

権利の多層性に関する一考察

—子どもの権利を素材として—

おおえ ひろし
大 江 洋

目 次

はじめに	39
第1章 子どもの権利の構造	41
第1節 総説	41
第1項 実定法上の子どもの権利の位置づけ	41
第2項 (国内の) 子どもの権利・人権研究の傾向性	42
第2節 これまでの子どもの権利論の構造分析	43
第1項 包括的学習権説	44
第2項 子どもの人権・法的権利説	45
第3項 保護と自律の関係説	46
第3節 子どもの権利論(権利基底的理論)への反論・対抗的理論	48
第1項 子どもの権利を直接問う議論	48
第2項 子どもの権利を間接的に問う議論	49
1) 領域区分論	49
2) 他価値優先説	51
第2章 自律ベースの子どもの権利論構想とその多層性	52
第1節 自律ベースの子どもの権利論	52
第1項 自律観念	52
第2項 平等な機会原理	53
第3項 リベラル・パターナリズム(機会現実化の一過程)	54
1) 正当化し得るパターナリズム	55
2) 過介入への歯止め	56
第4項 子どもの権利(権利を軸とした機会の現実化過程)	57
第2節 子どもの自律にまつわる哲学的限界・前提	59
第1項 自律の限界・制約	59
1) 自律陶冶過程の難点	59
2) 自律に向けての依存	60
3) 自律以外の価値	61
第2項 自律の前提・正当化	61

第3節 多層的権利論に向けて	63
第1項 “権利論的” 検討	63
第2項 結び—応用問題への予備的考察として	65

はじめに

現代の世界におけるキーワードとなるであろう“開発・発展”，“環境”，“民族”，“共生”という問題とならんで，さらにはその問題を貫通して存在するとも言えるものが，人権の概念である。ここ数十年の人権保障の歴史を振り返ってみれば，その保障の範囲・内実は大変に拡大されてきたと言えよう。たとえば，1948年に採択された世界人権宣言以降，それまで“不可視”の存在であった少数民族（minority）・女性・子ども等の権利・人権に対する宣言・条約が生まれてきている。国内に目を転じてみよう。高度経済成長期を経過して，共同体・家内部での伝統的な紛争処理は次第に機能不全となり，また市民運動に代表されるように，国民・市民の権利意識も高まってきた。こうして，さまざまな権利主張がなされるようになり，さらには環境権等のいわゆる“新しい権利”も唱道され，権利をめぐる状況は非常に錯綜したものとなっている。

だが，以上のような“権利・人権の隆盛”をすべての者が手放しで肯定的に評価しているわけではない。そこではまず，ねじれた“権利アレルギー”が挙げられる。われわれは，自己主張を根拠づける際には割と容易に権利を持ち出すのに対して，他人がそうした権利に基づく自己主張をする時には冷たく処遇することもままある。他人の権利主張を見聞きする際の，「自分のことを棚に上げて権利，権利って何を言ってるんだ」というような反応は，日本人にあっては決して偏頗なものとは言えないのではないか*1。さらなる問題点として，権利観念の拡散化がある。田中成明教授によれば，現在の日本人にとっての権利観念は，伝統的な法的権利観念のメルクマールである「互酬的な（reciprocal）普遍主義的規範意識」に裏付けられておらず，むしろ「独特な生存権感覚」を中心とした人権観念が権利イメージとなっている（田中，1987，17-25頁）。このような権利拡散の帰結として，権利主張の自主的調整が困難となり，その調整作業を公権力に依存するようになってしまうと

いう危険性を，田中教授は指摘する（同25-9頁）。けれども同時に，権利観念の拡散が“道徳的権利”や“第一次的権利”として裁判外での効果を担い，謙抑的な「自己抑制型リーガリズム」を打破し，そのことが結局法システムの活性化につながっていく可能性・重要性も無視できない*2。言ってみれば，権利観念の拡散化という問題状況をふまえて，そこでの権利観念の〈内容〉〈機能〉〈正当化〉〈生成過程〉等を考えることは，まったくの徒爾に終わるわけではないだろう。

さて，上記のようにわれわれのまわりの権利観念は現在多種多様な規範的レベルで主張され，さらにはやはり多種多様な機能をも同時に果たしてきている。つまり，そこには〈規範力に関する権利のグラデーション〉および〈権利の性質・意味に関わる多元性〉を合わせ持った権利の“多層性”*3が存在しているのである。では，そうした問題を考察するにはどんな切り口があるのだろうか。本論文では，その切り口を“子どもの権利”に求めていきたい。

ここ十年来，様々な角度から人々の耳目を集めている“子どもの権利”も，その権利観念が必ずしも整然と理解されてきたわけではない。たとえば，そこでの（子どもの）権利は，〈道徳的・背景的権利なのか，あるいは制度的・法的権利なのか〉，〈単なる行為規範としての権利にとどまるのか，裁判規範等の回復的な権利となるのか〉，〈その権利の正当化は，実定法上根拠付けられなければならないのか，あるいは他の原理・根拠（自然権，教育条理，人間観・子ども観，当事者間の合意等）によらなければならないのか〉，〈幼児と青年等の権利主体の成熟度の違いによって，その権利内容はどれほど異なるのか〉，〈子どもの権利を肩代わりする親等の代理権の行使はどのように解されるのか〉…等々のコントロールヴァーシャルな問題がたちどころに表出する。

子どもの権利（論）がはらむこうした様々な問題の中で，特に子どもの権利の内容・機能・正当化等の問題を中心に考察していくことが，本論文の出発点としての問題意識である“権利の多層性”

を明らかにしていくことに資するのではなかろうか。換言すれば、従来、教育（学）における固有な問題として、あるいは法哲学や権利論において比較的“マイナーな問題”として考えられてきた子どもの権利の問題は、こうした分析の視点からは権利に関する一般理論に対してそれなりの意義を有すると考えられる。また、子どもの権利の問題の重要性は、現在第三世界で起こっているような“飢餓・貧困”（ストリート・チルドレンの存在）や、アメリカ等での“児童虐待child abuse”等の“深刻”な部分にあるのであって、権利の内実を哲学的に考えることにあるのではないというような批判も予想される。しかし、現在の日本においても、子どもに対する人権侵害は確実に存在している（子どもの権利論を“支える”事実性の存在）⁴。いわば子どもの権利問題を考えることは、現在の日本においても現実的意味を持っているのである。そして同時に押さえておくべきことは、誰の目にも明らかな権利侵害の問題を論じることだけが権利論の守備範囲ではないということだ。むしろ、権利の内容・機能・正当化等が論争的なレベルにある問題こそが、(法)哲学的考察の対象と言えるだろう。そして、あえて言うならば、子どもの権利問題はこうした考察にふさわしいと私は考えている。さらに以下に見ていくような様々な権利主張の強さ(権利のグラデーション)、多様な権利の性質・機能という権利の多層性の観念・視点は、意識的・自覚的ではないにせよ現在の子どもの権利(論)においてすでに主張されてきているのではなかろうか。たとえば、教育運動等における子どもをめぐる規範的問題の解決・処方のある方をめぐり議論に際して、子どもの権利がしばしば主張(様々なレベル・態様で)される一それが単なる“枕詞”となるかどうかはさておきことなどはその典型的な証左である。そして、こうした事実の展開にふさわしい理論的対応・応答は、自己抑制的なリガリズムでは決してなく、それは権利の“多層性”に自覚的なものに違いない。権利の多層性という問題関心から、子どもの権利問題を取り上げ、そこでの固有の論点を考え

て行きながら、最終的には権利の一般理論に寄与していきたいということが本論文の“目論見”である。

以上のような問題解明をおこなっていく際には、いくつかの子どもの権利(論)固有の論点が現れる。その中でも本論文では、“子どもの保護(介入)と自律(自己決定)⁵の両契機を如何に評価すべきか”という観点を基本的な問題枠組みとしていきたい。一般的に権利問題を論じる場合、当該の権利が保障されるのであれば、本人がその権利をどのように行使するのか、または当該の権利をどのようにして本人が獲得していくのかというようなことは、中心的な問題とはならないだろう。しかし、何らかの意味での子どもの要保護性を意識するならば、子どもの権利問題の考察は子どもの保護(介入)のあり方、自律(自己決定)のあり方と合わせて考えていかねばなるまい。

こうした問題関心から、次のように叙述を進めていこうと考えている。まず、第1章において、従来子どもの権利がどのように捉えられてきたかについて、主として教育法学・憲法学の先行研究を見ていく。その際の着目点として、権利の〈内容〉〈機能〉〈正当化〉という柱を設定し、これまでの議論が権利の多層性に十分な注意を払ってこなかったのではないかとすることを指摘する。さらに、権利を機軸とする“権利基底のright-basedな(子ども)理論”に対する現実的/可能的な反論・異論を検討し、その検討から逆に権利基底の(子ども)理論の意義を再確認する。

第2章では、子どもの自律という理念を基礎づけることを目指しつつ、その関連概念である〈保護(介入)的契機であるパターンリズム〉について論じる。そして、権利基底でありさらに保護(介入)と自律(自己決定)の両契機を含んだ自分なりの子どもの権利論を提示する。それは従来の子どもの権利論を原理から問い直す作業でもある。具体的には、リベラル・パターンリズムの構想を組みこんだ自律ベースの子どもの権利論の提案が中心となるだろう。その際、必要な範囲で“自律(的人格)志向的”な権利論の意味を押さえる。

そして、以上の本論文全体が、ひとつの多層的権利のあり様を示し、そのことが権利の一般理論に益するというを示して最終的な結語としたい。

第1章 子どもの権利の構造

第1節 総説

第1項 実定法上の子どもの権利の位置づけ

近代社会においては、すべての封建的な束縛(封建的土地所有制度、家長制度等)からの解放が唱えられ、そのことによって、すべての人間(自然人)に対する法主体性(法人格)が認められることになる。このことを、主として私法上の概念としてあらわしたものが、いわゆる権利能力(Rechtsfähigkeit)である。権利能力は、権利および義務の担い手(Träger)となりうる能力で、自然人にとっては、出生によって獲得され、死亡によって失われる性質のものである。実定法上は、民法において「私権ノ享有ハ出生ニ始マル」(第1条ノ3)と規定されており、もちろん子どもも含めたすべての自然人の権利能力が認められている(谷口・石田編, 221-3頁)。

権利能力が認容されることから直ちに、権利行使が認められるわけではない。当該法律行為の内容・本質を理解しない者を保護・救済するために、意思能力(Willensfähigkeit)という観念が設定されている。子どもに関しては、財産行為については7歳程度、身分行為については15歳程度から意思能力の存在が認められている。法律上の明文規定は存在していないが、通説上、意思無能力者のなした法律行為は無効である(谷口・石田編, 246頁)。

近代法の原則である「私的自治」の制度を円滑に遂行していくためには、こうした意思能力観念の擬制だけでは、まだ不十分である。なぜなら、意思能力の判定は個別的に判断しなければならず、意思能力概念だけでは、本人および相手方双方の取引等の安全を保障しにくい。また、上記の意思能力の要件をクリアする者でも、複雑な取引等ではさらなる保護も必要である。そこで、法律行為をなすのに未成熟な者を定型化したものが行為

能力(Geschäftsfähigkeit, Handlungsfähigkeit)制度である。民法においては、未成年者・禁治産者・準禁治産者の三者を定型的に行為無能力者としている。子どもに関しては、法律行為をする際には、法定代理人の同意を得ることを必要とし(第4条1項)、その同意が得られない場合は、当該行為を取り消すことができる(同条2項)という規定が存在している。

さて、憲法等の公法上での子どもの“法的能力”はどのように解されているのだろうか。従来、憲法学において人権享有主体性の概念は、主に外国人、天皇・皇族、法人に関して論じられ、子ども(未成年者)に関してはほとんど触れられてこなかった。その中で、早くから子どもの人権享有主体性について論じた宮沢俊義教授は、「人権の主体としての人間たるの資格が、その年齢に無関係であるべきことは、いうまでもない」(宮沢, 246頁)と述べている。今日多くの憲法学説が、子どもの人権享有主体性を認めている^{*6}ことは疑い得ないところである。ただし、そのことから直ちに子どものすべての人権行使(能力)までが認容されてきたわけではない。「まだ抵抗力の強くない青少年を守る」(宮沢, 247頁)、「人権の性質によって子どもには行使しえないものがある」(小林, 283頁)というような根拠によって、従来子どもの人権の制約は包括的に行われてきた。憲法上も成年制度を前提にしており、「公務員の選挙については、成年者による普通選挙を保障する」(15条3項)という規定が存在している。子ども自身の人権行使の制約としては、他にも青少年保護条例の存在等が挙げられるが、近年とみに注目を集めているのが、“学校における人権制約”の問題である。むしろ、この問題は、〈教育的裁量論および部分社会論の適用の可否〉、〈子どもの年齢の多様性〉、〈子ども自身の自律・自己決定の意味〉、〈人権制約となり得る事実的な教育行為・作用の範囲の確定〉等々の非常に微妙な論点と連関しており、定型的に人権制約問題として捉えることは困難である。しかし、“常軌を逸した”管理主義的な校則・体罰等“誰の目から見ても尋常でない”ような現実には確実に

存在しており、その意味ではやはり人権制約として問題化せざるをえないだろう。

第2項 (国内の) 子どもの権利・人権研究の傾向性

主として国内におけるこれまでの子どもの権利・人権に関係する研究は、どのようなアプローチまたは領域として位置づけられ得るのだろうか。そこにはある一定の傾向性が存在する(してきた)と言えるのか。そうした点について、少し確認しておきたい。

“権利”に言及する限り、子どもの権利・人権研究が、法的研究として、その中でも関連する実定法の解釈をめぐっての研究として行われてきたことは必然的なことと言えるだろう。こうした実定法解釈的研究に多大な業績を残しているのが、兼子仁教授である。兼子教授は、日本国憲法・教育基本法制の「法原理的特質」や、法解釈原理および法源としての「教育条理、教育慣習法」, 「人間教育の法的確認」としての「子どもの学習権」, 等の理論枠組みを用いて、現行教育法の原理および法制度の解釈を体系的に構築している*7。子どもの権利・人権研究として、次に挙げられるべき分野が、思想史的研究であり、そこで特筆されるべきものとしては、堀尾輝久教授の一連の業績がある。堀尾教授は、多くの思想史的根拠付けをもって、子どもの権利の思想と構造を検討・分析してきた。中でも「子どもの学習権」という観念を精力的に提唱し、後の教育法学に大きな影響を与え続けてきたと評されよう*8。その他の研究アプローチとしては、比較法的研究*9や教育学(教育本質論)的研究*10が挙げられる。

こうした研究(領域・アプローチ)が、これまでの教育法学を、延いては子どもの権利論を支えてきた。そしてそれらは単なる理論的業績にとどまらず、各種の教育制度を構想・設定・改編する際の有力な指導理念として、また教育判例において参考にすべき学説として機能してきたのである。この点での重要性は忘れられるべきではない。しかし、同時に、従来の子どもの権利研究においては、哲学的な研究(アプローチ)が甚だ不十分で

あったとも言えるのではなかろうか。〈“代理人ではない子ども自身が”, “如何なる権利を”, “どのように所有することによって”, “如何なる意味となり得るのか”〉という問い, そして何よりもなぜ“権利”なのかという問いに対して、現在、十分な解答は示され得るのだろうか。むしろ、主として思想史的研究(堀尾教授等の業績)によってそうした試みがまったくなされていないわけではない。だが、深く分析的に検討した〈哲学的な子どもの権利論〉の存在は僅少である。そこで、次節においてこの問題を検討していきたい。

子どもの権利論の哲学的検討に立ち入る前に、もう少しだけ述べておきたい。それは、従来の子どもの権利論の“主題的傾向”についてである。わが国において、子どもの権利論は、まず日本国憲法上の「教育を受ける権利」(26条)の解釈問題にその出発の基礎を置いている。当初、「教育を受ける権利」は、〈国家が教育条件・機会を整備することを、国民が要求する権利〉という理解*11がなされていた。しかし、そのような経済的条件だけを射程とする理解では、「教育の文化的内容面」を見失ってしまう(堀尾・兼子, 340頁)という批判がそこで惹起し、いわゆる子どもの「学習権」が主張されるようになった。この「学習権」観念は、教育関係者の中において、それを肯定的に評価する者だけでなく、否定的に解する者までもが“意識”せざるを得ないようなキーワードとなっていた。学習権観念は、いわゆる「学テ裁判」の最高裁判決(昭51.5.21)においてその観念の広がりひとつの頂点を迎える。「子どもの教育は、教育を施す者の支配的権能ではなく、何よりもまず、子どもの学習をする権利(傍点引用者、以下同様)に対応し、その充足をはかりうる立場にある者の責務に属する」(刑集30巻5号)という子どもの学習権に対する理解を、判決は示している。昨今の“子どもの人権”保障の気運が高まる時に至るまで、この「学習権」観念は、教育関係者の間(特に、いわゆる“進歩勢力”の間)では絶大な影響力を保ってきた。そのひとつの証左として、この時期に「○○の学習権」(その空欄には、子どもか

