
学校における子どもの権利と国際人権法 —外国人・マイノリティの子どもの教育 を受ける権利、いじめ、体罰—

大島佳代子

同志社大学教授

はじめに

本稿では子どもの人権のうち、とくに学校における子どもの人権について考察する。本稿で具体的に取り扱う、外国人・マイノリティの子どもの教育を受ける権利については、人種差別撤廃委員会や自由権規約委員会から条約の内容を徹底する旨の勧告がなされており、体罰については子どもの権利委員会から体罰禁止の効果について深刻な懸念が示されている。これらに、いじめの問題を加え、以下、日本国憲法や教育法規といった国内法と国際人権規約や子どもの権利条約等の国際人権法との2つの視点から人権保障の現実を概観し、それを踏まえて、今後の課題を提示する。

I 教育を受ける権利

1. 憲法 26 条が保障する内容

日本国憲法 26 条の教育を受ける権利は社会権の 1 つとして位置づけられ、初期の憲法学説においては、憲法 25 条 1 項にいう文化的な最低限度の生活を営む権利の「文化的な側面に関して教育を受ける機会の平等とその最小の要請をみたす手段である義務教育の制度を憲法上認めた」¹⁾ものと

1 法学協会『註解日本国憲法〔上巻〕』（有斐閣、1953年）495頁。

理解されていた。その後、家永教科書訴訟を通して顕著になった教育権の所在論争（「国民の教育権」説と「国家の教育権」説の対立）の過程で、教育学者から憲法学の通説的理解に対して次のような批判がなされた。すなわち、教育を受ける権利は「子どもの学習の権利を現実に充足させるような教育を実際に受ける権利を、憲法上の権利と認め、社会ないし国家が、そのための現実的配慮の義務を負うこと（義務教育）」を意味する²ものであり、子どもの学習権が教育を受ける権利によって保障されると主張された。

1976年には、最高裁が旭川学力テスト事件判決³（以下、学テ判決）が、憲法26条の「背後には、国民各自が、一個の人間として、また、一市民として、成長、発達し、自己の人格を完成、実現するために必要な学習をする固有の権利を有すること、特に、みずから学習することのできない子どもは、その学習要求を充足するための教育を自己に施すことを大人一般に対して要求する権利を有するとの観念が存在している」と説示して、学習権を認めた。今日では、教育を受ける権利については学習権の観念を中心に捉え、自由権としての性質と社会権としての性質を併有する複合的権利として理解する学説が一般的である⁴。

憲法26条1項が「能力に応じて、ひとしく」教育を受ける権利を保障している（機会均等原則）ことにより、国に対して経済的側面における条件整備義務が課せられる。その最低限の義務を憲法上具体化したのが2項後段の無償の義務教育であり、また、教育基本法4条3項は経済的理由による修学困難者への奨学の措置について定めている。従来、憲法26条2項をめぐっては、主に無償の範囲について議論がなされ、通説・判例ともに授業料無償説に立っているが、1964年に最高裁は「同条項の無償とは授業料不徴収の意味」としつつ、国が保護者の教科書等の費用の負担について、できるだけ軽減するよう配慮、努力することは望ましいところと判断した⁵。実際には、国は1962年に教科書の無償給与を決め⁶、1963年度

2 堀尾輝久『現代教育の思想と構造』（岩波書店、1971年）311頁。

3 最大判昭和51・5・21刑集30巻5号615頁。

4 野中俊彦ほか『憲法Ⅰ〔第5版〕』（有斐閣、2012年）516-517頁。教育を受ける権利に関する学説状況の現状と課題については、大島佳代子「教育を受ける権利の現状と課題」憲法研究9号（2021年）131頁参照。

の小学校第1学年を皮切りに順次実施され、1969年度には小・中学校の全学年で教科書の無償配布が実現している。

2. 外国人・マイノリティの子どもへの教育を受ける権利

(1) 義務教育

憲法26条を受け、教育基本法は5条で義務教育について定め、学校教育法は16条で保護者に対し、その子に9年の普通教育を受けさせる義務を課している。

翻って、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）13条および子どもの権利条約28条は教育についての権利を認めている。また、人種差別撤廃条約5条(e)(v)は教育の権利について、あらゆる形態の人種差別を禁止・撤廃することを締結国に求めている。憲法26条の教育を受ける権利とこれらの国際人権規定との関連では、とくに外国人児童生徒の義務教育が問題となる。文部科学省（以下、文科省）は、外国人がその保護する子を公立の義務教育諸学校に就学させることを希望する場合には、無償で受け入れており、教科書の無償給与や就学援助を含め、日本人と同一の教育を受ける機会を保障するとしている⁷。

しかし、外国人児童生徒に対して義務教育を受ける機会を保障するといっても、そこでは日本語での教育が基本であり、義務教育を受ける前提として一定の日本語能力が求められる。この点に関し、文科省が、全国の公立小学校、中学校、高等学校、義務教育学校、中等教育学校及び特別支援学校を対象として実施している「日本語指導が必要な児童生徒の受入状況等に関する調査」の2018年度の調査結果⁸によれば、公立学校において日本語指導が必要な児童生徒数は51,126人（うち外国国籍者が40,755人、日本国籍者が10,371人）であり、年々増加する傾向がみられる。「日本語の指導が必要な児童生徒」とは、「日本語で日常会話が十分にできない児

