



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	不登校の子どもと「教育を受ける権利」についての覚書：不登校の子どもをもつ親へのひとつの応答
Author(s)	新岡, 昌幸; NIIOKA, Masayuki
Citation	北海道大学大学院教育学研究科紀要, 98, 151-172
Issue Date	2006-06-30
DOI	https://doi.org/10.14943/b.edu.98.151
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/14436
Type	departmental bulletin paper
File Information	98_151-172.pdf



不登校の子どもと「教育を受ける権利」 についての覚書

— 不登校の子どもをもつ親へのひとつの応答 —

新 岡 昌 幸*

Notes on School Non-attendant Student and “Right to Receive Education”: One Answer to the Parents Who Have School Non-attendant Student

Masayuki NIIOKA

目 次

- 1 はじめに
- 2 不登校を巡る問題状況
 - (1) 不登校とは
 - (2) 不登校に関する議論の概況とその問題点
- 3 なぜ不登校の子どもの「教育を受ける権利」が問題とされてこなかったか
 - (1) 概説
 - (2) 憲法学が前提とする個人像 — 総論的考察 —
 - (3) 憲法学が前提とする個人像 — 各論的考察 —
- 4 検討
 - (1) 問題の所在
 - (2) 「教育を受ける権利」と「関係性の豊かな環境」保障
 - (3) 「教育を受ける権利」と教育における公正な平等
- 5 おわりに

【キーワード】 教育を受ける権利, 揺れ動く個人, 関係性の豊かな環境, 教育における公正な平等

1 はじめに

私は、これまで、教育法学あるいは憲法学の観点から、学校における子どもの人権や教師の「人権」について検討をしてきたが⁽¹⁾、不登校については、重大な問題だとは認識しつつも、まとまった検討したことはなかった。詳細は省くが、そんな私が、敢えてこの問題を論じようと企てたのは、不登校、とりわけ、不登校の子どもの「教育を受ける権利」について、ある程度、私自身の考えをまとめなければならぬ必要に迫られたためである。

* 北海道大学大学院教育学研究科教育計画講座博士後期課程（高等教育論研究グループ）

当初、不登校について、私は、「学校が嫌なら、あるいは、行くのが辛いならば、無理をせずに行かなければよいではないか。学校以外の生き方や選択もあるではないか」と「素朴」に考えていた。しかし、あるきっかけで、不登校の子どもをもつ一人の母親から送られてきたメールに書かれてあった一文を読んで、その「素朴」な私の考え方は、修正を迫られることになったのである。その一文とは、次のようなものである。

「本人は、特に勉強が嫌いなわけでもなく、体が悪いわけでもなく、学校にも行きたいと思っているのです。でも、行けないのです。もし子どもの方に問題がないとすれば、学校という制度のどこかに問題があるのではないかと考え始めたのです」

そこで、私は、まず、色々出版されている、不登校に関する文献に当たったが、管見の限り、一部の精神医学関連分野の文献を除いて他に、私が抱えている疑問に回答してくれる文献がほとんど見あたらなかったのである。憲法学や教育法学の領域でも、不登校の子どもの「教育を受ける権利」について論じられたものはそれほど多くはない⁽²⁾。そんな中でも、注目に値する論文もある。それは、一貫して子どもの人権を守る立場から多くの教育裁判を手がけてきた、中川明教授の論文、「教育を受ける権利と『学校』—『就学義務』の再構成のこころみ—」正義と自由 38 卷 6 号 (1987 年) 37 頁～42 頁である。結論的に、この論文の内容を言えば、憲法 26 条の解釈から、学校教育法が定める「就学義務」の再構成を試み、結果として、「学校に行かない自由」の保障を（親の「教育の自由」の一形態として）導き出すという、先駆的な主張をしたものである⁽³⁾。「学校に行かない自由」という主張は、「就学義務」というものを広く考え直すきっかけを与えてくれるし、また、障害をもつ子どもの「教育を受ける権利」を考える上でも、大変意義深い主張でもある⁽⁴⁾。

しかし、この「学校に行かない自由」というのは、言うまでもなく、「学校に行きたくなければ行かなくてよい」ということを自由や権利として認める、ということであるから、「学校に行かない」という選択ができた子どもの自由や権利はうまく説明することができる。しかし、「学校に行きたいが行けない」と訴える子ども⁽⁵⁾の権利（とりわけ教育を受ける権利）をどう考えるべきか、については、説明がつきにくいのである⁽⁶⁾。私が不登校に対する検討を迫られたのは、まさにこの点にかかわるものである。学校は嫌いではない、行きたいとも思っている、どこか体が病んでいるわけでもない、学校に通うことについて特段の経済的な問題があるわけでもない。では、なぜ行かないのか。いや、行かないわけではなく、行けないのだ……。不登校の子どものすべてが、このような思いを抱いている、と断定するつもりもないし、断定できもしないし、また断定する必要もないのであるが、少なくとも、上述したケースでは、そのような思いが母親やその子どもの心に渦巻いている、と言ってよいだろう。

本稿では、不登校の子どもの「教育を受ける権利」について検討するのであるが、不登校一般について述べるつもりもないし、また、本格的な不登校の原因分析を展開しようとするものでもない。だいいち、そのような準備は私にはない。したがって、まず、不登校の中でも、上述のようなケース、すなわち、学校には行きたいが行けない、体のどこか病んでいるわけでもない、いじめられているわけでもない、学校に通うことについて障害となるような特段の経済的な問題があるわけでもない不登校の子ども（以下、単に「不登校の子ども」ないし「不登校」とする）を対象を絞ることにしたい。その上で、この種の不登校の子どもないしその親は、現

在の公教育制度（以下、義務教育諸学校を指すものとする。また、単に「学校」とする場合も同じ）に対して、どのような憲法・教育関係法上の権利を根拠に、どのようなことを要求できるのか、を明らかにし、そして、その要求に応えることは、とりもなおさず公教育制度が「公」であるが故の義務であることを主張してみたい。これらについての一応の展望を示すことによって、上に紹介したメールの差出人である母親への応答を試みることにしたい⁽⁷⁾。

2 不登校を巡る問題状況

(1) 不登校とは

そもそも不登校とは、精神医学の領域で発見・研究されてきたものであり、当初は、恐怖症の一種として考えられ、「学校恐怖症」と呼ばれるとともに、「学校嫌い」「登校拒否」とも呼ばれてきたようである。文部科学省によると、年間30日以上欠席した児童生徒を、「不登校」「病気」「経済的な理由」「その他」の四つに分類している。そして、この総数は、2004年度で約18万7千人であり、うち不登校が66%、すなわち、12万3千人となっており、そのうち10万人が中学生となっている⁽⁸⁾。不登校は3年連続で減少している、と指摘されるが、しかし、それは、フリー・スクールなど学校以外の教育施設に通っていることを「登校」とみなしている影響もあるので、実際に、不登校が減少したと即断はできない⁽⁹⁾。

(2) 不登校に関する議論の概況とその問題点

12万3千人の不登校児がいる、という上記のデータに対して、一般的には、問題だ、とされる向きがある。しかし、逆に、「学齢期の子どもが学校に行かないのは、義務教育制度ができた120年そこそこの短い歴史のうちでも、決して特異な現象ではない」にもかかわらず、このことに「これほどまでに耐えられなくなって……不登校について語り、『対策』を立て、憂慮すべき問題と……しつづけるこの社会とはいったい何なのか、問われるべきはその点だろう」⁽¹⁰⁾との見方もある。確かに、日本の不登校率は、不登校がもっとも多く発生する中学校でも、たかだか2.7%であり、諸外国との比較で言えば、それほど高い率だとは言えず、「欠席率を国際比較しても日本のそれは欧米水準に近づきつつあるに過ぎない」⁽¹¹⁾とも言える。

なるほど、諸外国と比して極めて低い不登校率を、重大な問題として仕立て上げる私たち自身や社会の方が問題なのかもしれない。しかし、現実には、学校に行きたくても行けない不登校児が存在しており、少なくとも本人やその親にとっては、学校に行けないことが、大変な問題として覆い被さっていることを考えれば、「数パーセント学校を欠席する子どもがいるのは、国際的動向だ」として不問にすることは、権利論としては許されまいだろうと思う。彼らの「教育を受ける権利」から学校に対して何が言えるのか、そして、学校がこれに応答することは、公教育を担う学校が「公」であるが故の義務であることを明らかにすることが必要なのではないか、と思う。

では、これまでの不登校の議論は、こうした点に応答できているだろうか。門外漢の私がみる限りでは、不登校に関する議論は、大雑把に言って、二つの流れがあるように思われる。一つは、不登校を進路選択の一つだとして、ある種これを肯定的に捉えた上で、不登校の経験談を述べたり、学校以外の学習の場の充実の必要性を説いたりする類のものであり、今ひとつは、不登校一般を望ましくない行為ないし現象とした上で、あくまで既存の学校に子どもを適用さ

せるべく、不登校児の「治療」や「克服」、不登校に罹らないための「予防」方法について（ま
で）述べる類のものである⁽¹²⁾。

前者の立場は、「学校に行くことだけが人生ではない、勉強ならばフリー・スクールや塾に行
けばよいし、家庭教師を雇ったっていい。そうした代替的な選択肢を提供することが、まさに
不登校児の権利に資するのである」と考える向きがある⁽¹³⁾。しかし、この立場は、フリー・ス
クールに通わせることのできる家庭環境や地域の子どもはよいが、そうではない状況にある子
どもはどうするのか、という点を等閑視しているように思われるし、また、オルターナティ
ブな学習の場の充実に力点を置くが故に、不登校児が通えない環境になっている既存の学校に
対して、「学校は、そもそも子どもの教育を受ける権利に対応した義務を果たす立場にあるもの」
という観点から、そうした環境の改善を要求し（続け）ていくということの重要性が、脇に
追いやられているようにも見受けられる⁽¹⁴⁾。

他方、後者の立場も、概して、不登校に罹った子ども本人を治療の対象とみて議論が展開さ
れていくから、不登校児が通えない環境になっている既存の学校それ自体がもつ問題を全く
問わずに済ます場合が、ままあるように思われる。

こうして何れの立場も、結果として、不登校児が通えないままの環境に留まっている既存の
学校に、「そのままでもいいよ」との暗黙の「お墨付き」を与えていることになっているのでは
ないか、と懸念する。

