

「意見書 国歌斉唱儀式における不起立・不斉唱を理由とする 教員懲戒処分における裁量権濫用の有無について」

世取山 洋 介

解説

1

以下に「資料」として掲載する論稿は、2010年8月に、東京高等裁判所第22民事部に甲第535号証として提出された「意見書 国歌斉唱儀式における不起立・不斉唱を理由とする教員懲戒処分における裁量権濫用の有無について」（以下、本意見書）である。本意見書は、卒業式などの学校行事において、日の丸に正対して君が代を斉唱することを内容とする校長の職務命令に従わなかったことを理由にして、東京都教育委員会が、東京都立養護学校教師および都下の公立中学校に対して行なった懲戒処分の取消等を求める事件（平成21年（行コ）第151号各停職処分取消等請求控訴事件）関わって作成されたものである。

いわゆる「東京日の丸・君が代訴訟」¹については、国家忠誠宣誓儀式と思想・良心の自由および教育人権との関係に焦点を当てた意見書（「東京高等裁判所平成20年（ネ）第1430号損害賠償請求控訴事件（「君が代」嘱託再雇用拒否事件）に関する意見書」、2009年3月、東京高等裁判所第4民事部に提出）を作成し、それを本誌に掲載した（法政理論42巻1号115頁）（2009年）。本意見書は、これに対して、都教委が、懲戒処分を行なうにあたって、その裁量権を濫用したのか、という論点に的を絞ったものである。既に本誌に掲載した意見書とはその内容において重複がないと判断し、本

意見書を本誌に掲載することとした。

2

東京日の丸・君が代訴訟を構成する一群の裁判の多くは、控訴審さらには上告審へと進んでいる。今年1月28日に、国歌斉唱義務不存在確認請求事件（いわゆる予防訴訟）について、東京高裁第24民事部が、原審（東京地裁2006年9月21日）の判断を覆し、訴訟要件を満たしていないとして義務不存在確認請求を却下し、また、校長の職務命令、およびその基礎となったいわゆる10・23通達は、憲法19条、23条、および、26条、ならびに、教基法10条に違反せず、処分に当たっての裁量権の濫用もなかったとして、損害賠償請求を棄却した。

この予防訴訟東京高裁判決以降、東京日の丸・君が代訴訟に関わって、堰を切ったように、立て続けに、東京高裁および最高裁小法廷の判断が示され、今年6月までに、それぞれ3つ、計6つの判断が示されている。それらは以下の通りである。

- 2011年3月10日 懲戒処分取消請求事件（東京高裁第2民事部）
- 2011年3月10日 懲戒処分取消請求事件（東京高裁第2民事部）
- 2011年3月25日 停職処分取消請求事件（東京高裁第22民事部）
- 2011年5月30日 嘱託採用拒否損害賠償請求事件（最高裁第2小法廷）
- 2011年6月6日 嘱託採用拒否損害賠償請求事件（最高裁第1小法廷）
- 2011年6月14日 戒告処分取消請求事件（最高裁第3小法廷）

3

東京日の丸・君が代訴訟に関わる東京地裁および東京高裁の一連の判決は、ラフに言えば、強制されている行為、すなわち、国旗である「日の丸」に正対して、国歌である「君が代」を斉唱するという行為をどのように評価するかによって大きく2つに分かれてきた。

この行為が国際的にも認められた儀礼所作として評価される場合、内心にある考え方との衝突が無視され、あるいは、子どもに全国一律に教えられるべき教育として押さえられて、その強制は、合法との判断が導かれる傾向にあった。対して、この行為が、「日の丸」「君が代」が日本国憲法のもとに創設された国家を象徴する国旗・国歌としてふさわしいのか、という論争的テーマに関わって、一方の立場の見解を表明することを強制するものとなるとの評価がなされる場合、10・23通達およびそれに基づく校長の職務命令は、憲法19条および教基法10条に反し、または、処分に当たって裁量権の濫用があったとして、違法との判断が示されてきた。

4

国旗に正対しての国歌の斉唱という行為を、国際的な儀礼的所作ととらえることも、他国の国旗に正対しての他国の国歌の斉唱については、その国家との過去および現在における関係において例外的な事情がないかぎり、ありうることであろう。しかし、このことは、自国の国旗に正対しての自国の国歌の斉唱という行為には当てはまらない。このような行為は、①当該国旗および国歌が自国を象徴するものとしてふさわしいというメッセージを、そして、②それらが象徴している現在の国家に忠誠を誓うというメッセージを伝達する行為とならざるを得ないからである。

今年5月末から6月中旬にかけて、最高裁の3つの小法廷によって示された判断のいずれも、儀礼的所作論のみを取り上げることをやめ、ようやく、「一般的、客観的に見ても、国旗及び国歌に対する敬意の表明の要素を含む行為」であるとの評価を示すに至っている。国旗に正対しての国歌の斉唱という行為が、少なくとも先の①の意味を持つことを認めている。その上で、「個人の歴史観ないし世界観に由来する行動（敬意の表明の拒否）と異なる外部的行為（敬意の表明の要素を含む行為）を求められることとなり、その限りにおいて、その者の思想及び良心の自由についての間

接的な制約となる面があることは否定し難い」(第2小法廷判決)としたのである。しかし、精神的自由の制約であるにもかかわらず、違憲審査基準としては必要性・合理性の基準という緩やかな基準を採用している。この点、批判を免れないはずである。

5

本意見書が提出された東京高裁第22民事部は、去る2011年3月25日に、本事件に関する判断を示し、10・23通達および職務命令、ならびに職命令違反を理由とする懲戒処分のいずれをも合法と判断した。東京日の丸・君が代訴訟に関わって2009年以降に東京高裁が示した判断のなかでも、もっとも極端な判断がすべての論点にわたって示されている。本意見書が検討した裁量権濫用の有無についても、2006年以降における最高裁の裁量権濫用にかかわる積極的姿勢への転換を受け止めることなく、いわゆる社会通念基準に基づいて、本件懲戒処分において裁量権の濫用はなかったとの結論を示している。

この判決の評価は別稿を期すべきなのだが、それでもなお、いわゆる予防訴訟東京高裁判決に、良い意味でも悪い意味でも、過剰に反応したものと位置付けて良さそうである。そして、この判決の先例的意味は、今年5月から6月に示された3つの最高裁小法廷判決により、消滅してはいる。

6

最高裁の3つの小法廷による判決は、思想・良心の自由に関わる判断のみを示すものであった。教育人権(憲法13条、23条、26条および旧教基法10条)に関わる判断を、最高裁は、まだ、説得力ある形で示していない。現在も最高裁に係属している東京日の丸・君が代訴訟を構成する訴訟のうち4つの事件、および、いわゆる北九州ココロ事件において、最高裁が教

育人権に関わっていかなる判断を示すのか、さらには、判断を示さないまま問題を棚上げにするのが注目される。この意味で、本誌に既に掲載した教育人権にも焦点を当てる意見書は意味を持ち続けている、と言って良いのであろう。

また、5月30日に示された第高裁第2小法廷判決に付された須藤補足意見、ならびに、6月14日に示された最高裁第3小法廷判決に付された岡部裁判官の補足意見、および、田原裁判官の反対意見において、職務命令違反を理由とする処分にあたっての裁量権濫用の有無を精査すべきとの見解が示されている。論争の主題に触れる教育活動の統一の実施の確保を目的として教師に懲戒処分を行なう場合、考慮されなければならない事項、および考慮されてはならない事項として何が法的に設定されるべきなのか、という本意見書において検討した論点への応答も、各審の裁判所の課題となるはずである。ここに、本意見書を「資料」として掲載する実質的な所以がある²。

