

Title	公立学校教員と全体の奉仕者：国旗国歌訴訟における全体の奉仕者の機能と新たな解釈の可能性
Author(s)	安原, 陽平
Citation	聖学院大学総合研究所紀要, No.55, 2013.3 : 441-472
URL	http://serve.seigakuin-univ.ac.jp/reps/modules/xoonips/detail.php?item_id=4683
Rights	



聖学院学術情報発信システム : SERVE

SEigakuin Repository and academic archiVE

公立学校教員と全体の奉仕者

—— 国旗国歌訴訟における全体の奉仕者の機能と新たな解釈の可能性 ——

安原陽平

第一章 問題の所在

東京を中心とした一連の国旗国歌訴訟は、現在でも継続中の事件はあるものの、二〇一二年初頭にひとつの段階を終えた。⁽¹⁾二〇一一年初夏から二〇一二年初頭にかけて、憲法一九条の思想・良心の自由と職務命令、職務命令違反に対する懲戒処分と裁量権、国歌斉唱義務の不存在確認に関して、最高裁は判断を下した。⁽²⁾

憲法一九条の思想・良心の自由と職務命令については、二〇〇七年のピアノ伴奏拒否事件最高裁判決で職務命令の必要性・合理性を認める判断が出されていた。⁽⁴⁾しかし、この判決は、憲法一九条に関する解釈の余地を残すものであった。つまり、内心に反する外部的行為の強制の拒否は、思想良心の自由の保護範囲に含まれるのかどうか、含まれるのであるなら職務命令はその自由を制約するのかが判然としないままであった。⁽⁵⁾

二〇一一年五月三〇日以降の一連の最高裁各小法廷の多数意見ではこの点につき、新たな判断を行い、「間接的制約」の存在とそれを踏まえた判断枠組を認め、上の論点に一応の決着をつけたといえる。⁽⁷⁾しかし、職務命令に、間接的制約

を許容する必要性・合理性があるかどうかについては、ピアノ伴奏拒否事件最高裁判決をほぼ踏襲して、その必要性・合理性を認めている。

その後、職務命令の憲法適合性・適法性を認めながらも、違反に対して懲戒処分を科すことが裁量権の範囲内にあるのかが最高裁で問われた。この点につき最高裁は、「戒告を超えてより重い減給以上の処分を選択することについては、本件事案の性質等を踏まえた慎重な考慮が必要」で、「学校の規律や秩序の保持等の必要性と処分による不利益の内容との権衡の観点から当該処分を選択することの相当性を基礎付ける具体的な事情が認められる場合であること要する」という判断枠組みを提示している。⁽⁸⁾ この判断枠組みにおいて戒告処分は適法であると判断されたが、戒告処分を超える減給以上の処分については裁量権の逸脱を認めている。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

また国歌斉唱義務の不存在確認について、最高裁は本件確認の訴えが公法上の当事者訴訟として適法であるとしたものの、職務命令に基づく上記義務の不存在の確認と職務命令に従わないことを理由とする懲戒処分の差し止め確認については、訴えを却下した原審の判決を是認している。⁽¹¹⁾

これらの判断は、これまでの憲法学、行政法学、教育法学による議論の蓄積によって得られた到達点といえるだろう。ただ、これまでの学説・判例は、教師の憲法上の権利の保障範囲や教師に対する処分の適否を主に議論しており、教師はいかなる存在であるか、そして教師は対教育行政などとの関係でどのような地位にあるのかについて十分には論じてこなかった可能性⁽¹²⁾がある。しかし、この点が最高裁の推論などにおいて、決定的な要素となっている場合が少なくないため、教師の権利（権限）や義務を考えるうえでは避けて通れない論点と思われる。

たとえば、起立斉唱行為を命じる職務命令の必要性・合理性判断に関して最高裁は、学校教育法における「国家の現状と伝統についての正しい理解と国際協調の精神の涵養」、学習指導要領に定められた国旗国歌条項などを確認したうえで、教師は「住民全体の奉仕者として法令等及び上司の職務上の命令に従って職務を遂行すべきこととされる地方公

務員の地位の性質及びその職務の公共性（憲法一五條二項、地方公務員法三〇條、三二條）に鑑み、公立高等学校の教諭である上告人は、法令等及び職務上の命令に従わなければならない立場¹³⁾にあると述べる。

最高裁は、教師は「法令等及び職務上の命令に従わなければならない立場」にあるという教師の地位理解をしている。そしてこの理解を導き出しているのが、憲法一五條二項、あるいは地方公務員法三〇條の「全体の奉仕者」という概念である。

たしかに教師も地方公務員である以上、法令や上司の命令に従わなければならない場面もあるだろう。ただ、学習指導要領を前にした時、その一つの解釈である都教委の通達やそれを踏まえた校長の職務命令に必ず服さなければならないのであろうか。さらに、その対象がコンセンサスの得られる知識（例えば一十一―二など）ではなく、さまざまな理解や態度の採り方が対象である場合、一つの対象の捉え方を命令を通して教師に体现させかつそれを徹底することの妥当性を再検討する必要がある。

そこで本稿では、全体の奉仕者概念に関して検討を行う。これまでの全体の奉仕者理解である法令・上司に教師は従うという方向性を成立させている枠組みの構造を批判的に分析し、この構造の必然性を検証する。そして法令・上司の見解と教師の見解を調整するという補完の可能性などを検討する。

第二章 自由アプローチ

第一節 自由アプローチの前提

本章では、自由アプローチについて整理検討を行う。自由アプローチとは、憲法上保障される自由と職務命令や通達などを対置し、問題となつてゐる行為を当該自由によつて保障することを目指すアプローチである。このアプローチを対象とすることで、一連の国旗国歌訴訟における通達や職務命令は誰のどの自由に対する侵害であるのかということ、各論者がいかに把握しているのかが明らかとなる。そして、同時に各アプローチで残された課題も明らかになるものと思われる。

各論者の自由アプローチの構造を検討するうえで出発点となるのが、各論者および最高裁は、教師の憲法上の権利を考へるうえで、児童・生徒の権利や自由を教師の自由保障のための推論の構造に組み込んでゐるかどうかという点である。ここでは推論に入れているものを児童・生徒一体型推論と呼び、そうでないものを児童・生徒分離型推論と呼ぶこととする。

(1) 児童・生徒分離型推論

児童・生徒分離型推論として、佐々木弘道の見解を挙げることができる。佐々木の見解では、たとえば、「学校儀式での国歌斉唱の挙行は、その『強制』の直接のターゲットを、生徒ではなく教師に据えている。この点を、憲法学は

もつと強く意識すべきである。一方で、『教師が国旗・国歌の指導に反対するのは、多くの場合、自分一人の良心の自由がかかわるからではない。子どもたちの基本的な人権が侵されるからである』と言われる。だが本稿の考えからすれば、教師はまず、足元の『自分一人の良心の自由』を守ることにこそ、意を用いるべきである。その点を疎かにして、『子どもの人権を保護する教師の義務』といった、些か英雄的響きを持つ旗印に抛るのは、どこか転倒していると感じられる⁽¹⁴⁾とある。

