## 一橋大学審査学位論文

## 博士論文

## アイデンティティへの権利による成長発達権の憲法学的構築 一推知報道問題を契機に一

大西 健司

一橋大学大学院法学研究科博士後期課程 JD080014

CONSTITUTIONAL CONSTRUCTION OF THE CHILD'S RIGHT TO MATURATION AND DEVELOPMENT BY THE CHILD'S RIGHT TO IDENTITY:

CATALYZED BY THE ISSUE OF THE MEDIA COVERAGE OF IDENTITIES OF JUVENILE DELINQUENTS

ONISHI, Kenji

Doctoral Dissertation Graduate School of Law Hitotsubashi University

# 目 次

| 序章 問題 | 夏の所在と本研究の目的1-              |
|-------|----------------------------|
| 第1節   | 問題の所在1-                    |
| 1     | 〈自律的個人〉の論証なき前提1-           |
| 2     | 従来の成長発達権論とその限界3-           |
| 第2節   | 本研究の目的と構成                  |
| 第1章 推 | 知報道問題を巡る人権保障説の意義と課題        |
| 第1節   | 本章の課題                      |
| 第2節   | 米国の議論状況8-                  |
| 1     | 少年裁判所の創設と匿名性保護の根拠          |
| 2     | 匿名性保護への支持の後退9-             |
| 3     | Smith 判決の出現10-             |
| 4     | Smith 判決後の匿名性保護の状況14-      |
| 5     | 匿名性の保護をめぐる理論的問題15-         |
| 6     | 小括18-                      |
| 第3節   | 英国の議論状況19-                 |
| 1     | 規制の概要19-                   |
| 2     | 規制の特徴―日本の少年法との比較20-        |
| 3     | 規制の背景21-                   |
| 4     | 判例による判断基準形成23-             |
| 5     | 問題の所在27-                   |
| 6     | 代替的権利論の必要性32-              |
| 第4節   | 日本の議論状況33-                 |
| 1     | 少年法 61 条の趣旨を巡る議論33-        |
| 2     | プライバシー権・社会復帰の利益からのアプローチ34- |
| 3     | 少年固有の人権―成長発達権―からのアプローチ40-  |
| 4     | 人権相互の衝突と原理間衡量50-           |
| 第5節   | 人権保障説の意義と課題56-             |

| 第2章 | 関係的権利論による子どもの人権論の再構成           | 59   |
|-----|--------------------------------|------|
| 第1節 | 本章の課題                          | 59   |
| 1   | 問題の所在                          | 59   |
| 2   | 本章の課題                          | 63   |
| 3   | 構成と概要                          | 64   |
| 第2節 | 関係的権利論による権利の基礎付け               | 65   |
| 1   | 関係的権利論の概要                      | 65   |
| 2   | 批判と考察                          | -82  |
| 第3節 | 関係的権利論による子どもの人権の基礎付けの意義と憲法的課題  | 91   |
| 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     | 91   |
| 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 | 99   |
| 第3章 | 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    | 104  |
| 第1節 | 本章の課題                          | 104  |
| 1   | 本章の課題                          | 104  |
| 2   | 構成と概要                          | -104 |
| 第2節 | 成長発達権をめぐる学説の展開とその限界            | -105 |
| 1   | 憲法学における成長発達権論の展開とその限界          | -105 |
| 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   | 110  |
| 第3節 | 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   | 117  |
| 1   | 関心の焦点としての公教育                   | 117  |
| 2   | 多元的社会における国家の正当な介入をめぐる議論        | 120  |
| 第4節 | 「協働する個人」と自己定義の自由               | -128 |
| 1   | 集団と個人をめぐる葛藤とその解決の模索            | 128  |
| 2   | 評価と考察                          | 137  |
| 第5節 | 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    | 138  |
| 1   | 自己定義の自由とアイデンティティへの権利           | 138  |
| 2   | アイデンティティへの権利の意義と効果             | 141  |
| 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の意義 | 147  |
| 第4章 | アイデンティティへの権利論の具体的適用とその帰結       | -154 |
| 第1節 | ・ 本章の課題                        | -154 |

| 第2節 関係的権利論が招来する解決とその実現方法                                   |
|--|
| 1 子どもの権利論における関係的権利論の立ち位置155                                |
| 2 子どもの人権の関係論的構成155   |
| 3 関係的権利が招来する問題解決とその実現方法                                    |
| 4 英国判例法に現れた「相互的責任」の一端とその限界155                              |
| 5 調停的解決の限界と2つのアプローチ  |
| 6 子どもの2つの権利―参加の権利とアイデンティティへの権利―とその関係162                    |
| 第3節 保護の道徳原理に基づく関係性の保全―英国判例を素材に166                          |
| 1 憲法問題性の確認   |
| 2 事例①—Re M (Children's upbringing)                         |
| 3 事例②—Re P (A Minor) (Residence Order: Child's Welfare)177 |
| 4 残された問題の検討185   |
| 第4節 権利の道徳原理に基づく「武器」としての権利187                               |
| 1 推知報道によるアイデンティティへの権利の侵害                                   |
| 2 アイデンティティへの権利の公共性とその論理188                                 |
| 終章 本研究のまとめと残された課題202                                       |
| 第1節 本研究のまとめ―「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」 再考202  |
| 第3節 残された課題206  |
| 謝辞209  |
| 参考文献一管 -210  |

## 序章 問題の所在と本研究の目的

#### 第1節 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1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ナ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>。

権利保障における子ども一大人間の平等の徹底こそが解放論の主眼であり³,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」と捉える一特殊な一子ども観である⁴。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。

ここで着目され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5。子どもに対

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。

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> 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については、第 2 章で詳述する。

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> 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と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。

<sup>4</sup> 福田雅章「人間の尊厳の権利化ー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。

<sup>5</sup> 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。この点、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は、その有力な手掛かりをもたらすで あろう。

そこで本稿は、憲法が想定する人間像という概念に着目する。憲法が、人権を享有しなおかつ主権者として統治を担う「国民」としていかなる人間を想定するものであるかはそれ自体論争的な事柄であるものの、現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。は、この人間像を考える上でさしあたりの拠り所となり得ようで、

この公私二元論に立脚する立憲主義解釈を踏まえるならば、憲法が想定する人間像もそれを反映して、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、公私の2つの次元から捉えられるべきこととなる8。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〉、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、それぞれ再定義しておく。

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直面するのが、 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

する。

<sup>6</sup> 長谷部恭男「立憲主義」大石眞・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。

<sup>7</sup> 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第2章で後述するとおりであり、同章の検討対象である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、同章で論じる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〉を措定する立憲主義とも接合可能である。

<sup>8</sup> 樋口陽一『国法学〔補訂版〕』(有斐閣, 2007) 54 頁を参照。

か―という問いである。次章以降において論じられることからも明らかなとおり、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」原理に関して、それが仮想の上に成り立つ机上の理念にとどまらず、統治権を統制する原理としての役割を実効的に果たす上で前提となるはずの条件を解明することにもつながるはずである。

## 2 従来の成長発達権論とその限界

以上に指摘した問題に対する回答の手がかりを与えうると思われるのが、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®をはじめとする裁判例においても言及された学習権™を淵源としつつ、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、以下に述べるように、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難い。成長発達権をめぐる従来の解釈論の仔細な検討は次章以降に譲るとして、ここでは考察を進めるための手掛かりとして、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、憲法学の立場から一憲法上の人権論とし

<sup>9</sup> 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,「個人の尊重」原理は,憲法の「仕組み」の中における自らの存立の基礎を欠くことになる。本稿はこのような理解に基づき,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つつ,成長発達権の理論構築を試みる。

<sup>10</sup> 最判昭和51年5月21日刑集30巻5号615頁。

<sup>11</sup> 学習権をめぐる教育法学及び判例の展開については第3章第2節1(1)を参照。

て一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 構築を行う必要がある。

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一主として刑事法学上の一議論も、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。

#### 第2節 本研究の目的と構成

第 1 章において具体的に分析されるように、従来の成長発達権論が直面するさまざまな問題は、成長発達権の公共的性格を看過し、これをもっぱら私的な権利として捉える理解の仕方に由来するものであると考えられる。本研究の目的は、こうした問題意識に基づき、憲法学の立場から、従来の議論に伴う問題を解消し、その限界を乗り越えうる新たな成長発達権論を構築することである。

この目的を遂行するための足掛かりとして,はじめに,本稿が分析する従来の成長発達権論に含まれる限界が現実の問題状況においてどのような形で投影されるのかを,前述の推知報道規制を巡る議論を素材として明らかにする(第1章)。そこでは,規制の根拠を少年の成長発達権の保障に見いだす見解(以下「成長発達権保障説」という。)が本稿の問題関心に照らしてもちうる意義を,規制の根拠を刑事政策上の客観的利益の実現に見いだす米国の議論および刑事手続に付された少年のプライバシー権の保障に見いだす英国の議論

<sup>12</sup> 推知報道問題をめぐる憲法学の議論状況については第1章第4節を参照。

との比較法的検討を通じて分析した上で、成長発達権論がその所期の目的を追求する上で直面しうる憲法上の課題を確認する。成長発達権保障説が主張するように、推知報道が少年の成長発達権を類型的に侵害するものであり、したがって、本稿の関心の対象である、憲法が想定する人間像に向けた子どもの成長・発達のプロセスを阻害するものであるならば、少年は推知報道から可及的に保護されるべきことになる。しかし、同章で詳しく見るように、こうした帰結を導くためには、規制によりもたらされる報道の自由の制約が正当化されなければならないが、従来の成長発達権論はそのための十分な論拠を提出しているものとは言い難い。このような観点に基づき、同章では成長発達権論が解決しなければならない課題を、憲法学上の標準的な議論および判例を参照しつつ改めて確認する。

次に、こうした問題意識に基づいて成長発達権論を具体的に展開する上で論理的な前提 となる、子どもの人権の基礎理論を考察する(第2章)。同章で見るように、子どもの人権 論は古典的な無権利論から出発して以来、多様な変化や発展を遂げてきてはいるものの、 そこには依然として、大人と子どもとの差異に由来する「管理抑圧」の契機が潜在してい る。この事実は、一方では子どもの「解放」を追求しながらも、他方では十全な自律性を 備える大人を標準とし,子どもを周縁に置く権利構想を維持する限り,逃れ難いものであ る。しかし、子どもが大人の「管理抑圧」下にありながら、なお憲法が想定する人間像― とりわけ〈主体的に善を構想し自らの生を切り開く個人〉―への成長・発達を果たしうる との想定には、多くの疑問が伴う。こうした資質を備える大人に至るためには、何よりも 子ども自らがその主体となり、成長・発達のプロセスを実践することが不可欠の前提とな ろう。とはいえ,冒頭で述べたように,大人と子どもとの相違の存在それ自体を否定する ことは子どもが抱えるさまざまなニーズの看過に結び付き、却って不合理な帰結をもたら しうることにも留意しなければならない。そこで同章では、大人による保護の必要を承認 しながらも、子どもに大人と平等な権利主体性を確保しうる新たな権利論の可能性を、自 律性とは異なる論理から導く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 係的権利論に着目し,その検討を行う。同章で論じられるように,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の点で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。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多様な問題領域を射程に捉えて展開されてい 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。

この関係的権利論を子どもの権利論の基礎として、次に、本章および第 1 章で明らかにした従来の成長発達権論が抱える限界を踏まえつつ、これまでに論じてきた本稿の問題意識に基づく新たな成長発達権論の構築を試みる(第 3 章)。そのための有効な手立てとして本稿が注目するのが、子どもの「アイデンティティへの権利(the right to identity)」である。子どもに「真正な自己」としてのアイデンティティーないしその獲得の基礎一を保障することを目的とするこの権利は、日本においてはいまだ馴染みの薄い概念ではあるものの、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、子ども法や家族法を扱う海外の研究者の間で関心を呼んでいる13。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一く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〉一へと成長・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き、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。

以上の検討を踏まえて、次に、このアイデンティティへの権利論が現実の問題解決に対してどのような寄与をもたらすのかを検討する(第4章)。ここでは、アイデンティティへの権利が、子どもに対して①〈自律的生存〉に向けた成長・発達の不可欠の前提となる人間関係一重要な関係性一の保障をもたらすとともに、②推知報道問題において規制を正当化するための理論的根拠と推知報道の排除要求をなしうる法的地位をもたらしうることを、この権利の保障がもつ政治哲学上の意義を参照しつつ論証する。具体的には、前者についてはアイデンティティへの権利が要求する子どもの「重要な関係性」保障に向けた司法手続のありようを、後者については表現の自由との衡量において従来の見解に伴う限界を本研究がアイデンティティへの権利を介して見いだす成長発達権の公共性によって乗り越えるための論理を、それぞれ考察する。

最後に、本研究の骨子をまとめた上で残された課題を確認する(終章)。

<sup>13</sup> 第3章で取り上げるヤイル・オーネンの論考のほか、子どものアイデンティティへの権利を扱う文献として Ruth Zafran, *Children's Rights as Relational Rights: the Case of Relocation*, 18:2 Am. U. J. GENDER Soc. PoL'y & L. 163 (2010). なお、本稿で扱う子どものアイデンティティへの権利と国連子ども権利条約8条が規定する権利との関係については脚注503を参照。

## 第1章 推知報道問題を巡る成長発達権保障説の意義と課題

## 第1節 本章の課題

本章では、少年法 61 条による推知報道の規制いがもたらす報道の自由と少年の利益との衝突の問題(以下「推知報道問題」という。)に関して、国内で有力に主張される成長発達権保障説(少年法 61 条の趣旨を少年の成長発達権の保障に求める立場をいう。)の意義を、米国、英国(イングランド及びウェールズをいう。以下同じ。)および日本の3国の比較を通じて考察するとともに、同説が内包する憲法上の問題を検討する。現行少年法の母国である米国15では、後述のように、推知報道問題が少年裁判所の創設理念に由来する政策上の問題として把握されるところ、少年法 61 条の目的を非行少年の人権保障に求める立場(以下「人権保障説」という。)が有力な日本の議論状況は米国のそれと対照的な様相を呈している。他方、日本と同様に推知報道に関して法律上に明文の禁止規定を置きつつ、その実効性の担保を刑罰によって図る英国においては、日本と同じく規制の根拠を少年の人権保障に見いだす理解が有力でありながらも、報道の自由との衡量において少年の人権が占めうる重み(weight)には大きな限界が存在する。国内において成長発達権保障説の当否をめぐるさまざまな議論が展開される中、これら米・英両国の議論状況と対照させつつ改めて成長発達権保障説の論理を検証することは、同説の意義と課題を明らかにする上で有益な示唆をもたらすものと思われる。

以上の観点から本章は、はじめに米国における推知報道問題をめぐる議論状況につき、 従来日本では詳細な検討が行われてこなかった Smith 判決<sup>16</sup>を中心としてこれに関連する 議論を概観する(第2節)。次に、推知報道規制をめぐる英国の法制と判例の現状を同国に

<sup>14</sup> 少年法 61 条「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を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」。このように条文の文言にはない少年の人権保障を同条の立法趣旨として読み込むべき根拠(加えて、同条が少年の人権保障を図るものであるとしても、その人権がなぜ成長発達権でなければならないのか)を考察することが、本章において米・英両国の議論状況の比較検討を行う理由である。

<sup>15</sup> 大正末期に成立した旧少年法が大陸型に近い法制を前提とするものであったのに対して,現行少年法は 米国法の影響を強く受けて成立したものである(丸山雅夫『少年法講義〔第2版〕』(成文堂,2012)6頁 を参昭)

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Smith 判決の要旨を紹介する先行研究として、葛野尋之「犯罪報道の公共性と少年事件報道」立命館法 学 271・272 号 (2000) 317 頁以下がある。

おける人権保障説の限界という観点から分析し(第3節),これらを踏まえつつ推知報道問題に関する日本の議論状況につき成長発達権保障説を中心に再検討を行う(第4節)。最後に、以上の3国の議論の比較から浮かび上がる成長発達権論の意義を分析するとともに、そこに含まれる憲法上の課題を確認する(第5節)。

#### 第2節 米国の議論状況

#### 1 少年裁判所の創設と匿名性保護の根拠

米国において、犯罪を犯した少年(以下、日本法の用語法に倣い「犯罪少年」という。) に対する匿名性(anonymity)の保護が要請されることとなった経緯は、同国における少年 裁判所の創設にさかのぼる。

周知のとおり、1899年にいわゆる革新主義運動の下でイリノイ州シカゴにおいて同国初の少年裁判所が設立されたが、その原動力の1つとなったのは、犯罪少年に対する処遇を刑事罰から国親(パレンス・パトリエ)による救済へと転じる政策転換であった「で、そして、この政策転換の背後には、犯罪とは自由意志の所産というよりむしろ環境的要因が生起せしめるものであるとする決定論(determinism)の影響があり「8、これによって、犯罪少年に必要なものとは犯罪行為に対する応報的な処罰ではなく更生ないし社会復帰(rehabilitation)を図ることであるとの認識が広く普及するに至った。

犯罪少年の匿名性の保護は、このパレンス・パトリエによる救済としての、少年の更生のための手段の 1 つとして位置づけられるものである。すなわち、可塑性に富む少年を犯罪者というある種の烙印(スティグマ)から保護することで、彼(彼女)の更生ないし社会復帰を促すことが、米国の少年裁判所法制における匿名性保護の根拠であるとされる19。

<sup>17</sup> 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。

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> See, DAVID MATZA, DELINQUENCY AND DRIFT (Transaction Pub., 1964) at 5-12. [非行理論研究会訳『漂流する少年:現代の少年非行論』(成文堂, 1986) 7-17 頁].

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> See, Julian W. Mack, The Juvenile Court, 23 HARV. L. REV. 104, 107 (1909); Arthur R. Blum, Disclosing the Identities of Juvenile Felons: Introducing Accountability to Juvenile Justice, 27 LOY. U. CHI. L.J. 349, 351 (1996).

#### 2 匿名性保護への支持の後退

興味深い点は、匿名性の保護を含む、このような米国少年裁判所の取組みが、犯罪少年に刑罰を科すのではなく彼(彼女)を更生・社会復帰させることが彼(彼女)自身のみならず地域共同体の最善の利益(the best interest)に適う、との想定に基づいて行われていたということである<sup>20</sup>。すなわち、可塑性に富む少年においては刑罰を科すことによって犯罪者というスティグマを与えるよりも、むしろ更生の過程を経て社会に復帰させることの方が、将来の再犯抑止をはじめとするさまざまな点において地域共同体全体の利益の観点からもメリットに富むとする考え方である。

少年裁判所法制がこのような客観的な利益への期待を存立の基盤とするものである以上、 それに対する社会の支持は、当然ながら少年裁判所による更生実務の成果如何に依存する ことになる。

この点、米国において少年裁判所の創設をもたらした革新主義運動が下火となって以降に生じた、少年犯罪の増加ないし凶悪化や年長少年の更生の困難さの露呈といった社会の情勢の変化は、犯罪少年の更生や社会復帰を少年司法の主要な目的と位置づけることの正当化が困難となる情況をもたらすことになった<sup>21</sup>。

そして、このような時代の流れの中で生起したのが、犯罪少年の匿名性の保護が再犯を助長し、あるいは他の少年による犯罪の呼び水となるという匿名性弊害論とその拡大である<sup>22</sup>。この匿名性弊害論の高まりは、少年のプライバシーにかかわる記録をより広く公衆に開示するワシントン州法の成立とその普及を導くに至った<sup>23</sup>。罪を犯すことで少年の氏名や家族関係といった情報は公共の関心事となり、少年はその匿名性を喪失するとの理解がその背後にあったとされる<sup>24</sup>。

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> See, Orman W. Ketcham, *The Unfulfilled Promise of the American Juvenile Court*, in MARGARET K. ROSENHEIM (ed.), JUSTICE FOR THE CHILD: THE JUVENILE COURT IN TRANSITION 22, 38 (Univ. of Chicago Pr., 1962).

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> See, Julian C. Dixon, Juvenile Justice in Transision, 4 PEPPERDINE L. REV. 469, 472 (1977).

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> See, Alan Susmann, Practitioner's Guide to Changes in Juvenile Law and Procedure, 14 CRIM L. BULL 311, 335 (1978); Vickie L. Smith, Smith v. Daily Mail Publishing Co.: Balancing Rehabilitation and the Publishing of Juvenile Names, 7 Ohio N.U. L. Rev. 148, 155 (1980).

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> See, Susmann, supra note 22, at 331-336; Smith, supra note 22, at 155-156.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> See, Richard G. Patric & Timothy T.A. Jenson, Changes in Rights and Procedures in Juvenile Offense Proceedings, 14 Gonz. L. Rev. 313, 333-335 (1979).

#### 3 Smith 判決の出現

以上のような時代背景の下で出現したのが、次に見る Smith 判決25である。同判決は、報道の自由と少年の匿名性の保護との対立という推知報道問題の中心をなす論点について米国連邦最高裁が直接判断を下した初の判決であり26, 推知報道問題に対する米国司法の基本的な態度を知る上で重要な手がかりとなるため、以下に詳しく検討する。

#### (1) 事案

判決が扱った事案は、ある少年が起こした殺人事件の犯人の氏名を取材行為(目撃者への聞込み等)を通じて知った新聞社が、これを当時のウェストバージニア州法により要求されていた少年裁判所の書面による承認を事前に得ることなく新聞紙面で報じた廉で告発を受けたところ、同州最高裁が同法は合衆国憲法修正1条および修正14条に違反する旨の判断を下したため、原告ら(検察官ら)が同州法の合憲性を主張して連邦最高裁に上告したというものである。

#### (2) 判決の概要

以上の事案に対し、連邦最高裁は主文において、「州は、合衆国憲法修正1条および修正14条に違反することなく、適法に入手された真実の新聞報道を罰することはできない。犯罪少年の社会復帰を促進するためその匿名性を保護することについて主張された州利益は、適法に入手された少年の氏名の報道に州が刑事罰を科すことを正当化し得ない」27、との判断を下した。

連邦最高裁が上記の結論を導くに至った論理は、大要次のとおりである。

はじめに同判決は、「新聞社が公共的な意義を持つ事柄について真実の情報を適法に入手 (lawfully obtained truthful information) したのであれば、州当局は、最高度 (the highest order) の州利益を促進する必要性が認められない限り当該情報の報道を合憲的に処罰することはできない」28と述べて本件の事案に適用されるべき規範の定立を行った上で、「州は 犯罪少年の社会復帰のためその匿名性に関する利益を有している」ものの、以下の理由に

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Smith v. Daily Mail Publishing Co., 443 U.S. 97 (1979).

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> See, Smith, supra not 22, at 155.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> 443 U.S. 97 (1979).

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> *Id.* at 103.

より「同利益は少年の氏名を適法に入手しこれを報道した者に対する刑事罰の適用を正当 化する最高度の利益にあたらない」とした<sup>29</sup>。

その理由とは、第 1 に、そもそも上記州利益は価値序列において憲法上の人権一本件では報道の自由一の保障に劣後する、というものである。本判決はこの判断の論拠として、非行少年の匿名性の利益は公判手続における証人対面権(合衆国憲法修正 6 条)に劣後するとの判断を下した Davis 判決30を援用する。同判決で問題となった人権は報道の自由とは別個のものであり、その意味で両判決は事案を異にするとも思われるが、本判決はこのDavis 判決の趣旨が人権一般にも妥当するとの理解の下で上記判断を導き出している31。

第2に、同判決によれば、匿名性の保護の利益が原則的に憲法上の人権に劣後するとしても、報道の自由への制約が「最高度の州利益」の促進に資するものと認められるならば当該制約も正当化されうるところ、本件の原告らは次のとおりその論証に失敗している。すなわち、本件で問題となった上記規制の目的とは犯罪少年の匿名性の保護を通じて「州少年裁判所システムにおける社会復帰という目的を促進すること」であると解されるところ、たとえ当該規制の目的が報道の自由という憲法上の権利に対抗できる「最高度の州利益」に適合するものであると仮定しても、本件州法は新聞報道のみを禁止する一方で他のメディアによる報道(たとえばラジオ放送)を許容しており32、規制の手段が所期の目的と整合するものとはいえないため、規制の仕組み全体としてはやはり「最高度の州利益」の促進に資するものとは認められない。

最後に、無許可の新聞報道に対して刑事制裁を科すことが少年の匿名性の利益を保護する上で不可欠であることを示す証拠が全く存在しないとの指摘も行われている。同判決によれば、50 に及ぶすべての州が犯罪少年の匿名性を保護するための何らかの手段を保持しているが、その中で少年の身元を報じる行為に対して刑事罰を予定しているのは本件のウェストバージニア州を含めわずか 5 州に過ぎない。これを逆に見れば、残る 45 州はこの 5 州と同様の規制目的ないし州利益を共有していながら、刑事罰とは異なる手段でその実現を成し得ていることになる。

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> *Id.* at 104-105.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Davis v. Alaska, 415 U.S. 308 (1974). 具体的には, 刑事被告人が検察側証人の供述を弾劾するにあたり, 当該証人の少年裁判記録を利用することを禁じることは証人対面権を侵害する, との判断が示された。

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> このような解釈は、後掲の Gault 判決を契機とする、少年裁判所におけるデュー・プロセスの保障に関する連邦最高裁の態度変化に大きく関わっている。この点の詳細は本節 5(2)を参照。

<sup>32</sup> 実際には被告人らの新聞報道に先立って3つのラジオ放送局が少年の氏名を報じていたことが判決上認定されている。

以上が本判決の結論とそれに至る論理の概要であるが、次に、推知報道問題という観点から同判決に含まれる論点を分析・整理しておく。

#### (3) 判決に含まれる論点33

はじめに、報道の自由への対立利益の捉え方が問題となる。既に触れたとおり、Smith 判決においてこの対立利益は、犯罪少年の匿名性の保護を通じて「州少年裁判所システムにおける社会復帰という目的を促進」することについての州利益として把握されている。すなわち、規制の目的は少年裁判所に付託された所掌事務—犯罪少年の更生・社会復帰—の円滑な遂行という客観的な利益の確保にあるのであって、憲法上の人権を含め少年個人の権利の保護を目的とするものではない³4。同判決がこのように匿名性の利益を憲法上の権利と位置づけず、あくまで州法に由来する政策的なものとすることの背景には、これによって少年の匿名性の利益に対する州の保護義務の根拠を弱める狙いがあるとの指摘が行われている³5。

次に問題となるのは、報道の適法性を判断する上で適用された「適法に入手された真実の報道」という判断基準の妥当性である。上述のとおり、報道行為がこの基準を満たす限り、当該行為に対して州が合憲的に刑罰を科すためには、それが「最高度の州利益」の促進に資することを主張・立証しなければならない。

この基準を導出するにあたり、Smith 判決は次の3つの先例を援用している。

1つ目は、審理と無関係な第三者による、機密扱いとされた法廷尋問(Judicial Inquiry) および審査委員会(Review Commission)に関する真実の情報の報道は合衆国憲法修正 1 条の核心部分に関わるものであり、州法がこれに刑事罰を科すことによって得られる公共 の利益は、それがもたらす報道の自由に対する現実的・潜在的な浸食(encroachments)を

12

 $<sup>^{33}</sup>$  ここで指摘した  $^2$  つの論点の外にも  $^3$  Smith 判決には重要な論点に対する判断が含まれている。同判決が判決主文 (Held の項目) において言及した判断上の留意点としては、次の  $^2$  つの問題が存在する (443 U.S. 97 (1979))。  $^3$  つは同判決の射程であり、これについて同判決は「本判決はもっぱら州の権限について判断するものであり、非公開の審判手続への不法な報道のアクセス、プライバシー、有害な法廷審理前の報道の問題について何ら判断を行うものではない」としている。  $^2$  つ目は同判決の事案で問題となった州法がいわゆる事前の抑制 (prior restraint) に該当するか否かという問題であり、この点につき同判決は「州法の規制を事前の抑制と見るべきか、それとも適法に入手された真実の情報の報道に対する刑事制裁と見るべきかが問題となり得るが、本判決は、仮に問題の州法が後者であるとしても、その場合に妥当する審査基準を充足し得ないため、この問題は事件解決の手がかりとはならない(not dispositive)」と述べて、この問題に対する検討および判断を回避している。

<sup>34</sup> この匿名性の保護には憲法上の保障が及ばないとする見解として、Danielle R. Oddo, Note, Removing Confidentiality Protections and the "Get Tough" Rhetoric: What has Gone Wrong with the Juvenile Justice System?, 18 B.C. Third World L.J. 105, 175 (1998).

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Blum, *supra* note 19, at 376.

正当化することができないとの判断を下した Landmark Communications 判決36である。2 つ目は、公衆の閲覧に供されている裁判記録から得られた強姦の被害者の氏名の正確な報道を州が罰することは連邦憲法修正 1 条及び修正 14 条に違反すると判示した Cox Broadcasting 判決37である。そして最後は、オクラホマ州法により少年裁判所の審理が原則非公開とされ、判事が審理の公開を決定した事実が認められない場合であっても、報道機関が現に法廷に立ち合い、その立ち合いや裁判所に残されていた少年(第二級殺人の廉で審判に付された 11 歳の男児)の撮影に誰も異議を唱えず、不法にあるいは州の黙示の承諾なく情報を取得したという証拠が全くない事案においては前記の Cox Broadcasting 判決の判断が妥当するとした上で、当該少年の氏名やその容ぼうを撮影した写真は強姦の被害者の氏名と同様に公的な領域(public domain)に置かれることになるため、これらの報道を事前に抑制(prior restraint)する地方裁判所の命令は合衆国憲法修正 1 条および修正14 条に違反して報道の自由を侵害するものであると述べた Oklahoma Publishing 判決38である。

Smith 判決は、これらの 3 つの先例を通じて「真実の情報の報道を処罰する州行為は、ほとんどの場合において合憲性の基準を充足することができない」39との解釈を提示しつつ、これらの先例はいずれも一同判決の結論を直接的に決するものではないものの40—同判決の事案には「新聞社が公共的な意義を持つ事柄について真実の情報を適法に入手したのであれば、州当局は、最高度の州利益を促進する必要性が認められない限り当該情報の報道を合憲的に処罰することはできない」という前述の判断基準が妥当することを「強く示唆する」としている41。

このように判決が上記の基準を適用したことには相応の根拠が存在するとはいえ,この 基準の妥当性についてはなお次の疑問が提起される。すなわち,もっぱら取材や報道の態 様のみを問題とする「真実の情報を適法に入手した」という基準は「表現内容とほとんど

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Landmark Communications, Inc. v. Virginia, 435 U.S. 829 (1978).

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Cox Broadcasting Corporation v. Cohn, 420 U.S. 469 (1975).

<sup>38</sup> Oklahoma Publishing Co. v. District Court, 430 U.S. 308 (1977).

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> 443 U.S. 102 (1979).

<sup>40 3</sup> つの先例の中でも、Oklahoma Publishing 判決においては Smith 判決と同様に犯罪少年の身元情報の報道行為を処罰する州法の合憲性が問題となったが、本文中にも指摘のとおり、前者の判決は罰則を定めた州法が「事前の抑制」に該当するとの判断の下で同法理を適用する形で結論が導出されている。脚注 33 で述べたとおり、Smith 判決においては問題となった州法が「事前の抑制」に該当するか否かの判断が回避されており、憲法上の権利としての報道の自由と犯罪少年の匿名性の保護に関わる利益との衡量が正面から行われている。この点において、両者は事案および判断構造を異にしている。

<sup>41 443</sup> U.S. 103 (1979).

何の関係も持たない」<sup>42</sup>。そのため、犯罪少年の身元に関する情報の報道の適法性は、それが果たしてどれほどの報道価値(公共性)を有しているのか、あるいはこれによって生じうる反対利益の侵害の程度や許容性はどうかといった、個別の事案に含まれる具体的な事情を度外視する形で判断されてしまうことになる。このような基準に基づく判断は、報道の自由の拡大には資すると思われる一方で<sup>43</sup>、事案の具体的状況によっては、それを公表することにほとんど何の公共的価値も認められない情報の報道のために、少年司法制度が追求する重要な公共的価値や少年の利益が徒に犠牲にされてしまうといった、極めて不合理な事態を招く危険性を不可避的に孕むことになろう。

#### 4 Smith 判決後の匿名性保護の状況

以上に検討した Smith 判決に象徴されるように、かつては少年裁判所の創設理念とともに確立した匿名性の保護の理念や制度も相対化が進行している。具体的には、州によって秘匿性の保護の程度やそれを統制する裁量ないし権限の所在を異にする 4 つのアプローチが存在する44。

個別に列挙すると,

- ①制定法が定める基準の下で少年裁判所判事に少年記録を開示する裁量を認める例
- ②少年裁判所が学校当局に少年記録を開示することを認める例
- ③少年が特定の重罪について非行事実を認定する裁決を受けた場合に少年記録の開 示を認める例
- ④少年裁判所へのほぼ完全なアクセス(公開審理)と少年記録の全面開示を認める 例

が挙げられる。

各々のアプローチごとの差異は小さくないものの、総じてみれば、少年の匿名性保護に

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> James M. Hilmert, *The Supreme Court Takes on the First Amendment Privacy Conflict and Stumbles:* Bartnicki v. Vopper, *the Wiretapping Act, and the Notion of Unlawfully Obtained Information*, 77 IND. L.J. 639, 640 (2002).

<sup>43</sup> たとえばSmith 判決の直後に下された People v. Denver Publishing Co., 597 P.2d 1038 (Colo. 1979)は、Smith 判決と同種の事案において、同判決が述べた「真実かつ適法に入手された情報の報道を禁止または抑制する制定法や判決が違憲審査基準を充足することはほとんどない」との解釈を踏襲しつつ、同判決に追従する結論を下した。

 $<sup>^{44}\,</sup>$  See, Blum, supra note 19, at 377-380.

一定のコミットを示しつつも、犯罪の性質に応じて情報開示の方向へと妥協する傾向にあるといえよう<sup>45</sup>。

#### 5 匿名性の保護をめぐる理論的問題

以上に概観した米国少年司法における犯罪少年の匿名性の保護をめぐる歴史と現状を踏まえつつ、これらに含まれる理論的な問題を個別に検討する。

#### (1) 匿名性の利益の法的性質—客観的利益説と人権説

先に見たように、Smith 判決は報道の自由に対する対抗利益を「州少年裁判所システムにおける社会復帰という目的を促進」することに関する州利益に見出している。このような解釈(以下「客観的利益説」という。)は、匿名性の保護の根拠を少年固有の利益に帰結させるのではなく、むしろ少年裁判所の所掌事務としての犯罪少年の更生・社会復帰の円滑な遂行という客観的な利益に求める点において、犯罪少年の更生や社会復帰が彼(彼女)のみならず地域共同体の利益に適うとする少年裁判所の創設理念と整合的なものではある。

これに対して、Smith 判決においては採用されなかった考え方ではあるものの、報道の 自由への対抗利益を少年個人の人権一有力な候補としてはプライバシー権一によって構成 することも理論的には可能である。しかしながら、以下に指摘するような米国の判例の傾 向等を踏まえる限り、この種の立論(以下「人権説」という。)は実践的には困難な状況に ある。

人権説の展開を妨げる障害の1つは、プライバシー権それ自体は憲法上の人権として確立した概念であるにもかかわらず46、子どもがその保護を享受しうる場面が限定されていることである47。すなわち、子どものプライバシー権という文脈の下で主張されてきた権利のうち、従来の連邦最高裁判決において子どもの人権としての承認を得られたのは「避妊の

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> See, Leila R. Siddiky, Keep the Court Room Doors Closed so the Doors of Opportunity Can Remain Open An Argument for Maintaining Privacy in the Juvenile Justice System, 55 HOWARD L.J. 205, 228 (2011).

<sup>46</sup> プライバシー権は、はじめに私人間における不法行為法上の権利として確立した後、Griswold 判決 (Griswold v. Connecticut., 381 U.S. 479 (1965)) において憲法上の権利としての地位を獲得した。
47 See, Siddiky, supra note 45, at 224.

自由<sup>48</sup>」や「中絶手術を受ける権利<sup>49</sup>」といった特定の問題領域—生殖行為—に関わる権利に とどまるなど、子どものプライバシー権の保護範囲は大人のそれと比較して極めて限定的 なものとなっている。このような判例の状況を前提とする限り、少年裁判所の審判にかか る少年が「匿名性の保護を求める利益」は、憲法上の人権としてのプライバシー権の保護 範囲外に置かれることになる<sup>50</sup>。

これに加えて、少年裁判所の手続において少年のプライバシー権を観念することの現実的な可能性が問題となる。先述のとおり、Smith 判決の前後を通じて少年裁判所の審判記録にかかる情報を外部に開示するための仕組みの法制化の動きが生じていたが、次項で改めて採り上げる Gault 判決51によれば、「裁判記録の開示がほとんどの管轄区において判事の自由裁量に委ねられている」現状に鑑みるならば、少年裁判所における少年の秘密の保護は「事実(reality)というよりレトリック」であるに過ぎない52。こうした少年裁判所の運用のありようを踏まえるならば、匿名性の保護の利益を基礎づける手立てとしてプライバシー権を観念することは、子どものプライバシー権の解釈をめぐる理論的な困難を伴うばかりか、犯罪少年の置かれた現実の状況からの乖離をも免れ得ないことになる53。

#### (2) 匿名性の利益とデュー・プロセス保障との衝突

米国少年司法における少年の匿名性の保護は、報道の自由のみならず、これと全く異なる方向からも浸食されつつある。

その契機は、連邦最高裁が、Smith 判決に先立つ 2 つの連邦最高裁判決—Kent 判決54および Gault 判決—を通じて、少年裁判所に対し、成人の刑事裁判と同様のデュー・プロセス保障を同裁判所の手続にも及ぼすことを要求したことに由来する。

元来、犯罪少年に対する応報的な制裁ではなく、その更生と社会復帰を追求する少年裁

16

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> See, Carey v. Population Servs. Int'l, 431 U.S. 678 (1977).

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> See, Bellotti v. Baird, 443 U.S. 622 (1979).

<sup>50</sup> 現在までのところ,連邦最高裁は子どもが情報プライバシー権(the right to informational privacy)をもつか否かについての判断を行っていない(*See*, Siddiky *supra* note 45, at 224.)。しかしながら,後述の Gault 判決に現れた判例の態度を踏まえるならば,将来においても「匿名性の保護を求める利益」がプライバシー権としての承認を得られる可能性は極めて低いと言えるだろう。

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> In re Gault, 387 U.S. 1 (1967).

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> *Id.* at 24. 具体的には、少年裁判所の手続に付された少年の秘密の保護に関する「制定法の制約事項はほとんどの場合において裁判記録のみにしか適用されず、それについてさえ、多くの裁判所が FBI や軍部に対して日常的に情報を提供していることが明らかである」と指摘されている。

<sup>58 「</sup>レトリック」に過ぎない匿名性保護の運用の根拠をプライバシー権に求めることは、子どものプライバシー権の内実の更なる希薄化に繋がりうるだろう。

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Kent v. United States, 383 U.S. 541 (1966).

判所においては、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して、手続に付され る少年のデュー・プロセスへの権利を制約することが正当化されていた55。しかしながら、 少年裁判所のこのような理念にもかかわらず、その現実の運用には「『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と されており56、連邦最高裁は少年裁判所のこのような状況を踏まえつつ、裁判所の裁量権よ りも少年に対するデュー・プロセス保障を優先すべきとの結論に至っている。

これらの判決の出現により、匿名性の保護を含む少年裁判所の権限の行使は、これとデュー・プロセス条項との衝突が生じる場面において後退を迫られることになる。すなわち、パレンス・パトリエ思想に基づく匿名性の保護の実践は、「デュー・プロセスの保障と整合する限りにおいて維持される」に過ぎないものへと「弱体化」されたのである<sup>57</sup>。犯罪少年の匿名性の保護と刑事被告人の証人対面権の行使との衝突が問題となった事案において、後者の保障を優先すべきとの判断を下した先述の Davis 判決は、その好例である。

#### (3) 少年司法の指導理念の変遷と情報開示

以上に見たように、犯罪少年の匿名性の利益を憲法上の人権であるプライバシー権によって基礎づけることには理論上の問題とともに現実的な困難が存在するため、これを少年裁判所の所掌事務としての犯罪少年の更生・社会復帰の円滑な遂行という客観的な利益に帰着させる理解が支配的となる一方で、この利益の実現に向けたパレンス・パトリエ思想に基礎を置く少年裁判所の権限の発動は、連邦最高裁の下した判断を通じて、デュー・プロセス条項の適用に対する譲歩を余儀なくされる状況にある。

少年裁判所の裁量に対する信頼が社会のみならず司法内部からも損なわれていく一方で、 少年に対して裁判所の手続を統制するための憲法上の権利の保障を拡大することは、当局 が少年の「親」として振る舞うことをますます困難にすることを意味する。「今日、犯罪少 年の親となり彼の振る舞いを矯正するという少年裁判所のシステムは、少年のためのより

17

 $<sup>^{55}</sup>$  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  $4\cdot 5$  号 (2008) 121 頁を参照。

<sup>56</sup> 森田明・前掲脚注 17・84-86 頁を参照。

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Blum, *supra* note 19, at 373.

強大な憲法上の権利によって圧倒されている」<sup>58</sup>。この事実は、米国少年司法における指導理念が、従来のパレンス・パトリエ思想からデュー・プロセスという憲法上の要請へと変遷しつつあることを示唆するものといえよう<sup>59</sup>。

この指導理念の変遷は、さらに公衆の「知る権利」論と結びつくことで犯罪少年の身元情報の公開要求を促すことになる。具体的には、少年裁判所の裁量権を抑制しつつ自由な報道や裁判所へのアクセスを通じて少年の身元情報を含む審判手続を開示させ、これを公衆の監視の下に置くことが、犯罪に脅かされた地域共同体にその不安の解消をもたらすとともに、少年裁判所における手続の適正さを高めることで犯罪少年に対しても公正さという恩恵をもたらす、との考え方が主張されている®。

#### 6 小括

以上に見たとおり、米国における犯罪少年の匿名性の保護は同国少年司法の屋台骨にあたる少年裁判所の創設理念—パレンス・パトリエ思想—に由来するものであり、本来的に政策的なものであると言える。そして、罪を犯した人間に刑罰を科すのではなく、あえて更生や社会復帰という「救済」を与えるこの理念を支えていたのは、それが当該少年のみならず地域共同体の最善の利益—客観的利益—に適うという想定であり、その意味において、Smith 判決が匿名性の利益を少年個人の人権によって構成する見解61を採用しなかったことには相応の理由がある。

これに対して、同利益を犯罪少年の人権(プライバシー権)によって構成することも理論的には不可能ではないが、子どものプライバシー権を極めて限定的に解釈する判例の傾向を前提とする限り報道の自由への対抗利益としての力は小さく、実践的な意義は乏しいと言わざるを得ない。このことも含め、Gault 判決以降の米国少年司法における人権保障の現状は、ほぼデュー・プロセス保障の問題に収斂していると言いうる状況にある。

\_

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Siddiky, *supra* note 45, at 210.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> See, DEAN J. CHAMPION, JUVENILE JUSTICE SYSTEM: THE DELINQUENCY, PROCESSING, AND THE LAW 7TH ED. (Prentice Hall, 2011) at 54-56.

 $<sup>^{60}</sup>$  See, e.g., Paul R. Kfoury, Confidentiality and the Juvenile Offender, 17 New Eng. J. on Crim. & Civ. Confinement 55, 57 (1991).

<sup>61</sup> なお、Smith 判決の事案で問題となったのは新聞報道を禁止し違反行為に刑事罰を予定する州法の合憲性であり、報道行為によって実名を報じられた少年自身は、訴訟当事者として自らの人権侵害を主張立証すべき立場にはない。したがって、仮に当該州法の立法趣旨に少年の人権保障を含めるとしても、それは州による当該人権に対する保護義務という形をとることになる。

## 第3節 英国の議論状況

以上の米国の議論とは対照的に、英国では推知報道を規制する根拠を少年の人権保障に 求める理解が有力である。ここでは、その理念を具体化する同国の法制を概観するととも に、推知報道に関わる判例を手掛かりとしてその限界を考察する。

#### 1 規制の概要

後述のように、英国における推知報道規制は、対象事件の性質(事物管轄)により取り扱いの違いが存在するものの、制定法にこれを禁止するための根拠規定を置くばかりでなく、刑事罰の制裁によってその実効性の担保を図る点にその特徴が認められる。以下、1933年英国子ども及び少年法(the Children and Young Persons Act 1933)における推知報道規制の根拠となる規定を、事物管轄に基づく区分に従って概観していく。

まず、原則的形態である、子ども及び少年(10歳以上 18歳未満の者を指す。この内、10歳以上 14歳未満の者が「子ども(child)」、14歳以上 18歳未満の者が「少年(young person)」とされる。以下両者を合わせて「少年等」という。)の刑事事件が青少年裁判所(the youth court)に係属する場合一同裁判所からの控訴事件及び治安判事裁判所(magistrate's court)における一定の関連審理を含む一については、同法 49条に基づき、「手続に関係するあらゆる子ども若しくは少年の氏名、住所若しくは学校を明らかにする報告又は手続に関係するあらゆる子ども若しくは少年の身元の特定に繋がるおそれのあるあらゆる事項を含む報告」(同条 1項(a))および「手続に関係するあらゆる子ども若しくは少年の写真若しくはこれらを含む写真」(同項(b))の出版(publishing)や番組配給(programme service)を通じた公表が当然に禁止される。一定の要件の充足が認定される場合、裁判所は「有罪の宣告を受けた子ども若しくは少年」に関して同条の要求(禁止)を解除する命令(以下「規制解除命令」という。)を発令することが可能であるが(同条 5項等)、同命令が未発令の状況で同条に違反して推知情報の公表を行った者に対しては、略式手続による有罪の決定により 5000 ポンド以下の罰金刑が科される(同条 9 項)。

他方、事件が青少年裁判所ではなく他の裁判所に係属する場合<sup>62</sup>には、これらの推知情報の報道は自由であるのが原則となる一方、裁判所の裁量により、これらの情報の新聞報道を禁じる司法命令(以下「報道禁止命令」という。)が発令されうる(同法 39 条 1 項)。この司法命令に対する違反行為については、49 条違反の場合と同じく、略式手続による有罪の決定により5000 ポンド以下の罰金刑が科されることになる(同法 39 条 2 項)。

なお、49条および39条の命令に基づく報道規制の効力が存続する期間を定める明文の規定はないが、近時の判例<sup>63</sup>によれば、これらの規制の効力は手続に関係する子ども又は少年が成年(18歳)に達するまでの間継続し、同年に達すると同時に失効するものと解されている。

#### 2 規制の特徴—日本の少年法との比較

次に、以上の英国法の推知報道規制には日本の少年法と比較してどのような特徴が含まれているのかをいくつかの要素ごとに分析・検討する。

第1に、日本の少年司法においては、推知報道を禁じる少年法 61条の規定が一その文面からも明らかなとおり一事件の性質や手続の帰趨にかかわらず64すべての少年事件に対して一律的に適用されるのに対し、英国の法制においては、推知報道の可否を巡る原則と例外の関係が事物管轄に応じて変動しうるものとなっている。いずれの場合においても、例外則を適用するためには原則を覆しうるだけの特段の事情の存在が要求されると解されている65。

<sup>62</sup> 被疑事実が謀殺罪等の一定の重大犯罪に及ぶ場合または成人とともに共同被告人として起訴された場合, 事件は青少年裁判所ではなく刑事法院(Crown Court)または治安判事裁判所(magistrate's court)に係 属し、成人と同様の手続で裁判が実施される。1933年青少年法39条において青少年の被告人に関する推 知報道が原則として自由とされるのは、成人と同様の手続が及ぶことによる当然の帰結として説明される。 一般に報道の自由と法廷の公開原則が妥当する法制度全体の見地からすれば、むしろ被告人が少年等であ ることを理由に推知情報の報道を禁じる同法49条こそが例外的な存在であることに注意しなければなら ない。しかし、少年等の匿名性の保護の帰趨がこうした手続の人為的な区分によって左右されることにつ

いては、とりわけ人権論の観点から問題を生じよう(この点については本節 5 を参照)。 <sup>63</sup> See, R v CCC ex p W, B and C [2001] 1 Cr. App R (2); see also, T v DPP and North East Press [2003] EWHC 2408 Admin.

