

# 関係的権利論における応答の概念

— 「他者」としての子どもの人権論 —

大西 健 司\*

- I 序論 — 問題の所在と本稿の目的
- II 「他者」としての子ども — レヴィナスの他者論を出発点として
- III 「他者」に対する「理解の刷新」を導く応答 — 「最善の利益」原則の再構成
- IV 補論 — 「子どもの主観的事実」がもつ意味の限界
- V むすびにかえて

## I 序論 — 問題の所在と本稿の目的

憲法上、その「基本的人権の保障の根底に据え」<sup>1)</sup>られた「個人の尊重」原理が、自律的な個人による自己責任の引き受けを条件とする自己決定の保障を通じて「『国家から自由』な空間を規範的価値で充填すること」を要請するものと解されている一方で<sup>2)</sup>、いまだ心身ともに未成熟であり、自律的な個人に向けた成長・発達の途上にある子ども<sup>3)</sup>の人権に関しては、その発達段階に応じた自律性の尊重に加え、〈子ども—大人〉間および〈子ども—国家〉間に生起する共同性

---

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第16巻第3号 2017年11月 ISSN 1347-0388

※ 東京工業大学・津田塾大学非常勤講師、一橋大学大学院法学研究科博士後期課程修了（2016年博士（法学）取得）

- 1) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011）19頁。
- 2) 樋口陽一『国法学〔補訂〕』（有斐閣、2007）47頁を参照（芦部信喜『憲法〔第6版〕』（岩波書店、2015）82-85頁も同旨）。このような発想の根底に存在するのが、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」（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）との理解から導く人格的自律権論である。
- 3) とくに断りを入れない限り、本稿では未成年者を指すものとして「子ども」の語を用いる。

(保護的人間関係)の中での保護という、相互に対立しあう2つの要請(「自律・保護の両契機」)<sup>4)</sup>がその内実をなすべきことが、多くの論者によって指摘されている。

憲法学説を含めた今日の子どもの権利論の大勢は、この子どもの人権論を構成する2つの要請を踏まえつつ、子どもの未成熟性(=大人との差異)に基づくパターンリスティックな介入を容認しながらも、子どもに大人と同等の権利行使主体性を可及的に保障することを企図する子ども解放論をその基軸としている<sup>5)</sup>。しかし、自律的な能力を有する大人を憲法が想定する人権享有主体の標準的な存在として観念する限り、いかに子どもの解放を追求しようとも、その前提となる能力において劣後する子どもが「国家からの自由」を志向する権利論の中で周辺化されてしまうことは論理的に免れ得ないばかりか、子ども存在を「未熟な大人」や「小さな大人」として捉えること<sup>6)</sup>は、子ども一大人間の保護的人間関係の「切断」を通じて子どもが固有に抱えるニーズを看過し、必要とする保護の懈怠<sup>7)</sup>を招くことにもつながる。

そこで、これらの弊害の淵源である自律的な大人を人権享有主体として標準化する発想を脇に置きつつ、子どもの人権の意義を、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を通じた国家の保護義務の不履行(公的ネグレクト)からなる「公私のネグレクト」に対する異議申立ての「声(voice)」——自他の利益の衝突の背後にある

4) 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)20頁。

5) 憲法学における代表的見解として、佐藤幸治・前掲脚注1)・136-137頁を参照。こうした子どもの権利論の発想は、「近代市民革命に端を発する人権運動史の中で、あらたに人類が獲得した二十一世紀に連なる人権保障の金字塔」(福田雅章『子ども期の喪失』を克服するための法理)一橋論叢118巻4号(1997)67頁)とされる子どもの権利条約(政府訳「児童の権利に関する条約」)が解放論的性格を色濃くもつという事実にも現れている。子どもの権利論の歴史と現状の概要については、拙稿「関係的権利論による子どもの人権論の再構成」一橋法学12巻3号(2013)447-450頁を参照。

6) 福田雅章「人間の尊厳の権利化——子どもの意見表明権を手がかりに、二一世紀のあらたしい人権を展望する」『日本の社会文化構造と人権——“仕組まれた自由”のなかでの安楽死・死刑・受刑者・少年法・オウム・子ども問題』(明石書店、2002)46-47頁を参照。

7) See, Martha Minow, *Rights For The Next Generation: A Feminist Approach To Children's Rights*, 9 HARV. WOMEN'S L. J. 1, 13 (1986).

関係性に焦点を当てた公共の討議を呼び起こし、そ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る「言葉 (language)」——として把握することで、前述の共同性の中での「自律・保護の両契機」の実現を図る試みが、米国の法哲学者マーサ・ミノウ (Martha Minow) の関係的権利論<sup>8)</sup>を基礎とする子どもの人権の関係論的構成<sup>9)</sup>である。さらに、家族を巡る法的紛争の解決に際して子どもの権利が果たす実践的な役割を研究するイスラエルの法学者ウルーツ・ザフラン (Ruth Zafran) 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つの原理からなる混成的概念として把握されるところ<sup>10)</sup>、上述の人間関係に対する子どもの不可避的な依存性のために、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」として機能するものとされる<sup>11)</sup>。

これらの解釈理論に基づき、子どもの関係的権利は、子どもと大人間の保護的な人間関係の維持を図るとともに、その関係性の改善を要求する子どもの「声」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一方で、こうした子どもの権利の役割を実現する上での桎梏となるのが、大人のイメージの中で一方的に模られる「国家や親の所有物」<sup>12)</sup>としての子ども観の存在である。子どもが共同性の文脈に置かれながらも、なおその関係性のありようの改善を求める権利を効果的に行使するためには、子どもの言明を真摯な態度で傾聴しつつ、自己と子どもとの関係性の内省や自省

8) See, MARTHA MINOW, MAKING ALL THE DIFFERENCE: INCLUSION, EXCLUSION, AND AMERICAN LAW (Cornell University Pr., 1990).

9) ミノウの関係的権利論およびこれを踏まえた私見の展開につき、拙稿・前掲脚注5)・IIおよびIIIを参照。

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) YA'IR RONEN, RE-UNDERSTANDING THE CHILD'S RIGHT TO IDENTITY: ON BELONGING, RESPONSIVENESS AND HOPE (Brill Nijhoff, 2016) at 6.

を伴う誠実な対応を行う大人の存在が不可欠となる。しかし、子どもを自己の所有物としてこれと同化する大人の態度が支配的である限り<sup>13)</sup>、こうした自省の契機は不可避的に消失することになる。

この種の子ども観が生起する事態として危懼されるもののうち、本稿がその問題関心の対象として特に着目するのは「子どもの重要な関係性 (tie meaningful to the child)」のネグレクトを通じた「真正な (authentic)」アイデンティティ構築の阻害という問題である。子どもが人種や文化、宗教、言語などの生来の属性との結びつきを回復することを保障する国連子どもの権利条約8条の権利<sup>14)</sup>を「本質主義 (essentialism)」的アイデンティティ観に立脚するものとして批判しつつ、子ども自身が「重要な他者」と認識する相手方と対話的な関係性を形成し、その中で生起する「対話」や「闘争」を通じて——他者から押し付けられたものではなく——「真正」なアイデンティティを主体的に構築していくプロセスを保障する権利として再定義された「子どものアイデンティティへの権利 (the children's right to identity)」<sup>15)</sup>を提唱するイスラエルの法学者ヤイル・オーネン (Ya'ir Ronen) によれば、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るところ<sup>16)</sup>、こうした子どもの発達のプロセスのありようと上述の子ども観とが互いに相容れないものであることは明らかであろう。眼前の子どもを自己の「所有物」として捉えつつ、自己の思惑に反する独自の認識や思考を否定する大人の対応は、子どもがアイデンティティを構築する上で拠り所となる「重要な他者 (significant others)」<sup>17)</sup>との関係性を求める「希望や心情 (wishes and feelings)」<sup>18)</sup>のネグレクトを通じて自律的な個人に向けた

---

13) *See, id.*

14) 「締約国は、子どもが、不法な干渉なしに、法によって認められた国籍、名前および家族関係を含むそのアイデンティティを保全する権利を尊重することを約束する」(同条1項、国際教育法研究会訳)。同項が保障する権利の趣旨につき、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。

15) *See, Ya'ir Ronen, Redefining the Children's Right to Identity*, 18 INT'L J. L. POL. & FAM. 147 (2004). その概要にき、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) 437頁以下を参照。

16) *See, Ronen, supra* note 15, at 150.

成長・発達を阻害する<sup>19)</sup>ばかりでなく、彼（彼女）の帰属意識に根差す現在の尊厳を侵害する危険性<sup>20)</sup>をも生み出すことになる。

では、上述の子どもの「声」に対する誠実な対応とはどのようにして可能となるのだろうか。彼（彼女）らの「声」として把握される子どもの権利のありようそれ自体の検討は筆者の従来の研究<sup>21)</sup>に委ねつつ、関係の権利としてのアイデンティティへの権利を実現する上で不可欠となる大人の対応のありようを考察することが本稿の目的である。

本稿は、この目的を追求する上での考察の手掛かりとして、①〈「他者（the Other）」として子ども〉と、②〈他者なる子どもへの「応答（responsiveness）」〉という2つの概念に着目する。

「他者」という言葉は、「現代思想の寵児」<sup>22)</sup>としての地位を獲得しつつ「他者論」と呼ばれる領域を哲学の中に形成する一方で、統一的な定義を与えられることなく個々の領域において多義的に用いられる言葉であるが、本稿が採り上げる

17) 「子どもにおいて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」他者（家族や共同体）を意味する。See, Wilson S., *Identity, genealogy and the social family: The case of donor insemination*, 11 INTL J. L., POLY & FAM 270, 281 (1997); Ronen, *supra* note 15, at 154.

18) *Id.* at 153.

19) 拙稿・前掲脚注15)・447頁以下を参照。

20) See, RONEN, *supra* note 12, at 7.

21) 子どもの人権の基礎理論として古くから存在する子ども保護論および子ども解放論を取り上げつつ、両者が生起する問題を論じた上で、これを解消する手立てとしてマーサ・ミノウが提唱する関係的権利論によって子どもの人権論を再構成すべきことを論じるとともに、あわせて関係的権利論を子どもの人権の基礎理論とすることの憲法的意味とその問題点を考察するものとして、拙稿・前掲脚注5)。同論文で検討した子どもの人権の基礎理論を踏まえつつ、憲法上の人権の1つである子どもの成長発達権の規範的内容を「憲法が想定する人間像」の分析を通じて考察した上で、子どもがその成長・発達過程において自らアイデンティティを構築・改訂する機会を保障する「子ども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として位置づけられるべきことを政治哲学上の議論を参照しつつ論じたものとして、拙稿・前掲脚注15)。また、同論文で扱った「子どものアイデンティティへの権利」がどのような紛争においてどのような仕方でも適用されるのか、そしてその中で導かれる帰結が憲法上どのように正当化されるのかを具体的事例を通じて検討したものとして、拙稿「子どものアイデンティティへの権利とその具体的適用——『保護の道徳原理』の観点から——」一橋法学15巻3号113頁以下(2016)。

22) 鶴真一「レヴィナスの他者論」発達人間学論叢1号(1998)99頁。

「他者」は、哲学の中でもこうした他者論をはじめて正面から取り扱った現象学における「他者」を指す。周知のとおり、この「他者」を問題化する現象学はオーストリアの哲学者エドムント・フッサール (Edmund Husserl) によって切り開かれたものであるが、後に見るように、彼が現象学の中で導き出した「他者」の姿は逆説的にもその他性を剥奪されたものであった。本稿が着目するのは、こうしたフッサールの現象学を批判的に継承しつつも、「他者」を自己との「絶対的な差異」として定義する独自の他者論を打ち出したフランスの哲学者エマニュエル・レヴィナス (Emmanuel Levinas) が描き出した「他者」である。いかなる意味でも自己と異なる存在としてその特性 (他性) を徹底的に追求するレヴィナスの他者論は、大人 (国家) が子どもを自己の所有物として把握しその同化を志向する子ども観を克服しつつ、内省や自省の契機を内包する関係性を構築するための重要な手掛かりを提供するばかりでなく、自己と「他者」との間の埋め難い差異の存在を認める一方で、そうした「他者」との関係性をなお追求する点において、その基本的な発想を筆者の議論の出発点である関係の権利論と通有するものであると解されることから、本稿における鍵概念の1つとなりうる。

次に、このような意味での「他者」として把握された子どもの「声」 (= 権利行使) に対する大人の対応のありようを考察する上で本稿がその指導理念として位置付けるのが、オーネンの提唱する「応答」の概念である。オーネンが、上述のレヴィナスの他者論を参照しつつ〈他者の「異なる声 (distinct voice)」を聞き、その「苦しみ (sufferings)」を理解する試み<sup>23)</sup>として定義する「応答」概念の内実を明らかにした上で、これを既存の法制度や法理論の中に位置づけることが、本稿の主要な課題となる。

以上に述べた本稿の目的に基づき、次章 (Ⅱ) においてはレヴィナスの他者論をフッサールと対比しつつ概観した上で、彼が描き出した「他者」として子どもを捉えることが本稿の目的に対していかなる含意を有するのかを分析する。次に、このレヴィナスの他者論の含意を踏まえつつ、〈「他者」なる子ども〉に対する「応答」の概念の内実を既存の法制度や法理論の中での位置づけとともに明らか

---

23) See, RONEN, *supra* note 12, at 35.