ら始まって“国民”“成年”等々の言葉が代入される)が多様多様に主張され、また「学習権保障」という観念(jargon?)によって教育の目的が語られたりしたのである。子どもの権利論の中心的概念であり続けてきた学習権観念が、権利論として何を意味しているのかについては、次節で検討していきたい。

学習権と並んで(関連して)述べておく必要があるのが、「教育権」の観念である。従来の教育法学は、子どもの権利(特に学習権概念)に各理論の正当化の基礎を置きつつも、各関係主体間の権利義務関係・権限配分の問題である「教育権」の考察を主眼とする研究を重視してきた。そこでは、「国民の教育権」「国家の教育権」「親の教育権」「教師の教育権」等が語られてきた。教育権理論は、教科書検定に代表される国家の教育内容統制に対抗する理論として主張されてきた歴史的経緯も手伝って、“国家の教育権か、国民の教育権か”という二項対立的側面にその重点を置きすぎたきらいがある^{*12}。そこにおいて、子どもの学習権は、「国民の教育権」を主張する側にとっては)国家の教育内容統制を排除し、教師自身の教育する自由を確保するための“擬制的概念”に過ぎなかったとも言えるのである。そうであるならば、子どもの学習権と「教師の教育の自由(教師の教育権)」との断絶・乖離の構造を、そして何よりも“子どもの学習権信仰”の実質を、延いては“学習権自体の構造”を、権利論的に分析する必要があるだろう。そのことによって、本論文は、従来の研究における子どもの権利自体の考察の不十分さを克服することに微力ながら資するのではないかと、考えている。

第2節 これまでの子どもの権利論の構造分析

前節において大づかみに捉えてきた子どもの権利(論)を、以下においては権利の“多層性”という視点から分析・検討していきたい。さて、昨今子どもの権利・人権(論)は大変に盛り上がりはいるが、「はじめに」で触れたように、その権利論がすっきりと整理された形で理解されているわけではない。また、教育法学内部でのいわゆる

“成長・発達権論者”と“子どもの人権論者”の先鋭的な対立があり、そこにおいて議論は生産的な高まりというよりは、むしろずれを呼び起こしており、期待されているほど議論は焦点化されていない^{*13}。あえて論断するならば、子どもの権利論の一般的不明瞭さを惹起する一因は、そもそも“権利”概念自体の共通理解が子どもの権利論者の中でほとんど存在せず、各自各様のイメージで権利観念をもちいているからではないだろうか。このことは、これまでの特に教育法学における子どもの権利論が、法哲学等の分野での権利論自体の含蓄を十分に摂取してこなかったことにも影響を受けているのだろう。そこでこうした観点から、本節では従来の子どもの権利論を、“権利論”的に検討していくこととする。

さて、“権利論”的検討とは言っても、現代的権利論の先行研究の蓄積はすでに膨大なものとなっている。それを網羅的・系統的に示した上で、上記の課題を遂行していく能力は、現在の私にはない。また、いささか弁明的かもしれないが、網羅的ではない形ではあっても現代的権利論の視点から子どもの権利(論)を論ずることは、子どもの権利論の現状を鑑みるならば、決して意味のないことではないだろう。そこで、現代的権利論の中で述べられている多種多様な権利が有する側面から、〈内容〉という側面に絞って分析・検討する。ここでは、“権利”という観念を内在的観点から検討したものが〈権利の内容〉に当たり、それを外から眺めた時はどうなるのかというものが〈権利の機能〉に当たることとする^{*14}。その際に、検討の対象(素材)として従来の子どもの権利論を、〈包括的学習権説〉〈子どもの人権・法的権利説〉〈保護と自律の関係説〉という三説に類型化していく。子どもの権利論は本来もっと精密に類型化できるはずであるが、ここでの課題は現今の子どもの権利論を網羅的に位置づけることではなく、あくまでそれらの論の権利論的含蓄を試論的に別決することである。また、上記の教育法学内の論争等は、こうした類型化によってでも反映させ得ると考えたのであえて簡略化してみた。

第1項 包括的学習権説

権利論的な検討の対象として、まず堀尾教授の学説に代表される学習権説を取り上げることとする。すでに触れたように、本説は教育法学における子どもの権利解釈に関しての“一大通説”とも言えるものであり、判例^{*15}等にも影響を与えてきた。では、こうした学習権説の基本的特徴はどこに求められるのだろうか。私はそれを、“体系性・包括性の標榜”として捉えている。本説は「子どもの発達(可能性)」というシェーマをその理論の基底に据え、子ども自らの内的欲求による「探求」「学習」の必要性を説く(堀尾, 1991, 48-53頁)。そしてそこから、その発達を現実に開花せしめるような教育・援助をおとなの側に対して請求する子どもの権利(学習権・発達権)を主張する。こうして認められた学習権は、単なるひとつの権利・人権にとどまらず、「その他の人権を内実あらしめるための人権」という位置価値を持つ「人権中の人権」となる(同, 23頁)。またそれは「国民の学習権」として生涯を通しての「自己実現の権利」として機能する(同, 4頁)。

以上のように本説は大変にスケールの大きな主張といえよう。しかし、権利論としては一層精緻に理論構成していかなければ、その内容が甚だラフなものになってしまう危険がある。事実、この点に関しては、「『子どもの学習権』概念と法理がなお抽象的・名目的・形式的である」(今橋, 72頁)、「成長発達権・学習権の意味するところは必ずしも十分に明らかとはいえない」(佐藤, 1987, 9頁)というような批判がある。そこで少し学習権の“腑分け作業”を進めていくこととしたい。

まず最初に指摘され得るのは、学習権(説)の道徳的権利性である。教育法学ではほとんど意識されてこなかった「道徳的権利moral right」とは、ファインバーグの有名な定式によれば、「いかなる法的もしくは制度的ルールよりも以前から、あるいは独立して存在すると思われるすべての権利」のことである(Feinberg, 1973, p. 84)^{*16}。この道徳的権利の核心をどこに求めるかについて

は、非常に微妙な問題とも思われるが、ここでは〈法的・制度的な実行可能性(enforceability)を必ずしも必要としない〉(Martin & Nickel, p. 175)という部分に着目する。このことを他面から考えると、〈道徳的権利はたとえ法的・制度的な根拠がなくとも主張し得る〉ということが言えよう。では学習権説はどうなのか。むしろ、本説は学習することの権利性を実定法のレベルに閉じこめたりはしない。“子どもの発達過程”とそれを支える“学習過程”は「発達と教育の科学」によって明らかにされ、そこから子どもの(人間の)学習する価値が、延いては権利性が導出される。そうした点で学習権説は実定法の次元を超えた道徳的権利性の具有を少なくとも否定できないのではないだろうか。

道徳的権利性の次に指摘され得るのが、“自然権性”である。自然権(natural right)について本格的に論ずる余裕はないので^{*17}、まず簡単にその核心部分を〈その正当化根拠〉と〈その効力〉と措定しておきたい。自然権論はその本質や正当化根拠を慣習的・人工的なものに置くのではなく、人間的・自然的等の生得的なものに置いている(Martin & Nickel, p. 175)^{*18}。その点で自然権は、そのサブクラスとして慣習的権利を有する道徳的権利と異なる。また、自然権は前国家的権利とも言われるもので絶対的な効力を持つものである。文脈を変えて言えば、そこでは自然権の「無条件性 unconditionality」「不可譲性unalienability」「無効化不可能性defeasibility」が説かれることとなる。

包括的学習権説の権利性は、こうした自然権的理解を明らかに示している。たとえば堀尾教授は、「子ども・青年の学習権が、人間という種の本質に由来するもの」であり、「人間なるもの(人類)にとって不可欠のものであるが故に、何人もそれを奪ってはならず、また譲り渡してはならない」(堀尾, 1981, 29頁)という表現によって、人間性による正当化と不可譲性という自然権的理解を示している。

以上のような道徳的権利性、自然権的理解を示

しつつ、包括的学習権説は同時に憲法的権利として制度的権利性・法的権利性を主張する。具体的には、憲法26条解釈として本条を「子どもの人権の中核をなす学習権の実定法的規定」(堀尾, 1971, 311頁)と捉えることがその主張に当てはまるだろう。さらにその包括的権利の“使用目的”の違いによって、その権利性の“強さ”(権利の規範力)も異なってくるのである。つまり、教師の教育実践等のレベルを向上させるインセンティブとしては包括的学習権の抽象的権利性*¹⁹を説く。たとえば堀尾教授は以下のように述べる。「教師が自らの実践をかえりみて、その質を吟味する際に、それが子どもの発達・学習権を保障する質のものであったかどうかを問うことはよい。否、問わねばならない。しかし、それは、当面は、教師の職業倫理的レベルの問題として、まず考えておくべきであり、それがそのまま無媒介的に法的レベルでの争点となるわけではない。」(堀尾, 1981, 35頁—強調点原著者)。他方、「国家の教育権」等教育行政への対抗力としてはその権利の具体的権利性を主張するのである。

最後に講学上論じられてきた権利の“利益説”対“意志(選択)説”という観点から検討する。権利の本質を、前者は〈権利者の利益保護〉とし、後者は〈権利者の意志の支配領域(選択)の確保〉とするものである。包括的学習権説は、もちろん明言してはいないけれども「利益説」的理解、「選択説」理解の両方を示しているようである。たとえば堀尾教授は、子どもの「発達と学習の権利」を生存権に位置づけて利益説的解釈を行い(堀尾, 1991, 66頁)、同時に「子どもの学習の自由は、その主体的な選択の権利の承認の上に成り立つ」(同, 50頁)という選択説的解釈をも行っている。

こうした包括的学習権説が有する権利の多層性について、堀尾教授はまったく意識していないわけではなく、そのことは「学習権の思想的レベルでの含意と、法的含意」(の区別)という記述(堀尾, 1981, 35頁)に端なくも表れている。しかし、その区別について堀尾教授が説得的な理論構成を十分に示しているとは言い難い。後に述べていく

ように*²⁰、私は“子どもの固有の権利”の存在意義は否定できないと考えている。その際に堀尾教授が提唱してきたような大変広い射程を有した「発達・学習権」の発想は重要だろう。だが、子どもをめぐる規範的要素を権利に収斂させる場合には、つまり“権利というひとつの合切袋”に“重要なもの”をすべて入れてしまう場合には、その内容を権利論的に検討しない限り、甚だ曖昧な理論構成になってしまうだろう。別の角度から言えば、“なぜ権利基底的教育理論なのか”ということが明らかにされていないのである。次節で触れるように、〈子どもの“発達”を援助・保障していくことは“義務基底的”な理論によっても(よってこそ)可能だ〉という主張もある。したがって、〈なぜ権利基底的教育理論を採用するのか〉、〈そしてそこでの理論は(法解釈上の根拠づけ、思想史的な跡づけや教育学的正当化だけでなく)権利論的にはどのような構造をなすのか〉、といった点について説明をしなければ、包括的学習権論が包蔵している重要性は十分に発揮できないのではないだろうか。

第2項 子どもの人権・法的権利説

包括的学習権説は教育法学内部での影響力はもちろんのこと、教育実践や教育行政、関連判例にまで有形無形の影響を与えてきたと言える。しかし、近年本説に対して主として“子どもの人権論者”(子どもの学習権とともに、あるいは学習権よりも子どもの一般的な人権—自己決定権・手続的権利・表現の自由等—の保障を要求する)からの批判がなされてきた。そこで以下に、代表的な子どもの人権論者である今橋教授の所論を検討していきたい。

今橋教授は、子どもの保有する権利を「学習権」と「一般人権」に類別し、特に学習権概念に関して独特な解釈を示している。まず堀尾教授に代表される従来の学習権説の「概念と法理」が、「抽象的・名目的・形式的である」とし、そのことが父母の教育権未保障につながると批判する。換言すれば、学習権の概念と法理が「生徒・父母からの教育実践批判の基準」となり得ず、教師の職業倫

理向上のインセンティブに押しとどめられてしまっていることを手厳しく批判するのである。さらに今橋教授は学習権を、①〈「ありうべき教育」を保障する「教育法概念としての学習権」〉と、②〈「あるべき教育」を追求する「教育学的学習権」〉とに類別する。①の学習権は「教育行政施策」や「教師の教育実践」に方向性を与え「法的評価基準」となる。この学習権は、さらに①a〈「裁判的解決事項」をカバーする裁判規範〉と、①b〈「裁判外的教育紛争」に関する行為規範〉とに分けられるとする。そして従来の学習権説では、①a、①bの学習権の意味が否定的に解されてしまい、よって教育紛争が抑制されてしまったとする。(今橋、70-84頁)。

では、“権利論的”に今橋論を検討してみよう。今橋教授は、「ありうべき教育」の確保・保障を目指した法的権利としての学習権と、「あるべき教育」を追求していく性質である道徳的権利(理念的道徳的権利)としての学習権をはっきりと類別している。しかし、その類別の基準について今橋教授は様々な具体例を提示するものの、原理的基準を明らかにしていない。「高校・大学における停学・退学処分、期末テスト不実施、成績評価による卒業延期等の『法的処分』が学習権の法理から違法とされ、裁判所による司法的判断・救済の対象となりうることは、すでに教育法学・判例上確定している。」(同、77頁)、「事実行為としての懲戒として、授業中、廊下に立たせたり、グラウンドを走らせたり、別室に分離したりすることも、学説・行政解釈上、学習権侵害として違法の判断を受ける。」(同、78頁)という記述等から考えると、今橋教授は“法実証主義的”な類別もしくは単なる“常識的”な類別を念頭に置いているのではない。この今橋教授の類別基準を実際に用いると、〈判例上、実定法解釈上、本件は違法な「法的処分」であるから法的学習権を侵害している〉、〈授業中のこの事実的行為は、「人間としての尊厳をそこなう『教育活動』」(同、63頁)であり、一般人権の侵害でもあるから、法的学習権をも同時に侵害している〉というようなことになるだろう。

学習権の捉え方に関して、堀尾理論におけるそれを「抽象的・名目的・形式的」であるとして今橋教授は批判するが、〈法的権利としての学習権〉と〈道徳的・理念的権利としての学習権〉の類別基準および両者の関係構造を原理的に明らかにしない限り、今橋理論は思いのほか堀尾理論と似通ってくる。いわば、“基調音こそ違えど理論構成は同じ”なのではないか。前述のように堀尾教授は強調こそしないが、「学習権の思想的レベルでの含意と、法的含意」の差異を認識している。したがって論理的には、原理的な批判ではなく、学習権に対する“トーンの違い”によってその帰結が異なるという批判になるはずである*21。もちろん、現今の“子どもの人権侵害”の状況を鑑みるならば、“トーンの違い”であってもそれを重視する今橋理論の意義は大きいだろう。しかし問題がコントロールヴァーシャルな領域に至るとき、今橋理論の説得力はたちどころに低下する。先ほど触れたような法実証主義的もしくは常識的類別では截然と区別しきれない問題・領域は、子どもをめぐるものである限り、非常に多い(特に、教育内容・方法に該当する従来教育法学で区分されてきた内的事項等)。また、教育法学では「教育自治」「教育条理」「学校慣習」等の観念が重要視されており、ことはそれほど単純ではない。そこでは“法的学習権”をめぐる生成・発展・(消滅)の構図が問題にされなければならないのである。

第3項 保護と自律の関係説

これまで見てきた「包括的学習権説」および「子どもの人権・法的権利説」と異なった視点から、子どもの人権・人権に関する理論が近時主張されてきている。これは“保護と自律の関係説”とも呼び得るものであり、主として憲法学領域から唱えられているようである。端的に言って本説は、従来の子どもの権利論の中心的座標軸であった学習権にあまり“こだわらない”のである。たとえば佐藤教授は、「従来わが国において『子どもの人権』論といえば、子どもの成長発達権・学習権論が中心であったといえるかもしれない。筆者も、こうした議論が「子どもの人権」を解明する上で

