

《判例研究》

教師の教育の自由

——判例法理の形成と展開——

加藤文也

目次

はじめに——本稿の趣旨——

- 一 国（教育行政）の教育内容介入の限界についての判断基準
- 二 予防訴訟第一審判決の内容とその意義
- 三 予防訴訟控訴審判決の内容と問題点
- 四 東京君が代・第一次処分取消訴訟控訴審判決の内容と問題点
- 五 七生養護学校事件東京高裁判決の内容とその意義

はじめに——本稿の趣旨——

教育行政の直接的な教育の内容ないし方法に対する介入の是非が問われた事例として、以下の二つがある。

一つは、卒業式等における国旗・国歌の一律強制的実施にかかわる事例である。東京都教育委員会は、平成一五(二〇〇三)年一〇月二三日、都立学校の各校長に対し、入学式、卒業式等の式典において、教職員らは国旗に向かって起立し、国歌を斉唱すること、国歌斉唱はピアノ伴奏により行うこと、校長の職務命令に従わなかった場合は服務事故として懲戒処分が付される旨の通達(以下、「本件通達」という。)を發し、以後、卒業式等で校長の職務命令に従わなかった教職員の懲戒処分を強行し、令和二(二〇二〇)年一二月末日までに四八〇名を超える大量の処分者を出す異常な事態を生じさせている。この間、都立学校の教職員らは、本件通達及び校長の職務命令が、思想・良心の自由、教育の自由、旧教基法一〇条一項(改正教基法一六条一項)で禁止される「不当な支配」に当たるとして、国歌斉唱義務不存在確認訴訟(予防訴訟)及び東京君が代・処分取消第一次ないし第四次訴訟を提起して争ってきた。

他は、東京都教育委員会、都議会議員等が養護学校における性教育の内容に対する直接的な介入が問題とされた七生養護学校事件がある。

本稿は、右記裁判例を素材とし、教師の教育の自由についての判例法理の形成と展開について論ずるものである。なお、筆者は、右記予防訴訟等に代理人として関与しているものであるが、市川須美子名誉教授には、上記訴訟提起の時点から、教育法学の専門家の立場からの助言、アドバイスをいただいた。この機会に改めて感謝申し上げる次第である。

一 国(教育行政)の教育内容介入の限界についての判断基準

はじめに

国(行政)の教育内容介入の限界についての判断基準を示した先例として、一九七六(昭和五一)年五月二一日付けの旭川学力テスト事件大法廷判決(以下、本稿では、「学テ判決」と略称する。なお、同判決は、判時八一四号 三三三頁以下参照のこと)がある。<sup>1)</sup>

本件の問題を考察するにあたって、上記判決の趣旨を正確に把握することが肝要と考えるので、最初に、上記学テ判決の内容の検討から始めることとする。

(一) 学テ判決の内容

(1) 子どもの教育と教育権能の帰属に関して

ア 憲法二六条(教育を受ける権利)の意味―子どもの学習権保障にあること―

学テ判決は、憲法二六条の教育を受ける権利の内実は、子どもの学習権保障にあることを明らかにした上で、「子どもの教育は、教育を施す者の支配権能ではなく、何よりもまず、子どもの学習する権利に対応し、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してとらえられている」とした。このことは、子どもの教育にかかわる問題は、子どもの学習権保障を中軸に据えて、国(教育行政)、教師の責務を考察すべきことを明らか

かにしたものと解することができる。

イ 教師の教育の自由について

学テ判決は、普通教育の場においても、a「教師が公権力によって特定の意見のみを教授することを強制されない」という意味において、b「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、その個性に依拠して行わなければならない」という本質的要請に照らし、教授の具体的内容及び方法につきある程度自由な裁量のみとめられなければならない」という意味において、教師の教育の自由が憲法二三条「学問の自由」の保障に含まれることを明らかにした。

教師の教育の自由も、子どもの学習権保障の観点から、導かれていることに留意されなければならない。子どもも自由かつ独立の存在として個人の尊厳が確保されなければならない存在である。子ども一人ひとりが自由かつ独立の存在として、その個性、発達段階も異なることからすれば、子どもに教育を施すことになる教師は、子どもとの間の直接の人格的接触を通じ、その個性、発達段階に応じて行わなければならないという本質的要請——そうでなければ、個性、発達段階も異なる子ども一人ひとりの学習権を充足させることにはならない——に照らし、教授の具体的内容及び方法についてある程度自由な裁量——創意工夫の余地——がみとめられなければならないことになるのである。

なお、学テ判決の言うところの教育の本質とは、個性、発達段階も異なる子ども一人ひとりの学習権を保障するため、その個性、発達段階を見極め（このことを「子どもとの直接の人格的接触を通じて」と述べている）、その個性、発達段階に応じた教育を行い、子ども一人ひとりの学習権を充足することであると捉えていると解することができる。

以上述べたことからすれば、教師に「教授の具体的内容及び方法につきある程度自由な裁量―創意工夫の余地―がみとめられなければならない」ことは、子どもの学習権保障のため、憲法が教師に保障することを認めた教育の自由の権利の核心を構成するものと位置づけられる。

