



Title	子どもの意見表明権と表現の自由に関する一考察：いわゆる「ゲルニカ訴訟」の『意見書』から
Author(s)	中川, 明; NAKAGAWA, Akira
Description	資料
Citation	北大法学論集, 50(2), 43-61
Issue Date	1999-07
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/27954">https://hdl.handle.net/2115/27954</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	50(2)_P43-61.pdf



## 子どもの意見表明権と表現の自由に関する一考察

——いわゆる「ゲルニカ訴訟」の「意見書」から——

中 川 明

### 〔はじめに〕 — 「意見書」の解題

以下に資料として掲載するのは、福岡高等裁判所平成一〇年（行コ）第二二号・戒告処分取消請求控訴事件（控訴人・X、被校訴人・福岡市教育委員会）において、私が証人として一九九九年一月二十九日に福岡高等裁判所第四民事部で証言するにあ

たり、事前に提出した「意見書」である。

本「意見書」の理解に資するに必要な限りで、裁判で問題となっている事件の概要と裁判における争点並びに一審・福岡地方裁判所判決（一九九八年二月二十四日）を、以下に簡単に紹介する。（判決掲載誌としては、「判例タイムズ」九六五号、二七七頁以下がある。）

## 1. (事件の概要)

混乱した。

資 一九八八(昭和六三)年三月一九日、福岡市立長尾小学校の卒業式において、卒業生らは、卒業制作として共同制作した、ピカソの「ゲルニカ」の絵を模写した旗(以下、「ゲルニカの旗」という)を卒業式場の正面ステージに掲げて欲しいとの意向・希望を校長はじめ教師らに表明していたが、前年赴任してきた校長は結局これを認めず、正面ステージには「日の丸」を掲げ、「ゲルニカの旗」は卒業生席の背面に掲げた。意向・希望が聞き入れられなかったため、一人の卒業生Aが、卒業式の「君が代」斉唱時に着席し、二度にわたり「歌えませぬ」と抗議の意思を表明し、更に卒業証書授与の際に与えられた決意表明の機会に、「私は、ゲルニカをステージに張ってくれなかったことについて、深く怒り、そして侮辱を感じています。校長先生は私達に対して、私達を大切には思っていないかったようです。ゲルニカには、平和への願いや私達の人生への希望をも託していたというのに、張ってくださいませんでした。」「私は、怒りや屈辱をもって卒業します。私は絶対校長先生のような人間にはなりたくないと思います。」と述べたところ、来賓席から「帰んなさい」「とぼくるな」等の野次があり、式はしばし

この意見表明と発言をしたAの学級担任であるXが、Aの一度目の「君が代」拒否の発言の後に着席し、更に、退場の際に右手こぶしを振り上げたことが、教育公務員としての信用失墜行為にあたるとして、同年六月二十七日、福岡市教育委員会から地方公務員法二九条一項により戒告処分を受けたので、Xは処分が事実誤認に基づく違法なものである等として、処分取消請求をするに至った。その処分理由書においては、「卒業証書授与の際の児童の不適切な発言等もあり、卒業式が正常な進行とはいえないなか・・・」と明記されていた。

## 2. (争点)

- (一) 本件処分は事実誤認に基づくものであるか否か。
- ① 卒業式の式次第は事前に決められていたか否か。
- ② 卒業式の「君が代」斉唱時における担任教師の着席が、担任の児童の「君が代」斉唱を拒否するとの発言及び着席に呼応するかのようになされたか否か。
- ③ 卒業式の式場から担任教師が退場する際に右手こぶしを振り上げたか否か。

④ 児童の発言が不適切なものであったか否か。

(二) 本件処分は公正さを欠く違法なものであるか否か。

### 3. (一審判決の要旨)

(一) 事実誤認の点について

① 儀式的行事の運営事項の決定権限については、学校教育法二八条三項が「校長は、校務をつかさどり、所属職員を監督する」と定めるほかに特別の規定は存在せず、卒業式の式次第決定権限も校長にあると解するのが相当である。本件卒業式の式次第は職員会議での合意に至らなかったが、卒業式の開始前には校長の権限によって決定されていたと認められる。

② Aは教頭の「国家斉唱」の声とともに着席し、その後短時間の中に二回にわたって「歌えませんと叫んだが、Xの着席はAの着席及び一回目の「歌えません」の後の短時間のうちに、客観的にこれに呼応するかのように行われたものと認められる。

③ Xは本件卒業式終了後、卒業生を引率して退場する際、右手でこぶしをつくってかかけ、その状態で式場から退場したが、Xの挙手の態様がうつむき加減に右手こぶしをかかげたものであり、本件卒業式において混乱があったことからすれば、Xの挙手は来賓や保護者に対する抗議ないし勝利の意思表示と評価すべきものである。

④ 本件処分はXに対するものであり、Aに対するものではない。処分理由中の「児童の不適切な発言等もあり」の部分は、本件卒業式が「正常な進行とはいえない」かつたことこの例として、卒業証書授与の際のAの発言を挙げたものと認められ、Xの行為の内容をなすものではない。

