

# 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～

秋池宏美

序

- I 学校教育と子供の人権
  - 1 教育理念としての「人権」
  - 2 教育関係としての「人権」
- II 子供の人権の保護・制約原理
  - 1 子供の人権の保護・制約原理をめぐる諸説
  - 2 子供の人権保障とパターンリズム
- III 子供の性的人権とパターンリズム
  - 1 法的パターンリズムと「教育的配慮」論
  - 2 子供の性的人権論の展開のために

序

性的人権 (sexual rights) は、憲法13条を法的根拠とする性的自己決定権 (性的自由) を中核として構成される人権である<sup>①</sup>。性的自己決定権の保障という視点から子供の「性」に関わる諸問題を考えようとするとき、「自律」と「保護」の関係をどのように統一的に捉えていくかが理論的課題としてある。学校という「社会」では、なぜ、子供の人権を制限することができるのか。その根拠 (理由) とその正当化基準をどのように考えるべきか。そこで、この課題を子供の性的人権保障の問題として検討する前に、80年代から登場し始める学説まで遡って、子供の人権の保護・制約原理に関する理論・学説を概観しておくことは意味のあることであろう。

本稿では、以上のような問題意識に立って、まずは、①子供の人権をどのように捉えるか、②子供の人権の保護・制約原理とは何か、について概観した上で、③子供の性的人権の保護・制約原理に関わる若干の問題について検討する。

なお、拙稿は、子供の性的人権保障の視点から学校教育や教育制度の在り方を検討するための分析視座を得るための予備的考察の一つであることを記しておきたい。

## I 学校教育と子供の人権

### 1 教育理念としての「人権」

最近の教育政策においては、生徒指導の視点として「自己指導能力」の育成という考え方が提示されている。文部科学省『生徒指導提要』（平成22年3月）によれば、生徒指導とは、「一人一人の児童生徒の人格を尊重し、個性の伸長を図りながら、社会的資質や行動力を高めることを目指して行われる教育活動」であり、「学校の教育目標を達成する上で重要な機能を果たすもの」とされている。教育基本法は教育の目的として「人格の完成」を掲げているが、この目的を実現するため、学習指導と並んで、生徒指導が位置づけられているのである。学習指導と生徒指導という概念は、かつては領域概念として捉えられていたが、今日では、機能概念として認識されており、「共感的な人間関係」、「自己存在感」、「自己決定」という生徒指導の3つの機能が、授業を含む学校生活の全過程において実践的に探求されるべきであるとされている。

『生徒指導提要』では、児童生徒が自己実現を図っていくための能力としての「自己指導能力」の育成について、以下のように指摘されている。

「自己実現の基礎にあるのは、日常の学校生活の場面における様々な自己選択や自己決定です。そうした自己選択や自己決定の場や機会を与え、その過程において、教職員が適切に指導や援助を行うことによって、児童生徒を育てていくことにつながります。ただし、自己決定や自己選択がそのまま自己実現を意味するわけではありません。選択や決定の際によく考えることや、その結果が本意なものになっても真摯に受け止めること、自らの選択や決定に従って努力することなどを通して、将来における自己実現を可能にする力がはぐくまれていきます。また、そうした選択や決定の結果が周りの人や物に及ぼす影響や周りの人や物からの反応などを考慮しようとする姿勢も大切です。自己実現とは単に自分の欲求や要求を実現することにとどまらず、集団や社会の一員として認められていくことを前提とした概念だからで

す。」<sup>(2)</sup>

「生きる力」の育成との関連で提示された「自己指導能力」という概念は、管理主義的な学校において子供の「自己選択」や「自己決定」が軽視されていたことへの教育学的反省を概念化したものであるようにも思われるが、この概念が、学校・教師の指導助言とは異なる自己決定・選択をする可能性を前提として概念化される自己決定能力や自律・自治能力（自己統治能力）と同じ概念なのか、それとも、学校・教師の教育指導・支援との整合的関係を理念的に前提とし、その限りにおいて認められる能力概念であるのかどうかについては、真摯に検討されなければならない。

この教育言説を教育法言説で言い換えれば、自己実現（人格的自律）を達成するためには、学校生活のあらゆる機会において子供の自己決定権を保障していくことが重要である、ということになるのだろうか。しかし、『生徒指導提要』には、児童生徒の自己決定を「人権」として捉える視点は明記されていない。試みに『生徒指導提要』の中から「人権」という言葉が使われている箇所を拾い出してみると、①「各教科の指導において、聞く、話す、読む、書くといった言語活動を充実させ、人権尊重の視点に立って豊かな言語環境を整えるようにします」（24頁）、②「『暴力は人権の侵害でもあり人権尊重の精神に反する』との認識を全教職員が共有した上で学校における一致協力した取組が不可欠です」（170頁）、③「人権尊重・正義感や公正さ・命の大切さ・被害者の視点などを取り上げた教育活動」（171頁）、④「いじめに取り組む基本姿勢は、人権尊重の精神を貫いた教育活動を展開することです」（174頁）、⑤「人権感覚を養うとともに、共同社会の一員であるという市民性意識と社会の形成者としての資質を育成するための開発的・予防的な生徒指導がますます求められているといえるでしょう」（174頁）などがある。

これらの表現をみる限りでは、「人権」という言葉は、教育目標や教育活動の理念として捉えられていると言ってよいであろう。「人権」を、教育の理念として捉えるのか、教育の関係として捉えるのか、の違いは大きい。何故ならば、教育実践において児童生徒の「自己決定」や「自己選択」が重視されていても、前者の立場では、子供が「人権」を享有・行使する在り方は、学校・教師の主観性に依存するからである。すると、やはり従来同様に、教師＝主体、児童生徒＝客体という図式に基づいて教育的に統治（管理）された「自己決定」

という言葉説を記述しているのであろうか。だが、『生徒指導提要』によれば、学校教育関係における主体／客体関係については認識の転換が求められているようである。

「教育という言葉は、『大人が子どもを教育する』というように、大人が主語で子どもが目的語になる形で用いられることが一般的です。生徒指導についても、そうした側面を有するものです。しかし、人格の完成については、『児童生徒が望ましい大人になる』というように、児童生徒自身が主語となる形で行われていく必要があるのです。

もちろん、あらゆる行動を一から児童生徒に決めさせていくことは不可能です。学校教育の場においては体系性や計画性も求められます。しかし、指導の中で児童生徒が主体的に取り組めるような配慮を行うことで、自発性や自主性、自律性がはぐくまれるようにしていくことは可能です。自分から進んで学び、自分で自分を指導していくという力、自分から問題を発見し、自分で解決しようとする力、自己学習力や自己指導能力、課題発見力や課題解決力というものが育つ指導を行っていくことが望まれます。」<sup>(3)</sup>

実際には、他者（教師）の意志に従っているにもかかわらず、あたかも自己（児童生徒）が主体的に自己を形成していると意識し実感できるような教育関係を生み出すことが、ジャン・ジャック・ルソー（Jean-Jacques Rousseau）が描いた教育の理想像である<sup>(4)</sup>。この不可視の教育意志が、義務教育制度の下での教育関係にも貫かれている。宮澤康人教授は、これを「隠される非対称的な関係」<sup>(5)</sup>として分析している。

言うまでもなく、「望ましい大人」という発達基準は、国家が設定する基準である。児童生徒が「望ましい」範囲で自由に活動している限りは、親も教師も国家も学校教育がうまくいっていると構えているが、発達の規範化がハードに設定されている状況においては、子供が、一旦その分水嶺を超え、「児童生徒として望ましくない」領域に足を踏み入れると、学校の権力が発動される制度的仕組みが用意されている。学校の権力が発動されれば、人権尊重の精神に立った「自己指導能力」の育成とは、管理された自律性（自己決定・選択）であることが、白日の下に曝される。子供が「児童生徒らしくない」行動を取れば、それが他者危害行為や違法行為ではなくとも、また、一般に大人には許される行為であっても、子供が「未熟」であり、児童生徒が教育の「客体」であ

るが故に、「問題行動」や「逸脱行動」と看做され、より強い生徒指導の対象となる。

実は、このようなことが気になるのは、『生徒指導提要』の中で、校則（生徒心得）について、次のように語られているからに他ならない。

「校則について定める法令の規定は特にありませんが、判例では、学校が教育目的を達成するために必要かつ合理的範囲内において校則を制定し、児童生徒の行動などに一定の制限を課すことができ、校則を制定する権限は、学校運営の責任者である校長にあるとされています。

