



Title	「教師」への職務命令に関する憲法・教育法学的検討：教師たる「個人」の人権・「教師」の職務権限・職責と職務命令との相剋の解を求めて
Author(s)	新岡, 昌幸
Citation	北海道大学大学院教育学研究科紀要, 92, 63-77
Issue Date	2004-02
DOI	https://doi.org/10.14943/b.edu.92.63
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/28924
Type	departmental bulletin paper
File Information	92_P63-77.pdf



「教師」への職務命令に関する憲法・教育法学的検討

— 教師たる「個人」の人権・「教師」の職務権限・職責と
職務命令との相剋の解を求めて —

新 岡 昌 幸*

A Study on Official Order for Teacher; from the Point of View of the Constitutional Law and Education Law

Masayuki NIIOKA

【要旨】「国旗及び国歌に関する法律」の成立以降、教師の懲戒処分を伴いながら、教育行政機関による学校現場への「日の丸」掲揚「君が代」斉唱の実施についての「指導」が強められている。この状況の中で、教師は、自らに課せられた職務命令に従って、子どもに「日の丸」「君が代」の指導を徹底すれば、子どもの精神的自由が脅かされ、これに従わなければ懲戒処分に処せられる、といったジレンマに陥っている。本稿は、学校現場で七転八倒し苦悩する教師たちを、このジレンマから解放・救済するための憲法論の構築を試みるものである。

【キーワード】教師、個人、職務命令、「思想・良心の自由」、「日の丸・君が代」

1 問題の所在

「国旗及び国歌に関する法律」が制定されて以来、卒入学式で「日の丸」掲揚「君が代」斉唱を実施するようとの、教育行政による「指導」が強められている。それは、周知のように、「教師」に対する職務命令と懲戒処分を背景にしながら展開されている。このことは、「日の丸」「君が代」に対峙させられることを余儀なくされる子どもの精神的自由と緊張関係に立つことはもちろん、国家権力の末端機関として、この指導に当たることを命じられた教師の役割を果たす「個人」（以下、単に「個人」とした場合も同じ）の精神的自由、あるいは、「教師」の「職務権限の独立」ないし「職責」とも緊張関係に立つ⁽¹⁾。教育現場においては、このような緊張関係ないし衝突状況を解きほぐし、ある種の囚われ状況にある教師の役割を果たす「個人」あるいは「教師」を解放する論理を構築することが喫緊の課題となっている。

そのためには、大要、次の二点について検討する必要がある。第一に、教師の役割を果たす「個人」の人権と職務命令が矛盾衝突状況にある場合、その「個人」の人権はどの程度保障されるのかについて、憲法学上、何が言えるのかを明らかにしなければならない。第二に、学校教育法28条6項が「教諭は、児童の教育をつかさどる」と規定し、「教師」の職務権限における一定の独立性を認めていることとの関係から、「教師」の「職務権限」ないし「職責」と、職務命令とが矛盾衝突する場合、どのようにこれを解消するべきかという、第一の構造とは別次元

* 北海道大学大学院教育学研究科博士後期課程（教育計画講座）

での問題も検討しなければならない⁽²⁾。

そこで、以下では、本稿に与えられた二つの課題について、憲法学の観点から検討し、ある種の囚われの立場にある教師の役割を果たす「個人」ないし「教師」を解放すべく論理の構築に資することを目的とする。

2 学説の展開——公務員の人権制約の「根拠」と「程度」——

(1) 従来の議論

① 現行法制上の制約

周知のように、公務員は、現行法制上、表現の自由（政治活動の自由）と労働基本権について、厳格で広範な制限が加えられている。これら公務員の人権制約が、憲法上、どのような根拠に基づき、その制約の妥当な程度はいかなるものか、については、従来から様々な議論が展開されてきた。

② 制約の「根拠」——学説の整理——

公務員の勤務関係は、従来、伝統的なドイツ行政法理論である「特別権力関係」として考えられてきた。この理論の内容は、周知のように、特別権力の主体は、その客体に対して、法律の根拠なくして、包括的な支配権を有し、懲戒・命令権を行使でき、一般国民には保障されている権利ないし自由を法律の根拠なくして制限できる上、特別権力のなした行為は、司法審査が排除される、とするものである。明治憲法下では、この理論が、国家に対する絶対的な忠誠・服従義務を公務員に要求することを正当化するのに好都合であったことから、公務員の人権制約の根拠として、「公法学の通説的地位」を占めたのである⁽³⁾。しかし、「国民主権と人権尊重を基本原理とし、徹底した法治主義思想に立脚し、国会を唯一の立法機関とする」⁽⁴⁾日本国憲法下では、当該理論は、その通説的地位を失い、一定の修正を迫られることになる（だからといって、この理論のもつ本質的な問題がすべて解消されたわけではない）。

そこで、公務員の人権制約の根拠を、憲法 15 条 2 項の定める、公務員の「全体の奉仕者」性に求める見解、すなわち、「全体の奉仕者」論が主張されるようになる。判例でも、この立場を採るものが見られるようになる（最大判 1953 年 4 月 8 日——争議権の禁止——，最大判 1958 年 4 月 16 日——政治活動の自由の禁止——）。

しかし、これに対して、学説からは、「全体の奉仕者」の概念は、「憲法が立憲君主制から民主制に移行したことに伴って変化した公務員の基本的性格を示す抽象的理念」であり、このような性格を持つ概念によって、「公務員の具体的な人権制限の法的根拠を求めることはできない」⁽⁵⁾という批判がなされ、学説・判例もこれに応じて、公務員の人権制約の根拠を、「全体の奉仕者」といった抽象的な概念に求めるのではなく、「もっぱらその担任する職務の性質」によって個別具体的に求めようとする「職務性質」説を打ち出すに至る（全通東京中郵判決——争議権——，都教組事件判決——争議権——）。

その後、判例は、全農林警職法事件判決、名古屋中郵事件判決において、「全体の奉仕者」論に戻ったとも言える「地位の特殊性」論を主張し、公務員の人権制約に対する「『雪どけ』傾向」⁽⁶⁾に歯止めをかけられることになる。この「地位の特殊性」論とは、公務員の人権制約の根拠を、公務員の「地位の特殊性」に求める見解、すなわち、公務員の使用者は、国民全体であり、そ

の勤務条件も議会によって決定されていることから(財政民主主義論)、担当する職務に関係なく職責を果たすことが求められ、多かれ少なかれ公務の停廃をもたらす争議行為は、このような公務員の地位の特殊性と職務の公共性と相容れないから、一律全面禁止されるのだ、と説くものである。しかし、これに対しては、「憲法15条の趣旨や議会制民主主義(同41条・83条等)の原則を広範な意味を持つものとして捉え、それを憲法による労働基本権の保障とのバランスも考慮せずに争議行為の一律全面禁止の理由にするのは、きわめて問題である」⁽⁷⁾との、学説からの強い批判がある。

