



タイトル Title	고등교육무상화와 일본국헌법(Free higher education and The Constitution of Japan)
著者 Author(s)	니와, 토오루 / 윤, 태우
掲載誌・巻号・ページ Citation	高等教育における経済的負担軽減及び修学支援に係る法・制度・行財政の日韓比較研究,:
刊行日 Issue date	2022
資源タイプ Resource Type	Research Paper / 研究報告書
版区分 Resource Version	author
権利 Rights	
DOI	
JaLDOI	
URL	<a href="http://www.lib.kobe-u.ac.jp/handle_kernel/90009093">http://www.lib.kobe-u.ac.jp/handle_kernel/90009093</a>

## 고등교육무상화와 일본국헌법

### Free higher education and The Constitution of Japan

니와 토오루\*

NIWA Toru

주제어 : 교육 받을 권리 right to education, 일본국헌법 The Constitution of Japan,  
고등교육 higher education, 무상교육 free education, 학비(수업료) tuition

#### 들어가며

일본국헌법은 ‘모든 국민’에게 ‘교육 받을 권리’를 보장하고 있다(26 조). 말그대로 이 권리는 성별 뿐 아니라 연령에 따른 구별 없이 보장되는 것으로 이해된다. 한편, ‘국민’에 대한 보장이라는 점에 비추어 ‘외국인’에게도 보장될 수 있는가 하는 문제에 대해서는 적극적 해석보다는 소극적 해석이 많아 보인다. 그것은 이른바 마크린 판결<sup>1</sup>에서 최고재판소가 ‘권리성질설’을 채용했다고 여겨지지만<sup>2</sup>, 사회권적 측면을 가지는 교육 받을 권리의 보장 범위에 대해서는 ‘권리의 성질상 일본 국민을 대상으로 한 것’인지 아닌지에 대해서는 꼭 명확하지만은 않기 때문이다.

또한 헌법 교과서나 주석서를 보면, 초등 및 중등교육에 대해서 많은 부분을 할애하고 있고, 취학 전 및 고등교육, 사회교육 등에 대한 내용은 거의 볼 수 없는 실정이다. 그 때문에 고등교육을 받을 권리가 어떤 성질의 것인지, 그리고 그것을 실현시키기 위한 국가의 책무 등에 대해서는, 정책론과 입법론에서는 다루지지만 헌법론에서 다루지는 경우는 거의 찾아보기 어렵다. 일본국헌법이 대학에 대해 관심을 보이고 있는 것은 23 조 ‘학문의 자유’에 대한 내용이 전부라고 해도 과언이 아니다. 물론 대학생에게도 ‘학문의 자유’는 중요한 권리이지만 학문의 자유가 ‘국가로부터 자유’로 여겨지는 데 비해, ‘교육 받을 권리’는 국가가 적극적으로 관여하여 교육 받을 수 있는 조건을 정비함으로써 실현될 수 있다는 ‘국가에 의한 자유(권리 보장)’로서

1 이 판결의 일본어 표기는 マクリーン判決다.

2 最大判 1978 (昭 53) · 10 · 4 民集 32-7-1223  
(최고재판소 1978(쇼와 53) · 10 · 4 민집 32-7-1223)

측면이 있다는 점을 무시하는 것은 용인될 수 없다.

또한, 무상과 관련해서는 헌법 26 조 2 항이 무상 의무교육을 규정하여, 줄곧 무상의 범위를 두고 논의가 활발히 이뤄져 왔다. 그 논의에서 일치하는 점은 수업료의 무상이다. 이외의 것에 대해서는 의견이 분분하다. 이 점은 고등교육의 무상화에 대하여 논의할 때 무시할 수 없는 부분이다.

본고는 지금까지 헌법 해석론에서 고등교육이 어떤 식으로 논의되어 왔는지, 그리고 무상이란 무엇인지에 대해서 되짚어보고, 헌법론에 비추어 봤을 때 어떠한 고등교육 무상화가 주장될 수 있는지 또는 그럴 수 없는지를 검토하고자 한다.

## 1 헌법론은 고등교육을 어떻게 규정해 왔는가

헌법 26 조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 따라 그 능력에 따라 동등하게 교육을 받을 권리를 가진다”(1 항)고 규정한다. 여기에서 ‘교육을 받는 것’은 ‘모든 국민의 권리’라고 선언하고 있다. 이 규정과 관련하여, 고등교육은 어떻게 규정되어 왔는지 또는 규정되어 오지 않았는지, 헌법 교과서 또는 주석서에 비추어 살펴보고자 한다.

### (1) 초기 학설

#### ① 국가학회 편(国家学会編) 『신헌법의 연구(新憲法の研究)』 (1947 년)

일본국헌법은 1946 년 11 월 3 일에 공포되어, 다음 해인 1947 년 5 월 3 일에 시행되었다. 시행 뒤 얼마 지나지 않아 일본국헌법 전체상을 다룬 것으로 국가학회 편 『신헌법의 연구』 (유히카쿠)가 작성되었다<sup>3</sup>. 이 책에서 고등교육은 어떻게 다뤄지고 있을까.

전체 개요를 다룬 미야자와 토시요시(宮澤俊義)는 다음과 같이 논하고 있다.

“신헌법이 단순히 소극적인 19 세기 자유주의에 그치지 않고, 다소 사회적 또는 사회주의적인 원리를 승인하여 그것에 바탕을 둔 규정을 만들어 놓은 것에도 주의를 기울여야 한다.

