



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	学校における「日の丸」「君が代」問題の憲法・教育法学的検討 : 「囚われた」子どもの人権保障のために
Author(s)	新岡, 昌幸
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 10, 235-264
Issue Date	2004-01
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/25391
Type	departmental bulletin paper
File Information	10_P235-264.pdf



学校における「日の丸」「君が代」問題の 憲法・教育法学的検討

—「囚われた」子どもの人権保障のために—

にい おか まさ ゆき
新 岡 昌 幸

目次

はじめに	237
第1章 「日の丸」「君が代」の「強制」と学習指導要領	
—「学習指導要領」の憲法・教育法学的検討—	237
第1節 問題状況の概観	237
第2節 学習指導要領の法的検討	238
1 「学習指導要領」とは	238
2 「学習指導要領」の「法的性質」の有無	238
第2章 「日の丸」「君が代」強制問題に関する憲法・教育法学の対応	241
第1節 従來說の対応	241
第2節 近時の憲法学の対応	242
1 西原博史の議論	242
2 佐々木弘通の議論	243
第3章 子どもの「思想・良心の自由」と「日の丸」「君が代」	245
第1節 「思想・良心の自由」とは？	245
1 概説	245
2 「思想」「良心」の意味	245
第2節 「思想・良心の自由」の保障領域ないし射程	
—「日の丸」敬礼「君が代」斉唱問題は、憲法19条の 保障する「思想・良心の自由」の射程の問題と言えるか？—	246
第3節 憲法19条の保障する自由ないし権利と「日の丸」「君が代」	
—子どもの「思想・良心の自由」の実効的な保障のために—	247
1 「思想」を理由とする不利益取り扱いの禁止と「日の丸」「君が代」	247
2 「沈黙の自由」と「日の丸」「君が代」	248
3 国家による特定の「思想」の強制の禁止と「日の丸」「君が代」	250
第4節 子どもの「思想・良心の自由」の保障と学校の責務	
—小括にかえて—	254

1 学校の義務——「実施する側」の責任論——	254
2 「実施する側」としての教師の責務	
——最も身近な「侵害者」へ——	254
おわりに	255
註	255

はじめに

本稿は、公立学校（以下、「学校」とする場合もこの意味）における、卒入学式での「日の丸」敬礼「君が代」斉唱問題について、「日の丸」「君が代」に対峙させられることによって、自己の形成されつつある思想・良心との衝突に苦悩する子どもの基本的人権を守るために、憲法・教育法学上、どのような論理が成り立ちうるかを検討するものである。とかく、「日の丸」「君が代」と言えば、それらが持つ価値内実（天皇制や侵略の歴史）のみを問題視して（したがって、この立場からは、「日の丸」「君が代」以外の、別なハタ・ウタであれば、問題は解消されることになる）、賛成か反対かといった二者択一の議論が展開され、そこで苦悩する子どもの精神的自由をどう保障するか、という問題は、しばしば議論のらち外におかれてきた。しかし、本稿はそのような立場を採らない。

以上の認識から、まず、「第1章」では、教職員の処分を伴いながら展開されてきた「日の丸」「君が代」の学校現場への「強制」が、どのような根拠に基づいて行われてきたのか、それについての法的検討が試みられる。続く「第2章」では、そのような「強制」に対して、従来の憲法・教育法学は、子どもの精神的自由を守るための有効な処方箋を提示してきたのかどうか、また、近時の憲法学での議論やそれが抱え持つ問題点についても論じられる。そして、ここまでの議論を踏まえて展開される「第3章」では、憲法19条の定める「思想・良心の自由」から、子どもにどのような権利ないし自由が保障されているのかが検討されるが、それと同時に、これまでの憲法19条論が抱え持つ問題点を指摘し、それを克服する憲法19条論の展開も試みられる（それは、学校・教師は、憲法上、子どもの「思想・良心の自由」を侵害しないために、何をしなければならないか——あるいは、何をしてはならないか——を明らかにする作業でもある）。それでは、以下、検討を始めることにしよう。

第1章 「日の丸」「君が代」の「強制」と学習指導要領

——「学習指導要領」の憲法・教育法学的検討——

第1節 問題状況の概観

教育行政による、教職員の処分を伴いながらの「日の丸」「君が代」の「強制」は、1977年学習指導要領の改訂を契機として顕著になってきた（学習指導要領による「日の丸」「君が代」の国旗化・国歌化）。しかし、「沖縄、京都、東京、神奈川などの都市部では、文部省が意図する結果が得られなかったことから⁽¹⁾、1985年8月28日、当時の文部省初等中等教育局長高石邦男は、各都道府県・指定都市教育委員会教育長に対して、「公立小・中・高等学校における特別活動の実施状況に関する調査について（文初小第162号）」（いわゆる「徹底通知」。以下同じ）と題する通知を発出し、卒入学式での「日の丸」掲揚「君が代」斉唱の徹底を図る。結果、各都道府県では、「日の丸」掲揚と「君が代」斉唱の実施率が一気に増加する⁽²⁾。

「徹底通知」を受けて、例えば、北九州市教委は、1986年、「国歌」斉唱時には「児童生徒及び教師の全員が起立して、正しく心を込めて歌う」ことなどを含めた「指導」を行う（以下「四点指導」という）。これ以後、北九州市では、この「四点指導」に従わない教職員を処分し続け、1987年7月20日「国歌斉唱時不起立」の教員7人に対する、「訓告処分」（事実上の懲戒）を皮切りに、懲戒処分である「戒告」（昇給延伸1ヶ月）、そして、1999年には「減給1ヶ月」と重い処分へとエスカレートしていく⁽³⁾。

北海道においては、1985年9月28日以来、北海道教職員組合と北海道教育委員会との間で、①「日の丸・君が代」に関しては、強制し懲戒に及ぶようなことはしない、②校長と教職員が事前に話し合い、あくまでも共通理解が必要などとする「確認」がなされている⁽⁴⁾。

しかし、2000年3月及び4月、小中学校の卒業式・入学式で、帯広緑園中学校などの教職員が「国歌斉唱」に抗議して一時退席し、同年9月に十勝

管内 15 校と空知管内 1 校の北海道教職員組合分
会長計 16 人が「訓告処分」を受けるに至る⁽⁵⁾。さ
らに、札幌市教育委員会は、同年 9 月 18 日付けで、
市立学校の全校長に対し「事実上、日の丸・君が
代の完全実施を求める職務命令」を出すに至る⁽⁶⁾。

2001 年 3 月の卒業式では、「君が代」のテープの
入った音響機器のスイッチを止めた、などとして、
倶知安町立中学校教諭が、「戒告」を受けるに至り、
現在、北海道人事委員会に不服申立てを行っている⁽⁷⁾。また、この年、「訓告」を受けた教職員は 87
名（うち校長 1 名、教頭 1 名。「国旗」の無断引き
下ろし・持ち去り行為。北教組主催の「集会ビラ」
を児童生徒に配布した行為）に上る⁽⁸⁾。

2002 年 3 月の、道立高校における卒業式では、
学校側の一方的な「君が代」導入に反対する、北
海道札幌南高校の生徒たちが、子どもの権利条約
12 条で保障されている「意見表明権」が侵害され
たとして、札幌弁護士会に人権救済の申立てを行
った。同弁護士会は、学校側が子どもの意見表
明権を侵害している、とする「勧告」を出すに至
っている⁽⁹⁾。

また、苫小牧市立明倫中学校では、「学校だより」
の紙面上で、卒業式で子どもが起立をしないのな
らば、事前に学校に連絡をするよう父母らに呼び
かけていた、という事例も報じられている⁽¹⁰⁾。

教職員の処分をともなって展開されてきた「日
の丸」「君が代」の学校現場への「強制」は、「国
旗及び国歌に関する法律」（以下、「国旗・国歌法」）
の成立後、一層強まってきた傾向もある。しかし、
教育行政による執拗な「指導」を支える直接的な
ものは、「国旗・国歌法」ではなく、文部科学省の
告示である学習指導要領の規定なのである。そこ
で、本稿では、学習指導要領とは何か、そして、
それによって、「日の丸」「君が代」を「強制」す
ることが可能なのかについて、以下、検討する。

第 2 節 学習指導要領の法的検討

1 「学習指導要領」とは

「学習指導要領」は、アメリカにおいて教師の教
育活動上の手引きとされているコース・オブ・ス

タディ（course of study）を模範として、1947 年
から作成され⁽¹¹⁾、教師が学習指導を行う際の拠
り所とされるとともに、教科書の編纂や検定、入
学試験問題の作成の基準とされているものである。

1947 年、戦後、はじめて出された「学習指導要
領一般編」は、現在のように文部科学省「告示」
という形式は採らず、「試案」とされ、教師に画一
的な内容の教育を施すようなことを求めるもので
はなく、あくまで教師の「手引き」としての性格
として出されたのである⁽¹²⁾。

このような姿勢は、1951 年版まで維持される
が、「道德教育」を復活させた 1958 年版の「学習
指導要領」の改訂では、これを文部省「告示」と
して官報に掲載することになる⁽¹³⁾。文部省は、こ
れを契機として、「学習指導要領」の法的拘束力を
殊更に強調するようになるのである。しかし、学
習指導要領に法的拘束力が認められるか、という
ことについては、慎重な検討を必要とする。

2 「学習指導要領」の「法的性質」の有無

(1) 「学習指導要領」の「法的拘束力」に関する行 政解釈

文部科学省は、「学習指導要領」に「法規として
の性質」ないし「法的拘束力」が認められる根拠
として、次のようなものを挙げる。第一に、「学習
指導要領」は、文部科学省の「告示」として官報
に公示されているものであるから、法的拘束力を
有する、というものである。第二に、学校教育法
20 条が「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」とし、その委任を受け、
文部科学省令である学校教育法施行規則 25 条が
「小学校の教育課程については……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」として再委任していることから、「学習指導
要領」には「法的拘束力」があるのだ、というも
のである⁽¹⁴⁾。第三に、「学習指導要領」に法的拘束
力があることは、旭川学力テスト事件最高裁判決
及び伝習館事件最高裁判決においても、明らかに
なっている、ということ根拠とするものであ
る⁽¹⁵⁾。

(2) 行政解釈に対する批判的検討

— 学説と判例 —

① 第一の根拠に対して

「告示」は、行政法学では、国家行政組織法 14 条 1 項に基づいて「行政機関がその意思や事実を広く一般に公示する方式」⁽¹⁶⁾であり、その内容も様々で、「法規命令、行政規則、一般処分、営造物規則、たんなる事実上の通知など」⁽¹⁷⁾があるから、「告示」の形式を採ることによって当然に法的拘束力が生じるとは考えられていない⁽¹⁸⁾。また、公害対策基本法 9 条に基づいて環境庁長官がした「二酸化窒素に係る環境基準」についての「告示」（環境庁告示第 38 号）に法的拘束力があるかが争われた「二酸化窒素環境基準告示取消請求事件」の東京高裁判決⁽¹⁹⁾でも、「告示」は、政府が公害対策を推進するための政策上の達成目標ないし指針を一般的、抽象的に定立する行為であり、法的拘束力はないと判示されている。なお、この判決は確定している。

また、上述した東京高裁判決でも明らかなように、各行政庁から出された「基準」や「要領」が、法律の根拠を有するものであったとしても、そのことをもって当然に「基準」や「要領」に「法的拘束力」が付与されるわけではない、とされている。したがって、学習指導要領が学校教育法に根拠するからといって、当然に法的拘束力が認められるわけではない。

② 第二の根拠に対して

これは、国家が、教育内容に関して、どのような範囲・程度において関与できるのかという問題、あるいは、学校教育法が、同法施行規則・学習指導要領に、教育に関する事項のうち、教育内容について規定することを委任しているかどうか、という問題と関わる。

この点、まず教育法学説を見ると、国家の教育内容に関する決定権能を認めない学説が大勢を占めている。そのような立場に立つ代表的な学説によれば、学校教育法 20 条が、文部科学省令である同法施行規則 25 条に委任しているのは「教科に関する事項」であり（したがって、教科以外の事項

についての基準設定権は、文部科学大臣にはない）、法律がそのように委任事項を限定しているにもかかわらず、同法施行規則 25 条が、これを「教育課程」と広く解して規定していることから、同法施行規則自体に学校教育法 20 条の委任を越えた違法があり無効である、とされる⁽²⁰⁾。ただ、この学説に対しては、学校教育法 20 条の「教科に関する事項」を、教育学上の「教科」の意に限定的に解すことが可能かどうか、疑問がある⁽²¹⁾。しかし、「教科に関する事項」を「漫然と広く文理解釈することは許され」ない⁽²²⁾。

では、「教科に関する事項」として、文部科学大臣が決することができる適法な事項とは、いかなる事項なのだろうか。教育法学の通説たる「学校制度的基準説」によると、それは、学校の「施設設備、学校組織規模（学校・学級規模、教職員数）……学校教育組織編制（入学・卒業資格、教育編制単位）……教科目名等」の学校制度的事項に限られ⁽²³⁾、したがって、学習指導要領には、この学校制度的事項を越えた「各教科をはじめ学校教育活動の内容にわたる基準が記してある以上、……その法規性は教育法制上当然に認められうるものではない」とされる⁽²⁴⁾。

この点、先の旭川学力テスト事件最高裁判決⁽²⁵⁾が、国は「憲法上・教育内容についてもこれを決定する権能を有する」としていることから、教育法学説との乖離は小さくない。しかし、最高裁は、国が憲法上教育内容に関する決定権能を有するとしても、それは一定の要件を満たす限りで認められるものである、としていることに留意する必要がある。すなわち、国に教育内容に関する決定権が認められるのは、1) 親、私立学校、教師それぞれの「教育の自由」の領域以外の領域であって、2) 「必要かつ相当と認められる範囲」内において、であるとされる。