ウ 子ども学習権も国の教育内容の介入の限界を画すること

一学テ判決は、前述した歯止め等を前提に、国は、「必要かつ相当と認められる範囲において、教育内容についてこれを決定する権能を有する」との判断を示した。

が、さらに、「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観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強制することは、憲法二六条、一三条の規定上からもゆるされない」とし、子どもの学習権が、国（行政）の教育内容介入の限度を画する根拠となることを示している。

## (2) 旧教育基本法一〇条及び学習指導要領の解釈

ア 学テ判決は、憲法における教育に対する国の権能及び教育の自由について前述した理解を背景に、旧教基法一〇条について、教育と教育行政との関係についての基本原理を定めた極めて重要な規定であるとし、

① 教育行政機関が法令に基づいて行政を行う場合は教基法一〇条一項という「不当な支配」に含まれないかどうか、

② 学習指導要領はどのような性質を有するものかについて、以下のような判断を示した。

イ 上記①の点について

「教基法一〇条一項は、・・・教育は、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解される。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』であって、そのような支配と認められる限り、その主体いかんは問うところでない」と解しなければならぬ。」とした上で、「教基法一〇条一項は、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。」との判断を明確に示した。この判決により、「法令に基づく教育行政機関」であっても「不当な支配」に当たることが判例上、確定した。

ウ 上記②の学習指導要領の法的拘束性に関して以下のような判断を示した。

「教基法一〇条は、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あたっては、教育の自主性尊重の見地から、これに対する『不当な支配』になることがないようにすべき旨の限定を付したところに意味があ」とし、「国の教育行政機関が法律の授權に基づいて義務教育に属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教基法一〇条に関してさきに述べたところのほか、後述する教育に関する地方自治の原則をも考慮し、右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。・・・これを前記学習指導要領についていえば、・・・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。」

エ 学テ判決の学習指導要領についての判断の意味

学テ判決は、上記「教育の自主性尊重の見地」との判断基準を踏まえ、「前記学習指導要領」について具体的

検討を加えた上、「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」が存すること、及び「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」との判断を示した上で、「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」としている。

以上のとおり学テ判決が示した学習指導要領を大綱的基準として法的効力があったとした意味は、第一に、「教師による創造的かつ弾力的な教育の余地」が存すること、教師の教育の自由侵害がない、第二に、教師に対し一方的な一定の理論ないし観念を生徒に教え込むことを強制するような内容になっていない（このことは、教師の教育の自由の侵害がないことを意味する。また、このことは、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内容、例えば、誤った知識や一方的観念を子どもに植えつけるような内容となっていないこと―憲法一三条、憲法二六条違反がない―）場合に限って、法的効力があるとしたところにあると解される。

## (二) 学テ判決が示した教育内容介入の歯止めになる規定の意味について

### (1) 学テ判決が示した教育内容介入の歯止めになる規定の意味

前述したことから明らかなように、国（教育行政）の教育内容介入の限界、歯止めを画する規定として、教師の教育の自由（憲法二三条）、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教育内容介入の禁止（憲法一三条、憲法二六条違反がないこと）、教育基本法一〇条（教育の自主性侵害がないこと、「不当な支配」とならないこと）をあげることができる。

このことは、憲法の規定（憲法二三条、同一三条、同二六条）と教育基本法一〇条（教育の自主性侵害がないこ

と、「不当な支配」とならないこと）が一体となつて、国（教育行政）の教育内容介入の歯止めとなることを意味している（と解することができる）。

（2）教師の教育の自由と学テ判決が指摘する教基法一〇条で禁止される教育の自主性尊重との関係について既に述べたとおり、教師の教育の自由（教授の具体的内容および方法についてある程度自由な裁量―創意工夫の余地―の保障）は、子どもの学習権保障の観点から導かれる。

教育基本法一〇条一項の立法経過からして、同条が「戦前における教育行政による教育支配を厳しく反省し、教育行政による教育支配を禁ずる意味を込めて『不当な支配』の禁止が書かれたのであり、そこに学校教師の教育権保障の原理が含まれていたことは事実と見られる。」<sup>(2)</sup>

教育の人間主体性ということ自体は、いわば近代教育の常識であり、教師の人間活動を通じて子どもの人間を育成していく営みである教育にあつては、教師も子どもも人間の証しである主体性・自主性を保有していなければならない。<sup>(3)</sup>

以上述べたことからして、教育の自主性尊重の見地とは、教育は、国民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つてゆがめられることがあつてはならないとして、教育が専ら教育本来の目的―子どもの学習権保障、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て、子ども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―に従つて行われるべきことを示したものと解される。このことは、教育の自主性尊重の見地とは、教師の創意工夫の尊重と同義であると解される。したがって、教育の自主性侵害となる場合は、必然的に教師の教育の自由侵害となると解することができる<sup>(4)</sup>と考える。



## 二 予防訴訟第一審判決の内容とその意義

はじめに

予防訴訟においては、入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱する義務、ピアノ伴奏をする義務の存否が争点となった。