裁判例によると、校則の内容については、学校の専門的、技術的な判断が尊重され、幅広い裁量が認められるとされています。社会通念上合理的と認められる範囲で、校長は校則などにより児童生徒を規律する包括的な権能を持つと解されています。」<sup>(6)</sup>（傍点は筆者による）

ここで言われている「判例」とは、後述するように、特別権力関係論や部分社会論、附合契約論を採用して、学校においては、本来私的自治に委ねられるべき事柄に関しても子供に自己決定権が認められず、画一的に子供の人権を規制する学校の権限を正当化した判例のことである。問題は、教育関係の主体／客体関係に関する認識の転換が語られ、児童生徒の「自己決定・選択」を可能とする教育環境を整え、「自己指導能力」等の育成をめざすこと（教育関係）と、たとえば、校則（生徒心得）によって頭髮の自由を規制し、男子生徒の頭髮は一律に丸刈りでなければならないと定めることができるほどの「包括的な権能」を校長に認めること（教育法関係）との関係をどのように調整できるのか、である<sup>(7)</sup>。

今なお、過去の校則判例に基づいて校則（生徒心得）を正当化する教育言説が語られていることに驚きを禁じ得ないが、憲法・教育基本法の理念を尊重した教育実践がどのようなものでなければならないかを明らかにするためにも、過去の司法の判断を拠る所にするのではなく、子供という「存在」が、学校という「社会」が存在する唯一の正当化根拠であることを想起して、子供の自己決定能力（人権享有行使能力）の形成という視点に立って、学校・教師の「専門的、技術的な判断」や「幅広い裁量」、校長の「包括的な権能」という言説を捉え直しつつ、教育実践についての新たな語り方を模索することが求められるのである。子供が育つための教育環境を整備するためには、子供も人権

享有行使主体であるとの認識を深め、学校・教師の「教育的配慮」の在り方を再構築し、子供の居場所としての教育関係を実践的に創造していくことが必要である。

## 2 教育関係としての「人権」

学校教育における子供の人権保障とは、子供が、実際の教育関係において、自己決定権を行使することを保障する、という意味である。「人格の完成」をめざす教育実践として人権教育（広義）を考えれば、それは、①「知識」として学ぶ、②「経験」として学ぶ、という2つのレベルで追求されるのが自然であろう。その場合、子供の人権をどのように捉えるかが、決定的に重要である。ここでは、「人格的自律権」（自己決定権）としての「子どもの人権」論として、佐藤幸治教授の学説を取り上げ、主として「人格的自律権」についての考え方（解釈論）を概観したいと思うが、その憲法学的理論構成は、教育学や教育法学の立場からみても、示唆に富むものである。

佐藤説は、まず、子供であっても人権享有行使主体であるとする。70年代の憲法学を代表する宮沢説では、「人権保障の受益者」として「少年」に言及し、「人権の主体としての人間たる資格が、その年齢に無関係であるべきことは、いうまでもない」とした上で、「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」と指摘されていた<sup>8)</sup>。宮沢説においては、少年の人権の内容を明らかにするよりも「特例」の議論に重点が置かれていたように思われるが、大津浩氏によれば、宮沢説には、「特例」を認める根拠として、「『健全育成』と一定程度区別される『保護』に、子供の人権規制の目的を限定する姿勢が見える」とし、この視点は、後述（本論Ⅱ-2参照）する佐藤憲法学の「子どもの人権」論の中の「自律化への限定的なパターンリズム」という考え方に通じていくと解されている<sup>9)</sup>。

佐藤憲法学の神髄は憲法13条解釈論である。憲法13条解釈論には、大別すれば、一般的（行為）自由説と人格的自律（利益）説とがあるが、佐藤説は人格的自律（利益）説に与する学説である。

佐藤説では、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自律権の法的性格が論じられている。

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」であって、「人格的自律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<sup>(10)</sup>。

憲法上の基本権は、自由権であれ社会権であれ、「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」ものであって、今後も新しい基本権が「歴史的背景と構造」にしたがって発生してくることも考えられるため、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<sup>(11)</sup>）。

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」である。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」については、「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」と指摘されている<sup>(12)</sup>。

たとえば、佐藤説の「その他の事柄」に位置づけられている「服装・身なり」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」とされている。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<sup>(13)</sup>。

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）に言及しているが、「髪形が自律権の核にかかわるものとみることは困難で、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<sup>(14)</sup>と指摘されている。

後述するように、「自律に対する能力」を獲得するための権利を制約する場合には十分な正当化の根拠が求められるとする、佐藤説の周到な理論構成を知れば、上記の指摘の意図は十分に理解できるのだが、校則（生徒心得）に頭髪・服装規定を定める学校側の主張としては、「服装の乱れはこころの乱れ」との考え方があるのであって、その意味では、髪形・服装規定は子供の「こころ」の管理を意図しているのである。「服装の乱れはこころの乱れ」という教育言説に教育的合理性があるとは思えないが、少なくとも学校側としては、子供の自律権の「核」への働きかけを意図して頭髪・服装規定を定めている点、更に、髪形や服装はジェンダーに関する事柄である点をどのように評価するかという問題は、それとして残されているように思われる。

さて、従来、教育学や教育法学においては、「子ども固有の権利」、「子どもの学習権」、「子どもの人権」などをめぐって様々な議論がなされてきた。他方、80年代以降、「自己決定権」をめぐる本格的な議論が始められている。その意味では、「教育人権」と「一般人権」という二元的枠組においてではなく、人間の自由の根源である「自己決定権」概念を中心に据えて、子供の人権論を一元的に捉えた上で、子供の人権保障関係論を展開する理論的可能性が開かれていたのである。このように考えると、「人格的自律権」としての「子どもの人権」研究が、子供の人権の保護・制約原理の考察から始められたことは、偶然ではなかったように思われる。



## II 子供の人権の保護・制約原理

### 1 子供の人権の保護・制約原理をめぐる諸説

通常、人権の保護・制約原理としては、①個人間の権利の衝突を調整するため、個人の人権を侵害した他者の人権を制約できるとする内在的制約原理（侵害原理＝加害原理）、②社会的弱者の人権を保護するため、強者の権利を制約できるとする政策的制約原理（外在的制約原理）、③他者が、他の個人の利益を保護するため、当該個人の人権を制約できるとするパターンリズム（paternalism）などがある。国家論との関連で言えば、内在的制約原理が自由国家（夜警国家）の成立と関係し、政策的制約原理が福祉国家（社会国家）の成立と関係している。内在的制約原理が「精神の自由」との関連で、政策的制約原理が「経済の自由」との関連で論じられるのも当然と言えば当然であるが、一旦、一般的な原理として認められれば、これらの原理が他の人権の保護・制約の論理を構成するために活用されるのも、これまた当然であろう。なお、①と②が、憲法学において「公共の福祉」論の枠組において議論されてきたことは周知の事実であるが、ここでは、「公共の福祉」論について言及する余裕も能力もない。

公教育制度は、他の国家制度と同様、日本国憲法に基づいて、国家が組織した制度である。法治国家の存在理由が国民の人権を保障することにあるとするならば、人権を保護・制約する原理は、すべての国家的諸制度に普遍的でなければならない。その上で、学校教育制度に関しては、子供の「特質」との関連で、子供の人権の保護・制約原理がどのように構成されているか、あるいは、どのように構成されるべきか、ということが明らかにされなければならない。

子供の人権の規制理論としては、その他に、すでに言及したように、特別権力関係論や部分社会論がある。まずは、これらの理論について概要を整理しておこう。

特別権力関係論とは、国家が国民に対して命令強制を発動する場合には必ず法律の根拠が必要とされる一般権力関係とは異なり、公務員関係や学校利用関係（営造物利用関係）を特別の内部規律のための支配従属の関係であるとし、法治主義の原則は直ちに適用されず、学校利用関係に限って言えば、法律に基づくことなく包括的支配権の発動として児童生徒に対して命令強制ができる、

