

# 「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」囑託再雇用拒否事件）に関する意見書」

世取山 洋 介

## 解説

### 1

この解説の後に掲載する論稿は、2009年3月18日に甲284号証として、東京高等裁判所第4民事部に提出された「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」囑託再雇用拒否事件）に関する意見書」をそのまま収録したものである。この意見書では、卒業式などの学校行事において、日の丸に正対しての君が代斉唱を拒否した東京都立高校教師に対して東京都教育委員会が取った懲戒処分を含む不利益的措施に含まれている法的論点のうち、教育法的論点、および、教育法的論点の検討に必要な限りにおいて憲法的論点を取り上げられている。

この意見書の特徴は、都教委によって強制されていることが、国家シンボルに正対して、国家を称える文言を発生することを内容とし、実質的には国家忠誠儀式を構成しているとおさえに基づいて、国家忠誠儀式への参加の公立学校教師への強制が、日本の教育法にあって許容されるか否かという問題が、アメリカ教育判例との比較を踏まえて検討されていることにある。

### 2

1999年にいわゆる国旗・国歌法が制定され、1989年改定学習指導要領において学校行事においてその取り扱いを義務付けたと文科省が主張する「国旗」「国歌」の意義が明らかになったことを契機として、地方教育行政当局によって、「日の丸・君が代」のある特定の形での取り扱いを学校に“定着”させるための措置が取られていく。その過程で、いくつかの自治体においては、学校における教師、さらには校長と、地方教育行政当局との間の対立が顕在化することとなった。

そのような自治体の一つである東京都にあっては、東京都教育委員会が2003年10月23日に「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(通達)」および「入学式、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱に関する実施指針」を発し、この通達と実施指針に示された「日の丸」に正対しての「君が代」斉唱を実行すべきとの職務命令が校長に実質的に発せられ、斉唱拒否の有無を現認するための監視体制が学校現場に引かれ、拒否が現認された教師には処分が下される、という事態が進行した。

斉唱拒否を理由として都教委によって教師に対して加えられた不利益的措施の合法性を争うために一連の訴訟が提起され－国家斉唱義務不存在確認事件、不起立教員再雇用取消請求事件、不起立教員再雇用拒否損害賠償請求事件－、一括して「東京日の丸・君が代訴訟」と呼称されている(これらの訴訟の経緯を含め、詳細は、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)を参照のこと)。

本意見書は、最後の訴訟であるいわゆる「君が代」囑託再雇用拒否事件に関わって提出されたものである。

### 3

なお、本意見書では省略されているBarnette判決以降における国家忠誠儀式への教師の参加拒否をめぐるアメリカ教育判例の展開については、世取山洋介「アメリカ教育判例における国家忠誠儀式と教師の市民的自由」(法律時報80巻8号84頁)(2008年)においてその分析を行っているので、あわせて、参照されたい<sup>1</sup>。

---

1 本意見書は、「君が代」斉唱拒否を理由として都教委が都下の公立中学校教諭および都立高校教諭になした懲戒処分の取消を求めているいわゆる根津・河原井訴訟(平成18年(行ウ)第589・560号停職処分取消等請求事件)(東京地裁判決平成21年3月26日)に関わって、2008年に東京地裁に提出した筆者の意見書をバージョン・アップさせたものである。この訴訟を担当していた戸田綾美弁護士(東京共同法律事務所)には、本意見書作成のプロセスにおいても、アイデアの最初の聞き役を引き受けて頂いた。記して感謝を申し上げたい。

## 目次

## はじめに

## 一 国家忠誠儀式に内在する憲法的問題点

- (1) 国家忠誠儀式の意義
- (2) バーネット判決による国家忠誠儀式に内在する憲法的問題の定式化とそれへの応答
- (3) バーネット判決が示した国家忠誠拒否の思想・良心の自由に基づく義務免除一般に対する特殊性
- (4) 日本の判例

## 二 教師の教育の自由と国家忠誠儀式

- (1) なぜ教師の教育の自由なのか
- (2) 学テ最高裁判決の意義
  - (ア) 子どもの学習する権利
  - (イ) 教師の教育の自由
- (3) 本件事案の特徴に由来する前提的諸問題
  - (ア) 本件事案の固有性
  - (イ) 生活指導領域における教師の教育の自由
  - (ウ) 教師の教育の自由の名宛人
  - (エ) 集団的教育活動における個々の教師の教育の自由の意味

## 三 本件職務命令、都教委通達、および1998年改定学指の合憲性、合法性の有無

- (1) 1998年改定学指、10・23通達と校長の職務命令の正当性
- (2) 教師による国歌斉唱への参加拒否の理由の類型
- (3) 本件校長の職務命令の違法性
- (4) 10・23通達の違法性
- (5) 改定学指の国旗・国歌関連規定の違法性

## おわりに

## はじめに

再雇用職員採用拒否事件に関わって、教育法研究者としての意見を求められたので、私見を披露し、参考に供することにしたい。

本件は、入学式・卒業式において国旗に正対しての国歌斉唱を行う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として、定年等退職後の再雇用職員としての採用を拒否された都立高校教諭である原告らが、損害賠償を請求している事案である。校長による職務命令は、都教委が、2003年10月23日に発した通知(以下、10・23通達)において、国旗に正対しての国歌の斉唱を式に導入すべきこと、および、国歌斉唱儀式への参加を教師に職務として命ずべきことを校長に命じていたことに起因していた。

本件においては、本件職務命令、その基礎となった10・23通達、および、さらにはそれらの基礎となっている1998年改定学習指導要領(以下、学習指導要領は、学指)の、憲法の保障する子どもの学習権および教師の教育の自由との適合性如何という問題のみならず、思想・良心の自由との適合性如何という論点も存在している。教育法研究者として求められているのは、第一義的には、前者の問題を、特に、日本の最高裁大法廷が初めて子どもの学習する権利および教師の教育の自由に関する判断を示し、国家の教育内容統制権能の自由に基づく限界づけに関する先例と実質的になっている北海道学テ事件最高裁判決<sup>1</sup>(昭和51年5月21日)(以下、学テ最高裁判決)に基づいて、検討することである。

しかし、本件において職務上義務付けられている行為が国家忠誠儀式への参加を実質的には構成しているので、前者の問題に属する国家忠誠儀式における思想・良心の自由の保障の在り方という問題にかかわっても、比較法的な知見を踏まえての見解を提示することとしたい。国家忠誠儀式は

---

1 最高裁判所刑事判例集30巻5号615頁。

それ固有の憲法的な問題を内在化させているゆえ、それを直視することなしには、思想・信条の自由の有無という問題はもとより、全校的な集団的教育活動として実行される国家忠誠儀式において個々の教師の教育の自由がどこまで、どのようにして保障されるべきなのかという、本件における教育的な中核的問題に実効的に応答できないものとも考えるからである。

以下では、まずは、国家忠誠儀式が内在化させている憲法的な問題について、比較法的な検討を行い（一）、次に教師の教育の自由にかかわって、学テ最高裁判決の読み取り方および、それを本件に適用する場合に浮上する新しい論点を検討し（二）、最後に、本件職務命令、10・23通達、および、1998年改訂学指の憲法適合性を検討することとしたい（三）。

## 一 国家忠誠儀式に内在する憲法的問題点

### (1) 国家忠誠儀式の意義

本件における国旗に正対しての国歌斉唱の教師に対する職務としての義務付けは、1998年改訂学指が、1989年改訂学指が新しく導入した学校行事において国旗・国歌を取り扱うことを学校に義務付ける記述をそのまま継承し、1999年におけるいわゆる国旗国歌法の制定によって、学指においては定義されないままとなっていた国旗・国歌の定義が充足された後も、都立高校においては卒業式などの学校行事において、「日の丸・君が代」を取り扱う学校の割合が少なかったことに対応するために実施されたものであると説明されている。そして、都教委による10・23通達は、1998年改訂学指をさらに具体化し、壇上の上に国旗を掲揚し、それに正対する形でフロアーに参加者が着席すべきこと、および、式において、国旗に正対して国歌を斉唱すべきことを求めていた。

事実の評価をめぐって決定的に重要だと考えられるのは、1998年学指

改訂についてもその疑いが十二分に存在するのだが(後述三(1) 参照)、遅くとも10・23通達の段階においては、それへの参加が職務として教師に強制されている事柄の実質が、国家忠誠儀式を構成していると見られることである。

国家忠誠儀式とは、国家を象徴する物に正対して、国家を称える言葉を発声し、または、国家を称える姿勢を取ることから構成される儀式のことである。戦前の日本における御真影に正対しての君が代の斉唱は言うまでもなく、アメリカにおける星条旗に正対しての忠誠宣誓(Pledge of Allegiance)も、国家忠誠儀式に該当する。前者は、当時の主権者である天皇の写真であり、大日本帝国そのものを象徴する「御真影」に対して、天皇による永遠の統治を願うことをその内容とする「君が代」を斉唱することを内容とし、後者は、アメリカ合衆国を象徴する星条旗に対して、「私は忠誠を誓う」という文言から開始される文章を口から発することをその内容としているからである。

10・23通達は、国旗を「式典会場の舞台壇上正面に掲揚する」こと、および「入学式、卒業式等における式典会場は、児童・生徒が正面を向いて着席するように設営する」こととした上で、国歌斉唱を実施すべきことを求めている。10・23通達に従って国歌斉唱を行えば、正面壇上に掲げられている国旗を見上げる形で、それに正対して国歌を斉唱することに一義的にならざるを得ない。「日の丸」が国旗として日本国家を象徴し、そして、「君が代」が象徴である天皇を賛美することをその内容としている以上、「日の丸」に正対しての「君が代」斉唱は、アメリカにおける星条旗に正対しての忠誠宣誓および戦前の日本における御真影に正対しての「君が代」斉唱と全く同じように、国家忠誠儀式として性格づけられることになる。