Aの決意表明は、小学校生活の締めくくりとしての卒業式の場に相応しいものではないという意味で、常識的にみて適切なものとはいえない。また、子どもの意見表明の権利は、時、場所、内容、方法等の具体的態様によって当該意見表明行為としての表現行為に内在する制約が存在することを考慮すれば、意見表明行為が社会通念上否定的に評価される場合があることは当然である。「ゲルニカの旗」を卒業式場の正面ステージに張ってもらいたいとの希望が叶えられなかった心情は理解できるが、Aの発言が卒業証

書授与の際の決意表明におけるものであることを考慮すれば、適切なものと評価することはできない。もともと、Aの発言のみならず来賓等の野次も卒業式混乱の一因となっていることを考えると、本件処分理由中の表現は舌足らずなものであるというべきである。

(二) 本件処分は公正さを欠く違法なものではない。(略)

## 意見書

### 目次

- 一、子どもの権利条約の成立の経緯
- 二、子どもの意見表明権とはなにか
- 三、子どもの「意見表明権」と「表現の自由」との関係
- 四、子どもの権利条約の法的効力

五、子どもの権利条約批准前の子どもの「意見表明権」

(なお、以上の各項目は、控訴人代理人により、予め「証人尋問事項」第二として示されたものである。)

一、子どもの権利条約の成立の経緯―二つの世界大戦を経て

1. 一九〇〇年、スウェーデンのエレン・ケイ (Ellen Key、一八四九年―一九二六年、教育学者で婦人解放運動の指導者) は、『子どもの世紀』(Barnets århundrade)と題する一冊の書物を著した。この象徴的なタイトルがつけられた書物で、彼女は、『二〇世紀は、子どもの世紀である』と喝破し、予言した。しかし、彼女の願いがこめられたこの予言は、その後、二つの世界大戦による子どもの受難という痛苦の体験を経て、曲折した茨の道を辿ることを余儀なくされた。
2. 国際社会がはじめて子どもの権利に注目しこれを保障しようとしたのは、一九二四年に国際連盟で採択された「子どもの権利に関する宣言」(ジュネーブ宣言)においてである。そこでは、「人類は、子どもに対して最善のものを与える義

務を負っている」ことがうたわれ、子どもを特別に保護する目的で五つの原則が掲げられている。これは、第一次世界大戦において、多くの子どもが戦争の被害を受けたという事実をふまえたものである。

しかし、人類はこの宣言の舌の根も乾かないうちに、再び第二次世界大戦を引き起こした。戦争による子どもたちの犠牲は一層広がり、多くの子どもが生命を奪われた。人類は、子どもに対して二度にわたり、戦争という「最悪のものを与えた」のである。

3. 一九四八年二月一〇日、国際連合総会は、「世界人権宣言」を採択した。全三〇条からなる同宣言は、子どもにも言及している。

「母と子とは、特別の保護及び援助を受ける権利を有する。すべての児童は、嫡出であるか否かを問わず、同じ社会的保護を受ける」(二五条二項)。

「親は、子に与える教育の種類を選択する優先的権利を有する」(二六条三項)。「すべての人は、教育を受ける権利を有する」。「教育は、人格の完全な発展並びに人権及び基本的自由の強化を目的としなければならない」(二六条一、二項)。

4. 一九五九年一月二〇日、国際連合総会は、「子どもの権

利宣言」を採択した。宣言は、「人類は、子どもに対して最善のものを与える義務を負っている」ことを改めて確認したあと、子どもの権利を保障する一〇の原則を具体的に明らかにした。

子どもの権利宣言は、「子どもは、この宣言に掲げるすべての権利を享有するものとする」(原則一)として、明確に子どもを権利の享有主体と捉えており、そのうえで、「子どもは、教育を受ける権利を有する。…子どもの最善の利益は、子どもの教育及び指導の責任を負う者の指導原理でなければならない」(原則七)と定めて、子どもの教育への権利を承認するとともに、教育責任を負う者の指導原理が「子どもの最善の利益」の実現にあることを明記した。「子どもの最善の利益」(the best interests of the child)は、子どもの権利にかかわる国・関係当事者のすべてが負う根本的な指導原理に位置づけられた。

5. 国際連合総会は、一九六六年には「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約(以下、「社会権規約」という)」「市民的及び政治的権利に関する国際規約(以下、「自由権規約」という)」を採択した。日本も一九七九年にこれを批准したため、同年九月二日より、二つの条約は国内法的効

料  
力を生じた。

資

これらの条約は、「すべての人」の権利を国際的に保障しようとしたものであり、もとより子どももその対象として含まれていた。しかし、子どもは、現実にはその有する人権を侵されやすく、戦争・貧困・飢餓などの悲惨な被害はまず子どもに生じるので、子どもには、おとなとは別に、個別にその権利を保障する必要があることが国際社会の共通感覚となった。