<sup>64</sup> 事件が家庭裁判所の決定により検察官に送致(逆送)された場合,事件が少年の刑事事件として起訴され,通常の刑事裁判手続によって扱われることにより,非公開での審理運営(少年法 22条)が認められず公開法廷での審理を余儀なくされるなど少年の匿名性は一定の譲歩を強いられるものの,このような場合においても,少年法 61条の規定は刑事訴訟に関する特別法としてなお一般規定に優先して適用されうる(丸山雅夫・前掲脚注 15・339頁を参照)。

<sup>&</sup>lt;sup>65</sup> See, CPS, "Reporting Restrictions - Children and Young People as Victims, Witness and defendants," The Crown Prosecution Service, http://www.cps.gov.uk/legal/p\_to\_r/reporting\_restrictions (accessed Sept. 15, 2015). 例外則を適用するための具体的な要件は後に検討する。

第2に、日本の少年法61条において報道から保護されるべき対象は「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」とされるところ<sup>66</sup>、英国法においては、これらの被疑者・被告人等のみならず手続に関わるすべての子ども及び少年が保護の対象とされている<sup>67</sup>。

最後に、日本の少年法 61 条には同条違反の行為に対する罰則の定めが無いが<sup>68</sup>, 英国法においては、既述のとおり推知報道を禁止する法規や命令への違反に対して比較的高額の罰金刑<sup>69</sup>の制裁が法定されている。いうまでもなく、報道の自由は英国においても市民的自由の1つに数え上げられる重要な権利であり<sup>70</sup>, 刑罰によって報道の抑止を図ることは同国においても異例的である。

これらのうち、第 1 の点は日本法に比べ推知報道の規制を弱める契機となりうることは否定し得ないが、後述のとおり、事物管轄の関係により 1933 年子ども及び少年法 49 条 1 項の適用が不可能な事案においても、裁判所は同法 39 条 1 項に基づく報道禁止命令の発令を常態的に行っており、英国でも事実上ほぼすべての少年事件において推知報道が禁止される状況にある。保護対象の拡大とともに刑罰の制裁によって実効性の担保が図られている点も考慮すれば、推知報道規制を巡る同国の法制には、報道の自由よりも少年等の保護を重視する傾向が一日本の法制と比較して一より一層強く認められるといえよう。

#### 3 規制の背景

では、以上のような特徴をもつ英国の法制はどのような論拠に裏付けられているのか。

\_

<sup>66</sup> もっとも、同条の文言にかかわらず、同条は矯正施設に収容された少年に準用されている外、捜査段階においても少年の同一性情報の不開示を内容とする運用が確立されている(丸山雅夫・前掲脚注 15・50-51 頁を参照)。

<sup>67</sup> 具体的には,18 歳未満の犯罪被害者と証人が含まれる。See, Di Hart, "What's in a name? - The identification of children in trouble with the law," Standing Committee for Youth Justice, http://scyj.org.uk/wp-content/uploads/2014/05/Whats-in-a-Name-FINAL-WEB\_VERSION\_V3.pdf (accessed Sept. 15, 2015) at 8.

<sup>68</sup> 旧少年法 74 は少年事件に関する事項の出版物への掲載を禁じた上で、違反行為に対して1年以下の懲役または千円以下の罰金による処罰を定めていたが、現行少年法 61 条は保護対象となる情報を少年事件に関する事項一般から少年の同一性推知情報に縮減しつつ、更に罰則規定を除外したものである。

 $<sup>^{69}</sup>$  1993 年青少年法 49 条 9 項および同法 39 条 2 項に規定される罰金の法定刑(5000 ポンド以下)は,1991 年刑事司法法(Criminal Justice Act 1991)17 条 1 項が定める罰金基準表(standard scale of fines)の中でも最高度の水準(level 5)に該当するものである。

<sup>70</sup> 成文憲法をもたない同国では、1998年人権法(Human Rights Act 1998) 10条が表現の自由の実定法上の根拠となる。なお、同法はヨーロッパ人権条約の国内法化を目的として制定されたものである。

同国における推知報道規制の背景を確認しておく71。

第 1 に挙げられるのは、罪を犯した少年等の更生と地域共同体への再統合という少年司法制度の目的である。これらの目的を遂行するためには、彼(彼女)らに対する「犯罪者」という否定的な社会的烙印(ラベリング)の回避が求められるところ、それを達成するための前提として推知報道の規制が要請されるという論理である72。

また、後に詳述(第4章第2節4)する福祉原理も、判例や学説により、しばしば推知報道規制の根拠の1として指摘される。その背後には、上記の少年司法の目的の達成は特別予防や社会不安の解消といった社会防衛上の政策的な利益ばかりでなく、少年等自身の利益の実現にも結び付くものであるとの理解が存在している。

しかしながら,以上の2つの事柄は日本を含め推知報道に対して何らかの規制を行う国々に対しても当てはまりうるものであり,英国に固有の論拠とは言い難い。

同国の議論の特徴は、推知報道規制の要請を、更生や社会復帰といった少年司法に内在する理念ばかりでなく、国際人権という外在的な原理によって基礎づける点に認められよう。1933年子ども及び少年法の制定の後、同国では、国連子ども人権条約3条が定める子どもの最善の利益原則を基底に置きつつ、同条約16条、ヨーロッパ人権条約8条および少年司法運営に関する国連最低基準規則(北京ルールズ)8条に規定されるプライバシー権とりわけ刑事手続に付された子どものプライバシー権一を推知報道規制の重要な根拠の1つとして位置づける理解が広がりを見せており、今日においては学説・判例の双方を通じて広く受け入れられた考え方となっている73。上述のように、同国が市民的自由を基礎とする報道の委縮を招くリスクを抱え込みながらも刑罰の制裁を伴う厳格な規制を今日まで維持してきたことの背後には、これらの国際人権そのものがもつ重要性に加えて、その保障に向けた国家の積極的保護義務に対する同国の強いコミットメントの存在を読み取ることができる。

<sup>71</sup> 以下, See, SCYJ, "SCYJ briefing: Anonymity for children in court and the Criminal Justice and Courts Bill - Amendments 122A & 139," Standing Committee for Youth Justice,

http://scyj.org.uk/wp-content/uploads/2014/10/Anonymity-amendments-122A-139-Criminal-Justice-an d-Courts-Bill-Report-Stage-1.pdf (accessed Sept. 15, 2015); see also, CPS, supra note 65.

<sup>72</sup> ラベリングの回避を推知報道規制の「もっとも有力な論拠」と位置づける文献として、W.E.カベナー[栗原洋子訳]『イギリス少年裁判所―児童と法律』(日本評論社,1993) 149-151 頁。

 $<sup>^{73}</sup>$  脚注 70 で触れたとおり、これらの条約等のうちとくにヨーロッパ人権条約は 1998 年人権法として国内法化されており、同条約上の人権保障条項は直接的には同法によって執行される形をとる。

#### 4 判例による判断基準形成

1933 年子ども及び少年法における推知報道規制が以上のような性格をもつものであることを踏まえつつ,次により具体的な問題として,同法 49 条に基づく規制解除命令または同法 39 条に基づく報道禁止命令を発令する上で裁判所が認定すべき要件の検討を行う。立法上,推知報道が禁止され,もしくは自由な報道が認められているにもかかわらず,これらの原則からの逸脱が敢えて要求される根拠とそのための条件を吟味することで,この法制が具体的にどのような利益の保護に寄与し,あるいはいかなる限界を内包しているのかを明らかにするための手掛かりを得ることが,ここでの検討の趣旨である。

はじめに、同法 49 条に基づく規制解除命令の要件を検討する。同条は、裁判所が同命令 を発令することのできる場合を次の3つの場面に類型化している。

- ①子ども及び少年に対する不正義を回避するために規制を解除することが適切な場合 (同条5項(a))
- ②暴力,性的暴行若しくは 21 歳以上の者による犯行であれば 14 年以上の禁固刑に処しうる罪で告発又は有罪判決を受け,不法に逃亡している被告人の身体を拘束するために規制を放棄することが求められる場合(同条 11 項等)
- ③有罪判決を受けた子ども又は少年との関係において、ある特定の程度まで規制を解除することが公共の利益に適うと認められる場合(同条 4A 項)

ここで①類型の要件である「不正義の回避」の意義が問題となるが、少年等の匿名性を 保護することが却って少年等に不利益をもたらすというような不合理な事態が、ここでの 「不正義 (injustice)」の意味であるとされる74。しかし、この①類型および②類型が実際 に規制解除命令の根拠として用いられることはほとんどなく75、実務において重要な意味を もつのは事実上③類型に限られる。

では、③類型における「公共の利益」の内実とはいかなるものか。手続上の要件は別として76、同条は③類型に基づく規制解除命令の実体的な要件の意義を明らかにせず、その解釈を司法部に委ねるところ、この③類型の解釈・適用に関わる「基礎的原理」77を明らかに

<sup>74</sup> 具体的には、犯罪の嫌疑を受け刑事訴追された青少年が無罪判決を獲得したにもかかわらず、同条に基づく規制により、その事実の報道を通じて彼(彼女)の名誉の回復を図ることが阻害される場合等が考えられる。*See*, Hart, *supra* note 67, at 14.

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> See, id.

<sup>76</sup> 同項(a)-(e)および同条 4B 項を参照。

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> CPS, supra note 65.

するのが、次に掲げる2つの近時の判例である。

第1に、同条1項の本則(報道規制による少年等の匿名性の保護)から見た規制解除命令の位置づけを確認しつつ、同命令の根拠となる「公共の利益」に関する解釈の限界を判示するのが McKerry v Teesdale and Wear Justices 判決である。同判決は、はじめに、規制解除命令が少年等のプライバシーへの権利と緊張関係に立つ「司法は十分かつ公平な報道に対して開かれた状態で公然と運営されるという神聖な原理」に由来するものであることを踏まえつつ、少年等の「匿名性を排する権能は甚大な配慮と注意、そして慎重さと共に行使されなければならない」と述べてが、両者の衡量における後者の重み(weight)を強調する。同判決によれば、そもそも「報道規制の解除が公共の利益に適う」という同項の要件が充足されうるケースは「非常に稀」であり、規制解除命令を発令する裁判官は「規制を解除することがなぜ公共の利益に適うのかを明確に意識しておかなければならない」が。その上で同判決は、「裁判所が付加的な処罰として子ども及び少年の匿名性に対する一応の(prima facie)権利を排除することは完全な誤り」であり、この裁判所の権能を「名指しで辱める(naming and shaming)」ための手立てとして捉える余地もないと判示してが、同条4A項の適用範囲を限定する。

同判決を踏まえつつ、規制解除命令の根拠となりうる「公共の利益」の内実とともに、これを評価するための具体的な判断基準を明らかにするのが Damien Pearl v Kings Lynn Justices 判決82である。同判決は、著しく危険な自動車の運転行為により胎児を含む複数の死傷者をもたらした17歳の青年につき同項の適用を肯定して規制解除命令を発令するに当たり、これを正当化するための「公共の利益」の内実が「公衆の保護(protection of the public)」83にあるとの判断を示した上で、その評価の過程を通じて、行為の悪質性、犯罪結果の重大性、当該子ども又は少年の前科・前歴の有無および遵法意識に対する評価(司法命令の遵守状況)が重要な考慮要素となることを明らかにしている。

これらの判例解釈によれば、1933 年子ども及び少年法 49 条に基づく規制解除命令は、報道の自由という高度に重要な市民的自由の回復に関わる制度でありながら、その発令が許容されるのは一同条 5 項(a)の場合を別として一それが住民の安全確保を図る上で必要不

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> [2001] EMLR 127.

<sup>79</sup> Id. at [78]. 段落番号は Lexis.com Japn (http://www.lexisnexis.com/jp) 掲載の判決文による。

<sup>&</sup>lt;sup>80</sup> *Id*.

<sup>81</sup> *Id* 

<sup>82 [2005]</sup> EWHC 3410 (Admin).

<sup>83</sup> Id. at [18]. 段落は BAILII (http://www.bailii.org) 掲載の判決文による。

可欠といえるような例外的な場合に限られる。同法 39 条に基づく報道禁止命令と異なり、 同法 49 条に基づく推知報道規制は裁判所の命令を待たず当然に効力を生じることも踏まえ るならば、同条に基づく規制が報道の自由に対してもたらす制約は極めて甚大といえる一 方、少年等の人権(プライバシー)保障は徹底されることになる。

以上に対して、同法 39 条に基づく報道禁止命令の発令基準はどうか。同条 1 項は「これまでに裁判所の命令による許可を受けている場合を除き」という要件の外に報道禁止命令を発令するための要件を何ら規定していないため84、同条 49 条に基づく規制解除命令の場合と同様に、判例の蓄積を通じて判断基準の形成を行う裁判所の役割が重要となる。

この点、裁判所が同命令の当否を決定する際に依拠すべき一般的な原理を明らかするものとして注目されるのが、Rv Winchester CC ex p B 判決85である。

同判決によれば、上記の決定を行うに当たり、裁判所は①犯罪者の年齢および②少年等が成人の利点を享受しその負担を担う前に、犯罪者としての公的な認定を受けることによって生じる潜在的な損失(damage)に対して相応の重みを置きつつ、1933 年子ども及び少年法 44 条に基づき子どもないし少年の福祉(the welfare of the child or young person)を考慮しなければならない一方、③不名誉を伴う氏名等の公開またはこれを予期することが強力な抑止力となりうること、④裁判の公開と公衆が法廷の中での出来事―犯罪者の身元に関する情報も含めて―を可能な限り知ることには公益性が強く認められることも裁判所が考慮すべき重要な要素となる。そして、これらの 4 つの考慮要素に置かれる重みは手続のさまざまな段階において―たとえば被告人の犯罪事実が証明され、有罪判決が言い渡された後には少年等の不利益に―変化しうるものであり、したがって、とりわけ重大かつ憎悪すべき罪で有罪を宣告された人物の身元を知ることの公益性に対して裁判所がより大きな重みを置くことも妥当とされる。更に同判決によれば、被告人によって上訴が行われたという事実は―同人に有利に働く事情として―考慮すべき事項の1つとなりうる。

次に、以上の一般的原理の下で裁判所が適用すべき具体的な規範を導出するのが、前掲R (on the application of Y) v Aylesbury Crown Court, CPS, Newsquest Media Group Limited 判決(以下「R v ACC 判決」という。)である。以下、同判決の判示内容を要件レ

25

Group Limited 判決([2012] EWHC 1140 (Admin)) の各判決により承認・援用されている。

<sup>84</sup> 同項は、「これまでに裁判所の命令による許可を受けている場合を除き」、「裁判所は…いかなる新聞も… (青少年の身元を) 明らかにしてはならず (a)」、又は「新聞紙において… (手続に関わる青少年の) いかなる写真も公開されてはならない(b)」ことを「命じることができる (may direct)」と規定するにとどまる。 85 [2000] 1 Cr. App. R. 11. 以下に掲げる各原理は R(A) v St Albans Crown Court ex parte T判決([2002] EWHC 1129) および R (on the application of Y) v Aylesbury Crown Court, CPS, Newsquest Media

ヴェルの問題と効果レヴェルの問題とに大別しつつ検討を行う。

同判決が報道禁止命令の要件レヴェルの問題に関してはじめに言及するのは、その立証責任の所在である。この問題について同判決は、被告人は規制を課すための十分な理由が存在すること一その主要な要素は被告人自身の福祉(1933 年子ども及び少年法 44 条)である一を裁判所に確信させなければならないと述べて、上記の立証責任は被告人である少年等自身が負うべきものであるとしている。しかし、同判決は、同命令の当否の検討において裁判所は報道規制を支持する要素とこれを否定する要素の双方を特定し考慮しなければならないとも述べており、この後者の消極的要素については、通常、同命令の発令によって不利益を受ける「プレス側の代表者(press representative)」による主張・立証を待たざるを得ないため86、同命令の当否に対する結論は、結局のところ双方の立場の主張を基礎に行われる裁判所の総合的判断に委ねられることになる。

同判決によれば、この総合的判断の内実は刑事手続の全貌を報じることの公益性と少年等の福祉に対する害悪の回避という 2 つの要請の比較衡量である。しかし、同判決は同時に、その衡量において、裁判所は少年等の年齢および「少年等が成人の利点を享受しその負担を担う前に犯罪者としての公的な認定を受けることによって生じる潜在的な損失」に対して「より大きな重み(greater weight)」を置くべきであるとも述べており、これによれば同判決が求める総合的判断とは単純な利益衡量ではなく、いわゆる「重みづけ比較衡量」であることになる87。

他方で、同判決によれば、いかなる司法命令もヨーロッパ人権条約 10 条が定める表現の自由を制約するための条件―規制は必要かつ比例的なものでなければならず、そのための差し迫った社会的要求が存在すること―に服するため、1933 年子ども及び少年法 39 条の報道禁止命令を発令する場合においても裁判所はこの条件を満たさなければならない88。

次に,効果レヴェルに関わる判例解釈を検討する。

87 その帰結として、同判決は、裁判所が比較衡量を行った結果、報道規制を支持する要素と氏名の公表を支持する要素が均衡するならば、裁判所は報道禁止命令を発令すべきであると判示する。

<sup>86</sup> See, CPS, supra note 65.

<sup>88</sup> したがって、同判決が述べるように、同命令を求める青少年がいかに若年であろうとも、それだけで同条約10条の条件を満たすことはできず、規制の発動を正当化することはできないことになる。

判で有罪を言い渡された場合には裁判所は報道禁止命令の取消を行うことができ、またそうすることが望ましいことになる。その場合においても、少年等の福祉は考慮の対象となりうるが、同判決が述べるとおり、その際の衡量の重みは一とりわけ重大犯罪について一有罪判決が宣告された場合に変化する。すなわち裁判所には、法廷での手続の結果を報道することに含まれる公共性とともに、報道により重大犯罪の犯人であると同定されることに付随する潜在的な抑止効果の存在に重みを置いた衡量を行うことが求められることになる。

#### 5 問題の所在

以上の判例解釈を前提に、英国の推知報道規制にどのような問題が含まれているのかを 検討する。

既述のとおり、1933 年子ども及び少年法 49 条においては、青少年裁判所に係属する刑事事件の手続に関わる少年等の推知情報の報道が原則として禁じられる一方、その例外となる規制解除命令が発令されうるのは極めて特殊な場面に限られており、報道の自由に対する大きな制約と引き換えに少年等の人権保障が徹底される、という状況にある。

これに対して、同法 39 条に基づく報道禁止命令はどうか。上述のように、同命令の当否を巡る利益衡量においては少年等の福祉に「より大きな重み」が置かれるとはいえ、その発令を求める少年等は、推知報道に規制を課すための十分な理由が存在すること―規制によって自らの福祉を保護する必要性が推知報道の公共性を上回ること―についての確信を裁判所に得させなければならず、少年等が同命令の保護を受けるのは例外的な事態であるようにも思われる。

しかし、現実の実務の運用はそのような状況にはない。それは、同条に基づく報道禁止命令が子ども又は少年という「脆弱な被告人」に対する公平な裁判の保障という側面を備えていることに由来する。同条は、訴追の根拠とされる罪状が一定の重大事犯に及ぶこと等により、事件が通常の青少年裁判所ではなく、成人と同様の手続が及ぶ通常の裁判所(刑事法院または治安判事裁判所)に係属する場合に適用されるべき条項である。このため、当該事件を担当する裁判官は「彼(彼女)らの理解と審理への完全な参加を支援するためにできる限りのあらゆる措置」を講じなければならない。その1つが報道禁止命令であり、

同命令は一般公衆の傍聴の制限(同法 37条)とともに,裁判所の審理において,被告人供述をはじめとする訴訟行為の遂行を阻害する心理的な要因を排することで,少年等が自らの防御権を十分に行使する機会を確保するための重要な手段として位置づけられている89。これにより,同法 39条1項を巡る利益衡量においては特段の事情が認められない限り報道の公共性よりも少年等の福祉が優越することになり,その結果,同項に基づく報道禁止命令は,いわば刑事手続の冒頭における「決まりごととして(routinely)」90,ほぼ例外なく発令される状況にある。

ところが、報道禁止命令に対する以上のような取り扱いは少年等に対する有罪判決の宣告後に一変する。なぜなら、同命令の基礎となる少年等の福祉の内実が「公平な裁判」の保障に対する要請に求められる限り、この要請は判決を境に後退せざるを得ないためである。これにより、少年等に有罪判決が下された後は、彼(彼女)らの匿名性を保護すべき理由は失われることになるとして、ほとんどの事案において同命令は解除されることになる<sup>91</sup>。

問題は、以上のような運用により、同法 49 条と同法 39 条の間において、少年等の匿名性保護のありように大きな差異が生じることにある。既述のとおり、前者が適用される事案においては、ごく一部の例外的な場合を除き、同条に基づく報道規制の効力は当該子どもないし少年が成年(満 18 歳)に達するまで継続するのに対して、後者が適用される事案における同様の規制は当該少年等に対する有罪判決の言い渡しとともに失効する。事件の性質(事物管轄)を契機とするこのような規制の非一貫性は、果たして正当化可能なものであろうか。

これについては、前者の規制はあくまで青少年裁判所という特殊な領域のみに当てはまる例外的なルールである一方、通常の刑事手続の適用を前提とする後者の規制は、法廷の公開と自由な報道が原則であるところに少年等の特性一脆弱な被告人一に応じた特別の配慮を及ぼすものに過ぎず、両者の間には何らの矛盾も存在しないとの説明も可能であるかもしれない。しかし、こうした立法による手続の人為的な区分をア・プリオリな前提とする形式論のみでは、前者の規制の下では保護されるはずの少年等の匿名性が後者の適用場面ではなぜ剥奪されうるのか、という疑問に答えることはできない。匿名性の保護が単なる政策上の恩恵にとどまらず、立法の統制を企図する人権論にも基礎を置くものであるな

<sup>89</sup> See, CPS, supra note 65.

<sup>90</sup> Hart, supra note 67, at 15.

<sup>91</sup> See, id. 通常, 命令の解除はメディア側の申立を契機として行われることになる。

らば、同様の保護は手続の性質にかかわらず一貫して及ぶべきであろう。

では、どのように考えるべきか。この問題に対する筆者のさしあたりの応答は、匿名性 の保護において両者の間に生じる非一貫性は、規制を支える少年等の人権の射程と限界に 由来するというものである。

先に見たように、英国における推知報道規制は、少年等の更生と地域共同体への再統合という少年司法の目的とこれを少年等の利益の視点から捉える福祉原理、そしてプライバシー権を中心とする国際人権論という 3 つの原理によって支えられているとされる。ここで 1933 年子ども及び少年法 49 条の適用場面を考えると、管轄裁判所となる青少年裁判所はまさに少年等の更生と共同体への再統合の実現をその使命とする機関であるために、そこでは第 1 に少年司法の目的と福祉原理が直接的に当てはまるとともに、第 2 にプライバシー権の観念が人権のもつ立法・行政への統制力によりこれらの実効性を担保するという形で、推知報道規制を支持する上記の 3 つの原理がそのまま妥当することになる。同条に基づく強力な報道規制の効力は、これらのすべてを後ろ盾とすることではじめて成り立つものといえよう。

これに対して、同法 39 条の場合はどうか。同法 49 条の場合と異なり、そこで事件を管轄するのは青少年裁判所ではなく通常の刑事裁判所である。したがって、同法 39 条の適用場面においては一犯罪事実の認定を前提とすれば一成人の刑事事件と同様に応報(retribution) および犯罪予防 (deterrence) (特別予防・一般予防) が手続の主要な目的となり。22、事件が青少年裁判所に係属する場合に比べて少年等の更生や再統合などの少年司法の使命となる目的は一なお存続しつつも一福祉原理とともに後退を免れないことになる。その一方で、 R v Winchester CC ex p B 判決および R v ACC 判決により言及された推知報道一とりわけ実名報道一に伴う抑止力が導く一般予防効果と、報道を通じた被告人の同定と身元情報の公開がもたらす「危険な犯罪者からの公衆の保護」。33というそれ自体重要な公共的価値を後ろ盾に台頭することになるのが、メディアの報道の自由である。同条を巡る利益衡量においては、このようにして報道の自由とそれに伴う公共性が大きな比重を獲得する一方、これに対抗する原理の側においては、少年司法の目的や福祉原理に与えられる重みが縮小する中で重要性を相対的に高める子どもないし少年の人権が、報道の自由と

<sup>&</sup>lt;sup>92</sup> See, e.g., ALAN NORRIE, CRIME, REASON AND HISTORY: A CRITICAL INTRODUCTION TO CRIMINAL LAW 3RD ED. (Cambridge Univ. Pre., 2014). なお, S.W.スチュアート[大谷實・熊谷烝佑訳]『現代イギリス刑法―その基本原理と改革の動向』(成文堂,1974)35 頁以下も参照。

<sup>93</sup> Hart, supra note 67, at 19.

の対立の矢面に立つことになる。

そこで浮かび上がるのが、少年等の人権の報道の自由に対する対抗力の限界という問題である。既述のとおり、少年等の人権の中でもここで中心となるのはヨーロッパ人権条約(1998年人権法)8条や北京ルールズ8条等に規定されるプライバシー権―とりわけ刑事手続に付された子どものプライバシー権―であるが、同条約(同法)10条2項の規定内容からも明らかなように、このプライバシー権が少年等の刑事手続の中でいかに重要な価値をもつものであれ、その保障が他人の報道活動と衝突する場合には、他の国際人権と同様に報道の自由との衡量に服することになる。

では、両者の衡量はどのような基準の下で行われるべきか。この問題を考える上で注目されるのが、Venables and another v News Group Newspapers Ltd and others 判決94(以下「Venables 判決」という。)である。同判決の事案は、2人の「子ども」(当時 10歳)により幼児(当時 2歳)が誘拐された上、残虐な方法で殺害された事件(いわゆるジェームズ・バルガー事件)の犯人らが、同事件に関する有罪判決およびこれに基づく 8年間の最低服役期間(tariff)95を経て釈放されるのを機に、3つの主要な報道機関を被告として、①収監期間の間に生じた容貌の変化、②釈放の際に与えられる新たな身分、③居住地および④収監時代に関するすべての特定情報に関する報道の差止(injunction)を求めたというものである。ここで重要なことは、本件の背景をなすジェームズ・バルガー事件は確かに原告らが「子ども」の時に引き起こした事件であるものの、本件の申立は彼らが既に成年(18歳)に達した後に行われたものであるために、彼らは通常の少年事件と異なり、1933年子ども及び少年法の規定以外の根拠一人権論一に基づいて差止請求を正当化するための立論を構成しなければならなかったという点である96。このため本判決は、まさに報道の自由と犯罪事実の秘匿の利益を基礎づける人権との衡量の問題について裁判所がいかなる基準を

-

<sup>&</sup>lt;sup>94</sup> [2001] 1 All ER 908.

<sup>95</sup> 同事件の被告人らの最低服役期間については、モーランド判事の判断において8年と定められた同期間が、犯人らを激しく憎悪する世論の圧力を背景に、テイラー大法官により10年、さらに内務大臣の決定によって15年間と伸長された後、国務大臣という行政機関による最低服役期間の変更を非難するとともに、同事件の手続における「公正な裁判を受ける権利」の保障(ヨーロッパ人権条約6条1項)の欠缺を指摘するヨーロッパ人権裁判所の判断を受けて、ウルフ大法官がこれを再び8年間に短縮したという経緯が存在する。なお、本件は事案の重大性ゆえに青少年裁判所ではなく刑事法院に係属した上で、成人と同様の手続の下で審理が遂行された。

<sup>96</sup> なお,本件の申立に至るまでの推知報道規制の状況については,事件が刑事法院に係属した当初に 1933 年青少年法 39 条に基づき報道禁止命令が発令されたものの,その後判決の言渡しに先立ち,「年少の子どもによる犯罪行為についての詳細な情報に基づく公共の討議が求められているため,2人の少年の家族,生活様式,教育および被告人らの振る舞いに対して暴力的なビデオが与えた影響に関する背景事情が公表されるべきである」との理由に基づいて,被告人らの氏名および経歴に関する情報の報道についてのみ同命令の効力が解除されていた。

適用すべきかを明らかにするものとなる、といえよう。

この点、本件において原告らの請求を基礎づける人権は複数の条項にまたがるものであったが、その中にはもちろん彼らのプライバシー権(ヨーロッパ人権条約(1998年人権法)8条)が含まれていた。しかしながら、本判決は結論において原告らの請求を認容したものの、その主要な論拠はプライバシー権ではなく他の人権条項に求められている。

本件と類似の事案の下で成人による差止請求を認容した判決は、本判決の外にも存在する。たとえば、本件と同じく高等法院が本判決の後に下した X (a woman formerly known as Mary Bell) and another v O'Brien and others 判決 $^{98}$ や Callaghan v Independent News and Media Ltd 判決 $^{99}$ がそれに当たる。これらの判決の特徴は、 Venables 判決と異なり、それぞれの原告らのプライバシー権を直接の根拠として差止請求が認められた点にある。しかし、ここで注意を要するのは、これらの判決においても、差止請求を肯定すべき実質的な理由が、あくまで報道を通じた彼(彼女)らの身元の特定による生命侵害・身体侵襲

<sup>97</sup> ヨーロッパ人権条約は原則として国家と個人の関係を定めるものであるが、ヨーロッパ人権裁判所はドイツ憲法上の概念である「第三者効(Drittwirkung)」に着想を得つつ、条約上の一定の権利に関して条約上の権利侵害から個人を保護する国家の積極的義務を導く「水平的効果(horizontal effect)」を認める解釈を行っている(<math>F.スュードル[建石真公子訳]『ヨーロッパ人権条約』(有信堂、1997)43-44 頁を参照)。98 [2003] All ER (D) 282 (May).

<sup>&</sup>lt;sup>99</sup> [2009] NIQB 1.

の危険性に求められているということである。この点を重視するならば、これらの事案においても―Venables 判決と同様に―生命に対する権利が報道の自由との実質的な衡量の対象として位置づけられているとも考えられよう。

しかし、この点をどのように理解するにしても、以上の判例法理による限り、犯罪歴のある成人が自らの推知報道を差し止めるためには「生命侵害・身体侵襲の高度の蓋然性」の認定を必要とするのであり、これらの事実を含まない裸のプライバシー侵害の主張は法的に無意味とされる可能性が高い。とすれば、プライバシー権が単独で差止請求の根拠となるにせよ、生命に対する権利の補充的な役割に過ぎないものと位置づけられるにせよ、いずれにしても原告は推知報道による「生命侵害・身体侵襲の高度の蓋然性」を主張立証しなければならない。とはいえ、推知報道によって原告に「生命侵害・身体侵襲の高度の蓋然性」が生じうるのはごく例外的な場合に限られるため100、実際にはほとんどの事案において報道の自由がプライバシーに優越することになる。このように見る限り、プライバシー権がもつ報道の自由への対抗力とは一こと推知報道問題に焦点を当てる限り一極めて脆弱なものといわざるを得ない。

#### 6 代替的権利論の必要性

以上の英国法制の検討から明らかなことは、推知報道規制の根拠を人権保障に求める同国においてすら刑事手続に関わる子どもの匿名性の保護が貫徹されず、一定の場面においては匿名性の利益に報道の公共性が優越する取り扱いが常態化していること、そしてその主因が推知報道の公共性に対するプライバシー権の対抗力の限界に求められるということである101。

では、どのような解決を図るべきか。推知報道規制の根拠としてどのような権利を観念するにせよ、いずれにしても報道の自由との衡量を回避できない以上、その権利は衡量の

<sup>100</sup> 実際に,この種の事案で差止請求が肯定された事例は,本文に挙げた判決の外ごく少数の事例に限られている。

<sup>101</sup> 同様の問題は、判例上、犯罪少年の匿名性の利益を少年の名誉・プライバシー権に求める見解が確立しつかる日本法にも当てはまる(少年法 61 条違反の認定を回避しつつ、同条とは無関係に名誉・プライバシー侵害の一般的な枠組みの下での判断を下したものとして最判平成 15 年 3 月 14 日民集 57 巻 3 号 229 頁(長良川リンチ殺害事件報道事件上告審判決)。少年法 61 条の保護法益を名誉・プライバシー権に求める解釈を行いつつ、個別的利益衡量の枠組みに基づく判断を行うものとして広島高判平成 25 年 5 月 30 日 判時 2202 号 28 頁(光市母子殺害事件報道事件控訴審判決)。)。

中で報道の自由がもつ公共性に対抗しうる力を有するものでなければならない。 衡量に打 ち勝つための新たな権利論が必要となる。

# 第4節 日本の議論状況

## 1 少年法 61 条の趣旨を巡る議論

日本においては、推知報道を禁止する少年法 61 条の趣旨の解釈をめぐり、かつては、個別化処遇の原理の下で審判や記録の非公開により将来性や可塑性に富む少年の保護ないし更生を図るとともに、そのことが再犯の予防にも効果的であるとする見解(刑事政策説) 102 が通説的地位を占めていた。しかし、規制の趣旨を刑事政策という客観的な利益に求める限り、匿名性の保護の必要性がその時々の社会情勢を反映した要請によって動揺せざるを得ず、立法による犯罪少年の実名(推知)報道の規制が大きな限界に直面しうることは米国の議論状況からも明らかである。そこで、近時においては同条の目的を少年の人権の保護に求める見解(人権保障説)が有力に主張されている。

この人権保障説は、筆者の理解によればさらに次の2つの立場に大別されうる。

1つ目は、同条の保護法益をプライバシー権ならびに社会復帰の利益と解する立場である。 この立場は、成人の場合における前科情報の保護の論理と同様に、推知報道の禁止によっ て少年のプライバシーを保護するとともに、それを通じて少年の社会復帰の実現を企図す るものである。後者の社会復帰の利益については、これを法律上の利益にとどめず、憲法 上の権利として構成する見解が有力に唱えられている<sup>103</sup>。

2つ目の立場は、少年固有の人権とされる成長発達権を少年法 61 の保護法益と位置づけるものである。この見解の眼目は、プライバシー権や社会復帰権といった成人と共通する

<sup>102</sup> 団藤重光・森田宗一『新版少年法 [第二版]』(有斐閣, 1984) 434 頁。後に採り上げる新潮 45 事件控訴審判決(大阪高判平成 12 年 2 月 29 日判時 1710 号 121 頁)は概ねこの見解に立つ。なお,後述の長良川リンチ殺害事件報道事件(『週刊文春』事件)の上告審判決(最判平成 15 年 3 月 14 日民集 57 巻 3 号 229 頁)は,控訴審判決が依拠した成長発達権の構成を弁論主義を根拠に排斥しつつ,当該の記事が少年法 61条の禁止する推知報道に該当しないことを理由に同条違反の認定も破棄した上で,同条とは無関係に名誉・プライバシー侵害の一般的な枠組みの下での判断を下したため,同判決においては同条の保護法益に関する判断は示されなかった。

<sup>103</sup> 奥平康弘『ジャーナリズムと法』(新世社, 1997) 218 頁によれば,「どんな人も,自分の人生をやり直す権利があ」り,「この権利を享有するためには,人は,能うかぎり,新しい出発点・立脚点を選択する自由があるべき」とされる。

権利ではなく、少年に固有の人権を保護法益として定位することにより、前者に比べより 手厚い保護を少年にもたらそうとするところにある。

以下、この人権保障説に含まれる 2 つの立場を概観した上で、それぞれの意義と課題を検討する。

# 2 プライバシー権・社会復帰の利益からのアプローチ

# (1) 概要と問題点

少年法 61 条の保護法益をプライバシーないし社会復帰の利益に求める見解が裁判例に現れた例として、堺通り魔殺人事件報道事件(『新潮 45』事件)第一審判決1<sup>94</sup>があげられる。同事件は、いわゆる堺通り魔殺人事件の犯人(犯行時 19 歳)が原告となり、同人の実名、顔写真等により同人本人であることが特定される内容の記事を月刊誌(『新潮 45』)に掲載した出版社、同記事の執筆者および同誌の編集長に対して、不法行為に基づく損害賠償と謝罪広告を請求したというものであるところ、同判決は次のような法解釈の下で不法行為の成立を肯定し、原告の損害賠償請求を認容する判断を下した(謝罪広告請求は棄却)。同判決によれば、「少年法 61 条の趣旨は、推知報道を禁止することにより、非行を犯したとされる少年について、氏名、年齢、職業、住居、容ぼう等がみだりに公表されないという法的保護に値する利益」の保護すなわちプライバシー権の保障に加え、「少年の更生につき優越的地位を与え強い保障を与えようとする」ところにあり、「同規定に反し、本人であることが分かるような方法で、一般人がその立場に立てば公開を欲せず一般の人には未だ知られていない事項や顔写真等が、新聞紙その他の出版物に掲載され広く公表された場合」には、特段の事情等のない限り「その行為は不法行為を構成し、被掲載者は右公表によって被った精神的苦痛の賠償が求めることができる」。

上記の判断に対してはさまざまな批判的観点からの評釈が行われているが105,こと少年法

<sup>104</sup> 大阪地判平成 11 年 6 月 9 日判時 1679 号 54 頁。

\_

<sup>105</sup> その多くは同判決による表現の自由の価値を軽視を指摘するものであるが(たとえば田島康彦「『新潮45』少年実名報道訴訟―大阪地裁判決の解説と判決文」田島=新倉編『少年事件報道と法―表現の自由と少年の人権』(日本評論社,1999)182 頁以下),判決の結論を支持しながらも少年側の保護法益の位置づけの曖昧性を指摘するものもある(たとえば羽倉佐知子「実名報道と子どもの人権」ジュリスト1165 号(1999) 19 頁以下)。後者によれば、同判決が判示した「子ども特有の報道規制の根拠は、結局のところ

61条の保護法益という観点において重要な意味をもつのは、棟居快行による次の指摘である。

棟居によれば、上記判旨のように氏名等の推知情報が「みだりに公表されない利益」一プライバシー権一を少年法 61 条の保護法益として位置づける見解を、「被疑者とされたという事実がその者の名誉ないし信用にかかわるから、みだりに公表されないことにつき法的保護に値する利益が認められる」という、最高裁が京都弁護士会前科照会事件106等において認めた論理を「大前提」とするものであるところ、「この種の法的保護に値する利益は、過去の犯罪歴についてであって」、「現に被疑者とされ、起訴、公判というプロセスの途上にあるという事実まで、当然に右法的保護に含めることができるとは思われない」。他方で、同判決が掲げる今一つの根拠である「少年の更生」という制度趣旨についても、「更生機会を確保すべきことは、成人の犯罪者にもみな言えることであり、また、刑に服して前科の段階になって犯罪報道を規制すれば足りる」。したがって、同判決の論理による限り、「成人の更生」と「少年の更生」を区別し、前者の利益を一刑や処分の執行後ばかりでなく、捜査、審判の段階まで認めることで一特別に保護する根拠が不明確である107。

この棟居の指摘を踏まえるならば、そもそも推知報道から守られるべき少年の利益が存在するとしても、これをプライバシー権ないし社会復帰の利益として構成することが妥当と言えるのか、慎重な吟味が必要となろう<sup>108</sup>。以下では、この権利構成の根拠となりうるいくつかの議論を概観した上で、その論理が成人の前科・前歴情報の保護をめぐる判例の枠組みと果たして整合しうるものであるか、検討を行う。

# (2) 保護法益をプライバシ一権・社会復帰の利益に求める論拠

プライバシー権ないし社会復帰の利益に基づくアプローチは、子どもの「最善の利益」 原則を採用し、プライバシー権を保障する子どもの権利条約や少年司法運営に関する国連 最低基準規則(北京ルールズ)等の国際準則に依拠している。この見解によれば、「憲法の 基本理念は、尊厳な存在である個人を可能な限り尊重することであるから、可塑性のある

刑事政策的考慮に拠ることとも解される」(同前・22頁)余地を残している。

<sup>106</sup> 最判昭和56年4月14日民集35巻3号620頁。

<sup>107</sup> 棟居快行「出版・表現の自由とプライバシー」ジュリスト 1165 号 (1999) 14-15 頁を参照。

<sup>108</sup> 鈴木秀美「9 表現の自由と青少年保護」棟居快行ほか編『プロセス演習 憲法 [第3版]』(信山社,2007) 159 頁によれば、「少年事件の身元推知報道による不法行為の成否を判断するにあたっては、成人の実名報道および実名による前科の公表についての判例の考え方に依拠しつつ、特に社会復帰の利益について、少年と成人の異同を具体的に検討することが必要」である。

少年は、たとい反社会的な行為を犯しても、その立ち直りが追求され」るべきであるとの理解の下で、上記の国際準則における少年の「最善の利益」は日本の少年法制においても指導理念となり<sup>109</sup>、これを実現するために、少年事件報道においては少年のプライバシー保護への要請が働くべきであるとされる<sup>110</sup>。

では、推知報道はこうした少年の「最善の利益」をどのようにして阻害しうるのか。

この点につき最も直截的な説明を与えるものと考えられるのが、実名での犯罪報道がもつとされる「烙印効果」論<sup>111</sup>である。烙印効果とは、推知報道が少年に対して「前科者」等のスティグマ(烙印)を伴うラベリングをもたらすことが、少年の「社会復帰の決定的な障害となり、再犯や犯罪傾向を促進する」<sup>112</sup>ことを意味する。

刑事法学者の斉藤豊治は、この実名報道のもたらす烙印効果を象徴する事例としてジーナ・グラント事件<sup>113</sup>と呼ばれる一連の出来事を紹介しつつ、実名報道によるプライバシーの暴露が社会復帰に向けた少年の「最善の利益」を阻害する危険性を警告する。上記国際準則への加盟を通じてそれらの掲げる価値にコミットする限り、われわれはこの危険性を深刻に受け止め必要があることは確かである。その意味において、少年はこの烙印効果を回避するために一審判の非公開とともに一実名報道(および推知報道)から保護されなければならず、その道具立てとしてこの少年の権利をプライバシー権として構成することはそれ自体了解可能ではある。

そして、このようなプライバシー権に基づく議論をさらに推し進め、徹底するものと考えられるのが、子どもの「自己情報コントロール権」論である。この見解によれば、「社会・公共の利益の名のもとに、少年の利益に反して(自己情報を)公表することは許されないが、少年の側に、公開裁判を受ける利益に類似の利益があり、それが非公表の利益を上回る場合には」(括弧内は筆者)、少年自身が大人の適切な援助を前提として「自己情報コントロール権」を行使し、自己情報の公表を求めることができるとされる114。なるほど、少年

<sup>109</sup> 酒井安行・村山裕「少年事件報道」法律時報 63 巻 12 号 (1991) 57 頁を参照。

<sup>110</sup> 同前・53 頁以下を参照。

<sup>111</sup> 斉藤豊治「少年審判の非公開と少年事件報道の匿名性—アメリカのジーナ・グラント事件を素材に」新 倉修・横山実編『少年法の展望【澤登俊雄先生古希祝賀論文集】』(現代人文社, 2000) 407 頁以下。 112 同前・428 頁。

<sup>113</sup> DV 傾向のある実母を殺害した事実により家庭裁判所の審判に付された当時 14 歳のサウスカロライナ州在住の少女(ジーナ・グラント)が、半年間の拘禁および 18 歳の誕生日までのプロベーションを経てハーバード大学に入学したところ、当時の公開審判を報じていた新聞記事の切り抜きが匿名で送付されたことで、同大学の入試面接の際に彼女がプロベーションに付された事実につき虚偽の回答を行っていたことが発覚したために、同大学が彼女の入学許可を取り消す決定を行ったという一連の出来事を指す。ジーナ・グラント事件の詳細は、同前・409-413 頁を参照。

<sup>114</sup> 酒井安行・村山裕・前掲脚注 109・57 頁を参照。

が非行事実やこれに対する責任の帰属を争う場合には、世間に向けて自らの情報を積極的に開示しつつ無実性やその根拠を訴えることが却ってラベリングの回避に資する場合もありえよう。その意味でこの見解は、情報の公開・非公開に子どもの意思に基づいた統制を及ぼすことで、烙印効果の抑止を個別の事案に即した形で可能にするものであるということができるだろう。

# (3) 成人の前科・前歴報道の枠組みとの整合性

では、以上のようなアプローチは果たしてプライバシー権をめぐる既存の理論と整合し うるのか。プライバシー情報の中でもとりわけ成人の前科・前歴情報の保護との関係に着 目する先述の棟居の指摘が問題となる。

まず、出版や報道をはじめとする表現行為によるプライバシー侵害に対する保護要件については、東京地方裁判所の『宴のあと』事件判決<sup>115</sup>によって次のような定式化が行われている。

同判決によれば、プライバシー侵害が不法行為を構成するためには、表現行為によって 公開された内容が、

- ①私生活上の事実または事実らしく受けとられるおそれのある事柄であること
- ②一般人の感受性を基準にして、当該私人の立場に立った場合、公開を欲しないであ ろうと認められる事柄であること
- ③一般の人びとに未だ知られていない事柄であること
- ④公開によって当該私人が実際に不快,不安の念を覚えたこと という4つの要件を充足することが求められる。

この定式の射程は同事件にとどまらず、ノンフィクション作品の中での実名の使用を伴う前科の暴露が問題となった、いわゆるノンフィクション『逆転』事件の第一審判決116によっても援用されており、前科・前歴情報の保護の問題一般を検討する上で重要な参照点となり得よう。

では、この定式の下で前科・前歴情報が法的に保護されるべきプライバシー情報に含まれるとする論理とは果たしてどのようなものか。

一般に前科・前歴情報が②に該当すること、そしてその公開が④を伴うことについては、

<sup>115</sup> 東京地判昭和 39 年 9 月 28 日判時 385 号 12 頁。

<sup>116</sup> 東京地判昭和62年11月20日判時1258号22頁。

さしあたり問題は少ない。公私の両面に渡るさまざまな生活上の不利益にも拘らず,前科・ 前歴の事実が広く報じられる事態をさしたる躊躇いもなく許容しうる人間は,そう多くは ないだろう。

他方で、①および③の要件ついては慎重な考慮を要する。過去の犯罪事実という社会的事実と結びつく前科・前歴情報を「私生活上の事実」と捉えることには困難が伴う上、とりわけ公開の法廷での審理を経て(公開主義)、それに係る記録が一般の閲覧に供されうる(刑事確定訴訟記録法 4条)前科情報が「一般の人びとに未だ知られていない事柄」にあたるとは言い難い117。

それにもかかわらず、判例上、前科・前歴情報がプライバシー情報として保護されるの はなぜか。

ここで着目されるのが、同判決の中に現われている「時の経過」論という考え方である。 同判決によれば、前科を構成する犯罪事実は「一旦公表された…事実であるからといって、 いつまでも公表されてもよいというものではな」く、「時の経過によって再び法的保護の対象となる」とされている。

