

外国人の子どもの「教育を受ける権利」についての覚書（2）

A Note on 'Right to Receive Education' of Foreign Children in Japan (2)

坂本 一也

SAKAMOTO Kazuya

Ⅲ 外国人の子どもの「教育を受ける権利」の保障

前述のように、文部科学省によれば、日本国憲法は国民の教育を受ける権利を保障するものであり、外国人の子どもについて教育を受ける権利は保障しておらず、また、義務教育への就学義務も課していない。しかし、人権条約を踏まえて、公立の義務教育諸学校への入学を本人が希望すれば、外国人の子どもにも日本人と同一の教育を受ける権利を保障することが義務づけられているとされる。「教育を受ける権利」に関して、日本国憲法と人権条約の解釈に整合性がないため、そもそも外国人の子どもに教育を受ける権利があるのか、また、あるとする場合、それを保障するための義務を誰が負うのかなど、この権利の内容を不明確にしている。そこで、日本国憲法と人権条約を統合的に解釈するために、それぞれが外国人の子どもの教育を受ける権利の保障についてどのように捉えているかを検討することにする。

1. 憲法上の権利と外国人、人権条約の関係

(1)外国人に対する憲法上の権利の保障

まず、「教育を受ける権利」の保障が外国人の子どもにも及ぶかという問題を考える前提として、そもそも外国人に憲法上の権利⁴⁴の保障が及ぶかという点について確認しておくことにしたい。この問題は、憲法の概説書等で外国人⁴⁵の人権享有主体性として取り扱われているものである。というのは、本来、人権が人が生まれながらに有する侵されることのない普遍的な権利であるとされているにもかかわらず、基本的人権の保障を規定する日本国憲法第3章が「国民の権利及び義務」と題して、文言上、権利の主体を国民のみとするような外観をとっていることから、国民以外の「人」（外国人）もその主体となるかが問題とされてきたためである⁴⁶。

①権利の性質による外国人の権利保障

さて、諸外国の憲法には、外国人の権利保障について規定をおくものもあるが⁴⁷、日本国憲法にはそうした規定はない⁴⁸。そこで、外国人の人権享有主体性について、憲法学ではさまざまな学説が提起されてきた⁴⁹。大別すると、まず、憲法上の権利は国民のみに保障され、外国人には保障されないとする消極説（否定説）がある。この立場は、日本国憲法第3章の表題が「国民の…」とされていることを根拠に、ここで規定される権利及び義務は国民についてのみ保障されるものであるとする。ただし、外国人に対しても権利を保障することは「政治道義上妥当とする場合が少なくない」としており、立法政策として外国人の権利保障は認められるとする⁵⁰。

これに対し、国民のみを対象とする権利を除き、外国人についても一定の範囲内で憲法上の権利の保障が及ぶとする積極説（肯定説）がある⁵¹。その論拠としては、「①人権が人間性に由来する前国家的な

いし前憲法的性格を有するものであること」及び「②憲法が国際主義、すなわち条約および確立された国際法規（国際慣習法のほか文明諸国で認められている法の一般原則）の遵守を定めていること（九八条）、それを条文化した世界人権宣言・国際人権規約は、人権の尊重と遵守を明記し、自国民と外国人を原則として差別していないこと」⁵²が挙げられる。もちろん、肯定説も外国人に対して、憲法上の権利すべてが国民と同等に保障されなければならないとは主張していないため、いかなる権利がどの程度、外国人に保障されるのかを判断する必要がある。その判断基準として、日本国憲法第3章の規定が「何人（も）」と「国民は」という表現を区別していることから、この文言によって判断し、「何人（も）」という条文は国民だけでなく、外国人にも権利保障が及び、「国民は」という条文は国民にしか権利保障が及ばないとする文言説と憲法上の権利の性質によって判断し、その性質上、外国人にも適用可能な規定については、できる限り外国人にも保障しようとする権利性質説がある。

これらの学説のうち、現在の支配的学説は権利性質説であるとされる⁵³。消極説に対しては、国民と外国人は国籍で区別されるものの、「人権が人の生来の権利であり、その意味で前国家的な権利である以上、その主体性が後国家的な国籍の有無に依存する」と考えることの矛盾が指摘される。そもそも、「国籍は、人権をもつ者ともたない者を区別するためではなく、国家権力の及ぶ範囲を人的側面から捉えるために考案された制度であり、他方で、国家権力の及ぶ範囲は領域的にも画定されるのであって、「日本の領土上に存在する限り、外国人にも支配は及ぶ」。「人権が問題となるのは、権力との関係においてなのであるから、外国人も権力の支配下に置かれる以上、人権の主体となりうるはずである」。また、日本国憲法が「国際協調主義を採用し」、「確立された国際法規の誠実な遵守を義務づけている」こと、「国際人権規約等⁵⁴にみられるように国籍による差別の禁止が国際法上次第に確立されてきていること」から、外国人にも原則的に権利を保障することは憲法の要請であると解されるとの批判が的確である⁵⁵。文言説に対しては、例えば、日本国憲法第22条2項が「何人も、外国に移住し、又は国籍を離脱する自由を侵されない」と規定しているが、外国への居住や国籍離脱の自由の保障を国民のみではなく、外国人をも対象としたものとは解しえないこと、また、人権概念を支える基礎である「個人の尊重」について規定する第13条が「すべて国民は、個人として尊重される」としていること、条文上主語のない規定も少なくないことなどから、憲法制定時には「何人（も）」と「国民は」の用語を厳密に使い分けて規定されていなかったものと考えられ、文言に依拠すべきではないとの批判がなされている⁵⁶。

