

子どものアイデンティティへの権利と その具体的適用

—— 「保護の道德原理」の観点から ——

大 西 健 司^{*}

- I 本稿の目的
- II 関係的権利論が招来する解決とその実現方法
- III 保護の道德原理に基づく関係性の保全——英国判例を素材に
- IV 「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
- V 結語

I 本稿の目的

本稿の目的は、筆者が前稿¹⁾において検討した「子どものアイデンティティへの権利 (the children's right to identity)」(以下単に「アイデンティティへの権利」という)が具体的な問題の解決に対してどのような寄与をもたらすのかを検討し、更に、その結果を踏まえつつ前稿のテーマである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を改めて考察することである。

本稿で扱うアイデンティティへの権利とは、イスラエルの法学者ヤイル・オーネンにより提唱される、子どもが「重要な他者」との対話的關係性(「重要な關係性 (tie meaningful to the child)」)を通じて「真正 (authentic)」なアイデンティティを自ら構築するための子ども固有の権利である²⁾。本稿では、このよう

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科)第15巻第3号2016年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科ジュニアフェロー(特任講師)

1) 拙稿「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」一橋法学13巻2号(2014)393頁以下。

な内容をもつ権利の射程と効力を具体的な事例の検討を通じて明らかにした上で、筆者が前稿で試みた、アイデンティティへの権利を子どもの成長発達権の基底的内容として位置づける解釈論が、とりわけ刑事法学において有力に主張・展開される、意見表明権を基軸とする成長発達権の関係論的構成³⁾に含まれる問題を解消する上でどのような意義をもちうるのかを考察する。

構成としては、はじめに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(Ⅱ)。次に、これを踏まえて、子どもの養育権等をめぐる英国判例を素材としつつ、具体的な事案の解決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(Ⅲ)、その検討結果を踏まえた上で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を再考する(Ⅳ)。最後に、本稿の骨子をまとめた上で残された課題を確認する(Ⅴ)。

Ⅱ 関係的権利論が招来する問題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が子どもに関わる紛争の解決に対してい

2) See, Ya'ir Ronen, *Redefining the Children's Right to Identity*, 18 INT'L J.L. POL. & FAM. 147 (2004). なお拙稿・前掲脚注1)・437頁以下も参照。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、同条の趣旨はオーネンが主張するような子どもが自らの生来の属性(民族・文化的出自等)の押し付け(本質化)に抗しつつ「真正」なアイデンティティを構築するための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『新解説・子どもの権利条約』(日本評論社、2000)75-79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表題の文字どおり「再定義(redefine)」することである。

3) 代表的論者として、福田雅章「人間の尊厳の権利化——子どもの意見表明権を手がかりに、二一世紀のあらたしい人権を展望する」『日本の社会文化構造と人権——“仕組まれた自由”のなかでの安楽死・死刑・受刑者・少年法・オウム・子ども問題』(明石書店、2002)12頁以下。

かなるインパクトをもちうるかを検討するのに先立ち、アイデンティティへの権利論を含めた⁴⁾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⁵⁾。

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⁶⁾。これにより、子どもの権利行使——自律性——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⁷⁾。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—大人間の保護の人間関係の「切断」をもたらしうる⁸⁾。

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）⁹⁾、この2つの要請に応えようとするものである。

4) アイデンティティへの権利が関係的権利としての性質を有することについては、拙稿・前掲脚注1)・446-447頁を参照。

5) 本項及び次項の検討内容については、拙稿「関係的権利論による子どもの人権論の再構成」—橋法学12巻3号(2013)447頁以下を参照。

6) 福田雅章・前掲脚注3)・43頁以下を参照。

7) 拙稿・前掲脚注5)・489頁以下を参照。

8) 同前・467頁以下を参照。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、本稿Ⅲで改めて検討を行う。

9) See, MARTHA MINOW, MAKING ALL THE DIFFERENCE: INCLUSION, EXCLUSION, AND AMERICAN LAW (Cornell Univ. Pre., 1990) at 296.

2 子どもの人権の関係論的構成

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「権利の道德原理 (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「保護の道德原理 (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¹⁰⁾。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¹¹⁾。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を維持するとともに、子どもに対する大人の誠実な対応を確保するという、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¹²⁾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」に対する異議申し立てとして子どもの人権論の再構成を図る私見¹³⁾は、このような理解に基づく。

10) See, Ruth Zafran, *Children's Rights as Relational Rights: the Case of Relocation*, 18: 2 AM. U. J. GENDER SOC. POL'Y & L. 163, 192 (2010).

