

# 成長発達権の解釈における アイデンティティへの権利の意義

大西 健 司\*

- I 序論——問題の設定と本稿の課題
- II 成長発達権をめぐる学説の展開とその限界
- III 子どもの教育をめぐる国家の関心と介入——米国の事例を参考に
- IV 「協働する個人」と自己定義の自由
- V 成長発達権の基底的内容としてのアイデンティティへの権利
- VI むすびにかえて——推知報道問題への示唆

## I 序論——問題の所在と本稿の課題

### 1 問題の所在

#### (1) 〈自律的個人〉の論証なき前提

憲法学上の学説を含めた今日の子ども<sup>1)</sup>の権利論は、大人との差異に由来する子どもの保護の必要性を基礎とするパターンリスティックな介入を認めつつも、子どもの権利行使の場面において可能な限り子どもが大人と同等に扱われるべきことを志向する子ども解放論を基軸としている<sup>2)</sup>。

---

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第13巻第2号 2014年7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) このような子どもの権利論の内実は、「近代市民革命に端を発する人権運動史の中で、あらたに人類が獲得した二十一世紀に連なる人権保障の金字塔」（福田雅章『子ども期の喪失』を克服するための法理—一橋論叢118巻4号（1997）67頁）とされる子どもの権利条約（政府訳「児童の権利に関する条約」）が解放論的性格を色濃くもつという事実にも現れている。子どもの権利論の歴史と現状の概要については、拙稿「関係の権利論による子どもの人権論の再構成」一橋法学12巻3号（2013）447-450頁を参照。

権利保障における子ども—大人間の平等の徹底こそが解放論の主眼であり<sup>3)</sup>、このような子どもの権利論に通底しているのが、子どもを「小さな大人」と捉える—特殊な—子ども観である<sup>4)</sup>。この「小さな大人」観に支えられた子ども解放論が子どもの権利論の進展に対する重要な契機となったことは、確かに否定しがたい。しかし、子どもの解放を志向するあまり子どもに対するこのような見方を徹底するならば、その反面において子どもの持つ特殊性への配慮は失われることになる。

ここで着目する子どもの特殊性とは、子どもが大人と比較して未成熟であるばかりでなく、〈自律的生存〉に向けた成長発達の過程にあるという事実である<sup>5)</sup>。子どもに対する大人と同等の権利保障を可及的に志向する権利観に立つ限り、その権利の内実からは子どもが成長発達の過程にあることへの考慮が欠落することになる。しかし、子どもの権利が真に子どもの利益に資するものであるためにはこの特殊性への考慮を権利の内実に織り込まなければならない。

では、ここで織り込むべき考慮の実体とは何か。手がかりは、子どもが成長発達の過程を経て至るべき〈自律的生存〉とは何かを探ることによって得られる。

そこで本稿が着目するのが、憲法が想定する人間像という視点である<sup>6)</sup>。憲法がいかなる人間像を想定するものであるかはそれ自体論争的な問題であるが、現

---

3) 子どもと大人との対等性を前提に子どもの権利保障の徹底を追求する立場はとりわけ少年司法との関わりにおいて刑事法学の領域で数多く見受けられ、中でもフォーゲルにより提唱される「ジャスティス・モデル」はその典型的なものである。その論旨は、すべての少年が合理性と自由意思を備えているとの想定の下、少年に成人と同等の刑罰を科すことの代償としてデュー・プロセスの保障を徹底することにある。フォーゲルのジャスティス・モデルについては、菊田幸一「非行少年の司法政策および処遇に関する総合的検討」明治大学社会科学研究所紀要 39巻1号(2000) 272-273頁を参照。

4) 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) 46-47頁を参照。

5) 福田雅章『『子どもの権利条約』の基本原則と少年司法』前掲脚注4) 書所収・482頁。関連して、大江洋「子どもの権利論における人間学的基礎—子ども論・子ども学から—」立教法学第83号(2011) 40-41頁は、「子ども存在を安易に想定するという普遍化の危うさ」を指摘しつつも、「少なくとも身体的・生理的そして精神的な移行期である」ことが「人類に共通する子ども存在の類型化」として成り立つことを指摘する。

行憲法が近代立憲主義という特定のイデオロギーにコミットしたものであり、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であるとする近時の有力説<sup>7)</sup>は、この人間像を考える上でさしあたりの拠り所となりうる。

この立憲主義の解釈を踏まえるならば、憲法が想定する人間像とは、①〈自律的生存〉として自立かつ自律した〈強い個人〉であるとともに、②〈公共社会を取り結ぶ個人〉であるという、2つの側面<sup>8)</sup>から捉えられるべきこととなる。本稿では、筆者の理解の基づき、さしあたり前者の個人像を〈主体的に善を構想し自ら自己の生を切り開く個人〉として、後者の個人像を〈公益のために他者と協働しうる個人〉としてそれぞれ定義することとする。

憲法が想定する人間像がこのような内容のものであると仮定した場合に生じるのが、未成熟な子どもがどのようにしてこの2つの資質を備えた「個人」に至ると憲法は想定しているのか——換言すれば、憲法が人権主体として想定する自律的個人とはどこから現れるのか——という問いである。次項で述べることから明らかなおと、現在の子どもの権利論はこの問いに対する回答を用意しているとは言いがたい状況にある。子どもが「小さな大人」であるばかりではなく成長発達の途上にあることに起因するニーズに子どもの人権論が応えるためには、この問いへの回答をなしうる権利論の構築が求められる。この回答は、憲法13条に定まる「個人の尊重」原理に対して、これが仮想の上に成り立つ机上の理念にとどまらず実効的に機能していく上で論理的な前提となる条件を与えることにもつながるはずである<sup>9)</sup>。

- 
- 6) もっとも、このような人間像の定式化ないし標準化がそれに適合しない人びとの集団を権利のメンバーシップから排除しあるいは周辺化する危険をもちうることは前掲の拙稿で論じたとおりであり、同稿で検討を行った関係的権利論はそのような周辺化への批判的な立場から権利の再構成を行うものである。しかし、同稿で述べたとおり関係的権利そのものは自律の価値や〈強い個人〉の概念自体を排除するものではなく、それらを本質主義的な問題から関係性の問題として捉え直すものであるに過ぎず、強大な権力を掌握する国家に対抗しうる存在として〈強い個人〉を指定する立憲主義とも接合可能である。
- 7) 長谷部恭男「立憲主義」大石真・石川健治編『憲法の争点〔第5版〕』（有斐閣、2008）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）106-107頁等を参照。
- 8) 樋口陽一『国法学〔補訂版〕』（有斐閣、2007）54頁を参照。

## (2) 従来の成長発達権論の限界

以上に指摘した問題に対する回答の手がかりを与えうられるのが、憲法上の新たな人権の1つとして近年注目される成長発達権である。成長発達権とは、主として教育法の領域から憲法26条1項を根拠として提唱され、旭川学テ事件最高裁判決<sup>10)</sup>をはじめとする裁判例においても言及された学習権<sup>11)</sup>を淵源としつつ、これを学校教育という限定的な局面から子どもの成長発達過程の全般に妥当する包括的な人権として拡大・発展したものとして理解することができる。

しかし、以下に述べるとおり成長発達権に関してこれまでに提示されてきた解釈論は本稿の問いに答えを導きうるものとは言いがたい。成長発達権をめぐる従来の解釈論の展開状況の概要は次章に譲るとして、ここでは検討を進めて行く上での足掛かりとして、そこに含まれる問題の要点を指摘しておく。

第1の問題は、成長発達権に関する従来の議論は主として少年法61条に基づく犯人推知報道の規制の是非を巡る中で、推知報道によって害されうる少年の利益を擁護する刑事法学の立場が主体となって行われてきた面が強く、憲法学の立場から——憲法上の人権論として——展開された議論に極めて乏しいことである。少年の推知報道に関わる問題について、従来の憲法学の大勢は、推知報道によって生じうる少年の不利益や成長発達に対する阻害効果よりも、むしろその規制がもたらす表現の自由ないし報道の自由への委縮効果に関心を寄せてきた<sup>12)</sup>。しかし、本稿が指摘する課題に対して成長発達権がもちうる規範的な意義を明らかにするためには、これを憲法上の人権論の1つとして正面から議論を行い、理論構築を行っていく必要がある。

---

9) 憲法13条は尊重に値する「個人」の存在、すなわち本文に示した2つの資質を備えるような「個人」の存在を前提とするものであると解釈されている（長谷部恭男「憲法学から見た生命倫理」樋口陽一ほか編著『国家と自由——憲法学の可能性』（日本評論社、2004）350-351頁を参照）。しかし、人は生まれながらにこのような資質を備えるものではない以上、「未成熟」な子どもがこのような「個人」へと成長発達する過程が人権として保障されなければ、憲法の「仕組み」として考える限り「個人の尊重」原理は存立の基礎を欠くことになるはずである。本稿はこのような理解から、後述の成長発達権を憲法13条から導かれる子どもに固有の人権として位置づける。

10) 最判昭和51年5月21日刑集30巻5号615頁。

11) 学習権をめぐる教育法及び裁判例の動向については本稿Ⅱ1(1)を参照。

12) 推知報道をめぐる憲法学界の対応状況については本稿Ⅱ1(3)を参照。

今1つの問題は、このように従来の解釈論が主として少年法上の推知報道の規制を舞台として展開されてきたことから、成長発達権それ自体に着目した——主として刑事法学上の——議論も、もっぱら推知報道の弊害から少年の利益を擁護する観点——本稿の分析に依拠するなら、推知報道による不利益から少年を保護することで、少年が〈自律的生存〉として自立かつ自律した〈強い個人〉へと成長発達する過程を保障しようとする観点——のみから展開されており、そのような個人が、同時に、どのようにして公益の実現に向けて他者と協働しうる存在となりうるのかという本稿が設定するもう1つの問題が全く手つかずのまま残されている、ということである。

## 2 本稿の課題

本稿は、従来の成長発達権論が抱えるこれらの問題や限界を踏まえつつ、憲法上の人権としての成長発達権の保障が上述の2つの資質を備えた個人へと子どもが成長発達するための不可欠の契機となる可能性を模索すると同時に、そのための理論的基礎を考察する。

その手がかりとして本稿が目指すのが、子どもの「アイデンティティへの権利 (the right to identity)」である。日本においては馴染みの薄い概念ではあるものの、海外においては、子どもに「真正な自己」としてのアイデンティティ——ないしその獲得の基礎——を保障することを目的とするこの権利は、自律的な個人へと成長・発達していくための基盤を子どもに提供するための重要な鍵概念として近年関心を呼んでいる<sup>13)</sup>。本稿は、このアイデンティティへの権利を保障することが、子どもが上述の憲法が想定する人間像——〈主体的に善を構想し自ら自己の生を切り開く個人〉であるとともに〈公益のために他者と協働しうる個人〉——へと成長・発達していく上で不可欠の契機となるという理解に基づいて、このアイデンティティへの権利が成長発達権の基底的内容を構成するという解釈の提示を試みるものである。

13) 本稿Vで取り上げるヤイル・オーネン論文のほか、アイデンティティへの権利を扱う論考として Ruth Zafran, *Children's Rights as Relational Rights: the Case of Relocation*, 18: 2 AM. U. J. GENDER SOC. POLY & L. 163 (2010) 等。

### 3 構成と概要

以上のとおり設定した課題を踏まえて、はじめに成長発達権をめぐる従来の学説の展開を刑事法学上の議論も含めつつ概観した上でその問題点および限界を指摘する(Ⅱ)。次に、従来の学説が抱えるこれらの限界の根底にある問題を探るために、権利論の文脈から一度距離を置き、視点を子どもの生の過程に介入を行う親や国家の立場に移した上で、これらの立場から主に公教育を舞台として繰り上げられる論争を米国の事例を参照しつつ概観し(Ⅲ)、その論争の中で重要な課題として現われる個人が多様な他者と協働していくための条件をめぐる問題について主としてマーサ・ミノウの議論を参照しつつ検討を行い、そこから、社会に生起するさまざまな問題の解消に向けて集団のもつ力を利用しつつも個人が集団の中に埋没しないために自己定義の自由を確保することが個人が他者と協働するための基礎となりうるとの帰結を導き出す(Ⅳ)。最後に、以上の検討の結果を踏まえた上で、上述のアイデンティティの権利のもつ意義を検討し、これが成長発達権の基底的な内容として解釈されるべき理論的な根拠を確認した上で(Ⅴ)、このアイデンティティへの権利が与えうる推知報道問題(後述)への示唆を検討する(Ⅵ)。

## Ⅱ 成長発達権をめぐる学説の展開とその限界

### 1 憲法学における成長発達権論の展開とその限界

#### (1) 背景としての教育法学説

前章で触れたとおり、成長発達権とは、歴史的には教育法の領域において提唱されてきた〈学習権〉をその母体とする人権である。

教育法の領域で憲法上に明文のない学習権があえて提唱された背景には、教育を受ける自由(憲法26条1項)がもつ生存権的な性質<sup>14)</sup>に由来する教育におけ

---

14) 教育法学から学習権論が台頭する以前においては、教育を受ける権利とは「すべての國民にその個人差と生活の必要に應ずる教育を與える」ために「國家が教育の機會均等につき配慮すべきことを國民の側から権利として把握したもの」(法学協會編『註解日本国憲法(上巻)』(有斐閣、1953)500頁)であるに過ぎなかった。

る政府の裁量を——子ども自身ないしその利益を代表する親をはじめとする国民の立場から——統制する必要性が強く意識されていたという事情がある。学習権は、子どもが公権力によって提供される教育サービスの単なる受け手として位置づけられるのではなく、「人間の発達にとって文化的な環境が重要であると同時に、その文化的な環境のなかでの学習こそが、人間が人間となるための基本的な活動である」<sup>15)</sup>という認識に基づいて、教育を受ける権利の基底に「子どもが人間的に成長・発達する権利、そのための学習の権利」<sup>16)</sup>を措定することで「自由権の性質と社会権の性質とが結びついた『教育を受ける権利』観念」<sup>17)</sup>を確立するという、重要な意味をもつ。

学習権に基づく教育を受ける自由の再解釈は、学説上の議論にとどまるものではない。高等学校における日本史教科書の教科用図書検定をめぐる一連の家永教科書裁判の中で下されたいわゆる杉本判決<sup>18)</sup>において、東京地裁は、「近代および現代においては、個人の尊厳が確立され、子どもにも当然その人格が尊重され、人権が保障されるべきであるが、子どもは未来における可能性を持つ存在であることを本質とするから、将来においてその人間性を十分に開花させるべく自ら学習し、物事を知り、これによって自らを成長させることが子どもの生来的権利であり、このような子どもの学習する権利を保障するために教育を受けることは国民的課題である」と判示し、その後の前掲旭川学テ事件においては、最高裁が、「国民各自が、一個の人間として、また、一市民として、成長、発達し、自己の人格を完成、実現するために必要な学習をする固有の権利」をもつところ、「特に、みずから学習することのできない子どもは、その学習要求を充足するための教育を自己に施すことを大人一般に対して要求する権利を有する」と判示するなど、学習権の存在は判例上も承認を得たものとなっている。

15) 堀尾輝久『教育の自由と権利——国民の学習権と教師の責務』（青木書店、1975）219頁。

16) 堀尾輝久「現代における教育と法」『岩波講座現代法（第8）』（岩波書店、1966）171頁。

17) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011）369頁。

18) 東京地判昭和45年7月17日行集21巻7号別冊1頁。

## (2) 成長発達権の意義と批判

これらの判示からも明らかなおと、学習権とは、いまだ未成熟な子どもが成長・発達に向けた学習を行う権利を学校教育という限定的な局面を想定して保障するものであるのに対して、本稿が検討の対象とする成長発達権とは、学校教育の場にとどまらず、子どもの成長・発達過程の全体を包括する権利としてその射程を拡大するもの、と理解することができる<sup>19)</sup>。教育行政を統制し、教育現場における子どもの成長・発達過程を保障する学習権のさらに母体をなす権利として、包括的な成長発達権を位置づけるという考え方である<sup>20)</sup>。