判例では、日本国憲法施行後の早い段階で、最高裁が「いやしくも人たることにより当然享有する人権は不法入国者と雖もこれを有するものと認むべきである」⁵⁷と判示したように、外国人の権利保障についてそれを肯定する見解がみられた。しかし、いわゆるマクリーン事件最高裁判決において、外国人の人権享有主体性に関して、「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ものと解すべき」⁵⁸という判断が示されて以降、権利性質説を採用するようになったとされる。

②外国人の居住態様による保障

初期の段階で提唱されていた権利性質説では、日本国憲法が保障する権利が前国家的・前憲法的な性格を有する人権であることを根拠に、「日本国民の人権だけでなく、外国人の人権をも宣言・保障するのが憲法の趣旨」であると解していた。その上で、問題となる権利の性質に着目して、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利、教育を受ける権利や勤労の権利といった社会権や公務員の選定・罷免権とい

った参政権については、「日本の憲法としては、何よりもまずこれを日本国民に対して保障することが、その本質上要請される」のであり、これらの権利も「人権である以上、外国人も日本国民と同じように、それを享有することは、当然である」が、「それらの人権は、国家の任務と不可分の関係にあるものであり、その保障は、もっぱらその人の属する国の責任であり、それ以外の国の責任ではない」⁵⁹としていた。ただし、無国籍者については、「自分の所属する国家をもたない結果、その居住する国家の権力に全面的に服するものであり、その点では、その国民と同じ地位にあるのであるから、国民に準じて、社会権の享有をみとめられるべき」⁶⁰と考えていた。

この考え方からすれば、外国人も権利を享有しており、自由権については日本も保障しなければならないが、(国家の任務と不可分の関係にある) 社会権や参政権についてはその者が属する国家が保障すべきものであり、無国籍者を除いて、当該外国人の権利を日本が保障する責任は負わないということになる。しかし、自由権でも、例えば、入国の自由、居住の自由・職業選択の自由・一部の財産権の自由などは外国人について保障されておらず、反対に、国家の任務と不可分の関係にある受益権の一つ、裁判を受ける権利は外国人にも保障されている。このように、特定の種類の権利ごとに包括的に外国人に保障されるか、されないかという議論は妥当ではないように思われる。また、日本に在留する外国人の居住態様に関わることなく、とりわけ、かつて日本国籍を有していた在日韓国・朝鮮人の生活実態等を考慮すれば、「国民」か「外国人」かという二元的に捉えて、権利の保障を考えることには問題があろう⁶¹。少なくとも日本(社会)に長期間定住し、生活の本拠を持つ(実質上、その居住する国家の権力に全面的に服する)「定住外国人」⁶²と旅行などで一時的に滞在する「一般外国人」とを区別し、さらに、最終的に国籍国からの権利保障を受ける可能性のあるこうした外国人と無国籍者や難民といった国籍国からの権利保障が望めない者を区別することには合理性がある⁶³。

そこで、権利性質説によるとしても、「いかなる人権がどの程度保障されるかを具体的に(保障の及ぶ外国人の類型も異なることに注意して)明らかにすることが問われる時代に移行した」⁶⁴(強調原文)との指摘がなされるように、どのような性質の権利であれば、いかなる外国人の類型(日本に滞在する態様)に応じて保障されるかが問題とされるようになった。現在では、「国籍」をも含む複数の基準—国籍以外のものとして、例えば、日本社会で国民と同様の生活を営んでいるかという「社会構成員性」、当該個人が生存していく上で日本という国家との実体的つながりをどれだけ必要としているかという「生存権的必要性」が挙げられる⁶⁵—により、定住外国人・(広義の)難民・その他の一般外国人という外国人の類型化を行い⁶⁶、それぞれに応じて保障される権利の性質が検討されることが一般的になっている⁶⁷。

③権利保障における「国籍」の相対化

ところで、権利性質説による外国人の権利保障に対して、「憲法は、人である以上、当然に保障すべき権利をすべての人に保障しようとしているわけではなく、もともと同国人という特定の人々の権利のみを保障しようとするものであり、その上で、そうした権利の保障をどこまでそれ以外の人々に拡張して適用することが可能かという問題が学説や判例によって議論されてきたのではなからうか」⁶⁸との指摘がなされている。憲法上の権利の多くが人が生まれながらに有する侵されることのない人権であるとするれば、本来なら外国人にもその権利がすべて保障されるべきである。ところが、従前、参政権、社会権のみならず、自由権についても国籍をもたない外国人には一般的には保障されない、または制限されるものと解されてきたことからすれば⁶⁹、この指摘は核心を突いたものであるといえよう。そもそも、「憲法

という制度が、一定のメンバーシップを共有する人間集団を前提として当該政治共同体の統治のありようを規定する制度である」と捉えられるならば、憲法上の権利は「そのメンバーたる一般国民を第1次的には保障の対象としており、性質に基づく保障を外国人に行おうとする場合、その程度が劣後するのは、その本質上論理必然的な帰結」ということになろう⁷⁰。つまり、権利性質説において、その性質が問題となる憲法上の権利それ自体が国民と国家との関係を所与のものとしているのであれば、外国人の権利を国民同様に保障することは原理的に認めにくいということになる。

