

「教育とパターナリズム」研究の射程

秋池宏美

I 関係としての子供

教育基本法第1条は、「人格の完成」が公教育の目的であると定めている。

現代社会に生きる諸個人には、いろいろな顔が付与されている。その理由は、諸個人が多層的な社会関係の中で生かされているからである。親子関係、学校関係、勤務関係、恋愛関係、夫婦関係、血縁関係や地縁関係等々の様々な関係の中で諸個人には特定の役割を担うことが期待される。その役割が諸個人に様々な顔を付与する。もちろん、本人が作り出した顔もあるだろう。人はそれを個性と呼ぶかもしれない。様々な顔（諸相）を統合するのが人格である。人によっては、人格に統合し難いペルソナを身につけて生きているかもしれない。

いま、かりに、〈普遍性〉〈特殊性〉〈個別性〉という三つの相で、個々人の多様な顔を形式的に分類してみよう。ある個人に対して「あなたは人間だ」という場合は、〈普遍性〉の相で捉えられた顔である。次に、〈特殊性〉の相で捉えられた顔は、その多くが非対称な関係にあるものであり、大人／子供、男性／女性、日本人／外国人、健常者／障害者などを挙げるができるであろう。そして、〈個別性〉の相は、その固有の表象を通して、〈普遍性〉と〈特殊性〉が表現される舞台ということになる。

このようにみると、〈特殊性〉の相の問題が今日の人権論のテーマになっているといってもよいように思われる。たとえば、〈普遍性〉の相での「人間は平等である」という言説は、〈特殊性〉の相での「男女は平等である」という言説と同じではない。この二つの関係をどのように統一するかが人権論の今日的な課題であろう。ジェンダーの視点

からみると、性差別が現存する状況において、女性の人権は、普遍的人権論として構成されるべきか、特殊的人権論として構成されるべきかという理論的問題が措定される。

ところで、上記の〈特殊性〉の事例において、通常、法的・医療的等の措置を経ずに、非対称な関係に変化が生ずるのは、大人／子供という関係だけであろう。子供は、いずれは大人になる。誰もが了解しているこの事実の中で、子供の成熟と発達を促すための意図的・無意図的な企てが行われている。

子供も「人間」だから人権が保障される必要性が自覚されるのか、それとも、子供が「子供」だから人権が保障される必要性が自覚されるのか。おそらく、子供が、「人間」であり、「子供」であるから、人権が保障される必要がある、というのが、今日の子供の人権論の立脚点であろう。

子供の人権論の場合は、大人になるまでの間の問題であるが、女性の人権論の場合と同様に、子供の人権論を普遍的人権論として構成するか、特殊的人権論として構成するかという理論的課題を措定することができるかもしれない。子供であるがゆえに、子供固有に保障されるべき人権があるとすれば、それは特殊的人権論として構成される必要があるということであり、この文脈において、さらに、男の子の人権と女の子の人権（ジェンダーと人権）という問題も考える必要がある。

とはいえ、普遍（人間）と特殊（子供）は対立概念ではなく、子供は、普遍の特殊的在り方であるから、自ずと子供の人権論の課題が見えてくるのかもしれない。

子供が「子供」であるがゆえに、保護される必要があり、場合によっては、その人権が制約され

る必要もある、という言説が、市井に溢れている。さらに、「健全育成」という考え方もある。その場合の保護や制約の正当性の根拠をどのように構成し、かつその範囲をどのように捉えるのか。そして、この点については、十分な考察がなされてきたのであろうか。

憲法学の概論では、人権享有主体性と人権行使主体性（能力）とが区別されている。これによれば、子供も「人間」であるから人権享有主体として捉えられるが、「子供」であるから人権行使主体としては保護されるべきであり、子供にとってより大きな価値を実現するため、子供が享有する人権が制約されるということである。その根拠とされているのが、子供の「未成熟性」という考え方である。それゆえに、子供に代わって子供の「利益」を保護するという意味での「代理保障」の問題が成立してくる。しかし、この「代理保障」という考え方が曲者である。

大人の場合は、人権行使主体性の保護・制約については、内在的制約論、外在的制約（政策的制約）論、パターナリズム（paternalism）論から理論づけられるが、子供の場合は、パターナリズムによる保護・制約論が支配的であったと思われるが、子供の人権保障という自覚が成立してくるに伴い、パターナリズム論から内在的制約論が分立してくると捉えることができるのではないだろうか。

このような問いは、教育学的にみれば、つまるところ、西欧近代における「子供」の発見の仕方に由来しているといえるかもしれない。身分的身体に代わる新しい身体像として、普遍的な「近代的市民」（抽象的人間）像が、精神・感性・身体技法の全体性においてイメージされ始める。その過程で、「子供」が発見される。西欧近代において、大人と子供の非対称性の拡大が進行し、差異化と同一化というテーマが近代教育学において自覚されることになる。大人からの厳格な差異化の次元において、「子供」の発見は、子供の「自然」＝「自善」（発達の可能性）の発見であり、同時に、「未開」＝「非秩序」（規律の必要性）の発見でもあっ

て、このような両義的性格を含む存在として捉えられた子供を対象化し、その教育可能性を志向する次元において、自律と他律のアンチノミーの教育学的統合という主題が成立してくるのである。

他方、資本主義的な生産関係が強力に形成されるとともに、都市と農村の対立が始まり、地域の共同性が崩壊へと向かい、新たな公共圏と私的空間が創造されることになる。すなわち、伝統的な共同態が担っていた諸機能を国家が吸収し始め、その一環として、教育機能の近代的様式として義務教育制度が構築されるに至る。近代になって、人は、その成熟に応じて、それぞれの仕方、「魂」を覚醒させる、などという悠長なことはいってはおれず、同一年齢同一学年制が制度基準となってくるのである。学級が成立し、人工的な位相空間が誕生する。その空間の住人が、児童・生徒と呼ばれる。

近代公教育の思想と構造を分析した堀尾輝久氏が、教育が「私事」（教育の自由）であった歴史的事実をふまえて、近代公教育の組織化が「私事の組織化」と「国家による組織化」の対立・矛盾を含んでいることを示してくれたが、国家が教育の「公共性」を管理することを是とする理論的立場からは、「私事」の組織化としての教育の「公共性」という主張は受け入れ難いようである⁽¹⁾。

憲法26条が定める義務教育制度の維持が国家の責務であるとしても、法律に基づく教育政策・教育行政行為であれば、その正当性が確保されるとして、今日、学校教育の場においては、リーガル・モラリズムやパターナリズムに基く「干渉」と呼ぶべき現象が数多く存在している。

パターナリズムの思想史研究は別に譲るとして、ここでは雑駁な整理になるが、夜警国家から福祉国家、行政国家への移行・転換との関連で、パターナリズム思想の歴史を、ひとまずは、①ホブズに代表される権威主義的パターナリズム（17・18世紀的パターナリズム）、②ミルに代表される自由主義的パターナリズム（19世紀的パターナリズム）、③自由主義的パターナリズムの展開としての現代的パターナリズム（ハート＝デブリン論

争以降の、20世紀的パターナリズム)として捉えた上で、論を展開してみよう⁽²⁾。

さて、親子関係の類推としてのパターナリズムという思想が、国家の教育立法や教育行政行為を正当化する理論として、また、大人(親・教師等)と子供との関係を正当化する理論として機能しているとすると、パターナリズムという思想は、子供の人権保障という視点からどのように再構築されていく必要があるのだろうか。検討すべき課題である。

なお、本稿では、教育学の関連諸領域の研究成果を活用することになるが、その理由は、端的に言えば、実践的教育学においては、パターナリズムに対する批判意識が成立しているとは必ずしも言えない状況にあるからである。

II 学校教育とパターナリズム

太田明氏は、「教育上のパターナリズムの正当化にはそれ以外の要素、特にモラリスティックな要素が結合する場合が極めて多くなる。それなくしては学校として成り立ちえない・どうしても守らなければならないような道徳的要素が学校にはあるかのように、また生徒の校則違反というような行為が学校という自律した社会なり共同体なりへの公的な道徳的危害であるかのように、危害原則もモラリスティックな様相を帯びざるをえなくなる。」とし、「実際、日本の教育や学校に関わる領域では、パターナリズムやモラリズムでないものはないといってもいい。」と指摘している⁽³⁾。

1990年代の太田氏の指摘は、基本的には、今日の学校教育の実態認識としても妥当していると思われる。しかし、他方、太田氏の指摘に同意した場合、通常、リベラリズムの立場では、パターナリズム概念は限定的に捉えられているので、教育概念とパターナリズム概念をどのように捉えるかが問題となるであろう。

一般に、教育は、「文化の伝達による人間の発達の過程に目的をもって意識的、継続的に働きかける行為である」⁽⁴⁾と定義されるが、パターナリズムとの関連でこの子供に「働きかける行為

