣旨の見解を述べていることにも注目している。同学説（要旨）によると、教育の義務について、義務教育の無償性（憲法二六条第二項後段参照）を踏まえた上で、次世代の主権者の育成を、その保護者としての主権者たる国民に義務付けた。この義務は、国家と国民という特別なつながりを前提とした上で国民に課される性質のものであり、この義務は外国人には課せられないものと考えられる、とされる。

④ 大塚博士は、田岡良一教授が『国際法学大綱（上）』¹⁹で、外国人に関する当時の国際慣習を成文化したものとして、第6回汎米会議（ハバナ、1928年）において採択された「外人の地位に関する条約」²⁰を用いて説明を行っている（314-315頁）ことに着目している。同条約には、兵役義務を強制することはできない（3条）、とする規定があるが、教育の義務についての規定は特段みあたらない。田岡教授の見解は、当時の一般国際法について実証的に検討された例である。なお、外国人の地位については、国際連盟においても話し合いが進められていたが、条約としてはまとまらなかった。

⑤ 大塚博士は、大沼保昭教授が『国際法——始めて学ぶ人のために』²¹で以下のように、兵役義務の問題について一石を投じていることを指摘している。

「兵役義務は参政権と並んで国籍の二大中核といわれ、外国人に兵役義務を課すことは許されないといわれることもある。しかし、諸国の実行はこの点についても一様ではない。二国間条約で自国に居住する相手国国民

18 畑野勇他『外国人の法的地位、国際化時代と法制度のあり方』信山社2000年、357-358頁。

19 田岡良一『国際法学大綱（上）』巖松堂書店昭和9年（1934年）、314-315頁。

20 同条約の邦訳については、芹田健太郎編『国際人権条約資料集（第2版）』、有信堂高文社、1928年。

21 大沼保昭『国際法——始めて学ぶ人のために』東信堂、2005年、108頁。

の兵役義務を免除する例は見られるが、これが一般国際法の確認規定なのか、その条約がとくに規定する創設規定なのか、必ずしも明らかではない。また、領域国が永住資格をもつ外国人に兵役義務を課し、それを外国人の本国が承認ないし黙認していると解される例もある」

⑥ 結局、大塚博士は、横田教授が義務教育を外国人に課すことができないとした見解は、教授の「独創的なものであったのかどうか、当時外国の研究にすでに存在していたのかどうかについては、まだ調査が不十分なために結論を出すことはできないが、少なくとも1933年の段階では妥当なものではなかったかと考える」とまとめている。

IV-1-1-5. 横田喜三郎教授の学説の評価

横田喜三郎教授の学説を根拠にして、外国人は「教育の義務」を負わないとする一般国際法の原則が存在したと言えるかどうかについて検討してみたい。

横田喜三郎教授の昭和5（1930）年の前掲『東京帝国大学講義』は、外国留学から帰国してすぐに始めた講義のためのものである。同書にはなかった「教育の義務」についての記載を、昭和8（1933）年の前掲『国際法（上巻）』では、「教育の義務についても、同じである。」とする別の文章として末尾に追加挿入していることに注目したい。

この3年の間に、何があったのであろうか。横田喜三郎教授は、日本の義務教育が、とても外国人を対象にして義務教育化することができるような内容ではなかったことを知ったのであろうか。

明治中期の教育再改革は、世界史的に植民地再分割への動きに向けて、強大な帝国主義軍勢力の建設という国策に協力する学校教育態勢の改変確立をもたらした²²。帝國在郷軍人会が発行した大正2（1913）年発行の『國

22 大江志乃夫『国民教育と軍隊』新日本出版社、1974年、5-19頁。同書、第Ⅰ、Ⅱ章参照。

民教育者必携 帝国陸軍²³には、次のように書かれていた。

「我が軍隊教育が國家教育ノ重要機關ニシテ、國民教育ノ中堅トナリ、之ガ基礎タル學校教育ト相依リ相俟ッテ國民道德ノ培養扶掖ニ努ムベキハ、國家ガ軍隊ニ対スル当然ノ要求ナルト共ニ、軍隊ガ國家ニ対スル義務ナリト謂フベシ。兒童ノ義務教育ハ、國民トナルベキ基礎ノ教育ヲ与フルモノニシテ、兵役ハ、國防即チ國民ノ自衛ノ目的ニ供スル為、國民ニ一ノ義務的特殊教育ヲ施スモノナリ。」

ここでは、すでに義務教育と兵役とが一連の連続した国民教育のための過程であり、軍隊と学校は一体の国家構造をなす組織と認識されていたのである。

1931年満州事変勃発により日本は15年戦争を開始することになった。このような歴史的な流れの中で、横田喜三郎教授の前掲書が出版された1933年当時は、教育勅語に基づいて、戦時に天皇のために命を捧げなければならないとする教育を受けることが、法的に義務化されていたのみならず、そのような教育が小学校末端まで実際に実施されていたと思われる。そのような日本臣民を育成する義務教育は、大日本帝国憲法上の兵役義務と密接に結びついていたのである。

この様な戦前の日本の軍国主義体制下の教育の状況を前提とする限り、兵役と教育の二つの義務が日本臣民としての「身分上の義務」から導かれるものであると考えることについては、国内法上は整合性があったと考えられる。そのような日本臣民の義務を、外国人に義務化することができないと考えるのは、常識的に考えても妥当である。そう考えれば、横田喜三郎教授の学説は、日本にあっては合理的であったと言えるであろう。

