

教育法研究とジェンダー

～子供の人権論におけるジェンダー平等の視点の意義～

秋 池 宏 美

問題の所在

- I 「子ども」概念の普遍性と歴史性
 - II 子供の人権と男女の人権
 - III 性的自己決定権と性的人権
- 今後の課題

問題の所在

1 子供の人権とジェンダー

男女の平等を宣言した日本国憲法が制定されてから半世紀以上の歳月を経たにもかかわらず、依然として日本の社会の中に男女差別が存在しているのは何故であろうか。それは法システムとは別に社会システムがそのシステム内部に性差別を組み込んでいるからであろうか。あるいは、憲法＝教育基本法の下で戦後民主教育を受けた大人が社会の多数を占めているにもかかわらず、彼らが主体となって性差別を克服することができずに男女差別が再生産され続けているとすれば、実は、学校自体が、男女平等教育の推進機関としてではなく、性差別の再生産装置の一つとして機能してきたためであろうか。

男女共同参画社会に関する世論調査報告書(平成21年10月内閣府調査)によれば、学校教育の場における男女の地位の平等感では、「平等」と答えた者の割合が68.1%である。他の社会領域に関する回答結果をみる

と、「平等」と回答した割合が、家庭 (43.1%)、職場 (24.4%)、政治の場 (21.0%)、法律や制度 (44.4%)、社会通念・慣習・しきたり (20.6%) であり、これらの「数値」をみる限り、学校では、他の社会領域よりも男女の地位の平等が「実現」しているようにみえる。

だが、回答者が何をもって「平等」と感じているのかを判断できるような具体的な質問項目を設定して調査してみると、内閣府の調査結果とは異なった学校の姿が見えてくるかもしれない。というのも、性役割や性による区別の固定化を性差別とは見なさない教育指導観が学校組織の中で機能しているとの指摘もあるからである。教育社会学研究によれば、学校の中にはジェンダー再生産構造というものが「存在」しており、たとえば、子供たちが出会う教科書・副読本などに記述されている男性像・女性像、男女別名簿などの学校慣習・慣行、学校種別にみる教職員の男女別構成の在り方、学校の中で繰り返される教師の性別的言説など、いわゆる隠れたカリキュラム (hidden curriculum) が、学校の正規のカリキュラムとは別様に機能し、その総和的效果として、性別による役割配分の固定化や秩序化が再生産されているのである⁽¹⁾。

実際、教師の世界では、「男の子は男らしく、女の子は女らしく」育てることは「男女平等に反しない」とする特性教育観が根強い⁽²⁾。発達論的にみれば、性的アイデンティティ (gender-identity) の獲得が子供の人格発達において重要な意味を有していることは言うまでもないが、教育の現場においては、本人の選択的自由が考慮されることなく、結果的に性差別を正当化するジェンダー実践による性別的差異化が行われているのである。

こうした学校の実態に対して、90年代に入ってから“ジェンダー・フリー”な教育の実践が始められた。1960年前後からの「男女平等教育」の考え方をジェンダーの視点から問い直す実践である。たとえば、東京都の監理団体であった東京女性財団は、「男女平等教育」という言葉が男女特性観と結びついて手垢に塗れてしまったため、性にとらわれずに能力を発揮できる自律的な人格を育てるための教育を、「男女平等教育」ではなく、“ジェンダー・フリー”な教育と呼び、啓発実践を行った。

その結果、“ジェンダー・フリー”という言葉は、短期間のうちに全国に広まり、教育の領域を飛び越えて他の社会領域でも使用されるようになった。

しかし、こうした啓発実践も、21世紀に入って、バックラッシュの波に洗われることとなった。たとえば、東京都では、七生養護学校性教育弾圧事件（2003-2004年）が始まり⁽³⁾、また、都教委が「男女平等教育を推進する上で、今後は、『ジェンダー・フリー』という用語は使用しない」（2004年）との通知を発した。国会でも、自民党保守派議員らが“ジェンダー・フリー”の名の下で「異常で過激な教育」が行われていると議論すれば、男女共同参画推進本部長である小泉首相が「これはちょっとひどいですね」と合い乗りし、結局、男女共同参画局は、“ジェンダー・フリー”は「男女共同参画」とは無関係だと文書（2004年）を全国の自治体に配布するに至った⁽⁴⁾。当時、筆者が面談した自治体関係者が「生まれたばかりの赤子を産湯と一緒に流すわけにはいかない」として、“ジェンダー・フリー”という言葉を使用しないことになるだろうと述べていたが、確かにその後、“ジェンダー・フリー”という言葉は男女共同参画行政の文書から一掃されるに至ったのである。

また、教育基本法の改正議論においても、中教審が、教育基本法5条の「男女共学」規定を廃止し、教育の基本理念として「男女共同参画社会への寄与」を新設すべきとの答申を行ったが、自民党案では、「男女共学」だけでなく「男女共同参画社会への寄与」も削除されており、結局、改正教育基本法では、「男女共学」規定が削除され、「男女共同参画社会への寄与」も新設されることはなかった⁽⁵⁾。こうした事態に対して、女性差別撤廃委員会は、日本政府の第6回報告に対する「最終意見」（2009年8月7日）において、「教育分野における女性の十分な権利の保障に関する、本条約に基づく締約国の義務が国内法に取り入れられるように、男女共同参画の推進を教育基本法に再度取り入れることを真剣に検討するよう締約国に勧告する」⁽⁶⁾と指摘したのである。また、子供の権利委員会も、その「最終見解」（2010年6月20日）において、「教育基本法第5条の削除に関する女性差別撤廃委員会の懸念を改めて表明する」と記

した⁽⁷⁾。

このような「教育とジェンダー」をめぐるバックラッシュの動向に対して、ジェンダー平等の視点から子供の性的人権 (Sexual Rights) に関する法理論を構築する必要があるのではないかとと思われる。学校における子供の人権保障の在り方を探求する教育法研究も学校教育関係におけるジェンダー再生産構造について法的にアプローチする必要があるのではないだろうか。だが、そもそもジェンダー平等の視点は、教育法研究の方法的視点としてどのように展開されてきたのであろうか⁽⁸⁾。

2 研究の状況

ここでは、「教育法とジェンダー」に関する研究の到達点を確認するため、日本教育法学会編『21世紀の教育学の課題 (全三巻)』を取り上げたい。この論集には、「本学会設立以来の30年間にわたる教育法研究と実践を総括的に検討するなかで、21世紀の教育と教育法を展望し、すべての人の教育人権がより豊かに保障されることを願って、理論的かつ実践的諸問題を解明することにある」と編集の趣旨が記されている。21世紀を前に教育法学会の総力を挙げて教育学の到達点と今後の課題を明らかにした論集ということである。

この論集には、植野論文「ジェンダーと教育法」が収録されている。植野は、女性差別撤廃条約、子どもの権利条約、北京行動綱領等の国際的動向、旧教育基本法における「男女共学」規定の解釈、キャンパス・セク・ハラなどを検討し、特に「男女共学」規定の解釈「論争」に関しては、「論争」の当事者である兼子と城丸の双方を解釈が不徹底であったと批判し、こうした「解釈の不徹底は、現実の男女差を既存のものとしてとらえたところに由来するが、この『差』はまさに教育が再生産しているものである」と指摘する。更に、教育における差別撤廃の課題を論じた箇所では、教育学の分野では、「教育における男女平等は達成されたとしてあらためて問題とはされてこなかった」と断ずる⁽⁹⁾。だが、事実はその通りであったのかも知れないが、学校のジェンダー再生産の構造という問題局面を教育的に理論展開することを妨げる原因が、国

民の教育権論を導出する教育法学の自由主義的理論構成自体に内在していたのではないかとも思われる⁽¹⁰⁾。これまでも教師の「教育の自由」論の立場に立って、子どもの人権保障の視点から教育実践の在り方について数多くの貴重な研究がなされてきた。しかし、敢えて言えば、教育法学としては、学校のジェンダー再生産構造にアプローチする教育的視座や方法を構築してこなかったのではないだろうか。

いずれにせよ、教育法学においては、旧教育基本法の「男女共学」規定の解釈をめぐる「論争」があったくらいで、男女の平等に関しては然したる理論的な展開がみられなかったということである。すでに指摘したように、教育基本法の全面改正の際に、すでに男女共学は社会の中に定着しているとの理由で「男女共学」規定が教育基本法から削除されてしまったが、しかし、未だに男女別学の国公立学校が存在しており、しかも、国公立学校の合憲性（違憲性）を議論してきたのは、教育法学ではなく、憲法学、敢えて言えば、ジェンダー法学としての憲法学である⁽¹¹⁾。また、法律上の男女平等は宣言されてはいるが、事実上の男女平等の実現は未だに課題である。にもかかわらず、教育法学では、ジェンダー主流化（mainstreaming of gender）が提唱された以降においても、「教育法とジェンダー」に関する研究、すなわちジェンダー平等の視点からの教育法研究や子供の人権研究はあまり進展していないのであって、「教育法とジェンダー」に関する研究は、まさに今日的な課題であると言ってよい。

本稿では、子供の人権とジェンダーの関係について若干の試論的考察を行い、その上で、子供の性的人権（Sexual Rights）という思想を法的人権として構成することができるかどうか、その可能性について検討する。

I 「子ども」概念の普遍性と歴史性

1 「子ども」の法的定義

日本国憲法では「保護する子女」（26条）という用語が使われており、

旧教育基本法でも「保護する子女」(4条)が用いられていたが、改正教育基本法では「保護する子」(5条)に変わっている。児童福祉法では、「児童」とは「満18歳に満たない者」(4条)と定められ、「児童」は、「乳児」(満1歳に満たない者)、「幼児」(満1歳から、小学校就学の始期に達するまでの者)、「少年」(小学校就学の始期から、満18歳に達するまでの者)に区分されている。他方、少年法では、「少年」は「20歳に満たない者」(2条)と定められている。学校教育法では、民法と同じ「子」の他、「幼児」、「児童」、「生徒」、「学生」などが使われている。

要するに、当該法令の適用年齢が確定されていれば、児童福祉法と学校教育法との間で「児童」の定義が異なっても、児童福祉法と少年法との間で「少年」の定義が異なっても、法律の世界では、別段問題ないのであろう。したがって、“Convention on the Rights of Child”を、日本政府が「児童」の権利条約と訳そうが、東京都が「子供」の権利条約と訳そうが、教育法学会などが「子ども」の権利条約と訳そうが、然したる違いはないと考えるべきなのであろう。同条約では、“child”をどのように訳そうが、「18歳未満の全ての者」(1条)が対象となることに変わりはないからである。

また、教科書裁判第二次訴訟東京地裁判決、いわゆる杉本判決(地判1970(昭45)・7・17判時597号3頁)では、「児童・生徒」という従来から使われていた法令用語だけではなく、「子ども」という言葉が使われた。教育学の立場からは、このことをもって教育理論への真摯な関心を示すものと受け止められ、教育条理に基づく教育法理論の形成に寄与する判決として評価された。その後、「子ども」という言葉は判例の中でも使用されるようになり、たとえば旭川学力テスト事件最高裁判決(最大判1976(昭51)・5・21刑集30巻5号615頁、判時814号33頁)でも、「子ども」という言葉が使われている。もはや「子ども」という言葉は法令用語としても認知されているのであろう。そう言えば、2001(平成13)年には、子どもの読書活動の推進に関する法律が成立している。同法では、「子ども」は「おおむね18歳以下の者」(2条)と定義されている。

ところで、法令が定める「子ども」とは《何者》なのであろうか。こ

のように問うと、《保護の対象》、《教育の客体》、《発達の主体》、《学習権の主体》、《人権の主体》などの言葉が思い浮かぶ。これらの言葉を見ただけでも、大人と子供の関係の多層性が感じ取れるであろう。他方、ジェンダー平等の視点から大人と子供の関係を考えると、「子ども」という概念の近代的性質の問題が気になり始めるのである。一般的には、「子ども」であれ「子供」であれ、どちらの表記を使おうが、それは論者の主観に過ぎず、《客観的存在》としては《同じ対象》である、と考えるのであろうか。もとよりかかる考え方を否定する意図はないが、「客観」を対象化する「主観」の視座—子ども観の近代的性質—を考慮する必要があるため、本稿では、便宜上、「子ども」と「子供」を区別して用いたい。もっとも、親や大人に「付き従う」という意味を込めて「子供」という言葉を好んで使う向きもあるかもしれないが、本稿では、まったく異なる意味合いで「子供」という言葉を使用する。

2 近代的子ども観と性の排除

ここでは、「子供」と「子ども」を便宜的に区別する意図を説明するため、「子ども」という観念の近代的性質について、簡単に触れておきたい。

たとえば、三橋は、少年法、児童福祉法、刑法など現行法の子供に関わる規定を例示した上で、要するに「『子供期』は、法律的にも保護の対象であるということである。この考え方は子供は身体的にも社会的にも弱者であり、性的にも“無垢”であるという観念に支えられている」⁽¹²⁾と述べる。ここで問題にしたいのは、性的に無垢という子ども観である。つまり、近世に独特の「子供」という語に立ちこめていた「性の香りが、どのように払拭されていったか」、あるいは、「この性的な意味は、どこから『子供』にとりつき、そしてどのように『子供』から離れていったのか」⁽¹³⁾という問題である。

三橋は、西欧近代教育思想が輸入される以前の我が国近世の時代を考察対象としているのであるが、西欧近代においても近代的子ども観の形成過程において子供から「性的香り」が剥奪される過程が日本の場合と

比べさらに強力に押し進められ、教育の対象としての「子ども」の発見（近代的子ども観の構築）との関連で、子供の性（性欲）を抑圧する近代教育思想や教育方法・技術が構築された事実は、各種の研究が明らかにしているところである⁽¹⁴⁾。

近代化とは、身体の規律化である。たとえば、精神科医ハインリッヒ・ホフマン（Hoffman, Heinrich）が我が子のクリスマス・プレゼントのため書いた童話がある。これが評判を得て、『もじゃもじゃペーター』として世界各国で出版され、我が国でも翻訳本を手にすることができる。『もじゃもじゃペーター』の初版本には、象徴的な挿絵が載っている⁽¹⁵⁾。髪や爪が伸び放題のペーターの左右に櫛と鋏が配された構図の挿絵である。この構図を近代における「清潔な身体」への視線の成立という視点から読み解くこともできるが、人の意志にかかわらず現れてくるヒトがもつ「生命力」の象徴としての髪や爪を管理し規律化する意志を象徴しているとも言える。そして、この意志は、カント（Kant, Immanuel）の啓蒙思想とも通じるものであって、中世的な「野蛮な身体」から近代的な「規律ある身体」（近代人）のイメージを創出する力であった。こうして、創出された市民的身体イメージに向けて生命活動の制限（Einschränkung der Lebenstätigkeit）によって規律化することが、近代教育の課題の一つとなり、その一環として、子どもの性の抑圧と管理が位置づいていたのである⁽¹⁶⁾。ルソー（Rousseau, Jean-Jacques）の教育思想を継承するとされるドイツ汎愛学派の教師たちが、寄宿生徒のオナニー防止のために開発した装置（教具）をみれば、子供の性の抑圧と管理が、近代教育の主たるテーマの一つであったことを確信させられるであろう⁽¹⁷⁾。