## (2) バーネット判決による国家忠誠儀式に内在する憲法的問題の 定式化とそれへの応答

国家がそれへの国民の忠誠を調達するために、国家忠誠儀式を国民に強制するということは古今東西を問わず見られる現象ではある。しかしながら、その国家が、国民の間の自由な合意に基づいて創設された立憲主義国家である場合には、国家忠誠儀式の国民への強制は、固有の憲法的な問題を惹起することになる。

そのような問題が発生する起点は、国家忠誠儀式が、理性的な検討をスキップすることをその本質とする「象徴システム」(symbolism) という表現活動の特定の形態を取っていることにある。国が国民に国家忠誠儀式を強制することは、理性的な検討をスキップした形で、国民から自らへの同意を強制的に調達することとなり、諸個人の自由な判断に基づく同意の上に成立すべき立憲主義国家の在り方とは矛盾しないのか、という原理的な問題を発生させるのである。

本件と関わって近年注目を浴びている、1943年にアメリカ連邦最高裁が示したバーネット判決<sup>2</sup>は、この原理的な問題に、内心にはない考え方を表明しない個人の自由に基づいて応答としたものとしての意義を有している。

バーネット事件においては、愛国心涵養を目的とした州による国旗敬礼とその際の忠誠宣誓の復唱の生徒への義務付けの合憲性が争われていた。連邦最高裁はその3年前のゴビット判決<sup>3</sup>において、同種の事件について、個人として有している権威を象徴する偶像崇拜をしないという宗教的信条、すなわち、宗教的信条がその個人に命じる義務と、国家忠誠宣誓という州法によって課せられた義務とが衝突した場合に、後者が優位し、信教

---

2 West Virginia State Board of Education v. Barnette 319 U.S. 624 (1943)

3 Minersville School District v. Gobitis, 310 US 586 (1940)

の自由に基づく拒否権は認められないとの判断を下していた。バーネット判決はその3年前の判例を変更し、国旗敬礼と忠誠宣誓の復唱を生徒に一律に義務付けることを連邦憲法修正第1条に反するとの判断を示したものであった。

連邦最高裁による判例変更のポイントとなったのは、連邦最高裁が、国家忠誠儀式をめぐる対立を、“州法の命ずる義務 対 神の命ずる義務”との構図のもとに理解するのではなく、“国家による自らへの忠誠の国民への強制 対 立憲主義が想定する個人の良心の自由”という構図によって位置づけ直した、ということにある。

この新しい構図を設定するうえで、出発点となったのは、国家忠誠儀式の表現活動として有している固有の性格への連邦最高裁の着目であった。国旗敬礼と宣誓忠誠の義務付けと相前後して、バージニア州は、同じ愛国心の涵養を目的として、公民および歴史という教科の授業を公立学校に義務付けていた。ジャクソン判事によれば、立憲主義の観点から見れば、愛国心涵養のためにある特定の教科に関する授業の受講を義務付けることと、国旗敬礼・忠誠宣誓を義務付けることとの間には決定的な差異がある。なぜならば、後者の義務付けは、次のような争点を惹起するからである。

本事件における争点は、忠誠を引き起こすためのゆっくりとした簡単に無視される回路(教科教育のこと-筆者)を、強制的敬礼とスローガンに取って代わらせることが、合憲的な近道となりうるのか、ということにある。<sup>4</sup>

ジャクソン判事によれば、国旗敬礼・忠誠宣誓の強制が「近道」となるのは、それが「強制」されているからだけではなく、それが「象徴システム(symbolism)」<sup>5</sup>を採用していることにもその理由がある。「象徴システムは、考えをコミュニケーションするための原始的ではあるが効果的な方法で

---

4 Barnette 319 U.S. at 631

5 id. at 632.

ある。紋章または旗を、ある制度、考え、組織または人格を象徴するために用いることは、精神から精神への近道を構成する。」<sup>6</sup>そこに用いられている「国家の象徴は、宗教的象徴が神学的教えを伝達するのと同様に、政治的な考えをしばしば伝達」<sup>7</sup>し、しかも、「これらの象徴の多くには、受容ないしは尊敬を示す適切な動作、すなわち、敬礼、お辞儀、丸刈り、跪きが伴っている。」<sup>8</sup>

象徴システムは、①政治的権威または宗教的権威、②それを象徴するシンボルとそれが伝達するメッセージ、そして、③シンボルとそれが伝達するメッセージを受容し、または、それを尊重することを示す個人の動作から構成されている。そして、その最も大きな特徴は、象徴を通じて国家が伝達しようとする原始的なメッセージについて、理性的な検討を抜きにしたままで、それを受容すべきことを個人に求め、あるいは、それを受容したとのメッセージを伝達することを個人に求める、ということにある。

ジャクソン判事が、理性的検討をスキップした「近道」としての「象徴システム」の強制の憲法適合性の有無を判断するにあたって、それと緊張関係を有する自由として同定したのは、内心にはない考えを表明しない自由であった。

象徴システムにおいて用いられる権威を象徴する旗などのシンボルは、それが権威を象徴するが故に、論争的なものでしかありえない。つまり

人は自らが象徴に与える意味を象徴から受け取るのであり、一人の人にとっての快適さと創造的刺激は、もう1人の人にとってのあざけりと冷笑となるのである。<sup>9</sup>

それゆえ、ある象徴に対して画一的にそれを称える動作をとることを個

---

6 id.

7 id, at 632 - 633.

8 id.

9 id. at 633.

人に強制すれば、次のように、必然的に、その象徴に対して異なった考え方を持つ個人に対して、内心にはない考えを表明することを強制することになる。

政府が、現在構成されているような政府への忠誠の象徴として旗を用いている場合、政府は言葉とサインが示している政治的考えを受容していることをその言葉とサインによって伝達するよう個人に要求している。さらに、強制的な国旗敬礼と宣誓は、ある特定の信条および考え方の是認を要求していることもまた、留意されるべきである。<sup>10</sup>

しかも、国家象徴の評価は国家の評価と直接関わる以上、個人が持つ思想・良心のなかでも人格の中核に位置づかざるをえない。それゆえに、その自由に対してはより大きな保護が与えられなければならない。

異なる自由は重大ではない事柄に限定されない。それは自由の影に過ぎない。自由の実質の試金石は、既存の秩序の中核に触れる事柄について異なる権利なのである。<sup>11</sup>

ジャクソン判事は、以上のように、国家忠誠儀式における国旗敬礼および忠誠宣誓の強制によって制約されている自由を、個人の人格の中核に触れ、かつ、それに対する意見が多様でしかありえない国家象徴およびそれによって象徴されている国家に関して内心にはない考えを表明しない自由と同定している。その上で、このような自由の制約が正当化されるには、明白かつ現在の危険の基準以上に厳格な基準を満たす必要があることを示唆しながら、儀式中にじっとしていることがこのような基準を満たすことはあり得ないとして、州法による一律の義務付けを違憲としたのであった。

そして、以上のような立論を経て、ジャクソン判事は、先の原理的な問題に次のような決着をつけたのである。

---

10 id.

11 id. at 642.

我々は被治者の合意に基づいて政府を設け、権利章典は権力を有している者に対して、そのような合意を強制するいかなる法的な機会も否定している。我が国における権威は公衆の意見によってコントロールされるべきであって、権威によって公衆の意見がコントロールされるべきではない。<sup>12</sup>

### (3) バーネット判決が示した国家忠誠拒否の思想・良心の自由に基づく義務免除一般に対する特殊性

アメリカ連邦憲法には、良心の自由についての規定はなく、日本において定式化されるところの、法律上義務付けられた行為が内心にある信条と衝突する場合に、その行為が免除されるのか、という問題は、表現の自由のもとに保障されている内心にはない考え方を表明しない自由として構成されている。また信条が宗教に関わる場合においては、信教の自由の一環として、宗教上の信念に基づく法律上の義務の免除が許されるか否か、という形で定式化されてきた。

問題の定式化は日米においては異なるものの、合法的に成立している法律上の義務を、思想・良心の自由または信教の自由に基づいて免除されるかは、次のようなプロセスを経て決定されることにおいては共通している。人格の中核的部分からのその信条の距離、信条の真摯さ、信条が命じるところと法律上の義務との相互排他性の程度が、当該個人の主観および、そのような主観が存在することを示す客観的事実に基づいて量られた上で、信条の人格の核心からの遠近に応じて、「自由」の侵害の有無を判断する基準の高低、および、許容され得る自由の制約か否かを判断する基準の高低が決められ、最終的に、憲法適合性の有無が判断される。

しかし、バーネット判決の多数意見は、当該個人の内心にあるものを、その内心に立ち入って判断していないという点において、このような典型

---

12 id. at 641.