以上の要件を満たし、国に教育内容に関して決定する権能が認められるとしても、最高裁は、さらなる制約条件を国に課しているのである。すなわち、3) 「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な介入……は許

されない」という制約である。なぜこのような制約が必要なのか。最高裁によれば、教育は「本来人間の内面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く、「教育に……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……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」と考えられるから、である。また、最高裁の言う「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な介入」とは、「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ようなこと」を指し、このような国家的な介入は「憲法 26 条、憲法 13 条の規定上からも許されない」とする。

多数決原理に基づいた議会制民主主義の政治システムを採用する以上、国家の教育政策も、それが単なる多数政党の教育政策、したがって、単なる一つの私的政党の教育政策に他ならないから⁽²⁶⁾、常に教育は、そのような党派的な政治的観念や利害に支配される危険性がある。「日の丸」「君が代」の教育行政による執拗な「指導」も、政権を担っている政党の政策に沿ったものとの誇りを免れ得ない⁽²⁷⁾。

そうだとすれば、教育行政の「指導」によって各地の学校で「日の丸」「君が代」掲揚斉唱率が一斉に急増したことは、まさに、旭川学力テスト事件最高裁大法廷判決が禁じた教育に対する党派的な政治的観念・利害による支配であり、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、一方的な観念の押しつけをする国家的介入であると言わざるを得ず、学校教育法が文部科学大臣に決定することを許した権能の範囲を逸脱した違法であり、そのような執拗な「指導」を続けることは、憲法 26 条、憲法 13 条違反だとの結論が導かれる。

③ 第三の根拠に対して — 伝習館高校事件最高裁判決と旭川学力テスト事件最高裁判決との関係 —

文部科学省は、「高等学校学習指導要領(昭和 35

年文部省告示第 94 号)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、憲法 26 条に違反するものでないことは、最高裁昭和 43 年(あ)第 1614 号同 51 年 5 月 21 日大法廷判決(刑集 30 卷 5 号 615 頁)の趣旨とするところである」とした伝習館高校事件最高裁判決⁽²⁸⁾を根拠に、学習指導要領の法的拘束力を正当化してきた。伝習館高校事件最高裁判決は、「最高裁昭和 43 年(あ)第 1614 号同 51 年 5 月 21 日大法廷判決」、すなわち、旭川学力テスト事件最高裁大法廷判決を引用しているわけである。したがって、学習指導要領に法的拘束力を、同大法廷判決が認めているのか、確認しなければならない。

この点、旭川学力テスト事件最高裁大法廷判決は、学習指導要領は「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」と判示しているものの(傍点は引用者)、それに「法規としての性質」ないし「法的拘束力」が認められる、とは一切述べていない。さらに、判例は、学習指導要領の一部分を取り出して、そこに法的拘束力を読み込むことは勿論、「大綱的基準としての性格」をも認めているわけではない。また、学習指導要領に「全体として……なお全国的な大綱的基準としての性質」が認められるのは、1)「教師に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」いること、2)「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〕全く含まれていない」こと、といった二つの要件が満たされていることを、同判決は要求している。当時の学習指導要領は、この二つの要件を満たしていたことから、「全体として……なお全国的な大綱的基準としての性質」が認められたのである。

この当時の学習指導要領(1968 年版)では、「日の丸」「君が代」に関する記述は、「国民の祝日などにおいて儀式を行う場合には、児童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』を齋唱させることが望まし

い」という柔軟な表現であった(傍点は引用者)。この時でさえ、同判決は、「ある程度詳細で教師を強制する趣旨のものかどうか疑わしいものもある」と懸念を示している(ただし、同大法廷判決は、具体的に学習指導要領のどの条項が「疑わしい」のか、示していない)。

したがって、現行の「学習指導要領」(1989年版)においては、周知のように、「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」とされていることから、「望ましい」というよりは強制的色彩を強めたことは疑いない⁽²⁹⁾。事実、1989年度版学習指導要領実施後、「日の丸」「君が代」問題で懲戒処分及び事実上の懲戒を受けた教職員は、1990年度118名、1991年度220名となっており、新要領実施前の1989年度においては12名で、1991年度との比較では、約18倍の急増である⁽³⁰⁾。

このような事態を招く学習指導要領は、もはや、1)「教師に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いること」、2)「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〕全く含まれていない」こと、といった最高裁大法廷判決の示した要件を大きく逸脱するものであり、「ある程度詳細で教師を強制する趣旨のものかどうか疑わしいものもある」との懸念は、現実のものとなった、と言ってよい。したがって、私は、このような点を含む学習指導要領は、もはや、「全体として……なお全国的な大綱的基準としての性質」を持ち得ず、これを「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」とは言えない、と結論付ける。これは、最高裁大法廷判決の論理から言って、当然の帰結である。

(3) 小括

以上の検討から、現行の学習指導要領は、全体として大綱的な基準としての性質をも持ち得ず、その一部分の条項を根拠に、「日の丸」「君が代」

の執拗な「指導」をすることは、違憲の謗りを免れ得ないことが明確になった。しかし、学校現場においては、この学習指導要領を根拠とした、教育行政による「日の丸」「君が代」の執拗な「指導」が行われている。したがって、本稿では、まず、憲法・教育法学説が、この状況に対してどう対応してきたかなどを見、その後、子どもの「思想・良心の自由」の観点から、この執拗な「指導」に対して、憲法上、どのような対抗の論理が考えられるか、以下、検討する。

第2章 「日の丸」「君が代」強制問題に関する憲法・教育法学の対応

第1節 従来説の対応

「日の丸」「君が代」の「強制」問題は、何も「国旗・国歌法」が制定されてから突如として出てきた問題ではない。長年にわたって学校に紛争をもたらしている「日の丸」「君が代」の「強制」問題を、憲法学や教育法学はどのように受け止めてきたのだろうか。紙面の都合上、その概観だけを述べるにとどめる。

まず、従来の教育法学の対応であるが、意外にも、「日の丸」「君が代」問題について論じた論文はそう多くはない⁽³¹⁾。その中でも、比較的早い段階で、1977年の学習指導要領の改訂で「君が代」が国歌と明記されたことに伴い書かれた野上修市の論文⁽³²⁾の検討枠組みでは、「君が代」が事実上国歌として扱われることによって、重大な憲法侵害(思想・良心の自由の侵害)を引き起こすのは、まさに明示の法的根拠を持たないからであり⁽³³⁾、それが満たされたならば、重大な憲法侵害は起きない、ということになる。本稿の立場から言えば、学校における「日の丸」「君が代」強制の核心的問題は、多様な価値観を持った子どもが併存する公立学校での「日の丸」「君が代」の「指導」が、子どもの「思想・良心の自由」を侵害するのではないか、ということであって、国旗や国歌の内容の憲法適合性、あるいはそれらの法的根拠の有無という次元に問題の本質はない、と考えるのである。

次に従来の憲法学の対応について見ることにする。従来の憲法学の主要な体系書では、「日の丸」「君が代」が、「天皇制」とのかかわりで、「元号法」問題と共に論じられているものがあるに過ぎず⁽³⁴⁾、学校現場での「強制」という観点から、子どもや親、教師の「思想・良心の自由」との関係で論じられたものは皆無であった。1985年、先にも述べた「徹底通知」の発出を契機として、学校現場に対する「日の丸」「君が代」の「指導」という名の「強制」が、教職員への処分を伴いながら、急激な強まりを見せる。だが、「憲法解釈を主流とする憲法学界では、現実には、日の丸や君が代を国旗・国歌と呼んで『学校の入学式や卒業式などで掲揚し、斉唱するよう、指導するものとする』と新しい学習指導要領は(1989年)が書き、それへの法見解を求められていても、あまたある憲法教科書のほとんどが、解答を用意」していないという状況であった⁽³⁵⁾。

以上、従来の憲法・教育法学説を概観した。学力テスト事件や教科書検定を巡る裁判を舞台にして、とりわけ教育法学から「華々しく」主張された「国民の教育権」論は、「日教組に代表される教師の実践運動が高揚を見せていた1960～70年代に……、文部省由来の権利侵害状況を防げる枠組み」⁽³⁶⁾としては一定程度効果的だったかもしれない。しかし、子どもや親の「思想・良心の自由」を侵害する危険性を孕む問題だと指摘が早くからあったにもかかわらず⁽³⁷⁾、いずれの従来説も、「日の丸」「君が代」を受け入れることができない子どもの「思想・良心の自由」を守る、ということに焦点を当てた議論を展開してきたとは言い難い状況であり⁽³⁸⁾、「思想・良心の自由」など「およそ人間社会のすべての分野で実現されなくてはならない……憲法上の『一般人権』を、何とか学校教育において貫かせていく努力」が求められているのである⁽³⁹⁾。

第2節 近時の憲法学の対応

「国旗・国歌法」が制定された1999年以降、憲法学では、「日の丸」敬礼「君が代」斉唱が実施さ

れる卒入学式に出席する者たちの精神的自由との関係から問い直されて、様々な論文が世に出され、主要な体系書においても記述が見られるようになった。そこで議論は、ある集団が同じシンボル、同じリズムに身を委ねることの危険性⁽⁴⁰⁾や、「ハタ」「ウタ」に対して「直立し礼を尽くすかどうかは各人が自己の良心に従って判断すべき問題」⁽⁴¹⁾ということが前提とされ、そのような場(とりわけ卒・入学式)に、事実上の強制を伴って子どもを追いやり、「日の丸」敬礼「君が代」斉唱が実施されるならば、子どもをはじめとする出席者の精神的自由を侵害する、というものである。このような問題意識から、学校現場における「日の丸」「君が代」の「強制」問題について、積極的に議論を展開するのが、西原博史と佐々木弘通である。そこで、以下、両氏の議論を概観しておくことにする。

1 西原博史の議論

(1) 主観法レベルでの検討

西原は、「良心の自由」が現在の憲法学において「すでに獲得されたものとして軽視される傾向」にあるけれども、個人の自律の基礎たる良心の自由が、国家からそうたやすく侵害されることのない「当然の権利と言えるのか」は疑問であって、「良心の自由」に対する「壊滅的な打撃を加える事例は、可能性として排除できない」とし⁽⁴²⁾、その事例として、公立学校制度をあげる。憲法が「良心の自由」を保障する意義は、西原によれば、「良心」を「最終的には個人に倫理的自律の可能性を保障することを通じて秩序を確保しようとする社会においては、その自律の基礎にある」ものであり、「国家が過度の干渉を加えることは許されず、それ故、「良心の自由」は「自律の基礎にある良心の不可侵」として憲法で保障されているのだ、という⁽⁴³⁾。

以上のような「良心の自由」の位置づけから、西原は、まず、卒入学式での「日の丸」掲揚「君が代」斉唱の「強制」が、子どもの「思想・良心の自由」を侵害するかどうか検討する(「主観法レ

ベル」での議論⁽⁴⁴⁾。そして、「『君が代』を歌うことには信仰告白行為としての意味」があり、それが反対する者の思想・良心と相容れないものであるから、彼らの「思想・良心を直接に侵害する」⁽⁴⁵⁾のだ、と主張される。そうだとするならば、学校は「反対している児童・生徒に対して……参加が強制されないような制度的仕組みを用意」しなければならず⁽⁴⁶⁾、着席、退席、不参加などの「拒否権」が、子どもに保障されなければならない、という⁽⁴⁷⁾。そして、この「拒否権」は、行使の「可能性が保障されねばならず、拒否権行使に事実上あるいは法的な不利益が結びついてはならない」とされる⁽⁴⁸⁾。

ともあれ、「主観法レベル」からは、「『君が代』の斉唱を強制されることにより、自己の思想・良心を侵害される、あるいは、思想・良心の自由な形成が妨害されると訴える者に対しては、歌うことの強制は憲法上許されない」⁽⁴⁹⁾ということになる⁽⁵⁰⁾。

(2) 客観法レベルでの検討

次に、西原は、「思想・良心の自由」を保障した憲法を持つ国家には、信条的問題について中立性が求められているのであり、個人の「思想・良心の自由」を侵害するかどうかとは別次元で、そもそも国家は、「愛国心」の養成のために「日の丸」敬礼「君が代」斉唱を求めることが許されるのか、ということの問題にする。これが「客観法レベル」での議論である。

第一に、「特定内容の道徳的・イデオロギー的な立場を受け容れさせることそれ自体を目的とした働きかけは、国家の信条的中立性という原理の下、国家や学校に対して憲法上禁じられる」こと、第二に「何らかの価値観を含んだ教育内容を、他の選択肢を排除しながら一面的に提示して、特定の態度を生じさせようとするイデオロギー的教化は、寛容の原理の下、憲法19条の客観法的意義に反する」という二つの要件を示し⁽⁵¹⁾、結果、現在の学校における「君が代」斉唱指導は、「国民個人の愛国心に直接介入し、これを操作しようとする

行政の意思」に支えられて実施されているという疑念があり、こうした状況で展開されている『君が代』斉唱指導は、憲法違反である疑いが極めて強い、と結論付ける⁽⁵²⁾。

また、以上に概観した「君が代」斉唱の強制に関する19条論は、「日の丸」掲揚・敬礼指導にもあてはまる、とする⁽⁵³⁾。

2 佐々木弘通の議論

(1) 議論の前提——西原の見解に対する批判をはじめとして——

西原に続いて、学校現場における「日の丸」「君が代」問題、とりわけ「君が代」斉唱問題につき、憲法19条から詳細な検討を加えたのが佐々木弘通である⁽⁵⁴⁾。佐々木によれば、西原の展開する、憲法19条の「主観法レベル」の議論につき、二つの疑問を提示する。それは、第一に「憲法論としては、『強制』の意味が広げられすぎではないか」という点、第二に「自らの思想良心の自由が侵害されたと主張する個々人に対して個別的に救済を与えるというのではなく、儀式全体が違憲となるという効果まで、はたして導き出せるものか」という点である⁽⁵⁵⁾。そして、その疑問については、西原の議論が「客観法原則の違反」を問題とする議論だとすれば、「さしあたりクリアされる」とする⁽⁵⁶⁾。

