

障害をもつ児童生徒の「教育を受ける権利」研究序説

A Preliminary Study on the "Right to Education" of Children with Disabilities

有田 伸弘

要約：平成14年の「学校教育法施行令の一部を改正する政令」は、教育におけるノーマライゼーションを一步推し進めたと評しうる。しかし、障害児を盲・聾・養護学校などの「特別な場」で教育を行う分離教育制度そのものは、なんら変わっていない。この点についての憲法的考察の必要がある。

まず、「障害児教育のあり方に関する憲法学説」を整理する。これまで、十分な考察を加えられていなかったため、訴訟テクニックの観点からの「自由権アプローチ、平等権アプローチ」分類しかなされていない。本論では、憲法学説の主流が「憲法沈黙説」（自由権アプローチはその中に含まれる）であることを明らかにしている。

しかし、憲法が沈黙しているというのは、障害児教育の歴史の浅さにある。分離教育の「教育の理念」も、統合教育の「教育の理念」も理念としては合理性を有しているように思われたからである。しかし、憲法の大原則からすれば、分離教育に真の合理性がなければ統合教育でなければならない。そこで、分離教育の合理性を検証する必要がある。

障害児が教育不能として教育の場から排除されていた時代からすると、彼らを特別な場で教育することは進歩であった。これを促進した発達保障論には歴史的意義が認められる。しかし、分離教育の真の意図するところは疑わしい点も多い。また、分離することによるデメリットも多いことがわかってきた。分離教育を容認してきた憲法学説の再考の必要がある。

憲法学は、忠君愛国の精神を養成するために教育が用いられた反省から、教育の目的＝「個々人の発達」と捉えてきた。しかし、個々人が競争するだけで、よき社会、よき国家ができるとするのは「神の見えざる手」を信用するようなもので、歴史的反省を活かしていない。もちろん、憲法が、国家に対して、よき社会を形成するための教育をせよと命じているというのではない。子どもたちが成長過程で、さまざまなことを学び、よき社会の形成者となるような環境を整えるべきことを要求していると解すべきだと考えるのである。

Key Words：分離教育，統合教育，教育を受ける権利，社会権，自由権

1. 学校教育法施行令の一部を改正する政令

障害のある児童生徒（以下、障害児ともいう）を対象にした教育の場としては、「盲者を対象とする盲学校」、「聾者を対象とする聾学校」お

よび「知的障害者、肢体不自由者または病弱者を対象とする養護学校」と、小学校・中学校に設けられる「特殊学級」がある。また、平成5年度からは通常の学級に在籍し、盲・聾・養護学校に設置された通級指導教室に通って、特別の指導や補充的指導を受ける「通級による指導」も制度化されており、さらに養護学校等の教員

が家庭や医療機関等を訪問して教育を行う「訪問教育」制度も導入されている¹。

これまでは障害の種類や程度を画一的に区分し、それに対応して、これらの「教育の場」が決定されてきた。昭和37年学校教育法施行令第22条の3においては、例えば、盲学校の対象となる「盲者」については、「両眼の視力（矯正視力）が0.1未満のもの」とし、これに該当する者は一律に盲学校に就学すべきものとしていたのである。

しかし、平成14年4月24日政令第163号「学校教育法施行令の一部を改正する政令」は、盲学校の対象者を「両眼の視力がおおむね0.3未満のもの又は視力以外の視機能障害が高度のもののうち、拡大鏡等の使用によっても通常の文字、図形等の視覚による認識が不可能又は著しく困難程度のもの」とし、その他の障害についても、かなり弾力的な基準に改めた²。また、盲・聾・養護学校に就学すべき障害の程度であっても、市町村教育委員会が、小・中学校において適切な教育を受けることができる「特別の事情」³があると認める場合には「認定就学者」として小・中学校に就学できるとしたのである。これらの改正は、就学基準を医学等の進歩に伴って見直したこと、障害の程度について視力や聴力等の数値のみの基準を廃止し日常生活や社会生活における基本動作などにおける困難さとしたこと、障害の程度を補助用具の使用という個人因子と環境因子との関係でとらえたこと、などから、「医学的な基準から教育的な基準へ、画一的で硬直的な基準から弾力的な基準へ」の改正、環境因子を重視する障害観を反映した改正といえる。とりわけ就学手続については、「認定就学者」制度を設けて、障害児の普通学校就学の機会を拡大し、そのための手続を整備したこと（市町村の教育委員会は、教育学、医

学、心理学その他の障害のある児童生徒の就学に関する専門的知識を有する者の意見を聴くものとしたこと）など、ノーマライゼーションの観点から「一歩前進した」と評価しうる⁴。

しかし、これらの就学基準の変更は当然のことにすぎず、これまで障害があっても小・中学校に措置されていたような児童生徒を公に承認したにすぎず、また「認定就学者」に該当しない障害児は依然として盲・聾・養護学校に措置されることには変わりはない。それらの子どもは、重度・重複障害児、医療的なケアを必要とする児童、対人関係に問題のある児童などとされて、小・中学校に就学することを認められていないのである。つまり、「就学基準」は見直されたが、それに止まり、障害児の就学のあり方それ自体にまで見直しがおよんだわけではない。障害児の教育を「特別な教育を行う場」としての盲・聾・養護学校や特殊学級を基軸にして「障害の種類、程度に応じた適切な教育を行う」という分離教育を原則とする制度は、なんら変わっていないのである⁵。「なぜ、みんなと同じように近所の学校に行けないの？」と問う障害児とその親の疑問に、憲法学は緊要の課題として応えることが求められている。

2. 障害児教育のあり方に関する憲法学説

日本国憲法は、その第26条第1項において「すべて国民は、法律の定めるところにより、その能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利を有する」、また、同条第2項において「すべて国民は、法律の定めるところにより、その保護する子女に普通教育を受けさせる義務を負ふ。義務教育は無償とする。」と定める。主として、これらの条文から、憲法は障害児教育のあり方（統合教育を原則とすべきか、分離教育を原則とすべきか）について、何らかの指針を示して