19世紀ヨーロッパ近代とは文化的思想的背景などの違いがあるとは言え、我が国においても、文明開化の下で、裸体習俗を禁じた太政官布告の発布以降、性風俗の軽犯罪化が進められ、1875（明治8）年頃からは「開花セクソロジー」⁽¹⁸⁾の輸入が始まり、更に、大正期の性教育ブームの中で子供の「性の教育化」⁽¹⁹⁾が進行し、伝統的共同体が育んできた性文化と子供との分離が図られ、いわゆる近代的子ども観が人々の意識の

中に「定着」していくことになる。近代的孩子も観を「地方」に持ち込み、労働・生殖・規範を一体化させた地域の生活文化を改造したのは、「中央」の文化を吸収した教師・モラリストたちであった。

たとえば、現松本市周辺においてかつて小正月の火祭りの際に子供たちが歌っていた「三九郎歌」と大正中期に島内村（現松本市島内）の小学校の校長が「改善」した「三九郎歌」とを比較してみれば、地域共同体の子育ての習俗が崩壊し、近代的孩子も観が「定着」する過程において、子供の生活文化から性が隔離され、非性的であるべき存在としての子ども観が「受容」されていく史的事実の一端を垣間みることができるであろう。しかも、子供と性を分離する過程は、「男の子らしさ」、「女の子らしさ」など、教育的に「価値」があるとされる、近代的なジェンダーを創出する過程でもあった。

もっとも、ここでは、近代的孩子も観という観念の拡大過程を単純化して描いたに過ぎず、「伝統」と「文明」との関係のように、実際には、早々簡単に新しい観念が人々に受容され、実際の伝統的生活文化が改造されるというものでもない。島内村の小学校の校長が、子どもたちに「下品」な歌詞の「三九郎歌」を唄わせたくない、無味無臭の「三九郎歌」に「改善」したにもかかわらず、子供たちの性教育の役割を担って、歌い継がれてきた「三九郎歌」が、完全に消失するのは、第二次世界大戦後、しばらくしてからである⁽²⁰⁾。

さて、ジェンダー平等の視点から子供の性的人権を検討するにあたって、近代的な子ども観のレベルにおける、子供と性との関係の捉え方の変化を重視すべきであるとの判断により、本稿では、「子ども」とは、近世的な子供という存在（性的存在）から“Human Sexuality”の問題を分離・排除する意志に基づいて形成されてきた観念的構築体（理念型）であり、他方、近代における大人と子供の関係史において分離・排除されてきた“Human Sexuality”の問題を人権として再統合すべき主体、あるいは再統合した主体を「子供」と定義する。なお、この区別は、あくまでも本稿での用語法であって、「子ども」の性的人権という表記を排除するものではない。

3 子供の人権論の課題

教育法学における子どもの人権研究が、子供の性の問題に関して然したる関心を示してこなかった理由の一つとして、近代的孩子観の影響があったのか否かについて断定的なことは言えない。ここでは、子どもの人権研究においても、ジェンダー的存在（性的存在）としての子供という視点を重視する必要があるのではないかと、とだけ述べておきたい。教育法理論においても、教育法学会設立の当時から「男女の平等」は重視されてきたとの指摘があるとなれば、子どもの「人権」保障の視点から、学校の教育的関係において女の子と男の子とが「平等」に処遇されてきたと言えるのかどうか、真摯に検討されなければならないであろう。子どもの人権について論ずることで、男の子の人権も女の子の人権も、ひとしく論ずることができるとする平等主義的な「虚構」に囚われていなかったらどうか。言い換えれば、教育法学においても相対的平等主義を克服する時期に来ているのではないだろうか。

性差別的な性情報が氾濫しているにもかかわらず、いまなお、教育の現場では、子供の性の抑圧と管理という意志に基づいて築かれた近代的孩子観が維持され、「人間性の教育」や「個性の尊重」という言葉（正統言説）とともに、「男の子らしさ」や「女の子らしさ」という言葉（ジェンダー言説）が頻繁に使われ、社会的人格の性差的発達が促進されている。もちろん、我が国の教育行政が子供の性の問題に対して全く無関心であったと放言する意図はない。極めて不十分ではあるが、文部科学省の指導の下で、都道府県教育委員会が教師用指導資料集『性教育の手引き』を作成しており、その中には、“Human Sexuality”の性教育を謳った手引書も存在している。しかし、こうした資料集は、保健体育科の教師が参考にする場合があったとしても、多くの教師によって活用されているとは考えにくい。

子供の人格的自由を尊重する教育をめざすか否かの問題とも関わって、子供の性の問題に関する「支援」の在り方をめぐって深刻な対立がある。日本の場合、経済構造が激変し家族の在り方も多様化しているにもかかわらず、伝統的な家族秩序を理想化する保守層が、学校の性教育実践を

子供、親、教師の自律的な検証に委ねずに、メディアと結んで世論操作を行い政治問題化させる傾向が強い。すでに述べたように、男女共同参画推進本部長の小泉首相（当時）が七生養護学校の性教育実践批判に同調し、逆に「ジェンダー平等教育・性教育の現状に対する認識不足を露呈するものであり、行動綱領を確実に実現していくという政府の決意表明を自ら否定し、日本政府の信頼を深く傷つけるもの」⁽²¹⁾と批判されるような現状が存在する。他方では、先進的な性教育実践を権力的に弾圧して、教師の関心を子供の性の問題から遠ざける状況を作り出している間に、子供たちは、情報化社会の中で氾濫する男性中心主義的な性情報に接触し、歪んだ異性観を確実に受容しているのである。

したがって、ジェンダー平等教育と性教育の在り方に関わる、子供の性的人権論の視座を確立し、どのような教育実践が人権侵害になるのかを明確にしていくことが、益々重要な課題となっている。子どもの人権研究は、「男の子は男の子らしく、女の子は女の子らしく育てる」という特性教育観が憲法の保障する「男女の平等」とは矛盾しないとの主張とどのように向き合うことができるのだろうか。性別特性観に立った教育実践は子供の人権侵害となるのか否か、もし子供の人権侵害となるとすれば、それはいかなる根拠によってなのか。あるいは、教育の本質と子供の発達を教育条理として教育法理論を構築しようとする場合、第一性徴期では、無垢な存在としての子どもという観念の下で、男女の性について配慮を欠いた指導が行われ、第二性徴期に入ると、70年代・80年代の校則規定にみられたように⁽²²⁾、子ども＝無垢観を引きずりながら、「性的逸脱」を防止するための管理主義的な指導が行われている状況に対して、その法的関心をどのように方法化し得るのだろうか。

II 子供の人権と男女の人権

1 子供の人権をどうとらえるか

子どもの人権研究においては、子供の権利条約への関心に比べて女性差別撤廃条約への関心は低いように思われる。牧が、「子どもの権利条

約が、子どもとおとなの関係を規律しているとするれば、女子差別撤廃条約は男と女の間を規律しているわけですから、私たちが子どもの権利をとらえる場合には、当然この二つの関係を統合的に認識していかななくてはなりません⁽²³⁾と指摘しているが、このような視点が子どもの人権研究において広く受け入れられているとは必ずしも言えない。

子供が、性自認 (gender-identity) の形成を中核としつつ、成長、発達、成熟していく存在であるとするれば、子どもの人権論もジェンダー的存在 (性的存在) の側面に関わる人権の理論化が求められるのではないだろうか。たとえば、子供の人権を考える場合、学校の現実における男女間での人権保障の在り方ないしは侵害の在り方の「差異」に着目する意味はないのだろうか。形式的に言えば、男女とも性的侵害が発生する可能性があるとしても、実態としては、女兒・女子が人権を侵害される場合が大半である。学校の中でも、ジェンダー・バイアスの問題からジェンダー・ハラスメント、セクシュアル・ハラスメント、性的いじめ、性暴力まで発生している⁽²⁴⁾。教育裁判に至れば、判例研究もなされるが、日常的な教育実践、教師の発話行為、教育慣習・慣行の中のジェンダー・バイアスやジェンダー・ハラスメントなども人権侵害行為として認識した上で、ジェンダー平等の視点に立った、真に人権尊重の教育を実現するには、子供の人権論をどのように構想したらよいであろうか。あるいは、性差別の克服のための人権教育の実践を理論的に支える子供の人権論はどのように構築すべきであろうか。

「人権教育のための国連10年」のための国内行動計画 (1997年) では、人権教育を推進するための「重要課題」として、女性、子ども、高齢者、障害者、同和問題、アイヌの人々、外国人、HIV感染者等、刑を終えて出所した人等の人権問題が取り上げられている。社会的な差別がどのように発生したかを説明するためには、もとより個別的な研究成果を踏まえて立論すべきであろうが、差別／被差別の関係を人間主体の位相として考えれば、以下のように、主体の構造を仮説することができるのではないだろうか⁽²⁵⁾。

すなわち、具体的個人は、社会的諸関係の中で、①普遍的 (人間的)

存在の位相、②特殊的（人種、信条、性別、社会的身分、門地など）存在の位相、③個別的（個人的）存在の位相という三つの位相からなる全体的統一として存在している。そして、特殊的存在の位相が、個人の社会的存在の分類基準として機能している。一般的に言えば、差別の制度化は、生物学的理由付けや社会関係的理由付けの違いがあるにせよ、具体的個人をある種の「集団」にまとめあげる社会的分類基準（差別化の基準）の制度化に基づいていると思われるが、この社会的分類基準に関わる位相として、人間の特殊的存在の位相をとらえることができるのではないだろうか。言い換えれば、特殊的存在の位相とは、大人と子ども、男と女、健常者と障害者というような非対称な基準によって分類される関係的位相である。たとえば、落合は、平等主義規範と差別化規範という二重基準（double standard）について指摘しているが⁽²⁶⁾、普遍的（人間的）存在の位相が平等主義規範、特殊的存在の位相が差別化規範に「照応」しているように思われる。ただし、平等主義的規範と差別化規範という二重の基準論は、社会構造の分析概念として析出されたものであって、普遍的（人間的）存在の位相と特殊的存在の位相が社会関係の「反映」としての主体の審級をあらわしている点で同じものではない。

以下では、子供の特殊的存在の位相として、①〈大人と子ども〉の位相と②〈ジェンダー〉の位相について検討する。

(1) 位相としての〈大人と子ども〉

普遍的（人間的）存在の位相と特殊的（子ども）存在の位相について坪井論文の力を借りてもう少し考えてみたい。たとえば、坪井は「子どもも大人も、ひとり人間であるということに、間違いはない。したがって、子どもが大人と同様、人間に保障される基本的人権を保有しているということについても、これを否定する理由はない」と指摘する。他方で、坪井は、「子どもの権利擁護という視点から、子どもを見つめると、そこには大人と歴然と異なる特質がある」と述べ、「労働者の権利、女性の権利、障害者の権利、外国人の権利などが論じられるのは、それぞれの存在がもつ特質を明らかにし、その特質に応じた人権保障のあり方

が求められるからである。子どもの権利にも同様の対応が必要である」⁽²⁷⁾とし、「子どもの存在の特質」について考察した上で、「子ども自身の最善の利益に資する方向に支援されなければならないのであって、大人にとって都合のよいコントロールが行なわれてはならない」と指摘する⁽²⁸⁾。

本稿の文脈に即して言えば、前者が普遍的（人間的）存在の位相に関わる言説であり、後者が特殊的（子ども）存在の位相に関わる言説であると言えそうである。

「子どもは人間である」という審級としての普遍的（人間的）存在の位相では、どのような政治的立場であろうか、おそらく見解の不一致は起らないと思われるが、「子どもは大人ではない」という審級としての特角的（子ども）存在の位相では、特定の教育観や子ども観に基づいて構成される「保護」原理（パターンリズム）の在り方によって、子供の人権の理解の仕方も異なり、教育的な「支援」の在り方も異なってくる。坪井は、「乱暴な議論かもしれない」がと断った上で、「基本的人権の保障については、これまで主として大人について語られてきた条文を、そのまま援用すればいいことであろう」⁽²⁹⁾と述べる。この坪井の発想は、子供の「未成熟性」を一般的前提として、「保護」の名の下で、子供が人権を認識し享有し行使する自由を制限すれば足るとする発想と決別し、基本的には、大人と同じ人権享有・行使主体として子供を捉え、子供自らが自律的に人権を享有し行使できるように、子供の「存在の特質」を踏まえて、支援の在り方を個別具体的に明確にすべきである、ということも理解してよいであろう。あるいは、大人との関係における子供の差異化＝差別化の水準を低めていくことが、子供の人権保障の在り方にとって重要であると言い換えてもよいであろう。

(2) 位相としての〈ジェンダー〉

本稿の主たる関心事は、特殊的存在の位相としての子供のもう一つの側面、つまり男と女の関係性としての性の問題を子供の人権としてどのように認識するかにある。「人権教育のための国連10年」のための国内

行動計画では、子供が、女性、高齢者、障害者、同和問題、アイヌの人々などの「重要課題」として同列に並べられているが、言うまでもなく、子供は、発達の可能態として、大人になりゆく存在であるとともに、男と女になりゆく存在である。その意味で、子供は、少なくとも、大人と子ども、男と女という関係の位相を含む、二重に特殊的存在である。子供は、近代的な社会的文化的環境の中で、「子ども」として存在すると同時に、「女の子」や「男の子」としても存在している。しかも、子供だけが、成長・発達とともに、関係性を変化させる存在である。つまり、子供は、成人年齢に達すると、社会や国家によって特殊的（子ども）存在の位相を解消されるが、男と女という特殊的（ジェンダー）存在の位相はそのまま維持されるのである。

それでは、すべての子どもを平等に扱うという言説と男の子と女の子を平等に扱うという言説は、同じなのか、異なるのか。従来、憲法学では、相対的平等主義の立場から合理性の基準説に依って「男女に差が設けられていること自体が直ちに違憲であるともいえない」⁽³⁰⁾との憲法14条解釈が通説・判例の立場であったことを勘案すれば、二つの言説は異なる次元の問題なのであろう。教育法学においても兼子が「男女共学は、戦後教育改革の精神にてらし、男女の児童生徒が原則として同一の教室で同一の教員により同一の教科・学科について同一の授業をうけること、であると解される。ただし、『両性の本質的平等』の見地からみて合理的であるような男子または女子のみの教科を共通の一般教科に加えて教授することは、男女共学制と矛盾しない」⁽³¹⁾と主張できたのも同じ理由である。