（2011年6月22日 脱稿）

1 これらの訴訟の経緯を含め、市川須美子「日の丸・君が代の訴訟の論点」（日本教育法学会年報第38号173頁）（2009年・有斐閣）を参照のこと。

2 本意見書作成の端緒が戸田綾美弁護士（東京共同法律事務所）によって作られた、という経緯を反映し、本意見書作成にあたっては、戸田弁護士に、アイデアの最初の聞き役を引き受けて頂いただけでなく、草稿の最初の読み手にもなって頂いた。やや長めではあったものの、濃密に考える時間を与えて頂いたことも含めて、感謝の念を記しておきたい。

目次

はじめに

一 神戸税関事件最高裁判決の先例としての意義

- (1) 「社会通念基準」の深層
- (2) 判断過程統制による充足と“いわゆる社会通念基準”の適用場面の限定性

二 公務員懲戒処分制度と教師

- (1) 教師との関係における公務員懲戒制度の目的の多義性
- (2) 教育制度型懲戒処分事件に関する先例の特徴
- (3) 教育活動型懲戒処分事件に関する先例の特徴

三 法的拘束力ある教育活動基準違反と懲戒処分

- (1) 「日の丸・君が代」訴訟の特徴
- (2) 教育活動の一体性確保と論争的テーマ
- (3) 論争的テーマに触れる教育活動基準への不服従を理由とする処分における要考慮事項

四 本件停職処分における裁量権濫用の有無

- (1) 「日の丸」に正対しての「君が代」斉唱の論争的性格
- (2) 教育活動基準、職務命令への不服従の動機
- (3) 不起立・不斉唱が与えた現実の支障の有無、論争的テーマをめぐる議論への影響
- (4) 停職処分が論争的テーマに関わる態度形成に与える影響
- (5) 結論

おわりに

はじめに

いわゆる根津・河原井事件に関連して、国歌斉唱儀式において不起立・不斉唱行為を取ったことが、職務命令違反および信用失墜行為に該当するとして、根津教諭および河原井教諭に停職を内容とする懲戒処分をなすにあたり、東京都教育委員会(以下、都教委)が、その裁量権を濫用したのか否か、という問題について、教育法研究者としての意見を求められたので、ここに意見を披露し、参考に供したい。

本件は、都教委が2003年10月23日に発出した「入学式、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施について」(以下、10・23通達)に端を発した都教委および校長による一連の行為-都教委が、拘束力ある教育活動基準を設け、教師に対する職務命令を発することも含めて、その実行を校長に命じたこと、および、職務命令に従わなかった教師に対して懲戒処分をなしたことの合法性を争う「東京日の丸・君が代訴訟」と呼称されることもある一群の訴訟の1つとなっている。そして、不起立・不斉唱行為を理由としてなされた懲戒処分に裁量権濫用があったのか否かという問題についても、本件原審も含めていくつかの法廷においてその判断が示されてきた¹。

それらにおいては、明示的に引用される場合はもとより、引用されない場合であっても、神戸税関事件最高裁判決において裁量権濫用を判断する基準として示されたいわゆる社会通念審査が用いられてきた。そして、講学上比例原則と呼ばれる基準が社会通念基準の中に読み込まれた上で、過去に懲戒処分の経歴のない教師に対して、法定処分中最も軽い戒告処分を

1 東京地裁平成21年3月19日判決(いわゆる町田市・八王子市日の丸・君が代訴訟)(2009年3月19日)、東京高裁平成22年4月21日判決(同)、東京地裁平成21年3月26日判決(いわゆる根津・河原井訴訟)、および、東京地裁3月26日判決(いわゆる東京日の丸君が代強制処分取消裁判)。

なすこと、そして、過去に日の丸・君が代をめぐって同種の行為を行ったことを理由にする戒告または減給などの処分歴のある教師に対して、さらに重い減給処分または停職処分をなすことは、社会通念上著しく妥当を欠くとは認められず、裁量権の濫用はなかったとの判断が示されている。

しかしながら、このような判断はいくつかの難点を有しているものと考えられる。まずは、神戸税関事件最高裁判決において黙示的に採用されていたと見られ、かつ、その後の最高裁判例において明示的に採用されるようになった、裁量権統制に関わる判断過程統制の手法を十分に受け止めて裁量権濫用の有無を判断していないということ。次に、事案の固有性、すなわち、懲戒処分の目的が教育活動の（教育行政の、ではなく）一体性の確保に設定されていること、および、教育活動の一体性の確保が目指されている教育活動が論争的テーマを含むものなのだとすることを踏まえたうえで、判断過程統制の手法を用いることをしていない、ということである。

本件原審は、原告（控訴人）らが職務命令に従わず、国歌斉唱儀式において不起立・不斉唱という行為を取ったことが、一方で、きわめて悪質でも、重大な結果を招来せしめたものでもないことを認めながら、他方で、式の円滑な進行を妨げる「おそれ」があること、教師として生徒の範例となるべきにもかかわらず、そうはならなかったこと、および、保護者、生徒、来賓の目の前で公然と行われたことを根拠として非違行為が「軽微であったと評価することはできない」としている。そして、控訴人らが同様な行為を繰り返したことに対して都教委が処分を加重し、ついには、処分内容として停職を選択したことも、非違行為との間の均衡を失するものではないとの判断を示していた。

しかし、論争的テーマを含む教育活動の一体的実行を確保することを目的として行われた本件職務命令に対して、控訴人らが国歌斉唱儀式における不起立・不斉唱という行為によって対応したことも、職務命令違反としては形式的なものに過ぎないと評価すべきものであったと考えられる。なぜならば、控訴人らの行為は、理性的な思考によって見出された自らの良心

に基づく真摯な行為であり、論争の主題に関わって人間がその考えを形成し、その考えに基づいて行為をとることの重要性を生徒に示すという教育活動としての実質を有し、かつ、不起立・不斉唱それ自体が式の進行を妨げるおそれがないからである。そして、このような教育活動としての実質を有する形式的に過ぎない非違行為に対する処分として停職処分を選択することは、非違行為の形式性との均衡を著しく欠き、裁量権の濫用に当たると判断されるべきものであったと言える。

以下では、まずは、「日の丸・君が代」裁判の下級審判決において裁量権濫用に関わる判断にあつて明示的または黙示的に先例として用いられている神戸税関事件最高裁判決の先例的意義を検討する（一）。次に、教師に対する懲戒処分の目的の種類を確認した上で、教育活動の一体性を確保するという目的に出た懲戒処分に関わっては司法審査基準が未確立であることを確認する（二）。そして、教育活動の一体性の確保のために行われる懲戒処分をなすにあつて行政庁が考慮すべき事項および事項間の重みを明らかにし（三）、最後に、本件において東京都教育委員会が、処分事由となった職務命令違反の重さの評価および処分内容の選択に当たり、要考慮事項の考慮を尽くしているのか否かという観点から、本件停職処分における裁量権濫用の有無を検討することとしたい（四）。

一 神戸税関事件最高裁判決の先例としての意義

(1) 「社会通念基準」の深層

「日の丸・君が代」訴訟の下級審判決が、明示的または黙示的に先例として依拠する神戸税関事件最高裁判決は、服務監督権者が公務員懲戒処分に関わる判断をなすにあつては広範な事情を総合的に考慮してなされなければならないことを確認する一方で、服務監督権者が懲戒処分をなすにあたりその裁量権を濫用したのか否かを裁判所が判断する基準としていわ