国際連合総会は、一九七六年十二月二日、「一九七九年を『国際児童年』とする」と決定した。

6. 一九七八年、翌年の国際児童年（「子どもの権利宣言」二〇周年）を前にして、ポーランドは、国際連合・人権委員会に対して「子どもの権利に関する条約草案」を提出した。ポーランドが子どもの権利条約草案を提案したのは、二度にわたる世界大戦において、二百万人を越えるポーランドの子どもが生命を奪われたことや、ヨーロッパ中から集められた何百万人ものユダヤ人の子どもが、ナチスによりポーランドの中に設けられたゲットーにおいて殺された、という事実への深い反省からである。（この点については、「なぜ、ポーランドは子どもの権利条約を提案したのか」、「季刊・教育法」九二

号、一七頁以下に詳しい。）

この提案に対して、多数の加盟国や国際組織（ユニセフ、ILOなど）、NGOが見解を述べたが、とりわけ困難な状況下で生きている子どもたち―武力紛争下におかれた子ども、難民の子ども、障害を持っている子ども、少数民族の子ども、少年犯罪者など―の問題や、子どもの市民的自由への考慮が必要だ、との意見が多く寄せられた。これらの意見を取り入れて、ポーランドは二度目の条約草案を作成し、一九七九年一〇月五日に、再び国際連合・人権委員会に提出した。

ポーランドが提案した「子どもの権利に関する条約改訂案」に基づいて、国際連合・人権委員会は、作業部会（ワーキング・グループ）を設置して、条約案の審議をはじめた。作業部会は、ポーランドのアダム・ウォパトカ（Adam Lopata）が議長となつて、十一年の歳月をかけて、各条文毎に慎重に審議を重ねた。

7. 一九八九年一月二〇日（「子どもの権利宣言」三〇周年）、第四四回・国際連合総会は、「子どもの権利に関する条約」(Convention on the Rights of the Child 政府訳では、「児童の権利に関する条約」。以下、「子どもの権利条約」という)を、全会一致で採択した。

子どもの権利条約は、前文と五四条からなる条約であり、人間であれば誰もが必ず通過する「子ども期」における権利の全分野を網羅した包括的・体系的な人権章典として定められた、法的拘束力を有する国際文書である。

条約の採択にあたり、ハビエル・ペレス・デクエヤル国際連合事務総長（当時）は、「社会がどのように子どもに接するかは、社会が子どもに対して持っているやさしさと心遣いを反映しているだけではなく、社会の正義に対する信念、未来に向けての取り組み、そして若い世代のために人類の置かれている状況を改善しようとする熱意の程度を示している」とのコメントを發した。また、ユニセフのジェームズ・グラント事務局長（当時）も、この条約は「子どものための『マダナ・カルタ』であり、『子ども最優先の原則』を順守しなければならぬ」という世界的な決意の現れである、と述べている。

子どもの権利条約は、国際条約としては異例ともいえる早さで多くの国々の賛同を得たため、翌一九九〇年九月二日には、正式に条約として発効した（四九条一項）。

8. 日本政府は、一九九〇年九月二日、子どもの権利条約に署名し（二〇九番目の署名国）、国会での承認を経て、一九

九四年四月二二日に批准書を国際連合事務総長に寄託した（二五八番目の締約国）。その三〇日後の同年五月二二日、子どもの権利条約は、国内法的効力を生じるに至った（四九条二項）。

二、子どもの意見表明権とはなにか

1. 子どもの権利条約一二条は、次のように定めている。

「一、締約国は、自己の意見を形成する能力のある児童がその児童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を確保する。この場合において、児童の意見は、その児童の年齢及び成熟度に従って相応に考慮されるものとする。

二、このため、児童は、特に、自己に影響を及ぼすあらゆる司法上及び行政上の手続において、国内法の手続規則に合致する方法により直接に又は代理人若しくは適当な団体を通じて聴取される機会を与えられる。」（政府訳）

このように定めた一二条は、「子どもに影響を及ぼすすべての事項」について、子ども自身に「自由に自己の意見を表明する権利」を保障するとともに、表明された意見をその子

子どもの「年齢及び成熟度に従って適正に重視する」ことを義務づけたものとして画期的な意義を有する、と受け止められている。

2. この子どもの意見表明権の深い意義を正確に捉えるためには、まず、この条項がどのような経緯をもって制定されたのか、その審議経過をたどる必要がある。(以下の審議経過の検討は、Sharon Detrick (ed), *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the "Travaux Préparatoires"* (Martinus Nijhoff Publishers, 1992) を主たる資料とする。)

一九七九年のポーランドによる条約改訂案七条は、次のように定められていた。

「締約国は、自己の意見 (his own views) を形成することのできる子どもに、その人格に関する事項、特に婚姻、職業の選択、医療、教育及びレクリエーションに関する事項について、自己の見解を表明する権利 (the right to express his opinion) を与えなければならない (shall enable)。」

