HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	教師の「人権」と職務命令 ： 「君が代」ピアノ伴奏拒否事件を素材にして
Author(s)	新岡, 昌幸
Citation	季刊教育法, 142, 71-79
Issue Date	2004-09-25
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/33014
Type	journal article
File Information	niioka.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

教師の「人権」と職務命令

―「君が代」ピアノ伴奏拒否事件を素材にして―

北海道大学大学院
新岡昌幸

1　はじめに

「国旗及び国歌に関する法律」の制定以降、特に、各地の都道府県教委は、教師に対する職務命令と懲戒処分を背景にして、卒入学式等の「儀式的行事」で「国旗」掲揚「国歌」斉唱を例外なく実施するよう執拗な「指導」を、学校に行っている。その中でも、とりわけ、目を引くのは、東京都である。都教委は、あくまで「厳粛かつ清新な式典」の進行と「君が代」の起立斉唱にこだわり、二〇〇三年一〇月二三日、それらの旨を学校現場に徹底するための通達を発した(1)。それを受けて、都立諸学校の校長の中には、知的障害のために長時間の緊張に耐えられず、起立させることによってパニックを起こし大声を上げる可能性のある子どもの対処方法として、必要であれば、式場の外に連れ出すことまで計画して「君が代」の起立斉唱にこだわる、常軌を逸した学校運営をする者まで現れている(2)。このような状況の中で、まさに強制の矢面に立たされているのが音楽の教師たちなのである(3)。

以上のような教師の「人権」(4)と職務命令との矛盾衝突状況の打開のために、以前、私は、教師の「人権」の優位性を導くための、試論的な枠組みを提示した(5)。そこで本稿では、その試論的な枠組みを前提に、日野市立某小学校で起きた「君が代」ピアノ伴奏拒否に対する戒告処分の取消訴訟において、原告が展開した憲法一九条論について検討したい。以上の本稿の目的から、本件に対する東京地判二〇〇三年一二月三日（未登載）及び東京高判二〇〇四年七月七日（未登載）についての評釈は割愛し、必要な限りでこれらの判決を紹介するにとどめることにする。

2　日野市立某小学校「君が代」伴奏拒否事件―事実の概要と判旨―

（1）事実

音楽専科の教諭たる原告は、一九九九年四月六日、日野市立某小学校の入学式における「国歌斉唱」の際に、「君が代」をピアノ伴奏するよう、四月五日と六日の二度にわたり当該小学校校長から命じられていたが、自己の「思想・良心」（後掲の（2）①②③）からこれに従うことはできない旨を校長に伝え、式当日にもピアノ伴奏をしなかった。このため、原告は、被告（東京都教育委員会）によって、原告の行為が法令及び上司の職務上の命令

に従う義務（地方公務員法三二条違反）及び信用失墜行為の禁止（同法第三三条）に違反するとして、戒告処分（同法第二九条第一項二号及び三号）を受けた。本件は、東京都人事委員会での審理を経て、同処分の取消を求めて出訴した事案である。

（２）原告の主張―憲法一九条にかかわって―

本件処分に対し、原告は、本件職務命令が原告の「思想・良心の自由」（①アジア侵略と密接に結びついた「君が代」を公然と伴奏することができないこと、②自発性の告知等の、子どもの思想・良心の自由を実質的に保障する措置がないままに、「君が代」を歌わせるという子どもの人権侵害に加担できないこと、③雅楽を基本にしながらドイツ和声を付けているという音楽的に大変不適切な「君が代」を、さらに平均律のピアノという不適切な演奏方法で演奏することは、一人の音楽家としても、子どもに良い教育を提供する見地からしても伴奏できないこと）や、入学式に参加した子どもとその保護者の「思想・良心の自由」を侵害するものであること、などから原告の本件行為は何ら地公法違反には該当せず、したがって、本件処分は違法である旨主張した。

（３）判旨―憲法一九条にかかわって―

しかし、東京地裁は、二〇〇三年一二月三日、「君が代」のピアノ伴奏を、音楽の教師たる原告の職務とした上で、原告の主張をほぼすべて認めず、請求を棄却した。なお、本稿の検討対象である職務命令と憲法一九条との関係については、以下のように判示した。