そこで、公務員の人権制約の根拠を、「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みとめていること(15条・73条4号参照)に、求められなければならない」⁽⁸⁾とする見解、すなわち、「憲法秩序構成要素」説が有力に唱えられている⁽⁹⁾。

③ 制約の「程度」——学説の整理——

公務員の人権制約の程度は、「『全体の奉仕者』を基本的理念とする公務員制度の存立と自律性を維持するために必要にして合理的な最小限度のものでなければなら」ないことから、「『より制限的でない他の選ぶ手段』(LRA)の基準にしたがい、それぞれの公務員の地位や職務権限等の相違を勘案して、実質的に検討することが必要である」と解されている⁽¹⁰⁾。しかし、周知のように、判例は、公務員の労働基本権、政治活動の自由に対する、現行法の制約の「程度」を合憲としており、学説との乖離は決定的な状況である。

④ 小括

以上概観したように、公務員の人権制約の「根拠」や「程度」につき、憲法学において様々な議論が展開されてきた。しかし、「日の丸」「君が代」強制と「教師」の職務権限の独立ないし職責、あるいは「個人」の人権との矛盾衝突を考える場合には、以下の点に留意が必要である。

第一に、表面的には「特別権力関係」という言葉ないし表現は見られないが、判例または教育現場においては、「特別権力関係」論の残滓は実質的には未だ根深く存在している、ということである⁽¹¹⁾。例えば、判例では、「特別権力関係」論に一定の修正を加えたともいえる「部分社会」論が支配的であるし⁽¹²⁾、また、「教師」について言えば、事実の問題として、「君が代」斉唱時に「心を込めて歌う」ことが職務命令として命じられ、かつ、それに違反した者は懲戒処分ないし事実上の懲戒に処せられている⁽¹³⁾。また、憲法学説においても、職務命令は国旗・国歌の教育を行うよう求めるものとして発出されるのであり、したがって、(職務命令の「内容」としても違法なものではないから)教師は教育をする義務を免れないとして、行政法学の伝統的な学説に追従しているかの感を抱かせるものもある⁽¹⁴⁾。

しかし、「心を込めて歌う」ことが職務命令で命じられる事態は、職務命令の発出が地方公務員法に根拠(地公法32条)しているからといって正当化することはできず、そこには「憲法番外地」をよしとする、ある種の「特別権力関係」論的思考が横たわっていると考えざるを得ない⁽¹⁵⁾。では、「特別権力関係」的思考が前提となっていてと思われる、教育「公務員の人権」保障について、憲法学では従来どのような処方箋を提示しているかといえ、ば、「特別権力関係」として「一括して扱うのではなく、それぞれの関係について、どのような人権がどのような根拠に基づいてどの程度制限されるのかを、個々具体的に明らかにする必要がある」⁽¹⁶⁾という総

論的な枠組みの提示に止まっており、ただ、公務員の「表現の自由」、とりわけ「政治活動の自由」と「争議権」については、憲法上、従来から個々具体的な枠組みを提示すべく熱心な議論がなされてきただけである、ということは上で見た通りである。そして、これらの議論は、「公務員の人権」のうちのごく一部、すなわち、政治活動の自由と争議行為についての検討であって、その他の人権制約の議論はなされていない、ということである（したがって、「個人」の人権が、「日の丸」「君が代」強制との関係において、どのような憲法上の「根拠」に基づいて、どの「程度」の制約が認められるのか、については、明確にされていない、ということである）。加えて、検討の対象が、一般の公務員とは異なる、「教育」という複雑なファクターが介在する教師の役割を果たす「個人」のその他の人権、とりわけ「思想・良心の自由」と職務命令との衝突状況の考察となれば、問題は複雑さを増す。

第二に、「教師」は、法律上、職務の遂行（「児童」あるいは「生徒」の教育）につき、一定の独立性が認められていることから⁽¹⁷⁾、「教師」の職務権限ないし職責と、職務命令とが矛盾衝突する場合、憲法・教育法学上、これをどのように解決するか、という問題が存在している。

したがって、要は、学校現場における「日の丸」「君が代」を巡る「職務命令」と「処分」に対峙させられている「教師」の職務権限ないし職責、あるいは「個人」の人権（とりわけ「思想・良心の自由」）については、個別具体的な検討はなされていないのである。このような理論状況の下、近時、憲法学の立場から詳細な検討を試みたのが、西原博史と佐々木弘通の両氏である。

(2) 西原説

西原によれば、「国旗・国歌指導が、国家の教育保障権限の中核部分には属さない点を踏まえる必要」を指摘したうえで、学校の教育活動を、「日常的教育活動の場面」と「学校行事の場面」に分ける⁽¹⁸⁾。その上で、前者の場面においては、「校長の職務命令では立ち入れない、教師の専門的裁量が認められる範囲が一定程度成立する」から、職務命令による校長による職務命令で強制・介入できず⁽¹⁹⁾、したがって、「文部省・教育委員会・校長によって組織的な子どもの良心の破壊が行われるなら、「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内にある手段を用いて人権侵害を妨げる責務」、すなわち、「抗命義務」を負う、と主張する⁽²⁰⁾。それ故、「教師」は、「形式的に職務命令に違反しても、人権保護義務を行使する教師の活動は、違法性が阻却されなければならない」という⁽²¹⁾。

後者の場面における、職務命令による校長の強制・介入は、日常的教育活動の場面よりも、「教師」の子どもに対する権力性が希薄なので、「教師」は、「職務上ではあっても、なおも市民的自由が成立する余地がある」とし、ドイツ民法理論の「良心の抗弁」を参照しながら、「良心に反する義務が職務上発生する場合、その義務の履行は強制されてはならぬ」とする⁽²²⁾。

(3) 佐々木説

「教師」は思想・良心の自由をどこまで主張できるのか。この点について、佐々木は、従来の「国民の教育権」論の理解を牽制しつつ、こう述べる。教師を担っている「その個人は、教師として行うことを、自分の『人権』行使だとは言えないが、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』を楯に拒むことに——それが正当な『人権』の主張である

限り——何のためらいもないはずである」とする⁽²³⁾。すなわち、「教師」は憲法19条を引き合いに「出せるに決まって」おり、それは「自明の理」だ、とする⁽²⁴⁾。

以上の理解の下で、「教育公務員を職業とする個人に対して、『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」という法命題を主張する⁽²⁵⁾。そして、この法命題を検討するにあたっての論点は、「生徒」の場合と同様に、次の3つの論点を検討する。第一に、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、第二に、その具体的な行為の強制が、どのように個人の思想良心を侵害すると説明できるか、第三に、ここで言われる「強制」とは何か、である⁽²⁶⁾。この三つの論点につき、佐々木は、「基本的な思考を、生徒と教師とで違える必要」はないとし、ただ、生徒と教師の「立場の違いに応じた調整の必要」があるだけだ、という⁽²⁷⁾。

