



Tokyo Gakugei University Repository

東京学芸大学リポジトリ

<http://ir.u-gakugei.ac.jp/>

Title	我が国の憲法学における人権論の現状と加害者家族の子どもの人権に関する覚書：修復的正義の観点から(fulltext)
Author(s)	宿谷, 晃弘
Citation	東京学芸大学紀要. 人文社会科学系. II, 69: 115-125
Issue Date	2018-01-31
URL	http://hdl.handle.net/2309/148758
Publisher	東京学芸大学学術情報委員会
Rights	

我が国の憲法学における人権論の現状と加害者家族の 子どもの人権に関する覚書

—— 修復的正義の観点から ——

宿 谷 晃 弘*

法学・政治学分野

(2017年8月30日受理)

要 旨

加害者家族、とりわけその子どもの人権は、我が国においては近時ようやく問題状況の改善を訴える声が提起されたばかりであり、その理論的な整備はいまだ端緒の域にあると見てよいであろう。また、そもそも我が国の憲法学においては、子どもの人権という概念についても消極的な立場が主流であるように見受けられる。本稿においては、修復的正義・修復的司法の立場から、人権とは何か、加害者家族の子どもの人権とは何か、憲法学は加害者家族の子どもの人権をどのように取り扱うべきかについて、我が国の憲法学の議論状況を振り返りつつ考察していく。加害者家族の子どもの人権は、憲法学だけの問題ではない。それは広く人権論一般において捉えられるべき問題である。しかしながら、これまで人権論において憲法学が果たしてきた役割の重要性に鑑み、この小稿においては、ひとまず憲法学の領域に議論を限定するものである。

キーワード：人権、加害者家族、子ども、子どもの人権、基本権保護義務、修復的正義、修復的司法、シュクラー

1. はじめに

加害者の家族の苦境について、近年我が国においても重要な問題提起がなされつつある¹。もちろん、加害者家族の「責任」の有無ないし加害者家族への社会の向き合い方等について、様々な意見があり得るであろう。しかし、日本社会の、加害者家族、とりわけその子どもに対する向き合い方については疑問の余地なしとすることはできない²。

本稿においては、加害者家族、とりわけその子どもの人権について、修復的正義の立場に基づく試論を提示することにした。もっとも、加害者家族の子どもの苦境について問題提起をするに際して、そもそも人権理念を持ち出す必要はないとする向きもあるかもしれない。しかし、現状を顧みるならば、個別的な処理や政策論³に終始しているだけでは、根本的な問題解決どころか、問題状況の緩和に至る見込みさえ薄いように見受けられる。そして、関係者、殊に子どもの利益が重大な脅威に晒されている状況において、問題をこのまま放置することは、社会道徳の観点からみても好ましくないもののように感じられるのである。そこで本稿では、手始めに、広く人権という民主主義社会の中核的な理念に訴えて包括的な観点から本問題の社会での共有を提言することにした。本稿は、このような問題意識のもと、人権論のアプローチを選択するものである。

また、本稿においては、人権論に関連して、主として我が国の憲法学の議論、とりわけ支配的見解である限定的人権論⁴および近時有力に支持されている基本権保護義務論を参照することにした。もちろん、人権論

* 東京学芸大学 社会科学講座 法学・政治学分野 (184-8501 小金井市貫井北町4-1-1)

は憲法学の専売特許ではない。しかし、加害者家族の子どもの人権を、政治道德の問題としてだけでなく、法実効性を伴う理念として位置づけていくためには、まず憲法学の人権論において本問題がどのような位置を占めるかを見ていく必要がある。だが、管見においては残念なことに、我が国の憲法学は、加害者家族の人権、さらには加害者家族の子どもの人権について、これまで論じてこなかったといつてよい。しかも、後述のように、今日の我が国の憲法学の通説的立場は、本問題のみならず、例えば被害者の人権、女性の人権などのような現代人権論の諸テーマに対して、むしろ警戒心すら抱いているように見受けられるのである。もちろん、人権概念をいたずらに拡張し、国家の幅広い介入を許容ないし要請するのも、問題であろう。だが、重大な利益侵害があるにもかかわらずそれを領域外だからということで見向きもしないというのもまた問題のように感じられる。

本稿は、言うまでもなく憲法学の人権論以外の領域での本問題の取り扱いを排除することは意図しない。この小稿では、他領域の議論を含む総合的な議論は今後の課題とし、まずは憲法学の人権論から⁵議論を開始させることを目指すものである。

本稿は、2016年12月10日、NPO法人World Open Heart主催のシンポジウム「人権週間に考える『加害者家族』の人権：加害者家族の子どもの現状と支援」における報告に若干手を加えたものである。残念ながら、報告当時から議論を修正・深化できたわけではまったくない。この小稿においては、紙数の関係から上記報告中、憲法学以外の領域の議論に触れた部分を削除し、憲法学の一部の議論に焦点を当てたものである。このように本稿の射程範囲はごく限られたものである。ただ、我が国の人権論において本問題がそれほど取り上げられていない状況において、問題提起と今後の考察のための下準備を行うことは、理論および実践において多少なりとも意味をもつものと思われる。この小稿は、以上のような観点から日々の実践・実務に従事されている方々に拙論を提示することを目指すものである。なお、紙数の関係上、注は最小限に止めた。