いるかどうかが問題となる。

これまでの憲法学においては、障害児教育のあり方について、「憲法規定から一義的に決まるものではない」とする説が、通説としての立場をしめてきた。たとえば、奥平康弘教授は「憲法26条は特殊教育のあり方についてどれだけ具体的な指針（規範的な基準）を与えているものであろうか。…ことは、憲法規定により自動的に決まるべき問題ではない」としている⁶。内野正幸教授も「"障害児を普通学校へ"という要求を全面的に実現すべきかどうかについての答えは、憲法学から出てこない」としている⁷。また、竹中勲教授も「憲法26条は、障害児の教育方法につき〈家庭教育、私立学校教育、公立学校教育のうちいずれが優先されるべきか〉や〈公立学校教育のうち普通学校普通学級での教育、普通学校特殊学校での教育、養護学校での教育のうちいずれが優先されるべきか〉について一義的な憲法的規律を加えているとは解しえない」としているのである⁸。

同様に、たとえば、旭川地裁も留萌中学校事件において「憲法26条1項でいう『その能力に応じて、ひとしく』教育を受ける権利とは、教育を受けるに必要な能力に応じて、すなわち、教育を受けるべき個々の子どもの心身の発達段階に応じて適切な教育を受ける権利を意味する。心身障害を有する子どもに対していかなる制度・内容の教育を施すことがこの権利をもっともよく保障するものであるかは、憲法上、一義的にこれを決することはできない」としている⁹。

しかしながら、憲法上一義的に決定することができないとして、分離教育を原則とする制度を容認した上で、なお「障害児の学校選択権」やその「親の教育の自由」から「普通学校への就学も選択しうる」、あるいは「特定の学校への就学を拒否しうる」とする学説(自由権アプロー

チと呼ばれる)も存在する。

竹中勲教授は、「社会権実現立法における自由権尊重アプローチ」という立場から説を構成する¹⁰。「憲法13条は、立法部・行政部は〈公的サービスの非強制的給付型社会権実現立法を制定・執行するに際しても国民の自由権(「親の教育の自由」など)に「最大の尊重」を払わなければならないとの法理〉を内包としている。同法理の内容としては、(①公権力には学校教育サービスを整備するに際して国民のニーズの多様さに対応する種々の選択肢を用意すべき抽象的義務が課されていること、そして、②既に法令により具体化されている諸選択肢の間で子ども・親が選択することを公権力が否定するには公権力側に十分な正当化理由を表示することが求められること…)などをあげることができる」と主張している¹¹。

また、中川明教授は、憲法第13条の幸福追求権から親の教育の自由を導き出し、その教育の自由の中には「就学先の拒否権」が含まれているとの主張を展開する¹²。「親の学校選択の自由が、子どもの就学先を決定する権限まで認めるかどうかについては更に検討を加えなければなりません。少なくとも、親が就学義務を履行するに際し意に反して特定の学校への就学を強制されない自由・権利を持っていることは確かです。そうだとすれば、親の学校選択の自由は、何よりもまず、就学先の決定に対して親の拒否権を認める法理である、といってよいことになります」。そして、統合教育と分離教育のいずれが望ましいかは、「親によって考え方が大きく分かれている。親によって考え方が分かれ一義的に決められない問題について、国がその一方を強制することは、親の教育の自由をおかすことになろう。親はその意思に反して特定の学校への就学を強制された場合には、これを拒否

することができる」としている。

これらに対して、分離教育を原則とすること自体、違憲の疑いありとし、原則統合教育とした上で例外的な場合のみ分離教育を許容すべきとする立場（平等権アプローチと呼ばれる）もある。

高井裕之教授は、留萌訴訟における原告の主張、「心身障害を有する子どもだけを隔離・分離した上で、特定の偏った人間関係を強制することは、他人との共同性を養うべき教育課程を歪め、子どもの教育から、他人の痛みを共有し、あるいは人間として共存、共感する関係を培う機会を一方的に奪い取るものである。すなわち、人間にとって重要な人間相互の関係について、正しい理解、共同、自主、自律の精神を養う場を剥奪するものである」との主張に着目し、「憲法一根拠条文はさておき—が求めているのは、心身の障害を理由とする隔離された教育の原則的禁止ではないかと考えてみるべきであろう。人種別学についてアメリカのブラウン判決が言うように、『分離された教育施設は本来的に不平等である』というべきである。もちろん、障害者の場合には人種の場合とは異なる考慮が働くかもしれないが、分離教育が認められるのは例外的場合であり、したがって少なくとも国が分離教育をしようとする場合には、それが必要であることを立証する責任を課されるべき」だとする。そのうえで、「公権力による差別に対して少なくとも中間審査基準により裁判所の保護を求めることができる」とし、「この基準によるとき、集団に属する人々の一般的傾向をもって特定の個人に対する処遇を判断することは原則として許されない。また、制度・政策の目的と、障害を有することを理由とする別扱いとの関係も比較的厳密に審査されるので、人権侵害の程度が低い、他の目的がないかどうか検討し

なければならない」と説いている¹³。制度論として、原則統合教育とすることが憲法の要請であるとする立場を打ち出し、例外的な措置をとる場合の手続的問題や、その後の司法審査基準のあり方が問題となることを示しているのは、高井裕之教授の説だけである。

いみじくも、中川明教授が指摘するように、「憲法規定により自動的に決まらないということとは、特定の制度やその下での特定の状況について、憲法が何ら規範的な基準を用意していないということを直ちに意味しないはずである。具体的な制度や問題状況の実相を見極めて、そこに憲法の規範的拘束が及ぶ余地がないかどうかを慎重に検討することが求められている」のではないだろうか。