5 最大判昭和39年2月26日民集18巻2号343頁。

6 義務教育諸学校の教科用図書の無償に関する法律（昭和37年法律第60号）、義務教育諸学校の教科用図書の無償措置に関する法律（昭和38年法律第182号）。

7 文科省「外国人児童生徒等教育の現状と課題」（令和3年5月）。

8 文科省「日本語指導が必要な児童生徒の受入状況等に関する調査」（令和元年9月27日公表、令和2年1月10日一部訂正）。

童生徒」および「日常会話ができて、学年相当の学習言語が不足し、学習活動への参加に支障が生じており、日本語指導が必要な児童生徒」と定義されている。つまり、就学の機会は得ていても、教育を受ける権利の実質的な保障が不十分と考えられる子どもたちといえる。

この調査は1991（平成3）年から名称変更や調査範囲の拡大等を経ながら今日まで続いており⁹、これまでも調査結果を踏まえた対策が講じられてきた¹⁰。たとえば、2006年には、不就学児童生徒対応策として、外国人の子どもの就学手続における居住地等確認を外国人登録証明書によらずに柔軟に対応することを可能とした¹¹。また、2014（平成26）年には学校教育法施行規則が改正され、56条の2で「日本語に通じない児童のうち、当該児童の日本語を理解し、使用する能力に応じた特別の指導を行う必要があるものを教育する場合」には「特別の教育課程によることができる」とされた（同79条により中学校にも準用）。

他方で、2019年に文科省が実施した「外国人の子供の就学状況等調査」の結果¹²によれば、学齢相当の外国人の子どものうち不就学の可能性があると考えられる者が19,471人に及んでいる¹³。彼らの多くが初等教育さえ受けていない状況にあると考えられる。

(2) 高等学校の無償

社会権規約13条2項(b)は、中等教育につき、無償教育の漸進的な導入により、一般的に利用可能であり、かつ、すべての者に対して機会が与えられていることを締結国に求め、子どもの権利条約28条も、教育に対する子どもの権利を漸進的かつ機会の平等を基礎として達成するため

9 本調査は1991（平成3）年に「日本語教育が必要な外国人児童・生徒の受入れ状況等に関する調査」として始まり、1999（平成11）年度からは「日本語指導が必要な外国人児童生徒の受入れ状況等に関する調査」へと名称変更され、2008年（平成20）度からは隔年調査となり、2012（平成24）年度からは調査名から「外国人」が削除され現在の名称となった。

10 石渡裕子「我が国の外国人児童生徒等に対する日本語教育」レファレンス835号（2020年）29頁、文科省「外国人児童生徒等教育の現状と課題」（前掲注（7））を参照。

11 文科省「外国人児童生徒教育の充実について（通知）」（18文科初第368号）。

12 文科省「外国人の子供の就学状況等調査結果について」（令和2年3月）。

13 この数には、就学状況が確認できなかった者、住民台帳上の人数との差が加算されているので、実際には就学している者も含まれている可能性がある。

に、中等教育について、無償教育の導入や必要な場合に財政的援助を行うことを締結国に求めている。

わが国の教育制度との関連では、義務教育の対象でない高等学校の無償が問題となる。社会権規約は「中等教育」の漸進的な無償化を求めているので、日本政府は、社会権規約の批准の折に、13条2項(b)および(c)¹⁴にいう「無償教育の漸進的な導入により」に拘束されない権利を留保していた。

しかし、2010年度からは公立高校授業料無償化（私立高校等に通う生徒に対しては就学支援金の支給）が導入された（2014年には、一定の所得等要件を満たした世帯に対して、国公私立を問わず就学支援金を支給する制度に変更された）。この無償化制度導入を受けて、日本政府は、2015年に上記留保を撤回する旨を国際連合事務総長に通告している。

高等学校の無償化との関連では、朝鮮学校が就学支援金の支給の対象とされなかったことをめぐる一連の訴訟があるが、最高裁は、2019年に、国が勝訴した高裁判決を維持する判断を行った¹⁵。各種学校である朝鮮学校が支援金支給対象となるには、「法令に基づく学校の運営を適正に行わなければならない」との要件が課されていたが、最高裁判決の原判決である大阪高判¹⁶は、「朝鮮総聯から教育基本法16条1項にいう『不当の支配』を受けていること」、「財政面で就学支援金の管理が適正に行われなことを疑わせるに足る相当の理由があること」を理由に、支給対象としなかったことを適法と判断した。この点については、2018年の国連人種差別撤廃委員会の総括所見において、朝鮮学校が高等学校等就学支援金の支給にあたり不公平な取扱いをされないことを保証すべきであると勧告されている¹⁷。