2. 加害者家族の子どもの人権について：我が国の憲法学における議論の現状と課題

一口に加害者家族の人権や加害者家族の子どもの人権といっても、憲法学において、周知のとおり不用意にこのことについて語ることはできない。憲法学においては一般に、国家権力から個人の権利を守るためどうすればよいかという問題意識のもとで人権論が展開されてきた。これは、とりわけ我が国の超国家主義の歴史やその後の権利・自由の現状を振り返るならば納得がいくこととされ得るであろう。そして、1980年代後半以降においては、自律的な個人を前提とし、憲法学が取り扱う人権の範囲を限定的に設定する議論⁶が展開され、支持を集めている。これに対して、理論および社会情勢として、憲法学の通説的立場の議論とは緊張関係にある事態が進行している。つまり、まず女性や子ども、被害者等の人権が主張され、これらの人権を守るために国家が負っている義務についての関心の高まりが見られた。また、廃案となったものの、人権擁護法案が国会に提出されたり、あるいは人権教育及び人権啓発の推進に関する法律が制定され、人権教育の必要性が叫ばれたり、国家が人権擁護を強調している。これに対して、憲法学においては人権擁護の掛け声の一方で、国家統制拡大に対する警戒の念が示されている⁷。このような状況の中で、加害者家族の人権や加害者家族の子どもの人権について語るとは一体どういうことなのであろうか。人権論は、加害者家族支援にどのような利益をもたらし、同時にどのような限界を示すことになるのであろうか。

以下においては、第一に加害者家族の子どもの人権として本人や関係者等に保障されるべき権利にどのようなものがあるのかを特定していく。第二に、まず人権に対する我が国の憲法学の支配的立場を概観すると同時に、我が国の憲法学において加害者家族の人権に関する議論が展開されていない状況を考慮して、加害者家族、とりわけその子どもの被害者性に着目し、被害者の人権に関する議論、とりわけ基本権保護義務論の一部を概観していく。これらの作業を経た上で、第三に、我が国の憲法学における人権論の現状について、加害者家族支援の観点から見えてくる事柄について若干考察したい。

2. 1 加害者家族の子どもの人権にはどのようなものがあるか

まず加害者家族の子どもの人権論が問題とすべき権利であるが、World Open Heartの阿部理事長の知見等⁸

を参考にした場合、次の7点を念頭に置く必要があるように思われる。つまり、①名誉・プライバシーの保障、②捜査等の過程での人権の保障、③知る権利の保障、④安全の権利の保障、⑤住居等の生活の場や生活資金等の保障、⑥学習、養育、さらには成長発達の権利の保障、⑦労働の権利の保障、等である。

まず名誉・プライバシーであるが、加害者家族だということによってネット上等に実名や学校名などを公表されない権利、不当な非難中傷を受けない権利や不当な取材を受けない権利等があるであろう。次に、捜査等の過程で加害者家族だからということによって不当な取扱いを受けない権利が保障されるべきであろう。次に捜査に関する情報や法的知識・サポートに関する情報を得る権利が保障される必要があるであろう。次に安全の権利であるが、加害者家族だからということによってつきまとわれたり、襲撃されたり、自宅を損壊・放火されたりしない権利があるであろう。この場合、警察への支援要請も含めて考えられる必要があるであろう。また警備会社に国家が費用援助等をなすことも考えられるかもしれない。次に、名誉・プライバシーや安全の権利とも重なる部分があるであろうが、住居等の生活の場や生活資金等の保障として、住む場所を追われることがないようにする権利、あるいは追われたとしたら代替りの生活の場の確保を求めることができる権利や、稼ぎ手を失った場合の生活費等の支援を求めることができる権利があるであろう。次に、学習、養育、さらには成長発達の権利の保障であるが、加害者家族だからということによって通っていた学校を追われたり、入学を拒否されたりすることがないようにする権利、学費を賄うことができなくなった場合、公的な資金援助を求める権利、親と離れて暮らさなければならぬことの心理的負担等の除去のためのサポートを得る権利、あるいはそうしたサポートを提供する団体への、国家による費用援助を求める権利、ひいては適切な成長発達をなすために様々な支援を受けることを求める権利、あるいはそうしたサポートを提供する団体への、国家による費用援助を求める権利等があるであろう。そして労働の権利であるが、加害者家族だからということによって職場や求職・就職の際等において不当な扱いを受けない権利、そして技能等の向上等のために適切な支援を受ける権利等があるであろう。

以上から窺われるように、加害者家族、とりわけ子どもには様々な権利の保障がなされる必要がある。それゆえ、加害者家族の子どもの人権の議論においては、体系的だけでなく、包括性が強く要求されることといえるであろう。

さて、以上の諸課題に対して、我が国の憲法学はどのような議論を提起することができるであろうか。

2. 2 我が国の憲法学における議論

既述のように我が国の憲法学は加害者家族の子どもの人権というテーマを取り扱ってこなかった。しかし、通説が人権をどのように把握しているかを見れば、加害者家族の子どもの人権というテーマに対するその態度は、自ずから明らかになるであろう。そこで以下においては、まず我が国の憲法学の支配的立場を概観し、次に有力な異論である基本権保護義務論における被害者の人権の議論を概観していく。

2. 2. 1 支配的立場について：限定的人権論

我が国の憲法学の人権論においては、現在、自律的な個人の国家からの自由を重視する立場が支配的とされる。この立場は、1980年代後半以降、奥平康弘・樋口陽一・佐藤幸治らによって展開されてきたものである。ここでは、典型的な限定的人権論を展開する奥平の議論についてごく簡単にみていく⁹。