しかしながら、成長発達権の位置づけがこのように定まるとしても、その具体的な意味内容は今なお十分に解明されているとはいいがたい。教育法学や判例の動向を受けて、憲法学においてもいくつかの学説が成長発達権の観念自体を認めているものの、上述の学習権と同様に①教育を受ける権利を基礎付ける権利としての意義をもち<sup>21)</sup>、②自由権的性質と社会権的性質の二面性をもつ権利である<sup>22)</sup>という2つの事柄の外には、成長発達権がもつ規範的な意義について、いまだそれらの論者の間に確固たる共通理解が形成されるまでには至っていない。

このような議論の現状を踏まえて、成長発達権論に対しては、当然ながら次のような批判ないし疑問が提起されている。

批判は、第1に成長発達権という概念それ自体の不明確性に向けられている<sup>23)</sup>。上に指摘したとおり、そもそも概念としての輪郭を明らかにするための

---

19) 福田雅章「少年法の功利的な利用と少年の人権」前掲脚注4) 書所収・463頁は成長発達権を「少年の憲法上の総括的な地位を保障する」ものと定位する一方、学習権を「総括的な『成長発達権の』個別・具体的な一つの表れ」と位置づけている。

20) 佐藤幸治・前掲脚注17)・137頁では、教育を受ける権利の「背後にある」権利として成長発達権と学習権とが並列的に列挙されているところ、ここで指摘しているのは、教育を受ける権利の背景的権利として同じく位置づけられる両者においての概念上の上下関係である。

21) 佐藤幸治・前掲脚注17)・136-137頁、戸波江二「人権論としての子どもの『成長発達権』」子どもの人権と子ども法に関する特別委員会(東京弁護士会)・子どもの権利に関する委員会(第二東京弁護士会)編『子ども事件報道と子どもの成長発達権 子どもの実名・推知報道を考える』(現代人文社、2002)207頁。

22) 佐藤幸治・同、戸波・前掲書・207-208、216頁。

23) 松井茂記『少年事件の実名報道は許されないのか：少年法と表現の自由』(日本評論社、2010)178頁。

議論の蓄積に乏しいことに加えて、「学校教育における子どもの学習」という局面に射程を限定する学習権と異なり、仮に成長発達権がおよそ子どもの成長・発達を妨げる他者（国家）のあらゆる介入を排除し（自由権的性質）、あるいは成長・発達の過程で生じるあらゆるニーズに応えるための様々な給付を求める地位（社会権的性質）を子どもに包括的に承認するものであるとすれば、その射程や効果は広範に過ぎ、固有の意味内容をもつ権利概念として成り立ち得ないのではないか。

第2に、成長発達権を憲法上の独立の権利として観念することの必要性に対する疑問が提起されている<sup>24)</sup>。仮に子どもの成長・発達の過程を保障するための人権を観念する必要があるとしても、良心の自由や生存権といった既存の自由権や社会権によってその目的を達成しうるのであるならば、このような明文の根拠すらもたない権利を独立の人権として新たに打ち立てる必要はないのではないか。

これらの批判や疑問に対して、成長発達権の観念を支持する立場からは、成長発達権は「権利の意義としては包括的で原理的なものであるとしても、特別の事情の下では成長発達権の侵害を主張」することが可能であり<sup>25)</sup>、あるいは子どもを権利の主体の地位に置くためには「一般に子どもの権利性を何らかの形で構成していく必要がある」ところ、親からの虐待をはじめとする現代の社会状況の中で子どもが直面する様々な問題に対応するためには「子どもの成長していく権利を認めていくことが必要になり」、「その権利を人権として構成すると、『成長発達権』という呼び名が適当」である等と論じられているが<sup>26)</sup>、これらの主張が十分な説得力をもつためには、成長発達権の射程や効果の更なる解明が不可欠となるだろう。

### (3) 論争舞台としての少年法

このように憲法上の人権として語られながらも、憲法学上の議論の進展が今なお乏しい成長発達権は、他方において、少年法を舞台とする次のような論争にお

24) 松井茂記・前掲書・178-179頁。

25) 戸波江二・前掲脚注21)・210頁。

26) 戸波江二・前掲脚注21)・206頁。

ける鍵概念としての役割を担うとともに、これを支持する刑事法学の立場から積極的な関心を寄せられてきた。

論争の出発点は、少年法61条が定める、いわゆる推知報道の禁止規定<sup>27)</sup>の存在である。この規定によって、少年刑事の当事者となった少年が報道による氏名等の本人性を推知させうる情報の暴露から保護される一方で、憲法上の保障根拠をもつ報道の自由及び国民の知る権利への制約がもたらされることから、前者の少年の利益を擁護する刑事法学の立場と後者の憲法上の権利への制約を重く見る憲法学の立場との間に激しい議論の対立が生じている。

推知報道の規制による少年の利益の保護を主張する刑事法学の立場の背景に存在するのが、推知報道によって成長発達権から導かれる「少年の健全な育成」(少年法1条)という少年法の目的の実現が妨げられる、という論理である<sup>28)</sup>。この論理は、少年法の目的規定の解釈論として提示されるとともに、憲法上の権利という、法律上の利益に優越する価値に基礎を置く憲法学からの主張に対抗するための一種の戦略としての性格を併せもつ。

ここで注意しなければならないことは、このような「少年の健全な育成」という少年法の所期する目的と、憲法上の人権として語られる成長発達権との整合性あるいは同値性を前提とする刑事法学上の論理にもかかわらず、両者の間には次のような緊張関係が存在しているという事実である。その緊張関係とは、前者においては少年を「健全に育成」するのは少年の親や国家であるのに対して、後者においては人格の完成や実現を目指して少年自身が「成長発達」を行うという主体の相違に由来するものである<sup>29)</sup>。この緊張関係の存在を看過したまま、安易

---

27) 「家庭裁判所の審判に付された少年又は少年のとき犯した罪により公訴を提起された者については、氏名、年齢、職業、住居、容ぼう等によりその者が当該事件の本人であること推知することができるような記事又は写真を新聞紙その他の出版物に掲載してはならない」(少年法61条)。

28) 少年法61条の趣旨が推知報道を規制することにより少年の成長発達権を保護することにあるとの理解は、広く少年法研究者に見られる(本庄武「成長発達権の内実と少年法61条における推知報道規制の射程」一橋法学10巻3号(2011)108-109頁、丸山雅夫『少年法講義』(成文堂、2012)55頁、澤登俊雄『少年法入門』(有斐閣、1994)132頁等)外、裁判例(名古屋高判平成12年6月29日判時1736号35頁)にも現れている。

29) 松井茂記・前掲脚注23)・180頁を参照。

に「健全な育成」の実現・達成に向けた少年の保護ばかりを追求するならば、そこには子どもが人権の主体として自ら成長・発達する存在としてではなく、単なる「保護の客体」<sup>30)</sup>ないし「健全育成の対象」<sup>31)</sup>として位置づけられてしまう危険性が生じることになる。

そこで、成長発達権論がこのようにして単純な保護論へと転換することを危懼する立場から、仮に成長発達権を憲法上の人権として承認するとしても、この保護の論理を正面から呼び込む社会権的性質が排斥された、純粋な防御権として構成すべきであるとする主張が行われている<sup>32)</sup>。確かに、社会的権力としての報道機関による推知報道が少年の成長・発達の過程を阻害するという点に焦点を当てる限り、成長発達権をもっぱら防御権として理解したとしても、これによって少年の自由な成長・発達を阻害する権力作用の排除要求をなしうる地位を基礎づけること自体は可能である。

しかし、推知報道規制とは異なる局面にも目を向けるならば、成長発達権を純粋に防御権として構成することは次のような困難な問題を抱え込むことになる。

1つは、このような構成によって、成長発達権の射程が自己を母体とする派生的権利としての学習権よりも狭小なものになってしまうという、論理的な齟齬の問題である。先に触れたとおり、学習権とは自由権的性質と社会権的性質という2つの契機を内包する人権であり、このような学習権の性質は学説及び裁判例において広く承認されているものである。成長発達権を学習権の背景的な権利として位置づける限り、前者を後者よりも狭小な防御権としてのみ把握することは無理であるというほかない。

今1つの問題は、その内実から社会権的側面を削ぎ落とすことで、子どもが成長・発達する過程で生起する様々なニーズを充足するための公的な保護ないし給付を請求しうる地位を成長発達権によって基礎づけることが不可能となる結果、憲法典に列挙された既存の人権ではカバーし切れない領域における子どもの保護の問題が純粋な私事として位置づけられてしまうことにある。このような保護の

30) 福田雅章・前掲脚注4)・44頁。

31) 福田雅章・前掲脚注19)・463頁。

32) 松井茂記・前掲脚注23)・179頁。

私事化の拡大は、現状の子どもの権利論において危惧される、子どもを取り巻く「公的ネグレクト」<sup>33)</sup>問題の更なる深化を招きかねない。

## 2 意見表明権を基軸とする成長発達権の関係論的構成とその限界

### (1) 子どもを取り巻く関係性を踏まえた成長発達権の構成の必要性

以上に見たとおり、成長発達権を保護の論理のみから把握すること及び純粋な防御権として構成することのいずれにも看過しがたい問題が潜在している。

ここに現れているのは、前者の観点から〈子どもの権利保障＝子どもの保護〉という理解を徹底すれば子どもの主体性の後退がもたらされる一方、後者の観点から〈子どもの権利保障＝子どもの解放〉という理解を徹底すれば子どもの抱える多様な保護のニーズが放棄 (neglect) されてしまうというディレンマ問題であり<sup>34)</sup>、これらの2つの帰結に通底しているのが、〈子ども＝保護の客体〉あるいは〈子ども＝小さな大人〉という、子どもを取り巻く関係性を過度に単純化する発想である。

そこで求められるのが、〈個人と国家の対抗関係〉を基軸とする一般的な権利論の枠組みではなく、〈子ども－親－国家〉という三者間の関係性の存在を基礎とする成長発達権の関係論的構成である。この三者関係を前提として措定しつつ、子どもの成長・発達の過程に介在する〈管理抑圧〉を排し、なおかつ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——〈保護／自律〉の2つの契機の要請に適切に応えるもの——として構築することが、ここでの課題である。

---

33) 子どもの権利論に関してマーサ・ミノウが指摘する問題の柱の1つであり、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しまうことを指す (See, Minow, *Rights For The Next Generation: A Feminist Approach To Children's Rights*, 9 HARV. WOMEN'S L. J. 1, 7-8 (1986).)。この「公的ネグレクト」の詳細については、拙稿・前掲脚注2)・489頁以下を参照。

34) ミノウが関係的権利論を展開する中で説く「差異のディレンマ」問題の一種である。子どもの人権論をめぐる「差異のディレンマ」については、拙稿・前掲脚注2)・458-459頁を参照。

## (2) 意見表明権を基軸とする成長発達権の関係論的構成——福田説

この子どもに特殊な関係性を踏まえた成長発達権の理論構成の必要性を見だし、これにいち早く取り組んできたのが、刑事法学者の福田雅章である。

同氏の立論（以下「福田説」という）の特徴は、成長発達権を、憲法13条前段における「個人の尊重」原理が——既に自律的な存在と見なされる大人ではなく、いまだそのような資質や能力の獲得の途上にあるとされる——子どもに妥当する規範的な内容として把握する点にある。ここでは、その論旨を以下の3点に整理する。

第1に、「『個人の尊厳』の保障（個々人ができるだけ多く、また個々人ができるだけ平等に）を最高の価値とする憲法は、その責務を確実に全うするために、現に在る『個人の尊厳』（＝自律的生存）ばかりでなく、将来の『個人の尊厳』（＝自律的生存の可能性）も同様に保護する」<sup>35)</sup>との理解に基づいて、憲法13条前段の保護範囲を従来の一般的理解よりも拡大する。

次に、上記のコロラリーとして、憲法は、「現に在る『自律的生存主体』に対しては、自己決定権そのものを憲法上の権利として実定法上保障」する一方、「『自律的生存の可能主体』に対しては、段階に応じた自己決定権とその成長発達過程それ自体をやはり憲法上の権利として実定法上保障するにいたると解する」<sup>36)</sup>（傍点は筆者）として、「個人の尊重」原理から成長発達権の保障根拠を導出する。

最後に、「自ら決定し、責任をとって生きるという自律性のなかに、その主体となる力をみつけることができる」<sup>37)</sup>大人とは異なり、この種の能力をいまだ承認し得ない子どもにあっては、その権利主体性の基礎の「中核は欲求を表明できるということ」<sup>38)</sup>であり、欲求の表明（＝意見表明）としての他者への働きかけとそれに応答する他者の存在という「人間関係（居場所）の保障」こそが子どもが自律的な人間へと成長発達する上での不可欠の条件をなすとの理解から、子ど

35) 福田雅章・前掲脚注19)・461頁。

36) 同。

37) 福田雅章・前掲脚注4)・47-48頁。

38) 福田雅章・前掲脚注4)・49頁。

もの意見表明権（子ども権利条約12条）の保障とそれに応答する大人の対応義務からなる「人間関係の保障」を成長発達権の本質的要素として位置づける<sup>39)</sup>。

### (3) 福田説における意見表明権の意義

続いて、このようにして子どもの意見表明権の保障に重要な役割を与える福田説において意見表明権がもつ意義やその位置づけを具体的に確認しておく。

第1に、子どもの抱える「欲求の表明」を中核とする意見表明権は、子どもが抱える「欲求や怒りを抑圧・抑制するのではなく、それらが意見表明として解放されることによってはじめて子どもは自律的主体へ向けて成長発達することが可能になる」という子どもの成長過程における人格形成の「心的機制」の存在を援用しつつ、成長発達権の「実体的内容」を形成するものとして位置づけられている<sup>40)</sup>。

次に、意見表明権は、子どもの権利行使を援助・助言・指導する保障主体（子どもの権利条約5条）との人間関係の中で、「いかなる意味においても権利保障主体の事情によって客体化されることのない」「主体性を付与」することにより、子どもが「現実に成長発達権の行使主体となる」契機を与える役割を果たすものとされる<sup>41)</sup>。

さらに、意見表明権は、子どもが表明した意見が「正当に重視」（子どもの権利条約12条1項）されることを保障することにより、子どもが自己に影響を及ぼす事項について「大人と対等に意思決定過程構造を担う当事者」となる契機を与えるものとされる<sup>42)</sup>。

最後に、意見表明権は、子どもの「最善の利益」（同条約3条1項、18条1項後段）が問題となる多様な手続において、その確定に向けて子ども自身の意思を確認するための「手続的権利」としての意義を持つとされている<sup>43)44)</sup>。

---

39) 福田雅章・前掲脚注4)・51頁を参照。

40) 福田雅章「『子どもの権利条約』の基本原則と少年司法」前掲脚注4)書所収・483-484頁。

41) 福田雅章・前掲論文・484頁を参照。

42) 福田雅章・前掲論文・48-485頁を参照。

## (4) 成長発達権論における福田説の意義とその射程

ここでは、従来の議論が抱える問題点を踏まえつつ、以上に確認した内容を備える福田説が成長発達権論に対してもたらず意義及びその射程を考察する。

はじめに、福田説が成長発達権の内実を子どもによる——「欲求の表明」としての——意見表明権の行使とそれに対する大人の応答義務からなる「人間関係の保障」に見出すことのもつ理論的な意義を検討する。先に見たとおり、従来の成長発達権論は、一方においては親や国家が主体となる「健全な育成」を偏に追求することにより子ども存在を単なる「保護の客体」と化し、他方ではこのような子どもの主体性の喪失への懸念から子どもを「小さな大人」として扱うことによりその未成熟性に起因する保護のニーズが蔑ろにされてしまうという〈差異のディレンマ〉を抱え込んでいる。そして、このディレンマの背後に存在すると考えられるのが、自律性やそれに基づき自己決定を行う能力の有無を基礎とする二分論である<sup>45)</sup>。この二分論を前提として、子どもの権利可能性を〈個人と国家の対抗関係〉を基軸とする一般的な権利論の枠組みの中で考察する限り、子どもを〈無能力者〉としてこの枠組みの埒外に位置づけるか、その枠組みに当てはめるためにあえてこれらの能力を仮想するかという極端な選択を不可避的に迫られることになる<sup>46)</sup>。