ただ、この議論には、次のような前提があるように思われる⁷¹。すなわち、近代国民国家は、その基本理念であるところの社会契約的国家観に基づいて、一定の「領域」内にいる人々を政治共同体としての国家への帰属を示す「国籍」によって区分することで、その権力の正当化を図ると同時に、「国籍」を持つ者の権利を保障してきたということである。ただ、こうした形での権利保障が孕む問題は、大多数の人々が国籍国で生まれ、そこに居住し、具体的な生活を営むことが一般的であり、無意識のうちに当該国家への自然な帰属感をもちえた時代においては、特に意識されることはなかった。その後、人権観念が未成熟であったこともあり、「国籍」を基準として国民と外国人を二元的に捉え、国民にのみ権利保障がなされることが（外国人をそこから排除することも）原則とみなされ、こうした考え方が支配的になったのである。

それでは、現在、国家領域内に数多くの外国人が居住、生活するようになり、「人が生まれながらに有する侵されることのない権利」としての人権観念が強く主張され、また、人種、皮膚の色、性、言語、宗教、国民的・民族的・社会的出身等、さまざまな領域で国際法、国内法に共通して無差別原則（差別禁止義務）が定められるようになっていくことを踏まえても、国家への帰属を示す「国籍」を権利保障のための排他的又は第一次的な基準として用い続けることは正当化されるであろうか⁷²。あるいは、権利によっては、「国籍」以外の他の基準によって保障されるべきとは考えられないであろうか⁷³。すなわち、その性質によってその国家に存在する人である「生存権の必要性」が基準として意味を持つ権利もあれば、当該社会の構成員として（国民と同様に）居住・生活している「社会構成員性」や「国籍」を持つ国民であることが基準としてより重要な意味を持つ権利もあるのではないかということである⁷⁴（ただし、ここでいう「社会構成員性」や「国籍」の範囲について、どのように観念すべきかについても常に一義的に確定されるわけではないことに留意する必要がある）。

そもそも、憲法上の権利の基礎にある「人権」が権力との関係において問題とされてきたものであること、また、国家が自ら持つ権力を属人的関係では「国籍」を基準として、属地的關係では「領域」を基準として行使していることからすれば、国籍を持つ者に対して属人的に認められる権利と領域にいること又は居住・生活している人に対して属地的に認められる権利があると考えすることは不合理なことではない。例えば、参政権に関わる選挙権の行使について、1998年の公職選挙法改正によって在外国民にも選挙権行使の機会が認められるようになったが、それを制限していた1996年当時の公職選挙法について、最高裁は日本国憲法第15条1、3項に違反すると判断した⁷⁵。このことからすれば、この権利については「国籍」を持つことがより重要な基準であり、その保障を、領域内にいるか否かによって属地的に制限することは憲法上許されないものと解したと考えられる。これに対して、社会権に関わる社会保障について、日本の市町村の住民登録を抹消した場合、国民健康保険には加入できず、海外で就労する場合（日本と社会保障協定を締結している国を除き）、その国の年金等に加入することになる（なお、国民年金について任意に加入することはできる）とされている。また、本稿の主題でもある教育を受ける

権利について、外務省が「教育は、各国の主権に属する事柄と一般に理解されており、海外教育で、我が国の主権の及ばない外国において行われるものであることから、政府は直接的には行い得ず、当然日本国内と同様の義務教育を行うことは困難です」と述べるように、海外において国民は義務教育を受ける権利が保障されている訳ではない⁷⁶。もし、これらの権利についても「国籍」が決定的な意味を持つのであれば、属地的な制限を受けることなく権利が保障されることになるはずであるが、実際にはそのようになっていない。このことからすれば、こうした権利は人が特定の国家の「領域」で、その社会の一員として生活を営んでいること、つまり「社会構成員」であることから保障されるものであるといえるであろう。

最高裁がマクリーン事件判決において、「基本的な人権の保障は、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」(強調筆者)と判示したことを素直に理解すれば、在留外国人については生存権的必要性、あるいは、社会構成員性により認められる権利の保障が及ぶことになるが、特に日本国家に帰属する国民であることのみに基づいて保障されるものについては及ばないということである。確かに、国籍法違憲判決において、「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的な人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な地位でもある」⁷⁷とも述べるように、権利の保障において「国籍」が(他の基準に比べて)重要な地位を持つ基準であることも事実である。また、現実にも、日本人か外国人か(さらには、外国人についても在留資格との関係で正規滞在者か非正規滞在者か)によって権利の保障に大きな差異が存在している。しかし、保障される権利の性質を判断するに当たっては、国際法、国内法において無差別原則が展開しつつあることを考慮して、当該権利の保障が「国籍」を基準として国民に限定されることに合理性があるかを厳格に検討すべきであると考えられる⁷⁸。

(2)憲法に対する人権条約の意味

次に、憲法上の権利に対して、人権条約及びそこに規定される内容がいかなる意味を持つのかについて触れておきたい。日本国憲法は最高法規性を定める第98条2項において「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と規定し、条約及び国際社会において一般に承認された国際慣習法を法的に遵守する義務を負うとしている。この条文では日本国憲法と条約との関係について明確にしていないことから、従来、国内法秩序において、憲法と条約のどちらを優位におくかで「条約優位説」と「憲法優位説」の二つの見解が主張されてきた。ただ、「条約優位説」に立つと、憲法改正手続よりも簡単な条約の承認手続で実質的な憲法改正が行われることになるとの問題点などから、現在、「憲法優位説」が通説的地位を占めるようになってきている⁷⁹。これに対して、国際人権保障を推進する観点から、人権条約のうち国際社会で広く受容されているものについては、憲法に優越する効力を例外的に認めようとする見解も示されているが⁸⁰、一般的には人権条約についても憲法優位説がとられている。他方で、法律に対しては条約の優位が認められるとの見解が有力であることから、人権条約は憲法には劣後するが、法律に優先する地位を持つ法規範であるということになる。

