

自己人生創造希求的個人像、 親密な人的結合、社会権

——障害児の学校・学級選択の問題を手がかりにして——

横 田 守 弘

<目次>

はじめに

- 一 障害児の学校・学級選択の問題をめぐる中川説・米沢説・竹中説
- 二 竹中教授の憲法解釈論と障害児の学校・学級選択
むすびにかえて

はじめに

本稿は、障害児の学校・学級選択の問題（2006年の学校教育法〔以下、「学教法」という。〕改正〔平成18年法律第80号〕前は普通学校〔小中学校〕普通学級、同特殊学級、養護学校・盲学校・聾学校のいずれにおいて、同改正後は普通学校普通学級、同特別支援学級、特別支援学校のいずれにおいて就学すべきかの問題¹⁾）についての竹中勲教授の見解を検討することを通じて、竹中教授の憲法解釈論の特徴にふれようとするものである。竹中教授の憲法解釈論は、自己人生創造希求的個人像を基点にした、一つの体系を志向するものであり、障害児の学校・学級選択の問題についての竹中教授の見解にも、その憲法解釈論の特徴が反映されている。そうであるがゆえに、そこには憲

1) 本稿は、障害児の学校・学級選択にかかわる政策・法制度の展開や裁判例などを検討するものではない。また、本稿が検討対象とする学説のうち障害児の学校・学級選択に直接かかわるものは、2006年学教法改正の前の事案を前提にしている。それゆえ、本稿においては「統合教育」・「分離教育」といった言葉が多く登場することになるが、それは、「インクルーシブ教育」に向けた様々な動向を軽んずる意図によるものではない。

法学にとって課題となるものが示されているといえるであろう。

障害児の学校・学級選択の問題についての竹中教授の見解として本稿がとりあげるのは、1990年代初頭に公にされた中川明教授の見解に対して竹中教授がコメントをした1996年の論稿（本稿末尾参照文献一覧の「竹中1996a」。以下、本文では「1996a」と表記する。）、その後高井裕之教授が見解を提示し、また、米沢広一教授が高井教授、中川教授、竹中教授の各見解をとりあげて自説を展開したことを受けて、再び竹中教授が留萌事件（中学校長が生徒を特殊学級へ入級させた処分の取消等が請求された。旭川地判平5・10・26判時1490号90頁、札幌高判平6・5・24判時1519号67頁）を念頭において自らの説を述べた2000年の論文（本稿末尾参照文献一覧の「竹中2000」。以下、本文では「論文2000」と表記する。）、そして論文2000の一部を取り込んだ2010年の著書（本稿末尾参照文献一覧の「竹中2010」。以下、本文では「著書2010」と表記する。）の「第九章」である。以下、本稿では、一においてこの経過の流れに沿って中川説・米沢説と対比しながら竹中説の内容を確認し、二において竹中説の特徴を扱うことにする。

一 障害児の学校・学級選択の問題をめぐる中川説・米沢説・竹中説

1. 中川説

中川教授は、1991年の著書のなかのある章²⁾において、骨子①～④の見解を明らかにした（①～④の記号は横田が便宜的に付したものである。）。

①現在、障害をもつ子どもの教育のあり方については統合教育と分離教育という2つの考え方があり、考え方が大きく分かれている場合に国がその一方を親に強制することはゆるされない。少なくとも、親は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・権利をもっている。（「親の拒否権」）

2) 中川1991、49～70頁。

②子どもにとって教育を受ける権利は、その生活空間である家庭や地域と切りはなしえない関係にある。障害をもつ子どもを地域の学校から排除することは、教育を受ける権利に内在する「家庭や地域から切りはなされることなく教育を受ける利益」を不当に奪うことになる。親が就学義務を容認するのは、「学校の地域性」という認識があるからである。地域にはない養護学校へ就学することを強制することは、義務づけの前提をなす学校の地域性を欠き、ゆるされない。

③多様な人間とのさまざまな人間関係のうちから一定の人間関係のみを一方的に強制することは、それ以外の人間関係から隔離し、分離することを意味し、社会的存在としての人間の尊厳をおかす。（「隔離・分離からの自由」）

④親の教育の自由は、親が公権力から干渉されることなく自ら決定することができる権利として、憲法13条の幸福追求権に含まれるとされている³⁾。

以上の中川説の特徴は、まず、養護学校への就学を強制されない自由・権利を「親の教育の自由」として語っていることであり、自己決定の内容をもつ「親の教育の自由」の根拠として憲法13条の幸福追求権をあげていると思われることである（①④⁴⁾。もっとも、「強制されない自由」が導かれる理由は、統合教育と分離教育という2つの考え方に大きく分かれているからなのか、それとも、およそ親が子をどのように教育するかを自由を有するからなのか、はっきりしないところはある。第2の特徴は、地域のなかにある学校に通うことこそが望ましいという考え方を示していることである（②③）。ここには、竹中教授が「平等権アプローチ」と呼ぶ高井教授の見解⁵⁾に近い

3) 中川1991、54～56頁（①）、62～64頁（②）、64～67頁（③）、67～70頁（④）。②においては、「私事の組織化としての公教育」論を想起させる認識が示されている。中川1987、38頁、中川1991、41～42頁も参照。

4) すでに中川1987、39～41頁は、憲法13条の幸福追求権に含まれる親の「子どもを育てる権利」から「教育の自由」が導かれるとし、憲法が親に課した「教育を受けさせる義務」は直ちに一定の学校での「就学義務」まで要求しているわけではない、としていた。中川1987は、中川1991、73～89頁の基となるとともに（論旨に変更はない）、中川2013、193～203頁に、ほぼ初出と同じ形で収録されている。

5) 高井1998、211～212頁。

ものがある。中川説②③に対しては、そこにいう地域とは何を指すのか、「隔離・分離からの自由」は法解釈論・政策論・教育論のどれなのか、「隔離・分離からの自由」は「親の教育の自由」と衝突する契機もはらんでいるのではないか、などの指摘が可能である。

中川教授はその後、1996年の論稿において、上記②③と同旨の主張を行うとともに、各主張の間に入れ込む形で、上記①と同旨の主張（「親の選択・決定の自由」、「拒否権」）をしている⁶⁾。

2. 竹中教授、米沢教授からの中川説へのコメント

竹中教授は1996aにおいて、中川教授の1996年論稿における上記①の主張内容を「〈障害児・親の普通学校選択権〉は親の教育の自由の一内容であると捉えるアプローチ」に属する説として紹介したうえで、①「公権力の介入・干渉の排除」という自由権の基本的属性に照らせば、「親が障害児の『普通教育』の手法として、『家庭教育』や『私立学校教育』ではなく、『公立学校教育』を選択した場合—すなわち、その限りで公権力の提供するサービスに依存することを選択した場合—でも、〈公立諸学校間での学校選択の自由、ないし、普通学校普通学級・普通学校特殊学級・養護学校のいずれに就学させるかの選択の自由〉が親の教育の自由の一内容として捉えられるとする憲法解釈には困難さが伴う」こと、②「養護学校等へ障害児を就学させることを拒否すること（拒否権）のみでは〈普通学校選択権主張者〉の企図するところは実現されえないであろう」こと、以上の2点を指摘している（①②の記号は横田が便宜的に付したものである。）。

続けて竹中教授は、試論的な憲法解釈手法として「〈社会権実現立法における自由尊重アプローチ〉」を展開している（(イ)~(ウ)の記号は竹中教授自身による。）。

(イ)「〈学教法の定める、義務教育課程における子どもの学校教育に関する

6) 中川1996、2~3頁。中川1996は、加筆（主に上記②③にかかわる）のうえ中川2013、233~245頁に収録されている。

る法システム>」は、社会権としての「教育を受ける権利」（憲法26条）を具体化するものである。

- (ロ)社会権実現立法の規定様式としては、類型的には、「a 社会権享有主体の自由権・自己決定権を制約する手段を用いて同目的を実現しようとする規定様式（たとえば、精神保健及び精神障害者福祉法の強制入院規定）」（「自由制約型社会権実現立法」）と、「そうした自由権・自己決定権自体の制約を伴わず一定の公的サービスの提供の方法によりしかも当該公的サービスを社会権享有主体が受けることを法的には強制されないような規定様式（たとえば、生活保護法による生活保護給付規定）」（「公的サービスの非強制的給付型社会権実現立法」）とに分けることができる。
- (ハ)学教法は親の就学義務を規定するが、『（親の）私立学校選択の自由』を確認しており、この点に照らせば、同法は、公立学校への就学（公的教育サービスを受けること）を法的に強制しているとはいえないから、同法は基本的には「公的サービスの非強制的給付型社会権実現立法」である。（ニ）は省略
- (ホ)憲法26条は社会権としての「教育を受ける権利」を具体化すべき義務を立法部に課している。
- (ヘ)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の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、普通学校特殊学級での教育、養護学校での教育のうちの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」。
- (ト)「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は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せられていること、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（教委・公立学校長等）が否定するには公権力側に十分な正当化事由を提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」。

(フ) (学教法の条文)・(リ) (学教法の憲法13条・26条等に照らした解釈)をうけて、(ヌ)「学教法は基本的には私立学校や公立学校（普通学校普通学級、普通学校特殊学級、養護学校）における教育サービスという選択肢を用意し、当該教育サービスの拡充を企図しているものと解される」。(ル)学教法の委任に基づく政令や文部省令の解釈は、憲法の趣旨に即したものが問われる。

(ヘ)現行学教法等の規定の存在を前提として主張される普通学校選択権をめぐる憲法訴訟は、「立法の不作为」攻撃型憲法訴訟や朝日訴訟のような憲法訴訟とは異なり、既に制定された法律の定める公的サービス提供システムが国民の自由権を十分に尊重していないとして争う憲法訴訟である⁷⁾。