ゆる社会通念基準が用いられるべきことを明らかにしたものである。

この社会通念基準に関して、同判決は、「裁判所が…処分の適否を審査するにあたっては、懲戒権者と同一の立場に立って懲戒処分をすべきであったかどうか又はいかなる処分を選択すべきであったかについて判断し、その結果と懲戒処分とを比較してその軽重を論ずべきものではなく、懲戒権者の裁量権の行使に基づく処分が社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権を濫用したと認められる場合に限り違法であると判断すべきものである。」と述べている。

同判決の受け止めに当たっては、この部分だけを取り出して、同判決が、公務員懲戒処分における裁量権濫用の有無を審査するにあたって、社会通念という非法的な概念に依拠することが許容されるとしたと理解される場合が多かったものと言える。このように理解された社会通念基準を“いわゆる社会通念基準”と呼ぶことにしたい。

しかしながら、同判決において実際に行われた裁量権の濫用の有無についての判断を追ってみると、“いわゆる社会通念基準”の背後において、それとは性格の異なる審査が行われていたことが分かる。

同判決は、「裁量権の範囲の逸脱」の有無を検討するにあたって、公務員懲戒処分制度の目的ないし意義が、「単なる労使関係の見地」からではなく、公務員が「国民全体の奉仕者として公共の利益のために勤務」していることを「その本質的な内容とする勤務関係の見地」から、「公務員関係の秩序を維持する」ことにあることを指摘する。その上で、裁量権行使に当たって考慮することができる事項として「懲戒事由に該当すると認められる行為の原因、動機、態様、結果、影響等のほか、当該公務員の右行為の前後における態度、懲戒処分等の処分歴、選択する処分が他の公務員及び社会に与える影響」を列挙し、それぞれの事項について、先の公務員懲戒制度の意義ないし目的という観点から、いかなる事実をどの程度の重みを持って評価すべきなのかを検討している。そして、組合活動の一環として繰り返し行われた控訴人らによる争議行為を、現実に税関業務に与え

た具体的な支障の有無を重視しながら評価し、懲戒免職という処分をなすことも、社会通念に照らして著しく妥当性を欠くものではないと結論したのである。

同判決は、公務員懲戒処分制度が持つべき意義ないしは目的を明らかにし、それに基づいて裁量権行使に当たって考慮されるべき諸要素を特定し、事項間の重みづけを明らかにした上で、諸要素に関わる事実の評価を行っていたのである。つまり、裁判所が裁量権濫用の有無を判断するにあたっては、i) 制度の意義ないしは目的の法的評価を行い、ii) それに基づいて要考慮事項およびその重みづけを明らかにし、iii) 要考慮事項をその重みに従って考慮していたのかどうかをチェックすべきだということを示しているのである²。

このことは、同判決の解説において調査官が、次のように述べて、同判決においては明示的に述べられていないにもかかわらず、同判決がいわゆる判断過程審査を含意させていると説明していることによっても裏付けられている。

本判決の特色は、特に、懲戒処分の適否を判断する場合の裁判所の審査方法に言及した点であろう。懲戒権者の懲戒権の行使としてされた懲戒処分に対する裁判所の審査方法としては、処分権者の第1次的な裁量判断が既に存在することを前提として、その判断要素の選択や判断過程に著しく合理性を欠くところがないかどうかを検討すべきことになる。しがたって、…その具体的事案において、当然考慮されてしかるべき重要な要素が考慮されていたのかどうかあるいは考慮されてはならない要素が考慮されていなかったかどうか、その考慮の有無の結果、処分が著しく妥当を欠く結果になっていないかどうか、というような裁量権行使の著しい不合理性を示す事情の有無を中心とし、裁量権の逸脱、濫用の有無を調べる観点から審査を行うべきものと考えられる。この点も、裁量処分に対する審査として従来から一般にいわれてきていたところである。³

2 同旨、桑原勇進「判例批評」判例評論596号2頁、4頁。

3 越山宏久「解説」最高裁判所判例解説民事篇昭和52年度414頁、430-431頁。

(2) 判断過程統制による充足と“いわゆる社会通念基準”の適用場面の限定性

神戸税関事件最高裁判決は、その表層において“いわゆる社会通念基準”を示し、その深層においては、判断過程統制を裁量統制の手法として用いていたものと解される。このような表層と深層との間の乖離は、近年の最高裁判例において大幅に克服されている。

近年の最高裁判決は、社会通念という用語法を維持しながらも、社会通念という概念を、比例原則はもとより、さらには、要考慮事項の考慮不盡、および、他事考慮の禁止という法的概念によって充足するに至っている⁴。このことは、公立学校施設の目的外使用に関わる不許可処分の違法性が争われたいわゆる呉市学校施設使用不許可事件最高裁判決において良く示されている⁵。

同判決は、公的施設の目的外使用について定めた地方自治法238条の4第4項、学校教育法85条に基づく公的施設の目的外使用を許可するか否かの判断には裁量権が認められるとした上で、次のように述べている。

裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かの司法審査においては、その判断が裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らして著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限って、裁量権の逸脱または濫用として違法となるとすべきものと解するのが相当である。

同判決は、判断過程において考慮されるべき事項を、施設の目的外利用

4 詳しくは、橋本博之「行政裁量と判断過程統制」同『行政判例の仕組み解釈』（弘文堂、2009年）145頁以下参照のこと。

5 最高裁第3小法廷平成18年2月7日判決・民集60巻2号401頁。

という事柄に内在している条理⁶、および、関係法令の解釈（同判決の場合には教育公務員特例法における教師の研修に関する規定）に基づいて同定し、かつ、それぞれについてどの程度の重み付けがなされるべきかを明らかにしていたのである。

最高裁が社会通念基準の中に判断過程統制の手法を明示的に組み入れるようになった下にあつては、最も緩い裁量統制基準と位置付けられる“いわゆる社会通念基準”の適用場面は、政治的判断を内容とする裁量権行使に限定され⁷、それ以外の場合は、専門的技術的裁量判断のための組織が別建てに用意されている場合は除き⁸、判断過程統制の手法が裁量権濫用の有無を判断するための基準として適用されるべきものと言える。

本件停職処分における裁量権濫用の有無を判断するにあつては、本件懲戒処分が政治的判断に基づいてなされるべきものでもなく、また、専門的技術的裁量判断の特別の組織が用意されていないので、判断過程統制の手法が用いられるべきこととなる。そして、裁量権濫用の有無を判断する基準を教育法的に検討するにあつては、教師との関係で公務員懲戒処分制度が持ちうる目的、ならびに、そこから導かれる要考慮事項および考慮事項間の重みを教育法の観点から明らかにし、その上で、本件において、考慮されるべき事項が考慮されているのか否か、および考慮されるべき事項間の重みづけに合理性が欠くところがなかったのかを検討することが求

6 本多滝夫「公立学校施設の目的外使用不許可処分と司法審査」（ジュリスト1332号39頁）は、判断過程の合理性審査に要求される事項は、「判断事項の性質に照らして条理解釈によって導かれる」と言う（40頁）。

7 政治的判断が許される行為として位置付けられてきたのは法務大臣が行う出入国管理に関わる行為であったが、これについてさえ、社会通念基準ではなく判断過程統制の手法が取られるべきとの主張については、宮田三郎『行政裁量とその統制密度』（信山社、1994年）211頁以下参照。

8 最高裁第一小法廷平成4年10月29日判決・民集46巻7号1174頁（伊方原発訴訟）、最高裁第三小法廷平成5年3月16日判決・民集47巻5号3483頁（第1次教科書検定訴訟）。