11) See, *id.*

12) See, MINOW, *supra* note 9, at 291-294.

13) 拙稿・前掲脚注5)・447頁以下。

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)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、保護的關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¹⁴⁾。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¹⁵⁾。

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、権利の関係のモデルがその役割を果たす上で前提となる「相互的責任 (mutual responsibilities)」¹⁶⁾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つの要素に分析される。

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¹⁷⁾。

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¹⁸⁾。

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

14) See, Zafran, *supra* note 10, at 193.

15) See, *id.*

16) *Id.* at 195.

17) See, *id.*

18) See, *id.* at 195-196.

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¹⁹⁾。

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²⁰⁾。

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）²¹⁾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²²⁾。

4 英国法に現れた「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现するものとして注目されるのが、「子どもの福祉 (the welfare of the child)」を裁判所の「最も重要な考慮事項 (paramount consideration)」として位置づける「福祉原理 (the welfare Principle)」²³⁾と、その実定法上の根拠となる英国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してい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。

19) See, *id.* at 196.

20) See, *id.*

21) 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. 本稿ではザフランの用語法に従い、主として参加の権利（参加権）の呼称を用いる。

22) See, Zafra *supra* note 10, at 197.

23) NIGEL LOWE & GILLIAN DOUGLAS, BLOMLEY'S FAMILY LAW 11TH ED., (OUP Oxford, 2015) at 397.

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 *J v C (An Infant)*²⁴⁾ である²⁵⁾。

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」²⁶⁾ ことにあると述べることで、

24) [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)。

25) 同前・23 頁によれば「*J. v. C* 判決の……解釈論と 1989 年法第 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 *Re McGrath (Infants)* [1893] 1 Ch 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 35)) 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、1989 年子ども法 1 条 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。

26) [1970] AC 668, 710-711.

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²⁷⁾。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)*²⁸⁾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 v 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——全当事者の不利益の最小化——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²⁹⁾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——同命令の発令の後に——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³⁰⁾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」³¹⁾に対する制約をもたらすため、その正当化根拠

27) 同判決の詳細については、東和敏・前掲脚注24)・71-74頁を参照。

28) [1988] FCR 657.

29) *Re P (A Minor) (Residence Order: Child's Welfare)* [2000] Fam 15.

30) 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。

31) [2000] Fam 15, 35.

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³²⁾、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³³⁾を導出している。

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

32) *Id.*

33) 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ることができる。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ることができる。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ることができる。⑩制限の程度は、避けようと思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。

とにより、*J v C (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とは、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ブ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」³⁴⁾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³⁵⁾。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

34) 東和敏・前掲脚注24)・23頁。

35) 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考する特性、(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裁判所が思考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)目下的手続において、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 Com No 172, 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 19, at 400.*）。

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。

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、保護的關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³⁶⁾。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となっており、この解決は既に形成されている保護的關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關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³⁷⁾に対しては妥当性を欠く。このような場合には関係の権利に含まれる「保護の道德原理」が後退する一方、侵害を受けた権利の防御のため、平時は「保護の道德原理」の背後に潜在する「権利の道德原理」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。

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

このザフランの指摘によれば、関係論的に構成される子どもの権利は、①子どもが主体的に手続に参画し、彼（彼女）と「重要な他者 (significant others)」³⁸⁾から成る「重要な関係性 (tie meaningful to the child)」³⁹⁾の確定とその保全に向けて積極的に働き掛ける局面と、②子どもが「重要な他者」と「重要な関係性」

36) See, Zafran, *supra* note 10, at 194.

37) See, *id.*

38) CHARLES TAYLOR, *The Politics of Recognition*, AMY GUTMANN (ED.), *MULTICULTURALISM: EXAMINING THE POLITICS OF RECOGNITION* (Princeton Univ. Pre., 1994) at 37; Ronen, *supra* note 2, 148.

39) *Id.* at 147.