以上である。

中川説については、米沢教授も1999年の論文のなかでとりあげている。

米沢教授は、「障害児の学校・学級への入学・入級の問題を実体的な憲法論として構成しようとする学説」を「『自由権』の視点からのアプローチ」と「平等権の視点からのアプローチ」に大別し、前者をさらに「拒否権として構成しようとする学説」と「選択の自由の尊重として構成しようとする学説」に分ける。そして、「拒否権として構成しようとする学説」（「憲法13条の幸福追求権（自己決定権）から親の教育の自由を導きだし、その教育の自由に就学先の拒否権をも含ませるもの」）の例として中川説をあげ、論文本文において上記①の主張に該当する部分を紹介し、以下の3つの疑問を提示した（(a)～(c)の記号は横田が便宜的に付したものである。）。

7) 竹中1996a、84～86頁。

(a)「義務教育段階では実質的に有効たりうるが、高校進学段階では機能しえないのではないか。」(b)「親の拒否権といえども子ども本人の教育を受ける権利による制約をうけざるをえないのであるが、障害児の発達保障はどのように位置付けられるのか。」(c)「憲法上の自己決定権というためには、思想、信教の自由等といった明示されている権利に準ずるものでなくてはならないので、親の教育の自由に基づく拒否権も教育上の信念に基づくものに限定されるべきではなからうか。」⁸⁾

中川教授は2004年の論文において、上記①に相当する主張を自説としてあげ、この自説に対して竹中・米沢両教授による疑問が出されているとして、次のように述べた（(1)～(3)の記号は横田が便宜的に付したものである。）。すなわち、(1)「私見はもともと、親に就学義務が課せられている現行法制と運用（親は私立学校の選択の自由はあるが、それ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る。この点、およそ生活保護の受給自体を義務づけられていない社会保障法制とは性質が異なる）を前提として、親による就学義務の拒否として構成したものである。」(2)自説は高校段階までをも射程に含めたものではない。(3)「親が普通学校を希望して養護学校等への就学強制を拒否して提訴し、裁判で拒否が支持された場合、私立学校を希望しない以上、行政側は地域の普通学校へ措置するよりほかない（その場合でも、特殊学級か普通学級かの選択肢は残るが、判旨が特殊学級への指定を禁ずる趣旨なのか、どちらにするか裁量に委ねる趣旨なのかを読み取って措置すればよい）。」⁹⁾

竹中教授との関係で重要なのは、竹中教授の①及び(ロ)への批判となる(1)

8) 米澤1999、131～133頁。なお、同146頁注23において、中川教授が「隔離・分離からの自由」の重要性を説いていたことを指摘している。

9) 中川2004、46～49頁。同47頁注15においては、自説が親の拒否権だけでなく、「教育における隔離・分離からの自由」など3点を並列して主張していることに注意を促している。中川2004は、後に加筆のうえ中川2013、246～270頁に収録されている。論旨にも竹中説・米沢説についての論述内容にも変更はない。

である¹⁰⁾。たしかに竹中説に対しては、私立学校を選択できるということを通大に評価していないかという疑問がありうる。

その1つは、法的には私立学校を選択は可能であるとしても、実際には（とりわけ障害児には）選択が不可能であるあるいは著しく困難であるという場合があるのではないかということである。これについては、選択可能性の有無（言い換えると「強制」）を法的レベルで考えるか、事実上の可能性も含めて考えるかの違いが関連しているが、法的レベルだけで割り切ってよいかが問われよう。

もう1つは、私立学校を選択あるいは「公権力の提供するサービスに依存することを選択」といっても、それは学校教育法上の就学義務さらには憲法26条2項の「普通教育を受けさせる義務」を履行するという大枠のなかでの選択ではないかということである。これに対しては、「普通教育を受けさせる義務」は憲法上の義務であり、「自由制約型」と「公的サービスの非強制的給付型」との区別が前提にする「自由」は憲法の明文で認められた「制約」を除外した範囲で考える、という応答がありうる。この点に関連して、竹中教授が、憲法13条を根拠とする親の教育の自由には、「親の家庭教育の自由」（学校ではなく家庭において自らまたは家庭教師を雇用して教育する自由）や私立学校選択の自由などが含まれるとするとともに、しかし同時に、「<親の普通教育を行わない自由>を否定する憲法26条2項前段」は「親の教育の自由の内在的制約の一場合について規定したものと解することが可能」としていること¹¹⁾（前記へも参照）に注意すべきである。そうであったとしても、学教法の定める就学義務が問題となる。竹中教授の見解からすれば、学教法自体はたしかに「私立学校選択の自由」を確認しているが、上記

10) (3)は、㊦に対する、処分取消判決のもつ拘束力（行訴法33条）を意識した応答と思われる。竹中教授は論文2000において、留萌事件の事案を前提にして自らの解釈手法を用いた場合に導出される特殊学級入級処分取消判決について、拘束力をふまえた説明をしている。竹中2000、191～192頁、竹中2010、225～226頁。後にふれるように、米沢教授も竹中説に対して処分取消判決の拘束力にかかわる指摘をしていた。

11) 竹中1996a、79～80頁。なお、竹中1995c、53頁も参照。すでに竹中1989a、8頁において「親の家庭教育の自由」を認める見解が明らかにされていた。

の「親の家庭教育の自由」を確認しているわけではないので、現状は憲法違反の状態にあるという評価になるのが筋だろう。ともあれ、ここにおいて、「普通教育を受けさせる義務」についてさらなる検討をする必要があると意識されるのである¹²⁾。

米沢教授との関連では、(1)(2)が(a)に対応している¹³⁾。(b)は中川説と米沢説の違いを端的に示すものであると解されるが、これについては本稿では割愛する。(c)は米沢説の特徴にかかわるものであり、竹中説との関連で後にふれることにする。

3. 米沢教授からの竹中説へのコメント

米沢教授は1999年の論文において、竹中教授の1996aにおける試論的な憲法解釈手法を「『自由権』の視点からのアプローチ」のなかの「選択の自由の尊重として構成しようとする学説」として、次のような疑問を提示した((p)~(r)の記号は横田が便宜的に付したものである。)。すなわち、(p)「種種の選択肢を用意すべき抽象的義務から具体的権利である選択の自由が導き出されるプロセスが、必ずしも明確ではない」。(q)「このアプローチの射程はどこまで及ぶのか。障害児学校・学級-普通学校・学級間での選択にとどまるのか、それとも、障害児学校・学級間での選択、更には、普通学校・学級間での選択にまで及ぶのか。」そして、(r)「教育の自由から公教育間での選択の自由まで導き出すのは困難である」との指摘は正当だが、「義務教育段階においては選択の自由として構成する実際上の必要性はそう高くないのではなからうか。」¹⁴⁾

さらに米沢教授は、6点にわたる自説を展開した。ここではそのなかの3

12) 中川説も「親の家庭教育の自由」を認めるが(前掲注4))、「私立学校選択の自由」について積極的に語っていない。委細は省略するが、中川説には、公費によって営まれる学校教育という意味での公教育を通じて価値の多元的共存に配慮するという方向性がみうけられる。

13) (3)は、米沢教授の疑問に直接対応するものではないが、後にふれる米沢教授から竹中説への疑問(r)もふまえたものと解される。前掲注10) 参照。

14) 米沢1999、133頁。

点を紹介する (a～cの記号は横田が便宜的に付したものである)。

すなわち、a憲法は分離した環境で「特別の教育」を行う障害児学校の存在それ自体を忌避しているとはいえない。それ故、憲法は普通学校と障害児学校との併存を許容しているとの前提に立って、個々の就学指定・不合格処分合憲性のレベルで論を進める。b障害児とその親が障害児学校・学級への就学を希望している場合も憲法上の権利主張として取り入れる。aの前提をとる以上、「親が普通学校での教育こそがわが子の人間性を開花させるとの教育上の信念から憲法13条の教育の自由に基づく拒否権を主張し厳格化された審査を求めうるのであれば、障害児学校での教育こそがわが子の発達を保障するとの教育上の信念から同じ主張をなしえよう」。c「『自由権』からのアプローチと平等権からのアプローチは、個々の就学指定・不合格処分合憲性が争われるレベルにおいては必ずしも対立するものではないが、適合的に機能する局面が異なりうる」。後者のアプローチの際には、障害による区分であるから平等条項の下で厳格化された審査基準が妥当する、というのである¹⁵⁾。

さて、(p)の疑問の趣旨は、竹中教授の指摘①にもかかわらず、(t)の「法理」を用いると、①において疑問とされた「選択の自由」の構成を採ると同じ結果になるのではないか (少なくとも米沢教授には具体的権利としての「選択の自由」を導いているように見える)、というものではないかと思われる。また、(q)の疑問の趣旨は、(t)の「法理」の内容にある「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」を通じて、「公立諸学校間での学校選択」ができるような選択肢を用意する義務も課されることになるのではなからうか、というものではないかと思われる¹⁶⁾。

米沢教授の自説のうち、まずaは竹中教授の(h)と共通する。次にbにおい

15) 米沢1999、135～140頁。

16) 高井1998、211頁も参照。米沢教授は公立小中学校での学校指定制(小学区制)を違憲とはしないが、それは「公立諸学校間での学校選択の自由」が自由権の属性に反するからという理由によるのではない。米沢2005、170～171頁、米沢2016、177～179頁。