一定の重要な役割を果たしてきたと考える。」としつつ、「ただ、この成長発達権・学習権の意味するところは必ずしも十分に明らかとはいいかねるところがある。」(佐藤, 1987, 9頁)と述べ、(包括的)学習権説に対する本格的な言及は回避しているように思われる。また、米沢教授も「たしかに、発達権、学習権を子どもに特に保障することの意義は、強調されるべきであるが、理念上の権利としてではなく裁判規範性を有する権利として主張する場合には、その権利の具体的内容は何か、その権利の実現に裁判所はどのようにかかわるべきか、等の点を更に深めることが必要となる。」(米沢, 239頁)と、学習権説の意義とその限界を意外にあっさりとして述べて“保護と自律の関係説”に向かうのである。こうした論究は、「包括的学習権説」における学習権の基底的重要性を採用しないという立場と同時に、「子どもの人権・法的権利説」におけるような、〈法的権利としての学習権理解や、学習権と対比される子どもの一般人権の主張〉という包括的学習権説を非常に意識した理論構成を採用しないという立場でもある。あえて単純に表現するならば、教育法学内部での子どもの権利・人権に関する理解と昨今の憲法学におけるそれとの実質的な議論の噛み合わせが甚だ不十分なのはなかろうか。

本説は、憲法学の視点から人権制約原理としても立論される。つまり、従来の人権制約の際の基準である内在的制約、外在的(政策的)制約の「枠内では説明しきれない部分が残らざるをえない」(米沢, 242頁)として第三の制約原理としてパターンリスティックな介入原理を想定する(佐藤, 1987, 9-10頁)のである。

さらに本説は、〈子どもを保護の対象としてのみ捉える立場〉にも〈子どもをおとなとまったく同一視する立場〉にも反対し、保護と自律の調和に腐心する。たとえば佐藤教授は、「自律への能力の現実化の過程にある子ども」において国家は「その過程を妨げるような環境を除去することを求められ」、「その過程に必要な条件を積極的に充足し」、「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」と述べて、自律能力の現実化過程の中に保護的な介入をも想定している(佐藤, 1987, 9頁)。また、米沢教授は「権利の自律的行使」の固有の価値、手段的意義に触れながら、「一方では必要最少限の子どもの保護を図りつつ、他方では子どもの自律を国家に対して最大化することが必要とな」として、そこから、①「成人の範囲の最大化」、②「『子どもの保護』は、単に現時点での保護にとどまるのではなく、子どもの将来の判断能力の成熟化過程の保護をも包摂する」、③「国家による『子どもの保護』を最少限とし、それ以外の保護については家族内での自律的解決に委ねられねばならない」という原則を導き出す(米沢, 244-5頁)。これらの論は、換言すれば権利の内容の厳密な追求*²²よりも、保護と自律の調整を通して権利の現実化のプロセスを重視していると言える。確かに、本説のように子どもの権利行使の過程をきめ細かく捉えていくことの意義は(特に包括的学習権説の“合切袋”性に比して)大きいだろう。また具体事例に関わらずに憲法上の議論としてこれ以上の煩瑣な理論構成をすることは、あまり有意義とは言えないかも知れない。しかし、本論文は実定法の内側だけを問題としているわけではないのでもう少し先を続けてみたい。

本説のコアの部分を単純に公式化してみると、①〈子ども自身による権利の自律的行使の最大限の尊重〉、②〈そのための、a 悪環境除去・b 条件充足・c 最少限の保護的介入〉、③〈家族内の自律的解決重視〉となる。自律ベースの権利論を肯定的に解する私にとっては、これらの公式は至極妥当だと思われる。具体的事例に当てはめてみればわかるように、以上の公式が果たす役割は大変大きい。だが理論的に詰めていくと、それぞれの公式は曖昧なままのようでもある。ここで言う「悪環境」や「条件充足」とは一体何を意味するのか。「最少限の保護的介入」とはどんなレベルの介入なのか。①と②cの対立(子どもへの介入)や、②aと③の対立(国家の家族への介入)はどのように調整されるのか、等々の論争的な問題が噴出

するのである。このことは、本説が“保護と自律の調整可能性”を素朴に想定しているところから来ているようにも思われる。両者の関係が子どもの権利論の中でどのように調整されていくべきかについては、本説は結局アドホックな調整に頼らざるを得ないように見える。子どもへのパターンリスティックな介入の根拠を「自律への能力の現実化」を目指すこととしても、その過程の問題を原理的なレベルからアドホックなレベルにあまりに委譲してしまうのは、“その場のおとなまかせ”になってしまう危険があるのではないか。ゆえに、もう少し分析的に保護と自律（自己決定）の両契機についての深め直しをする必要があるだろう。

最後に、本説はその理論の基礎に人格的自律の価値を置いており、自律ベースの権利論志向となっている*²³。しかしなぜ自律（的権利論）なのだろうかという疑問も起こり得る。これは現代的権利論の大きな係争点でもあり、本論文の枠内に収まりきるような射程の問題ではないが、次章において少し考えてみたい。

第3節 子どもの権利論（権利基底的理论）への 反論・対抗的理论

以上、前節では子どもの権利論を〈権利の内容〉という視点から整理・検討してきた。そうした検討から、次章において自分なりの子どもの権利論の構想を（延いては権利の多層性の存在を）展開しようと思っている。しかし、少なくとも哲学的には子どもの権利（論）の問題は、〈子どもの（固有の）権利の存在を前提として、当該権利の内容・機能・正当化は如何に構成されてきたのか、そして如何に構成されるべきなのかということを検討すること〉だけで済むわけではない。そこには、〈子どもをめぐる規範性問題を解く鍵は本当に“権利”なのだろうか〉という疑問・主張に集約されるより根源的な係争点が存在する。特に、「道徳生活における誇張した役割を権利に与える」

(Kleinig, p. 46) 場合のような昨今の一般的な権利状況に対する反感・アレルギーを考え合わせた時、以下の議論もフォローするに値すると言えよう。言わば子どもの権利論は“権利の内側”の問

題だけを射程に入れるのではなく、外側からの批判も予想しその批判に答えていかなければならないのである。そこで、オールタナティブの提示を試みる前にこうした外的観点からの批判を少し検討しておくこととする。すでに何度か述べてきたように、こうした検討を通すことによって権利基底的理论のより確かな位置が再同定されよう。

第1項 子どもの権利を直接問う議論

子どもの権利論に対する批判としては、まず子どもが（子ども固有の）権利を持つこと〉自体に疑問を投げかける論が挙げられる。ただ、議論のスムーズな展開のため、その論の紹介・検討に入る前に少し整理しておくべき問題がある。それは従来の子どもの権利論における子どもの権利内容である。その内容をあえて非常に単純に公式化してみると、①〈保護される権利等の子ども固有の権利—積極的構成としては学習権・発達権—の主張〉、②〈成人と同様な一般人権の保障の主張〉になる。もちろん、〈①、②の内どちらの主張を優先すべきか〉、〈それらの権利は如何なる実質を持ち、また誰に対して主張し得るのか〉、〈代理的行使の可能性はどのように捉えられるべきなのか〉等の子どもの権利論内部の論争点は残っている。しかし、〈たとえ自ら権利主張ができないからといっても、そのことから直ちに子どもの権利が否定されるわけではない〉ということ、そして〈①、②の主張を完全否定はしない〉という点において子どもの権利論は共通の前提を有しているのである。

第一の批判として考えられるのが、“子ども未成熟論”とも呼ぶべき主張である。この主張は、〈子どもは自ら権利行使をするには未成熟・無能力であり、親等が代理行使をするにしても、それは保護を受けるという権利の利益説的観点からのものである〉と構成され、上記の公式にこれを当てはめてみると、〈②を否定あるいは無視し、①のみを強調する立場〉となる。主張される文脈によっては、本説は親の子育ての自律性を国家に対して保障する根拠となる*²⁴という積極的な側面も指摘し得るが、やはり〈保護主義的過ぎる〉、〈子ど

も一おとな（親）の関係が予定調和的過ぎる」という批判を回避するわけには行くまい。“子どもの無能力”については、近年様々な異論が提出されており*²⁵、また権利の自律的行使自体の価値や権利行使能力の発達過程等を考え合わせると*²⁶、本説を維持するのは難しいだろう。

次に考えられる批判がいわゆる“子ども解放論”である。前述の公式と絡めて述べるならば、本説は②のみを強調し、①を否定する。具体的には、子どもは成人一般と同様な扱いを受けるべきだとして子ども自身の権利行使を主張する論である。本説は、ルソー・デューイ等の「児童中心主義教育child-centred education」をその思想的淵源に持ち、現代ではA. S. ニールやJ. ホルト等の教育者たちと一脈相通じているようである。そうした中で積極的に論陣を張っているのがH. コーエンである。人々は子どもに対する保護主義的な発想から抜け出し、子どもにもおとなと同様な権利を付与すべきであるとコーエンは主張する。そのことはおとなと子どもの権利構造における「二重の基準」を廃止することでもある（Cohen, p. VIII）。そして子どもは「援助者child agents」から様々な情報を発達段階に応じて受取り、言い換えればコーエン独特の「借りてきた能力borrowed capacities」を使って権利行使を果たしていくこととなる（ibid., pp. 56-90）*²⁷。このコーエンの議論が成り立ち得るかどうかは、結局子どもの自律がどのように構造化されるのかによっており、後にまとめて考えることとしたい（第2章2節）。ここでは、子どもの要保護性の観点は「借りてきた能力」論によって克服・解消し得るのか（十分な保護を受けることができるのか）という疑問や、援助者は誰でも良いのか（新たな国家介入の危険はないのか）という疑問を挙げておくにとどめる。

第三の批判として挙げられるものが“権利不要説”とも呼ぶべき論である。本説は公式①、②をともに否定もしくは無視し、子どもにとどまらず人間にとっての権利の意義をも否定する。それは、くそもも権利はナンセンス・虚妄であってそこに意義など存在しない。なぜなら権利は、a「利

己の人間の権利、人間および共同体から切り離された人間の権利にほかならない」(マルクス, 42頁)ものであったり、また、b「人間同士の微妙な行為調整・コミュニケーションを一片の条文によって省略するものであるからだ」という立場である。そしてそこから、S：革命を標榜したり、T：権利以外の規範（博愛・慣習・権威・効用・様々な義務等々）の有効性*²⁸を説いたり、U：交渉による（権利等の原則によらない）利害・行為調整の可能性を主張したりする。権利基底的理论に対するこうした全面的な批判・嫌悪は、「日常生活におけるかなりあいまいで漠然とした広範囲にわたる利益の要求や侵害まで」もが「人権として」主張され、そこから権利・人権批判が生じるという日本の現状（田中, 1985, 383頁）と通底するところもあるだろう。しかし、そのことから直ちにわれわれは権利基底的理论を廃棄するべきなのだろうか。「様々な要求を行う権利の存在しない世界は、その世界がいかに慈善と熱心な義務に満たされていようとも、多大な道徳的貧しさを招くだろう」（Feinberg, 1973, p. 58）という主張に妥当性を認めることも、やはり特別困難ではない。ひょっとしたら至高のものかも知れないような唯一の超越的な原則・価値にはいまだ貫徹されていない“次善の世界”に住むわれわれにとって、色々な難点を有する権利を規範的道具として使用することはそれほどまずい選択とは言えないだろう。そして、さらに強調されるべきことは、権利を使用する意義である。子どもをめぐる様々な問題に際して、その規範的主張を一切権利によっては根拠づけないのであれば、結局（現在の状況下では）社会的な力関係が事をすべて左右してしまうのではないか。弱者保護という観点からもやはり権利という規範的道具は必要だろう。

第2項 子どもの権利を間接的に問う議論

1) 領域区分論

子どもにまつわる権利基底的理论に対する直接的な批判を第一義とするものでなく*²⁹でも、結果的に子どもの権利（論）を問う議論は存在する。まず挙げられるのが“領域区分論”とでも称され

るような立場である*³⁰。この立場によれば、何らかの意味で法や権利が〈直接妥当する領域〉と、〈絶対的／相対的に妥当しない領域〉は区分されるべきである。そして〈絶対的／相対的に妥当しない領域〉においては自律的な紛争処理・行為調整等が必要となる。具体的には、従来の教育法学で主張されてきた①「教育自治・学校自治」論、ハーバーマス等の理論を端に発する②〈生活世界—システム峻別論〉、昨今の教育裁判で常套的に使用される③〈教育裁量論・部分社会論〉等が本説に該当するものとして類型化されよう。

①については一般に以下のような説明がなされる。学習権を中心とした子どもの権利の保障は、学校教育においては、主として個別の子どもたちの状況（子どもの発達段階、当該地域の様子等）を熟知している各個別の教師にゆだねられる。そこから、教育内容・方法の決定に関して各教師（集団）は、教育行政に対してはもちろんのこと、各子ども・父母に対しても相対的自律性／優位性を主張し得ることとなる（兼子，300頁以下）。もともと子どもの権利保障を目的としながら、その保障過程において子ども自ら（あるいは代理者たる親）の権利行使を抑制することにつながるのではないかという批判が本説に対して加えられてきたことは、〈子どもの人権・法的権利説〉（本章2節1項）において述べてきた。ここでは関連する現代法理論の論点を紹介しておきたい。「法化・法制化Verrechtlichung, juridification」の進行した現代において、法（権利）が妥当する領域を限定的に捉えていこうとする発想*³¹がここでは主張される。確かに、法（権利）システムは万能ではなくその意味でこうした限定的発想が、拡張的に法的問題解決を図る「勢力拡張型リーガリズム」や、法を特定目標のための手段と割り切る「法的道具主義」（田中，1984，9-10頁）の危険性に自覚的であること自体は評価されよう。しかし「非—法化」にも、現状救済面での難点（子どもの権利が原理的・理念的側面にとどまる）や、法（権利）システムが有する多様な機能（前述の第一次的権利の機能や合意調達機能等）を軽視しているという難

点が存在している。やはり、司法的コントロールの意義および限界の両側面を過大評価も過小評価もせずに捉えていく必要があるだろう。

②に関しては、あまり子どもの権利論の脈絡では論じられて来なかった。その主張はおおよそ次のようなものになる。ハーバーマスによれば、「生活世界Lebenswelt」とは「コミュニケーション的行為が“いつもすでに”行われる地平」（Habermas, S. 182）のことであり、政治システム・経済システム・宗教システム等の社会的サブシステムが「システム分化Systemdifferenzierung」する以前の未開社会等の社会発展の初期段階において、生活世界とシステムは重なりあっていた。そしてシステム機能の亢進によって生活世界とシステムの分断が起これ、それは最終的に生活世界の「植民地化Kolonialisierung」を招いてしまう（a. a. O., S. 229ff.）。こうしたシステムの生活世界に対する侵食を警戒して、本説は家族や教育の問題を、延いては子どもをめぐる規範性問題を生活世界の中に引きこもらせようとする。言わば、家族・教育等の領域において“権利”問題はなじまないとする主張である。確かに①において検討したように、法システムの生活世界への侵食（Verrechtlichung）の危険性は現在警戒されるべきだろう。だが、子どもをめぐる諸問題はすでに生活世界だけにはどうしてもとどまてはいられない。近代公教育の成立以来われわれは、「学校教育が近代公教育としてもたざるをえない制度的側面とその教育作用に対する侵害契機」（馬場b，63頁）を完全に回避（“逃避”ではなく）することはできなくなっているのである。さらに指摘すべきことは、“生活世界”的世界においても抑圧・侵害契機は存在しているということである。〈親の子どもに対する抑圧・侵害（児童虐待等）〉、〈地域共同体の“人権派の親子”に対する抑圧・侵害（地域的いじめ）〉等はいまだ跡を絶たない。そうした抑圧・侵害契機を是正・回復していく“切り札”となるのもアンビバレントなことに、やはり法や権利なのである。したがって、生活—システムの領域を峻別するだけでは現状に有効な理論とは言えないだろう。

さて、最後は③についてである*³²。本説は、〈教育上の専門的・技術的判断は学校等の自律的な団体・集団内部（部分社会）で有意義に行われるべきものであり、したがって学校・教師側の教育裁量は著しく不合理でない範囲ですべて認められる〉という主張である。本主張の前半部は①の「教育自治・学校自治」論とある意味では重なっている。むしろ、理論の出発点に子どもの権利を置かかどうかという点や、学校・教師側の裁量をほぼ無制約とするか否かという点において両説は大変異なっているとも言えよう。②で述べたような子ども（代理者としての親）に対する抑圧・侵害契機が当然のことながら部分社会や教育裁量の内側に存在する限り、本説はやはり問題性を含んでいる。そうした問題性から、子どもの自律・権利等が説かれることとなる。

