

博士学位請求論文要旨

法学研究科博士後期課程 憲法学専攻

大西 健司 (Kenji ONISHI)

I 論文題目

「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—推知報道問題を契機に」

II 要旨

成長発達権は、従来より憲法上の人権の 1 つとして数えられながらも、憲法学における議論の蓄積は乏しく、その理論構築は後にも見るように一少年事件における推知報道（以下単に「推知報道」という。）の規制を論争舞台として一主として刑事法学に委ねられてきた。しかし、刑事法学による従来の成長発達権論は子どもを「自律的生存」に向けた成長・発達の上にある存在として捉えた上で展開されてきたが、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な理解を踏まえるならば、子どもが成長・発達すべき個人像もこれを反映して、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 つの側面から捉えられなければならない。各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質を看過し、これをもっぱら私的な権利として捉える理解の仕方に起因しているものと考えられる。本研究の目的は、以上の事柄を踏まえて、憲法学の立場から、従来の成長発達権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。

この従来の成長発達権論に含まれる問題ないし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明らかにするのが、第 1 章における推知報道問題の考察である。同章の課題は、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。）が本研究の問題関心に照らして有する意義を、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、そして少年のプライバシー保障に見いだす英国ないし日本国内の議論との比較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ことである。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典型的に侵害するものであり、したがって、本研究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り、そのために推知報道は原則的に違法と評価されるべきものとなる。しかし、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。同章で詳述するように、表現の自由と人格権との衝突（原理間衡量）が問題となった事案に関する判例の立場は、①民主的政治過程論に基づき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う一方、②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—そのような表現行為の制約になお個別的利益衡量を要求するという形で—一定の保護を与えるというものであるところ、成長発達権説が導く帰結は、(a)犯人性という公共的事柄に関わりを持つ事実の報道を、(b)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従来の判例の枠組みから大きく乖離している。したがって、成長発達権説が提示する上述の衡量基準を維持するためには、成長発達権が人格権一般に対して有すべき衡量上の特殊性の根拠の論証が求められることになる。

では、その特殊性とはどのようなものか。本研究は、成長発達権保障説に含まれるこうした憲法上の課題は報道の自由の公共性への私益による対抗力の限界に由来するもの—表現行為がたとえ人格権＝私益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—として把握することができるとの理解に基づき、この課題の解消の糸口を、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成長発達権の内実として読み込むことで報道の自由の公共性に対抗する道筋に求める。

このような指針の下で成長発達権論を新たに構築するにあたり、次に浮かび上がるのが、このような理論構築の前提となるべき子どもの人権の基礎理論とはどのようなものであるのかという問題である。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、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」の下にあ

りながら、なお憲法が想定する人間像への成長・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るだろう。とはいえ、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。

このアンヴィバレントな問題（「差異のディレンマ (the dilemma of difference)」問題）を解決するための手掛かりをもたらすものとして本研究が着目するのが、第 2 章の主題となるマーサ・ミノウの関係的権利論である。同章で詳述されるように、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との認識を基に、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。すなわち関係的権利論とは、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の「声 (voice)」として構成することで（「言葉としての権利 (rights as language)」論）、この 2 つの要請に応えようとするものである。子どもは、この「言葉としての権利」論によって、保護的人間関係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。

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（以下「福田説」という。）である（第 3 章）。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）とする従来から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立脚しつつ、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。

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—その反射として大人の判断が子どもの意思に代置する—可能性すら排し得ないという限界を有している。

そこで、この問題を解決するための有力な手掛かり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 (the child's right to identity)」論である（同章）。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—自己に固有の人生—を生きることのできる自律的生存へ向けて成長・発達

していくことが期待されることから、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の権利は、子どもが自律的な人間一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〉一へと成長・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。

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。

問題となるのは、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とは「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子どもの「重要な他者」が誰であるかを探求する大人の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ことが、子どものアイデンティティへの権利の意義である。

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 (the ethics of care) ¹」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

¹ 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原理を指す (Zafraan)。ザフランによれば、関係的権利として構成された子どもの人権は、この「保護の道徳原理」と、後述の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)」との混成的概念であるとされる。

で明らかにしている。①*Re M (Child's Upbringing)*²では「ブ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)*³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「保護の道德原理」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、その後展開した「権利の道德原理」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。この意味において、アイデンティティへの権利は、「保護の道德原理」と「権利の道德原理」という2つの道德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。

さらに重要な点は、同章においてこの「権利の道德原理」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—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・発達ばかりでなく、「重要な他者」との対話的關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

² [1996] EWCA Civ 1320, [1996] 2 FLR 441.

³ [2000] Fam 15.

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—公益のために他者と協働しうる個人—へと成長・発達することを保障することである。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、—「市民性」という超越的なアイデンティティの押しつけによる「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⁴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⁵。

⁴ 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（パターンリズム）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。

⁵ 「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。