て、「教育上の信念」に基づく拒否権が語られている。これは、米沢教授が、親の教育の自由の根拠条文を憲法13条だけではなく市民的自由の条文（憲法19条、20条、23条）にも求めるとともに、市民的自由に含まれず、かつ「それらに準ずるような養教育」については憲法13条のみによって保障されるとすることの帰結であり、「親の家庭教育の自由」を認める際の条件として「思想、信教の自由等の憲法上の権利の侵害を理由とする学校教育の『拒否』」であることをあげていることにつながるものである¹⁷⁾。つまり、「親の家庭教育の自由」を認める点では竹中教授と同じであるが、この自由の根拠づけが異なることになる。◎からは、米沢説が、親の教育の自由に基づく主張と平等権に基づく主張とを相互排他的にとらえるのではなく、状況に応じてどちらかを用いればよいと考えていることがうかがわれる。ただし、平等権に基づく主張は、高井教授や中川説のように、特定の偏った人間関係の強制を問題とするものではない¹⁸⁾。

4. 竹中教授の応答

論文2000は、その「二」・「三」において留萌事件の事実・経過と控訴審判決を紹介し、「四」において、高井教授と米沢教授の見解にふれて自説を補足しつつ、留萌事件の事案について竹中説からはどのような判断をすることができるかを述べたものである。「四」は、若干の修正を受けながら、著書2010の「第九章」「二」として取り込まれている。以下では基本的に論文2000を扱いつつ、著書2010との間に目につく差異がある場合は、そのつど言及する。

さて、論文2000「四」のなかで竹中教授は、米沢教授による疑問(r)は少なくとも留萌事件（義務教育段階の事案）には米沢説にいう「拒否権として構成しようとする学説」を採るもののように読めるとしたうえで、自説と米沢

17) 米沢1992、251頁注3、253頁。米沢2005、165～166、171～172頁、米沢2016、171～172、179頁も参照。

18) 米沢2005、141～145頁、米沢2016、146～149頁も参照。

説の企図するところはほぼ同一であり、憲法解釈論的構成の手法においても両者には類似するところが多いという。これに続けて竹中教授は、「あえて言えば」として両説の差異をあげ、障害児・親の主張の「選択・自己決定」の側面を直視し、これをいかにして憲法解釈論的に構成しうるかについて考察してみる必要があるという¹⁹⁾。

これは要するに、自由権・憲法上の自己決定の自由の基本的内実を「公権力の介入・干渉の排除」ととらえる立場からは、拒否権行使により得られるのは「公権力の介入・干渉の排除」である「公権力による教育サービスに依存することの拒否」であるはずのところ、米沢教授による拒否権行使という構成は、公立学校サービスを受けることを前提として、公権力の提供する他の「適切な教育の場」の提供を「行政等公権力に求める」というものであるから、その主張の内実は「拒否権の主張」というよりも「選択・自己決定の利益の尊重要求の主張」というほかはなく、自分としては、あくまでこの筋を通して立論したい、という趣旨であろう。憲法解釈論としての自身の体系の論理的一貫性を重視する竹中教授らしい展開である。焦点は(r)ではなく、実質的には(p)・(q)にどのように応えるかになる²⁰⁾。

そこで竹中教授は「社会権実現立法・行政・司法における自由権・自己決定権尊重アプローチ」(著書2010では「社会権実現立法・行政・司法における自由権・自己決定権尊重義務の法理」)。以下ではまとめて、「尊重アプローチ(義務法理)」という。)を展開し、「留萌事件へのあてはめ」を試みる(㉞～㉟の記号は横田が便宜的に付したものである。また、竹中教授が①②③を用いていたところを①②③に置き換えた。以下、*は著書2010における表記を示す。)

まず、㉞「尊重アプローチ(義務法理)」とは、「〈公権力は社会権を実現する立法・行政・司法において、個人の自由権・自己決定権に『最大の尊重

19) 竹中2000、182～183頁、竹中2010、218～220頁。

20) 米沢教授は(r)の疑問の直後に、「選択の自由」として構成する必要がない理由として、処分取消判決の有する拘束力の観点からの説明を加えている。米沢1999、133頁。前掲注10)、注13)参照。

(……)』(憲法13条後段)を払わなければならないという憲法上の具体的義務を負う」との憲法解釈論である。これは、「公権力が社会権(基本的属性は『抽象的権利』)としての『教育を受ける権利』を実現すべき憲法26条上の義務を履行しようとする場合」、まずは、裁量(立法裁量・行政裁量・司法裁量)が生じると構成することになるが、「この場合にも、公権力は、当該裁量行使を適正に行わなければならないとの要件に服していると構成」しようとするものである。それは、「『立法裁量・行政裁量・司法裁量の行使は、〈憲法の個別の条項、個別の条項と個別の条項間の関連構造、憲法の全体構造〉に最も適合的なものでなければならないとの法理』の一内容をなす²¹⁾」。

次に竹中教授は、「尊重アプローチ(義務法理)」を留萌事件に即したものに示す。①「行政(中学校長等)は、行政決定(公立学校内での障害児の就学すべき『適切な教育の場』の決定)を行うに際しては、第1に、その授權法律としての〈社会権実現立法である学校教育法等〉の憲法適合的解釈を行わなければならないが、第2に、憲法適合的に解釈された同立法に基づく行政決定に行政裁量(……)が伴われる場合にも、当該行政裁量行使において、『憲法上の自由権・自己決定権の保障する権利利益〔の内実〕』を『要考慮事項=考慮しなければならない事項』と位置づけなければならないとの法的義務を負っており、また、……『最大の尊重(……)』を払わなければならないとの法的義務を負っている」とする²²⁾。

そこで、留萌事件において「最大の尊重」を払うべき「憲法上の自由権・自己決定権の保障する権利利益〔の内実〕」を、自説である「自己統合希求的個人像論・自己統合希求的利益説」(*「自己人生創造希求的利益説」)の立場から示し、これをもとに、障害児教育をめぐる憲法問題に際して採るべき憲法解釈論的構成を、次のように説明する。

②「憲法26条1項〔*「憲法26条2項」〕にいう『普通教育』段階(たと

21) 竹中2000、184～185頁。竹中2010、220～221頁においては、本文における「それは」以降の3行に該当する部分は略されている。

22) 竹中2000、185頁、竹中2010、221頁。

えば、学教法の定める義務教育課程)において、心身に障害を有する子どもが〈かけがえのない存在〉として自己の人生をつくり上げようと模索し、この障害児と『(通常)最も親密な人的結合関係にある親』が子どもと共に懸命かつ真摯にその生き方を模索しようとする場合、行政等の公権力はその自己統合〔*「自己人生創造希求」〕の営みに最大の尊重を払わなければならないとの法的義務(憲法13条)を負うと解する。すなわち、公権力が、憲法26条1項〔*「憲法26条」〕に基づく憲法上の義務を、義務教育課程において履行するに当たっては、次のように法的に義務づけられる。

すなわち、①「当該障害児の自立・自律〔*「自立・自律・自己人生創造希求」〕を確保するために、当該障害のニーズに対応した教育方法という選択肢を用意し」、また、②「義務教育課程終了後に社会に出た場合の自立・自律を確保するために〔*「自立・自律・自己人生創造希求の営みを十全にするために」〕、障害をもつ子どもと障害をもたない子どもとの日常的交わりを保障する教育方法という選択肢を用意するよう法的に義務づけられている」。そして、これらに加えて、③「公権力は義務教育課程において当該障害児が〈かけがえのない存在〉として自己統合希求の営みを〔*「当該障害児が自己人生創造希求の営みを」〕続けていくことを可能とする教育環境、つまり、自己が〈何か特別の存在ないし劣った存在として烙印を押されることにより自尊を汚されるといったことのないような教育環境〉を保障する教育方法という選択肢を用意するよう法的に義務づけられている」。③の選択肢を用意するに当たっては、『「分離教育」という教育方法自体、こうしたマイナス効果をもちやすい点に細心の注意が払われなければならない」。ここでは、たとえば分離教育方法という『「利益的」区別的取扱い……に伴いがちな『ステイグマ〔劣等等(*劣等)の烙印〕の害悪』の問題に対して、公権力(立法・行政・司法)は細心の注意を払わなければならない²³⁾。

このようにみてくると、④「障害のニーズに対応する教育方法の必要性の存在は、『分離教育』(という教育方法)を〔*「『分離教育』という教育方

23) 竹中2000、187頁、竹中2010、221～222頁。

法の強制を」直ちに正当化するものではない……。公権力が憲法26条1項により課された『子どもの『教育を受ける権利』の実現義務』を履行する際には、①②③を最大限同時追求する教育施策を実現しなければならないと解することができ、同項にいう『能力に応じて、ひとしく』の意味も①②③を包摂するものとして解釈される必要があろう²⁴⁾。

なお、㊦「障害児とその親が一致して養護学校等・特殊学級という教育の場を希望する場合」は（「多分に推測の域を出ないものではあるが」）、「親子は、通常は、公権力が①②③を（『分離教育』によることなく）実現する義務教育課程を十分に用意していない現状（憲法学的には、『〔憲法26条・13条実現〕立法の不作為』）という現状を前にして、養護学校等・特殊学級という『分離教育』（方法）としての問題はあるものの……。いわば『次善の策』として、『やむをえず』それを選択しているにすぎない」といえるのではなからうか、と付言している²⁵⁾。