そもそも、障害児は、つい先ごろまで、教育不能児として、当然のごとく教育の場から排除されてきた存在であった¹⁴。障害児は、すべての国民が有するはずの「教育を受ける権利」を享受する権利主体とはみなされていなかったのである。こうした障害児の教育を受ける権利の脆弱性や障害児教育の歴史の浅さゆえに、憲法学は一義的な答えを見出せずにいたにすぎないのではないだろうか。後述するように、分離教育は分離教育で教育の理念を掲げ、統合教育は統合教育で異なる教育の理念を掲げており、いずれもそれなりの合理性、説得力を持っているように思われたからである。しかし、障害児と健常児を分離して教育を施すことに真の合理性があれば分離教育を是認すべきであるが、分離教育に合理性が認められないならば統合教育でなければならないはずである。憲法は合理的な区別を許容するが、合理性のない差別は禁じているからである。教育の理念がいくら優れていても、現実に個々の障害児（および健常児）に対して、そして社会全体に対して利益をもたら

さなければ合理的な制度とはいえないであろう。

山崎真秀教授も「この権利は、すべての国民にそのもつ能力と発達の可能性を開花させ、個人としての『人格の完成』とともに、次代の主権者としてふさわしい『平和的な国家および社会の形成者』として成長することを保障している。したがって、その価値と保障の効果はすぐれて今日よりも将来において発現され、かつ判断されるべきものであって、今日の社会における価値評価の一般的な尺度のみによって軽々にはかられてはならない。…当初はその社会でその時代における価値評価の一般的基準にてらせば、少数であったり異端であったりしても、そのことが次の時代の社会と人類のより大きな進歩と幸福を導き基礎づけることになるという経験的事実に支えられ、これを承認することによって保障されている。」と主張している¹⁵。

東京高裁も「障害児の教育については、現在の制度がそうであるように、健常児と分離し特殊学校において特殊教育を施すのを正当とすべきか、あるいは所論のごとく、健常児と総合し、普通学校において普通教育を施すのを正当とすべきであろうか。教育の理念は、各人によって多様であり、時代によって進展がみられるものである。また教育の理念を達成するための手段についての考え方も、各人によって多様であり、時代によって変遷が見られるものである。」としているように、教育の理念、それを達成する手段は、時代ともに常に検証する必要がある¹⁶。

したがって、問題とすべきは現行の分離教育とそれを支える教育の理念の合理性ということになる。

3. 「分離教育（発達保障）」か「共に学ぶ（統合教育・共生教育）」か

分離教育を支持する発達保障論によると、教

育とは人間的発達を至上の価値として捉え、この発達の価値を一人ひとりの人間の中に実現しようとする人為的な営みであるとされる¹⁷。しかし、通常の学級における指導によっては十分な教育効果が期待できないと看做される子には、その能力を最大限に引き出し、社会的な自立および参加を可能な限り実現するために、障害の種類や程度等に応じ、盲・聾・養護学校、特殊学級等で、特別な配慮の下に、より手厚く、きめ細やかな教育を行うことが必要である。そのためには、特別な場において、普通学級に準ずる教育を施し、あわせてその欠陥を補うために、必要な知識技能を授けるべきである、とする。少人数の学級編成、当該分野に関し知識や経験をもつ教職員の配置、障害に応じた特別な施設や設備、教材および教育内容・方法によって、これを達成することが最も合理的であるということになる。この発達保障論は「どんな重い障害児でも適切な働きかけがあれば、その法則に沿って無限に発達する」と主張したことによって「障害児教育」の道を切り開いたという歴史的功績が認められる。障害児が教育の場から排除され、家に閉じ込められていた時代、障害児をこれらの学校で教育するという事は進歩であり、近代化であった。したがって、当時においては「別学体制」こそが「障害児」の教育保障の理想と考えられていたといわれる¹⁸。

他方、「共に学ぶ（共生教育論・統合教育論）」を支える理論は必ずしも明確ではない。その主張も種々のものがあるが、それは、現段階では、メインストリーミング・インクルージョンという2つに大別できる。

メインストリーミングは、障害児を健常児と共に教育するという要請と、障害児の「発達」の追及を矛盾なく調和させようとする試みであり、アメリカにおける「1975年全国障害児教育

法 (Education of the Handicapped Act of 1975)」¹⁹が、それである。ここでは、「現にある普通教育」を前提として、そこへ障害児の適応という観点から「共に学ぶ」教育が構想されている。能力主義、個人主義の傾向を根強くもっているために、軽度の障害児が「共に学ぶ」ことになる。現在のアメリカでは「個別のニーズに応じた教育」に重点がおかれており、インクルージョンとの違いはあまりなくなってきた。

インクルージョンでは、障害のあるなしに関わらず、子どもは一人ひとりユニークな存在であると捉え、「それらの者をすべて包み込む教育システム (education for all. school for all)」の中で、「一人ひとりの特別なニーズに応じた教育援助」を考えるべきであるとする。1994年の「サラマンカ宣言」²⁰がこの立場である。この主張の根底には、障害児にとっては、学校は「教育の場」である前に「生活の場」であるとして、「できなくても一緒に参加」させるべきであるとの考えがある²¹。そのため、発達保障論中心の従来の教育を批判し、普通教育の変革を求めることになる。その主張を敷衍すると、以下のようなことになる。発達保障論中心の教育は、発達を至上の価値としてとらえるが、子どもの生存は発達につきるものではない。発達は多義的な意味を持つ生存の一つにすぎない。発達のために生存があるのではない²²。そして、これまでの「教育」は「孤立的な競争関係を強いる教育」であって、『『共同性』という人間の関係原理を基軸に据え、『相互発達と相互教育』をめざす教育へと転換すべき』である、とする。

発達保障論が障害の種類と程度、そして発達段階に応じて「適切な教育の場」を保障することが「能力開発」に合理的だとするに対し、メインストリーミングにしてもインクルージョンにしても分離教育は「障害児に対する差別」で

あり、障害児も健常児も「社会性」を育成できないと考え²³、障害があろうがあるまいがどの子ども「地域の普通の学校」でともに学び、育つことを原則とすべきであり、「同じ場」にいることによって、互いに多くのことを学ぶことができるとする (メインストリーミングとインクルージョンの対立は興味深いものがあるが、ここでは反分離教育という立場として、その違いには深入りしないでおく)。