められるのである⁹。

二 公務員懲戒処分制度と教師

(1) 教師との関係における公務員懲戒制度の目的の多義性

日本の制定法は、初等中等学校の教育公務員に対する懲戒につき特別の仕組みを用意することはせず、国家公務員法および地方公務員法に規定された一般的な懲戒処分制度のもとで、教師に対する懲戒を行う建前となっている。もっとも、教師の職務は相当に多様であり、一口に“非違行為”と言っても、それは教師の職務の性質に応じて多様となりうる。また、その職務の性質に応じて懲戒処分の用いる目的も多様となる。公務員懲戒制度を教師に適用する場合には、その職務に応じて、その目的が何にあるのかを、まずは、明らかにする必要がある。

教師の職務は、大きくは、教育活動に関わるものと、教育制度の運営に関わるものとに区別される。そして、教育活動に関わるものは、個々の教師が独立して行う個別的教育活動（典型的には、教室における授業）、学校の教師が協働して行う組織的教育活動（例えば運動会などの学校行事）、学校の組織的運営を支えるための学校運営活動（例えば、学務委員会への委員としての参加）および、教育活動の質の向上のために保護者らとの共

9 判断過程統制の手法の具体化に当たって特殊法的考察が必要なことは、行政権の裁量権統制の在り方という「問題については、恐らく、行政法総論のレベルで最終的な決着を図ることはもはやできないのであって、各論ないし特殊法論のレベルでの検討が必要になるものと言わざるを得まい。」（藤田宙靖『行政法Ⅰ（総論）〈第4版 改訂版〉』（青林書院、2006年）、112-113頁）、あるいは、「“要考慮事項”と法的に考慮してはならない“他事”との区別および考慮義務の程度が問題であって、それらは本来的には関係“特殊法”の条理解釈によって精確に見定められるべきである…」（兼子仁『行政法学』（岩波書店、1997年）、135頁）と指摘されている通りである。

同的關係を組織する活動（例えば、学級懇談会の開催）に区分される。そして、教育制度運営に関わるものとしては、人事管理制度に服して様々な手続を取ること（例えば、勤務評定のために自己申告書を提出すること）、あるいは、各種行政調査に応じて資料を収集し、提供すること（例えば、全国学力調査のための教室においてテストを実施すること）等がある。

教育制度運営に関わる活動について何を“非違行為”としてみなすのかに当たっては、確かに、行政活動の一体性の確保という目的を設定することができる。教育制度運営への非協力あるいはその実行を妨げるような教師の行為は懲戒処分の対象となりうる。

これに対して、教育活動に関わる“非違行為”については、日本の教育法制が、行政による教育に対する「不当な支配」を禁止し（旧教育基本法10条1項）、教育と教育行政とを区別する（同法10条2項）という建前を取っているので、教育行政が教育活動と行政活動を同一視し、教育活動の一体性を確保するとの目的を掲げることでそれ自体が違法ではないかとの考え方を成立させやすい¹⁰。

教師の教育活動に関する“非違行為”を論じるとすれば、教育の一体性の確保という目的よりも、まずは、教育の専門家である教師として遵守すべき専門的倫理的基準の確保という目的をその核に据えて論じるべきものと考えられる。教師の教育活動は子ども、同僚および親との日常的な人格的接触の上に展開されなければならないので、これらとの人間関係を破壊し、あるいは、それらの権利・利益を侵害する場合には、専門的倫理基準違反行為とでも呼ぶことのできる“非違行為”を見出すことができる。

具体的には、真理ではないことを教えること（例えば、「 $1+1=3$ 」と教えること）、教育活動を実行するにあたって日常的に直に接している子

10 なお、2006年に全面改正された新教育基本法も、教育に対する不当な支配を禁止するとともに、教育と教育行政との区別を維持していることは、同法16条1項に示されている通りである。

どもの権利・利益を侵害すること（例えば、子どもに対する体罰や威迫的行為）、保護者との間で築くべき信頼関係を積極的に破壊すること（例えば、親の人格を誹謗する手紙を親に送ること）、および、校長を含む同僚との共同の関係を積極的に破壊すること（例えば、主任教諭による新任教諭に対するパワハラ）等が専門的倫理的基準に違反する“非違行為”として挙げるができる。

日本においては学習指導要領が文科大臣によって定められているので、教育の一体性の確保という観点から、学習指導要領からの逸脱をそのような一体性を損なう“非違行為”と見なし、それに対して懲戒処分を加えるということも形式的には論理として成立する。しかしながら、このような論理については、教育に対する「不当な支配」を禁止する日本の法制においては、前述のように、全体として違法視されるべきとの考え方も成立する。そして、このような目的設定それ自体を違法視しない場合であっても、教育と教育行政との区別という日本の教育法制において確立している制度原理と、教育の一体性の確保という目的との間の調整は不可避となる。

では、日本の教師懲戒処分判例において、教育と教育行政との区別という制度原理および教育活動の一体性の確保という目的との間の調整という問題を、懲戒処分をなすにあたっての裁量権濫用の有無という次元で受け止めて、裁量権濫用の有無を判断する基準に具体化することによって応答した判決例は存在しているのだろうか。迂遠のようではあるが、教師懲戒処分判例のこれまでの流れを追い、そのような先例が不在であること、および、その理由を確認しておきたい。

（2）教育制度型懲戒処分事件に関する先例の特徴

教育公務員に対する懲戒処分事例を扱った裁判例を振り返ってみると、時代によってその主要な類型が大きく変わっていることがわかる。

1990年代初頭までは、教育行政当局が新しく導入しようとする教育制度をめぐって地教委と教員組合との間の紛争が激化するという文脈のもとで、校長を含む教育公務員がある特定の教育制度の実行を妨げる行為を取ったことを理由としてなされた懲戒処分の合法性を争う事件－以下では、教育制度紛争型懲戒処分事件と呼ぶ－が圧倒的に多い。これとは対照的に、教師が行ったある特定の教育活動が非違行為を構成するとしてなされた懲戒処分の合法性が争われた事件－以下、教育活動紛争型懲戒処分事件－はわずかである。

ところが、1990年代に入ると、教育制度型懲戒処分事件が激減し、逆に、教育活動型懲戒処分事件が増加する。この激増を支えているのは、国旗・国歌の学校行事における取り扱いを「のぞましい」から「ものとする」に変えた1989年の学習指導要領改定、および、1999年のいわゆる国旗・国歌法の制定を契機に生じた、「日の丸・君が代」をめぐる地教委と教師との対立という文脈のもとで、国歌斉唱儀式に参加しなかったことを理由としてなされた懲戒処分の合法性を争う事件の増加なのである。

1980年代までにおける教師懲戒処分判例の大半が、教育制度をめぐると対立に関わるものであること理由は、1950年代終盤以降、中央政府の教育政策（全国一せい学力テストおよび勤務評定など）をめぐって、政府と教員組合との間に激しい対立があり、その対立が、地教委と校長、あるいは、校長と教師間の対立へと転換されてきたという事実を反映している。このような事件において懲戒処分事由とされてきたのは、組合員である教師が反対のための活動－職場集会の開催や校長との交渉等－（以下、“組織的反対活動”）を主導し、それを勤務時間に食い込ませたことが職務専念義務に違反すること、“組織的反対活動”によって実際に特定の教育制度の運用を妨げたことが公務員に禁止されている争議行為、あるいは、信用失墜行為に該当すること、および、新しい教育制度を実行すべきことを内容とする地教委の校長に対する職務命令または校長の教師に対する職務命令に従わなかったことが上司の命に従って職務を遂行する義務に違反