최소한의 생활을 영위할 권리, 교육 받을 권리, 교육의 의무, 근로의 권리 및 의무, 근로자의 단결권·단체교섭권 등에 관한 규정(제 25 조-제 28 조)은, 신헌법이 실현하고자

---

<sup>3</sup> 본서는 ‘도쿄제국대학 법학부 스태프를 총동원하여’ 헌법 공포 전부터 편집된 것을 한 권으로 정리한 것이다.

하는 것이 결코 18 세기 또는 19 세기 민주 정치에 머무는 것이 아니라 한발짝 더 나아가 20 세기 민주 정치라는 것을 나타내고 있다고 생각된다.”<sup>4</sup>

여기에서는 교육 받을 권리가 ‘사회적 또는 사회주의적 원리’에 바탕을 둔 규정으로서 다루지고 있으며, 이른바 ‘사회권’의 하나로서 이해되고 있다.

다음으로 기본적인 인권을 다룬 와가즈마 사카에(我妻榮)는 기본적인 인권을 분류하면서 ‘생존권적 기본권’의 하나로 ‘교육 받을 권리’를 들면서, 이것이 “단순히 ‘자유권적 기본권’ 보장이 아니라는 점은 명확할 것이다”라고 하고, “모든 국민은 건강하고 문화적인 최저수준의 생활을 영위할 권리를 가진다”(25 조 1 항)라는 규정을, 개인으로서 생활을 영위하는 것을 국가 권력이 침해하지 않는다는 뜻으로 해석하는 것은 전적으로 난센스다. 교육 받을 권리(28 조)도 마찬가지다. 현실 사회에서 관련 이익을 향유할 수 없는 사람에 대해서, 국가가 실로 이것을 보장하도록 노력해야만 하는 적극적인 책무를 부담한 것으로 해석해야 한다. 그것은 이미 앞선 두 조의 제 2 항에 미약하게나마 명시되어 있기도 하다.” ‘교육 받을 권리’에 대해서는 국민 개개인에게 “자녀가 보통교육을 받도록 해야 할 의무가 있고, ‘의무교육은 이를 무상으로 한다’고 규정한다.”<sup>5</sup>

여기에서는 교육 받을 권리를 실현하기 위한 구체적인 수단으로서 의무교육에 대해 다루며, 이외의 것에 대해서는 아무 언급도 없다. 의무교육 뒤 교육에 대한 국가의 책무에 대하여 언급하지 않는 것은, 본서가 전쟁 뒤 얼마 지나지 않은 때 쓰여졌다는 역사적 한계 때문인지도 모른다.

또한, 노다 요시유키(野田良之)는 ‘고등교육’에 대하여 “헌법에서 멀어지고 말았지만”이라며 유보적이면서도, 이하와 같이 나타내고 있다.

민주주의 체제 하에서 초등교육이 필연적이라는 것은 명확하지만, “그러면 중등교육 이상의 소위 고등교육에 대해서는 어떻게 바라봐야 할까. 이것은 결국 근대 사회의 기능적 분화와 인간의 생래적 능력 차이에서 귀결된다고 생각한다. 초등교육은 개인의 능력의 차등은 일단 둘째 치고 좌우간 어떤 사회적 위치에서도 사회인으로서 생활하기에 충분한 지식을 개발하는 데 주안점을 둔다. 이와 달리 중등교육 이상에서는 오히려 그 생래적 능력의 차이에 착안하여 이 점을 조장하여 적재 적소에

4 宮澤俊儀(미야자와 토시요시) 「新憲法の概観(신헌법 개관)」 17 쪽.

5 我妻榮(와가즈마 사카에) 「基本的人權(기본적 인권)」 85-86 쪽. 와가즈마 사카에는 민법학이 전문 분야다.

배치해 분업의 고도화를 촉진하려는 것으로, 물론 중등교육은 고등 보통교육으로 전문교육은 아니지만, 이미 그러한 목적도 고려하거나 장래의 재능 신장을 염두에 두고, 오히려 이 재능을 장래에 신장시키는 데 있어서 다른 능력과 조화를 깨야 할 만큼 강도 높게 육성하려는 목적도 있다. 그렇기 때문에 중등교육 담당자는 깊은 성격학 지식을 가지고 성격에 대한 여러 요소의 균형에 유의할 필요가 있을 것이다.

전문교육 이상의 것은 각각 분화된 지식을 습득하는 것으로, 이것에는 직업 교육을 가미한 전문학교 교육과 순수 지식의 개발을 목적으로 하는 고등학교·대학 교육 두 가지가 있다. 후자는 후술하겠지만 학문의 문제와 관련되기도 하는데, 대학 교육의 특이성에 대해 세상 사람들이 충분히 인식하여, 대학 출신에게 직업 운영에 대하여 전문학교 출신 이상의 가치를 두는 폐습은 시정되어야 한다. 대학 교육은 동일 차원에서 전문학교보다 한 단계 높은 것이 아니라, 다른 차원에서 목적을 달리 한다.”<sup>6</sup>

여기에서는 ‘고등교육’을 넓게 중등교육 이상의 교육을 지칭하는 것으로 다루고 있고, 또한 전후 학제 개혁 전의 단계인 탓에, 전전의 교육 제도를 전제로 서술하고 있다. 그 때문에 고등교육으로서 규정되는 대학 등의 교육 기관과 다소 어긋나는 지점이 있다. 그러나 의무교육 이외의 교육에 대해서 ‘교육 받을 권리’가 어떻게 보장되는지에 대한 기술은 찾아볼 수 없다. 전전의 대학·전문학교에 대한 위치 규정에 대한 비판은 핵심을 짚어내고 있지만, “중등교육 이상에서는 오히려 이 생래적 능력에 착안하여”라고 말하고 있는 점은 오히려 고등교육을 받을 권리를 그 능력에 따라 구분하는 의미도 갖는 것처럼 보이기도 한다.

