

Title	初等・中等学校における教員の教育の自由に対する法的考察：学校現場での国旗掲揚・国歌斉唱をめぐる裁判事例の検証を含めて
Author(s)	大西, 斎
Citation	国際公共政策研究. 2007, 12(1), p. 123-140
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/10707
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

初等・中等学校における
教員の教育の自由に対する法的考察

—学校現場での国旗掲揚・国歌斉唱をめぐる裁判事例の検証を含めて—

A Consideration of Legislation concerning
Teachers' Freedom of Education
in Elementary and Secondary Schools

—Including Verification of Trial Cases concerning the Raising
of the National Flag and Singing of the National Anthem in Schools—

大西 斎*

Hitoshi ONISHI*

Abstract

In Japan, the conflict over the initiative of education has been intense from after the war until the present time. The core of the conflict is the degree of freedom of education by teachers. Recently legislation was enacted to obligate Schools to raise the national flag and to sing the national anthem at ceremonies. A teacher, who was punished administratively for violating this duty by not cooperating, is fighting it. This paper traces past conflicts over education, and examines the legality of this trial.

キーワード：教員の教育の自由、論争の背景、教育行政、国歌斉唱、行政訴訟

Keywords : Teachers' freedom of education, Context of the conflict, Educational Administration, National anthem unison, Administrative litigation

* 九州産業大学国際文化学部専任講師

はじめに

教育は、国家にとっても、一人一人の教育の享受主体にとっても大変意義深いものがある。それだけに、教育というものは明確な方針を持ち安定して継続的に行われる営みでなければならない。当然、教育を行う主体である教員に課せられた職責は絶大であり、児童・生徒はもとより保護者、地域社会、国家、国民に対しても大きな責務があるといえる。教員の教育のあり方によって一人の児童・生徒の一生涯を変えてしまうおそれさえある。いわば、教員の職務は極めて崇高な職務であるとともにその責任も深淵なるものがあるといえよう。

戦後日本における、教育界のイデオロギー対立は熾烈をきわめた。なかでも公教育における教育内容を決定する権限である教育権の所在が国家にあるのか、それとも教員を中心とする国民の側にあるのかといった「国家の教育権」説と「国民の教育権」説の対立問題は論議をよんだ。そもそも教育権の概念は、一面的に定義づけて型にはめるには馴染みにくい性質を持っている。教育を受ける権利、教育の自由、親の権利、学習権など多くの憲法上、教育法学上の研究課題において教育権の概念が登場し、各種の権利・権限とともに多くの捉え方が存立しているからである。ただ、教育法学上の研究論題は、ほぼこの学説対立の俎上に載せられて考察されてきたといってよい。その意味において、この二つの学説の対立を中心とした教育論題の研究は、一面で憲法学や教育法学の発展をもたらしたといえよう。

これらの学説がお互いの立場を主張し、対立を深めていった背景には、行政庁（文部省のことを指す。以下行政庁といったときは文部省を指す）と日教組（日本教職員組合のことを指す。以下日教組といったときは日本教職員組合を指す）などとの対抗関係といった政治的色彩が強かったといえる。しかし、この対立も昭和51年の学力テスト最高裁大法廷判決や一連の家永教科書訴訟判決によって収束に向かったといえてよい。

ところが、昨今における学校現場での国旗掲揚・国歌斉唱をめぐる職務命令違反で教育行政機関より処分を受け、それを不服として提訴している原告側の主張には、かつての「国民の教育権」説が提唱していた教員の教育の自由などの論調が再び裁判のなかにおいて繰り返されている。それゆえ、本稿においては従来の教育権論争の時代的背景や諸学説を考察するとともに、一連の裁判の対立の根本を明確にすることで、教育行政と原告教員側双方の主張する論点を浮かび上がらせ、学校現場での国旗掲揚・国歌斉唱施行にともなう問題点を整理して、教員の教育の自由を法的に考察していきたい。

なお、一連の国旗掲揚・国歌斉唱をめぐる裁判における原告側の論調は、憲法19条の保障と行政による教育への不当な介入を阻止して教員の教育の自由を守るという二つの権利保障を主な要求として包含しているが、本稿においては後者の点を主眼に考察していく。

1 教員の教育の自由をめぐる論争の時代的背景と広がり

日本における占領政策は当初、民主化と軍国主義の排除を主な役割とするものであった。ところが、1950年における朝鮮戦争勃発によるアメリカとソ連の東西対立のなかにおいて日本は西側陣営の一員としての役割を担わざるを得なくなった。そのような状況のなか、同年8月にウィラード・E・ギブンスを団長とする第二次教育使節団が来日した。第一次教育使節団の出した教育改革の実施状況を視察検討し、補足的な勧告を出すということを主な任務としたが、当時興隆してきた共産主義勢力に対抗する愛国心に満ちた国民の育成を図りたいとする意向が強く認められた。この第二次教育使節団の出した勧告のうち、後に教育現場で生かされてくるものとして、義務教育の無償の促進、父母の負担軽減、そして道德教育の強化が挙げられる¹⁾。

1950年(昭和25年)10月に行政庁は、国旗掲揚・国歌斉唱についての通達を出した。同年11月には、天野文相は教育勅語に変わるものとして修身科の復活と国民教育綱要の構想を打ち出した。また、翌年2月には「静かな愛国心」として、静かに国を愛する心を持つことを衆議院で説き、天皇を中心とした国民道德の考えを示した。同年2月文部省は「道德手引書要綱」を出し、道德教育振興の基本方針を打ち出した。同年11月サンフランシスコ講和条約が成立し、日米安全保障条約締結など保守勢力の強まりがみられ、その流れにのるかのように道德教育の強化が行なわれていった。そのなか、翌年10月池田・ロバートソン会談で、日本側は憲法の改正を要求され、防衛費増強と再軍備促進の方向を確約させられた²⁾。そのため教育の持つ役割が重視され「愛国心」を育成するための道德教育の設置が、1958年の学習指導要領の改訂により認められた。また、教育委員会制度の委員の選出方法などをめぐり日教組は行政庁と対抗姿勢を打ち出した。この対立が後の教育権論争での対抗関係の基になっていくといえよう。

行政庁は、日教組の教育への影響力を弱らせることを考えていた。そんな折、起こった問題が1953年(昭和28年)の山口県の小・中学校での日記事件であり、翌年の京都市旭丘中学校の平和教育をめぐる偏向教育問題であった。この二つの問題は行政庁にとっては絶好の指導力確立のためのきっかけとなった。政府は「教育公務員特例法の一部改正案」「義務教育諸学校における教員の政治的中立の確保に関する法律案」の二法案を1954年(昭和29年)2月国会に提出した。世論の反対運動があったものの同年5月に二法案は成立した。これにより教員の政治活動は禁止されることになった³⁾。