的なプロセスとは異なっている。内心にある考え方と、取ることが義務付けられている行為との間の矛盾の存在の有無は、当該個人ごとに判断するのではなく、典型的に存在するものととらえられているのである。バーネット判決は、誰の目線に立って、内心の中に発生している、信条と義務付けられている行為との矛盾の存在を確定するのか、という、思想・良心の自由に関する判断に常にまわりつく問題に対して、当該個人の主観ではなく、ましてや、社会の多数派のそれに解消されやすい「一般人」の目線に基づいてでもなく、立憲主義が想定する個人の目線に立って、その有無を判断していたものと解されるのである。

立憲主義国家は諸個人間の合意によって設立されたものである以上、立憲主義国家の存続はあくまでも個人の自発的な同意の上に図られるべきもののなのであり、国家が個人からの同意を強制によって調達することは許されない。このことを個人の側から見れば、現国家をどのように評価し、それに対していかなる姿勢を取るのか、という個人の判断は、国家と個人との関係という個人の人格の中核に触れ、しかも、それは事柄の性格上多様なものとしかなりようがない。そして、その判断は、国家を象徴するモノや、国家をたたえるコトバに対する評価と直結するので、立憲主義が想定する個人は、国家を象徴するシンボルに対して多様な意見を当然に持つものとなる。にもかかわらず、国家シンボルに対して忠誠を表明する行為を一律に強制することは、人格の中核に触れる事柄について内心にはない考えを強制することに当然に帰着する。なので、国家忠誠儀式に参加する義務からの免除は、一人ひとりの内心をチェックするまでもなく、典型的に認められなければならない。これが、バーネット判決多数意見が示した論理の骨格であった。

#### (4) 日本の判例

バーネット判決と比較した場合に、学校教育における「日の丸・君が代」

の強制に関わってすでに示されている日本の最高裁判例の欠点として浮上するのは、次の3つのことである。

第1に、強制されている事柄の実質が国家忠誠儀式を構成している、ということの押さえが不在であること。第2に、国家による国民に対する国家忠誠儀式の強制が立憲主義と緊張関係を有することについて自覚的でないこと。最後に、第3に、国家シンボルにどのような姿勢をとるかは、国家に関する評価と直結するので個人の人格の中核に位置する信条に関わる問題であり、かつ、多様なものでしかありえない、ということへの着目が不在かまたは極めて弱いということである。

これらは、戦前における大日本帝国憲法のもとにおいては、「御真影」に対する「君が代」斉唱という国家忠誠儀式を国民に強制することが可能であったとしても（後述二(3)(イ)参照）、戦後の日本国憲法のもとにおいて「御真影」が「日の丸」に変わったとはいえ、国家忠誠儀式には変わらない事柄を国民に強制しうるのか、という問題を、日本の最高裁が受け止めきれしていないことを示しているものと言える。

確かに、日本の最高裁判例も、神戸高専事件最高裁第2小法廷判決（平成8年3月8日）<sup>13</sup>において、宗教的信条に関わっては、宗教的信条が命じることと、法によって義務付けられている世俗的行為との相互排他性が認められ、排他的な選択を迫ることによって生じる不利益が大きい場合には、その信条が真摯なものであることを条件として、当該個人に対する義務免除を認め、かつ、代替的な措置を取るべきことを、義務付けを行う主体に求めている。これに対して、国旗・国歌に関わる世俗的信条については、ピアノ伴奏拒否事件最高裁第3小法廷判決（平成19年2月27日）<sup>14</sup>の多数意見において、当該個人の目線ではなく、「一般」的な目線から見て、思想・良心の自由の侵害の有無が評価されるべきとの判断が示されている。

---

13 最高裁第2小法廷判決（最高裁判所民事判例集50巻3号469頁。）

14 最高裁判所民事判例集61巻1号291頁。

国旗・国歌に関わる世俗的信条の宗教的信条に比しての軽い位置づけは、国旗・国歌に関わる信条が、個人の人格の中核に触れるものであり、かつ、論争的な主題に関わるものであることの等閑視に由来していると解される。

ピアノ事件最高裁判決の多数意見は、ピアノ伴奏を拒否した上告人の信条を「『君が代』が過去の日本のアジア侵略と結びついておりこれを公然と歌ったり、伴奏したりすることはできない」あるいは「『君が代』が過去のわが国において果たした役割に関わる…歴史観ないし世界観及びこれに由来する社会生活上の信念」と説明している。そもそも国歌に対する評価が国民の間で多様なものにしかなりえないことへの配慮も、「君が代」をめぐるそれはそれが歴史的に担わされてきた役割ゆえにさらに多様な評価がありうることへの配慮も欠如している。さらには、国旗・国歌に関する信条が個人の人格の中核に触れるものであることへの認識も不在となっている。「君が代」伴奏を拒否する信条は、人格の中核から遠いところに位置付けられていると見られるのである。

多数意見は、信条が社会における論争的な主題に関わらないものであり、しかも人格の中核から遠い場合には、一般人の目から見て、(1)ある特定の信条を有すれば、求められているある特定の行為を取ることが一義的にできないと判断できる場合、あるいは、(2)ある特定の意味を持ちうると確定的に評価される行為が、個人の内心における信条と矛盾する場合には、その行為の強制が、特定の信条を持つことの禁止または特定の信条の告白の強要になるので、自由の侵害を構成すると論じている。つまり、人格の中核に触れない信条については、当該個人が自らの信条とある特定の行為の相互排他性を主観的には実感して、その行為を取らず、その結果不利益を受けても、思想・良心の自由の侵害を構成しない。それを構成するためには、一般人の目から見て、ある特定の考えを持つことの禁止、または、ある特定の考えの告白の強要に当たらなければならない、との見解を示したものと言える。

このような判断は、いわゆる予防訴訟の第1審判決<sup>15</sup>（平成18年9月21日）とは鋭い対照をなしている。予防訴訟第1審判決においては、「日の丸・君が代」が歴史的に果たしてきた役割をめぐる論争の状況と、国旗国歌法制定以降もそれが継続している事実が踏まえられている。そして、そのような政治的論争の主題の一方の見解を卒業式などの式典において導入することに反対する信条については、内心における信条と矛盾するある特定の行為を取らなかったことを理由として不利益が及んだ場合にあっては、自由の侵害となるとされていたのである。

ともあれ、国旗・国歌をめぐる個人の信条と、国家忠誠宣誓を行うこととの間には、立憲主義が想定する個人の目線に立てば、当然に、人格の中核部分における矛盾を引き起こすので、憲法上の保護に値するのだ、というバーネット判決における論理の受容は、依然として日本の裁判所にとっての課題となっているわけである。

## 二 教師の教育の自由と国家忠誠儀式

### (1) なぜ教師の教育の自由なのか

本件を教師の教育の自由に基づいて検討する場合、その中心的な論点は、思想・信条の自由に基づく検討が棚上げにしていた問題、すなわち、そもそも、国家忠誠儀式への参加を職務として教師に義務付けることが、憲法適合的なのか否か、ということに設定される。

本件に教師が個人として有する思想・信条の自由に基づいてアプローチするのか、あるいは、教師が教師として有する職能上の自由である教育の自由に基づいてアプローチするのかは、相互排他的な関係にあるのではな

---

15 判例時報1952号44頁。

く、論理的な前後関係にあるものと言える。思想・良心の自由に基づく検討は、ある行為の個人への義務付けの合法性を前提として、それでもなお、当該個人が一人の人間として有している信条を根拠として、その義務付けを免除されるのか否か、という問題に対応するものである。これに対して、教師の教育の自由に基づく検討は、思想・良心の自由に基づく検討が不問に付している、ある行為の個人への義務付けそのもの－本件の場合には教師に対して特定の行為を職務として義務付けることそれ自体－が憲法適合的であるのか否か、という問題に対応するものとなっているからである。

教師の教育の自由は、教師がその職務である教育を実行する場合、一般公務員法制、または一般労働法制において原則となる、給与を受給する代わりに、それを支払う行政または雇用者の命令に従って労働を提供するという原則から部分的に解放され、職務である教育についてその裁量に基づいてその内容および実行方法を決定することに、憲法上の保護が及ぶ自由としての意義を認めることを意味する。教師の教育の自由は、公務員関係または労使関係において原則となっている政府または使用者の公務員または労働者に対する指揮監督権限に対する、例外を構成している。

教師の教育の自由が認められるべきことの根拠は、すぐ後に検討するように、学テ最高裁判決においては、教育が教師と子どもとの間の直接的な人格的接触に基づいて行われなければならない、という「教育の本質的要請」に求められている。その基礎には、子どもの自立した人格を有する人間として成長発達するのに不可欠な学習する子どもの権利が座っている。日本の公教育は全体としてその目的を子どもの人間としての成長発達の保障に求め－公教育の第1目的としての人間教育－、それに必要な子どもに直接に接する教師と子どもとの間の人格的接触を確保するために、教師の教育の自由を認めるという考え方をその基本としている。

この日本において採用されている基本的な考え方は、アメリカ公教育法制が採用している考え方とは好対照をなしている。アメリカにおいては、公教育の第1目的が人間教育ではなく、良きアメリカ国民育成に設定され

ている－公教育の第1目的としての公民教育－。これゆえ、州法等によって国家忠誠宣誓儀式の実行を教師にその職務として義務付けることは、公教育の第1目的が良きアメリカ国民育成に設定されているがゆえに、合法視されやすい。1970年代に連邦下級審において展開した、国家忠誠宣誓儀式への参加を、教師に一律的に義務付けることの合憲性を争った訴訟においては、州による国家忠誠宣誓儀式の教師への義務付けそれ自体は争われることはなく、教師が市民として有する沈黙の自由に基づいて、この職務上の義務から免除されるべきなのか、あるいは、それが市民として有する表現の自由に基づいて、職務上伝達することが求められているメッセージとは異なるメッセージを伝達しうるのかが争われていたのである。連邦下級審は、将来における自律した公民を子ども時代に根絶やしにしないためには、学校は思想の市場とも位置付けられなければならないというある種の教育条理に基づいて、国家忠誠宣誓儀式それ自体の実行を不能としないことを条件として、教師の市民的自由に基づく職務上の義務からの免除、あるいは、異なるメッセージの伝達に憲法上の保護を及ぶとしたのである。日本にあっては、アメリカとは異なり、子どもの学習する権利と教師の教育の自由が最高裁によって認められているゆえに、国家忠誠宣誓儀式への参加を職務として義務付けることそれ自体がこれらの権利または自由に照らして憲法適合的なのか否かという論点が、思想・信条の自由に対する侵害の有無という論点に先行して浮上することになる。

