

関係的権利論による 子ども¹⁾の人権論の再構成

大 西 健 司^{*}

- I 序論——問題の所在と本稿の課題
- II 関係的権利論による権利の新たな基礎づけの可能性
- III 子どもの人権を関係的権利によって基礎づけることの意義と憲法的妥当性
- IV むすびにかえて——まとめと今後の課題

I 序論——問題の所在と本稿の課題

1 問題の所在

(1) 子どもの人権論の現在

今日の憲法学において、子どもにも大人と等しく人権の享有主体としての地位が認められるべきことに異論は見られない。子どもが憲法上の権利の主体である「国民」(憲法 11 条)に含まれうること²⁾は当然であり、あるいは人権概念の持つ「固有性」「普遍性」の性質は子どもにも等しく妥当するため³⁾である。

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科) 第 12 巻第 3 号 2013 年 11 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

- 1) 本稿においては 20 歳未満の者、すなわち未成年者を指すものとして「子ども」の語を用いる。
- 2) 樋口陽一『憲法〔第 3 版〕』(創文社、2007) 180 頁、佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011) 136 頁、中村睦男「人権の享有主体」野中俊彦ほか編著『憲法 I 〔第 5 版〕』(有斐閣、2012) 219 頁、伊藤正己『憲法〔第 3 版〕』(弘文堂、1995) 200 頁、初宿正典『憲法 2 基本権』(成文堂、1996) 140 頁、松井茂記『日本国憲法〕〔第 3 版〕』(有斐閣、2007) 314 頁等。
- 3) 宮沢俊義『憲法 II 〕〔新版〕』(有斐閣、1971) 246 頁、青柳幸一「享有主体」栗城壽夫・戸波江二編『現代青林講義憲法〕〔補訂版〕』(青林書院、1997) 133 頁、初谷良彦『憲法講義 I 〕』(成文堂、1996) 164 頁等。

他方で、人権行使に対する制約及びその正当化のありようは大きく異なっている。

大人の場合、一般に憲法上の権利の行使に含まれる行為に対する制約が合憲とされるためには、原則として法律の根拠が要求されるとともに、制約される権利の性質や制約の態様等に応じて定まる、制約の目的及び手段の必要性・合理性を内実とする審査基準への厳密な適合性が要求される⁴⁾。

これに対し、子どもの場合には、選挙運動の禁止（公職選挙法137条の2第1項）や行為能力の制限（民法5条1項）をはじめとする子どもに特殊な権利制限規定が、公法・私法にまたがって広範に立法されていることに加え、これらの権利制約は、「未成年者の心身の健全な発達をはかる」⁵⁾ことを論拠として、厳密な審査を経ることなく「一括して一般的に正当化」⁶⁾されてきた⁷⁾。

子どもと大人との間のこのような権利保障の格差は、子どもの人権論が、大人の人権論とは異なる特殊な歴史ないし経緯を経て展開されてきたことに由来する。ここでは、人権観念の発祥の地であり、なおかつ子どもの法的地位をめぐる理論及び制度の両面の動向において比較法的にも著しい展開を見せた欧米の歴史が参照点となる。

すなわち、子どもは、人権の起源である自然権を唱えた啓蒙思想家によって無権利者としての烙印を押された⁸⁾中世から近代にわたる無権利論の時代を経て、

4) 小山剛『「憲法上の権利」の作法』（尚学社、2009）第3章を参照。

5) 中村睦男・前掲脚注2）・220頁。

6) 佐藤幸治「未成年者と基本的人権——主として『選挙運動』の自由に関連して」法学教室133号（1991）38頁。

7) 典型例は、「有害図書が一般に思慮分別の未熟な青少年の性に関する価値観に悪い影響を及ぼし、性的な逸脱行為や残虐な行為を容認する風潮の助長につながるものであつて、青少年の健全な育成に有害であることは、既に社会共通になっている」（最三判平成元年9月19日判時1327号9頁）との認識の下に行われる知る自由への制約の正当化である。同判決には、伊藤正己判事による、「少年は、一般的にみて、精神的に未熟であるため知識・情報の「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」とする補足意見があり、上記判示の背後に潜む思考枠組を示唆するものとして興味深い。

8) 言語能力や推論能力としての理性的能力を欠くことを理由に子どもの権利可能性を否定したT.ホップズがその代表例である（ホップズ〔永井道雄訳〕『世界の名著（28）ホップズ』（中央公論社、1971）87頁を参照）。

19 世紀から 20 世紀の欧米各国で起こった児童福祉立法運動⁹⁾に伴い初めてその存在が制度的に認知されるとともに権利の帰属主体として捉えられるようになった。とはいえ、ここでの権利とは、法による親権代行的な権限（パレンス・パトリエ）の下で子どもであるがゆえの「保護を受ける権利」¹⁰⁾に過ぎず、子どもが主体的に権利を行使する存在として承認されるためには、米国連邦最高裁において、非行少年にも成人と同様に憲法上のデュー・プロセスが保障されるべきであると判示された Gault 判決¹¹⁾や学校内における子どもの言論の自由の行使を承認した Tinker 判決¹²⁾の出現、そして解放的立場から子どもを市民的自由の行使主体として位置づけた子どもの権利条約¹³⁾の採択を待たなければならなかった。子どもの権利論における「保護から自律へ」¹⁴⁾の変化である。

このような経緯を経て子どもの権利主体性がようやく認められたとしても、このことは権利行使の場面において子どもが大人と同等に扱われることを意味する訳ではない。子どもには、保護の契機を呼び込む大人との差異¹⁵⁾が否定しがたく存在するためである¹⁶⁾。解放的な性格の色濃い子どもの権利条約の採択に向けて主導的な役割を果たした当の米国自身が未だ同条約を批准していないという事実は、解放論のみでは子どもの権利を語りきれないことの反映でもある¹⁷⁾。

9) 革新主義 (progressivism) と呼ばれる思想的立場のもとで展開された運動の一つを指す。同運動の代表的な成果の 1 つが、1899 年にアメリカ・イリノイ州議会を通過しその後の米国の児童福祉制度の発展の基礎となった少年裁判所法である。同法の制定に至る経緯については、森田明『未成年者保護法と現代社会』〔第 2 版〕(有斐閣、2008) 78 頁を参照。

10) 森田明「保護と自律のあいだ——少年司法を素材として」法学教室 212 号 (1998) 27 頁。「子ども保護論」と呼ばれるアプローチである。

11) In re Gault, 387 U.S. 1 (1967).

12) Tinker v. Des Moines Indep. Community Sch. Dist. 393 U.S. 503 (1969).

13) 政府訳は「児童の権利に関する条約」。1989 年 11 月 20 日採択。

14) 森田明・前掲脚注 10)。

15) 成人との差異としてしばしば指摘されるのは、①精神的・肉体的未成熟に由来する判断能力の不完全性、②経済的基盤の脆弱性による他者への依存性である。参照、樋口範雄「子どもの権利のとらえ方」法律時報 61 巻 13 号 (1989) 21 頁。

16) この認識は、子どもの解放を強く志向する立場においても共有されている。たとえば、子どもにあらゆる権利の行使が認められるべきことを論じる Howard Cohen, *EQUAL RIGHTS FOR CHILDREN* (Rowman & Littlefield Pub Inc, 1981) も、現実の権利行使場面においては大人によって助言や援助が行われるべきことを前提としている。

現在の子どもの権利論の主眼は、子どもの発達段階に応じて解放的な権利行使を認めつつ、大人との差異に由来する保護の要請に応えるための介入を行うことにある¹⁸⁾。ここから帰結する子どもの人権論とは、子どもの解放を基本理念としつつも、後述するとおり、その内実は「子どもの利益の保護」の名のもとに下される大人の判断によって統制されたものとなる。冒頭に述べた日本における子どもの権利論の現状——広範な権利制約とその正当化——は、子どもの人権論の持つこのようなアンビバレンスを反映している。

(2) 〈人権主体＝自律的個人〉の想定による子ども存在の周辺化

以上に述べた子どもの権利論に含まれる問題は、子どもと大人との権利保障の格差の背後に存在する論理に由来する。

その論理とは、「成熟した人間」である大人を人権主体として標準化した上で、「それに至らない人間」としての子どもを例外化する権利構想¹⁹⁾を指す。そして、この論理の前提をなすのは、〈人権主体＝自律的個人〉という人権観念一般に通底する想定²⁰⁾である。

この論理や想定から導かれる帰結の1つが、人権行使の前提条件となる判断能力が未成熟な子どもを本人自身の誤った自己決定から保護することを根拠とする介入、すなわちパターンリズムの正当化である²¹⁾。先述のとおり、子どもが大人と比較して身体的・精神的に未成熟であることは事実であり、自己決定の尊重の要請よりもその行動から結果する害悪を避けることの必要性が上回るために、子どもの自己決定に基づく行動を制約すべき場面がありうることは否定できない。

しかしながら、ここでの問題は子どもへの介入それ自体の当否ではなく、介入

17) 子どもの権利条約の審議における米国の関わり及び同条約採択後の米国の動向については、濱川今日子「子ども観の変容と児童権利条約」国立国会図書館調査及び立法考査局編『経済分野における規制改革の影響と対策』（2009）70-71頁を参照。

18) 「『調整的自律』のアプローチ」（米沢広一「子どもの人権」佐藤幸治ほか編『人権の現代的諸相』（有斐閣、1990）42頁）と呼ばれる立場である。

19) 宮沢俊義・前掲脚注3）・246-247頁。

20) 樋口陽一『国法学〔補訂〕』（有斐閣、2007）47頁、佐藤幸治・前掲脚注2）・168頁、長谷部恭男『憲法〔第5版〕』（新世社、2011）108-111頁等。

21) 代表的見解として、佐藤幸治・前掲脚注2）・136-137頁。

のありようである。問題点として、以下の2点を指摘する。

まずは、子どもの権利行使に対する介入が許容されるための条件——パターンリズムの適用基準——に内在する曖昧性・不明確性である。パターンリズムに基づく子どもの生への介入の条件として佐藤幸治が示す「成熟した判断を欠く行動の結果、長期的に見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」²²⁾という定式は、子どもの人権の制約可能性を先駆的に論じた宮沢俊義によって示された、「各種の社会悪に対して、まだ抵抗力の強くない青少年を守ることという目的によって根拠づけられる最小限度」²³⁾との基準と比較すれば精緻化されたと評価しうるものの、その内容は依然高度に規範的・抽象的である。基準の不明確性は、介入の当否を判断する大人の主観への依存を高めることにつながる。

より深刻な問題は、この基準の曖昧さゆえに、子どもの自己決定への介入の根拠としてのパターンリズムが所期の目的である子どもの利益保護から離れ、介入権を行使する大人自身の利益のための便法として濫用される虞れをはらんでいることである。米国が子どもの権利条約を未だ批准しない理由として、「子どもが成人と同様に権利を行使しうるのはのかという疑問」に加えて、「子どもの権利が家族関係を破壊するとの批判（極端な例では、子どもの権利とは親を訴える権利であるとの見方）が、今なお根強く存在」することが一つの要因をなしているという事実²⁴⁾は、子どもの利益のためではなく自らの利益のために子どもによる権利行使の制約を望む大人の存在を強く示唆している。

このような濫用の危険をはらむパターンリズムを前提とする子どもの権利論は、あるときには子どもを子どもとして扱うことによってその自己決定を否定し、またあるときには子どもを大人として扱いその自己責任を追及するなど、恣意的な権利制約と自己責任論の使い分けによる「管理抑圧」²⁵⁾の契機となりうる。〈人

22) 佐藤幸治・前掲脚注2)・137頁。

23) 宮沢俊義・前掲脚注2)・247頁。

24) 濱川今日子・前掲脚注17)・71頁。

25) 福田雅章「人間の尊厳の権利化——子どもの意見表明権を手がかりに、二一世紀のあらたしい人権を展望する」『日本の社会文化構造と人権——“仕組まれた自由”のなかでの安楽死・死刑・受刑者・少年法・オウム・子ども問題』(明石書店、2002) 46頁。

権主体＝自律的個人〉の想定により子どもを人権構想の周辺に位置づける子どもの権利論は、このようにして、大人による「管理抑圧」の手段へと墮する危険性を必然的に抱え込むことになる。

他方で、この子ども存在の周辺化は、同時に、子どもに対してなされるべきさまざまな保護の懈怠を招く危険性をもはらんでいる。

先に見た子どもの権利論の歴史において、子どもの解放に先んじて、何よりも子どもの保護が訴えられてきたという事実は、子どもの権利行使の前提となる生存や成長発達過程の保障に向けた子どもの保護の必要性を強く物語るものである。

しかし、子ども存在の周辺化は、子どもの利益がさまざまな社会的利益に劣後化されることを通じて、子どもに対して本来与えられるべき保護の懈怠や後退をもたらしうる。たとえば、子どもを含むすべての国民に生存権（憲法25条）が保障される日本において、「子どもの貧困」という社会問題の存在が夙に指摘される中、社会保障給付の大部分を年金や医療サービスに配分する政策によって子どもの貧困率が上昇の一途を辿り続けるという結果を生み出す一方で、子どもの貧困問題の解消に向けた抜本的な対策が本年に至るまで全く講じられてこなかったという事実は、その典型的な例である。

2 本稿の課題

子どもの人権論における以上の2つの問題に対して、本稿は、〈人権主体＝自律的個人〉という暗黙の想定から脱却した子どもの人権論の新たな理論的基礎を追求することによって、これを克服することを試みる。

既に見たとおり、現在の子どもの権利論の主眼は、発達段階に応じた自律の尊重と保護のための介入を要素とする「調整的自律のアプローチ」に置かれている。

確かに、子どもが未成熟な存在であることを否定し得ない限り、成長発達の過程における誤った自己決定²⁶⁾からの子どもの保護は、それ自体不可欠の要請である。しかし、問題は、子どもの「保護」の名目で行われる介入が基準の不明確

26) 子どもの成長発達それ自体を阻害ないし不可能に陥らせるような自己決定を指す。具体例としては、心身発達を阻害する作用を持つ薬物等の購入や使用、不可逆的な心理的悪影響を及ぼしうる性行為への同意等があげられる。

性や濫用のリスクに起因する「管理抑圧」の契機を不可避免的に伴うことにある。

さらに、大人と子どもの間の格差は、このような権利行使の局面ばかりではなく、権利保護の局面にも及びうる。

以上の2つの問題は、先に触れたとおり、〈人権主体＝自律的個人〉という人権そのもののとらえ方に由来している。そこで本稿は、人権観念の背後に存在するこの想定を問い直しつつ、自律性に依存することなく権利を基礎づけることのできる新たな理論的枠組の可能性を考察する。

3 構成と概要

以上のとおり設定した課題を踏まえて、本稿は、自律性とは異なる論理から権利の基礎づけを行うための道具立てとして、マーサ・ミノウにより提唱される関係的権利論に着目する。後に詳述するとおり、子どもと大人との間には権利の行使や実現のあり方の前提となる関係性に大きな差異が存在する。この権利実現の前提となる関係性そのものに着目して権利論を構成するのが、ミノウの議論における最大の特徴である。加えて、米国における——主として判例に現われた——子どもの権利観をめぐる論争は、舞台の違いはあれ日本においても同様に行われてきたものであり、これらの論争を背景として展開されるミノウの議論を考察の対象とすることは本稿の問題関心に対して大きな示唆を与えうると思われる。ミノウは、人権論をはじめとして、人種的あるいは宗教的少数者の問題、女性や子ども、そして障害者の問題など多岐にわたるテーマを対象とする研究を行っており、関係的権利の観念をめぐる議論もこれらの問題意識の下で多様な領域を射程に捉えたものとなっているが、本稿では憲法上の子どもの人権論を基礎づけるという目的に必要な範囲で議論を概観しつつ、その意義と限界を考察する（Ⅱ）。