14 2項(c)は高等教育について無償教育の漸進導入を求めている。

15 最高裁は、上告棄却・上告不受理の判断を行った（最判令和元年8月27日）訟務月報66巻3号9頁。

16 大阪高判平成30年9月27日訟務月報66巻3号1頁。

17 第10回・第11回政府報告審査に関する人種差別撤廃委員会の総括所見（CERD/C/JPN/CO/10-11、2018年8月）パラグラフ22。同旨の勧告は、2014年9月の総括所見（CERD/C/JPN/CO/7-9）パラグラフ19にみられる。

(3) マイノリティの教育を受ける権利

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）27条は「種族的、宗教的または言語的少数民族」の権利について、子どもの権利条約30条は「種族的、宗教的若しくは言語的少数民族又は原住民である子どもの権利」について定めている。

自由権規約批准¹⁸当初、日本政府は、わが国には自由権規約27条にいう少数民族は存在しないという見解を示していた¹⁹が、国連の自由権規約委員会からアイヌ問題の指摘を受け、両者による「建設的対話」により、1991年、日本政府はアイヌ民族を「少数民族」に当たると明言した²⁰。1997年には、二風谷ダム事件の札幌地裁判決²¹が、アイヌ民族を「先住民民族」として認め、自由権規約27条および憲法13条を根拠にアイヌ民族に属する個人の文化享有権を認めた。同年に制定されたアイヌ文化振興法は、アイヌ民族を「少数民族」と認め、アイヌ民族の文化の振興を図る国および地方自治体の責務を定めた²²。このように、アイヌ民族の少数民族性や先住性をめぐる議論が重ねられ一定の成果がみられたが、アイヌ民族の教育に関わる議論はほとんどなされてこなかった²³。この点と関連して、2008年、自由権規約委員会は、アイヌ民族と琉球・沖縄民族を国内法で「先住民」と明確に認めることのほか、彼らの子ども達に彼らの言語によってあるいは彼らの言語について、また彼らの文化について教育を受ける

18 日本政府は自由権規約および社会権規約を1979年に批准している。

19 自由権規約40条に基づく第1回政府報告（1980年）。

20 自由権規約40条に基づく第3回政府報告（1991年）

21 札幌地判平成9年3月27日判例時報1598号33頁（確定）。

22 日本政府がアイヌ民族を少数民族と認めるために自由権規約が果たした役割は大きい。この経緯については、中村陸男『アイヌ民族法制と憲法』（北海道大学出版会、2018年）や、アイヌ差別の歴史過程を探る問題意識のもとに著された榎森進『アイヌ民族の歴史』（草風館、2007年）の第10章を参照のこと。榎森は同書において、アイヌ文化振興法がアイヌの人々が求めてきた「アイヌ新法（仮称）」の内容より大きく後退したものと批判している（586-591頁）。

23 1984年にウタリ協会総会において承認された「アイヌ民族に関する法律（案）」においては、アイヌ子弟の総合的教育政策の実施、アイヌ子弟教育におけるアイヌ語の学習の計画的導入、学校教育や社会教育からアイヌ民族に対する差別を一掃するための対策の実施、大学教育におけるアイヌ語、アイヌ民族文化、アイヌ史等の講座開設、講座担当教員にアイヌ民族の教員への登用などの内容が示されている（北海道ウタリ協会編『アイヌ史—北海道アイヌ協会・北海道ウタリ協会活動史編』（北海道ウタリ協会、1994年）560-564頁）。

適切な機会を提供し、正規の教育課程にアイヌ民族と琉球・沖縄民族の文化と歴史の教育を組み込むべきであると勧告している²⁴。さらに、2014年には、可能な範囲で、アイヌ民族と琉球・沖縄民族²⁵の子どもたちが独自の言語で教育を受けることを促進すべきであると勧告した²⁶。その後、2019年にアイヌ施策推進法が施行され、アイヌ民族が北海道の「先住民族」であることが認められた²⁷。本法の目的は、アイヌの人々が民族として誇りを持って生活することができ、その誇りが尊重される社会を実現するために、国や自治体の責務を定めている。しかし、本法において、アイヌ民族の教育に関する言及はみられない。

他方、「マイノリティの教育権」が争点となったケースがある。原告ら（いずれも本人または親の国籍が日本以外、あるいは民族的出自が日本以外の者）は、大阪府高槻市が市の直営事業である多文化共生・国際理解教育事業を縮小・廃止したことによって、マイノリティとしての教育を受け、マイノリティの言語を用い、マイノリティの文化について積極的に学ぶ環境を享受できる権利（「マイノリティの教育権」）が侵害されたとして提訴した。2008年、大阪高裁は、自由権規約27条、社会権規約13条、子どもの権利条約30条、人種差別撤廃条約5条により保障される権利の具体的権利性や積極的の作為義務性を否定するとともに、憲法26条1項および旧教育基本法3条1項²⁸もマイノリティの教育権という具体的な権利を保障しているとは認められないと判断し、控訴人らの主張を退けている²⁹。

