

子どもの意見表明権と大人の応答義務

大西 健司

1. 序論——問題の所在と本稿の目的

(1) 問題の所在

子どもの「意見表明権 (the right to express views and to be heard)」とは、国連子どもの権利条約¹（以下「条約」という。）12条が保障する権利である。この意見表明権は、同条約の締約国の義務の履行状況を審査する子どもの権利委員会の一般的意見において、条約実施にあたっての一般原則の1つとされ²、同じく一般原則の1つに数えられる「子どもの最善の利益 (the best interest of the child)」との関係においては、子どもが権利の全面的主体であるとの観点からその内実を確定していく上で不可欠の権利として位置づけられている³。こうした子どもの権利保障における意義の大きさに加え、意見表明を通じて「人間としての主体性」を保障し、「社会への参加権」を付与することは、子どもばかりでなく「病人、老人、精神障害者、さらには受刑者」などの「自己決定能力を喪失し、あるいはその機会を剥奪されている」人びとの「人間としての主体性の保障」につながりうるという射程の広さから、意見表明権は「人権発展史の中での新たな金字塔」であるとも評されている⁴。

他方、日本の憲法学における意見表明権の位置づけは、上記のような国際

1 日本政府訳は「児童の権利に関する条約」、1989年11月20日採択。

2 See, Un Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 12: *The right of the child to be heard*, UN DOC CRC/C/GC12 at para 68 (20 July 2009). 他に同条約の一般原則に位置づけられるものとして、差別を受けない権利 (2条)、生命・生存・発達への権利 (6条) などが挙げられる。

3 See, *id.* at para 53. なお、子どもの権利の行使に関する欧州条約前文および1条2項も、子どもの最善の利益を促進する上で子どもの意見を正当に重視することが必要であることを指摘している。

4 福田雅章『子どもの権利条約』の基本原則と少年司法』国際人権6号21頁以下(1995)24頁を参照。

人権法の文脈におけるそれとは様相を大きく異にしている。はじめに、日本国憲法に明文の根拠規定をもたない意見表明権は、「人権体系上、手続的権利として」の地位をひとまず与えられた上で、成人を含むすべての国民を対象とする適正手続の保障（憲法13条、31条）が要請する聴聞についての「成人の場合と子どもの場合とでの違い」の1つとして、「自己に影響を及ぼすあらゆる司法上及び行政上の手続」（条約12条2項）においては必要的に子どもの意見聴取（聴聞）が要求されることを定める点に「大きな意義が存在する」とされる⁵。一方、意見表明権を直接的に保障する条約12条1項については、その保障内容が「無限定に過ぎる」ことから裁判規範としての役割を期待することは困難であり、同項の規範的な意義は「立法、行政上の指針としての役割、および、2項の解釈準則としての役割」を果たすことにとどまるものとされている⁶。以上の解釈によれば、条約が保障する意見表明権は憲法が保障する適正手続と質的な差異はなく、両者の間には保護範囲における量的な違いが存在しているに過ぎない。その意味において意見表明権は実質的には子どもに固有の権利とはいえ、これを定める条約12条は適正手続を要求する憲法13条や31条の単なる補完的規定——あるいは子どもに関して聴聞が必要とされる場合についての解釈上の疑義を防止する確認的規定——にとどまることになる。

しかし、意見表明権の意義とはこうした憲法学の理解が示すことがらに尽きるものではない⁷。前述のように、子どもの権利委員会は意見表明権を条約上の一般原則の1つとした上で、それが果たす具体的な役割として、子どもの最善の利益の確定をはじめいくつかの事項を一般的意見において示唆する一方で⁸、子どもの権利の問題に取り組む内外の研究者の間では、これらのほかにも意見表明権が有するさまざまな法的意義についての議論が展開

5 米沢広一「児童の権利条約と日本国憲法—意見表明権と精神的自由権の検討—」国際人権6号17頁以下（1995）18頁を参照。

6 同前・17頁を参照。

7 なお、子どもの権利委員会的一般の意見は、子どもが自由に意見を表明する1項の権利を前提として、その意見の正当な考慮を要求する2項の権利を「二次的な（subsequent）」権利として位置付けている（Un Committee on the Rights of the Child, *supra* note 2, at para 15.）。この一般の意見の見解と、本文で示した条約12条1項の意義を「2項の解釈準則としての役割」にとどめる憲法学の解釈との整合性は疑わしい。

8 本稿の主旨にも関わる重要なものとして、意思決定や政策立案の過程に「適切な視点や経験（relevant perspectives and experience）」を付加しうることが挙げられる。See, Un Committee on the Rights of the Child, *supra* note 2, at para 12.

され、その精緻な分析が進められている⁹。ここで結論を先取りするならば、本稿は、意見表明権とは子どもの人権の中でもとりわけ中核的な地位を占めるものであり、この位置づけは国際法にとどまらず国内法の領域においても一貫して妥当すべきと考える。しかし、上述のように従来の憲法学における意見表明権の理解は国際人権法上の議論に比べ過度に矮小化されており、国際人権法のレベルにおける意見表明権の理解を直ちに憲法上の人権としての意見表明権に投影することは困難な状況にある。確かに、条約と国内法との効力関係をめぐる通説の理解¹⁰に照らせば、自国が加盟する条約に違反する立法や行政権の行使は無効となるのが原則である。しかし、後述（本稿3）のように自由権的側面と社会権的側面とを併せもつ意見表明権の複合的な性質からその直接適用には理論的な困難が伴う上、自動執行性を有するはずの自由権規約すら直接適用を拒むこれまでの裁判所の判断傾向¹¹を踏まえると、裁判所が意見表明権の侵害を理由に国家行為を排斥する事態は容易には想定し難い。条約が保障する意見表明権を裁判規範として機能させるためには、その規範的内容を憲法の解釈理論として再構築する必要がある。

- 9 日本における意見表明権の先駆的な研究者として、刑事法学の立場から子どもの権利に関する数多くの論考を著してきた福田雅章は、意見表明権の意義を、①子どもの人格形成上の「心的機制」に根ざす権利として憲法上の権利である成長発達権の「実体的内容」を構成すること、②子どもの権利行使を援助・助言・指導する保障主体（条約5条）との人間関係の中で「いかなる意味においても権利保障主体の事情によって客体化されることのない」「主体性を付与」することにより、子どもが「現実成長発達権の行使主体となる」契機を与える役割を果たすこと、③子どもが表明した意見の「正当な重視」（条約12条1項）を保障することにより、子どもが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」となる契機を与えること、④子どもの「最善の利益」（同条約3条1項、18条1項後段）が問題となる多様な手続において、その確定に向け子ども自身の意思を確認するための「手続的権利」としての意義をもつことという4つの内容に分析している（福田雅章『子どもの権利条約』の基本原則と少年司法『日本の社会文化構造と人権—「仕組みられた自由」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）483-485頁を参照）。また、後述（本稿3、4）のように、教育学の立場から子どもの国際人権に関する研究を行う英国のローラ・ランディーは、条約13条で保障される表現の自由とは異なる意見表明権に特有の法的意義として、①一方的な発言ではなく、他者への影響力を求めた発言行為を保障すること、②大人から子どもへの権力の漸次的な移行を実現すること、③権利の行使に当たり、他者との対話を構成する空間の存在を要求すること、という3つの点を指摘している。See, Laura Lundy, 'Voice' is not enough: conceptualizing Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, 6 BRIT. EDUC. RES. J. 927 (2007).
- 10 いわゆる憲法優位説の考え方によれば、国内法のレベルにおいて、条約の規範形式上の効力は憲法に劣後するが、法律との関係では条約が優位に立つとされる。憲法優位説については、芦部信喜『憲法学I 憲法総論』（有斐閣、1992）92-94頁、同 [高橋和之補訂]『憲法〔第六版〕』（岩波書店、2015）384-385頁、樋口陽一『憲法〔第三判〕』（創文社、2007）103-104頁、渋谷秀樹『憲法〔第3版〕』（有斐閣、2017）33頁等を参照。