をどのように捉えるか。国家が、教育によって国家にとって有用で安全な「国民」を育成する意図を持って教育政策を展開しているとすれば、それは、統治作用としての教育(教化)と呼ぶべきものであろう。したがって、そのような教育的対象化行為は、今日的意味でのパターナリズムではない。日本国憲法は、戦前の超国家主義的・軍国主義的教育の反省に立って制定され、「個人の尊厳」を謳っているのであるから、そのような公教育を認めてはいない。

日本国憲法のもとで、国家は、法律上、一人ひとりの子供の教育を受ける権利を保障するため、その条件整備を担い、一人ひとりの子供が将来、社会の中で生きていくのに必要な力を獲得し、その存在価値を生み出すため、教育政策や教育管理を行っているとするれば、国家の教育政策や教育管理は、パターナリズムの問題である。そのように考えると、パターナリズムとしての教育的対象化行為の正当性を問う必要性が生ずる。

現代的パターナリズム論は、「侵害原理を補填する議論として、リーガル・モラリズムを否定」⁽⁵⁾する理論であるといわれるが、基本的には、大人の自由の制約は侵害原理(加害原理)以外の事由によって正当化することはできない、とするものである。19世紀の自由主義的パターナリズムでは、子供の人権という思想が未形成であったため、子供に対するパターナリズムにおいては、権威主義的パターナリズムも事実上容認されていたのではないかと考えられるが、現代的パターナリズム論においては、子供の人権保障を前提として、これとの関連においてパターナリズムの正当性をめぐる問題が自覚されることになる。

この場合の正当性は、合法性とは異なる次元の問題として捉える必要がある。たとえば、国家が子供のある種の行為を禁止又は制約する教育法令を制定した場合、当該規定の正当化基準が明確で厳格に構成できていないとすれば、そのような法令は、憲法上、違法性が問われなければならない、というように考えることはできないだろう。

さて、教育と教育制度は本来、パターナリズム

とは概念的に相互に異なるものであるが、機能面において実態的に区別するのが難しいとしても、ひとまずは、公教育におけるパターンリズムを、国家による法的パターンリズムと学校・教師の裁量による実践的パターンリズムとに区別して考えてみたい。教育法学においては、教師の「教育の自由」は、これまで、国家の教育内容支配との関係において捉えられる場合が多かったのだが、子供の人権保障との関係でみれば、教師の「教育の自由」は、実態上、「実践的パターンリズム」概念と重なる領域が多いように思われる。

さらに、公教育（義務教育を含む）におけるパターンリズムは、それが子供の「利益」を保護する場合には、保護原理の積極的側面としての「育成」原理（広義のパターンリズム）と保護原理の消極的側面としての「制約」原理（狭義のパターンリズム）があると捉えた上で、広義・狭義のパターンリズムについて正当化基準を厳格に設定する必要があると思われる。保護原理の積極的側面としての「育成」原理を広義のパターンリズムとして捉えるところが、国家による大人の自由の制約原理としてのパターンリズム論と異なるところであるといつてよいであろう。

ところで、佐藤憲法学説では、「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、基本的人権の制約は、「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され、「自律への能力の現実化の過程にある子ども」に対する国家の保護・制約（干渉）について、以下の三類型が提示されている⁽⁶⁾。

第一の類型は、自律への能力の現実化の過程を妨げるような環境を除去することであり、児童酷使の禁止（憲法27条3項）から類推できるとする。第二の類型は、自律への能力の現実化の過程に必要な条件を積極的に充足することであり、「成長発達権」や「学習権」（憲法26条）によって基礎づけられるとし、第三の類型は、自律への能力の現実化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であるとする。

第一の「有害環境除去」と第二の「有益環境創造」は、「子どもに対して積極的に『権利』を付与する趣旨のもの」であるが、第三の類型は、「自由容認の範囲を成年者と異ならしめる」ことであり、「子どもの自由への介入」として自覚され、「理性的諸能力を欠く行動の結果子ども自身の目的達成能力を重大かつ永続的に弱体化せしめる見込みのある場合に限って正当化される」とする。そして、「子どもの『自由容認の範囲』を限定する措置」については、「内在的制約」と「外在的制約」という人権制約原理では説明が困難であるとして、これを「パターンリズムに基づく第三の範疇」として捉え、「その妥当する根拠と範囲」を明確にする必要があるとする。

佐藤憲法学説の三類型は、領域概念ではなく、機能概念である。第一の「有害環境除去」と第二の「有益環境創造」にも、広義のパターンリズム（パターンリズムの積極的側面）が関わっており、第三の「パターンリズムに基づく第三の範疇」（「限定されたパターンリズムによる制約」）が狭義のパターンリズム（パターンリズムの消極的側面）である、と捉えることはできないだろうか。自由主義理論からみると、このような発想は、いたずらにパターンリズム概念を拡大させ、混乱を持ち込むだけだとの批判があるかもしれない。しかし、第一や第二の類型においても、實際上、子供の人権を侵害・制約する側面、あるいは、パターンリズム的過干渉といつてもよいものが含まれているように思われるのである。

そう考えると、学校教育を想定していえば、パターンリズムは、①子供が自由（人権）を行使するのを禁止又は制約することによって、当該個人の生命や社会的諸価値を統合しつつある人間人格の存続を保護すると同時に、②子供がある種の可能性を選択することを禁止又は制約することによって、意図的に方向づけが企てられ、ある種の「教育価値」を当該個人の内面において再生産する機能を担っており、この①の側面と②の側面はパターンリズムの両面であると捉えるべきであろう。つまり、パターンリズムは、①の側面を本質とし

ており、②の側面はパターナリズムではないとして、パターナリズム概念から切り離すのは、少なくとも教育学研究においては有益ではないと思われる。

たとえば、佐藤憲法学説が、子供の学習権によって基礎づけられる第二の類型（有益環境創造）として分類する、公教育制度（義務教育制度）の教育課程（教科指導・生徒指導など）の中に、子供の成長・発達に必要なものとともに、一律に強制することが適切でないもの（法的パターナリズムや法的モラリズム）が含まれていないだろうか。もちろん、そのような場合は、学習権の侵害として理論構築すればよいという見方もあるが、良心の自由、思想・信条の自由、価値観の選択などに関する事項は、大人であれ、子供であれ、すぐれて個人的な問題であって、事案に応じて個別指導を導入しているとはいえ、集団指導を基本とする学校においては、一人ひとりの人権（自己決定権）の侵害として論ずる視座を獲得することに意義があるように思われる。

いわゆる最高裁学テ判決（昭和43年（あ）第1614号同昭和51年5月21日）が、「政党政治の下で多数決原理によつてされる国政上の意思決定は、さまざまな政治的要因によつて左右されるものであるから、本来人間の内的価値に関する文化的な営みとして、党派的な政治的観念や利害によつて支配されるべきでない教育にそのような政治的影響が深く入り込む危険があることを考えるときは、教育内容に対する右のごとき国家的介入についてはできるだけ抑制的であることが要請されるし、殊に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、誤つ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⁽⁷⁾」と指摘している点からも、子供の自己決定権（憲法13条）とパターナリズム的干渉の正当化基準という視座で教育と教育制度

の分析を行っていく意味はあると思われるのである。

また、玉東中学校丸刈り校則事件の原告側は、①憲法14条（差別の禁止）違反、②憲法31条（適正手続）違反、③憲法21条（思想・信条の自由）違反、学校長の裁量権の逸脱を争点として争ったのであるが、熊本地裁判決は、「特別権力関係（営造物利用関係）」論を支持し、校長に校則制定の「包括的権能」を認め、校則で男子生徒の丸刈りを定めること（広義の法的モラリズム）を合法とした。この判決後、自己決定権（憲法13条）を争点とすべきであったとの判例研究が多数を占めたが、熊本地裁判決（昭和58年（行ウ）第3号同58年（行ウ）第四号同60年11月13日）では、被告側が主張する丸刈り校則制定の教育的効果について、「本件校則の合理性については疑いを差し挟む余地のあることは否定できない。⁽⁸⁾」と判断されていたのであるからなおさらのこと、学校・教師と生徒とのパターナルな関係の本質を問い、自己決定権保障との関連でパターナリズム的干渉の正当化基準を論点としていくべきであったと思われる。

教育的対象化行為が、個々人の選択の自由を認めず、権威主義的なパターナリズム的干渉になることが想定されるような場合には、子供にも意見を表明する機会（自由）が保障される必要がある。当然、この議論は、大人と子供の関係の非対称性という文脈でのことであるから、子供の自己決定権の保障は、子供の成熟・発達に応じて、子供自身の自律の可能性を尊重しつつも、子供が小さいころは、まずは、親による「代理保障」の問題として定立されるであろう。