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つの局面に対して相互に異なる役割を果たしうるところ、本稿ではこの内の前者の観点から、オーネンにより提唱されるアイデンティティへの権利が子どもの利益を保護・実現する上のような役割を果たしうるのかを具体的な事例（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）の検討を通じて考察する⁴⁰⁾。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、上述のようにザフランが「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⁴¹⁾。

参加の権利とは、国連子どもの人権条約12条に根拠をもつ実体法上の権利であり、「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ンリスティックな「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⁴²⁾、「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⁴³⁾。

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

40) これまで論じてきたことから明らかなように、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であることは確かである。この点を踏まえて、本稿ではこの前者の場面のみを対象として考察を行ったが（後者の適用場面の検討は他日を期したい）、後者の場面における権利侵害は前者の場面における権利の実現を必然的に妨げることから、アイデンティティへの権利の保障の観点からは両者は相互補完的な関係に立ち、両者のもつ重要性に差異は認められないことに留意が必要である。

41) 本節の内容は拙稿・前掲脚注1）・408頁以下と少なからず重複するものであるが、同稿では不十分であった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。

42) 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, 392 (1995).

43) 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).

力である⁴⁴⁾。しかし、既に別稿で論じたように⁴⁵⁾、参加の権利が子どものイン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在を前提とする概念である⁴⁶⁾。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⁴⁷⁾、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⁴⁸⁾。

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⁴⁹⁾。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⁵⁰⁾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⁵¹⁾、参加の権利が一定の限界を不可避免的に伴うこと自体は否定し得ないであろう⁵²⁾。

44) 福田雅章『『子どもの権利条約』の基本原則と少年司法』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) 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。

45) 拙稿・前掲脚注1)・408頁以下を参照。

46) See, Lücker-Babel, *supra* note 42, at 393-394.

47) See, *id.* at 391, 393..

48) See, *id.* at 400.

49) See, Atwood, *supra* note 43, at 650.

50) 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2)・90頁を参照)。

51) J. S. ミルの自由論を基調に、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ンナリズム(チャイルド・パターンナリズム)の正当化を図る近時の論考として、帖佐尚人「チャイルド・パターン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。

52) ここで指摘した意見表明権に内在する限界は、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)にもそのまま投影することになる。この点は本稿Ⅳで詳述する。

とはいえ、子どもの意思や決定に対して常にパターンリズムを及ぼし、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」を形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」⁵³⁾を与える「家族、共同体および文化」⁵⁴⁾を意味するものである。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」⁵⁵⁾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 (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⁵⁶⁾。

問題は、事実の抽象化や一般化という法的推論に伴う類型的な判断過程を経ることにより、子どもの「重要な関係性」がしばしば見誤られうることであり、なかでも危懼されるのが、共同体や社会がもつ「本質化」の力によって子どものアイデンティティが一方的に規定される危険性である。これらに由来する誤った判断が「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。子どもの「真正」なアイデンティティ構築を実現するためには、「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」した上で、更に、

53) Marlee Kline, *Chile Welfare Law, "Best Interests of the Child" Ideology, and First Nations*, 30 OSGOOD HALL L. J. 2, 375-425 (1992); Ronen, *supra* note 2, at 158.

54) *Id* at 163.

55) TAYLOR, *supra* note 38, at 37.

56) 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、拙稿・前掲脚注1)・437頁以下を参照。同稿における筆者の論旨は、この「真正」なアイデンティティの構築が、「自律的」でありなおかつ「公益の実現に向けて他者と協働しうる」個人への成長・発達に不可欠の前提となるというものである。

子どもの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、自らの世界解釈の拠り所とする「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・改訂されるべきものであるとの認識を基礎に、このような対話を通じたアイデンティティ構築の前提となるべき、子どもにとって重要であり、なおかつ非典型的な関係性——外見的属性に基づく類型的判断と相容れないという意味において——をいかに保護すべきかが重要な課題となる⁵⁷⁾。

そこで重要な役割を果たすのが、オーネン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⁵⁸⁾。

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⁵⁹⁾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)⁶⁰⁾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——大人の視点からすれば——彼（彼女）の利益に反すると思われるやとも

57) 以上につき、同前・442-443頁を参照。

58) See, Ronen, *supra* note 2, at 153.

59) 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頁。本稿Ⅲ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。

60) Ronen, *supra* note 2, at 173.