2) 他価値優先説

前項で検討した〈権利不要説〉は権利に“取って代わる”ものを構想する主張であった。この権利不要説と近い位置に立つのが、〈他価値優先説〉である。ただし本説は、〈一定の権利の意義・機能は認めるけれども、権利を規範問題の基底に置く（権利の万能視）ことには反対する〉という点で、権利不要説とは異なった立場となる。「子どもの生活に関する規範的問題を考察することにおいて権利を基底のと捉えるならば、間接的、部分的で曇った(blurred)記述をすることになる」(O'Neill, p. 445) というような主張が本説に当たる。

本説としてまず考えられるものは、「一般的福利の増大等の何らかの目標を基底とする」ような“目的基底論goal-based theory”(R. Dworkin, p. 171)である。スローガ的には「権利よりも利益・目的を」というこの立場は、「帰結主義consequentialism」・「効用主義welfarism」・「集計最大化主義」と組み合わせられれば功利主義となり、また社会目的優先の考え方と同時に、個人の向上・進歩という個人ベースの“目的”に基礎を置く目的論的な「完成主義perfectionism」ともなる。さらに、権利に関する既述の「利益説」的立場を採用すれば、権利による福利の増進という「権利功

利主義utilitarianism of rights」(Nozick, p. 28)も目的基底論の中に含まれるだろう。本論文において私は自律ベースの子どもの権利論の構想を提起したいと考えている。そこでは、自律に内在的に含まれる契機として、また自律の限界性を示すものとして目的・目標(特定の善の構想へのコミット)の存在が取り上げられることとなろう。しかし、少なくともここで言えることは、〈自律には本人の自己決定・自由の次元もまた存在している〉という事実、つまり〈意思(選択)説的な権利理解〉をまったく排除してしまうのはやはり問題ではないかということである。

他価値優先説としては“義務基底論duty-based theory”も考えられる。この考え方を子どもに引きつけてみると、〈子どもへの日常的なおとなの関わりについては、権利基底論では導き出せず、そこから義務基底的理論の優位が示される〉という主張となる。そこで義務基底的理論から子どもの権利論を批判するオニールの所説を少し見ていくことにしよう。

オニールによれば、子どもをめぐる規範性問題は権利基底的に捉えるよりも義務基底的に捉えた方が子どもの利益にもかない、また子どもの実定的権利(法的・制度的・慣習的権利)は、基本権(道徳的権利・自然権・人権)によって最も良く根拠づけられるわけではなく、それは基本的義務の根拠によって最も良く根拠づけられる(O'Neill, p. 445)。そうした立場からまずオニールは義務を、〈全員/特定の他者のための義務〉である「完全義務perfect obligations」と〈すべての他者ではない“不特定他者unspecified others”のための義務〉である「不完全義務imperfect obligations」に分別する(ibid., p. 447, 449)。前者からは相関的・特定の権利が導出されるが、後者は相関的な権利を必要とせず、制度化を待って初めて相関的な権利が生成する。そして、完全義務以外の義務の多様性に目を閉ざす昨今の権利基底的理論(リバタリアン・非リバタリアン両者)は、義務に関わる以下の諸行為の差異を曖昧にする。
a: 個人的スタイル・選好の単なる表現, b: 特

定文脈においては不完全義務問題となるかも知れない親切・思いやりからの平凡な行為，c：本当に高德・英雄的な行動。ゆえに権利基底的理论は，子どもの生活の質に影響を与えるような親・教師の子どもへの日常的な関わり方の重要性に気づかない。オニールによれば権利基底的理论では，子どもを危険にさらさなければ親や教師が子どもに対して冷たかったりよそよそしかったりしても良いのである。しかしそれは子どもに穏やかな生活習慣を与えない (ibid., pp, 450-1)。

「他人に対して強制し得る要求」(ibid., p. 451)を権利性のメルクマールとするならば，確かにオニールが主張するように“権利”だけでは不十分であろう。この権利性理解だけに固執しながら権利という“ひとつの合切袋”にすべての規範性問題を入れ込んでしまう昨今の子どもの権利論の風潮に対して，オニールの議論はある種の“解熱剤”となり得ることは間違いない*³³。しかしこの理論構成は，子どもの権利の射程をリジッドに捉えすぎているのではないか。本章で見てきたように，権利の多様な内容・機能を鑑みるならば，その“権利性”についても柔軟な捉え方をすべきだろう。

さて以上の検討から，次のようなことが言えるのではないだろうか。すなわち，①〈現代社会においてあるいは生活世界においてさえ弱者を護るには，切り札性を中核とする“権利”が必要であること〉，②〈権利(法)の領域と，それ以外の領域は連動・連関関係にあり截然と区分することはできず，そこから権利の多機能・グラデーションが想定されること〉。そしてこの二点を考え合わせるならば，子どもをめぐる規範性問題はやはり権利基底的に捉えられるべきだろう。

第2章 自律ベースの子どもの権利論構想とその多層性

第1節 自律ベースの子どもの権利論

第1項 自律観念

ファインバーグによれば自律観念は，①「自己統治“能力” the capacity to govern oneself」および，②「自己統治主権 the sovereign authority

to govern oneself」の両次元からなる。具体的には，①は“実際上のde facto” 自助能力・自己生活管理能力や「自らの決定に対して最終的に責任を負える」能力であり，②は「自らの道徳的境界 (moral boundaries) 内での絶対的な」主権を意味している (Feinberg, 1980, pp. 142-3)。つまり自律観念には，①能力としての自律の次元と，②自己決定権 (対他者への規範的主張) としての自律の次元が存在すると言えよう。

さて，現代的人権論の特徴・傾向としてはこうした自律観念に基礎を置くことが挙げられる。たとえばリチャーズは，「憲法の基礎となる人権理論は次のものを含んでおり」，それは，a「すべての人間は自律のための能力 (capacity) を有しているという確信」および，b「すべての人間は各自の自律を求めるにあたって平等な配慮と尊重を受ける権利を有しているという原則」であると述べている (Richards, p. 8)。この自律観念は人権観念の発展において「中心的役割」を担ってきたものであり，その発展は人権享有主体の範囲 (黒人や女性等) を拡大することにもつながってきた (ibid., p. 10)。そしてリチャーズは自律の能力について，ミルの『女性解放論』に触れながらこう述べる。「実際には，人々は自律的能力の現実的遂行 (actual exercise) において非常に異なっているが，人権観念は現実の自律を必要とせず，自律への能力だけを必要としている」(ibid., p. 10)。奴隷主義者や女性差別論者たちが行ってきた伝統的な権利否定の論理は，「ある特定の範疇内の人間は永続的な幼児 (permanent infants) と同種の人間である」として無能力の烙印を押すことだった。上記のa，bの定式を認めるならば，この論理は「自律への能力に対する不尊重・侮辱を示す」こととなる (ibid., p. 11)。子どもをめぐる自律問題はまさに“(永続的でないにせよ) 幼児”の問題でもある。したがって，『女性解放論』のロジック (今までは抑圧されてきたので，とにかく男性と同じ“機会”を与えることが肝要だ) をストレートに適用しても，すでに検討してきた“子ども解放論”の難点は克服できない。さらに，よ

り根本的な論点として、上記の a, b の定式について一切の正当化の試みをせずにその定式に基づいた子どもの自律観念・能力を“否定できない大前提”にしてしまっているのかという点がある。このことについては、次節において検討する。

第2項 平等な機会原理

前項においては、自律観念について簡単にまとめた。そこから子どもの権利論やパターンリズム論の構想（自律ベースの子どもの権利論）を描くことが本節の主たる作業課題である。しかし、自律とは諸個人間の観念的な“関係性”の次元だけに尽きるわけではない。諸個人は具体的な財分配を受けその財 (good, commodity) を利用することによって、〈現実の自律〉や〈自律能力の陶冶〉を進めていくのである。このことは、“自律のための機会”に関する問題でもある。そこで本項ではこの機会問題について若干検討する。

前述のように〈人権は自律基底的に解釈されなければならない〉という立場からリチャーズは、自律能力を陶冶する「平等な機会原理」を提示する。その具体例としてリチャーズは、a「家族の中で感情の通った養育・指導・訓練を受ける機会」、b「基礎的技能的訓練を受ける教育機会」、c「広い文化的受容の機会」、d「形式的には利用可能な諸自由の便益を用いる機会」を挙げる (Richards, p. 17)。a についてはさらに彼は、子どもにとっての「心理的親性 psychological parent」の必要性を主張する。親が子ども（幼児期）に対して〈愛情を投げかけてくれたり、それぞれの子どもの値打ちを認めてくれたり、好奇心や成長を刺激してくれる〉ような「感情的接触 emotional attachment」は、その子どもの後の感情的・知的成長を促進する (ibid., p. 21)*³⁴。b・c については学校教育を受ける平等な機会という文脈で説明している。その機会とは、産業社会で必要とされる特定の技能だけを与えることではなく、そこでは教育の有するある批判的役割が関わってくる。それは「各自の良き生の構想 (vision of the good life) を決定していくためにいかなる人間も望むであろう一般的能力を発展させる」ものである。換

言すれば、「正確な表現・論理能力、多様な分析能力、根拠に繊細でかつ合理的に根拠を検討する能力、諸問題や生に対する冒険的態度をとる能力としての自己批判能力 (self-critical capacities) を学校は陶冶するべきである」(ibid., p. 22)。リチャーズはこうした基礎的機会の分配に関わる制度として、E〈法制度：思想・言論の自由、市民的自由等への平等な権利の保障〉、F〈教育・文化・家族制度：自らの生活設計を発展・実現させるための子ども・青年の感受性や能力を発達させる平等な機会〉、G〈経済制度：能力が同等である限りの職業選択への平等な機会〉の三つを挙げる (ibid., p. 18)。

〈潤沢な機会保障の軸を設定し、そのことが自律的個性を形づくる能力の十分な発達を促進することにつながる〉というリチャーズの主張は、それが大枠の理念（規制理念）にとどまる限り割と擁護しやすいだろう。しかし、この機会問題もさらに分析的に検討を進めると微妙な部分に立ち至る。“機会”とは財そのものに着目する観念なのか、受け手側の効用充足に着目したものなのか、あるいはその機会獲得・保障に関する正統性および権原 (entitlement) に注目したものなのか。そして、そもそも〈機会を平等に保障する〉とは何を意味する基準なのだろうか。そこでの“平等”とは、たとえば h〈各人の限界効用の平等を仮定した上での集団全体の効用の合計の最大化（集計最大化主義）を目指す“功利主義的平等”〉なのか、i〈各人の効用の合計を平等にしていく（個人間の実際の財分配の多寡は、各自の限界効用・効用関数に応じて異なる）“総効用の平等”〉なのか、j〈社会的基本財 (primary social goods) の平等を目標とする“ロールズの平等”〉なのか、あるいは、k〈財そのものの多寡によって平等状態を追求する“富裕アプローチ”〉なのだろうか。このことは、「何についての平等なのか Equality of What?」というセンが提起した問題でもある。この問題に関してセンは独特な“機能アプローチ・ケイパビリティアプローチ”^{*35}に基づいて「基本的潜在能力の平等 basic capability equality」を

主張する。それによれば、(基本)財や効用だけで平等状態の充足度を判断するには情報の面で不足してしまう。なぜならば、総効用で満足(ささいなことでも非常に満足してしまう“快樂名人”)のような存在、あるいは自らの選好自体を我慢(満足?)できるように変容させてしまう“順応的選好形成adaptive preference formation”を行い、かつ(基本)財を所有している者には、それ以上の分配・平等は望めないからである。そこからセンは、基本的潜在能力の指標による平等を説く(Sen, 1980, pp. 367-8, 251-5頁)(Sen, 1984, p. 309)。

リチャーズの構想する「平等な機会原理」は解釈の仕方によっては、*〈機会さえ設定すれば良いのであって、その機会を本人が如何に利用する(できる)かは関知しない〉*という立場にもなり得る。また、受け取る財・サービスに関する客観的な指標をまったく用いずに子どもの発達という観念だけを目的的に想定する立場も有り得る。こうした立場を意識した場合には、*〈本人がその機会(財・サービス)を十分に活かすための能力〉*に着目し、その能力について客観的指標を用いながら理論構成しているセンのアプローチの意義は確かに高く評価できるだろう。しかし、本アプローチには、セン自身も認めているような①*〈能力の指標化の難しさ〉*、②*〈どの能力を重視するかは、当該文化に従属する〉*(Sen, 1980, p. 368, 255-6頁)という難点や、③*〈行き過ぎた“能力”実現化可能性^{*36}〉*も指摘し得るところである。言わば、ケイパビリティ・アプローチによって機会概念を読み解こうとしても、完全には解明しきれないのである(理論内在的なアポリア)。

さて、ここでセンの提唱した能力概念は、ある種の大きさ(magnitude)を示すものであり、したがって多様な用い方の可能性がある^{*37}。そして、この能力概念を規制理念(悪用されれば“単なるお題目”になってしまうが)としてでなく、現実の財分配に関わらせるのであれば、もちろん“パイの大きさ”は無限ではないので具体的な利益衝突につながる。たとえば、「能力障害者は当然の権

利として『パイの切り分け』に加わる」(藤倉, 32頁)という原則(規制理念)を認めたとしてもその先にも問題は残るのである。確かに、たとえ各障害者にとっての“人並な生活”(ケイパビリティの充足)を送るためであっても、健常者と比して不均等な“パイの切り分け”は一切認められない」というような、財の多寡だけに注目する考え方はもはや維持しえないだろう。これは従来言われてきた“ディセント・ミニマム論”につながる考え方であり、われわれの道徳的直観に対して訴えかけるものを持っていることは間違いない。しかし、次のような事例を考えてみよう。

〈x氏は現在のところ“不治の病・障害”に冒されており通常考えられる“手厚いケア”をしても健常者と比して著しくケイパビリティの不充足が見られる。ところが、“人類の英知”を総結集し莫大な研究費をつぎ込めば回復手段が発見・開発される可能性があり、したがってx氏のケイパビリティの充足度も“人並”になり得る。〉

残念ながら万難を排してもx氏のケイパビリティの充足を図るべきだという道徳的直観は、われわれの中には埋め込まれていないだろう。したがって、当然のことながらケイパビリティ・アプローチは財分配の“万能の基準”にはやはり程遠い存在である。このことは、*〈自律という“能力”を充足・陶冶する機会(観念)にはこうした観点からも限界が存在する〉*ということを示している。第3項 リベラル・パターンリズム(機会現実化の一過程)

前項においては子どもに保障されるべき機会概念(平等な機会原理)について検討してきた。ここでは、センの提起するケイパビリティ・アプローチは、理論内在的なアポリアおよび現実上の利益衝突可能性という難点を含みつつも、やはり重要だろうということを確認した。そうした機会の保障は、本来自らが積極的に要求し、獲得すべきものと言えよう。しかし、全員がその機会を自ら獲得できる能力を有しているわけではない。そこで、機会保障のパラダイムとして妥当とされるべきパターンリズムを検討しておく。このことは自分な

りの（もし正当化し得るならば）妥当とすべきパターンリズムの構造を明示することでもある。

1) 正当化し得るパターンリズム

リチャーズは、慈善的意図を持った無制約なパターンリズムを「ディープ・パターンリズム」とし、自律観念を尊重し、過介入への歯止めを持ったパターンリズムを「リベラル・パターンリズム」とする^{*38}。前者は他者や本人の性質の改良・向上・完成を目指した介入である「完成主義perfectionism」と重なる部分が大きいだろう。本論文においては、〈パターンリズム問題（保護的契機の問題）においては子ども自身の自律（自己決定）の契機が同時に意識される必要があること〉、そしてさらに一般的な問題として〈子どもをめぐる規範性問題は自己決定の次元を含む人格の自律を規制理念とすること〉という二つの理由によって、ディープ・パターンリズムは採用せず、リベラル・パターンリズムという枠組みの中でより精密に検討を進めていくこととする。