具体的には、(1)学習指導要領の国旗・国歌条項(「国旗に向かって起立し、国歌を斉唱するよう指導するものとする。」)が、教育の自由、教基法一〇条に反しないか否か。(2)本件通達(本件通達に基づく各校長の職務命令)が教育の自由、教基法一〇条に反しないか否か、が争点となった。

### (一) 予防訴訟第一審判決の内容

(1) 第一審判決は、法的判断の前提として本件通達発令の経緯について以下の通り、事実認定を行っている。

ア 文部省は、平成一〇年春、全国の公立小・中・高等学校の卒業式及び入学式における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施状況の調査を行ったところ、前の年の調査に比べて全体として実施率は上昇しているものの、一部の都道府県において依然として実施率が低い状況にあった。それで、文部省は、同年一〇月、各都道府県の教育委員会教育長に対し、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱の指導を徹底するよう通知した。

都立高校(全日制)の同年度の国旗掲揚率は八四・〇%、国歌斉唱率は、三・九%であった。都教委は、右記

通知を受けて以降、国旗掲揚及び国歌斉唱の指導を徹底するようになった。その結果、平成一二年年度の卒業式及び同一三年年度の国旗掲揚率、国歌斉唱率はいずれも一〇〇%となった。

イ 平成一四年度、同一五年度の国旗掲揚率、国歌斉唱率も一〇〇%であったが、都教育庁は、同年六月、新たに都立学校等卒業式・入学式対策本部を設置し、卒業式が一部フロア形式で行われたことがあったこと、国歌斉唱時に起立しない教職員がいることなどを問題視し、国旗・国歌の指導の意義及び儀式的行事の意義からこれらのことを是正すべきとの認識のもと国旗掲揚、国歌斉唱を徹底するとして、同年一〇月二三日、本件通達を发出した。

## (2) 学習指導要領の法的効力についての判断

ア 学習指導要領の法的効力についての判断

「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、国の行政機関が、法律の授権に基づいて普通教育の内容について遵守すべき基準を設定する場合には、上記のとおり教育の自主性尊重の見地のほか、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が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る。そうだとすると、学習指導要領の個別の条項が、上記大綱的基準を逸脱し、内容的に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、教育基本法一〇条一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（最大判昭和五一年五月二一日刑集三〇巻五号六一五頁、最一判平成二年一月一八日集民一五九号一頁参照）

イ 学習指導要領の国旗・国歌条項について

① 学習指導要領の国旗・国歌条項の法的効力について

「同条項は、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り返し目を付け、厳肅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たうえで、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・国歌条項を学習指導要領の一部として規定する必要が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理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。」

② 学習指導要領の国旗・国歌条項について

「同条項は、『入学式や卒業式においては、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いない。また、学習指導要領の国旗・国歌条項は、国旗掲揚・国歌斉唱等の具体的方法等について指示するものでなく、入学式、卒業式のほかにどのような行事に国旗掲揚・国歌斉唱を行うか

ついで、各学校に指示するものでなく、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くことはできない。さらに、学習指導要領の国旗・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を教えることを禁止するものでなく、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。」

③ 小括

「以上によれば、学習指導要領の国旗・国歌条項は、・・・法的効力を有すると解するのが相当である。もっとも、学習指導要領の国旗・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解釈の下で認められるものである。したがって、学習指導要領の国旗・国歌条項がこのような解釈を超えて、教職員に対し、入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立し、国歌を斉唱する義務、ピアノ伴奏をする義務を負わせているものと解することは困難である。」

(3) 本件通達に基づく義務について

ア 被告都教委教育長が地教法一七条一項、二三条五号に基づいて発する通達ないし職務命令についても、前記(2)の学習指導要領と同様に、教育基本法一〇条の趣旨である教育に対する行政権力の不当、不要な介入の排除、教育の自主性尊重の見地のほか、教育における機会均等の確保と一定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まるべきものと解するのが相当である。

イ「本件通達の内容は、入学式、卒業式等の式典における国旗掲揚、国歌斉唱の具体的方法について詳細に指示するものであり、国旗掲揚、国歌斉唱の実施方法については、各学校の裁量の余地がほとんどないほどの一義的な内容になっている。

また、①被告都教委は本件通達発令と同時に都立学校の各校長らに対し「適格性に課題のある教育管理職の取扱いに関する要綱」を発表したこと、②被告都教委は、本件通達発令後、都立学校の各校長に対し、入学式、卒業式等の式典における国歌斉唱の実施方法、教職員に対する職務命令の発令方法、教職員の不起立等の現認方法及び被告都教委への報告方法等について詳細な指示を行ったこと、③都立学校の各校長は、被告都教委の指示に従って、入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に起立して国歌を斉唱すること、ピアノ伴奏をするよう職務命令を発したこと、④都立学校の各校長は、教職員が上記職務命令に違反した場合、これを服務事故として被告都教委に報告したこと、⑤被告都教委は、上記職務命令に違反した教職員について、1回目は戒告、2回目及び3回目は減給、4回目は停職との基準で懲戒処分を行うとともに、再発防止研修を受講させたこと、⑥被告都教委は、定年退職後に再雇用を希望する教職員について、入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に起立して斉唱しないなどの職務命令違反があつた場合、再雇用を拒否したことが認められる。