問題は、この「時の経過」が前科・前歴情報を保護されるべきプライバシー情報へと転 化させる論理である。これについては、民事法学者の山本敬三による次の分析が参考にな る。

山本によれば、上記の判旨は「時の経過」という事実がこの転化を生み出すことを示唆するものの、これによって直接説明がつくのは、「時の経過」とともに人びとが事件を忘却することで、かつては公知の事実であった前科情報が「一般の人びとに未だ知られていない事柄」と同視しうるようになること—③の要件の充足—にとどまる。したがって、前科情報のプライバシーへの転化には依然①の要件が問題となり、これが充足されるためには、前科を構成する公的な事実が「時の経過」によって「私生活上の事実」へと、より質的な次元に関わる変化を遂げたことが認められなければならない118。

この点、山本によれば、「時の経過」がこの種の変化をもたらしうることへの手がかりは、 同判決中の「犯罪についての報道価値すなわち社会の犯罪に関する正当な関心というもの は時の経過によって失われていく」という判示部分に見いだされる。すなわち、そもそも 犯罪事実がプライバシーを構成しないのはそれが「社会の正当な関心」の対象に属するた

-

<sup>117</sup> 山本敬三「前科の公表によるプライバシー侵害と表現の自由」民商法雑誌 116 巻 4・5 号(1997) 630 頁を参照。

<sup>118</sup> 同前・631 頁を参照。

めであるところ,「時の経過」はそうした関心を次第に喪失させていくことによって犯罪事 実を「私生活上の事実」すなわちプライバシー情報へと転化させることになる<sup>119</sup>。

このような論理を成り立たせうるものとして山本が指摘するのが、「時の経過」によって前科者が社会の中で更生をはかるべき段階に至ることで、彼(彼女)に「前科を知られないようにする利益が発生するという考え方」である120。この考え方は本件の上訴審判決(控訴審および上告審判決)に特に色濃く現れているものであるが、山本によれば、「まさにそうした利益をおかしてはならないがゆえに、その種の事柄については社会的関心をもってはならないということにな」り、その反射として、犯罪事実が「社会の正当な関心」の対象からプライバシー情報へと転化するとの帰結が導かれることになる121。

以上の山本の分析は、プライバシー保護の一般的な枠組みに依拠しつつ、「時の経過」という横軸の推移に伴う「社会の正当な関心」と個人の社会復帰の利益との衡量の変化のありようを指摘するものであり、表現の自由がもつ公共性に十分な配慮を行いつつも、社会復帰の利益のもつ基本権としての価値122やその実態に着目しながらそれが前者に優越するための条件や論理を解き明かすものとして、妥当な見解といえよう。

では、以上の山本の見解を踏まえるならば、先に検討した少年の推知報道問題における プライバシー権ないし社会復帰の利益に基づくアプローチは、果たしてこのような判例の 枠組みと整合するといえるのか。

この点、棟居が指摘するように、少年法 61 条が「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」が「現に被疑者とされ、起訴、公判とい うプロセスの途上にあるという事実」の公表から保護されるべきことを企図するものであ り、犯罪事実がプライバシーへと転化するための条件である「時の経過」を考慮に入れな い制度である以上、その答えは「否」という外ない。

とはいえ、このことは推知報道に伴う「烙印効果」の深刻さをいささかも減じるものではない。推知報道によって惹起される実体的問題に対処するためには、プライバシー権とは異なる理論的枠組みを模索しなければならない123。

120 同前・633 頁。

<sup>119</sup> 同。

<sup>121</sup> 同。

<sup>122</sup> 脚注 103 を参照。

<sup>123</sup> この点,少年のプライバシーが成人よりも手厚く保障されるべき根拠を,少年の社会的立場の弱さや傷つきやすさといった脆弱性に求める見解も存在する(日本弁護士連合会『子どもの権利マニュアル―子どもの人権救済の手引』(こうち書房,1995)420頁等を参照)。しかしながら,少年の脆弱性などの刑事政策的な考慮がどのようにして憲法上の権利の保護範囲の拡大に結びつきうるのか,なお論証を要する事柄

# 3 少年固有の人権―成長発達権―からのアプローチ

# (1) 成長発達権論への批判と人間関係論的構成の提唱

このような文脈の下で注目されるのが、少年法 61 条の保護法益を少年に固有の人権としての成長発達権に見いだす見解である。

この種の見解が裁判例に現れた例としては、『週刊文春』事件控訴審判決124をあげることができる。いわゆる長良川リンチ殺人事件の犯人(犯行当時 19 歳)が原告となり、同人を推知させる仮名を含む同事件に関する記事を週刊誌(『週刊文春』)に掲載した出版社に対して不法行為に基づく損害賠償を請求したというのが、同事件の経緯である。

控訴人(一審被告)からの控訴を受けた名古屋高等裁判所は、次のような法解釈に基づいて不法行為の成立を認定し、被控訴人(一審原告)の請求を認容した原審の判断を支持した。すなわち同判決によれば、「少年は、未来における可能性を秘めた存在で、人格が発達途上で、可塑性に富み、環境の影響を受けやすく教育可能性も大きいので、罪を問われた少年については、個別的処遇によって、その人間的成長を保障しようとする理念(少年法1条「健全育成の理念」)のもとに、将来の更生を援助促進するため、社会の偏見、差別から保護し、さらに、環境の不十分性やその他の条件の不充足等から誤った失敗に陥った状況から抜け出すため、自己の問題状況を克服し、新たに成長発達の道を進むことを保障し、さらに、少年が社会に復帰し及び社会において建設的な役割を担うことが促進されるように配慮した方法により取り扱われるべきものである」ところ、「このような考えに基づいて少年に施されるべき措置は、翻って言えば、少年にとっては基本的人権の一つとも観念できるものである」。そして、「少年事件の加害者を特定する犯罪報道が、それによる社会的偏見により少年のその後における更生の妨げとなること(ラベリングの弊害)は見やすい道理であ」って、上記の理念に立脚すれば「報道が少年の地域社会での更生の妨げに

であると考えられる。この点については、後述の成長発達権論の立場から、少年の名誉やプライバシー権に憲法上の権利としての「成長発達権の裏付けを与えることで、名誉権やプライバシー権を少年に特有なものに変質させる」との見解が提示されており(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)112 頁)、注目される。しかし、後述のように推知報道による成長発達権それ自体の侵害を観念できる以上、あえてプライバシー権をも被侵害利益として位置づける必要はないように思われる。

<sup>124</sup> 名古屋高判平成 12年6月29日判時1736号35頁。

なるラベリングの弊害を避けるよう努めるべきは当然であり、そこで、少年法 61 条は、実名 (実名が表示されていなくても、報道内容等から人物を特定できる場合を含む。)等の推知報道を禁止したものと考えるべきである」。したがって「少年法 61 条は…報道の規制により、成長発達過程にあり、健全に成長するためにより配慮した取扱いを受けるという基本的人権を保護し、併せて、少年の名誉権、プライバシーの権利の保護を図っているものと解するのが相当であ」り、「同条に違反して実名等の推知報道をする者は」、特段の事情が認められない限り、「当該少年に対する人権侵害行為として、民法 709 条に基づき本人に対し不法行為責任を負うものといわなければならない」(傍点は筆者)。

このように、同判決は、少年法 61 条の保護法益の中核を、「成長発達過程にあり、健全に成長するためにより配慮した取扱いを受けるという基本的人権」すなわち少年の成長発達権に見いだしつつ、一ラベリングの弊害という「見やすい道理」により一推知報道がこの成長発達権を侵害する不法行為を構成することを肯定するものである。しかしながら、こうした抽象的な内容をもつ成長発達権論に対しては、成長発達権という明文にない権利をあえて構成することの必要性に対する疑問125、あるいは仮に権利構成の必要性があるとしても現時点においては法的概念として未成熟であること126等の批判が向けられている127。

そこで、これらの批判に応える形で成長発達権という概念の明瞭化を試みる見解として注目されるのが、子どもの権利条約という実定法に基礎を置きつつ、子どもによる意見表明権(同条約12条)の行使としての「欲求の表明」とそれに対する大人の「応答義務」から成り立つ人間関係そのものの保障を成長発達権の中核に位置づける刑事法学者の福田雅章の見解(以下「福田説」という。)である128。

このような人間関係に子どもの成長・発達にとっての本質的な意義を見出す根拠は、子どもが抱える「欲求」ないし「怒り」といった心情が意見表明権の行使という形で「解放」され、これに対して大人が誠実に応答するという状況が存在することではじめて子どもは〈自律的生存〉に向けた成長・発達が可能になるとする心理学的知見に求められる。福田説の背後には、こうした受容的な人間関係の形成・発展によってこそ、子どもの人格の尊

-

<sup>125</sup> 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, 2000) 178-179 百。

<sup>126</sup> 飯室勝彦「妥当なジャーナリズム論と法律論の分離—実名報道を否定しながらも法の出動に抑制的な判断」新聞研究 586 号 (2000) 38 頁。

<sup>127</sup> 成長発達権に関する批判的議論の詳細は第3章第2節を参照。

<sup>128</sup> 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・461 頁, 同「人間の尊厳の権利化」同書所収・47-51 頁, 同「『子どもの権利条約』の基本原則と少年司法」同書所収・483-486 頁を参照。福田説の詳細およびこれに対する筆者の考察については, 本稿第 3 章第 2 節も参照。

重とその成長・発達が期待されるとする特殊な子ども観が存在している。「人間関係論的子ども観」と呼ばれるこの考え方は、成長発達権を「いままさに成長発達の途上にある人格がそのままで認められ、将来成人して完全な自己決定主体となることが援助・保障される権利」として定義しつつ、成長発達権の行使とは、いまだ不完全な子どもの自己決定一欲求の表明―に対して、大人(親)が指示・指導という形で最終修正を行う―応答義務の履行―という、子どもと大人(親)との「健全かつ納得的な関係性」の中で子どもが成長することを指すとする近時の理解129にも通底するものである。

さらに、成長発達権をこのようにして子ども - 大人間の人間関係を基軸として構成することは、先に考察を行ったプライバシー権の論理に依存することなく、推知報道によってもたらされるとされる「烙印効果」や「ラベリングの弊害」に対処するための有力な論拠を提供する。すなわち、推知報道は、少年自身の委縮とともに少年の周囲の者による彼(彼女)に対するラベリングをもたらすことで、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妨げることにより、上述の意味における成長発達権の行使を類型的に阻害するという論理である130。

プライバシー権に基づく犯罪事実の秘匿という発想が、先述の「時の経過」を前提としつつ、前科者をいわば過去から切り離すことで彼(彼女)の社会復帰の実現を志向するものであるのに対して、この見解は、現にある子ども - 大人間の健全な人間関係の保全とその中での対等な意見表明の機会の保障を通じて彼(彼女)の立ち直り一非行事実に対する自省とその克服を契機とする成長・発達一を企図するものである、ということができよう。

# (2) 犯人同一性推知情報の公共性

少年法 61条の保護法益を子ども - 大人間の人間関係を基軸とする成長発達権に見いだす 見解は、このようにして、プライバシー権による前科情報の保護のための要件となる「時 の経過」を度外視することにより少年が推知報道から保護される時的範囲を拡大する一方、 前科情報保護の局面ではこの「時の経過」論によって調整ないし回避されていた表現の自

を参照。本庄武・前掲脚注 123・102-103 頁も同旨。

130 本庄武・前掲脚注 123・108-109 頁を参照。山口直也・前掲論文・99-100 頁も,少年の委縮や周囲の者のラベリングという用語こそ用いてはいないが,少年法 61 条を,推知報道が少年司法の過程に一般社会の介入をもたらし,少年が「立ち直りのために手続きに参加して何人にも干渉されずに意見を表明」する機会を阻害することにより,「他者との健全な関係性を保ちながら子どもが納得して成長していく権利」としての成長発達権の行使を阻害することを排するための規定と捉える点において,本庄と基本的な理解を共有しているものと考えられる。

由との衝突を正面からもたらすことになる。

この衝突は、推知報道によって少年の成長発達権が侵害されたという少年側の主張に対して、報道機関の立場から右侵害の正当化理由として当該報道がもつ公共的価値が主張される、という形において現れるものである。

では、推知報道がもつ公共的価値とはいかなるものか。その具体的な内実が問題となる。 この点、筆者の理解によれば、少年の推知報道に対する社会的関心の根拠としては次の2 つのものが見いだされる<sup>131</sup>。

1つは、少年法に含まれる非公開性の原則に由来するものである。通常の刑事事件では公判手続に憲法上の公開原則(憲法37条1項・82条)が及び、さらに確定した訴訟記録は「何人も…閲覧することができる」(刑訴法53条1項)のに対して、少年法は審判を「公開しない」(同法22条2項)とする非公開の原則に立ち132、事件記録の閲覧請求にも主体や範囲に限定を設ける(同法5条の2)など、推知報道の規制とは異なる局面においても少年司法の運用に対する国民の情報アクセスは成人の刑事裁判と比較して大きく制約されている。ここに、メディアの報道を通じて推知情報を含めた少年司法の実態を知る権利の充足に向けた要求が生じる契機が存在する。

今1つの根拠は、少年司法のもつ保護主義的性格に由来する。刑事訴訟法が「公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現すること」(同法1条)を目的としているのに対して、少年法は「少年の健全な育成を期し、非行のある少年に対して性格の矯正及び環境の調整に関する保護処分を行う」(同法1条)ことを目的とする。同法はこれにより要保護少年の救済を目的とする福祉法としての立場を宣言しつつ、非行事実に対する原則的な法律効果として各種の

(日本新聞協会編集委員『実名と報道』(2006) 44 貞以下を参照), 同原則に基づく報道の正当性は裁判例においても概ね肯定されている(たとえば名古屋高判平成2年12月13日判時1381号51頁(「呼び捨て訴訟」控訴審判決))。以下の本文は, これらを踏まえつつ, なお少年の推知報道に特有に認められる社会的関心の根拠を分析するものである。

<sup>132</sup> 判例上,この非公開原則の合憲性については,「家庭裁判所における所謂少年保護事件は訴訟事件に属しないから,審判を非公開としている少年法第22条第2項の規定が裁判の公開に関する憲法82条の規定に抵触するとは考えられ」ないとの説明が与えられている(高松高決昭和29年8月5日高刑集7巻8号1255頁)。他方,少年審判は憲法82条の「裁判」に該当するとしつつも,少年の主体的な手続参加という観点に基づき,非公開の正当性を憲法31条のデュー・プロセスへの権利から基礎づける見解として,葛野尋之『少年司法の再構築』(日本評論社,2003)419頁以下がある。

保護処分(同法24条1項各号)を定める一方で、検察官送致および公訴提起を経て例外的に 刑罰法令が適用される場合であってもこれを必要的に減軽するための規定を用意する(同 法51条ないし54条)など、通常の刑事手続とは明らかに異質の処遇が予定されている。そ こで一これらの非行少年に「甘い」法的処遇へのいわば補完物として一マスメディアによ る実名報道を通じた応報的制裁への要求が生起することになる<sup>133</sup>。

推知報道に対する社会的関心の内実は以上のように大別されうるものの、このうち後者が推知報道の公共性を適切に根拠づけるものであるかは疑わしい。犯罪行為に対する私的制裁の禁止を前提として被疑者・被告人にデュー・プロセスを保障する現行憲法の体系の下で、制裁を目的とする報道に公共的な憲法上の価値を認めることは背理というほかなく、そのような報道に向けられた社会の関心が正当なものであるとは言い難い134ためである。

では、前者の観点から推知報道に何らかの公共的価値が認められるとすれば、それはどのような理由に基づくのか。

少年事件に関わる報道については、一般に、①捜査機関および裁判所による少年司法の 運営監視に必要な情報の提供および②事件の原因や背景の認識・分析に必要な情報の提供 が、それぞれ公共的な役割を果たしうるものとして指摘されている<sup>135</sup>。問題は、これらの情 報の中に推知報道を構成する犯人同一性推知情報が含まれうるか否かである。

この点、一般に、表現の自由の価値を重視する論者一主として憲法学者一は犯罪報道に関わる情報につき公共性の認められる事実の範囲を広く理解する一方、少年の権利を重視する論者一主として刑事法学者一はこれを限定的に把握する傾向にあるといえよう。ここでは両者の中から典型的と思われる立場を取り上げつつ、各々の立論を構成する論理を確認しておく。

前者に属する代表的な論者としては、松井茂記があげられる。松井の議論の特徴は、憲法やそれに基づく人権保障の意義を、もっぱら「国民が自己統治を行うプロセスを規定する」という手続(プロセス)との関わりにおいて見いだすところにある<sup>136</sup>。

このプロセス理論とよばれる松井の見解によれば、憲法上の各種の権利がどのような理

44

<sup>133</sup> 購読者から応報的制裁要求の圧力を受けるメディア側の実情を述懐するものとして,新倉修編『少年「犯罪」被害者と情報開示』(現代人文社,2001)33-34頁(北村発言)。

<sup>&</sup>lt;sup>134</sup> 葛野尋之・前掲脚注 16・320 頁, 酒井安行「少年事件報道に関する覚え書き」西原春夫ほか編『刑事法の理論と実践—佐々木史朗先生喜寿祝賀』(第一法規出版, 2002)622 頁等を参照。

<sup>&</sup>lt;sup>135</sup> 葛野尋之・前掲脚注 16・331 頁,辻脇葉子「少年『犯罪』と報道の自由」前掲脚注 133 書・85-86 頁 等を参照。

<sup>136</sup> 松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』(有斐閣, 2007) 302-305 頁を参照。

由によってどの程度まで保障されるべきかという問題は、すべてこのプロセス(自己統治)との関わりにおいて演繹的に解決されることになる。すなわちプロセス理論は、「憲法の保障する基本的人権は自然権ではなく、政府を組織し、政治に参加するための『市民的権利』ないし『市民的自由』と捉え」187られるべきであるとの前提(プロセス的基本的人権観)の下で、人権を①平等権、②プロセス的権利そして③非プロセス的権利という3つの類型に分類した上で、①平等権を市民の政治参加の基本的原則として定位しつつ、「民主主義プロセスの構成的な権利」である②プロセス的権利に対しては、経験則上、これを制約する立法府の行動を信頼することができないため、司法府による厳格な保護(厳格な違憲審査基準の適用)を要求する138。この②プロセス的権利は、さらに、選挙権などの「政治参加のプロセスに関わる権利」と、デュー・プロセスの権利や裁判を受ける権利などの「政府のプロセスに関わる権利」に分類されるところ、表現の自由は一選挙権を典型とする「政治参加権」と区別される形で一思想良心の自由等とともに「政治参加のプロセスに不可欠な権利」として「政治参加のプロセスに関わる権利」に含められることになる138。そして、このような位置づけを与えられた表現の自由の保護範囲は、その所期の目的を達成するため、すべての表現行為に及ぶものとされている140。

このような理論的枠組みの中で、松井は、推知報道において「少年事件の報道に顔写真まで必要かどうかは疑問」であり、「個々の事件の容疑者の氏名に、民主政原理とのそれほどの結びつきはないのではないか」という疑問はもっともであるとしつつも<sup>141</sup>、上述のとおり「政治参加のプロセスに不可欠な権利」としての表現の自由の保障はすべての表現行為に及ぶことから、推知報道を規制するためには「やむにやまれぬ政府利益」に基づく正当化が要求されることになるため<sup>142</sup>、「容疑者の少年の氏名などを一律に必ず非公開とする(少

\_

<sup>137</sup> 同前・306 頁。

<sup>138</sup> 同前・309-313 頁を参照。

<sup>&</sup>lt;sup>139</sup> 同前・311-313 頁を参照。「政府のプロセスに関わる権利」の具体例については,同前・517 頁以下も 参昭。

<sup>140</sup> プロセス理論はその内容から「表現の自由の保護を政治的表現に限定する」ものではなく、「個々の表現が政治と関係しているかどうか、いかなる実態的価値をもっているか」にかかわらず「『表現の自由』一般に対する厳格審査」を要請するものとされる(松井茂記『二重の基準論』(有斐閣,1994)324頁)。もっとも、プロセス理論においても定義づけ衡量の手法による表現の内容規制は肯定される(同前・312頁)。141 松井茂記・前掲脚注125・141,150頁を参照。

<sup>142</sup> もっとも松井は、犯罪という「公共の利害に関する事実」については、「それを知り、それに対してどう対処すべきか」といった「公共的な討論」を「真に意味あるもの」として行うためには「十分な事実が報道されなければなら」ず、「そのためには、どうしても少年の氏名は明らかになってしまう」と推知報道の公共性を説く(同前・149-151 頁を参照)。

年法) 六十一条の」(括弧内は筆者) 合憲性は「かなり疑わしい」と結論づけている143。

以上のような、憲法に対するある種のドグマティックな理解に基づいて表現の自由の広範かつ厳格な保障を要求する松井の見解に対して、民主的政治過程論の立場から表現行為が「社会の正当な関心事」を構成する対象を絞り込むことで、少年法 61 条に対する厳格な違憲審査基準の適用の回避を試みるのが、刑事法学者の平川宗信である。

平川によれば、憲法による表現の自由の保障根拠は「個人の自己実現」と「市民の自己統治」という2つの原理から基礎づけられるところ(多元説)、表現行為の中でもとりわけ後者の「市民自治に必要な情報に関する表現の自由」は、「民主主義の基礎であり、これが失われた場合には、民主的プロセス自体が失われ、これを民主的プロセス自体で回復することが不可能になる」ために、「他の権利・自由よりも憲法上特別に厚い保護を受けるべき優越的権利とされ」る一方、この「市民の自己統治」に関わらない「個人の自己実現」の「見地からの表現の自由の保障は、他者の人権を不当に侵害する表現には及ばない」144。

平川はこのような理解から「市民が政治・社会問題について討論・判断して意見形成するために必要な情報に関わる報道は、たとえそれが少年の権利・利益を侵害するものであっても、許容されなければならない」が、「それ以外の情報に関わる報道は、それが少年の権利・利益を侵害する限り、原則として許容されるべきではない」とした上で、「氏名等の少年を推知させる情報」については、「少年の非行・犯罪や少年法の問題を政治・社会問題として市民が討論・意見形成するためには、非行・犯罪の内容やその背景がわかれば足りるのであって、個々の非行・犯罪がどこの誰によって行われたかを知る必要は全くない」ことから、「市民が政治・社会問題について討論・判断して意見形成するために必要な情報」に該当しないと帰結する145。したがって平川によれば、「少年推知報道は、少年の人権に優越するものではなく、少年の権利・利益を侵害する限り許容されない」ものとなる146。

以上によれば、表現の自由の保障根拠を―「国民が自己統治を行うプロセスを規定する」

46

<sup>143</sup> 松井茂記『犯罪報道と表現の自由』ジュリスト 1136 号(1998)38 頁。同じく少年法 61 条違憲論を唱える田島泰彦「少年事件と表現の自由」法律時報 70 巻 11 号(1998)12 頁によれば、現行少年法の規定は「報道の自由やジャーナリズムの視点が希薄もしくは欠落した」「過剰な報道規制措置となってい」る。他方、棟居快行・前掲脚注 107・14-15 頁は、実名報道の公共性を認めつつも、少年事件の報道が少年の家族など周辺に及ぶことで彼(彼女)らの生活全体が破壊される事態を阻止し、少年の家族の平穏な家庭生活を保護すべきことから、少年法 61 条は「表現の自由を過大に制約するものとはいえない」として、少年法 61 条による表現の自由の制約の正当化を肯定する。

<sup>144</sup> 平川宗信「少年推知報道と少年の権利」廣瀬健二・多田辰也編『田宮裕博士追悼論集〈上〉』(信山社出版, 2001)518-519 頁。なお,辻脇葉子・前掲脚注 135・84 頁以下も同旨。

<sup>145</sup> 同前・520-521 頁。

<sup>146</sup> 同前・521 頁。

という一憲法の目的解釈から直截に導出し、その射程(保護範囲)を広範囲に設定する松井の議論においては、推知報道に含まれる犯人同一性推知情報は、それが「政治参加のプロセスに関わる」可能性が一いかに抽象的なものであれ一存するという意味において公共性をもつとされる一方、表現の自由が他の人権に優越する根拠を民主的政治過程論によって限定的に解釈する平川の議論においては、犯人同一性推知情報の公共性は、「市民自治」への必要性の有無という観点から厳密に判断される結果、極めて例外的な場合147を除いて否定的に評価されることになる。

# (3) 違法性判断の枠組みとその問題点

以上を見る限り、犯人同一性推知情報の公共性に対する評価とは、憲法が表現の自由を保障する趣旨の理解に関わりをもちうる問題であることは確かである。しかし、この点に関して注目されるのは、松井が表現の自由の保護範囲を極めて広範に設定しながらも、推知報道の公共性の実質的な根拠一報道内容と政治との関連性一については一定の留保を付している点である。逆にいえば、政治との関連性の評価如何によっては、平川が依拠する表現の自由に関する多元説の立場から推知報道の公共性を肯定することも十分に可能であると言えよう148。

この点に留意しつつも、さしあたり推知報道が何らかの公共性を有するものと仮定するならば、では、推知報道によって阻害される少年の利益と同報道の公共性との衡量とはどのように行われるべきか。推知報道の違法性判断の枠組みが問題となる。

はじめに、この問題の検討の足掛かりとして、既存の裁判例においてこの判断枠組みが どのように設定されてきたのかを確認しておく。

少年法 61 条の保護法益の解釈は判決により多様であるものの、同条と推知報道の公共性 との衡量の枠組に着目する限り、少年法 61 条違反が問われた裁判例に現れた判断枠組みは 次の 2 つに大別される。

1つ目は、少年法61条の権利性を否定し、あるいは同条違反を構成する事実の認定を否

<sup>147</sup> 推知報道が例外的に公共性をもちうる場面として平川が例示するのは,「IT 事業で成功して社会的影響力のある事業者になった少年が脱税等の経済犯罪を犯した場合や,未成年の皇族が犯罪を犯した場合」(同前・529頁(脚注38))等であり,このように行為者が公人の地位にある場合には,「市民が政治・社会問題について討論・判断・意見形成するために犯罪を行った者が誰かを知る必要がある場合もある」(同前・521頁)とされる。

<sup>148</sup> 推知報道の公共性に対する筆者自身の分析は本節 4(3)において改めて行う。その概要は、平川と同じく 民主的政治過程論に依拠しつつも、結論的には推知報道の公共性を否定し得ないとするものである。

定することによって、推知報道の適法性を比較的緩やかに肯定するものである。

前者に該当する前掲『新潮 45』事件控訴審判決149によれば、「少年法 61 条は、少年の健全育成を図るという少年法の目的を達成するという公益目的と少年の社会復帰を容易にし、特別予防の実効性を確保するという刑事政策的配慮に根拠を置く規定であると解すべきである」(傍点は筆者)ため、「同条が少年時に罪を犯した少年に対し実名で報道されない権利を付与していると解することはできないし、仮に実名で報道されない権利を付与しているものと解する余地があるとしても、少年法がその違反者に対して何らの罰則も規定していないことにもかんがみると、表現の自由との関係において、同条が当然に優先するものと解することもできない」。したがって、「表現の自由とプライバシー権等の侵害との調整においては、少年法 61 条の存在を尊重しつつも、なお、表現行為が社会の正当な関心事であり、かつその表現内容・方法が不当なものでない場合には、その表現行為は違法性を欠き、違法なプライバシー権等の侵害とはならない」。他方、後者については、前掲『週刊文春』事件上告審判決が、「本件記事が被上告人の名誉を棄損し、プライバシーを侵害する内容を含むものとしても、本件記事の掲載によって上告人に不法行為が成立するか否かは、被侵害利益ごとに違法性阻却事由の有無等を審理し、個別具体的に判断すべきものである」と述べつつ、いわゆる個別的比較衡量の基準に基づく結論の導出を図っている150。

以上に対して、少年法 61 条の趣旨を少年の人権保護に見いだす裁判例は、推知報道を原 則違法なものとして評価しつつ、報道内容にとりわけ高度の公共性が認められる場合に限 って不法行為の違法性阻却事由になりうると判示する。

たとえば、少年法 61 条の趣旨を成長発達権の保護に見いだす前掲『週刊文春』事件控訴審判決は、「少年法 61 条は、憲法で保障される少年の成長発達過程において健全に成長するための権利の保護とともに、少年の名誉権、プライバシーの権利を保護することを目的とするものであるから、同条に違反して実名等の推知報道をする者は、当該少年に対する人権侵害行為として、民法 709 条に基づき本人に対し不法行為責任を負う」ところ、「少年法 61 条に違反する実名等の推知報道については、報道の内容が真実で、それが公共の利益

-

<sup>149</sup> 大阪高判平成 12年2月29日判時1710号121頁。

<sup>150</sup> なお、いわゆる光市母子殺害事件に関して犯人であった元少年(犯行当時 18歳)の実名及び顔写真が掲載された書籍の出版の違法性が問われた事案の第一審判決(広島地判平成 24 年 5 月 23 日判時 2166 号92 頁)及び控訴審判決(広島高判平成 25 年 5 月 30 日判時 2202 号 28 頁)は、ともに少年法 61 条の趣旨に成長発達権の保障が含まれるとする主張を排斥した上で、同条に関わる法的構成として名誉・プライバシー権を採用しつつ、本判決と同様に個別的利益衡量の枠組みに基づく判断を行っている。最高裁は元少年側の上告(上告受理申立)を棄却(不受理)する決定を行ったため、元少年の請求を全面的に棄却した原審の判断が確定した(最決平成 26 年 9 月 25 日(LEX/DB文献番号 25504990))。

に関する事項に係り、かつ、専ら公益を図る目的に出た場合においても、成人の犯罪事実 報道の場合と異なり、違法性を阻却されることにはならないが、ただ、右のとおり保護さ れるべき少年の権利ないし法的利益よりも、明らかに社会的利益を擁護する要請が強く優 先されるべきであるなどの特良の事情が存する場合に限って違法性が阻却され、免責され るものと解するのが相当である」(傍点は筆者)と判示する151。

学説においても、少年法 61 条の保護法益として成長発達権を観念する立場は後者の枠組みに立つ傾向にある。たとえば、成長発達権を子ども一大人間の人間関係を基軸として構成する本庄武は、その論拠として、①成長発達権の保護のためには通常の枠組み(名誉・プライバシー保護)に比較してより手厚い権利保障が要求されること、②犯罪報道の意義・役割に照らして推知情報は不可欠といえず、その部分についての表現の自由の保障は事件自体の情報部分と比較して後退すべきであることを提示する152。また、成長発達権の意義について同様の理解を示す山口直也は、推知報道に公共性が認められ、これが許容されるのは、「自殺の可能性が高いが行方が分からない場合」や「逃走中で凶悪な犯罪を行う危険が極めて高くその結果かえってその少年の将来に著しい悪影響を及ぼすことが考えられる場合」等の「少年の利益の観点から極めて例外的」な場面に限定されるべきであるとする153。これらの裁判例や学説によっても言及されているとおり、推知報道を原則違法とし、推知情報に高度の公共性が認められる特段の事情が存在する場合に限ってこれを許容する後者の枠組みは、成人の実名報道からの保護に関する通常の判断枠組みとは異なり、報道対象者の利益保護に大きく傾くものである。しかしながら、そこで直面することになるのが、このようにして成長発達権に報道の自由に対する優越的な地位を認める判断枠組みは、憲

法解釈学ないし従来の判例によりこれまでに形成されてきた,表現(報道)の自由の制約

に関わる規範から逸脱するものではないかという疑問である。

<sup>151</sup> 同様の点につき、『週刊文春』事件第一審判決(名古屋地裁平成 11 年 6 月 30 日判時 1688 号 151 頁)は、「推知報道については、『当該行為が公共の利害に関する事実に係り、かつ、専ら公益を図る目的に出た場合において』も、単に『摘示された事実が真実であることが証明された』だけでは違法性を阻却するものとはいえず、前記・・・の基準のように、その者の保護、将来の更生の観点から事件を起こした本人と推知できるような記事を掲載されない利益よりも、明らかに社会的利益の擁護が強く優先されるなどの特段の事情が存することが必要である」とし、前掲新潮 45 事件控訴審判決は、少年法 61 条「に反し、本人であることが分かるような方法で、一般人がその立場に立てば公開を欲せず一般の人には未だ知られていない事項や顔写真等が、新聞紙その他の出版物に掲載され広く公表された場合、それが例外なく直ちに被掲載者に対する不法行為を構成するとまでは解しえないものの、成人の場合と異なり、本人であることが分かるような方法により報道することが、少年の有する利益の保護や少年の更生といった優越的な利益を上廻るような特段の公益上の必要性を図る目的があったか否か、手段・方法が右目的からみてやむを得ないと認められることが立証されない以上、その公表は不法行為を構成」すると判示している。

<sup>153</sup> 山口直也・前掲脚注 129・105 頁。

以下、この学説ないし判例から導かれる規範からの乖離という観点から、上記判断枠組 みの理論的な妥当性を検討しつつ、その課題を明らかにする。

# 4 人権相互の衝突と原理間衡量

## (1) 準則と原理の区別と原理間衡量

はじめに、表現(報道)の自由の制約に関わる規範を明らかにするのに先立ち、私人の 人権が相互に衝突する場合における問題解決の基準とはどのようなものであるのかを検討 する。

この問題を考える上ではじめに踏まえておかなければならないのが、いわゆる準則と原理の区別である。

前者の準則とは、「常に充足されるかされないかのどちらかしかありえない規範であって、その対立は例外条項を設けるか、あるいは一方を妥当しないとしてしまうかのどちらかによってのみ除去できるもの」154を意味する。一定の事実に所定の法律効果を帰属させる実定法上の規定の多くはこの準則に該当する。たとえば、ある債権が商行為によって生じたもの(商事債権)である場合には5年の短期消滅時効が妥当し(商法522条本文)、「債権は、10年間行使しないときは、消滅する」と定める民法167条1項は適用されないというように、互いに対立するかに見える準則のいずれか一方は例外条項や解釈によってその妥当性が排斥され、これによって個別の局面に妥当する唯一の準則が確定することになる。

これに対して、後者の原理とは「あることが法的可能性と事実的可能性に相関的に可能な限り高い程度で実現されることを命ずる規範」<sup>155</sup>を意味する。この場合、それぞれの規範の可及的充足が要請されるために、その衝突は原則 - 例外の関係の定立によっては解決し得ない。

憲法上の権利は、この原理としての性質をもつ代表的なものの 1 つである。ある人権と他の人権が衝突する場合、どちらの原理もそれ自体妥当な原理として存続しうるのであり、いずれかが他方に対して必ず劣後するというように、ある原理の妥当性が原則 - 例外の関係に従って一義的に否定されることはない。表現の自由と名誉権との対立を例にとるなら

 <sup>154</sup> 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(二)」法学論叢 133 巻 5 号(1993) 16 頁。長谷部恭男『憲法〔第 5 版〕』(新世社, 2011) 96 頁も参照。
 155 山本敬三・前掲論文。

ば、たとえ他人の名誉を損なうとしても守られるべき表現活動がありうる一方で、表現行為が他者に及ぼす被害が深刻なレヴェルに達する場合には名誉権が優越すべき場合も同様にありうる<sup>156</sup>。

では、人権をはじめとする原理間の衡量とはいかなる方法によって行われるべきか。個々の原理の妥当性を原則・例外の関係に従って一義的に確定することは不可能であるとしても、恣意を抑制しつつ合理的な結論を導くためには、少なくとも原理間の優先条件に一定の枠組みを与えることによって衡量判断を統制することが必要となる。これには①憲法解釈学による優先関係の定立と、②判例の蓄積を通じた同関係の形成という 2 つのルートが存在しうるが、いずれの場合においても、一定の原理に有利な地位を与えることで人権相互の優先関係を規範として確立し、これにより合理的かつ一貫性を備えた結論の導出を確保しうることにその意義が認められる。

# (2) 報道の自由の制約に妥当する原理間衡量の基準

では、報道の自由の制約が問題となる場面に妥当する規範とはどのようなものか。

はじめに、報道の自由に関わる憲法理論として直ちに想起されるのが二重の基準論である157。二重の基準論の趣旨は、表現の自由をはじめとする精神的自由が経済的自由よりも優越的な地位を占めるとする点にあるが、その論拠としてしばしば参照されるのが、米国のCarolene 判決158に現れたカロリーヌ理論と呼ばれる考え方である。同判決によれば、経済的自由を制約する立法は「立法者の知識と経験の範囲内で何らかの合理的根拠に基づいているとの想定を妨げるような性質のものでない限り、違憲と宣言されるべきではない」159とされ、いわゆる合理性の基準が妥当する一方で、「個々の切り離された少数者に対する偏見が、通常は少数者を保護するものと期待される政治過程の作用を酷く阻害する傾向」に基づいて行われる「特定の宗教…、出身国…および人種的少数者…に向けられた立法」とともに、「望ましくない立法の廃止をもたらしうると通常は期待することのできる政治過程を制約する立法」に対しては、経済活動を規制する立法と比較して「より厳格な司法審査が

<sup>&</sup>lt;sup>156</sup> 同前・24 頁(脚注 62)を参照。なお憲法上の権利と原理の概念との関係については,とくに長谷部恭男・前掲脚注 154 を参照。

<sup>&</sup>lt;sup>157</sup> 山本敬三・前掲脚注 154・18-19 頁は、表現(報道)の自由と人格権との原理間衡量を枠づける憲法解 釈論の1つとして二重の基準論を挙げる。

<sup>&</sup>lt;sup>158</sup> United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938).

<sup>&</sup>lt;sup>159</sup> *Id.* at 152.

要求される」160。代表民主制の政治過程を健全に維持するためには精神的自由の保障が不可 欠であるとの理解がその背景にあるとされる161。

しかし、このような内容をもつ二重の基準論は、日本の憲法学においても伊藤正己によ る紹介162が行われて以来, 安易な公共の福祉論に依拠することで人権制約を容易く容認する 裁判所の憲法判断を統制するための理論として通説的な地位を獲得しているものの163,上に 引用した判決文が示唆するとおり,その淵源であるカロリーヌ理論とはそもそも人権制約 立法の違憲審査に向けられたものであって、果たして本稿の関心の対象である私人間の人 権衝突の問題にどの程度まで妥当しうるのかは直ちに明らかではない。

しかしながら、日本の憲法学説の中には私人間の人権衝突への二重の基準論の適用を正 面から肯定する立場も存在する。代表的論者である君塚正臣164によれば,私人間の人権衝突 の場面で争点となる私法上の一般条項は憲法の下位法令である以上、合憲的にそれを適用 することでその目的が果たされるべきである。これにより「憲法の私人間効力の問題とは、 通常の憲法解釈の延長にあるもの| 165との位置づけが与えられる結果, 二重の基準を典型と する憲法解釈学の成果は一般的に私人間の争訟にも適用されなければならない。そして, 私法の一般条項に憲法解釈が適用される理由はあくまで私法が憲法の下位法令であること に尽き、二重の基準論の正当化根拠をどのように解するかにかかわらず、これが憲法解釈 論の 1 つとして通用する限り「裁判所には精神的自由侵害に該当する事案を救済すべきと いう要請が強く働く」166ことになる。

この君塚の見解に対しては,その背後にある,権利に強弱の分類を与えることで人権衝 突の調整を図るという発想の妥当性に疑問が提起されるものの167, 憲法の持つ最高法規性が

<sup>160</sup> Id. at 155 (footnote 4). なお松井茂記・前掲脚注 140・18-19 頁も参照(訳は筆者による)。

<sup>161</sup> 芦部信喜『憲法判例を読む』(岩波書店, 1987) 98 頁を参照。

<sup>162</sup> 伊藤正己『言論・出版の自由―その制約と違憲審査の基準』(岩波書店, 1959)。

<sup>163</sup> 伊藤により紹介された二重の基準論の具体化を積極的に推し進めたのが芦部信喜である。芦部による二 重の基準論の展開については,同『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣, 1981) 65 頁以下,同・前掲脚注 165・ 97 頁以下,同『憲法学Ⅱ 人権総論』(有斐閣,1994)213 頁以下等を参照。

<sup>164</sup> 君塚正臣「いわゆる憲法の第三者効力論・再論」企業と法創造4巻1号(2007)75 頁以下、同「法律 行為と憲法の第三者効力論―日本の憲法学は憲法の私人間効力をどのように考えていくべきか(一)」関西 大学法学論集 52 巻 4・5 号(2003)377 頁以下(特に 398 頁)等。なお,私人間効力に関する国内外の学 説を総覧した上で自説の位置付けとその内容を明らかにするものとして,同「第三者効力論の新世紀(一) ―日本の憲法学は憲法の私人間効力をどのように考えているのか」関西大学法学論集50巻5号(2000) 124 頁以下,同「第三者効力論の新世紀(二・完)―日本の憲法学は憲法の私人間効力をどのように考え ているのか」関西大学法学論集50巻6号(2001)105頁以下がある。

<sup>165</sup> 君塚正臣・前掲脚注 164 (「いわゆる憲法の第三者効力論・再論」)・76 頁。

<sup>166</sup> 同前・77 頁。

<sup>167</sup> 木下智史「私人間における人権保障をめぐる学問と実践の狭間」神戸学院法学34巻1号(2004)118-119 頁を参照。

裁判所による私法規定の解釈を拘束するとの考え方に一定の説得力が認められることは確かであり<sup>168</sup>,二重の基準論の私人間への適用という問題は、理論的には賛否の両論が並び立つ論争的な状況にある。しかし、報道の自由と成長発達権との原理間衡量に妥当する基準を追究する本項の問題関心においては、表現の自由に優越的地位を与える二重の基準の論理が果たしてどれほど現実の裁判に反映されているのかという点も、憲法理論による衡量基準の形成と等しく重要である。

このような観点から表現の自由と他の人権との衡量基準が問題となった過去の事例を分析するならば、少なくとも次の2つの事柄を指摘することができよう。

第 1 の点は、問題となる表現行為が公共的事項に関わりをもつことは、表現の自由に与えられる衡量上のウェイトを高める根拠となりうることである。たとえば、公職者に対する名誉棄損的表現の事前差止を許容した『北方ジャーナル』事件上告審判決169は、憲法 21 条 1 項の「核心」的な趣旨を政治過程の民主的統制の実現に向けた自由な主義主張の表明と情報の相互受領の保障に見出しつつ、表現内容の公共性を事前の抑制の法理から導かれる差止請求の高度な要件をさらに厳格化する要素として把握する170。同判決と同じく表現行為に対する事前差止が問われた『石に泳ぐ魚』事件の上告審判決171は、『北方ジャーナル』事件判決と異なり表現の自由に予め優位な地位を認めず、当該事案の事情を基礎に個別的利益衡量を行うものとして注目されるが、同判決は「表現内容が公共の利害にかかわらない場面で、表現の自由と私人の権利とが衝突する場合」に関わるものとして『北方ジャーナル』事件判決とは「異なる考慮が働く」ことが172正当化される。他方、事前差止以外の事案では、名誉棄損に基づく損害賠償に関して、公共の利害に関わる表現行為を不可罰とする刑法の規定の内容とそれを拡張する解釈上の扱い(誤信相当性の法理173)が不法行為の要件である違法性の判断にも適用されている174。

-

<sup>168</sup> 山本は「私法とても、それが制定法の形で規定され、裁判所によって解釈・適用され、さらに法形成が行われる限り、憲法の拘束を受けることは当然といわなければならない」(同「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(一)」法学論叢 133 巻 4 号(1993) 5 頁)と述べ、君塚と同様の理解を示す。なお同『公序良俗論の再構成』(有斐閣、2000) 55 頁も参照。

<sup>169</sup> 最判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁。

<sup>170</sup> こうした理解に基づき同判決が適用した衡量基準は、「名誉の価値と表現行為の価値との比較衡量を、表現行為をできるだけ類型化し、類型化された表現行為の一般的利益とこれと対立する名誉の一般的利益とを比較衡量して判断するという類型的衡量」(同判決大橋進裁判官補足意見)として位置づけられる。

<sup>171</sup> 最判平成 14年9月24日判時1802号60頁。

<sup>&</sup>lt;sup>172</sup> 長谷部恭男・前掲脚注 154・154 頁。

<sup>173</sup> 同法理を承認した最高裁判決として『夕刊和歌山』事件上告審判決(最大判昭和 44 年 6 月 25 日刑集 23 巻 7 号 975 頁)。

<sup>174</sup> 最判昭和41年6月23日民集20巻5号1118頁によれば、「民事上の不法行為たる名誉棄損については、

第2に、他人の名誉を棄損しあるいはプライバシーを侵害する表現行為が公共的な事項 に関わりをもたない場合であっても、これに対する事前差止や事後的な賠償を求める当事 者には、自己の権利侵害を基礎づける事実の主張・立証に加えて、少なくとも個別的利益 衡量の枠組に従う正当化の論証が要求される。事前差止に関わる事案においてこの種の判 断を示した最高裁判例としては、先述の『石に泳ぐ魚』事件が挙げられる。しかし、表現 内容が公共の利害に関わりをもたない事案であるとはいえ,表現行為の事前差止を個別的 利益衡量という緩やかな基準の下で容認する判断には疑問も多く、同判決は、「表現内容が 公共の利害にかかわらない」ことに加えて、顔面の腫瘍のプライバシー該当性という「デ リケートな論点」175を含む特殊な事案に対する事例判断として位置づける理解176が有力であ る177。他方,事後的賠償の事案については、プライバシー侵害に基づく不法行為責任の問題 に関するリーディングケースとされる178ノンフィクション『逆転』事件上告審判決179が,表 現の自由とプライバシー権とを等価的に把握しつつ、個別的利益衡量の枠組によって責任 の成否を判断する旨を明らかにしている。この点、古典的な自由主義の発想(危害防止原 理)に依拠する限り,およそ他人の権利・利益を侵害する表現行為は憲法 21 条 1 項の保護 範囲の埒外に置かれるべきであるとの立場も理論的には成り立ちうるかもしれない180。しか し、上に見たように、判例はこのような立場を採用せず、ある表現行為がたとえ他人の名

その行為が公共の利害に関する事実に係りもつばら公益を図る目的に出た場合には、摘示された事実が真実であることが証明されたときは、右行為には違法性がなく、不法行為は成立しないものと解するのが相当であり、もし、右事実が真実であることが証明されなくても、その行為者においてその事実を真実と信ずるについて相当の理由があるときには、右行為には故意もしくは過失がなく、結局、不法行為は成立しないものと解するのが相当である(このことは、刑法二三〇条の二の規定の趣旨からも十分窺うことができる)」

<sup>175</sup> 曽我部真裕「プライバシー侵害と表現の自由」長谷部ほか編『憲法判例百選 I 〔第 6 版〕』(有斐閣, 2013) 142 頁。

<sup>176</sup> 滝澤孝臣「取引法判例研究(265) 最三判平成 14.9.24 名誉, プライバシー, 名誉感情の侵害を理由とする小説の出版等の差止請求を認容した原審の判断に違法がないとされた事例―「石に泳ぐ魚」事件」 NBL814 号(2005) 88 頁以下を参照。

<sup>177</sup> 実際にも、同判決の後、国会議員の両親と首相を務めた祖父をもつ女性が自己の離婚に言及する記事の公表・出版を禁止する仮処分命令を申し立てた『週刊文春』差止仮処分事件異議審決定(東京地決平成 16年3月19日判時1865号18頁)および同事件保全抗告審決定(東京高決平成16年3月31日判時1865号12頁)では、同判決と同様のプライバシー侵害に基づく差止請求に対して、個別的利益衡量の枠組みを排しつつ明確かつ厳格な要件(具体的には、①当該記事の公共性の不存在、②もっぱら公益目的ではないことの明白性、③重大かつ回復困難な損害発生の可能性という3つの要件)が適用されている。