奥平は、人権の主体・内容が拡張し、国家への要請が高まっている状況に次の観点から異を唱える。つまり、国家からの自由を守り、裁判的救済の場面での人権観念の説得力を確かなものにするという観点である。

奥平によれば、日本の憲法学においては、人権は「実定法のレベルと哲学思想あるいは世界観レベルとのあいだを、いったりきたりするヌエのような存在である傾向」を持たされており、しかも「ふつうならばたんに『権利』と称することで必要かつ十分であるような有象無象のものを『人権』と称せずば止まざる勢い」があるとされる¹⁰。しかし、奥平によれば、「人間の権利だから『人権』だというのであれば、すべての権利は『人権』と」なってしまう、「これでは『人権』論は無意味になってしまうのではなからうか¹¹」とされる。結論として、奥平は、①憲法学者は道徳哲学・政治哲学上の議論を参照しつつ、あくまで実定憲法の学である憲法学独自の人権論を模索すべきであること¹²、②個としての自然人であり、かつ「一人前、すなわち最小限の程度において理性的な判断能力を具えている者¹³」の権利を人権と捉えるべきこと¹⁴等を主張するのである。

2. 2. 2 被害者の人権：基本権保護義務論からのアプローチ

我が国の憲法学の通説的立場の議論に対してとりわけ基本権保護義務論の立場から有力な異論が提起されている。その中でも本稿のテーマに密接に関連する被害者の人権について、基本権保護義務論の立場から興味深い議論が提示されている。ここでは、その代表的な議論として戸波江二のそれを概観していく¹⁵。

戸波は、まず人権保障の活性化と拡大という観点から我が国の憲法学の通説的立場に対して疑問を提示している。戸波は、現代の人権論は、「①人権保障を抽象的な観念の世界で考えるのではなく、現実の具体的な社会生活のなかで考えるべきであること、②『人一般』の権利であることを基本とすべきであるとしても、とくに構造的に人権侵害状況に陥っている特定のグループの人々、とくに『弱い人々』の人権をまもる人権論を構築すべきであること、③そのような弱い人々にとっては、みずから人権侵害状況から自力で脱出することは困難であり、そのための保護を必要としていること、④人権侵害状況からの救済による人権保障の実質化のためには、『国家からの自由』が重視されるのみでなく、国家が人権の救済に積極的に乗り出すことが要求されること、という新たな視点への配慮を必要としている¹⁶」とする。

戸波は、現代人権論の課題を以上のように整理した上で、第一に「『被害者』という主体に特別の人権の保護が憲法上認められるかどうか¹⁷」を検討している。

まず戸波は、特定のグループの人々の人権論の理論的特質として、「①特定の人的グループは概して社会的に差別を受け、ハンディキャップを負い、あるいは、特別に不利な境遇にあること、②侵害を受ける人権、ないしは保護を必要とする人権の特質としては、表現の自由や信仰の自由などの特定の人権が制限を受けるといっても、さまざまな人権の制約や行使不能が問題となり、いわば多様な人権行使の全体的な欠損状況にあること（中略）、③人権の制限の加害者ないし国家との関係では、人権侵害は国家によるものではなく、多くの場合に社会のなかの私人によってもたらされ、あるいは貧困や行動不能などの客観的な社会的要因から生じていること、④そのため、ここでは国家が人権の侵害者として登場するよりも、人権の欠損状況にある特別のグループの人々に対して、その人権制約を除去し、人権を保護していくという積極的任務を負うこと¹⁸」を挙げている。さらに、戸波は、このような特定のグループの人々の人権論は、「従来の『人一般』の権利とみる人権論とは異なり、現実の社会で生活している特定の人々が実際に陥っている（さまざまな）人権の包括的・構造的閉塞状況に対して、それを除去して一般の人々と同様の生活の確保を図るもので」あり、そのような主張が承認されるためには、「その前提としてその特別の保護の必要性について社会的コンセンサスが成立していなければならない」とする¹⁹。そして、戸波は、「犯罪にあって被害を受けた人たちの人権の侵害状況は、まさに以上のような特定のグループの人権状況と把握するにふさわしいもので」あり、「犯罪被害者の保護の必要性は社会的に広く承認されるに至っている」とする²⁰。

このように被害者の人権が特定のグループの人々の人権論の問題であることを示した上で、戸波は、さらに、「人間の尊厳」の原理や国家の基本権保護義務論と被害者の人権との関係について考察している。戸波は、「『人間の尊厳』の原理が、被害者の人権論の憲法上の根拠となること²¹」を示した上で、ドイツの基本権保護義務論を検討し、被害者の人権の憲法上の根拠づけを行おうとしているのである。基本権保護義務論に対しては、国家統制の拡大への懸念等が憲法学の通説的立場から示されていることは冒頭に述べた通りであるが、これに対して、戸波は、「保護義務論の有用性を支える根拠として、ここでは、①現代国家の国家任務が福祉・教育・雇用・景気などと多様化し拡大してきており、政治に対する国民の要求も人権と福祉を進めるために積極的な活動を求めるようになってきていること、②現代の人権侵害は、国家によるというよりも、むしろ社会のなかで、他の私人ないし私的団体によって不自由の強制や差別というかたちで生じており、しかも、そのような人権侵害状況を除去するには、国家の積極的な関与と、場合によっては人権侵害行為の強力な規制とが要請されること、ということをとくに強調しておきたい²²」と主張している。