することであった。

これらの事件においては、神戸税関事件最高裁判決に示されたいわゆる社会通念基準が明示的または黙示的に採用されているのであるが、その理由は、神戸税関事件における紛争の実質と、教育制度紛争型懲戒処分事件における紛争のそれとが、労使間紛争という意味で類似していたがためであったと言える。教育制度型懲戒処分事件においても、行政の一体性確保という目的のもとに、一体性を阻害する行為を重く評価して、地教委がその裁量権を濫用したのか否かを判断するという流れが形成されたのである。

(3) 教育活動型懲戒処分事件に関する先例の特徴

これに対して、教育活動型懲戒処分事件においては、専門的倫理的基準違反に関する事例の原初的蓄積が見られるのだが、政府が設定した教育活動基準に反したことを理由とする懲戒処分における裁量権濫用の有無の審査基準に関わる判断が形成されていない。その理由は、教師の職務の多様性に応じた教育制度運営処分と教育活動処分との区別が受け入れられていないというよりも、処分が、①学校制度紛争という文脈のなかで行われていたために、処分事由となった教育活動が教育活動としてみなされずに、“組織的反対活動”の一つと評価されてしまったこと、あるいは、②当時の高校学園紛争という文脈において、教師の特定の教育活動が、学園紛争下にある高校の混乱を助長するものと評価されてしまったことに由来している。

1980年代までの教育活動型懲戒処分事件は、(i) 地教委・教育職員間教育制度紛争に付随して、日常的な教育活動を通じて生徒に学テ受験拒否を教唆・扇動したこと、学テ受験を拒否した生徒に、教室に戻って受験するよう指導すべきことを校長が命じたにもかかわらず、それに従わなかったことが懲戒処分事由となり、停職処分または免職処分がなされた事件

(いわゆる、山口学テ事件)¹¹、(ii) 教師が、学園紛争状態にある高校で、学習指導要領および教科書使用義務に従わなかったこと、授業を実質的に行っていなかったこと等を理由として免職処分がなされた事件(いわゆる、伝習館高校事件)¹²、(iii) 子ども・保護者と教師との間の対立を教師自身が激化させてしまったことが、信用失墜行為に該当するとして停職処分がなされた事件¹³、(iv) 政治的中立性条項に違反する教育活動を実行していたことが懲戒処分事由となり、免職処分がなされた事件から構成されている(いわゆる、毛語録事件)¹⁴(以上の判例については、文末に添付した一覧表を参照されたい)。

(iii) および (iv) は、先に述べた専門倫理的基準違反処分がなされたものと一応評価することができる¹⁵。(i) および (ii) については、学テの実施をめぐる地教委と職員組合との対立のもとで、その対立に生徒を積極的に巻き込むような教育活動が行われ、結果学テをめぐる紛争が拡大することとなったのか否かが争点となり((i))、あるいは、学園紛争という学校運営上の困難をめぐる地教委・校長と教員組合との対立のもとで、

11 山口地裁昭和48年判3月29日判決・行裁集24巻3号214頁、広島高裁昭和52年10月7日判決・行裁集28巻10号1055頁、最高裁第三小法廷昭和59年12月18日判決・判例地方自治11号45頁、最高裁第三小法廷昭和59年12月18日判決・判例地方自治11号48頁。

12 福岡地裁昭和53年7月28日判決・判例時報900号3頁、福岡高裁昭和58年12月24日判決・判例時報1101号3頁、最高裁第一小法廷平成2年1月18日判決・判例時報1337号3頁。

13 佐伯町学級担任解除・研修命令事件。広島地裁昭和61年11月19日判決・行裁集37巻10・11号1336頁、広島高裁平成2年9月13日判決・行裁集41巻9号1456頁。

14 山口地裁昭和52年7月21日判決・行裁集28巻6・7号666頁、広島高裁昭和60年5月31日判決・行裁集36巻5号760頁。

15 伝習館高校事件の3人の原告のうち、一覧表における「原告1」が週2回の授業のうち1回を調べ物学習に当て、実質的に授業を行わなかったことについても、専門的倫理的基準違反が問われていたものと位置付けられよう。

教師らが行った教育活動が生徒を煽るおそれがあるのか否かが争点となつていった((ii))。

下級審段階においては、教育と教育行政の区別という制度原理を尊重して、教育活動と紛争拡大に寄与する行為とを峻別する判断も示されていた。例えば、(i)においては、「教師が学力調査について生徒の質問に応えることは…当該教師の教育活動そのものであって、とうてい学力調査の受験拒否を教唆・扇動する行為であると解することはできない」、あるいは、生徒に対する「指導の内容・方法等を具体的に指示してその実行を命じることは…明らかにその(校長のこと-筆者)監督権の範囲を逸脱する」として、懲戒処分事由そのものの存在を否定している(山口学テ事件の原告5人のうち、一覧表中「原告3」の教育活動に関する山口地裁の判断)。また(ii)においても、学習指導要領による義務付けの範囲および教科書使用義務の内容に限定をかけ、懲戒処分事由が不在であるとの判断が示されていた(伝習館高校事件の原告3人のうち、一覧表中「原告2」および「原告3」の教育活動に関する福岡地裁および福岡高裁の判断)。

しかしながら、上級審において、教育活動が“組織的反対活動”と評価され(山口学テ事件の原告5人のうち、一覧表中「原告3」の教育活動に関する広島高裁の判断)、あるいは、その教育活動が高校学園紛争下にある高校の混乱を助長するおそれがあるものと評価されるに至り(伝習館高校事件の原告3人のうち、一覧表「原告2」および「原告3」に関する最高裁の判断)、裁量権濫用の有無を判断する枠組みとして、神戸税関最高裁判決に示されたいわゆる社会通念基準が用いられてしまったのである。この結果、教育活動の一体性を確保することを目的として、教育活動に関する政府が設定した法的拘束力を有する基準に従わなかったことを理由にしてなされた懲戒処分において裁量権の濫用があったのか否かを判断するための独自の法的枠組みが確立することはなかったのである。

三 法的拘束力ある教育活動基準違反と懲戒処分

(1) 「日の丸・君が代」訴訟の特徴

1990年代に教育活動型懲戒処分事件として登場し、近年において急増している「日の丸・君が代」に関連する訴訟を、以上の判例の流れの中に置いてみると、次のような特徴が浮かび上がってくる。すなわち、地教委が教育活動の一体性の確保という目的のもとに教師に対して懲戒処分をなすにあたって、その裁量権を濫用したのか否かを判断するための基準のあり方如何、という問題を純粹に考えることのできる場を提供するものとなっている、ということである。

これらの事件においては、教員組合が学校行事において国旗掲揚・国歌斉唱を阻止するための組織的な活動を実行しているわけでもなく、また組合分会も、所属する組合員の中で不起立の意思統一をして学校行事に臨むということもしていない。1980年代までにおける教員懲戒処分事件が地教委対教員組合といういわば労使間紛争としての性格を強く有していたのに対して、近年の「日の丸・君が代」関係の事件においてはそのような性格は全く存在していないのである。

(2) 教育活動の一体性確保と論争的主題

本件において都教委が発出した10・23通達は、改定学習指導要領に記述された国旗・国歌の取り扱いに独自の基準を上乗せして、すべての学校における学校行事において、すべての教師、子どもおよび保護者などの参加者が国旗に正対して国歌を斉唱するという行為を取るようになることを目指すものであった。そして、10・23通達は、この目的実現のために、式次第に国歌斉唱を導入することのほか、国旗が掲揚されるべき場所などについてのルールを学習指導要領に上乗せする形で規定し、しかも、校長に対しては、教員に対して職務命令を発して、10・23通達に示されたルー