しかし、実際のところ、大人と子供の非対称性が、実体論的に捉えられているため、「自明なもの」とする思考が、何ら検討されることもなく、子供の成熟・発達を目的とする教育学や教育法学の議論の前提となっており、その結果、アリス・ミラー（A. Miller）の表現を借りれば、「あなたのことを思って」実践化される教育的対象化行為の優位化が生じている。教育と教育制度が、本来、あるいは、実質的に、パターナリズムという性質

を含んでいるにもかかわらず、その正当性の検証を経ることなしに、「教育上の必要」ないし「発達上の配慮」という言説によって、学校において子供が人権を行使することを禁止又は制約する措置が正当化されてしまっているのである。そして、そうした状況を生み出している原因の一つとして、文部科学省が、「特別権力関係(営造物利用関係)」論を採用した判決を根拠として在学関係(教育法関係)を捉えていることを挙げるができる⁽⁹⁾。

Ⅲ 「特別権力関係」論とパターナリズム論

我が国の学校行政において、学校長の「包括的権能」を導出する理論として、未だに「特別権力関係(営造物利用関係)」論や「特別な部分社会」論が活用されているが、理論の出自が異なるとはいえ、政治理論としてのパターナリズム(古いパターナリズム)も、かつては、これらの行政法理論や法解釈論と同様の権威主義的支配を正当化する理論であった。自由主義理論にとって、パターナリズム論が「諸刃の剣」であると指摘される理由でもある。しかし、新しいパターナリズム論(現代的パターナリズム論)は、「特別権力関係(営造物利用関係)」論が、法律の留保がなくとも人権を包括的に制約できるとする点で、これとは異質の理論である。すなわち、現代的パターナリズム論は、自己決定権の保障を前提とし、これを制約する場合には、その正当化基準を明確にする必要があるとするからである。「特別権力関係(営造物利用関係)」論が国家・行政の目的を実現するための理論であるとすれば、現代的パターナリズム論は、子供一人ひとりの自律を実現するための理論として構成されなければならない、また、その可能性を秘めている。

本節では、「特別権力関係(営造物利用関係)」論や「特別な部分社会」論を放棄し、教育関係と教育法関係(在学関係)を人権保障関係とパターナリズムの正当化基準論で構想する可能性について考えてみたい。

われわれのまわりでは、自律と他律をめぐる問題は、「二律背反」というほどの問題ではなく、

いわれるほど難しい問題でもなく、教師の「工夫」によって克服可能であるとの考え方が繰り返されている。文部科学省の著作物である『生徒指導提要』(2010年)では、校長は「児童生徒を規律する包括的権能」を持つとしながら、同書が、校則見直し以降の出版物であることもあって、「しつけや道徳」などに関する事項で細部にわたって規制するような内容は、「学校の教育目標として位置付けた取組とすることや、児童生徒の主体的な取組に任せることで足りる」とされている⁽¹⁰⁾。

同書では、「自己決定」、「自発性」、自主性、「自律性」、「主体性」などの言葉が頻繁に使われているのであるが、これらの言葉は、教育目標を達成するための方法概念として位置づけられており、子供の自己決定権を保障する趣旨のものではない。

たとえば、主権者教育においては、民主主義の理論の習得と実践的経験とが相互媒介的に民主的人格の形成に寄与すると考えられるが、公職選挙法の改正により選挙権年齢が18歳に引き下げられたにもかかわらず、日本国憲法や子供の権利条約が定める、自己の意見を表明する権利、表現の自由、思想及び良心の自由、結社の自由及び平和的な集会の自由などの市民的・政治的自由を子供が行行使することは、学校において禁止又は制約されているのである。「学ぶことと社会とのつながりをより意識した教育」(「初等中等教育課程の基準等の在り方について」(平成26年11月20日付諮問))を行うのであれば、子供の自律的な行為の自由をもっと尊重してよいのではないだろうか。

そういう意味において、学校は、教育目標の達成をめざす組織であって、教育関係の正当性の根拠は、学習主体側ではなく、教育主体側にあり、学習主体は、依然として、教育主体との同一化を自律的に志向する程度に応じて、教育の効果が測られる関係に立たされているのである。子供の「成長・発達の必要に応じて」という原理が権威主義的なパターナリズム的支配を正当化する概念装置として機能しているのである。

もちろん、学校の構造がそうだからといって、

その場で成立する教育の関係の多様性や子供の育ちの多様性を過小評価するものではないが、学校が定めた「理想的な児童生徒像」から外れる言動を子供が選択すれば、紀律権や懲戒権の行使によって学校権力が発動する仕組みは健在である。

そこで、教育の目的や目標が、一般に、子供の「利益」を実現するものであるとすると、パターナリズムの問題として捉えることができるわけであるが、パターナリズムの正当化基準論の視座から、若干の事例として、道徳・特別活動、校則、懲戒について考えてみよう。

学習指導要領の「道徳」の内容の「4 主として集団や社会とのかかわりに関すること」の中に、「(7)郷土や我が国の伝統と文化を大切にし、先人の努力を知り、郷土や国を愛する心を持つ」（小学校学習指導要領（平成20年3月告示），105頁）

「(9)日本人としての自覚をもって国を愛し、国家の発展に努める」（中学校学習指導要領（平成20年3月告示，平成22年11月一部改正），113頁）とあり、また、「特別活動」として、「入学式や卒業式などにおいては、その意義を踏まえ、国旗を掲揚するとともに、国家を斉唱するよう指導するものとする。」と記載されている⁽¹¹⁾。中学校学習指導要領解説特別活動編（平成20年9月）では、「どのような行事に国旗の掲揚、国歌の斉唱指導を行うかについては、各学校がその実施する行事の意義を踏まえて判断するのが適当である。」(102頁)とあり、学校の裁量を認めるかのような記載もある。

上記指導内容及びその取り扱いに関する注意事項は、法令上、改正教育基本法第2条5号（「我が国と郷土を愛する」）、学校教育法第21条3号（「我が国と郷土を愛する態度を養う」）に基づいて定められているのであるが、これらの定めは、教育目標（教育価値）を法定することの難しさに関わる規定であり、教育を受ける子供の価値選択の自由の問題に干渉する規定である⁽¹²⁾。いいかえれば、「親権を行う者は子の利益のために、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う。」（民法第820条）と定められているように、親権者の監

護教育権としての、「私的領域」に属する自由（権利）にして、子供の「自律」への自由（子供の利益）を「代理保障」するために付与された自由（義務）にも干渉する規定である。

ところで、一般に、人間の「愛」は向けられる対象によって区別されるが、学習指導要領においては、たとえば、個人としての自己同一性（identity）の発達の中核に位置する、「性愛」に関する指導（性教育）については抑止的であり、「国を愛する心」の指導については強制的である。しかも、「国を愛する心」は抽象的な観念・感情であり、国旗掲揚・国歌斉唱は具体的な行為である。具体的な行為（形式）を強制すれば、期待される観念・感情（内容）が育つかどうかは、実は、不確定であるが、国家は教育課程の基準（学校教育法第33条，48条，第52条等，学校教育法施行規則第52条，第74条，第84条等）としての学習指導要領の法的拘束力を主張し、教師が学習指導要領に反すれば、懲戒処分の対象となる筋合いの事柄であるとする。

ここで、学習指導要領をめぐる論争を簡単にふりかえっておこう。国家の教育権論と国民の教育権論との間で旧教育基本法第10条の「不当な支配」や教育の直接責任制、「教育の条件整備」等の法解釈をめぐる長く続く論争があり、その争点の一つとして学習指導要領の「大綱的基準」説と「法的拘束力」説との論争がある。国・文部科学省の解釈では、いわゆる最高裁学テ判決（昭和51年5月21日）が学習指導要領をめぐる論争に終止符を打ったとされ、以来、学習指導要領の法的拘束力が強調されてきたところである⁽¹³⁾。すなわち、最高裁大法廷が学習指導要領の「大綱的基準（学校制度的基準）」説（兼子仁）を採用せず、学習指導要領の法的性格を認定し、これをもって学習指導要領全体の法的拘束力が認定されたとする国側の拡大解釈により教育内容統制が強化されてきたのである。

しかしその後、損害賠償等請求控訴事件東京高裁判決（平成21年（ネ）第2622号同23年9月16日）が、学習指導要領が法規的効力を有するという場

合の要件を、「その性質上当然に、基準として遵守を命じる内容が客観的に確定され得るものであることが要請される」と明示した上で、(1)理念や方向性のみが示されていると見られる部分、(2)抽象的ないし多義的で様々な解釈や多様な実践がいずれも成り立ち得るような部分、(3)指導の例を挙げるにとどまる部分等に関する箇所は指導助言的性格のものであるとし、これらの領域における教師の裁量としての教育の自由を認定しているのである⁽¹⁴⁾。