さらに戸波は、基本権保護義務論の射程範囲についてドイツと日本の違いを指摘し、日本の基本権保護義務論はドイツのそれよりも広くとらえられるべきであり、その内容としては、「①国家が社会権の保障のための措置をとること、②国家が私人間での人権保障のための措置をとること、③国家が人権の衝突の調整を行うこと、④国家が人権（自由）の行使の前提となる制度をつくり、提供すること、⑤国家が人権の実効的保障のための諸施策を講ずること、などが含まれる²³」としている。

戸波は、以上のように被害者の人権に憲法上の根拠づけを賦与した上で、第二に、具体的にどのような権利

や国家の義務が導き出されるかについて検討している。それによれば、被害者の出廷・傍聴の権利や意見陳述権、および名誉・プライバシーの保護が憲法上、特別の保護を得ることが可能になり、被害回復に関する補償請求については「法律の規定を待たずに憲法上直接補償請求権が導き出されると解することは相当に困難で」あり、「憲法上は、被害者補償立法を制定すべき義務が認められるにとどまるように思われる」とされるのである²⁴。

2. 3 我が国の憲法学における人権論の現状に対する若干の疑問

2. 3. 1 一般的な疑問

我が国の憲法学の通説的立場および基本権保護義務論の双方に対して、ここで、まず4点の一般的な疑問ないし課題を提示することができるように思われる。つまり、まず憲法学の通説的立場に対する疑問として、①国家からの自由への没入は、困難な状況にある人々を無視ないし軽視することにつながるのではないかと、という疑問、および、②自律・自己決定の強調はいいが、結局のところ、(その意図はともかくとして)自己責任論に回収されてしまっているのではないかと、という疑問が挙げられよう。次に基本権保護義務論に対する疑問として、③国家統制の拡大に繋がるのではないかとという危険性をどうするのか、および、④戸波説が特定のグループの人々の人権を承認する前提として社会的コンセンサスの成立を挙げるのは、保護義務の範囲確定の基準として正当なのかという疑問が提起できよう。以下、順にみていく。

まず第一の疑問であるが、基本権保護義務論の妥当性はともかくとして、戸波の議論に示されている「現実の具体的な社会生活のなか」で考えるという姿勢は決して否定されるべきものではないであろう。国家からの自由への没入は、問題意識としては非常に共鳴できるものであるが、完全に首肯できるかという点、これも難しいことのように思われる。なぜなら、ある人々が陥っている困難さはときとして「自らが統治主体として自覚し、平等な他者と渡り合いながら、かれ等と一緒に活々と生きることができる社会を日々創ってゆく²⁵」人々にとってもなかなか理解されないことが少なくなく、その場合、困難な状況にある人々はどこからも相手にされず放置される憂き目を見ることになるからである。我が国における人権と民主主義の状況を目の当たりにしてきた憲法学がその間口を狭めたい衝動に駆られるのも無理はない。しかし、国家権力の危険性を重々承知の上で、国家による自由をも視野に入れつつ、困難な状況にある人々の権利を憲法体系上に位置づける議論を、憲法学が完全に放棄してよいかは疑問なしとすることはできないように思われる。もちろん、憲法学も人権論という形でなく、より地道な別の形で問題に対応しようとしているという反論もあり得るであろう。しかし、管見においてはその反論をそのまま首肯できるものかどうか躊躇われるところである。

次に第二の疑問であるが、憲法学の支配的立場の意図はともかくとして、例えば少年法の領域の問題を念頭に置くならば、自己決定や自律の強調がどうしても自己責任と結びつきやすくなる傾向を有するという事態と真剣に向き合う必要が見えてくるように思われる。「あなた自身の決断を尊重する」ないし「あなたの主体性を尊重する」という言説は、「あなたの決断を尊重してあげているのですから何かあったときはあなたがしっかり責任をとってください」ないし「あなたを尊重してあげているのですから今度はあなたがやってしまったことには厳格に対処させていただきます」という言説と、理論上はともかく実際にはかなり親近的であるように感じられる。人間の性向として「タダでは恩恵を与えてやらんぞ」というものがあり、それが政治的にも法的にも一定の影響をもっているように思われる。あるいは実際には尊重していなくても、何か事が起こった場合に、責任を押し付けるための方便として自律や自己決定という言葉が使用されることが多々あることは否定できないことのように思われる。

次に第三の疑問であるが、例えばかつての家族国家論等が自由権に対する不信感を背景としつつ国家による国民の利益の保護に期待する傾向があったのに対して、基本権保護義務論は基本的に自由権を中核とするという点で理論的には決定的に異なると思われる。基本権保護義務論は、自由権を中心とする人権を単なる政治的理念や法的原理に止めず、国家による下支えを通じて具体的に実現可能なものにすることを目指すものといえるであろう。しかし、国家による人権の下支えは、それほど信頼し得るものなのか、かつての福祉国家・社会国家的な議論と実質的にどの程度違ったものになり得るのか、人権が支配の原理・個人に対する命令の体系に組み込まれることにより自由権を保障するどころか、むしろそれを侵食するものになりはしないかという懸念は決して容易に否定され得るものではないであろう。この懸念に対する基本権保護義務論の側からの反論はか

ならずしも成功しているとはいえないように思われる。基本権保護義務論の台頭の背景に、国家以外の人権保障主体が力を喪失した、ないしは新たな人権保障主体が見出しにくいという状況の中で、消極的に国家への期待が高まっているという状況が存在しているのではないかという懸念がどうしても生じてしまうように感じられるのである。もちろん、近時は国際人権論の立場から国家が負う義務について議論が提起されている。しかし、議論がいまだ十分にかみ合っていないようにも見受けられる。