この見解では、教師の思想・良心の自由主張において、児童・生徒の権利・自由を踏まえることは前提とされていない。教師個人の良心の自由の保障が第一の問題で、児童・生徒の良心の問題は後方に退いている。たしかに、一連の訴訟は、対教師への職務命令が問題となっており、その点では教師の良心の自由をいかにして保障するかが中心的な課題となっている。また二〇〇七年以降の最高裁（後述）も職務命令対思想・良心の自由という枠組みに「純化」した形で判断している。この点では、この枠組みは有効な枠組みであることは間違いない。しかし、この訴訟では、「未熟な生徒に対して、儀式などの肯定的雰囲気を利用して、一定の解答を刷り込むことが許されるのか」ということが本質的な問題であると多くの論者が把握している⁽¹⁶⁾。このことから児童・生徒を教師の自由主張において推論に組み込まない理論構成は、仮に教師を救済できたとしても児童・生徒の良心の自由の問題は別途残るし、また教育問題あるいは教師としての問題であることを棚上げするのは、ほとんど常に児童・生徒との関係が想起される教育現場においてどこまで現実的かという点に疑いが残る。ゆえに教師の思想・良心の自由を保障する推論の中に積極的に組み込む必要があるのではないか。

(2) 児童・生徒一体型推論

児童・生徒一体型推論には大きく分けて二つの見解がある。代表的な論者として、西原博史と市川須美子の見解を挙

げることができる。両見解は、児童・生徒の権利・自由を教師の自由保障の推論の中に組み入れるという点では共通するが、教師と児童・生徒の関係が対立する場面もあることを意識するのかどうか、またその関係の中でどのように権利主張を行っていくのか、そしてどのように子どもを把握しているかなどの差異がある。この点を中心に両見解を検討したい。

まず西原の見解を検討する。西原の見解における教師の自由と児童・生徒の権利・自由の関係を表すものとして、「教師は子どもの思想・良心の自由にとつて最大の敵であり得るし、子どもの思想・良心の自由を守る唯一の味方でもあり得る。従つて、教師の教育の自由は、子どもの思想・良心の自由にとつて最大の対立物でもあり得るし、実効的な補助手段でもあり得る」という考えがある。⁽¹⁸⁾ここではストレートに子どもの権利や自由を守るいは実現する教師は想定されていない。そのため、子どもの権利や自由と緊張関係に立つことを踏まえたうえでの教師の権利主張が模索される。

たとえば、「君が代」不起立処分取消などの裁判を念頭に「この裁判の特色は、『君が代』強制を憲法に直接問う点にあり、憲法一九条の意義が争点となる。ただ、思想・良心の自由に関する論点は、教師が自らの権利を単純に主張するという枠組から、次第に、子どもの権利に対する侵害状況を踏まえて、教師として権利侵害に手を貸すことを拒む権利の問題へと昇華していく」。そして、「国旗・国歌強制の問題は、思いどおりのふるまいをする教師の権利の対象というより、第一義的には子どもの良心の自由に関わる」という理解を確認することができる。⁽¹⁹⁾ここには、児童・生徒を中心とした教師のあり方が示されており、児童・生徒一体型推論をみてとることができるだろう。

そしてこの見解では、たとえば、教師のほとんどが国歌斉唱時に起立しない中で自身の良心に従い国歌を斉唱した子どもの例を用いることから推察できるように、自律した子どもであることが前提とされている。そしてこの子ども像は、個別具体的である。⁽²¹⁾この子ども像を前提として、児童・生徒の権利の保障を目的とした教師の良心の自由保障とい

う枠組みへと至る。

この見解を採ること、個々の児童・生徒の人格、あるいは人格形成に敏感に対応できることになる。ただ、米沢幸一も指摘しているように、この理論は妥当する場面が限られてしまうのではないかという問題が生じる。つまり、「自己の信念に基づいて日の丸・君が代を拒否する生徒がいる一方、他方では、卒業式等の式典では日の丸を掲揚し、君が代を斉唱すべきであるとの信念を有する生徒も存するという状況下で、教師が消極的妨害行為を行うことは、前者の生徒の人権保障には仕えるが、後者の生徒にとつては、結果的には、妨害行為となりうる。それ故、このアプローチが妥当するのは、教師が前者の生徒とのみ向きあう状況下、たとえば、拒否した生徒を放課後残して個別指導するよう命じられたり、起立しない生徒に注意して起立させるよう命じられる等の状況下には限定されるのではなからうか」ということになる。そのため、個別具体的に児童・生徒に対応するのみならず、教師と児童・生徒とのあらゆる関係を踏まえる必要があるのではないか。以下では、個々の子どもと個々の教師の対応ではなく、子ども全般と教師全般の関係で当該関係を捉える市川の見解をみていくこととする。

市川の見解では、「教育活動において、教師は、自明なことではあるが、市民的自由の行使として教育を行っているのではなく、子どもの学習権を保障するために認められた職能的自由である教育の自由を行使している。……教師の市民的自由については、職務活動において、子どもの学習権および市民的自由を含む一般人権の保障が優先され、それらの権利・自由は制約される」とある。⁽²³⁾この前提は、まず子どもの学習権が教育上保障される権利として存在し、それを保障するために教師に職能的自由が認められるとする。そしてそれは一個人が行使する市民的自由とは異なるものであるという理解である。

そして本件においては、旭川学テ最高裁判決の法理を踏まえながら、「法令の根拠をもつて、行政組織的に行われる教育内容介入に対しては、学校組織として教師集団で行われる教育活動にあつては、教師個人の教育の自由が束ねられ

た教師集団の教育の自由（学校自治）が条理上認められる。本件で問題となっているのは、教育委員会の主導の下に、教育委員会―校長―教師―子どもというヒエラルヒーを通して組織的に進められた国旗・国歌強制であり、教師集団の教育の自由の侵害がまず問われるべきである」として⁽²⁴⁾している。もちろん学校の自治をも含めた、教師の教育の自由が憲法上根拠を持つ自由であるかどうかについては意見の分かれるところであろう。しかし、一定の教育内容を上意下達で無批判に教えていかなければならない構造を指摘する点は参考になる。

ここにも児童・生徒を起点とした教師のあり方が示されており、児童・生徒一体型推論を看取することが可能である。ここには、個々の子どもが如何なる考えを持つているかという点よりは、子ども全般の学習権保障のために教師には職能的自由が認められるとされる。ここで学習権の担い手たる子どもは、西原説が採る具体的な子どもというよりも、子ども全般という抽象的な子ども像が前提になっているといえる。そのため、個別具体的な教師と児童・生徒の関係は、どちらかといえば後方に退く。

さまざまな関係がありうる教育現場においては、西原説が提示した個別具体的な関係と市川説が提示した抽象的な関係のどちらが優位であるかということを問うよりは、両説を踏まえた形での教師の地位を考えることが有益であると考えられる。

(3) 最高裁

以上、学説における児童・生徒と教師の関係についてみてきたが、最高裁は、いかなる関係を踏まえているだろうか。最高裁多数意見は、ピアノ伴奏拒否事件において、職務命令と教師の思想良心の自由という枠組みを設定した。また、その後の二〇一一年初夏の一連の最高裁判決においても同様の枠組みは維持されている。

そのため、児童・生徒という観点はその判断に組み込まれることがなく、児童・生徒分離型推論として読むことがで

きる。⁽²⁶⁾

ただし、藤田宙靖反対意見のように「教育の究極的な目的」という形で、児童・生徒という存在を判断に組み込む例も見られる。⁽²⁷⁾多数意見では捨象された児童・生徒という観点をみてとることができる。