それは、教師の場合には、「個人として『君が代』にけっしてコミットする行為を行いたくないという信念を持っていたとしても、その信念を傷つけることなく、その職務上の行為に携わることができる」場合があるのだ、という⁽²⁸⁾。すなわち、教師の場合も、「国歌の斉唱」行為は、生徒の場合と同様に「自発的行為」なのであるが⁽²⁹⁾、しかし、「『外面的行為』として『君が代』を歌い演奏することが…職務として要請されるケースも存在する」というのである⁽³⁰⁾。そして、そのような「外面的行為」を職務上の任務として課された場合、「それには法的に従う義務が教師個々人に原則としてある」とする⁽³¹⁾。その具体例として、佐々木は、「司会者として『国歌斉唱』という号令をかける行為」「『君が代』の曲を流すために音響装置スイッチを入れる行為」を挙げる⁽³²⁾。そして、「思想・良心の自由」は、そうした「任務の不遂行を根拠として教師に懲戒処分を課すのを妨げる力」や、教師による「合憲的な国歌斉唱の挙行を妨げる行為…に対して職務執行妨害を理由として行われる処分を妨げる力」を有していない、とする⁽³³⁾。

以上を踏まえ、教師を職業とする「個人」は、「思想・良心の自由」を根拠にして何を主張できるのか。佐々木は、次のように述べる。すなわち、「或る教師が起立せず着席したままであったゆえをもって公権力がその人に懲戒処分や人事異動を行うことは一切許され」ず、このような法的な意味での「強制」を前提として「国歌の斉唱」が挙行されるのであれば、そのような「国歌斉唱」部分が違憲無効になる、という⁽³⁴⁾。また、そのような法的な「強制」を前提としないで、事後的に着席行為に対して懲戒処分等が行われた場合は、当該懲戒処分のみが違憲無効となる、とする⁽³⁵⁾。

(4) 小括——問題点の指摘——

① 西原説に対して

西原は、日常的教育活動を離れた「学校行事」の場面では、「教師」の権力性は希薄になり、したがって、市民的自由が成り立ちうる可能性がある、という。このような「場面」の分け方を一旦是認するとしても、氏の議論に疑問が残る。それは、「学校行事」の場面で、果たして「教師」の権力性が希薄になるのか、という疑問である。式場において「教師」が、一斉に「日の丸」に起立敬礼をし、「君が代」を斉唱することは、「囚われの聴衆」性を色濃くもつ子どもに対する「密やかな強制」⁽³⁶⁾の主要な発信源となることを考えれば、学校行事における「教師」は、子どもにとって学校側の存在として一層強く認識されるだろうから、その権力性が希薄になるどころか、むしろその権力性は一層増すといってよい⁽³⁷⁾。また、学校行事である卒入学式は、日常の「授業」とは異なり、個別の「教師」の権力性よりも甚大な、(個別教師の権力性を

も当然含みながらの) 学校組織全体の権力性が露骨に現れる場でもある。以上のように考えられるとすれば、本稿では、西原の検討枠組みを妥当だとは思えない。

② 佐々木説に対して

前述したように、佐々木によれば、教師の場合、「外面的行為」として「君が代」を歌い演奏することが、職務として要請される場合があり、そのような「外面的行為」を職務上の任務として課された場合には、それに従う義務が法的に認められる、としていた。このような主張に至る前提として、佐々木は、「個人として『君が代』にけっしてコミットする行為を行いたくないという信念を持っていたとしても、その信念を傷つけることなく、その職務上の行為に携わることができる」場合を前提としていた⁽³⁸⁾。その具体的な事例として、佐々木は、音楽教師が「君が代」を歌うあるいは伴奏する、「君が代」を流すために音響機器のスイッチを押したり、司会者が「国歌斉唱」と発声したりすることを挙げていた⁽³⁹⁾。しかし、果たして、そのように考えてしまってもよいだろうか。

精神科医である野田正彰によると、「君が代神経症」に罹った音楽教師の存在が報告されている⁽⁴⁰⁾。彼女は、「日の丸・君が代」に反対であり、しかし、毎年やってくる卒入学式で、校長から処分をちらつかせながら「君が代」のピアノ伴奏を命じられ、葛藤の末、伴奏する。しかし、ある時、ピアノの前に座ると、身体が硬直し、手が震え、脂汗がにじみ出てくるような「異変」が見られるようになった。これを診察した野田は、精神科医として「君が代神経症」と診断したのである。野田曰く、音楽教師に限らず、「日の丸・君が代」問題で精神的に追い込まれている教師は多い、という。

憲法学からどこまでのことが主張でき、どこからは主張できないのかを明確にしながら論理を構築することは、学問として必要な態度である(単なる「運動論」ではないのだから)。しかし、「自発的行為」か「外面的行為」か、そして、「外面的行為」に当たりそれが教師の職務として命じられた場合には(佐々木の言うように、その外面的行為を為すことの求めが、個人の内心の深いレベルで衝突する場合に、それを証明できる限りにおいて、その義務を免除される——後掲註③参照——としても)、それに従う義務が法的にあり、それは、教師の役割を果たす「個人」の「日の丸」や「君が代」に反対している思想・良心と何ら矛盾せず遂行可能だ、という形式的かつ二分論的な思考を採ることに、私は違和感を覚える⁽⁴¹⁾。なぜならば、単なる「外面的行為」の遂行であったとしても、教師の役割を果たす「個人」がする反対行為には、様々な場合があるのであり、この点、教育現場から伝わってくる生の声を充分考慮しながら議論を組み立てる必要がある、と考える。

このように考えれば、「外面的行為」だから教師の役割を果たす「個人」にそれを命じても、その「個人」の思想・良心と何ら矛盾せず、「個人として『君が代』にけっしてコミットする行為を行いたくないという信念を持っていたとしても、その信念を傷つけることなく、その職務上の行為に携わることができる」⁽⁴²⁾とはなかなか言い切れない場合もある。

佐々木説にあっても、「君が代神経症」のような病に罹る「個人」は稀有であり、そのような「個人」に対して、より強く器用な「個人」として生きるように迫るつもりではない。しかし、佐々木のいう、「個人として『君が代』にけっしてコミットする行為を行いたくないという信念を持っていたとしても、その信念を傷つけることなく、その職務上の行為に携わることができる」⁽⁴³⁾という主張は、自己の思想・良心の有り様と見事に切り離して行動することができる「個人」