男女平等社会の主体を形成するためには、子供の特殊的存在の位相に関わる抑圧的な教育言説を根本的に批判し、子どもの人権論の中に性的人権（Sexual Rights）論を組み入れていく必要があると思われる。近代化の過程で子供から剥奪された性的問題を性的人権論として再構成し、子どもの人権論に再統合していくことが求められるのである。ジェンダー平等の視点からの教育の実践によって、たとえば、①男女の区別は生物学的性差に基づく区別である、②性別役割分担は区別

であり差別ではない、③男女別名簿は区別であり差別ではない、④子供に「性器」や「性交」を教えるのは早過ぎる、等々のジェンダー言説を克服することができなければ、教育基本法が定める「人格の完成」(1条)の実現はほど遠いと言わざるを得ない。

2 性差別の禁止と子供の人權

「玉虫色の判決」と評された旭川学力テスト事件最高裁判決は、「個人の基本的自由を認め、その人格の独立を国政上尊重すべきものとしている憲法の下においては、子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入、例えば、誤った知識や一方的な観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強制するようなことは、憲法26条、13条の規定上からも許されないと解することができる」⁽³²⁾と判示した。この憲法解釈は、国家の教育行政行為であろうが、教師の教育的行為であろうが、妥当する。

繰り返しになるが、最高裁判決が、①子どもが自由かつ独立の人格として成長することが憲法的価値であると確認した上で、②「誤った知識や一方的な観念」を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強制することが、憲法26条違反並びに憲法13条違反であると判示したことは非常に重要である。だが、「誤った知識や一方的な観念」とは何かと問えば、様々な主観的価値観的な見解が表明されることになるであろう。したがって、問題は、「誤った知識や一方的な観念」であるか「適正な知識や観念」であるかどうかを判断する合法的な基準である。教育法の次元でみれば、合法的な判断基準を、日本国政府が批准している女性差別撤廃条約が具体的に指摘しているとみることができる。

女性差別撤廃条約は、「女性に対する差別」について、「性にに基づく区別、排除又は制限であって、政治的、経済的、社会的、文化的、市民的その他のいかなる分野においても、女性(婚姻をしているかいないかを問わない。)が男女の平等を基礎として人權及び基本的自由を認識し、享有し又は行使することを害し又は無効にする目的又は効果を有するもの」(1条)と定義している。

この定義によれば、性差別には、性にに基づく区別、排除、制限という様式があり、性差別の態様としては、直接差別と間接差別がある。直接差別とは、人権及び基本的自由を認識、享有、行使することを害し無効にする目的を持つものであり、間接差別とは、差別する意図がなくとも結果的に差別の効果を持つものである。女性差別の深刻な実態を軽視する意図は全くないが、この差別に関する一般的定義自体は、男女双方に対する差別に妥当する定義である。もし我が国において男女差別禁止法が制定されるならば、この定義が採用されるべきである。

子供の権利条約においても、「差別の禁止」（2条）において性差別の禁止が明記され、「いかなる差別もなしにこの条約に定める権利を尊重し、及び確保する」と規定されている。「教育の目的」（29条1項）にも「両性の平等」が明記されている。たとえば、子供の権利条約の研究においては、関係の人権として意見を表明する権利が注目されているところであるが、「いかなる差別もなしにこの条約に定める権利を尊重し、及び確保する」と規定されているのであるから、性差別的な意見を表明する権利の行使は、この条約が定める意見を表明する権利の行使とは認められないのだろうか。もちろん、このような問いは、意見を表明する権利の保障の趣旨に反するか、思想・信条の自由、表現の自由の保障と抵触するとされるのであろうが、性差別の禁止を実効あるものとするため、子供が意見構築するのに必要な十分な教育と教育条件整備が重視されるべきことは言うまでもない。

また、女性差別撤廃条約5条（役割に基づく偏見等の撤廃）は、「(a) 両性いずれかの劣等性若しくは優越性の観念又は男女の定型化された役割に基づく偏見及び慣習その他あらゆる慣行の撤廃を実現するため、男女の社会的及び文化的な行動様式を修正すること」と規定している。

この条文は、事実上の平等を実現するための「要」となる条文の一つである。「両性いずれかの劣等性若しくは優越性の観念」とは男女特性観のことであり、条約においては、「男女が異なっているとの観念そのものの撤廃」がめざされている。「男女の定型化された役割」とは、男女の性別役割分業が事実上の平等を達成するための障壁となっているこ

とを確認するものであり、「前文」の中の「社会及び家庭における男性の伝統的役割を女性の役割とともに変更することが男女の完全な平等の達成に必要である」との文言と対応している。「偏見及び慣習その他のあらゆる慣行の撤廃を実現するため、男女の社会的及び文化的な行動様式を修正すること」とは、長年の間に男女特性観や性別役割分業によって形成されてきた偏見や慣習・慣行こそが女性差別の「根源」であるため、男女の行動様式を修正することによって、事実上の男女平等を達成しようとするものである。男女の行動様式の修正とは、言うまでもなく、従来の男性的な行動様式を基準とするという意味ではなく、男女の行動様式を正当化してきた非対称な二重基準を撤廃し、男女双方にとって対称的（互換的）な基準を新たに創造するという意味である⁽³³⁾。

固定化された性役割に基づく偏見等を撤廃し、男女が新たな行動様式を身につけるためには、ジェンダー平等を実現するための教育の役割が大きい。そのため、女性差別撤廃条約10条（教育における差別の撤廃）では、「締約国は、教育の分野において、女性に対して男性と平等の権利を確保することを目的として、特に、男女の平等を基礎として次のことを確保することを目的として、女性に対する差別を撤廃するためのすべての適当（appropriate）な措置をとる」とし、たとえば、(b)同一の教育課程、同一の試験、同一の水準の資格を有する教育職員並びに同一の質の学校施設及び設備を享受する機会、(c)すべての段階及びあらゆる形態の教育における男女の役割についての定型化された概念の撤廃を、この目的の達成を助長する男女共学その他の種類の教育を奨励することにより、また、特に、教材用図書及び指導計画を改訂すること並びに指導方法を調整することにより行うこと、などが定められているのである⁽³⁴⁾。

更に、男女共同参画社会基本法4条（社会における制度又は慣行についての配慮）は、「男女共同参画社会の形成に当たっては、社会における制度又は慣行が、性別による固定的な役割分担等を反映して、男女の社会における活動の選択に対して中立でない影響を及ぼすことにより、男女共同参画社会の形成を阻害する要因となるおそれがあることにかん

がみ、社会における制度又は慣行が男女の社会における活動の選択に対して及ぼす影響をできる限り中立なものとするように配慮されなければならない」と規定している。この規定は、子供の成長・発達と関わる場面においても重視されなければならない。

さて、女性差別撤廃条約は、日本国憲法と矛盾せず、したがって、教育基本法や男女共同参画社会基本法の上位法としての性格を持ち、それ故、男女共同参画社会基本法4条、並びに教育基本法2条（教育の目標）の3号が定める「男女の平等」を解釈する際の規範性を有すると解されるため、学校教育の領域においても法的効果（法的拘束力）が期待されるところである⁽³⁵⁾。

一般的に言えば、個人における人間的位相と性的位相との調和的な発達が求められるところであるが、実際には、社会における制度又は慣行のジェンダー・バイアス並びにそれらを伝達する大人の行為によって再生産される性的位相に関わる発達の歪みが、人間的位相の発達の歪みも生み出しているのではないだろうか。男性中心の世界観や性情報を受容することによって再生産される性的位相における発達の歪みが、人と人との関係を調整する共通感覚（common sense）の発達の歪みを生み、人間関係において「他者」を手段化する道具的理解を促進する要因の一つとなっているとすれば、北京行動綱領69項が「非差別的な教育は少女と少年の双方に利益をもたらす」と指摘するように、性差別を撤廃することが、子供の人間的発達にとって必要不可欠な条件であると言わなければならない。

Ⅲ 性的自己決定権と性的人権

1 国際的動向と性的人権

(1) 性的自己決定権

子供の権利条約が、子供を権利享有主体として認識し、子供が権利を行使することによって成長・発達・成熟する存在であるとの思想に基づくものであるならば、当然、子供の人格的自律権（自己決定権）の中核

として性的自己決定権が認められなければならない⁽³⁶⁾。子供の性的自己決定権の思想は、子供が、人格的存在としての性的主体として自ら育つ、という側面（「自律」原理）と、発達の必要に応じて、「保護」される、という側面（「保護」原理）とから構成される。それ故、子供の権利条約は、子供の性的自己決定権に対する侵害を防止するため、「締約国は、あらゆる形態の性的搾取及び性的虐待から子供を保護することを約束する」（34条）とし、(a)不法な性的な行為を行うことを子供に対して勧誘し又は強制すること、(b)売春又は他の不法な性的な業務において子供を搾取的に使用すること、(c)わいせつな演技及び物において子供を搾取的に使用することを防止するためのすべての適当な措置を講ずる、と定めているのである。

日本の場合では、刑法176条及び177条が性的同意最低年齢を13歳と定め、児童買春・児童ポルノ処罰法が、18歳に満たない者に対して児童買春又は児童ポルノに係る行為等を行った者を処罰し、これらの行為等により心身に有害な影響を受けた児童を保護するための措置等を定めており、更に、都道府県青少年健全育成条例では、18歳未満の者に対して淫らな性行為又は猥褻な行為等を行った者に対する罰則規定が設けられている。子供の性的自己決定権の尊重という視点からみれば、性的同意最低年齢を引き上げることによって、子供の性的自己決定権を守るための統一的な性犯罪等防止法制を整備する必要があるのではないだろうか。しかし、日本政府の「第3回報告」（2008年4月）では、性的同意最低年齢を引き上げるべきとの子供の権利委員会の勧告（2004年2月26日付け）に対して、現行法制でも「適切に処罰することが可能である」とする⁽³⁷⁾。

これに対して、第3回日本政府報告に関する日弁連の「報告書」（2009年7月17日）は、子供の権利委員会の「勧告」を支持し、「性的同意最低年齢」（1条関係）に関して、「成長発達の過程にある子どもの性的自己決定権を保護し、子どもを性的搾取から守るためには、法律による一律的な性的同意最低年齢の引き上げが求められる」⁽³⁸⁾と提言する。「女兒への差別」（2条関係）では、「子どもに対して性についての適切な指

導を行い、加害者への教育・啓発をすることが必要である」⁽³⁹⁾とし、また、「生命、生存及び発達に対する権利」（6条関係）では、「『子どもの生命、生存、発達に対する権利』の視点に立った性教育を確立し、『性教育』非難の動向と決別すべきである」⁽⁴⁰⁾と指摘する。日弁連の「報告書」が、子供の性的自己決定権を明記し、「子どもの生命、生存、発達に対する権利」として性教育の確立を求めている点は、高く評価されるべきである。

ところで、性的自己決定権については、北京国際女性会議（1995年9月4日-15日）で採択された行動綱領が注目されなければならない。「女性の権利は人権である（Women's rights are human rights）」（北京宣言14項）との視点から、北京行動綱領96項は、「女性の人権には、強制、差別及び暴力のない性に関する健康及びリプロダクティブ・ヘルスを含む、自らのセクシュアリティに関する事柄を管理し、それらについて自由かつ責任ある決定を行う権利が含まれる。全人格への全面的な敬意を含む、性的関係及び性と生殖に関する事柄における女性と男性の平等な関係には、相互の尊重と同意、及び性行動とその結果に対する責任の共有が必要である」と規定する⁽⁴¹⁾。

北京行動綱領は、北京行動綱領草案を審議し、議論を踏まえた修正を経て成立したものである。ここでは、北京行動綱領草案97項と北京行動綱領96項の公式文章を引用しておく⁽⁴²⁾。

北京行動綱領草案（1995.5.15）

97. [Sexual rights include the individual's right to have control over and decide freely in matters related to her or his sexuality, free of coercion, discrimination and violence. Equal relationships between women and men in matters of sexual relations and reproduction, including full respect for the physical integrity of the human body, require mutual consent and willingness to accept responsibility for the consequences of sexual behaviour.]

北京行動綱領 (1995.9.15)

96. The human rights of women include their right to have control over and decide freely and responsibly on matters related to their sexuality, including sexual and reproductive health, free of coercion, discrimination and violence. Equal relationships between women and men in matters of sexual relations and reproduction, including full respect for the integrity of the person, require mutual respect, consent and shared responsibility for sexual behaviour and its consequences.

1994年に開催されたカイロ国際人口・開発会議 (ICPD) において、リプロダクティブ・ヘルス／ライツ (Reproductive Health/Rights) の概念をめぐる、多様な性的指向や人工中絶を認める欧州連合とこれに反対するバチカン・ローマ教皇庁 (Holy See) を中心とするカトリック及びイスラム諸国との間の対立が表面化した。北京行動綱領96項にも同様の見解の対立が深く刻み込まれている。ICPDで採択された行動計画第一次草稿案 (1994年1月) では、“sexual and reproductive health/rights” との表現があったが、第二次草稿案 (1994年4月) では、“sexual” が削除されたとの報告がある⁽⁴³⁾。北京国際女性会議の行動綱領草案にも「性の権利 (Sexual Rights)」(草案97項) や「性的指向 (Sexual Orientation)」(草案48項) という言葉が含まれていたが、Holy See やイスラム諸国の強力な反対によって、最終的には、これらの言葉は削除を余儀なくされたのである⁽⁴⁴⁾。

とは言え、北京国際女性会議での鋭い対立にもかかわらず、ICPD の公式文書で採用された性と生殖に関する健康／権利 (Reproductive Health/Rights) という概念が北京女性会議でも継承され⁽⁴⁵⁾、更に、“Sexuality” に関する自己決定権 (性的自己決定権) という思想が残された意義は大きい。なぜならば、“Sexuality” に関する自己決定権を中核にして性的人権 (Sexual Rights) を構成することが可能だからである⁽⁴⁶⁾。

ところで、北京行動綱領96項は、二つの文章から成り立っているが、この二つの文章の関連をどのように理解するかについては、議論があり得るであろう。行動綱領草案97項では、二つの文章の主語は「女性と男性」であったが、行動綱領96項では、前段の文章の主語は「女性」であり、後段の文章の主語は「女性と男性」である。たとえば、性的自己決定権の行使をめぐるカップルである女性と男性の意見が対立した場合、女性の性的自己決定権の権利性はどのように担保されるのか、また、行動綱領96項では、性的自己決定権は女性の人権として語られているが、従来からの男性の性的自己決定権をどのように捉え直すか、更には、子供（女子と男子）の性的自己決定権をどのように考えるか、など明らかにすべき問題がある。理念的には、後段の文章が指摘するように、性的自己決定権の保障に関しては、支配や権力とは無縁の、男女の平等と個人の尊重に立脚した共感的な関係が前提されなければならないが、そのような相互的な共感的関係を築いていく資質を備えた主体をどのように形成していくか。北京行動綱領96項の前段と後段の二つの文章を「対立」させないためには、少なくとも、性的自己決定権を中核とする性的人権に関する教育プログラム（人権教育）が構築されなければならないであろう。