とする理論である。これに対して、部分社会論は、学校内規・校則等を「特殊な部分社会における自律的な法規範」(昭和女子大学事件最判昭和49・7・19民集28巻5号790頁, 富山大学単位不認定事件最判昭和52・3・15民集31巻2号234頁, 教育判例百選〔第三版〕90頁)であると捉え、学校=特殊な部分社会における法規範に関しては、学校の自律に委ねられるべきであり、司法が法を適用して紛争を解決するのは適当ではない、とする説である。菱村幸彦氏は、文部官僚当時の著書において、「生徒心得は営造物主体による営造物利用関係における命令」であり、特別権力関係論も私法上の附合契約論も「生徒に対する学校当局の規制」という点では、「何ら変わるところがない」<sup>(15)</sup>と主張し、また、小野中学校丸刈り等校則事件(学校規則違法確認等請求事件最判平成8・2・22判時1560号17頁)についても、部分社会論を支持し、同様の解釈を繰り返している<sup>(16)</sup>。

教育判例では、国公立学校に限れば、学生生徒等の人権制約を正当化する理論的根拠としては、特別権力関係論に代わって部分社会論が採用されるようになってきている。したがって、前記『生徒指導提要』は、校則に関する記述をみる限りでは、基本的人権の保障と法治主義を掲げる日本国憲法のもとにおいては、もはや存在しえない学説である特別権力関係論や、實際上、その修正理論ともいうべき部分社会論、私法上の附合契約論に基づいて、学生生徒等の人権行使を規制することを正当化した教育判例を支持しているのである。

植村勝慶氏は、「自己決定権というものが重要になって、その範囲が広がれば、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」とのべ、校則を例にして、「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言うのならば、それをパターン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<sup>(17)</sup>。

この指摘にしたがえば、19世紀の行政法理論である特別権力関係論は、学校・教師—児童生徒関係を「特別な権力関係」として捉え、校長が包括的な紀律権を占有し、もって教育行政意志がすべての学校の中に貫徹できるようにする目的で採用されてきた理論であり、もともと子供の人権保障という発想を欠いているわけであるから、児童生徒の利益を保護するため、児童生徒の人権を

制約できるとする論法は成り立たない。特別権力関係論（部分社会論）が「人権論に値しない学説」<sup>(18)</sup>と評される所以である。他方、校則（生徒心得）によって児童生徒の人権（私的事柄に関する自己決定権）を制約するための理論的根拠をパターンリズムに求めるとするならば、当然、人権の保護・制約論の構成要件として、①子供の自己決定権の原理的承認、②保護・制約の正当化基準の明示化が必要となる。

ところで、我が国において「自己決定」概念が本格的に論じられるようになったのは、山田卓生著『私事と自己決定』（1987年）が出版された80年代に入ってからであると言ってもよいであろう。周知のように、山田氏が、私事における自己決定に関する考察の出発点に据えたのが、J.S. ミル著『自由論』（1859年）であった。J.S. ミルは、「人類がその成員のいずれか一人の行動の自由、個人的にせよ集団的にせよ、干渉することが、むしろ正当な根拠をもつとされる唯一の目的は、自己防衛（self-protection）」であり、また、「文明社会のどの成員に対してにせよ、彼の意志に反して権力を行使しても正当とされるための唯一の目的は、他の成員に及ぶ害の防止にある」とのべ、同時に、次のように指摘している。

「ある行為をなすこと、または差し控えることが、彼のためになるとか、あるいはそれが彼を幸福にするであろうとか、あるいはまた、それが他の人の目から見て賢明であり或いは正しいことであるとかさえあるとか、という理由で、このような行為をしたり、差し控えたりするように、強制することは、決して正当ではありえない。」<sup>(19)</sup>

J.S. ミルは、加害原理を承認すると同時に、パターンリズムを原則的に拒否する。しかし、大人と子供を区別する。更に続けて、次のようにも指摘している。

「われわれは、小児のことを述べているのではなく、また、男女の成年として法律で定めているであろう年齢よりも下にある若い人々のことを述べているのでもない。いまだ他の人々の世話を受ける必要のある状態にある人々は、外からの危害に対して保護されなくてはならないと同様に、彼ら自身の行動に対しても保護されなければならない。」<sup>(20)</sup>

「外からの危害」に対する保護・制約は、内在的制約原理によって正当化できるが、ミル自身は、「彼ら自身の行動」（自己加害行為）に対する保護をどのように正当化できるかについて多くを語ってはいない。だが、今日では、ミル

が批判したのは、16世紀以来の父権的・家父長的思想体系（「古いパターナリズム」）であったとし、ミルの『自由論』を理論的源泉として「新しいパターナリズム」の概念が提唱されている<sup>(21)</sup>。大人にも子供にも、国家とのパターナリズム的關係が成立すると主張である。この自由主義的なパターナリズムによれば、自己加害行為から子供自身を保護することが可能となる。他方、自由主義思想においては、個人の尊厳の確保とパターナリズムの承認との間には、理論上、緊張關係が存在しており、それ故、パターナリズムの正当化基準をどのように構築するかが問われることになる。

さて、天津浩氏によれば、80年代までの憲法学のテキストは、「子どもにも基本的人権が保障されることを認めながらも、大人と子どもの人権制約原理の違いを最初から当然視して、そのため子どもの人権制約原理をほとんど全く論じて」おらず、子供の「心身の未成熟・判断能力の欠如」からくる「子どもの保護」あるいは「健全な育成」の必要性を語るにとどまっていた<sup>(22)</sup>。子供の人権の保護・制約原理については、一部を除いて、必ずしも明確な関心が成立していなかったのである。

こうした学的状況において、天津氏は、子供の人権制約原理（人権保障論）として、内在的制約原理と政策的制約原理をどのように理論化しているかという視点から、当時の本格的な人権制約原理に関する学説として、成嶋説（純粹二原理説）、広沢説（二類型三原理説）、佐藤説（純粹三原理説）を取り上げ、批判的に検討した上で、「子どもの人権制約原理も大人の人権制約原理に可能なかぎり依拠して構築されるべきである」が、「通常『弱者』にしかなりえない子どもの人権行使に、政策的制約原理を適用するのは避けるべきである」とし、「二重の基準」論を前提としながら、「厳格な合憲性審査を常に要求する内在的制約原理に依拠して、子どもに特殊な人権制約原理をそこから理論化できないか」との視座を提示していた<sup>(23)</sup>。

厳格な合憲性審査を念頭に置きながら、内在的制約原理によって一元的に「自律」と「保護」の關係を捉えようとする理論的構想には魅力を感じるが、今日では、学校教育や児童福祉に関わる領域には様々な形態の制約・干渉・介入が存在しており、もはやパターナリズム概念を用いずに子供の人権の保護・制約原理について十全に語ることは難しいのではないと思われる。とすれば、論理的には、子供の人権の保護・制約原理を、内在的制約原理を基本としつつ

パターンリズムを加えて二原理で構成するか、内在的制約原理の内部にパターンリズムを統合して一原理として構成するか、という理論問題を立てることができるであろう<sup>(24)</sup>。

## 2 子供の人権保障とパターンリズム

ここでは、佐藤説の「子どもの人権」論の特徴である、人格的自律権（自己決定権）の保護・制約原理としてのパターンリズムに関する所説について取り上げるが、まず初めに、以下の2つの視点を確認しておかなければならない<sup>(25)</sup>。

第1は、「子どもの人権」論においては、「はじめから子どもを特殊視せず、原則として大人と同様に扱う」<sup>(26)</sup>という視点である。この視点は、「パターンリズムの正当化という点では、成年者の場合と未成年者の場合と基本的に異なるものではない」<sup>(27)</sup>との主張とも連動している。そして、人権享有主体性という点で、子供を特殊的な存在として方法的に仮定しないが故に、「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」をどのようにして手に入れるかが次の課題として自覚される<sup>(28)</sup>。この方法的態度は、重要である。何故ならば、①「子どもの自律に対する尊重」と②「子どもの自由への干渉」との関係を、常に緊張関係を含む関係として自覚せざるを得ないからである。つまり、①と②は、安易な比較衡量論で処理されてはならないのであり、最後まで目的と手段の関係であり続けなければならない。

第2は、「自律に対する能力」の発達論的視座から子供の人権を認識する視点である。この視点は、次のように表現されている。すなわち、「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」<sup>(29)</sup>と。

佐藤説では、「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」と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<sup>(30)</sup>。

第1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、これは児童酷使の禁止（憲法27条3項）から類推できるとする。第2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、これは「成長発達権」・「学習権」（憲法26条）によって基礎づけられる。第3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。

第1と第2の類型は、「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3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。