(2) 本稿の目的

意見表明権をめぐる以上の議論状況を踏まえて、本稿は、憲法学の立場から、意見表明権が有する——適正手続の保障を超えた——子どもに固有の意義を憲法理論の内部に定位し、子どもの人権論におけるその中核的な地位を確立するための道筋を考察する。その方法として本稿で採り上げるのが、子どもによる意見表明権の行使の相手方である大人¹²がなすべき「応答 (responsiveness)」という概念¹³である。前述のように、従来の憲法学は意見表明権を規定する条約 12 条 1 項の保障内容の無限定性を根拠として、その裁判規範性を否定している。この帰結は、ある権利が司法的救済を請求しうる具体的権利性を有するためにはそれに応じた十分な明確性と特定性が要求されるという人権規定の解釈上の原則¹⁴に由来するものであり、その限りでは正当なものである。そこで本稿は、条約の規定の中では明示されていない意見表明権の規範的内容を、権利行使に応える大人の義務（応答義務ないし応答責任）の側からあぶり出すことで、意見表明権の権利としての明確性と特定性を（多少とも）充足させることを試みる。これにより、意見表明権が具体的権利性をもつ憲法上の権利としての地位を獲得する上での 1 つの足掛かりを提供することが、本稿の目的である。

11 卑近の例として、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の 2 分の 1 と定める旧民法 900 条 4 号但書を違憲とした最決平成 25 年 9 月 4 日民集 67 卷 6 号 1320 頁は、決定理由の中で自由権規約や子どもの権利条約に言及しながらも、これらの法規範としての効力を否定している。同決定に対する国際法学の視点からの評価につき、齋藤民徒「嫡出子でない子の法定相続分を定める国内法規の違憲決定—国際法の立場から」新・判例解説 Watch vol.20 (2017) 319 頁を参照。

12 後出のマーサ・ミノウによれば、子どもの権利は、①国家による保護の請求、②保護者の権限を通じた国家からの保護の請求、③子ども自身の意思決定や意見表明の尊重という 3 つの様相を有するところ (see, Martha Minow, *Rights For The Next Generation: A Feminist Approach To Children's Rights*, 9 HARV. WOMEN'S L. J. 1, 18-21 (1986))、子どもの意見表明権はこの内の③に該当するものであり、その行使の相手方は親をはじめとする保護者と国家の両者である（この点で、保護者を第一的な権利保障者、国家を第二的な保障者とする「教育を受ける権利」との類似性が認められる）。本稿では、保護者と国家の両者を意味するものとして「大人」の語を用いる。なお、永井憲一ほか『新解説・子どもの権利条約』（日本評論社、2000）90-95 頁は、子どもの意見表明権を、子どもの「意思が親を含むおとな社会によって尊重され、保障されることを求め」るものとしつつ、権利行使の相手方を「おとな側」と表現している。

13 この応答の概念は、筆者が別稿（『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—橋法学 16 卷 3 号 209 頁以下 (2017)）で検討したものである。なお、後述（本稿 2 (2)）のとおりこの応答の概念はイスラエルの法学者オーネンがレヴィナスの他者論を参照しつつ提示したものである。

14 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011）123 頁を参照。

2. 関係的権利としての子どもの人権と大人の応答義務

(1) 関係的権利としての子どもの人権

それでは、子どもの意見表明権の行使に対応する大人の応答義務（責任）とは何か。筆者は別稿¹⁵において、この応答概念に対する検討を行っている。そこで論じたように、本稿で扱われる大人の応答義務は、権利を関係論的に構成する理論体系（以下「関係的権利論」という。）を前提とする概念である。関係的権利論とは、もともと米国の法学者マーサ・ミノウにより人種的あるいは宗教的少数者、女性や子ども、障害者などさまざまな人びとの権利保障の問題を視野に入れつつ提唱されたものであるが¹⁶、近年ではとりわけ子どもの権利の研究に携わるさまざまな研究者の関心呼び込む理論的枠組となっている¹⁷。

多くの論者がこの関係的権利論を基礎に子どもの人権を論じることには理由がある。それは、大人と子どもの差異（difference）を基礎に展開される従来の子どもの人権論¹⁸が、その差異の割り当てにおける子どもの視点の周辺化（marginalization）を必然的に伴うものであることに由来する。子どもは心身の成熟度や自律的な判断能力の点で大人と異なる存在であると同時に、こうした差異を基礎として大人と「異なる視点（different point of view）」¹⁹

15 拙稿・前掲脚注13。

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

17 ミノウの関係的権利論を基礎に子どもの権利論を展開する論考の例として、Ya'ir Ronen, *Redefining the Children's Right to Identity*, 18 INT'L J. L. POL. & FAM. 147 (2004); 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). 日本における関係的権利論の体系的な研究書として、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）。なお、同書の問題意識を踏まえながら、オニールの「不完全義務」論を参照しつつ、子ども自身の要求を視座とする子どもの最善の利益の不断の熟慮要求を仮定する権利理解としての「不完全権利」ないし「仮定としての権利」として子どもの権利の理論化を試みる論考として、同「子どもの権利を問うこと」愛敬浩二編『講座 人権論の再定位 2 人権の主体』（法律文化社、2011）。

18 伝統的な子どもの人権論は、①子ども保護論と②子ども解放論の2種類に大別される。①子ども保護論とは、子どもを「文字通り子どもとして扱われ保護されなければならない」（森田明『未成年者保護法と現代社会』〔第2版〕（有斐閣、2008）79頁）存在と捉えた上で、その権利の内容を大人から保護を受けることに限定する立場である。これに対して②子ども解放論とは、子どもを抑圧状態から解放し、大人と同等の権利の享有および行使を可及的に追求する立場である。子どもの権利論の趨勢として、しばしば「保護から自律へ」の変化が指摘されており（森田明『保護と自律のあいだ—少年司法を素材として』法学教室212号（1998）27頁を参照）、解放論的性格を強く打ち出す国連子どもの権利条約は一般にその変化の象徴とされる。

を持ち合わせた存在である。問題は、大人と子ども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²⁰、その能力的・制度的な限界²¹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²²。これにより、子ども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せ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。

このような子どもの視点の周辺化が生じることの要因として、ミノウは差異の認識に先立つ「5つの暗黙の想定（five unstated presumptions）」²³の存在を指摘している。この5つの想定についての具体的な検討は別稿²⁴に譲りつつ、ここではこれらの想定が差異の認識においてもたらず帰結を確認しておく、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が〈標準からの逸脱者〉として周辺の存在へと仕立て上げられてしまうことに加え、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「異なる視点」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——差異の本質化（essentialization）——である²⁵。こ

19 YA'IR RONEN, RE-UNDERSTANDING THE CHILD'S RIGHT TO IDENTITY: ON BELONGING, RESPONSIVENESS AND HOPE (Brill Nijhoff, 2016) at 57.

20 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。

21 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。

22 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).