前記各事実認定に照らすと、本件通達及びこれに関する都教委の指導等は、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について、都立学校の各学校の裁量は許さず、これを強制するものと評価することができうるうえ、原告ら教職員に対しても、都立学校の各校長の職務命令を介して、入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に起立して国歌を斉唱すること、ピアノ伴奏をすることを強制していたものと評価するこ

とができる。

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一連の指導等は、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都立学校の各強調に対する一連の指導等は、教育基本法一〇条一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る。

#### (4) 校長の職務命令に基づく義務について

原告ら教職員は、入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立し、国歌を斉唱するまでの義務、ピアノ伴奏するまでの義務はなく、むしろ、思想、良心の自由に基づき、これらの行為を拒否する自由も有しているものと解するのが相当である。

また、原告ら教職員が入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立すること、国歌を斉唱することを拒否したとしても、格別、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まではいえ、学習指導頭領の国旗・国歌条項の趣旨である入学式、卒業式等の式典における国旗・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疎外するおそれがあると言えない。

各校長が、本件通達に基づき、原告ら教職員に対し、入学式卒業式等の式典において国歌斉唱の際に国旗に向かっ

て起立し、国歌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うべきである。

(二) 予防訴訟第一審判決(以下、「予防地裁判決」)の意義

予防地裁判決は、学習指導要領の国旗・国歌条項の法的効力、性質に関し、はじめて旭川学テ判決が示した判断基準を用い、教育の自主性侵害、教師の教育の自由侵害がないことを前提に法的効力を認める判断を示した。

予防地裁判決が、教育の自主性侵害とした趣旨は、教師に子ども置かれた状況に応じた裁量の余地がない(例えば、養護学校において、車椅子で起立できない生徒に寄り添う。また、外国籍で、「日の丸・君が代」に対して特別な感情を持っている生徒に寄り添う―そのことがそれらの子どもの学習権保障にもかなう―)趣旨で用いている。

このことからすれば、予防地裁判決は、本件通達及び校長の職務命令が、教育の自主性を侵害するとともに、教師の教育の自由侵害であることを認めた判決と読むことができる。と解される。

予防地裁判決は、本件通達が全国的にみても突出したものであったことを明らかにした上で、教基法一〇条で禁止する「不当な支配」に当たるとともに、憲法で保障された思想、良心の自由違反ともなるとの判断を示した。

この判決が出されたことにより、全国の都道府県で(大阪府を除く)本件通達と同様の通達を发出することを思い留まることになったと考えられる。

### 三 予防訴訟控訴審判決の内容と問題点

はじめに

予防訴訟控訴審判決(以下、「予防高裁判決」という。東京高裁平二三・一・二八判決 判例時報二一一三三号三〇頁以下)は、第二審判決を覆し、教師の教育の自由違反、教基法一〇条違反もなしとした〔なお、予防訴訟は、平成二四年二月九日、最高裁第一小法廷で上告棄却の判決(判時二二五二号 二四頁以下)が言い渡されたことにより確定した。〕。

#### (一) 予防高裁判決の内容

##### (1) 現行学習指導要領の国旗・国歌条項に基づく義務について

「教育の機会均等の確保及び全国的な一定水準の維持の目的のために必要かつ合理的と認められる大綱的な遵守基準を設定したものととして、法的拘束力を有すると解することができる(旭川学テ大法廷判決・伝習館事件最高裁判決)。もとより、現行学習指導要領の文言から、卒業式等の式典において、被控訴人らが国旗に向かって起立すること、国歌を斉唱すること、国歌斉唱の際ピアノ伴奏をするという義務を負うものでない。」

##### (2) 本件通達に基づく義務の存否、本件通達が教基法一〇条で禁止する「不当な支配」に当たるかについて



ア 本件通達に基づく義務の存否

(ア) 「本件通達は、・・・その法的性質は都立学校の校長に対する職務命令であり、現行学習指導要領に基づく児童・生徒に対する適正な指導がなされていないという認識の下に発出されたもので、その必要性が認められる。」

(イ) 「本件通達は、・・・同一内容の現行学習指導要領に根拠を有し、その意味内容自体は明確であり、合理性が認められるから、そこに重大かつ明白な瑕疵がない限り、法的義務が生ずることになり有効である。」「教職員は、本件通達と事実上連動する校長の職務命令によって、それに重大かつ明白な瑕疵がない限り、・・・は法的義務を負う。」

(ウ) 本件通達の憲法二三条(教育の自由)創意工夫の余地 違反の有無

「都教委が教職員、生徒、保護者及び来賓等多数の人の参列が予想される集団的行事である入学式、卒業式等を一律に実施しようとしたことは儀式としての性質上、その必要性が否定されるものとは言いがたいことから、本件通達が生徒に対して特定の見解のみを教授することを強制するものであるとか、子どもの発達段階にに応じて創造的な教育活動を行うことを侵害するものとも言いがたい。」