このポーランド案に対して、大要次のような修正案が出され、検討が加えられた。

(1) オーストラリアは、子どもが意見を表明してもそれが無視されたのでは意味を持たないので、子どもの年齢と成熟

度に相応して子どもの意向を適正に重視する規定が必要であると、次のような一文を追加することを提案した。

「すべてのそのような事項においては、その子どもの意向 (wishes) はその年齢と成熟度に従って適正に重視 (due weight) されなければならない。」

この提案は、基本的に支持されて、一項本文に追加されることになった。

(2) アメリカは、列挙されている子どもの人格に関する事項を拡張、「宗教、政治的・社会的信念、良心の問題、文化的・芸術的事項」「旅行、居住地」を追加する修正案を提出した。これに対して、多くの国は、むしろ、子どもに意見を表明させることになる事項は列挙されている事項に限られるべきではないから、列挙事項は削除されるべきである、と述べた。そこで、アメリカは、「事項 matters」の前に「すべての all」という文言を挿入することを提案し、受け入れられた。

(3) アメリカは又、「効果的にかつ非暴力的に (effectively and non-violently)」意見を表明するとの修正案を提案したが、他の国より子どもは人権規約やその他の法的文書において個人が享受する自由に匹敵する程度の自由を持つ

べきであるとの指摘がなされ、意見表明に制限を加えることを反対された。その結果、カナダの提案により、「意見」の後に「自由に freely」が付け加えられることになった。

(4) ソ連や日本は、「子どもにも影響を及ぼす」を、「子どもの権利に影響を及ぼす」という意味に理解すると述べたが、フィンランドは、それでは条約の中で権利としてカバールされていながら子どもにも影響を与えるものとして扱われている事項が危険にさらされると述べて、反対した。ソ連・日本・中国は採択にあたり、留保した。

(5) アメリカは、ポーランド改訂草案三条を修正して三条二項として、「判断能力のある年齢に達した子ども (child of age of reason) に影響を及ぼすすべての司法上または行政上の手続において、その手続の独立の当事者として子どもが意見が聞かれる機会が与えられなければならない」との意見は権限ある機関によって考慮されなければならない」との条項を提案した。これに対し、「判断能力のある年齢に達した」を「自己の意見を形成する能力のある」に変え、「独立の」を削除し、「聞かれる」の後に「直接または代理人によって間接に」を付加するなどの修正案が出され、これが第一読会案として採択された。第二読会において、

フィンランドは、意見という言葉が 'views', 'opinion', 'wishes' と使い分けられていたのを、すべて 'views' に統一するとともに、第一読会案に若干の手を加え、現二項と同じ内容の条項案を七条二項として追加するという修正案を提出した。この修正案についても、種々の議論がなされたが、最終的にはフィンランドの当初案に落ちついた。

3. 以上の審議経過からは、次のことが明らかである。

- ① 子どもの意見ないし意向は、適正に重視されなければならないことが明確に定められた。
- ② 子どもの人格に関する事項は、結局すべての事項に及ぶことになった。
- ③ 子どもの意見表明は、制限を受けることなく、自由に表明されうることになった。
- ④ 「子どもにも影響を及ぼすすべての事項」は、子どもの権利に影響を及ぼす事項だけでなく、もつと広く権利という形で規定されない事項も含むものとされた。
- ⑤ 判断能力のある年齢による区分が放棄されて、自己の意見を形成する能力となったので、意見表明権の主体は、是非善悪の弁識能力よりも低いものも含むことになった。また、その能力の有無は、個々の子どもによって測られるべきで

あり、一律に年齢の尺度を示さないことになった。

⑥「意見」「見解」を示す *opinion* ではなくて、「見方」「考え方」を示す *view* に統一されたので、「見解を形成する能力」というよりは、広く「考えを形成する能力」があれば足りるとされた。

⑦一項は自己の意見を形成する能力のある子どもに意見表明権を保障しているのに対して、二項は意見を形成する能力のない子どもにも代理人または適切な団体を通して聴聞を受ける機会を保障しているので、その対象となる子どもは一項よりも広いことになった。

4. このように、一二条は、子どもが自己に影響を及ぼすすべての事項の決定過程において自分の意見を表明して積極的に参加することを保障するとともに、表明された子どもの意見をその子どもの年齢や成熟度に従って適正に重視しなければならぬと義務づけることによって、「子どもに関するすべての措置をとるにあたって・・・子どもの最善の利益が第一次的 (primary) に考慮される」(三条一項) 場合の判断基準を明らかにしたものである。

意見表明権は、子どもに自己に影響を及ぼすすべての事項を自ら決定することができる権利 (自己決定権・人格的自律

権) まで保障しているものではないが、決定過程において意見を表明し、その意見の適正な重視を求めることによって、決定過程への参加を保障するものである。従って、成長過程にある子どもの独自性を尊重して、子どもによる権利の自律的行使を正當に取り扱い、将来の独立した権利行使 (自己決定権・人格的自律権) につながる子ども固有の権利として捉えなければならないことになる。

これにより、国は子どもの意見表明権を保障する義務を負う (shall assume) ことになったので、教育行政当局や国公立の学校などがこれを履行する義務を負うだけでなく、父母や私立学校などにもこれを履行させる義務を負ったことになるのである。