憲法第26条が、ただ単に「子どもの能力の発達」のみを保障しているにすぎないと解するならば、子どもの学習権の積極的保障にとって、最も重視すべきことは、人間の発達の法則性とそれを踏まえた「教育の専門性」であり、障害児に対しては「特殊教育」の充実こそが、憲法からの要請であるといえよう。それゆえ、米澤広一教授は「障害児教育の場合には、①障害を克服するための教育が必要であることが多く、それを行っている間は必然的に(時間的、場所的)分離を伴う、②物的・人的設備は同等ではなく、障害児学校では、障害児のニーズに応じたより手厚い設備が整えられており、分離から生じる「不利益」は「特別の教育」の付与によって埋め合わされうる」という理由を挙げて、「憲法は分離された環境で「特別の教育」を行う障害児学校の存在を忌避しているとはいえない。」としている²⁴。

確かに、特殊学校は、設備面では充実している。特殊教育のカリキュラムには「障害に基づく種々の困難を改善・克服し、自立し社会参加する資質を養うため」の「自立活動の時間」などが設けられている。特殊教育教諭免許制を採用し、専門教員育成を行っている。しかし、実際には、特殊教育教諭免許状保有率が特殊教育諸学校の教員の半数程度であるなど専門性が必ずしも十分とはいえない状況にある。特殊学校

は設置数も少なく、通学が困難なケースも多い。親元を離れて寄宿舎住まいをしなければならないケースもある²⁵。特殊学校で学ぶ障害児は一クラス平均3名ほどであり、乏しい人間関係しか形成できない。周囲には同じような障害をもつ者と障害を理解してくれる大人ばかりである。障害児の放課後・余暇活動は、ほとんどの場合、一人か親と一緒にいる。

翻って考えてみると、分離教育を前提に作られた施設が充実しているのは当然のことであるなど、特殊教育のメリットの強調は「分離」の必要性を説く方便にすぎなかったのではないかという疑念も拭い去れない。障害児が教育を受けないでいると、彼ら自身にとって不利になるだけでなく、国家にとっても大きな負担となる。しかし、通常の学級に彼らが含まれていると、授業の際に彼らに特別な配慮をせざるをえなくなり、健常児にとっての多くの時間を失うことになる²⁶。事実、知的障害児特殊学級成立時における知的障害児に対する教育の必要性を認める意見には、近代的平等観に基づく教育の機会均等論のみならず、こうした「経済的負担の軽減論」や「社会防衛論」が堂々と主張されていたのである²⁷。

分離教育制度が障害児にとって真に有益なのか。普通教育の効率化や国の経済的發展に貢献するものであるのか。反対に統合教育がそうであるのか²⁸。統合教育を経験していないわが国では、これらを論証するのはむずかしい。しかし、教育は「よい就職先」を得るための手段であるという一般人の感覚からすると、現在のわが国の分離教育制度が、障害者にとって真に有益なものかどうかを、「障害者が自立した生活を営み、社会参加ができてきているか（就業）」という点で諸外国と比較評価することも許されよう。

4. 分離教育の成果（障害者の就業状況）

厚生労働省の「障害者白書」によると、一般の健常者の場合、20歳代後半から60歳未満の就業率は約80%であるのに対して、身体障害者の就業率も知的障害者の就業率も約50%（知的障害者の就業率は50歳代になると約30%に落ち込む）である²⁹。一見すると、わが国の障害者の就業率は諸外国のそれよりも高い水準にあるように思われる。しかし、ここで算出された障害者の就業数には一般の就業にはみられない「授産施設」などにおける就業、いわゆる「福祉的就労」を含んでおり、知的障害者の実に50%以上がこれらの施設での就業なのである。ちなみに授産施設の平均賃金は月額1万円から2万円ほどにすぎない³⁰。これは最低賃金が保障されるヨーロッパ諸国の「保護労働」とは異なり、このような賃金のみでは自立生活など不可能である³¹。この「福祉的就労」を就業としてカウントすることには問題がある。これを非就業としてカウントした場合には、わが国の障害者の就業率は先進諸国に比べてきわめて低いことになる。

文部科学省によると、1980年の盲・聾・養護学校卒業の就職率は42.7%であったが、年々減少して、2003年には19.4%に落ち込んでいる³²。これは障害者が就労意欲を欠いているからではない。1999年の全国社会福祉協議会の調査では、授産施設利用者約7.56万の40%が企業で働きたいと希望し、精神障害者においては60%が就労を希望していることを明らかにしているのである。それでいながら、一般雇用に転出できる障害者は全体の1%程度に過ぎないのである³³。

障害者が就業機会に恵まれないことは障害者自身にとっても不利であると同時に、国家にとっても大きな負担である。そのため、「障害

者の雇用の促進等に関する法律（および障害者の雇用の促進等に関する法律施行令）」は、民間企業に対しては1.8%、国、地方公共団体に対しては2.1%、身体障害者および知的障害者を雇用することを義務づけ、さらに、これを実行あらしめるため、常用労働者が300人以上の企業で「雇用率未達成の企業」に対しては不足分1名につき月額5万円を納付することを義務づける一方（同法第53条、同施行令第17条）、雇用率を超えて障害者を雇用する企業に対しては障害者雇用調整金月額2万7千円（同法第51条、同施行令第15条）や報奨金を支給することなどを定めている。その他にも障害者の雇用の促進のために各種の助成金制度や税制上の優遇措置が設けられているのである。それにもかかわらず、雇用率未達成企業の割合は実に57.5%にも上っているのである³⁴。諸外国の同様な法制度に比べると、異常に低い雇用率の義務づけであるにもかかわらず、である。

