

国歌斉唱義務不存在確認等請求訴訟 第1審判決の意義

成 嶋 隆

はじめに

2006年9月21日、東京地裁民事36部（難波孝一裁判長）は、東京都立学校の教職員ら401名が、入学式・卒業式などでの国歌斉唱に際して、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱するなどの義務がないことの確認などを求めた訴訟（国歌斉唱義務不存在確認等請求訴訟、いわゆる「予防訴訟」）につき、原告全面勝訴の判決（以下、難波判決）⁽¹⁾を言い渡した。難波判決は、①原告らが国旗に向かって起立し、国歌を斉唱する義務およびピアノ伴奏義務のないことを確認し、②被告都教委が原告らに対し、不起立・不斉唱・ピアノ伴奏拒否を理由としていかなる処分もしてはならないとし、さらに③被告東京都が原告全員に対し、精神的苦痛に対する慰謝料を支払うよう命じた。

難波判決が出された06年9月下旬は、第165臨時国会が召集され、前国会から継続審議となっていた教育基本法（以下、教基法）改正案の審議が再開される直前であった。臨時国会の冒頭で首班指名された安倍晋三首相は、「教育再生」を最重点課題として掲げ、この臨時国会で教基法改正案を成立させると公言していた。教基法改正案は同国会最終盤の06年12月15日に可決・成立するが、いわば戦後教育史の大きな転換点となったこの時期に出された難波判決は、各界に少なからぬインパクトを与えた。

原告の1人は「夢のような判決で信じられない」との想いを述べ、原告弁護士団長の尾山宏弁護士は、同判決が家永教科書訴訟の杉本判决（東京

地判1970.7.17)に匹敵する画期的な判決であると記者会見でコメントした。

一方、石原慎太郎東京都知事は、記者会見で「当然控訴しますよ。あの裁判官は、都立高校の実態というのを見ているのかね」と、裁判官個人に対する反感を露わにした。「1%も敗訴を予想していなかった」という被告都教委は、判決の翌日に緊急の都立高校長連絡会を開催し、「判決により行政行為は拒まれない」として従来どおりの「通達に基づく国旗・国歌の指導」を要請した。これら、地裁判決を無化しようとする動きのなか、都教委と東京都は9月29日に控訴の手続をとった。

マスコミは本判決を大きく取り上げた。新聞社説は、2つの全国紙(読売・産経)といくつかの地方紙を除き、ほとんどが判決を肯定的に受けとめている。そこでは「判決は、憲法や教育基本法の理念を踏まえ、ごく当たり前の判断を示したに過ぎない」⁽²⁾、「常識的な判断といえよう。国旗国歌を敬愛する人が多数だからといって、嫌がる人に押し付けてはいけないということだ」⁽³⁾といった論調が多い。この訴訟について報じたAERA誌の記事のタイトルも、「『違憲』判決の理路整然」⁽⁴⁾というものであった。感情論に支配されやすいこの問題を、比較的冷静にとらえているふしがかがえる。

以下にみるように、難波判決は司法判断としてそれほど大胆でも異例でもない。むしろ、通説・判例を踏まえた堅実かつオーソドックスな判示であると評してよい。にもかかわらず同判決は、「日の丸・君が代」をめぐる現在の状況、とりわけ東京都における異常ともいえる突出した状況のもとで、きわめて画期的な司法判断となった。

小論は、難波判決の検討をとおして、「日の丸・君が代」訴訟の現段階における同判決の意義について考究することを目的とするものである。

I 「日の丸・君が代」問題の経緯と「予防訴訟」の提起

1 国旗・国歌法定に至る経緯

難波判決の検討に入る前に、「日の丸・君が代」問題のこれまでの経緯を概観し、最近における問題状況を析出したい。

学校儀式への「日の丸」掲揚と「君が代」斉唱の導入は、1958年の学習指導要領改訂において、「国民の祝日などにおいて儀式などを行う場合には、児童〔生徒〕に対してこれらの祝日などの意義を理解させるとともに、国旗を掲揚し、君が代を斉唱させることが望ましい」との規定（以下、国旗・国歌条項）が盛り込まれたことがきっかけである。その後、この国旗・国歌条項は、77年改訂で「君が代」が「国歌」と改められ、89年改訂では、次のような文言に改められた。―「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。」

89年学習指導要領の告示以降、入学式・卒業式における「日の丸・君が代」の実施についての文部省・教育委員会の《指導》が徐々に強化されていく。それに伴い、これらの国家シンボルの強制に対する教職員らの《異議申立て》の事例が生起し、90年代にはこれらの事案に対する司法判断も出されるようになった⁽⁵⁾。

問題が大きく展開するのは、《憲法受難国会》と評された1999年の第145国会で、周辺事態法、通信傍受法（盗聴法）、改正住民基本台帳法、改正国会法（憲法調査会設置法）などとともに、国旗・国歌法（国旗及び国歌に関する法律）が成立してからである。

国旗・国歌の法制化については、古くは大日本帝国憲法下の1931年、当時の帝国議会で「大日本帝国国旗法案」が提出されたという経緯がある。同法案は、天皇と国旗という国家シンボルの二重性が問題とされ、結局廃案となった。その後、99年に至るまで法制化は実現せず、「日の丸・君が

代」訴訟においては、これらの国家シンボルの正当性の根拠は、いわゆる「慣習法」論に求められていた。「慣習法」論とは、たとえば「日の丸」について、「日の丸は国旗だという国民の確信を前提としたうえで法律に国旗という文言が使われている。したがって、日の丸がわが国の国旗だということは慣習法となっている」⁽⁶⁾とする議論である。この議論には、①《事実上の慣行》と《慣習法》との相違、②「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗」(法例2条)に反する慣習の慣習法としての不成立、③任意法規としての慣習法の効力などの諸点から、少なくとも「日の丸・君が代」の《強制》の根拠論としては難点があった⁽⁷⁾。この「慣習法」論の限界が、「日の丸・君が代」の法制化願望の1つの理由となっていた。

その法制化の機会は、99年2月に、広島県立世羅高校長が卒業式の前日に自殺を遂げるという出来事により訪れた。直前まで「法制化は考えていない」としていた小渕首相(当時)は、この事件を理由として国旗・国歌法制化の必要性を説き、法案の策定を指示した。開会中の第145国会に上程された国旗・国歌法案は、2か月足らずの審議の後、同年8月9日に成立した。

2 国旗・国歌法のインパクト

国旗・国歌法は2カ条のみの簡略なものである。そこには、「国旗」は「日の丸」(法律では「日章旗」)、「国歌」は「君が代」とするとの定義規定があるだけで、これらの国家シンボルに対する尊重や敬意の表明などを国民に義務づける条項はまったく存在しない。尊重義務規定については、自民党議員を中心としてこれを盛り込むべきだとの主張が根強くあった。同党の中山正暉議員らが93年にまとめた「国旗法案」には、「国旗は、厳粛に取り扱うものとし、その尊厳を汚してはならない」との規定があったが、99年の法制化ではこの種の規定が見送られた。これは、尊重義務規定に対して予想される国民の反発を考慮したことにもよるが、それ以上に、

法制化推進者の側に《法律さえできれば、国民に強制することはできる》との《読み》があったことによるものとみられる。つまり、法律に国旗・国歌を定めるだけで、ある種の《効果》が期待されていたのである。この点、西原博史は「国旗・国歌法の裏には、法制化された以上この旗、この歌が尊重に値するというような、言葉の魔力が期待されていた」⁽⁸⁾と指摘し、また広田照幸も次のように述べる。――

「国旗・国歌の強制が最も危険であるのは、…具体的な実践場面において、ナショナルなシンボルへの非同調者がチェックされ、処罰や非難の対象として可視化されていくという点にある。『国民であることに無批判な者』と『国民であることに懐疑的あるいは批判的な者』との区別を、身体レベルで可視化し、『従順で無批判な者』かどうかを一人ひとり判別する、『踏み絵』として機能するという点にある。法制化のポイントは、掲揚・斉唱を拒否する教職員を発見し、処分するという点にある。強制に伴って付随的に起きるゴタゴタ＝抵抗者の摘発こそが、実は法制化の最も重要な機能であり、危険な点なのである。」⁽⁹⁾

国旗・国歌法制化後の動向は、上に指摘された法制化の危険性を実証することとなった。法案が参院で可決・成立したその日、中央省庁の記者会見場に「日の丸」が強引に持ち込まれた。8月末、広島県の教員採用試験で「国旗・国歌をどう教えるか」という“踏み絵”的な質問がなされた⁽¹⁰⁾。9月には、高松市教育長が「教師と児童・生徒には『君が代』を歌わない自由はない」と発言。11月には、東京都八王子市立中学校の教員が、オウム真理教事件や「日の丸・君が代」問題を題材に「自分で考えることの大切さ」を生徒に訴えたことを理由に文書訓告処分を受けた⁽¹¹⁾。12月には、横浜市教委が「日の丸・君が代」に関する教員の言動を記入するチェック・シートや職務命令についてのマニュアルを学校長に配布した⁽¹²⁾。2000年に入り、1月には東京都教委が「日の丸・君が代」の指導の徹底を強く指示した⁽¹³⁾。3月には北海道砂原町長が町議会で「国旗を揚げたくない先生は町立学校にはいない」と発言している⁽¹⁴⁾。卒業式シーズンにおける事例では、広島県東広島市立高屋中学校で起きた事件が突出している。同校

の卒業式で、「国歌斉唱」時に卒業生の大半が自主的に着席したのだが、そのことについて学校が卒業生を呼び出し、事情を“聴取”したというものである⁽¹⁵⁾。同じ広島県の安浦町では、ほとんどの町立小中学校教職員が「君が代」斉唱時に着席したのに対し、町長が「法律を守れぬなら辞職すべきだ」とする手紙を教職員に郵送したという出来事も起きている⁽¹⁶⁾。一方、東京都国立市の市立第2小学校では、卒業式での「日の丸」の扱いをめぐり保護者・市民の反対運動が起きていたが、4月26日に右翼団体が大挙して押しかけ、同校を主なターゲットとして「日の丸」強要の街宣行動を繰り広げた。このため同校は、子どもの安全に配慮して午後の授業を中止するという事態に立ち至った⁽¹⁷⁾。

以上、国旗・国歌法制化後の動向をいくつか拾ってみた。これらの出来事が示すのは、「定義規定しかもたない同法が、不当な“拡大解釈”を伴って濫用されているという事実」⁽¹⁸⁾である。まさに「法制化がもたらしたのは、『日の丸・君が代』への忠誠を強要する不合理な“同調”圧力の高まり」⁽¹⁹⁾なのである。この“同調”圧力の結果、法制化後の最初の卒業式・入学式(2000年春)では、国旗掲揚・国歌斉唱の実施率が各地で急上昇した。たとえば高校の入学式における国歌斉唱実施率をみると、三重県、大阪市、神戸市では前年の0%台から一挙に100%になった。東京都も前年の5.9%から99%に跳ね上がった⁽²⁰⁾。

3 強制力点のシフト

(1) 「不起立・不斉唱・不伴奏」に対する処分

法制化以前の「日の丸・君が代」をめぐる係争は、たとえば掲揚されている「日の丸」を引きずり降ろすといった積極的な妨害行為が「信用失墜行為」などとして処分事由とされるケースが主流であった。「君が代」斉唱時に起立しない、斉唱しない、あるいは「君が代」のピアノ伴奏をしない、といった消極的な抵抗・不服従はおおむね許容されていた。しかし、