まず、子どもの“安全”の保障を目的とした介入は、人々の直観的なコンセンサスを得やすいこともあって、リベラル・パターンリズムの立場からも擁護できよう。これは、「死や深刻で回復し得ない肉体的損傷を引き起こすような行為からの保護」(Richards, p. 24) を典型例とした判断基準であり、〈おとなが子どもの危険な行為(道路への飛び出し・屋上への立ち入り・刃物類に触る等)を制すること〉を典型的なイメージとして捉えている。もちろん、“安全の保障”という基準だけでは漠然としていて過介入の危険は常につきまとうだろう。そこでさらに、a：危害の蓋然性・深刻性、b：無能力による被害であること（“熟慮”の上の危険と分ける）、c：介入は当面の危害回避を目的とすること、等の細かい基準が考えられる。

人格的自律に基底的な価値を置く規範的諸理論は自己統治能力や自己統治主権を重要視するのだから、他者からの介入をこうした肉体的安全の保護・保障だけに限定する一般的フレームは確かに高く評価されるだろう。しかし子どもの場合、事情は少々込み入ってくる。まず、子どもの保護は

“肉体的保護”だけで十分ではない。乳幼児期の子どもに対する働きかけ（ある種の介入・保護）は、後の人格形成にとって“安全保障”と言っても良い程の決定的な役割を果たしている。また、現代社会において選択の幅をもって生活を送っていくためには、最低限の教育・しつけが施されなければならないことも直ちには否定し難い。よって“心理的保護”あるいは“社会性育成のための介入”という契機も何らかの意味で考慮しなければならないだろう。

さらに、問題を複雑にするのが「依存的パターンリズム(マターナリズム)^{*39}」の存在である。おとなの子どもに対する日常的な細々とした働きかけ（何らかの意味での介入）は、おとな同士では見られないものが多い。たとえば、親は自分の子どもに衣服を買い与え、それを着せる。これは究極的には“保温による生命・健康維持”という要保護性を意識したパターンリズムとも言えるが、衣服という“記号”を身にまとうことによってその人物らしさを徐々に陶冶する過程の一環でもあり、さらには単なる親の“非パターンリスティックな行為”（親の好みのブランド物を着せられた“着せ替え人形”としての子ども！）かも知れない。〈この行為のどこからが要保護性の基準に該当し、どこまでが陶冶過程で、どこを過ぎたらそれは単なる親の趣味・嗜好で…〉という問題に截然とした境界線は確かに引きづらい。だが、ここで論じたいのはその場合の子どもの態度である。様々な働きかけ・介入のすべてに対して、子どもは“泣き叫んで抵抗し反対の意思を示したり”，あるいは“不承不承”従っているわけではない。むしろ、多くの介入について受容的である方が子どもの態度の通例ではないだろうか。むしろ、子ども自身の〈長い物には巻かれろ〉式の態度や、教化・順応的選好形成の契機がそこにはないわけではない。しかし、〈子どもにとっての初期環境をおとなが“一方的に”設定する点や（有能性推定・文脈付与をしたとしても残る）能力差の点において、おとな-子ども間の完全同位は達成し得ないこと〉、〈日常的な子どもへの働きかけ（何らかの意

味での介入)は必要であること) , <被介入者の子ども自身が当該介入に対して受容的であることが決して少なくないこと> という理由から、依存的パターンリズムは避けられず、また、後に触れるように「自律に向けての依存」という観点からは、依存的パターンリズムは必要であるとさえ言えるのではないだろうか。

2) 過介入への歯止め

以上、正当化し得る(せざるを得ない)パターンリズムの内容として、要保護性(安全保障)の基準および依存的パターンリズムを挙げてきた。前者は比較的クリアーな基準と成り得るのに対して、後者は介入に対する「同意論的正当化」の難点を抱えている。子ども自身の同意能力の問題性、“操作された同意”の危険を考えると、依存的パターンリズムのパラダイムがおとな側の介入行為の“正当化装置”に墮することは十分に予想される。したがって何らかの“過介入への歯止め”を設定しておく必要があるだろう。そこで以下にこのことを少し検討していく。

① <ハード・パターンリズムの限定> : パターンリズム概念の中には、<被介入者の自発性・意図(介入への反対の意思を含む)に関わりなく介入する「ハード・パターンリズム」> (Feinberg, 1986, p. 12) という類型がある。端的に言うならば、要保護性の基準による子どもへの介入は、その形態がハード・パターンリズムとなってもなお認容されるべきだろう。自律基底的に子どもへの働きかけを考える時に、子どもの安全を確保することは、自律への過程にとっての不可欠な要素である。このことは自己加害的な行為にも該当する。<その誤りから本人が何も学べない(死につながるような)> 危害や、逸失利益が甚大な危害(自己加害)から子どもを(介入によって)保護することは、自律という基底的目標に背馳することではない。ただし、このことを強調し過ぎるあまり、ハード・パターンリズムの適用領域を無原則に拡張するのも誤りであろう。あくまで、ハード・パターンリズムは要保護性の基準の枠内に収めるべきである。

② <子どもへのインフォームド・コンセント> :

では、要保護性基準の枠を越えるような、しかも(上記の依存的パターンリズムのような)認められ得るパターンリズムに対する制約はどのように考えられるべきだろうか。ここで私は“子どもへのインフォームド・コンセント”という観念の重要性をまず提起したい。周知のように、本観念は、医療における「説明と同意」の原理とされる。具体的には、医師が患者に対してその<病状>や<治療方法(可能であれば複数の治療方法を提示する)>を当該患者にも理解できるように説明し、その治療について同意を求めたり、治療方法を患者自身に選択させるという考え方である。しかし、伝統的にはむしろインフォームド・コンセントとは正反対の性質の<人間の病気・健康について“唯一”知り得ている専門家としての医者だけが、望ましい健康を実現するための一切のことをなし得る> というような考え方がずっと取られてきたと言えよう。インフォームド・コンセントは、こうした伝統的“治療観”から脱却し、それは、a <自律観念や自己決定(権)の重視> , b <長足の進歩を遂げているとはいえ、未だ限界・不確実性のある現代医療技術の水準および誤診・いい加減な治療に対するチェックの必要性> , c <医師と患者の間の「信頼性」にあっての同意の必要性> , d <医療過誤訴訟における医者側の抗弁理由> 等の根拠から主張されているようである*40。

以上の根拠は、“子どもへのインフォームド・コンセント”のロジックにおいても基本的には踏襲し得るものである。すなわち、a' <子どもにとっても自律観念や自己決定(権)は重要である> , b' <現代教育学や児童・発達心理学等の水準にはやはり限界・不確実性があり、またいい加減な教育行為に対するチェックも必要である> , c' <おとな(教師・親等)と子どもの間の“信頼性”にあってやはり同意は重要である> , d' <インフォームド・コンセントは将来のありうべき“教育過誤訴訟educational malpractice”における教師等の側の抗弁理由となり得る>。おとなから子どもへの一方的な介入を是とするこれまでの風潮に歯止めをかける意味合いで、そして、その説明の仕方如

何⁴¹によっては当該介入の“様態・程度・慈善的意図”は（従来理解不能と見なされてきた）子どもにも一定の範囲において理解され得るという理由によって、子どもへのインフォームド・コンセントという発想はやはりとても大切である。

むしろ、子どもへのインフォームド・コンセントという枠組みを介入正当化の根拠として無制約に使用するのは危険である。子どもの同意だけを介入正当化のメルクマールにしてしまうと、同意が得られない場合、いくら介入の必要性（要保護性等）があっても介入ができなくなる。また、同意不要なパターンリズム（ハード・パターンリズム）の領域とその他の介入領域を分けて、後者の領域すべてにインフォームド・コンセントを導入するという論理も考え得るが、これにも「作りあげられた（ゆがんだ）同意」という難点が存在している（介入の正当化装置として同意が使われる危険性）。しかし、だからと言って同意を求める努力を一切行うべきではないということにはならない。“自律を基底的価値”とする”という本論文の立場からは、子どもへのインフォームド・コンセントという観念に含まれている自律援助的な側面をすくい上げていく必要がある。具体的には、子ども自身が当該介入に対して明確な反対の意思を示した時（たとえば、習い事に対して猛然と“反抗”する時）や、その子どもの重大なターニング・ポイント（たとえば、両親の離婚、深刻な病気治療の時）において、子どもが理解し得るような説明（文脈付与）を行い同意を図っていくべきである。

③〈自律志向性〉：子どもをめぐる規範性問題は“自律基底的・自律志向的”に考えられるべきだという立場を本論文では取っている。また、自律観念の中にはe〈自己統治能力〉およびf〈自己統治主権〉の両次元が存在していることも論じてきた（本章第1節1項）。過介入への歯止めとして、この両次元を捉えることは重要である。つまりそれは、介入をする際にe'〈当該介入が自己統治能力の保護・陶冶に資することを目的としていること〉、f'〈e'を深刻に侵害しない範囲におい

て子どもの自己統治主権（自由・自己決定）を尊重する〉という（介入に対する）制約基準を設ける重要性である。これらの基準は、観点を換えれば子どもは、“正解”をひたすらトレースすることによってよりも“過ち・誤り”から多くのことを深く学ぶことができる〉という人間学的前提に立っている。そうして自律の能力は陶冶されていくのである⁴²。さらに、“自律”を唱えるからには、やはり「依存的パターンリズム」の管轄の及ばない何らかの領域を確保することが大切ではあるまいか。言ってみれば、ある次元・範囲において（「子ども解放論」ではない）、子どもとおとなの相互独立性（親離れ・子離れ）は必要なのである⁴³。

第4項 子どもの権利（権利を軸とした機会の現実化過程）

本節においては、自律観念の意味するところを確認し、それを達成するための枠組みである機会原理について考えてきた。そしてその観念をまさに“観念的”な次元だけに押しとどめないためには、機会問題を現実の財分配問題として捉えることが大切であるということを示した。さらに、機会原理の中に含まれる意味での正当化され得るパターンリズム論の構造を提示した。では、こうした機会原理を意識した時、そこでの子どもの権利（論）の構造はどのようなものになるのだろうか。

本論文において、少なくとも子どもへの働きかけに関する“基本的構え”は自律基底的である⁴⁴。換言すれば、〈自律の能力を陶冶しさらには自律を機能せしめる多面的な機会〉を保障する枠組みが求められているのである。そのことから、権利論を構想する際には自律（およびそれを保障する多面的な機会）をその基底に置くような理論が目指される。そしてこうした考え方は既述の通り現代的人権論の潮流の大きな部分と符合している⁴⁵。では、自律基底的（機会保障的）な子どもの権利論は具体的にはどのように構成されるべきなのだろうか。私はそれを以下の三つに分けて考えている⁴⁶。

①〈リベラル・パターナリズムを受ける権利〉：前述のように、自律基底的（自律への機会を保障する）な子どもをめぐる規範理論において、〈過介入への歯止めが必要〉とは言え、パターナリズムは自律にとっても不可避なものである。それどころか、すべてのパターナリズムを子どもの自律にとっての制約と考えるのは誤りであって、そこではパターナリズムの積極面がきちんと捉えられるべきである。そのことを権利のタームで理解するならば、それは、〈リベラル・パターナリズムを受ける権利〉となる。具体的には、これまで論じてきた（自律への）“安全保障”を眼目とした保護的なりベラル・パターナリズムや、日常的な子どもへの働きかけ・依存的パターナリズム等がそれに当たるだろう。観点を変えればこれらの権利は、他者から当該の権利の実質が与えられるものであり、また利益説的な権利の内容を示している*47。

②〈子ども自身の自己決定権〉：自律能力を陶冶するためにはパターナリスティックな介入が必要であり、そこからリベラル・パターナリズムを受ける権利も導出されることとなる。では、そこにおいて子ども自身の自己決定はどのように考えられるべきなのだろうか。

自己決定の意義・内容についてフィンバーグは次のように述べる。第一に自己決定は手段的価値として位置づけられる。なぜなら、「普通のおとなは、他のいかなる当事者にくらべても、自らの利益・才能・自然的気質（自己の所有する財の構成内容）を知りたがるものであり、したがってそうしたおとなは、…身の回りの出来事を自己の善の目的に結び付ける能力を有している」からである（Feinberg, 1980, pp. 143-4）。第二に自己決定は固有の価値として位置づけられる。この価値は派生的でなく、自己実現の価値と同じく道徳的に根本的である。よって、自己決定（自律）は本人の福利（たとえ自己決定が自己加害的でも良い）よりも重要であり、自己関係的な範囲での自律・自己決定の絶対性が主張され得る（ibid., p. 144）*48。

子どもの自己決定という文脈においては、それ

ぞれの立場はどのように捉えられるべきなのだろうか。第一と第二の立場の発想はむしろ大変重要である。子どもと言えども、自己決定を通して自己実現を達成していくことは可能である。それは、既述の〈子どもの有能性推定〉という枠組みや、文脈付与というおとな側の援助（生活・学習等様々な状況・局面での援助の必要性）によって遂行されるものでもある。また、子どもの意思・企図・意欲等を完全に無視しあるいは抑圧してまでもその介入が正当化される（ハード・パターナリズム）のはあくまで要保護性の基準に限定されるのであるから、〈子どもの自己決定自体を価値あるものとする固有の価値説〉も子どもにまったく無関係というわけではない。そこにおいて、子ども自身が自律への機会を主体的に獲得していく可能性もあり、子ども自身の自己決定権も基本的にはここから導出されることとなる。しかし、同時に子どもの自己決定には独特の制約・限界（無能力による要保護性・自己決定能力陶冶過程でのバイアス問題*49）も存在している。

結局、①および②は、保護や文脈付与等のおとな側の援助が必要であるという点を共有しつつも、緊張関係（リベラル・パターナリズムを受ける権利と子ども自身の自己決定権の衝突可能性）をはらんでいる。

③〈おとなと子どもに共通な権利〉：上記の①、②の権利はある意味では子ども固有の権利である。①の権利は、たとえおとなに享有される権利だとしてもそれはきわめて限定的に用いられるべきだろう。また、②の権利はおとなの有する自己決定権とまったく同じ性質ではなく、〈自律能力の陶冶に資する子ども自身の自己決定〉という側面がある。では、おとなと同様な権利（Adults-Children-rights）を子どもは有しているのだろうか。この点についてフィンバーグは、身体的・財産的利益侵害からの保護権がそれに該当するとしている（Feinberg, 1980, pp. 124-5）。また、ガーヴェイは憲法上の権利を「自由」と自由以外の「憲法上の権利」に類別し、予測し得ない社会的コストがかからない等の理由から、前者と対照的に後者

に対しては子どもにもその保障が及ぶとしている (Garvey, pp. 1757-62)。

前章で見てきたように、実定法上子どもにも権利能力や人権享有主体性は認められており、人権・権利の制約の対象となるのは、当該の権利を具体的・選択的に行使する能力に関わってのことである。したがって、“受動的”とも言える権利(生命・身体等の安全に関わる権利、各種手続的保護を受ける権利に代表されるような権利)については、おとなと同様な(場合によってはおとなよりも手厚い保障が必要である)保障が要請される。

第2節 子どもの自律にまつわる哲学的限界・前提

前節において様々な角度(機会・パターンリズム・権利)から自律基底的・志向的な理論を構想してみた。しかしそこでは、“なぜ自律(基底的理論)なのか?”という問いに正面から答えてこなかった。そこで本節において、自律観念には原理的にどのような限界が存在し^{*50}、またその観念は如何なる前提に立っているのかという点を少し検討してみたい。

第1項 自律の限界・制約

1) 自律陶冶過程の難点

① <必然的限界・制約>：前述の通り、子どもは様々な機会を保障されることによって(あるいはその機会を主体的に獲得して)はじめて自己の自律の能力が陶冶されていく。このことは、a <将来おとなになった時には、あらゆる選択可能性を“偏見なく”吟味・検討し実際の選択を行うこと<によって、主体的に自らの善き生を十分に追求し得る>ような自律的人格の形成を目指していると言えよう。だが、以下の如く各々の自律陶冶過程には、したがって各自の(自律的)人格そのものには固有の“バイアス”が必然的に付着してしまう。だから自律の理念型aを完全に実現することは、現実には不可能なものとなる。

ファインバーグによれば、われわれは合理的な自己決定を遂行し得る“自律的人格”であるとしても、すでに自らの「生活環境 life-circumstances」と「気質・特性 character」という契機を