この判決を前提として、パターンリズムの正当化基準論の視座からみると、「国を愛する心」の指導や国旗及び国歌に関する指導は個々人の歴史認識や価値観の形成に関わることであり、学習指導要領において当該事項について記載されたからといって、すべての子供がこれに従わなければならないのは、いかなる理由であるのかは、一向に明らかではない。というのも、学習指導要領が、教師の教育の自由を制約するものと解釈されるとしても、直接、子供の学習の自由(人権)を制約するものではないからである。子供は、「未成熟」で「判断能力に劣る」のであるから、学校・教師の指導を受容すべき存在でなければならず、「教育上の配慮」により子供の学習の自由は保障されるものではないとするならば、国家観の形成に関わる価値・規範的行為については、国家による法的モラリズムの強要という側面もあるため、それほど強いパターンリズム的干渉に従うことを求めるに足る正当化基準が厳格に構成されなければならないであろう。

次に、学校が校則を定め、子供の市民的・政治的自由を規制するのであれば、当該措置の正当性はどのように基礎づけられるのであろうか。国は、学校の規律権を営造物利用関係(特別権力関係)から基礎づけるが、この理論は、日本国憲法の法体系からその正当性を導出することが困難となっている行政法理論であり、校則による子供の自由の規制問題は、やはり現代的パターンリズム論から論じられるべきである。最近問題となっているゼロ・トレランス方式(zero-tolerance policy)

についても現代的パターンリズムの正当化基準論の視座から批判する必要がある⁽¹⁵⁾。

最後の例として、「退学」問題についてどのように考えるべきであろうか。

学校教育法第11条は、懲戒について定め、学校教育法施行規則第26条は、法的懲戒として、退学、停学及び訓告について定めている。退学は、学齢児童又は学齢生徒を除き、「次の各号のいずれかに該当する児童等に対して行うことができる。」(3項)とされている。

- 一 性行不良で改善の見込がないと認められる者
- 二 学力劣等で成績の見込がないと認められる者
- 三 正当の理由がなくて出席常でない者
- 四 学校の秩序を乱し、その他学生又は生徒としての本分に反した者

退学については、学校教育法施行規則第4条により、学則に定めるとされている。

法的懲戒である退学は、行政解釈や判例では、人権論とは無関係である「営造物利用関係」論や「部分社会」論に基づいて判断がなされてきたのであるが、パターンリズムの視座から退学規定を捉えると、直接的パターンリズムということになる。だがしかし、抽象的な文言からなる前記各号や教育委員会規則・学校内規が、被介入者の人権(学習権等)の制約を正当化する十分な基準として看做することができるのだろうか。

また、懲戒処分 of 適正手続の要件が明確にされる必要がある⁽¹⁶⁾。

さらに、義務教育段階では、退学は認められないことから、小学校及び中学校に在学する児童・生徒に対しては、弱いパターンリズム、高等学校及び大学に在学する生徒・学生に対しては、強いパターンリズムが行使されるということになる。15歳前後での干渉の違いを正当化する基準、中学生も高校生も「未成年者」であるにもかかわらず、中学生と高校生が同じ「逸脱行為」を行ったとして、高校生のみ懲戒処分としての退学処分が適応されることを正当化する基準をどのように考える

べきであろうか⁽¹⁷⁾。

後期中等教育が、義務制ではなく、自由意思に基づく選択的就学であるためであろうか、あるいは、高校生であれば、自分の行為について適切な判断能力が身につけていると考えられるからであろうか。いいかえれば、高校生は、学校において「一般的自由」を保障されているのであろうか⁽¹⁸⁾。高校生が、学校生活において「一般的自由」の行使を保障され、その行為の結果責任が発生した場合に「退学処分」という強いパターナリズムを受けるのであれば、それなりに整合的であると言えなくはないが、実際は、高校生の「一般的自由」の行使が厳しく制限されているという現状がある。

IV 子供の自己決定権とパターナリズム

本節では、現代的パターナリズム論、とりわけ子供の自己決定権とパターナリズムの正当化基準との関係論を念頭において成年／未成年という法的区分の在り方について考えてみよう。

19世紀の自由主義的パターナリズムの主題は、国家が大人（国民）の自由を制約できるのは侵害原理（加害原理）に基づいている場合だけであり、それ以外の理由で大人の自由を制約できないということであり、他方、子供は、大人と子供の非対称性の結果、子供の人権保障という問題が自覚されていない段階では、侵害原理以外の理由によってもパターナリズムの支配に服さなければならないということになる。

子供に対する理論的態度との関連でパターナリズムの理論を捉えると、20世紀以降の子供の権利思想を受容し、客体としての子供観から主体としての子供観への思想的転換をふまえて構成される必要がある。この子供観の転換は同時に、教育観の転換を促進するはずのものであり、当然、国家、教師、親と子供との教育関係の在り方が問われることになるのでなければならない。

従来、子供の自由の問題は、人権論（教育人権・一般人権）として展開されてきたが、ここでは、国家による大人の人権制約論としての正当化基準論を大人と子供が関係する領域にも導入して、子

供の自由の問題を、自己決定権とパターナリズムの正当化基準という枠組で検討したいということである。

リベラリズムの立場からは、パターナリズム的干渉の問題は、自己決定権の問題と一体的に論じられなければならない。憲法学説の議論として、植村勝慶氏は、「自己決定権というものが重要になって、その範囲が広げれば、どのような場合に自己決定権を制限できるのかという理屈付けが必要になってきています。そのような脈絡で、パターナリズムを理解するということが必要とされているのではないのでしょうか。」とのべ、校則を例に取り、「髪形とかバイクに乗るとかいったことは、自己決定権というものの範囲に属するとするならば、それをパターナリスティックに制約できるか、という議論になります。けれども、それは自己決定権の問題ではないと言うのならば、それは、憲法の議論、自己決定権の議論とは関係がない」と指摘している⁽¹⁹⁾。

また、子供の人権（自己決定権）とパターナリズムとの関係について、井上達夫氏は、「子供の人権としての、子供の自己決定権が、丸刈り強制などに関連して、パターナリズムの問題として論じられることがあるが、両者は区別されるべき問題だと思われる。パターナリズムの問題は、正常な大人の子供扱いがどこまで許されるか、という問題であるが、子供の自己決定権の問題は、子供をどこまで大人扱いできるか、という問題だからである。」と指摘している⁽²⁰⁾。

ここでは、パターナリズム的干渉を正当化する基準を問う場合、自己決定権を原理的に承認している必要があるという、自己決定権とパターナリズムとの関係が指摘されている。自己決定を問題にする場合、1980年代には、山田卓生著『私事と自己決定』（1987年）のように、「未成熟」な存在である子供を考察の対象から排除する、という理論構成があったが、今日では、子供の人権保障との関連で公教育におけるパターナリズム的干渉を論ずる理論的条件は揃ってきているといえよう。国家、教師、親が、法律上、それぞれに認められ

た権限において行使する行為（法的パターンリズム・実践的パターンリズム）の正当性が、子供の自己決定権を前提として、その行為の内容そのものから問われる必要がある。

自己決定権が人権であるのであれば、子供の場合であっても、人権享有主体性と人権行使主体性（能力）との関係を具体的にどのように捉えるべきかという問題は検討すべきであるが、おそらく、社会通念としては、子供に自己決定権を認めることは、そもそも子供の発達に関する経験的事実に反しており、かえって大人の責任の放棄であるという意見が根強いといってよいであろう。こうした意見の前提には、成年／未成年の法的区分（成年制度）と子供の人権享有主体性・行使主体性（能力）との関連をどのように捉えるかという解釈問題がある。そして、その解釈問題の前提には、子供の生物学的な「未成熟性」と社会的な「未成熟性」の関係をどのように捉えるかという問題（大人と子供の非対称性の問題）がある。ここでは、大人と子供の非対称性の問題について検討し、子供の自己決定権については、主として次節で取り上げることにする。

すでにのべたように、人間存在の特殊性として、男性／女性、大人／子供の関係性があるが、これらの関係の特殊性を説明する思想が、男性／女性の差異化を正当化する「性別特性」論であり、成年／未成年の差異化を正当化する「成熟／未成熟」論である。ともに、生物学的・心理学的に基礎づけられているように思われているものであるが、「性別特性」論と同様に、「成熟／未成熟」論の問題点は、生物学的な「未成熟性」と社会的な「未成熟性」とは直接的な因果関係がないにもかかわらず、近代社会においては、一般に、両者が「対応関係」にあるかのように了解されていることである。つまり、子供の「未成熟性」としては、もっぱら社会的な意味での「未成熟性」を問題にしているのだが、その判断根拠として生物学的な「未成熟性」についての不確かなイメージが忍び込んでいるのである。