不登校をめぐる従来の議論に対して、自らも不登校だった経験を持つ貴戸理恵は、「不登校を
『肯定』したり『否定』したりしながら、不登校者本人の現実感に沿うよりも、〈管理者〉とし
て、〈専門家〉として、あるいは不登校の子を持つ〈親〉として、また彼らに寄り添う〈居場
所〉関係者〉として、それぞれの立場から『一貫したあらずじ』を紡いできたのではないだろ
うか」とした上で、『「不登校によるマイナス」を告発しながら、不登校を『肯定』するという
回路がない』こと、すなわち、「当事者」が不在であることを鋭く指摘する⁽¹⁵⁾。こうした「当事
者が不在」の議論からは、学校に行きたくとも行けない子ども自身が、「教育を受ける権利」の
主体として、自らが通える環境にない学校に対してどのような改善の要求ができるのか、は明
らかにされ難いのではないか、と思われる。

そこで、本稿では、不登校の子どもの「教育を受ける権利」という観点から、現に今、この
瞬間を悩んでいる、学校に行きたくとも行けない子ども（あるいは、その親）自身が、既存の
学校に対して、憲法上、どのような根拠に基づき、何を要求しうるのか、を考えてみたい。し
かし、憲法学や教育法学でも、不登校の子どもの「教育を受ける権利」についての検討は、ほ
とんど手付かずのままだと言ってよい。それはなぜなのだろうか。まずは、その原因を探るこ
とからはじめたい。

3 なぜ不登校の子どもの「教育を受ける権利」が問題とされてこなかったか

(1) 概説

子どもも人権の享有主体としてみる憲法学においても、不登校の子どもの「教育を受ける権
利」については、十分検討されているとは言えない。それは何故だろうか。以下、その理由を
私なりに少し考えてみたいと思う。結論を先取りして言えば、不登校の子どもの「教育を受け
る権利」が十分検討されてこなかった理由のひとつは、憲法学が前提としてきた個人像にある

のではないかと、思われる。まずは、憲法学の通説的見解が、どのような個人像を想定しているのか、概観することにする。

(2) 憲法学が前提とする個人像 — 総論的考察 —

① 通説的見解

憲法13条前段は、「すべて国民は、個人として尊重される」と定める。これは、すべての価値の根源が個人にあることを意味するとともに⁽¹⁶⁾、基本的人権の尊重、平和主義、国民主権といった憲法の三大原則の礎となるものである⁽¹⁷⁾。この個人をどのようなものとして想定するのかは、憲法解釈あるいは人権論をどう展開するのかに直結する重大な問題である⁽¹⁸⁾。

それでは、憲法学の通説的な見解では、この個人を、一体どのようなものとして想定してきたのだろうか。代表的な論者の見解を概観することにしよう。

1) 奥平康弘説

人権とは、実定法の外にあり、「野性味ゆたかで生きのいいじゃ馬みたいなもの」⁽¹⁹⁾であり、「これをひとびとが憲法的秩序に適合するように飼い馴らすことによって『人権』は『憲法が保障する権利』となる」⁽²⁰⁾と説く奥平康弘によれば、人権の主体の中軸は、「最小限の程度において理性的な判断能力を備えている者、もっといえば、関連情報が与えられることにより、自分の行為の目的を自主的に選択し、目的適合的であるためにはなにが必要かということ自主的に判断して、自己の責任において行為する主体」であるところの、いわば「一人前の人間」を想定してきた、という⁽²¹⁾。その意味では、「こども、ある種の老人、精神障害者、脳疾患者」などは、「一人前とはいえない」のであり、したがって、「子どもの『人権』」「老人の『人権』」という枠組みで、「一人前の人間の『人権』とは違った、まさにこどもに特別な、あるいは老人に固有の、『権利』がそれぞれ『人権』として語られているのがつねである」という⁽²²⁾。

2) 樋口陽一説

「Human Rights は、必ずしも『温かくてやすらぎのある』という意味で Human な生き方をもちたしてはくれない」という樋口陽一によれば、憲法が前提とする個人像は、「個人の自立と自律を前提とし、自己決定の結果に責任を負いつつ公共社会をとりむすぶ、という人間像」、すなわち、「強い個人」像であり、それは「人によっては inhuman とと思われるような生き方を要求する」ものだ、と説く⁽²³⁾。

しかし、樋口は、上にみたように、憲法が前提とする個人像を「強い個人」と解しているけれども、「ほんとうに強い個人は、権力を持って」おり、「私人相互間であれ、まして公権力との関係で権利を主張する必要にせまられるのは、弱者である」が、「しかし、弱者が弱者のままでは、それによって担われる『権利』は、恩恵的、慈恵的な性格にとどまる」ことから、憲法が前提とする個人像は、「強者であらうとする弱者」でなければならない、と述べていることから⁽²⁴⁾、「強い個人」という個人像を固定的な、あるいは、静態的なものとして捉えているわけではない。

3) 佐藤幸治説

「人格的自律」をキーワードとして人権論を展開する佐藤によれば、憲法は、「人間や社会のあり方に関する基本的な見方・考え方」⁽²⁵⁾である道徳理論を措定し、人権とは、その道徳理論から導き出された道徳的権利である、という。そして、日本国憲法が措定するのは、「各個人が社会にあってそれぞれ自己の幸福を追求して懸命に生きる姿に本質的価値を認める道徳理論」⁽²⁶⁾

であり、ここに人権とは、「そうした自律的存在として自己を主張し、そのような存在としてあり続ける上で不可欠の……権利」⁽²⁷⁾である、と説く。

また佐藤は、奥平説や樋口説を引き合いに出し、『『人権』の主体として奥平教授は、「一人前の人間」、樋口教授は「強い個人」を想定されるのに対し、私は、十全の自律性ないし理性的判断能力を備えたそうした個人を基本に据えながらも、自律性獲得・維持の過程も射程に入れて『人権』を捉えるべき⁽²⁸⁾だとしている点で違いがある、と説く⁽²⁹⁾。憲法が前提とする個人像を動きのあるものとして解している⁽³⁰⁾。

② 小括

以上から、憲法学の通説的な見解は、憲法が前提とする個人像を、「一人前の人間」や「強い個人」、あるいは「自律的な個人」として、想定してきたことが分かる。このことを、本稿の検討課題に引き寄せて言えば、これまでの憲法学は、「学校に行きたくとも行けない」という、ある種の「弱い個人」をそもそも前提としていないのである。詳細は後述するとして、ここではごく大雑把に言えば、憲法 26 条 1 項が国民に保障する「教育を受ける権利」も、かつては専ら教育の機会均等を実現するための経済的配慮を国家に対して要求する権利と解されており⁽³¹⁾、そこではあくまでも経済的な理由さえクリアできれば、当然、学校に行けるという強くたくましい個人が想定されていた、と考えることができるからである。

したがって、このような個人像を前提とした憲法学では、不登校の子どもの「教育を受ける権利」をどう考えるのか（不登校児が通える制度設計ないし学校作りをどうすべきか、それを学校に求める権利を憲法 26 条 1 項にどのように読み込むべきか、など）、については、主要な考察の対象とはされ難い。こうして問題は、憲法が前提とする個人像、まずは、これを考え直してみる必要があるのではないか、ということになる。

③ 阪本説

憲法学説では、上記①でみた支配的な見解に対して異論がないわけではない。阪本昌成は、「道徳的で人格的な価値を優越的であるとは考えない」⁽³²⁾という立場から、「自律的な個人」という個人像には、次のような欠陥があること鋭く指摘する。すなわち、①現実の人間は、それほど自律的ではないこと、②自律という茫洋とした概念が、倫理学でいう「人格」と合体して、道徳的・合理的な存在であって初めて人に値する、という限定的な人権概念となりやすいこと（換言すれば、「正しい一つの答」を求めるために、「正しくないと思われる個人の選択」、すなわち、自律的ではない人間をはじき出してしまいがちとなる）、③人権なる概念は、本来、他者関係的であるため、自律性に言及するだけでは不十分であること、などの指摘である⁽³³⁾。こうして、阪本教授は、「各自の自己愛追求に対して強制を加えないことこそ、個々人にとって、また、個々人の総和にとって、望ましいことでもあり、必要なことでもある」⁽³⁴⁾とし、「人権の基盤を、理想的な公民にとっての必要な利益に求める超越論を避けて、『ありのままの人間』の特性に求めた」⁽³⁵⁾という⁽³⁶⁾。

④ 私見——「揺れ動く個人」像？——

1) 「自律的な個人」か「ありのままの個人」か、という二項対立的な議論と子ども存在憲法が前提とする個人像を、どのように想定すべきか。以上、散見してきたように、議論の

状況は、「自律的な個人」か、「ありのままの個人」か、といった二項対立的な様相を呈している⁽³⁷⁾。こうした二項対立的な理解は、「おとな」を前提とした場合であっても、適切なものとは言いがたい。なぜならば、「おとな」だからと言って、物事を客観的に捉え、いかなるしがらみにも囚われることなく、いつでも合理的かつ理性的に意思決定をして、行動できるわけではない（つまり、自律的な個人ではない、その意味で「ありのままの個人」だ、ということ）。しかし、だからといって、「おとな」はいつでも打算的で非合理的な判断しかできないのか、というと、そういうわけでもない（つまり、自律的な個人である場合もある、ということ）。とどのつまり、人間は、そもそもそうした単純な枠組みでは捉えきれない存在なのである。ましてや、それが「おとな」ではなく子どもとなると、なおさらである⁽³⁸⁾。

上に見た佐藤説は、自律に向かっている、未だ自律的ではない個人をも含めて考えられているため、二項対立的だ、との批判がそのまま当てはまるとは思われない。しかし、同説は、あらゆる個人が「自律に向けて行動する」⁽³⁹⁾ことを前提としており、そうした前提それ自体が、「人権の基礎づけ論の重大な難点」であり、「人権論の基礎に、論者による恣意的な人間像設定という混沌を見出してしまった」⁽⁴⁰⁾との批判は免れ得ないだろう。