①憲法への人権条約の融解⁸¹

こうした人権条約の地位を前提とした場合、ともに「人権」に関わる内容を規定しており、相互に共通する権利も数多くみられることから、日本が締結した人権条約に規定される権利は、憲法上の権利と

の関係でどのように捉えられるのかが問題となる。そもそも国家には個々の人権条約の批准・加入についての判断が委ねられており、また、憲法との関係で問題がある条項が存在する場合には、条約の趣旨・目的と両立しうる範囲で留保・解釈宣言を付した上で、批准・加入することが認められている⁸²。日本の場合、人権条約を含め条約の批准・加入に当たっては関係国内法令の改廃等を行った上で、国会承認を行うのが通常であることから、理論上、日本国憲法を含めた国内法と条約との間に抵触は存在しないということになる。

ただ、実際のところは、人権条約と憲法がそれぞれ規定する権利について、人権条約が詳細な内容を規定するなど、文言上は大きく異なっている。この点についてはどのように考えればよいのであろうか。自由権規約上の権利についてはあるが、政府は、憲法上の権利と人権条約上の権利の文言に差異があっても、その内容について差異はなく、その保障の範囲も実質的に同様であるという見解を示してきた⁸³。また、最高裁も人権条約自体が違憲審査の規範とは位置付けられていないこともあり、その審理において、人権条約上の規定についてほとんど言及することなく、たとえ言及することがあっても、単に「当該人権条約には違反していない」と述べるに過ぎないという態様をとってきた。また、例外的に、人権条約上の規定の解釈適用を行う場合であっても、それが憲法上の権利と同様の内容であるとして、憲法上の権利の解釈をそのまま人権条約上の権利の解釈とし、「憲法に違反していないならば、人権条約にも違反していない」という結論を導くという態様をとってきた⁸⁴。このように、政府も最高裁も人権条約上の権利が文言上は異なるとしても、憲法上の権利と同一のものであると捉えていると解される。

しかし、そもそも人権条約上の権利が憲法上の権利と同一のものであれば、新たに人権条約の批准・加入をする必要はないのであり、むしろ、人権条約が「多くの場合、憲法を初めとする日本法の規定ないしそれまでの解釈を超える内容の規定を含んでいる」⁸⁵からこそ、批准・加入すると解するのが妥当であろう。もちろん、憲法上の権利の方が人権条約に規定される権利よりも手厚い保障を行っている場合もある。その場合には、人権条約においても、その保障が狭いことをもって憲法上の権利を制限する根拠としてはならないとの規定がなされているように⁸⁶、憲法上の権利が保障されれば、人権条約上の権利も保障されることになり、特に問題となることはない。ただ、人権条約上の権利が憲法上の権利を超える保障を行っている場合には、国内法及び国際法のそれぞれの側面から、これらの権利の関係を考える必要がある。というのも、国内法の側面からは、人権条約と憲法とを整合的に解釈しなければならず、そうした解釈によってもそれぞれの権利が抵触する場合には、条約の司法審査が行われうることになりうるからである。また、国際法の側面からは、「たとえ日本国憲法が保障していない人権であっても、日本が条約上人権保護義務を引き受けた以上は、条約上の人権を国内的に保障し、その侵害に対して適当な救済措置をとる義務を国際法上負ったことになる」⁸⁷ため、その義務を履行しない場合には、国際法違反が成立することになりうるからである。こうした場合にも、憲法優位説の立場から、人権条約上の権利を憲法上のそれと同一視し、条約を憲法に融解させてしまうことに問題はないであろうか。

②憲法への人権条約の浸透⁸⁸

「人権」を基礎に置く憲法上の権利は、例えば、プライバシー権のような新たな権利が展開してきた実態からすれば、動的かつ発展的な概念であるといえる。すなわち、憲法上の権利を「未来に開かれた課題として捉えることを出発点としつつ、その哲学的基礎を問う作業とともに、各種人権の性格・内実と相互関係について基礎理論的究明を不断に遂行していくこと」⁸⁹は極めて重要であると認識すべきで

あろう。こうした認識に立てば、日本が国際社会における規範意識の展開の中で形成された人権条約に批准・加入することは、憲法上の権利の性格・内実をより豊かにするための一つの試みであると捉えることができる⁹⁰。それゆえ、例えば、裁判所が憲法上の権利の「保障を充実する方向で憲法の関連規定（13条の補充規定を含めて）の解釈に『国際人権』条約を取り入れることは、司法の責務と解され」、その際に、「条約の規定・趣旨を明らかにしつつ憲法解釈の筋道を明確にすることも、その責務の内実をなすと考えられる」のである⁹¹。したがって、人権条約の批准・加入は憲法上の権利の動的展開にとって十分な刺激となるものであり、とりわけ、人権条約上の権利が憲法上の権利よりも詳細に規定し、又は、手厚い保障を与えている場合には、それによって憲法上の権利の性格・内実が豊かにされたとみなして、その内容を憲法の解釈を通じて取り込むべきである⁹²。また、人権条約上の権利が憲法の関連する規定の解釈を超える保障を与えている場合には、「国内法が憲法の人権条項に違反しないとしても、条約に違反し、そのことはひいて憲法 98 条 2 項を介して憲法上許されない事態と判断されなければならない」⁹³と解される。この場合には、人権条約それ自体の適用により、又は、日本国憲法第 13 条が規定する包括的基本権若しくはその解釈を介しての保障がなされるべきであろう⁹⁴。