しかし、それでもなお、西原が説いている、「政教分離の原則」のように明文の規定が憲法上用意されているわけではない憲法19条の「客観法レベル」での議論に、どれだけの説得力があるのか、憲法「解釈論として脆弱である」と疑問を呈する⁽⁵⁷⁾。そこで、佐々木は、憲法19条を根拠にした「国家権力の限界」論を展開する前に、憲法19条を根拠とした「人権」論で「堅実に主張できるはずのこと」を論じようではないか、というのである⁽⁵⁸⁾。

では、佐々木が展開する憲法19条の「人権」論から、どのようなことが帰結されるのか。彼は、「人権」論として検討対象の前提になる「場面」を、「君が代」斉唱に伴って何らかの身体的表現が求め

られる場合を想定し、学校側の生徒に対するその「求め」が「強制」にわたるものかどうかを検討する⁽⁶⁵⁾。これが、佐々木の議論の枠組みである。

(2) 思想・良心の自由の「人権」論 — 生徒の場合 —

そのような議論の枠組みの中で、佐々木は「生徒個人に対して、『国歌の斉唱』行為を強制することは、その個人の思想・良心の自由を侵害する」という法命題を掲げる⁽⁶⁶⁾。そして、その法命題は、1) 強制してはならない「国歌の斉唱」とは具体的にどの行為を指すのか、2) その具体的な行為の強制が、生徒個人の思想良心を侵害すると説明できるか、3) ここで言われる「強制」とは何か、という三つの論点を検討することによって論証する過程をとる⁽⁶¹⁾。

まず、1) については、「文字通り歌を歌う行為を指すのではなく、号令に呼応して起立する行為を指す」とする⁽⁶²⁾。2) については、その「起立行為」が「自発的行為」なのか否かで議論を分ける。それが「自発的行為」だとするならば、それは「自発的行為の強制」型に属するから、儀式での「君が代」斉唱部分が生徒全員との関係で違憲無効となる、とされる。逆に、「起立行為」が「自発的行為」ではないならば、それは「外面的行為の強制」型に属するから、「君が代」にコミットしたくないと考えている生徒との関係で「強制」の免除が問題になるが、儀式の国歌斉唱部分は有効だとする⁽⁶³⁾。

次に、3) については、不起立に対して不利益措置（懲戒処分や成績評価での不利益取り扱い）の実行が予定されている場合と、不利益措置の実行予定はないけれども、不起立に対して逸脱行為として事後的に不利益措置が実行された場合とに分類する。前者の場合には、儀式での「国歌の斉唱」全体が違憲無効となり、後者の場合には、その不利益措置のみが違憲無効になる、とされる。さらに、「伝統的な法学的思考」を越えて「強制」概念を検討することを試みている⁽⁶⁴⁾。それによれば、事実上の「強制」の例として西原が挙げてい

る、「拒否権」行使に伴って事後的に生じる「いじめ」などに「強制」の要素を見いだすのではなく⁽⁶⁵⁾、「起立行為」が行われる「正にその時・その場所において、『強制』の要素を見出していく」というアプローチを採る⁽⁶⁶⁾。すなわち、「『一同起立』などの号令がかけられ、大多数の列席者がそれに呼応して立ち上がる中で、自分だけ着席したままでいる、ということは……それほどたやすいことではな」く、このような「周囲に合わせて起立を促す事実上の同調圧力」に着目して、『国歌の斉唱』行為を『強制』する力であると考え、十分に可能であるとする⁽⁶⁷⁾。

以上の点を踏まえて、佐々木は、「学校側はどうすれば、この点での違憲性の謗りを免れるとができるのだろうか⁽⁶⁸⁾」との問を発し、次のように述べる。すなわち、「生徒個人が『国歌の斉唱』行為を行わないことを自由に実践できるかたちで、式次第のなかの国歌斉唱の部分を運営すればよ」く、「『一同起立』という号令をかけて列席者全員に起立させる、という運営を削除し、ただ『国歌斉唱』との号令をかけるだけにして列席者に着席のまま歌わせる」という運営の仕方を提示する⁽⁶⁹⁾。

(3) 小括 — 違憲の謗りを免れる「国歌の斉唱」について —

佐々木は、違憲の謗りを免れる「国歌の斉唱」の仕方として、「『一同起立』という号令をかけて列席者全員に起立させる、という運営を削除し、ただ『国歌斉唱』との号令をかけるだけにして列席者に着席のまま歌わせる」という運営の仕方を提示した⁽⁷⁰⁾。果たして、これで「違憲の謗り」を払拭できたと言えるのだろうか⁽⁷¹⁾。

「君が代」斉唱に対して特定の行動をするように求めることを問題視する佐々木の主張に、「それはその通り」と首肯できるものの、しかし、「思想・良心形成の自由」が、「精神的自由権の保障の基礎的な前提である」とすれば⁽⁷²⁾、より重要な問題は、「君が代」斉唱に対して特定の行動を採るように要求されるかどうかにあるのではない。できあがっ

てしまった思想・良心がいくら国家から自由だといっても、それは国家にとって都合のよい思想・良心でしかないから、「思想・良心の自由」は、その形成過程での、国家からの自由を前提として、はじめて意味のある自由のはずである。この前提を採れば、学校側が子どもたちに組織的・継続的に発信し続ける、「教育」という名の様々な「刺激」から、一切影響されずに子どもの「思想」や「良心」が形成されなければならないとすることは非現実的だとしても、少なくとも国家＝学校から発せられた「刺激」を、自己の思想・良心形成の「素材」として受容するかしないかといった選択可能性が、子どもたちに開かれていなければならない⁽⁷³⁾。このように考えれば、「着席のまま歌わせる」という運営は、「刺激」の受容段階での選択可能性が制度的に保障されたとは言えず、したがって、このような学校側の「国歌斉唱」は「違憲性の誇り」を免れたとまで言えるか疑問である。

また、「国歌斉唱」という表現にも問題がある。これは、言うまでもなく卒入学式に列席した者が「歌うこと」を前提にした表現である。言葉の問題として、「国歌斉唱」の後に続く言葉は、国歌の斉唱をするから「歌え」という命令であって、間違っても、「歌いたくない方は歌わなくて結構です」とは続かないはずである⁽⁷⁴⁾。卒入学式の場において、「日の丸」や「君が代」という「刺激」を受容するか否か、その決断の価値は、互いに同価値である。「思想・良心の自由」を保障した憲法をもつ国家＝学校は、一切の価値に拠って立つてはならないとは言えないけれども、しかし、そのような「刺激」の受容段階での選択可能性を認めなければならない。この点については、次章で詳しく検討する予定だが、いずれにしても、「国歌斉唱」という表現は、「一同起立」が削除されたからといって、そうそう肯定してよいものか、私は疑問である。

第3章 子どもの「思想・良心の自由」と「日の丸」「君が代」

第1節 「思想・良心の自由」とは？

1 概説

日本国憲法19条は、「思想及び良心の自由は、これを侵してはならない」として、「思想・良心の自由」を定める。周知のごとく、比較憲法的には、日本国憲法19条のように「思想・良心の自由」を定める憲法は多くない⁽⁷⁵⁾。

日本国憲法が「思想・良心の自由」をあえて明文の規定をもって定めたのは、明治憲法下において、「危険思想、反国家思想、反戦思想等の名を以て思想の弾圧が行われた経験に鑑み、再びかかることなからしめよう」としたためである⁽⁷⁶⁾。とりわけ、天皇制との関係で言えば、日本においては、明治憲法の下で、万世一系の天皇制という「国体」が唯一絶対のものとなされ、「教育勅語」によって国民道徳の統制がなされ、天皇制国家に対する忠誠が徹底されるといった状況があり、日本国憲法があえて「思想・良心の自由」を定めたのは、こうした天皇の道徳的権威からの解放と国家の価値中立性を宣言した意義がある⁽⁷⁷⁾。

「思想・良心の自由」は、伝統的に「未だ表現の域に至らない内心の作用・状態はこれを侵すことは絶対に認められず、外部からの干渉に対して全く自由であること」⁽⁷⁸⁾を保障し、内在的な制約にも服さない絶対的な保障が及ぶものと解されている⁽⁷⁹⁾。こうした「思想・良心の自由」は、憲法が保障する各種の精神的自由の中でも、「最も根本的なもの」として位置づけられている⁽⁸⁰⁾。

2 「思想」「良心」の意味

日本国憲法19条にいう「思想」「良心」とは、何を意味するのか。人間の精神活動のうち、論理的な側面が「思想」であり、倫理的な側面が「良心」である、と区別したり、人間の精神活動のうち、「良心」は「思想」よりも根源的なものである、と理解したりすることも可能ではある。しかし、不可視で移ろいやすい人間の精神活動を、このよ

うに区別することは現実には困難であること、憲法が「思想」と「良心」を並列的に保障していることなどから、通説は、両者のニュアンスの違いを認めつつも、「思想」と「良心」を一体として捉えて、広く人の内心における精神活動の自由と解している⁽⁸¹⁾。

第2節 「思想・良心の自由」の保障領域ないし射程 — 「日の丸」敬礼「君が代」斉唱問題は、憲法19条の保障する「思想・良心の自由」の射程の問題と言えるか? —

国境線は、地図上に書かれているだけのもので、実際に上空から地球を見下ろしても、国境線は引かれていない。そのような目に見えないものを前提として成り立っている「国家」は、極めて抽象的な存在である⁽⁸²⁾。

学校では、このような抽象的な「国家」を、「日本人」としての自覚や国家への帰属意識・愛国の醸成を目的とし、「日の丸」「君が代」を用いて具体化しようとする⁽⁸³⁾。

このように、学校における「日の丸」敬礼「君が代」斉唱は、そこに居合わせる個人、とりわけ、子どもが、自己の所属する抽象的な「国家」をどのようなものとして理解し、それとの距離をどのようにとるのか、という極めて抽象度の高い人格形成の領域に踏み込んで行われる性格をもつ⁽⁸⁴⁾。

抽象的な「国家」を、どのようなものとして愛するか(愛さないか)、どういうものとして受け入れられるか(受け入れないか)というのは、愛される側にある「国家」が決定することではなく、愛する側にいる個人に委ねられるプライベートな領域において、自由に育んでいくものである⁽⁸⁵⁾。

このことは、1992年11月4日に出された、「京都君が代訴訟」京都地裁判決(いわゆる「吉川判決」)においても、明快に示されている。すなわち、判決の述べるところによれば、そもそも国歌とか、それと同視される「ウタ」の問題は、個人それぞれの「心の深層に内在するシンボルの一つ」であって、国歌として「君が代」の内容が適当かどうか、

又は、それを、自己が(多くの場合偶然)所屬している抽象的な「国家」を象徴する「ウタ」として受容するかしないか、という事柄は、個人それぞれの「内心に潜在するシンボルの適否の問題」であり、したがって「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」だ、というのである⁽⁸⁶⁾。

ともあれ、筆者は、「日の丸」敬礼「君が代」斉唱問題は、個人と「国家」との距離をどうとるのか、という個人の生き方の根幹、あるいは、生き方の根幹に極めて近い領域にかかわる問題だ、と理解する。したがって、この問題が、信条説から言われる「信仰に準ずる世界観・人生観」にかかわるものかどうかはさておいても、少なくとも、卒入学式での「日の丸」敬礼「君が代」斉唱という具体的な場面では、それと向き合わなければならない個人の、生き方の根幹に迫る「真摯な世界観・人生観」にかかわる問題だ、と言ってもそう大過はないと考える。そのように考えれば、信条説、内心説のどちらに立っても、「日の丸」「君が代」問題は、勝れて日本国憲法19条の「思想・良心の自由」の領域ないし射程内で論じてよい問題だ、と言える⁽⁸⁷⁾。

しかし、だからといって、「日の丸」掲揚「君が代」斉唱を実施する学校に対して、「思想・良心の自由」の侵害を根拠として、あらゆることを「違憲である」と主張することは困難である。それは、「思想・良心の自由」の侵害が、性質上、不可視であり、客観的にその侵害を認識することができない、ということに大きく起因する(結果、「日の丸」敬礼「君が代」斉唱は子どもの思想・良心の自由を侵すものではない」という教育行政当局の屁理屈を許容することになる)。したがって、子どもの「思想・良心の自由」の実効的な保障を図るためには、①客観的に認識可能な「思想・良心の自由」の侵害を検出し、かつ、②その(客観的に認識された)侵害を放置することで、憲法が「思想・良心の自由」を保障したことの意義を根底から否定することと同義と解される、重大な侵害態様を憲法解釈上導き出すこと、この二点を満たすことである。

次節では、以上の諸点を満たすような憲法 19 条の解釈を導くことを主要な目的として検討を進めたい。

第 3 節 憲法 19 条の保障する自由ないし権利と「日の丸」「君が代」——子どもの「思想・良心の自由」の実効的な保障のために——

憲法学の通説的見解によれば、憲法 19 条の保障効果として、①「思想」を理由とする不利益取り扱いの禁止、②沈黙の自由、③特定の「思想」の強制の禁止、を挙げる。以下、それぞれについて検討を進める。

1 「思想」を理由とする不利益取り扱いの禁止と「日の丸」「君が代」

これは、国家権力が、特定の「思想」を有していること、あるいは、有していないことを理由として、国民に対して、刑事罰その他の不利益な取り扱いを加えることは許されない、というものである。