ル通りの行為を取るべきことを命じるものとなっていた。本件停職処分は、10・23通達に従って校長が発した職務命令に控訴人らが従わなかったことを理由としてなされたものであり、教育活動の一体性の確保－それも相当に徹底した確保－という目的に出た懲戒処分となっている。

教育活動の一体性確保という目的に基づいて、教師に懲戒処分をなすにあたり裁量権の濫用があったのか否かを判断するにあたっては、一体的実行の求められている教育活動がそもそも一体的実行になじむものであるのか否かが、その教育活動が、客観的に見て、どのような主題を含むものなのかという観点から考慮されなければならない。

一口に教育活動と言っても、「 $1 + 1 = 2$ 」のようにその真理性が一義的に決定できるようなもの－非論争的主题－から、その真偽を科学的に決着させることが困難であり、個人個人の判断によってそれへの応答が異ならざるを得ない主題－論争的主题－を含むものまで相当なバリエーションがある。論争的主题に関わる教育活動は、子どもに、なぜそれが論争的主题となっているのかの理由および論争的主题への応答として存在している多様な意見の布置状況を丁寧に説明することが求められる。そして、それを教える教師が自らの立場を説明し、また、その立場に基づいて特定の行為をとることも、論争的主题への応答が個々人のそれまでの人生をかけて行うようなものであるという実例を子どもに提示するので、教育的に見て極めて有用であると評価できるのである¹⁶。

論争的主题に対してどのような意見を取るかは、個人が有している道徳的判断を基礎付けるさまざまな基準－例えば、集団への帰依、建設的批判の提起、過去の評価、将来の展望等－を参照しながら、自省することによって初めて可能となる。また、その判断は論争的主题に対していかなる行為を自らが取るべきなのかを命じるものとなる。「良心」と言われるも

16 そのような行為が、既述の教師が遵守すべき専門的倫理的基準に反する場合は、そのような行為を取るべきでないことは当然のことである。

のは、論争的主題との関係において機能するものであるし、論争的主題をめぐって自分が取るべき行為を命じることにその最も重要な意味がある。

教育現場において論争的主題を取り扱わなければならない場面は、いわゆる道德教育の場面ともなり、子どもの「良心」形成を促すことが教育的に不可避となる。教師が論争的主題について論じることを、子どもの「自己決定」の名の下に回避することは、教育放棄に過ぎない。そして、道德教育に関する教育学研究の最も優れた成果によれば¹⁷、論争的主題の教育に当たっては、論争的主題に関する意見を多様なものにする判断基準の多様さおよび基準間の調整の難しさを教えること、ならびに、さまざまな基準を考慮したうえでなされた判断に基づいて行動することが、そのような判断をなすことの意義なのだ、ということ教えることによって始めて「教育」の名に値するものとなる。仮にこのような場面において、対立し、調整が困難な様々な基準ではなく、一つの基準を子どもに教えるに過ぎなければ、それは“教化”に墮する。逆に、自らの行為を律すべき基準を考えさせることなく、ある特定の行為を取るべきことだけを教えるのであれば、それは“盲従”の要請に墮することになる。

論争的主題に関わる教育が以上のようなものであるべきことは、憲法が公教育の目的を子どもの独立した人格への成長発達（憲法13条、26条）に設定しているので（最高裁学テ判決）、憲法的要請であるとも言える。そうである以上、論争的主題に関わってこのような教育が実行されるべきことを確保すべき責務が教育行政当局にあるとさえ言えるのである。教育活動の一体性確保という目的に基づいて教員懲戒処分を行う場合にも、その教育活動が論争的主題を含む場合には、教師による論争的主題に関わる教育の誠実な実行の確保という要請を地教委は考慮することが求められるはずである。

17 参照、THOMAS F. GREEN, VOICES: THE EDUCATIONAL FORMATION OF CONSCIENCE (Univ. of Notre Dame Press, 1999).

(3) 論争の主題に触れる教育活動基準への不服従を理由とする処分における要考慮事項

公務員懲戒処分において考慮されるべきとされている事項、すなわち、公務員の行為の原因、動機、態様、結果、影響、行為の前後における態度、懲戒処分等の処分歴、選択する処分が他の公務員および社会に与える影響などの意味についても、先の要請を充足するように確定することが求められる。加えて、懲戒処分という制裁によって教育活動の一体性を確保することが、論争の主題にかかわってなされるべき教育活動に与える否定的な影響も考慮されるべきものと言える。

具体的には、法的拘束力ある教育活動基準が触れている主題が有する論争的性格の由来するところがどれほど人格的に重要なものなのか、教育活動基準への不服従が論争の主題に関わってなされるべき教育の確保という真摯な動機に基づくのか否か、不服従の態様が論争の主題に関わってなされるべき教育にとって意味のあるものなのか否か、教育活動基準の学校における実行に現実に支障を与えているのか否か、また、論争の主題に関わる意見の分布状況を真摯な思考過程をスキップする形で変更させるようなものであるのか否かが考慮されるべきである。また、処分歴についても、論争の主題に関わる教師個々人の応答がそれまでの人生をかけて行われるものであることから短期間に変化するようなものではないこと、および、処分の加重により論争の主題についての自律的な思考を妨げてはならないことが考慮されるべきである。

さらに、処分の内容が、論争の主題についての自律的な思考過程を歪め、意見の分布状況を強制的に変更させるものか否かも考慮されるべきである。この点は、国旗・国家法の制定時において政府が、尊重義務に関する規定を盛り込まず、論争の主題に関する意見の分布状況を強制や制裁を用

いて変更する意図を有していなかったことにも沿うものと言える¹⁸。

四 本件停職処分における裁量権濫用の有無

以上の観点から本件を検討すると以下のことを指摘することができる。

(1) 「日の丸」に正対しての「君が代」斉唱の論争的性格

10・23通達が命じている「日の丸」に正対しての「君が代」の斉唱という行為は、諸個人が形成してきた歴史観および国家観という人格の深部に由来する論争的性格を有し、かつ、その論争的性格は二重の意味を有している。

「国旗」「国歌」は国家を象徴するものなので、戦前における軍国主義のシンボルであった「日の丸」「君が代」が、戦後制定された日本国憲法下において国旗・国歌としてふさわしいかどうかという問題は、個人の歴史観および国家観にまで遡って初めてそれについての結論を得られるという性格を有している。国旗である「日の丸」に正対して、国歌である「君が代」を斉唱することは、国旗・国歌法の制定にもかかわらず、そもそも「日の丸」「君が代」が国旗・国歌としてふさわしいのかどうかという論争的主題に触れるものである。さらには、そのような論争がある「日の丸」「君が代」を国旗・国歌として認めるような行為を強制すべきなのか否かという論争的主題にも触れざるを得ない。

これに対して、行事における国歌斉唱は、「一般的に」言って、国際的に認められた儀礼的所作に過ぎないとの意見も存在している。しかし、「一般的に」は儀礼的所作と映る行為も、多様な考えを持つ個人の目から