このように、国際協調主義を規定する日本国憲法第 98 条 2 項は、単に条約等の遵守を義務付けただけでなく、「最高法規である憲法の規定と矛盾するのではない限りにおいて、憲法解釈においても『日本国が締結した条約』を顧慮することを要請」しているといえよう。さらに、人権条約の規定を援用して「日本国が締結した国際人権条約に適合的に憲法を解釈するという手法」もその要請として認められるものと解される⁹⁵。ただ、人権条約に適合するよう憲法を解釈することについては、憲法優位説の立場からの反論も想起されうるが、こうした解釈それ自体が日本国憲法第 98 条 2 項に基づくものであることからすれば、憲法優位説と矛盾するものではないものと考えられよう。

ところで、憲法上の権利と同様に、人権条約上の権利も社会や時代の変化に対して開かれた課題—「生きている文書(living instrument)」⁹⁶—であり、その内容の充実を常に求められている。日本が批准・加入する人権条約では、それぞれ条約実施機関が設置されており、国家報告制度や個人通報制度といった手続を通じて提示される「一般的意見(General Comments)」、「最終所見(Concluding observations)」や「見解(Views)」において、締約国における権利保障の展開も踏まえつつ、条約に規定されるそれぞれの権利について解釈がなされている。厳密に言えば、これらの条約実施機関は条約の有権的解釈機関と規定されているわけではなく、その解釈も形式的には締約国に対して法的拘束力を持つものではない。しかしながら、こうした機関が設けられているのは、人権条約上の権利の解釈を各国の手に委ねることによる弊害に対して、人権条約が定める普遍的な人権基準を確立し、条約の一体性を確保しようとするものであると考えられる。それゆえ、日本の人権条約の解釈が条約の履行機関の解釈と異なっている場合には、政府報告書審査の際にその問題が取り上げられることになり、そこで解釈の正当性を国際場裡で改めて証明する必要性に迫られることになる⁹⁷。したがって、条約実施機関が提示した解釈は、「条約の国際的実施措置の運用を委ねられた条約機関がその任務の遂行に伴って示した法解釈として、相応の権威をもつものとみるべき」⁹⁸であり、関連する人権条約上の権利の内実を明らかにするために考慮すべきものであるといえる。つまり、日本が批准・加入した人権条約の規定、さらには、そこに定められる権利について条約実施機関が示した解釈も顧慮して、憲法を解釈することが日本国憲法 98 条 2 項によって要請されていると解しうるのである。

やや長くなったが、これまでの考察に基づいて、以下では、日本国憲法第 26 条に規定される教育を受

ける権利及び（それを受けた）義務教育が外国人の子どもに保障されるかについて検討していくことにする。

[付記] 本稿は平成 27 年度及び平成 28 年度岐阜大学 COC「地域志向学プロジェクト」による研究成果の一部である。

44 自然権に由来する「人権」は時間的・空間的な制約を受けない概念であるが、本稿では、こうした「人権」を時間的・空間的に制約を受ける憲法において実体化し、法的権利として保障されたものとして「憲法上の権利」という語を用いることにする。憲法上の権利については、宍戸常寿『「憲法上の権利」の解釈枠組み』安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〔第2版〕』（有斐閣、2009年）233頁参照。また、人権と憲法上の権利の概念の整理については、辻村みよ子「人権と憲法上の権利」大石ほか編『憲法の争点』64-65頁参照。

45 ここでいう外国人とは法的な概念としての外国人であり、日本国憲法第10条を受けて国籍法によって定められる「日本国民たる要件」を備えない者、つまり、日本国籍を持たない他国籍者と無国籍者を指すものとする。日本国憲法における国籍の意味を包括的に検討したものとして、齊藤正彰「グローバル化と憲法における国籍の意味」阪口正二郎ほか『岩波講座 憲法5 グローバル化と憲法』177-198頁がある。なお、外国人に入学・在留する権利がないことを前提に、入学・在留に条件を付すことで在留外国人の人権を自由に制限できることになるのであれば、外国人の人権を論ずることがそもそも問の立て方として正当かという問題（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（上）』（有斐閣、1993年）177頁。）—いわゆる「安念教授のパラドックス」—については検討対象とはせず、本稿では、さしあたり、日本に既に入学・在留している外国人を中心に考えることにする。

46 例えば、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第6版）』（岩波書店、2015年）87頁〔以下、芦部・高橋『前掲書』〕。

47 外国人の権利保障に関連する諸外国の憲法については、那須俊貴「憲法と外国人」国立国会図書館調査及び立法考査局『人口減少社会の外国人問題：総合調査報告書』（2008年）157-158、164-170頁参照。

48 因みに、GHQ草案第13条1項では「すべての自然人は、法の前に平等である」、同第16条では「外国人は法の平等な保護を受ける」と規定されていたが、その後の日本国憲法の制定過程において、外国人に関する規定は削除され、また、日本国憲法第10条が挿入されることになり、その結果、国民のみが人権の享有主体であるとの規定ぶりになった。さらに、日本国憲法の英訳によれば、第10条の「日本国民」は‘Japanese national’であるのに対し、憲法上の権利及び義務の主体となる「国民」は‘(the) people’とされており、両者が必ずしも一致するものではないものと解することができる（http://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government/frame_01.html）。これらの点については、古関彰一『日本国憲法の誕生』（岩波書店、2009年）133-137、173-174、195-196、276-279頁参照。なお、古関教授によれば、こうした規定の変遷には外国人の権利保障を除外する意図があったのではないかとされる（同279頁）。

49 憲法学の学説状況については、例えば、芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）121-129頁〔以下、芦部『憲法学Ⅱ』〕、中谷実「外国人の人権—7つのアプローチと2つのパラダイム」『ジュリスト』1244号（2003年）158-165頁参照。