ドイツでは、いわゆる「たたかう民主制」の名の下で、民主主義を否定したり、現憲法体制を否定したりするような「危険思想」をもつ者に対しては、「基本権を喪失する」（ドイツ基本法 18 条）とされている。しかし、「思想や信条の領域において、多数者の賛同するものは特に憲法上の保障がなくても侵害されるおそれはなく⁽⁸⁸⁾」、「精神的自由にかかわる問題を考える場合には少数者の保護という観点に立つ必要がある⁽⁸⁹⁾」から、日本の憲法学では、多数者から否定・憎悪・排除されるような少数者の「思想」に対しても、それが内心にとどまる限り、不利益な取り扱いは許されない⁽⁹⁰⁾、と考えられている。また、内心の「思想」が外部的行為として表明された場合でも、外部的行為の基礎になった「思想」それ自体を理由として不利益な取り扱いをすることは許されず、ただ、外部的行為が現実具体的な害悪を発生させた場合に、それを理由として外部的行為を規制できるに過ぎない⁽⁹¹⁾。

したがって、子どもが「日の丸」「君が代」に反

対の「思想」を持っていること、あるいは、「日の丸」起立敬礼「君が代」斉唱時に、自己の「思想」に従い現実具体的な害悪を生じさせない方法で、起立・敬礼・斉唱しなかったり、卒入学式に参加しなかったりしたことを理由にして、学校は退学・停学などの懲戒処分や教務上の不利益な措置を講ずることは許されない⁽⁹²⁾。

しかし、学校が積極的に不利益措置を講じなかったとしても問題は残る。容易に想像できるように、「日の丸」「君が代」に対して、起立・敬礼・斉唱できなかった（しなかった）子どもが、周囲からイジメという不利益を受ける場合もある⁽⁹³⁾。また、卒入学式に参加できなかった（しなかった）子どもは、「家族や生徒に近しい者にとって学業成就を祝い、感謝と敬意を表しあう機会⁽⁹⁴⁾」を奪われるという不利益を被ることにもなる⁽⁹⁵⁾。

ともあれ「参加を拒否することによって不利益が及ぶことを心配する必要のない状態があつて初めて、学校教育に国歌斉唱〔あるいは国旗敬礼〕を採り入れることが憲法上許される⁽⁹⁶⁾」とすれば、子どもは、学校当局に対し、参加できないこと（しないこと）によって、不利益（懲戒処分や教務上の不利益措置はもとよりイジメなどの事実上の不利益をも含めて）が発生しないように、要求することができると考えられる。そして、学校当局は、不起立・不斉唱も起立・斉唱と同様、正当に成り立ちうる態度決定であることを子どもたちに説明をし、「学校の中に、『日の丸』・『君が代』に賛成する生徒と、反対し拒否する生徒がいて、バラバラであつてかまわないし、むしろそれは自然⁽⁹⁷⁾」なことであるという環境を整えることが求められる⁽⁹⁸⁾。

しかし、停退学処分のような法的な不利益措置以外の不利益につき、理解の進んでいない日本の状況にあつては、これを理由に憲法 19 条違反を主張することに、どれほどの問題解決可能性があるかは甚だ疑問のあるところである⁽⁹⁹⁾。

2 「沈黙の自由」と「日の丸」「君が代」

(1) 概説

憲法 19 条が「沈黙の自由」を保障している、ということは、代表的な憲法学の注解書⁽¹⁰⁰⁾や体系書⁽¹⁰¹⁾の認めるところであるが、その意味内容については、必ずしも共通した理解があるとは言えない。通説によれば、「沈黙の自由」とは、国家権力が、何らかの手段を用いて、国民の内心にある「思想」を強制的に告白させたり、あるいは、推知したりすることは許されない⁽¹⁰²⁾、すなわち、国民の「内心の状態を知られない権利」を保障したものと解されている⁽¹⁰³⁾。

このような通説の説く「沈黙の自由」からは、「日の丸」敬礼「君が代」斉唱が憲法上許されないのは、その場に居合わせる者に、国家の権威的象徴物に対していかなる「思想」を有するかについての告白を迫り、内心の状態を露見させるからだ、とされる。

(2) 「沈黙の自由」＝「思想的・良心的行為の自由」？ — 内心の絶対的自由を保障したとされる憲法 19 条の前提と不整合問題と「弱い個人」の人権保障 —

しかし、通説の説く「沈黙の自由」の理解に対しては、西原博史によって、次のような疑問が投げかけられている。すなわち、良心的兵役拒否権を認める憲法をもつドイツの判例・学説でも、「兵役に反対する者が良心的兵役拒否権を行使することによって良心内容が明らかになることには問題がない」と考えられているし、また、「何らかの思想的・良心的な立場から特定状況で受け容れられないものと感じられる法規範ということでは、国民個人を名宛人とするすべての法律がそれに該当する」から、「自分が抱いている思想・良心の内容が明らかになるような場に立たされない権利として沈黙の自由を構成することには、現実上、困難が多い」⁽¹⁰⁴⁾というのである。

そこで西原は、憲法 19 条の保障効果として「沈黙の自由」が含まれることを前提として、「沈黙の自由」を次のように理解する。すなわち、「沈黙の

自由は、内心の状態を推知しようとすることを国家に禁じる沈黙の自由という枠組みで扱うよりも、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が憲法 19 条に含まれるとする立場を採りながら、そうした思想的・良心的行為の自由の一環と解した方が整合的だ、とする⁽¹⁰⁵⁾。

しかし、このような「沈黙の自由」の理解に関しては、次の二つの疑問が生じる。第一に、「沈黙の自由」を「思想的・良心的行為の自由」と解する見解は、内心の絶対的自由を保障したとされる憲法 19 条の前提と、論理的に整合するか。第二に、そのような解釈を採ることによって、憲法 19 条が保障する「沈黙の自由」の枠組みで本来考えなければならない「弱い個人」の人権保障を、事実上、蚊帳の外に放り出すことになっているのではないか、ということの二点である。

まず、第一の点について。

西原は、「日本の 19 条解釈論でも、外部行為の領域に思想・良心の自由の保障を及ぼす必要性はすでに指摘」されているとし、思想・良心を侵害する外部行為の規制は許されないという理解を越え、いわゆる「良心的兵役拒否」を念頭に置いた議論、すなわち「良心に反する義務を課されない権利という形における良心的行為の自由を憲法 19 条に取り込む見解」があることを指摘する⁽¹⁰⁶⁾。

このような議論は非常に「魅力的」である。しかし、思想・良心を理由とする法への不服従は、典型的には「良心的兵役拒否」に見られるように、「戦争における殺人行為にかかわるという異常性」⁽¹⁰⁷⁾が伴う状況を前提として語られているものである。さらに、「良心的兵役拒否」は「たやすくは……認められることがなく、宗教的信念以外の信条による戦争反対者にはほとんど認められない⁽¹⁰⁸⁾という状況を考慮すれば、たとえ「思想・良心に従ってさえいれば、何をしてもいい」ということではなく「ただ、思想・良心を侵害する法的義務を強制された場合に、自らの一貫の人格が国家の手によって破壊されることになるような事例で、そうした法的義務を拒否する権利」⁽¹⁰⁹⁾として消極に解したとしても、「思想的・良心的行為の

自由」を、学校現場における「日の丸」敬礼「君が代」斉唱に対峙させられる子ども人権救済の場面に適応可能なのかは疑問がないではない。

ともあれ、「思想的・良心的行為の自由」も、最終的には「利益較量」の問題として扱われるから⁽¹¹⁰⁾、「内心は絶対的に保障されるとの命題に立ちつつ、『沈黙の自由』を19条に含めながらその限界を問うことは、背理となる」⁽¹¹¹⁾と思われる。すなわち、西原の「沈黙の自由」の解釈を採用すれば、明治憲法・治安維持法体制下で展開された思想弾圧の反省から、内心の絶対的自由を保障するために、あえて明文の規定を持って「思想・良心の自由」を定めた憲法の立場と不整合を生じるものと思われる。したがって、その解釈を貫徹しようとするならば、憲法19条の前述した大前提を捨て去る方途しかないことになる。仮に、その方途を選択するなら、それは、憲法19条の理解としては大きな損失を伴う理解ではないか、と思うのである。

次に、第二の点について検討する。

「沈黙の自由」を「思想的・良心的行為の自由」と捉える見解にかかわって生じてくる、上記の不整合問題は、原理的には、そこで暗黙のうちに前提とされている「個人像」（すなわち、「強い個人」）に起因している⁽¹¹²⁾。そして、「強い個人」を前提とした議論は、終局的には、憲法19条の「沈黙の自由」の枠組みで取りこぼしてはならない「弱い個人」の人権を、保障のらち外に放り出すことになっている、という問題にまで発展している、と思われるのである。

憲法学では、「人格的自律」を基底にして人権体系を組み立てる立場がある⁽¹¹³⁾。そのような立場からは、日本国憲法が前提とする個人像は、自らが、自らの思想・良心に基づいて自己決定をし、その責任を自ら引き受ける「強い個人」として理解される。「日の丸」「君が代」問題について、「思想・良心の自由」が持ち出される場面では、（意識的かどうかはさておくとしても）「強い個人」が念頭におかれ、議論が展開される傾向がある。卒入學式の「日の丸」「君が代」に対峙させられる子どもの

中には、「日の丸」に敬礼しない、「君が代」を斉唱しないという「強い個人」ばかりではなく、敬礼・斉唱できないという「弱い個人」も少なからず存在する。そのような「弱い個人」は、物理的に敬礼・斉唱できないのであり、その結果として、自己の思想・良心の有り様が、周囲に露見してしまうことを恐れているのである。「強い個人」のように、「日の丸」「君が代」に反対である、という自己の思想・良心の有り様を、周囲に知られてもかまわない、あるいは、より積極的に言えば、知らせたい、というのとは、全く正反対なのである。

結果、「強い個人」を（暗黙のうちに？）前提とした憲法19条解釈は、自己の内心を知られたくないと考えている、物理的に、敬礼・斉唱できない「弱い個人」の内心の、やむを得ざる外部的表出を、自己の内心を積極的に示したいと考える「強い個人」の「表現の自由」の問題と混同して理解（誤解？）させることに貢献する。すなわち、「弱い個人」のやむを得ざる内心の表出が、「内心は絶対的に保障されるが、それが外部行為として表れた場合には、合理的な制約を受ける」という俎上に引きずり出され、その枠組みの中で一緒に論じられる結果を招くことにつながっている。

憲法19条の下で、まず考えなければならない個人像は、「強い個人」なのだろうか。そしてまた、「日の丸」「君が代」に反対する側は、しばしば「強い個人」を所与のものとして、憲法19条を根拠にした議論を展開するが、果たしてそれでよいのだろうか。無論、「強い個人」を、憲法19条の保障のらち外におくべきだ、と言いたいわけではない。ただ、「強い個人」を前提とした議論が、時として、「弱い個人」の人権保障をどう考えるのか、という憲法学上の重要な問題を、脇に追いやっているのではないかとの疑念を、私は払拭することができないのである。「沈黙の自由」を「思想的・良心的行為の自由」とする西原の解釈も、自己の思想・良心に基づいた行動を採ることのできる「強い個人」を前提としなければ、成り立たない⁽¹¹⁴⁾。

したがって、私は、憲法19条の「沈黙の自由」を「思想的・良心的行為の自由」と解する見解を

採用することはできない。敬礼・斉唱できない者の人権保障と敬礼・斉唱しない者の人権保障とを、同じく憲法19条の「沈黙の自由」の問題として扱うのは妥当でなく、憲法19条(とりわけ「沈黙の自由」)の枠組みでまず中心的に扱われるべきは、「日の丸」「君が代」に敬礼・斉唱できない「弱い個人」の、内心の望まぬ外部への結果的表出に、どのような憲法上の保障を及ぼすか、である。結論を言えば、私は、このような「弱い個人」のやむを得ざる内心の結果的表出には、「内心にとどまる限りにおいては、絶対的に自由だが、外部に表れた場合には合理的制約を受ける」という理屈は妥当せず、憲法19条の「沈黙の自由」の下で絶対的に保護されなければならない、と考えている⁽¹¹⁵⁾。

また、敬礼・斉唱しないという選択のできる「強い個人」の積極的な内心の外部的表出は、憲法21条の「表現の自由」の問題として論じられるのが妥当ではないか、と考える。なぜならば、このような「強い個人」の着退席行為は、「表現しない(歌わない、敬礼しない)」という消極的な自由として認識するよりは、むしろ、「『日の丸』『君が代』には反対なのだ」という自己の思想・良心を、「着席」や「退席」という「行動」によって積極的に表現するという観点(象徴的表現)から捉えた方が、現状適合的だと思われるからである⁽¹¹⁶⁾。そして、「強い個人」による内心の積極的な外部的表出は、他者の存在を前提としているから、無制約ではなく、「表現の自由」に対する制約の法理が妥当しよう⁽¹¹⁷⁾。

3 国家による特定の「思想」の強制の禁止と「日の丸」「君が代」

(1) 一般的意義

これは、国家が特定の「思想」を正統なものとしてそれに従うように国民に強制することは、憲法19条によって禁止される、というものである。また、特定の「思想」を国家が「奨励」することも、国家によって奨励されない「思想」に対する抑圧になり、それは、結果的に、国家が奨励する

特定の「思想」を国民に押しつけることに他ならない。したがって、特定「思想」の「奨励」行為も本条によって禁止されている。

(2) 公立学校教育制度と子どもの「思想・良心形成の自由」

憲法19条が国家に課した「特定『思想』の強制の禁止」は、また、「思想・良心形成の自由」をも保障する。一般に「思想・良心形成の自由」は、「自己の思想の形成につき自由であり、国権の干渉を受けぬ自由」として理解されてきた⁽¹¹⁸⁾。それは、「人間の人格形成のための精神活動は、人間の本質に基づく最高の価値」を有するものであり、その精神活動の基礎たる「思想・良心」の形成が、国家権力から強制・干渉されずに形成されなければならないことは、「精神的自由権の保障の基礎的な前提」⁽¹¹⁹⁾なのである。つまり、「思想・良心」は個人の自律の基礎であるから、個人の「思想・良心」の形成過程に国家が無制約に介入をすることが許されるならば、「いくら形成し終わった良心が国家の侵害から自由」だといってみても、それは無意味であり、そのような思想・良心の自由が認められても、それはただ「心の底から支配者に忠誠を誓う義務」でしかない⁽¹²⁰⁾。