東京高裁は「その原因として民間企業の事業者の障害者に対する理解の不足によることも多いと考えられるのである。したがって、障害児、健常児の総合教育による相互理解は将来において障害者の雇用の促進し、良好な社会生活に寄与するところが多いと思われるのである。」としている³⁵。つまり、この現状には「偏見による差別」や「統計的差別」が機能している可能性が高いと考えられるのである。「統計的差別」とは、個々人の能力や性向を判断する際に、個々人の実際の能力や性向を見るのではなく、平均的な状態を判断材料として用いることにより、能力のある個人が機会を与えられず、差別されてしまうことをいう。これを障害者雇用に関していえば、企業側が、障害者の採用にあたって個々の障害者を個別に評価せず、その者が属する集団（障害者）のステレオタイプ化したイメージ

で判断してしまう結果、障害者が不利益を被っているケースがあるということである³⁶。

それゆえ、同裁判所は、「障害児教育の理念について考えるに、障害児もやがて成長し、教育をおえて社会生活を営まなければならない。障害の程度が重く全く生活能力のない障害者についてはともかく、障害者は、可能なかぎりその残された能力を開発して自らの生活の道をたてなければならないのである。もとよりそのための健常者の協力が必要であることはいうまでもないけれども、それはいうまでもなく協力であって、単なる同情にとどまるものであってはならない。このようにしてこそ、障害者は健常者とともに社会生活を営み、人間としての尊厳を得ることができるのである。このような障害者と健常者の協力関係は、可能な限り早い機会に確立されることが望ましい。すなわち教育をおえて社会教育（ママ）を営むにいたった段階では遅きに失するのであり、教育の過程において、すでにその協力関係が確立していることが期待されるのである。」としている³⁷。

これまで、我々がノーマルだと信じてきた生活は障害者等を排除したうえで成り立っていたにすぎない。障害者が利用することを想定しないで進められて来た日常的なサービス、障害児を別枠にして健常児だけを「期待される人間」に作り上げようとしてきた教育、障害者を排除して健常者だけを雇用することを前提とした労働の場、これらすべてを問い直す必要がある。いつの時代の、どこの社会においても障害者は何パーセントか必ず含まれているのである。つまりノーマルな社会には障害者が含まれているのである。障害者の存在に目をつぶってきたのがわれわれの社会である。ノーマライズするのは障害者ではなく、社会の側、これまで当然視されてきた価値観なのである。求められている

価値観の転換の中心となるのは、もちろん既存の「人権論」、「制度論」である。

5、「教育を受ける権利」再考

前述のように、日本国憲法第26条第1項は「すべて国民は、法律の定めるところにより、その能力に応じてひとしく教育を受ける権利を有する」と定める。この憲法第26条1項の保障する「教育を受ける権利」について、例えば、佐藤幸治教授は「国民はすべて教育を受ける権利を持つといっても、国民各自がなしうることには限界がある。かかる権利を有意義なものとするには、教育施設や教育専門家の助けが必要となる。技術文明の進展は、この必要性を一層切実なものとするに至った。したがって、現代国家にあって、教育を受ける権利とは、国家に対し合理的な教育制度と施設を通じて適切な教育の場を提供することを要求する権利を意味せざるを得ないことになる。つまり、教育を受ける権利は、社会権としての性格を帯有することになる」³⁸と述べている。

しかし、憲法第26条から直接導き出されるのか、憲法第13条から導き出されるのかはともかく、親の「教育をする自由」も暗黙裡に保障されるとする説も多い。「教育＝学習にかかわる精神生活にあっては、近代憲法は、思想・信条の自由、宗教の自由、表現の自由、学問の自由などの、精神活動の自由を広く保障している。教育の自由、学習の自由は、明示されていない場合であっても、ことの性質上暗黙裡に、憲法上の保障内にある」³⁹。また、「教育を施す自由はもちろんのこと、教育を受ける権利も、観念的にはまず自由権に属する。…一部の富裕階級だけの教育を受ける権利ではなく、国民全体の教育を受ける権利が保障されなければならない。こうして教育を受ける権利は、単なる自由

権の域を超えて、国家に対して合理的な教育制度の整備とそこでの適切な教育を要求する権利、すなわち社会権としての性格を併せ有するものである」と⁴⁰。

この「教育を受ける権利が社会権である」もしくは「教育を受ける権利は自由権としての側面と社会権としての側面を有する複合的性格の人権」との主張の違いに関わらず、各説は、まずは「教育を受ける権利」の社会権としての面に注目する。「教育」そのものについての理念の違いから「生存権説」、「学習権説」、「公民権説」が分かれる。但し、「教育を受ける権利」の複合的性格を主張する学説は、後述するように、論理的には「公民権説」を採用することができないことになる。

第1の生存権説（経済的権利説）によると、教育を受ける権利とは、憲法第25条が規定する「生存権の文化的側面」をなすものであり、国が教育の機会均等化を図るための経済的条件整備を行うことを要求する権利であるとする。つまり、貧しい者も等しく教育が受けられるように国家の就学援助等の経済的配慮を求めうる権利だとする⁴¹。

第2の学習権説は「人間の学習による成長発達の権利がまず近代憲法下に自然権的自由権たる『学習の自由』として原理的に存したことをふまえて、現代憲法が、すべての国民の学習権が実現されるように国家に積極的条件整備を要求しうる生存権として『教育を受ける権利』を保障するにいたった」とする。憲法26条1項を「学習権の実定法的表現」とみる。同説においては、「人間的発達を至上の価値としてとらえ、この発達を一人ひとりの人間の中に実現しようとする」ことが教育の目的だとする。つまり、「教育」は、子どもを中心とした国民が「人間的に成長・発達する」ためのものであるとする⁴²。