もう少し詳しくみると、佐藤説は、「その時その時の自律」と「人生設計全般にわたる包括的・設計的自律」を区別した上で、「未成年者の生に対するパターンリスティックな介入」は、「未成年者の判断や行為の成熟化の過程を育成促進し、自律的存在性に寄与するためのもの」でなければならないのであり、「未成年者が、成熟した判断を欠く行動の結果、長期的にみて未成年者自身の目的達成諸能力を重大かつ永続的に弱化せしめる見込みのある場合に限って容認される」<sup>(31)</sup>とする。そして、子供（未成年者）の人権制約の可否が問題となるのは「選択を伴う行為」についてであり、結婚の自由、堕胎の自由、信教の自由、集会・結社・表現の自由等々が例示されている。更に、子供の行為に対する制約の可否を判断する基準としては、①年齢面での発達段階、②自律にとっての当該行為の価値、③当該行為を成熟化過程における試行錯誤として許容しうる余裕の有無、④まず家庭による選択・教導に委ねる余地の有無、⑤より制限でない規制手段の有無、⑥年齢によって画一的に判断すべきか個別的に

判断すべきか、などが検討されなければならないとする<sup>(32)</sup>。

繰り返しになるが、佐藤説では、「限定されたパターンリスティックな介入」は、「個別的な決定行為が長期的にみた場合に人格的自律そのものを回復不可能な程永続的に害すると思われる場合には、自律を全うせしめる趣旨で、その決定過程に例外的に介入することが正当化される」<sup>(33)</sup>と定義されている。一般に、パターンリズムには2つの側面がある。第1の側面は、子供の「利益」の保護のため、子供の人権（自由）を制約するという「規制的側面」であり、第2の側面は、自由の制約により子供の自己決定権が十全に確保され実現されるという「促進的側面」である<sup>(34)</sup>。佐藤説における「限定されたパターンリスティックな介入」という主張は、田中成明氏が、「大人はもちろん、自律的判断能力が十分成熟していない子供でも、それぞれの成熟度に応じて、その自己決定が最大限尊重されるべきである。だが、各人の全体的な人生構想において周縁のないし下位にある関心や欲求を一時的に充たすために、長期的な人生構想の実現を取り返しのつかないほど妨げたり、そもそも何らかの人生構想を自律的に形成・追求する能力自体を決定的に損なったりするおそれの大きい場合などに、本人の最善の利益の保護のために一定のパターンリズム的干渉を行うことは、本人の人格的統合を損なわないのみか、むしろ、その統合的人格の発達・確保にとって不可欠であろう」<sup>(35)</sup>とのべていることと通底している。

### Ⅲ 子供の性的人権とパターンリズム

#### 1 法的パターンリズムと「教育的配慮」論

パターンリズムは、国家による個人の人権の保護・制約を正当化する概念であり、「支配」に関わる概念であるが、同時に、家庭や学校など、その「社会」を構成する者同士の間非対称な関係が存在するところには、パターンリズム的思考に基づく言説・行為が遍在している。日本の場合は、「近代自我」の覚醒の仕方が欧米とは異なっていたためか、特に子供の教育に関わる領域では、パターンリズム的思考に基づく言説・行為に対して親和的な傾向が強く、「支配」の形態としての側面が自覚され難いところがある。

さて、私事の組織化として公教育を捉える、いわゆる教育の私事性論の立場に立てば、国家や学校が子供の自律性を育成する環境の整備に関わる主体とし

て立ち現れるためには、公教育制度が組織される過程で親が教育権の一部を国家や学校に「信託」したという論理的仮定（契約と相互の同意）を認める必要がある。とすれば、同様の発想に立って、民主的な法治国家においては、親の教育権は、子供が、自律的な人格へと育ていくために、子供の「同意」に基づいて親に「信託」されたものと仮定することも可能である。親は、子供が自ら行使できない自己決定権を「代行保障」することを子供から「信託」され、したがって、親の教育権は、親子関係（私的關係）においては、「義務」として、他者関係（公的關係）においては、「権利」として観念される。

子供は、誕生とともに、自分自身で行使できるかどうかに関わらず、「自律に対する能力」の可能性を秘めた人間の存在として、自己決定権（人権享有主体性）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「代行保障」する権限関係が、子供の「最善の利益」を中心に置いて、形成される。しかし、親・学校・国家が子供の自己決定権を「代行保障」という「仮定的同意」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を獲得する程度に応じて、縮小していく権限である<sup>(36)</sup>。（附言すれば、「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「代行保障」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。）

田中氏は、パターンリズムの正当化原理の一つとして「同意原理」をあげている。同意原理とは、「介入時の本人の現実の意思とは異なる何らかの同意の観念を媒介にして、そのパターンリズムの干渉が本人自身のためになることを、本来ならば本人自身が承認するはずだ」という論法をとることが、自己決定を尊重するその基本的立場からいわば内在的に正当化<sup>(37)</sup>できるとする原理である。問題は、「本人の真意などの仮定的同意の内容を推定する積極的基準」をどのように設定すべきかであるが、いわゆる「平均人」観念などの「抽象的一般的な合理的人間」の意思を想定して、それに照らして画一的なパターンリズムの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」<sup>(38)</sup>とする。

このような法理学的構成を考慮すると、実定法に基づく法的パターンリズムと、日常の教育実践を通して表出される言説的身体的行為としての「教育的配慮」論とを区別する必要があるかもしれない。「教育的配慮」論は、原理的には、法的パターンリズムの枠組の中で構成される必要があるが、「教育的配慮」論に基づく学校・教師の教育実践が、法的パターンリズムの正当性基準を超えて、實際上、パターンリズムの干渉として展開される可能性も否定できない。したがって、教育制度原理としての法的パターンリズムのみならず、学校・教師の「教育的配慮」論についても、その正当化基準を問う必要があるのではないだろうか。今後の課題としておきたい。

次に、「教育的配慮」論に関する今後の分析のために、学校におけるパターンリズムとモラリズムの関係について、若干の検討を行いたい。学校におけるパターンリズムの性格について、太田明氏は、「教育上のパターン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は極めて多くなる。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。そしてそれをよしとする精神風土がある」とし、「実際、日本の教育や学校に関わる領域では、パターンリズムやモラリズムでないものはないといってもいい。校則裁判を支えているのはこのような状況に対する忌避感情ではなからうか」<sup>(39)</sup>と指摘する。正鵠を射た指摘である。子供の「性」に関わる領域では、非常に強いモラリズム（moralism）が機能していると言わざるを得ない。注意しなければならないのは、「教育的配慮」論に含まれるモラリズムがパターンリズム的干渉（道徳原理）として機能する可能性が高い、という点である。

たとえば、文部科学省『学校における性教育の考え方、進め方』（平成11年初版、平成18年7版）では、性教育の目的を、「人間尊重、男女平等の精神に

基づく正しい異性観をもち、望ましい行動をとれるようにすることによって、人格の完成、豊かな人間形成に資すること」(1頁)にあると定義しているのであるが、ここでは、この定義を参照しながら、性教育実践レベルにおけるモラリズムの問題について考えてみよう。

価値多元的な社会においては、「人間尊重」も「男女平等」も一義的に語るのが難しい現実がある。「男女平等」という言葉をめぐっても、男女の「特性」を尊重することが男女平等であるという主張もあれば、男女の「特性」を固定的な基準とせず、自己決定と自己選択によって男女ともに個性的に生きることを社会的に保障することが男女平等であるという主張もある。

また、ここでは、「正しい異性観」や「望ましい行動」というものが存在するとの前提に立って、それに向けて教育することが「人格の完成」、「豊かな人間形成」に資する、とされているが、「正しい異性観」や「望ましい行動」とは、どのような考えや行動を意味するのであろうか。最大多数の大人(「平均人」観念)が思い描く「常識」なるものが「正しい異性観」や「望ましい行動」を決めるとなれば、性的マイノリティーの考え方や行動に対する偏見を生むかもしれない。あるいは、教育目的の設定が抽象的であるため、教師の言説的身体的行為を媒介し、子供の性的人権を制約する「道徳原理」として機能するかもしれない。西原博史氏が指摘するように、「国家が性道徳の問題に関して中立的であるべきだとしたら、義務教育制度に基づく公立学校も性道徳の問題に対して原理的に中立でなければならない」<sup>(40)</sup>とするならば、人間の性に関する科学的な認識の陶冶と同様な意味で、寛容の原則に立って、性倫理の多元性を知識として伝え、子供が自分の性規範を自由に選択できる可能性を開いておくように配慮されるべきであろう。道徳教育が重要であるのは、人間が価値志向的な存在であるからであり、決して子供の生き方を時代の「常識」という型にはめ込むためではなく、一人ひとりの子供が自己の生き方を豊かに構築できるようにするためである。