しかし、「教育の義務」を外国人に課することができないとする一般国際

23 帝國在郷軍人会『國民教育者必携 帝国陸軍』大正2（1913）年発行中の「第七章 軍隊ハ國民学校ナリ」参照。前掲大江、212-321頁から引用。

法が確立していたかどうかの問題は、世界的な国際法の問題であるから、別途検討すべきであろう。

筆者は、二つの要素をここで挙げておきたい。

① 既成事実化した行政法規と行政実務

前記のとおり、明治42（1909）年までには、すでに「在留外國人は小學校令第三十二條に規定する兒童の就学義務を負担せず但し外國人はその志望に依りて本邦官公立學校に入校することを得」と、外國人を就学義務から免除する法令が整備され、今日同様の行政実務が先行していたこと²⁴に注目すべきだろう。

仮説ではあるが、横田喜三郎教授は、このような既成事実をそのまま容認し、そのような実務を合理化するための法的な根拠として、「身分上の義務」を上げたのではないだろうか。

② 国際私法学者の学説

山田三良教授は、横田喜三郎教授が助手時代に、東京帝国大学の国際私法の教授であったことにも留意しておく必要がある。明治35（1902）年当時は、外國人の国内での処遇は、国際私法の分野とされていたのであるが²⁵、同年出版の国際法雑誌（第5号）に、国際私法を専攻していた山田三良教授（法科大学）が「外國人の地位を論ず」との論文²⁶を發表している。その中で、「教育の自由と強制就学」について、以下のように詳細に論述しているのが参考になる。

「國民の教育は國家の一大要務にして國家は國民各個の教育を監督するの權を有するのみならず所謂國民教育即ち國民たるの資格を養成するに必要な教育は國家及國民の負擔せる義務なれば何れの國に於ても外國人が

24 著者無名氏、1909年、前掲論文「本邦における外國人國法上の地位」。

25 高橋作衛「平時國際公法」日本法律学校、明36（1903）年、455頁。高橋教授は、「・・・（通行、居住、土地所有、兵役義務、納税等外國人ノ權利義務ニ関スルコトハ國際私法学者ノ研究ニ任セ茲ニハ之ヲ畧ス）」としている。

26 山田三良「外國人の地位を論ず」国際法雑誌明治35（1902）年第5号、11-15頁。

斯る國民教育に従事することを認めざるを以て原則とせり我國に於ても亦この原則は一般に認めらるる所にして・・・」「外國人は内國人と等しく官公立學校に於て教育を受くるの權利を有し義務を負擔するや否やと云ふに強制就學と授業無料とに就ては往々條約を以て互に内國の學齡兒童と同一に取扱ふべきことを約するものあり例えは千八百八十七年佛瑞條約の如し斯る條約の存せざる我國に於ては小學校令第五章に規定せる強制就學は唯内國人のみ適用すべきものにして外國人の兒童に適用すべきものにあらざるなり然れとも若し外國人我國小學校、中學校、其他の高等學校又は大學に入學を志願するときは之を許可すべきものとす」

ここでは、「國民教育」と言い、「就學」義務といい、山田教授は、当時既成事実と化していた行政実務をそのまま認め²⁷、今日の政府の政策の理論的基礎を敷いていることが読み取れる。このような山田三良教授の学説が、横田喜三郎教授の学説の基礎にあったのだろうか。

しかし、次の3点に注目したい。

- ① 山田教授は、「身分上の義務」を理論的根拠にしていないこと。
- ② 比較法への配慮があること。
- ③ 条約の不存在などを根拠にして外国人への就学義務の不適用を正当化していること。

以下のように論述していることに留意すべきである。これらを総合すると、山田教授の学説は、横田喜三郎教授の学説（「教育の義務」を「身分上の義務」として外国人への義務化を否定した）とは必ずしも同視できないのではないかとも思われる。

第1に、「身分上の義務」を外国人への適用除外の根拠とはしていない。山田教授は、「教育の自由と強制就學」の項で教育問題を論じている。教育に自由権、つまり権利の視点から見るというアプローチが当時からあつ

27 「文部省直轄学校外國人入学規定」（三四年文、省令第一五号）は、山田同論文が発表された明治35年より一年前の明治34年に出されている。

たことに注目してよいのではないか。兵役の義務と並べて、「公法上の義務」ないし「身分上の義務」の視点から見る立場とは、微妙な違いがあるのではないだろうか。

第2に、「何れの國に於ても外國人が斯る國民教育に従事することを認めるを以て原則とせり我國に於ても亦この原則は一般に認めらるる所にして・・」としている。つまり、先進諸国の法制度及び行政実務のありかたという比較法的視点を根拠にして、日本がそれにしたがっているとしていることに注目すべきであろう。そうであれば、欧米諸国の法制度と行政実務が発展した場合は、理論的な前提が崩れるのであって、日本も新制度を導入する必要性がでてくることを示唆していると読むことができるのではない。

第3に、「外國人は内國人と等しく官公立學校に於て教育を受くるの權利を有し義務を負擔するや否やと云ふに強制就學と授業無料とに於ては往々條約を以て互に内國の學齡兒童と同一に取扱ふべきことを約するものあり」と指摘している。つまり、就學義務を外国人には課さないという原則は、絶対不変のものではなく、「往々條約を以て」変更され得るものに過ぎないことが読み取れる。

山田教授の論文より後のことだが、明治42年（1909年）には外国人の法的地位に関する外務省による調査²⁸がある。『本邦における外國人の國法上の地位』條約改正調査部報告第九號として外務省囑託であった岩田彌太郎氏がまとめたものである。時期的に見ても、同じ明治42（1909）年に出ていることから、タイトルが同じことから、前掲の著者無名氏の論文（國際法雜誌7卷10号（明治42年））と同一著作であると見てよいのではないだろうか。不平等條約改正のためには、外国人の法的地位を欧米並みに認める政策を採用する必要があったところから、政府としても、相当の努