50 佐々木惣一『改訂 日本国憲法論』（有斐閣、1952年）468、470-471頁。小島和司・大石眞『憲法概観〔第7版〕』（有斐閣、2011年）77頁。また、否定説の立場に依拠しつつも、「外国人に対する処遇が立法政策の問題とされる結果、外国人の人権を侵害する法令や処分も、憲法上の人権保障の基準に照らして違憲判断をする可能性が閉ざされてしまう」（萩野芳夫「外国人の人権」和田英雄ほか編著『有倉遼吉教授還暦記念 体系・憲法判例研究Ⅲ 基本的人権（2）』（日本評論社、1975年）312頁）との懸念から、文言上、憲法上の権利は「第一次的には国民を対象とするものと解するが」、「人権の自然権的性質を考慮し」、外国人の生活実態に着目して、「国民に準じて保障すべきである」とする準用説もある（萩野芳夫「外国人と法・総論」萩野芳夫編著『外国人と法』（明石書店、2000年）44頁）。

51 例えば、自由権規約についての第1回政府報告において、日本政府も「憲法は、外国人を基本的人権の享受から排除することは意図していないので、外国人も憲法その他の国内法の下で本規約において認められる権利の享受を保障されている」と述べていたように、外国人の人権享有主体性を認めていたものと考えられる。UN Doc. CCPR/C/10/Add.1 (14 Nov. 1980), para.1. (なお、訳文は外務省の第1回報告（仮訳）によった（http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/pdfs/40_1b_1.pdf））。

52 芦部『憲法学Ⅱ』122頁。

53 例えば、芦部・高橋『前掲書』92頁、野中俊彦・中村陸男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ〔第5版〕』（有斐閣、2012年）223頁〔中村陸男、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）142-144頁など参照。なお、権利性質説に立ちつつ、日本国憲法の規定の文言に留意して、「何人も」という文言の日本国憲法の規定については、「日本国民と日本の領土にある外国人」を、（比例原則に照らした制約の点で）その保障の程度の差はあれ、権利の享有主体とする一方、「国民は」という文言の規定および主体を明示していない規定については、「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、わが国に在留している外国人にも等しく及ぶ」と解する、「立憲性質説」が妥当であるとする主張もある(近藤敦「人権・市民権・国籍」駒井洋監修・近藤敦編『外国人の法的地位と人権擁護』(明石書店、2002年)22-23頁、同『人権法』(日本評論社、2016年)56-57頁)。

54 日本が批准している人権条約において、例えば、社会権規約第2条2項、自由権規約第2条といった包括的な内容を定める人権条約に加え、人種差別禁止条約2条、女性差別禁止条約2条、子どもの権利条約第2条1項、障害者権利条約第5条など個別の主体を対象とする人権条約にも差別の禁止が義務づけられている。なお、これらの条約において「国民的出身」への言及はあるものの、「国籍(nationality)」それ自体に言及して差別の禁止を規定したものは存在しない。しかし、例えば、旧国籍保有者に対する退役軍人年金受給権の差別に関する事件において、自由権規約委員会は「国籍」は自由権規約第26条において規定される「他の地位」に該当するとの判断を下している(see e.g. *Ibrahima Gueye et al. v France*, Communication No. 196/1985, Views of the Human Rights Committee, 3 Apr. 1989, Reports of the Human Rights Committee, U.N. Doc. A/44/40 (1989), p.194 (para.9.4)) ように、国籍による差別も禁止されるものと解される。

55 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第4版〕』(有斐閣、2017年)92-93頁。

56 法学協会編『註解日本国憲法(上巻)』(有斐閣、1953年)298頁[以下、法学協会『註解』、芦部『憲法学Ⅱ』126頁、野中ほか『前掲書』223頁[中村]。]

57 最判1950年12月28日民集4巻12号683頁。

58 最大判1978年10月4日民集32巻7号1223頁。

59 宮沢俊義『憲法Ⅱ』(有斐閣、1959年)235-236頁。

60 同上、236-237頁。

61 大沼保昭『『外国人の人権』論再構成の試み』法学協会編『法学協会百年記念論文集〔第2巻〕』(有斐閣、1983年)364頁。なお、大沼保昭教授は権利性質説を含め、憲法学における外国人の人権享有主体性の議論が、国籍を基準として個人を「国民」と「外国人」に二分して論じてきたことを批判する(同上)。

62 定住外国人とは、「日本社会に生活の本拠をもち、その生活実態において自己の国籍国をも含む他のいかなる国にもまして日本と深く結びついており、その点では日本に居住する日本国民と同等の立場にあるが、日本国籍を有しない者をいう」と定義される。大沼「前掲論文」384頁、芦部『前掲書』130頁参照。

63 大沼「前掲論文」375-378頁、申恵丰「外国人の人権」国際法学会編『人権』(三省堂、2001年)158頁参照。

64 芦部『憲法学Ⅱ』126頁。

65 大沼「前掲論文」374、384頁。

66 こうした分類に対して、近藤敦教授は、定住外国人についての憲法上の明示的根拠が存在しないこと、一般外国人においても在留資格の有無が権利状況に大きく関わること、また、(広義の)難民に難民申請者が含まれるか曖昧であることから、憲法第11条及び97条の「将来の国民」の規定を媒介として、権利保障の段階性に着目した永住市民(永住者等)、有期の正規滞在者(永住者等を除く正規滞在者)、非正規滞在者(在留資格を有しない者)の3分類(3ゲートモデル)を採用して考慮する方が問題状況に即しているとする。近藤敦「外国人の『人権』保障」自由人権協会編『憲法の現在』(信山社、2005年)330-331頁、近藤『前掲書』55-56頁参照。