지금까지 살펴본 것처럼, 헌법 26 조의 교육 받을 권리에 관한 내용은 의무교육에 대해 구체화 하는 것이 주요 내용이며, 그 외의 것에 대해 권리라는 관점에서 기술된 내용은 찾아볼 수 없다는 점이 확인된다. 그러나 그것은 앞서 언급한 것처럼 역사적인 한계라고 말할 수 있겠다.

## ② 미야자와 토시요시(宮澤俊儀)의 「교육 받을 권리(教育を受ける権利)」 이해

전전부터 도쿄대학에서 교편을 잡고 있던 헌법학 대가인 미야자와 토시요시는 헌법 26 조를 어떻게 이해하고 있었을까. 『신헌법의 연구』에서는 매우 간단한 기술만 있고 대략 1946 년에 집필된 것으로 미야자와가 분담한 것은 헌법 전체에 대한

---

<sup>6</sup> 野田良之(노다 요시유키) 「信仰・教育・学問(신앙·교육·학문)」 101-102 쪽. 노다는 프랑스법이 전문 분야다.

해설이기도 하여, 26 조에 대한 상세한 기술은 없었다.

그 뒤 미야자와가 집필한 교과서에서 헌법 26 조와 관련한 기술을 발췌하고자 한다.

비교적 이른 단계에 출판된 『헌법』(3 판, 1951 년, 유희카쿠)(덧붙여, 초판은 1949 년이다)에서는 교육 받을 권리에 대하여, 조문을 서술한 뒤 “교육 제도 정비는 이 대목에서 국가의 의무로 여겨진다.”<sup>7</sup> 고 언급하는 데 그친다. 그 뒤 제 5 판(1959 년)에서는 그것에 이어서 “이 취지에 따른 법률은, 교육기본법·학교교육법·사회교육법·사립학교법 등이 있고, 특히 육영 제도 완비를 목적으로 하는 일본육영회법이 있다”<sup>8</sup>는 기술이 추가되었다. 이는 그 사이에 제정된 주요한 법률을 언급한 데 지나지 않는다. 한편 “특히 육영 제도 완비를 목적으로 하는 일본육영회법”이라는 서술<sup>9</sup>에 대해서는, 그 전신인 ‘대일본육영회법’(1944 년)이 “우수한 학생이면서 경제적 이유로 수학이 곤란한 자에 대하여 학자금 대여…함으로써 국가의 유용 인재를 육성한다”는 것을 목적으로 만들어진 것이기도 하여, ‘육영 제도’를 어떤 것으로 보고 있었던 것인지 의문이 없지 않지만, 교육을 받는 쪽의 권리 실현을 위하여 구체적인 입법 조치로 규정하고 있는 것으로도 보인다.

### ③ 법학협회(法学協會)편 『주해 일본국헌법(註解日本國憲法)』(1953 년)

일본국헌법에 관한 초기의 본격적인 주석서로, 법학협회편 『주해 일본국헌법』(유희카쿠)이 공간되었다. 본서에 따르면 헌법 25 조가 규정하는 “건강하고 문화적인 최저수준의 생활”의 “문화적 측면에 관하여 교육 받을 기회의 평등과 그 최소 필요를 충족하기 위한 수단인 의무교육 제도를 헌법상 인정한 것이 본조다.”<sup>10</sup> 라고 의무교육 보장에 한정하는 듯한 해석을 하고 있다. 한편, 헌법에서 말하는 ‘교육 받을 권리’의 “권리”란 “국가가 교육의 기회 균등에 대하여 배려해야 하는 것을 국민 입장에서 권리로 파악한 것으로, 국가는 입법 및 정책을 결정하는 과정에서 이러한 점을 충분히 고려해야 한다는 것, 나아가 그 취지를 실현하기 위하여 적당한 수단을 마련할 책임이 있다는 것이 그 내용이다.”<sup>11</sup>

7 宮沢(미야자와) 1951:134

8 宮沢(미야자와) 1959:164-165

9 이와 같은 기술은 宮澤(미야자와) 『日本国憲法(일본국헌법)』(法律学体系コンメンタル編 1, 법률학 체계 코멘타르 편 1)(1955 년, 니혼효론샤) 268 쪽에도 있다.

10 法学協會(법학협회) 1953:495

11 法学協會(법학협회) 1953:500-501

여기에서 말하는 “교육”은 “가정 교육 및 사회 교육·공민 교육을 포함한 광의의 것이지만, 가장 중요한 것은 학교 교육, 즉 교육 체계를 이루는 제도적인 기관에 의하여 이뤄지는 교육이다.”<sup>12</sup>

물론 이러한 점에서 학교 체계를 법적으로 다루는 학교교육법에서 규정되어 있는 학교인 고등교육기관은 그 안에 포함된다.

26 조에 “동등하게”라고 되어 있다는 점에서 “기회 균등이라는 취지를 실현하기 위하여, 경제적 지위가 낮은 이들에 대해서는 국가가 일정한 장학 의무를 짊”과 동시에 “대학에서 남자만을 입학 자격으로 하는 것과 같은 일은 허용되지 않는다”고 하고 있어, 헌법 26 조의 교육 받을 권리에 대학이 포함된다는 점이 나타나 있다.