そして、第四の疑問であるが、社会的コンセンサスが成立していなかったとしても人権の原理に照らして保護が必要な人々が存在することは否定できないであろう。仮に、戸波説が人権の原理の根拠を人々の合意のみ求めるのだとしたら、それは人権の力を著しく弱体化させることになるように思われる。

2. 3. 2 加害者家族の子どもの人権の観点からの疑問

以上の疑問ないし課題は、加害者家族の子どもの人権の観点からすると、次の4点の疑問につながっていくように思われる。つまり、まず憲法学の通説的立場に対しては、①自律や自己決定の強調が、加害者の自己責任論とリンクし、かえって加害者家族の子どもの支援の手をゆるめさせる危険性を生じさせるのではないかと、という疑問が提起されるように思われる。そして基本保護義務論に対する疑問として、②他の私人ないし私的団体からの侵害の重大性という基本権保護義務論の指摘が、被害者というカテゴリーや安全の概念を全面に出させ、その結果として加害者家族の子どもの被害者性をかすませてしまう危険性があるのではないかと、③国家からの自由が当該問題それ自体を見えにくくするのに対して、国家の基本権保護義務の強調は国家以外の人権保障主体の重要性を見えにくくする危険性があるのではないかと、④国家による保護という主張が、結局のところ、パターンリズムに陥り、かえって加害者家族の子どもの権利を損なう危険性があるのではないかと、⑤そもそも加害者家族においては、人権侵害は「社会のなかの私人」等だけでなく、国家によってもたらされているのではないかと、というものが提起され得るであろう。

まず第一の疑問であるが、自律・自己決定の強調と自己責任の追及との結びつきは、加害者家族においてこそ、強烈なものになるようにも思われる。なぜなら、すでに幾多の差別・偏見の事実が示すように、世間において「加害者家族＝敵」と認識される可能性が高いからである。国家からの自由を重んじるにしても、自律等の側面を強調すると侵害・干渉を受けないことを重視することとの間には大きな差があることはいうまでもないであろう。自律・自己決定も必要であろうが、それ以前にまず他者を攻撃するという我々の傾向を重視して、後者の意味での自由を尊重することが求められるように思われる。

次に第二の疑問であるが、基本権保護義務論が安全や被害者の保護を強調すること自体にポピュリズム的な方向への傾斜の危険をみてとることもできなくはないであろうが、そうした不信感を前提とすると、基本権保護義務論の着目する被害者性は加害者家族には認められないのではないかとすることも考えられ得よう。なぜなら、一般的には「『加害者＝敵』であり、かつ『加害者＝加害者家族』だから、それゆえ『加害者家族＝敵』」という図式が横行しているように見受けられるからである。「敵」に対して被害者性を認め、保護するという話には、なかなかかなりにくいであろう。もちろん、理論的には基本権保護義務論を加害者家族の子どもの適用することはできなくはないようにも思われる。しかし、仮にそれができたとしても、次の疑問が待っているであろう。

次に第三の疑問であるが、憲法論としてという性質上、当然の帰結ではあるかもしれないが、それにしても、「最後のよすが」としての「人権論の主張は一般的には裁判所をはじめとして法的・社会的に承認されず、単なる主張に終わる」という戸波の指摘²⁶は気になるところである。この指摘からみると、憲法論だからというに止まらず、そもそも基本権保護義務論は国家以外の人権保障主体に対して否定的な見地を含んでいるのではないかとこの疑問を打ち消すことは容易ではないであろう。もちろん、とりわけ子どもの人権の領域においては、国際法による国家への要請を視野に入れる必要があるであろう。しかし、一口に国家といっても様々な機関がある。その中で、例えば、立法、しかも刑事立法についてはそれなりの慎重さが求められるであろう。

次に第四の疑問であるが、理論的にはともかくとして基本権保護義務論はかつての社会国家論が陥りがちであったパターンリズムの罠にはまる危険性があるように思われる。この懸念は、戸波説のように「人権の侵害者－被侵害者－国」の三極構造だけでなく、国家と個人の二極構造をも基本権保護義務論の中に含める²⁷とい

うことになる、一層強いものになるように思われる。

そして第五の疑問であるが、戸波は特定のグループの人々の人権論の理論的特質の1つとして、国家より「社会のなかの私人」等によって人権侵害がもたらされていることを挙げている。しかしながら、加害者家族においては、「社会のなかの私人」等もさることながら、国家による人権侵害もはなはだ重要である。そこを看過してしまうと、加害者家族問題における国家の位置の複雑を認識できなくなってしまうであろう。

それでは、以上の疑問ないし課題に対して、修復的正義からはどのような応答がなされることになるのだろうか。

3. 修復的正義からのアプローチ

一口に修復的正義と言っても、その語り方は論者によって様々である。それゆえ、人権やそれを保障すべき主体の捉え方もまた多様であり得る。ただ、おそらく、「人間の尊厳」を出発点ないし中核とするという点ではどの立場も一致し得るものと思われる。この点において修復的正義の議論は、従来の我が国の憲法学の基本的態度とたいして違わないものとなるかもしれない。もっとも、決定的な違いは、修復的正義があくまで人間の実践を主とし、究極的には憲法体系にも国際法体系にも束縛されない形（それを考慮しない、あるいは完全にその範疇外で行動することを意味しないことはいうまでもないが）で動いていくのに対して、憲法学は憲法という実定法上の根拠地を有しているという点にあるであろう。本章においては、この違いを踏まえた上で、根拠地というものから比較的自由な運動と決定的なそれをもつ学問とが出会った場合、前者から後者に対してどのような提言がなされ得るかについて若干考察を試みるものである。