これに対して福田説は、子どもの権利行使を援助・助言・指導する保障主体の存在を前提とする子どもの権利行使のありようを想定しつつ、さらに子ども自身

43) 福田雅章・前掲論文・485頁を参照。

44) このような4つの意義をもつ意見表明権は、さらに、「発達途上の子どもであるという特殊性」の考慮の下に構想された、「年齢や成熟度」に依拠する「自己決定権とは全く独立のあらたな人権として」大きな意義をもつことに加えて、「生物学的、社会的環境のゆえに、自己決定能力を喪失し、あるいはその機会を剝奪されている」「病人、老人、精神障害者、さらには受刑者といったような一群の人びと」に「人間としての主体性が保障され、社会への参加権が付与されること」に繋がるものとして、「未来に連なるあらたな人権確立の先駆」としての意義をもつとされる(福田雅章・前掲論文・485-486頁を参照)。

45) 自律性に基礎を置くリベラルな権利論の背後にある想定としてミノウにより指摘される二分論である。この二分論の詳細については、MINOW, MAKING ALL THE DIFFERENCE: INCLUSION, EXCLUSION, AND AMERICAN LAW (Cornell University Pr., 1990) 8 のほか、大江洋『関係的権利論——子どもの権利から権利の再構成へ』(勁草書房、2004) 1-2頁、拙稿・前掲脚注2)・455-456頁を参照。

の意見表明とこれらの保障主体の応答義務からなる人間関係を成長発達権の中核として定位することにより、上述の二分論やこれに由来する〈差異のディレンマ〉から脱却するための重要な契機を与えている。すなわち福田説は、子どもによる成長発達権の〈行使〉を——そもそも自律性の存否が問題となり得ない——保障主体に向けた「欲求の表明」として構成することで、従来の議論が暗黙の内にとらわれていた権利行使と自律性との結びつきを解消しつつ、その意見表明とそれに対する応答という〈対話〉の中で子ども自身の意見が「正当に重視」されることによって、子ども存在が「保護の客体」とも「小さな大人」とも異なるより現実的な視点から捉えられる可能性を導いている。

さらに、成長発達権の内実を「子どもの成長過程における人格形成の心的機制」から導出する点は、先述のような概念の不明確性の廉で批判を呼び込む成長発達権に対して明瞭な輪郭を伴った固有の規範的意義を与えることに繋がる。すなわち、子どもの成長・発達は〈子ども—保障主体〉間の人間関係が保障されることで初めて可能になるという意味において、この関係性それ自体の保障が子どもの成長・発達の不可欠の前提条件として位置づけられるとともに、このような人間関係が阻害される状況の存在をもって成長発達権に対する制約の存在を直截的かつ定型的に把握することが可能となる<sup>47)</sup>。

#### (5) 福田説の限界

以上のように、従来の議論が陥っていた困難なディレンマを克服すべく構成された福田説は成長発達権論の前進に大きく寄与するものであると評価できるものの、序論で示した本稿の立場からはこれに対してなお以下のような疑問を提起することが可能である。

第1の問題は、成長発達権の「中核」として位置づけられる意見表明権に内在

---

46) 「調整的自律のアプローチ」と呼ばれる立場は、この二分論に由来するディレンマの存在を踏まえつつ保護と自律性の2つの契機の両立を企図するものと考えられるが、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込むことになる。「調整的自律のアプローチ」に潜在する問題の詳細については、拙稿・前掲脚注2)・491頁を参照。

する限界である。上述のとおり、福田説においては、意見表明権は子どもが表明した意見が「正当に重視」されることを保障することを通じて、子どもの「最善の利益」を確定するための手続的権利として位置づけられている。このような理解を前提とする限り、子どもの意見表明権と「最善の利益」とは相互に整合的なものとして位置づけられるかに思われる。

しかしながら、実際には、両者の間にはこのような補完的な関係と同時に次のような緊張関係が存在している。すなわち、子どもの権利条約に現われた意見表明権とは子ども自身のイニシアティブにおいて意見を形成しそれを表明するための機会を保障するものであるのところ、同条約における「最善の利益」原則はこれと異なり、子どもの最善なる利益を最終的に判断する大人の存在を前提とする概念である<sup>48)</sup>。ここで、子どもの権利条約に列挙された権利条項とはその各々

47) この〈子ども—保障主体〉間の人間関係の阻害を基準として成長発達権に向けた権利侵害の態様を典型的に考察する見地からは、以下のような研究が展開されている。

はじめに、保護者や弁護人の立会いが事実上認められることのない少年事件の取調べの現状を弾劾する立場から、少年とこれらの者との間の人間関係を内実とする成長発達権によってこの立会いを根拠付ける見解が提示されている（京明「少年の取り調べの再構築」一橋論叢 135 卷 1 号 (2006) 48-76 頁）。この立場は、憲法上の「適正手続保障は、少なくとも少年の場合には、少年の意見表明権（手続への実効的な参加）を担保するものとして位置づけることが可能」（同 63 頁）であるとの理解から、取調べという極めて特殊な手続への少年の実効的な参加——自由な意見表明——を可能にするための前提として、取調べの場においても少年とその保障主体である「保護者との間に受容的な人間関係が保障」（同 66 頁）されると同時に、少年の意見表明の自由を貫徹させる上で保護者が捜査官と法的知識の面——とりわけ黙秘権の意義の理解——においても対等に対峙するために保護者を支援する弁護人の立会いが要求される結果、捜査機関はこれら保障主体（保護者）や付添人の立会いの措置がとられない限り取調べ自体を行うことができず、立会いを伴わない取調べによって得られた供述証拠は、憲法上の人権としての意見表明権を侵害して得られた違法収集証拠として証拠能力を欠く（証拠禁止）とする帰結を導く。

また、先述の推知報道の問題については、少年法 61 条による推知報道の規制の正当性を訴える立場から、報道機関の報道の自由や国民の知る権利に対抗して援用される成長発達権の実質を〈子ども—保障主体〉間の人間関係から基礎づける見解が示されている（本庄武・前掲脚注 28）・108-109 頁）。この見解によれば、推知報道とは、少年自身の委縮と周囲の者の少年に対するラベリングをもたらし、少年が他者と安心できる人間関係をとり結び、なおかつ意見を表明していくことを通じて成長発達を遂げる可能性を阻害することにより成長発達権を典型的に阻害するものとして把握されることになる。

48) See, Marie-Francoise Lückér-Babel, *The right of the child to express views and to be heard: An attempt to interpret Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child*, 3 INT'L CHLD. RTS. 391, 393-394 (1995).

が相互に独立したものとして解釈すべきではなく、規定間に存在する連関性、さらには条約全体の構造を踏まえて解釈されるべきものであることに留意すると<sup>49)</sup>、意見表明権の効力あるいは効果とはあくまで子どもの意見表明の機会及び当該意見の「正当な考慮」の保障にとどまり、表明された意見の内容を実現することまでの保障は及ばないばかりか<sup>50)</sup>、具体的状況によっては、子どもの「最善の利益」実現の観点から、表明された子どもの意見の考慮が禁じられる可能性すら排し得ないことに注意しなければならない<sup>51)</sup>。

意見表明権の効果におけるこのような限界の先に潜んでいるのが、これと上述のような緊張関係に立つ「最善の利益原則」が「大人側の主張の『隠れ蓑 (cover-up)』として使用されてしまう危険性」<sup>52)</sup>である。この危険性の存在により、意見表明権は子どもに権利の「主体性」や意思決定の「当事者」となる契機を与えつつも、なお——子どもではなく——大人自らの利益を実現するための「管理抑圧」の道具へと転じうる可能性を常にはらんでいる。

確かに、未成熟な子どもの自律性や自己決定能力を前提とする限り、子どもの自己決定に対する大人の介入に「管理抑圧」のリスクが伴うことは原理的には避けられない。しかし、意見表明権がその中核に据えられる成長発達権が子どもの人格の自由な発展を企図する権利であるとすれば、その権利の内実からはこの種の「管理抑圧」の契機を可能な限り抑制することが必要であり、そのためには子どもの意見表明の機会を手続的に保障することに加えて、意見表明権それ自体が「最善の利益」に関する大人の判断そのものを統制する原理として機能することが必要である。

第2の問題は、この意見表明権の行使に対して応答義務を負うべき「大人」の

---

49) *Id* at 391, 393.

50) *Id* at 399. この点に関連して本庄武・前掲脚注28)・103頁は、「この権利（意見表明権）は、表明された意見の内容が尊重されることを権利化したものではなく、自らの利害に関わる決定がされる際に、成長発達の程度に応じて、必要な情報を提供され、それを踏まえた上で自分自身がどうしたいのかについての見解を表明する機会を子どもに保障したものであり（括弧内は筆者）、「大人は子ども自身の見解を踏まえた上で、子どもの成長発達にとって最善の支援は何かを検討する」と述べている。

51) Lückner-Babel, *supra* note 48, at 400.

52) 大江洋・前掲脚注5)・40頁。

存在にかかわる。上で見たように、福田説において意見表明権とそれに対応する応答義務からなる人間関係が成長発達権の本質的要素として位置づけられるべき理由は、子どもが抱える「欲求」ないし「怒り」が意見表明権の行使を通じて「解放」されうる状況が存在することではじめて〈自律的生存〉にむけた成長・発達が可能となるという、子どもの心的機制の存在に求められる。

問題は、そこで応答義務の履行を果たすべき保障主体としての大人とは子どもの「成長発達の担い手」として「少年からの『欲求の表明』ですらいかなる場合にも包括的に受容しうるようないわば無償の人間関係」を構築しうるのが前提として要求されると解される<sup>53)</sup>ことにある。意見表明権とは、このような大人の存在が肯定される状況においてはじめて上記の心的機制の要請に応えることができると考えられるところ、福田説は子どもとこの特殊な人間関係を築きうる——その責任を負う——大人の存在を所与の前提として展開されており、その権利論としての射程は子どもが現実に自らの保障主体となりうる人間と関係性を形成するために前提となる状況の保障にまで及ぶものではない。子どもの成長・発達のプロセスの中核が「欲求」の表明と応答という行為性の中に求められるとしても、その前提として、子どもが自らの「成長発達の担い手」となるべき人間と関係性を取り結ぶための契機をも権利の内実に取り込むことが必要となるはずである。

最後の問題は、序論で触れた本稿の問題意識にかかわるものである。そこで取り上げた「憲法の想定する人間像」を構成する2つの資質を踏まえる限り、成長発達権論は、〈自律的生存〉に向けた成長・発達の途上にある子どもが、どのようにして、〈主体的に善を構想し自ら自己の生を切り開く個人〉であると同時に「公共社会を取り結ぶ個人」として自己と価値観や世界観を異にする他者と〈公益のために協働しうる個人〉へと成長しうるのかという問いに答えるものでなければならないが、福田説においてはこの内の後者の視点が希薄であるといわざるを得ない。

---

53) 京明・前掲脚注47)・65頁を参照。

### Ⅲ 子どもの教育をめぐる国家の関心と介入——米国の事例を参考に

#### 1 関心の焦点としての公教育

##### (1) 検討の視座

以上に検討した福田説は、大人と異なる差異（脆弱性）の存在を根拠として常に権利論の枠組みの中で劣位に位置づけられてきたという歴史の反省から、とかく〈権利＝抑圧からの解放〉の問題として単純化されがちな子どもの権利論に対して、この種の解放論においては抑圧の主体として一面的に把握されうる他者——大人存在——と子どもとの間に生じる人間関係こそがむしろ子どもの成長・発達の必須の契機となるという発想の転換を迫るものであるところ、本稿が指摘を行った福田説が抱えるいくつかの問題も、まさにこの子どもと他者との関係性から浮き彫りとなって生じている課題であるといえる。

そこで、これらの諸問題に対する解決の糸口を模索するにあたっては、子ども自身の視点や立場ばかりではなく、子どもの成長・発達のプロセスに様々な利害や関心から介入を行う他者——子ども自身の親をはじめとする大人存在及び国家——の視点や立場をも視野に入れながら検討を進めていくことが重要となる。このような理解に基づき、以下では成長発達権をめぐる規範論から一度距離を置きつつ、問題の所在をより多角的な視点から捉えるために政治学上の議論をも参照しながら、子どもの成長・発達の過程に対する他者の介入のありようを考察していく。

##### (2) 子どもの成長・発達に関わる親の権限と国家の介入

はじめに、子どもの成長・発達に対して最も直接的な利害や関心をもつべき立場にある子どもの親について検討する。親は、近代以降における公私区分の枠組みの下で生じた子どもの保護の私事化<sup>54)</sup>の進展を背景としつつ、親自身の固有の権限に基づいて子どもの生に深く介入し、その成長・発達の大きな影響を及ぼしうる存在として把握される。このような親のもつ権限の典型として挙げられる

---

54) Minow, *Rights For The Next Generation: A Feminist Approach To Children's Rights*, 9 HARV. WOMEN'S L. J. 1, 7-8 (1986).

のが教育の自由（教育権）である。親の教育権は、憲法上の明文規定こそ欠くものの、一方では子どもの学習権に対応する責務としての性格を帯びつつ、他方では子どもの教育に対する公権力による干渉からの自由を憲法上保障するものと解されている<sup>55)</sup>。このような親の教育権とは、「欧米の歴史に即してみれば、親が自分の信念に沿って子どもを教育する自由」<sup>56)</sup>として親自身の信教の自由と深く結びつきうるものであり、このことが——日本における事例こそ少ないもの——後述の公教育現場における公私の衝突を生み出す契機をなしている。

子どもの生の過程に介入すべき理由やそのための権限は、親ばかりでなく国家にも認められる。上で触れた教育権についていえば、国家は「一般に社会公共的な問題について国民全体の意思を組織的に決定、実現すべき立場」にあることから、「憲法上は、あるいは子ども自身の利益の擁護のため、あるいは子どもの成長に対する社会公共の利益と関心にこたえるため、必要かつ相当と認められる範囲において、教育内容についてもこれを決定する権限を有する」<sup>57)</sup>ものと解されている。

上記の判示には、同じく国家の教育権を基礎づける論拠として提示されながらも、互いに性質を大きく異にする2つの要素が含まれている。

1つは「子ども自身の利益」を根拠とするものであり、これによって、国家は、子ども自身の利益——学習権の要求——に応えることを目的として、子どもの成長・発達の過程への介入をなしうるとされている。これは、子どもの人権としての学習権を保障するための国家の介入が単に憲法により許容されるばかりでなく、憲法上の要請でもあることを解き明かすものである<sup>58)</sup>。

今1つは、「子どもの成長に対する社会公共の利益と関心」を根拠とする教育権である。これによって、国家は、上述の子ども自身の利益とはいわば無関係に、

55) 野中俊彦ほか『憲法I〔第5版〕』（有斐閣、2012）520-521頁を参照。親の教育権は、「主として家庭教育等学校外における教育や学校選択にあらわれるものと考えられる」との留保を付しつつも、「子どもに対する自然的関係により、子どもの将来に対して最も深い関心を持ち、かつ、配慮をすべき立場」にあることを根拠として、「子どもの教育に対する一定の支配権、すなわち子女の教育の自由」として、判例上も承認されている（前掲旭川学テ事件最高裁判決）。

56) 樋口陽一『憲法〔第三版〕』（創文社、2007）296頁。

57) 前掲旭川学テ事件最高裁判決。

子どもの成長・発達に寄せる社会公共の関心やそこから生じる公共の利益のみに基づいて子どもの生の過程に介入することができる存在としての地位を与えられることになる。このような国家の教育権の性質の理解は、判例上の憲法解釈にとどまらず、実定法上の規定にも現われている。たとえば教育基本法は、その第1条において個人の「人格の完成」と並んで「平和で民主的な国家及び社会の形成者として必要な資質を備えた」「国民の育成」を教育の目的として掲げることにより、「国家及び社会の形成」という個人の利益の範疇を超越した公共的な利益に基づく国家の教育権の所在を明らかにしている。このような判例や制定法の状況を背景としつつ、学説においても、公教育のもつ公共財としての性質や近代立憲主義を担う将来の世代の育成といった社会全体の利益の観点に基づく国家の教育権の正当化が、有力な立場によって試みられている<sup>59)</sup>。