2) 「揺れ動く個人」という想定？

どのような個人像を想定すべきなのは、憲法解釈論を展開する上で、もっとも基幹的な問題である。だからこそ、多様なタイプの個人を取り込める、そういう意味で、間口の広いものとしておく必要がある。なぜならば、憲法の基幹的なところで、あまりに間口を狭くして理論を構築してしまうと、多様な個人のほとんどが憲法上例外として扱われてしまうことになりかねないと思うからである（例えば、女性の、子どもの、障害者の、高齢者の……などのように）。したがって、そうならないために、より多くの多様な人びとを取り込める、「自律的な個人」というフィクションよりましなフィクションを構想する必要があるのではないか、と思う⁽⁴¹⁾。では、一体、我々は、憲法解釈論を展開する上で、どのような個人像を想定すべきなのだろうか。

この点を考える上で、必要となるのは、次のようなことであろう。すなわち、『『理性的』というアイデンティティを確立するには、『非理性的』な人々を指ささなければなら』ず、「あのようなことをしているあの人たちと、われわれとは違うという」ことを言わなければならないのであり、「能動的/受動的、精神/身体、そして男/女などの一連の二分法がこのようにして生まれた」⁽⁴²⁾のだということ、そして、「いかなる近代法体系も、ある特定の人間像を主役とし、ある特定の理想状態の変奏曲を奏でる、ひとつの自己完結した物語」であり、「結果として、法律は、言葉で書かれた各条文という《台本》に呈示されていない・予想されていない人々を、その庇護の下から排除することになる」⁽⁴³⁾ということ、これらを念頭においた上で、「法体系の文言をただなぞるだけではなく、その内部で抹消されているさまざまな人々、集団をみつけだし、救いだし、唯一無二の状況でそれらと出会うこと、そして既存の法体系や解釈理論に取り込む」⁽⁴⁴⁾ということである。

こうした観点から、私は、あくまで、「ありのままの個人」か「自律的な個人」か、といった二分法的な枠組みで「個人」を捉えるのではなく、「ありのままの個人」が、「自律的な個人」に向けて試行錯誤して日常を生きる、まさにその様を、動的に捉えること、そして、それは、「ありのまま」から「自律」へ、といった方向に向けて試行錯誤する動的な「個人」像はもとより、行きつ戻りつをくり返す、そうした意味では、「自律」から「ありのまま」へといった方向に向けての意味でも動的な個人というものを、パラレルに捉えることが必要だと考える。

こうして、憲法が想定すべき個人像とは、言ってみれば、「揺れ動く個人」とでも呼ぶべきものではないか、と考えられるのである⁽⁴⁵⁾。

(3) 憲法学が前提とする個人像 — 各論的考察 —

憲法学が前提とすべき個人像についての私見は、上に述べたとおりであるが、今度は、憲法26条解釈をめぐる学説で、どのような個人像が想定されてきたのかを各論的に見ておくことにしよう。

従来の憲法学説は、憲法26条の「教育を受ける権利」を、教育の機会均等を実現するための経済的な配慮を国家に対して要求する権利と解していた。そこでは、「教育を受けるに必要な能力」があるにもかかわらず、経済的な理由により修学が困難な子どもに対し、国は、奨学の方法を講ずる義務がある、とされ、「教育を受けるに必要な能力（学力、健康など）」以外の理由に基づく差別は許されないと解されていた⁽⁴⁶⁾。

こうした従來說に対して、教育学者の堀尾輝久から、憲法26条の第一義的な意義は、「子どもの権利（児童観）及び権利としての教育（教育観）の確認……にこそ求められるべき」であり、「教育を受けること、より積極的には、学習することが、子どもの……幸福追求のための基本的権利の一つとして認められた点こそが強調されなければならない」が、憲法学者の議論では、こうした『「教育を受ける権利」の画期的意義については殆どふれられて』おらず、『「教育を受ける権利」の意義は十分に認識されているとは言い難い』との批判が出されることになる⁽⁴⁷⁾。こうして堀尾は、「教育を受ける権利」を、発達可能態としての子どもの存在から理解しようとする見解、すなわち、学習権説を主張し、現在において、憲法学においても通説的な見解をしめるに至っている⁽⁴⁸⁾。

ここに学習権とは、発達可能態としての子どもが、自らの可能性を全面的に開花させるために、教育を受けて学習し、人間的に成長・発達していく権利であるとされ、子どもの権利の中核をなすものとされている⁽⁴⁹⁾。そして、学習権の「実定法的表現が『教育を受ける権利』であるという⁽⁵⁰⁾。この学習権説を裁判上はじめて採用したのが、周知のように、第二次家永教科書検定訴訟の第一審判決（東京地判1970年7月17日。いわゆる「杉本判決」）である。これによると、「子どもは将来における可能性を持つ存在であることを本質とするから、将来においてその人間性を十分に開花させるべく自ら学習し、物事を知り、これによって自ら成長させることが子どもの生来的権利であり、このような子どもの学習する権利を保障するために教育を授けることは国民的課題である」と判示している⁽⁵¹⁾。

ともあれ、上にみた説のどちらも、自律的な強い個人像を想定していると言えそうである。というのも、経済的権利説は、経済的な支援さえしてやりさえすれば、学校には当然通える強い子ども像が想定されていると考えられるし、また学習権説が前提とする子ども像も、「将来においてその人間性を十分に開花させるべく自ら学習し、物事を知り、これによって自ら成長させる」ような自律的で強い子ども像であると言える。したがって、いずれの学説からも、本稿が対象とする不登校の子ども（の「教育を受ける権利」）は見落とされがちになるのである。しかし、そうは言っても、両説とも、不登校の子ども（の「教育を受ける権利」）をちゃんと位置づける素地が、全くないわけではない（この点については、後述（「4(3)①」）することにする）。

4 検討——不登校児は「教育を受ける権利」から何を保障され、何を主張しうるか？——

(1) 問題の所在

上に見た「揺れ動く個人」という想定は、女性、子ども、高齢者、障害者などを、もはや「一人前の人間ではない」とは考えない。彼らの権利を、「一人前の人間」の権利の例外としてではなく、原則として位置づけようとする。こうして、ある種の「強い個人」を想定する、これまでの憲法解釈論の下で、主要な考察の対象とはされてこなかった不登校の子どもの「教育を受ける権利」が、憲法 26 条 1 項解釈の主要な考察対象として位置づけられることになる。こうした観点からみると、「強い個人」を前提としたこれまでの憲法 26 条 1 項解釈には、次のような問題があることに気づく。

第一に、「強い個人」を前提とした憲法学説の下では、「人格の完成」（教基法 1 条）を目的として行われる「教育」にとって欠くことのできない、異質で多様な他者が混在する「関係性の豊かな環境」を整備保障できず、したがって、憲法 26 条 1 項がすべての国民に保障する「教育」それ自体を空疎なものにする危険性がある、ということである⁽⁵²⁾。

第二に、憲法 26 条 1 項が保障する教育機会の平等を、真に意味のあるものとするためには、憲法 26 条 1 項が、教育機会の平等を保障すると同時に、教育結果⁽⁵³⁾の平等をも保障するものと解さなければならないが、従来の憲法学説、とりわけ経済的利益説では、一般に、教育機会の平等保障に比重が置かれ、実質的平等は、あくまで「教育を受けるに必要な能力」以外の理由によって教育機会の平等が保障できない場合に、それを保障するために必要な限りで、経済的な側面にある種特化した形での条件の平等（奨学の方法）までが認められるにすぎないと解されるに留まり、教育機会の平等の保障にとって、教育結果の平等保障が、実は切っても切れないほど重要な意味を持つことに気づかれなかった、ということである。教育における公正な平等とはいかにあるべきか、検討しなければならない。

以上の二つの問題について、以下、検討していくが、第一の問題と第二の問題は、相互に密接な関わり合いがある。

(2) 「教育を受ける権利」と「関係性の豊かな環境」保障

「強い個人」を前提とする憲法 26 条 1 項解釈は、障害を持っているわけでもなく、経済的な問題があるわけでもない、いじめられているわけでもない、学校に行きたいとさえ思っているが、しかしなお行くことのできない子どもの存在を想定してこなかったために、「人格の完成」（教基法 1 条）を目的として行われる「教育」にとって欠くことのできない、異質で多様な他者が混在する「関係性の豊かな環境」を整備保障できず、したがって、憲法 26 条 1 項がすべての国民に保障する「教育」それ自体を空疎なものにする危険性がある、と述べた。それはどういうことか。

周知のように、憲法 26 条 1 項は、「すべて国民は……その能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利を有する」と述べ、その「教育」は、教育基本法 1 条によれば、「人格の完成」を目的として行われる。ここに、「教育の目的」（教基法 1 条）である「人格の完成」を、子どもによってなされる、自分が何者であるのかについての探求のプロセスだと解すれば⁽⁵⁴⁾、憲法 26 条 1 項は、すべての子どもに「教育を受ける権利」を保障したことの前提として、まずは、この探求を可能にする環境をすべての子どもに保障することを学校に要請しているものと考えられ

る。

そもそも人間は、自分が何者であるのかにつき、「他者」との応答、あるいは、「他者」との関係性の連鎖の中でしか了解できない。「自分を自分として見るためには、少なくとも『他者』の視点を取り入れなければならない、それを經由してはじめて自己意識が可能となる」⁽⁵⁵⁾のであり、「アイデンティティ（自己同一性）も、『他者』との関係を前提としており、『他者』との関係性のうえに成立している」⁽⁵⁶⁾と言える。したがって、「人格の完成」を究極の目的とする「教育」を行う学校は、異質な他者が混在する、いわば「関係性の豊かな環境」を整えなければならないことになる。

ここに、「関係性の豊かさ」とは、「多様な生の諸形式が交錯し、衝突し、刺激しあい、誘惑しあうことにより、互いの根を深め、地平を広げあうような豊かさ」であり、「多様なものが棲み分けるのではなく、むしろ相互に侵犯しあうことにより、互いを活性化し、ダイナミックに発展してゆくような豊かさ」⁽⁵⁷⁾である。そして、「人格の完成」にとって必要な「関係性の豊かな環境」とは、子どもが、「少数者の異質な価値観や視点との接触交流」を図り、「支配的な価値観・問題意識の歪みや限界を自覚し、それを深化させる重要な機会」を得ることのできる環境であって、「異質な少数者を対等な存在として受け入れること」を通して、「多数者一人一人が、自らの規格化された生のありようを反省し、自己の潜在的な異端性・少数者性を発見することにより、個的創造性を解放し発現させる機会」⁽⁵⁸⁾を得ることのできる環境を意味する。