昭和30年代に入り中央の教育行政権は広がりを見せた。1954年に「教育の政治的中立性確保法」が制定され、1956年(昭和31年)3月政府は国会に「地方教育行政の組織及び運営に関する法律案」「臨時教育制度審議会設置法案」「教科書法案」のいわゆる教育三法案を提出した。なかでも、「地

1) 文部省「学制百年史 資料編」帝国行政学会・1972年、61頁、同「学制百年史記述編」帝国行政学会・1972年、677～709頁。

2) 鈴木英一「教育行政」東京大学出版会・1970年、107～108頁、「池田・ロバートソン会談覚書」1953年10月25日、朝日新聞。

3) 加藤仁平他「新日本教育史」共同出版・1973年、301～304頁。

方教育行政の組織及び運営に関する法律案」は従来の教育委員会法とは理念の面からも相違がみられ、日教組を中心とした強固な反対運動が展開されたが、1956年（昭和31年）6月3日政府原案通り成立した。それにより、教育委員はそれまでの公選から地方公共団体の長による任命制になった。さらに、教育長も承認制になった。また、1958年（昭和33年）からは学習指導要領が告示とされたのである。そしてさらに、「文部大臣が教育内容の国家基準を設定して、これに教師を従わせるようにし、これに合わせて教科書を書き改めさせ、そのために教科書の検定も強化されるようになり、また、それによって道德教育の時間が特設されるようになった。」この道德教育の新設を契機として、宗像誠也博士が、親の権利としての教育決定権を提起し、その後の国民の教育権論の展開の契機となったといってもよい⁴⁾。

サンフランシスコ講和条約以降対決姿勢をみせていた行政庁と日教組は1958年（昭和30年）以降もよりいっそう激しさを増した。日教組を中心とした主だった教育闘争だけでも、先にふれた教育二法案（1954年）、教育三法案（1956年）や1955年（昭和30年）の愛媛県教育委員会に端を発する勤務評定反対闘争がある。勤務評定反対闘争は「勤評は戦争への一里塚」をスローガンに教育政策の変換を迫るまでに至る。また、1961年（昭和36年）に始まった学力テスト反対運動では、行政庁は全国一斉の学力調査を行ない、それが教育内容への国家の統制を強めるねらいがあるとして反対闘争が3年間にわたり行なわれた⁵⁾。これが、後に裁判闘争となり教育権論争に多大な影響を与えることとなる。

このように、1950年代の後半から活発にいわれだされ展開されるようになった国民の教育権論の理論は、その後、家永三郎教授が、国を相手に提訴した「教科書裁判」が進行するなかで展開されることになった。それは、教育行政のあり方をめぐる教育内容の決定権能をめぐる主体ないし限界に関する法制論としての教育権論、いいかえれば教員の「教育の自由」論を中心として、より自覚的に展開され、その論議も深められていったのである。それゆえ、国民の教育権論はむしろ解釈論上の学説として主張されたというよりは、憲法、教育基本法制に基づく国民の“権利としての教育”を踏みにじろうとする教育の国家統制ないし権力支配の方向性強化の行政の政策に対する批判論理として登場したといえる。いわば、国民が教育の主体であるという教育運動の論理として、教員の教育の自由の主張と結びついて展開されていった⁶⁾。

以下においては、このような歴史的な対立のなかで争われた教育権をめぐる憲法論争の中核的な部分を占めているといってもよい教員の教育の自由に関わる諸学説の対立構図を考察していく。

4) 宗像誠也「教育権論の発生と発展」（永井憲一編「教育権 文献選集・日本国憲法8」所収）三省堂・1977年、52頁以下、永井憲一「解説」（永井憲一編「教育権文献選集・日本国憲法8」所収）三省堂・1977年、43頁。

5) 斎藤太郎「日本教育史 近世の教育—江戸時代—」時事通信社・1996年、275～280頁。

6) 永井憲一「憲法と教育基本権（新版）」勁草書房・1985年、35頁、同「教育権」（永井憲一編「教育権 文献選集・日本国憲法8」所収）三省堂・1977年、43頁編者の解説。

2 教育権論争と教員の教育の自由に関する学説

教育権とは、教育内容決定権ともいわれる。それゆえ、教育権論争は公教育の教育内容を誰が決定することができるのかという論争であり、大きく国民の教育権説と国家の教育権説の対立として捉えられてきた。

教育権論争のなかにおいて、教育の自由の是非を論議することも多くあった。しかし、教育の自由といってもいろいろな権利主体がある。親の教育の自由や教員の教育の自由、私立学校の教育の自由、教科書の執筆や発行の自由、子どもの学習の自由などである。これら教育の自由は、本来「異なった内容を有しているのであるから、それぞれの教育の自由の具体的内容を確定し、それぞれの内容によって憲法条文上の根拠づけをする必要がある」⁷⁾といえる。本稿においては、教員の教育の自由のあり方を従来の教育権論争における国民の教育権説、国家の教育権説双方の学説の論調を意識しながら検討をしていきたいと思う。

(1) 教員の教育の自由を憲法上の権利として提唱する諸説

教員の教育の自由を憲法上の権利として捉える見解は、国民の教育権説に立脚する論者によって強く提唱されてきた。なかでも、教員の教育の自由を憲法上の権利として捉える見解に強い影響を与えたのが、宗像誠也博士、有倉遼吉博士、高柳信一名誉教授、兼子仁博士、永井憲一教授らの国民の教育権説の論者の立論である。以下、これら論者による教員の教育の自由にたいする憲法上の根拠づけを見ていく。

ただ、教員の教育の自由は憲法の条文で明記されているわけではない。それゆえ、その憲法上の法的根拠づけとしては、「複数の条文に根拠を求めることは憲法解釈の方法として当然ありうる」⁸⁾ことといえる。教員の教育の自由を権利として捉える学説の憲法上の根拠づけのなかには、憲法の条項が複合的に関わり合っている場合があり、その点をも念頭において考察していきたい。

①憲法的自由権説（憲法第13条説）

憲法的自由権説は、高柳信一名誉教授によって提唱された。それは、国民の教育権説立論の論拠を憲法13条の規定から幸福追求の権利の一部として捉え、それまでの学問の自由と教育との不明確な論理的結びつきを学問の自由論の再構築を行なうことにより、教育の自由との同質性を明確にして、学問の自由を大学に限定せず初等・中等教育にまで認められると論証していくのである。