(2) 性的人権の内容

性を人権として捉える思想の萌芽ないしは起源を辿れば、20世紀初頭のサンガー（Sanger, Margaret）の産児調節運動や60年代の欧米諸国での人工妊娠中絶禁止反対運動の中に性を人権として捉える思想を見いだすことができると思われるが、性的人権をめぐる広く議論されるようになったのは、カイロ国際人口・開発会議と北京女性会議を契機としてであったと言えよう。それでは、“Sexuality”に関する自己決定権を踏まえて性的人権をどのように把握すべきであろうか。ここでは、長年、性教育の研究と実践に携わってきた山本の主張に注目したい。山本は、北京会議の議論の末、削除された“Sexual Rights”の復権を求め、性的人権の「七つの柱」として以下の原則を立てている⁽⁴⁷⁾。

- ①制度・慣習・役割からの性的自由権 (Freedom from Systems)
- ②性自認の自由権 (Freedom to Decide Individual Gender or Sexual Orientation)
- ③性行動の自己決定権 (Freedom of Sexual Behavior)
- ④性愛の自由権 (Freedom to Love and Make Love)
- ⑤リプロダクティブ・ヘルス／ライツ (Reproductive Health/Rights)
- ⑥性に関する健康と環境権 (Freedom from an Unhealthy Sexual Environment)
- ⑦性の学習権 (Freedom to Study Human Sexuality)

①では、ジェンダー平等の視点、つまり「社会及び家庭における男性の伝統的役割を女性の役割とともに変更することが男女の完全な平等の達成に必要である」との女性差別撤廃条約前文の視点の重要性、②では、性自認は完全に個人の問題であるとの視点から多様な性的指向の尊重（性同一性障害 (GID)、トランスジェンダー (TG)、インターセックス (IS) の人々の人権を尊重するため、男／女という二元論からの自由)、③では、性行動は「最もプライベートな行為」であり、「個人や当事者が責任をもって自己決定するしかない唯一の行為」であること（プライバシーの権利）、④では、「性」と「愛」の一致を求める自由、⑤では、リプロダクティブ・ヘルス／ライツの意義、女性が性と生（セクシュアリティ）に関して自由な意思で選択し決定できる権利（自己決定権）の尊重、⑥では、性的人権を育み支えるための環境整備の重要性、⑦では、ヒトが人間になる上で最も基本的な権利であり、子供が最初に出会う性的人権であること、などが確認されている。

言い換えれば、性の二元論（男と女 = 「n個の性」の否定）、性の非対称な二重基準（男らしさ、女らしさ）、性役割（男役割、女役割）、女性の性や生殖に関する偏見（「子産み道具」）、女性の性や生殖に関する健康・環境などの条件整備の不十分さ、婚姻制度と売春制度の両立、性の商品化、子供と性の分離・制限などの社会的制度的偏見を取り除くことが、“Human Sexuality”に関する人権 = 性的人権を実現する上で、

きわめて重要である。

近代思想は、近代市民社会と近代国家を正統化し、個人の尊厳、人間の自由と平等という普遍的原理を基礎づけたが、近代市民社会（理念）と資本主義社会（実態）の乖離が進む中で、人間的欲望の制度化として権力・支配・所有を正当化する道具的理性と、人間同士の“分かち合い”に基づいて、個人の尊厳と人間の本質的平等を基礎づける共感的理性との対抗的関係を深めることとなった。辻村の研究によれば、グージュ（Olympe de Gouges）は、その深い洞察により「人及び市民の権利宣言」が男性の人権宣言であることを見抜いて、「女性および女性市民の権利宣言」を起草したが、グージュのその後の運命が暗示していたかのように、女性の人権宣言は近代史の闇に葬られた⁽⁴⁸⁾。その後も男女平等思想と運動は「未発の契機」であり続けたが、第二次世界大戦後、国連の宣言・条約や各国憲法が法律上の男女の平等を宣言するに至った。しかし、法律上の男女平等の真意が理解されることはなく、いまだに法律上の男女平等と事実上の男女平等が乖離した状況が広範囲に存在している。したがって、事実上の男女平等を実現していくためには、人間性の特質の一つである“分かち合い”に基づく共感的理性を強化することによって、性の二重基準に基づいて構築されてきた性差別を克服していかねばならない。すでに指摘したように、性差別の撤廃が人間教育の前提条件であるとするならば、“Human Sexuality”に関する教育（ジェンダー平等教育と性教育）が公教育の全教育課程の編成原理の基礎・基本に据えられて然るべきである。

“Human Sexuality”に関して学習する子供の権利は、人格的自律性を獲得するための全過程において尊重されなければならない人権である。確かに、子供は、発達可能態であるが、だからといって、一方で、性の問題を子供から遠ざけ、他方で、ジェンダー言説を繰り返す行為は、子供の性的自己決定権を侵害する行為に他ならない。坪井が指摘しているように、子供の「特質」（未成熟性）をパターンリズムによる人権制約の理由とすべきではない。人間的にも性的にも「未熟」であるからこそ、子供の発達の必要に応じて、子供の性的自己決定権を侵害しないよ

うに適切な距離を維持しつつ、子供の性と向き合い寄り添う必要がある。

実際のところ、子供は、家庭や学校において人間の性について知ることを制限されても、親や教師が性について語らなくとも、家庭や学校以外の「公共空間」で性の学習権を行使し、性に関する「知識」を獲得するものである。その結果、親や教師が知らないうちに、子供が性的搾取や性的虐待、性犯罪の被害者（加害者）にならないとも限らない。もしそのような事態が生じた場合は、一般に子供の「性的逸脱」の問題として捉えられるが、実は、親・学校教師・教育委員会が、子供の性の学習権を保障するため、ジェンダー平等教育・性教育に責任を持つべきところ、その責任を放棄し、それ故、子供の安全配慮義務に違反し続けた結果であると認識されるべき性質の問題であると言わなければならない。

2 性的人権の法的根拠

本来、性的人権は、年齢にかかわらず、すべての個人の人権であって、そのような意味での性的人権の法的根拠を問うのが筋というものであろう。以下でも、子供の性的人権を中心に検討していくが、当然、子供の性的人権の法的根拠を問うことは、すべての個人の人権の法的根拠を問うことに他ならない。

さて、性的人権の思想を法的人権として構成するためには、性的人権の法的根拠を憲法上のどの人権条項に求めたらよいであろうか。性的人権の中核に性的自己決定権を据えて考えれば、まずは、憲法13条の幸福追求権（自己決定権）が考えられる。他方、子供が「男女の平等を基礎として人権及び基本的自由」を認識できなければ、人権と基本的自由を享有し行使することもできない。また、子供の権利条約の締約国には、性的搾取や性的虐待から守るため「適切な措置を講ずる」責任があるという意味においても、子供の性的人権は、憲法14条の平等原則と性差別の禁止、憲法24条の両性の本質的平等を前提にして、憲法26条の学習権の内容としても位置づけられなければならない。すでに指摘したように、日弁連の「報告書」が「子どもの生命、生存、発達に対する権利」の視点に立った性教育の必要性を指摘しているのも同趣旨であると思われる。

そこで、まずは、憲法13条解釈について憲法学の学説から学びたいと思う。憲法13条解釈の主要学説には、大別して一般的（行為）自由説と人格的自律（利益）説がある⁽⁴⁹⁾。

(1) 一般的（行為）自由説

一般的（行為）自由説は、1950年代後半に、連邦憲法裁判所が、ドイツ基本法2条1項の「各人は、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序または道徳律に反しないかぎり、その人格の自由な発展の権利を有する」との規定について、具体的な権利性（一般的行為の自由）を保障するとの判断を下したことから大きな影響を受けて成立してきた学説である⁽⁵⁰⁾。

人格的利益説の立場に立つ芦部によれば、「13条の『自由』に対する権利は、人がその意欲するところにしたがって種々の不特定の行為を為す一般自由を束縛されない、という消極的な意味の自由だとし、この一般自由は、個別の具体的な自由の保障について規定がない場合にも、13条の『自由』によって保障される」との佐々木惣一の見解が包括的基本権条項説の萌芽として位置づけられる⁽⁵¹⁾。

次に、芦部は、憲法13条を具体的な法的権利（包括的な基本権）を保障する条項と解する今日の通説の基礎を築いた学説として、種谷春洋の見解を取り上げるが⁽⁵²⁾、こうした種谷説への評価は、一般的（行為）自由説の代表的論者である戸波も同じである。戸波は、種谷が、①幸福追求権が憲法に列挙されていない人権を導き出す根拠規定となること、②その意味で幸福追求権は実定的・具体的権利であること、③個別の人権との関係では、幸福追求権は一般法と特別法との関係にあることなどを論じ、「幸福追求権の解釈論的基礎を形成した」とする⁽⁵³⁾。

一般的（行為）自由説とは、「幸福追求権は個別的基本権を包括する基本権であるが、その内容はあらゆる生活領域に関する行為の自由（一般的行為自由）」⁽⁵⁴⁾と解する説である。しかし、一般的（行為）自由説に与する諸論においても、憲法13条が包括的に保障する基本権の内容（一般的自由）の捉え方に関しては、広義説（内野説）と狭義説（戸波説）

がある⁽⁵⁵⁾。

戸波によれば、憲法13条の「個人の尊重」の原理は、「個人に究極の価値を置き、理性的で自律的な個人の行為に特別に配慮しつつも、すべての個人の現実の生活を保障し、個人の存在それ自体を保護すべきことを宣言している」と解した上で、「日本国憲法の間像は、現実の社会のなかで生活している具体的人間、ひいては、他者に依存せざるをえない弱い人間をも取り込むように構成される必要がある⁽⁵⁶⁾とする。戸波説の間像と佐藤説(後述)の「人格的自律の存在としての人間」像との間には、明らかに間像の「差異」がある。そのため、一般的(行為)自由説の立場からは、人格的自律(利益)説の「人格的自律」という概念が人権の選別基準となつて、「一般的自由」を排除し、人権保障の範囲を狭め、しかも「人格的生存に不可欠」という判断基準が明確性を欠くとの批判がなされる⁽⁵⁷⁾。

(2) 人格的自律(利益)説

次に、人格的自律(利益)説をみてみよう。ここでは、佐藤幸治著『憲法〔第三版〕』(1995年)から学ぶことにする⁽⁵⁸⁾。

佐藤説によれば、憲法13条の幸福追求権については、①基幹的な人格的自律権、②狭義の「人格的自律権」、③最狭義の「人格的自律権」(自己決定権)に区別され、人格的自律権の相互関係と各々の法的性格が論じられる。

幸福追求権とは、「人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由を包摂する包括的な主観的権利」(448頁)であつて、「人格的自律性を基本的特性としつつ、各種の権利・自由を包摂する包括性を備えているもの」で、「基幹的な人格的自律権」と称しうる性質のものである。

憲法が掲げる各種基本権は、『基幹的な人格的自律権』から派生しつつ、それ独自の歴史的背景と構造を担っている」ものであつて、今後も新しい基本権が「歴史的背景と構造」に従つて発生してくることも考えられ、したがつて、憲法が規定する個別的基本権規定では包括できず、

かつ「人格的生存に不可欠なもの」が、憲法13条によって保障される。憲法13条によって「補充的に保障されるもの」が狭義の「人格的自律権」である（補充的保障説）⁽⁵⁹⁾。狭義の「人格的自律権」の内実である人格的利益は、その対象法益に応じて、①生命・身体の自由、②精神活動の自由、③経済活動の自由、④人格的価値そのものにつまざる権利（名誉権、プライバシーの権利、環境権（人格権））、⑤人格的自律権（自己決定権）、⑥適正な手続的処遇をうける権利、⑦参政権的権利、⑧社会権的権利などに類型化される（449頁）。

最狭義の人格的自律権（自己決定権）とは、「個人は、一定の個人的事柄について、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」（459頁）であり、この権利は、狭義の「人格的自律権」の中から「人格的価値そのものにつまざる権利」、「適正な手続的処遇をうける権利」などを除いたものである（460頁）。その上で、最狭義の人格的自律権（自己決定権）は、①「自己の生命、身体の処分にかかわる事柄」（治療拒否、尊厳死など）、②「家族の形成・維持にかかわる事柄」（結婚、離婚など）、③「リプロダクションにかかわる事柄」（妊娠、出産、避妊、妊娠中絶など）、④「その他の事柄」（服装・身なり、喫煙・飲酒など）に分類される。ちなみに、「その他の事柄」は、「それ自体として憲法上の端的な保障類型であるという趣旨ではない」が、「将来、こうした『その他の事柄』に関連して、①②③に匹敵する重要な類型が形成される可能性を否定するものではない」（461頁）とも指摘されている。

なお、人格的利益説（芦部説）も、憲法13条の幸福追求権を「個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体」として捉えるが、自己決定権の類型化の仕方が佐藤説とは異なっている⁽⁶⁰⁾。

人格的自律（利益）説の立場からは、一般的（行為）自由説に対し、「一般的自由の内容（構成要件）がそれ自体では無制限である」との批判がなされる⁽⁶¹⁾。そうした議論の一方で、佐藤は、狭義の「人格的自律権」に関する定義を一部変更し⁽⁶²⁾、一般的（行為）自由説からの批判に込めている。そのためかどうかは分からないが、佐藤は、自説を堅持しつつも、一般的自由を提唱する諸説の中では、戸波説と自説との実質的な

違いは、「意外と小さいのかもしれない」と述べている⁽⁶³⁾。

(3) 小活

戸波は、一般的(行為)自由説の立場から、人格的生存に関しない「一般的行為の自由」を保護の対象に含めるかどうか「根本の問題」であるとして、人格的自律(利益)説の人権保障の在り方に対する解釈態度の問題を指摘し、「憲法の自由の縮減をもたらすという決定的な欠陥を含んでいる」と批判する。更に、人格的自律(利益)説の人権論の基礎にある人間像の問題を指摘する。市民革命の経験のない日本では、現代においても個人の自由な行動は社会的に抑圧されがちであって、こうした人権状況においては、「人権の人格性・倫理性を強調するよりも、権力による規制に対して敏感に『人権』を主張することこそが、日本の人権状況に適合した人権理論」ではないかと問題提起する⁽⁶⁴⁾。

一般的(行為)自由説も人格的自律(利益)説も、憲法13条の幸福追求権が個別基本権を包括する基本権であるとする認識を共通の基盤としながら、憲法上の人権の体系性や権利の厳格性を重視するか、権力の規制に対して積極的に憲法上の人権を創造していくかなどの学的判断の違いを背景として、両説の解釈論的枠組の違いが形成されており、一旦、解釈論的枠組の違いに目をつぶれば、憲法13条が保障する幸福追求権の内容(構成要件)を広く捉えるか狭く捉えるかの「違い」が残る。