## (2) 그 뒤 학설의 전개

### ① 미야자와 토시요시(宮沢俊儀) 『헌법(憲法)[신판]』 (1971 년)

미야자와가 1959 년 저술한 유키카쿠<sup>13</sup> 법률학전편(有斐閣法律学全集)의 『헌법Ⅱ(憲法Ⅱ)』는 일본국헌법의 인권에 관한 상세하고 정통적인 교과서로 자리 잡았다. 1971 년 나온 신판에서 관련한 내용을 살펴보고자 한다.

26 조의 해설 서두 “교육 받을 권리는 특히 고등교육에 관하여 의미를 가진다”고 한다. 그 이유에 대해서 “보통교육은 의무교육이고 게다가 무상이라고 규정되어 있기 때문에, 그 점에 있어서는 구태여 교육 받을 권리를 주장할 실익은 적다. 그러나 고등교육에 대해서는 의무제가 인정되지 않고 또한 무상의 성격도 인정되지 않기 때문에 교육을 받는 데 적지 않은 경제적 부담이 동반된다. 이러한 사정을 감안하여, 가난한 자에 대해서도 고등교육을 받을 가능성을 보장하려고 하는 것이다”<sup>14</sup>. “국가는 능력은 있지만 경제적 이유로 수락이 곤란한 자에 대하여, 소액으로 가능한 방법(육영제도 등)을 마련할 의무가 있다”고 교육기본법 3 조 3 항을 인용하여 설명한다<sup>15</sup>.

여기에서 말하는 ‘고등교육’은 ‘의무교육’과 대비되는 것으로, 고등학교 이상의 교육을 지칭하는 것으로 생각된다. 여태껏 미야자와가 ‘의무교육’을 중심으로 26 조의

<sup>12</sup> 法学協會(법학협회) 1953:501

<sup>13</sup> 일본의 출판사 이름이다(有斐閣, 번역자 주).

<sup>14</sup> 宮沢(미야자와) 1971:435

<sup>15</sup> 宮沢(미야자와) 1971:436

의미를 해설하면서 ‘고등교육’에 대해서는 거의 다루지 않아 온 것에서 크게 전환한 것으로 보인다. 전후 직후부터 법제도 정비와 함께 의무교육(초등학교 및 중학교)의 보통교육이 대체로 모든 학령기 아이들에게 적용되게 된 것이 그 배경으로 생각된다. 교육 받을 권리에 대하여 ‘고등교육’이 그 중심에 놓이게 된 것은, 그 뒤 학설이 전개되는 과정에서 좀처럼 계승되지 않았다.

본서에서는 헌법 26 조에 대한 내용으로, 다른 교과서와 같이 교육 재판이 진행되는 과정에서 교육권의 소재에 관한 내용이 추가된다.

## ② 아시베 노부요시(芦部信喜) 『헌법(憲法)』 (1993 년)

미야자와의 도쿄대학 법학부 후계자인 아시베 노부요시는 1993 년 이와나미쇼텐<sup>16</sup>에서 『헌법』을 간행했다. “아시베 헌법” “아시베 책”이라고 불리며, 타카하시 카즈유키가 보정하면서 현재까지 중쇄를 찍고 있다. 그 책에서 다뤄진 내용을 들여다보고자 한다.

“교육은 개인이 인격을 형성하여 사회에서 의미 있게 생활하기 위하여 불가결한 전제이다”라고 말하면서, 26 조가 보장하고 있는 권리는 “아이들에 대해서 보장된다. 그 권리의 내용은 아이들의 학습권을 보장하는 것으로 해석된다.”라고 했다. “아이들의 교육 받을 권리에 대응하여 아이들이 교육 받을 수 있도록 하는 책무를 지는 것은, 1 차적으로는 부모 내지 친권자이다.”라고 하면서 “교육 받을 권리의 사회권으로서 측면에서, 국가는 교육 제도를 유지하여 교육 조건을 정비해야 하는 의무를 진다. 이 요청에 따라 교육기본법 및 학교교육법 등이 제정되어, 초·중학교 의무교육을 중심으로 한 교육제도가 마련되어 있다”<sup>17</sup>고 서술하는 데 그쳤다. 이를 바탕으로 교육 내용 결정에 관련되는 ‘교육권의 소재’에 대하여 ‘국가의 교육권’과 ‘국민의 교육권’ 문제를 언급하고 있을 뿐이다.

26 조의 주체를 ‘아이들’로 규정하면서, 고등교육은 대상에서 제외되고 말았다. 학생이 언급되는 대목은 대학의 관리권을 두고 대학의 자치에 대해 서술한 부분에 한정된다<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> 일본의 출판사다(岩波書店, 번역자 주).

<sup>17</sup> 芦部(아시베) 1993:205

<sup>18</sup> 芦部(아시베) 1993:136



③ 츠지무라 미요코(辻村みよ子) 『헌법(憲法)』 (2000년)

2000년 이후 작성된 교과서도 몇 권 다루고자 한다. 츠지무라 미요코 『헌법』(니혼효론샤)은 대표적인 교과서 중 하나인데, 이 책에서 교육 받을 권리는 어떻게 다루지고 있을까.

교육 받을 권리로 논의되는 것은 ‘학습권과 국가의 책무’ 및 ‘의무교육의 무상’이다. 여기에서는 전자에 대해서만 언급한다.