23 MINOW, *supra* note 16, at 50. 具体的には、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")、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")、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")、④差異を認識するにあたり他者の視点は無関係である ("Other Perspectives Are Irrelevant")、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") という 5 つの想定を指す。

24 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 卷 3 号 447 頁以下 (2013) 460-463 頁を参照。

25 See, MINOW, *supra* note 16, at 74-78.

の差異の本質化は、上述の保護的人間関係において、優位的な立場に立つ大人が子どもを一方的に自律性を欠く無能力者としての扱いに服せしめる権力構造を確立する。子どもはこうした権力構造の下で、大人の視点に基づいて行われる保護の名を借りた不当な管理や干渉に対抗するための手立てを奪われることになる。

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) に子ども自身が対抗するための手段の1つが、子どもの権利の関係論的構成である。その基本的な発想は、〈大人の視点から認識された子どもの「差異」に基づき権利の制約が一方的に正当化される〉という大人—子ども間の関係性に着目しつつ、その関係性それ自体を問い直すための手段として子どもの権利を捉えることにある。しかし、この抑圧を生み出す関係性は、他方では子どもが大人に保護を要求する保護的な人間関係でもある。そのため、子どもを抑圧から解放するために大人と子ども間の差異を無視する子ども解放論の戦略は、子どもに対する大人と同等の権利保障と引き替えに、その差異ゆえに必要な保護の放棄 (= 保護的人間関係の切断) を招く「差異のディレンマ (dilemma of difference)」²⁶ に直面することになる²⁷。

では、大人が支配的な力をもつ共同性の中にありながらも、子どもが不当な抑圧に対抗しうる手立てとは、果たしてどのようなものか。この問いに対するミノウの回答は、権利を、利益が対抗し合う状況の中で相手方に向けて行使される「武器」ではなく、不公正な現状 (status quo) に対する異議申し立ての「声 (voice)」²⁸ として捉え直すというものである。

ミノウによれば、権利とは、これを行行使することによって人びとの間に衝突を新たに生み出すものではなく、それ以前から存在している衝突を「翻訳

26 *Id.* at 20.

27 事前の聴聞の機会を付与することなく生徒を停学処分に付することが合衆国憲法修正 14 条によるデュー・プロセスの保障に反するか否かが争点となった *Goss* 事件 (*Goss v. Lopez*, 419 U.S. 565 (1975)) においてパウエル判事は以下のように述べている——学校は権力主体である以前に、生徒や教師等の諸個人が各々の利益を共有しあう一種の共同体として存在しているところ、権利の行使は、これらの個人の間利益の衝突や敵対的な関係性を生み出すことによってこの共同体を毀損する。いまだ判断能力を十分に持ち合わせていない子どもは、この共同体の中で互いに利益を共有し合う大人によって保護されなければならない、それゆえに、この共同体の破壊にもつながりうる生徒による権利行使は制約されるべきである、と。

28 *Id.* at 292.

29 *Id.* at 291.

(translate)]²⁹するものである。この「翻訳」とは、共同性の中で発せられる子どもの私的な欲求(抑圧への抵抗)に対して権利という「公的な表現(public expression)」を与え、その承認に向けた相手方との交渉を可能にすることで、衝突に「公的な解決(public resolution)」を招来させることを意味する³⁰。これにより権利は、衝突の背後にある人びとの関係性に焦点を当てた「公共の討議(public debate)」を要求し、その関係性の変化(改善)を要求する「公的なルール(official rules)」としての役割を果たす一方、このルールに基づく子どもの「公的な発言(public voice)」を可能にする³¹。

このように理解された権利は、もはや、その行使によって相手方の利益への勝利という結果を直ちに導く「切り札」ではありえず、むしろ、この公共の討議を呼び起こし、こ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られる「言葉(language)」³¹として行使されるべきものとなる。権利を対話と説得の「言葉」として理解することではじめて、子どもは、大人-子ども間に存在する保護的な関係性を掘り崩すのではなく、むしろその持続性を前提とする改善要求として異議申立の「声」をあげること——権利を行使すること——が可能となる。

(2) 子どもを「他者」として捉えること

ここで注意を要するのは、以上のように関係的に構成された権利が実効的に機能するためには、ある一定の条件の充足が求められるということである。その条件とは、現状(=抑圧的な権力構造)の改善を要求する子どもの「声」を契機に、「差異」を定義する自己の力により「抑圧されてきた視点を公にし、覆いかくされた(利益の)衝突を公然とさらし出すことを自らに対して義務づけるような」³³大人の存在である。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、現実にはこの対話的な権利の実現を阻む桎梏が存在する。それは、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」³⁴としての子

30 See, *Id.* at 292-294.

31 See, *Id.* at 293.

32 *Id.* at 296.

33 *Id.* at 299.

34 RONEN, *supra* note 19, at 6.

ども観である。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³⁵、こうした自省の契機は不可避免的に消失することになるだろう。

そこで重要となるのが、子どもを自己（大人）と「異なる視点」をもつ「他者」として捉え、その「他者」としての子どもの「声」に応答する大人の存在である。本稿の主題の1つである大人の応答義務とは、この「他者」としての子どもが発する「異なる声（distinct voice）」³⁶に応答する大人の責任をその内実とするものである。

この「他者」としての子ども観については既に別稿で詳細に論じているため³⁷、ここでは筆者がエマニュエル・レヴィナス³⁸の展開する他者論³⁹を基礎に行う理解の要点を確認しておく、レヴィナスの論じる他者とは、①自己の超越論的主観性が構成する世界の外部から到来する「絶対的差異」の存在であり⁴⁰、その一方で、②その現前を通じて自己との間に〈相手方を了解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」を現生する存在である⁴¹。レヴィナスが捉えた他者の姿は、世界の外部からの到来者という異邦性をその身にまとうと同時に、自己と他者との間の「〈倫理〉が成り立つための最下の条件」⁴²を明らかにするものでもある。

では、このレヴィナスの描く他者を子どもに投影することは、本稿の問題関心に対していかなる意味をもちうるだろうか。直ちに明らかなのは、子どもを自己（大人）にとっての「絶対的差異」と捉える子ども観が、子どもを自己（大人）の所有物とみなす子ども観への大きな対抗軸となりうることである。しかし、他者論の含意はそれにとどまるものではない。上述のように、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く、むしろ自己との「絶対的差異」にもかかわらず、その現前を契機に自己との間に現生される倫理的な関係性ゆえに、他者は不可避免的に自己の関

35 See, *Id.*

36 RONEN, *supra* note 19, at 35.

37 拙稿・前掲脚注 14。

38 Emmanuel Levinas (1906-1995)。仏国の現象学者。

39 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）。

40 同前・141頁以下。

41 E・レヴィナス・前掲脚注 39・90頁を参照。

42 熊野純彦・前掲脚注 39・213頁。

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。

この「他者」への関心は、自己の中に〈他者「理解の刷新」〉という事態を呼び起こす⁴³。この他者「理解の刷新」とは、「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、他者から生起する営みである。この点において、この「理解の刷新」は、他者を自己の主観的な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」とは全く異質な営みとして、明確に区別されるべきものである。

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⁴⁴、なおその他性の剥奪の不可能性に裏打ちされた倫理的な関係性の内になされる子どもの発話行為 (voice) 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」⁴⁵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」⁴⁶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」⁴⁷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」⁴⁸)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。

(3) 関係的権利論における応答の概念

以上に述べたことを前提に、ここで関係的権利論における応答の概念の内実を改めて検討する。先にも触れたとおり、この「応答 (responsiveness)」

43 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。

44 鶴真一「レヴィナスの他者論」発達人間学論叢1号(1998)102頁を参照。

45 小手川正二郎・前掲脚注43・32頁。

46 同前・32-33頁。

47 同前・33頁。括弧内は筆者による。

48 同。

の概念は、イスラエルの法学者ヤイル・オーネンにより上述のレヴィナスの他者論を参照しつつ提示されたものである。

オーネンによれば、この応答の概念は、〈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⁴⁹を指す。この「苦しみ」とは「他者」が抱える不安や困難、苦痛ないし辛苦などの負担 (burden) を意味するものであり⁵⁰、彼 (彼女) の「主観的経験 (subjective experience)」⁵¹を構成するものであるとされる。