ミノウの関係的権利による子どもの権利の基礎づけに関しては、大江洋による先行研究²⁷⁾が存在する。大江の研究は、法哲学の立場から、ミノウの関係的権利論を基本的な枠組みとして援用しつつ、「『子どもの権利』をひとつの手がかりとして権利論の射程を検討すること」²⁸⁾をテーマに（大人の権利を含め）権利という概念それ自体の「再構成」を目指したものである。大江は、子どもの権利論に対する関係的権利論のもつ意味を「自律性と共同性の両契機をしっかりと位置

づけうるもの」²⁹⁾として把握する。しかし、この大江の研究においては、先に言及した自律性を基礎とする権利論にそもそもどのような問題が存在し、なぜ子どもの権利行使を共同性の契機の中で捉えるべきかという問題に対して明瞭な回答は用意されていない。加えて、上述のように、大江の研究は子どもの権利をあくまで一つの素材としつつ、法哲学的視点から権利概念そのものの射程を考察するものであり、関係の権利として捉えられた子どもの権利の内実に対する規範的分析も、あくまで抽象的な内容にとどまっている。しかし、子どもの権利を権利論一般の範疇においてではなく、憲法上の人権規範として捉えた場合には、関係の権利論に即して再構成された子どもの人権観念の規範的内容を具体的に明らかにする必要がある。このことは、子どもの人権論としての一般的な分析内容を個別的人権論へと反映していくための必須の条件ともなる。そこで本稿は、これらの問題意識を視座として、関係の権利としての子どもの人権がもつ規範的な意義を正面から問いつつ、その具体的な内容を明らかにする。その際には、後述のようにすべての権利を共同性という文脈の中で把握する関係の権利論の試みが、個人の自律性を所与の価値とする現行憲法——ひいては近代立憲主義——の価値体系との関係でどのように位置付くのかという問題が生じる。この問題に対して本稿は、ミノウが関係の権利論を展開する中で想定する共同体や個人の位置づけを慎重に検討することを通じて、両者の接合可能性の検証を試みる（Ⅲ）。

最後に、本稿の骨子をまとめた上で、筆者の今後の課題を確認する（Ⅳ）。

27) 大江洋『関係の権利論子どもの権利から権利の再構成へ』（勁草書房、2004）。なお、同書の問題意識を踏まえながら、オニールの「不完全義務」論を参照しつつ、子ども自身の要求を視座とする子どもの最善の利益の不断の熟慮要求を仮定する権利理解としての「不完全権利」ないし「仮定としての権利」として子どもの権利の理論化を試みる論考として、同「子どもの権利を問うこと」愛敬浩二編『講座人権論の再定位2 人権の主体』（法律文化社、2011）。

28) 同上書・viii 頁。

29) 同上書・46 頁。

II 関係的権利論による権利の新たな基礎づけの可能性

1 関係的権利論の概要³⁰⁾

(1) 能力を基礎とする権利構想とその限界

ミノウの関係的権利論は、個人の尊厳を重んじるリベラルな権利論において前提とされる、自律性や自己決定能力などの特定の能力の有無を基礎とする権利構想への批判的な分析から出発する。

ミノウによれば、このような前提を持つリベラルな権利論は、正常か／異常か、あるいは有能か／無能かという二元論の下で行われる人びとのカテゴリー化に基礎を置くものである³¹⁾。この種のカテゴリー化は、自律性や自己決定を行う能力を備える人びとを「正常」ないし「有能」とカテゴライズする一方、この範疇から逸脱する人びとを「異常」ないし「無能」とカテゴライズした上で、権利保障が及ぶ主体を前者のカテゴリーに属する人びとに限定する機能を果たす³²⁾。

このようなカテゴリー化に依拠して構築された現代的な権利構想の典型例として、ジョン・ロールズの政治的リベラリズムをあげることができる。政治的リベラリズムの眼目は、多様な価値を信奉する諸個人が並存するという「穏当な多元性の事実」³³⁾を前提として認めつつ、このような諸個人がなお市民として社会的協働をなしうるための前提となる公正な条項を、仮想的な「原初状態」³⁴⁾の下にある「無知のヴェール」³⁵⁾に覆われた人びとが行うであろう合意によって導出することにあるところ、ロールズは、この合意の一内容として、言論の自由や信教の自由を含む基本的な諸自由を各人が平等に享有すべきことを導く（第1原

30) ミノウの関係的権利論の概要は、大江の先行研究により既に紹介されているところではあるが、本稿ではこの大江による分析を必要に応じて参照・引用しつつ、関係的権利論が子どもの憲法上の権利に対して持つ含意を探るという本稿の問題意識から、改めてその論旨を分析する。

31) Martha Minow, *MAKING ALL THE DIFFERENCE: INCLUSION, EXCLUSION, AND AMERICAN LAW* (Cornell University Press, 1990) 8.

32) *Id* at 127.

33) John Rawls, *JUSTICE AS FAIRNESS: A RESTATEMENT* (Harvard Univ. Pr., 2001) at 3. [田中成明ほか訳『公正としての正義再説』(岩波書店、2004) 7頁]。

34) *Id* at 14. [邦訳、24頁]。

35) *Id* at 15. [邦訳、26頁]。

理)³⁶⁾。

ここで留意すべきことは、この第1原理とは平等性を強く標榜するものでありながら、これによって保障される諸自由ないし諸権利の享有が認められる人びとの範疇が当初より限定的に設定されているという事実である。すなわちロールズによれば、同原理の適用対象となり得るのは「もっぱら自由で平等な人格とみなされる市民」³⁷⁾であり、このような市民とは、社会的協働に携わるための「二つの道徳的能力」³⁸⁾を備える存在であると想定されている。そして、この「二つの道徳的能力」の1つをなすのが「善の構想への能力」³⁹⁾であり、その能力とは、人が自らの人生において追求すべき価値あるものを決定し、これを合理的に追求しうる能力を意味する。ロールズの権利構想においては、このような価値を見だし追求するための自己決定能力と合理性を備えることが、基本的な諸自由・諸権利の保障に与る上での前提条件とされている。

このロールズに代表されるような、一定の能力の有無という差異を基準としたカテゴリー化によって権利主体を限定する立場を、ミノウは「異常人アプローチ (the abnormal-persons approach)」⁴⁰⁾と呼ぶ。「異常人アプローチ」は、「異常人」ないし「無能力者」とカテゴライズされる人びとに対して自律の作用を法的に制限し権利行使を否定する一方で、自己責任を引き受けうる理性的な判断を欠く行動の結果から自他を保護するための法的措置を与えるという別異の処遇を行うことにより、十全な権利保障に与る「正常人」ないし「能力者」と、権利を否定される「異常人」ないし「無能力者」とを異なる階層に位置づけ、これを固定化するという帰結をもたらす⁴¹⁾。

この「異常人アプローチ」と対照をなすのが、ミノウが「権利分析アプローチ (the rights-analysis approach)」⁴²⁾と呼ぶ立場である。「権利分析アプローチ」は、

36) *Id* at 42. [邦訳、75頁]。

37) *Id* at 17. [邦訳、29頁]。

38) *Id* at 18. [邦訳、31頁]。

39) *Id* at 19. [邦訳、32頁]。

40) Minow, *supra* note 31, at 105.

41) *See, id* at 106. 理性的な判断能力を欠き生存を他者に依存する子どもは、「異常人」や「無能力者」にカテゴライズされうる典型的な存在である。

42) *Id* at 107.

法的に「異常」とみなされてきた人びとの現状を改善するため、あらゆる個人に対する権利保障を出発点として、司法を通じた権利主張による社会変革(reform)を企図する⁴³⁾。このような発想から出発する「権利分析アプローチ」は、しかし、「異常人」に対する権利保障のありようを相互に矛盾・対立する契機を含む2つの観点から追求することにより、ミノウが「差異のディレンマ(the dilemma of difference)」⁴⁴⁾と呼ぶ困難な隘路に陥ることになる。

第1の観点は、「異常人アプローチ」が権利保障に与る者とその埒外に置かれる者という階層を確立する上で立脚する、既存のカテゴリーへの異議申立をその内実とするものである。申立ては、既存のカテゴリーが依拠する差異の認識の「正しさ」を疑うことによってなされる⁴⁵⁾。この懷疑は、人種や肌の色など、歴史上もっぱら差別的な区分として用いられてきたカテゴリーにみられるように、カテゴリー化の対象となる人びとへの敵意や思慮の欠如に基づく差異の認識によってカテゴリーが構築されうることによって由来する、差異の割当ての誤謬性にその基礎を置く⁴⁶⁾。この観点によれば、このような「誤った」差異の認識に基づいて行われるカテゴリー化とは、本来「正常人」ないし「能力者」としてカテゴライズされるに値する人びとに対して不当な権利制約をもたらすものであり、可及的に是正されなければならない⁴⁷⁾。このカテゴリーの是正によって、これまで「異常人」として位置づけられてきた人びとは「正常人」としての地位を回復し、彼(彼女)らと同等の権利保障に与ることが可能となる。

第2の観点は、第1のそれとは反対に、「正常人」と「異常人」との差異に焦点を当てることから出発する。この観点によれば、「異常人」は、「異常人アプローチ」の下で権利を剥奪されてきたことの代償として、あるいは「正常人」との差異に起因するニーズそれ自体に基づいて、特別の配慮や保護に与るための権利

43) *Id* at 131-132; *id* at 138.

44) *Id* at 19.

45) *Id* at 107-108.

46) *See, id* at 110.

47) *Plessy* 判決 (*Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896)) が示した「分離すれども平等である」との判断に異議を唱え、州法に定められた人種別学政策の違憲性を訴えた *Brown* 事件 (*Brown v. Board of Education* 347 U.S. 483 (1954)) は、既存のカテゴリーへの異議申立としての意義を持つ代表的な事例である。

をもつ⁴⁸⁾。この帰結は、「正常人」が享有する既存の権利とは異なる、「異常人」に固有の新たな権利の保障をその差異に基づいて正当化するものであり⁴⁹⁾、第1の観点が帰結する、「正常人」との同質性に根ざす同等の取扱いへの志向とは根底から対立するものである。

この相互に矛盾・対立する2つの観点を内包することにより、「権利分析アプローチ」は次のような「差異のディレンマ」状況に直面する。まず、「異常人」とカテゴライズされてきた人びとの権利回復のため、「正常人」と「異常人」との差異を無視し、「正常人」と同等の取り扱いを追求すれば、「異常人」にも形式的な平等という意味での権利保障が徹底される一方で、「正常人」を標準として成り立つ社会の現状 (status quo) に起因する負担の増加は不可避となる。他方、「異常人」に対する配慮や保護が不十分な現状を改善するために「異常人」と「正常人」との差異を強調すると、当該差異の持つスティグマ性は強化されてしまう⁵⁰⁾。差異に基づく特別の保護の付与は、しばしば対象となる存在の政治的・社会的な排除を引き替えとすることから⁵¹⁾、差異の持つスティグマ性の強化は、彼(彼女)らを社会のアウトサイダーとして周辺的な地位に追いやることにつながる。

「権利分析アプローチ」が陥るこの「差異のディレンマ」状況は、子どもの権利論がまさに直面する問題でもある。まず、上述した「権利分析アプローチ」の2つの志向のうち、前者の内容は、大人と子どもとの同等の権利保障を追求する子ども解放論に、また後者の内容は、子ども存在の特殊性ゆえの保護を追求する子ども保護論に対応するものとして、それぞれ把握することができる。そして、子ども解放論は「正常人」たる大人との差異を無視することにより、子どもに対する大人と同等の権利保障と引き替えにその差異ゆえに必要な保護の放棄をもたらす一方で、子ども保護論は「異常人」としての差異を強調することにより、子どもに対する差異に基づく配慮や保護と引き替えに「能力」に基づく権利行使の

48) Minow, *supra* note 31, at 108.

49) *Id.*

50) *Id.* at 20.

51) *Id.* at 146.

剥奪をもたらすことになる⁵²⁾。

ミノウは、「権利分析アプローチ」が「差異のディレンマ」に陥る契機として、「権利分析アプローチ」が「異常人アプローチ」と次のような性質を共有していることを指摘する。すなわち、「異常人」に特別な権利を保障するために「正常人」との差異を前面に押し出す上述の第2の観点はもちろん、「正常人」との同等の権利保障を目指す第1の観点が「誤った」カテゴリー化の是正を内実とすることからも推察されるとおり、「権利分析アプローチ」は、「異常人アプローチ」とともに、自律性や合理性等の能力の具備を前提とする権利観⁵³⁾及び差異の認識に関する本質主義⁵⁴⁾に立脚している。

これらの性質により、「権利分析アプローチ」はその高邁な企図にもかかわらず、「等しき者を等しく扱い、異なる者を別異に扱う」という、「異常人アプローチ」と同様の帰結に行き着く⁵⁵⁾。その結果、社会の変革を志向するはずの「権利分析アプローチ」は、「異常人アプローチ」が前提とする有能／無能の二分論に立脚しつつ、「無能力」ないし「異常人」のカテゴリーの基礎にある敵意や偏見を司法手続によって弾劾し、不当に「異常人」のレッテルを貼られた「正常人」の救出を図る一方で、これらが立証され得ない人びとに対しては既存の権利とは異なる特殊な権利の保障を追求することにより、「正常人」と「異常人」との区分に関する現状の認識を却って強化してしまうという、逆説的な結果を招くことになる⁵⁶⁾。

(2) 恒常化する「異常人」の周辺化

以上の分析に現れた「権利分析アプローチ」の帰結は、有能／無能の二分論を

52) 調整的自律のアプローチと呼ばれる立場は、このディレンマを踏まえつつ、保護と自律の2つの契機の両立を企図するものと考えられるが、そこには大人の意思に基づく「管理抑圧」のリスクが内在することは先に見たとおりである。

53) *Id* at 139.

54) *Id* at 108–109. 差異を、何らかの基準に基づく比較によって初めて意味を持つ相対的な問題としてではなく、差異を割当てられる者にはじめから実在する固有の属性として把握する認識論上の立場を指す。

55) *Id* at 108.

56) *See, id* at 110.

はじめとする現状の差異の認識の仕方を前提とする限り、単に権利を声高に主張するのみでは、「異常人」や「無能力者」とカテゴライズされ権利を抑圧されている人びとの現状を根本的には改善しえないことを示唆している。現状を変革するためには、カテゴリーの基礎となる差異の認識のありようそのものに焦点を当て、これを問い直す必要がある。

他方、ミノウによれば、人びとを対象とするカテゴリー化の基礎にはこの種の二分論が常に存在しており、この二分論の背後には、さらに同質性と異質性という2つの観念が通底している⁵⁷⁾。ミノウは、同質性の観念には平等への条件という了解が、そして異質性の観念にはスティグマや逸脱性という了解が、それぞれ潜んでいると指摘する⁵⁸⁾。この差異の認識に潜在する前提により、差異を基礎として構築されたカテゴリーは、必然的に、これに内包される人びと（「異常人」）を社会の周辺に位置づけることになる。

問題は、このようにして生じる「異常人」の周辺化は、劣位の価値の表象としての差異を自明視し、これを本質化する認識的傾向の存在によって一層堅固なものとなることである。ミノウは、差異を本質化するこの認識的傾向を5つの要素に分析する。

まず指摘されるのが、差異とは本質的なものであり、比較の問題ではないという認識傾向である。通例の語義⁵⁹⁾に照らす限り、差異とは、あるものを他のものと比較することによって初めて判明するものである⁶⁰⁾。したがって、ある人びとの集団をカテゴリー化する際に指標とされる差異とは、他の何らかの人びとの集団を基準として比較された場合に現れる相違から特定の要素を抽出し、これを指標として用いるという選択の契機を含むはずである。しかし、ミノウが分析するこの認識的傾向は、差異を、あるカテゴリーに包摂される人びとに固有に備わる本質的な属性であるかのように認識させる作用を及ぼす。ここに、選択が本質化するというカテゴリー化の持つ危険性がある⁶¹⁾。このことは、差異が比較

57) *Id* at 7.