24 自由権規約委員会の統括所見（2008年10月30日）パラグラフ32。

25 2016年の衆議院内閣委員会において、飯島政府参考人は、政府として先住民族として認識している人々はアイヌの人々以外には存在しない旨答弁している（第190回国会内閣委員会第14号（2016（平成28）年4月27日））。

26 自由権規約委員会の統括所見（2014年7月24日）パラグラフ26。

27 榎森教授は、本法が先住民族の有する先住権について一切記していないことを指摘し、「名ばかりの先住民族」規定だと批判している（榎森進『『アイヌ施策推進法』の概要と同法の制定過程に内在する諸問題』東北学院大学東北文化研究所紀要51号（2019年）4頁）。

28 機会均等を定める規定で、現行4条1項と同じ文言である。

29 大阪高判平成20年11月27日判例時報2044号86頁。

II いじめ

1. 憲法 18 条一奴隷的拘束・苦役からの自由

わが国において、いじめが最初に社会問題化した 1980 年代以降、約 40 年の月日が経つが、いじめの認知件数³⁰は年々増加している。文科省の「児童生徒の問題行動・不登校等生徒指導上の諸課題に関する調査」(以下、問題行動調査)³¹によれば、2019 年度のいじめの認知件数は、612,496 件(小・中・高等学校及び特別支援学校)であり、前年度比 12.6%増である。いじめは加害者、被害者のいずれもが子どもであることもあり、法的には、民事不法行為責任の成否に係る問題として、または刑事責任との関係で暴行・傷害等の構成要件該当性の問題として議論され、憲法学がいじめを正面から扱うことはほとんどなかった。

2013 年に施行されたいじめ防止対策推進法は、いじめを、児童等に対して、一定の人間関係にある他の児童等が行う「心理的又は物理的な影響を与える行為(インターネットを通じて行われるものを含む。)であって、当該行為の対象となった児童等が心身の苦痛を感じているもの」と定義(2 条 1 項)しているが、いじめの態様によっては、被害者に加害者による奴隷的拘束状態や意に反する苦役負荷の状態つまり、憲法 18 条違反の状態が生じていると考えられる。

憲法 18 条の「奴隷的拘束」とは、「自由な人格者であることと両立しない程度に身体が拘束されている状態」であり、労役が強いられていることを要件としないと解されている³²。また、「意に反する苦役」とは、「広く本人の意思に反して強制される労役(強制労務)を意味する」と解され

30 内藤朝雄准教授は、この数値は、いじめの実数ではなく「各県がどれほどまじめにいじめ問題に取り組んでいるかを示すもの」であると述べ、いじめ調査のサンプリングのあり方に疑義を呈している(加納寛子他『ネットいじめの構造と対処・予防』(金子書房、2016 年)178-179 頁)。

31 文科省「令和元年度 児童生徒の問題行動・不登校等生徒指導上の諸課題に関する調査結果について」(令和 2 年 11 月 13 日)。

32 憲法 18 条の解釈については、長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(有斐閣、2017 年)256 頁(長谷部恭男執筆)、樋口陽一他『注解 憲法 I』(青林書院、1994 年)366 頁(浦部法穂執筆)等を参照。

る。つまり、「強制労働のみならず、『奴隷的拘束』に至らない程度の一定の人格侵犯を伴う身体の自由の拘束」を意味する。もっとも、18条は身体的自由を保障する規定であり、一定期間の身体の拘束や労役の強制が前提とされている³³。これまで、本条との関連では、徴兵制、裁判員制度³⁴、緊急時における応急の労務負担³⁵、入院措置等³⁶が問題とされてきた。

いじめは、必ずしも、このような前提条件を満たすものではない。とはいえ、いじめられている子どもが常に不登校を選択する³⁷わけではない。え、登校すれば一定期間は限られた人間関係の中で学校生活を送らざるを得ない。いじめを助長し得る仲間からの離脱を躊躇すれば、その人間関係に拘束される³⁸。また、「仲間（友人）同士」の「遊び」一互いの肩を持って相手に足をかけて転ばせようとする「こかし合い」や、相手の首に背後から腕を回して後ろに引っ張り時にそのまま床に転んだりする「首絞め」等³⁹—も、仲間の中の特定の者に対して繰り返し行われることで、対象とされた者にとっては、転倒したり首を絞められる役を担わせられるという「苦役」となる。

憲法学説は18条の私人間適用を認めるのが一般的であり、通説は直接適用説に立つ。いじめは子ども同士の事実行為に基づくものであるが、いじめの態様によっては、18条を直接の根拠として不法行為責任を問うこ

33 憲法18条は奴隷制廃止を目的としてアメリカ合衆国憲法第13修正に由来するとされ、制憲過程の審議においては鉱山労働者の「監獄部屋」や娼妓が奴隷的拘束の例として議論された（長谷部・同上、256-257頁）。

34 最大判平成23年11月16日（刑集65巻8号1285頁）は、「裁判員の職務等は、司法権の行使に対する国民の参加という点で参政権と同様の権限を国民に付与するもの」であって、憲法18条後段が禁ずる苦役に当たらないと判示した。