先のレヴィナスの議論からも明らかなように、上述のように定義される応答とは、自己 (= 大人) の視点から他者 (= 子ども) の「苦しみ」を一方的に了解することを意味するものではない。子どもは大人の了解の対象ではなく、その「理解の刷新」をもたらしべき主体として位置づけられる存在である。とすれば、この応答の内実、子どもの「異なる声」を契機に大人の「理解の刷新」 (= 「自我の理解の問い直し」) を導くこととして理解されなければならない。

それでは、この「理解の刷新」の内実とはどのようなものか。オーネンは、応答と類似しつつも異なる「反応 (reaction)」という概念と対比させつつ、応答の概念の意義を明らかにしている⁵²。すなわち、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、上述の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⁵³。このような「他者」の「異なる声」を契機にその「苦しみ」の実相へと近接する試みこそが、本稿の主題である応答概念の中心的な意義である。

しかしながら、以上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はだかりうる。オーネンは、応答を阻害する要因と

49 See, RONEN, *supra* note 19, at 35.

50 See, *id.* at 34.

51 *Id.*

52 See, *id.* at 35.

して次の2つの傾向の存在を指摘している。1つは、大人が自己利益に適合する現状 (status quo) の変更を回避するために子どもの「異なる声」を遮断し、子どもが発する「苦しみ」の存在を否認する傾向——「実存的盲目 (existential blindness)」⁵⁴とよばれる傾向——である。いま1つは、大人は子どもが抱える問題を正しく了知することができる (あるいは現に了知している) との想定に基づき、大人の視点から把握された「子どもに善きもの」を子どもに一方的に押し付ける傾向である⁵⁵。これらの傾向の存在は、「子どもの福祉」や「子どもの利益」を標榜しつつ行われるさまざまな介入と、子どもの抱える「苦しみ」の実相との間の乖離を生み出す大きな要因となりうる。この乖離を解消し、子どもに対する介入がその「苦しみ」の実相に即したものとなるためには、大人による「子どもの福祉 (利益)」の認識 (ないし認定) のありようそれ自体を統制する理論的な枠組が必要となる。

(4) 「子どもの最善の利益」原則の再構成

そこで注目されるのが、オーネンによる「子どもの最善の利益」原則の再構成の試みである。「子どもの最善の利益」原則とは、差別を受けない権利や発達への権利、そして意見表明権などと同じく国連子どもの権利条約の一般原則の1つとして位置づけられ⁵⁶、同条約が「子どもに関わるすべての活動」(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。この位置づけをもとに、「子どもの最善の利益」原則は、養育縁組や虐待親との分離決定など、子どもの法的な地位を左右するさまざまな決定 (介入) を行う際の判断基準として機能することが予定されている。

ここで重要なことは、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、その内容については同条約の中に具体的な定めを置いておらず、

53 両者の差異を明確にするため、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欲しがらる子ども〉を眼前にする状況を想定してみると、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らる理由ないし原因を聞き質す行為が「応答」の端緒となる。前者の対応では「自己にとっての迷惑事」は解消されうる一方で子どもの「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「他者」の「苦しみ」の実相の「理解」へと導くことができる。See, *id.*

54 See, *id.* at 37-38.

55 See, *id.* at 53.

56 See, Un Committee on the Rights of the Child, *supra* note 2, at para 68.

子どもの権利委員会もいまだ詳細な判断を示すに至っていないという事実である⁵⁷。では、「子どもの最善の利益」の内容は、果たして誰が、いかなる基準に基づいて判断すべきなのか。この問いに対する回答として直ちに想定されるのが、本稿のもう1つの主題である子どもの意見表明権である。条約が、「子どもが権利の全面的主体である」⁵⁸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表明権を保障しつつ、表明された子どもの意見を「正当に重視」（同条1項）することを大人に要求しているとの解釈は、国際法学者のみならず子どもの権利の研究に携わる多くの研究者において共通に見受けられるものである⁵⁹。

とはいえ、問題はそれほど単純ではない。なぜなら、上述の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・表明する権利を保障するものである一方で、「子どもの最善の利益」原則とは、「最善の利益」を最終的に判断する大人の存在を前提とする概念であり⁶⁰、両者の間には看過しえない緊張関係が潜在しているためである⁶¹。条文に即して考える限り、意見表明権は意見の形成と表明という子どもの主体的行為を保障する一方で、その〈表明された意見に対する保障〉はあくまで「正当な考慮」とどまるものであって、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。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

57 永井憲一ほか・前掲脚注12・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。

58 永井憲一ほか・前掲脚注12・50頁。

59 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提供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9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 INT'L 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).

60 See, *id.* at 393-394.

61 子どもの権利委員会は12条の要素が尊重されなければ3条の正しい適用はありえず、また3条は自己に影響を及ぼすあらゆる決定における子どもの必要不可欠な役割を促進することにより12条の機能を強化しているとして、3条と12条との間の緊張関係の存在を否定している（see, Un Committee on the Rights of the Child, *supra* note 2, at para 74.）。しかし、本文で述べているように、こうした手続論のレベルではなく、子どもの意思と大人の意思のどちらを「子どもの最善の利益」として構成すべきかという実体論のレベルで考える限り、両条の間に矛盾・対立の契機が存在することは否定し難い。

条約全体の構造に留意すべきことを踏まえるならば⁶²、子どもの「最善の利益」を最終的に判断するのはあくまで大人であるとの理解による限り、具体的状況によっては、子どもの「最善の利益」の確保の観点から彼（彼女）が表明する意見の考慮が禁じられる可能性すら排し得ないものと解されることに注意しなければならない⁶³。

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。「子どもの最善の利益」原則の下で認定された内容が子どもの「苦しみ」の実相と乖離したものとな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なおす必要がある。オーネンによる上述の「子どもの最善の利益」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」⁶⁴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として——内包する制度として捉えなおそうとするものである。

では、この試みはどのようにして実現されるのか。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⁶⁵。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

62 See, *id.* at 391,393.

63 See, *id.* at 400. なお、前出のランディーは条約12条と「子どもの最善の利益」原則を定める3条とが緊張関係に立つことを認めつつ、なお同原則は「子どもの最善の利益」を大人が了知していることを理由に子どもの意見に対する「正当な考慮」の必要性を妨げうるものではないとする。See, Lundy, *supra* note 9, at 938.

64 RONEN, *supra* note 19, at 53. 括弧内は筆者による。

65 See, *id.* at 53-54.

事実であり、所定の法的手続を経て収集され、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ことである。しかし、オーネンも指摘するとおり、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⁶⁶。

そこで重要となるのが、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、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」として構成するための方法が問題となる。

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しうる規範（法制度）を模索するという帰納的判断である。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、意見表明権は意見の形成と表明という子どもの主体的行為を保障する一方で、その〈表明された意見に対する保障〉はあくまで「正当な考慮」とどまり、表明された意見の内容を実現することまで保障するものではない上、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、このようにして大人の視点が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

66 See, *id.* at 79.

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、本稿の主題である応答概念に基づく意見表明権の再構成である。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、その目的は偏に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「理解の刷新」こそに求められなければならない。条約12条1項が要求する「正当な考慮」とは、子どもの意見を大人の視点から「相応に考慮」⁶⁷することを超える義務を内包するものとして解釈される必要がある。子どもの意見表明を端緒に「子どもの主観的事実」を探求し、それに「十分に応答」する大人の義務を「正当な考慮」の中に読み込むこと——さらに、それが条文解釈としても成り立つことを論証すること——が、上述の「子どもの最善の利益」原則をめぐるオーネンの試みを奏功させるための必要条件となる。

3. 再構成された意見表明権の行使と応答義務の具体的内容

(1) 出発点としての認識の転換

では、以上のように再構成された意見表明権を行使する子どもの相手方となる大人は、自らの応答義務を果たす上で何をなすべきなのだろうか。上述のように、条約が要求する「正当な考慮」の中に応答義務を読み込むことが必要だとしても、その応答義務を果たすために要求される具体的な作為義務の内容がさらに問題となる。

とはいえ、子どもの意見表明権を巡っては、この作為義務の検討に立ち入る前に解決しておくべき問題が存在する。それは、意見表明権に対する大人の認識のありように関わる問題である。教育学の立場から子どもの国際人権の研究を行う英国の教育学者ローラ・ランディーによれば、子どもの意見表明権はしばしば〈子どもの「声」を大人に届ける権利〉や〈子どもの「参加」を促進する権利⁶⁸〉などの「耳障りの良い (cosy)」⁶⁹言葉へと換言されるが、こうした表現が用いられる背景には、意見表明権とは大人が恩恵的に子ども

67 条約12条1項の日本政府訳を参照。

68 意見表明権は「参加の権利 (the right to participation)」とも称される。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.