教師と子供の間信頼関係が醸成されていけば、教師が「性」に関する自己の信条や経験を語ることは、子供たちにとって良い教育体験になるかもしれない。だが、そうした語り教育効果を発揮するには、多元的なものの見方を自由に語り合える教育文化的環境が用意されていなければならないし、教師の自己教育に基づく「教育の自由」も保障されていなければならない。また、子供

の「未熟性」の方から発想するのではなく、教育目的である「人格の完成」の方から発想し、成長・発達・成熟しつつある子供の人権保障の視点から性倫理の語り方を検証し、「過剰なもの」を削ぎ落していくことも大切である。子供の「未熟性」を逆手に取って「保護」という名目で市民社会の法秩序では認められないような、人権の行使に対する規制は許されないと言わなければならない。更に、特定の性道徳観をもってして子供の性的人権を保障する教育実践の不能化を結果するような干渉は、決して許されるものではない。たとえば、2003年の七尾養護学校性教育事件は、過剰な政治的言説による政治的・行政的介入によって作り出された「事件」であったが、今後、判例研究をも含めて、子供の性的人権の保護・制約の論理、干渉の限界及びその干渉の正当性の根拠を問う事案として分析される必要がある。

最後に、法的パターンリズムが子供の人権の保護・制約原理として限定的に認容されるとするならば、まず確認しなければならない点は、リーガル・モラリズム (legal moralism) は否定されるべきであるということである。たとえば、澤登氏は、次のように指摘している。

「社会道徳は、道徳というものが本来各個人の行動を内的に規制する価値基準であることを前提に、非権力的に形成・維持・発展されるものであるから、社会道徳それ自体を維持する目的で、市民の行動を法律によって規制し、もしくはそれに行政的干渉・介入を行うことは、リベラリズムを根幹とする市民社会において許されないことである。」<sup>(41)</sup>

リーガル・モラリズムが子供の人権の保護・制約原理の正当化基準に含まれないことを確認した上で、それでは、正当化基準をどのように考えるべきであろうか。いま手もとに民主主義科学者協会 (法律部会) の『日本社会と法』(1994年)がある。同書では、「内在的制約」(侵害原理)と「外在的制約」(政策的制約原理)とも異なる「第三の類型」<sup>(42)</sup>としてパターンリズムの一定の意義を認めている。しかし、「国家による子どもの自由へのパターンリスティックな干渉」は、「あくまで補完的なものとしてのみ認められる」<sup>(43)</sup>として、その干渉の「限界」を次のように指摘している。

- ①子ども本人の利益についての判定は、国家によって独占されるものであってはならない。むしろ、子どもと日常的に密接なつながりを持っている親子こそが、子ども本人の利益をよりよく判定できる。また、その判定を親に

委ねることによって、将来における社会の多様性を確保することもできるのである。子どもの自由は、親の理性的な判断をとおして実現されるという側面を持っている。

- ②合理的な判断能力の発達のためにこそ、自由の行使が尊重されなければならない。子どもは、成人年齢に達すると突然に合理的判断能力を身につけ、自由を行使できる自律的人間になるわけではない。自由の行使は、合理的な判断能力の発達、自律へのプロセスを促進する手段としての意味を持っている。
- ③子どもの合理的な判断能力の水準は、問題となる行為ごとに異なっている。それゆえ、判断能力の程度を測る基準は多様な物差しによることが要請される。また、合理的判断能力の発達には、個人差がある。したがって、一つの物差しを基準とするパターンリスティックな干渉は、二重の意味で抑止されなければならない。
- ④将来における自由の行使の“訓練”としてできえ、現在における自由の行使を認められない場合でも、子どもの「意見表明権」を尊重し、子ども本人の利益について判定するに当たっては、発達しつつある子ども自身の意思を適切に重視しなければならない。

そして、「子ども自身および親に、子どもの自由の行使のあり方をゆだねるだけでは、子ども本人の合理的な判断能力を身につけることができず、将来、自律的な判断能力にもとづいて自由を行使することがもはや取り返しがつかないほどにむずかしくなるという場合に限って、国家によるパターンリスティックな干渉が許される」<sup>(44)</sup>と結論づけている。

上記の指摘が、佐藤憲法学における「子どもの人権」論から大いに示唆を受けていることは、一目瞭然である。しかし、上記の正当化基準（干渉の限界）の設定に関しては、いくつか検討しなければならない点もある。

①に関しては、確かに、教育の私事性原則に立てば、親が子供の成長・発達に関して第一次の責任を果たすべきであるが、現代では、親が子供の「利益」を守れず、むしろ子供の人権を侵害する事例も多くなっている。他方、親が子供の合理的判断能力の形成に責任を果たせないと判断され、国家のパターンリズム的干渉が求められるとき、直接的干渉の「範囲」はどのように決められるのであろうか。たとえば、児童虐待から子供の「権利利益」を守るため、親権

停止制度の創設、未成年後見制度の改正がなされたが、内在的制約原理によるにせよ、間接的パターンリズムによるにせよ、国家が私的領域にどこまで干渉できるかについては、なお検討すべき問題がある<sup>(45)</sup>。

また、②③に関しては、成年年齢で大人／子供を区別する「成年制度」の問題点が自覚されなければならないが、すべての子供の形式的平等を確保するため、「成年制度」という形式的基準を否定しないとしても、その枠組の中で、子供の合理的判断能力の発達の多様性と個別性を考慮しつつ、パターンリズムの正当化基準をどのように多角的に設定できるかが課題としてある。

④に関しては、「間違える権利」をどう考えるかという問題が関係している。田中氏が、次のようにのべるとき、それは全く正しいと思われる。

「個人の自由の特質・価値について、自律（カント）、個性（ミル）など、どのような観念を中心にとらえるにしろ、個人は、賢明でない誤った判断であっても、そのような判断行為自体から学びつつ、試行錯誤的に判断能力を高め、各人各様の『統合的人格（personal integrity）』を徐々に形成し、その自律や個性を完成してゆくものであると、個人の自由の基底にある人格概念を発展的動態的にとらえることが、とくにパターンリズムの正当化の考察においては重要である。パターンリズムが、個々人の善き幸福な生き方を自主的に選択し追求する自己決定権と両立するためには、究極的には、被介入者の人格の尊重と配慮に基づいており、その統合的人格の形成・維持という観点からみても是認できるものでなければならない。』<sup>(46)</sup>

今日、国家・社会制度の中に業績主義と効率主義が広くかつ深く浸透し、子供にとっての「間違えること」の発達の意義が軽視され、場合によっては、罪悪視されるような、反教育的状況が蔓延している。子供の「意見表明権」は、当然、間違える権利を排除するものではない。子供の「意見表明権」は、その意見が「正しいか（望ましいか）」「正しくないか（望ましくないか）」にかかわりなく、その時その時の子供の自己決定権の行使として尊重されるべきものであるが、同時に、子供の「意見」を聴くことは、実質的な対話を成立させる契機としても重視されるべきである。

## 2 子供の性的人権論の展開のために

本稿の冒頭で、性的人権が憲法13条を法的根拠とする性的自己決定権（性的

自由)を中核として構成される人権である、とのべたが、子供の性的人権をどのように捉えるべきかについては、明らかにしなければならない問題がある。理論的には、子供のセックス／ジェンダー／セクシュアリティに関わる問題を子供の人権保障の問題として捉える場合、普遍的な人権論として措定すべきなのか、セックス／ジェンダー／セクシュアリティに関する非対称な二重基準が社会的に遍在している現状を重視し、特殊な人権論(性的人権論)として措定すべきなのか。あるいは、ひとまずは、特殊な人権論(性的人権論)として措定するにしても、最終的には、普遍的な人権論に統合していくべきなのか<sup>(47)</sup>。

子供の人権を論ずる場合、大人—子供関係と同時にジェンダー関係をも視野に入れるべきであるというのが本論の立場である。この立場からみると、普遍主義的な子供の人権論では、大人—子供関係、教師—生徒関係、生徒同士の関係などにおいて発生する、子供のジェンダーやセクシュアリティに関わる問題が軽視されてきた嫌いがある。そのため、当面、セックス／ジェンダー／セクシュアリティに関わる人権として子供の性的人権を捉え、その内容を検討していくことが必要であると思われる。