イ 本件通達が、旧教基法一〇条一項、新教基法一六条一項の禁止する「不当な支配」に当たるか否かについて

(ア) 「国の教育行政機関が、・・・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、・・・必要かつ合理的と認められる大綱的な範囲にとどめられるべきものである。」「しかし、地方公共団体が設置する教育委員会が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、その管理権に基づき、学校の教育課程や学習指導等に関して、一般的な指示を与え、指導、助言を行うとともに、必要性、合理性が認め

られる場合には、具体的な命令を発することができるかと解されるのである。」「教育委員会が教育の内容や方法に関して行う介入については、教育に関する地方自治の原則に反することはあり得ないし、・大綱的な基準の設定にとどめるべきであるとする理由がない。」

(イ)「本件通達を発出するに至った経過は、・平成二二年度卒業式以降、都立高校での国旗掲揚、国歌斉唱の実施率は一〇〇%となっていたものの、人目につかない場所に国旗を掲揚したりするなど課題があり、国旗掲揚及び国歌斉唱の実施について、より一層の改善、充実をはかる必要性があるとして、本件通達を発出すべき必要性和合理性が認められる。」

(ウ)「以上によれば、本件通達は、旧教基法一〇条一項にいう「不当な支配」に該当するとは認められない。」

## (二) 予防訴訟高裁判決の問題点

ア 学習指導要領の国旗・国歌条項の法的性質について

予防高裁判決の学習指導要領の国旗・国歌条項の法的性質、捉え方、位置づけについては、旭川学テ判決が示した判断基準に照らし、以下のような問題があると考える。

予防高裁判決は、本件通達の必要性を裏付ける根拠として、「現行学習指導要領に基づく児童・生徒に対する適正な指導がなされていない」ことを理由としている。が、上記判断は、学習指導要領の国旗・国歌条項が、国旗の掲揚の場所まで決めている(裁量の余地がない決め方をしている)との前提に立っており、前述した学テ判決の趣旨からすれば、そのような解釈は成り立たないといわなければならない。

また、「本件通達は、・・・同一内容の現行学習指導要領に根拠を有し、その意味内容自体は明確であり、合

理性が認められる」としているが、前述した学テ判決の趣旨からして、学習指導要領の国旗・国歌条項は、「その意味内容自体は明確」といえない。

予防高裁判決は、第一審判決と同様、学習指導要領の国旗・国歌条項から法的義務を導き出すことはできないとの判断をしておりながら、実質、義務づけを認める判断を行っており、論理矛盾があると言わざるを得ない。以上からすれば、学習指導要領の国旗・国歌条項から、本件通達の必要性、合理性を導いた判断は誤っていると考える。

なお、予防高裁判決の学習指導要領の国旗・国歌条項の判断は、本件の第一審判決後、本件と同様の争点を有しているピアノ伴奏拒否事件の原告審判決(最三小・平一九・二・二七判決 判時一九六二号 三頁以下)があり、同判決の判断のなかで、思想・良心の自由違反とならないと判断する過程で、ピアノ伴奏で国歌斉唱を行うことが学習指導要領の国旗・国歌条項の「規定の趣旨にかなう」とし、本件職務命令は、その目的および内容において不合理でないとした判断を踏まえたものと考えられる。

ただし、上記ピアノ伴奏拒否事件原告審判決の学習指導要領の国旗・国歌条項の解釈は、旭川学テ判決の趣旨(「不当な支配」の有無、教育の自由侵害の有無)を踏まえた検証を行っていないことに留意しなければならない。

#### イ 本件通達及び校長の職務命令に対する判断

予防高裁判決は、国の教育行政機関が、普通教育の内容について遵守すべき基準を設定する場合には、「必要かつ合理的と認められる大綱的な範囲にとどめられるべきものである」が、教育委員会が教育の内容について遵守すべき基準を設定する場合には、「必要性、合理性が認められる場合には、具体的な命令を発することができる」とし、教育委員会が教育の内容や方法に関して行う介入については、教育に関する地方自治の原則に反すること

はあり得ないし、大綱的な基準の設定にとどめるべきであるとする理由がない。」とし、本件通達は、必要性及び合理性があつたとして、不当な支配に当たらないとの結論を導いている。

しかしながら、上記予防高裁判決は、教育委員会は、大綱的基準に留まらず、具体的な命令を発することができるとするが、憲法で保障する基本的人権(本件では憲法二三条により保障されている教師の教育の自由)は、地方公共団体が設置する教育委員会による教育内容介入に排除されるいわれはなく、従って、教育の自由侵害の有無についての検討を排除することになる上記判断は誤っていると考えざるを得ない。

また、本件通達の必要性、合理性の判断をするに当たっても、前述したとおり旭川学テ判決の判断基準からの検討を欠いた学習指導要領の国旗・国歌条項から導き出しており、実質、教育の自主性侵害の有無についての検討を欠いたまま、その必要性、合理性を認定している。したがって、「不当な支配」とならないとの判断も誤っていると考えざるを得ない。