### (3) 公教育をめぐる公共性と私事性の対立

以上に概観した親と国家の教育権の性質を改めて整理すると、両者は互いに子どもの学習権の要求に応える責務——自然的義務／保護義務——として子どもに対する教育権をもつと同時に、子どもの親は公権力による干渉を排除しつつ自らの信念にしたがった教育を子どもに施す権能といういわば「私事」としての教育権をもち、他方において国家は民主主義や立憲主義などの憲法的理念を担う将来の市民の育成という公共的利益を背景とする「公事」としての教育権をもつことになる。

このような相互に相容れない性質をもつ親と国家の教育権を憲法がそれぞれに授権することにより、両者の事実上の交錯点となる公教育を舞台として困難な問

---

58) この種の論理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。基本権保護義務論はそれ自体論争的な概念であるものの（とりわけ人権の防御権的性質を重視する立場からの批判が根強い。保護義務を批判する代表的な見解として、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、同「保護の論理と自由の論理」長谷部泰男・西原博史他編『人権論の新展開』（岩波書店、2007）304-305頁等）、本稿は、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、基本権保護義務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考えられる。

59) 長谷部恭男『憲法〔第5版〕』（新世社、2012）272-273頁を参照。

題が生起している。その典型が公教育における〈公共性＝政教分離〉と〈私事性＝信教の自由〉の相克である。この問題は、社会における親の信仰の位置づけや国家の側から主張される「公共性」の内実の相違により、「社会の多数派の宗教が教育の場合〔原文ママ〕にもちこまれることを公権力の側が拒否する（政教分離）のに対し、『親の信教の自由』『親の教育の自由』が対抗する（反・政教分離派）、という図式」と、「社会の少数派の信仰、たとえばキリスト教社会でのイスラム教に対する関係で、信教の自由対政教分離という形で問題が提起される」図式という2つの異なる現れ方をする<sup>60)</sup>ところ、日本の公教育の現場においても、子どもの両親が信仰・所属する教団（日本基督教団）の定める義務に基づいて主宰する教会学校に出席するために公立小学校の日曜授業参観を欠席したことで出席簿に欠席の記載がなされたことが信教の自由の侵害にあると主張された日曜日授業参観事件<sup>61)</sup>や、公立高等専門学校必修科目として設定された剣道実技を信仰（エホバの証人）上の信念に基づいて拒否したことから原級留置ないし退学処分を受けた生徒及びその親から、当該処分が信教の自由を侵害するものであるとの主張がなされた剣道授業拒否事件<sup>62)</sup>など、少数ながら後者の状況に対応する事例が生じている。

## 2 多元的社会における国家の正当な介入

### (1) 米国における問題状況としての「文化戦争」

上述のような公教育における公共性と私事性の相克とは、文字どおり互いの領分をめぐる〈公〉と〈私〉のせめぎあいの問題であるばかりでなく、公教育において子どもに教え伝えるべき価値とは何かという〈公〉のありようをめぐる問題としても生起しうるものであり、欧米における教育の場面を舞台とする〈公共性＝政教分離〉と〈私事性＝信教の自由〉の相克の問題にはそのような性質のものとして把握できるものも少なくない。

たとえば、国民の信教の自由が保障されるとともに政府による国教の樹立が禁

60) 樋口陽一・前掲脚注56)・223頁を参照。

61) 東京地判昭和61年3月20日行集37巻3号347頁。

62) 最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁。

じられている（合衆国憲法修正1条）米国の公立学校においては、そこで追求されるべき価値の中に宗教的な価値を含めさせようとする立場＝〈私事性＝信教の自由〉の尊重を求める立場と、逆に公教育からの宗教的価値の排除の徹底を求める立場＝〈公共性＝政教分離〉の尊重を求める立場との深刻な対立が恒常的に生じており、その状況は公教育に関わる価値観をめぐる「文化戦争（culture wars）」の「戦場」と評される<sup>63)</sup>ほどの様相を呈するに至っている。

ここで「文化戦争」とは、米国の社会学者ジェイムズ・デイヴィソン・ハンターが論じるように、中絶や同性婚の許容性、銃規制の是非など国民の「感情的な反応を強く誘発する（hot-button）」ような文化的事項について、社会が「進歩派（progressivism）」ないし「正統派（orthodoxy）」といったイデオロギー的な世界観に根ざす集団によって二分されつつ、それらが互いに対立・抗争し合う政治状況を指す<sup>64)</sup>。上で取り上げたような、公立学校などの公的領域における国教樹立禁止条項の射程をめぐる問題もこの「文化戦争」の主題の1つに数えられている。このような「文化戦争」が抱える憲法上の問題の1つとして、それが共同体の公的な意味づけをおこなう主流文化のステイタスの獲得をめぐる闘争——「ステイタスの政治（politics of status）」——として展開されることにより、あるいはあるアイデンティティ——同性愛者や人種的・宗教的マイノリティなど——に属する人びとを「基底的人権（basic human rights）」の平等な保障が及ぶ「人間」の範疇から除外するような差別的状況を「自然化」ないし「不可視化」する「構造的不正義（structural injustice）」のシステムをその背後に伴うことにより、その闘争の敗者や「構造的不正義」の犠牲者となる政治的少数者の集団のアイデンティティに対して「負のスティグマ」が強制され、この集団的アイデンティティのスティグマ化が多様な憲法的害悪——政治的共同体からの排除や市民的地位の剥奪——を惹起しうるものが指摘されている<sup>65)</sup>。

63) マルシア・ビューチャンプ「憲法修正第1条とアメリカの公教育における宗教——『戦場』を『共通基盤』に変えるために」基督教研究（2004）23頁以下を参照。

64) JAMES DAVISON HUNTER, CULTURE WARS: THE STRUGGLE TO DEFINE AMERICA (Basic Books, 1992).

65) 「文化戦争」に含まれる憲法上の問題性の詳細については、志田陽子『文化戦争と憲法理論——アイデンティティの相克と模索』（法律文化社、2006）第I部（総論）を参照。

「文化戦争」によってこのような憲法的害悪が生じる一方で、害悪を被る少数者集団の側からこれに対抗するための手段として着目されるのが「アイデンティティの政治 (identity politics)」である。人種や民族、宗教、ジェンダーあるいは特定の性的指向といった「独自の集団的アイデンティティの言説に根ざす主張と行動」<sup>66)</sup>を意味するアイデンティティの政治によって、スティグマ化を強いられた集団的アイデンティティの尊厳やそれを共有する人びとの利益の回復を図るという構図がそこに見いだされる。このような図式の下で懸念されるのが、集団的アイデンティティの意味づけをめぐる一連の闘争——スティグマ化／再定義による尊厳の回復——を背景に集団的アイデンティティを単位とする国民の分断・分裂が生じる結果、彼らの〈共通の利益＝公益〉を討議を通じて発見し、実現していくための政治的協働が困難に陥る事態である<sup>67)</sup>。このような社会の分裂の危険性とは、価値観やアイデンティティの多元性を内包する社会——程度の差はあれ日本社会もその1つにあたる——を考える限り、どのような社会にも潜在する問題であるとみるべきである。そこで、このような危険性を抱え込む多元的な社会においてなお民主政を支える「政治的協働をなしうる個人」の可能性——本項の主題である教育権の問題についていえば、そのような個人を育むための親の教育と国家の介入のありよう——が改めて問われることになる。

## (2) さしあたりの対比——2つのアプローチ

上記の問いに対しては、もとより多種多様な回答の仕方がありうるものと予想されるところ、本稿では、①社会における価値観やアイデンティティの多元性を前提として承認しながらも、なお包括的あるいは普遍的な性質をもつアイデンティティ——たとえば〈市民性 (citizenship)〉のアイデンティティ——によって国民の同質化を志向することにより上記の分裂の危険性の回避を試みる立場と、②このような国民の同質化を回避し、あくまでアイデンティティの多元性を維

66) マイケル・ケニー [藤原孝ほか訳] 『アイデンティティの政治学』(日本経済評論社、2005) 1頁。

67) リベラル・デモクラシーの前提となる規範的基礎を擁護する立場から「アイデンティティの政治」に対して投げかけられてきた批判的議論を概観・分析するものとして、ケニー・前掲書の第2章(47頁以下)。

持・徹底しながらも国民の分裂の危険性に対する処方箋を追求する立場という2つのアプローチを、考察を進めていく上でのさしあたりの足掛かりとして対比的に取り上げる。

この2つのアプローチの対照から浮かび上がる論点は、上述の問題の解決にあたって包括的ないし普遍的なアイデンティティによる同質化を通じた社会統合 (social integration) を目指すのか、それともこのような同質化によらない諸個人の連帯 (affiliation) を目指すのか、という選択の問題である<sup>68)</sup>。前者は多元性の承認による分裂の回避という観点から特定のアイデンティティによる個人の同質化を正当化する一方で、後者はこのような同質化の過程で何が標準——たとえば市民性——からの逸脱にあたるのか、換言すれば社会の中で同質化を要求されるのは誰かという論争が不可避的に生じ、これが上述の「文化戦争」の中で問題となったアイデンティティの意味づけをめぐる闘争の再燃をもたらしかねないことを懸念するものである<sup>69)</sup>。

### (3) 同質化を通じた社会統合を志向する立場への試金石——Kiryas Joel 事件

「文化戦争」において争点をなしているのは、いずれも純粋な私的領域にとどまるものではなく程度の差はあれ公的な正しさにかかわる問題であり、そうであるからこそ、これによって生じる分裂の危険性は深刻なものとなる。それゆえに、私的な価値観やアイデンティティの対立を超克ないし止揚するようなアイデンティティに基づく個人の同質化によって分裂を回避し、社会統合を図るという前者の試みはある意味ではわかりやすい。

---

68) アイデンティティや価値観の多元性による社会の分裂を問題とする——とりわけ政治学の——文脈において、「統合」と「連帯」という2つの用語はしばしば相互に互換のない整合的なものとして用いられている (このような用語法は、たとえば斉藤純一「制度による自由／デモクラシーによる社会統合」同編『自由への問い1——社会統合』(岩波書店、2009) 32頁における「(……) 社会統合の実現にとって、諸制度を持続的に支持する成員の連帯は不可欠である」という記述に端的に現われている)。本稿ではこのような用語法をそれとして了解しつつも、「統合」の用語に含まれる「互いに矛盾し合う複数の対象を1個の観念の下に纏め上げる」という語義を重視し、これを、このような統一ないし止揚の契機を必ずしも前提としない「連帯」の用語と対比的に用いることとする。

69) See, MINOW, NOT ONLY FOR MYSELF: IDENTITY, POLITICS & THE LAW (The New York Pr., 1997) at 137.

このような前者のアプローチを含む思想的立場の典型的な例として、共和主義をあげることができるだろう。共和主義という概念は、それ自体多義的かつ論争的なものではあるが、政治的社会 (polis) の構成員である市民 (citoyen) が全体に共通する利益としての「公共的なもの (res publica)」を実現するための政治過程に参画し、国家意思の形成に能動的な関わりをもつということが、ここで着目すべき共和主義の内実である<sup>70)</sup>。共和主義は、この理念を遂行するために、主権に対して、「公共的なもの」を個人的な利害や自らが所属する共同体の利益といった部分的な特殊利益を離れて自律的に追求することのできる市民を創造する権限を委ねる。この主権の作用の具体的な現われこそが公教育であり、この意味において、公教育は共和主義における決定的な重要性をもつことになる。

公教育を通じた市民の育成を企図する立場は共和主義に限られるものではない。多元的かつ相互に通約不可能な価値観が並存する世の中において、にもかかわらずこれらが公平かつ平和的に並存するための条件として、人びとの生活領域を公私の2つの領域に区分した上で、私的領域においては人びとが各自の価値観にしたがって生きることを保障する一方、公的領域においては自らの信奉する価値観を脇に置き、社会全体の利益を実現するための理性的な討議と決定に参加することを要求するリベラリズムの立場<sup>71)</sup>もまた、「こうした形の不自然な公私区分を維持し、公的領域において適切に振る舞うため」の「一定の熟議に基づく討議能力や異質な他者に対する尊重、あるいは尊重までいなくても最低限寛容であるといった」「リベラリズムが求める自律や熟慮の能力」を陶冶するという目的の下に、公教育を「重要な関心の対象」として位置づけることになる<sup>72)</sup>。

これらの〈市民性〉のアイデンティティによる同質化や、あるいは少なくとも公的領域における市民としての振る舞いを要求する規範的な立場に対する、ある

70) ここで触れた共和主義の思想内容については、レジス・ドゥブレ [水林章訳]「あなたはデモクラットか、それとも共和主義者か」レジス・ドゥブレほか『思想としての〈共和国〉——日本のデモクラシーのために』(みすず書房、2006) 2-50頁(とくに35-36頁の脚注15および37-38頁の脚注20)を参照。

71) 長谷部恭男「平和主義と憲法主義」同『憲法の理性』(東京大学出版会、2006) 11-13頁を参照。

72) 阪口正二郎・前掲脚注7)・116頁を参照。

種の試金石となる米国の事例が存在する。上述のような公共的な役割を担うものとされる公教育の要請と〈市民性〉の素養の受容が不可能な——少なくとも著しい困難を抱え込む——集団との衝突が顕在化した Kiryas Joel 事件<sup>73)</sup>がそれである。

事件は、ユダヤ教の厳格な戒律を実践するサトマール派がニューヨークにおける宗教的飛び地 (enclave) として形成した Kiryas Joel 村を舞台として、このサトマール派の信徒の子どもたちの教育をめぐる生じた。サトマールの共同体では男女別学の宗教系の私立学校においてその厳格な戒律に従った教育が行われていたが、障害をもつ子どもたちは連邦法及び州法により特別の教育上の支援を受ける資格を与えられており、障害をもつ子どもの教育に必要な特別の物的・人的資源を投入する余裕をもたないサトマールの共同体では彼(彼女)らに教育を施すためにこの支援が活用されていた。この支援は、州により1980年代の半ばからしばらくの間は共同体内部の宗教学校に対して提供されていたが、連邦最高裁がこの種の直接的な公的支援を宗教学校において提供することを禁じる一連の判断<sup>74)</sup>を同時期に下したことにより、障害をもつサトマールの子どもたちは上記の支援を受けることが不可能となった。これにより、障害をもつ子どもたちの親の中には障害をもつ生徒への対応が可能な隣町の公立学校に子どもを通わせる者もあったが、そこでサトマールの厳格な戒律に従った生活を送る自分たちとは全く異質な人間に初めて出くわした子どもたちが、その特異性を目の当たりにした学友たちからのあざけりの対象となる中で「パニック、恐怖、トラウマ」<sup>75)</sup>を経

---

73) Board of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet, 512 U.S. 687 (1994).