決定してきた存在でもある。そして、この二つの契機は成長過程において選択され、枠づけられ、限定される。たとえば、親のしつけや、様々な教育過程は、不可避的にそれぞれの子どもの価値観・選好・嗜好等に影響を与え続ける。それは自律の陶冶過程であると同時に潜在的選択可能性の狭隘化・固定化(社会化)でもある。また、すでに誕生時もしくは幼年時から有していると思われる初期的な気質・能力というバイアスも存在している。むしろ、こうした自律の限界から、教育(可塑性可能性)の万能を(「幼年期の段階では、すべての子どもの性質は完全に未形成状態であり、また子どもの才能・気質は、潜在的バイアス・制約に関わりなく完全に可塑的である。」というような言説)説いたり、また「およそ子どもには自己決定などまったく不可能だ—「自己決定を行う自己がすでに十分に形成されない限り、“自己決定”はあり得ない。」」などと主張することは、自律の限界を誇張するものであるとファインバーグは述べる。(Feinberg, 1980, pp. 145-51)。

② <保護と自己決定の相克>：自律観念には<能力>および<主権(自己決定)>の二つの契機があることはすでに述べてきた。これらの契機は、<子どもの自律(能力)を援助・陶冶する保護の契機>と、<子ども自身の自律・自己決定の契機>に関連している。そこから、従来の子どもの権利論においては子どもの保護と自律(自立)の必要性が説かれてきた^{*51}。

だが、こうした理念型を追求する際には、しばしば次のような考えに陥りやすい。<それぞれの子どもにとって妥当と思われる介入の様態・程度は、現実レベルでも過不足無く定めることが可能だ。なぜなら、そうした介入の様態・程度は、子どもの現実の意思や仮定的意思、子どもの利益・発達(の科学)等から認識し得るからである>。“保護と自己決定(自立)の予定調和説”とも言い得るこの考え方が、われわれの子どもに対する見方・捉え方をその深部において規定すること自体にはあえて異論を差し挟むつもりはない。むしろ、その次元(規制理念として)においてこの理念型は

必要不可欠とさえ言える。しかし、そのことと、現実の各々の子どもに対する働きかけ・“介入”（その場合、それは介入にあらざる介入となる）に関する具体的な基準をこの理念型が提供し得るということは別問題である。そしてもう一步踏み込んで言えば、〈子どもの現実の意思や仮定的意思の限界・制約—教化・洗脳の契機の排除困難性〉、〈自律陶冶過程の固有のバイアス〉等の問題を鑑みる時、保護と自律の現実レベルでの統一達成は非常に難しいということが理解されよう。けだし、子どもの“最善の利益”を追求しつつも、実際には保護と自律の枠組みで解決できることには限界があるということを我々は自覚しなければならない。換言すればそれは、“子どもに対する働きかけにはどこか不十分なところが残っているだろう”という感覚を常に持つことでもある。

2) 自律に向けての依存

自律基底的な考え方を採用するからと言って、早期自律を求めることには難点も存在している。それは、早期から子どもに対して〈当該介入に関する同意を求めたりすること〉や、〈(選択肢を示した上で)自己決定をせまったりすること〉の問題点である。

まず、膨大な数(無限?)に及ぶおとなの子どもに対する働きかけ・介入の全時点において、子どもの現実の同意・選択・意思を問うていくことは物理的に不可能である。そのことは、両親の離婚・深刻な病氣治療・習い事等の重要なことは別としつつも、日常的な子どもへの働きかけ・介入(献立・服装・就寝時間等)に関する“一挙手一投足”におとな(親)が“お伺いを立てる”ことの荒唐無稽さを想起すれば納得し得るだろう。同時に言えることは、“一挙手一投足”説が仮に空想的であるとしても、子どもの早期自律を目指し小さいうちから子ども本人の同意・選択・意思を問うていくことにはやはり問題点もあるのではないかとということである。自ら主体的に選択(自己決定)することは、その選択(決定)対象が重要なものであればあるほど一般的に重くつらい面がある。「できることならその決定を先送りにしたい」

という感覚はわれわれの心の中にもよくあることだ。こうしたつらさは当然子どもにも当てはまる。むしろ自律能力とは選択の重さ・つらさを克服する中で徐々に陶冶されるものであり、したがって子どもの時からそうした“困難克服”の機会(自己決定の機会)を持つことももちろん重要である。しかし、〈自己選択へのプレッシャー・不安〉に対して、子どもがおとなと同じ水準の耐性・克服能力を有しているとは断言できないだろう。そこでは何らかの意味で〈おとなへの依存〉という方略がとられることとなるのではないか。

さらに、この〈おとなへの依存〉という考え方は、〈自己選択へのプレッシャー・不安〉を回避するという消極的な意義だけでなく自律観念にとって積極的な内容をも含んでいる。すでに述べてきた限界・制約が存在しつつも、様々な自己決定をめぐる要素・根拠を本人なりに合理的に吟味・検討し各自の善き生を追求する〈理念型としての自律モデル〉には、a「自己の価値判断の可謬性の自覚」(井上, 1986, 198頁) および、b〈規制理念としての客観的真理の措定〉が必要である。なぜなら、この契機のないところでの自律・自己決定は、〈ある特定の決定・選択こそが絶対に最善であるとする〉“絶対主義的自律”に、あるいは〈それぞれの決定・選択に関する比較・序列化はそもそも一切不可能であり、したがって各人の思いなし・選択がすべてであるとする〉“相対主義的自律”になってしまうからである*⁵²。

では自律の必要条件とも言えるa・bの契機はどのようにして陶冶されるのだろうか。それは子どもを“自己決定の海”で泳がせることだけによって遂行されるわけではない。むしろ逆説的に、依存的な発想が後の自律につながるとも言えるのである。それは、小さい時期に自分の親等を見て“彼我の能力の差”を感じる(お父さんはスーパーマンだ)ように、より優れた存在への憧憬感を幼少期に培うことでもある。繰り返しになるが、aの「小さき我」の感覚や、bの「小さき我を越えた何か」の感覚*⁵³の萌芽はこうした憧憬感ではなかろうか。そしてこうした憧憬感は“コミュニケイ

シヨンの行為”によって獲得されるのではなく、おとなへ依存する状況の中で言わば“刷り込まれる”のである。それはある意味での権威の受容でもあり、皮肉なことにそうしたことによって十全に自律の能力が陶冶されていくのではないだろうか（自律のパラドックス）*54。

3) 自律以外の価値

子ども（延いては人間）をめぐる規範性問題においては、もちろん自律観念だけが評価し得る価値ではない。たとえば、自己(self)の外部(external)に設定される諸価値（社会福祉・社会目的等）を基底的に捉え、その目的に個人を組み込んでいく立場や、自己の内部(internal)に設定される諸価値（特定の道徳性・人格モデル等）を“すべての人間の共通目標”とするモラリズムや完成主義の立場もわれわれは取り得る。本論文において私は、自律観念を特定の一つの善の構想を超える部分を含むものとして、換言すれば（依存的人格モデル等をも包含し得る）様々な各自のライフスタイルの追求（依存?）を支える枠組みとして捉えており、特定の目的だけを基底的に捉える立場との対比から、自律観念の正当化問題を次項において若干検討していきたい。ゆえに、ここではわれわれの直観的承認を広く得るようなものでありながら、自律観念ではカバーしきれないある観念を取り上げるにとどめたい。

既述の通り、自律観念には“自己統治能力”の次元が存在している。さて、この場合の“能力”には可測性があるのだろうか。確かに、人間の複雑かつ曖昧な能力に対して点数化（自分で身の回りのことができればX点、自分の生きがい・ライフワークが示せればY点!）し得ると考えるのは傲慢だろう。つまり“基数的cardinal表現”を用いても、自律能力の異個人間比較はもとより、（異なる時点の本人を比較する）個人内比較もなし得ない。では“序数的ordinal表現”を用いればどうなるだろうか。もちろん、ランキングに関する個々の立場依存性が否定され、すべての異個人間・個人内（異なる時点での）の自律の能力・達成度に関する“順序”・“程度”（自律の“偏差値”）が

完全に明確化されるということは不可能である。しかし、ランキングの概念とはこうした「完備順序complete ordering」に尽きるわけではない。たとえば、A・B・Cの序数要素の中でAとBのランキングについては衆目は全く一致せずとも、要素A・Bに比べて要素Cは明らかに評価し得る／し得ない（ $A \cdot B < C$ or $A \cdot B > C$ ）という「部分順序partial ordering」の状況は身近にもよくあることだ（窃盗・詐欺と殺人に関する一般的な罪の重さ等）。自律能力に関しても、この部分順序の存在は受け入れざるを得ないのではないだろうか。

〈以前に比べて私も（彼も）随分“自律”してきた（個人内比較）〉、〈いつかはあの人のように“自律”したおとなになりたい（異個人間比較）〉という日常的な感覚は部分順序を前提にしているのである。これはある意味での自律の可測性である。

だが、ここにも自律観念に内在する難点が現れる。部分順序の概念を受け入れた場合に、その自律能力・状態が著しく低い段階にとどまっている者をわれわれはどのように捉えるべきなのだろうか。たとえば、介助者・様々な介護の存在なしに行い得ることは“呼吸とまばたき”だけという重度の障害を負っている人間に対してわれわれは恬淡と“自律能力の低い者”と評価すれば良いのだろうか。この事例は“反論のための反論”の材料として持ち出したのではなく、自律基底的な理論枠組みを構想しようとしてもやはり自律“能力”には統合し得ない領域がある、ということを指摘したいために持ち出したのである。その領域とは“個の代置不能性”や“道徳的世界の一員”論に示されるような人格主義的発想の領域である。この領域が自律観念（自律領域）とどのような関係になるのかは別稿に譲りたいが、少なくとも言えることは、やはり自律観念も人間存在を読みとく“万能の基準”と見なされてはならないということである。

第2項 自律の前提・正当化

以上のような（子どもの）自律観念・過程にまつわる様々な限界・制約を認識しながらも、われわれは何ゆえにその観念をなお正当化すべきな

のだろうか。ひよっとすると、自律観念は多様に構想され得る善の中の一つの主張・解釈に完全に埋没してしまうものなのだろうか。もっとも、自律観念はすでに法的に保障されているものとも言えよう。佐藤教授によれば、憲法13条後段の幸福追求権(「生命、自由、及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」)は、同条前段(「すべて国民は、個人として尊重される」)の「『個人の尊厳』原理と結びついて、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る」(佐藤, 1990, 403頁)。その権利は、「基幹的な人格的自律権」として、つまり「人間の一人ひとりが“自らの生の作者である”ことに本質的価値を認めて、それに必要不可欠な権利・自由の保障を一般的に宣言したもの」として捉えられる(同, 405頁)。こうした考え方は、多少“個人主義”に流れているきらいもあるが、おおむねわれわれの承認し得るところである。では自律観念に対して原理的・哲学的にはどのような正当化を図れば良いのだろうか。以下に少し検討してみたい。

まず、これまで断片的に提示してきた自律の理念型を定式化しておこう。

- ①：自己統治主権(自己決定権)の領域の存在が承認されていること^{*55}。
- ②：自律への能力を有していること。すなわち、それぞれの主体は、a <各主体固有の価値体系・選好体系・嗜好等を持ちつつも>、b <独善的にならずに批判に開かれた形で>、c <各々の“より良きライフスタイル”に関する“飽くなき追求”を遂行する>。このb, cはそれぞれ前述の、「自己の価値判断の可謬性の自覚」(井上, 1986, 198頁)、および<規制理念としての客観的真理の措定>に密接に関わっている。

この理念型がいくつかの特定の価値にコミットしていることは明白である。なぜなら、上の自律の理念型に反する状況・行為類型も想定可能だか

らである。たとえば、われわれは「権利不要説」や「他価値優先説」で見たような自己決定権を否定もしくは重視しない立場を取り得る(理念型①への反論)。また、<可能な限り他者の価値体系・選好体系・嗜好やライフスタイルを模倣すること>(②a・cへの反論)、および<自分と主義・思想・宗派・趣味の異なる人物の主張に対して、少なくとも当該内容に関しては一切耳を貸さない態度>(②bへの反論)等も身近に見聞きすることである。よって、自律の理念型は何らかの特定の善の構想・価値等にコミットしているのである。

しかし、自律観念には特定価値へのコミットに尽きない部分があることもまた事実である。なぜなら、自律観念は各当事者に対して永続的に“自律の模範生”たることを要求するわけではないからである^{*56}。おとなになってから自分の意思によって“非自律・反自律的”な行動類型(たとえば、崇拜する教義・教祖の言動を神聖・不可侵のものと考え、日々の行動を決定していくこと)を選択することを、自律観念は推奨するわけではないが、さりとて禁止するわけでもない。また、コミュニケーションモデルを唯一のあるべき人間観・人間像とすることにも自律観念はためらいを見せる。独白的な能力(たとえば非社会的な芸術家)もある観点からは評価し得る。言わば、そこで自律への“強制”はしないのである。自律の理念型の核心は<より多様な生の選択肢を保障し、それを各人が選び取っていく>というところにある。そしてその選択が、s<“納得ずく”で行われ—現実の同意の存在>、t<自律の理念型への何らかの“可逆性”がそこに存在している—現状復帰可能性>ならば、われわれはそれ以上の直接的介入の正当化根拠として自律観念を用いるべきではないだろう。だが、なぜそこまでして“スタートライン”における選択肢の多様性を保障する必要があるのだろうか。多様な選択肢を保障することによって“多様な生のあり方”を実現することの妥当性に関して、われわれの有している道徳的直観を超えてそれを正当化することは確かにやっかいである。しかし、こうした正当化に関して<正当

化には絶対的な確証が必要である」とする認識論における「基礎主義foundationalism」を取る必要があるかどうかは疑問である。とりあえず本論文では、自律ベースの議論に内在する論点の整合性を高め、議論の現実的帰結を検証することによって自律観念の“魅力”を語るにとどめたい（整合主義的正当化）。

自律理念は一般には以上のように解されるが、子どもの場合には少々問題を異にする。様々な限界・制約・緊張関係をはらみながらも、子どもは自律能力の陶冶過程の中の存在である。その中で“半ば強制的に”あるいは“知らず知らずのうちに”自律の理念型とは遠くかけ離れたライフスタイルを当の子どもが身につけていく場合も想定し得る。その場合、上のs, tの条件に抵触するおそれが十分に考えられる。sについては、「ゆがんだ同意」（おとな側の操作可能性）の危険が存在し、tに関しては、非／反自律的なライフスタイルの非可逆的な固定（三つ子の魂百まで？）のおそれが指摘され得る。あえて図式的に言えば、自律観念をベースにして子どもの発達過程を捉えるならば将来の“他律的ライフスタイル”の選択も含めて多様な選択肢を保障し得る^{*57}のに対して、対照的に他律的な観念をベースにするならば、そこで将来各自が自律的なライフスタイルを選好することは非常に困難であるということだ。したがって、子ども期に将来の多様な選択肢を保障することは大変重要である。それは、おとな（親）の子どもへの働きかけ・介入の態様を枠づけていくという意味では、おとなの（自分の）子どもに対する“フリーハンド”な状態への制約基準でもある。

もちろん、子どもをめぐる規範性問題に際して自律観念をその規制理念として用いるとしても、それは問題の大枠を決めたに過ぎない。子どもをめぐる規範性問題とは結局人間を陶冶する文化問題であり、そうした問題は“自律”や“権利”という観念で十分に説明しつくされるほど単純なものではないだろう。総合的な人間学に資するあらゆる学問的リソース(教育学, 心理学, 倫理学etc)

や習慣、常識に至るまでも我々は総動員させる必要がある。とは言え、それが非常に大雑把なものであっても問題を枠づけ、方向づけることなしに問題解決は十分にはなされないだろう。“自律”、“権利”で問い得ることおよび問い得る範囲を見極めながら我々は歩を進めて行かなければならない。

第3節 多層的権利論に向けて

第1項 “権利論的” 検討

さて、本章第1節4項で提示してきた自分なりの「子どもの権利論」をここで“権利論的”に自己検証してみようと思う。前述のように、子どもの権利は〈自律の能力を陶冶しさらには自律を機能せしめる多面的な機会〉を保障する一つの規範的枠組みとして構成される。具体的には、①「リベラルパターンリズム(LP)を受ける権利」、②「子ども自身の自己決定権」、③「おとなと子どもに共通な権利」の三つに類型化される。この三類型を（権利の）内容・機能・正当化・規範力の次元から整理・検討することとしたい。