こうした環境の中で、子どもは、はじめて、異質で多様な他者との自由な応答を通じて、自らが何者であるのか、どのような自己像を選び取るのか、について、自由に想像し試行錯誤して、(いわば、「自己」決定権の主体たる)「自己」像を探り当てることが可能となる。なお、子どもにとって、「関係性の豊かな環境」が保障され、異質で多様な他者との自由な応答を通して、子ども自身が、どのような「自己」を選び取るのか、あるいは、選び取らないのか、について、自由に想像を巡らし試行錯誤することは重要な意味を持ち、これが権利として保障されることは、子どもにとって、とりわけ重要である⁽⁵⁹⁾。ここでは、この権利を「イマジナリーな領域への権利」⁽⁶⁰⁾と呼ぶことにしたい。

ともあれ、「関係性の豊かな環境」は、上述のように、異質で多様な他者の存在があって成り立つ。不登校の子どもが学校に見切りを付け、フリー・スクールなどの学校以外の代替教育施設に希望を託す一方で、学校という場が、難なく登校できる子どもだけの集団になるとき、学校は、もはや子どもに対して、「関係性の豊かな環境」を提供することはできない（この点は、フリー・スクールに対しても言い得ることである）。このような事態は、憲法26条1項が保障する、「人格の完成」を目的として行われる「教育」を空疎なものとし、もって、登校できる子ども、不登校の子ども双方の「教育を受ける権利」を空疎なものとしてしまう、と言ってよい⁽⁶¹⁾。

「人格の完成」を目的とする「教育」にとって、上記の「関係性の豊かな環境」は欠くことのできない環境である。言うまでもなく、「関係性の豊かな環境」の中で、どのような自己になるのかについて、自由に想像し試行錯誤すること（したがって、「イマジナリーな領域への権利」を行使すること）は、まずは教育機会の平等として、すべての子どもに開かれていなければならない。ただ、学校が、教育機会の平等保障の前で立ち止まってしまうと、特定の子どもにとって、学校が極度の緊張をもたらす環境になっている場合に、そうした子どもが学校に行けないとしても、教育機会の平等論は、学校ないし教室の扉が、形式上、すべての子どもにただ開かれていることを要請するものであるところ、特定の子どもに対して、学校が教室の扉を意図的、

物理的に閉ざしている場合でない限りは、子どもの「教育を受ける権利」によって学校が負っている憲法上の義務は、原則として果たされたものと解されてしまうのである。

しかし、「人格の完成」を目的とする教育にとって必須であるはずの「関係性の豊かな環境」とは、難なく学校に居られる子どもだけでは現れ得ないものである⁽⁶²⁾。日本においては、(義務教育段階ではなおさらであるが) 主たる教育が、長らく「学校教育」とされてきたことからすれば、学校に「関係性の豊かな環境」を整えることは、喫緊の課題となる。ただ、憲法・教育関係法上、そうした環境は、何も学校という場に限りて整備されなければならないわけではなく、むしろその逆で、学校以外のあらゆる場において、「教育の目的」である「人格の完成」にとって必須の「関係性の豊かな環境」が整備されなければならないのである。

先にも触れた学習権説によれば、教育施設は、それぞれの子どもの成長発達のかたにに応じた適切なものでなければならないはずであり、そうした適切な教育施設を整備することを国に要求する権利が憲法 26 条 1 項の「教育を受ける権利」によって保障されている、と解されているし、また教基法 10 条 2 項も、「教育行政は……教育の目的を遂行するに必要な諸条件の整備確立を目標として行われなければならない」(傍点は引用者)としている。さらに、教基法 2 条が「教育の目的は、あらゆる機会に、あらゆる場所において実現されなければならない」(傍点は引用者)としていることからすると、本来、フリー・スクールなどの学校以外の場も、不登校の子どもが行くところ、というのではなく、すべての子どもにとって、学校とともに第一的な選択肢となるような、あらゆる子どもが集える環境作りをする義務が、国には課されている。が、しかし、現状は、学校以外の学習の場は、あくまで学校に行くことのできない例外的な子どもが、緊急避難的に身を寄せる二次的な場と成り下げられている⁽⁶³⁾。主たる教育が「学校教育」となっている日本では、「教育を受ける権利」は、実のところ、学校に行くことのできる、ある種の「能力」を持ち合わせた子どもの「特権(?)」となっているのではないかとさえ疑いたくなる。

こうした状況は、「公正としての正義」から許されるものではない。価値相対主義を打破し、功利主義にとってかわるべき実質的な正義原理を体系的に打ち立てたロールズは、人々がいかなる善き生の構想を持つ場合においても、価値ある生の実現に不可欠の役割を果たす基本財(primary goods)の一つとして自尊(self-respect)をあげ、これを基本財の中でも、おそらくもっとも重要なものである、とみる⁽⁶⁴⁾。基本財が社会内で適切に分配されることが、人々がもつ多様な価値を調和させ、よりよい社会を作り上げる条件であって、よく知られている正義の二原理も、この基本財をいかに公正に分配するかにかかわる原理に他ならない。自尊というものに以上のような位置づけを与えるのは、「個々人が選び遂行する善き生の構想のそれぞれを尊重し、個々人の多様性・独自性が可能な限り展開・発展されうような社会的条件を整備」し、もって「自尊の基礎が掘り崩されることのない社会」を構築しようとするからである⁽⁶⁵⁾。自らが何者であるのかの探求のプロセスが、「人格の完成」であるとするれば、それにとって必要なのは、「関係性の豊かな環境」である、と前述した。この「関係性の豊かな環境」の中で、子どもは、他者の存在を前提として自己像を選び採る。自分が何者であるのかを全く知らなければ、そもそも自尊など抱きようがない。

また、学校に行くことができる「能力」を備え持つかどうかは、不登校の子ども本人が自ら選択できるものではない。こうした自然的偶然によって、自尊を抱くに必須な「教育」という社会的サービスの分配に不平等が生じることは、自然的偶然によって社会的なサービスである

教育を受けられない状態にある不登校の子どもの利益を最大化する場合以外には認められない、と言えるだろう。これはロールズの格差原理から教えられるところである⁽⁶⁶⁾。つまり、国には、こうした不公正な差別を是正するために、不登校の子どもに対して積極的な教育サービスの配分を行うことが求められることになる。主たる教育を「学校教育」としながら（したがって、学校以外の学習の場を二次的・例外的なものとして見なしておきながら）、自らは変革しようとはせず、学校から不登校の子どもを結果として排除し、学校に来ることのできない子どもの側を例外と位置づけ、学校に「適応」しうるよう「指導」し、終業年齢に達するまでに適応させられない場合には、「卒業」だとして、子どもの「教育を受ける権利」に対応した義務を実質的に放棄している現況は、「公正としての正義」に反し許されるものではない。

また、個々人の根源的な平等を確保する権利である「平等な配慮と尊重への権利」を、様々な善き生の構想を尊重するリベラリズムの核心をなすものとするドゥオーキンによれば、国による個人の取扱いの平等とは、「一律に平等に扱うこと (equal treatment)」ではなく、「対等者として扱う (treatment as an equal)」ことを意味し、国が個々人の間に格差をつけることを許されるのは、各人を平等な者として取り扱うに必要な限りにおいてである、とされる⁽⁶⁷⁾。主たる教育を「学校教育」とし、その結果、学校以外の場を二次的・例外的なものとして位置づけ、もってそこに通う不登校の子どもを、学校に「適応」できない例外的な存在、すなわち、「適応」を「指導」される存在とみなすことは、不登校の子どもを「対等者として扱う」ために是非とも必要なものとは言い難い。

ともあれ、「人格の完成」を目的とする「教育」、それを受ける権利を保障したことの当然の帰結として、「教育を受ける権利」に対応した義務を負う立場にある学校⁽⁶⁸⁾は、前述した「関係性の豊かな環境」を、すべての子どもにもれなく継続的に保障するような環境を整備する義務を負う。それを実現させるためには、学校が、ただ教育機会の平等の前に立ち止まることを許さず、すべての子どもが実質的に上述の環境にアクセスでき、もって、「教育を受ける権利」を十全に保障されるような、実質的な手だてを講ずることを学校に義務づけるような憲法 26 条 1 項解釈を探ることが必要ではないか、と思われる。問題は、教育における公正な平等とは何か、ということに行き着くが、これについての本格的な検討を進める十分な用意は、今の私にはない。したがって、以下では、私の不十分な覚書を記すにとどめざるを得ない。

(3) 「教育を受ける権利」と教育における公正な平等

これまで、教育における平等とは何か、ということについて、主に教育機会の平等をいかに保障するか、ということに軸足を置いて議論が展開されてきた⁽⁶⁹⁾。しかし、大切なのは、教育における平等を、単なる教育機会の平等と捉えて、「教育機会の平等の達成によって、教育結果の不平等を隠蔽すること」があってはならず、憲法 26 条 1 項の「その能力に応じて、ひとしく」もそのような観点から解釈されなければならない、ということである。

そこで、以下では、第一に、前述した憲法 26 条をめぐるふたつの学説で、教育における平等、というものを、どのように考えてきたのか、第二に、教育における公正な平等とはいかにあるべきか、という観点から、教育における機会の平等と結果の平等との関係をどのように考えるべきなのか、について、若干の問題の整理をしてみたい。

① 学説——「その能力に応じて、ひとしく」の捉え方——

学説において、教育における平等をどう考えてきたのかは、結局のところ、憲法26条1項の定める「その能力に応じて、ひとしく」をいかに解してきたのか、にかかわる。

先にも述べたように、従来の通説である経済的権利説は、憲法26条の「教育を受ける権利」を、教育の機会均等を実現するための経済的な配慮を国家に対して要求する権利と解していた。そこでは、憲法26条1項の「その能力に応じて、ひとしく」も、「教育を受けるに必要な能力」があるにもかかわらず、経済的な理由により修学が困難な子どもに対し、その教育機会の平等を実現するために、経済的な援助を講ずることを国に義務づけたものであると解され、「教育を受けるに必要な能力（学力・健康など）によって差別されるのは当然である」⁽⁷⁰⁾とされていた。また、経済的権利説では、憲法26条にいう「教育」とは、学校教育以外の教育である「社会教育をも含む」とされているけれども、「主として、学校教育を意味する」⁽⁷¹⁾ものとされている。