35 災害対策基本法65条・71条、災害救助法7・8条等。

36 精神保健及び精神障害者福祉に関する法律29条～29条の5、感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律19条～22条等。

37 文科省の令和元年度の問題行動調査結果によれば、小・中学生の不登校児童生徒のうち、いじめを原因と答えたのはわずか0.5%に過ぎない（前掲注（31））。

38 内藤准教授は「小さな閉鎖的な社会が生み出されると、外部とは異なる『自分たちなり』の『あたりまえ』や『よい-わるい』が生じやすい」と指摘する。そして、そのような空間では、いじめの被害者がみんなを不快にさせた「わるい人」で罪悪感を持たねばならなくなるという（加納・前掲注30、182-190頁）。

39 大津市中学校いじめ自死事件の第一審判決の認定事実参照（大津地判平成31年2月19日判例時報2474号76頁）。

とができよう。また、18条が禁ずる苦役に該当するいじめが生じている場合には、学校側に、その状態を積極的に解消すべき義務が発生するといえるであろう。

2. いじめの態様と特徴

文科省「問題行動調査」において、いじめの態様は、①冷やかしかからかい、悪口や脅し文句、嫌なことを言われる、②仲間外れ、集団による無視、③軽くぶつかられたり、遊ぶふりをして叩かれたり、蹴られたりする、④ひどくぶつかられたり、叩かれたり、蹴られたりする、⑤金品をたかられる、⑥金品を隠されたり、盗まれたり、壊されたり、捨てられたりする、⑦嫌なことや恥ずかしいこと、危険なことをされたり、させられたりする、⑧パソコンや携帯電話で、誹謗・中傷や嫌なことをされる、⑨その他、に分類されている。

このように、いじめの態様は多岐にわたる。認知件数の6割を占める①の「冷やかしかからかい、悪口や脅し文句、嫌なことを言われる」という態様は個人差が大きく、大人の目には大したことに見えないこともある。しかし、上記分類の中には、暴力や盗難等の犯罪行為が含まれているだけでなく、⑦の「嫌なことや恥ずかしいこと、危険なことをされたり、させられたりする」態様⁴⁰の中には、憲法18条が禁ずる「苦役」に当たるものが含まれている可能性がある。

3. いじめと子どもの権利条約⁴¹—あらゆる形態の暴力からの保護

子どもの権利条約19条1項は「締約国は、児童が父母、法定保護者又は児童を監護する他の者による監護を受けている間において、あらゆる形態の身体的若しくは精神的な暴力、傷害若しくは虐待、放置若しくは怠慢な取扱い、不当な取扱い又は搾取（性的虐待を含む。）からその児童を保護するためすべての適当な立法上、行政上、社会上及び教育上の措置をとる」と定めている。

40 他の態様がほぼ横ばいの中、2019年の調査結果において前年度の調査と比べて認知件数が増加している。

41 大島佳代子「いじめと子どもの権利条約」同志社法学72巻4号（2020年）793頁。

2011年に子どもの権利委員会が採択した一般的意見⁴²13号⁴³によれば、19条1項の「あらゆる形態の身体的若しくは精神的な暴力」には子ども同士の暴力も含まれる。また、同意見は「精神的な暴力」について具体的に例示している⁴⁴が、学校でのいじめとの関係では、「(b) 恐怖心を煽ること、威嚇すること、および脅かすこと。搾取すること、および墮落させること。ないがしろにすること、および拒絶すること。孤立させること、無視すること、およびえこひいきすること」、「(d) 侮辱すること、中傷すること、屈辱を与えること、けなすこと、からかうこと、および子どもの気持ちを傷つけること」、「(g) おとなまたは他の子どもによる心理的ないじめおよび通過儀礼。携帯電話およびインターネット等の情報通信技術 (ICT) を通じて行なわれるものも含む (いわゆる「ネットいじめ」)」が精神的暴力とみなされよう。

また、同意見は、いじめの形をとることが多い子ども同士の暴力に適切に対応し、これを防止するためには、子どもに責任を有する大人の役割が決定的に重要だと述べる⁴⁵。

2020年、最高裁は、部活動の部員間で暴力を伴ういじめが繰り返されていることを把握しながら、受傷した部員の受診に際し、自招事故である旨虚偽の説明をするよう指示した教諭に対する懲戒処分⁴⁶の適法性が争われたケースにおいて、次のように述べて、適法と判断した⁴⁶。すなわち、「(当該教諭の行為は) いじめを受けている生徒の心配や不安、苦痛を取り除くことを最優先として適切かつ迅速に対処するとともに、問題の解決に向けて学校全体で組織的に対応することを求めるいじめ防止対策推進法や

42 一般的意見 (General Comments) は「人権条約の特定の条項の意義や機能、その実施のために必要とされる措置等について条約機関としての正式な解釈を示す」ために作成される文書である (平野裕二「子どもの権利委員会の一般的意見～その活用の意義と方法」季刊教育法 183号 (2014年) 76頁)。