<sup>178</sup> 前掲『週刊文春』事件上告審判決は、表現行為に伴うプライバシー侵害により不法行為が成立するための判断基準を定立するにあたり、前出のノンフィクション『逆転』事件上告審判決を先例として引用している。

<sup>179</sup> 最判平成6年2月8日民集48巻2号149頁。

<sup>180「</sup>およそ自由権とは、国家からの自由であって、私人からの自由を意味するものではないから、表現の自由に、国家に対する関係でのような優越的地位を考える余地はない」ため、「プライバシーの侵害となる表現行為は原則的に許されない」とする見解(甲斐素直『憲法ゼミナール』(信山社,2003)204頁)はこのような発想に立つものと言えよう。

誉やプライバシーを侵すものであるとしても、個別の事情に照らした比較衡量を通じてこれを保護する余地を確保している<sup>181</sup>。

以上の検討を踏まえて冒頭の問いに対するさしあたりの結論を導くならば、判例は、表現(報道)の自由の制約に関わる規範として、一般的に表現の自由の価値に優越的な地位を与えるという意味での二重の基準の適用を否定しつつも、公共的事項に関わる表現行為の価値にウェイトを置いた衡量を行い、なおかつその正当化根拠として民主的政治過程論を援用していること、そして、表現内容が公共的事項に関わりをもたず、なおかつ他人の権利・利益を侵害する表現行為に対しても一定の保護を与えることという2つの点において、二重の基準論の趣旨に対する一定のコミットメントの存在を読み取ることができよう。

#### (3) 推知報道問題へのあてはめ

では、表現(報道)の自由の制約に関わる原理間衡量の基準に対する以上の分析を推知報道にあてはめた場合の帰結はどうか。

ここで、「犯人が誰であるか(犯人性)」という事実が罪となるべき事実(刑訴法 256 条 3 項)の一部を構成することを踏まえるならば、推知報道の対象となる事実は、少なくとも形式的には国家刑罰権の発動に関わる公共的事実を構成することになる182。これに前項の考察結果をあてはめるならば、成長発達権論を唱える学説や裁判例が支持する衡量基準、すなわち推知報道を原則違法とし、推知情報に高度の公共性が認められる特段の事情が存在する場合に限ってこれを許容するとの衡量基準は、犯人性という公共的事柄に関わりを持つ事実の報道を、個別的利益衡量すら介することなく制約することを許容する点において、差止請求はもちろんのこと事後的な損害賠償請求の事案においても判例により形成された表現(報道)の自由の制約に関わる規範から乖離しているとの帰結が導かれよう。

これに対しては、先に見たとおり、一部の立場から推知報道の公共性を否定する主張が行われている<sup>183</sup>。では、この種の立論は上記の乖離を正当化するために十分なものと評価し うるであろうか。

この点,本稿は次の2つの疑問を提起する。

<sup>&</sup>lt;sup>181</sup> とはいえ,事前の抑制の法理が妥当すべき『石に泳ぐ魚』事件においてすら表現者側の不法行為責任が認定されていることに鑑みれば、公共的事項に関わらない表現行為が名誉棄損・プライバシー侵害を正当化しうるのは極めて例外的な場合に限られるとも思われる。

 $<sup>^{182}</sup>$  酒井安行・前掲脚注  $134\cdot 613$  頁を参照。前掲「呼び捨て訴訟」控訴審判決によれば,「報道における被疑者の特定は…犯罪事実自体と並んで公共の重要な関心事である」。  $^{183}$  本節 3(2)を参照。

第 1 に、そもそも論者の主張によっても推知報道の公共性を一律的に否定することは困難である。論者自身も認めるとおり、推知報道が疑いもなく公共性をもちうる状況一罪を犯した少年が同時に公人でもある場合等一は存在する。逆に言えば、仮に推知報道の公共性が否定される場合がありうるとしても、それは個々の事案に含まれる具体的事情から生じる偶発的な帰結に過ぎず、その一般化は論理の飛躍に外ならない。さらに加えていえば、推知報道に対する社会の期待や要請がたとえ当初は私的な好奇心に基づく非公共的なものとして把握される余地があるとしても、そのような好奇心に基づいて得られた情報を契機として公共的な議論が展開していく可能性184や、言論の内容に基づいてその公共的価値を否定することが安易な表現規制を呼び込む糸口となる危険性にも留意すべきである。推知報道の公共性の一様な否定はこれらの観点からも妥当とは言い難い。

第2に,仮に推知報道の公共性が一般的に否定されうるとの主張を受け入れたとしても, 上記の衡量基準はなお問題を孕む。先に検討したとおり,従来の判例によれば,ある表現 行為が公共的事項と何らの関わりをもたず,なおかつ他人の権利や利益を侵すものであっ ても,これを適法に制約するためには個別的利益衡量の枠組に従う司法判断が要求される。 すなわち,この種の議論は推知報道が違法と判断される余地を拡大するための論拠とはな り得ても,なお推知報道を原則違法とする衡量基準を正当化しうるものではない。

以上を踏まえて本章の全体としての結論を示すならば、成長発達権保障説に基づくこの 衡量基準を維持するためには、推知報道の公共性を一応の前提としつつも、なお表現(報 道)の自由の制約に関わる規範からの乖離を正当化するための論理の提示—人格権一般に 対する成長発達権の特殊性の論証—が必要となる、ということができるだろう。

## 第5節 成長発達権保障説の意義と課題

日本の現行少年法は、米国の少年裁判所法制をその淵源としながらも、推知報道規制をあくまで政策上の問題として把握する同国とは対照的な議論—人権保障説—を生み出す一方で、成長発達権保障説という特殊な解釈理論の産出により、日本と同様に推知報道規制の根拠を少年の人権保障に求めながらも報道の自由との衡量において大きな限界に直面する英国とも異なる道筋を切り開くものである。わけても、一結果的には上級審で覆された

<sup>184</sup> 酒井安行・前掲脚注 134・615 頁を参照。

一下級審の判断にとどまるとはいえ、明文の根拠すらもたない成長発達権の意義を自ら説き明かしつつ、推知報道の違法性を躊躇うことなく肯定する裁判例の存在は注目に値する。既に見たように、米国における犯罪少年の匿名性の利益は、パレンス・パトリエ思想(=裁量と秘匿による手続の実効性確保)とデュー・プロセスの保障(=裁量統制と情報公開による手続の公正性確保)というコインの裏表をなす2つの要請の間において、絶えず揺さぶりを受ける状況にある。しかし、本稿の行った分析を踏まえる限り、たとえ規制の根拠を少年の人権に求めようとも、その内実がプライバシー権の保障である限り、推知報道からの保護の要請が一きわめて例外的な場面を除き一報道に対する社会的要請によって凌駕され、結果的に「開かれた司法」の理念に基づく手続の公正性の問題へと昇華されうることは英国においても同様である。これに対して、これらの手続的価値から独立し、そのいずれによっても相対化されることのない子ども固有の利益(=意見表明を基軸とする人間関係の保障)を見いだす点に、成長発達権保障説のもつ重要な意義が認められるのではないだろうか。この種の人間関係の存在が子どもの成長・発達に不可欠であると考えられる限り、これに人権としての位置づけを与えることで国民の知る権利を後ろ盾とする推知報道からの保護を図ることには十分な理由が認められよう。

とはいえ、成長発達権保障説が提示する推知報道問題の解決基準には、果たして判例により形成されてきた原理間衡量の基準からの乖離をどのように正当化することが可能かという理論的な課題が存在する。上述のとおり、問題の解決を図るためには、推知報道を原則違法とする衡量基準を維持しつつ、なおこの帰結を憲法論的にも正当化するべく、成長発達権論を再構築しなければならない。

この点、本章の検討が明らかにした成長発達権保障説に含まれる憲法上の課題とは、判例により形成された原理間衡量の枠組みの分析を踏まえる限り、報道の自由の公共性への私益による対抗の限界に由来するもの一表現行為がたとえ私益(人格権)を害する場合でも個別的利益衡量に基づく正当化の余地が残される点において一として把握することができよう。とすれば、主に刑事法学において展開されてきた従来の成長発達権論のように、成長発達権の意義を自律的生存に向けた成長・発達という個人の私益のみに求める限り、この問題の解決は隘路に陥ることになる。

そこで、序章で明らかにした問題意識を踏まえつつ本稿が模索するのが、成長発達権に対して、子どもが自律的な個人へと成長発達するという私的利益に加え〈公益実現のために他者と協働しうる個人〉への成長発達という公共的な価値を読み込むことで報道の自由

の公共性に対抗する道筋である。以下,本稿は,この発想を基軸に,はじめに①成長発達権を含む子どもの人権一般に妥当する理論的基礎としての関係的権利論とその憲法的妥当性を考察した上で,次に②成長発達権論の再構築を行うための道具立てとしてアイデンティティへの権利論を採り上げた上で,このアイデンティティへの権利を基底的内容として位置づける成長発達権論を具体的に展開する。

# 第2章 関係的権利論による子どもの人権論の再構成

ここでは、前章までに確認された問題意識に基づいて成長発達権論を具体的に展開する上で論理的な前提となる、子どもの人権の基礎理論を考察する。後述のように、子どもの人権論は古典的な無権利論から出発して以来、多様な変化や発展を遂げてきてはいるものの、そこには依然として、大人と子どもとの差異に由来する「管理抑圧」の契機が潜在している。しかし、子どもが大人の「管理抑圧」下にありながら、なお序章で論じた「憲法が想定する人間像」一とりわけ〈主体的に善を構想し自らの生を切り開く個人〉一へと成長・発達を遂げうるとの想定には、多くの疑問が伴う。とはいえ、既述のように、大人と子どもとの相違の存在それ自体を否定することは、子どもが抱えるさまざまなニーズの看過に結び付き、却って不合理な帰結をもたらしうる。そこで本章では、大人による保護の必要を承認しながらも子どもに大人と平等な権利主体性を確保しうる、新たな権利論の可能性を検討する。

# 第1節 本章の課題

# 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<sup>185</sup>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<sup>186</sup>である。

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。

<sup>185</sup> 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・前掲脚注136・314 頁等。

 $<sup>^{186}</sup>$  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  $^{\cancel{\text{4}}}$ 

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<sup>187</sup>。

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」188ことを論拠に、厳密な審査を経ることなく「一括して一般的に正当化」189されてきた190。

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<sup>191</sup>中世から近代にわたる無権利論の時代を経て、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<sup>192</sup>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」<sup>193</sup>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

\_

<sup>187</sup> 小山剛『「憲法上の権利」の作法〔新版〕』(尚学社,2011) 第3章を参照。

<sup>188</sup> 中村睦男・前掲脚注 185・220 頁。

<sup>189</sup> 佐藤幸冶「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。

<sup>190</sup> 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。

<sup>&</sup>lt;sup>191</sup> 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.ホッブズがその代表例である(ホッブズ[永井道雄訳]『世界の名著(28)ホッブズ』(中央公論社,1971)87頁を参照)。

<sup>192</sup> 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・前掲脚注17・78頁を参照。193 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。

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<sup>194</sup>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<sup>195</sup>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<sup>196</sup>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」<sup>197</sup>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198が否定しがたく存在するためである199。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200。

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<sup>201</sup>。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。

<sup>195</sup> Tinker v. Des Moins Indep. Community Sch. Dist. 393 U.S. 503 (1969).

-

<sup>&</sup>lt;sup>194</sup> In re Gault, 387 U.S. 1 (1967).

<sup>196</sup> 政府訳は「児童の権利に関する条約」。1989年11月20日採択。

<sup>197</sup> 森田明·前掲脚注 193。

<sup>&</sup>lt;sup>198</sup> 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。

<sup>199</sup> 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。

<sup>&</sup>lt;sup>200</sup> 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。

<sup>&</sup>lt;sup>201</sup> 「『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。

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<sup>202</sup>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<sup>203</sup>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、すなわちパターナリズムの正当化である<sup>204</sup>。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—パターナリズムの適用基準—に内在する曖昧性・不明確性である。パターナ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」<sup>205</sup>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」<sup>206</sup>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ナ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

<sup>202</sup> 宮沢俊義・前掲脚注 186・246-247 頁。

<sup>&</sup>lt;sup>203</sup> 樋口陽一・前掲脚注 8・47 頁,佐藤幸治・前掲脚注 189・168 頁,長谷部恭男・前掲脚注 154・108-111 頁等。

<sup>204</sup> 代表的見解として,佐藤幸治・前掲脚注 185・136-137 頁。

<sup>&</sup>lt;sup>205</sup> 佐藤幸治・前掲脚注 185・137 頁。

<sup>206</sup> 宮沢俊義・前掲脚注 186・247 頁。

ことが一つの要因をなしているという事実<sup>207</sup>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ナ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」208の契機となりうる。〈人権主体=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」の手段へと堕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近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 本章の課題

子どもの人権論における以上の2つの問題に対して、本章では〈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、その克服を試みる。

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

<sup>207</sup> 濱川今日子・前掲脚注 200・71 頁。

<sup>208</sup> 福田雅章・前掲脚注4・46頁。

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<sup>209</sup>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、基準の不明確性や濫用のリスクに起因する「管理抑圧」の契機を不可避的に伴うことにある。

さらに、大人と子どもの格差は、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。そこで本章では、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、本章では、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し、その検討を行う(第2節)。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。他方で、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210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」211をテ

<sup>&</sup>lt;sup>209</sup> 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。

<sup>210</sup> 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)。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)。
211 同上書・viii 頁。

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」212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、 関係的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、関係的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な人権論へと反映していくための必須の条件 ともなる。そこで本章では、これらの問題意識を視座として、関係的権利としての子ど 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的権利 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うる。この問題に対して本章 は,ミノウが関係的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(第3節)。

# 第2節 関係的権利論による権利の基礎付け

# 1 関係的権利論の概要<sup>213</sup>

## (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

<sup>212</sup> 同前・46 頁。

<sup>&</sup>lt;sup>213</sup> 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。

れる,自律や自己決定能力など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<sup>214</sup>。このカテゴリー化は、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<sup>215</sup>。

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」<sup>216</sup>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」<sup>217</sup>の下にある「無知のヴェール」<sup>218</sup>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原理)<sup>219</sup>。

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」220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」221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」222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

<sup>&</sup>lt;sup>214</sup> MARTHA MINOW, MAKING ALL THE DIFFERENCE: INCLUSION, EXCLUSION, AND AMERICAN LAW (Cornell University Pr., 1990) 8.

 $<sup>^{215}\,</sup>$  Id at 127.

<sup>&</sup>lt;sup>216</sup> 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].

<sup>&</sup>lt;sup>217</sup> Id at 14. [邦訳, 24 頁].

<sup>&</sup>lt;sup>218</sup> Id at 15. [邦訳, 26 頁].

<sup>&</sup>lt;sup>219</sup> *Id* at 42. [邦訳, 75 頁].

<sup>&</sup>lt;sup>220</sup> Id at 17. [邦訳, 29 頁].

<sup>&</sup>lt;sup>221</sup> Id at 18. [邦訳, 31 頁].

<sup>&</sup>lt;sup>222</sup> Id at 19. [邦訳, 32 頁].

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い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)」223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224。

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)」<sup>225</sup>と呼ぶ立場である。「権利分析アプローチ」は、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<sup>226</sup>。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)」<sup>227</sup>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<sup>228</sup>。この懐疑は、人種や肌の色など、歴史上もっぱら差別的な基準として用いられてきたカテゴリーにみられるように、対象者に対する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由来する、差異の割当ての誤

<sup>&</sup>lt;sup>223</sup> MINOW. *supra* note 214, at 105.

<sup>&</sup>lt;sup>224</sup> 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。

 $<sup>^{225}\,</sup>$  Id at 107.

 $<sup>^{226}</sup>$  Id at 131-132; id at 138..

<sup>&</sup>lt;sup>227</sup> Id at 19.

<sup>&</sup>lt;sup>228</sup> Id at 107-108.

謬性にその基礎を置く<sup>229</sup>。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存在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<sup>230</sup>。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をもつ<sup>231</sup>。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<sup>232</sup>、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<sup>233</sup>。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<sup>234</sup>、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

<sup>&</sup>lt;sup>229</sup> See, id at 110.

<sup>&</sup>lt;sup>230</sup> 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. Bord 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。

 $<sup>^{231}</sup>$  MINOW, supra note 214, at 108.

<sup>&</sup>lt;sup>232</sup> *Id*.

 $<sup>^{233}</sup>$  Id at 20.

<sup>&</sup>lt;sup>234</sup> Id at 146.

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剥奪をもたらすことになる235。

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<sup>236</sup>及び差異の認識に関する本質主義<sup>237</sup>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<sup>238</sup>。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<sup>239</sup>。

 $<sup>^{235}</sup>$  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。

<sup>&</sup>lt;sup>236</sup> Id at 139.

 $<sup>^{237}</sup>$  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。

<sup>&</sup>lt;sup>238</sup> Id at 108.

 $<sup>^{239}\,</sup>$  See, id at 110.

#### (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<sup>240</sup>。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<sup>241</sup>。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<sup>242</sup>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<sup>243</sup>。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<sup>244</sup>。このことは、差異が比較によって「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<sup>245</sup>。

 $<sup>^{240}</sup>$  Id at 7.

<sup>&</sup>lt;sup>241</sup> *Id* at 50.

<sup>&</sup>lt;sup>242</sup> 「他と比較しての違い。」(新村出編『広辞苑〔第6版〕』(岩波書店, 2008))。

<sup>&</sup>lt;sup>243</sup> MINOW, *supra* note 214, at 50-51,53-56.

<sup>&</sup>lt;sup>244</sup> See, id. at 233.

<sup>&</sup>lt;sup>245</sup> Id at 55.

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<sup>246</sup>。 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—男性あるいは健常者等の—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<sup>247</sup>。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<sup>248</sup>。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<sup>249</sup>。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—論争性にもかかわらず、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<sup>250</sup>。

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<sup>251</sup>。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<sup>252</sup>。

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<sup>253</sup>。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

<sup>&</sup>lt;sup>246</sup> Id at 51-52,56-60.

<sup>&</sup>lt;sup>247</sup> *Id* at 51.

<sup>&</sup>lt;sup>248</sup> Id at 52,60-65.

 $<sup>^{249}</sup>$  Id at 60.

 $<sup>^{250}</sup>$  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  $^{234}$  · 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。

<sup>&</sup>lt;sup>251</sup> MINOW, *supra* note 214, at 52,66-70.

 $<sup>^{252}</sup>$  「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,本章第 3 節 1(2)を参照。

<sup>&</sup>lt;sup>253</sup> MINOW, *supra* note 214, at 52,70-74.

いう観念をあらわす<sup>254</sup>。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しているという「現状のもつ重み」を全く考慮していないことに加え<sup>255</sup>、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び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いる<sup>256</sup>。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<sup>257</sup>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<sup>258</sup>等をあげつつ、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。これらの認識傾向の存在は、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、

\_

<sup>&</sup>lt;sup>254</sup> *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こと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。

<sup>&</sup>lt;sup>255</sup> *Id.* at 70.

<sup>&</sup>lt;sup>256</sup> *Id.* at 72.

<sup>257</sup> 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。
258 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。

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)」 259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260。

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261や法的推論を行う上でのカテゴリーの必要性262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

<sup>&</sup>lt;sup>259</sup> MINOW, *supra* note 214, at 110.

<sup>&</sup>lt;sup>260</sup> Id at 94-97.

<sup>&</sup>lt;sup>261</sup> 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。

<sup>262</sup> 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。

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、これをよ 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<sup>263</sup>。

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<sup>264</sup>、米国においては、1890年代から 1920年代にかけて政治・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<sup>265</sup>。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ったとされている<sup>266</sup>。

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<sup>267</sup>、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<sup>268</sup>。

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 了知していると思い込む可能性と、②他者の視点が了解不可能であると思い込む可能性 である<sup>269</sup>。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

<sup>&</sup>lt;sup>263</sup> *Id* at 248-257.

<sup>264</sup> 山脇直司「進歩」猪口孝ほか編『政治学事典』(弘文堂, 2000) 537頁。

<sup>&</sup>lt;sup>265</sup> MAUREEN A. FLANAGAN, AMERICA REFORMED: PROGRESSIVES AND PROGRESSIVISMS 1890s-1920s (Oxford Univ. Pr., 2007) at vi.

<sup>&</sup>lt;sup>266</sup> *Id*.

 $<sup>^{267}\,</sup>$  Minow, supra note 214, at 248.

<sup>&</sup>lt;sup>268</sup> Id at 241.

<sup>&</sup>lt;sup>269</sup> Id at 262.

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」270,「国による親権代行的色彩を持つ福祉法的制度」271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272。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273, 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274。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

<sup>270</sup> 青野篤・前掲脚注 55・119 頁。

<sup>271</sup> 森田明・前掲脚注 17・84 頁。

<sup>&</sup>lt;sup>272</sup> 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。

<sup>273</sup> 青野篤・前掲脚注 55・121 頁。

<sup>274</sup> 森田明・前掲脚注 17・84-86 頁を参照。

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275。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)」276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277が示すとおり,権利に対し て、これを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)278。この見解によれば、自らの自由を制約する政府の行動に直 面した個人は、それが「自分の選択した生き方や考え方が根本的に誤っているからとい う理由」に基づいていることのみを根拠として、「直ちに社会全体の利益に基づく政府の 行動の正当性を覆す」ことができる279。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しうるというメリ ットをもたらす280。

<sup>&</sup>lt;sup>275</sup> MINOW, *supra* note 214, at 263.

<sup>276 「</sup>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).

<sup>277 「</sup>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)。

<sup>278</sup> 長谷部恭男・前掲脚注 154・108-112 頁を参照。

<sup>279</sup> 同。

<sup>280</sup> 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)

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)」<sup>281</sup>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<sup>282</sup>において、公立高校が生徒を停学処分に付するにあたり、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ず、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。

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)」<sup>283</sup>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

<sup>721 (49)</sup> 頁以下を参照。

<sup>&</sup>lt;sup>281</sup> MINOW, *supra* note 214, at 7.

<sup>&</sup>lt;sup>282</sup> 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付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。

<sup>283</sup> 大江洋・前掲脚注 210 (『関係的権利論』)・105 頁。

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にあってなお、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<sup>284</sup>。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285。 これによって権利は、衝突の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286。

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」ではありえず、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<sup>287</sup>。

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288)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 性を堀り崩すのではなく、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

<sup>&</sup>lt;sup>284</sup> MINOW, *supra* note 214, at 291.

<sup>&</sup>lt;sup>285</sup> See, id at 292-294.

<sup>&</sup>lt;sup>287</sup> 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。

<sup>288</sup> 大江洋・前掲脚注 210 (『関係的権利論』) においては、関係的権利論が、「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 考えられる点を捉えて、「言葉としての権利」論と訳出した。

「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」論によって、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<sup>289</sup>。

#### (5) 共同体基底的権利観

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」290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、共同体における一抗議や非難の矛先となるはずの一権力者自身によって創設された形式一たとえば訴訟手続一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明としての性質を併せもつと述べている291。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」292機能を果たすことになる。

<sup>&</sup>lt;sup>289</sup> See, Minow, supra note 214, at 296-298.

<sup>&</sup>lt;sup>290</sup> Id at 299.

<sup>&</sup>lt;sup>291</sup> Id at 294-295.

 $<sup>^{292}</sup>$  Id at 293.

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一であってもこれを行使することが認められる293。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、ある種の形成力をもつ「切り札としての権利」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」294。

#### (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<sup>295</sup>。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」<sup>296</sup>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<sup>297</sup>。

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るだろう。リベラルな権利論は、こ

<sup>&</sup>lt;sup>293</sup> See, id at 301.

<sup>294</sup> Id

<sup>&</sup>lt;sup>295</sup> See, RAWLS, A THEORY OF JUSTICE, REV. ED. (Harvard Univ. Pr., 1999) at 221-227.

<sup>&</sup>lt;sup>296</sup> 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。 <sup>297</sup> 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は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充的保障機能から「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 185・175-177 頁を参照。

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<sup>298</sup>,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<sup>299</sup>),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<sup>300</sup>)。

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」301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<sup>302</sup>。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

<sup>&</sup>lt;sup>298</sup> もっとも、脚注 191 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。 <sup>299</sup> 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 [鵜飼信成訳]『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。

 $<sup>^{300}</sup>$  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。  $^{301}$  MINOW, supra note 214, at 300.

<sup>302</sup> 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とり得ないことは前述のとおりである。

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、自らの視点を特権化し差異を一方的に定義し割当てる 六公正な力を「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第2節においてで改めて行うこととする。

#### 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、それ自身が取り上げる「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<sup>303</sup>。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、裁判所の能力への懐疑である<sup>304</sup>。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305。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。

ここでミノウが注目するのは、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306。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

.

<sup>&</sup>lt;sup>303</sup> Talking Through Our Differences: Making All The Difference: INCLUSION, EXCLUSION, AND AMERICAN LAW, 104 HARV. L. REV. 1120, 1122-1123(1991).

<sup>304</sup> Id at 1123.

Minow, Constitutional Buicentennial 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.

Minow, supra note 305, at 206; MNOOKIN, BURT, supra note 305, at 61-63.

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)307。

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308。

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<sup>309</sup>。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。

この裁判に伴う波及効とは、日本においてもさまざまな法分野において広く議論が行われてきた比較的なじみの深いテーマである<sup>310</sup>。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」<sup>311</sup>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<sup>312</sup>。 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

<sup>&</sup>lt;sup>307</sup> Minow, *supra* note 305, at 208.

<sup>&</sup>lt;sup>308</sup> *Id* at 217.

<sup>309</sup> *Id* at 216.

 $<sup>^{310}</sup>$  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  $4\cdot5\cdot6$  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。

<sup>311</sup> 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。

<sup>&</sup>lt;sup>312</sup> Minow, *supra* note 305, at 208.

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)」<sup>313</sup> なものとすることができる。

#### (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。

米国の法学者シェイラ・フォスターによれば、共同体のすべてのメンバーが一互いを 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」 314。関係的権利論は、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 315、原状の権力構造に変動がもたらされる公算は小さい 316。

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<sup>317</sup>。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)ら自身が一権利行使の主体である一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一劣位の価値の表象としての一カテゴリーに対抗する、という戦略である<sup>318</sup>。

<sup>313</sup> Id at 206

<sup>&</sup>lt;sup>314</sup> 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).

 $<sup>^{315}</sup>$  Id at 184.

<sup>316</sup> *Id* at 189-190.

 $<sup>^{317}</sup>$  Id at 189.

<sup>318</sup> Id at 190-193.

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)」<sup>319</sup>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<sup>320</sup>。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「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321、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322。

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323。

<sup>&</sup>lt;sup>319</sup> *Id* at 189.

<sup>320</sup> 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 214, 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 (id. at 311)。

<sup>321</sup> 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。

<sup>322</sup> 同。

<sup>&</sup>lt;sup>323</sup> MINOW, *supra* note 214, at 23-40.

関係的権利論が、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、 関係的権利論は、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、関係的権利が、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 事実に依存している。共同体が個人の「声」を聞き入れることを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。関係的権利論は、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324。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る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一それゆえに周辺的な地位に置かれ易い一存在の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一彼(彼女)が他にいかなる特性を備えていようとも一これを

-

<sup>&</sup>lt;sup>324</sup> Judith G. McMullen, *Book Review: Making All The Difference*, 74 MARQ. L. REV. 253, 258-259 (1991).

彼(彼女)の本質的属性として位置づけてしまう325。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326。

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トする--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と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」をあげることのできない状況にある人 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 判決タニア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

<sup>325</sup> Id at 258.

<sup>&</sup>lt;sup>327</sup> City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc., 473 U.S. 432 (1985).

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して用いることは、果たして修正 14条が一掃を企図した人種差別328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は否定できないが、彼(彼女)らの障害の程度には大きな幅がありうることから、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329。

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うかがわれない法廷意見とは対照的に、

-

<sup>&</sup>lt;sup>328</sup> See, McLaughlin v. Florida, 379 U.S. 184, 192 (1964).

<sup>&</sup>lt;sup>329</sup> 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。

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もつ意味を探求するものである、との評価を行っている330。

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、まさに関係的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<sup>331</sup>。「正常人」が自らの特性を基準として社会制度を構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332、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333、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」<sup>334</sup>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

<sup>&</sup>lt;sup>330</sup> MINOW, *supra* note 214, at 114.

<sup>&</sup>lt;sup>331</sup> 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。

<sup>&</sup>lt;sup>332</sup> See, MINOW, supra note 214, at 113.

<sup>333</sup> 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。

<sup>334</sup> 大江洋・前掲脚注 210 (『関係的権利論』)・57 頁。

対する強者の観点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、この観点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」335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。

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<sup>336</sup>。

# 第3節 関係的権利論による子どもの人権の基礎付けの意義と憲法的課題

#### 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

\_

<sup>335</sup> 同前・58 頁。

 $<sup>^{336}</sup>$  この点、小田倉泉「乳幼児の意見表明権とその実施に関する一考察— $\mathbf{J}$ .コルチャックの権利思想を基として」埼玉大学紀要教育学部  $\mathbf{56}$  (1) (2007)  $\mathbf{95}$  頁以下によれば、「自己の見解をまとめる能力」が通常著しく不十分な乳幼児であっても、「人間存在として乳幼児を尊敬し、かつ『その子どもの興味、ニーズと調和した重要な人物』であり、また『乳幼児に同一化できる間主観的な心的状況』をもつおとな」の援助を介して意見表明権(子ども権利条約  $\mathbf{12}$  条)を行使することができるとされており、注目される。なお、関係的権利として構成された子どもの人権と意見表明権との関係については、本章第  $\mathbf{3}$  節  $\mathbf{1}$  (4) (とくに脚注  $\mathbf{355}$ ) を参照。

-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一少なくとも規範的には<sup>337</sup>—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」<sup>338</sup>を意味する。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」<sup>339</sup>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<sup>340</sup>。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<sup>341</sup>。

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342。この種の規定の存在は、子どもの権利が—子どもを保護

3

<sup>337</sup> 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 8・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、慈恵的な性格にとどま」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)。

<sup>338</sup> 同前·47 頁。

<sup>339</sup> 佐藤幸治・前掲脚注 185・19 頁。

<sup>340</sup> 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」。
341 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。

<sup>342</sup> 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

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、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」<sup>343</sup>)。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<sup>344</sup>。

## (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345。

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—たとえば身体の自由—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346。

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。

343 大江洋・前掲脚注 210 (『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 4 論文。

344 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)。

<sup>345</sup> Minow, Rights For The Next Generation: A Feminist Approach To Children's Rights, 9 HARV. WOMEN'S L.J. 1, 18-21 (1986).

346 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」前掲脚注9書所収・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り」、「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187・129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

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廉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

て位置づけられるべきものと考える。

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」<sup>347</sup>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」<sup>348</sup>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・敵対的関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<sup>349</sup>。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350。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351。

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)」352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

<sup>&</sup>lt;sup>347</sup> MINOW, *supra* note 214, at 291.

<sup>&</sup>lt;sup>348</sup> 森田明・前掲脚注 17・79 頁。

<sup>&</sup>lt;sup>349</sup> Minow, supra note 345, at 13.

 $<sup>^{350}</sup>$  Id at 7-8.

<sup>351</sup> 岡野八代「フェミニズムにおける公共性『問題』」立命館法學 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。

<sup>352</sup> Minow, supra note 345, at 6.

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も、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ナ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353。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る。ここで「異議

96

<sup>353</sup> 本章第1節を参照。

申立て」として想定される子どもの行為とは、具体的には国際人権法上の実定的権利である「子どもの意見表明権(the right of the child to express views and to be heard)」(国連子ども人権条約 12 条)の行使に該当するものである。同権利の意義(同条)を踏まえて上記の定式を敷衍するならば、子どもによる人権の行使は「公私のネグレクト」に対する異議の申し立て=「表明」であるとともに、これに対する大人の「傾聴」ないし「尊重」を意味する354ものと解されるべきことになる355。このような本研究の理解によれば、子どもの意見表明権とはすべての子どもの人権が備えもつ一般的性質として位置づけられるものとなる。

では、以上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356。しかしながらリベラリズムは、すべての人びとの利害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357。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

<sup>354</sup> 意見表明権の意義につき、永井憲一ほか・前掲脚注 342・89 頁以下を参照。

<sup>355</sup> 子どもの意見が「傾聴」・「尊重」される典型的な場面が、前述の対話的訴訟観に基づく訴訟手続である。なお、ここで子どもにより表明された意見を「尊重」することは、その意見に表れた子どもの意思をそのまま承認し、実現に導くことを意味する訳ではない。そのような理解は、究極的には、前述した子どもの権利行使の前提となる関係性そのものを堀り崩すであろう。この点、原則的に、関係性の改善に向けて問題提起の「声」を上げつつ、問題解決のための討議を呼び起こすという子どもの関係的権利の目的は、子どもによる意見表明と大人による傾聴(尊重)によって達成することが可能である。筆者が現時点で認めるその唯一の例外が、本研究の主題である子どものアイデンティティへの権利に基づく子どもの「重要な関係性」の確定の問題である(詳細は第3章および第4章を参照)。

 $<sup>^{356}\,</sup>$  Nancy Frazer, Justice Interruptus: Critical Reflections On The "Postsocialist" Condition (Routledge, 1997) at 86.

<sup>357</sup> 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。

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<sup>358</sup>、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<sup>359</sup>。

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一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一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360。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観念することにより、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ことが期待される。子どもは、これによって一利益を共有し合う一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一固有の権利主体性一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。

-

 $<sup>^{358}</sup>$  本章第  $^{2}$  節  $^{2}$   $^{1}$  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。

<sup>359</sup> 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。波及的効果については、本章第2節2(1)を参照。

<sup>&</sup>lt;sup>360</sup> 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。

#### 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

本節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

ここまでに本稿が論じてきた内容からも明らかなとおり、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<sup>361</sup>。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。

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362。

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。

\_

<sup>361</sup> 大江洋・前掲脚注 210 (『関係的権利論』)・104 頁。

<sup>362 「</sup>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。

#### (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363。その点、関係的権利論とは、自らの視点を特権化し、「異常人」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」な存在一たとえば子ども一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<sup>364</sup>。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

 $<sup>^{363}</sup>$  たとえばロールズは,「正義の第一の課題が関わるのは,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の間の関係である」(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」一これは本章第 2 節 1(1)で触れた「二つの道徳的能力」を備えた市民である一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。  $^{364}$  長谷部恭男・前掲脚注  $6 \cdot 6 \cdot 7$  頁。

を超え、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一国家機関を 統制する法一として観念されてきたのである365。

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366。

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<sup>367</sup>。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<sup>368</sup>。

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369。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。

\_\_\_

<sup>365</sup> 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 及ばない一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)。

 $<sup>^{366}</sup>$  MINOW, supra note 214, 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。

<sup>&</sup>lt;sup>367</sup> See, id at 269-277.

<sup>368</sup> 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 354 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。

<sup>&</sup>lt;sup>369</sup> 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、正当化することができると考えられる。

#### (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ているため<sup>370</sup>,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」371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372。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

<sup>370</sup> 本章第2節1(6)を参照。

<sup>&</sup>lt;sup>371</sup> MINOW, *supra* note 214, at 294.

<sup>372 「</sup>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、本章第2節1(4)ないし(5)を参照。

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373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374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、関係的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。関係的権利論は、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<sup>375</sup>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に依拠している。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堀り崩すおそれがある。関係的権利論とは、これらの危険を抱えつつも、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。

<sup>373</sup> RAWLS, *supra* note 295, at 293.

<sup>374</sup> 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 358・602 頁以下を参照。375 長谷部恭男・前掲脚注 6 (「立憲主義」)・6・7 頁,阪口正二郎・前掲脚注 6 (「リベラルな立憲主義における公教育と多様性の尊重」)・448-449 頁等を参照。

# 第 3 章 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

## 第1節 本章の課題

## 1 本章の課題

本章では、前章で論じた子どもの権利論を基礎として、第 1 章で明らかにした推知報道問題における成長発達権保障説が抱える問題や限界を乗り越えるための、新たな成長発達権論の構築を試みる。

その手がかりとして本稿が注目するのが、オーネンによる「子どものアイデンティティへの権利(the child's right to identity)」論である。本章では、子どもに「真正な自己」としてのアイデンティティーないしその獲得の基礎一を保障することを目的とするアイデンティティへの権利が、子どもが上述の憲法が想定する人間像一〈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〉一へと成長・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き、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の解釈論の提示を行う。

## 2 構成と概要

以上の課題を踏まえて、はじめに、推知報道問題をめぐり成長発達権保障説が抱え込む問題の背景を追究するために、同説の事実上の淵源となる意見表明権を基軸とする成長発達権論(福田説)に着目した上で、成長発達権論の歴史的な展開の中での同説の位置づけと意義を確認しつつ、序章で論じた本稿の問題意識に基づき、その問題点を分析する(第2節)。次に、こうして分析された問題を解消する理論構築を行うための手がかりを探るべく、あえて権利論の文脈から距離を置き、さらに考察の視点を子どもの生の過程に介入する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広げられる論争とそこに含まれる本稿の問題関心に関わる論点を、米国の事例を参照しつつ検討する(第

3 節)。そして、その論争の中で重要な課題として浮かび上がる、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を、集団と個人の関係性を論じるマーサ・ミノウの論考を参照しつつ検討した上で、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、他者との協働を実現するための重要な基礎にもなりうるという帰結を導出する(第4節)。最後に、以上の検討結果を子どもの人権論に投影する上で、上述のアイデンティティの権利が有する意義を検討し、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ことおよびその理論的な根拠を確認する(第5節)。

# 第2節 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

序章でも触れたように,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376に由来する教育における政府の裁量を一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一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」377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」378を措定することで「自由権的性質と社会権的性質とが結びついた『教育を受ける権利』観念」379を確立するという、重要

105

<sup>376</sup> 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「教育の機会均等を実現するための経済的配慮を国家に対して要求する権利」(法学協会編『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。

<sup>377</sup> 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。

<sup>378</sup> 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。

<sup>379</sup> 佐藤幸治・前掲脚注 185・369 頁。

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380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授けることは国民的課題である」と判示し、その後の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381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。

#### (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とおり、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、本章の検討対象である成長発達権とは、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382。すなわち、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383。

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言いがたい。教育法学や判例の動向を受けて,憲

<sup>380</sup> 東京地判昭和45年7月17日行集21巻7号別冊1頁。

<sup>381</sup> 最判昭和51年5月21日刑集30巻5号615頁。

<sup>382</sup> 福田雅章・前掲脚注 128・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。

<sup>&</sup>lt;sup>383</sup> 佐藤幸治・前掲脚注 185・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。

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384, 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385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了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 判や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386。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387。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388, 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

<sup>384</sup> 佐藤幸治・前掲脚注 185・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

<sup>385</sup> 佐藤幸治・前掲脚注 185, 戸波・前掲脚注 384・207-208, 216 頁。

<sup>386</sup> 松井茂記・前掲脚注 125・178 頁。

<sup>387</sup> 同前・178-179 頁。

<sup>388</sup> 戸波江二・前掲脚注 384・210 頁。

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389,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、第1章において考察した少年法61条が定める推知報道の禁止規定390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深刻な対立が生じている391。

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>392</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づく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<sup>393</sup>。

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を前提とする刑事法

<sup>389</sup> 戸波江二・前掲脚注 384・206 頁。

<sup>390 「</sup>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)。

<sup>391</sup> 詳細は第1章第4節を参照。

<sup>&</sup>lt;sup>392</sup> 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・前掲脚注 123・108-109 頁、丸山雅夫・前掲脚注 15・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。

<sup>&</sup>lt;sup>393</sup> その目的は,推知報道を,子どもの人権である成長発達権を侵害するものとして原則違法(不法行為を構成)とする衡量基準を導くことにある。詳細は第1章第4節3を参照。

学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>394</sup>。この緊張関係の存在を看過したまま、安易に「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>395</sup>ないし「健全育成の対象」<sup>396</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>397</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と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背理であるという外ない。

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

<sup>394</sup> 松井茂記・前掲脚注 125・180 頁を参照。

<sup>395</sup> 福田雅章・前掲脚注 4・44 頁。

<sup>396</sup> 福田雅章・前掲脚注 128・463 頁。

<sup>397</sup> 松井茂記・前掲脚注 125・179 頁。

られてしまうことにある。このような保護の私事化の拡大は、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>398</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399、この両者に通底するものが、〈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、この種のディレンマから脱却するために求められるのが、〈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、〈子ども一親一国家〉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に、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一〈保護/自律〉の2つの契機の要請に適切に応えうるもの一として構築することが、ここでの課題となる。

#### (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

上述のような,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い 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)は、成長発達権を、憲法13条前段における「個人

 $<sup>^{398}</sup>$  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, supra note 345.)。この「公的ネグレクト」の詳細については,第2章第3節1(3)を参照。

<sup>&</sup>lt;sup>399</sup> 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,第2章第2節1(1)を参照。

の尊重」原理が一既に自律的な存在と見なされうる大人ではなく、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一子どもに妥当する規範的な内容として把握することから出発する。その論旨は、以下の3点に要約される。

第 1 の点は「個人の尊重」原理の解釈に関わるものである。憲法学における通常の理解によれば、この原理は個人が自律的な存在として扱われ、尊重されるべきことを意味する400。これに対して福田説は、「『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」401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。

第 2 の点は、成長発達権の成文上の根拠の理解に関わる。既述のとおり、そもそも成長発達権論は、教育を受ける権利(憲法 26条)の背景的権利とされる学習権に淵源をもつものである。しかし福田説は、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ぞ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しうる」402(傍点は筆者)として、「個人の尊重」原理の中に成長発達権の保障根拠を見いだしている。

最後の点は、成長発達権の実体的な内実に関わるものである。福田説によれば、まず、「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」403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」404に存在する。そして、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不可欠の条件をなすとの理解から、福田説においては、子どもの意見表明権(国連子ども権利条約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」が成長発達権の本質

<sup>400</sup> 自律的な存在としての尊重は、自己決定能力の尊重と同時に、個人の根源的な平等性の承認を要求する (長谷部恭男・前掲脚注 154・162 頁を参照)。

<sup>401</sup> 福田雅章・前掲脚注 128・461 頁。

<sup>402</sup> 同。

<sup>403</sup> 福田雅章・前掲脚注 4・47-48 頁。

<sup>&</sup>lt;sup>404</sup> 福田雅章・前掲脚注 4・49 頁。

的要素として位置づけられることになる405。

福田説の概要が以上のとおりであるとすれば、次に問題となるのが、子どもの成長・発達の本質的要素をなす人間関係を構成するための権利とされる、意見表明権の意義である。 意見表明権を条約全体の見地から捉えた場合に浮かび上がる解釈上の限界については後に確認するとして、ここでは、福田説における意見表明権の解釈とその位置づけを確認しておく。

はじめに、福田説によれば、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て、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、子どもの人格形成上の「心的機制」に根ざす権利として、成長発達権の「実 体的内容」を構成する権利として位置づけられる406。

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ている407。

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ている408。

最後に、福田説によれば、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」としての意義をもつとされる409410。

#### (3) 成長発達権論における福田説の意義とその射程

<sup>405</sup> 福田雅章・前掲脚注 4・51 頁を参照。

<sup>406</sup> 福田雅章・前掲脚注 5・483-484 頁。

<sup>407</sup> 同前・484 頁を参照。

<sup>408</sup> 同前・48-485 頁を参照。

<sup>409</sup> 同前・485 頁を参照。

<sup>410</sup> 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剥奪されている」「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(同前・485-486 頁を参照)。

では、以上の内容をもつ福田説は、従来の成長発達権論が抱える問題点の解消に向けてどのような意義をもちうるのか。

はじめに、福田説が成長発達権の内実を子どもによる一「欲求の表明」としての一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」に見いだ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411。この二分論を前提に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、われわれは、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のか、あるいは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のかという極端な選択を不可避的に迫られることになる412。

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〉を一そもそも自律性の存否が問題となり得ない一保障主体に向けた「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。

このような福田説の理解は、本研究が前提とする子どもの人権観とも整合的なものであ

 $<sup>^{411}</sup>$  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, supra note 214 のほか、大江洋・前掲脚注 210 (『関係的権利論』)・1-2 頁、本稿第 2 章第 2 節 1(1)を参照。

 $<sup>^{412}</sup>$  「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 $^2$ 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ナ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は,第 $^2$ 章第 $^1$ 節 1(2)を参照。

る。前章で検討したように、関係的権利として構成された子どもの人権は、子どもを取り 巻く関係性の改善に向けた抗議の「声(voice)」すなわち「公私のネグレクト」に対する異 議申立てとして把握されるべきところ,この異議申し立てとはまさに子どもによる意見表 明権の行使に外ならないものである413。したがって,成長発達権の中核的内容を意見表明権 によって構成すること414は,子どもと大人からなる保護的人間関係における―抗議の「声」 を挙げうる能力の点において―大人と対等な地位を子どもに確保し,これにより自律的生 存に向けた子どもの主体的な成長・発達を実現するための重要な契機となりうるように思 われる。

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415。

413 第2章第3節1を参照。

<sup>414</sup> 前述のとおり、福田説においては、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て、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、子どもの人格形成上の「心 的機制」に根ざす権利として把握される(本節(2)を参照)。

<sup>415</sup> 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類型 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巻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, 第1章でも触れたように, 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 123・ 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類型的に阻害するものとして把握されることにな

#### (4) 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。しかし、序章で示した本稿の立 場からは、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、実際には、両者の間にはこうした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416。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417、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418、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419。

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 (coverup)』として使用

<sup>419</sup> Lücker-Babel, *supra* note 416, at 400.

<sup>&</sup>lt;sup>416</sup> See, Marie-Francoise Lücker-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 CHILD. RTS. 391, 393-394 (1995).

<sup>417</sup> Id at 391,393.

<sup>418</sup> Id at 399. この点に関連して本庄武・前掲脚注 123・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」(括弧内は筆者)り、「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。

<sup>115</sup> 

されてしまう危険性」420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、なお一子どもではなく一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」の存在にかかわる。上に見たように、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」を構築しうることが前提として要求されると解される421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一その責任を負う一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構築する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、序章で論じ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

<sup>&</sup>lt;sup>420</sup> 大江洋・前掲脚注 5・40 頁。

<sup>421</sup> 京明・前掲脚注 415・65 頁を参照。なお福田雅章・前掲脚注 4・50-51 頁も参照。

「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う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。

# 第3節 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、前節で論じた福田説が抱える問題も、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422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423。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」424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、このことが一日本における事例こそ少ないものの一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」425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426。

23 野中俊彦ほか・前掲脚注 185 書・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)。

<sup>422</sup> Minow, supra note 345.

<sup>424</sup> 樋口陽一・前掲脚注 185・296 頁。

<sup>425</sup> 前掲旭川学テ事件最高裁判決。

<sup>426</sup> 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・前掲脚注 346・193 頁、同「保護の論理と自由の論理」長谷部恭男・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

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、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427。

### (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ー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」

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る。

<sup>427</sup> 長谷部恭男・前掲脚注 154・272-273 頁を参照。

図式という 2 つの異なる現れ方をする428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たると主張された日曜日授業参観事件429や,公立高等専門学校の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430など,少数ながら後者の状況に対応する実例が生じている。

# 2 多元的社会における国家の正当な介入をめぐる議論

#### (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、欧米でしばしば生じ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431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

<sup>428</sup> 樋口陽一・前掲脚注 185・223 頁を参照。

<sup>429</sup> 東京地判昭和61年3月20日行集37巻3号347頁。

<sup>430</sup> 最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁。

<sup>431</sup> 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。

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432。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一「ステイタスの政治(politics of status)」一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ー同性愛者や人種的・宗教的マイノリティなど一に属する人びとを「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一政治的共同体からの排除や市民的地位の剥奪一を惹起しうることが指摘されている433。

「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」434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435。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

 $<sup>^{432}</sup>$  James Davison Hunter, Culture Wars: The Struggle to Define America (Basic Books, 1992).