義務教育段階にある子どもにとっては、（是非は措くとして）主たる教育は、現状としても、「学校教育」となっている。こうしたことからすると、子どもにとって、自らの「教育を受ける権利」が十全に保障されるためには、今のところ、「学校」に行くことのできる「能力」が必要となりそうである。経済的権利説で言うところの「教育を受けるに必要な能力（学力・健康など）」に、「学校に行くことのできる能力」が含まれるとすれば、学校に行くことができない不登校の子どもは、経済的権利説で言われるところの「教育を受けるに必要な能力」がない者とされ、結果として「学校教育」を受けられないという状況も、当然許されることになりそうである。

しかし、仮に、「教育を受けるに必要な能力」に「学校に行くことのできる能力」が含まれない、と考えることができるとすれば、次のように考えることもできるのではないか、と思う。すなわち、「学校に行くことのできる能力」を欠く不登校の子どもが、「学校教育」を受けられないのは、経済的権利説の言う「教育を受けるに必要な能力」以外の差別にあたり、経済的な事由に対してのみ「奨学の方法」を講じる現在の制度は不十分であり、「学校に行くことのできる能力」を欠く子どもに対しても、「学校教育」を受けられるような、何らかの広く厚い具体的な保障が用意されなければならない、と。

次に、近時の通説である学習権説である。これについても先に述べたが、「教育を受ける権利」を単に経済的な側面からのみ理解しようとした経済的権利説に対する批判として主張されたものであった。学習権説よれば、憲法26条1項の「その能力に応じて、ひとしく」は、「教育を受けるに必要な能力」以外の事由による差別は許されないのはもとより、子どもの心身の発達の仕方に応じて、なるべく能力発達ができるような「教育」を保障するものと解するのである⁽⁷²⁾。したがって、学習権説からは、不登校の子どもにも、その成長発達の仕方に応じた、できるだけ能力発達ができるような「教育」が保障されることになる。

しかし、学習権説のいう「すべての子どもが能力発達のしかたに応じてなるべく能力発達ができるような教育」が、12万3千人いる不登校の子どもに、どのような教育を保障しようと考えているのか、明確ではない。登校できる子どもとできない子どもをそれぞれの必要に応じて分離して教育するのか、しないのか。仮に、それぞれの必要に応ずる、ということで、それぞれ別学にする、というのであれば、それは、学校以外の学習の場が第二的な選択肢となり下げられている現状の下で、「人格の完成」を目的とした「教育」、それを受ける権利を保障した憲法26条1項との関係で問題がないのかどうか。さらには、教育における平等をどう考えるの

か(機会の平等から結果の平等までの間のどこにその適正で公正な平等を求めていくのか)。つまりは、そこで言われる「『すべての子どもが能力発達のしかたに応じてなるべく能力発達ができるような教育』というのが一体どういう教育をイメージしているのか、この先に存する具体的な姿が制度論としてうまく結びついて来ない」⁽⁷³⁾という難点がある。

以上のような議論の中で、憲法 26 条 1 項の「その能力に応じて、ひとしく」を、「『教育機会の均等』が、教育機会の平等の達成によって、結果の不平等を放置・隠蔽することのないような捉え方をすべき」⁽⁷⁴⁾であると説く中川は、背反しがちな機会の平等と結果の平等のいずれをも両立させる観念として、個人の能力それ自体を等しく継続的に保障しようとする「公正なアクセスの平等」の、教育における適応可能性を探る⁽⁷⁵⁾。

この「公正なアクセスの平等」は、「義務教育段階において、すべての子どもに対して平等に開かれている(はずの)教育の場」に、不登校の子どもも「公正にアクセスして、その能力を等しく継続的に保障するように配慮することを求めるものであり、その場へのアクセスが毀損されているときには、公正の観点からその回復を図ろうとするもの」⁽⁷⁶⁾である。

② 教育機会の平等保障と教育結果の平等保障 — Walzer と Howe の議論から —

教育というサービスは、「才能 (talent)」によって配分されることを主張する、「複合的平等論」を展開したウォルツァーは、非高等教育機関(とりわけ、初等教育)においては、教育機会の平等保障のみならず、教育結果の平等が目指されているという⁽⁷⁷⁾。ウォルツァーによれば、初等教育においては、「子供に読むことを教えることは、(たとえば)文学的批評を教えるひとはそうではないとしても、結局は平等の営み」であり、「読書指導をする教師の目標は平等の機会を提供することではなくて、平等の成果〔=結果〕に到達することである」⁽⁷⁸⁾という。

なるほど、学校や教師が、そうした教育結果の平等をすべての子どもに対し平等に保障するよう取り組み、ただ「読み書きを教える教室の扉は、この学校に入学してきたあなたたちのすべてに開かれていますよ、どうぞご自由に入室してください、しかし、文字を読めるようになるかどうかはわかりません」という教育機会の平等のみを保障しただけでは、およそ子どもの「教育を受ける権利」は満足に保障はされない。

こうした契機を含む教育機会の(機械的?)平等論は、次のような問題を生じさせる。すなわち、学校あるいは教室が、ある特定の子どもにとって、非常に強い精神的あるいは肉体的な緊張や葛藤を生じさせるような環境で、当該子どもが学校あるいは教室に行けない場合であったとしても、教育機会の平等論によれば、教育の扉がどの子どもにも閉ざされてさえないければよく、学校は、憲法上、何らの違反に問われることはない、ということである⁽⁷⁹⁾。

しかし、子どもを取り巻く現実社会の状況は、「一定の〔教育〕結果が個人の教育歴のある段階までに達成されていないなら、その後にはその人に開かれるはずの教育の機会という枝は、大きく刈り込まれてしまう」⁽⁸⁰⁾のであり、このことを考えれば、「教育の機会と結果とは分かつことができ」⁽⁸¹⁾ず、「真の教育機会、つまり求めるに値する教育機会をもつためには、あらかじめ何らかの結果が得られていなければならない」⁽⁸²⁾と考えることに、合理的な理由が認められてよい⁽⁸³⁾。

こうして、憲法 26 条 1 項によって、教育機会の平等が保障されているということは、それと同時に、ある種の教育結果の平等も保障されていると解しなければ、およそ同条項が教育機会の平等を保障したとは言い得ない、と言い得る余地がある。憲法上、子どもの「教育を受ける

権利」に対応した義務を負う学校には、原則として、子どもの以後の人生に開かれている（はずの）教育機会の平等を意味あるものとするために、子どもに対し、教育結果が平等に配分されるよう保障することが求められている（憲法 26 条 1 項、教基法 1 条、同法 3 条 1 項）、と考えられるのである。

③ 一応の小括 — 教育における公正な平等と多元的な平等原理 —

憲法 26 条 1 項は、「すべて国民は……その能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利」を保障している。「その能力に応じて、ひとしく」は、「憲法 14 条の平等原則が教育の領域に働くこと」⁽⁸⁴⁾、あるいは、憲法「14 条の平等原則が教育面でとくに強調されるべきこと」⁽⁸⁵⁾を意味している、と解されている。それでは、憲法 14 条 1 項にいう「平等」とは何を意味するのか。憲法 14 条 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」と定める。「平等」の概念は多義的であり、これが平等である、とはなかなか確定しにくい。一般に、憲法 14 条 1 項では、原則は、形式的平等保障であり、「実質的平等の保障は、形式的平等を実際に確保するための基盤の形成に寄与する限りで認められる」⁽⁸⁶⁾のものであると解されている。ただし、近時、事柄によっては、実質的平等（条件の平等）を確保しただけでは、真の平等とは言えない場合があり、そうした場合には、さらに徹底した実質的平等（結果の平等）を求めようという議論もある（例えば、アフーマティブ・アクション）。この点につき、通説は、憲法は結果の平等を容認することはあっても、積極的に要請しているとまでは言えず⁽⁸⁷⁾、実質的平等の実現は、「なにが実質的平等と呼ばれるにふさわしいかという問題も含めて、第一義的には社会権条項に託された課題である」⁽⁸⁸⁾と解している。

以上から、憲法 26 条 1 項は、形式的平等の保障を基本にしながらも、「能力に応じて、ひとしく」という文言からも明らかなように、何某かの実質的平等をも保障する趣旨に出たものであることは、周知のごとく、明らかである。問題は、社会権規定である「教育を受ける権利」が保障している実質的平等というものが、一体何を意味するのか（条件の平等までなのか、結果の平等をも含むのか等々）、である。これは、「教育」という事柄の性質に即して考える必要がある。

「教育」における平等を考えるにあたっては、「教育においては機会の平等保障が原則であり、結果の平等や条件の平等は例外的に適用される」というような、「教育」という営みのもつ多様な側面ないし性質を度外視した、一元的な平等論の適用を論ずるのではなく、「教育」という営みのもつ多様な側面ないし性質を大切に、どの側面ないし性質についての平等を考えようとしているのか、をまずは明確にしなければならないだろう。その上で、「教育」のある側面ないし性質を問題とした場合に、そこにはどのような平等論を妥当させることが、子どもの「教育を受ける権利」をよりよく保障することができるのか、を考えることが肝要である。したがって、教育における平等は、「教育」の多様な側面ないし性質に応じて、あらゆる平等論が多元的に適用されることによって達成されることになる。例えば、次のように、である⁽⁸⁹⁾。

義務教育段階の「教育」を受けることそれ自体は、（学校でそれを受けるのかどうかはともかくとしても）もれなく保障されなければならない性質のものである。したがって、もしこれが保障されていないような状況があれば、義務教育が受けられるように是正されることが要請されるだろう。これは、結果の平等論が妥当する側面と言えるだろう。また、子どもによってテ