これは、それまでの学問の自由は大学の教員に認められているという考え方を市民的自由と同質

7) 中村睦男「憲法30講（新版）」青林書院・1999年、135頁、同趣旨の見解として、荒井誠一郎「教育の自由」日本評論社・1993年、239頁の「重疊的保障」がある。

教育の自由権の根拠付の明確性を提起したものとしては、内野正幸「教育の権利と自由」有斐閣・1994年、99頁以下にも詳しい。

8) 中村睦男・前掲書「憲法30講（新版）」135頁。

として捉えたといつてよい。また、教育主体である子ども、親、教員、国民、政府の個別の分析とその関連の考察を通じて、国民の教育権説の論理的発展を図る意図がある。これらの点から同教授の国民の教育権説は、それまでの学問の自由と教育の自由との関連を再構築し、教育権主体の意義を科学的に分析、論証したという点において、国民の教育権説を学問的に発展させ教員の教育の自由を根拠づけたといえる⁹⁾。

②教育の自由権説（憲法第23条説）

教育の自由権説は、それまでの憲法学界の憲法23条に関しての通説的見解¹⁰⁾ に対し異論を唱えた。それは、下級の教育機関の教員にも憲法23条の学問の自由によって教育の自由が保障されているとする見解である¹¹⁾。

そのいおうとするところは、国民の教育権を維持するためには、親を中心とした国民の集団から子どもの教育の信託を受けた教員が、自己の信念に基づき自由に教育を行なうことにより、民主的な教育が行なえるからこそ教員の教育権を堅持することが大切だとする。またそれは、教員は職業的専門職であり、小学から大学までの教員を通じて、親が教員に異論を出すのは自由だが、理解されないときは、教員は真理の代理者として対抗し、また親を説得しなければならないとする。このように教員は、親に代わって真理教育を行なう崇高な役割を果たすという考えをとる。

同博士の論拠では、真理を教育する教員にとり重要になってくるのが、憲法23条の学問の自由である。それは、教育の本質論的には低学年の児童ほど画一化ではなくむしろ個別化が要求されるからでもある。下級教育機関で教員の教育の自由が制限されるのは、児童・生徒の教育を受ける権利、すなわち学習権からであるとする。

そして上述の教員の自由を担保するものこそ教育基本法（平成18年12月15日改正、以下「新」と明示しないものは「旧教育基本法」をいう）10条であり、1項がいうところの「不当な支配」は教育行政権にほかならないと同博士はいう。また、同条2項の「条件整備」の内容について、教育課程に関することが内的事項であり、施設設備や教育財政に関することが外的事項とし、教育行政は、教育の条件整備の外的事項だけに関わるのであり、教育の内的事項の権力的統制をしてはならず、内的事項は教員の決定事項とする¹²⁾。

同じく教育の自由権説に立脚するものとして、有倉遼吉博士の見解がある。すなわち、「23条の

9) 高柳信一「学問の自由と教育」（日本教育法学会年報創刊号「教育権保障の理論と実態」所収）有斐閣・1972年、17頁、19～36頁、38～53頁。

10) 法学協会編「註解 日本国憲法上巻（2）」有斐閣・1953年、460～500頁。従来のが国における教育に関する人権は、憲法26条で教育の機会均等を、憲法23条では学問の自由を大学に限定する形で保障してきた。すなわち、憲法26条1項でいう権利とは、国家が教育の機会均等について配慮すべきことを国民の側から権利として把握したものであり、憲法23条においては、学問の自由と教授の自由を別のものとして捉え、学問の自由は学校体系を問わず認められるが、教授の自由は下級教育機関においては制限されると考えられている。

11) 宗像誠也「教育行政権と国民の価値観」（「国民教育研究所論稿2」所収）1960年、22頁。

12) 宗像誠也「教育と教育政策」岩波書店・1961年、79～81頁、91頁、96～102頁、宗像誠也「憲法と『国家の教育権』」（兼子仁編「法と教育」法学文献選集8所収）学陽書房・1972年、42～43頁、宗像誠也「国民と教師の教育権」（国民教育研究所編「全書国民教育」第1巻所収）明治図書出版・1969年、47～51頁。

『教授の自由』から、『教育の本質上』下級学校の『教育の自由』を除外するという見解を否定し、大学における『教授の自由』とまったく同様に、下級学校の『教育の自由』を位置づけながら、ただ憲法26条の『教育を受ける権利』から一種の制約を受ける場合がある¹³⁾と考える。要するに同博士は、23条と26条はともに大学にも、それ以外の下級学校にも妥当し、それらの具体的内容は、教育基本法を媒介として、23条と26条との相互の関連において決せられるという立場をとるのである。

③憲法第26条説

憲法26条説の見解は、教員の教育の自由は憲法23条によって保障が満たされるのでなく、憲法26条による子どもの教育を受ける権利の保障の一環として、社会権的な人権価値を担い、教員の教育の自由の必要性を説く学説である。

永井憲一教授は、国民の教育権を「国民の“教育を受ける権利”を原点とするものでなければならない」として、その中核に教育の自由論をすえ、人権としての教育の自由論をさらに論理的に深めて根底的な面での論理固めをなし、「“教育を受ける権利”の保障を要求する自由としての、人権としての“教育の自由”論を展開させていかななくてはならない¹⁴⁾」という見解を示す。

④教育権限の独立説（憲法23条・26条による複合説）

兼子仁博士は、かつて教員の教育権限の独立説に基づいた「職務権限」説を提唱していた¹⁵⁾。この同博士の旧来の学説でもある教員の教育権限の独立説にたいし疑問を唱えたのは、有倉遼吉博士である¹⁶⁾。そのことから兼子博士は、教員の教育権の複合性に重点をおいた複合説に学説を変更するのである¹⁷⁾。

この複合説の法的根拠について同博士は、教員の教育権の複合的な性格ゆえ、その法的保障の根拠もまたある程度複合的に成らざるをえないとし、「学校教師」の人権性の点も含めて、事物の性質にさかのぼった条理解釈によって決するほかないとする。この条理解釈の根拠を、「教育の人間の主体性」「真理教育の自由性」「教育の専門的自律性」「教育の自主的責任性」とし、さらに憲法23条・26条、教育基本法10条1項による教員・学校の教育権の保障を教員の教育の自由の法的根拠とする¹⁸⁾。

同博士は複合説を個人および集団としての学校教員の専門的教育の自由は子どもの教育を受ける

13) 有倉遼吉「憲法と教育」(永井憲一編「教育権 文献選集・日本国憲法8」所収)三省堂・1977年、67～68頁。

14) 永井憲一・前掲書「憲法と教育基本権(新版)」62頁、同趣旨の見解として、山崎真秀「日本国憲法第23条」(「コンメンタール教育法I」所収)成文堂・1978年、100頁。