43 CRC/C/GC/13 (2011年)。なお、子どもの権利委員会の一般的意見はすべて、日弁連の以下のサイトから閲覧可能である。 https://www.nichibenren.or.jp/activity/international/library/human_rights/child_general-comment.html (最終閲覧日 2021年9月30日)。

44 同上、パラグラフ 21。

45 同上、パラグラフ 27。

46 最判令和2年7月6日判例時報 2472号3頁。本件の判例研究として、永田憲史「公立学校の教員の非違行為の重大性の判断に当たって、いじめ防止対策推進法及び地方いじめ防止基本方針等を判断材料とした事例」関西大学法学論集 70巻5号 338頁。

兵庫県いじめ防止基本方針等に反する重大な非違行為であるといわざるを得」ず、「いじめの事実を認識した公立学校の教職員の対応として、法令等に明らかに反する上、その職の信用を著しく失墜させるものというべきであるから、厳しい非難は免れない」。本件は、いじめ防止対策推進法施行後、いじめに対する教諭の対応等をめぐる懲戒処分⁴⁷の適法性がはじめて争われたケースであり、大人の役割（本件では教師の役割）を考える際に参考になる⁴⁷。

Ⅲ 体罰

1. 体罰の禁止

学校教育法（以下、学教法）11条は、体罰の禁止⁴⁸を明言している。しかし、文科省が2013年8月に発出した通知「体罰根絶に向けた取組の徹底について」⁴⁹のタイトルをみれば、教育現場において体罰禁止の実態が伴っていないことが容易に見て取れる⁵⁰。体罰が根絶できない原因の1つとして、「体罰」の定義の曖昧さが挙げられる。文科省が同年3月に発出した「体罰の禁止及び児童生徒理解に基づく指導の徹底について」と題する通知の中では、懲戒と体罰の区別につき、次のように述べられている。すなわち、「懲戒行為が体罰に当たるかどうかは、当該児童生徒の年齢、健康、心身の発達状況、当該行為が行われた場所的及び時間的環境、懲戒の態様等の諸条件を総合的に考え、個々の事案ごとに判断する必要がある」とし、それにより、「懲戒の内容が身体的性質のもの、すなわち、身体に

47 本件は、原審（大阪高判平成30年11月9日判例地方自治466号59頁）と上告審の判断が分かれたが、永田教授は「いじめに対する見方に決定的な違いがあった」とし、控訴審は、本件受傷事件を「たかが子ども同士の間のいじめ」「大人が大騒ぎするようなことではない」と捉えていたと考えられると指摘している（前掲注（46）、356頁）。なお、永田憲史「いじめの重大事態の判断に関する考察」関西大学法学論集70巻2・3号197頁も重大事態（いじめ防止対策推進法28条）への適切な対応の考察にとって参考になる。

48 1879（明治12）年の教育令46条は「凡学校ニ於テハ生徒ニ体罰（殴チ或ハ縛スルノ類）ヲ加フヘカラス」と定められていた。

49 25文科初第574号（平成25年8月9日）。

50 本通知によれば発出の前年である2012年度の体罰の件数は6,700件（国公立の小・中・高校等）を超えている。ちなみに、2019年度は685件である。

《表1》

体罰（通常、体罰と判断されると考えられる行為）
○身体に対する侵害を内容とするもの
<ul style="list-style-type: none"> ・ 体育の授業中、危険な行為をした児童の背中を足で踏みつける。 ・ 帰りの会で足をぶらぶらさせて座り、前の席の児童に足を当てた児童を、突き飛ばして転倒させる。 ・ 授業態度について指導したが反抗的な言動をした複数の生徒らの頬を平手打ちする。 ・ 立ち歩きの多い生徒を叱ったが聞かず、席につかないため、頬をつねって席につかせる。 ・ 生徒指導に応じず、下校しようとしている生徒の腕を引いたところ、生徒が腕を振り払ったため、当該生徒の頭を平手で叩く。 ・ 給食の時間、ふざけていた生徒に対し、口頭で注意したが聞かなかったため、持っていたボールペンを投げつけ、生徒に当てる。 ・ 部活動顧問の指示に従わず、ユニフォームの片づけが不十分であったため、当該生徒の頬を殴打する。
○被罰者に肉体的苦痛を与えるようなもの
<ul style="list-style-type: none"> ・ 放課後に児童を教室に残留させ、児童がトイレに行きたいと訴えたが、一切、室外に出ることを許さない。 ・ 別室指導のため、給食の時間を含めて生徒を長く別室に留め置き、一切室外に出ることを許さない。 ・ 宿題を忘れた児童に対して、教室の後方で正座で授業を受けるよう言い、児童が苦痛を訴えたが、そのままの姿勢を保持させた。
認められる懲戒（通常、懲戒権の範囲内と判断されると考えられる行為）（ただし、肉体的苦痛を伴わないものに限る）
<ul style="list-style-type: none"> ・ 放課後等に教室に残留させる。 ・ 授業中、教室内に起立させる。 ・ 学習課題や清掃活動を課す。 ・ 学校当番を多く割り当てる。 ・ 立ち歩きの多い児童生徒を叱って席につかせる。 ・ 練習に遅刻した生徒を試合に出さずに見学させる。