国が保障義務を負う子どもの意見表明の対象は、子どもに影響を及ぼすすべての事項であり、しかも権利に影響を及ぼす事項に限られず、子どもに事実上の利害関係がある事項も広く含むこととなった。意見表明の対象は無限定なものとなったが、教育事項など当初のポールド案に既に含まれていた特定の事項については、とりわけ留意して考慮しなければならぬのである。

その対象とされた教育事項の範囲・内容についても限定さ

れていないので、子どもの教育過程において事実上影響を与えるものも含めて、教育上のすべての措置に及ぶ。卒業式は、学校教育過程の終了に際して行われる行事であり、子どもの成長の節目に大きな影響を与えることは必至であるから、意見表明の対象となることは明らかである。

また、子どもは「自由に」自己の意見を表明することができるのであるから、国は意見の表明を制約したり、妨げてはならないという不作為義務を負っているのである。

そして、表明された子どもの意見を「年齢及び成熟度に従って適正に重視する」とは、国が子どもの意見を「適正に重視する」という作為義務を負っていることを意味している。この作為義務は意見表明権の受け手に向けられたものであり、学校も当然にその受け手となっているので、具体的な事案において、学校もこれを負うことがある。

「適正に重視する」とは、子どもにかかわる事項を決定するにあたって、表明された子どもの意見を、その表明がなされた一連の経緯・状況などをも十分にふまえて、その内に存する真の意義に沿って正確に把握し、そのようにして把握された子どもの意見に従った場合にその子どもにも生じるさまざまな影響を、その子どもの「最善の利益」の実現という観点

に照らして精査・検討し、その結果、その子どもの自律そのものに取りかえしがきかないほど害を与えることが予想される場合には、これに拘束されないとするとともに、それ以外の場合においては、その意見を、実質的なかたちであれ、できるだけ実現するように積極的に努力する義務を負っていることを意味している。なお、「年齢及び成熟度に従って」は「適正に重視する」際にこれを限定する趣旨で付加されたものではなく、子どもが成長過程にあることを踏まえて、むしろ子どもの成長に期待する積極的な意味がこめられたものとして捉えるべきである。

また、「適正に重視する」という作為義務は手続的性格を持つものであり、受け手の具体的対応と相関関係にあることから、表明された意見を実現することが、「子どもの最善の利益」という観点に照らして適切でないことが明らかな場合には、子どもに対して、その意見を実現することができない理由・事情などを明示して誠実に説明する責務を果たすことも、その規範内容として含むものである。

このように、学校は、教育過程を決定するにあたっては、子どもの最善の利益を実現するために、表明された子どもの意見を重要なファクターとして重視しなければならないので

あり、作為義務がある以上、子どもの意見を無視したり聞き流したりすることが許されないのはもとより、子どもの意見に沿いえない場合にはその旨を説明する責任があるのである。

### 三、子どもの「意見表明権」と「表現の自由」との関係

#### 1. 子どもの権利条約二三条は、次のように定めている。

「一、児童は、表現の自由についての権利を有する。この権利には、口頭、手書き若しくは印刷、芸術の形態又は自ら選択する他の方法により、国境とのかかわりなく、あらゆる種類の情報及び考えを求め、受け及び伝える自由を含む。二、一の権利の行使については、一定の制限を課すことができる。ただし、その制限は、法律によって定められ、かつ、次の目的のために必要とされるものに限る。

- (a) 他者の権利又は信用の尊重
- (b) 国の安全、公の秩序又は公衆の健康若しくは道徳の保護」(政府訳)

2. このように、子どもに表現の自由を保障した二三条は、条約上の表現においては、自由権規約一九条とほとんど同じである。「すべての者」に表現の自由を保障した同一九条にな

らいながら、子どもの権利条約二三条が一二条に引き続いて、表現の自由条項を設けたのは、次のような審議経過においてであった。

アメリカは、子どもの自律 (autonomy) を重視する視点に立って、子どもの市民的自由を保障する条項を設ける必要があることを力説し、ポーランド改訂草案七条に、次のような追加・修正を行うことを提案した。(1) 現二三条一項の二文となる文章を三文として追加して、改訂草案七条が表現の自由に関する権利を含むことを明らかにすること。(2) 現二三条二項となる文章を二項としておこして、この権利の行使は一定の制約を受けることを明らかにすること。(3) 「締約国は、子どもがこの権利を行使するにあたり、父母及び場合により法定保護者が子どもに対しその発達しつつある能力に適合する方法で指示を与える権利義務を尊重する」との文章を三項として付加すること。

このうち、二項は意見表明権と切り離されて、現二三条二項となり、三項は結局、思想・良心及び信教の自由を定める現一四条の二項に引き継がれた。

また、東ドイツ(当時)が、表現の自由の制約事由として「子どもの精神面及び福祉面の保護」を付加するように提案

したのに対して、アメリカは、そのような制約は、自由権規約一九条には見られず、子どもにのみそのような制約を課するのは不公正であるばかりか、そこに見られるパターン的な色彩は条約の精神に反すると批判し、更にポルトガルも、親の指示・指導の権利義務（現五条）との関係もあり、東ドイツの提案は余分であると批判したので、結局、東ドイツ提案は受け入れられなかった。