15) 兼子仁「教育法(旧版)」有斐閣・1963年、126～128頁、同・「教員の教育権と国民の教育権」(ジュリスト461号所収)有斐閣・1970年、75～76頁、内野正幸・前掲書「教育の権利と自由」118～121頁。

16) 兼子仁・前掲論文「教員の教育権と国民の教育権」76頁、同・前掲書「教育法(旧版)」126～128頁。

17) 兼子仁「教育法(新版)」有斐閣・1978年、273～274頁によれば、「本書旧版126頁～127頁において筆者は「教員の教育権限の独立説」を表明していたが、今では、それは部分的に妥当するものであると考えている。」と自身の学説の変更を認める。

18) 兼子仁・前掲書「教育法(新版)」273～299頁。

権利の保障の一環として憲法26条により教育人権性を有していると捉える。同じく、個人および集団としての学校教員は、公教育組織内において自治的権限としての独立な教育権限を保障されるとするのである¹⁹⁾。いわば教員の教育人権性の保障と教員の独立した教育権限の保障は、複合説のなかにおいて、教員の教育権の人権性と権限性がまざりあっていると考える。同博士は、教員の問題行動に関連して、教員が生徒の教育権を侵害するような場合、教員の教育権そのものの権力性を主張することは、妥当ではないとするのである²⁰⁾。それは、教員の教育権は、国家から何らかの権利侵害を受けたとして国家との関係において人権性を有するとする論議とは別に、生徒との関係においては、教員の教育権の人権性は生徒の教育をうける権利の保障（憲法26条）の一環としての現代的な教育人権性を有しているからであるとする。ただ、同博士は、教員の教育の自由に関して、「子どもの学習権保障が教師の教育の自由・教育権を法的に制約する場合が全くないわけではないが、以上のごとく教育の専門的自律性の条理に照らすとき、普通教育内容の水準確保のための法的制約が安易に語られるべきでない」²¹⁾とする。

いわば、同博士の、教員の教育の自由の根拠づけは、子どもの学習権だけではなく、教員免許に裏打ちされた教員の専門性にも求められるということとも関連している。この見解は、「個々の教師の教育の自由が憲法23条の学問の自由によって保障され、職業的専門性に基づく教師の集団的な教育の自由と各学校の自治が憲法26条によって保障されているものと解されて」²²⁾いるからである。その意味でも、同博士の複合説を全体を通じて考察していくなら、「人権説のほうに重点がおかれ……大まかにいえば、人権説ととらえていいであろう」²³⁾という考えも当然出てくるものといえよう。

⑤憲法23条・26条・13条による複合説

兼子仁博士の視点とは異なった点から、中村睦男教授は、教員の教育の自由を複合的に根拠づける考えを明らかにする。同教授は、憲法23条が、初等・中等教育の教員の教育の自由の根拠条文になることを検討したうえで、「教師の教育の自由の根拠を憲法23条に求めることは、他の条文を根拠にすることを否定するものではない。憲法26条の教育を受ける権利は、教育がその本質上自由を要請するものであるから、教育の自由を前提にしており、憲法13条は憲法で明示していない人権の一般的な根拠規定になりうるものである」²⁴⁾として、憲法26条説との整合性を保持しようとする。

(2) 教員の教育の自由を実定法上の権限として捉える学説

奥平康弘教授は、教員の教育の自由に関しての法的根拠について次のように述べる。すなわち、

19) 兼子仁・前掲書「教育法（新版）」273～278頁、堀尾輝久「現代教育の思想と構造」岩波書店・1971年、326～327頁。

20) 兼子仁「教育人権と教育権力」（星野安三郎先生古希記念「平和と民主教育の憲法論」所収）勁草書房・1992年、263頁。

21) 兼子仁・前掲書「教育法（新版）」291頁。

22) 中村睦男・前掲書「憲法30講（新版）」138頁。

23) 内野正幸・前掲書「教育の権利と自由」118～120頁。

24) 中村睦男・前掲書「憲法30講（新版）」142頁。

教員は親の信託、および「国民一般の抽象的な信託に基づいて存立するところの学校設置者のagent（機関）として、子どもに接する」のであって、「教師の『教育権』は、こうした制度的な制約のもとにおいてのみ成立するものであるから、権利というよりは、権限である。」すなわち、それは「憲法以下の法規範が創設する実定法上の権限である」として教員の教育の自由を人権と捉える見解に対して、「『教育人権性』とは具体的に何を指すのか明らかではない」²⁵⁾として、同教授は、その憲法上の教育人権性を否定し、あくまで実定法上の権限として教員の教育の自由を捉えるのである。

（3）教員の教育の自由を否定ないしは制限する学説

橋本公亘博士は、憲法23条の解釈と教育基本法10条の本来の趣旨から考えて、教員の教育の自由を制限的に捉える立場をとる。

同博士は、「憲法23条は下級教育機関における教育の自由の保障を含むものではない」として、「大学における教授の自由が認められているのは、大学が昔から学問研究の中心としての地位を占めてきたこと、外部勢力の価値判断のもとに従属するときは真理の探究は妨げること、大学における学生には批判能力が発達している」からである。これを下級教育機関で見えていくと、①児童・生徒と学生の批判能力を同一には扱えない。②普通教育の児童・生徒の教育的配慮。③普通学校の教育は学問研究という域に達していない。④教育の不偏不党の四つの理由から教員の教育の自由を「下級教育機関に当てはまることはできない」²⁶⁾とする。

また、同博士は、国の教育行政は教育目的遂行に必要な外的条件整備に限定され、教育課程その他教育内容に権力的に介入することは許されなく、「現行の教科書検定は、教育内容に権力的に介入するもので、教師の教育の自由を侵害する」という見解に対して、「外的条件整備のみに限定すれば、実際問題としても、公教育の目的を達成することはできなくなるであろう」という。そのうえで、議会制民主主義において国民の総意を反映している国会が制定する法律を執行し、国会に対して責任を負うのが行政機関であるから、国民の教育に関する総意を実現する唯一の主体は行政庁であるとす²⁷⁾。

3 教育権論争における教員の教育の自由に関する判例の流れ

教育の自由を大学に限定した最高裁判決としては、最高裁ポポロ事件大法廷判決²⁸⁾が挙げられる。判決は、憲法23条の学問の自由は、「大学が学術の中心として深く真理を探究することを本質とす

25) 奥平康弘「教育を受ける権利」（芦部信喜編「憲法Ⅲ 人権（2）」所収）有斐閣・1981年、417頁、420頁、同様に教育人権性に疑問を呈する見解として、野中俊彦・浦部法穂「憲法の解釈Ⅱ 人権」三省堂・1990年、185～193頁の浦部法穂教授の見解。