“교육은 개인이 인격을 형성하기 위하여 불가결한 것으로, 교육 받을 권리는 원래 아이들에 대해서 보장되어야 한다. 무엇보다 그 권리의 내용인 아이들의 학습권 및 아이들의 교육 받을 권리에 따라, 실제로 아이들이 교육을 받을 수 있도록 해야 할 책무를 지는 것은 현실적으로는 그 친권자이다”라고 언급하면서, “교육 받을 권리에겐 자유권(국가에 대한 부작위 청구권)으로서 측면과 사회권(국가에 대한 급부 청구권)으로서 측면이라는 두 가지가 있는데, 후자의 측면에 대하여 국가는 교육제도를 유지하여 교육 조건을 정비해야 하는 의무를 지고 있다. 그 필요를 실현시키기 위해서 교육기본법 및 학교교육법 등이 제정되어, 초·중학교 의무교육을 중심으로 한 교육제도가 마련되었다”<sup>19</sup>고 서술한다. 다른 교과서에서 다루지고 있는 교육권의 소재에 관한 논의는 ‘학문의 자유’ 부분에서 언급되고 있다.

헌법 26 조의 중심에는 의무교육 제도가 놓여있다는 인식에 따라, 고등교육에 관한 서술은 없다. 제 7 판(2021년)에서도 이와 같다.

④ 타카하시 카즈유키(高橋和之) 『입헌주의와 일본국헌법(立憲主義と日本国憲法)』 (2005년)

한 사람만 더 언급하고자 한다. 도쿄대학 법학부에서 아시베의 후계자가 된 타카하시 카즈유키다. 타카하시는 2005년에 『입헌주의와 일본국헌법』(유히카쿠)을 세상에 내놨다. 그 교과서에서는 26 조를 어떻게 다루고 있을까.

교육 받을 권리의 항목으로 (1)학습권, (2)공교육, (3)교과서 소송을 들고 있다. (3)은 판례를 소개하는 내용이기 때문에 여기에서는 언급하지 않고, (1)과 (2)가 어떻게 작성되어 있는지 살펴보고자 한다.

(1)에서는 “개인이 자신이 가장 가치가 있다고 생각하는 삶의 방식을 자율적으로

---

<sup>19</sup> 辻村(츠지무라) 2000:328-329

선택하여 실천할 수 있기 위해서는 그것에 필요한 성숙한 판단 능력과 교양 등을 갖출 필요가 있다. 아이들의 그러한 기초적인 능력과 지식을 키우는 과정이 교육이며, 아이들이 ‘개인으로서 존중’되기 위하여 불가결한 권리로서 본조는 ‘교육 받을 권리’를 보장한다. “아이들이 주체적으로 배워나간다…능력을 획득하여 연마해 나간다…교육의 역할은 그것을 돕는 것에 지나지 않는다.”<sup>20</sup>라고 하고 있다. 즉, 아이들의 교육 받을 권리를 보장한 것이 26 조라는 것이다.

(2)에서는 “아이들의 교육 받을 권리가 실현되기 위해서는, 국가가 교육의 장을 제공하고 부모는 자신이 보호하는 아이들이 그곳에 다니도록 하는 것이 필요하다”라며, 의무교육과 연결시킨다. 나아가 “국가가 제공할 책무를 지는 ‘교육’의 범위”가 문제라고 하면서 “그것은 교육의 시설·자원 등 이른바 ‘외적 조건’ 정비에 한정되는지, 아니면 교육 내용(내적 사항)까지 포함되는 것인지” 문제로, 교육권의 소재에 관한 기술로 이어나간다<sup>21</sup>.

“국가가 제공할 책무를 지는 ‘교육’의 범위”라는 서술에서 의무교육 이외의 교육인 고등교육으로 내용이 이어질 것을 기대했지만 역시나 본서에서도 고등교육에 관한 기술은 찾아볼 수 없다.

### (3) 소결

최근 교과서를 보면, 교육 받을 권리에 대한 내용은 의무교육에 중점을 두고 고등교육에 대해서는 거의(또는 전혀) 언급하지 않고 있는 것처럼 보인다. 구체적인 재판 등을 거치며 세월의 흐름에 따라, 교과서에서 중점적으로 다루는 내용이 바뀌는 것은 당연하다. 예를 들어, 이에나가(家永) 교과서 재판 및 전국 일제 학력 시험에 대한 재판<sup>22</sup>은 교과서 내용에 큰 영향을 끼쳤다. 교육 내용의 결정권에 대한 교육권 소재 논쟁이 그것이다. 많은 경우 그 내용이 많은 부분을 차지하게 되어갔다.

또한, ‘모든 국민’이라고는 하지만 ‘아이들’이 그 중심에 놓이는 것에는 대체로 의견이 일치되는 부분이다. 아이들, 특히 학령기 아이들의 교육이 교육 받을 권리에 있어서 중심적으로 다루지는 것은 어쩌면 당연한 것이다. 교육권의 소재를 둘러싸고도,

<sup>20</sup> 高橋(타카하시) 2005:262

<sup>21</sup> 高橋(타카하시) 2005:263-264

<sup>22</sup> 旭川学テ最高裁判所判決 (最大判 1976 (昭 51) 5・21 刑集 30-5-615 など)。(아사히카와 학력 시험 최고재판소 판결 (최고재판소 판결 1976(쇼와 51년) 5·21 형집 30-5-615 등).)