日本の場合、近代以前の伝統社会においては、

成年年齢を15歳前後としていたが、明治民法によって成年年齢が20歳（当時、西欧の多くの国では、21歳）に引き上げられたのは、律令制度の「丁年」以来の文化史的背景を考慮しつつ最終的には均衡論的判断によるものであり、いうまでもなく、生物学的な「未成熟性」についての科学的な根拠に基づくものではない。要するに、社会的な「未成熟性」を法的に確定して、生物学的な「未成熟性」をこれに合わせて了解しているに過ぎないのである⁽²¹⁾。その結果、日本国憲法の人権保障条項を解釈するにあたって、子供は「未成熟」であるから、子供の人権は「制約」されて当然という解釈が生まれたのである。

近ごろ、日本国憲法の改正手続に関する法律及び公職選挙法の改正により、国民投票の投票権年齢及び選挙権年齢が18歳に引き下げられたが、このことは、法的意味での成年（成熟）／未成年（未成熟）なる概念が相対的なものであることを示唆している。子供の「未成熟性」なる概念は、子供の「貧困」問題と同様、社会的に作られたものであり、したがって、変更可能な概念であるということである。問題は、子供の自律をどのように達成することが子供の自己決定権を保障することになるのかを熟慮することである。

成年／未成年という法的区分（成年制度）の在り方については、公教育の目的が子供の自律（人格の完成）をめざすものであるから、①子供の発達の段階性（すなわち幼児期から学齢期までの時期、義務教育期間、義務教育が終了する15歳以降等）と②子供の発達の個別性という複合的視点から、子供の自己決定権とパターンリズム的関与の在り方を検討する必要があると思われる。すなわち、現行の成年／未成年という法的区分は垂直的關係として構成され、「未成年」という基準により子供の自由を一律に禁止又は制約するものであるが、成年／未成年の区分を傾斜的關係として構成することによって人権行使主体としての子供観への転換を促進することができるのではないだろうか⁽²²⁾。

ところで、国民投票の投票権年齢を18歳とする

日本国憲法の改正手続に関する法律附則第3条第1項により、法制審議会は、民法成年年齢部会を設置し、同部会は平成20年3月より調査審議を始め、民法成年年齢部会最終報告書(平成21年7月)を提出している。法制審議会は、最終報告書を受けて「民法の成年年齢の引き下げについての意見」(平成21年10月28日採決)をまとめ、「民法が定める成年年齢を18歳に引き下げるのが適当である。」としながら、消費者被害の拡大等が懸念されるため、「若年者の自立を促すような施策」等を展開する必要があるとし、最終的には、「国会の判断に委ねるのが相当である。(23)」とした。

成年年齢が20歳から18歳に引き下げのための環境整備として、学校教育も重要な役割を負っており、ますます子供が自律的主体として育つための条件整備を進める必要がある。このような文脈において、成年/未成年の傾斜的構成が求められているといえよう。

さて、一応、現行民法の成年年齢を前提にして、成年/未成年の区分を傾斜的に構成するとは、以下のようにイメージされるであろう。すなわち、子供は、年齢にかかわらず、個的存在として尊重されるべき事柄(自尊感情の基礎となる事柄)に関わる自由を保障されると同時に、成長・発達に応じて、自らが選択的に決定すべき事柄に関わる自由の領域を拡大していく。この自由の基幹として自己決定権が認められなければならない。そして、義務教育期間の終了とともに、日本国憲法その他の法律の定めがない限り、大人と同様、子供の自己決定権は完全に保障される。実際には、子供の成長・発達とともに、子供が生きる生活世界において自由を行使する経験を重ねることにより、自己決定権の行使を合理的に制御する能力も形成されるであろう。

しかし、自己決定権とは、最終的に決定するのはわたしであり、その結果について責任を負うのもわたしであるという意味である。この意味の自己決定権を子供が行使できるかといえば、責任能力一つとってもそれが現実的であるとは思われないであろう。若干の例を示せば、子供(未成年者)

の自由を保護・制約するため、少年法や児童買春・児童ポルノ規制法等があり、民法や刑法では、未成年者の不法行為責任(民法第712条)、婚姻適齢(民法第737条)、刑事責任年齢(刑法第41条)、性交同意年齢(刑法第176条、177条)等の定めがある。

当然のことながら、パターンナリズム論が大人の自由の制約論として学的に形成されてきたのだから、大人の自己決定権を制約する法規定も存在しているが、しかし、成年の場合と未成年の場合では規制の意味が異なるので、人格が「未完成」である子供(未成年者)に自己決定権を認めても人格的利益はないということになるのであろうか。これに対して、本稿は、第5節でのべるように、理論的には、子供は、誕生とともに、人権享有主体として定立し、自己意識の芽生えとともに、自己決定権を享有するが、自己決定権の行使については、発達の段階性や個別性を考慮し、子供の自己決定権の保護又は制約の在り方を傾斜的に構成していく必要があると考えるものである。

子供の自己決定権の傾斜的保障とは、以下のような含意である。幼児期の子供は、完全に親に依存した状況にあり、親は「子供の発達しつつある能力に適合する方法」(子供の権利条約第5条)で適切に保護し指示及び指導を与える責任を負っている。そして、その責任の中には、子供の人権の基幹としての自己決定権を代理的に保障することが含まれると解される。子供の「自己決定」と他者による「代理保障」とは本来、形式的に論理矛盾であるが、これこそが子供の人権(自己決定権)の特質であると考えられるのである。

子供の人権(自己決定権)の「代理保障」は、親の恣意的で加害的な行為を排除し、子供自身の自律を強化するという目的によって拘束されるということである。したがって、「親権」として行使される親の行為が、権威主義的なパターンナリズム的干渉になってはならず、子供が依存状態から完全なる自律状態へと移行することについての発達論的展望のもとで、親は、子供が自律的主体として成長できるように、子供の人権(自己決定権)

の「代理保障」を行うのでなくてはならない。このように考えると、「親権」の行使としての強制力についての再定義が求められることになろう。

ここでは、親子関係における親の権利義務観の問題を想定しているのであるが、社会問題となっている「児童虐待」問題を例に取れば、国家による法的パターンリズムも一定の意義を有するであろうことを否定することもできないであろう。すなわち、民法の一部を改正する法律（平成23年法律第61号）により、児童虐待の防止を目的として、民法第820条（監護及び教育の権利義務）、第822条（懲戒）、第834条（親権喪失の審判）、第834条の2（親権停止の審判）等の改正が行われたが、これらの法改正は、国家が子供の「利益」保護のため親権者の権限を制約するものであるから、間接的パターンリズムの事例ということになる⁽²⁴⁾。

親による子供の人権（自己決定権）の「代理保障」は、子供の自律への個別的な成熟に応じて、子どもの能力の中に吸収されて、子供自身が自己決定権を行使できるようになっていくべきであろう。その過程において、親が子供の「利益」と考えることと子供が自分の「利益」と思うことが乖離した状況に直面した際に、それでも親が子供に対するパターンリズム的干渉を行使しようとするならば、子供の自己決定権の保護・制約の正当化基準が厳格に構成され、親子ともに正当化基準を共有できるようにしなければならないであろう。

要するに、法律上の成年年齢にもかかわらず、成年／未成年の区分を垂直的構成から傾斜的構成に変えることにより、子供（未成年者）であっても、少なくとも義務教育を終了するころより、子供自身による自己決定権の行使が関係する諸個人・機関等により尊重されなければならないが、それにもかかわらず、もし子供の人権（自己決定権）を保護・制約する必要がある場合には、パターンリズムの正当化基準となる制約原理を厳格に構成する必要がある。

このように考えるのは、文部科学省が作成した文書や教育関係書において、子供の「人権の尊重」という言説が繰り返されているにもかかわらず、

「子供」であるというだけで、あるいは、「教育上の必要」という抽象的な言説だけで、義務教育終了後も、子供の「一般的自由」が制約されており、自律への育ちが妨げられているからである。繰り返しになるが、現在、学校では、未だに「特別権力関係（営造物利用関係）」論等により子供の市民的・政治的自由及びその基幹としての自己決定権が制約されており、家庭では、親権の乱用により児童虐待が深刻な問題となっているだけでなく、日常的な嗜好や指向の選択から進路選択等の伝統的なテーマをめぐっても軋轢が生じたりもする。おそらく、その原因は、近代の子供観から捉えられた、子供の両義的性格（発達の可能態と未開状態）を大人がコントロールするという操作主義的な強い意志が根底にあるからであろう。要するに、子供に対する権威主義的な過保護・過干渉又は放置が子供の発達の足枷となっているのである。さらに、親子関係の平準化による「友達」志向も子供の発達の足枷の事例に加えることができるであろう。