他方、憲法学界には、「実際には、新しい人権が具体的に問題になるような場面において、結論に大きな違いをもたらすものではない」⁽⁶⁵⁾との受け止め方もある。すなわち、人格的自律(利益)説では、人格的存在に不可欠な利益と認められない行為の自由は幸福追求権の射程外とされ、他方、一般的(行為)自由説では、当該行為の自由は新しい人権として保障される。しかし、人格的自律(利益)説でも、新しい人権として認められないような行為の自由を規制する場合には、「実質的な合理的理由」⁽⁶⁶⁾が求められるので、どちらの説をとっても「結論に大きな違い」はないというのである。

このように、憲法13条の幸福追求権の解釈をめぐることは、一般的(行

為)自由説と人格的自律(利益)説との間に理論的対立があり、双方に理論上の「欠陥」が提示されている⁽⁶⁷⁾。学説上の争点に関しては、憲法学の今後の議論に期待する他ないが、幸福追求権の解釈学説の概観を踏まえ、本稿の問題意識との関わりで、今後検討すべき課題を若干記しておきたい。

子供の権利条約の批准以降の、子供を権利享有主体として認める学説⁽⁶⁸⁾を前提として、性的自己決定権の保障を、人格的自律(利益)説あるいは一般的(行為)自由説に依って考えた場合、両説では、性的自己決定権の位置づけや意味づけが異なってくるのかどうか⁽⁶⁹⁾⁽⁷⁰⁾、あるいは、新聞報道(2012.1.13)によれば、日本精神神経学会がGIDの子供へのホルモン療法の開始年齢を18歳から15歳に引き下げることにしたが、GID、TG、ISの子供の自己決定権や多様な性的指向の人々の自己決定権はどのように捉えられるのか⁽⁷¹⁾、更に、言うまでもなく、子供の性的人権の構造を明確にすることとあわせてであるが、子供の性的人権(性的自己決定権)と親の監護教育権、教師の教育権との関係をどのように考えるか、または、子供の性的人権(性的自己決定権)と「保護」原理(パターナリズム)との関係をどのように捉えるか、等々の検討すべき課題があるように思われる。

3 子供の性的人権と性の学習権の保障

子供の性的人権という思想を憲法上の権利として構成することが可能かとの問題意識から、憲法13条の幸福追求権をめぐる学説状況を概観したところ、性的人権は、性的自己決定権を中核として構成されるという意味において、人格的自己決定権に深く関わる人権であって、憲法13条に法的根拠を求めるのが妥当であろうと思われる。すなわち、すべての個人の性的自己決定権は、その年齢にかかわらず、憲法13条の幸福追求権(自己決定権)を法的根拠とすると解される。

ちなみに、一般的行為の自由の意義とその保障の在り方を検討するため、ドイツ基本法の「人格の自由な発展の権利」(2条1項)に関わる判例を分析した戸波の研究によれば、ドイツにおいても性教育をめぐる

判決 (BVerfGE 47, 46) があり、「性教育の実施を争う憲法異議において、基本法6条2項の親の教育権、基本法7条1項の国家の教育任務が問題となる他に、基本法2条1項も個人の私的領域の一部として性に関する内密領域 (Intimsphäre) を保護しており、性に対する態度を自ら決定する権利の保障は子どもにも及ぶと論じ、性教育の実施には法律の根拠が必要であるとして一部違憲無効の判決を下した」と紹介されている⁽⁷²⁾。この判決の注目点は、①性的自己決定権の保障が子供にも及ぶとの判断、②性教育の実施は法律に基づくべきとの判断にあるが、このようなドイツの性教育判決を考慮すると、憲法13条の幸福追求権 (自己決定権) を根拠にして、子供の性的人権の法的性格 (権利性) を構成することは十分に可能ではないかと思われる⁽⁷³⁾。もちろん、子供の性的人権の法的性格 (権利性) は、性的自己決定権の法的根拠については、憲法13条を基本条項としつつ、性的人権の内容に応じて、憲法26条の教育を受ける権利やその他の基本権と複合的に構成されることになると考えられる⁽⁷⁴⁾。

性的人権の内容 (構成要件) については、具体的に検討すべき問題もあるが、前述の山本が主張する性的人権を構成する権利についてみれば、①制度・慣習・役割からの性的自由権、②性自認の自由権、③性行動の自己決定権、④性愛の自由権、⑤リプロダクティブ・ヘルス/ライツは、憲法13条の幸福追求権 (自己決定権) によって保護され、場合によっては、思想・良心の自由 (19条)、表現の自由 (21条) と関連すると解される。⑥性に関する健康と環境権は、自己決定権 (13条) と生存権 (25条) によって、⑦性の学習権は、学問の自由 (23条) と教育を受ける権利 (26条) によって、その人格的利益を保護されると考えられる。

性的人権は、大人の場合と同様に、当然、子供にも保障されるが、大人でも内在的制約や政策的制約によって人権 (自由) が制約される場合があるのと同様に、子供が性的人権を享有し行使する際には、発達と成熟に応じて、「保護」原理 (パターンリズム) との関連が問題となる。たとえば、個別具体的状況を考慮せずに言えば、刑法が定める性的同意最低年齢は、③性行動の自己決定権と関連し、また、民法731条が定め

る婚姻適齢は、④性愛の自由権、⑤リプロダクティブ・ヘルス／ライツ、⑥性に関する健康と環境権などと関連するため、個別具体的な検討を要するであろう。

本稿では、子供の性的人権と「保護」原理（パターナリズム）との理論的關係については、今後の課題としなければならないが、「保護」原理（パターナリズム）の在り方については、発達と成熟の如何に関わらず、子供の性的自己決定権を実質的に否定することがないように慎重に検討されなければならない⁽⁷⁵⁾。特に、ジェンダー平等の根幹に係わる、①制度・慣習・役割からの性的自由権と、一人ひとりのアイデンティティの確立に係わる、②性自認の自由権とは、一人ひとりの子供が性的人権の行使の在り方を選択的に決定する自由を保障するのであって、抑止的な「保護」原理（パターナリズム）による干渉は認められないと思われる。

また、子供の性的人権の保障が、相対的平等主義（男女特性観）的な「人権」の保障とならないためにも、女性差別撤廃条約、北京行動綱領、子供の権利条約の基本的な考え方を踏まえて、憲法14条の性差別の禁止規定の解釈が厳格になされる必要がある。憲法学の教えるところによれば、憲法14条規定に関する性差別審査基準としては、合理性の基準説（宮澤）、中間審査基準説（芦部）、厳格審査基準説（君塚）があるが、憲法14条1項後段列举事由の一つである「性差別」の問題に関しては、厳格審査基準説が有力である⁽⁷⁶⁾。

更に、性的人権の中で子供にとって最も重要なのは、言うまでもなく、性の学習権である。性の学習権の保障の在り方を考える場合、憲法13条の幸福追求権（性的自己決定権）と憲法26条の学習権との関係をどのように把握するかが問題となる。今日の社会権の研究においては、「社会権の基底には自由権が存在しており、両者は相互関連性を有する」⁽⁷⁷⁾との指摘もあるが、「いわゆる自由権も社会権も参政権も、かかる『基幹的な人格的自律権』に統合されつつ、そこから派生してくるものである」⁽⁷⁸⁾との佐藤説の観点に立てば、性の学習権の保障の在り方は、幸福追求権（性的自己決定権）の要請に応えるものでなければならない。

このように考えれば、“sex、gender、sexuality”の全体としての“Human Sexuality”について学習する子供の権利は、当然、憲法26条が保障する学習権の内容に含まれなければならないが、子供の性の学習権を保障するための教育権の行使に際しては、子供の性的自己決定権(人格的自己決定権)を尊重し、かつ性的自己決定権の要請に応えるものでなければならない。したがって、憲法26条1項が定める「その能力に応じて」の文言も子供の“発達の段階に応じて”ではなく、子供の“発達の必要に応じて”と解するとともに、更に、“Human Sexuality”の学習のための教育条件整備を、制限的ではなく、促進的に解釈していくことも、性の学習権の保障の在り方としては妥当なのではないかと思われる。更に、親の教育権と子供の性的人権との関係をどのように捉えるかも重要な問題として残されている⁽⁷⁹⁾。

最後に、教育法学の自由主義的通説と関わらせて言えば、性の学習権は、女性差別撤廃条約や北京宣言・行動綱領などで確認された教育価値、教育目的・目標、教育方法を前提とするものであり、また、すべての人間の生得の権利としての「人権及び基本的自由」を保護し促進することが「政府の第一の責任」(北京行動綱領210項)であると規定されていることもあり、子供の性の学習権の保障の在り方としては、内的事項・外的事項区分論に基づく、教師の「教育の自由」論だけでは十分に対応できないように思われ、主権者教育権論の教育内容要求権説の「再評価」も必要なのではないかと思われる⁽⁸⁰⁾。

今後の課題

性的人権 (Sexual Rights) は、“Human Sexuality”に関する性的自己決定権を中核として複合的に構成される人権である。性的自己決定権は、憲法13条の幸福追求権を構成する、人格的自己決定権の一側面である。したがって、子供の人権論としては、子供の人格的自己決定権を中心において、「子ども固有の権利」、「子どもの学習権」、「子どもの人権」などとして論じられてきた権利・人権を統一的に認識していくことも可

能かもしれない。本稿では、子供の性的人権の法的構造については簡単な素描に終わっているため、今後は、子供の人格的自己決定権を中核において子供の人権論を再構成する一環として、子供の性的人権の法的構造を検討していく必要がある。

ジェンダー法学としての教育法学の可能性を開くには、第一に、教育判例及び判例研究の中のジェンダー・バイアスを検討する必要がある。教育判例としては、校則関係、セクシュアル・ハラスメント関係、性暴力関係、性教育関係などがあるが、従来の判例研究では、ジェンダー平等の視点が分析の視点として設定されていない場合も考えられるため、ジェンダー平等の視点からの判例研究の方法も検討する必要がある。

第二に、ジェンダー平等の視点に立って、隠れたカリキュラム分析に学びながら、学校における性差別的な教育実態、男女の人権侵害実態を分析していくことが必要である。また、学校における人権教育の内容を充実させていくことも重要な課題である。

最後に、ジェンダー平等の視点からの教育法研究、子供の人権研究を進めていくためには、比較法研究も重要な課題である。欧米の教育法研究において女子差別撤廃条約や男女平等法がどのように位置づけられているかについての検討は、今後の課題としなければならない。

注

- (1) 男女平等教育をすすめる会編『どうして、いつも男が先なの?』新評論、1997年参照。木村涼子著『学校文化とジェンダー』勁草書房、1999年参照。荻谷剛彦・濱名陽子・木村涼子・酒井朗著『教育の社会学』有斐閣、2000年、138-201頁参照。天野正子・木村涼子編『ジェンダーで学ぶ教育』世界思想社、2003年参照。天野正子・伊藤公雄・伊藤るり・井上輝子・上野千鶴子・江原由美子・大沢真理・加納実紀代編『ジェンダーと教育』（新編日本のフェミニズム第8巻）岩波書店、2009年参照。西躰容子「『ジェンダーと学校教育』研究の転換—ポスト構造主義的展開へ—」日本教育社会学編『教育社会学研究 第62集』東洋館出版社、1998年、5-21頁参照。

- (2) 朴木佳緒留「女子特性論教育からジェンダー・エクイティ教育へ」
橋本紀子・逸見勝亮編『ジェンダーと教育の歴史』川島書房、2003年、
241-266頁参照。
- (3) 東京弁護士会は、2005年1月24日、「東京都教育委員会の都立七生
養護学校の性教育に対する処分に関連する警告書」を送付し、都教委
の介入は、子供の学習権およびこれを保障する教師の教育の自由に対
する侵害であるとして、①関係職員に対する違法な懲戒処分を撤回し、
②性教育に必要な教材を学校現場へ返還し教育内容および方法を現状
に復帰し、③教職員と保護者が共同の意見に基づいて行う性教育への
介入をしないよう警告する、とした。日本弁護士連合会「子どもの権
利条約に基づく第3回日本政府報告及び武力紛争における子ども・子
ども売買各選択議定書第1回日本政府報告に関する日本弁護士連合会
の報告書」(2009年7月17日)添付の「CRC提出資料用4」による。
金崎満(東京都立七生養護学校元校長)著『七生養護学校事件—性教
育攻撃と教員大量処分の真実』群青社、2005年参照。児玉勇二著『性
教育裁判』岩波書店、2009年参照。
- (4) 当時のジェンダー・フリー批判をめぐる動向分析としては、浅井春
夫・北村邦夫・橋本紀子・村瀬幸治編著『ジェンダーフリー・性教育
バッシング』(大月書店、2003年)が詳しい。新聞によるジェンダー・
フリー批判報道の歪みと揺れについては、竹信三恵子「新聞の中のジェ
ンダーと女性問題報道の後退」北九州市立男女共同参画センター“ムー
ブ”編『ジェンダー白書3 女性とメディア』明石書店、2005年、
206-209頁。自党内のプロジェクトチームの「調査報告」(?)に対
する個別具体的批判としては、日本女性学会ジェンダー研究会編『男
女共同参画／ジェンダーフリー・バッシング』明石書店、2006年参照。
衆参両議院の本会議、各委員会議事録をみると、「ジェンダー・フ
リー」という言葉は、1999年の議事録に登場し、しばらくの間、「性
にとらわれずに」という意味で使用され議論も成立していたが、2002
年に山谷えり子議員(当時、民主党)が「ジェンダー」及び「ジェン
ダーフリー」批判を開始する。小泉首相の発言は、2005年3月4日の

参議院予算委員会で、山谷えり子議員（当時、自由民主党）が七生養護学校などの性教育に関する批判的な質問に対する答弁である。『参議院予算委員会会議録』第5号（平成17年3月4日）、24-25頁。

なお、山谷議員は、小泉首相への質問の中で、『男女共同参画基本計画』（平成12年）の中に「『学校における性教育の充実』」というのがあります。この中に、自ら考え判断する決定能力を身に付けよと。これはいわゆる性の自己決定と言われるものでございまして、実は、2002年の5月、国連の特別総会で子供たちに性の自己決定権云々するのはおかしいのではないかという議論があった、その部分のことなんですと発言している。正確を期すと、『男女共同参画基本計画』（平成12年）では、「学校においては、児童生徒の発達段階に応じた性に関する科学的知識や、生命尊重・人間尊重・男女平等の精神に基づく異性観、自ら考え判断する意思決定の能力を身に付け、望ましい行動を取れるようにするため、学校教育全体を通して性教育の充実に努める」（37頁）とある。

山谷議員は、文部科学省の「性教育」政策が性の自己決定という考え方に立っており、そのような考え方は、国連の特別総会で「おかしいのではないか」と議論されている、と答弁しているのだが、国連での議論の紹介は一面的な情報操作に他ならない。また、文部科学省が、教育政策において、子供の性的自己決定権を認めていたとは思えないが、それにしても、「自ら考え判断する意思決定の能力」という表現のどこが問題なのか、不可解である。