について、はじめて妥当することであると思われる（ただし、「教師」が、個人の思想・良心の有り様と切り離して行為しなければならない場合があること否定するものではないが）。「教師は、自己の思想や意見と異なることであっても、法律で定められている事項には従い、かつ生徒を指導しなければならないのは当然である、そうでなければ公教育は解体してしまう、という意見は憲法学者の中にも根強くある」⁽⁴⁴⁾のだとしても、稀有で弱く不器用な「個人」の人権をどう考えるのかは、憲法学・教育法学にとって小さくない問題のはずであり、きめ細やかな議論が必要とされる⁽⁴⁵⁾。

以上のことを解決するためには、「教師」たる「公務員が、その思想・良心の自由と公務遂行の対立に直面するとき、思想・良心の自由の優位性はいかに保持される可能性があるのか」⁽⁴⁶⁾かという問題を解決しなければならない⁽⁴⁷⁾。しかしながら、「良心の自由をめぐる闘争の歴史的蓄積のない日本の思想状況のもとでは、その解答は、21世紀を迎えようとする歴史のこの時点から模索が始まるといっても過言ではな」く⁽⁴⁸⁾、依然未解決のまま残されているのである⁽⁴⁹⁾。

3 検討

(1) 検討の枠組みの提示

これまで、「教師」に対する職務命令の是非が検討される場合、職務命令それ自体の違法性を検出して、これをなんとか取消そうとする、あるいは、そもそも不存在であることを主張するための立論であった（あるいは、教職員組合によく見られる論理として、職務命令を出す校長が、教師の職務上の上司に当たらないことを主張して、職務命令そのもの出させない——職務命令が出されなければ、その適法性を論じる必要はなくなる——議論を展開していた）。しかし、本稿では、職務命令に公定力なるものが認められるとする伝統的な行政法理論には一旦従いながらも（すなわち、発出されてしまった職務命令はそれとして受け止めて考える、ということ）、それと教師の役割を果たす「個人」の人権との衝突、あるいは、「教師」の「職務権限の独立」ないし「職責」との衝突状況を正面から見つめ、教師の役割を果たす「個人」の人権、あるいは「教師」の「職務権限の独立」ないし「職責」の優位性を、憲法学の立場から導き出すことを目的としたい。このような前提の下で、両者の衝突場面を、「日の丸・君が代」強制的矢面に立たざるを得ない教師の役割を果たす「個人」あるいは「教師」の有り様を中心に据えて次のように分けた上で、議論を進めることにする。以下、本稿での検討の枠組みを、便宜上、示しておく⁽⁵⁰⁾。

① 教師の役割を果たす「個人」の人権と職務命令との衝突場面

- 1) 教師の役割を果たす「個人」がした、やむを得ざる内心の結果的表出と職務命令とが衝突する場合
- 2) 教師の役割を果たす「個人」が、やむを得ざる中で採った、積極的反対行為と職務命令とが衝突する場合

② 「教師」の「職務権限の独立」ないし「職責」と職務命令との衝突場面

- 1) 「教師」の「職務権限の独立」から派生する、職務命令との衝突状況の克服
- 2) 「教師」の「職責」から派生する、職務命令との衝突状況の克服

(2) 検討枠組みごとの検討

① 教師の役割を果たす「個人」の人権と職務命令との衝突場面

1) 教師の役割を果たす「個人」がした、やむを得ざる内心の結果的表出と職務命令とが衝突する場合

この場合は、先に挙げた「君が代症候群」に罹った音楽教師のような場合である⁽⁵¹⁾。「個人」のもつ思想・良心の叫びとして、物理的に起立・敬礼・斉唱できない「個人」(したがって、自己の「日の丸」「君が代」に反対である、あるいは、理不尽な「日の丸」「君が代」の実施に対して抗議の意の表明として、自己の思想・良心を周囲の人々に伝えるために、積極的に——より語弊を回避しようとするれば、「選択的に」といってもよいが——不起立・不斉唱しているわけではない)の人権を、(この事例では「ピアノを弾け」という)職務命令との関係でどう考えるか、「個人」の内心の望まぬ外部への表出にどのような憲法上の保障を及ぼすか、という問題である。

このような「個人」に、「日の丸」「君が代」の指導(例えば、起立、斉唱、ピアノ伴奏)を強制することは、足を骨折している体育教師の役割を果たす「個人」に、「子どもにスキーを教えることは『教師』として当然のことだから、職務としてスキーの実技を指導しろ」と迫ることと同義である。また、そばアレルギーをもつ「個人」に、「好き嫌いなく食べることはよいことであり、『教師』はその模範とならなければならないから、給食指導をする『教師』は職務としてそばを食べよ」と命じることと同義である。

このような「個人」は、スキーの実技指導をしないのではなく、できないのであり、そばを食べないのではなく、食べられないのである。同様に、「君が代症候群」に罹った音楽教師の役割を果たす「個人」も、「君が代」を伴奏しないのではなく、できないのである。

このような「個人」のやむを得ざる内心の結果的表出(「～しない」のではなく「～できない」という状況)に、『教師』の職務として指導するのは当然」という理屈や、「思想・良心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な制約を受ける」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、と考えられる⁽⁵²⁾。

2) 教師の役割を果たす「個人」が、やむを得ざる中で採った、積極的反対行為と職務命令とが衝突する場合

教師の役割を果たす「個人」が、自己の「思想・良心」の命じるところに従い、不起立・不斉唱の反対行動を積極的(あるいは「選択的」と言ってもよい)にする場合である⁽⁵³⁾。つまり、前述の場合とは異なり、起立・斉唱をしようと思えばできたが、果敢にも、敢えて不起立・不斉唱を選択した場合である。学校現場における多くの反対行動は、経験上、このケースにあたるものが多いように思われる。この場合、教師の役割を果たす「個人」の人権は、職務命令との関係で、どのような基準でその優位性が確保されるかが問題となる。

この点については、大前提として、まず、教師の役割を果たす「個人」の人権主張が、子どもの人権を侵害しないことが肝要である。言うまでもなく、「教師」という職業は、子どもの「教育を受ける権利」に対して、それを支援する義務を有する立場にあるから、そのような職に就く「個人」の人権主張は、その前提を踏み外すことは原理的に許されない。その上で、私は、以下の要件を満たす場合に、教師の役割を果たす「個人」の人権主張は、職務命令との関係で

優位性を保障される、と考える。

すなわち、第一に、人権を貫くことによって、自己の労働力の処分先として、自らが任意に選択した職務の存在そのものを全否定しないこと⁽⁵⁴⁾⁽⁵⁵⁾、第二に、自己がその職務の遂行をしなくとも、全体として公務の遂行それ自体を妨げるものでないこと、第三に、その「個人」が職務を遂行しないことによって、子どもに将来にわたって回復不可能な損害を与えないこと⁽⁵⁶⁾、第四に、公教育を担う「教師」という職業に就いているが故に、「個人」の思想・良心と切り離して行為しなければならない場合（この点は、すぐ後で検討される）に該当しないこと、これらの要件を満たす限りで、職務命令に反する行為を採った教師たる「個人」に、行政法上の伝統的な理論を度外視した、最高法規たる憲法の保護が与えられるべきだと思われる。