このような個人の思想・良心形成過程への国家の介入による、「思想・良心形成の自由」の侵害が発生する場として、西原は「公立学校制度」を想定する⁽¹²¹⁾。それは、「国家権力が国民の精神をコントロールしようと思った場合、思想・良心の形成過程を直接に支配し、そこで都合のいいイデオロギーを子どもに注入することが最も効率的な手段であり、そうした目的を達成するためには、「他者の精神に働きかけ、それを一定の方向に誘導する」⁽¹²²⁾性質を持つ教育は、非常に有効な手段と考えられるからである。そうした場合、「個人の価値観に対する働きかけは、親や子どもの良心の自由との関係で、どのような場合に、どのような範囲で許される」のかという重要な問題が、憲法学上、未解決で残されている⁽¹²³⁾。

(3) 公立学校教育制度と子どもの「思想・良心形成の自由」との相剋——子どもの「思想・良心形成の自由」を取り巻く前提状況——

西原は、この点につき、次のような議論を展開する。すなわち、「子どもの人格的発達について責任を負うのは、まず第一に親であり⁽¹²⁴⁾、学校ではないとする。そして、学校の教育活動は、憲法核心の領域を例外として、「原則として人格的教育の領域に踏み込んで」はならず⁽¹²⁵⁾、学校がそのような教科教育以外の領域に属する教育活動に関わらざるを得ない場合には、「一面的なイデオロギー的教化は、子どもの良心形成の自由を侵害し、憲法上禁じられ、……許されるのは、問題提起と、子どもが自ら答えをみつけるための素材の提供のみ」だ、というのである⁽¹²⁶⁾。

しかし、このような西原の見解に対しては、佐々木弘通によって疑問が投げかけられている⁽¹²⁷⁾。すなわち、人格教育の場面に限らず、教科教育の領域においても、学校の基本的任務は、問題提起と思考の素材の提供にあるのではないか、というのである。

「学校の基本的任務は、問題提起と思考の素材の提供に限られる」とする以上の見解に、筆者も「一般論」としては首肯できる。しかし、はたして、日本全国の様々な環境にある小中高等学校のそれぞれにおいて、様々な環境にある子どもたちの存在を考えた場合、「問題提起と思考素材の提供」をすることのみで、学校における教育活動が展開できるとは考え難い(学級崩壊の例を想起されたい。また、いわゆる「底辺校」に通学する子どもたちは、怠学によって分数ができないのはもちろん、九九すらできない子どもたちも存在し、授業自体が成り立たない状況の中で、学校は「問題提起と思考素材の提供」に徹することは不可能だろう)。「問題提起と思考素材の提供」に徹しながらも、現実的には、ある程度教科教育方法上の「強制」が必要になる⁽¹²⁸⁾。そしてまた、国家＝学校の展開する教育活動は、世の中に存在する様々な価値を並列的・横断的に扱うわけではないから(それは、言うまでもなく、時間的にも教師の能力的にも、

無理である)、その扱いきれない価値の中から、いくつかを抽出し扱うほかなく、その抽出時点で、すでに国家権力による「価値判断」が介入せざるを得ない。

以上のことから、子どもたちの「思想・良心形成の自由」に(良い意味でも悪い意味でも)深刻な影響を与える可能性(ないし危険性?)が、教科教育か人格教育かにかかわらず、とにかく、学校が展開する教育活動には常に伴うと考えてよい⁽¹²⁹⁾。したがって、学校における、子どもの「思想・良心形成の自由」を検討する際には、次のようなことを念頭におく必要があると思われる。

第一に、公立学校教育制度を前提とするかぎり、個人の「思想・良心形成」が国家の様々な働きかけを一切受けずに自由でなければならないと考えることは現実的ではない、ということである。第二に、学校の教育活動は「教科教育」であっても「人格教育」に触れる場合があり、区別・分離が困難な場合が少なからず存在するということ、第三に、そのような現実の下で、学校が展開する教育活動は、「問題提起と思考素材の提供」に加えて、教科教育方法上の何らかの「強制」を伴って展開せざるを得ない面をもちながら、子どもの「思想・良心形成」に継続的に働きかける活動であること、以上三点である。

これらの点を踏まえて、「教育」という名の下、学校が何らかの「意図」をもって送り出す様々な「刺激」から、子どもの思想・良心形成が自由であるということは一体どういう状態を意味するのか、そしてまた、そのような「刺激」から、子どもの「思想・良心形成の自由」を守るためには、どのような思考枠組みが必要なのか、検討しなければならない。

(4) 学校における子どもの思想・良心形成が自由である、ということの意味

① 思想・良心形成の素材としての「刺激」の受容選択の自由が保障されているか?

思想・良心の形成は、個人が外界から送られてくる様々な「刺激」を受容した後に、当該個人の

「内心」において、様々に咀嚼・加工され、自己の思想・良心の一部として形成される。「思想・良心の自由」の保障にとって、ある「刺激」を自己の「思想・良心」の形成の素材として受容するか否かにつき、国家の干渉を受けない、選択の自由が保障されているか、ということは、原理的に重大な意味を持つ（なぜならば、国家にとって都合のよい「刺激」だけを送信することが仮に許されるのならば、そのような「刺激」を素材として形成された「思想・良心」は、自由だとは言えず、憲法があえて明文の規定をもって「思想・良心の自由」を保障した意義が真っ向から否定されるからである）。

「思想・良心形成の自由」に関する従来からの理解は、あくまで「内心」での思想・良心の自由な形成を主として意味している（したがって、必ずしも、自己の思想・良心に影響を及ぼす「刺激」を受容するかしないかといった、「刺激」の受容時点における選択の自由に自覚的ではない）から、その侵害の客観的認識は容易ではない。この困難さこそが、「日の丸」掲揚「君が代」斉唱は子どもたちの思想・良心を侵害するものではない、との教育行政当局の抗弁を誘発し、それを許容するのに貢献する。

これに対抗するために、まず、「思想・良心形成の自由」の侵害を客観的に認識しようとすれば、「思想・良心形成の自由」を、専ら「内心」における『刺激』の形成段階＝『刺激』の意味づけ段階に対する国家の介入・干渉からの自由と考えるだけでなく、個人と「刺激」が接する、まさにその時点、すなわち、「思想・良心」の形成の素材となる「刺激」を受容するかしないか、といった選択の自由の有無を、「思想・良心形成の自由」の侵害の、客観的認識基準として考慮すべきなのである⁽¹³⁰⁾。

学校における「日の丸」敬礼「君が代」斉唱は、究極的には、子どもたちの「愛国心」を養成するために実施されていることから⁽¹³¹⁾、個人に委ねられているはずの、「刺激」に対する内心領域における「意味づけ」が、特定の国家像を受け容れるこ

と不可分であり、国家＝学校が敷いた「愛国心」というゴールに行き着くルールの上に、子どもの思想・良心形成が乗せられている。そこでは、もはや、個人の内心領域に委ねられたはずの『刺激』の意味づけは自由ではあり得ない。多くの場合、子どもたちは、その「実践」の場たる卒入学式に参加して、起立斉唱せざるを得ない立場に追いやられる⁽¹³²⁾。彼らは、まさに、逃げ場を失った「囚われの聴衆 captive audience」⁽¹³³⁾の立場に立たされるのである。

このような場に置かれる「囚われの聴衆」たる子どもたちの思想・良心形成が自由であるためには、思想・良心形成が活発に行われる段階にある子どもの生き方の根幹ないし生き方の根幹に極めて肉薄する事柄につき、一定の意味づけ（「国を愛する心」）を前提として学校から送られる「刺激」（政府言論といってもよい）について、自己の思想・良心形成の素材として必要かどうかの選択の自由が保障され、一旦、不適格・不必要な「刺激」だと判断した場合には、「刺激」の提供を受ける前に、あるいは、そのような不必要な「刺激」に接する前に、それを回避・拒否する権利が保障されなければならない⁽¹³⁴⁾。

何故ならば、仮に、そのような選択の自由ないし「刺激」を拒否する権利が認められなくともすれば、「外部からの干渉〔刺激〕に対して全く自由であること」⁽¹³⁵⁾を保障した「思想・良心の自由」の意義が根底から否定されることになると考えられるし、また、「個人の自由な価値選択を幸福追求権（13条）、ならびに思想良心の自由（19条）として保障し、価値観における多元性を志向」⁽¹³⁶⁾している憲法の基本原理とも整合しない。したがって、憲法上、子どもには、自らの思想・良心形成の「素材」として、ある「刺激」を受容するかしないかといった選択の自由が保障されていると考えてよい。

一方、国家＝学校は、憲法19条の「思想・良心の自由」の解釈として導き出される子どもたちの「刺激の受容選択の自由」の保障のために、ある「刺激」を受け取るか否かといった選択を可能にする

環境を、子どもに対して制度的に準備する義務を負うと考えられる⁽¹³⁷⁾。

学校が、こうした憲法上の要請から目を背け、一同起立敬礼斉唱を前提として行う「日の丸」掲揚「君が代」斉唱は、式場を、国家＝学校が要求する価値以外を排除する非寛容な場と変容させ、もはや子どもの思想・良心形成は自由だとは言えない。そして、そのような「日の丸」起立敬礼「君が代」斉唱は、国家＝学校による一面的な特定のイデオロギーの注入行為であると考えられ、「『刺激』の受容選択の自由」を奪われたすべての子どもとの関係において、違憲の問題(憲法19条違反)を生ずるものとする。

② 「囚われの聴衆」からの解放可能性が保障されているか？

——「強制」概念の検討を含めて——

1) 「強制」概念の明確化の必要性

卒入学式における「日の丸」「君が代」の「強制」は、子どもたちの精神的自由を侵害する、としばしば言われる。また、先に取り上げた、旭川学力テスト事件最高裁大法廷判決でも、子どもに一方的な観念を「強制」することは許されないと述べられている。「強制」は許されないとすることは、それはその通りなのである。しかし、この「強制」という概念が掘り下げて明らかにされているかと言えば、必ずしもそうとは言えない。このことは、「京都『君が代』訴訟」の原告で、関西大学教授である岡村達雄が、当該訴訟を通して「強制の事実を法的に論証できるか。それが問われた」と述べ⁽¹³⁸⁾、被告からも「誰の誰に対するものなのか」「如何なる内容のもの」であるか、といった強制概念を明確にするよう求められた、と綴っていることからもうかがえる⁽¹³⁹⁾。「日の丸」「君が代」の「強制」に反対する場合には、何をもって「強制」とするのかを明らかにすることが必要である。ここでは、子どもに対する「強制」とはいかなるものなのか、その概念について検討することにする。

2) 物理的強制・法的強制・「密やかな強制」

「強制」の概念として、真っ先に考えられるのは、「殴る」「蹴る」そして「口をこじ開けて歌わせる」などの物理的な「強制」である。次に、法的な「強制」であるが、不利益処分を前提にして起立・敬礼・斉唱させたり、あるいは、起立・敬礼・斉唱しなかった子どもを事後的に不利益処分にしたたりする場合も、法的な意味での「強制」が存在するものと考えられる。しかし、問題は、以上のような物理的あるいは法的な意味での「強制」が存在していなくても、実は、卒入学式の「場」には、「強制」と考えられるような「力」ないし「作用」があるのではないか、ということである。そして、子どもが参加を「強制」されるような、あるいは、周囲に同調して起立・敬礼・斉唱をせざるを得ないような「力」ないし「作用」を「強制」の概念に含めて考えられるか、ということである。実際の卒入学式では、この意味での「強制」が、正にその「場」を支配していると言ってよい⁽¹⁴⁰⁾。

この点、「Lee v. Weisman, 505 U.S. 577 (1992)」⁽¹⁴¹⁾における、アメリカ連邦最高裁判決では、法的な意味での「強制」だけではなく、卒業式ないし入学式に「出席した生徒が、祈禱の間、起立しあるいは敬意をもって沈黙を守るよう、仲間から、また公的にも、圧力を受けたこと」をも「強制」の概念に含められている。そして、この種の「強制」は、判決の言葉を借りれば、「密やかな強制 subtle coercive pressure」と呼ばれ、差別・偏見・イジメなどを背景にしながら、周囲から同調を求められる「事実上の圧力」を意味する⁽¹⁴²⁾。

3) 「密やかな強制」の中に包囲される「囚われの聴衆」たる子ども

「密やかな強制」の支配する中におかれている子どもは、まさに、「囚われの聴衆 captive audience」⁽¹⁴³⁾と呼ぶに相応しい。「囚われの聴衆」の立場に立たされた子どもは、卒入学式の場で、「学習指導要領」の定めと職務命令、その違反に対する懲戒処分を背景として、「日の丸」「君が代」に込められた「政府言論 government speech」を伝え

るよう強いられた教育公務員という名の「道具」= 教師によって、参加・起立・敬礼・斉唱するように「指導」される⁽¹⁴⁴⁾。この状況は、「教育」というものが、まさに『「囚われの聴衆」に宛てられた government speech に対し、政府が冠した美称」であることの証左である⁽¹⁴⁵⁾。

卒入学式が、「政府言論」を、その「受け手」である、「囚われの聴衆」性を色濃く持つ子どもに向けて、大量かつ組織的に送信するための場だとすれば⁽¹⁴⁶⁾、憲法上、国家=学校が「特定の内心の形成を狙って特定の思想を大規模かつ組織・継続的に宣伝」することは、憲法 19 条によって禁じられるものと考えられる⁽¹⁴⁷⁾。