こうした現状を改革し、子供が自律するための不可欠な関係として、親子関係や在学関係を再構築するためには、子供にも人権及びその基幹としての自己決定権を認めた上で、子供の成長・発達に応じて、子供の自由（人権）を制約する場合、その根拠をパターンリズムの正当化基準として検討していく必要がある。いいかえれば、民法が定める成年年齢に達していないために、パターンリズム的関与を正当化する侵害原理（他者加害阻止原理や自己加害阻止原理）以外に、子供本人の「最善の利益」を保護するために必要とされる制約原理があれば、その正当化基準を厳格に構成していかなければならないのである。

特に、侵害原理以外の制約原理を設定する場合は、制約原理が子供の自律を促進するための原理であることから、子供の年齢にかかわらず、子供の自己決定権の本質（自律の可能性）を侵害するものであってはならず、子供の発達の段階性と個別性を考慮し、限定的で柔軟な適用が求められる。

先ほど、親の過保護・過干渉又は放置等が子供

の発達の「足枷」となっているとのべたが、いわゆる「反抗期」という現象を例に取れば、次のようにいえるだろう。「反抗期」とは、子供の自意識の形成を中核とする社会的成熟と親／子の社会関係の在り方が矛盾している状態であり、親が子供に対する保護・制約の在り方を理性的に変更できれば、子供の発達論上、「反抗期」と呼ばれる期間は、子供の自律を促進する絶好の機会となるであろう。親が、子供に立ちほだかり続けるのではなく、逆に、手を拱いて傍観し続けるのでもなく、親／子関係を合理的に再構築すべく関わり方を見直す努力を続けるとすれば、そうした行為は、その結果にかかわらず、子供の自己決定権（自律の可能性）の「代理保障」の在り方を個別具体的に模索する試みとして評価できるのではないだろうか。

おそらく、大人と子供の日常的な関係において、最も重要なことは、子供と向きあう親や教師が、実践的パターナリズムに相当する働きかけを行う場合には、その行為が許されるのは子供の自律の可能性を育む限りにおいてであり、自らの思想や信条にとらわれ、自らの世俗的価値観を子供に強制することによって、一人ひとりの子供の「最善の利益」を侵害することがないように、子供の人格的尊厳（自律の可能性）に関する深い洞察を前提にして、選択的な提示と主体的な受容の過程自体が尊重されるような、対話的關係を構築していくことであろう。

V 子供の自己決定権の保障と教育実践の創造

教育関係の教育政治学研究は、法学、政治学、行政学、社会学などの関連諸領域におけるパターナリズム研究から知的刺激を受ける必要があるが、いまのところ、学校における子供の自己決定権の保障という考え方は、学校教育の限定的領域において認められ、この領域におけるパターナリズムの干渉の是非が問われるという主張が提示されている段階である。憲法学でも、パターナリズムの干渉は限定的に捉える必要があるとの論調が主流であると言ってよいように思われる⁽²⁵⁾。

日本政府が1994年に批准した子供の権利条約によれば、国、教師、親等は、子供の「最善の利益」を保護する義務を負っているとされる。同時に、18歳未満の子供は、たとえば、自己の意見を表明する権利、表現の自由、思想及び良心の自由、結社の自由及び平和的な集会の自由等の市民的・政治的自由を行使することができる⁽²⁶⁾とされる。

このような文脈において、あらためて、大人と子供の非対称性の傾斜的構成を前提にして、国家、学校・教師、親と子供との権利義務関係の問題をどのように考えるべきであろうか。前節では、主として、親子関係を念頭において子供の人権（自己決定権）の傾斜的構成について考えたが、本節では、主として、国家の法的パターナリズムと子供との関係を想定して、子供の自己決定権と「代理保障」について若干の考察を行うことにする。

さて、以下にのべる視点は、子供が自律的主体となりゆくプロセスを促進するため、子供の「未成熟性」をめぐる議論とかかわって、子供の自己決定権をどのように捉えるかという問題意識に基づく理論的仮説である。この仮説は、子供に対する権威主義的パターナリズムや子供の人権を考察の圏外におく自由主義的パターナリズムを批判することを目的としている。すなわち、子供の人権保障を大人の場合とまったく同じように捉えた上で、子供の人権保障の場合には保護・制約の論理がどのような根拠に基づいて正当化できるのか、その正当化基準の再検討が求められる。

子供は、自分自身で行使できるかどうかにかかわらず（大人と子供の非対称性にもかかわらず）、「自律に対する能力」（佐藤幸治）の可能性を秘めた人間的存在として、自己決定権が認められ、子供の「同意」という仮定に基づいて、親、学校、国家として立ち現われる「他者」がそれぞれの関係性において子供の自己決定（自己責任）を「代理保障」（保護・教育等）する権限関係が、子供の「最善の利益」を中心において、形成される。そして、親、学校、国家が子供の自己決定権を「代理保障」するという「仮定的同意」（田中成明）に基づいて発生する権限は、子供の「最善の利益」

を代行する限りで、正当化される権限であり、子供が自己決定領域を拡大するとともに、つまり人権行使主体性（能力）を獲得する程度に応じて、縮小していく権限である⁽²⁶⁾。

しかし、「仮定的同意」に基づく、子供の人権保障関係は、予定調和的な関係ではなく、いわば疎外論的な矛盾・対立を内包する関係である。何故ならば、親、学校、国家として立ち現われる「他者」は、それぞれが自己意志をもつ存在であって、「他者」が子供の「最善の利益」のために「代理保障」するものが、子供にとって、「外化」した自己の本質そのものであるとは限らないからである。

この場合、「外化」した自己の本質とは、それなくしては人間的存在になりえないという意味であり、一般的にいえば、他の類が生存のため予め与えられている生得的行動様式と同様の意味において、人類が身体の外側に構築してきた「文化」ということになる。しかし、その文化一般から何を我がものにする（aneignen）かは、国家が学校教育法において教育目標を定め、学習指導要領を示しているにもかかわらず、あるいは、親や教師が、自らが信ずるところの価値観や教育観に基づいて子供を育てたいと思っようとも、まずは、子供の自己決定権の問題（興味・関心に応じて）である。他方、一定の社会の中で生きていけるように、大枠において、すべての子供が共通の文化を習得することが子供の「最善の利益」になると考えることにも合理的な理由があることであるが、ここにおいて、あらためて、自律と他律のアンチノミーという問題が自覚されることになる。

「強制によって自由をいかに育てるか」という意味での、自律と他律のアンチノミーの教育学的統合という主題が成立するとき、子供の自律性を尊重すべきだという主張にも、「他者」の支援・指導が必要であるという主張にも、それぞれに合理的根拠があり、いずれの根拠も人間的存在の本質に根づいているといえよう。すなわち、人は、自分で決定できなければ自律的な人間（個人）になれない存在であり、同時に、「他者」と交わら

なければ自律的な人間（個人）になれない存在である。したがって、問題は、人間的存在としての自由（必然的）な発達を疎外することなく、「他者」のパターナリズム的干渉を認めるには、どのような正当化基準を満たす必要があるか、である。

その際、「教育上の必要性」あるいは「発達上の必要性」などの抽象的な言説が、子供の自己決定権の制約を結果する、「他者」によるパターナリズム的干渉を正当化する基準を構成し得るとはいいい難い。その根拠として、七生養護学校性教育事件東京高裁判決を挙げることができるであろう。

東京高裁判決では、文部省（文部科学省）や東京都教育委員会等が作成した性教育に関する指導書等を検討したうえで、記述上の矛盾・齟齬等を明らかにしつつ、「本件の中心的な争点の一つとして、『発達段階に応じた性教育』ということを経ることができる。この表現は、当事者の主張だけでなく、学習指導要領や性教育の手引等にも多用されているが、その具体的な内容を示した記述は、いずれにも見いだせず、極めて多義的であるというほかはない。」とのべ、次のように指摘している。

「知的障害を有する児童・生徒に対して、健全な児童・生徒に対する教育との比較において、性に関する知識をいつどのように教えるかということに関して、一審被告らは、おおむね、より遅い時期に、より限定された情報を、より抽象的に教えるのが、『発達段階に応じた』の意味であると考えているようである。『まして、知的障害者を教育する養護学校においては、より強い理由で教科内容にしてはならない。』などという主張に、それが表れている。

しかし、知的障害を有する児童・生徒は、肉体的には健全な児童・生徒と変わらないのに、理解力、判断力、想像力、表現力、適応力等が十分備わっていないがゆえに、また、性の被害者あるいは加害者になりやすいことから、むしろ、より早期に、より平易に、より具体的（視覚的）に、より明瞭に、より端的に、より誇張して、繰り返し教えるということなどが『発達段階に応じた』教育であるという考え方も、十分に成り立ち得るも