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に手続への参加と意見聴取の機会を子どもに保障する手続的権利として位置づけられうるのに対して、アイデンティティへの権利とは、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。

7 アイデンティティへの権利の射程

最後に、以上までに論じた事柄を踏まえつつ、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どころ⁶¹⁾、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。上述の关系的権利論に基づく2つのアプローチに即して検討する。

まず、「保護の道德原理」に基づくアイデンティティへの権利の典型的な適用場面として想定される事例が、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である。この種の事案に対して当事者の人種や出生地、あるいは血縁関係といった外形的な事実に基づく固執したカテゴリー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」を剥奪する危険をもたらさう。したがって、これらの事例はアイデンティティへの権利が適用されるべき中心的な場

61) See, Ronen, *supra* note 2, at 153, 173. 拙稿・前掲脚注1)・443-446頁も参照。

面となる。

他方、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。子どもの「重要な関係性」の外部からの破壊は、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を阻害するためである。このような場合、子どもはアイデンティティへの権利を前述の「権利の道德原理」に基づく「武器」として行使することにより、自らの「重要な関係性」を破壊する外的行為の排除要求をなしうる地位を獲得することになる⁶²⁾。

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——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——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⁶³⁾。本稿は、以上の事柄を踏まえた上で、上述のようにアイデンティティへの権利の中心的な適用場面である前者の事例を検討対象として設定しつつ、アイデンティティへの権利論の意義を考察する。

Ⅲ 保護の道德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)*)⁶⁴⁾ および②長年に渡り身体的障害（ダウン症と重度の呼吸器障害）をもつ子どもを実親に代わり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)*)⁶⁵⁾——を中心的な素材として、保護の道德原理に基づく関係性の保全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

62) 少年法 61 条の規制に端を発する推知報道問題はこの種の事例の典型である。推知報道問題に対するアイデンティティへの権利の適用可能性の検討は他日を期したい。

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——解放論および保護論——と比較しつつ考察する。

63) 以上に対して、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の子どもの「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という前稿で提示した筆者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（たとえば米国の *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972) や *Board of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet*, 512 U.S. 687 (1994) 等）である。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」との間の対話的關係としての「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」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。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）との対話的關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。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關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として評価されるべきことになる。この点、ここで掲げた *Yoder* 事件や *Kiryas Joel* 事件に現れた国家の介入は子どもを「重要な関係性」から切断するものとははいえず、この種の違憲な国家行為に該当するものではない。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。

64) [1996] EWCA Civ 1320, [1996] 2 FLR 441.

65) [2000] Fam 15.

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を巡って複数の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）から奪い取るものに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する⁶⁶⁾。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むものである。

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。

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）⁶⁷⁾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。

66) 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。アイデンティティへの権利が成長発達権の基底的内容として位置づけられるべきことについては、本稿Ⅳおよび拙稿・前掲脚注1)を参照。

67) 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30)を参照。

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ヘ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」⁶⁸⁾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で行った上で、同人らの転居にPを伴うこ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およそ5年間で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）から伝え聞くと、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

68) [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。

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)」⁶⁹⁾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」⁷⁰⁾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尊重すべきであると述べる一方、それらは「(申立人から受けた)感化や隔離の産物であってはなら」(括弧内は筆者)ず、「申立人がPに対して抱く愛情は、同人がアフリカンスや英国人としてではなくズールー族として成長することを妨げるものであってはならない」⁷¹⁾と唐突に述べて、本件の解決を導くための指針がPの最善の処遇を同人の現状に即して模索することではなく、むしろ同人の——相手方らとの別離によって妨げられた——生来の民族性の回復にあることを示した。その上で、Pが南アの相手方らの下へ帰国すべきことは原審判事の「確固たる認識」であって、申立人の請求の1つである養子縁組についてはこれを認容する余地はないとする一方、申立人とPとの間の心理的な結び

69) *Id.* at [29].

70) *Id.* at [41].

71) *Id.* at [44].

つきの深さを考慮すると同人を直ちに南アに帰国させることも相当ではないことから、本件に残された唯一の問題は、以上の事柄を考慮しつつPの帰国の時期と方法を確定することであるとされた。そこで原審が導き出した結論とは、申立人の請求をすべて棄却する一方で、同人の費用負担により相手方らとPとの面会交流の機会を確保しつつ、判決から2年が経過した時点（1997年）において、同人が南アへ恒久的に帰国する期日その他の委細を決定するための審理を改めて実施する、というものであった。

(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いている。

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」⁷²⁾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⁷³⁾、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)*)⁷⁴⁾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。

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

72) *Id.* at [55].