58) *Id* at 50.

59) 「他と比較しての違い。」(新村出編『広辞苑〔第6版〕』(岩波書店、2008))。

60) Minow, *supra* note 31, at 50-51, 53-56.

61) *See*, Minow, *supra* note 31, at 233.

によって「発見」されるものではなく、選択を本質化する人びとによって「創造」されるものであったことを示唆する⁶²⁾。

次に指摘されるのは、比較の基準は言明される必要がない、という認識傾向である⁶³⁾。ある人びとの集団をカテゴライズする上で指標となる差異とは、他の何らかの集団を基準として行われる比較によって初めて判明するものであるところ、ミノウによれば、差異の認識は常に——男性あるいは健康者等の——社会において優位な立場にある者の視点を暗黙の内に基準とすることによって行われている⁶⁴⁾。この認識上の傾向により、優位な立場に立つ者の特殊な視点は、普遍的な基準としての扱いを受ける特権的な地位を獲得することになる。

3つめに指摘されるのは、観察者は特定の視点を持つことなく差異を認識することができる、という認識傾向である⁶⁵⁾。これは、差異とは人びとに本質的に備わる唯一の真実として誰もが認識可能であり、観察者は自らの特殊な視点や経験に影響を受けることなく公平で中立的な判断をなしうるという観念を指す⁶⁶⁾。この観念により、カテゴリー構築がはらむ——同質／異質を廻る——論争性にも関わらず、ひとたび差異が規範として制度化されると、法の適用者（裁判官）は世の中に実在する多様な差異を公平に認定しうる存在として想定され、適用者自身の特殊な視点による影響に異議を唱えることは困難に陥ることになる⁶⁷⁾。

4つめに指摘されるのは、他者の視点は無関係である、という認識傾向である⁶⁸⁾。これは、差異の認識においては他者——とりわけ差異の割当てを受ける側の人びと——の視点は無関係であるか、あるいは既に織り込み済みであると想定されることを意味する⁶⁹⁾。

62) *Id* at 55.

63) *Id* at 51-52, 56-60.

64) *Id* at 51.

65) *Id* at 52, 60-65.

66) *Id* at 60.

67) 具体例としては、黒人を蔑視する特殊な観点にとらわれていることに無自覚に下された「分離すれども平等」という論理に基づく人種隔離政策への合憲判断（脚注 47）・*Plessy* 判決）の他、「客観的な観察者」を想定するエンドースメント・テストに基づく国教樹立禁止原則の審査手法（*Lynch v. Donnelley*, 465 U.S. 668 (1984)）におけるオコナー判事の同意意見を参照）があげられる。

68) Minow, *supra* note 31, at 52, 66-70.

最後に指摘されるのは、現状 (status quo) とは自然な状態であり、強要されたものではなく、さらに善であるという認識傾向である⁷⁰⁾。これは、社会的・経済的構造の現状は自然で中立的なものであり、さまざまな生活領域に現れる差異や逸脱は世の中の構造によって創設されたものではなく、自由な諸個人による自発的な選択の結果であるという観念をあらわす⁷¹⁾。この観念は、既存の制度や言語が現在の世界のありようを形作り、何が差異として意味を持つ属性であり、差異の認識においては誰の視点が基準とされあるいは排除されるべきかを現に表明するという「現状のもつ重み」を全く考慮していないことに加え⁷²⁾、社会的・経済的構造の現状が中立的なものではないために一部の人がとが他の人びとから不当に区別されているという主張を法制度による中立性の装いがしばしば頓挫させている、という事実を忘れて⁷³⁾。ミノウは、失業補償給付の要件として被用者の帰責事由なく解雇されたことを定める一見中立的な規定が宗教的少数者の信教の自由への侵害にあたるとして争われた Hobbie 事件⁷⁴⁾や、同じく一見中立的に思われる失業補償の給付対象となる休職を業務または雇用主に直接関係するものに限定する州法の規定が、失業補償給付における妊娠中の女性への差別を禁止する連邦法に違反するとして争われた Wimberly 事件⁷⁵⁾等をあげつつ、

69) 「異常人」の視点の軽視があらわれた事例として、アーミッシュ教徒の子どもたち自身の意思や選好を無視し、もっぱら公教育にかかわる州利益と親の信仰の自由の対立構造の下で判断が下された米国の Yoder 判決 (Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972)) をあげることができる。同判決の事案及び判旨の詳細については、本稿Ⅲ(2)を参照。

70) Minow, *supra* note 31, at 52, 70-74.

71) *Id.* at 52. Plessy 判決は、旅客鉄道の座席を白人と有色人種とで区分することを命じるにより有色人種を白人用客車から閉め出すルイジアナ州法が有色人種に対して「仮に劣位のレッテルを貼るものであるとすれば、それは有色人種の人びと自身が同法をそのように解釈することを選択したために他ならない」と述べて、この観念を端的に表現している。

72) *Id.* at 70.

73) *Id.* at 72.

74) Hobbie v. Unemployment Appeals Commission of Florida, 480 U.S. 136 (1987). 宝石店の従業員でありセブンスデー・アドベンチスト教徒である原告が、金曜の日没から土曜の日没まで続く Sabbath (安息日) のため、金曜の夜から土曜の勤務を拒否したことを理由に雇用主から解雇されたことを契機に行った失業補償の支払請求が、被用者自身の帰責事由に基づく解雇に該当することを理由に拒絶された事案において、連邦最高裁は、州の失業補償のスキームは個人の信教を考慮しなければならないと判じた。

この観念の存在を例証する。

以上の認識傾向の存在は必ずしも厳密に論証されたものではないが、しかし、折に触れてとり上げられた事例が与える示唆等を踏まえる限り、少なくとも経験上の法則としてその大枠を受け入れることは十分に可能であろう。これらの認識傾向は、比較に基づく選択の契機を伴うはずの差異を、社会的に優位な立場に立つ者の視点によって自明視され、本質化されるものへと転換し、これによってさらに、スティグマとしての差異を一方的に割当てられた「異常人」による社会構造の非中立性に対する異議申立てが、現状は中立であり差異とは自発的な逸脱の結果に過ぎないとする観念によって排斥されてしまうという不公正な状況を生み出す。そして、その先に待ち受けているのが、差異に基づいて周辺化された人々が「異常人」として恒常的に定位され続けるという事態である。

(3) 革新主義の試みとその失敗

以上の検討から明らかなとおり、「異常人」の置かれた不当な現状を改善するためには、既存の正常／異常のヒエラルキーに依拠する権利論に訴える前に、二分論の根拠となる差異を認識し、カテゴリーを創造する権力構造——差異を定義する側に立つ人びとと定義される側に立つ人びとの関係性のありよう——そのものを問い直さなければならない。これが、ミノウが「社会関係的アプローチ (The Social-Relations Approach)」⁷⁶⁾と呼ぶ発想の出発点である。

ミノウは、固定化したヒエラルキーから脱却するための手段として2つの道筋がありうることを示唆している。1つは、二分論という思考の枠組みを放棄し完全な個別化の思考へと転換する道であり、今1つは、カテゴリー構築のプロセスに周辺化された「異常人」の視点を取り込むという道である⁷⁷⁾。

75) *Wimberly v. Labor & Indus. Relations Commission of Missouri*, 479 U.S. 511 (1987). 妊娠出産のための休職が本文の失業補償給付の要件に該当しないとして原告が妊娠出産のために休職していた期間にかかる失業補償の給付を拒絶されたケースで、連邦最高裁は、「妊娠したことのみを基礎とする」差別を禁止する連邦法は妊娠中の女性を優遇することまで要求するものではないと解釈した上で、本件において原告の妊娠という事実は業務や雇用主と無関係な一般的な解雇理由の一つとされたに過ぎず、州が妊娠という事実を狙い撃ちして失業補償給付を留保する理由としたわけではないとして、原告の請求を退けた。

76) Minow, *supra* note 31, at 110.

前者の趣旨は、差異を「異常人」や「無能力者」に固有の属性とみるのではなく、すべての個人を他者と異なる——差異をもつ——存在として理解すること（Making All the Difference）により、差異がスティグマ性を帯びる契機そのものを解消することにある。そして、思考を「完全に個別化する」ことは、この目的のために、カテゴリー化という営為そのものを放棄することを意味する。しかし、ミノウ自身も述べるとおり、認識論上の限界⁷⁸⁾や法的推論を行う上でのカテゴリーの必要性⁷⁹⁾のために、少なくとも一定のカテゴリー化が不可避となることは否定しえず、これを放棄して完全な個別化に突き進むという道は現実的な選択肢とはなりえないというべきである。

そこで注目されるのが後者の道筋である。その論旨は、カテゴリー化という営為そのものは維持しつつも、これのもつ危険性——選択の本質化——に対処するため、これまで一方的に差異を割当てられ、周辺化されてきた「異常人」の視点をカテゴリー構築に反映させる契機を保障することによって、差異が「正常人」によって一方的に定義されている現状を改善することにある。これによって、差異を定義する上で拠り所となる「正常性」という規範を、「同質性（sameness）」という規範の拘束から解放することでより多様で包括的なものへと変化させることが期待される。

問題は、ではどのようにして「異常人」の視点をカテゴリー構築に反映させることができるのか、である。ミノウは、米国の革新主義運動（progressivism）が経験した数々の挫折を一例として取り上げつつ、この試みがいかに困難なものであるのかを論じている⁸⁰⁾。

革新主義（運動）とは、自然や社会を人間の力によって変革・支配することで歴史の進歩を企図する思想であり⁸¹⁾、米国においては、1890年代から1920年代

77) *Id* at 94-97.

78) *Id* at 7. ここで認識論上の限界とは、およそ事物の認識が既知の存在との比較——同質なものと異質なものととの間の線引き——によってはじめて可能となることを意味する。

79) *Id* at 2. 一定の要件を定める制定法や先例等の規範に、複雑な事実関係から抽出された特定の特性（traits）をあてはめて法律効果を導く法的推論を可能とするためには、カテゴリー化による、事実が持つ多様性の単純化が要求されることを指す。

80) *Id* at 248-257.

81) 山脇直司「進歩」猪口孝ほか編『政治学事典』（弘文堂、2000）537頁。

にかけて政治・経済・社会の多様な分野において著しい改革を進め、政治及び市民社会に大きな変化をもたらした一連の運動を指す⁸²⁾。この運動の眼目は、米国建国以来の支配的なイデオロギーであったレッセ・フェールからの決別を掲げつつ、社会保障をはじめとする多様な社会政策の提唱と、それを制度化し実践するための立法の獲得及び政府の権限の強化を実現することにあつたとされている⁸³⁾。

ミノウは、育児環境の向上や少年司法制度の確立、労働者の地位向上等に向けた各種の運動をとり上げつつ、これらの社会政策の立案やその実施において「支援を受ける側の視点」が考慮されている点を捉えて、一連の革新主義運動は「社会関係的アプローチ」の側面をもつと評価する一方⁸⁴⁾、これらが結果的に頓挫するに至った原因として、利他を目的とする行動に伴い、運動の推進者自身が、支援を与える立場に立つことに起因する「優位性を濫用するリスク」の存在を指摘する⁸⁵⁾。

このリスクは、さらに、相反する2つの要素に分析される。それは、①他者の視点を了知していると思ひ込む可能性と、②他者の視点が了解不可能であると思ひ込む可能性である⁸⁶⁾。前者のリスクは、支援を受ける側に存在するニーズの把握が、もっぱら支援を行う側の推測に委ねられることにつながる。支援のありようがこの推測に基づいて規定されていく限り、それは、おそらく多くの場合、これを受ける側に存在する現実のニーズとの間に齟齬をきたすことになる。後者のリスクは、既存の二分論と同様に、支援を受ける側に立つ人びとを本質的に異質な存在とみなすことに結びつく。そこでの支援のありようは、もっぱら「異質性」へのふさわしさという観点から探求される結果、勢いステレオタイプなものとならざるをえない。

革新主義に基づく支援活動は、このようにして、相手方のニーズに応えること

82) Maureen A. Flanagan, *AMERICA REFORMED: PROGRESSIVES AND PROGRESSIVISMS 1890S-1920S* (Oxford Univ. Pr., 2007) at vi.

83) *Id.*

84) Minow, *supra* note 31, at 248.

85) *Id.* at 241.

86) *Id.* at 262.

ができないばかりか、却って既存の差異のスティグマ性を強化するという弊害をもたらしかねない危険性をも内包することになる。

たとえば、「少年を処罰するのではなく更生させるという成人の場合とは異なる新たな理念に基づいて」⁸⁷⁾、「国による親権代行的色彩を持つ福祉法的制度」⁸⁸⁾として出発した米国少年裁判所制度は、次第に高まる世論の批判を受けつつ、成立から約70年の後に下されたGault判決によって、ついにその根底的理念であるパレンス・パトリエを否定されるに至った。同判決は、少年裁判所法の下で行われた処分を追認する原判決を破棄すべき理由として、非行少年が、少年であることを理由にデュー・プロセスへの権利を制約されるばかりでなく、同種の罪状に対してしばしば成人よりも重い処分を課されているという事実を指摘している⁸⁹⁾。少年裁判所法上の手続におけるデュー・プロセスへの権利の制約は、裁判所が「個々の少年のニーズを的確に発見し、それに最もふさわしい更生プログラムを柔軟に決定する」ための裁量を行使する上で、「デュー・プロセスによる厳しい制約から自由であること」が不可欠であるとの考え方を根拠とするものであったが⁹⁰⁾、現実の運用には、『保護』の名において実質的には刑罰に近い処分を課すなど、「保護の偽善化」とまで評される実態があった⁹¹⁾。同判決の背後には、この理想と現実との深刻なまでの乖離を踏まえると、上述の少年と成人との間の手続上の格差はもはや少年のもつ要保護性によって正当化可能な程度を超え、端的に、少年という差異ゆえの「差別」の域に達しているとの評価があったものと推察される。

このような革新主義運動の失敗を踏まえる限り、他者の視点に近接するために必要なことは、彼(彼女)らの視点を自らの観点から推測することではなく、こ

87) 青野篤「アメリカ少年司法と合衆国憲法修正1条(1)」大分大学経済学会経済論集59巻4・5号(2008)119頁。

88) 森田明・前掲脚注9)・84頁。

89) この点、Gault事件においては当時16歳の少年であったゴールトが隣人の婦人にわいせつな内容の電話をかけたことを非行事実として長期6年の少年院送致という保護処分に付されていたところ、同種事案でも成人による犯行であるならば、これに対する制裁は50ドル以下の罰金(又は2月以下の懲役)にとどまるという事情があった。

90) 青野篤・前掲脚注87)・121頁。

91) 森田明・前掲脚注9)・84-86頁を参照。

れを直に取り込むことである。そのためにミノウが着目するのが、周辺化された人々自身を中心として行われる「対話 (communication)」を通じて、問題解決のための決定過程を共有することの重要性である⁹²⁾。ミノウが提唱する関係的権利論とは、社会の中で周辺化された「異常人」がこの特殊な対話に関係者を引き込むためのイニシアティブとして権利を位置づけ、これを再構成するものである。

(4) 権利の再構成——「切り札としての権利」から「言葉としての権利」へ

ミノウが構想する関係的権利とは、リベラルな権利論の文脈においてしばしば注目される「切り札としての権利 (rights as trumps)」⁹³⁾という概念と対置されるべきものである。「切り札としての権利」とは、「切り札」という字義⁹⁴⁾が示すとおり、権利に対して、これを行行使することにより対抗する相手方の利益に対して直ちに勝利を導く「切り札性」を観念する考え方を指す。

日本の憲法学においても、憲法によって保障される権利のうち、とりわけ個人の自律性や根源的な平等性を根拠とする人権にこの「切り札性」を観念することにより、これに公共の福祉を根拠とする制約要求を覆す力を認める見解が有力に唱えられている（「切り札としての人権」論⁹⁵⁾）。この見解によれば、たとえば、「社会全体における表現の受け手の利益」という公共の利益を根拠とするマスメディアの活動によって個人のプライバシーが侵害される場合、当該個人は、プライバシーを確保するための権利の保障が、個人が自律的な生を送る上で不可欠となることのみを根拠として、このマスメディアによる侵害行為の排除を要求する力をもつ⁹⁶⁾。権利に「切り札性」を認めることは、このようにして、事実上弱者の立場に置かれている個人の利益を即時的に救済するというメリットをも

92) Minow, *supra* note 31, at 263.