後に検討するように、本件において問題となっている卒業式・入学式は、生活指導領域における全校的な集団的教育活動となっているので、学テ最高裁判決に示された子どもの学習権と教師の教育の自由に関する判断を、それにふさわしく具体化することが必要となる。集団的教育活動に対する行政機関の統制が、各学校における組織的決定としての実態、すなわち、教育的意義についての組織的判断および、それに基づく企画策定を奪っている場合には、子どもの学習権および教師の教育の自由を侵害するとの評価もなされ得る。また、学校における組織的決定の実態が存在している場

合には、個々の教師の教育の自由が、集団的教育活動の企画策定に参加する権利および、自らの考えとは異なる形で集団的教育活動の企画策定がなされた場合に、それへの参加を命令する校長の職務命令を免除される自由にもまで及ぶのが焦点となる。

そして、参加免除の場合、それが認められるか否かを検討するに際しては、思想・良心の自由に基づく義務免除を検討する場合に現れたのと同様な問題が現れる。すなわち、教師の内心にある考え方と義務付けられている行為との相互排他性を誰の目線で判断するのか——一般人のそれなのか、当該教師の主観なのか、それとも、日本国憲法が想定する教師のそれなのか——という問題である。例えば、その宗教的信念に基づいて、進化論教育を拒否して創造説を教える権利が教師にはあるのか、という場合においては、当該教師の個人的な信念が検討の対象となり、内心の自由と職務上の義務との衝突を、当該教師の主観に基づいて判断することになる。

しかし、教師が、個人として有する信念にのみ基づいてではなく、その教師としての信念も重ね合わせて、国旗・国歌に関する集団的教育活動への参加の免除を求めている場合には、その教師としての信念と職務上の義務との間の衝突の程度、ならびに、それに排他的な選択を迫ることによって生じる利益および利益などを、日本国憲法が想定している個人および教師の目線に基づいて客観的に判断すべきものと言える。そうでなければ、子どもの学習権保障のために教師の教育の自由が客観的に保障されるべきだとの理に反することになるからである。

以下では、まずは、学テ最高裁判決に示された子どもの学習権および教師の教育の自由、すなわち、教育に関わる固有の人権の読み取り方について、一応の整理をし ((2))、その後、学テ最高裁判決が示した教育人権に関する判断を、本件に当てはめる場合に必要となる、いくつかの前提的な問題を検討することとしたい ((3))。

## (2) 学テ最高裁判決の意義

### (ア) 子どもの学習する権利

学テ最高裁判決は、憲法23条の規定されている「学問の自由」の射程が、大学における研究者の研究の自由に限定されるわけではなく、憲法23条が初等中等教育の教師にも及ぶとの判断を示し、前者にのみ憲法23条の射程が及ぶとの判断を示したポポロ座事件最高裁判決を実質的には変更するものであった。教師の教育の自由に直接かかわる判示だけを抜き出してその意味を理解するのではなく、学テ最高裁判決の読み取りにあたっては、憲法23条の射程を拡大する判例変更が実質的になされたのはなぜなのかという観点から、他の判断と関連付けながら、教師の教育の自由に関する判断の意味を理解する必要がある。

このような観点から見た場合に、学テ最高裁判決の基本的な意義として浮かびあがってくるのは、それが国家の教育内容統制権能の限界を、教師の教育の自由（憲法23条）に基づいてのみ論じていたわけではなく、憲法26条の背後にあり、かつ、憲法13条にも根拠を有する、子どもの独立した人格へと発達するために学習する権利に基づいてより包括的に論じていたということである。

憲法26条の背後に子どもの学習する権利が存在すると判断は、学テ最高裁判決においてはじめて示されたものである。それは、「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」と述べ、これに続いて、「換言すれば、子どもの教育は、教育を施す者の支配的権能ではなく、何よりもまず、子どもの学習をする権利に対応し、その充足をはかりうる立場にある者の責務に属するもの」と述べている。

学テ最高裁判決における子どもの学習権への言及は、国も含めて、子どもの教育に関わる主体が有すべき権限の内容と限界が、子どもの学習権に基づいて整理されなければならない、という重要な法的な意味を有してい

る。最高裁学テ判決においては、子どもの学習権を確認したことの意味に関わって大きく分けて2つのことが指摘されている。

第1は、公教育の正当な目的の限定である。学テ最高裁判決は、国がそれを掲げて公教育を組織運営しうる目的として、「子ども自身の利益の擁護」、および、「子どもの成長に対する社会公共の利益と関心にこたえる」ことの2つを挙げるにとどめ、善き国民形成という目的を注意深く斥けている。当時の最高裁判所調査官による的確な表現を借りれば、「国家の公教育に対する関係についても、…子どもの学習権の保障を中心に考えるべきである。すなわち、国家が有する教育に関する権限は、あくまでも子どもの学習権保障のためのものであって、国家自身の利益や何らかの国家的価値の実現のためのものではない」<sup>16</sup>のである。

第2は、正当な目的のための国の教育内容決定権限も、可能な限り抑制的に行使されなければならない、という原則である。学テ最高裁判決は、上記の目的のために「必要かつ相当と認められる範囲」における国の教育内容を決定する権能を認めてはいるのだが、次のように述べて、それはできるだけ抑制的に行使されるべきとしている。

政党政治の下で多数決原理によってされる国政上の意思決定は、さまざまな政治的要因によって左右されるものであるから、本来人間の内的価値に関する文化的な営みとして、党派的な政治的観念や利害によって支配されるべきでない教育にそのような政治的影響が深く入り込む危険があることを考えるときは、教育内容に対する右のごとき国家的介入についてはできるだけ抑制的であることが要請される。

学テ最高裁判決は、人間形成という目的を掲げて行使される、必要かつ相当と認められる国の教育内容決定権限であっても、その中に国家的価値が深く混入する危険があり、それにより、子どもの人間としての成長発達

---

16 今井功・最高裁判所判例解説、今井功・最高裁判所判例解説昭和51年刑事編、166頁、213頁。

を目的とする、「文化的営み」としての教育が損なわれることを直視して、それが抑制的に行使されるべき、との考え方を示したのである。

#### (イ) 教師の教育の自由

学テ最高裁判決が、子どもの学習権から導かれる以上の2つの基本原則、すなわち、公教育の正当な目的の限定性に関わる原則および国家の教育内容決定権能の抑制性の原則を示すにとどまっていたのであれば、これらの2つの原則も、公教育制度を構成する諸制度のうちその本質的な制度を保障し、その侵害を国家に禁じるという制度的保障を意味するに留まっていたであろう。この2つの原則に関する判断の意味も、旧教基法10条において規定されていた「教育と教育行政の区別」—それは、新教基法16条にも引き継がれている—および教育に対する「不当な支配」の禁止という制度が国家に対して保障されるべきことの理由を明らかにした、ということに限定されていたものと言える。

だが、学テ最高裁判決は、この2つの基本原則をベースとしながら、教師の教育の自由にかかわる判断を示し、「教育と教育行政の区別」および「教育に対する不当な支配の禁止」という制度が、子どもの学習権および教師の教育の自由という憲法上保障された権利または自由の保障をその基礎に置いていることを明らかにしている。加えて、教育行政による「不当な支配」の有無を判断する基準を構成する要素に教師の教育の自由を組み入れることにより、教師の教育の自由に対する制約があれば、「教育と教育行政の区別」ないしは「不当な支配」の禁止という本質的な制度に対する侵害の有無を個人が争う道を開いている。ここに学テ最高裁判決による教師の教育の自由に関する判示の重要な意義があると考えられるのである。

学テ最高裁判決は、教師に教育の自由が保障されるべきことの根拠として「子どもの教育が教師と子どもとの間の直接の人格的接触を通じ、その個性に応じて行われなければならないという本質的要請」を挙げ、この教育の本質的要請を満たすために必要とされる教師の教育の自由の具体的な

内容として2つのことを指摘している。

第1は、教師の教育の自由の最低限保障ラインとして、行政が生徒に伝達されるべきと決定した考え方を学校において唯一流通するものとするために、他の異なる考え方を教師が生徒に伝達することを禁止し、行政が公認した考え方だけを子どもに伝達することを教師に義務付けることが禁止されていることである。つまり、

個人の基本的自由を認め、その人格の独立を国政上尊重すべきものとしての憲法の下においては、子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入、例えば、誤った知識や一方的な観念を子どもに植え付けるような内容の教育を施すことを強制することは、憲法26条、13条の規定上からも許されない。(傍点筆者)

第2は、この最低限保障ラインを超えて、「教授の具体的内容及び方法につきある程度自由な裁量が認められなければならないという意味」における「一定の範囲における教授の自由が保障され」なければならないとしていることである。

教師の教育の自由に関するこの2つ判示、特に第2の判示については、教育の全国一定水準の維持および「教師が児童生徒に対して、強い影響力、支配力を有すること」を根拠にして、「普通教育における教師に完全な教授の自由を認めることは、とうてい許されない」としていることから、それほどの意味を持つものではない、と評価される場合もある。しかし、学テ最高裁判決を検討すれば、教育の全国一定水準の維持という目的に出れば、教師の「自由な裁量」の制約が正当化されているわけではなく、逆に、この目的に出た教育行政による教育内容統制も、教師の「自由な裁量」を制約できず、教師の「自由な裁量」を保障できる範囲内でそのための手段を講じるべきとされていることが了解できる。