74) たとえば Aguilar v. Felton, 473 U.S. 402 (1985) は、公立学校の教員が経済的に貧しい子どもたちに対する補充教育という公的サービスを教区学校の所有地において提供することは国教樹立禁止条項への違反に該当するとの判断を下し、これに先立つ Wolman v. Walter, 433 U.S. 229 (1977) においては、州が私立学校に対して行う各種の給付に関し、生徒が医師による診察を受けるサービスを宗教学校で提供することは格別として、生徒に治療や改善を施すサービスの提供が許容されるのは宗教的施設の敷地外の中立的な場所に限られるとの判断が下されていた。これらに対して、後年の Zobrest v. Catalina Foothills Sch. Dist., 509 U.S. 1 (1993) においては、教区学校に通う聴覚障害をもつ生徒に対して学校区が手話通訳者を提供することは当該教区学校における通常費用 (usual costs) を何ら負担するものではないこと等を理由として国教樹立禁止条項に違反しない旨判断された。

験したことにより、この手段はとり得ないものとなった。

このような事情を背景とする Kiryas Joel の住人の要請や督促を受けて、ニューヨーク州議会は Kiryas Joel 村に対して公立学校を設立する権限を付与する立法を制定したところ、村はこの権限を行使して障害をもつ生徒たちのみを対象とする公立学校を設立した。これに対して、このような特定の宗教の便宜を図ることを目的とする特別の学校区の創設は教会と国家の分離を要求する合衆国憲法修正 1 条に違反するとの主張の下に市民納税者及び州教育委員会が訴えを提起したというのが、本件に至るまでの経緯である<sup>75)</sup>。

この Kiryas Joel 事件には、①公教育における国教樹立禁止条項と信教の自由の相克という合衆国憲法修正 1 条の解釈・適用の問題と同時に、②障害をもち、なおかつ宗教的マイノリティに属する子どもに対する公平な処遇をいかにして確保するかという、いずれも重要かつ困難な 2 つの論点が含まれている。上で指摘した 2 つの立場から、これらの問題に対して果たしてどのような帰結が導出されることになるかが、ここでの関心事である。

まず、共和主義の立場においては、既に触れたとおり、私的ないし個別的な部分利益と対極に位置する一般利益としての「公共的なもの」を追求しうる将来の市民を公教育という主権の作用を通じて創造していくことが、公共社会を存続していく上での必須の前提として位置づけられる。その公教育において重要な課題となるのが、各々の個人が個別的な利害を離れて自律的に物事を考え、公益をめぐる討議を理性的に行うための条件として個人を宗教共同体から解放することである。共和主義において、政教分離原則は、このようにして宗教の影響力を「公共空間——とりわけ公教育——から閉め出し、宗教から解放された諸個人を創出する」<sup>77)</sup>という決定的な役割を担うことになる<sup>78)</sup>。

75) 512 U.S., 692.

76) Kiryas Joel 事件の経緯をより詳細に紹介しつつ、「リベラリズムに基づく立憲主義の可能性を追求する」立場から、これに対して「他文化主義の立場から突きつけられている挑戦を考える際に、本件が持つ意味」を考察する論考として、阪口正二郎・前掲脚注 7) 論文。なお本件の事案の解決として、連邦最高裁は 6 対 3 で当該制定法は国教樹立禁止条項に違反する違憲な立法であると判示している。

77) 樋口陽一『憲法という作為』(岩波書店、2009) 26 頁。

同様の考慮は程度の差はあれリベラリズムにおいても働く。先に指摘のとおり、公的領域において自らの信奉する価値観を脇に置き、社会全体の利益を実現するための理性的な討議と決定に参加するための条件として、リベラリズムは熟議に基づく討議の能力、あるいは自らと異なる価値を信奉する他者に対する尊重や寛容性を人びとに要求する。リベラリズムは、これらの能力ないし素養が要求される場面をあくまで公的領域にとどめるという点において上述の共和主義と異なるものの、私的領域においてどのような価値や信教を信奉する者であっても公的領域においては市民として振る舞うことのできる能力や素養を習得することが要求され、教育がそれを実現するための重要な手段として位置づけられる<sup>79)</sup>という点において、リベラリズムは共和主義と共通する。

これに対して、サトマールの信徒たちが教育に対して抱くニーズは、以上に指摘したような共和主義やリベラリズムが公教育に寄せる関心ないし要請と衝突する契機をもつ。衝突の核心は、宗教的な飛び地の中で「近代的な生活から隔絶された生き方を望む」サトマールにおいて教育は何よりも「宗教的共同体の維持や再生産」を行うための手段としての意味をもつ一方<sup>80)</sup>、共同体の外部に生きる自分たちとは異質な他者に対する尊重や寛容といった〈市民性〉の陶冶のための教育を子どもたちに施すことは彼（彼女）らが守ろうとする共同体の瓦解を招きうる点にある。したがって、共和主義の立場からすれば、目下の制定法とはこのようなサトマールの信徒たちの特殊な——〈市民性〉の陶冶とは真っ向から対立する——信仰上のニーズを満たすために、本来は将来の市民を育成する公的な場であるはずの公立学校をその便宜に供するものにはかならず、国家と宗教の分離を要請する修正1条にまさに違反する違憲な立法としてその排除が要求されることになる。他方でリベラリズムの立場からしても、サトマールの人びとの選択は、上述のような公私の区分を前提とする政治体制（リベラル・デモクラシー）の存

---

78) このような政教分離の意義をもっとも先鋭に現す概念が、フランスにおける1905年の政教分離法(Loi de séparation des Eglises et de l'Etat)等に体现されたライシテ(laïcité)の原理である。ライシテの概要については、さしあたりドゥブレほか・前掲脚注70)・33頁の脚注5を参照。

79) 阪口正二郎・前掲脚注7)・116-117頁を参照。

80) 同。

続を図る上で高度に公共的な意義を持つ教育プロセスから信仰という私的な利害に基づいて「退出 (exit)」する行為として把握される限り、原則として許容されることはない<sup>81)</sup>。

しかしながら、このような形でサトマールの信徒たちの採った手段を否定すれば、本件に含まれるもう1つの深刻な問題が取り残されることになる。既に触れたように、州議会による問題の立法の背景には「障害をもつサトマールの子もたちの抱える特別のニーズ」<sup>82)</sup>が存在する。共同体の内部における公立学校の設立を否定し、障害をもつサトマールの子もたちを「もっともな不安や苦悩」<sup>83)</sup>にさらす共同体の外の公立学校への通学を強いることは、彼(彼女)らを「窮地」<sup>84)</sup>に追いやり、実質的に教育を受ける機会を剥奪する結果にも繋がりがねない。教育を通じた市民の育成を企図するこれらの立場は、こうして解決の困難なディレンマを抱え込むことになる。

#### (4) ブライヤー判事が提示する処方箋とその代償

これに対して、上記のようなディレンマ問題を正面から受け止めつつ、これを解決するための独自の処方箋を提示しているように思われるのが、本件判決に現われたスティーブン・ブライヤー判事の同意意見である。

ブライヤー判事の意見の特徴的な内容は、第1に、障害をもつサトマールの子もたちが共同体の外の世界の公立学校に通うことで学友からのあざけりに合い、あるいは彼(彼女)ら自身が「パニック、恐怖、トラウマ」に陥ってしまうという問題に対して、州は「自らを周囲から隔絶することや、その子どもたちに隣人たちとの関わりをもたせないことに対して当該の宗派がもつ利益を積極的に支援することで応じる」のではなく、「サトマールの慣習に対する寛容性や敬意の精

81) リベラル・デモクラシーからの「退出」行為に対する評価については、阪口正二郎・前掲脚注7)・119-121を参照。なお、リベラリズムにおける「退出」及び「発言」行為の意義については、同「リベラル・デモクラシーにとってのスカーフ問題」内藤正典・阪口正二郎編著『神の法 vs. 人の法』(日本評論社、2007)64-66頁も参照。

82) 512 U.S. 723 (Kennedy, J., concurring).

83) *Id.* at 724 (Kennedy, J., concurring).

84) *Id.* at 732 (Scalia, J., dissenting).

神を彼（彼女）らの学友たちに育ませることで子どもたちの恐怖心を緩和するという手段を講じるべきであった」<sup>85)</sup>との見解を表明しつつ、このような対策を講じることにより「何らの憲法上の懸念も生じさせることなく」<sup>86)</sup>障害をもつサトマールの子どもたちに対して教育の機会を公平に確保しうることを示唆している点に見いだされる。このブライヤー判事の提案する方途がどれほど現実的であるかは置くとしても、このような手段によってサトマールの子どもたちが共同体の外の世界の公立学校へ通学する上での障壁が解消されるとすれば、上で論じたような共和主義やリベラリズムが抱え込むディレンマの問題は解消されるようにも思われる。

しかしながら、このような発想は他方で新たな問題を引き起こす。既に指摘したように、宗教的な飛び地を形成しつつ、その中で近代的な生活から隔絶された生活を送ることを希求するサトマールの信徒にとって、教育とは何よりもこのような共同体の維持や再生産を行うための手段としての意味をもつものであり、サトマールの子どもたちが共同体の外の世界で人びとの多様な生き方や価値観と接触をもつことはこの目的を阻害し、将来における共同体の存続を危ぶませる。実際にも、ブライヤー判事はこの点に関して「公立学校における多様性と理解を促進するという重大な公益を促進するため」に、自分たちとは異なった価値観の下で生きる他者と自らの子どもたちとの接触を「断絶 (shield)」するための親の権限が否定されるべきことを示唆しており<sup>87)</sup>、この親の信仰上の利益に基づく権限の行使にある種の特権を与える点こそが、本件立法に違憲判断を下した法廷意見にブライヤー判事が賛同する根拠ともなっている。

以上のようなブライヤー判事の見解は、国家による教育サービスを通じて自己とは異質な価値観や差異をもつ他者に対する寛容という将来の市民としての素養を生徒たちの間に涵養していく上では重要な意義をもつ一方、このような目的を実現するための国家の介入を自己の属する文化集団を維持ないし再生産していくための親の利益やそれに基づく介入に優先させることにより、まさに市民性の陶

---

85) *Id.* at 711 (Breyer, J., concurring).

86) *Id.*

87) *See, id.*

治の代償として、市民としての素養を受容し得ない文化集団の存続の否定という帰結を許容する判断としての意味をあわせもつ。そして、このような二面性をもつブライヤー判事の意見の背後にあると考えられるのが、自己が帰属する特定の文化集団と「堅固に結びつく (cement)」<sup>88)</sup>個人観とは対極に位置づけられる個人観——あらゆる集団に自由に帰属／脱退することのできる「コスモポリタン」的個人観<sup>89)</sup>——である。

## IV 「協働する個人」と自己定義の自由

### 1 集団と個人をめぐる葛藤とその解決の模索

#### (1) 集団的アイデンティティに対する批判的評価とミノウの問題提起

教育を通じた将来の市民の育成が公共社会の維持を図る上で重要な意義をもち、これに基礎を置く国家の介入が高度の公益性をもつことは否定し得ないとしても、サトマールのような共同体の存続の否定が——ある種の代償として——甘受されるべきものであるか否かは果たして慎重な検討を要する問題である。

とはいえ、本稿の課題はこの問題に対する明確な回答を導き出すことではなく、筆者はそのような能力をもちあわせてもいない。ここでは、前述のようなブライヤー判事の価値判断や個人観を批判的に捉えつつ、個人と集団との関係や集団のもつ価値について独自の視点から問題を提起するミノウの議論を検討することを通じて、問題の所在を更に掘り下げていきたい。

はじめに、ミノウによれば、上述のブライヤー判事の意見に象徴される、集団からの個人の独立性を重んじる立場は、概して、サトマールのような宗教的共同体を含めた宗教や人種、ジェンダーや性的指向などさまざまな指標の下に形成される集団への帰属意識としての「集団的アイデンティティ」に対する次のような懸念を共有している。

第1に、これらの指標に基づく集団意識が、過去に受けた集団を単位として行われるスティグマ化やそれに基づく抑圧や排除といった歴史的な不正義に対する

88) *Id.*

89) *See*, MINOW, *supra* note 69, at 124.

抵抗の手段として人びとに支持され、これが既存の社会制度に対する異議申立てを伴う政治的な要求と結びつくとき、集団化に向けた人びとの意識はアイデンティティの政治の淵源となり、このことがとりわけ社会の統合を志向する人びとに対してその後退への危惧をもたらす<sup>90)</sup>。たとえば米国の歴史家であるアーサー・シュレジンガーは、このような観点から、多文化主義の趨勢や「部族主義 (tribalism)」のもたらす害毒が国民の結合に対する脅威となることを警告する<sup>91)</sup>。シュレジンガーによれば、「われわれの社会において人びとを結合させる紐帯は、文化的あるいは言語的な隔離 (apartheid) を助長ないし称揚することによってこれを痛めつけることが何の意味もなさないほど十分に脆い」<sup>92)</sup>ものであり、この種の集団崇拜に根を下ろす分離主義的傾向に対しては厳に警戒しなければならない。

第2に、集団化への志向は、このようにして社会統合を妨げるばかりでなく、各々の集団の内部に属する個人の自由をも損なう危険性をもつものとして多くのリベラリストたちに懸念を与えている<sup>93)</sup>。たとえば米国の政治学者ジーン・ベスキー・エルシュテインは、集団的アイデンティティの意識に起因する「バルカン化 (balkanization)」<sup>94)</sup>を警戒しつつ、この種の集団化の傾向が各々の集団に包含される構成員の思想や信条のありように対して広範な一般化をもたらしうることを懸念している。このような文脈の中で彼(彼女)らが抱く危懼に通底しているのは、人びとの集団化への志向やこれに由来するアイデンティティの政治が、その集団化の指標となる様々な特質 (traits) を「あらかじめ準備された台本のように確定した」ものとして取り扱い、これに基づいて諸個人を一定の観点を伴う特定の役割割の中に落とし込んでしまうような事態として現われる、個人の自己定義 (self-definition) の自由の抑圧に対する懸念である<sup>95)</sup>。

90) *See, id.* at 11.

91) ARTHUR SCHLESINGER, Jr., *THE DISUNITING OF AMERICA: REFLECTION ON A MULTICULTURAL SOCIETY* (W. W. NORTON, 1992) [都留重人監訳『アメリカの分裂：多元文化社会についての所見』(岩波書店、1992)].

92) *Id.* at 138. [邦訳、179頁。ただし訳は筆者による].

93) *See, Minow, supra* note 69, at 11-12.

94) JEAN BETHKE ELSHTAIN, *DEMOCRACY ON TRIAL* (Basic Books, 1995) at 83. [河合秀和訳『裁かれる民主主義』(岩波書店、1997) 97頁].

社会の統合（分裂の回避）や個人の自由を志向する立場から寄せられるこれらの批判がある程度まで正当な内容を含んでいることは否定しがたい。とりわけ、サトマールをはじめとする、公益を追求するための合理的な思考や——自己の信仰も含めた——多様な見解に対する批判的な態度といった、市民として要求される振る舞いを強固に拒絶する集団の存在を念頭に置く限り、政治社会の分裂や個人の自由の抑圧に関わる上述のような懸念は強く現実味を帯びたものとなる。しかしながら、その反面において浮かび上がるのが、このような論拠に基づいて社会に生起するさまざまな集団化に伴う文脈を軽視——あるいは度外視——することによって社会の中で集団が現実を果たしている役割や価値が損なわれ、このことが上述のような懸念とは別に新たな問題を惹起することに繋がるのではないか、という疑問である。

上で触れたミノウの問題提起とはまさにこの点に関わるものである。以下に詳しく見るように、ミノウは人びとの集団化の基礎となる集団的アイデンティティの観念に対して彼女独自の視点から慎重ながらも積極的な再評価を行ってその価値を擁護すると同時に、リベラリストたちが表明する問題意識を少なくとも部分的に共有することにより、この両者の要請を両立すべく、「(先述の文化戦争の文脈におけるような犠牲や不正義の) 認識や記憶、そして(これらをもたらず構造の) 矯正に対する人びとのニーズがその原動力となるような、集団的アイデンティティを基礎として形作られる法的・政治的な数多くの要求」が「適切な応答を受けつつ、同時に個人の自己定義の可能性が確実に存続していく」<sup>96)</sup>(括弧内は筆者) ための方途を模索している。

## (2) アイデンティティの政治の限界とそこに潜むアイデンティティ観

このようなミノウの立場の背後には、そもそも「われわれはいかにして自尊心をもちながらも同時に他者を尊重することができるのか」<sup>97)</sup>、さらにどのようにすればわれわれは「自分自身のためだけでなく (not only for myself)」自らとは

95) See, MINOW, *supra* note 69, at 45.

96) *Id.* at 29.

97) *Id.* at 25.