以下においては、まず修復的正義の観点から人権がどのようなものとして見えてくるのかを粗描することにした。結論を先に述べるのであれば、修復的正義にとって人権は、人間の尊厳を尊重する秩序を形成・発展させていくためのツールのひとつということになる。そして、国家は人権を保障する責務を担っており、憲法学は国家が憲法上の権利という形で人権を保障すべき義務を担っていることを論証すべきとされることになるように思われる。このことを踏まえた上で、次に、加害者家族の子どもの人権が我が国の憲法体系の中にどのように位置づけられていくことになるかについて粗描していくことにする。以下、順次見ていくことにしたい。

3. 1 修復的正義における人権論の概要

上記のように、修復的正義においてはまず人間の尊厳が出発点とされることになる。このことは、修復的正義が、抽象的な人ではなく、まさにその人が抱えるハームやニーズから出発することの中に刻み込まれている。では、そもそも何故、「人間の尊厳」なのであろうか？

人間の尊厳からの出発について、キリスト教の立場からは、神がでてきたり、その神との関係において永遠に発達する可能性が持ち出されたりするかもしれない。しかし、ここでは、我が国における修復的正義の理論的先駆者に属する西村春夫と細井洋子の議論を経由し、大川正彦の議論に導かれてジュディス・シュクラーの議論に着目して、それを以下の議論において参考にすることにする²⁸。つまり、ここでは、シュクラーにならいつつ、残酷さの回避という、消極的な方面からの「人間の尊厳」の理念への接近を試みるものである。

シュクラーによれば、様々な正義論は不正義の圧倒的な存在を軽視ないし無視しているとされる。個々人や社会における不正義は圧倒的であり、様々な正義の試みも結局は不正義の中に回収されてしまう。それゆえ、シュクラーは、不正義の感覚を重視すべきことを主張する。つまり、明確に正義に反するとはいえないけれども、何かがおかしい、何か不当に扱われているという感覚にシュクラーは着目するのである。もっとも、不正義の感覚への注視は人間や社会に対する不信感・嫌悪感を増大させるかもしれない。あるいはスケープゴートを求める気分を高めるかもしれない。しかし、残酷さの回避という要請は、我々に残酷さの手前で立ち止まるように命じる。そもそも不正義の感覚への着目自体が日常生活の隅々にまで根を張る圧倒的な残酷さを目の当たりにしての要請であった。人類が長い年月をかけて得てきた教訓とは、人間は残酷さによって容易に傷つき得ると同時に、容易に残酷になり得るものだということであった。いかなる正義の主張をかかげ、あるいは逆に暴力を用いようとも、人はこの両方の可能性から逃れることはできない。それゆえ、このことに対する恐怖

は、不正義の手前でかろうじて立ち止まって、「あいつが悪い」あるいは「あいつらが攻撃してくるからだ」など、何らかの言い訳をしつつ残酷さへ向かおうとする自己や他者のあり方を見つめ、それを肯定した上でようやく大事だと感じられる人間存在の大切さとそれらの共生の可能性に我々の目を向けさせようとする。これが修復的正義のいう平和ということになると思われる。もっとも、この平和は、ただ単にみんなが殺しあわないため、潰しあわないために我慢しましょうということの意味しない。ここに平和を実現するためのツールのひとつとして人権が登場してくることになるのである。

そもそもただ単に我慢をしているだけの状態がいつまでもつであろうか。また、仮にもったとしても、そのような状態自体が不正義であろう。そこで対話の中でお互いを尊重し、それぞれの言い分を明らかにして、共生していくための条件をすりあわせていく方向が目指されるべきということになる。そして、このことを可能にするのが人権というツールである。それは、自他の尊重の実現条件を明示し、発話と傾聴のルールを提示し、争いが起こった場合の争点の明示化を可能にしてくれる。それは、人間の尊厳の尊重のために、(とりわけ権力をもつ主体が)何をすべきかを明確化してくれるのである。ここで、人権とは、残酷さを目のあたりにして、相互に傾聴され、尊重されるべきものとして、人々の関係性において道徳的重みをもって社会的に言語化され、意識化される個々人の利益のことをいうといえるように思われる²⁹。人権は我々自身が有する残酷さと傷つきやすさの中で見詰められた人間の尊厳の尊重を前提とし、全ての人の人間の尊厳が尊重される関係性の総体としての秩序に適合的な内容である場合に認められるものである。そして、このように考えることによって憲法学の通説的立場の懸念する事態、つまり「人権」の名のもとに人権が(とりわけ国家によって)蹂躪される事態への批判の基礎も確保されるように思われる。