(4) 本稿の前提

一連の訴訟を考察するうえで、児童・生徒の良心の自由が中心的な問題であるという点を強調するならば、教師の自由保障を考えるうえで児童・生徒の権利・自由を捨象することは困難であろう。そして、学校現場において、子どもと教師の関係は多種多様であり、子ども的人格形成の度合いもさまざまである。特定の教師に影響を受ける子どももいれば、場面ごとに行動のモデルを異なる教師に求める(あるいは求めない、求めたくない)子どももいるであろうし、自律した子どももいればその途中の段階の子どももいるであろう。その結果、子どもと教師が親和的な関係に立つこともあれば、逆に緊張関係に立つこともある。つまり、子どもと教師の関係のあり方はランダムであり、どの教師のいかなる行為が子どもにもいかに影響を与えるかということは、あらゆる可能性を含んでいる。

このことを前提として、各自由アプローチの残した課題を検討して、そして職務命令を受ける立場にある教師はいかなる地位にあるといえるのかについての考察を進めていく。

第二節 自由アプローチの諸相

前節で、自由アプローチの前提について考察を行ったが、本節ではそれぞれの自由アプローチの構造とそこから得られる手がかり、そして残された課題を確認していききたい。

(1) 良心の自由 (義務免除論)

児童・生徒分離型推論を前提とする佐々木の見解では、職務命令に対して教師が人権を行使していかにもその義務を回避できるかということが主要な争点となる。このような枠組みを義務免除論⁽²⁸⁾と呼ぶこととする。

佐々木は、「職務上の行為」と職業的義務を分けながら「教師としての職業的義務がその個人に対して課されるとき、それに対するその個人の『人権』主張が抑制されねばならないことには、些かなりともならない」とし、「上から『教師として行え』と命じられることに対して、自分の『人権を盾に拒むことに——それが正当な『人権』主張である限り——何のためらいもないはずである』⁽²⁹⁾」として、職業的義務に対して人権行使が可能であるとする。そして、「ある種の外部的行為は、行為者の自発性・自主性に基づいてはじめて、意味があるものと考えられる。そのような外部的行為(『自発的行為』)を強制的に行わせることは、行為者の思想良心の自由を侵害するものとして憲法上許されない⁽³⁰⁾」との内容を持つ自発的行為と、「当人の自発性に基づいていなくてもその行為が現実に行われること自体に価値がある⁽³¹⁾」外的行為の区分を用いて、国家斉唱については「『自発的行為』であるはずのものであり、そのように遇されなければならぬ⁽³²⁾」とする。

このように佐々木は、職業的義務に対して人権主張を基本的に認め、国家斉唱は自発的行為であり、思想良心の自由にとつて強制されてはならない行為であるとする。教師としての職務上の行為と上から命ぜられる職業的義務を分けて、前者については教師の人権行使ではないと確認している点は、現在の憲法学の到達点⁽³³⁾からして、異論はない。また、人権の享有主体性の問題と人権主張の結果それが認められないという結果の問題を峻別する点⁽³⁴⁾も、やはり異論はない。

そして、自発的行為と外面的行為の区別についても、行為の中には自発的に行われて意味を持つものと、いやいやで

も行うことそれ自体に意味があるものが存在するのは十分に理解できる。ただ、この点につき解釈論上の指摘が存在する。たとえば棟居快行は、『自発的行為の強制』のみが違法となると考えてしまうと、要するに外観上も強制のゆえであつて自発的意思のゆえではないことが明白でありさえすれば、『自発的行為の強制』型には当てはまらず、原則として合憲になつてしまうことである。処分内容が重ければ重いほど、そもそも強制された外面的行為であることとなり、『自発的行為』という外観を呈する余地が存在しなくなる。……強制が強ければ強いほど侵害とされにくいということであるから、解釈論上の重大な背理であろう⁽³⁵⁾と述べている。この批判は、強制の度合いが強ければ強いほど侵害の可能性が低くなるという佐々木の推論における矛盾点を鋭くついている。このような矛盾の背景には、客観的な視点を行為の評価に組み込むことがあると思われる。つまり、特定の行為に対して自身がいかに評価するかということに加え、第三者から見えていかなる行為であるかという評価を組み込むことで、侵害の可能性が高くなつたり低くなつたりするのではないか。

やはり、行為一般の区分も含めて、国歌を歌うことはいかなる意味を持つか、それに対して自分はいかなる態度を採るか、究極的には個々人、とりわけ教育現場では児童・生徒、そしてそれに関わる教師が個々に決めるということを前提にすべきであろう。

(2) 良心の自由（自律性擁護論）

この点をもつとも意識しながら、国旗国歌訴訟における思想良心の自由の成立範囲を探るのが西原である。

西原の良心の自由論を端的に表すのは以下の表現であろう。「良心の自由の下で問われるのは、世界的に見た場合に良心的兵役拒否の問題に最も典型的に現れるように、自らの良心に反する行為を法秩序が義務づけるような場合において、法秩序はその義務の遵守を要求することによつて個人の良心を破壊してもよいのか、最小限の不服従によつてそれ

に対抗する権利が個人に保障されているのではないか、という問題である。国旗・国歌法の制定過程で指摘された良心の自由は、思想弾圧ターゲット論に連なるものではなく、良心的義務と法的義務が衝突した場合における良心破壊の回避に向けた意味合いのものだった⁽³⁶⁾。ここでは、自身の行為の規準となる良心と政治的決断としての法を対置させ、前者の保障を探る枠組みを提示する。ただ、児童・生徒との関係を持ち、また地方公務員でもある教員の場合、この枠組みだけで考えればよいというものではなく、さまざまな関係や教員の属性を踏まえたうえでの理論構築が必要になる。

西原はこの点を踏まえ、この問題においては、「公立学校において児童・生徒に『君が代』を歌わせることは、憲法上許されるのか⁽³⁷⁾」という問いから出発し、児童・生徒、さらには親の権利を検討し、そしてその後、教師の問題を考察するという理論構成をとる。

教師の権利義務関係は、最初に「そもそも教師は、憲法一九条を引き合いに出せるのか」を問い、場面分けをして考察する⁽³⁸⁾。まず「教師が児童・生徒の教育に直接携わる場合」であるが、ここで「教師は、一定範囲で専門的裁量をもつ⁽³⁹⁾」とする。この裁量は、「教科の専門性に立ち入る基盤をもたない校長による監督との関係で成立する専門教科教諭の裁量とは、性格が異なり、特定の生徒の性格を個別に把握し、それに応じた教育法を採用できる状況に基づく⁽⁴⁰⁾」ものと理解される。この教師の職務権限は、「学校教育法二三条で『児童の教育をつかさどる』ものとされた教師が、『校務をつかさどる』任務を負う校長との関係で、第一次的責任を負うことの帰結⁽⁴¹⁾」とされる。他方、「各教師が、日常的な教育活動の割り当てを離れ、単なる校長の補助機関として学校行事の運営に関わる場面」を検討する。「ここでは、教師が生徒に対する直接の権力行使のあり方についての教育的判断権をもつわけではない」とし、「職務上であつても、なおも市民的自由が成立する余地がある⁽⁴²⁾」とする。そして最後に児童・生徒との関係で、参加の自発性が条件として機能することが困難な学校実務において、「生徒を預かる教師は、子どもの基本的人権を保護する義務を負う⁽⁴³⁾」として、「教師は、子どもの人権を侵害するがゆえに違法な学校活動に関わってはならず、反対に、自分の影響力の範囲にある

手段を用いて人権侵害を妨げる責務を負う」として当該教師の活動は、「違法性が阻却されなければならない」と結論付けている。⁽⁴³⁾

そして、このような理論枠組みは、児童・生徒との関係をより強く意識することで、「思想・良心の自由に関する論点は、教師が自らの権利を単純に主張するという枠組から、次第に、子どもの権利に対する侵害状況を踏まえて、教師として権利侵害に手を貸すことを拒む権利の問題へと昇華⁽⁴⁴⁾」という段階へと連なる。