国旗・国歌法制定後、このような不作為も処分の対象とされるようになる。不起立教員の処分は、すでに北九州市では90年代初頭からなされていたが、法制化後2年目の2001年春には、広島県でも卒業式の国歌斉唱時に起立しなかった県立学校教員が訓告処分を受けるという事態となった。「予防訴訟」が起こされた東京都では、後述の「10.23通達」の発出後のいわゆる周年行事で国歌斉唱時に起立しなかった10名の教職員が戒告処分に付された。これに続き、2004年春の卒業式・入学式での国歌斉唱時の不起立を理由として、250人に迫る教職員が懲戒処分や嘱託員採用決定の取消しの対象とされた。

(2) 生徒の「不起立」と教員への処分

強制力点のシフトとして、国歌斉唱時に生徒が起立しなかったことが担任教諭らの「不適切な指導等」のせいとされ、教員が「嚴重注意」を受けるといった事例の増加が挙げられる。東京都教委が2004年5月に67人の都立学校教職員に対して行った「嚴重注意・注意・指導」という名の「処分」がその代表例である。教員と生徒との信頼関係を逆手にとったものであり、「日の丸・君が代」強制的究極のターゲットが児童・生徒にあることを示すものといえよう。これについて2つのコメントを紹介する。東京都立千歳丘高校教諭で「予防訴訟」原告の1人である宮村博は、『「生徒が起立しなければ、先生たちが処分されますよ。(だから、起立・斉唱しなさい)」』というこの論理は、先生を人質にして生徒に『起立・斉唱』を押し付けるという狡猾卑劣な仕掛けである⁽²¹⁾とする。西原博史は、新聞紙上のコメントで次のようにいう。—

「教師が右を向けと言えば、子どもは右を向く。これが都教委の高校生観だ。子どもには自分で考える力などなく、『思想・良心の自由』という基本的人権など不要だといわんばかりだ。教師は生徒の不起立の結果責任を問われ、処分されたくないければ、子どもが内心を押し殺して立つよう指導させられる。生徒も自分の思い通りに行動したら、先生に迷惑がかかると心配する。教室での関係を利用する手法は、

直接『立て』と命じるより卑劣だと思う。』⁽²²⁾

国歌斉唱時の「不起立の有無」や「声量」の調査は全国的に広がりつつある。新聞報道によれば、広島県教委と広島市教委は、全小中高校の校長に不起立の人数を文書で報告させている。新潟県教委は高校について報告文書の中で全員起立からほとんど不起立までの5項目に○をつけさせている。斉唱時の様子については、沖縄県教委が、全小中高校に、斉唱時の子どもの様子を文書で尋ね「ほとんど歌えた」「半数」「一部」の3段階で回答させている。また福岡県久留米市は2004年、市内の全小中学校における国歌斉唱につきその声量を調査し、「大」「中」「小」の3段階で評価したという⁽²³⁾。

(3) 刑事訴追

2004年3月、都立板橋高校の卒業式に来賓として招かれた同校の元教諭が、開式前に保護者らに国歌斉唱時に起立しないよう呼び掛けたなどとして、威力業務妨害罪で在宅起訴されるという事件が起きた。「日の丸・君が代」強制に反対する表現行為が刑事処罰の対象となったのである。この事件に関する1審・東京地裁は2006年5月30日、無罪主張を退け、罰金20万円(求刑・懲役8カ月)の判決を言い渡した。村瀬均裁判長は「式の遂行は現実に妨害された」として威力業務妨害罪の成立を認めた。ただし、「元教諭に対する非難は免れないが、元教諭は式の妨害を直接の目的としたのではなく、式もほぼ支障なく実施された」と述べ、懲役刑ではなく罰金刑が相当と結論づけた⁽²⁴⁾。

(4) 来賓・保護者への波及

「日の丸・君が代」をめぐる最近の状況で最後に指摘すべき点は、その「強制」の対象として式典に参加する来賓や保護者も含まれるようになってきたことである。たとえば、埼玉県戸田市では教育長が市議会で、同市立小中学校の卒業式や入学式の「君が代」斉唱の際に起立しない来賓や保

護者について「はらわたが煮えくり返る」と答弁、調査する意向を表明した。東京都品川区では2001年、教育長らが「君が代」斉唱時に起立しない来賓を今後招待しない方針を示した。2004年4月、中野区立小学校の入学式で当時PTA会長だった男性が教職員の大量処分に触れ、「子どもたちが内心の自由を傷つけられるような事態にならないことを願う」と発言した。その後、PTA会長を辞任した男性は「発言を問題視した校長に辞表を書くよう迫られた」と主張し、東京弁護士会は2006年3月、人権侵害に当たるとして、当時の校長と副校長に警告書を出している。2006年春の都立高校の卒業式では、前任校に招待され、来賓席で起立しなかった教員が職務命令を受けていなかったにもかかわらず、「公務員として不適切」とされ、都教委から嚴重注意を受けた⁽²⁵⁾。このように、教委の処分権の及ばない来賓等までがターゲットにされつつある実態がある。

4 都教委「10.23通達」

以上、概観してきたように、東京都で最も突出している「日の丸・君が代」の強制は、今や国歌斉唱の際の不起立・不唱和という最低限の消極的抵抗さえ許されず、また、生徒の不起立・不唱和を理由とする教員への「嚴重注意」など教育的な信頼関係を逆手にとった卑劣な手段が用いられ、さらには開式前の保護者への訴えが「威力業務妨害」として刑事訴追を受けるという段階にまで至っている。この異常さを象徴するのが、東京都教委が2003年10月23日に発し、「予防訴訟」の審理の中心的な対象となった国旗掲揚・国歌斉唱に関する「10.23通達」（「通達」および「実施指針」）である。重要な文書であるので、煩をいとわず全文を引用する。

- 「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）
 - 1 学習指導要領に基づき、入学式、卒業式等を適正に実施すること。
 - 2 入学式、卒業式等の実施に当たっては、別紙「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」のとおり行うものとする。

- 3 国旗掲揚及び国歌斉唱の実施に当たり、教職員が本通達に基づく校長の職務命令に従わない場合は、服務上の責任を問われることを、教職員に周知すること。

●「別紙 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」
(実施指針)

1 国旗の掲揚について

入学式、卒業式等における国旗の取扱いは、次のとおりとする。

- (1) 国旗は式典会場の舞台壇上正面に掲揚する。
- (2) 国旗とともに都旗を併せて掲揚する。この場合、国旗にあつては舞台壇上正面に向かって左、都旗にあつては右に掲揚する。
- (3) 屋外における国旗の掲揚については、掲揚塔、校門、玄関等、国旗の掲揚状況が児童・生徒、保護者、その他来校者が十分認知できる場所に掲揚する。
- (4) 国旗を掲揚する時間は、式典当日の児童・生徒の始業時刻から終業時刻とする。

2 国歌の斉唱について

入学式、卒業式等における国歌の取扱いは、次のとおりとする。

- (1) 式次第には、「国歌斉唱」と記載する。
- (2) 国歌斉唱に当たっては、式典の司会者が、「国歌斉唱」と発声し、起立を促す。
- (3) 式典会場において、教職員は、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。
- (4) 国歌斉唱は、ピアノ伴奏等により行う。

3 会場設営等について

入学式、卒業式等における会場設営等は、次のとおりとする。

- (1) 卒業式を体育館で実施する場合には、舞台壇上に演台を置き、卒業証書を授与する。
- (2) 卒業式をその他の会場で行う場合には、会場の正面に演台を置き、卒業証書を授与する。
- (3) 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。

- (4) 入学式、卒業式等における教職員の服装は、厳粛かつ清新な雰囲気の中で行われる式典にふさわしいものとする。

上掲のとおり「10.23通達」は、国旗掲揚・国歌斉唱の方法を具体的に指示し、これに基づく校長の職務命令に従わない場合は服務上の責任を問われる（=懲戒処分に付される）とした職務命令である。同通達以降、東京都の公立学校では卒業式・入学式が近づくと、校長から教職員に対して国歌斉唱の際の起立・斉唱を命じる職務命令が発せられ、式当日は都教委職員の監視の下で教職員は起立・斉唱を強制されるようになった。音楽教師には、国歌斉唱時のピアノ伴奏が命じられた。起立・斉唱・ピアノ伴奏を拒んだ教職員に対しては、職務命令違反として戒告・減給・停職等の懲戒処分が発動された。被処分者は、難波判決の時点で345人に達している。定年後の再雇用を予定されていた教員がこれを取り消されたり、更新を拒絶されたりするケースもある。さらには「服務事故再発防止研修」と称する研修への出席が命じられ、「反省」を迫られるといった新しい制裁措置もとられるようになった。

5 「予防訴訟」の提起

前節に紹介した「日の丸・君が代」強制に抗して、東京都の教職員たちは処分の取消などを求める人事委員会への審査請求や行政訴訟の提起など様々な異議申立てを行ってきた。しかし、処分がなされた後に処分の取消や損害賠償を求めるのは、いわば後手に回った対応であり、処分が下された時点で抵抗の芽が摘み取られてしまうという弱点がある。こうした状況のなかで考え出されたのが「予防訴訟」である。その名のとおり、職務命令を出され、それに従わなかったことで懲戒処分を受ける前に、起立や斉唱の義務のないことの確認を裁判所に求める訴訟である。「予防訴訟」

のアイデアにつき、原告弁護団副団長の澤藤統一郎は次のようにいう。

—
「10.23通達に接して、『処分を覚悟で、強制に屈せず不服従を貫く』という迷わない方針を固めている教員は、おそらく一握りの少数だろう。迷っている人も、心ならずも起立・斉唱の命令に従わざるをえないと考えている人も、ともに参加できる運動形態が求められている。そして、事後に挫折感を持たずに済む異議申立の方法が模索されている。そのようなものとして、本件『予防訴訟』の提訴が構想された。」⁽²⁶⁾

また、前出の宮村博も「予防訴訟」の意義を次のように説明している。

—
「…心ならずも起立・伴奏する人たちにとっても、やはり闘いは必要だ。職務命令にただ服従させられ、異議申し立ての場すらもてないままでは、教職員として精神的自壊につながりかねないからである。訴訟という形態で『私は納得できない』という堂々たる意思表示をする、その上で実際の場面での対処は柔軟にという闘いがあってもよい。むしろ大多数の教職員にとってはそうした性格の闘いが求められているのではないだろうか。一度は処分を受けたが、不起立をくり返して職を失うことはできないという教職員にとってもこの闘いは重要である。予防訴訟はまさにそのために用意されたというべき、しなやかで、したたかな性格を持つ闘いである。」⁽²⁷⁾

このような意義づけがなされた「予防訴訟」ではあったが、これまでの事後救済的な「日の丸・君が代」訴訟において被処分者側が相次いで敗訴しているなかで、この種の訴訟の提起は大きな冒険でもあった。この点につき澤藤は、次のように述懐する。—

「運動論としては、〔予防訴訟〕提起の意味は明瞭であった。…だが、本当にそのような訴訟に成算があるだろうか。〔改正前〕行政事件訴訟法には、そのような類型の訴訟形態は明文では存在しなかった。判例では、明文規定がなくても『無名抗告訴訟』として、例外的にそのような訴訟を適法とする余地あることはされている。しかし、『余地あること』が現実的な成算を意味するものではない。実務上では『ラクダが針の穴を通るほどに困難』とされているのが常識だ。実務感覚では、