すなわち、本件職務命令が原告の「思想・良心の自由」を侵害するのではないかとの点については、「もとより公務員であっても思想・良心の自由はあるから、原告が内心において・・・思想・良心を抱くことは自由であり、その自由は尊重されなければならない」が、しかし「本件職務命令は、本件入学式において音楽専科の教諭である原告に『君が代』のピアノ伴奏を命じるというものであり、そのこと自体は、原告に一定の外部的行為を命じるものであるから、原告の内心領域における精神的自由までも否定するものではない」けれども、「人の内心領域における精神的自由は外部的行為と密接な関係を有するものといえるから、『君が代』を伴奏することができないという思想・良心を持つ原告に『君が代』のピアノ伴奏を命じることは、この原告の思想・良心に反する行為を行うことを強いるものであるから、憲法一九条に違反するのではないかが問題となる。・・・しかし、原告のような地方公務員は、全体の奉仕者であって（憲法一五条二項）、公共の福祉のために勤務し、かつ、職務の遂行に当たっては、全力を挙げて専念する義務があるのであり（地方公務員法三〇条）、思想・良心の自由も、公共の福祉の見地から、公務員の職務の公共性に由来する内在的制約を受けるものと解するのが相当であ・・（憲法一二条、憲法一三条）」り、「本件職務命令が、教育公務員である原告の思想・良心の自由を制約するものであっても、原告にお

いて受忍すべきもので、これが憲法一九条に違反するとまではいえない」と判示した。

なお、原告は、本判決を不服とし東京高裁に控訴したが、二〇〇四年七月七日、東京高裁は原判決を維持し、控訴を棄却している(6)。

3　検討

（1）問題の所在

前述したように、原告は、本件処分が違憲違法だとする根拠の一つとして職務命令が憲法一九条に違反することを主張していた。そこで主張された原告の「思想・良心」は、前述した２（２）の①②③であった。ここで、原告主張の憲法一九条論にみる問題点を簡潔に指摘すれば、次のようになる。

第一に、「君が代」のピアノ伴奏を命じる職務命令が、原告のどのような立場（教師の役割を果たす「個人」の立場なのか、教育公務員たる「教師」の立場なのか）での、何を（「個人」の人権なのか、「教師」の職務権限・職責なのか）侵害するものなのかについて、本件職務命令と対峙する原告の立場を整理した上で、教育関係諸法をも含めた検討が必要ではなかったか。

第二に、本件職務命令を、教師の役割を果たす「個人」の立場から問題にするとして、では、「個人」のどのような人権が侵害されたのか、を特定しなければならない。このとき、（まさに本件原告の憲法一九条論がそうなのであるが）あらゆる「個人」が、あらゆる内心をもってした、職務命令拒否行為を、偏に憲法一九条に引き受けさせようとする立論は、職務命令に対する「個人」の人権の優位性を、（詳細は、後述するが）裁判所に認めさせることに貢献しないだけではなく、「君が代神経症」に罹った「個人」のごとく、憲法一九条の下で絶対的に守られなければならない「個人」のやむを得ざる内心の結果的表出＝職務命令拒否行為（「君が代」をピアノ伴奏しないのではなく、物理的肉体的にできない状態）を、「内心は一旦外部に表出した場合には一定の制約に服する」という議論の俎上に引きずり出すことに「貢献」することにさえなるのではないか(7)。

以上の指摘を踏まえ、職務命令との関係で、教師の「人権」の優位性はいかに構成され、それを裁判の場でどのように主張すべきか。以下、議論を展開する際に忘れてはならないことは、これまでの教職員組合の主張にまま見られるような、「君が代」斉唱実施に反対する教師のあらゆる行為が憲法上正当化されるのだとする、憲法という「大ナタ」を振り下ろすような議論の仕方は、現今の強制の事態を打開するための強い説得力をもはや持っていない、ということである。そうだとすれば、教師の職務命令拒否行為がなされた場面を整理し、その上で、それぞれの場面で、憲法だけではなく、教育関係法をも含めて、どのような根拠でもって、職務命令に対する教師の「人権」の優位性を主張しうるかにつき、具体的に検討されなければならない。

（２）学説

これまで、憲法学あるいは教育法学では、いわゆる学テ裁判や教科書検定訴訟の文脈で、下級教育機関の「教師」に「教育の自由」が認められるのか、また、その根拠を憲法上どこに求めるかについて、様々な議論が展開されてきた(8)。しかし、本件のように、公立小学校の入学式における「君が代」斉唱の実施という文脈で、音楽の「教師」に対し出された「君が代」のピアノ伴奏という外面的行為を命じる職務命令に、「教師」は、自己の「人権」との関係において従う義務があるのかどうか、といった個別具体的な場合については、学説で十分検討されてきたとは言えない(9)。