西原は、以上のような理論枠組みを採ってはいるが、二〇〇七年のピアノ伴奏拒否最高裁判決が、「職務命令対教師の思想良心の自由」という枠組みに議論の土俵を限定したために、その枠組みの中で、教師の救済、さらには児童・生徒の権利保障の実現が模索されていく。⁽⁴⁵⁾

西原理論の最大の特徴は、個人の自律をその出発点に据えていることである。そしてその出発点を採ることで、当該個人が、特定の行為の意味付けを行うことが重要であることに至る。繰り返しになるが、一連の国旗国歌訴訟の問題が、国家というものをどう理解し、いかに向き合うかという問題を含むものであるなら、個々人が特定の行為を意味付けることが前提とされることや、特定の行為が自身の規準に照らして人格を破壊する可能性があるという認識へと至るとする理論には説得力がある。

ただし、教師、とりわけ公立学校教員の場合、別途検討すべき事項がある。それは、自由制約の正当化である。西原もこの点は、「思想・良心の自由に対して課される制限がただちに正当化の余地なく違憲であることを意味しない。ただ、たとえば職務命令の狙った実際の職務上の意義などを指摘して職務命令の——ひいては、受命教員に対して良心の犠牲を押し付けること——の——正当性を論じるのは、制約がないと言うのとは別の議論である⁽⁴⁶⁾」と示しており、意識している。

ここには、まさに教師の地位をいかに捉えるかということが課題として残っていることを示唆しているものといえ

る。

(3) 教育の自由

続けて良心の自由とは異なるアプローチである教育の自由について検討する。教育の自由論を代表する論者市川は「国旗・国歌強制の場面は、卒業式・入学式という学校行事の場」であり、「学校という日常的には閉ざされた空間が市民社会に開かれ、参加者は市民的自由の主体として学校行事に登場する」とする。⁽⁴⁷⁾しかし学校関係者、とくに教師については「あくまで子どもの前に一般市民として対しているのではなく、教師として職務活動である教育的働きかけの主体として対している」として教師を位置づける。⁽⁴⁸⁾そして、一連の国旗国歌に関する法紛争においては、「一般公務員はともかく、教育公務員にあつては、職務活動中の行為については、市民的自由の保障を論じる前に、教師職務に憲法上保障されている職能的自由である教育の自由の保障範囲であるか否かが論理上先行する問題といえる」として、教師の教育の自由を論じる。⁽⁴⁹⁾⁽⁵⁰⁾

そしてこの教育の自由の憲法上の位置づけについては旭川学テ最高裁判決を参照する。この判決で確定されたこととして「国民育成などを名目として特定の価値や観念を上から注入する教化（インドクトリネーション）が明示的に否定され、国家の教育内容決定権には子どもの学習権と人格権から憲法上の限界が画された」ことと「教育活動の具体的展開の詳細に及ぶような干渉・介入の禁止の意味での『教師の教育活動における裁量』（介入の量的限界）が保障され、また、典型的国家介入に対する最低限の質的限界として、『公権力による特定の意見の教授の強制の禁止』が憲法二三条によつて保障された」ことを挙げている。⁽⁵¹⁾

一連の国旗国歌訴訟にこの旭川学テ最高裁判決で確認された法理をあてはめた場合「一〇・二三通達の合憲・適法性」の検証がなされるとする。まず一〇・二三通達が「外形的・形式的に卒業式・入学式のあり方を裁量の余地なく決

定し、教育活動における裁量をほぼ全否定している」点については、「教育活動である特定の学校儀式の性格付けが、子どもと教師・学校の手から奪われ、「行政機関である都教委による決定の下に置かれた」ものとして、教育の自由侵害を構成するものとしている⁽⁵²⁾。また一方的な教授強制の禁止については、「日の丸・君が代の国家シンボルとしての是認、この形式での国家忠誠表明の是認は、国民世論において不一致が見られる重要問題に対する一方的見解」であるとして、「一律の行動様式で生徒の前で身を持って教授することを、教師に権力的に強制することに他ならず、この面でも教育の自由を侵害する」として一〇・二三通達の違憲性を指摘している⁽⁵³⁾。

市民的自由とは異なる、教師固有の憲法上の権利を認めるこの見解は、特殊な教師の地位理解に基づくものと思われる。ただ、一連の訴訟において最高裁がこのような教師の地位理解をしているかどうかは疑わしい。市川も述べているような「教育ロボット化の拒否」を保障する教育の自由が実効的であるためには、教育の自由が保障されるからロボット化は許されないという立論ではなく、教師はロボットたる地位にはないということをまず示し、その上で自由を主張する立論という流れになるのではないか。そのため、教育の自由論においても、教師はいかなる地位にあるのかということが課題として残されているといえる。

(4) その他の自由 たとえば表現の自由

以上の自由アプローチの他に、表現の自由からアプローチする見解もある。表現の自由アプローチの主たる目的は、ピアノ伴奏拒否を表現の自由（とりわけ政治的表現）規制と捉えて厳格審査を要求する点にある。たとえば淺野博宣はピアノ伴奏拒否を「沈黙の自由（消極的表現の自由）」としてではなくて、伴奏を拒絶することによって入学式における『君が代』斉唱に反対する意思を表明する積極的表現の自由として理解してみよう……このように理解すると、本件のピアノ伴奏拒否は政治的な内容の表現であり、裁判所は表現の自由の中でも特に厚く保護しなければならない」と述べ⁽⁵⁴⁾

ている。

ここには、ピアノ伴奏拒否⁽⁵⁵⁾を政治的なメッセージとして捉え、裁判所に厳格な審査を要求する主張を読み取ることができる。

ただ、学校現場において表現の自由行使が可能であるという前提を最高裁が採っているかどうかは疑わしく、また、最高裁の自由制約の正当化の論理からいって、厳格度を挙げることにより自由保障の蓋然性が高くなるという帰結へ至るかどうかも疑わしい。やはりここでも、いかなる自由からアプローチするかという問題に加えて、教師はいかなる地位にあるかということを開きな必要があることを確認できる。

(5) 小括

以上、いくつかの条文に関連づけられた複数の自由アプローチを見てきた。各アプローチによって、それぞれの守るべき対象が明らかになり、各論者にとって一連の国旗国歌訴訟がいかなる問題であるかということが浮き彫りになった。そして、各アプローチが共通の課題として残したものは、教師はどのような地位にあるのかに関する基礎的な説明枠組みの欠落である。この点を意識して、次章では、地位アプローチの前提、そして地位アプローチにおける全体の奉仕者の諸相を検討していきたい。

第三章 地位アプローチ

本章では、前章で確認された自由アプローチの残した課題、つまり地位アプローチについて検討する。地位アプロー

チにおいて問題となる教師の地位に関する論点とは、校長あるいは教育委員会などの教育行政と教師はどのような関係にあるかというものを問うものである。⁽⁵⁷⁾⁽⁵⁸⁾そして、地位アプローチとは、問われている教育行政と教師の関係のあり方を方向づけ、教師の自由や権利（権限）、あるいは義務の範囲を確定することである。一連の国旗国歌訴訟における地位アプローチでは、全体の奉仕者が中心的な概念となっており、この全体の奉仕者がいかに機能しているかを検討することが以下での課題となる。