26) 橋本公亘「教科書検定判決を読んで」（「法律のひろば 第27巻第10号」所収）帝国地方行政学会・1974年、46頁。

27) 橋本公亘・前掲論文「教科書検定判決を読んで」45～46頁。

28) 最大判昭和38年5月22日 最判刑集17巻4号370頁。

ることに鑑みて、特に大学におけるそれらの自由を保障することを趣旨としたものである。」「教育ないし教授の自由は、学問の自由と密接な関係を有するけれども、必ずしもこれに含まれないが、憲法23条や学校教育法52条により定められた「大学において教授その他の研究者がその専門の研究の結果を教授する自由は、これを保障される」として、憲法23条が、大学においてのみ教授の自由を認めるということを判示したものである。

教員の教育の自由をめぐる下級審の判決で、教員の教育の自由を前向きに捉えた判決で注目を浴びたのが、第二次家永訴訟第一審判決²⁹⁾である。このいわゆる杉本判决の特徴は、児童・生徒に対して「教育的配慮」を行なうことを前提に、憲法23条の学問の自由から教員の教育の自由を認めるというものである。

それは、憲法26条から子どもの学習権を導き出し、親、教員の教育をする権利を教育権の内容と位置づけ、親を中心とした国民の集団から信託を受けた教員にとり教育の自由が重要であり、憲法23条の学問の自由によって下級の教育機関の教員にも教育の自由が保障されるとした宗像説の多くを取り入れた判決といってよい³⁰⁾。ただ、この杉本判决の後、教科書検定訴訟において、国民の教育権説に立脚して教員の教育の自由を一方向的に支持した判決は出ていない。

この杉本判决とは反対に、従来の通説的見解を踏襲し、教員の教育の自由を否定的に捉えたのが、第一次家永訴訟第一審判決³¹⁾のいわゆる高津判決である。判決は、上述の最高裁ポポロ事件大法廷判決から引用し「教育ないし教授の自由は、学問の自由と密接な関係を有するが、必ずしもこれに含まれないとする。

旭川学力テスト最高裁大法廷判決³²⁾は、教員の教育の自由に関しては、「学問の自由を保障した憲法23条により、学校において現実に子どもの教育の任にあたる教師は、教授の自由を有し、公権力による支配、介入を受けずに自由に子どもの教育内容を決定することができる」とする見解も採用することができない」とする。また、「教授の具体的内容及び方法につきある程度自由な裁量が認められなければならない」という意味においては、一定の範囲における教授の自由が保障されるべきことを肯定できなくはない」としつつも、児童の批判能力、教員の児童への影響力、生徒の側に学校や教員を選択する余地が乏しいこと、教育の機会均等から「教師に完全な教授の自由を認めることは、とうてい許されないとことわなければならない」とする。

29) 東京地判昭和45年7月17日 行裁例集21巻7号別冊1頁。

30) 我妻栄・宮沢俊義・蟻山政道・小林直樹座談会「教育・教科書を考える」有斐閣ジュリスト臨時増刊号・1970年、2～3頁において、宮沢俊義博士は杉本判决に対して次のようにいう。国民の教育権説の論者である「宗像君のいったような教育を受ける権利、教育権」というものを当事者が非常に強調したのを受けて、それを相当に論じていますね。判決もそういう権利を認めています、それから、すぐ今回の判決の結論が出てくるといったような議論ではないようで、判決の考え方の前提として、当事者の主張を受けて説明しているようです。ですから、この点【教育を受ける権利などを認めることと今回の判決の結論【筆者注】】についての判決の趣旨は必ずしも明瞭でないと思うのですが、私はその趣旨がおそらく宗像君の本に論じられているようなこと、ああいうところからきていると思います。」といい、この論を受けて、小林直樹教授は、杉本判决の「教育権に対する基本的な考え方は、ほとんど同じです。ですからそれを辿ってゆけば、宗像説につながっていく」とする。いわば、杉本判决は宗像説に近似の論理を用いた判決ということがいえる。

31) 東京地判昭和49年7月16日 判時751号47頁。

32) 最大判昭和51年5月21日 刑集30巻5号615頁。

また、教員の教育の自由を担保する意味から、教育行政機関は、教育基本法10条2項の「条件整備」においては、外的事項にしか関わらず内的事項は教員の決定事項であるという主張に対して、旭川学力テスト最高裁大法廷判決では次のように判示する。「教育に対する行政権力の不当、不要の介入は排除されるべきであるとしても、許容される目的のために必要かつ合理的と認められるそれは、たとえ教育の内容及び方法に関するものであっても、必ずしも同条の禁止するところではない」として、教育行政機関が条件整備において内的事項にも関われるものとする。

旭川学力テスト最高裁大法廷判決は、国民の教育権説と国家の教育権説の双方に気を配っており、教員の教育の自由も一定範囲で認めているように見える³³⁾が、明らかに国家の教育権説を基底においた見解を示したものと解する³⁴⁾。このことは、後の教科書検定第一次訴訟最高裁判決³⁵⁾、同第三次訴訟最高裁判決³⁶⁾、以下で見ていく伝習館事件最高裁判決からも明らかである。

学習指導要領に関しては、旭川学力テスト最高裁大法廷判決は、「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おり、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し、また、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は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のである。それ故、上記指導要領は、全体としてみた場合、教育政策上の当否はともかくとして、少なくとも法的見地からは、上記目的のために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」と学習指導要領の法規性を認める判示をした。この旭川学力テスト最高裁大法廷判決の学習指導要領の法規性に対する認識をより深めたのが、伝習館事件の最高裁判決³⁷⁾である。同判決は、「高等学校学習指導要領は、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、26条に違反するものではない」として、合憲性の面からも学習指導要録の法規性を是認したのである。

4 教育権論争を中心とした教員の教育の自由の検討

憲法23条の学問の自由の規定は、大学教員と初等・中等学校の教員を同じように論ずることができないとするのが一般的といってよい。その理由は、上述の旭川学力テスト最高裁大法廷判決における教員の教育の自由の制約になる四つの判決理由や、上記の「教員の教育の自由を否定ないしは

33) 中村睦男教授は、「最高裁旭川学テ事件判決も、『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』は、『憲法26条、13条の規定上からも許されないと解することができる』として、憲法26条、13条が教育の自由の根拠になりうることを認めている」。中村睦男・前掲書「憲法30講（新版）」142頁。

34) 同旨の見解として、伊藤公一「教育法の研究」法律文化社・1981年、184頁、同「教育権論争の回顧と展望」（比較憲法学研究第10号別冊所収）1998年、内野正幸・前掲書「教育の権利と自由」27頁において、内野正幸教授は、「私としては、弱い歯止めをついた『国家の教育権』説として、とらえておきたい」という。