② 「教師」の「職務権限の独立」ないし「職責」と職務命令との衝突場面

1) 「教師」の「職務権限の独立」から派生する、職務命令との衝突状況の克服

「教師」には、一定の範囲での「職務権限の独立」が法制度上保障されている⁽⁵⁷⁾。「国旗・国歌」について、どのように教育するか、その方法は、「教師」の職務権限にかかわる。通常、板書の仕方、題材の取り上げ方の順序、教材の提示の仕方に一定の裁量権が認められているのと同様に、「国旗・国歌」についても、どのような教育方法を採用かは「教師」の裁量ないし職務権限の範囲内の問題として考えられる（したがって、少なくとも自己が担う「教師」としては、「一同起立敬礼斉唱」という教育方法は採らない、という教育方法の選択もあり得る）。

また、教育においては、多様な選択肢を示すことは大切であるから、『国旗・国歌』に対してどのような態度決定をするのかはまさに個々人の価値の問題であり、世の中には、色々な態度決定があり得るのだ」ということを教える教育方法の一つとして、卒入学式で、「教師」が職務権限ないし裁量権の範囲内で、着席や退席、不参加をする、ということは、正当に成り立ちうる職務行為である、と考えられる。

2) 「教師」の「職責」から派生する、職務命令との衝突状況の克服

教師の役割を果たす「個人」は、公教育を担う「教師」であるが故に、自己の思想・良心の立場と切り離して、あるいは、自己の思想・良心とは無関係に、その職責から職務命令に従ってはならない正当な場合があり得る。

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」であるから、「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、憲法上、原理的に要請されている。故に、「教師」は、自己の思想・良心の有り様とは切り離して行為しなければならない場合があり、時に、職務命令にさえ従ってはならない正当な場合もあり得る。

この点に関して、教育関係者が重く受け止めなければならないのは、最高裁旭川学力テスト事件大法廷判決（最大判 1976 年 5 月 21 日判例時報 814 号）である。子どもの精神に働きかけて、何らかの価値の注入を前提とせざるを得ない教育をつかさどる「教師」（又は「国家」あるいは「学校」と言ってもよい）には、同大法廷判決が厳命しているように、「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な介入」、すなわち、「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は、憲法 26 条、13 条の規定上からも許され」ていない⁽⁵⁸⁾。また、同判決は、(学習指導要領に全体として大綱的な基準としての性

質が認められるための要件を述べる文脈において)「教師」に「創造的かつ弾力的な教育の余地」が残され、かつ、「教師」に対して「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」ことを明確に禁じている。

具体的に考えてみよう。宗教的理由からベジタリアンに徹する「教師」が、上から「肉を食べてはならない」と命じられた場合、ベジタリアンの教師たる「個人」としては、この上なく歓迎的であるはずである。したがって、その「教師」は、自らが担任するクラスの給食指導において、そこに所属する子どもに「個人」の信条に基づいて野菜だけを食べさせるかもしれない。逆に、ベジタリアンに徹する「教師」が、上から「肉だけを食べさせるように指導せよ」と命じられた場合、ベジタリアンの教師たる「個人」としては、この上なく侵害的であるはずだから、その命令に反してでも、「個人」の信条に基づいて野菜だけを子どもたちに食べさせるかも知れない。はたまた、「好き嫌いはよくないことだから、給食に出された食べ物は残さず食べるように指導せよ」と命じられた場合、それに肯定的な信条をもつ教師たる「個人」は、「個人」の信条に基づいてそれを子どもに徹底するかも知れない。

しかし、容易に想像できるように、上記の事例での、「教師」の対応および職務命令は、価値の多元性が支配されなければならない公教育の場を、一つの価値に統制し、それ以外の価値をもつ子どもの存在を考慮していないことから、いずれも妥当性を欠く。このように、特定の思想・良心・信仰を排斥するような「場」が学校を支配するときには、「教師」は、「個人」の思想・良心とは切り離して、進んで「寛容の原理」を回復させる義務を有し、多様な価値が併存可能な環境を整える責務があると考えられる。憲法の明文規定に即して言えば、学校から多様性が排除され、「寛容の原理」が否定されるとき、「教師」は、憲法 99 条に基づいて、憲法の要請である多様性や「寛容の原理」を否定する教育活動には関わらないという不作為の義務を負う⁽⁵⁹⁾と考えられ、そのような法理に基づいてなされた「教師」の職務行為は、たとえ職務命令に反するものであったとしても（行政法上は、その職務命令が適法に発出され、公定力なるものが認められるのだとしても）、憲法上、その「教師」の職務行為は違法の評価を受けない、と考えられる⁽⁶⁰⁾。

4 結 語

以上、「日の丸」「君が代」を巡って生じる、教師の役割を果たす「個人」の「人権」、教師の「職務権限の独立」ないし「職責」から生じる職務命令との相剋状況について、憲法学の観点から、前者の優位性を導くための議論の展開を試みた。

従来、教育法学を中心にして、「教師」の教育活動が、教師の役割を果たす「個人」の人権の行使として疑われなかった。また一方、教育行政側にあつては、「教師」の活動を国家に従順なものにするために、「特別権力関係」なる概念を持ち出し、「教師」の「人権」主張を排除しようとし、また、それに対峙しなければならない憲法学にあつても、行政法学の伝統的な理論(職務命令の「公定力」論など)に囚われ、それに盲従する姿勢も(表現が適切ではないかも知れないが)、近時においてもみられないわけではなかった。

私には、これらの議論のいづれもが、純粋に学問上の理論のやり取りに囚われすぎ、前述してきた「衝突状況」の中で、現実、真摯に悩み続ける現場「教師」あるいは「個人」の生の存在、あるいは、その救済の必要の急迫性にあまり目を向けないでいたのではないか(あるいは

は、そのような現場の要請に憲法・教育法学は十分な対応をしてこなかったのではないかと、思えた。そこで、本稿では、これまで提示されたことのない（と思われる）議論の枠組みを、私の浅学ぶりを省みずに発表してみた。言うまでもなく、本稿で示された検討の枠組みは未だ不十分なものであり、今後、諸氏の批判を待たなければならない。私の能力的な制約から、詳しく論じる余裕のなかった事項もあるが、それは今後の検討に譲ることにして、ひとまず本稿での検討を終えることにしたい。