にした上で(Ⅲ)、補論として、子どもの「重要な関係性」の保護に向けた「応答」が子どもの基本的な利益(生命・身体)と衝突する際に直面する限界を考察する(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 「他者」としての子ども——レヴィナスの他者論を出発点として

本章の冒頭では、現象学における「他者」の問題を踏まえつつレヴィナスの他者論の検討が行われるが、予め断りを入れておくと、そこでの目的は現象学や他者論の内在的な意義や論理的な妥当性を検証することではない。本章の目的は、あくまで前述の「所有物」的子ども観の克服を企図する本稿の問題関心に資すると思われる限りにおいて彼の議論を確認し、そこで描き出される「他者」の姿が本稿の目的に対して有する含意を分析することである。このため、現象学に固有の議論に関する記述は必要最小限にとどめつつ、レヴィナスの他者論の子どもへの投影(「他者」としての子ども)とその法学上の意義の評価という応用的な考察により大きな比重が置かれることになる。

### Ⅰ レヴィナスの他者論

#### (1) 現象学における「他者」の問題

前章でも述べたように、哲学において「他者」の問題をはじめて主題化したのは現象学と呼ばれる学問領域である。この現象学の創始者であるフッサールによって展開された超越論的現象学<sup>24)</sup>が企図したのは、世界やそれに内包される様々な事物(存在者)の存在とそれらが有する意味の自明視を排した「現象そのもの」へのアプローチ<sup>25)</sup>であり、そのための方法論とされるのが現象学的還元

24) E. フッサール [浜渦辰二訳]『デカルト的省察』(岩波書店、2001)。

25) ここでの「現象」とは客観的な実在と区別された意識現象を指す。われわれが世界を把握しようとするとき、そこに存在するであろう客観的な事物は知覚(五感の作用)を通じて得られた感覚の統合である意識現象として認識される(例:冷たい感触と四角く透明な形状としての「氷」)。しかし、この意識現象が真に客観的事物の実在(客観的事物としての氷の実在)に裏打ちされたものであることの証明は不可能である。したがって、学問として厳密に世界に向き合うためには、さしあたり客観的な実在と区別された意識現象そのものを問題とせざるを得ない。これがフッサール現象学の出発点である。

と呼ばれる意識作用の遂行である。フッサールは、人びとが日常の生活において世界や存在者の存在とその意味を自明視すること——たとえば路上に立つ柱の上部に付属する三色の光源体をほかでもなく「信号機」と認識した上でそれに従うこと——を「自然的態度の一般定立」と呼んだが、現象学的還元とはこうした「自然的態度の一般定立」を遮断——光源体を「信号機」と認識する上で前提となる道路交通のルールに関する知識体系や実在の概念を通じた世界の観察と判断を停止（＝エポケー）——しつつ、知覚された世界を（既存の知識体系や概念ではなく）自己の純粹意識に還元する超越論的主観性によって「現象そのもの」が有する意味を了解し、世界を構成することに向けられた意識の作用を意味する。

この超越論的主観性によって自己の純粹意識に還元され構成されていく存在者の中でも、その特異点として浮かび上がってくるのが「他者」である。この「他者」が有する特異性は、一方では世界内における他の存在者と同様に超越論的な主観による認識の対象でありながら、他方では「この世界を経験し、私自身（＝自己）が経験しているのと同じ世界を経験している者として、同時にまた私を経験し、ちょうど私が世界を経験しそのうちに他者を経験しているように私を経験している者」<sup>26)</sup>である点において現れる。「他者」が単なる存在者——自己による了解と構成の対象——であるにとどまらず、自己と同じく世界を構成する志向性をもつ主観の主体である限り、こうした「他者」の存在を自己が構成した世界の中に定位するためには、超越論的主観性それ自体を複数化するほかない。とはいえ、一切が自己の了解の対象となり、その意味で他性が喪失し尽くされた世界（＝超越論的領野）の中での自己と異なる主観の存在とは、果たしてどのようにすれば可能となるのか。これこそが現象学における「他者」の問題である。

## (2) レヴィナスの他者論

この「他者」の問題に対してフッサールが自ら提出した回答は、超越論的な領野における「他我」の構成というものであった。その具体的な内容は、世界内の存在者の中でもとりわけ自己と似た身体を有し、精神の働きを同様になしうる存

---

26) 同前・165頁（第五省察）。括弧内は筆者による。

在として「他者」を「類比的」に把握しつつ、この「類比性」を基礎に自己を「他者」に投入することで、彼（彼女）を「他我」として超越論的領野（世界）の内部に構成するというものである。

このフッサールの他我論は上述の「他者」の問題を解消するための一応の理論的枠組を提供する一方で、実際には多くの問題を内包している。その代表的なものが、フッサールの他我論が導く帰結とは結局のところ「他者の自己化」に過ぎず、その意味するところは彼（彼女）を「他者」たらしめる他性の剥奪にほかならない、という問題である<sup>27)</sup>。本稿が着目するレヴィナスの他者論とは、こうしたフッサールの現象学を批判的に継承しつつも、その他性を奪うことなく「他者」の消息を明らかにするための道筋を模索するものである。

フッサールの他我論が上述のような限界を抱えるに至ったことには理由がある。それは、彼の超越論的現象学において世界のあらゆる——「他者」を含む——存在者が了解と構成の対象とされていく中で、その主体である自己だけが唯一の例外として位置づけられ、世界内におけるその存在を所与のものとされていることである。この特権的な地位を与えられた自己に対し、こうした特性をもたない存在者＝「他者」が単なる認識の対象となり果ててしまうことは、ある意味で必然的である。したがって、フッサールが直面した上述の限界を乗り越えるためには「自己」を構成する主体こそが明らかにされなければならない。この世界の内部における自己の単一性ないし唯一性の淵源の問題が、レヴィナスの他者論<sup>28)</sup>の出発点である。

結論を先取りするならば、この問題に対してレヴィナスが導き出した回答こそが、ほかならぬ「他者」である。では、そこでの「他者」とは果たしてどのような存在でありうるのか。

27) 松田毅「フッサールにおける間主観性の現象学——他者認識と知の客観性の根拠——」哲学論叢 11号 43頁 (1984) 等。異なる観点からの疑問としては、そもそも自己と他者との共同存在こそが自己投入の前提となるのではないかとの問題提起がなされている (M. ハイデッガー [細谷貞夫訳]『存在と時間〈上〉』(筑摩書房、1994) 第4章第26節を参照)。

28) E. レヴィナス [合田正人訳]『全体性と無限——外部性についての試論』(国文社、1989)、同『存在の彼方へ』(講談社、1999)。以上の二書を含めたレヴィナスの他者論を通覧する邦語文献として、熊野純彦『レヴィナス入門』(筑摩書房、1999)。

自己を構成し、その意味で自己に先立つ存在である以上、「他者」は自己による構成の対象であってはならない。「他者」をこのように捉えるならば、その論理的な帰結として、「他者」は自己の超越論的主観性が構成する世界の内部にある存在ではなく、その外部から到来する存在として位置づけられるほかはない。この異邦性に特徴づけられる「他者」は、自己の純粹意識への還元を通じて自己の世界に同化することが原始的に不可能な存在、すなわち自己から見た「絶対的差異」の存在として把握されることになる<sup>29)</sup>。

しかし、自己にとっての「他者」とは「絶対的差異」にとどまるものではない。自己の主観によって構成され、自己の世界に同化されることを通じてその他性を予め喪失したフッサールの「他者」ではなく、〈世界の外部からの到来者〉という異邦性を持ち合わせた「他者」であるからこそ、その現前が自己と「他者」との間に〈相手方を自己に還元しその他性を奪うことができない〉という「倫理的な関係性」を現生することができる<sup>30)</sup>。レヴィナスが捉えた他者の姿は、このようにして、自己と「他者」との間に「〈倫理〉が成り立つための最下の条件」<sup>31)</sup>を明らかにするものとなる。

レヴィナスによれば、この倫理的関係性において「他者」の現前とともに生起するのが「他者」が自己を召喚する発話行為（voice）である。この発話行為こそが、その〈召喚を受けたこの私〉としての自己の唯一性を指定し、これを構成する。逆にいえば、レヴィナスの他者論における単一性を有する自己とは、こうした「他者」との倫理的な関係性においてのみ構成されうる存在であることになる<sup>32)</sup>。

## 2 子どもを「他者」として捉えること

レヴィナスの他者論が以上のようなものであるとして、では、そこで描き出された「他者」の姿を子どもに投影することは、本稿の問題関心においてどのよう

29) 同前・141頁以下、鶴真一・前掲脚注22)・104頁を参照。

30) E.レヴィナス・前掲脚注28)・90頁を参照。

31) 熊野純彦・前掲脚注28)・213頁。

32) 同前・146-147頁を参照。

な意義をもちうるだろうか。

第一に、子どもを自己（大人）にとっての「他者」＝「絶対的差異」と捉えることは、子どもが大人の一方的な主観による還元や了解、自己への同化が不可能な存在であることを意味する。先にも示唆したように、このことは取りも直さず、子どもを自己（大人）の所有物とみなす子ども観を否定するための重要な論拠となりえよう。

しかし、既述のように、レヴィナスにおける「他者」はただ自己との「絶対的差異」であるばかりではない。むしろ、レヴィナスの他者論の眼目は、「他者」が有する自己との「絶対的差異」にもかかわらず、他者の現前を契機として自己と「他者」との間に現生される倫理的な関係性ゆえに、「他者」は不可避的に自己の関心の対象とならざるを得ない存在となる、という点にこそ存在する<sup>33)</sup>。

ここで本稿が着目するのは、この「他者」への関心が自己の中に呼び起こす〈「他者」理解の刷新〉という事態である<sup>34)</sup>。これまでの本稿の記述からも明らかなおと、「他者」を自己の主観において了解することこそ、レヴィナスが一貫して否定しようとする営みであった。しかし、この関係性の中で生起する「理解の刷新」は、このレヴィナスが拒絶する了解とは全く異質なものである。すなわち「理解の刷新」とは、「他者」を自己の世界内に包括し同化すべく自己から「他者」に向けて一方的に行われる了解と異なり、「絶対的差異」という、既存の自己の世界の枠組みを揺るがしその妥当性を問い直す「新たなるもの」の「思惟の内への招き入れ」を契機に、「他者」から生起するものとして把握される営みである。

こうした「理解の刷新」のありようからすれば、子どもを「他者」として捉えることの意義は、「絶対的差異」である子どもと自己との隔たりを確認することで一旦はその「対象化 (objectivation)」や「主題化 (thematization)」を抑制した上で<sup>35)</sup>、なおその他性の剝奪の不可能性に裏打ちされた倫理的な関係性の内

33) レヴィナスの議論に即して表現するならば、私は「他者」の発話行為によってその唯一性を獲得した瞬間において、既に「他者」との間の倫理的関係性の中に巻き込まれてしまっている、ということである。

34) 小手川正二郎「他人を理解すること——レヴィナスの理性論序説——」人文12号25頁以下(2014)32-33頁を参照。

になされる子どもの発話行為<sup>36)</sup>が、「私とはまさしく異なる者が私に語っているという事実ゆえに、私の知らなかったものを何らか含んだ言明として受け取られ<sup>37)</sup>ること、すなわち子どもが自らの「発話内容と共に私の意のままに解釈されうる対象として……ではなく、逆に私に何らか『新たなもの』を与える者<sup>38)</sup>として立ち現れることを通じて、彼（彼女）が「これまで理解してきたのとは異なる仕方では他人（※子ども）の発話内容を理解するよう私に求める<sup>39)</sup>存在となる点に見出されることになる。大人の「所有物」としての同化や了解の対象から、大人の「理解の刷新」（＝「自我の理解の問い直し」<sup>40)</sup>を生起させる主体へと子どもの地位を転換させること——これこそが本稿の問題関心に対してレヴィナスの他者論が有する含意である。

しかしながら、このようなレヴィナスの議論がもつ含意は子ども—大人間の関係にとどまらず、広く大人同士の人間関係一般にも当てはまりうるものであるようにも思われる。果たして、こうした他者論を子どもに特化させつつ法的議論を展開すべき根拠は何に求められるのか。子どもに固有の「他者」性の淵源が問題となる。

筆者の見るところ、この問いに対する回答は、子どもが——社会における他のマイノリティ（女性や人種・文化的少数者など）とも異なる形で——特有にもつ次のような差異の存在に求められる。

子どもが有する差異としてしばしば指摘されるのは、その「判断能力の不完全性」や大人（国家）への「精神的・経済的な依存性」であるが<sup>41)</sup>、こうした差異の存在が示唆する重要な事柄は、彼（彼女）らがこうした差異を基礎に大人と「異なる視点（different point of view）」<sup>42)</sup>を持ち合わせた存在であるという事実

35) 鶴真一・前掲脚注22)・102頁を参照。

36) ここでの発話行為としてとりわけ想定されるのは、子どもが自らの「苦しみ（sufferings）」を訴える行為である。

37) 小手川正二郎・前掲脚注34)・32頁。

38) 同前・32-33頁。

39) 同前・33頁。括弧内は筆者による。

40) 同。

41) 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頁を参照。

42) RONEN, *supra* note 12, at 57.

である。問題は、子どもと大人との間のこうした差異にもかかわらず、子ども自身に関わり、彼（彼女）らに適用される法制度のありようが彼（彼女）らと「異なる視点」を有する大人によって一方的に規定されてしまうことにある。憲法上、子どもは選挙権の享有主体性を認められていないばかりか<sup>43)</sup>、その能力的・制度的な限界<sup>44)</sup>のために自ら政治的な交渉を行い、自己の利益を保護するための「ルート (channel)」それ自体を遮断されている<sup>45)</sup>。子どもが被るこれらの制約は、社会の中で周縁化されてきた様々な存在の中でも彼（彼女）らが固有に有する差異であり、これにより、彼（彼女）らは、大人が定めた法制度によってその法的な地位のありようを一方的に決められるという受動的な立場に否応なく置かれることになる。このことは、取りも直さず、法的な文脈の下で子どもの「他者」性を問題とするための十分な理由となりえよう。

この〈「他者」なる子ども〉の法的地位の帰趨が、その政治的能力の差異を特権的に規定する大人自身の手委ねられることに関して直ちに危懼されるのが、ミノウの指摘する差異の認識に先立つ「暗黙の想定 (unstated presumptions)」の存在である。この「暗黙の想定」とは、政治的多数者が少数者の「差異」を認識するにあたり、言明されることなく彼（彼女）らの無自覚の内に影響を及ぼす次の5つの想定を指す<sup>46)</sup>。すなわち、①差異とは比較の問題ではなく本質的なものである (“Difference Is Intrinsic, Not a Comparison”)<sup>47)</sup>、②比較のための基準は言明される必要がない (“The Norm Need Not Be Stated”)<sup>48)</sup>、③観察者は特定の観点に立つことなく差異を認識することができる (“The Observer Can See without a Perspective”)<sup>49)</sup>、④差異を認識するにあたり他者の視点は無関係

43) たとえば、日本国憲法15条3項は「成年者による普通選挙」のみを保障している。

44) 後者の典型例は、18歳未満の子どもの選挙運動を禁じる公職選挙法137条の2第1項である。

45) See, ROBERT H. MNOOKIN & ROBERT A. BURT, IN THE INTEREST OF CHILDREN: ADVOCACY, LAW REFORM, AND PUBLIC POLICY (W. H. Freeman and Company, 1985) at 34-37; Minow, *Constitutional Bicentennial Symposium: The “Rights Revolution”: Are Rights Right for Children?*, 1987 AM. B. FOUND. RES. J. 203, 206 (1987).

46) See, MINOW, *supra* note 8, at 53-74.

47) *Id.* at 53.

48) *Id.* at 56.

49) *Id.* at 60.

である(“Other Perspectives Are Irrelevant”)<sup>50)</sup>、⑤現状とは自然なものであり、誰かによって強いられたものではなく、善きものである(“The Status Quo Is Natural, Uncoerced, and Good”)<sup>51)</sup>という想定である。

個々の想定の詳細に関する検討は別稿<sup>52)</sup>に譲りつつ、これらの5つの想定が差異の認識においてもたらず帰結を確認するならば、それは、政治的多数者が自らの特性を標準化する一方でこうした特性をもたない少数者を標準からの逸脱者として周縁化することに加え、この標準／逸脱の判断を行う前提となる差異のありようが、これを割り当てられる少数者の視点を排しつつ、ある種の客観性の標榜を伴いながらも多数者自身の視点に基づいて一方的に定義されていく、という事態である。ここに現れた、相手方が自己と「異なる視点」を有する存在であるという明白な事実を看過しつつ、自己の視点によって捉えられた限りにおける他者の姿や属性を相手方に押し付ける態度は、まさしくレヴィナスが拒絶する「了解」にほかならない。この帰結を子どもが置かれている先述の状況にあてはめるならば、大人と「異なる視点」の主体であるはずの子ども存在が、その属性を大人の視点によって一方的に「了解」されつつ、さらにその「了解」から導かれる子どものニーズに即して設計された法制度が形づくる鑄型の中へと押し込められていくことになる。

こうした不公正な事態が、それにもかかわらず客観性の標榜の下で正当化され、維持されていく現状(status quo)<sup>53)</sup>に子ども自身が対抗するための手段の1つが、既に本稿でも採り上げた子どもの権利の関係論的構成である<sup>54)</sup>。子どもの権利行使を〈現状＝「公私のネグレクト」〉に対する異議申し立ての「声」として意味づけるこの戦略は、しかし、この子どもの「声」に対して求められる大人(国家)の応答のありようについては必ずしも詳細な検討を加えてはこなかった。

50) *Id.* at 66.