以上㊦～㊧をふまえて竹中教授は、最後に、㊨留萌事件の事案について具体的に検討して、「被告中学校長の行政裁量行使は憲法13条に違反するもの（裁量濫用となる）と構成することが可能である」とする判断の過程を展開している。そこにおいては、「行政は、障害児・親の意向——つまり、現実的に利用可能な選択肢の中からのいずれを自己統合希求〔*「自己人生創造希求」〕の手段として用いるかの障害児・親による自己決定・選択——に最大の尊重を払わなければならない」、親と子どもの意向の一致などの一定の限定に服しつつも「義務教育課程において親が〈現実的に利用可能な合理的な選択肢〉の中から行う選択決定（つまり、障害をもつ子どもと人生を共にし、その自己の子どもとの親密な人的結合・交わり・養教育等を媒介として喜び等を確認し自己の人生を作り上げるべく真摯にかつ懸命に生きる〈生の人間〉としての親の自己決定）に対して、最大の尊重が払われなければならない」、これを尊重しない行政決定について裁判所は、「十分な正当化事由が

24) 竹中2000、188頁、竹中2010、222～223頁。

25) 竹中2000、188～189頁、竹中2010、223頁。

行政側から提示されているかについて、厳密に審査すべきであろう。そして、当該選択肢が、障害児・親の人生・自己統合希求〔*「障害のある子ども・親の自己人生創造希求」〕にとって重要な意味あいをもてばもつほど、行政側には重い立証責任が課せられる、などの興味深い指摘がなされ、最後の締めくくり特殊学級入級処分取消判決がもつ「対世効」についての説明が置かれている²⁶⁾。

二 竹中教授の憲法解釈論と障害児の学校・学級選択

1. 序

竹中教授は1989年の論文において、「公立諸学校間での一般的な学校選択の自由」を「親の教育の自由」とする理論構成の困難さを指摘しつつ、「障害児の生き方に永続的にかかわりをもつ親の最終的決定権能」を今後の検討課題としたいと述べていた²⁷⁾。これを起点に、1996aを経て、論文2000及び著書2010へと、教授の説は深化した。

そこで大きな役割を果たしていると思われるのが、「尊重アプローチ（義務法理）」、「憲法上の自由権・自己決定権の保障する権利利益〔の内実〕」を導く「自己統合希求的個人像論・自己統合希求的利益説」・「自己人生創造希求的利益説」、そして「親密な交わり・人的結合に関する自己決定権」である。本章では、この3つの内容と意義を確認し、最後に、それらが障害児の学校・学級選択の問題への解答に際してどのように用いられているかを検討する。

2. 「自己統合希求的個人像論・自己統合希求的利益説」・「自己人生創造希求的個人像論・自己人生創造希求的利益説」

まず、「自己統合希求的個人像論・自己統合希求的利益説」・「自己人生創

26) 竹中2000、189～192頁、竹中2010、223～226頁。

27) 竹中1989a、16～17頁。前掲注11)も参照。

造希求的個人像論・自己人生創造希求的利益説」である。論文2000は、上記⑨の前に、1998年の論文において竹中教授が次のように述べたことを紹介している。すなわち、日本国憲法の念頭におく人間像は「自己統合希求的個人像」である。それは、「憲法の念頭におく人間を〈まとまりをもった完成体、自律した個人そのもの〉としてとらえるのではなく、〈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〉ないし〈生の個人〉に着目し、各個人の人生はその生を閉じるまでこうした自己統合を希求……する道程である」ととらえ、自己統合への営みをそれ自体として重視しようとするものである」。憲法13条後段の保障する権利利益の内実（したがって、憲法上の自己決定権の内容をなす権利利益の内実）は「自己統合希求的利益」、つまり、「かけがえのない自己存在自体に対する権利利益（自己存在利益）、および、自己の人生のまとまり（自己統合）や個人の自律などを企図して懸命に生きようとして模索しつつそのときどきの自己存在を確認するという権利利益（自己存在確認的利益）をも含むような一定の包括性をもった利益」ととらえるべきである²⁸⁾、と。

その後、「自己統合希求的個人像・自己統合希求的利益」は「自己人生創造希求的個人像・自己人生創造希求的利益」という言葉と互換的に使用されるようになり²⁹⁾、最終的には「自己人生創造希求的個人像・自己人生創造希求的利益」が主に用いられるようになった。著書2010においては、「第九章」とは別の箇所において、「自己人生創造希求的個人像論」・「自己人生創造希求的利益」（ないし「個人の自律希求的利益」）といった言葉の下、先の論文2000が紹介するところと同じ内容が述べられている³⁰⁾。「自己統合希求的個人像・自己統合希求的利益」と「自己人生創造希求的個人像・自己人生創造希求的利益」は同じ内容のものといってよく³¹⁾、以下では両者を区別するこ

28) 竹中2000、186頁、竹中1998a、24～26頁。念頭に「おく」か「置く」かの表記については、それぞれの箇所において直接参照する竹中教授の文献における表記に従っている。

29) たとえば、竹中2005a、182～183頁、竹中2005b、22頁、竹中2007、70頁。

30) 竹中2010、47～48頁。

31) 両者の関係などについて、竹中2001、42頁、竹中2008a、137頁注1、147頁、竹中2010、36

となく、「自己人生創造希求的個人像論」などとして表記・検討する。自己人生創造希求的個人像論は、著書2010の後も維持されている³²⁾。

自己人生創造希求的個人像論の出発点になっているのが、憲法が念頭に置く人間像としての「具体的人間像」である。竹中教授は、日本国憲法が念頭に置く人間像（憲法13・24条にいう「個人」像）が「具体的人間像」であると解される点では憲法学説上多数の一致があるとしたうえで、「具体的人間、日々日常を生きる個人、生の人間、生身の人間は、多様な存在態様をもつ」ことに留意して、精神的自律（自立）性ないし判断能力・自己決定能力が十分な（状態にある）個人はもちろんのこと、この能力が不十分な個人、さらにはこの能力が欠如した個人も具体的人間として考察の対象にすえる³³⁾。具体的人間をどこまで個別具体的にとらえるかに関心を寄せるとともに、判断能力の有無を問わず具体的人間を人権論の射程に取り込もうとする姿勢は、竹中教授がかねてから明らかにしているところであり、最近の論稿でも強調されている³⁴⁾。

また、竹中教授は、日本国憲法13条前段と24条の個人主義について、諸個人の共存・共生の法理を内包するものにとらえている³⁵⁾。さらに、憲法13条後段の「幸福追求に対する権利」という文言に注目して、憲法13条前段の個人の尊重原理は「個人の生き方の多様性の尊重原理」を含むものとし、後に

～37頁など参照。

32) 竹中2013、133頁、竹中2018、16頁。

33) 竹中2010、35～36頁。その他に、竹中1998a、23～25頁、竹中2001、37～38頁、竹中2008a、139～140頁など。

34) 竹中1993、35頁注2、竹中1995a、140～141頁、竹中1995c、51～52頁。最近のものとして、竹中2018、16頁。竹中1995a、139頁によると、竹中教授は精神障害者の人権を扱った竹中1983を契機にして、憲法上の自己決定権等について検討を進めており、その背景には、「憲法の念頭におく人間像論」、「人権の根拠・基礎づけ論」に対する関心がある。なお、基本的人権の基礎づけについては、「自律に対する潜在的可能性」に求める佐藤幸治教授の説を最も有力としつつ、大脳欠損新生児（無脳症児）の基本的人権享有主体性などの論点が残ることにふれ、論議の途上にあるといった留保が一貫してなされている。竹中1995a、141～142頁、竹中1996c、33頁、竹中1998a、21～23頁、竹中2010、8頁、38～41頁。

35) 竹中1998a、23～24頁、竹中2010、42頁など。この点も、諸個人の権利の共存といった言葉により、早くから教授が指摘していたことである。竹中1982、24頁。

は、憲法13条前段は「各個人は自己の人生の作者（「自らの生の作者」）であるという原理」を内包するとしている³⁶⁾。

以上をふまえて、憲法13条後段の生命自由幸福追求権規定は、(13条前段と相互連動して)「基幹的な自己人生創造希求権」、「個人を基点とする適正な処遇をうける権利」(実体的にも手続的にも救済的にも適正な処遇をうける憲法上の権利)を保障したものであるとされるに至っている³⁷⁾。そして、自己人生創造希求的個人像論の立場からは、憲法13条後段は自己人生創造希求的個人像に対応する「自己人生創造希求的利益」(ないし「個人の自律希求的利益」)を保障するものとされる(憲法13条後段を根拠とする自己決定権の保障の及ぶ自己決定の自由の範囲も同様にとらえられる)。憲法13条は日本国憲法の核となる包括的権利保障規定であり、憲法14条以下の個別的権利保障規定は「個人を基点とした適正な処遇をうける憲法上の権利」の内容について具体的に明記したものとされる³⁸⁾。

3. 「親密な人的結合関係」、「親密な交わり・人的結合に関する自己決定権」(「親密な人的結合の自由」)

「基幹的な自己人生創造希求権」(自己人生創造希求的利益)を保障する包括的保障規定であるところの憲法13条後段を根拠として(つまり14条以下を根拠としてではなく)保障される権利の内容の具体例としてあげられるのは、第一に(「憲法13条後段を根拠とする実体的に適正な処遇をうける権利」の具体例)、「憲法上のプライバシーの権利(自己情報コントロール等)」、「憲法上の自己決定権」、「憲法上の名誉権」、「憲法上の自然的環境権」、第二に(「憲法13条後段を根拠とする手続的に適正な処遇をうける権利」の具体例)、「適正な手続的処遇をうける権利」、第三に(「憲法13条後段を根拠とする救済的

36) 竹中1998a、27～28頁、竹中2008a、144頁、竹中2010、43～44頁。

37) 竹中2010、44頁、75頁。竹中1999b、77頁、竹中2005b、22頁、竹中2008a、144頁なども参照。竹中教授が憲法13条後段の「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」を「幸福追求権」と略称せずに、「生命自由幸福追求権」と略称する理由については、竹中2018、15～20頁。