67 例えば、芦部『憲法学Ⅱ』130頁。ただ、「社会構成員性」基準を採用することによって現在の外国人の類型化は導かれてきたものの、個々の権利の保障について未だ具体的な基準を確立するには至っていないとの批判もある。新井信之「外国人の人権」畑博行ほか編『国際人権法概論〔第4版〕』(有信堂、2006年)154-155頁。

68 長谷部恭男『『外国人の人権』に関する覚書—普遍性と特殊性の間』同『憲法の理性』(東京大学出版、2006年)118-119頁。

69 例えば、渋谷秀樹『憲法〔第3版〕』(有斐閣、2017年)116頁参照。

70 柳井健一「外国人の人権論—権利性質説の再検討」愛敬浩二編『講座 人権論の再定位 2 人権の主体』(法律文化社、2010年)169-170頁。

71 以下の記述は、大沼「前掲論文」374-375頁、大沼『前掲書』270-284頁を参照した。

72 大沼『前掲書』288頁。例えば、国際法上における国籍の本質的機能とされる外交的保護権の行使についてはあるが、国際司法裁判所はノッテボーム事件において、「国籍は結びつきという社会的事実、すなわち、互恵的権利義務の存在とともに、生活、利益及び感情の真正な結合を基礎とする法的きずなである」として、いわゆる「真正の連関(genuine link)」理論に基づいて判示した。この理論によれば、国家(社会)との実質的な結びつきが形式的に付与された国籍よりも重視されることになる。このように、「国籍」という概念それ自体を普遍的なものとして重視するには問題がある。 *The Nottebohm Case, Liechtenstein v Guatemala*, Preliminary Objection (Second phase), International Court of Justice, Judgment, 6 Apr. 1955, ICJ Rep 1955, pp.4ff, at 23.

73 例えば、外国人の権利保障が制限されていることについて、「国籍を調整問題を解決するための標識として捉え」、「憲法上の権利保障が同胞市民同士という特別の関係にもとづく義務だからという理由ではなく、とりあえず国籍を標識として権利を保障する相手方を選択することで、国際社会全体としては、より効果的に普遍的に保障されるべき権利を各人に保障しようという理由で根拠づけられる」とする見解が示されている。この見解も権利保障の基準としての国籍を相対化しようとするものであり、調整問題を解決するための一つの基準に過ぎないと捉えて

いる。長谷部「前掲論文」126-127頁。

74 この点について、浦部法穂教授は、「人権の問題を考える際に重要なのは、その人の国籍ではなく、生活の実態である」とし、権利保障について第一次の基準は社会構成員性であるとする。その上で、生活実態から国籍国以上に日本と深く結びついている特別永住者・永住者といった「定住外国人」については、「日本国民とまったく同じように人権保障が及ぶと考えるべきである」とする。浦部法穂『憲法学教室〔第3版〕』（日本評論社、2016年）66-67頁。

75 最大判 2006年9月14日民衆59巻7号2087頁。

76 前者については、外務省ホームページ「海外在住者と日本の医療保険、年金」

(http://www.mofa.go.jp/mofaj/toko/kaigai/nenkin_hoken/index.html)、後者については、同「海外教育」

(<http://www.mofa.go.jp/mofaj/toko/kaigai/kyoiku/index.html>)を参照。

77 最大判 2008年6月4日民集62巻6号1372頁。

78 理論上は外国人の人権享有主体性という問題と（外国人にその保障が及ぶことを前提として）平等権における外国人差別の問題は全く異なるものの、両者の分析は近似するものと捉えられることから、具体的には国籍を理由とする権利制約の合理性を検討する方が生産的であるとの指摘もある。高橋『前掲書』93-94頁。

79 吉川和弘「条約の国内法的効力」大石ほか編『前掲書』334-335頁、植木俊哉「憲法と条約」『ジュリスト』1378号（2009年）88-89頁参照。また、最高裁が砂川事件上告審判決において、旧日米安全保障条約について「一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外」とし、理論的には条約も違憲審査の対象となりうることを示した。このことから、判例においても「憲法優位説」をとっていると解されている。芦部『憲法学Ⅰ』96頁参照。

80 江橋崇「日本の裁判所と人権条約」『国際人権』2号（1991年）22頁。

81 「憲法への人権条約の融解」という表現は、佐藤幸治「憲法秩序と国際人権」芹田ほか編『国際人権法と憲法』35頁による。

82 佐藤『前掲書』119-120頁。人権条約について、これまで日本が付した留保は、社会権規約第7条(d)（公の休日についての報酬）・8条1項(d)（ストライキ権）・13条2項(b)、(c)（無償教育の漸進的導入）、人種差別撤廃条約第4条(a)・(d)（人種的優越性に基づく差別・扇動の犯罪化に対する憲法上の集会・結社・表現の自由と抵触しない限度での履行）、子どもの権利条約37条(c)（被拘禁者の分離の年齢を20歳とすること）に対するもののみである。なお、社会権規約第13条2項(b)、(c)については、2012年9月11日に留保の撤回を国連事務総長に通告した。