51) *Id.* at 70.

52) 拙稿・前掲脚注5)・460-463頁を参照。

53) 大江が指摘する、「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」(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)は、こうした現状に伴う問題の1つである。

54) 本稿Iを参照。

子どもの他性の喪失を伴うことなくなしうる応答とは果たしてどのようなものであるのか。子どもの「声」を契機に大人自身の「理解の刷新」を導く応答責任の内実が問題となる。

### Ⅲ 「他者」に対する「理解の刷新」を導く応答 — 「最善の利益」原則の再構成

#### 1 応答の対象／類似概念との差異

本章では、以上までに論じた内容を踏まえつつ、「他者」なる子どもに対する大人自身の「理解の刷新」を生起させる応答責任の内実を考察する。本節では、その具体的な検討を進めていく上での足掛かりとして、応答の対象および応答とその類似概念との差異を簡潔に確認しておく。

##### (1) 応答の対象

既に述べたように、前章で採り上げたレヴィナスの他者論を参照しつつオーネンが提示する応答の概念は、〈他者の「異なる声 (distinct voice)」を聞き、その「苦しみ (sufferings)」を理解する試み〉として定義される。ここで、この応答の対象として位置づけられる「他者」の「苦しみ」の意義が問題となるが、オーネンによれば、この「苦しみ」は「他者」が抱える不安や困難、苦痛ないし辛苦などの負担 (burden) を意味するものとされる<sup>55)</sup>。

留意しなければならないのは、「他者」が抱えるこれらの負担が彼(彼女)の「主観的経験 (subjective experience)」<sup>56)</sup>を構成するものとして位置づけられていることである。本稿のこれまでの考察内容に引き付けてその問題性を明らかにするならば、「絶対的差異」とされるレヴィナス的「他者」の「主観的経験」を構成する「苦しみ」に果たしてどこまで接近することができるのか——まさにこのことが問われるべき課題となる。

55) See, RONEN, *supra* note 12, at 34.

56) *Id.*

(2) 類似概念との差異

次に、応答と類似するものとして「反応 (reaction)」という概念を採り上げつつ、これと応答との差異を確認する。

オーネンによれば、これらの2つの概念の意義はそれぞれ次のように説明される<sup>57)</sup>。まず「反応」とは、「他者」が抱える「苦しみ」に寄り添う試みでも、その緩和や改善に向けて他者の立場を推察することでもなく、「他者」に生じた出来事をもっぱら自己にとっての迷惑事 (disturbance) として把握する観察者による問題解決の試みである。これに対して「応答」とは、オーネンが示す定義からも明らかであるように、客観的に観察可能な「他者」の「苦しみ」をそれとして認識した上で、さらにこの「他者」が発する「異なる声」を聞き、これを「思惟の内に招き入れ」つつ「他者」の「苦しみ」の実相を——一方的な「了解」ではなく——「理解」しようとする試みを意味する。

この2つの概念の違いをより明確にするため、ここで〈友人に侮辱されて泣き喚く一方、その代償としてチョコレートが欲しい子ども〉を眼前にする状況を想定してみるならば、子どもにチョコレートを与えることでさしあたり彼(彼女)を泣きやませる行為が「反応」にあたり、子どもにチョコレートを与えず、代わりに子どもが泣き喚いてまでそれを欲しがるといふ理由ないし原因を聞き質す行為が「応答」の端緒となる<sup>58)</sup>。

事例としてはごく単純なものではあるが、しかし、上述の子どもがおかれた状況の描写が暗示するように、前者の対応では「自己にとっての迷惑事」は解消されう一方子ども「苦しみ」には些かも接近しえないのに対し、「他者」が発する「声」を手掛かりとしてその「主観的経験」に寄り添う後者の営みは、自己を思いもよらぬ「苦しみ」の実相の「理解」へと導くことができる<sup>59)</sup>。このような「他者」の「異なる声」を契機とする自己の「理解の刷新」こそが、本稿の主題である応答概念の中核的な意義である。

---

57) *See, id.* at 35.

58) *See, id.*

59) いうまでもなく、法的紛争に巻き込まれる子どもの「苦しみ」の実相はここで挙げた事例に比べてはるかに複雑かつ深刻なものである。

## 2 出発点としての「主観への囚われ」の認識

しかし、このように特徴づけられる応答責任を果たすべき大人の前には様々な障壁が立ちだかりうる。その障壁の1つとなるものが、本節で採り上げる「主観への囚われ」の問題である。

そもそも、この問題は「苦しみ」を抱える子どもに対応するすべての大人に関わるものではあるが、その問題性がとりわけ色濃く現れるのは、法律家やケースワーカーをはじめとする、子どもの紛争に専門家として携わる人びとにおいてである。これらの専門家においては、彼（彼女）らがそれぞれの専門知に基づく客観的な判断（能力）を標榜しつつ紛争に関与していく傾向がしばしば見受けられるが、後述するように、法律家が行う法的判断であれケースワーカーによる行政上の判断であれ、所定の基準に対する事実のあてはめを伴う判断である限り、およそいかなる判断も判断者自身の固有の視点（point of view）から逃れることはできない。問題は、専門家が行う判断が彼（彼女）自身の視点と密接な結びつきを有するものであるにもかかわらず、その専門性や客観性が前面に押し出される反面において、当事者である子どもが彼（彼女）らと「異なる視点」を有する存在であるという事実——子どもの他性——が忘却されてしまうことである<sup>60)</sup>。

法律家による法的判断を例にとるならば、周知のとおり、法的判断の中核をなす法適用のプロセスとは、①〈大前提として存在する法規範〉から②解釈を通じて〈具体的な法律要件〉を導出し、③その〈要件に対応する事実認定〉を行うことで④〈結論〉を導くというものである。この一連のプロセスの内、①については——少なくとも実定法として存在する法規範に関する限り——その内容が客観的に確定しており、②についても争いの余地のないものは条文の文言により、複数の解釈の余地がある場合でも確立した先例の判断が存在する場合はそれにより、また確たる先例が存在しない場合であっても下級審の判断の傾向や官庁ごとの通達（解釈指針）によって専門家の判断は（事実上）拘束されることになる。しかし、これらとは異なり、③のプロセスは判断者自身の手による「事実の選択」と「事実の意味づけ（評価）」を不可避的に伴うことになる。

60) See, *id.* at 60.

この「事実の選択」と「事実の意味づけ（評価）」とは、いうまでもなく判断者自身の「固有の視点」に基づいて行われる、高度に主観的な営みである。判断者は、目下の事案に含まれる複雑かつ多様な社会的事実の中から重要と思われる事実を選択し、それに対する法的な意味付けを行った上で法律要件にあてはめ、結論を導出する。どのような事実を重視し、あるいは軽視するのか、そして個々の事実が有する意味をどのように解釈するかはすべて判断者の裁量に委ねられているという意味において、法適用とは本来的に主観的な営みである。しかしながら、こうした法適用に伴う主観的判断は、時に政治性を帯有しながらも法規範が導く必然的帰結として説明され、正当化されていくことになる<sup>61)</sup>。

法的判断に内在するこうした問題の存在を顕著な形で浮き彫りにした事例としては、米国の *Parham v. J. R.* 事件<sup>62)</sup> が挙げられる。同事件においては、親（保護者）の同意に基づいて18歳以下の子どもを州立精神病院に任意入院（voluntary commitment）させるにあたり、子ども本人の聴聞をその要件として定めていないジョージア州法が、子どもの聴聞を受ける権利を侵害するものとして合衆国憲法修正14条に違反するものであるか否かが争われた。連邦最高裁は、子どもに聴聞の機会を与えない本件州法は修正14条に違反するものではないと結論付けたが、その理由の1つとして挙げられたのが、子どもは能力的に自己に対する医療保護や医療措置の必要性に関する「健全な判断」<sup>63)</sup> を行うことが不可能であり、それゆえ任意入院に先立つ子どもに対する事実の聴聞の結果は精神医療の

---

61) *See, id.* at 79. これに関連する国内的問題の1つとして、家庭裁判所調査官が抱く様々なバイアスの存在が挙げられる。「子どもの利益」や「中立性」を標榜する家庭裁判所調査官が、実は一方当事者を敵視する傾向や、ジェンダー・バイアスの影響下にあることがさまざまな論者によって指摘されている。たとえば前者のバイアスにつき、渡辺義弘「子の監護・引渡をめぐる紛争の法的解決の今日的課題（その7）——子ども代理人による三面関係の手続き保障——」青森法政論叢11号1頁以下（2010）13頁等。ジェンダー・バイアスについては、関西大学「第47回シンポジウム ハーグ『子の奪取条約』と国内法制」ノモス31号83頁以下（2012）148頁（伊藤公雄発言）等。

62) 442 U.S. 584 (1979). 同判決に対する邦語の評釈として、堀雄「*Parham v. J. R.*, 442 U.S. 584, 99 S. Ct. 2493 (1179) —— 親または後見人が、18歳未満の子を本人の意思にかかわらず、州立精神病院に同意入院させることを認めるジョージア州精神衛生法の規定は、手続的 due process に違反しない」アメリカ法1980巻2号315頁以下（1981）等。

63) *Id.* at 603.

専門家<sup>64)</sup>が入院手続の過程で実施する調査の結果よりも信頼しうるものとは言えないことから、子どもに対する聴聞は不要であるということであった<sup>65)</sup>。この子ども自身の意思や権利利益 (liberty interest) をあまりに軽視する同判決に対しては、子どもの権利に関する様々な先例の枠組みを踏襲することなく「明らかに選択的な認識と推論」に基づき下された「不十分な (inadequate)」判決であるとの批判<sup>66)</sup>や、個人の権利利益と公共の利益 (社会防衛) の慎重な衡量が求められる中で対象者の年齢のみを過度に重視して前者を蔑にする「粗末な (poor)」判決であるといった批判<sup>67)</sup>が向けられる一方で、これらの論評とは対極に、同判決が示した論理は心理学的知見に正しく根差す「健全な認識」を示すものであるとして、これを全面的に支持する評者<sup>68)</sup>も存在する。

この Parham v. J. R. 判決によって端的に示された、専門家の判断に過度な信頼を寄せる一方で子どもの視点 (=子ども他性) を軽視する態度を抑制するためには、上述のとおり法適用のプロセスが本来的に主観的な営みであることを前提に、個々の専門家の〈主観的な裁量の影響の最小化〉に向けた観点に立つところこそが求められよう<sup>69)</sup>。自己の「主観への囚われ」を認識することが、そのための出発点となる。

### 3 実存的盲目の問題

この「主観への囚われ」の問題に加えて、〈他者〉なる子ども〉に対して大人が自らの応答責任を果たす上で立ちはだかる今1つの障壁が、「実存的盲目 (existential blindness)」の問題である。

64) 判決文において、こうした専門家は“neutral factfinder” (中立的な実情調査員) として位置付けられている。See, *id.* at 606.

65) 同判決が指摘するもう1つの理由は、聴聞の実施が子どもの「最善の利益」を判断する親の権限 (自律性) や親子間のプライバシーを侵害することによって、却って子どもの健康回復の機会を損ないかねないというものである。

66) See, Kenneth C. Citarella, *Comments*, 25 N. Y. L. SCH. L. REV. 1001, 1025 (1980).

67) See, Susan A. Turner, *Case-Comments: Parham v. J. R.: Civil Psychiatric Commitment of Minors*, 5 J. CONTEMP. HEALTH L. & POLY 263, 280 (1989).

68) See, e.g., Andrew S. Watson, *Children, Families and Courts: Before the Best Interest of the Child and Parham v. J. R.*, 66 VA. L. REV. 653, 678-679 (1980).

69) See, RONEN, *supra* note 12, at 62.

「実存的盲目」とは、自己がおかれた現状 (status quo) の維持を図るために「他者」の「苦しみ」を否認することを意味する<sup>70)</sup>。オーネンによれば、大人が子どもに対してこのような態度をとる場合、その背景には、「苦しみ」を訴える子どもの「声」に応答することよりも、これを無視し抑圧することの方が大人の自己利益の観点からすれば合理的であるとの認識が存在している<sup>71)</sup>。子どもが抱える「苦しみ」が子どもと大人間の利害衝突の契機を内包しており、その「苦しみ」を訴える子どもの「声」に応えることが大人自身の現状の変更を伴う場合に、現状は善きものであり、その変更は悪しきものであるとの認識<sup>72)</sup>を大人が抱くことによって、この「実存的盲目」は生起する。したがってこの「実存的無知」には、子どもに対する虐待の事実の発覚を恐れた親がその被害を訴える子どもの「声」を抑圧するような場合のみならず、虐待事実を認定しその介入に着手した当局が、その誤謬への恐れ（無謬性の建前）から、親の無実を訴え、あるいは隔離措置を拒絶する子どもの「声」を黙殺するような場合も含まれる。子どもに関わるすべての大人が直面しうるのが、「実存的盲目」の問題である<sup>73)</sup>。この「実存的盲目」が支配する状況の下では、「苦しみ」を訴える子どもの「声」はもっぱら当人に固有の、したがって自己とは無関係な問題を訴える主張——たとえば見知らぬ施設への入所に対する不安の表明——として矮小化 (= 「了解」) され、法的な応答を求める「声」であるとの「理解」は阻害されてしまうことになる。

オーネンによれば、このようにして子どもの「声」に対する「理解」を妨げる要因をなすものが、自他の間に存在する「境界 (boundary)」の存在である<sup>74)</sup>。それでは、果たしてどのようにすればこの自他の間の「境界」を乗り越えて〈「他者」なる子ども〉の「声」に応答することができるのか。さしあたり想起されるのは、次の2つの道筋である。

---

70) See, *id.* at 37-38.

71) See, *id.* at 39.

72) ミノウが指摘する「暗黙の想定」のうちの5番目の想定に関わる問題である。「暗黙の想定」の概要については、本稿Ⅱ 2を参照。

73) See, *id.* at 38.

74) See, *id.* at 40.