ちなみに、七生養護学校性教育弾圧事件後に改訂された『男女共同参画基本計画（第二次）』（平成17年）では、「学校における適切な性教育の推進」が求められ、「自ら考え判断する意思決定の能力」の箇所は「生命尊重・人格尊重・男女平等の精神に基づき、自分自身を大切にし、相手の心身の健康についても思いやりを持つことが重要である」（93頁）と変更され、かつ、「学習指導要領」の遵守が強調されている。アンダーラインは筆者による。

(5) 中教審の「中間報告」（2002年12月14日）では、「男女共同参画社会

への寄与」は「具体的な見直しの方向」の(2)教育を受ける権利、義務教育等に位置づけられていたが、「最終答申」(2003年3月20日)では、「具体的な改革の方向」の(1)前文及び教育の基本理念に位置づけられていた。

「中間報告」の「男女共同参画社会への寄与」では、「憲法に定める男女平等について、現行法は、男女が互いに敬重し協力し合わなければならないという理念を定めるとともに、男女平等を実質的に確保する手段として男女共学が認められなければならないことを規定している。現在では、男女共学の趣旨が広く浸透するとともに、性別による制度的な教育機会の差異もなくなっているが、社会における男女共同参画は、まだ十分には実現しておらず、男女が互いにその人権を尊重しつつ責任も分かち合い、性別にかかわらず、その個性と能力を十分に発揮することができる男女共同参画社会を実現することが重要な課題となっている。今日、教育・学習のあらゆる場において、男女共同参画社会の実現や男女平等の促進に寄与するという新しい視点が重要となっていることから、このことを教育の基本理念として規定することが適当と考える」とあり、「最終答申」の「男女共同参画社会への寄与」では、「憲法に定める男女平等に関し、現行法は、『男女共学』の規定において男女が互いに敬重し協力し合わなければならないことを定めている。しかし、社会における男女共同参画は、まだ十分には実現しておらず、男女が互いにその人権を尊重しつつ責任も分かち合い、その個性と能力を十分に発揮することができる男女共同参画社会を実現するためには、このような現行法の理念は今日においてより重要である。なお、現在では、男女共学の趣旨が広く浸透するとともに、性別による制度的な教育機会の差異もなくなっており、『男女の共学は認められなければならない』旨の規定は削除することが適当である」となっている。アンダーラインは筆者による。

教育基本法特別委員会会議録をみると、中教審答申の「男女共同参画社会への寄与」という基本理念は、教育基本法改正案には明示されていないが、「男女共同参画社会の実現」(猪口男女共同参画担当

大臣)、「男女平等教育の推進」(田中生涯学習政策局長)という趣旨が、教育基本法案2条3号の「男女の平等」の規定の中に込められているとの答弁がなされていた。ちなみに、旧教育基本法における「男女共学」規定は「教育制度原理」規定であり、改正教育基本法における「男女の平等」規定は「教育目標」規定である。『衆議院教育基本法に関する特別委員会会議録』第6号(平成18年5月31日)、18頁。『参議院教育基本法に関する特別委員会会議録』第8号(その一)(平成18年12月5日)、10頁。

- (6) CEDAW/C/JAP/CO/6(44.), p. 9
- (7) CRC/C/JPN/CO/3(33.), p. 6
- (8) セックス (sex) は、通常の定義と同じく、「生物学的性差」として使用するが、ジェンダー (gender) は、二元論的解釈が付きまとうので、「社会的性別 (性差)」ではなく、「社会的な性の在り方」として使用する。セクシュアリティ (sexuality) は、相手の「セックス」を手がかりとする欲求や行為だけではなく、「セックス」と「ジェンダー」を含む、人間の性に関するすべての事柄をあらわすものとして使用する。本論の中で、単に「性」と表記する場合や“Human Sexuality”と表記する場合は、“sex, gender, sexuality”の全体を意味する。
 “Sexual Rights”は、「性の権利」と訳される場合もあるが、国際家族計画連盟 (IPPF) のパンフレット (Sexual rights : an IPPF Declaration(2008)) においても、“Sexual rights are human rights related to sexuality”と定義されているので、本稿では、「性的人権」という表記で統一する。IPPFについては、注(47)参照。
- (9) 植野妙実子「ジェンダーと教育法」日本教育法学会編『教育法学の展開と21世紀の展望』三省堂、2001年、208頁、211頁。注(31)、注(34)参照。
- (10) 国民の教育権論の再検討等については、戸波江二「国民教育権論の展開」日本教育法学会編同上書、107-125頁参照。注(80)参照。
- (11) 憲法学での公立学校の合憲性についての検討は、君塚正臣著『性差

別司法審査基準論』信山社、1996年、203-244頁。辻村みよ子著『憲法第3版』日本評論社、2008年、191-192頁。君塚は、「国公立の女子大学、男子校、女子校は違憲性が濃厚であり、共学化すべきである」（223頁）と指摘するが、辻村は、「今日では、公立高等学校の男女共学制・別学制の問題が議論を呼んでいるが、このようなポジティブ・アクションの意義と多様性の確保という点からすれば、一律に別学制を廃するかどうかではなく、多様性を確保できる制度を構築しうるか否かという方向での議論が望ましいと思われる」と述べている。「このようなポジティブ・アクションの意義」とは、「学術分野における男女共同参画を実現する目的のもとで、理系分野の女子学生・女性研究者が少ないなどの不均衡を是正するためのポジティブ・アクションの意義を認めることは可能であろう」という意味である。しかし、この議論には、無理があるのではないだろうか。また、「多様性」の確保について指摘するが、たとえば、男女別高校の多い県教育委員会の高校改革の担当者と面談した際、「多様性」の観点から高等学校の統廃合を進めると述べていたが、実際は、有名男子高・女子校を存続させ、その他の男女別学校を統廃合するというものだった。あるいは、埼玉県男女共同参画推進条例13条に基づいて埼玉県男女共同参画苦情処理委員に提出された「県立高校の共学化」を求めた「苦情等申込書」（2000年10月4日付け）に関して、苦情処理委員が県教育局に宛てた「勧告書」をめぐるその後の顛末をジェンダー平等の視点からどのように評価すべきであろうか。

- (12) 三橋修著『〈コンチキショウ〉考—江戸の心性』日本エディタースクール出版部、1992年、115頁。
- (13) 同上、124-125頁。
- (14) 総括的課題論としては、宮澤康人著『大人と子供の関係史序説』（柏書房、1998年）が参考となる。近代的孩子も観の成立については、フィリップ・アリエス著（杉山光信・杉山恵美子訳）『子供の誕生—アンシャン・レジーム期の子供と家族生活』みすず書房、1980年。「性の教育化」については、ミッシェル・フーコー著（渡辺守章訳）『性の歴史 I

- 知への意志』新潮社、1986年、134-135頁。「近代人」の理解については、ロベール・ミュシャンプレッド著（石井洋二郎訳）『近代人の誕生』筑摩書房、1992年参照。
- (15) Ludwig Fertig; *Zeitgeist und Erziehungskunst*. 1984. 「もじゃもじゃペーター」の挿絵は、秋池宏美「西欧近代の教育制度の歴史」藤枝静正・林量俣編著『制度としての教育』梓出版社、1991年、68頁。
- (16) Katharina Rutschky (Hrsg.); *Schwarze Pädagogik: Quellen zur Naturgeschichte der bürgerlichen Erziehung*. 1988 (1977), S. 381
アリス・ミラー『魂の殺人』新曜社、1983年、38頁。
- (17) Carl-Heinz Mallet; *Untertan Kind: Nachforschungen über Erziehung*. 1987. カール・ハインツ・マレ著（小川真一訳）『冷血の教育学—だれが子供の魂を殺したか』新曜社、1995年、241頁。
- (18) 上野千鶴子「解説（三）」小木新造・熊倉功夫・上野千鶴子編『風俗性』（日本近代思想体系23巻）岩波書店、1990年、505-550頁。
- (19) 大正期から第二次世界大戦までの性教育の主要文献については、中畠邦編『性教育研究基本文献集（一期・二期）』（大空社、1990年、1991年）がある。1920年代の産児調節運動の後に山本宣治らの科学教育としての性教育論が登場するが、主流となったのは、澤田順次郎・羽太鋭治らの道徳教育としての性教育論である。第二次世界大戦後の性教育は、道徳教育としての性教育論を引き継ぎつつ、文部省の「純潔教育基本要綱」から始まり、1970年代に至って文部省が民間の科学的な性教育を追認し、その後、「性教育」という言葉が使われるようになる。1990年代に至って初めて小学校五年生の保健と理科の教科書に「性」が登場する。山本直英編著『セクシュアル・ライツ—人類最後の人権』明石書房、1997年、114-134頁。池谷壽男著『〈教育〉からの離脱』青木書店、2000年、127-144頁参照。性教育の現代的課題については、池谷壽男著『セクシュアリティと性教育』青木書店、2007年。
- (20) 「三九郎歌」は、松本市役所編纂『松本市史（下巻）』松本市役所、1933（昭和8）年、1024-1025頁。大正中期に小学校長が「改善」し

た「三九郎歌」は、日本民俗資料館・松本市立博物館著『松本の三九郎一夜空をこがす火の祈り（年中行事基礎調査報告書）』（1986年）、16-17頁。調査に協力した男性（42歳）は、「現在は、PTAが関与するようになり、道祖神の祭りとしての意味が薄れて、単なる行事となり、子供の自主性、創造性を養う最良の場を失^{ママ}なってしまった。また、女の子の行事参加も三九郎の本来の姿を変えることになり、過去において三九郎の行事の中で行われた一種の性教育も姿を消してしまった」（21頁）と述べている。聞き取り調査は1983-84年に行われているので、この証言から推測すれば、歌詞などに変化があったかもしれないが、第二次世界大戦後も、しばらくの間、古くから唄われてきた「三九郎歌」が子供組（男子）の中で受け継がれていたようである。かつての農村共同体においては、「労働力」や「規範意識」の形成と並んで、「生殖能力」に関わる「実地教育」が行われていたとの指摘については、赤松啓介著『村落共同体と性的規範』（言叢社、1993年）が詳しい。

- (21) アジア女性資料センター「日本政府に北京行動綱領の遵守を求める要望書」（2005年3月10日）参照。
- (22) 東京弁護士会子ども的人権と少年法に関する委員会著『学校と子ども的人権』（1993年）参照。
- (23) 牧柁名著『自分を生きる—子どもの権利条約を読む』新日本出版社、2000年、32頁。
- (24) 性的いじめ・性暴力事案としては、損害賠償請求事件、旭川地裁平10（ワ）105号（平13・1・30）、判例時報1749号（平成13年8月1日）。判例研究としては、市川須美子著『学校教育裁判と教育法』三省堂、2007年、55-69頁。
- (25) 辻村は、「『女性の権利は人権である』ことを主張する場合も『女性の権利（women's rights）』と『女性の人権（women's human rights）』の異同をどのように説明するのか必ずしも明らかではない。普遍主義的な近代人権論にかえて、ジェンダーや性差を重視した別個の人権論を構築することをめざすのか、それとも、過渡期的にはそれを求めつつ、最終的には、性差の発動を極力抑えて、男女の性別をこえた人間

の権利としての普遍的な人権論（いわばポスト・ジェンダー人権論）を求めるのかなどの理論的課題が存在する」と指摘している。本稿の関心は、大人と子供の関係、男と女の関係という二つの関係性を人権論としてどのように考えるかにあるが、重要な指摘として受け止めた。辻村みよ子著『ジェンダーと法』不磨書房、2005年、249-250頁。なお、辻村の「性的自己決定権」に関する議論については、機会を改めて検討する。

- (26) 落合恵美子「〈近代家族〉の誕生と終焉」坂本佳鶴恵・加藤秀一・瀬地山角編『フェミニズム・コレクションⅢ 理論』勁草書房、1993年、140-166頁。落合は次のように述べている。「フェミニズムを含む差別告発の主張は、究極的には諸『人間』間の平等を謳う『平等主義規範』に根拠をもっている。しかし、個別の個人を偶発的に平等に扱わないだけでは『平等主義規範』からの逸脱にすぎず、社会に構造的に存在する『差別』とはならない（坂本〔1985〕）。ある社会的カテゴリー（例えば「異民族」、「犯罪者」、「乳幼児」など）を一括して、平等であるべき『人間』から除外することを正当化する規範が一方にあり（これを仮に『差別化規範』と呼ぼう）、しかもその規範と『平等主義規範』の優劣関係が一義的には定まらないときに、『差別』の構造化が生ずる。言い換えれば、ある社会に構造的な『差別』とは、『平等主義規範』と『差別化規範』との齟齬、すなわち『二重規範（double standard）』状態により存立する。」（152頁）
- (27) 坪井節子「21世紀の子どもと法」日本教育法学会編『教育法学の展開と21世紀の展望』・前掲注(9)、297-298頁。
- (28) 同上、298-299頁。
- (29) 同上、299頁。
- (30) 最近の事例としては、国・園部労基署長（障害等級）事件（障害補償給付支給処分取消請求事件）、京都地裁平20（行ウ）第39号（平22・5・27）、労働判例1010号（2010年11月15日）、23頁。
- (31) 兼子仁著『教育法』有斐閣、1963年、74頁。城丸章夫の兼子論批判は、城末章夫「男女共学」宗像誠也編『教育基本法』新評論、1966年、

183-184頁。兼子の自己批判（改説）は、堀尾輝久・兼子仁著『教育と人権』岩波書店、1977年、297頁。兼子は、改説後、城丸の指摘を受け入れながら、次のように指摘している。「男女共学の完全な制度的実現は、男女の児童生徒が同一の場で同時に同一の教科目等について同じ教育をうけることである。ただし、体育授業における高学年男女の別修問題など、むしろ『両性の本質的平等』（憲法24条2項）の見地から教育上の男女平等のために必要であるような教育技術的な別修は、男女共学の原理に反しないと解される」と述べ、更に、「これにたいし、『両性の本質的平等』の見地から合理的であるような男女別修教科が有りうるかは、問題である。教科・科目は学校制度の一環として児童生徒を拘束する法制度的しくみであるから、そこにおける男女別扱いには慎重を要する。“女性の特性”を教育上活かすという観点に立った場合でも、そのような内容の教科目を用意して男女全員を選択教科とするしくみが法的な限度で、女子または男子だけの必修ないし選択教科となると、教科目という法制度において学習権保障を男女間で均等でなくすることとなり、それほどの制度的別扱いをうらづける性別による合理的理由は、現在では存在しないように考えられる」と指摘している。兼子仁『教育法〔新版〕』有斐閣、1978年、264頁。なお、前掲の植野論文が批判したのは、前半部分の「ただし、体育授業における高学年男女の別修問題など、むしろ『両性の本質的平等』（憲法24条2項）」の見地から教育上の男女平等のために必要であるような教育技術的な別修は、男女共学の原理に反しないと解される」としている点に対してである。