学テ最高裁判決は、当時の全国一せい学力テストの教師の教育の自由侵害性の有無を直接に判断するのではなく、先の2つに具体化された教師の教育の自由を「不当な支配」の有無を判断する基準を構成する要素の中に

組み入れて、当時の学テがその達成度の測定を目的としていた1958年改訂学指および学テのそれぞれが「不当な支配」に該当するか否かを検討していた。

学テ最高裁判決は、「法律の授権を受けた教育行政機関が設定しうる教育内容及び方法に関して遵守されるべき基準」が必要かつ合理的であれば合法と認められるとしたのではなかった。教育の本質的要請に応答する「教師の自由な創意と工夫の余地」および戦前教育に対する反省、ならびに、教育に関する地方自治の原則を考慮した上で、「教育における機会均等の確保と全国的な一定の水準の維持という目的のために必要かつ合理的と認められる大綱的なそれにとどめられるべき」(傍点、筆者)としていた。そして、教育内容と方法に関する基準が大綱的なそれにとどまり、合法となるための条件として、①「地域差、学校差を超えて全国的に共通なものとして教授されることが必要な最小限度の基準と考えても必ずしも不合理とはいえない事項が、その根幹をなしている」こと。②「ある程度細目にわたり、かつ、詳細に過ぎ、また、必ずしも法的拘束力をもって地方公共団体を制約し、又は教師を強制するのに適切でなく、また、はたしてそのように制約し、ないしは強制する趣旨であるかどうか疑わしい」ものであってはならないこと。③「教師による創造的かつ弾力的な教育の余地」が「十分に残されて」いること。④「地方ごとの特殊性を反映した個別化の余地が十分に残されて」いること。⑤「教師に対し一方的な一定の理論ないしは観念を生徒に教え込むことを強制するような点」がないことが挙げていた。③および⑤は、教師の教育の自由を保障していなければ大綱の基準の範囲内に収まらないことを示している。

当時の全国一せい学テの「不当な支配」該当性の検討に当たっても、「教師の自由な創意と工夫による教育活動を妨げる一般的危険性をもつ」ものであるのかを検討している。そして、①当時の学力調査が、「生徒の一般的な学力の実態調査のために行われた」ものであり、教育活動としての実質を有していなかったこと、②「試験問題の程度は全体として平易なもの

とし、特別な準備を要しないもの」とされ、また、学校、生徒、市町村、都道府県ごと成績公表は控えられていたのであり、日常的な教育活動に影響を与えなかったこと、および、③学テのもとにおける成績競争による教育の自由の阻害も、「教師自身を含めた教育関係者、父母、その他社会一般の良識を前提とする限り」それほど強くないことを挙げて、「不当な支配」に該当しないとしていた。裏から言えば、教育行政による統制が、教育活動の実質を持つ場合、または、日常的な教育活動に悪影響を与え、それが、当事者による努力によっても是正されない場合には、「教師の自由な創意と工夫による教育活動を妨げる」ものとなる<sup>17</sup>。

ともあれ、学テ最高裁判決を受け止めるにあたっては、公教育の正当な目的の子どもの学習権に基づく限定、教育目的としての人間教育の押さえに基づく国の教育内容決定権能の抑制性原則の確認、それらに基づく憲法23条による教師の教育の自由の保障、および、その2つの具体的な意味の明示、という筋道が十二分に抑えられる必要があるわけである。

### (3) 本件事案の特徴に由来する前提的諸問題

#### (ア) 本件事案の固有性

本件において問題となっている、学校行事の一環として実行される入学式・卒業式におけるある特定の形式における国旗・国歌の取り扱いの強制は、学テ最高裁判決において問題とされていた全国一斉学力テストと比較

---

17 学テ最高裁判決に示された教師の教育の自由に関する解釈は、そのまま旧教基法10条において禁止されていた「不当な支配」の解釈に移植されているので、教師の教育の自由違反となれば、旧教基法10条違反も構成することになる。なお、全面的に改正された新教基法においても、その16条において、「教育は、不当な支配に服することなく」との文言は旧法から継承されているので、学テ判決が示した憲法23条解釈と一体となった旧法10条解釈は、そのまま新教基法16条に承継されるべきものとなる。

すればいくつの特徴を有している。

第1は、強制されている教育活動に関わって、それが教科教育領域ではなく、生活指導領域に属し、個々の教師が教室で実行する個別的教育活動ではなく、教師が集団として実行する集団的教育活動となっていることである。

第2は、強制の主体に関わって、かつての全国一せい学力テストにおいては、文科省と一体となった地方教育行政当局が強制の主体として押さえられていたのに対して、本件においては、強制の主体が、地方教育行政と校長のいずれか、あるいはその双方となっていることである。

これゆえ、学テ最高裁において示された教育人権論を本件に適用するにあたっては、①生活指導領域においても教師の教育の自由が保障されるのか、②地方教育行政当局および校長は教師の教育の自由の名宛人となるのか、そして、③学校単位でなされる集団的教育活動の企画とその実行に当たって、教師の教育の自由はどのような意味を持ちうるのか、ということが新たに検討されるべき前提的な問題として浮上する。

#### (イ) 生活指導領域における教師の教育の自由

教師の職務である教育は、大きく分けて教科教育と生活指導の2つの領域に分かれ、しかも、それぞれの領域において、個々の教師によって個別的に実行される個別的教育活動および、教師集団によって実行される集団的教育活動という2つの形態をとりうる。教科教育領域における教育が科学的認識能力の発達に主眼が置かれるのに対して、生活指導領域における教育は、生徒の自主的な活動を通じた、社会性および道徳性の涵養に主眼が置かれることになる。

教育に対する国家統制は、教科教育領域においては真実の隠ぺい、あるいは、国家が支持する学説だけの伝達の強制という形で表れるが、生活指導領域においては、理性的な検討をスキップした集団的な儀式的強制によって、国家にとって好都合な精神を子どもの中に形成するという形で表

れる。子どもの独立した人格としての成長発達の国家統制からの保護という要請は、教科教育領域においてのみならず、生活指導領域においても認められる。子どもの学習する権利の保障のために認められた教師の教育の自由は、生活指導領域においても認められるものと言える。

そして、生活指導領域における教師の教育の自由の保障の必要性は、戦前の公教育法制を振り返れば十分に了解できるはずである。戦前にあっては、教育勅語発布直後に設定された小学校令(明治23年勅令第215号)がその15条において「小学校ノ毎週教授時間ノ制限及祝日大祭日ノ儀式等ニ関シテハ文部大臣之ヲ規定ス」と規定し、それを受けて、「小学校祝日大祭日儀礼規程」(明治24年文部省令第4号)が制定され、祝日等における御真影と君が代を用いた国家忠誠儀式が導入されていた<sup>18</sup>。日本教育史研究の成果によれば、これは、「天皇の存在を媒介にして子どもたちの国家意識を育成する、『尊王愛国』イデオロギーの注入とそれを抵抗なく受容する心性の意図的形成の手段として、学校儀式が目的意識的に施行されることとなった。」<sup>19</sup>ことを意味していたのである<sup>20</sup>。

---

18 この規程は「小学校令施行規則」(明治33年文部省令14)28条に引き継がれ、さらに、国民学校令施行規則(昭和16年文部省令4)1条に引き継がれている。

19 佐藤秀夫編『日本の教育課題 5 学校行事を見直す』(東京法令出版・2002年)、6頁。

20 なお、戦後教育改革後には、これらの勅令・省令は引き継がれることなく、しかも、文科省が教師のための研究の手引きとして1947年に最初に発行した『学習指導要領一般編』には特別活動に関するものは不在であり、生活指導領域に対する国家統制のみならず、国家の指導助言の関与さえも消滅していた。そして、1951年の『学習指導要領一般編 改訂版』において、まとまった形で「特別活動」に関する指導助言が登場するが、そこでは、「教科以外の活動としては、どのようなものを選び、どのくらいの時間をそれにあてるかは、学校長や教師や児童がその必要に応じて定めるべきことである。」と明記された上で、「しかしながら、ここに一例を示すならば、次のような諸活動を考えてみることができる。」として、大きく分けて、「(a) 民主的組織のもとに、学校全体の児童が学校の経営や活動に協力参加する活動」および「(b) 学級を単位としての活動」の2つが指摘されるにとどまっていた。

## （ウ） 教師の教育の自由の名宛人

学テ最高裁判決は、その事案の特殊性から、校長と地教委が教師の教育の自由の名宛人となるのかについて明示的な回答を行っていないので、この両者が名宛人となるのが、一応論点となる。

この論点を考える際に基本とされるべきなのは、学テ最高裁判決が示していた、公教育全体を子どもの学習権保障のためのものとし、子どもの学習権保障という観点から、関係する当事者の権限の内容と範囲を確定すべきであるとの考え方である。校長も地教委もこのような当事者であることには変わりはなく、子どもの学習権に基づいてその権限の内容とその限界が検討されなければならないものと言える。この点、教育人権解釈と一体的に行った旧教基法10条解釈において、旧教基法10条に禁止された「不当な支配」の主体をめぐって学テ最高裁判決が示した次の判断は、十二分に受け止められるべきである<sup>21</sup>。