第3の公民権説の主張者の一人である永井憲一教授は「国民は、ひとしく、その身分や性別あるいは父兄の経済的・社会的地位などにより、つまり人種・信条・性別・社会的身分・経済的地位または門地によって、教育上差別されないための、教育の機会均等を徹底しようとするものである。このような教育の機会均等の保障が、なぜ憲法に保障されるようになったのか、については、多数の無産者の子女が、おもに経済的理由から初等教育すら受ける機会を失ったこと、…それが、ますます労働者階級の生活能力と意欲を低下させ、やがては民主主義国家の必須の前提たる個人の能力の発展を妨げて健全な民主政治の運用を脅かすにいたるおそれが生ずる等の理由から、これを事前に防ぎ、しかも国民一般の教育レベルを向上させて、健全な、民主的な政治秩序の維持・運用をはかろうとするところにある。」とする。

前二説とは異なり、その「教育」の目的についても「国政も教育もすべて、憲法がわが国の進展の方向を指示する"平和主義"と"民主主義"を実現する方向にすすめられなければならない。」と述べ⁴³、教育を受ける権利の本質を、主権者たる国民の民主的政治能力育成のために国家の条件整備を求める権利と捉えている。宮沢俊義教授も「教育を受ける義務が憲法で定められている以上、その教育の内容が、日本国憲法によって立つところの民主主義の精神に立脚するものでなくてはならないことは、当然である。教育の自由はもちろん憲法の認めるところであるが、義務教育に関するかぎり、その教育の内容がどこまでも、日本国憲法の精神に立脚するものでなくてはならない。例えば、民主主義を否定し、人間性の尊重を否認するような内容を有する教育を受けることを日本国憲法が強制するなどということは、ノンセンスである。」と述

べて、義務教育段階では、かかる要請が強いとしている⁴⁴。

5、公教育は単に「私事の組織化」か？

一般に、国家が教育に関心をもつようになったのは、19世紀末から20世紀初頭にかけての帝国主義時代、国際競争を勝ち抜くために、高度な技術革新に支えられた経済・産業の発展が不可欠であり、そのために教育全体を広く国民に施すことが必要とされたこと、さらに、宗教教育に代わる「公民教育」を通じて、体制一致的な態度を育成する必要があったことからであった。

もう一つ、近代憲法が「教育を受ける権利」を規定したのは、「個人人格の発展を助成後援する観点に立って、教育の一部を社会化し制度化」⁴⁵するためであった。とりわけ、わが国では、明治憲法下において、忠君愛国のための国民教化という国家目的達成のために教育が用いられたという反省から、「教育 (education)」と「知育 (instruction)」とを区別し、人間形成としての「教育」への「国家不介入の原則」および「公教育の自己限定の原則」などが基本的人権の思想から胚胎したという点が強調される⁴⁶。精神活動の自由（思想・価値観など）には国家権力は干渉してはならないという「公教育の権力からの独立原則」や、人間の発達に学校教育が果たす役割は基本的には知育の面に限られ、思想・良心等、徳育の面を担う教育には立ち入ってはならないという公教育の自己限定の原則に体现される「自由権としての教育」の思想が、公教育の性格を「私事の組織化」と規定しているとされるのである⁴⁷。

それゆえ、奥平康弘教授は先の「公民権説」を批判して『主権者教育』が不要だと言うのではない。けれども、人間の人格発展の総体に

かかわる教育への契機を、ほかならぬ個人のために助成後援しようとするのが、憲法だと思う。憲法論から言えば、このような教育によりひとりの人間が成立したとき、その人間はまさに一人前になることによってまた、効果的に主権者として振る舞うこともできるであろうことが期待されているのである。」と主張する⁴⁸。

個々人の能力開発のみに力点を置いた教育は、一見、政治的に中立な教育に思われるかもしれない。しかし、それは決して政治的に中立な教育とはいえない。社会や国家に関する教育が全くなされない極端な個人主義的かつ極端な自由主義的教育は、無政府主義とまではいかなくとも、すくなくとも自由国家的な国家観を無意識的であれ、抱かせる教育となると思われるからである。そのような教育は、「私的利害」による社会の分裂を生み出し、いわゆる「公民」形成に支障をきたすのは当然である。実際、1966年後期中等教育の多様化をうたった中教審答申は、わが国の教育のこうした点の反省から国民意識＝抽象的共同体観念の形成を志向する「期待される人間像」をかかげたのである⁴⁹。

個人のための助成後援だけで、よき人間、よきコミュニティ、よき社会、よき国家が形成できるとするのは楽観的すぎるのではないだろうか。そもそも現代福祉国家は、近代自由国家の欠陥を認識したうえで成立したものである。社会権は近代社会の欠陥、つまり自由競争原理を補正するために憲法に規定されたものであるということを考えるとき、「社会権の規定である憲法第26条に対して、自由権絶対主義的なアプローチをとることは「経済力」に代置して、「能力」による競争原理を認めただけの規定になってしまう恐れなしとしない。換言すれば、経済的弱者の救済だけで、社会的弱者の救済をないがしろにする危険性を内包するということであ

る。

教育は洗脳と紙一重である。しかし、公教育の中心的任務は、やはり公民的資質を身に付けさせることにあるとするのは、諸外国においては常識であろう。ただ、「公民的資質」は、国家によって教育されるのではなく、将来を担う子どもたちが「学校生活」における様々の経験から学びとるものだと考えられないだろうか。

「共に社会を構成する健常者と障害者」を教育するときに、その「共に生きるはずの健常児と障害児」が、別々の場で教育を受けるということはあってはならないであろう⁵⁰。

- 1 平成16年5月1日現在、盲・聾・養護学校及び小・中学校の特殊学級の在籍者並びに通級による指導を受けている児童生徒は、約17万9千人であり、これは同年齢段階にある児童生徒の約1.6% (62人に1人) にあたる。盲・聾・養護学校には小学部に在籍するものが約3万1千人、中学部には約2万2千人の計約5万3千人の児童生徒がいる。小・中学校の通常の学級に在籍し、通級による指導を受けている児童生徒は小学校において約3万5千人、中学校約1千人の計3万6千人である。養護学校等の教員が家庭、児童福祉施設や医療機関等を訪問し教育を行う「訪問教育」については、小学部約1千5百人、中学部約8百人の児童生徒に対して実施されている。特殊学級については全国の小・中学校の約半数に設置されており、在籍者数は約8万7千人。なお約100人が障害により就学猶予・免除を受けている。