さまざまな点において差異をもつ「他者のためにも (for others)」物事を考え行動することができるのか、という根本的な問いかけが存在している<sup>98)</sup>。ミノウによるこの問いかけは、まさに「公益のために協働しうる個人」という憲法が想定する人間像の一つの側面に関わるものであり、この問いに対するミノウのアプローチを分析することは本稿の課題に対する答えを導く上で有力な手がかりをもたらすものと思われる。

そもそもミノウによれば、「アイデンティティの政治とは個人（のための思考や行動）から他者（のための思考や行動）に向けた大きな一歩である」<sup>99)</sup>（括弧内は筆者）。この指摘を先述の文化戦争の文脈に即して筆者なりに吟味するならば、アイデンティティの政治は、たとえば共同体の公的な意味づけをおこなう主流文化のステータスの獲得をめぐる闘争の敗者、あるいはさまざまな差別的状況を「自然化」ないし「不可視化」する「構造的不正義」の被害者として——憲法的害悪を含めた——多様な害悪を被る少数者集団において、その被害の回復や共通の利益の獲得に向けて、人びとに他者との協働を動機付けるといった側面をもちうることは確かであろう。しかしミノウは、このような肯定的な側面とともに、「われわれの関心の対象を個人が自らのアイデンティティとして抱えている特質を共通にもつ存在に限定してしまう」<sup>100)</sup>というアイデンティティの政治が抱える限界をも指摘する。ミノウによれば、この限界はアイデンティティの政治の背後に潜む次のようなアイデンティティ観の存在に起因している。

そのアイデンティティ観とは、本来は複雑な様相をもつはずの個人を彼（彼女）が属する集団の基礎となる——人種や宗教といった——一定の特質の下に還元（reduction）しつつ、さらにこれらの特質を特定の観点（viewpoint）や固定観念（stereotype）と結びつけるというアイデンティティの政治の性質に由来するものである<sup>101)</sup>。アイデンティティの政治のもつこのような性質や傾向は、これらの特質を「本質化（essentialize）」<sup>102)</sup>することにより、個人がある一定の特

---

98) *See, id.* at 25-29.

99) *Id.* at 28.

100) *Id.*

101) *See, id.* at 34..

質を具備しているという事実そのものを特定の観点や一連の経験を持ち合わせていることと等価的に結びつける——たとえばレズビアンであれば必ず男性を嫌悪し、あるいは男性になりたいと望んでいるものだと想定する——という、しばしば誤った認識をもたらす思考に人びとを駆り立ててしまう。

ミノウによれば、このようなアイデンティティの政治の下で生み出される単一的 (single) なアイデンティティ観——個人を彼 (彼女) が帰属する集団のただ1つの指標に還元して把握するというアイデンティティ観——は、各々の集団の内部において個人が他者と団結するための確かな拠り所や機会を提供するとともに、歴史的に生起し今なお継続している集団的な差別や排除に対抗するための社会的な力を生み出す一方で、次のようなネガティブな帰結をも生起させる。すなわちこの種の単一的なアイデンティティ観は、当のアイデンティティの政治の原動力となっている差別や排除の実践がしばしば依拠するステレオタイプな観念、あるいはこれに基づく人びとの区分の仕方を被害者自身の側が反復——あるいは負担——することによって、既存のスティグマの更なる強化をもたらすと同時に、集団に帰属する人びとをその指標の下に固定化 (fix) しつつ人びとが本来備えているはずのアイデンティティの複雑さや多様性を損なうことによって、彼 (彼女) らの自己定義の自由に対する抑圧をもたらさるのである<sup>103)</sup>。

### (3) 問題解決の出発点としてのアイデンティティの関係的理解

議論を待つまでもなく、こと多元的な社会において、われわれは事実としてさまざまな次元において多様な立場や集団に帰属しながら生を営んでいるのであり、その結果として個人が抱くアイデンティティも必然的に複合的 (multiple) なものとならざるを得ないはずである。にもかかわらず、このような事実を捨象して上述のような単一的・固定的なアイデンティティ観に立つことにより、結果的に自らの目的をも阻害しかねない危険性や個人の自由を擁護する立場からの厳しい批判を招くに至っているアイデンティティの政治の現状を見据えつつ、ミノウは、これに向けた処方箋として、次のような形でアイデンティティの理解の仕方それ

102) *Id.*

103) *See, id.* at 57.

自体の転換の必要性を提唱する。

すなわちミノウによれば、そもそもアイデンティティとはそれを抱く諸個人に備わる特定の特質から本質的に生じるものではなく、これを定義しようとする権力ないし法との連関性、あるいは個人が他者と共有する記憶や歴史との連関性といった「権力および文化をめぐる社会的関係性を通じて行われる交渉の過程」<sup>104)</sup>の問題として関係的に把握されるべきものである。彼女の理解によれば、アイデンティティとはこのような交渉過程を構成するコミュニケーションを通じて生まれ、制御され、あるいは調整されうるものであり、これらの交渉の場としてのさまざまな実践——多様な差異をもつ人びとが相互に連関し合うような社会的、政治的、経済的および文化的な実践——の中ではじめて形作られていくものとなる<sup>105)</sup>。

(4) アイデンティティの关系的理解に基づく集団的アイデンティティの再評価  
ミノウは、このようなアイデンティティの关系的な理解を踏まえることによってアイデンティティの政治が陥っている上述のような問題を回避しつつ、次のような形で集団的アイデンティティが内包する価値の再評価を試みている。

この点、そもそもの前提として、さまざまな形態の下で展開されるアイデンティティの政治が多様な集団的アイデンティティを標榜しながらも総じて歴史的に生起し今なお存続する集団的な差別や社会的排除への対抗やその克服を企図することはそれ自体において正当であり、社会的構造の所産としての集団的アイデンティティに対するスティグマ化の解消を図るためには個人を単位とする行動よりも利害を共有する他者との団結に基づく「集合的行為 (collective action)」<sup>106)</sup>のもつ政治的な力を活用することが有効であることにも疑いはない。このような集合的行為を通じて実現される施策の具体例として、たとえばミノウは、反差別立法を強硬に執行することや過去から現在に至るまでに生起したさまざまな被害に対する公的補償制度を確立すること、あるいはこのような被害の実態に対する公

104) *Id.* at 31.

105) *See, id.* at 52.

106) *Id.* at 55.

衆の認識を強化するための仕組みを構築していくことが、集团的害悪 (group-based harms) に対処するための有効な手立てとなりうると述べている<sup>107)</sup>。確かに、これらの公的な成果の獲得を目指して人びとが他者との連帯の下に行動することは、まさに個人が自己の私的な利害ばかりでなく他者の利益をも見据えて協働するための「大きな一歩」となりうるだろう。

その一方で、このような諸個人の連帯や協働も、上述のように集団化の指標となる特質の「本質化」に立脚する従来のアイデンティティの政治の観念の下では、連携の相手方となる他者の範囲が自らと同じく「本質化」された差異を抱える者にとどまるという限界を必然的に抱え込んでしまう。このような形で追求される利益が特定の少数者——集团的害悪の被害者——の部分利益にとどまる限り、これを「公益」を実現すべき政治過程を通じて獲得することはさまざまな懷疑や批判を呼び込むことにつながる。

上述のような施策に具体化されるアフーマティブ・アクション (ポジティブ・アクション) に向けられる警戒心とは、その典型的なものである。一部の少数者——とりわけ人種的少数者——を大学の入学者選抜をはじめとするさまざまな局面において公的に優遇する政策としてのアフーマティブ・アクションは、米国においてそれが一定の普及を見た 1970 年代以降から現在に至るまで法学や政治学をはじめとする各種の学問領域において大きな論争を呼び続けている上、社会的にもこれが「逆差別」にあたるとの認識はいまだ根強く存在している。これらの論争や反応を象徴するかのよう、米国連邦最高裁は概ね一貫して、人種を区分とするこうしたアフーマティブ・アクションに対し、それが他の形態におけるさまざまな人種差別と同様に「疑わしい」区分に基づく別異取り扱いに該当することを理由として、その合憲性を厳格に審査するという態度を採ってきた。たとえば、ある州立大学のメディカル・スクールが入学者選抜に当たって少数者被差別者集団割当枠 (いわゆるクォータ制) を設けていたことが合衆国憲法修正 14 条の平等保護条項に反するのではないかが問われた Bakke 事件<sup>108)</sup>において、連邦最高裁が 5 対 4 の僅差において違憲判断を下すにあたり、その決定票を投じ

---

107) *See, id.* at 87.

たパウエル判事は、「人種的及び民族的な区分はいかなるものであれ本質的に疑わしいものであり、最も厳格な司法審査が要求される」<sup>109)</sup>と述べることで、この問題に対する連邦最高裁の基本的な立場を端的に表現している。

このようなアフーマティブ・アクションをめぐる懐疑的な立場の存在を踏まえつつも、ミノウはアフーマティブ・アクションに内在する次のようなメリットを独自に見いだすことによってこれを擁護する。すなわちミノウによれば、アフーマティブ・アクションとは集団的害悪の克服に向けた被害者への特権的な地位 (privileged position) の付与にとどまるものではなく、このような措置の実施を通じて、従来は正義にもとる社会的構造の下で劣位の扱いを受け、それを当然視されてきたような人びとが平等な地位を回復していく中で、特定の集団に向けられたステレオタイプの存在やその濫用の実態を暴露し、人びとにその不当性の認識をもたらすという役割を果たしうるものである<sup>110)</sup>。

ここで重要なことは、アフーマティブ・アクションの実践が、ステレオタイプの形成や差異の安易な本質化という人びとの営為こそが社会的害悪の根幹をなすものであるという認識を人びとにもたらすことを通じて、問題の所在を「特定の特質(差異)をもつ集団」自身から、これらをスティグマ化し、差別や排除を正当化するステレオタイプを構築する側とされる側の〈関係性の問題〉へと転換する可能性を生み出す点にある。ミノウは、こうした問題構造の再定義が問題解決の責任を負うべき人間の範囲の拡大をもたらし、これによって憲法の下で万人が共有する「平等」や「公正」の理念と現実との間に存在する格差 (gap) を目の当たりにした全ての個人が——集団化の指標となる特質(差異)をもつともたざるとにかかわらず——その是正に向けて他者と協働する契機を生み出すことを期待する<sup>111)</sup>。

---

108) Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978). 本事件は高等教育機関における人種的アフーマティブ・アクションに対して連邦最高裁がはじめて本格的に取り組んだ事件であり、長年にわたりこの問題に関わるリーディング・ケースとして位置づけられてきたものである。

109) *Id.* at 267.

110) *See*, MINOW, *supra* note 69, at 88.

111) *See, id.* at 89.

## (5) アイデンティティの关系的理解を可能にする条件

集团的アイデンティティやこれに基礎を置くアイデンティティの政治がこのような可能性を内包しているとしても、その前提となる「問題構造の再定義」やアイデンティティの关系的理解とは果たしてどのような条件の下でもたらされるのか、という疑問がなお残る。先にも述べたとおり、アイデンティティの政治とは、歴史的に生起する集团的害悪への対抗という、それ自体は正当な目的の下に集団のもつ政治的な力を利用するものである。問題は、その正当な目的の実現に向けて人びとの集団化を確実なものとするために、その指標となる特質やアイデンティティの本質化に向けた圧力が強く働くことにある。

そこで、このような本質化を促す圧力への対抗軸となりうるものとして着目されるのが個人の自己定義の自由である。ここでは、上述のような集团的アイデンティティのもつ価値と個人の自己定義との両立を志向するミノウの考察を分析しつつ、個人に自己定義の自由を確保することがアイデンティティの关系的理解の実現に向けてどのような意義をもちうるのかを考察する。

はじめに、個人の自己定義といっても、さまざまな論者——とりわけコミュニタリアンと呼ばれる人々——が指摘するように、それは各々の個人が「成員であるところのより広範囲の共同体から独立して」<sup>112)</sup>成り立つものではあり得ず、当該個人をとりまくさまざまな「所与」の属性——人種や民族、言語など——との関わりを必然的に伴うこと<sup>113)</sup>は確かである。しかしながら、ここでの問題はこのような個人が形成するアイデンティティの淵源を探ることにあるのではなく、この種の集团的指標に基づくアイデンティティ——集团的アイデンティティ——が彼（彼女）に一方向的に押しつけられてしまうこと——アイデンティティの本質化——にある。

この点、ミノウによれば、集团的アイデンティティとはこれらのさまざまな「本質」から決定論的に枠付けられるべきものではなく、それを主張する個人の存在によってはじめて確立すべきものである<sup>114)</sup>。このような理解の下では、た

112) S・ムルホール、A・スイフト著 [谷澤正嗣ほか訳] 『リベラル・コミュニタリアン論争』(勁草書房、2007) 194頁。

113) See, MINOW, *supra* note 69, at 94.

とえいかなる属性であっても——人種や民族といった一般に「所与」のものとして捉えられるものも含めて——その本質化は許容されるべきではなく、それを自らのアイデンティティとして構成するか否かは個人の選択の問題として位置づけられることになる。この意味において、集団的アイデンティティは諸個人がその指標となる差異や特質を主体的に選択しつつ集団形成を行う結果として立ち現れるものとして把握される。

このような様相の下での集団的アイデンティティの確立は、さらに次のような形で各人に固有なアイデンティティの同定をもたらし。すなわち、上述のように個人が多様な領域において「暫定的かつ偶発的」<sup>115)</sup>に集団を形成していく結果、彼（彼女）は自己の選択を契機として生じたいくつもの集団に多重的（multiple）にコミットすることになるところ、この帰結は「互いに重なり合う集団のすべてが交錯するその一点（crossroad）にただ独り立つ」<sup>116)</sup>存在としての個人の固有性を浮かび上がらせる。個人は、このようにしてさまざまな集団に対する自発的なコミットメントを通じて「自分とは何者であるか」という意識、すなわち個人的アイデンティティを形作っていく存在として把握されることになる。この意味において、個人の自己定義とは、本質化の圧力に抗しつつ多様な集団への帰属関係を自ら構築し、その〈交差点〉＝固有の存在としての自己を同定していく営為にはかならない。

#### (6) 自己定義の自由を基礎とする連帯と協働

繰り返し述べてきたように、アイデンティティの政治の実践は、個人が他者と協働していくための「大きな一歩」となりうる一方で、集団的な利益の実現に向けて当該集団の指標となる特質を本質化する圧力をその内部に強く及ぼすために、協働しうる他者の範囲が自らと同じ「本質」を抱える者にとどまるという限界を必然的に抱え込んでしまう。

これに対して、上述のような意義をもつ自己定義の自由を個人に保障すること

---

114) See, *id.* at 105.

115) *Id.* at 96.

116) *Id.* at 39.

は、どのような特質を基礎として集団が構成されるべきかを個人の選択の問題として定位することによりこれらの本質化の作用を抑止すると同時に、自らの意思に基づく多様な集団への帰属関係の総体としてのアイデンティティを個人にもたらすことにより、この多様な帰属性を基礎として彼（彼女）らがさまざまな社会的領域・問題において他者と政治的に連帯し協働するための契機を生み出す。

この点、ミノウによれば、人びとの「社会的結合 (social glue)」とは同質的なアイデンティティや利益を基礎とすることによってではなく、自己と異質な存在としての他者と持続的に交流し、相互に影響を受け合うことによって初めて達成されるものである<sup>117)</sup>。この発想の背後には、上述のような形で行われる自由かつ偶発的な諸個人の結合（集団の構成）こそが集権的な権力に向けた対抗力を生み出し、民主的政治過程を通じた自己統治を促進するという理解が存在している<sup>118)</sup>。このようなミノウの議論の下では、まさに多様な差異をもつ諸個人の連帯 (affiliation)こそが人びとの協働を可能にする条件として位置づけられる一方で、超越的なアイデンティティによる同質化を通じた統合 (integration) という発想は、このような自己統治の作用を妨げると同時に、他者に同質化を要求する側——政治的多数派——に備わる特質を特権化しこれを他者に押しつけるという点において、アイデンティティの政治に対する批判の根拠をなしてきたような種々の弊害を生み出す本質化の1つとして把握されることになるだろう。

## 2 評価と考察

多様な価値観や世界観が並存する多元的な社会において、諸個人が他者と平和に共存し、なおかつ世の中に生起するさまざまな問題に対処するために協働していく上で必要となる条件とは何かという立憲主義に投げかけられた重要かつ困難な問題について、——少なくとも一部の——人びとに不当な負担をもたらす危険をはらむ国家の介入や統制を通じてこれを実現しようとするアプローチを回避しつつ、あくまで自己定義の自由という個人の権利に基礎を置くミノウのアプローチはそれ自体として大きな魅力をもつ。

117) See, *id.* at 141.