93) 「切り札としての権利」という観念は、ドゥオーキンによって提唱されたものである。
See, Ronald Dworkin, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* (Harvard Univ. Pr., 1978).

94) 「①トランプで、他の組の札を全部負かす力があると決められた札。②転じて、とっておきの最も有力な手段。最後の決め手。」(新村・前掲脚注 59)。

95) 長谷部恭男・前掲脚注 20)・108-112 頁を参照。

96) 長谷部恭男『テレビの憲法理論』(弘文堂、1992) 32-38 頁を参照。

たらず⁹⁷⁾。

このような意義をもつ「切り札としての権利」は、他方で、利益の対立状況の中で自己利益を防御するという機能により、自己と他者との間の「境界 (boundary)」⁹⁸⁾を明瞭化するという側面をもつ。歴史的に「無能力者」と位置づけられてきた存在の中でも、とりわけ子どもの権利行使に対して異議を唱える立場は、ここに自らの論拠を見いだす。

たとえば、米国の Goss 事件⁹⁹⁾において、公立高校が生徒を停学処分にするにあたり、生徒は処分に先立って聴聞の機会を要求する権利をもたないと述べたパウエル判事は、権利行使がもつ、人びとの間の「隔たり (distance)」を明確化し、強調するという性質のために、生徒による権利行使が、教師や学校管理者との敵対的な関係性の中に生徒自身を追いやってしまうことへの懸念を指摘する。

この懸念は、生徒と学校関係者との間の、次のような関係性の存在を前提としている。すなわち、パウエル判事によれば、学校は権力主体である以前に、生徒や教師等の諸個人が各々の利益を共有しあう一種の共同体として存在しているところ、権利の行使は、これらの個人の間に利益の衝突や敵対的な関係性を生み出すことによってこの共同体を毀損する。いまだ判断能力を十分に持ち合わせていない子どもは、この共同体の中で互いに利益を共有し合う大人によって保護されなければならない、それゆえに、この共同体の破壊にもつながりうる生徒による権利行使は制約されるべきである。

97) この「切り札としての人権」の効力は、それが、権利制約が公益や私人に対して及ぼす帰結ではなく、正統に制約をなしうる理由自体を統制することにより利益衡量に基づく制約の正当化の余地を認めないことに由来する。制約要求の「理由の正統性」の存否は、本来は利益考量の枠組みとして機能する違憲審査基準を、違憲的な制約理由を「あぶり出す」ために「代用」することでテストされる。「切り札としての権利」と違憲審査基準論との関係についての詳細は、阪口正二郎「人権論Ⅱ・違憲審査基準の二つの機能——憲法と理由」辻村みよ子・長谷部恭男編『憲法理論の再創造』（日本評論社、2011）161頁以下、同「憲法上の権利と利益衡量：「シールド」としての権利と「切り札」としての権利」一橋法学9巻3号（2010）721（49）頁以下を参照。

98) Minow, *supra* note 31, at 7.

99) Goss v. Lopez, 419 U.S. 565 (1975). 事案の解決として、連邦最高裁の法廷意見は5対4で本件の生徒側の主張を受け入れ、事前の聴聞の機会を付与することなく生徒を停学処分にすることは合衆国憲法修正14条によるデュー・プロセスの保障に違反すると判示した。

このパウエル判事の見解に現れた共同性に根ざす保護の論理が、それ自体、いまだ成長発達の途上にあり心身ともに未成熟な子どもにとって重要な意義をもつことは疑いえないだろう。問題は、パウエル判事が述べるように、この共同性の論理が果たして子どもによる権利行使の否認と必然的に結びつくと考えるべきか否か、である。

子どもに対して権利行使の機会を否認することは、子どもから、大人の視点によって行われる「保護」の名を借りた不当な管理や干渉に対して抗議の「声 (voice)」¹⁰⁰⁾をあげる手立てを剥奪することを意味する。「保護」という恩恵的な関係性の中にあるからこそ、そこで優位的な立場に立つ大人によって子どもが一方的に「無能力者」としての扱いに服せしめられる権力構造が堅固なものとして確立しうることには留意しなければならない。「社会関係的アプローチ」に対する先の検討が示唆するとおり、ここには、大人による——「子どもだから」という——安易な発想や思い込みによって、子どもが現実には抱えているニーズが無視され、あるいは抑圧されるリスクが存在する。このリスクに対処するためには、大人が支配的な力をもつ共同体の中であってなお、子どもが抗議の「声」をあげる契機を保障することが必要となる。

関係的権利論は、このアンビバレントな問題に対し、利益が対抗し合う状況の中で行使される「武器」という権利への理解そのものを転換することで答えを導くものと理解することができる。

ミノウによれば、権利とは、これを行行使することによって人びとの間に衝突を新たに生み出すものではなく、それ以前から存在している衝突を「翻訳 (translate)」するものである¹⁰¹⁾。ここで「翻訳」とは、当事者間の衝突に対して「公的な表現 (public expression)」を与え、“I want”としての私的な欲求が“I’m entitled to”との表現に値するものであることを——権利という——共通の言語ないし基準を用いて交渉することを可能にすることにより、これに「公的な解決 (public resolution)」を招来させることを指す¹⁰²⁾。これによって権利は、衝突の

100) 大江洋・前掲脚注 27) 『関係的権利論』・105 頁。

101) Minow, *supra* note 31, at 291.

102) *See, id* at 292-294.

背後にある人々の関係性に焦点を当てた「公共の討議 (public debate)」を要求し、その関係性の変化 (改善) を要求する「公的なルール (official rules)」として、これまで「異常人」として排除・抑圧を受けてきた人びとの「公的な発言力 (public voice)」を回復させる機能を果たす¹⁰³⁾。

このように理解された権利は、もはや、その行使によって相手方の利益への勝利という結果を直ちに導く「切り札」ではありません、むしろ、この公共の討議を呼び起こし、この特殊な対話の場で自己の言明の正当性を基礎づけ、相手方を説得するために用いられる「言葉 (language)」として理解されるべきものとなる¹⁰⁴⁾。

権利を対話と説得の「言葉」として理解すること (「言葉としての権利 (rights as a language)」論¹⁰⁵⁾) によって、子どもは、自らを取り巻く共同体における大人との関係性を掘り崩すのではなく、むしろその持続性を前提とする改善要求として、異議申立の「声」をあげること——権利を行使すること——が可能となる。子どもは、この「言葉としての権利」を行使することによって、共同体における自らの立場を、大人による保護を一方的に受け入れるだけの「客体」的な存在から、共同体の他のメンバーと対等に抗議の「声」をあげることで周囲の「注目 (attention)」を引きつけつつ、他者を説得するための対話の場を主催することのできる「主体」的な存在へと転換させることができる¹⁰⁶⁾。

(5) 共同体基底の権利観

ここで注意しなければならないことは、権利がこのような「言葉」として実効

103) See, *id* at 293.

104) See, *id* at 296. ミノウは「公共の討議」の外延を必ずしも明確に述べてはいないが、権利がその効用を発揮する典型的な場面にあたる訴訟手続がこれに含まれることは疑いえないだろう。

105) 大江洋・前掲脚注27)『関係の権利論』においては、関係の権利論が、「継続していく対話過程の中に権利を位置づける」(104頁)ことに着目して、「対話的権利観」と訳出されている。本稿では、その対話において権利が共通の言語として機能すること、そして、他者に向けて発せられる権利という「言葉」それ自体がもつインパクトゆえに、権利がその対話を呼び起こし、その中で相手方を説得する力をもつと考えられる点を重視して、「言葉としての権利」論と訳出した。

106) See, Minow, *supra* note 31, at 296-298.

的に機能するためには、その前提として、ある特殊な事実状態の存在が要請されるということである。

ミノウ自身の表現を引用すると、「言葉としての権利」論は、共同体の存在、しかも「人びとを排除し、拒絶し、そして沈黙させるという伝統的な権力の行使をそれとして承認しながらも、抑圧されてきた視点を公にし、覆いかくされた(利益の)衝突を公然とさらし出すことを自らに対して義務づけるような共同体」¹⁰⁷⁾の存在を前提としている。このような、生の力関係に由来する〈支配／被支配〉という人びとの間の自生的な関係性ばかりでなく、ある種の自省の契機を内包する共同体の存在があってはじめて、権利という「言葉」は公共の「注目」に値するものとして取り扱われ、他者を説得し、現在する関係性のありようを改善に向けて変動させうる力を獲得することができる。

ミノウはこの点を踏まえて、「言葉としての権利」を行使することは、共同体における——抗議や非難の矛先となるはずの——権力者自身によって創設された形式——たとえば訴訟手続——というゲームのルールにあえてコミットしつつ、これをプレーするという戦略的な性質をもつとともに、当該共同体への参加の意思表示としての性質を併せもつと述べている¹⁰⁸⁾。先にとりあげた Goss 事件において生徒が求めた権利とは、罰則を受ける前に通告を受け、当局と対話を行う機会を求めるものであった。このような「対話」によって問題解決を求める権利は、たしかに、学校という共同体を否定するものというより、むしろその共同体に対する自らのコミットを強化するという意味をもつ。「言葉としての権利」は、この意味において、「共同体を再確認する」¹⁰⁹⁾機能を果たすことになる。

また、「言葉としての権利」がこのような形で共同体を基底として成り立つことからすれば、自らを取り巻く関係性の改善に向けた「要求の言明」を契機とする「公共の討議」の喚起を共同体が受容する限り、いかなる存在——「異常人」として排除されてきた存在を含めて——であってもこれを行使することが認められる¹¹⁰⁾。その行使によって直ちに相手方の主張や利益を覆滅させるという、あ

107) *Id* at 299.

108) *Id* at 294-295.

109) *Id* at 293.

る種の形成力をもつ「切り札としての権利」論においては、合理的に権利を行使する自己決定能力とその結果を引き受ける能力を問題とすることに意味がある。これに対して、問題解決に向けて「声」をあげ、討議において相手方を説得する契機となるにとどまる「言葉としての権利」論においては、このような特別な能力の存在を権利行使の要件とすべき合理的な理由は見いだし難い。したがって、「言葉としての権利」論においては、「自律性は、負荷なき独立した自我の条件とはなっても、権利行使のいかなる前提条件ともならない」¹¹¹⁾。

(6) 自律概念の再定位

さらに注目されるのは、このような共同体は自律性をも基礎づけるものとして想定されていることである。

周知のとおり、自律性とは、リベラルな権利論において従来よりその出発点として位置づけられてきた観念である。たとえば、先にとりあげたロールズの正義構想は、カントの自律に対する思想である「人格的自律」論に依拠しながら構築されたものである¹¹²⁾。この「人格的自律」論の影響は日本の憲法学にも深く及んでおり、人権保障の本質を「自律こそ人の人たる (personhood) 道徳的基礎をなすもの」¹¹³⁾との理解から導く「人格的自律権」論の礎としての役割を果たしている。この「人格的自律権」論は、佐藤幸治によって提唱された後、憲法学における通説的な立場を占めるに至っている¹¹⁴⁾。

これらの理論において自律性が担ってきた役割を端的に整理するならば、それは、個人に対して、他者からの支配を受けず、自らの意思で生のあり方を決定し

110) *See, id* at 301.

111) *Id.*

112) *See, Rawls, A THEORY OF JUSTICE*, REV. ED. (Harvard Univ. Pr., 1999) at 221-227.

113) 佐藤幸治「日本国憲法と『自己決定権』——その根拠と性質を巡って」法学教室 98号 (1988) 11頁。

114) この「人格的自律権」論が具体的な人権解釈論に対してもつ意義は、憲法第3章において明示的に保障されていないが人格的生存を営む上で不可欠な利益に基づく権利を、憲法13条後段の幸福追求権がもつ包括的権利性及び補足的保障機能から「新しい人権」として導き出すことにある (人格的利益説)。人格的利益説の詳細は、佐藤幸治・前掲脚注2)・175-177頁を参照。

それを生きる能力と資格を裏付ける観念であるということができらるだろう。リベラルな権利論は、この能力の源泉を人間一般が備える普遍的な能力としての理性に求めることにより¹¹⁵⁾、国家による正当な統治権の掌握のためにあらゆる個人の同意を要請し（社会契約論¹¹⁶⁾）、このようにして成立した権力から個人に留保された自由を防衛するための論理を打ち立ててきた（公私区分論¹¹⁷⁾）。

しかしながらミノウは、このような自律性すらも「個人の権利を承認し、執行することをいとわない共同体」¹¹⁸⁾の存在を前提としていると論じることで、自律性に対して、人間存在一般の能力から導かれる所与としての位置づけから、共同体によって人為的に承認されるものへと、新たな位置づけを与えている。すなわち、「言葉としての権利」論においては、個人の自律性も、権利の対話を通じて構築される人びとの関係性の中でありうるパターンの1つとしての意味をもつに過ぎない。これは、リベラルな権利論の根底をなしてきた自律性の価値を相対化することに等しい。

問題は、このような自律性の再定位を行うことによって関係的権利論が企図することは何か、である。上述のとおり、自律性の観念は、人びとが近代国家の枠組みを築き上げていく上で大きな役割を果たしてきており、その意義や価値は現代に至るまで連綿と受け継がれている。関係的権利論による自律性の再定位は、果たして、このような自律性の価値や役割を踏まえてなお正当視しうるのか。

自律性の背後に共同体を据えるミノウの見解は、共同性の中で「声」をあげる契機として権利を捉える関係的権利論の射程が、その「声」を抑圧されてきた「異常人」や「無能力者」ばかりでなく、抑圧の主体であった「正常人」や「能

115) もっとも、脚注8)で指摘のとおり、理性を人間に一般的に備わる属性であるとしながらも、こと子どもに関しては、その未成熟性ゆえに理性的能力を欠く存在として位置づけられてきた歴史が存在する。

116) 理性や自律の普遍性を根拠に個人の同意を統治の不可欠の契機として位置づけた文献として、J. ロック [鶴飼信成訳]『市民政府論』(岩波文庫、1968)、J. J. ルソー [桑原武夫・前川貞次郎訳]『社会契約論』(岩波文庫、1954)等。

117) 個人が自律性を発揮しうる場としての私的領域を、公的権力の介入から保護することを企図する概念である。公私区分論については、長谷部恭男『憲法学のフロンティア』(岩波書店、1999)第1章が詳しい。

118) Minow, *supra* note 31, at 300.