しかし、近時の憲法学説からは、学校現場における「日の丸」「君が代」強制を踏まえた議論が展開されている。まず、「教師」の職務命令拒否行為を、子どもの人権保障とのかかわりから全面的に正当化しようとする西原博史の見解がある(10)。それによれば、「国歌」に対峙させられる「教師」も、教科教育を離れた学校行事の場面においては、「教師」の権力性が希薄になり、「教師」も市民的自由が成り立ちうる可能性があること、学校が組織的に子どもの人権を侵害するならば、「教師」は子どもの人権を守るために「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」である「抗命義務」を負っており、その義務の履行として行われた「教師」の職務命令違反行為は、「違法性が阻却されなければならない」ということが明らかにされている(11)。

また、佐々木弘通の見解によれば、「教師」には、『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」し、ピアノ伴奏などの外面的行為を命じる職務命令には、原則として、従わなければならないが(12)、しかし、その場合であっても、職務命令が受命者たる教師の「思想・良心」と深いレベルで衝突することが明らかにできるならば、例外的に受命者たる「教師」はその義務から解放される可能性がある(13)、とする(14)。

（３）教師の「人権」を語る枠組みの提示

①教育公務員たる「教師」の独立した職務権限ないし職責と職務命令との相剋

（ア）教育公務員たる「教師」の独立した職務権限　対　職務命令

子どもの発達には、一般に、一定の法則性があることは、教育学の諸研究によって広く知られているところであるが、しかし、それは、すべての子どもの発達が例外なくその法則に則って進んでいくことを意味するものではなく、むしろ、個々の子どもの個性や置かれた環境等によって、発達の仕方は異なる。

多様な個性や価値観をもつ子どもを前にして、何をどのように教えるのが最も良い方法

なのかは、現にその子どもたちの教育を、直接的な人格的接触を通じて担当しているまさにその「教師」（ないし、その「教師集団」）が最も的確な判断をすることができる。もし、このプロセスに（その、には当たらない）他者が教育専門的な助言指導による助力ではない強制的な介入を行うならば、その教育は、もはや「当該子どもたちの能力発達のしかたに見合った教育になる保障がなくなってしまう」(15)といってよい。

このことから、「教師」には、子どもの教育に関して、「その」には当たらない権力的介入を排し、子どもの成長に即した教育を提供し子どもの「教育を受ける権利」に資するという意味での、一定の範囲内での独立した職務権限ないし裁量権が法認されている（学校教育法二八条六項）。旭川学力テスト事件最高裁判決（最大判一九七六年五月二一日）も、憲法二三条を根拠に「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」たり、教育が「教師と子どもとの間の直接の人格的接触を通じ、その個性に応じて行われなければならないという本質的要請」が没却されたりしないように、「教授の具体的内容及び方法につきある程度自由な裁量」を「教授の自由」として認めている。しかし、その場合にも、「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な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」は、「憲法二六条、一三条の規定上からも許されない」と厳しく釘を刺している(16)。

実際、学校現場においても、教育内容の取り上げ方やその順序、教材の選択使用、板書の仕方などの教育方法については、個々の「教師」の広汎な裁量にほぼ委ねられている、と言ってよい(17)。それと同様に、数ある教育内容のうちの一つである「君が代」についても、子どもとのかかわりにおいて、どのような教育方法を採るのかは、当該子どもの教育を現に担当しているその「教師」の独立した職務権限ないし裁量権の範囲内の問題として考えられ、また、その判断に委ねるのが、原則として、最も適切な教育を子どもに提供できるのである。

このことから、ある特定の価値や政治的思惑の下、入学式といった極めて限定された「囚われ」の時空間で、「ピアノ伴奏による一同起立斉唱」という一つの方法で「君が代」という教育内容を教えるよう強制されるとき、自己がその役割を果たす「教師」としては、そのような教育方法は採らない、という専門的判断も合憲・適法に成り立ちうる。また、教育は、子どもの多様な個性に応じ、それぞれの発達可能性の開花を見据えながら、その子どもが将来多様な価値が併存する「社会の成員となる（社会化）と同時に主体的に自らの運命を選び取り未来を切り拓く力を身につ」(18)けられるように意図して行われるから、ある問題に対して、多様な選択肢や価値を子どもに示すことが必須となる(19)。

「君が代」という問題についても、（画一的な教育方法が学校現場に強制されればされるほど）『君が代』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、様々な態度決定があるのだ」ということを、そしてまた、そもそも国歌の適否の問題は「国民ひとりひとりの感性と良心の帰すうに委ねられるべき性質のもの」(20)であるということを職務として教える必要があり、それを教える教育方法として、入学

式で実際に「教師」が、教育方法に関する独立した職務権限ないし裁量権の行使として、「ピアノ伴奏による一同起立斉唱」以外の代替的教育方法を採る、ということは、子どもの「教育を受ける権利」に資するものであり、正当な職務行為である。したがって、形式的に職務命令に従わなかった（本件の場合は、ピアノ伴奏の拒否）としても、その行為は違法性が阻却されると考えられなければならない。