#### ウ 教師の教育の自由侵害の有無についての判断

予防高裁判決は、「集団的行事である入学式、卒業式等を一律に実施しようとしたことは儀式としての性質上、その必要性が否定されるものとは言い難いこと」を理由に、「子どもの発達段階に応じて創造的な教育活動をすることを侵害するものとも言い難い。」として教育の自由侵害はないとする。

しかしながら、卒業式等に、肢体が不自由で国旗に向かって起立して斉唱することができない生徒が車椅子で出席した場合などを念頭におけば、集団的行事である卒業式等を一律に実施する(義務づける)ことは実際上、不可能である。不可能なこと(一律実施、義務づけ)を、儀式という曖昧な概念から導かれた「必要性」から根拠づけることは、論理的に破綻しており、成り立たないといわなければならない。

肢体不自由児で、起立斉唱できない生徒が車椅子で出席した場合、教師は、国歌斉唱時、その卒業式に車椅子で出席した肢体不自由児の安全を慮ってその生徒に寄り添う必要があるものであり、それこそが生徒の学習権保障のための教師の教育の自由の体现といわなければならない。そのことができなければ、教育の自由の侵害と言わざるを得ないのである。

予防高裁判決の教師の教育の自由違反がないとした判断は、誤っていると考えざるを得ない。

#### エ 予防高裁判決の全体的評価

予防高裁判決は、前述したとおり、ピアノ伴奏拒否事件上告審判決が、本件と同様の問題が争点となっている点について思想・良心の自由違反とならないと判断したことの影響を多大に受けているが、上記ピアノ判決は、教師の教育の自由違反の有無、教基法一〇条で禁止する「不当な支配」に当たるか否かについては判断していない。上記ピアノ判決は、国歌斉唱義務（ピアノ伴奏義務）が争点となった最初の最高裁判決であったため、上記と同様のことが争点となった事件に多大な影響を及ぼすことになった。本高裁判決は、その影響を受けた初めての判決となっている。

#### 四 東京君が代・第一次処分取消訴訟控訴審判決の内容と問題点

#### はじめに

本件通達に基づく校長の職務命令に違反したとして懲戒処分を受けた教職員が、その処分の取り消しを求めた訴

訟(東京君が代・第一次処分取消訴訟)の控訴審判決(以下、「処分高裁判決」という。東京高裁判二・三・三・一〇判決 判時二二・一三三号 六二頁以下)は、原判決(東京地裁平二一・三・二六判決)を変更し、一六七名の懲戒処分を取り消した(同事件の上告審は、戒告処分を違法とした点は全て取り消され、減給処分を違法とした点だけ維持された(最高裁判二四・一・一六(一小)判決 判時二二四七号 一二七頁以下))。

## (二) 処分高裁判決の内容

・ 本件通達及び校長の職務命令が教基法一〇条一項で禁止する不当な支配に当たるか、教師の教育の自由違反に当たるか

ア 「国の教育行政機関が法律の授權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、・・・大綱的な基準にとどめられなければならないのに対し、地方公共団体が設置する教育委員会が当該地方公共団体内における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、そのような考慮は不要であるというべきである。

むしろ、教育委員会は、より細目にわたる事項についても、教師の創意工夫の余地を残しつつ、必要かつ合理的な範囲内で、基準を設定し、一般的指示を与えるなどすることができ、特に必要であれば具体的な命令を発することができると解するべきである。」

イ 本件通達を发出することが特に必要であったか否か

(ア) 「本件通達を发出するに至った経過は、・・・平成二二年度卒業式以降、都立学校での国旗掲揚・国歌斉唱の実施率は一〇〇%となったが、『実施指針』で定められた方針どおりに国旗掲揚を行った都立学校は半分に

も満たず、国歌斉唱時に教員が起立せず、学習指導要領に基づく適正な実施がされていないとの認識に立つて、国旗掲揚及び国歌斉唱の実施について、より一層の改善、充実をはかる必要性があるとして、本件通達を發出した。このことからすれば、本件通達の目的は合理性があり、必要性についての相応の根拠がある。

(イ)「学習指導要領は、法的効力があるところ、『指導するものとする』という文言は、指導することを義務づける趣旨と解するべきである。」

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、児童・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、国旗・国歌に対して正しい認識をもたせ、それらを尊重する態度を育てることが必要であり、また、学校における入学式や卒業式は、学校生活に有意義な変化や折り目を付け、厳粛かつ清新な雰囲気なかで、新しい生活の展開への動機付けを行い、学校、社会、国家などへの所属感を深める上でよい機会となるものであることから、これらの学校行事式典において、国旗を掲揚し、国歌を斉唱するよう指導するものとする」として設けられている。この定め自体は、大綱的基準を定めるものとして、「不当な支配」に当たるものとは解されない。

「都教委が、学習指導要領の国旗・国歌条項の趣旨に基づき、これを具体化して、入学式等の学校行事における国旗・国歌の指導の内容、方法を校長に指示したことをもって、必要性も合理性もなかったということではできない。」