力者」をも捉えるものであるという理解を導く。

この点、ミノウは関係的権利論を展開する中で、一貫して、「あらゆる人びとを異なる存在として取り扱う (Making All the Difference)」べきことを、議論の出発点として位置づけている¹¹⁹⁾。この理念は、すべての個人が「差異を定義し／定義される」関係性の中に位置づけられるべきことを意味する。このような個人と関係性の理解の下では、自律性すらも、人間がもつ生来の本質的属性としてではなく、他のあらゆる差異と同様に、ある特定の視点から行われる比較によって浮かび上がる特性 (traits) — 他者から定義される差異 — の1つとして把握されなければならない。この要請は、自律性を備える「能力者」であっても、他者によってその特性を承認されることで初めてその地位に与ることができるという条件を背負わせることによって、彼(彼女)らが「正常人」として振る舞い、自らの視点や立場を特権的に取り扱うことで他者の差異を一方的に定義する側に立ち続けるという事態を抑制することにつながるものである。

「選択の本質化」というカテゴリー化のもつ危険性に由来する差異のスティグマ性を解消し、一方的に割当てられた差異を旗印に社会の周辺に位置づけられ、排除される「異常人」を生み出す「差異のディレンマ」状況からの出口を見つけ出すというミノウの企図は、抑圧の中から「声」をあげる力を「異常人」に与えることに加えて、自らの視点の特権化し差異を一方的に定義し割当てる不公正な力を「正常人」から剥奪するによって、初めて完結する。このことからすれば、関係的権利論による自律性の相対化とは、この当初の目論見を達成するための不可避の代償 (cost) として位置づけられることになるだろう。

しかし、この代償が、とりわけ自律性の価値を重視する現憲法の枠組みを視野に入れたときに、なお正当化しうるものであるかは、果たして慎重な検証を要する問題である。ここではさしあたり以上に述べた事柄を確認しておくことにとどめ、この問題についての検討は本稿Ⅲ・2で改めて行うこととする。

119) See, *id* at 16. この理念を最も直截に実践する方法はカテゴリー化という営為の放棄であるが、現実的にはその方法を取り得ないことは前述のとおりである。

2 批判と考察

以上のとおり検討を行った関係的権利論に対しては、本稿で既に指摘した点を含め、さまざまな観点から疑問を提起する余地がある。ここでは、以下の3つの観点からなされる批判をとりあげつつ、ミノウの議論との比較検討を行うことによって、関係的権利論の妥当性と限界を考察する上での足掛かりとしたい。

(1) 実効性への批判

第1に、関係的権利論は、それ自身を取り上げる「差異のディレンマ」状況をはじめとする問題に対して有効に対処しうるのか。

先に言及したとおり、「言葉としての権利」としての関係的権利が、その権利としての効用を最も発揮しうる場合は訴訟手続である。しかし、この訴訟手続は次の2つの問題を抱えている。

1つは、その性質上、権利行使によってもたらされる「公共の討議」としての手続の場が——「原告対被告」という形で——個別化されたものとならざるを得ないことである¹²⁰⁾。ミノウの論じる関係的権利とは、差異を自明視し、これを本質化する社会的な権力に対抗する力を「異常人」に与えるものであるところ、差異とはカテゴリー化のための指標となるものであるから、問題は本来的に集団単位で争われるべき事柄であるとも考えられる。個別の訴訟で原告が成果を上げることは、カテゴリーを単位として社会に定着した差別の解消に結びつきえないのではないか。

今1つは、裁判所への能力への懷疑である¹²¹⁾。差異の問題が社会的な権力構造に由来する「根深い (deep-seated)」ものであるとすれば、その解決は立法府や行政部門に委ねられるべきであり、司法部はこのような構造的な問題を解決する能力をそもそも持ち合わせていないのではないか。

訴訟手続が抱えるこれらの問題を、ミノウは度外視しているわけではない。それでも裁判所による権利救済にこだわるべき理由は、脆弱性をかかえた存在、と

120) *Talking Through Our Differences: Making All The Difference: INCLUSION, EXCLUSION, AND AMERICAN LAW*, 104 HARV. L. REV. 1120, 1122-1123 (1991).

121) *Id* at 1123.

りわけ選挙権を制限され、自ら政治的な交渉を行うことが不可能な子どもが自身の利益を保護するための「ルート (channel)」を確保すべきことにある¹²²⁾。その上でミノウは、訴訟手続が、差異の問題を根本的に問い直すための「公共の討議」の場としての役割を十分に果たしうると主張する。

ここでミノウが目指すのは、問題に柔軟かつ鋭敏に対応しうる訴訟技術（指揮権）が裁判所に与えられているという事実である¹²³⁾。中でも重要なのは、訴訟参加という手法によって新たな当事者を手続に呼び寄せる権限である。裁判所は、この権限によって、訴訟手続における審理の場を、原告・被告間のアド・ホックな対立構造から、それ以外の関係者を包摂しうる「対話」の場として「編成 (orchestrate)」することができる（本稿では、訴訟手続を裁判所によって編成される対話の場とするこの理解を「対話的訴訟観」と呼ぶ¹²⁴⁾）。

しかし、差異の問題の背後にあるさまざまな——社会的・経済的な——実体問題を、訴訟における審判対象——権利——として構成することは、一方で問題を抽象化し、単純化することを意味する。訴訟の基本的な機能は、あくまで、請求原因その他の司法事実を審理することによって、原告が申し立てた特定の請求権の存否を判断することにある。これは、上述の訴訟技術による対処が可能な範疇を超えた、訴訟手続という制度それ自体に内在する問題である。この訴訟の機能的な限界により、差異の問題の背後にある実体問題が手つかずのまま残されてしまうリスクは、確かに存在する¹²⁵⁾。

他方、問題を裁判所という公的な機関による解決に委ねることは、立法府その他の国家機関を含めた外部からの注目を喚起する力をもつ¹²⁶⁾。これによって期待されるのが、原告による訴えの提起や裁判所の判決等の手続に伴う、さまざまな波及的効果（波及効）である。

122) Minow, *Constitutional Bicentennial Symposium: The "Rights Revolution": Are Rights Right for Children?*, 1987 AM. B. FOUND. RES. J. 203, 206 (1987); Robert H. Mnookin, Robert A. Burt, *IN THE INTEREST OF CHILDREN: ADVOCACY, LAW REFORM, AND PUBLIC POLICY* (W.H. Freeman and Company, 1985) 37-34.

123) Minow, *supra* note 122, at 206; Mnookin, Burt, *supra* note 122, at 61-63.

124) Minow, *supra* note 122, at 208.

125) *Id* at 217.

126) *Id* at 216.

この裁判に伴う波及効とは、日本のさまざまな法分野においても広く議論が行われてきたテーマである¹²⁷⁾。その論旨は、訴訟による注目喚起が手続外での議論を広く呼び起こすことで、訴訟手続が、伝統的な司法権の役割である狭義の紛争解決にとどまらず、判決を契機とする「立法の将来的誘発」¹²⁸⁾をはじめとした事実上の多様な効力を及ぼしうることにある。この判決の波及効により、裁判所に対する権利救済の申し立てが、三権の境界を越えて、差異の問題の背後にある実体的な問題にまで踏み込んだ紛争解決に結実することが期待される。

先に指摘した「対話的訴訟観」とは、この波及効を踏まえて、手続外のさまざまな関係者が問題に関与し、討議や解決策の模索を行うことをも視野に入れた観念である¹²⁹⁾。裁判所は、訴訟参加という形で直接的に、あるいは波及効により間接的に、関係者を問題解決のための「公共の討議」に巻き込むことによって手続を「対話的」なものとするだけでなく、判決が下された後にも改善に向けた模索が続く「持続的 (continuing)」¹³⁰⁾なものとするができる。

(2) コミュニタリアニズムと共有する問題の指摘

第2に、関係的権利論が権利の基底に置く共同体の構想に批判が向けられている。

シェイラ・フォスターによれば、共同体のすべてのメンバーが——互いを平等に承認し、その声に耳を傾けるという——共通の目的をもつことを想定する関係的権利論は、個人と共同体との結びつきを強調するコミュニタリアニズムとともに、「共同体にあまりに多くのことを背負わせすぎている」¹³¹⁾。関係的権利論は、

127) 田中成明「判決の正当化における裁量と法的基準——H.L.A. ハートの法理論に対する批判を手がかりに」法学論叢 96 巻 4・5・6 号 (1975) 160 頁、小島武夫『民事訴訟の基礎法理』(有斐閣、1988) 115 頁、田宮裕『日本の裁判』(弘文堂、1989) 8 頁等。

128) 原竹裕「裁判による法創造と事実審理 (一)」一橋大学研究年報・法学研究 28 (1996) 172 頁。

129) Minow, *supra* note 122, at 208.

130) *Id* at 206.

131) Sheila Foster, Review Essay: *Community and Identity in a Postmodern World: Making All The Difference: INCLUSION, EXCLUSION, AND AMERICAN LAW*, 7 BERKELEY WOMEN'S L.J. 181, 189 (1992).

このような共同体を想定することにより、すべての個人が平等な地位を獲得し、差異を規定する権力を持つ者が「対話」の場における説得に応じ、自らの権力を放棄することによって現状の権力構造の不均衡が是正されるとするが、関係的権利論は、そもそもこのような共同体がどのようにして構築されうるのか、という疑問に答えることができていない。この疑問に答えられないまま問題解決を共同体に安易に委ねることは、権利行使によって開始される「対話」の場が既存の権力者による操作・支配の場となることにつながり¹³²⁾、原状の権力構造に変動がもたらされる公算は小さい¹³³⁾。

加えてフォスターは、近年の歴史に鑑みる限り、権利を声高に叫ぶことが現状の権力構造の変動を惹起し、あるいは個人の平等性を強化するという発想自体にそもそも疑問があるという¹³⁴⁾。フォスターによれば、社会の中で周辺的な地位に置かれた人びとが既存の権力への対抗力を得るためには、彼（彼女）ら自身が——権利行使の主体である——個人としてではなく、集団として立ち現れなければならない。彼女が選択するのは、権力によって抑圧される人びとの集団が同質性が確保される小規模な共同体を形成し、さらにこの共同体自身がそれぞれの集団的なアイデンティティを「再構築」することで、既存の権力構造の下で形成された——劣位の価値の表象としての——カテゴリーに対抗する、という戦略である¹³⁵⁾。

以上のフォスターの議論に対して、関係的権利論はどのような応答をなしうるか。

フォスターが指摘するとおり、確かに関係的権利論は、生の力関係に由来する〈支配／被支配〉という自生的な関係性ばかりでなく、この権力構造の固定化を自ら抑制する契機をも内包するというある種の「理想的な共同体 (ideal community)」¹³⁶⁾をア・プリオリに、そして楽観的に構想するものであるかもしれない¹³⁷⁾。この構想が「理想」に過ぎないとすれば、個人の権利やそれに基づく

132) *Id* at 184.

133) *Id* at 189-190.

134) *Id* at 189.

135) *Id* at 190-193.

136) *Id* at 189.

「対話」のもつ可能性にかけるのではなく、既存の権力に対抗する集団の力として描かれる、「力対力」の構図を「現実解」として受け入れるべきなのであろうか。

ここで留意されるべきことは、この種の集団的権利の主張が、しばしば集団内部の多様性に対する抑圧を伴うという事実である。「すべての女の解放」をスローガンとしたフェミニズムの背後に「『女』の経験の多様性や『女』というカテゴリー内部の権力関係」が存在することを暴露されたことにより¹³⁷⁾、フェミニズムがそのイデオロギーとしての一貫性や正当性に疑義を招いたことは、その好例である。上述のスローガンを掲げたフェミニズムが、実は「西洋の白人女性の特権を温存」することを目的としており、第三世界の女性や有色人種の女性、そしてレズビアンといった「マイノリティに属する女性たち」が「女性」というカテゴリーの内側で抑圧されてきた事実が、彼女ら自身によって糾弾されている¹³⁹⁾。

さらに重要なことは、この集団的利益の主張による多様性の抑圧が、カテゴリーの内部で新たな差異の周辺化——マイノリティ集団の中でさらに抑圧される集団——を生み出すことにより、「差異のディレンマの連鎖」と呼ぶべき新たな問題を引き起こすことである。ミノウは、この「差異のディレンマの連鎖」の一例として、学校教育における特別支援という文脈において、「外国人」や「障害者」等のカテゴリーを支援対象の基準として用いることが、当該カテゴリーの外延相互間——たとえば「視覚障害者」と「学習機能障害者」の間——に新たな軋轢を生みだしうることをあげつつ、これを論証している¹⁴⁰⁾。

137) ミノウ自身も、「言葉としての権利」の行使が時として共同体の分裂の引き金ともなりうる、という観点から、「共生というコミットメント」を権利によって実現することの困難性を指摘している (see, Minow, *supra* note 31, at 309)。その上でミノウは、「言葉としての権利」がその役割を果たすためには、「理論に加えて、権利によって始められる対話が生活様式の一部となっているような文脈、現実の状況及び継続中の関係性の存在が要求される」と結論づけている (Minow, *supra* note 31, at 311)。

138) 中谷文美「〈文化〉? 〈女〉? — 民族誌をめぐる本質主義と構築主義」上野千鶴子編『構築主義とは何か』(勁草書房、2001) 117 頁。

139) 同。

140) Minow, *supra* note 31, at 23-40.

関係の権利論が、一貫して個人の権利にこだわるべき理由はここにある。すなわち、関係の権利論は、このカテゴリー化という営為に必然的につきまとう「集団内部におけるマイノリティへの抑圧」に対して異議の「声」をあげる力を常に個人に与えることによって、この「差異のディレンマの連鎖」を断ち切る契機となり得るのである。

もちろん、関係の権利が、このように期待される「力」をもちうるか否かは、権利を行使する個人を取り巻く共同体が、どれほど真摯に個人の「声」に耳を傾けるかという事実依存している。共同体が個人の「声」を聞き入れることをおおよそ期待しえないような状況においては、集団のもつ力に頼ることを余儀なくされる場合もあるだろう。

しかし、集団の力に依存すればするほど、当該集団内部のマイノリティの「声」は抑圧されることになる。関係の権利論は、個人の権利という発想に徹底的にこだわることによって、いかなる集団化の文脈においてもマイノリティとされてしまうような存在をも蔑ろにすることなく、これに光を当て続けようとするものであるといえる。

(3) 差異の認識に関する本質主義からの批判

最後に、差異の本質主義的な認識を否定した上で、差異とは比較の問題であり、差異を定義する者の特殊な視点によって「創設」されたものに過ぎないとする、ミノウの差異に対する理解に批判が向けられている。

ジュディス・G・マクマレンによれば、人間に備わる特性の中には、そもそも共同体の中でおよそ他者との関わりをもつことを不可能にするようなものがあり、これによってミノウが論難する差異に基づく社会的な排除を余儀なくされる場合がありうる。マクマレンがそのような特性の典型的なものとして指摘するのが、(重度の) 精神疾患である¹⁴¹⁾。彼女によれば、この種の特性に基づく差異に関する限り、もはやこれを特殊な視点に基づく「比較の問題」として、あるいは差異を割当てた者と割当てられる者との「関係性の問題」として捉えることは意味を

141) Judith G. McMullen, *Book Review: Making All The Difference*, 74 MARQ. L. REV. 253, 258-259 (1991).