（イ）教育公務員たる「教師」の職責　対　職務命令

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＝教育基本法の原理から要請されている(21)。したがって、公教育をつかさどる「教師」であるが故に、ときに職務命令に従い、教師の役割を果たす「個人」の「思想・良心」とは切り離して行為しなければならない場合もあり得る。しかし、忘れてはならないのは、その逆に、公教育をつかさどる「教師」であるが故に、その職責から職務命令に反してでも行為しなければならない場合もまたあり得る、ということである。

具体的に考えてみよう(22)。宗教的理由から豚肉を食べてはならないとする信条を持つ「個人」が「教師」であるときに、上から「子どもに豚肉を食べてさせてはならない」と命じられた場合、その「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、豚肉を食べてはならないとする信条を持つ「個人」は、自己がその役割を果たす「教師」として、自らが担任するクラスの給食指導を通して、そこに所属する子どもに一切豚肉を食べさせないかもしれない。逆に、豚肉を食べてはならないとする信条を持つ「個人」が「教師」であるとき、上から「子どもに豚肉だけを食べさせろ」と命じられた場合、その「個人」のレベルでは、この上なく侵害的であるはずだから、自己がその役割を果たす「教師」として、その命令に反してでも、豚肉を子どもに食べさせないかも知れない。

しかし、容易に想像できるように、上記の職務命令も、それに対する「教師」の対応も、価値の多元性が貫徹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度外視していることから、いずれも妥当性を欠く。このように、特定の価値を排斥するような力が学校を支配するとき、「教師」は、教師の役割を果たす「個人」の「思想・良心」とは切り離して、進んで価値の多元性を回復させる義務を有し、特定の価値が制限・排除されない多様な価値が併存可能な環境を整える職責がある(23)。また、当該職責は、前述した「教師」の独立した職務権限ないし裁量権の適切な行使を通して果たされるものであるから、ここでもその際の法理があわせて妥当することになる。

以上のことを、憲法の規定に即して言えば、学校から多様な価値の併存可能性が排除されるとき、「教師」は、憲法九九条に基づいて、憲法の要請（とりわけ憲法一三条）である価値の多様性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(24)と考えられ、そのような法理に基づいてなされた「教師」の職務行為が、たとえ形式的に職務命令に反するものであったとしても、憲法ないし教育法上、その行為は違憲・違法の評価を受けな

い、と考えられる(25)。

②教師の役割を果たす「個人」の人権が職務命令に優先する場合

（ア）「個人」の人権が絶対的に優先する場合

「君が代神経症」に罹った音楽教師のように(26)、職務命令によって「君が代」の伴奏を強制されることで、「ピアノを引こうとすると体が強張る。指が震え、胸がつまり、冷汗がでる。食欲もない」(27)といった「反復性の心的外傷」(28)を患った「個人」に、あるいは、ピアノ伴奏を命じられることによって自らの「生が潰されていく」(29)と感じる「個人」に、「教師」として「君が代」のピアノ伴奏を命じる職務命令に従え、と言えるだろうか。上司の命令に従う義務を課せられた教育公務員だからという理由で、「個人」の生の根幹を否定されるような職務が命令された場合にまで、職務命令に従えとは言い得るはずがない。問題はその根拠である。具体的に考えてみよう。

こうした「個人」に「君が代」のピアノ伴奏を命じることは、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』の職務だからスキーの実技を指導しろ」と命じることと同義である。この場合、スキーの実技指導をしないのではなく、できないのである。同様に、「君が代神経症」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（＝「～できない」＝結果としての職務命令拒否行為）に、「公務員なのだから職務命令に従うのは当然である」という理屈や、「思想・良心も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」という理屈をもって、不利益な処分をすることは許されず、憲法一九条の下で絶対的に保護されなければならない。

（イ）「個人」の人権が一定の制約の下で優先する場合

上記の場合とは異なり、（無理にでも）ピアノを伴奏しようと思えばできたが、「個人」の「思想・良心」の命じるところに従い、選択的に職務命令を拒絶した場合はどうだろうか。

教師の役割を果たす「個人」も、一般市民と同様の人権が保障される。このことは、ＩＬＯ・ユネスコ「教員の地位に関する勧告」（一九六六年）が、「教員は、市民が一般に享受しているすべての市民的権利を行使する自由を有」すると定めていることから（八〇項）、国際的にも確認されているところである。ただし、「教師」は、多様な子どもの「教育を受ける権利」に対応した義務を負い、子どもの学習を支援しそれに仕える立場にあることから、教師の役割を果たす「個人」の人権主張も、それとのかかわりにおいて、一定の制約を受ける場合があることは認めなければならない(30)。では、それは、どのような場合なのだろうか。