69 See, Lundy, *supra* note 9, at 931.

に与える権利であり、したがって大人にとって無害なものであるとの想定が存在している⁷⁰。

しかし、上述のとおり、子どもの意見表明権の行使は大人の応答義務の履行を要求するものである。自己の「所有物」ではない「他者」としての子どもが発する声に応答する過程で、大人と子どもとの間に対立が生じることは回避しえない。子どもに意見表明権を承認することは大人に無害な恩恵の付与ではなく応答義務を果たす負担の引き受けを意味するという、大人自身の認識の転換が必要となる。

(2) 応答義務の具体化に向けて

次に、応答義務を果たすために要求される具体的な作為義務の内容を検討する。繰り返し述べてきたように、意見表明権が、大人の視点による一方的な判断ではなく、子どもの「苦しみ」の実相に即した形でその「最善の利益」を確定するという所期の役割を果たすためには、権利行使の相手方である大人が「子どもの経験の探求とそれに対する十分な応答」を行わなければならない。意見表明権が有する子どもに権利行使主体性や意思決定過程への「参加」の機会を与えるという役割の重要性は繰り返し強調されるべきものであるとしても、眼前の子どもの「最善の利益」とは何かを追究する上で主導的な役割を担うのは、子どもの権利行使——自由な意見表明——それ自体よりもむしろ大人の義務——応答義務——である。

そこで、大人がこの応答義務を果たす上でなすべき作為義務につき、いかなる内容の義務を条約12条の解釈として導きうるかが問題となるが、この問題への回答を探る上で重要な手掛かりを提供するのが、子どもの意見表明権を保障する条約12条の構成要素に関するランディーの分析である。ランディーによれば、同条は以下に示すような4つの要素——Space, Voice, Audience and Influence——によって構成される⁷¹。

1つ目の要素である Space とは、子どもが自己の意見を表明することを促進される「空間」を意味する。子どもの意見表明とそれによる意思決定過程への参画を有意義なものとするためには、彼（彼女）に意見表明の機会とそ

70 See, *id.* ランディーはこの想定のほかにも、意見表明権の十全な保障を阻む障害 (barrier) として、①自己の意見を形成・表明する子どもの能力への懐疑、②子どもによる意見表明権の行使の承認が子どもに対する大人の権限の掘り崩しを招くことへの懸念、③子どもに権利行使の機会を保障することに伴うコストの負担への懸念の存在を挙げている。See, *id.* at 929-930.

71 See, *id.* at 933.

れを行う「空間」を保障することが不可欠の前提（必要条件）となる。大人はこの「空間」を子どもに保障するために、子どもの意見の単なる受領者（recipient）として振る舞うばかりでなく、彼（彼女）の意見表明を積極的に招請ないし促進することが求められる⁷²。

2つ目の要素である Voice とは、文字どおり子どもが自らの意見を大人に向けて「発言」することを意味する。ここで重要なことは、子どもはこの「発言」を行う自由を実質的に享受するため、自己の意見の形成と表明に向けた指導や援助（条約5条）を大人に要求しうることである。具体的には、①問題を理解するための十分な時間を子どもに与えること、②子どもが理解することのできる文書や情報へのアクセスを保障すること、③子どもが主導権をもつ組織とともに子どもの能力形成に取り組むこと、④子どもが意思決定過程に参画することへの抵抗を克服するための教育を受けることを指す⁷³。

3つ目の要素である Audience は、子どもが表明した意見が大人により「傾聴」されることを指す。この要素は、上記の4つの要素の中でもとりわけ子どもの意見表明権の特質を色濃く映し出すものである。前述のとおり、条約12条1項は子どもが表明した意見を大人が「正当に考慮」すべきことを定めているが、このことは子どもの意見が「正当に考慮」されることに先立って大人により傾聴されることを論理的な前提とするものである⁷⁴。自己の意見を自由に表明する権利は子どもに限らず大人もまた表現の自由として保障されるものだが、その場合の自由とは表明された意見が相手方に傾聴されることまでの保障を含むものではない。自己の意見を表明することにとどまらず、それを相手方に伝達することまでの保障が及ぶ点は、まさしく子どもの意見表明権に特有の性質である。

最後の要素である Influence とは、子どもの意見が「傾聴」と「正当な考慮」を経た上で意思決定に対し適切な「影響」を及ぼすことを意味するものである。この点、直ちに問題となるのは、この「正当な考慮」にかかる「年齢及び成熟度に応じて」という条約12条1項の文言である。なぜなら、この「年

72 See, *id.* at 933-935. ランディーはこの「空間」の性質として、意見表明権を行使したことへの非難や報復を受けない「安全な (safe) 空間」であること、権利行使の機会が特定の子どもに限定されず、すべての子どもにその機会が与えられる「包括的な (inclusive) 空間」であることを挙げている。また、このような「空間」において、子どもは意見を表明する自由ばかりでなく、意見を表明しない自由も保障されるべきことも指摘されている。

73 See, *id.* at 935-936.

74 See, *id.* at 936-937.

年齢」及び「成熟度」から導かれる子どもの能力の判断自体は大人に委ねられざるを得ない一方で、そこには子どもの能力が過小に評価される類型的な危険性が存在するためである⁷⁵。そこで、こうした危険性の存在にもかかわらずなお条約12条の趣旨の実現を図るためには、子どもの能力に対する寛容かつ積極的な評価を大人に義務付けることが必要となる。子どもの権利行使に対する指導および援助を義務付ける条約5条は、そのための十分な根拠となりえよう。他方、こうした義務の下でなお存続する課題とは、大人が子どもの意見を「傾聴」するだけでなく、その内容を「真面目に受け止める (taking children's view seriously)」ことまで確保するための手続の確立である。ランディーによれば、そのための1つの有力な手立ては、子どもの意見が決定過程にどのような影響を及ぼしたのかを内容とする説明責任を大人が子どもに果たすことである。なぜなら、子どもの意見表明の後にいかなる意思決定が行われたのか、そして自らの意見がどのように斟酌され、どのような理由でその結論に至ったのかを子どもに説明することは、子どもの意見の内容面に及ぶ慎重な考慮を経なければ困難であるためである⁷⁶。

(3) 表現の自由との差異から考える

以上のランディーの分析は、条約12条が予定する権利行使のプロセスをその時系列に沿いつつ合理的に説明するものとして、研究者ばかりでなく子どもの権利保護を所管事項とする行政機関を含め幅広い支持を集めるものとなっている⁷⁷。そこで、ここでは彼女の分析内容を前提としつつ、さらに意見表明権と表現の自由との差異という観点から浮かび上がる大人の応答義務

75 See, Priscilla Alderson and Mary Goodwin, *Contradictions within concepts of children's competence*, 1 INTERNATIONAL JOURNAL OF CHILDREN'S RIGHTS 303 (1993); MICHA DE WINTER, CHILDREN AS FELLOW CITIZENS: PARTICIPATION AND COMMITMENT (Radcliffe Medical Pr., 1997).