28 岩田彌太郎（外務省囑託）『本邦における外國人の國法上の地位』（條約改正調査部報告第九號）明治42（1909）年、外務省。

力をしていたことがうかがえる。

この『本邦における外国人の國法上の地位』は、大正13（1924）年になって改訂されている。改訂版は、條約改正調査部報告第三十號²⁹として印刷された。

同改訂版³⁰では、就学義務については、前掲無名氏の論文と同様に、「公法上ノ權利義務」のなかで取り上げられている。目次を見ると、「公法上ノ權利義務」（第1章）は、「公法上ノ權利」と「公法上ノ義務」に整理されている。「公法上ノ義務」は、「第一 兵役ノ義務」、「第二 納税ノ義務」、「第三 其ノ他ノ義務」の3項目に分類されている。就学義務については、「第三 其ノ他ノ義務」のなかで、「在留外国人ハ小學校令（・・・）第三二条第三項ニ規定スル兒童ノ就学義務ヲ負擔セス但シ外国人ハ其ノ志望ニ依リテ本邦公立學校ニ入學スルコトヲ得」としている。前掲無名氏の明治42年の論文はひらがな表記で、あり大正13年の改訂版はカタカナ表記だが、それを除けば、文言も酷似している。なお、就学義務以外の義務に関する記載はない。

同改訂版第2章は、「私法上ノ權利義務」であるが、ここには教育への権利の項目はない。なお、第1章「公法上ノ權利義務」にも、前記就学義務への記載を除き、教育への視点は見えない。戦前の法制度は、教育を権利の視点から位置づけず、義務の枠組みの中で位置づけていた。教味深いのは、同じ公法上に義務に分類されていた納税の義務については、通商航海条約などを根拠として外国人の義務を除外していなかった。兵役の義務と就学義務がこの公法上の義務に分類されるとする政府見解は、横田喜三郎教授が外国人へ適用除外の根拠に「身分上の義務」をあげて、兵役の義務と就学義務双方をまとめて理論付けたことと一致している。

29 外務省臨時調査部『本邦における外国人の國法上の地位』（條約改正調査部報告第三十號）大正13（1924）年、外務省。

30 同上外務省臨時調査部（1924年）、23－26頁。

さて、山田教授は、外国人は「教育の義務」を負わないとする一般国際法の原則が存在したとの学説をとっていなかったのではないのではないのか。筆者は、以下の同教授の1932年出版の著書『国際私法（第二分冊）』³¹をも参照して、一般国際法原則の存在まで主張していたとは言い切れないと考える。1932年は、横田喜三郎教授の前掲『國際法（上巻）』が出版された昭和8（1933）年の直前である。

山田教授は、前掲書³²の「第二編外國人の地位」の「第1章外國人の地位の沿革」でかなり詳細に世界各国の法制度發展の歴史を概観している。

「故に古今東西の歴史に徴して外國人の地位を研究するときは、世界各国の法制がみな切捨御免の敵視主義より漸く内外人平等主義に進むものであって、左の五期五主義を経過または経過せんとするものであると云ふことが出来る。」として、「第一期 敵視主義」、「第二期 賤外主義」、「第三期 排外主義」、「第四期 相互主義」、「第五期 平等主義」の順に發展してきているとする。

現在は、第五期にあり、近世文明国は、相互主義から平等主義に移行してきているが、オランダ民法が先頭を切って、1829年に「内外人平等主義」を採用した。次いで、イタリア民法（1865年）、ポルトガル民法（1868年）、スペイン民法（1889年）が次々と之を採用した。1878年に南米8カ国間で調印されたリマ條約草案第1条は、イタリア民法第3条とおなじく「外國人は内國人と同一の私權を享有す」と規定した。英国においても、1870年以来帰化条例を以って、慣習法の排外主義を廃止して、外国人は英国臣民と同じく動産不動産を取得し所有し譲渡する權利を付与された。

山田教授は、このように比較法研究を基礎にして、次のように評価している。「之を要するに現今文明諸國に於ける法律思想の進歩發達は、遂に

31 山田三良『国際私法（第二分冊）』有斐閣昭和7（1932）年、275-323頁。

32 山田三良、1932年同書、295頁。

私法上に於ける内外人平等主義に到達し、若しくは到達せずんば止まざらんとする趨勢である。蓋し現今に於ては権利及び人格の觀念は、之を形式的に論ずるときは素各國立法者の創定物に外ならないが、之を実質的に論ずるときは各人の法律思想に存在し、世界的即ち人類の性質を有するものであって、各國の立法者が必ず之を保護せざるべからざる性質を有するものである。」と言う。

山田教授が前掲書を出版したのは、1932年であり、国際文書（連合国宣言）が「人權」概念を初めて認めた1942年よりも10年前である。しかし、山田教授の筆致は、「人權」思想を準備しつつあった世界人類社会の法思想の発展を予言しようとしているかのようなものである。

それに続いて、山田教授は、1880年国際法学会がオクスフォード会期において、内外人平等原則を含めて国際私法の8大原則を掲げて、各国立法者にその採用を求めたことをあげている。

すでに、世界的には自明の法理となっていた内外人平等原則を、日本民法2条が「外國人は法令又は條約に禁止ある場合を除く外私權を享有す」と明言したのは、「我國に於ては外國人の權利保護に關する主義が一大變遷の時期に際會して居たので、特に此の規定を必要としたからである。蓋し我國の法制は開國以來僅に三四十年間に斬捨御免の敵視主義より内外人平等主義に進んだものである。即ち黒船が始めて近海に出没したる當時に於ては、外國人は刑法上に於ても尚人格を認められず、安政條約締結の際より漸く人格を認められるに至ったが、外國人は原則上尚無權利であったのである。然るに維新以來我國の文化益開發し、法律制度亦範を泰西に採って漸く完備するに隨ひ國法の原則上外國人無權利の舊主義は漸く跡を潜め、近世文明諸國の通義に則って外國人に權利保護を附與するを以て原則とし、國家の公益上より特に制限を要するが如き場合は例外として一々之を明言するを以て例とするに至った。」と述べている。