18 四（1）において引用する総理大臣および官房長官の発言を参照のこと。

見れば、特に自国の国旗・国歌に対する儀礼的所作については、個人の歴史観および国家観に遡る多様な意味を持ちうるのである。国旗・国歌法制定時における政府も、このことを十分理解していたがゆえに、多様な意見に政府が強制的に介入することはしないことを明言していたものと言える。当時の小淵総理大臣は、法案に国旗・国歌尊重義務が規定されなかったことに関連して、「政府としては、今回の法制化に当たり、国旗の掲揚等に関し義務づけを行うことは考えておらず、したがって、国民の生活に何らの影響や変化が生ずることとはならないと考えている旨を明らかにしたものであります。」（1999年6月29日衆議院本会議）と答弁している。また、当時の野中官房長官も、「これからもこの法律を盾にして強制的に無味乾燥な議論に入っていくのじゃなく、教育の中で正確に、日の丸の歴史とそして君が代が生み出されてきた歴史、また一時期これがゆがめられて使われた事実、そういうものをきちっと教えることによって学校現場の教育が生かされ、それが民族のアイデンティティーとなって国際的な人間として我が国の国民が育っていくように私どもは努力をしていかなくてはならない。」（1999年8月2日参議院国旗及び国歌に関する特別委員会）と答弁していたのである¹⁹。

また、国民の多数派も、論争的テーマを構成している日の丸・君が代の間

19 なお、当時の国会において政府は、「日の丸」「君が代」を国旗・国歌であるべきとする慣習法が形成されたと説明し、論争的テーマとしての第1の性格が不在であるかのような答弁をしていた。ある特定の集団においてその構成員のほとんどがある事柄についての法的確信を共有している場合に初めて慣習法の形成を論じることができるので、国家的規模における慣習法の形成を論じるのであれば、国旗・国歌は「日の丸」「君が代」であるべきだとの法的確信が国民のほぼすべてによって共有されていることが論証されなければならない。このような状態になかったことは、当時の国会で引用されている各種世論調査によって示されている。従って、全国的な慣習法は形成されていなかったもので、論争的性格の第1の存在を否定することはできない。

題について、政府が強制力を持ってその決着を図るべきではないと考えていることは世論調査から明らかである。①東京新聞が都内有権者1379人を対象として行った調査では、国歌斉唱時の起立を教職員に義務付けた10・23通達の是非につき、「義務付けるべきではない」35.4%、「義務付けは行き過ぎ」36.7%、「義務付けは当然」24.9%という結果となっている(2004年7月5日公表)。②朝日新聞が3396人を対象として行った調査では、「君が代」を起立斉唱しなかった教職員に対する処分の是非につき、「正しくない」57%、「正しい」25%という結果となっている。さらに、同調査では、31%が「君が代」・国歌は、「入学式・卒業式に相応しくない」と回答していた(2005年4月2日公表)。③東京新聞による都議選世論調査において行われた「君が代」斉唱時の起立を義務付けていることへの賛否を問うた調査では、「義務付けるべきではない」33.9%、「義務付けは行き過ぎ」36.8%、「義務付けは当然」26.8%となっている(2005年6月2日公表)。④朝日新聞による都議選世論調査の中で、「卒業式や入学式などで『日の丸掲揚』『君が代の斉唱』を義務付けたうえで、従わない教員を停職などの処分の対象にしている」と説明し、これへの賛否を問うた調査では、反対61%で、賛成の2倍以上となっていた。また、石原知事の支持層でも反対53%で、賛成は38%にとどまっていたのである(2005年6月29日公表)。

国旗に正対しての国歌斉唱を儀礼的所作としてのみ見なす議論は、「日の丸・君が代」が、現に日本の社会において、論争的テーマとなっていることに目をつむる空論であると言わざるを得ない。

(2) 教育活動基準、職務命令への不服従の動機

本件控訴人らの不起立・不斉唱は、教員組合からの指示に由来しているのではなく、職務命令に従わないことによって制裁を課せられるという圧力のもとにおいて、熟考を重ねた結果同定した控訴人らの教師および個人

としての信念に由来している。

この点、控訴人の根津教諭は、自律的に思考することの重要性を子どもに伝えることをその教育的な信念としており、「日の丸・君が代」についても、それが論争的テーマとなってきた歴史的事情を子どもに学習させ、賛成論、反対論を提示して、それぞれの立場がなぜ生まれるのかを子どもに理解させてきた。そして、子どもから根津教諭本人が個人としてどのような考えを有しているかを問われれば、それに誠実に答えていた。このような実践を真摯に行ってきた教師にとっては、自己の考え方と矛盾する行為を生徒の面前で取ることは、論争的テーマに関して積み上げてきた教育において発したメッセージと矛盾するメッセージを子どもに送ることになるので、到底受け入れられないことは容易に理解できる²⁰。

また控訴人の河原井教諭も、多様な意見と多様な個性を尊重しあうことによってこそよりよい教育と社会が生まれうるとの信念の下、多様な意見と個性がなぜ生まれるのかを子どもに理解させ、それを尊重するようにさせる教育を行ってきた。そのような教諭が、職務命令のもと自らの考え方を押し殺して、自らの考えとは矛盾する「日の丸」に正対しての「君が代」の斉唱との行為を生徒の面前で取ることはできないと考えるのは、自然なことである²¹。

いずれにせよ、控訴人らの職務命令への不服従は、教師としての良心を自省した結果同定された教師としての良心に由来しているものであり、論争的テーマに関わってなされるべき教育の確保という真摯な動機に基づいていることは疑いようも無い。

20 「第1審原告根津本人尋問調書」20-21頁、23-24頁。

21 参照、河原井順子『学校は雑木林－共生共存の教育実践と「君が代」不起立』（白澤社、2009年）。

(3) 不起立・不斉唱が与えた現実の支障の有無、論争的テーマをめぐる議論への影響

控訴人らが職務命令に従わないために取った行為は、式次第の「国歌斉唱」において起立との号令に呼応しないで、起立をせず、国歌を斉唱しなかったことにとどまる。控訴人らによる不起立・不斉唱は、例えば、式の進行が遅れる、あるいは、式の雰囲気や進行を阻害するなどの具体的な支障をなから発生させていない。

もっとも、国旗・国歌を尊重するという模範を提供すべき教師が、子どもの前で不起立・不斉唱を行ったことをもってして具体的な支障ととらえる議論もありえよう。しかしながら、控訴人らによる不起立・不斉唱は、論争的テーマをめぐって取られる応答の実例を子どもに示すことになるので、教育的に有意義であると評価できる。このような儀式が国旗・国歌を尊重する姿勢を子どもに培う方法として学校行事で行われる場合においては、論争的テーマに関して有するそれぞれの意見に従って行為を取ってしかるべきなのだ、ということ子どもに教育する機会ともなるということが当然に考慮されるべきと言える。

また、控訴人らの不起立・不斉唱が保護者などの面前で行われたことを式に対する支障と見る考え方もありえよう。しかしながら、控訴人らの行為は、論争的テーマをめぐって多様な意見の分布を示すにとどまっているのであり、職務命令に対する不服従の公然性をもって支障とみなすことはできない。

そして、控訴人らの行為は不起立・不斉唱にとどまり、他の教師が国旗・国歌を尊重することの模範を示すこと、あるいは、子どもが起立・斉唱しようとすることを、権威、威力や勢力を用いて妨げるなどといった行為は取っていない。論争的テーマをめぐって求められる理性的な思考のプロセスを妨げているものとは到底言えない。

(4) 停職処分が論争の主題に関わる態度形成に与える影響

都教委は、本件控訴人らが不起立・不斉唱と同種の行為を繰り返し取ってきたことを理由として控訴人らに停職処分をなしている。しかし、控訴人らの行為は、教師としての真摯な良心に従ったものなので、短期間で変化することは期待できないので、同種の行為を繰り返したことを理由にして処分を加重していることは、教師としての良心の形成のみならず、本来であれば理性的思考に基づいて形成されるべき論争の主題に対する態度に対して外部からの強制を漸次強化するものとなり、その自律的形成をますます阻害しているものと言える。また、本件停職処分は、控訴人らを学校から一定期間排除することにより、論争の主題をめぐって学校の中に存在している多様な意見の分布状況を一方的に変更するものとなっている。