第一に、教師の役割を果たす「個人」の人権主張が、子どもに将来にわたって回復不可能な損害を与えるようなものは、言うまでもなく、許されない。

第二に、前述した、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である。

第三に、「個人」の人権主張が、公務の遂行全部を妨げる場合である。例えば、「君が代」斉唱に反対の「思想・良心」を有する、教師の役割を果たす「個人」が、入学式での「君が代」斉唱を阻止するために、「入学式自体が実施できなければ、『君が代』斉唱も阻止できる」と考えて、式場を使用できなくするような場合である（具体的には、式場の封鎖、設営した式場の撤去など）。

第四に、「個人」の人権主張が、自己の労働力の処分先として、自らが任意に選択した「教師」という職務の存在そのものを全否定する場合である(31)。例えば、自衛隊の教育係が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、その教育係の自衛隊員が、「自衛隊は憲法九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、私の思想・良心がこれを許さないので、教えることを拒否する」と主張する場合を考えてみる。この自衛隊員の役割を果たす「個人」の人権主張は、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、このような場合には、当該「個人」の人権主張よりも職務の遂行が優先する、と考えるのが妥当だと思われる。

では、入学式における教師の役割を果たす「個人」の「君が代」のピアノ伴奏拒否行為が、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するような人権主張だと言えるだろうか。「教育は、それ自体国家による洗脳行為であって、私の思想・良心から音楽の教育や授業をすることを拒否する」という主張ならともかく、年一回の入学式で、「君が代」のピアノ伴奏を拒否したからと言って、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、とまでは言えそうにない（先の自衛隊員の例と比較されたし）。むしろ、当該拒否行為は、多様な個人というものを、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践に叶うものでさえある。

以上の四つの場合に該当しないならば、教師の役割を果たす「個人」の人権主張も(32)、それが真摯なものである限り(33)、憲法上、認められるべきであり、本判決のように「公共の福祉の見地から、職務の公共性に由来する内在的制約を受ける」との抽象的な概念をもって、原告の「思想・良心の自由」に対する制約を認めることは、憲法の許容するところではない、と考える(34)。

（４）原告の憲法一九条論の検討

さて、これまでの検討を踏まえて、（１）で指摘した二つの問題点を克服するような憲法

一九条論を構築することは可能なのか、原告が主張した憲法一九条論を批判的（建設的）に検討することで、ひとまず、私論を提示しておきたい。

第一に、原告主張の「思想・良心」のうちの②は、原告の「思想・良心」の問題と言うよりも、むしろ、多様な価値に対して開かれた空間でなければならない公教育の場が、「君が代」を起立斉唱するという一つの価値あるいは教育方法に支配統一されていることに対し、公教育を担う「教師」であるが故に、その職責として、多様な価値の併存可能性を学校に回復すべく、そのような教育活動にはかかわらない不作為の義務の履行として、職務命令を拒否したと考えるのが妥当である（上述（３）①（イ）の枠組み）。

第二に、原告主張の「思想・良心」のうち③についても同様に、原告の「思想・良心」の問題としてとらえるよりも、むしろ、多様な価値ないし個性を有する子どもに対して、その教育をつかさどる「教師」が、「君が代」という教育内容をいかに教育するのが子どもの「心身の発達に応じ」た最もよい方法なのか（学校教育法一七条等）という、「教師」の独立した職務権限ないし裁量権の枠組みで捉え、本件職務命令がそれらと矛盾衝突するものであるとして構成するのが妥当である、ということである（上述（３）①（ア）の枠組み）。

第三に、原告主張の「思想・良心」の①について、である。この点については、原告の「教師」としての側面と教師の役割を果たす「個人」の側面の両面から論理を組み立てる必要がある(35)。どういうことか？

まず、第一の側面。戦後、憲法・教育基本法の下で、「教師」たちは、「教え子を再び戦場に送らない」との固い決意をもって子どもの教育を行ってきた。「君が代」がアジアへの侵略と結びついた歴史を持つことを考えるとき、そして、「教師」が戦争に果たしてきた役割を考えるとき、「教師」は、夢と希望に満ちあふれた、将来の平和な社会を担う子どもの集う入学式で、その歌を歌うよう子どもに迫る行為を命じられても、おいそれと従うわけには行かない。そう考えることは、理にかなっている。だとすれば、「思想・良心」として主張された①も、実は、原告が、「教師」という職業のもつ危うさを常に自覚して教壇に立とうとする真摯な「教師」であるが故のものである。これを教師の役割を果たす「一個人」の「思想・良心」として控えめに主張するのではなく、むしろ、憲法・教育基本法の精神を真摯に受け止めようとする、まさに「全体の奉仕者」たるに相応しい原告がその役割を果たす「教師」の職責から職務命令を拒否したと主張すればよい。