第一節 地位アプローチの前提

この課題に取り組むうえで、まず教師像を確認する作業を行う必要がある。なぜなら、教師はいかなる者として捉えられているのかを理解しなければ、考えられうる教師と教育行政のあり方を想定するのは困難だからである。その作業の対象として、一連の訴訟における最高裁が採っている教師像の確認を行う。

他方、校長や教育委員会などの教育行政との関係のみならず、学校行事との関係でも教師の多様なあり方を想定することができる。そのため、ピアノ伴奏あるいは起立斉唱行為が行われる入学式や卒業式などの学校行事における教師のあり方も合わせて検討していく。

まず教師像の確認から行う。旭川学テ最高裁判決から一連の国旗国歌訴訟の背後にある教師像研究において、最高裁の採る教師像を三つの点から捉える見解がある。葛西耕介は、最高裁、とりわけ旭川学テ最高裁判決から読み取ることのできる教師像を、「非職能・非教育専門性」、「非価値性・非政治性」、「非職能性と非政治性を包摂する、教師に想定される自律的で多元的な個性」という三つの特徴でまとめている。⁽⁵⁹⁾そして三つの特徴である「①専門職能的把握というよりも人間・大人一般という把握、②非政治的・非価値的な把握、③一元的な専門知を担う教師像とそれに基づく職

務上の権限というよりも多元的・自律的な教師像とそれに基づく個人的人権・自由の優越」という理解は、その後の最高裁に引きつがれて、現在に至ることを確認している。⁽⁶⁰⁾

旭川学テ最高裁判決に関するこの理解を前提とすると、統一的な行動が求められかつ教師各人の教育的判断が前面に出てきづらいう学校行事において、教師の自由・裁量の根拠として旭川学テ最高裁判決に依拠することは困難である。

ただ、「多元的・自律的な教師像」が採られているという指摘からも、統一的行動が求められる際にも、教師の人格の多元性が認められる可能性は完全に排除されないであろう。

次に学校行事における教師のあり方に論を進める。学校行事における教員のあり方について、最高裁の各小法廷においてその枠組みが異なっているという指摘が存する。福嶋尚子は、最高裁の各小法廷における学校行事と教師の関係を整理・分析している。福嶋は、二〇一一年五月三〇日最高裁判決（第二小法廷）における「教員が日常担当する教科等や日常従事する事務の内容それ自体には含まれない」という表現に注目し、議論の出発点とする。⁽⁶¹⁾

続けて、二〇一一年六月六日最高裁判決（第一小法廷）でその表現が削除されている点を指摘する。⁽⁶²⁾そして、この削除が意味するところを「教師としての日常的な教科教育活動や授業の最中であっても敬意の表明の要素を含む行為を義務づけられれば間接的制約の問題は生じ得る、と第一小法廷が理解していることを示唆する。だとすれば第一小法廷の教師像は他の小法廷以上に、私人としてというより教師としての信念ないし信条に基づいて職務命令に〈對抗〉する教師像をも許容していると読むことが可能である」と読み取り、第一小法廷が私人としての教師以上に、教師としての教師を前提としている可能性を示唆する。⁽⁶³⁾

この検討を踏まえて、二〇一一年六月一四日、二二日の最高裁第三小法廷判決が「音楽専科の教諭が上記国歌斉唱の際にピアノ伴奏をする行為であれば、音楽専科の教諭としての教科指導に準ずる性質を有するものであって、敬意の表明としての要素の希薄な行為であり、そのように外部から認識されるものであるといえる」、「第三小法廷が、ピアノ伴

奏行為は「音楽専科の教諭としての教科指導に準ずる性質」を持つものであつて「敬意の表明としての要素は希薄」であると付言していることに着目する。そして「これを、前述した起立斉唱行為の日常業務外の行為としての性質を強調する姿勢と考え合わせると、日常的な教科指導から遠いがゆえに、起立斉唱行為はピアノ伴奏行為よりも敬意の表明としての要素が濃くなる、という関係性において把握されていることがわかる」として、教育活動の日常性と非日常性について整理する。⁽⁶⁴⁾

そしてこの整理を踏まえたうえで、福嶋は以下のように総括する。「このように三つの小法廷判決のうち、第一小法廷（六月六日判決）と第三小法廷（六月一日、二日判決）は、第二小法廷（五月三〇日）を挟んで、対照的な判断を示している。第一小法廷にあつては、教師の教育上の信念であることによつて保障強度を弱められてよいとはしないのに対して、第三小法廷にあつてはなお、教師としての立場に関わるものであることが職務命令との〈對抗的〉関係を否定し、ひいては間接的制約の存在まで消し去り得る要素として考慮されている。このうち、二〇一二年一月一六日の処分違法判決に引き継がれていくのは第一小法廷の立場であり、そこにおいて教師であるがゆえに妥協できない思想・良心の自由の問題にも認識が及んでいることの意味は小さくないものと思われる」。⁽⁶⁵⁾

この指摘は、日常的業務と非日常的業務を分けずに、教師の教育上の信念であることによつて保障強度を弱められてよいとはしないスタンスが処分違法判決につながることを示している。

日常的業務と非日常的業務の区分により自由を主張できる場面とそうでない場面を分けるトレードオフという構造ではなく、⁽⁶⁶⁾ 日常と非日常という場面の相対化が生じている。そしてその相対化によつて「教師として」何をすべきであるかあるいは何ができるのかということが次に検討すべき課題として浮かび上がる。「教師とはいかなるものであるか」という教師像の確認に加えて、「教師はいかなる地位にあるのか」を明らかにすることが次に取り組むべき課題となる。

第二節 地位アプローチにおける全体の奉仕者の諸相

これまでの検討を踏まえて、教師の憲法上の権利主張に際して、全体の奉仕者がどのように機能しているのかを学説・判例に沿ってみていき、最後にこれまでとは異なる全体の奉仕者解釈の可能性を提示することを試みる。

(1) 指導理念としての全体の奉仕者

学説において、とりわけ公務員の憲法上の権利制限の根拠を語る文脈で、全体の奉仕者を指導理念であるとし、公務員の具体的な憲法上の権利制限の根拠として捉えない見解がある。この見解を採る芦部信喜は、「公務員の人権制限の根拠は、憲法が公務員関係という特別の法律関係の存在とその自律性を憲法的秩序の構成要素として認めていること（一五・七三・七三・四号参照）に、求められねばならないからである」と述べる⁽⁶⁸⁾。いわゆる憲法秩序構成要素説である⁽⁶⁹⁾。ここには全体の奉仕者の規定によって、公務員による憲法上の権利行使が直接的に制限されることへの批判を読み取ることができる。

しかし、最高裁多数意見は、全体の奉仕者の規定を憲法上の権利制限の憲法上の根拠として理解していることはもちろん、具体的な憲法上の権利行使を直接制限する根拠としても理解しているように読める。少なくとも、全体の奉仕者の規定は、芦部の述べるような指導理念以上の意味を裁判では有している。そのため、最高裁多数意見において全体の奉仕者がどのように機能しているのかを確認し、それを踏まえたうえで、新たな全体の奉仕者解釈の提示を試みたい。

(2) 制限規範としての全体の奉仕者①

ピアノ伴奏拒否判決、そして二〇一一年五月三〇日以降の判決において、全体の奉仕者は以下のように機能している。

たとえば、ピアノ伴奏拒否事件最高裁判決では、「憲法一五条二項は、『すべて公務員は、全体の奉仕者であつて、一部の奉仕者ではない。』と定めており、地方公務員も、地方公共団体の住民全体の奉仕者としての地位を有するものである。こうした地位の特殊性及び職務の公共性にかんがみ、……同法（地方公務員法）三二条は、上記の地方公務員がその職務を遂行するに当たつて、法令等に従い、かつ、上司の職務上の命令に忠実に従わなければならない旨規定するところ、上告人は、A小学校の音楽専科の教諭であつて、法令等や職務上の命令に従わなければならない立場（括弧内は筆者）」にあることが確認され、学校教育法、小学校学習指導要領などの規定を確認し、職務命令の合理性を確認している。⁽⁷⁰⁾