『予防訴訟は無謀訴訟』。直ちに門前払いの却下判決とならないだろうか。疑問は大きかった。』⁽²⁸⁾

この述懐のとおり、「予防訴訟」は実務の常識からすればまさに異例の裁判であったのである。

II 難波判決の検討

1 訴訟要件論—事前救済の許容

本章では、「予防訴訟」というユニークな訴えに対する難波判決の説示を分析する。

難波判決の第1の特徴としてまず挙げられるのは、「予防訴訟」の適法性を認定し、「日の丸・君が代」をめぐる争訟に新しい地平を拓いたことである。

本件のような公的義務不存在確認請求および予防的不作為請求を内容とする無名抗告訴訟の適法性については、勤務評定に係る自己評価書の作成指示が教員の思想・良心の自由の侵害に当たるとして、その作成義務のないことの確認が求められた「長野勤評事件」の最高裁判決（1972.11.30）⁽²⁹⁾がリーディング・ケースとなっている。同判決は、「事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情がある場合」には、予防的不作為請求訴訟が適法となる余地があるとした。同判決についての最高裁調査官の解説は、その趣旨を次のように明快に説いている。—

「自己の憲法上の権利を侵害するがゆえに、無効と信ずる法令等によりある義務を課せられた者が、その義務の不履行に対する不利益処分のおそれのために心ならずも、憲法上の権利を放棄してその義務を履行するか、それとも、あえて義務の履行を拒否して不利益処分を受けるかという選択を余儀なくされているような場合には、それが真に救済を必要とするものである限り、現実の不利益処分が行われる前

であるからといって、司法的介入を拒否する理由はない。」⁽³⁰⁾

原告らが求めた事前の救済に対し、難波判決は、①起立・斉唱などを命ずる職務命令が違法であった場合に侵害されるのは思想・良心の自由という精神的自由権であり、権利侵害があった後に処分取消請求、慰謝料請求等ができるとしても、事後的救済には馴染みにくい権利であること、②入学式や卒業式は毎年繰り返されることから権利侵害の程度が看過し難いこと、③職務命令に違反する毎に懲戒処分等の不利益処分を受けることが確実であること、④その処分は戒告、減給、停職と回を重ねる毎に重くなること、などの諸点をあげ、本件には「事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情がある」と結論づけた。

「日の丸・君が代」をめぐる争訟における事前救済の要否という論点については、国歌斉唱等をしなかったことを理由に懲戒処分を受けた教職員を対象とする「服務事故再発防止研修命令」について、その効力の停止を求める申立てがなされた事案で、東京地裁が次のように説示していた。一

「仮に、…申立人らに何らかの損害が発生したとしても、それは、その段階で金銭賠償を求めたり、当該処分等の効力を争うことによって別途回復可能と考えられる…。」⁽³¹⁾

この判示は、直接には執行停止に関する(改正前)行訴法25条2項の「回復の困難な損害を避けるため緊急の必要があるとき」に該当するかという点についてのものだが、事前救済の要否に関する判断という点では共通性がある。同決定は、別の箇所で「研修の意義、目的、内容等を理解しつつ、自己の思想、信条に反すると表明する者に対して、何度も繰り返し同一内容の研修を受けさせ、自己の非を認めさせようとするなど、公務員個人の内心の自由に踏み込み、著しい精神的苦痛を与える程度に至るものであれば、そのような研修や研修命令は合理的に許容されている範囲を超えるものとして違憲違法の問題を生じる可能性がある…」と述べているが、服務事故再発防止研修が「違憲違法の問題を生じる可能性」はきわめて濃厚であったにもかかわらず、事前救済(この場合は執行停止)を認めなかった。

これに対して難波判決は、被害利益である精神的自由権の特質（＝事後的救済になじまないこと）を1つの理由として本件訴訟の適法性を認定したのである。訴訟の入り口のところでのこの判示は、精神的損害についての慰謝料請求を認容した点とともに、難波判決が本件事案の本質―国旗・国歌の強制による原告ら教職員の精神の自由の重大な侵害―を的確にとらえていることを物語っている。

2 思想・良心の自由の制約事案としての把握

難波判決で次に注目されるのは、本件を原告ら教職員の思想・良心の自由の制約が問題となった事案として把握した点である。その論旨は、以下のとおりである。―

①「日の丸、君が代は、明治時代以降、第二次世界大戦終了までの間、皇国思想や軍国主義思想の精神的支柱として用いられてきたことがあることは否定し難い歴史的事実であり、国旗・国歌法により、日の丸、君が代が国旗、国歌と規定された現在においても、なお国民の間で…日の丸、君が代が価値中立的なものと認められるまでには至っていない…。」

②「このため、国民の間には、…国旗掲揚、国歌斉唱に反対する者も少なからずおり…、このような世界観、主義、主張を持つ者の思想・良心の自由も、他者の権利を侵害するなど公共の福祉に反しない限り、憲法上、保護に値する権利というべきである。」

③「確かに、…教職員に対して、〔起立・斉唱・ピアノ伴奏〕命じたとしても、特定の思想、良心を抱くことを直接禁止するものとははいえない。しかし、…宗教上の信仰に準ずる世界観、主義、主張に基づいて、〔起立・斉唱・ピアノ伴奏〕拒否する者が少なからずいるのであって、このような世界観、主義、主張を持つ者を含む教職員らに対して、処分をもって上記行為を強制することは、…このような思想を持っている者に対し不利益を課すに等しい…。」

④「したがって、教職員に対し、一律に、〔起立・斉唱・ピアノ伴奏の〕義務を課すことは、思想・良心の自由に対する制約になる…。」

⑤「被告らは、〔本件通達に基づく校長の職務命令は〕教職員に対し一定の外部的行為を命じるものであり、当該教職員の内心領域における精神活動までを制約するものではなく、思想、良心の自由を侵害していないと主張する。…しかし、人の内心領域の精神的活動は外部的行為と密接な関係を有するものであり、これを切り離して考えることは困難かつ不自然であり、入学式、卒業式等の式典において、国旗に向かって起立したくない、国歌を斉唱したくない、或いは国歌をピアノ伴奏したくないという思想、良心を持つ教職員にこれらの行為を命じることは、これらの思想、良心を有する者の自由権を侵害している…。」

上掲判示で注目されるのは、まず「日の丸・君が代」が国民の間で「価値中立的」なものとは認められていないとした部分(判旨①)である。

「日の丸・君が代」訴訟において、これらの国家シンボルの憲法適合性が争点となったケースがいくつかあるが、裁判所はさほど深い考察を行うことなく簡単に合憲と判断してきた。そのなかにあつて、京都「君が代」訴訟の1審・京都地裁判決が次のように判示しているのが眼を引く。—

「国歌とか、それと同視される歌は、国民各人の心の深層に内在するシンボルの一つでもある。国歌ないしこれに準ずるものとして、君が代の内容が相当か否かは、内心に潜在するシンボルの適否の問題といえる。それはもともと、国民ひとりひとりの感性と良心による慣習の帰すうに委ねられるべき性質のものなのである。…国歌とされるものの歌詞や曲が二義を差し挟まない程度に明らかに憲法を誹謗し、破壊するものであることが明白でない限り、その適否は、…裁判所の司法判断に適合しないものである。」⁽³²⁾

このように京都地裁判決は「君が代」の憲法適合性の判断を回避するものであるが、判旨から逆に読み取れるのは、「国歌とされるもの」を国家が国民に強制することの問題性であろう。同判決について棟居快行がコメントするとおり、「要するに、『君が代』を国のシンボルとみなすか、また、いかなる国家像のシンボルとみなすかの判断は、各人にゆだねられるべきだ、ということであろう。そうであれば、多数の国民が『君が代』を国のシンボルだと考えたからといって、それを国家権力が少数者に押しつけることは許されない」⁽³³⁾ということになるのである。

本件では「日の丸・君が代」自体の憲法適合性は争点とはされていない。にもかかわらず難波判決が先のような判示を行ったのは、「日の丸・君が代」の「非価値中立性」つまり、これらのシンボルが論争の主題(controversial issue)であり続けていることを指摘することにより、諸個人のこれらのシンボルに対する信条の真摯性を導出するためとみられる。上掲判旨②および③にみられるように、難波判決は、憲法19条の保護する「思想・良心」を「宗教上の信仰に準ずる世界観、主義、主張」ととらえ、講学上のいわゆる「信条説」ないし「狭義説」に立っている。同説においては、内心における精神活動のうち諸個人の人格形成の核心にかかわるものが19条により保護されることになり、当然に当該個人の人格にかかわる真摯な精神作用が念頭におかれる。難波判決は、諸個人の「日の丸・君が代」に対する信条の真摯性を語ることで、本件を思想・良心の制約の問題と把握しえたのである。この点は、いわゆる「ココロ裁判」の1審・福岡地裁判決が、「君が代の歌詞については様々な解釈があることからすれば、君が代を歌えないという考えは、原告らの人間観、世界観と直接に結び付くものではなく、君が代を歌うこと自体は必ずしも原告らの思想、良心に反する外部的行為であるということとはできない。したがって、君が代を歌うことに対する原告らの嫌悪感、不快感に一定の配慮をすることが必要であるとはいえるとしても、本件職務命令がただちに憲法19条に違反するということとはできない」⁽³⁴⁾と判示しているのとは対照的である。

福岡地裁判決に対しては、「各人が『様々な解釈』をし、多くの不利益を受けてまで自分の考え方を守ろうとしている場合には、当該個人にとって重要な意味をもつ思想や良心と直接結びついた考え方が問題となっているからだ」と想定することは、不自然ではなからう⁽³⁵⁾とのコメントや、同判決が原告らの「君が代」斉唱拒否の動機を「嫌悪感・不快感」ととらえ、斉唱しない教師たちを目にする参列者の「嫌悪感・不快感」と同列においたことにつき、「裁判所が高みに立って、当事者が主張する良心的判断の推論過程に評価を加えることは、憲法19条を適用する際には極めて不適切

である。裁判所が良心内容によって保護に値する思想・良心と保護に値しないものを区別するなら、それは特定良心の法的強制を意味するだろう⁽³⁶⁾との批判がある。

「日の丸・君が代」に対する諸個人の信条、とりわけこれらのシンボルに対する抵抗・拒否の信条を当該個人の「人間観・世界観」と結びつけた真摯なものと認めるか否かは、当該事案に対する司法判断において、いわば分水嶺の意味をもつ。福岡地裁判決にみられる独善的な司法の姿勢を、難波判決は正当にも否定したのである。

先の判旨⑤も重要な判示である。ここに示された《内心領域・外部的行為不可分論》は、同種の事案で多用される《可分論》に対置されるものだが、近年の憲法学界の多数説にも合致するきわめて妥当な判示である。

「内心領域」と「外部的行為」の関係という論点は、これまで憲法19条の保障内容ないし法的効果(視点を変えると、19条のもとで許容されない思想・良心の自由の侵害態様)の問題として論じられてきた。従来通説は、19条の保障内容として、①国家権力による特定の思想の強制の禁止、②思想を理由とする不利益取扱いの禁止、③国家権力による思想の告白強制、推知の禁止(沈黙の自由の保障)の3点を挙げてきた⁽³⁷⁾。この3類型論に即して、たとえば「君が代」斉唱に対する消極的な拒否行為が懲戒事由となった事案は類型③の問題になるといった議論がなされてきた。本件で原告側が提出した土屋英雄の意見書も「沈黙の自由」論的構成をとり、次のように述べていた。—