ストの結果に異なりが生じるのは仕方がないことであり、これに結果の平等論の観点からは是正を求めることは妥当ではない。これは、言うまでもなく、基本的には、それぞれの子どもの理解力の差や努力の差から生じるものである。しかし、理解力の差に応じた事前の措置(例えば、補習授業)を講じて、理解力の差を少しでも埋め合わせて、できるだけ同じ到達度でテストが受けられるよう配慮することは、「教育」においては必要なことであり、これは、過程の平等論あるいは条件の平等論が妥当する側面だと言えるだろう。よく言われるように、学校においては、(是非はさておき)何か一つのことを仲間と一緒に作り上げ、その達成感や喜びを、全員で共有することが大切だとされていることが多い。これは、場合によっては、満足感とか幸福感といった福利の平等論が妥当する側面なのかもしれない。無論、こうした「教育」の営みに参加することは、すべての子どもに開かれている必要がある。これは、機会の平等論が妥当する側面であろう。そして、「人格の完成」を目的として行われる「教育」を受ける権利を保障された子どもには、そうした「教育」にとって必須の「関係性の豊かな環境」が、憲法26条によって「教育を受ける権利」を保障されていることの当然の帰結ないし前提として、もれなく保障されなければならない⁽⁹⁰⁾。ここには、結果の平等論が妥当する。

こうして、子どもの「教育を受ける権利」に対応した義務を負う学校は、「教育」における平等を、「教育」のもつ多様な側面ないし性質に応じて、かつ、様々な違いをもつ子どもの存在に応じて、多様な平等論を適用して、教育における平等の保障の実現に取り組むことが求められているのである。

5 おわりに — 冒頭の母親への、一応の応答 —

学校は、「ひとの自己形成を尊重し配慮することのできる公共的な制度」⁽⁹¹⁾でなければならない。学校は、子どもの「多元性を承認すると共にそこから生じるコンフリクトを最大限の感受性をもって解決することができるように、広く厚い分配と創造的な討議の可能性を担保できるものでなくてはならない」⁽⁹²⁾のである。そうだとすれば、それぞれの学校や一人ひとりの教師には、子どもの多様性を受け入れる度量が求められるのだ、と思う。それぞれの子どもの、それぞれの異なりを、それとして受け入れること、これができるかどうかが大変重要となるように思う⁽⁹³⁾。というか、学校や教師には、そうした子どもの個人としての異なりに、「画一」という名の網をかぶせることは、そもそも許されないのである。もっと語気を強めて言えば、学校や教師は、子どもの個人としての異なりはそれとして受容しなければならない、ということであり、「画一」という名の網をかぶせることを、「教育的配慮」ないし「教育的指導」という茫洋かつ空虚な言葉で正当化してはいけない、ということである⁽⁹⁴⁾。

不登校の原因は、色々だろう。ただ、学校には行きたいが行けない、どこが病んでいるわけでもない子どもを考えると、冒頭に紹介した母親の言葉を、それぞれの学校や一人ひとりの教師は、子どもの「教育を受ける権利」に奉仕する立場にある者として、重く受け止めなければならない⁽⁹⁵⁾。そして、そうした子ども(あるいは、その親)は、学校に行けない自分が悪い(あるいは、自分の子育てに問題があった)のではないかと自分を責め続けるのではなく、また、『『普通の学校』には、もう行けない』と決めつけるのではなく、自らには学校に対して種々の改善を求める、上述の権利が、憲法・教育関係法上保障されていることに、まずは関心を寄せてもらいたいと思う⁽⁹⁶⁾。

子どもにとって、学校や教室が異質で多様な他者との遭遇を可能にしない環境⁽⁹⁷⁾となっている場合、それは、「教育を受ける権利」を十分に保障したとはいえないのであるから、子ども(あるいは、その親)は、学校に対して、憲法・教育関係法上(憲法26条1項、憲法13条、憲法14条、教基法1条、同法3条1項、同法10条2項など)、異質で多様な他者との遭遇を可能とする「関係性の豊かな環境」を実質的に整備、提供、保障するよう求めることができ得る余地がある。「教育を受ける権利」は、確かに、教育の機会均等を保障し、また、それぞれの子どもの成長発達のかたかに応じた「教育」を保障するものであることが学説や判例によって明らかにされてきたが、今後は、「教育を受ける権利」を、「良好な学校教育環境の下で適正な教育を受けることに関する子ども(生徒)側の権利・自由⁽⁹⁸⁾」として、より積極的かつ具体的に、そしてなりよりも豊かに解釈する必要があるのではないか、と思われる。

「学校に行きたいが行けない」という葛藤と苦悩の渦の中にいる子どもたち、そして、その家族の方たちは、言うまでもなく、憲法上の権利の享有主体である。そして、その権利主張の相手方は、まずは、それぞれの学校や一人ひとりの教師である。不登校の子どもにも、登校できる子どもにも、「人格の完成」を目的として行われる「教育」には、異質で多様な他者の存在が必要となる。その意味する限りにおいて、不登校の子どもも、是非、既存の学校の在りように批判的に向き合ってもらいたいと思う。

追記

以上の議論には、検討を要する部分を多く残している。例えば、「揺れ動く個人」像も、いわば、浮遊する個人像を、人権論の基礎付けのための概念として用いることが妥当なのかどうか、また、教育における平等についても、宮寺晃夫『教育の分配論』勁草書房2006年に教を頂きながら検討を進めなければならない事項等々、挙げればきりがなく、多くの問題を残している。こうした諸点についての検討は、他日を期したい。

なお、不登校について、不勉強な私に考えるきっかけを作ってくれた、多くの「不登校関係者」(このような表現は適切ではないかもしれないが)の方たちに、末筆ではあるが、感謝申し上げます。

[註]

- (1) 子どもの人権にかかわっては、拙稿「学校における『日の丸』『君が代』問題の憲法・教育法学的検討——『囚われた』子どもの人権保障のために——」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル第10号(2004年1月)235頁～264頁、教師の「人権」にかかわるものとして、同「『教師』への職務命令に対する憲法・教育法学的検討——教師たる『個人』の人権・『教師』の職務権限・職責と職務命令との相剋の解を求めて——」北海道大学大学院教育学研究科紀要92号(2004年2月)63頁～77頁、同「教師の『人権』と職務命令——『君が代』ピアノ伴奏拒否事件を素材にして」季刊教育法第142号(2004年9月)71頁～79頁、子どもの人権の観点から職員会議の法的性質についての、これまでの学説や裁判例を再検討したものとして、同「職員会議の法的性質の再検討——子どもの人権の観点から——」北海道大学大学院教育学研究科紀要第96号(2005年6月)301頁～316頁がある。
- (2) ただし、内沢達「子どもの不登校と教育を受ける権利」日本教育法学会編『講座現代教育法2 子どもと学校と教育法』三省堂2001年44頁～57頁。
- (3) また、中川明『学校に市民社会の風を』筑摩書房1991年73頁～89頁も参照。
- (4) 中川前掲書註(3)49頁以下、同「障害を持つ子どもの就学について——教育を受ける権利の問い直し——」法学教室185号(1996年2月)2頁～3頁、同・後掲書註(7)38頁～57頁など。

- (5) 内沢・前掲論文註(3) 49 頁は、子どもが発する「本当は学校に行きたい」という言葉は、「額面どおりに受け止められないことが少なくない」という。
- (6) 無論、この主張がなされたときには、「登校拒否」という言葉が一般的に使用されていた時代であり、学校に行きたいが行けない、という子どもの存在は、あまり意識されていなかったのではないか、と思われる。
- (7) 本稿は、2005 年 10 月 30 日、札幌市社会福祉センターで行われた「不登校当事者・経験者の集い」に「アドバイザー」として招かれた際に、一部を発表させていただいた。また、この集いについては、2005 年 11 月 14 日付け北海道新聞「不登校を考える 下 重圧と偏見」で報じられている。
- (8) 2005 年度学校基本調査速報。http://www.mext.go.jp/b_menu/toukei/001/04073001/001.htm#youshi を参照。
- (9) 文部科学省も、北海道新聞 2005 年 8 月 11 日の記事によると、「減少局面に入ったとはまだ、断言できない。さらなる対策が必要だ」とする。
- (10) 貴戸理恵『不登校は終わらない』新曜社 2004 年 39 頁。
- (11) 貴戸・前掲書註(10) 38 頁。
- (12) この点、不登校経験者で現在は不登校研究をしている貴戸理恵も、これまでの不登校は、「子どもは学校に行くべきであり、周囲の大人は不登校者を学校に戻すために手を尽くすべき」とする不登校否定の物語と、「子どもは学校に行かなくてもよいのであり、学校の他にフリースクールなどの選択肢を認めるべき」とする不登校肯定の物語という、二つの物語によって語られてきた(貴戸・前掲書註(10) 12 頁)、という。
- (13) 「制度上の問題を放置し、学校復帰政策に膨大なエネルギーとお金をかけてきたのは、はっきりいって間違っていたのではないか」(奥地圭子『不登校という生き方』日本放送出版協会 2005 年 7 頁)との観点から、学校復帰にこだわらず、オルタナティブな教育の場を充実させて、選択肢を増やすべきだ、との主張もある(奥地・前掲書 218 頁以下)。
- (14) この点、誤解を招くおそれがあるが、私は、前者の立場にたつ者が、自分の子どもが通える環境を作るよう学校に対して様々な働きかけをすることを怠っている、などと言っているのでは決してない。むしろ、様々な働きかけを一生懸命しても、いっこうに変わろうとしない学校に愛想を尽かして、その結果として、愛児の教育を既存の学校には任せてはおかず、もはや既存の学校以外の学習の場を自ら切り開く必要に迫られているものと解している。
- (15) 貴戸・前掲書註(10) 15 頁。
- (16) 宮澤俊義『憲法Ⅱ(新版)』有斐閣 1971 年 213 頁。
- (17) 清宮四郎『憲法Ⅰ(第 3 版)』有斐閣 1979 年 56 頁、浦部法穂『憲法学教室(全訂第 2 版)』日本評論社 2006 年 40 頁。
- (18) 佐藤幸治『憲法とその“物語”性』有斐閣 2003 年 120 頁も、「憲法が個人主義の思想ないし原理を土台としているということであれば、そのことの意味をもう少し真剣に考える必要がある」という。また、「個人の尊重」の独自の意義を強調し、憲法解釈にそれを反映させていこうと試みる押久保倫夫「個人の尊重：その意義と可能性」ジュリスト 1244 号(2003 年 5 月 1 日・15 日合併号) 22 頁～23 頁は、一連の「社会権」条項につき、「人権の基盤にあるはずの『個人の尊重』が等閑視ないし否定されてきた」とし、これらの規定を「個人の尊重」という観点から解釈し直す必要がある、と述べる。本稿は、不登校児の教育を受ける権利という視点から、「強い個人」を前提としたこれまでの憲法 26 条 1 解釈には再検討の余地があると考え、まずは、それが前提とする「強い個人」という個人像の転換可能性を、以下で探ろうと考えている。
- (19) 奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』有斐閣 1993 年 20 頁。
- (20) 奥平・前掲書註(19) 21 頁。
- (21) 奥平康弘「『ヒューマン・ライツ』考」和田英夫教授古稀記念論集刊行会編『戦後憲法学の展開』日本評論社 1988 年 137 頁～139 頁。
- (22) 奥平・前掲論文註(21) 138 頁。なお、奥平の議論は、子どもや老人は、一人前の人間ではない、と言っているが、しかし、これらの人びとに人権が保障されなくてもよい、と言っているわけではないことに注意が必要である。というのも、奥平は、子どもや老人は、一人前ではない、したがって、一人前として取り扱うのは不公正である、そして、人権とは、そもそも平均的な権利にすぎず、子どもや老人は、「平均的人権でしかないところの『人権』以外の、あるいはそれ以上の権利を必要としているはず」なのだから、「それぞれの特殊