<sup>433 「</sup>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。

<sup>434</sup> 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。

<sup>435</sup> 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)。

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、もとよりさまざまな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ーたとえば〈市民性(citizenship)〉のアイデンティティー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436。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一たとえば市民性一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437。

<sup>436</sup> 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的ないし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「 $(\cdot\cdot\cdot\cdot)$  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。

<sup>437</sup> See, MINOW, NOT ONLY FOR MYSELF: IDENTITY, POLITICS & THE LAW (The New York Pr., 1997) at 137.

#### (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。

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「公共的なるもの(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438。共和主義は、この理念を遂行するために、主権に対して、「公共的なるもの」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与することを要求するリベラリズムの立場439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か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440。

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

 $<sup>^{438}</sup>$  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〉一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。

<sup>439</sup> 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。

<sup>440</sup> 阪口正二郎・前掲脚注 6・116 頁を参照。

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一少なくとも著しい困難を抱え込む一集団との衝突が顕在 化した Kiryas Joel 事件441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って生じた。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442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」443を経験したことにより、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

<sup>&</sup>lt;sup>441</sup> Board of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet, 512 U.S. 687 (1994).

 $<sup>^{442}</sup>$  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.  $^{1993}$  (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の費用(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示された。 $^{443}$  512 U.S.,  $^{692}$ .

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444。

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「公共的なるもの」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、政教分離原則とは、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」445という決定的な役割を担うことになる446。

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与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447という点において、リベラリズムは共和主義と共通する。

<sup>444</sup> 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 6 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。

<sup>445</sup> 樋口陽一『憲法という作為』(岩波書店, 2009) 26 頁。

 $<sup>^{446}</sup>$  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) 等に体現されたライシテ (laicite) 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  $438 \cdot 33$  頁の脚注 5 を参照。

<sup>447</sup> 阪口正二郎・前掲脚注 6・116-117 頁を参照。

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448、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一〈市民性〉の陶冶とは真っ向から対立する一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ほかならず、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449。

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どもたちの抱える特別のニーズ」 450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どもたちを「もっともな不安や苦悩」 451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」 452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かねない。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

<sup>448</sup> 同。

<sup>449</sup> 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 6・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。

<sup>&</sup>lt;sup>450</sup> 512 U.S., 723 (Kennedy, J., concurring).

<sup>&</sup>lt;sup>451</sup> *Id.* at 724 (Kennedy, J., concurring).

<sup>452</sup> Id. at 732 (Scalia, J., dissenting).

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ど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」453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」454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455、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意見は、国家による教育サービスを通じて自己とは異質

<sup>453</sup> Id. at 711 (Breyer, J., concurring).

<sup>&</sup>lt;sup>454</sup> *Id*.

<sup>455</sup> See, id.

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・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,まさに市民性の陶冶の代償として,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)」 456個人観とは対極に位置づけられる 個人観一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457 一である。

### 第4節 「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一方で、サトマールのような共同体の存続の否定が一ある種の代償として一甘受されるべきものであるか否かという問題は、このような公益の価値を否定し、何よりも共同体の存続を優先するコミュニタリアニズムにおいては深刻な問題となり得よう。他方、共同体の存続の否定という帰結は、前述の福田説において成長発達権の中核的内容とされる意見表明権が子ども・大人間の保護的関係性(共同性)の存在を前提とする点において本研究の問題関心と全く無縁の問題とまではいえないが、本研究の目的はあくまで「憲法が想定する人間像」に向けた子どもの成長・発達の不可欠の契機を探ることであり、これを離れて共同体の価値を認め、あるいはその存続を追求するものではない以上、本研究はコミュニタリアニズムと上述の問題を共有するものではない458。

<sup>&</sup>lt;sup>456</sup> *Id*.

 $<sup>^{457}\,</sup>$  See, MINOW, supra note 437, at 124.

<sup>458</sup> Kiryas Joel 事件に含まれる「教育を通じた将来の市民の育成のための国家の介入」という問題は、後述のアイデンティティへの権利が保障する子どもの「重要な関係性」との関係において別異の問題を提起

以上の事柄を踏まえて、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459。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460。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」461ものであり、この種の集団崇拝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462。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)」463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

する可能性を潜在している。この点については、本章第5節4を参照。

<sup>&</sup>lt;sup>459</sup> See, id. at 11.

<sup>&</sup>lt;sup>460</sup> 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)]. <sup>461</sup> Id. at 138. [邦訳, 179頁。ただし訳は筆者による].

<sup>&</sup>lt;sup>462</sup> See, Minow, supra note 437, at 11-12.

<sup>463</sup> 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].

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464。

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一自己の信仰も含めた一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一あるいは度外視一することによって社会の中で集団が現実に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(これらをもたらす構造の)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」465(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」466、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)」自らとはさまざまな点において差異をも

<sup>464</sup> See, MINOW, supra note 437, at 45.

<sup>465</sup> Id. at 29.

<sup>&</sup>lt;sup>466</sup> *Id.* at 25.

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>467</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研究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」468(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イ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」の被害者として一憲法的害悪を含めた一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う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」469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一人種や宗教といった――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⁴70。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)」⁴71することにより、個人がある一定の特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)

<sup>&</sup>lt;sup>467</sup> See, id. at 25-29.

<sup>&</sup>lt;sup>468</sup> *Id.* at 28.

<sup>&</sup>lt;sup>469</sup> *Id*.

<sup>&</sup>lt;sup>470</sup> See, id. at 34...

<sup>&</sup>lt;sup>471</sup> *Id*.

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―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―あるいは荷担―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す可能性を内包している472。

### (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、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もうとする限り、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かつ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」473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一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一の中ではじめて形作られて

<sup>&</sup>lt;sup>472</sup> See, id. at 57.

<sup>&</sup>lt;sup>473</sup> *Id.* at 31.

#### (4) アイデンティティの関係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関係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)」475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、集団的害悪(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476。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一集団的害悪の被害者―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懐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ァーマティブ・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

<sup>&</sup>lt;sup>474</sup> See, id. at 52.

<sup>&</sup>lt;sup>475</sup> *Id.* at 55.

<sup>&</sup>lt;sup>476</sup> See, id. at 87.

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ァーマティブ・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に、米国連邦最高裁は概ね一貫して、人種による区分を行うアファーマティブ・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477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」478と述べつつ、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。

このようなアファーマティブ・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、 ミノウはアファーマティブ・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、アファーマティブ・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479。

ここで重要なことは、アファーマティブ・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」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

<sup>478</sup> *Id.* at 267.

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ァーマティブ・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。

<sup>&</sup>lt;sup>479</sup> See, MINOW, supra note 437, at 88.

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、これにより、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、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480。

## (5) アイデンティティの関係的理解を可能にする条件

集団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関係的理解とは果たしてどのような条件の下でもたらされうるのか、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団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、上述のような集団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関係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、値入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びと―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」481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482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、この種の集団的指標に基づくアイデンティティ―集団的アイデンティティ―が彼(彼女)に一方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、集団的アイデンティティとはこれらのさまざまな「本質」か

 $^{481}$  S・ムルホール, A・スィフト[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。

<sup>&</sup>lt;sup>480</sup> See, id. at 89.

<sup>482</sup> See, MINOW, supra note 437, at 94.

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>483</sup>。このような理解の下では、たとえいかなる属性であっても一人種や民族といった一般に「所与」のものと捉えられるものも含めて一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。その意味において、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もたらす。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」484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起し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」485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ほかならない。

#### (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のと同時に、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を通じて、この多様な帰

<sup>&</sup>lt;sup>483</sup> See, id. at 105.

<sup>&</sup>lt;sup>484</sup> *Id.* at 96.

<sup>&</sup>lt;sup>485</sup> *Id.* at 39.

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とされる486。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487。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一政治的多数派—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、一少なくとも一部の一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。

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一ナショナリズムに代替しうる一政治的紐帯(the

-

<sup>&</sup>lt;sup>486</sup> See, id. at 141.

<sup>&</sup>lt;sup>487</sup> See, id. at 142.

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」488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もつことができ、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489、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490。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。

# 第5節 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

<sup>&</sup>lt;sup>488</sup> Joseph Raz, *Multiculturalism*, 11 RATIO JURIS. 193, 203 (1998).

<sup>489</sup> Id.

 $<sup>^{490}</sup>$  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.

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491,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492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493。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494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495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496,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497。

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

<sup>491</sup> 志田陽子・前掲脚注 433・40 頁を参照。

<sup>492</sup> 同前・41 頁を参照。

<sup>493</sup> 同前・46-47 頁を参照。

<sup>494</sup> 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。

<sup>495</sup> 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。

<sup>496</sup> 志田陽子・前掲脚注 433・47 頁を参照。

<sup>497</sup> 同前・48 頁を参照。

は、本章で検討を行っ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」498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」に対抗する契機を重要な要素として含みつつも、その核心は、まさにこの要素を基礎として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」499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500にあるといえる。したがって、本章において考察の対象となる自己定義の自由とは一上述の整理の仕方における「平等の問題」と重要なかかわりをはらみつつも一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) 権利の関係的構成の必要性

自己定義の自由がこのように定位されるとしても、これを成長発達権を含めた子どもの権利論に対して直接的に適用し、あるいはその基礎として位置づけ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関係的権利論は、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501。本稿は、第2章において、この関係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

<sup>498</sup> 同。

<sup>&</sup>lt;sup>499</sup> 蟻川恒正・前掲脚注 494・75 頁。

<sup>500</sup> 竹中勲・前掲脚注 495・24-26 頁を参照。

<sup>&</sup>lt;sup>501</sup> See, MINOW, supra note 214, 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堀り崩すのではなく, 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。

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>502</sup>、後述のとおり、この枠組みは本章で論じる成長発達権論にもそのまま妥当する。

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つ規範的な意義につき、とりわけ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・オーネンを中心に展開される「子どものアイデンティティへの権利(the children's right to identity)」論である。以下では、この子どものアイデンティティへの権利(以下単に「アイデンティティへの権利」という。)論の論旨をオーネンの論考503を主たる対象として分析しつつ、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一すなわち何者かに「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504。オーネンによれば、従来の子どもの権利論においては、

<sup>502</sup> 第 2 章第 3 節 1(4)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,関係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 210(『関係的権利論』)。 503 Ya'ir Ronen, Redefining the Children's Right to Identity, 18 INT'LJ.L. Pol. & FAM. 147 (2004). なお,国連子ども人権条約 8 条は「子どもが不法な干渉なしに…そのアイデンティティを保全する権利」を規定している。しかし,同条の趣旨は子どもがその生来の属性(民族・文化的出自等)の押し付けを拒む権利を保障することではなく,むしろ「現に生活している環境におとなよりはるかに早く適合する」子どもが違法に実親から引き離された等の場合において「そこに生活の基盤をもってしまう」前にアイデンティティを回復させるための援助・保護を通じて「子どもの人種・文化・宗教・言語」等の属性を保全することにある(永井憲一ほか・前掲脚注  $342 \cdot 75 \cdot 79$  頁を参照)。本稿が採り上げるオーネンの論考の目的は,このような解釈の下で把握されてきたアイデンティティへの権利を文字どおり「再定義(redefine)」することである。本研究における「子どものアイデンティティへの権利」の語は,このオーネンにより再定義された権利を指すものとして用いている。

<sup>&</sup>lt;sup>504</sup> See, Ronen, supra note 503. at 150.

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ナ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が、両者は実際には次のような補足的(complementing)な関係に立つ505。

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満足させるためだけにというような還元主義者的(reductionist)な方法で濫用」するにとどまる結果506、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一崇高な(noble)一目的からおよそかけ離れたものとなってしまう507。このことからすれば、子どもが自らの一自律性に根ざす一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一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一ためには、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508,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,

<sup>505</sup> See. id.

<sup>&</sup>lt;sup>506</sup> 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 503, at 150.

<sup>&</sup>lt;sup>507</sup> 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 503, at 150.

<sup>&</sup>lt;sup>508</sup> See, Van Praagh, Religion, custody and a child's identities, 35 OSGOODE HALL L. J., 2, 309, 366 (1997); see, Ronen, supra note 503, at 150.

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509—に置かれることが必要とされる510。

既に明らかなとおり、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、一子どもの②のニーズに関わる一「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」511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)」512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」513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・改訂されるアイデンティティであると観念される514。

<sup>511</sup> CHARLES TAYLOR, *The Politics of recognition*, AMY GUTMANN (ed), MULTICULTURALISM: EXAMINING THE POLITICS OF RECOGNITION (Princeton Univ. Pr., 1994) at 37.

<sup>514</sup> 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

<sup>&</sup>lt;sup>509</sup> Wilson S., *Identity, genealogy and the social family: The case of donor insemination*, 11 INT'L J. L., POL'Y & FAM 270, 281 (1997); Ronen, *supra* note 503, at 154.

<sup>&</sup>lt;sup>510</sup> See, id.

<sup>&</sup>lt;sup>512</sup> Ronen, *supra* note 503, at 147.

<sup>&</sup>lt;sup>513</sup> See, id. at 149.

この点、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ことは確かである。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、主体的にそれ一自己に固有の人生一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515、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う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516。

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

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。

<sup>&</sup>lt;sup>515</sup> See, id.

<sup>&</sup>lt;sup>516</sup> See. id at 173.

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517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に固執し一あるいは暗黙に囚われ一、カテゴリ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影響を及ぼす事項に関わる手続518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519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

<sup>&</sup>lt;sup>517</sup> Re M (upbringing) [1996] 2 FLR 441.

<sup>518</sup> 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。

<sup>&</sup>lt;sup>519</sup> See, Ronen, supra note 503, at 153.

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520。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521、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」522を制度化し、執行すべき国家の義務523がアイデンティティへの権利の効力として導き出されることになる。

### (4) 関係的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524

<sup>520</sup> 本章第2節2(4)を参照。

<sup>&</sup>lt;sup>521</sup> See, Ronen, supra note 503, at 173.

<sup>522</sup> *Id* 

<sup>523</sup> 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 (基本権保護義務論については脚注 426 を参照)。

<sup>524</sup> 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

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」に適う解決を〈子ども一大人一国家〉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 language)」525—としての性質を強くもち、原則として、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526。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的権利の1つ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の意義

(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、主体的にそれ一自己に固有の 人生一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

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。なお、同事件の詳細な検討は次章で改めて行う。

 $<sup>^{525}</sup>$  MINOW, supra note 214, at 296. ミノウの「言葉としての権利」論の詳細は,第 2 章第 2 節 1(4)以下を参照。

<sup>526</sup> アイデンティティへの権利が例外的に「武器」として行使されうる条件とその帰結については次章で検 討を行う。

して位置づけられるべきである527。

## (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ところ、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」の保障の下で生起する「真正」なアイデンティティとは、それを構成する要素が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、より「新しくかつ広範な」領域へと拡大することで変容しうるものである528。このようなアイデンティティの変容可能性は、子どもが将来において自己と異なる価値を奉じる他者との協働の基礎となる、多様かつ多重的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) 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

<sup>527</sup> 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章第2節2(4)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る(詳細は本項(4)で後述)。

 $<sup>^{528}</sup>$  See, Ronen, supra note 503, at 154. こうしたアイデンティティの変容が生起するための具体的な条件については次章で改めて分析する。

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な内容を構成するものとして理解することができる。

## (4) アイデンティティへの権利論と福田説との関係

では、このような内容をもつアイデンティティへの権利は、先に検討した意見表明権を 基軸とする成長発達権の関係論的構成(福田説)とどのような関係に立つのか。

既述のように、子どもを保護の客体(=無能力者)あるいは小さな大人(=能力の擬制)と見る従来の子どもの捉え方を否定しつつ、受容的な人間関係の形成・発展によってこそ、子どもの人格の尊重とその成長・発達が期待されるとする特殊な子ども観(「人間関係論的子ども観」)を出発点として展開される福田説は、子どもが抱える「欲求」ないし「怒り」といった心情が意見表明権の行使という形で「解放」され、これに対して大人が誠実に応答するという状況が存在することではじめて子どもは〈自律的生存〉に向けた成長・発達が可能になるとする心理学的知見に依拠しつつ、子どもの主体的な人格成長とともにその権利主体性の回復の淵源となる意見表明権を成長発達権の中核的内容として位置づけるものである。

この点、子ども存在を「重要な関係性」の下で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るアイデンティティへの権利論は、アイデンティティの構築を含む子どもの人格成長一般が「重要な他者」との対話や闘争を通じて構成される対話的人間関係、すなわち重要な関係性によってもたらされるものとするものであるところ、この子どもと「重要な他者」との「対話」や「闘争」とは、まさに上述の福田説が子どもの人格的成長の基礎に置く受容的な人間関係の形成・発展(子どもの「欲求」や「怒り」の表明とこれに対する大人の誠実な応答)という子ども・大人間の営為に対応するものと考えられることから、この点において両者は一致していることになる529。

問題は、福田説がこのような形で子どもの意見表明に対して応答義務を負い、子どもの

<sup>529</sup> アイデンティティへの権利論においては、このような対話的人間関係としての「重要な関係性」が保障されることによってアイデンティティ構築を含む子どもの人格的成長が生起するものと解されることから、アイデンティティへの権利を成長発達権の基底的内容として位置づける本研究の立場においては、子どもと「重要な他者」との間で日常的に展開される個々の「対話」や「闘争」を一福田説がこれを子どもの意見表明権の行使として把握するように一ことさら独立の権利として構成する必要はないことになる。

成長発達の担い手となるべき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びえないことである。しかし、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構築するための契 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。

意見表明権を基軸とする福田説においては、このような大人存在の確定すらもそのための手続の場における子どもの意見表明を基に行われるべきものとされるのかもしれない。しかし、福田説において子どもの人格的な成長・発達の不可欠の契機として把握される意見表明権は、他方で子どものイニシアティブにおいて自己の意見を形成し、表明する権利を保障することで子どもの「最善の利益」を判断するための手掛かりを与える手続的権利として位置づけられるところ、「最善の利益」原則はこれ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ことから、その保障内容はあくまで子どもの意見表明の機会と当該意見の「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、具体的状況によっては子どもの「最善の利益」の確保の観点から意見の考慮が禁じられる一その反射として大人の判断が子どもの意思に代置する一可能性すら排し得ないという限界を有している530。

しかし、このような帰結は問題が大きい。既述のように、アイデンティティへの権利論によれば、子どもが「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、改訂する」ことで生起する「真正」なアイデンティティ構築とは、「子どもが自己の生に関わる現実やその特有の状況を解釈するための拠り所となる、一連の関連付けられた意味」を与える「家族、共同体および文化」を意味する子どもの「重要な関係性」の下においてはじめて可能となるものである。

そして、上述のように子どもの「真正」なアイデンティティ構築は「憲法が想定する人間像」に向けた子どもの成長・発達のための不可欠の前提となるところ、上記のような限界をもつ意見表明権の行使によって成長発達権の担い手となる大人(アイデンティティへの権利論においては「重要な他者」)を確定することは、子どもの意見が彼(彼女)自身の利益に反するという理由に基づいて退けられうるばかりでなく、場合によっては「最善の利益」原則が「大人側の主張の『隠れ蓑(coverup)』として使用されてしまう危険性」を

<sup>530</sup> 本章第2節2(4)を参照。

伴う531。

そこで、このような判断上の誤りを回避するために大人の判断を統制し、「憲法が想定する人間像」に向けた子どもの成長・発達のプロセスを確保するための子どもの権利がアイデンティティへの権利である。アイデンティティへの権利は、既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。その意味でアイデンティティへの権利は、福田説が意見表明権をその中核的内容として位置づけることで生起する成長発達権論の限界を、「重要な他者」とは誰かという問題に向けられた子どもの意見表明に対する大人の判断(パターナリズム)を統制することで乗り越えるための、実体的権利として位置づけられることになる。

#### (5) アイデンティティへの権利論の射程—本章のまとめにかえて

最後に、以上に展開された本章全体の理解を踏まえつつ、アイデンティティへの権利が 権利論として有する意義とその射程を確認しておく。

繰り返し述べてきたように、アイデンティティへの権利とは、子どもの「真正」なアイデンティティ構築のための不可欠の前提となる、子どもと「重要な他者」との間の対話的人間関係としての「重要な関係性」を保障する、子ども固有の権利である。そして、そのための具体的な効力としては、①子どもの権利行使を通じた「重要な関係性」の保護と、②その権利行使を実質的に保障するための手続の制度化とこれを執行する国家の保護義務の導出とがありうるところ、とりわけ権利論の射程という観点から問題となるのは前者の局面である。果たして、アイデンティティへの権利の行使を通じて子どもの「重要な関係性」の保護を図るべき場合とはどのような事案に関わるのか。

この点、既に触れたように、人種や民族・国境などの社会的・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案においてアイデンティティへの権利が問題となりうることに疑いはない。この種の事案に対して人種や出生地、あるいは血縁関係といった外形的な事実に固執したカテゴリカルな思考に基づく解決をもたらし、その結果を子どもに強いることは、取りも直さず子どもから「重要な関係性」を剥奪する危険を伴うためである。

また、アイデンティティへの権利は、子どもが「重要な他者」との間に築き上げる対話

<sup>531</sup> その具体的な考察は次章で行う。

的な人間関係を棄損ないし破壊する外的な力に対抗するための権利としても機能しうる。 このような形における子どもの「重要な関係性」の破壊は、彼(彼女)の「真正」なアイデンティティの構築というアイデンティティへの権利論の所期の目的を達成するための前提条件そのものの阻害を意味するためである。次章で改めて採り上げる推知報道問題は、この種の事例の典型である<sup>532</sup>。

アイデンティティへの権利が問題となる事案とは、以上のように一その態様が裁判という国家行為によるものか、あるいは私人の事実行為によるものかという違いはあれ一子どもの「重要な関係性」の直接的な侵害(剥奪や破壊)に関わるものである。これらに対して、通常は子どもの「重要な関係性」の侵害をもたらすとはいえないものの、場合によっては上にあげた2つの事例とは異なる仕方で子どもの「重要な関係性」の侵害をもたらしうる事例は外にもありうる。その中でも、子どもが「憲法が想定する人間」に向けて成長・発達するための権利の理論構築を図る本研究の問題関心に照らして重要な意味をもつのが、国家による教育サービス(公教育)を通じて自己とは異なる価値観や差異をもつ他者への寛容といった市民としての素養を涵養するための子どもの生への介入が問題となる事例である。既に本稿で採り上げた事例の中で具体例を挙げるならば、前掲のYoder事件533やKiryas Joel事件534がこれに該当する。

これらの事例が提起する重要な憲法問題の 1 つが、国家が公教育によって追求する上述のような公共的価値と親を含めた共同体のメンバーが共有する共同体的価値―それに基づく教育の自由ないし信教の自由の行使―との相克の問題である。ここで、これらの事例がアイデンティティへの権利論と関わりをもちうるのは、子どもの生に対する国家の介入が、その度合いによっては子どもの「重要な関係性」の侵害をもたらす可能性を完全には否定し得ないためである。

この点,「真正」なアイデンティティの構築を含む子どもの人格的成長が子どもと「重要な他者」との間の対話的関係としての「重要な関係性」の下で生起するとするアイデンティティへの権利論がこのような関係性を包含する共同体の存在を事実上の前提としていることは確かであるが、その反面において、アイデンティティへの権利論は子どもの「真正」

 $<sup>^{532}</sup>$  以上に指摘する 2 種類の事例には相互に異なる解決のアプローチが妥当することについては、次章第 2 節  $5 \cdot 6$  を参照。

<sup>&</sup>lt;sup>533</sup> Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972). その概要については第2章第3節1(2)を参照。

<sup>534</sup> Board of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet, 512 U.S. 687 (1994). その概要については本章第3節2(3)(4)を参照。

なアイデンティティの構築という所期の目的を離れ、これとは独立に共同体に固有の価値を認めるものではない535。このことからすれば、たとえば Kiryas Joel 事件におけるように、市民的素養を涵養するための公教育が、子どもの「重要な他者」の1人である親が抱く「自分たちとは異なる価値観の下で生きる他者と自身の子どもとの接触を断絶したい」との希望を否定するものであり、子どもの「重要な関係性」がこの種の親の思惑を超えて構築されるなど、子どもの「重要な関係性」に何らかの変動をもたらすものであるとしても、こうした介入が子どもと「重要な他者」(親)との対話的関係性それ自体を剥奪ないし破壊するものと認められない限り、アイデンティティへの権利の保障の観点においては特段の問題を構成することはない536。しかし、子どもに市民的素養を涵養するための国家の介入が子どもの生活の拠点の変動を伴い、そのことが彼(彼女)の「重要な他者」である親との対話的関係性の断絶をもたらすような例外的な場合には、その介入は子どものアイデンティティへの権利を侵害する違憲な国家行為537として評価されるべきことになる。

以上の事柄を踏まえつつ、具体的な事案に対するアイデンティティへの権利の適用のあ りようとその帰結を次章において検討する。

-

<sup>535</sup> このことは、オーネンによるアイデンティティへの権利論が、子どもとその出自との結びつきの保全を目的とする国連子どもの権利条約8条の権利の「再定義」を企図しつつ、子どもに対する出自のカテゴリカルな押し付け(本質化)を拒むための権利として構想されていることからも明らかである(脚注503を参照)。

<sup>&</sup>lt;sup>536</sup> その意味において、公教育を通じて市民的素養を涵養する国家の介入とアイデンティティへの権利論とは基本的には両立しうるものである。

<sup>537</sup> 少なくとも、Yoder 事件や Kiryas Joel 事件における国家の介入はこれに該当しない。しかし、市民的素養を涵養するための国家の介入が子どもの「重要な関係性」を侵害するものであるならば、その公共的価値がいかに高度なものであれ、アイデンティティへの権利論はそのような介入を受け入れることはできない。この点において、両者の対立は決定的なものとなる。

# 第4章 アイデンティティへの権利論の具体的適用とその帰結

## 第1節 本章の課題

本章の目的は、前章において考察を行ったアイデンティティへの権利論が、具体的な事例の解決にあたりどのような寄与をもたらすのかを検討し、さらにこれを通じてアイデンティティへの権利を成長発達権の基底的内容として位置づけることの意義を改めて吟味すること538である。

構成としては、はじめに子どものアイデンティティへの権利を含む関係的権利論が一般に招来すべき問題解決のあり方とその実現方法を検討する(第2節)。そこでは、子どもが自己にとり「真正」なアイデンティティを構築する上で不可欠の前提となる「重要な関係性」を確定しこれを保全すべき場面と、子どもがそのような関係性を主体的に形成するための権利の侵害から子どもを保護すべき場面とでは相互に異なる解決のアプローチが妥当することが確認される。

第 2 節で後述することからも明らかなとおり、関係的に構成される子どもの権利の適用場面の中心が前者―「保護の道徳原理」に基づく適用―であることは確かである。しかし、ことアイデンティティへの権利に関する限り、それが「保護の道徳原理」の下で目論む「真性」なアイデンティティ構築の礎となる子どもの「重要な関係性」が本章で採り上げる少年事件の推知報道によって毀損されうるように、後者の場面における権利侵害が前者の場面における子どもの権利の実現を必然的に阻害する場合が存在する。このような事例においては「保護の道徳原理」と「権利の道徳原理」は相互補完的な関係に立ち、その意味において両者の重要性は対等でありうる。

以上の事柄を踏まえて、本章では、はじめに子どもの養育権等をめぐる英国判例を素材としつつ前者の場面におけるアイデンティティへの権利の意義と効力を検討し(第 3 節)、続いて後者に該当する場面として第 1 章で検討を行った少年司法における推知報道問題に着目した上で、推知報道問題の解決にあたりアイデンティティへの権利がもたらす寄与のありようを、この権利の保障に伴う政治哲学上の意義に立ち返りつつ検討する(第 4 節)。

<sup>538</sup> 本稿の全体を通じた考察は終章第1節で改めて行う。

## 第2節 関係的権利論が招来する解決とその実現方法

### 1 子どもの権利論における関係的権利論の立ち位置

はじめに、アイデンティティへの権利を含む関係的権利が子どもに関わる紛争の解決に対していかなるインパクトをもちうるかを検討するに先立ち、これまでの検討のまとめの意味も含めて、子どもの権利に対する関係論的アプローチが従来の子どもの権利論との比較においてどのような特長をもつものであるのかを簡略に確認しておく。

まず、古典的な子ども保護論の立場によれば、子どもの権利とは子どもが大人による保護を享受しうる立場を意味するにとどまり、その意味において子ども存在はもっぱら保護の客体に過ぎないものと把握される539。これにより、子どもの権利行使一自律性一の抑圧という問題に加えて、子ども存在の周辺化に伴う「公私のネグレクト」という問題が生じることになることは、これまでに検討したとおりである540。他方、リベラルな立場からこの保護論の抑圧的な性質を批判する子ども解放論は、子どもに大人と同等の権利保障を追求する傍ら、子どもを「小さな大人」と捉えることで、子ども・大人間に成り立つ保護的人間関係の「切断」をもたらす541。

以上に対して、従来の子どもの権利論が直面するこれらのディレンマからの脱却を図るのがマーサ・ミノウの提唱する関係的権利論である。関係的権利論とは、子どもの保護とその権利行使(自律性)の承認のいずれにおいても保護的人間関係―典型は家族―の存在が不可欠であることを出発点に置きつつ(「保護」と「自律」の両契機)、子どもの権利行使をその人間関係の持続を前提とする改善要求として構成することで(「言葉としての権利」論542)、この2つの要請に応えようとするものである。

## 2 子どもの人権の関係論的構成

<sup>539</sup> 福田雅章・前掲脚注 4・43 頁以下を参照。

<sup>540</sup> 第2章第3節1(3)を参照。

<sup>541</sup> 第 2 章第 2 節 1(4)を参照。なお,子ども保護論と子ども解放論の 2 つの立場が具体的な問題の解決に際してそれぞれどのような問題を抱え組むことになるのかについては,本章第 3 節で改めて検討を行う。 542 See, MINOW, supra note 214, at 296.

では、具体的にはどのようにして「保護」と「自律」の両契機の実現を図るのか。

この点、イスラエルの法学者ウルーツ・ザフランによれば、上述のように関係論的に構成された子どもの権利とは、リベラルな権利論の基礎をなし、個人の自由の保障とその介入からの防御を権利の役割として重視する「権利の道徳原理(the ethics of rights)」と、権利の意味を親密な関係性を結ぶ者同士が自他の福利を相互に保障し合う責任の観点から把握する「保護の道徳原理(the ethics of care)」という2つの原理から構成される混成的概念であるとされる543。ここで両者の関係が問題となるが、ザフランによれば、権利の関係的モデルにおいては後者の原理が「中心的なよりどころ」として機能する544。上述の人間関係に対する子どもの不可避的な依存性がその根拠とされる。

このような解釈の下においては、子どもの権利は、子ども・大人間の保護的人間関係の維持とともに、子どもに対する大人の誠実な対応の確保という、ある種のアンビバレントな要請に応えることが期待される。子どもの人権がこの期待に応えるためには、従来の大人を標準として構想された権利とは異なる権利のモデルが必要となる。権利を、対立する当事者に対する勝利をもたらす武器として捉えるのではなく、問題解決に向けた相手方との対話の契機ないしは説得の手段として理解するミノウの見解545に依拠しつつ、子どもの保護の懈怠や自律の抑圧を生む大人の保護義務の不履行(社会的ネグレクト)と、子ども問題の私事化により保護義務の回避をもたらす国家の保護義務の不履行(公的ネグレクト)という、「公私のネグレクト」に対する異議申立てとして子どもの人権論の再構成を図る私見546は、このような理解に基づく。

#### 3 関係的権利が招来する問題解決とその実現方法

子どもの権利に対してこのような理解が成り立つとしても、具体的な紛争の解決基準はいまだ不明確である。上述のような権利のモデルは、子どもに関わる問題の解決に対してどのように寄与するのか。

ザフランによれば、子どもに関わる紛争は、原則として、子どもの権利と他者(大人)

<sup>545</sup> See, MINOW, supra note 214, at 291-294.

<sup>&</sup>lt;sup>543</sup> See, Zafran, supra note 13, at 192.

<sup>544</sup> See id

<sup>546</sup> 第2章第3節1(4)を参照。そこでも論じたように、この異議申立ての内実は意見表明権の行使である。

の権利との間で勝敗を争うゲームとして見立てられるべきではない。そのような見方は、 保護的関係性に依存する子どもの実体的な地位の阻害に結び付くためである。目指すべき なのは、抽象的な原理や対抗する権利間の優位性ではなく、むしろ具体的な人間とその関 係性に焦点を当てた、関係者全員の利益・権利の統合による「調停的 (mediatory)」解決 である<sup>547</sup>。ザフランは、この調停的解決の眼目を、各当事者の利益の保護とともに当事者間 の関係性の保持を追求する点に見出す<sup>548</sup>。

では、この調停的解決の具体的な内実とはどのようなものか。ザフランは、子どもの権利をめぐる紛争の調停的解決を導くに当たり、権利の関係的モデルがその役割を果たす上で前提とする「相互的責任(mutual responsibilities)」549という観念を重視する。彼女によれば、この「相互的責任」は次の3つの要素から成り立つものとして分析される。

第 1 に、問題解決は紛争に関わる全当事者の意思を考慮に入れたものでなければならない。そのためには、子どもを含めた各々の関係者の声を聴くこと―参加権の保障―が必要となる550。

第 2 に、問題解決の結論は各当事者において生じる害悪を最小化するもの―少なくとも深刻な害悪を回避するもの―でなければならない。これは、子どもが依存する保護的人間関係の維持と個人の利害との間の最適な衡量によって達成されうるものである<sup>551</sup>。

最後に、以上の 2 点を尽くしてもなお利益の衝突が回避不可能な場合には、保護的人間 関係の存在に最も依存する当事者である子どもの利益が優先されるべきである<sup>552</sup>。

ザフランによれば、上述の保護的人間関係とは、ただ形式的に存在すれば足りるものではなく、その実質が問われるべきものである。その意味において、問題解決に当たり、上の3つの事柄の中でもとりわけ重要な指標となるのが最後の要素である。この要素の充足の検証を経てはじめて、配慮や献身、養育や継続的な責任といった価値や役割を包摂しうる人間関係の形成とその長期にわたる存続が期待される553。

この子どもの利益を判断する手掛かりは、第 1 の要素が示唆するとおり、子ども自身の 手続への参加と意見表明を通じて与えられる。そこで、後述する参加の権利(意見表明権)

157

<sup>&</sup>lt;sup>547</sup> See, Zafran, supra note 13, at 193.

 $<sup>^{548}</sup>$  See , id.

 $<sup>^{549}</sup>$  Id. at 195.

 $<sup>^{550}</sup>$  See, id.

<sup>&</sup>lt;sup>551</sup> See. id. at 195-196.

<sup>&</sup>lt;sup>552</sup> See, id. at 196.

<sup>553</sup> See. id.

554が調停的解決の招来に不可欠な権利として位置づけられることになる555。

この点,関係的権利としての子どもの人権を「公私のネグレクト」に対する異議申立て であると解する本研究においては、意見表明権(参加権)とは子どもの個別的権利の 1 つ であるにとどまらず、子どもの権利行使のありよう(関係性の改善に向けた「声(voice)」 をあげること) それ自体にあたるものとして一般化されることになる556。 ザフランが提唱す る調停的解決とは子どもの関係的権利を実現するための手続そのもの(子どもが発した異 議申立ての「声」によってはじまる問題解決のための討議)にあたることからすれば、ザ フランによる調停的解決の中での意見表明権の位置づけは本研究が提示する子どもの人権 の理論構成とも整合しうるものである。

## 4 英国判例法に現れた「相互的責任」の一端とその限界

この相互的責任の観念に包摂される発想のうち,特に上述の第 2 および第 3 の要素を明 文により体現するものとして着目されるのが、「子どもの福祉(the welfare of the child)」 に対して裁判所の「最も重要な考慮事項 (paramount consideration)」としての位置づけ を与える「福祉原理 (the welfare Principle)」557を定める英国 1989 年子ども法 (Children Act 1989) 1条1項である。本項では、この福祉原理が英国判例法の中にザフランの「相互 的責任」の要素をどのように投影するものであるかを検討するとともに、上述の関係的権 利論の視点から同原理の限界を考察する。

はじめに、1989年子ども法1条1項は福祉原理の適用を裁判所に命じる一方で、同法は これに対する定義規定を用意していないため、その意味内容は直ちに明らかではない。そ こで、同法の制定に先立ち―同法 1 条 1 項と同様に、幼児の養育が問題となる事案におい て,幼児の福祉を「最も重要な考慮事項」と看做すことを裁判所に要求する 1925 年幼児後 見法(Guardianship of Infants Act 1925) 1 条の解釈という形で―「子どもの福祉」が「最 も重要な考慮事項」となることの意義を明らかにする判決として注目されるのが JvC (An

<sup>&</sup>lt;sup>554</sup> 意見表明権はしばしば参加の権利とも呼ばれる。See, e.g., R. HODGKIN AND P. NEWELL, IMPLEMENTATION HANDBOOK FOR THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD 3RD ED. (UNICEF, 2007) at 156. 本章ではザフランの用語法に沿うため、主として参加の権利の呼称を用いる。

<sup>&</sup>lt;sup>555</sup> See, Zafran supra note 13, at 197.

<sup>556</sup> 第2章を参照。

<sup>&</sup>lt;sup>557</sup> NIGEL LOWE & GILLIAN DOUGLAS, BLOMLEY'S FAMILY LAW 11TH ED., (OUP Oxford, 2015) at 397.

*Infant*) 558である559。

実母の病気のために生後の養育のほとんどを英国の養親の下で受けてきたスペイン籍の 子どもを巡り、養親と実親との間でその養育権の帰属が争われた著名な事件に対して英国 貴族院が下した同判決は、養親・実親の両者ともに親としての資質には問題がないとしな がらも、スペインでの生活に対する子どもの適応能力及び子どもが適応に失敗した場合予 想される「悲惨な(disastrous)」結末のおそれを根拠として実親の訴えを退けた原審の判 断を追認する当たり、「子どもの福祉」が「最も重要な考慮事項」となることの意義とは、 「子どもの福祉が、問題となっている事柄に関連する項目のリストの中で先頭の項目とし て扱われること」にとどまらず,「どれが最も子どもの福祉のためになるのかという方針の 下で,あらゆる関連事実,関係性,親の主張や希望,リスク,選択及び他の諸事情が考慮 され, 衡量されるようなプロセスを伴う」560ことにあると述べることで, 同法が適用される 事案においては手続に上程されるあらゆる諸事情が「子どもの福祉」を基準として評価さ れなければならないことを明らかにしている561。同判決によるこの福祉原理解釈は,地方自 治体が後見に付された子どもに対する親の面会の終結を求めた事案において,「(子どもの 養育のあり方を決定する権限等の親の特権)とは,裁判所が常に念頭に置く最も重要な考 慮事項すなわち子どもの福祉に従属するものである」と述べて,親の権限に対する子ども の福祉の優越を認めた英国貴族院判決の Re KD (a minor) (ward: termination of access)<sup>62</sup> をはじめ、子どもの利益と他の利害―とりわけ親の権限―との間の衝突が問題となるさま ざまな事例における司法判断に通底するものとなっている。

しかし、上述の「相互的責任」との関係において、この  $J \times C$  (An Infant) が直接的に明らかにするのは第 3 の要素—子どもの利益の優先—にとどまる。そこで、同判決の解釈を受け継ぐ英国判例の中でも、とりわけ「相互的責任」の第 2 の要素—全当事者の不利益

<sup>&</sup>lt;sup>558</sup> [1970] AC 668. 同判決は,英国における子どもの利益原則の成立過程の上に大きな効果をもたらした判決として位置づけられている(東和敏『イギリス家族法と児童保護法における子の利益原則―沿革と現代法の構造』(国際書院,2008) 71 頁を参照)。

 $<sup>^{559}</sup>$  同前・ $^{23}$  頁によれば「 $^{1}$  J. v.  $^{1}$  C 判決の…解釈論と  $^{1}$  1989 年法第  $^{1}$  1条との法理論構造は…まったく同じもの,と考えてよい」。他方,「子どもの福祉」それ自体の意義を述べた判決としては  $^{1}$  Re  $^{1}$  Mc Mc Grath (Infants) [1893]  $^{1}$  1 Ch  $^{1}$  143 が挙げられる。同判決によれば,「子どもの福祉とは金銭や身体的な充足のみによって測定されうるものではない。福祉という言葉は,より広い意味において理解されなければならない。道徳的そして宗教的な福利が,身体の安寧と同様に考慮されなければならない。愛情に基づく関係も無視されてはならない」。後述(脚注  $^{1}$  567)のとおり,個別の事案における具体的な「子どもの福祉」の内実は, $^{1}$  1989 年子ども法  $^{1}$  1条  $^{1}$  3 項のチェックリストに依拠しつつ,裁判所の自由裁量によって評価・認定されることになる。 $^{1}$  560 [1970] AC  $^{1}$  668,  $^{1}$  710-711.

<sup>561</sup> 同判決の詳細については、東和敏・前掲脚注 558・71-74 頁を参照。

<sup>&</sup>lt;sup>562</sup> [1988] FCR 657.

の最小化一を明快な形で明らかにするのが、1989年子ども法91条14項に対する同国控訴院の解釈563である。同項は、裁判所が同法所定の各種の司法命令を求める申立に裁定を下すに当たり、当該命令の名宛人が一同命令の発令の後に一裁判所の許可を得ずその関係人である子どもに関わる同法上の司法命令564の申し立てを行うことを禁ずる旨を命じることができるとする規定であるところ、当該命令の発令は、その申立を行おうとする者に対して、「裁判所に手続を申し立て、自らの子どもに関わる事柄について審問されるという不可譲の権利」565に対する制約をもたらすため、その正当化根拠が問われることになる。この点につき同裁判所は、同法91条14項に妥当する審査テストは、同項を「子どもの養育に関するあらゆる問題を裁定するに当たり、子どもの福祉を裁判所の最も重要な考慮事項とする、子ども法の初めに置かれ、かつ最も重要な条項である同法1条1項と併せて解釈すること」を要求しているため、「判事は、(同項に基づく命令を下すに当たり、)子どもの最善の利益が子どもの福祉に影響を及ぼす問題を(裁判所に)提起する親の基本的な自由の阻害を要求しているのかどうかを、すべての事案において自問しなければならない」(括弧内は筆者)と述べつつ566、同法91条14項に関わる既存の判例法を踏まえた11項目の解釈指針567を導

<sup>&</sup>lt;sup>563</sup> Re P (A Minor) (Residence Order: Child's Welfare) [2000] Fam 15.

<sup>564</sup> その中心となるのは同法第 2 部(「家族手続における子どもに関する諸命令」)に規定される司法命令である。同部に規定される命令に関し、同法 8 条 1 項は、主として子どもの面会交流の相手方等を定める「面会命令(contact order)」,一方の親が他方の親の同意なく子どもを旅行等に連れ出すことを禁止する「禁足命令(prohibited steps order)」,子どもが誰と生活を共にすべきかを確定する「居住命令(residence order)」及び親の責任の履行に関わる特定の問題(子どもがある医療措置や手術を受けるべきかどうか等)について必要な指示を与える「特定事項命令(specific issues order)」の 4 つの命令を定義している。565 [2000] Fam 15, 35.

<sup>&</sup>lt;sup>566</sup> *Id*.

<sup>567</sup> 同裁判所が導出した解釈指針の内容は次のとおりである—①1981 年子ども法 91 条 14 項は,子どもの 利益を最も重要な考慮事項とする同法1条1項と併せて解釈されるべきである。②裁判所に対する申立て を制約する権限は裁量に基づくものであり、裁判所はその裁量権の行使に当たり関係するあらゆる事情を 秤にかけなければならない。③考慮すべき重要な点は、制限の賦課は、手続を法廷に申立て、彼(彼女) の子どもに影響を及ぼす事柄について審理される当事者の権利に対する法令による侵害であることである。 ④それゆえ、その権限は、多くの注意を払いつつ謙抑的に行使されるべきものであり、通例的なものでは なく例外的なものである。⑤それは,通常,頻回かつ不合理な申立の場合における最後の手段であると考 えられるべきである。⑥適切な状況において(かつ明白な証拠に基づいて),裁判所は,子どもの福祉がそ れを要求する場合には、過去に不合理な申立を行った事実が全くなくとも、許可を要求する制限を課すこ とができる。⑦前記⑥の事案において、裁判所は、第一に、事態が裁判所により命じられる体制に落ち着 くために通常要する時間の必要性及び紛争に係る大人の間あるいは地方自治体と家族の間に敵対心が存在 する通常のあらゆる状況をも凌駕すること、第二に、制限を賦課しなければ子どもないし第一次的な保護 者が許容できない緊張に晒される深刻な危険性が存在することを認定しなければならない。⑧裁判所は、 いかなる当事者による申立がなくとも、申立に対する制限を課すことができる。その際は当然ながら、当 事者が争点について審理を受ける機会を与えられるといった自然的正義 (natural justice) の原則に従う。 ⑨制限は、時間の制限とともに、あるいは時間の制限なく課すことができる。⑩制限の程度は、避けよう と意図した害悪と比例すべきである。したがって、制限を課そうとする裁判所は、賦課される制限の程度 を慎重に考慮し、かつ、それが適切な場合には、制限される申立の種別と当該命令の期間を特定すべきで ある。⑪命令を一方的に下すことは、最も例外的な場合の外は望ましいものではない。

出している。

ここで注意すべきことは、この解釈指針を導く指導原理としての福祉原理が、「子どもの福祉」を判断基準の中心に置く一方で、命令の名宛人に対する手続保障を通じて子ども以外の関係者の利害の考慮と謙抑的な権限の発動を要求することにより、JvC (An Infant)が明らかにした同原理の意義―他の当事者(親)の利益に対する子どもの利益の優越―を超えた役割を果たしているという事実である。このような福祉原理の解釈に立つ上記控訴院の判断は、子どもの利益を不動の基軸としつつも、関係当事者(大人)に生じる損害を最小化する解決を追求するものであり、その限りにおいてザフランの説く「相互的責任」の観念に沿うものと評価できよう。

しかし、福祉原理の意義がこのように解釈されるとしても、なお問題が残る。すなわち、1989年子ども法に含まれる福祉原理は、どのような解決が「子どもの福祉」に適うのかを事案に即して具体的に確定するための手立てを明らかにするものではない。「子どもの福祉」を巡る審議が本人である子どもの意思を排して行われ、その内実の確定がもっぱら大人のイニシアティヴに委ねられるとするならば、「未成熟な子を他の主体…の支配対象から除外し、彼らに一定の人格を認め、法的保護の当事者としての地位を承認し、保護する」568という英国 1981年子ども法1条1項の趣旨は没却されかねない569。これに対して、子どもの利益に比重を置いた利益衡量に加えて参加の権利の保障を要求するザフランの調停的解決は、子どもが大人の保護を必要とする依存的な存在であることを前提としながらも、なお自らに影響を及ぼす手続への参加と意見表明に対する大人の誠実な対応を確保することにより、子どもの主体性と子ども・大人間の保護的関係性の存続との両立を企図する点に、その最大の特徴を見出すことができよう。

-

<sup>568</sup> 東和敏・前掲脚注 558・23 頁。

 $<sup>^{569}</sup>$  1989 年子ども法 1 条 3 項には,子どもの福祉を判断する際に裁判所が留意すべき 7 つの項目(チェックリスト)が列挙されている。具体的な内容は次のとおりである—(a)その子どもの確定した希望と心情(彼の年齢と理解力に鑑みて考慮される),(b)子どもの身体的,感情的及び教育的なニーズ,(c)状況の変化が子どもにもたらすであろう影響,(d)子どもの年齢,性別,経歴及び裁判所が関連性ありと思料する特性,(e)子どもが被ったあるいは被る危険にさらされているあらゆる害悪,(f)子どもの各親及び問題に関連性をもつと裁判所が思料する他の者が子どものニーズに応える能力の程度及び(g)目下の手続において,この法律の下で裁判所に利用可能な権限の範囲。ロー・コミッションの立法審議においては,「法の一貫性と明確性の提供」と「裁判所の意思決定におけるより体系的な解決の道筋の確保」がこれらのチェックリストの提案理由とされているが(See, Law Commision Report No. 172 (1988), paras 3.17 ff.),その制定の背景として「子どもの福祉」の認定における裁判所の広範な自由裁量権が存在しており,同チェックリストはその裁量権行使の一貫性を確保するための手段に過ぎないことが指摘されている(See, NIGEL Lowe & GILLIAN DOUGLAS, supra note 557, at 400.)。

#### 5 調停的解決の限界と2つのアプローチ

以上がザフランの提示する調停的解決とその実現方法であるが、彼女自身も示唆すると おり、この調停的解決には次のような限界が存在する。

その限界とは、調停的解決が妥当する紛争の性質に由来するものである。紛争に関わる当事者すべての意思を尊重し、その利益の統合を図る解決は、保護的関係性それ自体が関係者に害悪をもたらすような場合―典型はドメスティック・バイオレンス―には、明らかに適切とはいえない570。また、調停的解決を招来する方法に関する叙述からも明らかなとおり、この解決は既に形成されている保護的関係性の確定とその保全に関わる紛争を念頭に置いたものであるため、その前提となる保護的関係性を構築するための子どもの権利が関係性外部の第三者によって侵害され、その救済が要請される場面571に対しては妥当性を欠く。このような場合には関係的権利に含まれる「保護の道徳原理」が後退する一方、侵害を受けた権利の防御のため、平時は「保護の道徳原理」の背後に潜在する「権利の道徳原理」が前面に出ることで、対立当事者間での勝敗の決着という「二元論的(binary)」解決が当てはまることになる572。

## 6 子どもの2つの権利―参加の権利とアイデンティティへの権利―とその関係

本章では,このザフランが提示する関係的権利の 2 つのアプローチを基礎として,子どもが①主体的に手続に参画し,彼(彼女)と「重要な他者(significant others)」573から成る「重要な関係性(tie meaningful to the child)」574の確定とその保全に向けて積極的に働

<sup>&</sup>lt;sup>570</sup> See, Zafran, supra note 13, at 194.