「外部からの一定の作用、働きかけ(命令、要求、勧誘、推奨など)によって、自己の思想・良心の領域が侵害されようとしている場合に、その思想・良心を保護するため、外部からのそうした作用、働きかけに対して防衛的、受動的にとる拒否の外的行為は、自己の思想・良心の自由の保障に不可欠な、思想・良心の外部的表出として19条の保障対象となる…。」⁽³⁸⁾

「沈黙の自由」論は、「日の丸・君が代」強制に対する消極的抵抗の事案において一定の効用が認められるが、本件を含むほとんどの事案で、「沈

黙の自由」が保護すべき「内心の状態を推知されない利益」は問題とされていない。当事者の意識においては、抵抗・拒否の根拠としての内心における思想・良心が露顕すること自体には関心が向けられず、自己の思想・良心と衝突する外部的行為の強制が問題となっているのである。この点からすれば、従来の類型論における①の類型を敷衍し、端的に「内心における思想・良心を侵害する行為を強制されない権利」を憲法19条の保障内容として挙示する西原博史の議論⁽³⁹⁾が説得力をもつだろう。ここで問題となるのは、自己の思想・良心に反する行為の拒否権という防御的な権利が19条により保障されるかどうかという点である。難波判決は、先の判旨③ないし⑤にみられるとおり、このような防御権つまり「思想良心を防衛するための不起立・不斉唱・不伴奏という不作為の外部表出行為を、19条の保障対象として認めた」⁽⁴⁰⁾のである。

3 学習指導要領論

(1) 学習指導要領の法的性格をめぐる学説の展開

思想・良心の自由の制約の問題として本件を位置づけた難波判決は、次に「思想、良心の自由といえども…外部に対して積極的又は消極的な形で表されることにより、他者の基本的人権を侵害するなど公共の福祉に反する場合には、必要かつ最小限度の制約に服する」とし、原告らに対し起立・斉唱・ピアノ伴奏の義務を課すことが「公共の福祉による必要かつ最小限度の制約又は教職員の地位に基づく制約として許されるか」という問いを設ける。そして、被告がこれらの「義務」の根拠として主張する①学習指導要領の国旗・国歌条項、②国旗・国歌に関する「10.23通達」、③「10.23通達」に基づく各校長の職務命令について順次検討を加えた。

上記①の学習指導要領については、判例上も学説上も、その法的性格をどのようにとらえるかが激しく争われてきた。文部（科学）省による行政解釈は、「教育課程の国家基準である学習指導要領は、学校教育法20条の

委任を受けた同法施行規則25条の再委任に基づく法規命令であり、事項により強弱はあるが、全体として法的拘束力を有する」⁽⁴¹⁾とする法規説(法的拘束力肯定説)である。学校教育法20条は「小学校の教科に関する事項は、…文部科学大臣が、これを定める」との規定であり、また同法施行規則25条は「小学校の教育課程については、…教育課程の基準として文部科学大臣が別に公示する小学校学習指導要領によるものとする」と定める⁽⁴²⁾。法規説は、このような法令規定の授権・委任の連鎖構造に着目し、その連鎖の末端に位置する学習指導要領の国家基準性と法規性を弁証しようとするものである。

この行政解釈に対して初期の教育法学説が唱えたのが大綱的基準説である。同説は、「教育課程に関する国の法規命令事項は、『ごく大綱的な基準』、すなわち、小・中学校の教科と時間配当、高校においては教科・科目・授業時数・単位数などに限られる」とし、「各教科の教育内容・方法・教材について詳細に定める学習指導要領は、大部分が委任の限界を超え、法規命令として法的拘束力をもちえず、指導助言文書としてのみ適法と解される余地がある」⁽⁴³⁾と説くものである。大綱的基準説に対しては、肯定的な評価もなされたが、大綱的基準の範囲が不明確である⁽⁴⁴⁾、あるいは「大綱か細目かは、量的差異にすぎず、相対的であるのみならず、そのような量的差異にもとづいて違法性の有無を異にするのは論理一貫しない…。大綱たると細目たるとを問わず、教育内容・方法に関するかぎり、指導・助言の効力しかもちえない」⁽⁴⁵⁾との批判が提起された。その後、外的条件説(法的拘束力のある部分は教育の内容ではなく教育条件の一種であるとする説)⁽⁴⁶⁾を経て、現在の教育法学界において最有力説と目されているのは、兼子仁の提唱した学校制度的基準説である。同説は、先の大綱的基準説が「教科目等の学校制度的基準を超えて教科教育内容にわたる法規的基準をも容認する余地をふくむ限り、疑問としなければならない」としたうえで、学校教育法が「教科に関する事項」として立法化を許容するのは「施設設備から学校組織規模(学校・学級規模、教職員数)をへて学校教育組織編制(入学・卒業資格、教育編制単位)に及び、教科目等に終わる」学校制度的基準

であると唱えた。そしてこの見地から「学習指導要領の告示は、学校教育内容にかんする国（中央教育行政機関）の指導助言の基準が公示されたものであり、全体として、法的拘束力を有する法規ではない（法規として法的拘束力を有するものではない）」と主張した⁽⁴⁷⁾。この学校制度的基準説につき市川須美子は、「大綱的な『教育内容基準』の余地を残す『大綱的基準』説の不明確さ、不徹底さを否定し、文部大臣の有する行政立法権の限界を教科目名までと明示したこと」⁽⁴⁸⁾に同説の意義を見出している。私見も、以下の理由により学校制度的基準説を妥当と考える。—

戦後教育改革において樹立された教育法制上の原則の1つである教育立法・行政における法律主義は、国民代表議会の民主的正当性の承認に基づき、教育に関する事項を議会制定法（法律）により規律することを求める（憲法26条など）。それ自体、民主主義的な原則ではあるが、教育の自由・自律性の尊重の要請から、法律主義には一定の限界が措定されている。すなわち、教育に関する事項のうち教育の内容・方法に関わる部分（内的事項）については、本来国民の文化的自治に委ねられるべきものであり、立法的関与は原則として否認されるということである。法律主義のもとで予定されるのは、基本的には教育の外的事項への立法的関与すなわち条件整備立法に限定される。また法律主義のもとでは行政立法への委任は個別のかつ限定的なものでなければならず、包括的な白紙委任は許されないことになる。この観点をふまえて教育課程法制のありかたを検討するとどうなるか。教育課程とは「教育目的および目標を達成するために、各学校において必要な教育の内容を選択し、組織し、提供する教育計画」⁽⁴⁹⁾と定義されており、それ自体教育の内的事項を含む。したがって、先の原則よりすれば教育課程を対象とする立法の関与は否定されるか、かりに教育課程立法が許容されるとしても、それは教育課程のうちいわば外枠にあたる部分のみを対象としうるにすぎないことになる。この教育課程に関する立法化の限界を示したのが学校制度的基準説とみることができる。同説の立場から、先の法規説が着目していた法令の授権・委任の連鎖構造を検討すると、

まず学校教育法20条にいう「教科に関する事項」の内容は、「教科目等に終わる」とされる学校制度的基準をさすものと解さざるをえない。とすれば、同法施行規則25条が「教育課程の基準」の定立を文部科学大臣に再委任していることは、立法の委任の限界をこえる違法があるとしなければならない。「教育課程」は「教科に関する事項」をすべて包含するばかりでなく、「教科外活動」をも含むからである。してみると、現在の学習指導要領が教育課程の全般にわたりその基準を定立するものである限り、それは立法の委任の限界を逸脱するものとして、本来その法規性は否定されることになるのである⁽⁵⁰⁾。

(2) 学習指導要領の法的性格をめぐる判例

① 学力テスト事件最高裁判決

学習指導要領の法的性格に関する上記の諸学説は、判例法理と切り結ぶかたちで展開してきた。60年代初頭の全国一斉学力テストの実施に反対する教職員らの行動が公務執行妨害罪等に問われた一連の学力テスト裁判では、学力テストの適法性の争点との関連で、学習指導要領の法的性格(法的拘束力の有無)が争われた。同訴訟に決着をつけた1976年の最高裁判決(以下、学テ最高裁判決)は、この争点につき次のように判示した。—

「…国の教育行政機関が法律の授権に基づいて義務教育に関する普通教育の内容及び方法について遵守すべき基準を設定する場合には、教師の創意工夫の尊重等〔旧〕教基法10条に関してさきに述べたところのほか、…教育に関する地方自治の原則をも考慮し、…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ものと解しなければならないけれども、右の大綱的基準の範囲に関する原判決の見解は、狭きに失し、これを採用することはできない…。これを…学習指導要領についていえば、文部大臣は、学校教育法38条、106条による中学校の教科に関する事項を定める権限に基づき、普通教育に属する中学校における教育の内容及び方法につき、…教育の機会均等の確保等の目的のために必要かつ合理的な基準を定めることができるものと解すべきところ、本件当時の中学校学習指導要領の内容を通覧するのに、

おおむね、中学校において地域差、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と認められるのであり、その中には、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が幾分含まれているとしても、右指導要領の下における教師による創造的かつ弾力的な教育の余地や、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おり、全体としてはなお全国的な大綱的基準としての性格をもつものと認められるし、また、その内容においても、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は全く含まれていないのである。それ故、上記指導要領は、全体としてみた場合、教育政策上の当否はともかくとして、少なくとも法的見地からは、上記目的のために必要かつ合理的な基準の設定として是認することができるものと解するのが、相当である。⁽⁵¹⁾

上記のように最高裁は、教育内容への国家関与が「必要かつ相当と認められる範囲」において許容されるとの前提にたち、文部大臣が「教育における機会均等の確保」「全国的な一定水準の維持」という目的のために「必要かつ合理的」な範囲で教育課程の「大綱的」な基準を設定しようと判示した。そのかぎりでは、「最高裁は、『一種の大綱的基準説』を採用しながら、同説に潜在的に含まれていた『教科教育内容基準』への転換の可能性を最大限に利用し、指導要領全体を『大綱的基準』に拡大してしまった…。この意味では、確かに『大綱的基準のせん称』であり、『細目的基準論』ではある」⁽⁵²⁾との評価が妥当しよう。ただし、同判決には次のような制限的判示があることにも留意しなければならない。それは上掲判旨の後段部分で、同判決が学習指導要領のありかたにつき、①法的拘束力をもつべきではない部分がある、②「教師による創造的かつ弾力的な教育」や「地域ごとの特殊性を反映した個別化」の余地を残すべきである、および③「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」すべきではない、という3つの《限定》を付した点である。後にみる