次に、第二の側面。教師の役割を果たす「個人」は、次世代を担う子どもたちが、平和な社会で幸せに暮らすことを、前世代に生きる一人の人間として願っている。戦争のない平和な社会を維持・発展させ後世代に受け渡すことは、「教師」であると否とに関わらない、前世代に生きる「大人」の義務である。そうだとすれば、過去の忌まわしい歴史を背負った「君が代」を、次世代を担う子どもに一律に歌わせるよう前世代に強制する権力的な動きに対し、前世代に生きる、教師の役割を果たす「個人」が、まさに人間として、この強制に不服従の態度を採ること（＝人権主張）は、前述した「一定の制約の下」であれば、

教師の役割を果たす「個人」にも認められると考えられる。

4　おわりに―残された課題―

ともあれ、職務命令に対する教師の「人権」の優位性を導くための論理を考える場合には、近時の憲法学説も指摘するように、子どもの人権保障とのかかわりを無視して論じることはできない(36)。「国歌」斉唱を巡って、職務命令と教師の「人権」が対立する場面では、その職務命令が教師の「人権」を侵害すると同時に、子どもの憲法上の権利をも侵害するという「構造」があると考えられる。だとすれば、今後、職務命令に対する教師の「人権」の優位性を主張検討する際には、こうした「構造」を踏まえて論理を構築（第三者の憲法上の権利援用）することが求められる(37)。

本稿での検討は、試論の域を未だ脱し得ないものであり、また残された課題（例えば、教師の役割を果たす「個人」の職務命令拒否行為の法的性格をどう考えるか―市民的不服従？象徴的表現？―、教師の「教育の自由」論と本稿での議論との関係、教師の職務命令拒否行為と「第三者の憲法上の権利援用」問題等）も多い。それらの検討については他稿に譲ることにし、本稿での検討をひとまず終えることにしたい。

註

（1）通達の内容については、宮村博「教育における強制―『日の丸・君が代』強制問題と思想良心の自由、および教育の自由」季刊教育法一四一号（二〇〇四年六月）五二頁～五三頁を参照。

（2）サンデー毎日二〇〇四年三月七日号一四五頁。また、「日の丸・君が代」処分編集委員会『「日の丸・君が代」処分　東京の学校で何が起こっているか』高文研二〇〇四年の「Ⅲ　養護学校の衝撃と苦悩」六九頁～九六頁も参照のこと。

（3）週刊金曜日五〇二号（二〇〇四年四月二日）二〇頁～二二頁、田中伸尚「続・憲法を獲得する人々　連載第一一回　佐藤美和子さん」世界七二〇号（二〇〇三年一一月）三九頁（同『ドキュメント憲法を奪回する人々』岩波書店二〇〇四年二四三頁～二六六頁所収）。

（4）カッコを付したのは、そこに教育公務員たる「教師」の職務権限ないし職責と教師の役割を果たす「個人」の人権を含めた意味で用いることを表すためである。以下同旨。

（5）拙稿「『教師』への職務命令に対する憲法・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―」北海道大学大学院教育学研究科紀要九二号（二〇〇四年二月）六三頁～七七頁、以下、「拙稿一」とする。

(6)　東京高裁は、基本的に原判決の判断枠組みを維持して、控訴棄却の判決を下しているが、公教育に携わる公務員は、学校教育法等の法規の定めるところによって教育を行うことが義務づけられており、自ずから「思想・良心の自由」も制約されることがあり得る、とした上で、次のような例示を新たに加えている。すなわち、「例えば、法規によりあることを教えることとされている場合に、公教育に携わる公務員がその個人的な思想や良心に反するからといってそのことを教えないというわけにはいかないので

ある」と。確かに、生物の「教師」が、「個人」の「思想・良心」から「進化論」を一切教えず、「創造説」のみによって授業をしている場合には、東京高裁の示した論理は妥当すると思われる。しかし、本件原告の場合は、確かに、「君が代」に反対する「思想・良心」を有し、入学式という特定の場面では「君が代」のピアノ伴奏を拒否したけれども、しかし、それは、「創造説」のみによって授業をすることと同義だとは考えられない。また、「君が代」のピアノ伴奏拒否は、「君が代」という教育内容を全く教えないというのではなく、それを教えることを前提にして、では、それをどのように教えるのか、という教育方法の選択にかかわる問題なのである。詳細は、後掲３（３）①②を参照。

（７）詳細は、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・ジャーナル第一〇号（二〇〇四年一月）二四九頁以下（以下、「拙稿二」とする）と「拙稿一」七五頁註(50)を参照のこと。