そして、儀式的行事に際して国旗を掲揚し国歌を斉唱するに当たって、国旗に向かって起立するということは、広く承認された儀礼と認められるから、「起立し、国歌を斉唱する」と定めることは、国旗・国歌条項の趣旨に沿う合理的なものといえることができる。

(ウ)「本件通達は、教職員に対し、国旗・国歌について、一方的に一定の理論を児童生徒に教え込むことを強制するものとはいえないから、教職員に認められる教授の自由ないし専門職上の自由(教育の自由)を侵害することも、教育活動を阻害することも認められないので、本件通達の内容をもって合理性を欠くということではない。」

したがって、本件通達は、旧教基法一〇条一項にいう「不当な支配」に該当するとは認められない。

## (二) 処分高裁判決の問題点

ア 処分高裁判決は、予防高裁判決と同様、国の教育行政機関が教育内容について遵守すべき基準を設定する場合には、「大綱的な範囲にとどめられるべきものである」が、教育委員会が教育の内容について遵守すべき基準を設定する場合には、「そのような考慮は不要である」とし、「教育委員会は、より細目にわたる事項についても、教師の創意工夫の余地を残しつつ、必要かつ合理的な範囲内で、基準を設定し、一般的指示を与えるなどすることができ、特に必要であれば具体的な命令を発することができると解するべきである。」とする。その上で、本件通達は、必要性及び合理性があつたとして、不当な支配に当たらないとの結論を導いている。

しかし、上記高裁判決は、教育委員会は、大綱的基準に留まらず、具体的な命令を発することができるが、憲法で保障する基本的人権(本件では憲法二三条により保障されている教師の教育の自由)は、地方公共団体が設置する教育委員会による教育内容介入に排除されるいわれはなく、従って、教育の自由侵害の有無に付いての具体的検討を排除した上記判断は誤っていると考えざるを得ない。

また、本件通達の必要性、合理性の判断をするに当たっても、旭川学テ判決が導き出した旧教基法一〇条で禁



止される「不当な支配」に当たるか否かの判断基準である教育の自主性侵害の有無についての検討を欠いた学習指導要領の国旗・国歌条項から導き出しており問題があると考えざるを得ない。

イ 処分高裁判決も、予防高裁判決と同様、以下に述べるとおり学習指導要領の国旗・国歌条項について、旭川学テ判決の趣旨を踏まえない判断を行っている。

(ア) 処分高裁判決は、「学習指導要領は、法的効力があるところ、『指導するものとする』という文言は、指導することを義務づける趣旨と解するべきである。」としている。が、学習指導要領の国旗・国歌条項から義務づけを認めることは、教育の自主性を侵害するとともに、教師から裁量の余地を奪うことを意味し、学テ判決の趣旨に反すると言わざるを得ない。

(イ) 処分高裁判決は、本件通達発出の必要性について、「国歌斉唱時の不起立を、「学習指導要領に基づく適正な実施がされていないとの認識」から裏付けている。上記認識は、学習指導要領が義務づけを行っていることが前提となっている。が、その認識自体、学テ判決の趣旨に反すると考える。

ウ 教師の教育の自由侵害の有無についての判断

処分高裁判決は、「本件通達は、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みを定めるものであって、教職員に対し、国旗・国歌について、一方的に一定の理論を児童生徒に教え込むことを強制するものとはいえないから、教職員に認められる教授の自由ないし専門職上の自由(教育の自由)侵害すると認められない。」としている。しかしながら、実施指針は教師の創意工夫の余地を奪う内容であり、上記判断は誤っていると考えざるを得ない。

エ 処分高裁判決の全体評価

処分高裁判決は、本件通達及び校長の職務命令は、違憲、違法ということは出来ず、控訴人らの不起立行為は地公法違反となるが、本件処分は懲戒権の逸脱・濫用に当たり違法であるとし、いずれも取り消している。

校長の職務命令の違憲、違法性の有無の判断では、予防高裁判決と同様、ピアノ伴奏拒否事件最高裁判決の影響が窺われるが、緻密な論理構成で、裁量権濫用を認めたことは評価される。

## 五 七生養護学校事件東京高裁判決の内容とその意義

### はじめに

平成一五(二〇〇三)年に東京都教育委員会と都議三名が、都立七生養護学校における性教育に対して行った介入が問題となった七生養護学校事件の東京高裁判決(以下、「七生高裁判決」という。東高平二三・九・一六判決、判例集未掲載[http://kokokara.org/pdf/shoko/kokokara\\_kousui.pdf](http://kokokara.org/pdf/shoko/kokokara_kousui.pdf))は、損害賠償を認めた原判決(東地二一・三・一二判決)を維持した(なお、最高裁(最(一小)二五・一一・二八判決)が、双方の上告を棄却したため、七生高裁判決の内容で確定することとなった)。

### (一) 七生養護学校事件東京高裁判決の内容

七生高裁判決は、教育委員会、都議らの教育内容関与が、教師の教育の自由侵害となるか、教基法一〇条一項で禁止される「不当な支配」に当たるか否かについて、以下のように、旭川学テ判決を大幅に引用し、その判断基