事情に適合的な特別な権利が相応じて承認される」と見ているからである。

- (23) 樋口陽一『国法学 人権原論』有斐閣 2004 年 53 頁。
- (24) 樋口・前掲書註(23)67 頁～68 頁。傍点は引用者。
- (25) 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』有斐閣 2002 年 158 頁～159 頁。
- (26) 佐藤・前掲書註(25)119 頁, 159 頁。傍点は引用者。
- (27) 佐藤・前掲書註(25)159 頁。傍点は引用者。
- (28) 佐藤・前掲書註(25)159 頁～160 頁。竹中勲「自己決定権と自己統合希求の利益説」産大法学 32 卷 1 号 (1998 年 4 月) 24 頁も、憲法が前提とする個人像は、「自律した個人そのもの」として捉えるのではなく、「かけがえのない人生において、生き方のその人なりのまとまり・自己統合を希求し模索する個人」であるところの「自己統合希求の個人像」ないし「自律希求の個人像」である、として、憲法が前提とする個人像を動的的に捉えようとしている。
- (29) 佐藤 (幸)・前掲書註(18)122 頁。
- (30) しかし、3(1)②で見たように、樋口は、憲法が前提とする個人像を、静態的なものとしては捉えていないように思われる。
- (31) 法学協会『注解日本国憲法上巻(2)』有斐閣 1953 年 500 頁～501 頁、宮澤俊義『日本国憲法』日本評論新社 1955 年 268 頁、佐藤功『ポケット注釈書(4)憲法』有斐閣 1955 年 182 頁～183 頁。
- (32) 阪本昌成『憲法理論Ⅱ』成文堂 1997 年「まえがき」iv。
- (33) 阪本・前掲書註(32)65 頁。
- (34) 阪本・前掲書註(32)「まえがき」iv。
- (35) 阪本・前掲書註(32)「まえがき」iv, 同 67 頁。傍点は引用者。
- (36) こうした阪本の見解に対しては、佐藤から、「『ありのままの人間』の特性によってどうして規範的な権利を基礎づけうるのかという疑問が残る」(佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』有斐閣 2002 年 160 頁)との疑問が指摘されている。なお、(自己決定権の主体を語る文脈で)「ありのままの個人」を指定すべきだとする見解は、憲法学に限らず、法哲学や民法学の領域でも主張されている。例えば、西谷敏・笹倉秀夫編『新現代法学入門』法律文化社 2002 年 282 頁～283 頁〔笹倉執筆部分〕, 同 9 頁〔吉村良一執筆部分〕など。
- (37) ただし、戸波江二は、憲法 13 条前段の定める「個人の尊重」原理を、「個人が人格的な自律性を維持することを要求し、また同時に、そのような個人の自律性を他者が尊重することを要求する」と解すると同時に、「人間は常に人格的に生きるわけではなく、行きたいように自由に生きることがある」ことや「障害者や寝たきり老人のように人格的に生きることが困難な人々も存在する」のであり、憲法はそのような「人間のあるがままの生活や人間存在そのものを保障しようとする」(戸波江二『憲法(新版)』ぎょうせい 1998 年 122 頁。傍点は引用者)と説いていることから、佐藤説と阪本説との折衷説的なものであるが、しかし、その軸足は、なお「自律的な個人」におかれている。
- (38) この点は、後で詳述するが、取り急ぎ、中川明「司法と子どもの権利・人権研究の課題(2) 子どもの権利研究第 5 号(2004 年 7 月)90 頁以下参照。同「子どもの権利をどうとらえるか——保護と自律のはざままで——」明治学院大学法科大学院ローレビュー 第 2 巻第 3 号 (2006 年) 23 頁～34 頁。
- (39) 石埼学「『自己実現』と人権論」現代思想 32 卷 12 号 (2004 年 10 月) 77 頁。なお、傍点は引用者による。
- (40) 石埼・前掲論文註(39)79 頁。
- (41) まさに奥平の見解は、一人前ではない子どもには、例外的に、人権以外の、あるいは、それ以上の特別な権利の保障が必要であると説く。奥平・前掲論文註(21)参照。
- (42) 杉田敦『境界線の政治学』岩波書店 2005 年 68 頁。
- (43) 長谷川晃・角田猛之編『ブリッジブック法哲学』信山社 2004 年〔吉住雅美執筆部分〕226 頁。
- (44) 長谷川・前掲書註(43)225 頁〔吉住執筆部分〕。
- (45) 押久保・前掲論文註(18)17 頁によれば、「『個人』という概念は、必然的に個性を伴う存在を意味し、個性とは各人の違い、即ち多様性を本質とする」から、「そこでは、何らかの『統一的』人間像を構築し、それによって『尊重』される人間を限定することは最初から不可能となる」のであり、したがって、「『個人の尊重』は何らかの人間観による、人権主体の規範的評価を受けつけない」ということからすれば、これまでの憲法学説が、憲法の想定する個人像を「強い個人」あるいは「ありのままの個人」として捉え、かつ、それを静態

- 的に解して、前提としてきたことは、やはり再考せねばならない問題なのだと思う。本稿で示した「揺れ動く個人」も、憲法が前提とする個人像のひとつであるから、従前の問題が生じうる可能性もある。ただし、本稿の「揺れ動く個人」というモデルは、今のところ、「自律」と「ありのまま」の間を常に揺れ動く、いわば一次元でのモデルの構築に留まっており、その限りでは、従前の問題を回避できないとの批判があるかもしれないが、しかし、これは、物理学などでよく行われるように、以後、一次元モデルを多次元モデルに発展させていくための必要なプロセスであり、また、その可能性を有しているところ、将来的に、従前の問題を回避しうるようなモデルを構築しうるかもしれない。また、これまでの憲法学説が前提としてきた静的＝揺れ動かない個人像も、本稿が前提とする「揺れ動く」場合の、特殊な場合として位置づけることも可能である（という）。なお、この点については、物理学を専門とする三浦直登氏の助言によるところが大きい。
- (46) 宮澤・前掲書註(16)435頁～436頁。なお、内野正幸『教育の自由と権利』有斐閣1994年205頁、同『憲法解釈の論点（第4版）』日本評論社2005年104頁は、この立場を採る。
- (47) 堀尾輝久『現代教育の思想と構造』岩波書店（同時代ライブラリー）1992年169頁～170頁。
- (48) 中村陸男『憲法30講（新版）』青林書院1999年144頁、野中俊彦ほか『憲法I（第4版）』有斐閣2006年492頁〔野中執筆部分〕など。
- (49) 堀尾輝久「現代における教育と法」『岩波講座現代法8』岩波書店1966年170頁。
- (50) 堀尾・前掲論文註(49)202頁。
- (51) 傍点は引用者。なお、学習権説は、いつも「国民の教育権」説と結びつくわけではなく、「国家の教育権」説とも親和的である。この点、詳しくは、内野正幸『教育の自由と権利』有斐閣1994年215頁以下を参照のこと。なお、判例が学習権説を受け入れたわけではない、とする阪本昌成『憲法理論Ⅲ』成文堂1995年342頁以下もある。
- (52) 無論、「強い個人」の中にも、多様な個人がいるのであり、そうした意味では、「強い個人」を前提にした憲法学説の下でも、「関係性の豊かな環境」は創出しうる、と考えることもできるが、しかし、そこではやはり「弱い個人」という重要なファクターをそもそも欠いていたのであり、その点で問題は残る、と考えられる。
- (53) ここにいう、「教育結果」とは、単に、教科教育内容を、すべての子どもにも同程度に理解させることを意味するものではない。そうではなくて、「人格の完成」を究極の目的として行われる「教育」にとって必須の「関係性の豊かな環境」の中で、すべての子どもがもれなく、自らの自己像を獲得できるようにすることをいう。詳細は後述する。
- (54) 教育基本法第1条が定める「人格の完成」の意味をどう解するか、については、同法の制定過程でも様々な議論があったことは周知の通りであるが、ここでその詳細について整理検討することはできない。差し当たり、永井憲一編『基本法コンメンタール教育関係法』日本評論社1992年18頁を参照のこと。なお、田中耕太郎『教育基本法の理論』有斐閣1961年69頁以下も必読である。
- (55) 中川・前掲論文註(38)93頁。
- (56) 中川・前掲論文註(38)93頁。
- (57) 井上達夫『現代の貧困』岩波書店2001年60頁。
- (58) 井上・前掲書註(57)63頁。
- (59) 中川・前掲論文註(47)94頁も、関係性を権利化することの必要性を主張する。本稿もこれに大きな影響を受けている。また、大江洋『関係の権利論』勁草書房2004年にも教えられるところが多い。
- (60) 「イマジナリーな領域への権利」は、ミラトガス大学法哲学教授のドゥルシラ・コーネルによって主張されたものである。コーネル『自由のハートで』情況出版2001年6頁によれば、「イマジナリーな領域が権利であるということは、自分自身になる権利、そして生の豊かさに参加する恣意的な願望などではなく、人格に属する本質的な権利である、ということである」という。そして、同著を翻訳した仲正昌樹の解説によると、「イマジナリーな領域」とは、「これまで無自覚的に形成されてきた『私』の『人格』を、意識的に再創造することを可能にする『場』」であり、「コーネルは、この領域を法的に保護することが、諸人格の自由な共同体が成立するための前提条件であると主張する」という（コーネル・前掲書337頁「訳者あとがき」）。詳しくは、同『自由のハートで』情況出版2001年に譲る。なお、本稿は、コーネルの前掲書と、仲正昌樹『「不自由」論——「なんでも自己決定」の限界』ちくま新書2003年に、大きな示唆を受けている。