(5) 結論

以上のように、職務命令に従わなかったことの動機は、控訴人らが教師として持つ真摯な信念に由来するものであり、論争の主題に対してとられるべき姿勢を生徒の目の前で範例として示すという教育活動としての実質を有しているうえ、控訴人らによる不起立・不斉唱は、式の進行および子どもに対する教育について具体的な支障をなんら与えておらず、また、論争の主題に関わって存在している多様な意見の分布状況を示すに過ぎず、論争の主題の学校における取り扱いにおいて求められる理性的な思考過程をなんら阻害するものではなかった。控訴人らによる職務命令違反は形式的なものに過ぎないものと評価できる。

従って、控訴人らに懲戒処分をなすとしても、その内容は、形式的違反に対応するものに限定されなければならなかったはずである。経済的不利益を明示的に伴う減給処分でさえも、処分理由となる非違行為の形式性を考慮すれば重きに失すると言うべきである。都教委は、それよりも重い停

職処分を選択し、経済的不利益を控訴人らに与えただけでなく、子どもとの間で継続的な人格的な関係を維持できなくなるという教師にとっては経済的損失以上に苦痛に感じざるを得ない処分を控訴人らに加えている。このような処分が、違反行為の形式性との均衡を失っていることは明白である。そして、都教委は、このような処分を行うことにより、論争的テーマをめぐる自律的で理性的な態度形成をますます阻害し、しかも、論争的テーマをめぐる学校における意見の分布状況を一方的に変更してしまっているのである。

都教委によってなされた本件停職処分は、処分事由となっている職務命令違反の重さを判断するに当たって考慮すべき事項を考慮せず、しかも、処分内容の選択において考慮すべき事項を考慮しておらず、社会通念に照らし著しく妥当性を欠いており、違法であると結論できる。

おわりに

以上の検討を終えて痛感するのは、都教委が本件控訴人らに停職処分をなしたことは、論争的テーマに関する真摯な教育活動を援助するという都教委が本来果たすべき役割と絶対的に矛盾しているということである。貴法廷において、本件控訴人らの論争的テーマに関わる教育活動の真摯さを正面から受け止めた判断が下されることを期待したい。

「意見書 国歌斉唱儀式における不起立・不斉唱を理由とする
教員懲戒処分における裁量権濫用の有無について」(世取山)

本文番号	事件名	処分事由	処分内容	裁量権濫用の有無			
				地裁	高裁	最高裁	
(i)	山口学テ事件	原告1	<ul style="list-style-type: none"> ・全国一せい学カテリストをポイコットするよう中学生に教唆したことを、校長に対して職務命令の撤回を求めて正規の職務を行わなかったこと。 ・職員朝礼を引き伸ばして学テ実施時間を遅らせたこと。 	職務上の義務違反、職務専念義務違反、職務命令違反	有 (教唆扇動は事実承認)	有	有
		原告2	<ul style="list-style-type: none"> ・全国一せい学カテリストをポイコットするよう中学生に教唆したことを、校長交渉のために授業を行わなかったこと。 ・職場会議を30分間行いその間授業をしなかったこと。 ・職員朝礼を引き伸ばして学テ実施時間を遅らせたこと。 ・指導要録の提出を1年遅らせたこと。 ・校長の承認を受けことなく職場を離れたこと。 	職務上の義務違反、職務専念義務違反、職務命令違反	有 (教唆扇動は事実承認)	有	有
		原告3	<ul style="list-style-type: none"> ・授業中や日記指導を通じて、学力テストに反対する意見を生徒に述べ、それをポイコットするよう教唆扇動したことを、学テをポイコットした生徒にその行動が誤っていることを指導すべきとの校長による職務命令に従わなかったこと。 	職務上の義務違反、職務専念義務違反、職務命令違反	有 (教唆扇動は事実承認)	有	有
		原告4	<ul style="list-style-type: none"> ・全国一せい学カテリストをポイコットするよう中学生に教唆したことを、職場会を開催し授業時間に5分間食い込ませたこと。 ・職場会を20分間催し、その間授業を行わなかったこと。 	職務上の義務違反、職務専念義務違反、職務命令違反	有 (教唆扇動は事実承認)	無	無
		原告5	<ul style="list-style-type: none"> ・全国一せい学カテリストをポイコットするよう中学生に教唆したことを、校長交渉のために授業を行わなかったこと。 ・職場会を20分間催し、その間授業を行わなかったこと。 	職務上の義務違反、職務専念義務違反、職務命令違反	有 (教唆扇動は事実承認)	無	無
(ii)	伝習館高校事件	原告1	<ul style="list-style-type: none"> ・倫理社会、政経の授業における教科書のまったくの不使用。 ・政経の成績評価に当たり全盛と一律60点としたこと。 ・演劇部の公園ハンブレッドおとよび生徒新聞に、革命の意義を説き、学校破壊を奨励したこと。 ・建国記念日を批判するピラをまき、建国記念日否定のための討論会を当日に開催したこと。 ・集る回の政経の授業のうち1時間課題研究と称して、1,2学期ともにも実行しなかったこと。 ・政経の考査でフランス学生運動の意義などを問うたこと。 	教科書使用義務違反、職務怠慢、職務専念義務違反、学習指導要領違反、学校法143条違反。	無	無	無

		原告2	被告5	学習指導要領違反、教科書使用義務違反	免職	有 (教科書使用義務違反は事実誤認)	有	無 (教科書使用義務違反および学習指導要領違反を認定した上、ストライキ参加を理由とする処分歴、および、学園紛争状態にあった校長の混乱した状態を助長するおそろけがあったことを考慮事項として追加。)
(ii)	伝言館高校事件	<ul style="list-style-type: none"> ・日本の授業における教科書不使用。 ・当該教科から逸脱した雑談を授業中に行なったこと。 ・日本の考えで「毛沢東思想とその批判」といった問題を出したこと。 	<ul style="list-style-type: none"> ・教科書不使用。 ・政経の授業において、授業と関係の無い米債暴落騒動事件などを取り上げ、生徒の意見を求め、「ロシア革命」などの図書を生徒に推薦したこと。 ・成績評価にあたってテストを実施せず、レポートを提出させ、提出者に一律60点と評定したこと。 	学習指導要領違反、教科書使用義務違反、職務怠慢	免職	有 (教科書使用義務違反は事実誤認、学習指導要領違反は無)	有	
(iii)	佐伯長学級担任解除・研修命令事件		<ul style="list-style-type: none"> ・小学校教師の校外における政治活動および授業内容に対して保護者が不信感を募らせ、同盟休校の実行まで示唆するに至ったのに対して、校長が学級担任を解除し、かつ地教委が長期研修命令を発したにも関わらず、教室に行なったこと。 ・保護者および授業を担当していた教頭と教室でトラブルとなり、児童が泣き出し、教室から出て行くなど、騒然となったこと。 	職務命令違反、信用失墜	停職(3ヶ月)	無	無	—
(iv)	毛語録事件		<ul style="list-style-type: none"> ・中学校教師が、授業において毛語録を引用解説し、中国共産党の主義主張を価値高いものとして教え、そのように理解させようとしたこと。 ・卒業式前日に毛語録を卒業記念品に生徒に配布したこと。 	旧教基法8条違反、学校法第36条違反、学習指導要領違反	免職	無	無	—