3. 以上の審議経過からは、次のことが明らかである。

- ①意見表明権は、市民的自由の一般規定としての位置を占めるものである。
- ②表現の自由とその制限を定める現一三条は、意見表明権を審議する過程で枝分かれしたものである。
- ③意見表明は表現の自由の保障と密接に関係があり、広く表現の自由の保障の一環をなすものであるが、意見表明と表現の自由とはその機能する場面が分けられている。
- ④表現の自由は、国によるパターン的な制約を許容しない趣旨である。

- ⑤子どもが意見表明権や表現の自由を行使するにあたっては、親の指示・指導の権利義務（現五条）との関係が問題となる。
4. このように、意見表明権と表現の自由はつなげて捉えられ

ており、ともに子どもを権利の自律的行使の主体と位置づけられている。

子どもに権利の自律的行使を認めるのは、「まず、自律は個人の尊厳にたらなるものとして、それを行使すること自体に価値を有している。子どもによる権利の自律的行使は、常に子どもにとって適切な結果をもたらすとはかぎらないけれども、自律の価値は結果のみによっては評価しきれない面を有している。ついで、権利を行使する能力は、実際にそれを行使することによって形成されていくという面を有している。極端な場合には、それが誤って行使されたと思えても、その行使を許容した方が子どもの将来にとって有益であることもありうる」（米沢広一『市民的自由』（石川稔・森田明編『児童の権利条約』一粒社）、二四五頁）と考えられているからである。

いずれにしても、子どもが意見表明を必要とするのは、子どもに影響を及ぼす事柄が決定される場合であり、それ以外の場合には、表現の自由が意見表明をその内に含みながら保障されることで十分なのである。（※）

そして、子どもの表現の自由については、親の指示・指導により制約がなされることがありうるが、「子どもの精神面

や福祉面の保護」などを理由として、国がパターナルな制約をすることは許されないのである。既に自由権規約一九条は、表現の自由を「すべての者」に保障しており、子どもの表現の自由をも保障していたが、子どもの権利規約はこれを確認するとともに、その制約事由もおなじものとしている。すなわち権利規約は、子どもが表現の自由についても、おとなと全く同一の制約事由にしか服さないことを明示したのである。

こうして、子どもの表現の自由については、子どもの自律的行使▽親の指示・指導の行使▽国による制約という図式が成り立つことになる。従って、学校においても、学内における子どもの表現の自由を、他の生徒・教職員の学習や教育の遂行と実質的に衝突する場合に限りそれを防止するために制約することは許されるが、それ以上に精神的・政治的な理由あるいはパターナルな理由から制約することは一内在的な制約という名目であれ一許されないのである。

なお、子どもの権利規約二三条二項が「法律によって定められ」との限定を付しているのは、表現の自由に対して、法律に基づかない行政権による制限を排除する趣旨であると解されている。また、優越的地位を占める表現の自由に対して、

「国の安全、公の秩序」という漠然とした制約事由をあげることは本質的な疑問が出されている。条約の文言は憲法に適合するように解釈されるべきであるから、「条約の解釈論としては、(a)(b)の制約事由はすべて内在的制約のみを意味すると解すべきこと」になる。(米沢広一、前掲、二四八―九頁。)

#### 四、子どもの権利規約の法的効力

1. 先に一、8で述べたように、日本においても、子どもの権利規約は、一九九四年五月二日から国内法的効力を生じることになった。

周知のとおり、日本においては、一般に批准・発効した条約は、非自動執行的条約でないかぎり、特段の立法措置を必要としないで、国内法的効力をもち(自動執行的効力<sup>88</sup> *executing*)、国の法体系のなかに位置づけられる。

そして、条約と国内法との効力関係は、憲法との関係では、憲法が優位に立ち、法律との関係では、条約の国会承認や憲法九八条二項により条約が優位するとの考えが、政府・裁判所・学説に共通した認識となっている。

2. しかし、右のような効力関係は、条約が直ちに、個人の国に対する請求の根拠としてあるいは国の行為の違法性を争う根拠として、裁判所で援用することができるようになったことを意味しない。条約の国内的効力の問題と条約の直接適用可能性 (direct applicability) の問題とは区別して扱われなければならない、前者は後者の前提条件であるにすぎないからである。(岩沢雄司「条約の国内適用可能性」〔有斐閣〕、二八一―二八六頁参照。)

右の理は、子どもの権利条約についても、同様に妥当する。子どもの権利条約の直接適用可能性は、条文の文言・内容の明確性と具体性、条文上の義務の性格、具体的ケースの文脈の中での関連国内法制の状況などを総合的に考慮して、具体的に各条文毎に判断されなければならない。