もっとも、人権理念それ自体に懐疑的な立場だけでなく、憲法学からも人権の「無軌道性」に対する懸念は出てくる可能性はないわけではないであろう。人権という「じゃじゃ馬」を論理の枠内で「飼いならす」どころか、むしろそれを焚きつけることによって、無用の争いや混乱を招くのではないか、あるいはそもそも人権概念そのものの力を削ぐことになりはしないかという懸念には傾聴すべきものがある。しかし、混乱を恐れていたのでは人権概念の本質を捉えることはできないように思われる。法や政治の言語は、そもそも競争性・権力性を有するものである。とりわけ人権は、既存の秩序の混乱の中から姿を現してくるのである。その性質が平和にとって致命的なものにならないように日々調整を続けるしか、我々に人間の尊厳の秩序に到達する道はない。「特効薬」に対する幻想は捨てるべきもののように思われる。人権のもつアピール力を活用しつつ、それ自身が有する「破壊性」を正面から認めなければならない。逆説的かもしれないが、むしろこのことによって、人権というツールを人間の尊厳の体系のためによりよく制御していくことができるように思われるのである。

それでは、一体誰が人権を保障していくべきであろうか。瀧川裕英は、この問題について万人がその責任を負うが、継いで国家がそうであり、その次に国際機関やNGOがでてくるとする³⁰。瀧川は、その根拠として能力と説明責任を挙げている。この議論は、あるいは基本権保護義務論とも通じ合うものがあるかもしれない。しかし、この議論は万人と国家、とりわけ万人がその責任を十全に理解し、行動し得てはじめて成り立つもののように思われる。そして、その万人は個々人で行動するだけでなく、すでにNGOなどとして行動していなければならないであろう。すでに見てきたように国家に人権保障をすべて委ねることは一定の危険性も有している。国家は、その行動が人間の尊厳と人権の理念に導かれた市民個人やその組織によって監視されており、国家もまたそのことに応答的であって初めて人権に対する責任を負うに足る存在だということができるように思われる。確かに、瀧川も指摘するようにNGOなどでは足りない部分が多々あるのは事実であろう。しかし、だからといって国家を人権保障の責任主体としてNGO等よりも上位に位置付けるのは論理の飛躍があるように感じられる。そこでは現状分析に基づく戦略論と理念論とが未分離のまま渾然一体となって存在しているように感じられる。戦略論と理念論を区別し、後者が前者に飲み込まれるのではなく、前者が後者によって刺激されている必要があるように思われる。このように考えていくと、理念論としては万人が人権保障の責任主体であり、その自発的な集まりであるNGO等が理念普及と実践の第一責任主体であって、国家や国際機関がそれを支えるというのが望ましく、戦略論として国家とNGO・国際機関等との緊張関係を前提に、国際機関には人権保障のための地球規模での制度づくりを、国家には国政全般にわたる説明責任の強化と人権保障のための制度づくり・NGOの下支えを、NGOには先駆的な実践の展開と説明責任の強化を求めていくと

同時に、国際機関とNGOには人権の文化の形成・宣伝を求めていくのが望ましいように思われる。このように考えることによって一方においては国家が過度に自身の権限・権能を意識し、その結果としてパターンリズムに陥るのを防ぐことができ、他方においては人権を支える社会の活力に正当性を賦与することができるように思われるのである。

最後に人権の実現方法であるが、これには、①直接的なアプローチと間接的なアプローチ、②強制的なアプローチと非強制的なアプローチがあるであろう。事例への介入等に関する立法は直接的アプローチの最たるものであり、教育や宣伝は社会に向けてなされる間接的なアプローチの代表例であろうし、立法でも罰則規定を設けるのは強制的な立法の代表例であろうし、刑罰を使用しない象徴的な立法は非強制的なアプローチに基づくものとされるであろう。いままさに人権侵害が行われている場合の対処はともかく、人権保障のアプローチは基本的に非強制的であるべきであろう。

3. 2 憲法学における加害者家族の子どもの人権論の可能性：修復的正義からのアプローチ

修復的正義の観点からの議論を試みるにあたって、まず、そもそも憲法上、加害者家族の子どもの人権というテーマが成立するか否かについて一言述べておく必要がある。修復的正義の観点からすれば、そもそも人権が、抽象的な個人の有するものではなく具体的な人々の関係性の中で形成されるものである以上、憲法学の領域においても一定のカテゴリーに属する人々の状況に即した人権論を構築することが要請されるものと思われる。残念ながら、加害者家族の子どもは、一般的に不正義にさらされているとは見られにくい。だが、何かがおかしいという不正義の感覚からすれば、残酷さの回避の要請が働く典型的なカテゴリーであるということがいえるようにも思われる。人権が、単なる利益・権利に止まらず、とりわけ少数者のそれに配慮せよという道徳的要請を含むものである以上、憲法学も本テーマにおける国家の果たすべき役割について議論する必要があるように思われるのである。

次に、個々の憲法上の権利との関係であるが、憲法13条の人間の尊厳の原理は加害者家族の子どもの人権を憲法上支えるものとして代表的なものといえるであろう。また同じく憲法13条から導き出されるプライバシー権であるが、加害者家族の子どもの人権の観点からはより強化された形で配慮される余地があるかもしれない。また同じく憲法13条等に関連して安全の権利も、より重視されるべきであろう。そもそも刑事政策的にみても、私人による暴力の行使を原則認めていない近代国家において、勝手な正義感をふりかざして加害者家族の子どもに攻撃を加える人間の危険性を軽く見積もることは難しいように思われる。文句を言いだしにくい相手を狙い撃ちすることが残酷さの極限のひとつであることは指摘するまでもない。そして、13条と同じく重要なのが憲法14条である。加害者の家族だからということで差別的な取り扱いを受ける合理的な理由は存在しない。また捜査等の過程において加害者家族の子どもの人権を侵害する行為は憲法31条等に反し、憲法17条に基づいて国家賠償請求の対象となるであろう。また、住む場所等の確保については、憲法22条1項や25条等に基づいて支援がなされる必要があるであろう。憲法25条に関連して、弱さに対して恩恵的に向き合うのではなく、弱さを抱えた人間の尊厳を尊重するという観点から社会国家原理が再構成されるべきだと考えるのであれば、生活費、学費等に関する加害者家族の子どもの人権は、積極的に保障されるべきであると考えられる。もっとも、心理的ケアについては、加害者家族の子どもの現状を踏まえて、通常のそれよりも特別の配慮をなすことが要請されるであろう。学習に関して、これも加害者家族の子どもの現状を踏まえるならば、憲法26条に照らして、特別の配慮が求められていると考えられるべきであるように思われる。また、キャリアの形成・発展等に関して、これも現状に鑑み、憲法22条1項や27条1項等に照らして、配慮されるべきであろう。