教基法10条1項は、その文言からも明らかなように、教育が国民から信託されたものであり、したがって教育は、右の信託にこたえて国民全体に対して直接責任を負うように行われるべく、その間において不当な支配によってゆがめられることがあってはならないとして、教育が専ら教育本来の目的に従って行われるべきことを示したものと考えられる。これによってみれば、同条項が排斥しているのは、教育が国民の信託にこたえて右の意味において自主的に行われることをゆがめるような『不当な支配』であつて、そのような支配と認められる限り、その主体のいかんは問うところでない<sup>21</sup>と解しなければならない。（傍点筆者）

地教委は、それが法的拘束力のあるものと認める教育内容・活動に関する基準設定により、また、校長は教師に対する職務命令により、教育に対する「支配」力を行使しうるので、その「支配」力の行使が、「不当な」

---

21 旧法10条と同様に、新教基法16条も教育への不当な支配を禁じているので、この部分は、新教基法16条にも継承されている。

ものとはなってはならない、という要請が発生する。最高裁学テ判決が示した教師の教育の自由は、教師が子どもの人格と日常のおよび直接的に接し、子どもの学習する権利を充足する第1次的な立場にいる以上、学校の外にある地方教育行政当局に対してはもとより、学校内にありながら生徒からはワンクッション置いたところにいる校長による「支配」力の行使に対しても保障されなければならない。

もし、子どもの学習権および教師の自由に基づく制約が、地方教育行政当局および校長に課せられない、ということになれば、地教委による法的拘束力のある教育内容・活動に関する基準設定、および、校長の職務命令によって、子どもの学習権の名のもとに禁止されていたはずの「国家自身の利益や何らかの国家的価値の実現」という目的に基づく教育を強制しうることになる。それだけでなく、一方的見解の教授を強制し、あるいは、子どもとの人格的接触に基づく教師による創造的な教育活動の余地を奪うことにより、子どもの学習権保障にとって不可欠の教師の教育の自由をいくらかでも制約することができることになる。これらが、公教育全体の目的である子どもの学習権保障に背理することは見易いはずである。

なお、都教委は、教師の教育の自由の名宛人に地教委がならないことの根拠として、地教行法23条において「学校の…教育課程…に関すること」(同条5号)が、所掌事務として規定されていることを挙げている。しかし、これに対しては、法律上の文言を挙げれば直ちに行政が主張する権限が承認されるわけではないというのが、学テ最高裁判決が示す教育関係法令の解釈のあるべき姿なのだ、ということを反論として提出する必要がある。学テ最高裁は、先に引用した部分の直後において、「教育行政機関が行う行政でも、…『不当な支配』にあたる場合がありうることを否定できず、問題は、教育行政機関が法令に基づいてする行為が『不当な支配』に当たる場合がありうるのかということに帰着する。」と問題を定式化し、それに次のように答えていた。

憲法に適合する有効な他の法律の命ずるところをそのまま執行する教育行政機関の行為がここにいう「不当な支配」となりえないことは明らかであるが、上に述べたように、他の教育関係法律は教基法の規定及び同法の趣旨、目的に反しないように解釈されなければならないのであるから、教育行政機関がこれらの法律を運用する場合においても、当該法律規定が特定の命じていることを執行する場合を除き、教基法一〇条一項にいう「不当な支配」とならないように配慮しなければならない拘束を受けているものと解されるのであり、その意味において、教基法一〇条一項は、いわゆる法令に基づく教育行政機関の行為にも適用があるものといわなければならない。

制定法の圧倒的に多くは、その文言の意味が一義的には明らかではなく解釈を必要としていることに照らせば、「不当な支配」とならないような解釈の必要性は、ほとんどの教育関係立法において認められるべきことになる。都教委に挙げる地教行法に規定された地教委の職務権限としての「教育課程…に関すること」も、「教育課程」という文言それ自体があいまいなものであるが故、そのような解釈を施される必要があるわけである<sup>22</sup>。

### (エ) 集団的教育活動における個々の教師の教育の自由の意味

教育活動が全校的に実施される集団的教育活動である場合、個々の教師の教育の自由はいかなる意味を持ちうるのか。

全校的な集団的教育活動の決定権の所在については2つの解釈が対立してきた。1つは、教育委員会の管理権限は、学校の教育課程の「基本的事項」の決定にとどまり（地教行法33条）、教育課程の具体的な内容についての決定権限は学校に委ねられていること、そして、「校務」をつかさどることが校長の職務内容として規定されていることから（学校法旧28条、現37条）、校長にその具体的内容の決定権限があるのだとする解釈である。

---

22 安達和志教授の意見書「教育課程事項に関する教育委員会等の権限の根拠と限界」（甲第270号証）は、そのような解釈を明らかにするものなので、参照されたい。

もう1つは、学校法に規定された校長の職務が「校務」であるのに対して、教諭の職務が子どもの「教育をつかさどる」(学校法旧28条、現37条)とされていることに着目して、教育活動である全校的な集団的教育活動も、教育である以上、教師集団によって決定されるべきであること、具体的には教師集団の意思決定を行いうる職員会議にその決定権限があるとの解釈である。

筆者は、後者の説を取るものの、例え、前者の説を取るとしても、全校的な集団的教育活動の企画およびその実行に当たって、個々の教師の教育の自由として2つのことが認められるべきものと考えられる。

第1は、校長にその決定権限があるとしても、校長による決定が、当該学校における子どもの実態に即したものとなるようにするために、校長による決定までの過程において、子どもに日常的に接し、その実態を最も良く知る教師集団の意見表明の自由が認められるべきだ、ということである。第2は、それでもなお、個々の教師の考えとは異なる集団的教育活動が校長によって決定された場合には、校長の決定を受け入れることができない理由が教師としての人格の中核一単に、一個人としての人格のそれではなく一に触れるものであることを条件として、個々の教師にその集団的教育活動に強制力を持って参加させることによって生まれる利益および不利益と、それへの参加を免除することによって生まれる利益および不利益との比較考慮に基づき、それへの不参加が認められるべきだ、ということである。

### 三 本件職務命令、都教委通達、および1998年改定学指の合憲性、合法性の有無

#### (1) 1998年改定学指、10・23通達と校長の職務命令の正当性

以上の検討を踏まえ、本件における校長の職務命令、都教委通達、およ

び、1989年改定学指の合憲性および合法性の有無を検討しよう。

1998年改定学指特別活動編は、学校行事を、「儀式的行事」「学芸的行事」「健康安全・体育的行事」「遠足・集団宿泊の行事」「勤労生産・奉仕的活動」の5種類に分類し、「儀式的行事」を「学校生活に有意義な変化や折目をつけ、厳粛で清新な気分を味わい、新しい生活の展開への動機付けとなるような活動を行うこと。」と説明している。そして、「入学式や卒業式などにおいては、その意義を踏まえ、国旗を掲揚するとともに、国歌を斉唱するよう指導するものとする。」と記述している。

1998年学指のこれらの記述は、1989年改定学指ではじめて取り入れられたものである。1989年における改正点は、改訂前学指にあっては、儀式的行事について「清新な気分を味わい」とあったのに対して、1989年改定学指ではそれに、「厳粛で」という文言が付加されていること、そして、国旗・国歌については、改訂前学指にあっては、「国民の祝日などにおいて儀式などを行う場合には、…国旗を掲揚し、国歌を斉唱（せいしょう）させることが望ましい。」（小学校学習指導要領第4章特別活動（1977年））とされていたのが、1989年改定学指では、入学式や・卒業式においてそれを行う「ものとする」とされたことである。

1989年改訂学指とそれ以前の学指を比較して判明するのは、1989年学指において儀式的行事に関する記述の中に新たに挿入された「厳粛で」という文言が、儀式的行事における国旗掲揚と国歌斉唱指導の“義務付け”の起点となっている、ということである。事実、学指解説特別活動編では、「入学式や卒業式は、学校生活に有意義な変化や折目をつけ、厳粛かつ清新な雰囲気の中で、新しい生活の展開への動機付けを行い、学校、社会、国家など集団への所属感を深める上でよい機会となるものである。このような意義を踏まえ、入学式や卒業式においては、『国旗を掲揚するとともに、国歌を斉唱するよう指導するものとする』こととしている。」と述べられている。厳粛性と国旗・国歌とのこのような一義的な連結と、さらには、「国家への…所属感を深める」という狙いの指摘は、国旗・国歌の学校行

事への導入の背後には、国家忠誠調達が真の目的として隠されているのではないかとの疑いを生じめさせる。そして、文科省の主張通り、学習指導要領のこの部分が訓示規定ではなく、強行規定としての性格を有するのであるとすれば、最高裁学テ判決が示した子どもの学習する権利に基づいて特定される公教育の正当な目的の範囲外にある活動を強制し、目的それ自体が違憲であるとの疑いを生じめさせよう。が、後に検討するように(三(3))、1989年改定において取り入れられた先の部分は、国の教育内容決定権限の限界を超え、違法であると評価できるので、ここでは疑問の提起にとどめておきたい。

次に、都教委通達において指示されている国旗・国歌の取り扱い方は、国家忠誠儀式を実質的には構成しているうえ、その導入に当たって「日本人としてのアイデンティティ」の確立といった目的を公言しているので、国家的価値の実現が形式的にも実質的にもその目的になっていると評価しうる余地がある。校長の職務命令も、それが都教委による職務命令に基づいて発せられているのであれば言うまでもなく、都教委の通達をそのまま受け入れて行った校長の判断に基づくものであったとしても、同じ問題を共有している。このため、都教委通達も校長の職務命令も正当な目的の範囲外にあり、目的それ自体が違憲・違法ではないかとの論点も発生する可能性もある。もっとも、この論点が成立するか否かは、都教委が目的に関わって展開した言説とその評価に左右されるので、本裁判の今後の展開に委ねるほかない。この論点の成立可能性を指摘するにとどめておく。