1つ目は、この「境界」の淵源である子どもの他性（＝差異）を否認し、大人と子どもとの間の「境界」そのものの解消を図るという道筋である。しかし、本稿によるこれまでの考察からも明らかであるように、子どもの他性を奪うことは取りも直さず子どもの了解や同化と結びつき、子どもと大人との間に生起するはずの倫理的な関係性の喪失をもたらすことになる。

そこで、自己の「所有物」的な子ども観を否定しつつ、「他者」としての子どもと大人との間の倫理的な関係性とそのありようを追究する本稿が支持するのが、自己と「他者」との間の差異の存在を前提としつつ、この差異にもかかわらず「他者」の「声」を聴くことのできる「新しい自己」への変容を志向する道筋である。問題の所在を自己と異なる「他者」の側に求めるのではなく、「絶対的差異」としての「他者」の現前を「新しい自己」への変容の契機と捉えつつ、その「異なる声」を聞くことで「他者」に対する自己の理解の枠組みを問い直す（＝「理解の刷新」を生起させる）こと——自他の間にこうした対話的な関係性を導き、「他者」の「苦しみ」の実相の探求とそれに基づく問題解決を実現するための論理を既存の法制度や法理論の内部に枠づけることが、本稿の課題となる。

#### 4 具体的問題——子ども虐待への国家介入を例に

以上に見たように、〈「他者」なる子ども〉の「声」を契機とする自己の「理解の刷新」を生起させる応答責任を大人が果たすにあたっては、「主観への囚われ」と「実存的盲目」という2つの問題が生起することになる。ここでは子どもの「重要な関係性」の保護を重視する本稿の立場から、子ども虐待に対する国家介入が行われる場面を例として、これらの問題が子どもの「苦しみ」の解消を所期の目的とするはずの行為において果たしてどのような形で具体化しうるのかを考察しつつ、それらを克服しながら子どもの「苦しみ」の実相に接近するための実践上の課題を確認する。

子ども虐待への国家介入と一口にいっても、その目的は多元的でありうる。オーネンによれば、子ども虐待への介入の目的は①虐待に起因する子どもの「苦しみ」の防止、②当該事案の真相解明、そして③虐待者の制裁を内実とする正義の実現の3つに分析されるところ<sup>75)</sup>、これらの内でも、とりわけ過去の事実の認

定とそれに基づく法効果の発動を企図する法実践（行政実務）において重視される傾向にあるのは、②および③の目的である<sup>76)</sup>。そして、②の真相解明の対象となる事実の内実としては、さらに(a)虐待行為に該当する客観的事実と、(b)子どもが自らの経験事実（＝「虐待」とされるもの）に対して帰属させる主観的な意味、すなわち子どもの「主観的経験（subjective experience）」としての「苦しみ」とが対照されるところ、正義の実現（行為者の制裁）に向けて(a)を追求する法実践の傾向は、およそ不可避的に(b)から乖離していくことになる<sup>77)</sup>。

オーネンによれば、こうした法実践の傾向の背後に存在しているものこそが、法の適用者が標榜する——子ども虐待に関する——専門知と、それに基づく「客観的」判断に対する過度な信頼である<sup>78)</sup>。しかし、既に見たように、このような専門性や客観性を標榜する判断は、実際には法適用者に固有の視点に囚われた高度に主観的な営みでありうる。それにもかかわらず、専門性や客観性を内実とする専門家（国家）の判断の優越性ばかりを前面に押し出すことは、その反面において子どもの主観的経験としての「苦しみ」を周縁的な地位に追いやることにつながる。

子ども虐待への対応を巡るこうした状況に関してしばしば指摘されるのが、西欧社会における「歪かつ狭小な（twisted and narrow）」<sup>79)</sup>子どもの福祉像の存在である。オーネンによれば、上述のような傾向を有する西欧社会の法実践は、子ども虐待が疑われる事案につき、子どもの福祉に基づく介入——子どもの隔離を伴う保護措置——を正当化するために家族（親）による加害事実の証明に腐心する一方で、親や家族、共同体に関係性（帰属意識）を有する人間存在としての子どもが有する「真正なニーズ（authentic needs）」<sup>80)</sup>の存在をしばしば看過している。そして、このような形で子どもが有するはずの関係性（帰属意識）を手続の過程において否認し、彼（彼女）の主観的経験を不可視化することで生起しう

75) *See, id.* at 50.

76) *See, id.* at 50-51.

77) *See, id.* at 51-52.

78) *See, id.*

79) *Id.* at 80.

80) *Id.*

るのが、虐待事実の「誤認」と、国家介入に伴う子どもの「重要な関係性」の侵害という2つの問題である。

介入を行う国家が、「虐待」が疑われる事実に対して子どもが主観的に帰属させる意味を看過——あるいは意図的に黙殺——するならば、その介入は時に子どもの被虐待性の誤った認識に基づく失当なものとなりうる。これが虐待事実の「誤認」の問題である。これに対して、仮に国家による虐待事実の認定が子どもの経験事実と整合するものであったとしても、これに基づいて実施される介入の方法が彼（彼女）の有する帰属意識を度外視するものであった場合には、その介入は当初の目論見に反して却って彼（彼女）の「苦しみ」を増幅させることになる。これが、国家介入に伴って生起する子どもの「重要な関係性」の侵害の問題である。

子どもの主観的経験の不可視化が上記の2つの問題を生起させうるとして、それでは介入による保護措置の対象となる子どもはこれらの問題にどのような仕方面で直面しうるのであるのか。ここでは、経済的困窮に起因する子ども虐待（ネグレクト）に対して国家が介入を行う場面を想定しつつこれらの問題の具体的なありようを考察した上で、そこから浮かび上がる課題を分析する。

はじめに、前者の問題に関するものとしてオーネンが挙げているのが、つぎはぎされたぼろの (tattered) 服を着用して学校に通う2人の生徒の事例である<sup>81)</sup>。彼らは同様の服装で学校に通う同学年の生徒である点で共通しているが、一方(A)は上位中産階級に属する裕福な家庭で育ち、他方(B)は困窮した地域に属する大家族の生まれである点で異なっている。果たして彼らの姿を目の当たりにした大人(教師など)がただちにこれを保護者(親)によるネグレクトであると認定し、彼らの保護を試みるのが常に妥当であると言えるのがここでの問題である。

上述のように、AとBは同年代の生徒でありながらもその出自を全く異にしているが、彼らがぼろの服を着用して通学するのもそれぞれ異なる理由によるものである。出自の違いは時に文化的な差異を生み出し、その差異はぼろの服での

81) See, *id.* at 64-65.

通学という同一の事実に対して異なる意味を与えることになる。外形的には同様の行為に対して異なる文化が与える異なる意味付けは、特定の文化共同体に帰属意識をもち、そのメンバーとの間に「重要な関係性」を有する子どもによる当該行為（経験事実）の意味づけの仕方に重要な影響を与える一方で、「子どもの福祉」の名の下に一面的な視点から子どもの主観的経験を排除し、これを周縁化することは、却って彼（彼女）の福祉に重大な害悪を及ぼすことにつながる<sup>82)</sup>。

この点を踏まえつつ上の事例に立ち戻るならば、経済的に貧しい地域共同体に属する大家族で生まれ育ったBにおいて、彼の家族や地域共同体の誰もが当たり前（normative）の振る舞いとして捉えており、B自身も何ら疑問視していなかったぼろ服での通学が——彼が他の級友と同様の服装を要求することができ、その要求に応えるための国家の介入（給付）が正当であることは別として——ネグレクトとして問題視され、そのことで自身の親が責め立てられる様を目の当たりにすることは彼に新たな「苦しみ」を与える一方で、経済的に豊かな地域共同体の中で育ったAにおいては、級友がその着衣を嘲るさまを担任教師が黙殺すること——あるいは母親が精神的に危機的な状況にある中で何とか正常にふるまおうと努めている父親と自身との関係性に対して福祉当局の担当者が適切に考慮を行わないまま父親を罰すること——は、彼に深刻な「苦しみ」をもたらすことになるだろう。このようにして、大人の一面的な視点による誤った虐待事実の認定とそれに起因する子どもの「苦しみ」の増大を回避するためには、子どもが自らの経験事実には帰属させる意味を探求することこそが肝要となる<sup>83)</sup>。

次に、この虐待事実の「誤認」の問題に対して、虐待事実の認定自体は正当で

---

82) See, KORBIN JILL E., *Sociocultural Factors in Child Maltreatment*, GARY MELTON & FRANK BARRY (ED.), *PROTECTING CHILDREN FROM ABUSE AND NEGLECT - FOUNDATIONS OF A NEW NATIONAL STRATEGY* (Guilford Pub., 1994) at 215-233; see also, Korbin Jill E., *Culture and Child Maltreatment: Cultural Competence and Beyond*, *CHILD ABUSE AND NEGLECT* 26, 637.

83) もっとも、虐待事実の認定に子どもの主観的な意味付けの探求が重要であるとはいえ、およそあらゆる事案において子どもの主観的経験が問題解決に際して決定的な重みをもたらすわけではない。子どもの主観的経験に着目しつつその意味付けの探求を尽くしたとしてもなお、彼（彼女）の基本的利益（生命・身体）の保護の必要性が上回るために、その尊重の要請が後退すべき場合はありうる。この問題については本稿Ⅳで改めて検討する。

あるものの、その是正に向けた介入の仕方が子どもの有する帰属意識を度外視するものであるために引き起こされるのが、後者の問題——子どもの「重要な関係性」の侵害——である。経済的困窮のために物理的にも心理的にも子どもの養育に著しい支障を抱える家庭に国家が介入を試みるに当たり、その方法として論理的に想定されるのは、①子どもを家庭から分離し、養育能力を有する他の家庭等に里子（養子）に出させる方法と、②子どもを家庭内にとどめつつ、正常な養育を可能にするための経済的支援を行うという方法である。この点につき、米国の家族法学者ドロシー・ロバーツ（Dorothy E. Roberts）によれば、子どもの福祉に関する「理想的な社会」は「貧困およびその子どもに対する危険性との闘い」を通じて①の方法を回避する傾向にあるとされる<sup>84)</sup>。しかしながら彼女によれば、——おそらくこの「理想的な社会」とは対極的な状況におかれた——米国の文化的マイノリティが構成する社会においては、他の文化社会に比べて養子縁組割合が不均衡に高い上に、子どもを抱える家庭の貧困率も圧倒的に高いという事実が存在している<sup>85)</sup>。経済的困窮と一口にいっても個々の家庭のおかれた状況は多様であり、物的・人的資源の制約の下で個別の事情に即した支援のあり方を模索し、家庭内で子どもを養育する環境の再建を図ることに多大な困難が付きまとうことは否定しえない。また、子どもが置かれた個々の状況によっては、さしあたりの応急措置として子どもを一時的に家庭から分離することが求められる場合——子どもの疾病や栄養不全などの場合のほか保護者（親）の極度の長時間労働のために養育が完全に放棄されている場合など——がありうることも確かであろう。とはいえ、家庭の貧困が国家の経済政策や再配分政策（の拙さ）に由来するものであるにもかかわらず「子どもの福祉」を盾に子どもを家庭から分離する介入措置を強行し、その反面で子どもが「重要な他者」との間で有していたはずの関係性に対して何らの手当ても行わないことは「民主主義の赤字（democratic deficit）」<sup>86)</sup>であるというほかない。このような子どもの養育に関する政策の不作為とそれを追認する形で行われる介入措置の選択は、取りも直さず子どもの「重

84) See, Dorothy E. Roberts, *Is There Justice in Children's Rights?: The Critique of Federal Family Preservation Policy*, 2 U. PA. J. CONST. L. 112, 127 (1999).

85) See, *id.* at 128.

要な関係性」を棄損し、それによって「真正」なアイデンティティの構築を中核とする成長・発達過程の阻害という帰結——アイデンティティへの権利の侵害——をもたらすことになる。

国家の介入が子どもの「苦しみ」を却って増大させてしまう事態を避けるためには、子どもが自らの経験事実<sup>87)</sup>に帰属させる意味の探求を通じて虐待事実の「誤認」の回避を図ることに加えて、さらに虐待（ネグレクト）の防止と子どもの帰属意識（「重要な関係性」）の尊重という2つの要請を両立<sup>88)</sup>しうる問題解決が追求されなければならない。その際に焦点となるのは、子ども虐待への介入の指導理念として位置づけられる「子どもの福祉」や「子どもの利益」の内実である。先述の2つの問題の検討からも明らかであるように、介入の主体である大人（国家）がいかにこれらの理念や立場を標榜しようとも、その内実が「他者」としての子どもの「異なる視点」の否認の下に大人自身の主観によって把握されたものである限り、子どもの「苦しみ」の増大を導く介入措置が彼（彼女）の福祉の名の下に遂行されていくことになる。

それでは、介入を試みる大人はどのようにすれば自己の「主観への囚われ」を免れつつ、「他者」なる子ども<sup>89)</sup>の視点に即した形で「子どもの福祉」や「子どもの利益」を把握することができるのか。こうした実践上の要請に応えるための理論的な枠組みを創造する試みとして注目されるのが、次に検討する「最善の利益」原則の再構成である。

## 5 「他者」なる子どもへの応答

### (1) 「最善の利益」原則の再構成

前節までに採り上げた問題の所在を改めて整理すると、第1に、大人（専門家・国家）は子どもが抱える問題を正しく了知することができる（現に了知している）との想定によって、大人の視点から把握された「子どもに善きもの」<sup>88)</sup>

---

86) Guy Mundlak, *Neither Insiders nor Outsiders: The Contractual Construction of Migrant Workers' Rights and the Democratic Deficit*, IYUNEI MISHPAT, 27 TAU L. REV. 423 (2003); see also, RONEN, *supra* note 12, at 81.

87) See, *id.* at 83-84.

88) *Id.* at 53.

— 不要／不当な介入 — が子どもに対して一方的に押し付けられることであり（「主観への囚われ」の問題）、第2に、大人自身を取り巻く現状（status quo）を維持するために子どもの「苦しみ」が否認され、保護を求める子どもの「異なる声」が遮断されてしまうことであった。そこで、これらの問題の解決を追求する本稿がその基本的視座として位置づけるのが、オーネンによる「最善の利益」原則の再構成の試みである。

「最善の利益」原則とは、国連子ども人権条約が「子どものに関わるすべての活動」（同条約3条1項）に反映されるべき原則として規定するものである。同条約において、この「最善の利益」原則は、養子縁組の認可（同21条）、自由を奪われた子どもを成人から分離するか否か（同37条(c)）、あるいは裁判や決定を親などの立ち会いの下で受けるか否か（同18条1項）といった子どもの法的地位を左右する様々な決定を行う際の判断基準として位置づけられているが、本稿の問題関心に照らしてとりわけ重要なのは、同原則が、子どもを親から分離する必要を決定する場合（同9条1項）や、親との面接交渉権を制限する場合（同条3項）、子どもを家庭環境から引き離す場合（同20条1項）などをはじめ、一般に「国が親子関係・家庭環境に介入する際の判断基準」として機能することが予定されている点である<sup>89)</sup>。

同条約は、この子どもの「最善の利益」原則を宣言する一方で、その具体的な内容については何ら規定しておらず<sup>90)</sup>、ここに子どもの「最善の利益」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<sup>91)</sup>が生起することになる。そこで同条約は、「子どもが権利の全面的主体である」<sup>92)</sup>との観点から「最善の利益」の内実を確定するための手続的権利として、子どもに意見

89) 永井憲一ほか・前掲脚注14)・49-50頁を参照。

90) 「最善の利益」の内容については、子どもの権利条約の中にこれを定義する規定は存在せず、同条約の実施状況を審査する国連子どもの権利委員会においてもいまだその具体的な判断が示されるに至っていない（同前・50頁を参照）。他方、「最善の利益」の内実を子どもの健全な成長発達を可能にする最善の状態と機会を確保することに見出す見解として、斉藤豊治「国連準則と各国の少年司法改革」澤登俊雄『世界諸国の少年法制』（成文堂、1994）353頁。

91) 大江洋・前掲脚注53)・40頁。

92) 永井憲一ほか・前掲脚注14)・50頁。

表明権<sup>93)</sup>(同条約12条)を保障しつつ、大人が表明された子どもの意見を「正当に重視」(同条1項)することを要求している<sup>94)</sup>。しかしながら、別稿<sup>95)</sup>でも重ねて指摘してきたように、意見表明権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で、「最善の利益」原則と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<sup>96)</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>97)</sup>、意見表明権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>98)</sup>。

しかし、子どもの「最善の利益」原則がその最終的判断を大人に委ねる制度であるとしても、そこでの大人の判断が子どもの「異なる視点」を排しつつ一方的に形成されたものである限り、それは「他者」としての子ども存在の属性を大人の視点によって一方的に「了解」することにほかならず、本稿が追究する大人の「応答」のありよう——子どもの「異なる声」を契機とする自己の「理解の刷新」——との径庭は大きい。自己(大人)の主観に囚われた判断が自らを子どもの「苦しみ」の実相から遠ざけ、そうした判断に基づく公的介入が——それが「子

---

93) 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.