なさない。ある人が意思能力を欠如した状態にあることは、社会において最も無力な——それゆえに周辺的な地位に置かれ易い——存在の1つにあたる幼児ですら、彼(彼女)の「無能力さ」を目の当たりにするならば、たちどころにこれを認識した上で——彼(彼女)が他にいかなる特性を備えていようと——これを彼(彼女)の本質的属性として位置づけてしまう¹⁴²⁾。このことは、他者との意味ある関わりを自ら取り持つことを不可能にする特性は、誰の視点からも「異質」とみなしうることを表わしている。したがって、この種の特性は端的に当人の内に本質的に備わる属性として把握すべきである¹⁴³⁾。

以上のマクマレンの批判に対して、関係的権利論はどのように応答しうるだろうか。

先に見たとおり、関係的権利論とは、権利という「言葉」を用いることによって、共同性の中で「欲求の言明」としての「声」をあげることを眼目とする。このことからすれば、「異常人」として劣位の扱いを受けてきた存在を含め、あらゆる人びとの包摂を企図した関係的権利論においても、この包摂に与るための条件として、最低限、「言葉」を解し、これを駆使する——他者とコミュニケーションする——能力が要求されているとも考えられる。とすれば、関係的権利論は、この「言葉」に関わる能力の存在を与件とすることにより、これを権利行使に与る人間の本質的な属性として捉えていることになるのか。

もちろん、話はそう単純ではない。先に述べたとおり、ミノウの議論の出発点は、「あらゆる人びとを異なる存在として扱う (Making All the Difference)」ことにより、差異のスティグマ性そのものを解消することにある。ここで、精神疾患をもつ人びとがこの企図から排除され、精神疾患という特性に割当てられた差異のスティグマ性が永続する事態を認めるならば、関係的権利論とは、同質性／異質性の二分法の下で、「正常人」として同質性の認定に与るための条件であった「自律性」を、単に「言語能力」に置き換えたに過ぎないものになってしまうだろう。

問題は、では、どのようにすれば権利の「声」をあげることでない状況に

142) *Id* at 258.

143) *Id* at 259-260.

ある人びとを、「差異」のスティグマ性に起因する不利益から救済しうるのか、である。

この点に関して示唆を与えるのが、米国の Cleburne 判決¹⁴⁴⁾に現れたマーシャル判事の結果同意・一部反対意見（ブレナン、ブラックマン両判事が賛同）である。

同判決の事案は、米国テキサス州クレバーン市が、「発達遅滞者」のためのグループホームの設立許可申請に対して、精神障害者等のための病院施設の設置許可にあたり設置予定地付近住民の同意の調達を要件とするゾーニング条例の存在を理由に不許可処分を下したことから、申請者であるクレバーン・リビング・センター（CLC）が、障害者を他と区別する本件条例は、連邦憲法修正14条が保障する CLC 及び施設の潜在的な利用者の平等保護への権利を侵害するため違憲であるとして、救済を求めたというものである。審理においては、主として、「障害による区分」が修正14条が厳格な審査を要求する「疑わしい区分（suspect classification）」あるいは「準・疑わしい区分（quasi-suspect classification）」に該当するかが争点となった。本件の条例のように精神疾患を別異の取り扱いの基準とすることは、果たして修正14条が一掃を企図した人種差別¹⁴⁵⁾と同視すべき——あるいはそれに準ずる——ほどに、違憲性が「疑わしい」といえるのか。

この点に関し、連邦最高裁の法廷意見は、まず、「発達遅滞者」が日常世界において物事に対処し、役割を果たす能力が劣っている事実是否定できないが、彼（彼女）らの障害の程度には大きな幅がありうるとの認識を示しつつ、この「巨大で多様性に富む集団」に対する処遇のあり方は、これに対して専門的能力を持つ立法機関の裁量に委ねられるべき事項にあたるとして、広範な立法裁量の存在を承認する。その上で、この種の立法による「区分」は「発達遅滞者」と「健常者」との間に現に存在する差異に基づく正当かつ的確なものであること及びこれらの立法が公的支援なしには成り立ち得ないことからすれば「発達遅滞者」が政治的に無力であるとも認められないことを論拠として、「障害による区分」は「疑わ

144) City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc., 473 U.S. 432 (1985).

145) See, McLaughlin v. Florida, 379 U.S. 184, 192 (1964).

しき区分」及び「準・疑わしき区分」のいずれにも該当しないと判示した上で、「合理性の基準 (rational basis review)」を適用して当該条例を審査した¹⁴⁶⁾。

この法廷意見の判断に対して異議を唱えたのがマーシャル判事である。マーシャル判事によれば、「発達遅滞者に対する長期の持続的な隔離が、彼らを苦しめてきた無視や不合理に抱かれる恐怖心、そしてステレオタイプな取り扱いを永続させてきた」ことからすれば、本件ではこの「区分」に纏わる歴史こそを最も重視しなければならない。本件のゾーニング条例は、まさにこの「区分」の歴史の中で「発達遅滞者」に対して行われてきた隔離やスティグマ形成を受け継ぐものとして理解されるべきである。この「区分」に含まれる差別的な歴史性及び本件ゾーニング条例がこの歴史を体現する立法であることを考慮すると、同条例の合憲性について、裁判所は——法廷意見が適用した「合理性の基準」に比較し——より厳格な基準に基づく審査を行わなければならない。

このマーシャル判事の意見に対して、ミノウは、精神疾患をもつ人びとが受けてきた社会的な排除や隔離がもつ意味を考慮せず、本件のような規制によって隔離されてきた彼（彼女）らの視点を顧慮した形跡がほとんどどうかかわれない法廷意見とは対照的に、この規制によって特別の負担を背負わされた人びとの視点に立つことを試みた上で、この隔離や「発達遅滞」という差異を割当てる力をもつ者と差異を一方的に割当てられる者との間の関係性がある意味を探究するものである、との評価を行っている¹⁴⁷⁾。

差異の割当ての背後にある関係性に着目しつつこれを問い直すという態度は、まさに関係の権利論を構成する基本的な要素の1つにあたる。こと障害に関わる問題については、「障害を『標準からの逸脱』と捉えて個人の責任に属することがらと捉えていた医学モデル」の限界を踏まえ、「むしろ社会制度が特定の人々に対応しないことから生じる不利を軸に障害を捉え直す」べきであるという、重要な指摘が行われている¹⁴⁸⁾。「正常人」が自らの特性を基準として社会制度を構

146) もっとも、事案の解決としては、法廷意見が採用した「合理性の基準」の下で規制の目的の正当性を否定することにより本件条例は違憲であると結論づけられた。

147) Minow, *supra* note 31, at 114.

148) 西原博史「社会的排除の構造と形式的平等論の新たな理論的可能性」樋口陽一ほか編著『国家と自由・再論』（日本評論社、2012）185頁。

築した結果浮かび上がる差異として、障害を捉える発想である。

この発想を踏まえる限り、障害という差異を自明視した上で、「障害による区分」に対して修正14条が要求する違憲審査基準の中でも最も緩やかな「合理性の基準」を適用する法廷意見の姿勢は、障害をそもそも差異たらしめている関係性に対してあまりに無頓着であるといわざるをえない。この懸念は、裁判所が事実認定や法適用の過程で自ら差異を定義し、これを割当てる権力をもつことを考慮すると¹⁴⁹⁾、より深刻なものとなる。危懼されるのは、「障害による区分」に「合理性の基準」を適用する連邦最高裁の判断がある種の「メッセージ」となることで¹⁵⁰⁾、障害——とりわけ精神疾患——のもつ現状のスティグマ性が一層強化され、安易な差別が世の中に横行する事態である。これに対して、「発達遅滞」という差異の背後にある関係性に着目し、障害者の視点に立ちつつこれを探究するというマーシャル判事の取り組みは、障害にスティグマ性を背負わせる現状に裁判所自身が荷担することを回避するための試みとして、重要な意味をもつ。

しかし、この種の取り組みに伴って立ち現われるのが、「関係性アプローチのもつ抑圧性」¹⁵¹⁾である。革新主義運動の試みへの考察において論じたように、他者の視点に立つことが結局のところ「自己の観点から他者の視点を想像すること」である限り、弱者に対する強者の観 points の押しつけとなる危険性は払拭しきれない。

既に見たとおり、「言葉としての権利」として理解された権利は、この観 points の押しつけに対する異議を申し立て、自らの視点を決定過程に反映させるための手段としての意義をもつ。差異を定義する『『見えない』権力』¹⁵²⁾に対抗するためには、自ら明示的に「声」をあげ、紛争の相手方や判事に対して、自己の視点を反映した解決の模索を動機付けるための契機が必要となる。

149) See, Minow, *supra* note 31, at 113.

150) 当時のバーガーコートにおいても、「合理性の基準」は、原則として「明らかに著しく議会尊重的であ」り(松井茂記『アメリカ憲法入門〔第6版〕』(有斐閣、2008) 338頁)、この基準の採用は合憲判断へとほぼ直結する状況にあった。その意味で、「合理性の基準」を採用しながらも違憲判断を下した本判決は異例的である。

151) 大江洋・前掲脚注27)『関係的権利論』・57頁。

152) 同前・58頁。

そこで取り残されてしまうのが、精神疾患をもつ人々を典型とする、抗議の「声」を発することに困難を抱える人々である。関係的権利論は、差異の本質化を徹底的に拒絶する一方で、救済の手立てにはこうした事実上の限界をもつ。この限界は、関係的権利論が抱える原理的な問題であると同時に、解決の途を問い続けられるべき課題であるといえる。

Ⅲ 子どもの人権を関係的権利によって基礎づけることの意義と憲法的妥当性

1 子どもの人権を関係的権利によって基礎づけることの意義

以上の関係的権利論の分析を踏まえ、以下では、子どもの人権を関係的権利によって基礎づけることの意義を検討する。

(1) 権利行使の前提となる関係性の比較

子どもの人権と関係的権利との関わりを具体的に検討する前に、まずは、子どもの権利を構想するに当たっての関係的思考の重要性を確認する。ここで着目されるべきことは、大人と子どもとの間には、そもそも権利行使という局面において前提となる関係性——権利の行使者と相手方、他の第三者との関係性——に大きな相違が認められるということである。

はじめに大人についてみると、大人は、既に心身ともに成熟した存在であり、自由かつ独立した個人として——少なくとも規範的には¹⁵³⁾——扱われなければならない。憲法13条が宣言する「個人の尊重」原理とは、この「強い個人」による、自己責任の引き受けを条件とする自律の作用としての自己決定を保障することにより、『『国家から自由』な空間を規範的価値で充填すること』¹⁵⁴⁾を意味す

153) 多くの論者が指摘するように、実在する大人が必ずしもこのような「強い個人」(樋口陽一・前掲脚注20)・54頁)であるとは限らない。それでも「強い個人」を規範に据えるべき理由として、樋口は、「弱者が弱者のままでは、それによって担われる『権利』は、恩恵的、慈悲的な性格にとどまってしまうために、個人を『『権利のための闘争』を担おうとする弱者、その意味で、『強者であろうとする弱者』』として「擬制」すべきことを指摘する(同・67-69頁)。

る。そして、この「個人の尊重」原理が憲法によって「基本的人権の保障の根底に据え」¹⁵⁵⁾られていることからすれば、大人に対する人権保障においては、自律に基づく自己決定を尊重し、これを「国家から自由」なものとするための防御権を保障することが基本的なあり方となる¹⁵⁶⁾。この意味で、大人の権利行使という局面において基本的に想定されるのは、大人と国家という二者間の対抗関係である¹⁵⁷⁾。

これに対して、子どもはいまだ成長発達の途上にある未成熟な存在である。もちろん、子どもであっても、その成熟性に応じて自律の尊重への要請が拡大していくことには疑いはない。しかし、それと同時に問題となるのが、先述の Goss 判決においてパウエル判事が明瞭に指摘した——利益を共有する大人との関わりという共同性の中での——保護への要請である。たとえば子どもの権利条約5条は、子どもが条約上の権利を行使するにあたり、子どもに対して法的な責任を負う者が、これに適当な指示・指導を与えるべき責任及び権利義務の尊重を締約国に義務付けることにより、この共同性の中での保護の論理を端的に表現している¹⁵⁸⁾。この種の規定の存在は、子どもの権利が——子どもを保護の客体としてだけでなく、権利を行使する主体として捉えた場合であっても——およそ共同性という文脈を離れては語り得ないものであることを示唆している。したがって、

154) 同前・47頁。

155) 佐藤幸治・前掲脚注2)・19頁。

156) 芦部信喜『憲法〔第5版〕』(岩波書店、2011)82-85頁によれば、「基本的人権とは、人間が社会を構成する自律的な個人として自由と生存を確保し、もってその尊厳性を維持するため」にあるところ、このように憲法が保障する基本的人権の中でも『「国家からの自由」の思想が基本とされなければならない」。

157) 人権の発想の基礎が防御権にあるとしても、国家による積極的給付を内容とする社会権の存在を考慮すると、この個人と国家との関係の図式はいささか単純に過ぎるかもしれない。しかし、社会権については、「社会権の基底における自由権の存在」を強調する「下からの社会権」論(中村睦男『社会権形成の法理』(有斐閣、1973))が主張されており、この見解によれば、社会権はこの対抗関係を前提として、個人の防御権を補完するものであるとの理解が可能であろう。

158) 子どもの権利条約は、子どもの権利行使可能性を前提とする一方で、本文で指摘した第5条をはじめとして、子どもの権利行使を支援すべき大人の存在を想定した規定を数多く設けている。参照、永井憲一ほか編『新解説 | 子どもの権利条約』(日本評論社、2000)62-66、116-212頁等。日本の国内法においても、未成年者の法律行為(財産権の行使)に法定代理人の同意を要求する民法5条1項など、同様の規定を確認することができる。

子どもの権利を考察するにあたっては、自律の尊重に加えて、この共同性の中での保護の要請を主要な契機の1つとして据えなければならない（「自律・保護の両契機」¹⁵⁹⁾）。ここから、子どもの権利の行使・実現という局面における、子どもと大人、そして国家からなる三者関係の存在を導くことができる¹⁶⁰⁾。

(2) 子どもの権利の3つの様相

ミノウは、子どもの権利行使の前提となるこの特殊な関係性に対応する形で、子どもの権利を、相互に矛盾・対立しうる可能性をもつ3つの様相に分析している。その様相とは、①国家による保護の請求、②保護者の権限を通じた国家からの保護の請求、そして③子ども自身の意思決定や意見表明の尊重である¹⁶¹⁾。

①の権利の様相は、たとえば、親から虐待を受ける子どもが国家に保護を請求する場面を典型として見いだされる。ここに現われているのは、親によって侵害されうる子どものさまざまな権利——たとえば身体的自由——が、後見的な立場に立つ国家によって保護されるという構図である¹⁶²⁾。

②の様相は、たとえば、先述の Yoder 判決において、国家に対抗する親の教育権という形で現われている。同判決では、キリスト教の一派であるアーミッシュの教義に従い、ある一定の年齢に達した子どもを高校に通わせなかったアーミッシュの3人の親がウィスコンシン州義務教育法違反の嫌で訴追されたところ、同法が親たちの憲法上の権利を侵害するものであるとしてその合憲性が争われた。連邦最高裁の法廷意見は、州は市民に対する教育を実施し、そのための合理的な規制を行う責任及び権限を有しているのに対し、親もまた合衆国憲法修正1条の

159) 大江洋・前掲脚注27)『関係的権利論』・20頁。なお、刑事法学の立場から、子どもの権利条約上の意見表明権を援用しつつ、子どもの人権を、子どもとその親を中心とする人間との関係において把握すべきとする見解として、福田雅章・前掲脚注25)論文。

160) ドイツを参照点としつつ、子ども・親・国家という三主体相互の法的関係において、憲法学と民法学のそれぞれの守備範囲を統合した包括的な子どもの権利の理解を探る研究として、横田光平『子ども法の基本構造』（信山社、2010）（初出、「親の権利・子どもの自由・国家の関与——憲法理論と民法理論の統合的理解」法学協会雑誌119巻3号（2002）以下連載）。

161) Minow, *Rights For The Next Generation: A Feminist Approach To Children's Rights*, 9 HARV. WOMEN'S L.J. 1, 18-21 (1986).