山田教授は、これに続いて、国際連盟による外国人の待遇に関する努力

についての歴史に触れて、国際社会の趨勢についての研究成果に触れているが、ここでは省略する。

このように「切捨御免」、「黒船」、「維新」などの記憶がまだ新ただった時代の日本では、時間をかけて「内外人平等原則」を実現してきた欧米諸国に比較して、多くの困難と無理を伴いつつ欧米の法制度の導入がなされたのであろう。山田教授の前掲書は、そのことを想起させるが、現在の日本でもなお、幕末から、明治維新のころから続く、このような外国人敵視主義・排外主義の思想が残存しているのではないか。だからこそ、外国籍の子どもの義務教育への権利も容易に実現しないのである。

山田教授は、前掲書³³の「公法上の地位」の節で論じているが、近世諸国の憲法が個人的自由権を保障していることに言及し、「我帝國憲法第二章に於ても亦臣民の權利義務として種々の自由または不可侵を規定している。近世文明國に於ては外國人も亦此等の權利保護を享有するを以て例とするも、必ずしも内國人と同等に之を享有することを得ないのみならず、往々行政權の行使に依て左右せらるるの虞があるので、各國は概ね通商條約に依て一定の權利保護を附與すべき旨を規定して互に外國人の權利保護を保障するを以て例として・・・」としている。ここでも、条約によって外国人の権利保障がなされうることを認めていることに注目すべきであろう。

公法上の義務に関しては、①一般的服従の義務（日本の領土主権に対して服従するに過ぎない）、②兵役の義務（外国人はかかる義務を負担しない）、③納税の義務（原則として納税義務を負担する）をあげている。

ところが、山田教授は、この部分³⁴で外国人が兵役の義務を負担しないことを述べてはいても、教育の義務については何ら論じていない。横田喜三郎教授が、兵役の義務と教育の義務を「身分上の義務」として同列に論

33 山田三良、1932年同書、295頁。

34 山田三良、1932年同書、321-323頁。

じているのとは異なる。戦前の日本の国際法学者の教育観は、政府見解及び横田喜三郎学説でひとくくりにできるほど、一枚岩ではなかったと言える。

したがって、外国人が教育の義務を負わないことについて、山田教授がこれを一般国際法の原則とまでしているとは読み取れない。

IV-1-2. 一般国際法として確定していたのか

「教育の義務」を外国人には負わせることができないとする横田喜三郎学説は、一般国際法として確定しているのか否か、仮にそうであるとしても、その内容はどのようなものかという問題についてさらに検討してみたい。

横田喜三郎説（「身分上の義務」説）に同調する前記学説は、ほとんどの場合、「教育の義務」を「兵役の義務」と同視しているのであるが、果たして合理的、客観的な理論的な根拠にもとづくのであろうか。共通の根拠としてあげられているのは、「身分上の義務」である。これは、外国人が居住している国の国民が所属国の国籍があることを前提として負わされる義務を外国人は負わないという論理なのであろう。

自国民にしか課すことのできない性質の義務について、外国人に国籍がないことを根拠にして、負わせることができない義務があるという論理は、一見明快なように見える。しかし、以下のような問題がある。

兵役の義務についてはともかく、教育の義務は、果たして国民のみが負う義務なのであろうか。仮に、外国人もその保護する子どもに教育を保障する法的義務を負うということが世界的に認められた場合は、教育の義務は、国籍があることを前提にして課されるものではなくなるのではないだろうか？ その場合は、教育の義務は、人類の構成員であることにより、人類の後継者育成の必要上、子どもの成長に責任を負う者に課せられる義務として構成されるようになる。このような場合にも、横田喜三郎学説は、

「教育の義務」は「身分上の義務」であるとする理論的根拠を維持し続けることは可能であろうか？

国際人権法は、国籍によらずに義務教育を課しているのであるから、その遵守義務が発生した時点で、義務教育を国民、国籍、自国民の場合にしか課することができない義務とする前提が崩れてしまうのではないか？ そうだとすると、「身分上の義務」であることを理由に外国人に義務を課することができないという理論的な根拠にもとづいて、教育の義務を外国人に課することができないという法制を維持する理由が失われることになる。

Ⅳ-1-2-1. 「教育の義務」に言及しない学説

実は、日本語文献を渉猟してみたことが、外国人が「兵役の義務」を負わないことは認めていても、「教育の義務」を負わないとすることについては言及しない学説がある。

Ⅳ-1-2-1-1. 田岡良一『国際法講義上巻』³⁵

田岡良一教授（法学博士）は、大正11（1922）京都帝国大学法学部を卒業し、昭和5（1930）年から同15（1940）年まで東北大学教授を勤め、その後京都大学教授、神戸大学教授を歴任している。田岡教授は、横田喜三郎教授と同時代の日本を代表する国際法学者の一人であった。

田岡教授が1955年に出版した『国際法講義上巻』には「外人法」に関する記述がある。

結論を言えば、田岡教授は、上記著書で、「居住国は、外人に兵役を強制することはできない」とする点では、横田教授と同意見であったものの、義務教育に関しては、外人法の項には何も記載していない点に注目すべきであろう。

同教授の外人法に関する学説の概要を見てみよう。

35 田岡良一『国際法講義上巻』有斐閣、1955年、460-463頁。

「現在文明諸國はその領土内に存する外人に、原則として私権については自國民と平等の待遇を與え、公権については差別待遇をしている。しかし一般國際法は、私権に關する平等待遇が必ずしも完全であることを要求しないと同時に、各國が通例自國民に公法上の義務として課する義務も、外人に對しては課することを禁止する場合がある。これ等の問題に關する國際法規を左に簡単に説明しようと思う。