のと考えられ、これが明確に誤りであるというべき根拠は、学習指導要領等の中には見いだせないし、その他の証拠によっても、そのように断定することはできない。⁽²⁷⁾

東京高裁判決は、「知的障害を有する児童・生徒に対する性教育として、何が優れているのかは、教育に関する専門的知識経験を踏まえた議論によって決すべきことであり、この裁判においては、学習指導要領に違反する違法なものであるかどうかという限度で判断すべきものであるが、以上によれば、本件性教育が本件学習指導要領に違反すると断ずることはできないものというほかない。⁽²⁸⁾」と結論づけたのである。

ここで注目すべきことは、東京高裁判決が、第一に、教育内容・方法に関する領域と教育法が関与すべき領域とを明確に区別し、教育内容・方法の在り方については、「教育に関する専門的知識経験を踏まえた議論によって決すべき」であると指摘し、第二に、教育法上、都立七生養護学校の教師・保護者たちの性教育実践が学習指導要領に違反するものではないと判示していることである⁽²⁹⁾。

形式上、法的パターンリズムの正当化基準の構成と、「他者」の裁量に基づく実践的パターンリズムの正当化基準の構成とは、分けて考えていく必要があると思われるが、いずれにしても、子供の自己決定権とパターンリズム的干渉に関する研究は、真の「個人」の形成とは何かを問いかけることによって、教育行政機関が支持する教育観による社会化（Sozialisation）論や法令を根拠とするパターンリズム的干渉を批判的に検証する理論の構築につながるものでなければならないであろう。

国家の相対的自律性を否定するものではないが、国民主権を掲げる民主主義社会において、国家が国民の「道具」であって、国民が国家の「道具」であるのではない。議会制民主主義論が政府の正当性の一般的根拠となるにしても、政府が実施する個々の教育政策は、具体的な個人の成長・発達に直接影響を与えるものであり、個々人の価値観・信条、自由等と抵触する可能性のあるもので

あるから、パターンリズムの正当化基準を満たすものであるかどうか、特に、国会の多数派といえども党派であり、教育の政治的中立性を確保するためにも、日本国憲法の理念・基本的人権の本質を侵害することがないように、個々の教育政策の正当性が問われる必要がある⁽³⁰⁾。

さて、子供の自己決定権とこれから派生する人権のうち、子供の人権行使能力との関連で、何が誰に「信託」（検定処分取消請求事件東京地裁判決（杉本判決）昭和42年（行ウ）第85号同45年7月17日、行政事件裁判例集第21巻第7号別冊）されるのか、あるいは、誰が何を「代理保障」するのかと問えば、必ずしも明らかであるとはいえない。この問題については、「他者」が信託された事柄や子供に代わって行使する事柄のうち、子供の「最善の利益」を考慮しつつ、パターンリズム的干渉と捉えられる行為ごとにその正当化基準を明確にしていくほかないであろう。

パターンリズムの法理学は、パターンリズム的干渉の正当化基準として、①功利主義的原理、②自由最大化原理、③「任意性（voluntariness）」基準、④同意（意志）原理などを指摘しているが、たとえば、同意（意志）原理に関しては、「本人の真意の内容を推定する積極的な基準」として、「平均人」観念などの「抽象的一般的な合理的人間」の意思を想定する。そして、これに照らして、画一的なパターンリズム的干渉を正当化することも、本人にとって「不可欠なもの」を保護する場合には、ある程度まではやむを得ない、とする。ただし、「本人がどのような干渉ならば同意するであろうかは、パターンリズムの趣旨からしても、あくまでも第一次的には被介入者自身の善き幸福な生き方についての全体的長期的構想に即して、本人の身になって内在的に判定ないし推定されるべきである」とする⁽³¹⁾。

上記諸原理については、批判的検討を加える余地があると思われるが、ひとまずは、上記諸原理との関連で教育政策や教育実践の中のパターンリズムを析出し、その正当性を検証する必要がある。しかし、教育政策や教育実践を担っている当の文

部科学省や教育委員会，学校・教師の中にパターンリズムの干渉及びその正当化基準を厳格に構成するという問題意識があるかと問えば，そういう意識を欠落したままで，子供の「自己決定」という言葉が語られている場合が多く，実際，「教育上の必要性」ないし「発達上の必要性」という不十分な「根拠」に基づいてパターンリズム的干渉が容認されているのである。

その意味では，憲法第13条の幸福追求権（自己決定権）の権利性の内容と範囲について究明すると同時に，学習権保障の趣旨（最高裁学テ判決）を考慮しつつ，親，学校，国家のパターンリズム的干渉の正当化基準の厳格な設定を個別具体的に明確にしていかなければならないであろう。すでにのべたように，国家による公教育制度（義務教育制度）の確立・整備もパターンリズム（法的，実践的パターンリズム）の問題である。われわれは，資本主義化に伴い，児童労働による「人間的可能性」の収奪から子供を救済（保護）するため，工場法を制定し，後の義務教育制度の確立へと至る経緯を評価するものであって，リバタリアニズム（libertarianism）に与するものではないが，「国家は腐敗する」とのリバタリアニズムの警鐘には，耳を澄ませたいものである。

国家が，法治主義（質の論理）の疎外態としての立法主義（数の論理）によって，子供の内面の形成に関わる，良心の自由，思想・信条の自由，道徳的価値判断などに関連する事柄について，内在的制約原理（他者加害阻止原理）や自己加害阻止原理以外の根拠によって，また，子供の選択的自由の保障を越えて，子供の自己決定権を一律に制約することが，認められるのかどうかについて検討する必要がある。

さらに，子供の自己決定権の原理的承認のもとでの教育実践は，「文化」というかたちで存在している「外化」した自己の本質を，「善き幸福な生き方についての全体的長期的構想」を念頭におきながら，子供自身がその時その時で選択的に獲得できるように構成する必要があるように思われる。当然，「他者」の意に反して，子供がよかれ

と選択したことが結果的に自己加害的選択であったと子供自身が気づく場合もあろう。発達論として，子供の「間違える権利」をどのように捉えるかという問題である。

しかし，そうした間違える可能性を捉えて，効率主義的観点から，大人が「善き選択」を子供に示し導くことが重要であって，いたずらに子供の自己決定権を認めることは，子供の「我儘」や「怠惰」を増長させることになって，学校の教育秩序や教育指導を無能化させかねないとの主張があるかもしれない。だが，このような観点から展開される教育的対象化行為は，子供を「教育」することなのだろうか，むしろ，子供を「支配」することになるのではないだろうか。教育本質論をめぐる議論の深化が求められるところである。

「善き幸福な生き方」は，「他者」によって与えられるものではなく，自分で「発見」することである。たとえば，理科の授業において実験をして，実験器具に何らかの薬品が付着していて実験結果が教科書に書いてある「結果」と異なる結果となったとしよう。ある生徒は，自分で行った実験結果を素直に発表し，他の生徒は，自分で行った実験結果を隠し，教科書に書いてある「正解」を発表したとしよう。どちらの生徒が，自律的な主体としての人間（個人）に向かって発達しているのであろうか。

さて，本稿は，今日の教育の国家統制を「箍が外れたパターンリズム的支配」として捉えた上で，キャンデル（I.L.Kandel）の比較教育学の方法概念から示唆を得て構成された教育の「内的事項外的事項区分」論（宗像誠也）とは異なるかたちで教育の国家統制批判を行うため，今後の研究の視点を示したに過ぎない。

また，本稿では，自己決定権という概念にしても，未だ教育思想としての提示にとどまっており，パターンリズムの正当化基準についても，その前提問題としての成年制度の法的実践的再検討の必要性和仮説的見解を示したに過ぎない。子供の自己決定権論及びパターンリズムの正当化基準論については，引き続き検討していきたいと思うが，

「教育とパターナリズム」研究の意義に関連して、最後に、一言のべておきたいことがある。

偶然、井の頭公園で宮澤康人先生とお会いした際、先生が、国家の教育政策・教育行政も教師の教育実践も、ともに〈教育実践〉として統一的に捉える必要性があると述べられたことが忘れられない。「教育とパターナリズム」研究は、「関係の視点」からパターナリズムに着目して、国家の教育政策・教育行政と個々の学校の中で行われている教育実践とを統一的に分析することを可能にする視座の一つであるといってもよいのではないかと思われる。