73) *See, e.g.,* BRYAN A. GAMER (ED.), BLACK'S LAW DICTIONARY 8TH ED. (Thomson/West, 2004) at 1054, 1144.

74) [1988] AC 806.

か患者か、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⁷⁵⁾。

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⁷⁶⁾。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」⁷⁷⁾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⁷⁸⁾。

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——両者がともに心理学上の親である——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。

75) *Id.* at 812.

76) See, *id.* at 825.

77) See, GAMER, *supra* note 73, at 1145.

78) 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.

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⁷⁹⁾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⁸⁰⁾。

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

79) [1990] 2 FLR 64.

80) *Id.* at 70. 傍点は筆者による。

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⁸¹⁾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⁸²⁾。

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——生物学上の親——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”⁸³⁾ 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⁸⁴⁾、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。

81) [1991] 2 FLR 109.

82) *Id.* at 112. 括弧内および傍点は筆者による。

83) FORTIN, *supra* note 78, at 525.

84) *Id.* at [61].

その上で控訴院は、Pの成長がアフリカ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は「明らかに正しく、妨げられるべきではない」⁸⁵⁾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。そして、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——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」⁸⁶⁾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——問題を先延ばしにする程英国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「保護の道德原理」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

85) *Id.* at [63].

86) *Id.* at [68].

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」⁸⁷⁾（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⁸⁸⁾と彼（彼女）らに共通する「人種の重視」に求める見解⁸⁹⁾が見受けられるが、いずれにしても、控訴院の判断は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」と指摘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、——おそらくPの真意を含め——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『ズルー

87) *Id.* at [65].

88) 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).

89) 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).

一族の両親や親族と再結合する権利』を——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——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」といったカテゴリー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——相手方からこそがPのナチュラル・ペアレントであるとの認定に基づく——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⁹⁰⁾。

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⁹¹⁾。

まず、調停的解決⁹²⁾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

90) 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.

91) 「ブ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、やはり彼の福祉の名の下に同様の解決が導かれる公算が高い。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（本稿Ⅱ6を参照）。

92) 調停的解決が要請する3つの要素については本稿Ⅱ3を参照。

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いて自らの意見を表明していないものの、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⁹³⁾。

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)やズールー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——とりわけ実父——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。これらのPの経験を踏まえる限り、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——たとえば申立人の費用負担において——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關係性)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。なるほど、一定の法的手続——多くの場合は裁判所の許可

93) See, Ronen, *supra* note 2, 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、本稿Ⅱ6を参照。

——を経て初めて親の地位を取得しうる心理学上の親——たとえば養親——と、そのような特別の手續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——ただし父親の親権取得には婚姻や認知といった一定の前提条件が存在する——が法的に区分されうるのは確かであり、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⁹⁴⁾。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ン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（Pの英国への再帰国）からも窺い知ることができよう⁹⁵⁾。

(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

94) 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2）・71-75頁を参照）。

95) 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）の発令を求めている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。

主体となっていくことになる一方、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」の押し付けであり⁹⁶⁾、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⁹⁷⁾、その反面において子どもの「重要な関係性」とは何かを探究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——移転の自由や国外移住の自由——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る。

以上に対して、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——相互的責任 (mutual responsibilities) ——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」を探究する大人

96) 大江洋・前掲脚注 59) は、「最善の利益原則」が「大人側の主張の『隠れ蓑 (cover-up)』として使用されてしまう危険性」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（本稿 I 6）のとおりである。そこで、アイデンティティへの権利が参加権に対して固有の意義をもつことになる。

97) See, Zafran *supra* note 10, at 201-202.

の義務の履行を通じた子どもの権利の実現——アイデンティティへの権利の保護——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⁹⁸⁾。

3 事例②——*Re P (A Minor) (Residence Order: Child's Welfare)*

前項の *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⁹⁹⁾(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」¹⁰⁰⁾一方、Nに

98) このような問題解決が生起する問題とこれを正当化する根拠についての筆者の考察は本章4で行う。

99) なお、このうち実父は職業的ユダヤ教指導者(ラビ)である。

100) [2000] Fam 15, 21.