文科省：「学校教育法第11条に規定する児童生徒の懲戒・体罰等に関する参考事例」をもとに筆者作成

対する侵害を内容とするもの（殴る、蹴る等）、児童生徒に肉体的苦痛を与えるようなもの（正座・直立等特定の姿勢を長時間にわたって保持させる等）に当たると判断された場合は、体罰に該当する」。この通知には、別紙として参考事例が添付されている（表1参照）が、それによれば、通

常体罰として考えられる行為には「身体に対する侵害を内容とするもの」と「被罰者に肉体的苦痛を与えるようなもの」があり、各々参考事例が挙げられている。しかし、問題は、これらの行為が直ちに体罰に当たるわけではなく、上述した諸条件を総合的に考え個々の事案ごとに判断されることにある。つまり、文科省の解釈によれば、児童生徒を踏みつけたり、突飛ばしたり、平手で叩いたりする行為が、状況によっては体罰にならないこともあり得るのである。

学教法施行後、はじめて体罰の刑事責任を認めた大阪高判は「殴打のような暴行行為は、たとえ教育上必要があるとする懲戒行為としてでも、その理由によつて犯罪の成立上違法性を阻却せしめるとするような法意であるとは、とうてい解されない」と判示した⁵¹。しかし、体罰に対する裁判所の厳格な態度は、1981年の東京高判⁵²によって緩和される。すなわち、「いやしくも有形力の行使と見られる外形をもつた行為は学校教育上の懲戒行為としては一切許容されないとすることは、本来学校教育法の予想するところではない」としたうえで、「体罰とは要するに、懲戒権の行使として相当と認められる範囲を越えて有形力を行使して生徒の身体を侵害し、あるいは生徒に対して肉体的苦痛を与えることをいうものと解すべきといわなければならない」。この考え方の一部は、2007年の文科省通知⁵³の別紙（表1）に示されていた懲戒・体罰の考え方の中に明示されていたが、2013年3月の通知からは削除されている。

2. 体罰と子どもの権利条約

自由権規約7条は「拷問又は残虐な、非人道的な若しくは品位を傷つける」取扱いや刑罰を禁止し、子どもの権利条約37条はこれを子どもについて禁止する。上述した（Ⅱ3）子どもの権利条約19条は、同条約37条を補完・拡張し、あらゆる形態の身体的・精神的暴力等から子どもを保護するためにあらゆる適当な立法上、行政上、社会上、教育上の措置をとる

51 大阪高判昭和30年5月16日高刑集8巻4号545頁。

52 東京高判昭和56年4月1日判例時報1007号133頁。

53 文科省「問題行動を起こす児童生徒に対する指導について（通知）」（18文科初等第1019号平成19年2月5日）。

ことを締結国に求めている。さらに、子どもの権利条約 28 条 2 項は、学校での懲罰⁵⁴が子どもの人間としての尊厳と一致する方法で、かつ本条約に従って運用されるための措置をとることを求めている。しかし、これらの規定には体罰という文言が明示されていない。この点につき、2006 年に子どもの権利委員会が発表した一般的意見 8 号⁵⁵において、体罰は、有形力が用いられ、何らかの苦痛または不快感を引き起こすことを意図した罰と定義されている。それはまた、残虐で品位を傷つけるものであるとされる。そして、子どもに対する体罰は、家庭、代替的養護、学校その他の教育機関、司法制度等々の多くの環境で禁止される⁵⁶。

子どもの権利条約批准（1994 年）後すぐに、文部省（当時）は各都道府県教育委員会等に宛て、体罰禁止の徹底に一層努める必要があることを通知した⁵⁷。しかしながら、実態は上述した（Ⅲ 1）とおりでである。文科省は、表 1 に示した参考事例に加えて、「児童生徒から教員等に対する暴力行為に対して、教員等が防衛のためにやむを得ずした有形力の行使」や「他の児童生徒に被害を及ぼすような暴力行為に対して、これを制止したり、目の危険を回避するためにやむを得ずした有形力の行使」は正当な行為としている。これと関連して、女子数人を蹴る悪ふざけをしていた児童（小学 2 年）を注意したところ、当該児童が教諭の臀部を蹴って逃げたので、追い掛けて捕まえ胸元をつかんで壁に押し当て大声で叱った行為につき、教育上の目的、有形力の行使の態様、継続時間等の諸般の事情を総合考慮し体罰には該当せず、国賠法上の違法はないとした最高裁判決⁵⁸がある（もっとも、この判決は 2013 年以前に出されたものであり、1981 年の東京高判の流れに位置するものとはいえる）。

2013 年 8 月発出の「体罰根絶に向けた取組の徹底について」では、スポーツや部活動での体罰が社会問題化した⁵⁹ことを受けて、運動部活動の指導者による体罰等の根絶と適切かつ効果的な指導に向けた取組を実施す