94) 意見表明権を子どもの「最善の利益」を確定するため手掛かりを手依拠する手続的権利として位置づける見解として、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6) 書所収・484-485頁、本庄武「成長発達権の内実と少年法61条における推知報道規制の射程」一橋法学10巻3号(2011)108-109頁。See also, Marie-Francoise Lückér-Babel, *The right of the child to express views and to be heard: An attempt to interpret Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child*, 3 INTL CHILD. RTS. 391, 392 (1995); see also, Barbara A. Atwood, *The Child's Voice in Custody Litigation: An Empirical Survey and Suggestions for Reform*, 45 ARIZ. L. REV. 629, 650 (2003).

95) 拙稿・前掲脚注15)・408-410頁、拙稿・前掲脚注21)・124-125頁を参照。

96) See, Lückér-Babel, *supra* note 94, at 393-394.

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

98) See, *id.* at 400.

どもの福祉」や「子どもの利益」をどれほど標榜するものであれ——却って子どもの「苦しみ」を増幅させうるものであることは、既に見たとおりである。「最善の利益」原則が子どもの利益と相反する帰結を正当化する制度へと墮落することを回避するためには、子どもの意見に対する「正当な考慮」による大人の判断の手続的統制の限界を規定する「最善の利益」それ自体の実体的な内実を改めて問い直す必要がある。

本稿が採り上げる、オーネンによる「最善の利益」原則の再構成の試みとは、このような問題意識を背景に、大人による「最善の利益」判断の妥当性の担保を子どもの意見表明とそれに対する大人の「正当な考慮」という手続の履践のみに求める上述の「最善の利益」原則のあり方からの脱却を企図しつつ、同原則を「個人（子ども）の経験の探求とそれに対する十分な応答<sup>99)</sup>の大人への義務付け」というより実体的な内容を——上記の手続的要求にさらに上乘せされた統制原理<sup>100)</sup>として——内包する制度として捉え直そうとするものである。

ここで、「最善の利益」原則に与えられる上記の内容が「より実体的」なものとして位置づけられるのは、大人は「個人（子ども）の経験の探求とそれに対する十分な応答」を実践することによってはじめて「〈他者〉なる子ども」の「苦しみ」の実相に近接することができ、それによって彼（彼女）が必要とする保護の内容（固有のニーズ）を的確に把握することが期待されるためである。それでは、この「最善の利益」原則に付加される新たな実体的内容は、果たしてどのような道筋を経て大人による妥当な考慮や判断へと結実しうるのであるのか。オーネンによれば、「法的事実 (legal truth)」と「子どもの主観的事実 (the child's truth)」の2つの事実を区別することが、上記のように再構成された「最善の利益」原則を実践するための出発点となる<sup>101)</sup>。

前者の「法的事実」とは、ある法制度に含まれる法律効果を発動するために充足することが必要な要件に該当する具体的事実であり、所定の法的手続を経て収

99) RONEN, *supra* note 12, at 53. 括弧内は筆者による。

100) この統制原理は、子どもの意見に対する「正当な考慮」と「最善の利益」判断の双方の場面において、大人が「個人（子ども）の経験の探求とそれに対する十分な応答」の責任を果たすことを要求するものである。

101) *See, id.* at 53-54.

集され、認定されるものである。注意しなければならないことは、1つの事案の中でこの「法的事実」に該当する事実として認定の対象となるのは単一性をもつ唯一絶対の真実ではなく、その内実は個々の当事者の「視点」ごとに多面的に捉えられ、構成されうるものであるということである。しかし、先にも触れたように<sup>102)</sup>、ひとたび法の適用者により「法的事実」として認定された事実は、それが自己の「固有の視点」に基づき「選択」され「意味づけ」られた主観的な事実(の1つ)であるにもかかわらず、法規範が導く必然的帰結として説明され、正当化されていく危険性をはらんでいる。このような法適用のありようは、畢竟、法適用者がその専門性や客観性を標榜する陰で、自己の選好に適合する帰結(法効果)に結びつく事実の後付け的な収集に終始するものである。

そこで重要な意味をもつのが、後者の「子どもの主観的事実」である。大人の視点に基づき一方的に了解された事実——それも1つの主観的事実である——ではなく、子どもが自らの経験事実に対して意味づけを与えることで構成されるこの事実は、大人による「法的事実」の押し付けに対抗しつつ、子どもが抱える「苦しみ」に応える問題解決を導くための唯一の拠り所となるものである。とはいえ、こうした解決を実現するためには、「子どもの主観的事実」が子どもの内心にとどめられず、外部への表出を経て法適用の基礎とならなければならない。そこで、果たしてどのようにすればこの「子どもの主観的事実」を法的効果に結びつく「法的事実」として構成することができるのかが問われることになる。

この問題に応える上で求められるのは、法適用者が望む法効果(法的帰結)を規定する規範から問題となる事実(法的に重要な事実)を規定していく演繹的判断ではなく、「子どもの主観的事実」から子どもの「苦しみ」の実相に接近し、それを踏まえて彼(彼女)が必要とする保護を実現することのできる規範(法制度)を模索するという帰納的判断である<sup>103)</sup>。上述のように、こうした帰納的判断の第一歩となるのは子どもが自らの「主観的事実」を外部に表出することであり、それは取りも直さず意見表明権の行使を通じて実現される営みである。しかし、従来の解釈によれば、手続的権利とされる意見表明権の効力はあくまで意見

---

102) 本稿Ⅲ2を参照。

表明の機会と当該意見に対する「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をも排し得ないものであることは、既に見たとおりである。意見表明権がこうした大人の視点が結論を支配する制度であろうとする限り、それが「子どもの主観的事実」を起点とする帰納的判断の契機となりえないことは明らかであろう。

そこで必要となるのが、前述のように再構成された「最善の利益」原則に基づく意見表明権の再理解である。子どもによる意見表明権の行使が上述のような帰納的判断と結びつくためには、その目的は単に子どもに意見表明の自由を承認することでも<sup>104)</sup>、表明された意見を大人の視点から一方的に「考慮」し、それによって子どものニーズを「了解」することでもなく、子どもの意見表明を契機とする自己の変容、すなわち「他者」から生起する自己の「理解の刷新」こそに求められなければならない。したがって、既述のとおり再構成された「最善の利益」原則の下では、子どもの意見表明を端緒とする対話的關係性を通じた「子どもの主観的事実」の探求とともに、大人自身の既存の理解の枠組みの内省と視点の変革を生起させることが、意見表明権の保障の本来的な趣旨であると解釈されるべきことになる。

## (2) 応答の実践としてのブラウン判決

「最善の利益」原則や意見表明権に対するこのような理解の仕方は、現実の法の運用の姿からあまりに乖離したものであるように思われるかもしれない。しかし、既存の判決の中には、子どもの「苦しみ」の実相に迫りこれに対する「応

103) 後藤昭「法科大学院と刑事訴訟法学」一橋法学 13 卷 2 号 495 頁以下 (2014) 501-504 頁は、法律家が当事者のニーズから遊離した「観念的な議論」ではなく「現実に即した見方」に適合する法的帰結を導く上で「『事実の中から法を発見すること』の重要性を指摘する。この後藤の指摘は訴訟当事者との直接的な交渉に携わる当事者法曹（とりわけ被告人の意思や利益に寄り添うことを職務とする刑事弁護人）に向けられたものであるが、その基本的発想は本稿の問題関心とも通底するものであると思われる。

104) 意見表明権を子ども解放論の立場から解釈する見解につき、二宮周平「家族法と子どもの意見表明権 子ども権利条約の視点から」立命館法学 256 号 (1997) 1390 頁 (178 頁) 以下等を参照。

答」を示したと解されるものが存在する。米国の憲政史上最も重要な連邦最高裁判決と評される一方で<sup>105)</sup>、司法の自己抑制論からの批判を中心に今なお活発な論争を喚起し続けるブラウン対教育委員会事件判決<sup>106)</sup>(以下「ブラウン判決」という)がそれである。

周知のとおり、ブラウン判決は、先例のプレッシー対ファーガソン事件判決<sup>107)</sup>(以下「プレッシー判決」という)が合衆国憲法の平等保護条項(修正14条)の解釈として打ち立てた「分離すれども平等(separate but equal)」の法理を覆した上で<sup>108)</sup>、公立学校における人種別学(segregation)それ自体が平等保護条項に違反すると判示したものである。ブラウン判決以前においても、公立学校の人種別学の違憲性が問われた裁判所は、「分離すれども平等」とされる黒人のための公教育が、実際には白人のそれに比べて施設等の点で劣後するものであることを認定する判決を積み重ねてきていた。しかし、これらの先例の判断は施設等の外形的な条件が等しい事案には妥当しないという論理的な限界を内包するものである<sup>109)</sup>。そこでブラウン判決は、たとえ目に見える施設等に関しては平等が実現している場合であっても人種別学がなお黒人の子どもたちに深刻な心理的悪影響——劣等感とそれに基づく学修意欲の低下——を及ぼすことを示唆する「社会科学的証拠」<sup>110)</sup>に依拠しつつ、人種的に分離された公教育それ自体が差別的なものであることを認定することで、プレッシー判決の法理を——少なくとも公教育の場面に関する限りにおいて——覆す判断を行った。

---

105) モートン・J・ホーウィッツ [樋口範雄訳]「現代アメリカ法の歴史」(弘文堂、1996) 330頁を参照。

106) *Oliver Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al.*, 347 U.S. 483 (1954).

107) *Homer A. Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

108) もっとも、同判決は後述のような教育現場における心理的影響等に基づき分離教育それ自体を違憲と判断したものであり、その射程は人種別離政策一般に及ぶものではない。しかし、その後の一連の連邦最高裁判決 (E.g., *Mayor of Baltimore v. Dawson*, 350 U.S. 877 (1955); *Holmes v. City of Atlanta*, 350 U.S. 879 (1955); *Gayle v. Browder*, 352 U.S. 903 (1956); *New Orleans City Park Improvement Association v. Detiege*, 358 U.S. 54 (1958)) は、ブラウン判決の趣旨を受けつつ様々な領域において人種別離それ自体を違憲とする判断を行っている(樋口範雄『アメリカ憲法』(弘文堂、2011) 450-451頁を参照)。

109) その意味において、これらの判決はプレッシー判決の「分離すれども平等」法理を拒絶するものではなく、むしろこれを所与の前提としながらその例外的事象を模索するものであるに過ぎない。

このようにして、連邦最高裁がブラウン判決の論理を構成する上でその中核的な役割を与えられたのが、心理学的知見に基づく一連の「社会科学的証拠」である。連邦最高裁は、プレッシー判決の出現から50年余りを経てようやく人種別学の差別性を裏付ける「社会科学的証拠」に遭遇し、これによって「分離すれども平等」の法理を覆すことに奏功した——これが、その文面から読み取ることのできるブラウン判決のストーリーである。

しかし、連邦最高裁がブラウン判決の判断に到達するまでに50年以上の歳月を要したのは、決してその裏付けとなる「社会科学的証拠」の発見にそれだけの時間を要したためではない。なぜなら、確かにブラウン判決が上記の「社会科学的証拠」として脚注11で引用する文献は最も古いものでも1944年に出版されたミュルダールの著書<sup>111)</sup>であるが、同事件の審理を担当した連邦最高裁の判事らは、実際にはプレッシー判決の当時から「黒人のための教育がほとんど存在せず、事実上すべての黒人が文盲であった」ことを認めていたからである<sup>112)</sup>。このことは取りも直さず、連邦最高裁が人種別学の差別性を認識していながら、なおもプレッシー判決の「分離すれども平等」法理を堅持してきたことを物語るものである。

それでは、プレッシー判決の論理に長らく固執してきた連邦最高裁が——とりわけ人種統合に反対する南部社会からの強い反発が予想される中で——これを放棄した理由とは何か。一般に、ブラウン判決は、民主主義を旗頭とする伝統的な司法の自己抑制論<sup>113)</sup>と、ハーラン・F・ストーン判事がカロリーヌ・プロダクツ判決<sup>114)</sup>の脚注4 (Footnote 4)において打ち出した新たな「司法積極主義 (judicial activism)」との対立構造の中で、アール・ウォーレン長官率いる連邦

110) 棚瀬孝雄『訴訟動員と司法参加——市民の法主体性と司法の正統性』(有斐閣、2003) 226頁以下。ここでの「社会科学的証拠」とは、Brown判決の脚注11 (Footnote 11)で引用される心理学者ケネス・クラークの「人形研究」以下7編の社会科学上の研究文献を指す。

111) MYRDAL, AN AMERICAN DILEMMA: THE NEGRO PROBLEM AND MODERN DEMOCRACY (Harper & Brothers, 1944).

112) See, Barbara J. Lobe, *Brown Plus 50 Counter-Storytelling: A Critical Race Theory Analysis of the "Majoritarian Achievement Gap" Story*, 37 EQUITY & EXCELLENCE IN EDUCATION 227 (2004).