國際連盟規約は第二十三条に、・・・・・1921年連盟理事会は經濟委員會にこの條約案を作成せしめ、この草案を基礎として一九二九年「外國人の待遇に關する國際會議」がパリに開かれたが、ついに何らの條約の成立をも見ないで散會した。これに反し一九二八年ハヴァナで開かれた第六回汎米會議は「外國人の地位に關する條約」を可決している。この條約は單に従来の國際慣習を成文化したものであつて、別に米洲特有の國際法を定めたものではないから、これを中心として現在の一般慣習法に於ける外人の地位を説明するのが便利であると信じる。」

田岡教授がこのように述べているのは、外國人の地位に關する一般國際法を研究するために、慣習國際法の証拠として、ハヴァナ條約を活用したのであり、實証的な國際法の研究方法として高く評価できる。横田喜三郎教授が、「身分上の義務」をあげるだけで、その根拠となるはずの他の學說や行政解釋などに関する注記もせず、また條約など何らかの客觀的な証拠もあげずに結論だけ述べているのと比較すると、より説得力がある。そう考えるのは、筆者一人であらうか。

さて、ハヴァナ條約にあらわれた慣習國際法としての一般國際法に於ける外國人の地位の内容であるが、田岡教授の解説の主要部分を要約すれば、おおよそ以下のとおりである。

①「國家は外人の入國および居住をその國法によって規律する自由をもつ」（右條約一條）

②「外人は、特別の條約による規定がない限り、その居住する國の法に

服従せねばならぬことは居住國の國民と同様である)「二條」。

③「従って外人も通常および特別の課税を負擔し、また強制募債に應じなければならない」(四條)。

④「しかし居住國は、外人に兵役を強制することはできない。もっとも通過旅客でなくて定住する外人は、その居住國々民と同様の條件の下に、天災、その他戦争以外の危険に對して居住地方を防禦するための警察・消防の役務を強制されることを妨げない」(三條)。

⑤國家はその領土内に於けるすべての外人に、自國民と同様の個人保障を與え、また私權の重要なものの享有を許さねばならぬ。ただし國法が外國人について權利の行使・範圍および態様に關する特別規定を設けることを妨げない」(五條)。

イ。「生命および身體の安全・名譽の維持等所謂人格權に属するものについては、外人に對しても自國民と平等の保護を與えねばならぬことは、一般慣習法の定める所である。・・・」。

ロ。「右の個人保障を除き、私法的諸權利および公法的諸權利については、國家間に特別の條約がある場合は別として、一般國際法上には何らの規定はない」

⑥「國家は公序および安全の維持のために外人を追放することができる」。

以上からわかることは、田岡教授が解説するところから見る限り、一般國際法が教育の義務を兵役の義務と同視して外國人に課することができないとしていたとすることは困難である。おそらく、教育問題は、⑤ロに入ると見られることから、一般國際法上には定めがなく、各国の法制度が規律するところにゆだねられていたと見るべきではないのだろうか。ただし、⑤ロでは、「國家間に特別の條約がある場合は別として」と述べているところからみて、條約上の定めがあれば、それによることになることに留意(龍法 '11) 43 - 3, 198 (1082)

する必要がある。

IV-1-2-1-2. 田畑茂二郎『国際法新講 上』³⁶

田畑茂二郎教授（法学博士）は、田岡良一教授を継承した世代に属する。1934年 京都帝国大学法学部卒業、1945年 京都帝国大学法学部教授（国際法）に就任した。『世界人権宣言』（弘文堂、1951年）、『人権と国際法』（日本評論新社、1952年）など、日本人としては早くから国際人権法に着目していたことで注目されてきた。

田畑教授は、前掲『国際法新講 上』の「領域内における外国人の地位」に関する説明の中で、「外国人の義務」について次のとおり記載している。「外国人も、特別の条約規定がないかぎり、居住する国の国法の下に立ち、原則として、その国の国民と同様の義務を負担する。……外国人もその国の課税に服する義務を一般に負わなければならない。……しかし、国家との特殊なつながりを前提した上で認められている義務については別であって、したがって、たとえば、外国人に対して兵役の義務を課することはできない。また、直接軍隊に編入することでもなくとも、他の国に対する敵対行動に、外国人を強制的に参加させることは許されない。……」

しかし、田畑教授も、教育義務については、「外国人の義務」の項ではまったく何も触れていない。この点で、田岡教授と同様な立場をとっていることに注目したい。

田畑教授の学説の特徴は、「外国人の義務」の項の直後に、「外国人の権利」の項を設け、国際人権法の視点から「外国人の地位」に関する説明を展開していることである。

同教授は、「外国人も、通常の私的生活をいとなむに必要な限度の権利および行為能力を認められている。したがって、外国人に対しても、その

36 田畑茂二郎『国際法新講上』東新堂、1991年、246-251頁。

生命は身体・名誉に関する人格権は当然認めなければならないし、そのほか、たとえば、生活に必要な物資を所有し取得する権利、日常生活に必要な通常の契約をなす能力などは、当然、外国人に対しても認めなければならない。・・・」とし、その具体的な内容として、次のとおり、国際人権法に詳しく言及している。

「以上は、一般国際法上の原則であるが、後でみるように、戦後人権の保障が国際的に大きくとりあげられるのにもなって、外国人の人権を尊重する傾向が強く見られるようになっている。一九八五年一月三日、国連総会において「居住する国の国民でない個人の人権に関する宣言」(Declaration on the Human Rights of Individuals who are not Nationals of the Country in which They live)、いわゆる「外国人の人権宣言」が採択されたが、この宣言は、外国人がその国の国内法にしたがい、生命および身体の安全の権利、プライバシー、家族、住居または通信に対する恣意的なまたは不法な干渉から保護を受ける権利、裁判所およびその他のすべての司法機関の前に平等である権利、思想、意見、良心および宗教の自由についての権利、自己の言語、文化および伝統を維持する権利を享有し(第5条)、また、安全かつ健康的な作業条件、公正な賃金およびいかなる差別もない同一価値の労働について同一報酬をうける権利、自ら選択する労働組合およびその他の団体または結社に加入し、ならびにその活動に参加する権利、健康の保持、医療、社会保障、社会奉仕、教育、休息および余暇についての権利を享有すること(第9条)などを規定している。」