초등학교·중학교·고등학교의 교육 내용에 대한 결정권을 둘러싼 논쟁이었다.

이러한 상황에서 고등교육의 존재감이 흐릿해지는 것은 어쩔 수 없는 부분이 있었던 것으로 생각되기도 한다. 그러나 헌법 해석론에서는 ‘모든 국민’이라는 문구에 천착하여 의무교육 이후 교육, 또는 그 이전 교육, 학교 밖 교육에 대해서도 ‘권리’로 어떻게 규정지를 것인지 따져볼 필요가 있을 것이다<sup>23</sup>.

초기 논의에서는 아직 전후 학제 개혁이 혼란스러웠던 상황 속에서 의무교육에 주목하는 것은 어쩔 수 없었던 것이었지만, 한편에서 노다는 대학의 특성에 대해서 다루고 있다<sup>24</sup>.

헌법학계를 이끌어 온 미야자와(1971)가 “교육 받을 권리는 무엇보다 고등교육에 관하여 의미가 있다”라고 하며 고등교육에 중점을 두고 있었던 것은 새삼 놀랍다. 전전에 고등교육을 성별이나 경제적 이유로 받을 수 없었던 불합리성이 그 배경에 있을 것이다. 그렇다고 한다면 현재 빈부 격차가 확대하여, 고등교육을 경제적 이유로 받을 수 없는 사람들이 생기는 현황이 심각해지고 있는 상황에서, 이는 한층 더 중요한 의미를 가진다고 생각되는데, 결국 이것은 거의 계승되어오지 않았다고 말할 수밖에 없다.

## 2 ‘무상’의 내용을 어떻게 규정해 왔는가

일본국헌법 26 조 2 항 문단 뒷부분에서 “무상교육은 무상으로 한다”고 규정하면서 그 범위는 명시하고 있지 않다.

초기 학설에서는 앞서 언급한 것(1 (1) ③)처럼, 권리라고 하더라도 “국가가 교육 기회 균등에 있어서 신경 써야 할 것을 국민이 권리로 이해한 것으로, 국가는 입법 및 정책을 결정하는 과정에서 이러한 점을 충분히 고려해야 한다는 것, 더하여 한 보 더 나아가 그 취지를 실현하기 위하여 적합한 수단을 마련할 책임이 있다는 것을 내용으로 한다” “권리라고는 하더라도 그것은 특정 개인이 본조에 따라 교육을 받는데 필요한 비용 지불을 국가에 청구할 수 있을 정도의, 구체적인 권리로서 보장된

---

<sup>23</sup> 헌법학의 사회교육에 대한 관심이 적은 데 대하여 지적한 것으로, 丹羽徹(니와 토오루)「憲法からみた教育法改革—「地方分権」「規制緩和」と社会教育改革—(헌법에서 본 교육법 개혁-‘지방 분권’ ‘규제 완화’와 사회교육 개혁-)」月刊社会教育(월간 사회교육) 521 (1993년 3월호) 6 페이지부터.

<sup>24</sup> 물론 노다(野田)가 작성한 것은 헌법 교과서가 아니라 논문이라고 할 만한 것이었기 때문에 이러한 논의가 이뤄질 수 있었던 것이기는 하다.

것은 아니다.”라고 해석하고 있었다.

한편, 1947년 교육기본법 제정 당시에는 “무상 의무교육은 수업료를 징수하지 않을 뿐 아니라, 교과서와 학용품 무상으로 대여할 수 있도록 하고 그 외 학비를 국가가 부담하는 것이 이상적이지만, 현재 단계에서는 그렇게까지 하는 것은 불가능하다”고 하고 있었다<sup>25</sup>.

학설상으로는 수업료를 징수하지 않는 데 대해서는 견해가 일치하지만, 이를 넘어서는 무상을 헌법이 규정하고 있는지에 대해서는 의견이 나뉜다. 크게 나누면 수업료 무상인지 수학기(취학 필수비) 무상인지 대립이다. 헌법학설에서는 수업료 무상이 통설로 자리잡았다.

현재는 의무교육 단계인 국공립학교에서는 수업료가 무상이지만, 사립학교는 무상이 아니다. 이는 개인의 선택으로 공립학교를 기피하여 사립학교에 통학하는 것이기 때문이라는 이유인 듯 하지만, 고교 무상화에 비추어 봤을 때는 설명되지 않는다. 아이의 교육 받을 권리의 관점에서 다시금 사학의 의무제 학교에 대해서도 무상화를 논의해야 할 것이다.

의무교육인 학교의 교과용 도서의 무상 조치에 관한 법률(교과서 무상법)<sup>26</sup>이 1963년에 제정되어, 법률상 조치로 수업료에 더하여 교과서도 무상이 되었다.

나아가 취학 필수품 무상화도 헌법에서 요구하는 부분일까<sup>27</sup>. 오쿠다이라·나가이 논쟁에서 일찍이 다뤄진 바 있다. 오쿠다이라 야스히로에 따르면, 수학기 무상설에 대해서 ①아이들의 교육에 대하여 부모에게 일정 권리·책임이 있다고 한다면, 교육비 일부를 부모 부담으로 하는 것은 불합리하지 않다는 점, ②경제상 이유에 따른 미취학 아동 문제는 무상 조치가 아니라 생활 보호에 따라 대응해야 한다는 점, ③수학기 무상설 관점에서 볼 경우, 사립학교도 함께 고려해서 보았을 때 국공립 학교만 무상 조치를 확대하면 사립학교와 격차가 벌어지는 한편, 무상성 원칙을 사학에도 확대 적용할 경우 사학의 자주성을 저해하게 된다는 딜레마에 빠진다. 이에 대하여 나가이

---

<sup>25</sup> 教育法例研究会『教育基本法の解説』(1947、国立書院) 87頁、日本教育法学会編『コンメンタル教育基本法』) 2021、学陽書房) 169頁

(교육법례연구회『교육기본법의 해설』(1947, 코쿠리츠쇼인) 87쪽, 일본교육법학회편『코멘타르 교육기본법』(2021, 가쿠요쇼보) 169쪽)

<sup>26</sup> 이 법률의 일본어 표기는 義務教育諸学校の教科用図書の無償措置に関する法律다(번역자 주).