最高裁（ウォーレン・コート）が後者の立場に立つことを宣言するために打ち出された鎗矢的な判決として説明されることが多い<sup>115)</sup>。いうまでもなく、この新たな「司法積極主義」とは、経済的自由を制約する立法に対しては司法の自己抑制を働かせる一方で、市民的（精神的）自由を制約する立法に対しては厳格な司法審査を適用する裁判所の態度を指すものである。これに対してオーネンは、このようなイデオロギー的観点からではなく、事件に現れた子どもが抱える「苦しみ」とこれに対する裁判所の対応のありようを正面から追究する見地に立ちつつ、ブラウン判決に表象される「司法積極主義」に次の2つの含意を独自に見出すことで、同判決に新たな意味付けを与えている。

1つ目の含意は、〈司法積極主義としての「応答」〉である。これは、ブラウン判決を、確立した「分離すれども平等」法理に基づいて原告側の請求（＝黒人の生徒たちの白人学校への入学許可）を棄却することが容易く、自然でもある中で<sup>116)</sup>、平等保護条項の意味の再解釈という形をとりながら、人種別離政策によって最も害されてきた集団であるアフリカ系アメリカ人の子どもたちの経験事実「応答」することを敢えて選択する判断を行ったものとして捉えたときに、同判決から引き出されうる含意である<sup>117)</sup>。上述のように、ブラウン判決以前の連邦最高裁判決の傾向は、「分離すれども平等」の法理の妥当性を所与のものとして承認しつつ、もっぱら黒人学校と白人学校の間での施設等の質の格差に焦点を当てるものであった。しかし、判決が参照する「社会科学的証拠」にも現れているように、黒人の子どもたちが抱える「苦しみ」はこうした表層的な問題に解消されうるものではない。この点、施設や教育内容の不平等ではなく、公立学校を人

---

113) その起源となる文献として、James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129 (1893)。セイヤーの司法の自己抑制論については、阪口正二郎「セイヤーの司法の自己抑制論再考」聖学院大学総合研究所紀要51号13頁以下(2012)を参照。

114) *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938)。

115) モートン・J・ホーウィッツ・前掲脚注105)・329-330頁を参照。

116) 実際に連邦地方裁判所は、被告（カンザス州トピカ市教育委員会）の運営する黒人用の公立学校と白人用の公立学校が、それぞれの設備やカリキュラム、教員の質の点において「平等」であることを理由に原告側の請求を棄却している。

117) *See*, RONEN, *supra* note 12, at 77.

種によって分離すること自体の不当性とその是正を求める子どもたちの訴えを正面から認めたブラウン判決は、まさに黒人の子どもたちが抱える「苦しみ」の実相——人種別学が彼(彼女)らに与える劣等感——に接近し、それに「応答」しようとするものである。裁判所による〈子どもの「異なる声」<sup>118)</sup>を通じた経験事実の探求〉の営みを、そこに見出すことができよう。

2つ目の含意は、〈判決の「表現的効果 (expressive effect)」による社会規範の変容〉である。上述のとおり、ブラウン判決が行った判断は、平等保護条項の解釈を変更することでアフリカ系アメリカ人の子どもたちが歴史的に置かれてきた社会的地位の変動をもたらす高度に創造的なものであるにもかかわらず、その決定は連邦最高裁を構成する9人の裁判官の全員一致によるものであった。とはいえ、これらの裁判官の全員が当初から判決内容を支持していたわけではない。ブラウン判決の背後には意見を異にする同僚裁判官への粘り強い説得というウォーレンの尽力が存在していたのであり<sup>119)</sup>、その意味において、全裁判官の一致という結果は、まさにこのウォーレンの働きかけによって意図的に作出されたものである。

先にも触れたように、この全裁判官の一致に向けたウォーレンの尽力は、伝統的な司法の自己抑制論と新たな「司法積極主義」との対立の文脈の下で、連邦最高裁を悪評の高い旧来のロックナー・コートのレッセ・フェール主義から脱却させつつ後者の立場に導くという、ある種の政治的な思惑を背景とするものであることは確かである。ブラウン判決が一部の裁判官の反対意見を乗り越えて全裁判官の一致によって決定されたことは、公立学校の人種統合に対する南部の人種分

118) ブラウン事件の原告らはカンザス州をはじめとする5州の小学校に通う黒人の子どもたちの親であり、事件名の由来となった原告の1人であるオリバー・ブラウンの娘リンダ・ブラウン自身は訴訟の原告ではなく、彼女が証人として法廷で直接証言を行った事実もない。しかし、リンダは訴訟の支援団体であるNAACP(全国黒人地位向上協会)が主催する会合に父親とともに参加し、そこで表明された彼女の心情は法廷でのオリバーらの証言や代理人の弁論を通じて裁判所に伝達されている。See, RICHARD KLUGER, SIMPLE JUSTICE: THE HISTORY OF BROWN V. BOARD OF EDUCATION BLACK AMERICA'S ST (Vintage, 2004) at 397ff.

119) 安部圭介「公立学校における人種別学制度の違憲性」樋口範雄ほか『アメリカ法判例百選』(有斐閣、2012) 81頁を参照。

離主義者の「巨大な抵抗 (massive resistance)」<sup>120)</sup>にもかかわらず、法解釈としての客観的な妥当性——「分離すれども平等」法理の誤謬性——を人びとに強く訴えかける「疑似客観的メッセージ (pseud-objective message)」<sup>121)</sup>となり、上述のウォーレンの目論見を成功に導くための原動力としての役割を果たしている。しかし、ブラウン判決の執筆を行ったウォーレンにどのような思惑があったにせよ、それに含まれる「メッセージ」の効果は、上述のような政治的意図を超えた領域にまで及びうるものである。すなわち、米国の公法学者キャス・サンステインによれば、裁判所、とりわけ連邦最高裁が行う判決は、その文面に含まれる「表現的特質 (expressive traits)」(=メッセージ性)によって社会規範の変動を生起させる「表現的效果 (expressive effect)」を生起しうるところ<sup>122)</sup>、ブラウン判決が発信する全裁判官の一致という「疑似客観的メッセージ」は、その「表現的效果」によって、上述のように高度に創造的な同判決の内容(アフリカ系アメリカ人の子どもたちの法的地位の変動をもたらす平等保護条項の解釈の変更)の〈社会規範への統合〉と、それを通じた〈人びとによる受容〉をも——その完全な定着までには相応の時間を要しながらも——果たし得たのである<sup>123)</sup>。

上述のように、ブラウン判決は事件の当事者である子どもたちの「苦しみ」の実相——設備やカリキュラム等の質の差異が問題なのではなく、人種による分離それ自体が彼(彼女)らに劣等感を植え付けていること——に接近するものであり、その背景には子どもたちの「異なる声」に耳を傾け、彼(彼女)らの経験事実を探求する裁判官たちの姿が存在した。しかし、「分離すれども平等」の法理が平等保護条項の解釈として長らく公定され、分離主義とそれに基づく慣行が深く根付いた社会において、これを覆す解釈とそれに適合する新たな慣行とを人びとの間に確立するためには、少数の裁判官が子どもたちの「苦しみ」の実相に近接することのみでは不十分である。ミノウが指摘するように、こうした企てを実現するためには、何よりも「マジョリティ自身がマイノリティのメンバーと権力

120) モートン・J・ホーウィッツ・前掲脚注105)・330頁。

121) RONEN, *supra* note 12, at 59.

122) See, Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. PA. L. REV. 2021 (1996).

123) See, RONEN, *supra* note 12, at 58-59.

を共有し、彼らを社会の平等な参加者として受け入れ、彼らが集団的に経験してきた伝来的な不利な状況を個々人の欠点に由来するものとする衝動に抗うこと<sup>124)</sup>が必要となる。問題の所在を黒人たちの側に求めるのではなく、彼(彼女)らを社会の主要な枠組みから排除し、それを当然視してきた自ら(白人)の側へと転換させること——とりわけ発足当初は保守派と目されていたウォーレンの率いる連邦最高裁が、イデオロギーの違いを乗り越え全員一致でブレッシー判決の解釈を退けつつ人種統合の推進の旗を掲げたことは、こうした視点の転換を生起させるための不可欠の契機となった<sup>125)</sup>。ブラウン判決はこのようにして、自ら当事者の「苦しみ」の実相に接近するばかりでなく、それに応えるための保護の内容として、アフリカ系アメリカ人の子どもたちに対する集団的な「応答」——政治的多数者としての大人(白人)の視点の内省・変革——をも生起させた判決として評価することができる<sup>126)</sup>。

## 6 アイデンティティへの権利の意義

以上のように、オーネンにより再構成された「最善の利益」原則とそれに基づく意見表明権の再理解とは決して机上の理念にとどまるものではなく、法適用のプロセスを通じて実践することが可能なものである。このことを確認した上で、次に、こうした「応答」の実践の実定法上の位置づけ(根拠)と、筆者がこれまでに扱ってきたアイデンティティへの権利との論理的な関係性を考察しておく。

124) MINOW, *supra* note 8, at 25. 傍点は筆者による。

125) ブラウン判決の文面が南部への非難を抑制しつつ一般人にも理解しやすい簡明な文体で執筆されていること、そして判決の原文が各種の新聞紙面において広く報道されたことも、同判決の「表現的效果」に大きく寄与している。

126) 既述のように、本稿が扱う「応答」概念の中核的な内容は、「他者」が発する「異なる声」という「新たなもの」の「思惟の内への招き入れ」を契機とする自己の「理解の刷新」にある。本文で言及した白人社会の人びとは訴訟の過程の中で事件の当事者である子どもたちの「異なる声」に自ら接した訳ではないが、彼(彼女)らの「苦しみ」の実相を摘示する判決文を通じて(いわば)間接的に彼(彼女)らの「異なる声」を「思惟の内へ招き入れ」、自己の「理解の刷新」を生起させることによって、彼(彼女)らに対する「応答」を果たしたことになる。このようにして子どもたちの「異なる声」を訴訟外の人々に広く伝達し、彼(彼女)らをその受容に導いたことが、ブラウン判決が惹起した「表現的效果」の内実である。

先にも述べたように、子どもが抱える「苦しみ」に応える問題解決を導くための唯一の拠り所となるものが「子どもの主観的事実」であり、この「子どもの主観的事実」から子どもの「苦しみ」の実相に接近し、それを踏まえて彼（彼女）が必要とする保護の内容を模索する帰納的判断の第一歩となるのが、子どもが自らの「主観的事実」を外部に表出するための意見表明権の行使である。しかし、ここで留意を要することは、子どもが意見表明権を行使して行った言明の内容それ自体が彼（彼女）の「最善の利益」の内実を構成する訳ではない、ということである。改めて指摘するまでもなく、子どもの行う言明にはしばしば不合理な事柄が含まれうるため、子どもの言明の内容をそのまま実現することが却って彼（彼女）の利益を損ないうることは明らかである。「子どもの主観的事実」から出発して子どもの「苦しみ」の実相へ接近していく帰納的判断とは、このように子どもの言明を無批判に受容することではなく、子どもの言明を契機として生起する対話的な関係性において大人と子どもの両者が共同主観的（intersubjectively）に子どもの「苦しみ」を探求することを意味し、こうして接近された子どもの「苦しみ」の実相を踏まえつつ大人が模索すべき保護の内容こそが子どもの「最善の利益」を構成する<sup>127)</sup>。子どもの「最善の利益」の最終的な判断を行う主体が大人であることは確かであるとしても<sup>128)</sup>、この権限が正当に行使されうるのは、判断の前提となる子どもの「苦しみ」の実相が子どもとの対話的關係性を通じて誠実に探求される限りにおいてのことであり、その射程は子どもの「苦しみ」それ自体までには及び得ない。

子どもの「最善の利益」の判断を巡る上述のような大人の役割を示唆する実定法上の規定としては、子どもの権利条約5条が挙げられる。同条は子どもが自らの「権利を行使するに当たり、父母若しくは……子どもについて法的に責任を有する他の者が子どもの発達しつつある能力に適合する方法で適当な助言及び指導を与える責任、権利および義務」を規定しているところ、その趣旨は、「子どもの権利行使主体性を認め、子どもが権利行使することを前提に、それを支援する

---

127) 専門家の専門知が発揮されるべきなのは、まさにこの保護内容の模索の場面においてである。

128) See, Lücker-Babel, *supra* note 94, at 393-394.

親（等）のあり方を示<sup>129)</sup>す一方で、「親（等）の教育権の……質的向上をはかることで、親（等）の教育権さらには親（等）の権利の適切かつ効果的な行使を可能にしようとする<sup>130)</sup>点にあると解されていることから、同条は子どもの自由な（＝他者の介入を排した）意見表明や手続参加を保障する同条約 12 条と緊張関係に立つことになる。

ここで重要なのは、同条約 5 条が規定する責任および権利の内容そのものではなく、とりわけ「子どもの権利行使主体性」や「子どもの解放」を標榜する子どもの権利条約が上述のような大人（親等）の責任と権利を規定していることの意味である。既述のとおり、意見表明権についてはこれを子どもの「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る見解が有力であり、この意見表明権の保障を契機に子どもは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<sup>131)</sup>としての地位を獲得する。しかし、同条約 5 条が上記の大人の責任と権利とを承認している以上、その地位は「親（等）の干渉……の下での権利行使主体性」にとどまり、子どもの主体性を承認する意見表明権も「親（等）の干渉を排除する最終的な決定権」とはなりえない<sup>132)</sup>。意見表明権と同条の規定内容との間のこうした緊張関係から読み取ることができるのは、子どもの「最善の利益」が子どもの意見と大人の意思のいずれか一方によって単独的に決められるべきものではなく、両者が構築する対話的な関係性の中で共同主観的に探求されるべきものであることに関する条約自身の想定<sup>133)</sup>の存在である。「他者」としての子どもの「異なる声」に応答し、彼（彼女）の「最善の利益」を発見することの困難さとそのプロセスの複雑さ——上記の緊張関係の存在は、条約上の規定におけるこれらの投影である。このような理解に立つ限り、大人が子どもの「最善の利益」の最終的な判断主体となることは、この複雑かつ

129) 永井憲一ほか・前掲脚注 14)・63 頁。括弧内は筆者による。

130) 同前・65 頁。

131) 福田雅章・前掲脚注 94)・484 頁。

132) 同前・481 頁。括弧内は筆者による。

133) See, RONEN, *supra* note 12, at 16-17. この場合における子どもの権利行使に対する大人（親等）の「助言」・「指導」とは、意見表明権の行使として行われる子どもの発話行為（発話内容）を踏まえつつ、これに対する適切な返答や助言を行うことを通じて、子どもとともに彼（彼女）の「苦しみ」の内実を探求する営みとして把握されることになる。

困難なプロセスを経ることではじめて正当化される二次的な帰結に過ぎないことになる。

I章において言及した「子どものアイデンティティへの権利 (the children's right to identity)」という発想は、子どもの「最善の利益」を巡る対話——子どもの意見表明と大人の「応答」——の中での上述のような子どもの役割(主体性)を、子どもの「真正」なアイデンティティの保護という特定の問題領域においてより一層推し進めたものと考えることができる。既述のように、子どものアイデンティティへの権利とは、子どもが人種や文化、宗教、言語などの生来の属性との結びつきを回復することを保障する国連子どもの権利条約8条の権利を「本質主義」的アイデンティティ観に立脚するものとして批判しつつ、子ども自身が「重要な他者」と認識する相手方と対話的な関係性を形成し、その中で生起する「対話」や「闘争」を通じて「真正」なアイデンティティを主体的に構築していくプロセスを保障する権利として再定義された、子どもに固有の権利である。別稿<sup>134)</sup>においても重ねて述べてきたように、アイデンティティへの権利はこの所期の目的を果たすため、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」<sup>135)</sup>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は彼(彼女)の利益に反すると思われるようとも貫徹されることを要求する。このことを子どもの権利条約が予定する上述の判断構造の中にあてはめていえば、アイデンティティへの権利とは、同条約5条の要請と12条の要請との衡量における後者のウェイトを高め、「重要な他者」に関する子どもの意見——その「異なる声」を手掛かりとして共同主観的に探求された子どもの「希望や心情 (wishes and feelings)」<sup>136)</sup>——を大人の「最善の利益」判断に優越させる意味をもつことになる<sup>137)</sup>。手続的権利である意見表明権に対して、アイデンティティへの権利がこ

134) 拙稿・前掲脚注15)・437頁以下、拙稿・前掲脚注21)・123頁以下を参照。

135) See, Ronen, *supra* note 15, at 173.