【注】

- (1) 子どもの「思想・良心の自由」と「日の丸」「君が代」との問題についての詳細は、新潟昌幸「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——」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル第10号2004年（印刷中）参照。
- (2) この点は、従来から、行政法学において職務命令に対する公務員の服従義務の問題として論じられてきた。
- (3) 浦部法穂『全訂憲法学教室』日本評論社2000年72頁。
- (4) 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』有斐閣1994年247頁。
- (5) 芦部前掲書253頁。
- (6) 浦部前掲書257頁。
- (7) 芦部前掲書259頁。
- (8) 芦部前掲書259頁。
- (9) 芦部前掲書259頁。
- (10) 芦部前掲書261頁。傍点は原文のママ。
- (11) 野中俊彦・浦部法穂『憲法の解釈Ⅰ総論』三省堂1989年259頁～271頁における、野中と浦部との議論を参照のこと。
- (12) 最大判1960年10月19日、最判1977年3月15日。この点に関して、奥平康弘『憲法Ⅲ憲法が保障する権利』有斐閣1993年113頁は、「特別権力関係」論的な説明は、戦後、「少しずつ、実際のところほんの少しずつ…後退した」が、しかし、「その分だけ、『部分社会』論が取ってかわって…憲法や法律が適用されない領域を確保することになるのではないかと懸念している。なお、「特別権力関係」論については、室井力『特別権力関係論 ドイツ官吏法理論史をふまえて』勁草書房1968年を参照のこと。
- (13) これは、北九州市教委の事例である。原告準備書面、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、田中伸尚『日の丸・君が代の戦後史』岩波新書2000年189頁以下など。
詳細は次のホームページで公開されている、原告側の準備書面に詳しい。<http://www1.jca.apc.org/anti-hinokimi/archive/kokoro/>
- (14) このような憲法学説に対する批判としては、土屋英雄『自由と忠誠』尚学社2002年132頁参照。
- (15) 同旨として、埼玉大学教授山口和孝は、「職務命令がこのような権力性をもつとされるとき、そこでは、公法上の『特別権力関係』という理論が前提とされている」と指摘する。山口和孝「『職務命令』とは何か 教育法学から学ぶ」教育科学研究会編『「日の丸・君が代」の強制から身を守る方法』国土社2000年37頁。
- (16) 浦部前掲書72頁、芦部前掲書249頁～250頁。
- (17) 教育基本法10条1項、学校教育法28条6項。兼子仁『教育法（新版）』有斐閣1978年273頁、中村睦男『憲法30講（新版）』青林書院1999年141頁～142頁。
- (18) 西原博史「国旗・国歌法」ジュリスト1166号49頁。
- (19) 西原前掲49頁。これは、筆者の検討枠組みに引き寄せて言えば、「教師」の「職務権限の独立」と職務命令との問題である。
- (20) 西原前掲50頁。しかし、教育公務員が、違憲・違法な教育活動を排除するために、何らかの行為をなす義務があるかどうかは問題がないわけではないが、それについては後述する。

- (21) 西原前掲 50 頁。
- (22) 西原前掲 49 頁。
- (23) 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 66 頁。この点に関する批判として、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 40 頁参照。
- (24) 佐々木前掲 65 頁。
- (25) 佐々木前掲 66 頁。
- (26) 佐々木前掲 66 頁。教師の場合における「狭い意味での法的『強制』」は、具体的には「地方公務員法上の懲戒権の行使（同法 29 条）、および勤務成績の評定（同法 40 条）への反映とその結果としての人事異動」だとする（佐々木前掲 68 頁～69 頁）。そして、教師の場合には、生徒の場合とは異なり、「明白に法的『強制』が存在している」のであり、「現時点における学校儀式での国歌斉唱の挙行そのものがそうした『強制』措置によって裏付けられている」とする（佐々木前掲 69 頁）。
- (27) 佐々木前掲 67 頁。
- (28) 佐々木前掲 67 頁。
- (29) 佐々木前掲 68 頁。
- (30) 佐々木前掲 67 頁。
- (31) ただし、例外的な場合には、「外面的行為の強制」型の論理——「公権力が、特定の『内心に有るもの』を侵害する意図なしに、一般的な規制を行う場合に、その規制による『外面的行為の強制』が或る個人の保持する特定内容の『内心に有るもの』と深いレベルで衝突するとき、同規制からその個人を免除することが憲法上要請される」が、「免除しないことを正当化する非常に強い公共目的が存在する場合には、この限りではない」（佐々木前掲 48 頁）とする理論——に従って、思想良心の自由を楯にその義務からの免除を認めうる場合があるとする（佐々木前掲 70 頁～71 頁）。
- (32) 佐々木前掲 71 頁。
- (33) 佐々木前掲 71 頁。
- (34) 佐々木前掲 70 頁。
- (35) 佐々木前掲 70 頁。
- (36) 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。なお、「密やかな強制」と子どもの人権との関係については、前掲註(1)の拙稿の該当箇所を参照されたい。
- (37) 授業では、「日の丸」「君が代」には反対であることを宣言している教師が、卒入学式で「起立」「斉唱」する、ということが、現実にはよくある。これを目の当たりにした子どもは、教師の後ろにうごめく大きな権力性を感じ取らざるをえないから、「現場感覚」から言えば、卒入学式という「学校行事」において、教師の権力性が希薄になるとは到底言えない。
- (38) 佐々木前掲 67 頁。
- (39) 佐々木前掲 67 頁、71 頁。
- (40) 野田正彰「させられる教育、途絶する教師たち——日の丸・君が代に傷つく教師たち——」世界 2001 年 11 月号 214 頁～222 頁参照。
- (41) ただし、佐々木の、このような見解は、憲法 19 条の「人権」論の枠組みで、「式次第に国歌の斉唱の部分を含めることは、国歌＝学校の正当な権限の範囲内の事柄である」とみなした上での議論である。しかし、他方で「国家＝学校の正当な範囲の外にある事柄」を職務として課された場合にまで、それに服従する義務はないことを主張している。佐々木前掲 70 頁～71 頁参照。したがって、佐々木の議論の枠組みからは、国家＝学校が、「日の丸・君が代」の掲揚敬礼斉唱を通じて、愛国心の養成を図ることが、国家＝学校の正当な権限の範囲内なのか、ということが問題として残っている。
- (42) 佐々木前掲 67 頁。
- (43) 佐々木前掲 67 頁。
- (44) 浦野東洋一「思想及び良心の自由と職務命令」季刊高校のひろば 34 号 61 頁。
- (45) ただ、「教師」は、「自己の思想や意見と異なることであっても、法律で定められている事項には従い、かつ生徒を指導しなければならない」場合があることは、否定するものではない。しかし、それがどのような