76 See, Lundy, *supra* note 9, at 937-939. なお、ランディーは子どもの表明した意見が意思決定に「影響」を及ぼすだけにとどまらず、その意見の内容が意思決定の内容をそのまま構成すべき場合（子どもの意見が大人の判断を凌駕すべき場合）が存在すると述べ、その例として一定の成熟状態に達した子どもが良心の自由（条約14条）や結社の自由（同15条）に関わる自己の意見を表明する場合は挙げている（*see, id.* at 939）。これに対して、筆者はこれまでに子どもの真正なアイデンティティ形成に不可欠な「重要な他者」が誰かを表明する場合には、子どもの意見表明が大人の判断に優越すべきであることを指摘してきたが（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393頁以下（2014）、同「子どものアイデンティティへの権利とその具体的適用—『保護の道德原理』の観点から—」一橋法学15巻3号113頁以下（2016））、ランディーの見解と比較すると、この場合には子どもの成熟状態が原則問題とならないという違いが存在する。

の特質とその具体的内容とを検討する。ランディーは、条約 12 条を構成する要素として上述の 4 点——Space, Voice, Audience and Influence——を指摘しているが、これらの要素から明らかとなることは、意見表明権とはただ子どもに自己の意見を表明する自由を承認するものではなく、子どもがこれを行行使するための前提として、彼（彼女）の意見表明を招請ないし促進する「空間」および表明された意見を「傾聴」する聞き手の存在を要求し、その上で大人との対話ないし論争を切り開く権利であるということである⁷⁸。

意見表明権がこのように把握されるとき、それは憲法や人権条約⁷⁹を通じて大人とともに子どもにも等しく保障される表現の自由と明白な対照をなすものとなる。既に前項でも触れたように、表現の自由においては意見表明権に備わる上記のような効力は認められない。精神的自由権の 1 つに数えられる表現の自由の基本的な性質は表現活動に対する介入を排除する消極的な自由であり、部分的にはそれ以外の積極的な権利としての側面⁸⁰を併有しうるとしても、その保障は権利行使に効果的な「空間」の整備の一般的な要求や、自らの行う言論の「傾聴」とそれに対する応答の要求を満足することまでには及び得ない⁸¹。

これに対して意見表明権は、その行使が大人との対話や論争の契機となることをその本質的な要素とするものとして把握される。上述のように、意見

77 たとえばアイルランドの子どもと若者に関する省（Irish Department of Children and Youth Affairs）は、ランディーが提示する条約 12 条の解釈に「顕著に注目し、これを支持している」。See, Child Protection Hub, “The Lundy Model of Child Participation”, <https://childhub.org/en/child-protection-online-library/lundy-model-child-participation> (accessed Sept. 11, 2018).

78 See, Lotem Perry-Hazan, *Freedom of Speech in Schools and the Right to Participation: When the First Amendment Encounters the Convention on the Rights of Child*, 2015 BYU EDUC. & L.J. 421, 427 (2015).

79 一例として、国連子どもの権利条約 13 条が挙げられる。

80 たとえば表現の自由の保障の一内容として導かれる知る権利は、「単に情報の受領を妨げられないという自由権としての性格を有するのみではなく、積極的に情報の公開を請求するという社会権ないし国務請求権としての性格をも有している」(芦部信喜[高橋和之補訂]・前掲脚注 10・85 頁)。また、いわゆるパブリック・フォーラムの法理も表現の自由が有する積極的給付の側面として語られるものである。同法理の詳細については、長岡徹「アメリカ合衆国におけるパブリック・フォーラム論の展開」香川大学教育学部研究報告 64 巻 53 頁以下 (1985)、紙谷雅子「パブリック・フォーラム」公法研究 50 号 103 頁以下 (1988)、市川正人『表現の自由』(日本評論社、2003) 110 頁以下等を参照。

81 対照的に、表現の自由を巡っては、それが私的な自由を超え、他者への影響力行使を目的とする「市民的な自由」として行使されるときに露呈する「自由の権力性」のもつ危険性いかに対処すべきかが議論の対象となる。この点につき、毛利透「市民的自由は憲法学の基礎概念か」長谷部恭基ほか編『岩波講座 憲法 1 立憲主義の哲学的問題地帯』(岩波書店、2007) 3 頁以下を参照。

表明権の行使の相手方となる大人は権利行使を促進する「空間」を確保した上で子どもの意見を「傾聴」するばかりでなく、当該意見がその後の意思決定においてどのように斟酌されたのかを説明する義務を負う。表現の自由の保障がそれを行使する者単独の表現行為のみによって全うされうるのに対し、意見表明権の保障は、権利行使の相手方によるこれらの一連の作為をその不可欠の前提として要求するものである。

では、ランディーが分析する上述の4つの要素は、本稿の主題である大人の応答義務と果たしてどのような関係に立つのか。はじめに注目されるのは、これらの要素は権利を行使する子ども自身が主体的に実現するものであるというよりも、むしろその相手方である大人が負う義務としての性格を強く帯びるものである、ということである。とはいえ、これらの要素が大人の義務として把握されうるとしても、当然ながらその内容のすべてが直ちに本稿が扱う応答義務を構成することにはならない。子どもの意見表明を促進する「空間」の確保や子どもの「発言」行為の援助を大人に義務付けることは、「子どもの経験の探求とそれに対する十分な応答」を行う上での端緒となる子どもの意見表明の機会の確保に結びつくものであり、その意味において、これらの義務が応答義務の実現に向けて重要な寄与をなすことは確かである。しかし、その寄与はあくまで間接的なものにとどまり、大人の応答義務そのものを直截に実現するものではない。条約12条の定める「正当な考慮」の中に大人の応答義務を読み込むという本稿の試みを追究するためには、同条の中から応答義務を構成するものとして読み取りうる内容をより厳密な形で特定する必要がある。

結論を先取りするならば、筆者は、ランディーが分析する4つの要素の中でも、子どもの意見の「傾聴」を大人に義務付ける Audience、および、子どもの意見が意思決定に「影響」を及ぼす過程に関する説明責任を大人に課す Influence という2つの要素こそが、大人の応答義務に直接対応する作為義務を構成しうるものと考えている。その理由は、先に指摘した意見表明権のもつ対話性ないし論争性という性質に関わる。繰り返して述べてきたように、本稿が扱う応答の概念とは、〈他者の「異なる声」を聞き、その「苦しみ」を理解する試み〉を意味する。この応答の内実は、自己(=大人)の視点から他者(=子ども)の「苦しみ」を一方向的に了解することではなく、子どもの「異なる声」を契機に大人の「理解の刷新」(=「自我の理解の問い直し」)を導くことに求められる⁸²。応答の概念は、大人と子どもの間に生起する、この特殊な対話的関係性の存在を前提とすることではじめて成り立つもので

ある。

では、上記の2つの要素はこの対話的な関係性をどのようにして切り開くのか。まず、大人が子どもの意見を「傾聴」する義務を負うことにより、子どもによる意見表明権の行使は、表現の自由のような一方的行為に終始するのではなく、むしろ相手方（大人）との対話を喚起する契機としての意味をもつことになる。応答義務の観点から意見表明権を捉えるとき、それは抑圧された子どもの言論の自由の回復を超えて、大人が「他者」なる子どもの「異なる声」に耳を傾けることに結びつくものでなければならない。大人が子どもの意見を「傾聴」することは、このようにして、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「新たなもの」の「思惟の内への招き入れ」を導くための重要な契機となる。