信教の自由及び宗教教育を含む子どもに対する教育権限を有しているところ、州が第9学年以降の学校教育を合憲的に強制するためには、これによる信教の自由への制約を正当化しうる「最高度の州利益」の存在が立証されなければならないと判示しつつ、本件ではこの利益が認められないとして、同法は本件のアーミッシュの親たちに適用される限りで違憲であると結論づけた。ここには、アーミッシュの子どもたちの宗教上の実践が、親の権利を「シールド」とすることによって保護される、という構図を見いだすことができる。

これと対極をなすのが、同じく Yoder 判決におけるダグラス判事の一部反対意見である。ダグラス判事によれば、本件の判断によって最も影響を受けるのは親ではなく、ほかならぬ子どもの将来である。義務教育の免除を認める親の主張が認められたならば、仮に子どもがアーミッシュの外の世界に出て高校に通いたいという希望を持っていたとしても、この希望は不可避免的に頓挫することになる。しかし、本件の子どもはいずれも高校に通うほどの年齢に達しているためにその判断は尊重されなければならず、子どもが熟慮の上で高校への通学を希望していることが立証された場合、州は親の主張に対抗することができる。したがって、本件の結論を下すにあたっては、この点を明らかにするために子どもに意見聴取の機会が与えられなければならない。このダグラス判事の意見からは、親の意思

162) 日本における立法の一例として、2000年に制定された「児童虐待の防止等に関する法律」は、「児童の人権を著しく侵害」する「児童虐待の禁止、児童虐待の防止に関する国及び地方公共団体の責務、児童虐待を受けた児童の保護」等を定めることを目的としている（同法1条）。国家による人権保護を目的とするこの種の立法の背後に存在すると考えられるのが、いわゆる基本権保護義務論である。基本権保護義務論とは、ドイツ基本法の解釈論として展開し、日本では小山剛によって提唱されたものであり（小山剛『基本権保護の法理』（成文堂、1998））、個人の基本権法益を私人による侵害行為から保護すべき国家の義務を観念する立場を指す。基本権保護義務論に対しては、防御権の観念を重視する立場から、これを承認することにより基本権が「個人に付着する権利」としての明確な法律学的輪郭を失い、国家権力の恣意的な調整の下で実現される価値という不確かな理念の地位に転落してしまうことへの懸念が指摘されている（西原博史「〈国家による人権保護〉の道理と無理」樋口陽一ほか編『国家と自由——憲法学の可能性』（日本評論社、2004）193頁）。これに対して小山は、「保護義務論の意義は、国家の介入の上限を画することにある」、「保護義務と防御権は、両立する」と応答する（小山剛・前掲脚注4）・131頁）。本稿は、保護義務の観念に纏わる論争性を踏まえつつも、少なくとも自律に加え保護の要請をも内包する子どもの権利論において、保護義務論はその基本的な要素の1つとして位置づけられるべきものとする。

とも対抗する子ども自身の意思の尊重を要請する③の様相を見いだすことができる。

(3) 2つのネグレクトの存在

子どもの権利のもつこれらの3つの様相が互いに矛盾・対立の契機を内包することは、Yoder 判決に現われた2つの意見からも明らかであろう。したがって、子どもの権利が真に子どもの利益に資するものとなるためには、子どもの成熟の度合いや子どもが置かれた具体的な関係性を考慮要素とする、慎重な調整を必要とするはずである。

しかしながら、従来の子どもの権利論においては子どもを取り巻く関係性が「過度に単純化」¹⁶³⁾される傾向がある。たとえば「子ども解放論」は、子どもを「小さな大人」と捉える発想から上述の③の様相を重視する一方で、①及び②を軽視する。他方、「子ども保護論」は、子どもが「文字通り子どもとして扱われ保護されなければならない」¹⁶⁴⁾との発想から①及び②を重視する一方で、③の様相を軽視するものであった。

このうち、前者の「子ども解放論」は、子どもの権利における共同性の契機を度外視するものであり、子どもの権利の理解の仕方として妥当性を欠くことは明らかである。

他方、後者の「子ども保護論」が子どもの権利行使を否定する背景には、Goss 判決の分析において言及したように、子どもと大人とを対立・敵対的關係に立たせる権利を子どもが行使することによって、子どもと大人が互いに利益を共有し合う共同体が害されることへの懸念が存在している。しかしミノウは、この種の主張は結局のところ子どもの利益が他の社会的な利益に劣後化される結果を招くと主張する¹⁶⁵⁾。その根拠としてミノウが指摘するのが、子どもに対する2つのネグレクトの存在である。

その1つは、ミノウが「公的ネグレクト (public neglect of children)」と呼ぶ

163) Minow, *supra* note 31, at 291.

164) 森田明・前掲脚注9)・79頁。

165) Minow, *supra* note 161, at 13.

ものである。これは、リベラルな権利論が内包する公私区分の論理によって、子どもの保護に関わる問題が主としてその子どもの家族が引き受けるべき私事と見なされ、公事としての政治の領域から排除されてきた事実を指す¹⁶⁶⁾。リベラルな権利論は、自律的な「強い個人」の自由と利益を確保するための枠組みとして〈政治＝公的領域〉を把握する一方で、子どもをはじめとした「依存的な存在」に関わる問題をこの公的領域の埒外に位置づけてきた¹⁶⁷⁾。

子どもの保護に関わる問題が私事化される一方で、保護を委ねられた私的領域においても、大人との間に生じる事実上の優劣関係によって、子ども存在は常に周辺化され、子ども本来のニーズは無視ないし軽視される傾向がある。ミノウは、これを「社会的ネグレクト (societal neglect of children)」¹⁶⁸⁾と呼ぶ。この「社会的ネグレクト」とは、一般的な社会生活上の関係にとどまらず、家庭や学校など、互いに利益を共有しあう子どもと大人からなる関係性の中にあってもなお妥当する問題である。先の Goss 判決に関連して述べたとおり、これらの「保護」を名目とした恩恵的な関係性の中にこそ、依存性をかかえる子どもが劣位の扱いを受ける危険が存在する。そこで懸念されるのが、子どもの視点が軽視されることによって子どもに与えられる保護のありようが子ども固有のニーズから乖離することに加え、大人が自らの優位性の喪失を懸念することにより、子どもの意思に基づく権利行使が恣意的に抑圧される事態である。

(4) 子どもの人権における関係的権利論の意義

以上の指摘は、子どもの権利行使の前提となる、子どもと大人、そして国家の三者の関係性そのものに関わる問題である。「公的ネグレクト」は、子どもと国家との関係性から、子どもを保護する国家の責任（先述の①の権利の様相）を捨象し、「社会的ネグレクト」は、大人が子どもを保護し（②の様相）、あるいは自らの意思と対抗する子どもの意思を尊重する責任（③の様相）を後退させるとい

166) *Id* at 7-8.

167) 岡野八代「フェミニズムにおける公共性『問題』」立命館法学 2007 年 (6) 41-45 頁は、フェミニズムの立場から、リベラリズムにおけるこのような公共性概念の偏狭さを批判する。

168) Minow, *supra* note 161, at 6.

う問題をはらんでいる。とすれば、子どもの人権論を展開するにあたって、それが子どもの利益に資するものとして実効性をもつためには、この子どもを取り巻く関係性そのものを改善する契機を伴うものでなければならない。

子どもの人権保障のあり方として従来有力に主張されてきた「調整的自律のアプローチ」は、子どもの権利行使の前提に共同性を据えた上で、文字どおり「保護・自律の両契機」の調整ないし両立を志向するものでありながら、両者の調整がパターンリズムの見地から子ども自身の視点を度外視して行われるために、恣意的に子どもの権利行使を抑圧し、あるいは保護を放棄して自己責任を追及するための便法となる「管理抑圧」の契機を伴うという原理的な問題を抱えている¹⁶⁹⁾。これにより、「調整的自律のアプローチ」は、私的領域においては「社会的ネグレクト」によって抑圧の契機となる可能性を含みつつ、公的領域においては、この抑圧に対する国家への救済請求が「公的ネグレクト」によって遮断されるという隘路に陥ることになる。

そこで本稿は、子どもの人権論を、関係性を改善するための「対話」と「説得」の手立てとして権利を位置づける関係的権利論によって基礎づけることにより、子どもの人権という観念に対して、この2つの領域に及ぶネグレクトが存在する「〈現状＝公私のネグレクト〉への異議申立て」としての意義を与えるべきであると考ええる。

このような子どもの人権の理解は、具体的にどのような帰結をもたらすだろうか。

まず、子どもの人権行使に「公的ネグレクト」に対する異議申立てとしての意義を観念することは、何が公事であり私事であるかを規定する、両者の境界線そのものを問い直すことにつながる。ナンシー・フレイザーが述べるように、そもそも公事と私事との間に「ア・プリオリな境界」は存在せず、「何が共通の関心事としての意味をもつか」という問題は、まさに論証による競争を通じて決定されるべき事柄である¹⁷⁰⁾。しかしながらリベリズムは、すべての人びとの利害

169) 本稿 I 1(2)を参照。

170) Nancy Frazer, *JUSTICE INTERRUPTUS: CRITICAL REFLECTIONS ON THE "POSTSOCIALIST" CONDITION* (Routledge, 1997) at 86.

に関わる問題を審議する普遍的な場としての〈政治＝公的領域〉においては、特殊な人間のみが関わりをもつ差異は無視されるべきであるという想定の下で、子どもをはじめとする依存的な存在がもつ特性を差異として扱い、これを私事として取り扱ってきた¹⁷¹⁾。しかし、そこで差異の有無を判断するための基準となってきたのは、自立し自律した「強い個人」の視点である。問題は、この「強い個人」が「正常人」として振る舞うことによって、何が公的領域から排除されるべき〈差異＝私事〉であるかが一方的に定義されてきたことにある。これに対して関係的権利は、子どもの「声」に公共の注目を喚起し、対話的に行われる手続——典型的には訴訟手続——の中でこの境界線を定義する関係性のありようを問い直す力を子どもに与えることにより¹⁷²⁾、従来は私的な領域の中で解決すべきものとして片づけられてきた子どもに関わる問題が、公共の関心事へと転換する可能性を生み出す¹⁷³⁾。

他方、「社会的ネグレクト」に対する異議申立ては、子どもの視点が周辺化されることによって保護に関わるニーズが軽視され、あるいは成長に従って拡大する自律性に基づく要求や意思の表明が大人の意思によって恣意的に抑圧されうる現状を改善する契機となる。先述のとおり、この点はとりわけ保護の論理が息づく共同体の中でこそ大きな意義をもつ。その中で、権利は法的に承認された正当な地位を表象するものとして——裁判所に救済を申し立てる適格性を基礎づけることにより——関係者を対話の場に引き込み、説得する力を子どもに与えることができる¹⁷⁴⁾。先にとりあげた Yoder 判決の事例を踏まえるならば、本来は子どもの利益の「シールド」として機能すべき親の権限が、「自己の教義に従って教

171) 阪口正二郎「リベラリズム憲法学の可能性とその課題」藤田宙靖・高橋和之編『憲法論集樋口陽一先生古希記念』（創文社、2004）604頁を参照。

172) 本稿Ⅱ2(1)で触れたように、子どもは選挙権の行使を通じて自らの選考を政治の場に反映することが不可能であるからこそ、このような権利を観念することに意味がある。

173) ここで重要な点は、権利行使によって訴訟手続という「公共の討議」の場が招来されることにより、さまざまな波及的効果が期待されることである。訴訟に伴う波及効については、本稿Ⅱ2(1)を参照。

174) もっとも、権利は常に訴訟の場において主張されなければならないものではない。公的な救済を裁判的に実現しうる力を背景として、権利は、訴訟手続の外においても、自らの主張が正当な根拠に基づくものであることを示唆することにより、関係者の注目を引きつけ、説得する力を子どもに与えることができる。

育を施す」という親自身の利益のための便法として行使される事態に対して、子ども自身の意思の尊重を内実とする権利を觀念することにより、子どもに関わる多様な手続において「何が子どもの利益であるのか」を発見することにつながる事が期待される。子どもは、これによって——利益を共有し合う——大人から保護を受けざるを得ないという共同性の中にありながらも、なお一人の人間として尊重されるべき意思と視点を備えた存在としての地位——固有の権利主体性——を獲得することができる。

関係的権利論によって基礎づけられた子どもの人権は、このようにして、子どもの権利行使の前提となる——大人や国家との——関係性のありようを、子ども自身の視点から問い直し、是正するための契機となりうる。子どもの人権は、これによってはじめて、ミノウによって分析された子どもの権利の3つの様相にまたがる——「自律・保護の両契機」に関わる——役割を適切に果たすことが期待できるものと考えられる。

2 子どもの人権を関係的権利によって基礎づけることの憲法的妥当性

本章の締めくくりとして、子どもの人権を以上に論じた形で関係的権利によって基礎づけることが、自律性な個人が公共社会を取り結ぶという現憲法の枠組み——立憲主義——と整合しうるのかという問題について、これまでの検討の結果を踏まえつつ、ささやかながら私論を述べておきたい。

(1) 問題の所在

ここまで本稿が論じてきた内容からも明らかとなおり、関係的権利とは「権利カタログの『特定の権利』」ではなく「権利そのものについての理解」であって、「権利の一般的内容に関わるもの」である¹⁷⁵⁾。したがって、子どもの人権を関係的権利論によって基礎づけることは、子どもの人権論にとどまらず広く人権論一般に影響を及ぼしうるため、上述の問題を考えるに際しても、この人権論一般を視野に入れた検討を行わなければならない。

175) 大江洋・前掲脚注27)『関係的権利論』・104頁。

本稿は、さしあたり以下の3つの問題点を指摘する。

第1に、関係的権利論は、権利の基底に共同体を敷くことによって（共同体基底的権利観）、権利の行使にそれを承認し執行する共同体の存在を要求し、リベラルな権利論が所与とする自律性を相対化する。このことは、個人が共同体の掲げる価値から独立して物事を判断する自由を制約し、あるいは対国家の関係における個人の弱体化をもたらすことにつながらないか。

第2に、子どもの人権の意義の1つとして〈「公的ネグレクト」に対する異議申立て〉を定位し、私事と見なされてきた子どもの保護に関わる問題の公事への転換を図ることは、子どもの保護請求に対する「公」の責任を拡大させる一方で、「私」の領域を浸食し、個人の自由を脅かす危険性をもつ¹⁷⁶⁾。

第3に、同じく子どもの人権の意義に関わる問題として、子どもによる人権行使のもう1つの意義として〈「社会的ネグレクト」に対する異議申立て〉を据えた上で、親をはじめとする〈大人＝私人〉との関係性の改善要求を人権行使の目的とすることは、伝統的な人権観念に含まれる「対国家性」の希薄化を招きうる。