田畑教授が、「外国人の人権宣言」を詳述することによって外国人の地位について詳細に説明していることに留意したい。さらに、「外国人の人権宣言」は、世界人権宣言及び国際人権規約の内容を、外国人に対して保障することを確認していると考えられるが、その第9条が「教育」についての権利を外国人が享有することを明言していることについて、田畑教授の著作が触れていることを見逃すことはできない。

田畑教授は、さらに進んで、国際人権条約による外国人の人権の保障について次のように述べていることに注目すべきである。

「一九六六年一月一日に国連総会で採択された「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」や、「市民的及び政治的権利に関する国際規約」のいずれも、第2条において、人権の享有を「国民的出身」(national origin)によって差別することを禁止している。ここで「国民的出身」というのは、かならずしも「国籍」というのと同じではないが、その審議経過からみて、国民の間におけるその元の国民的出身だけでなく、国籍による差別をも含むものとみるべきであろう。したがって、「市民的及び政治的権利に関する国際規約」第二五条のように、「市民」すなわち国民に限定している場合は別として、国内にいる外国人にも、その国民と同様に、規約に規定する人権の享有を認めなければならないとみるべきであろう。」

つまり、田畑教授は、外国人が国際人権条約上の権利を享有することを認めているのである。

Ⅳ-1-2-1-3. その他の「教育の義務」に言及しない学説

① 立作太郎教授

立教授は、「入国後の外国人の地位」に関して、「一国の領域内に在留する外国人は、所謂治外法権を享有する者にあらざれば、其國家の領域内に行はるる主権の下に立つに至るのである。・・・然れども國際法は外國人が其本國の臣民たるの身上の關係より、同時に本國の主権に服することを認むるを以て、在留國は外國人に要求するに、自國の臣民の如く一身を擧げて自國のために奉公することを以てするを得ない。」³⁷とする。

ここでは、具体例があがっていないが、立教授の論文³⁸は、具体的には、

37 立作太郎『平時國際法論』日本評論社、昭和9（1934）年4版、232頁。

38 立作太郎「自國に住所を有する他國人に兵役の義務を課し得るか」國際法雜誌

兵役の義務を主題にあげているものの、教育の義務は主題にしていない。

② 大沼保昭教授

大沼教授は、「二国間條約で自国に居住する相手国国民の兵役の義務を免除する例は見られるが、これが一般国際法の確認規定なのか、その条約がとくに規定する創設規定なのか、必ずしも明らかではない」³⁹としている。

IV-1-2-2. 「教育の義務」に言及しない日本の学説の特徴

第1に、「兵役の義務」を外国人に課することが出来ないと認めながらも、「教育の義務」について言及しない学説は、外国人の義務について根拠となる具体的詳細な理由をあげていることが多い。

第2に、「教育の義務」に言及しない学説の記述があげる根拠は、詳細且つ具体的であることを特徴としてあげておきたい。たとえば、1928年ハヴァナ「外國人の地位に関する條約」及び1985年の「外国人の人権宣言」などをあげている。注記あるいは実証的な根拠をあげて論述している学説は、理論的な根拠を知ることができるので、客観性・信頼性がより高いと言える。

IV-1-3. 諸外国の国際法学者の見解

日本の研究者による学説だけで国際法に関する問題を解明することはできない。諸外国の有力な研究書を参照してみたい。

IV-1-3-1. 自由主義圏（英国）の国際法学者の見解

『オッペンハイム国際法』（“Oppenheim's International Law”）は、戦前から戦後にかけて日本の帝国大学でも広く読まれてきた権威ある国際法学

代1巻第7號、大正11（1922）年。（前記大塚博士による調査レジメより引用）

39 前掲大沼「国際法——始めて学ぶ人のために」、108頁。（前記大塚博士による調査レジメより引用）

の基本書であった。

IV-1-3-1-1. 「オッペンハイム国際法」初版

その初版（1905年版）の和訳版が最近（1999年）出版された。その「317. 属地的支配権に従属する外国人」の項⁴⁰を参照してみよう。

「或る国への入国と共に、外国人は、いわゆる、治外法権を共有する人たちの階級に所属しない限り、ただちに、その国の属地的支配権のもとに置かれることになるが、同時に、彼は、彼の本国の属人的支配権のもとに留まっているのである。したがって、こうした外国人は、彼が滞在する国の管轄権のもとにあり、しかも、その領域上で、彼が行うすべての行為について、その国に対して責任を負うのである。・・・したがって、その領域上に一時的に滞在しているに過ぎないような外国人と、永久的か長期的かのいずれかにわたって、そこに住居を定めるような外国人との間には、区別がなされなければならない。後者の種類の外国人に対しては、国家は広大な権限を有しており、彼らに、地方税や国税を納めさせることができるし、公共の秩序や安全を維持するために、地域の警察や地域の消防に、市民と同じ条件のもとで、彼らを奉仕させることさえできるのである。外国人は地方の州⁴¹がもつ属人的支配権のもとにはおかれないので、したがって、その州⁴²の陸軍や海軍には勤務させられないし、市民と同様に州⁴³の自由裁量に従って扱われたりはしないのである。」とされている。

オッペンハイム初版は、「外国人は、・・・陸軍や海軍には勤務させられない」としているものの、義務教育を課すことができないとは書いていな

40 L. オッペンハイム著・広井大三訳「オッペンハイム国際法」進明堂、1999年、339-340頁。原書では、L. Oppenheim, *International Law A Treatise (Vol. 1 Peace)*, Longmans, Green, and Co., 1905, Section 317, p.440.