118) See, *id.* at 142.

他方、ミノウの議論において現われる「多様な帰属関係の総体としての個人的アイデンティティ」という発想は、必ずしも彼女に特有のものではない。たとえば英国の法哲学者ジョセフ・ラズは、単一の国民性（ナショナリズム）に基づく国家統合に抵抗する多文化主義において課題となる人びとの——ナショナリズムに代替しうる——政治的紐帯（the political bond）の可能性を追求する中で、「政治的な統一とは、究極的には、人びとが自らの帰属する政治社会に対して、自由かつ自発的にアイデンティティを抱くことにかかっている」<sup>119)</sup>と述べつつ、このようなアイデンティティの成立の条件に関わる3つの事柄を示唆している。すなわちラズによれば、第1に、アイデンティティを抱くということは帰属の感覚——より大きな全体の一部であるという感覚——を伴うものであり、第2に、人は特定の集団への帰属意識ばかりでなく多様な集団への帰属意識を同時に持つことができ、最後に、人は社会に存在する他のさまざまな集団に対する帰属意識と両立する形で政治社会に対する帰属意識をもつことができるとされており<sup>120)</sup>、ここに上述のミノウの理解と整合的なアイデンティティ観を読み取ることができる。しかしながら、ここでのラズの関心はあくまで既に社会に生起している多様な文化集団に帰属する人びとがどのようにして同時に政治社会全体に対するアイデンティティを抱くことができるのかという問題にあり、上に引いたラズのアイデンティティ観は必ずしも個人による集団的な帰属関係の自由かつ偶発的な構築の契機を含むものではない<sup>121)</sup>。この点、ミノウの議論は、あらゆる〈与件〉の本質化に抗する力を自己定義の自由に見いだすことを通じて集団化という営為そのものを解毒することにより、個人を主体とする自由かつ多様な帰属関係の構築の可能性、さらにはこれらと政治社会との接続の可能性を導く点に大きな意義が見いだされるだろう。

119) Joseph Raz, *Multiculturalism*, 11 *RATIO JURIS*, 193, 203 (1998).

120) *Id.*

121) もっとも、ラズの議論においても個人には自身が帰属する文化集団からの「退出の権利 (the right to exit)」が保障されるべきだとされている。See, *id.* at 200.

## V 成長発達権の基底的内容としてのアイデンティティへの権利

### 1 自己定義の自由とアイデンティティへの権利

以上の検討からは、個人に自己定義の自由を保障し、多様な集団への多重的な帰属関係を通じて〈「交差点」=固有の存在としての自己〉の同定を可能にすることが、彼(彼女)を憲法が想定する〈協働しうる個人〉へと導く、との理解が可能となる。したがって、成長発達権に含まれるべき内実の1つとしてこのような個人への成長・発達の契機を追求する本稿において、この自己定義の自由が成長発達権との関わりにおいてもちうる規範的な意義を解明することが重要な課題として浮かび上がってくる。

#### (1) 自己定義の自由の憲法上の位置づけ

はじめに、以上に論じてきた自己定義の自由については、憲法上これを明文で保障する規定は存在しないため、その憲法上の位置づけが問題となる。

この点、「『アイデンティティの衝突・排除』」を上述の「文化戦争の主要な現象」の1つに数えつつ<sup>122)</sup>、この文化戦争がさまざまな憲法理論上の問題を生起するという現状を踏まえると、憲法学においてもアイデンティティの概念のもつ「複雑さを理論内部に抱え込まざるを得ない」との問題意識から<sup>123)</sup>憲法学におけるアイデンティティの理論的位置づけを探る志田陽子の分析が参考になる。彼女によれば、「憲法理論において《アイデンティティ》の問題は」、「個人の自己決定に関わる自己定義という意味」と、「公的な場面での平等な社会参加にとって、アイデンティティに起因する障害が生じていることを問題とする、という文脈」の「二つの相」において語られる<sup>124)</sup>。そして、この内の前者の「《アイデンティティ》に関する理解をどのような形で憲法理論に摂取するか、という問題に関しては」、「『自己定義』にかかわる決定を自己決定の内容とする」蟻川恒正の説<sup>125)</sup>

122) 志田陽子・前掲脚注65)・40頁を参照。

123) 同前・41頁を参照。

124) 同前・46-47頁を参照。

125) 蟻川恒正「自己決定」高橋和之・大石眞編『憲法の争点〔第3版〕』(有斐閣、1999)74-77頁。

と「各人の『自己統合』の追求の過程を自己決定の本質と見る」竹中勲の説<sup>126)</sup>という2つの学説によって「重要な定式化が提示されてきた」ところ、これらの議論は「『アイデンティティ』というものを個人の側から見た」場合の内実を明らかにするものとして、「わが国における『アイデンティティ』の憲法理論化の例として」位置づけられる一方<sup>127)</sup>、後者の「アイデンティティをめぐる平等」の問題については、①「ある個人が自ら選択し公言する自己定義が社会の多数者にとって好ましくない場合に何らかの不利益が生じている場合」と、②「当該個人の意志・選択とかかわりなく社会の側が押しつけてくるアイデンティティ認識が不利益を生み出している場合」の2つの状況がありうるところ、①は前述の「自己決定の問題」として、②は「平等の問題」として整理が可能であるとされている<sup>128)</sup>。

憲法理論におけるアイデンティティ概念の位置づけがこのように整理されるとして、では、本稿がこれまでに扱ってきたミノウの議論における自己定義の自由はこれらの枠組みの中でどのように定位されるべきか。

本稿の理解によれば、ミノウが論じる個人の自己定義とは、集団化に伴う本質化の圧力に抗しつつ多様な集団への帰属関係を自ら構築することを通じて、その〈「交差点」=固有の存在としての自己〉を同定していくことを意味する。このような自由の内実は、「個人と集団との関係の問題」<sup>129)</sup>において「社会の側が押しつけてくるアイデンティティ認識」に<sup>対抗する</sup>契機を重要な要素として含みつつも、その核心は、まさにこの要素を<sup>基礎として</sup>自ら選択した集団への帰属という営為を通じて「個人が自らを何らかの存在として自己自身ないし社会に対して表象」<sup>130)</sup>しつつ、不完全な自己をより統合された「まとまり」へと完成させていくこと<sup>131)</sup>にあるといえる。したがって、本稿において考察の対象となる自己定義の自由とは——上述の整理の仕方における「平等の問題」と重要なかわりをは

126) 竹中勲「自己決定権と自己統合希求的利益説」産大法学32巻1号(1998)1-41頁。

127) 志田陽子・前掲脚注65)・47頁を参照。

128) 同前・48頁を参照。

129) 同。

130) 蟻川恒正・前掲脚注125)・75頁。

131) 竹中勲・前掲脚注126)・24-26頁を参照。

らみつつも——憲法上は自己決定権(13条)に基礎を置くものとして理解されるべきものとなる。

## (2) 権利の关系的構成の必要性

自己定義の自由がこのように定位されるとしても、これを直接的に成長発達権を含めた子どもの権利論に適用し、あるいはその基礎とすることには問題が伴う。いまだ成長・発達の途上にある子どもは完全な自己決定能力を認めるための前提となる合理的な判断を行いその結果を引き受けるための能力を欠く一方で、このような事実を捨象して子どもに大人と同様の権利を保障することは却って子どもの利益を損なう危険を生み出すためである。

これに対して、ミノウにより提唱される关系的権利論は、自律性を基礎とする権利構想の下においてこのようにして権利主体の範疇から除外されあるいは周縁的な地位に置かれる存在に対しても、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十全な権利行使の機会を保障しようと企図する<sup>132)</sup>。筆者は別稿において、この关系的権利論に含まれる問題意識や規範的内容を踏まえた子どもの人権論の構成の必要性を論じつつ、〈子どもの人権行使＝『公私のネグレクト』に対する異議申立て〉という定式化を行っているところ<sup>133)</sup>、本稿で成長発達権を論じる際にもこの定式を基本的な枠組みとして踏襲する。

そこで、上述のように原則的には自己決定論の枠組みの中で語られる自己定義の自由が子どもとの関わりにおいても規範的な意義について、とくに関係論的な視点から解明を試みるものとして注目されるのが、イスラエルの法学者であり、子どもの権利論を主要なテーマとして研究を手がけるヤイル・オーネンを中心に

132) See, MINOW, *supra* note 45, at 267-311. このような権利の理解の転換は、従来の権利概念——「切り札」としての権利はその典型である——がもつ自他の「隔たり」ないし「境界」を明確化するという性質によって子どもを保護すべき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——を可能とするという意義をもつ。

133) 拙稿・前掲脚注2)・490-493を参照。なお、子どもの権利論という限定的な領域を超えて、关系的権利論が広く権利論一般に対してもちうる意義を考察する文献として、大江洋・前掲脚注45)書。

主張される「子どものアイデンティティへの権利 (the children's right to identity)」である。以下では、この子どものアイデンティティへの権利 (以下「アイデンティティへの権利」という) 論の論旨を主としてオーネンの論考<sup>134)</sup>を対象としながら分析しつつ、これが本稿の設定した課題に対してどのような意義をもちうるのかを考察する。

## 2 アイデンティティへの権利の意義と効果

### (1) アイデンティティへの権利の基本的意義

はじめに、オーネンの分析によれば子どもは次のような2つの基本的なニーズを抱えているとされる。1つ目のニーズとは、①発達や変化、あるいは将来への希望を実現すること——すなわち何者かに「なること」へのニーズ (the children's need 'to become') であり、今1つのニーズとは、②「真正な自己 (authentic-self)」として存在すること、換言すればただそのような自己として存在するときに「何者か」として承認されることへのニーズ (the children's need 'to be') である<sup>135)</sup>。オーネンによれば、従来の子どもの権利論においては、子どもに自律的な権利の行使を可及的に承認しつつ大人によるパターンリズムを抑制するという解放論的な観点から①のニーズが重視される反面、②のニーズは軽視されてきたところ、両者は実際には次のような補足的 (complementing) な関係に立つ<sup>136)</sup>。

すなわち、従来の子どもの権利論は上述のような観点から子どもの①のニーズに応えるためにもっぱら自律への権利 (the right to autonomy) を子どもに付与することに腐心してきたが、このような発想の陰で「真正な自己」である (to be) ことへのニーズを蔑ろにされ、その機会を逸失した子どもは「生物学的なニーズ (biological needs)」の観点からでしか自己を捉えることができなくなるために「自らの人権に無関心となり、あるいはそれをただ束の間の欲求や衝動を

---

134) Ya'ir Ronen, *Redefining the Children's Right to Identity*, 18 INT'L J. L. POL. & FAM. 147 (2004).

135) See, *id.* at 150.

136) See, *id.*

満足させるためだけにというような還元主義者の (reductionist) な方法で濫用」するにとどまる結果<sup>137)</sup>、彼 (彼女) らにとっての人権とは従来の人権論において想定されてきたような本来の——崇高な (noble) ——目的からおよそかけ離れたものになってしまう<sup>138)</sup>。このことからすれば、子どもが自らの——自律性に根ざす——人権を適切に行使することによって①のニーズを充足する——あるいは自己実現を自ら果たしうる自律的な生存へと発達していく——ためには、その前提として、子どもが「真正な自己」としてのアイデンティティを確立するための機会が与えられることによって②のニーズが充足されていなければならない。オーネンにより分析される子どもの2つのニーズは、このようにして、②のニーズが充足されることが①のニーズの充足のための前提条件となる、という関係に立つことになる。

子どもが抱える2つのニーズがこのような関係に立つとして、では、①の前提となる②のニーズは果たしてどのような条件の下で充足されうるのか。ここで、子どもは多様な共感性や価値観の選択という発達のプロセスを通じて自らのアイデンティティを不断に構築し、あるいは改訂していく存在として捉えられるべきであり<sup>139)</sup>、したがって、子どもにとっての「真正な自己」とは決して静的なものではあり得ず、このような構築や改訂のプロセスを通じて常に変容しうるものであることに注意しなければならない。オーネンによれば、このようなアイデンティティの構築や改訂による自己定義とは決して「真空 (vacuum)」の中では起こりえず、これを行うためには子どもがある種の家族的・共同体的な文脈——子どもが自分自身のものであると感じられ、彼 (彼女) が何者であるかについて

137) See, Feuerstein R. and Hoffman M., *Intergenerational conflict of rights: Cultural imposition and self realization*, 58 VIEWPOINTS IN TEACHING AND LEARNING 44, 44-45 (1982); see, Ronen, *supra* note 134, at 150.

138) See, Cohn H. H., *A human rights theory of law: Prolegomena to a methodology of instruction*, in A. BARAK, AND R. GABIZON (ed), HAIM H. COHN: SELECTED ESSAYS (Tel Aviv, 1991) 17-43, 19-21; see, Eekelaar J., *The interests of the child and the child's wishes: The role of dynamic self determination*, in P. ALSTON (ed), THE BEST INTERESTS OF THE CHILD: RECONCILING CULTURE AND HUMAN RIGHTS (Clarendon Pr., 1994) 42-61, 51; see, Ronen, *supra* note 134, at 150.

139) See, Van Praagh, *Religion, custody and a child's identities*, 35 OSGOODE HALL L. J., 2, 309, 366 (1997); see, Ronen, *supra* note 134, at 150.

明白な理解を可能にし、彼（彼女）の人生に意味を与える助けとなる環境<sup>140)</sup> — に置かれることが必要とされる<sup>141)</sup>。

既に明らかなおり、このようなオーネンの議論の背景にはチャールズ・テイラーにより提唱される「親密圏における承認」という概念が存在している。テイラーによれば、— 子どもの②のニーズに関わる — 「真正な自己」とはこの「親密圏」における「重要な他者 (significant others) との継続的な対話と闘争の中で生じる」<sup>142)</sup>ものとして理解されるところ、上述の家族的・共同体的な文脈におけるアイデンティティの構築や改訂を通じた自己定義とは、まさにこの「重要な他者」との継続的な対話や闘争を通じて生起するものにほかならない。

オーネンが主張するアイデンティティへの権利とは、以上のような理解に基づいて導かれるものである。すなわちアイデンティティへの権利とは、この継続的な「対話」や「闘争」を可能にする条件となる「その子どもにとっての重要な関係性 (tie meaningful to the child)」<sup>143)</sup>の保護を求める権利として定義される、子どもに固有の権利である。

## (2) 本質主義からの決別

オーネンによれば、アイデンティティへの権利がこのような目的を果たすためには「アイデンティティにおける静的で不変の要素を強調する、古典的な本質主義者がもつアイデンティティの観念から決別する」<sup>144)</sup>ことが要求される。すなわち、アイデンティティへの権利がその保護を企図する子どもの「真正」なアイデンティティとは、出自や血縁関係とすら必然的な結びつきをもたず、社会の多数派からの抑圧や社会的・法的規範によるラベリングに抗いつつ、「重要な他者」との対話的な関係の中で、子ども自身の選択の結果として構築・改訂されるアイ

140) Wilson S., *Identity, genealogy and the social family: The case of donor insemination*, 11 INTL J. L., POLY & FAM 270, 281 (1997); Ronen, *supra* note 134, at 154.

141) See, Ronen, *supra* note 134, at 154.

142) Charles Taylor, *The Politics of recognition*, AMY GUTMANN (ed), MULTICULTURALISM: EXAMINING THE POLITICS OF RECOGNITION (Princeton Univ. Pr., 1994) at 37.

143) Ronen, *supra* note 134, at 147.

144) See, *id.* at 149.