83 自由権規約に関する第3回政府報告においては、自由権規約と国内法規の関係について、「我が国の憲法第3章は、基本的人権が成文法以前の権利であり、すべての人間にとって固有のものであるとの認識に立ってこれを保護しようとするものであることについては本規約と同様であり、両方で保障される権利は、両者に文言の差異があってもその内容には差異がないというべきである」とする。UN Doc. CCPR/C/70/Add.1 (30 Mar. 1992), para.12.（なお、訳文は外務省の第3回報告（仮訳）による（http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/pdfs/40_1b_3.pdf））。また、第4回政府報告においても、「憲法は我が国の最高法規であり、その効力はB規約の国内法的効力に優位するものと解されるが、上記のとおり、憲法による人権保障の範囲はB規約のそれとは、実質的にはほぼ同様なものであるから、両者の抵触の問題は生じないものと考えられる」とする。UN Doc. CCPR/C/115/Add.3 (1 Oct. 1997), para.11.（なお、訳文は外務省の第4回報告（仮訳）による（http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/2c1_002.html））。

84 建石真公子「日本国憲法における『法律に対する条約優位』と『人権』条約の適用」坂元茂樹・薬師寺公夫編『普遍的国際社会への法の挑戦—芹田健太郎先生古稀記念』（信山社、2013年）243-253頁。また、最高裁判決における国際人権規約（主に、自由権規約）の適用・解釈をめぐる問題については、伊藤正己「国際人権法と裁判所」芹田健太郎・棟居快行・薬師寺公夫・坂元茂樹編『講座国際人権法(1) 国際人権法と憲法』（信山社、2006年）（以下、芹田ほか編『国際人権法と憲法』）14-15頁、薬師寺公夫「国際法学からみた自由権規約の国内実施」芹田ほか編『国際人権法と憲法』63-97頁、岩沢雄司「日本における国際人権訴訟」杉原高嶺編『小田滋先生古稀祝賀 紛争解決の国際法』（三省堂、1997年）251-272頁などを参照。

85 申恵丰「国際人権法の国内規範性とその影響—『国際人権の論理と国内人権の論理』批判—」中川淳司・寺谷広司〔編〕『国際法学の地平—歴史、理論、実証』（東信堂、2008年）422頁

86 例えば、国際人権規約共通第5条2項。また、子どもの権利条約第41条(a)で、条約の規定がより有利な権利を規定する国内法に影響を及ぼすものではないとするのも同趣旨であると考えられる。

87 薬師寺公夫・小畑郁・村上正直・坂元茂樹『法科大学院ケースブック 国際人権法』（日本評論社、2006年）4頁〔薬師寺公夫〕。例えば、条約の不履行の根拠として国内法の援用を認めないとする条約法条約第27条や国内法に関わらず国際義務の違反が成立するとする国家責任条文（未発効）第3条を参照。また、自由権規約に規定される権利と憲法上の権利の内容及び保障の範囲の相違をめぐる議論については、同上11-17頁〔薬師寺〕参照。

88 坂元茂樹教授は、「憲法への条約の融解」には「憲法による条約の吸収」と「憲法への条約の浸透」の2通りがあり、日本が人権条約を批准する意義は、憲法や法律の解釈に当たっていかに条約の趣旨を反映するかという後者のように思われるとする。坂元茂樹「日本の裁判所における国際人権規約の解釈適用」芹田ほか編『国際人権法の国内的实施』52頁。

- 89 佐藤「前掲論文」芹田ほか編『国際人権法と憲法』36頁。
- 90 申恵丰『国際人権法〔第2版〕』（信山社、2016年）94頁、同「前掲論文」436頁。
- 91 佐藤「前掲論文」芹田ほか編『国際人権法と憲法』39頁。
- 92 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注解法律学全集(4) 憲法 IV〔第76条～第103条〕』（青林書院、2004年）351頁〔佐藤幸治〕。
- 93 佐藤「前掲論文」芹田ほか編『国際人権法と憲法』39頁。
- 94 下級審の判決ではあるが、いわゆる二風谷ダム事件において、日本国憲法において言及されていないアイヌ民族の「文化享有権」が自由権規約第27条に規定されるマイノリティ（少数者）の「自己の文化を享有」する権利であると同時に、日本国憲法第13条で保障される人権であるとされた。札幌地裁1997年3月27日判時1598号33頁参照。
- 95 齊藤正彰『国法体系における憲法と条約』（信山社・2002年）402頁。また、芦部信喜教授も「…人権条約の規定が日本国憲法よりも保障する人権範囲が広いとか、保障の仕方がより具体的で詳しいとかという場合は…、憲法のほうを条約に適合するように解釈していくことが必要だと思うのです。つまり人権条約の趣旨を具体的に実現していくような方向で憲法を解釈する、それが憲法解釈として必要となってくるわけです」と述べ、国際人権条約に適合的な憲法解釈の必要性を指摘している。芦部信喜「人権の普遍性と憲法—国際人権との関連において」同『憲法叢説2 人権と統治』（信山社、1995年）22頁。
- 96 例えば、自由権規約の条約実施機関である規約人権委員会は、死刑廃止国であるカナダが死刑執行をしない旨の確約なしに、死刑存置国であるアメリカに申立人を国外追放することは、自由権規約第6条1項が規定する生命に対する権利の違反であると認定したジャッジ対カナダ事件（*Roger Judge v. Canada*, CCPR/C/78/D/829/1998, UN Human Rights Committee (HRC), 13 August 2003, para.10.3）において、自由権規約を「生きている文書」として解釈すべきであり、そこで保護される権利も今日的状況の文脈で、かつ、それに照らして適用すべきであるとしている。
- 97 薬師寺ほか『前掲書』49頁〔坂元茂樹〕。なお、自由権規約について、条約実施機関が「一般的意見」や「見解」で提示した解釈が日本の判例においてどのように取り扱われてきたのかについては、坂元「前掲論文」芹田ほか編『国際人権法の国内的实施』45-75頁参照。
- 98 薬師寺公夫「日本における人権条約の解釈適用」『ジュリスト』1387号（2009年）49頁。