そこで、全体としては、一步後退し、形式的には子どもの利益に対応する目的のもとに実行されていたとしても、その実質が、国家忠誠儀式を構成している場合に、そのような儀式の学校への強制と、それへの教師の参加の強制が、最高裁学テ判決に基づいてどのように評価されるのか、という問題に焦点を合わせることにする。その際指摘しておく必要があるのは、このような一步後退した形で問題を構成するとしても、国歌斉唱儀式導入の表面的な目的とそれが実質的に意味するところとがずれているから

こそ、最高裁学テ判決が示した、教師の教育の自由の根拠とその最低限保障ライン、および、正当な目的のために認められる合理的かつ相当の国による教育内容決定権限も、抑制的に行使されなければならないという原則が意識される必要がある、ということである。最高裁学テ判決が示した先の抑制性原則は、多数決に基づく政治的決定には党派的利害が入り込みやすく、内面的価値に関わる文化的営みとしての教育を損なう危険性をその根拠としていた。国旗・国歌を用いた教育活動においてはこの危険性がまさに発現しやすくなるからである。

## (2) 教師による国歌斉唱への参加拒否の理由の類型

本件において、教師が国歌斉唱を拒否する理由ないしはそれを基礎づける信条として主張されてきたものは多様であるが、信条が何に関するものであるのかを基準にすれば、次のように分類できる。

- ①国家忠誠儀式に参加し、世俗の権威への忠誠を誓うというメッセージを発することは、神への忠誠を誓っている以上行い得ない。
- ②「日の丸・君が代」が1945年以前にあって果たしてきた役割を否定的に評価し、それを国家象徴である国旗・国歌として認めがたいという信条ゆえに、それを国旗・国歌として承認するというメッセージを伝達しうる行為を取ることはできない。
- ③「日の丸・君が代」が論争的テーマを日本社会において依然として構成しており、論争の決着は理性的な討議により、ゆっくりとなされるべきなのだという信条を持つがゆえに、そのプロセスをスキップする象徴システムを用いた儀式に参加し、象徴的表現行為を行い得ない。
- ④子どもの人格的自律を目的とする学校にあっては、子どもに理性的な思考と判断を積み重ねさせることが教育活動の本質とならざるを得ない以上、国家と個人との関係という人格の中核に触れる事柄に関わって、そのような理性的な思考と判断をスキップさせることを本質とする国家象徴を

用いた儀式は、学校において実施されるべきではないと考えるので、参加できない。

⑤教師は、子どもの人格を全面的に受容できて初めて実効的に教育を行っているのだが、「日の丸・君が代」に傷つけられた経験を持つ子ども(例えば、中国帰還者の子どもや在日朝鮮・韓国人)の目の前で、「日の丸・君が代」を受容する姿勢を示してしまえば、子どもが負っている傷を受容しないというメッセージを子どもに送ることとなり、結果、実効的な教育の実行ができなくなるので、参加できない。

①は、宗教的信条に基づくものであり、憲法20条に根拠をおいてその保障を論じられることになる。②についても、現国家と自分をどのように関係づけるのか、あるいは、国家と個人とはいかなる関係にあるべきかという問題は、立憲主義国家においては、良心ないしは信条の中核に触れるものとなるので、思想・良心の自由という「思想」ないし「良心」をどのように定義するにせよ、このような考え方がそれらに該当するはずである。そして、③は、②に密接に関連しているので、それもまた良心ないしは信条の中核に触れるものとして、「思想」「良心」に該当すると言いうる。

これらに対して、④および⑤は、教師という職業に就いている者としての信条を意味し、しかも、②または③の個人としての信条と分ちがたく結びついているところにその特徴がある。個人としての信条と教師としての信条がこのように重なり合うのは、強制されている教育活動が、国家忠誠儀式を実質的には構成しているからである。国家忠誠儀式の強制は、本来理性的な思考に基づく自由な検討により、国家に対して同意を与えるのか否か、どのような条件を付けてそれを与えるのかを決定するという、個人の自由と緊張関係を有している。日本における公教育は、自由な個人ないしは人格的に自立した個人への子どもの成長発達を保障することをその第1目的としている。国家忠誠儀式の強制は、この第1目的のために教師によって実行される教育とも緊張関係を持たざるを得ないのである。

本件原告らは、多数派から見れば“特異な”信条を有している個人とし

て存在しているのではなく、立憲主義が想定する個人であれば当然に持ちうる多様な意見を持ち、かつ、日本国憲法のもとにおける公教育法制が想定する教師であれば当然に持ちうるある特定の意見を有する教師として、存在しているのである。④および⑤については、教師の個人としての信条と教師としての信条とが分かちがたく結び付きあっているので、憲法23条だけではなく、憲法19条と憲法23条の双方によってその保障が基礎づけられるとも言える。

### (3) 本件校長の職務命令の違法性

本件職務命令と10・23通達の法的関係の評価は依然として流動的なので、ここでは、教師集団との意見交換を踏まえて、校長が教育的検討に基づいて本件におけるような国旗・国歌の取り扱いを決定し、その実行のために職務命令を発したことを前提として、本件職務命令の合憲性を検討しよう。

仮に、本件において、各クラスにおいて毎朝、生徒を国旗に正対しての国歌斉唱を行わせることが教師に義務付けられた場合には、教室の中における教師の個別的教育活動を直接統制することになり、最高裁学テ判決が教師の教育の自由の最低限保障ラインとして示した、一方的メッセージの伝達強制に該当し、そのような儀式を実行しないことも教師の教育の自由として保障されることになる。強制しうることは、「日の丸・君が代」に関わる論争において提起されている諸見解を教師に伝達させることにとどまるはずである。

これに対して、本件のような集団的教育活動である全校的学校行事における国旗に正対しての国歌斉唱に関わっては、④または⑤の信条を有している教師が1人でもいれば、全校的行事における国歌斉唱の導入が当然に否定されると考えるのは事柄の性格上無理であろう。ここでは、学校の組織的決定の内容と、個々の教師の教師としての信条との対立の調整の在り

方が問題して浮上しているのである。調整に当たっては、参加免除の理由となる信条が教師としての人格に中核に触れるものであるのか否か、および、子どもの学習する権利を軸として、参加免除を認めないことによって生じる不利益と利益、および、免除されることによって生じる不利益と利益を比較考量することが求められる。

④および⑤は、学テ最高裁判決が、教師に教育の自由が認められなければならないことの根拠として挙げた「子どもが自由かつ独立の人格として成長すること」、および、「子どもの教育が教師と子どもとの間の直接の人格的接触を通じ、その個性に応じて行われなければならないという本質的要請」にそれぞれ応えようとするものであり、教師としての人格の中核に触れるものであると言える。

そして、国旗に正対しての国歌斉唱への参加を教師に免除しないことによって子どもの権利に生じる不利益の決定的な重みと、免除させることによって利益が生じこそすれ、不利益は実質的には不在であることを考慮すれば、それへの参加は免除されるべきものと言える。

国旗に正対しての国歌斉唱への参加を教師に免除しないことによって生じる決定的な不利益の第1として指摘しなければならないのは、教師の側の人格の統一性の危機をもたらし、子どもとの直接の人格的接触に基づく教育を教師が実行することを困難にする、あるいは、教師をしてそのような教育を回避させることになる、ということである。

最高裁学テ判決が、憲法23条に基づいて初等中等教育の教師に教育の自由を承認したのは、教師の人格と子どもの人格との直接的な接触によってこそ、子どもの人格的自律に向けた教育が実行されうるとの教育の本質的要請を根拠としていた。同じ子どもに向かって、教室内では、国旗・国歌をめぐる自らの考えを、国の考え方と並列して提示できるものの、教室外の学校行事においては、自らの考えを押し殺し、自らの信条に反する行為を取らざるを得ないのであれば、子どもとの人格的接触の前提となるべき、教師の側の人格の統一性が危機にさらされることになる。教育の本質

的要請に教師が忠実であればあるほど、その教師の直面する人格的統一の危機は大きくなり、逆に、人格的分裂を受け入れてしまえば、子どもとの直接の人格的接触を弱体化させる。これが、教育の本質的要請に基づく教育の実行にとって不条理であり、決定的な不利益となることは見やすいはずである。

特に、本件において問題となっている日の丸・君が代については、それが論争的な主題であるばかりでなく、国家と個人との関係という人格の中核に触れる主題であるがゆえに、教室における教師の教育は、対立する見解を子どもに提示する場合であってはもとより、それを踏まえたいうでの自己の見解の理性的な表明においてはなおさら、教師が形成してきた全人格をかけたものとならざるをえない。そしてそのような教育であってこそ、対立する見解の背後に存在している問題の所在を明らかにし、あるいは、対立する見解が存在する真の理由を明らかにしうるのであり、子どもの自律した人格形成にとって真に有意義なものとなる。にもかかわらず、学校行事において自己の見解と異なる行為を教師に取ることを強制すれば、教師をして人格分裂の危機に直面させ、教室における全人格をかけての教育を断念することを促し、子どもの人格的自律にとって有意義な教育活動を教室から排除することになる。