- 2 「聾者」:「両耳の聴力レベルが100デシベル以上のもの」から「両耳の聴力レベルがおおむね60デシベル以上のものうち、補聴器等の使用によっても通常の話声を解することが不可能又は著しく困難な程度のもの」に改められた。「知的障害」:

知的障害者の判断は、現在既に日常生活等の適応性の観点を考慮に入れて行われており、その観点を法令上明確にするため、「知的発達の遅滞の程度が中度以上」等と規定することを改め、「知的発達の遅滞があり、意思疎通が困難で日

常生活を営むのに頻りに援助を必要とする程度」の者及びその程度に至らないが「社会生活への適応が著しく困難」な者を知的障害者と規定した。

「肢体不自由」： 上肢・下肢など身体の各部位ごとに障害を判断する規定を改め、障害の状態を上肢、下肢を含め全身で捉え総合的に判断することとし、「補装具使用によっても歩行、筆記等日常生活における基本的な動作が不可能又は困難な程度」の者を肢体不自由者と規定した。

「病弱」： 医療等に要する期間の予見が困難になっていることに加えて、入院期間の短期化と入院の頻回化傾向がみられることを踏まえ、「六ヶ月以上」医療又は生活規制を必要とする程度の者を病弱者とする規定を改め、「継続して」医療又は生活規制を必要とする程度の者を病弱者と規定した。

- 3 平成14年5月27日文部科学省初等中等教育局長通知第291号「障害に対応した施設や設備が整備されていること、指導面で専門性の高い教員が配置されていること等就学のための環境が適切に整備されていること・・・」
- 4 全国連合小学校長会も文部科学省の同政令案に対するパブリック・コメント募集に対して「本改正案は『障害の程度の見直し』と『就学の手続きの弾力化』の2点が主な内容となっているが、このことについては近年ノーマライゼーションの進展や医療・科学技術の進歩、また地方分権の推移等の状況に鑑み、基本的な考えは納得いくものである」という意見を表明している。入手先：全国連合小学校長会 HP
(http://www.zenrensho.jp/h15/11-2_4.htm)
(2005. 11. 11).
- 5 中川明『『学校教育法施行令を改正する政令案』をどうとらえるか』季刊福祉労働94号(2002)16頁
- 6 奥平康弘「教育を受ける権利」(芦辺信喜編『憲法Ⅲ<2>』(1981))386頁
- 7 内野正幸『教育の権利と自由』(1994)224頁
- 8 竹中勲「障害児の『教育を受ける権利』」(法教188号(1988))85頁
- 9 留萌中学校事件 旭川地判平成5年10月26日平成3年(行ウ)第3号入級措置処分取消等請求事件 ジュリストNo.1048 (1994. 7. 1)75頁
- 10 竹中勲「障害児の『教育を受ける権利』」法教188号(1996)85-86頁

- 11 しかし、義務教育の場合、親には学校選択の自由があるといえども、私立学校を選択しない場合には公立学校への就学を義務づけられ、就学を拒否することはできない。生活保護は受給自体を義務づけられていない。むしろ申請保護主義を採る生活保護とは性質を異にする。
- 12 中川明『『障害のある子どもの教育を受ける権利』についてーインクルーシブ教育の憲法論的考察ー』(高見勝利・岡田信弘・常本照樹編『日本国憲法解釈の再検討』(2004)所収)40頁
- 13 高井裕之「ハンディキャップによる差別からの自由」(『現代の法14巻ー自己決定権と法』(1998)所収)212頁
- 14 1947年に小学校義務制度化が開始されたが、現在の盲・聾・養護学校制度は同時に開始されたわけではなかった。学校教育法第93条は「この法律は昭和22年4月1日から、これを施行する。ただし、第22条第1項及び第39条第1項に規定する盲学校、聾学校及び養護学校における就学義務並びに第47条に規定するこれらの学校の設置義務に関する部分の施行期日は、政令でこれを定める」として、これらの諸学校の義務化を延期したのである。とりわけ養護学校は戦前には皆無であったこともあり、義務制化は遅れ、1979年によりやく開始されることになったのである。
- 15 山崎真秀『憲法と教育人権』(1994)64頁
- 16 昭和57年1月28日 東京高判昭55(う)第1790号 建造物侵入等被告事件 判例タイムズNo.474 (1982. 10. 1)243頁
- 17 柴田義松他『教育学を学ぶー発達と教育の人間科学ー』(1977)1頁
- 18 嶺井正也『障害児と公教育ー共生教育への架橋ー』(1997)151頁
- 19 現在は改正されて、Individual with Disability Education Act となっており、個別のニーズに対応する教育となっている (20 U.S.C.33 § 1451).
- 20 1994年6月にスペインのサラマンカでユネスコ主催の「特別ニーズ教育に関する世界会議」において採択された。(THE SALAMANCA STATEMENT AND FRAMEWORK FOR ACTION ON SPECIAL NEEDS EDUCATION Adopted by the World Conference on Special Needs Education: Access and Quality Salamanca,Spain.7-10 June 1994)