38) 竹中2010、48頁。竹中1998a、25～26頁も参照。

に適正な処遇を受ける権利（憲法上の救済権）」の具体例、「予防接種健康被害に対する憲法上の損失補償請求権」、以上である³⁹⁾。

次に、「憲法上の自己決定権」の内容としては、「生命・身体のある方に関する自己決定権」、「親密な交わり・人的結合に関する自己決定権」、「個人的（個性的）な生活様式に関する自己決定権」の3つがあげられる⁴⁰⁾。そして、憲法13条を根拠とする「親密な交わり・人的結合に関する自己決定権」の内容としては、「子どもをもうけるか否かの選択・自己決定の自由」、「親の（が）子どもを養教育する自由と親子の親交権」、「性的交わり・性的結合の自由」、「共同生活の自由」などのうち、憲法24条の下ではとらえきれないものが検討対象となるとされる⁴¹⁾。

「親の子どもを養教育する自由」が憲法13条後段により保障される理由は何か。著書2010は、子どもに関与する他者の存在が不可欠であること、公権力の存在しない状態（自然状態）における親の子どもを養教育する自然的義務などにふれたうえで、「憲法解釈論レベルでいえば」として、次のように説明する。すなわち、子どもの社会的存在の開始は親となる男女が自らの選択した「親密な人的結合の自由」の行使の所産であり、親は引き続き養教育を含む「子どもとの親密な人的結合」行動を通して自己の考えなどを豊かにすることができる。「個人が子どもをもうけるか否かの選択・自己決定をし、また、子どもをもうけた場合に親として自らの子どもとどのような親密な人的結合関係を築くかは、個人（親）が自己の人生をどのようなものとしてつくりあげるかという自己人生創造希求の営みと緊密に関連しており、この点に着目すれば、『親の子どもを養教育する自由』（……）は、憲法13条後段に

39) 竹中2010、75～76頁。竹中1999b、77頁においても基本的に同様の説明であるが、「第二」と「第三」が未分化であった。

40) 竹中2010、75頁、236頁。竹中1996c、38～40頁（竹中2010、13～16頁）、竹中1999b、77頁も参照。

41) 竹中2010、191～197頁。竹中1996c、39頁（竹中2010、14～15頁）も参照。なお、竹中教授は「親密な交わり・人的結合に関する自己決定権」と「親密な人的結合の自由」とを相互互換的に用いているようなので（竹中2010、188頁など）、本稿も以下では相互互換的に用いる。

より保障されると構成することができる」。なお、この自由は、(上記自然的義務を負っているとの本来的性質に照らして)「<子どもを養教育しない自由>を含まない」⁴²⁾、と。

このような説明の基本は、すでに1989年の論文において述べられている⁴³⁾。著書2010においては、それが竹中教授の憲法解釈論の全体像の中で述べられたという点に意義があろう。ともあれ、上記説明の中に、私事の組織化論や近代市民革命時の思想と結び付けられた親の教育の自由がみられないこと、宗教教育や思想教育の自由が登場しないことが注目される。後者の点は、米沢教授の見解との違いである。こうした説明の意義については、別の機会に検討したい。

竹中教授によると、「親の子どもを養教育する自由」は、「養教育内容の決定の自由」と「養教育方法の決定の自由」とからなり、後者の自由から「家庭教育の自由」が認められることになる⁴⁴⁾。公立諸学校間の選択の自由がみとめられないことについては、すでにふれた。

なお、竹中教授によると、「親の子どもを養教育する自由は、親子の双方向の交わりを前提としていることに着目すれば、『親子の親交権（親子の親交の自由）』の一部をなすと構成することができる。親子の面接交渉（面会交流）権は親子の親交権の一内容をなす⁴⁵⁾」。「親の子どもを養教育する自由」と「親子の親交権」は、ともに自己決定権としての性質をもちながら並列的な関係にあるのか、後者が前者を包括する関係にあるのか、気になるところである。また、親子の双方向の交わりに注目した「親子の親交権」、そして面接交渉権を自己決定権の範疇でとらえてよいのかは、検討を要するであろう⁴⁶⁾。

42) 竹中2010、194～195頁。

43) 竹中1989a、3～4頁、5～7頁。竹中1994、103頁、竹中1995c、53～54なども参照。

44) 前掲注11)、注27)も参照。竹中2010、196頁、213頁も同様。

45) 竹中2010、196頁。なお、竹中1995c、53頁、竹中1996c、39～41頁（竹中2010、15頁）も参照。

46) 竹中2010、206頁注18において、「親子の親交権」と類似の権利概念である「子どもと一緒にいる権利」を提唱するものとして、横田光2008が参照指示されている。横田光2008、75頁以下

それでは、「親密な交わり・人的結合に関する自己決定権」はなぜ憲法で保障されるのか。まず、竹中教授は「『親密な人的結合の自由』の提唱の基底にある諸考慮」を3点にわたり説明するが、その1つは、日本国憲法が念頭に置く具体的人間にとって、「個人と他の個人との親密な交わりは、自己人生創造希求の営み（各人がその人なりの人生をつくりあげる営み）においてきわめて重要な意味をもつものである⁴⁷⁾。そこでいう「重要な意味」の内容を明らかにするものとして、竹中教授が早い時期から一貫して、「親密な人的結合の自由」とプライバシーの権利が同様の機能をもつ（あるいは密接に関連する）と指摘していたこと⁴⁸⁾に留意しておこう。「同様の機能」とは、「親密な人的結合は、自己確認の機能をもつこと一個人は、親密でない他の個人との間でつけている一種の仮面（ペルソナ）を親密な他の個人との間でとりはずし、この者との親密な交わりを通して、自己とは何かを確認することができること、この点で、親密な人的結合の自由は、憲法上のプライバシーの権利……と同様の機能をもつこと一」である⁴⁹⁾。さらに竹中教授は、憲法13条・24条そして個人主義の個人とは「孤立した個人、ないし他者との結びつき・関係が途絶された個人」ではなく、「他者と

においては、憲法上の「親の権利」を、民法上の「親権」と結び付いた「親の権利（教育権）」と、それとは区別される「親としての地位への権利」、「子どもと一緒にいる権利」とに二分する構成が提示されている。このとき、前者の「親の権利（教育権）」の憲法上の根拠として、憲法13条の保障する自己決定の権利とは異質なものとして「個人の尊厳」を掲げる憲法24条があげられていることに照らすと（100頁）、竹中説と横田光平教授の説を同じものとみることはできない。本文で指摘した点については、横田光2008、114頁注56参照。横田光2010、576～581頁、631～634頁、横田光2018、117～120頁も参照。

- 47) 竹中2010、189～190頁。他には、諸個人の交わりは重要であるがあくまで「個人を基点とする憲法解釈論」の可能性を探求してみるべきであるということ、21世紀のあるべき法システムを構想する際にこの自己決定権は重要な機能を果たしうること（とくに高齢化社会における家族・医療・看護・介護・福祉が念頭に置かれる）、この2点があげられる。最後の点を除いて、竹中2002、90頁においても述べられていた。
- 48) たとえば、竹中1989b、96頁、98頁注14、竹中1995c、50頁、竹中1999a、72頁、竹中2008c、98頁。
- 49) 竹中2010、190頁。これは、「親密な交わり・人的結合に関する自己決定権」が憲法13条後段の補充的適用を受ける理由の1つとしてあげられている。

のかかわり・交わりの可能性を否定されない存在としての個人」を意味していることなどを理由にして、憲法13条・24条・25条は「『個として生きる』ことを可能にすることにより、『個と個との親密なつながり・交わりを大事にして生きる』ことを可能にする」憲法解釈論を要請しているものと解せられる、とする⁵⁰⁾。竹中教授の具体的人間像、自己人生創造希求的個人像にとって、親密な人的結合の可能性は中核的な位置を占めているといえる。

「親密な交わり・人的結合関係」・「親密な交わり・人的結合に関する自己決定権」の重要性を反映して、この関係・自由・自己決定権には憲法解釈論において無視できない役割が委ねられている。自己加害阻止原理に基づく基本的人権の制約の正当化要件の1つとしてあげられる「公権力の介入における補充性の要件」の例として、「公権力は判断能力が十分でない国民を保護するとの目的で自己加害阻止原理に基づき介入する場合にも、当該国民と親密な人的結合関係にある私人が存在する場合にはその者に介入の内容を説明し同意を得なければならないとの要件」があげられているのは、その一例である^{51) 52)}。

こうして、「親密な人的交わり・結合の自己決定権」は、単に憲法13条後

50) 竹中2010、44～45頁（36頁においては、このような憲法解釈論を志向することが、著書における検討を進める際の観点の1つとされている）。その原型は、竹中2002、90頁以下。なお、竹中2005b、22頁においては「……『個と個との親密なつながりを大事にして生きる』ことを可能にする」憲法解釈論・憲法適合的法制度論を要請する、としている。憲法適合的法制度論の内容については、本稿では割愛する。

51) 竹中2010、96～97頁、190頁、197頁。これをさらに具体化したものとして、生命維持医療拒否権（「消極的安楽死行為の自由」）を語る際に、「少なくとも、本人の意思が不明確な場合に、本人と親密な人的結合関係にある他の私人（家族等の近い者）の同意を得ることなく公権力が生命維持医療の不開始・中止決定を行うことは、憲法24条・13条に違反することになる」との主張がある（「死にゆく人」と「そのかたわらにある近い人」の「（現実世界での最後になるかもしれない）重要な親密な交わり・人的結合」が語られている。）。竹中2010、155頁注17、竹中1997、87～90頁。