国旗に正対しての国歌斉唱への参加を教師に免除しないことによって生じる決定的な不利益の第2は、「日の丸・君が代」が歴史上果たしてきた独特の役割の故に、すべての教育活動の基礎に置かれるべき子どもとの間の人格的な接触を、特定のグループに属する子どもとの間で実現することが阻害されるということである。「日の丸・君が代」によって傷つけられた経験を有する在日朝鮮・韓国人および中国帰還者の子どもと教育的な関係を結ぶ場合、教師は、彼ら・彼女らの負っている傷をありのままに受け止め、それを受容することから出発せざるを得ない。卒業式などにおいて「日の丸・君が代」を肯定する態度を示せば、教師自身が示した受容的な態度が見せかけのものであったと、そのような子どもによって受け止めら

れることになる。これは、現在日本社会において周辺に張り付けられているこのような少数派のグループに属する子どもに、この社会から排除されているというメッセージを送ることに等しい。教師のすべてに国旗に正対しての国歌斉唱を義務付ければ、このようなグループに属している子どもと直に接している教師をして、彼ら・彼女らとの直接の人格的接触を実現することを阻害することになる。

そして、免除を認めたとしても、それは学校行事の一環としての国旗に正対しての国歌斉唱の実行をなんら妨げるものではない。また、子どもやその親の多くが参加する入学式・卒業式における教師の不参加によって、子どものみならず親に対しても特定のメッセージが伝達されることになっても、不参加によって発せられるメッセージは、現に存在する「日の丸・君が代」をめぐる論争の状況を再現するに過ぎない。子どもがそれから保護されるべき“教え込み”効果を発揮し、「日の丸・君が代」に賛成する子どもにその意見の変更を強要するものとは到底考えられない。逆に、教師にそれへの参加を免除することは、社会における中核的な事柄に関して異なる自由が尊重されるべきだ、あるいは、この国において尊重されているということを、子どもに実例として示すものとなる。

#### (4) 10・23通達の違法性

都教委による2003年10月23日付け通達は、地教委による法的拘束力を有する教育内容および教育活動に関する基準の設定となっている。全国的な集団的教育活動に関する決定権限が校長にあるとしても、全校的な集団的教育活動も、教育であることには変わりはないので、校長との関係においても、地教委は、学テ最高裁判決に示された、一方的見解の教授の強制の禁止というルール、および、弾力的および創造的な教育活動の余地を十分に残すべきとのルールに縛られることになる。

10・23通達が、その実行を校長に義務付けていることの第1は、入学式・

卒業式へ国家忠誠儀式を導入すること、すなわち、「式典会場において、…会場の指定された席で国旗に向かって起立し、国歌を斉唱する」こと、および、国歌斉唱にあたって「ピアノ伴奏」を行なうことである。その第2は、“対面式”－参加者全員が同じフロアーに位置し、卒業生と在校生が対面するかたちで行われる式のこと－とは異なる形式に基づいて入学式・卒業式を実行すること、具体的には、「舞台壇上に演台を置き、卒業証書を授与」し、「児童・生徒が正面を向いて着席する」という形式に基づいて入学式・卒業式を実施することである。本通達をそのまま実行すれば、自分より上に位置する壇上の壁に、自分の正面に掲げられた国旗に対して“敬礼”し、かつ、国旗に正対して国歌を“斉唱”することを義務付けられる。戦前の日本における御真影に正対しての君が代斉唱、そして、アメリカにおける星条旗に正対しての忠誠宣誓を見てもわかるように、国家を象徴するモノに正対して、国家を讃える文言を発生することは国家忠誠儀式を構成する。都教委通達は、入学式・卒業式において国家忠誠儀式を導入し、かつ、それを式全体における最優先事項として位置付けることを学校現場に義務付けているものと言える。

入学式・卒業式的最優先事項としていかなることが設定され、それに従い、いかなる形式が採用されているのであれ、とにもかくにも、国旗・国歌の取り扱いを義務付けているのとは性格を異にする。入学式・卒業式において何を最優先事項として設定し、その中で国旗の設置の仕方および国歌斉唱の位置づけをどのようにするのか、ということについての裁量を学校現場からトータルに奪っているのであり、「創造的かつ弾力的な教育の余地」が「十分に残されて」いるという条件を満たすとは言えない。また、仮に、全校的な集団的教育活動の決定権が校長にあるとしても、校長による決定に当該学校における子どもの実態を反映させるために教師に認められるべき意見表明の自由を実質的には奪っているものと言える。

また、都教委は、10・23通達によって「創造的かつ弾力的な教育の余地」を校長から奪った上で、合わせて、校長に対して、国旗に正対して国歌を

斉唱すべきことを内容とする職務命令を、一人ひとりの教師に、発すべきことを命じている。校長を介在しているものの、その教育的判断の余地を奪っているという意味で、教師に対して、直接、国旗に正対して国歌を斉唱すべきことを命じていることと実質的には変わらないものと言える。既述の通り、現国家を象徴するシンボルである国旗・国歌に対してどのような態度を取るのかは、現国家の評価、国家シンボルの評価、両者の関係性に対する評価によって左右され、多様なものでしかありえない。多様な見解がありうる主題について、一方の見解を支持しているというメッセージを伝達する行為を子どもの前で取るべきこと、すなわち、一方的見解の子どもへの教授を教師に強制しているのであり、学テ最高裁判決において示された教師の教育の自由を侵害し、違憲と言うべきである。

## (5) 改定学指の国旗・国歌関連規定の違法性

最後に、1998年改定学指における国旗・国歌に関わる規定が、最高裁判決に示された大綱的な基準にとどまるための条件を満たし、合法であると評価できるのかどうか、そして、学テ最高裁判決において禁止された一方的見解の教授の強制に該当するのか否かを検討しよう。

既に(三(1))に紹介した、1998年改定学指の国旗・国歌関連の記述において最も問題視されるのは、厳粛さという感情を、子どもの中に意図的に引き起こすことを特定の要求し、しかも、その方法として国旗掲揚・国歌斉唱を特定してそれを義務付けていることである。入学式・卒業式において、生活の折り目をつけ、次に進む動機を与えれば、清新さという気持ちが生じるのは当たり前のことであり、学指における「清新な気分」への言及も、何かを要求するという規範的記述というよりは、事実を描写する描写的記述にすぎない。しかし、厳粛さという記述は、描写的記述ではなく、入学式・卒業式において子どもに味あわせることのできる様々な感情—例えば、喜び、感動、達成感、感謝、惜別の情など—から、あえて、

厳粛さを特定し、それを引き起こすべきことを要求する規範的記述となっている。しかも、厳粛さという感情を意図的に引き起こすための方法として、国旗掲揚・国歌斉唱が具体的に要求されているのである。

教育活動である儀式的行事の狙いに相当に狭い限定をかけ、しかも、ある特定の教育方法の採用を指示しているのであり、地方ごとの個別化を許容しておらず、「細目にわたり、かつ、詳細に過ぎ」と言える。また、国旗・国歌を前にしての厳粛な気持ちを子どもに味あわせることが、「地域差、学校差を超えて全国的に共通なものとして教授されることが必要な最小限度の基準と考え」ることは、特別活動がそもそもは自主的活動領域として位置付けられ、学校毎の多様性を想定していることからすれば、不合理である。いずれにせよ、国にその設定が許されている教育内容に関する大綱的基準の範囲を超え、違法であると言うべきである。

また、社会科との関連で1998年学指において指摘されている「我が国の国旗と国歌の意義を理解させ、これを尊重する態度を育てるとともに、諸外国の国旗と国歌も同様に尊重する態度を育てる」という目的を実現するための教育方法として、入学式等における国旗掲揚・国歌斉唱の義務付けが必要だと議論される場合もある。それについても違法であるというべきである。

理由の第1は、他国の国旗・国歌については原則としてそれらを儀礼として尊重することを要求することはできても、自国の国旗・国歌についてはそれを一律に「尊重する態度」を取ることを要求することは、一方的見解の教授の強制に該当するゆえに、許されないということである。学校行事への「日の丸・君が代」の導入に当たって、その理由として挙げられる国際的に通用するマナーの習得も、他国の国旗・国歌について当てはまりうる場合が多いとしても、自国の国旗・国歌については当てはまり得ないのである。

理由の第2は、「尊重する態度」を養うために、学校行事における国旗・国歌の取り扱いを強制することは、教師に認められている創造的な教育活

動を実行する自由を侵害している、ということである。このことは既に、北九州ココロ裁判福岡地裁判決<sup>23</sup>(平成17年4月26日)において説得的に展開されているので、それを引用することで、この結論の理由づけに替えることにする。

国歌を尊重する態度を育てるという教育目的に対しての具体的な指導方法を定めたものであり、また、学校において行われる様々な行事の中で、特に卒業式、入学式という特定の行事において指導を行うべきことを定めたもので、国歌に関する指導や卒業式、入学式の方法という細目についての詳細を定めるものといえ、…上記定めは法的拘束力をもって各地方公共団体の教育委員会を制約し、又は教師を強制するのに適切な規定とはいえず、教育内容及び方法について必要かつ合理的な大綱の基準を定めたものであると解することはできない。

## おわりに

検討を終えた段階で教育法研究者として実感せざるを得ないのは、本件において最も基本的な問題となっているのは、立憲主義が想定する個人であり、かつ、日本国憲法が想定する教師であれば当然に持ちうる、その職務の中核に関わる考え方と行動が、教師の教育の自由の名の下に、憲法上の保護を受けることができるのか否かにある、ということである。この問題は、多数派から見れば“特異な”信条を持っている教師に、その個人としての“特異な”信条を理由として、国旗に正対しての国歌の斉唱を免除すべきなのかという、思想・良心の自由が持ち場とする問題とは、やはり位相を異にしている。教師の教育の自由にかかわる先の基本的な問題に正面から向き合う判断が示されることへの期待を表明して、本意見書の終わりとしたい。