ように、この留保は学習指導要領の国旗・国歌条項の法的拘束力の有無を判断する際に重要な意味をもつことになる。

② 伝習館高校事件最高裁判決

学習指導要領の法的性格について判断した最高裁判決としては、このほか伝習館高校事件に関する第1小法廷判決⁽⁵³⁾がある。この事件は、福岡県立伝習館高校の3人の社会科教師が、教科書使用義務違反、学習指導要領違反などにより懲戒免職処分が付されたのに対し、その取消しを求めた事案である。本件1審判決⁽⁵⁴⁾は、学習指導要領には法的拘束力を有する部分と指導助言文書たる部分とがあるとし、問題とされた教科の目標規定などの拘束力を否認した。次に2審判決⁽⁵⁵⁾は、学テ最高裁判決を恣意的に援用し、学習指導要領は「必要かつ合理的な大綱的基準」を定めるものとして法的拘束力があるとした。ただし学習指導要領の懲戒処分法規としての適用については、「違反の明白性」および教師の裁量を考慮した「留意事項」という《二重の絞り》をかけている。そして最高裁判決は、学テ最高裁判決が学習指導要領の法規性を認めたとの前提にたち、実質的な理由を示さずに2審判決を是認した。しかも学習指導要領の具体的適用では2審判決よりも教師の裁量を制約する方向を示し、2審では違反の程度が著しくないとされた2名の教師についても、学習指導要領からの逸脱が著しいとしてその懲戒処分を適法とした。伝習館高校事件の最高裁判決は、教師の具体的な教育活動と学習指導要領との関係についての判示であったため、「日の丸・君が代」事案に関する下級審判決のいくつかがこれを援用し、文部当局も学習指導要領の法規性を認めた同判決を《錦の御旗》のごとく援用している。

しかし同判決には見過ごせない問題点がある。たとえば市川須美子は、次のように同判決を批判している。――

「最高裁学テ判決のいまだ抽象的レヴェルでの指導要領論でみせた慎重さからすると、本判決の判示の論理の粗雑さ、とりわけ『教育の自主性』に対する配慮の不

十分さが指摘しうる…。学習指導要領の法規性を確認した本判決は、その限りで、最高裁学テ判決の判例解釈論争（…）に決着をつけたかにも見えるが、法規性を肯認した理由が全く示されていないので十分に説得的であるとはいえず、学習指導要領の法的拘束力問題についての確定的判例とは位置づけえないように思われる。」⁽⁵⁶⁾

伝習館最高裁判決については、筆者も次のような批判を行った。—

「1990年に下された本件上告審判決は、学テ判決の援用において前の2つの判決〔本件1審および2審判決〕よりもさらに恣意的である。すなわち同判決は、冒頭から『高等学校学習指導要領…は法規としての性質を有するとした原審の判断は、正当として是認することができ、右学習指導要領の性質をそのように解することが憲法23条、26条に違反するものでないことは、最高裁〔学テ〕判決の趣旨とするところである』と断じているが、これは、学テ判決が学習指導要領の法規性を全面的に肯定したとの“読み込み”に基づく独断的・恣意的な判旨といえよう。さらに問題なのは、同判決が学習指導要領の懲戒処分法規としての適用にあたり、2審判決が示した配慮をいっさい無視し、本件懲戒処分のすべてを適法とした点である。」⁽⁵⁷⁾

(3) 国旗・国歌条項の法的性格をめぐる判例

ここまでは、学習指導要領が全体としていかなる法的性格を有するかという点に関する学説・判例を検討してきた。以下では、「日の丸・君が代」訴訟において常に問題とされる学習指導要領の国旗・国歌条項（「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」）に関する判例（人事委員会裁決を含む）を検討する。まず、この点に言及したいいくつかの判決等の該当箇所を引用する。

① 東淀川高校「日の丸」掲揚事件1審判決

「〔国旗掲揚条項は〕明日の日本を担うべき高校生に対する教育指導方針としては非難されるべきところではなく、有意義かつ当然のことを示している。」「国旗掲揚条項は、教育の内容、方法に関するものではあるが、その内容は、許容される目的のために、法令に適合した、必要かつ合理的なものというべきであり、少なくとも

学校教育法…に定められた委任の限界を超えているものと認めることはできない。また、本件国旗掲揚条項の文言は、…『…指導しなければならない』等、より強い拘束性や強制力を伴うような表現が使用されていないのであるが、これは、…右指導の内容や程度は各地の実情等に合わせて実施することができる余地を残しているものといえるのであり、このような右条項の文言自体からも、これが、高等学校教育における機会均等及び全国的な一定水準の維持を図るために設けられた大綱的な基準であることも明らかである。』⁽⁵⁸⁾

② 大阪市立鯉江中学校事件1審判決

「本件学習指導要領は、…教育の目的の遂行に必要な諸条件の整備の一環として、文部大臣が、中学校の教科に関する事項を定める権限に基づいて、普通教育に属する中学校における教育の内容等について基準を定めたものを告示したものであって…、法的効力を有するといえる。唯、右基準は、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基準にとどめられるべきものと解される。したがって、学習指導要領の個別の条項が、右大綱的基準を逸脱し、また、内容的にも、教師に対し、一方的な一定の理論や観念を生徒に教え込むことを強制するような内容ならば、それは、〔旧〕教育基本法10条1項の『不当な支配』に該当するものとして、法的効力は否定される場合もありうると解される。」「国旗掲揚条項…の趣旨は、憲法を受けた〔旧〕教育基本法1条にいう教育の目的に反するものとは言い難く、その性質上、全国的になされることが望ましいものであるから、これを学習指導要領の一条項として規定することは、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、必要なものといえる。」「国旗掲揚条項は、…一般的普遍的な基準を示すものであり、…具体的な国旗の掲揚方法等についても何ら指示するものでもない。…どのように行うかは、各学校の判断に委ねられているから、決して一義的な内容というものではない。以上の点から考えると、国旗掲揚条項は、前記大綱的基準を逸脱するものではない。』⁽⁵⁹⁾

③ 大津「日の丸」訴訟1審判決

「国旗条項は、日本人としての自覚を養い、国を愛する心を育てるとともに、生

徒が将来、国際社会において尊敬され、信頼される日本人として成長していくためには、生徒に国旗に対して正しい認識を持たせ、それらを尊重する態度を育てることが重要なことであること、入学式、卒業式は、学校生活に有意義な変化や折り目をつけ、厳粛かつ清新な雰囲気の中で、新しい生活への動機付けを行い、学校、社会、国家などの集団への所属感を深める上でよい機会となることをもって、このような意義を踏まえた上で、これらの式典において、国旗を掲揚するように指導する趣旨のもとで設けられたものであり（…）、国旗条項の上記趣旨に照らせば、同条項が、憲法の精神を受けて教育の目的について規定した〔旧〕教育基本法1条の精神に反するものとはいい難い。国旗条項は、その性質上全国的になされることが望ましいものであるということが出来るから、教育における機会均等の確保と全国的な一定の教育水準の維持という目的のために、国旗条項を学習指導要領の一条項として規定する必要があることを否定することができない。また、…国旗条項は、一般的普遍的な基準を示すものであり、それ以上にどのような教育をするかについてまで定めたものということとはできない。加えて、国旗条項は、入学式や卒業式において国旗を掲揚するよう指導するものとされているものの、国旗掲揚の具体的方法等について指示するものではなく、…国旗掲揚を実施する行事の選択、国旗掲揚の実施方法等については、各学校の判断に委ねられており、その内容が一義的なものになっているということとはできない。さらに、…同条項が教師による国旗を巡る歴史的事実等を生徒に教えることを禁止するものということとはできず、したがって、…教師に対し国旗についての一方的な一定の理論を生徒に教え込むことを強制するものと解することはできないし、国旗を掲揚したからといって、その行事が、何らかの思想に賛同を表するために開催されることになるものではなく、生徒や保護者等の出席者が、そのような思想に賛同を表することになるものでもないということが出来る。以上を考えあわせれば、国旗条項は、…大綱的基準を逸脱するものとはいいえず、また、内容的にも一方的な一定の理論や理念を生徒に教え込むことを教師に強制するものともいえないのであるから、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な基準を設定したものととして、法的効力を有すると解することができる。」⁽⁶⁰⁾

④ 北九州「君が代」訴訟（ココロ訴訟）1審判決

〔「君が代」斉唱の教育課程における位置付けについて〕「教科における国歌の指

導に関する定めは、国歌を尊重する態度を育て、日本人としての自覚を養い、国を愛する心を育てるために、必要かつ合理的な大綱的基準といえ、教員に対し、国歌に関する指導をしなければならないという一般的、抽象的な義務を負わせる拘束力を持つものといえる。しかし、卒業式等において国歌を斉唱するよう指導するものとする旨の定めは、特定の行事を指定して指導方法を定める細目の事項に関する定めであり、大綱的基準とは言い難い。したがって、校長が卒業式等において国歌斉唱を実施し、各教員がこれを指導しなければならないという義務を負わせる拘束力を持つものと解することはできない。もっとも、卒業式等において国歌を斉唱するよう指導することは、国歌を尊重する態度を育てるという教育目的に沿うほか、学校生活に有意義な変化や折り目を付け、集団への所属感を深めるといった目的にも沿うことからすれば、卒業式等において国歌斉唱を実施することは、正当な教育目的に対して、一定の教育効果が期待できる教育活動といえることができる。校長は、上記の定めを尊重し、裁量権の範囲内において、国歌斉唱を含む式次第を決定することもできる。」

⑤ 倶知安中学校「君が代」事件・北海道人事委員会裁決

「学習指導要領の定めが…大綱的基準といえるためには、教員がそれに基づき実際の教育を行うにあたって、児童生徒の成長、発達の程度や個性に応じて柔軟な指導を行うことが可能であり、かつ、そのための自由な創意と工夫や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と認められる場合でなければならないと解される(福岡地方裁判所平成17年4月26日判決)。このような観点から上記条項〔国旗掲揚・国歌斉唱指導条項〕を見ると、学習指導要領のうち社会科の公民的分野において国旗及び国歌の意義やそれらを尊重することが国際的儀礼であることを理解させ、これを尊重する態度を育てよう配慮すべき旨を定める部分は、このような要件を満たすものといえるが、国旗掲揚・国歌斉唱指導条項は国旗・国歌を尊重する態度を育てるための指導方法の細目を定めるもので、児童生徒の教育に当たる教員がこれと異なる方法による指導の余地はなく、また、地方の特殊事情等に応じた個別化の余地も認められないことになっていることから、教育の内容及び方法についての大綱的な基準とはいえず、その法的拘束力は否定せざるを得ないというべきである。したがって、上記条項は、助言、指導の域を出るものではな

く、個々の教員に対し国旗掲揚や国歌斉唱の指導を行うべき一般的な義務を課したものであるということもできないから、これらの条項を根拠に、卒業式における君が代の演奏が憲法第26条、〔旧〕教育基本法第10条に違反しないと断定することはできない。〕⁽⁶¹⁾

(5) 判決等へのコメント

以上、学習指導要領の国旗・国歌条項の法的性格に関する下級審判決や人事委員会裁決を瞥見した。これらについて若干のコメントを付したい。

本争点の考察にあたって確認しておかねばならないことの第1点は、学習指導要領は法制的な根拠がない段階から「日の丸」を「国旗」（1958年以来）、「君が代」を「国歌」（1977年以来）と規定していたことである。学習指導要領は、国旗・国歌法を《先取り》していたことになる。第2点は、前述したように1989年に学習指導要領が改訂され、それまでの「国旗を掲揚し、国歌を斉唱させることが望ましい」との表現から「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」という、より強い調子の表現に変わったことである。このように国旗・国歌条項は、「日の丸・君が代」が法定されていない時点でこれらを「一方的」に「国旗」「国歌」と指定し、それらの「掲揚」「斉唱」という、まさに教育現場でその是非が問われている「細目的」なことがらを具体的に指示し、その指導につき「教師を強制する」内容となっていた。これらの点からすれば、国旗・国歌条項は、先の学テ最高裁判決が提示した学習指導要領のありかたに関する《限定》を逸脱しており、同条項に法規としての性格（法的拘束力）が認められるかは大いに疑問となる。第3点は、国旗・国歌条項には「学校行事」の特質にかかわる問題点があるということである。これについては、市川須美子の次の指摘を紹介する。—