また、子どもは、「囚われの聴衆」の立場に追いやられた上、教師の発言（政府言論）によって、自己の人格を傷つけられたり、思想的に著しく教化されたりしたような場合には、「違憲の人権侵害になりうる」のであり⁽¹⁴⁸⁾、場合によっては、「自ら選ばずして〔そのような政府言論の〕『受け手』とならない利益⁽¹⁴⁹⁾の侵害を主張し、「登校や授業出席を拒否するなどの仕方で公教育から脱出する」⁽¹⁵⁰⁾ 権利を行使できる、と考える余地もある。

第 4 節 子どもの「思想・良心の自由」の保障と学校の責務 — 小括にかえて —

1 学校の義務 — 「実施する側」の責任論 —

前節までの検討で、子どもには、学校が送り出す「刺激」（「日の丸」「君が代」、以下同じ）を受け取るかどうかといった選択の自由（不参加権ないし拒否権）が、憲法上保障されなければならないことが明らかになった⁽¹⁵¹⁾。また、卒入学式に参加する子どもは「囚われの聴衆」性を強く帯びているから、彼らの「思想・良心の自由」が保障されるためには、「囚われ」状態から解放される選択肢がこれまた用意されなければならない。

そこで、学校が、卒入学式で「日の丸」掲揚「君が代」斉唱を実施しようと思えば、子どもが不参加権ないし拒否権を行使する上での障害になる、差別、偏見、イジメなどの事実上の不利益が発生しないような「環境」を整える義務が生じる。こ

の義務は、「日の丸」掲揚「君が代」斉唱を実施することによって、思想、良心、信仰の違いを理由とする差別、偏見などが生じる危険性が極めて高い「場」を、自ら進んで創出する側の責任として生じるものである。

では、私は、ここに「環境を整える」とはどういうことを念頭においているか。それは、第一に、不参加や拒否の選択が、起立・斉唱する選択と同じように憲法上合理的に成り立ちうることを、式に参加する全ての者（子ども、親、教職員、来賓）に対して、学校長が十分に説明を尽くすこと、である。そして、第二に、その説明によって、拒否の選択をした者に不利益が及ばないことを、子どもや親に対して合理的な根拠を示して説明すること、である。ここで言われる「合理的な根拠を示して説明する」とは、「いじめや偏見は起きないと思う、また、そう願いたい」「最大限努力した」という主観的・抽象的なものではなく、学校がいじめや偏見を防止するために、どのような議論を経て、どのような目標・計画を作り、それをどのように実施し、その結果、どのように不利益が発生しない「環境」が整ったのかといった、客観的・具体的な事実の問題として、論理立てて説明すること、を意味する。第三に、そのような学校側の努力にもかかわらず、拒否の姿勢を選択した子どもが、不利益を被った場合、学校として、どのような権利回復のための方策を用意し、どのような責任を誰がどのようにとるのかを説明すること、である。

2 「実施する側」としての教師の責務 — 最も身近な「侵害者」へ —

また、前述の「環境を整える」責任・義務を負うのは、校長のみならず、「教師」も負う、ということ忘れてはならない。たとえ、「日の丸」「君が代」問題は、自分にはよく分からない、としても、だから、関係がない、ということにはならず、そのことを根拠として、上述した義務を、子どもと親との関係でなら免れうるものではない。

公立学校は、様々な価値観を持った子どもたち

が存在する「場」であり、また、存在してよい「場」である。したがって、教育公務員たる「教師」は、子どもたちの持つ多様な価値に対して、開かれた存在であることが要請され、特定の思想・良心・信仰を排斥するような力が学校を支配するときには、「教師」は、憲法の要請である価値の多元性や寛容の原理を否定する教育活動には関わらない不作為の義務を負う⁽¹⁵²⁾。その理由は、「一律な国家教育は、国民を鑄型に入れて完全に相等しいものにしてしようとする仕組みであるに過ぎず、「国家教育が国民をその中に流し込む鑄型は……支配勢力の喜ぶようなものであって、かような国家教育が効率よく成功すればするほど、ますますそれは精神に対する専制政治を確立し、また自然の傾向として、肉体に対する専制政治をも生み出すようになってゆく」⁽¹⁵³⁾のであり、それは教育基本法の本質（前文、第1条、第2条）からも許されないからである。

いずれにしても、子どもたちや親にとって、そして、法制度上も、「教師」は、校長とともに「学校側」の存在である。「言い過ぎだ」という批判を恐れずに言えば、「教師」は、子どもたちにとって最も身近にいて、深刻な人権侵害を引き起こす可能性のある立場にいる者、すなわち、「侵害者」である。なぜ私がこのようなことを取って主張しなければならないかと言えば、とかく教師を演じる「個人」は、子どもの人権の「守護神」だとは思っていても、「侵害者」だとは自覚していないからである。したがって、自己が担う「教師」の、子どもに対する働きかけのすべてが、子どもの人権を守り育てるもの、として疑わないからである。本稿で検討した子どもの「思想・良心の自由」についての論述は、裏返せば、最大の人権侵害者になる危険を有する「教師」が、そしてまた、国民に対して直接責任を負って子どもの教育をつかさどる「教師」が、やってはならないこと、ないし、何をしなければならないか、を示すものでもある。

おわりに

以上、学校における「日の丸」「君が代」問題について、「強制」の根拠たる学習指導要領の法的性質を明らかにする、という古くて新しい問題の検討からはじめ、その後、従来の教育法学、憲法学での議論や近時の憲法学での議論を見、「思想・良心の自由」の侵害の不可視性に注意を払いながら、「日の丸」「君が代」に対峙できない「弱い個人」というものを中心に据え、彼らのやむを得ざる内心の結果的表出は、憲法19条のもとで、絶対的な保障を受けるものであることを主張した。

本稿は、子どもの「思想・良心の自由」に焦点を絞って検討を進めたけれども、しかし、残された課題も少なくない（子どもの「『刺激』の受容選択の自由」の限界ないし射程はどこにあるのか、あるいは、ないのか、など）。さらに、広く、学校現場における「日の丸」「君が代」問題に苦悩する人々（特に、学校教育と親の「教育の自由」との関係、「教師」の精神的自由または職務の独立性と職務命令との相剋問題）の精神的自由をどう保障するかということになれば、検討しなければならない課題は山積みである。これらの点については、別稿に譲ることにして、ひとまず本稿での検討を終えたいと思う。

註

- (1) 田中伸尚『日の丸・君が代の戦後史』岩波新書2000年128頁。
- (2) 全国の実施率の「激変」については、青砥靖恭他『日の丸・君が代と子どもたち 学校現場は2000年春をどう迎えたか』岩波ブックレットNo.517 2000年 62頁～63頁を参照。
- (3) これらの処分に対しては、その取消などを求めて現在福岡地方裁判所で係争中である。詳しくは、<http://www1.jca.apc.org/anti-hinokimi/archive/kokoro/>参照。また、西原博史「『君が代』裁判と憲法——特集の視点——」法学セミナー 562号 38頁～41頁、竹森真紀「揺るがない心のままで——北九州「君が代」訴

- 訟＝ココロ裁判がめざすもの——」法学セミナー562号 42頁～46頁、田中前掲書189頁以下など。
- (4) 北海道教職員組合「指示」北教発(教)第558号 1992年5月7日4頁。
- (5) 北海道新聞2000年3月16日、同2000年7月4日、同2000年7月13日、関係の社説としては、北海道新聞2000年7月17日。
- (6) 北海道新聞2000年9月20日。関係の社説として北海道新聞2000年9月21日。なお、札幌市教育委員会が、教職員やマスコミの質問に「統一的」に対応するためのマニュアルを各校長に配布していたことについての詳細は、北海道新聞2000年9月21日を参照。
- (7) 北海道通信2001年9月28日。第1回口頭審理については、北海道新聞2002年2月23日、朝日新聞2002年2月23日。
- (8) 北海道新聞2001年3月23日。
- (9) 結局のところ、この勸告書は「意見を聞けばよい」という手続的な問題として、道教委・校長には受け取られ、卒業式では「君が代」がテープで流された。式当日の様相については、朝日新聞2002年3月1日夕刊参照。札幌南高校問題の詳細については、札幌弁護士会「勸告理由書」、田中伸尚『「君が代」強制を問いつけた札幌南高校卒業生の果敢なたたかい』週刊金曜日2002年10月4日(430号)60頁～63頁、北海道新聞2002年2月25日参照。
- (10) 北海道新聞2002年3月11日。
- (11) 学習指導要領の「変遷」については、永井憲一『教育法学』エイデル研究所1993年108頁以下を参照。
- (12) この点につき、文部省「学習指導要領一般編(試案)昭和22年度」1頁～2頁 国立教育研究所内戦後教育改革資料研究会編『文部省学習指導要領全21巻1一般編』日本図書センター1980年を参照。
- (13) なお、「学習指導要領」から「試案」の文字が初めて消されたのは、1955年の「高等学校学習指導要領一般編」の改訂からである。
- (14) 林部一二「学習指導要領の基準性(法的拘束力)」第一法規出版1959年2月号35頁。1999年7月30日、参議院の国旗及び国歌に関する特別委員会における有馬朗人文部大臣は「学習指導要領は学校教育法等の委任に基づいて教育課程の基準として定められているもの」であるから、「法規としての性質を持っておりま」す、と述べている。
- (15) 下村哲夫「学習指導要領の法的拘束力」月刊高校教育1990年4月号100頁は、旭川学力テスト事件1976年5月21日最高裁大法廷判決を引用する形で出された、伝習館高校事件1990年1月18日最高裁一小法廷判決を持ち出し、これらの判決が、学習指導要領の法的拘束力を認め「あっさりケリをつけている」と見ているようである。しかし、憲法学や行政法学、教育法学では、前提となっている旭川学力テスト事件の最高裁大法廷判決を慎重に検討した上で、この問題が「あっさりケリ」をつけられている問題だとは、通常、考えられていない。この点については、後ですぐ検討する。また、下村哲夫『学校と国旗・国歌』ぎょうせい2000年44頁～45頁も参照。
- (16) 原田尚彦『行政法要論全訂第4版増補版』学陽書房2000年108頁。
- (17) 原田同上108頁。郵便局の名称が変わったり、移転したりした場合にも「告示」という形式が採られるのであり、「告示」という形式は法的拘束力の発生を意味しない。
- (18) 兼子仁『教育法(新版)』有斐閣1978年33頁～34頁。この点に関しては、行政法学上の議論や、法規としての性質を持たないはずの「行政規則」に属する告示は、法規としての性質を持つ場合もあるとされる「変わり種」であり、「学習指導要領」はまさにその「変わり種」であるとする元文部官僚の興味深い議論からも明らかのように、「告示」という形式のみによって法的拘束力の有無を判断することはできない。この点に関する筆者の見解は紙面の都合上割愛せざるを得ないが、今村武俊・別府哲『学校教育法

- 解説』280頁～281頁，田中二郎『行政法総論』有斐閣 1957年 373頁，有倉遼吉編『教育と法律(増訂)』[鈴木英一執筆]新評社 193頁～200頁，1999年7月30日，参議院，国旗及び国歌に関する特別委員会の御手洗康文部省初等中等教育局長の答弁が参照になる。
- (19) 東京高判 1987年12月24日(確定)行裁集 38巻 12号 1807(7)頁
- (20) 有倉遼吉編『教育と法律(増訂)』[鈴木英一執筆]新評社 193頁～200頁。
- (21) 林部一二『学校管理の本質』明治図書 1966年 144頁～145頁。
- (22) 兼子前掲書 382頁
- (23) 兼子前掲書 383頁
- (24) 兼子前掲書 383頁。傍点は引用者
- (25) 最大判 1976年5月21日 判例時報 814号。
この判決に対する評釈などは多数あるが，特に，兼子仁「最高裁判決(北海道学テ事件)の読みとり方」季刊教育法 21号 74頁～97頁は詳細な検討を行っている。
- (26) 渡辺洋三『人権と市民的自由』労働旬報社 1992年 193頁。
- (27) この点を裏付けるものとして，「君が代」訴訟をすすめる会編『資料「君が代」訴訟』緑風出版 433頁～434頁の元文部事務次官高石邦男の証言を参照。
- (28) 最小一判 1990年1月18日判例時報 1337号
- (29) この点，1989年2月10日，当時の文部大臣西岡武夫は「国旗掲揚・国歌斉唱」について，卒入学式で必ずやっってもらい，学校の裁量は認めない，従わない教師は指導要領違反になる，とした(『日の丸・君が代と新学習指導要領』エイデル研究所 1990年 20頁)。しかし，学習指導要領の国旗国歌条項の定めから，そのような効果が導出可能なのかについては，疑問がある。問題点だけを指摘しておく。
- 第一に，現行の学習指導要領は，「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」と書かれているのであって，