（８）中村睦男『社会権の解釈』有斐閣一九八三年一一七頁以下。

（９）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」季刊人間と教育二四号一二六頁など。

(10) 西原の議論に対する詳しい検討は、「拙稿一」六七頁以下、「拙稿二」二四八頁以下参照。

(11) 西原博史「国旗・国歌法」ジュリスト一一六六号（一九九九年一一月一日）四九頁～五〇頁。同『学校が「愛国心」を教えるとき』日本評論社二〇〇三年三六頁～四一頁、八五頁以下。

(12) 佐々木弘通「『人権』論・思想・良心の自由・国歌斉唱」成城法学六六号二〇〇一年七〇頁～七一頁。

(13) 佐々木・前掲註(12)七〇頁～七二頁。佐々木の議論に対する詳しい検討は、「拙稿一」六八頁以下、「拙稿二」二四三頁以下参照。

(14) 職務命令に対する「教師」の「人権」の優位性を考える枠組みとして、西原は、学校の教育活動を基準にし、それを、「教師」が子どもの教育に直接携わる日常的な教育活動（授業や学級担任）と、そうした日常の教育活動を離れた教育活動（学校行事）とに区別したうえで議論を展開する（西原・前掲註(11)）。また、佐々木は、「教師」が命じられる事柄の性質―すなわち、自発的行為の強制なのか、外面的行為の強制なのか―を基準として、議論を展開する（佐々木・前掲註(12)(13)を参照）。私は、これらの枠組みに大きな示唆を受けたが、しかし、何れの議論も、強制される「教師」あるいは教師の役割を果たす「個人」の有り様（思想・良心の有り様、立場など）を、論理構築の基準にしていないところに、疑問を感じた。したがって、本稿での議論は、強制に直面せざるを得ない「教師」あるいは教師の役割を果たす「個人」の有り様から議論の枠組みを構築し、その上で、強制に対峙するための憲法論を展開することにしたい。

(15) 兼子仁『教育法（新版）』有斐閣一九七八年二七七頁。

(16) 中川明「一法律家からみた教育基本法の『見直し』問題」世界七一二号（二〇〇三年三月）一六九頁～一七〇頁。

(17) 下村哲夫『先生の条件　いま教師が問われていること』学陽書房一九八八年七三頁も、校長は職務上の上司であるとの認識に立ちつつも、「教員の職務の最も本質的な部分である教育活動についてはあまり立ち入った指導監督を行わないのが慣行になって」おり、「一人ひとりの教員がかなり広い裁量権をもつということは、教員の職務に由来する本質的な要請なのである」と述べる。

(18) 堀尾輝久『人権としての教育』岩波書店一九九一年一三一頁。なお、教基法一条の「個人の価値をた

つとび…自主的精神に充ちた…国民の育成」及び二条の「自発的精神を養い」や、学校教育法一七条の「発達に応じて」、一八条一号の「自主及び自立の精神」の涵養、三六条二号の「個性に応じて将来の進路を選択する能力を養う」という文言に注目されたい。

(19) この点、棟居快行も、「国家による特定の価値の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」と述べる。詳しくは、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二四号『国際化時代と教育法』有斐閣一九九五年七〇頁を参照のこと。

(20) 京都地判一九九二年一一月四日判例時報一四三八号三七頁以下。

(21) 教育公務員たる「教師」は、子どもの教育を受ける権利を全社会的に保障する立場にあり、その意味で「教師」はまさに教基法六条二項に言う「全体の奉仕者」である（兼子前掲書三二八頁）。したがって、「教師」は、多様な価値をもつ子どもたちに開かれた存在たることが求められる。

(22) 以下の事例は、二〇〇二年一一月二八日、朝日新聞（東京版）に掲載されている連載「東京でムスリム」の記事を素材にしている。この記事によれば、都立養護学校で美術を教えているこの「教師」は、イスラム教徒であり、断食月（ラマダン）には、自らの信仰に基づき、給食を食べない。しかし、断食月の間も、教師の役割を果たす「個人」の信仰とは切り離して、まさに「教師」として、体の不自由な生徒への食事の介助を行っている、という。なお、http://islam3.hp.infoseek.co.jp/column/asahitokyo.htmを参照のこと。