しかし、大人の応答義務は、ただ子どもの「異なる声」を聞くことで果たされるものではない⁸³。大人は、子どもの意見の「傾聴」を契機に自己の〈「他者」理解を刷新〉することで、彼（彼女）の「苦しみ」の実相に即した形で「子どもの最善の利益」を判断することが求められる。そこで、この「子どもの最善の利益」を巡る大人の判断を統制するための原理としての役割を果たしうるものと筆者が考えているのが、条約12条を構成する最後の要素としての **Influence** である。前述のランディーの分析にもあるように、この要素は直接的には子どもの意見が意思決定に「影響」を及ぼすという結果に関わるものであるが、その主眼はむしろ大人が「傾聴」した子どもの意見を「真面目に受け止める」ことを確保するためのプロセスに向けられており、その核心をなすものとして位置づけられるのが、子どもの意見表明から意思決定に至るまでの過程を巡る説明責任である。しかし本稿は、大人がこの説明責任を果たすことは、ただ子どもの意見を「真面目に受け止める」ことを超えて、子どもの「苦しみ」に対する大人の「理解の刷新」をも導きうるものであると考える。その理由は、この説明責任の遂行が大人の慎重な判断を促すことにとどまらず、大人の説明に疑問を抱いた子どもからの異議申立てという、**新たな意見表明**を招来しうることに求められる。すなわち、大人が説明責任を果たす過程で子どもの意見に対する自らの解釈——その意見から得られた

82 本稿2(2)および同(3)を参照。

83 ランディーは、大人が子どもの意見を聞くだけでそれを最終的に無視する（意思決定に反映させない）「名ばかりないし形だけの（tokenistic or decorative）」手続は条約12条に反するばかりでなく、却って子どもに悪影響をもたらすと指摘する。See, Lundy, *supra* note 9, at 938.

子どもの「苦しみ」に対する理解のありよう——を子どもに提示する一方で、その解釈が自己の真意に沿わないものと感じる子どもが大人に異を唱えることにより、両者の間には子どもの「苦しみ」の内実を巡る論争が生起することになる。この論争は、大人が子どもの意見を「傾聴」することで形成した自己の理解の枠組みを揺るがし、その妥当性を問い直すプロセスとしての意味をもつ。大人が「他者」である子どもの「主観的経験」を構成する「苦しみ」の実相に接近しうるとすれば、それはこの「苦しみ」の主体である子ども自身が承認するまでこの論争を継続することのみによってである。応答義務とは、子どもの意見表明を受けた大人がただ一度の説明責任を果たすことで——それがいかに真摯になされたものであれ——完結するものではない。それは、上述の論争の中で繰り返られる説明と応酬からなる不断のプロセスを経ることではじめて実現されうる営みである。

大人は、以上の内容をもつ応答義務を果たすことによって、大人の視点に基づき一方的に了解された「法的事実」ではなく、子どもの「苦しみ」の実相という「子どもの主観的事実」を拠り所に彼（彼女）が必要とする保護のありようを模索する帰納的判断に基づいて、「子どもの最善の利益」を判断することが可能となる。条約12条が定める「正当な考慮」の要求が、子どもの意見を大人の視点から「相応に考慮」することにとどまらず、このような形で「子どもの最善の利益」の判断を導くものであるとするならば、それは本稿が提示する応答義務をその本質的要素とするものでなければならぬ。

(4) 意見表明権の法的性質と保護範囲

最後に、本章の締めくくりとして、以上に検討した大人の応答義務を規範的内容とする意見表明権が人権として有する法的性質を確認し、さらにこの意見表明権が子どもに保障する意見表明行為の保護範囲を、表現の自由が子どもに保障する言論行為のそれと比較しつつ検討しておく。

まず、前者の問題については、意見表明権は、子どもに自己の意見を表明する自由を保障する点で自由権としての性質を有する一方、その所期の役割を実現するために、応答義務を中核とする様々な義務——前述のランディーが分析する4つの要素に対応する義務——の履行を大人（国家）に要求しうる点で社会権としての性質を併せもつ権利であるとの回答を導くことができる。この点につき、子どもの意見表明権がこのように自由権と社会権の2つの側面を有することは権利としての明確性と特定性に悖るものとして、その

具体的権利性を承認する上での障害となりうるとの指摘もありえよう。しかし、憲法学においては自由権と社会権という人権の「分類の相対性」⁸⁴がとくに語られており、自由権の典型ともいえる表現の自由についてさえその社会権あるいは給付請求権としての側面が広く承認されている⁸⁵。意見表明権が2つの性質を併有することは、他の憲法上の権利との比較においても決して特異なことではない。

子どもの意見表明権を憲法上の権利として観念する上で検討しておくべきより重要な問題は、後者の保護範囲の問題である。この問題を検討する上で有益なのは、やはり表現の自由との比較の視点である。一般に、表現の自由で保護される表現行為には、「内心の思想・意見の表明である『言論』を中核に、広くコミュニケーションのための情報発信」⁸⁶が含まれ、その中には個人の政治活動や議員の政治活動を幅広く含んだ政治的言論も含まれる。このことは表現の自由が子どもに対して保障される場合であっても同様であり、たとえば国連子どもの権利条約13条1項は、「あらゆる種類の情報および考えを求め、受け、かつ伝える自由」を子どもに保障している。これに対して、子どもの意見表明権は、表現の自由と同じく子どもの言論活動を保障する一方で、その活動の対象は「その子どもに影響を及ぼすすべての事柄」（条約12条1項）に限られている。

問題は、この限定の根拠である。その回答は、前項で検討した子どもの権利行使が要求する大人の義務の観点から導くことが可能であるように思われる。上述のように、意見表明権は自由権としての性質に加えてさまざまな義務の履行を大人に要求する社会権としての性質を併せもつ権利である。これらの義務は、その中核をなす大人の応答義務の実現に向けて、大人と子どもの間に対話ないし論争を喚起することをその目的としている。子どもによる意見表明権の行使とは、大人との間にこの対話や論争を喚起する契機としての意味を有するものであり、そうであるからこそ、この権利によって保障される意見表明の対象は、「子どもの主観的事実」を巡る対話や論争の主題としての「その子どもに影響を及ぼすすべての事柄」に限られるべきことになる。

他方、誰がこの「子どもに影響を及ぼすすべての事柄」の判断主体となる

84 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994）83頁。

85 脚注80を参照。

86 渡辺康行ほか『憲法Ⅰ 基本権』（日本評論社、2016）218頁。

べきかは別途問題となりうる。この判断を大人の視点のみに委ねるならば、意見表明権が要求する大人の義務の範囲を大人自身において恣意的に規定することが可能となる。子どもの権利行使の機会を可及的に確保する観点——ランディーが提示する Space および Voice の要素——からも、子ども自身の認識が判断の出発点とされるべきである⁸⁷。

4. 結びに代えて ——憲法問題への示唆

以上のとおり、本稿では、子どもの意見表明権が具体的権利性をもつ憲法上の権利としての地位を獲得する上での足掛かりとして、意見表明権の規範的内容を、応答義務を中核とする大人の義務の側から浮き彫りにすることで、その権利としての明確性と特定性を充足させることを試みた。最後に、こうした本稿の試みが具体的な憲法問題の解決に向けていかなる意味をもちうるのかにつき若干の考察を行うことで本稿の結びに代えたい。