- 「しなければならない」としているわけではないことに留意する必要がある。第二に，学習指導要領が「するものとする」としていることは，国旗の掲揚・国歌の斉唱そのものではなく，国旗を掲揚し，国歌を斉唱するように子どもに「指導」する，この「指導」を「するものとする」として，教師に求めているのである。第三に，当該「指導」も，国旗の掲揚と国歌の斉唱それ自体をする指導ではなく，国旗の掲揚と国歌の斉唱を促すことの「指導」である。このことから，学習指導要領の国旗国歌条項の定めから，上記の元文部大臣のような効果を導出可能なのか疑問がある。この点につき，石崎誠也「日の丸・君が代の『義務づけ』と教師の懲戒処分」季刊教育法 1991年 87号 41頁～42頁，室井力『現代行政法の展開』有斐閣 1978年 257頁を参照。朝日新聞 1989年5月24日，『日の丸・君が代と新学習指導要領』エイデル研究所 1990年 148頁～151頁などを参照されたい。
- (30) データは，岡村達雄『処分論「日の丸」「君が代」と公教育』インパクト出版会 16頁～21頁による。
- (31) この点，永井憲一が，「教育法学の領域で，野上修市「憲法と教育政策——君が代・日の丸問題などを含めて」(日本教育法学会年報 11号，有斐閣，1979年)，星野安三郎「君が代・元号と学校教育」ほかの特集『君が代・元号と学校教育』(季刊教育法 33号，1979年)のほか，論争としては，季刊教育法臨増『日の丸・君が代』(1985年)，山住正己・堀尾輝久「学校現場で『日の丸・君が代』は本当に必要か」(対談) (季刊教育法 81号，1990年)などがみられるにすぎない」と指摘している通りである(永井憲一著『教育法学』エイデル研究所 1993年 134頁～135頁)。
- (32) 野上修市「『君が代』問題の法的検討」季刊教育法 25号 エイデル研究所 1977年 27頁～34頁。
- (33) 野上同上論文 27頁。

- (34) 「元号法」が制定された当時の憲法学教科書としては、清水睦『憲法(改訂新版)』南雲堂深山社 1979年 432頁～433頁の記述がある。ここでも、「日の丸」や「君が代」が、「日本国憲法の定める国家の体制に適合するかどうか」が問題とされている。また、1981年に出版された、奥平康弘『憲法——学習と実践のために』弘文堂 1981年 32頁～33頁、239頁～240頁など。
- (35) 永井憲一著『教育法学』エイデル研究所 1993年 134頁～135頁。
- (36) 西原博史「思想・良心の自由と教育課程」日本教育法学会編『教育法学の展開と 21世紀の展望』三省堂 2000年 222頁。
- (37) 宗像誠也『教育と教育政策』岩波書店 1961年 46頁、同 53頁。
- (38) この点につき、西原博史「思想・良心の自由と教育課程」日本教育法学会編『教育法学の展開と 21世紀の展望』三省堂 2000年 220頁を参照。
- (39) 兼子仁「君が代、学校教育、情報人権」日本教育法学会編『子どもの権利条約と教育法』第21号有斐閣 1992年 33頁。
- (39) このような危険性を指摘する論文として、西原博史「国旗・国歌法」ジュリスト 1166号 44頁、同「学校における国旗・国歌指導と思想・良心の自由」季刊人間と教育 24号 127頁、同「『国旗・国歌法』と思想・良心の自由」法学セミナー541号 57頁がある。
- (41) 長岡徹「国旗・国歌法 国家意識の強化」法学セミナー542号 38頁。
- (42) 西原博史『良心の自由』成文堂 1995年 2頁～3頁。氏の近著として、西原博史『学校が「愛国心」を教えるとき』日本評論社 2003年。
- (43) 西原博史『良心の自由』成文堂 1995年 1頁。
- (44) 西原博史「『君が代』斉唱と憲法 19条」「君が代」訴訟をすすめる会編『資料「君が代」訴訟』緑風出版 1999年 502頁、同「国旗・国歌法」ジュリスト 1166号 48頁。なお、西原の「思想・良心形成の自由」についての議論は、便宜上、後章で扱う。
- (45) 西原博史「国旗・国歌法」ジュリスト 1166号 47頁。
- (46) 西原博史「『君が代』斉唱と憲法 19条」「君が代」訴訟をすすめる会編『資料「君が代」訴訟』緑風出版 1999年 502頁。
- (47) この「拒否権」を憲法 19条の中でどう位置づけるかについての西原の見解とそれに対する私の批判的検討は、第3章第3節2に譲る。
- (48) 西原博史「国旗・国歌法」ジュリスト 1166号 有斐閣 47頁。
- (49) 西原博史「『君が代』斉唱と憲法 19条」「君が代」訴訟をすすめる会編『資料「君が代」訴訟』緑風出版 1999年 519頁。
- (50) 西原博史『良心の自由』成文堂 1995年 250頁は、「イデオロギー的教化に当たると感じ、自らの良心的立場からこれに参加できない、あるいは子を参加させてはならないと考える生徒・親が一人でもいるなら、『君が代』斉唱の強制は良心の自由を侵害し、憲法に反する」と主張する。ただし、この点に関しては、佐々木弘通『「人権」論・思想良心の自由・国歌斉唱』成城法学 66号 2001年 3頁の疑問・批判があるが、詳細は後述することにする。
- (51) 西原博史「『君が代』斉唱と憲法 19条」「君が代」訴訟をすすめる会編『資料「君が代」訴訟』緑風出版 1999年 519頁。
- (52) 西原博史「『君が代』斉唱と憲法 19条」「君が代」訴訟をすすめる会編『資料「君が代」訴訟』緑風出版 1999年 519頁。また、学校が、正当な教育保障権限の枠内で行うことができる国旗・国歌の取り扱い方について、同「国旗・国歌法」ジュリスト 1166号 48頁は、「国旗・国歌という既存の制度との対決を通じて、生徒が自ら自分と国家との距離を反省し、自己了解を形成することを助ける狙いだらう」とし、「唯一正当化できる国旗・国歌に関連した教育の目的は、押しつけでなく、自己省察のきっかけを提

- 供することにある」とする。
- (53) 西原博史「国旗・国歌法」ジュリスト 1166 号 48 頁, 西原博史著『良心の自由』成文堂 1995 年 250 頁。
- (54) 具体的な検討対象としては、「公立高校」を想定する。なお、本稿では、佐々木の「教師の人権論」についての検討は、紙面の都合上、割愛する。
- (55) 佐々木弘通『「人権」論・思想良心の自由・国歌斉唱』成城法学 66 号 2001 年 3 頁。
- (56) 佐々木前掲論文 4 頁。
- (57) 佐々木前掲論文 5 頁。
- (58) 佐々木のいう「人権」論とは、『『個人』に定礎し、その個人が、『人間の尊厳』という価値に鑑みて、何をどこまで自由になしうるとされるべきか』、すなわち、『『個々人の具体的な行動の自由』の保障範囲を考える』こと、『『人間の尊厳』という基本価値からその自由の内容そのものを『積極的に根拠づける』ことを目指す』議論である。そこから導き出される自由は、「通常なら公共の福祉に則っているゆえをもって正当とされるような国家活動を、なお制約する強い通用力をもつ」とされる(佐々木前掲論文 17 頁)。
- (59) したがって、佐々木前掲論文 57 頁～59 頁は、国旗国歌法の制定自体が、「個人の精神的自由を何らかの形で侵害していると立論するのは困難」だとする。
- (60) 佐々木前掲論文 59 頁。
- (61) 佐々木前掲論文 59 頁。
- (62) 佐々木前掲論文 60 頁。
- (63) 佐々木前掲論文 60 頁。
- (64) 佐々木前掲論文 62 頁以下。この点、佐々木は、「現代的状況が提起する問題に・即応したかたちで『強制』の中味を新たにどのように理論的に構成できるかは、憲法学に提起されている喫緊の課題」だとする。「強制」概念については、本稿 26 頁～28 頁と関係の註を参照されたい。
- (65) もちろん、佐々木同上論文 63 頁にあっても、「いじめ」の発生を防止し、「いじめ」が発生した場合には、その解決に向けて学校側が責任を持つことは当然だ、としている。
- (66) 佐々木前掲論文 64 頁。
- (67) 佐々木前掲論文 64 頁。なお、このような事実上の強制概念は、リー対ワイズマン事件 Lee v. Weisman, 505 U.S. 577 (1992)でも、「密やかな強制」という概念で示されている。
- (68) 佐々木前掲論文 64 頁。
- (69) 佐々木前掲論文 64 頁～65 頁。
- (70) 佐々木同上論文 64 頁～65 頁。傍点は引用者。
- (71) 卒業生が入場し、自分の席の前に立ち続けた状態で、卒業式の開式が宣言され、「国歌斉唱」が実施される場合が少なくない。この場合には、「歌えない」という消極的な意思をもつ者が、多数が起立している中で、「着席する」という積極的な行為を採らざるを得ない、という不整合が生じる。
- (72) 浦部法穂『全訂憲法学教室』日本評論社 2000 年 125 頁。
- (73) したがって、西原博史「思想・良心の自由と教育課程」日本教育法学会編『教育法学の展開と 21 世紀の展望』三省堂 2001 年 226 頁は、学校の目的は「個人が自らの立場から取捨選択を加えて自らの人格に取り込むことができる多様な情報を提供することであり、その情報の総体から人間が形成すべき価値観を教え込むことではない」とする。
- (74) この点、卒業式の「君が代」斉唱に際して、生徒の自主性を重んじ退席を認めた校長が、県教育委員会から、「学習指導要領」に指導することが明記されている「国歌斉唱」を、生徒の判断に任せたことが、地方公務員法(「法令を守る義務」)に違反するとして懲戒処分(戒告処分)を受けた、となれば、なおさらである。朝日新聞 1995 年 3 月 25 日(滋賀県大津高校長「戒告処分」の事例)。
- (75) 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注解法律学全集 憲法 I』[浦部執筆]青林書院 1994 年 374 頁。
- (76) 法学協会『註解日本国憲法上巻(2)』有斐閣

- 1953年 397頁。芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)』有斐閣 1998年 99頁。
- (77) 佐藤功『日本国憲法全訂第4版』学陽書房 1991年 175頁～176頁。
- (78) 法学協会『註解日本国憲法上巻(2)』有斐閣 1953年 400頁。
- (79) 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注解法律学全集 憲法Ⅰ』[浦部執筆] 青林書院 1994年 378頁。
- (80) 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)』有斐閣 1998年 98頁。
- (81) 法学協会『註解日本国憲法上巻(2)』有斐閣 1953年 399頁。宮澤俊義・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』日本評論社 1978年 235頁。芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)』有斐閣 1998年 103頁。
- (82) 浦部法穂は、『全訂憲法学教室』日本評論社 2000年 8頁～9頁において、「『国』というものを何か所与の存在のように考えがちである」が、しかし、それは「自然的な実体として存在するものではなく、人為的に作られた『イメージ』」であって、「『地図』を通じて、人々の想像の中に入り込んだとき、『国』は存在を始める」のだ、と述べる。
- (83) この点につき、文部省(現文部科学省)「学習指導要領解説 特別活動編」(1999年 5月 31日) 88頁を参照。
- (84) この点、中川明も、『学校に市民社会の風を』筑摩書房 1991年 216頁で次のように述べている。「国旗・国歌の問題は、すぐれて人間というものを拘束してきた国家に対して、一人ひとりの個人がどのような距離をとるかという問題だといいかえてもよい」と(傍点は原文のママ)。
- (85) 同旨、奥平康弘『憲法にこだわる』日本評論社 1988年 93頁。学校における「日の丸」掲揚敬礼「君が代」斉唱問題の文脈では、特に、「国家」は愛される側にある存在として観念される。このことを前提とすれば、愛される側にある「国家」の一機関である学校が、愛する側にある子どもたちに「国を愛する心」を抱くように求め
- ることは、偶然出会った異性に対して「自分のことを好きになれ」と迫るに等しい愚行だ、と言える。
- (86) 1992年 11月 4日「京都君が代訴訟」京都地裁判決いわゆる「吉川判決」。判決の全文は「君が代」訴訟をすすめる会『資料『君が代』訴訟』緑風出版 1999年 149頁～165頁に掲載。同判決では、結論的には憲法判断を回避し原告の訴えも棄却(一部却下)しているが、その意義は小さくない。同判決の意義については、同書 27頁以下を参照されたい。また、「日の丸」「君が代」にかかわる判例研究として、成嶋隆「日の丸・君が代をめぐる裁判例について」季刊教育法 137号 101頁以下参照。
- (87) 北九州市教育委員会の行った不起立「懲戒処分」に対して福岡県弁護士会から北九州市教育委員会教育長石田紘一郎に出された 2000年 6月 28日付けの「警告書」も、「君が代」斉唱に関わって、仮に信条説(又は狭義説)に立ったとしても「君が代斉唱の是非についての態度決定は、君が代の歌詞内容の政治性、君が代の歴史的経緯等の評価にかかわって、明らかに政治性・思想性を帯びた問題であり、狭義説によっても人格形成の核心にかかわるものとして 19条の保障対象と解される」から、「君が代斉唱問題は憲法 19条の保障対象に関わる問題」だとする。
- (88) 「殉職自衛官合祀訴訟」最高裁大法廷判決での伊藤正己裁判官の反対意見。最大判 1988年 6月 1日民集 42巻 5号 277頁。
- (89) 伊藤正己『憲法第3版』弘文堂 1995年 263頁。
- (90) 伊藤正己『憲法第3版』弘文堂 1995年 261頁。
- (91) 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注解法律学全集 憲法Ⅰ』[浦部執筆] 青林書院 1994年 381頁。
- (92) この点については、政府も、「単に従わなかった、あるいは単に起立をしなかった、あるいは歌わなかったといったようなことのみをもって、何らかの不利益を被るようなこと……はあってはならない」し(衆議院内閣委員会文教