4. おわりに

以上、本稿においては、我が国の人権論の一部を概観し、それに対する疑問を述べた上で、修復的正義論、とりわけ西村春夫・細井洋子の議論、そして大川正彦に導かれつつ、ジュディス・シュクラの立場を加味して人権、とりわけ加害者家族の子どもの人権について考察してきた。修復的正義からの人権論へのアプローチは、憲法学にとって、もしかするととんでもない「じゃじゃ馬」に見えるかもしれない。だが、私見によれ

ば、憲法学の立場と対立関係に立つのではなく、むしろそれを補強・活性化させるものと思われる。あるいは、逆に修復的正義の議論は、近時の憲法学における有力な立場からみて同様のことをいっているように見えるかもしれない。しかし、(両者のもともとの違いはさておき)我が国の憲法学が加害者家族の子どもの権利に取り組んでいない状況の中で、この小稿は問題を共有する糸口を提供することを目指すものである。加害者家族の子どもの苦境を目の当たりにしつつ、両者の対話の開始を切に望む次第である。

なお、この小稿はあくまで試論の域をでるものではない。読者の御教示をいただき、学びを深めていくことにさせていただければ幸いである。

注

- 1 阿部恭子編著『性犯罪加害者家族のケアと人権：尊厳の回復と個人の幸福を目指して』(2017年)、阿部恭子編著・草場裕之監修『交通事故加害者家族の現状と支援：過失犯の家族へのアプローチ』(2016年)、同『加害者家族支援の理論と実践：家族の回復と加害者の更生に向けて』(2015年)、鈴木伸元『加害者家族』(2010年)等を参照。
- 2 拙稿「加害者家族支援の理論的基礎に関する予備的考察」阿部編著・草場監修・同上(2015年著作)40-53頁参照。
- 3 刑事政策の領域における本問題に関する論考としては、小柳武「犯罪抑止要因としての家族」犯罪社会学研究第14号(1989年)23-41頁等がある。また近年のものとして、高橋聡美「犯罪加害者家族のサポート--加害者家族の抱える問題とアプローチ」刑政121(11)(2010年)24-36頁等参照。
- 4 用語に関して、愛敬浩二「第1章 近代人権論と現代人権論：『人権の主体』という観点から」同編『講座人権論の再定位 2 人権の主体』(2010年)7-8頁参照。
- 5 より精確にいうならば、修復的正義の立場からの、憲法学の人権論に対する要請を提示することから、ということになる。
- 6 我が国の戦後憲法学における人権論の変遷については、渡辺康行「人権理論の変容」『岩波講座 現代の法1 現代国家と法』(1997年)65-106頁参照。
- 7 奥平康弘「『人権』ということばを問う(特集 人権救済設置機関設置をめぐる)」法律時報73巻2号(2001年)10頁参照。
- 8 本稿注1に挙げた諸著、および阿部恭子「加害者家族と人権」共生と修復第4号(2014年)38-40頁参照。
- 9 愛敬・前掲論文(注4)9-10頁参照。
- 10 奥平康弘「“ヒューマン・ライツ”考」和田英夫教授古稀記念論集『戦後憲法学の展開』(1988年)122-123頁。
- 11 同上, 138頁。
- 12 同上, 123-124頁参照。
- 13 同上, 137頁。
- 14 同上, 136-138頁参照。
- 15 戸波江二「被害者の人権のための人権論からのアプローチ」被害者学研究第15号(2005年)3-20頁参照。
- 16 同上, 5-6頁。
- 17 同上, 7頁。
- 18 同上, 7-8頁。
- 19 同上, 8頁。
- 20 同上。
- 21 同上, 13頁。
- 22 同上, 15頁。
- 23 同上。
- 24 同上, 19頁。
- 25 奥平・前掲論文(注7)10頁。
- 26 戸波・前掲論文(注15)5頁。
- 27 同上, 15頁参照。
- 28 以下の議論に関して、拙稿「修復的正義の思想的探求のための覚書：日本における理論的先駆者の作業を手掛かりとしつつ」東京学芸大学紀要 人文社会科学系Ⅱ 67(2016年)113-134頁参照。
- 29 拙稿「ケアと人権：修復的正義の観点から」阿部・前掲書(注1)(2017年著作)27頁参照。

宿谷:我が国の憲法学における人権論の現状と加害者家族の子どもの人権に関する覚書

- 30 瀧川裕英「第3章 人権は誰に対する権利か：人権保障責任主体の問題」井上達夫編『講座人権論の再定位 5 人権論の再構築』（2010年）55-62頁参照。