そして二〇一一年五月三〇日以降の判決では、順序こそ違うものの、基本的には学校教育法および学習指導要領の内容を確認し、併せて教師は法令・上司に従う全体の奉仕者であることを確認して、職務命令の憲法適合性を判断している。

この教師の位置づけを明確に理解するために参考になるモデルがある。このモデルは、教科書検定および教科書執筆者を対象として描かれたモデルであるため、一連の訴訟と直接の関係は無いようにも見えるが、その構造上教師の置かれている状況が類似しているため、参考にする。

蟻川恒正は『Government speechと『囚われの聴衆』によるその受領』⁽⁷¹⁾という枠組みで思想の自由を論じる論文の中で、教科書検定をもその対象としている。教科書検定は、「私的言論を市場から排除する行為」である検閲とは異なる

り、「自ら制作した公的言論を、法的拘束力をもって、市場に流通させる行為である」とする。⁽⁷²⁾そして「検定教科書の使用を義務づけられた普通学校教育過程は、果たして、『government speech』と『囚われの聴衆』によるその受領」という本稿に新たな事例を附加する」として考察を行う。⁽⁷³⁾

本稿の課題に即して引用すると以下の二箇所が重要な対象となろう。「本来『送り手』である筈の教科書執筆者が却って政府の『道具』にまで墮さしめられてしまう事実の摘出のうちに、『問題』を可視化することを、狙った。『問題』とは、政府が、教科書検定制度とその運用を通して、執筆者の専門学術的知見をも押え込み、それどころか執筆者を『道具』にまでして、政府自らのイデオロギー的見地を『囚われの聴衆』たる生徒に植え付けることが可能となっている、という問題——すなわち本稿の『問題』——である」。⁽⁷⁴⁾

「それなら、かかる価値植え込みの危険は、如何にこれを縮減することができるのか。中間総括の示すところに従うなら、その役を期待しうるのも、また『道具』たる位置に立つ者である。彼は、政府と生徒との中間に介在する位置を占めることによって、government speechの『道具』として利用されることがある反面、『道具』としての自己供出を断固拒絶することを通して、government speechを——それに『道具』を与えないことによって——頓挫させることもできるのである。彼は、『道具』になりうるからこそ、『道具』にならないことができるのである。本稿が、『道具』という一見貶価的な言葉を敢て用い、教科書執筆者の占める位置を確定しようとした眼目は、一点ここに存する」。⁽⁷⁵⁾

ここには、まさに特定の考え方を「生徒に植え付けること」、教師が道具になつていことが指摘されている。国旗国歌訴訟においても共有できる点であろう。すでに国旗国歌に対して自身の考え方を有している児童・生徒にとつて、自身の考えと異なる考えが無条件に正しいものとして提示されることは自身の考えに照らして苦痛を伴う可能性は否定できない。また、そうでない児童・生徒にとつては、まさに「価値の植え込みの危険」が問題となる。児童・生徒が、さまざまな情報に触れた結果現在行われている国歌斉唱という儀式に賛同することはおおいにありうる。しかし、無批

判に特定の価値が植え込まれることは一種の教化といえ、たどり着く結論が同じとしても許容し難い。

他方、教師の問題はどうであろうか。蟻川が対象としたのは、教科書検定である。そのため、国旗国歌訴訟における教師の位置づけと教科書検定における教科書執筆者とで差異がある。それは、教科書執筆者が『道具』としての自己供出を断固拒絶すること⁽⁷⁶⁾ができるのに対して、国旗国歌訴訟における教師はそれができないことである。より正確にいうなら、後者の場合、道具たることを拒否したとしても、その後には処分が待ち構えている。この点に教科書執筆者との決定的な違いがある。

ここでは以下のことが確認できた。それは一連の国旗国歌訴訟における最高裁多数意見において、通達・職務命令は教師を道具たらしめ、生徒に特定の考え方の優位性(あるいは絶対性)を伝えているということである。そして、それを可能にしているのが、全体の奉仕者という概念である。

最高裁多数意見ではこのように全体の奉仕者が機能しているが、次に、多数意見とは異なる見解を検討したい。

(3) 制限規範としての全体の奉仕者②

ピアノ伴奏拒否事件最高裁判決における藤田反対意見では、全体の奉仕者の機能につき、公務員の人権行使につき内在的な制約が伴うことは認めるものの、具体的なケースにおいては個別具体的な検討が必要であるとしている。そして学校行政の究極的目的を「子供の教育を受ける利益の達成」とし、当該目的のために、「入学式における『君が代』斉唱の指導」という中間目的(学習指導要領により)設定され、それを実現するために、いわば、「入学式進行における秩序・紀律」及び「組織決定を遂行するための」校長の指揮権の確保⁽⁷⁶⁾を具体的な目的とした『君が代』のピアノ伴奏をすること⁽⁷⁶⁾という職務命令が発せられるという構造をみてとる。藤田は続けて、仮に上記の中間目的が承認されたとしても、そのことが当然に『君が代』のピアノ伴奏を強制すること⁽⁷⁶⁾の不可欠性を導くものでもない。公務員

の基本的人權の制約要因たり得る公共の福祉ないし公共の利益が認められるか否かについては、この重層構造のそれぞれの位相に対応して慎重に検討されるべきである」とする⁽⁷⁷⁾。藤田反対意見は「入学式進行における秩序・紀律」及び「(組織決定を遂行するための)校長の指揮権の確保」について再考を促している⁽⁷⁸⁾。

この構造は、教育の目的は何かということを出発点に、その目的達成のために必要な中間的ないくつかの目標と公務員の憲法上の権利の衡量をそれぞれの位相に応じて行うという法理である。

この法理には、教師が道具足りうることを憲法上の権利行使で回避する可能性が秘められている。全体の奉仕者を個別具体的な権利制限の根拠ではなく、公務員の職務遂行に際しての内在的制約を導く根拠として全体の奉仕者を理解することで、このことを可能にしている。この法理は、公務員一般にも妥当し、重要な法理であることは間違いない。

そのうえでなお、全体の奉仕者には、最高裁多数意見が採るような憲法上の権利制限における具体的根拠と藤田反対意見が採るような職務遂行に際しての内在的制約の根拠である制限規範としての全体の奉仕者解釈のみしかないのだろうか。特定の対象に対する理解について教師が教育行政に対して対抗的あるいは対等な立場に立つような全体の奉仕者理解はありえないのだろうか。

(4) 調整規範としての全体の奉仕者の可能性

たとえば、ピアノ伴奏拒否事件最高裁判決の那須弘平意見では以下のような全体の奉仕者理解をしている。『君が代』の斉唱については、学校は消極的な意見を有する人々の立場にも相応の配慮を怠るべきではないが、他方で斉唱することに積極的な意義を見いだす人々の立場をも十分に尊重する必要がある。そのような多元的な価値の併存を可能とするような運営をすることが学校としては最も望ましいことであり、これが『全体の奉仕者』としての公務員の本質(憲法一五条二項)にも合致し、また『公の性質』を有する学校における『全体の奉仕者』としての教員の在り方(平