54 外務省の邦訳は school discipline を学校の規律としている。

55 CRC/C/GC/8（2006 年）パラグラフ 11。

56 同上、パラグラフ 12。

57 文部省「『児童の権利に関する条約』について（通知）」（文初高第 149 号平成 6 年 5 月 20 日）。

58 最判平成 21 年 4 月 28 日民集 63 卷 4 号 904 頁。

ることを教育委員会や学校に求めている。司法レベルでは、2016年に、市立中学のバレーボール部の顧問による暴力（消極的プレーを行った部員に平手や拳骨で叩いたり突飛ばしたりした行為）や暴言（「お前は論外」「使い物にならない」といった発言）が教育懲戒権の範囲を逸脱したとして国賠法上違法とされた⁶⁰。

しかしながら、2019年に採択された日本の第4回・第5回政府報告に関する子どもの権利委員会の総括所見においては、「学校における体罰の禁止は、効果的に実施されていない」として深刻な懸念が寄せられている⁶¹。学校での体罰の問題は、体罰か、それとも懲戒として認められる有形力の行使かという二者択一的な観点からではなく、子どもの権利条約28条2項がいうように、懲罰が「子どもの人間としての尊厳と一致する方法」で行われているかどうかという観点から検討される必要がある。

むすびにかえて

以上、外国人・マイノリティの子どもの教育を受ける権利、いじめ、体罰の問題を、日本国憲法や教育法規といった国内法と国際人権規約や子どもの権利条約等の国際人権法の2つの視点から概観した。条約の国内法的効力については、憲法が条約に優位し、条約は法律に優先する効力を持つと解されてきた⁶²。また、国家は、条約締結にあたり、自国の法や制度を条約規定の内容に適合するよう求められることがある⁶³。したがって、批准した条約の趣旨は国内法に反映され、両者の間に矛盾はないと解するの

59 入澤充「スポーツ活動中体罰のスポーツ法・教育法的分析」日本教育法学会年報44号（2015年）104頁、南部さおり「部活動をめぐる事故・体罰と学校安全の課題」同年報47号（2018年）53頁、神谷拓「運動部活動の問題と法、制度、権利」同年報48号（2019年）136頁等を参照。

60 津地判平成28年2月4日判例時報2303号90頁。控訴審も本件暴力および暴言の違法を認めている（名古屋高判平成28年9月30日LEX/DB25543975）。

61 CRC/C/JPN/CO/4-5（2019年2月）パラグラフ25。なお、パラグラフ25では、家庭や代替的監護環境における体罰が法律によって完全に禁止されていないこと、民法および児童虐待防止法が適切なしつけの行使を許容し体罰の許容性を明確にしていないことについても深刻な懸念が示されている。

62 国際法と国内法の関係、国際法規範の国内的効力をめぐる学説状況については、植木俊哉「憲法と条約」ジュリスト1378号81頁を参照。

が一般的であった⁶⁴。しかし近年、人権条約を批准した国家が負う義務は、国際社会に対するものであり、しかも、それは結果において国際人権が実現されているという状況を生み出すことについての義務であるという見方が有力である⁶⁵。別言すれば、日本国が負った人権条約上の義務をそれぞれの国内機関（国会、裁判所、行政機関）の権限の範囲内で実現すべき義務の賦課、それが条約の締結によって生ずる国内的効力の内容といえるのである⁶⁶。

このように考えれば、外国人やマイノリティの子どもの教育を受ける権利については更なる法整備の拡充が求められるし、法整備がなされているいじめや体罰については司法による実効的な救済を図っていくことが重要である。しかし、とりわけ学校において条約上の義務を果たすためには、まずは文科省、教育委員会、学校、教師やその他の関係者（スクールロイヤー、スクールカウンセラー等）といった子どもに関わる当事者が、条約上の義務を行為規範として理解することが、まずは肝要である。そのうえで、各々が果たすべき役割を明らかにし、子どもの権利の保障を実質化するための仕組みの構築が必要とされるであろう。

63 たとえば、女子差別撤廃条約を批准するにあたり、わが国は国籍法や労働基準法を改正したほか、学習指導要領も改訂し男女平等の確保に努めた。なお、主に多国間条約の締結に際し、条約の自国への適用上、特定規定の効果を排除したり変更したりする「留保」が認められている（植木俊哉編『ブリッジブック国際法〔第3版〕』（信山社、2016年）25-27頁）。

64 このような「予定調和」論は、裁判実務において広くみられるところ、曾我部教授は「予定調和論は、実質的には、人権条約に関する判断を回避する議論だ」として批判している（曾我部真裕「『人権法』という発想」法学教室 482号 77頁）。同旨のものに小畑郁「国際人権規約—日本国憲法体系の下での人権条約の適用—」ジュリスト 1321号 13-14頁。

65 高橋和之「国際人権の論理と国内人権の論理」ジュリスト 1244号 69頁。

66 曾我部・前掲注（64）75-76頁。