(23) 例えば、「君が代」斉唱に元々反対ではなかった「教師」が、「処分という脅しを使い、生徒の前で教職員に『踏み絵』を踏ませるような都教委のやり方が許せず、不起立を決意した」ことが報じられている（サンデー毎日二〇〇四年六月一三日号一三九頁）。この事例を本稿に引き寄せて考えれば、「君が代」斉唱に反対ではない「思想・良心」を有する「教師」であっても、学校が、「君が代」起立斉唱という一つの価値に支配されたときには、その職責から、「個人」の「思想・良心」と切り離して、そうした教育活動には関わらない不作為の義務を負い、学校が多様な価値を持った子どもに開かれた場となるよう環境を整える職責があるのである。なお、中川明「宗教と子どもたちを考える視点」中川明編『宗教と子どもたち』明石書店二〇〇一年一三頁～五八頁は、この点を考えるにつき、大きな示唆を与えてくれる。また、棟居・前掲註(19)七〇頁にも注目されたい。

(24) 「拙稿一」七七頁註(59)参照。

(25) この点につき、「拙稿一」七七頁註(60)を参照。

(26) 野田正彰『させられる教育―思考途絶する教師たち―』岩波書店二〇〇二年一四頁～三〇頁。

(27) 野田・前掲註(26)一四頁。

(28) 野田・前掲註(26)二四頁～二五頁。

(29) 田中・前掲註(3)三九頁以下。

(30) 同旨、西原博史「教師における『職務の公共性』とは何か」世界七二五号（二〇〇四年四月）七九頁。

(31) この点、より詳しくは、「拙稿一」七六頁註(54)を参照のこと。

(32) この場合に、教師の役割を果たす「個人」が、どのような憲法上の根拠から職務命令を拒否するのが妥当か、について、私は、ここに象徴的表現の理論ないし市民的不服従の理論が妥当するのではないか、

と考えるが、詳しい検討は他の機会に譲る。なお、「拙稿一」七五頁註(53)参照のこと。

(33) この判断基準を考える場合には、J．ロールズの示した市民的不服従に関する理論（J．ロールズ（田中成明編訳）『公正としての正義』木鐸社一九七九年一九七頁～二一九頁）が参考になる。教師の役割を果たす「個人」が、職務命令に従わなければ、法律上、職務命令違反として懲戒処分が予定されている。その状況の下で、当該「個人」は、懲戒処分を受けることを覚悟の上で、自己の人権主張として職務命令に従わなかったのである。この点、ロールズによれば、「自分の行動の法的帰結をいつでも進んで受け容れる」当該「個人」の態度こそが「まさに良心的であり誠実なものであること…を立証するためのひとつの保証」だとする（J．ロールズ前掲書二〇七頁）。

(34) 東京地裁は、教育公務員たる原告の「思想・良心の自由」を制約する根拠として、「職務の公共性に由来する内在的制約」ということを述べている。しかし、そこで言われている「職務の公共性」とは一体何を意味するのか、は必ずしも明らかにされているわけではなく、そのような抽象的な概念でもって、精神的自由の根幹たる「思想・良心の自由」に対する制約を認めたことは、問題である。しかし、私自身も、「教師」の「職務の公共性」とは何か、について、明確に述べるだけの準備はできていない。その前提問題としての「教育の公共性」とあわせて、今後の検討課題としたい。なお、この点につき、西原・前掲註(30)七四頁～八二頁を参照。

(35) この検討枠組みは、「個人」＝「教師」の関係を一旦区別することで、職務命令によって侵害されている「人権」は何なのかを明確するためのものにすぎない。生身の「個人」＝「教師」が、きれいサッパリとこの枠組みのどれかに収まるなどとは考えていない。なお、このような類型化の有用性につき、渡辺康行「文化的多様性の時代における『公教育の中立性』の意味―イスラーム教徒の教師のスカーフ事件を中心として―」樋口陽一他編『国家と自由』日本評論社二〇〇四年一〇五頁註(56)。

(36) にもかかわらず、本判決が「校長が教諭に対して『君が代』のピアノ伴奏をするよう職務命令を発したからといって…子ども及びその保護者の思想・良心の自由が侵害されるとまではいえない」と判示したことは、学校における（対「教師」との、と言ってもよいが）子どもの人権保障にあまりに理解のない判断で、失当だと言わざるを得ない。なお、子どもの人権については「拙稿二」を参照のこと。また、東京地裁判決に対する評釈ないし論文としては、西原博史「『君が代』ピアノ伴奏拒否処分と教師の良心の自由」受験新報六三六号（二〇〇四年二月）八頁～九頁、小野方資「『君が代』ピアノ伴奏強制事件」季刊教育法一四一号（二〇〇四年六月）九三頁～九七頁、西原・前掲註(30)七四頁～八二頁、佐々木弘通「『国歌の斉唱』行為の強制と教員の内心の自由」法学セミナー五九五号（二〇〇四年七月）四二頁～四五頁がある。

(37) 「拙稿一」七七頁註(60)参照。