52) その他にも、民法750条の「夫婦同氏強制制度」（竹中2002、93頁、竹中2010、209頁注38）、社会権実現立法としての施設サービス提供制度をもうける場合や家族介護に対する金銭的給付制度（竹中2001、46頁、竹中2010、197頁）、成年後見（竹中1996b、53～54頁）、予防接種強制（竹中2008b、15～16頁）などに関する指摘を参照。

段の保障する権利の1つであるだけでなく、憲法13条後段の保障する権利のなかの筆頭的地位を占めるものと位置づけられるのである⁵³⁾。

4. 「社会権実現立法・行政・司法における自由権・自己決定権尊重アプローチ（義務の法理）」

1996aにおける試論的な憲法解釈論手法と論文2000及び著書2010における「尊重アプローチ（義務の法理）」を比較すると、後者において義務の名宛人に司法が加わり、「最大の尊重」を払うべき対象に自己決定権が明示的に加わり、根拠条文が憲法13条後段になった、という違いがある。いずれも竹中説の展開を反映したものである。

論文2000は、「尊重アプローチ（義務の法理）」の前提にあるものとして、自由権と社会権との基本的属性の差異（公権力に対する不作為請求権かそれとも作為請求権か）に着目した「両者の調和ある共存」という観点、言い換えると「社会権を実現する公権力の積極的活動が、自由権・自己決定権のもつ意義を失わせるといった結果を招くことを阻止するような憲法解釈論的構成が試みられるべきではないか」という観点をあげている⁵⁴⁾。この観点は、1980年代から「現代立憲主義型憲法をめぐる基本問題」として竹中教授が意識していた、社会権を実現する行政活動が自由権制約を伴う場合のその制約の正当化事由如何、という課題⁵⁵⁾を発展させたものである。

「尊重アプローチ（義務法理）」の原型は、1995年に高齢者保護立法を扱う際に登場していた⁵⁶⁾。その後、1996aと論文2000を経て、2001年には社会保

53) 竹中2011、214頁においては、「幸福追求に対する権利」とは、幸福の内容は国家・公権力により一方的に決められるのではなく、第一次的には、「各個人が一人で、あるいは、親しい人との交わりを通して、親密な人的結合の自由（……）」という憲法上の権利を媒介にして、幸福の内容を自ら決定することができる権利があることを明確にしたものであると、解釈されているとする。親密な人的結合の自由の位置づけが上がっていることが見てとれる。

54) 竹中2000、185頁。

55) 竹中1986、46頁。高齢者の人権を扱う竹中1995a、142～144頁、148頁、竹中1995b、48頁も参照。

56) 竹中1995d、54頁。

障給付に対する具体的憲法的規律のなかの1つとして、自由権と社会権の「両者の調和ある共存」に結びつけて「尊重アプローチ（義務法理）」が語られている⁵⁷⁾。

「尊重アプローチ（義務法理）」とともに、基本的人権の制約の正当化原理としての「公共の福祉」の内容の三類型（他者加害阻止原理、「社会権実現等の非消極目的（消極目的以外の目的）での経済的自由制約原理」、自己加害阻止原理）に関する綿密な考察⁵⁸⁾、そして「自由制約型社会権実現立法」・「公的サービスの非強制的給付型社会権実現立法」という二類型による分析（以下、「二類型分析」という。）も、自由権と社会権の「調和ある共存」を意識して考え出された憲法解釈論上の営為であるといえる。

二類型分析は、1995～1996年に高齢者の人権や成年後見について論じる際に、（未成年者・高齢者・障害者・女性などの）「保護立法」について用いた⁵⁹⁾ところに端を発するようであり、その後、論文2000以外においても用いられている⁶⁰⁾。2001年の論文は、「精神的・身体的・経済的自律（立）性の不十分な個人に対する保護立法（ないし法律規定）」について、「サービスの非強制的給付型保護立法」・「自由制約型保護立法」の二類型をあげている⁶¹⁾。

二類型分析が活かされる例として、基本的には社会権実現立法（という保護立法）として位置づけられる法律の中に「自由制約型保護立法」の手段を定めた法律規定が含まれていることがあり、この場合、「社会権実現目的」は直ちに「自由制約型保護立法」の手段を正当化するものではなく、他者加

57) 竹中2001、45～46頁。そこで例としてあげられたもののいくつかは、前掲注52)においてあげた例と重なっている。「憲法上の医療介護福祉サービス提供体制整備要求権を具体化する法システムにおいて問題となる『医療介護福祉個人情報の共有化（＝第三者提供等）』について「尊重アプローチ（義務法理）」を用いるものとして、竹中2007、75頁。

58) 竹中2010、91～97頁。竹中1991、45頁、竹中1998c、195～202頁など参照。

59) 竹中1995a、154～155頁、竹中1995d、54頁、竹中1996b、50頁。

60) 「精神保健及び精神障害者福祉に関する法律」（精神保健福祉法）における強制入院制度を扱うもの（竹中2005a、185頁。竹中2010、164頁も参照）、予防接種法による予防接種強制制度を扱うもの（竹中2008b、9頁）がある。

61) 竹中2001、45頁。

害阻止原理または自己加害阻止原理に照らして正当化されなければならないという指摘がある⁶²⁾。このように、二類型分析は、基本的人権の制約の正当化原理としての「公共の福祉」の内容の三類型や「パターンリスティックな介入」の定義・意義などをも視野に入れたものであり、そこには憲法解釈論としての精緻さを重視する竹中教授の姿勢がよくあらわれている。

それでは、そもそも社会権とは何か。竹中教授によると、「社会権は、公権力に対して自己人生創造希求のための諸条件の整備を要求する権利、と定義することができる⁶³⁾。また、「憲法13条の自己人生創造希求権は、基本的には、『各種人権の大本となる権利』 = 『基幹的権利』として位置づけられ、自由権のみならず、平等権・参政権・社会権・救済権をも包摂しうるものである⁶⁴⁾」。

こうして社会権は、自己人生創造希求的個人像を通して、憲法13条に直結される。「尊重アプローチ (義務法理)」は、社会権に自由権・自己決定権を反映させるための単なる一解釈技法ではなく、『『個として生きる』ことを可能にすることにより、『個と個との親密なつながり・交わりを大事にして生きる』ことを可能にする」憲法解釈論そのものにほかならない。

最後に、「尊重アプローチ (義務法理)」と実効的人権救済権論との関係に

62) 竹中2004。たとえば、「社会福祉」・「社会保障」・「公衆衛生」立法に「自由制約型保護立法」の条文が混入している場合、その合憲性が慎重に検討されるべきである。竹中2001、45頁。精神保健福祉法は、同法第1条の目的規定からみて憲法25条の具体化法とされるが、強制入院制度という「自由制約型保護手段」は自己加害阻止原理・他者加害原理に基づく制約として正当化が論じられる。竹中2005a、184～193頁、竹中2010、163～171頁。

63) 竹中2008a、144～145頁。竹中2001、43頁、竹中2005b、23頁も参照。社会権を自己人生創造希求のための諸条件整備要求権とする考え方は、竹中教授の「憲法25条1項2項識別説」のなかにも反映されている。竹中2001、43～44頁。

64) 竹中2010、45頁。同旨の竹中2008a、145頁においては、平等権への言及がない。竹中2013、132頁は、「憲法13条後段の生命自由幸福追求権規定は、(判断能力の有無にかかわらず) かけがえのない人間存在を公権力により否定されない権利という〈選択の自由を内実としない権利〉、自己決定権などの〈選択の自由を内実とする権利〉、公権力に対して(人間存在を確保する措置を含め) しかるべきサービス提供活動を要求する権利などの各種の基本的人権を包括的に保障するものである」としている。下線部は、同様の文章がある竹中2010、44頁にはなかったものである。

もふれておかななくてはならない。竹中教授の提唱する実効的人権救済権論⁶⁵⁾と、先に述べた憲法13条解釈から、憲法13条後段は、前段とあいまって、「実効的人権救済をうける憲法上の権利」を保障するものであるとされ、その一環として「実効的司法的救済をうける憲法上の権利」が構想されている。この権利の内容として、第1に、裁判所は「憲法上の具体的権利」の侵害について実効的司法的救済を付与すべく、実定訴訟法等の憲法適合的（創造的）解釈を行わなければならない、第2に、裁判所は「法令上の権利利益」（憲法上の抽象的権利を具体化する立法措置などによる権利利益）の侵害に対しても実効的司法的救済を付与（提供）するよう憲法上義務づけられている、とされる⁶⁶⁾。「実定訴訟法等の憲法適合的（創造的）解釈」とされているが、「第1」との関連で「新しい人権の司法的承認の要件論の精密化」が課題としてあげられていることからして、実体法の憲法適合的解釈も視野に入るものと解されよう。

ところで、竹中教授によると、社会権実現立法の中に「サービスの任意的な給付・提供手段」を採用する条文と「自由権・自己決定権を制約する手段」を採用する条文が含まれている場合があるので、社会権実現立法に関しては、この2つの手段の存在の確認、および、前者の条文の合憲拡張（拡充）解釈、後者の条文の合憲限定解釈という二様の憲法適合的解釈の検討などが行われなければならない⁶⁷⁾。したがって、社会権実現立法の中の「サービスの任意的な給付・提供手段」を採用する条文については合憲拡張（拡充）解釈が行われなければならないことになる。これは、裁判所への憲法上の義務づけであるが、結果的に「尊重アプローチ（義務法理）」とも重なるのではないだろうか。「尊重アプローチ（義務法理）」による義務の名宛人として司法権が加わった背景として、竹中教授による実効的人権救済権論の展開を指摘する