注

- (1) 堀尾輝久著『現代教育の思想と構造』(岩波書店, 1971年) 参照。
- (2) 教育とパターナリズムに関する先行研究としては、大江洋「子どもにおけるパターナリズム問題」(人文研究第72号, 2003年, 15~37頁), 大江洋『関係の権利論~子どもの権利から権利の再構成へ~』(勁草書房, 2004年, 71~87頁), 大江洋「子どもの権利を問うこと」(愛敬浩二編『人権の主体(講座人権論の再定立第2巻)』法律文化社, 2010年), 帖佐尚人「子どもに対するパターナリズムの正当化についての一考察」(早稲田大学院教育学研究科紀要, 別冊, 17号, 2009年, 13~23頁), 帖佐尚人「子ども権利論の意義とその問題点に関する一考察」(早稲田大学院教育学研究科紀要, 別冊, 18号, 2010年, 49~50頁), 帖佐尚人「チャイルド・パターナリズム正当化を巡る補完的諸考察」(早稲田大学教育・総合科学学術院学術研究(人文科学・社会科学編)第61号, 2013年, 17~30頁), 山梨八重子「教育におけるパターナリズム正当化根拠の一考察」(先端倫理研究第8号, 2014年, 153~173頁)などがあるが、紙数の関係もあり、先行研究については、筆者の視座から別途検討することにした。
- (3) 愛知大学教育判例研究会=小川利夫・安井俊夫編『教育裁判判例研究 現代日本の教育実践』亜紀書房, 1995年, 143~144頁。秋池宏美「公教育制度における子供の性的人権の保護・制約原理をめぐる諸問題~若干の予備的考察~」駿河台法学第26巻第1号, 2012年, 167頁。
- (4) 宮澤康人編著『改訂版 近代の教育思想』放送大学教育振興会, 1998年, 12頁。
- (5) 澤登俊雄編著『現代社会とパターナリズム』ゆみる出版, 1997年, 234頁。
- (6) 佐藤幸治著『現代国家と人権』有斐閣, 2010年, 208頁。
- (7) 建造物侵入, 暴力行為等処罰に関する法律違反被告事件最高裁大法廷判決(昭和43年(あ)第1614号同昭和51年5月21日), 最高裁判所刑事判例集第30巻第5号, 636頁。
- (8) 判例時報, 1174号, 48頁。
- (9) 「高等学校等における政治的教養の教育と高等学校等の生徒による政治的活動等について」(27文科初第933号, 平成27年10月29日付通知), 平成27年度第三回都道府県・指定都市等生徒指導担当者連絡会議(平成28年1月29日)の配布資料参照。
- (10) 文部科学省著『生徒指導提要』2010年3月, 192頁。
- (11) 小学校学習指導要領(平成20年3月告示)115頁, 中学校学習指導要領(平成20年3月告示, 平成22年11月一部改正), 121頁, 高等学校学習指導要領(平成21年3月告示), 355頁。
- (12) 教育基本法及び教育振興基本計画について検討していた中央教育審議会(2003年3月20日)の席上, 市川委員が, 第二次世界大戦後の教育改革期, 教育基本法策定の中心人物であった田中耕太郎文部大臣が, 「いかに教育思想が混乱し, 不明確であるにしろ, 道徳の徳目や教育の理念に関する綱領のようなものを公権的に決定, 行使することは, 国家の任務の逸脱であり, パターナリズム化, ファッ

シヨ的態度であると言わなければならない」と指摘していたことを引用し、「自由民主主義の国家において、教育一般の目的や方針、徳目などを法律で規定するのは適当ではございません」とのべている。

http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/chukyo/chukyo0/gijiroku/1263527.htm (2016年8月15日最終アクセス)

なお、市川委員が引用している箇所は田中の文章表現とは異なるところがある。正確な文章は、以下を参照。田中耕太郎著『教育基本法の理論』有斐閣、1961年、51頁。

いずれにせよ、国家の「パターナリズム化」は、今日の教育立法及び教育政策の基本的特質となっている。

- (13) 注(7)の判決、最高裁判所刑事判例集第30巻第5号、634頁。
- (14) 損害賠償等請求控訴事件東京高裁判決(平成21年(ネ)第2622号同23年9月16日)、複写正本、八〇頁。
- (15) 文部科学省「児童生徒の規範意識の醸成に向けた生徒指導の充実について(通知)」(18初児生第12号、2006年6月5日)、坪田眞明(児童生徒課長)『『ゼロトレランス方式』について』文部科学省初等中等教育局児童生徒課『生徒指導メールマガジン』(第16号、2006年1月31日)、文部科学省「新児童生徒の問題行動対策重点プログラム」(2005年9月27日)。
- (16) 「特別権力関係」論批判、「部分社会」論批判の問題でもあるが、たとえば、懲戒の前提としての適正手続については、昭和女子大学事件東京地裁判決(最高裁判所民事判例集28巻5号835頁)と東京高裁判決(最高裁判所民事判例集28巻5号868頁)及び最高裁判決(最高裁判所民事判例集28巻5号790頁)の判断の相違を参照。
- (17) パターナリズムの分類は複数あるが、たとえば、(1)成熟(判断能力がある)／未成熟(判断能力に欠ける)を分類基準として、「強いパターナリズム」と「弱いパターナリズム」と

に分けられ、(2)保護／規制の対象が同一か異なるかを分類基準として、「直接的パターナリズム」と「間接的パターナリズム」とに分けられる。これによれば、子供に対するパターナリズムの干渉は、「弱いパターナリズム」で、「直接的パターナリズム」と「間接的パターナリズム」のいずれかということになる。

パターナリズムの視点からみると、たとえば、非嫡出子差別問題に関する最高裁大法廷の違憲判決(平成25年9月4日)を受けて民法第900条4号を削除したが、この法改正は、非嫡出子の権利を保護するためであるから、直接的パターナリズムであり、児童虐待防止を目的とする民法改正(民法820条等の改正)は、国家が子供の保護のため親の権限を制約するのであるから、間接的パターナリズムである。

中村直美氏は、「私のパターナリズム論」は、「可能な限り具体的なその個人の自律を支えるパターナリズム(よきパターナリズム)をその抑圧につながるもの(あしきパターナリズム)から峻別して捉えようとするものである。」とのべている。畑本裕介氏の「正しいパターナリズム」と「不正なパターナリズム」の区別論も中村氏の峻別論と同様である。中村直美著『パターナリズムの研究』(成文堂、2007年)、畑本裕介「正しいパターナリズムと不正なパターナリズム—ワークフェアをどう正当化するか—」(山梨県立大学人間福祉部紀要Vol.6、2011年)参照。

本稿において子供に対するパターナリズム的干渉の正当化基準を問うのも同様な趣旨であるが、パターナリズムの「正当化」の理論については、別途、検討しなければならない。

- (18) 憲法第13条に関する解釈学説では、「人格的自律(利益)説」と「一般的(行為)自由」説があるが、本稿では、それほど厳格な意味で用語を使用していない。ここでは、子供の意見表明の自由、市民的・政治的自由を想定している。両説については、秋池宏美「教育法研究とジェンダー」比較法文化第20号、2012

- 年，45頁以下参照。
- (19) 澤登俊雄編著前掲書，243頁。秋池宏美前掲論文，駿河台法学第26巻第1号，2012年，160頁。
- (20) 井上達夫「パターナリズムと人権」ジュリスト第945号（1989年）74頁，井上達夫著『法という企て』東京大学出版会，2007（2003）年，207～212頁。275～279頁，佐藤幸治著『現代国家と人権』有斐閣，2010年，168頁。
- (21) 我が国の性教育論がモラリズムに呪縛される理由は，生物学的な「成熟」と社会的な「成熟」が乖離しているにもかかわらず，人間の性愛の問題を「未成年」という枠組の中に封じ込めようとする歪みがあるからである。子供の自己決定権の問題として性的人権についても本格的な考察が求められている。
- (22) 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がある。争点は憲法21条の「表現の自由」であったが，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」（最高裁判所刑事判例集第43巻第8号785頁。）とする。
- (23) 法制審議会民法成年年齢部会の関連資料については，法務省のホームページに開催されている。
http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_seinen_index.html（2016年8月15日最終アクセス）
- (24) 児童虐待防止関連親権制度部会議事録・資料等については，法務省のホームページを参照。
http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai_jidoug yakutai.html（2016年8月15日最終アクセス）
- (25) 米沢広一著『〔第3版〕憲法と教育15講』北樹出版，2011年，22～50頁。米沢広一「未成年者の自己決定権」法学教室第177号49頁。浪本勝年＝箱田英子＝岩崎政孝＝吉岡睦子＝舟木正文著『教育判例ガイド』有斐閣，2001年，第二部参照。
- (26) 秋池宏美前掲論文，駿河台法学第26巻第1号，2012年，166頁。
- (27) 損害賠償等請求控訴事件東京高裁判決（平成21年（ネ）第2622号同23年9月16日），複写正本，88～89頁。
- (28) 同上，90頁。
- (29) 秋池宏美「学習指導要領の『基準性』と性教育の自由」駿河台法学第27巻第2号，2014年，175～200頁。
- (30) 朝日新聞記事「教科書 政府の主張反映」（2016年3月19日）及び浪本勝年氏の意見参照。
- (31) 田中成明著『現代法理学』有斐閣，2011年，183頁。