成一八年法律第一二〇号による全部改正前の教育基本法六条一項及び二項)にも調和するものであることは明らかである。しかし、この理解は、結果として「行事の目的を達成するために必要な範囲内では、学校単位での統一性を重視し、校長の裁量による統一的な意思決定に服させることも『思想及び良心の自由』との関係で許されると解する」⁽⁷⁹⁾として、消極的な意見を有する人は、統一的な意思決定に合流させられる。

この見解は、多元的な価値観の併存を可能にする全体の奉仕者理解であるといえる。那須意見では、多元的価値の併存よりも統一的な意思決定を上位におき、結果として教員に対するピアノ伴奏命令を合憲とした。しかし、多元的価値の併存の方が上位にすることはなかったであろうか。

たしかに、統一的な意思決定がなされ、統一的な行動が求められる場面は、学校生活においては避けては通れないであろう。しかし、児童・生徒を前にし、各教師の行為がどのような影響を与えるか分からない状況下で、特定の行為を職務命令をもって違法とし、封じ込めることにはなお疑問が残る。自律した子どもが自己の判断で特定の行為を行う場合、目の前でそれが違法であるとされたなら、その子どもの人格形成に負の影響が生じる可能性がある。また、そうでない子どもにとつても、一般社会では違法でない行為が違法であると学校では教えられ、選択肢の一つから事実上消えていくことも子どもたちの成長にとつて望ましいとはいえないだろう。⁽⁸⁰⁾

全体の奉仕者の規定により上命下服の關係が設定されることそれ自体を否定することは難しい。ただし、全体の奉仕者を上司の命令・法令に従うという解釈のみではなく、(とりわけ、統一的行事において児童・生徒を意識した場合)多元的な価値を体現するという意味に解釈することも可能ではないか。そうであるなら、特定の価値(あるいはそれに基いた行為)を統一的行事から違法性を負わせ排斥するような職務命令の運用は、全体の奉仕者の規定からもその必要性・合理性が疑われるものと思われる。

むすびにかえて

本稿では、全体の奉仕者に関する新たな解釈の可能性を示唆することを目指した。

一連の国旗国歌訴訟は、これまで自由アプローチによつて語られてきた。たしかに自由アプローチは、どのような行為をどの自由で守るべきかということが明確になるため、何が問題であるかを浮き彫りにする有益なアプローチである。ただ、最高裁の判決を踏まえるなら、教師の地位論、つまり教師が校長あるいは教育委員会などの教育行政とどのような関係にあるのかということが課題として依然残っている。そのため本稿では、全体の奉仕者解釈を通してこの地位論に取り組んだ。その結果、最高裁における地位アプローチでは全体の奉仕者を根拠に、道具としての地位に教師を置くような理解が採られていることがうかがえ、それに反対する意見もまた、今後の発展可能性を残す法理とはいえず、全体の奉仕者を制限規範として捉えることにとどまっていることを確認することができた。

そこで、本稿では制限規範としての全体の奉仕者解釈だけにとどまらず、調整規範、つまり統一的な意思決定と多元的な価値の併存を調整する規範としての全体の奉仕者解釈の可能性を提示した。この解釈の妥当性とその射程などの課題は他日を期したい。

※紙幅の関係上、注ならびに引用文献の多くを割愛せざるを得なかった。この点、ご寛恕賜りたい。

注

(1) たとえば西原博史は、二〇一二年一月一六日の処分違法判決後に「一月の判決は、その長い戦いにおいて、最終的な到達点までの道筋を示したのである。／ただ、この現在示されている最終到達点の評価は単純ではない。あまりに多くの問題を残している」と述べており、課題を残しながらも一応の決着がついたことを示している。西原博史「最高裁『君が代』処分違法判決をどうみるか 良心の自由論によって得られたものと失われたもの」『世界』八三〇号(二〇一二年)一〇九頁。また、日本教育法学会第四三回定期総会(二〇一二年五月二六日―二七日)の市川須美子による総会報告は、「日の丸・君が代裁判の現段階の総括」と銘打たれており、ここにも今後の課題を残した形での一応の決着がついたという理解をみてとることが可能であろう。

(2) 二〇一二年初頭までの国旗国歌訴訟に関する論点の整理として、中川律(責任者)・安原陽平・福岡尚子・高橋哲・谷口聡・小林正直・葛西耕介『『日の丸・君が代』訴訟の争点』日本教育法学会編『教育の国家責任とナショナル・ミニマム』日本教育法学会年報第四一号(二〇一二年)一六一頁以下参照

(3) 最三判平成一九年二月二七日民集六一卷一号二九一頁。

(4) ピアノ伴奏拒否事件最高裁判決までの主要な論点の整理として、斎藤一久「8 公立学校における思想・良心の自由——国旗・国歌をめぐる憲法問題」大沢秀介・葛西まゆこ・大林啓吾編『憲法.com』(成文堂、二〇一〇年)一一九頁以下参照。

(5) たとえば、ピアノ伴奏拒否を憲法一九条の保障範囲に最高裁多数意見は含めたのかどうかについて、含めていないと読めるが、それ以外の解釈もありうるとする見解として、渡辺康行「公教育における『君が代』と教師の『思想・良心の自由』——ピアノ伴奏拒否事件と予防訴訟を素材として」『ジュリスト』一三三七号(二〇〇七年)三三三―三四頁。

(6) 最二判平成二三年五月三〇日民集六五卷四号一七八〇頁、最一判平成二三年六月六日民集六五卷四号一八五五頁、最三判平成二三年六月一四日六五卷四号二二四八頁、最三判平成二三年六月二一日判例時報二二二三号三五頁などを挙げることに

ができる。

- (7) 最二判平成三年五月三〇日民集六五卷四号一七八〇頁(二七八六頁)。
- (8) 最一判平成二四年一月一六日判例時報二二四七号二二七頁(二三五頁)、最一判平成二四年一月一六日判例時報二一四七号一三九頁(二四二頁)。
- (9) 最一判平成二四年一月一六日判例時報二一四七号一二七頁(一三五―一三六頁)、最一判平成二四年一月一六日判例時報二一四七号二三九頁(一四二―一四三頁)。
- (10) ただし、国旗掲揚の妨害や引き下ろしなどの「過去の処分歴に係る一連非違行為の内容や頻度等に鑑み」て停職処分の選択を裁量権の範囲内と判断されている上告人の例もある。最一判平成二四年一月一六日判例時報二一四七号一三九頁(一四三頁)。
- (11) 最一判平成二四年二月九日民集六六卷二号一三八頁。
- (12) たとえばこの点について、一連の国旗国歌訴訟を踏まえて、「人格」概念を中心として教師はいかなる存在であるかを考察する教師像の共同研究を新たに行った。西原博史・佐藤晋平・葛西耕介・福嶋尚子・安原陽平「最高裁判例における教師像の展開——学テ判決と『君が代』処分違法判決をつなぐもの」『東京大学教育学研究科教育行政学論叢』第三二号(二〇二二年)一―三頁以下参照。
- (13) 最二判平成二三年五月三〇日民集六五卷四号一七八〇頁(二七八八―一七八九頁)。
- (14) 佐々木弘通『「人権」論・思想良心の自由・国歌斉唱』『成城法学』第六六卷(二〇〇一年)七〇頁。
- (15) 棟居快行『君が代』斉唱・伴奏と教師の思想の自由』社団法人自由人権協会編『市民的自由の広がり JCLU人権と六〇年』(新評論、二〇〇七年)六八頁。
- (16) 市川須美子「最高裁学テ判決と『日の丸・君が代』強制」『獨協法学』第八一号(二〇一〇年)二二頁、西原博史『学校が愛国心を教えるとき』(日本評論社、二〇〇三年)二五―二六頁、世取山洋介「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」『法政理論』第四四卷第一号(二〇一一)二二―二頁など参照。
- (17) この点は、佐々木も別途検討している。佐々木・前掲注(14)五九頁。