(2) 2つのせめぎ合い

以上に指摘した問題からは、リベラルな権利論と関係的権利論が互いに標榜する価値をめぐる、2つのせめぎ合いを見いだすことができる。

まずは第1の問題を考える。既に述べたとおり、自律性という観念は、リベラルな権利論において、現実の人間像とは必ずしも一致しない「強い個人」をあえて規範として定立することを通じて、強大な権力を掌握する「公」から「私」の領域を守るための武器としての役割を果たしてきた。

しかし、関係的権利論は、このようなリベラルな権利構想が権利の平等性を標榜する一方で、十全な権利行使に与るために一定の能力の存在を暗黙に要求することによって、人権に与る「市民」を構成する社会契約から、とりわけ「依存的」な存在を意図的に除外し、彼（彼女）らがいわば「二級市民」として遇される事態を批判する¹⁷⁷⁾。その点、関係的権利論とは、自らの視点を特権化し、「異

176) 「公」の肥大が「私」を脅かす危険性を指摘するものとして、阪口正二郎「公私区分の多様性（特集1：法的制度としての公と私をめぐって）」学術の動向12（8）（2007）42頁。

常人」の存在を周辺化する「正常人」の手によって構築される限定的な権利構想のモデルではなく、「強い個人」に加えて「依存的」な存在——たとえば子ども——をも必然的に内包する、人びとの自生的な集団としての共同体を権利の基底に据えることによって、あらゆる存在に平等な権利可能性を保障するための試みとして理解することができる。ここには、「公」に対抗しうる「強い個人」の徹底か、それとも権利の平等性の追求か、という選択をめぐるせめぎ合いが存在する。

第2及び第3の問題は、リベラルな権利論が伝統的に掲げてきた公私区分及びそのコロラリーとしての公法私法二元論に関わる問題である。この点、近代立憲主義とは、私的領域における個人の自由の保障に加えて、「公益に関する効果的な審議と決定」を行うための政治過程をも保障するものと解されている¹⁷⁸⁾。この近代立憲主義から導かれる政治体制としてのリベラル・デモクラシーは、この公私の境界を明瞭かつ厳格なものとすることで、国家の統治の下においてなお個人に温存されるべき自由を「公」の介入から保護することを企図してきた。人権観念は、その中で「公」としての国家がこの境界線を越え、不当に「私的領域」に介入することを抑止するための防御権としての役割を担ってきたのであり、その意味で本来的に国家に対して行使されるべきもの——国家機関を統制する法——として観念されてきたのである¹⁷⁹⁾。

関係的権利論は、このような公私区分のありように2つの疑いを投げかける。

1つは、リベラル・デモクラシーの枠組みの下で、スティグマとしての差異の問題は、公私の区分を盾として、もっぱら私的な領域にかかわる問題として矮小

177) たとえばロールズは、「正義の第一の課題に関わるのは、物事の正常な経過においては、社会への十分かつ能動的な参加者であり、その生活の全過程をめぐって直接または間接に共同生活を営んでいる人々間の関係である」(ロールズ「秩序ある社会」岩波書店編集部編『現代世界の危機と未来への展望』(岩波書店、1984) 112頁)と述べて、彼が主張する正義構想においては、「社会への十分かつ能動的な参加者」——これは本稿Ⅱ1(1)でとりあげた「二つの道徳的能力」を備えた市民である——に権利が保障される一方で、それ以外の存在が権利構想から除外されうることを明瞭に論じている。

178) 長谷部恭男「立憲主義」大石真・石川健治編『憲法の争点』(有斐閣、2008) 6-7頁。

179) 人権のもつ対国家的性格を徹底する憲法学説として、高橋和之「『憲法上の人権』の効力は私人間には及ばない——人権の第三者効力論における『無効力説』の再評価」ジュリスト1245号(2003)。

化されてきたが、実際には公的権力が私的権力とともに差異の持つ社会的意味を構築しつつ、当該差異を基礎として排除や差別の構造を形成し、これを維持してきたのではないかという疑いである¹⁸⁰⁾。

今1つは、このリベラル・デモクラシーの枠組みが、私的権力関係における不平等性を無視し、法がその不平等性を覆い隠すことで、私的権力関係——私的領域における〈支配／被支配〉の抑圧関係——の形成に関与しているのではないかという疑いである¹⁸¹⁾。この疑問は、関係的権利論にとどまらず、フェミニズムをはじめとするさまざまな思想的立場によっても共有されている¹⁸²⁾。

関係的権利論は、これらの疑いの下で既存の公私の境界のありようを問い直しつつ、「公」の権力に対しては「私」の権力とともに自ら生み出した差異を根拠として救済を拒むことに対する異議申立を、そして「私」の権力に対しては「公」の権力とともに生み出した抑圧に対する異議申立を行う契機を、個人の権利として保障するものであると理解することができる¹⁸³⁾。ここには、厳然とした公私の区分を前提とする自由の確保か、それとも公私の境界の問い直しによる不平等性の克服か、という選択をめぐるせめぎ合いが存在する。

では、以上の2つのせめぎ合いの中で下される関係的権利論の選択とは、立憲主義の下での権利構想において許容しうるものであろうか。

(3) 「解毒剤」としての関係的権利論

まずは前者の選択を考える。関係的権利論が権利の基底に共同体を据えることで権利の平等性を追求することの根拠——必要性——については既に検討を行っ

180) Minow, *supra* note 31, at 281–283. 先述の Cleburne 判決において違憲判断を下されたゾーニング条例は、差異を形成・維持する立法の最たるものであるといえる。

181) See, *id.* at 269–277.

182) フェミニズムの立場からの批判として、岡野八代・前掲脚注167)論文、Will Kymlicka, *CONTEMPORARY POLITICAL PHILOSOPHY: AN INTRODUCTION* (2ND ED.) (Oxford University Press, 2002) 386–398. [岡崎晴輝ほか訳『現代政治理論』(日本経済評論社、2002) 386–408頁]等を参照。

183) 私人を相手方とする人権行使も、私的抑圧関係の背後にある「公」の権力に対する異議申立としての意義を含むものと理解することによって、正当化できると考えられる。

ているため¹⁸⁴⁾、ここで取り上げるべき問題は、この選択によってもたらされる「代償」の許容性である。

関係的権利論によるこの選択が個人の自律に対して一定の譲歩を迫ることは確かであるとしても、関係的権利論は、自律性の価値を度外視し、これを過小評価するものではない。この点に関して注目されるのが、ミノウが援用する「共同体」概念の特有性である。すなわちミノウは、「共同体とは、完全なる一致 (total agreement) を意味するのではなく、むしろ『伝達の枠組み (communicative framework)』としての意味を持つ」¹⁸⁵⁾と述べて、関係的権利論における共同体の姿を明らかにするとともに、それが、コミュニタリアンに見られるような、個人の善の構想を規定し尽くすものとは異質な概念であることを明示している。ここで「伝達の枠組み」とは、自己の欲求言明を「権利」という「言葉」を通じて他者に伝達し、対話を行うための枠組みを指す¹⁸⁶⁾。この「伝達の枠組み」としての共同体の下で描かれる個人とは、共同体に埋没した存在ではなく、むしろその中における現状の権力構造に異議を唱えうる存在である。このような個人とは、共同体の中にありながらもなお、それが掲げる価値から離れて物事を判断する自由と「強さ」をもつことができる存在であり、ミノウが想定する共同体とは、このようにして、周辺化された弱者の声に耳を傾けるだけでなく、自律の能力を備えた存在を「強い個人」として承認することのできる共同体であると理解することが可能である。

次に後者の選択を検討する。これは、リベラル・デモクラシーが両者の厳格な区分を装いながら、実は、差異に対して中立であるはずの「公」がさまざまな形で「私」の領域における差異の形成やそれに基づく抑圧関係の維持に寄与してきた事実を告発するものである。この問題は、リベラル・デモクラシーのもとにおいては、時として差異を定義し、これに公的な効力を与える立法を行う権力が社会的多数者によって掌握されていることに由来する。彼（彼女）らは、公的領域

184) 本稿Ⅱ 1 (6)を参照。

185) Minow, *supra* note 31, at 294.

186) 「言葉としての権利」が共同体の中で果たす役割については、本稿Ⅱ 1 (4)ないし(5)を参照。

においては「正常人」として振る舞うことにより「異常人」を排斥し、私的領域においてはこの「異常人」に対する抑圧者となりうる存在である。

リベラリズムの陣営の中にも、リベラル・デモクラシーに内在するこの「多数決の限界」の問題を自覚し、これに対する処方箋を提示する論者は存在する。たとえば、ロールズによる「市民的不服従」論¹⁸⁷⁾や、公共空間における差異の表出への寛容を求めるアンナ・ガレオッティの議論¹⁸⁸⁾がそれである。しかし、前者は不服従の対象を公的領域において形成される立法や政策に限定し、後者は差異の問題をあくまで「集団の問題」として取り扱うという限界を抱えている。既に論じたとおり、公私の権力が渾然一体となって生み出す差異の問題に対処するためには、公私の2つの権力に向けられた異議申立を個人の権利として保障することが必要となる。

以上に見たとおり、関係の権利論による上述の2つの選択は、リベラル・デモクラシーが必然的に抱え込む「病理」に対する処方箋としての意味を持つ。関係の権利論は、多様な存在が平和に共存し、社会的協働の便益を分かち合う¹⁸⁹⁾というリベラル・デモクラシーのそもそもの試みが可能かつ持続的なものとなるために不可欠となる、いわば「解毒剤」としての役割を担うことになる。

しかし、「解毒剤」である以上、病理を緩和する作用とともに、望ましくない副作用を伴うおそれは否定しきれない。個人が、共同体の中にありながらも自律的な人間として存在しうるかどうかは、果たして共同体がこれを承認するか否かという事実可依拠している。共同体が「伝達の枠組み」にとどまらず、個人の善の領域まで介入を及ぼす危険は常につきまとう。また、公私の区分に疑いの目を向け、私的抑圧に対する「公」の責任を強調することは、「私」の自由を防衛する境界そのものを掘り崩すおそれがある。関係の権利論とは、これらの危険を抱

187) Rawls, *supra* note 112, at 293.

188) Anna Elisabetta Galeotti, *TOLERATION AS RECOGNITION* (Cambridge University Press, 2002). このガレオッティの議論については、愛敬浩二「リベラリズム憲法学における『公共』」森英樹編『市民的公共圏形成の可能性』(日本評論社、2003) 66頁以下及び阪口正二郎・前掲脚注171)・602頁以下を参照。

189) 長谷部恭男・前掲脚注178)・6-7頁、阪口正二郎「リベラルな立憲主義における公教育と多様性の尊重」一橋法学2巻2号(2003) 448-449頁等を参照。

えつつも、リベラル・デモクラシーがいかなるマイノリティにとっても公正なものとするための、一つの賭けであるといえる。

Ⅳ むすびにかえて——まとめと今後の課題

人権がもつ「固有性」や「普遍性」の観念にもかかわらず、子どもと大人との間には権利保障のありように確固たる格差が存在している。この格差は、従来、憲法上の人権規定が、「成熟した人間」としての大人を人権主体として標準化しつつ、「それに至らない人間」としての子ども存在を例外化するという想定の下で解釈されてきたことに由来する。自立し自律した「強い個人」を人権の本来的な主体としてみなすこと——自律的個人へのコミットメント——は、権力の統制と自由の保障を企図する伝統的な立憲主義の構想に根ざしている。

毛利透によれば、「立憲主義とは、暴力手段を剥奪された国民が、正当な暴力独占者である国家権力をコントロールするという、本来的にアクロバティックな試みであり」¹⁹⁰⁾、立憲主義があえて現実の人間像とは必ずしも一致しない「強い個人」を志向することには、十分な理由がある。しかし、その一方で、『『人』たるがゆえの権利、という言い方をつきつめてゆくと、その権利は、何らかの特性ゆえに識別される主体ではなく、人一般としての個人を担い手とするものでなければならない』¹⁹¹⁾ものとして人権を語りながらも、その「人」とは実際には「女性を排除した男性でしかなかった」という「欺瞞性」が告発されてきた歴史が存在する¹⁹²⁾。現代においては女性を人権の担い手としての立場から排斥することが許容されえないことは自明のことであるとしても、ここで重要なことは、女性に纏わるこのような歴史を踏まえる限り、一部の人びとを対象として行われる制度や公的な枠組みからのカテゴリカルな排斥とは、決してア・プリオリなものではありえないということである。

にもかかわらず、従来の憲法学説の大勢は人権の主体として想定される「強い

190) 毛利透「首相公選制を考える——1つの随想」ジュリスト 1205号 (2001) 54頁。

191) 樋口陽一・前掲脚注 20)・8頁。

192) 同前・52頁を参照。

個人」像を与件としてきた。この特殊な人間像が「普遍性」の標榜を伴って「標準化」されるとき、この基準から逸脱するさまざまな存在が公私にわたり「周辺化」され、劣位の存在として位置づけられていく、という現象が不可避免的に生じることになる。本稿のテーマである子どもの人権論という文脈に即していえば、子どもが現実には抱えるニーズが軽視されることにより、本来は国家の義務として捉えられるべき子どものさまざまな権利保護の履行が懈怠され、あるいは利益を共有するはずの大人によって子どもの意思が抑圧されることを通じて、子どもの人権が大人による「管理抑圧」の手段に墮する危険——ミノウが指摘する2つのネグレクト——が存在する。そのような中で人権観念の普遍性（のみ）を標榜することは、却ってこれらの現状を覆い隠す危険性をもたらしかねない。

ミノウが提唱する関係的権利とは、従来の権利論の根底にある〈人権主体＝自律的個人〉という想定を根底から問い直しつつ、権利を、対抗する相手方の主張や利益を覆滅するための「切り札」としてではなく、周辺化された人びとの視点を問題解決の決定過程において直接的に反映するための「対話」と「説得」の手段として位置づけるものである。自らの視点を特権化する力をもつ多数者によって一方的に定義された差異やそれに基づく劣位の取り扱いといった不公正な現状を改善するためには、この「説得」のための「対話」を周辺化された人びと自身のイニシアティブの下で行う権利を保障することが不可欠となる。

一方、関係的権利論は、権利の基底に共同体を観念した上で自律性の概念を相対化するものであり、自律性の観念が国家との関係で個人の自由を防衛してきた役割の重要性を踏まえると、これを無批判に人権論の基礎として位置づけることには問題を伴う。そこで本稿は、関係的権利論に含まれるこれらの問題性を踏まえた上で、子どもの人権という限定的な領域においてではあるものの、一見相反するかに思われる関係的権利論とリベラル・デモクラシーとの接合点をあえて見いだすことによって、自律性をもつ価値を尊重しつつ周辺化の対象となりやすい存在の視点を取り込むための権利構想——「公私のネグレクト」に対する異議申立としての子どもの人権論——の可能性について、ささやかながらも筆者の能力の及ぶ範囲で検討を行った。しかし、この本稿において示された子どもの人権論が具体的にいかなる場面でどのような効果をもたらしうるかを明らかにするため

には、これを子どもの個別的な人権論へと反映することが必要となる¹⁹³⁾。またその過程においては、本稿で論じられた子どもの人権の規範的内容をさらに精緻化することが求められるだろう。これらの点を筆者の今後の課題として確認することで、本稿の結びとしたい。

193) 現段階における構想としては、憲法典に明文の定めこそないものの、子どもに固有の人権として近年注目される成長発達権を本稿で示した子どもの人権理解に即して考察することを予定している。成長発達権を、子どもの成長発達のプロセスから大人による「管理抑圧」を排しつつも子どもが自律的生存へと至るために基礎となる保護の契機を導くものとして解釈することが、考察の主眼となる。