しかし、この理論構成には、もしかしたら致命的な難点があるのかもしれない。それは、性的自己決定権をどのように捉えるかという問題に関わっている。「大人」の性的自己決定権(性的自由)を否定する人はいないであろうが、後述するように、「子供」の性的自己決定権は、性的自己決定能力の発達・成熟の「状況」に応じて、現行法制では認められないか、制限される、との現行法制解釈論が、未成年者の売春や「援助交際」など子供の「性的な問題行動」との関連で提示されているのである。その意味では、子供の性的自己決定権の保障という視点から性的人権の内容論を構成することに関心をもつ者としては、性的自己決定権をどのように認識するかという論点について検討する意味は大きい。そこで、最後に、子供の性的人権の保護・制約原理と関連する限りで、若干の検討を行っておきたい。

たとえば、文部科学省『学校における性教育の考え方、進め方』(平成11年初版、平成18年第7版)では、「性的な問題行動」として、「10代における性交に関する意識や態度は、男女に寛容な傾向が見られる。中学生においても、テレホンクラブ、ツーショット・ダイヤルなどの性風俗産業に接近したり、中に

はいわゆる『援助交際』等の性の逸脱行動に走る生徒もいる。特に、『援助交際』については売春であり、法的にも倫理的にも許されないこと、また、予測される不幸な事態について理解させる必要がある」(41頁)と指摘されている。ここで指摘されている「法的にも倫理的にも許されない」とはどのような意味なのだろうか。教育におけるモラリズム(「道徳原理」)の問題については、不十分ながらも言及したので、ここでは、子供の「性」の規制に関する現行法制をどのように捉えるかについて考えたい。

この際、大津氏が、内的制約原理と政策的制約原理により人権制約原理を捉えようとする「純粹二原理説」に対して、「『子どもへの有害性』や『保護する必要性』の法理は、実は特定の時代、特定の社会の『常識』に過ぎず、変化の著しい時代・社会においては、解釈者の『常識』そのものを問い直すような人権制約の法理が必要だということである。にもかかわらず、もし喫煙の自由規制を政策的制約原理で処理しようとするならば、過度の人権制限が一部為政者の『大人の常識』で正当化されかねないのである」<sup>(48)</sup>と指摘している点は、十二分に考慮されるべきであろう。子供の性的人権の保護・制約の論理(人権保障論)において、「解釈者の『常識』そのものを問い直すような人権制約の法理」をどのように構築していくかが、課題である。

さて、辻村みよ子氏は、「性的自己決定権の陥穽」と題して、次のような指摘を行っている。

まず初めに、辻村氏は、「問題は、最近の未成年者の売春や『援助交際』が、性的自己決定権や自己責任論の名のもとに正当化される傾向にあることである。さらに、性業女性のように経済的理由で売春を行うのではなく、13~15歳程度あるいは小学生の少女が『ブランド品ほしさに』あるいは小遣いを得るために売春する『先進国』日本の状況について、途上国からも疑問の声が上がっている」<sup>(49)</sup>とのべ、未成年者の「性」をめぐる深刻な現状が語られる。

次に、現行法制に関わる解釈としては、「自分の身体を自分で売ることのどこが悪いか、という自己決定・自己責任論が提示されているが、法的には、18歳までは、そもそも状況判断しうる自己決定能力自体が完全ではないと解されている」<sup>(50)</sup>、「このような法制では、13歳未満は性的自己決定能力がないためその性的自由や身体が無条件に保護され、18歳未満は性的自己決定能力が低いことから、買春や淫行行為から法的に保護されていることがわかる」<sup>(51)</sup>と、「通

説」的な見解が語られる。

最後に、自己決定権については、「個人の自己決定権は、その人権を行使しうる状況・能力があることを前提に成立する。その能力に欠けるものにとって、表面的な自己決定権論は、人間の尊厳を失わせるものでしかないだろう。さらに、援助交際の背景に買春男性の暴力行為や性業者の介入が伴う場合には、自己決定権の名のもとに重大な人権侵害がもたらされるという論理矛盾を十分理解することが求められる」<sup>(52)</sup>と指摘される。

言うまでもなく、現行法制についての解釈は、売春や「援助交際」を行う子供だけではなく、すべての子供に一般的に適用される解釈である。以上の引用箇所において検討すべき問題と思われるのは、以下の諸点である。

第1に、「13歳未満は性的自己決定能力がない」とはどのような意味であろうか。また、自己決定権は、「その人権を行使しうる状況・能力があることを前提に成立する」とはどのような意味であろうか。一般に子供の人権保障という場合、「行使しうる状況」や「能力」が人権保障の前提条件とされているのだろうか。あるいは、性に関する自己決定権についてのみ、そのような前提条件が設定される必要があるのだろうか。

性的自己決定権は、「性行為の自由」や「出産の自由」などだけではなく、髪形や服装などを選択する自由など、ジェンダーに関する事柄をも法益として含んだ広い概念として了解されるべきである。その上で、子供の性的自己決定権の保障に関しては、親・教師・国家などとの関係性において、子供の「最善の利益」のために、誰が、何を、どのように「代行保障」するのかについて検討する必要がある。子供の人権の「代行保障」という場合、子供の自己決定権を論理的な前提としている。子供の性的自己決定権を保護・制約する必要がある場合、もしこの前提が存在しないとすれば、そもそも、内在的制約原理も、直接的パターンリズムも、間接的パターンリズムも、子供の性的自己決定権の制約原理として成立する余地がない。自己決定権は、「自律に対する能力」を秘めた人間的存在性に基づいて保障される人権であり、實際上、自己決定権を行使する「能力があるか、ないか」によって認められる人権ではない。

第2に、第1とも関連するが、「自律」と「保護」の関係をどのように捉えたらよいであろうか。大人も子供も間違いを犯す。国家も間違いをおかす。大人や国家以上に子供の人権が保護・制約されるのは何故か。大人以上に子供が



「保護」＝「規制」されるべき存在であるとするならば、その保護・制約の正当化基準は何によるのであろうか。言い換えれば、「精神的成熟／未熟」を基準として大人／子供を分割する「成年制度」で十分なのだろうか。

第3に、子供の人権論の構成の前提として、子供の人格的自律への発達・成熟をどのように捉えるか。「子どもの主体性を可能なかぎり信頼し、失敗から学ぶことを保障するために、子どもの失敗に対して性急に自己責任追及することを否定し、何度でも間違いつつやり直す権利を社会的に保障するような権利論の構築の必要性」<sup>(53)</sup>という主張をどう考えるか。公教育制度における子供の人権の保護・制約原理の特殊的構成があり得るとするならば、「自己決定能力自体が完全ではない」ことに基づく「間違える権利」、「意見を表明する権利」（子供の権利条約）をどのように理解し、どのように保護するか。

さて、本稿では、以上の論点をすべて取り上げる余裕がないので、ここでは、「自律」と「保護」に関わる現行法制の解釈について言及し、まとめとしたい。

一般に、現行法制度の形式的解釈が前提としているのが、満20歳を基準にして大人／子供を分ける、いわゆる「成年制度」論である。「成年制度」による子供の人権の保護・制約論を代表するものとしてしばしば取り上げられるのが、岐阜県青少年保護育成条例違反被告事件最高裁判決に際しての伊藤正己裁判官の補足意見である<sup>(54)</sup>。長くなるが、引用しておく。

「青少年の享有する知る自由を考える場合に、一方では、青少年はその人格の形成期であるだけに偏りのない知識や情報に広く接することによって精神的成長をとげることができるところから、その知る自由の保障の必要性は高いのであり、そのために青少年を保護する親権者その他の者の配慮のみでなく、青少年向けの図書利用施設の整備などのような政策的考慮が望まれるのであるが、他方において、その自由の憲法的保障という角度からみるときは、その保障の程度が成人の場合に比較して低いといわざるをえないのである。すなわち、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、右の選別能力を十全には有しておらず、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ねばならない。もとよりこの保護を行うのは、第一次的には親権者その他青少年の保護に当たる者の任務であるが、それが十分に機能しない場合も少なくないから、公的な立場からその保護のために関与が行われることも認めねばならないと思われる。」

人権は個人的なものであるにも関わらず、「成年制度」という形式的基準でもってすべての子供の人権を一律に規制できるとする捉え方は、子供の人権の保護・制約論としては、いかにも形式論に過ぎると言わなければならない。この立場に立てば、「精神的未熟さ」という概念が抽象的であるため、大人の「常識」によって子供の人権はどこまでも規制（操作）できるということになりはしないだろうか。そもそも、「成年」になっても、自己の欲望を充足する手段として「他者」を侵害する大人がいるから、子供が「犠牲」になるのである。「女性の問題」が「男性の問題」であると同様に、子供の問題は大人の問題であり、子供の人権を規制して解決するような問題ではない。