65) 竹中1998b、346頁、竹中2008b、4頁、竹中2010、111頁。

66) 竹中1998b、358～362頁、竹中2010、112～115頁。

67) 竹中2008b、9頁。竹中2003も参照。抽象的権利を具体化する法律・条例の憲法適合的解釈は、竹中2018、22頁においてもとりあげられている。

ことができるのである。

5. 障害児の学校・学級選択の問題への竹中説の適用

2～4において確認した特徴をもつ竹中説は、一4における「尊重アプローチ（義務法理）」適用の流れ⑦～⑩のなかにどのようにあらわれているか。

まず、⑦においては、障害児の学校・学級選択の問題が社会権実現立法にかかわるものであることが大前提となる。竹中教授は、憲法26条が社会権の条文であるというだけでなく、「年齢のいかんを問わず、人が学び教育を受けることは、自己の人生をつくりあげようという営みにおいて、きわめて重要な意味をもつ。憲法26条1項は……、『すべて国民』（＝子ども、未成年者、非高齢成年者、高齢者、社会人など）の『教育を受ける権利』（＝『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』）を保障する」と説明し、この権利を具体化する法律として学教法をあげている⁶⁸⁾。ここには、社会権を「自己人生創造希求のための諸条件整備要求権」とする見方が反映されている。

論文2000及び著書2010「第九章」には、1996aにおける(ロ)(ハ)に相当する説明の箇所はない。しかし、論文2000は1996aをふまえたものであり、論文2000の脚注において1996aの(イ)～(ウ)が再現されている⁶⁹⁾こと、論文2000においても著書2010においても、1996aの①同様の理解が示されている⁷⁰⁾ことなどからみて、論文2000・著書2010ともに上記(ロ)(ハ)を前提していると解される。二類型分析を前提とするこの(ロ)(ハ)については、すでに一2において扱った。

次に、「行政」が「行政決定」を行う際の法的義務を述べる④においては、「第1に」として、授権法律の憲法適合的解釈が語られている。障害児の学校・

68) 竹中2010、212頁。この説明は竹中2000にはない。竹中1996a、79頁には、「教育を受ける権利」を社会権とする説明はあったが、「自己の人生をつくりあげようという営み」といった表現はない。

69) 竹中2000、193頁注7。

70) 竹中2000、184頁、竹中2010、220頁。

学級選択の問題においては、「公共サービスの非強制的給付型社会権実現立法」である学教法、すなわち「サービスの任意的な給付・提供手段」を採用する条文をとりあげているはずであり、4 末尾においてふれた実効の人権救済権論からすれば、合憲拡張（拡充）解釈が行われることになりそうである。「第2」に述べられる行政裁量における「最大の尊重」は、まさに㉗で語られる「尊重アプローチ（義務法理）」の適用場面である。

「最大の尊重」の内容を語る㉘においては、総論的に「行政等の公権力」の法的義務としつつ、㉙末尾において「公権力（立法・行政・司法）は細心の注意」とし、また、㉚～㉜において「選択肢を用意」する法的義務が語られている。したがって、㉘において述べられているのは、立法も含めた公権力に課せられる義務と解される。論証の手順としては、授權法律を㉘からみて評価し、次に行政決定を㉚からみて評価する（もちろん授權法律への評価が密接に関連しうる）ことになろう。1996a の(ト)㉚をうけた(チ)～(ル)は、(ト)㉚をふまえた学教法等の憲法適合的解釈を行っているようにみえる。しかし、論文2000と著書2010にはこの流れに該当する部分がない。論文2000には、㉚に該当する部分に続けて、憲法学として取り組むべき第一の課題は㉚㉛㉜（原文は㉚㉛㉜）を具現する義務教育課程を提供していない「立法の不作为」を攻撃する憲法訴訟ということであるのかもしれないとする見解が述べられていた⁷¹⁾。この見解は著書2010においては述べられていないが、論文2000・著書2010ともに㉚において、立法の不作为という現状を指摘している。したがって、竹中教授の判断によれば、学教法等の規定の現状は立法が「最大の尊重」を払うべき義務を果たしていないという不作为の結果であるということになりそうである。そのこともあって、学教法等はどのように憲法適合的解釈をされるのか、その解釈において行政の裁量はどのように位置づけられるのかがわかりにくくなった感は否めない⁷²⁾。

71) しかし、「人員・設備・予算上の考慮に起因する立法等裁量論の克服の課題」などがあげられ、「このことは、（現在の筆者には）必ずしも容易ではない」とされていた。竹中2000、188頁。これに対して、竹中1996a の(ウ)参照。

72) 竹中2000・竹中2010は留萌事件の事案を念頭に置いており、この点で竹中1996a とは異なる

さて、「最大の尊重」を払うべき法的義務の内容を具体的に述べた①②③をみると、1996aの(ト)①に相当すると思われる①においては、自己人生創造希求的利益説との関連が明確になった。さらに、1996aにはなかった②③に、自己人生創造希求的利益説がはっきり反映されている。②③においては、自己人生創造希求的利益説の観点から、「障害をもつ子どもと障害をもたない子どもとの日常的交わりを保障する教育方法という選択肢」が語られ(②)、また、「スティグマ〔劣等々の烙印〕の害悪」に細心の注意を払った選択肢の用意が語られている(③)。③においては「区別的取扱い」の問題点、すなわち平等の観点が意識されている⁷³⁾。その趣旨は中川説や高井説の趣旨とは異なるが、「統合教育」の方が「分離教育」に比べて自己人生創造希求的利益にヨリ合致していると判断されているかのごとくである。それは、④において「次善の策」・「やむを得ず」といった評価があるところにもあらわれている⁷⁴⁾。

そもそも竹中説においては「公立諸学校間の選択の自由」は存在しないはずなので、②③の法的義務が「公立諸学校間の選択の自由」への「最大の尊重」として語られうるはずはない。そして、㊦の冒頭で語られる「最大の尊重」が払われなければならない対象は、まずは障害児の自己人生創造希求的利益であろう。そうすると、①②③の内容は、自由権・自己決定権への尊重としてではなく、自己人生創造希求のための諸条件を整備する国家の義務の内容として語ることもできるように思われる。この方向で思考を進めれば、小中学校における学校選択制について、少なくとも「自己人生創造希求的利益の内容をなす」という評価は出てこないだろう。他方で、「ニーズに対応した教育方法という選択肢」を障害児という文脈を離れて構成し、「自己の

ことには注意が必要である。竹中2000、191頁、竹中2010、225頁からは、特殊学級の設置と教員定員に関する規定も含めて「授権法律」と理解されていることがわかる。

73) 竹中教授が平等(権)アプローチの重要性を否定するものではないことについては、竹中2000、180頁を参照。

74) 竹中2000の㊦においてはみられなかった「強制」の語句が、竹中2010において追加された。それは、本文のような読み方を避けるためかもしれない。

人生をつくりあげ」ることや「真摯かつ懸命」な生き方の模索に結びつけると、学校選択制も「最大の尊重」の帰結とならないか。

最後に、㊸においては、障害児・親の自己決定・選択への「最大の尊重」が払われなければならないとされている。ここには、「統合教育」の方が自己人生創造希求的利益に合致しているという含みはなく、「真摯かつ懸命に生きる〈生の人間〉としての親の自己決定」が強調されている。自己人生創造希求にとって重要な意味合いをもてばもつほど行政側に重い立証責任が課せられるとする点は、「教育上の信念」を重視する米沢説との差異を明確にするように思われる。「重要な意味合い」をもつか否かの判断は、親が「真摯かつ懸命に生きる」かに左右されるであろうが、その判断が「教育上の信念」か否かの判断を越えてどこまで及ぶかが問われよう。

むすびにかえて

竹中教授の憲法解釈論は、自己人生創造希求的個人像を基点にした憲法13条解釈を中核にしたものであり、「憲法上の救済権」までも視野に入れた、体系志向的な解釈論であった。それは、教授自身の言葉を借りれば、佐藤幸治教授の人格的自律権説に基本的に依拠しつつ、憲法13条論を竹中教授なりの言葉で表現・構成・説明しようとしてきた⁷⁵⁾、真摯な知的格闘の成果である。この知的格闘は、一方では、「憲法学者・公法学者は、裁判所・裁判官および弁護士に承認を迫りうるような精緻な憲法解釈論を用意していたか」を問う姿勢に基づいて、解釈論上の諸概念の定義や射程を厳密に測ろうとする⁷⁶⁾。他方では、「人権の解釈論的構築にあたっては、“日々日常を生きる個人”、“生の人間”にとってわかりやすい言葉を使って理論構成を図っていくということもまた、捨て去り難い視点ではなかろうか」という意識から、

75) 竹中2008a、135～136頁。

76) 竹中2000、171頁、192頁。「学習権」などの概念を解釈論に用いることに批判的な竹中1994、91～103頁には、こうした姿勢がよくあらわれている。

「憲法学が各個人の『具体的生活』・人生に“現実的なかかわりあい”と“重み”をもつものとする事」を目指そうとしてきた⁷⁷⁾。

竹中教授の憲法解釈論は、佐藤教授の理論を基盤にして、それをより追求しようとする事を通して、日本国憲法における個人主義と日本社会を接合させようと努力する営みであったといえる。同時に竹中教授が、判断能力の有無を問わない具体的人間像を抽象的な説示だけに終わらせるのではなく、精神障害者や高齢者などの人権という、憲法解釈論からの検討が必ずしも多いとはいえない領域について、実定法制度を検討する作業を地道に行うことによって、先の姿勢・意識をふまえつつ具体的人間像を憲法解釈論の世界に着地させようとしてきたことは、特筆に値する。本稿が扱った障害児の学校・学級選択という局所的にみえる問題にも、竹中教授は、上記の姿勢・意識を保持しながら、その自己人生創造希求的個人像を基点にした憲法解釈論をもって対峙している。このような竹中教授の憲法解釈論から私たちがくみ取るべきものは、多い。