においても C らは「本当の」¹⁰¹⁾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」¹⁰²⁾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る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——感情の安定と教育過程に悪影響を及ぼす——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不安を C らに及ぼしうることを懸念して、面会交流の実施頻度を 1 年当たり 4 回に縮減する等の判断を下した¹⁰³⁾。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

101) *Id.* at 29-30.

102) *Id.* at 27.

103) 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 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稿 II 4 を参照されたい。

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)¹⁰⁴⁾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¹⁰⁵⁾。

以上の上訴理由には、NはC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。

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項に優越し得ない。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

104) 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。

105) *Id.* at 28-29.

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、その列举事項の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¹⁰⁶⁾。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」¹⁰⁷⁾。

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——現在のみならず——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」¹⁰⁸⁾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おいては妥当性を欠くものである。

106) *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.*)。

107) *Id.*

108) *Id.*

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（overwhelming）」な意味をもちうる¹⁰⁹⁾。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¹¹⁰⁾。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¹¹¹⁾。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」¹¹²⁾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¹¹³⁾。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、Nの現在の養育者であるCらは既にJらの訪問によって「深い

109) *Id.* at 31.

110) *Id.*

111) *Id.* at 24. 原審鑑定人の供述に基づく。

112) *Id.* at 31.

113) *Id.* at 33.

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Nに深刻な影響をもたらしうる¹¹⁴⁾。控訴院は、以上のような事情の下でNの居住の安定を同人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¹¹⁵⁾。

(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剝奪をもたらす故に実親の各請求を排斥した点である。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」¹¹⁶⁾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の帰結をア・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き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、

114) *Id.*

115) *Id.*

116) MARY WELSTEAD & SUSAN EDWARDS, FAMILY LAW (Oxford Univ. Pre., 2013) at 242.

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」に合致す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ため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起されるところ、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

帰結はそれ自体宗教に関する子どもの選択によって導かれるものではなく、したがってこの点に関して子どもの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¹¹⁷⁾。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するのか——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——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価値を有する」ものであると結論付けている¹¹⁸⁾。

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」¹¹⁹⁾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他の事案においては、子どもの生得権を根拠とする実親の請求を——生得権という概念そのものを用いる

117) See, ANAT SCOLNICOV, THE RIGHT TO RELIGIOUS FREEDOM IN INTERNATIONAL LAW: BETWEEN GROUP RIGHTS AND INDIVIDUAL RIGHTS (Routledge, 2011) at 164.

118) See, *id.* at 165.

119) [2000] Fam 15, 41-42.

か否かは別として——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。こうした問題構造の——意図的な——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、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図りつつも、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で、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「重要他者」と共に自らにとって真正[・]という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¹²⁰⁾。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¹²¹⁾。

4 残された問題の検討

以上の2つ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)* 判決におけるように、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¹²²⁾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」¹²³⁾保護の道德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

120) 他方、頻度を縮減しながらも実親—子ども間の面会交流の機会を維持した本件判決の判断は「全当事者の損害の最小化」の一手法として正当化できよう。

121) 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。

る親の能力の神聖視を否定する¹²⁴⁾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、許容性のレベ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」という発想である。

別稿で検討したように¹²⁵⁾、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」¹²⁶⁾内部における人々の相互承認の産物として把握され

122) 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『憲法〔第三版〕』（創文社、2007）296頁、芦部信喜『憲法〔第六版〕』（岩波書店、2015）155頁、松井茂記『日本国憲法〔第三版〕』（有斐閣、2007）500頁を参照）。なお付言すると、「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（社会権規約）」13条3項および「市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）」18条4項は、ともに父母及び法定保護者が自己の信念に従って子どもの宗教的及び道徳的教育を確保する自由を有する旨規定している。この親の教育の自由のうちの宗教的側面は、同じく人権規約において保障される親の信教の自由（自由権規約18条1項）に由来するものとされつつも、あくまで「子どもの権利保障のための自由」として把握されてきたものであり（宮崎繁樹編『解説・国際人権規約』（日本評論社、1996）92頁を参照）、ここで論じられている憲法上の自由と同じく、その効力は「子どもの権利の前に絶対的でありえない」（同前・87頁）ものと解されている。

123) Zafran, *supra* note 10, at 167.

124) *Id.* at 300.

125) 拙稿・前掲脚注5)・472-474頁を参照。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『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）121頁以下を参照）。

126) MINOW, *supra* note 9, at 300.