条文の文言・内容の明確性と具体性は、規定の文言や起草過程・審議過程での議論内容だけでなく、子どもの権利委員会への解釈・見解や、関連する国際人権条約(とくに、二つの国際人権規約やヨーロッパ人権条約)の適用基準・先例、人権条約機関での実行状況などを総合的に考慮して見定める必要がある。また、条文上の義務の性格は、国内の実施義務が権利の即時の実現の義務か漸進的実現の義務かによって一応

分けることができ、前者であれば直接適用可能性があると思われる。しかし、子どもの権利条約における諸権利の相互依存性・不可分性からすると、どちらか一方に分けることが困難なグレイゾーンの権利も多く、その義務の性格についてなお裁量の余地があるので、後者であっても直接適用可能なこともあり、画一的に判断すべきではない。(今井直「子どもの権利条約の国内裁判における直接適用」〔国際人権〕六号、信山社)、二九頁。)

いずれにしても、子どもの権利条約の個々の条文毎に、その条文のもつ射程距離を慎重に見極めることが必要である。3. 子どもの権利条約のうち、少なくとも差別的禁止を命ずる二条や、市民的自由を定めた各条項(二三条―一八条)については、自由権規約と同様に、即時的であるため、直接適用可能と解されている。

そして、条約の市民的自由条項は、既に憲法上保障されている人権をよりきめ細かく保障するものであるから、「憲法に準ずるものとして重く扱わなければならない」のである。その結果、「例えば国際人権規約違反の具体的措置を適用連憲に準ずるものとして扱うべき場合もありうる」(佐藤幸治「憲法」〔第三版〕〔青林書院〕、三九五頁)のである。

従って、子どもの意見表明権を保障する一二条や表現の自由を保障する一三条は直接適用可能であり、具体的措置が条約違反として無効となる可能性もおこりうることになる。そのかぎり、それらの条項は、固有の裁判規範性を有する規定として機能しうるのである。

4. 子どもの権利条約は、裁判規範として直接適用可能な場合だけでなく、間接適用のかたちで、権利条約の趣旨や内容を裁判に反映させて、実質的な効果をもたらすことも可能である。

間接適用は、憲法その他の国内法の解釈に際して、その解釈原理・指針として、あるいは解釈の正当性の根拠として人権条約を援用し、条約に適合するように憲法その他の国内法を解釈・適用したり、あるいはその解釈・適用を補強して、内容を豊かにするものである。この場合、援用される国際人権基準が法的拘束力を有するかどうかということはそれほど大きな問題ではない。それ自体としては法的拘束力のない宣言や未だ批准していない条約であっても、それが普遍性と具体性をもつ基準を含んでいる場合には、必要に応じて参照され、解釈の正当性を補強する機能を果たすことができるのである。

国際人権法の発展により、諸外国でも、人権条約援用のシ

ステムとして間接適用が一般的となつてきており、日本でも条約の間接適用はより重視されてきている。既に、後にもふれる東京高裁一九九三年六月三日決定は、非嫡出子の相続分の差別を違憲とするにあたって、自由権規約二四条一項の規定と子どもの権利条約二条二項の「精神」を考慮している（『判例時報』、一四六五号、五五頁）。

5. このように、子どもの権利条約は、直接適用可能であるだけでなく、間接適用のかたちで実質的に裁判の結果に影響を与えることも可能であるはずである。ところが、日本では、これまでのところ、子どもの権利条約が、直接適用であれ、間接適用であれ、裁判所の判決において援用された事例は極めて稀である。

日本の裁判所に見られる右のような傾向に対して、子どもの権利条約に基づき設置された「子どもの権利委員会」(Committee on the Rights of the Child)は、同条約四四条に基づき提出された日本政府の第一回報告書を審査したあと、一九九八年六月五日に採択した「日本政府に対する総括所見」(Concluding observations)において、次のような懸念と勧告を述べている。

「委員会は、子どもの権利条約が国内法に優先しかつ国内

の裁判所で援用できるにもかかわらず、実際には、裁判所がその判決の中で、国際人権条約一般、特に子どもの権利条約を直接に適用しないのが通例であることに、懸念をもって留意する」(七項)。

「国内法における条約の地位に関して、委員会は、締約国(日本)に対して、子どもの権利条約およびその他の人権条約が国内の裁判所で援用された事例に関する詳しい情報を、次回の定期報告において提供するように勧告する」(一九条)。

裁判所は、委員会の右のような懸念と勧告に応えることが期待されている。

#### 五、子どもの権利条約批准前の「意見表明権」

1. 一般に条約は批准されて、はじめて国内法的効力を有し、国内の法体系の中に位置づけられるのであるから、批准前の条約が条約として直接適用可能性を持たないことは当然である。しかし、このことは、裁判所がその判断をするにあたって、批准前の条約をおよそ考慮せず、何らの参考にもしないことを意味しない。