子供が「未成熟」で「判断能力」に欠けるところがあるため、子供の行動をそのまま放置しておいたら子供自身が将来にわたって回復不能な重大な侵害を受ける可能性があるので、大人が、子供の「利益」を保護するため、一時的に子供の人権を制限することができるとした場合、子供の自己決定や自己選択の自由をどの程度まで制限できるのか、また、その制限の「範囲」や「期間」をどのように画定できるのか。子供の自己決定権の行使を制約する原理を、内在的制約原理、法的パターナリズムのいずれから正当化するか、あるいは諸原理の複合的構成をもって現行法制を正当化するか、明らかにされなければならない。そうでないならば、現行法制を安易に正当化するか、子供の自己決定権に対する無限的な「干渉」を促進することになる可能性を否定できない。

たとえば、刑法は、男女とも13歳を性的同意最低年齢と定めている。刑法177条によれば、暴力や脅迫などを用いて13歳以上の女子を姦淫した場合、強姦罪が成立する。同様に、13歳未満の女子が「同意」の下で性的行動を為した場合も、強姦罪が成立する。しかし、13歳以上の男女が「同意」の下で性愛行為をした場合は、この限りではない<sup>(55)</sup>。

他方、「18歳に満たない者」の性的自己決定権（性的自由）を侵害する性的搾取や性的虐待等から「保護」する制度として、児童福祉法34条1項6号（「児

童に淫行をさせる行為」の禁止)、児童買春・児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律、インターネット異性紹介事業を利用して児童を誘引する行為の規制等に関する法律、都道府県青少年健全育成条例などが制定されている。青少年健全育成条例以外の法令については、基本的には、侵害原理(加害原理)だけで正当化できるかもしれないが、性的同意最低年齢の法定は、内在的制約原理(侵害原理)、法的パターナリズムのいずれの原理によって正当化されるのであろうか。法的パターナリズムによって正当化されるのであれば、当然、その正当化基準が精緻に構成される必要がある。

刑法上は、13歳以上の男女が性的自由の行使として性愛行為を行っても処罰されない。あるいは、民法731条は、男女の婚姻年齢を男が満18歳、女が満16歳と定めている。この規定も性的自己決定権の行使を制限する規定であるが、もしも満16歳の女が結婚すれば、法律上、「大人」と看做される。男女間の2歳の保護・制約の差はどのような原理に基づいて正当化できるのであろうか。

若干の事例を示したに過ぎないが、言うまでもなく、性的自己決定権の侵害や人格に対する暴力的な侵害から個人を守る国家行為は、国家の存在理由の一つである。しかし、子供の「性」に関する現行法制が合理的に構築されているかどうかは、疑ってみた方がよいであろう。とすれば、現行法制を「解釈」してもその解釈に正当性があるかどうかも疑ってみた方がよいであろう。子供の性的人権保障論としては、「成年」と「未成年」という形式的分割によってではなく、子供の成長・発達・成熟を連続的に捉える視座から、人間発達の個体差も考慮し、具体的な事例に応じて、性的自己決定権を発達論的に解釈していく必要もあるのではないだろうか。

他方、学校教育の現場では、子供の人権や自由を当然のこととして規制し、小さいうちから人権享有行使主体として考えたり行動したりする機会が制限され、日常起こりうる個々の「紛争」を人権の対立・調整の問題として経験主義的に学習する機会も少ない、という現実がある。「人権」の意味も知らずに自分勝手に打算的な子供が育っているとすれば、そして「自己への加害行為」に走る子供がいるとすれば、それは、「未熟」で「判断能力に劣る」子供の責任ではなく、学校を含む大人社会の問題状況が凝縮して子供の意識と行為に反映されているからであると考えべきであろう。その意味では、学校において人権教育をどのように展開するかという課題への取り組みを強化すると

もに、子供の性的自己決定権を制約するか、大人の性的自己決定権を規制するか、どちらの選択が子供の人格的自律への発達にとって意味があるのかを慎重に検討する必要がある。

子供が、親や教師、社会に対してどれほど反抗的で逸脱的であっても、子供は、素直に大人や社会から学んで育っているのである。ただ、親や教師が望むように行動しないだけである。未成年者の売春や「援助交際」は、確かに深刻な問題ではなるが、大人社会の矛盾に起因する社会的な問題であり、性的自己決定権の「陥穽」ではない。

人間は間違いをおかす生き物 (error is human) である。子供に限らず、大人も国家も間違いをおかす。この人間の特質を考慮して国家・社会制度の一部が構築されていると言ってもあながち間違いではないであろう。子供の人権の保護・制約原理をめぐる議論も、子供が間違いをおかしその人生を台無しにすることがないようにとの大人の善良なる思いに基づいていると言えなくもない。もし子供の人権の保護・制約原理が人と人との絆を希求する共感的理性に基づくものであるならば、「精神的に未熟で判断能力に劣る」子供には、大人以上に、間違いから学ぶ権利が保障されなければならないであろう。

最後に、学校教育制度の在り方について一言付言する。大人が、子供の間違いと向き合う勇気を持って、子供が、その発達と成熟に応じて、人格的自律性を獲得する機会を保障され、自己決定の行使領域を拡大していけるように、子供と大人(教師)との間で徹底的に自由な対話ができるような、人権と自治を尊重する学校教育制度を構築していくことこそが重要である。その意味では、子供の人権の保護・制約をめぐる議論が成立する前提は、学校において子供の自己決定権が保障されていることである。言い換えれば、子供の人権と自治を尊重する学校の在り方が確保されていることが、子供の人権の保護・制約が認容されるための教育制度的前提であると言わなければならない。

## 注

- (1) ここでは、「権利」と「人権」の異同について論ずる余裕はないが、国際家族計画連盟 (IPPF) の文書では、“Sexual rights are human rights related to sexuality”と定義されており、本稿では、この定義にしたがっておく。詳しくは、拙稿「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～」駿河

台大学比較法研究所紀要『比較法文化』第20号（2012年）、19-76頁参照。

- (2) 文部科学省『生徒指導提要』教育図書株式会社、2010年、1頁。
- (3) 文部科学省同上書、11頁。
- (4) 森田伸子著『子ども時代』新曜社、1983年、172-175頁。中川久定『「エミール」とルソー』字沢弘文・河合隼雄他編『転換期における人間』（岩波書店、1990年）参照。
- (5) 宮澤康人著『大人と子供の関係史序説』柏書房、1998年、22頁以下参照。
- (6) 文部科学省前掲書、192頁。
- (7) 「児童の権利に関する条約」に関する文部事務次官の「通知」（平成6年5月20日）は、いじめ・校内暴力・登校拒否・高等学校中途退学、体罰の禁止、校則、意見を表明する権利、懲戒処分、出席停止、国旗・国歌の指導について教育行政当局の見解を伝えている。この通知の目的は、子供の権利条約の批准によっても学校政策に関する基本姿勢に変更の必要性がないことを伝えるためであったのではないかとと思われる。

この文書では、「学校教育及び社会教育を通じ、広く国民の基本的な人権尊重の精神が高められるようにするとともに、本条約の趣旨にかんがみ、児童が人格を持った一人の人間として尊重されなければならないことについて広く国民の理解が深められるよう、一層の努力が必要であること」と指摘され、次のような見解が示されている。

- ①本条約の趣旨を踏まえ、日本国憲法及び教育基本法の精神にのっとり、教育活動全体を通じて基本的人権尊重の精神の徹底を一層図っていくことが大切である。
- ②もとより、学校において児童生徒等に権利及び義務をともに正しく理解をさせることは極めて重要であり、この点に関しても日本国憲法や教育基本法の精神にのっとり、教育活動全体を通じて指導する。
- ③本条約第12条から第16条までの規定において、意見を表明する権利、表現の自由についての権利等の権利について定められているが、もとより学校においては、その教育目的を達成するために必要な合理的範囲内で児童生徒等に対し、指導や指示を行い、また校則を定めることができるものである。
- ④校則は、児童生徒等が健全な学校生活を営みよりよく成長発達していくための一定のきまりであり、これは学校の責任と判断において決定されるべきものである。
- ⑤本条約第12条1の意見を表明する権利については、表明された児童の意見がその年齢や成熟の度合いによって相応に考慮されるべきという理念を一般的に定めたものであり、必ず反映されるということまでも求めているものではない。（「児童の権利に関する条約」について（文部事務次官通知）文初高第149号 平成6年5月20日）