るべきものである。権利に対するこのような理解の仕方の当否を巡る筆者の考察はさしあたり別稿に譲り¹²⁷⁾、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る。

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——上述の信教ないし教育の自由もこれに含まれる——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相互承認に求められる限り、その効力を——少なくとも大人相互間における場合と同様の形で——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¹²⁸⁾。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——子どもとの関係において——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するための十分な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」¹²⁹⁾についての相互承認が成り立つと考えられるところ¹³⁰⁾、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

127) 拙稿・前掲脚注5)・473-474頁、493-499頁を参照。

128) 両者の間で一般的に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（拙稿・前掲脚注5)・470-472頁を参照）。

129) Zafran, *supra* note 10, at 215.

130) 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構築し、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。

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。

IV 「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

本章では、以上に論じた事柄を踏まえて、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解釈論が、刑事法学者の福田雅章により提唱される、意見表明権を基軸とする成長発達権の関係論的構成（以下「福田説」という）に含まれる限界を乗り越える上でどのような意義をもちうるのかを考察する。

はじめに、「真正」なアイデンティティの構築を子どもに保障することは、憲法上の権利としての成長発達権の理論構成においてどのような意義をもちうるのか。

前稿での検討¹³¹⁾および本稿の前章における分析からも明らかなように、アイデンティティへの権利がその獲得を保障する子どもの「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（本質化）に抗いつつ、「重要な他者」との対話的な関係（「重要な関係性」）を通じて、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として観念されるものである¹³²⁾。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切り開く自律的な生存へと成長しうるものとは考え難い。「重要な他者」との対話的な関係の剝奪によって発達のプロセスを阻害され、「真正」なアイデンティティを自ら獲得する機会を逸した人間は、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外なく、したがって、憲法学において語られる人格的自律の存在としての「自己の生の作

131) 拙稿・前掲脚注1)・442-443頁を参照。

132) See, Ronen, *supra* note 2, at 149-154.

者」¹³³⁾、あるいは「国家から自由」な空間を「理性的個人の自己決定」という規範的価値で充填しうる「強い個人」¹³⁴⁾とはなり得ないであろう。子どもはこの「真正な自己」といいうるアイデンティティを自ら獲得することによってはじめ、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に向けて成長・発達していくことが期待されるのであり、そのための発達のプロセスの基礎となる「重要な関係性」を保障するアイデンティティへの権利は、子どもが自律的生存へと成長・発達するための不可欠の権利として位置づけられることになる。

アイデンティティへの権利が自律的生存に向けた子どもの成長・発達に対してこのような意義を有するものであるとして、では、意見表明権を基軸に成長発達権論を展開する福田説にはどのような問題（限界）が含まれうるのか。

前稿でも検討したように¹³⁵⁾、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・発達が期待されとする特殊な子ども観（「人間関係論的子ども観」）¹³⁶⁾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¹³⁷⁾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

133) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011）121 頁。

134) 樋口陽一『国法学〔補訂〕』（有斐閣、2007）43-69 頁を参照。

135) 拙稿・前掲脚注 1）・404 頁以下を参照。

136) 福田雅章・前掲脚注 3）・47 頁以下を参照。

137) 子どもの人格形成の心的機制においては、欲求や怒り等の心情を抑圧・抑制するのではなく、それらが子どもの意見表明として受容され、解放されることにより子どもに「補償感情」が生起し、親や他人に対する共感能力を伴う人格的成長が実現するというのがその論旨である（同前・41-43 頁を参照）。

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¹³⁸⁾。

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は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権の行使を通じて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

138) 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稿の立場においては、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——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——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。

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の限界を有していることからすれば¹³⁹⁾、こうした問題解決の方法は問題が大きい。

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の構築とは、「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」を与える子どもの「重要な他者」との対話的關係性（「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。これに対して、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」を伴うことにより、子どもを自らの「重要な関係性」から切断する帰結を導く可能性を生起しうる。

この点、前章において、「保護の道德原理」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——程度の差はあれ——明瞭な形で明らかにしている。すなわち、①*Re M (Child's Upbringing)* では「ズ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することで子どもを「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」を剥奪する危険性をなお含むものである。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