- (18) 西原博史「教師の（教育の自由）と子どもたちの思想・良心の自由」広田照幸編『自由への問い5 教育——せめぎ合う「教える」「学ぶ」「育てる」』（岩波書店、二〇〇九年）一三三頁。
- (19) 西原博史『君が代』裁判と憲法』『法学セミナー』五六二号（二〇〇一）四〇頁。
- (20) 西原博史『君が代』伴奏拒否訴訟最高裁判決批判『子どもの心の自由』を中心に』世界七六五号（二〇〇七年）一三七—一三八頁。
- (21) ここで取り上げられた子どもたちの事例は普遍化できるモデルではないとするものの、子どもの無権利状態を描き出す「一人の体験」として語られている。同上、一三八頁。
- (22) 米沢幸一『憲法と教育15講第3版』（北樹出版、二〇一一年）六〇頁。
- (23) 市川・前掲注（16）一六頁。
- (24) 同上、一八頁。
- (25) 教師の教育活動が憲法上の権利行使であることに批判的である見解として、奥平康弘「教育を受ける権利」芦辺信喜『憲法Ⅲ 人権（2）』（有斐閣、一九八一年）四一—一頁以下参照。反対に肯定的なものとして、新岡昌幸「教師の職務上の行為と人権——なぜ教師の職務上の行為は憲法上の保障に与らねばならないのか？」日本教育法学会編『子どもと教師をめぐる教育法学の新課題 日本教育法学会年報第三九号』（二〇一〇年）一七〇頁以下参照。
- (26) この点につき、「教師の思想・良心の自由に対する『間接的制約』の正当化根拠を探る際に、子どもたちの思想・良心の自由という観点を完全に消し去っている点が挙げられる」という評価がある。西原博史『君が代』不起立訴訟最高裁判決をどう見るか 良心の自由の『間接的制約』と『必要性・合理性』をめぐる』『世界』八二二号（二〇一一年）一二二頁。
- (27) 最三判平成一九年二月二十七日民集六一卷一号二九二頁（三〇三—三〇五頁）。
- (28) 他の義務免除論者として、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』『早稲田法学』八〇巻三号（二〇〇五年）一〇五頁以下など。
- (29) 佐々木・前掲注（14）六六頁。
- (30) 同上、四四頁。
- (31) 同上、四六頁。

- (32) 同上、六八頁。
- (33) 奥平・前掲注(25) 四一頁以下参照。
- (34) 佐々木・前掲注(14) 六六頁。
- (35) 棟居・前掲注(15) 八三頁。
- (36) 西原・前掲注(1) 一一頁。
- (37) 西原博史『良心の自由増補版』(成文堂、二〇〇一年) 四二三頁。
- (38) 同上、四六〇頁。
- (39) 同上。
- (40) 同上。
- (41) 同上、四六〇―四六一頁。
- (42) 同上、四六一頁。
- (43) 同上、四六二頁。
- (44) 西原・前掲注(19) 四〇頁。
- (45) たとえば外部的行為の領域と思想・良心の自由の関係に特化して一連の残した課題を論じたものとして、西原博史「『君が代』裁判と外部的行為の領域における思想・良心の自由の意義」『労働法律旬報』一七〇九号(二〇〇九) 六頁以下参照。
- (46) 同上、一八頁。
- (47) 市川須美子「教師の日の丸・君が代拒否の教育の自由からの立論」『法律時報』八〇巻九号(二〇〇八年) 七二頁。
- (48) 同上、七二―七三頁。
- (49) 同上、七三頁。
- (50) これは逆に市民的自由である思想・良心の自由を教育の自由によって充填しより手厚い保護を与えようとする見解もある。成嶋隆「『日の丸・君が代』訴訟における思想・良心の自由と教育の自由」『法律時報』八〇巻九号(二〇〇八年) 七八頁以下参照。
- (51) 市川・前掲注(47) 七三頁。

(52) 同上、七四頁。

(53) 同上、七五頁。

(54) 淺野博宣「君が代ピアノ伴奏職務命令拒否事件」『ジュリスト』一三五四号(二〇〇八年)一三三頁。

(55) 本評釈はピアノ伴奏拒否事件最高裁判決について書かれたものであり、起立斉唱行為までも射程に含むものではないが、「君が代」斉唱に反対する意思を表明する積極的表現の自由」という理解であるため、不起立行為にも及ぶものと考えられる。

(56) 西原・前掲注(1) 一一二―一一三頁。

(57) たとえば西原は、二〇一二年一月一六日の最高裁判決を踏まえて『君が代』処分違法判決の中に現れてくるのは、教師は教育委員会のロボットであつてはならないという最高裁の確信である。／この点を手がかりに、学校における教師の法的地位をどのようなものとして再構築していくのか。この課題も、これからの議論に委ねられている」と述べており、教師の地位論が今後の課題であることを示唆している。西原・前掲注(1) 一一五頁。

(58) 教師の地位論については、憲法上の権利の制約の正当化レベルだけではなく、享有主体性のレベルで問題とすることも可能である。「教員は、職務上の活動に際して基本権を引き合いに出して国家に対して自由を享受することができる地位にあるのか」という問いのものと、公立学校教員の憲法上の権利保障の可能性について検討したものとして、安原陽平「公立学校教員の基本権主張可能性——職務上の行為、職務中の私的行為、職務外の行為」『社会学論集』第一六号(二〇一〇)二三五頁以下参照。

(59) 西原ほか・前掲注(12) 一三六頁。

(60) 同上。

(61) 同上、一四六一―一四七頁。

(62) 同上、一四七一―一四八頁。

(63) 同上、一四八頁。

(64) 同上。

(65) 同上、一四八一―一四九頁。

- (66) トレードオフという表現は、福嶋によって使用。同上、一五〇頁。
- (67) 芹部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、一九九四年）二五三頁。
- (68) 同上、二五九頁。
- (69) なお、いわゆる憲法秩序構成要素説を国旗国歌訴訟における事例に当てはめる見解として、木村草太「音楽専科教諭の『君が代』ピアノ伴奏拒否に対する戒告処分取消訴訟上告審判決」『自治研究』第八四卷第一二号（二〇〇八年）一三七頁以下参照。
- (70) 最三判平成一九年二月二七日民集六一卷一号二九一頁（二九五―二九六頁）。
- (71) 蟻川恒正「第四章 思想の自由」樋口陽一編『講座・憲法学 第三卷 権利の保障1』（日本評論社、一九九四年）一一八頁。
- (72) 同上、一二〇頁。
- (73) 同上、一二二頁。
- (74) 同上、一二二―一二三頁。
- (75) 同上、一二三頁。
- (76) 最三判平成一九年二月二七日民集六一卷一号二九一頁（三〇四頁）。
- (77) 同上。
- (78) 同上、三〇四―三〇五頁。
- (79) 最三判平成一九年二月二七日民集六一卷一号二九一頁（二九九頁）。
- (80) 不起立行為の教育的意味として、懲戒処分をめぐる都教委の裁量権の逸脱・濫用の有無に関する意見書の中で、世取山洋介は「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、論争的主題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」と述べている。世取山・前掲注（16）二二二頁。