既に四、4で述べたように、憲法その他の国内法の解釈に

際して、その解釈原理・指針として、あるいは解釈の正当性の根拠として条約を援用する場合には、援用される条約が法的拘束力を有するかどうかはそれほど大きな問題ではなく、未だ批准していない条約であっても、それが普遍性と具体性をもつ基準を含んでいるならば、考慮し参照され、解釈の正当性を補強する機能を果たすことができるとされている。実際にも、前述の東京高裁決定は、日本が子どもの権利条約を未だ批准していない中で、「我が国において未だ批准していないものの、近々批准することが予定されている「児童の権利に関する条約」二条二項の精神等にかんがみれば」と述べて、明白に批准前の条約の間接適用を行っている。

子どもの意見表明権の定めは、既に二において詳述したように、子どもの権利条約において画期的な意義を有しており、子どもの権利の自律的行使のさきがけをなすものとしてつとに広く承認されていたのであるから、未だ批准されていない場合でも、具体的ケースの文脈の中で、これを考慮し参照することは十分に可能であろう。

2. また、既に三において詳述したように、子どもの意見表明権は、子どもの表現の自由の保障の一環であり、二つはつなげて一体として捉えられている。子どもが意見表明を必要と

するのは子どもに影響を及ぼす事柄が決定される場合であり、この場合も含めて広く表現の自由の保障が及んでいるのである。

そして、既に自由権規約一九条は、表現の自由を「すべての者」に保障しており、子どもにも表現の自由は保障されていた。子どもの権利条約はこれを確認したにすぎないのあるから、子どもの権利条約が未だ批准されていない場合でも、同趣旨の自由権規約が既に批准されている以上、そのコロラリとして内に含まれている意見表明権を、具体的ケースの文脈の中で、これを考慮し参照することは何ら差し支えないのである。

3. のみならず、子どもの意見表明権や表現の自由は、子どもの権利条約によって始めて認められた権利・自由ではなく、もともと、日本においては、憲法二一条や一三条及び教育基本法一条によっても認められていたものである。すなわち、子どもを自律に向かう存在として承認し、権利の自律的行使を認めるという考え方や、子どもの人格にかかわる事項についての決定過程に子ども自身を参加させるという考え方は、憲法や教育基本法に既に含意されていたのである。(憲法学の立場からは、佐藤幸治『子どもの「人権」とは』)〔自由と正義〕三八巻六号)、九頁。教育法学の立場からは、勝野尚

行『子どもの権利条約と学校参加』、法律文化社、三五三頁以下。自律の尊重は、現実の自律にのみ着目するのではなく、自律に向けての過程(自己形成過程)にまで広げて、動的にとらえる必要がある。子どもは自律に向けての能力を培う過程にあり、自律を助長促進される必要があるから、国は子どもの自律の現実化の過程を妨げる障害を除去するだけではなく、自律の過程に必要な条件を積極的に充足することが求められている。子どもの人格にかかわる事項の決定過程に子ども自身を参加させてその意見を表明させることは、自律の過程に必要な不可欠の条件として、憲法が保障しているところでもある。

その意味では、子どもの意見表明権は、子どもの権利条約によって確認されたにすぎず、創設されたものではないのであるから、条約の批准前においても、裁判にあたってこれを考慮し参照することを拒む理由はどこにもない。

(\*) マリエ・フランシス、リュッカー・バベル (MARIE-FRANÇOISE LUCKER-BABER) が、次のように述べているのは、その点でも注目に値する。

「条約一二条は、表現の自由の領域において特別の場を占めている。それは子どもに、家族や社会生活におけるより積極的なパートナーとして子どもを押し進めることを保障し、伝統的な言論の自由によって通常は提案されることがないような保障を認めている。大切なことは、一二条を子どもの権利条約の背景と切り離さないことであり、この条項はその文脈をはずれて読まれるべきではない。…未成年者は、子どもの最善の利益と合致した方法で、かつ表現の自由という条件の中で、その参加の権利を行使することができなければならぬ。」

(The International Journal of Children's Rights 3, p.403, 1995)

(なお、※部分は、資料として掲載するにあたり、念のために附したものである。)

〔追記〕

脱稿後、国連・子どもの権利委員会における第一回日本政府報告書の審査会審議録 (RC/C/SR.464) に接することができた。それによると、カープ議長は日本政府に対する質問の中で、子どもの意見の尊重に関

して、次のようなコメントを行なっている。

「確かに：子どもの望みを受け入れるのは義務ではありません。利益のバランスが必要だからです。子どもの意見を聴くということはその意見を本心に考慮に入れるということであり、自分の意見が考慮に入れられたという保証を子どもが与えられなければならないということなのです。とくに子どもの考え方が受け入れられなかった場合、子どもの意見を聴いてその意見を考慮しなければならぬ人にとっては、子どもに對し、その意見が受け入れられなかった理由を説明するのが義務です。そうすれば、子どもにとっても、気に入らない決定を受け入れやすくなるかもしれません。まわりの人が自分の意見を考慮してくれたということをまず理解し、彼らには理由があったということに理解すれば、つまり、子どもは合理的な人間だということなのです。こういう形で対話を作り出すことは、子どもの意見を聴くという原則を本心に遂行する唯一の方法だと思えます。」(審議録(二)一三三七)(詳しくは、『子どもの権利条約のこれから』二五四頁、エデル研究所、一九九九年)