場面なのかは、慎重な検討を要する問題であり、本稿でもすぐ後で検討する予定だが、本稿での考え方の基本・方向性を先取りして言えば、こうである。すなわち、憲法・教育基本法下での教育が、どのような価値に根ざして、どのような個人を育てることを目指しているのかということとの係わりから考えなければならない。

- (46) 山口和孝『「虚構の象徴」から『危険な象徴』へ——国旗・国歌法制化のイデオロギー的背景』季刊人間と教育 24号 126頁。
- (47) この問題は、従来から「特別権力関係論」として論じられてきた問題とも関わる。
- (48) 山口前掲 126頁。
- (49) 同様の指摘として、浦野前掲 61頁は、「『教師の思想・良心の自由と教育実践』の問題については、深くていねいな議論が必要である」とする。この点についての議論は、このあとすぐ本稿で検討されるが、本稿の考え方の枠組みを先取りして示せば次のようになる。まず、「教師」として、「日の丸」掲揚敬礼「君が代」斉唱に反対せざるを得ない場合と、教師の役割を果たす「個人」の「思想・良心」の有り様から「日の丸」「君が代」が問題になる場合とを、一旦分けて考える必要がある。というのも、前者は、「教師」の「職務権限」の問題、すなわち、教育基本法 10 条や、より直接的には、学校教育法 28 条 6 項を根拠として、公務員関係にある「教師」の「職務権限の独立」あるいは「職責」と職務命令との関係をどう考えるか、という性格の問題、そして、後者は、「個人」のもつ「思想・良心」の叫びとして、物理的に起立・敬礼・斉唱できない「個人」の人権を、職務命令との関係でどう考えるか、という問題であるから、それぞれ検討すべき構造が異なっているのである。
- (50) 子どもの「思想・良心の自由」と「日の丸」「君が代」との問題について論じた拙稿、「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——」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル第 10 号 2004 年（印刷中）では、「日の丸・君が代」に反対する「個人」を、意図的に「強い個人」と「弱い個人」に場合分けをした上で、反対行動を採った子どもの行為の、憲法上の正当化根拠を考えた。しかし、「個人」を「強い個人」と「弱い個人」に区分することは、ある人に対しては感覚的に違和感を抱かせたり、あるいは、筆者の意図しない誤解を発生させたりする危険がある。にもかかわらず、このような検討枠組みを提示したのは、（前掲拙稿の中でも記したことなのであるが、敢えてここでも確認的に述べれば）物理的に「立つことができない」「歌うことができない」といった「弱い個人」の人権主張が、果敢にも、敢えて「立たない」こと、「歌わない」ことを選択しえた「強い個人」の人権保障と一緒に扱われ、結果、「弱い個人」のやむを得ざる内心の結果的表出が「内心は外部に表れた場合には、一定の合理的な制約を受ける」という俎上に引きずり出される傾向にある、と考えたからである。私は、この状況に警鐘を鳴らし、「弱い個人」のやむを得ざる内心の結果的表出行為に対して、絶対的な憲法上の保護を及ぼしなかったのである。しかし考えてみるに、子どもであれ教師（の役割を果たす「個人」）であれ、对国家、対権力との関係においては、おしなべて「弱い個人」である。そこで本稿では、上に述べた場合分けを必要と考えた、私の根拠・思考そのものは維持しながらも、より誤解の少ないと考えられる表現に改めた。
- (51) 前掲註(40)を参照。
- (52) この場合、本質的には、子どもの場合と違って考える必要はない。詳しくは、註(1)拙稿第 3 章第 3 節以下参照のこと。
- (53) このような着席・退席行為を憲法上どのように構成するのかと言った問題があるが、私は、これに「象徴的表現」の理論が妥当するのではないかと考えている。伊藤正己が「少数意見にとって、伝統的な言論による表現がしばしば不毛であり、そのもつ思想の表現としての効果について、深い挫折感がある」（伊藤正己「象徴的言論」ジュリスト 474 号 14 頁～15 頁）と指摘しているように、表現の手段がマス・メディアに独占されている現代的状況では、個々人の意見あるいは少数意見を社会に伝達しようとも、伝統的な言論・出版による表現手段によっては、十分にその効果が期待できず、そのような少数意見は、「多くの場合、象徴的言論、とくに衝撃的な行動を通じてでなくては、大衆社会におけるコミュニケーションの手段であるマス・メディアによって意見が伝達されない」（伊藤正己「象徴的言論」ジュリスト 474 号 14 頁～15 頁）のである。「日の丸・君が代」に反対する教師の役割を果たす「個人」の置かれた状況も、その例外ではなく、職員会議をはじめとしてその問題性について意見を表明するも、その波及効果は一学校とその周辺にしか及ぶはずもなく、しかも最終的には無批判な同僚「教師」と、校長による権力発動をもって、その少数意見はかき消さ

れてしまう。伝統的な表現の自由の行使だけでは、十分に少数者の人権を保障し切れないのである。伝統的な表現の手段が有効に働かず、少数者の意見が伝達されないという状況は、人権保障の本来の意義、すなわち、多数者による少数者の人権侵害を防止し、少数者の人権の保障にこそ焦点を当てるべきだという意義が失われる結果となる。そこで、このような「表現の自由の形骸化」状況を前提として、(特に「日の丸」「君が代」問題にあつては) どうしようもない閉塞状況にある教育現場で、それを打開しようと闘う「個人」の行為に対しては、本稿で後述されるいくつかの要件を満たした上で、「一定の行動を通じて思想・信条ないし意見・主張等を外部に表現する行為」(芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)』有斐閣1998年240頁)、すなわち、「象徴的表現」として、憲法上、保障されるべきだと思うのである(伊藤正己「象徴的言論」ジュリスト474号14頁～15頁は、象徴的表現が表現の方法としてますます多用される傾向の背後にあるものを無視してはならない、と問題視する)。「象徴的表現」としてなされた教師の役割を果たす「個人」の着席・退席行為は、実定法に違反した場合でも違法性を阻却される。なお、この点に関しては別稿に譲る。

- 54) この点、少し説明を加えておきたい。公務員には、様々な種類が存在することから、公務員のある行為に人権が及ぶかどうかを包括的に論じることはできない。例えば、自衛隊員の教育係が自衛隊の隊員らに自衛隊の役割や射撃の仕方などを教育しているとき、その教育係の隊員たる教官が、「自衛隊は憲法9条に違反する存在であり認められない、射撃の仕方などは、人を殺すための方法を教えるものであり私の良心や信条がこれを許さないで、教えることを拒否する」と主張する場合を考えてみる。このような自衛隊員の役割を果たす「個人」の主張・行動に憲法上の人権保障が及ぶのだとすれば、彼が自己の労働力の処分先として自らが任意に選択した職務の存在それ自体を全否定することになる。故に、このような主張・行為には、憲法の人権保障が及ばない(つまり、当該個人の思想・良心よりも職務が優先する、ということ)、と考えるのが妥当である。