 $<sup>^{571}</sup>$  See, id. 後述のとおり、その典型は推知報道により少年のアイデンティティへの権利の侵害が問題となる事例である。

<sup>572</sup> 前述のように、関係的権利として構成される子どもの人権は、原則として、その行使により利益が対抗する相手方に対する勝利を導くための「武器」として行使されるべきものではないが、その根拠は、そのような形での権利行使が子ども・大人間に成り立つ保護的人間関係の「切断」をもたらすことに求められる(第2章第2節1(4)を参照)。これに対して、ここで採り上げる関係的権利の「武器」としての側面はこのような人間関係を破壊する外的力を排除することに向けられており、むしろこの種の関係性の保護を導くものである。したがって、関係的権利にこのような効力を認めることに矛盾はない。ただし、本文の記述からも明らかなようにその位置づけは例外的なものにとどまる。

<sup>&</sup>lt;sup>573</sup> TAYLOR, supra note 511, at 37; Ronen, supra note 503, at 148.

<sup>&</sup>lt;sup>574</sup> *Id.* at 147.

き掛ける局面と、②子どもが「重要な他者」と「重要な関係性」を構築するための権利の 侵害に対して消極的な防御を図る局面という 2 つの異なる局面に焦点を当てつつ、アイデ ンティティへの権利が子どもの利益を保護・実現する上どのような役割を果たしうるのか を具体的な事例等(前者は国境・人種・文化を跨いで養育権等の帰属が争われた英国判例、 後者については推知報道問題)の検討を通じて考察する<sup>575</sup>。本節では、その検討に入る前に、 このアイデンティティへの権利と、ザフランが「調停的解決」の 1 要素として位置づける 子どもの参加の権利(意見表明権)との関係を整理しておく<sup>576</sup>。

参加の権利とは、国連子どもの人権条約 12 条に根拠をもつ実定的権利であり、「自己の意見を形成する能力のある子どもがその子どもに影響を及ぼすすべての事項について自由に自己の意見を表明する権利」(同条 1 項)を意味する。子どもの法的地位を、大人による保護や指導に基づくパターナリスティックな「最善の利益」(同条約 3 条 1 項)判断の客体にとどめず、自己に関わる事柄の決定過程に自ら参加し、そこで自らの意見を表明し、それを聴取される機会と権利を保障することで577、「最善の利益」判断の重要な手掛かりを与えるとともに、子どもの権利主体性を回復することがその趣旨とされる578。

参加の権利は、このようにして国際法上の個別的人権の 1 つとして位置づけられるものではあるが、ミノウの関係的権利論に依拠しつつ子どもの人権を「公私のネグレクト」に対する異議申立てとして構成する本研究においては、参加権(意見表明権)は個別的人権の 1 つであるにとどまらず子どもの人権行使のありようそのもの(関係性の改善に向けた「声」をあげること)と見るべきことは既述のとおりである。

参加の権利は、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ることから、両者を相互補完的なものとして調和的に理解する見解も有力である<sup>579</sup>。しかし、既に論じたように<sup>580</sup>、参加の権利が子どものイニシアティブにおいて自己の意見を形成し・表明する権利を保障するものである一方、「最善の利益」原則はこれを最終的に判断する大人の存

-

<sup>575</sup> ここで後者を検討対象に含めることの意義については、本章冒頭を参照。

<sup>576</sup> 本項の内容は第3章第2節(4)と少なからず重複するが、ここでは参加の権利とアイデンティティへの権利との差異に関わる説明を補完しつつ、両者の関係の一層の鮮明化を図るものである。

 $<sup>^{577}</sup>$  See, Lücker-Babel, supra note 416, at 392.

<sup>&</sup>lt;sup>578</sup> See, e.g., Barbara A. Atwood, The Child's Voice in Custody Litigation: An Empirical Survey and Suggestions for Reform, 45 ARIZ. L. REV. 629, 650 (2003).

<sup>579</sup> 福田雅章・前掲脚注 7・484-485 頁,京明「犯罪少年の取り調べとその法的規制」同『要支援被疑者の供述の自由』(関西学院大学出版会,2013)39 頁以下等。

<sup>580</sup> 第3章第2節(4)を参照。

在を前提とする概念である<sup>581</sup>。子どもの権利条約の解釈においては、規定間に存在する連関性や条約全体の構造に留意すべきことを踏まえるならば<sup>582</sup>、参加の権利の効力や効果とはあくまで子どもの意見表明の機会と当該意見の「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、具体的状況によっては、子どもの「最善の利益」の確保の観点から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>583</sup>。

このような緊張関係の存在は、子どもが特有に抱える能力の「限界」や大人への「依存性」に由来するものである584。その意味において、参加の権利を、解放論的な視点から子どもに自己決定権を承認する権利と見る解釈585は適切なものとは言い難い。子どもを自らの未成熟な自律性から保護する必要性を承認する限り586、参加の権利が一定の限界を不可避的に伴うこと自体は否定し得ないであろう。

とはいえ、子どもの意思や決定に対して常にパターナリズムを及ぼし、大人の判断を優先させることも妥当ではない。問題が彼(彼女)自身の意思や判断を反映することではじめて意味をもつ事柄に関わる場合には、たとえその決定が大人の視点からは彼(彼女)の利益を害するように思われようとも、これを尊重すべきである。

その子どもにとり、誰が「重要な他者」であり、ともに「重要な関係性」を構成すべき 人間であるかという問題は、その典型である。

イスラエルの法学者ヤイル・オーネンによれば、この「重要な関係性」とは、「子どもが自己の生に関わる現実やその特有の状況を解釈するための拠り所となる、一連の関連付けられた意味」587を与える「家族、共同体および文化」588を意味する。子どもは、このような関係性を構成する「重要な他者」との「継続的な対話や闘争」589を経ることではじめて、外

<sup>584</sup> See, Atwood, supra note 578, at 650.

 $<sup>^{581}</sup>$  See, Lücker-Babel, supra note 416, at 393-394.

 $<sup>^{582}</sup>$  See, id. at 391,393..

 $<sup>^{583}</sup>$  See, id. at 400.

<sup>585</sup> 二宮周平「家族法と子どもの意見表明権 子どもの権利条約の視点から」立命館法学 256 号 (1997) 1390 頁 (178 頁) 以下等。なお,参加の権利を子どもの自己決定権の行使に道を開く権利であるとする理解は,とりわけ教育・福祉の分野で認められるものである(永井憲一ほか・前掲脚注 345・90 頁を参照)。586 J.S.ミルの自由論を基調として,D.パーフィットの人格同一性論等をも参照しつつ,「将来的自己への侵害」モデルに基づく子どものパターナリズム(チャイルド・パターナリズム)の正当化を図る近時の論考として,帖佐尚人「チャイルド・パターナリズムの正当化を巡る補完的諸考察—D.パーフィットの人格的同一性論と「大人 - 子ども」区分の正当化」学術研究(人文科学・社会科学編)61 号 (2013) 17 頁以下。

<sup>&</sup>lt;sup>587</sup> Marlee Kline, Chile Welfare Law, "Best Interests of the Child" Ideology, and First Nations, 30 OSGOODE HALL L. J. 2, 375-425 (1992); Ronen, supra note 34, at 158.

<sup>&</sup>lt;sup>588</sup> Ronen, *supra* note 503, at 163.

<sup>&</sup>lt;sup>589</sup> TAYLOR, *supra* note 511, at 37.

部から受けるさまざまな「本質主義 (essentialism)」の圧力に抗しつつ、自らの「真正 (genuine)」なアイデンティティを主体的に構築・改訂していくことが可能となる590。

問題は、事実の抽象化や一般化という法的推論に伴う判断過程を経ることにより、子どもの「重要な関係性」をしばしば見誤る危険性が存在することである<sup>591</sup>。こうした誤った判断が「最善の利益」の名の下で子どもに押しつけられ、それにより子どもが「重要な関係性」を奪い取られるならば、もはや彼(彼女)による「真正」なアイデンティティの構築は期待し得ない。

そこで重要な役割を果たすのが、オーネンらの提唱するアイデンティティへの権利である。アイデンティティへの権利とは、子どもに対して、「重要な関係性」の同定に関わる「希望や心情(wishes and feelings)」の表明を権利として保障する一方、これを基礎として子どもの「重要な関係性」とは何かを探求する義務を大人に課すことによって、子どもの「重要な関係性」が、真実子どもの参加の下で確定されることを保障するものである592。

では、このアイデンティティへの権利と参加の権利との違いはどこに見出されるのか。後者については、上述のとおり、その内容が子どもの意見表明の機会と当該意見の「正当な考慮」の保障にとどまるという限界が存在する。これにより、子どもの意見が彼(彼女)自身の利益に反するという理由によって退けられうるばかりでなく、場合によっては「最善の利益」原則が「大人側の主張の『隠れ蓑 (coverup)』として使用されてしまう危険性」 593がなお存続することになる。これに対して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が「大人による押し付けや子どもの経験、希望や心情の一般的な推認ではなく、まさにその子どもの経験の産物である」(傍点は筆者) 594との認識を基礎に、子どもの意見表明と大人の探求義務の履行を通じて確定された「重要な関係性」の判断が、たとえ一大人の視点からすれば一彼(彼女)の利益に反すると思われようとも貫徹されることを要求するものである。

この点に着目しつつ―単純化のそしりを敢えて恐れず―両者の関係を整理するならば、 参加の権利は、大人による「最善の利益」判断の手掛かりを与えるため子どもに手続への 参加と意見聴取の機会を保障する手続的権利であるのに対して、アイデンティティへの権

<sup>590</sup> オーネンのアイデンティティへの権利の概要については、第3章第5節を参照。

<sup>&</sup>lt;sup>591</sup> See, Ronen, supra note 503, at 158.

<sup>&</sup>lt;sup>592</sup> See, id. at 153.

<sup>&</sup>lt;sup>593</sup>大江洋・前掲脚注 5・40 頁。次の第 3 節で採り上げる事例にはこの種の危険性の存在が顕著に現れている。

<sup>&</sup>lt;sup>594</sup> Ronen, *supra* note 503, at 173.

利とは、この大人による「最善の利益」判断を統制するための実体的権利であるということができよう。

## 第3節 保護の道徳原理に基づく関係性の保全―英国判例を素材に

本章では、誰が子どもの「重要な関係性」を構成するのかという問題について相互に対照的な判断を行っているように思われる 2 つの英国判決—①人種と国境を跨いで里親と実親との間で子どもの親権の帰属等が争われた事例(Re M (Child's Upbringing) および②身体的障害(ダウン症と重度の呼吸器障害)をもつ子どもを長年に渡り実親に代わって養育してきた里親と、子どもは生得権(birthright)として実親と同じ宗教的教義の下で養育される権利を有すると主張する実親との間で子どもとの同居権の帰属等が争われた事例(Re P (A Minor) (Residence Order: Child's Welfare) —を主たる素材として、保護の道徳原理に基づく関係性の構築という観点からこれらの判決に含まれる問題点を分析するとともに、これに対してアイデンティティへの権利がどのような解決を導きうるのかを子どもの権利に関する他のモデル一解放論および保護論—と比較しつつ考察する。

## 1 憲法問題性の確認

上述のように、本節で扱う事例は、形式的には子どもの養育権等の帰属を巡り相互に利害が対立する大人同士が争う私人間の紛争である。しかし、そこで下される判断が子どもの「重要な関係性」を看過し、これを彼(彼女)から奪い取るものとなってしまう場合には、当該判決は子どものアイデンティティへの権利、そしてこれを基底的内容として内包する成長発達権の侵害という憲法上の問題を惹起しうる597。したがって、ここで扱われる問題は子どもの養育権等を巡る家事事件であると同時に、成長発達権という子どもの人権を巡る憲法問題を含んでいることになる。

以上の事柄を踏まえつつ、以下それぞれの事案を具体的に検討する。

<sup>&</sup>lt;sup>595</sup> [1996] EWCA Civ 1320, [1996] 2 FLR 441.

<sup>&</sup>lt;sup>596</sup> [2000] Fam 15.

<sup>&</sup>lt;sup>597</sup> 日本の憲法学上の用語に引き直すならば、裁判という国家行為による処分違憲の問題を構成することになる。

#### 2 事例①—Re M (Children's upbringing)

## (1) 事案の概要

南アフリカ共和国在住のズールー族出身の男女(以下「相手方ら」という。なお両者の間に婚姻関係はない。)の実子である少年(以下「P」という。1986年生誕。)につき,同人が生後18か月の当時から相手方らの同意に基づいて養育を引き受けて同国内で養育を行い,Pが6歳を迎えた1992年からは相手方らの同意の下でPとともにロンドンに転居し同所で同人を養育していた英国籍のアフリカーンス(オランダ系白人)の女性(以下「申立人」という。)が,Pの同国滞在を継続するための手段として,同人との養子縁組命令(adoption order)及び同居命令(residence order)598を申し立てたという事案である。

# (2) 原審および控訴院の事実認定

原審の高等法院家事部(Thorpe J.)および本判決を下した控訴院民事部(Neill LJ. & Ward LJ.)の事実認定によれば、上記申立の背景には次のような事情が存在している。

まず、申立人が 1992 年にロンドンへ転居することになった経緯とは、当時南アがアパルトへイト政策の是非を巡る国民投票を間近に控える中、同国の政治情勢の悪化やそれに伴い白人である自身らに暴力行為が及ぶ危険を感じた申立人が家族とともに母国ロンドンに帰郷することを決意したというものであるところ、その際に申立人が相手方らに対して自らの実子でもない P をロンドンへ連れ行く旨を敢えて申し出たのは、当時既に 4 年以上に渡り同人を養育してきた申立人が、P に対して「感情的および心理的な愛着を強く抱いていた」599ためである。この転居により、同人と実親である相手方らの間には国境を跨ぐ離隔が生じることとなったが、それは、申立人が、かつて同人の下で家政婦として雇用され、同人およびその家族と親密な関係を築いていた P の実母に対してもロンドンへの転居を提案したところ、同人が郷里を離れることを嫌いこれを固辞したことにも起因している。

相手方らは、P の将来に関する協議を申立人と行った上で、同人らの転居に P を伴うこ

<sup>&</sup>lt;sup>598</sup> 子どもが誰と生活を共にすべきかを確定する司法命令である(英国 1989 年子ども法 8 条 1 項)。同法 上の司法命令の詳細は脚注 564 を参照。

<sup>&</sup>lt;sup>599</sup> [1996] EWCA Civ 1320, [1996] 2 FLR 441 [28]. []内は段落番号を表す。段落は BAILII (http://www.bailii.org) 掲載の判決文による。

とを書面で承諾している。しかし、その滞在期間の合意は書面に現れておらず、この点についての両者の認識は大きく異なっている(申立人は P がロンドンでの教育課程を終えるまでの間、無期限で滞在させる旨合意したと主張する一方、相手方らは南アの情勢不安が解消するまでのおそよ5年間を滞在の上限期間として合意したと主張している。)。そして、申立人らがロンドンに到着した際、英国の入国管理局から外国籍の P が同国に滞在する根拠を問われた申立人が P の在留許可を得るために同人を養子とする意向を同局に伝え、これにより同人が 3 か月間の在留許可を得た後、更に事務弁護士との相談を経てその後の滞在を継続するための手段として申立人が P との養子縁組の手続を進めていることをヨハネスバーグの当局 (The Black Sash) の面接調査員 (ソーシャルワーカー) から伝え聞くや、相手方らは申立人と P との養子縁組に強く反発し、(相手方らが主張する) 5 年限りという滞在期間の合意を反故にするのであれば 5 年を待たず直ちに P を南アに帰国させるべきであるとの意思を表明するなど (この相手方らの意向に対してはソーシャルワーカーも賛同し、P を速やかに南アに帰国させるべきであるとの所見を示していた。)、両者の間には P の英国滞在や身分変更の当否を巡る深刻な対立が生じることになった。

その一方で、申立人および P がロンドンに転居した後の P とその実父との間で行われた 意思疎通は、1994 年に同人が P に宛てた 1 通のクリスマスカードの郵送にとどまるなど、同人の生活において実父は事実上「実体のない人物 (an insubstantial figure)」 600となっていた。また、1993 年に実母が P に宛てた複数の手紙の中では同人が南アへ帰郷することを切望する心情が綴られていたものの(なお、この手紙を受けた申立人は実母に対して P の返還を拒否する意向を改めて伝達したが、これに対して原審は「驚くべきほどに冷徹な返答」であるとの評価を与えている。)、相手方らと P との間の交流は上記クリスマスカードを最後に途絶えてしまっていた。このような状況の中で、P 自身もまた申立人とその家族に対する愛着を強く抱くようになり、両者の関係性は、小児精神医学者である鑑定人が「P と申立人との触れ合いの断絶を早急に強いることは危険な結果を伴う」601と警告する程にまで深まりを見せていた。

## (3) 原審の判断

以上の事実関係の下で、原審は、申立人との生活に関する P の意志や心情はそれとして

<sup>600</sup> Id. at [29].

<sup>&</sup>lt;sup>601</sup> *Id.* at [41].

## (4) 控訴院の判断

この原審の判断に対しては、双方の当事者から控訴院への上訴の申立が行われた。申立人のみならず相手方らも上訴に及んだのは、同人らが手続の当初から一貫して抱く希望はPが直ちに南アに帰国することであり、原審が提示した帰国を決定するための審理は少なくとも数か月以内に実施されるべきであるとの考え方に基づく。

両当事者からの上訴を受けた控訴院の判断の出発点は、原審は「Pのナチュラル・ペアレントの特別な地位に対して適切な重みを与えていない」603というものである。このナチュラル・ペアレントという概念は、辞書的な説明は別として604、これに定義を与える立法上の規定は見受けられないものの、こと英国判例法の領域では、自治体が未成年者後見に付された子どもに対する親の接触禁止を求めた事案 (Re KD (A Minor) (Ward: Termination Of Access)605) において、貴族院が生来の人権としての親の権利を説く中で述べた次の一節に登場したことで知られるものである。

<sup>602</sup> *Id.* at [44].

<sup>603</sup> *Id.* at [55].

 $<sup>^{604}</sup>$  See, e,g., Bryan A. Gamer (ed.), Black's law dictionary 8th ed. (Thomson/West, 2004) at 1054, 1144

<sup>605 [1988]</sup> AC 806.

子どもの養育の最善の担い手はナチュラル・ペアレントである。子どもの精神的 および肉体的な健康が危険にさらされない限り、そのペアレントが賢者か愚者か, 富者か貧者か,あるいは高学歴者か無教育者かは問題とならない<sup>606</sup>。

同判決は、このようなナチュラル・ペアレントが子どもの養育に関する排他的な権利をもち、その侵害に対して裁判所に法的救済を求める資格を有することを示唆している<sup>607</sup>。しかし、原審の理解によれば、同判決が明らかにするのはナチュラル・ペアレント(=同判決の事案に登場する親)が「子どもの養育の最善の担い手」として上記の権利を享有するということにとどまり、子どもの養育権を巡って「生物学上(biological)の親」と「心理学上(psychological)の親<sup>608</sup>」という2人の親の主張が競合するような事案においては、果たしてそのいずれがナチュラル・ペアレントとしての地位を獲得しうるかを明らかにしていない<sup>609</sup>。

更に原審は、このような両者の立場の競合に加えて、子どもがそのいずれに対しても親との認識を有している一両者がともに心理学上の親である一本件のような事案においてはもはやそのいずれがナチュラル・ペアレントであるかを決するための原理は存在し得ず、ナチュラル・ペアレントの権限を出発点とするアプローチによっては問題を解決することは不可能であるとする。そこで、本件の解決を導くための唯一の指導原理として原審が依拠するのが1989年子ども法1条1項の福祉原理である。すなわち原審は、Pを「アフリカーンスや英国人として成長」させることよりも「ズールー族として成長」させることが同人の福祉に適うとの認識を基礎に、申立人ではなく相手方らがPの養育に関する排他的な権利を担いその行使に当たるべきであると判断したことになる。

では、この原審の判断に対する控訴院の批判はどのような論拠に基づくのか。判決の文面に照らす限り、同院が指摘する原審の問題は次の2点に要約される。

第 1 に、 $Re\ KD\ (A\ Minor)\ (Ward:\ Termination\ Of\ Access)$ のようにナチュラル・ペアレントという概念を用いるにせよ、原審のようにこれを回避するにせよ、これらはいずれも

-

<sup>606</sup> Id. at 812.

<sup>&</sup>lt;sup>607</sup> See, id. at 825.

<sup>&</sup>lt;sup>608</sup> See, GAMER, supra note 604, at 1145.

<sup>609</sup> もっとも同判決は「子どもと親の間の血の繋がりに対して非常に大きな重要性を与え」たものとして受け止められ、とりわけ子どもを巡る里親 - 実親間の紛争に関する司法判断の形成に強い影響を及ぼしたとされる。See, Jane Fortin, Children's Rights and the Developing Law 3rd ed. (Cambridge Univ. Pre., 2009) at 522-523.

子どもの養育に関する親の権利という観点から出発するものである。しかし、控訴院によればこのような理解は誤りであり、親が有する種々の権限はむしろこれらの発動を要請する子どもの権利の観点から把握されなければならない。

第 2 に、原審の採るアプローチは心理学上の親と生物学上の親の立場を等価的に捉えた上で、いずれの手による養育が P にとって最善といえるかを当該の事案に即して判断しようとするものである。しかし、親の権限ではなく子どもの権利から出発する発想に立つ限り両者の立場は対等ではあり得ず、原則として後者の手による養育が子どもの最善の利益に適うという想定が成り立つ。

同院は、これらの解釈を基礎づけるために次の2つの先例を援用している。

1つは Re K (a minor) (custody) 判決610である。生後間もなく実母の自殺により孤児となった子どもを引き取り養育してきた叔父と叔母に対して実父が子どもの引き渡しを要求したという事案において、同判決はナチュラル・ペアレントという概念を巡り以下のように述べている。

…その原理とは、親の権利の停止や剥奪を子どもの福祉が要求することが司法的に認定される場合でない限りにおいて、後見的立場に立つ裁判所はナチュラル・ペアレントと対立する行為を行わないというものである。貴族院における数々の演説は、「親の権利」という用語が文字どおりの意味において使われておらず、むしろその一般的な福祉の一部として、彼(彼女)に生命を与えた親との自然な結びつきが可及的に維持されることを求めるための、あらゆる子どもの権利を表すものとして用いられていることを明らかにしている<sup>611</sup>。

控訴院によれば、この判示を敷衍する形でナチュラル・ペアレントに対する子どもの権利の内実をより正確に示しているのが *Re H (a minor) (custody: interim care and control)* 判決<sup>612</sup>である。同判決によれば、

(Re K (a minor) (custody) 判決) は、子どもの利益の観点に基づく強力な理由が存在しない限り親の権利が優越するという想定を伴うような、子どもの利益と対

<sup>611</sup> Id. at 70. 傍点は筆者による。

<sup>610 [1990] 2</sup> FLR 64.

<sup>612 [1991] 2</sup> FLR 109.

立する親の権利の事案ではない。それは本件に適用されているのと同じテスト、すなわち子どもの福祉の事案である。私が理解するところ…(同判決)が言わんとすることは、他の条件が同じならば、子どもが(里親ではなく)ナチュラル・ペアレントとともに過ごすことは彼(彼女)の利益に適う、という強い推定が当然に成り立つということである<sup>613</sup>。

以上のうち前者の判決は、親がナチュラル・ペアレントとしてもつ種々の権限が子どもの権利の観点から捉え直されるべきことに加えて、その子どもの権利がわけても子どもに生命を授けた実親一生物学上の親一との結びつきという固有のニーズによって基礎づけられるべきことを説くものである。更に後者の判決は、この子どもの権利を担保するため、子どもの引き渡しを巡る里親・実親間の紛争においては、「里親」か「実親」かという属性の違いの外に両者が提供する養育の内実に差異が認められない限り実親の地位の優越を認める"the 'other things being equal' formula<sup>614</sup>"の法理が妥当することを明らかにしている。

控訴院は、以上の2つの先例によれば Re KD (A Minor) (Ward: Termination Of Access)
判決に現れたナチュラル・ペアレントの語が生物学上の親を意味することは「きわめて明白」であり、本件の解決においても「彼が(生物学上の親としての)ナチュラル・ペアレントの元で養育されることが P の利益に適うという強い想定とともに出発」すべきであると述べて615、心理学上の親と生物学上の親の立場を等価的に捉える原審の枠組みを否定する。その上で控訴院は、P の成長がアフリカーンスや英国人ではなくズールー族としてのものでなければならないとする原審の判断それ自体は「明らかに正しく、妨げられるべきではない」616としてこれを追認する一方で、P が既に 10歳に達し、同人と南アのホームランド(黒人自治区)との隔たりは原審の判決当時に比べて更に拡大していることから、原審が示した結論―判決の2年後にPの帰国に向けた再審理を行うこと―の実現可能性に疑問を投げかける。その上で、確かに原審の鑑定人が指摘するような弊害が生じるおそれ―Pを申立人の元から引き離すことに伴う精神的外傷のリスクーは否定し得ないものの、他方でPは「南アでズールー族の両親やその大家族と再結合する権利」617を有しており、これ以上の問題の終局の遅れは同人の利益に著しく反する事態となる一問題を先延ばしにする程英国

<sup>613</sup> Id. at 112. 括弧内および傍点は筆者による。

<sup>&</sup>lt;sup>614</sup> FORTIN, supra note 609, at 525.

<sup>615</sup> *Id.* at [61].

<sup>616</sup> Id. at [63].

<sup>617</sup> Id. at [68].

からの出国と家族との再結合はともに困難となる―ことから、原審が提示した期間の経過 を待たず直ちに P を帰国させるべきとの結論を下している。

## (5) 検討

ここでは、以上の判決内容に含まれる問題点を分析するとともに、アイデンティティへ の権利の保障を重視する立場からどのような解決を導出することが可能かを検討する。

では、本判決に含まれる問題とは何か。

本件の原審および控訴院はそれぞれの結論を導くに当たり、ともに子どもの福祉(福祉原理)や権利といった子どもの利益を判断の拠り所としている。この種のアプローチはザフランが援用する「保護の道徳原理」とも整合的なものであり、それ自体には何らの問題も認められない。

しかし、本件の鑑定人も指摘するように、その判断は明らかに P の「参加の権利」の軽視の下で形成されたものである。すなわち鑑定人によれば、「P の南アへの帰国は、それが彼の最善の利益に適合するように、なおかつ彼自身がそのことを理解できる形で、全当事者の働きかけ、計画、交渉および合意に基づいて行わなければならないが…(本件の手続の中で)彼は決定に対して全く関与することができていない」<sup>618</sup> (括弧内は筆者)。

そして、このような手続の実態の下で控訴院が打ちたてた紛争解決の基準となる規範が、Pが「ズールー族の両親や親族と再結合する権利」である。この解決基準の導出の根拠については、Pと家族等との「血縁の重視」に求める見解 $^{619}$ と彼(彼女)らに共通する「人種の重視」に求める見解 $^{620}$ とが見受けられるが、いずれにしても、控訴院の判断はこうした Pの生来の属性の「本質化」の上に成り立つものといえよう。

この点、先に見たように、本件には、P の出国以来相手方らが一貫して実子である P の帰国を切望しており、相手方らの面接調査を行ったソーシャルワーカーも相手方らの意向に賛同し、専門職として P の早期の帰国が望ましいとする所見を提示していた上、相手方らの度重なる要求を拒絶する申立人の応答に対して、原審が「驚くべきほど冷徹」であると形容するほど厳しい心証を抱いていたという申立人に不利な事情が存在しており、控訴院が上記の解決基準を導出する判断過程にこれらの本件に特殊な事情が影響を与えたと考

\_

<sup>618</sup> Id. at [65].

See, Suhraiya Jivraj & Didi Herman, 'It is difficult for a white judge to understand': orientalism, racialisation, and Christianity in English child welfare cases, 21:3 C.F.L.Q. 283, 298 (2009).
 See, Latiefa Albertus & Julia Sloth-Nielsen, Relocation Decisions: Do Culture, Language and Religion Matter in the Rainbow Nation?, 1:2 J.FAM & PRAC. 86 (2010).

える余地がないわけではない。しかし、上述のとおり、控訴院が同基準を導くに当たり何より先に行ったことは、「生物学上の親」としてのナチュラル・ペアレントの意義に関わる2つの先例を援用しつつ、原審により一度は相対化されたナチュラル・ペアレントの概念が有する重みを改めて前面に押し出すことであり、上記の解決基準は、このナチュラル・ペアレントの意義を第一義的な準拠点としつつ、一おそらくPの真意を含め一同人を申立人の元から引き離し南アへ移転させることがPに深刻な影響を及ぼしうることを小児精神医学者の鑑定意見を通じて認識していながら、あえて打ち立てられたものである。したがって、控訴院は、本件の解決に当たり、ナチュラル・ペアレントと子どもとの結びつきを回復するための「Pが『ズールー族の両親や親族と再結合する権利』」を一Pの心情その他の本件に固有の事情により左右されることのない一不動の規範として用いたものであるといえよう。

しかし、子ども本人の参加を排し、なおかつ「血縁」や「人種」といったカテゴリカルな思考の下で導かれる結論は、彼(彼女)自身の「重要な関係性」との乖離をもたらす公算が大きい。実際にも、本件控訴院の一相手方らこそが P のナチュラル・ペアレントであるとの認定に基づく一決定は、南アへ帰国した後同国で「大変不幸な思いをした」Pが相手方らによって再びロンドンの申立人の元に連れ戻されるという事態をもたらしている621。

そこで、本件ないしこれと同種の紛争の解決に当たりこのような不合理な帰結を回避するために重要となるのが、Pの参加権の保障を通じたアイデンティティへの権利の実現という視点である。以下では、ザフランが提唱する調停的解決の枠組みに依拠しつつ、本件に対するアイデンティティへの権利の適用とこれに基づくオルタナティブな解決の導出を試みる622。

まず、調停的解決623の第 1 の要素である「全当事者の意思」という点においては、本件の事案では申立人と相手方らの各々の要求が相互に衝突することは明らかである。そこで問われるのが子ども(P)自身の意思であるが、前述のとおり本件の手続は同人の参加を排

<sup>&</sup>lt;sup>621</sup> See, Eva Steiner, The Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parenthood in English Law, 10:3 E.J. Comp. L., (Dec. 2006), http://www.ejcl.org/103/art103-14.pdf (accessed Dec. 10, 2015), 8.

<sup>622 「</sup>ズールー族の両親や親族と再結合する権利」という規範の導出が子ども (P) の福祉を根拠に行われたことからすれば、仮に本件で P の参加権が保障されたとしてもなお彼の福祉の名の下に同様の解決が導かれた公算が高いものと思われる。参加の権利に対するアイデンティティへの権利の独自の意義は、この種の子どもの福祉に関わる大人の判断を子ども自身の意思 (心情) によって統制する点にある (本章第2節6を参照)。

<sup>623</sup> 調停的解決が要請する3つの要素については本章第2節3を参照。

した形で執り行われており、同人は手続の場で意見を表明する機会を与えられていないため、その内容は記録に現れていない。しかし、申立人が養子縁組と同居命令の手続を開始してから行われた当局による面接調査の結果や訴訟手続内における鑑定人の意見によれば、P は申立人との長年に渡る生活の中で同人とその家族に対する強い愛着を抱くに至っており、この事実は原審から控訴院まで一貫して認定されている。このことからすれば、P は正式な手続の形式における意見表明こそ行ってはいないものの、仮にその機会を与えられていたとすれば、相手方らではなく申立人の意向に賛同する意見を表明した可能性が極めて高いといえよう。

また、Pの「重要な関係性」を確定するに当たり、意見表明の機会の保障に加えて重要なのが同人の経験に基づく「重要な関係性」の探求である624。

この点,本件に含まれる事実関係の中で注目されるのは次の3つの事実である。1つ目は、Pが生後18か月から控訴院の判決時(10歳)まで一貫して申立人の下で養育されてきたことである。次に重要なのが、Pは生後から6歳までは南アの白人社会、6歳以後はロンドンを生活の拠点としているという点である。これらの事実によれば、同人は南アの黒人社会(ホームランド)やズール一族の世界との接点をほとんど有していないことになる。最後に着目されるのは、これにより同人と実親一とりわけ実父一の関わり自体が極めて希薄化しているという事実である。以上のPの経験事実を踏まえる限り、申立人とその家族およびロンドンにおける生活圏(地域共同体や学校等)こそが「自己の生に関わる現実やその特有の状況を解釈するための拠り所となる、一連の関連付けられた意味」をもつものとして、Pの「重要な関係性」を成していることは明らかであろう。

以上の検討によれば、本件において「保護的人間関係の存在に最も依存する当事者」である P の利益保護のため、申立人の請求のうち少なくとも同居命令は認容されるべきである。他方、「全当事者の損害の最小化」の観点からは、相手方らの利益保護のための調停的解決の一策として面会交流の機会の確保等が一たとえば申立人の費用負担において一図られるべきであるものの、その頻度や態様は当然ながら P のアイデンティティへの権利(「重要な他者」である申立人らとの対話的関係性)を害するものであってはならない。

このような結論とその導出の根拠となる議論に対しては、本件の控訴院のように「人種」や「血縁」の尊重と子どもの利益との結び付きを自明視する立場からの批判があり得よう。

175

 $<sup>^{624}</sup>$  See, Ronen, supra note 503, at 173. 参加の権利とアイデンティティへの権利の関係については、本章第2節6を参照。

なるほど、一定の法的手続一多くの場合は裁判所の許可一を経て初めて親の地位を取得しうる心理学上の親一たとえば養親一と、そのような特別の手続を要せず生殖という事実行為のみを通じて直ちに親権を行使しうる生物学上の親一もっとも父親の親権取得には婚姻等の一定の前提条件が存在する一が法的に区分されうることは確かであり、その意味において後者に「子どもの養育の最善の担い手」という反証可能な推定を与えることに理由が無い訳ではない625。しかし、先述の子どもにアイデンティティへの権利を保障することの意義を踏まえるならば、子どもの意見表明やその子ども自身の経験に基づいて確定される「重要な関係性」の判断は、たとえナチュラル・ペアレントの役割や子どもの文化的・民族的出自を重視する大人の視点によれば子どもの利益に反すると思われようとも貫徹されなければならない。子どもの「最善の利益」判断が常に子どもに能力的に勝る大人の判断に委ねられるべきではなく、問題の性質によってはパターナリズムに対して子どもの意思の尊重が優先されるべき場合がありうることは、控訴院の判断がもたらした帰結一Pの英国への再帰国が彼を「不幸」に追いやったこと一からも窺い知ることができよう626。

# (6) 他のモデルとの比較

では、以上に論じたアイデンティティへの権利の適用を通じた調停的解決は、子どもの 権利に関する他のモデルとどのように異なるのか。

まず、子どもを権利の主体ではなく保護の客体として把握する子ども保護論によれば、問題解決の拠り所となる子どもの「最善の利益」の判断は当然に大人が主体となって行うことになる一方、子どもに手続への参加や意見表明の機会を保障するという発想は子どもに「最善の利益」の判断形成のイニシアティブを委ねることに繋がりうるため、子ども保護論の立場とは根本的な次元において相容れないものとされる。子ども自身の参加や意見表明の軽視がもたらしうるのが子どもの実態と乖離した大人の視点に基づく「最善の利益」

\_

<sup>625</sup> なお,国連子ども人権条約7条1項は子どもに「可能な限り自分の親に養育される権利」を保障しているが、ここでの「親」には生物学上の親の外、遺伝上の親や育ての親(心理学上の親)が含まれている(永井憲一ほか・前掲脚注342・71-75頁を参照)。

<sup>626</sup> 両親の離婚後、末期の乳がんを患う実母とその友人である上訴人らにより養育されてきた子ども(5歳)につき、その間数年に渡り同人との接触が断たれていた実父との同居生活を定める司法命令(child arrangement order)を実母の死亡後に発令した一審の判断に対して、実母の遺言に基づき子どもの後見人に指名され、更に自身らを子どもの特別後見人とする司法命令(special guardianship order)の発令を求めていた上訴人らの主張を受け入れ上訴を認容した近時の控訴院判決として、 $Re\ E-R\ (A\ Child)\ [2015]$  EWCA Civ 405 がある。「子どもは可及的にナチュラル・ペアレント(生物学上の親)の元で養育されるべきである」という従来からの想定に大きな変動をもたらしうる判決として注目される。

の押し付けであり<sup>627</sup>,子ども保護論が導く解決は、このようにして本件の原審や控訴院判決に含まれる問題を同じく抱え込むことになる。

では、子どもに対して可及的に大人と同様の権利主体性を承認する子ども解放論の立場はどうか。この立場の最大の問題は、子どもの参加や意見表明という行為それ自体の保障が重視されることにより628、その反面において子どもの「重要な関係性」とは何かを探求する大人の義務が軽視される点に見出される。また、子どもに大人と同等の権利を承認することは、子どもに生物学上の親・心理学上の親のどちらの元での生活を望むかを選択する権利一移転の自由や国外移住の自由一の承認に結び付く一方、問題解決の手続を全当事者の利益を統合する調停的解決の場から独立の権利をそれぞれもつ子どもと大人が各自の勝敗を争うゲームの場へと転換することにつながる。このような問題解決の手法は、子どもと大人の間に敵対的な関係を創出し、両者の間に本来存在するべき保護的な人間関係を棄損しかねない。子ども解放論がもたらす帰結は、このようにして本稿が冒頭で論じた子どもの生のありようとの齟齬をきたすことになろう。

これに対して、ザフランが提唱する調停的解決は、子どもの権利行使を子ども・大人間で成立する保護的人間関係の中における改善要求の「声(voice)」として把握する関係的権利論と、その子どもの「声」に応える大人の義務一相互的責任(mutual responsibilities)一を前提とすることで、手続の場における子どもの意見表明およびこれに基づいて子どもの「重要な関係性」を探求する大人の義務の履行を通じた子どもの権利の実現一アイデンティティへの権利の保護一と、全当事者の意思の尊重と損害の最小化を通じた子ども・大人間の保護的人間関係の維持との両立を図ることにより、上述の子ども保護論および子ども解放論が抱えるいずれの問題をも回避しうるものであると評価することができよう。

#### 3 事例②—Re P (A Minor) (Residence Order: Child's Welfare)

以上の Re M (Children's upbringing) 判決とは対照的に、子どもの経験を基礎とする「重要な関係性」の観点から、生物学上の親に対して心理学上の親の立場を優先する判断を下

<sup>627</sup> 大江洋・前掲脚注  $5\cdot 40$  頁は、「最善の利益原則」が「大人側の主張の『隠れ蓑(coverup)』として使用されてしまう危険性」を指摘する。とはいえ、この危険性は子どもの手続参加(意見表明)の機会の保障によっても完全に解消されうるものではないことは前述(本章第2節6)のとおりである。

<sup>628</sup> See, Zafran supra note 13, at 201-202.

しているように思われるのが、次に検討する Re P (A Minor) (Residence Order: Child's Welfare) 判決である。

#### (1) 事案の概要

厳格なユダヤ教正統派の両親629(以下「Jら」という。)の元に誕生した少女(1990年生誕。以下「N」という。)はダウン症に加えて継続的な医療介助を要する重度の呼吸器疾患を先天的に抱えており,当時既に高齢でありなおかつ疾病を患う家族を抱えていた J らは自らの手による N の養育を断念する傍ら,N をユダヤ教正統派の戒律の下で養育すべく自治体の協力を通じて同宗派に属する里親を探し求めていた。しかし,J らの希望に沿う里親の候補者は見出されなかったため,適任者が現れるまでの間の暫定的な措置として,里親経験をもつローマ・カトリック系の家族(以下「C ら」という。)が生後 17 か月の N の養育を引き受けることとなった。

ところが、その後も J らが希望するユダヤ教正統派の里親候補は現れず、C らによる N の養育は当初の予定に反して長期に及ぶものとなった。C らはその間の格別に献身的な介助を通じて「N に完全に傾倒するようになる」 $^{630}$ 一方、N においても C らは「本当の」 $^{631}$ 親や家族であるとの認識を深めつつ、N は学校や地域社会での生活を円満に送る「活発で元気な幸せな子ども」 $^{632}$ へと成長しつつあった。このような状況の中で、C らは 1994 年に自身らによる N の養育を恒久的なものとすべく裁判所に同居命令を申し立てたところ、あくまでユダヤ教正統派の戒律に基づく養育を望む J らは C らの申立に反発し、J らも C らに対する N の返還請求の申立を行う事態に至った。

これらの申立を受けた裁判所は C らの請求を大筋で認容し、4 週に 1 度の面会交流を伴 う居住命令を発令した。その後、1998 年にJ らが同命令の変更を申し立て、併せて N の返還を再度求めたところ、裁判所(原審)は N を J らの元に転居させることは N の最善の利益に反する一感情の安定と教育過程に悪影響を及ぼす一として J らの各請求を棄却した上、更に J らと N との面会交流の実施は J らが再び N の返還を請求してくることに繋がるのではないかとの不安を C らに及ぼすことを懸念して、面会交流の実施頻度を 1 年当たり 4 回

<sup>629</sup> なお、このうち実父は職業的ユダヤ教指導者(ラビ)である。

<sup>630 [2000]</sup> Fam 15, 21.

<sup>631</sup> Id. at 29-30.

 $<sup>^{632}</sup>$  Id. at 27.

に縮減する等の判断を下した<sup>633</sup>。本件は、これらの判断を不服とする J らがその変更を控 訴院 (Butler-Sloss LJ., Ward LJ. & Tuckey LJ.) に申し立てたという事案である。

#### (2) 上訴理由と主要な論点

控訴院に対してJらの代理人が主張した上訴理由の要点は次のとおりである。

まず、代理人によれば、子どもは自らの親により養育されるばかりでなく「自己の宗教の中で(in her own religion)」養育されるという「生得権(presumptive right)」を有している。この生得権はやむにやまれぬ(compelling)事情が存在する場合にのみ正当に制約されうるところ、本件にそのような事情は認められない。本件には、むしろ N が生得権を行使して拡大家族と共にユダヤ共同体の中で生活を営むことが彼女に様々な利益をもたらすことを示す確実な証拠が存在する。また、1989年子ども法 1 条 3 項(d) $^{634}$ は年齢や性別と並んで子どもの「素性(background)」に対する考慮を裁判官に義務付ける規定であるが、原審はこれを不当に軽視している。同規定を踏まえる限り、裁判所は本来宗教および文化の継承に関わる N の素性をより重視しなければならないはずである $^{635}$ 。

以上の上訴理由には、N は C らではなく実親である J らの元で養育される権利を「生得権」として享有しているのか、子どもの「素性(background)」に対する考慮を裁判官に義務付ける 1989 年子ども法 1 条 3 項(d)の存在は J らの請求を支える論拠となりうるのかという 2 つの論点が含まれている。これらの立論に理由があるとすれば、原審の判決は法律問題の判断に関する「誤り」(英国民事訴訟規則(Civil Procedure Rules)52.11 条 3 項(a))を含む判決として破棄されるべきとも考えられる。そこで、上訴審ではこれらの主張の妥当性が問われることになる。

#### (3) 控訴院の判断

結論的に、控訴院は J らの上訴を棄却する判断を下している。ここでは、上記の 2 つの 論点に焦点を絞ってその理由を検討する。

 $<sup>^{633}</sup>$  同裁判所は外にも英国 1989 年子ども法 91 条 14 項に基づき居住命令に関する  $\mathbf{J}$  らの将来の申立を制限する命令(section 91(14) order)を発令しているが、同命令の検討は本章の目的を超えるためここでは割愛する。なお、同命令の概要については本章第 2 節 4 を参照されたい。

<sup>634</sup> 同法8条所定の司法命令または同法第4章の特別後見命令の発令・変更・解除等を行う場合に裁判官が特に考慮すべき事項として「(子どもの)年齢,性別,素性および裁判所が関連性を有すると認めるあらゆる特性」を列挙する規定である。

<sup>635</sup> Id. at 28-29.