- 21 堀正嗣『障害児教育とノーマライゼーション』(1998) 125頁
- 22 前掲注18 嶺井正也 53頁
- 23 前掲注21 堀正嗣 101頁
- 24 米澤広一「障害児の学校・学級の選択と憲法・教育法」(園部逸夫先生古希記念『憲法裁判と行政訴訟』(1999) 所収) 134-135頁
- 25 例えば、東京都の場合、盲・聾・養護学校への最長通学時間は105分である。通学困難のために寄宿舎に入るケースも多い。(日本特殊教育学会特殊教育システム検討委員会自治体研究班編『「特別支援教育」への転換—自治体の模索と試み』(2003) 104頁)
- 26 中村満紀男・荒川智編著『障害児教育の歴史』(2003) 57-58頁 1889年のイギリス盲・聾教育王立委員会報告書「授業の際に能力の劣った子どもに特別な配慮をしていると、正常な学習能力のある生徒にとって、多くの時間を無益に失うことになり、彼らは知的発達の高いレベルまで導かれなくなる」「たった一人の精神薄弱児がいることによって、正常な子どもが、道徳的にも衛生的にも多大な損害を受ける」といったことが公言されていた。
- ナチス・ドイツでは、法令によってそうした障害児教育の役割が明記された。しかし、この論理は決してファシズム期固有のことでなく、第二次大戦後を経て1960年代まで公言され、障害児教育において支配的であった。
- 27 安藤房治『アメリカ障害児公教育保障史』(2001) 87頁 もちろん、今日では障害児の人権という観点から、露骨に「負担軽減」、「社会防衛」が主張されることはない。
- 28 ちなみに盲・聾・養護学校などの特殊教育学校は1クラス平均3名の在籍であり、児童生徒一人当たりの学校教育費は小学校919.922円、中学校1.002.240円、盲・聾・養護学校9.292.777円である。盲・聾・養護学校の学校教育費は小学校の約10.1倍、中学校の約9.3倍である。入手先：文部科学省 HP
<http://www.mwext.go.jp/a_menu/ahotou/04141601.htm> (2005. 11. 11)。
- 29 内閣府『平成17年度版 障害者白書』20-25頁
- 30 前掲注29 20-25頁
- 31 イギリス・オランダでは最低賃金が保障され、フランスでは最低賃金を下回ったとき補完手当が国から支給される。
- 32 盲・聾・養護学校高等部(中学部はほとんどが高等部へ進学する)全体の卒業者の就職率は昭和55年42.7%, 昭和60年33.0%, 平成2年35.7%, 平成7年29.2%, 平成13年22.0%, 平成14年20.5%, 平成15年19.4% 入手先：文部科学省 HP
<http://www.mext.go.jp/a_menu/shotou/tokubetu/04121601.htm> (2005. 11. 11) ちなみに、高校卒業者の就職内定率は平成2年99.2%, 平成7年96.9%, 平成13年92.8%, 平成14年89.7%, 平成15年90.0%である。入手先：文部科学省 HP
<<http://www.dbtk.mhlw.go.jp/toukei/kouhyo/data-rou28/jikei/1-5.xls>> (2005. 11. 11)
- 33 清水貞夫・中村尚子著『障害者福祉の現状・課題・将来く障害児教育シリーズ』(2003) 76頁
- 34 内閣府『平成16年度版 障害者白書』35頁
- 35 前掲注16 建造物侵入等被告事件 判例タイムズ No.474 243頁
- 36 大曾根寛, 下山昭夫, 高田一夫, 森隆男, 佐々木昌秀, 工藤正, 指田忠司著『障害者労働市場の研究く1』入手先：独立行政法人高齢・障害者雇用支援機構 障害者職業研究センター研究部門 HP
<http://www.nivr.jeed.or.jp/download/houkoku/houkoku04_04.pdf> (2005. 11. 11)
- 37 前掲注16 建造物侵入等被告事件 判例タイムズ No.474 (1982. 10. 1) 243頁
- 38 佐藤幸治『憲法く新版』(1990) 546頁
- 39 奥平康弘『憲法Ⅲ—憲法が保障する権利—』(1993) 252頁
- 40 生存権たる性質をもつが、同時に国民の精神的自由にかかわるものとして自由権的な性質をもつ、複合的性格の人権であるとする(樋口陽一, 佐藤幸治, 中村睦男, 浦部法穂著『注釈日本国憲法(下)』(1988) 448頁, 599頁)
- 41 第1に、障害者の権利自体が十分に考察されていなかった時代の主張ゆえに、経済的弱者に対する教育の機会均等化のみが考察の対象とされ、障害児などの社会的弱者に対する教育の機会均等化ということが失念されていることを指摘せねばならない。それゆえ、同説は経済的権利的な把握であるとする点を批判される。
- 第2に、生存権の一側面とすることについての問

題がある。ここでいう「生存権の文化的側面」とは、いったい何を意味するのかは定かではない。しかし、現代社会において、全く教育を受けずに育った場合には、「健康で文化的な最低限度の生活」さえもおぼつかない状態になると想像するに難くない。生存権そのものが「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」にすぎないことから鑑みれば、「教育」も「健康で文化的な最低限度の生活を営むための教育」ということになろう。したがって「教育を受ける権利」は健康で文化的な最低限度の生活を営むための「教育」を受けようように、国家に対して経済的援助等を要求する権利に止まってしまうと思われる。国家の側は、健康で文化的な最低限度の生活を確保しようような教育を与えよう状況さえ整えれば責務を果たしたことになる。それでは、同条第2項の「義務教育条項」となんら異なるところがないことになってしまう。

- 42 同説に対しては「人間が発達的存在として捉えられているが発達した具体的な人間像がはっきりしていないこと、個人の発達と社会の発展・発達

との統一ということが強調されているがそもそも人間がその本質において社会的存在であることの問題が十分に捉えられていないので個人主義的な発達論になっていること、発達事態が歴史的、社会的なものであると捉えなければ、発達自体が極めて抽象的になるか、逆にその時代、社会への適応の過程とならざるを得ないのではないか」との批判がある。(前掲注18 嶺井正也 53-54頁)

- 43 永井憲一『憲法と教育基本権』(1970) 250-251頁
 44 宮沢俊義『憲法Ⅱ(法律学全集4)』(昭和46年) 327-328頁
 45 前掲注39 奥平康弘 252頁
 46 堀尾輝久『現代教育の思想と構造』(1992) 8-9頁
 47 前掲注15 山崎真秀 48-49頁
 48 前掲注39 奥平康弘 255頁
 49 前掲注18 嶺井正也 169頁
 50 憲法学は「国家」と「個人」という関係だけに注目し、その間にある「社会」の存在を無視してきたことを反省する必要があるのではないだろうか。