「学校行事を含め生徒会活動やクラブ活動など、子ども・生徒の自治的・自主的活動が大きな比重を占める特別活動の領域については、教科教育活動に求められた機会均等の確保および全国的な水準維持という〔教育課程の〕基準設定の根拠は妥

当せず、むしろ地域および学校の実態に応じた多様性・創造性こそが求められ、法的規制になじまず、教育活動の弾力性が特に要請される領域といえる。学習指導要領自体でも、各教科や道徳と異なり学校行事の授業時数は示されていないが、このことは、逆に、全国一律の規制になじまない学校行事の特質を示している。学習指導要領法規説は、従来主として教科教育内容を意識して論じられてきた学習指導要領の法規としての拘束力の根拠論を、内容的に吟味することなく特別活動領域にも拡大して学習指導要領全体の法規性を大まかに肯定していたのである。教育活動としては、教科教育と異なり、子ども・生徒の人間の発達に直接的に働きかける生活指導に相当する特別活動領域に、教科教育同様の法規性を認めることはできず、ましてその中の一条項である日の丸・君が代条項に、国旗・国歌法以前に実質的に国旗・国歌を法定する効果を認め、教育現場を左右するような法規としての拘束力を認めることには法論理的にはかなりの無理がある。」「〔国旗・国歌条項については〕(1)学校で行われる各種学校行事のなかで、入学式と卒業式のみを取りあげ、具体的な指示をすることは、教育課程の大綱的基準としては、あまりにも細目にわたり、詳細に過ぎるので、法的拘束力をもって教師を強制するのに適切でない」と解され、(2)地域および学校の実態に応じた学校行事の自主的な内容編成(日の丸・君が代ぬきの入学式・卒業式)の余地をなくし、(3)内容的には、国民世論が分かっていた係争問題について、一方的な一定の見解を生徒に教え込むことを強制する危険性があり、法規としての拘束力を認めることには多分に疑問の余地がある。」⁶²⁾

以上のように、主として学テ最高裁判決に照らして国旗・国歌条項の法的拘束力を検討したが、同条項に法的拘束力を認めることには相当の難点があるように思われる。

これをふまえて先の下級審判決等を見ると、最初の3判決(①~③)は、学テ最高裁判決を文言上も踏襲しつつ国旗掲揚条項の適法性を認定している。これらのうち、判決①が適法性の認定において最も安直であり、判決②および判決③はより慎重である。すなわち後2者では、国旗掲揚条項が法的効力を否定される場合のあることを一応は留保しているからである。その際のポイントは、当該条項が「大綱的基準を逸脱」しているか、あるいは「一方的な理論・観念を強制」するものかという点にある。判決②③

はこれらの点について検討し、結局は国旗掲揚条項の法的効力を肯認しているが、その認定は大いに疑問である。第1に、両判決とも、学テ最高裁判決に依拠し、国旗・国歌条項が「教育における機会均等の確保と全国的な一定の教育水準の維持」という目的に照らして許容されるとしているが、これらの目的、とくに前者の「機会均等の確保」はもっぱら教育の条件整備にかかわる要請であって、入学式等における国旗・国歌の指導との間にはなんらの実質的な関連性はない。第2に、両判決とも、国旗・国歌条項における強制の要素を否認しているが、この判示にも問題がある。たとえば、「国旗掲揚の具体的方法」が「各学校の裁量に委ねられている」から問題はないとされているが、「掲揚」を指示すること自体が問題なのであって、「掲揚方法」の問題ではないことは、だれの目にも明らかである。また、「一方的な観念を子どもに教え込むことを教師に強制するものではない」という点も、「日の丸・君が代」強制の実態をまったくみていない判示であるといわざるをえない。現実には、教師が「日の丸・君が代」についてどのような指導を行おうと、また子どもたちがこれらに対してどのような考えをもっていようと、入学式・卒業式においては「掲揚」（および敬礼）し、「斉唱」することが義務づけられているのである。第3に、いずれの判決も、国旗・国歌条項が一方では「性質上全国的になされることが望ましい」と、全国画一的な定めであることを述べ、他方で、具体的な方法等については各学校の裁量の余地があるから適法であるとしている。前者は画一的であるべきものだといひ、後者は画一的であってはならないというものであり、まったく矛盾した判示となっている。このようにみても、判決④およびこれと同旨の⑤北海道人事委員会裁決が、国旗・国歌条項につき、「特定の行事を指定して指導方法を定める細目的事項に関する定めであり、大綱的基準とは言い難い」とし、「校長が卒業式等において国歌斉唱を実施し、各教員がこれを指導しなければならないという義務を負わせる拘束力を持つものと解することはできない」としたのは、事態の本質を多少ともふまえた妥当な判断として評価しうるものといえよう。

(6) 難波判決の学習指導要領論

学習指導要領、とくにその国旗・国歌条項の法的性格についての難波判決の判示は、以下のとおりである。

①「国は、憲法上、適切な教育政策を樹立し、実施する権能を有し、国会は、国の立法機関として、教育の内容及び方法について、法律により、直接又は行政機関に授権して必要かつ合理的な規制を施す権限を有している。のみならず、国は、子どもの利益のため又は子どもの成長に対する社会公共の利益のため、必要かつ合理的な規制を施すことが要請される場合もあり得るのであって、国会が〔旧〕教育基本法10条においてこのような権限の行使を自己限定したものと解することは困難である。むしろ、〔旧〕教育基本法10条は、国の教育統制権能を前提としつつ、教育行政の目標を教育の目的の遂行に必要な諸条件の整備確立に置き、その整備確立のための措置を講ずるに当たり、教育の自主性尊重の見地から、これに対する不当な支配とならないようにすべきとの限定を付したものと解するのが相当である。したがって、教育に対する行政権力の不当、不要の介入は排除されるべきであるとしても、許容される目的のために必要かつ合理的と認められる措置は、たとえ教育の内容及び方法に関するものであっても、〔旧〕教育基本法10条に反しないものと解するのが相当である。そして、文部科学大臣は、…〔高等学校等の〕教科に関する事項を定める権限を有しており、上記高等学校等における教育内容及び方法について、…教育の機会均等の確保等の目的のために必要かつ合理的な基準として、…学習指導要領を定めている。したがって、…学習指導要領は、原則として法規としての性質を有するものと解するのが相当である。もっとも、国の教育行政機関が、法律の授権に基づいて普通教育の内容及び方法について遵守すべき基準を設定する場合には、…教育の自主性尊重の見地のほか、教育に関する地方自治の原則をも考慮すると、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基準に止めるべきものと解するのが相当であろう。そうだとすると、学習指導要領の個別の条項が、上記大綱の基準を逸脱し、内容的にも教職員に対し一方的な一定の理論や観念を生徒に教え込むことを強制するようなものである場合には、〔旧〕教育基本法10条1項所定の不当な支配に該当するものとして、法規としての性質を否定するのが相当である。」

②「学習指導要領の国旗・国歌条項…は、日本人としての自覚を養い、国を愛す

る心を育てるとともに、生徒が将来、国際社会において尊敬され、信頼される日本人として成長していくためには、生徒に国旗、国歌に対する正しい認識を持たせ、それらを尊重する態度を育てることが重要なことであること、入学式、卒業式等は、学校生活に有意義な変化や折目を付け、厳粛で清新な気分を味わい、新しい生活への動機付けを行い、集団への所属感を深めるうえでよい機会となることから、このような入学式、卒業式等の意義を踏まえうえて、これらの式典において、国旗を掲揚するとともに、国歌を斉唱するとの趣旨で設けられた規定と解される…。このような学習指導要領の国旗・国歌条項の趣旨に照らすと、国旗、国歌に関する定めは、その性質上、全国的になされることが望ましいものといえ、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、国旗・国歌条項を学習指導要領の一部として規定する必要性はあるというべきである。そうだとすると、学習指導要領の国旗・国歌条項が、教育の自主性尊重、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基準を逸脱するものでなく、内容的にも一方的な一定の理論や観念を生徒に教え込むことを教職員に強制するものでない限り、法的効力を有すると解するのが相当である。」

③「国旗・国歌条項は、『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。』と規定するのみであって、それ以上に国旗、国歌についてどのような教育をするかについては定めてはいない。また、…国旗掲揚・国歌斉唱の具体的方法等について指示するものではなく、…国旗掲揚・国歌斉唱を実施する行事の選択、国旗掲揚、国歌斉唱の実施方法等については、各学校の判断に委ねており、その内容が一義的なものになっているということはできない。さらに、…国旗・国歌条項は、教職員が生徒に対して日の丸、君が代を巡る歴史的事実等を教えることを禁止するものではなく、教職員に対し、国旗、国歌について一方的な一定の理論を生徒に教え込むことを強制するものとはいえない。」

④「以上によれば、…国旗・国歌条項は、…学習指導要領全般の法的効力に関する基準に照らしても、法的効力を有すると解するのが相当である。もっとも、…国旗・国歌条項の法的効力は、…その内容が教育の自主性尊重、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基準を定めるものであり、かつ、教職員に対し一方的な一定の理論や

理念を生徒に教え込むことを強制しないとの解釈の下で認められるものである。したがって、…国旗・国歌条項が、このような解釈を超えて、教職員に対し、〔起立・斉唱・ピアノ伴奏〕義務を負わせているものであると解することは困難である。」

上記判旨にみるとおり、難波判決は、まず学習指導要領の全体としての法的性格につき、学テ最高裁判決が用いた大綱的基準説に依拠しつつ「原則として法規としての性質を有する」とした(上掲判旨①)。そして、その国旗・国歌条項についても「必要かつ合理的」な「大綱的基準」の設定として「法的効力を有する」とした(同②~④)。ここまでは、先に引いたいくつかの下級審判決と同旨であるが、その後で難波判決は大綱的基準説による一種の《解釈上の留保》を付した(判旨④の後段)。このような留保を介して難波判決は、国旗・国歌条項が原告らに対し起立・斉唱・ピアノ伴奏の義務を負わせていると解することはできず、同条項からこれらの義務を導き出すことは困難であると結論づけたのである。

難波判決の国旗・国歌条項解釈をどう評価すべきか。論点を改めて整理すると、国旗・国歌条項の法的性格については、大別して①学習指導要領全体の法規性を否認してこれを指導助言基準と把握し、国旗・国歌条項についても法的拘束力を否認する立場、②学習指導要領には法的拘束力をもつ部分とそうでない部分があるとし、国旗・国歌条項の法的拘束力についてはこれを否認する立場、そして③国旗・国歌条項の法的拘束力を肯認する立場とがある。②の立場にたつ「ココロ訴訟」1審判決は、学習指導要領中、社会科・音楽科の一環として国旗・国歌の指導を求める部分については「合理的な大綱的基準」としたが、特別活動編については、詳細を定めるもので大綱的基準とはいえないとし、拘束力のない「一般的な指針にすぎない」と判示した。また、倶知安中学校事件に関する北海道人事委員会の裁決も、国旗・国歌条項は大綱的基準ではなく法的拘束力は認められないとした。こうしたなかにあつて難波判決は、基本的には前記③の立場に立ちつつ、実質的に国旗・国歌条項を無化したものといえよう。