136) *Id.* at 153.

137) RONEN, *supra* note 12, at 17-18.

れを補完する実体的権利として定位されうる<sup>138)</sup>のは、このような意味においてのことである。

## 7 「応答」概念からの示唆

### — 「アイデンティティの変容可能性」の前提となる関係性

以上のとおり、本章ではオーネンにより再構成された「最善の利益」原則を手掛かりとして、「他者」としての子どもに対する大人の「応答」の内実とそれに伴う問題を検討してきたが、最後に本章の締めくくりとして、この「応答」の概念と筆者が別稿で言及しているアイデンティティの変容を巡る議論<sup>139)</sup>との関係性につき若干の考察を加えておきたい。

繰り返して述べてきたように、本稿で論じてきた「応答」概念の中核的な意義は、自己との「絶対的差異」である「他者」の発する「異なる声」——既存の自己の世界の枠組みを揺るがしその妥当性を問い直す「新たなるもの」——の「思惟の内への招き入れ」を契機とする自己の「理解の刷新」に求められる。したがって、「応答」とは「他者」のために自己が行う営みであるというより、「他者」から自己にもたらされる結果である。自己が「他者」に対して「応答」したとき、そこに存在するのは既存の理解の枠組みの内に「他者」を包摂しようとするかつての自己ではなく、「他者」から獲得された新たな視点に基づき「これまで理解してきたとは異なる仕方<sup>140)</sup>で他人の発話内容を理解する」ことのできる新たな自己である。先に考察したように、長らく自明視されていた平等保護条項の解釈を覆し、人種別学の違憲性を高らかに宣言したブラウン判決の眼目は、政治的多数者である白人の視点から黒人の置かれた状況を了解し、その不利益を解消するための方策を彼（彼女）らに与えることではなく、当事者が訴訟を通じて発した「異なる声」を契機として、肌の色の違い（“colored”=有色の）という自ら定義した差異を基準に彼（彼女）らを社会の主要な枠組みから排除し、それを当然視してきた自己の視点の内省と変革を生起させた点にこそ見出されるべきものであった。

138) 拙稿・前掲脚注15)・445頁、拙稿・前掲脚注21)・128頁を参照。

139) 拙稿・前掲脚注15)・447-448頁を参照。

140) 小手川正二郎・前掲脚注34)・33頁。

こうした「応答」のありようから想起されるのは、政治哲学者のチャールズ・テイラー (Charles Taylor) が「承認の政治 (The Politics of Recognition)」論文<sup>141)</sup>において「地平の融合 (fusion of horizons)」<sup>142)</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を巡る議論である。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>143)</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>144)</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」と同様の変化が個人の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

---

141) CHARLES TAYLOR, *The Politics of recognition*, AMY GUTMANN (ed), MULTICULTURALISM: EXAMINING THE POLITICS OF RECOGNITION (Princeton Univ. Pr., 1994) at 25.

142) *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。

143) *Id.*

144) *See, id.*

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>145)</sup>。

筆者が別稿においてアイデンティティの変容論を採り上げたことの背景には、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、公益のために異なる善を信奉する他者とも協働しうる個人であるという〈憲法が想定する個人〉であるためには、「真正な自己」といいうるアイデンティティの確立を通じて人生における希望や目標を自ら設定し、主体的にこれ——自己に固有の人生——を生きることのできる自律的な個人であることに加えて、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」や「闘争」を契機に既存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しうる能力（＝アイデンティティの変容可能性）を備えることが不可欠であるとの認識が存在している<sup>146)</sup>。

問題は、こうしたアイデンティティの変容が生起するために前提となるはずの自己と他者との間の関係性である。他者を自己の理解の枠組みの内部に包摂しようとする態度をとり続ける限り両者の間に上述のような「地平の融合」が生起しえないことは、本稿のこれまでの検討からも明らかであろう。他者との「対話」や「闘争」が、「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」

145) *Id.* at 33-34.

146) 詳細につき、拙稿・前掲脚注15)・393-395頁および447-448頁を参照。

られる「地平の融合」の契機となりうるためには、少なくとも他者を「十分に異質な」存在として認識し、そうした他性を有する「他者」が発する「異なる声」に耳を傾ける自己の存在が不可欠である。

異なる価値を奉じる他者との共存や協働を可能にするアイデンティティの変容とは、こうした他者との倫理的な関係性<sup>147)</sup>の中でのみ生起する、自己の理解の枠組みの問い直し（「理解の刷新」）にほかならない。他者が自己と同じく尊厳を有する平等な存在であることの承認は、——逆説的にも——他者が「絶対的差異」として立ち現れ、その他性を保持し続けることではじめてなしうる営みである<sup>148)</sup>。他者の「苦しみ」の「声」を契機に公共社会を切り開くブラウン判決は、この自己変容の1つの形である。

#### IV 補論——「子どもの主観的事実」がもつ意味の限界

本稿の主題である、「他者」としての子どもに対する大人の「理解の刷新」を導く「応答」の意義は以上に論じたとおりである。ここでは、補足的な問題として、この「応答」の概念が「子どもの主観的事実」の探求を要請し、とりわけ「重要な他者」に関わる子どもの認識が「最善の利益」に関する大人の判断を拘束するとしても、その拘束力はいかなる場合においても妥当しうるのか、という問題を検討する。具体的には、アイデンティティへの権利に基づく「子どもの主観的事実」の拘束力は、それを貫徹することが子どもの生命権や身体的自由（以下「基本的権利」という）の侵害を伴う場合にも及びうるものであるのかを、後述の2つの事例——男児の宗教的割礼および親子間の「役割交代」に伴う性的虐待——を素材として考察する。

---

147) 本稿Ⅱ1(2)を参照。

148) この意味において、自己と「他者」との間の倫理的な関係性の中で生起するものとしての「応答」の概念は、権利の淵源を各人の自律性ではなく自他の相互承認に求める「関係性としての権利」の発想（See, MINOW, *supra* note 8, at 300.）の論理的前提をなすものであると考えられる（権利の相互承認の前提となる自他の関係性＝倫理的関係性）。ミノウの「関係性としての権利」論については、大江洋・前掲脚注4）・121頁以下を参照。

## 1 前提問題——権利間の価値序列

この問題を検討する上ではじめに確認しておく必要があるのは、子どものアイデンティティへの権利と基本的権利の間の価値序列の問題である。

別稿でも述べているように<sup>149)</sup>、アイデンティティへの権利は子どもが〈憲法が想定する「個人」〉へと成長・発達するために不可欠となる権利である。他方、生命権や身体の自由は子どものあらゆる権利の享有と行使の淵源となるものであり<sup>150)</sup>、その保障は上述の成長・発達やその過程における「真正」なアイデンティティの構築の論理的な前提となる<sup>151)</sup>。したがって、この生命権および身体の自由の基底性を踏まえる限り、これらとアイデンティティへの権利との価値序列としては後者が前者に劣後すること自体は否定しえない。

とはいえ、憲法上の権利がもつ重みとは事案の性質に応じて変動しうるものである<sup>152)</sup>。以下では、上述の2つの事例<sup>153)</sup>の中でそれぞれの権利がもたらす重みを分析しつつ、「子どもの主観的事実」がもつ意味の限界を考察する。

## 2 事例①——宗教上の通過儀礼としての男児割礼

はじめに、イスラム教やユダヤ教を信仰する人びとの間で、その信仰の一環として行われる男児の宗教的割礼を採り上げる。男児割礼とは、これらの宗教の教義に基づく通過儀礼として、生後8日前後(ユダヤ教)から12歳頃(イスラム

149) 拙稿・前掲脚注15)・447-448頁を参照。

150) 生命権の価値が個人の尊重原理(自律の価値)にも優越する価値(基底性)を有することを明確に承認する論考として、山内敏弘「生命権と死刑制度」一橋法学1巻1号(2002)41-42頁。二重の基準論において、いわゆる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の価値もまた、あらゆる権利の享有・行使の淵源となる生命・身体の自由の価値に劣後することを指摘するものとして、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)。

151) See, John Eekelaar, *The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism*, 8 INTL J. L. & FAM. 42, 53 (1994).

152) 憲法上の権利条項は「抽象的な原理」を定めるものであり、「ある原理がどのような法的結論を最終的に導くかは、個別の事件の具体的な事情と照らし合わせてはじめて判明する」(長谷部恭男『憲法〔第6版〕』(新世社、2014)128頁)。

153) 2つの事例が問題のすべてを包摂するものでないことは確かである。しかし、それぞれの考察から導かれる(後述の)帰結は他の様々な事例にも広く妥当しうるものであると思われる。

教)の男児の性器の一部を切除する行為を指す。この男児割礼が冒頭で提起した問題に関わりうるのは、それが当該宗教への帰依や帰属性を対外的に表明する行為である点で彼の「重要な関係性」——子どもが自分自身のものであると感じられ、彼が何者であるかについて明白な理解を可能にし、彼の人生に意味を与える助けとなる関係性<sup>154)</sup>——と密接な関わりを有する一方で、その遂行過程が取りも直さず彼の身体への侵襲——時に生命への危険——を伴うためである。

男児割礼については、それが感染症をはじめとする疾病の防止に資するものであるとして、その衛生的・医学的な有用性が指摘されることもある。しかし、欧州評議会議員会議(PACE)は、決議1952号(2013)において「子どもの身体的統合への権利(Children's Right to Physical Integrity)」を宣言しつつ、「子どもの利益」のためと称しながら同権利が侵害される事例の1つとして、男児割礼に対する「特別な懸念(particularly worried)」を表明している<sup>155)</sup>。また、この欧州評議会の決議と前後する形で、ドイツにおいてはケルンの裁判所が男児の宗教的割礼が刑法上の傷害罪に該当するとの判断を打ち出し、さらに連邦議会において割礼が法的に許容されるための要件を厳格に規定する立法が採択されるに至っている<sup>156)</sup>。

このような男児割礼の規制あるいは違法化に向けた欧州の動向に対しては、割礼を支持する文化的マイノリティの立場から様々な反対論が寄せられている。代表的な論者の一人であるイスラエルの家族法学者オーナ・シューツ(Rhona Schuz)によれば、その論旨は次の2つの点に集約される。

1つ目は、男児に割礼を施す親の利益に着目するものである。この議論によれば、親が実子に対して割礼を行う場合、それは子どもを自己の信仰に従って養育するという親の信教の自由に基づく行為であるため、この親の決定に対する介入

---

154) See, Wilson S., *supra* note 17, at 281; Ronen, *supra* note 15, at 154.

155) See, PACE, Children's right to physical integrity, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=20174&lang=en> (accessed June 5, 2017).

156) 男児の宗教的割礼の障害該当性に関するケルンの裁判所の解釈とこれを受けたドイツ議会の対応につき、伊達聖伸「欧州評議会と承認のライシテ——報告書「民主的な社会における信教の自由と共生」を糸口として」上智大学外国語学部紀要51号197頁以下(2017)206頁を参照。

が正当化されるのは、それにより子どもに「明白かつ重大な害悪 (clear-cut significant harm)」が生起することが認められる場合に限られる。しかし、男児割礼は上述のようなさまざまな疾病予防に寄与するものである一方で、その有害性はいまだ証明されていない<sup>157)</sup>。

今1つの議論は、割礼の受け手である子どもの利益に着目するものである。既述のように、子どもの「最善の利益」を判断するに当たっては、意見表明権の行使を通じて表明された子どもの意見の内容がその重要な手掛かりとなる。しかし、男児の宗教的割礼はしばしば新生児ないし幼児期の間に行われるため、子どもが割礼に対する自己の意見を十分に表明しうるとは限らない。そこで、このような場合においては、「子どもが理解可能な程度の年齢に達するときに当該状況をどのように評価すると思われるか」がその代替的基準として妥当する。この基準の下では、現在の宗教的割礼に将来の子どもが同意するものと推定される限り、その実施は彼の「最善の利益」に適合することになる。これに対して、子どもの権利を盾に男児割礼の制約や禁止を求める見解は、子どもの権利や「最善の利益」を標榜しながらも、実際には割礼が子どもの将来に及ぼす意味を子ども自身の視点から顧慮することなく——男児割礼の慣習にコミットしない——特定の大人の視点を押しつけるものである<sup>158)</sup>。

以上の議論の妥当性を検討する上でまず注意を要するのは、割礼を希望する親の利益（権利）とその受け手となる子どもの利益（意思）が、ともに割礼の実施を正当化する要素として特段の留保もなく並置されていることである。しかし、たとえ現時点では男児割礼の有害性を証明する証拠が存在しないとしても、それが子どもの身体の十全性（身体的統合）を損なうものであることは確かであり、そのことが刑法上の犯罪を構成するとの評価<sup>159)</sup>を導く以上、親の利益を理由に割礼の正当化を図ることは困難である。

親の利益が割礼の適法性の根拠となりえないとすれば、それを正当化すること

---

157) Rhona Schuz, *The Dangers of Children's Rights' Discourse in the Political Arena: The Issue of Religious Male Circumcision as A Test Case*, 21 CARDOZO J. L. & GENDER 347, 389 (2014).

158) *See, id.* at 389-390.

のできる要素は自己の身体への侵襲を承諾する子どもの意思に限られる。しかし、この子どもの承諾が当該宗教への帰依や帰属意識に基づく真摯なものであるとしても、既述のように身体の自由はその基底性により価値序列においてアイデンティティへの権利に優越するため、これにより割礼が常に正当化されうるとは限らない。そこで、子どもが割礼に対して帰属させる意味の重み（「子どもの主観的事実」の重み）と基本的権利（「身体的統合への権利」）の重みとを衡量しつつ、果たして前者の重みが後者の侵害を正当化するだけのものであるのかを分析することが必要となる。この前者の重みは子どもの成熟段階に応じて異なりうるため、以下では割礼を行う時点で子どもが意思能力を有する場合（たとえばイスラム教における12歳頃での実施）とそれが未発達の場合（たとえばユダヤ教における新生児の段階での実施）とに分けて検討する。

まず、子どもが意思能力を有する場合においては、意見表明権の行使とそれに対する「応答」を通じて、彼が割礼に対してどのような意味を帰属させているか——当該宗教への真摯な帰属意識に基づくものなのか、あるいは親の意向に従属しているだけなのか——を確認することが必要となる。割礼に対する子どもの承諾が彼の真摯な帰属意識に基づくものであるならば、子どものアイデンティティへの権利の観点からこれを尊重すべきである。しかし、割礼それ自体の有害性は認められない——少なくとも現時点では未証明である——としても、その実施の方法は子どもの生命や身体に対する重大な危険性を伴うものである<sup>160</sup>。したがって、このような場合においても、割礼が法的に正当化されるためには、子どもの生命・身体に対する危険を回避するため、「医療行為として規定」された方法

---

159) 既述のようにケルンの法廷は傷害罪の成立を肯定している。日本法においても基本的には傷害罪の成立が肯定されることになるものと思われるが、刑法204条の「傷害」の意義を人の生理機能の侵害と解する判例・通説の立場に立ちつつ、さらに割礼による男性器の一部（包皮部分）の切除は生理機能の障害にあたらぬとの考え方に立つ場合には暴行罪にとどまると解されることになる（とはいえ、判例は皮膚の表皮の剥奪すらも暴行ではなく障害罪を構成するとしており（大判大正11年12月16日集1-799）、皮膚の切除を伴う男児割礼が暴行にとどまるとの評価は困難である）。

160) 施術者の過失により男児の性器が壊死しその全体を切断するに至った事例につき、Victoria Brown, "Boy loses penis in second botched circumcision", The Star Online, <http://www.thestar.com.my/news/nation/2016/12/29/boy-loses-penis-botched-circumcision> (accessed June 6, 2017).