まず、第1の点—「生得権」の存否—について。控訴院によれば、そもそも—1989年子ども法上の司法命令の発令・変更に関わる—本件の解決に当たり、何よりも優先されるべき指導理念は子どもの福祉を最も重要な考慮事項とすることを裁判官に要求する福祉原理であり、同法上の他のいかなる規定も同原理を定める同法 1 条 1 項に優越するものではない。したがって、原審の下した結論の妥当性は常にこの福祉原理の観点から判断されなければならず、N の福祉に関わる評価とは独立に本件の帰趨を決する効力をもつ権利を認める余地は全く存在しない。このような控訴院の理解によれば、福祉原理にかかわらず N が J らにより養育されるべきとの結論を導く「生得権」についての立論は同原理に悖るものとして当然に排除されるべきことになる。

では、1989年子ども法1条3項(d)についての主張はどうか。上記の「生得権」と異なり、同規定はまさに福祉原理に基づき裁判所が一定の司法命令の発令等を行う際に考慮すべき事項を定める規定である。控訴院によれば、その列挙事項の1つである「子どもの素性」には確かにJらが主張するとおり子どもの宗教と文化の継承が含まれており、これらがもつ重要性は「個別の事案の事実関係に応じて変化しうる」ものと解されるところ、「ユダヤ教正統派はその信徒に対して深い充足感をもたらす生のありようを提供するものである」ことなどから、本件においても子どもの宗教と文化の継承が重要な考慮要素の1つとなりうる636。それにもかかわらず、同院によれば、本件に存在するある特殊な事情のためにこれらは「決定的な要素となり得ず、あるいは福祉に関する他の重要な要素に代置しうることもない」637。

この本件に特殊な事情とは何か。それは宗教や文化の継承に対する N の認知能力の欠如である。控訴院の事実認定によれば、前述の障害により彼女が獲得しうる認知能力は最大でも8歳児程度の水準にとどまるため、J らの思惑にもかかわらず、宗教と文化の継承に対する彼女の理解は一現在のみならず一将来においても期待できない状況にある。上述のように、確かにユダヤ教正統派の信徒における宗教とは「あらゆる営みに行き渡る形で生のありようを提供するもの」であり、とりわけ本件のように「ユダヤ教指導者(ラビ)の娘の福祉を斟酌する場合には比較衡量の一要素を構成する」638ものとなり得よう。しかし、このような判断の枠組みはユダヤ教の教義や戒律を理解し、それを実践する能力の存在とい

 $<sup>^{636}</sup>$  Id. at 30. 控訴院は併せて,「ユダヤ人の子どもからユダヤ教を継承する権利を奪うことなど誰も望まないであろう」し,「仮に彼女(N)がユダヤ人の家族の元に留まっていたのだとすれば,緊急的な場合を除き,彼女をそこから引き離すことほとんど考えられないことである」と述べる(id.)。

<sup>637</sup> *Id*.638 *Id*.

う前提の上に成り立つものであり、この種の能力の獲得の可能性が将来的にも認められない本件に対しては妥当性を欠くものである。

では、本件において N の福祉を判断するに当たり何が重要な考慮要素となるのか。この点、控訴院が着目するのは、Nと C らが相互に抱き合う愛着と同人らの元から N を引き離すことに伴うリスクの存在である。同院によれば、「N の里親(C ら)に対する、そして彼(彼女)らの N に対する並みならぬ愛着の存在を示す証拠」と「転居によって彼女(N)に対して生じる害悪―しかもそれは短期的な害悪ではない―の存在を示す証拠」は、ともに本件において「決定的な(overwhelming)」意味をもちうる639。彼女は「里親(C ら)のことを本当の親であると理解する」一方、「なぜ彼(彼女)らを失い、転居しなければならないのかを理解することはできない」し、「赤子のころから住んだこともない(J らの)家」に適応することもできなければ、「彼女に安心感をもたらす 2 つの柱」の 1 つである学校を離れるべき理由も理解できない640。仮にこのような状況の下で N を C らの元から引き離すならば、彼女は「なぜ私と共に信頼関係を築いてきた人がこのように私を見捨てたのか」との思いに苛まれつつ、様々な精神的・肉体的症状に苦しむことになる641。控訴院によれば、これらの事情は「(N の) 転居に反対すべき十分な理由」となるものであり、その意味において N を J らの元に転居させることは N の最善の利益に反するとして J らによる N の返還請求を棄却した原審の判断は「明らかに正しい」642ものである。

更に、以上のような考慮は、返還請求の可否のみならず、面会交流の頻度の問題—原審の下した面会交流の頻度を縮減する判断の変更の要否—についても当てはまる。控訴院によれば、本件のように子どもが里親の元で養育されている事案において、実親との面会交流は「子どもの永住地(permanent home)の安定の確保」という最優先の目標を揺るがすものであってはならない $^{643}$ 。しかしながら、子どもの将来の帰還を希望する実親による面会交流の頻繁な実施は、子どもが目下営んでいる生活の基盤を掘り崩す高度の危険性を伴う行為である。本件においても、 $\mathbf{N}$  の現在の養育者である  $\mathbf{C}$  らは既に $\mathbf{J}$  らの訪問によって「深い不安の念を表す」など相当の緊張に晒されており、このような状況の継続は将来の $\mathbf{N}$  に深刻な影響をもたらしうる $^{644}$ 。控訴院は、以上のような事案の下で $\mathbf{N}$  の居住の安定を同人

639 *Id* at 31.

<sup>640</sup> Id.

<sup>641</sup> Id. at 24. 原審鑑定人の供述に基づく。

<sup>642</sup> *Id* at 31.

<sup>643</sup> *Id.* at 33.

<sup>&</sup>lt;sup>644</sup> *Id*.

の将来の福祉における最重要事項と位置づけつつ,J らの頻繁な訪問が N の現在の居住環境の維持にとって「受け入れ難い負担をもたらす」として面会交流の頻度を縮減する司法命令を発令した原審の判断は-N の返還請求を棄却した判断と同様に-維持されるべきであると述べて,結論的に原審の変更を求める J らの上訴をすべて棄却するとの判断を下した $^{645}$ 。

#### (4) 検討

では、以上の控訴院の判断は、アイデンティティへの権利の保障の必要性を説く立場からどのように評価されるべきか。

まず、本判決に含まれる内容のうち最も注目されるべきことは、判決が子どもが現在置 かれている生活の基盤を構成するもの―里親、その家族、住居および学校等―が子どもに 対して有する重要性を正面から認めた上で、その十全な享受の阻害あるいは剥奪をもたら すが故に実親の各請求を排除した点である。本判決は一般に「心理的な結びつき (psychological tie) が血縁 (blood tie) を上回ることを示す判決」646として受け止められ ているが,重要なのは前者が後者に対して優先するという帰結をア・プリオリな定式とし て承認することではなく、いずれの「親」との繋がりが子どもの「重要な関係性」を成す ものであるかを子ども自身の「経験」に基づいて考察することである。この点、本件にお いては子どもの身心の状態も手伝って、法廷の場における子ども自身の意見表明とその聴 取の手続こそ実践されなかったものの、複数の鑑定人による綿密な調査とその報告に対す る裁判所の慎重な評価を通じて、本件に関わる子どもの希望や心情に対する精緻な分析が 行われている。これによれば,本件の子どもは里親による長年の看護等を通じて彼(彼女) らこそが「本当の」親であると認識していることに加え、子どもを里親の元から引き離し た場合には「親に見捨てられた」との心情が子どもに生起すること,そしてそのことが子 どもに深刻な悪影響をもたらしうることが優に認められる。これらの事実の存在は、子ど もの現在の生活の基盤を成す種々の要素こそが子どもに「自己の生に関わる現実やその特 有の状況を解釈するための拠り所となる、一連の関連付けられた意味」を与えるものとし て,オーネンが説く「重要な関係性」をなしていることを十分に示唆するものといえよう。

しかし、このように本判決が導いた結論はそれ自体妥当であると考えられるものの、同

 $<sup>^{645}</sup>$  Id

<sup>646</sup> MARY WELSTEAD & SUSAN EDWARDS, FAMILY LAW (Oxford Univ. Pre., 2013) at 242.

判決にはなお次のような疑問が残る。

その疑問とは、1989年子ども法1条3項(d)に関わるものである。既述のとおり、同規定は年齢や性別と並んで子どもの「素性」に対する考慮を裁判官に義務付ける規定であるが、原審は同規定を不当に軽視しているとの上訴理由に対して、控訴院は子どもの「素性」に宗教と文化の継承が含まれるとの解釈を示しながらも、これを理解するための能力の獲得の可能性の欠如という本件に特殊な事情を根拠に、これらの「素性」の考慮に対して子どもの福祉に関わる他の事実の考慮を優先する判断を行っている。

そこで浮かび上がるのが、では、仮に本件の子どもが自らの「素性」を理解するための 十分な能力を獲得し得たとすれば控訴院は本判決と異なる結論を下したのであろうか、と いう疑問である。

この事実の仮定に基づく問いへの回答を本判決から直ちに導くことはもちろん不可能である。しかし、英国の公法学者アナット・シュコルニコフによる次の指摘はこの問題を考える上での有力な手掛かりを与えるように思われる。

その指摘とは、子どもが将来においても十分な認知能力を獲得し得ないことを根拠として彼女の宗教・文化の継承を軽視するという本判決の論理は、次の点で誤りを含んでいるというものである。シュコルニコフによれば、子どもが里親・実親のどちらの元で居住すべきかという問題に対して裁判所が前者の元での居住を維持する結論を導くに当たり、子どもが将来において自己の宗教的帰属を理解する能力を獲得するか否かはそもそも問題となり得ない。なぜなら、このような能力に対する考慮を要求する有力な根拠としては子どもの信教の自由が想定されるところ、幼い子どもが里親の元に留まり彼(彼女)らと生活を共にするという帰結それ自体は宗教に関する子どもの選択から導かれるものではなく、したがってこの点においては子どもによる信教の自由の行使を観念する余地は全く存在しないためである647。シュコルニコフは以上の分析を踏まえつつ、本件で問題となるのは子どもの信教ではなくむしろ子どもを自己の信仰に従って養育するという実親の信教の自由であり、同判決が提起しているのは、実親は信教の自由に基づき子どもが自己と同一の宗教的アイデンティティを保持し続けることを要求しうるのか一換言すれば、里親が自己と異なる宗教の下に生まれた子どもを養育することは許されるのか一という問題であるとした上で、このような内容をもつ実親の権利は「保護され、独立の権利として認識されるべき

<sup>&</sup>lt;sup>647</sup> See, Anat Scolnicov, The Right to Religious Freedom in International Law: Between Group Rights and Individual Rights (Routledge, 2011) at 164.

価値を有する」ものであると述べている648。

確かに、以上のシュコルニコフの理解と本判決の論理との間には、自己の宗教的帰属に対する子どもの認知能力を問題とするか否かという点において根本的な差異が存在するように思われる。しかし、本判決が子どもの能力の獲得の可能性を問題とする根拠が、子どもは自己の「素性」を理解する能力を獲得しうる限りこれと適合する生を送るべきであるとの理解に求められるとするならば、結局のところ両者は実親の信仰と子どもの宗教的アイデンティティとの一致を可及的に追求する点において一致することになる。

そして、このような本判決の背後に潜む理解は、突き詰めれば本件の上訴理由にも現れた「生得権」の発想へと行き着くことになるだろう。とすれば、同判決は上訴理由の中で「(子どもが) ユダヤ教徒となり、生活の中でユダヤ信仰を実践し、これを享受し、その究極の成就を遂げること」649とその意義が説明される「生得権」に基づく主張を結論的には否定しているものの、それはあくまで子どもの認知能力の獲得の可能性が否定される本件に固有の事情に由来する事例判断にとどまるものとして、そのような事情が認められない事案においては子どもの生得権を根拠とする実親の請求を一生得権という概念そのものを用いるか否かは別として一認容する判断へと容易に転じる可能性も否定できない。

しかし、このような問題解決の方法は少なくとも次の2つの問題を含むものである。

第1に、上記のように理解される「生得権」は形式的には子どもの権利とされながらも、 実体的には自己の信仰に従って子どもを養育する実親の権利をいわば裏側から表現したも のに外ならない。このように子どもの権利の名の下に親の権利を語ることは、まさに子ど もの権利を大人の利益のための便法と化す営為であるといえよう。

第2に、この「生得権」の発想の中核に存在する、「子どもは親の信仰する宗教を継承すべきである」というある種の宗教的本質主義に基づく想定は、子ども自身の意思に基づくアイデンティティの形成の否定と抑圧に結び付きうる。しかし、この子どもに対する抑圧を呼び込む観念に「生得権」の呼び名を与えることは、子どものアイデンティティの構築に関して本来存在するはずの大人 - 子ども間の緊張関係を隠蔽してしまう。このような問題構造の一意図的な一曲解は、本件のような紛争の解決に当たり実親の利益に偏頗した歪な衡量をもたらしかねない。

では、両者の利益の適切な衡量のありようとはどのようなものか。先述のザフランの「相

<sup>648</sup> See, id. at 165.

<sup>649 [2000]</sup> Fam 15, 41-42.

互的責任」論に照らして検討するならば、親の権利と子どもの権利との間に存在する対立・ 衝突の契機を正面から認めることを出発点としつつも、なお問題解決の手続の場を対立当 事者間で権利の優位性を争うゲームとして見立てるのではなく、当事者間の関係性の維 持・存続を前提とする調停的解決が求められよう。このような解決を実現するためには、 各当事者において生じる害悪の最小化を追求しつつも、大人 - 子ども間に成立する保護的 人間関係に最も依存する当事者である子どもの利益の保護を優先する解決を追求しなけれ ばならない。

以上の衡量基準を本件にあてはめるならば、実親は自己の信仰に従って子どもを養育する自由を有する一方、子どもはこうした宗教的アイデンティティの本質化に対抗する形で「重要な他者」と共に自らにとって真正といいうるアイデンティティを構築する権利を有している。なるほど、ユダヤ教正統派の信徒においてはその教義こそが自己の生のありようを規定するものであり、なおかつ自らの子どもをユダヤ教の習慣の下で養育することが教義実践の重要な内容を構成するものであるかもしれない。しかし、この親の権利の実現は、その反面において子どもの「重要な関係性」の剥奪を必然的に伴うものである。上述のとおり、本件においては子どもの現在の生活の基盤を成す里親とその家族、学校における人間関係等が子どもの「重要な関係性」を構成しており、これらから子どもを引き離すことは同人に深刻な影響をもたらしうる。そして、その帰結が子どもの生にとって不可欠な保護的人間関係の喪失を意味する以上、この親の権利は子どもの「重要な関係性」の剥奪を正当化することはできない650。先に提起した疑問に立ち返るならば、裁判所は子どもの認知能力の獲得の可能性が肯定されると否とにかかわらず、実親側の請求を棄却すべきであることになる651。

#### 4 残された問題の検討

以上の英国判例の検討からも明らかなとおり、ザフランの提唱する調停的解決は、子ど

の損害の最小化」の手段の1つとして正当化できよう。 651 こうした本稿の立場によれば、前述のシュコルニコフの指摘は子どもの認知能力の有無が問題とならないとする限りにおいて正当であるものの、子どものアイデンティティへの権利の犠牲の下に親の信教の自由の実現を図るものであるとの批判を免れないものとなる。

もの権利と大人の権利が相互に衝突する場合において、前者に対する後者の後退を要求す るものである。そこで後退を強いられる親の権利には、たとえば Re P(A Minor) (Residence Order: Child's Welfare) 判決に見られるように、親が自律的に自己の宗教的信念に基づい て子どもを養育する権利という,高度に重要な価値をもつ憲法上の権利652も含まれうるため, その制約が正当視されるべき根拠をここで改めて検討しておく必要があるように思われる。 この点,ザフランによれば,本稿がこれまでに検討の前提としてきた「権利の意味(ま たは内容)をそれをもつ者が保護を基底とする関係性を共に形成するような人間に対する 責任の観念で満たす」653保護の道徳原理を中核とする権利の関係性モデルは、「法的に『親』 として承認されることに対して何らの固有の意義も与えず、また法的に親と承認されるこ とのみに基づいて自らの子を『支配』する親の能力の神聖視を否定する」654という発想に立 脚するものである。しかし,この種の「親の能力の神聖視」が否定されるべき根拠につい て、彼女はその必要性に関わる議論を仔細に展開する一方で、許容性のレヴェルに属する 事柄に対しては必ずしも明確な説明を与えていない。仮に子どもの権利に対して親の権利 が後退すべき根拠が子どもの保護の必要性―身心の脆弱性や親への依存性―のみに求めら れるとすれば、権利の関係性モデルの立論は、①「親の権利は自らに依存する子どもを保 護する責任の観点から理解されなければならない」,②「子どもはその脆弱性ゆえに権利・ 利益の優越性を親に対抗することができる」という 2 つのテーゼが互いに連鎖し合う循環 論へと陥ることになろう。とすれば、その正当化にはこれと異なる他の論拠の検討が求め られることになる。

筆者の見るところ,この問題の解決を模索する上で重要な手掛かりをもたらすように思われるのが、ミノウが関係的権利論を展開する中でしばしば出現する「関係性としての権利」という概念である。

既に検討を行ったように655, ミノウの関係的権利論においては, 権利とはこの世にア・プリオリに存在しうるものではなく,「個人の権利を承認し, 執行することをいとわない共同体」656内部における人々の相互承認の産物として把握されるべきものである。権利に対する

<sup>&</sup>lt;sup>652</sup> 日本法においても,親が自己の信念に沿って子どもを教育する行為は信教の自由(憲法 20 条 1 項)の 保護範囲に含まれるものと解されている(たとえば樋口陽一・前掲脚注 185・296 頁,芦部信喜『憲法〔第 六版〕』(岩波書店,2015)155 頁,松井茂記・前掲脚注 136・500 頁を参照)。

<sup>&</sup>lt;sup>653</sup> Zafran, supra note 13, at 167.

<sup>654</sup> Id. at 300.

<sup>655</sup> 第2章第2節1(5)を参照。なお、「関係性としての権利」という概念の命名はミノウ自身ではなく法哲学者の大江洋によるものである(同・前掲脚注210(『関係的権利論』)・121 頁以下を参照)。

<sup>656</sup> MINOW, *supra* note 214, at 300.

このような理解の仕方の当否を巡る筆者の考察は本稿第 2 章に譲り<sup>657</sup>, ここではその妥当性を前提に検討を進めるならば,本節で提起される大人の権利の射程の問題について次のような帰結を導くことができよう。

まず,「関係性としての権利」の発想によれば,理性的な判断能力を有する大人は互いを自律的な存在として相互に承認し合うことが可能であり、そこに自律性を基礎にもつ大人の権利一上述の信教ないし教育の自由もこれに含まれる一が生起する契機が存在する。しかし、大人の権利の淵源がこの種の相互承認に求められる限り、その効力を一少なくとも大人相互間における場合と同様の形で一子どもに対抗することはできない。なぜなら、前述のような能力をもつ大人とこの種の能力を欠く「未成熟」ないし「依存的」な子どもが互いを自律的な存在として承認し合うことは不可能だからである<sup>658</sup>。したがって、自律性の相互承認という前提を欠く以上、これに基づく大人の権利は一子どもとの関係において一その憲法的価値に基づく本来の効力を有し得ず、その制約に当たっても大人相互間における場合とは異なる正当化原理が妥当する余地が生じることになる。

身心の「未成熟性」や保護的人間関係への「依存性」といった子どもの特質は、以上の事柄を踏まえることではじめて大人の権利の後退を正当化しうる論拠となりうるものである。なぜなら、家族を典型とする親密な人間関係(親密圏)においては、通常の場合と異なり「対人的ないし家族的関係性がもつ重要性が個人の権利や自由の一内容を構成すること」659についての相互承認が成り立つと考えられるところ660、子どもがもつこれらの特質はこの種の人間関係を構成する本質的要素の1つとして位置づけられうるためである。このように見るならば、調停的解決に伴う子どもの権利に対する大人(親)の権利の後退とは、結局のところ、親密な人間関係の構築に向けて自ら行ったコミットメントに由来する自己拘束の問題として把握されることになるだろう。

#### 第4節 権利の道徳原理に基づく「武器」としての権利

<sup>657</sup> 同章第2節1(6)および同章第3節2を参照。

<sup>658</sup> 両者の間で成立する相互承認は、関係性の改善に向けて問題提起の「声」をあげつつ、討議において相手方を説得する契機となる「言葉としての権利 (rights as language)」を行使する能力の承認にとどまる(第2章第2節1(4)を参照)。

 $<sup>^{659}</sup>$  Zafran, supra note 13, at 215.

<sup>660</sup> 本来は自由かつ独立の諸個人が敢えて特定の他者と親密な人間関係を形成し、これに自らを拘束する選択を行う限り、この種の相互承認は当然に成り立つものと考えて良いであろう。

本節では、第 1 章で検討した少年の刑事事件における推知報道が子どものアイデンティティへの権利の侵害に及びうることを踏まえて、アイデンティティへの権利を推知報道規制の保護法益として位置づけることが、同規制の正当化を図る上でどのような意義をもちうるのかを、アイデンティティへの権利の保障がもつ政治哲学上の意義を参照しつつ検討する。

#### 1 推知報道によるアイデンティティへの権利の侵害

はじめに、推知報道はどのようにして子どものアイデンティティへの権利の侵害をもたらしうるのか。その論理をここで確認しておく。

先にも述べたとおり、アイデンティティへの権利論において、子どもは自己の生を解釈するための拠り所となる家族や共同体の中で、自らにとり「真正」といいうるアイデンティティを構築し、これを不断に改訂していく存在として把握される。この自己解釈の拠り所となる家族・共同体こそが、テイラーが「重要な他者」と呼ぶ人間と子どもとの間の関係性であり、オーネンが唱えるアイデンティティへの権利とは、このような他者と「重要な関係性」を形成する権利を子どもに保障することで、子ども自身の一他者の押し付けによらざる一「真正」なアイデンティティの主体的な構築を可能にするものである。

これに対して、マスメディアによる推知報道は、次の 2 つの効果を伴うことにより、上記のような子どものアイデンティティ形成のプロセスを棄損する。その効果とは、①子ども自身の委縮と②周囲の者によるラベリングである<sup>661</sup>。推知報道は当事者にこれらの効果を及ぼすことによって、子どもが「他者と安心できる人間関係」を構築する可能性を「大きく阻害する」結果<sup>662</sup>、子どもが自らの「重要な他者」を相手として「重要な関係性」を構築する一あるいは既に存在する関係性を維持する一契機をも阻害する。子どものアイデンティティ形成においては「重要な関係性」の保障が不可欠であることを踏まえるならば、推知報道は上述のような意味をもつアイデンティティへの権利を直接的に侵害するものであるということができよう。

188

<sup>661</sup> 本庄武・前掲脚注 123・108-109 頁を参照。

<sup>662</sup> 同前・109 頁。

そして、問題が保護的関係性の確定とその保全の前提となる子どもの権利の侵害に関わる以上、その被害救済を巡る紛争の解決においては保護の道徳原理が後退する一方で権利の道徳原理が前面に立ち<sup>663</sup>、子どもと推知報道の主体の間の権利の優劣を巡る「二元論的」解決が妥当することになる。

#### 2 アイデンティティへの権利の公共性とその論理

そこで本稿が着目するのが、アイデンティティへの権利の公共的価値による報道の自由への対抗可能性である。ここでは、アイデンティティへの権利を成長発達権の基底的内容として位置づける私見664を踏まえつつ、アイデンティティへの権利に基づく推知報道問題の解決のありようを検討する。

# (1) アイデンティティへの権利の公共性①—アイデンティティの公的承認と「下からの連帯」

繰り返し述べたように、子どもが自らのアイデンティティを形成するためには、その前提として、彼(彼女)が家族的・共同体的な文脈に置かれることが必要となる。しかし、そこで懸念されるのが一人種や民族などの生来的属性を典型とする一生まれながらの境遇と個人のアイデンティティとの結びつきを自明視する「アイデンティティの本質化」である665。問題は、この「アイデンティティの本質化」が子どもの「真正な」アイデンティティの構築を妨げるばかりでなく、子どもがこれらの属性を基礎とする共同体の利害を離れて物事を考える能力をも阻害することにある。

既に触れたように、この種の「本質化」の排除を企図するのが、オーネンにより再構成されたアイデンティティへの権利論である。オーネンによれば、子どもは「自己の生に関わる現実やその特有の状況を解釈するための拠り所となる、一連の関連付けられた意味」を与える「重要な他者」との「継続的な対話や闘争」を経ることではじめて、外部から受けるさまざまな「本質主義」の圧力に抗しつつ、自らの「真正」なアイデンティティを主体的に構築・改訂していくことが可能となる。

<sup>663</sup> 本章第2節5を参照。

<sup>664</sup> 第2章第3節を参照。

<sup>665</sup> その具体的な事例については、本章第3節を参照。

アイデンティティへの権利の公共的価値とは、この「真正な」アイデンティティの構築 を契機として、子どもが上述のような共同体に固有の利益ばかりでなく、その外部の他者 との協働を通じて広く公益を追求することのできる大人へと成長・発達していく点に見出 されるものである。では、「真正な」アイデンティティの構築がどのようにして子どもにこ のような成長・発達をもたらすのか。

この問いに対する応答の 1 つは、アイデンティティへの権利の行使に伴うアイデンティティの公的承認(public recognition)という問題に関わる。既述のとおり、アイデンティティへの権利は、手続参加と意見表明の権利を子どもに与える一方で、表明された意見を傾聴し、これに基づいて子どもの「重要な関係性」を誠実に探究する義務を大人(国家)に課すものである。オーネンによれば、このようなプロセスを経て子どもの「重要な関係性」を確定することは、その対象となる子どもにおいては親密圏(intimate sphere)の中で形成された自己(アイデンティティ)の公的な承認という意味をもち、そのことが将来における公共社会への信頼や自己と公共社会との一体感の醸成の契機となりうるとされる

しかし、このような発想に対しては、アイデンティティという特殊な属性に公的な承認を与えることは、個人と公共社会との結びつきを強化するというよりも、公共空間に備わるべき普遍性を損なうことで却って社会の統合を阻害するとの反論<sup>667</sup>がありうる。こうした議論に通底しているのは、人びとは一少なくとも公的領域において一普遍的なアイデンティティを基礎にある種の同質化を伴いつつ統合(integration)されるべきであるとの想定であり、具体的には、多様な差異をもつ人々に潜在する「普遍的な人間(universal human)」<sup>668</sup>というアイデンティティの基底性を主張するスティーブン・C・ロックフェラーや、「差異の承認」が他者への不寛容をもたらす「差異主義」に繋がるおそれを警戒しつつ、「市民の共同体」としての国民(ナシオン)の構成を試みるドミニク・シュナペールの議論<sup>669</sup>等がそれに該当する。

しかしながら、以上のような見解に対しては、それらが標榜する普遍性とは結局のとこ

<sup>666</sup> See, Ronen, supra note 503, at 155.

<sup>667</sup> 部族主義(tribalism)による社会統合の阻害を懸念するシュレジンガーの議論(SCHLESINGER, Jr., supra note 458)や、社会のバルカン化(balkanization)のリスクを指摘するエルシュタインの議論(ELSHTAIN, supra note 461])はその典型であろう。なお、第3章第4節1(1)も参照。

<sup>&</sup>lt;sup>668</sup> Steven C. Rockefeller, *Comment*, AMY GUTMANN (ed), MULTICULTURALISM: EXAMINING THE POLITICS OF RECOGNITION (Princeton Univ. Pre., 1994) at 88.

<sup>669</sup> DOMINIQUE SCHNAPPER, LA COMMUNAUTÉ DES CITOYENS (Éditions Gallimard, 1994) [中嶋洋平訳『市民の共同体: 国民という近代的概念について』(法政大学出版局, 2015)].

ろ政治的闘争の産物に外ならず<sup>670</sup>,一闘争の勝者たる一政治的多数派による特殊性(市民性からの逸脱)を定義する力の掌握<sup>671</sup>と恣意的な差異の私事化(privatization) <sup>672</sup>を通じて、少数者に「二級市民」の烙印を押し付け、あるいは不当な不利益の甘受の強要を正当化するための方便に過ぎないとの批判がさまざまな政治的立場から投じられている。彼(彼女)らの理解によれば、政治原理としての普遍性とはそれ自体なお論争的なものであり、時として多数派に固有な特殊利益の存在を覆い隠すための僭称でさえありうる。

そこで、上述の同質化による統合に代置するものとして浮かび上がるのが、多様性の下での連帯 (affiliation) という発想である。この発想の核心は、公共社会のメンバー相互の 紐帯が、彼(彼女)らに共通する一「市民性」のような一普遍的な属性によってではなく、その多様性によってこそもたらされるとする点に見出される673。

その根拠の1つは、普遍的なアイデンティティによる人びとの同質化という、いわば「上からの統合」が抱え込む脆さに求められる。ミノウによれば、この種の企てはいかなる個人にも固有に帰属することのない属性の押し付けによる「見せかけの統合 (illusions of unity)」674に過ぎず、こうした企てに依拠する限り、人びとの差異に対する寛容や敬譲といった統合の前提として要求される資質は一たとえば宗教や文化を巡る論争や紛争の発展を契機に一「普遍性」の名の下に覆い隠された差異の存在に人びとが改めて直面することで容易く喪失する。また、米国の憲法学者ケネス・カーストによれば、同質性の押し付けによる統合の試みは〈標準/逸脱〉の定義を巡る血戦を招く危険を内包しており675、そもそも社会分裂を回避するための有効な手立てであるとは言い難い。

では、社会的紐帯が人びとの多様性によってもたらされるとする根拠は何か。その鍵を握るのが、前章でミノウの論考を基に検討を行った―「上からの統合」に対置されるものとしての―多様な集団への多重的帰属性に基礎を置く「下からの連帯」と呼ぶべき発想である<sup>676</sup>。その論旨はおよそ次の3つの点に要約される。

第 1 の点は、集団的アイデンティティの「関係的理解」に基づく集団的アイデンティティの脱構築である。ミノウによれば、アイデンティティとはそれを抱く諸個人に備わる特

<sup>&</sup>lt;sup>670</sup> See, MINOW, supra note 437, at 137.

<sup>&</sup>lt;sup>671</sup> See, GALEOTTI, supra note 374.

<sup>&</sup>lt;sup>672</sup> See, KYMLICKA, supra note 368, at 386-398 [邦訳, 386-408 頁].

<sup>&</sup>lt;sup>673</sup> See, MINOW, supra note 437, at 142. なお, 第3章第4節1(6)も参照。

<sup>674</sup> Id. at 143.

 $<sup>^{675}</sup>$  See, Kenneth Karst, Belonging to America: Equal Citizenship and the Constitution (Yale Univ. Pre., 1989) at 176.

<sup>676</sup> 第3章第4節を参照。

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」「「「の問題として関係的に把握されるべきものである。そして、アイデンティティがこのような交渉過程から構成され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るものであるとするミノウの理解によれば「「な、たとえば一般に科学的知見に基づく客観的な区分であると受け止められることの多い「人種」や「性別」すらも社会的構築(social construction)の産物の1つとして把握されることになるだろう。

次に、この脱構築されたアイデンティティ理解から導かれるのが、社会の多様な次元に 生起するさまざまな集団的アイデンティティとは、何らかの本質によって決定論的に枠付 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るもので あるという集団的アイデンティティ観である<sup>679</sup>。このような理解の下では、いかなる属性で あろうともその本質化は許容されるべきではなく、集団的な指標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。

最後に、集団的アイデンティティが個人の選択に由来する「暫定的かつ偶発的」680なものとして把握される結果、人びとは自己の選択を契機として生起したいくつもの集団に多重的(multiple)にコミットすることが可能となる。このことは「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」681存在としての個人の固有性を浮かび上がらせる一方で682、こうした横断的(cross-cutting)な繋がりの経験が相互に差異をもつ人々の間に結束(solidarity)をもたらすことで、彼(彼女)らがさまざまな社会的領域において他者と政治的に連帯し協働するための契機を創出する683。

集団を巡る米国の法制史研究で著名な同国の憲法学者エイビアム・ソイファーによれば、 このようにして生み出される人びとの間の自生的な結束は権力に対抗するための民主主義

<sup>&</sup>lt;sup>677</sup> MINOW, *supra* note 437, at 31.

<sup>&</sup>lt;sup>678</sup> See. id. at 52.

<sup>679</sup> See, id. at 105.

<sup>&</sup>lt;sup>680</sup> *Id.* at 96.

<sup>&</sup>lt;sup>681</sup> *Id.* at 39.

<sup>682</sup> これによりもたらされるのが、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としての個人の自己定義である。

<sup>&</sup>lt;sup>683</sup> See, id. at 141-143.

の砦となりうる<sup>684</sup>。このような砦は、一同質化された人間ではなく一多様な差異(≒視点やニーズ)をもつ人びとが公的領域に立ち現われることによってこそ、あらゆる社会領域に 跨がって築き上げられるものとなるだろう。多様性による「下からの連帯」という発想の 基本的な戦略は、こうして社会に遍く並立する無数の「砦」を媒介として、民主的政治過程を通じた自己統治の実現を図る点にある。

#### (2) アイデンティティへの権利の公共性②—アイデンティティの変容可能性

次に、上述の問いに対する 2 つ目の応答として位置づけられるのが、アイデンティティ への権利の保障により生起するアイデンティティの変容可能性である。

ここで採り上げるアイデンティティの変容可能性という議論は、テイラーが「承認の政治 (The Politics of Recognition)」論文<sup>685</sup>において「地平の融合 (fusion of horizons)」<sup>686</sup>という概念を援用しつつ展開するアイデンティティの変容論を踏まえたものである。子どもが上記の多重的帰属性をもとに他者と協働しうる大人へと成長・発達するためには、親密圏において「重要な他者」との対話を通じて構築されたアイデンティティを起点としつつも、これを「新しくかつより広範な領域」<sup>687</sup>へと拡大していくことが可能でなければならない。本稿がここでアイデンティティの変容可能性という問題を取り扱うのは、こうしたアイデンティティの拡大が可能となる条件をこのテイラーの議論を参照点とすることで考察するためである。

では、テイラーによるアイデンティティの変容論とはどのようなものか。これを検討する上であらかじめ踏まえておかなければならないことは、テイラーの「承認の政治」論文に含まれる種々の主張とは、純粋にアカデミックな問題関心とは別に、言語共同体によるアイデンティティの基礎づけという論理を介してケベックという特定の言語共同体の存続とその正当化を図るという、高度に政治的な目的に向けられたものであるという事実である<sup>688</sup>。

686 *Id.* at 67. なお,「地平の融合」という概念は独国の哲学者ハンス=ゲオルク・ガダマーにより提唱されたものである。

<sup>&</sup>lt;sup>684</sup> See, AVIAM SOIFER, LAW AND THE COMPANY WE KEEP (Harv. Univ. Pre., 1995) at 52.

<sup>&</sup>lt;sup>685</sup> TAYLOR, supra note 511.

<sup>&</sup>lt;sup>687</sup> See, id. at 154.

<sup>688</sup> 中野剛充『テイラーのコミュニタリアニズム 自己・共同体・近代』(勁草書房, 2007) 93 頁以下, 明戸隆浩「チャールズ・テイラーにおける「共同体」の限界, そして可能性―多文化主義・ナショナリズム・公共圏」佐藤成基編『ナショナリズムとトランスナショナリズム―変容する公共圏』(法政大学出版局, 2009) 33 頁以下等を参照。

テイラーが親密圏における子どもの「重要な他者」の典型として子どもの「両親」を挙げる689理由は、この政治的な目的と密接に関連している。共通の言語共同体(ケベック)に帰属しフランス語を話す他者(両親)との対話と承認を通じてアイデンティティを構築する子どもは、両親と同じフランス語を話し、自らをケベック人として定義する人間へと成長することが期待されるところ、このような親子間のアイデンティティの継承は取りも直さず言語共同体の存続に結び付くためである。社会思想学者の明戸隆浩が、一般に「多文化主義」の象徴とされる「承認の政治」論文に含まれるテイラーの言語共同体論を「むしる『ナショナリズム』に近いもの」として位置づける690のは、こうした理由に基づく。

しかし、政治思想としてのナショナリズムが一般に共同体と国家の一致を要求するものであるのに対して、周知のように、テイラーはケベックの独立に強く反対しつつ、「多様性をもつ公共圏」という概念に基づいて共同体と連邦国家との両立を図るための道筋を模索している<sup>691</sup>。そこでテイラーが論じる「多様性をもつ公共圏」とは、「個人から見れば、国家だけでなくその下位にある共同体のメンバーであること、とりわけケベック人…にとっては、自らの共同体のメンバーであることが先にあって、それをふまえて国家のメンバーとなることが許容されるような、そうした公共圏」<sup>692</sup>を意味する。しかし、こうしたテイラーの思惑にもかかわらず、自らの文化の独自性の保持を何よりも希求してきた共同体のメンバーが、これを脅かす英語圏の社会に対して帰属意識をもつことは決して容易な話ではない。ケベックという言語共同体の中で構築されたアイデンティティと連邦国家(公共圏)との接続は如何にして可能となるのかが問われることになる。

そこで、こうした疑問に対する応答としてテイラーが提示するのが、前述の「地平の融合」とアイデンティティの変容に関わる議論である。テイラーによれば、「地平の融合」とは「かつて価値判断の背景として自明視されていたものが、かつて未知であった文化がもつ異質な背景と同様に、可能性の 1 つとして位置づけられる」<sup>693</sup>ことを意味する。ここで想定されているのは、われわれが「十分に異質な(sufficiently different)」文化との遭遇を契機として「より広い地平の中を動くこと」を学び、この新たな地平の中で既にわれわれの内に形成されていた「価値判断の背景」を「可能性の 1 つとして位置づけ」つつ、2 つの

<sup>689</sup> See, TAYLOR, supra note 511, at 33.

<sup>690</sup> 明戸隆浩・前掲脚注 688 を参照。

<sup>&</sup>lt;sup>691</sup> See, Taylor, Liberal Politics and Public Sphere, Philosophical Arguments (Harv. Univ. Pre., 1995) at 257-280.

<sup>692</sup> 明戸隆浩「チャールズ・テイラー「承認の政治」論の再構成—「親密圏における承認」と「公共圏における地平の融合」」現代社会学理論研究 4 号 3-15 (2010) 9 頁。

<sup>&</sup>lt;sup>693</sup> TAYLOR, supra note 511, at 67.

文化を「比較するための新しい語彙を発達させていく」中で、部分的にせよ「自らの基準を変化させる」という事態である<sup>694</sup>。

テイラーは、自ら提起するアイデンティティの「対話的(dialogical)な性格」という議論を近代哲学の主流がもつ「独白的(monological)な理念」と対照させつつ、この「地平の融合」と同様の変化がアイデンティティにおいても生起しうることを、次の一節において示唆している。

独白的な理念は、人間の生における対話的なものの位置づけをひどく過小評価している。その理念は、対話的なものを可能な限り起源に限定しようとする。その理念は、人生における善きものに関するわれわれの理解がわれわれが愛する人びとと共にそれらを享受することによってどれほど変容しうるかということ、そしてある種の善きものはこうした共同の享受を通じてはじめて到達しうるものであるということを忘れている。この忘却のために、独白性の理念はわれわれのアイデンティティがわれわれの愛する人びとによって形成されることを妨げるために多大な努力を行い、そしておそらくは多くの苦々しい挫折を味わうのである。ここでアイデンティティの意味するところを考えてみよう。それはわれわれが誰であるか、「われわれはどこから来ているのか」ということである。そのようなものとして、アイデンティティはわれわれの好みや望み、そして意見や目標が意味を成すための背景となるのである。仮に、私が最も価値を置くもののいくつかは私が愛する人との関係のみにおいて到達しうるものであるとすれば、彼女は私のアイデンティティの一部となるのである<sup>695</sup>。

明戸は、前述の疑問を踏まえつつ、テイラーが展開するこうしたアイデンティティの変容論の意義を次のように説明する。すなわち「テイラーの議論においては、アイデンティティは親から受け継がれた言語共同体の中で培われるものであり、そうした点で一定の『固定性』をもっている。このとき、そうした『固定性』を事後的に減少させていくこと、テイラーにとってはこれこそがアイデンティティの変容可能性であり、『地平の融合』なので

<sup>&</sup>lt;sup>694</sup> *Id*.

<sup>&</sup>lt;sup>695</sup> *Id.* at 33-34.

ある」<sup>696</sup>。明戸によれば、この「対話性」を契機とするアイデンティティの「固定性」の減少は「テイラーの議論を再び『公共圏』へと接続する可能性」をもたらすものであり、これにより「ケベックという共同体のメンバーであることによってカナダという国家のメンバーでもあるという『深い多様性』の議論は、十分に可能性のある議論」となりうるとされる<sup>697</sup>。

しかし、この明戸の分析を踏まえても、テイラーの議論からはなお次のような疑問が浮かび上がる。明戸の説明にもあるように、言語共同体の存続という目的に向けられたテイラーの議論において、子どもは「両親」との対話と承認を通じてアイデンティティを形成し、共同体のメンバーとしての属性を継承すべき存在として把握されなければならず、このことが子どものアイデンティティに「固定性」をもたらすことになる。しかしながら、そこに現れているのはまさしくアイデンティティに対する本質主義的な理解に外ならない。テイラーの議論は、その「対話性」によってアイデンティティの「固定性」の克服を試みるものであるが、こうした本質主義的アイデンティティ観からの構築主義的アイデンティティ観への飛躍698は、果たして「対話性」という概念だけで説明可能なものであろうか。

先に引用した一節や「地平の融合」を巡る議論からも明らかなように、テイラーが提示するアイデンティティの変容論とは、既に親密圏において構築されたアイデンティティをもつ人間が、自らの意思で(言語)共同体の外部の人間と関係性を構築し、この関係性を自己のアイデンティティの一部とすることで従来のアイデンティティに変容をもたらすことを意味する。こうしたテイラーの議論は、固有の存在としての自己(個人的アイデンティティ)を一共同体や集団から独立した「負荷なき自己」の意思ではなく一多様な集団への多重的な帰属性によって同定されるものと捉えるミノウの議論と、多くの共通点をもつように思われる。

問題は、こうしたアイデンティティの変容が、果たして上記のような「固定性」を伴う本質化されたアイデンティティをもつ人間において生起しうるのか、という点にある。言語共同体の存続という目的を効果的に実現するためには、次世代を担うべき人びとにおいて当該言語共同体のメンバーとしてのアイデンティティが本人の意思と関わりなく一同じ言語共同体に属する「両親」との対話と承認を契機として必然的に一継承されなければな

<sup>&</sup>lt;sup>696</sup> 明戸隆浩・前掲脚注 **692・11** 頁。

<sup>697</sup> 同。

<sup>&</sup>lt;sup>698</sup> 辻康夫「テイラーの何を論じるべきか」千葉大学公法研究 5 巻 4 号 (2009) 90-91 頁は Taylor と Foucault 及び Derrida (ポストモダニズム) との間の矛盾の存在を指摘する。

らず、その「固定性」は自ずから堅固なものとならざるを得ないはずである。だとすれば、こうした強固な「固定性」を「対話性」によって覆しうるとするテイラーの理解が妥当といいうるのか、果たして疑わしい。アイデンティティのもつ「対話性」は、その変容が生起するための重要な要素(必要条件)の 1 つとはなり得ても699、それのみでアイデンティティの「固定性」の克服をもたらしうるもの(十分条件)とまでは認められないのではないか。

ここで着目されるのが、こうしたテイラーの議論と前述のオーネンの議論との間に存在する、子どものアイデンティティ形成のプロセスに対する理解の違いである。既に述べたことからも明らかなように、両者は「重要な他者」との対話を子どものアイデンティティ形成の不可欠の契機として位置づける点こそ一致するものの、この「重要な他者」の内実に関しては、前者が上述の政治的な目的から子どもの「両親」をその典型として位置づけるのに対して、後者はアイデンティティの本質化の排除という観点から「重要な他者」のア・プリオリな特定を拒絶し、その確定が子ども自身の意思表示や経験事実の評価を通じて行われるべきことを要求するという、根本的な相違が認められる。この相違は、自らの意思にかかわらずいわば宿命的に一言語共同体を継承する受動的な存在として子どもを捉えるテイラーの議論と異なり、オーネンの議論においては、むしろ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主体的に構築し、なおかつこれを不断に改訂していく存在でとして子ども存在が把握されるでいという、両者の子ども観の差異に由来している。

重要なことは、こうした子ども観の違いが、子ども期におけるアイデンティティ形成のありようばかりでなく、その後のアイデンティティの変容可能性に対しても決定的な違いをもたらすように思われることである。先にも述べたように、テイラーが論じるアイデンティティの変容とは、言語共同体の外部の人間との関係を構築することで、この関係性を自己のアイデンティティの一部とすることを意味する。しかし、このような営みは、「本質的」なアイデンティティの押し付けにより、子ども期において主体的にアイデンティティを構築する契機を剥奪された人間にはおよそ不可能なものであろう。こうした人間は他者との交流をとりもつ中で既存の自己を相対化し、定義し直す能力を涵養する機会を逸失していることに加え、共同体的「本質」に根差すアイデンティティに染め上げられた人格に

<sup>699</sup> アイデンティティの変容が生じるとすればそれは他者との対話を通じてである,という意味において。

<sup>&</sup>lt;sup>700</sup> See, Praagh, supra note 508, at 366.

<sup>&</sup>lt;sup>701</sup> See, Ronen, supra note 503, at 150.