35) 最判平成5年3月16日 民集47巻5号3483頁。

36) 最判平成9年8月29日 民集51巻7号2921頁。

37) 最判平成2年1月18日 民集44巻1号1頁。

制限する」学説で、橋本公巨博士が説かれた四つの理由からも明らかである。また、佐伯宣親博士は、教員の教育の自由を一般の人権ではなく、教職に付随する権限であって、当然制限を受けるとする。同博士は、初等・中等学校の教員に「無制限に教授の自由を認めれば、場合によっては教師間の価値観の対立がそのまま学校現場に持ち込まれ、児童生徒を混乱させるという好ましくない結果をもたらす」おそれを指摘する。また「教師の自律的抑制にのみ期待するという論には何の制度的保障もない」とし、相応の公的規制もやむをえないという独自の知見を明らかにしている³⁸⁾。

そもそも、教科指導を主たる目的とした教員免許状だけをもって「親の信託」を受け、「真理の代理人」に教員がなぜなれるのかという点からも、憲法23条によって、教員の教育の自由が保障されるとする見解には、理解しがたい面がある。また、ドイツ、アメリカの初等・中等学校において、教員に広い教育の自由が認められないことは、上述の日本における教員の教育の自由を否定ないしは制限する学説の理由とほぼ共通している³⁹⁾。伊藤公一博士は、これらの教員の教育の自由を制限無く認めると、「批判能力のない者達に対する教育の自由は、一方的な押しつけの教育が行なわれる危険があり、これこそ生徒の学習権の侵害に結びつく可能性が出てこよう」⁴⁰⁾という。このことは、教員の教育の自由を広く認めて児童・生徒に教育が行われた場合、教員の教育の自由という名の下に、教員に恣意的な教育権を付与する結果となるおそれがある。そうなれば、例えば教員が、特定の思想や特定の政治団体の偏向的な教育を実施したとしても、「親の信託」を受けた「真理の代理人」の教員の教育の自由に基づいた真理教育を行ったということになってしまうこともありうる。

教員の教育の自由を憲法上の権利とする見解の論者は、立論のなかにおいて親が子どもを教育する権利を教員に委託（信託）し、教員はその委託（信託）に基づいて児童・生徒を教育する関係と解している。この見解に関しては多くの疑問点が挙げられる。なかでも、親と教員との間の委託（信託）に関しては、どのような根拠法規により、どの程度の親が、どの教員に、どの程度権利を委託（信託）したのかという疑問が挙げられよう。わが国は、あくまで法治国家である以上、教育に特質性が有るとしても、法的根拠のない委託（信託）が成立するのか疑問が残る。ましてや、教員が行なう教育は、単位の認定をはじめとする多くの権限が付託しており、児童・生徒の損益に直結するものである。このことを考えると法的裏づけの欠く「漠然とした国民」による、権利性も範囲も明らかでない「教員」への委託（信託）の提唱には疑問が残るといえる⁴¹⁾。

また、憲法26条において、教員の教育の自由を人権として捉える見解があるが、教員は学校教育法28条・40条・50条の規定からも明らかなように、あくまで公的な機関に所属しており、その機関の服務規律に従属するのであり、通常の市民と同じ立場ではないのは明白である。それゆえ、公的

38) 佐伯宣親・高乗正臣「現代憲法学の論点（第2版）」成文堂・2000年、241～242頁。

39) 伊藤公一・前掲書「教育法の研究」144～182頁において西ドイツ、アメリカの教員教育の自由について学説、判例の検討分析がなされて詳細な論証がされている。

40) 伊藤公一・前掲書「教育法の研究」186頁。

41) 榎原猛「教科書検定」（林・中山・奥原編「基本的人権・判例演習シリーズ憲法2」所収）成文堂・1973年、108頁、伊藤公一・前掲書「教育法の研究」47頁。

な機関に属する立場の教員に、教育の自由の人権性を認めるということは、人権本来の意味からも齟齬があるといえる。内野正幸教授のいう「裁判救済にかんする……帰結と結びつけるためには、教師の教える自由の人権性を認めたほうがよからう」⁴²⁾という考え方は、教育というものの特質性を考慮しても公的な機関の組織員たる教員に裁判上の救済を念頭において人権性を認めるという意義が見いだせないといえよう。

さらに、教育基本法10条2項の「条件整備」に関しては、教育行政機関は、外的事項しか関わらず、内的事項は教員の決定事項であり、教員の教育の自由を担保するとの見解がある。これに対しては、上述した旭川学力テスト最高裁大法廷判決からも教育行政機関が条件整備において内的事項に関われることは明らかである。

元々、内的事項 (interna)、外的事項 (externa) という知見は、アメリカの教育学者キャンデル (Isac.L.Kandel) がその著書「比較教育 (『COMPARATIVE EDUCATION』)」の第5章 Administration of Education において論議している⁴³⁾。キャンデルの内的事項、外的事項の捉え方は、教育に関する事柄を内的事項と外的事項に分けた場合、外的事項は教育行政当局が独自に行なうことである。これに対し、内的事項は教育内容、教育方法に関するものであるから現場で教育活動に従事している教員を行政参加させるべきであるといういい方をしており⁴⁴⁾、決して、教育行政が内的事項には関与してはいけないといういい方をしていないのである。その意味からも宗像博士が、キャンデルを引用して内的事項に教育行政が関与してはいけないとする見解⁴⁵⁾は誤っているといえる。

以上のように、教員の教育の自由を憲法上の権利とする学説の主要な主張を考察してきた。同見解は多くの問題を含んでいるが、なかでも不可解なのが、国家の屋台骨ともいえる重大な国策である教育を、教員が教育の自由という名のもとに自分たちで自主的にその教育内容を決めて教育を自由に行えるのなら、なぜ憲法は明文でもって明確にそのことを規定していないのか大きな疑問が残るといえる。

ただ、国家の教育権説に立脚する論者も、「教育における教師の自由裁量の余地を否定しきっているわけではない」⁴⁶⁾という考え方はその通りであり、いみじくも、橋本公亘博士は、「国家が教育内容にどのような介入を加えてもよいなどといっているのではない。教育内容については、できるだけ権力的介入を避けることが当然の要請であると考える」⁴⁷⁾といい、また、伊藤公一博士は、「ただし、教育は精神的・人格的作用を内容とする活動であるから、教員にも教育の自由は当然に必要であり、憲法23条の学問の自由はそれを保障していると解する」⁴⁸⁾として、教育の特質性を一

42) 内野正幸「憲法解釈の論理と体系」日本評論社・1991年、105～112頁、同・前掲書「教育の権利と自由」123頁。

43) Isac.L.Kandel, Comparative Education, 1933, p.p.207-348. 以外にもキャンデルは、The Era in Education (『教育における新時代』1929年初版、1954年改版)の第6章のThe Administration and Organization of Educationのなかでもinterna, externa (内的事項)の問題を論議している。

44) キャンデルは、participation of teachers in administrationといういい方をしている。
Isac.L.Kandel, ibid. p.217.