139) 本稿Ⅱ6を参照。

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。

上述のとおり、「重要な他者」との対話的な関係性（「重要な関係性」）を通じた「真正」なアイデンティティの構築が自律的生存に向けた子どもの成長・発達¹⁴⁰⁾に不可欠であることからすれば、子どもに「重要な関係性」を保障するアイデンティティへの権利は成長発達権の基底的内容として位置づけられるべきである。

V 結語

以上のとおり、本稿では、ミノウによる権利の関係論的理解を前提とした上で、子どもの人権を保護の道德原理と権利の道德原理の2つの原理の混成概念として構成するザフランの見解に依拠しつつ、ザフランにより「中心的なよりどころ」として位置づけられる保護の道德原理の観点から、前稿で検討したアイデンティティへの権利がそれぞれの原理の下でどのように適用され、いかなる帰結を導きうるのかを具体的な事例等を素材として検討し、さらにこれらの検討の結果を踏まえて、筆者が前稿で行った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解釈論の意義を改めて考察した。

本稿Ⅲで採り上げた事例の経緯からも窺われるように、子どもの養育権の帰属を巡る紛争においては、その獲得を追求する大人間の対立の陰で子どもの意思や

140) 前稿では、子どもが憲法の下で成長・発達すべき人間像（「憲法が想定する人間像」）として、〈主体的に善を構想し自ら自己の生を切り開く個人〉であるとともに〈公益のために他者と協働しうる個人〉という2つの要素を掲げた上で、福田説を含む従来の成長発達権論が前者のみを追求し、後者を看過するものであることを指摘した（拙稿・前掲脚注1）・393-397頁を参照）。本章は、このうち前者に関して福田説に含まれる問題がアイデンティティへの権利論によって解消されうることを指摘するものである。アイデンティティへの権利論が後者の点に関する福田説の限界をも乗り越えうるものであること（アイデンティティへの権利の公共性）についての考察は他日に改めて行いたい。

利益が犠牲にされがちであり、子どものアイデンティティの保護の問題は——本稿で扱った事例のような例外的な状況において特に表面化するものであるだけに——とりわけ看過されやすい。しかし、子どもの「真正」なアイデンティティ形成は「憲法が想定する人間像」への成長・発達に関わる¹⁴¹⁾以上、その保障はすべての子どもに対して可及的に及ぼされなければならない。このような意義をもつ子どもの「重要な関係性」の保障の徹底を図るためには、人権を保護する国家の義務の観点から子どもがアイデンティティへの権利を十全に行使する上で必要な制度拡充が行われるべきことは当然として、何よりもアイデンティティへの権利の意義に対する当事者・法律家双方の理解の充実とその実践に向けた現場の努力が求められよう。

本稿は、以上のとおり関係的権利としてのアイデンティティへの権利の適用の具体的なありようを検討するものであるが、検討の対象が英国の事例に限られており、とりわけ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、日本が直接的な関わりをもつ問題としてさしあたり想記されるものとしては、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（返還）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）の事案において、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（以下「実施法」という））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」（同法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

141) 本稿Ⅳおよび拙稿・前掲脚注1)・437頁以下を参照。

ないし基準を定めておらず¹⁴²⁾、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¹⁴³⁾。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稿の立場からは、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。

以上に加えて、本稿では子どもの権利のもう1つの側面とされる権利の道德原理が妥当する適用場面を扱うことができなかった¹⁴⁴⁾。前述のように保護の道德原理と権利の道德原理が相互補完的な関係に立つことからすれば、関係的権利としての子どもの権利の意義の全貌を解明するためには後者の道德原理に基づく権利の適用のありようを明らかにすることが必要であり、更には、アイデンティティへの権利ばかりでなく他の人権についてもこれら2つの道德原理に基づくアプローチの妥当性を考察することが求められるだろう。

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。

142) 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、実施法13条における「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。

143) 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し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）。

144) なお、筆者が2015年度に本学に提出し審査された博士学位請求論文（表題『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』）では、権利の道德原理に基づくアイデンティティへの権利の適用の一場面として推知報道問題を取り上げた上で、アイデンティティへの権利に、自律的個人への成長発達という私的な価値に加えて公益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みつつ、この公共的価値による報道の自由の公共性への対抗可能性を考察した。そこで鍵概念として提示された「アイデンティティの変容可能性」がアイデンティティへの権利の保障によって導かれるとする論理をより精緻化しつつ、さらにその適用範囲を他の問題領域へと拡大することも、筆者の今後の課題の1つとなる。