<sup>27</sup> 이하 내용은, 교육법학회 2021:170-171 [사이토 카즈히사(斎藤一久) 집필]에 따른 것이다.

켄이치는 ①부모의 교육의 자유는 국가의 조건 정비 의무를 전제로 하는 것으로, 그 자유에서 부모의 교육 부담을 끄집어내는 것은 잘못됐으며, ②무상성 원칙과 기회 균등 원칙은 불가분의 관계인 헌법에 따른 것으로, 기회 균등 원칙을 사회 보장의 필요와 별개의 것으로 이해해야 하는 것은 아니며, ③무상성을 사립학교까지 확대 적용하더라도 사학의 자유와 대립하지 않는다고 반론했다.

고등교육의 무상화를 요구한다고 하더라도 과연 어디까지 무상화를 요구해야 하는지에 대한 논의와 함께 살펴볼 때, 학생은 무엇보다 모두 성년 연령을 넘겼다는 점(2022년 4월 1일부터 성년 연령이 18세로 낮추어진다)에서, ①학생의 교육에 대해서 부모가 일정 책임을 진다고 단정할 수 없으며, ②수업료 무상과 함께 장학금이 어디까지 커버할지에 대해서는 논의가 필요하며, ③사립대학에 대해서도 무상성을 도입하는 것이 사학의 자주성 저해로 이어질 위험성에 대해서도 논의가 되어야 할 필요가 있을 것이다.

또한 고등교육의 무상화에 대해서는 개헌론과 함께 연관 지어서 논의되는 경우가 있는데, 헌법은 의무교육의 무상을 국가의 의무로 규정하고 있지만 이미 2010년부터 고등학교 등에 대한 수업료 무상화가 시작되었고(공립학교의 수업료 불징수 및 고등학교 등 취학 지원금 지급에 관한 법률<sup>28</sup>. 동법은 2014년에 고등학교 등 취학 지원금의 지급에 관한 법률<sup>29</sup>로 개정되어, 부모의 소득 제한이 도입되었다.), 그 외 교육을 무상으로 하는 것을 막고 있지는 않다<sup>30</sup>.

### 3 고등교육의 공비 부담·사비 부담과 헌법

지금까지 헌법 26조의 교육 받을 권리의 주체와 의무교육 무상의 범위에 관한 헌법의 논의를 살펴보았다. 본고는 어디까지나 헌법 26조만을 대상으로 하여, 논리적으로 누구의 어떠한 권리가 헌법에 의하여 보장되고 있는지, 또는 그렇지 않은지를 검토한 것에 지나지 않는다. 헌법 해석은 규범 내용의 의미를 확정하는 것 외에도 폭넓게 헌법 현상을 대상으로 할 필요가 있지만, 그것은 일단 제쳐 두기로

<sup>28</sup> 이 법률의 일본어 표기는 公立学校に係る授業料の不徴収及び高等学校等就学支援金の支給に関する法律다(번역자 주).

<sup>29</sup> 이 법률의 일본어 표기는 高等学校等就学支援金の支給に関する法律다(번역자 주).

<sup>30</sup> 長谷部恭男編『注釈日本国憲法(3)』(2020年、有斐閣)45頁〔阪口正二郎執筆〕。하세베 야스오 편『주석 일본국헌법(3)』2020년, 유희카쿠)45쪽 [사카구치 쇼지로 집필].

하였다. 그러나 고등교육 무상화가 헌법에서 어떻게 규정될 수 있는지에 대하여 살펴보기 위해서는, 헌법 조문만을 대상으로 해석하는 데 그쳐서는 안 된다.

국제인권규약 A 규약 13 조의 고등교육의 점진적 무상화 조항을 유보 철회(2012 년)한 데 따라, 일본 정부는 점진적 무상화 시책을 마련하고 또한 진전시키는 것이 의무화 되었다. 일본국헌법은 “일본국이 체결한 조약 및 확립된 국제 법규는 성실히 준수하여야 한다.”(98 조 2 항)라고 규정하고 있어, 국제 조약 준수 의무가 있다. 일반적으로 일본국헌법에서 국제 조약은 헌법과 법률 사이에 위치한 것으로 다뤄져, 헌법을 위반할 수는 없지만 법률보다는 상위에 있는 것으로 취급된다. 따라서 법률은 헌법 및 국제법에 위반할 수 없다. 국제인권규약도 성실히 준수해야 하기 때문에, 점진적 무상화를 위한 법 정비를 할 의무가 있다(정부 뿐 아니라 국회도 의무가 있다).