- 委員会連合審査会 1999年7月21日富田委員の質問に対する御手洗政府委員の答弁), また, 「単に歌わなかったあるいは起立しなかったということがそのまま指導要録等に記載されることには通常ならない」と答弁している(衆議院内閣委員会1999年7月21日)。
- (93) 成嶋隆「講演『日の丸・君が代』と『内心の自由』」日本基督教団靖国・天皇制問題情報センター運営委員会編『宣教の課題としての天皇制～「日の丸・君が代」問題～』2000年11頁で, 「ある子どもが入学式で君が代を歌わず着席したり, 日の丸掲揚の際にそれを無視したりしますと, ほかの子どもから『ガイジン』という言葉が投げつけられるという現象がすでにおきている」という事例が紹介されている。
- (94) Lee v. Weisman, 505 U.S. 577 (1992)。なお, この判決についての評釈は, 憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』有斐閣162頁以下, [1993-2] アメリカ法 298頁以下。
- (95) 子どもは, 好き好んで不参加という選択肢を選択するのではなく, 欠席せざるを得ない状況があって仕方なく欠席するのである。この点, Lee v. Weisman, 505 U.S. 577 (1992)も, 「卒入学式は人生の中で特に重要な行事であり, それを欠席するということは, 「少年時代そして高校時代を通じて楽しみにしていた無形の恩恵を放棄しなければならない」ことを意味するから, 「生徒には真の意味で『自発的に』卒業式に欠席する自由はない」と判示している。
- (96) 西原博史「『国旗・国歌法』と思想・良心の自由」法学セミナー541号 59頁, []内は引用者加筆。ただし, このような論理は, 西原によれば「国旗との関係でも……同じように妥当する」と考えられている。
- (97) 中川明『学校に市民社会の風を』筑摩書房1991年 239頁。
- (98) ただ, 中川明前掲書239頁も指摘するように, 子どもたちの教育にあたる教師が, このような「不統一・不一致」をどこまで引き受けることができ, それをどこまで貫徹できるか, が重要になってくる。日本の学校・教師は, 私の経験からも, 往々にして, 「みんなで仲良く」「クラスは団結して」などということを何の批判検討もなく絶対善と思い込み, そのスローガンを振りかざしながら——これに違和感をもつ少数の教師の反論を学校特有の文化で封じ込めながら——, 結果として, 全体とは「異なるもの」を排除する全体主義的な行動に陥る傾向が強い。
- (99) 例えば, 京都「君が代訴訟」第一審判決。註(86)参照。
- (100) 法学協会『註解日本国憲法上巻(2)』有斐閣1953年 400頁, 宮澤俊義著・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』日本評論社1978年 236頁など。
- (101) 芦部信喜『新版補訂版憲法』岩波書店1999年 139頁, 伊藤正己『憲法第3版』弘文堂1995年 262頁など。
- (102) したがって, 卒入学式での「君が代」斉唱時に着席した子どもに対し, 学校側が, 着席の理由を尋問するなどは許されない。この点につき, 週刊金曜日2000年4月7日310号を参照。
- (103) 法学協会『註解日本国憲法上巻(2)』有斐閣1953年400頁, 宮澤俊義著・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』日本評論社1978年 236頁など。
- (104) 西原博史「『君が代』斉唱と憲法19条」「君が代」訴訟をすすめる会編『資料「君が代」訴訟』緑風出版1999年 505頁。
- (105) 西原同上506頁。こうした理解に至る過程については, 西原同上504頁～506頁を参照されたい。また, 西原博史著『良心の自由』成文堂1995年23頁以下参照。
- (106) 西原同上508頁。同種の見解として, 浦部法穂『全訂憲法学教室』日本評論社2000年125頁～126頁。
- (107) 佐藤幸治『憲法第3版』青林書院1995年488頁。
- (108) 伊藤正己『憲法第3版』弘文堂1995年264頁。
- (109) 西原前掲書508頁。

- (110) 伊藤正己『憲法第3版』弘文堂 1995年 263頁。この点、西原も、この「思想的・良心的行為の自由といえども、絶対的な保障を要求できるわけではなく、「どうしても公権力が実現しなければならない目的を果たす唯一の手段として、この思想的・良心的行為の自由に対する規制が正当化される場合はあり得る」とする(西原前掲書 509頁)。
- (111) 阪本昌成『憲法理論II』成文堂 1993年 316頁。
- (112) このような「強い個人」を前提にした議論は、「国旗・国歌法」案の国会審議での質疑応答過程でも、「日の丸」に「敬礼しない」、あるいは「君が代」を「歌わない」という選択のできる「強い個人」が想定されていた。
- (113) 代表的には、佐藤幸治『憲法第3版』青林書院 1995年 392頁。
- (114) 同様の指摘として、西原博史・市川正人「思想・良心の自由と国家」法学セミナー556号 46頁で、立命館大学教授市川正人の発言を参照。
- (115) それ以前の問題として、本来的には、自己の内心を表出せざるを得ないような場に立たされない権利、ないし、自己の内心を知られない権利としての「沈黙の自由」から、卒入学式への参加を拒否することが保障されなければならない、と私は考える。
- (116) 類似の整理の仕方として、土屋英雄『自由と忠誠』尚学社 2002年 117頁がある。しかし、憲法19条の保障対象として考えている思想・良心の外部的表出の範囲は、私見よりも広い。すなわち、土屋の説くところによれば、憲法19条の保障対象とされる思想・良心の外部的表出は、「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・良心を保衛するため、外部からのそうした作用、働きかけに対して対応的、受動的にとる拒否の外的行為」とされる(傍点は引用者)。ここには、外部からの働きかけによって自己の思想・良心が侵害されないように「保衛」ことが意識され、その目的達成のために、何らかの対抗行為あるいは防衛行

為を意識的に選び取ることが可する「強い個人」が前提とされている。

- (117) 「強い個人」と「弱い個人」という概念を用いた整理の仕方は、子どもが反対行動を採る「動機」ないし「理由」とも整合的である。

子どもが反対行動に出る「背景」には、第一に、「思想・良心」の叫びとして反対行動に出る場合で、物理的に起立・斉唱できない場合である。このような子どもに対して、学校側が起立・斉唱を求めることは、足を骨折している子どもにスキーをしると迫ると同様の行為である。また、明示的に起立・斉唱を求めなくとも、代替的選択肢を保障せず、子どもを放置することは、やはり足を骨折した子どもにスキーを履かせ、山頂まで連れて行き、「滑りたくなかったら滑らなくてもいいよ」と言い放ちそこに放置するのと同様の行為である。このような場合に学校は、代替的な選択肢を保障し、物理的に起立・斉唱できないというような場面に、子どもを放置しないようにする義務を負う。そのような義務を履行せず、結果、内心をやむを得なく表出してしまった子どもに対して、「外部行為として表出した内心は制約される」とは言えるはずがない。

第二に、「日の丸」「君が代」自体に、あるいは、それらを導入した学校の運営に対する抗議の意思表示として反対行動を採る場合がある。具体的な事例としては、「ゲルニカ事件」や所沢高校での子どもたちの取り組みを挙げることができるが、直近の事例としては、北海道南高等学校の例がある。この場合の反対行動は、一方的に「君が代」斉唱を導入した学校に対して、それには従えないのだ、という強い意思を表示するためのものである。したがって、そこには、「他者」を観念しているのであって、一定の場合には制約されることが予定される「表現の自由」の問題だと言える。

- (118) 法学協会『註解日本国憲法上巻(2)』有斐閣 1953年 400頁。
- (119) 浦部法穂『全訂憲法学教室』2000年 125頁。

- (120) 西原博史『良心の自由』成文堂 1995年3頁。
- (121) 西原同上3頁。
- (122) 西原博史「思想・良心の自由と教育課程」日本教育法学会編『教育法学の展開と21世紀の展望』三省堂 2001年 216頁。
- (123) 西原前掲書3頁。学校における、子どもの「思想・思想良心形成の自由」を考える場合、親の「教育の自由」から、検討することも重要であるが、それについては、別稿に譲る。
- (124) 西原博史「国旗・国歌法」ジュリスト 1166号 47頁。
- (125) 西原前掲書 308頁。
- (126) 西原博史「国旗・国歌法」ジュリスト 1166号 47頁。
- (127) 佐々木前掲論文6頁注(8)。また、西原博史・市川正人「憲法学を問う 思想・良心の自由と国家」法学セミナー556号 43頁以下の市川教授の発言参照。
- (128) この点に関して、文部省は、「いずれの教育活動におきましても、子どもにとってなにかしかの苦痛を伴う教育的なプロセスを行うということは、例えば体育の指導でも……あるわけでございまして、どこまでが強制になるのかというのはそれぞれの具体の教育活動の場面に即して判断される」などと答弁し(1999年7月21日、衆議院内閣委員会)、卒入学式での「日の丸」掲揚敬礼「君が代」斉唱の「指導」にかかわる「強制」を、「教科教育」に伴う教科教育方法上の何かしらの「強制」と同種のものとしている。しかし、教科教育方法上の何かしらの「苦痛」や「強制」は、子どもの成長・発達に対応・配慮してなされるものであるが、卒入学式における「日の丸」掲揚敬礼「君が代」斉唱の「指導」は、小学生から高校生まで、成長・発達段階をまったく度外視して、一律に一同「起立」「敬礼」「斉唱」の方法で行われていることから、これを、私も許容する教科教育方法上の何かしらの「強制」と同一視することはできないのである。
- (129) 同旨として、西原博史「思想・良心の自由と教育課程」日本教育法学会編『講座現代教育法1 教育法学の展開と21世紀の展望』三省堂 2001年 225頁。
- (130) この「思想・良心形成の自由」の理解は、阪本昌成の『憲法理論II』に示唆を受けた。詳しくは、阪本昌成『憲法理論II』成文堂 1993年 309頁を参照。
- (131) 註(91)参照。また、小野善康「国旗・国歌法の立法過程の検討——憲法学の立場から——」アルテスリベラレス(岩手大学人文社会科学部紀要)第68号 2001年6月 157頁以下。
- (132) 着席する場合には、事前に連絡を求められたり(北海道新聞2002年3月15日)、起立斉唱しなかった場合には、事後、その理由を問われたりする(朝日新聞2000年3月14日)状況の中で、子どもが不起立不斉唱を選択することはかなり困難なことである。
- (133) 公共交通機関が車内放送をする場合、それを利用して目的地に行かざるを得ない者にとっては、その車内放送を聞かざるを得ないことになり、聞かない自由をその限りにおいて奪われることになる。このように、自由を奪われ逃げ場を失った立場に立たされた者を「囚われの聴衆」と呼ぶ。詳細については、竹中勲「囚われの聴衆」ジュリスト1037号148頁、松井茂記「『聞きたくない表現を聞かされない自由』について」法律のひろば42巻38頁～51頁、塚本重頼「『囚われの聴衆』と基本的人権」法律のひろば10巻7号37頁～38頁などを参照。
- (134) この点を裏付けるものとして、J.S.ミルの次の主張は重要である。
 「人の異なるに従って、その精神的成長のために必要な諸条件もまた異なるのであって、すべての人が同一の精神的環境と風土の中では健全な生存を保ちえないことは、あらゆる種類の植物が同一の物理的環境と風土の中では健全な生存を保ちえないのと同様である。」(J.S.ミル(塩尻公明・木村健康訳)『自由論』岩波文庫1971年 137頁)。
- (135) 法学協会『註解日本国憲法上巻(2)』有斐閣 1953年 400頁。なお、〔 〕内と傍点は引用者。

- (136) 棟居快行「学校教育における少数者の人権——公教育と国家の中立性——」日本教育法学会年報第24号『国際化時代と教育法』有斐閣 1995年 70頁。
- (137) 棟居快行も、「国家による特定の価値選択が許されるとしても、それと同時に個人の自由な価値選択が十全に保障されている必要がある」とする(棟居快行前掲論文 70頁)。
- (138) 岡村達雄「教育裁判としての『君が代』訴訟の位置づけと特色」「君が代」訴訟をすすめる会編『資料「君が代」訴訟』緑風出版 1999年 75頁。
- (139) 岡村同上論文 80頁。
- (140) ただし、この種の「強制」は、先にも言及した「京都『君が代』訴訟」の第一審判決では、退学や停学などの処分をもってするのが「強制」だとの判断を示している。
- (141) 事実の概要については、長谷部恭男「公立学校卒業式での祈祷 Lee v. Weisman, 505 U.S. 577 (1992)」憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』有斐閣 1998年 162頁参照。
- (142) 浦部法穂は、「事実上の強制」は「日の丸」「君が代」を強制するに適したものだとする。詳しくは「国旗・国歌法」ジュリスト 232号 25頁参照。
- (143) 中川明も「囚われの聴衆」という概念の重要性を指摘する。詳しくは、田中伸尚「『君が代』強制を問いつけた札幌南高校卒業生の果敢なたたかい」週刊金曜日 2002年10月4日(430号) 63頁。
- (144) 藤井樹也「政府の言論と個人の自律——思想の自由・教科書検定・教育の自由」法学教室 212号 42頁によれば、小中学校に子どもを就学させる義務を負っている親も、「政府言論を生徒に注入する制度を保全するための『道具』となるよう強制されているといえる」とみる。
- (145) 蟻川恒正「思想の自由」樋口陽一編『講座・憲法学 第3巻』日本評論社 1994年 123頁
- (146) 蟻川前掲論文 121頁。
- (147) 佐藤幸治『憲法第3版』青林書院 1995年 486頁。同旨、内野正幸「教育権から教育を受ける権利へ」ジュリスト 1222号 103頁～104頁参照。
- (148) 内野同上論文 104頁。
- (149) 蟻川前掲論文 108頁〔 〕内は引用者。
- (150) 内野前掲論文 104頁。
- (151) 西原も、「沈黙の自由」を「思想的・良心的行為の自由」と解釈することから、子どもの選択の自由を導き出しているが、本稿ではそれに示唆を受けながらも、「沈黙の自由」をそのように解してはいない。
- (152) 佐藤幸治『憲法(第3版)』青林書院 1995年 46頁。なお、憲法 99条の「憲法尊重擁護義務」の法的性格については、阪口正二郎「憲法尊重擁護の義務」高橋和之・大石眞編『憲法の争点(第3版)』有斐閣 1999年 28頁～29頁参照。
- (153) J.S.ミル著、塩尻公明・木村健康訳『自由論』岩波文庫 1971年 212頁。
- (にいおか まさゆき 北海道大学大学院教育学研究科博士後期課程1年)