①「リベラルパターンリズム(LP)を受ける権利」：第一に、権利の本質理解としては、本類型は利益説的な理解を示す。肉体的・心理的安全を保障され、また様々な機会がおとなから与えられることによって子どもは（自律にとっての）利益を享受する。そうした利益は権利と結び付けられることによって「リベラルパターンリズムを受ける権利」となる。もちろん、そこでの利益(的行為)は、その時点での子ども自身の意思・選択・選好と必ずしも一致するとは限らない。したがって本類型は基本的に選択説的理解を示さない。第二に、本類型はフィンバークの指摘する理念的な意味を中心とした道徳的権利性を帯びる。後に触れるように、もともと本類型は原理的・哲学的正当化や教育学的正当化が図られ、また法的権利性が完全な意味では保障されていない。よって道徳的権利性を有している（道徳的権利のレベルにとどまる部分を有している）と言えるのである。第三は、その法的権利性についてである。憲法26条の「教育を受ける権利」、教育基本法4条・学校教育法22

条の〈教育・就学させる義務〉、民法820条の〈監護・教育の権利義務〉、等の実定法上の規定に本類型を関わらせる限り、少なくとも本類型は「第一次的権利性」「抽象的権利性」を具有していると言えよう。しかし、こうした権利の存在から立法の不作为問題や裁量権濫用問題を大きく越えて、具体的な請求権を根拠づけるような「回復的権利性」「具体的権利性」までをもそこに含められるかどうかは難しいと思われる。第四に、正当化の手法を考えてみよう。本権利類型はその出自を“自律のための機会原理”という原理的な部分に持っており、当然ながら哲学的・原理的正当化を図っていると言える。同時に、実定法上の根拠づけもなされ得るし(実定法的正当化)、それほど強調点は置かないにしても〈介入の態様・効果等を考慮する際には教育学的知見が必要である〉という意味では教育学的正当化も図られるだろう。

②「子ども自身の自己決定権」：第一に権利の本質理解としては、本類型は非常に微妙な位置にあると思われる。〈本人の最善の利益は、自身の自己決定によって確定・達成され得る〉という考え方は(前述の文脈付与等を通じて)子どもにも部分的には当てはまるだろう。また、この時期の自己決定は“将来の合理的な自己決定能力”を陶冶するためのもの(メタ自己決定)であり、その意味では能力陶冶という利益を持っている。よって、本類型には利益説的側面がある。ただし、本類型は同時に選択説的側面をも有している。それはすなわち、〈子ども自身にとっても自己決定は固有の意義を有している〉ということである。本論文において私は〈現実レベルでの保護的契機と自己決定的契機の予定調和説〉を採用していないので、本類型での利益説的側面(介入が前提とされている)と選択説的側面は相互に制約条件となる(条件付き該当性)。第二の道徳的権利性については、①(LP)で述べた理由が同様に該当し、本類型は道徳的権利性を有している(道徳的権利のレベルにとどまる部分を有している)と言える。第三に、その法的権利性についてはどうだろうか。憲法13条から導かれる幸福追求権に本類型は主として

関わっている。次項で述べるように、本類型を第一次的権利(抽象的権利)として機能せしめる現実的意義は大きい*58。現在多様に構想されている“(子どもの)学校参加”問題も本類型と密接に関わっていると言えるだろう。しかし、本類型を回復的権利・具体的権利という規範力の一層強いレベルに押し上げることが良いかどうかはさらに慎重な考察が必要である。なぜなら、本類型は①と緊張・相互制約関係にあり、規範力にアンバランスがあってはならないからである。第四の正当化手法についてはどうか。これも基本的には①(LP)で述べた理由が同様に該当するだろう。ただ、実定法によって十分に正当化し得るかどうかは、一般の自己決定権概念の未定着性も手伝って、今後の立法作業および解釈作業に負っている部分もあり、流動的と言える。

③「おとなと子どもに共通な権利」：第一に、本類型は権利の本質理解として利益説的理解を示す。もともと本類型は子ども自身の自己決定がほとんど必要ない性質のものであり、必然的に選択説的側面はほとんど存在せず、権利保障することによる各種利益(生命・肉体的安全保障による利益等)の維持・達成が目的となる。第二に、道徳的権利性についてはどうだろうか。本類型は、人間の尊厳性に直接的に関わる性質のものであり、制度的・法的に強い規範力を持って保障される必要がある。本来ならばあまり道徳的権利性の意義を強調する必要はない。ただし、昨今の親の児童虐待等に対する発見・予防措置の不完全さを補う規範として道徳的権利性を主張する意味はあるかも知れない。第三に、法的権利性については今述べたように、本類型は強い保障を必要とするものであり、その意味で第一次的/抽象的権利はもとより、回復的/具体的権利のレベルまで保障されるべきであろう。第四の正当化手法については、まず①で述べたように哲学的・原理的正当化が図られるのはその出自上当然であり、また法的正当化に関しても実定法上根拠づけられるだろう。教育学的正当化に関しては、その性質上特に必要ないと思われる。

さて、以上の議論はどのようにまとめられるのだろうか。まず「権利の種別（3種）」や「権利の本質理解—利益説or選択説」という権利の内容において、本構想は多様性を現している。また、「道徳的権利・第一次的権利・回復的権利」の諸観念は、「権利の機能」という観点からは多機能性を、そして「規範力」という次元からは“権利（力）のグラデーション”を示している。さらにその正当化手法（教育学的・実定法的・哲学原理的）も多様に考えられる。雑駁かつ強引なまとめをあえてするならば、子どもの権利論構想において「権利の多層性」は確かに存在していると言えるのではないか。

第2項 結び—応用問題への予備的考察として

さて、ひとまずの結論を述べて本論文をまとめることとしたい。権利の多層性という問題関心からその素材として子どもの権利を取り上げ、様々な角度から検討を進めてきた。そしてその検討から、保護的契機と自己決定的契機の両契機を内在した自律ベースの子どもの権利論構想を提示し、その構想は権利の多層性の様相をあらわすということ述べた。では、こうした理論枠組みは、実際にわれわれの回りに存在するような子どもをめぐる様々な規範的諸問題に対して如何なる指針を与えてくれるのであろうか。残念ながらこの“現実的・現場的問題”に対して紙幅を当てる余裕がほとんどない。したがって、こうした応用問題への予備的作業とも言うべきであろう“現実的・現場的問題”に直面した際の“哲学的心構え”をここでは以下に若干示すにとどめざるを得ない。

子どもをめぐる規範性問題において、基底に置かれるのは自律理念であった。さらに、その自律理念には〈自己統治主権〉および〈自己統治能力〉の次元が存在し、自律（能力）を陶冶するためには〈自己決定〉および〈保護〉の両契機が必要であることを示してきた。まず自律基底的な理論である限り、その能力陶冶過程において目指される目標（規制理念）として自律理念（モデル）を定礎すること自体は必要なことであろう。ただ、現実レベルにおいてわれわれは、〈自己決定の軸〉お

よび〈保護（介入・依存）の軸〉両者の相互緊張関係を意識しながら子どもへの働きかけを行っていくしかない。しかしそれは、（従来論のように）自己決定と保護の関係を〈予定調和的に捉える（弁証法的統一？）〉ことでも、〈アドホックなレベルだけの問題と捉える〉ことでもない。言ってみれば、二つの軸の併存や両義性に耐える必要があるのではないかと私は考えている。そして、こうした自己決定と保護の併存は、権利のタームでの〈子ども自身の自己決定権（SD）〉と〈リベラルパターンリズム（LP）を受ける権利〉の併存と対応関係にある^{*59}。この権利の次元での併存もある意味では相互に衝突・矛盾・制約し合う関係にある。それは、すでに述べてきたように、前者については〈自己決定権ともいっても子ども固有の制約条件が付される〉こと、また後者については“リベラル”なパターンリズムであるからには過介入への歯止めが必要とされる〉ことである。

さらに、それらの権利の生成・展開過程（規範力の動態）についてはどう考えるべきなのだろうか。提起してきた子どもの権利論はその権利の類型に応じて様々な規範力のレベル（道徳的権利、第一次的権利、回復的権利等）にもある。どのような条件の下でどんな規範力が獲得されるのかについて詳細な検討を加えることは、“法的価値判断”の正当化問題^{*60}とも関わり難い論点であるので、ここでは〈道徳的権利から第一次的／抽象的権利、そして回復的／具体的権利へ〉という〈権利の生成過程〉^{*61}、〈規範力のグラデーション（後者になるほどその力を増す）〉^{*62}の存在を指摘するにとどめたい。

色々構想された子どもの権利論は a 〈多様な権利の内容・機能からなる多次元性を有していること〉、b 〈構想内部に相克・相互制約が存在していること〉、c 〈階層的な生成過程・規範力の段階を持っていること〉という理由からやはり多層性を示していると思われる。最後に、こうした権利の多層性観念を主張することによって実質的にはどんな意義が見いだされ得るのだろうか。従来の子どもの権利観念はややもすると、子どもと言う

だけで否定的に解されたり、逆に当事者の主張を正当化する“マジックワード”ともなっていた。権利観念の“切り札性”を維持しながらその観念の広がりや生成過程をも視野に収めるのであれば、我々はその観念を、決して“法律家の床の間”だけに鎮座させておくべきでも、また当事者のあらゆる要求を絶対的に正当化してしまう“錦の御旗”とすべきでもないだろう。つまり、権利の多層性という発想からは、権利の“床の間化”・“錦の御旗化”は回避されやすいのである。権利を多層性という枠の中に位置づけ、その構造を当事者が広く認識することが権利観念の新たな発展・活性化につながるのではないか。そして、このことは子どもの権利の問題に留まらず、“権利概念の奥深さ”を示すことに、延いては権利の一般理論への寄与することにつながっていくだろう^{*63}。

註

- * 1 「利己的な権利主張が多い」という点から、現今の権利主張の隆盛が批判的に受け取られている現状については、田中教授が社会調査に基づいて論じている（田中，1987，14-7頁）。こうした問題は、結局のところ“法文化問題”に帰着するとも思われるが、紙幅の都合上立ち入ることができない。
- * 2 たとえば田中教授は、こうした国民の有する「独特な生存権感覚」が同時に「私権と公権，自由権と社会権などの伝統的な法律学的概念区分の妥当性の再検討をうながしつつある」として、そうした感覚を積極的に評価している（田中，1985，383頁）。
- * 3 本論文において、現今の多種多様な権利観念の中に含まれる“内容・性質”次元の問題と“規範力”次元の問題の両者を権利の“複雑性”や“多面性”等の用語で語らず、いささか奇妙な“多層性”という耳慣れぬ言葉を使用したのは次のような理由による。仮に、権利観念の拡散化の状況を中心として記述するのであれば（内容・性質次元中心）、キーワードとして“権利の拡散（化）”を用いれば良いだろう。また、“第一次的権利から回復的権利へ”というような、権利の生成・展開過程を論述の中心とす

るのであれば（規範力次元中心）、キーワードとしては順次性をイメージさせる“権利の階層性”等が適当かも知れない。だが、本論文において私は、く権利の規範力における階層性への指向性は持ちつつも、同時に内容・性質次元での多様な機能を合わせ持つような権利観念・権利論を考察・提唱したいと思っているので、あえて多層性と階層性の両者の含みを持たせた“多層性”という用語を使用した。その用語が意義深くなるかどうかは、本論文全体の論述の説得力にかかっている。

- * 4 特に近年は“学校における人権問題”が取りざたされてきている。1980年前後から頻発した“校内暴力”問題に連続して起こってきた“いじめ”問題や“教師の体罰”問題とならんで、あるいはそれらに関連していわゆる“管理主義教育”・“校則”問題も起こってきた。校則問題を中心とした管理主義教育の問題を確認・検討しておくことが、本論文の柱である子どもの権利を考察する場合のひとつの重要な前提になると思われるが、紙数の制約上ここではほとんど触れることが出来ない。参照、（日弁連，1985，10-230頁），（日弁連，1991，195-436頁）。
- * 5 本論文において、自律観念は“自己統治”を意味している。それは、さらに〈統治の能力〉の次元および〈統治の主権〉の次元の両者を含んでいる。後者について“自立”という言葉も考えたが、微妙な含みを持たせたい箇所もあるので“自律”という言葉だけで済ませた。したがって、「自律ベースの～」という表現は両次元を意識した言い回しとして（広義の自律観念）、「自律（自己決定）」等の表現は主権次元を意識した言い回しとして用いている（狭義の自律観念）。なお、第2章1節1項を参照されたい。
- * 6 たとえば、「人権の保障は本来、年齢とは関係なく何人にも平等になされるべきである」（小林，282頁）、「憲法条項にいう『国民』の中には、いわゆる未成年者も当然に含まれる」（佐藤，1990，376頁）など。また、このことに関連して（中村睦男，30頁）を参照せよ。
- * 7 代表的なものとして、（兼子，193頁以下）を見よ。

- * 8 たとえば、(堀尾, 1971, 154頁以下), (堀尾, 1991, 47頁以下) 等。
- * 9 代表的なものとして、アメリカ法に焦点を合わせている米沢教授、樋口範雄教授の業績、アメリカ・ドイツ法に焦点をあてた千葉教授の業績等がある。参照、(米沢, 8-128頁), (樋口範雄), (千葉, 13-135頁)。
- * 10 教育学的なアプローチとしては、牧教授の所論が注目される。教授は、「保護原理」「自立原理」「形成原理」という枠組みを設けて、子どもの権利の特質を考察し、その保障のしくみを構想する(牧, 1990 a, 18-40頁)。
- * 11 参照、(法学協会, 500頁)。
- * 12 同旨、(奥平, 392頁以下), (今橋, 353頁以下)。
- * 13 参照、(牧, 1990b)。
- * 14 子どもの権利の〈機能〉〈正当化〉については次章において自説の展開とともに論ずることとする。
- * 15 たとえば、前述の学テ最高裁判決や、教科書検定裁判でのいわゆる「杉本判決」(東京地判昭45.7.17) 等。
- * 16 ファインバーグは道徳的権利をさらに以下の四種に区別する。慣習等でその価値が確立された「慣習的権利conventional right」。実定的権利となるべきである「理念的権利 ideal right」。啓発された人間の個人的レベルでの主張である「良心的権利 conscientious right」。他の権利の実行を道徳的に正当化する「実行的権利exercise right」(Feinberg, 1973, pp. 84-5)。
- * 17 現代的権利論まで含み込んだ形で自然権について概説したものとして、(深田) がある。
- * 18 自然権論が「本質的な人間的な自然」を設定しなければならず、その論証は新たな困難を生む、という点については (MacDonald, pp. 23-4) を参照のこと。
- * 19 ここで述べる抽象的権利あるいは具体的権利とは、ドゥオーキンの主張する「一般的な政治目標」あるいは「より明確に定義された政治的目標」のことである (R. Dworkin, p. 93)。参照、(樋口陽一ほか, 235-42頁)。
- * 20 参照、第2章1節4項。
- * 21 今橋教授は、「堀尾『学習権』論」によれば、少なくとも各教師に対する学習権の法的権利性はまったく否定されるように解しているが、私にはこの解釈は堀尾理論に対する“過度の単純化”を含んでいるように思われる。参照、(今橋, 74頁)。
- * 22 とは言え、米沢教授は権利の性格に応じた独特の分類もしている。ガーヴェイ論を取り込む形で、まず「選択の自由を内実とするか否か」という基準によって、x「成人にない制限をうける権利」とy「成人と同等の保障をうける権利」という分類を行っている。xには「精神的自由、職業選択の自由等が含まれ」、yには「拷問および残虐刑の禁止、遡及処罰の禁止、正当な補償をうける権利等が含まれる」とする。さらに、「子どもにとりわけ保障される権利」として「発達権、学習権」を挙げている(米沢, 238-9頁)。
- * 23 参照、(佐藤, 1988)。
- * 24 このことについて米沢教授は、「『子どもの保護』のアプローチは、(略) 基本的には、子どもをはさんでの親と政府との対抗関係に焦点をあてて、子どもの保護をめざすものであって、子どもの自律そのものに焦点をあてるものではない。」(米沢, 118頁) と述べている。
- * 25 参照、(Rosenak), (Wilker)。
- * 26 参照、(米沢, 244頁), (林, 53頁以下)。
- * 27 コーエン論については、(米沢, 121-3頁) を参照のこと。
- * 28 参照、(長尾, 50-9頁)。なお、Tの立場は次項の“他価値優先説”と重なる部分があるが、権利の意義を多少なりとも認めるか否かという現実的には大きな差異が両説には存在している。
- * 29 もちろん前項での各説も場合によっては権利基底的理论批判の文脈で主張されず、各説独自の積極的主張として組み立てられる可能性はある。逆に、本項における各説の理論構成が権利基底的理论批判の目的で使用されることもあり得る。ただ、本節での主眼は〈子どもの権利(論)を否定・批判するためには、我々はどのような筋道を探り得るか〉ということを検討することにあり、そこでの各