対してこれとは異質な他者との対話を通じて変容をもたらす行為は、文字どおり「自己喪失」を意味するためである。逆にいえば、こうした意味でのアイデンティティの変容は、アイデンティティの「本質化」を免れ、なおかつ子ども期の「発達のプロセスを通じて自らのアイデンティティを主体的に構築し、これを不断に改訂する」という経験をもつ人間においてはじめて可能となるものであろう。

以上の事柄は、固有の存在としての自己の同定一自己定義(self-definition)一を多様な集団への多重的な帰属性から導くミノウの議論にも当てはまる。子どもが、親密圏の中で形成されたアイデンティティを「新しくかつより広範な領域」へと拡大(=変容)させることのできる大人へと成長するためには、子ども期における「重要な他者」との対話的関係を通じて、主体的なアイデンティティ構築の経験に与ること一アイデンティティへの権利の保障―によって、共同体の外部にある価値を自らの一部とする能力を陶冶することが不可欠となる。

このアイデンティティの変容可能性は、上述のような発達のプロセスを経て、「真正」な一他の誰か(テイラーの議論においては同じ言語共同体に属する両親)から一方的に与えられたものではなく、自ら選びとり、獲得した一アイデンティティを抱く人間であるからこそ、これを自ら変容させることができるという経験上の法則に裏打ちされるものである702。「真正」なアイデンティティをもつ個人は、このアイデンティティの変容可能性によって、発達のプロセスを経る中で帰属していた共同体の外の世界で自己とは異なる価値観や文化的背景をもつ他者との出会いと、それに続いて生起する「対話」と「闘争」を契機に従来のアイデンティティを変容させることで、そのような他者とも折り合い、平和的に共存することのできる「新しい自己」を自らの力で再び構築することができる。そして、この種の自己定義をなしうる個人は、アイデンティティの政治がもたらす弊害としての本質化703を免れることによって、多様な価値を標榜する諸集団に対しても多重的にコミットすること

\_

<sup>702</sup> 子どもは自らが生まれ落ちる境遇を選択することはできない。しかし,限られた可能性の中であっても特定の人物を自らの「重要な他者」とみなし,彼(彼女)らとともに「重要な関係性」をつくり上げ,彼(彼女)らとの対話や闘争を通じて不断にアイデンティティを構築し,改訂していくのは外ならぬ子ども自身である。このようなプロセスを経て「真正」なアイデンティティを確立し得た人間であるからこそ,これを自ら変容させることができる。これに対して,アイデンティティの「本質化」(=人種・民族・宗教などの外形的事実に基づく類型的思考)による「重要な関係性」の侵害は,発達のプロセスを阻害することで個人が自ら変容させうる「真正」なアイデンティティの確立を阻害する。発達のプロセスを阻害され「真正」なアイデンティティの確立を逸した人間は,他者から一方的に与えられた「不真正」なアイデンティティを抱くほかなく,もはやこれを自ら変容させることもできない。

が可能となるところ704, このような形の下で導かれる多重的な帰属可能性は, 多様な価値観 を相互に抱く人びとが政治的に協働するための重要な契機を創出することになる。以上の ような意義をもつアイデンティティの変容可能性を個人に生起させるアイデンティティへ の権利は、多様な差異をもつ人びとの自発的な結束と、これに基づく「下からの連帯」に よる民主的統治を実現する上で欠かすことのできない、高度に公共的な価値をもつ権利と して位置づけることができるだろう。

#### (3) 報道の自由の公共性とアイデンティティへの権利の公共性の比較

アイデンティティへの権利の公共性とそれを導く論理が以上のようなものであるとして、 最後に、報道の自由とアイデンティティへの権利のそれぞれの公共性をどのように衡量す べきかを検討する。

周知のように、報道の自由の公共性を裏付けるものとしてしばしば言及されるのが、い わゆる「自己統治の価値」705である。表現の自由の価値を「自己実現の価値」とともに「自 己統治の価値」によって定式化した芦部信喜によれば、「言論活動によって国民が政治的意 思決定に関与するという,民主政に資する社会的な価値(自己統治の価値)」をもつ表現の 自由は、「国民が自ら政治に参加するために不可欠の前提をなす権利」として位置づけられ る706。事実を報じることで国民の知る権利に奉仕する報道も表現の自由の保護範囲に含まれ ることから707,この定式のうちとりわけ後者については報道の自由にも等しく妥当するもの とされる708。

以上の見解は、日本の憲法学における通説として広く受け入れた考え方であるものの、 本稿の理解によれば、少なくとも次の2つの問題を指摘することが可能である。

第 1 に、そもそも表現の自由は、国民の政治参加に「不可欠の前提をなす権利」とされ ながらも,これを直接的に実現する選挙権709と異なり,国民が国政―代表者(候補者)の資

<sup>704</sup> このようにして、従来より属する共同体とは異なる価値を標榜する集団に対しても同時(多重的)にコ ミットできるようになることが、繰り返し述べてきた、子ども期に親密圏の中で形成されたアイデンティ ティを「新しくかつより広範な領域」へと拡大させるということの意味である。

<sup>705</sup> 芦部信喜・前掲脚注 652・175 頁。

<sup>707</sup> 同前・181 頁,佐藤幸治・前掲脚注 185・249 頁,野中俊彦ほか・前掲脚注 185 書・390 頁等。なお, こうした見解を承認する判例として最大決昭和 44年11月26日刑集23巻11号1490頁。

<sup>708</sup> もっとも、「表現の受け手の利益を考慮すれば、単なる情報提供も個人の自己実現に奉仕する」(安西文 雄ほか『憲法学読本』(有斐閣, 2011) 132 頁) と考えられることから, 前者をマスメディアの報道の自由 の保障根拠として位置づける理解も成り立ちうる。

<sup>709</sup> 政治的意思決定能力を有する政治的市民 (citoyen-politique) を政治権力の主体として捉える「市民主 権」論の立場から戦後選挙権論の再検討を行う近時の文献として、辻村みよ子『選挙権と国民主権一政治

質や彼(彼女)らが訴える政策の当否―に関わる判断を形成するための基礎となる資料の流通を促進することによって、国民の政治参加(自己統治)を間接的に保障する権利であるにとどまる。これに加えて、表現の自由と自己統治の間には、「憲法に関心をもつ市民の自由行使が、常に民主政治に寄与するといえるのか」という「『私的自律』と『公共的自治』の緊張関係」が存在することにも留意しなければならない<sup>710</sup>。とすれば、両者の安易な連結は許されず、むしろ「個人の政治活動の自由が立憲民主制にとってもつ意味」<sup>711</sup>が改めて問い直されるべきであろう。

第 2 に、表現の自由と自己統治の間に一定の関連性が認められるとしても、この種の議論は明らかに自己統治に携わる市民—公益のために他者と協働しうる諸個人—の存在とその存続を前提とするものである。したがって、この前提を欠くとするならば、その妥当性は直ちに喪失しうるものであることに注意しなければならない。

これに対して、アイデンティティへの権利の公共性はどうか。既に検討したように、アイデンティティへの権利は、子どもの「真正」なアイデンティティの形成を保障するばかりでなく、その変容可能性をも生起することにより、子どもが親密圏の中で構築したアイデンティティを「新しくかつより広範な領域」に拡大することのできる大人へと成長・発達することを保障する。このアイデンティティの変容可能性は、多様な集団への多重的な帰属性を通じて相互に差異をもつ人びとが自発的に結束し、政治的に協働するために不可欠の契機となる。このようにして民主的統治の礎となる人びとを創出するアイデンティティへの権利は、彼(彼女)らの存在を前提としてその政治的意思の形成に間接的な寄与をもたらす表現の自由に対して、論理的に先行する権利として位置づけられよう712。

以上のことから、アイデンティティへの権利の公共性は、報道の自由の公共性(自己統治の価値)に優越するとの結論を導くことができる。子どもはこのアイデンティティへの権利を「武器」として、推知報道の排除要求をなしうる法的地位を獲得することになる。 この場合、前章で論じたように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

を市民の手に取り戻すために』(日本評論社, 2015)。

 $<sup>^{710}</sup>$  毛利透「市民的自由は憲法学の基礎概念か」長谷部恭男ほか編『岩波講座 憲法 1 立憲主義の哲学的問題地平』(岩波書店,2007) 3-4 頁。

<sup>711</sup> 同前・4頁。なお、同『表現の自由―その公共性ともろさについて』(岩波書店、2008) も参照。

<sup>712</sup> この帰結は、表現の自由の保障に付随する公共性の内実として従来より語られてきた自己統治の価値の存在あるいはその重要性それ自体を否定するものではない。その論旨は、国民の政治参加に対する表現の自由の寄与が(選挙権との比較において)間接的なものにとどまり、なおかつ自己統治に携わる市民の存在を前提とするものであるという動かし難い事実を踏まえる限り、本稿で論じたアイデンティティへの権利の公共性が表現の自由のもつ自己統治の価値の基底に位置づけられることになるという、両者の論理的な関係の指摘にとどまる。

成するものと解されることからすれば、子どもは憲法上の人権である成長発達権を被侵害 利益として主張することができる。

#### (4) 表現の自由との原理間衡量と少年法 61 条の解釈

最後に、以上のとおり本研究が提示する成長発達権論は表現の自由との原理間衡量においていかなる基準を導くのかを確認するとともに、その基準の導出が果たして少年法 61 条の解釈論として妥当といいうるものであるのかを確認しておく。

上述のように、表現の自由がもつ自己統治の価値にも優越する高度な公共的価値を有するアイデンティティへの権利をその基底的内容とする成長発達権の保障が推知報道規制の根拠として位置づけられる限り、同規制を定める少年法 61 条に違反して行われる推知報道は、原則的に違法と評価されるべきことになる713。

とはいえ、このことはアイデンティティへの権利の公共性が表現の自由の公共性に常に優越し、いかなる推知報道も違法であるとの結論を導く訳ではない。本研究の理解においても、推知報道に付随する自己統治の価値とは異なる利益がアイデンティティへの権利の公共性を上回るために推知報道が許容される場合はありうる。たとえば、刑事法学者の山口直也が推知報道違法論の例外として指摘するような714所在不明の少年による自他加害のおそれが高度に認められる場合には、国民の生命・身体に対する差し迫った危険を回避するためにアイデンティティへの権利の保護要求もその後退を免れ得ないであろう。

では、推知報道規制を原則的に違法とする一方で特殊な事案における例外的取り扱いを 許容する判断は少年法 61 条の解釈論として妥当なものであろうか。ここでこのような疑問 を提起するのは、条文の文言による限り同条は推知報道をその性質に拘らず禁止するもの であり、文理解釈の帰結の1つとして、上述のような例外的取り扱いすら認めないもので あると解することも可能であるためである。

しかし、このような解釈が不当な帰結を招きうることは明らかであろう。アイデンティティへの権利に基づいて構成された成長発達権がいかに高度な公共的価値を有するとはいえ、その重要性は国民の生命・身体の自由を凌駕しうるものではない。先述の二重の基準論は、自己統治の価値を背景に優越的地位が承認される精神的自由であっても、あらゆる

<sup>713</sup> 推知報道に伴う「子ども自身の委縮」と「周囲の者によるラベリング」が子どもの「重要な関係性」に対して不可逆的な影響ををもたらしうることからすれば、この帰結は事後的賠償請求のみならず事前の差止請求の事案にも当然に妥当することになる。

<sup>714</sup>第1章第4節3(3)を参照。

権利の享有・行使の淵源となる生命・身体の自由の価値には劣後する<sup>715</sup>との想定に基づいて 展開される<sup>716</sup>ものであるところ,同様の考慮は本研究が提示する成長発達権論にも当てはま るものである。このことからすれば、上述のように少年法 61 条は少なくともその文言にお いて規制の例外を定めてはいないものの、推知報道の規制が却って国民の生命・身体の自 由に対する危険を生起しうる場合にはその適用が排除されるものと制限的に解釈せざるを 得ない。そして、その根拠が成長発達権の内在的な限界に求められる以上、このような限 定解釈も少年法 61 条の趣旨に悖るものとはいえない。

 $<sup>^{715}</sup>$  生命権の価値が個人の尊重原理(自律の価値)にも優越しうることを明確に述べるものとして,山内敏弘「生命権と死刑制度」一橋法学 1 巻 1 号(2002)41-42 頁。このことからすれば,成長発達権が有するもう 1 つの価値である〈主体的に善を構想し自ら自己の生を切り開く個人〉への成長・発達という私的な利益は生命ないし身体の自由を前に当然に後退すべきことになる。

<sup>&</sup>lt;sup>716</sup> たとえば, 長谷部恭男ほか「いま考える『憲法』」論究ジュリスト春号 (2015) 19 頁 (樋口発言) を参照。

### 終章 本研究のまとめと残された課題

# 第1節 本研究のまとめ—「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」再考

以上のとおり、本研究においては、推知報道問題を契機に明らかとなる従来の成長発達権論に含まれる憲法上の問題および限界を踏まえて、これを克服しうる新たな成長発達権論の構築をその目的として設定した上で(序章・第1章)、はじめにその前提となる子どもの人権の基礎理論をミノウの関係的権利論に依拠しつつ考察し(第2章)、次にオーネンにより再定義された子どものアイデンティティへの権利に基づき、憲法が想定する人間像一〈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〉一に向けた子どもの成長・発達を保障する権利としての成長発達権の理論構築を行い(第3章)、さらに、この本稿の成長発達権解釈―アイデンティティへの権利論―が具体的な紛争の解決に対してどのような寄与をもたらすのかを、関係論的に構成された子どもの人権を「保護の道徳原理」と「権利の道徳原理」という2つの道徳原理の混成概念とするザフランの見解に依拠しつつ検討した(第4章)。

第3章において検討したように、日本の成長発達権論の中でも、ミノウが指摘する子ども・大人間で生起する差異のディレンマ問題™に由来する従来の権利論(子ども保護論・解放論)の限界を踏まえつつ、子どもが自らの成長・発達の主体としての地位を回復するための理論として提唱されたのが成長発達権の関係論的構成(福田説)である。子どもを保護の客体あるいは小さな大人と見る従来の子どもの捉え方を否定しつつ、受容的な人間関係の形成・発展によってこそ、子どもの人格の尊重とその成長・発達が期待されるとする特殊な子ども観(「人間関係論的子ども観」)を出発点として展開される福田説は、子どもが抱える「欲求」ないし「怒り」といった心情が意見表明権の行使という形で「解放」され、これに対して大人が誠実に応答するという状況が存在することではじめて子どもは〈自律的生存〉に向けた成長・発達が可能になるとする心理学的知見に依拠しつつ、子どもの主体的な人格成長とともにその権利主体性の回復の淵源となる意見表明権(参加権)を成長発達権の「中核的な内容」として位置づけるものである。

しかし、本稿の中でも繰り返し言及してきたように、福田説において子どもの人格的な

<sup>717</sup> 第2章第2節1を参照。

成長・発達の不可欠の契機として把握される意見表明権は、他方で子どものイニシアティブにおいて自己の意見を形成し、表明する権利を保障することで子どもの「最善の利益」を判断するための手掛かりを与える手続的権利として位置づけられるところ、「最善の利益」原則はこれ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ことから、その保障内容はあくまで子どもの意見表明の機会と当該意見の「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、具体的状況によっては子どもの「最善の利益」の確保の観点から意見の考慮が禁じられる一その反射として大人の判断が子どもの意思に代置する一可能性すら排し得ないという限界を有している。

繰り返し指摘してきたように、この限界は、子どもの意見表明に誠実に応答する義務を 負い、それによって子どもの「成長発達の担い手」となる資格をもつ大人との人間関係の 構築という、福田説が成り立つ上で論理的な前提となるはずの条件の空洞化という形で同 説にも投影することになる。しかし、福田説においても、果たしてどのような大人が子ど もの「成長発達の担い手」であるのかは重要な問題となりうる。既述のように、同説にお いて子どもの意見表明に対する応答義務を負う大人とは「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」を構築しうる存在 であることが必要であると解されており718、子どもの成長・発達にとり不可欠な存在となる 大人との人間関係の構築をどのようにして子どもに保障すべきかが問われることになる。

そこで、この問いに対する答えを提供するものとして本研究が着目するのが、オーネンにより再構成された子どものアイデンティティへの権利である。オーネンによれば、このアイデンティティへの権利とは、「子どもが自己の生に関わる現実やその特有の状況を解釈するための拠り所となる、一連の関連付けられた意味」を与える「家族、共同体および文化」を意味する子どもの「重要な関係性」を保障するための、子ども固有の権利である。子どもは、このような関係性を構成する「重要な他者」との「継続的な対話や闘争」を経ることで外部から受けるさまざまな「本質主義」の圧力に抗しつつ自らの「真正」なアイデンティティを主体的に構築・改訂していくことが可能となる。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、主体的にそれ一自己に固有の人生一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ことから、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

<sup>718</sup> 第3章第2節2を参照。

の権利は、子どもが自律的な人間―本稿の言葉でいえば〈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・発達するために不可欠な権利として位置づけられることになる719。

では、アイデンティティへの権利はどのようにして「重要な関係性」を子どもに保障するのか。

繰り返し述べてきたように、そこで問題となるのが、事実の抽象化や一般化という法的推論に伴う判断過程を経ることにより、子どもの「重要な関係性」をしばしば見誤る危険性の存在である。こうした誤った判断が「最善の利益」の名の下で子どもに押しつけられ、それにより子どもが「重要な関係性」を奪い取られてしまうならば、もはや彼(彼女)による「真正」なアイデンティティの構築は期待し得ない。そこで、子どものアイデンティティが「大人による押し付けや子どもの経験、希望や心情の一般的な推認ではなく、まさにその子どもの経験の産物である」との認識を基礎に、その子どもにとり誰が「重要な他者」であり、ともに「重要な関係性」を構成すべき人間であるかを彼(彼女)自身の意思(心情)に基づいて決すべく、子どもの意見表明と大人の探求義務の履行を通じて確定された「重要な関係性」の判断が、たとえ一大人の視点からすれば一彼(彼女)の利益に反すると思われようとも貫徹されることを要求するのが、子どものアイデンティティへの権利である。

先に指摘した意見表明権の限界とは、まさにこの点に関わるものである。権利保障の射程が、子どもの手続参加および意見表明の機会とそこで表明された意見の大人による「正当な考慮」にとどまる意見表明権は、子どもの意見が彼(彼女)自身の利益に反するという理由に基づいて退けられうるばかりでなく、場合によっては「最善の利益」原則が「大人側の主張の『隠れ蓑(coverup)』として使用されてしまう危険性」をも内包するものである。

第4章において、「保護の道徳原理」に基づいて検討した2つの英国の事例は、この意見表明権(参加権)が抱える限界の存在を一程度の差はあれ一明瞭な形で明らかにしている。 ①  $Re\ M\ (Child's\ Upbringing)$  では「ズールー族の両親や親族と再結合する権利」を問題解決の拠り所として導出することで当事者の子どもを「重要な関係性」から引き離す「不幸」な帰結がもたらされる一方、②  $Re\ P\ (A\ Minor)\ (Residence\ Order:\ Child's\ Welfare)$  の論理は子どもの認知能力が問題とならない事案において彼(彼女)から「重要な関係性」を剥

<sup>719</sup> 以上につき,第3章第5節を参照。

奪する危険性をなお含んでいる。重要なことは、これらの判断や論理は目下の子どもの福祉を度外視することによってではなく、むしろ彼(彼女)の福祉(最善の利益)を根拠として導かれているという点である。このため、仮にこれらの事案で子どもの意見表明権(参加権)が十分に保障されたとしても、既に論じたように彼(彼女)の福祉の内実の判断は大人に委ねられるために、やはり子どもの福祉の名の下に同様の判断(論理)が導出される公算が大きい。そこで、こうした大人の判断を子どもの意思(心情)によって統制するための実体的な権利—アイデンティティへの権利—が求められることになる。

この「保護の道徳原理」に基づくアイデンティティへの権利の適用が、既に存在する子どもの「重要な関係性」を確定し、これに基づいて子どもの「真正」なアイデンティティ構築を保障することに向けられたものであるとすれば、その後に展開した「権利の道徳原理」に基づくアイデンティティへの権利による推知報道問題の解決は、子どものアイデンティティ構築の基盤となる「重要な関係性」を第三者が関係性の外部から破壊する行為を阻止すること(消極的防御)に向けられたものである720。この意味において、アイデンティティへの権利は、「保護の道徳原理」と「権利の道徳原理」という2つの道徳原理が各々の効力ないし役割を相互に補完し合うことではじめて子どもの「真正」なアイデンティティ構築を十全に保障しうるものとなる721。

そして、この「権利の道徳原理」に基づく適用を論じる中でテイラーの論考に対する分析を交えて考察したように、アイデンティティへの権利による子どもの「重要な関係性」の保障は、自律的な人間一主体的に善を構想し自ら自己の生を切り開く個人一への成長・発達ばかりでなく、「重要な他者」との対話的関係を通じて構築された「真正」なアイデンティティを「新しくかつより広範な領域」に拡大する契機(アイデンティティの変容可能性)をも生起することで、子どもが自らの「重要な関係性」を包含する共同体とは異なる価値を標榜する諸集団にも多重的に帰属し、これを通じて異なる価値を奉じる他者とも平和的かつ自発的に結束して政治的に協働しうる個人一公益のために他者と協働しうる個人一へと成長・発達することを保障する。このようなアイデンティティの変容可能性を生起させるアイデンティティへの権利は、一「市民性」という超越的なアイデンティティの押

720 本研究が「権利の道徳原理」に基づく適用の場面として推知報道問題に着目したのは、それが子どものアイデンティティ構築の基盤となる「重要な関係性」を第三者が関係性の外部から破壊する行為の典型例として考えられることによる。

<sup>721</sup> 第 4 章で検討したザフランの議論からも明らかなとおり, 第 2 章で検討した子どもの人権の関係的構成はこの 2 つの道徳原理に基づく権利の適用を可能にするための理論的な前提となる。

しつけによる「上からの統合」ではなく―相互に差異をもつ人々の自生的な結束による「下からの連帯」を通じた民主的統治を実現する上で欠かすことのできない、高度に公共的な価値をもつ権利として位置づけることができる。

このようにして民主的統治の礎となる人びとを創出するアイデンティティへの権利は、彼(彼女)らの存在を前提としてその政治的意思の形成に間接的な寄与をもたらす表現の自由に対して、論理的に先行する権利として位置づけられよう。第 1 章において分析された、少年法 61 条に関する成長発達権保障説が表現の自由との原理間衡量において抱え込む問題は、アイデンティティへの権利がこのようにして高度に公共的な価値をもつことを踏まえつつ、これを成長発達権の基底的内容として位置づける722ことではじめて解決しうるものである。成長発達権が、〈主体的に善を構想し自ら自己の生を切り開く個人〉であり、なおかつ〈公益のために他者と協働しうる個人〉という憲法が想定する人間に向けた子どもの成長・発達のプロセスを保障する権利となるためには、アイデンティティへの権利がその基底的内容として位置づけられるべきである723。

#### 第2節 残された課題

本研究は、アイデンティティへの権利を基軸に憲法学の立場から成長発達権の理論構築を行い、さらにその解釈論がもたらす効用を具体的に明らかにする一方で、次のような限界を含んでいる。

第1に、「保護の道徳原理」に基づくアイデンティティへの権利論の適用については、英国の事例を念頭に置いた考察を行うにとどまり、日本において、この原理に基づくアイデンティティへの権利の適用場面として具体的にどのような事例が想定され、これに対していかなる帰結をもたらしうるのかを検討することができなかった。この点、さしあたり想起される課題としては、日本の社会環境を踏まえた現実的な問題状況を設定するとともに、

722 その意味で本研究は、従来の成長発達権の関係論的構成(福田説)が手続的権利である意見表明権をその「中核的内容」として位置づけることで生起する成長発達権論の問題および限界を、子どもの意見表明に対する大人の判断 (パターナリズム) を統制する実体的権利としてのアイデンティティへの権利によって補完し、乗り越えるための試みとして位置づけることができよう。

<sup>723</sup> 脚注 9 で述べたように、「個人の尊重」を規定する憲法 13 条は、成熟した大人の尊厳ばかりでなく未成熟な子どもが理性主体としての大人へと成長・発達する過程の保障を含むと解されることから、本研究において考察した成長発達権およびアイデンティティへの権利の実定法上の根拠となる条文は同条に求められることになる。

アイデンティティへの権利を保障し、そのための手続を拡充する国家の義務という 2 つの 観点から家族法制およびこれに関わる判例を批判的に分析することが必要となるだろう。 その具体例の1つとしては、2013年5月の国会承認を経て翌年4月に同国において発効し た「国際的な子の奪取の民事面に関する条約」(以下通例にならい「ハーグ条約」という。) に基づく子どもの移転の問題が挙げられる。同条約は,いわゆる国際的な子どもの連れ去 り(一方の親が他方の親に無断で子どもを自国ないし第三国に移動すること)の事案につ いて、原則的に、子どもを元の居住国に返還するための司法および行政上の措置の実施を 締約国に義務づけるものである。日本における同条約の実施法(国際的な子の奪取の民事 上の側面に関する条約の実施に関する法律)はこの義務の例外(返還拒否事由)の 1 つと して「子の返還の申立てが当該連れ去りの時又は当該留置の開始の時から一年を経過した 後にされたものであり、かつ、子が新たな環境に適応していること」(同条約 13 条) を掲 げているものの、同法は「子が新たな環境に適応していること」という要件を判断するた めの手続および基準を定めておらず724、その時どきの判断・運用により子どもが現在国にお いて構築している「重要な関係性」から引き離されてしまう危険性がなお残存している725。 そこで,子どもの「重要な関係性」の保障の徹底を追求する本研究の立場からは,子ども のアイデンティティへの権利に基づき、これらの司法・行政上の手続および判断を統制す る必要性が認められるとともに、そのための手立ての検討が求められることになる。

第2に、「権利の道徳原理」に基づくアイデンティティへの権利論の適用については、考察の切り口が推知報道問題に限定されており、他の問題領域におけるアイデンティティへの権利の適用可能性を検討することができなかった。これに対しては、推知報道問題の外にアイデンティティ構築の基礎となる「重要な関係性」の破壊をもたらしうる問題としてどのような事柄が存在しうるのかを明らかにするとともに、それぞれの問題領域ごとにアイデンティティへの権利がもつ意義と衝突しうる他の権利・利益との衡量基準を解明していくことが求められるだろう。

\_

<sup>724</sup> 金子修ほか『一問一答・国際的な子の連れ去りへの制度的対応—ハーグ条約及び関連法規の解説』(商事法務,2015) 135 頁によれば、「子が新たな環境に適応している」とは「子が新たな生活その他の環境に適応しており、子を常居所地国に返還することによって、かえって子の生活を不安定にさせるおそれがあり、子の保護につながらないと認められる場合」であるとした上で、「子が新たな生活に適応している」か否かは「子の修学状況、課外活動への参加状況、子の友人関係といった子を取り巻く周囲の状況のほか、子の心身の状況、子の言語能力といった子自身の生活状況等」を考慮要素としつつ「裁判所が個別の事案に応じて具体的に判断する」ものとされる。

<sup>725</sup> この危険性は、第4章第3節で採り上げた2つの事例と同様に、成長発達権という子どもの人権の国家行為(裁判)による侵害をもたらす点で処分違憲の問題を構成しうるものである(同節1を参照)。

最後により本質的な問題として、アイデンティティへの権利を成長発達権の基底的内容として位置づける本研究の解釈論は、序章で述べた「憲法が想定する人間像」へと子どもが成長・発達するために保障されるべき権利のすべての内容を明らかにするものではない。すなわち、理論的には、本研究で論じた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〉であるとともに〈公益のために他者と協働しうる個人〉に成長・発達することを妨げる外圧(「本質化」の力)を排除するための権利にとどまり、アイデンティティへの権利を保障され「真正」なアイデンティティを構築し得た人間が現実に〈公益のために他者と協働する個人〉として振る舞うか否かは結局のところ本人の意思に委ねられざるを得ない。本人の意思を超えて、子どもを〈公益のために他者と協働する個人〉に導くために国家がどこまで子どもの生に介入しうるのか(そして、それをどこまで子どもの権利論として説明することができるのか)を、第3章第5節3(5)で指摘した問題(市民的素養を涵養するための国家の介入とアイデンティティへの権利論との相克)を踏まえつつ解明することは今後の検討課題となる。

以上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。

# 謝辞

本研究を進めるにあたり、指導教員である阪口正二郎教授には厳しくも温かいご指導を 忍耐強く行っていただき心より感謝申し上げます。また、研究報告等の機会を通じて多く のご指摘や示唆を頂きました渡邉康行教授、只野雅人教授をはじめ本学大学院憲法学ゼミ ナールの皆様にも感謝申し上げます。

本学大学院法学研究科の王雲海教授は、学部生時代の指導教員として本研究の問題意識の端緒をご示唆いただくとともに、学部卒業後から博士課程修了までの長きにわたり筆者の学生生活をやさしく温かいまなざしで見守って下さいました。心より御礼申し上げます。 関西学院大学大学院司法研究科の京明准教授は、王ゼミの先輩として、学部生時代から博士課程在学中に至るまで研究上の有益なご助言を折に触れて授けて下さいました。深く御礼申し上げます。

高田憲一弁護士からは、徳島県での司法修習における指導担当弁護士として格別のご指導をいただいたばかりでなく、大学院への復学後においてもひとかたならぬ御支援を数多くいただきました。研究生活は先生のご厚情なくして成り立つことはありませんでした。ここに深甚の謝意を表します。

最後に、自らの病の苦しみよりも残される家族の境遇ばかりを憂心しつつ 2002 年 12 月 1 日に永眠した父にこの論文を捧げるとともに、いかなる状況にあっても筆者の研究生活を支え続けてくれた妻、遠方から絶えず研究生活を見守ってくれた母に心から謝意を表します。

# 参考文献一覧

#### 邦語文献

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)

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)

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)

明戸隆浩「チャールズ・テイラーにおける「共同体」の限界,そして可能性―多文化主義・ ナショナリズム・公共圏」佐藤成基編『ナショナリズムとトランスナショナリズム―変 容する公共圏』(法政大学出版局,2009)

明戸隆浩「チャールズ・テイラー「承認の政治」論の再構成―「親密圏における承認」と 「公共圏における地平の融合」」現代社会学理論研究 4 号 3-15 (2010)

芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣, 1981)

芦部信喜『憲法判例を読む』(岩波書店, 1987)

芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』(有斐閣,1994)

芦部信喜『憲法〔第6版〕』(岩波書店, 2015)

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)

安西文雄ほか『憲法学読本』(有斐閣, 2011)

飯室勝彦「妥当なジャーナリズム論と法律論の分離—実名報道を否定しながらも法の出動 に抑制的な判断」新聞研究 586 号 (2000)

伊藤正己『言論・出版の自由―その制約と違憲審査の基準』(岩波書店, 1959)

伊藤正己『憲法〔第3版〕』(弘文堂, 1995)

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)

大江洋「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)

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) 岡野八代「フェミニズムにおける公共性『問題』」立命館法學 2007 年(6)

奥平康弘『ジャーナリズムと法』(新世社,1997)

小田倉泉「乳幼児の意見表明権とその実施に関する一考察—J.コルチャックの権利思想を基 として」埼玉大学紀要教育学部 56(1)(2007)

甲斐素直『憲法ゼミナール』(信山社, 2003)

金子修ほか『一問一答・国際的な子の連れ去りへの制度的対応—ハーグ条約及び関連法規の解説』(商事法務, 2015)

W.E.カベナー[桒原洋子訳] 『イギリス少年裁判所―児童と法律』(日本評論社, 1993)

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)

木下智史「私人間における人権保障をめぐる学問と実践の狭間」神戸学院法学 34 巻 1 号 (2004)

君塚正臣「第三者効力論の新世紀(一)—日本の憲法学は憲法の私人間効力をどのように 考えているのか」関西大学法学論集 50 巻 5 号 (2000)

君塚正臣「第三者効力論の新世紀(二・完)—日本の憲法学は憲法の私人間効力をどのように考えているのか」関西大学法学論集 50 巻 6 号 (2001)

君塚正臣「法律行為と憲法の第三者効力論―日本の憲法学は憲法の私人間効力をどのように考えていくべきか(一)」関西大学法学論集 52 巻 4・5 号 (2003)

君塚正臣「いわゆる憲法の第三者効力論・再論」企業と法創造4巻1号(2007)

京明「少年の取り調べの再構築」一橋論叢 135巻1号(2006)

京明「犯罪少年の取り調べとその法的規制」同『要支援被疑者の供述の自由』(関西学院大学出版会,2013)

葛野尋之「犯罪報道の公共性と少年事件報道」立命館法学 271・272 号(2000)

葛野尋之『少年司法の再構築』(日本評論社,2003)

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)

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)

小島武夫『民事訴訟の基礎法理』(有斐閣, 1988)

小山剛『基本権保護の法理』(成文堂, 1998)

小山剛『「憲法上の権利」の作法〔新版〕』(尚学社,2011)

斉藤豊治「少年審判の非公開と少年事件報道の匿名性—アメリカのジーナ・グラント事件 を素材に」新倉修・横山実編『少年法の展望【澤登俊雄先生古希祝賀論文集】』(現代人 文社,2000)

酒井安行・村山裕「少年事件報道」法律時報 63 巻 12 号 (1991)

酒井安行「少年事件報道に関する覚え書き」西原春夫ほか編『刑事法の理論と実践―佐々 木史朗先生喜寿祝賀』(第一法規出版,2002)

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)

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)

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)

阪口正二郎「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)

阪口正二郎「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 利」一橋法学 9 巻 3 号 (2010)

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)

佐藤幸冶「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)

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) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂, 2011)

澤登俊雄『少年法入門』(有斐閣, 1994) 132 頁等)

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)

初宿正典『憲法 2 基本権』(成文堂,1996)

鈴木秀美「9 表現の自由と青少年保護」 棟居快行ほか編『プロセス演習 憲法 [第3版]』(信山社, 2007)

S.W.スチュアート[大谷實・熊谷烝佑訳]『現代イギリス刑法―その基本原理と改革の動向』 (成文堂, 1974)

F.スュードル[建石真公子訳]『ヨーロッパ人権条約』(有信堂, 1997)

曽我部真裕「プライバシー侵害と表現の自由」長谷部ほか編『憲法判例百選 I 〔第 6 版〕』

(有斐閣, 2013)

- 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)
- 滝澤孝臣「取引法判例研究(265)最三判平成14.9.24名誉,プライバシー,名誉感情の侵害を理由とする小説の出版等の差止請求を認容した原審の判断に違法がないとされた事例—「石に泳ぐ魚」事件」NBL814号(2005)
- 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)
- 田島泰彦「少年事件と表現の自由」法律時報70巻11号(1998)
- 田島康彦「『新潮 45』少年実名報道訴訟―大阪地裁判決の解説と判決文」田島=新倉編『少年事件報道と法―表現の自由と少年の人権』(日本評論社,1999)
- 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)
- 田宮裕『日本の裁判』(弘文堂, 1989)
- 団藤重光・森田宗一『新版少年法 〔第二版〕』 (有斐閣, 1984)
- 帖佐尚人「チャイルド・パターナリズムの正当化を巡る補完的諸考察—D.パーフィットの 人格的同一性論と「大人-子ども」区分の正当化」学術研究(人文科学・社会科学編) 61号(2013)
- 辻康夫「テイラーの何を論じるべきか」千葉大学公法研究5巻4号(2009)
- 辻村みよ子『選挙権と国民主権―政治を市民の手に取り戻すために』(日本評論社, 2015) 辻脇葉子「少年『犯罪』と報道の自由」新倉修編『少年「犯罪」被害者と情報開示』(現代 人文社, 2001)
- 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〉一日本のデモクラシーのために』(みすず書房、2006)
- 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) 永井憲一ほか編『新解説 | 子どもの権利条約』(日本評論社, 2000)
- 中谷文美「〈文化〉?〈女〉?一民族誌をめぐる本質主義と構築主義」上野千鶴子編『構築
  - 『谷文美『〈文化〉?〈女〉?―民族誌をめぐる本質主義と構築主義』上野十鶴子編『構築 主義とは何か』(勁草書房,2001)

中野剛充『テイラーのコミュニタリアニズム 自己・共同体・近代』(勁草書房,2007)

中村睦男『社会権形成の法理』(有斐閣, 1973)

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)

新倉修編『少年「犯罪」被害者と情報開示』(現代人文社,2001)

新村出編『広辞苑〔第6版〕』(岩波書店,2008)

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)

西原博史「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)

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)

二宮周平「家族法と子どもの意見表明権 子どもの権利条約の視点から」立命館法学 256 号 (1997)

日本新聞協会「裁判員制度開始にあたっての取材・報道指針」(2008) http://www.pressnet.or.jp/statement/report/080116\_4.html

日本新聞協会編集委員『実名と報道』(2006)

日本弁護士連合会『子どもの権利マニュアル―子どもの人権救済の手引』(こうち書房, 1995)

羽倉佐知子「実名報道と子どもの人権」ジュリスト 1165 号 (1999)

長谷部恭男『憲法学のフロンティア』(岩波書店, 1999)

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)

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)

長谷部恭男「立憲主義」大石眞・石川健治編『憲法の争点〔第5版〕』(有斐閣,2008)

長谷部恭男『憲法〔第5版〕』(新世社,2011)

長谷部恭男ほか「いま考える『憲法』」論究ジュリスト(2015年春号)

初谷良彦『憲法講義 I』(成文堂, 1996)

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)

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)

東和敏『イギリス家族法と児童保護法における子の利益原則―沿革と現代法の構造』(国際

書院, 2008)

樋口範雄「子どもの権利のとらえ方」法律時報 61 巻 13 号(1989)

樋口陽一『憲法〔第3版〕』(創文社,2007)

樋口陽一『国法学〔補訂版〕』(有斐閣,2007)

樋口陽一『憲法という作為』(岩波書店,2009)

平川宗信「少年推知報道と少年の権利」廣瀬健二・多田辰也編『田宮裕博士追悼論集〈上〉』 (信山社出版, 2001)

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)

福田雅章「人間の尊厳の権利化ー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」同『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)

福田雅章「『子どもの権利条約』の基本原則と少年司法」前掲書所収

福田雅章「少年法の功利的な利用と少年の人権」前掲書所収

ホッブズ[永井道雄訳]『世界の名著(28) ホッブズ』(中央公論社, 1971)

法学協会編『註解日本国憲法(上巻)』(有斐閣, 1953)

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)

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)

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)

松井茂記『二重の基準論』(有斐閣, 1994)

松井茂記『犯罪報道と表現の自由』ジュリスト 1136 号(1998)

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,2000)

松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』(有斐閣, 2007)

松井茂記『アメリカ憲法入門〔第6版〕』(有斐閣, 2008)

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)

丸山雅夫『少年法講義〔第2版〕』(成文堂, 2012)

宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』(有斐閣, 1971)

棟居快行「出版・表現の自由とプライバシー」ジュリスト 1165 号 (1999)

S・ムルホール, A・スィフト[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)

毛利透「市民的自由は憲法学の基礎概念か」長谷部恭男ほか編『岩波講座 憲法 1 立憲主義の哲学的問題地平』(岩波書店, 2007)

毛利透『表現の自由―その公共性ともろさについて』(岩波書店,2008)

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)

森田明『未成年者保護法と現代社会〔第2版〕』(有斐閣, 2008)

山内敏弘「生命権と死刑制度」一橋法学1巻1号(2002)

山口直也「子どもの成長発達権と少年法六一条の意義」山梨学院大学法学論集 48 号(2001)

山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(一)」法学論叢 133 巻 4 号 (1993)

山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(二)」法学論叢 133 巻 5 号 (1993)

山本敬三「前科の公表によるプライバシー侵害と表現の自由」民商法雑誌116巻4・5号(1997)

山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣, 2000)

山脇直司「進歩」猪口孝ほか編『政治学事典』(弘文堂、2000)

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)

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)

- 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)
- J.ロック[鵜飼信成訳]『市民政府論』(岩波文庫, 1968)
- J.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)

#### 欧文文献

- Latiefa Albertus & Julia Sloth-Nielsen, Relocation Decisions: Do Culture, Language and Religion Matter in the Rainbow Nation?, 1:2 J.FAM & PRAC. 86 (2010)
- Barbara A. Atwood, The Child's Voice in Custody Litigation: An Empirical Survey and Suggestions for Reform, 45 ARIZ. L. REV. 629 (2003)
- Arthur R. Blum, Disclosing the Identities of Juvenile Felons: Introducing Accountability to Juvenile Justice, 27 Loy. U. Chi. L.J. 349, 351 (1996)
- DEAN J. CHAMPION, JUVENILE JUSTICE SYSTEM: THE DELINQUENCY, PROCESSING, AND

- THE LAW 7TH ED. (Prentice Hall, 2011)
- HOWARD COHEN, EQUAL RIGHTS FOR CHILDREN (Rowman & Littlefield Pub Inc, 1981)
- CPS, "Reporting Restrictions Children and Young People as Victims, Witness and defendants," The Crown Prosecution Service, http://www.cps.gov.uk/legal/p\_to\_r/reporting\_restrictions (accessed Sept. 15, 2015)
- Julian C. Dixon, Juvenile Justice in Transision, 4 Pepperdine L. Rev. 469, 472 (1977)
- RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (Harvard Univ. Pr., 1978)
- 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)
- JEAN BETHKE ELSHTAIN, DEMOCRACY ON TRIAL (Basic Books, 1995) [河合秀和訳『裁かれる民主主義』(岩波書店, 1997)]
- Feuerstein R. and Hoffman M., Intergenerational conflict of rights: Cultural imposition and self realization, 58 VIEWPOINTS IN TEACHING AND LEARNING 44, 44-45 (1982)
- MAUREEN A. FLANAGAN, AMERICA REFORMED: PROGRESSIVES AND PROGRESSIVISMS 1890s-1920s (Oxford Univ. Pr., 2007)
- JANE FORTIN, CHILDREN'S RIGHTS AND THE DEVELOPING LAW 3RD ED. (Cambridge Univ. Pre., 2009)
- 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 (1992)
- NANCY FRAZER, JUSTICE INTERRUPTUS: CRITICAL REFLECTIONS ON THE "POSTSOCIALIST" CONDITION (Routledge, 1997)
- ANNA ELISABETTA GALEOTTI, TOLERATION AS RECOGNITION (Cambridge University Press, 2002)
- BRYAN A. GAMER (ED.), BLACK'S LAW DICTIONARY 8TH ED. (Thomson/West, 2004)
- 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)
- Di Hart, "What's in a name? The identification of children in trouble with the law,"

  Standing Committee for Youth Justice,

- http://scyj.org.uk/wp-content/uploads/2014/05/Whats-in-a-Name-FINAL-WEB\_VERS ION\_V3.pdf (accessed Sept. 15, 2015)
- James M. Hilmert, The Supreme Court Takes on the First Amendment Privacy Conflict and Stumbles: Bartnicki v. Vopper, the Wiretapping Act, and the Notion of Unlawfully Obtained Information, 77 IND. L.J. 639 (2002)
- R. HODGKIN AND P. NEWELL, IMPLEMENTATION HANDBOOK FOR THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD 3RD ED. (UNICEF, 2007)
- James Davison Hunter, Culture Wars: The Struggle to Define America (Basic Books, 1992)
- Suhraiya Jivraj & Didi Herman, 'It is difficult for a white judge to understand': orientalism, racialisation, and Christianity in English child welfare cases, 21:3 C.F.L.Q. 283 (2009)
- KENNETH KARST, BELONGING TO AMERICA: EQUAL CITIZENSHIP AND THE CONSTITUTION (Yale Univ. Pre., 1989)
- Orman W. Ketcham, *The Unfulfilled Promise of the American Juvenile Court*, in Margaret K. Rosenheim (ed.), Justice for the Child: The Juvenile Court in Transition 22 (Univ. of Chicago Pr., 1962)
- Paul R. Kfoury, *Confidentiality and the Juvenile Offender*, 17 New Eng. J. on Crim. & Civ. Confinement 55 (1991)
- Marlee Kline, Chile Welfare Law, "Best Interests of the Child" Ideology, and First Nations, 30 Osgoode Hall L. J. 2, 375 (1992)
- WILL KYMLICKA, CONTEMPORARY POLITICAL PHILOSOPHY: AN INTRODUCTION (2ND ED.) (Oxford University Press, 2002) [岡崎晴輝ほか訳『現代政治理論』(日本経済評論社, 2002)
- Marie-Francoise Lücker-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 CHILD. RTS. 391 (1995)
- NIGEL LOWE & GILLIAN DOUGLAS, BLOMLEY'S FAMILY LAW 11TH ED., (OUP Oxford, 2015)

  Julian W. Mack, *The Juvenile Court*, 23 HARV. L. REV. 104, 107 (1909)
- DAVID MATZA DELINQUENCY AND DRIFT (Transaction Pub., 1964) [非行理論研究

- 会訳『漂流する少年:現代の少年非行論』(成文堂,1986)]
- Judith G. McMullen, *Book Review: Making All The Difference*, 74 MARQ. L. REV. 253 (1991)
- Martha Minow, Rights For The Next Generation: A Feminist Approach To Children's Rights, 9 HARV. WOMEN'S L.J. 1 (1986)
- Martha Minow, Constitutional Buicentennial Symposium: The "Rights Revolution": Are Rights Right for Children?, 1987 Am. B. FOUND. RES. J. 203 (1987)
- MARTHA MINOW, MAKING ALL THE DIFFERENCE: INCLUSION, EXCLUSION, AND AMERICAN LAW (Cornell University Pr., 1990)
- MARTHA MINOW, NOT ONLY FOR MYSELF: IDENTITY, POLITICS & THE LAW (The New York Pr., 1997)
- ROBERT H. MNOOKIN, ROBERT A. BURT, IN THE INTEREST OF CHILDREN: ADVOCACY, LAW REFORM, AND PUBLIC POLICY (W.H. Freeman and Company, 1985)
- ALAN NORRIE, CRIME, REASON AND HISTORY: A CRITICAL INTRODUCTION TO CRIMINAL LAW 3RD ED. (Cambridge Univ. Pre., 2014)
- Danielle R. Oddo, Note, Removing Confidentiality Protections and the "Get Tough" Rhetoric: What has Gone Wrong with the Juvenile Justice System?, 18 B.C. THIRD WORLD L.J. 105 (1998)
- Richard G. Patric & Timothy T.A. Jenson, *Changes in Rights and Procedures in Juvenile Offense Proceedings*, 14 GONZ. L. REV. 313 (1979)
- Van Praagh, Religion, custody and a child's identities, 35 OSGOODE HALL L. J., 2, 309 (1997)
- JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE, REV. ED. (Harvard Univ. Pr., 1999)
- JOHN RAWLS, JUSTICE AS FAIRNESS: A RESTATEMENT (Harvard Univ. Pr., 2001) [田中成明ほか訳『公正としての正義 再説』(岩波書店, 2004)]
- Joseph Raz, Multiculturalism, 11 RATIO JURIS. 193 (1998)
- Steven C. Rockefeller, *Comment*, AMY GUTMANN (ed), MULTICULTURALISM: EXAMINING THE POLITICS OF RECOGNITION (Princeton Univ. Pre., 1994)
- Ya'ir Ronen, Redefining the Children's Right to Identity, 18 INT'L J.L. POL. & FAM. 147 (2004)

- 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)]
- DOMINIQUE SCHNAPPER, LA COMMUNAUTÉ DES CITOYENS (Éditions Gallimard, 1994) [中嶋洋平訳『市民の共同体:国民という近代的概念について』(法政大学出版局, 2015)]
- ANAT SCOLNICOV, THE RIGHT TO RELIGIOUS FREEDOM IN INTERNATIONAL LAW: BETWEEN GROUP RIGHTS AND INDIVIDUAL RIGHTS (Routledge, 2011)
- SCYJ, "SCYJ briefing: Anonymity for children in court and the Criminal Justice and Courts Bill Amendments 122A & 139," Standing Committee for Youth Justice, http://scyj.org.uk/wp-content/uploads/2014/10/Anonymity-amendments-122A-139-Cr iminal-Justice-and-Courts-Bill-Report-Stage-1.pdf (accessed Sept. 15, 2015)
- Leila R. Siddiky, Keep the Court Room Doors Closed so the Doors of Opportunity Can Remain Open An Argument for Maintaining Privacy in the Juvenile Justice System, 55 HOWARD L.J. 205 (2011)
- Vickie L. Smith, Smith v. Daily Mail Publishing Co.: Balancing Rehabilitation and the Publishing of Juvenile Names, 7 Ohio N.U. L. Rev. 148 (1980)
- AVIAM SOIFER, LAW AND THE COMPANY WE KEEP (Harv. Univ. Pre., 1995)
- Eva Steiner, The Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parenthood in English Law, 10:3 E.J. Comp. L., (December 2006), http://www.ejcl.org/103/art103-14.pdf (accessed Dec. 10, 2015)
- Alan Susmann, Practitioner's Guide to Changes in Juvenile Law and Procedure, 14
  CRIM L. BULL 311 (1978)
- Charles Taylor, *The Politics of recognition*, AMY GUTMANN (ed), MULTICULTURALISM: EXAMINING THE POLITICS OF RECOGNITION (Princeton Univ. Pr., 1994)
- CHARLES TAYLOR, Liberal Politics and Public Sphere, PHILOSOPHICAL ARGUMENTS (Harv. Univ. Pre., 1995)
- MARY WELSTEAD & SUSAN EDWARDS, FAMILY LAW (Oxford Univ. Pre., 2013)
- Wilson S., Identity, genealogy and the social family: The case of donor insemination, 11 Int'l J. L., Pol'y & Fam 270 (1997)
- Ruth Zafran, Children's Rights as Relational Rights: the Case of Relocation, 18:2 Am. U.

J. GENDER SOC. POL'Y & L. 163 (2010)

Law Commision Report No. 172 (1988)

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