によって実施されること<sup>161)</sup>がその違法性阻却の要件となるべきである。

これに対して、新生児など子どもの意思能力が未成熟な場合においては、子どもが割札に対して帰属させる意味（「主観的事実」）の重みはゼロである。この場合、規制の反対論者は、「身体的統合を害する行為であるとしても（ユダヤ教の家族の）子どもは事後的に承諾するはずである」として、前述の代替的基準に基づく割札の正当化をなお試みるかもしれない。しかし、この種の宗教的本質主義に立脚する立論は、規制論と異なる側の立場に立つ大人の視点の押し付けに過ぎず<sup>162)</sup>、彼（彼女）らが重視する「子どもの視点」を自らの視点で代替することによって問題構造の隠蔽を図るものであるとの批判を免れ得ないであろう。基本的権利と対置される「子どもの主観的事実」の重みが皆無である以上、彼に割札を施すことは違法な身体侵襲であると解さざるを得ない。

### 3 事例②— 親子間の「役割交代」に伴う性的虐待

次に採り上げるのは、米国の人類学者ジル・コービンが子ども虐待における社会文化的な要因を分析する論文<sup>163)</sup>の中で紹介する、親子間の「役割交代」に伴う性的虐待という、より日常のかつ複雑な事例である。

その概要はおおよそ次のようなものである。ヒスパニック文化圏に住む8歳の少女が実父から性的虐待を受けていたところ、これを了知した彼女の実母が実父による虐待の事実を当局に通報した。当局は調査の中で彼女が2歳の弟の世話を引き受けていたことを確認し、これを「役割交代 (role reversal)」の証拠として評価した。この「役割交代」は、当局が依拠する専門文献の中では子ども虐待やネグレクトに結びつくものとして位置付けられていた。当局は調査の後に少女とその家族を対象とする措置計画を立案したが、その内容には少女を実父の性的虐

161) 「子どもの身体的統合への権利」を掲げる PACE 決議 1952 号も加盟国に対して割札の禁止を勧告するものではなく、割札を行う上での医学的な条件の明確化を要求するにとどまる点に留意が必要である。この点につき、伊達聖伸・前掲脚注 156)・206 頁も参照。

162) See, MINOW, *supra* note 8, at 262.

163) KORBIN JILL, *Sociocultural Factors in Child Maltreatment*, GARY MELTON & FRANK BARRY (ed), PROTECTING CHILDREN FROM ABUSE AND NEGLECT - FOUNDATIONS OF A NEW NATIONAL STRATEGY (Guilford Pub., 1994) at 182-223.

待から保護することに加え、彼女を弟の世話から解放し、「役割交代」を解消することが含まれていた。この措置計画の内容は当局から少女に伝えられ、彼女は当初はこれを平静に聴き入れていたが、当局の措置により今後は彼女が弟の世話を一切引き受けることができなくなると知るや、彼女は号泣を始めた。なぜなら、当局による虐待事実の認定は「役割交代」の事実によって補強され、措置計画の内容もこの認定に沿う形で考案されていたが、「役割交代」の証拠とされた弟妹の世話の引き受けは少女の家族が属するヒスパニックの文化圏において極めて高く評価され、なおかつ当該文化圏に属する子どもたちの自尊心を高める営みであったからである。しかしながら、当局は悲嘆にくれた少女の心情を顧みることをせず、彼女は当初の措置計画に基づきその役割を奪われる結果となった<sup>164)</sup>。

以上の事実関係から読み取ることができるのは、子どもを性的虐待から保護するための措置が、彼女の自尊心——さらにその淵源となるヒスパニック文化圏への帰属意識——の損傷という二次被害を生起させるというディレンマの存在である。当局が認定した親子間の「役割交代」については、それが母娘の間で生じる場合に、娘が引き受ける「家事や育児など、その年齢に不適切な母親的役割の責任」が「父親の性的パートナーとしての役割」をも導く危険性が指摘されており<sup>165)</sup>、この「役割交代」に由来する将来の性的虐待の抑止を図るためには、彼女をその「母親的役割」から解放することが必要となる。しかし、彼女からこの役割を奪うことは、取りも直さず、それによって彼女が育んできた自尊心や、その土壌となる共同体（ヒスパニック文化圏）の中で自ら築き上げてきたアイデンティティを毀損することに結びつく。ここに、子どもの〈「基本的権利」の保護〉と〈「子どもの主観的事実」の尊重〉という2つの要請の相克の契機が見出されることになる。

この事例の中で行われた保護措置を含め、従来より子ども虐待に対する国家の介入のありようを統制する指導理念としての役割を担ってきたのは「子どもの利益の最高性 (paramountcy of children's interest)」<sup>166)</sup>と呼ばれる法原則である。

---

164) See, *id.* at 191-192.

165) 西澤哲『子どもの虐待——子どもと家族への治療的アプローチ』(誠信書房、1994) 163-164頁を参照。

「子どもの利益の最高性」とは、その文字どおり、法を適用するにあたり子どもの利益を最も優先すべき考慮事項とすることを適用主体に求める原則を意味する<sup>167)</sup>。

問題は、この「子どもの利益の最高性」の原則から直ちに子どもの「最善の利益」に適う解決が導き出される訳ではないことである。上述の事例における少女を性的虐待から保護するための介入は、——彼女の利益を度外視することによってではなく——明らかに彼女の利益を標榜しつつ計画されたものである。それにもかかわらず、当局により遂行された保護措置が結果的に彼女に対して「号泣」するほどの「苦しみ」をもたらすに至ったのは、その内容が、弟の世話を引き受けることに対して彼女が帰属させる意味（主観的事実）を踏まえることなく——あるいはその重要性を意図的に矮小化しつつ——、これを排することこそが彼女の「最善の利益」であるとの思い込みから一方的に決定されたためである<sup>168)</sup>。「子どもの利益の最高性」原則は、このようにして子どもの「最善の利益」の内実に関する大人の主観的な認識が「客観的」な妥当性を獲得するための根拠を提供する一方で、「子どもの主観的事実」の重みの評価を大人の自由な裁量に委ねてしまうという限界を内包している。

そこで、この「子どもの利益の最高性」原則が抱える限界を補完するための代替的基準として注目されるのが、〈大人が認識する子どもの「最善の利益」〉を最優先に考慮するのではなく、子どもにとっての「最も有害ではない選択肢 (the least detrimental alternative)」<sup>169)</sup>を追求するアプローチ（以下「LDAの基準」という）である。

166) E.g., NIGEL LOWE & GILLIAN DOUGLAS, *BLOMLEY'S FAMILY LAW* 11TH ED., (OUP Oxford, 2015) at 397ff.

167) この「子どもの利益の最高性」を定めた実定法規の例としては、「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)」を規定する英国1989年子ども法 (Children Act 1989) 1条1項が挙げられる。福祉原理の概要については、拙稿・前掲脚注21)・118頁以下を参照。

168) 背景にあるのは、「主観への囚われ」および「実存の盲目」の問題である。これらの問題については、本章2および本章3を参照。

169) RONEN, *supra* note 12, at 81.

この「LDAの基準」の眼目は、法に基づく介入が常に子どもの「最善の利益」に資するとの想定を脇に置きつつ、具体の保護措置がいかなる帰結をもたらしているのかを子どもに知らせた上で、これに対する彼（彼女）自身の心情を質すことにある。上述の事例がそうであるように、子どもの〈「基本的権利」の保護〉と〈「子どもの主観的事実」の尊重〉という2つの要請が相克する中で子どもの「最善の利益」を実現するためには、（たとえば）性的虐待の抑止のために必要な措置を採ることが子どもにいかなる影響（＝「苦しみ」）を及ぼしているのかを、彼女自身の意見表明を手掛かりとして共同主観的に探求した上で、彼女の「苦しみ」を最小化するための手だてを可及的に追求していくほかにない。国家の介入に伴う危険性を常に念頭に置きつつ、子どもの不断の異議申立て（「言葉としての権利」の行使）とこれに対する大人の「応答」を通じて、子どもの利益により良く適合する（＝より害悪の少ない）措置のありようを持続的に模索していくことが、子どもの「最善の利益」を実現するための唯一の道筋となる。

## V むすびにかえて

以上のとおり、本稿ではレヴィナスの他者論を参照しつつ、子ども—大人間の関係性に対して哲学（現象学）に裏打ちされた言葉を与えることで、関係的権利として把握される子どもの権利行使——「公私のネグレクト」に対する異議申立て——に対する大人の応答責任の内実を、〈「他者」＝「絶対的差異」〉から生起する自己の「理解の刷新」として規律することを試みた。

冒頭でも述べたように、子どもの関係的権利という発想は、子どもの地位の周辺化をもたらし、あるいは子ども—大人間の保護的関係性の切断に結びつく、大人を権利主体として標準化する考え方を脇に置きつつ、子どもの権利を公私に渡るさまざまなネグレクト（保護義務の懈怠）への異議申し立ての「声」——ないしはそこで発せられる「言葉」——として把握するものである。しかしながら、子どもが権利の行使として発する「声」に対して、その受け手である大人（国家）が果たすべき応答責任の内実についてはこれまでに詳細な検討が行われてはこなかった。この点、ザフランによれば、権利の関係的モデルにおいては、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」がその「中心的なよりどころ」として位置づけられるところ、この「保護の道德原理」に基づき大人が子どもの「最善の利益」に適う保護を及ぼす責任を果たすためには、子どもの抱える「苦しみ」の実相に接近しつつ、この実相から浮かび上がる子どもの「真正なニーズ」に応える保護のありようを模索することが必要となる。しかし、現実には子どもを「国家や親の所有物」として把握し、子どもを自己と同化する子ども観の下で、大人と「異なる視点」の主体であるはずの子ども存在が、その属性やニーズを大人の視点から一方的に「了解」される一方で、子どもの抱える「苦しみ」はしばしばその実相への接近が試みられることなく看過され、ときには大人自身の利益のために意図的に否認される場合すらありうる。そこで本稿では、オーネンの提唱する、〈他者の「異なる声」を聞き、その「苦しみ」を理解する試み〉と定義される「応答」概念に着目しつつ、この「応答」をなす上で不可欠となる帰納的判断——「子どもの主観的事実」から子どもの「苦しみ」の実相に接近し、それを踏まえて彼（彼女）が必要とする保護を実現することのできる規範を模索していく思考の在り方——を導くために再構成された子どもの「最善の利益」原則と、それに基づく意見表明権の新たな理解のありようを検討した。子どもによる意見表明権の行使が上述の帰納的判断と結びつくためには、その目的はただ子どもに意見表明の自由を承認することでも、表明された意見を大人の視点から一方的に「考慮」し、それによって子どものニーズを「了解」することでもなく、子どもの意見表明を契機とする自己の変容、すなわち「他者」から生起する自己の「理解の刷新」こそに求められなければならない。子どもの意見表明を契機として彼（彼女）の「苦しみ」に接近するために何よりも必要なのは、既存の理解の枠組みの内省とそれに基づく視点の変革による、大人自身の自己変容である。

本稿が示した以上のような結論は、子どもの権利行使とこれに対する大人の「応答」という対話的な関係性の中で子どもの「最善の利益」を具体的に確定していくための道筋を明らかにする一方で、この「最善の利益」の判断過程の規律を通じて、子どもの福祉（利益）を標榜する国家の介入の限界——介入を正当化する「公共の福祉」の内実——を解明することにも資するものと思われる。この

点、本稿では検討することができなかった国内における問題の例としては、児童相談所による虐待児童の一時保護（児童福祉法33条）の判断と運用の実態に関わる問題が挙げられる。同条1項は一時保護の要件認定につき児童相談所長に広範な裁量を認めているが<sup>170)</sup>、事実誤認に基づく要件認定が不当な親子離隔をもたらすのは当然として、——一時保護それ自体の適法性にかかわらず——その期間の延長（同条4項）が濫用的に行われる場合にも同様の問題が生じることになる<sup>171)</sup>。一時保護の開始やその期間の延長が虐待の事実や要保護性を欠く違法なものである場合、正当な判断に基づく離隔に比べ、子どもが自己の「真正」なアイデンティティを構築するための基礎となる「重要な関係性」に及ぼす影響は一層深刻なものとなりうる。他方、一時保護の運用の実態面に関してとりわけ危懼されるのは、虐待に由来する心的外傷の治療や反抗抑止等の名目で行われる薬物（向精神薬等）の継続的な投与に伴う危険性である<sup>172)</sup>。これは被保護児童の基本的権利（生命・身体的自由）に直接関わる問題であるとともに、児童相談所による薬物の作用を通じた被保護児童の要保護性の自己成就的創出という、新たな問題にもつながりかねない側面を有するものである。虐待被害の拡大防止のために一時保護が必要な場合がありうることは当然だとしても、誤った判断に由来する上記のような二次被害の発生を抑止する——あるいは正当な判断に基づく措置に伴う不可避的な損害を最小化する——ためには、保護措置が有する子どもの権利利益に対する危険性を常に念頭に置きつつ、前章で紹介した「LDAの基準」を適用することで一時保護に関する行政裁量を統制することが有効な手段の1つとなりえよう。児童相談所長が行う判断過程に——親ではなく——子ども自身の

---

170) 同項によれば、「児童相談所長は、必要があると認めるときは、第二十六条第一項の措置を採るに至るまで、児童の安全を迅速に確保し適切な保護を図るため、又は児童の心身の状況、その置かれている環境その他の状況を把握するため、児童の一時保護を行い、又は適当な者に委託して、当該一時保護を行わせることができる」。

171) 後者が争点となった国賠請求事件として、東京地判平成27年3月11日（LEX/DB文献番号25525191）。

172) 児童相談所における向精神薬等の投与の事実につき、衆議院「『児童虐待防止』政策における政府の見解及び認識等に関する質問に対する答弁書」（2016）[http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb\\_shitsumon.nsf/html/shitsumon/b190275.htm](http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_shitsumon.nsf/html/shitsumon/b190275.htm)（最終アクセス2017年8月2日）を参照。

「異なる視点」や「異なる声」を反映させることで保護措置のありようを不断に問い直すことが、そこでの眼目となる。

この児童相談所による一時保護の問題も含め、本稿で検討した「応答」概念の実践上の有用性や射程を明らかにするためには、より多くの事例研究を通じてその妥当性を批判的に検証することが必要である。このこと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。