説の現実的構造・意味・限界等を詳細に追求することにあるのではない。よってそうした詳細な追求は行わないこととする。

- *30 本説全体に関わっては、(馬場)を参照のこと。
- *31 その具体例として馬場教授は、「非公式的正義 informal justice」,「法の代替 alternatives to law」,「非一法化delegalization」を挙げている(馬場b, 59頁)。
- *32 部分社会論一般については、(佐藤, 1983)を参照のこと。
- *33 むろんオニールは切り札としての権利の意義を捨て去っているわけではない。権利所有者に対してすべての主体が負う「普遍的義務」と組み合わせる基本権の存在をオニールも説いている(O'Neill, p. 447)。
- *34 しかし、感情的接触があっても、子ども自らの人生計画についての基本的態度は親の影響が強いため、公正な機会を与えるには不十分な場合もあり得るとリチャーズは述べる。たとえば、人種差別社会での親の絶望は子ども自身の教育に対する意欲喪失につながるかも知れず、その場合は「機会の正当化されない不平等」が存在することになる(Richards, p. 21)。
- *35 このアプローチは、〈分配された財・サービスを、諸個人がそれぞれ所有する“特性関数、利用関数、評価関数”や財ベクトルの集合という概念と結び付けることによって機能ベクトルの集合を措定し、それがすなわち“ある個人が機能の選択に関してもつ自由度(ケイパビリティ)”となる〉というものである。参照、(Sen, 1985, pp. 9-13, 21-5頁)(Sen, 1984, p. 316)。
- *36 たとえば、「能力実現率の不平等を、資源配分という間接的方法を超えて、生命操作技術等の直接的な手段により是正することも正当化してしまうのではないか」(井上, 1989, 95頁)という批判等。
- *37 たとえば、各自の能力の大きさを等しくする〈総能力の平等(センの立場だと思われる)〉、能力の総量の最大化を目指す〈能力功利主義〉等が考えられる(Sen, 1980, p. 369, 256-7頁)。
- *38 リチャーズによれば、ギリシャ時代における

人々(プラトンやアリストテレスに代表される)は、〈統合されたある人生設計を明示したり追求する能力(発達した自我)はすべての人間には備わっておらず、自己秩序形成のためにはより優れた個人や力に依存しなければならない〉という能力観を持っていた。そこから、〈慈善的意図に制約はない〉という最善者によるディープ・パターンリズムが説かれることになる。リチャーズは、人間が有する自由への自然権(ロック等の主張)を根拠として、〈慈善的動機がある場合でさえも他人の生活をコントロールするには人権概念という固有の制約概念がある〉とし、ディープ・パターンリズムとは異なるリベラル・パターンリズムを提案する。「リベラル・パターンリズムは、諸個人を自らの生活形態および目的を決定すべき独特な規範的権威者と見なしている」点において、ディープ・パターンリズムとはまったく異なる、と彼は主張する(Richards, pp. 11-5)。

- *39 本概念のネーミングについては井上教授に負っている(井上ほか, 393頁)。また、中村雄二郎教授も、「責任が〈みんな〉のなかに解消するようなソフトな仕方で強制がなされる」ものを「マターナリズム」と呼んでいる(中村雄二郎, 207頁)。
- *40 参照、(水野, 38・61-4頁), (ラムゼー, 186-7頁)。
- *41 たとえば、“子どもの有能性推定”論やコーエンの援助者理論等を用いて、子どもに具体的なコンテキストを付与し(わかりやすい言葉を用いる, 理解しやすい事例に“たとえて説明する”等)理解と同意を得ること等が考えられる。
- *42 〈自由は選択能力に依存し、その能力は自由を行使することを積み重ねることによって陶冶される〉という自由の手段的(instrumental)機能の重要性をガーヴェイは論じている(Garvey, pp. 1768-71)。
- *43 このことは、『エミール』においてルソーが説いた各々の発達段階における固有の意義と結びつく。「人生のそれぞれの時期、それぞれの状態にはそれ相応の完成というものがあ、それに固有の成熟というものがある」(ルソー, 271頁)。

- *44 自律観念の前提・限界については、次節において検討する。
- *45 参照、(佐藤, 1988, 9-12頁)。
- *46 ここでは、権利の原理的な構想を試みているので、私人間効力(第三者効力)等の実定法解釈上考慮すべき論点にはほとんど触れていない。
- *47 ちなみに、平等な機会原理を説くリチャーズは、「子どもは以下の二種類の権利の受益者である。すなわち、それは平等な機会およびリベラル・パターナリズムを受ける権利である。」(Richards, p. 20)と述べる。本論文において私はリベラル・パターナリズムを、〈多面的な自律への機会〉のひとつの構成要素としてその機会観念の中に入れ込むこととしている。機会の契機とパターナリズムの契機を並立させるリチャーズとはその点で異なっている。
- *48 さらにフィンバーグは〈折衷説〉とも呼び得る考え方を示している。本説は本人の〈自己実現の価値〉と〈自己決定の価値〉を同等と見なす説である。すなわち、基本的には自己決定することが、本人の財増進のためにもっとも良い。しかし、本説では自己決定—自己実現間に自動的優先権はないので、両者が一致しない場合、本人が調整しなければならないことになる (ibid., pp. 144-5)。
- *49 このバイアス問題については次節で検討したい。
- *50 ここでの“限界”とは、節の表題にもあるように、“哲学的限界”のことである。従来見過ごされてきた部分にも実は理論的なアポリアが存在することを剔抉することが、その検討課題に答えることになる。したがって、自律(陶冶過程)を侵害する契機である社会経済的・制度的要素(文教予算の貧困化・カリキュラムの詰め込み・受験問題等々)については触れていない。
- *51 たとえば、前述の「保護と自律の関係説」等。
- *52 相対主義と独断的な絶対主義の同根性(密やかな結託ぶり)については、(井上, 1986)を参照のこと。
- *53 参照、(井上・藤岡, 46-7頁)。
- *54 さらに、詳論する余裕がないので一言だけ〈依存による信頼感の熟成〉という点をつけ加えておきたい。〈私は保護されている・守られている〉という感覚(他者への信頼感)を培っておくことが、後のじっくり腰を据えた自律への構えを基礎づけることになるのではないだろうか。
- *55 この主権の領域が他者の領域と衝突する問題については、自由制限原理(Liberty-limiting Principles)や現実の財分配が関係している。本問題についてのまとまった検討は他日を期したい。
- *56 ここでの自律観念は、自律の理念型を全員(おとなも含めて)に強制する「完成主義」とは異なっているのである。
- *57 もちろん、〈自律陶冶的な教育は非／反自律的な行動類型に対して如何なる障害にもならない〉とまでは言い切れまい。たとえば、現代社会でのライフスタイルとまったく次元を異にするコミュニティにおける親たちにとっては、彼らの子どもたちの自律陶冶過程(普通教育を受けさせること)は当該コミュニティの維持にとって深刻な障害となるかも知れない。なぜなら、子どもたちは「信念を捨て一般社会に吸収・同化される」(Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 218)おそれがあるからである。
- *58 たとえば、子どもの権利条約中の様々な議論をよんでいる12条の“子どもの意見表明権”(..the right to express those views freely..)は少なくとも第一次的権利として位置づくだろう。
- *59 子どもをめぐる規範性問題が“完成主義”や義務の文脈で構想されるのではなく、権利の文脈で(権利基底的に)構想されるべきであることは、すでに前章3節で検討してきた。
- *60 参照、(田中, 1984, 319-26頁)。
- *61 もちろん、場合によっては(司法的積極主義と関連して)第一次的／抽象的権利の定着する以前に回復的／具体的権利が法創造的に認められる余地はある。参照、(佐藤, 1990, 360頁)。
- *62 国家的レベルで制定された法規範よりも、当該社会(共同体)における一般的な道徳規範が非常に重視される状況も考えられるが、ここでは〈その社会の道徳基底的な枠組みの中での弱者・反対者はやはり法的権利という強制的な規範に訴えざるをえない〉ということ述べておきたい。

*63 分析的な権利論として、“子どもの権利”を検討することにより権利一般の性質・問題点を深めていくというアプローチが近年、散見されるようになってきた。“関係性relationships”への権利という独特の軸を設けて議論を展開するミノウ教授や、子どもの権利の論争性から権利一般の論争性を主張するルーシー教授等がその例として挙げられる。参照、(Minow), (Lucy)。

参考文献

- Cohen, Howard, 1980, *EQUAL RIGHTS FOR CHILDREN*.
- Dworkin, Ronald, 1977, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY*. (木下毅・小林公・野坂泰司訳, 1986, 『権利論』)。
- Feinberg, Joel, 1973, *SOCIAL PHILOSOPHY*.
- Feinberg, Joel, 1980, “The Child’s Right to an Open Future”, in W. Aiken & H. LaFollette ed. *WHOSE CHILD?*, pp. 124-53.
- Feinberg, Joel, 1986, *HARM TO SELF*.
- Garvey, John H., 1981, “Freedom and Choice in Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, v. 94, pp. 1756-94.
- Habermas, Jürgen, 1981, *Theorie des kommunikativen Handelns Band 2*. (丸山高司ほか訳, 1987, 『コミュニケーション的行為の理論 (下)』)。
- Kleinig, John, 1978, “Human Rights, Legal Rights and Social Change”, in E. Kamenka & A. Tay ed. *HUMAN RIGHTS*, pp. 36-47. (西尾孝司訳, 1984, 「人権・法的権利と社会的変化」『人間の権利—その近代的形成と現代的展開』, 71-90頁)。
- Lucy, W.N.R., 1990, “Controversy about Children’s Rights”, in D. Freestone ed. *CHILDREN AND THE LAW*, pp. 213-42.
- MacDonald, Margaret, 1984, “Natural Rights”, in J. Waldron ed. *THEORIES OF RIGHTS*, pp. 21-40.
- Martin, Rex, & Nickel, James W., 1980, “Recent Work on the Concept of Rights”, *American Philosophical Quarterly*, v. 17, n. 3, pp. 165-80.
- Minow, Martha, 1986, “Rights for the next Generation: A Feminist approach to Children’s Rights”, *Harvard Women’s Law Journal*, pp. 1-24.
- Nozick, Robert, 1974, *ANARCHY, STATE, AND UTOPIA*. (嶋津格訳, 1985, 『アナーキー・国家・ユートピア (上)』)。
- O’Neill, Onora, 1988, “Children’s Rights and Children’s Lives”, *Ethics*, v. 98, n. 3, pp. 445-63.
- Richards, David A.J., 1980, “The individual, the family, and the constitution: A jurisprudential perspective”, *New York Univ. Law Review*, v. 55, n. 1, pp. 1-62.
- Rosenak, Julia, 1982, “Should Children be Subject to Paternalistic Restrictions on their Liberties?”, *Journal of Philosophy of Education*, v. 16, n. 1, pp. 89-96.
- Sen, Amartya, 1980, “Equality of What?”, in *CHOICE, WELFARE AND MEASUREMENT*, pp. 353-69. (大庭健・川本隆史訳, 1989, 「何の平等か?」, 『合理的な愚か者』, 225-62頁)。
- Sen, Amartya, 1984, “Rights and Capabilities”, in *RESOURCES, VALUES AND DEVELOPMENT*, pp. 307-24.
- Sen, Amartya, 1985, *COMMODITIES AND CAPABILITIES*. (鈴木興太郎訳, 1988, 『福祉の経済学—財と潜在能力』)。
- Wilker, Daniel, 1979, “Paternalism and the Mildly Retarded”, *Philosophy & Public Affairs*, v. 8, n. 4, pp. 377-92.
- 井上達夫, 1986, 『共生の作法—会話としての正義』。
- 井上達夫, 1989, 「平等」, 星野英一・田中成明編『法哲学と実定法学の対話』, 85-97頁。
- 井上ほか, 1989, 「法哲学と実定法学の対話—座談会」, 星野英一・田中成明編『法哲学と実定法学の対話』, 353-405頁。
- 井上達夫・藤岡信勝, 1993, 「『議論』の根底にあるもの」, 授業づくりネットワーク, 70号, 42-8頁。
- 今橋盛勝, 1983, 『教育法と法社会学』。
- 奥平康弘, 1981, 「教育を受ける権利」芦部信喜編『憲法III人権(2)』, 361-425頁。

- 兼子仁, 1978, 『教育法新版』。
- 小林直樹, 1980, 『新版憲法講義(上)』。
- 佐藤幸治, 1983, 「法・権力・社会—『部分社会』論に寄せて」長尾龍一・田中成明編『現代法哲学3—実定法の基礎理論』, 351-84頁。
- 佐藤幸治, 1987, 「子どもの『人権』とは」, 自由と正義1987年6月号, 4-10頁。
- 佐藤幸治, 1988, 「日本国憲法と『自己決定権』—その根拠と性質をめぐって」, 法学教室98号, 6-20頁。
- 佐藤幸治, 1990, 『憲法新版』。
- 田中成明, 1984, 『現代法理論』。
- 田中成明, 1985, 「権利の生成と裁判の役割について—裁判の政策形成機能の観点から」, 法学論叢116巻1-6号, 371-430頁。
- 田中成明, 1987, 『現代日本法の構図—法の活性化のために』。
- 谷口知平・石田喜久夫編, 1988, 『新版注釈民法第1巻—総則(1)』。
- 千葉卓, 1990, 『教育をうける権利—アメリカ・西ドイツに関する法的検討』。
- 長尾龍一, 1982, 『法哲学入門』。
- 中村睦男, 「憲法学と子どもの人権」, 法律時報, 59巻10号, 29-33頁。
- 中村雄二郎, 1991, 『臨床の知とは何か』。
- 日本弁護士連合会, 1985, 『学校生活と子どもの人権』(第28回人権擁護大会シンポジウム第一分科会基調報告書)。
- 日本弁護士連合会, 1991, 『子どもたちの笑顔が見えますか』(第34回人権擁護大会シンポジウム第三分科会基調報告書)。
- 馬場健一, 1990, 「社会の自律領域と法(一)(二)—学校教育と法との関わりを素材に」, 京都大学法学論叢, 127巻5号(a:62-85頁)・128巻3号(b:51-69頁)。
- 林量俣, 1990, 「子どもの人権論の現状・課題・展望—学習権とその他の人権の統一的保障の観点から」, 日本教育法学会年報19号, 48-58頁。
- 樋口範雄, 1992, 「『子どもの権利』思潮の展開」, 川井健ほか編『講座現代家族法第3巻—親子』, 51-86頁。
- 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂, 1984, 『注釈日本国憲法上巻』。
- 深田三徳, 1990, 「自然権と人権論」, 大橋智之輔ほか編『法哲学綱要』, 160-77頁。
- 藤倉皓一郎, 1990, 「アメリカにおける障害者法—『法の平等な保護』の展開」, ジュリスト, 970号, 26-32頁。
- 法学協会, 1953, 『註解日本国憲法上巻』。
- 堀尾輝久, 1971, 『現代教育の思想と構造』。
- 堀尾輝久, 1981, 「学習権論の教育学的基礎」, 日本教育法学会編『講座教育法2—教育権と学習権』, 27-55頁。
- 堀尾輝久, 1991, 『人権としての教育』。
- 堀尾輝久・兼子仁, 1977, 『教育と人権』。
- 牧征名, 1990a, 『教育権と教育の自由』。
- 牧征名, 1990b, 「シンポジウム『子どもの人権』討論のまとめ」, ジュリスト, 963号, 81-3頁。
- マルクス, 1974, 『ユダヤ人問題によせて』(城塚登訳)。
- 水野肇, 1990, 『インフォームド・コンセント—医療現場における説明と同意』。
- 宮沢俊義, 1971, 『憲法II新版』。
- 米沢広一, 1992, 『子ども・家族・憲法』。
- ラムゼー, 1988, 「医師と患者の『同意』の意味」(森岡正博訳), エンゲルハート・ヨナスほか著(加藤尚武・飯田亘之編)『バイオエシックスの基礎—欧米の「生命倫理」論』, 185-92頁。
- ルソー, 1962, 『エミール(上)』(今野一雄訳)。