일본 고등교육은 높은 학비가 문제시 된 지 오래됐다. 국립대학도 첫 해 납부금이 80 만 엔이 넘고 사립대학에서는 평균 130 만 엔이 넘는다. 이렇게 학비가 비싼 데는, 무엇보다도 고등교육에 대한 공재정 지출이 매우 적은 점이 그 원인이라는 것은 명확하다. 높은 사비 부담과 낮은 공비 부담이다. 이러한 높은 학비는, 경제적인 이유로 고등교육을 받을 기회를 앗아가고 있다고 말할 수 있겠다. 경제적으로 어려운 학생에 대해서, 일본육영회 및 그 후신인 학생지원기구의 장학금 등 제도가 마련되어 왔지만, 기본적으로 대여제이고 급부제인 부분은 매우 제한적이다.

무상의 범위를 두고는 어디까지를 무상으로 할지와 관련해서, 경제적으로 어려운 학생은 생활비에 관련된 부분은 결국 자신이 벌어야만 하는데, 장학금 등으로 생활비까지 충족하지 못하면 결국 학업을 이어가기가 어려워진다. 학업을 지속할 수 있도록 생활비까지도 포함하여 확보하는 것이, 교육 받을 권리가 구체적으로 보장되는 시작이 될 것이다.

2020 년도부터 대학 등 수학지원제도가 도입되었다<sup>31</sup>. 경제적 어려움이 있는 학생에 대한 수업료 감면과 급부장학금이 골자다. 그러나 그 조건이 엄격하고 모든 대상자가 전액 면제되는 것이 아니라, 감면액이 부모 소득에 따라 3분의 1, 3분의 2로 감액된다. 애초에 고학비이기 때문에 감면액이 감액되더라도 학비 부담은 여전히 크다. 또한

---

<sup>31</sup> 대학 등에서의 수학 지원에 관한 법률(大学等における修学支援に関する法律). 단, 이 제도는 교육 받을 권리를 구체화 하기 위하여 마련된 것이 아니라, 저출산 대책으로서 마련된 것이다.

사립대학에서는 수업료 전부가 그 대상이 되는 것이 아니라, 설정된 기준액을 넘는 부분은 사비 부담이어서, 어떤 경우에도 부담은 무겁다. 그 중에서도 사립대학의·치·약·예술·이공계가 그렇다. 또한 그 제도 도입에 따라 여태껏 각 대학이 해온 중간소득층 수업료 감면에 대한 보조가 끊기게 되었다<sup>32</sup>.

이것들을 어떻게 볼 수 있을까. 헌법은 국민의 교육 받을 권리를 보장하고 있다. 여태껏 대학이 자체적으로 시행한 수업료 감면에 대한 보조는, 기관 보조로 개개 학생의 권리를 보장하는 것은 아니다. 즉, 학생이 수업료 감면을 받을 수 있는 것은 어떠한 권리가 아니라 고작 기관 보조에 따른 반사 이익에 지나지 않는 것일 테다. 인권 규약은 정부에 점진적 무상화를 의무화 하고 있어 여태껏 감면 대상이던 학생이 그것을 받을 수 없는 쪽으로 보조 방식을 변경하는 것은 허용되지 않을 것이다. 점진적이어야 하기 때문에 후퇴 되어서는 안 된다(제도 후퇴 금지 원칙)<sup>33</sup>.

## 끝으로

헌법학설이 고등교육에 대하여 거의 다루지 않고 있다는 점을 밝혀냈지만, 학설이 다루지 않았다고 해서 고등교육이 교육 받을 권리의 대상이 아니라고 할 수는 없다. 미야자와(1971)의 해석에 따르면, 헌법 26조에 고등교육에 관한 교육비 부담의 점진적 경감 조치 내용이 이미 포함되어 있고, 국제인권규약 유보 철회에 따라 그 범위가 무상으로까지 확대될 수 있게 되었다고 볼 수 있다.

현재 고등교육은 경제적 이유로 격차가 벌어지고 있다. 학비 부담이 무거운 분야를 공부하고 싶다고 하더라도, 일단 사학에 진학하는 것은 어려울 것이며, 수업료 뿐 아니라 교과서 비용, 생활비 등이 학생 생활을 보내는 데 필수적이다. 수업료 무상화가 당면 과제일 테지만, 장학금 제도가 나아가야 할 모습을 포함하여 헌법은 무엇을 요구하고 있는지에 대해 앞으로도 검토하고자 한다.

---

### \* 저자 소개

니와 토오루(丹羽 徹)

류코쿠 대학 법학부 교수(헌법·교육법). 주요 연구 실적 : 「大学「改革」と学問の自

---

<sup>32</sup> 국립대학에 대해서만 경과조치가 마련되었다.

<sup>33</sup> 일본교육법학회 2021 : 173-174 [사이토 카즈히사 집필] 참조.

---

由・大学の自治(대학 '개혁'과 학문의 자유·대학의 자치)」法の科学(법의 과학) 50:29-38(2019), 「私立大学における教育の自由(사립대학에서의 교육의 자유)」寄川条路(요리카와 조지) 편·大学における〈学問・教育・表現の自由〉を問う(대학에서의 '학문·교육·표현의 자유'를 묻다)(法律文化社(호리츠분카샤), 2018), 「朝鮮学校への自治体による補助金の支給と在学生の教育を受ける権利(조선학교에 대한 자치체의 보조금 지급과 재학생의 교육 받을 권리)」龍谷法学(류코쿠 법학) 50(4):217-236(2018), 「私立大学改革と経済界の大学構想(사립대학 개혁과 경제계 대학 구상)」日本教育法学会年報(일본교육법학회연보)(45):45-53(2016) 등.