ここで採り上げる問題は、学校における子どもの政治的言論の自由の制約の問題である。折しも日本では、日本国憲法の改正手続に関する法律の改正により 2018 年 6 月 21 日をもって憲法改正手続における国民投票の投票権年齢が 18 歳に引き下げられ、さらに、選挙権年齢を 20 歳から 18 歳に引き下げる公職選挙法の改正が 2015 年に成立し、翌年より施行されている。子どもの政治的地位を巡るこれらの大きな変化を背景として、文部科学省は 2015 年に発した通知⁸⁸により、高等学校等（中等教育学校および高等部を置く特別支援学校を含む。）における子ども⁸⁹の政治活動等（選挙運動および投票運動を含む。）の規制ないし牽制に向けたガイドラインを提示しているが、選挙権を効果的に行使するためにはその前提となる政治的判断を形成するための情報に広く接し、あるいは他者と議論を交えるための自由な言論活動の保障が不可欠であることから、研究者や実務界からは同通知に対する反対や改善要求の声が強く上げられている⁹⁰。一方、学校内における子どもの

87 See, Lundy, *supra* note 9, at 934.

88 文部科学省「高等学校等における政治的教養の教育と高等学校等の生徒による政治的活動について（通知）」（2015）http://www.mext.go.jp/b_menu/hakusho/nc/1363082.htm（最終アクセス 2018 年 9 月 20 日）。

89 2018 年 6 月 13 日付で民法上の成人年齢を 20 歳から 18 歳に引き下げる民法改正が成立した。これにより、同改正法が施行される 2022 年 4 月以降は、高等学校等に在籍する 18 歳の生徒は民法上は成人としての扱いを受けることになる。

政治的言論の自由の制約の合憲性が争点となった国内の事例は乏しく⁹¹、学校当局による規制の限界の所在については今後の裁判所の判断の蓄積を待たざるを得ない状況にある。

そこで、この問題に関して1969年のTinker判決⁹²以来数多くの裁判例を積み重ねてきた米国に目を向けると、そこでは、子どもの言論活動を支持する論拠として同判決が依拠する「思想の自由市場」論と、1986年のFraser判決⁹³を皮切りに子どもの言論活動の規制を正当化する論拠として連邦最高裁が打ち出す「教育現場の特殊性」のいずれに重きを置くかが判決の結論を左右する鍵となっていることが注目される⁹⁴。前者の「思想の自由市場」論の下で言論の制約が正当化されるのは、それが学校の業務や規律を物理的かつ実質的に妨げ、あるいは他者の権利を侵害するものと学校当局が合理的に予見しうる場合に限られる一方、後者の「教育現場の特殊性」の枠組みにおいては「表現を媒介とした様々な問題への対応に関し、学校の裁量が重視される」⁹⁵ことになる。これらのうち、前者が導く判断基準については、国連子どもの権利条約が許容する子どもの表現の自由に対する制約の内容として同条約13条2項が定める事項との整合性が認められる一方、後者の枠組みの下では、「表現を媒介とした様々な問題への対応」としてなされる制約がなし崩し的に正当化されてしまうことへの懸念が生じうる。実際にも、連邦最高裁はFraser判決後の著名な2つの判決⁹⁶のいずれにおいても、「教育現場の特殊性」を重視することで子どもの言論活動の規制を正当化する判断を行っており、この懸念は次第に現実味を増している。子どもの自由の規制にあたって学校の裁量を重視する傾向は日本の判例においても認められるものであることから⁹⁷、こうした学校の裁量に対抗しうる権利論を用意することが必要となる。

90 たとえば、日弁連「高等学校における政治的教養の教育等に関する意見書」(2016) https://www.nichibenren.or.jp/var/rev0/0002/1982/opinion_160621.pdf (最終アクセス2018年9月20日)等。

91 中学校構内におけるピラ等の配布を学校当局の許可制にかからしめることの合憲性が争点となった事例として、麴町中学校内申書事件(最判昭和63年7月15日判時1287号65頁)がある。

92 Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U.S. 503 (1969).

93 Bethel Sch. Dist. v. Fraser, 478 U.S. 675 (1986).

94 米国における判例の状況につき、宮原均「生徒の学校内・外における表現規制—アメリカにおける判例法理の展開」東洋法学57巻1号1頁以下(2013)参照。

95 同前・35頁。

96 年代順に、Kuhlmeier判決(Hazelwood School District v. Kuhlmeier, 484 U.S. 260 (1987))、Frederick判決(Morse v. Frederick, 551 U.S. 393 (2007))。

では、そもそもこの学校の裁量とはどのような行為に対しいかなる目的で行使されるものなのか。教育法学者ロテム・ペリー＝ハザンによれば、下級審から連邦最高裁までを含め、およそ米国の裁判所が学校当局の規制を支持した子どもの表現行為は、①若年者（小学生・中学生）による論争的表現、②脅迫的表現、③違法行為を推奨する表現、④わいせつな表現、⑤他者を攻撃する表現、⑥他者に批判や異議を唱える表現の6つの類型に分類される⁹⁸。これらの表現の保護が否定される理由は類型ごとに異なりうるが、ハザンによれば、明らかに違法性が認められる表現（②など）はともかく、その他の類型において規制が支持される理由としては、当該表現が他者（他の生徒や教員等）に対して強い影響力を及ぼすことを意図するものであることが全ての類型に通底しており、逆に裁判所が子どもの表現を保護する場合には、当該表現が他者の意見を変えようとする試みを超越するものではないとの認定がその判断の前提をなしている⁹⁹。確かに、表現の自由を巡っては、それが私的な自由を超え、他者への影響力行使を目的とする「市民的な自由」として行使されるときに発露する「自由の権力性」のもつ危険性にいかに対処すべきかが議論されることがあり¹⁰⁰、このような裁判所の判断にも理由がないわけではない。しかし、こと子どもの意見表明権の観点からは、その内容が他者との論争を喚起するものであることを理由に子どもの表現行為を規制することは明らかに問題が大きい。前章で論じたように、子どもの意見表明権は、その行使を通じて表明された意見が相手方との対話や論争の契機となるからこそ保障されるべきものである。この点、子どもの論争的な表現が「教育現場の特殊性」を踏まえた学校の裁量によって規制されるのは、「学校の教育方針と生徒の考える価値観を対等・並立なものとみて、これへの生徒の批判・不服従をも表現の自由の保護範囲とすれば、教育は成り立たない」¹⁰¹との発想に基づくものであるかもしれない。その場合、学校の方針に基づく教育を貫徹することが「子どもの最善の利益」に適うはずだという想定が、規制の背後に存在しているはずである。しかし、子どもは大人による「最善の利益」

97 前掲麹町中学校内申書事件において、最高裁は、教育環境に悪影響を及ぼし学習上の効果に弊害をもたらす蓋然性があることを根拠として、生徒のピラ等の配布行為に対する規制を正当化している。

98 See, Perry-Hazan, *supra* note 78, at 429-449.

99 See, *id.* at 438.

100 脚注 81 を参照。

101 宮原均・前掲脚注 94・36 頁。

判断の一方的な押し付けに服すべき存在ではない。学校で他者との論争を喚起する言論を行うことが仮に表現の自由の保護範囲の埒外にあるとしても、その言論活動は子どもの意見表明権の行使として保障されるべきである¹⁰²。この子どもの権利行使に対して大人（学校側）がなすべきことは、規制を通じた判断の押し付けではなく、自己の応答義務を果たすことである¹⁰³。

他方、論争的な言論が意見表明権によって保護されるべきとはいえ、政治的な言論がどこまで「子どもに影響を及ぼすすべての事柄」（条約12条1項）に含まれるのかは別途問題となりうる。もちろん、政治的な事柄はすべての人に何らかの関わりをもちうるものではあるものの、安易な拡張解釈は権利としての効力を弱めかねないことにも留意しなければならない。どのような政治的言論が「子どもに影響を及ぼすすべての事柄」に含まれ、どのような言論が含まれ得ないのか。この点を解明することが今後の課題となる。

102 See, Perry-Hazan, *supra* note 78, at 449-452.

103 その場合、学校側にはランディーの分析する4つの要素からなる義務を果たすことも求められよう。