41 「地方の州」は、原書では、"the local State" となっている。連邦の州のことではなく、主権「国家」を指していると思われる。

42 同上注参照。

43 同上注参照。

いことに注目すべきである。

IV-1-3-1-2. “Oppenheim’s International Law” (9版)

同書は、時代を超えている。その後、オッペンハイムとその継承者である編者によって、定期的に改訂されてきている。時代の推移によって、国際法の内容は豊かになるが、基本的には同じ構成で記述が保たれているので、歴史的な変化を参照するために便利である⁴⁴。第9版（1996年）の入国後の外国人の地位に関する記載のうち「404. 外国人の人的地位」（“Personal position of aliens”）⁴⁵の項を参照してみよう。初版（1905年版）と同様の説明がみられる。しかし、原書（9版）では、近年の国際人権法の発展による外国人の国際法上の地位の強化に関する説明が加わえられているため、はるかに詳細になっている。

「或る国への入国と共に、外国人は、ただちに、その国の属地的支配権のもとに置かれることになるが、同時に、彼は、彼の本国の属人的支配権のもとに留まっているのである。」と外国人の人的地位に関する一般原則は、他の条約の定めがない限りの原則であることが初版とほとんど同じ様に述べられている。国家は、外国人の処遇に関して広範な自由裁量を持つことが原則ではあるが、他方、条約上の義務も負っており、それが今日

44 外国人の地位に関する問題、とりわけ、外国人に兵役の義務を課することができないとする記載の改訂版原書の各掲載頁は、以下のとおりである。L. Oppenheim, *International Law A Treatise (Vol. 1 Peace) SECOND EDITION*, Longmans, Green, and Co. 1912, p. 394; L. Oppenheim, Ronald F. Roxburgh (ed.), *International Law A Treatise (Vol. 1 Peace) THIRD EDITION*, Longmans, Green, and Co. 1920, p.492.; 1 L. Oppenheim, Arnold D. McNair (ed.), *International Law A Treatise (Vol. 1 Peace) FOURTH EDITION*, Longmans, Green, and Co. 1928, p. 553.; L. Oppenheim, H. Lauterpacht (ed.), *International Law A Treatise (Vol. 1 Peace) EIGHTH EDITION*, Longmans, Green, and Co. 1967, p. 681. 義務教育を外国人に課することができないとする記載は、一貫してみることができなかった。

45 Jennings, Robert and Watts Arthur (ed.). *Oppenheim’s International Law Ninth Edition Vol. 1 Peace Parts 2 to 4*, Longman 1996, p.p.904-910.

では非常に広範なものとなっていることをも強調している。

同書は、以下のように居住する国は外国人をして軍隊に勤務させる権利を持たないとしているものの⁴⁶、外国人に義務教育を課すことができないとの記載はどこにも見あたらない。この点で、横田喜三郎教授の学説を支持しているとは思われない。

「他方、外国人は各国家（the local State）がもつ属人的支配権（the personal supremacy）のもとにはおかれないので、したがって、その国家の軍隊にその外国人を勤務させるような疑問の余地のない又は無制限な権限を持たないし、ことに各個人とその人の国籍国との間の属人的な関係、あるいは、その人の政治的権利及び義務に関わる問題に関しては、完全な自由裁量に従って扱われ得ないのである。」

この文章に引き続いて、以下のように人権条約などにより、外国人の個人としての地位に重要な変化が起きていることに言及する記載が詳細になされていることは、注目に値する。具体的には、以下にその概要を特筆するとおりである。

第9版は、「外国人の地位への懸念から、1985年、国連総会は、居住する国の国民でない個人の人権に関する宣言（Declaration on the Human Rights of Individuals who are not Nationals of the Country in which They live）を採択した。」とした上で、その概要を要約している。

これに続いて、さらに、第9版は、「この宣言の条項は、包括性には劣るものの、「その領域内にあり、かつ、その管轄の下にあるすべての個人」に関して、1966年の経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約及び市民的及び政治的権利に関する国際規約のもとで、ほとんどの国家をすでに拘束しており、国民と同様外国人をも含めている条項を、すべてといてよいほど繰り返している。」としている。

このように外国人の地位の変化について国際人権法の発展を強調してい

46 同書 *Oppenheim's International Law*, p.907.

る点で、“Oppenheim's International Law”（9版）の原書⁴⁷は、田畑教授の学説と大枠で一致している。

IV-1-3-2. 社会主義圏（ソ連）の国際法学者の見解

ソ連崩壊以前の社会主義圏（ソ連）の国際法学者の見解も、以下述べるように上記自由主義圏（英国）の国際法学者の見解と同趣旨である。

IV-1-3-2-1. ソ連科学アカデミー『国際法 上巻』

ソ連科学アカデミーが出版している『国際法 上巻』のなかの「外国人法制度」⁴⁸に関する記述を見てみよう。

同書の「外国人制度の基本的類型」の項は以下のように説明している。

「国際慣行としての外国人法制度は次の三つの類型に区別されている。

内国民待遇、すなわちその国の国民がもっている民事上の権利【市民的権利】を外国人にも与えることである。

特別待遇、すなわち法律または国際条約でさだめられた一定の権利を外国人にあたえることである。

最恵国待遇、すなわちある第三国の国民にあたえられた権利より少ない権利を他国民である外国人にあたえることである。

前記の三つの待遇のうちどれを外国人に与えるかということは、ふつう関係国の間で結ばれる国際条約によってさだめられている。

戦後の外国人の権利にかんする国際条約のなかには、つねに、条約にさだめられた外国人の権利は相互主義にもとづいてあたえられるという留保がふくまれている。

相互主義とは、一定の権利をあたえる国家とその自然人および法人とが

47 同書 *Oppenheim's International Law*, pp.909-910.