なお、自己決定権を行使する主体である「自己」の形成にあたって、学校を含めた公権力が、自由勝手に介入できるとすれば、その後できあがった「自己」がする自己決定は、全く意味をなさない。「自己」の形成過程の真っ直中にある子どもは、「学校」という国家機関で日常の多くの時間を過ごすことになるわけであるから、「自己決定権」の主体たる「自己」を、国家権力ないし学校の介入なくして、関係性の豊かな環境の中で、自分で決める、という領域を、権利として保障する、ということがより重要になってくる。「自己」を見つけ出す、形成する、どのような個性（異なり）を持った「自己」になるのかについて色々思考を巡らせ、時には、立ち止まり、「自己」を見つけることを保留する、といったことは「イマジナリーな領域への権利」（自己決定権の前段階の権利）として、自己決定権に連なる権利として憲法上保障されていると考えられる（憲法13条前段）。したがって、学校あるいは教師は、「教育」という名の下に、特定の「自己」像を押しつけるなどして、子どもの「イマジナリーな領域への権利」にたがをはめたり、ゆがめたりすることは、憲法上、許されない。

- (61) だからと言って、学校や教師が、不登校児の首根っこに縄をかけて、何が何でも学校に来させる、ということをしる、ということでは全くない。公的な制度が、「公」的制度である所以は、個人の多様な生に対して、最大限の感受性をもって応答し、そうした多様な個人の差異をも広く受け入れることができるように、自らを常に変えていくことに求められるのである。したがって、公的な制度が、子どもに対して、「登校児」と同じように、現存する学校に適応するよう指導するという、いわば「靴に足を合わせる」ような対応をすることは、全くの筋違いであると言ってよい。
- (62) 障害をもつ子どもの「教育」を考える場合にも、この視点は大切になる。
- (63) したがって、不登校の子どもは、教育政策上、学校に適応できるように指導する対象と位置づけられることになる。2003年5月16日付けで文科省の出した通知「不登校への対応の在り方について」によれば、不登校の子どもの中には、学校以外の施設で「学校復帰への懸命な努力を続けている者」もいるのであり、こうした涙ぐましい「努力」を学校が酌んでやらないのはなんとも教育的ではない、と言わんばかりの論調で、学校以外の施設への「出席」を一定の条件の下で出席扱いとすることを認めている。しかし、これは、学校以外の場に、自らの「教育を受ける権利」の充足先を求める、あるいは、求めざるを得ない不登校の子どもからすれば、迷惑極まりない見方であろう。
- (64) John Rawls, *A Theory of Justice* (Rev. ed.), Harvard University Press, 1999, p.386.
- (65) 平野仁彦ほか編『法哲学』有斐閣2004年16頁〔服部高宏執筆部〕。
- (66) J. Rawls, *op. cit.*, p.53.
- (67) Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1977, p.272ff.
- (68) 浦部・前掲書註(7)199頁以下。
- (69) 中川明「憲法26条にいう『能力に応じて』と『普通教育義務』とは？」（講演録）障害児を普通学校へ・全国連絡会ブックレット第16号（1999年）11頁。
- (70) 宮澤俊義（芦部信喜補訂）『全訂日本国憲法』日本評論社1978年274頁。傍点は引用者。
- (71) 宮澤・前掲書註(7)274頁。傍点は引用者。
- (72) 兼子仁『教育法（新版）』有斐閣1978年231頁。
- (73) 中川・前掲講演録註(6)9頁。
- (74) 中川明「障害のある子どもの教育を受ける権利について——インクルーシブ教育の憲法論的考察——」高見勝利ほか編『日本国憲法解釈の再検討』有斐閣2004年53頁。
- (75) 中川・前掲論文註(7)53頁。なお、「公正なアクセスの平等」については、長谷川晃「リベラルな平等についての覚書」北大法学論集43巻5号414頁以下、同『公正の法哲学』信山社2001年201頁以下。
- (76) 中川・前掲論文(7)56頁。なお、この部分は、「障害のある子ども」の文脈で述べられているものであることを申し添えなければならないが、中川・前掲論文は、本稿の問題関心である不登校の子ども教育を受ける権利を考えるにあたって多くの示唆と影響を受けている。
- (77) マイケル・ウォルツァー（山口晃訳）『正義の領分』而立書房1999年308頁。
- (78) ウォルツァー・前掲書註(7)312頁。傍点と〔 〕は引用者。
- (79) 菊地健至「学校を選べるようにすることを支えるものは何か——教育と公共性——」安彦一恵ほか編『公共性の哲学を学ぶ人のために』世界思想社2004年124頁以下は、「あらゆる子どもが公共的な教育を受けられ

るように整備すること、学校において特定の子どもに偏って緊張や葛藤が強いられるような事態に適切に対処すること、これらは小中学校教育において求められることであり、『いじめ』や『学習上の問題』についてはそうした配慮がある程度認められる」のであり、「それならば、『文化的なことがら』をそれらと区別し、これには配慮しないことを正当化するには、どのような理由があるのだろうか」と疑問を呈す。なお、ここに言われる「文化的なことがら」については、同書 122 頁を参照されたい。

- (80) ケネス・ハウ（大桃敏行・中村雅子・後藤武俊訳）『教育の平等と正義』東信堂 2004 年 33 頁。〔 〕内は引用者。
- (81) ハウ・前掲書註(80) 7 頁。また、ハウは、「教育機会の平等を教育結果の平等と同一視することには根本的な矛盾があるとする見解に異議を唱える」（37 頁）という立場を採ることが注目される。
- (82) ハウ・前掲書註(80) 7 頁。
- (83) なお、補足までに述べておけば、日本においては、後期中等教育の進学率が全国平均で 97.5%（2004 年度学校基本調査速報値）であり、大学への進学はもとより、各種学校に進む場合でさえ、「高卒」の学歴が要求されている。したがって、初等教育に限定したウォルツァーの議論の射程は、後期中等教育が、事実上、必須のものとなっている日本において、義務教育である前期中等教育はもとより、後期中等教育にまでは及ぶと考えるとよいのではないかと、思う。
- (84) 野中ほか・前掲書註(48)494 頁〔野中執筆部分〕。
- (85) 伊藤正己『憲法（第 3 版）』弘文堂 1995 年 386 頁。
- (86) 佐藤幸治『憲法（第 3 版）』青林書院 1995 年 467 頁、辻村みよ子『憲法（第 2 版）』日本評論社 2004 年 202 頁。同旨、野中前掲書註(48)274 頁〔野中執筆部分〕など。
- (87) 渋谷秀樹ほか『憲法 1 人権（第 2 版）』有斐閣 2004 年 308 頁～309 頁〔赤坂正浩執筆部分〕。
- (88) 野中ほか・前掲書註(48)274 頁〔野中執筆部分〕。
- (89) 以下記述は、長谷川晃『公正の法哲学』信山社 2001 年 112 頁～122 頁に示唆を受けている。
- (90) こうした要求を、社会権規定である憲法 26 条 1 項を根拠として、裁判によって請求することができるのか、については、別途検討を要する。生活保護法に基づいてなされた、厚生大臣（当時）の認定判断が、憲法 25 条 1 項の定める「健康で文化的な最低限度の生活」を下回るものであると違法なものであるとして争われた、いわゆる「朝日訴訟」で、最高裁は、生存権の具体的権利性を否定した、いわゆる「食糧管理法違反事件」の判例（最大判 1948 年 9 月 29 日）を踏襲するとともに、厚生労働大臣の認定判断を自由裁量に委ねられるものと判示して（最大判 1967 年 5 月 24 日）、学説からは、「生存権の権利性を大きく後退させた」との批判がなされているが、しかし「憲法 25 条と生活保護法との結びつきを肯定しており、憲法 25 条が少なくとも生活保護法の解釈を通して裁判規範としての効力を有することは否定されていないことに注意しなければならない」（中村睦男『憲法 30 講（新版）』青林書院 1999 年 158 頁）、ということのみを述べておくことにする。
- (91) 長谷川晃「多元的自我とリベラルな法共同体」佐々木毅ほか編『21 世紀公共哲学の地平』東京大学出版会 2002 年 236 頁。
- (92) 長谷川・前掲論文註(91)236 頁。
- (93) 中川・前掲書註(3) 236 頁以下。
- (94) 教育言説につき、青木純一「実践のナルシズムと教育言説」『教育の臨界——教育的理性批判』刊行委員会編『教育の臨界——教育的理性批判』情況出版 2005 年 300 頁は、それが「抽象的で曖昧であり、かつ善さを表す言葉」であって、「どんなに使っても自己の責任や態度を問われることはない安全で便利な言葉である」として、これを批判的にみる。
- (95) また、各種の学校改革に福祉の視点を取り入れるよう主張する社会福祉士の野村俊幸が記した『わが子が不登校で教えてくれたこと』新風舎 2005 年 99 頁以下も参照のこと。
- (96) 精神療法学が専門の増井武士は、不登校の回復過程は、「私が私であって良い」などの憲法の精神を、いわば内なる憲法として獲得していく過程だ、としていることは注目に値する。同『不登校児から見た世界』有斐閣 2002 年 206 頁を参照のこと。
- (97) いじめられている子どもにとってのいじめのある環境、障害をもつ子どもにとっての、ノン・バリア・フリーの学校施設、化学物質過敏症の子どもにとっての、化学物質を発する学校環境なども同様に考えられる。
- (98) 内野正幸「教育権から教育を受ける権利へ」ジュリスト 1222 号（2002 年 5 月 1 日・15 日合併号）106 頁。