先にみたように、難波判決は、「日の丸・君が代」が国民の間で「価値中立的」なものとは認められていないと判示していた。にもかかわらず、その掲揚や斉唱の指導を教職員に実質的に義務づけている国旗・国歌条項の法的拘束力をなおも肯認することに、はたして整合性があるのかが問われる。また、難波判決が国旗・国歌条項の法的効力を肯認するうえで持ち出した諸論拠に説得力が欠けていることは前述したとおりである。ここには、この論点に関する難波判決の《歯切れの悪さ》がみられる。これを同判決の欠点とみるか、あるいは、国旗・国歌条項を実質的に無化した点をとらえ、都教委による異常な教育行政に歯止めをかけようとする司法府なりの工夫の表れとみるか、評価の分かれるところである。

4 「10.23通達」をめぐって

起立・斉唱・ピアノ伴奏義務の根拠として、被告側が次に主張したのは「10.23通達」とそれに基づく被告都教委の指導である。これらについても、難波判決は詳細に検討し、次のような判断を示した。—

「本件通達及びこれに関する被告都教委の一連の指導等は、入学式、卒業式等の式典における国旗掲揚、国歌斉唱の実施方法等、教職員に対する職務命令の発令等について、都立学校の各校長の裁量を許さず、これを強制するものと評価することができるうえ、原告ら教職員に対しても、…各校長の職務命令を介して、…〔起立・斉唱・ピアノ伴奏を〕強制していたものと評価できる。そうだとすると、本件通達及びこれに関する被告都教委の都立学校の各校長に対する指導等は、教育の自主性を侵害するうえ、教職員に対し一方的な一定の理論や観念を生徒に教え込むことを強制することに等しく、教育における機会均等の確保と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基準を逸脱しているとの謗りを免れない。したがって、本件通達及びこれに関する被告都教委の各校長に対する一連の指導等は、〔旧〕教育基本法10条1項所定の不当な支配に該当するものとして違法と解するのが相当であり、ひいては、原告ら都立学校の教職員の…国旗に向かって起立しない自由、国歌を斉唱しない自由、国歌をピアノ伴奏しない自由に対す

る公共の福祉の観点から許容されている制約とは言い難いというべきである。」

先に引いた「10.23通達」の内容や、これに基づいて都教委が行った「指導等」はあまりにも異常というほかはなく、「不当な支配」に定型的に該当するものといえる。したがって、上記判断は、きわめて妥当というべきである。

5 職務命令をめぐって

同じく起立・斉唱・ピアノ伴奏義務の根拠として被告側が主張したのは、「10.23通達」および都教委の指導のもとに校長より発せられる職務命令である。これについて難波判決は、次のように判示した。—

①「都立学校の各校長は、学校教育法28条3項、51条、76条に基づき、校務をつかさどり、所属職員を監督する権限を有しており、所属職員に対して職務命令を発することができ、所属教職員は、原則として、各校長の職務命令に従う義務を負う（地方公務員法32条）ものの、当該職務命令に重大かつ明白な瑕疵がある場合には、これに従う義務がないものと解するのが相当である（…）」

②「…都立学校の卒業式、入学式等の式典において、国旗を掲揚すること、国歌を斉唱することは、生徒らに対する教育の一環ということができ、都立学校においてこのような教育が行われること自体は正当なものといえることができよう。そうだとすると、原告ら教職員は、『教育をつかさどる者』として（…）、生徒に対して、…国旗掲揚、国歌斉唱に関する指導を行う義務を負うものと解されるから、入学式、卒業式等の式典が円滑に進行するよう努力すべきであり、国旗掲揚、国歌斉唱を積極的に妨害するような行為に及ぶこと、生徒らに対して国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することの拒否を殊更に煽るような行為に及ぶことなどは、上記義務に照らして許されない…。しかし、原告ら教職員は、…国旗・国歌法、学習指導要領の国旗・国歌条項、本件通達により、〔起立・斉唱・ピアノ伴奏をするまでの〕義務はなく、むしろ思想、良心の自由にに基づき、これらの行為を拒否する自由を有しているものと解するのが相当である。また、原告ら教職員が〔起立・斉唱を〕拒否したとしても、…、式典の進行や国歌斉唱を妨害することはないうえ、生徒らに対し

て国歌斉唱の拒否を殊更煽るおそれがあるとはまではいえず、…国旗・国歌に対する正しい認識を持たせ、これを尊重する態度を育てるとの教育目標を阻害するおそれがあるとまではいい難い。さらに、原告らのうち音楽科担当教員は、音楽科の授業においてピアノ伴奏をする義務を負っているものの、入学式、卒業式等の式典における国歌斉唱の伴奏は音楽科の授業とは異なり、必ずしもこれをピアノ伴奏で行わなければならないものではないし、仮に音楽科担当教員が国歌斉唱の際のピアノ伴奏を拒否したとしても、他の代替手段も可能と考えられ、当該教員に対し伴奏を拒否するか否かについて予め確認しておけば式典の進行等が滞るおそれもないはずである。…原告ら教職員が〔起立・斉唱・ピアノ伴奏を〕拒否した場合に、これとは異なる世界観、主義、主張等を持つ者に対し、ある種の不快感を与えることがあるとしても、憲法は相反する世界観、主義、主張等を持つ者に対しても相互の理解を求めているのであって（憲法13条等参照）、このような不快感等により原告ら教職員の基本的人権を制約することは相当とは思われない。】

③「原告ら教職員が、〔起立・斉唱・ピアノ伴奏を〕拒否したとしても、都立学校における教育目標、規律等を害することもなく、生徒、保護者、他の教職員等他者の権利に対する侵害となることもないから、原告らが都立学校の教職員の地位にあることを考慮しても、同人らの上記行為を制約することは、必要かつ最小限度の制約を超えるものであり、憲法19条に違反するものと解するのが相当である。したがって、都立学校の各校長が、本件通達に基づき、原告ら教職員に対し、〔起立・斉唱を斉唱せよとの〕職務命令を発することには、重大かつ明白な瑕疵があるといふべきである。」

④「原告ら教職員は、思想・良心の自由に基づき、〔起立・斉唱・ピアノ伴奏を〕拒否する自由を有しているところ、違法な本件通達に基づく各校長の職務命令に基づき、上記行為を行う義務を負うことはない」と解するのが相当である。そうすると、被告都教委が、原告ら教職員が本件通達に基づく各校長の職務命令に基づき、〔起立・斉唱・ピアノ伴奏を〕しないことを理由として懲戒処分等をするのは、その裁量権の範囲を超え若しくはその濫用になると認められるから、在職中の原告らが上記行為を行う義務のないことの確認のほかに、被告都教委が上記懲戒処分等をしてはならない旨命ずるのが相当である。」

上掲のとおり難波判決は、本件における職務命令には「重大かつ明白な瑕疵」があるとして、これに基づく起立・斉唱・ピアノ伴奏の義務を明確

に否定した。この判示で注目されるのは、起立・斉唱・ピアノ伴奏を義務づける校長の職務命令につき実質的な違憲審査を行った点である。

精神的自由権に対する規制の合憲性が問われている本件の場合、理論的には、国旗・国歌に関する教育指導を行うという規制目的と、職務命令により教職員に起立・斉唱・ピアノ伴奏等を義務づけるという規制手段につき、おそらくは講学上の「厳格審査の基準」または「実質的関連性の基準」による審査がなされることになる⁽⁶³⁾。難波判決は、これら違憲審査の基準については自覚的に言及していないが、その行論をたどると、ほぼ次のように要約できる。—

まず目的審査の場面では、学習指導要領の解説の文言などに即し、「生徒に…国旗、国歌に対する正しい認識を持たせ、それらを尊重する態度を育てることは重要なことである」、「式典において、国旗を掲げ、国歌を斉唱させることは有意義なものといえることができる」などと判示していることから、規制目的の重要性についてはこれを容認しているとみることができる。そして手段審査の場面で、先の引用にみられるように必要最小限度の基準およびLRAの基準を駆使し、規制目的と規制手段との間の実質的関連性を否定したものとみることができる。違憲審査としては手堅い手法をとっていると評してよいだろう。

ところで本件のように教育公務員に対する「日の丸・君が代」にかかる職務命令と思想・良心の自由の衝突が問題となった事案で、職務命令の適法性を弁証するためにしばしば援用されるのが「職務の公共性」の観念である。たとえば、「君が代」ピアノ伴奏拒否事件の1審・東京地裁判決⁽⁶⁴⁾は次のようにいう。—

「原告のような地方公務員は、全体の奉仕者であって（憲法15条2項）、公共の利益のために勤務し、かつ、職務の遂行に当たっては、全力を挙げて専念する義務があるのであり（地方公務員法30条）、思想・良心の自由も、公共の福祉の見地から、公務員の職務の公共性に由来する内在的制約を受けるものと解するのが相当である（憲法12条、13条）。思想・良心の自由も、公務員の職務の公共性に由来する

内在的制約を受けることからすれば、本件職務命令が、教育公務員である原告の思想・良心の自由を制約するものであっても、原告において受忍すべきもので、これが憲法19条に違反するとまではいえない。」

この判決は、抽象的な「全体の奉仕者」「職務の公共性」の観念により、音楽教師に対して発せられたピアノ伴奏にかかる職務命令が思想・良心の自由を制約するものであっても、それは受忍すべきものであって憲法19条違反ではないと断じた。あたかも特別権力関係論の再来のごときピアノ事件判決⁽⁶⁵⁾に対し、難波判決は、前引のように「公共の福祉による必要かつ最小限度の制約又は教職員の地位に基づく制約」という文言を用い、かかる「制約」の可否につき緻密な違憲審査を行った。2つの判決の対照は顕著であり、難波判決のほうに格段の説得性がある。難波判決が、「相反する世界観、主義、主張等」の「相互理解」、つまり「寛容」の精神を憲法13条から導いていること（上掲判旨②）も、同判決の憲法論の格調の高さを表している。

むすび—難波判決の意義

難波判決の分析をとおして明らかとなった点は、①「日の丸・君が代」強制問題の核心が思想・良心の自由の侵害にあること、②学習指導要領の国旗・国歌条項は、起立・斉唱・ピアノ伴奏義務の根拠とはならないこと、③起立・斉唱・ピアノ伴奏を命ずる職務命令には「重大かつ明白な瑕疵」があり、原告ら教職員には服命義務がないこと、である。

①について難波判決は、「日の丸・君が代」という国家シンボルの憲法適合性を問わなかったが、その「価値中立性」に疑義を呈し、これらのシンボルに対する抵抗・拒否の信条に憲法的保護を与えた。「日の丸・君が代」自体の問題性を不問にし、また、学校教育において国旗・国歌の教育指導を行う必要性も肯認する同判決のスタンスは、学習指導要領の国旗・