では、警察官はどうだろうか。警察官の職務は「個人の生命、身体及び財産の保護」「犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕……その他公共の安全と秩序の維持」(警察法2条)である。このような職務を担う警察官の役割を果たす「個人」が、「人身に物理的有形力を行使することは、暴力であり私の思想・良心に照らして許されない」と考え、殺人を犯した被疑者を目前にしながら、現行犯「逮捕」をせずに取り逃がした場合はどうだろうか。このような彼の主張・行動を「思想・良心の自由」の保障の対象として考えることができるだろうか。さらに、裁判所の速記官はどうだろうか(これは、裁判所法60条の2で規定され、裁判所の事件に関する速記及びこれに関する事務を掌るものである)。死刑判決がほぼ間違いなく公判において、「死刑は憲法が禁止する残虐な刑に該当するから、そのような公判の速記録をとることは私の良心が許さない」と言えるだろうか。消防署員が火災建物に隣接する建物に放水したり取り壊したりする行為が、「他人の財産権の侵害だから行えない。したがって、そのような行為は私の思想から拒否する」と言われても、鎮火してもらわないことには困るわけである。いずれのケースも、公務員の役割を果たす「個人」の「思想・良心の自由」よりも職務が優先する、と考えるのが妥当である。

以上の他にも、様々な公務員が存在する。それぞれ多様な職務に就く公務員の役割を果たす「個人」が、ある一定の人権の制限を受けることは、「特別権力関係」などという理論を持ち出さなくとも、民間企業における労働者の人権にも言えることである。公務員の役割を果たす「個人」の人権主張に憲法上の保障が及ばない場合というのは、上で見たように、いずれも、その人権主張が、自己の労働力の処分先としてその「個人」自らが任意に選択した職務の存在を全否定するような場面で見られるものである。したがって、公務員の役割を果たす「個人」の主張・行為に人権保障が及ぶかどうかの「判断基準」は、当該職務と公務員の役割を果たす「個人」の人権主張とが矛盾衝突し、後者を貫徹させることによって、自己の労働力の処分先として自らが任意に選択した職務の存在それ自体を否定・崩壊させるものかどうか、で判断可能だと考えられる。そのように考えるならば、公立学校教職員が、卒入学式における「日の丸・君が代」掲揚斉唱に対して着席・退席する行為はどう考えたらよいのか、関心が向く。私は次のように考えることができると思う。

まず、卒入学式における教師の役割を果たす「個人」の着席・退席行為が、自己の労働力の処分先として自らが任意に選択した教育公務員の職務の存在それ自体を全否定させるものと言えるかどうか、である。それは、「教育は、それ自体国家による洗脳行為であって、私の思想・良心から授業をすることを拒否する」という主張ならともかく、年2回の卒入学式で、「起立・斉唱」を拒否したからと言って、自己の労働力の処分先として任意に選択した教育公務員の職務の存在そのものを全否定するものだ、とまで言えそうにないこと

は明白である（上記の自衛隊などの例と比較されたい）。学校の「思想の自由市場」性を考慮すれば、そのような着席・退席行為は教育公務員の職務の存在そのものを全否定するところか、個人の差異というものをその価値において等しいと考える個人主義思想に立脚した憲法・教育基本法の下での教育の実現に叶うものでさえある。すなわち、そのような「個人」の行為は、「色々な考え方の人がいるのだ」「どうして退席するのだろうか」「その理由を知りたい、理解したい」という、自分とは「異なるもの」への関心が生まれ、結果「寛容の態度」が育まれるという憲法・教育基本法の目指す教育の実現に寄与する効果さえも期待できる行為と考えられるのである。

55) これは、宮澤俊義が主張する「職務性質説」に示唆を受けた。しかし、宮澤が主張した「職務性質説」は、公務員の人権制限の根拠は何か、ということに応える理論として唱えられたものであり（芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』有斐閣 1994 年 259 頁）、本稿はそれに示唆を受けたが、しかし、「職務性質説」は、公務員の人権「制限の範囲ないし限界を具体的に画定する場合の最も重要な基準としての意味を強く持つ」（芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』有斐閣 1994 年 259 頁）ことから、本稿は、その適用場面を宮澤のそれと異にする。すなわち、本稿では、教師の役割を果たす「個人」の、ある種の反対行動に、憲法上保障されている人権の効力が及ぶかどうか、を判断する場合の基準として用いている。

56) ただし、教師の役割を果たす「個人」の行動によって、子どもの成熟した判断を欠く行動を招き、長期的な展望に立って子ども自身の「目的達成諸能力を重大かつ永続的に弱化せしめる見込みのある場合」には、当該子どもの行動に対して国家の「パターンリスティックな介入」が容認される場合も想定しうる（佐藤幸治「未成年者と基本的人権」野中俊彦他『ファンダメンタル憲法』有斐閣 1994 年 33 頁）。

57) 最大判 1976 年 5 月 22 日いわゆる旭川学力テスト事件判決は、憲法上の根拠は明確にしていなが、憲法上、一定の範囲内における教師の「教育の自由」を認め、学校教育法 28 条 6 項も、教育基本法 10 条 1 項を背景としながら、教師の、子どもの教育に関する職務権限の独立性を規定している。

58) 「日の丸」「君が代」強制問題に限らず、最高裁学力テスト事件大法廷判決を、「教育」に携わる関係者は今一度思い起こすべきである。詳しくは、中川明「一法律家から見た教育基本法の『見直し』問題」世界 2003 年 3 月号 169 頁以下参照。

59) 佐藤幸治『憲法第 3 版』青林書院 1995 年 45 頁。しかし、憲法学の通説によれば、憲法 99 条は、積極的に憲法を擁護するための**作為義務**まで公務員に要請しているわけではない、とされる。仮に、西原がこれを「抗命義務」と呼び、**作為義務**までも導こうとしているのだとすれば、より説得的な論理が要求されるのではないか。詳しくは、西原博史「国旗・国歌法」ジュリスト 1166 号 50 頁参照。

60) 「教師」の「職務権限の独立」あるいは「職責」と、職務命令との衝突場面では、当該職務命令が、「教師」の権利を侵害すると共に、子どもの憲法上の権利を侵害する場合には、「教師」は、子どもの憲法上の権利を侵害されたことをも理由として、違憲の主張をすることが許される可能性がある。しかし、この点については、憲法訴訟論上の検討——「第三者の権利の援用」問題——を必要とすることから、その論究については別稿に譲る。この点につき、市川正人「憲法訴訟の当事者適格・再論」佐藤幸治先生還暦記念『現代立憲主義と司法権』青林書院 1998 年 625 頁～670 頁を参照。