準を示した。

(ア) 子供の教育は、教育を施す者の支配的権能ではなく、何よりもまず、子供の学習をする権利に対応し、その充足を図り得る立場にある者の責務に属するものと考えられる。

一般に社会公共的な問題について国民全体の意思を組織的に決定、実現すべき立場にある「国」は、国政の一部として広く適切な教育政策を樹立、実施すべく、また、し得る者として、必要かつ相当と認められる範囲において、教育内容についてもこれを決定する権能を有する。

「国の教育行政機関」が法律の授權に基づいて義務教育に属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、教員の創意工夫の尊重等のほか、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である。

(イ) 教員の教授の自由は、限られた一定の範囲においてこれを肯定するのが相当であるけれども、それ以外の領域においては、国が上記の権能を有するものと解さざるを得ない。しかし、子供の教育が、教員と子供との間の直接の人格的接触を通じ、子供の個性に応じて弾力的に行われなければならない、そこに教員の自由な創意と工夫の余地が要請される。

(ウ) 以上は、最高裁判決の判示するところであり(同判決で「教師」とされているところは、「教員」と置き換えた)、当裁判所も同様に考えるものである。

(エ) これを要するに、学校における子供の教育に関しては、国及びその教育行政機関である文部科学大臣、地方公共団体の教育委員会、教員が、以上のようなそれぞれの立場において権能ないし権限を分有しているという

べきである。

(オ) 教育委員会は、国の定めた法令及び大綱的基準(学習指導要領)の枠の中において、地教法三三条一項前段により、教育課程、教材の取扱い等の基本的事項について、教育委員会規則を定めることができるほか、所管の公立学校及びその教員に対し、大綱的基準にとどまらず、より細目にわたる基準を設定し、一般的な指示を与え、指導、助言を行うとともに、特に必要な場合には具体的な命令を発することができるが、教員の創意工夫の余地を奪うような細目にまでわたる指示命令等を行うことまでは許されない。

そして、各公立学校の教員は、これらの枠の中において、それぞれの創意工夫により具体的な教育を実践することができるとともに、国の設定する大綱的基準、教育委員会の設定するより細目的な基準等に定めがない事項については、教育の内容及び方法を決定することができるというべきである。

## (二) 七生高裁判決の意義

ア 七生高裁判決は、教育委員会は、細目にわたる基準を設定することができることを認めたが、それにも限度があることを明らかにし、「教員の創意工夫の余地を奪うような細目にまでわたる」ことは許されないことを明らかにした。

上記七生高裁判決を言い渡した東京高裁は、同じ年の三月一〇日、本件通達とそれに基づく職務命令の憲法、教育基本法違反が問題となった事件で、いずれも合憲、合法との判断を言い渡し、その判断のなかで、教育委員会は、大綱的な範囲にとどまらず、細部にわたって規定できるとしていた(なお、七生高裁判決と処分高裁判決の裁判長はいずれも大橋寛明裁判長である)。

七生高裁判決は、教員の創意工夫の余地を奪う―教師の教育の自由侵害となる―細目の規定は許されないとし  
ており、明らかに、前記処分高裁判決と異なる判断をしている。

同裁判体で、判断枠組みが変わることになったのは、七生養護学校事件の審理を通じ、教育行政、都議らの  
性教育への直接的な介入、侵害から、子どもの学習権(性について学ぶ権利)を保障するためには、教師の教育  
の自由によって守られる必要があるとの判断があつたものと考えられる。

実際、七生高裁判決は、教育行政、都議らの性教育への直接的な介入が、教師の教育の自由侵害、旧教基法  
一〇条で禁止される「不当な支配」に当たるとして損害賠償を認める判断を行っている。

七生高裁判決は、旭川学テ判決が認めた教師の教育の自由―教員の創意工夫の余地の確保―を子どもの学習権  
保障の観点から導いたものとして高く評価される。

イ 上記七生高裁判決に対しては、控訴人及び被控訴人双方が上告したが、平成二五(二〇一三)年十一月二十八日、  
最高裁第一小法廷は、いずれの上告も棄却する判断を示した。このことは、最高裁第一小法廷も、前記東京高裁  
の判断を維持したことを意味する。

このことは、上記最高裁判決以降は、本件通達とそれに基づく職務命令が憲法、教育基本法違反の有無に関し  
て、教育の自由侵害の有無―具体的には、本件通達とそれに基づく職務命令が、教員の創意工夫の余地を奪うよ  
うな細目にまでわたるものとなっていないか否か―の観点、及び教育の自主性侵害の有無の観点から再検討しな  
ければならなくなったことを意味すると解することができると思われる。

(1) 兼子仁「教育を受ける権利と教育権―学テ・北海道事件―」別冊ジュリスト教育判例一〇〇選(第三版)一八頁以下、「学

- (2) カテスト事件」第一法規刊・戦後政治裁判録3(一九八〇年)他  
兼子仁・教育法(新版)昭和五三年七月二〇日 二九二頁
- (3) 同右二七四頁から二七五頁参照のこと