45) 宗像誠也・前掲論文「憲法と『国家の教育権』」78頁。

46) 内野正幸・前掲書「教育の権利と自由」49頁。

47) 橋本公亘・前掲論文「教科書検定判決を読んで」46頁。

48) 伊藤公一・前掲書「教育法の研究」184頁。

方的に否定しているわけではない。

5 学校現場での国旗掲揚・国歌斉唱と教員の教育の自由

(1) 国旗掲揚・国歌斉唱に関わる判例検討

学校現場での国旗掲揚・国歌斉唱は、一部の都道府県においてその実施をめぐる論争が活発化している。なかでも東京都においては、平成15年7月2日の東京都議会平成15年第2回定例会における質問において次の二点が問題となった。一つが、国歌斉唱時「内心の自由があるから」と国歌斉唱を暗に拒否することの意味合いを司会者が事前に教員に説明をするのはなぜなのかという点、もう一つが、国歌斉唱時の教員の不起立である。この東京都議会の質問を発端に、東京都教育委員会は、学習指導要領に基づく卒業式、入学式の適正実施に向けて指導の徹底を図るとして、「入学式、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱について」（平成15年10月23日）という東京都教育委員会教育長名の通達を出した。これに基づき都下の学校の教職員に職務命令が発せられることになる。

この職務命令に対して、原告総数401名が、4次にわたって国歌斉唱義務不存在等確認請求訴訟（予防訴訟）を提起した。これ以外にも国旗国歌斉唱に関わって職務命令に従わず、処分された教職員ら約950人余りが、全国で13件（うち東京都10件）の同種の訴訟を起こしている（平成19年2月時点での把握数）。

これら一連の裁判の原告側主張の共通点は、国歌の斉唱や起立の強要は、憲法19条の「思想・良心の自由」違反であって許されない。学習指導要領には法規性がなく、職務命令の適法性に問題がある。また、職務命令は、教育行政機関による教育への不当な支配につながり教育基本法10条違反であって許されないとするなどである。

なお、本稿においては、最初でも述べたように、「教育への行政による不当な介入を阻止して教員の教育の自由を守る」という原告側の主張を主眼に以下考察していく。

まず、学習指導要領の法的根拠を見ていく。上述したように、伝習館事件の最高裁判決において、学習指導要領は、憲法23条、26条に違反しないとし、その法規性を是認した。そもそも学校教育法は、20条、38条において小・中学校の「教科に関する事項」、同法43条において高等学校の「学科及び教科に関する事項」は、「監督庁が、これを定める」と規定している。また、同法106条において、「監督庁は、当分の間、これを文部大臣とする」と規定し、同法施行規則25条、54条の2、57条の2は、小学・中学・高等学校の「教育課程については、この節（章）に定めるもののほか、教育課程の基準として文部科学大臣が別に公示する小学校（中学校・高等学校）学習指導要領によるものとする」と規定しており、学習指導要領の法的な根拠が論証され法的効力が認められている。

この学習指導要領第4章第3の3には、「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」と明記されている。それゆえ、学校における式典などでの国旗掲揚・国歌斉唱は、学習指導要領の条項に基づいて実施されており、

学校教育法28条・40条・50条における公的な職務に従事する教員としては遵法の義務があり従わない場合には、懲戒処分の対象になる。

この点、被告の東京都が敗訴した国歌斉唱義務不存在確認等請求事件一審判決⁴⁹⁾においても「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」とその法規性を是認している。それは、この判決が、上述の旭川学力テスト最高裁大法廷判決、伝習館事件の最高裁判決の「学習指導要領の個別の条項が、上記大綱的基準を逸脱し、内容的にも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10条1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」という制約の部分、学習指導要領の国旗掲揚・国歌斉唱条項にあてはめると、入学式や卒業式において国旗掲揚・国歌斉唱を「するように指導するものとする」とだけ規定しており、どのように教育するかまで定めていない。それに「具体的方法等については、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るということではできない」ので、国旗掲揚・国歌斉唱条項に「法的効力が有すると解するのが相当である」という。さらに、同条項は「教育の自主性尊重」や「教育における機会均等」といった「大綱的基準を定め」ており、「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」としており、その意味でも同条項が大綱的基準において適法性を有するという判示をする。

ただ、同判決は、「同条項から、原告ら教職員が入学式、卒業式などの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まで導き出すことは困難である」として、東京都教育委員会の通達（平成15年10月23日）が教育基本法10条1項の「不当な支配」に該当し、また憲法19条の面からも問題があつて違憲・違法とするのである。

この判決はいわば、学習指導要領の法的効力をまずは、「合憲限定解釈で認め」て、「教育の自主性の余地のない細目的規制の職務命令による実施には合憲適法化の余地」を認めなかったといえる⁵⁰⁾。本件判決は、旭川学力テスト最高裁大法廷判決、伝習館事件の最高裁判決の判示を意図的に原告の主張に合わせているように思える。入学式、卒業式などにおいて、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱する義務及びピアノ伴奏をする義務が、伝習館事件最高裁判決の「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は観念を生徒に教え込むことを強制する」ことに該当するのであろうか。

この点に関して、福岡地方裁判所戒告処分取消等請求事件判決⁵¹⁾は、「普通教育においても、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、児童、生徒に国歌に対しての正しい認識を抱かせ、それを尊重する態度を育てることは重要なことである」とする。そのうえで、学習指導

49) 東京地方裁判所平成18年9月21日 判例集未登載。

50) 市川須美子「日の丸・君が代強制と教師の良心の自由」(季刊教育法151号所収) エイアル出版・2006年、89頁。

51) 福岡地方裁判所平成17年4月26日 判例集未登載。

要領の各定めは「特定の見方に偏るものでない限り」「教師の裁量を否定するものといえないことは明らかであり、合理的な範囲の大綱基準といえる」とするのである。

また、大阪地方裁判所枚方個人情報保護条例事件判決⁵²⁾においては、学習指導要領の国旗掲揚・国歌斉唱条項は、「国旗及び国歌を国の象徴として相互に尊重することが国際的な儀礼であること、日本人としての自覚を持たせ、国を愛する心を育てるためには、国旗・国歌を尊重する態度を育てることが重要なことであること、そのためには、入学式及び卒業式という重要な式典の際、国旗を掲揚し、国歌を斉唱することが望ましいこと、このような国旗・国歌に対する教育は、全国的にされるべきであることなどから、教育における機会均等の確保と全国的な一定の教育水準の維持という目的のために」制定され「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ず、必要かつ合理的な大綱の基準として法的効力を持つ」と判示した。