国歌条項に一応の「法的効力」を認める判示と接続する。

国旗・国歌条項の法的効力に関する判示は、東淀川高校事件1審、鯉江中学校事件1審および大津「日の丸」訴訟1審などの諸判決とほぼ同一ラインにある。ただ、これらの判決と異なるのは、難波判決が国旗・国歌条項の法的効力をいったん認めた後に再度、学テ最高裁判決の制限的判示に立ち戻り、同判決の大綱的基準説を活用するかたちで国旗・国歌条項を実質的に無化した点である。前述のように、この点の評価は分かれるところだが、少なくとも難波判決が先例に忠実に依拠したことにより、いわば《名を捨てて実を取る》という現実路線を選んだこと、そしてこの選択が一定の成果をもたらしたことは否定できない。

このことは、職務命令に関する判示についても当てはまる。そもそも教育の場における職務命令は、その存在自体に疑問も提起されているが⁶⁶⁾、難波判決は、校長の職務命令発令権や教職員の服命義務一般については、いとも簡単にこれらを肯定した(Ⅱ5判旨①前段)。そのうえで、教職員の思想・良心の自由を根拠に起立・斉唱・ピアノ伴奏義務を否定し、これらを命ずる職務命令を「重大かつ明白な瑕疵」ありとしたのである。この部分も、従来の職務命令の効力論に即した手堅い判示であり、難波判決のオーソドックスさを示している。

総じて難波判決は、これまで積み上げられてきた「日の丸・君が代」事案に係る判例法理の枠を基本的に逸脱することなく、これを最大限に《有効活用》したものと評することができる。それが堅実な判示であったからこそ、現実には及ぼすインパクトも大きかったのである。

【注】

- (1) 東京地判2006.9.21判時1952号44頁、判タ1228号88頁。
- (2) 北海道新聞2006年9月23日付社説。
- (3) 新潟日報2006年9月23日付社説。
- (4) 『『違憲』判決の理路整然』『AERA』10月9日号66頁。
- (5) 2002年末までの「日の丸・君が代」訴訟の動向につき、成嶋「日の丸・君が代をめぐる裁判例について」季教137号（2003年6月）101頁以下参照。
- (6) 1988年3月15日参議院予算委員会における味村治内閣法制局長官答弁。
- (7) 「慣習法」論の問題点につき、成嶋『『国旗・国歌法』の憲法・教育法的検証』杉原泰雄先生古稀記念論文集刊行会編『21世紀の立憲主義—現代憲法の歴史と課題—』勁草書房、2000年、371—372頁参照。
- (8) 西原博史「国旗・国歌法」ジュリ1166号（1999年）44頁。
- (9) 広田照幸「同調への圧力が増大／浮かび上がる批判者」朝日新聞1999年9月2日付『『日の丸・君が代』考』欄。
- (10) 朝日新聞1999年10月2日付。
- (11) 朝日新聞1999年11月22日付。
- (12) 朝日新聞1999年12月9日付。
- (13) 朝日新聞2000年2月11日付。
- (14) 北海道新聞2000年3月7日付。
- (15) 朝日新聞大阪本社版2000年3月14日付夕刊。
- (16) 毎日新聞2000年4月17日付。
- (17) 朝日新聞2000年4月26日付夕刊。
- (18) 成嶋『『日の丸・君が代』問題と子どもの権利』季刊子どもの権利条約9号（2000年8月）66—67頁。
- (19) 同上。
- (20) 朝日新聞2000年5月31日付。
- (21) 宮村博「教育における強制—『日の丸・君が代』強制問題と思想良心の自由、および教育の自由」季教141号（2004年6月）55頁。
- (22) 西原博史「師弟の関係利用卑劣な命令方法」朝日新聞2004年6月19日付「時々刻々」欄。
- (23) 同上。
- (24) 朝日新聞2006年5月31日付。
- (25) 東京新聞2006年6月20日付。
- (26) 澤藤統一郎「現代版『踏絵』を許してはならない—『国歌斉唱義務不存在確認請求訴訟』の試み」世界725号（2004年4月）特集『『日の丸・君が代』戒厳令』114頁。
- (27) 宮村博「新段階迎えた東京都『日の丸・君が代』強制攻撃と不服従の様相」

- 世界753号(2006年6月)特集「憲法にとって『国』とは何か」104頁。
- (28) 澤藤統一郎『「日の丸・君が代」を強制してはならない—都教委通達違憲判決の意義』岩波ブックレットNo.691(2006年)21頁。
- (29) 長野勤評事件上告審判決・最1小判1972.11.30民集26巻9号1746頁。
- (30) 佐藤繁「最高裁判所判例解説民事編昭和47年度」澤藤・前掲注(26)110頁に引用。
- (31) 東京地決2004.7.23判時1871号142頁。
- (32) 京都地判1992.11.4判時1438号37頁。
- (33) 棟居快行『憲法フィールドノート〔第3版〕』日本評論社、2006年、123頁。
- (34) 福岡地判2005.4.26判例集未搭載。
- (35) 渡辺康行「『思想・良心の自由』と『国家の信条的中立性』」法政73巻1号(2006年7月)16-17頁。
- (36) 西原博史「学校現場における思想・良心の自由」ジュリ1294号(2005年7月)105頁。以下の指摘も同旨である。「本判決は『君が代の歌詞解釈の多様性』という一般論を唯一の楯に、〔内心との〕衝突の不在を認定する。君が代解釈はもとより多様であり得る。だがここで検証すべき対象は、あくまで原告の自己理解であって、他者(裁判官)の別様な解釈ではなく(…)、さもなくば、良心に基づく人格の統合は不可能となり、そもそも『良心の自由』を解析する目的にも背馳する(…)」。(松田浩「職務命令による君が代斉唱強制と良心に基づく外部的行為の自由」法セ614号120頁)
- (37) 辻村みよ子『憲法〔第2版〕』日本評論社、2004年、216-217頁、樋口陽一=佐藤幸治=中村睦男=浦部法穂『注釈日本国憲法〔上巻〕』青林書院新社、1984年、388-395頁〔執筆・浦部〕など。
- (38) 澤藤・前掲注(28)30頁の引用より。土屋英雄『自由と忠誠』尚学社、2002年、117頁も参照。
- (39) 西原博史『良心の自由〔増補版〕』成文堂、2001年、430-432頁。この見地から西原は、内心領域と外部的行為とを区別するピアノ事件判決を次のように批判する。「具体的な外部的行為を行えないとする良心を持つ者に、その外部的行うように命令することは『構造上、内心領域における精神活動までも否定する』のと同じ意味をもつ。」(西原『「君が代」ピアノ伴奏拒否処分と教師の良心の自由』受験新報636号(2004年)9頁)
- (40) 澤藤統一郎「思想良心の自由をいかに獲得するか」世界760号(2007年1月)117頁。
- (41) 安達健二『校長の職務と責任』第一公報社、1961年、105-106頁、林部一二『学校管理の本質』明治図書、1966年、168-170頁、文部省地方教育行政研究会編著『教師の権利と義務』第一法規、1976年、143-144頁など。
- (42) これら小学校の教育課程に関する規定と同趣旨のものが、中学校について

- は学校教育法38条・同法施行規則54条の2に、高等学校については学校教育法43条・同法施行規則57条の2にそれぞれ定められている。
- (43) 兼子仁『教育法〔旧版〕』有斐閣、1963年、178頁。
- (44) 市川須美子「学習指導要領の法的拘束力をめぐる学説」法時62巻4号（1990年）13-14頁。
- (45) 有倉遼吉「憲法と教育」公法32号（1970年）13頁。
- (46) 室井力「学習指導要領の法的性質」季教6号（1973年）16-17頁。
- (47) 兼子仁『教育法〔新版〕』有斐閣、1978年、382-383頁。
- (48) 市川須美子「新学習指導要領の法的検討」ジュリ934号（1989年）18-19頁。
- (49) 中谷彪「教育課程編成権と教育行政」講座教育法3『教育内容と教育法』総合労働研究所、1980年、72頁。
- (50) 成嶋「新学習指導要領の法的問題点」法時62巻4号（1990年）38-39頁。
- (51) 旭川学力テスト事件上告審判決・最大判1976.5.21判時814号33頁。
- (52) 市川・前掲「学習指導要領の法的拘束力をめぐる学説」15-16頁。
- (53) 最1小判1990.1.18民集44巻1号1頁。
- (54) 福岡地判1978.7.28判時900号3頁。
- (55) 福岡高判1983.12.24判時1101号3頁。
- (56) 市川須美子「伝習館高校事件最高裁判決」ジュリ No.959（1990年）98-99頁。
- (57) 成嶋「最高裁判決以後の教育判例の展開」市川須美子・安達和志・青木宏治編『教育法学と子どもの人権』三省堂、1998年、42-43頁。同判決については、次のようなコメントもある。—「…90年〔伝習館事件〕最高裁判決は学習指導要領の『法規としての性質』を何らの法論理的究明をとまわず容認したものであるので、先例と評することは困難である。」（日本教育法学会編『教育法学辞典』学陽書房、1993年、「学習指導要領」の項〔執筆：川口彰義〕）
- (58) 大阪地判1996.2.22判タ904号110頁。
- (59) 大阪地判1996.3.29労判701号61頁。
- (60) 大津地判2001.5.7判タ1987号117頁。
- (61) 不利益処分審査請求事案・北海道人事委員会裁決書・2006年10月20日。
- (62) 市川須美子「日常的教育活動と教師の教育の自由」（福岡高校卒業式予行練習中止事件第1審への意見書、2000年1月26日浦和地方裁判所に提出）。同旨のものとして、以下の指摘がある。—「そもそも、学習指導要領は、教育内容の全国水準維持等を目的として作成されたものであるが、国歌斉唱の指導等は教科ではなく、『特別活動』の中に位置づけられている。学校は、教育を受ける権利を保障する公教育機関として設置されているのであるから、

その範囲を超える行為にはいかなる拘束力を持たないと考えるべきである。

『特別活動』は、その一部をなすとしても、『教科目』と同じ程度の位置づけを与えるとは言えず、したがって、この部分に法的拘束力があるということとはできない。仮に、一定の教育的意味があり、『指導する』ことに大綱的基準としての拘束力を有すると解したとしても、あくまで『指導する』ことについて、どのような具体的内容のものとして学校現場で実施するのかは、各教職員の教育専門性に委ねられるべきであり、各教員がこれを指導しなければならないという義務を負わせるものではない。その範囲を超えれば教育基本法が禁ずる『不当な介入』『不当な支配?—ママ』にあたる。(丹羽徹「服務事故再発防止研修命令執行停止申立事件(却下)」季教145号(2005年)86頁)

- (63) 「日の丸・君が代」事案の違憲審査基準につき、戸波江二「『君が代』ピアノ伴奏拒否に対する戒告処分をめぐる憲法上の問題点」早法80巻3号(2005年)128頁以下参照。
- (64) 東京地判2003.12.3判時1845号135頁。
- (65) 同判決の「公共性」論の批判として、西原博史「国歌強制問題から司法の責務を考える」世界731号(2004年9月)、小野方資「『君が代』ピアノ伴奏強制事件」季教141号(2004年6月)参照。
- (66) たとえば次のような指摘がある。—「学校の仕事に職務命令は不要である。…教職員は、生徒の成長・発達という共通の目標に向かって、合意と自発性を基礎に仕事をしてきた。職務命令を出さなければならないという事実が、そこで命じられている『仕事』が教育とは無縁の代物だということを自ら証明していると言えよう。」(宮村・前掲注(21)53頁)なお、筆者による職務命令の検討につき、成嶋・前掲注(7)380—382頁参照。