子供の権利条約は、子供を人権享有行使主体として捉えている。意見を表明する権利もその一環である。その意味では、意見を表明する権利に関する上記通知の受け止め方には問題があると言わなければならない。

- (8) 宮沢俊義著『憲法Ⅱ〔新版〕』有斐閣, 1974年, 246-247頁。
- (9) 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), 36頁。
- (10) 佐藤幸治著『憲法〔第三版〕』青林書院, 1995年, 448頁。
- (11) 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よつて生ずる権利(名誉権, プライヴァシーの権利, 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, ⑦参政権の権利, ⑧社会権の権利などに類型化される。佐藤前掲書, 449頁。
- (12) 佐藤前掲書, 461頁。同著『日本国憲法と「法の支配」』有斐閣, 2002年, 148頁, 同著『現代国家と人権』有斐閣, 2008年, 101頁参照。
- (13) 芦部信喜著『憲法学Ⅱ人権総論』有斐閣, 1994年, 392-393頁, 404頁。
- (14) 佐藤前掲書, 413-414頁, 461頁。
- (15) 菱村幸彦著『生徒指導の法律知識』第一法規, 1977年, 29-36頁。
- (16) 菱村幸彦著『学校経営と法律の接点』教育開発研究所, 2002年, 184-187頁。判例研究としては、阿部泰隆「丸刈り強制校則の処分性と入学前の生徒の原告適格」ジュリストNo1061(1995年), 117-120頁。市川須美子「中学校校則の処分性—丸刈り訴訟最高裁判決」法学教室No191(1996年), 98-99頁, 前田雅子「生徒心得における丸刈り等の定めと抗告訴訟の許否」ジュリスト臨増6月10日号(Na1113), 1997年, 40-41頁。
- (17) 「座談会 パターナリズムの現在」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, 243頁。
- (18) 大津前掲論文, 33-34頁。
- (19) J.S. ミル著(塩尻公明・木村健康訳)『自由論』岩波文庫, 1971年, 24頁。
- (20) 同上書, 25頁。
- (21) 横山謙一「パターナリズムの政治理論」澤登編著前掲書, 166頁。
- (22) 大津前掲論文, 34-36頁。
- (23) 大津前掲論文, 54-55頁。
- (24) この二類型については、すでに澤登氏が指摘している。第一類型は、「侵害原理とパターナリズムとを相互に独立した原理として、一つの法体系の中に並列的に置く考え方」であり、「たとえば、侵害原理に基づいて犯罪・非行の法概念を形成し、それらの行為に対して刑罰・保護処分などの社会的制裁を加えることの正当化根拠を侵害原理に求める一方で、それらの社会的制裁の内容を、パターナリズムの要素を多分に含んだ『社会復帰』『健全育成』という目標にできるだけ適合したものにしていくことが要求されている」とする。第二類型は、「パターナリズムが侵害原理の中に完全に組み込まれた型」であり、「パターナリズムに基づく国家の行政作用(福祉活動)を妨害することによって市民の生活利益を間接的に侵害する行為を犯罪としてとらえ、侵害原理に基づいてそれらの行為に刑罰の制裁を加えるという介入の仕方」として説明されている。澤登俊雄「犯罪・非行対策とパターナリ

- ズム」澤登編著前掲書，148-149頁。
- (25) 佐藤幸治著『現代国家と人権』有斐閣，2008年，192頁。同書には，子供の人権に関する論考として，「子どもの「人権」—人格的自律権の観点から—」（第1論文）と「子どもと参政権的権利」（第2論文）が収められている。第2論文には，佐藤説に対する大津氏の批判を自覚した考察が含まれている。たとえば，230頁参照。佐藤前掲書・（注10），412頁。竹中勲氏は，佐藤説が「限定されたパターナリスティックな制約」原理の実定法上の根拠をどこに求めるのか，必ずしも明確ではないとの指摘の中で，「自己決定権の『限定されたパターナリスティックな制約』原理に基づく制約は自己決定権に内在するもので，とくに人権制約の根拠規定をあげるまでもないと解されているのであろうか」とのべている。竹中勲『憲法学とパターナリズム・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年，193頁。
- (26) 同上書，206頁。
- (27) 同上書，236頁。
- (28) 同上書，194頁，208頁。
- (29) 同上書，229-230頁。
- (30) 同上書，204頁，208頁，229-230頁。
- (31) 同上書，230頁，232-233頁。
- (32) 同上書，233-234頁。
- (33) 同上書，235頁。
- (34) 田中成明著『現代法理学』有斐閣，2011年，181頁。
- (35) 同上書，184頁。
- (36) 「児童の権利条約は，子どもの権利としての人権の展開である。子どもに関しては，家庭でも，学校でも，保護の客体の典型とされている。だが，保護されることは，子供の権利である。子どもには，子どもとしての存在から認められる子どもの権利がある。子どもであることは，その，人としての存在に由来する権利を縮減する理由にはならない。むしろ，子どもという存在ゆえに，より手厚い権利保障が求められる。だから子どもの保護に関わる権力は，子どもの人権のためにのみ，その存在が承認されるのである。子どもであっても，というよりも子どもだからこそ，子どもも，一人の人として，その人にふさわしく遇されなければならない。」，「今日の権力の正当化根拠は人権保障として構成される。」花岡明正「パターナリズムの正当化基準」澤登編著前掲書，226-227頁。
- (37) 田中著前掲書，183頁。田中氏は，法的パターナリズムにおいては，「国家などの公権力機関が個人に対して法的規制によって干渉することの当否・限界が問題となる」とし，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）原理を指摘している。田中成明著『現代法理学』有斐閣，2011年，177-187頁。なお，1994年版では，④同意（意志）原理は，「意志原理」となっている。同著『法理学講義』有斐閣，1994年，147頁。
- (38) 同上書，183頁。

- (39) 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
- (40) 西原博史著『良心の自由と子どもたち』岩波新書, 2006年, 141頁。
- (41) 澤登前掲論文澤登編著前掲書, 142頁。
- (42) 渡辺洋三・甲斐道太郎・広瀬清吾・小森田秋夫編『日本社会と法』岩波新書, 1994年, 130頁。
- (43) 同上書, 132頁。
- (44) 同上書, 133-135頁。
- (45) 佐藤教授は, アメリカにおける親による児童虐待の事例に言及しつつ, 「『子どもの権利』の名において, 政府による子どもの積極的保護が主張されるようになったことは事実である。この立場を押し進めると, 今や政府こそ子どもの最善の保護者・『子どもの権利』の実現者ということになる。しかし, 不用意に政府による保護を強調し, 家庭への政府の介入を広く認めることは, 子どもの幸福につながらないだけでなく, 多面的な社会構造を傷つけることになるかもしれない」と指摘している。佐藤著前掲書 (2008年), 231頁。公私二元論批判は慎重に進められる必要がある。
- (46) 田中著前掲書, 181頁。
- (47) 性的人権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問題意識は, 辻村氏の示唆に負うところが大きい。辻村みよ子著『ジェンダーと法』不磨書房, 2005年, 249-250頁。
- (48) 大津前掲論文, 39頁。
- (49) 辻村みよ子著『ジェンダーと法〔第2版〕』不磨書房, 2010年, 257頁。
- (50) 同上書, 258頁。
- (51) 同上書, 259頁。
- (52) 同上書, 259頁。
- (53) 大津前掲論文, 58-59頁。
- (54) 岐阜県青少年保護育成条例違反被告事件最判平成元年9月19日刑集43巻8号, 791-792頁。伊藤裁判官の補足意見に対する批判的論点の提示としては, 植村勝慶「性表現が規制される理由」澤登編著前掲書, 67-77頁。
- (55) 今年の7月, 女性に対する暴力を一掃する施策の一環として, 男女共同参画会議が, 性的同意最低年齢を定める刑法規定の改正議論を公表した。「報告書」では, 「性交同意年齢」という表現は, 「暴行又は脅迫を用いない姦淫によっても強姦罪が成立する年齢を『性交』を『同意』することができる『年齢』であるかのような印象を与える」として, この言葉を使用しないとしている。男女共同参画会議女性に対する暴力に関する専門調査会「『女性に対する暴力』を根絶するための課題と対策～性犯罪への対策の推進～」(2012年7月25日), 8頁。