- (32) 旭川学力テスト事件最高裁判決、判例時報814号（昭和51年7月11日号）、42頁。
- (33) 国際女性の地位協会編『女子差別撤廃条約注解』尚学社、1992年、101-108頁（金城清子担当）参照。
- (34) 山下威士＝山下泰子が、旧教育基本法の「男女共学」規定が女性差別撤廃条約10条(c)より「進んだ規定をもつ」と述べたのは、「男女共学の教育条件を整備する義務がある」との和田鶴蔵の解釈を踏まえた

場合であり、「教育法学の通説的解釈と条約の規定とは、大体同じ線に止まっている」というのがその主張するところである。国際女性の地位協会編同上書、170-173頁。なお、和田の「男女共学」解釈は、和田鶴蔵「男女共学に反対している親の就学義務」『教育判例百選』（別冊ジュリスト41号）有斐閣、1973年、40-41頁。

- (35) 荒牧は「憲法第98条の条約・国際法規の遵守義務からすれば、批准した人権条約は憲法の人権規範と同等の法的効力を持っていると位置づけることが要請される。いわゆる一元論か二元論か、憲法優位か条約優位かなどをめぐる学説の問題はあるとしても、人権条約を批准するということは、少なくとも憲法の人権規範のなかに条約の人権規範を組み込むことを意味する」と指摘している。荒牧重人「国際教育法と日本の教育法」日本教育法学会編『教育法学の展開と21世紀の展望』・前掲注(9)、88頁。
- (36) 本稿は、子供の権利条約の原理である権利享有主体性論と人格の全体的発達論から子供の性的自己決定権を析出できるとの立場を採るが、子供の権利条約の各条項との関連を指摘しつつ、子供の権利条約の性教育観を明らかにしているものとしては、浅井春夫著『セクシュアル・ライツ入門—子どもの性的人権と性教育のための20章』十月舎、2000年、116-131頁。たとえば、浅井は、「性的自己決定能力の形成をめざす自立教育は、『子どもに影響を与えるすべての事柄について自由に自己の見解を表明する権利を保障』（第12条）するとりくみ」（122頁）であると指摘している。
- (37) 日本政府（外務省）「児童の権利に関する条約 第3回日本政府報告（日本語仮訳）」（平成20年4月）、30頁。日本政府報告書では、“the age of consent to sexual intercourse”を「性交同意年齢」と訳し、日弁連報告書では、「性的同意最低年齢」とする。「13歳」規定は、刑法176条（強制わいせつ）と刑法177条（強姦）に規定されていることから、「性交等」の最低同意年齢と考えるのが妥当と思われ、本稿では、「性的同意最低年齢」を使用する。
- (38) 日弁連「子どもの権利条約に基づく第3回日本政府報告及び武力紛

争における子ども・子ども売買各選択議定書第1回日本政府報告に関する日本弁護士連合会の報告書」・前掲注(3)、18頁。

(39) 同上、22頁。

(40) 同上、27頁。

(41) 北京宣言及び北京行動綱領は、国際女性の地位協会編『女性関連法データブック』有斐閣、1998年、22-112頁。

(42) 行動綱領草案は、北京世界女性会議に提言する会編『北京世界女性会議行動綱領草案対訳』アジア女性資料センター、1995年、69頁。行動綱領確定版は、United Nations; Report of the Fourth World Conference on Women. Beijing, 4-15 September 1995, p. 36.

なお、行動綱領草案97号の後段の一部で、“including full respect for he physical integrity of the human body”となっているのであるが、アンダーラインを付した“he”は“the”の誤植であろうと思われ、本文では、訂正を加えたものを引用してある。

(43) 堀口悦子「セクシュアル・ライツをめぐるカイロ人口開発会議から北京女性会議への流れ」アジア女性資料センター編『女たちの21世紀』第9号(1996年)、71-72頁。堀口悦子「リプロダクティブ・ヘルス／ライツの行方」アジア女性資料センター編『北京発、日本の女たちへ』明石書店、1997年、107-144頁。

(44) 北京世界女性会議に提言する会編『北京国際女性会議行動綱領日本語訳』アジア女性資料センター、1996年(第3版)、34-35頁、148-149頁。たとえば、“Sexual Rights”に関しては、イスラムの戒律・教義に反する(モリタニア代表)、同性愛を否定し異性愛のみ認める(ペルー代表)、中絶あるいは妊娠の恣意的な中断を含まないという条件で認める(ベネズエラ代表)などの意見があった。United Nations; op. cit. p. 168, p. 170, p. 175.

(45) リプロダクティブ・ヘルス／ライツをめぐる議論に関しては、藤掛洋子「人口問題に関する国際会議の論点の評価・分析—リプロダクティブ・ヘルス／ライツの議論を中心に—」国際協力事業団・国際協力総合研修所(2001年)参照。

- (46) 麻姑は、セクシュアル・ライツは「すべての人が持つ性の自己決定権」であると指摘している。麻姑仙女「セクシュアル・ライツ」池内靖子・二宮周平・姫岡とし子編『改訂版 21世紀のジェンダー論』晃洋書房、2004年、116頁。本稿では、性的自己決定権の法的性格を認識する意図があるため、性的人権＝性的自己決定権とは捉えず、性的人権の中核に位置づく概念として性的自己決定権を捉えている。
- (47) 山本編著『セクシュアル・ライツ—人類最後の人権』・前掲注(19)、31-39頁。浅井著『セクシュアル・ライツ入門—子どもの性的人権と性教育のための20章』・前掲注(36)、74-77頁、112-113頁、298-301頁参照。原田瑠美子著『学んでみよう！セクシュアル・ライツ』十月舎、2000年、58-97頁参照。“人間と性”教育研究協議会の浅井と原田は、性的人権の内容を、①自分のからだ・性器を誰からも侵害されることなく、自己管理する権利、②性的平等が保障される権利、③自らのセクシュアリティを選択し、確保する権利、④自己の性行動を選択し決定する権利、⑤性に関する健康の最高水準を獲得する権利、⑥性に関する情報・学習・教育を保障される権利に整理している。更に、浅井は、第14回世界性科学会議(WAS)で採択された「性の権利宣言」(1999年8月26日採択)の内容を上記の6つの権利と関わらせて整理している。

なお、国際家族計画連盟(IPPF)の「性と生殖の権利に関するIPPF憲章」(1995年)及び「性の権利(セクシュアル・ライツ): IPPF宣言エグゼクティブサマリー」(2008年)、世界性科学学会(WAS)の「性の権利(セクシュアル・ライツ)宣言」(1999年)及び「モントリオール宣言」(2005年)の翻訳は、松本清一編著『生きる知恵としての性教育』自由企画・出版、2009年、3-25頁、51-56頁参照。松本は、「性の権利」(セクシュアル・ライツ)は“性と生殖の権利”を発展させた概念であると指摘し、“性の権利”における“性”とは、“セクシュアリティ”のことであり、「自由と尊厳と平等を求める社会の基本として、“性の権利”は不可欠の人権である」と指摘している。また、“性の権利”という概念が市民権を得たのは、WASが採択した

「性の権利(セクシュアル・ライツ)宣言」においてであると述べている。同上書、41頁。

- (48) 辻村みよ子著『人権の普遍性と歴史性』創文社、1992年、123-154頁。
オリヴィエ・ブラン著(辻村みよ子監訳)『オランプ・ド・グージュールフランス革命と女性の権利宣言』信山社、2010年、356-369頁。
- (49) 芦部は、「幸福追求権」の権利性に関する学説を「人格核心説」、「一般的自由説」、「人格的利益説」の三説に分ける。ただし、「人格核心説」に関する有力説は存在しない。芦部信喜著『憲法学Ⅱ人権総論』有斐閣、1994年、342-344頁。また、憲法13条解釈学説に関しては、「一般的(行為)自由説」対「人格的自律(利益)説」という対立構図に対して、「切り札としての人権」と「公共の福祉にもとづく権利」を提示し、憲法13条解釈学説のパラダイム転換を志向する学説として、長谷部恭男著『憲法の理性』東京大学出版会、2006年、102頁以下参照。
- (50) 戸波江二「自己決定権の意義と射程」樋口陽一・高橋和之編『現代立憲主義の展開(上)』有斐閣、1993年、330頁。
- (51) 芦部著『憲法学Ⅱ人権総論』・前掲注(49)、334頁。
- (52) 同上、335頁。
- (53) 戸波江二「幸福追求権の構造」公法研究58号(1996年)、2頁。
- (54) 芦部著『憲法学Ⅱ人権総論』・前掲注(49)、342頁。
- (55) 一般的自由説に立つ赤坂によれば、一般的自由説は、「行為のみならず状態や法的地位の保護も想定されている」ので、「一般的行為自由説」という呼び方は正確ではないとする。この点は、戸波説とは異なる。一般的自由説のうち、広義説(内野説)では、殺人・強姦などの純然たる他者加害行為も、形式上、幸福追求権の保護対象と想定し、他者の重大な法益侵害を理由として、合憲的に規制できるという法的構成をとるが、狭義説(戸波説)では、純然たる他者加害行為は幸福追求権の保護対象ではないとする。赤坂正浩著『憲法講義(人権)』信山社、2011年、269-270頁。なお、一般的自由説の広義説と狭義説は、「無限定の一般的自由説」と「制限的な一般的自由説」とも呼ばれる。杉原泰雄編『新版 体系憲法事典』青林書院、2008年、433頁(根森

健担当)。

- (56) 戸波「幸福追求権の構造」・前掲注53、9-10頁。
- (57) 同上、15頁。
- (58) 佐藤幸治著『憲法〔第三版〕』青林書院、1995年、443-465頁。
- (59) 芦部著『憲法学Ⅱ人権総論』・前掲注49)、344頁。
- (60) 芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法第五版』岩波書店、2011年、119頁、125頁。自己決定権（人格的自律権）とは、①家族のあり方を決める自由（避妊、妊娠中絶など）、②ライフスタイルを決める自由（髪形・服装など）、③生命の処分を決める自由（医療拒否、尊厳死など）など、「個人の人格的生存にかかわる重要な私的事項を公権力の介入・干渉なしに各自が自律的に決定できる自由」であり、「憲法上の具体的権利」であるとする。
- (61) 芦部著『憲法学Ⅱ人権総論』・前掲注49)、343頁。芦部は、「問題は、裁判官による法の形成をあまり広く認めすぎますと、裁判官の主観的な判断によって人権が創出されていくということにもなりかねませんので、人権全体の保障の上から望ましいという場合もありえますが、かえって人権体系を崩す、そういうおそれが出てくることです。ですから、安易に13条の幸福追求権を持ち出して、いろいろの権利を憲法レベルに高めてしまうことは厳に慎まなければならないと思うのです。これは『権利』とは何かというむずかしい問題にもかかわるのですが、とにかく憲法レベルの権利と言いうるための基準を厳格にしぼって慎重に判断していく必要があるわけです。たとえば、長期間にわたって人間の尊厳、生存にとって基本的なものと考えられてきたこと、また多数の国民がしばしば行使することのできるものであること、しかも他人の権利を侵すおそれの少ない、あるいはないものであること、少なくともそういう要件がある場合に限って裁判所で新しい人権として認めていく、そういう方向で考えるべきではないかと思います」と述べている。芦部信喜著『憲法判例を読む』岩波書店、1987年、130-131頁。

戸波は、人権のインフレ化と人権保障の相対的弱体化という批判に

対しては、「自己決定権が個人の自由な行為一般を保護領域とすると理解するのであれば、個別的人権を乱立させることにはならない」と指摘し、また、一般的自由として保障する行為の範囲や種類が不明確で無制限の保障となるとの批判に対しては、一般的自由説では、「たしかに自己決定権の構成要件は広いものの、保護の範囲は一般的自由というかたちで特定されており、その輪郭が不明確であるわけではない」とする。一般的自由の範囲に関しては、幸福追求権から導出される個別的人権の「主要なものとしては、プライバシー権、人格権、生命・身体の権利、環境権があり、前述の自己決定権を一般的自由ととらえるならば、非列挙人権としては現時点ではこれらでほぼ十分なように見える。今後の非列挙人権の導出については、これらの主要な非列挙人権から派生する権利について独自の権利性の有無を検討すること、また、とくに社会権的権利の導出を模索することが重要な課題となろう」と指摘している。戸波江二「幸福追求権の構造」・前掲注53、17頁、19頁。

- 62) 佐藤は、狭義の「人格的自律権」の定義を「人格的自律にとって不可欠ないし重要なものが補充的に保障されること」と変更している。「重要なもの」という言葉を加えた理由について、『『不可欠』という表現が厳しすぎるという印象が生ずるのであれば本意ではない』と述べている。佐藤幸治著『現代国家と人権』有斐閣、2008年、100頁。
- 63) 佐藤は、「人格的自律権」に関する自説に対する批判に「応接」する論文の中で、一般的自由説に立つ戸波説と阪本説を検討し、両説とも「結論において一見類似している」ように見えるが、「戸波説は人格的利益説の『基本的思想そのものを否定するものではない』という前提に立っているのに対し、阪本説は『人格的自律の存在としての人間』像を排撃し、単に選好を自由に追求する存在として現実世界の人間を捉えようとするものであって、両者は質的に異なる基盤に立っている」とし、その上で、「戸波説と筆者の考え方との実質的な違いは、意外と小さいのかもしれない。ただ、13条の『幸福追求権』に雑然と様々な『自由』を持ち込むべきではなく、憲法の保障する『権利』、

すなわち『基本的人権』にふさわしい構成をとるべきであるというのが、筆者の立場である」とする。佐藤著『現代国家と人権』・前掲注(62)、105頁、109頁。阪本説については、阪本昌成著『憲法理論Ⅱ』成文堂、1993年、236頁以下参照。

他方、戸波は、一般的自由説への批判に対し反論を試みた論文の中で、「人格的利益説の基本的思想そのものを否定するものではない。むしろ、人権と個人の尊厳、自律と自己実現という価値が密接に結びつき、それらが人権の基本思想をなしていることは疑いがないと思われる。しかし、人格的利益説が、自己決定権を人格的生存に関する事項に限定する結果、一般的自由に対する憲法上の保護を及ばなくしてしまっていることにこそ、問題がある」と指摘していた。戸波江二「自己決定権の意義と範囲」法学教室第158号（1993年）、42頁。

なお、戸波は、前記論文において、「個人の一般的自由の制限がとくに問題となるのは、通常の世界生活においてというよりも、在監関係や学校関係においてであり、そこでの特殊な権利制限に対して自己決定権ないし幸福追求権が重要な役割を果たすのである」（40頁）と指摘しているのだが、学校関係では、営造物利用関係論（特別権力関係論）や「部分社会」論、「教育的配慮」論により、当然のように子供の人権の制約が行われてきたことを考えれば、意味のある指摘であろう。