48 ソ連科学アカデミー・安井郁（監修）岩淵節雄及び長尾賢三（訳）、『国際法 上巻』日本評論社、1963年、176-185頁。

関係国内で同一の権利を取得するという条件のもとに、外国とその自然人および法人に対して一定の権利をあたえることをいう。」

その前提の枠組みの中で、外国人が持つ権利義務は、「資本主義諸国においては、ふつう外国人は、いくらかの例外はあるとしても、その国の国民と同じ権利を有した同じ義務を負っている。しかしながら外国人の権利義務の範囲が在留国の国民の権利義務より狭いわけは、その外国人が外国に在住しているあいだでもその国籍国との関係を中断しないためである。」とされる⁴⁹。

兵役の義務に関しては、ソ連科学アカデミーは、以下のように記述する。

「外国人は政治的権利をもたないし、また国家権力機関にたいして選挙し、かつ選挙される権利ももっていない。外国に在住中の国民は自国に対する忠誠を保持するという一般に認められた基本原則にしたがい、外国人は兵役義務に服することを免除されている。

一九五一年にこの基本原則に違反してアメリカ政府は、アメリカ合衆国に在住する外国の国民を米軍に徴兵することをさだめた規則を設けた。これにたいしソ連政府は、一九五一年二月二十三日と三月十三日との米政府あての両通告において、他国民を米軍の兵役に召集する手続に関する規則は、国家間の関係において一般に認められた国際法規および相互主義の原則に反するものである、と声明した。」⁵⁰

ところが、教育義務については、兵役の義務とならべられることもなく、何の記載も見当たらない。したがって、原則にもどり、ソ連科学アカデミーは、教育義務については、一般国際法が規律するところでないという立場をとっているとみることができる。

49 同書、178頁。

50 同書、179頁。

IV-1-3-2-2. ソ連国内法上の制度

それでは、外国人に対して、ソ連国内法はどのような定めをしていたのであろうか。「ソ連邦における外国人の法的地位」の項目で次のような記述が見られる。

「ソ連は外国人の法的地位をさだめるのに相互主義の原則を一貫して堅持している。」

「ソ連は、在外国民の自国に対する義務は免除されないという国際関係で一般に認められた原則を一貫して堅持している。したがって、ソ連邦内の外国人は兵役義務に服さないわけである。⁵¹とされている。ところが、同書は、教育義務に関する国内法制度については、兵役の義務とならべて何の記載もしていないのである。

IV-2. 一般国際法に関する検討のまとめ

外国人の法的地位について、「身分上の義務」に関する一般国際法の原則の内容がどこまで確定しているのかに焦点をあてて、横田喜三郎教授の学説を検討してきた。

IV-2-1. 兵役の義務について

大沼教授説のように、兵役の義務を外国人に免除する原則が、一般国際法上の原則として確立されていたのか否かについて疑問を提起する学説もある。しかし、自由主義圏及び社会主義圏でもかなり広範にこの原則を肯定する学説があることをみると、これが一般国際法上の原則でないと断定することも困難である。

IV-2-2. 教育の義務について

第1に、興味深いことだが、外国人は「兵役の義務」も「教育の義務」も共に負わないとする上記横田喜三郎教授外の学説は、その理由として、極めて簡単な「身分上の義務」という理由付けをあげるにとどまる。

51 同書、181頁。

ところが、「兵役の義務」を外国人に課することが出来ないと認めながらも、「教育の義務」について言及しない学説には、特徴がある。自由主義圏（英国）の学説、社会主義圏（ソ連）の学説、田岡教授、田畑教授の学説をみても、外国人の兵役の義務の免除に関する記述には、その内容について根拠となるかなり具体的詳細な理由があげられている。

第2に、「教育の義務」に言及しない学説の記述があげる根拠は、多くの場合、横田教授外の学説に比較するとより詳細且つ具体的であることを特徴としてあげておきたい。たとえば、田岡教授は、1928年のハヴァナ条約をあげているし、田畑教授は、1985年の「外国人の人権宣言」などをあげている。英国の『オープンハイム国際法』が初版（1905年）から9版（1996年）まで一貫して、同じ立場をとっているのも印象的である。第9版は、田畑教授と同様に、国際人権法による外国人の地位の保障が格段に進んできたことを強調している。ソ連科学アカデミーは、相互主義を強調しているが、社会体制を越えて、「教育の義務」に言及しない立場をとっていることには新鮮な驚きを感じた。

第3に、横田説は、1933年当時は、行政実務を受け容れざるを得ない状況からうまれた妥当な学説であったかもしれない。しかし、その後外国人法に関しては、諸国の国内法ばかりか、国際法とりわけ国際人権法も絶え間なく、発展してきていることを忘れてはならない。にもかかわらず、軍国主義時代の日本に生まれた横田説を今日まで墨守してきた戦後世代の国際法研究者も日本に相当数存在する。これらの学説は、一様に根拠となる注記もあげていないため、学説に実証性も乏しく、検証自体が困難である。注記あるいは実証的な根拠をあげて論述している学説は、理論的な根拠を知ることができるので、客観性・信頼性がより高いと言える。したがって、「教育の義務」に言及しない学説の方が、より説得力を持つと判断できる。

以上の次第であるので、日本語および英語文献を見る限りでは、外国人

は、在住する国で「教育の義務」を負わないとする確立された一般国際法原則があると判断することはできない。

結局、横田喜三郎教授の学説は、外国人は、在住する国で「教育の義務」を負わないとする学説に関する限り、世界人権宣言以後の国際社会の傾向からは、遠いものとなったことを理解できるだろう。横田教授の学説は、一般国際法の原則を証明するものではなく、神権天皇制のもとで制定された教育勅語を基礎とする戦前の教育制度という特殊日本的な状況から生まれた日本にだけ妥当する学説だったのではないだろうか。