もちろん、自己人生創造希求的個人像を基点とした憲法解釈論については、佐藤教授の人格的自律権説についてすでに多方面でなされている議論も参照すべきであろうが、本稿はあえて竹中教授の憲法解釈論を跡づけることに徹し、この種の議論にはふれなかった。

最後に、竹中教授の憲法解釈論に対して、すでに行った個々のなもの他に、筆者なりの指摘を2つあげておく。まず、自己人生創造希求的個人像、そして憲法13条後段によって保障される基幹的な自己人生創造希求権は、「親密な人的結合」を核に置くことによって、その内容がわかりやすくなると同時に、相互に緊張関係をもちうるものをも含むほどに広がっていかない

77) 竹中1996c、45頁、竹中2010、20～21頁。竹中2017、3～4頁、28頁注6も参照。竹中1998a、8頁は、竹中教授が「人格的自律」・「人格的生存」という用語の使用を留保する理由として、佐藤教授が基礎に置く道徳理論・基礎的憲法理論を自分がどこまで正確に把握しえているか自問するところがあること、“日々日常を生きる人間”、“生の人間”にとってわかりやすい言葉を用いて憲法解釈論を展開したいと考えていること、この2点をあげている。

かということである⁷⁸⁾。もう1つは、憲法24条の解釈である。竹中教授は「親密な人的交わり・人的結合に関する自己決定権」について、憲法13条の補充的適用を主張するのであるが、憲法24条解釈について自説の他に「公序説」があることに言及はあるものの、13条論に比べて簡単な取扱いに終わっている⁷⁹⁾。2015年の2つの最高裁判所大法廷判決による憲法24条解釈がある今日、さらなる検討が求められよう⁸⁰⁾。これらはすべて私たちの課題である。

本稿では、憲法26条2項の「普通教育を受けさせる義務」の意義についての竹中教授の見解に詳しくふれることができなかった。これについては、他の論者の見解とともに、別に検討する機会をもちたい。

<参考文献一覧>

1. 竹中勲教授（脚注においては「竹中1982」といった形で表記した。）

- 1982 「個人の尊厳原理と『公共の福祉』の解釈」論集（神戸大学教養部紀要）30号（1982）23頁
 1983 「精神衛生法の強制入院制度をめぐる憲法問題」判例タイムズ484号（1983）50頁
 1986 「現代行政とプライバシー」ジュリスト854号（1986）46頁
 1989a 「親の子どもを教育する自由と憲法上の自己決定権」論集（神戸大学教養部紀要）44号（1989）1頁
 1989b 「憲法上のプライバシー権の条例による具体化の意味（一）——住民票写し等交付申請書の本人開示請求」自治研究65巻11号（1989）92頁
 1991 「調査書（内申書）の本人開示請求権」産大法学25巻2号（1991）25頁

78) たとえば、竹中2002、94頁注31（その後半については、竹中2010、206頁注23も参照。）においては、親しくしていた故人に対して生きている個人がもつ思いは、自己統合希求の個人像論の立場では、自己とは何かを確認し自己の人生をつくりあげるうえで重要な精神的利益として憲法上保障されうるとし、また、排泄介助等を伴う高齢者介護にあつては、近しい者による介護を受けたいという感情・精神的利益は、憲法上尊重に値するものとする。もちろんこれらの主張は、戦前の「家」制度や「家族員のなかの女性」に負担を課することを正当化するものではないことが明確に留保されている。とはいえ、「家族構成員各個人の自己人生創造希求の営み」との調整が起こりうることは否定できない。これは、竹中教授の悩みでもあったであろう。

79) 竹中1996c、39頁、竹中2010、14～15、190～193頁。竹中1995c、53～54頁も参照。

80) 最大判平27・12・16民集69巻8号2427頁、最大判平27・12・16民集69巻8号2586頁。この点で、竹中2017、14～25頁が注目されるが、「婚姻及び家族に関する法制制度の内容を定めるに当たっての国会の立法裁量」という大法廷判決の出発点自体への検討はみられないように思われる。

- 1993 「性的結合の自由（一）——憲法上の自己決定権の日米比較研究Ⅰ——」産大法学27巻1号（1993）26頁
- 1994 「国民の教育権・国家の教育権論争と憲法解釈学」産大法学27巻4号（1994）90頁
- 1995a 「高齢者の人権と憲法学（一）」産大法学28巻3・4号（1995）138頁
- 1995b 「高齢者の人権と憲法学（二・完）」産大法学29巻1号（1995）22頁
- 1995c 「親密な人的結合の自由」法学教室176号（1995）49頁
- 1995d 「年齢による区別の合憲性」法学教室180号（1995）53頁
- 1996a 「障害児の『教育を受ける権利』」法学教室188号（1996）78頁
- 1996b 「成年後見制度と憲法」法学教室192号（1996）49頁
- 1996c 「自己決定権の意義」公法研究58号（1996）28頁
- 1997 「『安楽死』と憲法上の自己決定権」法学教室199号（1997）81頁
- 1998a 「自己決定権と自己統合希求的利益説」産大法学32巻1号（1998）1頁
- 1998b 「実効的人権救済権論」佐藤幸治＝初宿正典＝大石眞編『憲法五十年の展望Ⅱ 自由と秩序』（有斐閣、1998）345頁
- 1998c 「憲法学とパターンリズム・自己加害阻止原理」『佐藤幸治先生還暦記念 現代立憲主義と司法権』（青林書院、1998）167頁
- 1999a 「プライバシーの権利」高橋和之・大石眞編『ジュリスト増刊 法律学の争点シリーズ2 憲法の争点 [第3版]』（1999）72頁
- 1999b 「『新しい人権』の承認の要件論と学説」産大法学33巻1・2号（1999）59頁
- 2000 「社会権実現立法・行政・司法における自由権・自己決定権尊重アプローチ——留萌事件（特殊学級入級処分取消等請求事件）控訴審判決を素材として——」産大法学33巻3・4号（2000）170頁
- 2001 「社会保障と基本的人権」日本社会保障法学会編『講座社会保障法第1巻 21世紀の社会保障法』（法律文化社、2001）35頁
- 2002 「婚姻の自由と夫婦同氏強制制度の合憲性」ジュリスト1234号（2002）88頁
- 2003 「演習憲法1」（少年保護事件の補償制度）法学教室278号（2003）124頁
- 2004 「演習憲法1」（強制入院制度の憲法問題）法学教室281号（2004）152頁
- 2005a 「精神障害者の強制入院制度の憲法学的考察」同志社法学56巻6号（2005）177頁
- 2005b 「高齢者と人権保障・憲法学」法律時報77巻5号（2005）21頁
- 2007 「医療介護福祉情報と憲法——医療・介護・福祉情報の保護と共有・公開・公表——」同志社法学58巻7号（2007）45頁
- 2008a 「憲法13条と自己人生創造希求権」初宿正典・米沢広一・松井茂記・市川正人・土井真一 [編集委員]『国民主権と法の支配 佐藤幸治先生古稀記念論文集 [下巻]』（成文堂、2008）135頁
- 2008b 「予防接種強制制度の合憲性と予防接種健康被害に対する憲法上の救済権」同志社法学60巻5号（2008）1頁
- 2008c 「プライバシーの権利」大石眞・石川健治編『ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ3 憲法の争点』（2008）98頁
- 2010 『憲法上の自己決定権』（成文堂、2010）
- 2011 「成年後見人の自己人生創造希求権と選挙権」新井誠・赤沼康弘・大貫正男編『成年後見法制の展望』（日本評論社、2011）210頁
- 2013 「判断能力が十分でない成年者と基本的人権」同志社法学64巻7号（2013）127

頁

- 2017 「民法750条違憲訴訟の再開の必要性」同志社法学69巻4号(2017) 1頁
 2018 「憲法13条適合性の審査項目・判断枠組み・違憲審査基準(その1)——前科抹消請求事件——」同志社法学70巻4号(2018) 1頁

2. その他

- 高井1998 高井裕之「ハンディキャップによる差別からの自由」『岩波講座現代の法14自己決定権と法』(岩波書店、1998) 203頁
 中川1987 中川明「教育を受ける権利と『学校』——『就学義務』の再構成のこころみ——」自由と正義38巻6号(1987) 37頁
 中川1991 中川明『学校に市民社会の風を——子どもの人権と親の「教育の自由」を考える』(筑摩書房、1991)
 中川1996 中川明「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) 2頁
 中川2004 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・岡田信弘・常本照樹編『日本国憲法解釈の再検討』(有斐閣、2004) 38頁
 中川2013 中川明『寛容と人権——憲法の「現場」からの問いなおし』(岩波書店、2013)
 横田光2008 横田光平「親の権利・子どもの自由・国家の関与(10・完)——憲法理論と民法理論の統合的理解——」国家学会雑誌125巻11号(2008) 47頁
 横田光2010 横田光平『子ども法の基本構造』(信山社、2010)
 横田光2018 横田光平「子ども法の基本構造と憲法上の親の権利」法律時報90巻9号(2018) 116頁
 米沢1992 米沢広一『子ども・家族・憲法』(有斐閣、1992)
 米澤1999 米澤広一「障害児の学校・学級の選択と憲法・教育法」佐藤幸治・清永敬次編『園部逸夫先生古稀記念 憲法裁判と行政訴訟』(有斐閣、1999) 119頁
 米沢2005 米沢広一『憲法と教育15講』(北樹出版、2005)
 米沢2016 米沢広一『憲法と教育15講〔第4版〕』(北樹出版、2016)