- (64) 戸波「自己決定権の意義と射程」樋口・高橋編『現代立憲主義の展開（上）』・前掲注(50)、357頁。
- (65) 辻村みよ子編著『基本憲法』悠々社、2009年、70-72頁（佐々木くみ担当）。
- (66) 芦部著・高橋補訂『憲法第五版』・前掲注(60)、120頁。同書では、人格的利益説をとっても、「一般的行為の自由」として憲法上保護しようとする様々な行為について、平等原則や比例原則とのかかわりで、憲法上問題となることもありうるとする。

たとえば、頭髮に関しては、芦部説では、自己決定権（人格的自律権）の中の「ライフスタイルを決める自由」の一つとして位置づけら

れ、「憲法上の具体的権利」とされる。すなわち、「幸福追求権を個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体」と解する人格的利益説では、自己決定権も、その限りでは限定的に捉えなければならないが、「少なくとも髪形や服装などの身じまいを通じて自己の個性を実現させ人格を形成する自由は、精神的に形成期にある青少年にとって成人と同じくらい重要な自由」であって、「髪形の自由をこう解しても、自己決定権を『一定の重要な私的事柄について自ら決定する権利』というように限定的に捉える立場」を採ることと、「矛盾するわけではない」とする。芦部著『憲法学Ⅱ人権総論』・前掲注(49)、392-393頁、404頁。

他方、佐藤説では、「様々な事柄が人格の核を取り囲み、全体としてそれぞれの人のその人らしさを形成している。したがって、こうした事柄にも、人格的自律を全うさせるために手段的に一定の憲法上の保護を及ぼす必要がある場合がある」として、丸刈り校則熊本地裁判決（地判1985（昭和60）・11・13判時1174号48頁）に言及し、「髪形が自律権の核にかかわるものとみることが困難で、その周辺部に位置するものとみるべきだとしても、そして、その意味で厳格な審査基準が妥当しないとしても、何が何でも丸刈りを強制しなければならない理由がどこにあるのか疑問とされなければならないように思われる」と述べている。佐藤著『憲法〔第三版〕』・前掲注(58)、413-414頁、461頁。

自律権の「核」や「周辺部」という用語が何を基準として使い分けられるのか不明で、主観性を感じるが、管理主義的教育指導論は“服装の乱れはこころの乱れ”との考え方に基づくものであって、校則による服装・髪形の規制は、子供の「こころ」を管理することを目的としており、その意味では、髪形の規制は自律権の「核」に関わるように思われ、更に髪形はジェンダーに関する事例でもある点で、上記の議論には疑問がないわけではない。おそらく人格論のレベルで、個々の人格を、単独の「自律的主体」（観念的構築体）と捉えるか、「関係的結節」（社会関係的構築体）として捉えるかの違いもあるのかもしれない。

なお、一般的（行為）自由説の立場からの丸刈り校則熊本地裁判決に関する研究としては、戸波江二「丸刈り校則と自己決定の自由」判例時報58巻4号（1986年）、92頁。

- (67) 辻村著『憲法第3版』・前掲注(11)、177-178頁。
- (68) 栗城壽夫・戸波江二編『憲法〔補訂版〕』青林書院、2002年、133-134頁（青柳幸一担当）。憲法第三章の中で年齢に関わる規定があるのは、普通選挙権（15条3項）、教育を受ける権期（26条2項）、勤労の権利（27条2項）の三箇所である。26条2項は、子供の学習権の保障であり、27条2項は、子供の保護規定である。したがって、憲法上、子供（未成年者）の権利を否定しているのは、15条3項のみである。他方、憲法の下位法に当たる様々な実定法、都道府県青少年健全育成条例、学校の校則などには、子供の人権を制約する数多くの規定が定められている。それらの規定は、憲法学では、「保護」原理（パターナリズム）による制約と解されるのであろうが、人権制約に関わる個々の規定が「保護」原理に基づいて体系的に構築されているのかどうかについて検討する意味があるように思われる。

学校の校則の場合、80年代後半以降、過度に詳細な規定をおく校則の見直しが行われてきたが、校則の見直しは、過剰な校則規定をスリム化するという技術的な問題に留まるものではなく、本来、子供の人権保障の視点から、法律の留保もなく人権を制約できるとする営造物利用関係論それ自体、及び当該理論に基づく紀律権の恣意的な行使の在り方を問うものである。同様の視点から、刑法、民法、学校教育法、少年法等々の実定法上の制約規定や都道府県青少年健全育成条例の制約規定等を検討する必要があるのではないだろうか。たとえば、民法731条の婚姻適齢の規定は子供の自己決定権を制約する規定であるが、憲法24条2項が「個人の尊厳と両性の本質的平等」を定めているにもかかわらず、婚姻適齢を男女別に規定することの保護的効果を子供の「保護」原理（パターナリズム）から論理的に説明できるのだろうか。

なお、人権享有主体性が子供の権利条約の批准を受けて初めて認め

られるようになったわけではない。宮沢は、「人権保障の受益者」として「少年」に言及し、「人権の主体として人間たるの資格が、その年齢に無関係であるべきことは、いうまでもない」と指摘していた。問題は、「少年に関するかぎりにおいては、人権宣言による人権の保障に対して、多かれ少なかれ特例がみとめられる可能性があるか、と問い、これに対して、そうした可能性がある、または、ない、と答えるのが、正しい論法である」と指摘していたように、子供の人権の権利性を明確にすることなく、人権を制約する「特例」の議論に終始していた点にある。宮沢俊義著『憲法Ⅱ〔新版〕』有斐閣、1974年、246-247頁。子供の権利条約の批准以降は、子供の権利主体性と「保護」原理（パターンリズム）の関係を個別具体的に措定する必要がある。

(69) 山田説では、自己決定権の法的根拠については、憲法13条の幸福追求権から直ちに「具体的な人権を導き出すことは難しい」との判断から、自己決定権は憲法が例示する基本的自由の「上位概念」として捉える。また、自己決定権の享有主体に関しては、成熟／未成熟の二元論から限定的に捉える。すなわち、「自己決定権は、あらゆる個人に認められるわけではなく、『成熟した判断能力』をもつ者についてのものである点で、権利としては、特殊である。ただし、成熟した判断能力を持たない者には、この権利を認めないとはいっても、決して、差別的に、この権利を否定するわけではなく、本人保護のためであるから、平等保護違反の問題にはならない」とする。山田卓生著『私事と自己決定』日本評論社、1987年、337頁、344頁。同「子どもと自己決定」自由と正義38巻6号（1987年）、17-23頁。山田説にはいくつかの論点が含まれているが、この点については、佐藤幸治「日本国憲法と『自己決定権』」法学教室98号（1988年）、6-18頁。

(70) 佐藤著『現代国家と人権』（有斐閣、2008年）には、「子供の『人権』—人格的自律権の観点から」（191-205頁）と「子どもと参政権の権利」（206-256頁）という二つの論文が収められている。この二つの論文は統一的に読まれるべきものであるが、佐藤説では、人格的自律権はすべての人間の基本権であり、子供も人権享有主体である。その意味

で、人格=自己同一性とすれば、佐藤説の人権の枠組に子供の人格的自律権の構成要件（側面）として性的自己決定権を位置づけることができるように思われる。

- (71) 竹中は、『『婚姻の自由』は、憲法24条の『両性』という文言に照らして、『男女によるもの』に限定されると解すべきであるが、そうすると、同性間の性的結合の自由・共同生活の自由などが、この類型の自己決定権の内容として検討対象となる」とし、『『同性間の性的結合の自由』は、憲法13条の親密な人的結合の自由の一内容をなすものと構成することができる』とする。竹中勲著『憲法上の自己決定権』成文堂、2010年、15頁。196頁。
- (72) 戸波「自己決定権の意義と射程」樋口・高橋編『現代立憲主義の展開（上）』・前掲注50、335頁。
- (73) 我が国の判例では、子供の性情報を「知る自由」の制約に関わる判例として、岐阜県青少年保護育成条例違反被告事件最高裁判決（最小判1989年（平成元年）9月19日・刑集43巻8号785頁）がある。争点は憲法21条の「表現の自由」であるが、伊藤正己裁判官の補足意見では、「知る自由の保障は、提供される知識や情報を自ら選別してそのうちから自らの人格形成に資するものを取得していく能力が前提とされている。青少年は、一般的にみて、精神的に未熟であって、右の選別能力を十分には有しておらず、その受ける知識や情報の影響をうけることが大きいとみられるから、成人と同等の知る自由を保障される前提を欠くものであり、したがって青少年のもつ知る自由は一定の制約をうけ、その制約を通じて青少年の精神的未熟さに由来する害悪から保護される必要があるといわなければならない」（792頁）とされる。
- 子供の性の学習権は、「知る自由」を前提とする。しかし、性に関する子供の「知る自由」は、成年／未成年という二元論的基準による「保護」原理（パターナリズム）や「教育的配慮」論によって制約をうけている。
- 子供の性的人権の思想には、①性的搾取や性的虐待から子供を「保護」するという側面と、②子供が、“Human Sexuality”について適

切な知識と人権感覚を獲得することによって、人格的存在としての性的主体として育つという側面がある。したがって、「保護」原理（パターナリズム）の必要性自体を否定しないが、重要なのは、「自律」原理と「保護」原理を統一する論理の構築であって、その意味において、子供の性の学習権を保障するためには、成年制度を前提として、一律に「保護」原理（パターナリズム）を適用すれば足るという発想自体の転換が求められるのではないだろうか。すなわち、子供の性の学習権の制約事由として「精神的未熟さ」をア・プリオリに前提とせず、子供の発達（精神的側面を含む）の必要に応じて、早い時期からジェンダー平等の視点に立った人間（異性）観を涵養し、自己統治能力を高め、子供が「健全」な判断能力と人権感覚を獲得できるようにすることが必要である。

しかし、学校教育の実態としては、ジェンダー平等の視点に立った性の学習権の保障は、「発達段階」論を楯とする「教育的配慮」論の下で、著しく制約されており、「提供される知識や情報を自ら選別してそのうちから自らの人格形成に資するものを取得していく能力」が育ち難い状況がある。今日の子供の発達の特徴が、①身体的成熟の「早熟化」、②精神的成熟（自己同一性の確立）の「晩熟化」という矛盾状況にあるとすれば、18歳なり20歳を形式的に境界設定して未熟／成熟という二元論的基準で対応することができると考える方が、子供の発達の現状と乖離しているのではないかと思われる。子供の性の学習権の尊重の視点から、「保護」原理（パターナリズム）や「教育的配慮」論の再検討が求められていると言わなければならない。関連して注⑦参照。

もっとも、「保護」原理（パターナリズム）を再検討すべきであるということが、即、子供の学習権の行使として、自動販売機の「有害図書」を入手する自由を保障すべきであるという意味ではない。子供の「知る自由」を制約する前に、女性の人権の視点から日本の性の商品化の在り方を真摯に考える必要があるのではないだろうか。一方では、女性差別を克服することが必要であるとし、他方では、「表現の

自由」の保障の名の下で、女性の人格的尊厳性を否定し性的道具化を助長するような性の商品化が氾濫している現状を、憲法学はどのように認識し、どのようにして女性の人權を「保護」するのか。この問題も子供の性の学習権の保障にとって重要な問題である。

- (74) 憲法13条と憲法26条の関係について、佐藤は、「人間の自由や幸福は、豊かな知識と教養を前提にはじめて有意義に実現されるものであるから、『幸福追求権』の保障は、人がその選ぶところに従って適切な教育をうけることができるという権利を当然措置しているものと解さなければならない」と指摘している。佐藤著『憲法〔第三版〕』・前掲注58、626頁。
- (75) 我が国の場合、子供の性教育に関して抑止的議論が根強いことは周知の事実である。このような状況を考えると、子供の人格的自律権の保障とその制約の論理に関する佐藤説の展開は興味深い。佐藤説については、機会を改めて検討したいと思うが、子供の発達観に関わる箇所を引用しておきたい。

佐藤は、「『子どもの権利』の保護の必要性という名において、子どもの自由ないし自己決定に対する配慮に欠くところがないか」との問題意識に立って、「子どもの自律に対する尊重と子どもの自由への干渉を統一的に説明する評価基準をいかにしてわれわれがもつことができるか」と問う。そして、「憲法の保障する基本的人権が『基幹的自律権』に由来すると解することの帰結の一つは……、基本的人権の保障を『成年制度』によってわりきってしまうのではなく、人格的自律の具体的展開としてできるだけ連続的に捉えなければならないということである。つまり、人間存在の動態的性格を明確に認識しなければならないということである。人間は成年に達すると突如として自律的人格性を獲得するというものではなく、未成年期から継続的に形成されていくものである。したがって、また、未成年期において自己の責任を自覚できるようにしていくことが、自律性の育成にとって不可欠である。一口に未成年といっても、もとより様々な発達段階があり、一面では、未成年者の自律の助長促進という観点からの積極的措置が

要請されるとともに、他面では、基本的人権の制約には未成年者の発達段階に応じ、かつ、自律の助長促進にとってやむをえない範囲にとどめなければならない」とし、①自律の現実化の過程を妨げるような環境を除去することが求められるとともに、②その過程に必要な条件を積極的に充足し、③その過程にとって障害となると考えられる場合にその過程そのものに介入することが求められる、とする。佐藤著『現代国家と人権』・前掲注(62)、208頁、229-230頁参照。なお、佐藤著『憲法〔第三版〕』・前掲注(58)、411-413頁参照。佐藤説を「自律化のための限定的パターンリズム説」(「純粹三原理説」)と捉え、批判的検討を試みたものとして、大津浩「憲法論としての『子どもの人権』論の現状」法政理論21巻4号(1989年)、43-49頁参照。

- (76) 君塚著『性差別司法審査基準論』・前掲注(11)、119頁-166頁参照。辻村みよ子著『ジェンダーと人権』日本評論社、2008年、205頁。芦部信喜著『憲法学Ⅲ人権各論(1)〔増補版〕』有斐閣、2000年、30頁、39-47頁。宮沢著『憲法Ⅱ〔新版〕』・前掲注(68)、279-283頁。芦部は、「14条1項後段所定の差別禁止事由にかかわる場合と、選挙権や精神的自由のような重要な人権の侵害になる場合には、最も厳しい審査基準である『厳格審査』基準が妥当である、という考え方が有力である」とした上で、「私の言う『実質的な合理的関連性』基準は、具体的適用の場では右の諸説とほとんど異なるところはない、と考える」(46頁)とするが、このような論法に関しては、君塚の批判がある。同上書、137頁。
- (77) 広沢明「『教育の自由』論」日本教育法学会編『教育法学の展開と21世紀の展望』・前掲注(9)、136頁。
- (78) 佐藤著『憲法〔第三版〕』・前掲注(58)、448頁。
- (79) 佐藤著『現代国家と人権』・前掲注(62)、231-232頁。
- (80) 永井教育権論の「再評価」については、戸波江二・西原博史編著『子ども中心の教育法理論に向けて』エイデル研究所、2006年、166-182頁(村元宏行担当)参照。「国民の教育権」論の再構築を提案する戸波の議論に対する批判は、202-221頁(土屋清担当)参照。