国歌ピアノ伴奏職務命令拒否最高裁判決⁵³⁾では、学習指導要領の法的検討を行わず、「小学校学習指導要領（平成元年文部省告示第24号）第4章第2D（1）は、学校行事のうち儀式的行事について、『学校生活に有意義な変化や折り目を付け、厳粛で清新な気分を味わい、新しい生活の展開への動機付けとなるような活動を行うこと。』と定めるところ、同章第3の3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。』と定めている」と、憲法15条2項、同19条を中心に判示をしている。このことは、今回の一連の国歌斉唱をめぐる職務命令拒否に関する裁判において、学習指導要領の法規性を議論することの意味を旭川学力テスト最高裁大法廷判決、伝習館事件の最高裁判決の大綱の基準という考え以前の問題として同判決が捉えたものといえよう。

（2）国旗掲揚・国歌斉唱に関する私見

国旗・国家をめぐる世論調査を見ると「公立の小・中・高校では、入学式や卒業式などでの『日の丸』『君が代』については、『日の丸』『君が代』とも『望ましい』とする考えが64%で、『日の丸は良いが君が代は望ましくない』16%と併せて、『日の丸』については肯定する意見が80%にのぼった。一方、『君が代斉唱を望ましい』としたのは67%で、『両方とも望ましくない』は12%だった」⁵⁴⁾。

この世論調査からも判るように、国民の多数の人が、学校における式典において、国旗を掲揚し、校歌斉唱を厳粛に実施してほしいと望んでいることが考えられる。当然、保護者や地域の方にも同様の希望をする人が多数いるだろう。ただ、保護者の場合、子どもを学校に通学させていると、学校の教員の意向に反した意見を言いにくいというジレンマが強い。また、地域の方も必要以上に学

52) 大阪地方裁判所平成19年4月26日 判例集未登載。

53) 最高裁判所平成19年2月27日 判例集未登載。

54) 読賣新聞 平成11年4月1日。

校の教員との軋轢を望まないこともあり、意見を述べにくい面があると考えられる。

学校現場での国旗掲揚・国歌斉唱をめぐる一部の教員の論調には、「国旗、国歌」を一方向的に悪として考える傾向が強く、そのことを前提に議論を始めるという趣がある。たとえば、国歌ピアノ伴奏職務命令拒否最高裁判決における原告教員は、『君が代』がアジア侵略で果たしてきた役割等の正確な歴史的事実を教えず、かつ、自発性の告知等の思想・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することはできない」と裁判において訴えている。国歌を式典で歌わせることが、この教員にとり、「子どもの人権侵害に加担すること」になるというのである。これは、自己の主義主張と異なるものは、誤った思想として、児童・生徒に押しつけるのは許されないという前提があるように思えてならない。

国歌ピアノ伴奏職務命令拒否最高裁判決においては、所属長である校長が、「上告人に対して、特定の思想を持つことを強制したり、あるいはこれを禁止したりするものではなく、特定の思想の有無について告白することを強要するものでもなく、児童に対して一方的な思想や理念を教え込むことを強制するものとみることもできない」と教員の思想の自由が職務命令により侵されないことを認めている。

教員が自分の価値観で、これを教えると子どもの人権侵害になるから教えないなどということ判断する権限があるのか疑問である。このことは、上述したように教員免許にそのような権限が付与されていないのはいうまでもない。いみじくも、内野正幸教授は、特定の内容の教育を教員が押しつけることに対して次のようにいう。最高裁学テ判決は、「子どもの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」による一方的な教育の強制は、「憲法26条、13条の規定上からも許されない」としており、「教員が国家の命令にもとづいて、このような教育をおこなう場合が、とりあげられている。しかし、教育を受ける子どもの側からみると、それは、教師が自分の判断で同じような教育をおこなう場合と大きくかわるものではない。その意味では、公教育の場で『誤った知識や一方的な観念を子どもに植えつける』ことなどは、国家の命令にもとづく場合に違憲になるだけでなく、そうでない場合にも違憲になることがある、と考えるべきであろう」⁵⁵⁾とである。

学校での厳粛な式典を望む多くの児童・生徒や保護者がいることは上述の世論調査からも明らかである。そうすると、一部の教員が自己の国旗・国歌に対する価値観を基にして、子どもの人権侵害になるからと職務命令に反してまで儀式で反法令的行為をとることが許されるのであろうか。教員が式典で起立しなかったとしたら、式典に参加している児童・生徒や保護者は、不作為による教員の表象された思想信条を感じることになる。これでは、学習指導要領第4章第3の3に基づく、「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」という目的が達成できないことになるように思える。

55) 内野正幸・前掲書「教育の権利と自由」150頁。

また、なにより筆者が懸念することは、特定の教員の価値観に基づく不作為を含む行動により、学校の式典で国旗を掲揚し、厳粛に国歌を斉唱するというのを見て学び国を愛する心を育み、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ようとする児童・生徒の学習権や憲法26条の「教育を受ける権利」を結果として奪っていることになるのではないかということである。教育の特質性は、たしかに考えねばならない面はある。しかし、いうまでもなく、わが国は法治国家であって、議会制民主主義において国民の総意を反映している国会で制定された法令に則って教育が行われていく必要がある。その意味からも法令に従って、教員が適法かつ適正に教育を行われなければならないことは当然のことである。

今後は、「〔東京都【筆者注】】教育委員会の〔国旗掲揚・国歌斉唱に対する【筆者注】〕毅然とした態度は大きな効果を生んだ。五年、十年たったら、恐らく首をすくめて眺めている地方は、全部東京のまねをするでしょう。」⁵⁶⁾ということが重みを増し、さらには、「伊吹文部科学相は7日の衆院教育再生特別委員会で、地方教育行政法改正案に盛り込まれた文科相から教育委員会への『是正の要求』をめぐり、学校が入学式や卒業式で国旗掲揚や国歌斉唱をしなかった場合について『学習指導要領通りやってくださいということは、是正要求しなければならない』と述べ、発動の対象となりうるとの考えを示した」⁵⁷⁾というように、国旗掲揚・国歌斉唱が全国的に適正かつ均等に実施されていくものとする。

56) 平成16年4月9日「東京都教育施策連絡会」における石原慎太郎都知事の発言。

57) 東京新聞 平成19年5月8日。