デンティティであると観念される<sup>145)</sup>。

この点、確かに、子どものアイデンティティが常に共同体や社会のもつ本質化の力によって規定され続ける限り、彼(彼女)が自己の人生を自ら生きる自律的な生存へと発達しうるものとは考えがたい。子どもは、このような「真正」なアイデンティティを確立することによってはじめて人生における希望や目標を自ら設定し、主体的にこれ——自己に固有の人生——を生きることのできる自律的な存在へ向けて成長・発達していくことが期待されるのであり、オーネンの主張する本質主義の傾向の排除は、そのための必須の条件として把握することができる。

### (3) アイデンティティへの権利の役割と効果

以上のことから、アイデンティティへの権利の保障においては「社会の主流による正常性の承認」と引き換えに当該子どもにとっての「真正」なアイデンティティの否認を強いられないことが眼目となり<sup>146)</sup>、そこから、このような子どもにとっての〈重要かつ非典型的な関係性〉に対して法的にいかなる保護を与えるかが重要な課題として浮かび上がってくることになる。

ここで懸念されるのは、およそ法規範が必然的に伴う抽象性や類型化への志向によって、抽象的なルールによる演繹や子どもの出自や血縁関係といった要素に基づくカテゴリーカルな思考から、安易に結論が導かれてしまう事態である。したがって、アイデンティティへの権利に課せられる役割とは、このような抽象化や類型化(対象化)といった法がもつ傾向を排除しつつ、子どもが「真正」なアイデンティティを獲得するための基礎となる「重要な関係性」とは何かを探り、これを保護することに見いだされる<sup>147)</sup>。

オーネンは、このような役割を担うアイデンティティへの権利のもつ効果とし

145) See, *id.* at 149-154. もっとも、このオーネンの議論は「真正」なアイデンティティがここで挙げられたような要素と無縁であるべきだと主張するものではない。オーネンが懸念するのは、あくまでこのような要素の「本質化」であり、アイデンティティへの権利とは、個人のアイデンティティが「真正」なものであるために、この「本質化」に根ざすアイデンティティの押しつけに対する対抗力を子どもに与えるという意味をもつ。

146) See, *id.*

147) See, *id.* at 173.

て後述のような効力の存在を示唆しているが、ここでは、その説明に先立ち、そもそもアイデンティティの権利とは具体的にどのような状況において問題となりうるのかを明らかにしておきたい。

アイデンティティへの権利が問題となる典型的な場面として、オーネンをはじめとするアイデンティティへの権利を主張する論者によってしばしば参照されるのが、人種や民族あるいは国境といったさまざまな社会的・物理的な障壁をまたいで子どもの親権や養育権の帰属が争われる事例である。そこで生じる問題は、たとえば人種や居住国を互いに異にする養親と実母との間における養育権の所在をめぐる紛争という形で現われる。

まさにこのような事情の下での判断が問われたある英国の事例<sup>148)</sup>においては、当事者であるアフリカ系の10歳の少年について、南アフリカで生後間もない頃から一貫して白人の養親に白人社会の中で愛育され、さらに数年前からはロンドンで養親とともに暮らしており、本人と養親との精神的な結びつきは強く認められる一方で、南アフリカに居住する実親は少年を同国に連れ戻し彼と同居することを切望するものの、少年における実親や実親が居住する黒人社会との接触はこれまで相当希薄であったという事情が存在した。このような状況の中で、人種や出生地、あるいは血縁関係といった外形的な事実固执し——あるいは暗黙に囚われ——、カテゴリーカルな思考の下で結論が導かれるとすれば、子どもを彼(彼女)にとっての「重要な関係性」をなす人間や共同体から引き離し、これを奪い取る事態が生じかねない。そこで、このような本質化の対象とされ易い事情に囚われることなく、子どもにとって真に「重要な関係性」とは何かを探り、これを子どもに保障することが重要な課題として把握されることになる。

オーネンはこのような問題状況を念頭に置きつつ、そこでアイデンティティへの権利が発揮すべき効果として次のような効力の存在を示唆している。ここでは、オーネンが示唆する効力を以下の2つの内容に分けて説明する。

1つ目の効力は、子ども自身の意見表明権の行使を通じた「重要な関係性」の保護である。アイデンティティへの権利は、子どものアイデンティティに対して

---

148) *Re M (upbringing)* (1996) 2 FLR 441.

影響を及ぼす事項に関わる手続<sup>149)</sup>への子ども自身の参加及び意見表明の機会の保障を子どもの権利条約と同様にその前提的な内容として含みつつ、さらに子どもの「希望や心情 (wishes and feelings)」を探求すべきこと<sup>150)</sup>を当該手続に関わる大人に義務づけることにより、当該子どもの「真正」なアイデンティティ形成の前提となる「重要な関係性」が他者からの押しつけによってではなく、真実子どもの参加の下で確定されるべきことを保障する。

先に論じたように、意見表明権は子どもの「最善の利益」を確定するための手続的権利として位置づけられる一方で、この「最善の利益」が「大人側の主張の『隠れ蓑』として使用されてしまう危険性」の存在により、意見表明権は子どもに権利の「主体性」や意思決定の「当事者」となる契機を与えつつも、なお大人自らの利益を実現するための「管理抑圧」の道具へと転じうる可能性を常にはらんでいる<sup>151)</sup>。これに対してアイデンティティへの権利は、上述のように子どもの「希望や心情」の探求を通じて彼(彼女)にとっての「重要な関係性」が確定されるべきことを要求することにより、この「最善の利益」に関わる大人の判断を統制する原理としての意義をもつことになる。

アイデンティティへの権利のもつ効果として次に挙げられるのは、1つ目の効力のコロラリーとして、上述のような手続を制度化しこれを主宰すべき国家の積極的な役割を要求する効力である。オーネンによれば、子どもは自らにとっての「重要な関係性」を保全するために「率先した国家の介入」を必要としており<sup>152)</sup>、ここから、子どもの「重要な関係性」の探求とその保護を担保するための「司法上の手段」<sup>153)</sup>を制度化し、執行すべき国家の義務<sup>154)</sup>がアイデンティティへの権

149) 上述のような親権の帰属をめぐる調停や審判手続はその典型例である。

150) See, Ronen, *supra* note 134, at 153.

151) 本稿II 2(5)を参照。

152) See, Ronen, *supra* note 134, at 173.

153) *Id.*

154) オーネンは「重要な関係性」の保護を通じて子どもの「真正」なアイデンティティを保障するための規定が現行の子どもの権利条約に存在しないことを指摘しつつ、同条約の改正を通じてこのような制度の展開を締約国に義務づけるべきことを主張している (see, *id.*)。国内法のレベルにおいては、この国家の義務の根拠を基本権保護義務の現われの1つとして位置づけることが可能であろう (保護義務論については脚注58を参照)。

利の効力として導き出されることになる。

#### (4) 関係の権利としてのアイデンティティへの権利

以上のような内容をもつアイデンティティへの権利は、子どもの「重要な関係性」の保障にかかわる次のような〈公私のネグレクト〉に対する異議申立てとして捉えることができると考える。

たとえば、上述のような親権や養育権の帰属をめぐる手続においては、親を含めた手続に関わる大人においては子どもの「最善の利益」を「隠れ蓑」として、「子どものため」と称しながら自らの利益のために子どもの利益を蔑ろにする主張が展開される一方（社会的ネグレクト）、手続の裁定を行う国家（裁判所）においては、当事者である子ども自身が抱える固有の事情を真摯に鑑みることなく法規範に含まれる抽象性や類型化の傾向に基づくカテゴリーカルな判断が下されることにより（公的ネグレクト）、子どもにとっての「重要な関係性」とは何かが見失われ、これによって子どもが「真正」なアイデンティティを構築していくための基礎となる「重要な他者」や共同体から引き離されてしまうという危険性<sup>155)</sup>が常につきまとう。

アイデンティティへの権利は、このような手続への参加と意見表明の機会を子どもに与えることを通じてこれらの〈公私のネグレクト〉に対する異議の声をあげる力を子どもに与えつつ、表明された子どもの意見やそこに潜む「希望や心情」を通じて子どもにとっての「重要な関係性」とは何かを探求し、これに基づいて子どもの「最善の利益」を発見していくことを大人に義務づけることによって、子どもの「真正」なアイデンティティを保障するものである。

このような内容をもつアイデンティティへの権利は、子どもの意見表明を契機としてその「最善の利益」に<sup>155)</sup>適う解決を〈子ども——大人——国家〉の三者がともに模索していくための対話的な権利——「言葉としての権利（rights as a lan-

---

155) たとえば先述の養育権をめぐる事件（*Re M (upbringing)*）においては、少年を養親の元から引き離すことは少年の精神状態に悪影響をもたらすという鑑定人の意見にもかかわらず、少年が「南アフリカでズールー族である彼の両親や親族との関係を再構築する権利」を重視することにより、彼をロンドンの養親の元から実親が暮らす南アフリカに「帰国」させるという判断が下された。

guage) ]<sup>156)</sup> — であり、利益が対抗し合う状況の中で、敵対的な関係に立つ相手方に向けて行使される武器として理解されるべきものではない。この意味において、アイデンティティへの権利は、いまだ自律や自己決定の能力が未成熟でありながら、なお子どもが主体的に行使することのできる関係の権利として把握することができる。

### 3 成長発達権の基底的内容としてのアイデンティティへの権利

#### (1) 〈主体的に善を構想し自ら自己の生を切り開く個人〉へと成長・発達するための権利

既に触れたとおり、子どもは「真正な自己」といいうるアイデンティティを確立することによってはじめて人生における希望や目標を自ら設定し、主体的にこれ——自己に固有の人生——を生きることのできる自律的生存へ向けて成長・発達していくことが期待されるのであり、子どもの「重要な関係性」の保護を通じて彼（彼女）の「真正」なアイデンティティの獲得を保障するアイデンティティへの権利は、このようにして、子どもが〈主体的に善を構想し自ら自己の生を切り開く個人〉へと成長するための必須の前提となる権利として位置づけられるべきである<sup>157)</sup>。

#### (2) 〈公益のために他者と協働しうる個人〉へと成長・発達するための権利

これに加えて、アイデンティティへの権利は子どもが〈公益のために他者と協働しうる個人〉へと成長するための基礎をも提供する。

先にミノウの議論に関して述べたとおり、個人に自己定義の自由を保障し、多様な集団への多重的な帰属関係の構築を通じてこれらの〈「交差点」＝固有の存

156) MINOW, *supra* note 45, at 296. ミノウの「言葉としての権利」論の詳細については、拙稿・前掲脚注2)・467-470頁を参照。

157) アイデンティティへの権利は、①子どもの「希望や心情」の探求を通じて彼（彼女）にとっての「重要な関係性」が確定されるべきことを要求することにより子どもの「最善の利益」に関わる大人の判断を統制する原理となり、②さらにこれを通じて成長発達の前提条件となる「重要な他者」との関係性を子どもに保障するという2つの点において、前述の福田説に含まれる限界として本稿Ⅱ2(5)で指摘した問題に応え、同説を補完することができるものと考えられる。

在としての自己〉の同定を可能にすることが、彼（彼女）を憲法が想定する「協働しうる個人」へと導く条件となると解されるどころ、個人の自己定義が協働の基礎となる「多様な集団への多重的な帰属関係」を可能とするのは、それが集団化に伴うさまざまな属性の本質化の圧力に対抗する力を個人に与えるためである。

この点、オーネンが主張するアイデンティティへの権利は、まさにこの本質化の圧力に抗しつつ、外部からの押しつけではない「真正な自己」としてのアイデンティティを獲得するための基礎となる「重要な関係性」の保障を企図するものであるところ、この「重要な関係性」の範疇とは、当初は家族やこれを取り巻く共同体といった狭小な領域にとどまるとしても決してそこを限界とするものではなく、子どもがやがて成長・発達していくにしたがって、より「新しくかつ広範な」領域へと拡大しうるものである<sup>158)</sup>。このような「重要な関係性」の範疇の拡大は、子どもが将来において——自己決定権としての自己定義の自由を通じて——他者との協働の基礎となる多様な帰属関係をとりもつための重要な契機となりうるだろう。

### (3) 結論——成長発達権の基底的内容としてのアイデンティティへの権利

以上のことから、アイデンティティへの権利は、子どもが〈主体的に善を構想し自ら自己の生を切り開く個人〉であると同時に〈公益のために他者と協働しうる個人〉へと成長していくための基礎となるものであり、これを保障することによってはじめて子どもは「憲法が想定する人間像」に適う自律的生存へと成長・発達していくことができるものと考えられる。この意味において、アイデンティティへの権利は成長発達権の基底的内容を構成するものとして理解することができる。

## VI むすびにかえて——推知報道問題への示唆

最後に、以上において本稿が提示した成長発達権の解釈論が、上記のⅡで取り

---

158) See, Ronen, *supra* note 134, at 154.

上げた推知報道の問題に対してどのようなインパクトをもちうるのかにつき、筆者のさしあたりの着想を述べることで本稿の結びとしたい。

この点、そもそも推知報道がどのようにして子どもの成長発達権を侵害しうるのかという問題につき、重要な説明を与えるものとして注目されるのが、少年法 61 条を成長発達権の保障規定と解釈しつつ、推知報道は「少年自身の萎縮と周囲の者の少年に対するラベリングによって少年が他者と安心できる人間関係を結び、意見を表明していくことを通じて成長発達を遂げる可能性」を「大きく阻害」することにより、「類型的に成長発達権を阻害する」、という見解<sup>159)</sup>である。この見解を踏まえるならば、アイデンティティへの権利を子どもの成長発達権の基底的内容を構成するものとして位置づける本稿の理解からは、さらに次のような解釈上の帰結を導きうると考える。

まず、本稿の立場によれば、子ども自身の「萎縮」や周囲の者の「ラベリング」によって子どもが「他者と安心できる人間関係を結ぶ可能性を阻害する推知報道は、子どもが「真正な自己」としてのアイデンティティを不断に形成・獲得していくための基礎となる「重要な関係性」を毀損するものとして把握される。ここで重要なことは、推知報道がもたらすこのような「萎縮」や「ラベリング」は、子どもの「重要な関係性」を毀損することによって、彼（彼女）が「真正な自己」の同定を通じて〈主体的に善を構想し自ら自己の生を切り開く個人〉へと成長・発達していく過程を阻害するばかりでなく、成長・発達に伴って「重要な関係性」の範疇がより広範な領域へと拡大していく契機をも阻害することによって、彼（彼女）が、さまざまな集団への多重的な帰属関係を基礎として、多様な他者と協働することのできる人間——〈公益のために他者と協働しうる個人〉——へと成長・発達していく可能性をも損なってしまう、ということである。このことからすれば、少年法 61 条により禁止される推知報道は、自律的な生存に向けた成長・発達という子どもの主観的な利益に加えて、公共社会を可能にするための重要な条件——公益のために他者と協働することのできる次代の個人の存続という、高度に公共的な憲法上の価値をも損なう行為として捉えることができ

159) 本庄武・前掲脚注 28)・108-109 頁。なお脚注 47 も参照。

るだろう<sup>160)</sup>。

---

160) 成長発達権が子どもの私的な利益ばかりでなく公共的な価値の実現をもその目的とするという本稿の帰結に対しては、成長発達権が憲法上の人権として主観法の領域に属することの整合性を問題とする余地はなくはない。しかし、本来は主観法の領域に属するはずの人権を支える根拠として、公益に関わる客観的な価値や利益を援用する例はほかにも存在する。表現の自由が手厚く保障されるべき根拠を、個人に表現の自由を保障することが、個人の自己実現のニーズに応えるばかりでなく、多様な情報の提供を通じて国民の「知る権利」に応えることで健全な民主的政治過程の維持に資することに見いだす議論はその好例である。本稿が提示する成長発達権の解釈も、まさにこのような形で子どもに対する成長発達権の保障が子どもの私的な利益の実現とともに公共的な憲法的価値の実現をも導くというものであり、このことは、推知報道の違法性をめぐる利益衡量——報道の自由との利益衡量——の局面において、成長発達権がもちうる憲法上の価値を高める論拠となりうるだろう。